

수원고등법원 2020. 9. 3 선고 2019나13052 판결 [근저당권설정등기말소의 소]

---

## 재판경과

수원고등법원 2020. 9. 3 선고 2019나13052 판결

수원지방법원 안산지원 2019. 4. 29 선고 2018가합6126 판결

## 전 문

**원고, 항소인**주식회사 A

소송대리인 변호사 임태혁

소송대리인 법무법인(유한) 지평

담당변호사 사봉관, 송경훈

**피고, 피항소인**B

소송대리인 법무법인 자연수

담당변호사 김광호

**변론 종결**2020. 8. 20.

**판결 선고**2020. 9. 3.

**제1심판결**수원지방법원 안산지원 2019. 4. 29. 선고 2018가합6126 판결

## 주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 이 법원에서 추가한 원고의 예비적 청구에 따라, 피고는 원고로부터 716,276,712원 및 이에 대한

2016. 5. 26.부터 다 갚는 날까지 연 27.9%의 비율로 계산한 돈을 지급받은 다음 원고에게 별지 목록 기재 각 토지에 관하여 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2016. 3. 7. 접수 제11951호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

3. 원고의 나머지 예비적 청구를 기각한다.

4. 이 법원이 2019카정10014 강제집행정지 신청사건에 관하여 2019. 6. 27. 한 강제집행정지결정은 716,276,712원 및 이에 대한 2016. 5. 26.부터 다 갚는 날까지 연 27.9%의 비율로 계산한 돈을 초과하는 부분에 한하여 이를 인가한다.

5. 항소제기 이후의 소송비용 중 70%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

6. 제4항은 가집행할 수 있다.

N

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

### 1. 청구취지

#### 가. 주위적 청구

피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 토지(이하 '이 사건 토지'라 한다)에 관하여 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2016. 3. 7. 접수 제11951호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

#### 나. 예비적 청구

피고는 원고로부터 1,339,488,7901) 원을 지급받은 다음 원고에게 이 사건 토지에 관하여 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2016. 3. 7. 접수 제11951호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라(원고는 이 법원에서 예비적 청구를 추가하였다).

### 2. 항소취지

제1심판결을 취소하고, 주위적 청구취지와 같은 판결을 구한다.

## 이 유

### 1. 제1심판결의 인용

이 법원이 이 사건에 관하여 적을 이유는 아래와 같이 그 일부를 고쳐 쓰거나 추가하고, 원고가 이 법원에서 추가한 예비적 청구에 대하여 아래 제2항과 같이 판단하는 외에는 제1심판결의 이유란 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심판결 제2쪽 제5행에서 제17행까지를 다음과 같이 고쳐 쓴다.

"가. 원고(변경 전 상호 주식회사 G)는 2015. 11. 30. 이 사건 토지에서 오피스텔 신축분양사업을 추진하던 K오피스텔조합으로부터 이 사건 토지의 소유권을 취득하고, 시행사로서 그 지상에 오피스텔을 신축하여 분양하는 사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 진행하는 회사이다. 피고는 2015. 9. 15. L란 상호로 대부업 등록을 한 대부업자이다.

나. 원고는 이 사건 사업에 필요한 자금을 조달하기 위하여 2016. 3. 3. 피고와의 사이에 다음과 같은 내용으로 동업약정서(이로써 성립된 법률행위를 '이 사건 약정'이라 한다)를 작성하고(당시 원고의 대표이사인 H 등이 이 사건 약정에 따른 원고의 채무에 대하여 연대보증하였다), 이에 대하여 2016. 3. 7. 공증인가 법무법인 M 등부 2016년 제210호로 사서증서 인증을 받았다.

[동업약정서]

이 사건 토지에서 건축하고자 하는 K오피스텔 신축 및 분양사업(이하 "본 사업"이라 함)의 소유자 겸 시행사 원고(이하 "갑"이라 함)와 본 사업의 동업계약에 따라 투자할 피고(이하 "을"이라 함)는 신의성실의 원칙으로 다음과 같이 동업계약을 체결한다.

제1조(목적)

본 약정은 "갑" "을" 간의 동업조건을 명확히 하여 을로 하여금 투자원금 및 투자이익금의 취득을 보장하기 위하여 갑의 의무와 을의 권리를 명백히 함에 있다.

제2조(지위)

갑은 본 사업의 토지소유자 겸 시행사이며 을은 본 사업의 결과 신축된 건물에 대한 각 개별분양(매매)계약이 체결되어 모두 완료되기 전까지 을은 현금일부를 투자하여 동업자의 지위를 갖는다.

### 제3조(투자원금 및 투자수익금)

- 1) 본 계약상 "을"이 "갑"에게 금 칠억오천만 원 정(₩750,000,000)을 현금으로 투자하는 시점은 본 계약서 작성일로부터 투자한 것으로 합의하고 갑의 소유토지에 2순위 근저당권설정이 완료된 후에 투자금을 집행하여야 한다. (추후 건물에도 토지근저당권설정 순위대로 추가설정을 하여 줌, 2016년 2월 26.일자 부산지방법원 N 가압류해제 조건임)
- 2) 제1항의 투자이익금은 위 항에 기재된 투자원금의 50%로 정한다.
- 3) 갑은 을에게 약 3개월 후(2016년 5월 25.일까지)에 투자원금 및 투자이익금(이하 "투자금"이라 함) 합계 1,125,000,000원을 일시에 전액 지급하여야 한다.
- 4) 갑이 위 3)항의 지급기한을 지나고도 위 투자금을 지급하지 못할 경우에는 갑은 위 "투자금" 전액에 관하여 연 삼십퍼센트(30%)의 지연손해금을 지급한다.
- 5) 갑 및 연대보증인이 위 2)항의 기일 이내에 위 투자금을 지급(조기상환)되더라도 갑 및 연대보증인은 조기상환을 이유로 위 투자금의 감액지급을 요구할 수 없다(감액조정권의 포기).

### 제4조(투자금의 지급보장)

"갑" 및 연대보증인은 위 투자금을 확실히 지급하기 위하여 다음의 사항을 보장한다.

- 1) 을이 상기자금을 선투입해서 약 100억 원 이상의 순재산권이 만들어진다고 하여 을에게 사업내용을 구체적으로 분석 확인시키지 못하므로 갑 측이 본 사업 진행을 전적으로 책임 진행하기로 하고 진행에 상관없이 을의 투자이익금을 손해가 발생하더라도 확정적으로 무조건 지급한다. (단, 투자금의 수익금 등에 대한 모든 세금은 갑 측이 부담한다)
- 2) 위 투자금의 원만한 지급을 담보하기 위하여 위 투자금 상당액을 권면액으로 하는 약속어음을 공증 발행하여 을에게 교부한다. (후략)

다. 원고는 2016. 3. 7. 이사회를 개최하여 이 사건 토지에 관하여 채권최고액 16억 원의 근저당권을 설정하는 조건으로 이 사건 사업의 초기 B/L 자금 대출(이 사건 약정에 따른 대출을 의미한다)을

받기로 의결하고, 이 사건 약정에 따른 원고의 금원 반환채무를 담보하기 위하여 피고에게 이 사건 토지에 관하여 수원지방법원 안산지원 시흥등기소 2016. 3. 7. 접수 제11951호로 채무자를 '원고', 근저당권자를 '피고', 채권최고액을 '16억 원'으로 한 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳐주었다.

라. 아울러 원고 및 H 등은 2016. 3. 7. 피고를 수취인으로 하여 액면금 10억 원, 6억 원의 각 약속어음(이하 통틀어 '이 사건 약속어음'이라 한다)을 공동 발행하고, 같은 날 공증인가 법무법인 M 작성 증서 2016년 제84, 85호로 '이 사건 약속어음의 발행인들이 같은 어음의 소지인에게 어음금의 지급을 지체할 때에는 즉시 강제집행을 받더라도 이의가 없음을 인낙한다'는 내용의 공정증서(이하 통틀어 '이 사건 공정증서'라 한다)가 작성되었다.

마. 피고는 이 사건 약정에 따라 2016. 3. 3.부터 2016. 3. 7.까지 원고 명의 계좌로 합계 7억 5,000만 원을 송금하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제5 내지 9, 12, 17, 20, 22, 26호증(가지번호 있는 것은 가지번호를 포함한다, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지"

○ 제1심판결 제3쪽 제2행의 "이러한 행위들은" 앞에 "이 사건 약정 체결을 포함한"을 추가한다.

○ 제1심판결 제4쪽 제9행의 "임무에 위배하여," 다음에 "이 사건 약정 및 이에 따른"을 추가한다.

## 2. 이 법원에서 추가한 예비적 청구에 관한 판단

### 가. 원고의 주장 요지

이 사건 약정은 투자계약의 형식을 취하였으나 그 실질은 금전소비대차계약에 해당한다. 따라서 원고와 대부업자인 피고 사이의 이 사건 약정은 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률(이하 '대부업법'이라 한다)이 적용되어야 하고, 원고가 이 사건 약정에 따라 금원을 차용하면서 2016. 3. 7. 투자용역 수수료 명목으로 대부중개업자인 O에게 지급한 7,500만 원 및 같은 날 F을 통하여 피고에게 지급한 7,830만 원, 합계 1억 5,330만 원은 피고가 대여원금에 대한 선이자를 사전에 공제한 것으로 보아야 한다.

결국 원고가 피고에게 변제해야 할 이 사건 근저당권의 피담보채무는 대여원금 7억 5,000만 원에서 선이자 1억 5,330만 원을 공제한 원금 5억 9,670만 원(7억 5,000만 원 - 선이자 1억 5,330만 원)

및 이에 대하여 위 대부일인 2016. 3. 7.부터 변제기인 2016. 5. 25.까지 구 대부업법(2017. 4. 18. 법률 제14820호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 대부업법'이라고 한다)에서 정한 제한이자율 연 27.9%의 비율로 계산한 이자 36,843,780원과 변제기 다음날인 2016. 5. 26.부터 이 사건 항소심 변론종결일인 2020. 8. 20.까지 위 연 27.9%의 비율로 계산한 지연손해금 705,945,010원, 합계 1,339,488,790원(원금 5억 9,670만 원 + 이자 36,843,780원 + 지연손해금 705,945,010원)이므로, 피고는 위 돈을 지급받은 다음 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

## 나. 판단

1) 이 사건 약정의 법적 성질에 관한 판단 가) 원고는 이 사건 근저당권의 피담보채무는 금전소비대차계약인 이 사건 약정에 따른 차용금채무라는 취지로 주장하는 반면, 피고는 이 사건 약정은 투자약정과 사업이익 분배약정이 혼합된 무명계약이므로 위 피담보채무를 차용금채무로 볼 수 없다고 주장하는바, 이에 관하여 살펴본다.

나) 금전소비대차계약과 구별되는 투자계약의 실질은 그 투자사업에 따른 수익 발생의 불확실성 내지 그로 인한 투자금 회수의 위험성에 있다고 보아야 하고, 당사자 사이의 약정에 따라 수수되는 금전이 대여금인지 투자금인지 여부를 판단할 때에는 이러한 불확실성 또는 위험성을 주된 요소로 하여, 원금의 보장 여부, 원금에 대한 대가의 고정성, 돈의 지급 경위 및 동기, 당사자들의 인식과 의사를 종합적으로 고려하여야 한다.

다) 이 사건 약정(갑 제17호증)은 그 제목이 '동업약정서'이고, 제2조에는 피고의 지위에 대하여 이 사건 사업에 현금 일부를 투자한 동업자의 지위를 갖는다고 정하고 있으며, 제3조에서 피고가 원고에게 지급하는 7억 5,000만 원을 투자원금으로, 원고가 변제기까지 지급하여야 할 금원(투자금의 50%인 3억 7,500만 원이다)을 투자이익금으로 표현하고 있는 등 외형상 투자계약으로 보이는 사정이 존재하기는 한다.

라) 그러나 위 인정사실, 앞서 든 증거들, 당심 증인 O의 일부 증언 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 이 사건 약정은 피고가 이 사건 사업의 손익과 관계없이 원고에게 7억 5,000만 원을 대여하고 변제기(2016. 5. 25.)까지의 이자로 3억 7,500만 원을

지급받기로 하며, 원고가 위 지급을 지체할 경우에는 그 변제기 다음날부터 연 30%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급받기로 하는 금전소비대차계약에 해당한다고 봄이 타당하다.

① 이 사건 약정은 대부중개업자인 O의 중개를 통하여 대부업자인 피고가 원고에게 이 사건 사업에 필요한 금원을 지급하고 변제기에 원금에 50%를 가산한 돈을 돌려받기로 한 것이고, O는 뒤에서 보는 바와 같이 원고로부터 위 중개에 대한 대가를 받기도 하였다. 원고도 2016. 3. 7. 개최한 이사회에서 피고로부터 '대출'을 받기로 하는 의안을 의결하는 등 이 사건 약정을 대출계약으로 인식하고 있었다.

② 이 사건 약정에 의하면 피고는 변제기인 2016. 5. 25.에 원금뿐만 아니라 투자이익금 명목으로 3억 7,500만 원의 고정된 금액을 지급받기로 하였고, 위 투자이익금은 이 사건 사업에서 손해가 발생하더라도 확정적으로 무조건 지급하기로 하였는바(이 사건 약정 제3조 제2항, 제3항, 제4조 제1항), 피고는 원고의 이 사건 사업의 성패에 관계없이 고정된 금액의 투자이익금을 지급받게 되어 위 투자이익금은 금전소비대차에서 차용금을 일정 기간 동안 사용하는 대가로서 지급하게 되는 이자와 전혀 다를 바가 없다. 더구나 이 사건 약정에 따르면 원고가 이 사건 약정 체결일(2016. 3. 3.)로부터 3개월도 되지 않은 2016. 5. 25.에 위 투자원금 및 투자이익금(합계 11억 2,500만 원)을 전액 반환하기로 하였는데, 이 사건 사업이 불과 3개월 안에 완료되거나 수익이 창출되어 피고가 분배받는다는 것이 사실상 불가능하다고 보일 뿐만 아니라, 피고는 이 사건 약정 체결 과정에서 그 약정 제4조 제1항의 기재내용에서 보듯이 이 사건 사업의 투자가치나 수익전망 등을 구체적으로 평가한 것으로 보이지 아니하는바, 피고가 이 사건 사업에 따른 수익이나 사업이익 발생에 기대어 원고에게 금원을 '투자'한 것이라고는 도저히 볼 수 없다.

③ 피고는 이 사건 약정에 따라 원고에게 금원을 지급하면서 그 원금과 위 투자이익금의 반환을 보장받기 위한 담보로 원고로부터 이 사건 근저당권설정등기를 경료받았고, 원고 및 그 대표이사 등으로부터 위 11억 2,500만 원을 훨씬 초과하는 총액면금 16억 원의 이 사건 약속어음을 발행받고 그에 따른 이 사건 공정증서를 작성받기도 하였다(이 사건 토지에는 이 사건 근저당권보다 선순위 근저당권으로 근저당권자 'F', 채권최고액 '12억 5,000만 원'의 근저당권이 설정되어 있었으나, 이 사건 토지에 대한 경매절차(수원지방법원 안산지원 1)에서의 감정평가액이 약 62억 원에 이르는

점(갑 제10호증) 등에 비추어 이 사건 근저당권설정등기 경로 당시 이 사건 토지의 담보가치는 상당하였을 것으로 보인다).

④ 위에서 본 제반 사정에 비추어 보면 이 사건 약정에는 투자계약의 주된 특징인 '이 사건 사업의 수익 발생의 불확실성에 따른 투자금 회수의 위험성'이 존재한다고 볼 수 없어 이 사건 약정을 투자계약이나 투자계약과 사업이익 분배약정이 혼합된 무명계약이라고 볼 수 없고, 오히려 이자약정 하에 돈을 빌려주는 금전소비대차계약이라고 봄이 타당하다(피고는 대부업자로서 대부중개업자인 O의 중개를 통하여 원고에게 위와 같이 실질적으로는 금원을 대여하는 것임에도 대부계약서가 아닌 동업계약서를 작성하여 이에 근거하여 투자금 명목으로 원고에게 금원을 지급하였다고 보이는 점(구 대부업법 제6조 제1항, 제21조 제1항 제3호에 의하면 대부업자가 거래상대방과 대부계약을 체결하는 경우 일정한 사항이 적힌 대부계약서를 거래상대방에게 교부하여야 하고, 이를 위반할 때에는 과태료를 부과하도록 규정하고 있다), 위에서 본 바와 같은 이 사건 약정의 체결 경위, 그 내용이나 취지, 피고가 변제기에 지급받기로 한 투자이익금의 액수, 당사자의 지위 등에 비추어 보면, 이 사건 약정의 실질은 금전소비대차계약임에도 대부업법이 정한 제한이자율의 적용을 회피하기 위하여 투자계약의 형태로 체결된 것으로 보인다).

2) 이 사건 근저당권의 피담보채무액에 관한 판단 가) 이 사건 약정에 적용되는 제한이자율에 대하여 피고는 이 사건 약정 당시 대부업 등록을 한 대부업자인 사실은 앞서 본 바와 같고, 원고가 중소기업기본법 제2조 제2항에 따른 소기업에 해당하는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로 금전소비대차계약인 이 사건 약정에는 대부업법이 적용된다(구 대부업법 제8조 제1항 등). 이 사건 약정 당시 시행되던 구 대부업법 제8조 제1항은 '대부업자가 개인이나 「중소기업기본법」 제2조 제2항에 따른 소기업에 해당하는 법인에 대부를 하는 경우 그 이자율은 연 100분의 27.9 이하의 범위에서 대통령령으로 정하는 율을 초과할 수 없다'고 규정하고 있고, 구 대부업법 부칙(2016. 3. 3. 법률 제14072호) 제5조 제2항은 '제8조 제1항의 개정규정에서 "대통령령으로 정하는 율"이란 연 100분의 27.9를 말하며, 월 이자율 및 일 이자율은 연 100분의 27.9를 단리로 환산한다'고 규정하고 있다. 따라서 이 사건 약정상의 이자에 대하여는 구 대부업법에서 정한 제한이자율인 연 27.9%가 적용되어야 한다. 대부업자가 위 제8조 제1항을 위반하여 대부계약을 체결한 경우 위 제8조 제1항에

다른 이자율을 초과하는 부분에 대한 이자계약은 무효라고 할 것이고(구 대부업법 제8조 제3항), 이러한 점은 지연손해금에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다.

나) 선이자의 공제에 대하여

(1) 관련 법령 및 법리

구 대부업법 제8조는 '제1항에 따른 이자율을 산정할 때 사례금, 할인금, 수수료, 공제금, 연체이자, 체당금 등 그 명칭이 무엇이든 대부와 관련하여 대부업자가 받는 것은 모두 이자로 보고(제2항 본문), 채무자가 대부업자에게 제1항에 따른 이자율을 초과하는 이자를 지급한 경우 그 초과 지급된 이자 상당금액은 원본에 충당되고, 원본에 충당되고 남은 금액이 있으면 그 반환을 청구할 수 있으며(제4항), 대부업자가 선이자를 사전에 공제하는 경우에는 그 공제액을 제외하고 채무자가 실제로 받은 금액을 원본으로 하여 제1항에 따른 이자율을 산정한다(제5항)'고 규정하고 있고, 구 대부업법 제11조의2 제2항은 '대부중개업자 및 대출모집인과 미등록대부중개업자는 수수료, 사례금, 착수금 등 그 명칭이 무엇이든 대부중개와 관련하여 받는 대가(이하 "중개수수료"라 한다)를 대부를 받는 거래상대방으로부터 받아서는 아니 된다'고 규정하고 있다.

채무자가 직접 대부중개업자에게 중개수수료를 지급한 경우라도 그것이 대부업자와 전혀 무관하게 지급되었다는 등의 특별한 사정이 없고 오히려 대부업자가 대부중개업자로 하여금 채무자로부터 직접 중개수수료를 지급받도록 하고 자신은 대부중개업자에게 아무런 중개수수료를 지급하지 않았다면, 이러한 중개수수료는 대부업자 자신이 지급하여야 할 것을 채무자에게 전가시킨 것으로서 대부업자와 채무자 사이의 금전대차와 관련된 대가라고 할 것이어서, 구 대부업법 제8조 제2항에서 정하는 이자에 해당하고, 대부업자가 그만큼의 선이자를 사전에 공제한 것으로 보아야 한다(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다24785, 24792, 24808 판결 참조).

한편, 선이자가 공제된 경우에 대부업법에서 정하는 제한이자율을 초과하는지 여부는 선이자 공제액을 제외하고 채무자가 실제로 받은 금액을 기초로 하여 대부일부터 변제기까지의 기간에 대한 제한이자율에 따른 이자를 기준으로, 선이자 공제액이 그것을 초과하는지에 따라 판단하여야 하고, 그와 같은 판단의 결과 초과하는 부분이 있다면 초과 부분은 구 대부업법 제8조 제4항에 따라 당사자 사이에서 약정된 선이자 공제 전의 대부원금에 충당되어 충당 후의 나머지가 채무자가 변제기에

값아야 할 대부원금이 된다(위 대법원 판결 참조).

(2) F에게 지급된 7,830만 원에 대하여

갑 제9, 13, 15, 16, 27호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고는 2015. 8. 4. 피고의 처인 F과 사이에 투자약정(이하 '2015. 8. 4.자 약정'이라 한다)을 체결하고 F으로부터 2015. 8. 6. 3억 7,000만 원, 2015. 11. 30. 1억 3,000만 원을 각 지급받은 사실, 원고는 2016. 3. 7. 이 사건 약정에 따라 피고로부터 1억 원을 입금받은 후 그 중 7,830만 원을 F에게 지급한 사실이 인정된다. 위 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① F은 피고와는 별도의 2015. 8. 4.자 약정에 따라 원고에게 채권을 가지고 있는 사람인데, 위 7,830만 원은 2015. 8. 4.자 약정에 따른 F의 채권에 대한 변제로서 지급된 것으로 보이므로(갑 제27호증), 피고가 대부계약의 대가 등으로 위 7,830만 원을 수령하였다고 보기는 어려운 점, ② 원고가 위 7,830만 원을 원고의 F에 대한 기존 채무의 변제에 사용하였더라도 특별히 대부업법의 취지에 반한다거나 원고에게 별다른 불이익이 발생하였다고 보이지 아니하는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 F에게 지급한 7,830만 원을 피고가 이 사건 약정에 따른 대여금의 이자로 지급받았다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 피고가 위 금원 상당의 선이자를 사전에 공제한 것으로 볼 수 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) O에게 지급된 7,500만 원에 대하여

살피건대, 갑 제22호증의 4, 갑 제24호증의 각 기재, 당심 증인 O의 일부 증언 및 변론 전체의 취지에 의하면, 대부중개업 등록을 한 대부중개업자인 O가 앞서 본 바와 같이 원고와 대부업자인 피고 사이의 이 사건 약정의 체결을 중개한 사실, 원고는 2016. 3. 7. O에게 이 사건 약정에 대한 투자용역 수수료 명목으로 7,500만 원을 지급한 사실이 인정된다.

위 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 명목상 O와의 사이에 '자금유치 투자용역 약정서(갑 제24호증)을 작성하고 이에 기하여 O에게 투자용역 수수료 명목으로 7,500만 원을 피고로부터 이 사건 약정에 따라 빌린 차용금 중에서 지급하였는데, 그 지급의 경위 등에 비추어 위 7,500만 원은 대부중개업자인 O에게 이 사건 약정(대부계약) 체결에 대한 중개 업무의 대가로 지급된 것으로 보이는 점, ② 중개수수료는 대부를 받는 채무자로부터는

어떤 명목으로도 받을 수 없고, 대부업자가 지급하여야 하는 것임에도(구 대부업법 제11조의2 제2항, 제3항) 피고는 O에게 이 사건 약정 체결에 대한 중개의 대가를 전혀 지급하지 않으면서 원고가 O에게 위 금원을 지급하는 것으로 중개의 대가 지급에 갈음했던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 O에게 지급한 위 금원은 원고와 피고 사이의 금전대차와 관련된 대가로 지급된 것으로서 중개수수료로 봄이 타당하고, 대부업자인 피고가 O에게 지급하여야 할 것을 채무자인 원고에게 전가시킨 것이라 할 것이므로 위 금원은 구 대부업법 제8조 제2항에서 정한 이자라고 봄이 타당하다. 따라서 피고가 위 금원 상당을 대여원금에 대한 선이자로 사전에 공제한 것이라고 할 것이다.

#### (4) 공제된 선이자의 대여원금에의 총당

나아가 앞서 본 공제된 선이자의 대여원금에의 총당 법리에 따라 계산하면, 원고가 이 사건 약정 당시 실제로 수령한 6억 7,500만 원(대여원금 7억 5,000만 원 - 중개수수료 7,500만 원)에 대하여 그 대여일인 2016. 3. 7.부터 변제기인 2016. 5. 25.까지 구 대부업법에서 정한 제한이자율인 연 27.9%의 비율로 계산한 이자는 41,276,712원(6억 7,500만 원 × 연 27.9% × 80/365일, 원 미만 버림)이고, 중개수수료 7,500만 원이 선이자로 사전에 공제되었으므로, 선이자로 공제된 위 7,500만 원에서 위 제한이자율에 따른 이자 41,276,712원을 뺀 33,723,288원이 제한이자율에 따른 이자를 초과하게 된다. 그러므로 위 33,723,288원을 선이자 공제 전의 대여원금 7억 5,000만 원에 총당하면 총당 후 나머지 716,276,712원(7억 5,000만 원 - 33,723,288원)이 원고가 변제기에 갚아야 할 잔존 대여원금이 된다.

#### 다) 이 사건 근저당권의 피담보채무액

결국 이 사건 약정에 따른 원고의 채무를 담보하는 이 사건 근저당권의 피담보채무액은 잔존 대여원금 716,276,712원 및 이에 대한 변제기 다음날인 2016. 5. 26.부터 다 갚는 날까지 구 대부업법에서 정한 제한이자율인 연 27.9%의 비율로 계산한 지연손해금이 된다.

#### 3) 소결 원고는 이 사건 근저당권의 피담보채무를 변제하는 것을 조건으로 이 사건

근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하고 있고 피고가 피담보채무의 액수 등에 관하여 다투고 있는 이상, 원고로서는 장래 이행의 소로서 이를 미리 청구할 필요가 있다. 따라서 피고는 원고로부터 잔존 대여원금 716,276,712원 및 이에 대한 2016. 5. 26.부터 다 갚는 날까지 연

27.9%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급받은 다음 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

### 3. 결론

그렇다면 원고의 주위적 청구는 이유 없어 기각하고, 이 법원에서 추가한 원고의 예비적 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 예비적 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 주위적 청구를 기각한 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 이에 대한 원고의 항소를 기각하고, 이 법원에서 추가한 원고의 예비적 청구에 따라 피고에게 원고로부터 위 돈을 지급받은 다음 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 것을 명하고, 나머지 예비적 청구는 기각한다.

**재판장판사이재권**

**판사이상호**

**판사조효정**

**별지**

1) 원고는 2020. 3. 20.자 청구취지변경 신청서에는 일응 1,308,704,110원으로 기재하면서 이 부분 금액을 추후 변론종결일 기준으로 다시 특정하겠다고 한 후 2020. 8. 19.자 준비서면 및 2020. 8. 24.자 참고서면을 통하여 해당 금원으로 특정하였다.