

수원지방법원 2018. 5. 3 선고 2017나84211 판결 [근저당권설정등기말소]

재판경과

수원지방법원 2018. 5. 3 선고 2017나84211 판결

수원지방법원 2017. 11. 2 선고 2017가단509993 판결

전 문

원고, 항소인A

피고, 피항소인B

변론 종결 2018. 4. 24.

판결 선고 2018. 5. 3.

제1심판결 수원지방법원 2017. 11. 2. 선고 2017가단509993 판결

주 문

1. 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고는 원고로부터 1억 2,000만 원과 이에 대하여 2018. 4. 24.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급받은 다음 원고에게, 화성시 C 임야 3,305㎡에 관하여 수원지방법원 화성등기소 2009. 9. 11. 접수 제165701호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

다. 제1심 법원이 그 법원 2017카정100086 강제집행정지신청 사건에 관하여 2017. 4. 4.에 한 강제집행정지결정 중 가항 기재 금액을 초과하는 부분을 인가한다.

라. 다항은 가집행할 수 있다.

2. 원고의 나머지 항소를 기각한다.

3. 소송총비용 중 90%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

○청구취지: 피고는 원고에게 화성시 C 임야 3,305m²에 관하여 수원지방법원 화성등기소 2009. 9.

11. 접수 제165701호로 마친 근저당권설정등기에 관하여 2014. 5. 27. 해지를 원인으로 한

말소등기절차를 이행하라.

○항소취지: 제1심 판결 중 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 무조건으로 위

근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 청구의 기초사실

① 원고와 그 부모 및 처 G(이하 이들을 합쳐서 '원고 등'이라고 한다)은 조경업체인 소외 주식회사 J을 공동으로 운영해오면서 2004. 5. 이래 수십차에 걸쳐 전직 학교장인 피고로부터 금전을 차용하고 일부를 갚는 등으로 금전거래를 해온 사실, ② 원고 등은 2008. 10. 1. 피고에게 원고의 아버지 E 명의의 인천 남동구 F건물 제202호에 관하여 채권최고액을 6,000만 원으로 한 근저당권설정등기를 마쳐주었는데, 피고가 인천지방법원 K로 임의경매를 신청하여 현재 경매절차가 진행 중인 사실(경매절차 진행 중 E은 피고를 상대로 하여 인천지방법원 2017가단214427호로 2014. 5. 27. 해지를 원인으로 한 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행청구의 소를 제기하였으나, 2017. 11. 17. 패소판결을 선고받고 현재 항소심 소송이 계속 중이다), ③ 원고 등은 2009. 9. 10. 피고로부터

5,000만 원을 변제기는 2010. 9. 10., 이자율은 연 12%로 약정하여 차용하면서 그 담보조로 2009. 9. 11. 피고에게 원고 명의의 이 사건 토지인 화성시 C 임야 3,305m²에 관하여 채권최고액 6,500만 원의 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐준 사실(그러나 근저당권설정계약서에는 그 피담보채무를 특정하지 않고 포괄적으로 기재하였다), ④ 원고 등은 또 피고에게 원고 명의의 인천 연수구 D 소재 토지와 건물에 관하여, 채권최고액을 1억 6,900만 원으로 한 2009. 9. 23.자 근저당권설정등기와 채권최고액을 9,100만 원으로 한 2009. 10. 7.자 근저당권설정등기를 마쳐주었다가, 2010. 9. 27. 위 2건의 근저당권설정등기를 말소 받고 소외 한마음새마을금고 앞으로 근저당권을 설정해준과 동시에 그로부터 2억 8,000만 원을 대출받아 그 중 1억 8,000만 원을 피고에게 변제한 사실(그러나 여전히 피고에게 잔존채무가 있어 이를 담보하기 위해 이 사건 근저당권설정등기와 위 F건물에 대한 근저당권설정등기는 유지하였다. 원고 등은 위 D 부동산에 관하여 2010. 12. 30.에도 피고 앞으로 채권최고액 2억 5,000만 원의 근저당권설정등기를 마쳐주었다가, 2011. 3. 10. 피고에게 2억 원을 변제한 후 2011. 3. 11. 그 근저당권설정등기를 말소 받았다), ⑤ 원고 등은 2012. 11. 14. 피고와 그 동안의 금전거래에 관한 정산을 하고, '원금 1억 5,800만 원(내역: 1억 3,000만 원 + 2,800만 원), 2012년 12월까지 이자 364만 원은 미수, 월 이자는 158만 원'이라는 내용의 정산서(을 제1호증, 이하 '이 사건 정산서'라고 한다)를 원·피고 명의로 작성한 사실(위 2,800만 원은, 피고가 이 사건 토지와 위 F건물에 대한 근저당권과 관계 없이 신용으로 원고의 모친 L에게 묘목 구입비로 이를 대여하였다고 주장하므로 이를 따로 정산서에 표기한 것이다), ⑥ 피고는 원고 등에게 2013. 4. 4. 다시 3,000만 원을 대여하고, 그 돈에 이 사건 정산서상의 2,800만 원을 합한 5,800만 원 중 4,500만 원을 채무금액으로 하여, 2013. 4. 11. 채무자를 원고로 하고 변제기를 2013. 5. 31., 이자율을 연 12%로 하며 강제집행을 인낙하는 내용의 금전 소비대차계약에 대한 공증을 받은 사실(공증서에는 대여일이 2013. 4. 2.로 기재되어 있다), ⑦ 그 뒤 원고 등은 2013. 5. 28. 피고에게 3,898만 원을 변제하여, 피고는 그 중 98만 원은 이 사건 정산서상의 이자 364만 원 중 일부에 충당하고, 나머지 3,800만 원은 2013. 4. 4.자 대여금 원금 3,000만 원과 이 사건 정산서상의 2,800만 원 중 일부인 800만 원에 각 충당한 사실, ⑧ 원고 등은 피고에게 2014. 1. 29.부터 2014. 5. 27. 사이에 3회에 걸쳐 합계 1,098만 원을 변제하여, 피고는 이를 모두 그 잔존 채권액의 이자에

충당한 사실, ⑨ 원고 등은 또 G 명의인 원주시 H 대 380m²를 타에 매각하여 마련한 돈으로 2015. 9. 14.경 3,300만 원을 피고에게 변제하여, 피고는 그 중 300만 원은 잔존 채권액의 이자에 충당하고 나머지 3,000만 원은 잔존 채권액의 원금에 충당한 사실, ⑩ 피고는 이 사건 토지에 관하여 2017. 1. 5. 이 법원 M로 임의경매를 신청하였는데(이해관계인은 원·피고뿐이다), 그 청구채권액을 2009. 9. 10.자 대여금의 원금 5,000만 원과 2010. 9. 11.부터 2016. 12. 28.까지 연 12%의 비율에 의한 이자 또는 지연손해금 37,824,657원의 합계 87,824,657원과 그 중 위 5,000만 원에 대하여 2016. 12. 29.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율에 의한 이자 또는 지연손해금으로 기재한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1 내지 14호증, 을 제1 내지 12호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있고, 이에 방해가 되는 증거가 없다.

2. 원고의 청구에 대한 판단

(1) 원고는 이 사건 청구원인으로, 원고는 피고로부터 2004. 5. 14.부터 2013. 4. 4.까지 합계 4억 7,086만 원을 이자 연 12%로 정하여 차용하고, 2008. 1. 19.부터 2015. 9. 14.까지 이를 초과하는 돈을 변제하여, 그 변제충당 결과 피고에 대한 채무가 모두 소멸하였으므로 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다고 주장하고, 피고는 아직 그 피담보채무로 1억 2,000만 원과 이에 대하여 2018. 4. 24.부터 다 갚는 날까지 연 12%에 의한 금액이 잔존하므로 그 변제를 받기 전에는 원고의 청구에 응할 수 없다고 주장한다.

(2) 그러므로 보건대, 당사자 쌍방이 소비대차에 의하지 아니하고 금전 기타의 대체물을 지급할 의무가 있는 경우에 당사자가 그 목적물을 소비대차의 목적으로 할 것을 약정한 때에는 소비대차에 준하는 효력이 생긴다(민법 제605조). 민법 제605조 소정의 준소비대차는 구채무가 소비대차일 경우에도 성립하고, 준소비대차가 이루어진 경우 구채무가 당연히 소멸한다고 볼 수는 없고 그 소멸 여부는 당사자의 의사에 따를 것이지만, 원칙적으로 구채무는 동일성을 유지하면서 소비대차의 형태로 존속하고, 그 담보도 그대로 존속한다(대법원 1994. 5. 13. 선고 94다8440 판결 등 참조). 그런데 원고 등은 위와 같이 이 사건 근저당권 등을 담보로 피고와 계속적으로 금전대차 거래를 해오다가 2012. 11. 14. 피고와 기존 차용금의 원금을 1억 5,800만 원으로 정하고, 이자율을 연 12%(이 사건 정산서에서 월 이자로 합의한 158만 원은 원금 1억 5,800만 원에 대하여 월 1%의

이자에 해당한다)로 하되 2012. 12.까지의 미지급 이자액은 364만 원으로 정하기로 합의하였는바, 이는 원고와 피고 사이에서 화해계약과 민법 제605조 소정의 준소비대차약정을 체결한 것으로 해석된다. 따라서 원고는 2012. 11. 14. 현재 피고에게 1억 6,164만 원(1억 5,800만 원 + 364만 원)과 그 중 1억 5,800만 원에 대하여 2013. 1. 1.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율에 의한 이자를 지급할 채무를 부담하고, 이는 앞서 인정한 사실 및 원고 등과 피고의 계속적인 금전대차 거래 사정, 위 각 근저당권의 설정, 말소 경위 등에 비추어 이 사건 근저당권과 위 F건물에 대한 근저당권의 설정계약이나 그 각 채권최고액에 불구하고, 원고와 피고 사이에서 이 사건 근저당권 등에 의하여 담보된다고 할 것이다.

(3) 한편 이 사건 정산서 작성 이후의 채권채무관계에 관하여 보건대, 원고 등이 2013. 5. 28. 변제한 3,898만 원 중 98만 원은 이 사건 정산서상의 이자 364만 원 중 일부에 충당되고 나머지 3,800만 원은 2013. 4. 4.자 대여금 원금 3,000만 원과 이 사건 정산서상의 2,800만 원 중 일부인 800만 원에 각 충당되었으므로, 그날 현재 원고 등의 채무는 이 사건 정산서상의 이자 364만 원 중 나머지 266만 원(364만 원 - 98만 원)과 이 사건 정산서상의 원금 1억 5,800만 원에 대한 2013. 1. 1. 이후 그날까지 연 12%의 비율에 의한 이자, 2013. 4. 4.자 대여금 원금 3,000만 원에 대한 2013. 4. 4.부터 그날까지 연 12%의 비율에 의한 이자, 이 사건 정산서상의 원금 1억 5,800만 원 중 나머지 1억 5,000만 원(1억 5,800만 원 - 800만 원)과 그에 대한 2013. 5. 29. 이후 다 갚는 날까지 연 12%의 비율에 의한 이자가 된다.

그리고 원고 등이 2014. 1. 29.부터 2015. 9. 14. 사이에 변제한 4,398만 원(1,098만 원 + 3,300만 원)은 채무자인 원고 등에 유리하게 채권자인 피고의 변제충당 방식에 따라 이자 일부(1,098만 원 + 300만 원)와 원금 일부(3,000만 원)에 충당하더라도 원고 등의 2015. 9. 14. 현재의 채무는 원금만도 1억 2,000만 원이 되며, 그때까지의 잔존 이자 또는 지연손해금 채무 전부를 충당하기에 부족하다(이자에 충당된 1,398만 원이 잔존 이자 또는 지연손해금에 미달함은 계산상 명백하다).

그런데 피고는 현재 이 사건 근저당권과 위 F건물에 대한 근저당권에 의하여 담보되는 잔존 채권액이 자신에 불리하게 위 인정 금액에 미달하는, 1억 2,000만 원과 이에 대하여 2018. 4. 24.부터 다 갚는

날까지 연 12%에 의한 금액임을 자인하므로(원고 등은 이 사건 근저당권과 위 F건물에 대한 근저당권에 의하여 담보되는 잔존 채권액이 전혀 없다고 주장하므로, 피고가 자인하는 위 금액을 초과하는 부분의 채권채무가 부존재하는 것에 대해서는 자백이 성립한다고 볼 것이다), 결국 피고는 원고로부터 1억 2,000만 원과 이에 대하여 2018. 4. 24.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급받은 다음 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다(위와 같이 피고는 이 사건 토지에 관한 M 임의경매신청서에 그 청구채권액을 위 금액에 미달하게 기재하여 그 경매절차에서 배당을 받을 금액은 위 청구채권액을 한도로 하나, 이 사건과 위 경매절차는 별개의 절차이므로 그것이 이 사건의 결론에 영향을 미칠 수는 없다).

따라서 원고의 이 사건 청구는 위 범위에서만 이유 있다(원고는 위와 같이 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하였으나, 그 원리금의 계산 등에 관한 다툼 등으로 인하여 변제액이 채무 전액을 소멸시키는 데에 미치지 못하고 잔존채무가 있는 것으로 밝혀진 경우에도 무조건 말소를 구한다는 의사를 표시한 바는 없으므로 위와 같이 변제 후 말소를 구하는 것으로 본다).

(4) 이에 대하여 원고는, 이 사건 정산서 작성 당시 원고의 모가 피고로부터 차용한 나무대금 2,800만 원에 관한 내용이라고 하므로 그 내용을 정확하게 확인하지 않고 심신미약 상태에서 피고가 작성해 온 대로 위 정산서에 날인을 하여 준 것이고, 이 사건 정산서의 내용은 실제 금전거래 내역과 다르다고 주장한다. 그러나 처분문서인 이 사건 정산서의 진정성립이 인정되는 이상 그 기재 내용대로 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하고, 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 정산서 작성 당시 원고가 심신미약 상태에 있었다거나 위 정산서 내용과 다른 법률관계를 인정할 사정이 있다고 보기에 부족하다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

(5) 원고는 또, 2009. 1. 15.에 발행된 액면금 8,000만 원의 자기앞수표를 피고 자신이 배서하여 사용하였으면서도 피고는 이를 원고 등에게 대여금조로 교부하였다며 이 역시 원고 등에 대한 채권금액에 포함시켰으므로 이 금액은 피고의 채권액에서 제외하여야 한다는 취지의 주장을 하나, 갑 제21호증의 1 내지 5의 각 기재만으로는 위 주장사실을 인정하기에 부족할 뿐만 아니라, 설사 그것이 사실이라고 하더라도 원고와 피고는 그 후 이 사건 정산서를 통해 그 채권채무관계에 관하여

화해계약을 한 이상 이에 반하는 주장을 할 수 없으므로 이 역시 이유 없다.

3. 결론

이상과 같이 원고의 이 사건 청구는 위 인정 범위에서만 일부 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심 판결은 일부 이와 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 항소 일부를 받아들여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사양경승

판사강선아

판사심현근