

서울북부지방법원 2021. 8. 19 선고 2019가합28823 판결 [근저당권설정등기말소등기절차이행]

전 문

원 고 A

소송대리인 변호사 이우승

피 고 1. B

소송대리인 변호사 김욱균, 이효정

2. C

3. D

4. E(개명전 이름 F)

5. G

피고 C, E, G의 소송대리인 변호사 윤석진, 조경훈

피고 C, E, G의 소송복대리인 변호사 양세현

변 론 종 결 2021. 6. 24.

판 결 선 고 2021. 8. 19.

주 문

1. 원고의 피고 C, D, E, G에 대한 소를 각 각하한다.
2. 원고의 피고 B에 대한 청구를 기각한다.

3. 소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지

원고에게, 피고 B은 88,000,000원 및 이에 대하여 2020. 4. 14.부터 이 사건 2021. 2. 26.자 청구취지변경신청서 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, 피고 C는 구리시 H 임야 90,927㎡의 1/4 지분 중 615,362,095.67/4,332,125,988 지분에 관하여 의정부지방법원 구리등기소 2008. 6. 2. 접수 제15849호로 마친 근저당권설정등기 및 같은 등기소 2008. 6. 2. 접수 제15850호로 마친 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를, 피고 D는 구리시 H 임야 90,927㎡의 1/4 지분 중 661.16/31,415.5 지분에 관하여 같은 등기소 2008. 12. 8. 접수 제34187호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를, 피고 E, G은 구리시 H 임야 90,927㎡의 1/4 지분 중 330.58/31,415.5 지분에 관하여 같은 등기소 2009. 5. 14. 접수 제10461호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 각 이행하라.

이 유

1. 인정사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1 내지 6호증, 을가 제1 내지 5호증, 을가 제8, 12, 13호증, 을나 제1 내지 10호증(가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 인정할 수 있다.

가. 원고 및 원고의 부친 I, 원고의 형제 J, K은 1966. 5. 2. 구리시 H 임야 13정 4무보(129,332㎡)를 매수하여 1970. 6. 5. 위 임야 중 각 1/4 지분에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다(이하 원고가 매수한 위 1/4 지분을 ‘원고 고유지분’이라 한다).

나. 원고의 부친 I이 1974. 2. 19. 사망하여, 같은 날 원고는 위 구리시 H 임야 13정

4무보(129,332㎡)에 대한 I 소유의 1/4 지분 중 317,400/7,884,216 지분을 상속하였고(이하 원고가 상속받은 위 317,400/7,884,216 지분을 ‘원고 상속지분’이라 한다), 2010. 8. 26. 원고 상속지분에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다.

다. 위 구리시 H 임야 13정 4무보(129,332㎡)는 2005. 10. 13. H 임야 126,190㎡(이하 ‘분할 전 이 사건 임야’라 한다)와 L 내지 M 임야로 분할되었다.

라. 피고 B 명의의 근저당권설정등기

1) 피고 B은 분할 전 이 사건 임야와 연결한 구리시 N 전 3,306㎡에서 공로로 출입할 도로를 개설하기 위하여 2006. 7. 15. 원고로부터 분할 전 이 사건 임야 중 공로와 연결된 160평을 특정하여 매매대금 8,800만 원에 매수하고, 2006. 10. 30.까지 4차례에 걸쳐 원고에게 위 매매대금 8,800만 원을 지급하였다1).

2) 피고 B은 원고에 대한 위 매매대금반환채권을 담보하기 위하여 분할 전 이 사건 임야 중 원고 고유지분에 관하여 의정부지방법원 구리등기소 2006. 10. 30. 접수 제31748호로 채권최고액은 8,800만 원, 채무자는 원고인 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 ‘이 사건 제31748호 근저당권’이라 한다).

3) 분할 전 이 사건 임야 중 피고 B이 매수한 위 160평은 2007. 5. 7. 구리시 O 임야 528㎡(이하 ‘O 임야’라 한다)로 분할되었다.

마. 피고 C 명의의 근저당권설정등기

1) 제15847호 근저당권

가) P은 분할 전 이 사건 임야 중 원고 고유지분에 관하여 의정부지방법원 구리등기소 2008. 6. 2. 접수 제15847호로 채권최고액은 3억 원, 채무자는 원고인 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 ‘이 사건 제15847호 근저당권’이라 한다).

나) Q은 2010. 4. 23. 이 사건 제15847호 근저당권 중 일부에 대한 이전의 부기등기를 마쳤고, 피고 C는 2014. 2. 14. 위 Q 명의의 근저당권에 대한 전부이전의 부기등기를 마쳤다.

다) R는 2014. 2. 13. 위 P 명의의 이 사건 제15847호 근저당권 중 나머지 부분에 대한 이전의

부기등기를 마쳤고, S은 T을 거쳐 2014. 7. 8. 위 R 명의의 근저당권에 대한 전부이전의 부기등기를 마쳤다.

2) 제15848호 근저당권

가) U은 분할 전 이 사건 임야 중 원고 고유지분에 관하여 의정부지방법원 구리등기소 2008. 6. 2. 접수 제15848호로 채권최고액은 2억 원, 채무자는 원고인 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 ‘이 사건 제15848호 근저당권’이라 한다).

나) V은 2010. 5. 24. 이 사건 제15848호 근저당권에 대한 이전의 부기등기를 마쳤고, 피고 C는 2014. 2. 14. 이 사건 제15848호 근저당권에 대한 이전의 부기등기를 마쳤다.

3) 제15849호 근저당권

가) W는 분할 전 이 사건 임야 중 원고 고유지분에 관하여 의정부지방법원 구리등기소 2008. 6. 2. 접수 제15849호로 채권최고액은 2억 원, 채무자는 원고인 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 ‘이 사건 제15849호 근저당권’이라 한다).

나) Q은 2010. 4. 23. 이 사건 제15849호 근저당권에 대한 이전의 부기등기를 마쳤고, 피고 C는 2014. 2. 14. 이 사건 제15849호 근저당권에 대한 이전의 부기등기를 마쳤다.

4) 제15850호 근저당권

가) X은 분할 전 이 사건 임야 중 원고 고유지분에 관하여 의정부지방법원 구리등기소 2008. 6. 2. 접수 제15850호로 채권최고액은 2억 원, 채무자는 원고인 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 ‘이 사건 제15850호 근저당권’이라 한다).

나) 피고 C는 2012. 9. 25. 이 사건 제15850호 근저당권에 대한 이전의 부기등기를 마쳤다.

바. 피고 D 명의의 근저당권설정등기

피고 D는 분할 전 이 사건 임야에 대한 원고 고유지분 중 661.16/31,415.5 지분에 관하여 의정부지방법원 구리등기소 2008. 12. 8. 접수 제34187호로 채권최고액은 4억 원, 채무자는 원고인 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 ‘이 사건 제34187호 근저당권’이라 한다).

사. 피고 E, G 명의의 근저당권설정등기

1) Y는 분할 전 이 사건 임야에 대한 원고 고유지분 중 330.58/31,415.5 지분에 관하여 의정부지방법원 구리등기소 2009. 5. 14. 접수 제10461호로 채권최고액은 3억 원, 채무자는 원고인 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 '이 사건 제10461호 근저당권'이라 한다). 2) 피고 E은 2010. 10. 15. 이 사건 제10461호 근저당권에 대한 이전의 부기등기를 마쳤다.

3) 피고 G은 2013. 5. 13. 피고 E 명의의 이 사건 제10461호 근저당권 중 일부에 대한 이전의 부기등기를 마쳤다.

아. 분할 전 이 사건 임야에서 2011. 1. 18. 구리시 Z 임야 6,116㎡ 등이, 2012. 11. 8. Z 임야 4,361㎡가 각 분할되어 분할 전 이 사건 임야는 구리시 H 임야 90,927㎡(이하 '이 사건 임야'라 한다)가 되었다.

자. 이 사건 임야 중 원고 고유지분 및 원고 상속지분에 대하여, 피고 E이 2018. 7. 24. 의정부지방법원 2015가단109379호 확정판결을 집행권원으로 강제경매를 신청하여 2018. 7. 25. 위 법원이 강제경매개시결정을 하였고, S도 이 사건 제15847호 근저당권에 기해 임의경매를 신청하여 위 법원이 2019. 8. 26. 임의경매개시결정을 하였다[의정부지방법원 AA, AB(중복), 이하 '이 사건 경매절차'라 한다].

차. 한편, 원고가 2011. 1. 20.경부터 2017. 2. 2.경까지 22회에 걸쳐 이 사건 임야에 대한 원고 고유지분 중 일부를 AC 등에게 매도하고 지분일부이전등기를 마쳐줌에 따라 이 사건 경매절차가 개시된 2018. 7. 25. 무렵 이 사건 임야에 대한 원고 고유지분은 615,362,095.67/4,332,125,988 지분만이 남은 상태였다.

카. 이 사건 경매절차에서 위 차.항과 같이 잔존하는 원고 고유지분 615,362,095.67/4,332,125,988 지분 및 원고 상속지분(317,400/7,884,216) 지분의 합계 172,962,901,918,504.02/948,761,584,127,928 지분이 8억 1,000만 원에 매각되어, 실제 배당할 금액 802,146,841원 중 21,488,920원을 조세 압류채권자인 남양주세무서에, 8,800만 원을 1순위 근저당권자인 피고 B에게, 2억 원을 2순위 근저당권자인 피고 C에게, 115,968,156원을 2순위 일반채권자인 피고 E에게, 39,015,229원을 2순위 가압류권자인 피고 B에게, 1억 원을 2순위 근저당권자인 S에게, 2억 원을 3순위 근저당권자인 피고 C에게, 37,674,536원을 4순위

근저당권자인 피고 C에게 순차로 배당하는 내용의 배당표가 작성되었고, 피고 B은 위 배당표에 따라 8,800만 원을 배당받았다.

타. 근저당권설정등기의 말소 등

1) 이 사건 임야 중 이 사건 경매절차에서 매각된 원고의

172,962,901,918,504.02/948,761,584,127,928 지분에 관하여 의정부지방법원 구리등기소

2020. 7. 17. 접수 제25990호로 2020. 3. 11. 강제경매로 인한 매각을 원인으로 AD 명의의

소유권이전등기가 마쳐졌다.

2) 피고 B 명의의 이 사건 제31748호 근저당권설정등기, S 및 피고 C 명의의 이 사건 제15847호

근저당권설정등기, 피고 C 명의의 이 사건 제15848호 근저당권설정등기에 관하여 2020. 7. 17. 위 강제경매로 인한 매각을 원인으로 말소등기가 마쳐졌다(갑 제10호증 을구 순위번호 38번).

3) 피고 C 명의의 이 사건 제15849호 근저당권설정등기 및 이 사건 제15850호 근저당권설정등기에

관하여 2020. 7. 17.에, 피고 D 명의의 이 사건 제34187호 근저당권설정등기에 관하여 2020. 11.

2.에, 피고 E, G 명의의 이 사건 제10461호 근저당권설정등기에 관하여 일자불상경에 각 위

강제경매로 인한 매각을 원인으로 위 각 근저당권의 목적을 이 사건 임야 중 AC 등 26인 소유의

지분으로 변경하는 내용의 근저당권변경의 부기등기가 마쳐졌다(갑 제10호증 을구 순위번호

14-5번, 15-4번, 19-2번, 21-6번).

2. 피고 C, E, G의 본안전 항변에 관한 판단 및 원고의 피고 D에 대한 소의 적법여부에 관한 직권판단

가. 피고 C, E, G의 본안전 항변에 관한 판단2) 1) 주장의 요지

원고가 말소를 구하는 위 피고들 명의의 근저당권설정등기는 이 사건 경매절차에서 모두

말소되었으므로, 원고의 위 피고들에 대한 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.

2) 판단

근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소송 도중에 그 근저당권설정등기가 경락을

원인으로 하여 말소된 경우에는 더 이상 근저당권설정등기의 말소를 구할 법률상 이익이 없다(대법원

2003. 1. 10. 선고 2002다57904 판결 등 참조).

위와 같은 법리에 비추어 살피건대, 피고 C 명의의 이 사건 제15849호 근저당권설정등기 및 이 사건 제15850호 근저당권설정등기, 피고 E, G 명의의 이 사건 제10461호 근저당권설정등기에 관하여 위 각 근저당권의 목적을 AC 등 26인 소유의 지분으로 변경하는 내용의 근저당권변경의 부기등기가 각 마쳐진 사실은 앞서 본 바와 같고, 위 인정사실 및 갑 제5, 10호증의 각 기재에 비추어 보면, 이 사건 임야 중 원고 고유지분이었던 1/4 지분에 관하여 마쳐진 이 사건 제15849호 근저당권설정등기, 이 사건 제15850호 근저당권설정등기, 이 사건 제10461호 근저당권설정등기는, 위 각 근저당권 중 이 사건 경매절차 개시 당시 잔존하는 원고 고유지분인 615,362,095.67/4,332,125,988 지분(원고 고유지분 1/4 지분 - AC 등 26인 소유의 지분)에 마쳐져 있던 부분이 강제경매로 인한 매각을 원인으로 소멸함에 따라 위 각 근저당권설정 이후 원고 고유지분 중 일부를 이전받은 AC 등 26인 소유의 지분에 잔존하게 되었다고 할 것이고, 이에 위 각 근저당권설정등기에 대하여 말소의 형식이 아닌 근저당권의 목적을 AC 등 26인 소유의 지분으로 변경하는 내용의 근저당권변경의 부기등기가 각 마쳐진 것으로 보이는바, 피고 C 명의의 이 사건 제15849호 근저당권설정등기 및 이 사건 제15850호 근저당권설정등기, 피고 E, G 명의의 이 사건 제10461호 근저당권설정등기 중 원고 고유지분인 615,362,095.67/4,332,125,988 지분에 관하여 마쳐져 있던 부분은 이 사건 소송 계속 중인 2020. 7. 17. 강제경매로 인한 매각을 원인으로 이미 각 말소되었다고 할 것이므로, 원고는 이에 대한 말소를 구할 법률상 이익이 없게 되었다. 따라서 원고의 피고 C, E, G에 대한 소는 소의 이익이 없어 부적법하다. 피고 C, E, G의 위 본안전 항변은 이유 있다.

나. 원고의 피고 D에 대한 소의 적법여부에 관한 직권판단

나아가 직권으로 원고의 피고 D에 대한 소의 적법여부에 관한 보건대, 피고 D 명의의 이 사건 제34187호 근저당권설정등기에 관하여도 위 근저당권의 목적을 AC 등 26인 소유의 지분으로 변경하는 내용의 근저당권변경의 부기등기가 마쳐진 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고 D 명의의 근저당권설정등기 중 이 사건 경매절차 개시 당시 잔존하는 원고 고유지분인 615,362,095.67/4,332,125,988 지분에 관하여 마쳐져 부분은 이 사건 소송 계속 중인 2020. 7.

17. 강제경매로 인한 매각을 원인으로 이미 말소되었다고 할 것이므로, 원고는 이에 대한 말소를 구할 법률상 이익이 없게 되었다. 따라서 원고의 피고 D에 대한 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.

3. 피고 B에 대한 청구에 관한 판단

가. 원고의 주장 요지

원고는 피고 B에게 이 사건 임야 중 160평을 8,800만 원에 매도한 뒤 위 매매대금반환채무를 담보하기 위하여 피고 B에게 이 사건 제31748호 근저당권설정등기를 마쳐준 것인데, 이 사건 제31748호 근저당권설정등기의 피담보채무인 위 매매대금반환채무는 아래와 같은 사유로 소멸하였음에도3), 피고 B은 이 사건 경매절차에서 무효인 이 사건 제31748호 근저당권에 기해 배당금 8,800만 원을 수령하였는바, 피고 B은 법률상 원인 없이 위 배당금 8,800만 원을 수령하여 채무자 겸 소유자인 원고에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였다고 할 것이므로, 원고에게 부당이득반환으로서 위 배당금 8,800만 원 및 이에 대하여 배당금 수령일 다음날인 2020. 4. 14.부터 이 사건 2021. 2. 26.자 청구취지변경신청서 부분 송달일까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

- 아 래 -

1) 분할 전 이 사건 임야 중 원고가 피고 B에게 매도한 160평 부분은 이후 O 임야로 분할되었고, 원고는 피고 B에게 O 임야 중 J 소유의 317,400/7,884,216 지분을 제외한 나머지 지분에 관하여 소유권이전등기를 마쳐주었으므로, 이 사건 제31748호 근저당권설정등기의 피담보채무인 매매대금반환채무는 원고의 매매계약 이행으로 소멸하였다.

2) 피고 B은 O 임야의 공유자인 원고 등 11명을 상대로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여, 원고 등 4명에 대하여 O 임야 160평 중 약 80평에 해당하는 부분에 관하여 승소판결을 받았고, 이에 원고는 2013. 1. 24.경 피고 B과 사이에 O 임야 중 피고 B이 승소판결을 받은 위 80평 부분을 4,400만 원으로 산정하여, 원고가 피고 B에게 위 80평 부분에 대한 소유권이전등기를 마쳐주고, 피고 B은 원고로부터 나머지 4,400만 원(매매대금 8,800만 원 - 위 80평 부분의 정산액

4,400만 원)을 반환받음과 동시에 이 사건 제31748호 근저당권설정등기를 즉시 해지하기로 약정하였는바, 원고가 피고 B에게 위 80평 부분에 대한 소유권이전등기를 마쳐주고, 나머지 4,400만 원도 지급하였으므로, 이 사건 제31748호 근저당권설정등기의 피담보채무인 매매대금반환채무는 모두 소멸하였다. 가사 원고가 피고 B에게 나머지 4,400만 원을 지급한 사실이 인정되지 않더라도, 이 사건 제31748호 근저당권설정등기의 피담보채무 중 원고가 피고 B에게 소유권이전등기의무를 이행한 위 80평 부분의 정산액 4,400만 원은 소멸하여 나머지 4,400만 원의 매매대금반환채무만이 남게 되었다.

3) 이 사건 제31748호 근저당권설정등기의 피담보채무인 매매대금반환채무는 위 근저당권을 설정한 2006. 10. 30.부터 10년이 경과하였으므로 시효로 소멸하였다.

나. 판단

확정된 배당표에 의하여 배당을 실시하는 것은 실체법상의 권리를 확정하는 것이 아니므로 배당을 받아야 할 자가 배당을 받지 못하고 배당을 받지 못할 자가 배당을 받은 경우에는 배당에 관하여 이의를 한 여부 또는 형식상 배당절차가 확정되었는가의 여부에 관계없이 배당을 받지 못한 우선채권자에게 부당이득반환청구권이 있다 할 것이고(대법원 1988. 11. 8. 선고 86다카2949 판결 참조), 배당절차에서 권리 없는 자가 배당을 받아갔다면 이는 법률상 원인 없이 부당이득을 한 것이라고 할 것이나, 이로 인하여 손해를 입은 사람은 그 배당이 잘못되지 않았더라면 배당을 받을 수 있었던 사람이지 이것이 다음 순위의 배당을 받을 수 있는 사람이 있는 경우에도 채무자에게 귀속된다고 할 수는 없다(대법원 1990. 11. 27. 선고 90다카28412 판결, 대법원 2000. 10. 10. 선고 99다53230 판결 등 참조).

위와 같은 법리에 비추어 살피건대, 이 사건 경매절차에서 실제 배당할 금액 802,146,841원 중 21,488,920원을 1순위 조세 압류채권자인 남양주세무서에, 8,800만 원을 1순위 근저당권자인 피고 B에게, 2억 원을 2순위 근저당권자인 피고 C에게, 115,968,156원을 2순위 일반채권자인 피고 E에게, 39,015,229원을 2순위 가압류권자인 피고 B에게, 1억 원을 2순위 근저당권자인 S에게, 2억 원을 3순위 근저당권자인 피고 C에게, 37,674,536원을 4순위 근저당권자인 피고 C에게 순차로

배당하는 내용의 배당표가 작성된 사실은 앞서 본 바와 같고, 위 인정사실 및 갑 제4, 8호증, 갑 제13호증의 1, 2, 을나 제1, 2호증, 을나 제3 내지 5호증, 을나 제7, 8호증, 을나 제11, 12호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 가사 원고 주장과 같이 피고 B이 법률상 원인 없이 이 사건 경매절차에서 배당금을 수령하였다고 하더라도, 그 배당액이 이 사건 임야의 지분 소유자 겸 채무자인 원고에게 귀속된다고 할 수 없으므로, 원고가 어떠한 손해를 입었다고 볼 수 없다. 따라서 원고의 피고 B에 대한 위 주장은 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

- 아 래 -

1) 원고가 법률상 원인 없이 피고 B에게 배당된 금액이라고 주장하는 8,800만 원은 이 사건 경매절차에서 원고 고유지분에 대한 4순위 근저당권자(이 사건 제15849호 근저당권이다)인 피고 C가 배당받지 못한 채권액 162,325,464원(채권최고액 2억 원 - 배당액 37,674,537원), 5순위 근저당권자(이 사건 제15850호 근저당권이다)인 피고 C가 배당받지 못한 채권액 2억 원, 7순위 근저당권자(이 사건 제34187호 근저당권이다)인 피고 D가 배당받지 못한 채권액 4억 원, 8순위 근저당권자(이 사건 제10461호 근저당권이다)인 피고 E, G이 배당받지 못한 채권액 3억 원, 9순위 일반채권자(의정부지방법원 2015가단10937호)4) 인 피고 E이 배당받지 못한 채권액 160,463,350원(원리금 276,431,506원 - 배당액 115,968,156원), 9순위 가압류권자(서울북부지방법원 2013카단3638)인 피고 B이 배당받지 못한 채권액 53,984,771원(93,000,000원 - 39,015,229원)의 합계 1,276,773,585원5) 에 미치지 못한다.

2) 원고는 이 사건 소송절차에서 피고 B에 대하여, 이 사건 경매절차에서 원고 외에는 배당이익을 한 채권자가 없으므로 피고 B이 수령한 배당금에 대하여 다른 채권자들은 재배당청구권이 없다는 취지로 주장하였을 뿐6) 피고 C 명의의 이 사건 제15849호 근저당권설정등기 및 이 사건 제15850호 근저당권설정등기, 피고 D 명의의 이 사건 제34187호 근저당권설정등기, 피고 E, G 명의의 이 사건 제10461호 근저당권설정등기가 원인무효라거나 위 각 근저당권의 피담보채무가 소멸하였다는 주장을 하지 아니하였는바7) , 위 각 근저당권의 피담보채무에 대한 배당 부족액만으로도 이 사건 경매절차에서 실제 배당할 금액을 초과한다(가사 피고 B에 대하여도 그러한 주장을 한 것으로

선해하더라도, 원고가 제출한 증거만으로는 피고 E 등이 위 각 근저당권설정등기에 필요한 서류를 위조하였다고 인정하기 부족하고8), 오히려 갑 제8호증, 갑 제13호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 원고가 2008. 8. 2. 피고 E에게 분할 전 이 사건 임야의 매매 및 매매대금 수령 기타 이와 직접, 간접으로 관련된 일체의 행위를 위임하고 대리권을 수여한 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 갑 제16호증의 1 내지 5, 을나 제1 내지 5호증, 을나 제6호증의 1, 2, 을나 제7, 8, 10, 11호증에 의하면, 위 각 근저당권설정등기는 위 각 근저당권을 최초 취득한 W, X, 피고 D, Y가 원고와 사이에 각 매매계약을 체결하면서 분필절차 전에 매매대금을 지급하는 대신 매매계약의 이행 또는 해제 과정에서 발생하는 위 매매대금의 반환채권을 담보하기 위하여 마쳐진 것으로 보인다. 또한, 원고는 위 각 근저당권의 설정일로부터 10년이 경과하여 위 각 근저당권의 피담보채권이 시효로 소멸하였다는 취지의 주장도 하나, 원고가 제출한 증거만으로는 위 각 근저당권설정등기가 마쳐질 당시 위 각 근저당권의 피담보채권인 원고의 W, X, 피고 D, Y의 원고에 대한 매매대금반환채권이 이미 발생하였다거나 그 이행기가 도래하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 위 각 근저당권의 피담보채권이 시효로 소멸하였다고 인정하기도 어렵다).

4. 결론

그렇다면 원고의 피고 C, D, E, G에 대한 소는 부적법하여 각 각하하고, 원고의 피고 B에 대한 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 남기주, 판사 김성래, 판사 심용아

1) 원고는 피고 B로부터 위 매매대금 8,800만 원을 지급받은 사실을 자백하였다가 제4차 변론기일(2020. 9. 24.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서)에서 이를 취소하였으나, 갑 제2호증, 을가 제12, 13호증의 각 기재에 비추어 보면, 위 자백이 진실에 어긋나고 착오로 말미암은 것임을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 위 취소는 효력이 없다.

2) 피고 B도 같은 취지로 본안 전 항변을 하였으나, 원고가 피고 B에 대하여는 부당이득반환을 구하는 것으로 청구취지를 변경하였으므로, 이에 관하여 판단하지 아니한다.

3) 원고는 피고 B에 대하여 이 사건 제31748호 근저당권설정등기의 피담보채무가 존재하지 않는다는 주장도 하였으나, 2021. 4. 19.자 준비서면의 기재에 비추어 보면, 위 주장을 철회한 것으로 보인다.

4) 피고 E의 위 일반채권은 원고 상속지분에 대하여는 2순위이나, 원고 고유지분에 대하여는 위 각 근저당권자에 이은 9순위인 것으로 보인다.

5) 원고 고유지분에 관하여 6순위 근저당권자(의정부지방법원 구리등기소 2008. 11. 3. 접수 제31458호)인 AE이 있으나, AE은 이 사건 소송절차에서 위 근저당권설정등기의 말소를 구하는 원고의 청구를 인낙하는 취지의 답변서를 제출하였는바(이후 원고는 AE에 대한 소를 취하하였다), AE의 위 6순위 근저당권의 채권최고액 2억 원을 제한 금액이다.

6) 2021. 4. 19.자 준비서면 제8면 등, 위 주장은 앞서 본 법리에 비추어 이유 없다.

7)민사소송법 제62조의 명문의 규정과 우리 민사소송법이 취하고 있는 변론주의 소송구조 등에 비추어 볼 때, 통상의 공동소송에 있어서 이른바 주장공통의 원칙은 적용되지 아니한다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47196 판결 등 참조).

8) 원고는 피고 C, D, E, G에 대하여 ‘피고 E이 2008. 6.경 분할 전 이 사건 임야의 지분등기를 위하여 이행각서 등이 필요하다고 하기에 백지에 날인을 해 준 사실이 있을 뿐 피고 E에게 근저당권설정 권한을 위임하거나, 위 근저당권을 최초 취득한 W, X, 피고 D, Y와 사이에 각 근저당권설정계약을 체결한 사실이 없음에도, 위 각 근저당권설정등기는 원고 명의의 근저당권설정계약을 위조하여 마쳐진 것이므로 무효’라는 취지로 주장하였다.