

대법원 2003. 1. 24 선고 2002다63930 판결 [저당권설정등기말소등기청구]

재판경과

대법원 2003. 1. 24 선고 2002다63930 판결

춘천지방법원 강릉지원 2002. 10. 1 선고 2001나1727 판결

전문

【원고, 피상고인】 최AA

【피고, 상고인】 김BA

【원심판결】 춘천지방법원 강릉지원 2002.10.1. 선고 2001나1727 판결

주문

원심판결을 파기하고, 사건을 춘천지방법원 강릉지원에 환송한다.

이유

1. 원심은 그 채용한 증거들에 의하여 다음과 같은 사실을 인정하고, 이에 반하는 제1심 및 원심 증인이CA의 일부 증언과 원심 증인 김CB의 증언을 배척하였다.

(1) 원고의 아들인 소외 최DA은 원고 소유인 이 사건 각 부동산에 관하여 1995. 12. 14.

근저당권자를 EAEA조합으로 한 채권최고액 6,000만 원의, 1998. 6. 5. 소외 최DB을 근저당권자로 한 채권최고액 7,500만 원의 각 근저당권을 설정하고, EAEA조합 및 최DB으로부터 합계 127,349,000원을 차용하여 건어물상 영업자금으로 사용하였다.

(2) 최DA은 1999. 1. 11. 소외 주식회사 동FA금속(이하 '동FA금속'이라 한다)과 사이에, 최DA이 이 사건 각 부동산을 담보로 제공하고서 중소기업은행으로부터 동FA금속 명의로 대출을 받아 최DA의 EAEA조합과 최DB에 대한 위 차용금채무를 변제하고 나머지는 동FA금속이 사용하기로 약정하였으며, 원고는 위 담보 제공을 승낙하였다. 이에 따라 원고는 1999. 1. 11. 중소기업은행에 이 사건 각 부동산에 관하여 채권최고액 2억 4,000만 원, 채무자 동FA금속, 근저당권자 위 은행인 근저당권설정등기를 마쳐주었고, 동FA금속은 그 무렵 위 은행으로부터 2억 원을 대출받았다.

최DA은 동FA금속으로부터 위 대출금 중 87,349,000원을 받아 EAEA조합에 대한 채무와 최DB에 대한 일부채무를 변제하였고, 나머지 대출금 112,651,000원은 동FA금속이 사용하다가 그 중 2,500만 원을 변제하였는데, 위 대출 당시 최DA의 최DB에 대한 나머지 채무 4,000만 원은 동FA금속으로부터 대표이사 이GA 개인 명의로 발행한 액면 2,000만 원의 당좌수표 2장(지급일은 1999. 4. 30.과 같은 해 5. 31.)을 최DA이 교부받아 최DB에게 채무변제를 위해 교부하고 다만 그 지급기일에 최DA이 수표금을 지급하기로 하였으며, 위와 같이 채무가 변제됨에 따라 EAEA조합과 최DB 명의의 위 각 근저당권은 모두 말소되었다.

(3) 최DB은 당좌수표의 지급기일을 1999. 6. 30.과 같은 해 8. 31.로 각 유예하여 주었다가 그 중 지급기일이 도래한 당좌수표 1장을 같은 해 6. 30. 지급제시 하였는데, 동FA금속은 최DA이 수표금을 지급하지 않았음을 이유로 피사취 신고를 하였고, 이에 1999. 7. 15.과 7. 21.경 원고, 최DA, 최DB 및 동FA금속 상무인 소외 이CA, 관리차장인 피고의 남편 소외 김CB이 만나 위 수표의 지급에 관하여 협의한 결과, 동FA금속이 발행한 당좌수표 2장에 대하여 동FA금속이 우선 지급하면 최DA이 동FA금속에 이를 변제하고 원고는 최DA의 동FA금속에 대한 위 채무를 연대보증하며 이를 피담보채무로 하여 이 사건 각 부동산에 근저당권설정등기를 하되, 다만 동FA금속이 부도위기에 물려있는 점을 감안하여 근저당권자 명의를 피고로 하기로 하였다. 동FA금속은 위 약정에 따라 최DB에게 수표금 2,000만 원을 지급하였고, 1999. 7. 21. 이 사건 각 부동산에 관하여 채무자는

원고, 채권최고액은 4,000만 원, 근저당권자는 피고로 한 각 근저당권설정등기가 마쳐졌다. 최DB은 나머지 당좌수표 1장을 1999. 8. 31.경 지급제시 하였는데 동FA금속에서는 위와 같은 약정이 있었음에도 이를 결제하지 아니한 채 피사취 신고를 하였다가, 최DB이 이GA을 상대로 하여 제기한 소송에서 같은 해 11. 8.경 이GA이 패소판결을 받고서야 수표금을 지급하였다.

(4) 피고는 1999. 9. 15.경 최DA이 동FA금속에 대한 위 당좌수표 결제로 인한 구상금채무를 변제하지 아니하자 이 사건 각 부동산에 임의경매를 신청하였다가 원고의 부탁에 따라 2000. 4. 8.경 경매신청을 취하하였는데, 중소기업은행이 2000. 6. 8.경 1999. 1. 11.자 대출금채무가 변제되지 않자 이 사건 각 부동산에 대하여 임의경매를 신청하였고, 원고는 중소기업은행으로부터 새로이 대출을 받아 기존대출금을 변제하고 경매의 진행을 막을 수 있도록 피고 명의의 1999. 7. 21.자 선순위 근저당권의 말소를 요구하였다. 이에 피고는 원고의 요청에 따라 2000. 7. 15. 위 근저당권설정등기를 말소하였고, 원고는 같은 날 이 사건 각 부동산 및 추가담보를 제공하고 자신의 처인 소외 김DC를 채무자로, 채권최고액을 2억 3,000만 원, 근저당권자를 중소기업은행으로 하는 근저당권을 설정하고서 중소기업은행으로부터 새롭게 대출을 받았으며, 같은 날 원고는 피고에게 중소기업은행의 후순위로 채권최고액을 5,500만 원으로 한 이 사건 각 근저당권을 다시 설정하여 주었다. 원고는 2000. 7. 25.(이는 2000. 7. 15.의 오기로 보인다)경 위와 같이 새로 대출받은 돈으로 중소기업은행에 동FA금속의 채무인 1999. 1. 11.자 대출원금 잔액 1억 7,500만 원과 이자 6,373,800원 등을 합한 183,058,543원을 변제하였고, 중소기업은행은 2000. 8. 1.경 임의경매신청을 취하하였다.

2. 그런 다음 원심은, 원고는 자신이 대위변제한 금액 중 동FA금속의 부담비율에 해당하는 약 8,000여만 원을 동FA금속에게 구상할 수 있고, 한편 이 사건 각 근저당권의 피담보채권이 피고에게 귀속되게 된 앞서 본 바와 같은 경위에 비추어 볼 때, 원고 및 최DA과 피고 및 동FA금속 사이에는 원고 및 최DA이 그 발생 시기를 불문하고 동FA금속에 대항할 수 있는 모든 사유로써 피고에게 대항할 수 있다는 특약이 있었다고 볼 것이어서(그러한 특약이 없었다고 하더라도, 위 당좌수표 결제로 인한 구상금채권의 실질적인 채권자는 동FA금속이고 피고는 단지 이 사건 각 근저당권의

명의자가 되기 위하여 위 채권의 법적인 귀속자가 된 것 뿐으로서 위 채권에 관하여 실질적인 이해관계가 전혀 없는 자이므로, 신의칙상 원고 및 최DA은 실질적인 채권자인 동FA금속에 대항할 수 있는 모든 사유로써 피고에게 대항할 수 있다), 이 사건 각 근저당권의 피담보채권과 그 연대채무자인 원고의 동FA금속에 대한 구상금채권은 원고가 동FA금속의 채무변제를 한 2000. 7. 15. 상계적상에 있었다 할 것이고, 원고의 상계의 의사표시가 담긴 2001. 2. 17.자 준비서면이 2001. 2. 22. 피고에게 송달된 사실은 기록상 명백하므로, 이 사건 각 근저당권의 피담보채권은 위 상계적상시에 소급하여 모두 소멸하였다고 판단하였다.

3. 그러나 이 사건 각 근저당권과 그 피담보채권이 피고에게 귀속된 경위에 관한 원심의 사실인정 및 이에 기하여 원고의 상계주장을 받아들인 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍할 수 없다.

(1) 먼저 원심이 채용한 갑제1호증의 1, 2, 갑제2호증, 갑제9호증, 을제2 내지 4호증의 각 기재에 의하면, 동FA금속은 원고가 이 사건 각 부동산에 관하여 피고를 근저당권자로 하는 1999. 7. 21.자 근저당권설정등기를 마쳐준 같은 날, 동FA금속 소유의 ○○시 ○○○○동 00-0 소재 공장용지에 관하여 원고를 근저당권자로 하는 근저당권설정등기를 별도로 마쳐주었는데, 이는 동FA금속이 이 사건 각 부동산을 담보로 중소기업은행으로부터 1999. 1. 11.자 대출을 받아 그 일부를 사용한 것에 관한 원고의 동FA금속에 대한 장래의 구상채권을 담보하기 위한 것이었던 사실, 원고는 그 무렵 피고에게 4,000만 원의 차용증(을제3호증)을 작성하여 주었고, 그 후 원고와 그 아들인 최DA은 이 사건 각 부동산에 관하여 피고를 근저당권자로 하는 2000. 7. 15.자 근저당권설정등기가 마쳐질 당시에 피고에게 합계 5,500만 원의 차용증(을제2호증)을 작성하여 주었으며, 최DA은 2000. 4. 1. 피고에게 합계 5,400만 원의 현금보관증(을제4호증)을 작성하여 주기도 하였던 사실, 또한 동FA금속 대표이사 이GA은 2000. 9. 20. 원고의 요구에 따라 원고에게 8,000만 원의 지불각서(갑제9호증)를 작성하여 주었는데, 거기에는 “피고가 원고의 부동산에 가압류한 금액이 변제되었을 시 상기 금액이 인정되며 변제하지 않을 시 지불각서는 효력을 상실함.”이라는 단서가 기재되어 있는 사실(여기에서 ‘가압류’는 ‘근저당’의 의미로 보인다), 이 사건 각 부동산에 관한 1999. 1. 11.자 중소기업은행의 근저당권설정등기의 말소와 1999. 7. 21.자 피고의 근저당권설정등기의 말소 및 2000. 7. 15.자

중소기업은행의 근저당권설정등기와 피고의 근저당권설정등기는 모두 같은 날 순차로 마쳐진 사실을 알 수 있는바, 이와 같이 원고 및 최DA이 피고에게 차용증과 현금보관증을 별도로 작성하여 주고, 원고가 동FA금속으로부터 수령한 지불각서에 피고를 보호하기 위한 단서 규정이 있으며, 원고가 이 사건 각 부동산에 관하여 피고를 근저당권자로 하는 2000. 7. 15.자 근저당권설정등기를 마쳐줄 당시에 이미 원고의 동FA금속에 대한 구상문제가 발생되어 있었던 점 등의 제반 사정에 비추어 보면, 원고가 이 사건 각 부동산에 관하여 피고를 근저당권자로 하는 각 근저당권설정등기를 마쳐준 것은, 원고와 피고가 원고의 동FA금속에 대한 구상 채권과 피고의 원고에 대한 피담보채권을 별개의 법률관계로 취급하기로 하였기 때문이라고 봄이 상당하다.

(2) 한편 기록에 의하면, 원고, 최DA, 최DB, 이CA, 김CB 등이 1999. 7. 15.과 7. 21.경 만나 당좌수표 2장의 지급에 관하여 협의한 결과, 원심의 인정과 같이 이 사건 각 부동산에 관하여 동FA금속을 위한 근저당권을 설정하되 동FA금속이 부도위기에 몰려있는 점을 감안하여 근저당권자 명의를 피고로 하기로 합의하였다는 점을 인정할 만한 자료는 나타나지 아니하는 반면, 피고는 위 당좌수표 2장의 실제 결제자금이 동FA금속의 것이 아니라 피고의 남편인 김CB의 개인자금이었기 때문에 위와 같이 피고를 근저당권자로 한 각 근저당권설정등기가 이루어졌고 또 원고 및 최DA이 피고에게 각 차용증과 현금보관증을 작성하여 준 것이라고 주장하고 있고, 위 이CA와 김CB은 이에 부합하는 각 증언을 하고 있는바, 앞서 본 사실관계에 비추어 보면, 위와 같은 이CA와 김CB의 각 증언을 채용하지 못할 이유도 없다고 할 것이다.

(3) 사정이 이러하다면, 이 사건에 있어서 원고 및 최DA과 피고 및 동FA금속 사이에 원고 및 최DA이 그 발생 시기를 불문하고 동FA금속에 대항할 수 있는 모든 사유로써 피고에게 대항할 수 있다는 특약이 있었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 피고가 형식적인 근저당권자에 불과하다고 단정할 수도 없는 이상, 원고가 주장하는 상계는 이를 인정하기 어려운 것이다.

(4) 그럼에도 불구하고 원심은 앞서 본 이유만으로 원고가 동FA금속에 대항할 수 있는 사유로써 피고에게 대항할 수 있다는 특약이 있었다거나 또는 피고가 실질적 이해관계 없는 형식적 근저당권자에 불과하다고 단정한 나머지 원고의 상계주장을 받아들였으니, 거기에는 채증법칙을 위배하였거나 상계에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 아니할 수 없다. 이

점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용우(재판장) 서성 배기원 박재윤(주심)