

서울북부지방법원 2022. 12. 6 선고 2019나38176 판결 [소유권이전등기말소]

전 문

원고, 항소인 A

소송대리인 법무법인(유한) 한별

담당변호사 이현성

피고, 피항소인 B

피고들 소송대리인 변호사 조재우

변 론 종 결 2022. 9. 27.

판 결 선 고 2022. 12. 6.

제1 심판결 서울북부지방법원 2019. 8. 22. 선고 2018가단107531 판결

주 문

1. 제1심 판결을 아래와 같이 변경한다.

가. 당심에서 추가된 예비적 청구에 기하여 피고는 원고에게 45,120,584원 및 이에 대하여 2022. 7.

2.부터 2022. 12. 6.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율에 의한
금원을 지급하라.

나. 원고의 주위적 청구에 관한 소를 각하한다.

다. 원고의 나머지 예비적 청구를 기각한다.

2. 소송총비용 중 70%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

3. 제1의 가.항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 주위적 청구취지

피고는 원고에게 별지목록 기재 부동산에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라(원고는 당심에서 피고에 대한 채무부존재확인청구의 소와 제1심 공동피고 C에 대한 소를 취하하였다).

나. 예비적 청구취지

피고는 원고에게 195,012,821원 및 이에 대하여 2020. 7. 1.부터 이 사건 2022. 7. 15.자 청구취지 변경신청서부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 당심에서 예비적 청구를 추가하였다).

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고에게 별지목록 기재 부동산에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라(원고는 당심에 이르러 피고에 대한 주위적 청구의 소의 일부를 취하함에 따라 항소취지도 그 범위 내에서 감축되었다).

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 주식회사 M(이하 'M은행'이라고 한다)으로부터 돈을 대출받으면서 2011. 4. 22.

M은행에게 원고 소유인 별지목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)에 관하여 채권최고액 5,400만원, 채무자 원고, 근저당권자 M은행으로 된 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

나. 원고는 2016. 6월경 피고 명의로 서울 종로구 N 소재 G을 인수하여 이를 운영하다가 2016.

12월 말경 그만두었다. 피고는 원고의 부탁에 따라 G의 전 운영자인 I에게 2016. 6. 29.과 2016. 7.

4. 두 차례에 걸쳐 각 2,500만원씩 합계 5,000만원을 G의 전대차보증금으로 송금하였고, 원고는

2016. 7. 1. 피고에게 ‘중국집 차용증’이라고 기재하여 액면 5,000만원의 약속어음(을 제1호증)을 발행해 주었다.

다. 피고는 원고가 위 5,000만원을 변제하지 아니하자, 2017. 5. 25. 위 대여금채권 5,000만원을 청구채권으로 하여 이 사건 부동산에 관하여 가압류등기를 마쳤다.

라. 원고는 2017. 6. 1. 피고에게 이 사건 부동산에 관하여 2017. 5. 31. 매매예약을 원인으로 하여 소유권이전청구권가등기(이하 ‘이 사건 가등기’라고 한다)를 마쳐주었다.

마. 피고는 그 무렵 서울 종로구 E, 1, 2층에서 ‘F’이라는 상호의 식당을 운영하고

있었는데, 원고와 사이에 위 가압류 등의 문제를 해결하기 위하여 논의하다가 2017. 6. 30. 아래와 같은 내용의 물물교환 매매계약(이하 ‘이 사건 계약’이라고 한다)을 체결하였고, 피고는 이 사건 계약에 따라 2017. 7. 3. 이 사건 부동산에 관하여 2017. 5. 31. 매매를 원인으로 하여 이 사건 가등기에 기한 소유권이전등기의 본등기(이하 ‘이 사건 본등기’라고 한다)를 마쳤다.

물품교환 매매계약서(상호이전 유상계약)

갑: 원고

주택 : 서울 강북구 D 빌라 약 83㎡

을 : 피고

상가점포 : 서울 종로구 E빌딩 2층 F

약 119평 내부시설 일체 및 집기류 전부 포함 상가 및 임대보증금의

일체의 상기 부동산에 대하여 갑과 을은 합의하여 다음과 같이

물물교환 계약서(상호이전 유상계약)를 작성한다.

다 음

1. 이 계약은 물건을 쌍방이 교환하는 유상계약이며 2017. 7. 1.부터는 본 계약이 성립되어 불이행하는 자는 모든 영업손실 및 손해배상까지도 청구토록 한다.

2. 을은 향후 3년간 갑이 상기 주택에 무상으로 주거할 수 있도록 동의한다.

3. 상기 물건의 물물교환 시 갑이 을에게 주어야 할 채권 5천만원(2017. 5. 25.자 부동산 5,000만원 가압류 금액 지칭)1) 과 F 양도금액 2억원 합한 2억 5천만원에 대한 물물교환

임

4. 3년 이후 갑이 을에게 위 금액 2억 5천만원을 변제하지 못할 경우는 을은 임의 처리할 수 있다.

5. 갑은 2017. 6. 30.까지 상가점포(임대계약서, 사업자등록) 일체를 명의변경을 한다.

불이행 시 을은 모든 행위를 할 수 있다.

6. 위 내용 이외의 모든 것은 쌍방 합의 하에 처리한다.

바. 원고는 이 사건 계약에 따라 F을 운영하기 위하여 2017. 7. 18.경 F 건물 임대인인 O 유한회사와 사이에, F 건물에 관하여 임대차보증금 119,480,000원, 월 차임 9,806,000원, 월 관리비 2,142,000원, 임대차기간 2017. 7. 18.부터 2022. 7. 17.까지로 하는 임대차계약을 체결한 후, 2017. 7. 18.경부터 피고로부터 F에 관한 영업을 인수하여 이를 운영하였다.

사. 피고는 원고가 F에 관한 임대차를 체결하게 되자, 2017. 7. 25. O 유한회사로부터 임대차보증금 119,480,000원을 반환받은 후 같은 날 임대차보증금을 포함한 F의 영업권을 2억원에 양수하는 원고에게 위 금원 상당을 지급하였고, 원고는 위 금원으로 O 유한회사에게 임대차보증금을 지급하였다.

아. 원고는 2018. 3. 7. 피고를 상대로 이 사건 본등기가 무효이므로 진정한 명의 회복을 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행과 원고의 피고에 대한 채무가 1억 5,000만원을 초과하여서는 존재하지 않는다는 확인을 구하는 이 사건 소를 제기하였으나, 이 사건 계약일로부터 3년 후인 2020. 6.

30.까지 피고에게 이 사건 계약에서 정한 2억 5,000만원의 채무는 변제하지 못하였다.

자. 피고는 이 사건 소의 제1심 계속 중이던 2020. 7. 7. 원고를 상대로 하여 ‘원고가 이 사건 계약에 따른 무상거주 약정일인 2020. 6. 30. 이후 별지목록 제2항 기재 건물을 그 소유자인 피고에게 인도하지 않는다’는 이유로 위 건물의 인도를 구하는 소(서울북부지방법원 2020가단10135)를 제기하였고, 원고가 답변서를 제출하지 아니하자 위 법원은 2020. 10. 27. 무변론으로 피고 승소의 판결을 선고하였으며, 위 판결은 2020. 11. 14. 그대로 확정되었다.

차. 피고는 2022. 5. 3. P에게 이 사건 부동산을 3억 4,700만원에 매도하고, 2022. 7. 1. P 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주었고, 2022. 7. 1. 피공탁자를 M은행으로 하여 M은행 명의의 근저당권

채권최고액 상당인 5,400만원을 공탁하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증 내지 갑 제3호증, 갑 제7호증, 갑 제13호증, 갑 제15호증, 갑 제21호증, 갑 제28호증, 갑 제33호증 내지 갑 제37호증, 을 제1호증, 을 제2호증, 을 제12호증, 을 제15호증의 1 내지 3, 을 제18호증, 을 제28호증, 을 제29호증의 각 기재, 제1심 법원의 H은행에 대한 2018. 11. 13.자, 2018. 12. 26.자 및 2019. 2. 26.자 금융거래정보회신결과, 변론 전체의 취지

2. 주위적 청구의 소의 적법 여부에 관한 판단

가. 원고의 주위적 청구에 관한 주장

아래와 같이 이 사건 본등기는 무효이므로 피고는 이 사건 부동산에 관하여 이 사건 본등기의 말소에 갈음하여 그 소유자인 원고에게 진정명의 회복을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

① 이 사건 계약의 실질은 F 양도대금 2억원을 소비대차의 목적물로 하는 준소비대차이고, 원고는 위 준소비대차에 기한 채무를 담보하기 위하여 피고 앞으로 가등기를 마쳐주었다. 따라서 피고는 가등기담보 등에 관한 법률(이하 ‘가등기담보법’이라고 한다)에 따른 청산절차를 거쳐야 함에도 이를 거치지 아니하고 원고 모르게 일방적으로 이 사건 본등기를 마쳤으므로 이 사건 본등기는 가등기담보법에 반하여 무효이다.

② 설령 이 사건 계약이 준소비대차계약이 아니라고 하더라도, 이 사건 가등기는 원고가 피고로부터 F 임대차보증금으로 빌린 119,480,000원과 피고가 주장하는 G과 관련한 대여금 5,000만원을 담보하기 위한 것으로 그 주된 목적이 대여금을 담보하기 위한 것이므로 역시 가등기담보법이 적용된다. 따라서 피고가 위와 같이 청산절차를 거치지 아니하고 일방적으로 마친 이 사건 본등기는 무효이다.

③ 이 사건 가등기는 피고가 주장하는 G과 관련한 5,000만원의 대여금채권을 담보하기 위한 것이고, 이 사건 본등기는 이 사건 가등기에 기한 것인데, 원고의 피고에 대한 위 5,000만원의 대여금채무는 부존재하므로 이 사건 가등기와 이에 기한 본등기는 모두 무효이다.

④ 이 사건 가등기와 본등기는 2017. 5. 31. 형식적으로 작성되거나 피고가 일방적으로 작성한 허위의 매매계약서에 기한 것이므로 이 사건 가등기와 본등기는 무효이다.

나. 소의 적법 여부에 대한 판단

1) 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 따라 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로서, 현재의 등기명의인을 상대로 하여야 하고 현재의 등기명의인이 아닌 자는 피고적격이 없다(대법원 2017. 12. 5. 선고 2015다240645 판결 참조).

2) 이와 같은 법리에 비추어 이 사건의 경우를 보건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 부동산은 이미 P 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌으므로, 원고가 피고를 상대로 이 사건 부동산에 관하여 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 이 사건 주위적 청구에 관한 소는 현재의 등기명의인이 아닌 자를 상대로 한 것으로서 법률상 이익이 없어 부적법하다고 할 것이다. 따라서 이를 지적하는 피고의 주장은 이유 있다.

3. 예비적 청구에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 원고의 주장

원고가 피고에 대한 F 양도대금채무 2억원을 담보하기 위하여 이 사건 계약을 체결하고 이 사건 부동산에 관한 소유권을 이전하여 준 것은 약한 의미의 양도담보에 해당하므로, 피고는 양도담보 정산금으로 원고에게 아래와 같이 이 사건 부동산 가액에서 채무원리금 등을 공제한 나머지 195,012,821원 및 이에 대한 지연손해금을 반환할 의무가 있다.

① 이 사건 부동산의 시가는 2020. 7. 1. 기준으로 360,031,940원이고, 이 사건 부동산에 설정된 원고의 M은행에 대한 근저당권 피담보채무는 2020. 7. 1. 기준으로 33,345,119원이므로 2020. 7. 1. 기준으로 이 사건 부동산의 실질 가액은 326,690,821원(= 360,031,940원 - 33,345,119원)이다.

② 원고는 피고에 대하여 G 전대차보증금과 관련한 5,000만원의 대여금채무가 없고, 다만 F 양도대금채무 2억원만 부담하고 있는데, 원고가 위 채무에 관하여 이미 변제한 금액과 피고에 대하여 가지는 부당이득반환채권 등 합계 68,322,000원을 공제 내지 상계하면 잔존 양도대금 채무는 131,678,000원(= 2억원 - 68,322,000원)이다.

③ 결국 피고가 원고에게 양도담보 정산금으로 반환할 금액은 195,012,821원(= 326,690,821원 - 131,678,000원)이다.

2) 피고의 주장

이 사건 계약은 F의 영업 일체와 이 사건 부동산을 교환하는 계약으로 이 사건 부동산의 소유권을 피고에게 확정적으로 귀속시키되, 다만 3년 내에 2억 5,000만원을 변제하는 경우 다시 소유권을 이전하기로 하는 환매권을 유보하는 내용인데, 원고가 2020. 6. 30.까지 위 금원을 변제하지 아니하여 환매권을 상실하였으므로 피고는 원고에게 정산금을 지급할 의무가 없다.

나. 이 사건 계약의 성격 및 이 사건 본증기의 유효 여부

1) 이 사건 계약의 성격

가) 기존의 채무를 정리하는 방법으로 다른 재산을 이전하기로 하면서 일정기간 내에 채무원리금을 변제할 때에는 그 재산을 반환받기로 하는 약정이 이루어졌다면 다른 특단의 사정이 없는 한 당사자 간에는 그 재산을 담보의 목적으로 이전하고 변제기 내에 변제가 이루어지지 않으면 담보권행사에 의한 정산절차를 거쳐 원리금을 변제받기로 하는 약정이 이루어진 것으로 해석하여야 할 것이다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91다11223 판결 참조).

나) 앞서 본 기초사실이나 증거들 및 갑 제25호증의 각 기재를 종합하면 알 수 있는 아래와 같은 사정, 즉 ① 원고는 2017. 6. 30. 피고 운영의 F 내부시설 및 집기류와 임대차보증금(이하 '이 사건 F'이라고 한다)을 2억원에 양도받기로 하면서 피고에 대하여 위 양도대금채무 2억원과 그 이전에 G 전대차보증금으로 빌린 대여금채무 5,000만원 합계 2억 5,000만원의 채무를 부담하게 되었고, 원고와 피고는 위 채무와 관련하여 이 사건 부동산의 소유권을 피고에게 이전하기로 하는 내용의 이 사건 계약을 체결하였으며, 이 사건 계약서에서는 원고의 채무액이 "2억 5,000만원"이라고 명시되어

있는 점, ② 이 사건 계약에서 원고와 피고는 “3년 이후 원고가 피고에게 위 2억 5,000만원을 변제하지 못할 경우 피고가 이 사건 부동산을 임의 처리할 수 있다”고 약정하였는데, 위 약정은 ‘원고가 3년 이내에 피고에게 2억 5,000만원을 지급하면 이 사건 부동산을 환매할 수 있다’는 환매권 유보의 내용이 아닐 뿐만 아니라, 위와 같이 “변제”라는 표현과 “3년”이라는 기한을 사용한 점에 비추어 보면 위 약정은 피고가 이 사건 부동산을 처분하기 전이나 혹은 적어도 3년 이내에 위 2억 5,000만원의 채무를 변제하고 피고로부터 이 사건 부동산을 반환받을 수 있다는 약정으로 봄이 상당하고, 사정이 위와 같다면 이 사건 계약은 3년 이내에는 여전히 원고의 채무가 남아 있음을 전제하고 있다고 할 것이므로 이 사건 계약으로 원고의 채무가 완전히 소멸되었음을 전제로 하는 확정적인 교환계약이라고 보기는 어려운 점, ③ 일반적으로 부동산을 채권담보의 목적으로 하는 양도담보의 경우 특별한 사정이 없는 한 목적 부동산의 사용수익권은 채무자인 양도담보 설정자에게 있는바, 이 사건 계약에서도 원고가 변제기한인 3년간 이 사건 부동산을 무상으로 사용한다고 기재되어 있는 점, ④ 이 사건 부동산에는 원고의 M은행에 대한 채무를 담보하는 근저당권이 설정되어 있는데, 이 사건 계약이 원고가 피고에게 이 사건 부동산의 소유권을 확정적으로 취득시키기 위한 것이라면 피고가 위 근저당권 피담보채무를 승계하는 등의 약정이 있어야 함이 상식적인데, 이 사건 계약에는 위 근저당권 피담보채무에 관하여 아무런 언급이 없을 뿐만 아니라 현재까지 위 피담보채무의 원리금은 원고가 변제하고 있는 점, ⑤ 원고와 피고는 이 사건 계약에서 원고가 3년 후 위 2억 5,000만원의 채무를 변제하지 않으면 피고가 이 사건 부동산을 임의 처리할 수 있다고만 약정하였을 뿐, 이 사건 계약으로 이 사건 부동산의 소유권이 확정적으로 피고에게 귀속된다고 약정하지 않았을 뿐만 아니라 정산절차를 배제하는 특약이 없고, 오히려 원고와 피고는 이 사건 계약 맨 끝 조항으로 “위 내용 이외의 모든 것은 쌍방 합의 하에 처리한다”고 약정하였는바, 위 약정에 비추어 보더라도 원고와 피고는 당시 원고의 종전 채무를 완전히 소멸시키고 피고가 이 사건 부동산의 소유권을 확정적으로 취득하기로 하는 의사였다고 보기는 어려운 점, ⑥ 이 사건 계약 등을 실제 처리하여 온 피고의 남편인 Q는 2017. 7. 29. 원고의 처에게 “본등기는 넘겼지만 3년 후 돈 가져 오시면 가져갈 수 있으니 너무 걱정마시고요”라는 내용의 문자메세지를 보낸 점 등에 비추어 보면, 이 사건 계약은 정산을 예정하고 있는 약한 의미의 양도담보계약이라고 봄이 타당하다(대법원 1991.

12. 24. 선고 91다11223 판결 참조).

2) 이 사건 본등기의 유효

가) 갑 제27호증, 갑 제28호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고가 이 사건 가등기와 본등기를 각 마치면서 ‘매매대금 3억원, 계약금 5,000만원, 잔금 2억 5,000만원(지급일 2017. 6. 30.)’으로 하는 2017. 5. 31.자 매매계약서를 등기원인 서류로 제출한 것으로 보이기는 한다. 그러나 한편 위 증거들과 갑 제33호증, 을 제15호증의 1 내지 3의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면 알 수 있는 아래와 같은 사정, 즉 원고도 피고에게 이 사건 가등기를 마쳐주었다는 취지로 인정하고 있는 점, 원고가 피고 및 그 남편인 Q에 대하여 위 매매계약서와 이 사건 본등기 위임장을 위조하여 이 사건 본등기를 마쳤다는 취지로 형사고소 하였으나 피고 등은 2019. 4. 4. 무혐의 처분을 받은 점, 위 불기소 이유서에는 ‘원고와 피고 남편 Q가 이 사건 F의 양도와 이 사건 부동산의 이전에 관한 약정을 하고, 가등기 약정 서류를 작성한 사실은 다툼이 없다. 위 매매계약서 작성 당시 동석하였다는 법무사 사무실 사무장은 원고가 위 매매계약서에 직접 날인하는 것을 보았다고 진술하였다’고 기재되어 있는 점, 위 매매계약서와 등기위임장에는 원고의 인감도장이 찍혀 있고, 원고는 부동산 매도용 인감증명서를 직접 발급받아 피고 측에 전달한 점 등에 비추어 보면, 위 매매계약서 작성과 이 사건 가등기는 원고의 동의 하에 이루어진 것으로 보인다.

나) 나아가 이 사건 계약은 이 사건 부동산을 피고에게 매도 혹은 교환한다는 내용으로 그 소유권 이전을 전제하고 있는 점, 갑 제25호증에 의하면 Q가 2017. 7. 19. 원고의 처인 R에게 이 사건 본등기 경료사실을 문자 메시지로 알려주었음에도 원고 측이 그 무렵 아무런 이의제기를 하지 아니한 점과 위 가)항에서 본 여러 사정 등에 비추어 보면, 이 사건 본등기는 양도담보계약인 이 사건 계약에 따른 소유권이전등기를 하기 위하여 원고의 동의 하에 기존의 가등기를 이용한 것으로 보일 뿐이다. 또한 피고가 이 사건 계약을 체결하였음에도 이 사건 계약이 아닌 2017. 5. 31.자 매매계약을 등기원인으로 하여 이 사건 본등기를 마치기는 하였으나, 부동산 등기는 현재의 진실한 권리상태를 공시하면 그에 이른 과정이나 태양을 그대로 반영하지 아니하였어도 유효한바(대법원 2005. 9. 29. 선고 2003다40651 판결 참조), 피고는 이 사건 계약에 따라 양도담보 설정을 위한 소유권이전등기청구권을 가진다고 할 것이므로 이 사건 계약의 취지에 따라 이 사건 본등기를 마친

이상 피고 명의의 이 사건 본등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 할 것이고(대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다40523 판결 참조), 이 사건 본등기가 양도담보 설정자인 원고 모르게 경료되었다고 하더라도 마찬가지이다(대법원 1978. 8. 22. 선고 76다343 판결 참조).

다. 정산의무의 발생

1) 약한 의미의 양도담보에 있어서 채권자는 채무의 변제기가 도과되면 담보부동산의 가액에서 채권의 원리금 등을 공제한 나머지를 채무자에게 반환하고 담보부동산의 소유권을 취득하거나(귀속정산), 담보부동산을 처분하여 그 매각대금에서 채권원리금의 변제에 충당하고 나머지를 채무자에게 반환할 수도 있다(처분정산). 이는 담보권의 실행을 위하여 채권자에게 부여된 권리이지, 채무자가 채권자에게 적극적으로 위와 같은 정산을 요구할 청구권을 가지는 것은 아니나, 채권자가 담보부동산을 처분한 경우에는 양도담보 설정자는 정산금을 청구할 수 있다고 할 것이다(대법원 1994. 5. 24. 선고 93다44975 참조).

2) 앞서 본 바와 같이 양도담보로서 이 사건 부동산에 관하여 이 사건 본등기를 마친 피고가 원고의 피고에 대한 채무의 변제기 이후인 2022. 7. 1. 이 사건 부동산을 P에게 매도하여 그 소유권이전등기를 마쳐준 것은 양도담보권자의 담보권 실행을 위한 환가처분(이하 '이 사건 환가처분'이라고 한다)이라고 볼 수 있으므로, 피고는 원고에게 이 사건 환가처분 당시의 이 사건 부동산의 가액에서 양도담보 피담보채무액과 이 사건 부동산에 설정된 원고의 M은행에 대한 근저당 피담보채무를 공제한 나머지 금원을 반환할 정산의무가 있다고 할 것이다.

라. 정산의무의 범위

1) 앞서 본 인정사실에 의하면, 이 사건 양도담보에 의하여 담보되는 피담보채무에는 이 사건 F의 양도대금채무 2억원, G 관련 대여금채무 5,000만원과 함께 담보물인 이 사건 부동산의 보관비용 및 담보권실행비용이 포함된다고 할 것이다.

2) 을 제28호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 부동산의 매각대금은 3억 4,700만원인 사실을 인정할 수 있으므로 이 사건 환가처분 당시 이 사건 부동산의 시가도 3억

4,700만원일 것이라고 추인된다(감정인 S의 감정결과에 의하면 2020. 7. 1. 기준으로 이 사건 부동산의 시가는 360,031,940원이나, 위 감정 기준일은 이 사건 환가처분일과는 2년의 시차가 있어 이 사건 환가처분일의 이 사건 부동산 가액을 정확히 반영한다고 보기 어렵다). 나아가 갑 제38호증의 기재에 의하면, 원고가 변제하지 아니한 M은행에 대한 근저당채무는 29,060,000원인 사실을 인정할 수 있다.

3) 앞서 본 인정사실이나 을 제30호증 내지 을 제34호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고의 피고에 대한 채무금은 2억 5,000만원(이 사건 F의 양도대금 2억원 + G 관련 대여금 5,000만원)인 사실, 피고가 이 사건 부동산에 관하여 이 사건 본등기를 마친 이후 납부한 재산세는 1,590,680원(을 제30호증의 기재에 의하면, 피고가 이 사건 본등기를 마치면서 납부한 취득세 등은 4,740,000원이나, 양도담보에 있어서 담보목적물과 관련한 취득세 등은 담보권확보를 위한 비용이어서 특약이 없는 한 채권자인 피고가 부담함이 상당하다(대법원 1981. 7. 28. 선고 81다257 판결 참조))인 사실, 피고가 이 사건 부동산을 P에게 매도하면서 부담한 양도소득세는 575,990원인 사실, 피고는 이 사건 부동산을 환가처분하면서 부동산중개수수료로 1,000만원, 옥상방수 공사비로 500만원을 지출한 사실을 인정할 수 있다. 또한 원고는 피고에게 2억 5,000만원을 변제기인 이 사건 계약일로부터 3년 후인 2020. 6. 30.까지 변제하지 않았으므로 그 변제기 다음날인 2020. 7. 1.부터 이 사건 환가처분일인 2022. 7. 1.까지(2년 1일)의 민법이 정한 연 5%의 비율에 의한 지연손해금 25,034,246원 $\{= 2\text{억 } 5,000\text{만원} \times 0.05 \times (2 + 1/365)\}$ 를 부담한다고 할 것이므로 위 지연손해금 채무도 이 사건 부동산에 의하여 담보되는 피담보채무에 포함된다고 할 것이다.

4) 따라서 피고가 원고에게 지급하여야 할 정산금은 25,739,084원 $\{= 347,000,000\text{원} - \text{근저당권 피담보채무 } 29,060,000\text{원} - \text{양도담보 채무액 } 2\text{억 } 5,000\text{만원} - \text{지연손해금 } 25,034,246\text{원} - \text{담보물 보관비용(재산세)} 1,590,680\text{원} - \text{담보물 실행비용 } 15,575,990\text{원}(양도소득세 575,990\text{원} + \text{중개수수료 } 1,000\text{만원} + \text{옥상방수 공사비로 } 500\text{만원})\}$ 이라고 할 것이다.

마. 원고의 주장에 대한 판단

1) 원고 주장의 요지

원고는 피고로부터 G 관련하여 5,000만원을 빌린 사실이 없고, 아래와 같이 원고가 피고에게 이 사건 F 양도대금채무를 변제한 금액과 원고가 피고에 대하여 가지는 부당이득반환채권 내지 구상금채권을 합하면 68,322,000원인데, 이를 위 양도대금채무에서 상계 내지 공제하면 잔존 양도대금채무는 131,678,000원(= 2억원 - 68,322,000원)이다.

2) G 관련 5,000만원 대여금채무에 대하여

가) 앞서 본 기초사실이나 증거에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정, 즉 ① 피고는 2016. 6. 29.과 2016. 7. 4. G의 전대차보증금으로 G의 전대인인 I에게 합계 5,000만원을 송금한 점, ② 원고는 이와 관련하여 2016. 7. 1. 피고에게 ‘중국집 차용증’이라고 기재하여 액면 5,000만원의 약속어음(을 제1호증)을 작성하여 준 점, ③ 원고가 G를 운영하였다는 점은 원고도 자인하고 있고, 원고가 별도로 G의 보증금을 지급하였다고 볼 증거가 없는 점 등에 비추어 보면, 피고가 원고에게 5,000만원 대여한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

나) 원고는, 위 약속어음이 통정허위표시에 의해 작성된 것이라고 주장하나, 원고의 위 주장사실을 인정할 증거가 없다. 나아가 G에 관한 전대차계약서(을 제6호증)에 전차인으로 피고가, 그 대리인으로 원고가 기재된 사실은 인정되나, 앞서 본 여러 사정에 비추어 볼 때 G의 전대차보증금을 원고에게 대여한 피고가 그 반환을 확보하기 위하여 전차인 명의를 피고로 하였다고 보이므로 위와 같은 사정만으로 피고의 위 대여사실을 뒤집기에 부족하다.

다) 원고는 또, 제1심 법원의 H은행에 대한 2018. 11. 13.자 금융거래정보회신결과에 의하여 알 수 있는 바와 같이 피고가 2017. 2. 15. J으로부터 송금받은 2,000만원이 위 전대차보증금 5,000만원 중 일부를 반환받은 것이라고 주장하나, 원고가 제출한 증거들만으로는 이를 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

3) 피고에게 변제하였거나 피고에 대해 가지는 채권액 68,322,000원에 대하여

가) 2017. 8. 21. 입금액 1,300만원

(1) 원고는, 2017. 8. 21. 피고에게 식권미수금2), 거래처 선금금3), 남아있는 재료값, 본점 레시피 대금 등의 명목으로 1,300만원을 지급하였는데, 위 레시피 대금 등은 F의 유·무형의 재산으로 그 대가가 이미 권리금 안에 포함되어 양도되었으므로 피고는 위 1,300만원 상당을 부당이득하였다고

할 것이어서 위 금액은 위 2억 5,000만원에서 공제되거나 상계되어야 한다고 주장한다.

(2) 갑 제5호증, 을 제13호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고가 2017. 8. 21. 피고에게 1,300만원을 송금한 사실은 인정된다. 그러나 앞서 본 바와 같이 원고가 F를 2억원에 양도받기로 하고서도 이와 별도로 1,300만원이라는 적지 않은 금액을 얼마 지나지 아니하여 송금한 점, 이 사건 계약은 양도대상을 'F 내부시설 일체 및 집기류 전부'와 '임대차보증금 일체'라고 정하고 있을 뿐, 식권미수금, 거래처 선급금, 남아있는 재료값, 본점 레시피 대금에 대한 내용은 없는 점, 원고도 2018. 10. 24.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 등에서 피고가 F 수원본점에 지급한 레시피 로열티 1,000만원 등을 우선 달라고 하여 피고가 미납한 가스비 등을 차감한 뒤 1,300만원을 피고에게 변제하였다는 취지로 주장한 점 등에 비추어 보면, 원고는 피고와의 합의에 따라 위 레시피 대금 등의 명목으로 위 1,300만원을 지급한 것으로 보이고, 원고가 제출한 증거들만으로는 F의 권리금 안에 위 본점 레시피 대금 등이 포함되어 있다거나, 피고가 법률상 원인 없이 원고로부터 지급받은 1,300만원을 부당이득하였다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유가 없다.

나) 가스, 쓰레기 관련 요금 3,250,000원 부분

(1) 원고는, 피고가 연체한 가스비, 쓰레기 처리비용으로 325만원을 지출하였으므로 위 금액 상당은 위 2억 5,000만원에서 공제되어야 한다고 주장한다.

(2) 갑 제19호증의 1, 2의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, F의 2017년 5월, 6월, 7월분 가스요금 고지서가 2017. 8. 15. 발행되었고, 원고가 이를 2017. 8. 28. 납부한 사실은 인정된다. 그러나 앞서 본 바와 같이 원고도 피고가 레시피 대금 등을 요구하므로 피고가 미납한 가스비, 쓰레기비 등을 차감한 뒤 2017. 8. 21. 피고에게 1,300만원을 변제하였다고 주장하는 점, 원고가 2017. 8. 21. 피고에게 F 양도대금과 별도로 1,300만원을 송금하였던 점 등에 비추어 보면, 위 가스요금은 원고와 피고 사이의 별도의 정산과정에서 이미 정산되어 소멸한 것으로 보이고, 원고가 위 요금을 납부하였다는 사실만으로 원고가 피고에 대하여 구상금채권을 가진다거나 위 2억 5,000만원의 변제 명목으로 이를 납부하였다고 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유가 없다.

다) 2017년 7월 F 매출액 37,548,000원

(1) 원고는, 원고가 2017. 7월경부터 F을 운영하였으므로 2017. 7월분 매출액 37,548,000원은 원고에게 귀속되어야 함에도 피고가 포스 명의를 변경해주지 않아 위 매출액이 전부 피고의 계좌로 지급되었으므로 위 금액 상당은 원고가 피고에게 F 양도대금으로 변제한 것으로 보아야 하고, 피고가 2017. 7. 17.까지 F을 운영하고 그때까지의 비용을 지출하였다고 인정하고 있으므로 피고는 적어도 2017. 7월분 매출액에서 피고가 2017. 7. 17.까지 지출한 임대료와 관리비 합계 9,501,434원을 제외한 28,046,566원은 부당이득으로 원고에게 반환하여야 하므로 위 채권으로 원고의 채무에 대하여 상계한다고 주장한다.

(2) 갑 제8호증, 을 제9호증 내지 을 제13호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, F은 피고가 2017. 7. 17.까지 월 차임, 관리비, 전기요금, 수도요금 등의 비용을 부담하면서 영업을 하였고, 그 이후에는 원고가 이를 운영한 사실, 그런데도 F에서 발생한 2017년 7월분 매출액 37,548,000원은 전부 피고의 계좌로 입금된 사실을 인정할 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 2017년 7월 매출액 중 2017. 7. 18.부터 2017. 7. 31.까지의 매출액 상당을 부당이득하였다고 봄이 타당하고, 갑 제8호증에 의하면 위 기간 동안의 매출액은 19,381,500원인 사실을 인정할 수 있으므로 위 금액 상당은 원고의 상계의 의사표시에 의하여 원고의 피고에 대한 채무에서 상계되어야 할 것이다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 위 인정범위 내에서 이유 있다.

(3) 이에 대하여 피고는, 원고에 대하여 F 양도대금채권 외에도 1,000만원 상당의 본점 레시피 대금채권, 900만원 상당의 식권미수금 등의 채권과 970여만원의 기타 대여금채권 합계 2,800만원 상당의 채권을 가지고 있었고, 위 채권과 원고의 2017. 7. 18. 이후의 매출액채권 등을 정산하면서 부족한 정산금으로 1,300만원을 원고로부터 받은 것이므로 위 매출액은 이미 피고의 원고에 대한 기타 채권으로 정산되어 소멸하였다는 취지로 주장한다. 살피건대, 앞서 본 인정사실이나 변론 전체의 취지에 의하면, 원고가 피고에게 식권미수금, 거래처 선금금, 남아있는 재료값, 본점 레시피 대금 명목으로 1,300만원을 지급한 사실은 원고나 피고가 모두 인정하는 바이고, 원고가 피고에게 2017. 7월분 매출액에 대하여 아무런 이의를 제기하지 아니한 채 F을 운영하였고, 이 사건 소를 제기하면서도 위 매출액에 대하여 아무런 주장을 하지 않다가 2018. 10. 24. 청구취지 및 청구원인

변경신청서에서 비로소 그 주장을 한 사실은 인정된다. 그러나 한편 피고가 주장하는 식권미수금, 거래처 선급금, 남아있는 재료값, 본점 레시피 대금이 구체적으로 얼마인지 객관적으로 알 수 있는 증거가 없는 점, 을 제13호증의 기재에 의하면, 피고가 원고에게 2016. 12. 20. 350만원, 2017. 1. 1. 280만원, 2017. 1. 18. 100만원, 2017. 7. 7. 465,382원 합계 7,765,382원을 지급한 사실(피고는 2016. 5. 12.에도 원고에게 200만원을 지급하였다고 주장하나 을 제13호증의 기재만으로는 이를 인정하기 부족하다)은 인정되나, 위 금원이 피고가 주장하는 대여금이라고 인정할 뚜렷한 증거가 없는 점, 이와 같은 사정에 비추어 볼 때 피고가 주장하는 원고에 대한 기타 채권이 앞서 본 바와 같이 원고가 피고에게 정산금 등으로 지급한 16,250,000원(= 1,300만원 + 3,250,000원)을 초과한다고 볼 증거가 부족한 점, 2017. 7. 18. 이후의 매출액 19,381,500원과 원고가 지급한 정산금 16,250,000원을 합한 금액은 35,631,500원으로 피고가 주장하는 기타 채권을 다 합한 2,800여만원보다도 상당히 많은 점 등에 비추어 볼 때, 앞서 본 사정만으로 원고와 피고 사이에 위 매출액을 피고의 원고에 대한 기타 채권과 정산하여 소멸하는 것으로 약정하였다고 단정하기 부족하고 달리 이를 인정할 뚜렷한 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

라) K회사 L 물품대금 14,524,000원

- (1) 원고는, 원고가 K회사 L에게 지급한 물품대금 14,524,000원은 피고가 지급해야 할 채무를 대신 변제한 것이므로, 피고는 원고에게 위 금원 상당을 구상해줄 의무가 있다고 할 것이어서 위 금액 상당은 위 2억 5,000만원에서 공제 또는 상계되어야 한다고 주장한다.
- (2) 을 제14호증(확인서)의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 2017. 4. 7. K회사 L에게 G 관련 재료비 10,169,700원과 F 관련 재료비 14,524,000원의 지급을 약속하고 이에 관한 확인서를 작성해준 사실을 인정할 수 있는바, 위와 같은 인정사실에 비추어 볼 때, 원고가 제출한 증거들만으로는 원고가 피고의 L에 대한 물품대금 채무를 대신 변제해주고 피고에 대하여 구상권을 취득하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유가 없다.

바. 소결론

따라서 피고는 원고에게 정산금 45,120,584원{=347,000,000원 - 근저당권 피담보채무 29,060,000원 - (양도담보 채무액 2억 5,000만원 - 7월 18일 이후의 7월 매출19,381,500원) - 지연손해금 25,034,246원 - 담보물 보관비용(재산세) 1,590,680원 - 담보물 실행비용 15,575,990원(양도소득세 575,990원 + 중개수수료 1,000만원 + 옥상방수 공사비로 500만원)} 및 이에 대하여 이 사건 환가처분일 다음날인 2022. 7. 2.부터 피고가 그 지급의무의 존재 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 이 판결 선고일인 2022. 12. 6.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면 원고의 주위적 청구 부분은 부적법하여 이를 각하하고, 당심에서 추가한 예비적 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하여야 할 것인바, 원고의 주위적 청구를 기각한 제1심 판결은 부당하므로 이를 각하하고, 원고가 당심에서 추가한 예비적 청구를 일부 받아들여 제1심 판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김광섭, 판사 황기선, 판사 이상윤

별 지 목 록

1. 서울 강북구 D 대 83㎡

2. 서울 강북구 D

[도로명 주소] 서울 강북구 T 위 지상

철근콘크리트조 조립식 패널, 평스라브 조립식 패널지붕, 3층 단독주택

1층 47.57㎡

2층 47.57㎡

3층 33.14㎡, 끝

- 1) 위 괄호 안의 기재 부분은 “5천만원” 뒷부분에 추가하여 수기로 작성되어 있다.
- 2) 피고가 거래처 직원들에게 식권을 받고 식사를 제공하였으나 아직 결제를 받지 못한 돈
- 3) 거래처와 거래를 계속하기 위하여 미리 지급한 보증금