

대구지방법원 서부지원 2021. 5. 12 선고 2019가단52871 판결 [채무부존재확인 및
근저당권설정등기말소]

재판경과

대구지방법원 2022. 5. 11 선고 2021나312334 판결

대구지방법원 서부지원 2021. 5. 12 선고 2019가단52871 판결

전 문

원고A

소송대리인 법무법인 가야종합법률사무소

담당변호사 이성철

피고B

소송대리인 법무법인 중원

담당변호사 배주한

변론 종결 2021. 4. 14.

판결 선고 2021. 5. 12.

주 문

1. 피고는 원고에게 별지1 목록 기재 각 부동산에 관하여 대구지방법원 서부지원 고령 등기소 2014. 7. 4. 접수 제7654호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 C과 1995. 5. 23. 혼인하였다가 2018. 10. 10. 이혼하였다.

나. 원고는 2010. 6. 21. D과 사이에 D 소유인 별지 목록 기재 각 부동산(다음부터 '이 사건 각 부동산'이라 한다)을 대금 3억 5,000만 원에 매수하기로 하는 계약(다음부터 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결하였다. 원고는 2014. 7. 4. 이 사건 각 부동산에 관하여 이 사건 매매계약을 원인으로 한 각 소유권이전등기를 경료하였다.

다. 이 사건 각 부동산에 관하여 2014. 7. 4. 채무자 원고, 채권최고액 1억 5,000만원으로 하는 피고 명의의 공동근저당권(다음부터 '이 사건 공동근저당권'이라 한다)설정등기가 경료되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 3호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 판단

가. 증명책임

- 1) 원고는 이 사건 공동근저당권의 피담보채무가 존재하지 않는다고 주장한다.
- 2) 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항 참조), 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 한다. 따라서 근저당권설정등기가 마쳐진 이상 그 등기의 원인이 된 근저당권설정계약은 그 기재내용에 따라 존재하는 것으로 추정된다고 할 것이나, 위 근저당권설정계약과는 별개인 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위의 존재에까지 등기의 추정력이 미친다고 보기는 어렵다.

3) 따라서 이 사건 공동근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 입증책임은 그 존재를 주장하는 피고에게 있다.

나. 이 사건 공동근저당권 피담보채무의 존부

1) 피고의 주장 이 사건 공동근저당권 설정 경위는 별지2 및 별지3의 가항 기재1)와 같다.

가) 이에 의하면, 이 사건 각 부동산은 C와 원고 사이의 명의신탁계약에 의하여 원고에게 명의신탁된 부동산이라고 할 것이고, 그 명의신탁자는 C이며, 피고는 명의신탁자인 C에 대하여 이 사건 각 부동산의 1/2 지분에 대한 반환청구채권이 있다. 이 사건 공동근저당권의 피담보채무는 바로 위 '피고의 C에 대한 이 사건 각 부동산의 1/2 지분에 대한 반환청구채권'이다(별지3의 나항 기재 참조, 피고의 제1 주장).

나) 이 사건 각 부동산 중 1/2 지분에 대한 명의신탁관계가 원고와 피고 사이에 직접 성립한다고 하면(이 경우 C은 원고를 대리하여 피고와 명의신탁약정을 체결한 것이다), 이는 계약명의신탁인데, 매도인인 D은 이에 대하여 악의이므로, 이 사건 매매계약은 무효다. 이와 같은 경우 피고는 D을 대위하여 D의 원고에 대한 이 사건 각 부동산 중 위 1/2 지분에 대한 이전등기청구권이 있다. 이 사건 공동근저당권의 피담보채무는 바로 위 'D의 원고에 대한 이 사건 각 부동산의 1/2 지분에 대한 이전등기청구권'이다(별지3의 다항 기재 참조, 피고의 제2 주장).

다) 만일, 매도인인 D이 선의여서 이 사건 각 부동산에 대한 원고 명의의 등기가 유효하다고 하는 경우 피고는 원고에 대하여 그 매수대금 및 취득세, 등록세 등의 비용에 대한 부당이득반환청구채권이 있다. 이 사건 공동근저당권의 피담보채무는 바로 위 '피고의 원고에 대한 부당이득반환채권'(별지3의 라항 기재 참조, 피고의 제3 주장)이다.

2) 피고의 제1 주장에 관한 구체적 판단 가) 이 사건 각 부동산 중 1/2 지분에 관한 명의신탁관계

① 피고가 주장하는 이 사건 공동근저당권 설정 경위의 내용은 앞서 본 바와 같다. ② 피고는 답변서에서 '이 사건 각 부동산은 피고와 C의 공동소유이고, 다만 그 명의만 원고로 한 것이다'라고 주장하였고2), 2020. 4. 24.자 준비서면에서 '피고와 C은 이 사건 각 부동산을 매수하면서 다만 그 등기명의에 관하여 당시 C의 처였던 원고의 명의로 하기로 하였고, 이에 C이 명의신탁자의 대표 내지는 피고를 대리하여 원고와 이 사건 각 부동산에 대한 명의신탁계약을 체결하였던 것이므로

원고와 피고 사이에 이 사건 각 부동산에 대하여 명의신탁관계가 성립되는데, 아무런 문제가 없다'라고 주장하여, 원고와 피고 사이에 직접 명의신탁관계가 성립하였음을 계속 주장하였다. ③ 피고는 제5회 변론에서도 D으로부터 이 사건 각 부동산의 1/2 지분을 매수한 사람은 피고라고 주장하였다. ④ 피고 스스로도 원고와 C 사이에 이 사건 각 부동산 전부에 관하여 명의신탁의 약정 명시적으로 체결되었다는 주장을 한 적은 없다.

이와 같은 사정을 종합하면, 이 사건 공동근저당권이 설정된 구체적인 사실에 관한 피고의 주장을 전제로 하여 보아도, 원고와 C 사이에 이 사건 공동근저당권 전부에 관한 명의신탁약정이 체결되었다고 할 수 없고, 그 중 1/2 지분에 관하여는 원고와 피고 사이에 직접 명의신탁관계가 성립하였다고 보는 것이 타당하다.

나) 가정적 판단

피고의 주장을 원고와 C 사이에 이 사건 각 부동산 전부에 관하여 명의신탁약정이 현실적으로 체결되었다는 것으로 선행하여, 이에 따라 피고가 주장한 법률관계를 전제하여 보아도, 피고의 주장은 이유 없다. 그 이유는 아래와 같다.

피고는 C에 대하여 이 사건 각 부동산의 1/2 지분에 대한 반환청구채권이 있다고 주장하는데, 이는 피고와 C 사이에 일정한 약정이 있음을 전제로 한다. 여기에 위 가)항의 ②, ③ 등 피고의 전체적인 주장의 취지를 더하여 보면, 위 약정의 내용은 이 사건 매매계약을 원인으로 하여 이 사건 각 부동산에 대하여 원고 명의의 소유권이전등기 경로되면 피고가 이 사건 각 부동산 중 1/2 지분에 관한 전면적인 지배권을 취득하는 것으로 해석된다.

「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조 제1항에 의하여 무효로 되는 명의신탁약정은 "부동산에 관한 소유권이나 그 밖의 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정"(위 법 제2조 제1호 본문)이므로, 타인에 해당하는 C이 소유권이전등기 명의자가 아닌 이상, 피고와 C 사이의 위 약정을 명의신탁약정으로 볼 수는 없다. 그러나 아래와 같은 근거에 비추어 보면 위 약정도 그 효력을 인정할 수 없다. 따라서 피고가 주장하는 피담보채권인 이 사건 각 부동산의 1/2 지분에 대한 반환청구채권은 위와 같이

무효인 약정에 의한 것이므로 이 사건 공동근저당권의 피담보채권이 될 수 없다3).

(1) 위 약정도 명의신탁약정과 같이 부동산에 관한 소유권을 실체적 권리관계와 다르게 만들거나 이를 유지하게 한다. 따라서 위 법이 명의신탁약정을 무효로 하는 취지 및 이유(제1조 참조)가 위 약정에도 동일하게 적용되어야 한다.

(2) C이 아닌 원고 명의로 이 사건 각 부동산의 소유권이전등기가 경로되었으나, 부부 사이의 명의신탁약정은 원칙적으로 유효하고(위 법 제8조 참조), 피고 또한 C과 원고 사이의 명의신탁약정이 유효하다고 주장하므로,4) 적어도 C과 원고 사이에서는 C이 이 사건 각 부동산의 소유자이다. 그런데 피고는 C과 원고 사이의 관계를 알고 C에 적극 가담하였다고 평가되므로, 피고에 대하여도 이 사건 각 부동산의 소유자가 C이라고 본다면, 피고와 C 사이의 위 약정은 실질적으로 명의신탁약정에 해당한다.

(3) C이 원고로부터 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기 명의를 이전받을 수 있다. 만일 실제로 C이 이 사건 각 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경로하였을 경우에는 C은 명실상부하게 이 사건 각 부동산의 소유권을 취득하게 되는데, 이 때부터 피고와 C 사이의 위 약정은 명의신탁약정에 해당한다.

2) 피고의 제2 주장에 관한 구체적 판단 가) 피고의 제2 주장에 따르면, D은 원고에 대하여 이 사건 각 부동산 중 위 1/2 지분에 대한 이전등기청구권을 취득할 수 없다. 이 사건 매매계약은 무효이므로, D은 이 사건 각 부동산의 소유권을 회복하여 원고에 대하여 물권적청구권인 이 사건 각 부동산 중 1/2 지분에 관한 소유권이전등기 말소등기청구권이 있을 뿐이기 때문이다. 따라서 피고의 제2 주장을 이와 같이 선해한다.

나) 저당권의 피담보채권은 적어도 저당권의 실행 시에는 금권채권으로 될 수 있어야 한다. 그런데 소유권이전등기 말소등기청구권은 금전채권으로 될 여지가 없다고 보아야 한다. 말소등기의무자가 목적물을 멸실시키거나 제3자에게 사실상의 지배를 이전한다고 하더라도, 소유자가 불법행위 손해배상채권을 취득한 것 외에 소유권이전등기 말소등기청구권이 전보배상채권으로 동일성을 유지하면서 변경된다고 할 수 없기 때문이다. 따라서 이 사건 각 부동산 중 1/2 지분에 관한 소유권이전등기 말소등기청구권은 이 사건 공동근저당권의 피담보채권이 될 수 없다.

다) 피고는 'D이 원고에 대하여 가지는 불법행위에 기한 손해배상채권'을 피담보채권으로 주장할 수도 있다. 그러나 D은 원고에 대하여 위 손해배상채권을 취득하지 못한다고 보아야 한다. 그 이유는 아래와 같다.

(1) 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 매매계약을 체결한 소유자도 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정을 알면서 그 매매계약에 따라 명의수탁자 앞으로 당해 부동산의 소유권이전등기를 마친 경우 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조 제2항 본문에 의하여 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이므로, 당해 부동산의 소유권은 매매계약을 체결한 소유자에게 그대로 남아 있게 되고, 명의수탁자가 자신의 명의로 소유권이전등기를 마친 부동산을 제3자에게 처분하면 이는 매도인의 소유권 침해행위로서 불법행위가 된다. 그러나 명의수탁자로부터 매매대금을 수령한 상태의 소유자로서는 그 부동산에 관한 소유명의를 회복하기 전까지는 신의칙 내지 민법 제536조 제1항 본문의 규정에 의하여 명의수탁자에 대하여 이와 동시이행의 관계에 있는 매매대금 반환채무의 이행을 거절할 수 있는데, 이른바 계약명의신탁에서 명의수탁자의 제3자에 대한 처분행위가 유효하게 확정되어 소유자에 대한 소유명의 회복이 불가능한 이상, 소유자로서는 그와 동시이행관계에 있는 매매대금 반환채무를 이행할 여지가 없다. 또한 명의신탁자는 소유자와 매매계약관계가 없어 소유자에 대한 소유권이전등기청구도 허용되지 아니하므로, 결국 소유자인 매도인으로서 특별한 사정이 없는 한 명의수탁자의 처분행위로 인하여 어떠한 손해도 입은 바가 없다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다95185 판결).

매도인 D은 이 사건 매매계약에 따른 대금을 모두 지급받았다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 명의수탁자인 원고의 처분행위로 인하여 D이 어떠한 손해를 입는다고 할 수 없다.

(2) 어떤 사람이 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어 매수인 명의 및 소유권이전등기 명의를 타인 명의로 하기로 약정하였고 매도인도 그 사실을 알고 있어서 그 약정이 「부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률」 제4조의 규정에 의하여 무효로 되고 이에 따라 매매계약도 무효로 되는 경우에, 매매계약상의 매수인의 지위가 당연히 명의신탁자에게 귀속되는 것은 아니지만, 그 무효사실이 밝혀진 후에 계약상대방인 매도인이 계약명의자인 명의수탁자 대신 명의신탁자가 그 계약의

매수인으로 되는 것에 대하여 동의 내지 승낙을 함으로써 부동산을 명의신탁자에게 양도할 의사를 표시하였다면, 명의신탁약정이 무효로 됨으로써 매수인의 지위를 상실한 명의수탁자의 의사에 관계없이 매도인과 명의신탁자 사이에는 종전의 매매계약과 같은 내용의 양도약정이 따로 체결된 것으로 봄이 상당하고, 따라서 이 경우 명의신탁자는 당초의 매수인이 아니라고 하더라도 매도인에 대하여 별도의 양도약정을 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 할 수 있다(대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다32120 판결 참조).

그러나 이 사건에서 이 사건 매매계약의 무효가 밝혀진 것은 이 사건 소송 계속 중이고, 그 전에 D이 그 무효라는 점을 알았다는 사실을 인정할 증거가 없다. 이를 고려하면, 매도인인 D이 피고가 이 사건 매매계약의 매수인으로 되는 것에 대하여 동의 내지 승낙을 함으로써 부동산을 명의신탁자에게 양도할 의사를 표시하였음을 인정할 수 없다5).

라) 따라서 피고의 제2 주장도 이유 없다.

3) 피고의 제3 주장에 관한 구체적 판단 피고가 원고에 대하여 매수대금 및 취득세, 등록세 등의 비용에 대한 부당이득반환채권을 취득하였다는 피고의 제3 주장을 전제로 하여 살펴본다.

근저당권에 의하여 담보되는 피담보채무의 내용과 범위는 근저당권설정자와 근저당권자간의 계약, 즉 근저당권설정계약에 의하여 정해진다(대법원 1987. 12. 8. 선고 87다카2008 판결, 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다32055 판결 참조). 그런데 피고가 피고와 원고 사이의 명의신탁약정의 효력이 무효라는 점을 인식한 것은 이 사건 소송 계속 중이고, 그 전에 이를 인식하였음을 인정할 증거가 없다. 따라서 피고와 원고를 대리한 C이 이 사건 공동근저당권설정계약을 체결할 당시나 그 후 피고가 취득하는 부당이득반환채권을 이 사건 공동근저당권의 피담보채권으로 하는 합의를 하였을 수 없다6). 따라서 피고의 제3 주장도 이유 없다.

3. 결론

이 사건 공동근저당권의 피담보채권이 존재한다고 할 수 없다. 따라서 원고의 청구는 이유 있어 이를 인용한다.

판사차윤제

별지

및 취득세, 등록세 등의 비용에 관하여 C에 대하여 부당이득반환채권을 취득하고, 이 부당이득반환채권이 이 사건 공동근저당권의 피담보채권이라고 주장할 수도 있을 것이다(피고의 제3 주장은 이와 같은 부당이득반환채권을 원고에 대하여 취득하였다는 것이므로, 이와는 다르다).

그러나 이는 아래에서 보는 '피고의 제3 주장에 관한 구체적 판단'에서 보는 바와 같은 이유로, 이 사건 공동근저당권의 피담보채권이 될 수 없다.

4) 피고의 2021. 4. 12.자 준비서면 제3쪽 참조

5) 이와 같은 이유에서 D이 손해배상채권을 취득하였다고 하여도 그 피담보채권의 채권자가 아닌 근저당권자 피고에게 손해배상채권이 실질적으로 귀속되었다고 볼 수도 없다(대법원 2000. 12. 12. 선고 2000다49879 판결 참조).

6) 피고는 매도인이 선의인 계약명의신탁 관계를 전제로 원고에 대한 위와 같은 부당이득반환채권을 취득하였다는 주장을 하는데, 이는 매도인이 악의인 계약명의신탁 관계에서도 동일하다.