

창원지방법원 진주지원 2018. 8. 29 선고 2017가단7046 판결 [근저당권설정등기말소]

재판경과

창원지방법원 2019. 7. 18 선고 2018나4158 판결

창원지방법원 진주지원 2018. 8. 29 선고 2017가단7046 판결

전문

원 고 A

소송대리인 법무법인 유안

담당변호사 오동준

피 고 B

소송대리인 변호사 이일구

변론 종결 2018. 8. 8.

판결 선고 2018. 8. 29.

주문

1. 원고의 주위적 청구 및 예비적 청구를 각 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

1. 주위적 청구취지

피고는 원고에게 경상남도 하동군 C 임야 38692㎡(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 대하여 2016.

2. 19. 창원지방법원 하동등기소 접수 제2642호로 마친 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)의 말소등기절차를 이행하라.

2. 예비적 청구취지

이 사건 근저당권에 의하여 담보되는 채무는 40,000,000원을 초과하여 존재하지 아니함을 확인한다.

이 유

1. 기초사실

아래 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑제1, 2, 5, 7, 8, 9호증, 을제1 내지 제4호증(가지번호 있는 경우 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 이를 인정할 수 있다.

가. 2013. 5. 30. 소외 D은 경상남도 사천시 E 임야 12482㎡ 및 F 전 3067㎡(이하 위 2필지 모두를 '이 사건 공장예정부지'라고 한다)에 관하여 '임의경매로 인한 매각'을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤고,

2014. 7. 3. D(G 대표)은 이 사건 공장예정부지에 업종 '그 외 기타 자동차 부품 제조업', 생산품 '차량용 부품(차량에어콘 부품)', 공장건축면적 '제조 3,815.66㎡, 부대 1,031.18㎡'로 G 공장 신설승인을 사천시에 신청하였고,

2014. 9. 29. 사천시는 D에게 위 신청에 따라 공장 신설승인을 하였다.

나. 2015. 7. 21.경 피고는 사업장 소재지를 이 사건 공장예정부지로, 생산품명 '스테인레스 구조용 PIPE, 자동차 부품용 PIPE'로, 시설규모 '부지 4,225평, 건물 530평신축'으로 하여 (주)H를 설립하고 자신이 대표이사가 되었다.

다. 2016. 2. 19. 원고(을)와 피고(갑)는 아래와 같은 약정(이하 '이 사건 약정'이라한다)을 체결하였고, 소외 I, J가 입회인으로 서명하였다.

1. 피고는 원고에게 이 사건 공장예정부지에 대한 매매계약금조로 금 사천만원(₩40,000,000)을 대여한다.
 2. 피고는 피고의 소유 SUS 파이프 성형기 3대(63.5mm, 38.1mm, 25.4mm) 및 집진기 1대를 원고에게 양도하고, 원고는 피고에게 위 기계대금으로 삼억원(₩300,000,000)을 지급하기로 한다.
 3. 원고는 위 1항 및 2항의 각 돈 합계 삼억사천만원(₩340,000,000)에 대한 담보로 원고 소유의 이 사건 부동산을 피고에게 을구 순위 2번으로 채권최고액 374,000,000원으로 한 근저당권설정등기를 해 주기로 한다.
- 또한 원고는 위 대여금 4천만원에 대해서는 본약정일로부터 2016. 4.30.까지 피고에게 지급하기로 한다.
4. 원고는 위 기계설비대금 3억원에 대하여는 기계 시운전 전까지는 이자를 부담하지 아니하며, 시운전 이후 위 돈에 대한 10% 비율에 의한 돈을 피고에게 지급하여야 한다.
 5. 위 기계설비가 정상적으로 작동되면 원고는 위 기계설비를 담보로 금융기관에 대출받아 위 돈 3억원을 피고에게 지급하여야 한다.

같은 날 이 사건 약정 제4항에 따라 원고 소유의 이 사건 부동산에 관하여 채권최고액 374,000,000원, 채무자 원고, 근저당권자 피고, 등기원인 2016. 2. 19.자 설정계약으로 한 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐졌고,

같은 날 피고는 이 사건 약정 제1항에 따라 원고에게 4,000만원(이하 '이 사건대여금'이라 한다)을 대여하였고(이 사건 약정 제2항 기재 기계들을 이하 '이 사건 기계들'이라고 한다),

라. 2016. 2. 28. D 소유의 이 사건 공장예정부지에 관하여 매매대금 16억 7,000만원, 매수인 I, K, L(주) 대표이사 M로 하는 매매계약이 체결되었다.

마. 2016. 7. 6.경 피고(최고인)는 원고(수신인)에게 아래와 같은 내용의 2016. 7. 5.자 최고서를 보내었다.

다음

수신인께서는 2016. 2. 19. 최고인과 수신인 사이에 이 사건 약정을 한바 있습니다. 그런데 수신인께서는 약정서상의 약정사항을 2016. 6. 30.까지 이행하기 로 하였음에도 불구하고 지금까지 이행하지 않고 있습니다. 이에 최고인은 최종적으로 2016. 7. 15.까지 약정서에서 정한대로 기일엄수하여 이행하시기 바랍니다. 본 최고에도 불구하고 수신인께서 약정에 따른 이행을 않을 시에는 부득이 담보권실행을 단행할 수밖에 없음을 최고하오니 양지하시기 바랍니다.

바. 2016. 11. 24. 이 사건 근저당권에 기해 청구금액 4,000만원으로 한 피고의 신청으로 임의경매개시결정이 이루어졌는데(창원지방법원 진주지원 N),

2017. 6. 9. 위 임의경매와 관련하여 원고(채무자)와 피고(채권자)는 아래와 같은 내용으로 '합의약정서'를 작성하였다.

위 사람들은 2017. 6. 9.일자로 이 사건 부동산이 창원지방법원 진주지원에서 채권자의 신청으로 임의경매 중인바, 이를 경매취하하기로 합의하며, 동시에 채무자의 신청으로 근저당설정말소등기 소송제기한 소취하를 즉시하기로 하며, 유체동산(조관기계)건에 대하여는 아래와 같이 합의 약정한다.

아래

1. 유체동산(조관기)건에 대하여는 위 임야 소재지 설정되어 있는 근저당권자 (채권자) B은 채무자 A으로부터 현금으로 일금 일억팔천만원을 지급받음과 동시에 근저당권을 해지한다(위 약정 유효기간은 약정서 작성일로부터 90일이내로 한다. 위 유효기간 내에 처리가 되지 않을시에는 본약정은 무효로 한다)

2. 원고의 주위적 청구 관련 주장

가. 이 사건 대여금 관련

원고는 이 사건 약정 제1항에 따라 피고로부터 이 사건 대여금을 2016. 4. 30.까지 변제하기로 하여 빌린 것은 사실이나, 같은 날 피고의 동의하에 이 사건 대여금을 소외 1 이 피고에게 2016. 4. 30.까지 변제하기로 하였다(원고는 위와 같은 1 의 대신변제 약정 사실을 피고에게 유선으로 알려주었고, 이에 피고는 알겠다고만 하였지 1이 아닌 원고가 갚아야 한다고 명시적으로 이야기한바

없다).

따라서 이 사건 대여금은 1 이 피고에게 변제할 금원이지 원고가 피고에게 변제할 금원이 아니다.

나. 이 사건 기계들 매매대금 관련

(1) 합의해제

피고는 이 사건 약정 제2항에 따라 원고에게 피고 소유의 이 사건 기계들을 원고에게 양도해 주지 않았고, 이 사건 기계들의 시운전도 해 준 적이 없고, 그 정상적인 작동여부도 확인시켜 준 바가 없다. 이에 피고가 그 양도 기일만 미루어 원고가 많은 최고 및 독촉을 하였음에도 합리적 이유 없이 이 사건 기계들을 원고에게 양도하지 않았다.

그러던 중 피고는 2016. 7. 5. 이 사건 약정을 이행하지 않으면 이 사건 근저당권을 실행하겠다고 원고에게 최고하였고, 이에 원고는 피고에게 구두로 이 사건기계들을 인도해 주지 않으면 이 사건 계약을 해제(해지라고 기재하였으나 해제로 선택된다)하겠다고 통지하였다. 따라서 피고의 위와 같은 최고와 원고의 위와 같은 해제의사에 의하여 이 사건 약정은 당사자간에 합의로 해제되었다.

(2) 법정해제

가사 이 사건 약정이 합의해제되지 않았다고 하더라도, 이 사건 소장부분송달 이후 현재까지 상당 기간이 지난 후에도 피고는 이 사건 기계들을 원고에게 양도하지 않았고, 이에 원고는 이 사건 소장부분의 송달로써 피고에게 이 사건 약정을 해제한다는 의사표시를 하였다고 볼 수 있는바, 이 사건 약정은 피고의 이행지체를 이유로 해제되었다.

이 사건 약정에 의하면, 피고는 이 사건 공장예정부지 위에 공장을 설립하여 이 사건 기계들을 설치하고 정상 가동 여부를 확인하여 원고가 이 사건 기계들을 담보로 대출을 받을 수 있도록 해 줄 의무가 있으나(또는 이 사건 약정은 피고가 원고에게 이 사건 공장예정부지 위에 공장을 설립하여 이 사건 기계들을 설치해 주는 것을 전제조건으로 하여 체결된 것이다), 이러한 의무를 피고가 이행해 주지 않아 현재 이 사건 공장예정부지 위에 공장설립허가가 취소되는 등 그 공장설립이 불가능한 상황이어서, 이 사건 약정 내지 이 사건 근저당권설정계약 중 이 사건 기계들 매매대금 부분은 피고의 귀책사유로 인하여 이행불능이 되었는바, 이 사건 약정 중 이 사건 기계들매매대금 부분은

해제되었다.

(3) 취소 주장

원고는, 피고가 원고에게 이 사건 공장예정부지에 이 사건 기계들을 설치할 공장을 지어준다는 전제하에서 이 사건 약정을 체결한 것인데, 만일 원고는 피고가 자신에게 이 사건 기계들을 설치할 공장을 지어줄 것이라는 착오에 빠져 있지 않았다면 원고는 공장도 지어지지 않은 시점에서 피고와 이 사건 약정을 체결하지 않았거나 아니면 적어도 동일한 내용으로 계약을 체결하지는 않았을 것이 명백하며, 원고의 위와 같은 착오는 이 사건 약정 내용의 중요부분에 관한 것에 해당한다.

원고가 이 사건 약정을 하게 된 동기는 피고가 공장을 건립하고 기계를 설치하여 1년 정도 운영하려고 했던 파이프 공장 전체에 대하여 처음부터 인수하려고 했던 것이고, 이러한 점은 이 사건 약정 과정에서 피고에게 충분히 표시되어 이 사건 약정의 내용으로 편입되었다. 이에 피고가 공장을 건설해 줄 것이라는 원고의 착오는 중요한 부분의 착오에 해당한다 할 것이다. 현재 이 사건 부동산 위에 공장 건립 공사가 진행되지 않아 공장설립허가가 취소됨으로써 공장을 설립하기 불가능한 상황임으로 원고가 파이프 공장을 할 수 없게 된 것은 적어도 착오 취소가 가능한 원고의 동기의 착오라 할 것이다.

원고는 위와 같은 착오를 이유로 이 사건 약정을 취소한다.

다. 피담보채무의 소멸

(1) 따라서 이 사건 근저당권의 피담보채무는 소멸하였으므로 그 설정등기는 말소되어야 한다.

(2) 이 사건 약정은 피고의 금전대여 및 이 사건 기계들의 양도를 전제로 한 것이고, 그 대여금액 및 기계들 매매대금 전액을 담보하기 위하여 이 사건 근저당권이 설정되었는데, 그 이행이 지체된 이 사건 기계들 매매대금의 지급 부분을 제외한 나머지 이 사건 대여금 부분만의 이행으로는 이 사건 약정의 핵심인 이 사건 근저당권설정계약의 목적을 달성할 수 없어 이 사건 약정은 원고의 해제로 인하여 전부 소멸하였다. 따라서 이 사건 약정에 따라 설정된 이 사건 근저당권은 이 사건 약정의 해제에 따른 원상회복으로서 말소되어야 한다.

3. 원고의 예비적 청구 관련 주장

가. 피고는 2016. 11. 23. 이 사건 약정상 원고의 피담보채무 불이행을 이유로 청구금액을 4,000만원으로 하여 이 사건 근저당권에 기한 임의경매를 신청하였고, 따라서 이 사건 근저당권의 피담보채무는 피고의 위 임의경매신청으로 인하여 4,000만원으로 확정되었다.

나. 이 사건 약정 중 이 사건 기계들 매매대금 부분은 피고의 귀책사유로 이행불능되었으므로 원고가 피고에게 이 사건 기계들 매매대금을 지급할 이유는 없고, 이 사건 근저당권의 피담보채무로서 원고가 피고에게 상환하여야 할 금액은 4,000만원이고 그외 채무는 존재하지 않는다. 따라서 예비적 청구취지와 같은 확인을 구한다.

4. 피고의 주장

가. 이 사건 대여금 관련

1 이 원고 대신 이 사건 대여금을 변제하기로 약정한 사실을 피고는 알지 못하고, 1의 대신 변제를 피고가 동의하거나 승인한 사실이 없다.

나. 이 사건 기계들 매매대금 관련

(1) 합의해제 관련

피고는 2016. 7. 6. 이 사건 약정의 이행을 원고에게 독촉한바 있으나, 피고와 이 사건 약정 특히 이 사건 기계들 매매 부분에 대하여 합의해제한 적이 없다.

(2) 법정해제 관련

이 사건 기계들은 현재 사천시 O 소재 P 공장내에 보관되어 있고, 원고는 이 사건 기계들을 설치할 공장을 인수할 대금으로 이 사건 대여금을 피고로부터 빌려간 것인데, 원고는 인수할 공장의 부지로 이 사건 공장예정부지를 1 명의로 체결하면서 K, M와 함께 삼분하여 매수하였다.

그 후 이 사건 공장예정부지에 대한 매매대금을 지급하지 못하여 이 사건 기계들을 설치할 장소를 확보하지 못하여 원고가 이 사건 기계들을 인수해 가지 못한 것인바, 원고의 귀책사유로 이 사건 기계들을 인수해가지 못한 것일 뿐 피고가 이 사건 기계들을 인도하지 않은 것이 아니다.

5. 주위적 청구 관련 주장에 관한 판단

가. 이 사건 대여금 관련 부분

이 사건 대여금채무를 1 이 원고 대신 갚기로 하였는지(면책적 채무인수를 주장하는 것으로 보인다)를 갑제1 내지 제11호증의 각 기재와 증인 1 의 증언만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없는바(이 사건 약정이 체결되던 날 이 사건 대여금채무를 대신 갚기로 원고와 약정하였다는 1 은 정작 같은 날 작성된 이 사건 약정서에는 채무자가 아닌 입회인으로 서명하였을 뿐이고, 원고 스스로도 피고가 명시적으로 원고가 갚아야 한다고 말하지 않았다는 것일 뿐 원고는 안 갚아도 된다고 말하였다는 것은 아닌데 이러한 피고의 행동을 병존적 채무인수를 동의한 것은 별론으로 하더라도 원고를 면책시켜준 것으로 보기는 힘들고, 더군다나 이 사건 근저당권의 피담보채무인 이 사건 대여금채무에 대한 물적 담보 책임까지 면제 내지 면책시켜주었다고 보기는 힘들다), 이 부분 원고의 주장은 이유 없다.

나. 이 사건 기계들 매매대금 관련

(1) 합의해제 관련

이 사건 약정 중 이 사건 기계들 매매대금 관련 부분이 합의해제되었음을 원고가 제출한 위 각 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다(오히려 피고는 이 사건 약정의 이행을 원고에게 최고하고 이 사건 약정에 따라 설정된 이 사건 근저당권에 기해 경매신청을 하기도 하였다).

(2) 법정해제 관련

이 사건 약정상 피고가 이 사건 기계들의 인도 의무를 이행하지 않은 것은 맞으나, 이 사건 기계들을 원고가 인도받지 않고 있음은 원고가 자인하고 있거나(이 사건 기계들을 설치할 공장을 피고가 설립하여 주어야 한다는 원고의 주장은 결국 원고가 이 사건 기계들을 인수하더라도 이를 설치할 공장이 없음을 자인하고 있는 것이다), 아래에서 보는바와 같이 이 사건 기계들을 설치할 공장을 설립해 줄 의무가 피고에게 있음을 인정할 증거가 부족한데, 피고가 이 사건 기계들을 인도하려고 하여도 원고가 이를 인수하여 설치할 장소가 없어 피고가 이행할 수 없다고 보여 결국 원고가 이를

수령할 수 없는 상태가 명백하여 피고의 귀책사유로 인한 피고의 이행지체라고 할 수 없다(더군다나 피고는 원고에게 이 사건 기계들 매매대금 지급의무 이행을 촉구하고 그 이행이 되지 않자 담보권실행으로 경매신청까지 하였고, 이 사건 약정상 원고의 이 사건 기계들 매매대금 지급의무와 피고의 이 사건 기계들 인도 의무는 적어도 동시이 행관계에 있음이 인정되는데, 원고가 이 사건 기계들 매매대금 지급의무를 이행하지 않았고, 그 이행을 제공조차 하지 않았음은 원고가 자인하고 있다고 보여, 결국 피고가 이 사건 기계들을 인도하지 못하였다고 하더라도 이를 지체하였다고 볼 수 없다). 원고의 이 부분 이 부분 주장은 더 살필 필요 없이 이유 없다.

이 사건 약정상 피고가 원고에게 이 사건 공장예정부지 위에 공장을 설립하여 이 사건 기계들을 설치하고 정상 가동여부를 확인하여 원고가 이 사건 기계들을 담보로 대출을 받을 수 있도록 해 줄 의무가 있는지(위와 같은 피고의 의무들이 이 사건 약정의 전제조건인지)를 원고가 제출한 위 각 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다(이 사건 약정에 피고가 공장을 설립해 주어야 한다는 내용의 이례적이고 중요한 사항에 대한 기재는 없고, 2017. 6. 9. 합의의 내용에 도 그러한 내용에 대한 언급이 없으며, 한편 원고의 위 주장이 얼마가 들지 모를 공장설립 대금을 피고의 돈으로 하여야 한다거나, 그 설립된 공장의 소유권이 원고에게 귀속된다는 주장인지 불분명하고, 원고는 이 사건 약정이 있었던 2016. 2. 19.로부터 2년이 경과한 2018. 2. 27. 비로소 위와 같은 공장 설립 의무에 대하여 처음으로 주장하기 시작하였고, 또한 원고는 2018. 4. 19.자 준비서면에서 "이 사건 토지 대금은 이 사건토지의 소유자인 소외 D이 자신의 명의로 금융권 대출을 하여 이 사건 공장 건물이 완성되면 공장 준공 허가를 받아 이 사건 토지 및 건물을 원고 외 2인 명의로 등기한 후, 이와 관련된 대출도 원고 외 2명이 승계받으면서 이 사건 토지의 중도금 및 잔금등을 소외 D에게 정산처리하기로 하였습니다"라고 D이 공장을 완성하고 대출을 받기로 하였다는 취지로 주장하기도 한다).

(3) 취소 관련

이 사건 약정의 중요부분에 대한 착오이든 동기의 착오이든 원고 주장의 위 착오가 원고에게 있었음을 원고 제출의 위 각 증거만으로는 인정하기에 부족하다{이 사건 약정상 피고가 원고에게 공장을 지어준다는 의무가 있음을 인정하기가 힘들고, 원고가 이 사건 약정상 피고에게 위 의무가 있다고

착오하였는지 인정하기 힘들고, 원고의 위 주장을 이 사건 약정 특히 이 사건 기계들을 매수함에 있어 이 사건 기계들을 설치할 공장이 설립될 것이라는 내용을 착오하였다는 주장이라고 보더라도 이 사건 기계들을 설치할 공장이 설립될 것이라는 내용이 이 사건 기계들에 대한 매매계약(법률행위)의 내용이 되었다고 인정하기 힘들고, 이는 이 사건 공장예정부지의 매매계약에 있어서 어떠한 착오에 해당하는지를 따질 수 있을지 모르나, 이 사건 기계들의 매매계약에 있어서 어떠한 착오에 해당한다고 할 수 없다).

다. 피담보채무의 소멸 관련

이 사건 근저당권의 피담보채무가 소멸하였음을 원고 제출의 위 각 증거만으로 인정하기에 부족하다(위에서 보았듯이 소멸하지 않았다).

이 사건 약정 중 이행이 지체된 이 사건 기계들 매매대금의 지급 부분을 제외한 나머지 대여금 부분만의 이행으로는 이 사건 약정의 핵심인 이 사건 근저당권설정계약의 목적을 달성할 수 없는지를 원고가 제출한 위 각 증거만으로는 이를 인정하기 에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없는바(피고가 이 사건 기계들의 인도 의무를 지체하지 않았음은 이미 위에서 보았다), 이 부분 주장은 더 살필 필요 없이 이유 없다.

6. 예비적 청구 관련 주장에 관한 판단

원고의 주장과 같이 피고가 이 사건 근저당권에 기하여 경매를 신청할 당시 청구금액을 4,000만원으로 하였음은 위에서 본바와 같으나, 위 경매 신청 당시 이 사건 근저당권의 피담보채무가 4,000만원으로 확정되었는지를 원고 제출의 위 각 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다(근저당권부 피담보채무의 확정시는 경매신청시라고 할 수 있을 것이나, 이 사건 근저당권이 설정된 2016. 2. 19.부터 위 경매신청시인 2016. 11. 24.까지 뿐만 아니라 현재까지도 이 사건 근저당권의 피담보채무는 증감 변동 없이 이 사건 약정 제4항의 확정채무인 3억 4,000만원이라고 할 것이고(형식은 근저당권이나 이 사건 근저당권의 피담보채무는 처음부터 증감 변동되는 채무가 아니었다), 달리 이 사건 근저당권에 기한 경매신청시 청구한 금액으로 근저당권의 피담보채무가 축소되어 확정된다고 볼 근거는 없다(민사집행규칙 제192조 제4호에 의하면

"피담보채권의 일부에 대하여 담보권 실행 또는 권리행사를 하는 때에는 그 취지와 범위"라고 규정되어 있다).

7. 결론

그렇다면 원고의 주위적 및 예비적 청구는 모두 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 전재혁