

서울서부지방법원 2018. 6. 7 선고 2017가합1325 판결 [근저당권설정등기말소]

---

## 전 문

원고1. A

2. B

피고C

소송대리인 법무법인 인화

담당변호사 서경미

변론 종결2018. 5. 10.

판결 선고2018. 6. 7.

## 주 문

1. 피고는 원고들에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 서대문등기소 2008. 5. 20. 접수 제23921호로 마친 근저당권설정등기에 대하여 2018. 3. 21.자 상계를 원인으로 한 각 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

## 청 구 취 지

근저당권의 소멸원인을 '이 사건 소장 부분 송달일자 해지'로 하는 것 외에는 주문과 같다.

## 이 유

### 1. 인정사실

#### 가. 원고들의 임대차계약 및 근저당권설정

1) 원고 B는 1999. 3. 15.부터 별지 목록 기재 토지(3/13 지분)를, 원고 A는 2006. 5. 11.부터 그 지상의 별지 목록 기재 건물(3/13 지분)을 각각 소유하고 있다(이하 위 토지와 건물을 '이 사건 토지'와 '이 사건 건물'이라 한다).

2) 원고들은 2008. 3. 7. 주식회사 D(2014. 11. 1. E 주식회사로 상호가 변경되었다, 이하 'D'라 한다)에게 이 사건 건물의 일부 점포(이하 '이 사건 점포'라 한다)를 임대차보증금 5억 원, 월차임 900만 원, 임대차기간 2008. 7. 1.부터 2010. 6. 30.까지로 정하여 임대하였다(이하 '1차 임대차계약'이라 한다).

3) 1차 임대차계약 특약사항 제4조는 원고들의 임대차보증금반환을 담보하기 위하여 원고들이 D 명의의 근저당권을 설정해주기로 정하고 있다. 원고들은 위 규정에 따라 D로부터 임대차보증금 5억 원을 교부받고 D에게 이 사건 토지와 건물(원고들의 소유 지분)에 관하여 서울서부지방법원 서대문등기소 2008. 5. 20. 접수 제23921호로 채권최고액 5억 원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었다(이하 '이 사건 근저당권등기'라 한다).

4) 원고들은 D의 요청에 따라 1차 임대차계약 기간만료 전인 2010. 2. 24. 피고 및 F에게 이 사건 점포를 임대차보증금 4억 5,000만 원, 월차임 150만 원, 임대차기간 2010. 3. 1.부터 2012. 2. 28.까지로 정하여 다시 임대하였다(이하 '2차 임대차계약'이라 한다).

5) 2차 임대차계약에 따른 임대차기간이 갱신되어 오던 중 2015. 10. 15. 원고들은 피고에게 이 사건 점포를 임대차보증금 2억 6,000만 원, 월차임 760만 원(부가세별도, 지급시기 매월 30일), 임대차기간 2015. 10. 31.부터 2017. 10. 31.까지로 정하여 다시 임대하였다(이하 '3차 임대차계약'이라 한다). 위 임대차계약 특약사항 제2조에서는 피고가 연체한 차임 1,280만 원을 2015. 11. 20.까지 원고들에게 지급하기로 한다고 정하고 있고, 제3조에서는 차임 연체 시 연 12%의 가산금을 지급한다고 정하고 있다.

#### 나. 피고의 차임 연체에 따른 원고들의 계약 해지 및 인도소송

1) 원고들은 피고가 2016년 7월까지 6개월분의 차임(부가세 포함하여 5,016만 원)을 연체하였고, 3차 임대차계약 체결 당시에 연체되어 있던 차임 1,280만 원도 지급하지 않자 2016. 5. 4. 피고의 차임 연체를 이유로 위 임대차계약을 해지하고 피고를 상대로 이 사건 점포

인도소송(서울서부지방법원 2016가단23666호)을 제기하였다.

2) 위 법원은 2017. 2. 15. 피고는 원고들에게 위 점포를 인도하고 연체 차임 6,296만 원 및 그중 1,280만 원에 대하여는 2016. 2. 29.부터, 5,016만 원에 대하여는 2016. 8. 1.부터 각 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하며, 2016. 8. 30.부터 이 사건 점포의 인도 완료일까지 월 836만 원(부가세를 포함한 월차임)을 지급하라는 내용의 원고 승소판결을 선고하였다.

3) 위 판결에 대한 피고의 항소(서울서부지방법원 2017나32293호)와 상고(대법원 2017다252727호)가 모두 기각되어 2017. 10. 16. 위 판결이 그대로 확정되었으나 피고는 현재까지도 이 사건 점포를 원고들에게 인도하지 않고 있다.

#### **다. 피고의 1억 원 차용에 대한 원고 B의 보증 및 대여금 청구소송**

1) 피고는 2014. 12. 29. 원고 B의 형 G으로부터 1억 원을 이율 연 6.5%로 하여 변제기의 정함이 없이 차용하였다. 원고 B은 피고의 부탁으로 위 채무를 보증하였다.

2) G은 피고가 2016. 9. 1.부터 위 1억 원에 대한 이자를 지급하지 않자 피고와 원고 B을 상대로 대여금 청구소송(서울서부지방법원 2016가단24973호, 이하 '관련 대여금 소송'이라 한다)을 제기하였다. 위 법원은 2017. 7. 14. 피고와 원고 B은 공동하여 G에게 1억 원 및 이에 대하여 2016. 9. 1.부터 소장 부분 송달일인 2016. 9. 5.까지는 연 6.5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라는 내용의 판결을 선고하였고 그 무렵 확정되었다.

#### **라. 피고의 근저당권이전등기**

한편 피고는 이 사건 토지 및 건물(원고들의 소유 지분)에 관하여 서울서부지방법원 서대문등기소 2017. 2. 21. 접수 제7189호로 2017. 2. 20.자 확정채권 양도를 원인으로 한 이 사건 근저당권등기 이전의 부기등기를 마쳤다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 8호증(이상 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

#### **2. 청구원인에 관한 판단**

가. 위 인정사실에 의하면 제3차 임대차계약은 원고들의 2016. 5. 4.자 해지로 적법하게 종료되었고 임대차보증금 2억 6,000만 원에서 아래와 같이 원고들이 구하는 (2018. 3. 16.자 준비서면) 2018년 3월말까지의 연체 차임 등 합계 243,393,165원을 공제하고 나면, 2018. 3. 31. 기준으로 원고들이 피고에게 반환하여야 할 임대차보증금은 16,606,835원이 남게 된다.

- 2016년 7월까지의 연체 차임 합계 6,296만 원
  - 1,280만 원에 대한 2016. 2. 29.부터 2016. 7. 31.까지의 지연손해금 648,065원( $1,280만 원 \times 0.12 \times 154/365$ , 원 미만 버림, 이하 같다)
  - 6,296만 원에 대한 2016. 8. 1.부터 2018. 3. 31.까지의 지연손해금 12,585,100원[ $6,296만 원 \times 0.12 \times (1 + 243/365)$ ]
  - 2016년 8월부터 2018년 3월까지의 20개월간 차임 상당의 부당이득금 합계 1억 6,720만 원
- 나. 한편 원고들은 원고 B이 피고의 G에 대한 1억 원 차용금 채무를 보증했고 관련 대여금 소송에서 그 보증채무를 이행하라는 내용의 판결이 확정되었다고 하면서 원고들이 반환하여야 할 잔존 임대차보증금에서 위 소송에서 인정된 대여원리금을 공제하면 임대차보증금이 모두 소멸하였다고 주장한다.

민법 제442조 제1항에 의하면 보증인이 과실 없이 채권자에게 변제할 재판을 받은 때(제1호) 또는 채무의 이행기가 도래한 때(제4호)에 주채무자에 대하여 미리 구상권을 행사할 수 있는데, 원고들의 위 주장은 위 규정에 의한 사전구상권으로 피고의 원고들에 대한 잔존 임대차보증금채권을 대등액에서 상계한다는 주장으로 이해된다.

위 인정사실에 의하면 원고 B은 피고의 부탁으로 보증인이 되어 관련 대여금 소송에서 G에게 그 보증채무를 이행하라는 내용의 재판을 받았고 G의 청구로써 이행기 정함이 없는 위 채무의 이행기도 도래하였으므로 원고 B은 피고에게 민법 제442조 제1항에 의한 사전구상권을 행사할 수 있다. 한편 원고들이 이를 피고에게 반환할 잔존 임대차보증금에서 공제(상계)한다는 취지의 2018. 3. 16.자 준비서면은 같은 달 21. 피고에게 송달되었으므로, 이로써 원고들이 피고에게 반환하여야 할 잔존 임대차보증금 16,606,835원은 위 대여금 1억 원에 대한 위 송달일인 2018. 3. 21.까지의 이자 또는 지연손해금 23,184,931원[ $2016. 9. 5.$ 까지의 이자  $89,041원 (= 1억 원 \times 0.065 \times 5/365) +$

2016. 9. 6.부터 2018. 3. 21.까지의 지연손해금 23,095,890원(= 1억 원 × 0.15 × (1 + 197/365)]과 대등액의 범위에서 상계되어 모두 소멸하였다.

다. 따라서 피고는 원고들에게 이 사건 토지와 건물에 관하여 마친 이 사건 근저당권등기에 대하여 위 2018. 3. 21.자 상계를 원인으로 한 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다(원고들은 이 사건 소장 부분의 송달로써 근저당권설정계약을 해지하고 이를 원인으로 하여 위 근저당권등기의 말소를 구하고 있으나 위 근저당권등기가 담보하는 것은 임대차보증금반환채무라는 특정채무여서 피담보채무의 소멸을 판단하기 위한 전제로서의 근저당권설정계약 해지에 의한 피담보채무의 확정요구되지 않을 뿐 아니라 근저당권설정계약이 해지되었더라도 그때까지 발생한 피담보채무가 모두 소멸하였음이 인정되어야 그 근저당권등기의 말소를 구할 수 있는 것이므로 위와 같이 말소등기의 원인을 원고들이 구하는 것과 달리하여 인정한다).

### 3. 피고의 주장에 대한 판단

피고는 D에게 이 사건 점포의 권리금으로 지급한 5억 원을 원고들이 반환해주기로 약정하였고 이 사건 근저당권등기는 원고들의 위 반환채무까지 담보하는 것인데 원고들이 위 채무를 변제하지 않았으므로 위 근저당권등기의 피담보채무가 모두 소멸하지 않았다는 취지로 주장한다. 그러나 피고의 위 주장과 같은 약정사실을 인정할 증거가 없으므로 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

### 4. 결론

원고들의 청구는 이유 있어 이를 모두 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사우라옥

판사홍예연

판사이기웅

별지