

창원지방법원 통영지원 2019. 7. 2 선고 2018가단24911(본소), 2019가단20060(반소) 판결
[근저당권설정등기말소회복등기 등 · 채무부존재확인]

전 문

원고(반소피고)A조합

소송대리인 법무법인 금강

담당변호사 김원태

피고(반소원고)B

소송대리인 변호사 김지하

피고1. C

2. D

3. E

4. F

5. G

6. H

소송대리인 I

소송대리인 변호사 장민관

7. J

변론 종결2019. 4. 2.(피고 C, D, E, F, G, H, J에 대하여)

2019. 5. 28.(피고(반소원고) B에 대하여)

판결 선고2019. 7. 2.

주 문

1. 원고(반소피고)에게,

가. 피고(반소원고) B은 별지 1 목록 기재 각 부동산에 관하여 창원지방법원 고성등기소 2018. 1. 5. 접수 제309호로 말소등기된 같은 등기소 2017. 1. 25. 접수 제1788호로 마친 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행하고,

나. 피고 C, D, E, F, G은 위 가.항 기재 근저당권설정등기의 회복등기에 대하여 각 승낙의 의사표시를 하라.

2. 원고(반소피고)에게,

가. 피고 H은 별지 2 목록 기재 각 부동산에 관하여 창원지방법원 고성등기소 2017. 9. 4. 접수 제20160호로 말소등기된 같은 등기소 2017. 5. 12. 접수 제10260호로 마친 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행하고,

나. 피고 J은 위 가.항 기재 근저당권설정등기의 회복등기절차에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

3. 피고(반소원고) B의 반소를 각하한다.

4. 소송비용 중 원고(반소피고)와 피고(반소원고) B 사이에 생긴 부분은 본소와 반소를 합하여 피고(반소원고) B이 부담하고, 원고(반소피고)와 피고 C, D, E, F, G, H, J 사이에 생긴 부분은 위 피고들이 부담한다.

N

청 구 취 지

본소 : 주문 제1, 2항과 같다.

반소 : 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다) B의 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에 대한 별지 3 기재 대출금채무는 존재하지 아니함을 확인한다.

이 유

1. 원고의 피고 B에 대한 본소 청구, 원고의 피고 C, D, E, F, G에 대한 청구 및 피고 B의 반소 청구에

관한 판단

가. 인정사실

- 1) 피고 B은 2017. 1. 25. 원고로부터 1억 원을 대출(이하 '이 사건 1 대출'이라 한다)받으면서 원고에게 자신 소유의 별지 1 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 1, 2, 3 부동산'이라 한다)에 관하여 창원지방법원 고성등기소 접수 제1788호로 채권최고액 1억 3,000만 원의 근저당권설정등기(이하 '이 사건 1 근저당권'이라 한다)를 경료하여 주었다.
- 2) 원고의 직원이자 피고 B의 5촌 조카로서 피고 B의 대출 업무를 담당하고 있던 K은 이 사건 1 근저당권의 말소 관련 서류를 위조하여 법무사에게 이 사건 1 근저당권의 말소를 위임하였고, 이 사건 1 근저당권은 2018. 1. 5. 창원지방법원 고성등기소 접수 제309호로 2018. 1. 5.자 해지를 원인으로 말소되었다.
- 3) K은 피고 B에게 이 사건 1 근저당권을 말소하였음을 알리고 이 사건 1 대출금의 상환을 요청하였고, 그에 따라 피고 B은 자신의 대출연동계좌로 2018. 1. 5. 1,500만 원, 2018. 1. 11. 2,000만 원, 2018. 1. 17. 4,000만 원을, K의 L은행 계좌로 2018. 1. 18. 2,630만 원을 각 송금하였다. K은 피고 B이 위와 같이 송금한 돈을 임의로 소비하였다.
- 4) 이 사건 1 부동산은 2018. 1. 10. 이 사건 2, 3 부동산 및 피고 B 소유의 경남 고성군 M 답 397㎡를 합병하여 경남 고성군 N 답 4,207㎡(이하 '이 사건 N 토지'라 한다)가 되었다.
- 5) 이 사건 N 토지 중, 피고 C, D은 각 639.5/4,207 지분에 관하여, 피고 E는 1,128/4,207 지분에 관하여, 피고 F은 1,178/4,207 지분에 관하여, 피고 G은 622/4,207 지분에 관하여 각 2018. 1. 15. 소유권이전등기를 마쳤다.
- 6) 원고는 피고 B을 상대로 창원지방법원 통영지원 2018가단20834호로 이 사건 1 대출금의 지급을 구하는 대여금 청구소송을 제기하였으나, 위 법원은 2018. 5. 9. 원고의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 이에 원고가 창원지방법원 2018나54818호로 항소하여 현재 항소심 계속 중이다.

[인정 근거]

피고 B: 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3, 9, 11호증, 을가 제1 내지 5, 7, 9, 10호증(가지번호 있는 것은

가지번호를 포함한다. 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

피고 C, D, E, F, G : 자백간주(민사소송법 제150조 제3항, 제1항)

나. 피고 B의 반소의 적법 여부에 관한 판단

직권으로 반소의 적법 여부에 관하여 본다.

확인의 소에서는 권리보호요건으로서 확인의 이익이 있어야 하고, 확인의 이익은 그 대상인

법률관계에 관하여 당사자 사이에 다툼이 있고 그로 인하여 원고의 권리 또는 법률상의 지위에

불안·위험이 있을 때 확인판결을 받는 것이 그 불안·위험을 제거하는 가장 유효·적절한 수단인 경우에 인정된다.

원고가 피고 B를 상대로 이 사건 1 대출금의 지급을 구하는 대여금 청구소송의 항소심이 계속 중인 사실은 앞서 본 바와 같고, 피고 B은 위 소송에서 원고가 피고 B에 대하여 대출금 채권을 가지고 있지 아니함을 다툴 수 있으므로, 이와 별도로 피고 B이 원고를 상대로 이 사건 대출금 채무가 존재하지 아니함의 확인을 구할 이익이 없다.

따라서 피고 B의 이 사건 반소는 확인의 이익이 없어 부적법하다.

다. 원고의 피고 B에 대한 본소 청구, 원고의 피고 C, D, E, F, G에 대한 청구에 관한 판단

1) 청구원인에 관한 판단 위 인정사실에 의하면, 이 사건 1 근저당권은 근저당권자인 원고의 동의나 승낙 없이 말소되었으므로, 이 사건 1 근저당권설정등기에 관한 말소등기는 법률상 원인 없이 마쳐진 무효의 등기라고 할 것이고, 원고의 직원으로서 피고 B의 대출 업무를 담당하고 있던 K에 의하여 이 사건 1 근저당권이 말소되었다거나 피고 B이 위와 같은 말소 절차에 관여하지 않았다고 하더라도 달리 볼 수는 없다.

따라서 특별한 사정이 없는 한 원고에게, 피고 B은 이 사건 1 근저당권설정등기에 관하여

회복등기절차를 이행할 의무가 있고, 위 회복등기에 관하여 이해관계인의 지위에 있는 피고 C, D, E, F, G은 각 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다.

2) 피고 B의 주장에 관한 판단 가) 주장의 요지

피고 B은 원고의 직원이던 K의 요청에 따라 1억 130만 원을 송금하였으므로, 이 사건 1 대출금은 모두 변제되었다. 그렇지 않다고 하더라도 피고 B은 원고의 직원이던 K의 사무집행에 관한

불법행위로 인해 위 1억 130만 원 상당의 손해를 입었으므로 K의 사용자인 원고는 피고 B에게 위 손해를 배상하여야 하는바, 피고 B은 위 손해배상채권을 자동채권으로 하여 원고의 피고 B에 대한 이 사건 1 대출금채권과 상계한다. 따라서 이 사건 1 근저당권의 피담보채권은 존재하지 않으므로, 피고 B은 이 사건 1 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행할 의무가 없다.

나) 판단

(1) K이 이 사건 1 대출 관련 업무를 담당하고 있던 사실, 이 사건 1 근저당권이 말소된 이후 피고 B이 K의 요청에 따라 이 사건 1 대출금의 상환을 위하여 자신의 대출연동계좌로 7,500만 원을, K의 L은행 계좌로 2,630만 원을 각 송금한 사실은 앞서 본 바와 같고, 피고 B이 위와 같이 송금한 돈 합계 1억 130만 원은 이 사건 1 대출금의 원금 및 이자에 상당한 액수로 보인다.

(2) 그러나 피고 B이 원고의 대출 담당 직원이던 K의 요청에 따라 이 사건 대출금의 상환 목적으로 돈을 송금하였다고 하더라도, 적어도 피고 B의 대출연동계좌가 아닌 K의 L은행 계좌로 송금된 2,630만 원은 정상적인 절차에 따라 이 사건 1 대출금의 일부로 변제한 것으로 볼 수는 없고, 단지 피고 B이 5촌 조카인 K에게 개인적으로 변제 업무를 대신해 줄 것을 부탁한 것으로 밖에 볼 수 없다.

(3) 그리고 위 인정사실 및 앞서 든 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정들 즉, ① K은 이 사건 1 근저당권을 말소한 이후 피고 B에게 이 사건 1 대출금의 변제를 수차례 요청하였기 때문에, 피고 B은 비정상적인 절차에 따라 대출 관련 업무가 처리되고 있음을 알 수 있었던 점, ② K은 피고 B에게 이 사건 1 대출금의 변제 대금 중 일부를 자신의 L은행 계좌로 송금할 것을 요구하였던 점, ③ 이는 일반적인 금융기관 대출금의 변제 방식으로 볼 수 없고, 피고 B로서도 그러한 사정을 알았다고 할 것임에도 피고 B은 K의 요청을 그대로 수용하여 일부 금액을 K의 L은행 계좌로 송금한 점 등에 비추어 보면, 피고 B의 주장과 같이 K의 불법행위로 인해 피고 B이 손해를 입었고 원고가 K의 사용자로서 그 손해를 배상할 책임이 있다고 하더라도, 위와 같은 피고 B의 과실을 고려할 때 원고의 책임은 상당 부분 제한되어야 한다.

(4) 따라서 이 사건 1 대출금이 전액 변제되었다거나 상계로 전부 소멸하였다고 볼 수는 없으므로, 피고 B의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

2. 피고 H, J에 대한 청구에 관한 판단

가. 인정사실

- 1) 피고 H은 2017. 5. 12. 원고로부터 3억 2,000만 원을 대출받으면서 원고에게 자신 소유의 경남 고성군 ○ 답 3,405㎡, 경남 고성군 P 전 740㎡(별지 2 목록 제3항 기재 부동산, 이하 '이 사건 6 부동산'이라 한다) 및 경남 고성군 Q 답 539㎡에 관하여 창원지방법원 고성등기소 2017. 5. 12. 접수 제10260호로 채권최고액 4억 1,600만 원의 근저당권설정등기를 경료하여 주었다.
- 2) 위 경남 고성군 O 답 3,405㎡는 2017. 5. 17. 경남 고성군 Q 답 539㎡와 합병하여 경남 고성군 ○ 답 3,944㎡가 되었고, 위 경남 고성군 ○ 답 3,944㎡는 2017. 7. 28. 및 2017. 8. 24. 경남 고성군 O 답 1,989㎡, 경남 고성군 R 답 913㎡(별지 2 목록 제1항 기재 부동산, 이하 '이 사건 4 부동산'이라 한다), 경남 고성군 S 답 215㎡(별지 2 목록 제2항 기재 부동산, 이하 '이 사건 5 부동산'이라 한다) 및 경남 고성군 T 답 827㎡로 각 분할되었다.
- 3) 원고의 직원이자 피고 H의 아들인 K은 이 사건 4, 5, 6 부동산1)에 설정되어 있던 원고 명의의 위 근저당권설정등기(이하 '이 사건 2 근저당권'이라 한다)의 말소 관련 서류를 위조하여 법무사에게 이 사건 2 근저당권의 말소를 위임하였고, 그에 따라 이 사건 2 근저당권은 2017. 9. 4. 창원지방법원 고성등기소 접수 제20160호로 2017. 9. 1.자 일부포기를 원인으로 말소되었다.
- 4) 피고 J은 2019. 9. 4. 이 사건 4, 6 부동산 및 이 사건 5 부동산 중 1/2 지분에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2, 4, 5, 6, 10, 12호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

나. 청구원인에 관한 판단

위 인정사실에 의하면, 이 사건 2 근저당권은 근저당권자인 원고의 동의나 승낙 없이 말소되었으므로, 이 사건 2 근저당권설정등기에 관한 말소등기는 법률상 원인 없이 마쳐진 무효의 등기라고 할 것이다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 원고에게, 피고 H은 이 사건 2 근저당권설정등기에 관하여 회복등기절차를 이행할 의무가 있고, 위 회복등기에 관하여 이해관계인의 지위에 있는 피고 J은 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다.

다. 피고 H의 주장에 관한 판단

피고 H은, 이 사건 2 근저당권설정등기를 말소한 K은 원고의 직원이었고, 원고는 대출상환 및 근저당권말소 절차와 관련하여 K의 부당한 업무처리를 알았거나 알지 못하는데 중대한 과실이 있다고

할 것이므로, 이 사건 2 근저당권은 근저당권자인 원고의 자발적인 의사로 말소된 것으로 보아야 한다는 취지로 주장한다.

살피건대, 피고 H이 주장하는 사정만으로는 이 사건 2 근저당권이 원고의 동의나 승낙에 의하여 말소된 것으로 볼 수는 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고 H의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

3. 결론

그렇다면, 원고의 피고 B에 대한 본소 청구 및 나머지 피고들에 대한 청구는 이유 있어 이를 모두 인용하고, 피고 B의 반소는 부적법하여 이를 각하하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사곽희두

별지

1) 이 사건 4, 5 부동산의 경우 분할 전 경남 고성군 ○ 답 3,944m²에 관하여 설정되어 있던 원고 명의의 근저당권설정등기가 분할로 이기되었다.