

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2024다306721 근저당권말소

원고, 상고인 원고 1 외 3인

원고들 소송대리인 법무법인 인화

담당변호사 한정현 외 1인

피고(선정당사자), 피상고인

주식회사 ○○○ (변경 전 상호: 주식회사 △△△)

소송대리인 법무법인 태일

담당변호사 정중호

원 심 판 결 서울중앙지방법원 2024. 10. 24. 선고 2023나42630 판결

판 결 선 고 2025. 9. 4.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 원심은 판시와 같은 이유로 다음과 같이 판단하였다.

이 사건 토지를 비롯한 이 사건 사업 대상 토지들에 관하여 매도인 소외 1과 매매계약을 체결한 실제 매수인은 이 사건 조합이고, 이 사건 토지에 관하여 소외 2 명의로 마친 지분소유권이전등기는 3자간 등기명의신탁에 해당하여 무효이다. 이와 같이 무효인 지분소유권이전등기에 기하여 피고(선정당사자, 이하 '피고'라고 한다) 및 선정자 2 명의의 각 근저당권설정등기(이하 '이 사건 각 근저당권설정등기'라고 한다)와 선정자 3 명의의 지분소유권이전등기(이하 '이 사건 지분소유권이전등기'라고 한다)가 마쳐졌다(이하 피고와 선정자들을 통틀어 '피고 등'이라고 한다). 그런데 원고들이 제출한 증거만으로는 피고 등이 소외 2의 배신행위에 적극 가담하였다거나 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 존재하지 않는다고 보기 어려우므로, 피고 등은 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조 제3항에 의하여 명의신탁약정 및 이에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동의 무효로써 대항하지 못하는 '제3자'에 해당한다. 따라서 이 사건 각 근저당권설정등기와 지분소유권이전등기가 말소되어야 한다는 원고들의 주장은 받아들일 수 없다.

2. 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

가. 이 사건 각 근저당권설정등기 말소청구에 관하여(제1 상고이유)

1) 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 근저당권 설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고, 피담보채권이 존재하지 않는다는 것이 확정된 때에는 근저당

권설정등기를 말소하여야 한다. 한편 근저당권 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 없었다는 주장이 있는 경우 그러한 법률행위가 있었다는 점에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다107408 판결, 대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다225011 판결 등 참조).

2) 이러한 법리에 비추어 보면, 원고들이 이 사건 각 근저당권설정등기 당시 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 없었다고 다투는 이 사건에서 그러한 법률행위의 존재에 대한 증명책임은 이를 주장하는 피고에게 있고, 그에 관한 피고의 증명이 부족하다면 이 사건 각 근저당권설정등기는 무효로 되어 이를 말소하여야 한다. 그런데도 원심은 이 사건 각 근저당권설정등기가 마쳐진 이상 그 등기는 적법하게 이루어진 것으로 추정되므로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위의 부존재를 원고들이 증명하여야 한다는 전제에서, 이에 대한 원고들의 증명이 부족하다는 이유로 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소를 구하는 원고들의 청구를 기각하였다. 이러한 원심판결에는 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위의 존재에 대한 증명책임의 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

나. 이 사건 지분소유권이전등기 말소청구에 관하여(제2 상고이유)

1) 명의신탁에 있어서 명의수탁자와 제3자 사이의 명의신탁재산 처분에 관한 법률행위가 사회질서위반이 되어 무효가 되려면 제3자가 명의수탁자의 명의신탁자에 대한 배임행위에 적극 가담할 것이 요구되지만, '제3자가 명의수탁자의 자녀이고 처분행위가 증여 기타 무상행위인 경우'와 '제3자가 명의수탁자와 아무런 이해관계가 없는 사람이고 처분행위 또한 매매 기타 유상행위인 경우' 사이에 사회질서위반이 되기 위하여 요

구되는 적극 가담의 정도는 다르다고 보아야 한다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2014다 62831 판결 참조).

2) 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실 및 사정을 알 수 있다.

가) 소외 2는 이 사건 토지에 관하여 자신 명의로 등기된 지분(1,367/2,734) 중 일부(1,367/5,468)를 딸인 선정자 3에게 증여하고 이 사건 지분소유권이전등기를 마쳐주었다.

나) 위 증여 당시 소외 2와 원고들을 비롯한 이 사건 사업의 투자자들 사이에 잔여 재산 분배 등에 관한 분쟁이 있었다.

다) 피고는 선정자 3이 소외 2의 배임행위에 적극 가담한 것은 아니라고 부인할 뿐 위 증여의 경위에 관하여 납득할 만한 설명을 하지 못하고 있다.

라) 소외 2는 선정자 3에게 이 사건 지분소유권이전등기를 마쳐주었을 뿐만 아니라, 그 전 인접한 시기에 자신이 사내이사로 있는 피고 및 자신의 배우자인 선정자 2에게 이 사건 각 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

3) 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 명의신탁재산의 처분에 해당하는 이 사건 지분소유권이전등기를 마쳐준 소외 2의 배임행위에 선정자 3이 적극 가담하였다고 볼 여지가 크다. 그런데도 원심은 소외 2와 선정자 3 사이의 증여계약 체결 경위 등에 관하여 면밀히 살펴보지 아니한 채 이 사건 지분소유권이전등기의 말소를 구하는 원고들의 청구를 기각하였다. 이러한 원심판결에는 명의수탁자로부터 명의신탁 재산을 증여받은 경우 사회질서위반이 되는지 여부의 판단에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장도 이유 있다.

3. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	오경미
-----	-----	-----

	대법관	권영준
--	-----	-----

주 심	대법관	엄상필
-----	-----	-----

	대법관	박영재
--	-----	-----

(별지 선정자명단 생략)