

광주고등법원 2022. 9. 21 선고 2021나25297 판결 [근저당권설정등기 말소청구]

전 문

원고, 항소인 A 주식회사

피고, 피항소인 B 주식회사

소송대리인 변호사 강부원

변 론 종 결 2022. 7. 20.

판 결 선 고 2022. 9. 21.

제1 심판결 광주지방법원 순천지원 2021. 11. 18. 선고 2020가합10511 판결

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 순천지원 등기와 2019. 6. 12. 접수 제23389호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는, 제1심판결에 첨부된 별지를 이 판결에 첨부된 별지로 교체하고, 아래와 같이 고쳐 쓰거나 추가삭제하는 것 외에는 제1심판결 이유 제1항 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

[고쳐 쓰거나 추가삭제하는 부분]

○ 제1심판결 2쪽 7 내지 10행을 아래와 같이 고쳐 쓴다.

『가. 당사자 등의 지위

1) 원고는 부동산 임대업 등을 목적사업으로 하여 2006. 6. 21. 설립된 회사로서 2006. 12. 29. 별지 목록 기재 각 부동산(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)의 소유권을 취득하였고, 2019. 11. 15. K에게 이 사건 부동산 중 별지 목록 제2항 기재 부동산을 매도한 후 2019. 12. 5. 그 소유권을 이전하여 주었다.

2) C는 2022. 4. 18. 원고의 대표자인 사내이사로 취임한 사람으로서 그 취임 전부터 원고를 실질적으로 운영해 왔다.

3) 피고는 전복 등 수산물 및 수산식품의 유통 및 도소매업 등을 목적사업으로 하여 2017. 11. 20. 설립된 회사이다.』

○ 제1심판결 2쪽 하7행의 “운영하는” 앞에 “실질적으로”를 추가한다.

○ 제1심판결 2쪽 하6행의 “제공해주면” 다음에 “자금을 융통하여”를 추가한다.○ 제1심판결 2쪽 하3행, 3쪽 하4행, 4쪽 3, 5 내지 8행의 “별지 목록 기재 각 부동산”을 “이 사건 부동산”으로 각 고쳐 쓴다.

○ 제1심판결 2쪽 하2행의 “그리고”부터 하1행까지를 삭제한다.

○ 제1심판결 3쪽 2 내지 4행을 아래와 같이 고쳐 쓴다.

『1) E은 1차 근저당권설정등기 후 C에게 자금 융통을 위해 이 사건 부동산에 대한 근저당권의 채권최고액을 10억 원으로 증액하여야 한다고 했다.』

○ 제1심판결 3쪽 5행의 “C”를 “이에 C는 당시 원고의 대표자인 사내이사 L과 함께”로 고쳐 쓴다.

○ 제1심판결 3쪽 8, 9행의 “날인하였다”를 “원고의 인감을 날인하여 이를 I에게 교부하였다”로 고쳐 쓴다.

○ 제1심판결 3쪽 하10행의 “2019. 6. 27.경까지”를 “2019. 7. 26.경까지”로 고쳐 쓴다.○

제1심판결 3쪽 하6행의 “채권자란”을 “채권자 겸 근저당권자란”으로 고쳐 쓴다.

○ 제1심판결 3쪽 하3행의 “말소하고,” 다음에 아래와 같은 내용을 추가한다.

『위와 같이 채권자 겸 근저당권자란 등을 보충한 이 사건 근저당권설정계약서 등을 토대로
광주지방법원 순천지원 등기와 접수 제23389호로』

○ 제1심판결 3쪽 하2행의 괄호 부분을 아래와 같이 고쳐 쓴다.

『(이하 ‘2차 근저당권설정등기’라 하고, 위 설정등기에 의하여 설정된 근저당권을 ‘2차 근저당권’이라
한다)』

○ 제1심판결 3쪽 하2행 다음에 아래와 같은 내용을 추가한다.

『3) 한편 E은 2019. 6. 11.경부터 2019. 8. 20.경까지 C에게 대여금 명목의 금원을 송금하였다.』

제1심판결 4쪽 11행의 “갑 제1,” 다음에 “2,”를 추가하고, “을 제1,”을 “을 제1”로 고쳐 쓴다.

제1심판결 4쪽 12행의 “포함한다” 다음에 “, 이하 같다”를, “증인” 앞에 “1심”을 각 추가한다.

2. 원고의 주장 및 판단

가. 원고 주장의 요지

2차 근저당권설정등기는 다음과 같은 이유로 무효이므로, 원고는 피고를 상대로 2차
근저당권설정등기의 말소를 구한다.

1) 원고는 E과 사이에 1차 근저당권설정등기의 근저당권자(F, G) 및 채무자(D)는 그대로 둔 채
채권최고액만 10억 원으로 증액하기로 합의하였을 뿐 E에게 2차 근저당권설정등기와 같이 채권자를
피고, 채무자를 J으로 지정하여 채권최고액을 10억 원으로 하는 근저당권설정계약을 새롭게 체결할
권한을 부여하지 않았으므로, 원고와 피고 사이에 2차 근저당권설정등기의 원인이 되는
근저당권설정계약이 유효하게 체결되지 않았다.

2) 원고와 피고 사이에 근저당권설정계약이 유효하게 체결되었다고 하더라도 이는 E의 사기에 의한
것이고, 피고는 그와 같은 사실을 알았거나 알 수 있었으므로, 원고는 위 근저당권설정계약을 이 사건
소장 부분의 송달로써 취소한다.

3) 1의 2차 근저당권설정등기 신청행위는 무권대리 내지 대리권 남용에 해당하여 무효이다.

4) 2차 근저당권의 피담보채권인 피고의 J에 대한 물품대금 채권은 존재하지 않는다.

나. 판단

1) 유효한 근저당권설정계약의 체결 및 등기신청행위의 무권대리 해당 여부

가) 근저당권설정등기가 부동산 소유자의 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 처분행위에 개입된 경우 근저당권자가 그 제3자를 부동산 소유자의 대리인이라고 주장하더라도 근저당권설정등기는 적법하게 마쳐진 것으로 추정되므로, 그 등기가 원인무효임을 이유로 말소를 청구하는 부동산 소유자로서는 반대사실, 즉 그 제3자에게 부동산 소유자를 대리할 권한이 없었다든가 또는 제3자가 부동산 소유자의 등기서류를 위조하는 등 등기절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 의심할 만한 사정이 있다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2012다99112 판결 참조).

나) 원고를 실질적으로 운영하는 C가 채권자 겸 근저당권자란 및 채무자란 등이 공란으로 되어 있는 이 사건 근저당권설정계약서에 원고의 인감을 날인하여 이를 I에게 교부하였고, I이 E의 지시에 따라 위 공란을 보충한 후 그와 같이 보충된 이 사건 근저당권설정계약서 등을 토대로 2차 근저당권설정등기를 마쳤음은 앞서 본 바와 같다.

다) 그러나 위 인정사실 및 증거들, 갑 11호증, 을 4 내지 6, 10호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 원고가 제출하고 있는 증거들만으로는 E에게 이 사건 근저당권설정계약서에 공란으로 되어 있는 채권자 겸 근저당권자란 및 채무자란을 피고 및 J으로 보충하여 피고와 근저당권설정계약을 체결할 수 있는 권한이 없었다거나, I에게 위와 같이 보충된 이 사건 근저당권설정계약서 등을 토대로 등기신청을 할 수 있는 권한이 없었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(1) 원고와 E 사이에 C가 이 사건 근저당권설정계약서에 원고의 인감을 날인하기 전인 2019. 5. 23.을 작성일자로 하여 ‘원고는 이 사건 부동산에 관하여 E이 지정하는 채권자, 채무자에게 E이 지정하는 채권최고액의 근저당권을 설정하여 담보를 제공하고, 원고가 E이 원하는 채권자에게 이

사건 부동산에 관하여 근저당권을 설정하여 담보를 제공하면 E이 2019. 6. 10.부터 2019. 11. 20.까지 원고에게 총 3억 원을 대여하기'로 하는 내용의 부동산담보사용약정서(을 10호증)가 작성되었다. 위 약정서의 내용에 의하면, 원고와 E은 위 약정서 작성 당시 이 사건 부동산에 설정할 근저당권의 채권자(근저당권자) 및 채무자를 확정하지 않았고, E이 추후 지정하여 이를 확정할 것을 예정하고 있었음을 알 수 있다.1)

(2) C가 이 사건 근저당권설정계약서에 원고의 인감을 날인할 당시 근저당권설정자란은 원고가 부동산자로 기재되어 있었던 반면, 채권자 겸 근저당권자란 및 채무자란은 1차 근저당권설정등기의 채권자(근저당권자) 및 채무자가 기재되어 있지 않고 공란으로 되어 있었다. 그리고 이 사건 근저당권설정계약서는 단순히 채권최고액을 변경하는 내용이 아니라 새로운 근저당권을 설정하는 내용을 담고 있다. 위와 같은 이 사건 근저당권설정계약서의 형식 및 내용 등을 고려하면, C가 1차 근저당권설정등기의 근저당권자(F, G) 및 채무자(D)는 그대로 둔 채 채권최고액만 10억 원으로 증액하는 것으로 알고서 이 사건 근저당권설정계약서에 원고의 인감을 날인하지는 않은 것으로 보인다.

(3) C가 이 사건 근저당권설정계약서에 원고의 인감을 날인할 당시 I은 C에게 위 근저당권설정계약서를 보여주면서 “1순위 근저당권 말소하고 새로 설정을 한답니다. 근저당권자는 아직 잘 모릅니다.”라고 말하였고, C는 “뭐가 이렇게 복잡하냐. 보살이 잘 알아서 해.”라고 답하였다. 이는 원고가 E에게 단순히 1차 근저당권설정등기의 채권최고액만 변경하는 것이 아니라 이 사건 근저당권설정계약서에 공란으로 되어 있는 채권자 겸 근저당권자란 등을 보충하여 근저당권설정계약을 새롭게 체결할 권한을 부여하였음을 추단할 수 있는 언동이다.

(4) H 법무사 사무실에서 사무장으로 근무하는 I은 1차 근저당권설정등기를 마칠 당시에도 원고로부터 관련 서류를 교부받아 등기신청을 하였다. I은 C로부터 이 사건 근저당권설정계약서를 교부받으면서 ‘H 법무사에게 등기신청에 관한 모든 행위를 위임하고, 복대리인 선임권을 허락한다’는 내용의 원고의 인감이 날인된 위임장(을 5호증의 2)도 함께 교부받았다.

(5) C는 I이 이 사건 근저당권설정계약서를 위조하여 행사하였다고 주장하면서 수사기관에 I을 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄 등으로 고소하였으나, I은 2020. 8. 28. 증거 불충분을 이유로

불기소처분(혐의없음)을 받았다. 한편 I에게 이 사건 근저당권설정계약서에 공란으로 되어 있는 채권자 겸 근저당권자란 등의 보충을 지시한 E은 앞서 본 바와 같이 2차 근저당권설정등기와 관련하여 사기죄로 기소되어 처벌받았을 뿐 사문서위조죄 등으로 기소된 사실조차 없다.

라) 오히려 위 다)항에서 본 사정들에 비추어 보면, E은 원고로부터 E이 지정하는 채권자 및 채무자로 이 사건 근저당권설정계약서에 공란으로 되어 있는 채권자 겸 근저당권자란 및 채무자란 등을 보충하여 그 채권자와 근저당권설정계약을 체결할 수 있는 권한을 부여받았고, I도 원고로부터 위와 같이 보충된 이 사건 근저당권설정계약서 등을 토대로 등기신청을 할 수 있는 권한을 부여받았다고 봄이 타당하다. 결국 I이 E의 지시에 따라 이 사건 근저당권설정계약서에 공란으로 되어 있는 채권자 겸 근저당권자란 및 채무자란 등을 피고 및 J 등으로 보충함으로써 원고와 피고 사이에 체결된 2차 근저당권설정등기의 원인이 되는 근저당권설정계약과 이를 토대로 한 I의 등기신청행위는 위와 같은 권한에 기초하여 이루어진 것으로 모두 유효하다고 할 것이다.

마) 따라서 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다(원고는, 이 사건 근저당권설정계약서는 채권자나 피담보채권 등이 확정되어 있지 않고 이를 확정할 기준이 마련되어 있지 않았으므로, 2차 근저당권설정등기의 원인이 되는 근저당권설정계약이 불성립하였다는 취지의 주장도 하고 있으나, C가 이 사건 근저당권설정계약서에 원고의 인감을 날인할 당시부터 E이 원고로부터 부여받은 위와 같은 권한에 기초하여 채권자 및 채무자를 지정하여 근저당권설정계약을 체결할 것을 예정하고 있었으므로, 원고의 위 주장도 받아들이지 않는다).

2) 사기를 이유로 한 근저당권설정계약의 취소 여부

상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기를 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다(민법 제110조 제2항). 그런데 원고가 제출하고 있는 증거들만으로는 원고와 피고 사이에 2차 근저당권설정등기의 원인이 되는 근저당권설정계약이 체결됨에 있어서 E의 원고에 대한 기망행위가 개입되었다는 사실을 피고가 알았거나 알 수 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고는 사기를 이유로 위 근저당권설정계약을 취소할 수 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

3) 등기신청행위의 대리권 남용 해당 여부

가) 원고가 제출하고 있는 증거들만으로는 I이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 2차 근저당권설정등기 신청을 하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, I의 등기신청행위가 대리권 남용에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

나) 설령 I의 등기신청행위가 대리권 남용에 해당한다고 하더라도, 원고가 제출하고 있는 증거들만으로는 피고가 그와 같은 사정을 알았거나 알 수 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이를 무효로 볼 수 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이 점에서도 받아들일 수 없다.

4) 2차 근저당권의 피담보채권의 존재 여부

2차 근저당권의 피담보채권에는 피고와 J 사이의 상거래로 인하여 발생하는 모든 채권이 포함되는데[이 사건 근저당권설정계약서(갑 6호증) 제1조], 앞서 본 바와 같이 피고는 J과 2019. 5. 28. 전복거래계약을 체결한 후 2019. 6. 3.경부터 2019. 7. 26.경까지 전복을 공급함으로써 J에 대한 물품대금 채권을 보유하고 있고, 이는 2차 근저당권의 피담보채권에 해당한다. 따라서 원고의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

5) 소결론

결국 2차 근저당권설정등기가 원인무효라거나 2차 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는다고 볼 수 없으므로, 2차 근저당권설정등기의 말소를 구하는 원고의 청구는 받아들일 수 없다.2)

3. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이창한, 판사 박성남, 판사 김준영

별지

부동산 목록

1. 순천시 M 영전 13,626㎡
2. 순천시 N 영전 8,370㎡
3. 순천시 O 잡종지 1,974㎡
4. 순천시 P 잡종지 891㎡
5. 순천시 Q 임야 286㎡. 끝.

1) 원고는, 1차 근저당권설정등기를 마치기 전인 2019. 5. 23. D와 사이에 ‘D이 지정하는 채권자에게 채권최고액 8억 원의 근저당권을 설정하여 담보를 제공하기’로 하는 내용의 부동산담보사용약정서(갑 3, 14호증)만 작성되었고, E와 사이에 작성된 부동산담보사용약정서(을 10호증)는 그 작성일자와 달리 2차 근저당권설정등기가 마쳐진 후인 2019. 8.경 작성되었다는 취지로 주장한다. 그러나 원고가 제출하고 있는 증거들만으로는 위 주장사실을 인정하기 어렵고[E이 2022. 5.경 작성한 사실확인서(갑 21호증)는 믿기 어렵다], 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

2) 원고의 2021. 12. 27.자 항소이유서에는 ‘K 소유의 별지 목록 제2항 기재 부동산에 설정된 2차 근저당권설정등기의 무효확인을 구한다’는 취지가 기재되어 있다(위 항소이유서 8쪽 참조). 그러나 2021. 12. 27.자 항소이유서의 위와 같은 기재만으로 원고에게 청구변경의 의사가 있다고 보기 어렵고, 원고가 무효확인을 구하는 것으로 청구취지를 변경한다는 소변경신청서 등을 제출하지도 않았으므로, 원고가 청구취지 변경신청을 한 것으로 볼 수는 없다. 나아가 현재 K이 별지 목록 제2항 기재 부동산을 소유하고 있는데, 이 사건 소송에서 원고가 위 부동산에 설정된 2차 근저당권설정등기의 무효확인 판결을 받는다고 가정하더라도 그 판결의 효력이 K에게 미치지 않고, K이 피고를 상대로 위 근저당권설정등기의 말소를 구하는 소송을 제기할 경우 위 판결과 배치되는 판결이 선고될 가능성도 있으므로(K은 2022. 3. 28. 광주지방법원 순천지원 2022가단53294호로 피고를 상대로 위 근저당권설정등기의 말소를 구하는 소를 제기한 것으로 보인다), 원고가 피고를 상대로 위 근저당권설정등기의 무효확인을 구할 이익이 없을 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같은 이유로 위 근저당권설정등기가 무효라고 볼 수도 없다.