

서울중앙지방법원 2022. 4. 20 선고 2019가합526540 판결 [근저당권설정등기말소]

재판경과

서울고등법원 2023. 4. 12 선고 2022나2015708 판결

서울중앙지방법원 2022. 4. 20 선고 2019가합526540 판결

전문

원 고 1. A

2. B

3. C

원고들 소송대리인 법무법인 태일

담당변호사 이승준

피 고 1. D

2. E

피고들 소송대리인 법무법인 해광

담당변호사 최창영, 윤서진, 유명춘

변론종결 2022. 3. 23.

판결선고 2022. 4. 20.

주 문

1. 원고들에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여,
가. 피고 D은 서울중앙지방법원 2013. 11. 25. 접수 제280521호로 마친 근저당권이전등기의,
나. 피고 E은 서울중앙지방법원 2018. 11. 19. 접수 제210988호로 마친 근저당권일부이전등기의
각 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 이 사건 근저당권의 설정

- 1) F는 그가 운영하던 G 주식회사(2011. 3. 31. 폐업, 이하 ‘G’이라고 한다)의 H 주식회사(2010. 9. 23. ‘I 주식회사’로 상호가 변경되고, 2013. 7. 1. 서울회생법원 2013하합88호로 파산선고를 받아 예금보험공사가 파산관재인으로 선임되었다, 이하 ‘I’이라고 한다)에 대한 채무를 담보하기 위하여 자신의 소유이던 별지 목록 기재 부동산(이하 ‘이 사건 아파트’라고 한다)에 관하여 2008. 9. 30. 채무자를 G, 채권최고액을 9억 8,000만 원, 근저당권자를 I으로 하는 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권설정등기’라고 하고, 이로 인한 근저당권을 ‘이 사건 근저당권’이라고 한다)를 마쳤다.
- 2) F가 운영하던 유한회사 J(이하 ‘J’이라고 한다)은 2010. 6. 30. G의 I에 대한 채무에 관하여 중첩적 계약인수를 하였고, 이에 따라 2010. 7. 20. 이 사건 아파트에 관하여 이 사건 근저당권의 채무자에 J을 추가하는 내용의 부기등기가 마쳐졌다. F는 위 무렵 J의 I에 대한 위 중첩적 계약인수에 따른

채무를 연대보증하였다.

3) 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐진 후에 이 사건 아파트에 관하여 2010. 12. 31. 서울특별시 성북구의 압류등기, 2011. 1. 19. 국민건강보험공단의 압류등기, 2011. 8. 30. 서울특별시 강남구의 압류등기, 2013. 8. 9. 주식회사 K의 가압류등기(청구금액 5,000만 원)가 마쳐졌다.

나. 이 사건 근저당권의 피담보채무 변제

1) F는 G의 L 주식회사(이후 'M 주식회사'로 상호가 변경되었다, 이하 'M'이라고 한다)에 대한 채무를 담보하기 위하여 M에 F의 소유이던 서울 종로구 N 토지를 비롯한 총 20필의 토지(이하 '이 사건 토지'라고 한다)와 이 사건 아파트에 관하여 근저당권을 설정해 주었는데, 그 채무를 변제하지 못하여 2012. 6. 4. 이 사건 토지와 이 사건 아파트에 관하여 임의경매절차(서울중앙지방법원 O, 이하 '이 사건 경매절차'라고 한다)가 개시되었고, 이에 F는 법률사무소 국장 직함을 갖고 있던 P을 만나 대가를 지불하기로 하고 경매에 대한 대책 수립을 의뢰하였다.

2) F는 P이 작성해 준 의견서를 제출하여 최저매각가격이 지나치게 낮게 결정되었다는 등의 이의를 하였으나 법원에 의하여 받아들여지지 않고 이 사건 경매절차가 계속하여 진행되자, 2013. 9. 25. 이 사건 토지를 매각하고 그 매매대금으로 G의 근저당권부 채무들을 변제하였다. 이 사건 근저당권의 피담보채무 67억 원도 같은 날 F에 의하여 대위변제되었고, 이 사건 경매절차는 신청취하로 종료되었다.

다. 원고들에 대한 이 사건 아파트의 증여 및 이 사건 각 부기등기의 경로1) F는 2013. 11. 11. 처인 원고 A와 자녀들인 원고 B, C에게 이 사건 아파트를 증여하였고, 이에 따라 2013. 11. 13. 이 사건 아파트에 관하여 위 증여를 원인으로 한 원고들 명의의 지분소유권이전등기(원고 A의 지분 8/10, 원고 B, C의 지분 각 1/10)가 마쳐졌다.

2) 이후 이 사건 아파트에 관하여, ① 서울중앙지방법원 2013. 11. 25. 접수 제280521호로 2013. 11. 25. 확정채권대위변제를 원인으로 한 피고 D 명의의 근저당권이전 부기등기(이하 '이 사건 제1부기등기'라고 한다)가 마쳐졌고, ② 서울중앙지방법원 2018. 11. 19. 접수 제210988호로 2018. 11. 16. 확정채권일부양도(양도액 4억 5,000만 원)를 원인으로 한 피고 E 명의의

근저당권일부이전 부기등기(이하 ‘이 사건 제2부기등기’라고 하고, 위 부기등기를 통칭할 때는 ‘이 사건 각 부기등기’라고 한다)가 마쳐졌다.

3) 피고 E은 이 사건 아파트에 관하여 임의경매신청을 하였고, 이에 따라 2019. 1. 30. 이 사건 아파트에 관하여 임의경매절차가 개시되었다.

【인정근거】다툼이 없는 사실, 갑 제1 내지 10, 25 내지 31호증의 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고들의 주장

F는 이 사건 근저당권의 피담보채무가 변제된 후 P의 조언에 따라 다른 채권자들에 의한 강제집행을 피하기 위하여 이 사건 근저당권을 제3자에게 이전하기로 하고 근저당권 이전을 위한 부기등기에 필요한 대위변제증서 등 서류들을 I의 파산관재인 예금보험공사로부터 수령하여 P에게 교부하였는데, P은 임의로 대위변제증서에 대위변제자를 피고 D으로 기재하는 등 위 서류들을 변조하여 피고 D 앞으로 이 사건 근저당권을 이전하는 이 사건 제1부기등기를 마쳤고, 이후 그 일부를 다시 피고 E 앞으로 이전하는 이 사건 제2부기등기를 마쳤으며, 결국 피고 E으로 하여금 이 사건 아파트에 관하여 임의경매신청을 하도록 하기에 이르렀다. 그런데 I 내지 예금보험공사의 의사는 명백하게 대위변제자인 F에게 이 사건 근저당권을 이전해 주고자 하는 것이었으므로, P이 관련 서류들을 변조하여 마친 이 사건 제1부기등기와 이에 터잡아 마쳐진 이 사건 제2부기등기는 원인무효로서 말소되어야 한다. 아니더라도 피고 D에 대한 이 사건 근저당권의 이전은 F와 피고 D을 대리한 P이 다른 채권자들에 의한 강제집행을 피하기 위하여 한 것이므로 통정허위표시에 의한 것이거나 강제집행 면탈을 위한 것으로 반사회질서행위에 해당하는 것이어서 무효이므로 이 사건 제1부기등기는 원인무효로서 말소되어야 하고, 이 사건 제1부기등기에 터잡은 이 사건 제2부기등기도 원인무효로서 말소되어야 한다.

나. 피고들의 주장

P과 피고 D은 F의 권유에 따라 월 10%의 수익을 약속받고 F의 지인인 Q에게 약 7억 5,800만 원을

투자하였고, F는 위 투자원금 및 수익금의 지급을 담보하기 위하여 이 사건 근저당권의 피담보채무를 변제한 후 그 설정등기를 말소하지 않고 피고 D 앞으로 이 사건 근저당권을 이전하는 이 사건 제1부기등기를 마쳐주었다. 또한, P은 피고 D에게 돈을 빌려주고 그 담보를 위하여 P의 처 피고 E 앞으로 이 사건 근저당권의 일부를 이전하는 이 사건 제2부기등기를 마쳤다. 결국 이 사건 각 부기등기는 P과 피고 D의 F에 대한 투자금 채권 및 P의 피고 D에 대한 대여금 채권을 담보하기 위하여 적법하게 마쳐진 것이다.

3. 판단

가. 이 사건 각 부기등기가 마쳐진 경위

갑 제10 내지 13, 22, 25, 89, 90호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하면, 이 사건 각 부기등기는 아래와 같은 경위로 마쳐진 사실을 인정할 수 있다.

- 1) F는 이 사건 근저당권의 피담보채무를 변제한 후 다른 채권자들의 강제집행 등을 피하기 위하여 필요하다는 P의 조언에 따라 이 사건 근저당권설정등기를 말소하지 않고 이 사건 근저당권을 제3자에게 이전해 두기로 하였다.
- 2) F는 2013. 10. 16. 예금보험공사로부터 대위변제확인서를 받았는데, 여기에는 'J(중첩채무자 G)의 연대보증인인 F가 2013. 9. 25. 67억 원을 대위변제하였다'는 내용이 기재되어 있었다.
- 3) 이후 F는 P의 조언에 따라 예금보험공사에 대위변제에 따른 근저당권의 이전등기에 필요한 서류의 발급을 요청하면서 대위변제자를 공란으로 해 달라고 요구하였고, 예금보험공사는 2013. 11.경 F에게 대위변제증서(이하 '이 사건 대위변제증서'라고 한다)와 법무사 위임용 위임장(이하 '이 사건 위임장'이라고 한다)을 교부하였는데, 이 사건 대위변제증서에는 이 사건 아파트의 표시에 관한 기재 아래에 "1. 2008년 9월 일자로 금전소비대차계약에 의하여 당은행이 채무자 G 주식회사 외 1에 대하여 가지고 있는 채권최고액 금980,000,000원을 귀하에게 변제를 받고 이를 확실히 수령하였으므로 금전소비대차계약증서를 귀하에게 교부합니다. 2. 서울중앙지방법원 등기국 2008년 9월 30.일 접수 제67485호로 위 부동산에 설정한 근저당권부 확정채권은 귀하를 위한 대위변제로 인하여 근저당권이전등기의 절차를 이행한다."라고 기재되어 있을 뿐 대위변제자,

대위변제일자, 대위변제금액이 기재되어 있지는 않았고, 이 사건 위임장의 '위임인'란에도 'I의 파산관재인 예금보험공사'만이 기재되어 있었다.

4) F는 이 사건 대위변제증서와 이 사건 위임장을 P에게 교부하였고, P은 법무사사무소의 직원을 시켜 이 사건 대위변제증서에 "D 귀하"라는 기재와 피고 D의 인적사항을 추가하도록 함으로써 이 사건 대위변제증서가 '피고 D이 이 사건 근저당권의 피담보채무를 변제하였고, 그에 따라 피고 D에게 이 사건 근저당권의 이전등기를 해 주겠다'는 내용을 갖도록 함과 아울러 이 사건 위임장의 '위임인'란에 피고 D의 이름과 인적사항을 추가하도록 함으로써 I의 파산관재인 예금보험공사와 피고 D이 공동으로 법무사에게 이 사건 근저당권의 이전을 위한 부기등기를 위임한 것처럼 보이게 하였다.

5) P은 이 사건 대위변제증서와 이 사건 위임장을 이용하여 법무사에게 위임하여 2013. 11. 25. 피고 D 명의의 이 사건 제1부기등기를 마치고, 이에 터잡아 2018. 11. 19. P의 처인 피고 E 명의의 이 사건 제2부기등기를 마쳤다.

나. 이 사건 각 부기등기가 말소되어야 하는지 여부

1) 중첩적 계약인수에 의하여 G과 함께 I에 대한 채무자가 된 J의 연대채무자인 F는 2013. 9. 25. 이 사건 근저당권의 피담보채무, 즉 G과 J의 I에 대한 채무를 변제함으로써 민법 제481조, 제482조 제1항 변제자대위의 규정에 의하여 이 사건 근저당권을 취득하였다[이 사건 근저당권은 F 소유인 이 사건 아파트에 관하여 설정된 것이지만 이 사건 근저당권 설정 이후 경료된 수개의 압류등기를 고려하면 F의 이익을 위하여 이 사건 근저당권을 존속시킬 필요가 있는 경우에 해당하므로, 이 사건 근저당권은 혼동에 의하여 소멸하지 아니한다(대법원 1998. 7. 10. 선고 98다18643 판결 등 참조)].

F의 이 사건 근저당권 취득은 법률의 규정에 의한 물권의 취득이므로 그 취득에는 등기를 요하지 아니하고, 처분을 하기 위하여만 등기를 필요로 하는데(민법 제187조), 원래의 근저당권자인 I과 F 및 근저당권의 양수인이 합의하는 경우 I으로부터 곧바로 양수인 앞으로 근저당권 이전의 부기등기를 마치는 것도 가능하다고 할 것이지만, 원고들은 I 및 F의 의사와는 달리 P이 이 사건 대위변제증서와 이 사건 위임장을 변조하여 이 사건 제1부기등기를 마쳤다거나 이 사건 제1부기등기는

통정허위표시에 의한 것 또는 반사회질서 행위에 의한 것이어서 무효라고 주장하므로, 이에 관하여 본다.

2) 먼저 변조한 서류에 의한 부기등기이어서 무효인지 여부에 관하여 보건대, (1) I의 파산관재인인 예금보험공사가 F의 요청에 따라 대위변제자를 공란으로 한 이 사건 대위변제증서와 이 사건 위임장을 교부한 점에 비추어 보면, I 내지 예금보험공사로서도 이 사건 근저당권이 대위변제자 F가 아닌 제3자, 즉 F가 지정하는 사람에게 이전되는 것을 승낙하였다고 봄이 상당하고, (2) ① F는 애초부터 제3자에게 이 사건 근저당권을 이전해 두려고 마음먹었던 점, ② F는 예금보험공사에 대위변제자를 공란으로 한 근저당권 이전 서류의 발급을 요구하였고, 대위변제자가 공란으로 된 이 사건 대위변제증서와 이 사건 위임장을 교부받아 이를 그대로 P에게 교부하였으며, 2013. 11. 25. 피고 D 명의의 이 사건 제1부기등기가 마쳐진 후 아무런 이의를 제기하지도 않았던 점(F는 2014. 4. 중순경 이 사건 제1부기등기에 대한 소명자료로 P의 요청에 따라 F가 피고 D로부터 금전을 차용하였다는 내용의 차용증을 작성하여 주기도 하였다) 등에 비추어 보면, F는 P이 적당한 사람을 내세워 이 사건 근저당권을 이전하는 것을 사전에 승낙하였거나 또는 사후에 이 사건 제1부기등기에 의하여 피고 D에게 이 사건 근저당권이 이전된 것에 대하여 추인을 하였다고 봄이 상당하므로, (3) 이 사건 제1부기등기는 I 내지 예금보험공사와 F의 백지위임에 따라 P이 피고 D을 이 사건 근저당권의 양수인으로 보충하여 마쳐진 것이거나 또는 I 내지 예금보험공사의 백지위임만 있는 상태에서 P이 피고 D을 이 사건 근저당권의 양수인으로 임의보충하여 마쳤으나 F의 사후추인으로 위 하자가 치유되었다고 보아야 한다. 따라서 P이 임의로 이 사건 대위변제증서와 이 사건 위임장에 피고 D의 이름과 인적사항을 추가하여 이 사건 제1부기등기를 마쳤으므로 이 사건 제1부기등기가 무효라는 주장은 받아들이기 어렵다.

3) 다음으로 통정허위표시에 의한 부기등기이어서 무효인지 여부에 관하여 보건대, ① F는 이 사건 아파트와 이 사건 토지에 관하여 임의경매절차가 개시된 때부터 P과 상의하여 대책을 세웠고, 이 사건 근저당권의 피담보채무를 대위변제한 후 P의 조언에 따라 다른 채권자들로부터의 강제집행 등을 피할 목적으로 이 사건 근저당권을 제3자에게 이전해 두기로 한 점, ② F는 P의 조언에 따라 대위변제자가 공란으로 된 이 사건 대위변제증서와 이 사건 위임장을 발급받아 이를 P에게 교부하였고, P은 위

서류들을 이용하여 자신의 지인인 피고 D의 이름으로 이 사건 제1부기등기를 마친 점, ③ 피고들은 애초에 피고 D의 F에 대한 대여금채권을 담보하기 위하여 이 사건 제1부기등기를 마쳤다고 주장하다가 P와 피고 D에 대하여 사기미수 등 공소사실로 기소가 이루어지자 1차 변론종결 직전에 F가 소개한 Q에 대한 P와 피고 D의 투자금채권을 담보하기 위하여 이 사건 제1부기등기를 마친 것이라면서 사실관계에 관한 주장을 번복하였는바, 주장의 변경 경위에 비추어 이 사건 제1부기등기가 마쳐진 경위에 관한 피고들의 주장은 믿기 어려운 점, ④ I 내지 예금보험공사는 F에게 대위변제자를 공란으로 한 이 사건 대위변제증서와 이 사건 위임장을 교부함으로써 이 사건 제1부기등기에 관한 업무를 F에게 위임함과 아울러 그에 관한 대리권도 수여한 것으로 볼 것인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 제1이전등기는 F의 다른 채권자들에 의한 강제집행 등을 피할 목적으로 형식적으로만 이 사건 근저당권을 피고 D에게 이전하여 둔 것으로서 I 내지 예금보험공사를 대리한 F, F 본인 및 피고 D이 통정하여 한 허위의 의사표시에 의하여 마쳐진 것으로서 무효라고 보아야 한다. 따라서 이 사건 제1부기등기는 원인무효로서 말소되어야 하고 이에 터잡은 이 사건 제2부기등기 역시 말소되어야 한다.

다. 소결론

따라서 이 사건 아파트의 소유자로서 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 이 사건 각 부기등기의 말소를 구하는 원고들에게 피고 D은 이 사건 제1부기등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있고, 피고 E은 이 사건 제2부기등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면, 원고들의 피고들에 대한 이 사건 청구는 이유 있으므로 인용한다.

재판장 판사 이원석, 판사 구세희, 판사 이종욱

[별지]

목록

1동의 건물의 표시

서울특별시 강남구 R에 있는 S아파트 T동

철근콘크리트조 슬래브지붕 5층 아파트

1층 571.02㎡

2층 559.26㎡

3층 559.26㎡

4층 559.26㎡

5층 559.26㎡

지층 555.06㎡

전유부분의 건물의 표시

건물번호 : U

구 조 : 철근콘크리트조

면 적 : 84.95㎡

대지권의 목적인 토지의 표시

1. 서울특별시 강남구 R 대 61562.8㎡

대지권의 표시

대지권의 종류 : 1 소유권대지권

대지권의 비율 : 61562.8분의 85.3372. 끝.

