

서울고등법원 2023. 2. 8 선고 2022나2030134 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고, 항소인 1. A

2. B

3. C

원고들 소송대리인 법무법인 하우

담당변호사 장기윤

피고, 피항소인 D

소송대리인 법무법인 한양

담당변호사 안재한

변 론 종 결 2022. 12. 21.

판 결 선 고 2023. 2. 8.

제1심판결 서울동부지방법원 2022. 7. 6. 선고 2020가합114427 판결

주 문

1. 원고들의 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용은 원고들이 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고들에게 서울 송파구 E 전 2,030㎡에 관하여 서울동부지방법원

2016. 10. 6. 접수 제67999호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라[원고들은 제1심에서 피담보채권의 부존재, 사기·강박을 이유로 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기청구를 하다가, 이 법원에서 주위적으로 통정허위의 의사표시, 예비적으로 변제 또는 사기·강박 의사표시의 취소를 이유로 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기청구를 하는 것으로 주장을 변경하였다. 그런데 말소등기청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 등기원인의 무효라 할 것으로서 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니므로(대법원 1993. 6. 29. 선고 93다11050 판결), 새로운 청구를 추가하거나 교환적으로 변경한 것으로 보지는 아니한다].

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 아래와 같이 고치는 외에는 제1심판결의 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 약어를 포함하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심판결 제2면 17행의 “근저당권설정계약”을 “근저당권설정계약(이하 ‘이 사건 근저당권설정계약’이라 한다)”으로 고친다.

2. 당사자의 주장

가. 원고들의 주장

1) 주위적 주장

이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권이 존재하지 않고, 이 사건 토지는 원고들이 실제 소유자이며, F는 피고와 함께 살고 있었기 때문에 피고의 근저당권설정 요구를 거절할 수 없어 피고의 요구대로 근저당권설정계약서를 작성하여 이 사건 근저당권설정등기를 마치게 되었다. 따라서 이 사건

근저당권설정계약은 통정허위의 의사표시로서 무효이므로 이에 근거하여 마쳐진 이 사건 근저당권설정등기 역시 무효로서 말소되어야 한다.

2) 예비적 주장

① 피고는 F의 계좌로 입금된 서울 송파구 H 토지 및 그 지상 건물(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)의 매각대금 및 F의 소유의 아파트 매각대금을 피고 또는 피고의 배우자 계좌로 송금하거나 F의 계좌에서 수표로 인출하여 사용하였다. 피고는 이 사건 근저당권설정등기의 채권최고액보다 많은 금액을 F의 계좌에서 인출하여 소비하였으므로 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무는 모두 변제되었다. ② 피고는 F가 자신에게 의지하고 있음을 기화로 F를 폭행, 협박하는 등의 방법으로 강박하여 근저당권설정계약서를 작성하게 하였다. F는 피고에게 이 사건 근저당권설정계약이 사기·강박에 의하여 체결된 것이므로 이를 취소한다는 의사표시를 하였다. 따라서 피고는 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 피고의 주장

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 아래와 같이 고치는 외에는 제1심판결의 해당 부분(제3면 11행부터 제4면 6행까지) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심판결의 제3면 12, 13행의 “서울 송파구 H 토지 및 그 지상 건물(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)”을 “이 사건 부동산”으로 고친다.

○ 제1심판결의 제4면 5행의 “그 피담보채무가 존재하므로”를 “통정허위에 의사표시나 사기·강박에 의한 의사표시에 의하여 이 사건 근저당권설정 계약이 체결되었다고 할 수 없고, 그 피담보채무가 모두 변제되었다고 할 수도 없으므로”로 고친다.

3. 판단

가. 주위적 주장에 대한 판단

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 아래와 같이 고치는 외에는 제1심판결의 제3항(제4면 8행부터

제6면 18행까지) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심판결 제4면 19행의 “증인”을 “제1심법원의 증인”으로 고친다.

○ 제1심판결 제4면 21행의 “약정금 채무”를 “약정금 채무(이하 ‘이 사건 약정금 채무’라고 한다)”로 고친다.

○ 제1심판결 제5면 1, 2행의 “이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무가 존재하지 않는다는”을 “이 사건 근저당권설정계약이 통정허위표시에 의하여 이루어졌다는”으로 고친다.

○ 제1심판결 제5면 16, 17행의 “있고, 원고들과 피고가 위 급여 또는 은행대출이자 이외에도 수시로 돈을 주고받은 적이 있다”를 “있고, 원고들이 피고의 식당에서 급여 명목으로 받은 금원 이외에도 원고들과 피고가 수시로 돈을 주고받은 것으로 보인다.”로 고친다.

○ 제1심판결 제6면 14행부터 18행까지 부분을 “⑥ 원고들은 원고들이 이 사건 토지의 실제 소유자¹⁾라는 사정을 피고가 알고 있었고, F는 피고와 함께 살고 있어 피고의 근저당권설정 요구를 거절할 수 없었기 때문에 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 것이므로 피고와 F가 이 사건 근저당권설정계약을 체결할 의사가 없었다고도 주장한다. 그러나 원고들이 이 사건 부동산을 F에게 명의신탁했는지 여부는 피고와 F 사이에 이 사건 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었는지 여부와 별다른 관련이 없고, F가 피고와 함께 살고 있었다는 사정만으로 F에게 이 사건 근저당권설정계약을 체결할 의사가 없었다고 보기도 어렵다.”로 고친다.

나. 예비적 주장에 대한 판단

1) 피담보채무가 모두 변제되었다는 주장

앞서 든 증거, 갑 제4, 11호증의 각 기재, 제1심법원의 서울동부지방법원에 대한 사실조회회신, 이 법원의 기업은행에 대한 각 금융거래정보제출명령결과에 변론전체의 취지를 더하면 ① 이 사건 부동산은 2016. 7. 1. 매매를 원인으로 피고의 지분 중 일부에 대해 K 명의의 소유권이전등기가 마쳐졌는데, 2016. 5. 16. K로부터 450,000,000원이 F의 계좌로 입금된 후 2016. 5. 18. 250,000,000원 및 2016. 6. 24. 20,000,000원, 2016. 8. 5. 50,000,000원, 2016. 11. 28. 80,000,000원, 2016. 11. 29. 70,000,000원이 각 F의 계좌에서 피고의 계좌로 송금된 사실, ②

2016. 12. 30. K로부터 100,000,000원이 F의 계좌로 입금된 후 2017. 1. 18. 30,000,000원이 수표로 인출되었고, 피고의 며느리 L가 2017. 1. 20. 기업은행 방이역 지점에서 위 수표를 지급제시한 사실, ③ 2017. 2. 2. K로부터 250,000,000원이 F의 계좌로 입금된 후 F의 계좌에서 2017. 2.

16. 50,000,000원이 수표로 인출되었고, 피고가 2017. 2. 17. 기업은행 방이역 지점에서 위 수표를 지급제시하여 자신의 계좌에 입금한 사실, ④ F 소유였던 서울 송파구 M, N 지상 O아파트 P호는 2017. 8. 8. 매매를 원인으로 Q, R 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌는데, 2017. 7. 18.경 R로부터 100,000,000원이 F 계좌로 입금된 후 2018. 8. 10. 피고 계좌로 5,000,000원이 송금되었고, 2017. 8. 22.경 Q, R로부터 305,119,910원이 F 계좌로 입금된 후 2017. 8. 24. 피고의 배우자 S 또는 피고 계좌로 총 120,000,000원이 송금된 사실, ⑤ 피고는 2017. 5.부터 2017. 8.까지 주식회사 T, 주식회사 U의 계좌로 총 115,722,000원을 송금하였고, 주식회사 T에서 I 위례점의 내부 인테리어를 한 사실이 인정된다.

그러나 F의 계좌에서 위와 같이 피고 또는 피고의 배우자나 며느리에게 금원이 이전되었고 피고가 그 중 일부로 보이는 금원을 사용하였다고 하더라도 그러한 금원의 이전이 당연히 이 사건 약정금 채무에 대한 변제의 의미를 가진다고 보기 어렵고, 게다가 앞서 본 바와 같이 그 이후에도 F는 2019. 1. 17. 피고가 이 사건 토지에 설정된 근저당권설정등기의 피담보채무 790,000,000원에 대해 대납한 이자에 상당하는 450,000,000원을 변제할 것을 약속하는 차용증을 작성해주었으며, 2020. 2. 19. 피고에게 450,000,000원의 채무를 2020. 12. 30.까지 변제해주기로 약정하는 내용의 공정증서를 작성해 주었다.

또한 위와 같이 F의 계좌에서 피고 또는 피고의 배우자나 며느리에게 이전된 금원이 변제의 의미로 지급된 것이라고 하더라도 이 사건 근저당권설정등기를 마친 2016. 10. 6. 이후로는 총 355,000,000원(= 80,000,000원 + 70,000,000원 + 30,000,000원 + 50,000,000원 + 5,000,000원 + 120,000,000원)이 지급되었을 뿐이므

로 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무 전부가 변제되었다고 보기도 어렵다. 따라서 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 사기 · 강박의 의사표시로 취소한다는 주장

갑 제8, 9호증의 각 기재 및 제1심법원의 증인 F의 증언만으로는 피고가 F를 폭행 · 협박하여 이 사건 근저당권설정계약을 체결하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 소결

따라서 원고들의 주위적 및 예비적 주장은 모두 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원고들의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심법원은 이와 결론을 같이하여 정당하고 원고들의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 권혁중, 판사 이재영, 판사 김경란

1) 이 사건 토지를 원고들이 F에게 명의신탁했다는 주장으로 보인다.