

청주지방법원 제천지원 2019. 11. 20 선고 2019가단20449(본소), 2019가단21251(반소) 판결
[근저당권설정등기말소 · 대금반환]

재판경과

청주지방법원 2021. 2. 18 선고 2019나17059(본소), 2019나17066(반소) 판결

청주지방법원 제천지원 2019. 11. 20 선고 2019가단20449 판결

전 문

원고(반소피고)주식회사 A

피고(반소원고)B

소송대리인 변호사 조종만

변론 종결 2019. 10. 23.

판결 선고 2019. 11. 20.

주 문

1. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게 별지 목록 기재 각 토지에 관하여 청주지방법원 제천지원 2006. 12. 24. 접수 제28189호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 피고(반소원고)의 주위적 및 예비적 반소청구를 모두 기각한다.
3. 소송비용은 본소, 반소를 합하여 피고(반소원고)가 부담한다.

N

청 구 취 지

○ 본소 : 주문 제1항과 같다.

○ 반소 :

[주위적 반소] 원고(반소피고, 이하 '원고'라고 한다)는 피고(반소원고, 이하 '피고'라고 한다)에게 161,700,000원 및 이에 대하여 2012. 7. 29.부터 이 사건 반소장 송달일까지 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

[예비적 반소] 원고는 피고에게 별지 목록 기재 각 토지(이하 '이 사건 각 토지'라고 한다)에 관하여 2006. 10. 17. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2005. 12. 5. 피고와, 원고가 피고에게 전남 화순군 C 임야 1,653㎡를 매매대금 161,700,000원에 매도하는 내용의 매매계약(이하 '이 사건 제1 매매계약'이라고 한다)을 체결하였다.

나. 원고는 피고로부터 이 사건 제1 매매계약에 따른 매매대금으로, 2005. 11. 3. 5,000,000원, 2005. 11. 8. 10,000,000원, 2005. 11. 16. 146,700,000원 합계 161,700,000원을 지급받았고, 2005. 12. 6. 피고에게 위 가.항 기재 C 토지에 관하여 이 사건 제1 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었다.

다. 원고와 피고는 2006. 10. 17. 이 사건 제1 매매계약을 합의해제하고, 2006. 10. 19. 위 나.항 기재 소유권이전등기의 말소등기를 마쳤다.

라. 원고는 2006. 10. 24. 피고에게 이 사건 토지에 관하여 청주지방법원 제천지원 접수 제28189호로 2006. 10. 17.자 근저당권설정계약을 원인으로 한 채권최고액 161,700,000원인 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)를 마쳐주었다.

[인정근거]

○ 다툼 없는 사실, 갑 제1, 7호증, 을 제5호증(가지번호 있는 것 각 가지번호 포함)의 각 기재, 이 법원의 IBK 중소기업은행에 대한 금융거래정보 제출명령 결과, 변론 전체의 취지

2. 반소청구에 대한 판단

가. 피고의 주장 요지

피고는 원고와 이 사건 제1 매매계약을 체결하고 그 매매대금 161,700,000원을 모두 지급하였는데, 그 후 이 사건 제1 매매계약의 체결이 원고의 사기로 인한 것임이 판명되었다. 이에 원고와 피고는 2006. 10. 17. 이 사건 제1 매매계약을 합의해제하였고, 그 대신 이 사건 각 토지를 매매목적물로 갈음하고 그 매매대금 161,700,000원이 모두 지급된 것으로 하는 새로운 매매계약(이하 '이 사건 제2 매매계약'이라고 한다)을 체결하면서 추후 이 사건 각 토지에 대한 토지거래허가구역 지정이 해제되면 매매대금 161,700,000원을 반환하거나 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기절차를 이행하기로 약정하였다. 이 사건 각 토지에 대한 토지거래허가구역 지정은 2012. 7. 29.

해제되었으므로, 원고는 피고에게 주위적으로 매매대금 161,700,000원을 지연손해금과 함께 반환할 의무가 있고, 예비적으로 이 사건 각 토지에 관하여 이 사건 제2 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 판단

1) 피고가 주장하는 바와 같은 약정(이 사건 각 토지에 대한 토지거래허가구역 지정이 해제되면 원고가 피고에게 매매대금 161,700,000원을 반환하거나 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기절차를 이행하기로 하는 약정)이 인정되기 위해서는 그 전제로 피고가 주장하는 이 사건 제2 매매계약의 체결 사실이 인정되어야 하는데, 위 매매계약의 체결 사실을 입증하기 위해 이 법원에 제출된 증거는 을 제1호증(토지매매계약서)이 유일하다. 그러나 을 제2, 4, 5호증의 각 기재만으로는 을 제1호증의 진정성립을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 이 법원의 서울중앙지방법원 등기국에 대한 사실조회 결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 을 제1호증에 있는 원고 대표이사 이름 다음의 인영은 2006. 10. 17. 당시 등록되어 있던 원고의 인감도장과 육안으로 보기에다 동일하지 않은 사실을 인정할 수 있다. 이에 의하면, 이 사건 제2

매매계약의 체결 사실 자체가 인정되지 않으므로, 피고가 주장하는 바와 같은 위 약정의 존재도 인정되지 않는다. 따라서 피고의 매매대금반환청구(주위적 반소청구) 및 소유권이전등기청구(예비적 반소청구)는 이유 없다.

2) 설령을 제1호증이 진정하게 성립된 문서라고 하더라도, 다음과 같은 이유로 피고의 매매대금반환청구 및 소유권이전등기청구는 인정되지 않는다.

가) 우선, 매매대금반환청구에 관하여 본다.

을 제1호증의 기재, 이 법원의 충청북도청에 대한 2019. 6. 26.자 사실조회 결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 원고와 이 사건 제1 매매계약을 체결하고 그 매매대금 161,700,000원을 모두 지급하였다가, 2006. 10. 17. 이 사건 제1 매매계약을 합의해제하고 원고로부터 이 사건 각 토지를 위와 동일한 가격에 매수하는 내용의 이 사건 제2 매매계약을 체결한 사실, 원고와 피고는 이 사건 제2 매매계약 체결 당시 이 사건 각 토지에 대한 토지거래허가구역 지정이 해제되면 이에 관한 소유권이전등기를 마치기로 약정한 사실, 이 사건 각 토지에 대한 토지거래허가구역 지정이 2012. 7. 29. 해제된 사실을 인정할 수 있다. 이에 의하면, 피고가 이 사건 제2 매매계약의 체결 당시 이 사건 각 토지에 대한 토지거래허가구역 지정이 해제되면 원고로부터 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기를 넘겨받기로 약정한 사실은 확인되나 위 매매대금을 반환받기로 약정한 사실은 확인되지 않는다. 이에 위 매매대금의 반환은 이 사건 제2 매매계약이 소멸하였음을 전제로 하는 것인데(이 사건 제2 매매계약이 유효하게 존재한다면 그 매매대금을 반환할 이유가 없다) 토지거래허가구역 지정이 해제되어 이 사건 제2 매매계약이 확정적으로 유효하게 되면 곧바로 이 사건 제2 매매계약이 소멸하였음을 전제로 그 매매대금을 반환하기로 하는 약정을 체결했다는 것은 상식적으로 납득하기 어려운 점, 오히려 원고와 피고는 이 사건 제1 매매계약의 합의해제에도 불구하고 이미 수수된 매매대금을 반환하지 않고 이를 계속 활용하기 위해 매매목적물을 이 사건 각 토지로 변경한 이 사건 제2 매매계약을 체결한 것으로 보이는 점까지 더하여 보면, 원고와 피고가 이 사건 각 토지에 대한 토지거래허가구역 지정이 해제되면 위 매매대금 반환하기로 약정한 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 약정에 따른 매매대금반환청구는 이유 없다.

한편, 이 사건 제2 매매계약이 해제되는 경우 그에 따른 원상회복의 일환으로 피고의 매매대금반환청구가 전부 또는 일부 인정될 여지가 있으나, 피고는 이 사건 제2 매매계약의 해제에 따른 매매대금반환청구를 하는 것이 아니라 이 사건 제2 매매계약이 유효함을 전제로 그에 포함된 약정에 따른 매매대금반환청구를 하고 있으므로, 그 청구원인이 다르다. 설령 피고의 이 부분 주장을 이 사건 제2 매매계약의 해제에 따른 매매대금반환청구로 선행하더라도, 아래 2. 나. 2) 나)항에서 보는 바와 같이 이 사건 제2 매매계약에 기한 피고의 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기청구권이 이미 시효로 소멸하였고, 그에 따라 원고의 채무불이행 사실이 존재하지 않게 되어 피고에게 해제권이 인정되지 않으므로, 피고의 위 해제에 따른 매매대금반환청구는 이유 없다.

나) 다음으로, 소유권이전등기청구에 관하여 본다.

상법 제5조 제2항은 "회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다"고 규정하고 있고, 상법 제47조 제1항은 "상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 본다"고 규정하고 있으며, 상법 제47조 제2항은 "상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정한다"고 규정하고 있고, 상법 제64조 전문은 "상행위로 인한 채권은 본 법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다"고 규정하고 있다. 한편, 당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채권뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권도 상법 제64조에서 정한 5년의 소멸시효기간이 적용되는 상사채권에 해당하는 것이고, 그 상행위에는 상법 제46조 각 호에 해당하는 기본적 상행위뿐만 아니라 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위도 포함된다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다7863 판결 참조).

원고가 주식회사인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 원고와 피고가 2006. 10. 17. 이 사건 각 토지에 관한 매매계약을 체결하면서 이 사건 각 토지에 대한 토지거래허가구역 지정이 해제되면 이에 관한 소유권이전등기를 마치기로 약정한 사실, 이 사건 각 토지에 대한 토지거래허가구역 지정이 2012. 7. 29. 해제된 사실은 앞서 본 바와 같다. 이에 의하면, 원고가 피고와 체결한 이 사건 제2 매매계약은 상행위에 해당하고, 위 매매계약에 기한 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기청구권은 상사채권으로서 그 소멸시효기간은 5년이다. 이 사건 반소는 이 사건 각 토지에 대한 토지거래허가구역 지정이 해제된 2012. 7. 29.로부터 5년이 경과한 2019. 6. 7. 제기되었음이

기록상 분명하므로, 피고의 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기청구권은 이 사건 반소 제기 전에 이미 시효로 소멸하였다. 따라서 피고의 위 소유권이전등기청구는 이유 없다.

다. 소결론

피고의 주위적 청구 및 예비적 청구는 모두 이유 없다.

3. 본소청구에 대한 판단

가. 원고의 주장 요지

이 사건 근저당권설정등기는 피담보채권 없이 마쳐졌거나 피담보채권이 존재했다 하더라도 시효로 모두 소멸하였으므로, 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 판단

1) 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 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 참조). 이 사건 근저당권설정등기의 근저당권자인 피고는 그 피담보채권과 관련하여 '원고와 피고가 2006. 10. 17. 이 사건 각 토지에 관한 매매계약을 체결하면서 이 사건 각 토지에 대한 토지거래허가구역 지정이 해제되면 원고가 피고에게 기 지급된 매매대금 161,700,000원을 반환하거나 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기절차를 이행하기로 약정하였고, 이를 담보하기 위해 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤다'는 취지로 주장한다. 즉, 피고의 주장에 의하면, 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권은 이 사건 제2 매매계약에 포함된 약정에 따른 161,700,000원의 매매대금반환채권 또는 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기청구권이다. 그러나 피고가 주장하는 매매대금반환 약정의 존재가 인정되지 않음은 위 2. 나. 1)항 및 2. 나. 2) 가)항에서 본 바와 같고, 피고가 주장하는 소유권이전등기청구권은 그 자체로 금전채권이 아니므로 이 사건

근저당권설정등기의 피담보채권이 될 수 없다.

2) 을 제1호증이 진정하게 성립된 문서라는 전제 하에 피고의 주장을 '이 사건 제2 매매계약의 해제에 따른 매매대금반환채권을 담보하기 위해 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤다'는 취지로 선행하더라도, 이 사건 제2 매매계약에 기한 피고의 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기청구권이 시효로 소멸하였음은 앞서 본 바와 같고, 그에 따라 원고의 채무불이행 사실이 존재하지 않게 되어 피고에게 해제권이 인정되지 않으므로, 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권인 위 해제에 따른 매매대금반환채권도 인정되지 않는다.

3) 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권을 이 사건 제1 매매계약의 합의해제에 따른 매매대금반환채권으로 보더라도, 원고가 주식회사인 사실, 이 사건 제1 매매계약은 2006. 10. 17. 합의해제된 사실은 앞서 본 바와 같고, 원고가 피고와 체결한 이 사건 제1 매매계약은 상행위에 해당하고 이 사건 제1 매매계약의 합의해제에 따른 매매대금반환채권은 상사채권으로 그 소멸시효기간은 5년이므로, 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권인 위 합의해제에 따른 매매대금반환채권은 이 사건 변론종결일¹⁾인 2019. 10. 23. 전에 이미 시효로 소멸하였다.

4) 결국, 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채권이 존재하지 않으므로 말소되어야 한다.

다. 소결론

피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다. 원고의 본소청구는 이유 있다.

4. 결론

원고의 본소청구는 이유 있어 인용하고, 피고의 주위적 및 예비적 반소청구는 모두 이유 없어 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사김태현

별지

1) 피고는 이 사건 변론종결일까지 이 사건 제1 매매계약의 합의해제에 따른 매매대금반환채권에

대한 소 제기 등 시효중단 조치를 취한 바 없다.