

부산지방법원 동부지원 2021. 4. 1 선고 2020가합102135 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원 고 A

소송대리인 변호사 김병준

피 고 합자회사 B

소송대리인 법무법인 청률

담당변호사 권재창, 이양래

변 론 종 결 2021. 3. 11.

판 결 선 고 2021. 4. 1.

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 동부지원 2019. 1. 24. 접수 제4952호로 마친 근저당권설정등기에 대하여 2020. 4. 3. 해지를 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.
2. 이 법원이 2020카정100080 강제집행정지 신청사건에 관하여 2020. 10. 13. 한 강제집행정지결정을 인가한다.
3. 소송비용은 피고가 부담한다.
4. 제2항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

선택적으로, ① 주문 제1항, 또는 ② 피고는 원고에게 주문 제1항 기재 근저당권설정등기에 대하여 말소등기절차를 이행하라. 또는 ③ 피고는 원고에게 주문 제1항 기재 근저당권설정등기에 대하여 2020. 8. 13. 해지를 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 피고는 2018. 5. 8.부터 2018. 6. 25.까지 3차례에 걸쳐 C 주식회사로부터 D 호텔(이하 'D 호텔'이라 한다) 신축공사 중 전력간선공사, 소방전기공사 등을 도급받았고, 피고는 위 공사 중 일부를 주식회사 E(이하 'E'이라 한다)에게 하도급하였다(이하 피고가 E에게 하도급한 공사를 '이 사건 공사'라 한다).

나. E과 피고는 E이 이 사건 공사를 수행하는 과정에서 하도급인인 피고에게 부담하게 될 손해담보금채무를 3억 원으로 예상한 다음, E은 2018. 10. 16. 위 손해담보금 반환채무 3억 원을 2019. 12. 30.까지 피고에게 배상하겠다는 내용의 채무변제약정을 하였다. E의 대표이사 F은 위 약정을 연대보증하고, E과 F은 위 손해담보금 채무변제와 관련하여 강제집행 인낙의 의사표시가 기재된 공정증서(이하 '이 사건 공정증서'라 한다)를 작성하였다.

다. 당시 F의 부인이었던 원고는 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 아파트'라 한다)의 소유자인데, 2019. 1. 24. 피고와 이 사건 아파트에 관하여 채무자 겸 근저당권설정자를 원고, 채권자 겸 근저당권자를 피고, 채권최고액을 3억 6,000만 원으로 하는 근저당권설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다)을 체결하였다. 같은 날 원고는 이 사건 아파트에 관하여 부산지방법원 동부지원 2019. 1. 24. 제4952호로 채권최고액 3억 6,000만 원, 근저당권자를 피고로 하는 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳤다.

라. 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 E과 피고는 위 계약과 관련하여 다음과 같은 내용으로

합의(이하 '이 사건 합의'라고 한다)하였다.

1) D 공사 현장이 준공을 한 후 피고는 지체없이 본 계약에 의한 설정계약을 해지 등기한 다.

2) 피고는 D 공사 현장의 공사비용 기성청구금액 신청 시 2019년 7월분까지 남은 공사 비용의 95%까지는 기성 청구한 해당 월에 발생한 자재비, 인건비 등을 E에 즉시 지급한다 (투입 계획대로 한다).

마. 부산시 해운대구청장은 2019. 8. 5. 이 사건 공사가 포함된 D 호텔 신축공사에 대하여 사용승인을 하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4호증, 을 제1, 2호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 증인 F의 증언, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고 주장의 요지

1) 이 사건 근저당권설정등기는 다음과 같은 사유로 원인무효이므로 피고는 원고에게 위 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 선택적으로, ① 이 사건 근저당권설정등기는 E의 피고에 대한 채무를 담보하기 위하여 제공된 것임에도, 실제 채무자인 E이 아닌 원고를 채무자로 하여 등기가 마쳐졌으므로 근저당권의 부존성에 비추어 원인무효이다.

② 설령 이 사건 근저당권설정등기가 유효하다고 하더라도, 등기부 기재에 따르면 이 사건 근저당권의 피담보채무자는 E이 아닌 원고인데, 원고는 현재 피고에게 아무런 채무를 부담하고 있지 않다. 따라서 원고는 2020. 8. 13.자 준비서면 부분의 송달로써 피담보채무의 부존재를 이유로 이 사건 근저당권설정계약을 해지하였다.

③ 그렇지 않더라도 D 호텔 신축공사가 2019. 8. 5.경 준공되었으므로 원고는 이 사건 합의 내용에 따라 언제든지 이 사건 근저당권설정계약을 해지할 수 있게 되었다. 이에 따라 원고는 이 사건 소장 부분의 송달로써 위 계약을 해지하였다.

나. 피고 주장의 요지

- 1) 원고가 실제 채무자인 E의 피고에 대한 손해배상채무를 담보한다는 점을 잘 알면서 피고에게 물적 담보를 제공한 것이므로 이 사건 근저당권설정등기가 처음부터 원인무효라고 할 수 없다.
- 2) 이 사건 근저당권설정등기는 E이 이 사건 공사를 수행하는 과정에서 피고에게 부담하는 채무 일체를 담보하기 위한 것이다. 이 사건 합의서 중 '준공시 해지등기를 한다'는 부분은 'E의 피고에 대한 채무가 존재하지 않을 경우'라는 문구가 단순 누락된 것으로서, 원고가 이 사건 근저당권설정계약을 체결하게 된 경위 등에 비추어 보면 당사자의 의사는 D 호텔 신축공사의 준공시까지 E의 채무가 없을 경우에 한하여 등기를 말소해 주겠다는 것이다. 따라서 현재까지 E의 피고에 대한 채무가 356,600,000원 가량 남아있는 이상 이 사건 합의서에 근거한 원고의 계약해지 의사표시는 효력이 없다.

3. 판단

- 가. 이 사건 근저당권이 처음부터 원인무효라는 주장에 관한 판단
- 1) 근저당권설정계약 당시 근저당권설정자와 근저당권자 사이에 그 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채무와 그 채무자 등을 지정함에 관한 의사가 합치된 경우에는 비록 이로써 지정된 실제 채무자와 근저당권설정계약서상이나 등기부상의 채무자가 다르다고 하더라도 그 근저당권설정계약에 기해 경료된 근저당권설정등기는 유효하고, 그 근저당권의 피담보채무는 근저당권설정계약서나 등기부상 등재된 채무자의 채무가 아닌 실제 채무자의 그것으로 보아야 한다(대법원 1999. 6. 25. 선고 98다47085 판결, 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다17840 판결 참조).
 - 2) 앞서 든 증거들에 의하면 E이 이 사건 공사와 관련하여 피고에게 부담하게 될지도 모르는 손해배상채무를 위하여 피고가 E에게 담보를 요구하였고, 당시 남편이었던 F의 부탁을 받은 원고가 이 사건 아파트를 위 채무의 담보로 제공한 사실이 인정된다. 이러한 사실에다 같은 증거들에 의해 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고가 E에게 이 사건 공사를 하도급하는 관계에 있었던 점, 원고와 F은 부부 사이였던 점, 이 사건 근저당권설정계약과 이 사건 합의가 같은 날 같은 장소에서 이루어져

원고가 피고와 E과의 계약 관계를 알았을 가능성이 높은 점 등을 종합해 보면, 이 사건 근저당권설정계약 당시 원고가 E의 피고에 대한 손해배상채무를 담보하기 위해 원고가 자신의 부동산을 물적 담보로 제공한다는 점에 관하여 원고와 피고 사이에 의사 합치가 있었다고 봄이 타당하다. 비록 이 사건 근저당권설정계약서나 등기부상 채무자가 실제 채무자인 E과 다르다고 하더라도 이 사건 근저당권설정등기는 E의 피고에 대한 채무를 피담보채무로 하는 것으로 유효하다. 따라서 근저당권의 부종성에 비추어 이 사건 근저당권설정등기가 원인무효의 등기로서 말소되어야 한다는 원고의 주장은 이유 없다.

나. 이 사건 근저당권이 해지되었다는 주장에 관한 판단

1) 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서 문언에 구애받는 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 문언의 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하는 것이고, 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 2018. 7. 24. 선고 2017다242959 판결 등 참조).

2) E과 피고가 2018. 10. 16. ‘E이 피고에 대한 손해담보금 3억 원의 반환채무가 있음을 인정하고, 이를 배상하겠다’는 내용으로 채무변제약정을 한 사실은 앞에서 본 바와 같고, 을 제3, 4, 11, 12호증의 각 기재에 의하면, E이 이 사건 공사를 수행하는 과정에서 E이 지급해야 할 인건비를 피고가 대신 지급하는 등의 사유로 E이 피고에게 356,600,000원 상당의 채무를 부담하게 되었고, F이 2019. 10. 23.부터 여러 차례에 걸쳐 이를 확인하고 지급할 것을 약속한 사실, 이 사건 근저당권설정계약 당시 F이 피고 측에게 이 사건 아파트 외에 원고가 소유한 부산 해운대구 G 소재 아파트도 물적 담보의 후보로 제시한 사실은 인정된다.

그러나 앞서 든 증거들 및 이 사건 합의서의 문언, 당사자들이 이 사건 근저당권설정계약과 별도로 이

사건 합의서를 작성하게 된 동기와 경위, 당사자의 진정한 의사 등에서 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 원고와 피고는 원고가 E의 피고에 대한 채무를 담보하기 위해 이 사건 아파트를 피고에게 물적 담보로 제공하는 대신, 장래 이 사건 공사가 포함된 D 호텔 신축공사가 준공되면 원고가 언제든지 이 사건 근저당권설정계약을 해지할 수 있다고 약정하였다고 봄이 타당하다.

① 이 사건 합의서 제1항은 “D공사 현장이 준공을 한 후 피고는 지체없이 본 계약에 의한 설정계약을 해지 등기한다.”고 규정하고 있는바, 문언상 D 호텔 신축공사가 준공된 후에는 피고가 ‘지체없이’ 이 사건 근저당권설정계약의 해지를 원인으로 한 말소등기를 해줄 의무를 부담할 뿐 계약해지에 관하여 준공 이외에 특별히 다른 조건이 부과되어 있지 아니하다.

② 원고는 이 사건 공사와 직접적인 관련이 없는 자로서 당시 남편이자 E 대표이사인 F의 요청에 따라 E의 피고에 대한 채무를 담보하기 위해 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 것이고, 피고 또한 이러한 사정을 잘 알고 있었다.

③ 피고는 이 사건 합의의 내용이 D 호텔 신축공사의 준공 시점까지 E의 채무가 없을 경우에 한하여 등기를 말소해 주겠다는 의미였고, 원고도 이를 알고 있었다는 취지로 주장한다. 그러나 이는 피고의 내심의 의사에 불과한 것이어서 E이 피고에게 3억 원의 손해담보금채무를 변제하기로 약정하였고, 원고가 이를 알고 있었다는 사정만으로는 원고가 이 사건 근저당권설정계약 당시 이 사건 합의서의 문언과는 다른 조건이 부과되어 있음을 알았다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 남편의 부탁으로 부득이 이 사건 아파트를 담보로 제공하는 원고로서는 이 사건 합의서의 문언에 따라 신축공사가 준공되면 지체없이 계약에서 벗어날 수 있을 것으로 기대하였다고 보는 것이 자연스럽다.

④ 이 사건 합의서 제2항의 기재 내용 즉, 피고가 C 주식회사로부터 수령한 기성금의 95%를 E에게 지급하기로 한 점에 비추어 보면, 피고가 수급한 공사를 E이 사실상 전부 이행한 것으로 추정된다. 여기에 이 사건 근저당권설정계약과 별도로 이 사건 합의를 통해 D 호텔 신축공사가 준공되면 피고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소해 줄 의무를 특별히 부과한 점, 피고가 이미 이 사건 공정증서를 통해 E과 F에 대한 강제집행 권원을 확보하고 있었던 점, 피고 입장에서도 신축공사가 준공되면 원청회사로부터 약정 공사대금을 수령하여 채권·채무 관계를 정산할 수 있을 것으로

기대하였던 점 등을 고려하면, 이 사건 합의서에는 이 사건 공사가 차질없이 진행되어 D 호텔 신축공사가 제때 준공되면 이 사건 근저당권설정등기를 유지할 필요성이 현저히 반감될 것이라는 사정이 반영된 것으로 보인다.

3) 관할 관청에서 2019. 8. 5. D 호텔을 사용승인한 사실은 앞에서 본 바와 같고, 원고가 2020. 3. 27. 이 사건 소장을 통하여 'D 호텔이 2019. 8. 5.경 준공승인을 받았으므로 이 사건 합의에 따라 이 사건 근저당권설정계약을 해지하고 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다'는 취지의 의사표시를 한 사실, 이 사건 소장 부분이 2020. 4. 3. 피고에게 송달된 사실은 기록상 명백하다. 따라서 이 사건 근저당권설정계약은 적법하게 해지되었다.

다. 소결

피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기에 대하여 2020. 4. 3. 해지를 원인으로 한 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있으므로 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 유현영, 판사 최지연, 판사 이호태

별지

1) 선택적 주장의 경우 원칙적으로 청구인용이 되는 하나의 주장에 대하여만 판단하면 족하다. 다만, 이 사건에서 원고가 주장하는 등기의 원인무효 사유 중 근저당권의 부종성에 비추어 처음부터 무효라는 주장이 이 사건 근저당권설정계약 해지를 원인으로 한 주장에 비하여 논리적으로 우선하므로 이에 관한 주장부터 먼저 판단하기로 한다.