

차. 폐쇄한 등기기록에 기록된 등기의 말소 청구

(1) 개 설

폐쇄등기부에 기재되어 있는 등기는 현재의 등기로서의 효력이 없으므로 그 말소를 구할 소송상의 이익이 없고,³⁵³⁾ 그 회복절차에 관해서 법률상 규정이 없으므로 그 회복을 구할 수 없을 뿐만 아니라,³⁵⁴⁾ 회복이 가능함을 전제로 하는 폐쇄등기용지상의 소유권이전등기의 말소 청구도 할 수 없다.³⁵⁵⁾³⁵⁶⁾ 그러나 부동산등기법 제33조가 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록할 수 있도록 정하고 있는 것은 등기 실무의 편의를 고려한 것이고, 이로 인하여 진정한 권리자의 권리구제가 곤란하게 되어서는 안 된다. 등기가 원인 없이 순차 이전된 상태에서 현재 효력이 있다고 보이는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄함으로써 진정한 권리자의 등기와 그로부터 원인 없이 이전된 등기가 폐쇄등기로 남게 되는 경우와 같이, 새로운 등기기록에 옮겨 기록되지 못하는 폐쇄등기이지만 진정한 권리자의 권리실현을 위해서 말소등기를 마쳐야 할 필요가 있는 때에는 등기가 폐쇄등기로 남아 있다는 이유로 말소등기절차의 이행을 구하는 소의 이익을 일률적으로 부정할 수 없다. 폐쇄등기 자체를 대상으로 하는 것이 아니라, 원인 없이 이전된 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요하여 ‘현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 위와 같은 이전등기’를 대상으로 말소등기절차의 이행을 구하는 소는 특별한 사정이 없는 한 허용되어야 한다. 이러한 사건에서 말소등기절차의 이행을 명하는 판결이 확정되고 현재의 등기기록에 이미 기록되어 있는 등기 중 진정한 권리자의 등기와 양립할 수 없는 등기가 모두 말소되면, 등기관은 직권으로 위 말소등기절차의 이행을 명하는 판결에서 말소등기청구의 대상이 된 위 등기를 현재의 등기기록에 옮겨 기록한 다음 그 등기에서 위 확정판결에 기한 말소등기를

353) 폐쇄된 등기부상에 기재된 등기는 현재의 등기로서의 효력이 없으므로 그 말소를 구할 소송상의 이익이 없다.(대법원 1980. 10. 27. 선고 80다223 판결)

354) 폐쇄등기부에 기재되어 있는 등기는 현재의 등기로서의 효력이 없고, 그 회복절차에 관해서 법률상 규정이 없으므로 그 회복은 이를 구할 수 없다.(대법원 1979. 9. 25. 선고 78다1089 판결)

355) 폐쇄등기부에 기재된 등기는 현재의 등기로서의 효력이 없고 그 회복절차에 관하여는 법률상 아무런 규정이 없으므로 회복절차 이행을 구할 수 없을 뿐만 아니라 회복이 가능함을 전제로 하는 폐쇄등기용지상의 소유권이전등기의 말소등기절차이행청구도 할 수 없다.(대법원 1980. 12. 9. 선고 80다1389 판결)

356) 등기관이 부동산등기법 제33조에 따라 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄하는 경우, 새로운 등기기록에는 기록되지 못한 채 폐쇄된 등기기록에만 남게 되는 등기(이하 ‘폐쇄등기’라 한다)는 현재의 등기로서의 효력이 없고, 폐쇄된 등기기록에는 새로운 등기사항을 기록할 수도 없다. 따라서 폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소등기절차의 이행을 구할 소의 이익은 없다.(대법원 2016. 1. 28. 선고 2011다41239 판결, 대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결 등 참조)

실행할 수 있다고 보아야 한다. 부동산등기법에 이에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않지만, 부동산등기법 제32조 제2항을 유추하여 위와 같은 결론을 도출할 수 있다. 위 규정은 ‘등기관이 등기의 착오나 빠진 부분이 등기관의 잘못으로 인한 것임을 발견한 경우에는 지체 없이 그 등기를 직권으로 경정하여야 한다.’고 정하고 있는데, 폐쇄등기와 관련하여 위와 같은 요건을 갖춘 경우에 등기관은 당사자들의 권리를 구제하기 위하여 새로운 등기기록에 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요한 등기도 함께 옮겨 기록하였어야 함에도 이를 누락한 것으로 볼 수 있기 때문이다.³⁵⁷⁾ 그리고 이러한 법리는 토지분할 과정에서 분할 전 토지의 등기기록에는 남아 있으나 분할 후 새로운 등기기록을 사용하는 토지의 등기기록에는 옮겨 기록되지 못한 등기에도 마찬가지로 적용된다.³⁵⁸⁾

(2) 청구취지 기재례

☐ 소유권이전등기말소회복등기등 청구

1. 주식회사 ○○(100000-00000000)에 대하여,
 - (1) ○남 ○○시 ○○동 12 대 6,552.4㎡ 중, (가) 피고 김영일은 2,943.22/6,552.4 지분에 관하여, 피고 장영이는 1,788.42/6,552.4 지분에 관하여 각 ○○지방법원 ○○지원 1993. 7. 29. 접수 제11957호로 말소등기된, 같은 법원 1991. 6. 29. 접수 제12342호로 마친 소유권이전등기의 회복등기 절차를 이행하고, (나) ○○○ 주식회사는 위 각 말소회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하고,
 - (2) ○남 ○○시 ○○면 ○○리 34 대 19,787.5㎡ 중, (가) 피고 김영일은 1,679.87/19,787.5 지분에 관하여, 피고 장영이는 1,679.87/19,787.5 지분에 관하여 ○○지방법원 ○○지원 1993. 7. 29. 접수 제 11957호로 말소등기된, 같은 법원 1991. 6. 29. 접수 제12342호로 마친 소유권이전등기의 각 회복등기 절차를 이행하고, (나) 피고 조영오는 위 각 말소회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.
2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] 진정한 권리자의 권리실현을 위하여 폐쇄등기에 대하여 말소회복등기를 마쳐야 할 필요가 있는 경우, 말소된 권리자의 등기와 이를 회복하는 데 필요하여 함께 옮겨 기록되어야 하는 등기를 대상으로 말소회복등기절차 등의 이행을 구할 소의 이익이 있는지 여부(적극) 및 이러한 법리는 토지분할 과정에서 분할 전 토지의 등기기록에는 남아 있으나 분할 후 새로운 등기기록을 사용하는 토지의 등기기록에는 옮겨 기록되지 못한 등기에 대하여도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)

357) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2011다41239 판결, 대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결

358) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2011다41239 판결, 대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결

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. 그러나 부동산등기법 제33조가 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록할 수 있도록 규정하고 있는 것은 등기실무의 편의를 고려한 것이고, 이로 인하여 진정한 권리자의 권리구제가 곤란하게 되어서는 아니 되므로, 등기가 부적법하게 말소된 상태에서 현재 효력이 있다고 보이는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄함으로써 진정한 권리자의 말소된 등기가 폐쇄등기로 남게 되는 경우와 같이, 새로운 등기기록에 옮겨 기록되지는 못하였지만 진정한 권리자의 권리실현을 위하여는 말소회복등기를 마쳐야 할 필요가 있는 때에도 등기가 폐쇄등기로 남아 있다는 이유로 말소회복등기절차의 이행을 구하는 소의 이익을 일률적으로 부정하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 따라서 이러한 경우에는 등기가 부적법하게 말소되지 아니하였더라면 현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 말소된 권리자의 등기 및 그 등기를 회복하는 데에 필요하여 함께 옮겨 기록되어야 하는 등기에 관하여 말소회복등기절차 등의 이행을 구하는 소를 제기하고, 그 사건에서 말소회복등기절차 등의 이행을 명하는 판결이 확정되는 한편 현재의 등기기록에 이미 기록되어 있는 등기 중 말소회복등기와 양립할 수 없는 등기가 모두 말소되면, 등기관은 새로운 등기기록에 등기사항을 처음 옮겨 기록할 당시 말소된 권리자의 등기 및 그 등기를 회복하는 데에 필요한 등기도 함께 옮겨 기록하였어야 함에도 이를 누락한 것으로 보아 부동산등기법 제32조에 의하여 직권으로 이들 등기를 현재의 등기기록에 옮겨 기록한 다음 그 등기에서 위 확정판결에 기한 말소회복등기 등을 실행할 수 있다. 그렇다면 폐쇄등기 자체를 대상으로 하는 것이 아니라, 부적법하게 말소되지 아니하였더라면 현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 말소된 권리자의 등기 및 그 등기를 회복하는 데에 필요하여 함께 옮겨 기록되어야 하는 등기를 대상으로 말소회복등기절차 등의 이행을 구하는 소는 소의 이익을 인정할 수 있다. 그리고 이러한 법리는 토지분할 과정에서 분할 전 토지의 등기기록에는 남아 있으나 분할 후 새로운 등기기록을 사용하는 토지의 등기기록에는 옮겨 기록되지 못한 등기에 대하여도 마찬가지로 적용할 수 있다.(대법원 2016. 1. 28. 선고 2011다41239 판결)

❖ 소유권이전등기말소등기 청구

1. 주식회사 ○○(100000-00000000)에 대하여,
 - 가. 피고 ○○○ 주식회사는 ○남 ○○시 ○○동 12 대 6,552.4㎡ 중, 4,731.64/6,552.4 지분에 관하여 ○○지방법원 ○○지원 2007. 1. 12. 접수 제918호로 마친 소유권이전등기의 말소등기 절차를 이행하고,
 - 나. ○남 ○○시 ○○면 ○○리 34 대 19,787.5㎡ 중 3,359.74/19,787.5 지분에 관하여, 피고 ○○건설 주식회사는 ○○지방법원 ○○지원 2007. 1. 12. 접수 제917호로 마친 소유권이전등기의, 피고 ○○신탁 주식회사는 ○○지방법원 ○○지원 2007. 10. 10. 접수 제26971호로 마친 소유권이전등기의 각 말소등기 절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

☐ 소유권이전등기말소등기 청구

1. 원고에게,

가. 피고 ○○○주식회사는 별지 목록 기재 제2토지 중 별지 도면 표시 1, 2, 7, 8, 1의 각 점을 순차로 연결한 선내 ㉔부분 145㎡에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2010. 3. 17. 접수 제12870호로 마친 소유권이전등기의, 같은 등기소 2010. 4. 9. 접수 제17889호로 마친 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하고,

나. 피고 김영삼은 별지 목록 기재 제3토지 중 별지 도면 표시 2, 3, 4, 6, 7, 2의 각 점을 순차로 연결한 선내 ㉔부분 342㎡에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2010. 3. 17. 접수 제12871호로 마친 소유권이전등기의, 같은 등기소 2010. 4. 9. 접수 제17890호로 마친 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하고, 별지 목록 기재 제4토지 중 별지 도면 표시 4, 5, 6, 4의 각 점을 순차로 연결한 선내 ㉔부분 9㎡에 관하여 같은 등기소 2010. 3. 17. 접수 제12871호로 마친 소유권이전등기의, 같은 등기소 2010. 4. 9. 접수 제17891호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고,

다. 피고 정영일은 별지 목록 기재 제1토지에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2001. 8. 11. 접수 제34769호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] 순차로 마쳐진 소유권이전등기에 관하여 최종 등기명의자에게 등기말소를 구할 수 있는지와 관계없이 중간의 등기명의자에게 등기말소를 구할 소의 이익이 있는지 여부(적극)
순차로 마쳐진 소유권이전등기에 관하여 각 말소등기절차의 이행을 청구하는 소송은 보통공동소송이므로 그중 어느 한 등기명의자만을 상대로 말소를 구할 수 있고, 최종 등기명의자에게 등기말소를 구할 수 있는지와 관계없이 중간의 등기명의자에게 등기말소를 구할 소의 이익이 있다.(대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결)

☐ 소유권이전등기말소등기 청구

원고에게, 피고 한영국, 같은 한영철, 같은 한영팔은 별지 목록 제1기재 부동산의 각 2/10지분, 피고 한순옥, 같은 한순명, 같은 한순일, 같은 한순영은 같은 부동산의 각 1/10지분에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1960. 11. 23. 접수 제1201호로써 경료한 소유권이전등기의, 피고 한순영은 별지 목록 제2, 3기재 각 부동산에 관하여 같은 등기소 1966. 12. 14. 접수 제3660호로써 경료한 각 소유권이전등기의, 피고 ○○신용협동조합은 별지 목록 제3기재 부동산에 관하여 같은 등기소 1984. 7. 27. 접수 제22104호로써 경료한 소유권이전등기의 가 말소등기절차를 각 이행하라.

소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] 소유권이전등기말소청구소송에서 예고등기의 촉탁을 하지도 않고 소의 이익이 없다고 각하한 원심이나 제1심조치의 적부

등기원인의 무효 또는 취소를 청구원인으로 한 폐쇄등기부상의 소유권이전등기말소청구의 소송에서 법원이 부동산등기법 제39조, 같은법시행규칙 제113조의 규정에 따른 예고등기의 촉탁을 하지도 않고 소의 이익이 없다고 각하하였다면 이는 위 법규에 따라 수소법원이 하여야 할 절차를 다하지 아니한 위법이 있다.(대법원 1988.10.11. 선고 87다카21 판결)

㊦ 소유권이전등기말소등기 청구

피고 ○○군은 별지 제1목록 각 토지에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1970. 12. 19.자 접수 제12257호(같은 목록 ①토지), 제12240호(같은 목록 ②토지), 제12256호(같은 목록 ③토지), 제12255호(같은 목록 ④토지), 제12256호(같은 목록 ⑤, ⑥토지), 제12257호(같은 목록 ⑦토지)로서 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를, 피고 ○○공업주식회사는 위 같은 목록 ① 내지 ⑦ 각 토지에 관하여 같은 등기소 1975. 12. 31. 접수 제15801호로서 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 각 이행하라.
소송비용은 피고들이 부담한다.

㊦ 소유권이전등기말소등기 청구

원고에게, 피고 서○예, 박○향, 박○창, 박○성, 박○순(이상 망 박○수의 소송수계인)은 별지 목록 기재 제1, 2부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1965. 6. 30. 접수 제4722호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를, 피고 김○덕은 같은 목록 기재 제1부동산에 관하여 같은 등기소 1972. 5. 1. 접수 제10635호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 각 이행하라.
소송비용은 피고들이 부담한다.

㊦ 소유권보존등기말소등기 청구(예비적 병합)

주위적으로, 피고는 원고에게 별지기재 부동산에 관하여 1972. 2.17. ○○지방법원 인제등기소 접수 제628호로 경료한 소유권보존등기의 말소등기절차를 이행하라.
예비적으로, 피고는 원고에게 별지기재 부동산에 관하여 1989. 3.26. 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 폐쇄등기부상 소유권보존등기의 말소를 구할 소의 이익이 있는지 여부
갑 명의의 소유권보존등기가 폐쇄등기부상의 등기라고 하더라도 을이 원인무효를 이유로 갑 명의의 소유권보존등기말소등기절차를 구하는 소를 제기하면 수소법원이 폐쇄등기부상의 소유권보존등기

에 관하여 예고등기를 촉탁하여 그 예고등기가 행하여짐으로써 부동산등기법시행규칙 제113조에 따라 그 소유권보존등기는 신등기용지에 이기되므로 올로서는 그 등기의 말소를 구할 소송상의 이익이 있다.(대법원 1994. 10. 28. 선고 94다33835, 94다33842 판결)

☐ 소유권이전등기말소등기등 청구

1. 원고에게

가. 피고 이○애, 같은 이○선, 같은 이○영, 같은 이○득, 같은 이○각, 같은 이○성, 같은 이○창은 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 1969. 7. 1. 접수 제21910호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고,

나. 같은 피고들은 별지 목록 기재 부동산에 관하여 같은 법원 1968. 7. 4. 접수 제20858호로 말소한 ○○지방법원 1958. 1. 9. 접수 제180호, 1958. 1. 8. 매매를 원인으로 한 원고 명의의 소유권이전등기 회복등기절차를 이행하고, 예비적으로 피고 이○애, 같은 이○선, 같은 이○영, 같은 이○득, 같은 이○각, 같은 이○성, 같은 이○창은 별지 목록 기재 부동산에 관하여, 등기명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

다. 피고 장○현은 별지 목록 기재 부동산 중 86650분의 1530 지분에 관하여 ○○지방법원 1969. 3. 13. 접수 제6948호로 마친 지분소유권이전등기의 말소등기절차를, 같은 장○준은 위 부동산 중 86650분의 982 지분에 관하여, 같은 법원 1969. 3. 3. 접수 제5864호로 마친 지분소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

2. 소송비용은 피고들이 부담한다.