

서울고등법원 2018. 6. 22 선고 2018나86 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고, 항소인 A

피고, 피항소인 B

변 론 종결 2018. 6. 1.

판결 선고 2018. 6. 22.

제 1 심 판결 서울북부지방법원 2017. 11. 9. 선고 2017가합1251 판결

주 문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고는 원고로부터 6억 원을 지급받은 다음 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 서울북부지방법원 북부등기소 2008. 2. 15. 접수 제15174호로 마친근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송 총비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다.

피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산(이하 토지와 건물을 모두 합하여 '이 사건부동산'이라 한다)에 관하여 서울북부지방법원 북부등기소 2008. 2. 15. 접수 제15174호로 마친

근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

다음의 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 을 제1호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 원고는 피고의 언니이다.

나. 피고는 1997. 7.경 이 사건 부동산을 매수하면서 원고에게 그 명의를 신탁하였다. 이에 따라 이 사건 부동산에 관하여 1997. 9. 19. 같은 해 7. 5. 매매를 원인으로 한 원고 명의의 소유권이전등기가 마쳐졌다.

다. 원고는 2008. 2. 10. '원고가 6억 원을 차용하며, 피고가 변제요구하면 그 즉시변제하겠다'는 내용의 차용증(을 제1호증, 이하 '이 사건 차용증'이라 한다)을 작성하여 피고에게 교부하였다.

라. 이 사건 부동산에 관하여 2008. 2. 15. 같은 달 12. 설정계약을 원인으로 하여 채권최고액 6억 원, 채무자 원고, 근저당권자 피고로 한 근저당권설정등기가 마쳐졌다(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다).

2. 당사자 주장의 요지

가. 원고

원고와 피고 간의 명의신탁약정은 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다) 제4조 제1항에 따라 무효인데, 당시 매도인이 명의신탁약정을 알지 못하였으므로 이 사건 부동산은 부동산실명법 제4조 제1항 단서에 따라 원고의 확정적 소유가 되었다.

한편 이 사건 근저당권은 다음과 같이 피담보채무가 존재하지 않으므로 말소되어야 한다.

① 이 사건 근저당권은 원고의 임의처분을 막기 위해 설정된 것으로 이는 결국명의신탁약정이 유효함을 전제로 한 것이어서 무효이다.

② 만약 이 사건 근저당권이 피고의 매수대금 상당 부당이득반환채권을 담보하기 위한 것이라면, 이 사건 부동산의 매수일로부터 이미 10년이 경과하였으므로 피고의 매수대금 상당 부당이득반환채권은 시효로 소멸하였다.

③ 만약 이 사건 근저당권의 피담보채권이 이 사건 차용증에 기한 6억 원이라면, 이 사건 차용증은 피고의 강압에 의하여 작성된 것이므로 무효이거나 취소되어야 한다.

나. 피고

피고는 2008년경 원고에게 이 사건 부동산의 명의를 이전하여 달라고 요구하였으나 원고가 이를 거부하였다. 대신 원고는 이 사건 부동산을 차후 매각하여 그 매각대금 중 6억 원을 주겠다고 하면서 이 사건 차용증을 작성하여 피고에게 교부하였고, 이에 따라 이 사건 근저당권이 설정되었다. 따라서 이 사건 근저당권은 피고가 원고에 대하여 가지는 대여금 또는 약정금 6억 원의 채권을 담보하기 위한 것으로 그 피담보채권이 유효하게 존재한다.

3. 판단

가. 이 사건 차용증의 진정성립과 그 효력

1) 이 사건 차용증의 진정성립

가) 이 사건 차용증에 대하여, 원고는 백지에 원고의 이름과 도장을 찍었을 뿐이고 피고가 차후에 내용을 임의로 기재한 것이라면서 위조된 것이라고 주장하므로 이에 대하여 본다.

사문서는 본인 서명이나 날인이 있는 때에는 진정한 것으로 추정되므로(민사소송법 제358조), 사문서의 작성명의인이 당해 문서에 서명·날인·무인하였음을 인정하는 경우, 즉 인영 부분 등의 성립을 인정하는 경우에는 반증으로 그러한 추정이 반복되는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 문서는 그 전체가 완성된 상태에서 작성명의인이 그러한 서명·날인·무인을 하였다고 추정할 수 있을 것이며, 그 당시 그 문서의 전부 또는 일부가 미완성된 상태에서 서명날인만을 먼저 하였다는

등의 사정은 이례에 속한다고 볼 것이므로 완성문서로서의 진정성립의 추정력을 뒤집으려면 그럴만한 합리적인 이유와 이를 뒷받침할 간접반증 등의 증거가 필요하다(대법원 2008. 1. 10. 선고2006다41204 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 원고가 이 사건 차용증에 서명하고 자신의 인장을 날인한 사실은 자인하고 있다. 이와 같이 원고의 서명과 인영 부분 등의 진정성립이 인정되므로, 위법리에 따라 이 사건 차용증은 그 전체가 완성된 상태에서 원고가 그러한 서명·날인을 하였다고 추정되고, 원고가 주장하는 바와 같이 '위 차용증 작성 당시 피고가 원고에게 6억 원을 실제로 대여한 사실이 없다'는 사정이나 '차용증 본문의 글씨체가 원고의 서명 글씨체와 다르다'는 사정만으로 백지인 상태에서 서명·날인하였다고 인정하기 어려우며, 달리 이 사건 차용증의 진정성립 추정을 번복할 만한 증거가 없다. 오히려, 본문과 원고의 서명 부분의 간격 등의 이 사건 차용증의 전체 체제에 비추어 보면 백지에 서명날인한 것으로 보이지 않는 점, 이 사건 차용증에 따라 이 사건 근저당권이 설정되었는데 이 사건 소 제기시까지 원고가 이의를 제기하였다고 볼 자료가 없는 점, 그 외 아래 2)항에서 보는 사정 등을 고려하여 보면, 원고의 위조 주장은 선뜻 받아들이기 어렵다.

나) 다시, 원고는 이 사건 차용증은 피고의 강박에 의하여 작성된 것이라고 주장하나, 원고의 주장을 인정할 아무런 증거가 없다. 이 부분 원고의 주장도 받아들이지 않는다.

2) 이 사건 차용증의 의미

가) 인정사실

갑 제1, 2호증의 각 기재(가지번호 있는 경우, 가지번호 포함)에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음의 사실이 인정된다.

(1) 원고 또는 원고의 사위 D은 이 사건 부동산에 아래 표와 같이 근저당권을 설정하고 그 근저당권자로부터 금원을 차용하였다.

순번	일자	근저당권자	채권최고액	채무자
1	2000. 11. 18.	(주) 한국주택은행	7,800만 원	원고
2	2003. 4. 1.	(주) 제일상호저축은행	2,400만 원	원고
3	2005. 10. 26.	(주) 국민은행	640만 원	원고
4	2006. 4. 10.	(주) 에이치케이상호저축은행	3,900만 원	D

(2) 그런데 원고가 위 각 차용금을 제대로 변제하지 못하자, 주식회사제일상호저축은행은 2006. 10. 25. 이 사건 부동산에 관하여 임의경매(서울북부지방법원 E)를 신청하였다. 이에 피고가 위 차용금을 대위변제하였고, 주식회사 제일상호저축은행은 2007. 2. 22. 위 임의경매를 취하하였다.

(3) 다시 주식회사 에이치케이상호저축은행이 2007. 8. 2. 이 사건 부동산에 관하여 임의경매(서울북부지방법원 F)를 신청하였다. 이번에도 피고가 위 차용금을 대위변제함으로써 2007. 12.말경 위 임의경매도 취하되었다.

(4) 피고는 2008. 2.경 원고에게 이 사건 부동산을 자신의 명의로 이전하여 달라고 요구하였으나 원고가 이를 거부하였다.1)

(5) 이후 피고와 원고는 협의를 거쳐 2008. 2. 10. 원고가 이 사건 차용증을 작성하여 피고에게 교부하였다.

(6) 한편 원고는 2017. 6.경 이 사건 부동산의 매각을 시도하면서 피고와 매매대금의 분배를 협의하였으나 분배금액에 대하여 합의가 이루어지지 않았다.2)

나) 판단

위 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 피고가 2008.2.경 원고에게 이 사건 부동산의 명의를 이전하여 달라고 요청하였으나 원고가 이를 거절하였고, 이후 원고가 이 사건 차용증을 작성하여 준 점, 이 사건 차용증 작성 이후 2017. 6.경 원고와 피고 간에 이 사건 부동산의 매각과 그 매매대금의 분배를 협의하기도 한 점, 그 외 이 사건 차용증의 문언, 원고와 피고 간의 관계 등을 종합하여 보면, 이 사건 차용증은 원고와 피고 간에 이 사건 부동산의 명의신탁 관계를 정리하면서 원고가 이 사건 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득하는 대신 원고는 '피고의 이 사건 부동산의

매수대금과 피고가 그때까지3) 원고를 대위하여 변제한 금원 등을 포함하여 합계 6억 원을 피고에게 지급하기로 약정'하는 의미로 작성된 것이라고 봄이 상당하다. 따라서 피고는 원고에 대하여 6억 원의 약정금 채권을 가진다고 할 것이다.

3) 이 사건 차용증 약정의 효력

가) 계약명의신탁의 당사자들이 명의신탁약정이 유효한 것, 즉 명의신탁자가 이른바 내부적 소유권을 가지는 것을 전제로 하여 장차 명의신탁자 앞으로 목적 부동산에 관한 소유권등기를 이전하거나 부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하는 것 등을 내용으로 하는 약정을 하였다면 이는 명의신탁약정을 무효라고 정하는 부동산실명법 제4조 제1항에 좇아 무효이나, 명의수탁자가 명의수탁자의 완전한 소유권 취득을 전제로 하여 사후적으로 명의신탁자와의 사이에 매수자금을 반환하기로 약정하는 것은 그 약정이 무효인 명의신탁약정을 명의신탁자를 위하여 사후에 보완하는 방책에 불과한 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 유효하다고 할 것이다.4)

나) 이 사건 차용증은 앞서 본 바와 같이 원고가 이 사건 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득하는 것을 전제로 원고는 6억 원을 피고에게 지급하기로 하는 의미에서 작성된 것이므로 이와 같은 약정은 유효하다.

다) 따라서 이 사건 근저당권의 피담보채권은 이 사건 차용증에 따라 피고가 원고에 대하여 가지는 6억 원의 약정금 채권이라고 할 것이므로, 이 사건 근저당권의 피담보채권은 유효하게 존재한다.

나. 원고의 청구에 관한 판단

1) 이와 같이 이 사건 근저당권의 피담보채권은 이 사건 차용증에 따라 피고가 원고에 대하여 가지는 약정금 6억 원의 채권이라고 할 것이므로, 이와 다른 전제에서 이 사건 근저당권의 피담보채무가 존재하지 않는다고 소멸하였다는 원고의 주장은 모두 받아들일 수 없다.

2) 다시, 원고는 피담보채무의 변제와 동시이행으로 이 사건 근저당권의 말소를 구한다고 주장한다.

가) 원고의 피담보채무의 이행은 이 사건 근저당권의 말소보다 선이행관계에 있으므로 동시이행을 주장하는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

나) 그러나 한편 근저당권이 담보하는 피담보채권액의 범위에 관하여 당사자 사이에 다툼이 있어

잔존 피담보채권이라고 주장하는 금원의 수령과 상환으로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우, 소송과정에서 밝혀진 잔존 피담보채권액의 지급을 조건으로 말소를 구하는 취지도 포함되었다고 봄이 상당하고, 이는 장래이행의 소로서 미리 청구할 이익이 있다(대법원 1993. 4. 27. 선고 92다5249 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 원고의 이 사건 청구에는 앞서 본 피담보채무의 변제를 조건으로 위 등기의 말소를 구하는 취지도 포함되어 있는 것으로 해석함이 이 사건 변론에 나타난 원고의 의사에 부합하고 또한 피고가 위 피담보채무의 범위를 다투고 있는 이상 원고로서는 미리 청구할 이익도 있으므로, 피고는 원고로부터 위 약정금 6억 원을 지급받은 다음 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다.

4. 결 론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 할 것이다. 제1심판결은 이와 결론이 일부 달라 부당하므로 이를 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 정선재, 판사 구자현, 판사 최승원

1) 이 부분에 대하여는 당사자 사이에 다툼이 없다(당심 제1차 변론기일에서 진술한 원고의 2008. 5. 28.자 준비서면 4쪽 및 제1심 제1차 변론기일에서 진술한 피고의 2017. 8. 1.자 준비서면 제2쪽 참조).

2) 갑 제2호증의 6 참조

3) 앞서 든 증거에 의하면, 2008. 2. 이후에도 피고가 원고 또는 D의 채무를 대위변제한 사실이 인정되는데, 위 대위변제금은 이 사건 차용증에서 정한 6억 원에 포함되지 않았다고 봄이 상당하다.

4) 계약명의신탁에서 명의수탁자가 명의수탁자의 완전한 소유권 취득을 전제로 하여 사후적으로

명의신탁자와의 사이에 매수자금반환의무의 이행에 갈음하여 명의신탁된 부동산 자체를 양도하기로 합의하고 그에 기하여 명의신탁자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐준 경우에는 그 소유권이전등기는 새로운소유권 이전의 원인인 대물급부의 약정에 기한 것이므로 약정이 무효인 명의신탁약정을 명의신탁자를 위하여 사후에 보완하는 방책에 불과한 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 대물급부의 목적물이 원래의 명의신탁부동산이라는 것만으로 유효성을 부인할 것은 아니라고 본 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다30483 판결 등 참조.