

인천지방법원 2024. 4. 30 선고 2023가합52412 판결 [근저당권설정등기 말소]

---

## 전 문

**원고** 1. A

2. B

3. C

4. D

5. E

6. F

7. G

원고들 소송대리인 법무법인 씨티즌

담당변호사 김상하

**피고** 1. H

소송대리인 법무법인 나라

담당변호사 박흥규, 김승민

2. I

3. J

4. K

**변론 종결** 2024. 4. 16.

**판결 선고** 2024. 4. 30.

## 주 문

1. 원고 E의 소를 각하한다.

2. 원고 B, C, D, G에게, 별지 목록 기재 부동산에 관하여,

가. 피고 H은 인천지방법원 2005. 10. 19. 접수 제91427호로 마친 근저당권설정등기의,

나. 피고 I은 인천지방법원 2011. 4. 26. 접수 제31809호로 마친 근저당권설정등기의,

다. 피고 J은 인천지방법원 2005. 10. 19. 접수 제91429호로 마친 근저당권설정등기의,

라. 피고 K는 인천지방법원 2006. 1. 23. 접수 제5589호로 마친 근저당권설정등기의,

각 말소등기절차를 이행하라.

3. 원고 A, F의 피고들에 대한 청구를 각 기각한다.

4. 소송비용 중 원고 A, E, F과 피고들 사이에 생긴 부분은 위 원고들이 부담하고, 원고 B, C, D, G와 피고들 사이에 생긴 부분은 피고들이 부담한다.

N

### 청 구 취 지

주문 제2항 및 원고 A, E, F에게, 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여,

피고 H은 인천지방법원 2005. 10. 19. 접수 제91427호로 마친 근저당권설정등기의, 피고 I은

인천지방법원 2011. 4. 26. 접수 제31809호로 마친 근저당권설정등기의, 피고 J은 인천지방법원

2005. 10. 19. 접수 제91429호로 마친 근저당권설정등기의, 피고 K는 인천지방법원 2006. 1. 23.

접수 제5589호로 마친 근저당권설정등기의, 각 말소등기절차를 이행하라.

### 이 유

#### 1. 인정사실

##### 가. 원고들의 각 공유지분

원고들은 이 사건 부동산의 공유자들이고, 이 사건 부동산에 관한 원고들 명의의 각 공유지분 비율과

지분 이전 내역은 다음과 같다.

|        |              |                                      |    |                                 |                                                        |                                                        |                                                        |
|--------|--------------|--------------------------------------|----|---------------------------------|--------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|
| A      | 335.07 /2413 | 좌동                                   | 좌동 | 좌동                              | 좌동                                                     | 좌동                                                     | 좌동                                                     |
| D      | 251.3 /2413  | 좌동                                   | 좌동 | 좌동                              | 좌동                                                     | 좌동                                                     | 좌동                                                     |
| E      | 293.19 /2413 | 좌동                                   | 좌동 | 좌동                              | 좌동                                                     | 좌동                                                     | 좌동                                                     |
| 공유지분비율 | L            | 1030.83 /2413                        | 좌동 | K613.83 /2413<br>13C84.64 /2413 | G417 /2413B280.46 /2413K84.64 /2413C84.64 /2413J164.09 | G417 /2413B280.46 /2413K84.64 /2413C84.64 /2413J164.09 | G417 /2413B280.46 /2413K84.64 /2413C84.64 /2413J164.09 |
| L      | 271.2 /2413  | 좌동                                   | 좌동 | L226.84 /2413                   | 208.45 /2413D24 /1910E26 /1910F78153.6 /1152207.5      | 208.45 /2413D24 /1910E26 /1910F78153.6 /1152207.5      | 208.45 /2413                                           |
| I      | 502.61 /2413 | A88.15 /2413D66.12 /2413E77.14 /2413 | 좌동 | 좌동                              | 좌동                                                     | 좌동                                                     | 좌동                                                     |

#### 나. L의 지분에 관한 피고들 명의 각 근저당권설정등기의 경료

- 1) 피고 H은 2005. 10. 19. 이 사건 부동산의 공유자였던 L의 지분 1030.83/2413 중 167.54/2413 지분에 관하여 인천지방법원 접수 제91427호로 채무자 L, 근저당권자 위 피고, 채권최고액 240,000,000원의 근저당권설정등기를 마쳤다.
- 2) 피고 J은 2005. 10. 19. 위 L의 지분 1030.83/2413 중 167.54/2413 지분에 관하여 인천지방법원 접수 제91429호로 채무자 L, 근저당권자 위 피고, 채권최고액 260,000,000원의 근저당권설정등기를 마쳤다. 이후 피고 J은 2012. 3. 14. 위 L의 지분 중 208.45/2413 지분에 관하여 인천지방법원 접수 제19886호로 2012. 3. 14. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.
- 3) 피고 K는 2006. 1. 23. 위 L의 지분 1030.83/2413 중 80.33/2413 지분에 관하여 인천지방법원 접수 제5589호로 채무자 L, 근저당권자 위 피고, 채권최고액 120,000,000원의 근저당권설정등기를

마쳤다. 이후 피고 K는 2012. 3. 12. 위 L의 지분 중 84.64/2413 지분에 관하여 인천지방법원 접수 제19111호로 2012. 3. 12. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

4) 피고 I은 2011. 4. 26. 위 L의 지분 1302.03/2413(= 1030.83/2413 + 271.2/2413)에 관하여 인천지방법원 접수 제31809호로 채무자 L, 근저당권자 위 피고, 채권최고액 184,000,000원의 근저당권설정등기를 마쳤다가, 2016. 1. 13. 인천지방법원 접수 제2239호로 2015. 12. 30. 공매를 원인으로 한 근저당권설정 변경등기를 마쳤는데, 위 변경등기는 위 L의 지분 1302.03/2413 중 원고 F에게 공매로 인하여 소유권이 이전된 78153.6/1152207.5 지분에 관한 근저당권설정을 포기하는 내용이다.

#### **다. 피고 H과 L 사이의 매매계약 체결 및 소송 경위**

1) 피고 H은 2005. 7. 12. 이 사건 부동산 중 L의 일부 지분에 대하여 매매대금 200,000,000원으로 하는 매매계약을 체결하고, 같은 날 계약금 20,000,000원, 2005. 7. 18. 잔금 중 일부인 130,000,000원, 2005. 9. 29. 나머지 잔금 및 등기비, 수수료 명목의 55,450,000원을 각 지급하였다.

2) 피고 H은 2005. 10. 18. 이 사건 부동산 중 L의 일부 지분 167.54/2413에 관한 근저당권설정계약을 체결하였다(앞서 본 바와 같이 2005. 10. 19. 근저당권설정등기를 마쳤다).

3) L은 피고 H에게 소유권이전등기의무를 이행하지 않고 있던 중 2010. 10. 26. 'L이 2010. 11. 10.경 대출을 받아 피고 H에게 230,000,000원을 지급하면 위 피고 명의 근저당권을 말소하기로 한다'는 취지의 확인서(이하 '이 사건 확인서'라 한다)를 작성하였으나, 그 후에도 위 피고에게 약속한 돈을 지급하지는 아니하였다.

4) L은 2012. 3. 14. 이 사건 부동산에 관한 L의 208.45/2413 지분을 피고 J에게 매도하였다.

5) 피고 H과 L 사이의 수원지방법원 안양지원 2023가단103176 사건에서 2023. 8. 14. 'L은 피고 H에게 총 10차례에 걸쳐 합계 100,000,000원을 지급하고, 피고 H은 위 돈을 지급받는 즉시 위 피고 명의 근저당권설정등기를 말소한다'는 취지의 조정을 갈음하는 결정이 내려졌고, 그 무렵 확정되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 2호증의 각 기재, 을가 제1 내지 6호증의 각 기재(가지번호

있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 변론 전체의 취지

## 2. 원고 E의 소의 적법 여부에 관한 판단

소 제기 당시 이미 사망한 당사자 명의로 제기된 소 부분은 부적법하여 각하되어야 한다(대법원 1979. 7. 24.자 79마173 결정, 대법원 2015. 8. 13. 선고 2015다209002 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 본 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 부동산에 관한 원고 E의 지분이 2021. 1. 28. M에게 '2020. 7. 14. 협의분할에 의한 상속'을 원인으로 소유권이전된 사실이 인정되고, 위 인정사실에 의하면 2020. 7. 14. 무렵 위 원고가 사망하였다고 봄이 타당하므로, 이 사건 소제기 당시(2023. 3. 30.) 이미 사망한 위 원고 명의로 제기된 소 부분은 부적법하다.

## 3. 원고 A, B, C, D, F, G의 청구에 관한 판단

### 가. 원고 A, F의 청구 부분

1) 관련 법리 원고가 부동산의 소유권에 기한 물권적 방해배제청구권 행사의 일환으로서 위 부동산에 관하여 피고 명의로 마쳐진 소유권이전등기의 말소를 구하려면 먼저 원고에게 그 말소를 청구할 수 있는 권원이 있음을 적극적으로 주장·입증하여야 하며, 만일 원고에게 그러한 권원이 있음이 인정되지 않는다면 설사 피고 명의의 소유권이전등기가 말소되어야 할 무효의 등기라고 하더라도 원고의 청구를 인용할 수는 없다 할 것이고(대법원 1999. 2. 26. 선고 98다17831 판결, 대법원 2005. 9. 28. 선고 2004다50044 판결 등 참조), 이는 원고가 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우에도 동일하다.

한편, 부동산의 공유자가 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것을 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 공유물의 현상을 유지하는 사실적·법률적 행위인 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수 없으므로, 자신의 소유지분을 침해하는 지분 범위를 초과하는 부분에 대하여 공유물에 관한 보존행위로서 무효라고 주장하면서 그 부분 등기의 말소를 구할 수는 없다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다67429 판결 등 참조).

2) 구체적 판단 살피건대, 위 법리와 함께 앞서 본 증거들에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사실 내지 사정들 즉, ① 원고 A, N이 말소를 구하는 피고들 명의의 각

근저당권설정등기는 모두 이 사건 부동산의 공유자였던 L의 지분을 목적으로 경료된 등기인 사실, ②

원고 A은 2005. 10. 11. 이 사건 부동산의 335.07/2413 지분에 관하여 인천지방법원 접수 제89171호로 2005. 10. 10.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳤고, 2010. 7. 28. 이 사건 부동산의 88.15/2413 지분(피고 I 명의 지분의 일부)에 관하여 인천지방법원 접수 제561000호로 2010. 7. 21.자 공유물분할을 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳤는데, 이와 같이 원고 A이 사건 부동산의 공유지분을 소유하는 과정에서 L의 지분을 이전받은 사실이 없는 점, ③ 원고 F은 2016. 1. 13. 이 사건 부동산의 78153.6/1152207.5 지분(L 명의 지분의 일부)에 관하여 인천지방법원 접수 제2239호로 2015. 12. 30. 공매를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료하였는데, 같은 날 위 지분을 목적으로 하던 I명의 근저당권설정등기에 관하여 원고 F이 공매를 통하여 취득한 지분에 대한 근저당권을 포기한다는 취지의 변경등기가 이루어진 점 등을 고려하여 보면, 원고 A, F이 피고들 명의의 각 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것은 다른 공유자들의 지분권을 대외적으로 주장하는 것이거나 근저당권 포기로 소멸된 부분의 근저당권 말소를 구하는 것과 같으므로 허용될 수 없다고 봄이 타당하다. 따라서 원고 A, F의 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

#### **나. 원고 B, C, D, G의 청구 부분**

1) 피고 J, K에 대한 청구에 관한 판단 : 자백간주 원고 B, C, D, G는 L 명의의 지분을 이전받은 자들이고, 이 사건 부동산에 피고 J, K 명의의 근저당권설정등기가 설정된 이후 위 피고들이 각 소유권을 취득하였으므로 위 피고들 명의 근저당권은 혼동으로 소멸하였다는 취지로 주장한다. 피고 J, K는 이 사건 소장 부분을 송달받고서도 답변서를 제출하지 아니하고 변론기일에도 출석하지 아니하였으므로, 민사소송법 제150조 제1항, 제3항에 의하여 위 원고들의 청구원인 주장사실을 자백한 것으로 본다.

따라서 피고 J, K 명의 각 근저당권설정등기의 피담보채무가 혼동으로 인하여 모두 소멸되었음이 인정된다고 할 것이므로, 피고 J, K는 원고 B, C, D, G에게 위 피고들 명의 각 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 피고 I에 대한 청구에 관한 판단 원고 B, C, D, G는 피고 I 명의 근저당권설정등기의 피담보채권이 소멸시효기간 10년의 경과로 소멸하였으므로 부종성에 의하여 위 근저당권설정등기가 말소되어야

한다고 주장한다.

살피건대, 앞서 본 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하면, 2011. 4. 26. 피고 I 명의의 근저당권설정등기가 마쳐진 사실, 위 피고가 그 후로 현재까지 위 근저당권을 실행하거나 피담보채권을 행사하지 아니한 사실이 인정되는바, 위 근저당권의 피담보채무는 2011. 4. 26.부터 소멸시효 기간 10년이 경과한 2021. 4. 27. 시효가 완성되어 소멸하였으므로, 피고 I은 원고 B, C, D, G에게 위 피고 명의 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

### 3) 피고 H에 대한 청구에 관한 판단 가) 당사자들의 주장

원고 B, C, D, G는 "피고 H 명의 근저당권설정등기의 피담보채무가 근저당권 설정일인 2005. 10. 19. 또는 이 사건 확인서 작성 무렵부터 소멸시효기간 10년의 경과로 소멸하였으므로 부종성에 의하여 위 근저당권설정등기가 말소되어야 한다"고 주장한다.

이에 대하여 피고 H은 "이 사건 부동산 중 L의 지분에 관하여 매매계약을 체결한 뒤 위 L의 지분에 관하여 근저당권설정등기를 마쳤는데, L이 2012. 3. 14. 제3자(피고 J)에게 위 지분을 양도함에 따라 L의 채무가 이행불능이 되었고, 이에 2023. 2. 2. L의 채무불이행을 이유로 위 매매계약을 해지하였다. 이후 L에게 매매대금반환청구권을 행사하기 위한 소를 제기하였고, 2023. 8. 14. 수원지방법원 안양지원에서 조정을 갈음하는 결정이 내려져 확정되었으므로, 피고 H 명의 근저당권설정등기의 피담보채무는 시효로 소멸하지 아니하였다."고 주장한다.

### 나) 구체적 판단

(1) 살피건대, 앞서 인정한 사실들에 의하면, 피고 H 명의 2005. 10. 19.자 근저당권설정등기의 피담보채무는 위 피고와 L 사이의 2005. 7. 12.자 매매계약이 해제될 경우에 발생하는 '위 피고의 L에 대한 매매대금반환채권'이라고 할 것인데, L이 위 매매계약에 따른 매매대금을 지급받았음에도 약 5년 동안 그 지분소유권이전의무를 이행하지 아니하다가 2010. 10. 26. 이 사건 확인서를 위 피고에게 작성해 주면서 2010. 11. 10.경 대출을 받아 일정 금원을 지급하기로 약정한 점에 비추어 보면, 위 2005. 7. 12.자 매매계약은 2010. 10. 26.경 묵시적으로 해제되어 위 피고의 L에 대한 매매대금반환채권이 발생하였다고 봄이 타당하다(따라서 위 매매계약이 2023. 2.경 해제되었다는 피고 H의 주장은 이유 없다). 그리고 위 매매대금반환채권은 위 확인서 기재 2010. 11. 10.부터

소멸시효가 진행되어 소멸시효기간 10년이 경과한 2020. 11. 10. 소멸시효가 완성되어 소멸하였다고 봄이 타당하다.

(2) 한편, 피고 H이 L을 상대로 수원지방법원 안양지원 2023가단103176 사건으로 위 매매대금반환채권의 지급을 구하는 소를 제기하여 2023. 8. 14.자 조정을 갈음하는 결정이 확정되기는 하였으나, 피고 H의 제소 및 L의 채무승인은 이미 소멸시효가 완성된 이후에 이루어졌으므로 소멸시효중단의 효력이 없고, L의 소멸시효이익 포기의 효력은 상대적 효과가 있을 뿐이어서 이해관계인인 원고 B, C, D, G에게는 미치지 아니하므로(대법원 2018. 11. 9. 선고 2018다38782 판결 등 참조), 위 매매대금채권이 시효로 소멸하지 않았다는 피고 H의 항변은 이유 없다.

다) 소결

따라서 피고 H 명의 근저당권설정등기의 피담보채무는 시효의 완성으로 소멸되었다고 할 것이므로, 피고 H은 원고 B, C, D, G에게 위 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

#### **4. 결론**

그렇다면, 원고 E의 소는 부적법하므로 이를 각하하고, 원고 B, C, D, G의 피고들에 대한 청구는 이유 있으므로 이를 각 인용하며, 원고 A, F의 피고들에 대한 청구는 이유 없으므로 이를 각 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

**재판장판사장민석**

**판사김정윤**

**판사나경식**

**별지**