

서울고등법원 2022. 9. 29 선고 2021나2040165(본소), 2021나2051783(반소) 판결
[근저당권설정등기말소회복등기 등 · 근저당권설정등기의채권최고액변경청구의소]

전 문

원고(반소피고), 피항소인

A 주식회사

소송대리인 법무법인 린

담당변호사 성신영, 방보미, 이홍원, 전진우

피고(반소원고), 항소인

D

소송대리인 법무법인 정행인

담당변호사 김정만, 이신형, 오하나, 김철구, 박성훈

변 론 종 결 2022. 7. 7.

판 결 선 고 2022. 9. 29.

제1 심판결 서울서부지방법원 2021. 9. 10. 선고 2019가합31788 판결

주 문

1. 피고(반소원고)의 항소를 기각한다.
2. 이 법원에서 제기한 주위적 반소청구에 따라, 원고(반소피고)는 피고(반소원고)로부터 1,023,648,366원을 지급받은 다음 피고(반소원고)에게 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 2014. 3. 17. 접수 제8329호로 마친 근저당권설정등기의 각

말소등기절차를 이행하라.

3. 항소비용은 피고(반소원고)가 부담하고, 반소로 인한 소송비용은 원고(반소피고)가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

[청구취지]

1. 본소1) 피고(반소원고, 이하 ‘피고’라 한다)는 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라 한다)에게,
가. 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 2018. 12. 6. 접수 제37450호로 말소등기된 같은 법원 2014. 3. 17. 접수 제8329호로 마친 근저당권설정등기의,
나. 별지 목록 제6항 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2018. 12. 4. 접수 제102480호로 말소등기된 같은 등기소 2013. 3. 14. 접수 제15040호로 마친 근저당권설정등기의,
다. 별지 목록 제10항 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2018. 12. 4. 접수 제102481호로 말소등기된 같은 등기소 2013. 3. 14. 접수 제15040호로 마친 근저당권설정등기의,
각 회복등기절차를 이행하라.

2. 반소(피고는 이 법원에서 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 원고의 본소 청구가 인용될 것을 조건으로 예비적으로 반소를 제기하였다.)

가. 주위적 청구취지

주문 제2항과 같다.

나. 예비적 청구취지

별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 2014. 3. 17. 접수 제8329호로 마친 근저당권설정등기에 의하여 담보되는 피고의 원고에 대한 피담보채무는 1,023,648,366원을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다.

[항소취지]

제1심판결 중 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다(피고는 제1심판결 중 별지 목록 제6, 10항 기재 각 부동산에 관한 부분에 대하여도 항소하였으나 이 법원에서 항소를 취하하였으므로 이 부분은 이 법원의 심판범위에서

제외되었다).

이 유

본소와 반소를 함께 판단한다.

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 기재할 이유는, 아래와 같이 고쳐 쓰는 것을 제외하면 제1심판결 이유 중 해당 부분(제6면 아래에서 4행부터 제13면 아래에서 4행까지) 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다(분리 확정된 제1심 공동피고들에 대한 부분은 제외).

○ 제1심판결 제12면 4행부터 10행까지를 다음과 같이 고친다.

3) 원고는 제1심 공동피고 C이 대표이사에서 해임되고 난 후인 2019. 3. 15.경 C의 위 근저당권 말소가 배임에 해당한다는 이유로 C을 고소하였다. C은 위 근저당권 말소와 관련하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)으로 징역 4년의 유죄판결을 선고받았고(수원지방법원 안양지원 2020. 12. 8. 선고 2020고합82 판결), 항소심에서 징역 2년 6개월을 선고받았으며(수원고등법원 2022. 1. 21. 선고 2021노15 판결), 상고심에서 C의 상고가 기각되어 위 항소심 판결이 확정되었다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2022도1836 판결).

○ 제1심판결 제13면 아래에서 4행부터 6행까지의 [인정근거]에 “을 제15호증”과 “이 법원에 현저한 사실”을 추가한다.

2. 본소청구에 대한 판단

이 부분에 관한 피고의 항소이유는 제1심에서의 주장과 크게 다르지 않고, 제1심에서 제출된 증거와 주장을 살펴보면 제1심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 인정된다. 이에 이 법원이 이 부분에 기재할 이유는 제1심판결 이유 중 해당 부분(제15면 4행부터 제21면 3행까지) 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다(분리 확정된 제1심 공동피고들에 대한 부분은 제외).

3. 예비적 반소청구에 관한 판단(별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산 관련)

가. 피고의 주장(주위적 반소청구)

원고가 회복등기절차의 이행을 구하고 있는 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3.

17.자 근저당권설정등기의 근저당권은 피고 소유인 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산뿐 아니라 또 다른 피고 소유인 서울 강남구 AI 토지 및 그 지상 건물(이하 'AI 각 부동산'이라 한다)도 공동담보물로 하는 채권최고액 50억 원의 공동근저당권이다. 그런데 원고는 AI 각 부동산의 선순위채권자가 신청한 위 각 부동산에 관한 임의경매절차에서 위 2014. 3. 17.자 근저당권자로서 3,976,351,634원을 배당받았다.

만약 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권설정등기의 말소가 무효라고 판단되어 이 부분 원고의 본소청구가 인용된다고 하더라도, 원고가 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여 2014. 3. 17.자 근저당권에 기하여 우선변제 받을 수 있는 금액은 최초 채권최고액 50억 원에서 원고가 AI 각 부동산에서 배당받은 위 금액을 공제한 나머지 1,023,648,366원이다.

따라서 원고의 본소청구에 따라 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권설정등기가 회복될 경우, 피고는 원고에게 1,023,648,366원만 변제하면 위 근저당권설정등기의 말소청구를 할 수 있는 것인데, 원고는 최초 채권최고액 50억 원을 모두 변제받기 전까지는 피고의 말소청구에 응할 수 없다고 주장하고 있다. 따라서 피고는 원고에 대하여 장래이행의 소로써 원고가 피고로부터 1,023,648,366원을 지급받은 다음 피고에게 위 근저당권의 말소등기절차를 이행할 것을 예비적 반소로 미리 청구할 필요가 있다.

나. 인정사실

원고와 망 Q 및 피고는 2014. 3. 17. O의 원고에 대한 기존 채무 및 장래 발생할 채무를 담보하기 위하여 채권최고액을 50억 원으로 하여 망 Q 소유의 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산과 피고 소유의 AI 각 부동산을 원고에게 공동담보로 제공하는 내용의 근저당권설정계약을 체결하였고, 같은

날 위 부동산들에 관하여 채권자 겸 근저당권자 ‘원고’, 채무자 ‘O’, 근저당권설정자 ‘망 Q 및 피고’, 채권최고액 ‘50억 원’인 근저당권설정등기가 마쳐진 사실, AI 각 부동산에 관한 근저당권부질권자인 AJ은행이 이들 부동산에 대하여 임의경매를 신청하여 임의경매절차가 개시된 사실(서울중앙지방법원 AK), 원고는 2015. 12. 17. 위 임의경매 사건의 배당절차에서 근저당권자로서 3,976,351,634원을 배당받았고 AI 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권은 2015. 11. 9.자 임의경매로 인한 매각을 원인으로 말소된 사실, 망 Q이 2016. 1. 29. 사망하여 피고가 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산을 단독으로 상속받은 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없거나, 을 제5, 11, 12호증의 각 기재에 의하여 인정할 수 있다.

다. 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권의 피담보채무의 확정 및 피담보채무액

1) 공동근저당권자가 목적 부동산 중 일부 부동산에 대하여 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받은 경우, 해당 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매수인이 매각대금을 지급한 때에 확정되지만, 나머지 목적 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 다른 확정사유가 발생하지 아니하는 한 확정되지 아니한다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다50637 판결 참조). 근저당권설정계약에서 근저당권의 존속기간이나 결산기의 정함이 없는 때에는 근저당권의 피담보채무의 확정방법에 관한 다른 약정이 있으면 그에 따르되 이러한 약정이 없는 경우라면 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 언제든지 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있다(대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다47528 판결 참조).

2) 위 법리에 비추어 살피건대, 을 제5호증의 기재에 의하면, 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권설정계약은 그 존속기간이나 결산기를 따로 정하지 않은 사실을 인정할 수 있으므로, 근저당권설정자인 피고는 근저당권자인 원고를 상대로 언제든지 위 근저당권설정계약 해지의 의사표시를 함으로써 위 근저당권의 피담보채무를 확정할 수 있다고 할 것인데, 위 근저당권설정계약 해지의 의사표시가 담긴 피고의 2022. 5. 27.자 준비서면이 같은 날 원고에게 송달된 사실은 기록상 분명하므로, 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권설정계약은 2022. 5. 27.경 해지되었고, 동시에 그 피담보채무도 확정되었다고 할

것이다.

이에 대하여 원고는 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권설정계약에 ‘피담보채무의 전액 변제 시에만 근저당권설정계약의 해지가 가능하다’고 되어 있으므로 피담보채무의 전액 변제 없이 이루어진 피고의 위 해지는 효력이 없다는 취지로 주장하므로 살피건대, 을 제5호증의 기재에 의하면 2014. 3. 17.자 근저당권설정계약서 제3조가 “본 설정계약에 따른 해지에 대하여 채권자의 이사회결의 및 채무자로부터 채권대금 전액을 상환 받을 경우를 제외하고는 채권자는 본 설정계약을 임의 해제2) 할 수 없다”라고 정하고 있는 사실은 인정되나, 이는 그 문언 상 채권자인 원고의 해지권 행사에 관한 것임이 명백하고, 달리 피고의 해지권 행사에 관하여 원고 주장과 같은 조건이 있음을 인정할 증거가 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

3) 원고의 O에 대한 2018. 6. 말 기준 대여금 채권 잔액이 287억 원을 초과함은 앞서 인정한 바와 같고, 이후 위 대여금 채권이 일부라도 변제되었음을 인정할 증거가 없으므로, 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권의 확정된 피담보채무액은 287억 원을 초과한다고 할 것이다.

라. 원고의 본소청구에 따라 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권설정등기가 회복될 경우, 피고가 그 근저당권의 말소청구를 위하여 변제해야 할 금액

1) 근저당권설정자는 채권최고액을 변제하면 근저당권설정등기의 말소청구를 할 수 있고 채권최고액을 초과하는 부분의 피담보채무까지 변제할 의무가 있는 것은 아니다(대법원 1974. 12. 10. 선고 74다998 판결 등 참조). 근저당권의 채권최고액이란 목적물로부터 근저당권자가 우선변제 받을 수 있는 최고한도를 의미한다.

2) 원고가 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권에 기하여 위 각 부동산으로부터 우선변제를 받을 수 있는 최고한도가 얼마인지에 관하여 살피건대, 최초 근저당권설정계약에서 채권최고액을 50억 원으로 정한 사실은 앞서 인정한 바와 같으나, 공동근저당권자가 목적 부동산 중 일부 부동산에 대하여 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받은 경우, 위와 같이 우선배당을 받은 금액은 나머지 목적 부동산에 대한 경매절차에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 없어 나머지 목적 부동산에 관한

공동근저당권자의 우선변제권 범위는 최초의 채권최고액에서 위와 같이 우선변제 받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한된다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다50637 판결, 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체 판결 참조).

그런데 원고가 2014. 3. 17.자 근저당권의 공동담보물인 AI 각 부동산과 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산 중 AI 각 부동산에 관하여 근저당권자로서 3,976,351,634원을 배당받은 사실은 앞서 인정한 바와 같으므로, 원고가 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 대하여 근저당권자로서 행사할 수 있는 우선변제권의 범위는 최초의 채권최고액 50억 원에서 위 우선변제 받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액 1,023,648,366원(= 50억 원 - 3,976,351,634원)으로 제한된다고 할 것이다.

따라서 피고로서는 원고에게 원고가 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권에 기하여 우선변제권을 행사할 수 있는 나머지 채권최고액인 1,023,648,366원만을 변제하면 그 근저당권의 말소를 청구할 수 있다고 할 것이다.

3) 이에 대하여 원고는, AI 각 부동산이 임의경매된 2015. 11. 6.경 이후에도 제1심 공동피고 C이 원고를 대표하여 O에 자금을 계속 대여하였는데, 그 대여는 원고가 별지 목록 제3, 4항 각 기재 부동산으로부터 우선변제 받을 수 있는 금액이 50억 원임을 전제로 이루어진 것이므로, 피고가 이 사건에 이르러 그 우선변제권의 범위가 1,023,648,366원이라고 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 위반된다는 취지로 주장한다. 그러나 앞서 든 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고가 2015. 11. 6. 이후 O에 자금을 대여할 당시 피고가 원고에게 별지 목록 제3, 4항 각 기재 부동산으로부터 원고가 50억 원을 우선변제 받을 수 있을 것이라거나 그 우선변제를 보장한다는 취지로 말하였음을 인정할 증거가 없는 점, ② 원고의 O에 대한 대여는 제1심 공동피고 C의 가족들이 물상보증인으로서 원고에게 그들 소유 부동산들에 관하여 채권최고액 합계 260억 원의 근저당권을 설정해줌으로써 가능하였던 것으로 보이는 점, ③ 원고는, 피고가 AI 각 부동산의 임의경매 후 즉시 원고에게 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권 채권최고액의 감액을 요구하지 않다가 이 사건에 이르러 그와 같은 요구를 하는 것이 부당하다고도 주장하나, 피고에게 원고 주장과 같은 요구를 했어야 할 의무가 있었다고 볼 근거가 없고, 설령 피고가 그러한 요구를 하였더라도 원고가 이에 순순히 응하였을 것으로 보이지도 않는 점 등을 종합하면, 원고가 제출한

증거들만으로는 피고의 주위적 반소청구가 신의성실의 원칙에 반하는 것이라고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

마. 선이행의무 및 미리 청구할 필요

채무자는 자신의 채무를 먼저 변제하여야만 비로소 그 채무를 담보하기 위하여 경료되었던 가등기의 말소를 청구할 수 있는 것이기는 하지만, 채권자가 그 가등기의 피담보채무의 액수를 다투기 때문에 채무자가 채무를 변제하더라도 채권자가 그 말소의무를 이행할 것으로 기대되지 않는 경우에는 미리 청구할 필요가 있다고 보아 채무의 변제를 조건으로 채권담보의 목적으로 경료된 가등기의 말소를 청구하는 장래이행의 소를 허용하여야 할 것이다(대법원 1992. 1. 21. 선고 91다35175 판결 참조). 위 법리에 비추어 살피건대, 피고는 장래이행의 소로서 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권의 확정된 피담보채무 중 근저당권자인 원고가 근저당권설정자인 피고로부터 우선변제 받을 수 있는 위 1,023,648,366원의 변제를 조건으로, 원고의 본소청구에 따라 위 각 부동산에 관한 위 근저당권설정등기가 회복될 경우에 그 근저당권설정등기의 말소를 구하고 있는바, 이에 대하여 원고는 자신이 위 근저당권에 기하여 위 각 부동산으로부터 50억 원을 우선변제받아야만 한다고 주장하면서 그 액수를 다투고 있으므로, 피고가 위 1,023,648,366원을 모두 변제한다 하더라도 원고의 위 근저당권말소의 임의이행을 기대할 수 없으므로, 이를 미리 청구할 필요가 인정된다.

바. 소결론

따라서 원고의 본소청구에 따라 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 2014. 3. 17.자 근저당권설정등기가 회복되면, 원고는 피고로부터 위 1,023,648,366원을 변제받은 다음 피고에게 위 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결론

원고의 본소청구는 이유 있으므로 이를 인용하여야 할 것인데, 제1심판결은 이와 결론을 같이하므로 정당하므로 피고의 항소를 기각하고, 피고가 이 법원에서 제기한 주위적 반소청구는 이유 있으므로

이를 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김종우, 판사 이영창, 판사 김세종

[별지]

목 록

1. 서울 용산구 X 대 822㎡

2. 서울 용산구 X

[도로명주소]

서울 용산구 Y

위 지상 세멘트돌조 슬라브 위 기와 및 알미늄 샷슈 씬팅 2층 주택

1층 214.65 ㎡

2층 108.99 ㎡

지하실 44.83㎡

(내 알미늄 샷슈 씬팅은 1층 3평임)

3. 서울 용산구 Z 대 619㎡

4. 서울 용산구 Z

[도로명주소]

서울 용산구 AA

위 지상 조적조 평스라브 2층 전시시설 및 단독주택

1층 142.64 ㎡

2층 130.43 ㎡

지층 220.85 ㎡

5. 시흥시 AB 전 3625㎡

6. 시흥시 AC 전 4077㎡
7. 시흥시 AD 전 4198㎡
8. 시흥시 AE 전 707㎡
9. 시흥시 AF 전 542㎡
10. 시흥시 AG 전 2132㎡
11. 시흥시 AH 전 1160㎡ 끝.

1) 제1심판결 중 제1심 공동피고 C을 제외한 나머지 제1심 공동피고들 부분은 항소되지 않았고, 제1심 공동피고 C 부분은 이 법원에서 항소를 취하함으로써 모두 분리 확정되었다.

2) ‘해지’의 오기로 보인다.