

수원지방법원 2020. 12. 15 선고 2019가단572490 판결 [근저당권설정등기말소 등 청구의 소]

---

## 전 문

원 고 주식회사 A

소송대리인 법무법인 우면

담당변호사 김성수, 김동일, 정승혜

피 고 1. B조합

2. C

피고들 소송대리인 법무법인 해담

담당변호사 양승철, 이성호, 조일원

변 론 종 결 2020. 10. 27.

판 결 선 고 2020. 12. 15.

## 주 문

1. 원고의 피고 C에 대한 소를 각하한다.
2. 원고의 피고 B조합에 대한 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

## 청 구 취 지

피고 B조합은 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 화성등기소 2016. 7. 8. 접수 제116380호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라. 피고 C은 위 근저당권말소등기절차의 이행에 동의하라.

## 이 유

### 1. 기초사실

가. 피고 C은 1996. 5. 17. 이천시 D 답 2,413㎡(이하 'D 토지'라 한다)를 매수하였고, 1996. 5. 29. 소유권이전등기를 마쳤다.

나. 피고 C은 2004. 10. 26. 피고 B조합(이하 '피고 조합'이라 한다)과 D 토지에 관해 채권최고액을 7,800만 원, 채무자를 피고 C으로 하는 근저당권설정계약을 체결하였고, 2004. 10. 27. 피고 조합에게 근저당권설정등기(이하 '제1 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳐주었다.

다. 피고 C은 2008. 1. 15. E과 F으로부터 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)을 매매대금 2억 7,000만 원에 매수하였고, 2008. 1. 31. 소유권이전등기를 마쳤다.

라. 피고 C은 2008. 12. 12. 피고 조합과 이 사건 부동산에 관해 채권최고액을 1억 400만 원, 채무자를 피고 C으로 하는 근저당권설정계약을 체결하였고, 2008. 12. 17. 피고 조합에게 근저당권설정등기(이하 '제2 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳐주었다.

마. 피고 C은 2016. 7. 7. 피고 조합과 D 토지 및 이 사건 부동산에 관해 채권최고액을 3억 9,600만 원, 채무자를 피고 C으로 하는 근저당권설정계약을 체결하였고, 수원지방법원 화성등기소 2016. 7. 8. 접수 제116380호로 피고 조합 명의의 근저당권설정등기(이하 '제3 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳐주었다.

바. 피고 C은 2018. 6. 12. G에게 이 사건 부동산을 매매대금 6억 원(계약금 2,800만 원은 계약 시에, 중도금 2억 2,200만 원은 2018. 6. 19.에, 2억 5,000만 원은 2018. 7. 19.에, 잔금 1억 원은

2019. 1. 13.에 각 지불)에 매도하면서 특약사항으로 “매도인은 계약금 수령 시 근저당에 관한 담보제공 서류일체를 매수인에게 교부하고 채권최고액 4억 5,000만 원으로 근저당권을 설정하며, 매도인의 기존대출(H조합)은 2차중도금 수령과 동시 상환, 말소한다.”라고 약정하였다.

사. 위 특약사항에 따라 피고 C은 2018. 6. 18. 원고와 이 사건 부동산에 관해 채권최고액을 4억 5,000만 원, 채무자를 G로 하는 근저당권설정계약(이하 ‘이 사건 근저당권설정계약’이라 한다)을 체결하였고, 같은 날 원고에게 근저당권설정등기를 마쳐주었다. 위 근저당권설정계약서 제1조에는 “근저당권설정자는 채무자가 위 금액 범위 안에서 채권자에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대채무나 보증인으로서 기명날인한 차용금증서 각서 지급증서 등의 채무와 발행배서 보증 인수한 모든 어음 채무 및 수표금상의 채무 또는 상거래로 인하여 생긴 모든 채무를 담보코자 끝에 쓴 부동산에 순위 제1번의 근저당권을 설정한다.”라고 기재되어있다.

아. 제1 내지 3 각 근저당권설정등기의 피담보채무는 피고 C이 피고 조합으로부터 2016. 7. 13. 대출받은 3,000만 원의 대출금채무(이하 ‘제1 대출금채무’라 한다), 2017. 8. 9. 대출받은 1억 6,000만 원의 대출금채무(이하 ‘제2 대출금채무’라 한다), 2018. 4. 3. 대출받은 1억 2,000만 원의 대출금채무(이하 ‘제3 대출금채무’라 한다)였는데, 2018. 6. 18. 당시 대출금채무의 잔액은 제1 대출금채무가 2,200만 원, 제2 대출금채무가 8,000만 원, 제3 대출금채무가 1억 2,000만 원, 합계 2억 2,200만 원이었고, 원고가 2018. 6. 18. 피고 조합에 2억 2,200만 원을 대위변제하여 위 대출금채무가 소멸하였다.

자. I은 2018. 6. 19. 피고 조합으로부터 2억 5,000만 원을 대출받았다(이하 위 대출에 의한 대출금채무를 ‘I의 대출금채무’라 한다)

차. 제1 근저당권설정등기는 2018. 7. 23. 해지를 원인으로 하여, 제3 근저당권설정등기 중 D 토지에 관한 부분은 2018. 7. 23. 일부포기를 원인으로 하여 각 2018. 7. 24. 말소되었다.

카. I이 2018. 8. 6. 피고 조합에 2,500만 원을 변제하여 I의 대출금채무 잔액이 2억 2,500만 원으로 되었다.

타. 제2 근저당권설정등기는 2018. 8. 7. 해지를 원인으로 하여 같은 날 말소되었고, 제3 근저당권설정등기 중 이 사건 부동산에 관한 부분은 2018. 8. 7. 변경계약을 원인으로 하여 같은 날

채권최고액을 2억 7,000만 원으로 감액하는 부기등기와 2018. 8. 7. 계약인수를 원인으로 하여 같은 날 채무자를 I로 변경하는 부기등기가 각 마쳐졌다.

【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 갑 제4호증의 1, 2, 갑 제5호증, 을 제1, 2호증, 을 제3호증의 1 내지 4의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 원고의 주장

가. 피고 조합의 전무이사 J은 2018. 7.경 이 사건 근저당권설정계약에 따라 원고로부터 이 사건 부동산에 관한 1순위 근저당권설정등기를 위임받은 법무사 K과 통화하면서 제3 근저당권설정등기에 의해 담보된 피고 C의 피담보채무 잔액 2억 2,200만 원을 입금하면 제3 근저당권설정등기를 말소해주겠다고 약정하였다.

나. 이에 따라 원고는 2018. 6. 18. 피고 조합에 피고 C의 대출금채무 잔액 2억 2,200만 원을 변제하였으므로, 피고 조합은 위 약정에 따라 원고에게 제3 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있고, 피고 C은 이 사건 근저당권설정계약에 따라 원고에게 1순위 근저당권설정등기절차를 이행하기 위해 제3 근저당권설정등기의 말소등기에 동의할 의무가 있다.

## 3. 피고 C에 대한 청구에 관한 판단

직권으로 이 부분 소의 적법 여부를 살펴본다.

부동산등기법 제23조 제1항에 의하면 등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는

등기권리자(登記權利者)와 등기의무자(登記義務者)가 공동으로 신청하는데, 여기서 ‘등기권리자’는 신청된 등기가 행해짐으로써 실체적 권리관계에서 권리의 취득 기타의 이익을 받는 자라는 것이 등기부상 형식적으로 표시되는 자이고, ‘등기의무자’는 등기가 행해짐으로써 실체적 권리관계에서 권리의 상실 기타의 불이익을 받은 자라는 것이 등기부상 형식적으로 표시되는 자이다.

제3 근저당권설정등기의 말소등기에 있어서 등기권리자는 이 사건 부동산의 소유자인 피고 C이고, 등기의무자는 제3 근저당권설정등기의 등기명의인인 피고 조합인데, 원고의 피고 조합에 대한 이 사건 청구를 인용하는 판결이 확정되면 피고 조합의 말소등기신청의 의사표시에 갈음하게 되고, 그 경우 원고는 이 사건 근저당권설정계약에 기한 피고 C에 대한 채권자로서 부동산등기법 제28조 제1항에 따라 채무자인 피고 C을 대위하여 말소등기를 신청할 수 있다.

따라서 제3 근저당권설정등기의 말소등기를 위해서는 피고 조합을 상대로 제3 근저당권설정등기의 말소등기청구를 하는 것으로 충분하고, 위와 같은 말소등기에 있어서 피고 C의 동의 의사표시는 필요하지 않다.

그렇다면 원고의 피고 C에 대한 소는 민법 제389조 제2항에서 규정하는 ‘채무가 법률행위를 목적으로 한 때에 채무자의 의사표시에 갈음할 재판을 청구하는 경우’에 해당한다고 볼 수 없으므로(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다74277 판결, 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015다247325 판결 각 참조), 권리보호의 이익을 인정할 수 없어 부적법하다.

#### 4. 피고 조합에 대한 청구에 관한 판단

##### 가. 본안 전 항변에 관한 판단

피고 조합은 원고는 제3 근저당권설정등기의 근저당권설정자가 아니므로, 제3 근저당권설정등기의 말소를 구할 당사자적격이 없다고 항변한다.

살피건대, 저당권이 원인무효이거나 그 피담보채권이 변제 등의 이유로 소멸한 경우 후순위 저당권자도 그 저당권에 기한 방해배제청구로서 선순위 저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있는바(대법원 2000. 10. 10. 선고 2000다19526 판결 참조), 이 사건 부동산에 관한 후순위 근저당권자인 원고는 선순위 근저당권설정등기인 제3 근저당권설정등기의 말소를 청구할 당사자적격이 있으므로, 위 본안 전 항변은 이유 없다.

##### 나. 청구원인에 관한 판단

피고 조합의 전무이사 J이 2018. 6. 15.경(원고는 통화시점이 2018. 7.경이라고 주장하나, 오기 혹은 착오로 보인다) 원고의 위임을 받은 법무사 K과 통화하면서 피고 C의 피고 조합에 대한 대출금채무 잔액이 2억 2,200만 원이라고 말한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제2호증의 2, 갑 제3호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

그러나 J이 K에게 위 2억 2,200만 원을 입금하면 제3 근저당권설정등기를 말소해주겠다고 약정한 사실이 있는지에 관해 살피건대, 갑 제2호증의 1의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리

이를 인정할 증거가 없다.

따라서 원고의 피고 조합에 대한 청구는 이유 없다.

## **5. 결론**

그렇다면 원고의 피고 C에 대한 소는 부적법하므로 각하하고, 피고 조합에 대한 청구는 이유 없으므로 기각한다.

판사 지창구

## 목 록

1. 화성시 L 대 985㎡

2. 화성시 L 지상 M호

목조 스테이지붕 단층 근린생활시설 80.89㎡

목조 스테이지붕 단층 근린생활시설 50.11㎡. 끝.