

서울중앙지방법원 2019. 6. 20 선고 2018가합501896 판결

[근저당권설정등기말소회복등기청구등]

전 문

원고A

소송대리인 변호사 이동준

소송복대리인 변호사 김판기

피고B

변론 종결 2019. 5. 14.

판결 선고 2019. 6. 20.

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 중부등기소 2017. 12. 12. 접수 제50223호로 말소등기된 같은 등기소 2017. 11. 15. 접수 제46792호로 마친 근저당권설정등기에 대하여 회복등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고와 C 간의 임대차 및 금전소비대차 관계

- 1) 원고는 2017. 7. 6. C으로부터 C이 운영하는 서울 강남구 D빌딩 지하 E 사우나 내 네일아트 점포를 임대차보증금 3,000만 원에 임차하고, 2017. 7. 8. C으로부터 위 사우나 내 스낵코너 점포를 임대차보증금 1억 원에 임차하였다.
- 2) 원고는 위 각 임대차계약에 따른 임대차보증금으로, F(원고의 남편이다) 명의의 은행계좌에서 C의 은행계좌로, ① 2017. 7. 6. 1,000만 원, ② 2017. 7. 9. 1,000만 원, ③ 2017. 7. 11. 5,000만 원, ④ 2017. 7. 14. 1,000만 원, ⑤ 2017. 7. 20. 5,000만 원, 합계 1억 3,000만 원(= 1,000만 원 + 1,000만 원 + 5,000만 원 + 1,000만 원 + 5,000만 원)을 송금하였다.
- 3) C은 위 임대차보증금 1억 3,000만 원의 반환을 담보하기 위하여 2017. 7. 19. 원고에게 G 소유의 제주도 H 과수원 1652m²(이하 '제주시 토지'라 한다)에 관하여 채무자 C, 근저당권자 F, 채권최고액 1억 3,000만 원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었다.
- 4) 원고는 2017. 8. 3. C으로부터 E 사우나 내 매점을 임대차보증금 2,000만 원에 임차하고, 같은 날 C의 은행계좌로, F의 은행계좌에서 1,800만 원, 원고의 은행계좌에서 200만 원, 합계 2,000만 원을 임대차보증금으로 송금하였다.
- 5) 원고와 C은 2017. 8. 3. 위 1)항 기재 임대차계약상 임대차보증금을 송금한 F의 명의로 임대차계약을 다시 작성하기로 합의하고, 임차인을 F로 하여 스낵코너, 네일아트 점포에 관한 임대차계약서(임대차보증금 1억 3,000만 원)를 작성하였다.
- 6) 원고는 2017. 8. 22. C에게 2,000만 원을 빌려주었다.
- 7) C은 2017. 11. 1. 원고에게, 액면금 1억 원의 약속어음(발행일 2017. 11. 1., 지급기일 2017. 12. 1.) 및 액면금 1억 5,000만 원의 약속어음(발행일 2017. 11. 1., 지급기일 2018. 11. 1.)을 발행하였고, 원고와 C은 같은 날 위 각 약속어음에 대하여 공증받았다.

나. 피고 소유 부동산에 관한 근저당권의 설정

원·피고 및 C은 2017. 11. 14. 피고 소유의 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 근저당권설정계약을 체결하였고, 피고는 위 근저당권설정계약에 따라 2017. 11. 15. 원고에게 이 사건 부동산에 관하여 근저당권자 원고, 채무자 C, 채권최고액 2억 원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었다(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다).

다. 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기 및 원고의 고소

1) 피고는 2017. 11. 17. 서울중앙지방법원 중부등기소에서 이 사건 근저당권설정등기의 등기필정보를 취득하였는데, 이후 I (원·피고를 대리하여 이 사건 근저당권설정등기를 마친 법무사이다)에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소하여 줄 것을 위임하면서 위 등기필정보를 교부하였다.

2) 이에 I의 직원은 원고가 I에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기를 위임하였다는 내용의 위임장을 작성하고, I는 위 등기필정보와 위임장을 이용하여 서울중앙지방법원 중부등기소 2017. 12. 12. 접수 제50223호로 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기를 마쳤다.

3) 원고는 피고와 I에 대하여 '피고와 I가 공모하여 원고가 I에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기를 위임한다는 취지의 원고 명의 위임장을 임의로 작성하여(사문서위조), 서울중앙지방법원 중부등기소 담당 공무원에게 이를 제출하였고(위조사문서행사), 피고는 2017. 11. 17. 서울중앙지방법원 중부등기소 담당 공무원을 기망하여 이 사건 근저당권설정등기의 등기필정보를 취득하였으며(부동산등기법위반), I는 2017. 12. 12. 서울중앙지방법원 중부등기소에 위와 같이 위조한 위임장과 위 등기필정보 등을 제출하여 이 사건 근저당권설정등기를 말소하였다(위계에 의한 공무집행방해)'는 사실로 고소하였다.

4) 이에 대하여 2018. 12. 11. '피고가 C으로부터 약속한 돈을 받지 못하자 I에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 위임한 것으로 보이고, I의 직원이 피고로부터 위 등기필정보와 관련 서류를 교부받고 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 대한 원고의 위임이 있다고 오인하여 원고 명의의 위임장을 작성한 것으로 보이며, I가 원고의 위임 여부를 확인하지 않은 잘못은 있으나, 이러한 사정만으로 피고와 I가 원고의 위임장을 위조하기로 공모하였다거나 원고의 위임이 없다는 것을 알면서도 위임장을 위조하였다고 단정하기 어렵다'는 등의 이유로 원고의 위 각 고소사실에 대하여

혐의없음(증거불충분) 처분이 내려졌다(서울중앙지방법검찰청 2018년 형제32391호).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 11호증, 을 제9호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자 주장의 요지

가. 원고

1) 피고는 이 사건 근저당권설정등기를 임의로 말소하였으므로, 원고에게 말소등기된 이 사건 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 피고와 C은 원고로부터 2억 원을 차용하는 대가로 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었다고 주장하나, C은 합계 1억 7,000만 원의 임대차보증금 및 대여금을 담보하기 위하여 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었을 뿐, 원고가 C이나 피고에게 2억 원을 빌려주기로 약정한 바는 없다.

3) 설령 피고와 C 사이에 원고로부터 2억 원을 차용하고 이를 분배하여 사용하기로 하는 내용의 약정이 있었다 하더라도, 이는 피고와 C 사이의 내부약정에 불과할 뿐이므로, 이를 이유로 원고에게 대항할 수는 없다.

나. 피고

1) 원·피고 및 C은 원고가 2억 원을 빌려주면 C이 1억 2,500만 원을, 피고가 7,500만 원을 사용하기로 약정하였고, 그 담보로 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었으나, 원고가 위 약정을 위반하여 C과 피고에게 2억 원을 빌려주지 않았다.

2) 따라서 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채무가 존재하지 않아 무효로서 말소되어야 할 것이므로, 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기이다.

3. 판단

가. 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행의무의 발생

근저당권설정등기의 말소등기는 등기관리자(원고)와 등기의무자(피고)의 공동신청에 의하는 것이 원칙인데(부동산등기법 제23조 제1항), 위 인정 사실에 의하면, 이 사건 근저당권설정등기는 근저당권자인 원고의 의사와 관련 없이 피고의 임의로 말소등기되었다 할 것이므로, 피고는 원고에게 말소등기된 이 사건 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기가 실체관계에 부합하는 유효한 등기인지 여부

앞서 든 각 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 을 제1, 6, 8호증의 각 기재는 그대로 믿기 어렵고, 을 제4, 5호증의 각 기재만으로는 원고가 C와 피고에게 2억 원을 빌려주기로 약정하고 그 담보로 이 사건 부동산에 관하여 근저당권을 설정받았다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 또한, 설령 피고와 C 간에 원고로부터 2억 원을 차용하여 이를 분배하기로 하는 내용의 약정이 있었다 하더라도, 그러한 사정만으로 원고에게 대항할 수는 없다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기가 피담보채무가 존재하지 않아 무효라고 볼 수는 없으므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 주장은 이유 없다.

1) 원고와 C은 2017. 7. 8. 스낵코너에 관한 임대차계약을 체결하면서 C이 원고에게 임대차보증금에 관한 담보를 설정하여 준다는 내용의 특약을 하였는데, 위 특약에 따라 제주시 토지에 관하여 F 앞으로 근저당권설정등기가 마쳐졌다.

2) 그런데 제주시 토지에는 이미 근저당권자 J조합, 채무자 K, 채권최고액 4억 5,500만 원으로 하는 2016. 9. 2.자 근저당권설정등기가 마쳐져 있었으므로, 원고로서는 위 선순위 근저당권설정등기의 존재로 인하여 원고의 임대차보증금 1억 3,000만 원 전액을 담보받을 수 있을지 의문을 가졌던 것으로 보인다.

3) 또한, 원고는 임대차보증금 1억 3,000만 원 외에도 C에게 위 1.가.4), 6)항 기재와 같이 임대차보증금 2,000만 원 및 대여금 2,000만 원을 지급하였으므로, 원고로서는 위 4,000만 원의 반환을 담보받을 필요도 있었다.

4) 이에 원고가 C에게 지속적으로 추가 담보를 제공할 것을 요구하자, C이 2017. 11. 1. 원고에게 액면금 합계 2억 5,000만 원의 약속어음 2매를 발행하고, 피고로 하여금 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주게 한 것으로 보인다.

5) 따라서 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무는 원고의 C에 대한 합계 1억 7,000만 원의 임대차보증금반환채권 및 대여금채권이라 할 것이다.

6) 한편, 을 제6호증은 C이 원고로부터 2억 원을 이자 월 600만 원에 차용하였다는 내용의 차용증이고, 을 제8호증은 L와 M이 각각 C으로부터 '담보설정의 자금집행이 이행되지 않아 원고에게 근저당권을 해지하겠다고 통보하였다'는 말을 들었다는 취지의 사실확인서인데, ① 위 차용증에는

원고의 서명날인이 없는 점, ② 위 차용금 2억 원에 월 600만 원의 이자를 감안하면, 채권최고액을 위 차용금의 원금인 2억 원만으로 하여 근저당권설정등기를 설정하는 것은 이례적인 점, ③ 위 차용금 외에도 원고는 C에 대하여 4,000만 원의 추가 임대차보증금반환채권 및 대여금채권을 보유하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위 차용증과 위 각 사실확인서는 그대로 믿기 어렵다.

7) 또한, 을 제4, 5호증은 피고와 C이 2억 원을 분배하여 사용한다는 취지의 약정서와 현금보관증 등인데, 위 각 문서의 작성에 원고가 관여한 바가 없을 뿐만 아니라, 여기에 원고로부터 2억 원을 차용하겠다는 취지의 기재도 없으므로, 위 각 문서의 존재만으로 원고가 피고와 C에게 2억 원을 빌려주기로 약정하였다고 보기는 어렵다.

4. 결론

그러므로 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사최형표

판사김근홍

판사송현정

별지