

창원지방법원 2019. 7. 18 선고 2018나4158 판결 [근저당권설정등기말소]

재판경과

창원지방법원 2019. 7. 18 선고 2018나4158 판결

창원지방법원 진주지원 2018. 8. 29 선고 2017가단7046 판결

전문

원고, 항소인A

소송대리인 법무법인 유안

담당변호사 이태환, 오동준

소송복대리인 법무법인 동서 담당변호사 최학세

피고, 피항소인B

소송대리인 변호사 이일구

변론 종결 2019. 5. 16.

판결 선고 2019. 7. 18.

제1심판결 창원지방법원 진주지원 2018. 8. 29. 선고 2017가단7046 판결

주문

1. 제1심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 취소한다.
2. 원고의 피고에 대한 경남 하동군 C 임야 38692m²에 관하여 창원지방법원 하동등기소 2016. 2. 19. 접수 제2642호로 마친 근저당권설정등기의 피담보채무는 4,000만원을 초과하여서는 존재하지

아니함을 확인한다.

3. 원고의 주위적 청구에 관한 항소를 기각한다.

4. 소송총비용 중 20%는 원고가, 80%는 피고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. (1) 주위적으로, 피고는 원고에게 경남 하동군 C 임야 38692m²(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) 예비적으로, 주문 제2항과 같다.

이 유

1. 제1심판결의 인용

이 법원이 적을 이유는, 아래와 같이 고쳐 쓰거나 추가하는 것을 제외하고는 제1심판결 이유와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 고쳐 쓰는 부분

- 제1심판결 제3쪽 밑에서 세 번째 줄의 '이 사건 약정 제4항'을 '이 사건 약정 제3항'으로 고친다.
- 제1심판결 제11쪽 제2행부터 제7행 사이의 괄호 부분에 기재한 '더군다나 ~ 볼 수 없다' 부분을 삭제한다.
- 제1심판결 제13쪽 제2행부터 제15행 사이의 '6. 예비적 청구 관련 주장에 관한 판단'부분을 다음과 같이 고쳐 쓴다.

『가. 관련 법리

근저당권자가 스스로 담보권의 실행을 위한 경매를 신청한 때에는 그 때까지 기본계약에 의하여 발생되어 있는 채권으로 그 피담보채권이 확정되는 것이고(대법원 1996. 3. 8. 선고 95다36596 판결), 이때 신청채권자가 그 경매신청서에 피담보채권 중 일부만을 청구금액으로 기재하여 경매를 신청하였을 경우에는 다른 특단의 사정이 없는 한 신청채권자가 당해 경매절차에서 배당을 받을 금액이 그 기재된 채권액을 한도로 확정되는 것이며, 그 피담보채권이 경매신청서에 기재된 청구금액으로 확정되는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 1997. 2. 28. 선고 96다495 판결 참조).1) 나. 판단

위 법리에 비추어 보건대, 피고가 이 사건 근저당권에 기하여 청구금액을 4,000만원으로 정하여 한 경매신청에 대해 법원의 2016. 11. 24.자 임의경매개시결정이 이루어진 사실은 앞서 본 바와 같고, 이 때 피고가 그 경매신청서에 이 사건 근저당권의 피담보채권 중 대여금 4,000만 원만을 청구금액으로 기재하여 경매를 신청하였음은 갑 제22호증의 기재에 의하여 이를 인정할 수 있는바, 그렇다면 피고가 위 경매절차에서 배당을 받을 금액은 위 4,000만 원을 한도로 확정되는 것이나, 달리 이 사건 근저당권의 피담보채무 전체가 위 4,000만 원으로 확정되는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 피고의 위 경매신청에 의하여 이 사건 근저당권의 피담보채무가 4,000만 원으로 확정되었다는 원고의 주장은 이유 없다.』

3. 추가하는 부분

제1심판결 제13쪽 제15행 아래에 원고의 이 법원에서의 새로운 주장에 대하여 '7. 원고의 새로운 주장에 대한 판단'을 다음과 같이 추가한다.

『7. 원고의 새로운 주장에 대한 판단

가. 원고의 주장

원고는 이 사건 제1심판결 선고 후, 제1심판결의 취지에 따라 이 사건 기계들을 인도받을 장소를 마련한 후, 피고에게 상당한 기간을 정하여 이 사건 기계들을 위 장소에 인도하고 시험가동을 완료할 것을 최고하였으나, 피고가 원고로부터 두 차례나 위 최고를 받고도 이행하지 않았으므로, 이 사건 약정 중 이 사건 기계들에 대한 매매계약 부분은 피고의 위 이행지체와 원고의 해제권 행사로 인하여

2018. 10. 18.경 해제되었다. 따라서 이 사건 근저당권의 피담보채무는 이 사건 약정 제1항에 따른 대여금 4,000만 원을 초과하여서는 존재하지 아니한다.

나. 판단

1) 갑 제14, 15, 16, 24, 25호증의 기재에 의하면, ① 원고가 2018. 9. 13. 피고에게 같은 달 30.까지 원고가 마련한 경남 양산시 Q에 있는 R 공장에 이 사건 기계들을 인도하여 시험가동을 마쳐줄 것과 위 일자까지 피고가 이를 이행하지 않을 경우 이 사건 약정이 해제된다는 내용의 내용증명을 발송하였고, 피고에게 위 내용증명이 같은 달 14. 도달한 사실, ② 피고는 이에 대해 같은 달 20.자 내용증명을 통하여 '기계인수는 원고가 설치할 공장을 준공하지 못하여 인수하지 못한 것이고 피고의 책임이 아니므로 제1심판결대로 기계대금을 지급하라'고 회신한 사실, ③ 원고는 다시 2018. 10. 2.자 내용증명을 통하여 위 ①과 동일한 내용(다만, 같은 달 10. 13.을 이행 기간으로 정함)을 통지하여, 이 우편이 같은 달 5.일 피고에게 도달한 사실을 각 인정할 수 있다.

2) 우선 피고의 이행지체가 성립하는지에 대해 보건대, 원고와 피고는 이 사건 약정 제4항에서 원고가 지급할 기계대금 3억 원에 대하여 기계의 시운전까지 이자를 부담하지 않기로 약정하였고, 제5항에서 시운전을 통하여 기계설비가 정상적으로 작동하면 비로소 기계대금 3억 원을 지급하기로 약정하였으므로, 피고의 기계인도 및 시운전 의무와 원고의 대금지급의무는 동시이행관계에 있는 것이 아니라, 기계를 인도하고 시운전까지 마쳐줄 피고의 의무가 원고의 대금지급의무보다 먼저 이행되어야 한다고 봄이 상당하다. 따라서 원고가 이 사건 기계들을 인도받을 장소를 마련하여 피고에게 그 인도와 시운전을 최고하였음에도 피고가 이를 이행하지 않았다면 이는 피고의 이행지체에 해당한다.

3) 그런데 앞에서 본 바와 같이, 피고는 원고로부터 위 ①, ③ 과 같이 두 차례 상당한 기간을 정한 이행을 최고 받고도 위 기간 내에 이행하지 않았고, 오히려 ②와 같이 이행하지 아니할 의사를 표시하였으며, 원고는 위 두 차례의 최고시 이행기간 내에 이행하지 않을 경우 이 사건 약정이 자동적으로 해제된다는 의사표시를 하였으므로, 이 사건 기계들의 매매계약에 관한 부분은 늦어도 두 번째 내용증명에서 정한 이행기간인 2018. 10. 13.이 지난 2018. 10. 14.자로 적법하게 해제되었다고 할 것이다(피고는 원고의 이 법원에서의 위와 같은 새로운 주장이 담긴 2018. 11. 6.자

항소이유서나 2019. 4. 12.자 준비서면 등을 적법하게 송달받았음에도, 이에 대해 별다른 반박을 하지 않고, 두 차례의 항소심 변론기일에도 출석하지 않았으므로, 위 항소이유서나 준비서면 등의 송달에 의해서도 위 매매계약 부분은 해제되었다).

다. 소결론

그렇다면 이 사건 약정 중 이 사건 기계들에 대한 매매계약 부분은 해제되었으므로, 이 사건 근저당권의 피담보채무 중 이 사건 기계들에 대한 매매대금 부분은 소멸하였고, 대여금 4,000만 원 부분만 남아 있다고 할 것이므로, 이에 대한 확인을 구하는 원고의 예비적 청구는 이유 있다.』

4. 결론

그렇다면 원고의 주위적 청구는 이유 없어 기각하여야 하고, 예비적 청구는 이유 있어 이를 인용하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 원고의 항소를 일부 받아들여 제1심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 취소하고 이를 인용하고, 주위적 청구에 관한 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이봉수

판사이태희

판사김인해

1) 따라서 신청채권자는 경매신청 당시 누락된 피담보채권액을 배당요구의 종기까지 이중경매를 신청하여 구제를 받거나(대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다51583 판결), 경매신청서에 피담보채권으로 기재한 채권이 변제 등에 의하여 소멸하였으나 당해 근저당권의 피담보채권으로서 다른 채권이 있는 경우에는 청구채권을 당초의 채권으로부터 다른 채권으로 교환적으로 변경하여 배당을 받을 수 있다(대법원 1997. 1. 21. 선고 96다457 판결 참조).