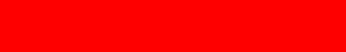
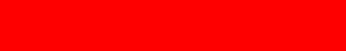


대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2011다73021 근저당권말소등  
원고, 피상고인 원고  
소송대리인   
담당변호사   
피고, 상고인 피고 1 외 2인  
  
원 심 판 결 서울고등법원 2011. 7. 13. 선고 2010나120960 판결  
판 결 선 고 2012. 3. 15.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고들이 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 집행문부여에 대한 구제절차에 관한 법리오해 주장에 대하여

집행권원상의 의사표시를 하여야 하는 채무가 반대급부의 이행 등 조건이 붙은 경우에는 채권자가 그 조건 등의 성취를 증명하여 재판장의 명령에 의하여 집행문을 받아야만 의사표시 의제의 효과가 발생한다. 따라서 반대급부의 이행 등 조건이 성취되지 않았는데도 등기신청의 의사표시를 명하는 판결 등의 집행권원에 집행문이 잘못 부여된 경우에는 그 집행문부여는 무효라 할 것이나, 이러한 집행문부여로서 강제집행이 종료되고 더 이상의 집행 문제는 남지 않는다는 점을 고려하면 집행문부여에 대한 이의신청이나 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기할 이익이 없으므로, 채무자로서는 집행문부여에 의하여 의제되는 등기신청에 관한 의사표시가 무효라는 것을 주장하거나 그에 기초하여 이루어진 등기의 말소 또는 회복을 구하는 소를 제기하여야 한다.

원심은 성남시 분당구 구미동 (지번 생략) 대 698.3m<sup>2</sup>(이하 '이 사건 토지'라 한다)는 원고의 소유였는데, 2007. 8. 16. 이 사건 토지 중 2/5 지분에 관하여 2007. 1. 12. 재산분할을 원인으로 하여 소외인 명의로 소유권일부이전등기(이하 '소외인 고유지분 등기'라 한다)가 경료된 사실, 소외인은 2008. 2. 12. 원고를 상대로 이 사건 토지에 관하여 공유물분할청구의 소를 제기하였고, 그 소송에서 조정에 갈음하는 결정(이하 '이 사건 강제조정결정'이라 한다)이 2008. 10. 23. 확정되었는데, 이 사건 강제조정결정에는 소외인은 2009. 1. 31.까지 원고로부터 이 사건 토지 중 3/5 지분의 소유권이전등기를 경료받음과 동시에 원고에게 38,000,000원을 지급하되, 원고가 소유권이전등기서류를 소외인에게 제공하였음에도 소외인이 위 금원의 지급을 지체할 경우 연 20%의 비율에 의한 지연손해금을 가산하여 지급하고, 원고는 소외인으로부터 위 금원을 지급받음과 동시에 소외인에게 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관하여 소유권이전등기절차를 이행하기로 하는 내용이 포함되어 있는 사실, 소외인의 소송대리인은 이 사건 강제조정

결정이 확정된 2008. 10. 23. 이 사건 강제조정결정에 대하여 집행문 부여신청을 하였는데, 소외인이 원고에게 이 사건 강제조정결정의 반대의무를 이행하지 않았고 재판장의 명령이 없었음에도, 수원지방법원 성남지원 법원공무원은 2008. 10. 23. 이 사건 강제조정결정 정본에 집행문(이하 '이 사건 집행문'이라 한다)을 부여한 사실, 소외인은 2009. 11. 11. 이 사건 강제조정결정에 기하여 이 사건 토지 중 3/5 지분인 원고 지분에 관하여 수원지방법원 성남지원 분당등기소 제90108호로 2008. 10. 23. 공유물분할을 원인으로 하여 소외인 명의로 원고 지분전부이전등기(이하 '이 사건 ① 등기'라 한다)를 경료한 사실, 피고 [REDACTED]는 소외인 고유지분 등기와 이 사건 ① 등기를 토대로 하여 이 사건 토지에 관하여 2009. 11. 11. 같은 등기소 제90111호로 2009. 11. 4. 교환예약을 원인으로 가등기권자를 피고 [REDACTED]으로 하여 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 ② 등기'라 한다)를 경료하였고, 2009. 11. 27. 같은 등기소 제94751호로 이 사건 ① 등기에 의하여 소외인 명의로 경료된 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관하여 2009. 11. 26. 교환을 원인으로 하여 피고 [REDACTED] 명의로 소유권일부이전등기(이하 '이 사건 ③ 등기'라 한다)를 경료한 사실, 피고 1은 소외인 고유지분 등기와 이 사건 ① 등기를 토대로 하여 이 사건 토지에 관하여 2009. 11. 11. 같은 등기소 제90109호로 채무자 소외인, 채권최고액 325,000,000원, 근저당권자 피고 1로 된 근저당권설정등기(이하 '이 사건 ④ 등기'라 한다)를 경료한 사실, 피고 2는 피고 [REDACTED]의 채권자로서 이 사건 ① 등기에 의하여 피고 [REDACTED] 명의로 등기된 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관하여, 2009. 11. 30. 같은 등기소 제95290호로 2009. 11. 30. 매매예약을 원인으로 가등기권자를 피고 2로 하여 피고 [REDACTED] 지분 전부이전등기청구권가등기(이하 '이 사건 ⑤ 등기'라 한다)를 경료하고, 2009. 11. 30. 같은

등기소 제95289호로 채무자 피고 ■■■, 채권최고액 2,000,000,000원, 근저당권자 피고 2로 된 지분전부근저당권설정등기(이하 '이 사건 ⑥ 등기'라 한다)를 경료한 사실을 인정하였다.

그런 다음 원심은 소외인이 이 사건 강제조정결정에 기하여 이 사건 토지 중 3/5 지분인 원고 지분에 관하여 소유권이전등기절차를 마치기 위하여는 그와 동시이행관계에 있는 자신의 이 사건 강제조정결정상의 반대의무인 금전지급채무가 이행되었음을 증명하여 집행문을 부여받아야 할 것인데, 소외인의 위 금전지급채무가 이행되지도 않았음에도 발급된 이 사건 집행문 부여는 그 자체가 무효이고 그에 따른 원고의 이 사건 토지 중 3/5 지분의 이전에 관한 의사진술의 효과도 발생하지 아니하므로, 결국 이 사건 강제조정결정에 기하여 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관하여 소외인 앞으로 경료된 이 사건 ① 등기는 원인 없는 등기로서 무효이고, 원인 무효인 이 사건 ① 등기를 기초로 마쳐진 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관한 피고들 명의의 이 사건 ② 내지 ⑥ 등기들도 모두 무효이므로, 피고들은 원고에게 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관하여 이 사건 ② 내지 ⑥ 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단하였다.

원심이 앞서 본 법리와 같은 취지에서 등기신청의무를 내용으로 하는 판결 등에 대한 집행문부여 절차에 하자가 있는 경우 집행문 부여에 대한 이의신청이나 이의의 소를 통해서 집행문의 취소나 그 강제집행의 불허를 구하지 아니하고 바로 원인무효임을 내세워 등기의 말소를 구할 수는 없다는 피고들의 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 공유지분의 특정성에 관한 법리오해 주장에 대하여

피고 ■■■이 이 사건 ③ 등기에 의하여 소외인으로부터 소유권일부이전등기를 경

료받은 이 사건 토지 중 3/5 지분 중에는 이 사건 토지 중 2/5 지분에 해당하는 소외인의 고유지분이 포함되어 있으므로, 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관한 이 사건 ① 등기가 원인무효라 하더라도, 피고 ■■■과 피고 2 앞으로 순차 경료된 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관한 이 사건 ③, ⑤, ⑥ 등기 중 소외인 고유지분에 해당하는 이 사건 토지 중 2/5 지분에 관한 부분은 유효하다는 취지의 피고 ■■■, 피고 2의 주장에 대하여, 원심이 피고 ■■■ 앞으로 이 사건 토지에 관하여 소유권이전청구권등기가 경료된 이 사건 ② 등기의 등기원인은 2009. 11. 4.자 교환예약이고 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관하여 소유권일부이전등기가 경료된 이 사건 ③ 등기의 등기원인은 2009. 11. 26.자 교환인데, 소외인과 피고 ■■■은 2009. 11. 4. 소외인 고유지분은 소외인 앞으로 남겨두어 경매처리하는 대신, 원고 지분만 피고 ■■■에게 이전등기하기로 합의한 사실이 인정되고, 피고 ■■■, 피고 2의 소송대리인 스스로 2011. 5. 11. 원심 제1회 변론기일에서 "소외인의 지분은 경매가 진행되고 있어 손을 댈 수가 없는 상황이었기 때문에 이 사건 토지 전체에 관하여 등기 절차를 밟지 못하고 단지 이 사건 토지의 3/5 지분에 관하여만 2009. 11. 4.자 교환예약을 원인으로 하여 가등기를 마치고 나서 2009. 11. 27. 이 사건 토지의 3/5 지분에 관하여 2009. 11. 26.자 교환을 원인으로 하여 피고 ■■■ 앞으로 소유권이전등기를 경료하였다"는 취지로 기재된 2011. 3. 10.자 준비서면을 진술함으로써 피고 ■■■, 피고 2 앞으로 순차 경료된 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관한 이 사건 ③, ⑤, ⑥ 등기에는 소외인 고유지분은 포함되어 있지 않은 사실을 사실상 자인하였다는 이유로 위 피고들의 주장을 배척한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 공유지분의 특정성에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

한편 피고들은 상고이유로 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관한 이 사건 ① 등기가 원인무효라 하더라도, 피고 1 앞으로 경료된 근저당권설정등기인 이 사건 ④ 등기 중 소외인의 고유지분이던 2/5 지분 만큼은 유효하다는 취지의 주장을 하나, 원심판결을 살펴보면 원심은 피고 1 명의의 이 사건 ④ 등기 중 3/5 지분만 무효라고 판단하면서 그 지분에 관한 근저당권등기의 말소를 명하고 있는 사실을 알 수 있다.

따라서 이 부분 상고이유 주장은 원심판결을 오해한 것에서 비롯된 것으로 적법한 상고이유라고 할 수 없다.

### 3. 나머지 상고이유에 대하여

기록 및 관련 법리에 비추어 살펴보면 앞서 본 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 나머지 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해, 판단유탈 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 4. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들이 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            박병대

                  대법관            김능환

주 심      대법관      안대희

            대법관      이인복