

의정부지방법원 2019. 10. 17 선고 2019나202727 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고, 항소인 A

소송대리인 변호사 정종희

피고, 피항소인 B

소송대리인 변호사 장영만

변론 종결 2019. 8. 22.

판결 선고 2019. 10. 17.

제 1 심 판결 의정부지방법원 고양지원 2019. 1. 30. 선고 2017가단15228 판결

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 고양시 덕양구 C 답 674㎡와 D 전 311㎡에 관하여 의정부지방법원 고양지원 고양등기소 2015. 2. 16. 접수 제24627호로 마친 각근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 인정사실

가. 원고는 고양시 덕양구 C 답 674㎡와 D 전 311㎡(2017. 1. 18. 327㎡로 면적 정정, 2017. 3. 2. 분할로 인하여 '전 231㎡'를 고양시 덕양구 H로 이기, 이하 '이 사건 각 토지'라 한다)에 관하여 2008. 3. 21. 소유권이전등기를 마친 소유자이다.

나. 원고의 사위인 E은 2015. 2. 15. 피고와 G에게 '6억 원을 차용하되 이를 2015.4. 15. 변제하기로 하고, 그 이행을 담보하기 위하여 이 사건 각 토지에 관하여 원고의 인감을 첨부하여 채권최고액 7억 원의 근저당권을 피고 명의로 이 계약 즉시 설정하여 준다.'(이하 근저당권설정과 관련된 부분을 '이 사건 근저당권설정약정'이라 한다)는 취지의 차용증을 작성해주면서 차용증 말미에 원고의 이름을 기재하고 원고의 막도장을 날인하였다.

다. 그 후 E은 이 사건 근저당권설정약정에 따른 근저당권설정등기를 하기 위하여 원고로부터 원고 본인 발급의 2015. 2. 13.자 인감증명서와 2015. 2. 13.자 주민등록표초본 등을 교부받고 위 근저당권설정등기신청과 관련된 위임장 등에 원고의 인감도장을 날인한 후 법무사 1를 통하여 이 사건 각 토지에 관하여 의정부지방법원 고양지원고양등기소 2015. 2. 16. 접수 제24627호로 채권최고액 7억 원, 채무자 원고, 근저당권자 피고로 된 각 근저당권설정등기(이하 '이 사건 각 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳤다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3호증, 을 제1호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

가. 원고와 피고 사이에 아무런 금전거래관계가 없음에도 원고의 사위인 E이 무단으로 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무인 6억 원의 차용증을 작성하면서 이 사건 각 토지에 근저당권을 설정하기로 약정하고, 피고에게 이 사건 각 근저당권설정등기를 마쳐주었으므로, 이 사건

근저당권설정약정의 효력은 원고에게 미치지 않을 뿐 아니라무권대리로서 이 사건 각 근저당권설정등기는 무효이다.

나. 그렇지 않더라도 피고가 E의 부탁에 따라 이 사건 각 근저당권설정등기의 등기필정보 및 등기완료통지서(이하 '이 사건 등기필증'이라 한다)를 E을 통해 원고의 재산을 관리하는 원고의 딸에게 반환하였는바, 이는 피고가 이 사건 각 근저당권설정등기의 피담보채무를 면제하거나 그 채권을 포기한 것으로 보아야 한다.

다. 이 사건 각 근저당권설정등기의 피담보채무는 갑 제4호증의 합의서에 따라 G이 J에게 근저당권부 3억 5,000만 원의 권리의무를 모두 승계해주는 조건과 갑 제6호증에 따라 채권양도의 수속절차와 대금 3억 5,000만 원을 보증하는 조건, 그리고 갑 제5호증의 합의서에 따른 권리의무의 승계에 필요한 모든 일체의 서류를 E에게 제공해 주는 조건이 모두 성취된 후에야 비로서 그 효력이 발생된다고 보아야 하는데, 위와 같은 조건이 성취되지 않아 피담보채무의 효력이 발생되지 않았으므로 이 사건 각 근저당권설정등기는 말소되어야 한다.

3. 판단

가. 피담보채무 및 근저당권설정등기의 유효 여부

1) 근저당권설정등기가 소유자의 직접적인 설정행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 설정행위에 개입한 경우, 저당권자 등이 그 제3자를 소유자의 대리인이라고 주장하더라도 근저당권설정등기는 적법하게 이루어진 것으로 추정되므로 그 등기가 원인무효임을 이유로 말소를 청구하는 소유자로서는 그 반대사실, 즉 그 제3자에게 소유자를 대리할 권한이 없었다든가, 또는 그 제3자가 근저당권설정등기에 필요한 서류를 위조하였다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다(대법원 1993. 10. 12. 선고 93다18914 판결, 대법원 1999. 2. 26. 선고 98다56072 판결 등 참조).

2) 살피건대, 갑 제1, 3, 14호증, 을 제1, 6호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재와 제1심증인 E, F의 각 일부 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 아래와 같은 사정을 종합해보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 E이 원고를 대리할 아무런 권한 없이 이 사건 각 근저당권설정등기를 마쳤거나 E이 원고를 속이고 근저당권설정등기에 필요한 서류를

위조하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다(오히려 E이 원고를 대리하여 이 사건 근저당권설정약정을 체결할 권한이 있었다거나 최소한 피고가 E에게 이 사건 근저당권설정약정을 체결할 권한이 있었다고 믿을 만한 정당한 이유가 있었다고 봄이 상당하다). 따라서 원고의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

① E은 2015. 2. 15. 이 사건 근저당권설정약정 내용을 포함한 차용증의 말미에 원고의 이름을 기재하고 원고의 막도장을 날인하였고, 그 후 원고로부터 본인 발급의 2015. 2. 13.자 인감증명서와 2015. 2. 13.자 주민등록표 초본 등을 교부받았으며, 이 사건 각 근저당권설정등기에 필요한 위임장, 근저당권설정계약서 등에 원고의 인감도장을 날인하였다.

② 원고는 이 과정에서 이 사건 각 근저당권설정등기를 위한 등기의무자 확인서면에 직접 우무인을 찍었고, 주민등록증을 E에게 교부하여 그 사본이 위 확인서면에 첨부되었다.

③ I 법무사 사무실의 직원인 F는 위 확인서면을 작성하기 위하여 원고의 집을 방문하였고, F가 직접 원고로부터 우무인을 받지는 않았으나 원고와 같이 거주하고 있는 E이 원고로부터 직접 우무인을 받았다.

④ E은 제1심법원에 증인으로 출석하여 고양시 덕양구 D 토지에 관한 허가권에 필요하다고 설명하고 원고로부터 우무인 등을 받는 등 원고의 허락 없이 이 사건 각 근저당권설정등기에 필요한 서류를 위조하였다는 취지로 증언하였으나, 제1심법원 변론기일에 동석한 원고의 딸은 '청각장애인인 원고가 수화를 배우지 못해 의사소통이 불가능하다'고 하였고, 실제 제1심법원의 제6회 변론기일에 법정에 출석한 원고는 의사소통이 불가능하였는바 이 사건에서 E이 원고에게 위와 같이 구체적인 용도를 설명하고 우무인을 받았다고 보기 어렵다[갑 제14호증(녹취록)에 의하면 E은 F에게 '어머님이 청각장애인이라 대화가 안 돼서 아무 설명 없이 근저당권설정계약서에 본인이 인감도장을 찍고, 확인서에 우무인을 찍었다'는 취지로 진술한 사실이 인정된다].

⑤ 원고는 청각 장애로 인하여 경제활동을 전혀 한 적이 없고 E과 계속 같이 거주해오면서 E에게 이 사건 각 토지의 취득과 관리를 맡겨왔으며, 이 사건의 경우에도 E이 요구하는 대로 이 사건 각 근저당권설정등기에 필요한 서류를 모두 제공한 것으로 보인다(이 사건 이전에도 E은 원고 소유의 부동산에 근저당권을 설정하고 금전을 차용한 사실이 있다).

⑥ 원고는 이 사건 각 근저당권설정등기가 마쳐지고 약 3~4개월 후에 원고의 딸(E의 처)이 그 등기사실을 알게 되어 난리가 났다고 주장하는데, 그 이후 이 사건 제소에 이르기까지 2년이 넘도록 피고에게 연락하거나 이 사건 각 근저당권설정등기를 말소하라는 등의 요청을 한 적이 없다.

나. 피담보채무의 면제 내지 채권 포기 여부

살피건대, 이 법원에 제출된 증거들만으로는 피고가 이 사건 등기필증을 E에게 반환하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다(E이 거래하던 1 법무사를 통하여 이 사건 각 근저당권설정등기가 마쳐졌고 이 사건 등기필증도 1 법무사가 수령하였을 것으로 보이는바, 이후 이 사건 등기필증이 E에게 제공되었는지 피고에게 제공되었는지 여부는 불분명하다). 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

설령 원고의 주장대로 피고가 이 사건 등기필증을 E에게 반환하였다고 하더라도, 등기필증은 등기소에서 교부하는 등기완료증명서에 불과하여 권리자라는 추정만 받지만 진실한 권리자에 대항할 수 없고, 멸실하였을 경우 신청서상의 등기의무자 혹은 그법정대리인이 직접 또는 변호사나 법무사에 위임하여 등기관으로부터 본인 여부를 확인받고 그 증명서 사본을 첨부한 조서를 작성하여 이에 기명날인하는 방식으로 이를 대체할 수 있는 점 등을 고려하면, 그것만으로 피고가 이 사건 피담보채무를 면제하여 주었다거나 피담보채권을 포기하였다고 인정하기 어렵다.

다. 이 사건 피담보채무가 조건부 채무인지 여부

살피건대, 이 법원에 제출된 증거들만으로는 이 사건 각 근저당권설정등기의 피담보채무가 원고가 주장하는 각 조건들이 모두 성취되어야만 효력을 발생하는 조건부 채무라고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 조건부 채무임을 전제로 한 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 정동혁, 판사 박기쁨, 판사 지충현