

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2007다20891 근저당권말소
원고, 피상고인 파산자 신한종합금융 주식회사의 파산관재인 예금보험공사
소송대리인 변호사 윤서욱
피고, 상고인 남중개발 주식회사
소송대리인 법무법인 대륙
담당변호사 이시윤, 권성, 심재돈, 이종기
원 심 판 결 서울고등법원 2007. 2. 6. 선고 2006나27095 판결
판 결 선 고 2008. 4. 11.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

1. 제1 근저당권설정등기의 말소청구에 대하여

부동산의 소유자 겸 채무자가 채권자인 저당권자에게 당해 저당권설정등기에 의하여

담보되는 채무를 모두 변제함으로써 저당권이 소멸된 경우 그 저당권설정등기 또한 효력을 상실하여 말소되어야 할 것이고, 다만 그 부동산의 소유자가 제3의 채권자와 사이에 새로운 채무를 담보하기 위하여 잔존하는 종전 채권자 명의의 저당권설정등기를 이용하여 이에 더잡아 새로운 제3의 채권자에게 저당권이전의 부기등기를 경료하기로 하는 내용의 저당권등기 유용의 합의를 하고 실제로 그 부기등기를 경료하였다면, 그 저당권이전등기를 경료받은 새로운 제3의 채권자로서는 부동산의 소유자에 대하여 그 등기 유용의 합의를 주장하여 저당권설정등기의 말소청구에 대항할 수 있다고 할 것이나(대법원 1998. 3. 24. 선고 97다56242 판결 등 참조), 저당권등기 유용의 합의를 한 제3자가 부동산 소유자에 대하여 실제로 채권을 가지고 있지 아니한 경우에는 위 법리가 적용될 수 없다.

원심은 채용 증거들을 종합하여, 파산 전 신한종합금융 주식회사(이하 '신한종합'이라 한다)는 극동건설 주식회사(이하 '극동건설'이라 한다)와의 사이에 1997. 6. 25. 할인한 도액을 488억 원으로 하는 어음거래약정을 체결하였고, 극동건설의 부회장으로서 대표이사였던 소외 1은 극동건설의 회장이자 부친인 소외 2와 함께 위 어음거래약정에 따른 채무를 연대보증한 사실, 극동건설이 발행하여 신한종합으로부터 할인받은 약속어음 3장(액면금 합계 163억 원)이 1998. 1. 20. 지급거절되었고, 이후 신한종합은 그 중 일부를 회수함으로써 위 어음거래약정에 기한 신한종합의 극동건설 및 소외 1에 대한 잔여채권액은 125억 3,300만 원에 이르는 사실, 소외 1, 2 부자는 1997. 12.경 극동건설의 자금난으로 그들 소유의 각 부동산에 관하여 강제집행을 당할 것으로 예상되자, 허위의 근저당권을 설정하는 등의 방법으로 강제집행의 면탈을 꾀하였는데, 소외 1은 그 소유의 서울 영등포구 여의도동 13-19 대 1,190㎡(이하 '이 사건 토지'라 한다)에 관하

여 극동건설의 협력업체인 유창공영 주식회사(이하 '유창공영'이라 한다) 및 주식회사 동광합동(이하 '동광합동'이라 한다)을 각 채무자로 하여 삼화상호신용금고(현재 상호 주식회사 삼화상호저축은행, 이하 '삼화금고'라 한다) 앞으로 1997. 12. 29. 원심 판시 제1 근저당권을, 같은 달 30. 원심 판시 제2 근저당권을 각 1, 2순위로 설정하여 준 사실, 소외 1은 1997. 12. 30. 제1 근저당권에 기하여 삼화금고로부터 유창공영의 명의로 10억 원을, 만기는 1998. 12. 30.로 정하여 대출받아 이를 개인적으로 사용하고 위 대출금에 대한 이자도 이를 연체한 외에는 모두 정상적으로 납부하였으며, 1998. 12. 30. 위 대출금채무가 확정된 후 같은 날 및 그 다음 날에 걸쳐 위 대출금채무가 전액 변제되었는데, 이후 제1 근저당권에 관하여 2001. 7. 5. 소외 3 등 앞으로는 1998. 12. 30. 계약양도를, 피고 앞으로는 2001. 6. 1. 계약양도를 각 등기원인으로 순차 근저당권이전의 부기등기가 각 경료되고, 같은 달 10. 채무자를 소외 1로 변경하는 근저당권변경의 부기등기가 경료된 사실, 소외 1은 1998. 초순경 그 소유의 시흥시 은행동 소재 전·답 약 600평을 1억 5,000만 원에, 1999. 여름 무렵 소외 4에게 소유명의를 신탁하였던 이천시 설성면 소재 임야 약 23,000평을 약 14억 원에 당시 피고의 대표이사였던 소외 5를 통하여 매도하고 위 각 매매대금을 모두 전달받은 사실, 한편 소외 1은 2002. 9. 기준으로, 시가 37억 4,900만 원 상당의 이 사건 토지 및 피고 주식 40,000주 시가 4억 원 상당, 주식회사 문화행동 주식 10,000주 5,000만 원 상당, 서울우유협동조합 주식 4,099주 2,000만 원 상당, 골드 CC 골프회원권 1매 8,300만 원 상당, 시그너스 CC 골프회원권 1매 6,300만 원 상당, 합계 43억 6,500만 원 상당 외에 별다른 재산이 없었던 반면, 원고에 대하여 125억 3,300만 원 상당의 채무 및 이 사건 토지에 관한 가압류 청구금액만을 기준으로 하더라도 계 491억여 원의 채무를 부담하여 채무초과상태에 있었

던 사실 등 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 그 인정사실에 의하면, 제1 근저당권은 1998. 12. 30. 그 피담보채무가 확정되어 그 다음날 까지 전액 변제됨으로써 소멸되었으므로 제1 근저당권설정등기는 효력을 상실하여 말소되어야 한다고 판단하고, 나아가, '소외 3 등이 위 피담보채무를 대위변제하여 변제자대위로써 제1 근저당권을 취득한 후 그 근저당권이전의 부기등기만을 미루고 있던 중 피고의 소외 1에 대한 임차보증금 반환채권과 구상금채권을 제1 근저당권의 피담보채권으로 삼기로 하는 근저당권 유용의 합의가 이루어져, 이에 따라 소외 3 등과 피고 앞으로 순차 제1 근저당권이전의 각 부기등기와 채무자 변경의 부기등기가 경료된 것이므로, 피고에 대하여 제1 근저당권설정등기의 말소를 구할 수는 없다'는 피고의 주장에 대하여, 제1 근저당권의 피담보채무는 소외 1이 소외 3 등으로부터 돈을 빌려 직접 변제하였거나, 소외 3 등이 대위변제하였다고 하더라도 소외 1은 소외 3 등 앞으로 제1 근저당권이전의 부기등기를 경료하기 전에 이미 이들에 대한 구상금채무를 모두 변제한 것으로 인정되고, 피고의 소외 1에 대한 임차보증금 반환채권과 구상금채권도 그 존재를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로, 피고의 위 주장을 배척하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 판단누락, 등기의 추정력에 관한 입증책임의 전도 또는 이유불비의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 제2 근저당권설정등기의 말소청구에 대하여

회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 이는 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 그 실질에 있어서는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 타인의 개인기업에 불과하거나 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부

로 쓰여지는 경우에는, 비록 외견상으로는 회사의 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세워 회사에게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 위반되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없고, 따라서 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다고 보아야 한다(대법원 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결 등 참조).

원심은 그 채용 증거들을 종합하여, 소외 1은 극동건설의 부회장으로 근무하던 1988. 5. 16. 피고를 인수하면서, 극동건설의 산하협력업체인 피고의 주주로서 등재되거나 대표이사에 취임하는 것을 회피하기 위하여 과거 자신의 부하직원으로 근무하였던 자 및 친분이 있는 자들을 주주로 등재하기로 하고, 피고의 주식 10,000주를 발행하여 극동건설 자재과장인 소외 6, 업무부 소속 직원인 소외 7, 소외 1의 고등학교 친구인 소외 8, 극동건설 종합기획실 대리인 소외 9의 명의로 각 2,000주(액면금 10,000원 × 2,000주)를 인수케 하였으나, 주식인수대금은 모두 소외 1이 지급하고 주식 보유명의만 위 사람들에게 신탁한 사실, 이후 피고 소유 건물 임차인들에 대한 임차보증금반환을 반환할 자금이 없어 지연손해금을 지급할 상황에 이르자, 소외 1은 자신의 비용으로 3차에 걸쳐 피고로 하여금 유상증자를 하게 하여 위 임차보증금을 지급한 사실, 소외 5는 극동건설에서 관재업무를 담당하다가 1998. 10.경 퇴사한 후, 1999. 10.경 소외 1의 지시에 의하여 피고 회사의 대표이사로 취임한 후 소외 1의 지시에 따라 제1, 2 근저당권에 관한 각 변경 및 이전의 부기등기를 마쳤는데, 당시 피고의 주주 및 임원들은 극동건설의 전 임직원이나 소외 1의 측근 인물들로서 명목상의 주주 및 임직원에 불과하고, 실제 주주총회나 이사회가 열린 바 없으며, 소외 1이 실질적인 경영자로서 의사결정을

하고 피고 회사의 재산도 소외 1이 실질적 소유자로서 관리한 사실, 한편 소외 1은 앞서 본 바와 같이 1997. 12.경 극동건설의 자금난으로 그 소유의 부동산에 관하여 강제집행을 당할 것으로 예상되자, 허위의 근저당권을 설정하는 등의 방법으로 강제집행의 면탈을 꾀하였는데, 이 사건 토지에 관하여는 협력업체인 동광합동을 채무자로 하여 1997. 12. 30. 삼화금고 앞으로 제2 근저당권을 설정한 사실, 소외 1은 제2 근저당권설정 등기일로부터 17개월이 경과된 1999. 5. 26.에 이르러서야 동광합동의 명의로 삼화금고로부터 10억 원을, 만기는 2001. 5. 26.로 정하여 대출받아, 이를 개인적으로 사용하고 위 대출금에 대한 이자도 1회만 연체하였을 뿐 모두 정상적으로 납부하였는데, 위 만기도과 후인 2001. 6. 11. 확정된 위 대출원리금 10억 5,917,808원은 피고 명의로 대위변제되고 같은 달 13. 피고 앞으로 같은 달 11. 계약양도를 원인으로 하여 제2 근저당권이전의 부기등기가 마쳐진 다음 근저당권변경의 부기등기가 경로된 사실 등 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 소외 1은 피고의 대표이사 등 임원을 임의로 선임·개임하고 제1, 2 근저당권설정 및 이후의 이전등기절차를 지시하는 등 피고의 경영을 실질적으로 지배하여 온 점, 소외 1은 자신이 개인적으로 사용하기 위하여 또 다른 법인의 명의로 대출받은 채무에 관하여 제1, 2 근저당권의 공동담보로 피고 소유 건물을 제공하고 피고의 주식발행 및 증자시 자신의 비용으로 이를 충당하는 등 피고 소유의 재산을 실질적으로 소유하며 관리하여 온 점, 피고는 피고 소유 건물의 임차인들에게 반환할 임차보증금이 부족하여 소외 1이 피고의 자본을 증자하는 형식을 빌어 그 자금을 조달하는 등 독자적인 자산을 보유하지 아니하였던 점 등에 비추어 보면, 피고와 소외 1은 실질적으로 동일한 인격이라 할 것이고, 따라서 비록 피고가 제2 근저당권의 피담보채무를 대위변제하는 형식을 취하였다 하더라도, 피고의 소외 1에 대한 구상금채권

은 채권과 채무가 동일인에게 귀속되어 혼동의 법리에 따라 소멸하고 그 채권이 존속할 여지가 없으므로, 제2 근저당권설정등기 역시 말소되어야 한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 법인격부인론에 관한 법리오해의 위법 등이 있다고 할 수 없다.

3. 결론

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

재판장 대법관 전수안 _____

주 심 대법관 고현철 _____

 대법관 김지형 _____

 대법관 차한성 _____