

서울고등법원 2018. 2. 8 선고 2016나2037479 판결 [근저당권설정등기말소]

재판경과

서울고등법원 2018. 2. 8 선고 2016나2037479 판결

수원지방법원 2016. 5. 31 선고 2015가단26906 판결

전문

원고, 피항소인A

피고, 항소인B

변론종결 2018. 2. 1.

판결 선고 2018. 2. 8.

제1심판결 수원지방법원 2016. 5. 31. 선고 2015가단26906 판결

주문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 이 사건 소를 각하한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

N

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 수원지방법원 화성등기소 2014. 3. 5. 접수 제36142호로서 마친 2014. 3. 4.자 근저당권설정계약을 원인으로 한 채권최고액 250,000,000원, 근저당권자 피고인 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 피고의 본안전 항변에 대한 판단

가. 원고는, 원고 소유의 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 토지들'이라 한다)에 관하여 수원지방법원 화성등기소 2014. 3. 5. 접수 제36142호로 마친 채권최고액 250,000,000원, 채무자 원고, 근저당권자 피고인 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)는 위조되었거나 권한 없는 자에 의하여 작성된 지불각서와 위임장에 기초하여 설정된 것으로 무효이고, 설령 그렇지 않더라도 위 근저당권설정 및 피담보채무부담행위는 피고의 기망이나 원고의 착오로 인한 법률행위에 의한 것으로 취소되어야 하므로, 피고는 원고에게 원인 없이 마쳐진 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 주장하며 이 사건 소를 제기하였다. 이에 대하여 피고는, 이 사건 근저당권설정등기는 이미 말소되어 그 말소를 구할 법률상 이익이 없으므로 이 사건 소는 부적법하다고 주장한다.

나. 말소등기는 어떤 등기의 등기사항 전부가 원시적 또는 후발적으로 실체관계와 불일치하게 된 경우에 해당 등기 전부를 법률적으로 소멸시킬 목적으로 행하여지는 등기를 말하므로, 이미 말소되어 있는 등기에 대하여는 그 말소를 구할 법률상 이익이 없다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다57904 판결, 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다70927 판결 등).

이 사건 근저당권설정등기는 이 사건 소송이 계속 중이던 2017. 11. 2. 임의경매로 인한 매각을

원인으로 말소되어 원고에게는 더 이상 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구할 법률상 이익이 없다. 따라서 이 사건 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.

2. 결론

그렇다면 이 사건 소는 부적법하여 각하하여야 할 것인데, 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 제1심판결을 취소하고 이 사건 소를 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사민중기

판사유경진

판사김수정

별지