

서울중앙지방법원 2020. 9. 22 선고 2018가단5258534 판결 [근저당권설정등기말소 청구]

전 문

원고A

소송대리인 법무법인 이인

담당변호사 손계룡, 신혜진

피고중소기업은행

소송대리인 법무법인(유한) 한별

담당변호사 이정훈, 심지윤

피고승계참가인B 유한회사

소송대리인 법무법인 한서

담당변호사 강대희

변론 종결 2020. 8. 18.

판결 선고 2020. 9. 22.

주 문

1. 원고의 피고 및 피고승계참가인에 대한 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 승계참가로 인한 부분을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

1. 피고 및 피고승계참가인은 원고에게 별지목록 기재 부동산에 관하여 2010. 10. 28.

서울북부지방법원 접수 제47239호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 원고의 피고에 대한 소는 피고승계참가인에 대한 참가승인 결정으로 종료되었다.

이 유

1. 인정사실

가. 당사자의 지위

소외 주식회사 C(대표이사 D, 이하 '소외 회사'라 한다)는 컴퓨터 및 주변기기 도소매업을 목적으로 설립된 회사로서, 소외 E 주식회사(이하 'E'이라 한다)가 제조·판매하는 광디스크 드라이브를 국내에 판매하는 총판 역할을 하여 왔다. 원고는 소외 회사의 대표이사인 D의 배우자로서, 소외 회사를 위하여 담보를 제공한 물상보증인이다. 피고는 소외 회사와 여신거래약정 및 지급보증거래약정을 체결하고 소외 회사가 E로부터 계속적으로 공급받는 물품대금 지급채무를 지급보증한 금융기관이고, 피고 승계참가인은 이 사건 소송도중 피고로부터 이 사건 지급보증거래로 인하여 발생한 담보권 및 구상채권 등의 유동화자산을 양수한 유동화전문회사이다.

나. 여신거래약정, 지급보증거래약정 및 지급보증

(1) 피고는 2010. 10. 28. 소외 D의 연대보증 하에 소외 회사와 사이에 여신한도 금액을 10억 원, 자금용도를 '이행보증'으로 하는 여신거래약정을 체결함과 아울러 대출과목을 '기타원화지급보증', 보증종류를 '계약이행보증', 지급보증 금액을 '10억 원', 보증기간을 1년, 보증처를 'E'으로 하여 소외 회사가 보증처에게 현재 부담하고 있거나 장래에 부담하게 될 채무에 대하여 지급을 보증하는 내용의 지급보증거래약정1)을 체결한 이래 2011. 10. 26. 및 2012. 10. 26. 위 지급보증거래 약정을 갱신하여 왔다(이하 2010. 10. 28.자 지급보증거래를 '1차 지급보증'이라 하고, 2011. 10. 26.자 지급보증거래를 '2차 지급보증', 2012. 10. 26.자 지급보증거래를 '3차 지급보증'이라 한다).

(2) 피고는 위 1, 2, 3차 지급보증거래에 따른 계정과목과 거래구분을 원화지급보증(한도내개별)으로 관리하여 왔는데, 2013. 10. 24.경 소외 회사가 4차 지급보증거래 신청을 함에 있어 보증기간을

3년으로 하여 줄 것을 요청함에 따라 피고는 그 동안 지원해오던 지급보증거래의 계정과목과 거래구분을 원화지급보증(한도내개별)에서 원화지급보증(개별)로 변경하여, 계정과목(지급보증종류)을 '기타원화지급보증(거래구분: 개별)', 지급보증한도를 10억 원, 보증기간을 3년으로 하여 소외 회사가 보증처에게 현재 부담하고 있거나 장래에 부담하게 될 채무에 대하여 지급을 보증하기로 하는 지급보증거래약정을 체결하였다(이하 '4차 지급보증'이라 한다).

(3) 피고는 위 각 지급보증거래약정에 기하여 2010. 10. 28.부터 2013. 10. 24.까지 4차에 걸쳐 E을 보증처로 하여 지급보증서를 발행하여 주었는데, 피고가 4회에 걸쳐 발행한 지급보증서는 아래에서 보는 바와같이 계좌번호와 보증기간을 제외한 주요 내용이 모두 동일하거나 유사하였다.

계좌번호2) 계좌번호의 제1, 2단위는 고객번호이고, 제3단위는 해당 계좌의 거래방식을 지칭하는데 한도거래는 99코드번호를 사용하고, 개별거래는 38코드번호를 사용하며, 제4단위는 거래 순서에 따라 계좌번호를 넘버링한 번호이다. 위 계좌번호의 J는 소외 회사를 지칭하는 고객번호이고, 38은 이 계좌번호의 거래방식이 개별거래임을 나타내는 코드번호이다. 한편 피고가 2010. 10. 28.자 여신거래약정에 부여한 계좌번호는 "K"이다. 이와 같은 점에 비추어보면, 피고는 여신거래약정과 지급보증거래약정에 별도로 계좌번호를 부여하여 관리하면서, 모(母)계좌에 해당하는 여신거래약정에 대하여는 그 자체가 한도거래이므로 제3단위에서 99코드번호를 사용하였고, 자(子)계좌에 해당하는 지급보증거래약정에 대하여는 여신거래한도 내에서의 개별거래약정임을 감안하여 38코드번호를 사용한 것임을 알 수 있다.	1차 2010. 10. 28.	F
2차 2011. 10. 26.	G	
3차 2012. 10. 26.	H	
4차 2013. 10. 24.	I	
보증처	E	
채무자	C	
	보증목적 : 금융보증(구 이행보증)	
피보증채무의 내용	1차 2010. 10. 28.	보증채무범위 : 보증기간 중에 이행기일이 도래하는 채무
2차 2011. 10. 26.	보증목적 : 금융보증(구 이행보증)	
3차 2012. 10. 26.	보증채무범위 : 보증기간 중에 발생하고 이행기일이 도래하는 채무	
4차 2013. 10. 24.		

계좌번호2) 계좌번호의 제1, 2단위는 고객번호이고, 제3단위는 해당 계좌의 거래방식을 지칭하는데 한도거래는 99코드번호를 사용하고, 개별거래는 38코드번호를 사용하며, 제4단위는 거래 순서에 따라 계좌번호를 넘버링한 번호이다. 위 계좌번호의 J는 소외 회사를 지칭하는 고객번호이고, 38은 이 계좌번호의 거래방식이 개별거래임을 나타내는 코드번호이다. 한편 피고가 2010. 10. 28.자 여신거래약정에 부여한 계좌번호는 "K"이다. 이와 같은 점에 비추어보면, 피고는 여신거래약정과 지급보증거래약정에 별도로 계좌번호를 부여하여 관리하면서, 모(母)계좌에 해당하는 여신거래약정에 대하여는 그 자체가 한도거래이므로 제3단위에서 99코드번호를 사용하였고, 자(子)계좌에 해당하는 지급보증거래약정에 대하여는 여신거래한도 내에서의 개별거래약정임을 감안하여 38코드번호를 사용한 것임을 알 수 있다.	1차 2010. 10. 28.	F
보증금액	금 일십억 원정 (₩1,000,000,000)	
보증기간(적용보증요율)	1차 2010. 10. 28.	2010. 10. 28. ~ 2011. 10. 27. (보증요율 1.332%)
2차 2011. 10. 26.	2011. 10. 26. ~ 2012. 10. 25. (보증요율 1.332%)	
3차 2012. 10. 26.	2012. 10. 26. ~ 2013. 10. 25. (보증요율 1.424%)	
4차 2013. 10. 24.	2013. 10. 24. ~ 2016. 10. 24. (보증요율 2.067%)	
보증채무의 이행시기	보증채무는 주채무자에게 다음 사유가 있는 경우에 한하여 보증기간 만료일 전에 이행청구 할 수 있기로 한다.1. 어음교환소의 거래정지처분 있는 때2. 파산 회생절차 개시의 신청이 있는 때	
보증채무의 이행 청구기간	보증기간경과 후 2개월 이내에 보증처로부터 보증채무의 이행청구가 없는 때에 이 보증채무는 소멸하는 것으로 한다.	

다. 근저당권설정계약의 체결

(1) 피고는 2010. 10. 28. 소외 회사와 지급보증거래약정을 체결하면서 그 담보를 위하여 소외 회사의 대표이사(D)의 배우자인 원고와, 소외 회사와 피고 사이의 "기타원화지급보증" 종류의 거래와 관련하여 소외 회사가 피고에 대하여 현재 및 장래에 부담하는 모든 채무(이자, 지연배상금 기타 부채채무를 포함)를 피담보채무의 범위로 하는 채권최고액 8억 원의 '한정근저당' 설정계약을 체결하였고, 이에 따라 같은 날 별지목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 서울북부지방법원 2010. 10. 28. 접수 제47239호로 근저당권자 피고, 채권최고액 8억 원으로 된 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)가 마쳐졌다.

(2) 이 사건 근저당권설정계약서(을 제1호증)에는 피담보채무의 범위와 채권최고액, 근저당권 결산기에 대하여 다음과 같이 기재되어 있다.

DOCUMENT: 근저당권설정계약서 일부(이미지 생략)

(3) 이 사건 근저당권설정계약서의 수기 내용 중 "한정근저당"과 "팔억" 및 "장래지정형"은 원고 본인의 자필이고, "기타원화지급보증"은 원고의 필체가 아닌 것으로 밝혀졌다.

(4) 한편 이 사건 근저당권설정계약서에는 근저당권 결산기의 세가지 유형 중 이 사건 근저당권설정계약에 적용되는 '장래지정형'의 의미와 담보종류에 따른 책임범위에 대하여 다음과 같이 안내되어 있는데, 원고는 이 사건 소송 제기 이전에 서면 통지를 통해 이 사건 근저당권의 결산기를 지정한 사실이 없다.

DOCUMENT: 근저당권설정계약서 결산기 및 책임범위 안내(이미지 생략)

라. 피고의 지급보증채무 이행과 이 사건 부동산에 대한 경매절차 진행

(1) E의 파산관재인 L은 위 4차 지급보증기간 경과 후 2개월 이내인 2016. 12. 14. 피고에게 보증채무의 이행을 청구한 다음, 2017. 4. 19. 소외 회사와 피고를 상대로 하여 물품대금(10억 원) 및 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였는데(서울중앙지방법원 2017가합527440), 위 소송의 1심법원은 2017. 12. 21. "소외회사와 피고는 연대하여 E에게 10억 원 및 이에 대하여 2016. 12. 15.부터 2017. 5. 2.까지 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라."는 판결을 선고하였고, 2018. 9. 29. 항소기각으로 위 1심판결이 그대로 확정되었다(서울고등법원 2018나2003715).

(2) 피고는 위 확정판결에 따라 2018. 10. 1. 지급보증 원리금 1,235,315,068원을 E 측에 지급한 다음, 2018. 10. 8. 이 사건 부동산에 대한 임의경매를 신청하여 2018. 10. 10. 경매개시결정이 내려졌다(서울북부지방법원 M).

(3) 그러자 원고는 2018. 12. 5. 이 사건 근저당권설정등기말소청구 소송을 제기하였고, 2019. 4. 22. 위 임의경매절차에서 이 사건 부동산이 764,100,000원에 낙찰되는 매각허가결정이 내려지자, 원고는 2019. 4. 26. 이 사건 근저당권은 담보권의 부존재 또는 소멸 등의 실체상의 하자가 있는 것이라며 위 매각허가결정에 대한 즉시항고를 하였다. 그러나 위 사건의 제1심법원은 2019. 5. 1. 매각허가결정을 인가하는 결정을 하였고, 이에 원고가 위 인가결정에 대한 항고를 제기하였으나, 위 사건의 2심법원도 2020. 5. 19. 원고의 항고를 기각하는 결정을 하였으며(서울북부지방법원 2019라1056), 위 결정은 2020. 7. 24. 심리불속행 결정으로 확정되었다.

마. 이 사건 근저당권의 승계

자산유동화에 관한 법률(이하 '자산유동화법'이라 한다)에 따라 설립된 유동화전문회사인 피고 승계참가인은 이 사건 소송계속중인 2018. 12. 27. 자산유동화계획에 따라 피고로부터 소외 회사에 대한 채권 및 부수권리를 모두 양도하는 내용의 자산양수도계약을 체결하고, 같은 날 금융위원회에 그 양도사실을 등록함으로써 자산유동화법 제8조 제1항3)에 의하여 이 사건 근저당권 전부를 승계 취득하였다.

【인정 근거】 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 8호증, 을가 제1 내지 15호증(가지번호 있는 경우 가지번호 포함, 이하 같음), 을나 제1 내지 6호증의 각 기재, 중소기업은행에 대한 금융거래제출명령 회신결과, 이 법원 감정인 N의 감정결과, 변론 전체의 취지

2. 원고의 청구원인 주장

가. 주위적 주장

이 사건 근저당권설정계약은 존속기간이 정하여진 확정채무에 대한 개별보증을 목적으로 체결된 특정근저당으로서, 이 사건 근저당권설정계약 당일인 2010. 10. 28. 소외 회사와 피고 사이에서 체결된 보증기간 1년, 보증금액 10억 원, 보증처 E으로 된 1차 지급보증으로 인하여 발생하는 특정 구상채무만을 담보하기 위하여 체결된 것이다. 그런데 이 사건 근저당권은 그 지급보증에 따른

구상채무가 발생하지 않은 채4) 근저당권설정계약에서 정한 존속기간의 경과로 실효되었다.

나. 예비적 주장

설령 이 사건 근저당권설정계약이 한정근저당 계약이라고 하더라도, 다음과 같은 이유로 제4차 지급보증으로 인한 구상금 채무는 이 사건 근저당권의 피담보채무의 범위에 포함되지 않는다.

(1) 이 사건 근저당권설정계약서에 기재된 한정근저당의 의미 및 이 사건 근저당권설정계약이 담보하는 종류가 기타원화지급보증 거래 종류라는 점에 대하여 아무런 설명이 없었고, 피담보채무범위 란에 기재된 "기타원화지급보증"이라는 수기 문구는 원고가 기재한 것도 아니며, 이 사건 근저당권설정계약서의 피담보채무에 관한 포괄적 기재는 설정자의 자필인지와 무관하게 일반거래약관의 예문에 불과하여 구속력을 배제하여야 한다.

(2) 이 사건 근저당권설정계약은 1차 지급보증과 같은 주택담보대출 종류의 거래로부터 발생하는 채무의 담보를 위하여 설정된 것인데, 2차, 3차 지급보증은 1차 지급보증의 보증기간 연장을 위해 대환의 형식을 취한 것으로서 기간연장에 해당되므로 이 사건 근저당권의 피담보채무 범위에 포함될 수 있으나, 4차 지급보증은 1, 2, 3차 지급보증과는 그 성격을 달리하는 신규 신용대출로서(원고는 그 근거로서, 대출거래명세표에도 1차 지급보증에 대하여는 '한도약정', 2, 3차 지급보증에 대하여는 각 '기간연장'이라고 기재되어 있는 반면, 4차 지급보증에 대하여는 '한도약정해지, 개별거래, 대출실행'이라고 기재되어 있고, 보증기간 및 보증요율도 전혀 다르며, 사용된 계좌번호도 다르다고 주장한다) '다른 종류의 여신으로 대환된 때'에 해당한다.

3. 피고 및 피고승계참가인의 당사자적격 인정 여부에 대한 판단

가. 당사자의 주장

원고는, 피고를 상대로 한 소 부분은 피고승계참가인의 승계참가신청에 대한 승인결정으로 소송이 종료되었으므로 소송종료선언을 하여야 한다고 주장하고 있다.

이에 대하여 피고는, 피고 승계참가인이 피고로부터 이 사건 근저당권 및 부수채권 일체의 권리를 양수하고 자산유동화법 제8조에 따라 이 사건 근저당권을 취득한 이상, 피담보채무 부존재 또는 소멸을 이유로 한 이 사건 근저당권설정등기 말소등기 청구의 소의 등기의무자는 그 권리를 승계받은 양수인인 피고승계참가인이고, 등기의무자 아닌 피고에 대하여는 당사자적격 흠결로 부적법하게

되었다고 주장한다.

나. 피고에 대한 소의 소송종료 여부

승계참가신청은 소제기에 해당하므로 승계인수신청과는 달리 그 참가신청의 허부에 대하여 따로 결정을 할 필요가 없고, 참가요건을 갖춘 적법한 승계참가신청이 있는 경우 소송물의 전부에 대한 승계가 이루어졌고 피참가인(종전 당사자)이 승계의 효력을 다투지 않으면 피참가인은 계속하여 그 소송에서 남아 있을 필요가 없으므로 상대방의 동의를 얻어 당해 소송에서 탈퇴할 수 있다. 그러나 그와 같은 경우에도 피참가인이 소송에서 탈퇴를 할지 여부는 피참가인의 자유이며, 피참가인이 탈퇴 신청을 하지 않는 경우는 물론 피참가인의 탈퇴 신청에도 불구하고 상대방이 동의를 하지 않거나 상대방의 동의를 얻을 수 없는 경우에는 피참가인과 승계참가인이 공동소송인의 관계에 서게 된다. 이 사건에 대하여 보건대, 피고승계참가인이 이 사건 소송계속중인 2018. 12. 27.자로 이 사건 소송의 소송물인 근저당권 및 근저당권부 채권 전부에 대한 승계를 받았음을 이유로 2020. 5. 14. 승계참가신청을 하였는데, 피고는 그와 같은 승계사실 및 승계의 효력을 다투지 아니하면서도 이 사건 소송에서의 탈퇴의사가 없음을 밝히고 여전히 당사자로 남아 있으면서 적극적으로 원고의 주장을 방어하기 위한 변론을 하여 오고 있을 뿐 아니라, 뒤에서 보는 바와 같이 이 사건 근저당권의 승계에도 불구하고 이 사건 근저당권설정등기 말소등기청구의 소에 있어 여전히 등기의무자의 지위에 있어 탈퇴를 할 수도 없는 지위에 있다.

그렇다면 원고의 피고에 대한 이 사건 소는 여전히 계속중에 있으며, 소송이 종료된 상태가 아니다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 피고 및 피고승계참가인의 당사자적격 인정 여부

(1) 근저당권 이전의 부기등기가 이루어진 경우의 법리 부동산등기법 제52조5)의 규정에 의하면, 근저당권의 이전은 부기등기에 의하여 이루어지는데, 근저당권의 양도에 의한 부기등기는 기존의 근저당권설정등기에 의한 권리의 승계를 등기부상 명시하는 것뿐으로 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 근저당권설정등기의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고, 양도인은 그 말소등기청구에 있어서 피고적격이 없다(대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다5640 판결 등 참조).

(2) 근저당권 이전의 부기등기가 이루어지지 않은 경우의 법리 부동산에 관한 등기는 법률에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 등기관리자와 등기의무자의 공동 신청에 의하는 것인바, 위 등기의무자라 함은 등기부상의 형식상 신청하는 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자(등기명의인이거나 그 포괄승계인)를 말하고, 등기의무자 아닌 자나 등기에 관한 이해관계 있는 제3자가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소이다(대법원 1979. 7. 24. 선고 79다345 판결, 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다10173, 92다10180 판결 등 참조).

한편 법률의 규정에 의한 물권변동이 이루어진 경우라 하더라도 상속, 법인의 합병, 판결, 신탁, 토지수용 등과 같이 등기절차상 물권취득자의 단독신청에 의한 등기가 법률의 규정에 의해 가능한 경우(부동산등기법 제23조, 제99조 등)에는 종전의 외형상 등기명의인이나 그 포괄승계인을 상대로 등기청구를 소구할 필요가 없으므로 외형상 등기명의자를 상대로 등기청구를 소구할 필요나 소의 이익이 인정되지 않지만, 위와 같은 등기절차상 단독신청의 길이 없는 경우에는 종전의 외형상 등기명의인이나 그 포괄승계인이 임의로 이행을 거절하면 새로운 물권의 취득자는 등기청구를 소구할 수밖에 없게 된다.

따라서 근저당권의 이전이 있었다고 하더라도 부기등기가 이루어지지 아니한 경우에는 일단 등기부의 형식에 의하여 근저당권 말소등기절차 신청에 의하여 권리를 상실하게 되는 등기의무자는 여전히 등기부상 근저당권의 명의자로 되어 있는 자가 된다고 볼 수밖에 없다.

이와 같은 경우 근저당권 명의자로부터 근저당권을 이전받은 제3자의 당사자적격이 문제될 수 있는데, 제3자가 아직 물권변동의 효력이 발생되지 않은 채권적 권리를 가지고 있는 것에 불과하다면 이 제3자는 말소 대상 근저당권 등기에 관한 사실상의 이해관계 있는 제3자에 불과할 뿐 근저당권의 말소와 관련하여 법률상의 이해관계를 가진 제3자에 해당하지 않으나, 법률의 규정에 의하여 근저당권의 이전에 따른 물권변동의 효력이 이미 발생한 경우라면 그 제3자는 근저당권이전의 부기등기를 경로하지 않았다 하더라도 말소 대상 등기에 관한 이해관계 있는 제3자에 해당한다고 봄이 상당하다.

(3) 이 사건에 있어서의 판단 앞서 본 사실관계에 의하면, 피고승계참가인이 2018. 12. 27.

피고로부터 이 사건 소송의 소송물인 근저당권 및 근저당권부 채권 전부에 대한 양도를 받고 금융위원회에 그 양도사실을 등록함으로써 자산유동화법 제8조 제1항에 의하여 이 사건 근저당권을 취득하였으나, 현재까지도 위 근저당권의 양도에 의한 부기등기는 경료되지 않은 상태인 사실을 인정할 수 있다.

따라서 이 사건 근저당권에 대하여는 근저당권 이전의 물권변동 효력은 발생하였으나 아직 부기등기는 경료되지 않은 상태에 있으므로, 이 사건 근저당권의 말소등기를 구하는 이 사건에 있어, 등기의무자는 여전히 피고이고 피고승계참가인은 이해관계 있는 제3자에 해당한다고 할 것이므로, 모두 당사자적격을 가진다.

4. 원고의 청구원인에 대한 판단

가. 주위적 청구원인에 대한 판단

원고의 주위적 청구원인은 이 사건 근저당권설정계약은 1차 지급보증으로 인하여 발생하는 특정 구상채무만을 담보하기 위하여 체결된 것으로서 원래부터 특정근저당이라는 것이다.

그러나 원고가 제출하는 모든 증거와 주장사실을 살펴보아도, 이 사건 근저당권설정계약이 1차 지급보증으로 인하여 발생하는 특정 구상채무만을 담보하기 위하여 체결된 특정근저당이라는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 자료가 없다.

오히려 앞서 본 사실관계와 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 근저당권설정계약은 이미 체결되어 있거나 장래 체결하게 될 특정한 종류의 거래로 인하여 현재 발생되어 있거나 장래 발생하게 될 모든 채무를 담보하는 한정근저당에 해당하는 사실, 원고는 이 사건 근저당권설정계약을 체결함에 있어 그 피담보채무의 범위와 관련하여 한정근저당임을 인식하고 자필로 "한정근저당"이라는 문구를 기재까지 한 사실을 인정할 수 있다. 따라서 원고의 주위적 주장은 나머지 점에 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

나. 예비적 청구원인에 대한 판단

원고의 예비적 청구원인은 피고가 한정근저당에 관한 설명의무를 위반하였거나 그에 관한 기재가 일반거래약관의 예문에 불과하여 구속력을 인정할 수 없다거나, 이 사건 근저당권설정계약은 1, 2, 3차 지급보증과 같이 담보대출로 인한 구상금채무를 그 피담보채무로 하는 것인데 4차 지급보증은 1,

2, 3차 지급보증과는 그 성격을 달리하는 신규 신용대출로서 '다른 종류의 여신으로 대환된 때'에 해당한다는 것이다.

그러나 원고가 제출하는 모든 증거와 주장사실을 살펴봐도, 위와 같은 예비적 청구원인 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 자료가 없다.

오히려 앞서 본 사실관계와 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있는바, 이와 같은 사실 및 제반사정에 비추어보면, 원고는 이 사건 근저당권설정계약을 체결할 당시 피고가 주채무자인 소외 회사의 E에 대한 대금채무를 지급보증한 사실을 인식한 상태에서, 이 사건 부동산을 소외 회사의 E와의 지속적인 거래를 위하여 소외 회사의 '지급보증채무'의 종류에 관한 한정근저당으로서 제공하겠다는 의사로 근저당권설정계약을 체결한 것으로 봄이 상당하고, 4차 지급보증은 1, 2, 3차 지급보증과 동일한 목적 하에 '같은 종류의 대환'으로 이루어진 것으로서 4차 지급보증을 기하여 발생한 이 사건 구상채무는 이 사건 근저당권의 피담보채무의 범위에 포함된다고 봄이 상당하다.

① 소외 회사의 대표자인 D이 1차 지급보증거래를 위하여 작성한 여신거래약정서(을나 5호증), 차용신청서(을가 8호증의 1), 지급보증거래신청서(을가 2호증의 1)와 이 사건 근저당권설정계약서는 모두 2010. 10. 28. 작성되었으며, 이 사건 근저당권설정계약서는 원고가 위 D과 동석하여 함께 작성하였다.

② 이 사건 근저당권설정계약서 상단을 보면 '근저당권설정자는 은행여신거래기본약관과 이 계약서 사본을 확실히 수령하였으며, 중요내용에 대하여 충분한 설명을 듣고 이해하였다.'라고 기재된 아래에 원고는 해당 내용을 확인하는 뜻으로 'A' 본인의 이름을 자필로 기재하여 서명날인 하였다.

③ 원고는 이 사건 근저당권설정계약서 작성시 그 피담보채무의 범위가 한정근저당에서 정한 종류 거래로 인하여 발생하는 현재 및 장래에 부담하는 모든 채무(이자, 지연배상금 기타 부대채무를 포함)를 담보하는 것임을 확인하는 의미인 "한정근저당"이라는 문구를 자필로 직접 기재하였다.

④ 이 사건 근저당권설정계약서 중 이 사건 근저당권이 담보하는 거래의 종류와 관련하여 기재된 "기타원화지급보증"이라는 문구는 원고가 직접 기재하지 않았으나, 이는 이 사건 근저당권설정계약서 작성시 거래 당사자의 성명(D, A), 피담보채무의 범위 유형 표시인 "한정근저당", 채권최고액인

"팔억", 근저당권의 결산기 유형 표시인 "장래지정형"과 같은 문구는 문서 작성 당사자로 하여금 직접 자필로 기재하게 한 후, 피고의 업무 담당자가 문서 완성을 위하여 거래 당사자의 주소, 목적물의 표시 등을 보충하면서 원고의 위임에 기하여 기재한 것으로 보인다.

⑤ 여신의 '종류'를 분류하는 것은 그 여신의 특성으로 분류를 하여야 하는데, 이 사건 1, 2, 3, 4차 지급보증은 보증목적이 모두 금융보증(구 이행보증), 계정과목(지급보증종류)이 '기타원화지급보증'으로서 동일하고, 보증채무의 범위, 보증채무의 이행시기, 보증채무의 이행청구기간도 동일하다. 특히 4회에 걸쳐 이루어진 이 사건 지급보증거래와 관련하여 사용된 상품코드가 모두 "O"로서 동일하며, 계좌번호도 거래방식을 나타내는 제3단위의 코드번호가 38로서 동일하고, 거래의 순서에 따라 부여되는 계좌번호 제4단위 숫자가 연속되어 있다.

⑥ 소외 회사는 2010. 10. 28.부터 2016. 10. 24.까지 4차례에 걸쳐 각 지급보증의 기간이 만료되어 보증기간이 단절되기 전 연속하여 보증처, 보증금액 등이 모두 동일한 지급보증거래를 유지함으로써 E과 물품거래를 계속할 수 있었다.

5. 결론

따라서 원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사김상근

별지

1) 이와 관련하여 '지급보증거래약정서'라는 제목의 서면이 작성된 사실은 없으나, 소외 회사는 2010. 10. 28. 피고와 자금 용도를 '이행보증'으로 한 여신거래약정을 체결할 당시 피고에게 위와 같은 내용의 지급보증을 의뢰하는 차용신청서(을가 8호증의 1) 및 지급보증거래신청서(을가 2호증의 1)를 각 제출하였고, 같은 날 피고가 이를 승인하고 여신거래약정을 체결함과 아울러 신청 내용대로의 지급보증서를 발급하였는바, 위 여신거래약정은 지급보증거래약정의 의미도 함께 가진다고 볼 수 있다.

2) 계좌번호의 제1, 2단위는 고객번호이고, 제3단위는 해당 계좌의 거래방식을 지칭하는데

한도거래는 99코드번호를 사용하고, 개별거래는 38코드번호를 사용하며, 제4단위는 거래 순서에 따라 계좌번호를 넘버링한 번호이다. 위 계좌번호의 J는 소외 회사를 지칭하는 고객번호이고, 38은 이 계좌번호의 거래방식이 개별거래임을 나타내는 코드번호이다. 한편 피고가 2010. 10. 28.자 여신거래약정에 부여한 계좌번호는 "K"이다. 이와 같은 점에 비추어보면, 피고는 여신거래약정과 지급보증거래약정에 별도로 계좌번호를 부여하여 관리하면서, 모(母)계좌에 해당하는 여신거래약정에 대하여는 그 자체가 한도거래이므로 제3단위에서 99코드번호를 사용하였고, 자(子)계좌에 해당하는 지급보증거래약정에 대하여는 여신거래한도 내에서의 개별거래약정임을 감안하여 38코드번호를 사용한 것임을 알 수 있다.

3) 자산유동화법 제8조(저당권 등의 취득에 관한 특례) ① 자산유동화계획에 따라 양도 또는 신탁한 채권이 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권인 경우 유동화전문회사 등은 제6조 제1항의 규정에 의한 등록이 있는 때에 그 질권 또는 저당권을 취득한다.

4) 이에 관한 원고의 주장 내용 : 지급보증서에 의할 경우 1차 지급보증의 피보증채무는 보증기간 중 주채무가 기한이 도래하는 채무이고, 2, 3차 지급보증의 각 피보증채무는 보증기간 중 주채무가 발생하고 기한이 도래하는 채무인데, 피고가 보증처에 대위변제한 물품대금채무는 2016. 5. 31.부터 2016. 8. 31.까지 사이에 납품된 물품에 대한 것으로서 위 1, 2, 3차 지급보증기간 내에 발생하거나 이행기일이 도래한 채무가 아니다.

5) 부동산등기법 제52조(부기로 하는 등기) 등기관이 다음 각 호의 등기를 할 때에는 부기로 하여야 한다. 다만, 제5호의 등기는 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 등기명의인표시의 변경이나 경정의 등기

2. 소유권 외의 권리의 이전등기

3호~9호. (생략)