

대법원 2013. 9. 26 선고 2011다108743 판결 [건물명도등] [미간행]

판 시 사 항

채권자와 채무자가 담보계약을 체결하였지만 담보목적 부동산에 관하여 가등기나 소유권이전등기를
마치지 아니한 상태에서 채권자가 귀속정산 절차에 의하지 않고 담보목적 부동산을 처분하여 채권을
회수할 수 있도록 약정한 경우, 약정이 가등기담보 등에 관한 법률을 위반하여 무효인지 여부(원칙적
소극)

참 조 조 문

가등기담보 등에 관한 법률 제2조 제1호, 제3조, 제4조

참 조 판 례

대법원 1996. 11. 15. 선고 96다31116 판결(공1997상, 9), 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다51220
판결(공1999상, 478)

전 문

【원고, 피상고인】 원고

(소송대리인 법무법인 ▽현 담당변호사 임♡수)

【피고, 상고인】 피고 1 외 1인

(소송대리인 법무법인(▽한) 동▽ 담당변호사 오▽빈 외 1인)

【원심판결】 서울고법 2011. 11. 16. 선고 2011나4409 판결

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 가등기담보 등에 관한 법률(이하 가등기담보법 이라 한다) 제3조, 제4조는 채권자가 가등기담보법 제2조 제1호의 담보계약에 따른 ‘담보권’을 실행하는 방법으로서 귀속정산 절차를 규정한 것이므로, 가등기담보법 제3조, 제4조가 적용되기 위해서는 채권자가 담보목적 부동산에 관하여 가등기나 소유권이전등기 등을 마침으로써 다른 채권자에 우선할 수 있는 ‘담보권’을 취득할 것을 전제로 한다. 이와 달리 채권자가 채무자와 담보계약을 체결하였지만 담보목적 부동산에 관하여 가등기나 소유권이전등기를 마치지 아니한 경우에는 ‘담보권’을 취득하였다고 할 수 없으므로, 이러한 경우에는 가등기담보법 제3조, 제4조는 원칙적으로 적용될 수 없다(대법원 1996. 11. 15. 선고 96다31116 판결, 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다51220 판결 등 참조).

따라서 채권자와 채무자가 담보계약을 체결하였지만, 담보목적 부동산에 관하여 그 부동산이 미등기라는 등의 사유로 가등기나 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 채권자로 하여금 귀속정산 절차에 의하지 않고 담보목적 부동산을 제3자에게 처분하여 채권을 회수할 수 있도록 약정하였다 하더라도, 그러한 약정이 가등기담보법의 규제를 잠탈하기 위한 탈법행위에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가등기담보법을 위반한 것으로 보아 무효라고 할 수는 없다.

2. 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거들을 종합하면 다음의 사실을 알 수 있다.

① 이 사건 토지의 소유자인 소외 1은 1997. 6.경 관할 관청의 허가 없이 원심 판시 이 사건 토지 위에 원심 판시 이 사건 건물을 신축한 후 미등기인 상태로 소유하여 왔다.

② 소외 1은 2002. 12. 3. 이 사건 토지에 관하여 채권최고액 585,000,000원, 근저당권자 주식회사 국민은행인 근저당권설정등기를 마쳐주었는데, 위 근저당권은 그 피담보채권과 함께 주식회사 안양상호저축은행(이하 '이 사건 저축은행'이라 한다)에 양도되어 2003. 12. 22. 이 사건 저축은행 앞으로 근저당권이전의 부기등기가 이루어졌다.

③ 소외 1은 위 부기등기와 같은 날 이 사건 저축은행에 대한 차용금 채무를 담보하기 위하여 이 사건 건물과 그 내부의 유체동산에 대한 소유권을 이 사건 저축은행에 양도하고 그 점유를 이전하는 내용의 양도담보 및 대리처분계약(이하 '이 사건 양도담보계약'이라 한다)을 체결하였다.

④ 이 사건 양도담보계약 제5조 제2항은 "이 사건 저축은행이 제3자 수의계약 시(양도담보 + 대지) 이 사건 저축은행의 지시인(매수자)에 인도하여야 하고, 처분가격은 이 사건 저축은행의 채무원리금에 충당하기로 하며, 나머지 잔액은 담보제공자에 귀속한다"고 정하고(이하 이 약정을 '이 사건 처분 회수 약정'이라 한다), 제6조 제1항은 "이 사건 저축은행에 담보로 제공된 양도물건(건물) 대지가 매매 또는 경락되는 경우 경락자가 인도청구를 할 때에는 언제든지 권리 및 소유권행사를 포기하고 경락자에게 인도한다"고 정하며, 같은 조 제2항은 "양도물건의 경락자에게 건물의 점유권, 취득시효 등 기타 제반 권리사항을 주장하지 않고 지체 없이 점유물건을 인도한다"고 정하고 있다(이하 위 약정들을 '이 사건 인도 약정'이라 한다).

⑤ 소외 1은 원고에 대한 대여금 채무를 담보하기 위하여 원고에게 이 사건 토지에 관하여 채권최고액

580,000,000원, 근저당권자 원고로 된 근저당권설정등기를 마쳐 주었고, 이 사건 건물 및 유체동산을 3억 원에 원고에게 매도하되 그 매매대금은 위 미변제 대여금 중 일부로 충당하기로 약정하였다.

⑥ 그 후 원고의 경매신청에 따라 이 사건 토지에 관하여 담보권실행을 위한 경매절차가 개시되었는데, 이 사건 저축은행은 2007. 5. 21. 소외 2와 사이에서, 소외 2가 위 경매절차에서 이 사건 토지의 경매감정가 639,600,000원과 이 사건 건물 등의 가격 261,400,000원을 합한 901,000,000원에 입찰하여 이 사건 토지에 대한 매각허가결정을 받으면 이 사건 저축은행은 이 사건 처분 회수 및 인도 약정상의 권리에 기하여 이 사건 건물 등을 소외 2에게 양도하기로 약정하였다. 또한 이 사건 저축은행은 2007. 5. 28. 매각대금 납부 시 소외 2에게 이 사건 건물 등을 인도해 주기로 하는 내용의 양도담보 이전 확인서를 작성하여 소외 2에게 교부하였다.

⑦ 소외 2는 이 사건 저축은행과의 합의에 따라 위 경매절차에서 901,000,000원에 입찰하여 이 사건 토지에 대한 매각허가결정을 받고 2007. 6. 13. 그 대금을 납부하였으며, 그 무렵 이 사건 토지와 건물 등을 인도받았다.

⑧ 소외 2는 2008. 3. 24. 피고 1과, 2007. 11. 13. 피고 2와 각각 이 사건 건물 중 일부 부분에 관하여 각 임대차계약을 체결하였고, 피고들은 그 무렵부터 임차인으로서 위 각 건물 부분을 점유 · 사용하였다.

⑨ 한편 소외 1은 2009. 4.경 원고에게 피고들에 대한 이 사건 건물 및 유체동산에 관한 부당이득 및 손해배상청구권을 양도하였고, 2011. 3. 7.경 위 양도사실을 피고들에게 통지하였다.

3.가. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 저축은행과 소외 1 사이에서 차용금 채무의 담보를 위하여 무허가 미등기 건물인 이 사건 건물에 관하여 이 사건 양도담보계약이 체결되었지만, 이에 관하여 이 사건 저축은행 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지지 아니하여 이 사건 저축은행은 이 사건 건물에 관하여 양도담보권을 취득하지 못한 상태에 있었으므로, 이 사건 양도담보계약에 대하여는 원칙적으로 가등기담보법 제3조, 제4조가 규정하는 귀속정산 절차가 적용될 수 없다.

또한 이 사건 양도담보계약에서 이 사건 처분 회수 및 인도 약정을 두어 소외 1이 채무를 변제하지 못할 경우에 이 사건 저축은행으로 하여금 이 사건 건물을 처분하여 채권을 회수할 수 있도록 처분권한을 부여하고 이 사건 토지의 낙찰자가 이 사건 건물의 양수인이 되는 경우를 예정하여 특별히 인도에 관하여 약정한 것은, 이 사건 토지만이 낙찰되어 타인 소유에 속하게 되면 이 사건 건물에 법정지상권이 성립될 수 있어 토지의 낙찰가격이 하락할 우려가 있을 뿐만 아니라, 무허가 미등기 건물인 이 사건 건물만을 개별적으로 처분하여 적정한 가격을 받는 것이 곤란할 수 있으므로, 이 사건 토지의 낙찰자가 이 사건 건물을 함께 양수하여 사용할 수 있도록 함으로써 이 사건 토지에 관한 낙찰가격의 하락을 방지하고 이 사건 건물이 적정가격에 원활하게 처분될 수 있도록 하기 위한 취지로 보인다.

이러한 사정들과 아울러 이 사건 저축은행이 무허가 미등기 건물인 이 사건 건물에 관하여 가등기담보법에서 정한 귀속정산 절차에 의하여서는 채권을 회수하기 곤란한 사정 등을 고려하여 보면, 이 사건 양도담보계약에서 이 사건 처분 회수 및 인도 약정을 한 것을 가리켜 가등기담보법의 규제를 잠탈하기 위한 탈법행위라고 볼 수도 없다.

따라서 이 사건 양도담보계약 중 이 사건 처분 회수 및 인도 약정이 가등기담보법 제3조, 제4조가 규정하는 귀속정산 절차를 따르지 아니하여 가등기담보법에 위반된다는 이유로 무효라고 할 수는 없다.

나. 결국 소외 2는 유효한 이 사건 처분 회수 및 인도 약정을 비롯한 이 사건 양도담보계약에 따라 제3자에 대한 처분권한을 가진 이 사건 저축은행으로부터 이 사건 건물을 적법하게 양수하였으므로, 소외 1은 이 사건 처분 회수 및 인도 약정에 따라 소외 2에게 이 사건 건물의 소유권을 이전하고 이를 인도할 의무를 부담하고, 나아가 위 경매절차 등을 통하여 이 사건 건물을 인도받아 그 처분권과 사용권을 취득한 소외 2 및 그와 임대차계약을 맺어 임차권을 얻고 그로부터 다시 이 사건 건물 중 일부 부분을 인도받아 점유·사용하는 피고들을 상대로 소유자로서 권리를 행사할 수는 없다고 보아야 한다.

그러므로 소외 1은 소외 2 및 피고들에게 소유권을 내세워 이 사건 건물의 인도를 구할 수 없다 할

것이고, 또한 소외 2 및 피고들의 이 사건 건물에 대한 점유·사용이 소외 1에 대한 관계에서 법률상 원인이 없다고 할 수 없어 부당이득이 발생하지 아니하므로 소외 1은 그 부당이득의 반환을 청구할 수도 없다고 할 것이다. 그리고 이러한 법률관계는 소외 2의 권리를 대위행사하거나 소외 2로부터 부당이득반환채권을 양수하였다고 주장하는 원고의 경우에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다.

4. 그럼에도 원심은 이와 달리, 가등기담보법은 소유권이전등기를 마치지 아니한 채로 있는 부동산양도담보계약에도 적용된다는 잘못된 전제 아래에서, 이 사건 처분 회수 약정은 가등기담보법에 위반되어 무효여서 이 사건 저축은행은 소외 2에게 이 사건 건물을 처분할 권한이 없다고 보고, 소외 2 및 피고들은 소외 1에 대하여 정당한 점유권원이 있음을 주장할 수 없다는 이유로, 피고들은 이 사건 건물의 각 점유 부분을 소외 1을 대위한 원고에게 인도하고 그 점유·사용으로 인한 판시 부당이득금을 그 채권 양수인인 원고에게 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

따라서 이러한 원심의 판단에는 가등기담보법의 적용 범위에 관한 법리를 오해하여 이 사건 처분 회수 및 인도 약정을 비롯한 이 사건 양도담보계약의 효력에 관한 판단을 그르침으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지가 포함된 피고들의 상고이유 주장은 이유 있다.

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

대법관 신영철(재판장) 이상훈 김용덕(주심) 김소영