

서울고등법원 2021. 11. 2 선고 2020나2038424 판결 [근저당권설정등기말소청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2021. 11. 2 선고 2020나2038424 판결

서울북부지방법원 2020. 9. 24 선고 2019가합24524 판결

전문

원고, 항소인A

소송대리인 법무법인(유한) 다담

담당변호사 김익현, 노정호

피고, 피항소인B

소송대리인 법무법인 한양

담당변호사 안재한

변론 종결 2021. 10. 5.

판결 선고 2021. 11. 2.

제1심판결 서울북부지방법원 2020. 9. 24. 선고 2019가합24524 판결

주문

1. 제1심판결 중 근저당권설정등기 말소등기절차 이행청구 부분을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고는 원고로부터 231,418,616원 및 그중 10,726,725원에 대하여는 2019. 7. 12.부터 다
값는 날까지 연 12%의, 99,930,000원에 대하여는 2019. 7. 12.부터 다 값는 날까지 월 55만 원의

각 비율로 계산한 돈을 지급받은 다음, 원고에게 별지1 목록 기재 각 부동산에 관하여 서울북부지방법원 2015. 10. 13. 접수 제110791호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송총비용은 이를 5분하여 그 3은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 주위적 청구: 원고의 피고에 대한 서울북부지방법원 2015. 10. 13. 접수 제110791호로 마친 근저당권설정등기의 피담보채무는 2019. 9. 4.1) 당시 존재하지 아니함을 확인한다. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 서울북부지방법원 2015. 10. 13. 접수 제110791호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 예비적 청구: 원고의 피고에 대한 서울북부지방법원 2015. 10. 13. 접수 제110791호로 마친 근저당권설정등기의 피담보채무는 2015. 10. 13. 당시 47,447,000원을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 서울북부지방법원 2015. 10. 13. 접수 제110791호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심판결을 다음과 같이 변경한다. 피고는 원고에게 별지1 목록 기재 각 부동산에 관하여 서울북부지방법원 2015. 10. 13. 접수 제110791호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라(제1심 법원은 이 사건 소 중 각 채무부존재확인청구 부분을 각하하였는데, 이에 관하여는 원고가 이 법원 제1회 변론기일에서 항소하지 않는다고 진술하였으므로 이 법원의 심판범위는 근저당권설정등기 말소등기절차 이행청구 부분에 한정된다).

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는, 아래와 같이 고쳐 쓰거나 추가하는 부분을 제외하고는 제1심판결 이유 해당 부분 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심판결문 3쪽 4~5행에 기재된 나.항 부분을 "나. 원고는 1996. 1. 2.부터 2001. 7. 9.까지 피고에게 아래 <표1>기재와 같이 합계 142,953,000원(= 56,953,000원 + 86,000,000원)을 지급하였다."로 고쳐 쓴다.

○ 제1심판결문 3쪽에 기재된 표를 아래와 같이 고쳐 쓴다.

1	1996.01.22.	2,030,000	31	1998.11.30.	2,000,000
2	1996.02.27.	2,000,000	32	1998.12.30.	2,000,000
3	1996.04.19.	2,000,000	33	1999.02.01.	2,000,000
4	1996.05.23.	2,000,000	34	1999.05.14.	6,000,000
5	1996.06.26.	2,000,000	35	1999.06.02.	2,000,000
6	1996.07.31.	1,700,000	36	1999.06.30.	2,000,000
7	1996.08.01.	300,000	37	1999.08.04.	2,000,000
8	1996.09.02.	2,000,000	38	1999.09.03.	2,000,000
9	1996.09.23.	2,000,000	39	1999.09.28.	23,000,000
10	1996.10.31.	2,000,000	40	1999.10.09.	2,000,000
11	1997.01.31.	2,000,000	41	1999.11.05.	3,000,000
12	1997.02.28.	2,000,000	42	1999.11.29.	3,800,000
13	1997.04.16.	1,723,000	43	1999.12.29.	1,800,000
14	1997.05.08.	800,000	44	2000.02.07.	1,800,000
15	1997.05.15.	1,200,000	45	2000.04.06.	1,800,000
16	1997.06.05.	1,200,000	46	2000.05.10.	1,800,000
17	1997.09.30.	2,000,000	47	2000.06.09.	1,800,000
18	1997.10.06.	2,000,000	48	2000.07.03.	3,600,000

1	1996.01.22.	2,030,000	31	1998.11.30.	2,000,000
19	1997.11.26.	4,000,000	49	2000.08.07.	1,800,000
20	1997.12.30.	2,000,000	50	2000.08.30.	1,800,000
21	1998.01.31.	2,000,000	51	2000.09.29.	1,800,000
22	1998.03.05.	2,000,000	52	2000.11.07.	1,800,000
23	1998.03.31.	2,000,000	53	2000.11.28.	1,800,000
24	1998.04.30.	2,000,000	54	2001.01.09.	1,800,000
25	1998.06.02.	2,000,000	55	2001.02.19.	1,800,000
26	1998.06.29.	2,000,000	56	2001.03.09.	1,800,000
27	1998.07.31.	2,000,000	57	2001.04.03.	1,800,000
28	1998.08.31.	2,000,000	58	2001.05.11.	1,800,000
29	1998.09.29.	2,000,000	59	2001.06.08.	1,800,000
30	1998.10.28.	2,000,000	60	2001.07.09.	1,800,000
순번 1 내지 30의 합계		56,953,000	순번 31 내지 60의 합계		86,000,000

○ 제1심판결문 3쪽 마지막 행에 기재된 "피고에게" 부분을 "피고에게 아래 <표2> 기재와 같이"로 고쳐 쓴다.

○ 제1심판결문 4쪽 2행의 "64,330,000원"을 "64,160,000원(= 35,010,000원 + 29,150,000원)"으로 고쳐 쓴다.

○ 제1심판결문 4쪽 3행에 이어 행을 바꿔 아래 <표2>를 추가한다.

1	2004.08.26.	540,000	52	2010.03.30.	550,000
2	2004.09.24.	540,000	53	2010.05.03.	550,000
3	2004.10.27.	540,000	54	2010.05.31.	550,000
4	2004.11.27.	540,000	55	2010.07.01.	550,000
5	2005.01.24.	1,080,000	56	2010.08.02.	550,000
6	2005.02.25.	540,000	57	2010.09.02.	550,000
7	2005.03.30.	540,000	58	2010.09.29.	550,000
8	2005.04.29.	540,000	59	2010.11.03.	550,000
9	2005.06.24.	540,000	60	2010.12.03.	550,000
10	2005.07.26.	540,000	61	2011.02.07.	550,000
11	2005.08.24.	540,000	62	2011.02.28.	550,000

1	2004.08.26.	540,000	52	2010.03.30.	550,000
12	2005.09.30.	540,000	63	2011.04.04.	550,000
13	2005.11.24.	540,000	64	2011.05.02.	550,000
14	2005.12.27.	540,000	65	2011.06.04.	550,000
15	2006.01.31.	540,000	66	2011.07.04.	550,000
16	2006.03.06.	540,000	67	2011.08.02.	550,000
17	2006.03.27.	540,000	68	2011.09.01.	550,000
18	2006.05.02.	540,000	69	2011.10.03.	550,000
19	2006.06.28.	1,100,000	70	2011.12.02.	550,000
20	2006.08.01.	550,000	71	2011.12.02.	550,000
21	2006.09.05.	550,000	72	2011.12.31.	550,000
22	2006.09.30.	550,000	73	2012.01.30.	550,000
23	2006.10.30.	550,000	74	2012.02.28.	550,000
24	2006.11.28.	550,000	75	2012.04.02.	550,000
25	2006.12.27.	550,000	76	2012.06.08.	1,100,000
26	2007.03.12.	1,100,000	77	2012.07.02.	550,000
27	2007.04.30.	550,000	78	2012.08.02.	550,000
28	2007.05.30.	550,000	79	2012.09.17.	550,000
29	2007.08.13.	1,100,000	80	2012.10.02.	550,000
30	2007.12.10.	2,200,000	81	2012.11.02.	550,000
31	2007.12.28.	550,000	82	2012.12.03.	550,000
32	2008.02.05.	550,000	83	2013.01.04.	550,000
33	2008.02.29.	550,000	84	2013.02.28.	1,100,000
34	2008.03.29.	550,000	85	2013.04.01.	550,000
35	2008.05.02.	550,000	86	2013.05.02.	550,000
36	2008.06.02.	550,000	87	2013.07.02.	550,000
37	2008.06.30.	550,000	88	2013.07.31.	550,000
38	2008.08.04.	550,000	89	2013.09.06.	550,000
39	2008.09.01.	550,000	90	2013.10.08.	550,000
40	2008.10.01.	550,000	91	2013.10.29.	550,000
41	2008.10.29.	550,000	92	2013.12.01.	550,000
42	2009.02.19.	2,200,000	93	2013.12.31.	550,000
43	2009.03.31.	550,000	94	2014.02.03.	550,000
44	2009.05.13.	2,200,000	95	2014.03.04.	550,000

1	2004.08.26.	540,000	52	2010.03.30.	550,000
45	2009.08.26.	550,000	96	2014.03.31.	550,000
46	2009.10.05.	550,000	97	2014.05.11.	550,000
47	2009.11.02.	550,000	98	2014.06.03.	550,000
48	2009.11.30.	550,000	99	2014.07.04.	550,000
49	2010.01.07.	550,000	100	2014.08.04.	550,000
50	2010.01.31.	550,000	101	2014.10.07.	1,100,000
51	2010.03.02.	550,000			
순번 1 내지 51의 합계	35,010,000	순번 52 내지 101의 합계	29,150,000		

○ 제1심판결문 4쪽 4행의 "별지 목록 기재 각 부동산" 부분을 "<별지1> 목록 기재 각 부동산"으로 고쳐 쓴다.

○ 제1심판결문 4쪽 13행의 "갑 제1 내지 8호증" 부분을 "갑 제1 내지 8, 11호증"으로 고쳐 쓴다.

2. 원고의 주장

아래와 같은 이유에서 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

가. 피담보채무의 부존재 주장

원고는 2014년경 피고에게 식당을 개업하기 위한 자금 3억 원을 빌려달라고 하였는데, 피고는 원고에게 그에 대한 대가로 이 사건 각 부동산에 근저당권을 설정해줄 것을 요구하였다. 원고는 2015. 10. 12. 피고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 주채무자를 C로 하여 이 사건 근저당권을 설정해 주었으나, 피고는 원고에게 약속과 달리 위 3억 원을 빌려주지 않았다. 이 사건 근저당권의 피담보채무는 처음부터 존재하지 않았고, 앞으로도 발생할 가능성이 없다. 따라서 원고는 피고에게 이 사건 소장 부분의 송달로써 이 사건 근저당권설정계약의 해지 의사표시를 한다.

나. 피담보채권의 소멸시효 완성 주장

피고는 1994. 7. 26.부터 2004. 7. 29.까지 원고에게 수차례에 걸쳐 돈을 대여하였다. 이 사건 근저당권의 피담보채권인 대여금 채권은 최종 대여일인 위 2004. 7. 29.로부터 10년이 경과한

2014. 7. 29. 소멸시효가 완성되었다.

다. 변제 주장

원고는 1994. 7. 26.부터 2004. 7. 29.까지 피고로부터 합계 422,930,000원을 차용하였고, 2019. 7. 11.까지 피고에게 합계 505,464,454원을 변제하였으므로, 이 사건 근저당권의 피담보채권은 변제로 소멸하였다.

3. 판단

가. 이자 약정의 존부

원고는 피고로부터 제1, 2, 3차용금을 각 이자의 약정 없이 차용하였다고 주장하므로, 먼저 이에 관하여 살펴본다.

앞서 든 증거, 을 제1, 2, 8호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 원고와 피고는 제1차용금은 그 이자율을 월 1%(원고가 1996. 1. 22. 피고에게 지급한 2,030,000원을 기준으로 한 이율이다)로, 제3차용금은 그 이자율을 2006년 6월경까지는 월 54만 원, 그 이후부터는 월 55만 원으로 각 약정한 반면, 제2차용금은 이자를 약정하지 않았다고 봄이 타당하다.

① 원고는 피고로부터 제1차용금을 차용한 이후인 1996. 1. 22.부터 2001. 7. 9.까지 위 <표1>기재와 같이 1,723,000원에서 3,8000,000원까지의 돈을 정기적으로 지급하였는데, 이와 같은 변제 금액, 변제 주기 등에 비추어 제1차용금의 경우 이자 약정이 있었다고 봄이 타당하다.

② 피고는 2004. 7. 28. E 주식회사(이하 'E'이라 한다)로부터 1억 원을 대출받아 원고에게 제3차용금을 대여하였다. 원고는 피고로부터 제3차용금을 차용한 이후인 2004. 8. 26.부터 2014. 10. 7.까지 위 <표2> 기재와 같이 매월 54만 원 내지 55만 원을 정기적으로 지급하였다. 이와 같은 변제 금액, 변제 주기, 피고가 E에 위 대출금에 대한 이자로 50여만 원을 납부하였던 점 등에 비추어 제3차용금의 경우에도 이자 약정이 있었다고 봄이 타당하다(이에 대하여 원고는, 피고가 E에 위 대출금을 변제한 2005. 12. 29.까지만 피고에게 제3차용금에 대한 이자를 지급하기로 약정하였다는 취지로 다투나, 피고가 E에 위 대출금을 변제한 이후 제3차용금에 대하여 원고에게 이자 지급을 면제해주었다거나 이자를 지급받지 않기로 원고와 약정하였음을 인정할 만한 증거가 없고, 오히려

앞서 본 바와 같이 원고는 위 2005. 12. 29. 이후에도 2014. 10. 7.까지 피고에게 위 <표2>기재와 같이 거의 빠짐없이 월 55만 원을 지급해 온 사실을 인정할 수 있을 뿐이다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다).

③ 피고는 위 각 차용금과 별개로 2002. 12. 27. 원고에게 주식회사 F으로부터 대출받은 5억 원을 빌려준 적도 있는데(이하 '별도 차용금'이라 한다), 그 당시에 원고로부터 매달 이자로 위 5억 원에 대한 대출이자 상당의 이자를 지급받았다.

④ 원고의 주장과 같이 제1, 2, 3차용금에 대하여 모두 이자 약정을 하지 않아 차용 이후로 원고가 피고에게 지급한 돈이 모두 위 각 차용금의 원금에 변제충당되어야 한다면, 이 사건 근저당권이 설정될 당시 위 각 차용금 잔액은 약 4,700만 원 정도에 불과한데, 그럼에도 원고와 피고가 이 사건 근저당권의 채권최고액을 360,000,000원으로 정한 것은 쉽게 납득하기 어렵다.

⑤ 한편, 원고는 제2차용금에 대하여는 제1, 3차용금과 달리 피고에게 정기적으로 이자로 볼 수 있는 돈을 지급한 사실이 전혀 없는 점, 피고는 그 명의로 대출을 받아 원고에게 제3차용금 및 별도 차용금을 각 대여해주었으므로, 원고로부터 대출이자에 상응하는 이자를 받을 필요가 있었던 반면, 제2차용금의 경우에는 피고 자신의 출연으로 원고에게 돈을 대여한 것으로 보이는 점, 원고와 피고가 오랜 친분관계를 맺고 있었던 점에 비추어 일부 차용금에 대하여 이자의 약정을 하지 않았다고 하더라도 이례적이라고 볼 수 없는 점, 위 <표1>의 내용에 비추어 보면 피고는 제1차용금의 경우에도 대여 당시에는 무이자로 대여하였다가 1996. 1. 22.에서야 원고로부터 이자를 지급받기 시작한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 제2차용금에 대해서는 원고와 피고 사이에 이자 약정을 하지 않았다고 봄이 타당하고, 달리 피고의 주장과 같이 제2차용금에 대하여 이자 약정을 하였다고 인정할 만한 사정이나 객관적인 증거가 없다.

나. 피담보채무 부존재 및 소멸시효 완성 주장에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는, 제1심판결 이유 해당 부분(제1심 판결문 8쪽 6행부터 11쪽 1행까지) 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

다. 변제 주장에 관한 판단

1) 원고가 1996. 1. 22.부터 1999. 9. 3.까지 피고에게 <표1> 순번 1 내지 38 기재와 같이 합계

76,953,000원을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같고, 이에 대하여 피고는 위 76,953,000원으로 제1차용금에 대한 1996년 1월분부터 1999년 3월분까지의 이자 79,170,000원(= 203,000,000원 × 월 1% × 39개월)을 모두 변제받은 것으로 자인하고 있다(이는 원고에게 유리한 계산이다).

2) 원고가 2004. 8. 26.부터 2014. 10. 7.까지 <표2> 기재와 같이 피고에게 합계 64,160,000원을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같고, 각 그 지급 금액, 지급 주기 등에 비추어 보면, 이는 제3차용금에 대한 월 54만 원 내지 월 55만 원 상당의 이자 명목으로 변제한 것으로 봄이 타당하다. 이에 대하여 피고는 위 64,160,000원으로 제3차용금에 대한 2004년 8월분부터 2014년 9월분까지의 이자 66,880,000원{= 11,880,000원[=월 540,000원 × 22개월(2004년 8월부터 2006년 5월까지)] + 55,000,000원[= 월 550,000원 × 100개월(2006년 6월부터 2014년 9월까지)]}을 모두 변제받은 것으로 자인하고 있다(이는 원고에게 유리한 계산이다).

3) 한편, 원고가 피고에게 위 <표1> 순번 39 내지 60 기재와 같이 1999. 9. 28.부터 2001. 7. 9.까지 66,000,000원, 2003. 1. 2. 100,000,000원, 2005. 8. 12. 150,000,000원, 2019. 7. 11. 48,181,454원 합계 364,181,454원을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같고, 이는 원고가 제1, 2, 3차용금의 원리금 중 일부를 변제한 것으로 봄이 타당하다[피고는 그중 원고로부터 1999. 9. 28. 지급받은 23,000,000원(<표1> 순번 39 기재와 같다)은 제1, 2, 3차용금과는 무관한 별도의 금전거래라고 주장하나, 이를 인정할 증거가 없다].

4) 그런데 원고와 피고가 위 364,181,454원의 변제충당에 관하여 약정을 하였다거나 지정변제충당을 하였다는 점에 관한 주장·증명이 없고, 위 364,181,454원은 제1, 2, 3차용금의 원금 및 제1, 3차용금의 이자를 전부 소멸시키기에 부족하므로 민법 제477조에 따라 각 차용금 채권의 이자, 원본 순서로 충당하면, <별지2> 변제충당 내역표 기재와 같이 최종 변제충당 다음 날인 2019. 7. 12.을 기준으로 제1차용금은 원금 10,726,725원 및 그에 대한 2019. 7. 11.까지의 이자 잔액 126,012원과 위 원금에 대한 2019. 7. 12.부터의 이자, 제2차용금의 원금은 120,000,000원, 제3차용금은 원금 99,930,000원 및 그에 대한 2019. 7. 11.까지의 이자 잔액 635,879원과 위 원금에 대한 2019. 7. 12.부터의 이자가 남게 되는 것이 계산상 명백하다.

라. 소결론

따라서 피고는 원고로부터 합계 231,418,616원{= (제1차용금 원금 잔액 10,726,725원 + 제1차용금에 대한 2014. 10. 1.부터 2019. 7. 11.까지의 이자 잔액 126,012원) + 제2차용금 원금 120,000,000원 + (제3차용금 원금 99,930,000원 + 제3차용금에 대한 2014. 10. 1.부터 2019. 7. 11.까지의 이자 잔액 635,879원)} 및 그중 제1차용금 원금 잔액 10,726,725원에 대하여는 최종 변제충당 다음 날인 2019. 7. 12.부터 다 갚는 날까지 연 12%의, 제3차용금 원금 99,930,000원에 대하여는 위 2019. 7. 12.부터 다 갚는 날까지 월 55만 원의 각 비율로 계산한 약정이자를 지급받은 다음, 원고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 마친 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다[원고는 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서 이 사건 근저당권설정등기에 대한 말소등기절차의 이행을 청구하고 있으나, 피담보채무 원리금의 계산 등에 관한 다툼 등으로 인하여 변제액이 채무 전액을 소멸시키는 데 미치지 못하고 잔존채무가 있는 것으로 밝혀진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원고의 청구 중에는 확정된 잔존채무를 변제한 후 위 근저당권설정등기의 말소를 구한다는 취지도 포함되어 있는 것으로 해석함이 상당하고, 이는 장래 이행의 소로서 미리 청구할 이익도 인정된다(대법원 1981. 9. 22. 선고 80다2270 판결, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다83694 판결 등 참조)].

4. 결론

원고의 근저당권설정등기 말소등기절차 이행청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 제1심판결 중 근저당권설정등기 말소등기절차 이행청구 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 일부 받아들여 제1심판결을 위에서 인정한 바와 같이 변경한다.

재판장판사김갑석

판사김민기

판사이호재

별지

1) 이 사건 소장 부분 송달일이다.