

서울남부지방법원 2020. 12. 18 선고 2020나54881 판결 [근저당권설정등기말소등기]

전 문

원고, 항소인 A

피고, 피항소인 주택도시보증공사

소송대리인 법무법인 유일 담당변호사 정호길

변 론 종 결 2020. 11. 20.

판 결 선 고 2020. 12. 18.

제1 심판결 서울남부지방법원 2020. 2. 12. 선고 2019가단6076 판결

주 문

1. 제1심 판결 중 예비적 청구 부분을 취소하고, 그에 관한 원고의 소를 각하한다.
2. 원고의 주위적 청구에 관한 항소를 기각한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심 판결을 취소한다. 주위적으로, 피고는 원고에게 별지 목록 기재 (1) 부동산에 관하여 서울남부지방법원 1999. 8. 25. 접수 제65089호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라. 예비적으로, 피고는 원고에게 별지 목록 기재 (2), (3) 각 부동산에 관하여 2012. 7. 30. 마친 별도등기[(대지권의 표시)란 표시번호 5 별도등기 있음 1토지 (을구 4번 근저당권 설정등기)]의 각 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 주식회사 B(변경 전 상호: C 주식회사, 이하 'B'이라 한다)은 서울 금천구 D 대 2062㎡(이하 '이 사건 토지'라 한다) 지상에 건물(지하1층 지상2층 연면적 2417.19㎡, 이하 '이 사건 구 건물'이라 한다)을 신축하여 1979. 10. 24. 준공검사를 마쳤다. 이 사건 구 건물은 1979. 12. 20. 건축물관리대장에 등재되고 1979. 12. 31. 집합건물로 등기가 되었는데, 그 구분건물에는 대지권등기가 경료되지 않았다.

나. 이 사건 구 건물은 1980. 1. 23.경 관할 구청장으로부터 상설시장개설허가를 받아 'E시장' 명칭의 시장으로 운영되었다. 이 사건 구 건물의 구분소유자들로 구성된 관리단은 1994. 8. 18. 임시관리단집회를 열어 이 사건 구 건물의 재건축을 결의하였다.

다. B은 1996. 1. 27. 금천구청장으로부터 이 사건 토지 지상에 근린 및 판매시설, 공동주택 등 주상복합건물(지상 10층 지하 3층 규모)을 신축하는 건축허가(착공예정일 1996. 8. 2., 사용검사 예정일 2000. 3. 경)를 받았다. 위 주상복합건물 신축공사는 1996. 8. 2. 착공되었지만, 회사부도로 인한 시공업체의 잦은 교체 등으로 1998. 11. 경에야 흠막이 및 굴토공사가 완료되는 등 상당한 기간 지연되었다. 위 주상복합건물(이하 '이 사건 신 건물'이라 한다)은 2006. 8. 2. 경에야 사용승인을 받았고, 2006. 9. 20. 집합건물로 등기되었다.

라. 피고는 이 사건 토지 중 4112/7312 지분[별지 목록 기재 (1) 부동산, 이하 '이 사건 토지 지분'이라 한다]에 관하여 서울남부지방법원 1999. 8. 25. 접수 제65089호로 근저당권설정등기(채무자 B, 채권최고액 1억 2,000만 원)를 마쳤다(이하 위 근저당권을 '이 사건 근저당권'이라 한다).

마. 원고는 이 사건 신 건물 중 구분건물인 별지 목록 기재 (2), (3) 부동산(이하 '이 사건 각 아파트'라 한다)의 소유자이다. 이 사건 각 아파트에는 2006. 11. 24. 대지권등기(대지권종류 소유권대지권,

대지권비율 27.32/2062)가 각 경료되었고, 2012. 7. 30. 이 사건 각 아파트의 등기기록 중 '대지권의 표시'란 표시번호 5에 '별도등기 있음[1토지(을구 4번 근저당권 설정등기)]'이라는 뜻이 기록되었다(이하 '이 사건 별도등기'라 한다).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 18호증(가지번호 포함), 을 제 1호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 주장 및 판단

가. 원고의 주장

이 사건 토지에는 이 사건 근저당권 설정 이전에 이미 이 사건 구 건물 구분소유자의 대지사용권이 성립된 상태이었다. 이 사건 구 건물이 멸실되었다고 하더라도 이는 이 사건 신 건물의 재건축을 위한 결의 및 허가에 따른 것이므로 이 사건 토지에 관한 이 사건 구 건물 구분소유자의 대지사용권은 이 사건 신 건물 구분소유자의 대지사용권이 성립할 때까지 소멸되지 않고 승계되었다. 또한 이 사건 근저당권 설정 당시 이 사건 신 건물은 이미 구조상이용상 독립성을 갖추었으므로, 이 사건 근저당권은 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라 한다) 제20조 제2항에서 정한 전유부분과 대지사용권의 분리처분 금지 원칙에 위배되어 효력이 없다. 따라서 피고는 원고에게, 주위적으로 이 사건 토지 지분에 관하여 경료된 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있고, 예비적으로 이 사건 각 부동산에 관하여 경료된 이 사건 별도등기를 말소할 의무가 있다.

나. 주위적 청구 부분에 관한 판단

(1) 먼저, 이 사건 구 건물 구분소유자의 대지사용권이 이 사건 신 건물 구분소유자에게 승계되었는지에 관하여 본다.

대지사용권이란 집합건물의 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 관하여 가지는 권리인바, 대지 지상의 집합건물이 멸실되면 그에 따른 대지사용권은 곧바로 소멸한다고 봄이 상당하므로, 원고 주장과 같이 이 사건 구 건물의 멸실이 이 사건 신 건물을 재건축하려는 의도에서 비롯되었다는 사정은 이러한 대지사용권의 소멸에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없다.

(2) 다음으로, 이 사건 신 건물의 구분소유에 따른 대지사용권이 이 사건 근저당권 설정 이전에 성립되었는지에 관하여도 본다.

(가) 대지사용권의 전제가 되는 1동의 건물에 대한 구분소유가 성립하기 위해서는 객관적·물리적인 측면에서 1동의 건물이 존재하고, 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추어야 할 뿐 아니라, 1동의 건물 중 물리적으로 구획된 건물부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 구분행위가 있어야 한다. 여기서 구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 건물의 특정부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 일종의 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니고 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 인정된다. 따라서 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있고, 이후 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 아직 그 건물이 집합건축물대장에 등록되거나 구분건물로서 등기부에 등기되지 않았더라도 그 시점에서 구분소유가 성립한다(대법원 2013. 1. 17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결 참조).

(나) 이러한 법리에 비추어 살펴보면, 앞서 본 기초사실에서 알 수 있듯이 이 사건 신 건물의 신축공사는 1996. 8. 2.경 착공되었지만, 회사부도로 인한 시공업체의 잦은 교체 등으로 인해 1998. 11.경에야 굴토공사가 완료될 정도로 상당한 기간 지연되었고, 결국 2000. 3.경 준공 예정이던 이 사건 신 건물은 2006. 8. 2.경에야 준공검사를 받았으며, 반면 이 사건 근저당권은 1999. 8. 25.경 설정되었는바, 이러한 사정에 비추어 보면 원고가 제출한 증거들만으로 이 사건 근저당권 설정 당시 이 사건 신 건물이 객관적·물리적인 측면에서 존재하였고 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

이처럼 이 사건 근저당권 설정 당시 이 사건 토지에 구분건물이 존재하였음을 인정하기 어려운 이상, 구분행위 존부에 관하여 살필 필요 없이 이 사건 토지에 이 사건 신 건물 구분소유자의 대지사용권이 성립하였다고 볼 수 없다.

(3) 따라서 원고의 주위적 청구는 이유 없다.

나. 예비적 청구 부분에 관한 판단

(1) 부동산등기규칙 제90조 제1항 본문은 ‘대지권의 목적인 토지의 등기기록에 대지권이라는 뜻의 등기를 한 경우로서 소유권보전등기나 소유권이전등기 외의 소유권에 관한 등기 또는 소유권 외의 권리에 관한 등기가 있을 때에는 등기관은 그 건물의 등기기록 중 전유부분 표제부에 토지 등기기록에 별도의 등기가 있다는 뜻을 기록하여야 한다.’고 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 ‘토지 등기기록에 별도의 등기가 있다는 뜻의 전제가 된 등기가 말소되었을 때에는 등기관은 그 뜻의 기록도 말소하여야 한다.’고 규정하고 있다. 대지권등기 전에 토지 등기기록에 이루어진 등기 또는 대지권등기 후에 토지만에 관하여 이루어진 등기가 있는 경우에는 여전히 토지 등기기록을 열람할 필요가 있으므로, 등기관이 직권으로 건물 등기기록에 공시되지 아니한 등기사항이 토지 등기기록에 별도로 있다는 뜻을 건물 등기기록에 기록함으로써 그러한 기록이 있는 경우에만 토지 등기기록을 열람하게 하고, 그러한 기록이 없는 경우에는 토지 등기기록을 사실상 활용하지 않아도 되도록 하는 데에 그 목적이 있다.

(2) 이러한 규정에 비추어 살펴보면, 원고가 피고를 상대로 말소를 구하는 이 사건 별도등기는 등기관이 부동산등기규칙 제90조 제1항에 따라 직권으로 이 사건 각 부동산의 등기기록에 ‘토지 등기기록에 별도의 등기가 있다’는 뜻을 기록한 것으로서, 그에 대한 말소도 등기관이 같은 규칙 제90조 제3항에 따라 직권으로 하게 되므로, 원고가 피고를 상대로 이 사건 별도등기의 말소를 소구할 이익이 없다.

(3) 따라서 원고의 예비적 청구에 관한 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.

3. 결론

그렇다면 원고의 주위적 청구는 이유 없어 기각하고, 예비적 청구에 관한 소는 부적법하여 각하하여야 한다. 제1심 판결 중 예비적 청구 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고 그에 대한 소를 각하하며, 원고의 주위적 청구에 관한 항소는 이유 없어 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 문성관, 판사 이주영, 판사 김정중

부동산 목록

(1) 서울특별시 금천구 대 2,092㎡ 종 7,312분의 4112

(2) 1동의 건물에 표시

서울특별시 금천구

철근콘크리트조 10층

판매시설 및 제1종2층 근린생활시설 및 공동주택

대지권의 목적인 토지의 표시

서울특별시 금천구 대 2,092㎡

전유부분의 건물에 표시

건물번호 :

구 조 : 철근콘크리트조

면 적 : 제5층 호 81.55㎡

대지권의 종류 : 소유권대지권

대지권의 비율 : 2,092분의 27,32

(3) 1동의 건물에 표시

서울특별시 금천구

철근콘크리트조 10층

판매시설 및 제1종2층 근린생활시설 및 공동주택

대지권의 목적인 토지의 표시

서울특별시 금천구 대 2,092㎡

전유부분의 건물에 표시

건물번호 :

구 조 : 철근콘크리트조

면 적 : 제9층 호 81.55㎡

대지권의 종류 : 소유권대지권

대지권의 비율 : 2,092분의 27,32