

서울남부지방법원 2018. 9. 7 선고 2017나65300 판결 [근저당권설정등기말소 청구]

전 문

원고, 피항소인 A

피고, 항소인 B

소송대리인 법무법인 예우

담당변호사 김용국

변론 종결 2018. 7. 27.

판결 선고 2018. 9. 7.

제 1 심 판결 서울남부지방법원 2017. 11. 16. 선고 2016가단29269 판결

주 문

1. 제1심 판결을 취소한다.
2. 원고의 청구를 기각한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울남부지방법원 2014. 3. 19.접수

제15753호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. C와 소외 주식회사 D 사이의 스크린골프 제품 공급판매계약

원고의 전(前) 남편인 C는 2014. 2. 21. 주식회사 D(이하 'D'라고 한다)와 사이에, C가 D에 스크린골프 시뮬레이터 제품(이하 '스크린골프'라고만 한다)을 공급하고 D가 국내 수요자들에게 판매하는 판매권을 갖기로 하는 이른바 한국총판계약(이하 '이 사건스크린골프 공급계약'이라고 한다)을 체결하였다. 이 사건 스크린골프 공급계약에는 다음과 같은 내용이 포함되어 있다.

(1) D는 C가 납품할 스크린골프 30세트의 구매대금 150,000,000원을 제품을 인도받기 전에 C에게 선지급한다(계약서 제5조 제3항).

(2) C는 차후 스크린골프 제품에 관한 애프터서비스 및 하자보수 채무를 보장하여 야 하고 그에 대한 1억 원 상당의 담보를 D에게 제공한다(보증증권으로도 가능함, 계약서 제6조 제2항).

나. 원고 소유 부동산에 관한 근저당권 설정

C의 D에 대한 채무를 담보하기 위하여 원고가 물상담보를 제공하기로 약정하고 원고의 소유인 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)에 관하여 2014. 3. 19. 접수 제15753호로 채권최고액 120,000,000원, 채무자 C, 근저당권자를 '피고' 개인으로 하여 피고 앞으로 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)를 마쳤다.

다. 한편 D는 이 사건 스크린골프 공급계약에 기하여, 2014. 2. 21.과 같은 해 3. 18.2회에 걸쳐

스크린골프 30세트 구매대금 합계 150,000,000원을 C에게 선지급하였다.

라. C가 D에게 스크린골프 2세트만을 공급, 인도하였는데, 2014년 9월경 이 사건 스크린골프 공급계약을 해제되었다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2, 4, 7호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고

이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무는 스크린골프 제품에 관한 C의 하자담보책임인데, 이 사건 스크린골프 공급계약이 종료되어 하자보수의무가 발생할 여지가 없어 피담보채무가 존재하지 아니하므로 이 사건 근저당권설정등기는 말소되어야 한다.

나. 피고

이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무는 C의 D에 대한 물품대금 반환채무이고, 다만 등기절차의 편의를 위하여 피고 앞으로 이 사건 근저당권설정등기를 마친 것인데, 이 사건 스크린골프 공급계약이 해제됨으로써 C가 D에게서 선지급받은 물품대금을 반환할 채무가 발생하였으므로 이 사건 근저당권설정등기가 말소되어서는 안 된다.

3. 판단

가. 이 사건의 쟁점

이 사건 스크린골프 공급계약의 당사자가 C와 D(대표이사 B)임은 다툼이 없는 데, ① 이 사건 근저당권설정등기의 근저당권자가 D가 아니라 대표이사인 피고 개인으로 설정된 것이 유효한 등기인지 여부 및 ② 이 사건 근저당권이 스크린골프 제품에 관한 C의 애프터서비스 및 하자보수 채무만을 담보하여 이 사건 스크린골프 공급계약의 해제로 피담보채무가 소멸하였는지(원고의 입장), C의 D에 대한 물품대금 반환채무를 담보하여 피담보채무가 여전히 존재하는지(피고의 입장) 여부이다.

나. 관련 법리

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, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 참조). 한편, 증명책임이 있는 당사자가 그주장사실을 증명하기에 충분한 여러 증거를 제출한 경우에 그 증거들의 신빙성을 의심할 만한 사정들이 존재하지 아니하고 상대방으로부터 별다른 반증도 제출된 바가 없다면 그 증거들에 의하여 일응 그 주장사실이 입증된 것으로 보는 것이 논리와 경험칙에 부합한다(대법원 1987. 2. 24. 선고 85다카1485 판결, 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다44947 판결, 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다22774 판결 등 참조).

채권담보를 목적으로 근저당권설정등기를 하는 경우에는 원칙적으로 채권자와 근저당권자가 동일인이 되어야 하지만, 채권자 아닌 제3자를 근저당권자로 한 근저당권설정등기를 하는 데 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있었고, 나아가 제3자에게 그 채권이 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있거나, 거래경위에 비추어 제3자를 근저당권자로 한 근저당권설정등기가 한낱 명목에 그치는 것이 아니라 그 제3자도 채무자로부터 유효하게 채권을 변제받을 수 있고 채무자도 채권자나 근저당권자인 제3자 중 누구에게든 채무를 유효하게 변제할 수 있는 관계 즉, 채권자와 제3자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는, 그 제3자를 근저당권자로 한 근저당권설정등기도 유효하다고 볼 것이고, 이와 같이 제3자를 근저당권자로 한 근저당권설정등기를 유효하게 볼 수 있는 경우에는 그 근저당권설정등기를 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률이 금지하고 있는 실권리자 아닌 자 명의의 등기라고 할 수 없다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다23807 판결, 대법원 20 2011. 1.13. 선고 2010다69940 판결 등 참조).

다. 당사자의 주장에 관한 판단

(1) 이 사건 근저당권의 유효 여부

갑 제2호증, 을 제1, 2호증, 을 제3호증의 1, 2, 을 제4, 5호증의 각 기재와 제1심 증인 C의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 스크린골프 공급계약의 당사자는 C와 D(대표이사 B)임에도 D가 사실상 피고의 1인 회사이고(주주명부상피고의 지분이 50%이고, 피고의 동생인 F의 지분이 50%이다) 대표이사인 피고가 D에 부과된 세금을 피고 개인 돈으로 납부해온 사정 등을 감안하여 근저당권설정을 간편하게 하고자 이 사건 근저당권의 근저당권자 겸 채권자를 D가 아닌 피고 개인으로 설정하기로 하면서, 근저당권설정계약서 제1조에 '근저당권설정자(원고)는 채무자(C)가 채권최고액(1억 2,000만 원) 범위 안에서 채권자(근저당권설정계약서상 피고 개인임)에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대채무나 보증인으로서기명 날인한 차용금증서, 각서, 지급증서 등의 채무와 발행배서 보증인수한 모든 어음채무 및 수표금상의 채무 또는 상거래로 인하여 생긴 모든 채무를 담보하고자 이 사건부동산에 제2번의 근저당권을 설정한다.'로 기재한 사실 및 근저당권설정계약서(을 제1호증)에 근저당권설정자인 원고, 채무자인 C, 채권자 겸 근저당권자인 피고가 각 서명·날인한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 원고와 C 및 피고와 피고가 대표이사인 D 사이에 근저당권자를 회사인 D가 아닌 사실상 1인 주주인 피고 개인으로 하는 내용의 합의가 있었다고 인정되고, D 뿐만 아니라 피고도 C로부터 유효하게 채권을 변제받을 수 있고 C도 D나 근저당권자인 피고 중 누구에게든 채무를 유효하게 변제할 수 있는 관계 즉, D와 피고가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에 해당한다고 봄이 상당하므로, 피고를 근저당권자로 한 이 사건 근저당권설정등기는 유효하다고 판단된다.

(2) 이 사건 근저당권의 피담보채무의 내용

원고, C 및 피고 사이에 작성한 근저당권설정계약서 제1조에 의하면 채무자 C가 '상거래(즉 이 사건 스크린골프 공급계약)로 인하여 생긴 모든 채무'를 피담보채무중 하나로 삼기로 약정하였으므로, 이 사건 스크린골프 공급계약의 종료로 인하여 남은 채무가 있다면 이러한 잔존 선급금반환채무는 이 사건 근저당권의 피담보채무가 된다고 할 것이다.

총판계약서(갑 제2호증) 제6조 제2항에 'D의 결제 방식은 상품 출하 전(前) 전액 선(先) 결제이고, 차후 A/S 및 하자보수에 대한 확실한 보장의 조건으로 C는 D에게 일억원 상당의 담보를 제공한다(보증증권으로도 가능)'고 기재되어 있는데, 이러한 하자보수의무는 위와 같이 보증보험증권의 제출로 대체가 가능한데다 금액도 1억 원으로 명시하여 이 사건 근저당권의 채권최고액인 1억 2,000만 원과 다른 점에 비추어 갑 제1내지 7호증의 각 기재와 제1심 증인 C, E의 각 일부 증언만으로 이 사건 근저당권의 피담보채무가 C의 D에 대한 '하자보수의무'만을 담보한다고 인정하기 어렵다.

오히려 이 사건 스크린골프 공급계약이 종료된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 갑 제1, 2호증의 각 기재와 제1심 증인 C의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, D가 C로부터 제품을 공급받기 전 C에게 선급금으로 1억 5,000만 원을 지급하였는 데 실제 공급된 제품은 2세트 1,000만 원에 불과하고, 한편 총판계약서(갑 제2호증)에의하면 계약의 해제·해지 등으로 계약이 종료된 경우 이미 지급된 선급금을 몰취하기로 하는 조항이 없으므로 C로서는 남은 선급금(일응 1억 5,000만 원에서 1,000만 원을 뺀 나머지 1억 4,000만 원임)이 있다면 특별한 사정이 없는 한 D 또는 피고에게 이를 지급하거나 반환할 의무가 있다고 봄이 상당하다. 위와 같은 잔존 선급금반환채무는 C와 D 사이에 '상거래(이 사건 스크린골프 공급계약)로 인하여 생긴 채무'에 해당하므로, 이 사건 근저당의 피담보채무에 포함된다고 할 것이다.

(3) 소결론

따라서 이 사건 근저당권이 유효하고, 나아가 피담보채무로서 C의 D 또는 피고에 대한 최소한 1억 4,000만 원의 선급금반환채무가 잔존하고 있다고 할 것인데(만일 C가 D의 귀책사유로 손해를 본 사실이 있다면 이를 증명하여 상계함으로써 선급금반환채무 액수가 줄어들 가능성이 있긴 하지만, 이 사건에서 이에 관한 어떠한 증명이 없다), 원고가 2018. 7. 27. 당심 제3회 변론기일에서 근저당권의 피담보채무의 지급을 조건으로 하는 선이행판결(先履行判決)에 반대의사를 명시적으로 표시하였으므로, 피담보채무의 부존재를 주장하면서 무조건적 근저당권설정등기 말소를 구하는 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 제1심 판결의 결론은 이와 달라 부당하므로 피고의 항소를 받아들여 제1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 부상준, 판사 김정석, 판사 최유나

[별지]

부동산의 표시

1. 서울시 강서구 동 제4층 호

2. 1동의 건물의 표시

(1) 건물내역

철근콘크리트조

(철근)콘크리트, 평슬래브지붕

5층 다세대주택

1층 9.24㎡

2층 103.07㎡

3층 103.07㎡

4층 103.07㎡

5층 103.07㎡

옥탑 9.36㎡ (연면적제외)

3. 대지권의 목적인 토지의 표시

(1) 지목 : 대

(2) 면적 : 180㎡

4. 전유부분의 건물의 표시

(1) 건물번호 제4층 호

(2) 건물내역

철근콘크리트조

47.19㎡

5. 대지권의 표시

(1) 대지권종류 : 소유권 대지권

(2) 대지권비율 : 180분의 22.66

