

대전지방법원 서산지원 2023. 8. 16 선고 2023가단52500 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고A

피고B

소송대리인 법무법인 해법

담당변호사 김민아

변론 종결2023. 7. 5.

판결 선고2023. 8. 16.

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2020. 5. 8. 광주지방법원 나주등기소 접수 제14444호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 인정사실

가. 원고는 C와 법률상 혼인관계에 있으면서 2018. 12.경부터 2021. 3.경까지 D와 내연의 관계를 맺고 동거하였고, 피고는 D의 지인이다.

나. 원고는 2019. 5. 14. 대전가정법원 논산지원에 C를 상대로 이혼소송(대전가정법원 논산지원 2019드단344호)을 제기하였고, C은 2019. 10.경 원고가 D와 사이에 불륜관계에 있음을 발견하고 2019. 11. 4. 대전가정법원에 D를 상대로 손해배상청구소송(대전가정법원 2019드단58277호)를 제기하였다.

D와 피고의 배우자인 E은, 위 이혼소송 사건의 증인으로 출석하여 D가 원고가 아니라 E과 연인관계에 있다고 허위의 증언을 하였고, 그 결과 원고는 위 이혼소송에서 승소하고 C은 위 손해배상청구소송에서 패소하였다1).

다. 피고는 2020. 5. 7. 원고 명의의 농협은행 예금계좌로 4,200만 원을 송금하고, 원고는 위 돈을 수령한 즉시 이를 인출하여 D의 동생 F를 통하여 피고에게 반환하였다.

라. 피고는 2020. 5. 8. 원고 소유의 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 채권최고액 7,000만 원, 채무자 원고로 하는 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당등기'라 한다)를, 원고 소유의 충남 태안군 소재 부동산 및 군산시 소재 부동산에 관하여 채권최고액을 1,000만 원, 채무자를 원고로 하는 근저당권설정등기를 마쳤다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3, 5, 7호증, 을 제2, 5 내지 8, 11, 12호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장

원고는 피고에 대하여 아무런 채무를 부담하지 아니함에도 불구하고, 피고가 원고의 채권자들이 원고 소유의 부동산에 강제집행을 하지 못하도록 근저당권등기를 해두자고 제안하여 이 사건 근저당등기를 경로하기에 이르렀다. 따라서 이 사건 근저당등기는 통정허위표시에 기하여 마쳐진 것이고 피담보채무도 존재하지 아니하므로 말소되어야 한다.

나. 피고의 주장

피고는 2019. 12.경 D가 원고의 배우자 C으로부터 손해배상청구소송을 당하였을 때 D의

변호사비용으로 2,000만 원을 대납하였는데, 위 대납금을 원고가 변제해주기로 하였다(이하 '① 채권'이라 한다). 피고는 2020. 1.경 원고가 운영하는 회사 직원들의 인건비가 부족하다고 하여 1,000만 원을 대여하여 주었다(이하 '② 채권'이라 한다). 또한, 원고는 2020. 2.경 D에게 C과 이혼한 후 D와 함께 살겠다는 약속의 증표로 D의 아들 G 명의로 포천시 소재 아파트를 사주겠다고 하고는, 피고로부터 3,000만 원을 차용하여(이하 '③ 채권'이라 한다) 위 아파트 분양계약금을 지급하였다.

이후, 원고는 C과의 이혼 소송에 대비하여 별지 목록 기재 부동산 등기 명의를 피고 앞으로 이전해갈 것을 요청하였고, 피고가 이를 거절하자 원·피고 사이에 채권·채무관계가 있으니 이전등기 대신 위 채무 담보를 위한 근저당권 설정 등기를 해가라고 요청하였으며, 이에 피고는 원고에 대한 위 ①, ②, ③ 채권 합계 6,000만 원을 보전하기 위하여 이 사건 근저당등기 및 충남 태안군, 군산시 소재 각 부동산에 관한 근저당권등기를 마쳤다. 위 각 채권 중 ① 채권은 D가 변제하기로 하였고, ③ 채권은 원고가 중도금을 지급하지 아니하여 수분양자 지위를 타인에게 양도하고 2,600만 원 상당을 돌려받아 정산하였으나, ② 채권은 원고가 그 대여 사실을 부인하여 변제하지 아니하고 있다. 따라서 이 사건 근저당등기는 유효하게 마쳐진 것으로 피고는 원고로부터 위 채권을 모두 변제받을 때까지 위 근저당등기를 말소할 의무가 없다.

3. 판단

가. 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항), 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다[대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다92821, 2009다92838(병합) 판결].

나. (1) ①, ③ 채권이 존재하는지 여부에 관하여 보건대, 을 제3호증의 기재는 이를 믿기 어렵고 을 제4, 10, 11호증의 기재만으로는 위 각 채권의 존재를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할

증거가 없다. 오히려 아래 (2)항에서 보는 사정들에 피고도 위 ①, ③ 채권은 D로부터 추심하겠다는 취지로 진술하면서 원고에게 그 변제를 촉구하고 있지 아니하는 사정을 보태어 보면, 이 사건 근저당등기 경로 당시 피고가 원고에게 위 각 채권을 보유하고 있었다고 인정되지 아니한다.

(2) 다음으로 ② 채권의 존부에 관하여 본다.

을 제6의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고가 2020. 1. 12. 원고에게 배우자 E 명의로 1,000만 원을 송금한 사실, 원고가 위 돈을 원고 운영의 H 주식회사 계좌로 송금한 사실은 인정된다. 그러나 다른 사람의 예금계좌에 금전을 이체하는 등으로 송금하는 경우 그 송금은 다양한 법적 원인에 기하여 행하여질 수 있는 것으로서 그 송금된 금전이 대여금이라고 주장하는 자로서는 스스로 그 이체의 원인이 대여임을 증명할 책임이 있는 것인바(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012다30861 판결 등 참조), 앞서 본 증거에 갑 제2, 5호증, 을 제1, 6호증의 각 기재를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합해보면, 앞서 본 사정만으로 피고가 원고에게 ② 채권을 보유하고 있다거나 이 사건 근저당등기가 위 채권을 피담보채권으로 하여 설정된 것으로는 인정되지 아니한다.

(가) 피고는 ② 채권에 관하여 원고로부터 차용증을 받지도 아니하였고 변제기나 이자에 대하여 따로 약정하지도 아니하였다.

(나) 원고는 피고에게 2018. 11. 16. 400만 원, 2019. 10. 2. 1,500만 원을 지급하고, 피고로부터 2019. 7. 15. 800만 원, 2020. 1. 12. 1,000만 원을 수령하였다고 주장하였다. 피고도 원고로부터 위와 같이 1,900만 원을 지급받은 사실은 다투지 아니하면서, 피고가 2019. 10. 11. D에게 송금한 2,520만 원 중 1,500만 원은 원고가 2019. 10. 2. 피고에게 송금한 1,500만 원을 변제하기 위하여 지급한 것이라고 진술하였다. 이후, 원고는 D가 피고 명의의 계좌를 이용하여 위와 같이 원고로부터 돈을 차용하였다가 변제한 것이라고 주장을 반복하였고, 피고는 이에 대하여 별다른 반박을 하지 아니하였다.

또한, 피고는 2018. 4. 24. I 계좌에서 원고 계좌로 이체된 270만 원, 같은 해 11. 19. D의 계좌에서 원고의 계좌로 이체된 75만 원을 피고가 지급한 것이라고 주장하였고, 이에 대하여 원고는 위 돈은 D가 원고로부터 차용한 돈을 변제하기 위하여 지급한 것이라고 주장하였다.

위와 같은 사정에 피고가 원고의 이혼 소송을 돕기 위하여 그 배우자인 E이 D와 내연의 관계에 있다는

취지로 위증하는 것을 용인하기까지 한 점에 비추어 보면, 원고와 피고는 D를 매개로 매우 가깝게 지내면서 수차례 금전을 주고받았고, 이 사건 근저당 설정 당시까지 이에 대하여 별도의 정산을 거치지도 아니한 것으로 보인다.

(다) 피고는 원고의 형사고소로 말미암아 2022. 2. 20. 경찰에서 사기 피의자로 조사받았는데, 위 수사기관에서는 원고로부터 이혼 소송이 끝날 때까지 부동산 소유권을 이전하여 잠시 맡아달라는 부탁을 받았으나 이를 거절하고 그 대신 이 사건 근저당등기를 설정하게 되었다고 진술하였다가, 기존에 원고에 대한 채권 6,000만 원이 존재하여 그 담보 목적도 있어 위 근저당등기를 하게 되었다고 위 진술을 반복하였다.

(라) 피고가 이 사건 근저당등기를 설정하기 하루 전날인 2020. 5. 7. 원고에게 4,200만 원을 송금하였다가 이를 곧바로 반환받은 사실은 앞서 본 바와 같은바, 만일 피고가 원고에게 실제로 채권을 보유하고 있고 이를 담보하기 위하여 이 사건 근저당을 설정하려고 했다면 이를 정리하여 차용증 등을 작성할 것이지, 굳이 위와 같은 무용한 금전거래를 할 이유가 없다. 한편, 피고는 위 (다)항과 같이 경찰에서 조사받으면서, 원고가 사업상 계좌에 잔액이 있어야 한다고 부탁하여 4,200만 원을 대여하였다가 돌려받았다는 취지로 주장하나, 피고가 위와 같이 4,200만 원을 송금한 2020. 5. 7. 09:59으로부터 불과 6분이 지난 같은 날 10:06 위 금원이 다시 인출된 사정에 비추어 볼 때, 피고의 위 주장은 믿기 어렵다.

(마) 피고의 원고에 대한 ①, ③ 채권의 존재가 인정되지 아니하는 사실은 앞서 본 바와 같은바, 그렇다면 원고가 ② 채권의 담보만을 위하여 이 사건 근저당 외에 충남 태안군 소재 부동산 및 군산시 소재 부동산에까지 채권최고액 합계 8,000만 원에 달하는 근저당권을 설정하여 주었다는 것은 경험칙에 반하고, 오히려 C과의 이혼 소송에 대비하여 재산을 은닉할 목적으로 위와 같이 근저당을 설정하였다고 보는 것이 타당하다.

다. 따라서 이 사건 근저당등기는 그 피보전채권이 존재하지 아니하므로 말소되어야 한다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있으므로 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사김수정

별지

기소되었고, 위 법원은 2023. 4. 19. D, E에게 위증죄로 징역 8월에 집행유예 2년, 원고에게 위증방조죄로 징역 6월에 집행유예 2년의 형을 선고하였다.