

서울남부지방법원 2019. 11. 29 선고 2019가합488 판결 [근저당권설정등기 말소]

---

## 전 문

원 고 A

피 고 주식회사 B

변론 종결 2019. 10. 25.

판결 선고 2019. 11. 29.

## 주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울남부지방법원 1994. 10. 18.접수 제61345호, 1995. 11. 8. 접수 제64347호로 각 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

## 청 구 취 지

주문과 같다.

## 이 유

### 1. 기초사실

가. 원고는 1991년, 1992년경 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라한다)의 소유권을 취득하였다.

나. 원고는 주류판매 회사인 주식회사 C를 돕기 위하여 이 사건 부동산을 담보로 제공하고자 주식회사 D, 피고, E 주식회사(이후 E 주식회사는 합병으로 F 주식회사로 승계되었다)와 아래와 같이 근저당권설정계약을 체결하고 이 사건 부동산에 관하여 청구취지 기재 각 근저당권설정등기를 마쳤다.

1) 1994. 10. 18. 접수 제61345호 (등기원인 1994. 10. 18. 설정계약, 이하 '제1차근저당권설정등기'라 한다)

- 채권최고액 200,000,000원
- 채무자 주식회사 C
- 근저당권자 주식회사 D, 피고, E 주식회사

2) 1995. 11. 8. 접수 제64347호 (등기원인 1995. 11. 6. 설정계약, 이하 '제2차 근저당권설정등기'라 한다)

- 채권최고액 170,000,000원
- 채무자 주식회사 C
- 근저당권자 주식회사 D, 피고, E 주식회사

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증(가지번호 포함, 이하 같다)의 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 청구원인에 관하여

가. 제1차 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행청구

갑 제1호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 제1차 근저당권설정등기와 관련하여 서울남부지방법원 2002. 1. 4. 접수 제627호로 2001. 12. 13. 계약가입을 원인으로 근저당권자로 'G 주식회사', 'H 주식회사'를 추가하는 내용의 근저당권변경등기가 이루어졌다가 2002. 2. 14. 착오발견을 이유로 직권으로 위 변경등기가 말소되었으며동시에 '피고 지분 일부 및 F 주식회사 지분 일부 및 주식회사 D 지분 일부 이전'을원인으로 이 사건 부동산의 일부 지분에 관한 근저당권이 '주식회사'와 'J 주식회사'로 이전되었다는 취지의 부기등기가 이루어진 사실, 현재 제1차

근저당권설정등기와 관련하여 그 근저당권자 명의인이 피고라는 기재에는 이미 주말이 되어 등기부의 취지상 피고 명의 부분이 이미 말소되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

위와 같은 등기부 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음의 각 사정들 즉, ① 제1차 근저당권설정등기가 1994년경 이루어진 뒤 오랜 세월 근저당권이 실행되지 아니하였고 근저당권 명의자로 피고가 기재된 부분이 주말된 채 이해관계인들로부터 별다른 이의가 제기되지 아니하였을 뿐만 아니라, 그 사이 피고는 장기간 겉으로 드러나는 회사 활동이 없어 상법 제520조의2에 따라 해산 및 청산이 간주되기까지하였던 점, ② 위 등기부 기재에 의할 때 피고는 이 사건 부동산의 일부 지분에 관하여만 근저당권을 타에 양도하였다는 취지로 기재되어 있으나, 포괄적인 채권·채무를 담보하는 근저당권의 특성상 근저당권의 피담보채무가 확정되기 이전의 근저당권양도는 근저당권설정계약의 계약 당사자 지위의 이전만이 가능하여 거래 관념상 부동산 일부 지분에 관한 근저당권의 양도가 있기 어려운 것으로 보이므로 피고가 이미 이 사건부동산에 관한 근저당권자로서의 지위를 전부 타에 이전하였을 가능성이 높은 점 등 제반사정을 종합하여 보면, 제1차 근저당권설정등기상 피고의 근저당권자로서의 지위는 이미 해소되어 소멸하였다고 봄이 타당하다.

#### 나. 제2차 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행청구

앞서 든 증거에 의하면 제2차 근저당권설정등기와 관련하여도 등기부상 현재 피고가 근저당권자라는 기재가 주말되어 피고의 근저당권자 명의가 이미 말소되었다는 취지로 적혀 있는 사실을 인정할 수 있으나, 어떠한 원인으로 위 말소가 이루어졌는지는 알 수 없다. 마찬가지로 ① 제2차 근저당권설정등기가 1995년경 설정된 이후 장기간실행되지 아니하였고 주말된 이후에도 이해관계인들의 이의가 제기되지 아니하였고, 그 사이 피고는 회사 활동이 없어 해산간주되기까지 한 점 등 제반사정을 종합하여 보면, 제2차 근저당권설정등기와 관련한 피고의 근저당권자 지위 역시 소멸하였다고 봄이 타당하다.

#### 다. 말소등기절차 이행의 필요성

이와 같이 제1, 2차 근저당권설정등기와 관련한 피고의 실체법상의 권리는 모두소멸하였다. 등기부상 제1, 2차 근저당권설정등기의 피고 명의 부분이 이미 말소되어있어 그 등기부상으로는 피고를 제1, 2차 근저당권설정등기의 말소와 관련한 등기의무자로 보기는 어렵다.

원고는 제1, 2차 근저당권설정등기와 관련한 피고의 등기 명의 말소의 등기원인이

'지분일부이전'이라고만 되어 있어 등기전부가 적법하게 말소된 것인지는 분명하지 않으므로 직권으로 회복될 가능성이 있어 다툼의 여지가 있다는 취지로 주장한다. 원고의 주장에 의할 때, 피고는 제1, 2차 근저당권설정등기 말소로 등기상 권리를 잃게 되는 등기의무자로 볼 수 있다. 원고의 주장과 달리 거꾸로 피고의 등기명의를 적법하게 말소된 것은 맞으나 그 등기원인이 불명확하게 기재된 데에 불과하다면 그 등기원인을 명확하게 함으로써 피고의 등기명의를 전부 말소되었다는 점을 분명하게 하는 경정 조치가 필요한 것으로 보인다. 어느 경우이던지, 실체법상 근저당권자로서의 지위를 상실한 피고로서는 소유권에 기한 방해배제를 구하는 원고에게 제1, 2차 근저당권설정등기말소등기가 이루어지도록 협력하여야 할 것이고, 원고로서는 피고를 상대로 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행을 구하는 방법이 실체법상의 권리관계를 실현하는 가장간명하고 유효·적절한 수단이 된다.

## 라. 소결론

원고의 청구를 받아들여 피고에 대하여 근저당권설정등기 말소등기절차 이행을 명하기로 한다.

## 3. 피고의 주장에 관하여

이 사건 소장 부분을 송달받은 사람으로서 피고의 청산인 가운데 한 사람인 K은 피고가 이미 청산종결간주되었고 아무런 회사활동이 없으므로 원고의 청구는 부당하다고 주장한다. 위 주장에 의하더라도, 피고는 이 사건 제1, 2차 근저당권설정등기와 관련하여 오래도록 아무런 권리를 행사하지 아니하였다는 것으로 근저당권과 관련하여 아무런 실체적 권리를 갖지 아니함을 추단할 수 있을 뿐, 피고가 어떤 권리를 가졌다는 점에 관한 주장·증명이 없는 한 그와 같은 사정만으로는 원고의 청구가 부당하다고 할수 없다.

## 4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 최병률, 판사 임재남, 판사 공민아

1. 20

## 별지목록

별지 목록 1. 20 2. 20 3. 20 4. 20 5. 20 6. 20 7. 20 8. 20 9. 20 10. 20

## 부동산 목록

1. 토지 고유번호 [ ]  
서울특별시 구로구 [ ] 대 298㎡
2. 건물 고유번호 [ ]  
서울특별시 구로구 [ ]  
[도로명주소] 서울특별시 구로구 [ ]  
철근콘크리트조 및 벽돌조 평층레브지붕 4층 근린생활시설 및 주택  
1층 119.68㎡ 2층 125.56㎡ 3층 103.68㎡ 4층 50.70㎡  
지층 119.68㎡  
(내역 : 지층, 1층, 2층 - 근린생활시설, 3층, 4층 - 주택)  
(구조 : 지층, 1층, 2층 - 철근콘크리트조, 3층, 4층 - 벽돌조)

· 이 상 ·

