

서울북부지방법원 2021. 1. 13 선고 2018가합27625 판결 [근저당권설정등기말소]

---

## 전 문

### 원고A

소송대리인 법무법인(유한) 바른 담당변호사 송태섭

### 피고B

소송대리인 법무법인 정운 담당변호사 강성민

### 피고보조참가인C

변론 종결 2020. 10. 21.

판결 선고 2021. 1. 13.

## 주 문

1. 피고는 원고로부터 59,712,029원을 지급받은 다음, 원고에게 별지1 목록 기재 각 부동산에 관하여 의정부지방법원 포천등기소 2016. 8. 19. 접수 제32614호로 마친 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분의 50%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담하고, 보조참가로 인한 비용의 50%는 원고가, 나머지는 피고보조참가인이 각 부담한다.

N

## 청 구 취 지

피고는 원고에게 별지1 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)에 관하여

의정부지방법원 포천등기소 2016. 8. 19. 접수 제32614호로 마친 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)의 각 말소등기절차를 이행하라.

## 이 유

### 1. 기초사실

#### 가. 당사자의 관계

원고는 이 사건 부동산의 소유자이고, D은 C의 아들이다.

#### 나. 1차 공사계약의 체결

원고는 2015. 6. 18. D과 사이에 이 사건 부동산 위에 공장 등의 건물 신축 공사(이하 '이 사건 공사'라고 한다)에 관하여 공사대금 319,984,508원, 공사기간 발주일로부터 약 2개월로 한 공사계약(이하 '1차 공사계약'이라고 한다)을 체결하였다. 1차 공사계약서의 주요 내용은 다음과 같다.

##### 제2조 [공사기간]

발주일로부터 약 2개월

신축공사 건물내역 총 240평

공장건물 60평 \* 2동, 2층 기숙사 30평, 창고30평

공장내 조명전기 8배선

화장실 3식, 공장 2식, 기숙사/창고 1식

공장 60평 H빔 300\*150 높이 8M. 30평 1층 H빔 400\*200 2층 H빔 150\*125

##### 제3조 [도급금액과 지급조건] 부가세별도

도급금액: 금 삼억일천구백구십팔만사천오백팔 원(₩319.984.508)

계약금 금 오천오백만 원 (₩55.000.000)

중도금 금 삼천만 원 (₩30.000.000) + 쌍방협의

잔금은행 대출 후 근저당 1순위에게 지급 뒤 나머지금액을 지급하며, 잔금부족 시 1년 이내 "갑"은 "을"과 협의하여 지급한다.

## 다. 제2차 공사계약의 체결

C이 실질적으로 이 사건 공사를 진행하면서 원고로부터 위 공사대금 중 181,158,800원을 지급받았으나, 위 공사의 완공이 지연되었고, 이에 2016. 8. 18.1) 원고와 D 사이에 잔금을 1억 6,300만 원으로 하되, 공사 내용은 1차 공사계약의 내용 중 일부인 '판넬공사, 가설건축, 기숙사 30평, 사무실, 공장 출입구 옹벽공사'로 하고, 잔금 중 6,300만 원은 2017. 9.경 이내에 변제하기로 하는 공사계약(이하 '2차 공사계약'이라고 한다)을 체결하였다. 2차 공사계약서의 주요 내용은 다음과 같다.

### 제2조 [공사기간]

계약일로부터 2개월 이내

잔금은 은행대출 이기에 준공을 기점으로 공사를 하되 준공 후 향후 공사를 다시 한다.

-판넬공사

-가설건축(동과 동 사이에 가설건축 같은 넓이와 높이로 이음)

-기숙사 30평(방3식, 화장실1식, 거실)

-사무실(계단 및 화장실1식, 탕비실1식)

-공장 출입구 옹벽공사

### 제3조 [도급금액과 지급조건] 부가세별도

도급금액: 금 삼억일천구백구십팔만사천오백팔 원(₩319,984,508)

계약금 금 오천오백만 원 (₩55,000,000)

중도금 금 삼천만 원 (₩30,000,000) + 쌍방협의

잔금은행 대출 후 근저당 1순위에게 지급 뒤 나머지금액을 지급하며 잔금부족 시 1년 이내 "갑"은 "을"과 협의하여 지급한다.

공사금액과 별개인 오천만원(₩50,000,000)은 이자는 월 1,5부로 하고 2017년 9월까지 관계였다.

이후는 월 1부로 한다(이자 는 매월 17일로 한다.)

※ 공사잔금은 일억육천삼백만(₩163,000,000)원으로 한다.

※ 공사잔금 일억육천삼백만(₩163,000,000)원 중 육천삼백만(₩63,000,000)원은 2017년 9월 내 변제한다.

※ 공사잔금 일억육천삼백만(₩163,000,000)원 중 일억 (₩100,000,000)원은 2018년 9월 내 금형과 사출제품으로 차감하되 금형과 사출제품 가격은 쌍방합의하여 차감한다.

단, 2018년 9월 이전에 돈이 생기면 수시로 잔금을 변제하며, 금융권 대출조건이 충족 시 대출로 하여 변제한다.

※ 공사잔금 외 톱플랜트 매입처에 미지급금을 ㄹ 이 지급한 경우 쌍방합의하여 공사잔금에서 차감한다.

## 라. 이 사건 공사대금 잔금의 일부 변제 등

원고는, D 측의 요청에 따라 이 사건 공사 관련 레미콘 업체인 F에 2016. 5. 16. 200만 원, 2016. 7. 4. 300만 원, 2016. 8. 16. 2,658,800원 합계 7,658,800원을 대신 지급하면서 위 돈을 이 사건 공사대금 잔금에서 공제하기로 D 측과 합의하였고, C에게 이 사건 공사대금 잔금 명목으로 2016. 8. 23. 1,500만 원, 2016. 8. 24. 500만 원 합계 2,000만 원을 지급하였다.

## 마. 이 사건 근저당권설정등기의 경료

한편 C은 원고에게 이 사건 공사대금 잔금채권의 담보를 위해 이 사건 부동산에 근저당권을 설정하여 줄 것을 요청하였고, 이에 원고는 2016. 8. 19. 이 사건 공사대금 잔금채권을 피보전채권<sup>2)</sup>으로 하여 채권자 C, 채무자 원고, 채권최고액 금 2억 4,000만 원으로 한 이 사건 근저당권설정등기를 C 앞으로 마쳐주었다.

## 바. 이 사건 공사대금 잔금채권의 양도 및 이 사건 근저당권설정등기의 이전등기

1) C은 2016. 8. 19. 이 사건 근저당권의 피담보채권을 피고에게 양도하였고, 피고는 이 사건 근저당권설정등기에 대하여 의정부지방법원 포천등기소 2016. 8. 23. 접수 제33170호로 근저당권 이전의 부기등기를 마쳤다.

2) C은 2016. 9. 20. 위 1)항 채권양도 및 근저당권 이전 내용이 포함된 채권양도 통지서를 원고에게 발송하였고, 원고는 2016. 9. 22. 위 통지서를 송달받았다.

### **사. 이 사건 공사로 신축된 건물의 인도**

원고는 2016. 9.경 C으로부터 이 사건 공사에 따라 신축된 공장 건물 등을 인도받았다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 3, 6호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1 내지 4, 7호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

## **2. 원고 주장의 요지**

원고는 다음을 이유로 피고를 상대로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

가. 이 사건 근저당권은 피담보채권의 채권자(D)와 근저당권자(C)가 서로 달라 담보물권의 부종성 법리에 반하므로 무효이다.

나. 원고가 이 사건 공사대금 잔금을 모두 변제하였거나, 이 사건 공사 미시공 부분 관련 손해배상채권이나 하자보수에 갈음하는 손해배상채권으로 이 사건 공사대금 잔금채권을 상계하면 남는 금액이 없으므로, 이 사건 근저당권의 피담보채권은 존재하지 아니한다3).

## **3. 판단**

### **가. 이 사건 근저당권의 무효 여부**

채권과 그를 담보하는 저당권은 담보물권의 부종성에 의하여 원칙적으로 그 주체를 달리할 수 없으나, 채권담보를 위하여 저당권을 설정하는 경우 제3자 명의로 저당권등기를 하는 데 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있었고, 나아가 제3자에게 그 채권이 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있거나, 거래경위에 비추어 제3자도 채무자로부터 유효하게 채권을 변제받을 수 있고 채무자도 채권자나 저당권 명의자인 제3자 중 누구에게든 채무를 유효하게 변제할 수 있는 관계, 즉 묵시적으로 채권자와 제3자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는, 제3자 명의의 저당권등기도 유효하다고 보아야 할 것이다(대법원 2000. 12. 12. 선고 2000다49879 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 살피건대, 원고가 1, 2차 공사계약서상 당사자인 D과 이 사건 공사를 실제로 진행한 C과 사이의 합의에 따라 C 앞으로 이 사건 근저당권설정등기를 마친 사실은 앞서 본 바와 같고, 위

기초사실, 앞서 본 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, D와 C은 부자관계에 있는 점, 1, 2차 공사계약의 체결과 이 사건 공사의 진행은 실질적으로 C에 의하여 이루어진 점 등의 사정이 인정되는 것에 비추어 보면, 근저당권자인 C도 이 사건 공사대금과 관련하여 채무자인 원고로부터 채권을 변제받을 수 있고, 원고도 채권자인 D이나 근저당권자인 C 중 누구에게든 유효하게 채무를 변제할 수 있어, D와 C이 불가분적인 채권자의 관계에 있다고 봄이 상당하므로, C 명의의 이 사건 근저당권은 유효하다고 할 것이다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

### **나. 이 사건 근저당권의 피담보채권 존재 여부**

1) 이 사건 공사대금 잔금채권 액수의 확정 가) 처분문서는 진정성립이 인정되는 이상 법원은 그 기재내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 기재내용에 의하여 그 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하는데(대법원 2018. 7. 12. 선고 2017다235647 판결 등 참조), 1차 공사계약 이후 원고가 이 사건 공사대금 중 181,158,800원을 지급하였으나, 원고와 D측 사이에 2차 공사계약서가 작성되면서 이 사건 공사대금 잔금이 1억 6,300만 원으로 정해진 사실은 위 기초사실에서 본 바와 같은바, 처분문서인 2차 공사계약서의 내용대로 원고와 D측은 이 사건 공사대금의 잔금을 1억 6,300만 원으로 정산하기로 합의하였다고 봄이 상당하다. 한편 원고가 D측의 요청으로 레미콘 대금 7,658,800원 상당을 대신 변제하였고, 이 사건 공사대금 잔금 변제 명목으로 2,000만 원을 지급한 사실은 위 기초사실 라.항에서 본 바와 같으므로, 위 1억 6,300만 원에서 위 각 돈을 공제하면 위 공사대금 최종 변제일인 2016. 8. 24. 기준 이 사건 공사대금은 135,341,200원(= 163,000,000원 - 2,000만 원 - 7,658,800원)이 남게 된다.

나) 이에 대하여 원고는, 2차 공사계약서에 공사대금 잔금이 1억 6,300만 원으로 기재되어 있으나, 이는 실제 공사대금 잔금 액수는 118,825,708원임에도, '다른 회사에 투자를 하는데 있어서 1억 6,300만 원 정도의 채권이 있는 것으로 제시할 필요가 있으니 2차 공사계약서에 공사대금 잔금을 1억 6,300만 원으로 기재해주면 그 중 현금으로는 6,300만 원만 받고, 나머지 1억 원은 원고가 제작하는 금형과 사출제품으로 대물로 변제받으려고 하니 일단 형식적으로 위와 같이 1억 6,300만 원으로 증액하여 기재해 달라'는 D측의 요청에 따라 이루어진 것으로, 이후 D측이 원고에게 금형 및

사출제품 제작에 필요한 정보나 자료를 제공하지 아니하여 원고가 대물변제 방법으로 공사대금 잔금을 지급할 수 없게 되었으므로, 2차 공사계약서상 금액을 이 사건 공사대금 잔금으로 인정할 수 없다고 주장한다(따라서 총 공사대금 319,984,508원에서 2차 공사계약서 작성 당시까지 원고가 실제로 변제한 금액을 공제하는 방식으로 공사대금 잔금이 계산되어야 한다).

살피건대, 위 기초사실, 앞서 본 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 2차 공사계약서에 공사대금 잔금을 1억 6,300만 원으로 명시적으로 기재하여 그 금액을 특정하고 있고, 원고 주장과 같은 증액 경위(다른 회사 투자 목적)를 알 수 있는 다른 객관적인 자료가 없는 점, ② 금형 및 사출제품 대물변제 1억 원 부분과 관련하여, 2차 공사계약서에 '금형 및 사출제품 가격은 쌍방이 협의하여 정하고, 2018. 9.경 이전에 돈이 생기면 수시로 잔금을 변제한다'는 내용이 기재되어 있어, 위 1억 원을 대물로만 변제받기로 약정된 것으로 보기 어려운 점 등의 사정이 인정되는 것에 비추어 볼 때, 원고가 제출한 증거만으로는 원고 주장과 같은 경위로 공사대금 잔금 액수가 정해졌다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

2) 미시공 부분 관련 손해배상채권 및 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 상계 가) 감정인 G 작성의 2019. 8. 9.자 및 2020. 1. 16.자 각 감정서, 2020. 5. 14.자 감정보완서의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, C이 이 사건 공사 중 일부를 미시공 하였고, 1, 2차 공사계약에 따라 시공하여야 할 부분을 부실하게 시공함으로써 별지2 표 기재와 같이 이 사건 공사에 시공상 하자가 발생한 사실, 미시공 부분의 시공에 소요되는 비용이 42,245,809원이고(구체적인 계산근거는 별지2 계산내역 기재와 같다), 하자 보수에 소요되는 비용이 33,383,362원인 사실(구체적인 항목 및 비용은 별지3 표 기재와 같다)을 인정할 수 있다. 따라서 원고는 이 사건 공사와 관련하여 미시공 부분 관련 손해배상채권 및 하자보수에 갈음하는 손해배상채권으로 합계 75,629,171원(= 42,245,809원 + 33,383,362원)을 가지고, 피고는 원고에 대하여 135,341,200원의 공사대금채권을 가지고 있음은 앞서 본 바와 같으며, 위 각 채권은 모두 이 사건 공사 완료일인 2016. 9.경 그 이행기가 도래하여 같은 날 상계적상에 있었다고 할 것인데, 위 각 채권을 대등액에서 상계한다는 취지의 의사표시가 기재된 원고의 2020. 4. 1.자 준비서면이 2020. 4. 2. 피고에게 송달된 사실은 기록상 명백하므로, 이로써 위 공사대금채권은 위 상계적상일에 소급하여 위

손해배상채권과 대등액의 범위에서 소멸하여 결국 미지급 공사대금채권은 59,712,029원(= 135,341,200원 - 75,629,171원)이 남게 된다.

나) 이에 대하여 피고는, 별지3 표 하자 중 '지형보다 1.3m 높게 지어져 겨울 차량통행 위험' 부분은 현재 시공된 부지 바닥이 지형보다 높게 지어졌음을 확인할 근거가 없으므로, 이 부분 하자는 인정되어서는 아니 된다고 주장하나, 감정인 G 작성의 2020. 1. 16.자 감정서의 기재에 의하면, 이 사건 공사 관련 사용승인 도면과 허가 도면을 비교해 볼 때, 현재 이 사건 공사로 인한 대지는 당초 계획보다 0.6m 높게 조성되었고, 위와 같이 높이 시공된 부분을 추가로 굴토하는 데에는 16,339,464원의 비용이 소요되는 사실을 인정할 수 있는바, 이와 다른 전제에 선 피고의 위 주장은 이유 없다.

3) 소결론 결국 이 사건 변론종결일 현재 이 사건 근저당권 피담보채권의 잔존 금액은 59,712,029원이 되므로, 피담보채무가 모두 소멸되었음을 전제로 하는 원고의 이 사건 근저당권설정등기의 말소청구는 이유 없다.

그러나 채무자가 피담보채무 전액을 변제하였다고 하면서 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행을 청구하였지만 그 채무 전액을 소멸시키지 못한 경우에 그 청구 중에는 확정된 잔존채무의 변제를 조건으로 그 등기의 말소를 구한다는 취지까지 포함되어 있는 것으로 해석하여야 할 것이고, 이러한 경우에는 장래 이행의 소로서 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 미리 청구할 필요가 있다고 보아야 한다(대법원 1996. 2. 23. 선고 95다9310 판결 등 참조).

따라서 피고는 원고로부터 이 사건 근저당권의 나머지 피담보채무액인 59,712,029원(피고는 이 사건 근저당권의 잔존 피담보채무로 원금 이외에 이에 대한 이자 등은 주장하지 않고 있다)을 지급받은 다음, 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

#### **4. 결론**

그렇다면, 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

**재판장판사강재철**

**판사배관진**

## 판사강민수

### 별지

- 1) 위 공사계약서상에는 계약 체결일이 2016. 4. 15.로 기재되어 있으나, 실제 위 공사계약 체결일이 2016. 8. 18.임은 당사자 사이에 다툼이 없다.
- 2) 2차 공사계약서에 기재된 5,000만 원의 대여금은 이 사건 공사대금과 관련이 없는 것으로 이 사건 근저당권의 피담보채권 범위에 포함되지 아니함은 당사자 사이에 다툼이 없다(피고의 2019. 3. 18.자 준비서면 제11페이지).
- 3) 이에 대하여 피고는 이 사건 근저당권 피담보채무는 110,221,333원이 남아 있다고 주장한다(피고의 2020. 6. 29.자 준비서면 제6페이지).