

서울고등법원 2018. 11. 23 선고 2018나2034184 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고, 피항소인 1. A

2. B

피고, 항소인 C

소송대리인 법무법인 인화

담당변호사 서경미

변론 종결 2018. 10. 24.

판결 선고 2018. 11. 23.

제 1 심 판결 서울서부지방법원 2018. 6. 7. 선고 2017가합1325 판결

주 문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고들의 주위적 청구와 제1 예비적 청구를 모두 기각한다.

나. 피고는 원고들에게 [별지] 각 부동산 지분에 관하여 서울서부지방법원 서대문등기소 2008. 5.

20. 접수 제23921호로 마친 근저당권설정등기에 관하여 2018. 3.21.자 상계를 원인으로 한
말소등기절차를 이행하라.

2. 소송 총비용은 피고가 부담한다.

N

청구취지 및 항소취지

청 구 취 지

주위적으로, 피고는 원고들에게 주문 제1의 나.항 근저당권설정등기에 관하여 2010. 2.28. 변제를 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라. 제1 예비적으로, 피고는 원고들에게 주문 제1의 나. 항 근저당권설정등기에 관하여 2015. 3. 1. 시효 소멸을 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라. 제2 예비적으로, 주문 제1의 나. 항과 같다.

항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 원고들의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초 사실

가. 제1차 임대차계약 및 근저당권 설정

(1) 원고들은 2008. 3. 7. 주식회사 D(이하 'D')에 [별지] 제2항 건물의 일부 점포(이하 '이 사건 점포')를 임대차보증금 5억 원, 월 차임 900만 원, 임대차기간 2008. 7. 1.부터 2010. 6. 30.까지로 하여 임대하는 제1차 임대차계약을 체결하였다.

(2) 원고들은 제1차 임대차계약에 따라, 2008. 5. 20. D에 [별지] 제1항 토지 중 원고B의 3/13 지분과 [별지] 제2항 건물 중 원고 A의 3/13 지분에 D의 임대차보증금 반환채권을 담보하는 채권최고액 5억 원의 주문 제1의 나.항 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

(3) 2008. 7. 22. [별지] 제1항 토지의 원고 B 지분 중 1/13 지분이 원고 A에게 이전되었다.

나. 제2차 임대차계약

(1) 원고들은 제1차 임대차계약 만료 전인 2010. 2. 24. 피고 및 F에게 이 사건 점포를 임대차보증금

4억 5,000만 원, 월 차임 750만 원, 임대차기간 2010. 3. 1.부터 2012.2. 28.까지로 하여 임대하는 제2차 임대차계약을 체결하였다.

(2) 피고 및 F는 D에 4억 5,000만 원을 지급하는 방식으로 원고들에게 임대차보증금을 지급하였다. 제2차 임대차계약에서도 임대차보증금 반환채권을 담보하기 위해 근저당권을 설정하기로 하였지만, 원고들과 피고 등은 이 사건 근저당권설정등기를 그대로 유지하기로 하였다.

다. 제3차 임대차계약

(1) 제2차 임대차계약이 갱신되다가(2014. 8. 11. 임대차보증금이 3억 8,000만 원으로 감액된 것으로 보인다), 원고들은 2015. 10. 15. 피고에게 임대차보증금 1억 2,000만 원을 반환하고 이 사건 점포를 임대차보증금 2억 6,000만 원, 월 차임 760만 원(부가가치세 별도, 매월 30일 지급), 임대차기간 2015. 10. 31.부터 2017. 10. 31.까지로하여 다시 임대하는 제3차 임대차계약을 체결하였다.

(2) 제3차 임대차계약에서, 피고는 원고들에게 제2차 임대차계약의 연체 차임 1,280만 원을 2015. 11. 20.까지 지급하고 차임 연체 시 연 12%의 가산금을 지급하기로 하였다.

라. 임대차계약 해지 및 관련 소송

(1) 피고가 연체 차임 1,280만 원을 지급하지 않고 2016년 7월까지 제3차 임대차계약에 따른 6개월분 차임 5,016만 원(부가가치세 포함)도 연체하자, 원고들은 2016. 5.4. 차임 연체를 이유로 제3차 임대차계약을 해지하고 피고를 상대로 이 사건 점포의 인도 등을 구하는 소를 서울서부지방법원 2016가단23666호로 제기하였다.

(2) 그 소송에서 2017. 2. 15. 제3차 임대차계약이 적법하게 해지된 것으로 인정된가운데 피고는 원고들에게, ① 이 사건 점포를 인도하고, ② 연체 차임 6,296만 원 및그중 1,280만 원에 대하여는 2016. 2. 29.부터, 5,016만 원에 대하여는 2016. 8. 1.부터각 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하며, 3 2016. 8. 30.부터 이사건 점포의 인도 완료일까지 월 836만 원(부가가치세를 포함한 월 차임)의 비율로 계산한 부당이득금을 지급하라는 내용의 판결(이하

'임대차 판결')이 선고되고, 2017. 10.16. 확정되었다.

마. 피고의 1억 원 차용 및 관련 소송

(1) 피고는 2014. 12. 29. 원고 B의 보증하에 원고 B의 형 G으로부터 1억 원을 차용하였다.

(2) G은 피고와 원고 B을 상대로 서울서부지방법원 2016가단24973호로 소를 제기하여, 2017. 7. 14. 피고와 원고 B은 공동하여 G에게 1억 원 및 이에 대하여 2016. 9. 1.부터 2016. 9. 5.까지 연 6.5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라는 내용의 판결(이하 '대여금 판결')이 선고되고, 2017. 8. 3. 확정되었다.

(3) 원고 B은 G으로부터 '대여금 판결'에 따른 피고에 대한 채권을 양수하고, 2018.2. 23. 그 승계집행문을 받았다.

바. 근저당권의 이전

피고는 2017. 2. 21. 이 사건 근저당권설정등기에 관하여 2017. 2. 20.자 확정채권양도를 원인으로 하여 근저당권 이전의 부기등기를 마치고 이를 근거로 경매를 신청하여, 서울서부지방법원 H로 경매개시결정이 내려졌다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 1, 2, 갑 제2호증의 1, 2, 3, 갑 제3호증, 갑제4호증의 1, 2, 갑 제5호증, 갑 제6호증의 1, 2, 갑 제7호증, 갑 제8호증의 1, 2, 을 제1호증의 3, 을 제3, 4, 5호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 병합 형태에 대하여

가. 원고는 제1심에서 소장 송달 해지를 원인으로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하였다가, 이 법원에서 이 사건 근저당권설정등기에 관하여 선택적으로 ① 말소를 구하거나, ② D의 임대차보증금이 2010. 2. 28. 변제되었음을 이유로 말소를 구하거나, ③ D의 임대차보증금반환채권이 2015. 3. 1. 시효로 소멸하였음을 원인으로 말소를 구하거나, 4 2018. 3. 21. 피고의 임대차보증금 반환채권이 상계로 소멸하였음을 원인으로 말소를 구하는 것으로 청구를 변경하였다.

나. 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425등 판결 참조). 원고의 변경된 청구는 논리적으로 양립할 수 없는 것으로서 선택적 병합이 아니라 주위적·예비적 병합으로 보아야 한다. 그리고 상계 주장은 일종의 예비적 주장이므로 논리적 순서는 이 사건 근저당권설정등기에 관하여 2 2010. 2. 28. 변제를 원인으로 말소를 구하는 청구, 3 2015. 3. 1. 시효 소멸을 원인으로 말소를 구하는 청구, 4 2018. 3. 21. 상계를 이유로 말소를 구하는 청구 순이 되어야 하고, ① 단순히 말소를 구하는 청구는 후발적 실효 사유가 결합된 것으로 별다른 의미가 없거나 ④ 청구가 있는 이상 별도의 청구로 볼 수는 없다.

다. 그러므로 ② 청구를 주위적 청구로, ③ 청구를 제1 예비적 청구로, ④ 청구를 제2 예비적 청구로 보고 그 순서에 따라 판단한다.

3. 판 단

가. 이 사건 근저당권설정등기의 효력과 피담보채권

(1) 제1차 임대차계약에 따라 D의 임대차보증금 5억 원의 반환채권을 담보하기 위하여 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐졌다가, 제2차 임대차계약에 따라 피고와 F가 임대차보증금 지급에 갈음하여 D에 4억 5,000만 원을 반환하였으므로 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채권이 소멸하여 효력을 상실하였다. 그러나 제2차 임대차계약에서 임대인인 원고들이 피고와 F에게 임대차보증금 4억 5,000만 원의 반환채권을 담보하기 위해 근저당권을 설정해 주기로 한 가운데 이 사건 근저당권설정등기가 유지되었고, 피고가 임차인인 제3차 임대차계약에서도 이 사건 근저당권설정등기가 그대로 유지되다가 피고가 2017. 2. 21. 이 사건 근저당권설정등기를 이전하는 부기등기를 마쳤으므로, 원고들과 피고는 최종적으로 제3차 임대차계약의 임대차보증금 2억 6,000만 원의 반환채권을 담보하기 위해 무효인 이 사건 근저당권설정등기를 유용한 것으로 볼 수 있다(피고는, 피고가 D에 이 사건 점포의 권리금으로 지급한 5억 원의 반환채권도 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권이라고 주장하지만 이를 인정할 증거가 없다).

(2) 실질 관계의 소멸로 무효로 된 등기의 유용은 그 등기를 유용하기로 하는 합의가 이루어지기 전에

등기상 이해관계가 있는 제3자가 생기지 않은 경우에는 허용되는 데(대법원 2002. 12. 6. 선고 2001다2846 판결 등 참고), 피고가 이 사건 근저당권설정등기 이전의 부기등기를 마치기까지 등기상 이해관계가 있는 제3자가 생긴 것으로 보이지는 않는다. 그러므로 원고들과 피고 사이에서 이 사건 근저당권설정등기가 그 자체로 원인이 결여된 것은 아니다.

나. 주위적 청구, 제1 예비적 청구에 대하여

이 사건 근저당권의 피담보채권은 제3차 임대차계약에 따른 피고의 원고들에 대한 임대차보증금 2억 6,000만 원의 반환채권이므로, 이 사건 근저당권의 피담보채권이 제1차 임대차계약에 따른 D의 임대차보증금 5억 원의 반환채권임을 전제로 그 채권이 변제되었음을 전제로 하는 주위적 청구, 그 채권이 2015. 3. 1. 시효로 소멸하였음을 원인으로 하는 제1 예비적 청구는 모두 이유 없다.

다. 제2 예비적 청구에 대하여

(1) 피고의 임대차보증금 2억 6,000만 원의 반환채권은 원고들이 주장하는 바와 같이 공제와 상계로 소멸하였다.

(2) 피고의 임대차보증금 2억 6,000만 원은 원고들이 구하는 대로(2018. 3. 16.자 준비서면 등 참조) '임대차 판결'에 따라 다음과 같이 2018. 3. 31.을 기준으로 연체 차임등 합계 235,572,519원이 공제되고 24,427,481원이 남는다.

▲ 2016년 7월까지의 연체 차임 합계 6,296만 원

▲ 1,280만 원에 대한 2016. 2. 29.부터 2016. 7. 31.까지 연 12%의 비율에 의한 지연손해금 648,065원(= 1,280만 원 × 12% × 154/365, 원 미만 버림, 이하 같다)

▲ 6,296만 원에 대한 2016. 8. 1.부터 2018. 3. 31.까지 연 12%의 비율에 의한 지연손해금 12,585,100원[= 6,296만 원 × 12% × (1년 + 243/365일)]

2016. 8. 30.부터 2018. 3. 31.까지 19개월 2일간 차임 상당 부당이득금 합계 159,379,354원[= 836만 원 × (19개월 + 2/31일)]. 이 부분과 관련하여 출입문을 제외하고 이 사건 점포를 사용하지 않고 있어 원고들에게 이 사건 점포를 인도한 것으로 보아야 한다는 피고의 주장을 인정할 증거는

없다.

△ 합계 235,572,519원

(3) 원고들은 '대여금 판결'에 따른 원고 B의 피고에 대한 채권으로 피고의 임대차보증금 반환채권과 상계한다고 주장한다. 원고 B이 '대여금 판결'에 따른 G의 피고에 대한 채권을 양수하였으므로, '대여금 판결'에 따라 피고는 원고 B에게 1억 원 및 이에 대하여 2016. 9. 1.부터 2016. 9. 5.까지 연 6.5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연15%의 각 비율로 계산한 금원을 지급할 의무가 있다.

피고는 원고 B이 '대여금 판결'의 승계집행문을 받아 피고의 채권에 대해 압류 및 추심명령을 받았으므로 '대여금 판결' 채권으로 상계할 수 없다고 주장하지만, 압류 및 추심명령을 받은 것만으로 변제된것으로 볼 수는 없으므로 피고의 주장은 받아들이지 않는다. 원고들이 원고 G의 채권과 피고의 임대차보증금 반환채권을 대등액에서 상계한다는 의사를 표시한 2018. 3.16.자 준비서면이 2018. 3. 21. 피고에게 송달되었으므로, 피고의 잔존 임대차보증금24,427,481원의 채권은 다음과 같이 2018. 3. 21.까지 대여금 1억 원의 이자, 지연손해금, 일부 원금의 합계 24,427,481원과 상계되어 소멸하였다.

▲ 1억 원에 대한 2016. 9. 1.부터 2016. 9. 5.까지 연 6.5%의 비율에 의한 이자89,041원(= 1억 원 × 6.5% × 5/365일)

▲ 1억 원에 대한 2016. 9. 6.부터 2018. 3. 21.까지 연 15%의 비율에 의한 지연손해금 23,095,890원[= 1억 원 × 15% × (1년 + 197/365일)]

▲원금 1,242,550원

△ 합계 24,427,481원

(4) 그렇다면, 피고는 원고들에게 이 사건 근저당권설정등기에 대하여 2018. 3. 21.자상계를 원인으로 한 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결 론

원고들의 주위적 청구와 제1 예비적 청구는 모두 이유 없어 기각하여야 한다. 원고들의 제2 예비적 청구는 이유 있어 인용하여야 한다. 피고의 항소는 이유 없으나 원고들이 이 법원에서 청구를 변경하였으므로, 제1심판결을 주문과 같이 변경한다.

재판장 판사 윤승은, 판사 조찬영, 판사 황승태

[별지]

부동산 및 지분

1. 토지

서울 서대문구 I 대 208.6㎡

(근저당권 설정 지분: 3/13 지분)

2. 건물

서울 서대문구 [[도로명 주소 서울 서대문구 J]

시멘트 벽돌조 슬래브 및 시멘트 기와지붕 2층 근린생활시설 및 주택

1층 96.79㎡, 2층 136.66㎡, 지층 6.60㎡

용도 지층: 지하실, 1층 근린생활시설, 2층 근린생활시설 52.49, 주택 84.17

(근저당권 설정 지분: 3/13 지분)

끝.