

수원지방법원 2018. 7. 5 선고 2017나75293(본소), 2017나75309(반소) 판결
[대여금 · 근저당권설정등기말소 청구]

재판경과

수원지방법원 2018. 7. 5 선고 2017나75293(본소), 2017나75309(반소) 판결
수원지방법원 평택지원 2017. 8. 10 선고 2016가단48094 판결

전 문

원고(반소피고), 항소인A

피고(반소원고), 피항소인B

변론 종결 2018. 4. 19.

판결 선고 2018. 7. 5.

제1심판결 수원지방법원 평택지원 2017. 8. 10. 선고 2016가단48094(본소),
2017가단51233(반소) 판결

주 문

1. 이 법원에서 교환적으로 변경한 원고(반소피고)의 본소청구를 기각한다.
2. 원고(반소피고)의 반소에 대한 항소를 기각한다.
3. 본소에 대한 소송총비용과 반소에 대한 항소비용은 모두 원고(반소피고)가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소: 피고(반소원고, 이하 '피고')는 원고(반소피고, 이하 '원고')에게 150,000,000원 및 이에 대하여 2006. 11. 9.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 제1심법원에서 주위적으로 차용금청구, 예비적으로 보증채무금청구를 하였다가 이 법원에서 병존적 채무인수금을 구하는 것으로 소를 교환적 변경하였다).

나. 반소: 원고는 피고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 평택지원 2006. 11. 9. 접수 제72589호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소하고, 본소 청구취지 기재와 같은 판결을 구한다. 피고의 반소청구를 기각한다.

이 유

1. 기초 사실

가. 원고는 피고의 사위(피고의 딸 F의 남편)이다.

나. 피고는 2005. 11. 25. 아들 C으로부터 증여를 원인으로 하여 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산')에 관한 각 소유권을 이전받았다.

다. 이 사건 부동산에 관하여는 2006. 11. 9. 수원지방법원 평택지원 제72589호로 채권최고액 150,000,000원, 채무자 피고, 근저당권자 원고로 한 각 근저당권(반소 청구취지 기재 근저당권과 같다, 이하 '이 사건 근저당권')이 설정되었다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 을 제1호증의 1 내지 5의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장(본소청구)

원고는 "C에게 돈을 빌려주면 책임지겠다"는 피고의 말을 아내 F으로부터 듣고 2005. 7.부터 2006. 2.까지 C에게 총 112,000,000원을 빌려주었다. 그런데 C은 원고에게 위 돈을 갚지 않았고, 이에 피고는 위 돈 및 이에 대한 이자 합계 150,000,000원을 채권최고액으로 한 이 사건 근저당권을 원고에게 설정하여 주었다. 이처럼 피고는 이 사건 근저당권설정계약을 원고와 체결함으로써 원고에 대한 C의 위 차용금채무를 병존적으로 인수하였으므로, 원고에게 위 150,000,000원 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장(반소청구)

피고는 원고에 대한 C의 차용금채무를 인수한 적이 없고, 이 사건 근저당권은 원고에 대한 피담보채무가 존재하지 않는 상태에서 원고와 F이 피고에게 근저당권설정계약서에 이름만 기재하게 하는 방법으로 마쳐진 것이므로 원인무효이다. 따라서 원고는 피고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다.

3. 본소청구에 관한 판단

갑 제2호증, 을 제4, 5호증의 각 기재, 증인 F의 일부 증언에 의하면, 원고가 C에게 사업자금을 대여하거나 투자하기 위하여 2005. 7.부터 2006. 1.까지 C의 아내 D의 계좌로 총 112,000,000원을 송금한 사실이 인정되기는 한다.

그러나 을 제2호증의 1 내지 3, 을 제4, 5호증의 각 기재, 증인 E의 증언에 변론 전체의 취지를 보태어서 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피고가 원고에 대한 C의 차용금채무를 병존적으로 인수하였다는 원고의 주장에 부합하는 듯한 갑 제4호증의 기재 및 증인 F의 일부 증언은 그대로 믿기 어렵고, 갑 제1, 3호증의 각 기재, 증인 E의 증언만으로는 위 주장 사실을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

① 피고가 원고에 대한 C의 차용금채무를 병존적으로 인수하였음을 증명할 처분문서는 존재하지 않고, 원고가 위 채무를 인수할 의사를 표시하였음을 증명할 직접적인 증거도 없다. 피고는 이 사건 근저당권이 설정될 당시 작성된 근저당권설정계약서에 서명을 한 것으로 보이기는 하나, 위 근저당권설정계약서는 근저당권을 설정하기 위한 처분문서일 뿐, 그 피담보채무 발생에 관한 처분문서는 아니다.

② 피고가 위 근저당권설정계약서에 서명을 하였다는 점에서 당시 원고에 대하여 어떠한 채무를 부담하고 있었던 것이 아닌가 하는 의문이 들기는 한다. 그러나 이 사건 근저당권의 피담보채무 발생원인에 대한 원고의 주장이 별다른 이유 없이 여러 차례 바뀌어 일관성이 없는 데다가, 이 사건 부동산은 피고가 아들 C로부터 증여받은 것이고, 이 사건 근저당권설정 당시 피고는 만 73세의 고령이었으며, 피고가 딸 F의 부탁에 따라 이 사건 근저당권을 설정한 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 피고가 원고에 대하여 구체적인 채무를 부담한다는 명확한 인식 없이 F의 부탁에 못 이겨 위 근저당권설정계약서에 서명하였을 가능성도 충분하다.

③ 피고의 딸 E은 이 사건 근저당권이 설정된 경위에 관하여, "형부(원고)와 언니(F)가 저희 사무실에 와서 매일 고민하고 속상해 해서, 자신이 어머니(피고)에게 전화하여 '아들만 자식이 아니다. 딸들에게도 줄 수 있는 것 아니냐. 그러니 근저당권설정을 해줘라. 그래야 언니도 안심이 되지 않느냐'는 이야기를 하였다", "어머니(피고)가 '생전에 매도하고 이러는 것은 싫으니 그냥 근저당권설정을 해놓고 나중에 가져가든지 하라'는 식으로 이야기를 하였다"고 증언하였다. 이 사건에 관한 E의 증언은 대부분 원고나 F로부터 전해 들은 이야기일 뿐이어서 그 신빙성이 높지 않은데, 위 증언 자체로도 피고가 원고에 대한 C의 차용금채무를 병존적으로 인수한다는 의미로 이 사건 근저당권을 설정하였다기보다는, 피고가 C과의 금전거래로 불안해하는 F의 요청에 따라 일단 이 사건 근저당권을 설정하는 데에 동의한 정황이 엿보인다.

④ C은 원고에 대한 채무를 변제하였다고 주장하고 있는데, 피고는 이 사건 근저당권설정 당시 C이 원고에게 변제하여야 할 채무액이 얼마인지도 정확하게 몰랐던 것으로 보인다. F의 증언에 의하면 원고는 C으로부터 이자를 받기로 하지 않았음에도, 이 사건 근저당권의 채권최고액은 원고가 C의 아내 계좌로 송금한 돈을 훨씬 넘는 150,000,000원이라는 점이 이를 드러낸다.

⑤ F은 2006. 12. 29. 피고로부터 평택시 G 토지 등 3필지에 관한 소유권을 매매를 원인으로 하여 이전받으면서, 위 3필지에 설정되어 있던 근저당권의 채무자 지위를 인수하였고, 피고에게 매매대금도 지급하였는데, 만일 원고의 주장대로 당시 피고가 원고에 대한 C의 차용금채무를 병존적으로 인수한 상태였다면, 굳이 F과 위와 같은 방식의 거래를 하지는 않았을 것으로 보인다. 이에 대하여 원고는, 피고로부터 위 3필지를 실제로 매수한 사람은 E이고 F은 명의만 빌려준

것이라고 주장하나, F이 위 3필지에 관한 근저당권의 채무자 지위까지 인수하였다는 점에서 위 거래와 아무런 관련이 없었다고 보이지는 않는다. 또한 설령 원고의 주장대로 피고로부터 위 3필지를 실제로 매수한 사람이 E이라고 하더라도, 원고나 F으로서는 위 3필지를 E이 매수하게 두는 대신 이를 대물로 변제받거나, 위 3필지에 관하여 E이 지급한 매매대금을 피고를 대신하여 수령하는 방식으로 피고에 대한 채권의 만족을 얻을 수 있었을 것으로 보임에도 이러한 조치를 취하지 않았다.

4. 반소청구에 관한 판단

가. 본안전항변에 관한 판단

원고는, 이 사건 반소는 평택시 H에 있는 I노인전문요양원에서 요양 중인 피고가 모르는 상태에서 피고의 아들 J이 선임한 소송대리인에 의하여 진행되었으므로 부적법하다는 취지로 주장한다.

그러나 ① 원고가 피고를 상대로 제기한 이 사건 본소의 소장부분은 2016. 11. 8. 피고를 모시고 있다는 피고의 아들 J을 통하여 피고에게 송달된 사실, ② 법무법인 K은 2016. 12. 8. 피고로부터 위임을 받았다는 내용의 소송위임장을 제1심법원에 제출하였고, 2017. 2. 7. 이 사건 반소를 제기한 사실, ③ 이 사건 항소장 부분은 2017. 10. 31. 위 I노인전문요양원 직원을 통하여 피고에게 송달되었고, 원고의 2017. 10. 30.자 준비서면 부분은 위 I노인전문요양원에서 피고에게 직접 송달된 사실, ④ 변호사 L은 2017. 11. 10. 피고로부터 위임을 받았다는 내용의 소송위임장을 이 법원에 제출하였고, 제1심과 마찬가지로 원고의 주장을 다투고 있는 사실은 이 사건 기록상 분명하다. 위 사실관계를 종합하면, 이 사건 반소는 피고로부터 적법하게 위임을 받았거나 피고가 위임을 추인한 소송대리인에 의하여 제기된 것으로 판단되고, 달리 이를 뒤집을 만한 증거가 없다. 따라서 원고의 위 본안전항변은 이유 없다.

나. 본안에 관한 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 2011. 4. 28. 선고 2010다107408 판결 등 참조). 이 사건의 경우, 피고가 이 사건 근저당권설정 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 없었다고 다투고 있으므로, 그 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임은, 피고가 원고에 대한 C의 차용금채무를 병존적으로 인수한 것이 이 사건 근저당권의 피담보채권 발생원인이라고 주장하는 원고에게 있다.

그런데 앞서 제3항에서 본 바와 같이 원고의 위 주장에 부합하는 듯한 갑 제4호증의 기재 및 증인 F의 일부 증언은 그대로 믿기 어렵고, 갑 제1, 3호증의 각 기재, 증인 E의 증언만으로는 위 주장 사실을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 사건 근저당권은 그 피담보채권이 존재한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 근저당권설정등기는 담보물권의 부종성에 따라 원인무효의 등기라고 할 것이어서, 이 사건 근저당권자인 피고는 이 사건 부동산의 소유자인 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면 이 법원에서 교환적으로 변경한 원고의 본소청구는 이유 없으므로 이를 기각하고, 피고의 반소청구를 인용한 제1심판결은 정당하므로 이에 대한 원고의 항소도 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사최창석

판사임현태

판사김민정

별지