

서울북부지방법원 2020. 10. 14 선고 2019가합24777 판결

[가등기및근저당권설정등기말소등기절차이행]

전 문

원고1. A

2. B

3. C

원고들 소송대리인 변호사 문광신

피고D

소송대리인 변호사 백양현

변론 종결2020. 7. 15.

판결 선고2020. 10. 14.

주 문

1. 피고는,

가. 원고 A에게 별지 목록 제5 내지 8항 기재 각 부동산에 관하여, 원고 C에게 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여, 각 서울북부지방법원 동대문등기소 2015. 7. 30. 접수 제80461호로 마친 E 지분에 대한 소유권이전청구권가등기의 말소등기절차를,

나. 원고 A에게 별지 목록 제5 내지 8항 기재 각 부동산에 관하여, 원고 B에게 별지 목록 제1항 기재 부동산에 관하여, 원고 C에게 별지 목록 제2, 3, 4항 기재 각 부동산에 관하여, 각 서울북부지방법원 동대문등기소 2008. 7. 15. 접수 제32045호로 마친 E 지분에 대한 근저당권설정등기의 말소등기절차를,

각 이행하라.

2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자 관계

원고들은 종전 서울 동대문구 F 답 898평(이하 '이 사건 종전토지'라 한다)에 대한 환지인 서울 동대문구 G 대 579.5m²(2016. 10. 6. H 토지에 합병되었다), I 대 541.2m²(이하 '1차 분할 전 I 토지'라 한다) 및 J 대 490.9m²[이하 '1차 분할 전 J 토지'라 하고, 위에서 본 3필지의 환지(전체 면적 1,611.6m²; 487평)를 통틀어 '이 사건 환지'라 한다] 중 위 I 및 J 토지의 각 일부를 배타적으로 점유·사용하면서 E, K, L, M, 망 N과 함께 이 사건 환지에 관한 구분소유적 공유관계를 유지하고 있었던 자이고, 피고는 E의 자녀로서 아래에서 보는 바와 같이 위 토지의 E 지분에 관하여 근저당권설정등기 내지 소유권이전청구권가등기를 하고, 구분소유적 공유관계 해소 이후 E의 몫으로 분할된 토지에 관하여 소유권이전등기를 한 자이다.

나. 1차 분할 전 토지의 E 지분에 관한 근저당권설정

E은 자신이 제기한 아래 다.항 기재 민사소송 중인 2008. 7. 15. 서울북부지방법원 동대문등기소 접수 제32045호로, 본인 명의로 등기된 1차 분할 전 I 및 J 각 토지의 각 898분의 87.1 지분1)에 관하여 채권최고액 500,000,000원, 채무자 E, 근저당권자 피고로 하는 (공동)근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳤다.

다. 판결에 의한 1차 토지분할 및 공유관계 일부 해소

- 1) E는 2002. 11. 2. 서울중앙지방법원에 원고들을 포함한 당시 1차 분할 전 I 및 J 각 토지의 공유자들을 상대로 ① 위 각 토지 중 286.3m²(이후 분할 및 합병되어 현재 서울 동대문구 ○ 대 286.3m²가 된 부분이다) 및 ② 1차 분할 전 J 토지 중 44.2m²(이후 분할되어 현재 서울 동대문구 J 대 44.2m²가 된 부분이다)에 관하여 주위적으로 취득시효 완성을 원인으로, 예비적으로 상호명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 소(2002가합69223, 이하 이에 따른 소송을 '1차 소송'이라 한다)를 제기하여 2004. 12. 2. 청구인용판결을 선고받았다.
- 2) 원고들은 E이 승소한 부분에 불복하여 항소(서울고등법원 2005나23447) 및 상고(대법원 2007다18232)하였고, 그 상고심은 2009. 1. 15. 위 ① 부분에 관하여는 원고들의 상고를 기각하고, 위 ② 부분에 관하여는 시효취득 및 상호명의신탁관계 성립을 인정할 자료가 없다는 취지의 이유로 파기환송하였다.
- 3) 결국 그 파기환송심(서울고등법원 2009나9715)은 2009. 7. 8. 위 대법원 판결과 같은 이유로 위 ② 부분에 관한 E의 원고들에 대한 주위적 및 예비적 청구를 모두 기각하였고, 이는 2009. 10. 29. E의 상고가 기각됨에 따라 그대로 확정되었다(이하 '1차 확정판결'이라 한다).
- 4) 1차 확정판결의 취지에 따라 2010. 7. 30. 1차 분할 전 I 토지 중 E의 소유로 인정된 부분은 서울 동대문구 Q 대 43.1m²로, 나머지 부분은 I 대 498.1m²(이하 '2차 분할 전 I 토지'라 한다)로, 분할 전 J 토지 중 E의 소유로 인정된 부분은 ○ 대 243.2m²로, 나머지 부분은 J 대 162.3m²(이하 '2차 분할 전 J 토지'라 한다) 및 R 대 85.4m²(이하 'R 토지'라 한다)로 각 분할되었고, 2010. 9. 15. 위 E 소유 인정 부분에 관하여 각 명의신탁 해지 내지 취득시효완성을 원인으로 하는 E 명의의 지분이전등기가 이루어졌다.) 5) 위와 같은 1차 확정판결 및 그 후속절차에 따른 1차 분할 전 I 및 J 각 토지의 분할 및 공유관계의 해소 결과는 아래 표와 같다(아래 표의 기재에서 '서울 동대문구 S 동'은 생략한다).

1	I 대 541.2m ²	원고 A(33.2/898)원고 B(57/898)원고 C(150.3/898)K, L(각 469.02/1796)망 N(119.36/1796)E(87.1/898)3) E 지분 중 근저당권설정등기가 되어 있는 부분은 그렇지 않은 부분과의 구분을 위하여 밑줄과 굵은 글씨로 표시하였다.M(41.7/898)	I 대 498.1 m ²	좌동
Q 대 43.1 m ²	E			
2	J 대 490.9 m ²	원고 A(33.2/898)원고 B(57/898)원고 C(150.3/898)K, L(각 390.85/1796)망 N(119.36/1796)E(87.1/898+78.17/8984) 위 확정판결과 별도로, E는 2010. 4. 16. K, L으로부터 각 78.17/1796 지분에 관하여 진정명의회복을 원인으로 하는 지분이전등기를 경로받았고, 그 결과 1차 분할 전 I 토지와는 보유지분비율에	J 대 162.3 m ²	좌동

1	I 대 541.2m ²	원고 A(33.2/898)원고 B(57/898)원고 C(150.3/898)K, L(각 469.02/1796)망 N(119.36/1796)E(87.1/898)3) E 지분 중 근저당권설정등기가 되어 있는 부분은 그렇지 않은 부분과의 구분을 위하여 밑줄과 굵은 글씨로 표시하였다.M(41.7/898)	I 대 498.1 m ²	좌동
		차이가 발생하였다.)M(41.7/898)		
○ 대 243.2 m ² R 대 85.4 m ²	E좌동			

라. 2차 분할 전 토지의 E 지분에 관한 소유권이전청구권가등기

E은 원고들로부터 아래 마.항 기재 민사소송의 항소심이 계속 중인 2015. 7. 30. 서울북부지방법원 동대문등기소 접수 제80461호로, 본인 명의로 등기된 2차 분할 전 J 토지의 898분의 165.27(=87.1+78.17) 지분에 관하여 피고에게 동일자 매매예약을 원인으로 하는 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라 한다)를 마쳐주었다.

마. 판결에 의한 2차 토지분할 및 공유관계 해소

- 1) 원고들은 서울중앙지방법원에 위와 같이 분할된 토지들의 나머지 공유자들에 대하여 명의신탁해지를 원인으로 하는 각 지분에 관한 소유권이전등기 등 청구의 소(2013가합23667, 이하 이에 따른 소송을 '2차 소송'이라 한다)를 제기하여 2014. 11. 27. 일부 인용판결을 받았다.
- 2) 위 판결에 대하여 원고들 및 망 N을 소송수계한 T의 항소로 이루어진 항소심(서울고등법원 2015나5721)은 2016. 7. 6. ① 2차 분할 전 J 토지에 관한 원고 A의 청구와 2차 분할 전 I 및 J 각 토지에 관한 원고 C, B의 각 일부 청구를 인용하되, ② R 토지에 관한 원고 C의 청구는 기각하고, ③ T에 대한 청구를 기각하는 대신 그를 승계참가한 U에 대한 청구는 위 ①, ②과 같이 처리하는 취지의 판결을 선고하였고, 이는 2016. 12. 1. E의 상고가 기각됨(대법원 2016다35727)에 따라 그대로 확정되었다(이하 '2차 확정판결'이라 한다).
- 3) E은 이후 위 확정판결에 대하여 재심의 소를 청구하였으나, 이는 2017. 7. 20. 기각되었고(서울고등법원 2017재나18), 이에 E이 상고하였으나 2017. 11. 9. 기각되었다(대법원 2017다34974).

4) 2차 확정판결의 취지에 따라 2017. 12. 18. 2차 분할 전 I 토지 중 원고 B의 구분소유로 인정된 부분은 별지 목록 제1항 기재 토지로, 원고 C의 구분소유로 인정된 부분은 별지 목록 제2항 기재 토지로, 나머지 부분은 I 대 37㎡로, 2차 분할 전 J 토지 중 원고 C의 구분소유로 인정된 부분은 별지 목록 제3, 4항 기재 각 토지로, 원고 A의 구분소유로 인정된 부분은 별지 목록 제5 내지 8항 기재 각 토지로 각 분할되었고, 2018. 1. 25. 각 명의신탁해지를 원인으로 하는 원고들 각 명의의 지분이전등기가 이루어졌다.

5) 위와 같은 2차 확정판결 및 그 후속절차에 따른 2차 분할 전 I 및 J 각 토지의 분할 및 공유관계의 해소 결과는 아래 표와 같다(아래 표의 토지란 기재에서 '서울 동대문구 S동'은 생략한다).

1	I 대 498.1 m ²	원고 A(33.2/898)원고 B(57/898)원고 C(150.3/898)K, L(각 469.02/1796)망 N(119.36/1796)E(87.1/898)M(41.7/898)	I 대 37m ²	좌동
V 대 154.9m ² W 대 360.2m ²	원고 B[별지 목록 제1항 기재 토지]원고 C[별지 목록 제2항 기재 토지]			
2	J 대 162.3m ²	원고 A(33.2/898)원고 B(57/898)원고 C(150.3/898)K, L(각 390.85/1796)망 N(119.36/1796)E(87.1/898+78.17/898)M(41.7/898)	J 대 44.2 m ² X 대 43.1 m ² Y 대 29.5 m ² Z 대 17.7 m ² AA 대 0.8 m ² AB 대 27.0 m ²	좌동원고 C[별지 목록 제3, 4항 기재 토지]원고 A[별지 목록 제5~8항 기재 토지]

바. E의 피고에 대한 소유권이전등기 등

한편, E은 2012. 8. 3. 다.항에서 본 1차 분할 및 지분이전 등에 따라 단독명의로 취득하게 된 서울 동대문구 ○ 대 243.2㎡ 토지에 같은 경위로 취득한 Q 대 43.1㎡ 토지를 합병하였고(이로써 성립한 ○ 대 286.3㎡를 'O 토지'라 한다), 2차 소송의 항소심이 계속 중인 2015. 5. 19. 위 토지에 관하여 피고에게 같은 날 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳐주었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 14, 19, 20, 21호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호를

포함한다. 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 청구원인에 관한 판단

가. 청구원인의 요지

별지 목록 제3 내지 8항 기재 각 토지의 898분의 165.27 지분에 관하여 마쳐져 있는 이 사건 가등기는, 위 지분이 원고 C와 A의 2013. 5. 29.자 명의신탁해지로서 위 원고들 명의로 이전되어야 할 것임에도 불구하고, 그것이 아직 E 명의로 되어있음을 기화로 E과 피고 사이의 통정허위표시에 터잡아 이루어진 원인무효의 가등기이다.

별지 목록 기재 각 토지의 898분의 87.1 지분에 관하여 마쳐져 있는 이 사건 근저당권설정등기는, 2차 확정판결에 따른 토지분할 및 지분이전으로 위 각 토지에 더는 E의 지분이 남아있지 않아 실체관계에 부합하지 않거나, E이 피고에게 O 토지를 매도함에 따라 근저당권이 혼동 또는 피담보채무의 변제로 소멸한 것이다.

따라서 피고는 원고들에게 별지 목록 기재 각 토지에 마쳐져 있는 이 사건 가등기 내지 근저당권설정등기를 각 말소할 의무가 있다.

나. 판단

1) 가등기 말소청구에 관한 판단 가) 살피건대, 앞서 제1항에서 본 인정사실 및 증거에 을 제78호증의 기재, 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하여 보면, 별지 목록 제3 내지 8항 기재 각 토지의 898분의 165.27 지분에 관하여 마쳐져 있는 이 사건 가등기는 E과 피고 사이의 통정허위표시에 의하여 이루어진 것으로서 원인무효의 가등기로 봄이 상당하다.

① E을 비롯한 이 사건 환지의 구분소유적 공유관계에 있던 자들은 2002.경 혹은 그 이전부터 1, 2차 각 소송을 비롯한 법적 분쟁을 거치면서 각자의 토지 소유 부분을 확정해나가는 중에 있었다.

② 그 과정에서 E은 1차 확정판결로서 1차 분할 전 I 및 J 각 토지 중 자신이 자주점유하고 있는 부분(현재 O 토지가 된 부분)의 단독 소유를 인정받고, 위 토지 중 일부(현재 별지 목록 제3항 기재 토지가 된 부분)에 대해서는 이를 인정받지 못하였다. 또한 E은 2014. 11. 27. 2차 소송의 제1심에서 2차 분할 전 I 및 J 각 토지에 관하여 구분소유적 공유관계가 성립함을 전제로, 원고들의 구분소유가 인정되는 토지 부분에 관한 지분이전등기의무를 인정하는 취지의 판결을 선고받았다(위 판결과

항소심 판결, 즉 2차 확정판결과는 원고들의 구분소유가 인정되는 범위에 관하여만 차이가 있다).

③ 뿐만 아니라 E은 2014. 11. 27. M가 2차 분할 전 I 토지 등에 관하여 그 공유자들에 대하여 제기한 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기청구 소송에서도 위와 같은 취지의 제1심 판결을 선고받았다(서울중앙지방법원 2011가합108847).

④ 이처럼 E은 이 사건 가등기를 마치기 이전까지 1차 분할 전 I 및 J 토지 중 일부에 관하여 단독 소유를 인정받아 그 부분에 대하여 공유자들의 지분에 관한 소유권이전등기를 마쳤고, 이를 인정받지 못한 나머지 부분인 2차 분할 전 I 및 J 토지 등의 지분에 관하여는 다른 공유자들에게 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기를 하라는 취지의 제1심 판결을 선고받아 그 항소심을 진행하고 있었다. 그렇다면 E으로서도 2차 분할 전 I 및 J 토지의 지분이 실질적으로는 자신에게 귀속되는 것이 아니고 구분소유적 공유관계의 청산에 따라 타인에게 이전되어야 할 것임을 알고 있었거나, 적어도 2차 소송에서 종국적으로 패소할 가능성이 높음을 인지하고 있었을 것으로 보인다.

⑤ 한편, E은 2015. 5. 19. 1차 확정판결을 통하여 자신의 토지로 인정받은 O 토지에 관하여 피고에게 소유권이전등기를 마쳐주어, 아래 2)항에서 보는 바와 같이 이로써 E과 피고 사이의 채권·채무관계도 해소되었을 것으로 보이는바, 그 밖에 E이 피고에게 가등기를 해주어야 할 만한 원인관계도 특별히 확인되지 않는다.

⑥ 이러한 상황에서 E은 2015. 7. 30. 2차 분할 전 J 토지의 165.27 지분에 관하여 자녀인 피고 명의의 이 사건 가등기를 마쳤는바, 이는 2차 소송의 결과에도 불구하고 위 지분에 관한 권리를 행사하고자 피고와의 통정 하에 허위로 그 외관을 작출한 것으로 보인다.

나) 따라서 별지 목록 제3 내지 8항 기재 각 토지의 898분의 165.27 지분에 관하여 마쳐져 있는 이 사건 가등기는 통정허위표시에 의한 것으로서 원인무효임이 상당하므로, 피고는 원고 C에게 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여, 원고 A에게 별지 목록 제5 내지 8항 기재 각 부동산에 관하여 각 마쳐진 이 사건 가등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 근저당권설정등기 말소청구에 관한 판단 가) 살피건대, E이 2008. 7. 15. 1차 분할 전 I 및 J 각 토지의 본인 명의 지분에 관하여 근저당권자를 피고로 하는 이 사건 근저당권설정등기를 마친 사실은 앞서 제1항에서 본 바와 같고, 한편 갑 제18호증의 1 내지 4의 각 기재에 의하면 피고가 2011. 6. 2.

1차 분할 후 E의 소유로 인정된 토지 부분(즉, 현재 ○ 토지) 및 그 지상 건물에 마쳐진 이 사건 근저당권설정등기에 관하여 E의 채권자인 AC이 제기한 사해행위 취소 소송에서 패소한 사실(서울북부지방법원 2010가합1979, 확정됨), 위 소송에서 법원은 위 2008. 7. 15. 기준 피고의 E에 대한 채권액을 583,400,000원으로, 현재 ○ 토지 부분의 시가를 1,677,718,000원으로 인정한 사실이 인정된다.

나) 나아가 위 인정사실 및 증거에 제1항에서 본 인정사실과 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 1차 분할 전 I 및 J 각 토지에 관한 E의 지분은 실제로는 E의 단독 소유로 인정되는 부분(현재 ○ 토지)에 대한 구분소유적 공유관계를 표상하고 있었던 점, ② E과 그 자녀인 피고 또한 이를 잘 알고 있어, 이 사건 근저당권설정등기를 할 당시는 물론 ○ 토지에 관하여 피고 명의의 소유권이전등기를 마칠 무렵까지도 위 근저당권의 실제 목적을 1차 분할 전 I 및 J 각 토지에 관한 E의 지분이 아닌 ○ 토지로 인식하고 있었다고 보이는 점, ③ 실제로 피고가 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐진 때부터 이 사건 소송에 이르기 전까지 위 등기가 마쳐진 별지 목록 기재 각 토지의 지분에 관하여 근저당권을 실행한 적이 없었던 점(이 사건 소송이 진행 중이던 2020. 6. 24.경에서야 임의경매신청을 하였다), ④ 한편, ○ 토지의 시가는 2008. 7. 15. 기준으로도 1,677,718,000원에 이르고, 피고의 위 토지 취득일(2015. 5. 19.)부터 2015. 8. 18.까지 위 토지에 설정된 1, 2순위 근저당권의 채권최고액 합계 또한 2,210,000,000원에 이르는 점, ⑤ 이에 비추어 볼 때 피고가 ○ 토지를 취득하면서 E이 위 토지에 관하여 종전까지 부담하던 근저당권의 피담보채무(채권최고액 1,170,000,000원)를 그대로 인수하였다고 하더라도, 이를 초과하는 위 토지의 잔존가치에 관하여는 E에게 상당한 대가를 지급하였다고 볼 수밖에 없는 점, ⑥ 그런데 피고가 E에게 위 토지에 관한 매매대금을 실제로 지급하였다고 볼 만한 사정은 전혀 확인되지 않는 점 등을 종합하여 보면, 피고는 2015. 5. 19.경 E과 사이에 ○ 토지의 소유권을 이전받는 대신 이 사건 근저당권설정등기에 관한 근저당권 내지 그 피담보채권을 모두 소멸시키기로 하는 약정(즉, 혼동에 준하는 근저당권 소멸 약정 또는 대물변제약정)을 하였다고 봄이 상당하다.

다) 따라서 별지 목록 기재 각 토지의 898분의 87.1 지분에 관하여 마쳐져 있는 이 사건 근저당권설정등기는 그 근저당권이 소멸하였으므로, 피고는 원고 B에게 별지 목록 제1항 기재

부동산에 관하여, 원고 C에게 별지 목록 제2, 3, 4항 기재 각 부동산에 관하여, 원고 A에게 별지 목록 제5 내지 8항 기재 각 부동산에 관하여 각 마쳐진 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 결론

그렇다면 원고들의 피고에 대한 청구는 모두 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사강재철

판사배관진

판사강민수

별지

1) 위 토지지분에 관한 E 명의의 지분등기는 비록 이 사건 환지 중 E이 구분소유하는 부분의 면적비율(87.1평/487평)과 일치하지 않는 비율의 지분등기이기는 하나, 다음과 같은 경위에서 이루어진 것으로서 E이 구분소유한 부분 전체를 표상하는 지분등기로서 마쳐진 것이다. 즉, 1차 분할 전 I 및 J 각 토지에 대한 환지처분 전 환지예정지의 구분소유자들은, 환지처분이 이루어지기 전까지 위 환지예정지 중 각 구분소유한 토지 부분을 거래하면서 그 거래 대상 토지 부분을 표상하는 등기로 이 사건 종전토지에 관하여 그 전체 면적(898평)을 분모로, 거래 대상 토지 부분의 면적을 분자로 하는 지분등기를 하였는데, 환지처분 이후 이 사건 종전토지에 관한 위와 같은 등기는 이 사건 환지에 관한 등기로 그대로 전사되었다. 이로써 이 사건 환지에는 위와 같이 실제 구분소유하는 토지 부분의 면적비율에 부합하지는 않지만, 898을 분모로 하였을 때의 분자 값이 실제 구분소유하는 토지 부분 면적에 부합하는 지분등기가 이루어지게 되었는바, E은 1998. 4. 23.경 1차 분할 전 I 및 J 각 토지 중 87.1평 부분을 그 전소유자인 P으로부터 승계취득하면서, 위와 같은 경위에 따라 마쳐진 이 사건 환지의 각 898분의 87.1 지분에 관한 이전등기를 전전경료하였다.

2) 이로써 E은 1차 분할 전 I 및 J 각 토지에 관한 자신 명의의 87.1/898 지분등기가 표상하는 토지

부분[총 286.3m², 87.1평의 면적(=287.43m²)과 완전히 일치하지는 아니하나, 이는 E이 구분소유 내지 자주점유하는 토지를 실측하여 특정하는 과정에서 확인된 오차에 해당하는 것으로 보인다]을 분할·단독 명의로 이전 받아 자신이 구분소유한 토지 부분에 관한 상호명의신탁관계를 해소하였다.

3) E 지분 중 근저당권설정등기가 되어 있는 부분은 그렇지 않은 부분과의 구분을 위하여 밑줄과 굵은 글씨로 표시하였다.

4) 위 확정판결과 별도로, E은 2010. 4. 16. K, L으로부터 각 78.17/1796 지분에 관하여 진정명의회복을 원인으로 하는 지분이전등기를 경로받았고, 그 결과 1차 분할 전 I 토지와는 보유지분비율에 차이가 발생하였다.