

서울고등법원 2023. 6. 28 선고 2021나2034276 판결 [근저당권설정등기말소등기절차이행]

전 문

원고, 항소인 A

소송대리인 변호사 이우승, 홍성아

피고, 피항소인 B

소송대리인 변호사 김육균

변 론 종 결 2023. 4. 5.

판 결 선 고 2023. 6. 28.

제1 심판결 서울북부지방법원 2021. 8. 19. 선고 2019가합28823 판결

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결 중 피고에 대한 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 88,000,000원 및 이에 대하여 2020.

4. 14.부터 이 사건 2021. 2. 26.자 청구취지 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%의, 그

다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심판결의 이유 중 제1항의 일부를 아래와 같이 변경하는 이외에는 제1심판결의 이유 중 제1항 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심판결의 이유 중 제1항에서의 각 “피고 B”을 “피고”로, 제4면 7행의 “피고 C”를 “제1심 공동피고 C(이하 C라 한다)”로, 각 “피고 C”를 “C”로, 제5면 18행의 “피고 D”를 “제1심 공동피고 D(이하 D라 한다)”

로, 각 “피고 D”를 “D”로, 제6면 2행의 “피고 E, G”을 “제1심 공동피고 E, G(이하 순차로 E, G이라 한다)”으로, 각 “피고 E”을 “E”으로, “피고 G”을 “G”으로 각 변경한다.

○ 제3면 3, 4행의 “갑 제1 내지 6호증, 을가 제1 내지 5호증, 을가 제8, 12, 13호증, 을나 제1 내지 10호증(가지번호 포함)”을 “갑 제1 내지 6, 10호증, 을가 제1 내지 4, 8, 12, 13호증, 을나 제1 내지 10호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)”으로 변경한다.

○ 제4면 15행의 “2014. 2. 13.”을 “2013. 1. 16.”로 변경한다.

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심판결의 이유 중 제3의 가항의 일부를 아래와 같이 변경하거나 추가하는 이외에는 제1심판결의 이유 중 제3의 가항 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심판결의 이유 중 제3의 가항에서의 각 “피고 B”을 “피고”로 변경한다.

○ 제10면 5행 다음에 “원고는 다음과 같은 취지로 주장한다.”를 추가한다.

○ 제10면 10행의 “수령하였는바,”를 “수령하였고, 피고보다 후순위 근저당권자들은 아래와 같은 사유로 배당을 받을 권리가 없다. 따라서”로 변경한다.

○ 제10면 19행의 “원고는”부터 제11면 1행의 “로,”까지 부분을 “O 임야의 공유자들로부터 피고 앞으로 각 지분에 관하여 소유권이전등기가 마쳐졌으므로,”로 변경한다.

○ 제11면 10행의 “해지하기로 약정하였는바,”를 “해지하기로 하는 내용의 확인서(이하 이 사건 확인서라 한다)를 작성하였는데,”로 변경한다.

○ 제11면 18행 다음에 아래와 같은 내용을 추가한다.

”4) 이 사건 제15847호, 제15848호, 제15849호, 제15850호 근저당권은, E이 원고 명의의 영수증, 근저당권설정계약서, 이행각서 등을 위조하여 설정한 것으로 무효이고, 가사 위 근저당권이 유효하다 하더라도 매매계약에 따른 소유권이전등기가 마쳐지는 등으로 그 피담보채무가 소멸하였다.

원고가 이 사건 제15847호, 제15848호, 제15849호 근저당권자 C, S을 상대로 배당이의 청구소송을 제기하여 일부 승소판결을 선고받아 위 판결이 확정되었다.

5) 이 사건 제34187호 근저당권은, 이 사건 제15847호, 제15848호, 제15849호, 제15850호 근저당권에 관한 영수증 등이 위조된 점 등에 비추어 이 사건 제34187호 근저당권자 D가 원고에 대하여 채권최고액 400,000,000원 상당의 매매대금반환채권이 있다고 보기 어렵고, 원고가 D의 매수 지분에 해당하는 면적을 분할하여 소유권이전등기를 마쳐줄 의무가 없으며, D의 매수 지분에 관하여 소유권이전등기가 마쳐지는 등으로 그 피담보채무가 소멸하였다.

6) 이 사건 제10461호 근저당권은, E이 원고의 승낙 없이 임의로 작성한 근저당권설정계약서에 의하여 설정된 것으로 무효이고, 가사 위 근저당권이 유효하다 하더라도 원고가 매수 지분에 해당하는 면적을 분할하여 소유권이전등기를 마쳐줄 의무가 없으며, E이 지정하는 매수인들에게 매수 지분에 관하여 소유권이전등기가 마쳐지는 등으로 그 피담보채무가 소멸하였다.“

나. 피고의 주장

피고는 다음과 같은 이유로 피고가 원고에게 원고 주장의 부당이득금을 지급할 의무가 없다고 주장한다.

1) 이 사건 제31748호 근저당권은, 원고와 피고 사이의 매매계약이 해제되는 경우의 피고의 원고에 대한 매매대금반환채권 및 손해배상채권을 담보하기 위하여 설정되었다. 원고가 위 매매계약에 따른

의무를 모두 이행하지 아니하였고, 피고가 위 매매계약에 대한 해제권을 행사하지도 아니하였으므로 위 근저당권의 피담보채무는 소멸하지 아니하였다.

2) 원고가 피고에게 44,000,000원을 지급하는 것을 전제로 피고가 이 사건 제31748호 근저당권설정등기를 말소하기로 하는 내용이 포함된 이 사건 확인서가 작성되었는데, 원고가 피고에게 44,000,000원을 지급하지 아니하였으므로 이 사건 확인서는 무효이다.

3) 가사 이 사건 경매절차에서 피고가 이 사건 제31748호 근저당권에 기하여 배당을 받을 권리가 없다 하더라도, 그 배당액은 다른 채권자들이 재배당을 받아야 하고 원고에게 귀속된다고 할 수 없다.

4) 가사 피고가 원고에게 부당이득금 88,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다 하더라도, 원고가 위 매매계약에 따른 의무를 이행하지 아니하여 피고가 공유자인 AF 등으로부터 지분을 취득하기 위하여 지출한 매매대금 85,000,000원 및 관련 소송비용, 공유자인 J의 지분을 취득하지 못함으로 인한 시가 상당의 손해(피고는 당심 변론종결 이후 제출한 2023. 4. 14.자 준비서면에서 당초 주장을 변경하여 위 J의 지분을 취득하였으나 그 비용인 6,927,360원 상당의 손해를 입었다고 주장하였다) 등 피고의 원고에 대한 손해배상채권을 자동채권으로 하여 원고의 피고에 대한 부당이득금반환채권과 대등액에서 상계한다.

3. 판단

확정된 배당표에 의하여 배당을 실시하는 것은 실체법상의 권리를 확정하는 것이 아니므로 배당을 받아야 할 자가 배당을 받지 못하고 배당을 받지 못할 자가 배당을 받은 경우에는 배당에 관하여 이익을 한 여부 또는 형식상 배당절차가 확정되었는가의 여부에 관계없이 배당을 받지 못한 우선채권자는 부당이득반환청구권이 있고(대법원 1988. 11. 8. 선고 86다카2949 판결 참조), 배당절차에서 권리 없는 자가 배당을 받아갔다면 이는 법률상 원인 없이 부당이득을 한 것이나 이로 인하여 손해를 입은 사람은 그 배당이 잘못되지 않았더라면 배당을 받을 수 있었던 사람이지 이것이 다음 순위의 배당을 받을 수 있는 사람이 있는 경우에도 채무자에게 귀속된다고 할 수 없다(대법원 2000. 10. 10. 선고 99다53230 판결 참조). 한편, 근저당권설정등기가 마쳐진 경우 그 등기는 적법하게 된 것으로서 진실한 권리상태를 공시하는 것이라고 추정되므로 그 등기가 위법하게 된 것이라고 주장하는 상대방에게 그 추정력을 번복할 만한 반대사실을 입증할 책임이 있고,

근저당권설정행위에 제3자가 개입되어 있으며 근저당권자가 그 제3자는 근저당권설정자의 대리인이라고 주장하는 경우에도 그 근저당권설정등기는 적법하게 이루어진 것으로 추정되므로, 그 등기가 원인무효임을 이유로 그 말소를 청구하는 근저당권설정자로서는 반대사실, 즉 그 제3자에게 근저당권설정자를 대리할 권한이 없었다든가 또는 제3자가 근저당권설정자의 등기서류를 위조하는 등 등기절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 의심할 만한 사정이 있다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012다22686 판결 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 위 각 증거와 갑 제8, 13, 16, 24호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 등에 비추어 보면, 이 사건 경매절차에서의 배당으로 원고가 손해를 입었다고 볼 수 없어 피고가 원고에게 원고 주장의 부당이득금을 지급할 의무가 있다고 할 수 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

가. 먼저, 원고가 이 사건 제15847호, 제15848호, 제15849호 근저당권자 C, S를 상대로 의정부지방법원 2020가합53439호로 배당이의 청구소송(이하 이 사건 관련 소송이라 한다)을 제기하여, 위 법원이 2022. 6. 24. 이 사건 경매절차에서 작성된 배당표 중 C에 대한 배당액 437,674,536원, S에 대한 배당액 100,000,000원을 각 삭제하고 원고의 나머지 청구를 기각한다는 내용의 판결을 선고하여 위 판결이 확정되었다.

나. 한편, ① 이 사건 제34187호 근저당권자 D는 제1심 변론기일에서 진술한 2020. 12. 8.자 준비서면에서 원고가 매매계약에 따라 D의 매수 지분에 해당하는 면적을 분할하여 소유권이전등기를 마쳐줄 의무의 이행을 담보하기 위하여 이 사건 제34187호 근저당권을 설정하였으나 원고가 이를 이행하지 아니하였다는 취지로 주장하였고, 위 준비서면에 첨부된 가분할도면에는 분할 전 이 사건 임야 중 형광펜으로 표시한 특정 부분에 'D'라고 기재되어 있는 점, ② 이 사건 제10461호 근저당권자 E, G은 제1심 변론기일에서 진술한 2021. 6. 21.자 준비서면에서 원고가 E의 소개로 Y와 사이에 매매계약을 체결하고 이 사건 제10461호 근저당권을 설정하였는데, 원고가 매매계약에 따라 Y의 매수 지분에 해당하는 면적을 분할하여 소유권이전등기를 마쳐주지 아니하자, Y가 E에게 책임을 추궁하여 E이 원고를 대신하여 금원을 배상하고, 이 사건 제10461호 근저당권에 관하여 E 앞으로 근저당권이전의 부기등기를 마친 다음, E이 G에게 Y의 매수 부분 중 일부를 매도하고 이 사건

제10461호 근저당권에 관하여 G 앞으로 근저당권일부이전의 부기등기를 마쳐주었으나, 원고가 E, G에게 매수 지분에 해당하는 면적을 분할하여 소유권이전등기를 마쳐주지 아니하였다는 취지로 주장한 점, ③ 원고가 AG 등으로부터 사기 혐의로 고소되어 수사기관에서 조사를 받으면서, 공유물 분할이 가능할 것이라고 생각하고 원고의 지분 중 일부를 매도하였고, 분할 전 이 사건 임야는 개발제한구역 내 토지로서 분할하려면 공유자들의 동의가 있고 구리시의 허가를 받아야 하는데 공유자 중 일부로부터 동의를 받지 못하여 분할등기를 해주지 못한 것이라는 취지로 진술한 점, ④ 분할 전 이 사건 임야는 원고를 포함한 수인이 공유하고 있어서 원활한 매매를 위하여 분할 전 이 사건 임야를 분할할 필요가 있었고, 원고가 E에게 금원을 지급하여 E이 이를 분할 전 이 사건 임야의 분할 업무 등을 위한 필요비로 사용하기도 한 점, ⑤ 원고는 2008. 8. 2.경 E에게 분할 전 이 사건 임야의 매매계약 및 매매대금 수령, 기타 이와 직접, 간접으로 관련된 일체의 행위를 위임하고 대리권을 수여하였으며, E이 이에 따라 분할 전 이 사건 임야의 분할 및 매매 관련 업무를 처리한 점, ⑥ 이 사건 제15847호, 제15848호, 제15849호 근저당권은 2008. 8. 2. 이전에 설정된 반면, 이 사건 제34187호, 제10461호 근저당권은 2008. 8. 2. 이후에 설정된 점, ⑦ 이 사건 제10461호 근저당권이 원고의 주장과 같이 E이 원고의 승낙 없이 임의로 작성한 근저당권설정계약서에 의하여 설정되었다고 볼 만한 증거는 없는 점 등에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 제10461호 근저당권은, E이 원고의 승낙 없이 임의로 작성한 근저당권설정계약서에 의하여 설정된 것으로 무효이며, 이 사건 제34187호, 제10461호 근저당권의 피담보채무가 소멸되었다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다. 이 사건 관련 소송에서 2, 3, 4순위인 이 사건 제15847호, 제15848호, 제15849호 근저당권자 C에 대한 배당액 437,674,536원, S에 대한 배당액 100,000,000원을 각 삭제하는 내용이 포함된 판결이 선고되어 위 판결이 확정되었으나, 위 배당액 합계 537,674,536원(437,674,536원 + 100,000,000원)은 7순위인 이 사건 제34187호 근저당권자 D가 배당을 받지 못한 채권액 400,000,000원, 8순위인 이 사건 제10461호 근저당권자 E, G이 배당을 받지 못한 채권액 300,000,000원의 합계 700,000,000원(400,000,000원 + 300,000,000원)에 미치지 못하고, 그 차액은 162,325,464원(700,000,000원 - 537,674,536원)으로 피고에 대한 배당액

88,000,000원을 초과한다.

따라서 가사 피고가 원고의 주장과 같이 배당을 받을 권리 없이 88,000,000원 또는 44,000,000원을 배당을 받아 법률상 원인 없이 부당이득을 얻었다 하더라도, 7, 8순위 근저당권자들이 배당을 받지 못한 채권액 및 위 차액만 고려하여도 원고가 손해를 입었다고 볼 수 없어 더 나아가 나머지 점에 대하여 살펴볼 필요 없이 원고 주장의 위 88,000,000원 또는 44,000,000원이 채무자인 원고에게 귀속된다고 할 수 없다.

라. 원고는, Y가 E에게 이 사건 제10461호 근저당권의 피담보채권을, E이 G에게 이 사건 제10461호 근저당권의 피담보채권 일부를 각 양도하면서 채무자인 원고에게 채권양도의 통지를 하지 아니하고 원고가 이를 승낙하지 아니하였으므로 원고에게 대항할 수 없다고 주장한다.

그러나 채무자가 근저당권과 함께 그 피담보채권을 양수하였지만 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 양수인을 상대로 채권양도의 대항요건 미비를 이유로 배당이의 절차에서 다툼으로써 양수인이 배당을 받지 못하게 되더라도, 그 근저당권이 경매개시결정등기 전에 등기되어 매각으로 소멸하는 이상 채무자에 대한 관계에서 양도인이 민사집행법 제148조 제4호에 따라 배당요구 없이 당연히 배당을 받는 근저당권자에 해당한다고 볼 수 있으므로(대법원 2021. 12. 16. 선고 2021다215701 판결 참조), 원고의 주장과 같이 E, G이 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였고, 배당이의 절차에서의 다툼으로 배당을 받지 못하게 되더라도, 이 사건 제10461호 근저당권에 기한 배당금은 양도인이 배당을 받는 것이지 원고가 배당을 받을 수 없어 원고가 손해를 입었다고 볼 수 없는 이상 원고 주장의 위 88,000,000원 또는 44,000,000원이 채무자인 원고에게 귀속된다고 할 수 없다는 결론은 마찬가지이다.

마. 원고는, 이 사건 경매절차에서 피고보다 후순위 근저당권자들이 배당을 받을 권리가 없어 피고에 대한 배당액 88,000,000원을 E이 9순위 일반채권자로서 배당을 받는 경우에 E은 이 사건 경매절차에서 9순위 일반채권자로서 배당받지 못한 채권액을 다른 경매절차에서 배당을 받았으므로 원고는 E에 대한 부당이득금반환채권을 보전하기 위하여 E을 대위하여 피고에 대하여 부당이득반환을 청구한다는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 본 바와 같이 이 사건 경매절차에서 피고보다 후순위 근저당권자들이 배당을 받을 권리가

없어 피고에 대한 배당액 88,000,000원을 E이 9순위 일반채권자로서 배당을 받게 된다고 볼 수 없으므로, 원고의 위 주장은 더 나아가 나머지 점에 대하여 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 피고에 대한 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이재영, 판사 김경란, 판사 권혁중