

대전지방법원 2020. 10. 14 선고 2020가단1100 판결 [근저당권설정등기말소]

---

### 재판경과

대전지방법원 2021. 11. 2 선고 2020나122763 판결

대전지방법원 2020. 10. 14 선고 2020가단1100 판결

### 전 문

원 고 A

소송대리인 B

피 고 C

변 론 종 결 2020. 9. 23.

판 결 선 고 2020. 10. 14.

### 주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

## 청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 대전지방법원 등기와 2019. 7. 16. 접수 제57722호로 마친 근저당권설정등기에 관하여 2019. 12. 30. 변제를 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.

## 이 유

### 1. 이 사건 근저당권설정등기

원고는 자신의 며느리인 D(이하 ‘소외인’이라 한다)가 피고에 대하여 부담하는 채무를 담보하여 주기 위하여 물상보증인으로서 원고 소유의 별지 목록 기재 부동산 중 2분의 1 지분에 관해 2019. 7. 16. 피고 앞으로 근저당권 설정자 원고, 채무자 소외인, 채권최고액 8,000만 원으로 한 근저당권설정등기를 경료하여 주었다(갑3).

### 2. 당사자의 주장

1) 원고는, 위 근저당권설정등기는 소외인이 2019. 7. 피고로부터 5,000만 원을 차용함에 있어 그 5,000만 원의 채무를 담보하여 주기 위해 경료한 것인바, 원고가 피고에게 2019. 8. 20.부터 2019. 12. 30.까지 사이에 5회에 걸쳐 5,000만 원을 모두 변제함으로써 피담보채무가 소멸되었으므로 위 근저당권설정등기의 말소를 구한다고 주장한다.

2) 이에 대하여 피고는, 소외인은 위와 같이 5,000만 원을 차용하기 이전에도 이미 피고로부터 4,000만 원을 차용한 바 있으나 이 4,000만 원의 채무도 변제하지 못하고 있던 중에 또다시 피고에게 추가로 5,000만 원을 빌려달라고 하여 피고가 이를 거절하였고, 그러자 소외인이 피고에게 5,000만 원을 추가로 빌려주면 기존에 빌렸던 4,000만 원의 채무 중 1,000만 원을 곧바로 상환하고, 기존 채무 잔액 3,000만 원(4,000만 - 변제할 1,000만) 및 추가로 차용하는 5,000만 원 합계 8,000만 원(3,000만 + 5,000만)에 관해서 원고 소유의 부동산에 근저당권을 설정해 주겠다고 하여, 피고가 원고와 채권최고액 8,000만 원의 근저당권설정계약을 체결하고 소외인에게 추가로 5,000만

원을 대여했는데, 소외인은 약정과 달리 기존 4,000만 원의 채무 중 1,000만 원도 변제하지 않았는바, 비록 소외인의 추가 차용금 5,000만 원은 변제되었지만 소외인의 기존 채무 4,000만 원이 그대로 남아있으므로 근저당권 말소 청구에 응할 수 없다고 주장한다.

### 3. 판단

#### 가. 인정사실

을 제1 내지 3호증(가지번호 포함)의 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, 피고는 2018. 2. 19. 피고는 원고의 며느리인 소외인에게 4,000만 원을 대여한 사실, 그 후 소외인이 위 4,000만 원의 채무도 변제하지 못하고 있던 상황에서 피고에게 다시 추가로 5,000만 원을 빌려달라고 하자, 2019. 7. 15. 피고는 소외인과 사이에는 ① 위와 같이 이전에 빌려주었던 4,000만에 관한 차용증(을2-1) 및 ② 추가로 빌려줄 5,000만에 관한 차용증(을2-2)을 작성하고, 그 담보를 위하여 소외인의 시어머니인 원고와 사이에는 원고 소유의 부동산에 관하여 “근저당권 설정자 원고, 채무자 소외인, 채권최고액 8,000만 원, 근저당권설정자는 채무자가 위 금액 범위 안에서 채권자에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대채무나.. 등 모든 채무를 담보코자 근저당권을 설정한다”는 근저당권설정계약서(을3 등기권리증에 첨부된 계약서)를 작성하고 부동산에 8,000만 원의 근저당권설정등기를 마친 후 소외인에게 추가로 5,000만 원을 대여한 사실을 인정할 수 있다.

#### 나. 판단

근저당권은 그 담보할 채권의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 유보하여 설정하는 저당권을 말한다. 근저당권의 피담보채무의 확정에 관하여 보건대, 근저당권설정계약이나 그 기본계약에서 결산기를 정하거나 근저당권의 존속기간이 있는 경우라면 원칙적으로 결산기가 도래하거나 존속기간이 만료한 때에 그 피담보채무가 확정되고, 근저당권의 존속기간이나 결산기를 정하지 않은 때에는 피담보채무의 확정방법에 관한 다른 약정이 있으면 그에 따르고, 이러한 약정이 없는 경우라면 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 언제든지 계약 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결 참조).

이에 의하면, 원고와 피고 사이의 근저당권설정계약은 담보할 채권의 최고액만 8,000만 원으로 정하고 채무의 확정은 장래에 유보하여 설정한 것인데, 위 근저당권설정계약에서 근저당권의 존속기간이나 결산기를 정하지 않았고 달리 피담보채무의 확정방법에 관한 약정이 없으므로 근저당권설정자인 원고가 근저당권자인 피고를 상대로 언제든지 계약 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있는바, 원고가 피담보채무를 전액 변제하였음을 이유로 이 사건 근저당권 말소청구의 소를 제기함으로써 계약 해지의 의사표시를 하고 피담보채무 확정을 구하는 것으로 본다. 그런데 근저당권은 그 담보할 채권의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 유보하여 설정하는 저당권을 말하고, 이에 따라 앞서 본 바와 같은 원피고 사이의 근저당권설정계약서에도 “근저당권설정자(원고)는 채무자(소외인)가 위 금액 범위 안에서 채권자(피고)에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대채무나 .. 등 모든 채무를 담보코자 근저당권을 설정한다”고 기재되어 있으므로, 이 사건 근저당권은 소외인이 근저당권 설정 당시를 기준으로 기존에 부담하고 있거나 장래 부담하게 될 모든 채무를 채권최고액 8,000만 원의 범위 내에서 담보하는 것인바, 원고가 피고에게 추가 차용금 5,000만 원을 변제한 사실은 인정되지만 현재 소외인의 채무는 위 추가 차용금 5,000만 이외에 그 이전인 2018. 2. 19.에 빌렸던 기존 4,000만 원의 채무가 남아있으므로 근저당권의 피담보채무가 남아있다(원고는 피고와 근저당권 설정계약 당시 소외인의 5,000만 원의 차용금채무만 피담보채무로 약정하였다는 취지로 주장하나, 원고는 어떠한 특정 채무에 관하여 저당권을 설정한 것이 아니라 채권최고액을 8,000만 원으로 하여 피담보채무의 확정을 장래에 유보한 근저당권을 설정한 것인 점, 이에 따라 원피고 사이의 근저당권설정계약서에도 원고는 소외인이 피고에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 모든 채무를 담보코자 근저당권을 설정한다고 기재되어 있는 점, 통상적으로 저당권을 설정할 때에는 채권최고액을 채무액의 120 ~ 130% 정도를 설정하는 것으로 보이므로, 만약 원피고 사이에서 소외인의 추가 차용금 5,000만 원만 피담보채무로 약정하였다면 근저당권설정 당시 채권최고액을 5,000만 원의 120 ~ 130%에 해당하는 6,000만 원 ~ 6,500만 원으로 하여 설정하였을 것인데 이 사건 근저당권의 채권최고액은 8,000만 원인 점, 피고가 기존에 소외인에게 4,000만 원을 빌려주었으나 이를 변제받지 못하고 있는 상황임에도 불구하고 또다시 추가로 5,000만 원을 빌려줄

때에는 기존 4,000만 원의 채무에 관하여도 어떠한 확실한 담보가 확보되어야만 추가로 5,000만 원을 빌려줄 수 있으리라는 것이 경험칙에 부합한다고 보이는 점에 비추어볼 때 이 사건 근저당권의 채권최고액을 8,000만 원으로 정하게 된 사유에 관한 앞서 본 피고의 주장도 전혀 이유 없다고만은 보이지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 근저당권은 근저당권 설정 당시의 소외인의 기존 채무 4,000만 원과 추가 차용금채무 5,000만 원 모두를 피담보채무로 한다고 볼 것이다).

#### **4. 결 론**

근저당권의 피담보채무가 남아있고 원고는 무조건적으로만 근저당권의 말소를 구하므로, 원고의 청구를 기각한다.

판사 김양규

별지