

수원고등법원 2023. 7. 20 선고 2022나26454 판결 [근저당권설정등기말소]

---

## 전 문

원고, 항소인 주식회사 A

소송대리인 법무법인 김앤전

담당변호사 박홍조

피고, 피항소인 주식회사 B

피고보조참가인 C 주식회사

변 론 종 결 2023. 6. 22.

판 결 선 고 2023. 7. 20.

제1 심판결 수원지방법원 2022. 11. 2. 선고 2020가합22684 판결

## 주 문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 이 사건 소 중 별지 목록 제1항 내지 제11항 기재 부동산에 관한 근저당권설정등기 말소등기절차 이행청구 부분을 각하한다.

나. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송총비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 용인등기소

2019. 11. 21. 접수 제181605호로 마친 근저당권설정등기에 관하여 말소등기절차를 이행하라.

## 이 유

### 1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는, 아래와 같이 일부분을 고쳐 쓰거나 추가하는 것 외에는 제1심판결의 이유 중 해당 부분과 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 약어를 포함하여 이를 그대로 인용한다.

#### 【고쳐 쓰거나 추가하는 부분】

○ 제1심판결 제2쪽 아래에서 6행에서 아래에서 5행까지를 다음과 같이 고쳐 쓴다.

나. 원고는 피고로부터 2019. 2. 19. 200,000,000원을, 2019. 2. 27. 2,000,000,000원을 차용하였다가 2019. 4. 12. 1,700,000,000원을 변제하였고, 2019. 5. 23. 150,000,000원을 추가로 차용하였다.

○ 제1심판결 제3쪽 아래에서 5행의 “진술” 다음에 “(그 진술에 의하면 실제로 원고를 운영한 J는 피고와의 공사계약 체결사실 및 피고의 공사진행 등에 관하여 인지하고 있었던 것으로 보인다)”를 추가한다.

### 2. 원고의 주장

가. 이 사건 근저당권설정등기는 대리권 없는 H이 위조된 서류에 의하여 마친 것으로서 무효이므로 말소되어야 한다.

나. 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채권이 존재하지 않으므로 말소되어야 한다.3. 이 사건 소 중 별지 목록 제1항 내지 제11항 기재 부동산에 관한 부분 청구의 적법 여부에 관한 판단

가. 피고는 위 부동산들에 관하여 경매절차가 종료되어 소유권이전등기가 경료되었으므로 소의 이익이 인정되지 않는다고 주장한다.1) 나. 말소등기란 어떤 등기사항 전부가 원시적 또는 후발적으로

실체관계와 불일치하게 된 경우 당해 등기 전부를 법률적으로 소멸시킬 목적으로 행하여지는 등기를 말하므로, 이미 말소되어 있는 등기에 대하여는 그 말소를 구할 법률상 이익이 없다(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014다66116 판결 등 참조).

다. 을 제6호증(가지번호 포함)의 기재, 변론 전체의 취지에 의하면 원고가 말소를 구하는 이 사건 근저당권설정등기 중 별지 목록 제1항 내지 제11항 기재 부동산에 관한 근저당권설정등기는 제1심 계속 중이던 2022. 3. 28. 강제경매로 인한 매각을 원인으로 말소된 사실을 인정할 수 있으므로, 원고는 이 부분 근저당권설정등기의 말소를 구할 법률상의 이익이 없게 되었다.

라. 따라서 이 사건 소 중 별지 목록 제1항 내지 제11항 기재 부동산에 관한 근저당권설정등기 말소등기절차 이행청구 부분은 소의 이익이 없어 부적법하다.

#### **4. 본안에 관한 판단(별지 목록 제12항 기재 부동산에 관한 부분)**

##### **가. 무권대리 주장에 관한 판단**

원고가 제출한 증거만으로는 이 사건 근저당권설정등기가 대리권 없는 H에 의하여 마쳐졌다거나 위조된 서류에 기하여 마쳐졌다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 앞서 든 각 증거, 제1심 증인 I의 증언에 의하면, 원고가 피고 측 관련자들을 이 사건 근저당권설정등기 관련 서류를 위조하였다는 등의 혐의로 고소하였으나 피고 측 관련자들이 혐의없음 처분을 받은 사실, 제1심 증인 I은 이 사건 근저당권설정등기를 마친 법무사 사무실의 사무장으로 일하면서 이 사건 근저당권설정등기 신청을 직접 하였는데, 그 당시 부동산권리증, 인감증명서, 인감도장 등 근저당권설정등기 시 확인이 필요한 서류가 모두 구비되어 있었고, 이 사건 근저당권설정등기 이전에 원고와 업무를 하였을 때에도 원고의 대표이사가 아닌 H이 인감이나 권리증 등 필요한 서류를 가지고 와서 처리하였다고 진술한 사실이 인정되는바, 이에 의하면 이 사건 근저당권설정등기는 적법하게 마쳐진, 유효한 것으로 판단된다.

##### **나. 피담보채권 부존재 주장에 관한 판단**

기초사실에서 살펴본 바와 같이, 원고는 피고에 대한 공사대금 채무, 대여금 채무의 담보로 이 사건

근저당권설정등기를 마친 것으로 보이고, 피담보채무가 존재하지 않는다는 원고의 주장사실에 부합하는 듯한 갑 제17호증(J 진술조서)의 기재는 J가 원고의 실제 운영자라는 점에 비추어 믿기 어렵고, 달리 원고의 주장을 인정할 만한 증거가 없으며, 위 채무들이 변제 등으로 소멸하였다고 볼 만한 증거도 제출된 바 없다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 5. 결론

이 사건 소 중 별지 목록 제1항 내지 제11항 기재 부동산에 관한 근저당권설정등기 말소등기절차 이행청구는 부적법하므로 각하하여야 하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로, 제1심판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장    판사 이수영, 판사 강선아, 판사 신동주

## 별지

## 〈부동산의 표시〉

|                                    |     |              |                     |
|------------------------------------|-----|--------------|---------------------|
| 1. 경기도 용인시 수지구                     |     | 도로           | 1 m <sup>2</sup>    |
| 2. 경기도 용인시 수지구                     |     | 임야           | 434 m <sup>2</sup>  |
| 3. 경기도 용인시 수지구                     |     | 임야           | 434 m <sup>2</sup>  |
| 4. 경기도 용인시 수지구                     |     | 임야           | 539 m <sup>2</sup>  |
| 5. 경기도 용인시 수지구                     |     | 도로           | 218 m <sup>2</sup>  |
| 6. 경기도 용인시 수지구                     |     | 임야           | 6 m <sup>2</sup>    |
| 7. 경기도 용인시 수지구                     |     | 임야           | 1703 m <sup>2</sup> |
| (이상 공유자 주식회사 [ ] 지분 1703분의 573 전부) |     |              |                     |
| 8. 경기도 용인시 수지구                     |     | 도로           | 61 m <sup>2</sup>   |
| 9. 경기도 용인시 수지구                     |     | 임야           | 434 m <sup>2</sup>  |
| 10. 경기도 용인시 수지구                    |     | 임야           | 324 m <sup>2</sup>  |
| 11. 경기도 용인시 수지구                    |     | 대            | 493 m <sup>2</sup>  |
| 12. 경기도 용인시 수지구                    | [ ] | 단독주택 주건축물제1동 |                     |
| [도로명주소]경기도 용인시 수지구 [ ] 위 지상        |     |              |                     |
| 철근콘크리트구조 기타지붕 2층 단독주택              |     |              |                     |
| 1층 94.26 m <sup>2</sup>            |     |              |                     |
| 2층 85.26 m <sup>2</sup>            |     |              |                     |
| 끝.                                 |     |              |                     |

1) 2022. 5. 10. 자 준비서면