

서울서부지방법원 2024. 12. 10 선고 2023가단332610 판결 [근저당권설정등기말소 청구의 소]

전 문

원고A

소송대리인 법무법인 태일

담당변호사 장경식, 장주석

피고B

소송대리인 변호사 마준

변론 종결 2024. 10. 29.

판결 선고 2024. 12. 10.

주 문

- 원고의 청구를 기각한다.
- 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 부동산 기재 각 부동산에 대하여 2009. 8. 19. 광주지방법원 영광등기소 접수 제15369호로 마친 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

다음의 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제1, 2호증, 을 제6 내지 9호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

가. 원고는 원고 소유의 별지 부동산 기재 각 부동산에 관하여 2007. 5. 8. 설정계약을 원인으로 하여 광주지방법원 영광등기소 2009. 8. 19. 접수 제15369호로 채권최고액 4억 3,000만 원, 채무자 원고, 근저당권자 피고로 된 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다).

나. 이 사건 근저당권 설정 당시 별지 부동산 기재 각 부동산과 함께 공동담보에 제공되었던 부동산에 대한 광주지방법원 C 임의경매 절차에서, 피고는 근저당권자로서 배당금을 수령하기 위해 원고와 사이에 원고가 피고로부터 2007. 5. 1. 163,000,000원을, 2007. 5. 8. 267,000,000원을 각 차용하는 내용의 차용증을 작성하였다(이하 '이 사건 각 차용증'이라 한다). 피고는 2013. 11. 26. 배당금 25,298,056원을 수령하였다(이하 '이 사건 배당금 수령'이라 한다).

다. 피고는 2023. 11. 15. 이 사건 근저당권에 기하여 별지 부동산 기재 각 부동산에 대하여 임의경매를 신청하였고, 같은 해 12. 11. 광주지방법원 D로 임의경매개시결정을 받았다.1) 라.

원고는 2024. 2. 7. 피고를 허위 근저당권으로 부동산임의경매를 신청하였다는 사기 혐의로 경기일산동부경찰서에 고소하였으나, 위 경찰서는 범죄가 인정되지 아니하여 혐의 없다는 내용의 불송치 결정을 하였다.

2. 당사자들의 주장 요지

가. 원고

이 사건 근저당권은 아래와 같은 사유로 무효이므로 말소되어야 한다.

1) 이 사건 근저당권은 이 사건 각 차용증에 따른 채권을 담보하기 위한 것인데 이 사건 각 차용증은 대여의 의사 없이 통정하여 허위로 작성된 것이므로 무효이므로 이 사건 근저당권은 그 기본계약인 피담보채무를 성립시키는 법률행위가 존재하지 아니한다.

2) 설령 이 사건 근저당권의 피담보채무가 존재한다고 하더라도, 이 사건 근저당권은 피고의 기망행위에 의한 근저당권설정계약에 따라 설정된 것이므로 이 사건 소장부분의 송달로써 위 근저당권설정계약을 취소한다.

3) 원고는 피고에게 2007년경부터 2009년경까지 총 2억 8,000만 원을 지급한 것을 비롯하여

피담보채무 총 4억 3,000만 원을 모두 변제하였으므로 이 사건 근저당권의 피담보채무는 모두 소멸하였다.

4) 원고는 부동산 개발업 등을 하는 상인으로 이 사건 각 차용증에 따른 채권은 상사채권에 해당하여 그 소멸시효기간은 5년인데 피고의 이 사건 배당금 수령 다음날인 2013. 11. 27.부터 5년의 기간이 도과하였으므로 그 소멸시효가 완성되었다.

나. 피고

원고의 아들인 E는 피고에게 투자금 상환의무를 부담하고 있었는데 E가 구속되면서 피고의 투자금 회수가 어려워지자 E의 요청에 따라 피고가 E를 고소하지 않는 대신 투자금 회수를 위해 그 중 4억 3,000만 원에 대하여 이 사건 근저당권을 설정하게 된 것으로, 그 피담보채무가 존재하고 이 사건 근저당권설정행위가 통정허위표시로 무효라는 원고의 주장은 이유 없다.

피고는 이 사건 근저당권을 설정하면서 원고를 기망한 적이 없고, 이 사건 근저당권으로 담보되는 채권은 별도의 합의에 의한 민사채권으로 그 소멸시효기간은 10년이므로 소멸시효가 완성되었다고 볼 수도 없다.

3. 판단

가. 관련 법리

근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서, 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 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다107408 판결 등 참조).

나. 이 사건 근저당권에 피담보채무가 존재하지 않는다는 주장에 관한 판단

1) 인정사실 살피건대, 앞서 든 증거들에 갑 제3호증, 을 제1, 2, 3, 5호증의 각 기재, 이 법원의 전남 영광군 F면장에 대한 문서제출명령 회신결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① E는 2006. 12.경 남양주시 G건물(이하 'G건물'라 한다)를 입찰받아 이를 분양하는 사업(이하 '이 사건 사업'이라

한다)을 위해 피고를 통해 투자금을 모집하였고, 피고로부터 원고 및 E의 처 H의 계좌로 10억 원이 넘는 투자금을 받은 사실, ② 위 투자계약서에 의하면 E는 투자자에게 투자금의 배액을 상환하기로 한 사실, ③ E는 2009. 6.경 상가를 선분양한 사실로 구속된 사실, ④ 피고는 2009. 8.경 E에 대하여 G건물 투자자금 편취 혐의로 고소하는 내용의 고소장을 작성한 사실, ⑤ 2009. 8.경 피고 및 G건물의 투자자들이었던 I, J, K, L, M, N(이하 이들을 포괄하여 '피고 측'이라 한다)과 E 사이에, 'E는 원고의 토지와 건물에 4억 3,000만 원의 저당권을 설정해주고, 피고 측은 E에게 투자금에 대한 어떠한 책임을 묻지 않기로 한다'는 내용의 합의서(이하 '이 사건 합의서'라 한다)가 작성된 사실, ⑥ 피고는 E의 동생인 O에게, 이 사건 근저당권이 마쳐진 날 전날인 2009. 8. 18. 교통비 50,000원을, 이 사건 근저당권이 마쳐진 날인 2009. 8. 19. 근저당권설정 비용 2,400,000원을 지급한 사실, ⑦ 원고의 아들인 P이 2009. 8. 17. 원고의 인감증명서를 발급받은 사실, ⑧ E는 2009. 9. 28. 피고에게 '원금 15억 원은 돌려드리려고 생각 중이다'라는 내용의 서신(이하 '이 사건 옥중서신'이라 한다)을 발송한 사실 등이 인정된다.

2) 구체적 판단 위 인정사실들 및 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 이 사건 합의서가 작성된 시점은, E가 구속되는 등으로 투자금의 배액을 상환받기로 한 피고 측은 그 투자금의 회수가 어려워졌고 E는 피고 측의 추가 고소를 막아야 하는 상황이었던 점, ② 이 사건 합의서는 이 사건 근저당권이 설정된 2009. 8. 19.과 근접한 시점에 작성된 것으로 보이는 점, ③ E의 동생인 P이 이 사건 근저당권이 설정된 시점에 근접한 2009. 8. 17. 원고의 인감증명서를 발급받았고, 피고는 원고의 가족들(이하 '원고 측'이라 한다)에게 근저당권 설정에 필요한 비용을 지급한 점, ④ E는 피고 측이 E를 고소한다는 소식을 듣자 이를 무마하기 위해 이 사건 옥중서신을 보낸 점, ⑤ 원고 측은 이 사건 배당금 수령 당시 피고에게 이 사건 각 차용증을 작성해주는 등 이 사건 근저당권이 실행되어 피고가 그 배당금을 수령하는데 아무런 이의를 제기하지 않은 점, ⑥ 원고는 E와 공범으로 수사를 받을 위기에 처한 피고가 이를 모면하기 위해 다른 투자자들에게 피고가 원고에 대한 채권을 보유하고 있다는 사실을 보여줄 필요가 있어 이 사건 근저당권을 설정하게 되었다는 취지로 주장하나, 피고가 E와 동업관계에 있었다는 점을 인정할 별다른 증거가 없고, 이 사건 옥중서신의 내용은 오히려 피고의 주장에 부합하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 근저당권은 이 사건 합의서에

따른 4억 3,000만 원의 피담보채무를 담보하기 위하여 설정된 것으로 봄이 타당하고, 이 사건 근저당권의 피담보채무에 대한 기본계약이 부존재한다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

또한 원고는 이 사건 각 차용증이 통정허위표시로써 무효이므로 이 사건 근저당권의 기본계약이 존재하지 아니한다는 취지로 주장한다. 살피건대, 원고와 피고 사이에 이 사건 각 차용증이 그 기재일자가 아닌 이 사건 배당금 수령 직전에 작성된 사실은 인정되나, ① 앞서 본 바와 같이 이 사건 근저당권은 피고 측의 E에 대한 이 사건 합의서상의 채권을 담보하기 위하여 설정된 것으로 보이는 점, ② 이 사건 각 차용증은 피고가 이 사건 배당금 수령을 할 수 있도록 원고 측과 합의하여 작성된 것이고, 허위 채무를 만들어 낸 것이 아닌 점 등을 고려하면, 원고가 주장하는 사정만으로 이 사건 근저당권의 기본 계약이 통정허위표시에 해당하여 무효라고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다. 근저당권설정계약 취소 주장에 관한 판단

앞서 본 법리에 앞서 본 사정들, 즉 ① 이 사건 근저당권설정등기는 적법한 등기로 추정되는 점, ② 원고 측이 이 사건 근저당권설정등기를 경료하는데 적극적인 역할을 한 점 등에 비추어보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 근저당권설정계약이 피고의 기망으로 인하여 체결되었다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 그러므로 원고의 위 주장은 이유 없다.

라. 변제로 인한 이 사건 근저당권 소멸 주장에 관한 판단

살피건대, ① 이 사건 근저당권은 이 사건 합의서에 따른 채무를 담보하기 위해 설정된 것이고, 이 사건 합의서는 E와 피고 측 사이에 G건물 투자금 약정에 따른 투자금 상환 채무에 관하여 새롭게 합의하여 작성된 것인 점, ② 원고가 주장하는 변제금은 그 일부 내용에 중복이 있고 2007.부터 2009. 1.까지 변제가 이루어졌다는 것인데 2009. 8. 19. 설정된 이 사건 근저당권과 무관한 것으로 보이는 점, ③ E는 2007.경 피고의 명의를 빌려 차량을 리스하고 위 차량의 리스비용을 피고가 지급한 사실이 인정되므로 원고가 주장하는 변제금은 위 리스비용의 변제로도 보여 온전히 투자상환금의 변제에 충당되었다고 볼 수 없는 점 등을 고려하면, 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 근저당권의 피담보채무가 변제로 소멸하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

마. 소멸시효 완성 주장에 관한 판단

1) 관련 법리 근거당권에 기초한 임의경매의 신청은 채권자가 권리실행에 착수하는 것으로서 소멸시효의 중단사유가 된다고 할 것이고(대법원 1991. 12. 10. 선고 91다17092 판결의 취지 참조), 채권자가 배당요구 또는 채권신고 등의 방법으로 권리를 행사하여 강제경매절차에 참가하고, 그 권리행사로 인하여 소멸시효가 중단된 채권에 대하여 일부만 배당하는 것으로 배당표가 작성되고 다시 그 배당액 중 일부에 대하여만 배당이의가 있어 그 이의의 대상이 된 부분을 제외한 나머지 부분, 즉 배당액 중 이의가 없는 부분과 배당받지 못한 부분의 배당표가 확정되었다면, 이로써 그와 같이 배당표가 확정된 부분에 관한 권리행사는 종료되고 그 부분에 대하여 중단된 소멸시효는 위 종료시점부터 다시 진행된다. 그리고 위 채권 중 배당이의의 대상이 된 부분은 그에 관하여 적법하게 배당이의의 소가 제기되고 그 소송이 완결된 후 그 결과에 따라 종전의 배당표가 그대로 확정 또는 경정되거나 새로 작성된 배당표가 확정되면 그 시점에서 권리행사가 종료되고 그때부터 다시 소멸시효가 진행한다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다89880 판결 등 참조).

2) 소멸시효 기간에 대한 판단 원고는 이 사건 근거당권으로 담보되는 이 사건 합의서에 따른 채권은 상사채권에 해당하므로 5년의 소멸시효기간이 적용된다고 주장한다. 그러나 ① 이 사건 합의는 E가 당초 투자약정에 따라 피고 측에게 지급할 투자금 상환액 중 4억 3,000만 원을 E가 피고 측에게 지급하기로 하고, 피고 측이 E에 대한 고소를 하지 않기로 하는 내용으로, 이로써 기존 투자약정에 따른 권리의무는 소멸되고 이 사건 합의로 E와 피고 측에 새로운 권리의무를 발생시키는 새로운 약정이 체결되었다고 볼 것인 점, ② 이 사건 합의서의 내용에 비추어, 이 사건 합의가 E의 상행위에 해당한다거나 보조적 상행위에 해당한다고 보기 어려운 점, ③ 이 사건 사업과 관련하여 E와 피고 사이의 동업관계를 인정할만한 증거가 없는 점 등 이 사건 합의서 작성의 경위나 내용들을 모두 종합하여 보면, 이 사건 합의서에 따른 채권은 민사채권이라고 봄이 타당하고, 그렇다면 위 채권의 소멸시효기간은 10년이라고 할 것이다.

3) 이 사건 합의서에 따른 채권의 소멸시효 완성 여부 ① 이 사건 근거당권은 이 사건 합의서에 기초한 채권을 담보하기 위해 설정된 사실, ② 피고가 이 사건 근거당권에 기초하여 2013. 11. 26. 이 사건 배당금 수령을 한 사실, ③ 피고가 2023. 11. 15. 이 사건 근거당권에 기초하여 임의경매를 신청하였고, 같은 해 12. 1. 그 임의경매개시결정이 이루어진 사실 등은 앞서 본 바와 같다.

위 인정사실들을 위 법리에 비추어 살피건대, 이 사건 합의서에 따른 채권의 소멸시효는 2009.

8.경부터 진행하다가, 10년이 경과하지 아니하였음이 역수상 명백한 2013. 11. 26. 피고의 이 사건

배당금 수령으로 인하여 중단되었고, 그 다음날부터 새롭게 진행하였다고 할 것인데, 그로부터

10년이 경과하지 아니한 2023. 11. 15. 피고의 이 사건 임의경매신청으로 인하여 다시

중단되었다고 할 것이므로, 이 사건 합의서에 기초한 채권이 시효로 소멸되었다는 원고의 주장은 이유 없다.

4. 결론

따라서 원고의 이 사건 청구는 이유 없다.

판사최은주

별지

1) 다만 위 임의경매절차는 이 법원 2024카정5010호 강제집행정지결정으로 이 판결 선고시까지 그 집행이 정지되었다.