

서울중앙지방법원 2021. 11. 5 선고 2020가합608028 판결 [근저당권설정등기말소청구]

전 문

원 고 A조합

소송대리인 변호사 정승욱

피 고 1. 주식회사 B

소송대리인 법무법인 승운 담당변호사 이봉기

2. C

3. D

변 론 종 결 2021. 10. 8.

판 결 선 고 2021. 11. 5.

주 문

1. 원고의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지

주위적으로, 피고 주식회사 B와 피고 C는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 등기국 2020. 7. 8. 접수 제118156호로 마친 채권최고액 495,000,000원, 채무자 피고 D, 근저당권자 피고 주식회사 B 및 피고 C인 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

예비적으로, 피고들은 연대하여 원고에게 495,000,000원을 지급하라.

이 유

1. 기초 사실

가. 원고와 피고 D의 대출계약 및 근저당권설정계약 체결

1) 피고 D은 서울 관악구 E 대 191㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다) 지상에 다가구주택 7세대(이하 ‘이 사건 주택’이라 한다)를 건축, 분양하고자 하였다. 위 피고는 2019. 1. 23.경 주식회사 F(이하 ‘주식회사’는 일괄 생략한다)과 이 사건 주택을 6억 3,000만 원(부가가치세 별도)에 신축하는 도급계약을 체결하고 그 무렵부터 건축을 시작하여 2020. 3. 하순경 약 90%의 공사를 마쳤으나, 사업자금이 부족하여 더 이상의 공사를 진행하지 못하고 있었다.

2) 원고는 2020. 3. 3. 피고 D과 13억 원을 이자 연 4.1%(변동금리), 대출 만료일 2023. 3. 3.로 정하여 대여하기로 하는 기업자금대출계약(이하 ‘이 사건 제1대출계약’이라 한다)을 맺었고, 그 무렵 피고 D에게 위 금액을 지급하였다.

3) 원고는 2020. 3. 3. 피고 D에 대한 위 대출금채권을 담보하기 위하여 이 사건 토지에 관하여 채권최고액 15억 6,000만 원, 채무자 피고 D, 근저당권자 원고로 하는 1순위 근저당권설정등기 및 피고 D 소유의 서울 관악구 G 외 1필지 소재 5개 주택에 관하여 채무자 피고 D, 근저당권자 원고로 하는 1순위 근저당권설정등기를 각 마쳤다.

4) 피고 D은 이 사건 제1대출계약 당시 이 사건 주택의 사용승인이 마쳐지면 위 주택에 관하여도 원고에게 1순위 근저당권을 설정하여 주기로 다음과 같이 약정(이하 ‘이 사건 제1주택근저당 약정’이라 한다)하였다.

○ 신축 중인 이 사건 주택은 2020. 4. 30.까지 피고 D의 소유로 준공 등기하고, 원고의 채권확보에 지

장이 없도록 1순위로 원고에게 담보제공기로 한다(확약서 제2항).

○ 이 사건 주택의 보존등기가 필요할 때에는 피고 D이 사전에 원고의 동의를 받을 것이고, 등기 후 1순위로 담보제공을 행할 것이며, 타인에게 원고의 채권을 침해할 일체의 행위(매매, 양도, 임대 등)를 하지 않을 것임(담보부동산 양도증서 제3항).

나. 피고 D과 피고 B, C의 대출계약 및 근저당권설정계약 체결

1) 피고 B는 대부업을 영위하는 회사이고, 피고 C는 피고 B의 투자자이다.

2) 피고 B는 2020. 5. 중순경 피고 D과 3억 3,000만 원을 이자 연 24%, 대출기간 만료일 2020. 8. 17.로 정하여 대여하기로 하는 대출계약(이하 '이 사건 제2대출계약'이라 한다)을 맺었고, 그 무렵 피고 D에게 위 금액을 지급하였다.

3) 피고 B는 2020. 5. 15. 이 사건 제2대출금 채권을 담보하기 위하여 이 사건 토지 등 5개 부동산에 관하여 채권최고액 4억 9,500만 원, 채무자 D, 근저당권자 피고 B, C로 하는 근저당권설정등기를 마쳤다.

4) 피고 D은 2020. 5. 16. 피고 B, C에게 이 사건 제2대출금채무의 담보로 이 사건 주택에 관하여 추가 근저당권을 설정하여 주기로 약정(이하 '이 사건 제2주택근저당 약정'이라 한다)하였다.

다. 피고 B, C의 이 사건 주택에 관한 근저당권등기 경위

1) 피고 D은 이 사건 제1, 2대출계약에 따라 사업자금을 대출받았음에도 불구하고 이 사건 주택에 관한 소유권보존등기를 하지 못하고 있었다.

2) 이 사건 주택을 건축한 F은 2020. 5. 18.경 서울중앙지방법원 2020카단33262호로 '이 사건 주택에 공사잔대금 2억 5,960만 원을 피담보채권으로 하는 근저당권등기를 설정하는 본안재판의 집행보전을 위하여 이 사건 주택에 대한 처분금지가처분을 구한다'는 취지의 부동산처분금지가처분 신청을 하였고, 위 법원은 2020. 7. 6. 위 신청을 인용하는 결정을 하였다.

3) 위 결정에 따라 이 사건 주택에 관하여 2020. 7. 8. 소유자를 피고 D으로 하는 소유권보존등기 및 피보전권리를 근저당권설정등기청구권, 채권자를 F로 하는 처분금지가처분등기가 각 마쳐졌다.

4) 피고 B는 2020. 7. 8. 보존등기가 마쳐져 근저당권 설정이 가능해지자, 이 사건 주택에 관하여 이 사건 제2주택근저당 약정을 등기원인으로 하여 채권최고액 4억 9,500만 원, 채무자 피고 D, 근저당권자 피고 B, C로 하는 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권등기’라 한다)를 마쳤다.

5) F의 위 부동산처분금지가처분 등기는 2020. 7. 22. 해제를 원인으로 하여 말소되었다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 9호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 갑 제12 내지 15호증, 을가 제1호증, 을다 제1호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 주위적 청구에 대한 판단

가. 원고의 주장 요지

피고 D은 이 사건 제1주택근저당 약정에 따라 원고에게 이 사건 주택에 제1순위 근저당권을 설정할 의무가 있다. 그럼에도 피고 D은 피고 B, C와 1순위 근저당권을 설정하여 주기로 하는 이 사건 제2주택근저당 약정을 맺었는바, 이는 원고에 대한 배임행위에 해당되고, 피고 B, C는 피고 D의 위 배임행위에 적극가담하였다. 피고들 사이에 맺어진 이 사건 제2주택근저당 약정은 반사회질서의 법률행위에 해당하여 무효이므로, 위 약정에 기하여 마쳐진 이 사건 근저당권등기는 말소되어야 한다.

나. 관련 법리

배임행위의 실행행위자와 거래하는 상대방으로서는 기본적으로 그 실행행위자와는 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임하는 것이므로, 거래 상대방이 배임행위를 유인교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담하는 경우에는 그 실행행위자와 체결한 계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 될 수 있다. 그렇지만 관여의 정도가 거기에까지 이르지 아니하고 법질서 전체적인 관점에서 볼 때 거래 상대방이 반대편에서 독자적으로 거래에 따르는 위험을 피하고 합리적인 이익을 보호하기 위하여 필요한 조치를 요구하는 등 그 계약의 동기, 목적 및 의도, 그 계약의 내용 및 요구된 조치의 필요성 내지 관련성, 거래 상대방과 배임행위의 실행행위자와 관계 등을 종합할 때 사회적 상당성을 갖추고 있다고 평가할 수 있는 경우에는, 비록 거래상대방이 그 계약의 체결에 임하는 실행행위자의 행위가 배임행위에 해당할

수 있음을 알거나 알 수 있었다 하더라도 그러한 사정만으로 그 계약을 반사회적 법률행위에 해당한다고 보아 무효라고 할 수는 없다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2006다47677 판결 참조).

다. 구체적 판단

1) 앞서 본 사실과 증거들, 피고 D에 대한 본인신문결과, 변론 전체의 취지에 따라 인정할 수 있는 다음 사정을 종합하면, 피고 B, C가 이 사건 제2주택근저당 약정 당시 피고 D이 원고에게 이 사건 주택에 1순위 근저당권을 설정하여 주기로 이미 약정하였음을 알았다고 보기 어렵고, 갑 제10호증의 기재, 피고 D에 대한 일부 본인신문결과만으로는 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

가) 피고 D은 2020. 4. 9.경 이 사건 주택사업자금 마련을 위하여 ‘사업자금을 대여하여 주면 이 사건 주택공사를 완공하여 채무를 변제하겠다. 이 사건 주택에 대해서는 어느 누구에게도 근저당권설정등기를 약속한 사실이 없음을 확인한다’는 취지의 ‘건물준공자금지원 및 담보제공동의서’(갑 제13호증의 10)를 작성하여 그 말미에 본인의 서명날인을 하였다. 피고 B, C는 이 사건 제2주택근저당 약정 체결 무렵 대출을 중개한 사람 등을 통하여 위 문서를 교부받았다.

나) 피고 D이 2020. 5. 16. 피고 B, C에게 작성, 교부한 이 사건 제2주택근저당 약정서(갑 제13호증의 7)에는 이전에 이 사건 토지 등에 설정한 근저당권 이외에 이 사건 주택에 관하여 추가로 근저당권을 설정하여 준다는 내용만 있을 뿐, 위 피고들의 근저당권 순위에 대하여는 아무런 내용이 기재되어 있지 않다.

다) 피고 D은 이 법정에서 “이 사건 제2주택근저당 약정 체결 당시 피고 B, C에게 추가근저당설정에 대해서 ‘1순위 해라, 2순위 해라’는 이야기를 한 적은 없다. 자신은 돈을 빌리기 위해서 서류를 작성해 주었을 뿐이다”라고 진술하였다. ① 당시 피고 D은 F에 이 사건 주택 공사대금도 지급할 수 없을 정도로 자금 사정이 좋지 않았던 점, ② 이 사건 주택에 대하여 이미 원고에게 1순위 근저당권을 설정해 주기로 약정하였다는 것은 추가로 제3자로부터 사업자금을 대출받고자 하는 피고 D에게 불리한 사정인 점 등에 비추어 볼 때, ‘이 사건 제2주택근저당 약정 당시 추가근저당설정의 순위를 구체적으로 말하지 않았다’는 취지의 위 진술 부분은 신빙성이 있다.

라) 피고 D는 2020. 8. 7. 원고에게 “이 사건 제2주택근저당 약정 당시 피고 B, C에게 후취담보제공 약정을 체결한 1순위권자가 있다는 것을 설명하였고, 근저당권을 설정하려면 후순위로 진행하기로 하였음을 확인한다”는 취지의 확인서를 서명 및 교부하였다. 그러나 한편, 피고 D은 이 법정에서 ‘위 확인서는 원고가 작성한 것이다. 원고 직원이 사인을 해달라고 해서 사인해 주었다. 내용은 읽어보지 않았다’고 진술한 점, 위 확인서는 원고가 이 사건 주택에 관하여 이 사건 근저당권등기를 마친 2020. 7. 8. 직후에 작성된 것인 점 등에 비추어 볼 때, 위 확인서의 기재 내용을 그대로 믿기 어렵다.

마) 피고 D은 이 법정에서 “피고 B, C에게 1순위를 해라, 안해라라는 말을 한 적은 없으나, 위 피고들도 당연히 은행이 선순위라는 것을 알고 있었다”는 취지의 진술을 하였으나, 이는 ‘원고가 이 사건 주택에 선순위로 근저당권을 설정할 것임을 피고 B, C도 알았으리라 생각한다’는 취지에 불과하므로, 위 진술만으로 피고 B, C에게 피고 D이 원고에 대한 이 사건 주택에 1순위 근저당권설정의무가 있음을 알았다고 인정하기에 부족하다.

2) 한편, 앞서 본 사실과 증거들, 변론 전체의 취지에 따라 인정할 수 있는 다음 사정에 비추어 보면, 피고 B, C가 피고 D으로 하여금 이 사건 제2주택근저당 약정을 맺도록 유인교사하였다거나 위 약정의 전 과정을 주도적으로 관여하는 등 피고 D이 원고와의 이 사건 제1주택근저당 약정을 불이행하는 데 적극 가담하였다고 보기도 어렵고, 달리 이를 인정할 증거도 없다.

가) 피고 B, C는 2020. 5. 중순경 사업자금을 차용하고자 하는 피고 D에게 담보를 제공받고 3억 3,000만 원을 이율 연 24%에 대여하였다. 피고 D의 당시 경제상황, 대여금의 액수, 이율, 차용금채무의 담보로 제공받은 부동산의 가액, 이미 설정한 근저당권의 순위 등에 비추어 볼 때, 피고 B, C로서는 그들의 합리적 이익을 보호하기 위하여 원고와 이 사건 제2주택근저당 약정을 체결할 사회적 상당성을 갖추었다고 평가할 수 있다.

나) 피고 D과 피고 B, C 사이의 이 사건 제2대출계약 및 이 사건 제2주택근저당 약정은 사업자금이 급히 필요한 피고 D이 주도한 것으로 보일 뿐, 피고 B, C가 위 각 계약의 전 과정을 주도적으로 관여하였다고 볼 만한 사정이 보이지 않는다.

다) 피고 B, C는 2020. 7. 8. F이 받은 처분금지가처분 결정에 기하여 위 주택의 보존등기가 마쳐지자 이 사건 근저당권등기를 마쳤다. 이는 위 피고들이 피고 D에 대하여 담보를 확보하기 위하여 노력한

결과로 보일 뿐, 그 과정에 위법 내지 선량한 풍속 기타 사회질서를 위반한 사정은 보이지 않는다.

원고가 미리 피고 D을 상대로 이 사건 제1주택근저당 약정을 피보전채권으로 하는 처분금지가처분 결정을 받아 두었다면 피고 B, C의 위와 같은 담보 설정행위를 방지할 수도 있었다.

라. 소결

따라서 이 사건 제2주택근저당 약정이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효라고 볼 수 없으므로, 이를 전제로 한 이 사건 근저당권등기 말소 주장은 받아들이지 않는다.

3. 예비적 청구에 대한 판단

가. 원고의 주장 요지

피고 D은 원고에게 이 사건 제1주택근저당 약정에 따라 이 사건 주택에 1순위 근저당권을 설정하여 줄 채무를 부담함에도 이를 불이행하였다. 피고 B, C는 원고를 해한다는 사정을 알면서도 피고 D과 이 사건 제2주택근저당 약정을 맺고, 그에 기하여 이 사건 근저당권등기를 마침으로써 원고의 이 사건 주택에 대한 제1순위 담보권을 침해하는 위법행위를 하였다. 피고들의 채무불이행 내지 위법행위로 인하여 원고는 이 사건 근저당권등기의 채권최고액 상당인 4억 9,500만 원의 손해를 입었다. 피고 D은 채무불이행, 피고 B, C는 불법행위에 기하여 연대하여 원고에게 손해배상으로 4억 9,500만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무를 부담한다.

나. 관련 법리

제3자의 행위가 채권을 침해하는 것으로서 불법행위에 해당한다고 할 수 있으려면, 그 제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규를 위반하거나 선량한 풍속 기타 사회질서를 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해하였음이 인정되어야 하고, 이때 그 행위가 위법한 것인지 여부는 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2007. 9.

21. 선고 2006다9446 판결 참조).

다. 판단

1) 피고 B, C의 불법행위책임

피고 B, C가 원고를 해한다는 사정을 알면서도 이 사건 제2주택근저당 약정을 맺었다고 단정할 수 없고, 위 약정 체결 및 그에 기한 이 사건 근저당권등기 과정에 있어 위 피고들이 법규를 위반하였다거나 선량한 풍속 기타 사회질서를 위반하였다고 볼 만한 사정이 없음은 앞서 보았다. 이와 다른 전제에서 위 피고들이 원고의 채권을 침해하였다는 원고의 주장은 받아들이지 않는다.

2) 피고 D의 채무불이행책임

가) 피고 D의 채무불이행 여부

피고 D은 이 사건 제1주택근저당 약정에 기하여 원고에게 이 사건 주택에 관한 1순위 근저당권을 설정하여 줄 채무를 부담한다. 그럼에도 피고 B, C가 이 사건 주택에 관하여 1순위 근저당권을 설정하였으므로, 이로써 피고 D은 원고에 대하여 위 채무를 이행할 수 없게 되었는바, 피고 D은 원고에게 위 채무를 불이행하였음을 인정할 수 있다.

나) 피고 D의 채무불이행으로 원고에게 손해가 발생하였는지 여부

(1) 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하는 것이고, 이때 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회 통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2017. 6. 19. 선고 2017다215070 판결 참조).

(2) 피고 D의 위 채무불이행은 원고에 대한 추가 담보 제공 의무를 이행하지 않은 것이므로, 피고 D이 기존에 제공한 이 사건 토지 등에 관한 근저당권을 실행하여 채권 변제를 받더라도 채권이 잔존함이 증명되어야, 피고 D의 위 채무불이행으로 인하여 원고에게 잔존 채권액 상당의 손해가 발생하였음을 인정할 수 있을 것이다.

(3) 원고는 2020. 3. 3.경 이 사건 제1대출계약을 체결하면서 담보를 위하여 이 사건 토지 및 서울 관악구 G 외 1필지 소재 5개 주택에 관하여 각 1순위 근저당권설정등기를 마쳐 두었다. 그런데 원고가 위 대출 당시 설정한 담보가 그대로 존재하는 점, 위 각 근저당권설정등기에 기하여 원고는 위

각 부동산에 관한 임의경매 시 최선순위 변제를 받을 것으로 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 위 각 근저당권설정등기에 기하여 임의경매 신청 등의 방법으로 이 사건 제1대출금 회수를 시도하더라도 대출금 전액을 변제받지 못하리라 단정할 수 없고, 위 각 근저당권설정등기에도 불구하고 변제받지 못할 대출금액이 얼마인지 증명되지도 않았다. 그러므로 피고 D의 위와 같은 채무불이행으로 원고에게 손해가 발생하였음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거도 없다.

다) 소결

따라서 피고 D의 위 채무불이행으로 원고에게 손해가 발생하였음을 인정할 수 없는 이상, 이와 다른 전제에 선 채무불이행에 기한 손해배상 주장도 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 모두 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 허명산, 판사 심현근, 판사 정신영

[별지]

부동산 목록

서울 관악구 E

철근콘크리트구조 평슬래브지붕 4층 공동주택[도시형생활주택(단지형다세대)]

지층 114.29㎡

1층 101.29㎡

2층 85.17㎡

3층 76.37㎡

4층 48.10㎡

(전유부분의 건물의 표시)

가. 제1층 H호 철근콘크리트구조 27.64㎡

나. 제1층 I호 철근콘크리트구조 22.92㎡

다. 제1층 J호 철근콘크리트구조 20.76㎡

라. 제2층 K호 철근콘크리트구조 29.61㎡

마. 제2층 L호 철근콘크리트구조 29.87㎡

바. 제3층 M호 철근콘크리트구조 58.24㎡

사. 제4층 N호 철근콘크리트구조 29.97㎡. 끝.

