

대구고등법원 2018. 3. 30 선고 2017나491 판결 [근저당권설정등기 말소등기절차 이행 등]

재판경과

대구고등법원 2018. 3. 30 선고 2017나491 판결

대법원 2017. 9. 21 선고 2015다50637 판결

대구고등법원 2015. 7. 21 선고 2014나4676 판결

대구지방법원 2014. 10. 2 선고 2013가합6418 판결

전문

원고, 피항소인A

피고, 항소인1. B

2. C

변론 종결2018. 3. 2.

판결 선고2018. 3. 30.

제1심판결대구지방법원 2014. 10. 2. 선고 2013가합6418 판결

환송전판결대구고등법원 2015. 7. 21. 선고 2014나4676 판결

환송판결대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다50637 판결

주문

1. 제1심판결을 취소한다.

2. 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고들은 원고에게 별지 '부동산목록' 기재 각 토지에 관하여 대구지방법원 2005. 12. 23. 접수 제82661호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 북삼농업협동조합(이하 '북삼농협'이라 한다)은 2005. 12. 23. D에게 350,000,000원을 대출하면서 같은 날 위 대출채권의 담보로, D 소유의 별지 '부동산목록' 기재 각 토지(이하 통틀어 '이 사건 토지'라 한다)와 E 소유의 대구 수성구 F 외 5필지 토지 및 G 토지와 그 지상 건물(이하 E 소유의 위 각 부동산을 통틀어 'E토지'라고 한다)에 관하여, 공동근저당권자 북삼농협, 채무자 D, 채권최고액 490,000,000원으로 하는 공동근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라고 한다) 설정등기(대구지방법원 2005. 12. 23. 접수 제82661호)를 마쳤다.

나. 이 사건 근저당권 설정계약에 의하면, 이 사건 근저당권의 피담보채권(이하 '이 사건 피담보채권'이라 한다)은 북삼농협이 D에 대하여 현재 및 장래 여신거래, 신용카드거래 등에 의하여 가지는 채권이고, 3년이 경과하면 근저당권설정자가 서면통지에 의하여 근저당권 결산기를 지정할

수 있다.

다. E토지에 관하여 북삼농협보다 후순위 근저당권자인 K의 신청에 따라 2006. 8. 18. 대구지방법원 L로 임의경매(이하 '이 사건 경매'라고 한다) 절차가 개시되었다. 당시 북삼농협은 이 사건 근저당권 외에 E토지에 관하여 채무자 E, 채권최고액 840,000,000원으로 된 근저당권을 보유하고 있었다. 라. 북삼농협이 이 사건 경매절차에서 신고한 채권은 1,100,203,311원(= 원금 1,000,000,000원 + 이자 100,203,311원)이고, 배당기일(2007. 3. 26.)에 1순위 근저당권자로서 위 신고액 전부를 배당받았는데, 여기에는 이 사건 피담보채권액 367,501,969원(= 원금 350,000,000원 + 이자 및 지연이자 17,501,969)도 포함되어 있다.

마. 북삼농협은 2007. 10. 31. D에게 80,000,000원을 대출하였다. 피고들은 D를 대신하여 2011. 3. 25. 북삼농협에게 위 대출원리금 111,883,686원(= 원금 81,477,104원 + 이자 30,406,582원)을 변제하였다. 피고들은 2011. 3. 28. 북삼농협과 사이에, 북삼농협이 피고들에게 이 사건 근저당권을 양도하는 계약을 체결함과 동시에 위 근저당권이전의 부기등기를 마쳤다. 한편, 원고는 2007. 1. 23. 이 사건 토지에 관하여 2007. 1. 22.자 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기를 마쳤다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 1 내지 8, 갑 제2호증의 1, 2, 을 제1 내지 6호증의 각 기재, 제1심의 북삼농업협동조합에 대한 각 사실조회결과(2013. 12. 16.자 및 2014. 3. 7.자), 변론 전체의 취지

2. 피담보채권 소멸 여부(부정)

가. 원고의 주장

이 사건 피담보채권은 이 사건 경매절차에서 금액이 확정되었고, 그 금액이 이 사건 경매절차에서 모두 변제되었으며, 그 결과 이 사건 근저당권은 피담보채권이 소멸함에 따라 함께 소멸하였으니, 북삼농협은 소유자 D에 대하여 이 사건 토지에 관한 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있었다.

피고들은 그 후에 북삼농협으로부터 이 사건 근저당권설정등기를 이전받았으므로, 소유자 D에 대하여 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무를 부담한다. 원고는 ① 이 사건 토지에 관한

가등기권자로서, ② 또는 이 사건 토지의 소유자인 D에 대한 채권자로서 D를 대위하여, 피고들을 상대로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

나. 법리

공동근저당권자가 목적 부동산 중 일부 부동산에 대하여 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받은 경우에, 해당 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매수인이 매각대금을 지급한 때에 확정되지만, 나머지 목적 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 기본거래가 종료하거나 채무자나 물상보증인에 대하여 파산이 선고되는 등의 다른 확정사유가 발생하지 아니하는 한 확정되지 아니한다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다50637 판결 참조).

다. 판단

앞서 본 바와 같이 ① 이 사건 근저당권 설정계약에 의하면, 이 사건 피담보채권은 북삼농협이 D에 대하여 현재 및 장래 여신거래, 신용카드거래 등에 의하여 가지는 채권이고, 이 사건 근저당권 설정일로부터 3년이 경과하면 근저당권설정자가 서면통지에 의하여 근저당권 결산기를 지정할 수 있는 점, ② 북삼농협은 이 사건 근저당권자이고 이 사건 근저당권의 목적물은 E토지 외에 이 사건 토지도 있는 점, ③ E토지는 이 사건 경매의 목적물이지만 이 사건 토지는 이 사건 경매의 목적물이 아닌 점, ④ 북삼농협은 K의 신청에 의하여 개시된 이 사건 경매에 소극적으로 참가하여 채권신고 당시에 존재하던 이 사건 피담보채권액을 배당 받은 점, ⑤ 그 배당 후에 이 사건 근저당권설정계약에 따른 기본거래가 종료되었음을 인정할 아무런 증거가 없는 점 등을 종합하면, 이 사건 피담보채권은 아직 확정되지 않았다고 할 것이다.

북삼농협이 이 사건 경매에서 배당 받은 367,501,969원은 이 사건 근저당권의 채권최고액 490,000,000원에 미치지 못하므로, 위 배당 후에도 이 사건 근저당권의 채권최고액은 우선배당액을 공제한 금액으로 감액되어 존속하는데, 앞서 본 바와 같이 북삼농협이 2007. 10. 31. D에게 추가로 80,000,000원을 대출함에 따라 그 대출금채권이 이 사건 근저당권의 피담보채권으로 남아 있다고 할 것이니, 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다.

3. 근저당권양도무효 원인 등기말소청구 가부(부정)

가. 원고의 주장

피고들은 원고의 가등기에 대항하기 위하여 D, E 및 북삼농협과 공모하여 북삼농협으로부터 허위로 이 사건 근저당권을 양도받았고, 이러한 양도계약은 통정허위표시 또는 사회질서에 반하거나 불공정한 법률행위로서 무효이므로, 이 사건 근저당설정등기는 말소되어야 한다.

나. 판단

근저당권이전의 부기등기는 기존의 주등기인 근저당권설정등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것으로서 기존의 근저당권설정등기에 의한 권리의 승계를 등기부상 명시하는 것일 뿐 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아니므로, 근저당권설정자 또는 그로부터 소유권을 이전받은 제3취득자는 피담보채무가 소멸된 경우 또는 근저당권설정등기가 당초부터 원인무효인 경우 등에 근저당권의 현재의 명의인인 양수인을 상대로 주등기인 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있으나, 근저당권자로부터 양수인 앞으로의 근저당권이전이 무효라는 사유를 내세워 양수인을 상대로 근저당권설정등기의 말소를 구할 수는 없다(대법원 2003. 4. 11. 선고 2003다5016 판결 등 참조). 살피건대, 원고의 주장대로 북삼농협으로부터 피고들 앞으로 근저당권을 이전한 것이 무효라고 가정하더라도, 원고는 피고들을 상대로 근저당권설정등기의 말소를 구할 수는 없으므로, 원고의 주장은 더 살필 것 없이 이유 없다.

4. 결론

원고의 피고들에 대한 청구는 전부 이유 없으므로 이를 모두 기각하여야 할 것이다. 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 제1심판결을 취소하고 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사진성철

판사권민오

판사강동원

별지