

서울중앙지방법원 2019. 7. 19 선고 2017가합37510 판결 [근저당권설정등기말소 청구의 소]

전 문

원고A

소송대리인 법무법인 민주 담당변호사 김경돈

피고주식회사 B

소송대리인 변호사 최동곤

변론 종결2019. 6. 21.

판결 선고2019. 7. 19.

주 문

1. 이 사건 소를 각하한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 1 부동산 목록 기재 각 부동산에 관하여 수원지방법원 여주지원 등기소 2016.

8. 11. 접수 제24858호로 마친 각 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 사단법인 C 대표자인 총무원장으로서 별지 1 부동산 목록 순번 1 기재 건물과 같은 목록 순번 1 기재 건물의 대지 및 순번 2 내지 6 기재 토지 중 각 1/2 지분(이하 위 건물 및 토지 지분을 통틀어 '이 사건 각 부동산'이라 한다)의 소유자이고, 피고는 통신장비 및 부품 도매업, 통신기기 소매업 등의 사업을 하는 회사이다.

나. 원고는 2016. 8. 10. 피고와 사이에 "원고가 피고로부터 D 주식회사의 E 스마트법회폰(불교법회 제공 서비스에 사용되는 전용 스마트폰) 최신형 1,000대를 1대당 월 4만 원에 공급받고, 원고 소유의 이 사건 각 부동산을 피고에게 담보로 제공하기로 하는 내용"의 약정(이하 '이 사건 공급약정'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 공급약정의 구체적 내용은 별지 2 기재와 같다.

다. 한편, 피고는 같은 날 주식회사 F(이하 'F'이라 한다)과 사이에 "피고가 사단법인 C에 스마트법회폰 1,000대를 납품·개통하는 조건으로 F이 피고를 대신하여 기부금(시주금) 3억 3,000만 원을 납부하고, 사업 이행이 이루어지지 않을 경우 피고가 F에 위 대납된 조건부 기부금 3억 3,000만 원을 배상하며, 그 배상이 지연될 경우 피고가 F에 이 사건 각 부동산에 설정한 피고의 근저당권을 양도하기로 하는 내용"의 'C 기부금 대납 이행계약'(이하 '이 사건 기부금 계약'이라 한다)을 체결하였다.

라. 원고는 이 사건 공급약정에 따라 이 사건 각 부동산에 관하여 수원지방법원 여주지원 등기소 2016. 8. 11. 접수 제24858호로, "채권최고액 3억 9,600만 원, 채무자 원고, 근저당권자 피고"로 하여, 2016. 8. 10. 근저당권설정계약을 원인으로 한 각 근저당권(이하 '이 사건 각 근저당권'이라 한다) 설정등기를 경료하였다.

마. 또한, 원고는 2016. 8. 11. 사단법인 C 대표로서 F과 사이에 "C 스마트법회 사업의 성공과 발전을 위하여, 발전기금(시주) 3억 3,000만 원을 사단법인 C에 기부하고, 상호 스마트법회 사업이 원활하게 진행되도록 적극 협력해 주기로 하는 내용"의 기부증서를 작성하였다.

바. F은 2016. 8. 12. 사단법인 C 명의 계좌로 3억 3,000만 원의 기부금(이하 '이 사건 기부금'이라 한다)을 송금하였다.

사. 이 사건 소가 계속 중이던 2018. 5. 9. 사단법인 C 총무원 직원인 G은 원고의 대리인으로서 피고 및 F과 사이에 "원고의 피고에 대한 이 사건 소를 취하하고, 원고가 F에 2018. 6. 30.까지 2억

3,000만 원을 지급하되, 그 기간까지 지급하지 아니하는 경우 3억 3,000만 원을 지급하며, F이 위 금원을 지급받는 날로부터 1거래일 내에 F이 원고를 상대로 한 이 사건 각 근저당권부 채권압류 및 추심명령을 해제하고, 임의경매 신청을 취하하며, 피고는 이 사건 각 근저당권설정등기를 말소하기로 하는 내용"의 합의서(이하 '이 사건 합의서'라 한다)를 작성하였다. 이 사건 합의서의 구체적 내용은 별지 3 기재와 같다.

【인정근거】 다툼 없는 사실, 갑 1 내지 3호증, 을 1 내지 3, 11호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재, 증인 G의 일부 증언, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고 주장

이 사건 각 근저당권의 피담보채권은 이 사건 공급약정에 따라 피고가 스마트법회폰 최신형 1,000대를 공급한 후, 이용자들이 사용료를 지급하지 않거나 이용계약을 해지할 경우 발생하는 피고의 원고에 대한 손실배상금 내지 위약금 채권이다. 그런데 피고가 이 사건 공급약정에 따라 성능이 충족된 스마트법회폰을 공급하지 않았고, 별다른 이유 없이 이 사건 공급약정 해제를 주장하면서, F이 피고를 상대로 하여 이 사건 기부금 반환을 이유로 신청하여 받은 지급명령에 대응하지 않아 그 지급명령이 확정됨으로써, F으로 하여금 이 사건 각 근저당권부 채권을 압류하게 하고, 이에 기한 임의경매를 신청하게 하여 이 사건 공급약정 제8조를 위반하였다. 이로 인하여 이 사건 공급약정은 피고의 귀책사유로 인한 이행불능을 이유로 해제된바, 피고의 원고에 대한 이 사건 공급약정에 따른 손실배상금 내지 위약금 채권은 발생하지 않는 것으로 확정되었으므로, 이 사건 각 근저당권은 피담보채권이 부존재하여 부종성 원칙에 따라 말소되어야 한다.

나. 피고 주장

- 1) 본안전항변 원고와 피고 사이에 이 사건 합의서 제1항(이하 '이 사건 소취하 조항'이라 한다)과 같이 원고가 이 사건 소를 취하하는 것으로 합의되었으므로, 이 사건 소는 소취하 합의에 반하여 제기된 것이어서 부적법하다.
- 2) 본안에 관한 주장 이 사건 기부금은 이 사건 공급약정에 따른 스마트법회 사업이 성공할 것을 조건으로 사단법인 C에 기부한 것이고, 이 사건 각 근저당권이 설정된 것은 스마트법회 사업이

실패하는 경우 원고가 피고에게 반환하여야 하는 이 사건 기부금의 반환을 담보하기 위한 것이다. 그런데 원고가 스마트폰 이용자 1,000명의 명단 제공의무를 지연하고, 일방적으로 수정계약을 제안하는 등으로 이 사건 공급약정 제5조에서 정한 원고의 의무를 위반하였고, 이를 이유로 피고가 2017. 3. 29. 원고에게 이 사건 공급약정의 종료를 통보하여, 이 사건 공급약정이 해제됨으로써 피고의 원고에 대한 이 사건 기부금 반환 채권이 발생하였고, 따라서 이 사건 근저당권의 피담보채권이 여전히 존재하므로, 이 사건 각 근저당권설정등기가 말소되어서는 아니 된다.

3. 본안전항변에 관한 판단

가. 이 사건 합의서가 원고의 권한을 위임받아 작성된 것인지 여부

G이 원고의 대리인으로서 피고 및 F 직원들과 사이에 이 사건 소취하 조항이 포함된 이 사건 합의서를 작성한 사실은 앞서 본 바와 같다.

이에 대하여 원고는, 이 사건 합의서 말미의 원고의 기명 옆에 날인된 원고의 인영이 원고의 도장인 것은 맞지만, G이 원고로부터 소취하 합의에 관한 권한까지 위임받지 않은 채 임의로 날인한 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들 및 증인 G의 일부 증언만으로는 G이 원고로부터 위임을 받지 않고 임의로 이 사건 합의서에 원고의 도장을 날인한 것으로 보기 어렵고, 오히려 이 사건 합의서는 G이 원고로부터 이 사건 각 근저당권 및 기부금 반환과 관련된 분쟁의 일괄적인 해결과 관련하여 이 사건 소취하 조항이 포함된 이 사건 합의서 작성에 관한 전반적인 권한을 위임받아 적법하게 작성한 것이라고 봄이 타당하다.

① G은 이 사건 합의서 작성 당시 사단법인 C 총무원 직원으로, 그 법인 대표자인 원고의 지시를 받아 업무를 수행하고 있었다.

② 원고는 당초 이 사건 2018. 6. 11.자 변론기일 변경신청서를 통해 "원고와 피고는 이 사건의 원만한 해결을 위한 합의가 진행 중이고, 2018. 6. 말경까지 C에서 피고에게 금원을 지급하고 피고는 이 사건 각 근저당권을 말소하기로 하였다."는 사유를 들어 기일변경신청을 한 바 있고, 또한 제2회 변론기일에서는 2018. 8. 17.자 준비서면의 진술을 통해 "원고는 피고와 2018. 6. 30.까지 2억

3,000만 원을 지급하기로 합의하고, 피고는 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소 및 임의경매 신청을 취하하기로 합의한바 있습니다. 원고는 2018. 6. 말경 G으로부터 2억 3,000만 원을 차용하였기에 G이 직접 피고와 만나 이 사건 합의를 작성하였습니다."라고 하면서, "이 사건 합의서 제1항에서 원고가 이 사건 소를 취하하기로 한 것은, 제2, 3항에 기재된 원고의 F에 대한 변제 및 피고의 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소와 F의 임의경매신청 취하를 조건으로 한 것이다."라는 취지로 주장하기도 하였다.

즉, 원고는, 이 사건 소가 계속 중에 이 사건 합의서가 작성된 2018. 5. 9.부터 G에 대한 이 법원의 증인신문이 진행된 2019. 5. 17.까지 약 1년의 기간 동안 이 사건 합의서가 적법하게 작성되었음을 전제로 이 사건 소취하 조항의 의미에 관한 주장만 하였을 뿐, 원고가 G에게 소취하 합의에 관한 권한을 위임하지 않았다는 주장은 전혀 하지 않았다.

③ G은 이 법정에서 "이 사건 합의서 작성과 관련하여 원고로부터 허락을 받았으나, 이 사건 소취하 합의와 관련하여서는 위임을 받지 않았다."라는 취지로 진술하였다.

그러나 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ㉠ G이 위 증인신문 과정에서 "이 사건 합의를 작성할 때 총무원 직원을 통해 원고의 도장을 가져와 날인하였고, 원고도 이 사건 합의를 작성한 사실은 알고 있다."는 취지로 진술하기도 한 점, 또한, 이 사건 합의서 작성 당시 G 외에 다른 원고측 직원이 같이 있었던 것으로 보이는 점(G은 이 법정에서 "이 사건 합의서 작성 당시 원고측 직원으로서 자신 이외에 성명불상의 도사나 보살도 같이 있었다."라는 취지로 진술하였다), ㉡ 원고로부터 피고 등과의 분쟁 합의에 관하여 대리권을 받은 G이나 그 자리에 참석한 원고측 직원들로서는 이 사건 합의서가 작성된 후 이를 당사자인 원고에게 보여주었거나, 적어도 그 내용에 관하여 원고에게 구체적으로 알려주었다고 보는 것이 좀 더 경험칙에 부합하는 점, ㉢ 원고는 이 사건 합의서가 작성된 직후 이 사건 소취하 조항에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않았고, 피고가 2018. 8. 2. 이 법원에 이 사건 합의를 증거로 제출한 후에도 앞서 본 바와 같이 2019. 5. 17. G에 대한 증인신문이 진행될 때까지 소취하 합의에 관한 권한의 위임 여부에 대하여는 별다른 문제를 제기하지 않고 있었던 점 등을 고려하면, G의 위 증언만으로는 G이 원고로부터 소취하 합의에 관한 권한을 위임받지 아니한 채 이 사건 합의를 작성하였다고 보기

어렵다.

나. 이 사건 합의서의 의미

원고는 이 사건 합의서 중 이 사건 소취하 조항의 의미에 관하여, 이 사건 합의서 제2, 3항의 원고의 F에 대한 이 사건 기부금 반환 의무, 피고의 이 사건 각 근저당권 설정등기말소 의무, F의 이 사건 각 부동산에 대한 임의경매신청 취하 의무가 먼저 모두 이행되었을 것을 전제로 원고가 이 사건 소를 취하하겠다는 의미이므로, 위와 같은 원고, 피고 및 F의 각 의무가 모두 선이행되지 않은 이상, 이 사건 소취하 조항은 그 전제 조건이 성취되지 않아 효력이 없다는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 소취하 조항에서는 다른 조건 없이 "원고가 피고를 상대로 제기한 이 사건 소를 취하한다."는 내용만 기재되어 있을 뿐만 아니라, 이 사건 합의서 문언을 전체적으로 살펴보더라도, 이 사건 소취하와 관련하여서는 어떠한 선이행 또는 동시이행 조건이 부가되어 있지 않는 점, ② 오히려, 이 사건 합의서 제2항 및 제3항에서는 원고의 이 사건 기부금 반환의무, 피고의 이 사건 각 근저당권 말소의무, F의 이 사건 근저당권부 채권압류 및 추심명령 해제와 부동산 임의경매 신청취하 의무를 각 규정하면서, 원고의 이 사건 기부금 반환의무는 피고 및 F의 위 각 의무보다 선이행되어야 하는 의무라는 점과 원고의 위 의무와 피고 및 F의 위 각 의무는 상호 대가관계에 있다는 점을 각 명시하고 있으므로, 원고는 선이행의무인 이 사건 기부금 반환의무를 먼저 이행하지 아니한 상태에서는 피고와 F에 대해서는 그 각 해당 의무의 이행을 구할 수는 없음에도, 이 사건 소취하조항의 효력과 관련하여, 원고는 자신의 선이행의무를 이행하였다거나 적어도 이행의 제공을 하였다는 점에 관한 아무런 자료를 제출하지 않은 상태에서, 단지 피고와 F이 위 각 해당 의무를 불이행하고 있다는 점을 이유로, 이 사건 소취하 조항이 조건 불성취 등에 의해 무효임을 주장하는 것은 이 사건 합의서 제2항 및 제3항의 문언 자체에도 정면으로 반할 뿐만 아니라, 당사자들 사이의 분쟁을 일거에 종결시키기 위해 작성된 이 사건 합의서 본래의 취지에도 부합하지 않는 점, ③ 또한 이 사건 합의서 제6항은 "본 합의서에서 정하는 것 이외에는 원고, 피고 및 F 사이에 채권채무관계가 없음을 확인한다."는 취지로 기재되어 있어 이 사건 합의서 문언에 반하는 자의적인 해석이나 권리 주장을 사전에 차단하고 있는 점 등을 고려하면, 원고와 피고 사이에 이 사건 합의서를 통해 이 사건 소 및 관련된 모든 분쟁을

종결하기로 하는 내용이 포함된 화해계약이 성립되었다고 봄이 타당하다.

그리고 이러한 화해계약은 창설적 효력을 가지므로 원고와 피고 사이의 기존의 법률관계는 소멸하게 되는바, 결국 이 사건 소취하 조항은 기존의 법률관계에 관한 분쟁을 토대로 제기된 이 사건 소가 더 이상 실익이 없다는 전제에서 원고와 피고 사이에 이 사건 소를 취하하기로 합의한 것이라 봄이 타당하다. 이러한 이 사건 합의서 작성 경위 및 화해계약의 창설적 효력, 이 사건 소취하 조항의 취지를 종합하여 보면, 이 사건 소취하 조항에 원고가 주장하는 바와 같은 선이행 또는 동시이행의 조건이 부가되어 있다고 보기는 어려우므로, 원고의 위 주장 역시 받아들일 수 없다.

다. 소결론

따라서 이 사건 소는 원고와 피고 사이의 소취하 합의에 반하는 것으로서 더 나아가 본안에 관하여 판단할 필요 없이 권리보호의 이익이 존재하지 않는 것으로 보는 것이 타당하다.

4. 결론

그렇다면, 이 사건 소는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사정완

판사권순현

판사박상훈

별지