

라. 근저당권설정등기말소

❖ 근저당권설정등기말소 청구(기본형)

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1998. 5. 15. 접수 제21283호로 마친 저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

❖ 근저당권설정등기말소 청구

원고들에게, 피고 주식회사 보람은행은 별지 제1목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1993. 7. 30. 접수 제72778호로 종료된 근저당권설정등기의, 별지 제2목록 기재 부동산에 관하여 같은 법원 ○○등기소 1994. 1. 28. 접수 제5695호로 종료된 근저당권설정등기의, 피고 동화은행은 별지 제2목록 기재 부동산에 관하여 같은 법원 ○○등기소 1994. 8. 16. 접수 제55863호로 종료된 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] ① 민법 제921조 소정의 '이해상반행위'의 의미

민법 제921조의 이해상반행위란 행위의 객관적 성질상 친권자와 그 자 사이 또는 친권에 복종하는 수인의 자 사이에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위를 가리키는 것으로서, 친권자의 의도나 그 행위의 결과 실제로 이해의 대립이 생겼는지의 여부는 묻지 않는다.

② 친권자인 모가 자신이 대표이사로 있는 주식회사의 채무 보증을 위하여 자신과 미성년인子的 공유재산을 담보로 제공한 행위가 민법 제921조 제1항의 이해상반행위인지 여부
친권자인 모가 자신이 대표이사로 있는 주식회사의 채무 담보를 위하여 자신과 미성년인子的 공유재산에 대하여 자의 법정대리인 겸 본인의 자격으로 근저당권을 설정한 행위는, 친권자가 채무자 회사의 대표이사로서 그 주식의 66%를 소유하는 대주주이고 미성년인 자에게는 불이익만을 주는 것이라는 점을 감안하더라도, 그 행위의 객관적 성질상 채무자 회사의 채무를 담보하기 위한 것에 불과하므로 친권자와 그 자 사이에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 이해상반행위라고 볼 수 없다.(대법원 1996. 11. 22. 선고 96다10270 판결)

㊦ 근저당권설정등기말소 청구(해지³⁴⁰)를 원인으로)

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1998. 4. 12. 접수 제15636호로 마친 근저당권설정등기에 대하여 1999. 9. 18. 해지를 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

※ 근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론이지만, 근저당권설정자인 종전의 소유자도 피담보채무의 소멸을 이유로 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다.³⁴¹⁾

㊦ 근저당권설정등기말소 청구(동시이행)

피고는 원고로부터 1,926,033원을 지급받음과 동시에 원고에게 ○○시 ○○동 465-10지상 시멘트 블록조 스프레트지붕 단층주택 82.08㎡에 관하여 ○○지방법원 ○○지원 1988. 9. 28. 접수 제25166호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 잔존 피담보채권이라고 주장하는 금원의 수령과 상환으로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 청구에는 소송과정에서 밝혀진 잔존 피담보채권액의 지급을 조건으로 말소를 구하는 취지도

340) 등기원인이 후발적 사유로 장애를 향하여 실효되고 그 실효원인을 특정할 수 있을 때에는 이를 말소등기의 원인으로 기재한다.

341) 근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론이지만, 근저당권설정자인 종전의 소유자도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권소멸에 따른 원상회복으로 근저당권자에게 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 계약상 권리가 있으므로, 이러한 계약상 권리에 터 잡아 근저당권자에게 피담보채무의 소멸을 이유로 하여 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다고 봄이 상당하고, 목적물의 소유권을 상실하였다는 이유만으로 그러한 권리를 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다.(대법원 1994. 1. 25. 선고 93다16338 전원합의체 판결 참조)

포함되었다고 볼 것인지 여부

근저당권이 담보하는 피담보채권액의 범위에 관하여 당사자 사이에 다툼이 있어 잔존 피담보채권이 라고 주장하는 금원의 수령과 상환으로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우, 소송과정에서 밝혀진 잔존 피담보채권액의 지급을 조건으로 말소를 구하는 취지도 포함되었다고 봄이 상당하고, 이는 장래이행의 소로서 미리 청구할 이익이 있다.(대법원 1993.4.27. 선고 92다5249 판결)

㊦ 근저당권설정등기말소 청구

피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1992. 1. 9. 접수 제318호로, 같은 등기소 1992. 9. 14. 접수 제21803호로, 같은 등기소 같은 날 접수 제21804호로 마친 각 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] ① 처가 승낙 없이 남편 소유의 부동산에 근저당권을 설정한 사안에서 표현대리의 성립을 인정한 사례

일상가사대리권 외에 별도의 기본대리권이 있는 처가 근저당권설정등기에 필요한 각종 서류를 소지하고 있는 데다가 그 인감증명서가 본인인 남편이 발급 받은 것이고, 남편이 스스로 처에게 인감을 보냈음을 추단할 수 있는 문서와 남편의 무인이 찍힌 위임장 및 주민등록증 등을 제시하는 등 남편이 처에게 대리권을 수여하였다고 믿게 할 특별한 사정까지 있었다면, 그 상대방으로서는 처가 남편을 대리할 적법한 권한이 있었다고 믿은 데 정당한 이유가 있다고 하여 표현대리의 성립을 인정한 사례.

② 처가 승낙 없이 남편 소유의 부동산에 근저당권을 설정한 것을 알게 된 남편이 그 정산에 관하여 합의하였다가 그 후 합의가 결렬된 경우, 무권대리의 추인을 인정한 사례

처가 타인으로부터 금원을 차용하면서 승낙 없이 남편 소유 부동산에 근저당권을 설정한 것을 알게 된 남편이, 처의 채무 변제에 갈음하여 아파트와 토지를 처가 금전을 차용한 자에게 이전하고 그 토지의 시가에 따라 사후에 정산하기로 합의한 후 그 합의가 결렬되어 이행되지 않았다고 하더라도, 일단 처가 차용한 사채를 책임지기로 한 이상 남편은 처의 근저당권 설정 및 금원 차용의 무권대리 행위를 추인한 것이라고 한 원심판결을 수긍한 사례.(대법원 1995. 12. 22. 선고 94다45098 판결)

㊦ 근저당권설정등기말소등 청구(근저당권설정등기, 지상권설정등기말소)

피고는 원고에게, 부산 ○○구 ○○동 417-3 대 293.5㎡ 및 같은 동 417-4 대 297.2㎡에 관하여, ○○지방법원 ○○등기소 1990. 3. 24. 접수, 제6065호로 경료된 각 근저당권 설정등기와, 같은 날 접수 제6066호로 경료된 각 지상권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 공동저당에 있어서 채무자 소유 부동산 위의 후순위 저당권자의 대위권이 물상보증인 소유의 부동산에까지 미치는지 여부

채권자가 물상보증인 소유 토지와 공동담보로 주채무자 소유 토지에 1번 근저당권을 취득한 후

이와 별도로 주채무자 소유 토지에 2번 근저당권을 취득한 사안에서, 먼저 주채무자의 토지에 대하여 피담보채무의 불이행을 이유로 근저당권이 실행되어 경매대금에서 1번 근저당권의 피담보채권액을 넘는 금액이 배당된 경우에는, 변제자 대위의 법리에 비추어 볼 때 민법 제368조 제2항은 적용되지 않으므로 후순위(2번) 저당권자인 채권자는 물상보증인 소유 토지에 대하여 자신의 1번 근저당권을 대위행사할 수 없고, 따라서 물상보증인의 근저당권설정등기는 그 피담보채무의 소멸로 인하여 말소되어야 한다.(대법원 1996. 3. 8. 선고 95다36596 판결)

㊤ 근저당권설정등기말소 청구(동시이행)

피고는 원고로부터 1,000,000원을 지급받음과 동시에 원고에게 ○○시 ○○동 465(○로 465) 지상 시멘트 블록조 스테이지붕 단층주택 82.08㎡에 관하여 ○○지방법원 ○○지원 1988. 9. 28. 접수 제25166호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 잔존 피담보채권이라고 주장하는 금원의 수령과 상환으로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 청구에는 소송과정에서 밝혀진 잔존 피담보채권액의 지급을 조건으로 말소를 구하는 취지도 포함되었다고 볼 것인지 여부

근저당권이 담보하는 피담보채권액의 범위에 관하여 당사자 사이에 다툼이 있어 잔존 피담보채권이라고 주장하는 금원의 수령과 상환으로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우, 소송과정에서 밝혀진 잔존 피담보채권액의 지급을 조건으로 말소를 구하는 취지도 포함되었다고 봄이 상당하고, 이는 장래이행의 소로서 미리 청구할 이익이 있다.(대법원 1993.4.27. 선고 92다5249 판결)

㊤ 근저당권설정등기말소 청구

피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1989. 7. 11. 접수 제37006호로 경료된 각 근저당권설정등기 및 같은 등기소 1990. 5. 1. 접수 제22009호로 경료된 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 근저당권 설정 후 부동산 소유권이 이전된 경우 근저당권설정자인 종전의 소유자도 피담보채무의 소멸을 이유로 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있는지 여부

근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론이지만, 근저당권설정자인 종전의 소유자도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권소멸에 따른 원상회복으로 근저당권자에게 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 계약상 권리가 있으므로 이러한 계약상 권리에 터잡아 근저당권자에게 피담보채무의 소멸을 이유로 하여 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다고 봄이 상당하고, 목적물의 소유권을 상실하였다는 이유만으로 그러한 권리를 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다.(대법원 1994.1.25. 선고 93다16338 판결)

㊦ 근저당권설정등기말소 청구

피고는 원고에게 별지 목록 기재 토지들에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1991. 6. 10. 접수 제36636호, 제36637호, 제36638호, 제36639호, 제36640호, 36641호, 36642호, 36643호로 마친 각 근저당권설정등기의 각 말소등기 절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

㊦ 근저당권설정등기말소 청구(지분)

1. 경북 ○○군 ○○면 ○○리 102-6 전 12,073㎡ 중 전소유권의 12073분의 5954지분에 관하여,
가. 피고 안○○는 피고 이찬수에게 ○○지방법원 ○○등기소 1991. 4. 22. 접수 제 9691 내지 9705호로 경료한 근저당권이전등기의,
나. 피고 이찬수는 원고에게 같은 등기소 같은 해 3. 23. 접수 제7074호 내지 7088호로 경료한 근저당권설정등기의, 각 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] 대리권 수여 여부를 본인에게 쉽게 확인할 수 있었는데도 이를 확인함이 없이 근저당권 설정계약을 체결한 경우 대리인에게 본인을 대리할 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다고 하여 표현대리의 성립을 부인한 사례.(대법원 1992.11.27. 선고 92다31842 판결)

㊦ 근저당권설정등기말소 청구(원고승계참가인 승계참가)

피고는 원고승계참가인에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1985. 10. 24. 접수 제69245호로서 경료한 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 채무를 대위변제한 물상보증인이 다른 물상보증인 소유의 부동산에 설정된 근저당권설정등기에 관하여 대위의 부기등기를 하지 아니하고 있는 동안에 제3취득자가 위 부동산을 취득한 경우 대위변제한 물상보증인이 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 있는지 여부
타인의 채무를 변제하고 채권자를 대위하는 대위자 상호 간의 관계를 규정한 민법 제482조 제2항 제5호 단서에서 대위의 부기등기에 관한 제1호의 규정을 준용하도록 규정한 취지는 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 물상보증인이 수인일 때 그중 일부의 물상보증인이 채무의 변제로 다른 물상보증인에 대하여 채권자를 대위하게 될 경우에 미리 대위의 부기등기를 하여 두지 아니하면 채무를 변제한 뒤에 그 저당물을 취득한 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없도록 하려는 것이라고 해석되므로 자신들 소유의 부동산을 채무자의 채무의 담보로 제공한 물상보증인들이 채무를 변제한 뒤 다른 물상보증인 소유부동산에 설정된 근저당권설정등기에 관하여 대위의 부기등기를 하여 두지 아니하고 있는 동안에 제3취득자가 위 부동산을 취득하였다면, 대위변제한 물상보증인들은 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없다.(대법원 1990.11.9. 선고 90다카10305 판결)

☞ 근저당권설정등기말소 청구(예비적 병합)

(주위적으로) 피고는 원고에게 별지 목록 기재 근저당권설정등기에 관한 말소등기절차를 이행하고, (예비적으로) 피고는 원고에게 711,235,000원 및 이에 대한 이 사건 소장 부분 송달일로부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

말소를 구하는 근저당권설정등기의 표시

○○지방법원 ○○지원 1994. 5. 10. 접수 제38404호로 경료된, 채무자 박○○, 근저당권자 ○○상호신용금고 주식회사, 채권최고액 630,000,000원의 근저당권설정등기 부동산의 표시

1. ○○시 ○○동 5527 대 93.5㎡

2. ○○시 ○○동 5527

[도로명주소] ○○시 ○○로 55

철근콘크리트조 슬라브층 단층 점포

64.9㎡, 지층 21.63㎡, 옥탑 4.9㎡

[참조판례] 제3자의 기망에 의한 사기임을 주장할 수 없다고 한 사례
사기행위를 한 자가 의사표시의 상대방과 밀접한 관계에 있어 상대방에게 책임을 지우는 것이 형평에 부합하는 경우에는 사기행위를 한 자를 민법 제110조 제2항 소정의 제3자로 볼 수 없으므로, 설사 상대방이 사기 사실을 과실 없이 알지 못하였다 할지라도 그 의사표시는 취소할 수 있는바, 직접 대출 관련 업무를 맡고 있지는 아니하나 대출 등 업무 전반에 관한 감사권한을 가진 상호신용금고 직원이 고객의 대출금을 편취할 목적으로 자신의 지위를 이용하여 고객을 기망하여 상호신용금고와 대출약정을 체결케 하고 고객명의로 대출금을 타에 유용·편취한 경우에는, 상호신용금고는 기망행위를 한 자와 밀접한 관계에 있으므로 제3자의 기망에 의한 사기임을 주장할 수 없다고 한 사례.(서울지법 1995. 12. 8. 선고 94가합102217 판결 : 항소)

☞ 근저당권설정등기말소 청구(설정계약해제)

원고에게, (1) 피고 장근무, 김소영, 김선영은 별지 1.부동산 목록 제1. 기재 각 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1993. 2. 25. 접수 제4053호로 경료된 근저당권설정등기에 대하여, (2) 피고 김선영, 주영철, 이복순은 별지 1.부동산 목록 제2. 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1993. 1. 13. 접수 제3617호로 경료된 근저당권설정등기에 대하여, 각 이 사건 소장부분 송달일자 해지를 원인으로 한 각 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고들이 부담한다.

㊦ 근저당권설정등기말소 청구(설정계약해제)

피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1995. 3. 22. 접수 제6706호로 경료한 근저당권설정등기에 관하여 소장 부분 송달일 계약해제를 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 근저당권설정계약서의 문언과 달리 그 피담보채무의 범위에 기왕의 채무가 포함되지 않는다고 해석할 수는 없다고 한 사례

근저당권설정자는 이 사건 근저당설정 당시에 채무자가 채권자 회사와의 사이에 철강거래를 하고 있었다는 사실을 알고도 채권자 회사에 대하여는 채무자의 기왕의 채무가 있는지 여부와 그 채무액에 관하여 문의하지 아니하였고, 근저당권설정계약을 체결하기 전에 그 계약의 의미에 관하여 변호사 사무실과 법무사 사무실 등에 확인하였으며, 또한 근저당권설정계약 체결시 채권자 회사는 지점장이나 대표이사 그 누구도 참석한 사실이 없다면, 근저당권설정자가 이 사건 근저당설정계약을 체결하게 된 동기가 이 사건 부동산의 매도대금을 지급받기 위한 방편으로 이루어졌다거나, 근저당권설정자가 채무자를 위하여 이 사건 부동산을 담보로 제공할 만큼 친밀한 관계에 있지 않으며, 또한 채권자 회사의 직원이 근저당권설정자에게 이 사건 근저당권이 포괄근저당임을 고지하지 아니하였다고 한들 그와 같은 사정만으로 위 근저당권설정계약서의 문언과 달리 그 피담보채무의 범위에 채무자의 채권자 회사에 대한 기왕의 채무가 포함되지 않는다고 해석할 수는 없다고 한 사례.(대법원 1996. 9. 20. 선고 96다27612 판결)

㊦ 근저당권설정등기말소등 청구

피고는 원고에게 별지 제1, 2목록 기재 각 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○지원 1990. 9. 4. 접수 제53177호 경료한 각 근저당권설정등기, 위 각 부동산과 별지 제3목록 기재 기계기구에 관하여 같은 지원 1991. 4. 4. 접수 제17203호로 경료한 근저당권변경등기 및 위 각 부동산에 관하여 같은 지원 1991. 12. 5. 접수 제69919호로 경료한 각 소유권 이전등기의 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

㊦ 근저당권설정등기말소등 청구(설정등기말소, 등기명의인 표시변경의 부기등기말소)

피고 ○○농업협동조합은 원고에게 대전 ○○구 ○○동 310-16 전 351㎡에 관하여 ○○지방법원 1990. 4. 19. 접수 제26081호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를,
피고 박○○은 원고에게 위 부동산에 관하여 같은 법원 1990. 4. 14. 접수 제24869호로 된 등기명의인 표시경정의 부기등기와 같은 날 접수 제24870호로 된 등기명의인 표시변경의 부기등기의 각 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] 소유명의자가 등기명의인 표시경정 또는 주소변경의 부기등기를 경료한 등명이인을 상대로 부기등기의 말소를 구하는 소의 적부

부동산등기부상 당사자표시경정 내지 주소변경의 부기등기는 소유명의자 자신의 표시경정 내지 주소변경에 관한 것으로서 동일인이 그 표시의 잘못을 이유로 스스로 경정을 구하는 데 지나지 아니하여 따로이 등기의무자의 관념을 인정할 여지가 없고 그 경정등기에 잘못이 있다면 다시 경정 등기를 하는 등으로 이를 바로 잡을 수 있으며 비록 우연히 그와 같은 경정된 이름의 별도의 사람이 존재한다 하여도 그 등기는 여전히 종전의 소유자를 표시하는 것으로 보아야 하므로, 등기명의인인 원고와 등명이인인 피고가 신청착오 또는 진거를 원인으로 등기명의인 표시경정 또는 주소변경의 부기등기를 경료한 경우에도 위 각 부기등기에 대한 주등기의무자는 원고 자신이고 피고는 위 부기 등기에 대한 등기의무자가 아닐 뿐 아니라 위와 같은 내용의 표시경정이나 주소변경으로 인하여 권리의 축소를 받게 되는 것과 같은 이해관계 있는 제3자가 아니므로, 원고가 피고를 상대로 하여 위 부기등기의 말소절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소다.(대전 지법 1991.12.27. 선고 91가단15123 판결)

☐ 근저당권설정등기말소 청구(근저당권 일부이전의 부기등기, 근저당권변경의 부기등기)

원고에게, 별지 목록 기재 부동산에 관하여, 피고 황○동은 ○○지방법원 ○○등기소 1995. 12. 18. 접수 제57752호로 경료한 소유권이전청구권가등기의 말소등기절차를, 피고 주식회사 ○○은행은 같은 등기소 1988. 3. 11. 접수 제9812호로 경료한 근저당권설정등기의 말소등기절차를, 피고 ○○기금은 같은 등기소 1991. 11. 28. 접수 제58500호로 경료한 근저당권 일부이전의 부기등기 및 1997. 11. 21. 접수 제56529호, 제56530호로 각 경료한 각 근저당권 일부이전의 부기등기의 각 말소등기절차를, 피고 고○차, 강○정은 같은 등기소 1992. 11. 28. 접수 제55685호로 경료한 근저당권설정등기의 말소등기절차를, 피고 ○○포장공업 주식회사는 같은 등기소 1995. 11. 3. 접수 제50232호로 경료한 근저당권설정등기와 같은 등기소 1995. 11. 27. 접수 제54080호로 경료한 근저당권변경의 부기등기의 각 말소등기절차를 각 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례]① 사립학교법 제28조 제2항을 위반한 자가 스스로 그 무효를 주장하는 것이 권리남용 내지 신의칙 위반이 되는지 여부

사립학교법 제28조 제2항의 규정은 사립학교의 존립 및 목적 수행에 필수적인 교육시설을 보전함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모하는 데 그 목적이 있는 것이라고 해석되므로 특별한 사정이 없는 한 위반한자 스스로가 무효를 주장하는 것이 권리남용 내지 신의성실의 원칙에 위배되는 권리의 행사라고 할 수 없다.

② 사립학교 경영자가 사립학교의 교지나 교사로 사용되는 재산을 담보로 제공할 수 없음을 알면서도 관할 교육구청장의 확인을 얻는 등 적극적으로 상대방을 기망하여 이를 담보로 제공한 후에, 스스로 사립학교법 제28조 제2항 위반을 이유로 그 무효를 주장하는 것은 권리남용 내지 신의칙에 위반된다고 본 사례.

사립학교 경영자가 단순히 강행법규인 사립학교법 제28조 제2항을 위반한 것에 그치지 않고, 나아가

사립학교의 교지나 교사로 사용되는 재산을 매도하거나 담보로 제공하는 것이 금지되는 것을 알면서도 관할 교육구청장의 확인을 얻는 형식을 갖추는 등 적극적으로 상대방을 기망하여 사립학교의 교지 및 교사를 담보로 제공하여 금원을 차용한 후 그 금원을 자신이 경영하는 여러 회사의 사업자금으로 사용하였고, 또한 징역형이 확정됨으로써 사립학교 경영자에 대한 관할 교육구청장의 설립인가 처분이 취소될 여지가 있는 등 계속하여 사립학교를 경영케 하는 것이 같은 법 제28조 제2항의 목적에 부합한다고 보기 어려운 경우, 사립학교 경영자가 스스로 같은 법 제28조 제2항의 위반을 이유로 사립학교의 교지 및 교사로 사용되는 토지에 대한 근저당권설정등기의 무효를 주장함은 권리남용 내지 신의성실의 원칙에 위반된다고 본 사례.(서울지법 서부지원 1999. 2. 12. 선고 98가합11840 판결)

㉔ 근저당권설정등기말소등 청구

피고는 원고에게 별지 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1983. 3. 16. 접수 제2173호로 마친 근저당권설정등기와 같은 등기소 같은 날자 접수 제2174호로 마친 지상권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] ① 근저당권설정계약상의 채무의 범위나 채무자가 변경된 경우 변경 전의 범위에 속하는 채권이나 채무자에 대한 채권이 피담보채무에서 제외되는지 여부

근저당권은 당사자 사이의 계속적인 거래관계로부터 발생하는 불특정채권을 어느 시기에 계산하여 잔존하는 채무를 일정한 한도액 범위 내에서 담보하는 저당권으로서 보통의 저당권과 달리 발생 및 소멸에 있어 피담보채무에 대한 부종성이 완화된다는 관례로 피담보채무가 확정되기 이전이라면 채무의 범위나 또는 채무자를 변경할 수 있는 것이고, 채무의 범위나 채무자가 변경된 경우에는 당연히 변경 후의 범위에 속하는 채권이나 채무자에 대한 채권만이 당해 근저당권에 의하여 담보되고, 변경 전의 범위에 속하는 채권이나 채무자에 대한 채권은 그 근저당권에 의하여 담보되는 채무의 범위에서 제외되는 것이다.

② 근저당권의 확정시기(=경매신청시) 및 근저당권자가 경매신청을 실제로 하지는 않고 다만 경매신청을 하려는 태도를 보인 데 그친 경우 근저당권이 확정되는지 여부

근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 경우에는 경매신청시에 근저당권이 확정되고 근저당권이 확정되면 그 후에 발생한 원금채권은 그 근저당권에 의하여 담보되지 않는다는 것이나, 근저당권자가 경매신청을 실제로 한 것이 아니고 다만 경매신청을 하려는 태도를 보인 데 그친 것이라면 이로써 근저당권이 확정되었다고 볼 수 없다.(대법원 1993.3.12. 선고 92다48567 판결)

[참조판례] 근저당권설정등기가 말소되면 그 부기등기도 직권 말소되는지 여부

근저당권 이전의 부기등기는 기존의 주등기인 근저당권설정등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이어서 피담보채무가 소멸된 경우 또는 근저당권설정등기가 당초 원인무효인 경우 주등기인 근저당권설정등기의 말소만 구하면 되고 그 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기의 말소에 따라 직권으로 말소된다.(대법원 1995.5.26. 선고 95다7550 판결)

☐ 근저당권설정등기말소 청구

피고들은 원고에게 경남 ○○군 ○○면 ○○리 산 43-1 임야 16066㎡ 중 4959/16066 지분에 관하여 ○○지방법원 ○○지원 1988. 3. 16. 접수 제6381호로 마친 근저당권설정 등기의 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] 저당권을 양도하기 위하여 물권적 합의를 요하는 당사자의 범위 저당권의 양도에 있어서도 물권변동의 일반원칙에 따라 저당권을 이전할 것을 목적으로 하는 물권적 합의와 등기가 있어야 저당권이 이전된다고 할 것이나, 이 때의 물권적 합의는 저당권의 양도·양수 받는 당사자 사이에 있으면 족하고 그 외에 그 채무자나 물상보증인 사이에까지 있어야 하는 것은 아니다.(대법원 1994.9.27. 선고 94다23975 판결)

☐ 근저당권설정등기말소 청구

1. 별지 부동산 목록 중,
 - 가. 피고 정만복, 정상주, 김동래, 조봉려는 원고 정남일에게 제1부동산에 관하여 ○○지방법원 1993. 10. 29. 접수 제53001호로 마친,
 - 나. 피고 양순희는 원고 정남수에게 제2부동산에 관하여 같은 법원 1993. 10. 29. 접수 제53044호로 마친, 원고 정별주에게 제9부동산에 관하여 같은 법원 1993. 10. 29. 접수 제53045호로 마친,
 - 다. 피고 정상주, 김동래, 김무순은 원고 안통원에게 제3부동산에 관하여 같은 법원 1993. 10. 29. 접수 제53002호로 마친,
 - 라. 피고 염정란, 한영희는 원고 안전형에게 제4부동산에 관하여 같은 법원 1993. 11. 2. 접수 제53610호로 마친, 원고 최대식에게 제10부동산에 관하여 같은 법원 1993. 10. 30. 접수 제53253호로 마친,
 - 마. 피고 엄현순, 남정주는 원고 육정호에게 제5부동산에 관하여 같은 법원 1993. 11. 1. 접수 제53336호로 마친,
 - 바. 피고 길종섭은 원고 연천만에게 제6부동산에 관하여 같은 법원 1993. 11. 1. 접수 제53337호로 마친,
 - 사. 피고 임종순은 원고 노주영에게 제7부동산에 관하여 같은 법원 1993. 10. 27. 접수 제52519호로 마친,
 - 아. 피고 윤홍식은 원고 김형식에게 제8부동산에 관하여 같은 법원 1993. 11. 1. 접수 제53338호로 마친,

각 근저당권설정등기의 각 말소등기 절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

㉠ 근저당권설정등기말소 청구(본소)·대여금(반소) 청구
(본 소)

피고는 원고에게 별지 제1.목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 서울지방법원 ○○지원 2009. 1. 24. 접수 제2930호 및 같은 지원 2010. 12. 4. 접수 제67821호로 각 마친 각 근저당권설정등기(이하 위 각 등기에 의하여 공시되는 근저당권을 '이 사건 각 근저당권'이라고 한다)의 말소등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

(반 소)

원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)는 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)에게 132,487,100원 및 이에 대하여 2014. 3. 10.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

[참조판례] 채무자가 채권자 아닌 제3자 명의로 근저당권설정등기를 경료해 준 사안에서 금전대차 거래의 경위 등에 비추어 묵시적 약정에 의하여 채권자와 제3자가 불가분적 채권자의 지위에 있다고 본 사례.(대법원 2000. 1. 14. 선고 99다51265, 51272 판결)

㉡ 근저당권설정등기말소등 청구(근저당권설정계약, 매매계약 취소)

1. 원고들에게,
 - 가. 피고 이○수와 소외 엄○일 사이에, 별지 제1목록 기재 부동산에 관하여 1990. 8. 8. 체결된 근저당권설정계약을, 별지 제2목록 기재 부동산에 관하여 1990. 8. 20. 체결된 추가 근저당권설정계약을, 별지 제1, 2목록 기재 부동산에 관하여 1991. 9. 24. 체결된 근저당권설정계약을,
 - 나. 피고 ○○산업주식회사와 소외 엄○일 사이에, 별지 제3목록 기재 부동산에 관하여 1990. 9. 8. 체결된 매매계약을 각 취소한다.
2. 소외 엄○일에게,
 - 가. 피고 이○수는, 별지 제1목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1990. 8. 8. 접수 제10169호로 경료된 근저당권설정등기의, 별지 제2목록 기재 부동산에 관하여 같은 등기소 1991. 1. 22. 접수 제609호로 경료된 추가 근저당권설정등기의, 별지 제1, 2목록 기재 부동산에 관하여 같은 등기소 1991. 9. 25. 접수 제12441호로 경료된 근저당권설정등기의,
 - 나. 피고 ○○산업주식회사는, 별지 제3목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 1990. 9. 11. 접수 제65617호로 경료된 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하라.
3. 소송비용은 피고들이 부담한다.

☐ 근저당권설정등기말소등기등 청구(예비적 병합, 금전지급 부분 중첩관계)

주위적 청구취지

1. 가. 피고들은 원고들에게 별지 1 근저당권설정등기 토지목록 기재 근저당권설정등기의,
 - 나. 피고 1은 원고 2에게 별지 2 근저당권설정등기 건물목록 2항 기재, 원고 3에게 같은 목록 3항 기재, 원고 8에게 같은 목록 8항 기재, 원고 9에게 같은 목록 9항 기재, 원고 10에게 같은 목록 10항 기재, 원고 13에게 같은 목록 13항 기재, 원고 14에게 같은 목록 14항 기재, 원고 15에게 같은 목록 15항 기재 각 근저당권설정등기의,
 - 다. 피고 2는 원고 1에게 같은 목록 1항 기재, 원고 6에게 같은 목록 6항 기재, 원고 11에게 같은 목록 11항 기재 각 근저당권설정등기의,
 - 라. 피고 3은 원고 4에게 같은 목록 4항 기재, 원고 7에게 같은 목록 7항 기재, 원고 12에게 같은 목록 12항 기재, 원고 16에게 같은 목록 16 내지 19항 기재 각 근저당권설정등기의,
 - 마. 피고 4는 원고 5에게 같은 목록 5항 기재 근저당권설정등기의,
- 각 말소등기절차를 이행하라.
2. 피고들은 연대하여 원고들에게 각 1,000,000원 및 이에 대한 2008. 8. 13.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

제1예비적 청구취지

1. 가. 피고 1, 피고 2, 피고 3, 피고 4는 피고 ○○유통 주식회사에게 별지 1 근저당권설정등기 토지목록 기재 근저당권설정등기의,
- 나. 피고 ○○유통 주식회사에게,
 - 1) 피고 1은 별지 2 근저당권설정등기 건물목록 2항, 3항, 8항 내지 10항, 13항 내지 15항 기재 각 근저당권설정등기의,
 - 2) 피고 2는 같은 목록 1항, 6항, 11항 기재 각 근저당권설정등기의,
 - 3) 피고 3은 같은 목록 4항, 7항, 12항, 16항 내지 19항 기재 각 근저당권설정등기의,
 - 4) 피고 4는 같은 목록 5항 기재 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.
2. 피고들은 연대하여 원고들에게 각 1,000,000원 및 이에 대한 2008. 8. 13.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

제2예비적 청구취지

1. 피고 ○○유통 주식회사, 피고 6은 연대하여 원고들에게 각 3,000,000원 및 이에 대한 2008. 8. 13.부터 이 청구취지 및 청구원인 확장신청서 부분 송달일까지 연 5%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 피고들은 연대하여 원고들에게 각 1,000,000원 및 이에 대한 2008. 8. 13.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

[참조판례] 신축건물의 보존등기를 건물 완성 전에 하였는데 그 후 건물이 완성된 경우, 등기의 효력(유효) 및 이러한 법리는 1동 건물의 일부분이 구분소유권의 객체로서 적합한 구조상 독립성을 갖추지 못한 상태에서 구분소유권의 목적으로 등기되고 이에 기초하여 근저당권설정등기 등이 순차로 마쳐진 다음 구분소유권의 객체가 된 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

신축건물의 보존등기를 건물 완성 전에 하였더라도 그 후 건물이 완성된 이상 등기를 무효라고 볼 수 없다. 이러한 법리는 1동 건물의 일부분이 구분소유권의 객체로서 적합한 구조상 독립성을 갖추지 못한 상태에서 구분소유권의 목적으로 등기되고 이에 기초하여 근저당권설정등기나 소유권 이전등기 등이 순차로 마쳐진 다음 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2, '집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2 제1항의 경계표지 및 건물번호표지에 관한 규정'에 따라 경계를 명확하게 식별할 수 있는 표지가 바닥에 견고하게 설치되고 구분점포별로 부여된 건물번호표지도 견고하게 부착되는 등으로 구분소유권의 객체가 된 경우에도 마찬가지이다.(대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다59876 판결)

☐ 근저당권설정등기말소등 청구(근저당권설정등기말소, 예비적 병합, 채무초과부존재)

(주위적 청구취지)

- 피고는 원고에게 부산 ○○구 ○○동 516-1 대 251㎡에 관하여 ○○지방법원 1990. 3. 24. 접수 제5770호로서 경료된 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
- 소송비용은 피고가 부담한다.

(예비적 청구취지)

위 근저당권에 의하여 담보되는 채무는 11,091,600원을 초과하여 존재하지 아니함을 확인한다.

소송비용은 피고가 부담한다.