

의정부지방법원 2023. 5. 12 선고 2022가단126815 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원 고 A 주식회사

소송대리인 변호사 송성득

피 고 B

소송대리인 변호사 김원일

소송복대리인 변호사 심승현

변 론 종 결 2023. 4. 21.

판 결 선 고 2023. 5. 12.

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 각 기재 부동산에 관하여 의정부지방법원 연천등기소 2007. 3. 30. 접수 제5818호로 마친 근저당권설정등기 중 피고에게 일부 이전된 부분(양도액 3억 3,000만 원)에 대하여 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

주위적으로 주문과 같다.

예비적으로 피고는 원고로부터 7,160만 원을 지급받은 다음 원고에게 별지 목록 각 기재 부동산에 관하여 의정부지방법원 연천등기소 2007. 3. 30. 접수 제5815호로 마친 근저당권설정등기 중

피고에게 이전된 부분(양도액 3억 3,000만 원)에 대하여 말소등기절차를 이행하라.1)

이 유

1. 기초사실

아래 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 1 내지 8호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정된다.

가. 원고 및 C의 지위

원고는 시멘트 가공제품 제조 및 판매업 등을 영위하는 회사로 1996. 2. 23. 설립되었다[원고는 2013. 12. 2. 상법 제520조의2(휴면회사의 해산) 제1항에 따라 해산간주되었고, 2016. 12. 2. 상법 제520조의2 제4항에 따라 청산종결간주되었다가, 2019. 11. 29. 청산종결이 말소되었으며, 2021. 9. 7. 2021. 8. 24.자 회사계속등기가 경료되었다]. 주식회사 C은(이하 ‘C’이라 한다) 시멘트 가공제품 제조 및 판매업 등을 영위하는 회사로 2008. 1. 7. 설립되었다.

C의 대표이사는 D이고(2019. 6. 11. 취임), D은 아래의 부동산 매매계약서 작성 당시 원고의 대표이사이기도 하였다(2008. 7. 3. 원고의 대표이사로 선임되었고, 2013. 12. 2. 원고가 해산간주되자 2013. 12. 3. 대표청산인으로 취임하였으며, 2021. 8. 24. 사내이사로 취임하였다).

나. 피고와 E 등의 매매계약 및 원고의 보증

1) C은 F 주식회사(이하 ‘F’라 한다)로부터 시멘트를 공급받으면서 그 대금의 지급을 위하여 부동산을 담보로 제공해 왔다.

2) 원고 및 C의 실질적 운영자인 D의 주도로, 피고는 2009. 5. 21. E(당시 C의 감사이던 G의 배우자), H(C의 주주였던 자), I(D의 딸)에게 경기 연천군 J 주유소용지 1,269㎡ 및 그 지상 ‘K 주유소’, L 대 394㎡(이하 통틀어 ‘M리 부동산’이라 한다)를 매도하는 내용의 계약(이하 ‘이 사건 매매계약’이라 한다)을 체결하였다.

그 주요 내용은 아래와 같다.

부동산 매매계약서

피고(B)는 M리 부동산을 E 등 2인(H, I)(이하 'E 등'이라 한다)에게 매각하는 것으로 하고 이를 원고(A 주식회사)(대표이사 D)가 보증하는 것으로 하여 다음과 같이 부동산 매매계약서를 작성한다.

2. (매매금액) 매매금액은 12억 원으로 정한다.

3. (계약금) 본 계약의 체결과 함께 원고가 소유하고 있는 연천군 N 외 9필지(별지 목록 1 내지 10 토지 로 보인다)에 O(3억 700만 원²)과 P(3억 3,000만 원)이 가지고 있는 근저당권 6억 3,700만 원³)을 계약금으로 정하여 이를 피고에게 양도하여 주는 것으로 하며 추가로 피고가 별도의 Q('R'의 오기이다)에게 M리 부동산을 임대하면서 받은 보증금 5,000만 원을 E 등이 승계받는 것으로 하여 합계 6억 8,700만 원을 계약금으로 정한다.

4. (중도금 및 잔금) 잔금 5억 1,300만 원에 대하여는 원칙적으로 원고 소유에 대한 근저당권자인 F에 변제되면서 반환되는 근저당권을 잔금액에 도달할 때까지 단계적으로 피고에게 우선하여 이전하여 주는 것으로 한다(※ 단 2009. 8.경 F로부터 양도받을 근저당권 중 일부는 G에게 1억 5,000만 원을 우선하여 양도하여 주는 것으로 한다).

5. (소유권의 이전) 소유권이전시기는 쌍방 합의에 따르되 우선하여 E 등이 매매예약등기(가등기)를 행하는 것으로 한다.

6. (기타사항) 본 계약을 체결하면서 다음의 사항을 이행하여야 한다.

① 본 계약과 동시에 피고는 F에 채무자를 C으로 하고 6억 원을 채권최고액으로 하여 담보를 제공하여야 하며 C은 피고에게 매매대금의 잔금이 지급될 때까지 담보가액에 대한 6억 원에 대하여는 연 7%의 이율을, 잔금 5억 5,000만 원에 대하여는 연 9%의 이율을 정하여 매월 말일 피고가 정하는 금융계좌에 송금하여 주는 것으로 한다(단 이자 산출은 잔액 기준으로 정한다).

② 본 계약과 동시에 피고가 K 주유소(R)로부터 받고 있는 임차료(월 400만 원)는 별도의 C에게 귀속시키기로 한다.

③ 원고는 S은행, F 및 기타의 원고에 관련된 채권자에게 변제하여 반환되는 근저당권은 위 4조의 잔금에 도달할 때까지 피고에게 우선하여 양도하여 주어야 한다(본 항은 4조 ※의 단서조항을 선행 후 이행하기로 한다).

⑤ 본 계약의 체결에 따라 C의 이사진을 (피고, G, H, I) 구성하여 피고를 법률상 대표이사로 등재하여야 하며, 피고는 별도의 자금담당자를 선임하거나 구인하여 근무시킬 수 있으나 대표이사직에 따른 보수 등은 없는 것으로 한다.

다. M리 부동산에 대한 근저당권설정등기 및 C 대표이사로의 취임 등

1) 피고는 2009. 5. 28. 이 사건 매매계약 제6조 제1항에 따라 M리 부동산에 관하여 채권자 F, 채무자 C, 채권최고액 6억 원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

2) 피고는 2009. 6. 10. C의 사내이사 및 대표이사에 취임하였고, 그 무렵 원고의 주식 14,000주(전체 주식 중 40%이다)를 이전받았다.

피고는 2015. 6. 11. C의 사내이사 및 대표이사에서 퇴임하였고, 2016. 7. 26. 퇴임등기를 마쳤다.

3) M리 부동산은 2015. 9. 1. 임의경매로 인한 매각을 원인으로 하여 제3자 앞으로 소유권이전되었다.

라. 별지 목록 각 기재 부동산에 관한 근저당권설정등기 및 피고 앞으로의 근저당권 일부이전의 경위

1) 별지 목록 1, 5, 6, 8, 10 기재 각 부동산에는 아래와 같이 근저당권설정등기가 마쳐지고, 근저당권이 일부 이전되는 부기등기가 있었다.

가) 순위번호 순번 4인 근저당권

① 2004. 10. 12. 접수 제18282호로 채권최고액 3억 600만 원, 채무자 원고, 근저당권자 신용보증기금의 근저당권설정등기 경로

② 2007. 3. 30. 채권최고액이 6,720만 원으로 변경(근저당권변경의 부기등기) ③ 2008. 11. 5.

확정채권대위변제(2008. 10. 29.)를 원인으로 근저당권이 D 앞으로 이전(근저당권이전의 부기등기)

④ 2008. 11. 5. 확정채권양도(2008. 10. 29.)를 원인으로 근저당권이 O 앞으로

이전(근저당권이전의 부기등기)

⑤ 2009. 5. 18. 같은 날 확정채권양도를 원인으로 근저당권이 피고 앞으로 이전(근저당권이전의 부기등기)

⑥ 2014. 10. 1. 같은 날 확정채권양도를 원인으로 F 앞으로 이전(근저당권이전의 부기등기)(이후 2014. 10. 1. 같은 날 확정채무의 중첩적 인수를 원인으로 하여 채무자가 C으로 변경).

나) 순위번호 순번 7인 근저당권

① 2007. 3. 30. 접수 제5814호로 채권최고액 3억 9,000만 원, 채무자 원고, 근저당권자 주식회사 T(이후 상호가 주식회사 U으로 변경)의 근저당권설정등기 경로

② 2008. 6. 30. 같은 날 확정채무의 중첩적 계약인수를 원인으로 하여 채무자가 C으로 변경(근저당권변경의 부기등기)

③ 2008. 11. 7. 일부 계약양도(2008. 11. 6.)를 원인으로 하여 O 앞으로 양도액 2억 4,000만 원의 근저당권 일부이전(일부이전의 부기등기)

④ 2009. 5. 18. 같은 날 계약양도를 원인으로 하여 O에게 이전된 부분(2억 4,000만 원 부분)이 피고 앞으로 이전(O의 근저당권 부분 전부에 대한 이전의 부기등기)

⑤ 2014. 10. 1. 같은 날 계약양도를 원인으로 피고 앞으로 일부 이전된 부분이 F 앞으로 하여 이전(피고 지분 전부에 대한 이전의 부기등기)(이후 2015. 8. 31. 위 O에게 이전되지 않은 나머지 근저당권설정등기의 채권최고액이 1억 5,000만 원으로 변경).

다) 순위번호 순번 9인 근저당권(이 사건에서 문제되는 근저당권 부분)

① 2007. 3. 30. 접수 제5818호로 채권최고액 12억 원, 채무자 원고, 근저당권자 F인 근저당권설정등기 경로

② 2009. 1. 20. 계약 일부양도(2009. 1. 19.)를 원인으로 하여 C 앞으로 양도액 3억 3,000만 원의 근저당권 일부이전(일부 이전의 부기등기)

③ 2009. 3. 20. 계약양도(2009. 3. 17.)를 원인으로 C에게 일부 이전된 근저당권이 P 앞으로 이전(C의 근저당권 부분 전부에 대한 이전의 부기등기)

④ 2009. 5. 18. 같은 날 계약양도를 원인으로 P에게 이전된 부분(3억 3,000만 원 부분)이 피고

앞으로 이전(P의 근저당권 부분 전부에 대한 이전의 부기등기)되었다(양도액 3억 3,000만 원의 근저당권 일부 이전 부분이 원고가 말소를 구하는 부분이다) (이후 2013. 4. 18. 중첩적 계약인수를 원인으로 하여 위 근저당권의 채무자가 C으로 변경되었다).

[이 사건 매매계약의 체결일은 2009. 5. 21.이지만, 순번 4, 7 각 근저당권 중 O에게 이전된 각 근저당권(순번 4인 채권최고액 6,720만 원의 근저당권 및 순번 7인 채권최고액 3억 9,000만 원 중 양도액 2억 4,000만 원 부분)이 2009. 5. 18. 피고 앞으로 이전된 것과 순번 9인 채권최고액 12억 원의 근저당권 중 양도액 3억 3,000만 원 부분이 피고에게 이전된 것은 이 사건 매매계약에 따른 것으로 보인다].

2) 별지 목록 2, 3, 4, 7, 8, 11 각 부동산에도 위와 같은 내용의 각 근저당권설정등기, 일부이전 등의 부기등기가 마쳐졌으나, 별지 목록 1, 5, 6, 8, 10 각 부동산에 관하여 앞서 본 순번 4 근저당권설정등기가 별지 목록 2, 3, 4, 7, 8, 11 각 부동산에 관하여는 순번 3으로, 순번 7이 순번 6으로, 순번 9가 순번 8로 등기되어 있다.

3) 위와 같은 경위를 거쳐 피고는 별지 목록 기재 각 부동산 중 2007. 3. 30. 마쳐진 채권최고액 12억 원, 채무자 원고, 근저당권자 F인 근저당권 중 양도액 3억 3,000만 원 부분의 근저당권자의 지위를 유지하고 있다(위 2007. 3. 30. 마쳐진 근저당권설정등기 중 2009. 5. 18. 일부 이전된 양도액 3억 3,000만 원 부분을 '이 사건 피고 근저당권 부분'이라 한다).

마. C과 피고 사이의 각 손해배상청구 소송, 피고와 E 등 사이의 매매대금청구소송의 결과

1) C은 피고를 상대로 주위적으로 피고가 C의 대표이사로 취임한 후 자금을 관리하면서 1,182,200,000원을 횡령하였다는 이유로 위 액수 상당의 손해배상을, 예비적으로 이 사건 매매계약 해제를 이유로 한 원상회복으로 같은 액수를 각 청구하는 소송을 제기하였다(원고는 제1심에서는 손해배상청구만 하였다가 항소심에서 원상회복청구를 예비적으로 추가하였다). 위 소송에서 피고는 반소로서 이 사건 매매계약에 따른 약정이자 등을 청구하였다[의정부지방법원 2018가합58078(본소), 2019가합55446(반소). 서울고등법원 2020나2007406(본소), 2020나2007413(반소)].

제1심 법원은 C의 청구는 기각하고, 피고의 반소 중 일부를 인용하였으나, 항소심 법원은 2021. 1.

20. ‘C은 피고에게 ① 149,780,250원, ② 2016. 10. 1.부터 피고가 M리 부동산에 대한 매매잔금 164,800,000원을 지급받는 날까지 위 164,800,000원에 대한 연 7%의 비율로 계산한 돈을 지급하라’는 판결 및 C의 주위적 및 예비적 청구, 피고의 나머지 반소청구를 기각한다는 판결을 선고하였다.

항소심 법원은 ‘이 사건 매매계약서 제6조 제1항에 의하면 약정이자 지급 대상인 매매대금은 합계 11억 5,000만 원에 한정되고, 위 11억 5,000만 원 중 C이 2013. 2. 1.부터 2016. 8. 26.까지 피고에게 지급한 돈 중 주유소 매각대금으로 기재된 부분인 9억 8,520만 원은 이 사건 매매대금으로 지급된 것이며, 그 매매대금 9억 8,520만 원은 매매계약서 제6조 제1항에 의하면 위 11억 5,000만 원 중 약정이율이 높은 5억 5,000만 원에 위 돈이 먼저 충당하고, 나머지 4억 3,520만 원을 6억 원에 충당되므로 이자 지급대상금액은 1억 6,480만 원(6억 - 4억 3,520만 원)이다. 한편 피고는 이 사건 매매계약 제6조 제2항에 따라 C이 K 주유소 임차인 R으로부터 수령하기로 한 차임 월 400만 원을 피고가 2009. 6. 1.부터 2015. 8. 31.까지 75개월간 대신 수령하여 합계 3억 원을 약정이자에 충당함을 인정하고 있다. 따라서 미지급된 이자는 2009. 6. 1.부터 2015. 8. 31.까지의 약정이자 합계 498,340,833원에서 피고가 C으로부터 지급받았음을 인정하는 3억 7,250만 원을 공제한 나머지 125,840,833원과, 2015. 9. 1.부터 2016. 9. 31.까지 미지급 이자 합계 23,939,417원(합계 149,780,250원), 2016. 10. 1.부터 이자 지급대상금액 1억 6,480만 원을 다 지급받는 날까지 위 1억 6,480만 원에 대하여 연 7%의 비율로 계산한 돈’이라고 판단하였다. 위 판결은 2021. 3.경 그 무렵 확정되었다.

2) 피고는 2019년 이 사건 매매계약의 상대방인 E, H, I를 상대로 ‘위 사람들은 연대하여 584,794,600원 및 그에 대한 지연손해금을 지급하라’는 소송을 제기하였는데(의정부지방법원 2019가합55453), 위 청구금액은 이 사건 매매계약상의 매매대금 12억 원에서 피고가 C으로부터 받았다고 주장한 295,205,400원과 P으로부터 이전받은 근저당권의 채권최고액 3억 3,000만 원을 뺀 금액이다.

위 법원은 2021. 4. 27. ‘2013. 2. 1.부터 2016. 8. 26.까지 C이 피고에게 지급한 금액 중 9억 8,520만 원이 이 사건 매매대금으로 지급되었고, 이를 매매계약 제6조 제1항에 따라 잔금 중 5억

5,000만 원에 먼저 충당하고 나머지 4억 3,520만 원을 6억 원에 충당하면 1억 6,480만 원이 남으므로, E 등이 피고에게 지급할 매매대금은 위 1억 6,480만 원과 E 등이 승계하기로 한 R에 대한 임차보증금 5,000만 원의 합계인 2억 1,480만 원'이라고 인정하였으며, 매매대금에 대한 지연손해금도 매매계약 제6조에 비추어 볼 때 C이 지급하기로 한 것이라고 판단한 다음, E 등은 피고에게 2억 1,480만 원을 지급하라는 판결을 선고하였다. 위 판결은 그 무렵 확정되었다.

3) 피고는 2022. 1. 14. E으로부터 7,160만 원, 2022. 2. 21. H으로부터 7,160만 원을 각 변제받았다.

2. 당사자의 주장

가. 원고

1) 주위적 주장

원고는 이 사건 매매계약 중 계약금 6억 8,720만 원(6억 8,700만 원이라고 주장하나, 계약금은 6억 8,720만 원임은 앞서 본 바와 같다)을 물상보증하였는바, 관련사건 등에 의하면 피고는 계약금 6억 8,720만 원을 모두 지급받았다(원고는 O, P의 각 근저당권이 피고에게 이전되었음을 주장하면서 말소를 구하는 이 사건 피고 근저당권 부분의 피담보채무액에 대하여는 별도로 주장하지 아니한다). 따라서 피고는 원고에게 이 사건 피고 근저당권 부분을 말소할 의무가 있다.

2) 예비적 주장

설령 원고가 이 사건 매매계약의 보증인이라고 하더라도 E 등 이 사건 매매계약상 매수인이 지급하지 아니한 매매대금 2억 1,480만 원 채무는 분할채무이고, 피고는 E, H으로부터 각 7,160만 원을 지급받았음을 인정하고 있어, 원고로서는 I가 지급하지 아니한 7,160만 원에 대하여만 보증책임이 있을 뿐이다(원고는 아래에서 보는 바와 같은 매매계약 제6조 제1항에 따른 합계 11억 5,000만 원에 대한 약정이자 지급의무는 원고가 아니라 C이 부담하는 것이라고 주장하고 있다). 따라서 피고는 원고로부터 7,160만 원을 지급받은 다음 이 사건 피고 근저당권 부분을 말소할 의무가 있다.

나. 피고

이 사건 피고 근저당권 부분은 이 사건 매매계약의 계약금 6억 3,720만 원(피고는 6억 3,700만 원이라고 주장하나, 6억 3,720만 원임은 앞서 본 바와 같다) 중 3억 3,000만 원의 지급을 담보하기 위한 것은 맞다(2023. 3. 23.자 준비서면). 그런데 원고는 위 3억 3,000만 원에 대한 물상보증인으로서의 책임 외에도 이 사건 매매계약에 따른 대금 및 약정이자 전부에 대하여 보증인으로서의 의무가 있으므로(위 준비서면 및 2023. 4. 18.자 준비서면), E 등이 지급하지 않은 매매대금 및 C이 지급하지 못한 약정이자에 대하여도 보증인으로서의 책임도 있다(한편 피고는 위와 같이 주장하면서 2023. 4. 18.자 준비서면에서 원고는 물상보증인으로서 매매대금 및 매매대금 미지급에 따른 약정이자에 대해서도 이 사건 피고 근저당권 부분의 채권최고액의 범위 내에서 책임이 있다고 주장하고 있다).

구체적으로, 피고는 ① 매수인 중 I로부터 7,160만 원을 변제받지 못하였으므로, 그 돈 및 그에 대한 2016. 10. 1.부터 2023. 3. 22.까지의 이자 32,447,550원의 합계 104,047,550원, ② E, H으로부터 각 변제받은 합계 1억 4,320만 원에 대한 2016. 10. 1.부터 2022. 1. 14.까지 연 7%의 비율로 계산한 이자 52,756,449원, 2022. 1. 15.부터 2022. 2. 21.까지 7,160만 원에 대한 연 7%의 비율로 계산한 이자 659,112원, ③ 서울고등법원의 판결에 의하여 C으로부터 지급받지 못한 것으로 인정된 미지급이자 149,780,250원(위 ①, ②, ③의 합계 307,243,361원)을 모두 지급받기 전에는 이 사건 피고 근저당권 부분을 말소할 의무가 없다.

3. 판단

가. 이 사건 매매대금 중 원고가 물상보증한 범위

1) 우선, 물상보증인으로서의 책임과 보증인의 책임은 별개의 것이다. 따라서 이 사건 피고 근저당권 부분의 목적물인 별지 목록 각 기재 부동산의 소유자로서 원고가 부담하는 물상보증인으로서의 책임범위는 이 사건 피고 근저당권 부분에 관한 피담보채무가 무엇인지에 따라 결정된다.

위에서 본 바와 같이 피고는, 이 사건 피고 근저당권 부분의 피담보채무가 “계약금 6억 3,720만 원 중 3억 3,000만 원 지급의 담보를 위한 것이 맞다”고 주장하였는바(2023. 3. 23.자 준비서면), 피고의 주장에 의하더라도 이 사건 피고 근저당권 부분의 피담보채무는 이 사건 매매계약에 기한 계약금 중

3억 3,000만 원이라 할 것이다.

2) 다만 원고는 피고가 O로부터 이전받은 근저당권 부분과 이 사건 피고 근저당권 부분의 각 피담보채무를 구분하여 주장하지 않고 위 각 근저당권 부분의 피담보채무액의 합계가 계약금 6억 8,720만 원이라고 주장하고 있으므로, 이 사건 매매계약에 따라 원고가 물상보증한 범위에 대하여 살펴본다.

앞서 본 사실에 의하면, 원고 소유 별지 목록 각 기재 부동산에 관련된 근저당권에 관한 약정 내용인 이 사건 매매계약 제3조에는 ‘계약금’이라는 제목 하에 별지 목록 각 기재 부동산에 대하여 기존에 설정되어 있던 O의 근저당권(3억 720만 원) 및 P의 근저당권(3억 3,000만 원)의 근저당권만 명시하면서, “근저당권 6억 3,700만 원(실제로는 6억 3,720만 원임은 앞서 본 바와 같다)을 계약금으로 정하여 이를 피고에게 양도하여 주는 것으로 하며”라고 명시한 다음, 그 다음에 ‘추가로 R에 대한 보증금 5,000만 원을 E 등이 승계받는 것으로 하여’ “합계 6억 8,720만 원을 계약금으로 정한다”고 명확하게 기재하고 있다.

다른 한편 이 사건 매매계약에는 별지 목록 각 기재 부동산에 관하여 기존에 설정된 근저당권을 중도금이나 잔금의 담보로 제공한다는 내용이 없고, 중도금이나 잔금을 담보하기 위하여 별지 목록 각 기재 부동산에 대해 새로 근저당권을 설정한다는 내용도 없다. 또한, 이 사건 매매계약은 제3조에서 ‘계약금’, 제4조에서 ‘중도금 및 잔금’, 제5조에서 ‘소유권 이전’에 관하여 각각 정하고, 제6조에서 피고에게 C의 F에 대한 채무를 위하여 M리 부동산에 대하여 채권최고액 6억 원의 담보제공의무가 있음을 정함과 동시에 C은 피고에게 매매대금 지급시까지의 약정이자지급할 의무가 있음을 따로 정하고 있을 뿐, 제6조에서 정한 ‘기타사항’과 관련하여 원고는 전혀 언급되지 아니한다. 즉 이 사건 매매계약의 앞부분에서 원고가 보증한다고 기재한 부분 및 제3조 외에는 원고가 E 등이나 C과 함께 또는 연대하여 이 사건 매매계약상의 대금 지급채무 등을 보증한다는 내용이 포함되어 있지 않다.

위 인정사실, 특히 이 사건 매매계약 제3조의 명시적인 문언 및 다른 계약 조항에 원고의 책임에 관한 내용이 명시되어 있지 아니한 사실, 이 사건 매매계약서는 처분문서인 점, 별지 목록 각 기재 부동산에 설정된 선순위 근저당권설정등기 중 피고에게 일부 이전된 각 근저당권의 채권최고액 합계가 매매계약 제3조에서 정한 계약금 중 일부에 상응하는 6억 3,720만 원인 사실 등에 의하면, 원고는 이

사건 매매계약 중 계약금 부분 중 6억 3,720만 원만 물상'보증'하였다고 할 것이고, 현재 피고가 근저당권을 보유하고 있는 것은 이 사건 피고 근저당권 부분에 한정되므로(O로부터 피고가 이전받은 근저당권은 이미 다른 사람에게 이전되었음은 앞서 본 바와 같다), 이 사건 피고 근저당권 부분에 대한 물상보증인으로서 원고가 피고에 대하여 지는 책임은 계약금 6억 3,720만 원 중 최대 3억 3,000만 원이라 할 것이다(원고는 피고에게 이전된 근저당권의 피담보채무의 합계액에 R에 대한 임차보증금까지 추가한 6억 8,720만 원이 물상보증의 범위라고 주장하나, 이 사건 매매계약 제3조의 문언에 의하면, 계약금은 6억 8,720만 원이지만, 원고는 원고 소유 부동산에 관하여 설정된 2개의 근저당권의 채권최고액 합계인 6억 3,720만 원의 한도에서만 물상보증책임을 부담한다고 할 것이고, 설령 원고가 6억 8,720만 원의 범위에서 물상보증책임을 진다고 하더라도 피고에 대하여는 3억 3,000만 원의 한도 내에서 책임을 부담함은 달라지지 아니한다).

3) 한편 위 인정사실에 의하면, 피고가 E 등을 상대로 제기한 매매대금 청구 소송에서 E 등은 피고에게 2억 1,480만 원을 지급하라는 판결이 확정되었고, 그 후 피고는 E, H으로부터 각 7,160만 원씩 변제받았으므로(분할채무), 피고로서는 매수인 중 I에 대하여 7,160만 원(= 2억 1,480만 원 ÷ 1/3)의 매매대금채권만 보유하게 되었다.

한편 거래관행상 계약금은 중도금이나 잔금에 앞서 지급된다고 보아야 하고(이 사건 매매계약에 의하면, 계약금이 6억 8,720만 원, 잔금이 5억 1,300만 원인데, 각 금원을 지급할 시기나 기한에 대하여는 명시하지 않고 있고, 매매계약 제6조는 피고에게 채무자를 C으로 하는 M리 부동산에 대한 채권최고액 6억 원의 담보제공할 의무가 있다고 정하는 한편, 'C은 피고에게 매매대금의 잔금이 지급될 때까지 담보가액에 대한 6억 원에 대하여는 연 7%, 잔금 5억 5,000만 원에 대하여는 연 9%의 각 비율에 따른 이자를 지급할 의무'를 정하고 있을 뿐, 피고가 설정하는 것으로 정한 M리 부동산에 대한 채권최고액 6억 원의 근저당권에 있어 그 6억 원이 이 사건 매매대금인지, 만일 매매대금 중 일부라면 그것이 계약금인지, 잔금인지 등에 대하여 분명하게 정하고 있지 않다. 또한, 각 관련소송에서도 C이 피고에게 지급한 9억 8,520만 원이 약정이율에 높은 순서로 충당된다면서 위 5억 5,000만 원에 먼저 충당한 다음 나머지 액수를 6억 원에 충당된다고 판단하였을 뿐, 이 사건 매매대금 중 계약금 또는 잔금 중 어느 금원에 충당된다고 판단하지는 않았다), 나아가 피고는 C이

제기한 관련소송에서 반소를 제기하면서 매매계약 제6조의 6억 원과 5억 5,000만 원이 ‘매매잔금’이라고 주장하였고, 이 사건에서도 ‘원고는 이 사건 매매계약에서 정한 잔존채무를 이행할 의무가 있다’거나 ‘매매계약에 기한 잔금 및 이자채무는 여전히 존재한다’고 주장하면서, 위 각 관련소송에서 확정된 C의 대한 이자채권, E 등에 대하여 판결로서 확정된 매매대금 중 I에 대한 7,160만 원의 잔존 매매대금채권 및 E과 H의 각 변제시까지의 이자채권 등만을 주장하고 있는바, 위 사실 및 사정, 피고의 주장 내용 등을 종합하면, 관련소송에서 매매대금의 지급으로 인정된 9억 8,520만 원으로 이 사건 매매계약상 계약금은 지급되었다고 봄이 타당하다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 이 사건 피고 근저당권 부분의 피담보채무인 계약금 채무는 변제로 소멸하였다고 할 것이다. 나. 이 사건 매매계약에 따른 미지급 매매대금 등을 원고가 보증하였는지 및 그 보증책임의 범위가 이 사건 피고 근저당권 부분의 피담보채무에 포함되는지

1) 물상보증인으로서 원고는 이 사건 피고 근저당권 부분의 채권최고액의 한도 내의 피담보채무에 대해서만 책임을 진다.

2) 이와 관련하여 피고는 이 사건 매매계약서의 앞부분, 즉 ‘피고가 M리 부동산을 E 등에게 매도하고, 원고가 이를 보증한다’는 내용에 근거하여 E 등이 계약금, 중도금, 잔금을 지급하지 못하면 원고는 보증인으로서 책임을 져야 하고, 다만 매매계약 제6조에 따라 C이 지급하기로 매매잔금에 대한 약정이자에 대하여 최고검색의 항변권을 포기하고 특별히 원고가 피고에게 지급하는 것을 부수적으로 약정하였다고 주장한다. 한편 피고는 매매계약 제6조는 ‘E 등의 손해배상책임 면책조항으로 해석될 수 없고 계약 체결 경위 등에 비추어 원고가 병존적으로 부담하겠다는 행위로 해석해야 한다고 주장하면서 이 사건 피고 근저당권 부분의 피담보채무에는 매매대금 전액 및 대금 미지급에 따른 이자도 포함되므로 원고는 이 사건 피고 근저당권 부분의 채권최고액의 한도 내에서 책임이 있다고 주장한다.

3) 살피건대, 피고 주장과 같이 E 등이 이 사건 매매계약에 따른 매매대금을 모두 지급하지 아니하였다거나, C이 매매계약 제6조에 따라 매매잔금 지급시까지 약정이자를 지급할 의무를 이행하지 아니하였더라도 그 채무가 이 사건 피고 근저당권 부분의 피담보채무에 포함되지 아니한다면, 설령 원고가 이 사건 매매계약 전체에 대한 보증인이라 하더라도 이 사건 피고 근저당권

부분으로 담보되지 아니한다.

가) 이 사건 매매계약에서 '계약금'에 관한 부분(제3조) 외에는 '중도금 및 잔금'(제4조), '소유권 이전'(제5조), 매매잔금에 대한 약정이자 지급 등의 기타사항(제6조)과 관련하여 원고는 전혀 언급되지 아니하고 있음은 앞서 본 바와 같고, 달리 원고가 E 등이 부담하는 계약금을 제외한 매매대금 지급채무나 C의 약정이자 지급채무를 병존적으로 인수하였다고 볼 아무런 증거가 없다.

나) 한편 원고의 물상보증인으로서의 책임과 관련되는 매매계약서 제3조는 계약금 중 별지 목록 각 기재 부동산에 설정된 근저당권에 한정(채권최고액 합계 6억 3,720만 원)된 약정임이 분명하므로, '원고가 매매계약을 보증한다'는 매매계약서상의 표현 및 을 1호증의 1, 2의 각 기재만으로는 위 한정된 계약금 외의 다른 채무를 원고가 부담하거나 그와 같은 다른 채무가 이 사건 피고 근저당권 부분의 피담보채무에 포함된다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다) 원고는 이 사건 매매계약 제3조에 따라 계약금 중 별지 목록 각 기재 부동산에 관련된 근저당권의 채권최고액 합계 6억 3,720만 원에 대한 물상보증인으로서의 책임만 부담하고, 나아가 피고에 대하여는 계약금 중 3억 3,000만 원의 한도 내에서만 책임을 진다고 할 것이나, 그에 해당하는 계약금 부분은 변제로 소멸되었음은 앞서 본 바와 같다. 따라서 이와 다른 전제에서 이 사건 피고 근저당권 부분의 피담보채무가 여전히 남아 있다는 피고의 주장은 모두 받아들일 수 없다.

다. 소결

이 사건 피고 근저당권 부분의 피담보채무는 변제로 소멸되었으므로, 피고는 별지 목록 각 기재 부동산에 관하여 의정부지방법원 연천등기소 2007. 3. 30. 접수 제5818호로 마친 근저당권설정등기 중 피고에게 일부 이전된 부분(양도액 3억 3,000만 원)(이 사건 피고 근저당권 부분)에 대하여 말소등기절차를 이행할 의무가 있다[이 사건 피고 근저당권 부분은 위 2007. 3. 30. 접수 제5818호 근저당권 중 일부가 이전의 부기등기가 된 것이므로, 기존의 주등기와 일체를 이루는 것이지 별개의 새로운 등기가 아니며, 주등기인 위 근저당권설정등기의 피담보채무가 변제로 소멸된 경우 주등기를 말소대상으로 삼으면 되고, 그 주등기의 말소등기의 상대방은 근저당권 양수인이다(대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다5640 판결, 대법원 2000. 10. 10. 선고

2000다19526 판결 등 참조)].

4. 결론

원고의 주위적 청구는 이유 있으므로(예비적 청구에 관하여는 따로 판단하지 아니한다), 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 강재원

목 록

1. 경기도 연천군 도로 132㎡
2. 경기도 연천군 공장용지 28㎡
3. 경기도 연천군 공장용지 93㎡
4. 경기도 연천군 잡종지 172㎡
5. 경기도 연천군 임야 8㎡
6. 경기도 연천군 임야 102㎡
7. 경기도 연천군 공장용지 1154㎡
8. 경기도 연천군 공장용지 2948㎡
9. 경기도 연천군 임야 46㎡
10. 경기도 연천군 제방 261㎡
11. 경기도 연천군 , , , ,

[도로명주소] 경기도 연천군

위 지상 철골조 루프판넬지붕 2층 공장

후생복리시설, 사무실

1층 후생복리시설 162.00㎡

2층 사무실 162.00㎡. 끝.

1) 예비적 청구는 주위적 청구와 서로 양립할 수 없는 관계에 있어야 하므로, 주위적 청구와 동일한 목적물에 관하여 동일한 청구원인을 내용으로 하면서 주위적 청구를 양적이나 질적으로 일부 감축하여 하는 청구는 주위적 청구에 흡수되는 것일 뿐 소송상의 예비적 청구라고 할 수 없다(대법원 1991. 5. 28. 선고 90누1120 판결, 대법원 1999. 4. 23. 선고 98다61463 판결 등 참조). 원고는 위와 같이 예비적 청구취지를 기재하고 있으나, 이는 주위적 청구인 단순 말소청구를 감축한 것이므로 주위적 청구와 양립불가능한 관계에 있다고 보기 어렵다. 다만 순서에 따라 판단하기로 한다.

2) O의 근저당권은 2004. 10. 12. 설정된 채권최고액 3억 600만 원인 신용보증기금의 근저당권설정등기의 채권최고액이 6,720만 원으로 변경된 것(순위번호 4-1, 2, 3 참조)과, 2007. 3. 30. 설정된 채권최고액 3억 9,000만 원인 근저당권(채무자 원고, 근저당권자 주식회사 T로 설정되었다가 2008. 6. 30. 채무자가 C으로 변경됨) 중 2008. 11. 7. 일부계약양도(2008. 11. 6.자)를 원인으로 O 앞으로 양도액 2억 4,000만 원이 일부 이전된 것의 2건으로, 이 사건 매매계약서에 기재된 것과 달리 채권최고액 합계는 3억 720만 원(= 6,720만 원 + 2억 4,000만 원)이다.

3) 위에서 본 바와 같이 각 근저당권의 채권최고액 합계는 6억 3,720만 원이다.