

춘천지방법원 원주지원 2024. 6. 26 선고 2023가단55698 판결 [근저당권설정등기말소회복등기]

전 문

원 고 A종중

소송대리인 법무법인 위

담당변호사 김기동

피 고 1. B

2. C

3. D

4. E

5. F

6. G

7. H

8. I

9. J

10. K

11. L

12. M

13. N

14. O 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 대륙아주

담당변호사 이성하

변 론 종 결 2024. 4. 3.

판 결 선 고 2024. 6. 26.

주 문

1. 피고 O 주식회사를 제외한 나머지 피고들은 피고 O 주식회사에게, 원주시 P 임야 39215㎡ 중 별지1 목록 기재 각 지분에 관하여 춘천지방법원 원주지원 2018. 5.

28. 접수 제29191호로 말소된, 춘천지방법원 원주지원 2015. 2. 3. 접수 제6429호로 마친 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행하라.

2. 피고 O 주식회사는 원고에게 제1항 기재 근저당권 설정등기에 관하여 2017. 11.

28. 차순위 저당권자 대위를 원인으로 한 근저당권이전의 부기등기절차를 이행하라.3. 소송비용 중 원고와 피고 O 주식회사 사이에 생긴 부분은 피고 O 주식회사가 부담 하고, 원고와 피고 O 주식회사를 제외한 나머지 피고들 사이에 생긴 부분은 각자 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 이 사건 각 부동산에 관한 원고와 피고 O의 근저당권설정등기 등

- 1) 원고는 2014. 12. 15. Q조합에 별지2 목록 기재 각 부동산(이하 ‘이 사건 각 부동산’이라 하고, 개별 부동산을 지칭하는 경우 별지 목록 순번에 따라 ‘이 사건 ○ 부동산’이라 한다) 지상 임목을 6억 원에 매도하는 계약을 체결하였다.
- 2) 원고는 2014. 12. 17. Q조합에 이 사건 각 부동산을 18억 원에 매도하는 계약을 체결하고, 같은 날 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐주었으며, Q조합으로부터 매매대금 중 계약금 10억 원을 지급받았다.
- 3) 피고 O 주식회사(이하 ‘O’이라 한다)는 2014. 12. 17. 이 사건 1, 3 내지 6 부동산에 관하여 채권최고액을 12억 원, 채무자를 Q조합, 근저당권자를 피고 O으로 하는 공동근저당권(이하 ‘이 사건 1 근저당권’이라 한다)설정등기를 마쳤다.
- 4) 피고 O은 2015. 2. 3. 이 사건 1, 3 내지 6 부동산에 관하여 채권최고액을 6억 원, 채무자를 Q조합, 근저당권자를 피고 O으로 하는 공동근저당권(이하 ‘이 사건 2 근저당권’이라 한다)설정등기를 마쳤다.
- 5) 피고 O을 제외한 나머지 피고들(이하 ‘피고 B 등’이라 한다)은 2015. 4. 7.과 2015. 4. 20. 이 사건 4 부동산 중 별지1 기재 지분에 관하여 각 소유권이전등기를 마쳤다.
- 6) 원고는 2015. 2. 6. 이 사건 각 부동산에 관하여 채권최고액을 8억 원, 채무자를 Q조합, 근저당권자를 원고로 하는 공동근저당권(이하 ‘이 사건 3 근저당권’이라 하고, 이 사건 1 내지 3 근저당권을 통칭하여 ‘이 사건 각 근저당권’이라 한다)설정등기를 마쳤다. 원고는 2015. 4. 9. 이 사건 3 근저당권 중 이 사건 3, 4 부동산에 관한 부분을 포기하였고, 이에 따라 이 사건 3 근저당권은 이 사건 1, 2, 5, 6 부동산에 관한 부분만 남게 되었다.

나. 이 사건 1, 2, 5, 6 부동산에 관한 경매절차의 진행 경과

- 1) 춘천지방법원 원주지원은 2016. 10. 6. 원고의 신청에 따라 R로 이 사건 1, 2, 5, 6 부동산에 관한 임의경매개시결정을 하였고, 이에 따라 위 각 부동산에 관한 경매절차(이하 ‘이 사건 경매절차’라 한다)가 진행되었다.

이 사건 경매절차가 개시될 당시 이 사건 각 부동산에 설정된 이 사건 각 근저당권의 순위는 아래 표

기재와 같다(아래 표에는 ‘이 사건’ 부분을 생략한다).

순위	1 부동산	2 부동산	3부동산	4 부동산	5 부동산	6 부동산
1	1 근저당권	3 근저당권	1 근저당권	1 근저당권	1 근저당권	1 근저당권
2	2 근저당권		2 근저당권	2 근저당권	2 근저당권	2 근저당권
3	3 근저당권				3 근저당권	3 근저당권

2) 이 사건 경매절차가 진행된 결과, 이 사건 1 부동산은 2017. 11. 28. 977,500,000원에 S에게, 이 사건 2 부동산은 2018. 2. 23. 4,610,000원에 T에게, 이 사건 5 부동산은 2017. 11. 15. 182,110,000원에 D에게, 이 사건 6 부동산은 2017. 9. 20. 355,000,000원에 U 등에게 각 매각되었고, 위 각 일자에 이 사건 3 근저당권설정등기 및 이 사건 1, 2 근저당권설정등기 중 이 사건 1, 5, 6 부동산에 관한 부분이 말소되었으며, 이에 따라 이 사건 1, 2 근저당권은 이 사건 3, 4 부동산에 관한 부분만이 남게 되었다.

3) 춘천지방법원 원주지원은 2018. 3. 22. 이 사건 경매절차의 배당기일을 진행하였고, 실제 배당할 금액 1,508,677,078원을 아래 표 기재와 같이 배당하였다. 아래 표 중 피고 O에게 배당된 1,494,865,956원은 이 사건 1, 5, 6 부동산의 매각결과 발생한 실제 배당할 금액 1,503,111,016원 중 1순위 채권자인 원주시에 배당한 돈을 제외한 나머지 돈 전액이고, 원고에게 배당된 5,566,062원은 이 사건 2 부동산의 매각결과 발생한 실제 배당할 금액 전액이다.

채권자		원주시	피고 O	원고
채권 금액	원금	8,245,060	1,450,000,000	570,000,000
	이자	0	121,519,972	0
	비용	0	0	0
	계	8,245,060	1,571,519,972	570,000,000
배당순위		1	2	3
이유		교부권자(당해세)	근저당권자	신청채권자(근저당권)
배당액		8,245,060	1,494,865,956	5,566,062

다. 이 사건 3, 4 부동산에 관한 소유권 및 근저당권 등의 변경

- 1) Q조합은 2015. 3. 2. V에게 이 사건 4 부동산 중 1652.9 / 39,215 지분을 매도하고 2015. 4. 20. 위 지분에 관한 소유권이전등기를 마쳐준 것을 비롯하여, 그 무렵 다수의 사람들에게 이 사건 4 부동산 중 3305.8 / 39,215 지분을 제외한 나머지 지분을 매도하고 각 지분에 관한 소유권이전등기를 마쳐주었으며, 2017. 9. 1. 농업회사법인 W주식회사(이하 'W'라 한다)에 이 사건 4 부동산 중 3305.8 / 39,215 지분을 매도하고 2017. 9. 22. 소유권이전등기를 마쳐주었다.
- 2) Q조합은 2017. 10. 12. W에 이 사건 3 부동산을 매도하고 2017. 10. 13. 소유권이전등기를 마쳐주었다.
- 3) 피고 O은 2018. 5. 28. 이 사건 3, 4 부동산에 관하여 잔존하고 있던 이 사건 1 근저당권의 채권최고액을 99,800,000원으로 변경하는 등기를 마친 후 주식회사 X(이하 'X'라 한다)에 '2018. 5. 23. 확정채권대위변제'를 원인으로 이 사건 1 근저당권에 관한 이전등기를 마쳐주었고, 같은 날 '2018. 5. 23. 해지'를 원인으로 이 사건 3, 4 부동산에 관하여 잔존하고 있던 이 사건 2 근저당권설정등기를 말소(이하 '이 사건 2 근저당권 말소등기'라 하고, 위 변경등기와 위 말소등기를 통칭할 때에는 '이 사건 말소등기 등'이라 한다)하였다.
- 4) 이 사건 3, 4 부동산에 관하여 아래 표 기재와 같이 압류 또는 가압류 등기 등이 마쳐져 있다.

목적물	등기목적	등기일자	청구금액	채권자
이 사건 3 부동산	가압류	2020. 11. 17.	81,327,160	Y중앙회
		2020. 11. 23.	14,351,850	피고 O
		2020. 5. 11.	279,652,400	Z
이 사건 4 부동산 중 V 지분	압류	2020. 9. 22.		국민건강보험공단
		2022. 2. 10.		대한민국
이 사건 4 부동산 중 W 지분		2020. 11. 17.	81,327,160	Y중앙회

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 6, 10, 11호증(가지번호가 있는 것은 가지번호를 포함한다).

이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 청구원인에 관한 판단

가. 관련 법리

1) 민법 제368조 제2항은 공동저당의 목적부동산 중에서 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 공동저당권자가 그 대가에서 채권 전부의 변제를 받을 수 있고, 이 경우에 그 경매한 부동산의 후순위저당권자는 만일에 동시에 배당을 하였더라면 선순위의 공동저당권자가 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 그 다른 부동산에 관하여 선순위저당권자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 이와 같은 후순위저당권자의 대위는 선순위저당권자가 가지고 있던 다른 부동산에 관한 저당권이 법률상 당연히 후순위저당권자에게 일정 한도에서 이전하는 것으로서, 민법 제187조에서 말하는 법률의 규정에 의한 물건변동에 해당하여 등기 없이도 효력이 생긴다고 해석된다.

2) 다만 제482조 제2항 제1호, 제5호는 변제자대위의 효과로 채권자가 가지고 있던 채권 및 그 담보에 관한 권리가 법률상 당연히 변제자에게 이전하는 경우에도, 변제로 인하여 저당권 등이 소멸한 것으로 믿고 그 목적부동산을 취득한 제3취득자를 불측의 손해로부터 보호하기 위하여 미리 저당권 등에 대위의 부기등기를 하지 아니하면 제3취득자에 대하여 채권자를 대위하지 못하도록 정하고 있다. 이에 따라 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 물상보증인이 수인일 때 그중 일부의 물상보증인이 채무를 변제한 뒤 다른 물상보증인 소유 부동산에 설정된 근저당권설정등기에 관하여 대위의 부기등기를 하여 두지 아니하고 있는 동안에 제3취득자가 위 부동산을 취득하였다면, 대위변제한 물상보증인들은 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없다고 해석된다(대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카10305 판결 참조). 그런데 이와 같이 법률상 당연히 이전되는 저당권과 관련하여 그 후에 해당 부동산에 대하여 권리를 취득한 제3취득자를 보호할 필요성은 후순위저당권자의 대위의 경우에도 마찬가지로 존재한다.

3) 그리고 후순위저당권자의 대위의 경우에도 부동산등기법 제80조에서 정한 공동저당의 대위등기를 통하여 제3취득자에게 공시할 수 있으므로, 변제자대위와 마찬가지로 일정한 경우에 그

대위등기를 선행하도록 요구한다고 하더라도 후순위저당권자에게 크게 불리하지 아니하다. 더욱이 변제자대위의 경우에는 저당권뿐 아니라 채권까지 이전됨에 비하여 후순위저당권자의 대위의 경우에는 채권이 이전되지 아니한다는 점까지 고려하면, 후순위저당권자를 변제자보다 항상 더 보호하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어렵다.

4) 한편 후순위저당권자의 대위에 의하여 선순위저당권자가 가지고 있던 다른 부동산에 관한 저당권이 후순위저당권자에게 이전된 후에 아직 저당권이 말소되지 아니하고 부동산등기부에 존속하는 경우라면, 비록 공동저당의 대위등기를 하지 아니하더라도 제3취득자로서는 그 저당권이 유효하게 존재함을 알거나 적어도 그 저당권이 공동저당권으로서 공시되어 있는 상태에서 이를 알면서 해당 부동산을 취득할 것이므로 저당권의 이전과 관련하여 제3취득자를 보호할 필요성은 적다.

5) 이러한 사정들을 종합하여 보면, 먼저 경매된 부동산의 후순위저당권자가 다른 부동산에 공동저당의 대위등기를 하지 아니하고 있는 사이에 선순위저당권자 등에 의해 그 부동산에 관한 저당권등기가 말소되고, 그와 같이 저당권등기가 말소되어 등기부상 저당권의 존재를 확인할 수 없는 상태에서 그 부동산에 관하여 소유권이나 저당권 등 새로 이해관계를 취득한 사람에 대해서는, 후순위저당권자가 민법 제368조 제2항에 의한 대위를 주장할 수 없다고 봄이 타당하다. 따라서 후순위저당권자가 대위의 부기등기를 마치지 못한 사이에 선순위저당권자 등이 그 부동산에 관한 저당권등기를 말소한 행위는 후순위저당권자에 대하여 불법행위를 구성하고, 그 후 말소된 근저당권설정등기의 회복등기가 이루어지지 아니한 상태에서 그 부동산에 관하여 소유권이나 저당권 등 새로 이해관계를 취득한 제3자가 생긴 경우 위 제3자는 후순위권리자에 대한 관계에서 근저당권설정등기의 말소회복등기에 승낙하여야 할 실체법상의 의무를 부담하지 아니하게 되므로, 근저당권설정등기의 불법말소로 인한 후순위저당권자의 손해가 확정적으로 발생한다고 보아야 한다(대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다99341 판결 참조).

6) 다만, 근저당권설정등기가 경료되었다가 그 등기가 아무런 원인 없이 말소되었다는 사정만으로는 곧바로 근저당권이 소멸하는 것은 아니므로, 그 회복등기가 불가능하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근저당권설정등기의 말소로 인하여 입은 손해는 말소된 근저당권설정등기의 회복등기가 이루어지는

것을 전제로 하여 산정하여야 한다. 근저당권자가 근저당권을 실행하려 하였으나 근저당권설정등기가 말소된 탓에 이를 실행할 수 없게 된 경우 근저당권자는 통상적으로 근저당권을 실행할 수 없게 되어 채권회수가 지연됨에 따른 재산상 손해와 이를 회복하는 데 비용이 지출되는 재산상 손해를 입게 되며, 채권회수가 지연되는 기간 동안 채무자에 대하여 지연손해금을 청구할 수 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 불법 말소에 가담한 불법행위자를 상대로 위와 같은 재산상 손해의 배상을 청구할 수 없게 되는 것은 아니다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다94868 판결 참조).

나. 구체적 판단

1) 앞서 인정한 사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고는 이 사건 1, 5, 6 부동산에 관한 후순위근저당권자로서 이 사건 1, 3 내지 6 부동산의 경매대가가 동시에 배당되었다면 피고 O이 이 사건 3, 4 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 이 사건 3, 4 부동산에 관하여 피고 O을 대위하여 이 사건 1, 2 근저당권을 행사할 수 있었다. 그런데 피고 O은 원고가 이 사건 1, 2 근저당권에 관하여 대위의 부기등기를 마치지 못한 사이에 이 사건 말소등기 등을 하였으므로, 피고 O이 이 사건 1, 2 근저당권 설정등기를 말소한 행위는 원고에 대하여 불법행위에 해당한다(다만 피고 O이 이 사건 1 근저당권 설정등기의 변경등기를 한 후 제3자인 X에게 위 근저당권을 이전함으로써 후순위근저당권자가 된 원고로서는 이 사건 1 근저당권 설정등기의 회복을 구할 수는 없게 되었다).

2) 따라서 원고는 이 사건 4 부동산에 관하여 위법하게 말소된 이 사건 2 근저당권 설정등기의 회복을 구할 수 있는데, 피고 B 등은 이 사건 2 근저당권 설정등기가 마쳐진 상태에서 (지분)소유권을 취득하였으므로 이 사건 2 근저당권 설정등기에 관하여 회복등기절차를 이행할 의무가 있고, 피고 O은 위 근저당권 설정등기에 관하여 민법 제368조 제2항에 따라 차순위저당권자 대위를 원인으로 한 근저당권이전의 부기등기절차이행에 협력할 의무가 있다.

3. 결론

원고의 이 사건 청구는 모두 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김현준

별지