

수원지방법원 성남지원 2019. 4. 19 선고 2018가단209262 판결 [근저당권설정등기의
말소등기절차 인수청구]

전 문

원고A 주식회사(변경전 상호 : B 주식회사)

소송대리인 법무법인 신세기

담당변호사 김경선

피고1. C

2. D

피고들 소송대리인 법무법인 명천 담당변호사 최윤서

법무법인(유한) 화우 담당변호사 이현지, 전태구

피고보조참가인(선정당사자)1. E

피고보조참가인2. 주식회사 F(변경전 상호 : G 주식회사)

소송대리인 법무법인(유한) 화우 담당변호사 이현지, 전태구

변론 종결2019. 3. 29.

판결 선고2019. 4. 19.

주 문

1. 원고에게,

가. 피고 C는 별지1 목록 기재 제1항 내지 10항 기재 부동산, 제11항 기재 부동산 중 21/111 지분,
제12항 기재 부동산 중 228/2172 지분에 관하여

나. 피고 C, D은 별지2 목록 기재 부동산 중 각 1/2 지분에 관하여,

각 대전지방법원 태안등기소 2010. 4. 30. 접수 제7976호로 마친 근저당권설정등기에 대하여

2018. 1. 25.자 권리포기를 원인으로 한 말소등기절차를 인수하라.

2. 이 법원 2018카정50040 강제집행정지 사건에 관하여 이 법원이 2018. 4. 3.에 한 결정을 인가한다.

3. 소송비용은 피고들이 부담한다.

4. 제2항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.1)

이 유

1. 기초사실

가. 이 사건 근저당권

별지1 목록 기재 제1항 내지 10항 기재 부동산, 제11항 기재 부동산 중 21/111 지분, 제12항 기재 부동산 중 228/2172 지분 및 별지2 목록 기재 부동산(이하 통칭하여 '이 사건 부동산'이라 한다) 및 그 외 4필지에 관하여 2010. 4. 30. 주식회사 H 앞으로 채무자 피고보조참가인 주식회사 F, 채권최고액 84억 5,000만 원으로 한 근저당권설정등기(대전지방법원 태안등기소 2010. 4. 30. 접수 제7976호)가 경료되었다(이하 이 사건 부동산에 관한 근저당권 부분을 '이 사건 근저당권'이라 한다). 위 근저당권은 주식회사 I을 거쳐 2015. 12. 21. 원고에게 이전되었다.

나. 이 사건 부동산의 소유 관계

피고 C는 별지1 목록 기재 제1항 내지 10항 기재 부동산, 제11항 기재 부동산 중 21/111 지분, 제12항 기재 부동산 중 228/2172 지분의 소유자이고, 피고들은 별지2 목록 기재 부동산을 1/2씩 소유하고 있다.

2. 피고들의 본안전 항변에 대한 판단

피고들은, 이 사건 근저당권의 포기는 민사집행법 제93조의 경매신청 취하 규정을 잠탈하기 위한 것으로서 무효여서, 이 사건 소는 소의 이익이 없다고 주장한다.

이행의 소에서 권리보호이익은 소송물인 이행청구권이 자신에게 있음을 주장하는 자에게 있고, 실제로 이행청구권이 존재하는지 여부는 본안에서 청구권의 당부로서 판단되어야 할 사항이다(대법원 2005. 10. 7. 선고 2003다44387, 44394 판결 등 참조). 나아가 모든 국민에게는 헌법상 재판청구권이 인정되므로, 단순히 원고의 청구가 부당하다는 사정만으로 원고의 청구를 소권 남용으로 볼 수는 없고, 소의 이익이 없다는 주장은 엄격히 판단되어야 한다.

따라서 원고가 주장하는 사정이 사실이라 하더라도, 재판청구권을 부정할 정도로 이 사건 소가 부당하다고 볼 수는 없어(뒤에서 보는 바와 같이 원고의 근저당권 포기를 권리남용으로 단정할 수도 없다), 소의 이익이 없다는 피고들의 본안전 항변을 받아들이지 아니한다.

3. 청구원인에 대한 판단

가. 당사자들의 주장

- 1) 원고는 이 사건 근저당권을 포기하였음을 이유로 피고들을 상대로 이 사건 근저당권말소등기의 인수를 구한다.
- 2) 이에 대하여 피고들은, 원고가 이 사건 근저당권설정등기의 존속으로 사회생활상 및 법상 불이익을 입을 우려가 없으므로, 원고에게 등기인수청구권이 인정되지 않는다고 주장한다.

나. 관련 법리

구 부동산등기법(2011. 4. 12. 법률 제10580호로 전부 개정되기 이전의 것)은 등기는 등기관리자와 등기의무자가 공동으로 신청하여야 함을 원칙으로 하면서도(제28조), 제29조에서 '판결에 의한 등기는 승소한 등기관리자 또는 등기의무자만으로' 신청할 수 있도록 규정하고 있는바, 위 법조에서 승소한 등기관리자 외에 등기의무자도 단독으로 등기를 신청할 수 있게 한 것은, 통상의 채권채무 관계에서는 채권자가 수령을 지체하는 경우 채무자는 공탁 등에 의한 방법으로 채무부담에서 벗어날 수 있으나 등기에 관한 채권채무 관계에 있어서는 이러한 방법을 사용할 수 없으므로, 등기의무자가 자기 명의로 있어서는 안 될 등기가 자기 명의로 있음으로 인하여 사회생활상 또는 법상 불이익을 입을 우려가 있는 경우에는 소의 방법으로 등기관리자를 상대로 등기를 인수받아 갈 것을 구하고 그

판결을 받아 등기를 강제로 실현할 수 있도록 한 것이다(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다60708 판결 등).

다. 판단

1) 이 사건 근저당권의 소멸 여부 물권의 포기는 물권자가 자신의 권리를 스스로 포기하겠다는 의사를 표시함으로써 이루어지는 단독행위로서, 포기와 동시에 물권의 소멸이라는 효과를 발생시킨다. 갑 제3호증의 1의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 그 주장과 같이 2018. 1. 25.경 이 사건 근저당권을 포기한다는 의사를 표시하였다고 보이고, 그와 같은 내용이 담긴 이 사건 소장이 근저당권설정자이자 소유자인 피고들에게 도달한 사실 역시 기록상 분명하므로, 원고의 이 사건 근저당권은 소멸하였다 할 것이다. 따라서 원고 앞으로 경료된 이 사건 근저당권설정등기는 무효인 근저당권으로 말소되어야 한다.

피고들 및 피고보조참가인 주식회사 F는, 원고가 이 사건 근저당권을 포기하면 피고보조참가인 E 등이 이 사건 근저당권에 기한 경매절차에서 이 사건 부동산을 낙찰받을 권리를 침해당하므로, 원고는 이 사건 근저당권을 포기할 수 없다고 주장한다. 그러나 근저당권부 채권의 질권자 등과 달리 피고보조참가인 E 등은 이 사건 근저당권의 포기로 직접적 불이익을 받는 것은 아니므로, 단독행위에 해당하는 원고의 근저당권 포기를 부정할 수는 없다. 2) 근저당권 포기에 따른 근저당권말소 방법 물권의 포기는 물권자의 단독행위로 가능하지만, 물권이 공시된 등기의 말소는 당해 물권의 말소등기의 등기관리자(이 사건에서는 저당권설정자 및 소유자)와 그 등기의무자(이 사건에서는 근저당권자)가 공동으로 신청하여야 한다. 결국, 이 사건의 쟁점은 근저당권을 포기하고도 등기 공동신청주의 때문에 근저당권을 단독으로 말소하지 못하는 근저당권자에게 상대방인 근저당권설정자 등을 상대로 그 말소등기절차에 협력하도록 청구할 수 있는 실체법상의 권리가 인정되는지이다.

3) 원고의 말소등기인수청구권의 인정 여부 원고는 이 사건 근저당권을 포기하였음에도 자기 명의로 있어서는 아니 될 원인무효인 이 사건 근저당권설정등기가 자신 명의로 남아있음으로 인하여, 근저당권설정자 등에게 말소등기의무를 부담하는 생활상 및 법상 불이익을 입고 있고, 나아가 이 사건 근저당권에 기하여 배당이 이루어지면 배당이의소송 등 각종 분쟁에 휩쓸릴 우려가 있다(따라서

원고에게 조세 부담 등이 없음을 이유로 사회생활상·법상 불이익이 없다는 피고들 및 피고보조참가인 주식회사 F의 주장을 받아들이지 않는다). 그러므로 원고는 등기관리자인 피고들을 상대로 이 사건 근저당권의 말소등기를 인수받을 것을 소로 구할 수 있다 할 것이다. 이처럼 해석하지 않는다면, 원인 무효로 말소되어야 할 이 사건 근저당권은 근저당권설정자 내지 소유자가 협력하지 않는 한 말소되지 못하고 존속하게 되어 부당하다. 그리고 이와 같은 사정은 이 사건 근저당권이 임의경매절차에 의하여 곧 말소될 가능성이 있다는 사정만으로 달리 볼 것은 아니다.

4. 피고들 및 피고 보조참가인 주식회사 F의 항변에 대한 판단

가. 주장의 요지

피고들 및 피고 보조참가인 주식회사 F는, 원고의 이 사건 근저당권 포기는 민사집행법 제93조의 경매신청 취하 규정을 잠탈하여 이 사건 근저당권에 기하여 이루어진 임의경매를 취소시킨 후, 원고가 그 명의의 2순위 근저당권에 기하여 다시금 경매를 신청하여 이 사건 부동산을 낙찰받기 위한 것으로서, 권리남용에 해당하거나 신의성실의 원칙에 위반된다고 주장한다.

나. 판단

갑 제4호증, 을 제1호증의 2, 을 제2호증의 1의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 근저당권에 기하여 이루어진 이 사건 부동산에 관한 임의경매절차에서 피고보조참가인(선정당사자) E 및 선정자 J이 이를 낙찰받은 사실, 원고 역시 그 경매에 참가하였으나 최고가매수인이 되지 못한 사실 및 원고가 피고보조참가인(선정당사자) E 등에 대한 매각허가결정에 대하여 항고하였으나 그 항고가 기각된 사실 등은 인정되고, 원고가 이 사건 부동산에 관한 2순위 근저당권을 이전받은 사실을 자인하고 있는 것도 사실이다.

그러나 권리의 행사가 주관적으로 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 아무런 이익이 없고, 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 그 권리의 행사는 권리남용으로서 허용되지 아니한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010다59783 판결 등).

또한, 신의성실의 원칙에 위배되는 것으로 보아 권리의 행사를 부인하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 하고, 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 경우라야

한다(대법원 2001. 3. 13. 선고 2000다48517, 48524, 48513 판결 참조).

그러나 원고가 주장하는 사정만으로 원고에게 이 사건 근저당권의 포기가 아무런 이익이 없고 오직 피고들에게 고통 및 손해를 가하려는 것이라고 보기는 어렵다(오히려 피고들의 주장에 의하더라도, 원고는 자신의 이익을 위하여 이 사건 소를 제기한 것으로 보일 뿐이다). 나아가 자신의 권리를 포기하는 것을 두고 사회질서에 반한다고 단정하기도 어렵다. 그리고 신의칙 위반 주장에 관하여 보면, 원고가 이 사건 근저당권에 기하여 경매를 신청하였다는 사정 등만으로 위 경매절차의 최고가매수인인 피고보조참가인 E 등에게 이 사건 근저당권을 포기하지 않겠다는 신의를 공여하였다고도 보기도 어렵고, 피고보조참가인 E 등이 그에 관한 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르렀다고 보기도 부족하다.

다. 소결론

따라서 피고들 내지 피고보조참가인 주식회사 F의 권리남용 및 신의칙 위반 주장을 받아들이지 아니한다.

5. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있어 이를 인용하기로 한다.

판사강윤희

별지

1) 원고는 별지1 목록 제11, 12항 기재 부동산 중 피고 C 지분을 구체적으로 특정하지는 아니하였으므로, 주문과 같이 선해한다. 피고 C의 지분을 제외한 나머지 지분에 관하여 근저당권이 설정되지 아니하였으므로, 원고의 청구 일부를 기각할 것도 아니다.

2) 당사자들이 명확히 주장하지 아니하나 이 사건 근저당권의 채무자인 피고보조참가인 주식회사 F의 불이익을 살펴보면, 채무자는 근저당권에 기하여 배당이 이루어지면 물상보증인에게 구상채무를 부담하므로, 이 사건 근저당권 포기로 직접적 불이익을 받는다고 볼 수도 없다.