

소유자가 원인무효인 소유권이전등기의 말소와 함께 가압류등기 등의 말소를 구하는 경우, 원고 청구의 취지는 소유권이전등기의 말소에 대한 승낙을 구하는 것으로 해석할 여지가 있다.^{1182) 1183)}

부동산 처분금지가처분권자인 종전 소유자가 소유권이전등기의 말소를 구하는 외에 별도로 가압류등기권자 등에 대하여 승낙의 의사표시를 구할 소의 이익은 없다.¹¹⁸⁴⁾

사) 의사의 진술을 명하는 판결을 구하는 소

소유권이전등기절차 이행 청구나 말소등기절차 이행 청구, 말소등기 회복등기절차 이행 청구, 저당권 설정등기절차 이행 청구 등 '등기절차의 이행을 구하는 소'는 등기에 관한 '의사의 진술을 명하는 판결'을 구하는 소에 해당한다.¹¹⁸⁵⁾

등기할 것이 아닌 때에 해당하게 되어 등기공무원에 의하여 직권으로 말소될 대상이기는 하지만, 그렇다고 하여 후행 가처분 채권자가 소유자를 대위하여 선행 가처분 채권자를 상대로 소유권보존등기의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 구할 수 없는 것은 아니다."라고 한 예.

1181) ○ 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결: "근저당권이 있는 채권이 가압류되는 경우, 근저당권설정등기에 부기등기의 방법으로 그 피담보채권의 가압류사실을 기입등기하는 목적은 근저당권의 피담보채권이 가압류되면 담보물권의 수반성에 의하여 종된 권리인 근저당권에도 가압류의 효력이 미치게 되어 피담보채권의 가압류를公示하기 위한 것이므로, 만일 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는다면 그 가압류명령은 무효라고 할 것이고, 근저당권을 말소하는 경우에 가압류권자는 등기상 이해관계 있는 제3자로서 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 하여야 할 의무가 있다."

○ 대법원 1999. 2. 5. 선고 97다33997 판결: 전세권설정자(원고)와 전세권자 사이에 전세권설정계약이 합의 해지되고 전세금반환채권이 제3자에게 양도되었으며 원고가 전세권 목적물을 명도까지 받았다면, 전세권설정등기가 말소되지 않고 있는 사이에 전세권을 가압류한 자(피고)는 원고가 전세권설정등기의 말소를 신청하는 경우 등기상 이해관계 있는 제3자로서 이를 승낙하여야 할 의무가 있다고 한 예.

1182) 대법원 1998. 11. 27. 선고 97다41103 판결: 원심이, 위와 같은 소송형태를 취한 사안에서 가압류채권자인 피고에 대한 소를 부적법한 것이라 하여 각하한 것에는 법리오해나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 한 예.

1183) ◎ 가압류등기 말소 청구의 적법 여부(×)

부동산에 대한 가압류등기가 무효인 경우, 부동산 소유자가 가압류채권자를 상대로 그 가압류등기의 말소등기를 청구할 수 있는지에 관하여, 긍정설을 취한 것(87다카2136)도 있으나, '가처분등기 자체의 말소를 소구할 수 없다'고 한 75다1923, 1924 판결과 위 97다41103 판결, '등기가 등기관에 직권 또는 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 등기관에 직권 또는 법원의 촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 그와 같은 등기의 회복등기절차의 이행을 소구할 이익은 없다'는 판례들을 합쳐보면, 부정설로 사실상 판례 변경된 것으로 볼 것이다. '채납처분에 의한 압류 등기'에 대해서는 그 말소등기를 소구할 수 있다는 것이 일관된 판례이다(90다8657 등).

1184) 가처분권리자가 소유권이전등기 말소의 본안사건에서 승소하여 그 확정판결 정본을 첨부하여 소유권이전등기 말소등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 경료된 가등기, 소유권 이외의 권리에 관한 등기, 가압류등기, 국세채납에 의한 압류등기, 경매신청등기와 처분금지가처분등기 등 '가처분등기 이후에 된 등기로서 가처분채권자의 권리를 침해하는 등기'의 말소를 단독으로 신청할 수 있다(부동산등기법 제94조).

1185) ◎ 등기에 관한 의사의 진술을 명하는 판결

등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기관리자와 등기의무자의 공동신청에 의하나, 등기절차의 이행을 명하는 판결에 의한 등기는 승소한 등기관리자 또는 등기의무자의 단독신청으로 가능한데(부동산등기법 제23조 ①, ④), 이 경우 판결은 피고의 등기신청 의사의 진술(등기관에 대한 등기신청행위)에 같은 것이다. 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있는데, 그 채무가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자의 의사표시에 같은할 재판을 청구할 수 있고(민법 제389조 ①, ②), 의사의 진술을 명한 판결이 확정된 때에는 그 판결로 의사를 진술한 것으로 보며, 반대 의무가 이행된 뒤에 의사를 진술할 것인 경우(선이행 또는 상환이행 판결)에는 집행문을 내어 준 때에 의사 진술의 간주 효과가

‘의사의 진술을 명하는 판결’은 확정과 동시에 그러한 의사를 진술한 것으로 간주되므로, 의사의 진술이 간주됨으로써 어떤 법적 효과를 가지는 경우에는 소로써 구할 이익이 있지만, 그러한 의사의 진술이 있더라도 아무런 법적 효과가 발생하지 아니할 경우에는 소로써 청구할 법률상 이익이 없다.¹¹⁸⁶⁾

아) 말소등기청구권 보전을 위한 처분금지가처분

등기부상 불실등기가 존재하는 경우에 소유자는 그 불실등기 명의인을 상대로 소유권에 기한 말소등기청구권 보전을 위한 처분금지가처분을 할 수 있다.¹¹⁸⁷⁾

6) 말소등기회복등기 청구

가) 소송요건(직권조사사항)

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

생긴다(민사집행법 제263조 ①, ②). 의사표시 간주의 효과가 생기면, 더 이상의 강제집행절차가 불필요하고 존재하지 않는다. 따라서 가집행의 선고를 붙이지 아니하고, 강제집행 정지가 인정될 여지가 없으며, 집행력 배제를 위한 청구이익의 소도 인정되지 않는다(95다37568 판결 등). 의사표시 간주의 효과가 생긴 후에 등기권리자의 지위가 승계된 경우에는, 부동산등기법의 규정에 따라 등기절차를 이행할 수 있을 뿐이고, 원칙적으로 승계집행문이 부여될 수 없다(대법원 2017. 12. 28.자 2017그100 결정).

1186) 대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다200552 판결.

◎ 의사의 진술을 구하는 소의 이익을 긍정한 예; ① 대법원 2014. 11. 27. 선고 2014다206075 판결; “건축물 대장에 건축물 대지로 잘못 기재된 지번의 토지 소유자라고 주장하는 자가 그 지번의 정정신청을 거부하는 건축물 소유자를 상대로 건축물대장 지번의 정정을 신청하라는 의사의 진술을 구하는 소는 그 토지 소유권의 방해배제를 위한 유효하고도 적절한 수단으로서 소의 이익이 있다.” ② 대법원 2022. 1. 27. 선고 2018다259565 판결; 제3자를 위한 계약에서 수익자뿐만 아니라 요약자도 낙약자에게 수익자 앞으로 공중위생관리법상 영업자지위 승계신고절차를 이행할 것을 구할 소의 이익이 있다고 한 사례. ③ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다12453 판결; “재단법인의 기본재산에 대하여 집합건물법상의 매도청구가 있는 경우에는 그 기본재산에 대한 매매계약의 성립뿐만 아니라 기본재산의 변경을 내용으로 하는 재단법인의 정관의 변경까지 강제되는 것으로 봄이 상당하다. 그 결과 재단법인은 매도청구의 대상이 된 기본재산의 처분과 관련하여 상대방에 대하여 정관의 변경허가를 주무관청에 신청할 의무를 부담하게 되므로, 재단법인이 위 의무를 이행하지 않는 경우 상대방은 민법 제389조 제2항에 의하여 그 허가신청의 의사표시에 갈음하는 재판을 청구할 수 있다.” [동일 취지] 2010다52072

◎ 의사의 진술을 구하는 소의 이익을 부정한 예; ① 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015다247325 판결; 원고가 자신의 토지 위에 신축한 건물의 급수공사를 위하여 관할 지방자치단체에 급수공사 시행을 신청하였는데, 지방자치단체가 수도급수 조례 등에 근거하여 급수공사 시 경유하여야 하는 피고 소유 토지의 사용승낙서 제출을 요구하며 신청을 반려하자, 원고가 민법 제218조의 수도 등 시설권을 근거로 피고를 상대로 ‘피고 소유 토지 중 수도 등 시설공사에 필요한 토지 사용을 승낙한다’는 진술을 구하는 소를 제기한 사안. ② 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다74277 판결; 유언집행자가 자필 유언증서상 유언자의 자서와 날인의 진정성을 다투는 상속인들에 대하여 ‘유언 내용에 따른 등기신청에 이의가 없다’는 진술을 구하는 소.

1187) 대법원 2008. 7. 11.자 2008마615 결정. 가처분채권자가 본안 승소 확정판결 정본을 첨부하여 소유권이전등기말소등기를 신청하는 경우, 가처분등기 이후에 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료되어 있을 때에는 위 소유권이전등기 말소등기신청과 동시에 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소도 단독으로 신청하여 가처분등기 이후의 소유권이전등기를 말소하고 가처분에 기한 소유권이전등기 말소등기를 하며, 가처분등기는 직권으로 말소한다(등기예규 제1690호).

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