

대전지방법원 서산지원 2020. 4. 21 선고 2018가단4095 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원 고 A

소송대리인 변호사 김재규, 강하영

피 고 B

변 론 종 결 2020. 4. 7.

판 결 선 고 2020. 4. 21.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 대전지방법원 서산지원 등기과 2018. 2. 14. 접수 제6849호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

아래 사실들은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1, 2, 5, 6 내지 9호증 및 을 제1 내지 7호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함. 이하 같다)의 각 기재, 증인 C 및 D와 E의 각 증언, 이 법원의 주식회사 F에 대한 금융거래정보조회결과에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 원고 소유인 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 2018. 2. 13. 설정계약을 원인으로 한 대전지방법원 서산지원 등기와 2018. 2. 14. 접수 제6849호로 채권최고액 3억 원, 채무자 C1), 근저당권자 E으로 된 1순위 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)가 마쳐졌다.

나. 그 얼마 후인 2018. 3. 13. 이 사건 근저당권자 E은 채권양도를 원인으로 위 근저당권 명의를 피고로 변경하는 근저당권 이전의 부기등기를 대전지방법원 서산지원 등기와 같은 날 접수 제9837호로 마쳐주었다.

다. 피고는 이 사건 근저당권자로서 이 사건 각 부동산에 관한 임의경매를 신청하여 2018. 7. 30. 이 법원 G 임의경매개시결정에 따라 현재 경매절차가 진행 중이다.

라. 원고와 그 아들 C은 2018. 2. 14. 채권자를 기재함이 없이 C이 1억 5,000만 원을 차용하고 원고는 그 반환채무를 연대하여 보증한다는 차용금증서(이하 '이 사건 차용금증서'라 한다)를 작성하였고, C은 같은 날 H로부터 4,000만 원을 송금 받았으나 그 직후 법무사 비용 등의 명목으로 500만 원을 다시 H에게 송금하였다.

마. 원고의 아들인 C과 D은 친구 사이이고, 피고와 E은 동향의 친구사이인바, E은 자신의 후배인 I으로부터 금전대여를 부탁받고 피고에게 말하여 피고가 금전차용자인 H의 금융기관계좌에 2018. 2. 14.경 3,000만 원과 1억 2,000만 원 등 합계 1억 5,000만 원을 송금하였고, 앞서 본바와 같이 H는 위 돈 중 4,000만 원을 C에게 송금한 후 다시 500만 원을 돌려받았다.

2. 판단

가. 저당권의 권리자와 실제 채권자, 그리고 저당권의 채무자와 실제 채무자

저당권은 채무의 담보로 부동산을 제공하여 다른 채권자보다 그 담보채권의 우선변제를 받을 수 있는 권리로, 그 담보한 채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다(민법

제356조, 제361조). 저당권의 위와 같은 특성상 실제 채권자와 근저당 권리자가 동일인이어야 하고 실제 채무자와 근저당권의 채무자도 동일인이어야 함이 원칙적인 저당권이나 근저당권의 모습이라 할 것이다.

나. 이 사건 근저당권 피담보채권의 실제 채권자와 근저당권 명의자

1) 이 사건 근저당권의 설정등기 당시 명의자는 E이나 위 기초사실 및 그 증거들에 의하면 실제 채권자는 피고라고 할 것이다.

2) 이렇게 실제 채권자와 근저당권의 권리자가 다른 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다고 보아야 할 것이다(대법원 1995. 9. 26. 선고 94다33583 판결, 2000. 1. 14. 선고 99다51265, 51272 판결, 2000. 12. 12. 선고 2000다49879 판결 등 참조).

3) 앞의 기초사실 및 그 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들, 즉 ① 이 사건 차용금증서에는 원고와 그 아들 C이 1억 5,000만 원을 차용하는 것으로 기재되어 있는 사실, ② 실제 피고는 H에게 위 차용금증서 기재 차용금액인 1억 5,000만 원을 송금하였고, H는 위와 같이 피고로부터 송금 받은 돈 중 4,000만 원을 C에게 송금한 사실, ③ 2018. 2. 14.경 충남 서산시에 있는 법무사 사무실에 이 사건 근저당권의 채무자인 C과 근저당권의 권리자인 E, 그리고 I이 이 사건 근저당권설정을 위해 함께 있는 사실, ④ 피고는 광주광역시가 주거지라 이 사건 근저당권설정 당시 법무사 사무실에 직접 가지 않고 동향 친구인 E과 전화통화로 의사소통을 하면서 돈을 송금하고 E 명의로 근저당권을 설정하는 것을 허락한 사실, ⑤ 그 후 피고는 이 사건 근저당권 명의를 자신으로 변경하는 부기등기를 마친 사실 등을 종합하면, 이 사건 근저당채무자인 C과 실제 채권자인 피고 그리고 근저당권 명의자인 E 사이에는 최소한 묵시적으로 그리고 순차적으로 실제 채권자가 아닌 E 명의로 이 사건 근저당권을 설정 받는 것에 대한 합의가 있었고, 피고와 E 사이에서는 채권양도나 제3자를 위한 계약 등으로 피담보채권이 E에게 실질적으로 귀속되어 이 사건 근저당권은 유효하게 성립하였다고 볼 수 있다.

다. 이 사건 근저당권의 채무자와 실제 채무자

1) 앞서 본바와 같이 근저당권은 실제 채무자와 근저당권상 채무자도 동일인이어야 함이 원칙이나, 그렇지 않다고 하더라도 근저당설정의 당사자 사이에 합의가 있다면 유효하게 취급될 수 있다고 할 것이다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다43348 판결, 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다32055 판결, 대법원 1999. 7. 22. 자 99마2870 결정 등 참조).

2) 앞의 기초사실 및 그 증거들에 의하면 ① H가 C에게 1억 1,500만 원에 관한 차용증을 작성해 주었다는 점에 관하여는 이 법정에서의 H 및 C의 각 증언에서 확인되는 점, ② C은 H로부터 송금받은 4,000만 원 중 500만 원을 H가 다른 부동산을 매입하는데 법무사비용이 부족하다고 하여 이를 다시 H에게 송금하였던 점, ③ C은 이 사건 근저당권이 설정된 2018. 2. 14. 당일 늦은 밤에 남양주시까지 가서 H를 만났던 점 등의 사정에 비추어 보면, 비록 피고가 이 사건 근저당권의 채무자가 아닌 H에게 직접 1억 5,000만 원을 송금하였지만, C이 피고로부터 1억 5,000만 원을 빌려 그 중 1억 1,500만 원을 다시 H에게 빌려주었다고 볼 여지도 있고, 그렇지 않다고 하더라도 이 사건 근저당권의 실제 채무자인 H와 명의상 채무자인 C 사이 및 실제 채권자인 피고 사이에 위와 같이 이 사건 근저당권의 채무자 명의를 달리하는 것에 관한 합의가 있었다고 인정할 수 있으므로 비록 이 사건 근저당권의 실제 채무자와 명의상 채무자가 다르다고 하여도 당사자들의 합의에 의하여 또는 실체관계에 부합하는 등기로 유효하게 성립하여 여전히 존속하고 있다고 할 것이다.

라. 원고의 기타 주장에 관한 판단

원고는 이 사건 근저당권에 관한 C과 피고 사이의 피담보채권 설정행위가 없거나 있었다고 할지라도 통정한 허위의 의사표시로 무효라고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 이 사건 근저당권은 채권최고액이 1억 5,000만 원이고 피고가 위 근저당권을 담보로 H에게 1억 5,000만 원을 빌려주어 피담보채권이 유효하게 성립하여 존속하고 있다고 할 것이고 이와 같은 피담보채권의 성립에 관한 C과 피고 사이의 의사표시가 통정한 허위라고 볼 증거도 없으므로 원고의 위 주장은 모두 이유 없다.

마. 소결론

따라서 이 사건 근저당권설정등기는 유효하게 성립하여 존속하고 있다고 할 것이므로 그 말소를

구하는 원고의 주장은 모두 이유 없다.

3. 결론

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

판사 안동철

별지

1) 원고의 아들이다.