

대전고등법원 2022. 8. 18 선고 2021나14531 판결 [근저당권설정등기말소]

재판경과

대전고등법원 2022. 8. 18 선고 2021나14531 판결

대전지방법원 2021. 8. 18 선고 2020가합108534 판결

전문

원고, 항소인 A 주식회사

소송대리인 변호사 유지원

피고, 피항소인 1. B

2. C

피고들 소송대리인 법무법인 D 담당변호사 C

변론 종결 2022. 5. 19.

판결 선고 2022. 8. 18.

제1심판결 대전지방법원 2021. 8. 18. 선고 2020가합108534 판결

주문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 피고들은 원고에게 별지 1 목록 기재 부동산에 관하여 춘천지방법원 홍천등기소 2019. 9. 19. 접수 제18414호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
3. 소송총비용은 피고들이 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. G의 인지 소송의 진행 등

1) G는 T일자 망 F과 U 사이에서 태어났다. 망 F은 6·25 전쟁 당시 혼자 군사분계선 이남 지역으로 내려왔다. 망 F은 2010. 9. 8. G, H, I, J(이하 'G 외 3인'이라 한다)를 유언으로 인지하고, 같은 달 12. 별지 2 목록 기재 부동산(이하 편의상 통틀어 'V동 부동산'이라 한다) 등을 유산으로 남기고 사망하였다.

2) G는 2013. 10. 29. 서울가정법원에서 G와 망 F 사이에 친생자 관계가 존재함을 확인하는 판결을 선고받았다(서울가정법원 W). G는 2016. 5. 18. 서울가정법원에서 망 F이 G를 제외한 자녀 3명(망 I, 망 H, 망 J)에 대하여 한 유언인지가 무효임을 확인하는 판결을 선고받았다(서울가정법원 X).

3) G는 법무법인 Y(대표변호사 Z)을 선임하여 위 2)항 기재 소송을 진행하였다. G는 위 소송들의 진행, 대한민국 입국 등을 위한 비용이 필요하였고, 위 비용 마련을 위한 계약체결에 관한 대리권을 R, AA 등에게 수여하였다.

나. V동 부동산에 대한 G 외 3인 명의의 소유권이전등기와 이에 관한 말소등기청구 소송의 경위

1) G 외 3인은 2016. 1. 18. V동 부동산에 관하여(각 4분의 1 지분씩) 상속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

2) 망 F의 유언집행자인 변호사 O(이하 '변호사 O'라 한다)는 2016. 4. 21. G 외 3인을 상대로 하여 서울중앙지방법원에 G 외 3인이 V동 부동산에 관하여 상속을 원인으로 소유권이전등기를 마친 것은 원인무효로 말소되어야 한다는 이유로 부동산처분금지가처분 신청을 하여, 2016. 5. 13.

서울중앙지방법원으로부터 V동 부동산에 관한 처분금지가처분결정을 받았고(서울중앙지방법원

2016카합80495호), 같은 날 V동 부동산에 관하여 처분금지가처분등기가 마쳐졌다.

3) 변호사 O는 2016. 8. 3. G를 상대로 서울중앙지방법원에 V동 부동산에 관한 소유권이전등기 말소등기청구의 소를 제기하였고, 서울중앙지방법원은 2018. 2. 12. 변호사 O의 청구를 인용하였다(서울중앙지방법원 2016가합546352호). 이에 G가 항소하였으나 서울고등법원은 2019. 1. 30. G의 항소를 기각하였고(서울고등법원 2018나2016117호), G가 다시 상고하였으나 대법원은 2020. 5. 14. G의 상고를 기각하였다(대법원 2019다222959호, 이하 '이 사건 관련판결'이라 한다).

다. 피고들의 G에 대한 투자와 G에 대한 약정금청구 소송의 경위

1) 피고 C의 금원 투자 경위 가) R과 AA는 G를 위한 비용을 마련하기 위하여 피고 C에게 투자를 제의하였다. 피고 C은 2014. 12. 30.부터 2016. 10. 27.까지 AA, 법무법인 Y, Z 등에게 관련 소송비용 등에 관한 투자금 명목으로 합계 4억 7,000만 원을 송금하였다.

나) 피고 C은 2015. 7. 3. AA, R과 사이에 다음과 같은 내용의 이행확약서를 작성하고, 법무법인 Y(대표변호사 Z), 변호사 Z과 사이에 다음과 같은 확약서를 작성하였다.

이행확약서

채권자: 피고 C, 채무자: AA, 연대채무자: R

위 채무자들(이하 '을'이라 한다)은 위 채권자(이하 '갑'이라 한다)에게 다음과 같이 약정금을 지급하기로 하는 이행각서를 작성한다.

- 다 음 -

1. 갑이 을에게 지급한 원금 3억 원에 대해서는 2015. 8. 31.까지 을이 법무법인 Y 및 Y 대표변호사 Z과 연대하여 갑에게 반환한다.
2. V동 부동산의 F 명의를 G 명의로 상속 내지 매매등기시 위 원금 이외에 약정금 내지 위약벌금(위 1항 기한까지 원금 이행을 하지 않을 경우 위약벌로)으로 4억 원을 지급한다.
3. 을은 갑에게 매매등기가 이루어질 경우, 위 토지에 대해 1순위로 을이 갑에게 지급할 총금액의 10%를 더한 금액을 채권최고액으로 하는 근저당권을 설정하여 준다.

확인서

피고 C 귀하

2014. 12. 30.: 5,000만 원

2014. 12. 31.: 5,000만 원

2015. 1. 23.: 5,000만 원

2015. 3. 3.: 5,000만 원

.

2015. 7. 3.: 1억 원

- 다음 -

* 상기 금액 총 3억 원을 전액 정히 영수하였으므로 아래 사항에 대하여 확약합니다

1, V동 부동산에 대한 피상속인 F, 상속인 G의 상속등기 및 매매등기(G로부터 AA로 매매등기)로 인하여 발생한 법무비용(위 영수금액)에 대하여는 법무법인 Y과 법무법인 Y 대표변호사인 Z 변호사가 매수인 AA, G 수임인 R과 연대하여 반환한다.

2. 만일 2015. 8. 말일까지 상속 및 매매등기가 완료되지 않을 경우 법무법인 Y과 법무법인 Y 대표변호사인 Z 변호사가 위 금액을 연대하여 반환한다.

다) 피고 C은 2016. 2. 2. K, R과 사이에 다음과 같은 내용의 약정서를 작성하였다.

약정서

2. 병(G, G의 포괄대리인 R, 이하 같다)은 확정채권(15억 원) 양도를 승인하고 어떠한 이의도 제기하지 않는다. 갑(피고 C, 이하 같다)은 을(K, 이하 같다)을 대리하여 G 내지 G의 대리인 R에게 채권양도통지를 한다.

3. 갑이 을에게 이체한 금원은 중국인 G의 국내송환 및 국적취득, 소송행위, 단독지분을 위한 경정등기, G의 생계유지 등 G를 위한 비용으로 사용한다. 병은 갑이 병을 위하여 소송대리인 법무법인 Y에게 지급한 비용 및 약정금, 위 1항으로 을에게 추가 지급한 금원, 갑이 을로부터 양도받은 확정채권액에 대하여 갑에게 직접 채무를 부담한다.

6. 을과 병이 2016. 2. 말일까지 갑이 을과 병에게 지급한 원금 및 약정금 기타 비용(등기비용 등) 전액을 지급할 경우, 갑은 근저당권을 말소하거나 을에게 재양도하여 준다.

2) 피고 B의 금원 투자 경위 가) 피고 B과 R, AA는 2016. 2. 22. "피고 B이 G에게 G의 국내송환 및

상속부동산 정리를 위한 비용 명목으로 3억 원을 투자하면, G와 R은 위 3억 원을 포함하여 10억 원을 원고에게 반환하되, 2016. 3. 말일까지 그 중 7억 원, 2016. 9. 말일까지 3억 원을 각 지급하고, AA는 위 G 등과 연대하여 위 투자약정금 반환채무를 부담한다."고 약정하였다.

나) 피고 B은 2016. 2. 24. 1억 원을 R의 계좌로 이체한 것을 비롯하여 2016. 10. 27.까지 합계 4억 원을 투자금 명목으로 R 내지 AA를 통해 G에게 지급하였다.

다) 위 투자약정이 제대로 이행되지 아니하자 AA는 피고 B에게 '그 불이행 사실을 인정하고 G 등과 연대하여 위 투자약정금 10억 원에다 위약벌금 5억 원을 합한 15억 원을 피고 B에게 지급하겠다.'는 내용으로 2016. 6. 20. 자 이행확약서를 작성하여 주었다.

3) 피고들의 G를 상대로 한 약정금청구의 소 제기 피고들은 대전지방법원에 G를 상대로 약정금으로 각 15억 원과 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 대전지방법원은 2017. 7. 19. 피고들의 청구를 모두 인용하는 판결을 선고하였다(대전지방법원 2017가합101021호, 이하 '이 사건 약정금 판결'이라 한다). 위 판결은 2017. 8. 4. 그대로 확정되었다.

라. V동 부동산 중 G 지분에 대한 제2 근저당권 설정과 이에 대한 말소등기청구소송의 경위

1) G의 대리인 R은 2016. 1. 18. K에게 V동 부동산 중 G 지분(4분의 1)에 관하여 '근저당권자 K, 채권최고액 15억 원, 채무자 G'로 하여 근저당권설정등기를 마쳐 주었다(서울중앙지방법원 중부등기소 2016. 1. 18. 접수 제2534호, 이하 '제2 근저당권'이라 한다).

2) 피고 C은 2016. 1. 22. K로부터 G에 대한 제2 근저당권부 채권을 양수하고, 제2 근저당권에 관하여 자신 명의로 근저당권전부이전의 부기등기를 마쳤다(서울중앙지방법원 중부등기소 2016. 1. 22. 접수 제3180호).

3) 피고 C은 2017. 3. 6. L에게 제2 근저당권 중 3억 원의 근저당권을 이전하고 그 일부이전의 부기등기를 마쳤고(서울중앙지방법원 중부등기소 2017. 3. 6. 접수 제9349호), L는 2017. 5. 23. M에게 위 3억 원의 근저당권에 대하여 근저당권지분전부이전등기를 마쳤으며(서울중앙지방법원 중부등기소 2017. 5. 23. 접수 제20894호), M은 2017. 10. 31. N에게 위 3억 원의 근저당권 중 2억 원의 근저당권을 이전하고 그 일부이전의 부기등기를 마쳤다(서울중앙지방법원 중부등기소 2017. 10. 31. 접수 제44854호).

4) 변호사 O는 2017. 10. 26. 피고 C와 M을 상대로 서울중앙지방법원에 제2 근저당권에 대한 처분금지가처분을 신청하여 2017. 11. 8. 서울중앙지방법원으로부터 위 근저당권에 관한 처분금지가처분결정을 받았고(서울중앙지방법원 2017카합81487호), 같은 날 제2 근저당권에 관하여 처분금지가처분등기가 마쳐졌다.

5) 변호사 O의 소송수계인 망 F의 유언집행자 P은 2018. 1. 11. 피고 C와 M, N을 상대로 서울중앙지방법원에 제2 근저당권설정등기에 대한 말소등기청구의 소를 제기하였고, 서울중앙지방법원은 2019. 5. 9. 위 P의 청구를 인용하는 판결을 선고하였다(서울중앙지방법원 2018가합502226호). 피고 C은 이에 항소하였고, 서울고등법원은 2020. 6. 22. 피고 C과 P에게 V동 부동산에 설정된 피고 C 명의의 근저당권을 말소하라는 화해권고결정을 하였으며, 위 화해권고결정은 2020. 7. 17. 그대로 확정되었다.

마. Q의 V동 부동산에 관한 매매계약 체결과 원고의 피고들에 대한 별지 1 목록 기재 부동산에 관한 근저당권설정등기 등

1) G의 대리인 R은 2019. 7. 26. 원고의 대표자인 Q와 사이에 "G가 Q에게 V동 부동산 전체를 매매대금 20억 원에 매도한다."는 내용의 매매계약을 체결하였다(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다). 이 사건 매매계약의 구체적인 내용은 아래와 같다.

부동산매매계약서

제1조 위 부동산매매에 대하여 매도자는 다음과 같은 지불 방법으로 토지소유자에게 대금을 지불하기로 한다.

매매금액	20억 원
계약금	1억 원을 계약 당시 지불하고 영수함
중도금	근저당금 15억 원은 중도금으로 계약 당시 지불한 것으로 쌍방 합의함
잔액금	4억 원은 매수인1) '매수인'의 오기로 보인다. 소유의 부동산을 매도인의 요청으로 설정하여 주기로 함

제2조 토지건물인도는 잔금지불일 하기로 한다.

제5조 근저당금 15억 원을 잔금에 포함하여 매수자가 인수하기로 한다.

제6조 잔금 4억 원에 대한 근저당은 매도자의 요청하는 금액으로 하여 주고 차후 정산한다.

2) 피고 C은 2019. 9. 16. AA에게 아래와 같은 내용의 이행확약서(이하 '이 사건 이행확약서'라 한다)를 작성하여 주었다.

이행확약서

이행확약인 피고 C

위 이행확약인은 다음과 같은 이행사항을 확약합니다.

- 다음 -

1. 위 이행확약인과 피고 B에게 별지 1 목록 기재 부동산에 관하여 2순위 근저당권(피고 C 원금 4억 7천만 원 및 채권최고액 5억 2천만 원, 피고 B 원금 4억 원 및 채권최고액 4억 8천만 원, 총 채권최고액 10억 원)을 설정하여 준다.

2. 위 제1항이 이행되고, 투자원금(피고 C 4억 7천만 원, 피고 B 4억 원)이 변제된 경우 이행확약인은 V동 부동산 중 G 지분에 설정된 제2 근저당권(12억 원)을 말소하고, 동시에 위 제1항의 2순위 근저당권도 말소한다.

3) R은 Q에게 "피고 C이 이 사건 매매계약에 따른 중도금 명목으로 Q가 인수 부담하기로 한 제2 근저당권부 채무를 8억 7,000만 원으로 감액하여 준다고 하니 마음이 변하기 전에 별지 1 목록 기재 부동산(이하 '홍천 부동산'이라 한다)에 관하여 근저당권을 설정하여 주고 중도금을 감액 받으라."는 취지로 말하고, AA로부터 이 사건 이행확약서 사본을 건네받아 Q에게 전달하였다.

4) Q가 대표자로 있던 원고는 2019. 9. 19. 피고들에게 홍천 부동산에 관하여 '근저당권자 피고들, 채권최고액 10억 원, 채무자 원고'로 하여 근저당권설정등기를 마쳤다(춘천지방법원 홍천등기소 2019. 9. 19. 접수 제18414호, 이하 '제1 근저당권'이라 한다). 위 근저당권설정등기를 위하여 원고와 피고들 사이에 근저당권설정계약서가 작성되었는데, 피고들은 참석하지 않았고, 원고로부터 관련 업무를 수임한 법무사가 대신 작성하였다. 그 주요내용은 다음과 같다.

근저당권설정계약서

채권자 겸 근저당권자 1. 피고 B 2. 피고 C

채무자 겸 소유자 원고

채권최고액 금 1,000,000,000 원

제1조 근저당권설정자는 채무자가 위 금액 범위 안에서 채권자에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대채무나 보증인으로서 기명날인한 차용금증서, 각서, 지급증서 등의 채무와 발행 배서 보증 인수한 모든 어음채무 및 수표금상의 채무 또는 상거래로 인하여 생긴 모든 채무를 담보코자 홍천 부동산에 관하여 근저당권을 설정한다.

바. Q의 이 사건 매매계약의 해제 통지와 제1 근저당권설정계약의 취소 통지

1) 피고 C(법률대리인 법무법인 D 담당변호사 C)은 2020. 1. 17. 원고에게 '근저당권설정계약에 따라 담보된 채무의 지급 독촉'이라는 제목으로 "피고 C은 원고에 대하여 피고 C의 투자원금 4억 7,000만 원이 변제될 경우 홍천 부동산에 대한 피고 C의 근저당권을 말소하여 주기로 한 사실이 있다. 원고는 2020. 1. 31.까지 피고 C의 투자원금 4억 7,000만 원을 피고 C에게 지급하여 주기 바란다. 위 기한까지 투자원금 4억 7,000만 원이 변제되지 아니하면 피고 C은 홍천 부동산에 대하여 임의경매를 신청할 예정이다."라는 내용의 내용증명우편을 보냈고, 위 우편은 그 무렵 원고에게 도달하였다.

2) 원고는 2020. 1. 22. 피고들 대리인인 법무법인 D에게 '근저당권설정계약 취소통지'라는 제목으로 "V동 부동산에 설정된 근저당 12억 원에 대하여 부동산 소유자 G의 대리인 R과 약속된 2019. 12. 31.까지 매수자 Q에게 소유권이전등기를 완료하는 조건부로, V동 부동산이 매수자 Q에게 소유권이전과 동시에 피고들에게 8억 7,000만 원을 변제하고 V동 부동산에 설정된 12억 원의 근저당권과 원고 소유의 홍천 부동산에 설정된 근저당설정액 10억 원을 동시에 해제하기로 약속한 사실은 인정한다. V동 부동산을 G의 대리인 R이 매수자 Q와 약속한 2019. 12. 31.까지 소유권이전등기를 필하지 못한 결과로 홍천 부동산에 설정된 10억 원의 근저당권설정계약은 계약조건 미완성을 이유로 2020. 1. 31. 자로 취소함을 통지한다."라는 내용의 내용증명우편을 보냈고, 위 우편은 그 무렵 피고들에게 도달하였다.

3) Q는 2020. 2. 14. G의 대리인인 R에게 다음과 같은 내용의 내용증명우편을 보냈고, 위 우편은 그 무렵 R에게 도달하였다.

이 사건 매매계약 해제통고

2. R과 AB는 2019. 7. 30. V동 부동산을 AC에게도 매매대금 20억 원에 계약하고 계약금 1억 원을 계약 당일 수령하여 편취하였고, 2019. 9. 24.에는 중도금 2억 원을 R과 AB는 공동으로 편취한 사실이 확인되었다.

3. 그리하여 Q는 R과의 이 사건 매매계약을 2020. 2. 13. 자로 해제 통고하니, 계약금 1억 원을 조속히 배상하기 바란다.

4. Q는 2019. 9. 18. R의 간곡한 요청으로 홍천 부동산에 근저당권 10억 원을 피고들에게 설정하여 준 조건은 V동 부동산의 소유권을 2019. 12. 31.까지 대법원 판결이 있거나 아니면 상고를 취하해서라도 이전하여 주면 Q는 피고들에게 8억 7,000만 원을 지급하고 홍천 부동산과 V동 부동산에 설정된 근저당권 12억 원을 동시에 해제하기로 피고 C와 약속하였으나, R이 Q와의 약속을 불이행하여 2020. 2. 6. 피고들이 홍천 부동산에 대하여 임의경매개시결정을 하였고, Q는 홍천 부동산의 근저당권 말소를 위하여 V동 부동산의 매도자 대리인인 R에게 매매계약 해제를 통고하니 계약금 배액을 조속히 변제하기 바라며, 또한 제1 근저당권도 즉시 말소하여 주기 바란다.

[인정근거] 다툼이 없거나 이 법원에 현저한 사실, 갑 제1 내지 8, 10, 17 내지 20호증(특별히 표시하지 않는 한 가지번호 있는 것은 가지번호 포함. 이하 같다), 을 제1, 2, 3호증의 각 기재, 이 법원의 원고 대표자 본인신문 결과, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장 요지

가. 피담보채무가 존재하지 않아 제1 근저당권설정등기가 말소되어야 한다는 주장

원고가 피고들에게 제1 근저당권을 설정하여 준 것은 Q가 G의 피고들에 대한 채무를 인수함으로써 Q가 피고들에게 직접 부담하게 된 채무를 담보하기 위한 것이고, Q가 G의 피고들에 대한 채무를 인수한 것은 이 사건 매매계약이 유효할 것을 조건으로 한 것이다. 그런데 이 사건 매매계약이 Q의 해제권 행사 등으로 무효가 되었으므로 Q의 위 채무인수도 무효가 되었다. 따라서 Q는 피고들에 대하여 아무런 채무를 부담하지 않게 되었으므로, 제1 근저당권설정등기는 피담보채무가 존재하지 않아 말소되어야 한다.2)

나. 사기에 의한 의사표시를 이유로 제1 근저당권설정계약을 취소한다는 주장

1) G의 대리인인 R은 원고의 사내이사인 Q에게 "이 사건 관련판결 제1심과 항소심에서 G가 패소하기는 하였으나, V동 부동산에 관한 G 명의 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기이므로 상고심에서 소유권을 인정받을 수 있을 것이고, 설령 G가 위 소송에서 최종 패소한다 할지라도 G는 남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법(이하 '남북가족특례법'이라 한다)에 따라 재산관리인을 선임하여 V동 부동산에 관하여 소유권이전등기를 할 수 있으므로, Q가 이 사건 매매계약에 따라 V동 부동산의 소유권을 취득하는 데 아무런 문제가 없을 것이다."라고 말하여, 이에 속은 Q와의 사이에 이 사건 매매계약을 체결하고, 나아가 Q로 하여금 이 사건 매매계약이 유효함을 전제로 피고들에게 제1 근저당권을 설정하여 주도록 하였다. 따라서 제1 근저당권설정계약은 사기로 인한 의사표시에 해당하므로, 민법 제110조 제1항 내지 제2항에 따라 취소되어야 한다.

2) 피고들의 대리인인 R은 제1 근저당권을 설정함에 있어서 Q에게 제2 근저당권설정등기의 말소등기를 명하는 제1심판결이 선고된 사실을 고지하지 않은 채, "홍천 부동산에 채권최고액 10억 원의 근저당권을 설정하고 나아가 피고들의 G에 대한 투자원금(피고 C 4억 7,000만 원, 피고 B 4억 원)을 변제하면, V동 부동산 중 G 지분에 설정되어 있는 제2 근저당권과 위 홍천 부동산에 설정된 근저당권(제1 근저당권이다)을 말소한다."는 내용의 이 사건 이행확약서 사본을 교부하였다. 제2 근저당권설정등기가 어차피 말소될 것임을 모르는 Q는 사실상 아무런 담보가치가 없는 제2 근저당권설정등기를 말소하기 위하여 원고로 하여금 피고들에게 제1 근저당권설정등기를 경료하도록 하였다. 따라서 제1 근저당권설정계약은 피고들의 대리인인 R의 사기에 의한 의사표시에 해당하므로 취소되어야 한다.3) 4)

다. 착오에 의한 의사표시를 이유로 제1 근저당권설정계약을 취소한다는 주장

원고는 Q가 G로부터 V동 부동산의 소유권을 취득할 수 있도록 하기 위하여 제1 근저당권을 설정하여 주었고, 이러한 제1 근저당권설정계약의 동기는 의사표시의 내용으로 표시되었다. 그러나 사실은 V동 부동산이 G의 소유가 아니어서 Q는 G로부터 V동 부동산 소유권을 취득할 수 없었다. 피고들은 Q가 V동 부동산을 취득할 수 있다고 원고가 착오하도록 유도하였다. 따라서 제1 근저당권설정계약은 착오에 의한 의사표시에 해당하여 취소되어야 한다.

라. 제2 근저당권에 존재하는 하자를 제1 근저당권이 승계한다는 주장

제1 근저당권은 제2 근저당권과 연쇄관계에 있으므로, '근저당권에 처분금지를 명하는 가처분결정이 등기부에 공시되어 있다'는 등 제2 근저당권에 존재하는 하자는 제1 근저당권의 하자로 승계되어야 하고, 제2 근저당권이 말소된다면 제1 근저당권 역시 말소되어야 한다.

마. 제1 근저당권의 성립이 무효라는 주장

- 1) 남북가족특례법 제15, 19조에 따르면 북한주민의 법률행위는 재산관리인을 통하지 않으면 무효이고, 법원에 의하여 부재자 재산관리인의 선임이 있는 경우에는 부재자를 위하여 그 재산관리인만이 소송행위를 할 수 있음에도, 부재자 재산관리인이 아닌 중국 국적자로 위장된 G를 직접 당사자로 한 이 사건 약정금 판결은 법원을 기망하여 얻어낸 무효의 판결이고, 달리 피고들이 G에 대하여 채권을 보유하고 있는지 여부를 증명할 증거가 없으므로, 제1 근저당권은 피담보채권이 존재하지 않아 효력이 없다.
- 2) 원고는 피고들에 대하여 채무를 부담하고 있지 않음에도, 피고들은 제1 근저당권을 설정함에 있어 원고를 채무자로 하였으므로, 제1 근저당권설정등기는 원인무효인 등기에 해당한다.

3. 판단

가. 피담보채무가 존재하지 않아 제1 근저당권이 말소되어야 한다는 주장에 관하여

- 1) 제1 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채무가 '채무인수로 Q가 직접 피고들에게 부담하게 된 채무'인지 여부 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채무의 내용과 범위는 근저당권설정자와 근저당권자간의 계약, 즉 근저당권설정계약에 의하여 정하여지는 것으로서, 근저당권설정계약 당시 근저당권설정자와 근저당권자 사이에 그 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채무와 그 채무자 등을 지정함에 관한 의사가 합치된 경우에는 비록 이로써 지정된 실제 채무자와 근저당권설정계약서상이나 등기부상의 채무자가 다르다고 하더라도 그 근저당권설정계약에 기해 경료된 근저당권설정등기는 유효하고, 그 근저당권의 피담보채무는 근저당권설정계약서나 등기부상 등재된 채무자의 채무가 아닌 실제 채무자의 그것으로 보아야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다17840 판결). 한편 부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 다른 특별한 약정이 없는 이상, 이는 매도인을 면책시키는 채무인수가 아니라 이행인수로 보아야 하고, 매수인이 위 채무를

현실적으로 변제할 의무를 부담한다고 해석할 수 없다(대법원 1993. 2. 12. 선고 92다23193 판결 등 참조).

위 법리에 따라 이 사건에서 보건대, 앞서 본 기초사실 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 의하면, 제1 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채무는 "채무인수로 Q가 피고들에 대하여 직접 의무를 부담하게 된 'G의 피고들에 대한 약정금 채무'"라고 봄이 타당하다.

① Q와 G의 대리인인 R은 이 사건 매매계약에서 '근저당금 15억 원은 중도금으로 계약 당시 지불한 것으로 쌍방 합의한다. 근저당금 15억 원을 매수자가 인수하기로 한다.'고 약정함으로써 V동 부동산에 관한 제2 근저당권의 피담보채무를 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 하였으므로, Q는 일단 이 사건 매매계약을 체결하여 제2 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채무를 이행인수하였다. 여기서 제2 근저당권으로 담보되는 피담보채무는 'G가 피고들로부터 금원을 투자받음으로써 발생한 G의 피고들에 대한 약정금 채무'이다.

② Q는 원고로 하여금 피고들에게 홍천 부동산에 관하여 제1 근저당권을 설정하여 주도록 하였는데, 제1 근저당권설정계약에서 약정한 피담보채무는 '원고가 10억 원의 금액 범위 안에서 피고들에 대하여 기왕 현재 부담하거나 장래 부담하게 될 채무'이므로, Q는 제1 근저당권설정계약이 체결될 무렵 이행인수를 넘어 병존적 채무인수의 의사를 표시하였다고 보아야 한다. 한편 피고들은 R을 통하여 Q에게 "제2 근저당권으로 담보되는 채무 중 투자원금인 8억 7,000만 원만 변제하면 V동 부동산 중 G 지분에 관하여 설정된 제2 근저당권(12억 원)을 말소하여 주겠다."면서 이 사건 이행확약서 사본을 교부하였으므로, 이로써 Q의 채무인수를 승낙하였다.

③ 피고 C은 2020. 1. 17. 원고에게 '원고는 2020. 1. 31.까지 피고 C의 투자원금 4억 7,000만 원을 피고 C에게 지급하여 주기 바란다. 위 기한까지 투자원금 4억 7,000만 원이 변제되지 아니하면 피고 C은 홍천 부동산에 대하여 임의경매를 신청할 예정이다.'라는 내용으로 내용증명우편을 보냈다. 이는 피고들과 Q 사이에 채무인수계약이 체결되었음을 방증한다.

④ 한편, 원고나 Q와 피고들 사이에 'Q가 인수한 G의 피고들에 대한 채무' 이외에 다른 채권·채무가 존재함을 인정할 만한 아무런 자료가 없다.

2) Q의 채무인수가 이 사건 매매계약이 유효할 것을 조건으로 하였는지 여부 조건은 법률행위 효력의

발생이나 소멸을 장래의 불확실한 사실의 성립 여부에 의존하게 하는 법률행위의 부관으로서 법률행위 내용의 일부를 구성한다. 특정 법률행위에 관하여 어떠한 사실이 그 효과의사의 내용을 이루는 조건이 되는지와 해당 조건의 성취 또는 불성취로 말미암아 법률행위의 효력이 발생하거나 소멸하는지는 모두 법률행위 해석의 문제이다. 법률행위의 해석이 문제 되는 경우 그 법률행위가 이루어진 동기와 경위, 당사자가 법률행위를 통하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래와 관행 등을 종합적으로 고려하여 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결 참조).

위 법리에 따라 이 사건에서 보건대, 앞서 본 기초사실 및 을 제4호증의 기재, 이 법원 증인 AA의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, Q와 피고들 사이에 체결된 채무인수계약은 이 사건 매매계약이 유효할 것을 조건으로 체결되었다고 봄이 타당하다.

① 이 사건에서 피고들은 제1 근저당권설정계약의 체결 및 제1 근저당권의 설정등기 과정에 직접 참여하지 않았고, R이 피고들을 대신하여 피고들의 의사를 전달하고 피고들의 주민등록초본 및 이 사건 이행확약서 사본을 전달하였으므로, Q와의 채무인수계약은 R이 피고들을 대리하여 체결하였다고 봄이 타당하다. 그런데 R은 이 사건 매매계약상 매도인인 'G'의 대리인이기도 하였다. R은 채무인수계약을 체결함에 있어 Q에게 "제1 근저당권을 설정하여 주고 이 사건 매매계약에 따른 중도금을 감액받으라."라는 취지로 말하였다.

③ Q가 G의 피고들에 대한 채무를 인수한 이유는 이 사건 매매계약에서 중도금의 지급에 갈음하여 제2 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채무('G의 피고들에 대한 채무'이다)를 이행인수하였기 때문인데, Q와 R은 이 사건 매매계약 제5조에서 "근저당금 15억 원은 '잔금에 포함하여' 매수자가 인수하기로 한다."라고 하여 'Q가 제2 근저당권부 채무를 잔금지급일에 인수한다.'는 취지로 약정하였다.

④ Q가 인수한 'G의 피고들에 대한 약정금 채무'는 제1 근저당권 설정 당시 이미 이행기가 도래한 상태였다. 이미 이행기가 도래한 상태였으므로 아무런 조건 없는 채무인수계약을 체결하면서 언제까지 인수한 채무를 어떻게 변제할 것인지를 합의하지 않는다는 것은 이례적인 일이다.

⑤ 피고 C은 제1 근저당권이 설정된 이후인 2019. 12. 5. Q를 만나 다음과 같은 대화를 나누었는데,

그 내용에 비추어 보면, Q는 채무인수계약으로 'G의 피고들에 대한 채무'를 인수하더라도 아무런 조건 없이 G의 피고들에 대한 채무를 이행할 의사는 아니었고, 피고 C도 Q의 그러한 의사를 수긍하였음을 알 수 있다.

Q: 그래서 원래 안 할라고 그랬어요, 제가

C: 아예

Q: 왜? 누가 그 사업지(홍천 부동산을 의미한다)에다 그런 걸(제1 근저당권을 의미한다) 딱하니 걸어놓나? 사실!

C: 그러니까 .. 해주기 쉽지 않죠.

- 중략 -

Q: 그런데 뭐 무턱대고 내가 뭐 그거를 해놨다고 돈을 주고 이런 상황이 아니잖아?

C: 네

Q: 그래도 마음이라도 안정시키게 해드리고

C: 네

Q: 그런 차원에서 한 거지 아무 의무가 없잖아?

- 중략 -

Q: 그래서 이런 것들이 그냥 뭐 대충해서 뭐 설정 아니라 무슨 뭐 예들 들어 뭘 해도 아무 소용이 없어요. 그 원인이 짝 정리돼서 들어가면 자연스럽게 순환이 돼.

C: 네.

Q: 아, 그 인제 불안해 하시니까 좀 해달라고 해서 해드린 거니까, 어쨌든 순서대로

C: 네.

Q: 뭐긴 시간 가겠어요?

C: 네

Q: 제가 볼 때 뭐 대충 들어보니까 한 2, 3개월 안이면 정리가 되지 않을까 싶어요.

C: 예, 저도 인제 그 R 회장님을 통해서

- 중략 -

C: 저희(피고들을 의미한다)가 인제 그냥 근거 없이 하는 게 아니라 대표님(Q를 의미한다)한테 설명을 드려야 되는 게 저희가 이제 G씨한테 투자를 했고, 거기에 대해서 저희가 이제 투자금 받을 부분에 대해서 담보해 주시는 의미로 근거당 설정해 주신 거니까.

Q: 그러니까 G씨 게 풀어지면서 자연스럽게 다 돌아가는 거여! 어쨌든

C: 아, 그렇죠! G만 풀어지면 다 풀어지는 거죠. 네, 그래서 그걸 저희가 이제 설명을 드려야 될 것 같아서, 대표님한테.

3) Q와 피고들 사이의 채무인수계약이 무효로 되는지 여부 채무인수계약은 채무인수계약의 원인이 되는 기초적 법률행위와 무인(無因)관계에 있는 것이 원칙이나, 채권자와 인수인이 기초적 법률행위의 효력 발생을 채무인수계약의 조건으로 한 경우(대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다66800 판결의 취지 참조) 등 특별한 사정이 있는 경우에는 기초적 법률행위가 무효로 되면 채무인수계약 또한 무효로 된다.

위 법리에 따라 이 사건에서 보건대, Q의 채무인수계약이 기초적 법률행위인 이 사건 매매계약의 효력 발생을 조건으로 하고 있음은 위 2)항에 본 바와 같으므로 이 사건 매매계약이 무효로 되면 채무인수계약 또한 무효가 된다. 그런데 Q는 2020. 2. 14. G의 대리인인 R에게 'R과 AB가 2019. 7. 30. AC에게도 V동 부동산을 20억 원으로 매도한 사실이 확인되었다.'는 이유로 이 사건 매매계약의 해제를 통지한 사실, G의 대리인인 R은 Q에게 매도하기 이전에도 AA에게 V동 부동산을 매도한 적이 있는 사실은 앞서 기초사실에서 본 바와 같고, 갑 제4, 19, 22호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 관련판결은 "V동 부동산에 관하여 상속등기를 신청한 G가 망 F의 진정상속인인 G와 동일인지 여부도 분명하지 않다."고 판단한 사실, Q는 "R이 Q의 동의 없이 임의로 2019. 7. 30. R의 처 AB를 G의 대리인으로 하여 AC 부부와 V동 부동산에 관하여 대금 20억 원으로 정하여 매매계약을 체결하고는 계약 당일 계약금 명목으로 1억을, 2019. 9. 24. 중도금 명목으로 2억 원을 수령한 사실이 있다."고 주장하며 R을 사기죄로 고소한 사실을 각 인정할 수 있다. 여기에다가 피고들은 '이 사건 매매계약이 해제되었다'는 원고의 주장에 대하여 특별히 다투지 않는 점까지 더하여 보면, 이 사건 매매계약은 Q의 2020. 2. 14. 자 해제 통지로 무효로 되었고, 그에 따라 Q의 채무인수계약 또한 무효가 되었다고 봄이 타당하다.

4) 제1 근저당권설정등기가 말소되어야 하는지 근저당권에 의하여 담보되는 채권이 전부 소멸하고 채무자가 채권자로부터 새로이 금원을 차용하는 등 거래를 계속할 의사가 없는 경우에는, 근저당권설정자는 계약을 해제하고 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있다(대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다47528 판결 등 참조)

위 법리에 따라 이 사건에서 보건대, 제1 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채무가 '채무인수로 Q가 직접 피고들에게 부담하게 된 채무'이었음은 앞서 1)항에서 본 바와 같은데, 위 3)항에서 본 바와 같이 Q의 채무인수계약이 무효로 되었으므로, 제1 근저당권에 의하여 담보되는 채권은 전부 소멸하였다고 할 것이다.

따라서 피고들은 피담보채무의 소멸을 이유로 근저당권의 말소를 구하는 원고에게 제1 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 원고의 나머지 주장에 관하여

원고의 주장 중 '피담보채무가 존재하지 않아 제1 근저당권설정등기가 말소되어야 한다는 주장'을 받아들이므로, 원고의 나머지 주장에 관하여는 더 나아가 판단하지 않는다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 이유 있어 인용하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 받아들여 제1심판결을 취소하고, 피고들에 대하여 제1 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 명하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사한소영

판사박진환

판사김병식

별지

1) '매수인'의 오기로 보인다.

2) 원고의 ① "원고가 중도금 명목으로 정산처리한 제2 근저당권 채무 15억 원을 8억 7,000만

원으로 감액하는 조건으로 피고들에게 설정하여 준 제1 근저당권설정등기는 (그 피담보채무가) 원고의 계약해제 또는 소유권이전등기의 말소를 증명하는 확정판결로써 소멸되어 존재하지 아니하는 이상, 제1 근저당권설정등기는 말소되어야 한다."는 주장(2021. 1. 26. 자 준비서면 제8-9면 참조), ② "(Q가) 이 사건 매매계약의 중도금 지급 이행을 위하여 피고 C 명의의 제2 근저당권부 채무를 인수한 것은 이 사건 매매계약의 효력이 발생하는 것을 조건으로 하였는데, 이 사건 매매계약이 이행불능인 이상, 그 조건의 불성취로 제1 근저당권설정등기는 말소되어야 한다."는 취지의 주장(2021. 5. 24. 자 준비서면 제4~6면 참조), ③ "Q는 '실질적으로 지출된 돈이 계약금 1억 원 뿐이므로 어차피 중도금 단계에서 계약이 무산되면 계약금만 잃는 것으로 끝나는 것이고, 중도금 지급을 담보하기 위하여 설정된 제1 근저당권설정등기는 말소될 것'이라고 생각하였다."는 취지의 주장(2022. 2. 28. 자 준비서면 제9면 참조)을 위와 같이 설했다.

3) 원고의 ① "피고 C와 R은 공모한 뒤, Q에 대하여 피고들에게 제1 근저당권설정등기를 제공해 주면 Q가 인수부담한 제2 근저당권 채무를 8억 7,000만 원으로 감액해 줄 것처럼 기망하였고, 이를 믿은 Q로부터 피고들 명의로 제1 근저당권설정등기를 경료할 당시, 제2 근저당권설정등기는 원인무효로서 판결에 의하여 말소되어야 한다는 사실을 숨긴 상태에서 제1 근저당권설정등기를 취득함으로써, C와 R은 원고에 대한 사기죄를 범하였다"라는 주장(2021. 1. 26. 자 준비서면 제8면 참조), ② "피고 C은 원인무효인 소유권이전등기에 터 잡은 자신의 근저당권설정등기 역시 말소되어야 한다는 제1심판결을 알고 있는 상태에서 원고에게 이행확약서를 써 주는 조건으로 원고로부터 제1 근저당권을 설정받은 것이다. 제1 근저당권설정계약은 R의 사기에 의한 의사표시에 해당하고 피고들은 이에 공모하였다. 원고는 2020. 1. 22. 피고들에게 제1 근저당권설정계약 취소의 의사표시를 하였고 이는 같은 날 도달하였는바, 제1 근저당권설정계약은 취소되었다."라는 주장(원고의 2021. 12. 1. 자 항소이유서 제12면 참조) 등을 설했다.

4) 원고는 "이와 같은 기망행위가 제3자인 R의 기망행위이고 피고들이 이를 알았거나 알 수 있었으므로 민법 제110조 제2항이 적용된다."고도 주장하였다. 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자의 사기나 강박은 민법 제110조 제2항에서 말하는 제3자의 사기·강박에 해당하지 아니하므로 대리인이 기망행위를 하여 상대방이 의사표시를 한 경우에 본인이 이를 알지

못하였고 알 수도 없었을지라도 상대방은 그 의사표시를 취소할 수 있는 것이므로(대법원 1999. 2. 23. 선고 98다60828, 60835 판결 등 참조), 위 주장을 별개의 주장으로 나누지 않는다.