

춘천지방법원 속초지원 2022. 12. 15 선고 2019가합200576 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원 고 A

소송대리인 변호사 김희근, 김지영

피 고 B

소송대리인 법무법인 사람과사람 담당변호사 여운길, 박성화

변 론 종 결 2022. 8. 25.

판 결 선 고 2022. 12. 15.

주 문

1. 피고는 원고에게 속초시 C 대 288㎡ 중 1/2 지분에 관하여 2012. 1. 13. 춘천지방법원 속초지원 접수 제514호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라. 2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 전제된 사실

가. 원고와 D의 2009. 12. 24. 합의에 따른 토지 지분 등 소유권이전

D과 피고(D의 동생)는 2005. 5. 3. 속초시 C 대 288㎡(이하 '이 사건 토지'라 한다) 중 각각 2분의 1 지분에 관하여 1999. 8. 23. 상속을 원인으로 하여 소유권이전등기를 마쳤다.

원고와 D은 1968. 5.경부터 법률상 부부로 지내다가 2007. 4. 23. 협의이혼 신고를 마쳤고, 2009. 12. 24. 재산분할 등과 관련한 합의(이하 '이 사건 합의'라 한다)를 하였다. 그 주요 내용은 아래와 같다.

1. 가. D은 원고에게 2010. 1. 8.까지 이 사건 토지 중 D 소유 1/2 지분과 지상 건물(이하 '이 사건 건물'이라 한다)에 관하여 2009. 12. 24. 매매를 원인으로 하고, 대금을 6억 5,000만 원 또는 원고가 희망하는 금액으로 하는 소유권이전등기절차를 이행한다.

나. 단, 위 소유권이전등기는 원고와 D이 협의이혼할 당시 D이 원고에게 작성, 교부하였던 이혼 위자료 지불 확인서의 이행에 갈음하는 것이므로, D은 원고에게 위 매매대금을 청구하지 아니하며, 추후 위 매매대금의 미지급을 사유로 하여 소유권이전등기의 말소를 청구하지 아니한다.

2. 가. 원고는 D에게 1억 8,000만 원을 지급하되, 그중 9,000만 원은 D이 제1의 가.항 소유권이전등기를 마침과 동시에 지급하고, 나머지 9,000만 원은 D이 C 건물 3층에서 퇴거하고, 이를 원고에게 명도함과 동시에 지급한다.

나. 원고가 위 가.항을 어길 경우, 원고는 위 1억 8,000만 원을 지급하는 것 외에 위약금으로 1억 8,000만 원을 D에게 지급한다.

3. 가. 원고는 D이 이 사건 건물의 임차인들에게 부담하고 있는 합계 1억 8,000만 원의 임대차보증금 반환채무를 승계하며, 이를 책임지고 임차인들에게 지급한다.

8. 나. 원고는 D에 대하여 이 합의에서 정한 것 외에는 이 합의일 이전에 발생한 사유를 원인으로 하는 일체의 차용금 청구, 약정금 청구, 손해배상 청구를 하지 아니하며, 이를 어길 경우 2억 원의 위약금을 D에게 지급한다.

9. D은 원고에 대하여 이 합의서에서 정한 것 외에는 이 합의일 이전에 발생한 사유를 원인

으로 하는 일체의 차용금 청구, 손해배상의 청구, 증여 또는 매매계약의 취소, 해제를 원인으로 하는 부동산소유권이전등기의 말소청구, 부당이득반환 청구를 하지 아니하며, 만약 이를 어길 경우 2억 원의 위약금을 원고에게 지급한다.

* 추가합의사항

- D은 원고가 D 명의로 E은행에 가입한 펀드(2건, 가입금액 약 2,000만 원)에 대한 일체의 권리는 원고에게 있음을 확인하며, E은행에 대하여 위 펀드가입금액을 원고에게 지급하지 말라고 통지하였던 것을 취소한다.

- D은 원고가 D을 계약자로 하여 마산우체국에 가입한 보험에 대한 일체의 권리는 원고에게 있음을 확인한다.

- D은 원고가 위 펀드, 보험과 관련하여 금원을 지급받기 위해 필요한 서류의 교부를 요구할 경우, 이를 요구받은 날로부터 1주일 내에 원고가 요구하는 서류를 작성, 교부하여야 하고, 만약 이를 어길 경우 위약금 3,000만 원을 지급한다.

D은 2009. 12. 30. 이 사건 토지 중 1/2 지분(이하 '이 사건 지분'이라 한다)에 관하여 원고에게 2009. 12. 29. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

나. D의 이 사건 지분 등에 관한 근저당권 설정, 원고의 각 지불증 작성

원고는 2012. 1. 13. D 앞으로 이 사건 지분에 관하여 2011. 12. 28. 설정계약을 원인으로 한 채권최고액 300,000,000원, 채무자 원고인 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 하고, 그 근저당권을 '이 사건 근저당권'이라 한다)를 마쳐 주었다.

또한 원고는 2012. 2. 6. D 앞으로 자신이 소유하던 서울 종로구 F 대 279.7㎡에 관하여 2012. 1. 30. 근저당권설정계약을 원인으로 한 채권최고액 500,000,000원의 근저당권설정등기(이하 '종로 근저당권' 또는 '종로 근저당권설정등기'라 한다)도 마쳐 주었다.

원고는 이 사건 근저당권설정등기를 마칠 무렵 D에게 아래와 같은 내용의 각 지불증(이하 아래 표에 기재된 순서대로 '이 사건 제1 지불증', '이 사건 제2 지불증'이라 한다)을 작성하여 교부하였다.

이 사건 제1 지불증

300,000,000원을 2013. 5. 31.까지 지불하겠습니다.

1. 이 사건 합의 2. 나.항과 같이 미지불금(1억 5천만 원)에 대한 위약금 1억 5천만 원을 합한 3억 원.

2. 채권 확보를 위한 담보 설정도 요구 시에는 이행합니다.

이 사건 제2 지불증

337,236,000원 및 이에 대한 연 10%의 금리를 가산한 금액을 2014. 3. 31.까지 지불할 것입니다.

1. 원고가 임의로 해제한 G 은행 서울지점 금융거래 계좌와 펀드금액에 대해 D은 이후 구상권 청구 등 민형사 간의 이의(고소, 고발, 소송)를 제기하지 않는다는 조건.

2. 원고 소유 서울 소재 부동산에 대하여 채권 확보를 위한 담보 설정을 한다.

다. D의 피고에 대한 확정채권양도를 원인으로 한 이 사건 근저당권 등 이전D은 2019. 7. 11.

피고에게 이 사건 근저당권설정등기에 관하여 2019. 7. 10. 확정채권양도를 원인으로 한

근저당권이전 부기등기를 마쳐 주었고, 2019. 11. 4. 피고에게 종로 근저당권설정등기에 관하여도 2019. 10. 30. 확정채권양도를 원인으로 한 근저당권이전 부기등기를 마쳐주었다.

라. 관련 민사판결

1) 이 사건 제2 지불증과 관련하여, 피고는 2019. 12.경 원고를 상대로, 'D이 원고에 대하여

337,236,000원 및 이에 대한 지연손해금 채권을 가지고 있었는데, 피고가 D으로부터 위 채권을

양수하였다'는 청구원인으로 그 양수금 지급을 구하는 소송을 제기하였고, 제1심에서 피고의 위

청구를 전부 인용하는 판결이 선고되었다(수원지방법원 안양지원 2020. 7. 9. 선고

2019가합106625 판결). 이에 원고가 위 판결에 대하여 항소를 하였고, 수원고등법원은 2021. 6.

23. 2020나19360호로 피고가 주장하는 위 채권의 존재를 뒷받침할 만한 증거가 없다는 이유로

제1심판결을 취소하고 피고의 청구를 기각하였다. 이에 피고가 상고하였으나, 대법원은 2021. 10.

14. 2021다252120호로 피고의 상고를 기각하였다.

2) 이 사건 제1 지불증과 관련하여, 피고는 2019.경 원고를 상대로, 'D이 원고에 대하여

300,000,000원 및 이에 대한 지연손해금 채권을 가지고 있었는데, 피고가 D으로부터 위 채권을 양수하였다'는 청구원인으로 그 양수금 지급을 구하는 소송을 제기하였고, 제1심에서 피고의 위 청구를 전부 인용하는 판결이 선고되었다(수원지방법원 안양지원 2020. 5. 28. 선고 2019가합956 판결). 이에 원고가 위 판결에 대하여 항소를 하였고, 수원고등법원은 2022. 4. 14. 2020나120호로 '이 사건 제1 지불증이 통정허위표시로 작성되었으나 선의의 제3자인 피고에 대하여는 대항할 수 없다'는 이유로 피고의 청구를 일부 인용하는 취지의 판결을 선고하였다. 이에 원고가 상고하였고, 대법원은 2022. 7. 28. 2022다232307호로 '피고가 D으로부터 이 사건 제1 지불증에 따른 채권을 양수하였을 당시부터 그 채권이 통정허위표시에 해당하여 효력이 없다는 점을 알았다고 봄이 타당하다'는 이유로 위 항소심판결 중 원고 패소부분을 파기하고 이 부분 사건을 수원고등법원에 환송하였다.1) 3) 종로 근저당권설정등기와 관련하여, 원고는 2020. 12.경 피고를 상대로 '그 피담보채무가 존재하지 아니하므로 종로 근저당권설정등기를 말소하라'는 소송을 제기하였고, 2022. 3. 24. 제1심에서 원고의 위 청구를 전부 인용하는 판결이 선고되어, 2022. 4. 15. 확정되었다(서울중앙지방법원 2022. 3. 24. 선고 2020가합602976 판결).

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 9, 10, 12 내지 14호증, 을 제1, 10, 11호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본안전항변에 관한 판단

피고는, 이 사건 소가 확정된 이 사건 제1 지불증에 관한 수원지방법원 안양지원 2019가합956 판결의 기판력에 반하여 부적법하다고 주장한다.

먼저 수원지방법원 안양지원 2019가합956 판결이 확정되었는지에 관하여 본다.

살피건대, 갑 제14호증, 을 제10, 11호증의 각 기재에 의하면 피고가 원고를 상대로 수원지방법원 안양지원에 양수금 청구의 소를 제기하였는데 위 법원이 소장 부분 및 변론기일통지서를 공시송달의 방법으로 송달하여 변론을 진행한 다음 피고의 청구를 인용하는 판결(위 법원 2019가합956 판결)을 선고하고, 그 판결도 공시송달의 방법으로 원고에게 송달된 사실, 이후 원고가 수원고등법원에 추완항소를 제기하였고 위 법원이 그 추완항소가 적법하다는 전제에서 피고의 청구를 일부 인용하는 판결을 선고한 사실(위 법원 2020나120 판결), 위 항소심 판결 중 원고 패소부분은 대법원

2022다232307호로 파기되어 다시 수원고등법원에 환송된 사실을 인정할 수 있다.

위와 같은 인정사실에 따르면, 수원지방법원 안양지원 2019가합956 판결 및 그 항소심 판결은 아직 확정되지 아니하였으므로, 이를 전제로 한 피고의 본안전항변은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.2)

3. 본안에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

1) 원고

이 사건 근저당권설정등기는 원고와 D 사이에 실질적인 채권채무관계가 없이 원고의 재산을 다른 채권자들로부터 보전하기 위하여 형식적으로 마친 것이어서, 그 피담보채무가 존재하지 않으므로 무효이다. 그러므로 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 피고

이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무는 원고가 이 사건 합의를 불이행함에 따라 작성된 이 사건 제1 지불증에 기초한 원고의 채무로서 그 법률행위의 실체가 있다. 그러므로 이 사건 근저당권설정등기는 무효가 아니다.

나. 판단

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 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 등 참조). 그리고 민법 제108조 제2항에 규정된 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정되고, 제3자가

악의라는 사실에 관한 주장증명책임은 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다(대법원 2006. 3. 10. 선고 2002다1321 판결, 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53013 판결 등 참조).

앞서 든 각 증거 및 변론 전체의 취지에 따르면, D에 대하여 3억 원의 채무를 부담한다는 내용의 이 사건 제1 지불증은 원고와 D 사이에 원고의 재산을 보전하기 위하여 통정하여 허위로 작성되었음이 인정된다. 따라서 이 사건 제1 지불증에 기초한 의사표시는 민법 제108조 제1항에서 정한 통정 허위표시에 해당한다.

나아가 갑 제14호증의 기재에 따르면, 피고는 D으로부터 이 사건 제1 지불증에 따른 채권을 양수하였을 당시부터 그 채권이 통정허위표시에 해당하여 효력이 없다는 점을 알았다고 봄이 타당하다. 따라서 피고가 이 사건 제1 지불증에 드러난 허위의 의사표시를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자라고 볼 수도 없다.

결국 이 사건 근저당권의 피담보채권은 존재하지 않으므로, 이 사건 근저당권설정등기를 이전받은 피고는 이 사건 지분 소유자인 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결 론

그렇다면, 원고의 청구는 이유 있어 인용한다.

재판장 판사 안 석, 판사 배다현, 판사 최승호

1) 파기환송심(수원고등법원 2022나19487)은 2022. 12. 7. 위 대법원 판결의 취지에 따라 원고 패소부분을 취소하고, 그에 해당하는 피고의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 현재 상고기간 진행중이다.

2) 각주 1에서 본 바와 같이, 파기환송심 법원은 제1심 판결 중 원고 패소부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 피고의 청구를 기각하였으므로, 위 판결이 확정되더라도 이 사건 소가 기판력에 반할 여지도 없다.