

울산지방법원 2020. 2. 5 선고 2018가단9189 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고유한회사 A (변경 전 상호 : 유한회사 B)

소송대리인 변호사 김경아

피고C

소송대리인 변호사 류진규

변론 종결2019. 12. 11.

판결 선고2020. 2. 5.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 기재 각 부동산에 관하여 울산지방법원 2013. 9. 3. 접수 제 72120호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고(상호가 순차적으로 '유한회사 A', '유한회사 D', '유한회사 E' 및 '유한회사 B'을 거쳐 변경되었다, 이하 상호 변경 전후를 통틀어 '원고'라 한다)는 부동산개발업 등을 목적으로 설립된 회사이다.

F은 원고의 실질적 소유자로서 대표이사, 이사 등으로 근무하였고, G는 F의 법률상 배우자이며, H는 원고의 대표이사로 재직하였다.

나. 원고는 2013. 8. 28. 별지 목록 제1항 기재 부동산(이하 '제1부동산'이라 한다), 같은 목록 제2항 기재 부동산(이하 '제2부동산'이라 하고, 제1, 2부동산을 통틀어서는 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 같은 달 27.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

다. 원고는 2013. 9. 3. 피고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 울산지방법원 같은 날 접수 제72120호로 같은 달 2.자 설정계약을 원인으로 하여 채권최고액 300,000,000원, 채무자 원고(당시 상호는 '유한회사 I'이다), 근저당권자 피고로 된 각 근저당권설정등기(이하 통틀어 '이 사건 각 근저당권설정등기' 또는 '이 사건 각 근저당권'이라 한다)를 마쳐 주었다.

라. J(원고의 전 대표이사), F, G는 그들을 "갑", K을 "을"로 하여 2014. 3.경 원고의 영업권, 사원권 등의 양도·양수에 관하여 「"갑"은 대표이사 및 이사 사퇴에 따른 각 주식보유지분을 "을"에게 전부 포기하는 대신 배당금으로 10억 원을 지급받기로 한다.. 2. 2013. 3. 26. (유) I 이 위치 및 소유한 '울산 동구 L토지 및 건물'(이 사건 각 부동산을 의미한다)의 각 부동산등기부등본에 기재되어 있는 근저당권자들의 각 근저당권말소등기를 접수하는 무렵(2014. 4. 15.경)에 "을"은 "갑"에게 1억 원을 지급하기로 한다. 단, 이러한 1억 원은 (유)I 법인 통장으로 입금한다...」 등의 내용으로 된 확인서를 작성하였고, 그 확인서에 첨부된 별지 "(유)I 대출금 확인서"에 이 사건 각 근저당권(채권자 피고, 채무자 I, 채권최고액 300,000,000원, 실대출금액 300,000,000원)이 포함되어 있다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2(가번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 을 제5호증의 일부 기재, 변론 전체의 취지

2. 주장 및 판단

가. 당사자들의 주장 요지

1) 원고의 주장 요지 이 사건 각 근저당권은 아래와 같은 이유로 무효이므로, 피고는 이 사건 각

부동산의 소유권자인 원고에게 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

가) 원고의 현재 대표이사 K이 원고의 전 대표이사 F으로부터 원고 회사에 관한 사원권 등을 양수받아 실시한 결과, 피고 명의의 이 사건 각 근저당권설정등기는 원고의 전 대표이사 F 등이 원고 회사가 차용금 채무를 실제로 부담하지 않았음에도 허위로 설정하여 준 것으로서 그 피담보채권이 존재하지 아니하여 무효이므로, 피고는 이 사건 각 부동산의 소유권자인 원고에게 위 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다(이하 '원고의 제1주장'이라 한다).

나) 설령 그렇지 않다 하더라도, F은 2013. 7. 26.경 피고에게 F이 제3채무자 주식회사 M에게 가지는 임대차보증금반환채권 200,000,000원을 양도하여 주었음에도, 피고는 F과 통모하여 허위로 이 사건 각 근저당권에 관한 설정계약을 체결한 후 그 등기를 마쳐주었으므로, 위 근저당권설정계약은 통정허위표시에 해당하여 무효이므로, 이에 기초한 이 사건 각 근저당권설정등기도 무효이다(원고의 이 부분 주장을 위와 같이 선택한다, 이하 '원고의 제2주장'이라 한다).

2) 피고의 주장 요지 피고는 원고(당시 대표이사 F)에게 2013. 8. 30. 55,000,000원, 같은 해 9. 2. 245,000,000원 합계 300,000,000원(= 55,000,000원 + 245,000,000원)을 대여한 다음 그 대여금채권의 담보로 이 사건 각 근저당권설정등기를 설정 받았으므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 위 주장은 모두 이유 없다.

나. 관련 법리

근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항), 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있으며(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 등 참조), 그 피담보채권이 변제 등으로 소멸하였는지 여부에 대한 입증책임은 변제를 주장하는 측에 있다.

다. 원고의 제1주장에 관한 판단

앞서 본 법리에 비추어 보건대, 앞서 든 증거, 을 제1 내지 3호증의 각 기재, 을 제4, 5호증의 각 일부 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들 즉, ① F은 원고의 대표이사로 재직하다가 2014. 1. 14. 사임하였는바, 그 기간 동안 원고 회사를 사실상 1인 회사로 운영하면서, 상당 기간 동안 원고의 법인계좌 및 F의 예금계좌를 구별하지 않고 원고 회사 자금을 운용하였던 점, ② 피고는 F의 예금계좌로 2013. 8. 30. 합계 55,000,000원, 같은 해 9. 2. 합계 245,000,000원 총 300,000,000원(= 55,000,000원 + 245,000,000원, 이하 '이 사건 금원'이라 한다)을 송금하였던 사실, ③ 처분문서에 있어서 그 문서의 진정성립이 인정된 이상 그 문서에 표시된 의사표시와 그 내용에 관하여 특별한 사유가 없는 한 실질적 증거력이 있으므로 그 내용되는 법률행위의 존재를 인정하여야 하는바(대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카1760 판결 등 참조), 원고, F(당시 원고의 대표이사)은 2013. 9. 2. 이 사건 금원에 관하여 '원고, F이 피고로부터 300,000,000원을 변제기 2013. 12. 31., 이자 월 15,000,000원으로 정하여 차용하며, 그 담보로 부동산담보설정을 하기로 한다'는 내용의 차용증(을 제2호증의 1, 이하 '이 사건 차용증'이라 한다)을 작성하여 피고에게 이를 교부하였으므로, 위 당사자들 사이에 차용금 약정이 존재한 것으로 인정되는 점, ④ 이에 원고, 피고는 2013. 9. 2. 이 사건 각 부동산에 관하여 근저당권설정자 겸 채무자 원고, 근저당권자 피고, 채권최고액 300,000,000원으로 한 근저당권설정계약을 체결하였고, 이에 따라 피고 앞으로 이 사건 각 근저당권설정등기가 마쳐진 점 등을 종합하여 보면, 원고와 피고 사이에 이 사건 각 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었고, 그 피담보채권이 존재한다고 봄이 상당하므로, 결국 이와 다른 전제에 선 원고의 제1주장은 이유 없다.

라. 원고의 제2주장에 관한 판단

갑 제7호증의 일부 기재 및 이 법원에 현저한 사실에 의하면, 피고는 H와 공모하여 원고의 상호, 이사 등을 변경하는 법인등기를 마치도록 한 공전자기록등불실기재 등의 범죄사실로 형사기소되었고, 광주지방법원은 2019. 11. 20. 피고에게 'H, 피고가 공모하여 2017. 1. 19.경 사실은 원고 회사 소유의 이 사건 각 부동산에 관하여 근저당권을 설정하여 줄 권한이 없음에도 위 각 부동산에 관하여 피고에게 채권최고액 10억 1,000만 원으로 한 근저당권설정등기를 마쳤다'는 범죄사실에 관한 공전자기록등불실기재 등에 관하여 유죄 판결(징역 8월에 집행유예 2년)을 하였고, 그 무렵 위 제1심

판결이 그대로 확정된 사실은 인정할 수 있으나, 위 인정사실과 갑 제4호증의 기재만으로는 이 사건 근저당권이 원고의 이 부분 주장과 같이 F과 피고 사이의 통정허위표시에 의하여 설정된 것임을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 결국 원고의 제2주장도 이유 없다.

3. 결론

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

판사김상우

별지