

부산지방법원 2018. 6. 15 선고 2017나47441 판결 [근저당권설정등기말소]

재판경과

부산지방법원 2018. 6. 15 선고 2017나47441 판결

부산지방법원 2017. 5. 11 선고 2016가단35969 판결

전문

원고, 항소인A

피고, 피항소인B

변론종결 2018. 4. 20.

판결 선고 2018. 6. 15.

제1심판결 부산지방법원 2017. 5. 11. 선고 2016가단35969 판결

주문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

N

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고는 원고에게, ① 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 부산지방법원 부산진등기소 2015. 7. 27. 접수 제52411호로 마친 근저당권설정등기의, ② 별지 목록 제3항 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 동부지원 남부산등기소 2015. 7. 23. 접수 제56646호로 마친 근저당권설정등기의, 각 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심판결 중 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 부산지방법원 부산진등기소 2015. 7. 27. 접수 제52411호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라

이 유

1. 이 법원의 심판대상

원고는 피고를 상대로, ① 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 부산지방법원 부산진등기소 2015. 7. 27. 접수 제52411호로 마친 근저당권설정등기와 ② 별지 목록 제3항 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 동부지원 남부산등기소 2015. 7. 23. 접수 제56646호로 마친 근저당권설정등기의 각 말소등기청구를 하였고, 제1심판결은 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관한 위 근저당권설정등기의 말소등기청구 부분은 기각하고, 별지 목록 제3항 기재 부동산에 관한 위 근저당권설정등기의 말소등기청구 부분은 인용하였다. 이에 대하여 원고만이 항소하였으므로, 이 법원의 심판대상은 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관한 위 근저당권설정등기의 말소등기청구 부분에 한정된다.

2. 기초사실

가. 원고는 부산지방법원 E로 진행된 임의경매절차에서 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)을 대금 93,939,000원에 매각 받아, 2015. 1. 23. 그 대금을 모두

납부하고, 같은 날 원고 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

나. 이 사건 각 부동산에 관하여 2015. 7. 27. 근저당권자 G, 채무자 원고, 채권최고액 80,000,000원으로 된 부산지방법원 부산진등기소 접수 제52411호 근저당권 설정등기가 마쳐졌다(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다).

다. 피고는 2016. 3. 10. G로부터 이 사건 근저당권을 양도받아, 2016. 3. 11. 이 사건 근저당권 이전의 부기등기를 마쳤다.

라. 한편 원고는 2016. 6. 16. M에게 이 사건 각 부동산을 매도하고 2016. 6. 21. M 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제10, 23호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

3. 원고의 주장

가. ① 원고의 남편인 H은 원고 혹은 이 사건 각 부동산의 실질적인 공동소유자인 M의 허락을 받지 아니하고, 원고 명의의 근저당권설정에 관한 위임장 등을 위조하여 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤고, ② 또한 이 사건 근저당권설정등기는 원고 혹은 H과 G 사이에 아무런 채권·채무 관계가 없음에도 G가 임의로 마친 등기이다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기는 원인무효의 등기이므로 말소되어야 한다.

나. 가사 이 사건 근저당권설정등기를 원인무효의 등기로 볼 수 없다고 하더라도, 이 사건 근저당권의 피담보채권은 변제에 의하여 모두 소멸하였으므로, 원고는 이 사건 근저당권설정계약상의 채권적 청구권자로서 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

4. 판단

가. 관련법리

근저당권이 설정된 후 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기해 피담보채무 소멸을 원인으로 하여 그 근저당권 설정등기의 말소를 청구할 수 있을 뿐만 아니라, 근저당권설정자인 종전 소유자도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권 소멸에 따른 원상회복으로 근저당권자를 상대로 근저당권 설정등기의 말소를 구할 수 있는 계약상 권리가

있으므로 이러한 계약상 권리에 터 잡아 근저당권자를 상대로 피담보채무 소멸을 이유로 하여 그 근저당권 설정등기의 말소를 청구할 수 있으나(대법원 1994. 1. 25. 선고 93다16338 판결 등 참조), 한편 소유권에 기한 물상청구권을 소유권과 분리해서 소유권 없는 종전 소유자에게 유보하여 행사시킬 수는 없으므로, 소유권을 상실한 종전 소유자는 제3자에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권에 기한 방해배제를 구할 수 없다(대법원 1980. 9. 9. 선고 80다7 판결 등 참조).

나. 원인무효로 인한 근저당권설정등기 말소등기청구에 관한 판단

살피건대 원고가 M에게 이 사건 각 부동산을 매도하고 2016. 6. 21. 이 사건 각 부동산에 관하여 M 명의로 소유권이전등기를 마쳐준 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 원고는 이 사건 각 부동산에 관한 소유권을 상실하였다고 할 것인바, 소유권을 상실한 종전 소유자인 원고는 피고에 대하여 물권적 청구권에 의한 방해배제로서 이 사건 근저당권설정등기가 원인무효임을 전제로 위 등기에 관한 말소등기청구를 할 수 없다 할 것이다.

나아가 원고가 이 사건 근저당권설정계약의 당사자로서 원상회복으로 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기청구를 할 수 있는지 여부에 관하여 보건대, 근저당권설정계약의 당사자가 근저당권 소멸에 따른 원상회복으로 상대방에게 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 권원은 근저당권설정계약이 유효하게 성립한 것을 전제로 하여 그 유효한 계약의 효력으로서 발생하는 것이고, 근저당권설정계약 자체가 무효일 때에는 이러한 원상회복을 구할 계약상 효력이 발생하지 않으므로, 무효인 근저당권설정계약의 당사자는 계약상 효력으로서 근저당권의 말소를 구할 수는 없다고 할 것인바, 이 사건에서 원고가 이 사건 근저당권설정계약이 적법한 대리 권한이 없는 H에 의해 체결되었다거나, 이 사건 근저당권과 관련한 아무런 채권·채무 관계가 없다는 사유로 이 사건 근저당권설정계약이 무효임을 전제로 하여 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하고 있음은 명백하므로, 원고의 위 주장은 그 주장 자체로 이유 없다.

다. 피담보채무의 소멸로 인한 근저당권설정등기 말소등기청구에 관한 판단

살피건대, 원고의 주장과 같이 이 사건 근저당권설정계약이 유효한 경우 원고가 유효하게 성립한 이 사건 근저당권 설정계약의 당사자 지위에서 계약상 권리에 터 잡아 피담보채무 소멸을 이유로 한 근저당권설정등기의 말소를 구할 권원을 갖고 있기는 하나, 갑 제6호증의 기재만으로는 이 사건

근저당권의 피담보채무가 변제되었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 나아가 이 사건 근저당권의 피담보채무가 그 밖의 사유로 소멸하였다는 점에 관한 아무런 자료가 없는 이상 이를 전제로 하는 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 원고의 이 부분 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김정도

판사정진화

판사박종현

별지

1) 원고가 이 부분 청구에 관하여 주장하는 청구원인이 명백하지 아니하므로, 소유권에 기한 방해배제청구 및 근저당권설정계약에 따른 원상회복청구를 모두 주장한 것으로 설행하여 판단한다.