

부산지방법원 2018. 5. 18 선고 2017나40488 판결 [근저당권설정등기말소 등]

재판경과

부산지방법원 2018. 5. 18 선고 2017나40488 판결

부산지방법원 2016. 12. 16 선고 2016가단27579 판결

전 문

원고, 항소인 겸 피항소인A

피고, 피항소인 겸 항소인B

변론 종결 2018. 3. 23.

판결 선고 2018. 5. 18.

제1심판결 부산지방법원 2016. 12. 16. 선고 2016가단27579 판결

주 문

1. 당심에서 교환적으로 변경된 원고의 주위적 청구를 포함하여 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.
가. 별지 목록 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 2013. 1. 8. 접수 제997호로 마친 근저당권의
피담보채권은 47,838,575원 및 이에 대한 2013. 12. 7.부터 다 갚는 날까지 월 2%의 비율로
계산한 돈을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다.
나. 원고의 주위적 청구 및 나머지 예비적 청구를 각 기각한다.
3. 소송 총비용 중 90%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

① 주위적으로, 피고와 원고 사이에 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 2013. 1. 8. 체결된 근저당권설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다)을 취소한다.

피고는 원고에게 이 사건 부동산에 관하여 부산지방법원 2013. 1. 8. 접수 제997호로 마친 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)설정등기의 말소등기절차를 이행하라. ② 예비적으로, 이 사건 근저당권의 피담보채권이 존재하지 아니함을 확인한다(원고는 제1심에서 주위적 청구로 피담보채무가 모두 변제되었음을 이유로 이 사건 근저당권설정등기의 말소절차의 이행을 구하다가 이 법원에 이르러 이 사건 근저당권설정계약을 사기 또는 착오에 의한 의사표시로 취소하고, 원상회복으로서 이 사건 근저당권설정등기의 말소절차의 이행을 구하는 것으로 주위적 청구를 교환적으로 변경하였다).

2. 항소취지

가. 원고

제1심판결 중 원고 패소 부분을 취소한다. ① 주위적으로, 이 사건 근저당권설정계약을 취소한다. 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라. ② 예비적으로, 이 사건 근저당권의 피담보채권이 존재하지 아니함을 확인한다.

나. 피고

제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소한다. 원고의 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 인정사실

가. 차용증의 작성 및 근저당권설정등기 등

1) 피고는 원고의 부친인 L이 운영하던 C회사에서 자금관리업무를 담당하다가 2013. 1. 15.

퇴사하였다.

2) 피고는 C회사에서 근무하면서 회사 운영자금 등의 명목으로 원고 및 원고의 모친인 D(이하 '원고 등'이라 한다)에게 수차례에 걸쳐 돈을 대여하였다.

3) 피고는 2012. 12. 28. 원고 등과 피고의 남은 대여금을 230,000,000원으로 정산한 다음, 원고 등이 각 1/2 지분씩 공유하고 있던 부산 동래구 E, F에 있는 G건물 401호, 402호(이하 'M동 빌라'라 한다)를 111,000,000원의 변제에 갈음하여 소유권이전등기 받았다(대물변제 약정은 2012. 12.

26. 이루어졌으나 피고 앞으로의 소유권이전등기는 2013. 1. 2. 마쳐졌다).

4) 원고 등은 위 정산 당일인 2012. 12. 28. 피고에게 나머지 대여금 119,000,000원(= 230,000,000원 - 111,000,000원, 이하 '이 사건 피담보채권'이라 한다)에 관하여 이자 월 2%, 변제기 2013. 12. 31.까지로 정한 차용증서(을 제1호증, 이하 '이 사건 차용증'이라 한다)를 작성·교부하였고, L은 원고 등의 피고에 대한 채무를 연대보증하였다.

5) 원고 등은 2013. 1. 8. 피고에게 이 사건 피담보채권의 담보로 원고 등이 각 1/2 지분씩 공유하고 있는 이 사건 부동산에 관하여 채권최고액 120,000,000원의 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

나. 원고 등의 추가 대물변제

원고 등은 2013. 12. 6. 이 사건 피담보채권 중 98,000,000의 변제에 갈음하여 원고 등이 각 1/2 지분씩 공유하고 있던 부산 동래구 H건물 401호, 501호(이하 'H 빌라'라 한다)를 피고에게 소유권이전등기 해주었다.

다. 피고의 이 사건 빌라에 대한 임의경매신청

피고는 이 사건 부동산에 대하여 임의경매신청을 하였고 그에 따라 2016. 2. 19. 부산지방법원 1로 임의경매개시결정이 내려졌다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 3, 5호증, 을 제1호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 변론 전체의 취지

2. 주위적 청구에 관한 판단

가. 원고의 주장

이 사건 차용증 작성 당시 원고 등이 피고로부터 차용한 돈보다 D의 통장 계좌에서 피고 및 피고의 처 J의 계좌로 송금된 돈이 더 많았으므로, 피고가 변제받지 못한 대여금은 남아 있지 않았다. 그런데도 피고는 마치 230,000,000원의 대여금이 남아 있는 것처럼 원고 등을 기망하였고, 이에 속은 원고 등은 230,000,000원의 차용금채무가 남아 있는 것으로 착오하여 이 사건 차용증을 작성하여 주고 이 사건 근저당권까지 설정해준 것이다. 따라서 원고는 사기 또는 착오를 이유로 이 사건 근저당권설정계약을 취소하므로 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다.

나. 판단

1) 먼저 피고가 이 사건 차용증 작성 당시 피고의 남은 대여금에 관하여 원고 등을 기망한 사실이 있는지에 관하여 본다. 앞서 인정한 사실 및 갑 제4, 6, 8, 9, 18호증, 을 제8, 9, 10호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실 또는 사정들을 종합하여 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 피고의 기망 사실을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고가 원고 등을 기망하였음을 전제로 한 원고의 위 주장은 더 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

① 갑 4, 6호증의 각 기재에 의하면, 피고가 C회사에서 근무하는 동안 D 명의의 여러 통장 계좌에서 피고 및 피고의 처 J(이하 '피고 측'이라 한다)의 계좌로 여러 차례 돈이 송금되기는 하였다. 그러나 위 송금 내역에는 피고의 임금을 지급하거나 피고로부터 차용한 돈에 대한 이자를 지급한 내역, 피고가 C회사의 운영에 필요한 경비를 현금으로 지출하고 원고 등으로부터 이를 되돌려 받은 내역도 다수 포함된 것으로 보이므로, 위와 같이 송금된 돈이 모두 피고에 대한 차용금의 변제로 지급되었다고 단정하기 어렵다.

② 피고는 C회사를 퇴사하기 직전인 2012. 12. 28. 원고 등과 사이에 피고의 남은 대여금을 230,000,000원으로 정산하면서 대물변제가 예정된 M동 빌라의 평가액인 111,000,000원을 뺀 나머지 금액 119,000,000원에 대한 차용증을 작성·교부받았다. 당시 C회사를 운영해온 사업주인 L과 원고 등이 그 직원인 피고와의 금전거래를 정산하면서 C회사의 거래통장이었던 D 명의의 통장 계좌에서 피고 측에게 송금된 돈이나 그 내역 등을 확인해보지 않았다는 것은 믿기 어렵다. 나아가 위와 같은 송금 내역은 원고 등이 소지하고 있던 D 명의의 통장에 그대로 드러나 있던 것으로서 피고가 이를 감추거나 속일 수 있는 사항도 아니다.

③ 더구나 원고 등은 이 사건 차용증을 작성해주고 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐준 다음, 그로부터 약 11개월 후에도 피고에게 H 빌라를 이전해줌으로써 98,000,000원 상당을 추가로 대물변제하였다.

④ L은 '이 사건 근저당권의 피담보채권이 남아 있지 않은데도 피고가 이 사건 부동산에 관하여 임의경매를 신청하고, C회사에서 자금관리업무를 담당하면서 2011. 2.경부터 2012. 12.경까지 회사 자금을 임의로 출금하여 횡령하였다'는 이유로 피고를 사기 및 업무상횡령으로 고소하였으나, 검찰에서 무혐의 처분이 내려졌고, 이에 대한 L의 검찰 항고, 재정신청 및 재정신청에 대한 재항고까지 모두 기각되었다.

2) 위와 같은 사실 및 사정들을 종합하여 보면, 원고 등은 이 사건 차용증 작성 당시 피고에 대한 남은 차용금을 230,000,000원으로 정산하고 M동 빌라를 111,000,000원으로 계산하여 대물변제하기로 하면서 피고에게 남은 119,000,000원에 대한 차용증을 작성해주고 차용금에 대한 담보로 이 사건 근저당권설정등기를 해주었다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 차용증 작성 당시나 이 사건 근저당권설정 당시 피고에 대한 남은 차용금의 액수를 착오하였음을 전제로 한 원고의 위 주장 또한 더 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

3. 예비적 청구에 관한 판단

가. 원고의 주장

피고에게 M동 및 H 빌라 가액 합계 209,000,000원(= 111,000,000원 + 98,000,000원)을 대물변제한 것을 비롯하여 D 명의의 여러 통장 계좌에서 피고 측의 계좌로 2011. 9. 8.부터 2012. 8. 28.까지 총 116,782,200원, 2012. 8. 29.부터 2012. 12. 28.까지 총 55,050,000원이 송금되는 등 피고에 대한 차용금은 모두 변제되었다. 나아가 설령 위 송금액이 피고에 대한 차용금의 변제에 해당하지 않는다면, 피고는 법률상 원인 없이 이를 송금받은 것이거나 이를 횡령한 것이므로 피고에 대한 부당이득반환채권 또는 손해배상채권으로 이를 상계한다. 따라서 이 사건 근저당권의 피담보채권은 존재하지 않으므로 이에 대한 확인을 구한다.

나. 판단

1) 위 2의 나.항에서 본 바와 같이, D 명의의 여러 통장 계좌에서 피고 측의 계좌로 송금된 돈이 모두

피고에 대한 차용금의 변제로 지급된 것이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 위 돈이 법률상 원인 없이 송금되었다거나 피고가 이를 횡령하였음을 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 변제 또는 상계 주장은 더 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

2) 한편 원고가 이 사건 근저당권설정 이후 피고에게 H 건물에 관한 소유권이전등기를 해줌으로써 98,000,000원을 추가로 변제하였음은 당사자 사이에 다툼이 없다. 그런데 위 변제금액의 총당에 관하여 피고는 당시 이 사건 피담보채권 외에도 원고 등이 미지급한 임금 4,750,000원과 기존 차용금 230,000,000원에 대한 미지급 이자 5,160,000원이 남아 있어 위 변제금액을 위 채무들의 변제에 먼저 충당하였다고 주장한다. 그러나 피고가 작성한 을 제3, 4호증의 각 기재만으로는 당시 피고의 주장과 같은 미지급 임금과 기존 차용금에 대한 미지급 이자가 남아 있었음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

3) 따라서 위 대물변제 금액 98,000,000원은 이 사건 피담보채권의 변제에 충당되어야 하는데, 이 사건 피담보채권을 모두 변제하기에 부족하고 당시 변제 총당의 순서나 방법 등에 관하여 당사자 사이에 합의가 있었음을 인정할 증거도 없으므로, 민법 제479조가 정한 비용, 이자, 원금의 순서에 따라 충당하여야 한다. 이에 따라 충당하면, 위 98,000,000원은 대물변제가 이루어진 2013. 12. 6.을 기준으로 당시까지 발생한 월 2%의 비율로 계산한 이자 26,838,575원[= 119,000,000원 × {0.24(연 24%) × (3431) 일/365)}]의 변제에 먼저 충당되고, 나머지 71,161,425원(= 98,000,000원 - 26,838,575원)이 원금 변제에 충당되므로 이 사건 피담보채권은 47,838,575원(= 119,000,000원 - 71,161,425원) 및 이에 대한 2013. 12. 7.부터 다 갚는 날까지 약정 이율인 월 2%의 비율로 계산한 금액만이 남게 된다.

다. 소결

따라서 피고의 이 사건 근저당권의 피담보채권은 47,838,575원 및 이에 대한 2013. 12. 7.부터 다 갚는 날까지 월 2%의 비율로 계산한 돈의 범위를 초과하여서는 존재하지 아니하고, 피고가 이를 다투고 있는 이상 원고로서는 그 확인을 구할 이익도 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 예비적 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 당심에서

교환적으로 변경된 원고의 주위적 청구 및 나머지 예비적 청구는 모두 이유 없어 이를 기각할 것인바, 당심에서 교환적으로 변경된 원고의 청구를 포함하여 제1심판결을 위와 같이 변경하기로 하여(원고의 변경 전 주위적 청구인 변제를 원인으로 한 이 사건 근저당권설정등기 말소 청구는 이 법원에서 이루어진 교환적 변경으로 인하여 취하되어 이에 대한 제1심판결은 실효되었다), 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김정도

판사정진화

판사박종현

별지

1) 이 사건 차용증 작성 다음 날인 2012. 12. 29.부터 변제일인 2013. 12. 6.까지의 일수