

수원지방법원 2019. 6. 26 선고 2017가단506512 판결 [근저당권설정등기말소등기절차이행]

전 문

원고A

소송대리인 법무법인 마당 담당변호사 박승득, 서동호

법무법인 화현 담당변호사 박종학

피고1. B

2. C

피고들 소송대리인 법무법인(유한) 금성 담당변호사 오동운, 이은성

법무법인(유한) 바른 담당변호사 이지연

변론 종결2019. 5. 1.

판결 선고2019. 6. 26.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 이 법원이 2017카정100258호 강제집행정지 신청사건에 관하여 2017. 9. 19. 한 강제집행정지결정을 취소한다.
3. 소송비용은 원고가 부담한다.
4. 제2항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고들은 원고에게 별지목록 기재 각 부동산에 관하여 수원지방법원 화성등기소 2007. 1. 22. 접수

제10601호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자 관계

원고와 D, E은 남매 사이이고, 피고 C은 D의 배우자이며, 피고 B(개명 전 F)은 피고 C과 D 사이의 딸이다.

나. 원고의 별지목록 기재 각 부동산 소유권취득

원고는 현재 별지목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)을 아래 표와 같이 취득하였는데 그 구체적인 취득경위는 아래 1), 2), 3), 4)항에서 보는 바와 같다.

별지목록 1항 토지(이하 'G 토지'라 한다)	326/657나머지 지분	HI	2004. 6. 23. 2004. 9. 22.	2004. 5. 20. 매각 2004. 8. 20. 공유물분할
별지목록 2항 건물(이하 '이 사건 건물'이라 한다)	231/238.02나머지 지분	HI	2004. 6. 23. 2005. 2. 22.	2004. 5. 20. 매각 2005. 2. 14. 공유물분할
별지목록 3항 토지(이하 'L 토지'라 한다)	토지 전부	I	2003. 5. 30.	2003. 5. 26. 매매

1) 원고는 '원고 외 2인'을 매수인으로 하여, 2003. 4. 30. H, I로부터 화성시 K 대 657m²(이하 'K 토지'라 한다) 및 그 지상 건물 중 H 지분(토지 326/657, 건물 132/238.02), J 토지, 화성시 L 답 1,957m²(이하 'L 토지'라 한다)를 매매대금 5억 7,000만 원에 매수하였다(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다).

2) 2003. 5. 30. J 토지에 관하여 원고 앞으로 소유권이전등기가, 같은 날 L 토지에 관하여 E 앞으로 소유권이전등기가 각 마쳐졌다.

3) K 토지 및 그 지상 건물 2개동이 2004. 3. 22. G 토지 및 이 사건 건물로 분할되었고, G 토지 및

이 사건 건물 중 H의 공유지분에 관하여 H의 채권자가 강제경매신청을 하였다. 원고는 위 경매절차에서 매각허가를 받아 2004. 6. 23. '2004. 5. 20. 매각'을 원인으로 한 H 지분전부이전등기를 마쳤다.

4) 2004. 9. 22. G 토지에 관하여, 2005. 2. 22. 이 사건 건물에 관하여 각 원고 앞으로 2004. 8. 20.자 공유물분할을 원인으로 하는 공유자전원지분전부이전등기가 마쳐졌다.

다. 약속어음 작성 및 근저당권설정 등

1) 원고를 발행인으로, '2007. 1. 19.'을 발행일로 하는 액면금 10억 원의 약속어음이 피고 B 앞으로 작성되었고(을 제7호증의 2, 이하 '이 사건 약속어음'이라 한다), 이 사건 각 부동산에 관하여 채권최고액 10억 원, 채권자 겸 근저당권자 피고 B, 채무자 원고로 된 2007. 1. 19.자 근저당권설정계약서가 작성되었다(을 제8호증의 2, 이하 '이 사건 근저당권설정계약서'라 한다). 한편, E을 발행인으로, '2007. 1. 19.'을 발행일로 하는 액면금 10억 원의 약속어음이 피고 C 앞으로 작성되었고(이하 '관련 약속어음'이라 한다), L 토지에 관하여 채권최고액 10억 원, 채권자 겸 근저당권자 피고 C, 채무자 E으로 된 2007. 1. 19.자 근저당권설정계약서가 작성되었다(이하 '관련 근저당권설정계약서'라 한다).

2) 이 사건 각 부동산에 관하여 2007. 1. 22. 수원지방법원 화성등기소 접수 제10601호로 채권최고액 10억 원, 채무자 원고, 근저당권자 피고 B으로 된 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)가, L 토지에 관하여 2007. 1. 22. 같은 등기소 접수 제10602호로 채권최고액 10억 원, 채무자 E, 근저당권자 피고 C으로 된 근저당권설정등기(이하 '관련 근저당권설정등기'라 한다)가 각 마쳐졌다.

3) 피고 C은 2015. 10. 14. 수원지방법원 화성등기소 접수 제213486호로 이 사건 근저당권설정등기에 관하여 양도액을 5억 원으로 하는 일부이전 부기등기를 마쳤다.

라. E 명의 토지에 관한 수용보상금 수령 등

1) L 토지에 관하여 수원지방법원 화성등기소 2014. 6. 5. 접수 제87875호로 피고들 명의의 소유권이전청구권가등기(각 1/2 지분)가 마쳐졌다.

2) L 토지는 2015. 4. 21. 화성시 M 답 852m²(이하 'M 토지'라 한다), 화성시 N 답 110m²(이하 'N

토지'라 한다)로 분할되었다.

3) M 토지 및 N 토지는 수용되었고, 피고들은 E의 위임을 받아 2015. 6. 29. 위 수용에 따른 수용보상금 약 4억 6,000만 원 중 4억 2,000만 원을 수령하였다.

마. 임의경매신청

1) 피고 B은 이 사건 근저당권에 기하여 2016. 11. 22. 이 사건 각 부동산에 관한 임의경매신청(수원지방법원 O)을 하였고, 피고 C도 관련 근저당권에 기하여 2016. 12. 21. L 토지에 관한 임의경매신청(수원지방법원 P)을 하였다.

2) 수원지방법원 P 경매절차에서 L 토지는 2017. 4. 26. 임성순에게 매각되었고, 수원지방법원은 2017. 5. 25. L 토지의 매각대금 중 실제 배당할 금액인 397,019,672원 전액을 근저당권자인 피고 C에게 배당하는 배당표를 작성하였다. E은 2017. 5. 25. 위 사건 배당기일에 출석하여 배당금 전액에 대해 이의하고 수원지방법원 2017가합16900호로 배당이의의 소를 제기하였는데, 2018. 5. 9. 패소판결을 받았다.

바. 원고의 형사고소 및 관련 형사사건 경과

1) 원고는 2017. 2. 24. 수사기관에 피고들을 '이 사건 약속어음 및 근저당권설정계약을 각 위조하고 행사하였다'는 범죄사실로 형사고소하였고(이하 '이 사건 고소'라 한다), 피고들은 이 사건 고소와 관련하여 2017. 5. 1. 수사기관에 원고를 무고로 고소하였다.

2) 경찰은 검찰에 이 사건 고소사건을 불기소 의견으로 송치하였다.

3) 피고들의 고소사건과 관련하여 원고는 무고죄로 기소되어('피고들이 이 사건 약속어음 및 근저당권설정계약을 위조하거나 위조사문서를 행사한 사실이 없음에도 위와 같이 허위로 고소하였다'는 취지의 범죄사실) 제1심(수원지방법원 2018고단1656)에서 2019. 2. 14. 징역 8월의 유죄판결을 선고받았다. 이에 대하여 현재 상소심 절차 계속 중이다.

【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 3, 4, 5, 6, 8호증의 각 기재, 을 제3, 4, 7, 8, 9, 12, 13, 18, 22, 30호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 근저당권설정등기의 무효여부

가. 당사자의 주장 요지

1) 원고 가) 원고는 I의 대리인 H으로부터 이 사건 각 부동산을 직접 매수하여 소유권을 취득하였고, 피고들과 사이에 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무에 관한 원인서류를 작성한 적이 없다. 이 사건 약속어음 및 근저당권설정계약서는 위조된 문서이다. 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채무가 존재하지 않으므로 말소되어야 한다(주위적 주장).

나) 피고들이 제출한 증거에 의하면 원고는 피고들로부터 이 사건 각 부동산을 명의신탁받았다고 할 것이다. 원고는 신탁자인 피고들이 개발행위허가 등에 사용하는 줄 알고 인감도장, 인감증명서 등을 교부하였는데, 피고들은 수탁자인 원고의 처분행위를 방지하고자 위 인감도장 등을 이용해 서류를 작성하여 피담보채무 없이 이 사건 근저당권설정등기를 하였다. 이처럼 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채무가 존재하지 않는데다가 피고들과 원고 사이에 통정하여 허위로 체결된 근저당권설정계약에 기초한 것이므로 말소되어야 한다(제1 예비적 주장).

2) 피고 피고들은 원고 및 E에게 G 토지, J 토지, K 토지와 관련한 매수자금, 개발행위비용, 각종 공과금, 사업자금 등으로 금원을 대여하였다. 피고들은 원고 및 E에게 위 대여원리금 및 약속한 수익의 변제를 요구했고, 이에 원고 및 E은 위 대여원리금 및 약속한 수익금을 합쳐 피고들에게 각 10억 원의 채무가 있는 것으로 계산하여(분할채무로 변경) 이 사건 약속어음 및 관련 약속어음을 발행한 다음 이 사건 근저당권과 관련 근저당권을 설정해주었다.

나. 판단

1) 이 사건 약속어음 및 근저당권설정계약서의 위조여부 문서에 찍힌 인영이 그 명의인의 인장에 의하여 현출된 인영임이 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기하여 이루어진 것으로 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것이므로, 문서가 위조된 것임을 주장하는 자는 적극적으로 위 인영이 명의인의 의사에 반하여 날인된 것임을 입증할 필요가 있다(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다72029 판결 등 참조).

이 사건 약속어음 및 근저당권설정계약서에 찍힌 각 인영이 원고의 것이라는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 위 각 문서의 진정성립은 추정되고, 위 각 문서가 위조되었다는 사실에 대한 증명책임은 원고가 부담한다.

원고가 이 사건 고소에 관하여 무고죄로 유죄판결을 선고받은 점을 보면 원고가 제출한 증거만으로 이 사건 약속어음 및 근저당권설정계약서가 위조되었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 사건 약속어음 및 근저당권설정계약서의 진정성립은 여전히 추정된다.

2) 이 사건 근저당권의 피담보채권의 존부 살피건대, ① 약속어음은 발행인 자신이 수취인 또는 수취인으로부터 어음상권리를 이전받은 자에게 일정한 금액을 지급할 것을 약속하는 내용의 유가증권인데, 앞서 본 바와 같이 이 사건 약속어음의 진정성립이 인정되므로, 일응 이 사건 약속어음의 기재에 따라 발행인인 원고가 수취인인 피고 B에게 10억 원의 지급을 약속하였다고 보아야 하는 점, ② 이 사건 약속어음 작성일과 같은 날에 작성된 이 사건 근저당권설정계약서에는 '근저당권설정자는 채무자가 채권최고액(10억 원) 범위 안에서 채권자에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대채무나.(중간생략).모든 채무를 담보코저..(이하생략)'라고 기재되어 있고, 위 계약서 또한 진정성립이 인정되는 점, ③ 피고들이 2003. 3. 17.부터 이 사건 매매대금이나 이 사건 각 부동산 및 L 토지의 취득등록세와 등기비용을 부담하고 재산세 등도 꾸준히 납부하였던 점(을 제2, 16호증) 등을 고려하면 원고가 이 사건 약속어음 작성일 현재 피고 B에 대한 자신의 채무액을 10억 원으로 인정함으로써 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 행위가 있었다고 봄이 상당하다.

나아가 이 사건 각 부동산에 관한 명의신탁을 전제로 한 원고의 주장(제1 예비적 주장)은 변론과정(원고는 당초 피고들이 이 사건 약속어음 및 근저당권설정계약서를 위조하였다고 주장하다가 피고들이 위 ③항과 같이 자료를 제출한 이후에 2018. 5. 10.자 청구원인변경신청서를 통해 제1 예비적 주장을 추가하였다)이나 주장내용(원고의 주장에 따르면 주위적으로는 이 사건 각 부동산이 원고의 소유이고, 예비적으로는 명의신탁받은 부동산으로서 원고의 소유가 아니라는 것이며, 이러한 예비적 주장은 상대방인 피고들의 주장사실을 전제로 하는 것도 아니다. 원고의 주장사실이 진실이라면 원고가 알고 있는 하나의 사실관계만 존재할 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 원고 스스로 사실관계에 대해 상대방이 언급하지도 않은 양립불가능한 주장을 하는 것은, 소송법적으로는 가능할지라도 그 자체로 원고의 주장사실을 믿기 어렵게 하는 사정이다)을 볼 때

받아들이기 어려운데다가, 피고들이 제출한 증거를 포함한 이 사건에 제출된 증거만으로 원고의 위 주장사실을 인정하기에도 부족하다.

다. 결국 피담보채권의 존재에 관한 피고의 주장은 이유 있고, 이에 반하는 원고의 주위적 및 제1 예비적 주장은 이유 없다.

3. 이 사건 근저당권의 피담보채무가 변제로 소멸하였는지 여부

가. 원고의 주장 요지(제2 예비적 주장)

원고 및 E이 피고들에게 부담하는 채무는 10억 원의 연대채무이다. 그런데 원고는 2004. 7. 9. 피고 C에게 61,254,828원을 변제하고(경매절차에서 배당받은 금원으로 변제), 2005. 11. 30. 피고 C의 대리인 Q을 통해 피고들에게 4,580만 원을 변제하였다. 그리고 피고 C은 E 소유인 M 토지 및 N 토지의 수용보상금 460,543,060원을 피고 B과 공동수령하고, E 명의의 부동산에 대한 경매절차(수원지방법원 P)에서 397,019,672원을 배당받았다. 그 외에 원고는 2004. 7. 9.부터 2007. 12. 24.까지 피고들에게 합계 255,454,828원(= 2004. 7. 9.부터 2006. 12. 21.까지 226,454,828원 + 2007. 3. 20.부터 2007. 12. 24.까지 2,900만 원)을 변제하였다. 결국 원고와 E이 변제한 금원은 합계 1,220,072,388원으로 10억 원을 초과하므로, 이 사건 근저당권의 피담보채무는 변제로 소멸하였다. 이에 2019. 5. 1.자 준비서면 송달로서 이 사건 근저당권설정계약을 해지하고 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

나. 판단

1) 이 사건 약속어음 및 관련 약속어음의 발행인, 수취인이 원고 및 E, 피고들 공동명의로 기재된 것이 아니라 이 사건 약속어음은 원고(발행인), 피고 B(수취인), 관련 약속어음은 E(발행인), 피고 C(수취인)으로 각각 따로 기재된 점을 볼 때, 이 사건 약속어음 및 관련 약속어음 작성일 현재 원고는 피고 B에 대하여 10억 원의 채무를, E은 피고 C에 대하여 10억 원의 채무를 각 인정하였고 위 각 채무는 분할채무라고 봄이 상당하다. 따라서 E의 변제가 원고의 채무에 대해서 효력이 있다고 볼 수 없다. 그리고 원고는 이 사건 약속어음 작성일 현재 10억 원의 채무를 인정한 것이므로, 그 이전의 변제를 고려할 것은 아니고 이 사건 약속어음 작성일 이후의 변제만을 위 채무의 변제로 보아야 할 것이다.

따라서 원고의 주장 중 E 토지에 관한 수용보상금, 수원지방법원 P 사건에서 수령한 배당금, 2004. 7. 9.자 변제금 61,254,828원, 2005. 11. 30.자 변제금 4,580만 원, 2004. 7. 9.부터 2006. 12. 21.까지 변제금 226,454,828원 부분(아울러 2004. 7. 9.자 및 2005. 11. 30.자 변제금은 위 2004. 7. 9.부터 2006. 12. 21.까지 변제금에 이미 포함된 금액이다)은 이유 없다.

2) 한편, 2007. 3. 20.부터 2007. 12. 24.까지의 변제금 2,900만 원에 관하여 보면, 피고들이 위와 같이 변제받은 사실을 자인하고 있으므로(2017. 9. 25.자 피고들 준비서면 참조) 이를 이 사건 근저당권 피담보채무액에서 제외하여야 할 것이나, 위 변제금이 이 사건 근저당권의 피담보채권 10억 원에 미치지 못함은 계산상 명백하다.

3) 결국 이 사건 근저당권의 피담보채무가 변제로 소멸하였다는 원고의 위 주장은 이유 없다(이 사건 변론의 진행경과 및 그 내용에 비추어 원고의 청구에 잔존채무 변제를 조건으로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하는 취지가 포함되었다고 볼 수 없으므로, 피담보채무의 선이행을 조건으로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 명하는 이행판결을 하지 아니한다).

4. 결론

원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사노한동

별지