

수원지방법원 2020. 8. 27 선고 2020나52047 판결 [근저당권설정등기말소회복등기 청구]

재판경과

대법원 2021. 2. 4 선고 2020다266184 판결

수원지방법원 2020. 8. 27 선고 2020나52047 판결

전문

원고, 항소인 A

소송대리인 법무법인 제이앤씨

담당변호사 서경배

피고, 피항소인 B

소송대리인 변호사 이수학

변론종결 2020. 7. 2.

판결선고 2020. 8. 27.

제1심판결 수원지방법원 안산지원 2019. 12. 11. 선고 2018가단70700 판결

주문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2014. 8. 22. 접수 제52060호로 말소등기된 같은 등기소 2012. 2. 8. 제7057호로 마친 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고의 남편인 C은 D에게 일정 금원을 대여하였고, 원피고(D의 동생) 및 D 사이의 합의에 따라 피고 소유의 별지 목록 기재 부동산(이하 ‘이 사건 건물’이라 한다)에 관하여 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2012. 2. 8. 접수 제7057호로 2012. 2. 8.자 설정계약(이하 ‘이 사건 근저당권설정계약’이라 한다)을 원인으로 한 채권최고액 2억 7,000만 원, 채무자 피고, 근저당권자 원고로 한 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권설정등기’라고 한다)가 마쳐졌다.

나. 이 사건 건물에 관하여 위 등기소 2014. 8. 22. 접수 제52060호로 2014. 8. 22.자 해지를 원인으로 한 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기가 마쳐졌다.

【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 제1, 3호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 주장 및 판단

가. 원고의 주장

이 사건 근저당권설정등기는 다음과 같이 말소등기 원인이 무효 혹은 취소되었음에도 부적법하게 말소되었으므로, 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행할 의무가 있다.

1) 원고는 2014. 8. 22. 이 사건 건물의 처분권한자이자 피고를 대리한 D와 사이에, 파주시 E 소재 토지에 새로 근저당권이 설정되지 않는 것을 해제조건으로 하여 이 사건 근저당권설정계약을 해지하기로 하였는바, 파주시 E 소재 토지에 관하여 같은 날 주식회사 F 명의의 소유권이전등기가

마쳐짐으로써 위 해제조건이 성취되었으므로, 위 해지합의의 효력은 소급적으로 실효되었다.

2) 또한 위 D는 당시 원고에게 ‘이 사건 근저당권설정등기를 말소하여 주면, 2014. 8. 30.까지 파주시 E 소재 토지에 새로 근저당권을 설정하여 주겠다’고 거짓말하였고, 원고는 이에 속아 이 사건 근저당권설정계약을 해지하기로 한 것인바, 원고는 이 사건 소장 부분 내지 2020. 3. 4.자 준비서면의 송달로써 사기 또는 착오를 이유로 위 해지합의를 취소하였으므로, 위 해지합의의 효력은 소멸하였다.

3) 피고를 대리하여 이 사건 근저당권설정계약 해지합의를 한 D는 피고를 대리할 정당한 권한이 없으므로, 위 해지합의는 그 효력이 없다.

나. 판단

1) D의 대리행위 여부

원고의 위 1) 내지 3) 주장은 모두 D가 피고를 대리하여 ‘파주시 E 소재 토지에 새로 근저당권을 설정하여 주겠다’는 의사를 표시하고 이 사건 근저당권설정계약 해지합의를 하였음을 전제로 하는바, 갑 제7호증의 기재, 제1심증인 C의 일부 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ㉠ 피고는 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 필요한 서류에 직접 날인함으로써 원고에 대하여 이 사건 근저당권설정계약 해지합의를 청약하였고, 그 과정에서 D는 해당 서류를 원고에게 교부하고 그 의사를 전달하는 역할을 한 것으로 보이는 점, ㉡ D가 당시 피고의 대리인의 지위에서 위와 같은 해지합의를 한다는 의사를 표시하였다고 볼 만한 자료가 없는 점, ㉢ 비록 아래에서 보는 바와 같이 D가 당시 원고에게 파주시 E 소재 토지에 관하여 새로운 근저당권설정등기를 마쳐주기로 하는 내용의 각서를 작성교부한 사실은 인정되나, 이는 D가 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무를 실질적으로 부담하는 채무자 지위에서 한 행동으로 보이고, 위 각서에도 ‘각서인 D’라고 기재되어 있을 뿐, 피고의 대리인이라는 취지의 기재는 없는 점, ㉣ 파주시 E 소재 토지는 피고가 아니라 D가 실질적인 대표로 있는 주식회사 G 명의로 소유권이전등기가 마쳐져 있었던 것이고, 여기에 앞서 본 사정을 더하여 보면, D 본인이 원고에게 ‘파주시 E 소재 토지에 관하여 새로운 근저당권설정등기를 마쳐주겠다’는 의사를 표시하였다거나

혹은 원고와 D 간에 그와 같은 내용의 별도 합의가 이루어졌다고 보일 뿐, D가 피고를 대리하여 위와 같은 의사를 표시하였다거나 그와 같은 내용이 이 사건 근저당권설정계약 해지합의의 내용으로 포함되었다고 보기는 어려운 점 등을 고려하여 보면, D가 이 사건 근저당권설정계약 해지합의와 관련하여 단순한 사자(使者)를 넘어서 피고를 대리하여 ‘파주시 E 소재 토지에 새로 근저당권을 설정하여 주겠다’는 의사를 표시하고 이 사건 근저당권설정계약 해지합의를 하였다고 단정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 원고의 위 각 주장은 나머지 점에 관하여 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

2) D가 피고를 대리하여 새로운 근저당권설정합의를 하였음을 전제로 한 가정적 판단

설령 D가 피고의 이 사건 근저당권설정계약 해지합의와 관련하여 피고로부터 권한을 위임받아 그 대리인의 지위에서 이 사건 근저당권설정계약의 해지합의를 하였고, 원고 주장과 같이 ‘파주시 E 소재 토지에 새로 근저당권을 설정하여 주는 것’이 원피고 간 위 해지합의의 내용에 포함되었다고 하더라도, 아래에서 보는 바와 같은 이유로 원고의 무효 내지 취소 주장은 받아들이기 어렵다.

가) 해제조건부 법률행위 주장에 관한 판단

이 사건 건물에 관하여 2014. 8. 22. 같은 날 해지를 원인으로 한 이 사건 근저당권설정등기 말소등기가 마쳐진 사실은 앞서 본 것과 같고, 갑 제7호증의 기재에 의하면, D가 2014. 8. 22. 원고에게 ‘파주시 E를 주식회사 G 대표이사 H이 시골에서 올라오면 2014. 8. 30.까지 후순위 설정을 해드리기로 약속하고, 그러한 조건으로 이 사건 건물을 설정 해지하여 주신 것입니다.’는 내용의 서면을 작성하여 준 사실은 인정되나, 위 인정사실만으로는 이 사건 근저당권설정계약의 해지합의가 새로운 근저당권이 설정되지 않는 경우 그 효력이 소급적으로 소멸하는 해제조건부 계약에 해당한다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없다.

나) 취소 주장에 관한 판단

(1) 원고의 주장과 같이 피고를 대리한 D가 원고를 기망하였거나 혹은 원고가 착오에 빠져 이 사건 근저당권설정계약의 해지합의를 함으로써 원고에게 위 해지합의를 취소할 수 있는 권리가 발생하였다고 하더라도, 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 이를 행사하여야 하고(민법 제146조 전단), ‘추인할 수 있는 날’이란 취소의 원인이 종료되어 취소권행사에 관한 장애가 없어져서

취소권자가 취소의 대상인 법률행위를 추인할 수도 있고 취소할 수도 있는 상태가 된 때를 가리킨다고 보아야 하며(대법원 1998. 11. 27. 선고 98다7421 판결), 한편 위 취소권은 재판상이든 재판외이든 그 기간 내에 행사하면 되는 것으로서, 그 취소의 의사표시는 제척기간 내에 상대방에게 도달되어야만 취소권자가 적법하게 취소권을 행사하였다고 할 수 있다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다27301 판결 등 참조).

(2) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 갑 제1, 8호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ㉠ 원고는 '2014. 8. 30.(새로운 근저당권설정시기)이 경과한 이후인 2014. 9.경부터 D가 전화를 받지 아니하였고, 피담보채무를 변제하지도 아니하여 파주시 E 소재 토지의 등기부등본을 열람하였고, 그 결과 해당 토지에 관하여 이미 주식회사 F 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 것을 알게 되었다'고 주장하고 있는 점(소장 기재 참조), ㉡ 원고가 제출한 파주시 E 소재 토지에 관한 등기부등본의 발행일은 2015. 1. 30.인 점, ㉢ 원고는 수원지방법원 안산지원 2015카단100162호로 피고를 상대로 '근저당권설정등기말소회복등기청구권'을 피보전권리로 하여 이 사건 건물에 관한 부동산처분금지가처분을 신청하여 2015. 3. 17. 위 법원으로부터 가처분결정을 받기도 한 점을 두루 고려하여 보면, 원고는 늦어도 2015. 3. 17.경에는 기망 내지 착오에서 벗어나 위 해지합의의 의사표시를 취소할 수 있는 상태에 이르렀다고 봄이 타당하다. 그런데 원고는 이 사건 소장 부분의 송달(2019. 1. 3.)로써 기망을 이유로 위 해지합의를 취소한다고 주장하였고, 2020. 3. 4.자 준비서면 부분의 송달(2020. 3. 5.)로써 착오를 이유로 위 해지합의를 취소한다고 주장하였을 뿐, 그 이전에 기망 내지 착오를 이유로 위 해지합의를 취소하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없는바, 그렇다면 원고의 위 취소권은 제척기간 도과로 이미 소멸하였다고 할 것이다. 따라서 원고의 위 주장은 나머지 점에 관하여 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

3. 결론

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

재판장 판사 이동식, 판사 조서영, 판사 신유리

별지목록

부동산의 표시

1동의 건물의 표시

경기도 시흥시 [도로명 주소] 경기도 시흥시 지상 동

철근콘크리트조 스라브지붕 4층 다세대주택

지층, 1층, 2층, 3층, 4층 각 130.43㎡

전유부분의 표시

건물번호:

구 조: 철근콘크리트조

면 적: 59.72㎡

대지권의 표시

토지의 표시: 경기도 시흥시 대363㎡

대지권의 종류: 소유권

대지권의 비율: 363분의 36.28 팔.