

청주지방법원 2022. 3. 24 선고 2021나53331 판결 [근저당권설정등기 말소]

전 문

원고, 피항소인 A

피고, 항소인 C

피고보조참가인 L

변 론 종 결 2022. 3. 3.

판 결 선 고 2022. 3. 24.

제1 심판결 청주지방법원 영동지원 2021. 4. 30. 선고 2020가단796 판결

주 문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분은 피고가, 보조참가로 인한 비용은 피고보조참가인이 각 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 원고에게 별지1 목록 기재 부동산에 관하여 청주지방법원 옥천등기소 1988. 1. 7. 접수 제50호로 마쳐진 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 인정 사실

가. D은 1987. 12. 30. 별지1 목록 기재 부동산(충북 옥천군 E 임야 1,339㎡가 2004. 8. 6. F 556㎡와 충북 옥천군 G 783㎡로 분할되었고, 2004. 11. 25. 대지로 지목이 변경되었다. 이하 ‘이 사건 토지’라 한다)에 관하여 소유권보전등기를 마쳤다.

나. H는 1988. 1. 5. D과 사이에 이 사건 토지 및 별지2 목록 기재, 별지3 목록 기재 각 부동산 등에 관하여 근저당권설정계약을 체결하고, 이에 따라 위 각 부동산에 관하여 청주지방법원 옥천등기소 1988. 1. 7. 접수 제50호로 채권최고액 5,000만 원, 근저당권자 H, 채무자 I로 한 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권설정등기’라 한다)를 마쳤다.

다. 주식회사 J(구 ‘N주식회사’)은 1990. 1. 4. D과 사이에 이 사건 토지에 관한 매매예약을 체결한 다음 1990. 1. 25. 소유권이전청구권가등기(이하 ‘이 사건 가등기’라 한다)를 마쳤고, K는 2003. 10. 15. 이 사건 가등기에 관하여 2003. 10. 14. 매매를 원인으로 한 소유권이전청구권 이전의 부기등기를 마쳤다.

라. 이 사건 토지에 관하여 K가 2004. 7. 5. 이 사건 가등기에 기하여 ‘2004. 7. 1.자 매매’를 원인으로 한 소유권이전등기(이하 ‘이 사건 본등기’라 한다)를, B이 2008. 7. 16. ‘2008. 7. 8.자 증여’를 원인으로 한 소유권이전등기를, 원고가 2019. 3. 6. ‘2019. 3. 5.자 증여’를 원인으로 한 소유권이전등기를 각 마쳤고, 이 사건 근저당권설정등기에 관하여는 2019. 7. 2. 피고보조참가인을 근저당권자로 하여 근저당권 이전의 부기등기가, 2020. 8. 25. 피고를 근저당권자로 하여 근저당권 이전의 부기등기가 각 마쳐졌다.

마. K는 2004. 6. 19. H를 상대로 별지2 목록 기재 각 부동산에 관하여 마쳐진 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행 및 H와 D 사이의 1988. 1. 5.자 근저당권설정계약에 기한 근저당권의 피담보채무에 대한 부존재 확인을 구하는 소(이하 ‘이 사건 선행소송’이라 한다)를

제기하였고(청주지방법원 영동지원 2004가단1416호), 위 법원은 2004. 11. 18. K의 소 중 채무부존재확인청구 부분을 각하하고, 별지2 목록 기재 각 부동산에 관하여 마쳐진 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라는 취지의 판결을 선고하였으며, 위 판결은 2005. 1. 21. 확정되었다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 4 내지 9호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 판단

가. 원고가 이 사건 토지의 적법한 소유권자인지 여부

피고는, K가 D과 주식회사 J 사이의 매매예약일로부터 14년이 지난 후에서야 매매예약완결권을 행사하여 이 사건 본등기를 마쳤으므로 매매예약완결권 행사의 제척기간인 10년이 도과된 이후에 마쳐진 이 사건 본등기는 원인무효의 등기이고, 그 이후 이 사건 토지에 관하여 순차로 각 소유권이전등기를 마친 B 및 원고는 이 사건 토지에 관한 소유권을 취득하지 못하였다는 취지로 주장한다. 그런데 피고의 주장에 의하여도 이 사건 가등기가 매매예약에 따른 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 가등기인지 아니면 피담보채권의 지급을 담보하기 위한 담보가등기에 해당하는지 분명하지 아니하므로 이하 각 항에서 나누어 살펴본다.

1) 이 사건 가등기가 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기인 경우

가등기에 기초한 본등기는 가등기권리자 및 가등기의무자가 공동으로 신청하거나 가등기의무자의 승낙을 받아 가등기권리자가 신청하여야 하는데(부동산등기법 제23조 제1항, 제89조), 이 사건 가등기가 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기인 경우 비록 이 사건 본등기의 등기원인이 2004. 7. 1.자 매매에서 D과 주식회사 J 사이의 매매예약일인 1990. 1. 4.로부터 매매예약완결권 행사의 제척기간인 10년이 경과하였다고 하더라도1), 앞서 든 증거, 을 제70호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, K가 D의 상속인들(배우자 O, 아들 P)2) 과의 합의에 따라 이 사건 가등기에 기초한 이 사건 본등기를 마친 사실을 인정할 수 있고, 이에 따르면 당사자들 사이에 실효된 이 사건 가등기를 유용하기로 하는 의사의 합치를 바탕으로 이 사건 본등기를 마친 것이라고 봄이 상당하므로, 이 사건 본등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 할 것이다.

따라서 이 사건 본등기가 원인무효의 등기임을 전제로 하는 피고의 주장은 이유 없다.

2) 이 사건 가등기가 담보가등기인 경우

을 제69호증(근저당설정 및 가등기 약정서)의 기재를 근거로 하여 이 사건 가등기가 피담보채권 변제를 위한 담보가등기에 해당하는 것으로 보는 경우, 이 사건 가등기에는 가등기담보 등에 관한 법률(이하 ‘가등기담보법’이라고 한다)이 적용되는데, 가등기담보법 제3조, 제4조의 청산절차를 위반하여 이루어진 담보가등기에 기한 본등기가 무효라고 하더라도 선의의 제3자가 그 본등기에 터 잡아 소유권이전등기를 마치는 등으로 담보목적부동산의 소유권을 취득하면 채무자 등은 더 이상 가등기담보법 제11조 본문에 따라 채권자를 상대로 그 본등기의 말소를 청구할 수 없게 되며, 이 경우 그 반사적 효과로서 무효인 채권자 명의의 본등기는 그 등기를 마친 시점으로 소급하여 확정적으로 유효하게 되고, 이에 따라 담보목적부동산에 관한 채권자의 가등기담보권은 소멸하며, 청산절차를 거치지 않아 무효였던 채권자의 위 본등기에 터 잡아 이루어진 등기 역시 소급하여 유효하게 된다(대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결 등 참조).3)

살피건대, K가 이 사건 본등기를 마칠 당시 가등기담보법상의 청산금을 지급하는 등의 청산절차를 거쳤다고 볼만한 사정이 확인되지 아니하므로 이 사건 본등기가 담보가등기인 경우 이는 가등기담보법을 위반하여 마쳐진 무효의 등기이고, D은 가등기담보법에 따라 K로부터 청산금을 지급받기 전에 K에게 그때까지 발생한 피담보채권의 원리금 전부를 지급하고 이 사건 본등기의 말소를 청구할 수 있었다고 볼 여지가 있다. 그러나 앞서 인정한 사실과 같이 D이 이 사건 본등기에 대한 말소등기청구권을 행사하기 전에 이 사건 토지가 K의 소유임을 전제로 이 사건 토지에 관하여 2008. 7. 16. B에게, 2019. 3. 19. 원고에게 순차로 각 소유권이전등기가 마쳐졌고, 위 각 소유권이전등기가 마쳐질 당시 B이나 원고가 이 사건 가등기의 피담보채권에 관한 청산절차가 이루어지지 아니한 상태에서 K에게 이 사건 본등기가 마쳐진 상태였다는 것을 알았다고 볼만한 아무런 증거가 없으므로, B과 원고는 가등기담보법 제11조 단서 후문에서 정한 선의의 제3자에 해당하여 순차로 각 이 사건 토지에 관한 소유권을 취득하였다고 할 것이다.

따라서 이 사건 본등기가 가등기담보법상 청산절차를 거치지 아니하여 원고가 소유권을 취득하지 못하였다는 피고의 주장도 이유 없다.

3) 소결

이 사건 가등기의 성격이 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기인지, 담보가등기인지 여부와 관계없이 이 사건 본등기 및 그 본등기에 터 잡은 B 및 원고의 각 소유권이전등기는 유효하고, 달리 위 각 소유권이전등기의 추정력을 번복할만한 증거도 확인되지 아니하므로, 원고는 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기를 마친 2019. 3. 19. 이 사건 토지의 소유권을 취득하였다고 봄이 타당하다.

[이 사건 토지가 원고의 소유임이 인정되는 이상 등기부취득시효에 관한 주장에 대하여는 별도로 판단하지 아니한다. 또한 피고는 ① K가 D의 상속인들을 기망하여 이 사건 본등기를 마쳤다가, ② K가 주식회사 J에게 그 매매대금을 제대로 지급하지 아니하였다는 취지의 주장도 하는 것으로 보이나, 위 ① 주장과 관련하여 사기에 의한 의사표시의 경우 법률행위를 한 날로부터 10년의 제척기간이 도과한 이후에 이루어진 취소권 행사는 그 효력이 없는데, 이 사건 본등기의 원인행위인 매매의 일시는 2004. 7. 1.이고, 피고가 이 법원에서 기망을 이유로 취소를 주장하는 시점은 그로부터 이미 10년의 기간이 도과한 것이 역수상 명백한 2022. 3. 2.이므로 취소권 행사의 효력이 없고, 위 ② 주장과 관련하여 피고의 주장이나 피고가 제출한 증거들만으로는 K가 주식회사 J에게 매매대금을 지급하지 아니하는 등 채무를 불이행하였다고 인정하기 어려울 뿐만 아니라, 피고가 이 사건 소송에서 K의 주식회사 J에 대한 채무불이행을 주장하는 것이 허용되는 것인지도 의문인바, 피고의 위 각 주장 역시 받아들일 수 없다.]나. 이 사건

근저당권설정등기 말소의무의 존재 여부

피담보채무를 확정시키는 근저당권설정자의 근저당권설정계약의 해제 또는 해지에 관한 권한은 근저당부동산의 소유권을 취득한 제3취득자도 원용할 수 있다고 할 것인데, 제3취득자가 명시적인 해지의 의사표시를 하지는 아니하였지만 근저당권자에게 저당목적 부동산을 취득하였음을 내세우면서 앞으로 대위변제를 통하여 채권최고액 범위 내에서 피담보채무를 소멸시키고 근저당권의 소멸을 요구할 것이라는 전제에서 채무자의 피담보채무에 대하여 채무를 일부 변제하기 시작하는 등 제3취득자가 기존 근저당권설정계약의 존속을 통한 피담보채무의 증감변동을 더 이상 용인하지 아니하겠다는 의사를 파악할 수 있는 어떤 외부적, 객관적 행위를 하고, 채권자도 그러한 사정 때문에 그 계약이 종료됨으로써 피담보채무가 확정된다고 하는 점을 객관적으로 인식할 수 있었던 경우라면,

제3취득자는 근저당권설정계약을 해지하는 묵시적인 의사표시를 한 것으로 볼 수 있으므로, 근저당권의 피담보채무는 그 설정계약에서 정한 바에 따라 확정된다(대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다7176 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하면 이 사건 토지 및 별지2 목록 기재, 별지3 목록 기재 각 부동산에 설정된 이 사건 근저당권은 그 피담보채무가 모두 채무자인 I가 채권자인 H에 대하여 부담하는 동일한 채무로 공동근저당권에 해당하고, K는 이 사건 토지 등의 제3취득자로서 2004. 6. 19. H를 상대로 별지2 목록 기재 각 부동산에 관하여 마쳐진 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행 및 H와 D 사이의 1988. 1. 5.자 근저당권설정계약에 기한 근저당권의 피담보채무에 대한 부존재 확인을 구하는 이 사건 선행소송을 제기하여 이 사건 근저당권의 피담보채무의 증감변동을 더 이상 용인하지 않겠다는 의사를 외부적객관적으로 표시하였으며, K의 위와 같은 소제기로 인하여 채권자인 H도 이 사건 근저당권의 피담보채무가 확정된다는 점을 객관적으로 인식할 수 있었다고 할 것인바, 이로써 제3취득자인 K는 이 사건 근저당권설정계약을 해지하는 묵시적인 의사표시를 한 것으로 볼 수 있으므로 이 사건 근저당권의 피담보채무는 K가 이 사건 선행소송을 제기한 시점인 2004. 6. 19.에 확정되었다고 봄이 상당하다.

앞서 본 바와 같이 이 사건 근저당권의 피담보채권은 채권자 H의 채무자 I에 대한 채권인데, 위 채권이 민사채권에 해당하여 10년의 소멸시효기간이 적용된다고 하더라도, 이 사건 근저당권의 피담보채권의 소멸시효 기산일인 2004. 6. 19.부터 10년이 경과한 2014. 6. 19. 그 소멸시효가 완성되었으며, 그에 따라 이 사건 근저당권 역시 피담보채권에 대한 부종성으로 인하여 소멸하였다고 할 것이므로, 피고는 이 사건 토지의 소유자인 원고에게 이 사건 근저당권의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있어 이를 인용하여야 하는데, 제1심판결은 이와 결론이 같아 정당하므로 피고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 송인권, 판사 조희정, 판사 성찬용

1) 매매예약에 따른 매매예약완결권은 일종의 형성권으로서 당사자 사이에 그 행사 기간을 약정한 때에는 그 기간 내에, 그러한 약정이 없는 때에는 그 예약이 성립한 때로부터 10년 이내에 이를 행사하여야 하고, 그 기간을 지난 때에는 예약완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다26425 판결 등 참조).

2) D은 2000. 7. 12. 사망하였다.

3)가등기담보법 제3조, 제4조를 위반하여 적법한 청산절차를 거치지 아니한 채 담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우 그 본등기는 무효이다(대법원 1994. 1. 25. 선고 92다20132 판결 등 참조). 이때 가등기담보법 제2조 제2호에서 정한 채무자 등(이하 ‘채무자 등’이라고 한다)은 청산금 채권을 변제받을 때까지는 여전히 가등기담보계약의 존속을 주장하여 그때까지의 이자와 손해금을

포함한 피담보채무액 전부를 변제하고 무효인 위 본등기의 말소를 청구할 수 있다(제11조 본문).

그러나 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다(제11조 단서 후문). 여기서 ‘선의의 제3자’라 함은 채권자가 적법한 청산절차를 거치지 않고 담보목적부동산에 관하여 본등기를 마쳤다는 사실을 모르고 그 본등기에 터 잡아 소유권이전등기를 마친 자를 뜻한다. 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장증명책임은 무효를 주장하는 사람에게 있다.