

의정부지방법원 2017. 12. 20 선고 2016가단125637 판결

[소유권이전등기청구권가등기말소등기]

재판경과

대법원 2020. 10. 29 선고 2018다299976 판결

의정부지방법원 2018. 11. 22 선고 2018나201017 판결

의정부지방법원 2017. 12. 20 선고 2016가단125637 판결

전문

원고A조합

소송대리인 변호사 장철희

피고B

소송대리인 법무법인 자연

담당변호사 우경선

변론 종결2017. 10. 18.

판결 선고2017. 12. 20.

주문

1. 이 사건 소를 각하한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 C, D, E, F에게 별지 (1) 목록 기재 각 부동산에 대한 별지 (2) 목록 기재 각 지분에 관하여
의정부지방법원 의정부등기소 2016. 8. 18. 접수 제74698호로 마친
공유자전원지분전부이전등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 분쟁의 전제 사실

- 원고는 2010. 10. 29. C에게 230,000,000원을 2015. 10. 29.을 상환기한으로 정하여 대출하고, 위 대출금 채권의 담보로서 2010. 10. 27. C 소유의 의정부시 G 대 153㎡ 및 위 지상 4층 건물(근린생활시설 및 주택), 의정부시 H 대 88㎡에 채권최고액 299,000,000원인 근저당권을 설정하였다.
- C은 위 대출 이후 근저당권자인 원고의 동의를 얻지 아니하고 근저당권의 목적물 중 하나인 위 건물을 철거하고, D, F, E과 함께 위 건물 대지를 포함한 대지 위에 별지 (1) 목록 기재의 각 집합건물(이하 포괄하여 '이 사건 건물'이라고 한다)을 신축하였다.
- C, D, F, E은 2014. 3. 14. 이 사건 건물에 관하여 소유권보존등기를 마친 뒤 2014. 3. 17. 피고 앞으로 2014. 3. 13. 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라고 한다)를 마쳐주었다.
- 원고는 2014. 5. 9. 이 사건 건물의 공유자인 C, D, F, E과 C에 대한 위 대출금 채권의 추가 담보로서 이 사건 건물에 관하여 근저당권을 설정받기로 하는 내용의 추가근저당권설정약정을 체결하고, 2014. 5. 12. 이 사건 건물에 관하여 채권최고액 299,000,000원인 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 위 추가근저당권설정약정을 원인으로 한 이 사건 건물에 관한 근저당권을 '이 사건 근저당권'이라고 한다).
- 피고는 2016. 8. 18. 이 사건 건물에 관하여 자신 앞으로 소유권이전등기(공유자

전원지분전부이전등기)를 마쳤다. 등기관은 위 본등기 이후 직권으로 원고가 취득한 이 사건 근저당권을 부동산등기법 제92조에 의하여 직권으로 말소하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 2~8호증, 10호증의 1~24의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장 요지

피고가 이 사건 건물에 관하여 마친 가등기는, 원고의 C, D에 대한 87,000,000원 상당의 대여금 채권을 담보하기 위한 담보가등기이다. 피고는 위 담보가등기에 기한 본등기를 마치면서 가등기담보 등에 관한 법률 제3조, 제4조를 위반하였으므로 위 본등기는 무효로서 말소되어야 한다.

원고는 C, D, F, E에 대한 이 사건 근저당권설정등기의 말소회복청구권을 보전하기 위하여 C, D, F, E이 피고에 대하여 가지는 이 사건 건물에 관한 본등기말소등기청구권을 대위하여 행사하므로 피고는 C, D, F, E에게 이 사건 건물에 관하여 마친 청구취지 기재의 공유자전원지분전부이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 이 사건 소의 적법 여부

채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로, 그 대위소송은 부적법하고, 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이다(대법원 1993. 2. 12. 선고 92다25151 판결, 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결, 2012. 3. 29. 선고 2011다106136 판결 등 참조).

이 사건에서 원고가 피보전채권으로서 주장하는, C, D, F, E에 대한 이 사건 근저당권말소등기의 회복등기청구권이 존재하는지에 대하여 본다.

말소회복등기의 절차는 말소등기와 같은 방법으로 이루어지므로 어떤 등기가 등기관의 직권으로 말소되었다면 말소회복등기도 등기관의 직권으로 이루어진다. 이 사건과 같이 등기관이 가등기에 기한 소유권이전의 본등기를 실행하면서 가등기 후의 원고의 이 사건 근저당권설정등기를 직권으로 말소한 경우라면, 위 본등기가 원인무효로서 말소되면 등기관은 직권말소한 이 사건 근저당권을 역시 직권으로 회복하여야 한다. 등기청구권은 공동신청주의를 전제로 등기를 원하는 어느 한쪽 당사자가

다른 쪽 당사자에게 등기신청의 의사표시를 청구할 수 있는 실체법상의 권리를 말하므로 이 사건과 같이 공동신청주의가 적용되지 않는 경우 원고가 C, D, F, E을 상대로 이 사건 근저당권말소등기의 회복등기청구권을 가진다고 할 수는 없다.

그러므로 원고가 C, D, F, E의 피고에 대한 권리를 대위행사하기 위한 요건인 피보전채권이 존재한다고 보기 어려우므로 이 사건 소는 소송요건(원고적격)을 갖추지 못하여 부적법하다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 소는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사채성호

별지