

수원지방법원 2020. 5. 13 선고 2018가합19326 판결 [근저당권설정등기 말소등기절차 이행]

재판경과

수원고등법원 2021. 1. 21 선고 2020나15047 판결

수원지방법원 2020. 5. 13 선고 2018가합19326 판결

전문

원 고 A

소송대리인 법무법인 마당

담당변호사 박승득, 서동호

피 고 1. B

2. C

피고들 소송대리인 변호사 우종대

변론 종결 2020. 4. 22.

판결 선고 2020. 5. 13.

주문

1. 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

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

가. D은 E으로부터 주유소, 충전소 설치를 위한 개발행위 허가를 취득하는 조건으로 토지거래계약 허가구역 내의 토지인 이 사건 토지1)를 매수하였다.

나. 1) D은 이 사건 토지에 주유소, 충전소 설치를 위한 개발행위 허가를 취득한 후 2006. 11. 13. 피고 B과 사이에 D이 피고 B에게 이 사건 토지 및 충전소, 주유소 허가 권 등을 72억 원(계약금 7억 2,000만 원 2006. 11. 13. 지급, 잔금 64억 8,000만 원 2007. 1. 12. 지급)에 양도하는 내용의 양도계약(이하 '이 사건 양도계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 피고 B은 이 사건 양도계약에 따라 D에게 2007. 11. 13. 계약금 7억 2,000만원, 2007. 1. 8. 20억 원, 2007. 5. 3. 5억 4,000만 원, 2007. 5. 25. 10억 원, 2007. 9. 11. 5억 3,000만 원 등 합계 47억 9,000만 원을 지급하였고, D이 F 주식회사로부터 대출받은 35억 원을 승계하여 변제하고 있다.

다. D와 E 사이에 2006. 11. 27. D 외 1인이 E으로부터 이 사건 토지를 매매대금 38억 8,000만 원에 매수하되, 계약금 5억 원은 계약 시에, 1차 중도금 30억 원은 2006.11. 29.에, 잔금 3억 8,000만 원은 같은 달 30.에 각 지급한다는 내용의 부동산매매계약서가 작성되었다. 위 매매계약서에는 D 외 1인의 인적사항으로 피고 B의 인적사항이 기재되어 있다.

라. E, D, 피고 B은 2006. 11. 27. 이 사건 토지에 관하여 권선구청장으로부터 토지거래계약 허가를 받았으나, 법무사 K는 같은 날 매도인의 계약 취소를 사유로 하여 매수인 피고 B과 매도인 E 사이의 매매계약이 해제되었다는 내용의 신고를 하였고, 권선구청장은 2006. 12. 11. K에게 위와 같은 내용의 부동산거래계약해제등확인서를 교부하였다.

마. D은 2006. 12. 11. 이 사건 토지에 관하여 2006. 12. 8.자 매매를 원인으로 하여 자신 앞으로 소유권이전등기를 마쳤고, 2007. 12. 7. 이 사건 토지 지상에 신축된 주유소, 충전소 건물인 이 사건 건물에 관하여 자신 앞으로 소유권보존등기를 마쳤다.

바. 피고 B과 D은 2007. 9. 11. 이 사건 토지 및 건물, 이 사건 건물에 부속되어 있는 모든 지장물과 지상권, 이에 수반되는 영업권, 영업에 따른 수익권 등에 관하여 확약서(이하 '이 사건 확약서'라 한다)를 작성하였는데, 그 주요내용은 아래와 같다.

물건지: 이 사건 토지와 건물 및 충전소, 주유소에 부속되어 있는 모든 지장물과 지상권 및 이에 수반되는 영업권, 영업에 따른 수익권을 모두 포함(이하 '물건지')

1. D은 물건지에 대하여 피고 B이 지정하는 신탁회사에 관리신탁 및 처분신탁 처리하는 것에 동의하며 모든 수익권은 피고 B에게 귀속한다.

2. 물건지의 영업권에 있어서 세무서에 신고 되어 있는 사업지분에 대하여 D으로 되어 있는 지분 전부를 피고 B에게 양도해서 피고 B의 지분을 합하여 피고 B의 지분이 100% 되게 한다. 또한 사업자 명의를 피고 B 단독으로 한다. 그리고 물건지에서 발생한 수익 전부를 피고 B에게 귀속한다.

3. 물건지에 대하여 법률상 명의이전이 가능한 시기에 도달했을 시 피고 B이 명의이전을 요청하면 즉시 명의양도에 응하기로 한다.

사. 이 사건 토지 및 건물에는, ① 수원지방법원 동수원등기소 2008. 1. 16. 접수 제4620호로

채권최고액 54억 9,000만 원, 채무자 D, 근저당권자 피고 B인 근저당권설정등기(이하 '제1 근저당권설정등기' 또는 '제1 근저당권'이라 한다)가, ② 같은 등기소 2008. 1. 22. 접수 제7046호로 채권최고액 38억 원, 채무자 D, 근저당권자 피고 C인 근저당권설정등기(이하 '제2 근저당권설정등기'라 한다)가, ③ 같은 등기소 2017. 8. 10. 접수 제73566호로 채권최고액 30억 원, 채무자 D, 근저당권자 원고인 근저당권설정등기가 각 마쳐졌다.

아. D은 2014. 3. 17. 피고 B에게 "D은 2008. 1. 10. 피고 B으로부터 54억 9,000만 원을 차용하였고 이를 2014. 4. 18.까지 지불키로 한다. D이 위 금전채무를 이행하지 아니한 때에는 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없음을 인낙한다."는 취지의 공증인가 법무법인 L 작성의 증서 2014년 제309호 공정증서를, 같은 날 피고 C에게 "D은 2008. 1. 23. 피고 C으로부터 38억 원을 차용하였고 이를 2014. 4. 30.까지 지불키로 한다. D이 위 금전채무를 이행하지 아니한 때에는 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없음을 인낙한다."는 취지의 공증인가 법무법인 L 작성의 증서 2014년 제310호 공정증서(이하 위 각 공정증서를 '이 사건 공정증서'라 한다)를 각 작성·교부하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 4 내지 9호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1 내지 3, 5호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장 요지

가. 제1 근저당권설정등기의 원인무효

제1 근저당권설정등기는 아래와 같은 이유로 원인무효로 말소되어야 하므로, 원고는 후순위 근저당권자로서 방해배제청구권의 일환으로서 피고 B에게 제1 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 것을 구한다.

1) 명의신탁에 따른 원인무효

위 기초사실에 의하여 인정되는 사실관계 및 이 사건 확약서 등에 비추어 보면, 이 사건 토지에 관한 D 명의의 소유권이전등기는 피고 B와 D 사이에 명의신탁약정에 의한 것이다. 피고 B와 D 사이의 명의신탁약정은 피고 B이 E과 이 사건 토지에 관한 매매계약을 체결하면서 그 등기 명의를 D으로 하기로 약정한 것으로 볼 수도 있고(이른바 3자간 명의신탁), D이 E과 이 사건 토지에 관한

매매계약을 체결하면서 매수자금을 피고 B이 조달하고 등기명의만 D으로하기로 약정한 것으로 볼 여지도 있으나(이른바 계약 명의신탁) E은 피고 B과 D 사이의 명의신탁약정의 존재를 알고 있었으므로 이 사건 토지에 관한 D 명의의 소유권이전등기는 그 명의신탁 관계가 3자간 명의신탁이든 계약 명의신탁이든 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라고 한다) 제4조 제2항에 따라 원인무효의 등기이다.

이 사건 건물에 관한 D 명의의 소유권보존등기도 피고 B이 이 사건 건물의 공사대금을 모두 지급하고 그 등기 명의만을 D 명의로하기로 한 양자간 명의신탁약정에 따른 것이므로, 부동산실명법 제4조 제2항에 따라 원인무효의 등기이다.

그런데 제1 근저당권설정등기는 피고 B과 D 사이의 위 각 명의신탁약정이 유효함을 전제로 D의 이 사건 토지 및 건물에 대한 반환의무이행을 확보하고 그 불이행에 따른 피고 B의 손해를 담보하기 위해 체결된 무효인 근저당권설정계약에 따라 마쳐진것으로서 원인무효이다.

2) 통정허위표시에 따른 원인무효

이 사건 토지 및 건물에 마쳐진 D 명의의 소유권이전등기 및 소유권보존등기는 피고 B과 M 사이의 위와 같은 명의신탁약정에 기한 것이고, 제1 근저당권설정등기는 D이 명의신탁을 부인할 경우를 대비하여 피담보채무 없이 마친 것이므로 피고 B과 D사이의 근저당권설정계약은 통정허위표시에 기한 계약으로써 무효이다. 따라서 이를 원인으로 한 제1 근저당권설정등기는 역시 원인무효이다.

3) 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 사건토지 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 일환으로서 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 보유하고 그에 관한 등기는 피고 C으로 하기로 하는 명의신탁약정에 기인한 것으로서 원인무효다(이하 '제1주장'이라 한다).

2) 또한 제2 근저당권설정등기는 위 가항과 동일한 이유로 원인무효이다(이하 '제2주장'이라 한다).

3. 제1 근저당권설정등기의 원인무효 주장에 관한 판단

1) 명의신탁 주장 및 통정허위표시 주장에 대한 판단

가) 관련법리

명의수탁자에게 명의를 신탁한 부동산이 명의수탁자에 의하여 임의로 처분되거나 그의 채권자들에 의하여 강제집행되는 등의 사유로 명의수탁자에 의하여 명의신탁자의 이익이 침해될 경우에 명의수탁자에 대하여 가지게 되는 장래의 조건부 손해배상청구권 또는 부당이득반환청구권을 담보하기 위하여 근저당권설정등기를 경료하였다면 이는 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 합치된 진정한 의사표시에 기하여 경료된 것이 지 강제집행을 면탈할 목적으로 통정하여 한 허위의 의사표시라고 볼 수 없으며 또 장래에 발생할 특정의 조건부 채권을 피담보채권으로 하고 있어서 피담보채권이 존재하지 않는다고도 볼 수 없다(대법원 1993. 5. 25. 선고 93다6362 판결, 대법원 2015. 5.29. 선고 2015다6562 판결 등 참조).

나) 이 사건의 경우

위 법리에 비추어 이 사건을 보건대, 설령 원고의 주장과 같이 이 사건 토지 및건물에 관한 D 명의의 소유권이전등기 또는 소유권보존등기가 피고 B과 M 사이의 명의신탁약정에 따라 마쳐진 것이고 제1 근저당권설정등기가 명의수탁자 D의 이 사건토지 및 건물 반환의무 불이행에 따른 명의수탁자 피고 B의 손해를 담보하기 위해 마쳐진 것이라고 하더라도, 이는 피고 B과 D 사이의 합치된 진정한 의사표시에 기하여 경료된 것이지 통정허위표시라고 볼 수 없으며, 제1 근저당권설정등기는 장래에

발생할 조건부 손해배상청구권을 피담보채권으로 하고 있어서 그 피담보채권이 존재하지않는다고 볼 수도 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 소멸시효 완성 주장에 대한 판단

가) 관련 법리

소멸시효 이익의 포기사유로서의 채무의 승인은 그 표시의 방법에 아무런 제한 이 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).

나) 이 사건의 경우

갑 제3, 12호증의 각 기재에 의하면, 피고 B은 N을 운영하고 있고, D은 주유소등을 운영하고 있는 사실이 인정되므로, 상인인 피고 B과 D 사이의 거래관계에서 발생한 제1 근저당권의 피담보채무는 상행위로 인한 채권으로 5년의 소멸시효 기간이 적용된다. 그런데 이 사건 토지 및 건물에 마쳐진 제1 근저당권의 피담보채무는 제1 근저당권의 설정계약일인 2008. 1. 16.로부터 5년이 경과한 2013. 1. 16. 그 소멸시효가 완성되었음이 역수상 명백하다.

이에 대하여 피고 B은, D이 제1 근저당권의 피담보채무의 소멸시효 완성 이후에 피고 B에게 이 사건 공정증서를 작성하여 주었으므로 이는 소멸시효 이익의 포기사유인 채무승인에 해당한다고 항변한다. 살피건대, D이 2014. 3. 17. 피고 B에게 제1근저당권의 채권최고액 54억 9,000만 원에 관하여 2014. 4. 18.까지 이를 변제하겠다는 내용의 이 사건 공정증서를 작성하여 준 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이는 D이 피고 B에 대하여 부담하는 제1 근저당권의 피담보채무의 존재에 대한 인식의 의사를 표시한 것으로서 소멸시효 이익의 포기사유로서의 채무의 승인에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 피고 B의 위 항변은 이유 있고, 결국 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

4. 제2 근저당권설정등기의 원인무효 주장에 관한 판단

가. 제1주장에 관한 판단

이 사건 양도계약 및 확약서가 피고 B와 D를 당사자로 하여 체결 및 작성된 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제10호증의 기재에 의하면, D은 이 사건 양도계약 체결 시 피고 C을 본 적이 없으며 이 사건 양도계약에 따른 양도대금은 모두 피고 B으로부터 지급받았다는 취지의 답변서를 제출한 사실은 인정된다.

그러나 을 제2, 3, 4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉, ① 피고 C 명의의 제2 근저당권설정등기가 피고 B의 명의신탁에 따라 마쳐진 것이라면 제1, ② 근저당권설정등기의 대리인인 법무사, 접수일자 등이 동일한 것이 경험칙에 부합한다고 할 것인데, 제1 근저당권설정등기는 2008. 1. 18. 피고 B의 주소지인 파주시 O 소재한 법무사 P 사무실에 의뢰하여 마쳐졌고, 제2 근저당권설정등기는 2008. 1. 30. 피고 C의 주소지인 용인시 기흥구 소재 법무사 K 사무실에 의뢰하여 마쳐진 점, 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·교부하였는바, 제2 근저당권에 의하여 담보되는 채권의 실질적 채권자가 피고 C으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 피고 C 명의의 제2 근저당권설정등기가 피고 B와 D 사이의 명의신탁약정에 따라 마쳐진 것이라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 제2주장에 관한 판단

앞서 본 바와 같이 원고의 제1 근저당권설정등기에 대한 원인무효 주장이 모두 이유 없으므로, 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이

판결한다.

재판장 판사 박평균, 판사 민수연, 판사 신미진

별지

목 록

1. 수원시 권선구
주유소 용지 1,330㎡
2. 수원시 권선구 주유소 동호
일반철골구조 기타지붕 위험물저장 및 처리시설 1층
1층(영업장) 98.84㎡
3. 수원시
주유소 용지 3,489㎡
4. 수원시 가스충전소 동호
일반철골구조 기타지붕
액화석유가스 충전소 2층
1층(사무소) 130.04㎡
2층(사무소) 131.36㎡
5. 수원시 가스충전소 동호
철근콘크리트구조 (철근)콘크리트지붕
액화석유가스 충전소 1층
지1층(가스저장실) 0㎡
1층(기계실) 39.15㎡

1) 수원시 권선구 G 답 4,819㎡는 2007. 10. 4. G 답 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 1 (별지 목록순번 3 기재 부동산)으로, H는 J(별지 목록 순번 1 기재
부동산)으로 변경되었다.