

인천지방법원 2018. 8. 17 선고 2017가단1003 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고망 A의 소송수계인 B

피고1. C

2. D 주식회사

변론 종결 2018. 7. 13.

판결 선고 2018. 8. 17.

주 문

1. 원고의 피고 C에 대한 소를 각하한다.
2. 원고의 피고 D 주식회사에 대한 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고들은 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 대하여 인천지방법원 등기국 2015. 12. 3. 접수 제114326호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라(원고는 피고들을 상대로 이 사건 소를 제기하였다가, 피고 C에 대한 소를 취하하고 피고 D 주식회사만을 상대로 말소등기절차 이행을 구하는 것으로 청구취지를 변경하였으나, 피고 C가 소취하에 동의하지 않았으므로 청구취지를 위와 같이 보고 판단한다).

이 유

1. 기초 사실

가. 소외 망 A 소유였던 별지 목록 기재 각 부동산(이하 이 사건 부동산이라 한다)에 관하여 2015. 12. 3. 채권최고액 130,000,000원, 채무자 E 주식회사, 근저당권자 피고 D 주식회사(이하 피고 회사라 한다)로 된 근저당권설정등기가 마쳐졌다(이하 이 사건 근저당권이라 한다).

나. 망 A은 이 사건 소송 도중인 2018. 5. 27. 사망하였고, A의 상속인 중 원고가 소송을 수계하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제3호증의 기재

2. 원고의 주장 요지

가. 이 사건 근저당권 설정 당시 망 A은 치매로 심신이 온전하지 않은 상태였다. 그러나 법무사는 그러한 사실을 확인하지 않은 채 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤다. 따라서 이 사건 근저당권설정계약은 의사무능력자가 한 행위로 무효이다1).

나. 이 사건 근저당권 설정등기는 소외 F, 피고 C, 소외 G 등의 기망 때문에 이루어진 것이므로 효력이 없다.

다. 이 사건 근저당권은 원인채권이 존재하지 않는 것이어서 효력이 없다.

라. 원고는 망 A의 대리인 자격으로 이 사건 근저당권설정계약을 체결하였는데, 원고는 망 A의 적법한 대리인이 아니었다. 따라서 이 사건 근저당권은 효력이 없다.

3. 원고의 피고 회사에 대한 청구에 관한 판단

가. 망 A이 무능력자였다는 주장에 대한 판단

원고는 이 사건 근저당권 설정 당시 망 A이 치매로 인하여 법률행위를 할 능력이 없었다고 주장한다. 그리고 이 법원의 H병원장에 대한 사실조회 결과에 의하면, 이 사건 근저당권이 설정된 2015. 12. 3. 당시 망 A은 '부분적인 의사소통은 가능하나 장·단기 기억력, 지남력, 판단력 등에서 인지기능 저하를 보이는 상태'였던 사실은 인정된다. 그러나 원고가 제출한 증거만으로는 망 A이 당시 법률행위를 할 능력이 없었다고 보기는 어렵다.

그리고 민법 제9, 10, 12, 13조의 각 규정에 의하면가정법원은 질병·장애·노령·그 밖의 사유로 인한

정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람에 대하여는 성년후견개시 심판을, 질병·장애·노령·그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람에게는 한정후견개시 심판을 하여야 하고, 피성년후견인의 법률행위 및 후견인의 동의 없는 피한정후견인의 법률행위는 취소할 수 있게 되어 있다. 그런데 망 A이 이 사건 근저당권 설정 당시 피성년후견인 또는 피한정후견인이었다고 볼 증거가 없다.

따라서 망 A이 무능력자이기 때문에 근저당권설정행위의 효력이 없다는 취지의 원고 주장은 받아들일 수 없다.

나. 기망에 의한 법률행위로서 효력이 없다는 주장에 대한 판단

(1) 원고의 주장 원고는 망 A의 병원비 마련을 위하여 I에게 이 사건 부동산의 매도를 부탁하였고, I은 소외 F를 소개하였다. F는 피고 C, 소외 J과 함께 이 사건 부동산을 매수할 의사를 표시하였다. 이들은 원고에게 'K이 운영하는 L가 이 사건 부동산을 123,000,000원에 매수할 것인데, 매매대금 중 2,300만 원은 선순위 근저당권을 정리하는 방법으로 지급하고, 나머지 1억 원은 이 사건 부동산에 담보를 설정하여 돈을 조달한 후 지급하겠다'고 약속하였다. 그런데 이들은 선순위 근저당권을 정리하지도 않았고, 잔금 1억 원도 지급하지 않았으며 약속과 달리 E를 채무자, 피고 회사를 채권자로 하여 이 사건 근저당권을 설정하였다. 이 사건 부동산에 관하여 체결된 매매계약 및 이 사건 근저당권설정계약은 I 등이 원고 및 망 A을 기망하여 체결된 것이므로 무효이다.

그리고 피고 회사는 근저당권을 설정하면서 근저당권설정자인 원고의 의사를 확인하지 않은 채 근저당권을 설정하였는바, 결국 피고 회사도 위 I등과 공모하여 근저당권설정등기를 설정받은 것으로 볼 수 있다.

(2) 인정 사실 갑 제3, 5호증(가지번호 포함), 을 제1호증의 각 기재에 의하면, ① 2015. 12. 3. 이 사건 부동산에 관하여 매도인 망 A과 매수인 주식회사 L 사이에 매매계약이 체결된 사실, ② 같은 날 채권자 겸 근저당권자 피고 회사, 채무자 E 주식회사, 근저당권설정자 망 A은 이 사건 부동산에 채권최고액 1억 3,000만 원의 근저당권을 설정한다는 내용의 근저당권설정 계약서를 작성한 사실, ③ 위 매매계약서 및 근저당권설정 계약서에는 망 A의 도장이 각 날인되어 있고, 등기필증에 첨부된 법무사 M 작성의 '확인정보'라는 문서의 특기사항에는 '키 155cm 정도, 마른 체형, 흰머리 퍼머형,

불에 살이 적고 광대가 있는 마른 얼굴(소통 가능하나 H병원에서 확인함)이라고 기재되어 있는 사실,
④ 원고는 소외 F, 피고 C, 소외 G, 소외 K, 소외 N(O의 대표) 등을 사기죄로 고소한 사실이 인정된다.
(3) 판단 민법 제110조의 규정에 의하면, 사기에 의한 의사 표시는 취소할 수 있으나, 그 의사 표시는 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다. 그리고 여기서 제삼자는 특별한 사정이 없으면 선의로 추정되므로, 제삼자가 악의라는 사실에 대한 입증책임은 이를 주장하는 원고에게 있다.
원고 주장대로 F 등이 원고와 망 A을 기망하여 이 사건 근저당권을 설정한 것이 사실이라 하더라도, 피고 회사가 그들과 공모하여 기망행위를 했다는 점을 인정할 증거가 없다. 그리고 원고가 제출한 증거만으로는 피고 회사가 그와 같은 사실을 알고 있었다는 점을 인정하기도 부족하다. 따라서 원고가 주장하는 사정은 선의의 제삼자인 피고 회사에 대항할 수 없으므로, 원고의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

다. 원인채권이 존재하지 않는다는 주장에 대한 판단

앞서 든 증거들 및 을 제2호증의 기재에 의하면, ① 이 사건 근저당권설정 계약서에는 '채무자가 채권자에 대하여 현재 및 근저당권설정일 이후에 발생하는 장래의 상거래로 인하여 생긴 모든 채무를 담보하고자 근저당권을 설정한다'고 기재되어 있는 사실, ② 피고 회사는 2015. 11. 24.부터 2017. 8. 24.까지 근저당채무자인 E와 양돈 등의 물품거래를 하였고, 2017. 9. 13. 기준으로 한 매출금 잔액은 96,757,210원인 사실이 인정된다. 그리고 이에 비추어 보면 이 사건 근저당권의 원인채권이 존재하지 않는다는 원고 주장은 받아들일 수 없다.

라. 원고가 망 A의 적법한 대리인이 아니라는 주장에 대한 판단

원고는 자신에게 망 A을 대리할 적법한 대리권이 없었다고 주장한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 이 사건 부동산에 관하여 작성된 매매계약서 및 근저당권설정 계약서에는 망 A이 당사자로 기재되어 있을 뿐이다. 따라서 원고가 망 A을 대리하여 계약을 체결했다는 점을 전제로 한 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

4. 원고의 피고 C에 대한 청구에 관한 판단

등기의무자, 즉 등기부상의 형식상 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자(등기명의인이거나 그 포괄승계인)가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소절차이행을 구하는 소는

당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소이다(대법원 1994. 2. 25. 선고 93다39225 판결 참조).

따라서 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행을 구하는 소는 등기의무자인 근저당권자(피고 회사)를 상대로 제기하여야 하고, 근저당권자가 아닌 피고 C에게는 피고적격이 없다. 따라서 원고의 피고 C에 대한 소는 부적법하다.

5. 결론

따라서 원고의 피고 C에 대한 소는 부적법하여 각하하고, 원고의 피고 회사에 대한 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사장유진

별지

1) 원고의 주장을 '망 A에게 법률행위의 능력이 없었다'는 것으로 선택한다