

제주지방법원 2020. 2. 14 선고 2019가단3560 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원 고 A

피 고 1. B

소송대리인 C

2. C

변론 종결 2019. 12. 20.

판결 선고 2020. 2. 14.

주 문

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

N

청 구 취 지

피고들은 각자 원고에게 별지 목록 제1항 기재 건물에 관하여 제주지방법원 2018. 5.25. 접수 52463호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 사실의 인정

가. 별지 목록 제2항 기재 토지(이하 '2 토지'라 한다)와 제3항 기재 토지(이하 '3토지'라 한다)에 관하여 1989. 5. 9. D 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌고, 별지 목록제1항 기재 건물(이하 '1 건물'이라 한다)에 관하여 D의 아들인 피고 C 명의로 소유권보존등기가 마쳐졌다.

나. D은 2018. 4. 3. ③ 토지에 관하여 채권최고액을 8,400만 원, 채무자를 D으로 하여 E조합 앞으로 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

다. D은 원고에게 ② 토지를 증여한 후 2018. 5. 9. ② 토지에 관하여 원고 앞으로 2018. 5. 2. 매매를 원인으로 소유권이전등기를 마쳤다.

라. D은 ③ 토지에 관하여 제주지방법원 2018. 5. 25. 접수 54461호로 그 딸인 F와 피고 B 앞으로 1/2 지분씩 2018. 5. 23. 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

마. 피고 C은 ① 건물에 관하여 제주지방법원 2018. 5. 25. 접수 52463호로 채권최고액 7,000만 원, 채무자 피고 C, 근저당권자 피고 B로 하여 2018. 5. 23. 설정계약을 원인으로 한 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)설정등기를 마친 후 2018. 5.25. 접수 제52464호로 원고 앞으로 2018. 5. 23. 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

【인정근거】 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5호증, 을 제1호증(가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 피고 C에 대한 소의 적법 여부에 관한 직권 판단

등기의무자, 즉 등기부상의 형식상 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자(등기명의인이거나 그 포괄승계인)가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소이므로, 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소는 등기의무자인 근저당권자를 상대로 제기하여야 하고 채무자는 피고적격이 없다([대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다90928 판결](#)참조). 따라서 원고가 이 사건 근저당권설정등기의 채무자인 피고 C을 상대로 그말소를 구하는 소는 피고적격이 없는 자를 상대로 한 것으로서

부적법하다.

3. 피고 B에 대한 청구에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 원고의 주장

D이 피고 C에게 명의신탁한 ① 건물을 원고가 D을 부양하는 조건으로 증여받은 것인데, ① 건물에 관한 피고 B 명의의 이 사건 근저당권은 그 피담보채권이 존재하지 아니한 허위의 근저당권으로 원인무효이다. 원고는 ③ 토지에 설정된 E조합의 근저당권설정등기를 말소하여 주기로 피고들과 합의한 적이 없고 설령 그렇지 않다고 하더라도 이는 불공정한 법률행위로 무효이다. 또한 피고들 사이의 이 사건 근저당권설정계약은 통정허위표시 또는 비진의표시로 무효이므로, 피고 B는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소하여야 한다.

2) 피고 B의 주장

D이 ③ 토지를 담보로 E조합으로부터 대출받은 7,000만 원을 원고가 변제하여 그 근저당권설정등기를 말소하기로 약정하였고, 그 이행을 담보하기 이 사건 근저당권을 설정하였으므로 그 피담보채권이 존재한다.

나. 판단

1) 이 사건 근저당권의 피담보채권의 존부

가) 을 제1 내지 5호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, D은 2018. 4.3. ③ 토지에 관하여 E조합 앞으로 채권최고액 8,400만 원의 근저당권설정등기를 마쳐주고 2018. 4. 5. 대출받은 7,000만 원 중 5,000만 원을 원고에게 입금하는 등 하여 원고가 대출받은 돈을 대부분 사용한 사실, D, F, 원고, 피고들은 2018. 5. 23. 원고가 1 건물을 피고 C으로부터, F, 피고 B가 ③ 토지를 D으로부터 각 증여받되, ③ 토지를 담보로 위와 같이 대출받은 돈 7,000만 원을 원고가 3년 내로 E조합에 변제하여 ③ 토지에 설정된 위 근저당권설정등기를 말소하는 것으로 약정하고 그와 내용의 이행각서(을제3호증)를 작성한 사실, 이에 원고의 위 대출금 변제 이행을 담보하기 위하여 2018.5.

25. ① 건물에 관하여 채권최고액을 위 대출금과 같은 7,000만 원으로 하고 채무자를 피고 C으로 하여 피고 B 명의의 이 사건 근저당권설정등기를 마치고 이어서 원고앞으로 소유권이전등기를 마친 사실을 인정할 수 있다.

나) 위 인정사실에 의하면 ③ 토지를 담보로 대출받은 7,000만 원을 원고가 변제하지 않을 경우에 ③ 토지를 증여받은 피고 B가 그 부담을 떠안게 되므로, 원고의 임의 이행을 담보하고 만약 이를 이행하지 않을 경우에는 피고 B가 원고에 대하여 가지게 되는 장래의 조건부 손해배상청구권을 피고 C이 인수하면서 이를 담보하기 위하여 이 사건 근저당권을 설정한 것으로 봄이 타당하므로 그와 같은 취지로 피담보채권이 있다는 피고 B의 주장은 이유 있고, 결국 원고의 주장은 이유 없다.

2) 나아가 이행각서(을 제3호증)상의 약정이 불공정한 법률행위이거나, 피고들 사이 의 이 사건 근저당권설정계약이 통정허위표시 또는 비진의표시임을 인정할 증거가 없으므로 원고의 위 주장도 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 피고 C에 대한 소는 부적법하여 이를 각하하고, 피고 B에 대한 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 양태경

목 록

1. 제주시 G[도로명 주소] 제주시 H

벽돌조 슬래브지붕 단층 제2종 근린생활시설 99.10㎡

부속건물 벽돌조 슬래브지붕 단층 변소 2.00㎡

2. 제주시 G 대 394㎡

3. 제주시 I 전 970㎡ 끝.