

서울서부지방법원 2023. 5. 18 선고 2023가합30072 판결 [근저당권설정등기 말소청구의 소]

전 문

원고A

소송대리인 변호사 고영기

피고B 유한회사

소송대리인 법무법인 광화문

담당변호사 이재용

변론 종결2023. 3. 16.

판결 선고2023. 5. 18.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게,

1. 별지 목록 제1항 기재 부동산에 관하여, 각 서울서부지방법원 등기국 2013. 8. 27. 접수 제44971호로 마친, 서울서부지방법원 등기국 2013. 4. 24. 접수 제21120호로 마친 및 서울서부지방법원 등기국 2013. 10. 28. 접수 제55762호로 마친 각 근저당권설정등기에 대하여,
2. 별지 목록 제2 내지 5항 기재 각 부동산에 관하여, 각 서울서부지방법원 등기국 2013. 4. 24. 접수

제21119호로 마친, 서울서부지방법원 등기국 2013. 4. 24. 접수 제21120호로 마친 및 서울서부지방법원 등기국 2013. 10. 28. 접수 제55762호로 마친 각 근저당권설정등기에 대하여, 각 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위

혼인관계에 있던 망 C은 2013. 1. 18., 망 D은 2015. 7. 3. 각 사망하였는데, 이들의 상속인으로는 자녀들인 원고, E, F, G, H, I가 있다.

나. 별지 목록 기재 각 부동산에 관한 당초의 등기관계

1) E, 망 C 및 망 D은 2004. 6. 3. 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다) 중 각 1/3 지분에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

2) 2007. 4. 2.경 공유물분할을 원인으로 하여, ① 별지 목록 제2항 기재 부동산에 관한 E 명의의 지분 중 일부(222.91/1,164)와 망 D 명의의 지분 중 일부(299.05/1,164)를 망 C 명의로, ② 별지 목록 제3항 기재 부동산에 관한 망 C 명의의 지분 중 일부(1/6)를 망 D 명의로, 나머지 지분(1/6)을 E의 명의로, ③ 별지 목록 제4항과 제5항 기재 각 부동산에 관한 E와 망 C의 지분 전부를 망 D 명의로 하는 지분이전등기가 각 마쳐졌다.

3) E는, 2011. 3. 21. 망 D과 사이에 망 D 명의로 소유권이전등기가 마쳐져 있던 별지 목록 제1항 기재 부동산 중 1/3 지분, 별지 목록 제2항 기재 부동산 중 88.95/1,164 지분, 별지 목록 제3항 기재 부동산 중 1/2 지분, 별지 목록 제4항과 제5항 기재 각 부동산을 매매대금 1,143,800,000원에 매수하기로 하는 내용의 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결한 후 2011. 4. 26. 위 각 매매계약을 원인으로 한 E 명의의 소유권이전등기를 마쳤다.

4) E는 주식회사 J(이하 'J은행'이라 한다)에 이 사건 각 부동산을 공동담보로 제공한 후 대출을

받았고, J은행은 이 사건 각 부동산에 관하여 ① 서울서부지방법원 등기국 2013. 4. 24. 접수 제21119호로 채권최고액 480,000,000원, 채무자 E로 하여 각 근저당권설정등기를, ② 위 등기국 2013. 4. 24. 접수 제21120호로 채권최고액 2,160,000,000원, 채무자 E로 하여 각 근저당권설정등기를, ③ 위 등기국 2013. 10 28. 접수 제55762호로 채권최고액 192,000,000원, 채무자 E로 하여 각 근저당권설정등기를 마쳤다. 한편, J은행은 별지 목록 제1항 기재 부동산에 관하여, 위 등기국 2013. 8. 27. 접수 제44940호로 위와 같이 제21119호로 마친 근저당권설정등기를 말소하고, 제44971호로 채권최고액 480,000,000원, 채무자 E로 하여 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 이 사건 각 부동산에 관하여 마쳐진 J은행 명의의 각 근저당권설정등기를 '이 사건 각 근저당권설정등기'라고 한다).

다. 관련 민사사건의 경과

1) 유류분반환청구 사건의 경과 가) F과 G은 2016. 6. 30. 서울서부지방법원 2016가합34427호, 원고는 2016. 8. 2. 위 법원 2016가합35116호로 각 E를 상대로 한 유류분반환청구의 소를 제기하였다. 위 법원은 2017. 4. 27. F, G 및 원고의 청구를 모두 기각하는 내용의 판결을 선고하였는데, G은 위 제1심 판결에 대하여 항소하지 아니하여 2017. 5. 13. 위 제1심 판결이 그대로 확정되었다.

나) 원고와 F은 서울고등법원 2017나2025077, 2017나2025084호로 위 제1심 판결에 대하여 각 항소하였으나, F은 항소심 계속 중이던 2017. 11. 2. 소를 전부 취하하였다. 위 법원은 2018. 10. 10. "이 사건 각 부동산에 관한 이 사건 매매계약의 실질은 증여계약인데 위 매매계약을 체결할 당시 망 D에게 의사능력이 없었던 것으로 보이므로 위 매매계약은 무효이다. 따라서 이 사건 각 부동산에 관한 E 명의의 소유권이전등기는 원인무효이므로 망 D 사망 당시 이 사건 각 부동산은 망 D의 소유였고 망 D의 사망에 따라 원고가 그중 법정상속분인 1/6 지분을 상속하게 되었다. 그러므로 이 사건 각 부동산 전체에 관한 등기명의인인 E는 그 1/6 지분권자인 원고에게 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다."라는 이유로 원고 승소판결을 선고하였다.

다) E는 대법원 2018다282176호로 위 항소심 판결에 대하여 상고하였으나 2019. 1. 13.

심리불속행기각 판결이 선고됨으로써 원고와 E에 대하여 위 항소심 판결(이하 '이 사건 관련 민사 판결'이라 한다)이 확정되었다.

2) 공유물분할청구 사건의 경과 가) E는 2020. 11. 3. 서울서부지방법원 2020가단302465호로 원고를 상대로 이 사건 각 부동산에 관하여 E가 원고에게 원고 소유 지분의 시세 상당액을 지급하고 원고로부터 그 지분을 이전받는 방식의 공유물분할을 구하는 본소를 제기하였고, 원고는 위 법원 2021가단8883호로 이 사건 각 부동산에 관하여 현물분할의 방식의 공유물분할을 구하는 반소를 제기하였다.

나) 위 법원은 2022. 9. 22. "공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송이고, 공유자인 공동상속인의 일부가 등기부에 누락되었다고 하더라도 특별한 사정이 없다면 등기부에 공유자로 등재된 자만을 당사자로 인정한 공유물분할판결은 위법하다고 할 것인데, 이 사건 각 부동산은 공동상속인인 원고, E, F, G, H, I가 각 공유하고 있으므로, 이 사건 소는 공유자 중 일부를 당사자에서 누락하여 부적법하다."는 이유로 E의 본소 및 원고의 반소를 모두 각하하였다. 이에 대하여 E와 원고가 항소하지 아니하여 위 1심 판결이 그대로 확정되었다.

다) E는 2022. 10. 20. 위 법원 2022가합36707호로 원고, H, F, G, I를 상대로 이 사건 각 부동산에 관하여 E가 원고 등에게 각 소유 지분의 시세 상당액을 지급하고 원고 등으로부터 그 지분을 이전받는 방식의 공유물분할을 구하는 소를 제기하였고, 위 소송이 계속 중이다.

라. 이 사건 각 부동산에 관한 현재의 등기관계 등

1) 원고는 2019. 3. 4. 이 사건 관련 민사 판결의 취지에 따라 이 사건 각 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다. 이로써 이 사건 각 부동산에 관한 등기관계는 아래와 같이 되었다.

		E	원고	
1	별지 목록 제1항 기재 부동산	17/18	1/18	갑 제1호증의 8
2	별지 목록 제2항 기재 부동산	1149.175/1,164	14.825/1,164	갑 제1호증의 6
3	별지 목록 제3항 기재 부동산	11/12	1/12	갑 제1호증의 7
4	별지 목록 제4항 기재 부동산	5/6	1/6	갑 제1호증의 4
5	별지 목록 제5항 기재 부동산	5/6	1/6	갑 제1호증의 5

2) J은행은 이 사건 각 근저당권설정등기에 기하여 2021. 11. 5. 서울서부지방법원 K로 이 사건 각 부동산에 관한 임의경매신청을 하였고, 위 법원은 2021. 11. 5. 임의경매개시결정을 내렸으며, 2021. 11. 8. 이 사건 각 부동산에 관하여 임의경매개시결정등기가 마쳐졌다.

3) 이후 피고는 J은행으로부터 J은행의 E에 대한 대출금 채권 및 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권을 양수하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 11호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재 및 변론 전체의 취지

2. 원고 주장의 요지

이 사건 각 근저당권설정등기는 무효인 E 명의의 소유권이전등기에 터잡아 마쳐진 것으로 무효이다. 원고를 포함한 공동상속인들이 이 사건 각 부동산을 공유하고 있는바, 이 사건 각 부동산의 공유자 중 1인인 원고는 공유물에 관한 보존행위로서 피고를 상대로 무효인 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있다. 따라서 피고는 원고에게 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 판단

가. 이 사건 각 부동산의 소유관계

앞서 본 것처럼, 이 사건 각 부동산에 관한 이 사건 매매계약은 망 D의 의사무능력 상태에서 이루어진 것으로 무효이므로, 위 매매계약을 등기원인으로 하여 마쳐진 E 명의의 소유권이전등기는 무효이다. 따라서 망 D의 사망 당시 이 사건 각 부동산은 망 D의 소유였고, 망 D의 사망에 따라 공동상속인인 E, 원고, G, F, H, I가 각 법정상속분인 1/6 지분을 상속하게 되었다고 봄이 타당하다.

나. 이 사건 각 근저당권설정등기 중 원고 소유 지분에 관한 부분

1) 부동산에 관한 소유권이전등기가 무효라면 이에 터잡아 이루어진 근저당권설정등기는 특별한 사정이 없는 한 무효이다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결 등 참조). 이 사건 각 부동산에 관한 이 사건 매매계약은 망 D의 의사무능력 상태에서 이루어진 것으로 무효이고, 위 매매계약을 등기원인으로 하여 마쳐진 E 명의의 소유권이전등기는 무효인 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 각 근저당권설정등기는 무효인 E 명의의 소유권이전등기에 기하여 마쳐진

것으로서 특별한 사정이 없는 한 무효이다.

2) 이에 대하여 피고는, 원고가 이 사건 각 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마친 이후 원고 소유 지분을 E의 J은행에 대한 대출금 채무를 위한 담보로 스스로 제공함으로써 원고와 J은행 사이에 이 사건 각 근저당권설정등기에 관한 등기유용의 합의가 성립하였으므로, 원고의 청구는 이유 없다는 취지로 항변한다.

살피건대, 앞서 든 증거들과 을 제1 내지 3호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하여 보면, 원고는 이 사건 각 부동산에 관하여 법정상속분에 상응하는 소유권이전등기를 마친 이후 J은행과 사이에 이 사건 각 부동산 중 원고 소유 지분에 관하여 무효인 이 사건 각 근저당권설정등기를 유용하기로 합의하였다고 봄이 타당하다. 따라서 피고의 위 항변은 이유 있으므로, 이 사건 각 근저당권설정등기 중 원고 소유 지분에 관한 원고의 청구는 이유 없다.

① 원고는 2019. 3. 4. 이 사건 관련 민사 판결의 취지에 따라 이 사건 각 부동산 중 법정상속분에 상응하는 지분에 관하여 소유권이전등기를 마쳤고, 이후 J은행은 2019. 9. 2. 이 사건 각 부동산의 등기부상 지분권자인 원고를 상대로 "이 사건 각 근저당권설정등기의 피담보채무인 E의 J은행에 대한 대출금 채무의 만기가 2019. 9. 10. 및 2019. 9. 11. 도래할 예정이고, 담보제공자인 원고가 위 대출금 채무의 만기 연장에 대하여 동의하지 않으면 만기 연장이 불가하므로, 위 대출금 채무의 만기 연장을 희망할 경우 J은행 영업점으로 방문하여 담보제공 동의서를 작성하기 바란다."는 취지의 내용증명을 발송하였다.

② 이에 원고는 2019. 9. 9. 및 2019. 9. 10. J은행에 E의 J은행에 대한 대출금 채무에 대한 담보제공에 동의한다는 취지의 '담보제공(제3자) 신청서'를 작성하여 자필서명 및 날인 후 제출하였다(을 제1호증 제26 내지 30면, 을 제2호증 제19 내지 23면). 또한, 원고는 그로부터 약 1년 후인 2020. 8. 26. 및 2020. 9. 9.에도 J은행에 E의 J은행에 대한 대출금 채무에 대한 담보제공에 동의한다는 취지의 '담보제공(제3자) 신청서'를 작성하여 자필서명 및 날인 후 제출하였다(을 제1호증 제10 내지 14면, 을 제2호증 제3면). 이로써 원고와 J은행 사이에 이 사건 각 부동산 중 원고 소유 지분에 관하여 무효인 이 사건 각 근저당권설정등기를 E의 J은행에 대한 대출금

채무의 담보를 위하여 유용하기로 하는 의사가 합치되었다고 봄이 타당하다.

③ 이에 대하여 원고는, 위 '담보제공(제3자) 신청서'는 E의 J은행에 대한 대출금 채무의 기한을 연장하는데 동의한다는 의사를 표시한 것일 뿐이고, 위 신청서에 이 사건 각 부동산이 특정되어 있지 않으므로, 위 신청서의 기재만으로 이 사건 각 근저당권설정등기에 관한 등기유용의 합의가 있었다고 볼 수 없다고 주장한다. 그러나 J은행이 원고에게 발송한 위 2019. 9. 2.자 내용증명에는 이 사건 각 근저당권설정등기의 목적물 및 그 피담보채무인 E의 J은행에 대한 대출금 채무의 내역, 대출금액, 대출만기일 등이 구체적으로 기재되어 있는 점, 원고가 이 사건 각 부동산 중 법정상속분에 상응하는 지분에 관하여 소유권이전등기를 마친 이후에 스스로 위 '담보제공(제3자) 신청서'를 작성하여 J은행에 제출하였던 점 등에 비추어 보면, 원고는 이 사건 각 부동산 중 원고 소유 지분을 E의 J은행에 대한 대출금 채무에 대한 담보로 제공한다는 점을 충분히 인지하였다고 봄이 타당하다. 따라서 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

④ 또한 원고는, 등기유용의 합의는 그 합의 이전에 등기상 이해관계가 있는 제3자가 없는 경우에 한하여 가능한데, 원고가 J은행에 위 '담보제공(제3자) 신청서'를 제출하기 이전에 이미 이 사건 각 부동산에 관하여 L 명의의 가등기가 마쳐져 있어 이 사건 각 근저당권설정등기에 관한 등기유용의 합의 당시 등기상 이해관계 있는 제3자가 생긴 경우에 해당하므로, 위 등기유용의 합의는 효력이 없다고 주장한다. 갑 제1호증의 기재에 의하면 이 사건 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 등기국 2018. 10. 24. 접수 제55092호로 L 명의의 소유권이전청구권가등기가 마쳐진 사실은 인정되나, 무효등기 유용의 합의 당시 등기상 이해관계인이 있는 경우라 할지라도 그 등기유용의 합의는 그 등기상의 이해관계인에 대한 관계에서만 대항할 수 없어 무효의 등기로 평가된다고 보아야 하므로(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다4787 판결, 대법원 1998. 3. 24. 선고 97다56242 판결 등 참조), 무효등기 유용 합의의 당사자인 원고가 피고를 상대로 등기상 이해관계인이 있다는 위와 같은 사정만을 들어 등기유용의 합의가 효력이 없다는 주장을 할 수는 없다. 따라서 원고의 위 주장도 받아들이지 않는다.

④ 한편 원고는, 원고가 J은행에 위 '담보제공(제3자) 신청서'를 제출할 당시 J은행이 원고에게 그 법적 효과에 대해서 충분한 설명을 하지 않았으므로 이 사건 각 근저당권설정등기에 관한 등기유용의

합의는 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관법'이라 한다)에 위반하여 무효라는 취지로도 주장하나, 원고가 제출한 증거들만으로는 위 등기유용의 합의가 약관법에 위배되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장 역시 받아들이지 않는다.

다. 이 사건 각 근저당권설정등기 중 다른 공유자들 소유 지분에 관한 부분

원고가 부동산의 소유권에 기한 물권적 방해배제청구권 행사의 일환으로서 위 부동산에 관하여 피고 명의로 마쳐진 소유권이전등기의 말소를 구하려면 먼저 원고에게 그 말소를 청구할 수 있는 권원이 있음을 적극적으로 주장·입증하여야 하며, 만일 원고에게 그러한 권원이 있음이 인정되지 않는다면 설사 피고 명의의 소유권이전등기가 말소되어야 할 무효의 등기라고 하더라도 원고의 청구를 인용할 수는 없다 할 것이고(대법원 1999. 2. 26. 선고 98다17831 판결, 대법원 2005. 9. 28. 선고 2004다50044 판결 등 참조), 이는 원고가 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우에도 동일하다. 한편, 부동산의 공유자가 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것을 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 공유물의 현상을 유지하는 사실적·법률적 행위인 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수 없으므로, 자신의 소유지분을 침해하는 지분 범위를 초과하는 부분에 대하여 공유물에 관한 보존행위로서 무효라고 주장하면서 그 부분 등기의 말소를 구할 수는 없다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다67429 판결 등 참조).

이 사건에 돌아와 살펴보면, 원고가 피고를 상대로 자신의 공유지분 범위를 초과하는 부분에 대하여 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것은 다른 공유자들의 지분권을 대외적으로 주장하는 것과 같으므로 허용될 수 없다. 따라서 이 사건 각 근저당권설정등기 중 다른 공유자들 소유 지분에 관한 원고의 청구는 이 사건 각 근저당권설정등기가 무효인지 여부에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

라. 소결론

결국 원고는 피고를 상대로 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 없다고 봄이 타당하다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이진웅

판사이유섭

판사백송이

별지