

광주지방법원 2020. 6. 16 선고 2019가단537427 판결 [근저당권설정등기말소]

---

## 전 문

### 원고A

소송대리인 법무법인 빛고을종합법률사무소

담당변호사 정규련

### 피고B

소송대리인 법무법인 에이프로

담당변호사 김지윤

변론 종결 2020. 5. 19.

판결 선고 2020. 6. 16.

## 주 문

1. 이 사건 소를 각하한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

## 청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 부동산의 표시 기재 부동산에 관하여 광주지방법원 등기국 2017. 11. 13. 접수 제193716호로 마친 근저당권설정등기에 대하여 2018. 8. 21.자 변제(피담보채권 소멸)를 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.

## 이 유

### 1. 기초사실

가. 원고는 2017. 9. 26. C으로부터 아파트시행사업자금 명목으로 1억 원을 송금 받았다.

나. 원고는 2017. 11. 13. 주식회사 D(이하 '소외회사'라고 한다)의 대표이사로 취임하였는데, 같은 날 C으로부터 위와 같은 명목으로 4억 원을 송금 받았다.

다. 한편 2017. 11. 13. 원고와 C 및 원고 운영의 소외회사 사이에, 소외회사가 추진하는 남원시 E 등 3필지상 임대아파트 신축사업과 관련하여, ① '소외회사는 C으로부터 투자금 2억 원을 지급받음과 동시에 C 또는 C이 지정하는 자에게 대표이사 원고, 이사 F(원고의 배우자이다)을 연대보증인으로 하여 2억 원의 약속어음을 공증해 주고 원고 소유 아파트에 근저당권을 설정해 주며, 소외회사의 주식 10%를 지분으로 준다'는 내용의 투자약정서, ② '소외회사는 투자금 6억 4,000만 원을 지급받음과 동시에 대표이사 원고, 이사 F을 연대보증인으로 하여 위 투자금 해당액 약속어음을 공증하여 C에게 교부한다'는 내용의 투자약정서가 각 작성되었다.

라. 원고는 2017. 11. 13. C에게 원고 소유인 별지 부동산의 표시 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)에 관하여 광주지방법원 등기국 접수 제193716호로 채권최고액을 1억 원, 채무자를 원고로 하여 C의 배우자인 피고 명의의 근저당권설정등기를 마쳐 주었고(이하 위 근저당권을 '이 사건 근저당권'이라고 한다), 그 무렵 C에게 소외회사의 당시 발행주식 중 10%인 5,000주를 양도해 주었다.

마. 그 후 2018. 1. 5. C을 채권자, 소외회사를 채무자, 원고 및 F 등을 연대보증인으로 하여, ① '채권자가 2018. 1. 5. 채무자에게 2억 원을 대여하고 채무자는 2018. 4. 30.까지 상환한다'는 내용의 공증인가 법무법인 G 작성 증서 2018년 제15호 금전소비대차계약공정증서, ② '채권자가 2018. 1. 5. 채무자에게 6억 4,000만 원을 대여하고 채무자는 2018. 10. 31.까지 상환한다'는 내용의 공증인가 법무법인 G 작성 증서 2018년 제16호 금전소비대차계약공정증서가 각 작성되었다.

바. C은 2018. 8. 13.경 소외회사에 앞서 본 각 공정증서상 채무의 변제를 촉구하는 내용증명을

보냈는데, 그 구체적인 내용은, '① 앞서 본 2억 원은 소외회사가 조기 상환하겠다고 약속하였으나 실제로는 10개월 후 변제받는 것을 조건으로 하여 공증하였기에 실제 차용일로부터 10개월 후인 2018. 7. 25. 변제되었어야 하나 변제가 되지 않고 있고, 앞서 본 6억 4,000만 원은 2018. 10. 31.로 변제기가 예정되어 있는바, ② 소외회사는 2018. 10. 31.까지, 늦어도 2018. 11. 12.까지 위 2억 원에 애초 약정이율을 더한 금원과 위 6억 4,000만 원을 변제하라'는 것이다.

사. 원고는 2018. 8. 21. C에게 1억 원을 송금하였고, C은 같은 날 원고에게 '2억 원을 받고, 위 2억 원에 관한 공정증서 정본을 소외회사에 교부한다'는 내용의 영수증을 작성해 주었다.

아. 그런데 피고가 2019. 4. 1. 이 사건 부동산에 대하여 이 사건 근저당권에 기한 임의경매신청을 하여 2019. 4. 2. 임의경매개시결정이 내려졌는데, 피고는 2019. 6. 14. 위 임의경매신청을 취하하였고, 원고는 2019. 4. 19. 피고를 상대로 하여 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다가 2019. 5. 31. 소를 취하하였다.

자. 한편 원고는 2019. 6. 14.경 피고 및 C에게 별지와 같은 채무승인 및 변제각서를 작성해 주었다.

차. 피고는 2019. 10. 1. 이 사건 부동산에 대하여 이 사건 근저당권에 기한 임의경매신청을 하였고, 이에 따라 2019. 10. 2. 임의경매개시결정이 내려졌으며, 원고는 2019. 10. 30. 피고를 상대로 하여 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 10호증, 을 제4, 6호증(가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지[한편 원고는 앞서 본 각 투자약정서(을 제4호증의 1, 2)는 법무사로서 당시 소외회사의 상호 및 대표자 변경 등을 의뢰받아 원고 및 소외회사의 인감을 소지하고 있던 C이 이를 기화로 위조한 것이라고 주장하므로 살피건대, 사문서에 날인된 작성 명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립이 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제358조에 따라 그 문서 전체의 진정성립이 추정되는바, ① 앞서 본 바와 같이 위 각 투자약정서의 내용처럼 실제 근저당권이 설정되고 C이 소외회사의 지분을 취득하였으며 공정증서가 작성된 점, ② 구체적인 투자금 배분기준이 없고 소외회사가 사업 완료 전이라도 언제든지 C에게 투자금을 반환할 수 있다고 되어 있어, 위 각 투자약정서가 이자제한법상 규제를 회피할 목적으로 작성되었다 하더라도 원고로서는 투자금을 유치하는 과정에서 그와 같은 문서의 작성

자체를 거부할 이유가 없어 보이는 점 등에 비추어, 원고 주장의 사정만으로는, 위 각 투자약정서에 날인된 인영의 진정성립 추정에 방해가 되지 않는다 할 것이고, 따라서 그 문서 전체의 진정성립까지 추정된다 할 것이다]

## 2. 본안전 항변에 관한 판단

### 가. 주장의 요지

원고가 '이 사건 근저당권의 피담보채무는 앞서 본 2억 원에 관한 공정증서상 채무인데 원고는 위 채무를 모두 변제하였고, 앞서 본 6억 4,000만 원에 관한 공정증서상 채무는 위 근저당권의 피담보채무가 아니므로, 결국 위 근저당권설정등기는 변제를 이유로 말소되어야 한다'고 주장하며 제기한 이 사건 소에 대하여, 피고는, '원고는 앞서 본 바와 같이 2019. 6. 14.경 피고 및 C에게 별지와 같은 채무승인 및 변제각서를 작성해 주면서 이 사건 근저당권의 피담보채무를 승인하고, 위 근저당권의 효력을 다투는 어떠한 형태의 민·형사 소송도 제기하지 않기로 부제소합의를 하였음에도 이에 반하여 이 사건 소를 제기하였다'고 주장한다.

### 나. 판단

살피건대, 앞서 본 각 투자약정서의 내용(특히 2억 원과 관련된 투자약정서에는 근저당권을 설정해 준다는 내용이 있으나, 6억 4,000만 원과 관련된 투자약정서에는 그러한 내용이 없다), 피고가 임의경매신청을 하였다가 취하한 경위나 원고가 이 사건 근저당권설정등기의 말소 청구의 소를 제기하였다가 취하한 경위, 위 2019. 6. 14.자 채무승인 및 변제각서의 내용, 위 채무승인 및 변제각서 작성 이전까지 원고와 C 내지 피고 사이에는 앞서 본 바와 같은 채권채무관계 외에 다른 채권채무관계는 없었던 것으로 보이는 점 등 앞서 든 증거자료에 의하면 인정되는 제반사정에 비추어 보면, 원고와 피고 및 C 사이에 이 사건 근저당권 피담보채무의 범위에 관하여 당사자 간 분쟁이 있다가 원고가 2019. 6. 14.경 피고 및 C에게 위 6억 4,000만 원과 관련된 공정증서상 채무 또한 이 사건 근저당권의 피담보채무가 된다는 점을 확인하고 향후 위 채무가 근저당권의 피담보채무가 아니라는 점을 전제로 하여 근저당권의 효력을 다투는 소는 제기하지 않겠다고 약정한 사실이 인정되는바, 그렇다면 이 사건 소는 위와 같은 부제소합의에 반하여 제기된 것으로서 부적법하다 할 것이므로, 피고의 본안전항변은 이유 있다.

이에 대하여 원고는, 위 채무승인 및 변제각서는 원고가 C에게 기망당하여 진정한 의사에 반해 작성한 것으로서 그와 같은 약정은 무효라는 취지로 주장하나, 원고와 C 등 사이에 위와 같은 내용으로 약정하지 않았다면 피고가 당초의 임의경매신청을 취하하였다고 하여 원고가 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하는 당초의 소를 취하할 이유가 없는 점 등에 비추어, 원고 주장의 사정 및 제출된 증거들만으로는, 원고가 C에게 기망당하여 허위의 의사표시로서 위 채무승인 및 변제각서를 작성하였다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 위 주장은 이유 없다.

### **3. 결론**

이 사건 소는 부적법하므로 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

**판사박찬우**

별지