

18. 말소등기의 회복등기 청구

가. 서 설

(1) 의 의

말소회복등기는 어떤 등기의 전부 또는 일부가 부적법하게 말소된 경우에 그 말소된 등기를 회복함으로써 처음부터 그러한 말소가 없었던 것과 같은 효력을 보유하게 할 목적으로 행하여지는 등기이다(부동산등기법 제59조, 부동산등기규칙 제118조).³⁶²⁾³⁶³⁾ 여기서 부적법이란

362) 대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결

363) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다112350 판결

실체적 이유(말소등기의 등기원인의 무효, 취소 등)에 기한 것이건 절차적 하자(예컨대 등기 공무원이 착오로 말소한 것)에 기한 것임을 불문하고 말소등기나 기타의 처분이 무효인 경우를 의미한다.³⁶⁴⁾ 말소된 등기의 회복을 신청하는 경우에 등기상 이해관계 있는 제3자가 있을 때에는 그 제3자의 승낙이 있어야 한다(부동산등기법 제59조). 여기서 등기상 이해관계 있는 제3자란 말소회복등기가 되면 손해를 입을 우려가 있는 사람으로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 기존의 등기 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 자를 의미한다.³⁶⁵⁾ 그러나 말소회복등기절차에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자가 있어 그의 승낙이 필요한 경우라고 하더라도, 그 제3자가 등기권리자에 대한 관계에 있어 그 승낙을 하여야 할 실체법상의 의무가 있는 경우가 아니면, 그 승낙요구에 응하여야 할 이유가 없다.³⁶⁶⁾

(2) 부적법하게 말소된 등기

부적법하게 말소된 등기에는 말소등기의 등기원인의 무효나 취소 등과 같은 실체적 이유에 기한 것도 포함되므로,³⁶⁷⁾ 말소등기의 등기원인이 된 법률행위가 사기에 의한 의사표시로서 취소된 경우도 말소회복등기의 대상인 부적법하게 말소된 등기에 해당한다.³⁶⁸⁾ 따라서 어떤 이유이건 당사자가 자발적으로 말소등기를 한 경우에는 말소회복등기를 할 수 없다.³⁶⁹⁾

또한 등기관이 부동산등기법 제33조에 따라 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄하는 경우, 새로운 등기기록에는 옮겨 기록되지 못한 채 폐쇄된 등기기록에만 남게 되는 등기(이하 '폐쇄등기'라 한다)는 현재의 등기로서의 효력이 없고, 폐쇄된 등기기록에는 새로운 등기사항을 기록할 수도 없으므로, 폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소회복등기절차의 이행을 구할 소의 이익은 없다.³⁷⁰⁾

(3) 입 증

등기는 물권의 효력 발생 요건이고 존속 요건은 아니어서 등기가 원인 없이 말소된 경우에는 그 물권의 효력에 아무런 영향을 미치지 아니하고,³⁷¹⁾ 그 회복등기를 마치기 전이라도 말소된

364) 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다39877 판결

365) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다18011 판결

366) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결

367) 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다39877 판결 등

368) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다112350 판결

369) 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다39877 판결

370) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2011다41239 판결

371) 대법원 1988. 12. 27. 선고 87다카2431 판결

소유권이전등기의 최종명의인은 적법한 권리자로 추정되므로,³⁷²⁾ 등기가 원인 없이 마쳐진 것이라고 주장하는 쪽에서 그 무효 사유를 주장·입증할 책임을 진다.³⁷³⁾

(4) 청구취지의 표시

회복등기절차이행을 소구함에 있어서 청구취지는 목적부동산과 회복의 대상이 되는 등기를 표시하여야 한다. 등기의 표시는 그 등기의 관할등기소, 접수연월일, 접수번호, 등기종류만으로써 족하고 그밖에 등기원인, 내용까지 표시할 필요는 없다. 회복등기를 실행함에는 법원의 판결자체가 등기원인으로 되기 때문이다.

나. 소유권이전등기말소회복등기 청구취지 기재례

㊤ 소유권이전등기말소회복등기등 청구

피고는 원고에게, 별지목록 기재 각 토지에 관하여 ○○지방법원 ○○지원 1986. 5. 14. 접수 제10815호로 말소된 같은 해 2. 1. 접수 제2565호 소외 엄○우 명의의 소유권이전등기의, 별지목록 기재 각 토지 중 5,388/ 6,296 지분에 관하여 같은 법원 같은 해 5. 14. 접수 제10814호로 말소된 같은 해 2. 3. 접수 제2753호 소외 김○숙, 차○희 명의의 강제경매신청등기의 각 회복등기절차에 승낙의 의사표시를 하라
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] ① 집행법원의 가처분 취하를 원인으로 한 말소촉탁에도 불구하고 등기공무원이 착오로 가처분 등기를 말소하지 아니한 처분 및 그 후의 집행법원의 가처분 해제를 원인으로 한 말소촉탁에 의한 등기공무원의 가처분등기말소 처분과 가처분채무자의 신청에 따라 그 가처분등기의 말소 원인 일자를 당초의 가처분 취하일로 소급하는 내용의 등기공무원의 경정등기처분이 민사소송법 제422조 제1항 제8호 소정의 재심사유에 있어서의 ‘행정처분’에 각 해당한다고 한 사례

② 등기공무원의 직권말소회복등기에 있어 회복될 등기와 등기부상 양립할 수 없는 등기가 있는 경우, 그 등기명의자가 승낙청구의 상대방인 이해관계 있는 제3자에 해당되는지 여부 등기공무원이 직권으로 말소회복등기를 하여야 할 경우에 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 때에는 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판서 등본의 제출이 없는 한 그 회복등기를 할 수 없는바, 등기상 이해관계 있는 제3자라 함은 등기 기재의 형식상 말소된 등기가 회복됨으로 인하여 손해를 입을 우려가 있는 제3자를 의미하나, 회복될 등기와 등기부상 양립할 수 없는 등기가 된 경우에는 이를 먼저 말소하지 않는 한 회복등기를 할 수 없으므로, 이러한 등기는 회복등기에 앞서 말소의 대상이 될 뿐이고, 그 등기명의자를 승낙청구의 상대방인 이해관계 있는 제3자로 보아 별도로 그 승낙까지 받아야 할 필요는 없다.(서울고법 2000. 1. 25. 선고 99재나175 판결)

372) 대법원 1982.9.14. 선고 81다카923 판결

373) 대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결

㊦ 소유권이전등기말소회복등기 청구

원고에게 피고 강일국, 같은 전인숙, 같은 강일녀, 같은 강인숙은 별지 제1목록 기재 토지의 9/15지분권에 관하여, ○○지방법원 ○○등기소 1972. 1. 15. 접수 제1031호로 말소등기된 같은 등기소 1963. 2. 15. 접수 제1723호 소유권이전등기의 회복등기절차를, 피고 김○○는 같은 지분권에 관하여 같은 등기소 1974. 4. 15. 접수 제24423호로서 경료한 소유권이전등기의 말소등기절차를 각 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 말소등기를 명한 확정판결이 추완항소에 의하여 취소된 경우
 소유권이전등기의 말소등기를 명한 확정판결이 추완항소에 의하여 취소 확정된 경우에는 위 확정판결은 소급하여 취소되고 이에 기하여 한 말소등기는 원인 없이 이루어진 것이므로 실체적으로는 위 소유권이전등기를 가지고 있던 사람이 그 등기 내용대로 소유권을 가지고 있으며, 그 말소등기를 한 자는 그 회복등기절차를 이행할 의무가 있고, 그로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 자는 그 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.(대법원 1979.10.10. 선고 79다1447 판결)

㊦ 토지소유권이전등기말소회복등기등 청구(소유권확인)

1. 피고는

가. 원고 성○래, 박○윤, 박○충, 박○창, 박○정, 박○주, 박○의, 박○훈에게 별지 목록 기재 (1) 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1972. 2. 28. 접수 제22호로 말소등기된 위 등기소 1945. 10. 10. 접수 제2527호 소외 망 박○승 명의의 소유권이전등기의 회복등기절차를 이행하고,

나. 원고 문○아에게 별지 목록 기재 (2) 부동산에 관하여 위 등기소 1974. 4. 26. 접수 제4424호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차와, 위 등기소 1972. 3. 18. 접수 제3039호로 말소등기된 위 등기소 1945. 10. 10. 접수 제2513호 소외 망 원○홍 명의의 소유권이전등기의 회복등기절차를 각 이행하고,

다. 소외 이○도에게 별지 목록 기재 (3) 위 부동산에 관하여 위 등기소 1976. 6. 16. 접수 제4161호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차와, 위 등기소 1976. 6. 16. 접수 제4160호로 말소된 위 등기소 1945. 10. 8. 접수 제2485호로서 마쳐진 위 이○도 명의의 소유권이전등기의 회복등기절차를 각 이행하라.

2. 별지 목록 기재 (1)부동산이 원고 성○래, 박○윤, 박○충, 박○창, 박○정, 박○주, 박○의, 박○훈의, 별지 목록 기재 (2)부동산이 원고 문○아의 각 소유임을 확인한다.

3. 소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 귀속해제된 줄 모르고 국가의 귀속재산환수조치에 응하여 국가에 증여한 경우 의사표시의 중요부분에 착오가 있는지 여부

일본인으로부터 매수하여 귀속해제된 부동산임에도 불구하고 국가가 귀속재산이라고 주장하면서,

소유자가 국가의 귀속재산환수조치에 응하여 부동산을 국가에 증여하면 소유권자들이 점유권을 인정하여 수의계약으로 매수하도록 할 것이나 이에 응하지 않으면 소송을 제기하여 말소시킨 후 공매하겠다고 하므로, 귀속해제 사실을 모르는 소유자가 국가의 증여요구에 불응하는 경우의 불이익을 염려하여 국가에 부동산을 증여하였다면 이는 의사표시의 중요부분에 착오가 있어 취소할 수 있는 법률행위이다.(홍성지원 1987.10.30. 선고 87가합114 판결)

다. 가등기말소회복등기

㉔ 가등기말소회복등기 청구

피고는 원고에게 경북 ○○군 ○○면 ○○동 538-7 대 537㎡에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2015. 6. 7. 접수 제26441호로 말소등기된 같은 등기소 2014. 5. 12. 접수 제51243호 소유권이전등기청구권보전을 위한 가등기의 회복등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] ① 등기명의자가 등기부의 기재와 다른 등기원인을 주장하는 경우, 그 주장사실이 인정되지 않는 것만으로 등기의 추정력이 깨어지는지 여부

부동산등기는 그것이 형식적으로 존재하는 것 자체로부터 적법한 등기원인에 의하여 마쳐진 것으로 추정되고, 등기명의자가 등기부에 기재된 것과 다른 원인으로 등기 명의를 취득하였다고 주장하고 있지만 그 주장 사실이 인정되지 않는다고 하더라도 그 자체로 등기의 추정력이 깨어진다고 할 수 없으므로, 그와 같은 경우에도 등기가 원인 없이 마쳐진 것이라고 주장하는 쪽에서 그 무효 사유를 주장·입증할 책임을 지게 된다.

② 등기가 원인 없이 말소된 경우, 그 말소된 등기의 추정력

등기는 물권의 효력 발생 요건이고 존속 요건은 아니어서 등기가 원인 없이 말소된 경우에는 그 물권의 효력에 아무런 영향이 없고, 그 회복등기가 마쳐지기 전이라도 말소된 등기의 등기명의인은 적법한 권리자로 추정되므로 원인 없이 말소된 등기의 효력을 다투는 쪽에서 그 무효 사유를 주장·입증하여야 한다.

③ 말소회복등기의 의의

말소회복등기는 어떤 등기의 전부 또는 일부가 부적법하게 말소된 경우에 그 말소된 등기를 회복함으로써 처음부터 그러한 말소가 없었던 것과 같은 효력을 보유하게 할 목적으로 행하여지는 등기이다.

④ 부동산등기법 제75조 소정의 말소회복등기에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자의 의미
부동산등기법 제75조는 말소된 등기의 회복을 신청하는 경우에 등기상 이해관계가 있는 제3자가 있는 때에는 신청서에 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 한다고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 등기상 이해관계가 있는 제3자란 말소회복등기를 함으로써 손해를 입을 우려가 있는 사람으로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 기존의 등기부 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 사람이다.

⑤ 부적법하게 말소된 가등기의 회복등기절차에서 부동산등기법 제75조 소정의 승낙을 할 의무가 있는 등기상 이해관계 있는 제3자의 범위

가등기가 가등기권리자의 의사에 의하지 아니하고 말소되어 그 말소등기가 원인 무효인 경우에는

등기상 이해관계 있는 제3자는 그의 선의, 악의를 묻지 아니하고 가등기관리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있으므로, 가등기가 부적법하게 말소된 후 가처분등기, 근저당권 설정등기, 소유권이전등기를 마친 제3자는 가등기의 회복등기절차에서 등기상 이해관계 있는 제3자로서 승낙 의무가 있다.(대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결)

[참조판례] 가등기가 이루어진 부동산에 관하여 제3취득자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 후 그 가등기가 말소된 경우, 그 가등기의 회복등기청구의 상대방 말소된 등기의 회복등기절차의 이행을 구하는 소에서는 회복등기의무자에게만 피고적격이 있는바, 가등기가 이루어진 부동산에 관하여 제3취득자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 후 그 가등기가 말소된 경우 그와 같이 말소된 가등기의 회복등기절차에서 회복등기의무자는 가등기가 말소될 당시의 소유자인 제3취득자이므로, 그 가등기의 회복등기청구는 회복등기의무자인 제3취득자를 상대로 하여야 한다.(대법원 2009. 10. 15. 선고 2006다43903 판결)

☐ 가등기말소회복등기 청구

원고에게,

가. 피고 유○옥은 별지 목록 제12, 13, 14, 15기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 1978. 3. 7. 접수 제7984호로 말소등기된 같은 법원 1977. 10. 14. 접수 제36338호 소유권이전청구권보전을 위한 가등기의 회복등기 절차를, 피고 전○서는 별지 목록 제5, 6기재 부동산에 관하여 같은 법원 1978. 3. 7. 접수 제7985호로 말소등기된 같은 법원 1977. 8. 6. 접수 제2611호 소유권이전청구권보전을 위한 가등기의 회복등기절차를, 피고 전○서, 전○혁은 별지 목록 제7, 8, 9, 10, 11 기재 부동산에 관하여 같은 법원 1978. 4. 25. 접수 제16587호로 말소등기된 같은 법원 1977. 10. 14. 접수 제36337호 소유권이전청구권보전을 위한 가등기의 회복등기절차를 각 이행하라.

나. 피고 박○근은 위 각 말소된 가등기의 회복등기절차와 소외 유○수가 원고에게 별지 목록 제1, 2, 3, 4기재 부동산에 관하여 같은 법원 1978. 3. 7. 접수 제7983호로 말소등기된 같은 법원 1977. 8. 6. 접수 제26110호 소유권이전청구권보전을 위한 가등기의 회복등기절차를 이행함에 있어 각 이에 동의하라.

소송비용은 피고들이 부담한다.

※ 가등기 이후에 한 제3자의 등기가 직권 말소된 경우의 회복등기

가등기에 기한 본등기가 경료됨으로써 등기공무원이 직권으로 가등기후에 경료된 제3자의 소유권이전등기를 말소³⁷⁴⁾한 경우에 그 후에 그 가등기에 기한 본등기가 원인무효 등의 사유로 말소될 때에는 결국 그 제3자의 등기는 말소하지 아니할 것을 말소한 결과가 되므로 이때에는

374) 직권말소 : 가등기관자가 소유권이전의 본등기를 한 경우에는 등기공무원은 부동산등기법 제175조제1항, 제55조제2호에 의하여 가등기 이후에 한 제3자의 본등기를 직권 말소할 수 있다.(대법원 1962. 12. 24.자 4294민재항675 전원합의체결정)

등기공무원은 직권으로 그 말소등기의 회복등기를 하여야 하는 것이고, 그 회복등기를 소구할 이익이 없다. 375) 376)

㊥ 가등기말소회복등기 청구

피고들은 원고가 ○○시 ○○동 1132 답 2,151㎡에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1987. 6. 29. 접수 제7172호로서 말소된 1986. 3. 27. 접수 제2863호로서 마친 소유권이 전청구권가등기의 회복등기를 하는데 관하여 승낙하라.
소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] ① 당사자가 자발적으로 한 말소등기의 회복등기 가능 여부

부동산등기법 제75조의 말소회복등기란 어떤 등기의 전부 또는 일부가 실체적 또는 절차적 하자로 부적합하게 말소된 경우에 말소된 등기를 회복하여 말소당시에 소급하여 말소가 없었던 것과 같은 효과를 생기게 하는 등기를 말하는 것이므로 어떤 이유이건 당사자가 자발적으로 말소등기를 한 경우에는 말소회복등기를 할 수 없다.

② 부동산등기법 제75조 소정의 말소회복등기에 관하여 '등기상 이해관계가 있는 제3자'의 의미 같은 법 제75조 소정의 등기상 이해관계가 있는 제3자란 말소회복등기가 된다고 하면 손해를 입을 우려가 있는 사람으로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 기존의 등기부 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 자를 의미하고, 여기에서 말하는 '손해를 입을 우려'가 있는지의 여부는 제3자의 권리취득 등기시 (말소등기시)를 기준으로 할 것이 아니라 회복등기시를 기준으로 판별하여야 한다.(대법원 1990.6.26. 선고 89다카5673 판결, 공1990,1557)

㊥ 가등기말소회복등기 청구

피고는 원고에게 ○○시 ○○동 518-2 답 3,448㎡에 관하여, ○○지방법원 ○○등기소 1990. 4. 7. 순위 제18번 가등기에 기한 소유권이전등기로 인하여 말소된 같은 등기소 1990. 2. 10. 접수 제5256호 소유권이전청구권 가등기의 회복등기절차를 이행하고, 같은 등기소 1990. 2. 10. 접수 제5256호로 마친 소유권이전청구권 가등기에 기하여 같은 해 4. 1. 매매예약 완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 가등기에 기한 본등기가 경료됨으로써 제3자의 등기가 직권 말소된 후 본등기가 원인무효로 말소된 경우, 그 회복등기를 소구할 이익이 있는지 여부

375) 가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 됨으로써 등기공무원이 직권으로 가등기 후에 경료된 제3자의 소유권이전등기를 말소한 경우에 그 후에 가등기나 그 가등기에 기한 본등기가 원인무효의 등기라 하여 말소될 때에는 결국 위 제3자의 소유권이전등기는 말소되지 아니할 것을 말소한 결과가 되므로 이때는 등기공무원이 직권으로 그 말소등기의 회복등기를 하여야 할 것이므로 그 회복등기를 소구할 이익이 없다.(대법원 1983. 3. 8. 선고 82다카1168 판결)

376) 대법원 1995. 5. 26. 선고 95다6878 판결, 대법원 1982. 1. 26. 선고 81다2329, 2330 판결 등 참조

가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 경료됨으로써 등기공무원이 직권으로 가등기후에 경료된 제3자의 등기를 말소한 경우 그 후에 그 가등기에 기한 본등기가 원인무효등의 사유로 말소된 때에는 결국 그 제3자의 등기는 말소하지 아니할 것을 말소한 결과가 되므로 등기공무원은 직권으로 그 말소등기의 회복등기를 하여야 하는 것이고, 따라서 그 회복등기를 소구할 이익이 없다.(대법원 1995.5.26. 선고 95다6878 판결)

[참조판례] 가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 됨으로써 직권으로 말소된 등기의 회복에 있어서 회복등기의무자 및 승낙청구의 상대방

말소등기의 회복에 있어서 말소된 원등기가 공동신청으로 된 것인 때에는 그 회복등기도 공동신청에 의함이 원칙이나, 다만 등기공무원이 말소할 수 없는 등기를 직권으로 말소한 경우(가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 됨으로써 등기공무원이 직권으로 가등기 후에 경료된 제3자의 소유권이전 등기를 말소하였으나 그 후 위 가등기에 기한 본등기가 원인무효의 등기라 하여 말소된 때)에는 부동산등기법 제175조를 준용하여 직권으로 말소회복등기를 하여야 하므로 회복등기절차 이행청구는 등기의무자 아닌 자에 대한 청구로서 부적법하다.(대법원 1982.1.26. 선고 81다2329, 2330 판결)

라. 근저당권설정등기말소회복등기

❖ 근저당권설정등기말소회복등기 청구

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 1998. 8. 16. 접수 제37589호로 말소등기된 같은 법원 1998. 5. 15. 접수 제21283호 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] ① 근저당권설정등기가 불법 말소된 후 목적 부동산이 경매절차에서 경락된 경우, 그 근저당권의 소멸 여부

부동산에 관하여 근저당권설정등기가 경료되었다가 그 등기가 위조된 등기서류에 의하여 아무런 원인 없이 말소되었다는 사정만으로는 곧바로 근저당권이 소멸하는 것은 아니라고 할 것이지만, 부동산이 경매절차에서 경락되면 그 부동산에 존재하였던 근저당권은 당연히 소멸하는 것이므로, 근저당권설정등기가 원인 없이 말소된 이후에 그 근저당 목적물인 부동산에 관하여 다른 근저당권자 등 권리자의 경매신청에 따라 경매절차가 진행되어 경락허가결정이 확정되고 경락인이 경락대금을 완납하였다면, 원인 없이 말소된 근저당권은 이에 의하여 소멸한다.

② 근저당권설정등기가 불법 말소된 후 목적 부동산이 경매절차에서 경락됨으로써 근저당권이 소멸한 경우, 그 근저당권자의 구제 방법

근저당권설정등기가 위법하게 말소되어 아직 회복등기를 경료하지 못한 연유로 그 부동산에 대한 경매절차에서 피담보채권액에 해당하는 금액을 전혀 배당받지 못한 근저당권자로서는 위 경매절차에서 실제로 배당받은 자에 대하여 부당이득반환 청구로서 그 배당금의 한도 내에서 그 근저당권설정등기가 말소되지 아니하였더라면 배당받았을 금액의 지급을 구할 수 있을 뿐이고, 이미 소멸한 근저당권에 관한 말소등기의 회복등기를 위하여 현소유자를 상대로 그 승낙의 의사표시를 구할 수는 없다.(대법원 1998. 10. 2. 선고 98다27197 판결)

❖ 근저당권설정등기말소회복등기 청구(승낙의사, 근저당권이전등기, 확인, 대위에 의한)

1. 피고 박동일, 김일남, 김일녀, 김이녀, 김삼녀에게,
가. 피고 유영철은 별지 기재 ①, ② 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1996. 6. 18. 접수 제23101호로 말소등기된 같은 등기소 1991. 9. 17. 접수 제34512호 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행하고,
나. 피고 김동명, 정리회사 주식회사 ○○종합건설의 관리인 조봉현은 위 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.
2. 피고 김일남, 김일녀, 김이녀, 김삼녀는 원고에게 별지 기재 각 부동산에 대하여 ○○지방법원 ○○등기소 1991. 9. 17. 접수 제34512호로 경료한 근저당권 중 유정숙(190000-1234567) 지분에 관하여 1997. 2. 23. 채권양도를 원인으로 한 근저당권이전등기절차를 이행하라.
3. 원고와 피고 박동일 사이에 있어서, 제2항 기재 근저당권에 대한 피고 박동일의 지분은 100분의 15, 소외 유정숙의 지분은 100분의 85임을 확인한다.

[참조판례] 수인의 근저당권자 명의로 하나의 근저당권이 설정된 경우, 근저당권에 대한 준공유지분의 확정 방법

수인의 근저당권자 명의로 하나의 근저당권이 설정된 경우 공유근저당권은 준공유자들의 피담보채권을 모두 합쳐서 채권최고액까지 담보하는 것으로서, 피담보채권이 확정되기 전에는 근저당권에 대한 준공유비율을 정할 수 없고, 피담보채권이 확정된 후에는 공유근저당권자들은 각자의 확정된 채권액의 비율에 따라 근저당권을 준공유하는 것이며, 민법 제262조 제2항은 근저당권의 준공유관계에는 준용되지 않는다.(서울지법 1997. 12. 22. 선고 97가합16522 판결)

❖ 근저당권설정등기말소회복등기 청구(근저당권·지상권설정등기회복, 승낙의사표시)

원고에게, 피고 황○○는 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1993. 4. 13. 접수 제4186호로 말소등기된 같은 등기소 1992. 12. 26. 접수 제15943호 근저당권설정등기와, 같은 등기소 1993. 4. 13. 접수 제4187호로 말소등기된 같은 등기소 1992. 12. 29. 접수 제16044호 지상권설정등기의 각 회복등기절차를 이행하고, 피고 김○○은 별지 목록 기재 제2. 부동산에 관하여 위 각 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] 불법으로 말소된 근저당권설정등기의 회복등기가 불가능하다고 한 사례
부동산에 관하여 근저당권설정등기가 경료되었다가 그 등기가 위조된 관계서류에 기하여 아무런 원인 없이 말소되었다는 사정만으로는 곧바로 근저당권이 소멸하는 것은 아니라고 할 것이지만, 부동산이 경매절차에서 경락되면 그 부동산에 존재하였던 저당권은 당연히 소멸하는 것이므로, 근저당권설정등기가 원인 없이 말소된 이후에 근저당목적물인 부동산에 관하여 다른 근저당권자

등 권리자의 신청에 따라 경매절차가 진행되어 경락허가결정이 확정되고 경락인이 경락대금을 완납하였다면, 원인 없이 말소된 근저당권은 소멸하였다고 한 사례.(대법원 1998. 1. 23. 선고 97다43406 판결)

㊟ 근저당권설정등기말소회복등기등 청구(근저당권설정등기·지상권설정등기 말소회복)

피고는 원고에게 ○○시 ○○면 ○○ 산 54-2 임야 10,944㎡ 중 같은 피고 명의의 10,944분의 2,791지분에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1998. 7. 10. 접수 제49409호로 말소등기된 같은 등기소 1997. 12. 5. 접수 제84969호, 제84971호 각 근저당권설정등기와 같은 등기소 1998. 7. 10. 접수 제49410호로 말소등기된 같은 등기소 1997. 12. 5. 접수 제84970호 지상권설정등기의 각 회복등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 말소회복등기절차에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙의무 말소회복등기절차에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자가 있어 그의 승낙이 필요한 경우라고 하더라도, 그 제3자가 등기권리자에 대한 관계에 있어 그 승낙을 하여야 할 실체법상의 의무가 있는 경우가 아니면, 그 승낙요구에 응하여야 할 이유가 없다.(대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결)

마. 전세권설정등기말소회복등기

㊟ 전세권설정등기말소회복등기 청구

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2009. 7. 22. 접수 제12388호로 말소등기된 같은 등기소 2008. 6. 19. 접수 제11124호 전세권설정등기의 회복등기 절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

㊟ 양수금등 청구(전세권설정등기말소 회복등기)

피고는 원고에게 160,000,000원 및 이에 대한 소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚을 때까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하고, 별지 목록 기재 부동산들에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2014. 7. 1. 접수 제40387호로 말소등기된 같은 등기소 2011. 1. 16. 접수 제2511호 전세권설정등기의 회복등기 절차를 이행하라

[참조판례] 전세금반환채권을 전세권과 분리하여 양도할 수 있는지 여부
전세권이 담보물권적 성격도 가지는 이상 부종성과 수반성이 있는 것이므로 전세권을 그 담보하는 전세금반환채권과 분리하여 양도하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이나, 한편 담보물권의 수반성이란 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 담보물권도 함께 처분된다는 것이 아니라, 채권 담보라고

하는 담보물권 제도의 존재 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 담보물권의 처분도 포함된다고 보는 것이 합리적이라는 것일 뿐이므로, 전세권이 존속기간의 만료로 소멸한 경우이거나 전세계약의 합의해지 또는 당사자 간의 특약에 의하여 전세권반환채권의 처분에 도 불구하고, 전세권의 처분이 따르지 않는 경우 등의 특별한 사정이 있는 때에는 채권양수인은 담보물권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 된다.(대법원 1997. 11. 25. 선고 97다29790 판결)

바. 지상권설정등기말소회복등기

㉔ 지상권설정등기말소회복등기등 청구(말소회복, 승낙의사표시)

원고에게, 피고 1. 내지 45.는 별지 목록 해당란 기재 각 부동산에 관하여 같은 목록 해당란 기재와 같이 각 말소등기된 각 지상권설정등기의 회복등기절차를 이행하고, 피고 46.은 원고가 위 회복등기를 함에 이를 승낙하라.

[참조판례] 말소등기나 기타의 처분이 무효이지만 당사자가 자발적으로 말소등기를 한 경우 말소회복등기의 가부

부동산등기법 제75조 소정의 말소회복등기란 어떤 등기의 전부 또는 일부가 부적법하게 말소된 경우에 말소된 등기를 회복하여 말소 당시에 소급하여 말소가 없었던 것과 같은 효과를 생기게 하는 등기를 말하는 것으로서, 여기서부적법이란 실체적 이유에 기한 것이건 절차적 하자에 기한 것임을 불문하고 말소등기나 기타의 처분이 무효인 경우를 의미하는 것이기 때문에 어떤 이유이건 당사자가 자발적으로 말소등기를 한 경우에는 말소회복등기를 할 수 없다.(대법원 1993.3.9. 선고 92다39877 판결)

사. 가압류등기의 회복등기

㉔ 가압류회복등기 청구

피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1999. 3. 7. 접수 제1234호로 말소등기된 위 같은 등기소 접수 제2340호로 경료된 각 가압류결정기입등기의 각 회복등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 부동산가압류해제신청의 무효를 내세워 가압류채무자를 상대로 말소된 가압류등기의 회복등기절차이행을 구하는 소의 적법여부

부동산가압류결정기입등기는 채무자의 의사에 기하지 아니한 채 집행법원의 직권에 의한 기입촉탁에 따라 하는 것이므로, 가압류해제신청이 무효임을 이유로 말소된 가압류등기의 회복을 구하는 경우에도 이 역시 촉탁법원의 촉탁 등의 방법에 의하여야 할 것이지 가압류채무자를 상대로 제소할 것이 아니다.(동부지원 1987. 2. 13 선고 86가단3310 판결)

아. 가처분등기의 회복등기

㊦ 가처분등기말소등기회복등기 청구(회복등기, 승낙의사표시)

원고에게, 피고 한○○는 충남 ○○군 ○○면 ○○리 21-3 대 835㎡에 관하여 ○○지방법원 ○○지원 1990. 3. 20. 접수 제9586호로써 말소등기된 같은 법원 1989. 9. 18. 접수 제68476호 가처분등기의 회복등기절차를 이행하고, 피고 임○은 위 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 부동산처분금지가처분등기가 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우, 가처분채권자가 말소 당시의 소유자를 상대로 회복등기를 소구할 수 있는지 여부 및 이 경우 위 말소된 등기의 회복절차에 대한 승낙청구의 소를 제기할 수 있는지 여부

부동산처분금지가처분의 기입등기는 채권자나 채무자가 직접 등기공무원에게 이를 신청하여 행할 수는 없고 반드시 법원의 촉탁에 의하여야 하는바, 이와 같이 당사자가 신청할 수 없는 처분금지가처분의 기입등기가 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 법원의 촉탁에 의하여 행하여야 하므로, 이 경우 처분금지가처분 채권자가 말소된 가처분기입등기의 회복등기절차의 이행을 소구할 이익은 없고, 다만 그 가처분기입등기가 말소될 당시 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료하고 있는 자는 법원이 그 가처분기입등기의 회복을 촉탁함에 있어서 등기상 이해관계가 있는 제3자에 해당하므로, 처분금지가처분 채권자로서는 그 자를 상대로 하여 법원의 촉탁에 의한 그 가처분기입등기의 회복절차에 대한 승낙청구의 소를 제기할 수는 있다.(대법원 1997. 2. 14. 선고 95다13951 판결)

[참조판례] 말소된 가처분기입등기의 회복등기절차에서 가처분기입등기 경료 후 소유권이전등기를 마친 자가 그 회복등기에 승낙할 의무가 있는지 여부

가처분기입등기가 경료된 후에 등기부상 권리를 취득한 자는 말소된 가처분기입등기의 회복등기에 관하여 이해관계 있는 제3자이고, 또한 가처분권리자가 그 가처분을 하게 된 본안소송에서 승소판결을 받아 그에 기하여 가처분권리자 앞으로 소유권이전등기를 할 수 있게 되면 가처분기입등기 경료 후에 등기부상 권리를 취득한 자는 자신 명의의 소유권이전등기를 말소하여 줄 입장에 놓이게 되므로, 가처분기입등기 경료 후에 등기부상 권리를 취득한 자는 위 가처분권리자에 대하여 가처분기입등기의 회복등기에 승낙할 실체법상의 의무가 있다.(대법원 1997. 12. 9. 선고 97다25521 판결)

㊦ 처분금지가처분등기말소등기회복등기 청구

피고는 원고에게, 별지 목록 기재 제1부동산에 관하여 ○○지방법원 1999. 1. 22. 접수 제5311호로 말소등기된 1998. 4. 24. 접수 제25464호 가처분등기 및 같은 목록 기재 제2부동산에 관하여 ○○지방법원 1999. 1. 22. 접수 제5310호로 말소등기된 1998. 4. 24. 접수 제25464호 가처분등기에 대한 각 회복등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 갑으로부터 토지를 매수하였다고 주장하는 을이 갑에 대한 소유권이전등기청구권을

보전하기 위하여 갑의 병에 대한 원인무효로 인한 소유권이전등기말소청구권을 대위하여 병을 상대로 처분금지가처분을 하였는데, 을과 병 사이의 별개의 소송에서 위 토지에 관하여도 조정이 성립된 결과 병으로부터 을에게로 소유권이전등기가 경료된 경우, 위 처분금지가처분의 효력이 을의 병에 대한 소유권이전등기청구권의 보전에도 미친다고 본 사례

갑으로부터 토지를 매수하였다고 주장하는 을이 갑에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 갑의 병에 대한 원인무효로 인한 소유권이전등기말소등기청구권을 대위하여 병을 상대로 처분금지가처분을 한 경우 그 피보전권리는 갑의 병에 대한 소유권이전등기말소청구권이라 할 것이고, 그 가처분의 본안소송은 을이 갑에 대하여는 소유권이전등기를 구하고 병에 대하여는 갑을 대위하여 소유권이전등기말소등기를 구하는 소송이 된다 할 것인데, 위와 같은 경우 갑, 을, 병 사이에 중간생략등기의 합의가 있다면 갑을 거치지 아니하고 병으로부터 을에게로 직접 소유권이전등기를 경료하는 것이 가능하고 또한, 갑과의 합의 없이 병으로부터 직접 을에게로 소유권이전등기를 경료하더라도 중간생략등기의 합의가 없었다는 사유로써 그 등기를 무효라고 할 수 없으며, 한편 보전처분의 피보전권리와 본안의 소송물인 권리는 엄격히 일치함을 요하지 않으며 청구의 기초의 동일성이 인정되는 한 그 보전처분의 보전의 효력은 본안소송의 권리에 미친다고 할 것인바, 을과 병 사이의 별개의 소송중 당사자들 사이에 조정이 성립되면서 위 토지에 관한 쌍방의 분쟁을 포함시키고, 그 조정의 결과에 따라 병이 갑을 거치지 않고 직접 을에게 위 토지에 관하여 소유권이전등기를 경료하였다면 위 가처분의 목적은 달성되었다고 할 것이므로 결국 위 토지에 관하여 원인무효로 인한 말소등기청구권을 피보전권리로 하여 이를 대위행사한 위 처분금지가처분의 효력은 위 조정의 대상이 된 을의 병에 대한 소유권이전등기청구권의 보전에도 미친다.(수원지법 2000.11.8. 선고 99나17675 판결)