

부산지방법원 2018. 8. 29 선고 2017나55473 판결 [근저당권설정등기말소절차이행청구]

---

## 재판경과

부산지방법원 2018. 8. 29 선고 2017나55473 판결

부산지방법원 2017. 9. 5 선고 2016가단345109 판결

## 전 문

원고, 항소인A

피고, 피항소인주식회사 헬라이프건설

변론 종결 2018. 7. 18.

판결 선고 2018. 8. 29.

제1심판결 부산지방법원 2017. 9. 5. 선고 2016가단345109 판결

## 주 문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고는 원고로부터 864,657원 및 이에 대하여 2016. 8. 20.부터 다 갚는 날까지 연 6%의 비율로 계산한 돈을 지급받은 다음 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 동부지원 2013. 11. 15. 접수 제110392호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송총비용 중 10%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

### 1. 청구취지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 동부지원 2013. 11. 15. 접수 제110392호로 마친 근저당권설정등기에 대하여 2016. 8. 19. 해지를 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.

### 2. 항소취지

제1심판결을 다음과 같이 변경한다. 피고는 원고로부터 864,657원 및 이에 대하여 2016. 8. 20.부터 다 갚는 날까지 연 6%의 비율로 계산한 돈을 지급받은 다음 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 동부지원 2013. 11. 15. 접수 제110392호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

## 이 유

### 1. 기초사실

#### 가. 당사자들의 관계 및 근저당권의 설정

1) 원고는 2013. 4. 1. 주식회사 신태양건설로부터 부산 동구 B에 있는 C 신축공사 중 철근콘크리트공사를 거부건설 주식회사 명의로 하도급받아 진행해오던 중 거부건설 주식회사의 명의를 더 이상 사용할 수 없게 되자, 피고와 사이에 피고의 명의를 빌려 위 철근콘크리트공사를 계속하기로 하였다. 그리하여 주식회사 신태양건설의 동의하에 거부건설 주식회사는 2013. 9. 12. 피고와 위 철근콘크리트공사를 양도·양수하는 계약을 체결하였고, 그 이후로 원고는 피고 명의로 위 철근콘크리트공사를 수행하였다.

2) 원고는 2013. 11. 15. 피고의 원고 소유 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)에 관하여 채권최고액 1억 원 범위 내에서 원고가 피고에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는

장래에 부담하게 될 모든 채무를 담보하는 내용의 근저당권설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라고 한다)을 체결하였다.

3) 원고는 이 사건 근저당권설정계약에 기하여 피고에게 이 사건 부동산에 관하여 부산지방법원 동부지원 2013. 11. 15. 접수 제110392호로 채권최고액 1억 원, 채무자 원고, 근저당권자 피고의 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)를, 그리고 그 근저당권을 '이 사건 근저당권'이라고 한다)를 마쳐주었다.

#### **나. 원고와 피고 사이의 채권·채무에 관한 합의**

1) 원고는 2014. 10. 27. 피고에게 '본인은 B 공사대금 미지급 금액에 대하여 70,000,000원을 2015. 6. 30.까지 완납하겠습니다'는 내용의 각서를 작성해 주었다.

2) 이후 원고는 2015. 8. 12. 피고와 다음과 같은 내용의 합의각서(이하 '이 사건 합의각서'라고 한다)를 작성하였다.

1. 피고와 원고의 최종 합의금액은 현금 55,000,000원과 더کم가설에 있는 원고 소유 비계파이프 일체 인수 인계하는 걸로 한다.

2. 현금은 1차 35,000,000원을 즉시 지불한다.

4. 차후 2차 입금 후에는 피고는 즉시 원고의 근저당권 일체를 해지한다.

5. 2차 입금 지불 기한을 어길 시 피고는 원고에 대한 권리를 집행한다.

\* 2차 입금일 : 2015. 11. 30.

#### **다. 원고의 변제 등**

1) 원고는 2015. 8. 13. 피고에게 이 사건 합의각서에서 정한 35,000,000원을 지급하였다.

2) 피고는 2015. 8. 17.경 주식회사 더کم가설(이하 '더کم가설'이라고 한다)로부터 이 사건 합의각서 제1항에서 정한 비계파이프(이하 '이 사건 비계파이프'라고 한다)를 인수하였다.

3) 한편 피고는 2016. 5.경 이 사건 근저당권에 기하여 임의경매개시신청을 하였는데(부산지방법원 동부지원 D), 원고는 2016. 8. 19. 피고를 피공탁자로 하여 위 경매신청비용 1,047,260원, 이 사건 합의각서에서 정한 20,000,000원 합계 21,047,260원을 부산지방법원 2016년 금제7541호로

변제공탁하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5, 8호증, 을 제1, 4, 5, 7호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 당사자들 주장의 요지

### 가. 원고

이 사건 합의각서에서 정한 원고의 피고에 대한 채무는 2015. 8. 13.자 3,500만 원 지급 및 이 사건 변제공탁금 2,000만 원에 의한 변제충당으로 원금 864,657원 및 그 지연손해금만 남았다. 한편 피고가 이 사건 비계파이프 인수 당시 더کم가설에 지급한 돈은 피고가 위 C공사 중 철근콘크리트공사의 기성금으로 지급하여야 할 돈으로서 원고가 별도로 피고에게 지급하여야 할 채무가 아니다. 따라서 이 사건 근저당권에 의하여 담보되는 채권은 위 864,657원 및 그 지연손해금뿐이므로 피고는 원고로부터 위 돈을 지급받은 다음 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

### 나. 피고

이 사건 합의각서는 원고가 이 사건 합의각서에서 정한 의무를 제대로 이행하는 것을 조건으로 원고의 피고에 대한 채무를 7,000만 원에서 5,500만 원으로 일부 면제해주는 조건부 채무면제 합의인데, 원고가 이 사건 합의각서에 따른 의무를 이행하지 못하여 그 조건이 성취되지 못하였으므로 원고의 채무는 원래대로 7,000만 원이 되고, 여기에 원고가 기지급한 5,500만 원을 공제하더라도 여전히 1,500만 원이 남아 있다. 또한 피고가 2015. 8. 17. 더کم가설에 지급한 4,606,000원도 원고를 대신하여 지급한 것이므로 원고가 피고에게 위 돈을 구상할 의무가 있다. 따라서 원고가 인정하는 이 사건 합의각서에 기한 채무 중 이 사건 변제공탁금의 충당 이후 잔존 원리금을 제외하고도 이 사건 근저당권의 피담보채권은 여전히 존재한다.

## 3. 판단

### 가. 이 사건 근저당권의 피담보채무 소멸 여부

이 사건 근저당권은 채권최고액 1억 원 범위 내에서 원고가 피고에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래에 부담하게 될 모든 채무를 담보하는 점은 앞서 본 바와 같은바, 이 사건 근저당권의

피담보채무는 원고의 피고에 대한 채무 전부라고 봄이 상당하므로, 원고의 피고에 대한 채무에 관하여 살펴본다.

1) 이 사건 합의각서에 기한 채무 가) 이 사건 합의각서의 효력

처분문서는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고, 의사표시 해석에 있어서 당사자의 진정한 의사를 알 수 없다면, 의사표시의 요소가 되는 것은 표시행위로부터 추단되는 효과의사 즉, 표시상의 효과의사이고 표의자가 가지고 있던 내심적 효과의사가 아니므로, 당사자의 내심의 의사보다는 외부로 표시된 행위에 의하여 추단된 의사를 가지고 해석함이 상당하다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2002다23482 판결 등 참조).

또한 조건은 법률행위의 당사자가 그 의사표시에 의하여 그 법률행위와 동시에 그 법률행위의 내용으로서 부가시켜 그 법률행위의 효력을 제한하는 법률행위의 부관이므로, 어느 법률행위에 어떤 조건이 붙어 있었는지 아닌지는 사실인정의 문제로서 그 조건의 존재를 주장하는 자가 이를 증명하여야 한다(대법원 2006. 11. 24. 선고 2006다35766 판결, 대법원 2011. 8. 25. 선고 2008다47367 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 본 기초사실에 의하면, 이 사건 합의각서는 달리 특별한 사정이 없는 한 그 문언의 기재대로, 원고와 피고 사이에 위 합의각서의 작성시인 2015. 8. 12.을 기준으로 원고의 피고에 대한 채무가 합계 5,500만 원(1차 3,500만 원은 즉시 지급, 2차 2,000만 원은 2015. 11. 30.까지 지급) 및 이 사건 비계파이프의 인도만이 남아 있는 것으로 정하였다고 봄이 상당하다. 이에 대하여 피고는 이 사건 합의각서가 원고의 2015. 11. 30.까지 2,000만 원 지급을 조건으로 원고에게 7,000만 원의 채무 중 1,500만 원을 면제해 준 것이라고 주장하므로 살피건대, 이 사건 합의각서 제5항에 '2차 입금 지불 기한을 어길 시 피고는 원고에 대한 권리를 집행한다'라고 기재되어 있는 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 앞서 본 기초사실 및 앞서 든 증거들, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 그 문언의 의미상 권리의 집행은 가지고 있는 권리를 행사한다는 것으로 해석함이 타당하고, 이 사건 합의각서의 제4항은 '차후 2차 입금 후에는 피고는 즉시 원고의 근저당권 일체를 해지한다'라고 기재되어 있는바, 이에 비추어 보면 이 사건 합의각서

제5항의 기재에서 확인 또는 추단되는 당사자의 의사는 '원고가 2차 입금 지불 기한을 어길 시 피고는 즉시 피고가 가지고 있는 이 사건 근저당권을 실행'한다는 것으로 봄이 타당한 점, ② 이 사건 합의각서에 의하면 원고는 피고에게 현금 5,500만 원 외에 원고 소유의 비계파이프도 함께 피고에게 인도하기로 하였는바[피고 주장에 의하더라도 위 비계파이프의 원래 가치는 6,707,000원이다(피고의 16. 12. 7.자 답변서)], 피고 주장과 같이 미지급 채무 7,000만 원 중 원고가 2차 입금 기한까지 합계 5,500만 원을 지급하는 것을 조건으로 1,500만 원 원은 면제해주기로 한 것이라면 피고가 위 비계파이프까지 인수받는 것에 대한 합리적인 설명이나 해석이 어려운 점 등을 종합하여 보면, 위 인정사실 및 피고가 제출하는 증거들만으로 이 사건 합의각서가 원고의 2차 입금 기한 준수를 조건으로 원고에 대하여 1,500만 원의 채무를 면제해 준 것이라는 사실을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

나) 이 사건 합의각서상 잔여 채무의 범위

원고가 이 사건 합의각서 작성 다음 날인 2015. 8. 13. 피고에게 3,500만 원을 지급한 사실, 피고가 2015. 8. 17. 더قم가설로부터 이 사건 비계파이프를 인수한 사실, 이 사건 합의각서에서 정한 나머지 2,000만 원은 원고가 이행기인 2015. 11. 30. 이후인 2016. 8. 19.에 변제공탁한 사실 앞서 본 바와 같다. 위 2,000만 원의 변제공탁금은 그 이행기 이후에 지급된 것으로서 지급시까지의 원금 및 지연손해금을 합한 채무 전부의 변제에 부족함은 계산상 명백하고, 달리 원고와 피고 사이에 변제충당의 방법에 관한 별도의 합의나 지정이 있었다고 볼 아무런 근거가 없으므로, 법정 변제충당의 순서에 따라 충당되어야 한다. 따라서 위 2,000만 원은 2015. 12. 1.부터 2016. 8. 19.까지 발생한 지연손해금 864,657원(= 2,000만 원 × 263일/365일 × 연 6%, 원 미만 버림), 원금 19,135,343원(= 2,000만 원 - 864,657원)에 순차로 충당되어, 이 사건 합의각서에 따른 원고의 피고에 대한 채무는 원금 864,657원(= 2,000만 원 - 19,135,343원) 및 이에 대한 2016. 8. 20.부터의 지연손해금이 남는다.

2) 피고가 이 사건 비계파이프 인수 당시 더قم가설에 지급한 금원 관련 채무 피고는 피고가 더قم가설로부터 이 사건 비계파이프를 인수할 당시 원고가 더قم가설에 지급하여야 할 가설자재 임대료 채무 4,606,000원을 대위 변제하였는바, 위 4,606,000원도 이 사건 근저당권의

피담보채무에 해당한다고 주장한다.

살피건대 앞서 본 기초사실 및 을 제2, 3, 6호증의 각 기재, 제1심 증인 E의 일부 증언, 변론 전체의 취지에 의하면, 원고는 이 사건 합의각서에 따라 이 사건 비계파이프를 질권이나 유치권 등의 부담이 없는 상태로 피고에게 인계할 의무가 있었던 점, 원고가 2013.에서 2014.경까지 부산 강서구 F빌딩 신축공사 중 철근콘크리트공사를 피고 명의로 하도급받아 위 공사를 한 점, 더کم가설은 원고에게 위 철근콘크리트공사를 위한 자재를 임대하였는데, 미지급 임대료가 2015. 8. 17.경 4,606,000원이었던 점, 피고가 더کم가설에 이 사건 비계파이프의 인도를 요청하자 더کم가설은 원고가 위와 같이 임대료를 지급하지 아니하였다는 이유로 이를 거절한 점, 피고가 2015. 8. 17.경 더کم가설로부터 이 사건 비계파이프를 인수할 당시 더کم가설에 4,606,000원을 지급한 점은 인정된다.

그러나 앞서 든 증거, 갑 제6, 7, 11 내지 14호증의 각 기재, 제1심 증인 E의 일부 증언 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 각 사정들, 즉 ① 위 F빌딩 신축공사 중 철근콘크리트공사는 원고가 피고 명의로 하도급받아 진행하였던 관계로 그 기성금은 도급인인 주식회사 이에스종합건설로부터 피고에게 지급되었고 피고가 그 기성금을 직접 사용 및 지출한 점, ② 원고는 매 기성마다 사전에 주식회사 이에스종합건설에 집행행될 기성금액을 확인하여 그 범위 내에서 집행되어야 할 내역을 작성하여 피고에게 전달한 점, ③ 피고가 더کم가설에 지급한 위 4,606,000원은 위 F빌딩 신축공사 중 철근콘크리트공사의 기성 중 2014. 3.분 가설자재 임대료 3,491,000원 및 2014. 5.분 가설자재 임대료 1,115,158원인 것으로 보이는 점(위 2014. 3.분 및 2014. 5.분의 임대료 합계는 4,606,158원으로 지급의 편의를 위하여 천 원 단위를 절사하면 위 4,606,000원이 됨), ④ 위 F빌딩 신축공사 중 철근콘크리트공사와 관련하여, 피고가 주식회사 이에스종합건설로부터 받은 기성금은 모두 7억 500만 원(부가가치세 제외)인 반면, 원고가 피고에게 집행을 요청한 기성금은 총 675,717,628원(부가가치세 제외)에 불과하여 위 기성금 중 2,900만 원 이상이 남았을 것으로 보이는 점, ⑤ 이에 관하여 피고는 주식회사 이에스종합건설로부터 받은 기성금 이상으로 사용 및 지출하였다고 주장하면서도 원고가 집행을 요청한 내역과 차이가 나는 부분, 즉 원고가 집행을 요청하였으나 실제 지급이 되지 않는 부분, 원고가 집행을 요청한 것보다 많이 지급된

부분, 원고가 집행을 요청하지 않았음에도 지급이 된 부분 등에 대하여 합당한 설명이나 구체적인 답변을 하고 있지 못한 점 등을 종합하여 보면, 위 인정사실만으로 피고가 이 사건 비계파이프를 인수하기 위하여 실질적으로 원고가 부담하여야 할 더금가설에 대한 원고의 채무를 대위하여 변제하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 앞서 본 사정들에 비추어 보면, 오히려 위 4,606,000원은 위 F빌딩 신축공사의 철근콘크리트공사의 미지급 기성금의 일부로서 피고가 주식회사 이에스종합건설부터 지급받은 기성금으로 지급하였어야 할 비용이라고 보인다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

#### **나. 선이행 판결**

따라서 앞서 본 이 사건 합의각서상의 잔여 채무가 이 사건 근저당권의 피담보채무의 일부로서 존속하고 있으므로 위 피담보채무가 모두 변제로 소멸하였음을 전제로 한 원고의 청구는 받아들일 수 없다.

다만 원고가 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서 근저당권설정등기에 대한 말소등기절차의 이행을 청구하였으나 그 원리금의 계산 등에 관한 다툼 등으로 인하여 변제액이 채무 전액을 소멸시키는데 미치지 못하고 잔존채무가 있는 것으로 밝혀진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원고의 청구 중에는 확정된 잔존채무를 변제하고 그 다음에 위 등기의 말소를 구한다는 취지도 포함되어 있는 것으로 해석함이 상당하고, 이는 장래 이행의 소로서 미리 청구할 이익도 인정된다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다83694 판결 참조).

원고의 이 사건 청구에는 이 사건 근저당권의 피담보채무가 일부 남아 있다면 이를 변제한 다음 근저당권의 말소를 구한다는 취지까지 포함되어 있다고 볼 것이므로, 피고에게 원고로부터 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무금 864,657원 및 이에 대하여 그 지연손해금의 마지막 변제충당일 다음 날임이 기록상 분명한 2016. 8. 20.부터 다 갚는 날까지 상법이 정한 연 6%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급받은 다음 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

#### **4. 결론**

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어

기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 받아들여 제1심판결을 주문과 같이 변경한다.

**재판장판사장성훈**

**판사김문성**

**판사손주희**

**별지**