

수원고등법원 2021. 1. 21 선고 2020나15047 판결 [근저당권설정등기 말소등기절차 이행]

재판경과

수원고등법원 2021. 1. 21 선고 2020나15047 판결

수원지방법원 2020. 5. 13 선고 2018가합19326 판결

전문

원고, 항소인A

소송대리인 법무법인 마당

담당변호사 박승득

피고, 피항소인1. B

2. C

피고들 소송대리인 변호사 우종대

변론 종결2020. 11. 12.

판결 선고2021. 1. 21.

제1심판결수원지방법원 2020. 5. 13. 선고 2018가합19326 판결

주문

1. 원고의 피고들에 대한 각 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 원고에게, 별지 목록 기재 각 부동산(이하 별지 목록 순번 1, 3 기재 부동산을 '이 사건 토지'라 하고, 별지 목록 순번 2, 4, 5 기재 부동산을 '이 사건 건물'이라 한다)에 관하여, 피고 B은 수원지방법원 동수원등기소 2008. 1. 16. 접수 제4620호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하고, 피고 C은 수원지방법원 동수원등기소 2008. 1. 22. 접수 제7046호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 적을 판결 이유는 아래와 같이 고쳐 쓰거나 추가하는 외에는 제1심판결의 이유 해당 부분의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심판결 제2쪽 본문 하7행부터 하6행(기초사실 가.항)을 다음과 같이 고친다.

『가. D은 2005. 10.경 E으로부터 대금 38억 원에 주유소, 충전소 설치를 위한 개발행위 허가를 취득하는 조건으로 토지거래계약 허가구역 내의 토지인 이 사건 토지1)를 매수하였다(이하 '종전 매매계약'이라고 한다).』

○ 제3쪽 1행의 "2007. 11. 13."을 "2006. 11. 13."으로 고친다.

○ 제3쪽 하5행의 "소유권이전등기" 뒤에 "(이하 '이 사건 소유권이전등기'라고 한다)"를 추가하고, 하4행의 "소유권보존등기" 뒤에 "(이하 '이 사건 소유권보존등기'라고 하고, 이 사건 소유권이전등기와 이 사건 소유권보존등기를 모두 지칭할 경우 '이 사건 각 등기'라고 한다)"를 추가한다.

2. 원고의 주장 요지

가. 제1 근저당권설정등기의 원인무효

제1 근저당권설정등기는 아래와 같은 이유로 원인무효로 말소되어야 하므로, 원고는 후순위

근저당권에 기한 방해배제청구권의 행사로 피고 B에게 제1 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 것을 구한다.

1) 명의신탁에 따른 원인무효 이 사건 소유권이전등기는 피고 B와 D 사이에 명의신탁약정에 의한 것이다. 피고 B와 D 사이의 명의신탁약정은 피고 B가 E와 이 사건 토지에 관한 매매계약을 체결하면서 그 등기 명의를 D으로 하기로 약정한 것이거나(이른바 3자간 명의신탁), D가 E와 이 사건 토지에 관한 매매계약을 체결하면서 매수자금을 피고 B가 조달하고 매수인 명의만 D으로 하기로 약정한 것으로 볼 수 있고(이른바 계약 명의신탁), E는 피고 B와 D 사이의 명의신탁약정의 존재를 알고 있었으므로 이 사건 소유권이전등기는 부동산실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라고 한다) 제4조 제2항에 따라 원인무효의 등기이다.

이 사건 소유권보존등기도 피고 B가 이 사건 건물의 공사대금을 모두 지급하고 그 등기 명의만을 D 명의로 하기로 한 양자간 명의신탁약정에 따른 것이므로, 부동산실명법 제4조 제2항에 따라 원인무효의 등기이다.

그런데 제1 근저당권설정등기는 피고 B와 D 사이의 위 각 명의신탁약정이 유효함을 전제로 하여 체결된 근저당권설정계약에 따라 마쳐진 것으로서 원인무효이다.

2) 통정허위표시에 따른 원인무효 이 사건 각 등기는 피고 B와 D 사이의 위와 같은 명의신탁약정에 기한 것이고, 제1 근저당권설정등기는 D가 명의신탁을 부인할 경우를 대비하여 피담보채무 없이 마친 것이므로, 피고 B와 D 사이의 근저당권설정계약은 통정허위표시에 해당하여 무효이거나 부동산실명법에 위배되어 무효이고, 이를 원인으로 한 제1 근저당권설정등기 또한 무효이다.

3) 비진의 의사표시에 따른 원인무효 D은 이 사건 확약서에 따라 별지 목록 기재 각 부동산 및 부속시설, 영업권에 관하여 피고 B으로부터 명의이전 요구를 받으면 이에 응하기로 확약하였으므로 피고 B에 대하여 제1 근저당권설정등기의 피담보채무를 부담할 의사가 없었고, 피고 B도 이를 알았거나 알 수 있었으므로, 제1 근저당권설정등기는 비진의 의사표시에 따라 마쳐진 것으로서 원인무효이다.

4) 소멸시효 완성에 따른 원인무효 피고 B 및 D은 주유소 및 충전소를 운영하는 상인으로서 이들 사이의 금전거래로 인한 채권은 상사채권이라 할 것인데, 상사채권의 소멸시효는 5년이므로 이 사건

토지 및 건물에 마쳐진 제1 근저당권설정등기상 피담보채무는 근저당권설정계약일인 2008. 1.

16.로부터 5년이 경과한 2013. 1. 16. 시효로 소멸하였다. 따라서 제1 근저당권설정등기는 더 이상 피담보채무가 존재하지 않는 것으로서 원인무효이다. 위 피담보채무의 소멸시효 완성 후 작성된 이 사건 공정증서에는 D이 시효 완성에도 불구하고 그로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다는 효과의사가 나타나 있지 않으므로 이를 소멸시효 완성의 이익을 포기하는 채무승인으로 볼 수 없다.

나. 제2 근저당권설정등기의 원인무효

제2 근저당권설정등기는 아래와 같은 이유로 원인무효로 말소되어야 하므로, 원고는 후순위 근저당권자로서 방해배제청구권의 행사로 피고 C에게 제2 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 것을 구한다.

1) 피고 C은 D과 사이에 어떠한 법률관계도 맺은 사실이 없고, 피고 B의 요청에 따라 D이 피고 C 명의로 제2 근저당권설정등기를 마쳐준 것이다. 따라서 제2 근저당권설정등기는 피고 B과 D 사이에 대내적으로 피고 B이 이 사건 토지 및 건물에 관한 근저당권을 보유하되 그에 관한 등기는 피고 C으로 하기로 하는 명의신탁약정에 기인한 것으로서 원인무효다(이하 '제1주장'이라 한다).

2) 또한 제2 근저당권설정등기는 위 가항과 동일한 이유로 원인무효이다(다만 소멸시효가 근저당권설정계약일인 2008. 1. 22.부터 기산하여 그로부터 5년이 경과한 2013. 1. 22. 완성되었다고 주장하는 취지인 것으로 선택한다. 이하 위 주장을 '제2주장'이라 한다).

3. 제1 근저당권설정등기의 원인무효 주장에 관한 판단

가. 관련 법리

근저당권설정등기가 마쳐진 경우, 그 등기는 적법하게 마쳐진 것으로 추정되므로, 그 등기가 원인무효임을 이유로 말소를 청구하는 자가 그에 관한 무효사실에 대한 증명책임을 지고(대법원 1993. 10. 12. 선고 93다18914 판결 등 참조), 근저당권설정등기가 명의신탁에 기한 것이라는 사실 역시 이를 주장하는 자에게 증명책임이 있다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다57122 판결 참조).

나. 원인무효(소멸시효 제외) 주장에 관한 판단

1) 이 사건 각 등기가 명의신탁등기인지 여부 가) 이 사건 소유권이전등기

기초사실 및 앞서 든 증거, 당심 증인 D의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음의 사실

및 사정을 종합하면, 이 사건 소유권이전등기는 종전 매매계약을 원인으로 하는 D의 소유권을 표상하는 유효한 등기인 것으로 판단되고, 원고가 제출한 증거만으로는 D과 피고 B 사이에 명의신탁 약정이 있었다거나, 이를 이유로 이 사건 소유권이전등기가 원인무효라고 보기 어렵다.

① D은 2005. 10.경 E과 종전 매매계약을 체결하고, 취득세 등 비용을 부담하였으며, F 주식회사로부터 35억 원을 차용하여 위 매매대금을 모두 납입하였다. 또한 D은 이 사건 토지에 주유소, 충전소로 개발행위허가를 받고, F 주식회사와 연료공급계약을 체결하여, 자신의 아들인 Q의 이름을 딴 'R 주유소'라는 이름으로 주유소·충전소 사업을 하려던 중, 2006. 6. 30.경 위 사업을 포기하고 이를 양도하려던 과정에서 피고 B를 처음 만나게 되었다. 위 인정사실에 비추어보면 D은 처음부터 피고 B와 무관하게 이 사건 토지에 관한 유효한 소유권을 취득할 목적으로 종전 매매계약을 체결한 것임을 인정할 수 있다.

② D은 2006. 11. 13. 피고 B과의 사이에서 이 사건 양도계약을 체결하였으나, 2006. 11. 27. 토지거래계약 허가를 받고 매매계약서(갑 제5호증)를 작성하여 이 사건 소유권이전등기를 마칠 무렵에는 그 계약금만 지급받은 상황이었다. 종전 매매계약에 따른 매매대금을 완납한 D이, 종전 매매계약을 무효로 하고, 계약금만 지급한 피고 B에게 이 사건 토지에 관한 소유권을 확정적으로 귀속시킬 의사가 있었다고 보기 어렵다.

나) 이 사건 소유권보존등기

신축건물의 소유권은 원칙적으로 자기의 노력과 재료를 들여 이를 건축한 사람이 원시적으로 취득한다(대법원 1992. 8. 18. 선고 91다25505 판결 참조). 기초사실 및 갑 제8호증의 기재에 의하면, D은 피고 B으로부터 매매대금을 지급받아 이 사건 건물을 신축한 사실은 인정할 수 있다. 그러나 이 사건 소유권보존등기가 명의신탁된 것으로 보려면 위 보존등기를 마칠 무렵 D과 피고 B 사이에 이를 피고 B의 소유로 하는 약정이 있어야 할 것인데, ① 앞서 본 바와 같이 D은 자기의 주유소·충전소 사업을 시행할 목적으로 이 사건 건물을 신축한 것인 점, ② 갑 제4호증의 1의 기재에 의하면, D이 자기 명의로 이 사건 건물의 건축허가를 받고, 잔금 지급 후 피고 B이 요구하는 시점에 피고 B에게 그 명의를 이전하기로 약정한 점, ③ 당심 증인 D은 당심에서 '매매대금 16억 9,000만 원을 받고 이 사건 건물의 소유권을 이전하기로 하였으나, 5억 원을 받지 못하여 내 앞으로 명의변경

하였다. 공사도 내가 직접 하였다.'는 취지로 증언한 점을 더하여 보면, D은 이 사건 건물을 원시취득하고 그 소유권을 나타내기 위하여 이 사건 소유권보존등기를 마쳤다고 인정되고, 원고가 제출한 증거 및 앞서 인정한 사실만으로는 그 무렵 D과 피고 B 사이에 이 사건 건물을 피고 B의 소유로 하는 약정이 있었다고 보기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

2) 제1 근저당권설정등기의 무효 여부 장래에 발생할 특정의 조건부 채권을 담보하기 위하여도 저당권을 설정할 수 있는 것이므로(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015다200531 판결 참조), 장래에 소유권이전등기를 마쳐주지 못하는 것을 정지조건으로 발생하는 매매대금 반환채무도 근저당권설정등기의 유효한 피담보채무가 될 수 있다.

살피건대, 앞서 인정한 사실 및 사정에 당심 증인 D의 증언과 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 B은 D에 대하여 이 사건 양도계약 내지 이 사건 확약에 따라 별지 목록 기재 각 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 갖고 있었고, 제1 근저당권설정등기는 위 소유권이전등기를 마치지 못하는 경우, D의 매매대금 반환채무를 담보하기 위하여 마쳐진 것임을 인정할 수 있다.

이와 달리 이 사건 각 등기가 명의신탁약정에 따라 마쳐진 등기임을 전제로, 제1근저당권설정등기가 부동산실명법 제4조 제2항에 따라 원인무효라거나, 통정허위표시에 의하여 피담보채무 없이 명의신탁을 부인하는 경우를 대비하여 마쳐진 원인무효의 등기라거나, D의 비진의 의사표시에 기한 것이라고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 원고의 위 각 주장은 이유 없다.

다. 소멸시효 완성 주장에 관한 판단

1) 관련 법리 소멸시효 이익의 포기사유로서의 채무의 승인은 그 표시의 방법에 아무런 제한이 없어 묵시적인 방법으로도 가능하기는 하지만, 적어도 채무자가 채권자에 대하여 부담하는 채무의 존재에 대한 인식의 의사를 표시함으로써 성립하게 되고, 그러한 취지의 의사표시가 존재하는지 여부의 해석은 그 표시된 행위 내지 의사표시의 내용과 동기 및 경위, 당사자가 그 의사표시 등에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의도 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식에 따라 객관적이고 합리적으로 이루어져야 한다(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다25299 판결 등 참조).

2) 이 사건의 경우 앞서 본 바와 같이 이 사건 제1 근저당권설정등기는 D이 별지 목록 기재 각

부동산에 소유권이전등기를 마쳐주지 못하는 되는 경우 매매대금 반환채무를 담보하기 위한 것이므로, 그 피담보채무는 장래에 D이 별지 목록 기재 각 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐주지 못하게 됨을 정지조건으로 발생하는 것인데, 위와 같은 소유권이전등기를 마쳐주는 것이 불가능한 것으로 확정되었음을 인정할 증거가 없다. 따라서 위 매매대금 반환채무의 소멸시효가 제1 근저당권의 설정등기일인 2008. 1. 16.부터 진행된다고 보기 어렵다.

설령 제1 근저당권설정등기의 피담보채무가 제1 근저당권의 설정계약일인 2008. 1. 16.부터 소멸시효가 진행하고 5년의 상사시효가 적용된다 하더라도, 피고 B은, D이 제1 근저당권의 피담보채무의 소멸시효 완성 이후에 이 사건 공정증서를 작성해 주었으므로 이는 채무의 승인에 해당하여 소멸시효의 이익을 포기하였다고 항변한다.

D이 2014. 3. 17. 피고 B에게 제1 근저당권의 채권최고액 54억 9,000만 원을 2014. 4. 18.까지 변제하겠다는 내용의 이 사건 공정증서를 작성하여 준 사실은 앞서 본 바와 같고, D은 당심에서 위 공정증서 작성 경위에 대하여, '자신은 돈을 다 회수했으니, 피고 B이 자기 재산을 지키기 위하여 달라는 서류를 작성하여 준 것'이라는 취지로 증언하였는바, 이에 비추어보면 D은 피고 B에 대하여 부담하는 제1 근저당권의 피담보채무에 대하여, 채권의 법적 효력을 인정하고 이에 응하여 채무를 이행하겠다는 효과의사를 표시함으로써 시효완성의 사실을 알고 그 이익을 포기한 것이라고 할 수 있다. 이를 지적하는 피고 B의 위 항변은 이유 있으므로, 결국 원고의 이 부분 시효소멸 주장은 이유 없다.

라. 소결론

따라서 제1 근저당권설정등기가 원인무효라는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

4. 제2 근저당권설정등기의 원인무효 주장에 관한 판단

가. 제1주장에 관한 판단

이 사건 양도계약 및 확약서가 피고 B과 D을 당사자로 하여 체결 및 작성된 사실은 앞서 본 바와 같다. 또한 D은 당심에서 제2 근저당권설정등기는 이 사건 양도계약 및 확약서에 따른 소유권이전등기청구권의 불이행시 매매대금 반환을 담보하기 위한 것이고, 이 사건 양도계약 체결 시 피고 C을 본 적이 없으며, 별지 목록 기재 각 부동산의 매매에 따른 매매대금이나 근저당권설정비용도

모두 피고 B이 지급하였고, 피고 B으로부터 '자신의 명의로 92억 원의 근저당권을 설정하는 것은 부담되니, 일부를 처남인 피고 C 명의로 근저당권을 설정하겠다'는 취지의 말을 들었다고 진술하기도 하였다.

한편 다음 각 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없거나, 기초사실, 갑 제1호증, 을 제2 내지 4호증의 각 기재, 당심 증인 D의 일부 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

① 제2 근저당권설정등기는 원고와 피고들의 합의에 의하여 마쳐진 것인데, 제1 근저당권설정등기는 2008. 1. 18. 피고 B의 주소지인 파주시 O에 소재한 법무사 P 사무실에 의뢰하여 마쳐졌고, 제2 근저당권설정등기는 2008. 1. 30. 피고 C의 주소지인 용인시 기흥구 소재 법무사 K 사무실에 의뢰하여 마쳤다.

② D은 2014. 3. 17. 피고 C에게, 제2 근저당권의 채권최고액과 동일한 금원인 38억 원에 관하여 "D은 2008. 1. 23. 피고 C으로부터 38억 원을 차용하였고 이를 2014. 4. 30.까지 지불기로 한다. D이 위 금전채무를 이행하지 아니한 때에는 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없음을 인낙한다."는 취지의 이 사건 공정증서를 작성·교부하여 주었다.

③ 피고 C은 별지 목록 기재 각 부동산의 매매과정에서 서류를 전달하거나, 주유소 신축 현장에 출석하였고, D은 이 사건 양도계약이 체결된 'S'(피고 C의 지인으로 보인다)의 사무실에서 위 양도 계약서를 정리하기도 하였다.

④ D은 당심에서, 피고 C 명의의 제2 근저당권설정등기를 마친 경위를 묻는 질문에 대하여 '피고들이 해 달라는 대로 서류를 작성해서 주었다'는 취지로 진술하였다.

위 인정사실에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어보면, 앞서 본 바와 같은 D의 일부 진술 및 원고가 제출한 증거들만으로는 피고들 사이에 매매대금 반환채권은 모두 피고 B에게 귀속되고 피고 C은 근저당권설정등기의 명의만 보유하기로 하는 명의신탁의 약정이 존재하고, 제2 근저당권설정등기가 그에 따라 마쳐진 것임을 인정하기 어렵다.

① 이 사건 양도계약이나 이 사건 확약서는 피고 B과 D이 당사자이고, 위 당사자 사이에서 피고 B이 별지 목록 기재 각 건물에 관한 소유권이전등기청구권을 갖는다는 취지이나, 그 내용에 비추어보더라도 피고들 사이의 내부적인 관계에서 별지 목록 기재 각 부동산이나, 주유소·충전소

사업에 관한 지분을 확정짓거나, 그와 같은 합의에 기초하여 작성된 것으로 볼 수 없다.

② D의 진술은 제2 근저당권설정에 관하여 피고들의 요구에 따라 등기 및 공증에 필요한 서류를 작성해 주었다거나, 피고 B이 이 사건 토지 및 건물의 매매과정에서 대외적으로 비용을 부담했다는 취지일 뿐, D이 피고들 사이의 내부적인 관계에서 피고 B이 모든 비용을 부담했다거나, 수익 분배의 약정이 부존재한다는 것까지 확인하였다는 내용이 아니다.

③ D의 진술에 따르더라도 피고 C은 별지 목록 기재 각 부동산의 매매에 관한 서류를 전달하거나, 이 사건 건물의 신축 현장에 출석하였다는 것이고, 이 사건 양도계약에 관여하였던 'S'은 피고 C의 지인으로 보이는 점을 고려하면, 피고 C은 위 매매 과정에 직접 관여하였던 것으로 보인다.

④ 앞서 본 바와 같이 제1, 2 근저당권설정등기는 법무사, 접수일자가 모두 다르고, 피고들이 굳이 제2 근저당권설정등기의 피담보채무를 실제와 달리 나누어 따로 근저당권설정등기를 마쳐야 할 합리적인 이유도 엿보이지 않는다.

⑤ 이 사건 공정증서도 제1, 2 근저당권의 각 피담보채무에 대하여 별도로 작성되었고, 제2 근저당권의 피담보채무에 대한 공정증서의 내용도 D이 피고 C에게 38억 원의 채무를 부담한다는 내용이다. 이에 앞서 든 사정들을 더하여 보면, 위 근저당권설정 및 공정증서 작성은, 피고들이 D에 대하여 내부적인 비용부담 내지는 수익 분배 약정에 따라 장래에 발생할 매매대금 반환채권 중 일부를 실제로 피고 C에게 귀속시키기로 한 것으로 보인다.

그렇다면, 원고가 제출한 증거만으로는 제2 근저당권설정등기가 명의신탁 약정에 따라 마쳐져 원인무효인 등기로 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 제2주장에 관한 판단

제1 근저당권설정등기가 원인무효라는 원고의 주장이 모두 이유 없음은 앞서 인정한 바와 같은바, 이러한 판단은 제2 근저당권설정등기에 대한 원고의 제2주장에 대해서도 마찬가지이므로(단 원고가 주장하는 소멸시효의 기산점을 2008. 1. 22.로, 시효이익 포기에 관한 이 사건 공정증서의 내용을 'D이 2014. 3. 17. 피고 C에게 제2 근저당권의 채권최고액 38억 원을 2014. 4. 30.까지 변제하겠다'는 것으로 각 수정함), 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

다. 소결론

따라서 제2 근저당권설정등기가 원인무효라는 원고의 주장도 받아들일 수 없다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하여야 할 것인바, 이와 결론을 같이 한 제1심판결을 정당하므로, 원고의 피고들에 대한 항소는 모두 이유 없어 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사강경구

판사박광서

판사차지원

별지

1) 수원시 권선구 G 답 4,819㎡'는 2007. 10. 4. G답 3,489㎡, H 답 1,330㎡로 분할되었고, 위 각 토지는 2008. 1. 2. 지목이 답에서 주유소용지로 변경되었으며, 2009. 2. 16. 행정구역변경 및 지번변경으로 위 G는 I(별지 목록 순번 3 기재 부동산)으로, H는 J(별지 목록 순번 1 기재 부동산)으로 변경되었다.