

서울서부지방법원

판 결

사 건 2022가단277198 근저당권설정등기 말소청구의 소
원 고 A주택재건축정비사업조합
소송대리인 법무법인 통 담당변호사 이형택
소송대리인 법무법인 삼현 담당변호사 장세영, 김은지
피 고 1. B
2. C조합
피고들 소송대리인 법무법인 소망
담당변호사 김찬영
변 론 종 결 2023. 1. 13.
판 결 선 고 2023. 1. 27.

주 문

1. 원고의 피고들에 대한 주위적 청구를 기각한다.
2. 피고 B은 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 등기국 2010. 9. 14. 접수 제51297호로 마친 각 근저당권설정등기에 대하여 2022. 12. 21. 변제공탁을 원인으로 한 각 말소등기절차를 이행하라.
3. 소송비용은 각자 부담한다.

청 구 취 지

○ 주위적 청구: 원고에게, 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여, 1. 피고 B은 서울서부지방법원 등기국 2021. 6. 15. 접수 제88415호로 마친 각 근저당권이전등기의 말소등기절차를 이행하고, 2. 피고 C조합은 같은 등기국 2010. 9. 14. 접수 제51297호로 마친 각 근저당권설정등기에 대하여 2022. 12. 21. 변제공탁을 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.

○ 예비적 청구: 주문 제2항 기재와 같다.

이 유

1. 인정사실

가. 원고는 서울 은평구 D 일대를 정비구역으로 하여 2008. 1. 23. 조합설립인가를 받은 주택재건축정비사업조합이다. E은 위 정비구역 내에 소재한 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)에 관하여, 제1기재 토지 부분은 공유자, 제2기재 건물 부분은 소유자였다.

원고는 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않은 E을 상대로 매도청구권을 행사하는 취지로 서울서부지방법원 2021가합30634호로 소유권이전등기청구소송을 제기하였고, 제1심법원은 2021. 6. 2. "E은 원고로부터 9,700만 원을 지급받음과 동시에 원고에게 이 사건 부동산에 관하여 2010. 1. 14. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라."는 내용의 판결이 선고되었고, 이후 제1심판결은 항소기각, 상고기각되어 2022. 6. 30. 확정되었다. 원고는 위 확정판결에 기하여 2022. 9. 23. 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다.

나. 한편 피고 C조합(이하 '피고 C조합'이라고 한다)은 이 사건 부동산에 관하여 서울서부지방법원 등기국 2010. 9. 14. 접수 제51297호로 채무자 F(E의 처), 채권최고액 3억 1,850만 원의 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권'이라고 한다)를 마친 바 있다.¹⁾

이 사건 근저당권에 관하여는, ① 2021. 6. 14. 피고 C조합으로부터 피고 B(F의 동생)으로의 확정채권양도를 원인으로 서울서부지방법원 등기국 2021. 6. 15. 접수 제88415호로 B 명의의 근저당권이전 부기등기가 마쳐졌다. ② 이러한 B 명의의 부기등기 이후에, 2021. 9. 23. 확정채권일부양도예약(양도액 7,000만 원)을 원인으로 하여 같은 등기국 2021. 9. 24. 접수 제136766호로 가등권자 G 명의의 근저당권일부이전청구권가등기가 마쳐졌다.

다. 원고는 2022. 12. 21. 별지 공탁서(갑 제5호증)와 같이, 피고들 및 G를 상대적 불확지 피공탁자로 하여 서울서부지방법원 2022년 금 제4210호로 이 사건 근저당권의 채권최고액 3억 1,850만 원을 변제공탁 하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5호증(가지번호 포함)의 각 기재

2. 쌍방의 주장

가. 원고

① 피고들에 대한 주위적 청구는 다음과 같다. 즉 피고 C조합이 2021. 6. 14. 피고 B에게 이 사건 근저당권의 피담보채권을 양도한 행위는, 강행규정인 '대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률'(이하 '대부업법'이라고 한다) 제9조의4 제3항에 위반되어 무효이다.²⁾ 피고 B의 이 사건 근저당권이전등기는 무효인 채권양도계약에 기한

1) 앞서 확정판결에서 동시이행을 명한 9,700만 원은, 이 사건 부동산의 시가 3억 4,000만 원에서 피고 C조합의 이 사건 근저당권의 피담보채무액이라고 간주한 2억 4,300만 원을 공제한 잔액이다.

것으로 원인무효로서 말소되어야 한다. 피고 C조합의 이 사건 근저당권 피담보채무는 원고의 2022. 12. 21.자 변제공탁으로 소멸되었으므로 이 사건 근저당권은 말소되어야 한다. ② 피고 B에 대한 예비적 청구는 다음과 같다. 즉 만약 피고 C조합의 채권양도가 유효해서 피고 B의 이 사건 근저당권이전등기가 유효한 등기로 인정된다고 하더라도, 원고의 변제공탁으로 이 사건 근저당권의 피담보채무가 모두 소멸했으므로 이 사건 근저당권은 말소되어야 하고, 다만 적법한 양수자인 피고 B이 이 사건 근저당권의 말소등기의무자이므로, 피고 B은 피고 C조합의 이 사건 근저당권을 말소할 의무가 있다.

나. 피고들

① 주위적 청구는 다음과 같이 이유 없다. 즉 피고 B의 이 사건 근저당권이전등기는, 피고 B이 이 사건 근저당권의 피담보채무를 대위변제한 것에 기인한 것으로 그 실질은 대위변제에 따른 근저당권의 이전이므로 유효하고, 원고 주장의 대부업법 규정은 적용되지 않는다. ② 예비적 청구는 다음과 같이 이유 없다. 즉 이 사건 근저당권의 채권자는 피고 B이 명백하므로 원고로서는 피고 B을 상대로 변제공탁하였어야 한다. 원고의 채권자 불확지 공탁은 유효한 변제가 아니어서 피고 B에 대해서는 그 효력이 없다. 피고 C조합은 이 사건 근저당권을 말소할 권한이나 지위에 있지 않으므로 이에 대한 청구 역시 이유 없다.

3. 원고의 주위적 청구에 관하여

을 제1 내지 4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 피고 B이 2021.

2) 대부업법 제9조의4(미등록대부업자로부터의 채권양수·추심 금지 등) ③ 대부업자 또는 여신금융기관은 제3조 제2항 제2호에 따라 등록한 대부업자, 여신금융기관 등 대통령령으로 정한 자가 아닌 자에게 대부계약에 따른 채권을 양도해서는 아니 된다.

6. 14.경 당시까지 이 사건 근저당권의 피담보채무 원리금 243,959,683원을 채무자 F을 대위하여 피고 C조합에게 대위변제한 사실, ② 피고 C조합은 회사 내규에 기하여, 대위변제에 따른 근저당권 이전절차를 진행하기 위해서 피고 B에게 대위변제증서를 교부함과 아울러 채권양도계약서에 날인해 주는 절차를 진행한 것이었을 뿐, 실제로 피고 B에게 위 피담보채권이 존속함을 전제로 채권양도를 한 것은 아니었던 사실 등이 인정된다.

이에 의하면, 피고 B에 대한 이 사건 근저당권 이전의 실질은, 대위변제에 기한 적법한 권리이전에 해당하고 원고 주장과 같은 대부업법에서 금지하는 채권양도에는 해당하지 않는다. 원고의 주위적 청구는 이유 없다.

4. 원고의 예비적 청구에 관하여

가. 민법 제487조 후단의 '변제자가 과실 없이 채권자를 알 수 없는 경우'라 함은 객관적으로 채권자 또는 변제수령권자가 존재하고 있으나 채무자가 선량한 관리자의 주의를 다하여도 채권자가 누구인지 알 수 없는 경우를 말하므로, 채권이 양도되었다는 등의 사유로 제3채무자가 종전의 채권자와 새로운 채권자 중 누구에게 변제하여야 하는지 과실 없이 알 수 없는 경우 제3채무자로서는 민법 제487조 후단의 채권자 불확지를 원인으로 한 변제공탁사유가 생긴다고 할 것이다(대법원 2005. 5. 26. 선고 2003다12311 판결, 대법원 2015. 3. 26. 선고 2013다212226 판결 등 참조).

앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 이 사건 부동산의 제3취득자에 해당하는데, 이 사건 근저당권의 권리관계 자체가 당초 권리자인 피고 C조합에서 피고 B과 이후 G(일부만 이전)에게로 순차적으로 변동되었고, 그들과 아무런 관련도 없는 제3취득자인 원고로서는 위와 같은 권리변동

의 실질이 무엇인지를 파악하기 어려운 상황이었던 점, ② 피고 C조합에서 피고 B에게 이 사건 근저당권이 이전된 실질이 대위변제였음에도 그 등기내역으로 공시된 원인은 채권양도였는바, 이로 인해 금융기관이 사인에게 대부계약에 따른 채권을 양도하였다는 외관이 형성되었고, 이에 따라 원고로서는 앞서 본 대부업법 관련규정을 근거로 그 효력을 다룰 여지가 생기게 되었고(위 관련규정이 강행규정인지, 단속규정인지에 관한 명확한 선례는 없는 것으로 보인다) 진정한 채권자를 확정하기 어려운 상황이 되었던 점, ③ 원고가 이 사건 근저당권의 채권최고액 전부를 변제공탁한 이상, 이를 이전받은 피고 B의 경우 그것이 말소되더라도 어떠한 손해를 입는다고 볼 수도 없는 점³⁾ 등에 비추어 보면, 원고의 변제공탁은 유효한 것으로 인정된다(피고 B의 경우 원고의 변제공탁에 따른 공탁금출급청구권자가 피고 B임을 확인하는 취지의 권리행사를 하면 될 것으로 보이는데, 다만 피고 C조합과의 관계에서는 그 권리자가 피고 B임은 분명하나, G와의 관계에서 일부 이전된 7,000만 원의 권리자가 누구인지는 이 사건에서는 확인되지 않는다).

나. 근저당권의 양도에 의한 부기등기는 기존의 근저당권설정등기에 의한 권리의 승계를 등기부상 명시하는 것뿐으로, 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 근저당권설정등기의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고, 양도인은 그 말소등기청구에 있어서 피고적격이 없다. 근저당권 이전의 부기등기는 기존의 주등

3) ▶경매부동산을 매수한 제3취득자는 그 부동산으로 담보하는 채권최고액과 경매비용을 변제공탁하면 그 저당권의 소멸을 청구할 수 있고(대법원 1971. 5. 15.자 71마251 결정), 근저당권의 물상보증인은 민법 제357조에서 말하는 채권의 최고액만을 변제하면 근저당권설정등기의 말소청구를 할 수 있고 채권최고액을 초과하는 부분의 채권액까지 변제할 의무가 있는 것이 아니다(대법원 1974. 12. 10. 선고 74다998 판결 참조). 이에 의하면, 이 사건 부동산의 제3취득자인 원고는 이 사건 근저당권의 채권최고액을 변제공탁함으로써(본건은 경매절차가 개시된 바 없어 경매비용을 공탁할 필요는 없다) 그 말소를 구할 수 있다. ▶피고 B 역시 답변서에서, 대위변제를 하고 근저당권을 이전받은 경위는 그로 인해 채권최고액 상당의 이익을 얻을 수 있다는 주변의 조언 때문이었다고 답변하고 있다.

기인 근저당권설정등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이어서 피담보채무가 소멸된 경우 또는 근저당권설정등기가 당초 원인무효인 경우 주등기인 근저당권설정등기의 말소만 구하면 되고 그 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기의 말소에 따라 직권으로 말소된다(대법원 1995. 5. 26. 선고 95다7550 판결, 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다21386 판결 등 참조).

이에 의하면, 이 사건 근저당권의 적법한 양수자인 피고 B은 원고의 변제공탁을 원인으로 피고 C조합 명의의 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다. 원고의 예비적 청구는 이유 있다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 주위적 청구는 이유 없어 기각하고, 피고 B에 대한 예비적 청구는 이유 있어 인용한다.

판사 유창훈

부동산 목록

1. (토지의 표시)

서울 은평구 H 대 1841.5m²

중 공유자 E의 지분 1841.5분의 77.7

2. (1동의 건물의 표시)

서울 은평구 H

철근콘크리트 슬래브위기와지붕 3층 연립주택

1층 645.56m²

2층 645.56m²

3층 645.56m²

지하실 652.76m²

(전유부분의 건물의 표시)

1층 I호 철근콘크리트조 104.12m²

부속건물 지층 J호 62.12m². 끝.

금전 공탁서(변제 등)

1. 공탁신청 및 수리

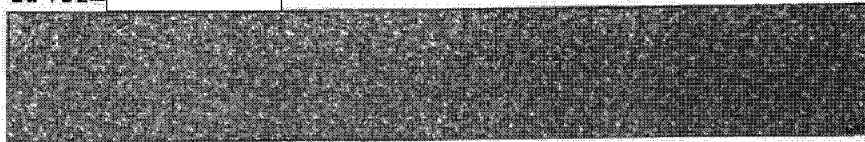
공탁번호		2022년 금제4210호		2022년 12월 21일 신청		법령조항	민법 제487조 후단
공 탁 자	성명 (상호, 명칭)	별지 기재와 같음		피 공 탁 자	성명 (상호, 명칭)	별지 기재와 같음	
	주민등록번호 (법인등록번호)	별지 기재와 같음			주민등록번호 (법인등록번호)	별지 기재와 같음	
	주소 (본점, 주사무소)	별지 기재와 같음			주소 (본점, 주사무소)	별지 기재와 같음	
	전화번호	별지 기재와 같음			전화번호	별지 기재와 같음	
공탁금액		한글 삼억팔천팔백오십만 원정 숫자 318,500,000 원		보관은행		☐ 은행 ☐ 은행 서부법원지점	
공탁원인사실		별지 기재와 같음					
비고(첨부서류 등)		별지 기재와 같음				☒ 계좌납입신청	
1. 공탁으로 인하여 전세권 또는 저당권 2. 반대급부 내용		소멸하는 질권, 법원					
위와 같이 신청합니다.		대리인 주소		서울특별시 서초구		- -	
공탁자 성명		주택제건축공사(주)합		전화번호			
		성명		법무사			
위 공탁을 수리합니다. 공탁금을 2022년 12월 22일까지 위 보관은행의 공탁관 계좌에 납입하시기 바랍니다. 위 납입기일까지 공탁금을 납입하지 않을 때는 이 공탁 수리결정의 효력이 상실됩니다.							
2022년 12월 21일							
서울서부지방법원 공탁관							

전자공탁용택이킷(eki.scourt.go.kr)의 [원판발급/발급확인]에서 발급확인번호를 입력하거나, [이용안내/프로그램설치]에서 전자발급
 문서 검증프로그램을 다운로드하고 문서 하단의 바코드를 스캐너로 확인하는 방식으로 문서의 위·변조여부를 확인할 수 있습니다.

발급확인번호

1 / 5

발행일 2022.12.21



< 별지 >

[공탁자]

성명 : [] 주택재건축정비사업조합
주민(법인)등록번호 : []
주소 : 서울 은평구 [], 2층 []
전화번호 :

[피공탁자]

(1) 성명 : []
주민(법인)등록번호 : []
주소 : 서울 은평구 [], 호 []
전화번호 : []
공탁금액 :

또는

(2) 성명 : [] 조합
주민(법인)등록번호 : []
주소 : 창원시 진해구 []
전화번호 : []
공탁금액 :

또는

(3) 성명 : []
주민(법인)등록번호 : []
주소 : 서울 송파구 [], 호 []
전화번호 : []
공탁금액 :

[공탁원인사실]

1. 공탁자는 아래 부동산의포지 기재 부동산(이하 '부동산')의 소유자 이고, 피공탁자2 [] 조합은 '부동산'에 관하여 당시 소유자였던 []의 처 []을 채무자로 하는 서울서부지방법원 2010.9.14. 집수 제51297호로 근저당권설정등기를 경료한 자이며, 피공탁자1 []은 피공탁자2 [] 조합으로부터 2021.06.14. 확정채권을 양수받고, 이를 바탕으로 '부동산'에 관하여 서울서부지방법원 2021.06.15. 집수 제88415호 근저당권이전등기를 경료한 자이고 피공탁자3 []는 피공탁자1 []으로부터 2021.09.23. 확정채권 일부를 양수받고 '부동산'에 관하여 서울서부지방법원 2021.09.24. 집수 제136766호로 근저당권일부이전청구권가등기를 경료한 자입니다. (부동산등기부등본)

전자공탁증매여겨(ek1.scourt.go.kr)의 [열람발급/발급확인]에서 발급확인번호를 입력하거나, [이용안내/프로그램설치]에서 전자발급 문서 검증프로그램을 다운로드하고 문서 하단의 바코드를 스캐너로 확인하는 방식으로 문서의 위·변조여부를 확인할 수 있습니다.

발급확인번호 []

2 / 5

발행일 2022.12.21



2. 공탁자는 2010.9.14. 접수 제51297호 근저당권설정증을 말소하기 위하여 피공탁자들에게 현실제공하러 하였으나 피공탁자들이 수령 거부하고 있습니다. 이에 공탁자는 피공탁자1 [] , 피공탁자2 [] 조합에 대하여 근저당권설정등기 말소청구의 소를 2022.11.02. 서울서부지방법원 2022가단277198호로, 피공탁자3 []에게 근저당권일부이전청구권가등기 말소의소를 2022.12.16. 서울서부지방법원 2022가단288679호로 제기 하였습니다.

3. 강행규정인 대부업법 제9조의4 제3항에 따르면, 여신금융기관인 피공탁자2 [] 조합은 [제3조 제2항 제2호에 따라 등록된 대부업자, 여신금융기관 등 대통령령으로 정한자가 아닌 자에게 대부계약에 따른 채권을 양도해서는 아니 된다] 고 별에 명시한바 피공탁자1 []은 대부업법 제3조 제2항 제2호에 따라 등록된 대부업자, 여신금융기관 등 대통령령으로 정한자가 아님이 명백함으로 피공탁자2 [] 조합에서 피공탁자1 []에게 양도된 2021.6.15. 접수 제88415호 근저당권이전등기는 원인 무효에 해당합니다.

4. 또한 피공탁자2 [] 조합의 채권양도 행위에 기초하여 피공탁자1 []에게서 피공탁자3 []가 채권의 일부를 양도받은 것임으로 근저당권일부이전청구권가등기 또한 원인 무효에 해당할 것입니다.

5. 이에 근저당권의 효력이 피공탁자2 [] 조합에 있다 한 것이나 아직 근저당권말소에 대한 소송 진행중에 있고 판결이 확정되지 아니함어 따라 채권최고액 금318,500,000원을 피공탁자를 특정하여 지급할 수 없으므로 금318,500,000원을 상대적 불확지 변제금과 합니다.

6. 참고하여 공탁자는 재건축공사업조합으로 일반분양신청을 앞두고 있습니다. 이에 해당 사업지 토지에 근저당 등의 소유권이의의 권리가 존재할 경우 일반분양신청을 할 수 없으므로 현재 소송중임 것이지만, 소송의 확정판결까지는 시일의 걸리므로 구원의 정산을 완료하여 일반분양을 진행하기 위하여 변제금과 하고자 합니다.

아 토
[부동산의 표시]

1. 건물

1동의 건물의 표시

서울특별시 은평구 []

전유부분의 건물의 표시

건물의 번호 []

구 조 : 원근왕크리트조

면 적 : 1층 []호 104.12㎡ 부속전용 지층 []호 62.12㎡

2. 토지

서울특별시 은평구 [] 대 1841.5㎡ 등
(1841.5분의 77.7)

[비고(첨부서류 등)]

위임장 1통, 주민등록등초본 2통, 사업자등록증명원 1통, 2022가단277198 사건진행현황 1통,

전자공탁증페이지(exit.scourt.go.kr)의 [발급발급/발급확인]에서 발급확인번호 입력하거나, [이용안내/프로그램설치]에서 전자발급 문서 검증프로그램을 다운로드하고 문서 하단의 바코드를 스캐너로 확인하는 방식으로 문서의 위·변조여부를 확인할 수 있습니다.

발급확인번호 []

3 / 5

발행일 2022.12.31

