

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건	2012다204112 근저당권말소
원고, 상고인	대한주택보증 주식회사
	소송대리인 법무법인 문성
	담당변호사 서보익
피고, 피상고인	주식회사 국민은행
	소송대리인 법무법인(유한) 율촌
	담당변호사 강철식 외 3인
원 심 판 결	서울고등법원 2012. 11. 1. 선고 2012나35493 판결
판 결 선 고	2014. 8. 28.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 대하여

구 주택법(2009. 2. 3. 법률 제9405호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제40조 제1항 본문 제1호는 '사업주체는 제16조 제1항의 규정에 의한 사업계획승인을 얻어 시행하는 주택건설사업에 의하여 건설된 주택 및 대지에 대하여는 입주자모집공고승인 신청일(주택조합의 경우에는 사업계획승인 신청일을 말한다) 이후부터 입주예정자가 당해 주택 및 대지의 소유권이전등기를 신청할 수 있는 날 이후 60일까지의 기간 동안 입주예정자의 동의 없이 당해 주택 및 대지에 담보물권을 설정하는 행위를 하여서는 아니 된다'고 규정하는 한편, 같은 항 단서, 구 주택법 시행령(2010. 11. 15. 대통령령 제22493호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제44조 제2항 제1호, 제2호에서 '사업주체가 당해 주택의 입주자에게 주택구입자금의 일부를 융자하여 줄 목적으로 국민주택기금이나 구 주택법 시행령 제44조 제2항 제1호 각 목의 금융기관으로부터 주택건설자금의 융자를 받거나 그러한 금융기관으로부터 주택구입자금의 융자를 받는 경우에는 입주예정자의 동의 없이도 당해 주택 및 대지에 담보물권을 설정하는 행위가 허용된다'고 규정하고 있다. 이러한 규정들의 취지는 입주예정자의 보호를 위하여 원칙적으로 입주예정자의 동의가 없는 한 당해 주택 및 대지에 관한 담보물권 설정행위를 제한하되, 이로 인한 사업주체의 주택건설자금 조달의 어려움을 고려하여 사업주체에 대한 융자금이 입주예정자의 주택구입자금의 일부로 납입되면서 동시에 당해 주택건설자금으로 사용되는 경우에는 예외적으로 그러한 담보물권 설정행위를 허용함으로써 주택건설을 촉진하려는 데 있다.

이러한 입법 취지와 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지하려는 주택법의 목적(제1조)을 함께 고려하면, 사업주체가 당해 주택의 입주예정자에게 주택구입자금의

일부를 용자하여 줄 목적으로 금융기관 등으로부터 주택건설자금 또는 주택구입자금을 용자받는 경우(구 주택법 시행령 제44조 제2항 제1호, 제2호)뿐만 아니라, 금융기관이 사업주체와 집단대출의 형식으로 입주예정자에게 직접 주택구입자금을 대출하고 사업주체는 입주예정자의 그 대출금채무를 보증하되 그 대출금을 입주예정자의 주택구입자금의 일부로 사업주체에 직접 지급하기로 하는 내용의 대출협약을 체결하고 이러한 대출협약에 기하여 입주예정자에게 대출이 이루어지는 경우에도 입주예정자의 동의 없이 당해 주택 및 대지에 담보물권을 설정하는 행위가 허용된다고 봄이 타당하다. 이는 주택건설 촉진이라는 목적을 위하여 당해 대출금이 입주예정자의 주택구입자금의 일부로 납입됨과 동시에 사업주체의 주택건설자금으로 사용된다는 법적·경제적 효과의 측면에서, 사업주체가 금융기관으로부터 직접 입주예정자에 대한 주택구입자금 용자 목적으로 주택건설자금 또는 주택구입자금을 용자받는 것과 금융기관이 입주예정자에게 직접 주택구입자금을 대출하고 사업주체가 그 대출금채무를 보증하되 그 대출금을 주택구입자금의 일부로 사업주체에 직접 지급하는 것 사이에 아무런 차이가 없으므로, 사업주체의 채무를 담보하기 위한 담보물권 설정행위에 대한 법적 취급 역시 달리 할 이유가 없기 때문이다.

원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 우민종합건설 주식회사(이하 '우민건설'이라 한다)는 피고와 체결한 대출협약 및 연대보증계약을 통하여 우민건설이 피고 측에 통보한 분양계약자 등을 주채무자로 한 분양대금 대출에 관하여 260억 원 한도에서 연대보증을 하였고, 이러한 우민건설의 연대보증채무는 이 사건 아파트에 피고 명의의 근저당권이 설정될 때까지 지속되며, 개별 분양계약자들의 대출금은 우민건설에 직접 지급되었고, 분양계약 해제 등의 경우 우민건설이 대출금

상당액을 피고 측에 직접 반환하기로 약정하였으므로, 우민건설이 피고에 대하여 부담하는 분양계약자들의 대출금에 관한 연대보증채무는 우민건설이 주채무자가 되어 피고로부터 대출받는 경우와 법률효과의 측면에서나 경제적 실질의 측면에서 동일한 것으로 평가할 수 있을 뿐만 아니라 주택법 등의 규범 목적에 비추어 구 주택법 제40조 제1항 단서의 보호범위에 포함된다고 보아야 하고, 따라서 이 사건 아파트에 관한 피고 명의의 근저당권설정등기는 구 주택법에 따른 금지사항 부기등기의 예외사유에 해당하여 유효한 등기로 봄이 타당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 구 주택법 제40조 제1항 단서에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

2. 상고이유 제2점에 대하여

구 주택법 제40조 제1항 단서, 구 주택법 시행령 제44조 제2항 제2호에 의하면, 당해 주택의 건설을 촉진하기 위하여 사업주체가 당해 주택의 입주자에게 주택구입자금의 일부를 융자하여 줄 목적으로 구 주택법 시행령 제44조 제2항 제1호 각 목의 금융기관으로부터 주택구입자금의 융자를 받는 경우에는 입주예정자의 동의 없이 당해 주택 또는 대지에 저당권 등을 설정하는 행위가 허용되므로, 이러한 행위는 구 주택법 제40조 제3항 본문, 제5항 본문에 의하여 부기등기일 이후에 금지사항 부기등기에 의하여 금지되는 처분행위에 해당하지 아니한다. 따라서 금지사항 부기등기에 반하여 무효로 되는 것에 대한 예외사유를 규정한 구 주택법 제40조 제5항 단서, 구 주택법 시행령 제45조 제4항 각 호에 '구 주택법 시행령 제44조 제2항 제2호에 해당되어 당해 주택에 저당권 등을 설정하는 행위'가 포함되어 있지 아니하더라도 이러한 행위는 원

래 허용되는 것으로서 유효한 것이다.

원심은 구 주택법 시행령 제45조 제4항 제1호에 당해 주택에 저당권 등을 설정하는 경우가 규정되어 있지 아니한 것은 구 주택건설촉진법(2003. 5. 29. 법률 제6916호 주택법으로 전부 개정되기 전의 것)이 주택법으로 전부 개정되는 과정에서 금지사항 부기등기가 당해 대지뿐 아니라 당해 주택에 대하여도 가능하도록 개정되었음에도 입법의 미비로 구 주택법 시행령에 반영되지 아니한 데에서 비롯되었다고 보일 뿐 건물에 관하여 제한물권을 설정할 수 없다는 취지라고 할 수 없다고 판단하였다.

원심의 이유 설시에는 미흡한 점이 있으나 이 사건 아파트에 관한 피고 명의의 근저당권설정등기가 유효하다고 판단한 결론은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 구 주택법 제40조 제5항 단서에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 없다.

3. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김소영

 대법관 신영철

주 심 대법관 이상훈

대법관

김용덕