

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2017다294585(본소) 근저당권말소  
2017다294592(반소) 약정금

원고(반소피고), 피상고인

원고(반소피고)

소송대리인 법무법인 로드맵  
담당변호사 이준영

피고(반소원고), 상고인

피고(반소원고)

소송대리인 변호사 김상수

원 심 판 결 서울고등법원 2017. 11. 30. 선고 2017나2034071(본소), 2059476  
(반소) 판결

판 결 선 고 2021. 4. 29.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고(반소원고)가 부담한다.

## 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서는 이를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

### 1. 사안 개요

가. 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

(1) ○○대학교 부동산학과 겸임교수이던 소외 1은 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)를 비롯한 12명의 수강생과 함께 친목도모와 부동산투자 등을 목적으로 하는 모임(자칭 '△△△', 이하 '△△△'라 한다)을 결성하였다.

(2) △△△ 회원들은 2007년경 소외 2 소유의 토지를 매수하여 이를 개발한 후 전매하는 방법으로 시세차익을 거두기로 합의하고, 2007. 10. 5. △△△ 회원인 소외 3이 소외 2와 매매대금을 12억 8,600만 원으로 정하여 이 사건 부동산이 포함된 토지에 관하여 매매계약을 체결하였다. 위 매매계약 당시 특약으로 매도인이 토지 담보 대출을 받아 사용하면 매수인이 매매대금 중 일부 지급을 갈음하여 대출금을 승계하기로 하였다. 이에 따라 소외 2는 □□농업협동조합으로부터 토지 담보로 대출을 받으면서 채권 최고액 6억 6,300만 원인 근저당권설정등기를 해주고, 나머지 토지가치보존에 대한 담보로 △△△ 회원인 소외 4에게 채권최고액 7억 원인 근저당권설정등기를 해주었다.

(3) 그 후 토지측량 결과 매매대상 토지의 실제면적에 차이가 나는 등의 사정변경이 생기자, 소외 2와 △△△ 회원들은 매매목적물을 이 사건 부동산으로 하고, 매매대금을 9억 3,200만 원으로 변경하기로 합의하였다. 위 합의 후 △△△ 회원들은 변경된 매매대금을 모두 지급하였다.

(4) □□농업협동조합은 대출이자 연체를 이유로 이 사건 부동산에 관하여 근저당권

실행을 위한 경매를 신청하였고 2011. 1. 26. 경매절차가 개시되었다. △△△ 회원들은 투자금 보전을 위해 △△△ 회원인 소외 5 명의로 이 사건 부동산을 매수하기로 약정하였다. 위 약정에 따라 소외 5는 2011. 12. 12. 위 경매절차에서 이 사건 부동산을 10억 5,000만 원에 매수하고, △△△ 회원들의 각출금, 이 사건 부동산을 담보로 ◇◇◇◇축산업협동조합으로부터 대출받은 5억 5,000만 원, 위 경매절차에서 △△△ 회원인 소외 4에게 배당된 453,524,854원으로 매각대금을 다 낸 후 이 사건 부동산에 관하여 소외 5 명의로 소유권이전등기를 하였다.

(5) 그 후 이 사건 부동산에 관하여 선순위로 채권자 ◇◇◇◇축산업협동조합, 채권최고액 8억 3,200만 원인 근저당권설정등기가 되고, 후순위로 채권자 피고, 채권최고액 7억 원인 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 하고, 그에 따른 근저당권을 '이 사건 근저당권'이라 한다)가 되었다.

(6) 소외 5는 2015. 6. 24. 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)와 매매대금을 9억으로 하여 이 사건 부동산에 관한 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결하였고, 특약으로 중도금 지급을 갈음하여 ◇◇◇◇축산업협동조합에 대한 대출금을 매수인이 승계하되 그 승계가 이루어지면 매수인에게 소유권이전등기를 해주고 잔금 수령과 동시에 이 사건 근저당권설정등기를 말소해 주기로 하였다.

(7) 이 사건 매매계약에 따라 소외 5는 2015. 8. 4. 원고에게 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 해주고, 원고도 2015. 9. 7. ◇◇◇◇축산업협동조합에 대한 대출금을 승계하였다. 그런데 그 무렵 △△△ 회원들 사이에 분쟁이 발생하여 원고, 피고와 소외 5 사이에서 이 사건 근저당권설정등기 말소에 관한 합의가 이루어지지 않았다. 그 사이 피고는 이 사건 부동산에 관하여 근저당권 실행을 위한 경매를 신청하여

2016. 2. 4. 경매절차가 개시되었다.

나. 원심은, △△△가 민법상 조합에 해당하고, △△△가 소외 5 명의로 이 사건 부동산을 매수하기로 한 약정은 명의신탁약정에 해당하며, 이 사건 근저당권설정등기는 명의수탁자 소외 5가 이 사건 부동산을 임의로 처분할 경우 발생하는 명의신탁자 △△△의 부당이득반환채권(이하 '이 사건 부당이득반환채권'이라 한다)을 담보하기 위하여 피고 명의로 한 것인데, 그 채권자(△△△)와 근저당권자(피고)가 다르므로 근저당권의 부종성에 반하여 무효라고 판단하였다.

## 2. 피고가 이 사건 근저당권의 채권자에 해당하는지 여부(상고이유 제1점)

피고는, 자신이 조합채권인 이 사건 부당이득반환채권의 지분권자로서 그 지분 한도 내에서는 채권자에 해당하고 여기에 근저당권의 불가분성을 고려하면 이 사건 근저당권은 채권자와 근저당권자가 다른 경우라고 볼 수 없어 부종성에 반하지 않는다고 주장한다. 그러나 조합채권은 준합유로 조합체에 귀속되는 것이 원칙이므로 피고가 조합체의 지분권자라고 하여 그 지분만큼의 조합채권이 피고에게 분리 귀속된다고 할 수 없다. 따라서 피고가 이 사건 부당이득반환채권 중 자신의 지분만큼 채권을 직접 보유하는 채권자임을 전제로 한 위 주장은 받아들일 수 없다.

같은 전제에서 원심은 이 사건 근저당권이 부종성에 반하여 무효라고 판단하였다. 원심판결에 상고이유 주장과 같이 근저당권의 부종성에 관한 법리 등을 오해한 잘못이 없다.

## 3. 제3자 명의의 근저당권설정등기가 유효한 경우에 해당하는지 여부(상고이유 제2점)

가. 근저당권자와 근저당권설정자의 행위가 가지는 법적 의미가 분명하지 않은 경우 근저당권자와 근저당권설정자 사이에 형성된 법률관계의 실체를 밝히는 것은 단순한

사실인정 문제가 아니라 의사표시 해석의 영역에 속한다. 그 행위가 가지는 법적 의미는 근저당권자와 근저당권설정자의 관계, 근저당권설정의 동기와 경위, 당사자의 진정한 의사와 목적 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙에 따라 합리적으로 해석해야 한다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2014다32007 판결, 대법원 2020. 8. 20. 선고 2020다227356 판결 참조).

근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 근저당권자는 동일인이 되어야 한다. 다만 근저당권설정등기상 근저당권자가 다른 사람과 함께 채무자로부터 유효하게 채권을 변제받을 수 있고 채무자도 그들 중 누구에게든 채무를 유효하게 변제할 수 있는 관계, 가령 채권자와 근저당권자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는 그러한 근저당권설정등기도 유효하다(대법원 2001. 3. 15. 선고 99다48948 전원합의체 판결, 대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다212594 판결 참조).

나. 피고는 △△△ 회원들이 피고에게 이 사건 부당이득반환채권의 행사와 귀속을 위임하였고, 그렇지 않더라도 △△△ 회원들은 소외 5가 △△△ 회원 중 누구에게라도 채권을 변제하면 채무를 면할 수 있도록 하는 불가분적 채권관계에 있으므로 이 사건 근저당권설정등기는 유효하고 주장한다. 이에 대하여 원심은 피고의 주장을 배척하고 위 근저당권설정등기가 무효라고 판단하였다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 소외 1은 소외 5로부터는 이 사건 부동산에 관한 매매에 관한 일체의 권한을, 피고로부터는 이 사건 근저당권설정등기의 말소 등에 관한 권한을 위임받았다. △△△ 회원인 소외 6과 공인중개사 소외 7은 이 사건 매매계약에 따라 원고가 △△△에 지급해야 할 금액에 관해 협의하였는데, 소외 6은 위 기간 동안 소외 1과 전화로 먼저 협의된 내용을 토대로 협의를 진행하였다. 소외 6과 소외 7은 협의를 통하여 원고가 △

△△에 이 사건 부동산의 매매대금과 이 사건 근저당권설정등기의 말소 대가로 2억 2,500만 원을 지급하는 것으로 합의하였다. 피고는 위 합의에 전혀 관여하지 않았는데도 법무사에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 위임하는 위임장을 교부하였다. 한편 소외 5과 소외 6은 소외 7과 통화하면서 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 관해 피고에게 권한이 없다거나 큰 권한이 있는 것은 아니라고 말하기도 하였다. 이러한 사정에 비추어 보면 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 관한 실질적인 권한은 피고가 아닌 소외 1에게 있었다.

(2) 피고가 제1심에서 증거로 제출한 사실확인서들에는 소외 1에게 매도 관련 업무 일체를 위임하였다는 내용이 기재되어 있을 뿐 피고에게 이 사건 근저당권설정등기와 관련한 업무를 위임하였다고 볼 만한 내용이 없다. 피고가 이와 다른 취지라고 하면서 원심에서 증거로 제출한 사실확인서들은 그 작성자가 피고 본인이거나 피고 측 이해관계인인 점에 비추어 그 내용을 믿기 어렵다.

(3) 조합채권인 이 사건 부당이득반환채권이 피고에게 단독으로 또는 △△△와 공동으로 귀속되었다면 채권양도증서, 차용증 등 이를 뒷받침할 처분문서나 채권증서를 피고가 가지고 있어야 한다. 그러나 이러한 처분문서나 채권증서가 작성되었다거나 피고가 이를 가지고 있다고 인정할 만한 증거가 부족하다.

(4) 이러한 사정에 개별 법률행위별로 대리권 수여 또는 추인을 하도록 한 △△△의 특성을 고려하면 △△△ 회원들은 이 사건 부당이득반환채권을 피고가 아닌 소외 1에게 귀속시켰다고 볼 수 있다.

다. 한편 기록에 따르면 △△△ 회원들 사이에 이 사건 부당이득반환채권을 회원들 중 누구라도 변제받을 수 있도록 하는 약정이 있었다고 볼 수 없고, 조합채권을 조합

원이 임의로 변제받는 것을 합유재산에 대한 보존행위라고 할 수도 없다.

라. 원심판결 이유를 기록과 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 피고에게 이 사건 부당이득반환채권이 귀속되었다거나 △△△ 회원들이 불가분적 채권관계에 있었다는 피고의 주장을 배척한 것은 정당하다. 원심판결에 상고이유 주장과 같이 제3자 명의의 근저당권설정등기의 효력에 관한 법리 등을 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

#### 4. 결론

피고의 상고는 이유 없어 이를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            이동원

주    심            대법관            김재형

                      대법관            민유숙

                      대법관            노태약