

서울고등법원 2018. 9. 14 선고 2017나2044559 판결 [근저당권설정등기의 말소등기에 대한 승낙]

전 문

원고, 피항소인 A

피고, 항소인 B

변론 종결 2018. 7. 20.

판결 선고 2018. 9. 14.

제 1 심 판결 서울중앙지방법원 2017. 6. 23. 선고 2016가합551668 판결

주 문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산(이하 통틀어 '이 사건 부동산')에 관하여 서울중앙지방법원 2014. 11. 4. 접수 제254147호로 마친 근저당권설정등기(이하 통틀어 '이 사건 근저당등기')의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 제1심판결의 인용

이 법원이 이 사건에 관하여 적을 이유는, 제1심판결 중 4쪽 2, 4행의 각 "위 부동산" 부분을 각 "이 사건 부동산", 6쪽 11, 14행의 각 "위 근저당등기" 부분을 각 "이 사건 근저당등기"로 고치고, 피고가 특별히 항소이유로 다투고 있는 부분에 대한 판단을 아래 제2항과 같이 추가하는 외에는, 제1심판결의 이유 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 피고의 항소이유에 대한 판단

가. 주장 요지

C는 2014. 11. 4. 원고로부터 이 사건 부동산에 관하여 각 근저당권(이하 통틀어 '이 사건 근저당권')을 설정 받으면서, 장차 이 사건 근저당등기를 활용하여 원고에게 자금을 마련해 줄 경우 원고로부터 그에 대한 성공보수와 종전에 G에게 지원하였던자금 등에 대한 정산금을 지급 받기로 약정한 바 있으므로, 결국 이 사건 근저당권은 C의 원고에 대한 위 성공보수 및 정산금 채권을 피담보채권으로 하여 유효하게 성립한 것이다.

그런데도 제1심판결은 이 사건 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는다는 이유를 들어, 그 피담보채권에 대하여 피고가 받은 압류명령이 무효라고 판단하고 말았으니 위법하다.

나. 구체적인 검토

1) 그러나 제1심법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에다가, 당심 증인 C의 증언 등 이 법원에서 추가로 조사한 증거들을 보태어 보더라도, 원고와 G로부터 위임받은 범위를 넘어 이 사건 부동산에

각 선행 근저당등기를 마친 C가 원고로부터의 추궁과 채권자인 피고로부터의 변제 압박을 모면하기 위한 방편으로 이 사건 근저당등기가 마쳐졌을 뿐, 그 성립 당시 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었다고 할 수 없다고 본 제1심의 사실 인정과 판단은 정당하다고 판단되고, 거기에 피고가 항소이유로 주장한 바와 같은 잘못이 발견되지 않는다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

2) 한편, 원고가 피고를 상대로 제2선행 근저당등기의 말소를 청구한 사건의 항소심에서 2018. 7. 4. 원고의 위 청구를 기각하는 판결(서울고등법원 2017나2039915)이 선고된 바 있으나(을13호증), 이는 C가 원고로부터 수여받은 대리권의 범위를 넘어 제2선행 근저당등기를 마쳤지만, 원고에게 민법 제126조의 표현대리 책임이 성립되는 이상, 원고가 그 말소를 구할 수 없다는 내용에 불과하고, 그러한 사정은 C가 원고로부터 위임받은 범위를 넘어 각 선행 근저당등기를 마쳤다는 위 사실 인정을 좌우할 만한 것이 되지 못한다.

3) 또한 C는 각 선행 근저당등기에 대하여 항의하는 원고와 G에게 '추가로 이 사건 근저당등기를 마쳐주면 곧바로 30억 원을 대출받도록 알선해 주는 동시에 각 선행 근저당등기와 이 사건 근저당등기를 말소해 주겠다.'고 약속하면서(갑6, 7, 14호증), 2014. 11. 4. 원고에게 '요식상의 근저당설정'에 대한 동의를 요청한다는 내용의 인증서(갑3호증)를 작성하여 교부한 바 있고, 이에 따라 원고는 같은 날 C에게 이 사건 근저당등기를 마쳐준 것으로 보인다. 따라서 이와 같은 경위에 비추어 볼 때, 원고와 C가 이 사건 근저당권 설정 당시 성공보수와 정산금 지급에 관한 어떠한 약정을 하였고, 그에 따라 이 사건 근저당등기가 C의 원고에 대한 장래의 채권을 담보하기 위한 것이 라기보다는, 형식적으로 설정되었다가 대출 알선이라는 목적이 성사되면 곧바로 말소되기로 예정되어 있었던 것에 불과하다고 보아야 한다.

4) 나아가 설령 이 사건 근저당권 설정 당시 원고와 C 사이에 성공보수와 정산금지급에 관한 어떠한 약정이 있었다고 보는 경우라도, C는 이 사건 근저당등기가 설정된 지 3년여가 지나도록 이를 활용하여 원고에게 대출을 알선해 주지 못하고 있는데다가, 원고의 C에 대한 위와 같은 채무가 채무인수 등에 의하여 이 사건 근저당등기의 채무자로 되어 있는 F에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 만한 아무런 사정도 엿보이지 않는 이 사건에서, 피고가 이 사건 근저당권의 피담보채권에 대한 압류 및 추심명령을 통해 원고 또는 그 소유의 이 사건 부동산으로부터 채권 추심을 할 여지도 없어 보인다.

3. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용하여야 하므로, 이와 결론을 같이한 제1심판결은 정당하고 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각한다.

재판장 판사 이정석, 판사 손병원, 판사 방웅환

목 록

1. 서울 관악구 H 임야 101,983㎡
2. 서울 관악구 I 임야 3,460㎡ (끝)

