

서울고등법원 2018. 11. 14 선고 2018나2017189 판결 [소유권이전등기절차이행 등 청구의 소]

전 문

원고, 피항소인 A

소송대리인 변호사 양창길

피고, 항소인 1. B

2. C

3. D

피고들 소송대리인 법무법인 동신

담당변호사 이서원

변론 종결 2018. 10. 24.

판결 선고 2018. 11. 14.

제 1 심 판결 수원지방법원 평택지원 2018. 2. 12. 선고 2016가합10317 판결

주 문

1. 제1심 판결 중 근저당권설정등기 말소등기 청구 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 피고들에 대한 청구를 각 기각한다.
2. 피고들의 나머지 항소를 기각한다.
3. 소송총비용은 각자 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 피고들은 원고에게 별지 부동산 목록 순번 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 수원지방법원 송탄등기소 2015. 9. 23. 접수 제34413로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 피고들은 E에게 별지 부동산 목록 순번 제3, 4항 기재 각 부동산 중 별지 지분표 기재 해당 각 지분에 관하여 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심 판결을 취소하고, 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 판결이유는 아래와 같이 고치는 것 외에는 제1심판결 2쪽 17행부터 5쪽 5행까지와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 인용한다.

[고치는 부분]

○ 제1심 판결 3쪽 2행 '순번 제2, 4항 기재'를 '순번 제3, 4항 기재'로 고친다.

2. 이 사건 근저당권 말소 청구에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

1) 원고

원고와 망인은 망인이 K은행으로부터 추가 대출을 받을 수 있는 담보여력을 확보하기 위하여 L에게 기존 근저당권을 말소해 달라고 부탁하면서 대출실행 후 곧바로 채권최고액 1억 1,700만 원(= 3,900만 원 + 7,800만 원)의 근저당권을 설정해 주기로 약속하였다. 이에 L 근저당권이 말소되고 망인이 K은행으로부터 3억 원을 대출받았는데 원고와 망인은 약속을 어기고 L에 대한 채무면탈을

위하여 존재하지도 않는 채권을 내세워 이 사건 근저당권을 설정하였다. 따라서 이 사건 근저당권설정계약은 통정허위표시로서 무효이고, 이에 기초하여 마쳐진 이 사건 근저당권 설정등기는 원인무효로서 말소되어야 한다.

2) 피고들

이 사건 대출채무에 관하여 망인은 물상보증인 지위에 있었는데, 원고가 약속과 달리 대출이자를 제대로 지급하지 아니하여 갈등을 빚던 중 망인이 이 사건 제1, 2토지 중 원고의 지분을 인수하는 대가로 원고가 K은행에 부담하고 있던 이 사건 대출채무를 인수하기로 하였다. 망인은 실제로 이 사건 대출채무를 인수하고 그와 별도로 2015. 9. 25. 원고가 M(N)에게 부담하고 있던 1억 원의 차용금채무를 대위 변제하였다. 이 사건 근저당권은 위 지분양도약정에 따라 망인이 원고에게 갖는 채권 혹은 망인이 위 채무인수 및 대위변제를 원인으로 원고에게 갖는 구상금채권을 담보하기 위하여 설정된 것으로 유효하게 성립하였다.

나. 증명책임

근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 없다는 주장이 있는 경우에, 그러한 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있으나(대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다225011 판결 등 참조), 그 채권이 통정허위표시로서 무효라는 등 권리발생 장애사유가 있다는 점에 관하여는 이를 주장하는 사람에게 그 사실을 증명할 책임이 있다.

따라서 이 사건 근저당권의 피담보채권의 존부가 문제되는 이 사건의 경우에는 먼저 피고들이 원고와 망인 사이에 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었다는 사실을 증명하여야 하고, 그러한 증명이 있으면 이어 원고가 그 법률행위가 통정허위표시에 해당한다는 사실을 증명하여야 한다.

다. 피담보채권의 성립 여부

1) 앞서 든 증거들과 당심의 K은행에 대한 금융거래정보제출명령결과 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합해 보면, 원고는 망인에게 이 사건 제1, 2토지 중

자신의 지분을 양도하되, 그 양도와 관련하여 망인이 원고에게 가질 수 있는 금전채권(예컨대 양도소득세 등의 문제로 원고 명의로 지분등기를 남겨 놓은 상태에서 이 사건 제1, 2토지를 제3자에게 처분하게 될 경우 그 처분대가 중 원고의 지분에 해당하는 돈의 지급청구권 등)을 담보하기 위하여 망인에게 이 사건 근저당권을 설정해 준 것으로 봄이 타당하다.

① 원고의 K은행에 대한 이 사건 대출채무는 원고와 망인의 공유로 등기된 이 사건 제1, 2토지 및 망인 단독 명의로 등기된 이 사건 제3, 4토지 전부를 담보로 한 것이어서 망인은 물상보증인 지위에 있었다. 그런데 원고는 이 사건 대출채무의 이자를 수차례 연체한 적이 있고, 2015. 3. 9. 이후에는 이자를 납입하지 못하였다.

② 망인은 이 사건 근저당권이 설정된 날인 2015. 9. 23. 원고가 K은행에 대하여 부담하고 있던 이 사건 대출채무(원금 5억 2,500만 원)를 인수하였고, 이어서 같은 달 25. 원고가 M(N)에게 부담하고 있던 1억 원의 차용금채무를 대위변제하였다. 이처럼 망인은 이 사건 제1, 2토지 중 원고의 지분에 관하여 이 사건 근저당권을 설정 받을 당시에 원고를 위하여 함께 6억 2,500만 원 상당을 출연하였으므로, 원고로부터 이에 상응하는 대가를 받기로 약정하였을 것으로 봄이 경험칙에 부합한다.

③ 2015. 9. 23. 위 기초사실에서 본 4건의 거래가 연속하여 발생한 결과 이 사건 제1, 2토지를 담보로 한 채무는 모두 망인 명의로 남게 되었다. 이는 원고와 망인 사이에 이 사건 제1, 2토지의 소유권을 실질적으로 전부 망인에게 귀속시키기로 하는 모종의 약정이 있었음을 암시한다.

④ 이 사건 제1, 2토지 중 원고의 지분에 관하여 망인 명의로 소유권이전등기를 한 후 제3자에게 이를 처분할 경우에는 원고와 망인에게 각각 양도소득세가 발생할 수 있으므로, 원고와 망인은 피고들의 주장과 같이 양도소득세 절감을 위하여 원고 명의 로 지분등기를 남겨놓은 채로 제3자에게 처분하기로 약정하였을 개연성이 충분히 있다.

2) 한편, 갑 제1호증의 1 기재에 의하면 원고는 이 사건 근저당권 설정 이후인 2016. 11. 10. 이 사건 제1토지 중 자신의 지분에 관하여 O에게 채권최고액 5,000만원의 근저당권을 설정해 주고 돈을 빌린 것으로 보이고, 이는 원고가 망인에게 이 사건 제1, 2토지 중 자신의 지분을 양도하기로 한 것과 어긋나는 면이 있다. 그러나 위 기초사실에서 본 바와 같이 망인은 2016. 8. 4. 사망하였는바, 원고가

이를 기회로 삼아 망인과의 지분양도약정을 위반하여 O에게 위와 같은 근저당권을 설정해 주었을 가능성을 배제할 수 없으므로, 이를 근거로 앞서 본 판단을 뒤집기는 부족하다.

3) 또한 원고는, 망인의 위와 같은 채무인수 내지 대위변제는 망인이 원고에게 부담하고 있던 별도 차용금채무와의 정산합의에 따라 이루어진 것일 뿐 이 사건 근저당권 설정과는 아무런 관련이 없다고 하면서 당시 원고가 망인에게 빌려준 돈이 5억7,600만 원에 달하였다고 주장한다.

그러나 다음과 같은 사정들에 비추어 보면 갑 제7호증의 2, 갑 제15호증의 1, 2의 각 기재를 비롯하여 원고가 제출한 증거들만으로는 망인의 위 채무인수 내지 대위변제 당시 원고가 망인에게 5억 7,600만 원 상당의 대여금채권이 있었다거나 망인이 원고와의 정산합의에 따라 위 채무인수 내지 대위변제를 하였다고 인정하기 부족하고, 그 밖에 이를 인정할 증거가 없다.

① 원고의 망인에 대한 대여 주장을 뒷받침하는 차용증 등 직접적인 증거가 없다. 비록 원고가 망인과 친구 사이라 하더라도 사채업을 하고 있던 원고가 망인에 대한 대여금의 증빙자료를 보관하고 있지 않다는 것은 선뜻 납득하기 어렵다. 원고는 망인과의 정산합의 후에 망인과의 금전거래 내역을 기재한 장부를 폐기하였다고 주장하나, 정산합의 자체를 인정하기 어려운 이상 위 폐기 주장도 받아들이기 어렵다.

② 갑 제7호증의 2(장부 사본)에 의하면 원고의 장부에 2003년 무렵 '종원(3억 1천 6백만 원 빌려줌)'이라고 기재되어 있으나, 원고는 그 원본을 제출하지 못하고 있다. 거래장부의 경우 사후에 추가로 기재하는 것이 가능하고, 원고가 제출한 장부 사본의 위 기재 부분도 그 위치에 비추어 사후 기재 가능성을 배제할 수 없으므로, 그 원본을 확인하지 못하는 이상 사본의 기재대로 거래내용을 인정하기 어렵다.

③ 갑 제13 내지 18호증(가지번호 있는 것은 이를 포함)의 각 기재를 종합해보더라도 2011. 7. 28. 무렵까지 원고가 망인에게 일방적으로 돈을 대여하여 왔다고 보기 어렵다. 오히려 망인은 이 사건 제1, 2토지 등을 담보로 2003. 12. 4. 무렵 대출받은 돈 중 2억 1,000만 원, 2005. 2. 4. 무렵 대출받은 돈 중 3,230만 원, 2008. 4. 2. 무렵 대출받은 돈 중 3억 6,000만 원 등을 원고에게 교부하여 사용하게 하였고, 그 밖에도 2008. 11. 3. 무렵 개설한 마이너스 계좌 중 5,000만 원은 원고의 명의로 개설해준 것으로 보인다.

④ 원고는 2011. 7. 28. 무렵 이 사건 각 토지를 담보로 대출받은 돈 중 4억3,600만 원 가량을 망인의 위 2008. 4. 2.자 대출금 및 2008. 11. 3.자 대출금 중 1/2상당을 변제하는 데 사용하였다. 만약 원고의 주장대로 원고가 망인에게 5억 7,600만원 상당의 대여금채권이 있었다면, 망인으로부터 받을 돈에서 망인에게 줄 4억 3,600만 원 가량을 상계(공제)하고 위 신규 대출금을 전액 자신을 위하여 사용하면 될 텐데, 그렇게 하지 않고 망인의 채무 변제를 위해 위와 같은 거액을 사용하였다는 것은 선뜻 납득하기 어렵다.

따라서 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

라. 통정허위표시 여부

1) 먼저 이 사건 근저당권 설정행위가 통정허위표시라는 원고의 주장에 부합하는 듯한 갑 제10호증(L의 사실확인서) 및 제1심 증인 L의 증언의 신빙성에 관하여 본다.

위 기초사실에서 본 바와 같이 2015. 9. 23. L 근저당권이 말소되자 망인이 이 사건 각 토지에 관하여 K은행 앞으로 채권최고액 3억 9,000만 원의 근저당권을 설정하고 3억 원을 대출받았으며, 이어 원고가 망인 앞으로 이 사건 근저당권을 설정하였다. 그리고 L의 진술기재 및 증언에 의하면, 당시 원고와 망인에게 K은행 대출 후 즉시 근저당권을 재설정해 주기로 한 약속을 어기고 이 사건 근저당권을 설정한 것을 항의하자 이들은 '원고가 채무가 많아 만약을 대비하여 5억 원을 설정하였으니 걱정하지 말라, 땅을 팔면 바로 돈을 주겠다'고 하였다는 것이다.

그러나 위 갑 제10호증의 기재 및 제1심 증인 L의 증언은 다음과 같은 이유로 그대로 믿기 어렵다.

① L은 오래 전부터 원고와 같은 동네에 살면서 금전거래를 하고 지낸 사람으로 서, 원고의 이 사건 소송대리인이 L을 위하여 아래 손해배상청구소송의 소송대리를 한적이 있는 등 원고와 특별한 관계에 있어 보인다.

② L은 원고와 망인이 자신을 기망하여 자신이 가진 채권 9,000만 원을 담보하는 근저당권이 상실되었다고 주장하며 2016. 2. 무렵 원고와 망인을 상대로 9,000만원 상당의 손해배상을 구하는 소를 제기하였다(수원지방법원 평택지원 2016 가단40362). 비록 위 사건에서 원고와 망인이 아무런 답변을 하지 아니함에 따라 2016. 3.31. 무변론에 의한 L 전부 승소 판결이 선고되었으나, 만약 이

사건 근저당권이 통정허위표시에 의하여 무효라면 L은 원고와 망인에게 이 사건 근저당권을 말소하고 당초약정대로 자신 앞으로 다시 근저당권을 설정해 줄 것을 요구 했어야 한다. 그럼에도 L은 이와 달리 위 소송에서는 이 사건 근저당권이 유효함을 전제로 '망인 명의의 이 사건 근저당권이 선순위로 설정됨으로 인하여 우선변제권을 상실하는 손해를 입었다'고 주장하였다(갑 제5호증).

2) 그 밖에 이 사건 근저당권 설정행위가 통정허위표시라고 볼 만한 증거가 없으므로, 원고의 통정허위표시 주장은 받아들이지 않는다.

마. 소결

따라서 이 사건 근저당권 설정행위가 통정허위표시로서 무효임을 전제로 하는 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

3. 이 사건 제3, 4 토지에 관한 지분이전 청구에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

1) 원고

원고는 이 사건 제1, 2토지와 마찬가지로 이 사건 제3, 4토지도 망인과 공동으로 매수하였고, 망인 측에서 알려 준 매매대금 8,000만 원 중 자신 몫에 해당하는 4,000만 원을 모두 지급하였다. 다만, 원고와 망인은 등기상 편의를 위하여 E의 협조하에 망인단독 명의로 소유권이전등기를 마쳤는바, 그중 원고가 매수인인 부분은 3자간 등기명의신탁에 해당하여 원인무효이다. 따라서 망인을 상속한 피고들은 전 소유자인 E에게 이 사건 제3, 4토지 중 원고 지분에 해당하는 1/2지분에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 피고들

이 사건 제3, 4토지는 제1, 2토지와 달리 망인 단독으로 매수한 것이다.

나. 판단

1) 명의신탁 여부

후행 매매계약이 선행 매매계약으로부터 약 2개월 후에 체결되었음에도 불구하고 후행 매매계약의 경우 선행 매매계약과 달리 망인 단독 명의로 체결되었고, 그에 따른 소유권이전등기 역시 망인 단독 명의로 마쳐진 사실은 앞서 보았다. 그러나 위 기초사실 및 앞서 든 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합해보면, 후행 매매계약 역시 선행 매매계약과 마찬가지로 원고와 망인이 공동으로 매수한 것임에도 명의신탁약정에 따라 망인 단독 명의로 소유권이전등기를 마친 것이라고 봄이 타당하다.

① 원고는 망인 측으로부터 후행 매매계약의 매매대금이 8,000만 원이라고 들었다고 주장하고 있는데, 원고는 후행 매매계약일로부터 약 4개월 후인 2004. 4. 12. 망인에게 3,000만 원을 송금하였다. 원고는 자신 몫 매매대금 4,000만 원(8,000만 원÷2) 중 나머지 1,000만 원은 원고가 2003. 1. 6. 망인에게 빌려 준 1,000만 원의 반환채권과 상계하기로 하였다고 주장하고 있는데, 원고가 2003. 1. 6. 망인에게 1,000만 원을 송금한 사실은 객관적으로 확인되고 있다(갑 제7호증의 1).

② 이 사건 매매를 주도한 H은 원고에게 작성해 준 2016. 7. 25.자 사실 확인서에서 '원고와 망인이 이 사건 제3, 4토지를 공동 매수하고, 매매대금도 1/2씩 부담하였으나, 농지취득 및 세금 등의 문제로 망인 단독 명의로 등기하였다'고 기재 하였다. H은 이후 제1심 증인으로 나와 위 진술을 반복하면서 '망인이 병중에 있어 경황이 없는 가운데 원고가 향후 매달 100만 원씩을 지급해 주겠다'고 하여 원고가 불러주는 대로 작성한 것'이라고 주장하나, 며느리와 손자들의 직접적인 이해관계가 달린 사안에서 그와 같은 이유만으로 사실과 다른 내용을 진술하였다는 점은 쉽게 납득하기 어렵다.

③ 이 사건 토지를 매도한 E 역시 제1심 변론준비기일에 선행 매매와 후행 매매의 매수인은 동일하다는 취지로 진술하였다.

④ 이 사건 제3, 4토지는 도로용지로 편입되는 바람에 당초 매매계약 대상에서 제외된 것인데 선행 매매계약 특약사항에는 '도로 확장공사로 인하여 가감되는 면적은 계약시 단가에 의거 정산하기로 합의한다'고 기재되어 있다. 따라서 이 사건 제3, 4토지가 도로용지에서 제외된 이상 선행 매매계약과 같은 방식으로 매매되는 것이 위 특약사항에 부합한다. 또한 이 사건 제3, 4토지는 이 사건 제1, 2토지와 도로(평택시 R 답193㎡, S 답 278㎡)를 연결하는 기능을 하고 있으므로 만일 그 소유자를

달리하게 될경우 이 사건 제1, 2토지의 가격에 심각한 영향을 미치게 된다.

⑤ 원고가 2011. 7. 28. K은행으로부터 5억 2,500만 원을 대출받고 2013. 5. 20.L으로부터 3,000만 원을 차용할 당시 원고와 망인의 공유로 등기된 이 사건 제1, 2토지뿐만 아니라 망인 단독 명의로 등기된 이 사건 제3, 4토지도 담보로 제공 되었다.

2) 소결

명의신탁약정은 무효이고(부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제1항), 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동도 무효가 된다(같은 법제4조 제2항 본문). 따라서 원고와 망인 사이의 명의신탁약정은 무효이고, 이 사건 제3, 4토지에 관한 망인 명의 소유권이전등기 중 위 명의신탁약정에 따른 1/2 지분은 원인무효가 된다. 그러므로 망인을 상속한 피고들은 전 소유자인 E에게 이 사건 제3,4토지 중 각 1/2 지분(이중 피고별 지분은 별지 지분표 기재와 같다)에 관하여 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다. 그리고 원고는 공동매수인으로서 E과의 당초 매매계약을 원인으로 E에게 이 사건 제3, 4토지 중 각 1/2 지분에 관하여 소유권이전등기를 청구할 권리가 있으므로, 이를 보전하기 위하여 E을 대위하여 피고들에게 위 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 원고의 청구를 전부 인용한 제1심 판결은 이와 결론이 일부 달라 부당하므로 피고들의 항소를 일부 받아들여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 장석조, 판사 강완수, 판사 노재호

별지

부동산 목록

1. 평택시 답 709㎡
2. 답 986㎡
3. 답 366㎡
4. 답 237㎡

지분표

당사자		지분
피고		3/14
피고		2/14
피고		2/14

끝.