

의정부지방법원 2020. 10. 13 선고 2019가단19535 판결 [근저당권설정등기말소]

재판경과

의정부지방법원 2021. 12. 21 선고 2020나217756 판결

의정부지방법원 2020. 10. 13 선고 2019가단19535 판결

전문

원 고 A

소송대리인 변호사 주수창

피 고 B

소송대리인 변호사 정환영

변론종결 2020. 8. 18.

판결선고 2020. 10. 13.

주문

1. 피고는 원고에게 별지목록 기재 각 부동산에 관하여 의정부지방법원 남양주등기소 2006. 8. 25. 접수 제98428호로 마친 근저당권설정등기에 대하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 하는 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문 기재 근저당권설정등기에 대하여 원인무효를 원인으로 하는 말소등기절차의 이행을 선택적으로 구하는 것을 제외하면 주문 기재와 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 C와 1990. 6. 26. 혼인하고 2013. 6. 15. 이혼하였다. 피고는 C의 동생이다.

나. 원고는 1993년부터 2001년까지 사이에 별지목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다.)을 매매나 증여를 원인으로 취득하여 소유하고 있다가 2006. 8. 25. 피고에게 같은 일자 근저당권설정계약을 원인으로 채권최고액 80,000,000원의 주문 기재 근저당권설정등기를 마쳐주었다(이하 이 사건 각 부동산을 공동담보로 위와 같이 설정된 근저당권과 근저당권설정등기를 '이 사건 근저당권', '이 사건 근저당권설정등기'라 한다).

다. 피고는 이 사건 근저당권에 기하여 의정부지방법원 D로 임의경매신청을 하였다. 위 법원은 2008. 7. 28. 경매개시결정을 하였고 그에 따라 다음날 이 사건 각 부동산에 위 임의경매개시결정이 등기되었으나 피고가 2008. 11. 27. 위 임의경매신청을 취하함에 따라 위 임의경매개시결정 등기가 말소되었다.

라. 원고는 2019. 10. 11. 이 사건 각 부동산을 E에게 매도하고 2019. 10. 15. 소유권이전등기를 마쳐주었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 11호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장 및 판단

가. 원고의 주장

원고는 이 사건 근저당권설정등기를 마친 2006년경 F 주식회사, 주식회사 G 등 금융기관에 대한

채무를 이행하지 못하여 금융거래 신용불량자가 되었다. 원고는 금융기관들이 원고 소유의 이 사건 각 부동산에 강제집행을 할 것을 염려하여 이를 방지하거나 강제집행을 당하더라도 실질적으로 재산을 확보하기 위한 목적으로 당시 처남이던 피고에게 허위의 근저당권을 설정할 것을 부탁하여 실제로는 원고가 피고에 대한 차용금 채무가 없는데도 허위의 차용증을 작성하고 허위의 근저당권설정계약을 체결하여 이를 원인으로 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤다.

이와 관련하여 다음 세 가지 선택적 청구원인에 기하여 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 청구한다.

- 1) 이 사건 근저당권설정등기의 원인이 되는 근저당권설정계약은 위와 같이 통정하여 허위로 체결되어 무효이므로 이 사건 근저당권설정등기도 무효로서 말소되어야 한다.
- 2) 원고가 피고로부터 이 사건 근저당권과 관련하여 어떠한 형태로든지 돈을 받은 사실이 없고, 피고가 원고를 대신하여 임대차보증금을 반환하였다고 주장하는 임차인 H은 원고의 건물인 I호 등 점포가 아니라 C 명의의 J호, K호 점포를 임차하였고, C는 원고가 중국에 체류하던 2008. 7.경 위 J호, K호 점포를 L에게 매도하고 그 때 받은 매매대금으로 H의 임대차보증금을 반환하였을 뿐 피고가 원고를 대신하여 임대차보증금을 반환하지 아니하였으므로 당초부터 근저당권에 의하여 담보하는 피담보채무가 존재하지 않는다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기는 말소되어야 한다.
- 3) 설령 피담보채무가 있었다고 하더라도 근저당권설정등기를 마친 2006. 8. 25.부터 10년이 경과하였으므로 피담보채무는 소멸시효의 완성으로 소멸하였다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기는 말소되어야 한다.

나. 피고의 주장

피고는 원고에게 2000. 4. 3. 변제기를 2003. 4. 30.로, 이자를 월 240,000원으로 각 정하여 30,000,000원을 대여하고, 2002. 8. 10. 변제기를 2004. 12. 30.로, 이자를 월 200,000원으로 각 정하여 20,000,000원을 대여하였으나 원고가 원리금을 전혀 변제하지 아니함에 따라 이자를 포함하여 채권최고액 80,000,000원의 이 사건 근저당권을 이 사건 각 건물에 설정하였다. 그 후 원고가 이 사건 부동산을 H에게 20,000,000원의 보증금을 받고 임대하여 H이 거주하였는데 H이 2008. 10. 1. 이사를 가겠다고 원고의 당시 배우자 C에게 보증금의 반환을 요구하였으나 원고의

소재를 알 수 없고, H이 소액임차인으로 최우선변제권이 있는 상황에서 근저당권자인 피고가 근저당권 순위보전을 위하여 원고 대신 2008. 10. 1. 11,000,000원, 2008. 10. 12. 9,000,000원을 H에게 지급하여 피고의 채권은 위 대위변제금 20,000,000원을 합산한 100,000,000원이 되었다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기는 통정허위표시에 기한 것이 아니고 이 사건 근저당권의 피담보채권은 존재한다.

원고가 중국에 가 있어서 연락이 되지 아니함에 따라 피고는 2008. 6. 24. 이 사건 근저당권에 기한 임의경매를 신청하여 경매개시결정이 이루어졌으나 대지권등기 등의 문제로 경매가 제대로 진행되지 아니하였고, 피고는 그 후에도 구두 또는 내용증명 등으로 원고에 대하여 변제를 촉구하여 왔다. 이와 같이 피고가 이 사건 근저당권의 피담보채권을 행사하고 있었고, 원고가 2006년부터 2019년까지 거의 중국에서 지내서 피고의 채권행사가 사실상 불가능하였으므로 소멸시효가 진행되지 않았다고 보아야 한다.

또한 원고가 2019. 9.경 대리인 M을 피고에게 두 차례 보내어 피고에게 80,000,000원의 변제를 제안하며 근저당권 말소를 요청하였으나 피고가 대위변제금을 합산한 100,000,000원의 지급을 요구하여 합의가 되지 아니하기도 하였는데, 이는 원고가 위 채무를 승인한 것이다.

다. 판단

1) 통정허위표시 여부 및 피담보채무 존부에 대한 판단

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 2018. 2. 28. 선고 2016다231983 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살피건대, 갑 제1 내지 10호증, 을 제1, 3, 4호증의 각 기재에 의하면 원고는 피고에게 30,000,000원의 차용금에 관한 차용증과 20,000,000원의 차용금에 관한 차용증을 작성하여 주고, 원고와 피고는 차용증상 차용금 채무를 피담보채무로 하여 이 사건 근저당권에 관한 근저당권설정계약을 체결한 것으로 보이는바, 원고가 위와 같이 30,000,000원의 차용금 및 20,000,000원의 차용금에 관한 차용증을 작성하여 준 이상 설령 위 차용증에 기재된

일자에 원고가 피고로부터 실제로 차용금 상당액을 지급받지 아니하였다고 하더라도 위 각 차용증을 작성하면서 원고의 피고에 대한 기존 채무 등에 관하여 위 각 금원을 금전소비대차의 목적물로 하고 채권자를 피고로 하는 준소비대차 약정이 있었다고 볼 수 있고, 이를 피담보채무로 하여 근저당권을 설정한 이상 이 사건 근저당권설정계약 및 그 피담보채권은 진정하게 성립하여 존재한다고 할 것이다. 피고는 이 사건 근저당권설정등기 당시 피담보채무로 삼은 각 차용금 채무 이외에 원고의 H에 대한 임대차보증금을 피고가 대신 변제한 것과 관련하여 20,000,000원의 추가적인 채권이 존재한다고 주장하나, 갑 제13, 14호증, 을 제5, 6, 7, 11호증의 각 기재, 증인 M의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 바와 같이 ① H이 임대차보증금의 반환에 관하여 작성한 영수증에는 그 수취인이나 임대차보증금을 변제한 사람이 누구인지에 관한 기재가 없는 점, ② H이 거주한 점포는 원고와 C가 공동으로 임대하였고 C의 명의였으며, C는 이를 2008. 6. 27. N에게 매도하고 2008. 7. 14. 소유권이전등기를 마쳤으므로 공동임대인으로서 임대차보증금 반환의무를 지는 C가 위 점포의 매매대금 등 C의 돈으로 H의 임대차보증금을 반환하고 영수증을 받았을 가능성이 적지 않고 C도 자신이 H에게 보증금 20,000,000원을 반환하였다는 취지의 확인서를 작성하여 제출하였으며(을 제11호증의 1 제2면), 증인 M도 자신이 위 점포의 매도를 중개하였고, 그 매매대금으로 H의 임대차보증금 20,000,000원이 변제된 것이며, 자신이 원고의 요청으로 피고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 요청하였을 때 피고가 100,000,000원의 지급을 요구하면서 그 중 80,000,000원에 관하여는 영수증이 있음을 근거로 들었으나, 20,000,000원에 관하여는 H의 임대차보증금에 대한 대위변제를 근거로 들지 않고 20년이라는 세월이 지났고 그 지역이 재개발이 되고 뉴타운이어서 값어치가 상승이 되었음을 근거로 들었다고 증언한 점, ③ 피고가 H에게 20,000,000원을 지급하였음을 뒷받침할 금융자료를 제출하지 못하는 점 등에 비추어 보면, C가 위와 같이 H에게 임대차보증금을 반환하고 H으로부터 받아서 보관하던 영수증을 동생인 피고에게 제공하여 피고가 원고에게 위 영수증에 기재된 임대차보증금 상당의 채권이 있는 것처럼 가장하도록 하였을 가능성을 배제하기 어렵다고 할 것이고, 그와 같은 사정에 비추어 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 주장하는 바와 같은 H의 임대차보증금 대위변제에 관한 채권이 존재한다고 인정하기에 부족하며 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이 부분 피고의 주장은 받아들이지

않는다.

이에 대하여 원고는 위 각 차용증과 근저당권설정계약서가 신용카드회사 등 다른 채권자들의 이 사건 각 부동산에 대한 강제집행 등을 막기 위하여 허위로 작성되었다고 주장하나, 당사자 사이에 다툼이 없거나 을 제1 내지 4호증의 각 기재, 증인 M의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 각 사정에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 위 각 차용증과 근저당권설정계약서가 허위로 작성되어 원고와 피고 사이에서 효력이 없다고 보기에 부족하고, 위 각 차용증과

근저당권설정계약서의 내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 있다고 보기도 어렵다.

가) 증인 M의 증언에 의하면 원고가 2005년 내지 2007년경 원고의 딸 O의 신용카드 채무와 관련하여 신용카드회사 등으로부터 변제를 독촉받기 전에는 기치료 등으로 인한 수입이 있어 경제적으로 넉넉한 형편이었던 사실, 원고가 이 사건 근저당권설정 전에 M에게 “은행에서 변제 요구를 하니 처남인 피고에게 근저당권을 설정하여야겠다”고 말한 사실, 원고가 이 사건 근저당권설정등기를 마치고 난 후 피고와 함께 원고의 집으로 돌아와서 집에 와 있던 M에게 “처남에게 근저당권설정을 해놓았다”는 취지로 말한 사실이 인정되기는 하나, 실제로 존재하는 채무에 관하여 근저당권설정을 하지 아니하고 있다가 다른 채권자의 집행이 문제되는 경우 그 채권자의 채권을 확보해주기 위하여 나중에 비로소 근저당권을 설정하여 주는 경우도 있는 점, M도 이 사건 근저당권설정등기 무렵 원고로부터 이 사건 근저당권설정등기가 허위라는 말은 듣지 못한 점에 비추어 보면 증인 M의 증언을 들어 위 각 차용증이나 근저당권설정등기가 허위라고 단정하기는 어렵다.

나) 만약 원고의 주장처럼 신용카드 회사 등의 이 사건 각 부동산에 관한 강제집행 등을 막기 위하여 허위로 차용증을 작성하고 근저당권을 설정하였다면 그와 같은 차용증은 강제집행 등에 방해가 되는 이 사건 근저당권설정등기를 위해서 원고에게 필요할 뿐이므로 원고가 이를 직접 보관하거나 근저당권설정등기를 마친 후 폐기하는 것이 자연스러운 것이고, 근저당권설정등기에 관한 등기권리증도 원고가 보관하는 것이 자연스러운 것인데, 위 각 차용증과 등기권리증은 피고가 보관하고 있다. 차용증과 근저당권설정계약이 허위인 경우 그 허위 여부에 관한 이면계약서를 작성하거나 차용증, 등기권리증을 그 의무자가 보관하는 경우가 많은 반면, 차용증과

근저당권설정계약이 진정한 경우 차용증과 등기권리증을 권리자가 보관하는 경우가 많은 거래의 실정에 비추어 보더라도 위와 같은 피고의 차용증 및 등기권리증 보관 사실은 피고가 실제로도 위 각 차용증상 채권 및 근저당권을 보유함을 뒷받침한다.

다) 피고는 이 사건 근저당권설정등기에 관한 법무사 수수료 영수증을 보관하고 있는바, 만약 이 사건 근저당권설정등기가 원고의 채권자들의 강제집행을 막기 위한 허위의 근저당권설정계약에 기한 것이라면 이는 원고를 위한 것이어서 원고가 이 사건 근저당권설정등기에 관한 법무사 수수료를 납부하고 영수증도 원고가 받아 보관하는 것이 당연할 것인 점에 비추어 보면 피고가 위와 같이 법무사 수수료 영수증을 보관하고 있는 사실은 이 사건 근저당권설정계약이 허위가 아님을 뒷받침한다.

2) 피담보채무의 소멸시효 완성 여부

이 사건 근저당권의 피담보채무는 앞서 본 바와 같이 원고의 피고에 대한 을 제3, 4호증 각 차용증상 차용금 채무라 할 것이고, 갑 제3, 4호증의 각 기재에 의하면 그 변제기는 2003. 4. 30. 및 2004. 12. 30.이라 할 것이며, 소멸시효기간은 민법 제162조 제1항에 따라 10년이라고 할 것이므로, 이 사건 근저당권의 피담보채무는 위 각 변제기 이후로서 원고가 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐 이를 승인한 2006. 8. 25.부터 10년이 경과한 2016. 8. 25. 소멸시효가 완성되어 소멸되었다 할 것이다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기에 대하여 피담보채무의 소멸시효 완성을 원인으로 한 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

이에 대하여 피고는 구두 또는 내용증명 등으로 원고에 대하여 변제를 촉구하는 등 방법으로 이 사건 근저당권의 피담보채권을 행사하고 있었고, 원고가 2006년부터 2019년까지 거의 중국에서 지내서 피고의 채권행사가 사실상 불가능하였으므로 소멸시효가 진행되지 않았다고 보아야 한다고 주장하나, 민법 제174조에 의하면 최고는 6월 내에 재판상의 청구 등을 하지 아니하면 시효 중단 효력이 없는바, 원고가 이 사건 근저당권의 피담보채무의 소멸시효 완성 전에 변제 촉구 등 최고를 하고 그로부터 6월 내에 민법 제174조의 재판상의 청구 등을 하였다고 인정할 자료가 없으므로 피고 주장의 변제 촉구 등을 들어 시효가 중단되었다고 보기는 어렵고, 피고의 임의경매신청 및 이에 따른 경매개시결정은 민법 제168조 제2호의 압류에 준하는 것으로서 이 사건 근저당권의 피담보 채권에

관하여 소멸시효를 중단하는 효력이 생긴다고 할 것이나 민법 제175조에 “압류, 가압류 및 가처분은 권리자의 청구에 의하여 또는 법률의 규정에 따르지 아니함으로 인하여 취소된 때에는 시효중단의 효력이 없다.”고 규정하고, 민사집행법 제93조 제1항에 “경매신청이 취하되면 압류의 효력은 소멸된다.”고 규정하고 있으므로 경매신청이 취하되면 특별한 사정이 없는 한 압류로 인한 소멸시효 중단의 효력이 소멸하는 것과 마찬가지로 위와 같이 임의경매신청을 한 채권자의 채권신고로 인한 소멸시효 중단의 효력도 소멸하므로(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다28031 판결 참조), 위 기초사실과 같이 취하된 피고의 임의경매신청으로 소멸시효가 중단되었다고 보기는 어려우며, 이 사건 근저당권의 피담보채무에 관하여 10년의 소멸시효기간이 경과하기 전에 피고가 그 중단을 위한 그밖의 조치를 취하였음을 인정할 증거가 없고, 비록 원고가 중국에서 지낸다고 하더라도 원고로서는 원고에 대한 외국송달이나 공시송달 등의 방법 등을 통하여 압류, 가압류, 가처분, 재판상 청구 등 시효 중단을 위한 조치를 취하는 것이 가능하다고 할 것이어서 원고가 중국에 있었다고 하더라도 이를 이유로 시효가 중단되었다거나 진행하지 아니하였다고 보기도 어려우므로 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

피고는 원고의 대리인 M이 2019. 9.경 이 사건 근저당권의 피담보채무를 승인하였다고 주장하므로 살피건대, 2019. 9.경은 소멸시효 완성 이후로서 소멸시효 중단이 불가능하므로 피고의 위 주장은 원고의 대리인 M이 소멸시효 완성 후 소멸시효 이익을 포기하였다는 취지로 설회할 수 있는바, 시효이익을 받을 채무자는 소멸시효가 완성된 후 시효이익을 포기할 수 있고, 이것은 시효의 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다고 하는 의사표시이며 그러한 시효이익 포기의 의사표시가 존재하는지의 판단은 표시된 행위 내지 의사표시의 내용과 동기 및 경위, 당사자가 의사표시 등에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의도 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식에 따라 객관적이고 합리적으로 이루어져야 하고, 소멸시효 중단사유로서의 채무승인은 시효이익을 받는 당사자인 채무자가 소멸시효의 완성으로 채권을 상실하게 될 자에 대하여 상대방의 권리 또는 자신의 채무가 있음을 알고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하는 이른바 관념의 통지로 여기에 어떠한 효과의사가 필요하지 않는 반면 시효완성 후 시효이익의 포기가 인정되려면 시효이익을 받는 채무자가 시효의 완성으로 인한 법적인

이익을 받지 않겠다는 효과의사가 필요하기 때문에 시효완성 후 소멸시효 중단사유에 해당하는 채무의 승인이 있었다 하더라도 그것만으로는 곧바로 소멸시효 이익의 포기라는 의사표시가 있었다고 단정할 수 없다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다21556 판결 등 참조). 원고의 대리인 M이 피고의 주장과 같이 소멸시효 이익을 포기하였는지 여부에 관하여 살피건대, 증인 M은 원고의 요청으로 피고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 것을 요청하기 위하여 만났을 때 피고가 차용증이 있다면서 지급을 요구하는 이 사건 근저당권의 채권최고액인 80,000,000원이나 100,000,000원을 인정하지는 아니하고, 원고가 말하였던 내용대로 피고에게 인사치레로 10,000,000원을 지급하겠다고, 그것이 부족하면 원고에게 더 이야기해보겠다고 말하였다는 취지로 증언하였으며, 위와 같이 인사치레로 지급한다는 말은 채무가 없음에도 예의나 도리상 지급하겠다는 취지이지 법적인 의무를 부담한다거나 그와 같은 법적 의무를 부담하고 있음을 시인하는 취지로 단정하기는 어려운 점, M이 원고를 대리하여 피고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소와 관련하여 80,000,000원을 지급하겠다고 말하였다는 피고의 주장에 부합하는 증인 P의 증언은 위 증인이 그와 같은 말을 직접 들은 것이 아니라 피고로부터 들은 내용인 점, 피고는 당초 H이 C에게 임대차보증금 20,000,000원의 지급을 요구하였으나 C가 변제하지 아니하여 근저당권의 순위 보전을 위해 피고가 H에게 위 20,000,000원의 임대차보증금을 지급하였다고 주장하였다가(2019. 12. 16.자 답변서 제2면, 2020. 3. 3.자 준비서면 제2면) 나중에는 C가 자신의 패물을 팔아서 마련한 C의 돈으로 H에게 위 20,000,000원의 임대차보증금을 지급하였다고 주장을 변경(2020. 7. 21.자 준비서면 제3면)하는 등 자신에게 유리한 주장을 허위로 꾸며 내어 하는 태도를 보였는데, 그와 같은 피고의 태도에 비추어 볼 때 피고가 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 관한 원고와의 다툼에서 유리한 증언을 하도록 하기 위하여 M이 피고에게 한 말을 증인 P에게 과장하거나 꾸며내어 말해주었을 가능성을 배제하기 어려운 점에 비추어 보면 피고가 제출한 증거들만으로는 원고나 원고의 대리인 M이 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무를 인정하거나 시효의 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다는 효과의사를 표시하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 유상호

별지