

6) 말소등기회복등기 청구

가) 소송요건(직권조사사항)

말소등기회복등기 청구의 소는 부적법하게 말소된 등기의 등기절차상 '회복등기권리자(원고적격)'가 '회복등기의무자(피고적격)'를 상대로 제기하여야 한다.¹¹⁸⁸⁾

1188) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다204737 판결: "임대주택법 제18조에 의한 금지사항 부기등기나 그 말소는 임대사업자 단독의 신청이나 등기관 직권 또는 법원의 촉탁에 의하여 이루어지도록 되어 있으므로 말소된

가등기나 근저당권 설정등기가 부적법하게 말소된 경우 그 말소 당시의 소유자가 회복 등기의무자로서 피고적격이 있으므로, 가등기 등이 말소된 후 제3자 앞으로 소유권이전 등기가 마쳐진 경우에는 종전 소유자,¹¹⁸⁹⁾ 제3자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 후 가 등기 등이 말소된 경우에는 제3취득자를 상대로 회복등기청구를 하여야 한다.¹¹⁹⁰⁾

원인 없이 말소된 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행과 그 회복등기에 대한 승낙 의 의사표시를 구하는 소송 도중에 그 근저당목적물인 부동산에 관하여 경매절차가 진행 되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납하였다면, 그 매각부동산에 설 정된 근저당권은 당연히 소멸하므로, 위 소송은 소의 이익이 없게 된다.¹¹⁹¹⁾

등기가 등기관인 직권 또는 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 등기관인 직권 또는 법원의 촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 그와 같은 등기의 '회복등 기절차의 이행'을 소구할 이익은 없으나, 말소될 당시 소유권이전등기를 경료하고 있는 사람을 상대로 등기회복절차에 대한 '승낙청구'의 소를 제기할 수는 있다.¹¹⁹²⁾

금지사항 부기등기의 회복과 관련하여 임차인과 임대사업자를 등기 절차상의 등기관리자나 등기의무자라고 보기 어렵다. 그런데 말소등기회복청구의 소는 어떤 등기의 전부 또는 일부가 부적법하게 말소된 경우에 그 말소된 등기를 회복하기 위하여 제기하는 소로서 등기관리자가 등기의무자를 상대로 제기하여야 하는 것이므로, 위와 같이 등기관리자가 아닌 임차인이 등기의무자가 아닌 임대사업자를 상대로 말소된 금지사항 부기등기의 회복을 청구하는 것은 부적법하여 허용될 수 없다.”

1189) 대법원 1969. 3. 18. 선고 68다1617 판결; “피고 장OO은 본건 근저당권 설정등기의 말소등기가 경료된 후에 본건 부동산에 대한 소유권 이전등기를 받은 자임이 분명하므로 원심이 불법히 말소된 것을 이유로 한 근저당권 설정등기의 회복등기 청구는 근저당권 설정등기가 말소될 당시의 소유자를 상대로 할 것이라는 이유로 피고 장OO에 대한 원고의 본건 소를 각하한 조치는 정당하고 논지와 같이 피고 장OO이 소유권의 약의 취득자이거나 또는 본건 근저당권 말소등기에 공모한 불법행위자라 할지라도 저장권 말소등기 당시의 소유자가 아닌 이상 피고 적격이 없다고 하여야 할 것이다.”

1190) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2006다43903 판결; “가등기가 이루어진 부동산에 관하여 제3취득자 앞으로 소유 권이전등기가 마쳐진 후 그 가등기가 말소된 경우 그와 같이 말소된 가등기의 회복등기절차에서 회복등기의무 자는 가등기가 말소될 당시의 소유자인 제3취득자이므로, 그 가등기의 회복등기청구는 회복등기의무자인 제3 취득자를 상대로 하여야 한다. … 망 소의 1의 소유이던 이 사건 부동산에 관하여 1982. 4. 20. 원고 명의의 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기가 마쳐진 후, 1984. 10. 16. 피고 1 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 사실, 그 후 1984. 11. 5. 위 가등기가 1984. 11. 3.자 해제를 원인으로 말소된 사실을 알 수 있고, 원고는 피고 1이 원고의 인감도장을 도용하여 위 가등기의 말소등기 신청서류를 위조함으로써 위 가등기가 말소되었 다고 주장하면서 피고 1을 상대로 위 가등기의 회복등기절차의 이행을 … 구하고 있다. … 위 가등기가 말소될 당시의 소유자인 피고 1을 상대로 위 가등기의 회복등기절차의 이행을 구하는 원고의 위 피고에 대한 소는 피고적격 있는 자를 상대로 한 것으로서 적법하다 할 것이므로, 이와 달리 원심이 위 가등기에 관한 회복등기의 무자를 망 소의 1의 공동상속인인 나머지 피고들이라고 보아 원고의 피고 1에 대한 소를 각하한 것은 잘못이라 하겠다.”

1191) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다28025 판결; 상고심 계속 중 매각허가가 결정되고 매수인이 대금을 완납한 사실을 알 수 있으므로, 근저당권설정등기회복등기절차의 이행이나 그에 대한 승낙의 의사표시를 구할 법률상 이익이 없게 되었다 하여 직권으로 파기, 자판하고 소를 부적법 각하한 예. ● 같은 취지의 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016다28897 판결; “가압류등기가 원인 없이 말소된 이후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전되고 그 후 제3취득자의 채권자 등 다른 권리자의 신청에 따라 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정 되고 매수인이 그 매각대금을 다 낸 때에는, 위 경매절차에서 집행법원이 위 가압류의 부담을 매수인이 인수할 것을 특별매각조건으로 삼지 않은 이상 원인 없이 말소된 가압류의 효력은 소멸한다.”

1192) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결; “부동산 강제경매개시결정 기입등기는 채권자나 채무자가 직접 등기공무원에게 이를 신청하여 행할 수는 없고 반드시 법원의 촉탁에 의하여 행하여지는바, 이와 같이

폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소회복등기절차의 이행을 구할 소의 이익은 없으나, 부적법하게 말소되지 아니하였더라면 현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 말소된 권리자의 등기 및 그 등기를 회복하는 데에 필요하여 함께 옮겨 기록되어야 하는 등기를 대상으로 하여 말소회복등기절차 등의 이행을 구하는 소는 그 소의 이익을 인정할 수 있다.¹¹⁹³⁾

나) 주장증명책임

말소회복등기는 어떤 등기의 전부 또는 일부가 부적법하게 말소된 경우에 그 말소된 등기를 회복함으로써 말소 당시에 소급하여 말소가 되지 않았던 것과 같은 효과를 생기게 하는 등기를 말하고, 여기서 '부적법'이란 실체적 이유(말소등기의 등기원인의 무효, 취소 등)에 기한 것이전 절차적 하자(예컨대 등기공무원이 착오로 말소한 것)에 기한 것임을 불문하고 말소등기나 기타의 처분이 무효인 경우를 의미하므로, 말소등기의 등기원인이 된 법률행위가 사기에 의한 의사표시로서 취소된 경우도 말소회복등기의 대상인 부적법하게 말소된 등기에 해당하나,¹¹⁹⁴⁾ 당사자가 임의로, 자발적으로 말소등기를 한 경우에는

당사자가 신청할 수 없는 강제경매개시결정 기입등기가 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 법원의 촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 이 경우 강제경매 신청채권자가 말소된 강제경매개시결정 기입등기의 회복등기절차의 이행을 소구할 이익은 없고, 다만 그 강제경매개시결정 기입등기가 말소될 당시 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료하고 있는 사람은 법원이 그 강제경매개시결정 기입등기의 회복을 촉탁함에 있어서 등기상 이해관계가 있는 제3자에 해당하므로, 강제경매 신청채권자로서는 그 사람을 상대로 하여 법원의 촉탁에 의한 그 강제경매개시결정 기입등기의 회복절차에 대한 승낙청구의 소를 제기할 수는 있다." [동일 취지] ① 2001다84367: "부동산가압류의 기입등기는 채권자나 채무자가 직접 등기공무원에게 이를 신청하여 행할 수는 없고 반드시 법원의 촉탁에 의하여 행하여지는데, 이와 같이 당사자가 신청할 수 없는 가압류의 기입등기가 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 법원의 촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 이 경우 가압류 채권자가 말소된 가압류기입등기의 회복등기절차의 이행을 소구할 이익은 없고, 다만 그 가압류기입등기가 말소될 당시 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료하고 있는 자는 법원이 그 가압류기입등기의 회복을 촉탁함에 있어서 등기상 이해관계가 있는 제3자에 해당하므로, 가압류 채권자로서는 그 자를 상대로 하여 법원의 촉탁에 의한 그 가압류기입등기의 회복절차에 대한 승낙청구의 소를 제기할 수는 있다." ② 99다27149: "부동산처분금지처분의 기입등기는 채권자나 채무자가 직접 등기공무원에게 이를 신청하여 행할 수는 없고 반드시 법원의 촉탁에 의하여야 하는데, 이와 같이 당사자가 신청할 수 없는 처분금지가처분의 기입등기가 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 법원의 촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 이 경우 처분금지가처분 채권자가 말소된 가처분기입등기의 회복등기절차의 이행을 소구할 이익은 없다." ③ 95다6878: "가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 경료됨으로써 등기공무원이 직권으로 가등기 후에 경료된 제3자의 등기를 말소한 경우 그 후에 그 가등기에 기한 본등기가 원인무효 등의 사유로 말소된 때에는 결국 위 제3자의 등기는 말소하지 아니할 것을 말소한 결과가 되므로 등기공무원은 직권으로 그 말소등기의 회복등기를 하여야 하는 것이고, 따라서 그 회복등기를 소구할 이익이 없다."

1193) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2011다41239 판결(폐쇄등기의 '말소등기'절차 이행청구에 관하여 동일 취지로 판시한 대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결 참조).

1194) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다112350 판결; 원심은, 원고가 피고 회사의 기망에 의해 사건 가등기를 말소하였더라도 원고 스스로의 의사에 따라 자발적으로 이루어진 것이므로 이에 대한 회복등기는 허용될 수 없다고 하였으나, 대법원은, 피고 회사의 사기에 의한 의사표시를 이유로 적법하게 취소되었다면 가등기 말소등기는 그 등기원인이 무효로 되어 말소회복등기의 대상이 되는 부적법한 말소등기에 해당한다고 한 사례. [☞] 따라서 "어떤 이유이건 당사자가 자발적으로 말소등기를 한 경우에는 말소회복등기를 할 수 없다."고 볼 것은 아니다.

말소회복등기를 할 수 없다.¹¹⁹⁵⁾

말소된 등기의 회복등기절차의 이행을 구하는 당사자는 그 '등기가 적법한 원인 없이 말소되었다는 점'에 관하여 이를 주장·증명할 책임이 있다.¹¹⁹⁶⁾

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, 말소된 등기가 그 등기명의인의 의사에 기하지 아니하고 위조 서류에 의하여 부적법하게 말소된 사실이 인정되는 이상 그 말소된 등기도 여전히 적법한 등기원인에 의하여 이루어진 것으로 추정되고, 원인 없이 말소된 등기의 효력을 다투는 쪽에서 그 무효 사유를 주장·증명하여야 한다.¹¹⁹⁷⁾

다) 등기상 이해관계 있는 제3자에 대한 승낙청구

말소된 등기의 회복을 신청하는 경우에 등기상 이해관계 있는 제3자가 있을 때에는 그 제3자의 승낙이 있어야 한다(부동산등기법 제59조).

말소회복등기에 대한 승낙청구의 피고적격자는 '말소회복등기에 등기상 이해관계 있는 제3자'(= 등기 기재의 형식상 말소된 등기가 회복됨으로 인하여 손해를 입을 우려가 있는 제3자; '손해를 입을 우려'가 있는지 여부는 제3자의 권리취득등기 시나 말소등기 시를 기준으로 할 것이 아니라 '회복등기를 하는 시점'을 기준으로 판별해야 한다)이다. 따라서 '등기명의인이 아닌 사람'이나, '말소회복등기가 이루어지더라도 손해를 입을 우려가 없는 등기 명의인', '말소회복등기와 양립할 수 없는 등기 명의인'에 대한 승낙청구는 당사자 적격이 없는 자에 대한 청구로서 부적법하다.¹¹⁹⁸⁾

1195) 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다39877 판결; "논지는, 실체적 이유에 기하여 말소등기가 부적법한 경우로는 말소등기원인의 무효, 취소 또는 해제 등에 의한 소급적 소멸이 이에 해당하는데, 말소등기의 원인이 착오에 의한 의사표시로서 취소된 경우인 이 사건의 경우에도 회복등기의 요건에 해당한다는 것인바, 말소등기의 등기원인의 무효, 취소등의 실체적 이유에 기한 부적법이 회복등기사유가 될 수 있다고 할 것이나, 이 사건의 경우는 원고의 착오 내지 오단에 의하여 지상권설정등기가 말소된 것으로서, 법률상의 원인이 없는데도 당사자의 의사에 기하여 임의, 자발적으로 말소등기를 한 경우나 당사자가 고의로 말소등기를 한 경우는 물론이고, 착오나 오단에 의하여 말소된 경우에도 당사자가 그 의사에 기하여 임의, 자발적으로 말소등기를 한 이상 회복등기는 허용되지 아니한다고 볼 것이고 제3자의 이익과의 균형상으로 보아도 그러하므로, 받아들일 수 없다."

1196) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2006다43903 판결.

1197) 대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결.

1198) ○ 대법원 2015. 12. 10. 선고 2014다87878 판결; "등기상 이해관계 있는 제3자란 기존 등기에 권리변경등기나 경정등기를 허용함으로써 손해를 입게 될 위험성이 있는 등기명의인을 의미하고, 그와 같은 손해를 입게 될 위험성은 등기의 형식에 의하여 판단하며 실질적으로 손해를 입을 우려가 있는지는 고려의 대상이 되지 아니한다. 따라서 등기명의인이 아닌 사람은 권리변경등기나 경정등기에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자에 해당하지 않음이 명백하고, 권리변경등기나 경정등기를 부기등기로 하기 위하여 등기명의인이 아닌 사람의 승낙을 받아야 할 필요는 없으므로, 등기명의인이 아닌 사람을 상대로 권리변경등기나 경정등기에 대한 승낙의 의사표시를 청구하는 소는 당사자적격이 없는 사람을 상대로 한 부적법한 소이다." ⇨ 원고는 피고를 상대로 근저당권설정등기의 채무자를 소외인에서 피고로 변경하는 근저당권변경등기에 대한 승낙의 의사표시를 청구하고 있는데, 피고는 등기명의인이 아님을 알 수 있고, 승낙의 대상이 된 근저당권변경등기에 의하여 새로이

등기상 이해관계 있는 제3자가 승낙의무를 부담하는지 여부(본안판단사항)는 그 제3자가 말소회복등기권리자에 대한 관계에서 승낙을 하여야 할 실체법상의 의무가 있는지 여부에 의하여 결정된다.¹¹⁹⁹⁾

채무자로 등기된다고 하여 등기명의인이라고 할 수도 없으므로, 이 부분 소는 당사자적격이 없는 사람을 상대로 한 것으로서 부적법하다고 한 사례.

○ 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다18011 판결; “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.” ㉠ 원심이, 피고 1은 원고들의 각 소유권이전등기 이전에 소유권이전등기를 마쳤던 사람으로서, 위 각 소유권이전등기의 말소회복등기가 이루어지더라도 손해를 입을 우려가 없으므로, 위 각 소유권이전등기의 말소회복등기에 관한 원고들의 피고 1에 대한 승낙청구는 상대방 당사자의 적격이 없는 사람에 대한 청구로서 부적법하다고 판단한 것은 정당하다고 한 사례.

“등기권이 직권으로 말소회복등기를 할 경우에 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 때에는 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판서 등본의 제출이 없는 한 그 회복등기를 할 수 없다. 여기서 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 등기의무자를 승낙청구의 상대방인 등기상 이해관계 있는 제3자로 보아 별도로 그 승낙까지 받아야 할 필요는 없으므로, 그 자에 대한 승낙청구는 상대방 당사자의 적격이 없는 자에 대한 청구로서 부적법하다.” ㉡ 원고들의 각 처분금지가처분 기입등기 → 피고 2의 기등기 → 원고들의 각 소유권이전등기 → 피고 2의 본등기 → 원고들의 각 소유권이전등기 직권 말소의 사안에서, 피고 2의 본등기는 원고들의 소유권이전등기와 양립 불가능하고, 피고 2의 본등기를 말소하지 않는 한 원고들 소유권이전등기의 말소회복등기를 할 수 없어, 피고 2의 본등기는 원고들 소유권이전등기의 말소회복등기에 앞서 말소의 대상이 될 뿐이므로, 본등기권자로서의 피고 2에 대한 승낙청구는 상대방 당사자의 적격이 없는 사람의 청구로서 부적법하나, 기등기권자로서의 피고 2는 등기 기재의 형식상 말소된 원고들의 소유권이전등기가 회복됨으로 인하여 손해를 입을 우려가 있는 제3자에 해당한다고 보아야 한다고 한 사례.

○ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결; “원심은 먼저, 원고가 피고 박○○에 대하여 같은 피고가 이 사건 토지에 관한 지상권자로서 등기상 이해관계 있는 제3자임을 전제로 이 사건 지상권설정등기의 말소회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구한 부분에 관하여, 말소회복등기와 양립할 수 없는 등기는 회복의 전제로서 말소의 대상이 될 뿐이고 그 등기명의인은 회복등기에 등기상 이해관계 있는 제3자라고 볼 것은 아닌바, 지상권의 경우에는 용익물권의 성질상 동일한 토지에 대하여 중복하여 설정할 수 없어 원고가 회복등기를 구하는 이 사건 지상권설정등기와 피고 박○○ 명의의 지상권설정등기는 양립할 수 없으므로, 원고는 피고 박○○ 명의의 지상권설정등기에 무효사유가 있다면 그 말소등기절차의 이행을 구할 수 있음은 별론으로 하고 승낙의 의사표시를 구할 수는 없고, 따라서 피고 박○○에 대한 소 중 위 부분 청구는 당사자 적격이 없는 자에 대한 청구로서 부적법하다고 판단하였다. … 원심의 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고”

1199) ○ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결; “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. … 피고 박○○이 이 사건 각 근저당권설정계약 및 지상권설정계약의 해지가 기방에 의하여 이루어진 것임을 알고 있었다는 증거가 없다는 이유로 등기상 이해관계 있는 제3자로서 그 각 말소회복등기에 대하여 승낙할 의무가 없다고 한 원심의 판단도 옳은 것으로 수긍이 가고, … 95다39526 판결 등은 그 등기가 등기신청서류를 위조하는 등의 방법으로 권리자의 의사에 의하지 않고 아무런 원인관계 없이 부적법하게 말소되어 그 말소등기가 원인무효인 경우에는 등기상 이해관계 있는 제3자가 그의 선의, 악의를 묻지 아니하고 등기권리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있다는 취지로서, … 원용하기에 적절하지 아니하다.”

○ 대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결; “가등기권리자의 의사에 의하지 아니하고 말소되어 그 말소등기가 원인 무효인 경우에는 등기상 이해관계 있는 제3자는 그의 선의, 악의를 묻지 아니하고 가등기권리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있다.”

○ 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다29295 판결; 경매신청의 기입등기 후에 甲 명의의 소유권이전등기가 경료되고 甲이 경락인이 되어 경락대금을 완납한 상태에서 甲의 채권자인 乙이 가압류를 하였는데 경매법원의 촉탁에 의하여 甲 명의의 소유권이전등기와 乙 명의의 가압류등기가 모두 말소된 다음 甲 명의로 낙찰을 원인으로 한 소유권이전등기가 이루어지고 이에 터 잡아 丙 명의의 근저당권설정등기가 경료된 경우, 乙은 丙을 상대로 말소된 가압류등기의 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구할 수 없다고 한 사례.