

부산지방법원 서부지원 2020. 5. 21 선고 2018가합102459 판결 [근저당권설정등기말소청구의
소]

전 문

원 고 A

소송대리인 법무법인 세진

담당변호사 박문학, 오화석

피 고 1. B

2. C

피고들 소송대리인 법무법인 국제

담당변호사 이원철, 배성현

변론 종결 2020. 4. 2.

판결 선고 2020. 5. 21.

주 문

1. 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지

원고에게, 피고 B은 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 부산지방법원 서부지원 북부산등기소 2016.

9. 5. 접수 제59116호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를, 피고 C은 같은 목록 기재 각 부동산에 관하여 부산지방법원 서부지원 북부산지소2016. 9. 5. 접수 제59115호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 각 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 전처인 D과 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)을 각 1/2 지분으로 공유하고 있었는데, 2017. 3. 14. '2016. 11. 16.자 재산분할'을원인으로 D이 소유하던 이 사건 각 부동산의 1/2 지분에 관하여 소유권이전등기를 마침으로써 이 사건 각 부동산을 단독으로 소유하게 되었다.

나. D은 2016. 1. 21.부터 같은해 7. 28.까지 사이에 대부업(상호: E)을 운영하는 피고들과 아래와 같이 원금 합계 830,000,000원에 관한 금전소비대차계약공정증서를 각작성하였다.

순번	작성일	대여금(원)	이자	지연손해금	변제기	채권자
1	2016. 1. 21.	250,000,000	연 24%	연 24%	2017. 1. 21.	피고 C
2	2016. 2. 25.	100,000,000	연 24%	연 24%	2017. 2. 25.	피고 B
3	2016. 5. 10.	100,000,000	연 24%	연 24%	2018. 5. 10.	피고 B
4	2016. 6. 30.	100,000,000	연 24%	연 24%	2018. 6. 30.	피고 B
5	2016. 7. 28.	280,000,000	연 24%	연 24%	2017. 7. 28.	피고 B

다. 1) D은 2016. 9. 2. 피고 C으로부터 430,000,000원을 이율 연 24%, 변제기 2019.9. 2.로 정하여 차용하기로 하는 대부거래계약서, 피고 B으로부터 400,000,000원을 이율 연 24%, 변제기 2019. 9. 2.로 정하여 차용하기로 하는 차용증(이하 2016. 9. 2. 작성된 위 대부거래계약서와

차용증을 통칭하여 '이 사건 각 차용증'이라 한다. 이 사건 각 차용증상 차용금 합계

830,000,000원은 위 나. 항 기재 각 공정증서상 원금 합계와 동일하다)을 각 작성하여 피고들에게 교부하였다.

2) 피고들은 2016. 9. 2. D에게 "채무자 D의 2016. 8. 31. 이전의 모든 채무서류는 소멸되고 2016. 9. 2. 새로 작성한 채무서류만 모두 유효한 것으로 한다."라는 내용의 확인증(갑 제11호증, 이하 '이 사건 확인증'이라 한다)을 작성하여 교부하였다.

3) D과 피고들은 2016. 9. 2. 근저당권 설정계약을 각 체결하고, D은 자신이 소유하던 이 사건 각 부동산의 1/2 지분에 관하여 ① 부산지방법원 서부지원 북부산등기소 2016. 9. 5. 접수 제59116호로 채무자 D, 근저당권자 피고 B, 채권최고액 4억 원으로 하는 근저당권설정등기를, ② 부산지방법원 서부지원 북부산등기소 2016. 9. 5. 접수제59115호로 채무자 D, 근저당권자 피고 C, 채권최고액 5억 원으로 하는 근저당권설정등기(이하 2개의 근저당권을 통칭하여 '이 사건 각 근저당권'이라 한다)를 각 마쳐주었다.

이 사건 각 근저당권 설정계약서 제1조는 "근저당권설정자는 채무자가 위 금액 범위 안에서 채권자에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대채무나 보증인으로서 기명날인한 차용금증서 각서 지급증서 등의 채무와 발행배서보증 인수한 모든 어음채무 및 수표금상의 채무 또는 상거래로 인하여 생긴 모든 채무를 담보코자 끝에 쓴 부동산에 순위 제○번의 근저당권을 설정한다."라고 정하고 있다.

라. 피고 C은 2018. 7. 4. 부산지방법원 서부지원 F로 D이 피고 C에 대한 채무430,000,000원과 이에 대한 지연이자를 변제하지 아니하였다는 이유로 이 사건 각 부동산에 관하여 위 근저당권에 기한 부동산임의경매를 신청하였고, 2018. 7. 5. 부동산임의경매개시결정이 내려졌다.

마. 원고는 2018. 8. 17. 이 사건 각 근저당권의 말소를 구하는 취지의 이 사건 소를 제기하였고, 피고 B은 2018. 8. 27. 이 사건 소장부분을 송달 받았다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 6, 11호증, 을 제2 내지 4호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고

이 사건 확인증의 기재에 의하면 D이 2016. 9. 2. 이전에 피고들에게 부담하던 채무가 없음이 확인되고, D은 2016. 9. 2. 이후에는 이 사건 각 차용증에 기재된 돈 이외에 는 피고들로부터 돈을 빌리지 않았다. D은 이 사건 각 근저당권의 피담보채무를 변제하였으므로, 피고들은 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 각 이행할 의무가 있다.

나. 피고들

D은 이 사건 각 근저당권의 피담보채무를 모두 변제하지 못하였다.

3. 판단

갑 제9, 10, 13, 14호증을 비롯하여 원고가 제출한 증거만으로는, 앞서 인정한 사실,을 제6 내지 8, 14호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 아래각 사정들에 비추어, 이 사건 각 근저당권의 피담보채무가 모두 소멸하였다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

가. 피고 B

① D이 2016. 9. 5. 피고 B에게 이 사건 각 부동산에 관하여 채권최고액을 4억 원으로 하는 근저당권을 설정해 준 사실은 앞서 본 바와 같고, 을 제4호증의 2의 기재에 의하면 위 근저당권설정계약에서 피담보채무의 발생기간, 근저당권의 존속기간 등을 약정하지 않은 사실이 인정된다. 따라서 이 사건 각 부동산의 제3취득자인 원고가 위피고 명의의 근저당권설정등기의 말소를 구하는 취지가 기재된 이 사건 소장부분이 피고 B에게 송달된 2018. 8. 27. 위 근저당권의 피담보채권이 확정되고(대법원 1999. 9.21. 선고 99다26085 판결, 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다50637 판결 등 참조), 그때까지 D이 위 피고로부터 차용한 돈 일체가 위 근저당권의 피담보채무에 해당한다.

② 이 사건 각 차용증 작성 이후 피고 B 명의 근저당권의 피담보채무 확정일 이전까지, 피고 B은 D에게 합계 1,130,690,400원1)을 송금하였는바, 쌍방의 기존 거래관계 등 제반사정을 종합하여 볼

때, 위 피고가 위 금원 상당을 D에게 추가로 대여하였다고 봄이 상당하다.

③ 이 사건 각 차용증 작성 이후 D이 피고 G에게 송금한 돈의 합계는 1,511,200,000원인데, 이 돈은 D의 위 피고에 대한 이 사건 각 차용증상 차용금 및 이 사건 각 차용증 작성 이후 차용금 원금 합계 1,530,690,400원(= 400,000,000원 + 1,130,690,400원)에도 이르지 못한다(이 사건 각 차용증 작성 및 이 사건 확인증 작성으로 이 사건 각 차용증을 초과하는 D의 기존 채무를 면제하였는지에 관하여 당사자사이에 다툼이 있으나, 앞서 본 바와 같이 그 이후 발생한 피담보채무가 소멸하지 않았음이 명백하므로, 기존 채무의 면제 여부에 관하여는 나아가 판단하지 않는다).

④ D은 2019. 2. 21. 피고 B이 D을 사기 혐의로 고소한 사건에서 수사기관에 '지금까지 피고 B으로부터 빌린 돈을 전부 갚지 못하였다.'고 진술하였다. D은 2019. 5.29. 부산지방법원 2019머50059호 대여금 사건 조정기일에 출석하여 '피고 B에 대한 채무 122,000,000원 상당이 남아있다'고도 진술하였다.

나. 피고 C

① 피고 C의 근저당권의 피담보채권은 위 피고가 이 사건 각 부동산에 관한 임의 경매를 신청한 2018. 7. 4. 확정되었다.

② 이 사건 각 차용증상 피담보채무는 430,000,000원이고, 차용증 작성 이후 원고가 주장하는 D의 피고 C에 대한 변제금액은 2018. 3. 30. 147,000,000원에 불과하여 차용금 원금에도 이르지 못한다.

③ 원고는 이 사건 각 차용증 작성 이전에 D이 피고 C에게 송금한 320,350,000원도 위 피고 명의 근저당권의 피담보채무 변제조로 지급된 것이라고 주장하므로 살피건대, 2014. 11. 8.부터 2016. 5. 9.까지 D이 피고 C에게 위 금원 상당을 송금한 사실이 인정되기는 한다. 이에 대하여 위 피고는 위 각 금원을 송금받은 것은 기존 대여원리금에 대한 변제일 뿐 이 사건 피담보채무의 변제와 무관하다고 항변하므로 살피건대, 위 금원은 이 사건 각 차용증 작성 이전에 송금한 돈인 점, D은 그러한 송금 사실에도 불구하고 차용금을 430,000,000원으로 한 차용증을 작성한 점, 피고들은 2014. 11. 7.부터 이 사건 각 차용증 작성 전까지 D에게 다액의 돈을 빌려주었고, 위 기초사실 나.항 기재와 같이

D은 5회에 걸쳐 금전소비대차계약공정증서를 작성한 점 등을 종합하여 보면, 위 송금한 돈은 기존 채무에 관한 변제조로 송금된 것이라고 봄이 상당하므로, 위 피고의 항변은 이유 있고, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 모두 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 임 효 량, 판사 김해마루, 판사 정 예 지

1) 피고들은 2016. 9. 3.부터 D에게 대여한 돈의 합계가 1,185,242,400원이라고 주장하나, 피고가 주장하는 대여 중 2017. 7. 13. 10,000,000원, 2017. 7. 14. 20,000,000원, 2017. 7. 21. 3,000,000원, 2017. 8. 3. 6,500,000원, 2017. 11. 22. 3,000,000원, 2018. 1. 29. 806,100원, 2018. 2. 1. 6,245,900원, 2018. 2. 5. 5,000,000원의 이체내역은 금융거래내역으로 확인되지 않으므로 제외한다.