

수원지방법원 2018. 7. 5 선고 2018나57803 판결 [근저당권설정등기말소등기절차 이행]

전 문

원고, 피항소인1. A

2. B

피고, 항소인C

변론 종결2018. 6. 7.

판결 선고2018. 7. 5.

제1심판결수원지방법원 안산지원 2015. 11. 13. 선고 2014가단26279 판결

환송_전_판결수원지방법원 2016. 6. 16. 선고 2015나41081 판결

주 문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고들의 피고에 대한 주위적, 예비적 청구를 모두 기각한다.
3. 소송 총비용은 원고들이 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

주위적으로, 피고는 원고 A에게 별지 1. 목록 기재 각 부동산에 관하여, 원고 B에게 별지 2. 목록 기재 부동산에 관하여 각 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2011. 4. 8. 접수 제21921호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라. 예비적으로, 피고는 원고 A에게 별지 1. 목록 기재 각

부동산에 관하여, 원고 B에게 별지 2. 목록 기재 부동산에 관하여 각 수원지방법원 안산지원
시흥등기소 2011. 4. 8. 접수 제21921호로 마친 근저당권설정등기에 대하여 2014. 8. 14. 변제를
원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 원고들의 피고에 대한 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초 사실

가. 원고 A의 피고에 대한 차용금반환채무

원고 A는 2011. 4. 7.경 피고로부터 이자는 월 1%(매월 30. 지급), 변제기는 2012. 4. 30.로
정하여 150,000,000원을 차용하면서 피고에게 그와 같은 내용의 차용금증서(갑 제1호증)를 작성해
주었다(이하 위 차용금증서상 채무를 '이 사건 차용금반환채무').

나. 원고 A의 이 사건 차용금증서 작성

또한, 원고 A는 2011. 4. 7.경 피고에게 전항 기재 차용금증서와 별도로, 원고가 피고로부터 이자는
무이자, 변제기는 2014. 9. 30.로 정하여 100,000,000원을 차용한다는 내용의 차용금증서(을
제1호증; 이하 '이 사건 차용금증서')를 작성해 주었다.

다. 원고들의 피고에 대한 근저당권 설정

1) 원고들은 2011. 4. 8. 이 사건 차용금반환채무를 담보하기 위하여 피고에게 원고 A 소유의 별지
1. 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 제1 부동산'; 그중 별지 1. 목록 제6항 기재 부동산은 원고 A가
D에게 매도하여 현재 D 소유이다.) 및 원고 B 소유의 별지 2. 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 제2
부동산')에 관하여 각 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2011. 4. 8. 접수 제21920호로
채권최고액 180,000,000원, 채무자 원고 A인 근저당권설정등기를 마쳐 주었다(이하 위 근저당권을

'이 사건 제1 근저당권').

2) 또한, 원고들은 2011. 4. 8. 피고에게 이 사건 제1, 2 부동산에 관하여 각 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2011. 4. 8. 접수 제21921호로 채권최고액 100,000,000원, 채무자 원고 A인 근저당권설정등기를 마쳐 주었다(이하 위 근저당권을 '이 사건 제2 근저당권').

라. 피고의 임의경매 신청 및 원고 A의 변제공탁

1) 피고는 2012. 5. 20. 원고 A에게 이 사건 차용금반환채무의 변제를 독촉하였고, 2012. 6. 25. 이 사건 제1 근저당권에 기하여 이 사건 제1, 2 부동산에 대한 임의경매개시신청을 하였는데, 수원지방법원 E 사건에서 2012. 6. 27. 이 사건 제1, 2 부동산에 관한 임의경매개시결정을 하여 그 기입등기가 마쳐졌다[피고는 2013. 7. 26. 원고 A 소유의 시흥시 S 외 2필지 지상 일반철골구조 및 조적조 (철근)콘크리트지붕 2층 제2종 근린생활시설 1층 183.9㎡, 2층 108.92㎡'에 대한 일괄경매신청을 하였는데, 수원지방법원 F 사건에서 2013. 7. 29. 위 부동산에 관한 임의경매개시결정을 하였다.

2) 원고 A는 2014. 8. 14. 서울남부지방법원 2014년 금 제4362호로 피고를 피공탁자로 하여 이 사건 차용금반환채무의 원리금 등 합계 200,121,918원을 변제공탁하였고, 피고는 이를 수령하였다.

3) 한편, 피고는 이 사건 제2 근저당권을 실행하기 위하여 수원지방법원 안산지원 G(앞서 본 시흥시 S 외 2필지 지상 건물에 대한 부동산임의경매개시 신청사건이다) 및 같은 법원 H로 이 사건 제1, 2 부동산에 관하여 각 부동산임의경매를 신청하였다(위 각 부동산임의경매 절차는 위 E 부동산임의경매 절차에 병합되었다).

마. 원고들의 피고에 대한 관련 사건

1) 원고들은 피고를 상대로 수원지방법원 안산지원 2014가합4801호로 이 사건 제1, 2 부동산에 관하여 설정되어 있는 이 사건 제1 근저당권설정등기에 대한 말소등기절차 이행 청구의 소를 제기하였고, 피고가 다투지 아니하여 위 법원은 2014. 12. 18. 전부 인용 판결(무변론판결)을 선고하였으며, 위 판결은 그 무렵 확정되었다.

2) 원고 A는 피고가 150,000,000원을 대여하면서 그 대여금채무와 관계없이 이 사건 차용금증서를 작성하도록 한 후 이 사건 제2 근저당권을 마쳤고, 이와 같은 허위의 근저당권에 기하여 이 사건 제1,

2 부동산에 관한 임의경매개시신청을 하여 100,000,000원 상당을 편취하려다가 미수에 그쳤다는 혐의로 피고를 고소하였는데, 서울남부지방법검찰청에서는 2015. 12. 28. 피고에 대한 소송사기의 범의를 인정하기 어렵다고 판단하여 증거불충분에 의한 혐의없음의 불기소처분을 하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 8, 15, 16호증(각 가지번호 포함), 을 제1호증(원고 A 이름 다음의 인영 진정성립에 다툼이 없으므로 문서 전체의 진정성립이 추정된다.), 을 제9호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 주위적 청구에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

원고들은, 주위적으로, 원고 A는 2011. 4. 6.경 피고로부터 150,000,000원을 차용하면서 피고의 요청으로 이 사건 제1 근저당권 외에 피담보채무가 없는데도 이 사건 제2 근저당권을 설정해 준 것으로, 이 사건 제2 근저당권의 성립 당시 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 존재하지 아니하므로 이 사건 제2 근저당권설정등기는 원인무효의 등기인바, 피고는 원고들에게 이 사건 제2 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다고 주장한다.

이에 대하여 피고는, 원고 A는 2011. 4. 7.경 피고와 이 사건 차용금계약과 별도로 ① 원고 A의 피고에 대한 당시까지의 금전거래를 정산하여 100,000,000원을 차용하는 것으로 하는 경계계약을 체결하였거나, ② 원고 A의 처제이자 원고 B의 동생인 I이 피고에 대하여 부담하고 있는 채무의 채무자를 원고 A로 변경하는 경계계약 또는 원고 A가 I의 피고에 대한 채무를 인수하기로 하는 채무인수계약을 체결하였고, 이를 담보하기 위하여 이 사건 제2 근저당권을 설정한 것이므로, 이 사건 제2 근저당권설정등기는 유효하다는 취지로 주장한다.

나. 관련 법리

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 2011. 4. 28. 선고 2010다107408 판결 등 참조). 아울러 처분문서는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 수증할 수 있는 반증이 없는 한 원칙적으로 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 한다(대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다48265 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2008다88016 판결 등 참조).

다. 구체적 판단

이 사건 차용금증서(을 제1호증)는 처분문서에 해당하고, 원고 A도 그 진정성립을 인정하고 있으므로, 합리적인 이유 없이 을 제1호증의 증명력을 배척하여서는 아니 되고, 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수증할 수 있는 반증이 없는 한 그 기재 내용대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 할 것이며, 이와 같이 이 사건 차용금증서에 기재된 내용대로 원고 A의 피고에 대한 채무가 인정된다면 이 사건 제2 근저당권설정등기의 피담보채권도 존재한다고 보아야 할 것이다.

갑 제1, 14호증, 을 제1 내지 5호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 제1심 증인 I의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고 A는 피고로부터 1억 5,000만 원을 차용하였을 뿐인데, 피고로부터 '1억 5,000만 원을 변제하면 1억 원의 이 사건 차용금증서는 무효로 해주겠다, 이에 응하지 아니하면 1억 5,000만 원을 빌려주지 않겠다.'라는 말을 듣고 이 사건 차용금증서를 작성해 준 것이라고 주장하는데, 1억 5,000만 원의 차용금 증서(갑 제1호증)에 기재된 내용과 이 사건 차용금증서(을 제1호증)에 기재된 내용은 이자약정의 존부와 변제기일에서 차이가 있는 점 등에 비추어 원고 A의 이와 같은 주장을 그대로 믿기 어려운 점, ② 피고가 제출한 I 명의의 각 차용증, 공정증서, 금융거래내역 및 임대차계약서에 의하면, 피고와 I은 내연관계를 유지하던 중에 금전거래가 있었으나, 이 사건 차용금증서를 작성할 무렵에는 헤어진 것으로 보이고, 그와 같은 상황이라면 피고의 주장과 같이 피고로서는 I과의 금전 관계를 정산하기 위하여 원고 A로부터 이 사건 차용금증서를 받고 그에 기초하여 제2 근저당권설정등기를 경료하려고 하였을 가능성도 있는 점(위 돈의 액수나 지급일자 등에 비추어 볼 때 증여한 것으로 볼 여지가 있다고 하더라도, 피고로서는 I과 원고 A에게 그 반환을 요구하고, 원고 A로서는 I을 대신하여 이를

반환하겠다고 약속하는 것도 충분히 가능하다), ③ 원고 A로서는 피고로부터 1억 5,000만 원을 차용하여야 하는 상황에서, I로부터 '별일 없을 것'이라는 말을 듣고(I의 제1심 법정에서의 진술), 이 사건 차용금증서를 작성하여 주었을 수도 있어 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고들 주장의 사정만으로는 이 사건 차용금증서의 기재 내용을 배척할 정도에 이르렀다고 볼 수 없다. 달리 원고 A가 피고에게 이 사건 차용금증서에 기한 채무를 부담하고 있지 않다고 볼 증거도 없다. 따라서 이 사건 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않음을 전제로 한 원고들의 위 주장은 모두 이유 없다.

4. 예비적 청구에 관한 판단

원고들은, 예비적으로, 이 사건 제2 근저당권의 피담보채무는 이 사건 차용금반환채무인데 원고 A가 이미 2014. 8. 14. 모두 변제하여 이 사건 제2 근저당권의 피담보채무는 모두 소멸하였으므로, 피고는 원고들에게 2014. 8. 14. 변제를 원인으로 하여 이 사건 제2 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다는 취지로 주장한다. 그러나 원고들이 제출한 증거만으로는 이 사건 제2 근저당권의 피담보채무가 모두 변제되었음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 원고들의 피고에 대한 이 사건 주위적 청구와 예비적 청구는 이유 없어 모두 기각하여야 한다. 이와 결론을 달리한 제1심판결을 부당하므로 이를 취소하고 원고들의 피고에 대한 주위적 청구와 예비적 청구를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사최창석

판사임현태

판사김민정

별지