

부산지방법원 서부지원 2022. 7. 14 선고 2021가단6653 판결 [근저당권설정등기 말소등기
절차이행]

전 문

원 고 A

피 고 B

소송대리인 변호사 여태양

변 론 종 결 2022. 6. 16.

판 결 선 고 2022. 7. 14.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 2001. 12. 21. 접수 제20210호로
마친 근저당권설정등기 및 같은 법원 2007. 11. 20. 접수 제22209호로 마친 근저당권설정등기에
대하여 각 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 피고는 부산 강서구 C 전 102㎡(이하 ‘이 사건 부동산’라 한다) 중 소외 망 D1)의 1322/4928지분에 관하여 청구취지 기재 각 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 각 근저당권설정등기’라 하고, 위 등기에 따른 피고의 근저당권을 ‘이 사건 각 근저당권’이라 한다)를 마쳤다.

나. 원고는 이 사건 부동산 중 망 D의 지분을 제외한 나머지 3606/4928 지분의 소유자로서 공유자이다.

[인정근거 : 다툼 없는 사실, 갑 제2호증의 기재, 변론 전체의 취지]

2. 주장 및 판단

가. 원고의 주장

원고는 계모인 망 D과 이 사건 부동산을 공유하고 있었는데, 피고는 망 D에게 자금을 융통하여 주면서 이 사건 부동산을 비롯한 4필지의 부동산 중 망 D의 지분을 공동담보로 하여 이 사건 각 근저당권설정등기를 마쳤다. 이후 피고가 이 사건 부동산을 제외한 나머지 공동담보인 부산 강서구 E 외 2필지 중 망 D의 지분 전부에 대한 부산지방법원 F 임의경매사건에서 채권최고액 전액을 배당받음으로써 이 사건 각 근저당권의 피담보채무 역시 모두 소멸하였다. 따라서 원고는 이 사건 부동산의 공유자로서 공유물의 보존행위로 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

나. 본안 전 항변에 대한 판단

이 사건 부동산의 공유자로서 보존행위로 피고에 대하여 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소를 구하는 이 사건 소에 대하여, 피고는 원고가 구하는 근저당권말소행위가 보존행위가 아닌 처분행위에 해당하므로, 원고에게는 이 사건 소의 당사자적격이 없어 부적법하다는 취지로 본안 전 항변을 한다. 살피건대, 이행의 소에 있어서는 자기의 이행청구권을 주장하는 자가 원고적격을 가지므로, 원고가 실제로 근저당권말소등기 청구권자에 해당하는지 여부는 본안에서 청구권 유무로서 판단할 사유이고 당사자적격 유무로서 판단할 사항은 아니다. 따라서 피고의 본안 전 항변은 이유 없다.

다. 본안에 대한 판단

1) 원고가 피고에 대하여 피고 명의로 마쳐진 근저당권설정등기의 말소를 구하려면 먼저 원고에게 그 말소를 청구할 수 있는 권원이 있음을 적극적으로 주장·증명하여야 하며, 만일 원고에게 이러한 권원이 있음이 인정되지 않는다면 설사 피고 명의의 근저당권설정등기가 말소되어야 할 무효의 등기라고 하더라도 원고의 청구를 인용할 수 없다 할 것이다. 부동산의 공유자의 1인은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 무효의 등기가 경료되어 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있으나, 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 판결의 취지 참조).

2) 위와 같은 법리를 토대로 이 사건에 돌아와 보건대, 이 사건 각 근저당권설정등기는 이 사건 부동산 중 망 D의 1322/4928 지분에 관한 것이므로, 이 사건 각 근저당권설정등기가 그 피담보채무의 소멸 등의 사유로 말소되어야 할 무효의 등기라고 하더라도, 이 사건 부동산의 공유자2)인 원고가 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것은 다른 공유자의 지분을 대외적으로 주장하는 것과 마찬가지로 할 것이어서 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수 없어 이를 허용할 수 없다. 따라서 원고의 주장은 나머지 점에 관하여 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

3. 결 론

그렇다면, 원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김태환

1. 부산시 강서구 전 102㎡ 중 지분 전부
 끝.

1) 기록에 의하면, 위 D(G생)은 2018. 7. 17.경 사망한 것으로 보인다

2) 원고의 주장에 의하더라도 원고와 망 D은 계모자 관계로 그들 사이에 상속이 이루어질 수 없고, 스스로 이 사건 부동산의 공유자임을 전제로 주장하고 있으므로, 원고는 망 D의 정당한 상속인들과 이 사건 부동산을 그 지분 비율로 공유하고 있다고 볼 것이다.