

서울고등법원 2021. 12. 17 선고 2021나2006028 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고, 항소인 A

소송대리인 법무법인(유한) 바른

담당변호사 송태섭

피고, 피항소인 B

소송대리인 변호사 이상국

피고보조참가인 C

변 론 종 결 2021. 10. 15.

판 결 선 고 2021. 12. 17.

제1 심판결 서울북부지방법원 2021. 1. 13. 선고 2018가합27625 판결

주 문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고는 원고로부터 53,293,783원을 지급받은 다음, 원고에게 별지1 목록 기재 각 부동산에 관하여 각 의정부지방법원 포천등기소 2016. 8. 19. 접수 제32614호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 원고와 피고 사이에 생긴 소송 총비용 중 50%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담하고, 보조참가로 인한 소송비용 중 50%는 원고가, 나머지는 피고보조참가인이 각 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 다음과 같이 변경한다. 피고는 원고에게 별지1 목록 기재 각 부동산1) (이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)에 관하여 각 의정부지방법원 포천등기소 2016. 8. 19. 접수 제32614호로 마친 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권설정등기’라 한다)의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실 및 원고 주장의 요지

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심판결문 제5쪽 7행부터 제5쪽 9행까지 부분을 삭제하는 것 이외에는 제1심판결문의 ‘1. 기초사실’ 및 ‘2. 원고 주장의 요지’ 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 판단

가. 이 사건 근저당권의 무효 여부

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심판결문의 ‘3의 가. 이 사건 근저당권의 무효 여부’ 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

나. 이 사건 근저당권의 피담보채권 존재 여부

1) 이 사건 공사의 완성 여부에 관하여

가) 관련법리

건물신축공사의 미완성과 하자를 구별하는 기준은 공사가 도중에 중단되어 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우에는 공사가 미완성된 것으로 볼 것이지만, 그것이 당초 예정된 최후의 공정까지 일응 종료하고 그 주요구조부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 건물로서 완성되고 다만 그것이 불완전하여 보수를 하여야 할 경우에는 공사가 완성되었으나 목적물에 하자가 있는 것에 지나지

않는다고 해석함이 상당하고, 개별적 사건에 있어서 예정된 최후의 공정이 일응 종료하였는지 여부는 수급인의 주장에 구애됨이 없이 당해 건물신축도급계약의 구체적 내용과 신의성실의 원칙에 비추어 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 1994. 9. 30. 선고 94다32986 판결 등 참조).

나) 판단

(1) 앞서 본 사실관계에 더하여 갑 제4, 5호증의 각 기재 및 영상, 제1심 감정인 G(이하 ‘감정인’이라 한다)의 2019. 8. 9.자 감정결과(감정인에 대한 제1심의 보완감정촉탁결과 및 이 법원의 사실조회회신결과 포함) 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사정들을 위 관련법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 공사는 도중에 중단되어 당초 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우에 해당하여 미완성된 것으로 볼 수 있고, 이 사건 공사에 따라 신축되던 공장 건물 등(이하 ‘이 사건 건물’이라 한다)은 그 공사가 완성되지 못한 상태에서 원고에게 인도되었다고 봄이 타당하다.

① 원고는 당초 이 사건 공사가 완성되지 못하였다고 주장하고(원고의 2019. 4. 9.자 준비서면 참조), 미시공 부분의 시공을 위해 1억 100만 원 이상의 금원이 소요된다는 취지의 H 명의의 견적서(갑 제4호증)도 제출하였다. 또한 원고는 이 사건 공사가 완성되지 못하였음을 전제로 D 측이 2017. 2. 18.까지 공사한 부분에 대한 기성고 비율의 감정을 신청하였고, 제1심에서 이에 대한 감정이 이루어졌다.

② 감정인은 이 사건 건물의 미완성 공사로 ㉠ ‘1동’ 1층의 사무실 마감(벽과 천정) 및 화장실, 탕비실 설치, ㉡ ‘1동’ 2층의 기숙사 30평(방3식, 화장실1식, 거실) 및 베란다 설치, ㉢ 공장 출입구 옹벽공사(출입구 양측), ㉣ ‘J’동 외부 화장실의 바닥타일 및 위생도기, 등기구류 설치 등을 특정하고, 기성고 비율을 85.86%로 산정하였다.

③ 원고가 2016. 5. 20. 이 사건 건물에 대한 사용승인을 받은 사실은 인정된다. 그러나 원고와 D 측은 그 이후인 2016. 8. 18. 2차 공사계약을 체결하였고, 앞서 감정인이 특정한 미시공 공사 중 ㉠, ㉡, ㉢ 부분은 2차 공사계약서에 공사범위로 기재되어 있다. 나아가 원고는, D 측이 미시공인 채로 공사를 중단하는 바람에 원고가 자비로 별도의 추가공사를 거쳐 2018. 10.경 이 사건 건물에 입주하였다고 주장하고 있다.

④ 이 사건 건물의 미시공 부분의 시공을 위하여 상당한 금액이 소요되는 것으로 여겨진다.

(2) 한편 원고는 당초 위 ①과 같은 주장을 하다가, 그 후 주장을 변경하여 이 사건 공사가 완성되었고 감정인이 미시공 부분의 시공에 소요되는 비용으로 산정한 104,739,356원은 하자보수비라고 주장하며, 이를 전제로 위 금원 상당의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 상계 주장을 하고 있다. 그러나 앞서 본 ① 내지 ④의 사정에 비추어, 이 사건 공사가 완성되었다는 취지의 원고 주장은 받아들이지 아니한다(감정인도 이 법원에서의 사실조회회신을 통해, 기성고 비율 산정 과정에서 도출된 ‘미시공 부분의 시공에 소요되는 비용 104,739,356원’을 하자보수비로 볼 수는 없다는 취지의 감정의견을 밝혔고, 이러한 측면에서도 원고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.).

2) 이 사건 공사대금채권에 관하여

가) 앞서 본 바와 같이 ① 이 사건 공사가 도중에 중단된 채로 이 사건 건물이 원고에게 인도되었는데, D 측이 중단된 공사를 다시 진행하기 위한 노력을 하였다고 볼 만한 별다른 사정이 없으며, 원고 또한 제3자를 통하여 이 사건 공사 완성을 위한 추가공사를 진행한 것으로 여겨지는 점, ② 원고가 미시공 부분의 시공을 위해 1억 100만 원 이상의 금원이 소요된다는 취지의 H 명의의 2017. 2. 18.자 견적서를 받았고, 제1심에서의 기성고 비율 감정도 D 측이 2017. 2. 18.까지 공사한 부분에 대하여 이루어진 점을 종합하면, 원고와 D 측 사이의 이 사건 공사에 관한 계약은 2017. 2. 18.경 묵시적으로 합의 해지되었다고 봄이 타당하다.

나) 수급인이 공사를 완공하지 못한 채 공사도급계약이 해지되어 기성고에 따른 공사비를 정산하여야 할 경우, 기성 부분과 미시공 부분에 실제로 소요되거나 소요될 공사비를 기초로 산출한 기성고 비율을 약정 공사비에 적용하여 그 공사비를 산정하여야 한다.

(1) 먼저 이 사건 공사의 약정 공사비에 관하여 보건대, 앞서 본 사실관계에 더하여 을 제8호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음의 사정들, 즉 ① 1차 공사계약의 계약금액이 319,984,508원(부가가치세 별도)인 점, ② 2차 공사계약 체결 당시 원고가 D 측에게 이 사건 공사대금으로 합계 181,158,800원을 지급한 상태였는데, 원고와 D 측은 2차 공사계약을 체결하면서 부가가치세 등 제반 사정을 감안하여 이 사건 공사의 잔금을 1억 6,300만 원으로 정산 합의한 것으로 여겨지는 점을 종합하면, 이 사건 공사의 약정 공사비는 344,158,800원(=

181,158,800원 + 1억 6,300만 원)으로 봄이 타당하다.

이에 대하여 원고는, 실제 공사대금 잔금 액수는 118,825,708원임에도, “다른 회사에 투자를 함에 있어서 1억 6,300만 원 정도의 채권이 있는 것으로 제시할 필요가 있으니 일단 형식적으로 1억 6,300만 원으로 증액하여 기재해 달라.”는 D 측의 요청에 따라 2차 공사계약서에 공사대금 잔금이 1억 6,300만 원으로 기재된 것이므로, 2차 공사계약서상 금액을 이 사건 공사대금 잔금으로 인정할 수 없다는 취지로 주장한다. 그러나 2차 공사계약서에 공사대금 잔금이 1억 6,300만 원으로 명시적으로 기재되어 있고, 그 변제방법에 관하여도 6,300만 원은 현금으로, 나머지 1억 원은 원고가 공급하는 금형과 사출제품으로 차감하되 2018. 9.경 이전에 돈이 생기면 수시로 잔금을 변제하는 것으로 정한 사정을 감안하면, 원고 제출의 증거들만으로는 원고 주장과 같은 경위로 2차 공사계약서상 공사대금 잔금 액수가 정해졌다는 사실을 인정하기 부족하므로, 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 이 사건 공사의 기성고 비율 85.86%를 위 약정 공사비 344,158,800원에 적용하면, 기성고 공사대금은 295,494,745원(= 344,158,800원 × 85.86%, 원 미만 버림)이다.

다) 한편 앞서 본 사실관계에 의하면, 원고가 ① D 측에게 공사대금으로 2차 공사계약 체결 무렵까지 합계 181,158,800원, 2차 공사계약 이후 합계 2,000만 원을 각 지급한 사실, ② D 측의 요청으로 이 사건 공사 관련 레미콘 업체인 F에게 합계 7,658,800원을 대신 지급한 사실이 인정된다.

라) 따라서 D 측의 미지급 공사대금채권은 86,677,145원(= 295,494,745원 - 181,158,800원 - 2,000만 원 - 7,658,800원)이 남게 된다.

3) 상계 주장에 관하여

가) 원고는, 자신이 D 측에 대하여 갖는 하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 자동채권으로 하여 D 측이 원고에 대하여 갖는 미지급 공사대금채권과 상계한다는 취지로 주장한다.

나) 살피건대, 감정인의 2020. 1. 16.자 감정결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, D 측이 이 사건 공사 중 일부를 부실하게 시공함으로써 이 사건 건물에 별지2 표 기재와 같이 시공상 하자가 발생한 사실 및 그 하자보수에 소요되는 비용이 합계 33,383,362원인 사실(구체적인 항목 및 비용은 별지2 표 기재와 같고, 이 부분 감정결과를 다투는 피고의 주장은 모두 받아들이지 아니한다.)을 인정할 수

있다.

다) 따라서 원고는 이 사건 공사와 관련하여 33,383,362원의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 가지고(원고의 나머지 104,739,356원 상당의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 상계 주장은, 앞서 본 바와 같이2) 위 주장이 이 사건 공사의 완성을 전제로 하는 점 및 위 104,739,356원을 하자보수비로 보기도 어려운 점 등을 감안하여 받아들이지 아니한다.), 위 손해배상채권과 앞서 본 D 측의 86,677,145원의 미지급 공사대금채권은 이 사건 공사에 관한 계약이 묵시적으로 합의 해지된 2017. 2. 18.경 모두 변제기에 도래한 것으로 볼 수 있다.

라) 위 양 채권을 대등액에서 상계하면, D 측의 미지급 공사대금채권액 53,293,783원(= 86,677,145원 - 33,383,362원)이 잔존한다.

4) 소결론

결국 이 사건 변론종결일 현재 이 사건 근저당권의 피담보채권 잔존 금액은 53,293,783원이 되므로, 피담보채무가 모두 소멸되었음을 전제로 하는 원고의 이 사건 근저당권설정등기의 말소청구는 이유 없다.

그러나 채무자가 피담보채무 전액을 변제하였다고 하면서 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행을 청구하였지만 그 채무 전액을 소멸시키지 못한 경우에 그 청구 중에는 확정된 잔존채무의 변제를 조건으로 그 등기의 말소를 구한다는 취지까지 포함되어 있는 것으로 해석하여야 할 것이고, 이러한 경우에는 장래 이행의 소로서 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 미리 청구할 필요가 있다고 보아야 한다(대법원 1996. 2. 23. 선고 95다9310 판결 등 참조).

따라서 이 사건 근저당권의 피담보채권을 양수하고 이 사건 근저당권설정등기에 대하여 근저당권 이전의 부기등기를 마친 피고는 원고로부터 이 사건 근저당권의 잔존 피담보채무액인 53,293,783원을 지급받은 다음, 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 결론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로, 제1심판결을 주문과 같이

변경한다.

재판장 판사 지영난, 판사 오영상, 판사 이재혁

[별지1]

1. 경기도 포천시

전 259㎡

2. 경기도 포천시

전 633㎡

3. 경기도 포천시

공장용지 1600㎡

4. 경기도 포천시

전 743㎡

5. 경기도 포천시

도로 47㎡

6. 경기도 포천시

전 24㎡

7. 경기도 포천시 동

[도로명 주소] 경기도 포천시

위 자상

일반철골구조 판넬지붕 단층 제2종근린생활시설 198㎡

8. 경기도 포천시 동

[도로명 주소] 경기도 포천시

위 자상

일반철골구조 판넬지붕 단층 제2종근린생활시설 198㎡

9. 경기도 포천시 동

[도로명 주소] 경기도 포천시

위 자상

일반철골구조 판넬지붕 2층 제2종근린생활시설

1층 99㎡

2층 99㎡

10. 경기도 포천시 동

[도로명 주소] 경기도 포천시

위 자상

일반철골구조 판넬지붕 2층 제2종근린생활시설

1층 101㎡

2층 90㎡

[별지2]

표

감 정 항 목	감정금액(원) (부가가치세 포함)
1. 건물 바닥과 콘크리트포장의 높이차가 없어서 바닥으로 물이 들어옴.	1,848,129
2. "□", "□" 등 판넬과 판넬사이 마감재 미시공.	145,615
3. "□" 등 외부 화장실 지붕판넬 마감 불량.	267,029
4. "□", "□" 등 지붕에 H빔을 용접하여 연결시켜 시공함.	(하자 제외)
5. 각 건물 외벽/지붕에 실려온 작업이 부실하여 빗물이 스며들.	1,007,232
6. 각 건물 처마끝 마감 압됨.	2,212,460
7. 지붕 마감 부실(용마루 부분).	63,184
8. 하수구 높이를 각목으로 맞춰져 있어 부식되어 주저앉음.	840,477
9. 각 건물 물배수로(선홍통) 엘보 누락.	524,739
10. 지형보다 1.3M 높게 지어져 겨울 차광통행 위험.	16,399,464
11. 외부 콘크리트포장 균열.	4,875,611
12. 전기배관이 바닥에 깔려있어 누전/파손 위험.	5,199,422
[합 계]	33,383,362

1) 다만 별지1 목록 제10항 기재 부동산의 표시 중 ‘제2종근린생활시설’을 ‘제1종근린생활시설’로 고쳐 쓴다.

2) 이 사건 판결문 제5쪽 참조