

서울서부지방법원 2021. 9. 10 선고 2019가합31788 판결 [근저당권설정등기말소회복등기 등]

전 문

원 고 A 주식회사

소송대리인 법무법인 린

담당변호사 성신영

피 고 1. 피고 겸 망 B의 소송수계인 C

2. D

피고 1, 2의 소송대리인 법무법인 (유한) 광장

담당변호사 윤택수, 정원진

3. 망 B의 소송수계인 E

4. F공제조합

5. 기술보증기금의 승계인수인 주식회사 G

6. 기술보증기금의 승계인수인 주식회사 G의 승계인수인 H 유한

회사

7. I

8. J

9. K

10. L

11. M

소송대리인 법무법인 서인

담당변호사 강윤영, 권기종

12. N

소송대리인 법무법인 혜승

담당변호사 정선아

피 고(탈 퇴) 기술보증기금

소송대리인 법무법인 지엘

담당변호사 이소희

변 론 종 결 2021. 8. 13.

판 결 선 고 2021. 9. 10.

주 문

1. 원고의 피고 F공제조합, 기술보증기금의 승계인수인 주식회사 G의 승계인수인 H 유한회사, I, J, K, L, M, N에 대한 소 중 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 등기국 2018.

12. 4. 접수 제37283호로 말소등기된 같은 등기국 2018. 8. 10. 접수 제24198호로 마친

근저당권설정등기의 각 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 구하는 부분과 원고의 기술보증기금의 승계인수인 주식회사 G에 대한 소를 모두 각하한다.

2. 원고에게,

가. 피고 C은 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여, 서울서부지방법원 등기국 2018. 6. 15.

접수 제18982호로 말소등기된 같은 등기국 2013. 3. 14. 접수 제8283호로 마친 근저당권설정등기

및 같은 등기국 2018. 12. 4. 접수 제37283호로 말소등기된 같은 등기국 2018. 8. 10. 접수

제24198호로 마친 근저당권설정등기의,

나. 피고 C, E은 별지 목록 제5, 7 내지 9, 11항 기재 각 부동산 중 각 1/2 지분에 관하여,

수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2018. 12. 4. 접수 제102479호로 말소등기된 같은 등기소

2013. 3. 14. 접수 제15040호로 마친 근저당권설정등기의각 회복등기절차를 이행하라.

3. 피고 D은 원고에게,

가. 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여, 서울서부지방법원 등기국 2018. 12. 6. 접수

제37450호로 말소등기된 같은 등기국 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

근저당권설정등기의각 회복등기절차를 이행하라.

4. 원고에게,

가. 피고 F공제조합, 기술보증기금의 승계인수인 주식회사 G의 승계인수인 H 유한회사, I, J, K, L, M,

N은 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 등기국 2018. 6. 15. 접수

제18982호로 말소등기된 같은 등기소 2013. 3. 14. 접수 제8283호로 마친 근저당권설정등기의

회복등기에 대하여,

나. 피고 한국전력공사는 별지 목록 제5, 10항 기재 각 부동산에 관하여 제2의 나.항 기재

근저당권설정등기의 회복등기에 대하여각 승낙의 의사표시를 하라.

5. 원고의 피고 C, E에 대한 각 나머지 청구를 기각한다.

6. 소송비용 중 원고와 피고 F공제조합, 기술보증기금의 승계인수인 주식회사 G의 승계인수인 H

유한회사, I, J, K, L, M, N 사이에서 생긴 부분의 1/2은 원고가, 나머지는 피고 F공제조합,

기술보증기금의 승계인수인 주식회사 G의 승계인수인 H 유한회사, I, J, K, L, M, N이 각 부담하고,

원고와 기술보증기금의 승계인수인 주식회사 G 사이에서 생긴 부분은 원고가 부담하며, 원고와 피고

C, D, E, 한국전력공사 사이에서 생긴 부분은 위 피고들이 부담한다.

청 구 취 지

주문 제2.가.항, 제3항, 제4.나.항 및 피고 C, E은 공동하여 원고에게 별지 목록 제5, 7 내지 9, 11항

기재 각 부동산에 관하여 주문 제2.나.항 기재 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행하고, 피고 F공제조합, 기술보증기금의 승계인수인 주식회사 G(이하 ‘피고 G’라 한다), 기술보증기금의 승계인수인 주식회사 G의 승계인수인 H 유한회사(이하 ‘피고 H’라 한다), I, J, K, L, M, N은 원고에게 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 주문 제2.가.항 기재 근저당권설정등기의 회복등기에 대하여 각 승낙의 의사표시를 하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자의 지위

- 1) 원고(최초 ‘O 주식회사’였다가 2016. 12. 23. ‘P 주식회사’로, 2017. 12. 26. 다시 ‘O 주식회사’로, 2019. 2. 12. ‘A 주식회사’로 상호변경)는 전기 공사업, 철강재 설치, 정보통신, 소방설비 및 산업설비 제조, 설치 및 판매업 등을 영위하는 주식회사이고, 피고 C은 원고의 전 대표이사이자 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산의 소유자이며, 피고 D은 피고 C의 배우자로 별지 목록 제3, 4, 6, 10항 기재 각 부동산의 소유자1) 이다.
- 2) 망 B은 별지 목록 제5, 7 내지 9, 11항 기재 각 부동산의 소유자였으나, 이 사건 소송계속 중인 2019. 3. 23. 사망하여 피고 C, E이 위 각 부동산 중 각 1/2 지분을 상속하였다.
- 3) 피고 H, I, J, M, N은 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산의 근저당권자이고, 피고 K, L은 피고 I, J의 위 근저당권과 관련하여 근저당권부질권등기를 마친 질권자이며, 피고 F공제조합은 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산의 가압류채권자이다.
- 4) 피고 한국전력공사는 별지 목록 제5, 10항 기재 각 부동산에 관하여 전기공작물(송전선)의 건설과 소유를 위한 구분지상권설정등기를 마친 지상권자이다.

나. 원고와 피고 C, O 주식회사, R 주식회사, 주식회사 S간의 관계

1) 피고 C은 원고의 대표이사로 2009. 3. 20.부터 2016. 6. 15.까지, 2017. 5. 10.부터 2018. 12. 7.까지 각 재직하고, 사내이사로 2009. 3. 20.부터 2018. 12. 7.까지 재직하면서 원고의 재무 및 자금관리 등 경영 전반을 총괄하였다.

2) 피고 C은 O 주식회사(최초 P 주식회사였으나 2010. 4. 7. O 주식회사로, 2016. 12. 23. 다시 P 주식회사로, 2017. 12. 26. O 주식회사로 순차 상호변경, 이하 ‘O’이라 한다)2)의 대표이사로 2010. 1. 8.부터, R 주식회사(이하 ‘R’이라 한다)의 대표이사로 2010. 1. 8.부터, 주식회사 S(이하 ‘S’이라 한다)의 대표이사로 2003. 6. 17.경부터 각 재직하였다.

3) 피고 C은 실질적으로 S의 주식 전체를 보유하고 있고, S은 R의 주식 전체를 보유하고 있으며, R은 O의 주식 전체를 보유하고 있다.

다. 원고의 O에 대한 자금 대여 및 피고 C 등의 근저당권 설정

1) 피고 C이 원고의 대표이사로 재직 중이던 2013년경 원고의 O에 대한 대여금 채권이 2012년 말경 기준으로 약 128억 800만 원(이하 1,000원 이하 단위는 반올림한다) 남아 있는 상태에서, 원고는 O에 약 43억 4,641만 1,000원을 추가로 대여하였다.

2) 당시 피고 C, 피고 C의 장모 망 Q3), 피고 C의 배우자 D, 피고 C의 부친 망 B은 2013. 3. 13. 원고와 O의 원고에 대한 기존의 채무 및 장래 발생할 모든 채무를 담보하기 위하여 위 피고들 소유이던 별지 목록 기재 각 부동산을 담보로 제공하는 내용의 근저당권설정계약을 체결하고(이하 ‘2013. 3. 13.자 근저당권설정계약’이라 한다), 2013. 3. 14. 채권최고액을 170억 원, 근저당권자를 원고로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

3) 원고는 2013. 9. 16.경 망 Q 소유의 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여 담보의 일부포기를 원인으로 서울서부지방법원 등기국 2013. 9. 16. 접수 제31054호로 위 2013. 3. 13.자 근저당권설정계약에 따라 마쳐진 같은 등기국 2013. 3. 14. 접수 제8283호 근저당권설정등기를 말소하여 주었다.

4) 망 Q은 2014. 3. 17. 다시 O의 원고에 대한 기존의 채무 및 장래 발생할 모든 채무를 담보하기 위하여 망 Q 소유이던 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산을 원고에 담보로 제공하는 내용의

근저당권설정계약을 체결하고(이하 '2014. 3. 17.자 근저당권설정계약'이라 한다), 같은 날 위 각 부동산에 관하여 채권최고액을 50억 원, 근저당권자를 원고로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

5) 이후에도 피고 C은 2018. 8. 10. O이 원고에 대하여 현재 및 장래에 부담할 일체의 채무를 담보하기 위하여 그 소유이던 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산을 원고에 담보로 제공하는 내용의 근저당권설정계약을 체결하고(이하 '2018. 8. 10.자 근저당권설정계약'이라 한다), 같은 날 위 각 부동산에 관하여 채권최고액을 40억 원, 근저당권자를 원고로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었다(이하 위 각 근저당권설정계약을 통틀어 '이 사건 각 근저당권설정계약'이라 하고, 각 근저당권설정등기를 '이 사건 각 근저당권설정등기'라 하며, 별지 목록 기재 각 부동산을 통틀어 '이 사건 담보부동산'이라 한다).

6) 피고 C이 원고의 대표이사로 재직하는 동안 원고는 O에 앞에서 본 43억 4,651만 1,000원 외에 추가로 2015년 40억 8,612만 2,000원, 2016년 48억 6,717만 8,000원, 2017년 80억 6,512만 원, 2018년 상반기 13억 4,036만 원을 대여하였으나, 대여금을 대부분 회수하지 못하여 2018. 6. 말 기준 O에 대한 원고의 대여금 채권 잔액은 287억 756만 원에 이르렀다.

라. 주주간계약의 체결과 임시주주총회를 통한 피고 C의 해임

1) 피고 C은 2018. 3. 5. T, 주식회사 U(이하 'T 등'이라 한다)와의 사이에서, 원고의 경영정상화 및 기업가치 증대를 위하여 원고의 기존사업은 피고 C이, 신규사업은 T 등이 경영하되 T 등이 원고의 재무, 회계, 인사, 총무 등 관리업무를 통할하고, 피고 C과 T 등이 각각 원고의 사내이사 2인과 사외이사 1인을 지명할 권리를 가지며 각각 지명한 2인의 사내이사가 대표이사로 선정되도록 하되 그 중 T 등이 지명한 대표이사가 이사회 및 주주총회의 의장이 되도록 하는 내용을 포함하는 주주간계약(이하 '이 사건 주주간계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 피고 C과 T 등은 같은 날 이 사건 주주간계약과 관련하여 부속합의서를 작성하면서, 2014. 3. 17.자 근저당권설정계약에 따라 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여 설정된 서울서부지방법원 등기국 2014. 3. 17. 접수 제8329호 근저당권설정등기의 말소를 위해 T 등이 최대한 협조하기로 합의하였다.

3) T은 2018. 3. 28. 원고의 사내이사로 취임하였는데, 2018. 6.경부터 원고와 T 등 사이에서 이 사건 주주간계약상의 의무 이행과 관련하여 분쟁이 발생하였고, 원고의 주주이기도 한 T 등은 2018. 9. 11. 대전지방법원 공주지원에 피고 C의 대표이사 해임 등을 안건으로 하는 원고의 임시주주총회의 소집허가를 신청하여, 대전지방법원 공주지원은 2018. 10. 29. 원고의 임시주주총회 소집을 허가하는 결정을 하였다(대전지방법원 공주지원 2018비합1003호).

4) 원고는 2018. 12. 7. 대전지방법원 공주지원의 위 임시주주총회 소집허가 결정에 따라 임시주주총회를 개최하였고, 위 임시주주총회에서 부실경영책임 등의 사유로 피고 C을 원고의 대표이사(사내이사)에서 해임하는 내용의 결의가 이루어졌고, 같은 날 개최된 이사회에서 T이 원고의 대표이사로 선임되었다.

마. 피고 C의 이 사건 담보부동산 근저당권말소와 관련 형사사건의 경과

1) 피고 C은 원고의 대표이사로 재직 중이던 2018. 3. 27.경 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 체결된 원고와 피고 C 사이의 2013. 3. 13.자 근저당권설정계약을 해지하고, 서울서부지방법원 등기국 2018. 6. 15. 접수 제18982호로 2013. 3. 13.자 근저당권설정계약에 의하여 마쳐진 같은 등기국 2013. 3. 14. 접수 제8283호 근저당권설정등기를 말소하여 주었다.

2) 이후 피고 C은 원고의 대표이사에서 해임되기 전인 약 한달 전인 2018. 10. 30.경 원고의 대표이사로서 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 체결된 원고와 피고 C, 망 Q, 망 B 사이의 이 사건 각 근저당권설정계약을 모두 해지하고, 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 등기국 2018. 12. 4. 접수 제37283호로 2018. 8. 10.자 근저당권설정계약에 의하여 마쳐진 같은 등기국 2018. 8. 10. 접수 제24198호 근저당권설정등기를, 별지 목록 제5, 7 내지 9, 11항 기재 각 부동산에 관하여 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2018. 12. 4. 접수 제102479호로 2013. 3. 13.자 근저당권설정계약에 의하여 마쳐진 같은 등기소 2013. 3. 14. 접수 제15040호 근저당권설정등기를, 별지 목록 제6항 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2018. 12. 4. 접수 제102480호로 2013. 3. 13.자 근저당권설정계약에 의하여 마쳐진 같은 등기소 2013. 3. 14. 접수 제15040호 근저당권설정등기를, 별지 목록 제10항 기재 부동산에

관하여 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2018. 12. 4. 접수 제102481호로 2013. 3. 13.자 근저당권설정계약에 의하여 마쳐진 같은 등기소 2013. 3. 14. 접수 제15040호 근저당권설정등기를, 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 등기국 2018. 12. 6. 접수 제37450호로 2014. 3. 17.자 근저당권설정계약에 의하여 마쳐진 같은 등기국 2014. 3. 17. 접수 제8329호 근저당권설정등기를 각 말소하여 주었다.

3) 원고는 피고 C이 대표이사에서 해임되고 난 이후인 2019. 3. 15.경 위와 같은 피고 C의 근저당권 말소가 배임에 해당한다는 이유로 피고 C을 고소하였고, 피고 C은 위와 같은 근저당권 말소와 관련하여 수원지방법원 안양지원에 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)으로 기소되어 2020. 12. 8. 징역 4년의 유죄판결을 선고받았다(수원지방법원 안양지원 2020. 12. 18. 선고 2020고합82 판결). 이후 검사와 피고 C이 쌍방 항소하여 현재 위 형사사건은 수원고등법원에 계속 중이다(수원고등법원 2021노15호, 이하 ‘관련 형사사건’이라 한다).

바. 이 사건 각 근저당권설정등기에 관하여 현존하는 후순위권리자

- 1) 피고 C은 2013. 6. 27. 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 근저당권자 기술신용보증기금, 채무자 O 주식회사(인천 남동구 V), 채권최고액 19억 7,400만 원의 근저당권설정등기를 마쳐 주었는데, 위 근저당권은 2019. 11. 29.자 확정채권 대위변제를 원인으로 2019. 12. 6. 피고 G에게 이전되었다가, 2020. 11. 4.자 확정채권양도를 원인으로 2020. 11. 9. 피고 H에게 재차 이전되었다.
- 2) 피고 C은 2013. 12. 6. 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 근저당권자 피고 I, J, 채무자 O, 채권최고액 20억 원의 근저당권설정등기를 마쳐 주었는데, 위 근저당권부 채권에 관하여 피고 K, L은 2015. 3. 5. 피고 I, J과 권리질권 설정계약을 체결하고 2015. 3. 10. 채권액을 20억 원으로 하는 근저당권부질권등기를 마쳤다.
- 3) 피고 C은 2014. 1. 12. 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 근저당권자 유한회사 W, 채무자 O, 채권최고액 10억 원의 근저당권설정등기를 마쳐 주었는데, 위 근저당권은 2018. 10. 30.자 확정채권양도를 원인으로 2018. 10. 31. 피고 M에게 이전되었다.

- 4) 피고 C은 2015. 1. 7. 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 근저당권자 피고 N, 채무자 피고 C, 채권최고액 3억 5천만 원의 근저당권설정등기를 마쳐 주었다.
- 5) 피고 F공제조합은 2016. 8. 18. 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 2016. 8. 18.자 2016카단1345 가압류결정에 기초하여 청구금액을 10억 원으로 하는 가압류등기를 마쳤다.
- 6) 망 B은 별지 목록 제5항 기재 부동산에 관하여, 망 Q을 단독 상속한 피고 D은 별지 목록 제10항 기재 부동산에 관하여, 각 피고 한국전력공사와 체결한 전기공작물(송전선)의 건설과 소유를 목적으로 하는 2018. 3. 28.자 토지사용계약을 원인으로 2018. 4. 5. 피고 한국전력공사에게 구분지상권설정등기를 마쳐 주었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 16, 18 내지 20, 22 내지 30호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1, 2, 4 내지 7호증, 을마 제1호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 소를 각하하는 부분

부동산등기법 제59조가 정한 등기상 이해관계 있는 제3자란 말소회복등기가 되면 손해를 입을 우려가 있는 사람으로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 기존의 등기 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 자를 의미한다(대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다18011 판결 등 참조).

피고 C이 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 기술신용보증기금에게 마쳐준 근저당권설정등기가 2019. 11. 29.자 확정채권 대위변제를 원인으로 2019. 12. 6. 피고 G에게 이전되었다가, 2020. 11. 4.자 확정채권양도를 원인으로 2020. 11. 9. 피고 H에게 재차 이전된 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고 G는 원고가 피고 C에 대하여 구하는 말소회복등기로 인하여 손해를 입을 우려가 있는 자에 해당하지 아니함이 명백하다.

또한 피고 F공제조합, H, I, J, K, L, M, N의 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관한 가압류등기, 근저당권설정등기, 근저당권에 대한 근질권설정등기는 원고가 말소회복등기를 구하는 서울서부지방법원 등기국 2018. 8. 10. 접수 제24198호 근저당권설정등기가 마쳐지기 이전부터 등기되어 있었음을 알 수 있으므로, 위 피고들은 자신들보다 후순위인 원고 명의의 위 근저당권설정등기에 관하여 말소회복등기가 이루어진다 하더라도 그로 인하여 손해를 입을 우려가

없다.

따라서 피고 F공제조합, H, I, J, K, L, M, N은 원고의 위 피고들에 대한 청구 중 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 등기국 2018. 12. 4. 접수 제37283호로 말소등기된 같은 등기국 2018. 8. 10. 접수 제24198호로 마친 근저당권설정등기의 회복등기를 구하는 부분에 한하여는 부동산등기법 제59조에서 규정하고 있는 이해관계 있는 제3자에 포함되지 않는다고 할 것이므로, 말소회복등기 관련 승낙청구의 상대방으로서의 당사자 적격이 없는바, 원고의 위 피고들에 대한 청구 중 위와 같은 부분과 원고의 피고 G에 대한 청구는 모두 부적법하다.

3. 나머지 청구에 관한 판단

가. 원고의 주장

원고의 대표이사 피고 C은 대여금 채권을 회수하거나 다른 담보를 제공받는 등 채권 회수를 위한 조치를 취하지 아니한 채 피고 C 본인이나 배우자인 피고 D 등 자신의 가족들이 소유한 이 사건 담보부동산에 설정된 이 사건 각 근저당권설정등기를 말소해 주는 배임행위를 저질렀고, 근저당권설정자들이 피고 C 본인이거나 배우자인 피고 D, 부친 B, 장모 Q 등으로 이들 일가족이 배임행위에 적극 가담하였다 할 것이므로 피고 C의 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소 행위는 민법 제103조에 위반되어 무효이다.

설령 피고 C의 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소가 민법 제103조에 위반되어 무효라고 볼 수 없더라도 아래와 같은 이유에서 결국 무효이므로, 피고 C, D, E은 이 사건 각 근저당권말소등기로 말소된 각 근저당권의 말소회복등기절차를 이행할 의무가 있고, 이 사건 각 근저당권말소회복등기에 관하여 이해관계 있는 제3자인 나머지 피고들은 위 근저당권의 말소회복등기절차의 이행에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다.

① 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소는 중요자산의 처분에 해당하는 회사의 업무집행으로서 상법 제393조 내지 원고의 정관 제38조의2에서 정한 이사회 결의사항에 해당하여 대표이사의 대표권이 제한된다고 할 것임에도 피고 C은 이사회 결의 없이 원고를 대표하여 근저당권설정등기를 말소하였고, 이러한 사정을 근저당권설정등기의 상대방인 피고 C, D, 망 B도 알았거나 알 수 있었다.

② 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소는 상대방인 피고 C 자신이나 그 일가족들에게만 이익되는 행위로서 대표권의 남용행위에 해당하고 이를 상대방이 알았거나 알 수 있었다.

③ 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소는 이사 등과 회사와의 거래로서 상법 제398조에 따라 이사회의 특별승인이 필요한데, 이사회의 특별승인이 없었고 이사회의 특별승인이 없었다는 사실에 대하여 거래상대방의 악의 내지 중과실이 인정된다.

나. 피고 C, D, E에 대한 청구에 관한 판단

1) 청구원인에 관한 판단

가) 관련 법리

부동산등기법 제59조 소정의 말소회복등기는 어떤 등기가 부적법하게 말소된 경우에 그 말소된 등기를 회복함으로써 말소 당시에 소급하여 말소가 되지 않았던 것과 같은 효과를 생기게 하는 등기를 말하는바, 어떤 이유이건 당사자가 자발적으로 말소등기를 한 경우에는 말소회복등기를 할 수 없는 것이기는 하나(대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카5673 판결 참조), 부적법하게 말소된 등기에는 말소등기의 등기원인의 무효나 취소 등과 같은 실체적 이유에 기한 것이 포함되므로(대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카5673 판결, 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다39877 판결, 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다112350 판결 참조), 말소등기의 등기원인이 된 법률행위가 민법 제103조에서 정하는 반사회질서의 법률행위에 해당하여 무효인 경우에도 마찬가지로 그러한 말소등기에 의하여 말소된 기존의 등기는 부적법하게 말소된 등기에 해당하여 말소회복등기의 대상이 된다고 할 것이다.

나) 구체적 판단

위 인정사실과 앞서 든 증거, 갑 제18호증의 기재 및 변론 전체의 취지에서 알 수 있는 다음과 같은 사정들, O은 2013년부터 2016년도까지 자금난 등으로 인하여 계속기업으로의 존속능력에 대한 중대한 의문과 불확실성이 있다는 이유로 계속하여 감사인으로부터 감사의견 거절을 받아 왔었고 그 이후로도 위와 같은 자금난이 개선되지는 않은 것으로 보이는 점, 피고 C은 O의 대표이사이기도 하였으므로 O이 위와 같이 심각한 자금난을 겪고 있어 이 사건 각 근저당권설정등기가 말소될 경우 원고의 O에 대한 대여금 채권을 회수하지 못할 가능성이 매우 높다는 점을 잘 알고 있었던 점,

그럼에도 불구하고 피고 C은 O로부터 대여금 채권을 회수하거나 다른 담보를 제공받는 등 채권 회수를 위한 조치를 취하지 아니한 채 원고의 대표이사로서의 지위를 이용하여 이 사건 각 근저당권설정계약을 해지하고 이 사건 담보부동산에 설정된 이 사건 각 근저당권설정등기를 말소하게 하였던 점, 이 사건 각 근저당권설정계약의 당사자는 피고 C 본인이거나 배우자인 피고 D, 부친인 망 B, 장모인 망 Q 등 피고 C과 밀접한 관계에 있는 친족이었고 이들이 이 사건 담보부동산을 O의 채무에 대한 담보로 제공하게 된 것 역시 피고 C의 의사에 따른 것으로 보이는 점, 피고 C은 위와 같은 근저당권말소 행위와 관련하여 원고를 피해자로 하는

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)으로 기소되었다가 수원지방법원 안양지원에서 징역 4년의 유죄 판결을 선고받은 점 등을 종합하면, 피고 C이 근저당권의 피담보채무가 변제되지 않은 상태에서 원고를 대표하여 임의로 근저당권설정계약을 해지한 행위는 원고에 대한 배임행위에 해당하고, 근저당권설정계약 해지 당시 이 사건 담보부동산의 소유자였던 피고 C, D, 망 B은 이러한 행위가 배임행위에 해당한다는 점을 잘 알면서도 이에 적극 가담하였다고 봄이 상당하다.

따라서 피고 C이 원고를 대표하여 한 이 사건 각 근저당권설정계약의 해지는 반사회질서 법률행위로서 무효라고 할 것이므로, 위 각 근저당권설정계약의 해지를 등기원인으로 하여 말소등기된 이 사건 각 근저당권설정등기는 부적법하게 말소된 등기에 해당하여 말소회복등기의 대상이 된다.

그렇다면 원고에게, 피고 C은 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여, 서울서부지방법원 등기국 2018. 6. 15. 접수 제18982호로 말소등기된 같은 등기국 2013. 3. 14. 접수 제8283호로 마친 근저당권설정등기 및 같은 등기국 2018. 12. 4. 접수 제37283호로 말소등기된 같은 등기국 2018. 8. 10. 접수 제24198호로 마친 근저당권설정등기의 각 회복등기절차를 이행할 의무가 있고, 피고 C, E은 별지 목록 제5, 7 내지 9, 11항 기재 각 부동산 중 각 1/2 지분에 관하여, 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2018. 12. 4. 접수 제102479호로 말소등기된 같은 등기소 2013. 3. 14. 접수 제15040호로 마친 근저당권설정등기의 각 회복등기절차를 이행할 의무가 있으며, 피고 D은, 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여, 서울서부지방법원 등기국 2018. 12. 6. 접수 제37450호로 말소등기된 같은 등기국 2014. 3. 17. 접수 제8329호로 마친 근저당권설정등기의, 별지 목록 제6항

기재 부동산에 관하여 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2018. 12. 4. 접수 제102480호로 말소등기된 같은 등기소 2013. 3. 14. 접수 제15040호로 마친 근저당권설정등기의, 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 이행할 의무가 있다(원고는 피고 C, E이 공동하여 별지 목록 제5, 7 내지 9, 11항 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정등기의 말소회복등기절차를 이행할 것을 구하나, 피고 C, E이 위 각 부동산을 공동으로 상속한 이상 상속지분에 따른 의무가 인정될 뿐이다).

2) 피고 C, D의 주장에 관한 판단

가) 근저당권의 말소가 주주간계약을 이행한 것으로 유효한지 여부

피고들은 피고 C이 T 등과 이 사건 주주간계약을 체결할 당시 이 사건 담보부동산에 설정된 이 사건 각 근저당권설정등기를 말소하기로 하는 명시적·묵시적 합의가 있었으므로, 이러한 합의에 따른 근저당권설정등기의 말소는 반사회질서 법률행위에 해당하지 않고 유효하다고 주장한다.

앞서 든 증거 및 을 제3, 8 내지 10호증의 각 기재에 의하면, 피고 C과 T 등이 이 사건 주주간계약을 체결하는 과정에서 피고 C이 T 등에게 원고의 경영권을 넘겨주는 대신 피고 C과 그 친족 소유의 부동산에 설정된 이 사건 각 근저당권설정등기를 말소할 수 있는지를 논의하였고, 최종 체결된 이 사건 주주간계약의 부속합의서에 ‘별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 설정된 근저당권설정등기의 말소를 위해 T 등은 최대한 협조한다’고 기재된 사실은 인정된다.

그러나 “최대한 협조한다”라는 문구에 비추어 보더라도 부속합의서의 위 근저당권말소 조항에 법적인 구속력이 인정된다고 볼 수 없고, 이러한 조항을 두었다는 사정만으로 T 등이 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소를 양해하였다고 보기도 어려우므로, 위 인정사실 및 피고들이 제출한 증거만으로는 피고 C과 T 등 사이에서 이 사건 담보부동산에 설정된 이 사건 각 근저당권설정등기를 말소하기로 하는 합의가 성립되었다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

나아가 설령 피고 C과 T 등 사이에서 이 사건 각 근저당권설정등기를 말소하기로 하는 합의가 성립되었다고 보더라도, 이러한 주주들 사이의 합의가 당연히 원고에게까지 효력을 미치는 것도 아니므로, 위 합의에 따른 근저당권의 말소 역시 상장회사로서 소액주주의 지분비율이 높은 원고에

대하여 배임행위에 해당한다고 보아야 하는바, 어느 모로 보나 피고들의 위 주장은 이유 없다.

나) 말소회복등기의 대상인 원고 명의의 근저당권이 처음부터 무효인지 여부

1) 피고들의 주장

피고들은 원고의 O에 대한 자금대여 자체가 상법 제542조의9 제1항에 위반되는

신용공여행위이므로 무효이고, 이 사건 담보부동산에 설정된 이 사건 각 근저당권설정등기는 이러한 무효인 채권을 담보하기 위한 것이어서 근저당권의 부종성에 따라 무효이므로, 처음부터 무효인 이 사건 각 근저당권설정등기에 대하여는 회복등기를 구할 수 없다고 주장한다.

2) 판단

살피건대, 가사 피고들의 주장과 같이 이 사건 각 근저당권의 피담보채무인 대여금 채무가 상법 제542조의9 제1항을 위반한 신용공여에 해당하여 무효라고 하더라도 O은 원고에 대하여 같은 금액의 부당이득반환채무를 부담한다고 할 것인바, 위와 같은 경위로 발생한 부당이득반환채무 중 이 사건 각 근저당권설정계약 이후에 발생한 부당이득반환채무가 이 사건 각 근저당권의 피담보채무에 포함되는지 여부는 별론으로 하더라도 이 사건 각 근저당권설정계약서(을 제4 내지 6호증)의 기재에 의하면 최소한 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 당시에 발생되어 있던 부당이득반환채무는 이 사건 각 근저당권의 피담보채무에 포함된다고 할 것이므로, 이 사건 각 근저당권이 부종성에 따라 무효가 된다고 볼 수 없다. 따라서 피고들의 위 주장은 이유 없다.

다. 피고 I, J, K에 대한 청구에 관한 판단(의제자백)

1) 판단근거

민사소송법 제208조 제3항 제2호, 제150조 제3항, 제1항(자백간주)

2) 소결론

따라서 원고에게, 피고 I, J, K은 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 등기국 2018. 6. 15. 접수 제18982호로 말소등기된 같은 등기국 2013. 3. 14. 접수 제8283호로 마친 근저당권설정등기의 회복등기에 대하여 각 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다.

라. 피고 F공제조합, H, L, M, N, 한국전력공사에 대한 청구에 관한 판단

앞서 본 바와 같이 이 사건 각 근저당권설정계약의 해지행위가 무효인 이상 특별한 사정이 없는 한 회복대상인 근저당권설정등기 이후에 가압류, 근저당권 등을 설정함으로써 이해관계를 가지게 된 권리자들인 피고 F공제조합, H, L, M, N, 한국전력공사는 원고가 구하는 이 사건 각 근저당권설정등기의 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다.

이에 대하여 피고들은 원고의 근저당권설정등기 말소가 자발적 말소에 해당하므로 말소회복등기의 대상이 아니라고 주장한다. 그러나 비록 피고 C이 대표이사로서 이 사건 각 근저당권설정등기를 말소하였다고 하더라도, 피고 C의 배임적 의사에 기초하여 근저당권설정등기를 말소한 것을 두고 자발적으로 말소등기를 하였다고 할 수 없으므로, 피고들의 위 주장은 이유 없다(근저당권설정계약의 해지행위가 반사회질서 법률행위에 해당한다고 하여 이에 기초한 근저당권설정등기의 말소등기 신청행위까지 당연히 반사회질서 법률행위에 해당하는지는 의문이 있으나, 그 말소등기 신청행위에 하자가 있음은 부인할 수 없고, 피고들은 말소등기를 기초로 하여 새로운 이해관계를 맺은 자들도 아니므로 말소등기 신청행위의 유효를 주장할 수도 없다고 할 것이다).

4. 결론

그렇다면 원고의 피고 F공제조합, H, I, J, K, L, M, N에 대한 소 중 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 등기국 2018. 12. 4. 접수 제37283호로 말소등기된 같은 등기국 2018. 8. 10. 접수 제24198호로 마친 근저당권설정등기의 각 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 구하는 부분과 원고의 피고 G에 대한 소를 모두 각하하고, 피고 C, D, E, F공제조합, H, I, J, K, L, M, N, 한국전력공사에 대한 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하며, 원고의 피고 C, E에 대한 각 나머지 청구는 이유 없으므로 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이병삼, 판사 김병휘, 판사 조현우

[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) 별지 목록 제3, 4, 6항 기재 각 부동산의 소유자였던 Q이 2016. 1. 29. 사망하여 망 Q의 자녀인 피고 D이 위 각 부동산을 단독으로 상속하였다.

2) 원고와 상호가 동일한 때가 있으나 각 회사는 법인등록번호 및 본점소재지가 상이한 별개의 법인이다.

3) 망 Q 소유의 별지 목록 제3, 4, 6항 기재 부동산은 망 Q이 2016. 1. 29. 사망한 이후 피고 D이 단독 상속하였다.