

창원지방법원 마산지원 2020. 4. 8 선고 2018가단107698 판결 [근저당권설정등기말소 청구의소]

전 문

원 고 A

소송대리인 법무법인 내외

담당변호사 민태식

소송복대리인 변호사 이호관

피 고 B

소송대리인 변호사 김재상

변론 종결 2020. 1. 15.

판결 선고 2020. 4. 8.

주 문

1. 피고는, 원고로부터 67,000,000원을 한도로 하여 31,261,299원 및 이에 대한 2019.1. 1.부터 다 갚는 날까지 연 6%의 비율로 계산한 돈을 지급받으면, 원고에게 별지1 목록 기재 부동산에 관하여 창원지방법원 마산지원 2016. 3. 30. 접수 제18775호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 1/2은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 1 목록 기재 부동산에 관하여 창원지방법원 마산지원 2016. 3.30. 접수

제18775호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. C은 D라는 상호로 제관 제조업 등을 하는 상인이고(사업자등록은 E 외 1명으로 하였지만 실제로 영업을 하는 주체는 C이다), 피고는 F이라는 상호로 철강 도소매업등을 하는 상인이다.

나. C은 2015. 5. 8.부터 2016. 1. 11.까지 별지 2 기재와 같이 피고로부터 합계119,504,828원의 철강 등을 납품받고, 그 중 36,567,125원의 물품대금을 지급하여,2016. 1. 11. 기준으로 C은 피고에게 82,937,703원(= 119,504,828원 - 36,567,125원, 이하 '이 사건 기존 물품대금'이라 한다)의 물품대금 채무를 부담하고 있었다.

다. C은 2016. 3. 24. 피고와 사이에 C이 피고로부터 22,521kg의 철강 등을 61,261,299원에 매수하기로 하는 계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결하였다.

라. C의 처제인 원고는 2016. 3. 29. 피고에게 원고 소유의 별지 1 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 근저당권을 설정하여 주기로 약정하고(갑 제2호증), 이 사건 부동산에 창원지방법원 마산지원 2016. 3. 30. 접수 제18775호로 채무자C, 채권최고액 67,000,000원인 피고 명의의 근저당권설정등기(이하 위 등기를 '이 사건근저당권설정등기'라 하고, 그 근저당권을 '이 사건 근저당권'이라 한다)를 마쳐주었다.

마. 피고는 2016. 4. 1. C에게 이 사건 매매계약에 따른 철강 등을 납품하였다.바. C은 2016. 10. 25. 피고에게 32,001,000원을 지급하였다.

사. 피고는 2017. 7. 5. C에게 물품잔대금 112,198,002원(= 이 사건 기존 물품대금82,937,703원 + 이 사건 매매계약에 따른 물품대금 61,261,299원 - 2016. 10. 25. 지급받은 32,001,000원)을 2017. 7. 14.까지 지급할 것을 최고하는 내용증명서(을 제3호증)을 발송하였고, C은 이를 그 무렵 수령하였다.

아. 피고는 2017. 11. 29. 이 사건 근저당권에 기하여 이 사건 부동산에 대하여 창원지방법원 마산지원 G로 임의경매를 신청하였다(이하 '이 사건 경매'라 한다).

자. C은 피고에게 2018. 4. 2. 1,000만 원, 2018. 4. 3. 1,000만 원, 2018. 4. 28. 1,000만 원 합계 3,000만 원을 지급하였다.

차. C은 2018. 5. 21. 피고에게 2018. 12. 31.까지 물품잔대금 중 2,000만 원을 지급하고, 그 이후 매분기 말에 1,500만 원씩을 지급할 것을 약속한다는 내용증명서(을 제4호증)를 발송하였다.

카. C은 2018. 7. 21. 피고에게 이 사건 경매 신청에 들어간 집행비용 등의 변제 명목으로 1,823,800원을 지급하였다.

타. 피고는 2018. 7. 25. 이 사건 경매 신청을 취하하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 8호증, 을 제1호증의 1 내지 13, 을 제2 내지 4호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고의 주장

이 사건 근저당권의 피담보채권은 이 사건 매매계약에 따른 61,261,299원의 물품대금 채권인데, C은 피고에게 위 물품대금 채권의 변제를 위하여 2016. 7. 27. 32,001,000원, 2018. 4. 2. 1,000만 원, 2018. 4. 3. 1,000만 원, 2018. 4. 28. 1,000만원, 합계 62,001,000원을 지급하였다. 따라서 이 사건 근저당권의 피담보채권은 변제로 소멸하였으므로, 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다.

나. 피고의 주장

원고는 C의 물상보증인으로서 피고에게 이 사건 근저당권을 설정해 준 것이므로, 이 사건 근저당권의 피담보채권에는 ① 이 사건 매매계약에 따른 61,261,299원의 물품대금 채권뿐만 아니라 ② C과 피고 사이의 기존 거래관계에 따른 82,937,703원의 이 사건 기존 물품대금 채권도 포함된다. 따라서 이 사건 근저당권의 피담보채권의 합계액 144,199,002원(= 61,261,299원

+82,937,703원) 중 62,001,000원만 변제되었을 뿐이어서 잔존 피담보채권 82,198,002원(= 144,199,002원 - 62,001,000원)이 채권최고액 67,000,000원을 초과하므로, 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 없다.

3. 이 사건 근저당권의 피담보채권의 범위

가. 관련 법리

근저당권설정계약서는 처분문서이므로 특별한 사정이 없는 한 그 계약 문언대로 해석하여야 함이 원칙이나, 그 근저당권설정계약서가 일률적으로 정형화된 일반거래약관의 형태로 부동산으로 인쇄하여 두고 사용하는 계약서인 경우에 그 계약 조항에서 피담보채무의 범위를 기존의 채무나 장래에 부담하게 될 모든 채무도 포괄적으로 포함하는 것으로 기재되어 있다고 하더라도, 당해 근저당권설정계약의 체결 경위나 거래관행, 각 채무액과 그 근저당권의 채권최고액과의 관계, 다른 채무액에 대한 별도의 담보 확보 여부 등 여러 사정에 비추어 인쇄된 계약 문언대로 피담보채무의 범위를 해석하면 오히려 일반 거래 관례에 어긋난다고 보여지고 당사자의 의사는 특정한 계속적거래나 일정한 종류의 거래로 인하여 발생하는 채무만을 그 근저당권의 피담보채무로 약정한 취지라고 해석하는 것이 합리적인 때에는, 그 계약서의 포괄적 기재는 부동산으로 인쇄된 일반거래약관의 예문에 불과하므로 그에 구속되지 말고 구체적인 당사자의 의사를 밝혀 그 피담보채무의 범위를 확정하여야 한다(대법원 2000. 3. 28. 선고 99다64292 판결 등 참조).

나. 이 사건에서의 판단

앞서 인정한 사실과 갑 제2호증(근저당권설정계약서)의 기재에 의하여 인정되는 아래 1 내지 3과 같은 사정을 고려하면, 이 사건 근저당권의 피담보채권은 이 사건매매계약에 기한 61,261,299원의 물품대금 채권에 한정된다고 봄이 상당하다(법무사사무실에서 일반거래약관의 형태로 부동산으로 인쇄하여 두고 사용하던 근저당권설정계약서 중 "현재 부담하고 있는 채무"라는 기재는 부동산으로서 인쇄된 예문에 불과하다고 판시한 대법원 2000. 3. 28. 선고 99다64292 판결 참조).

① 이 사건 근저당권의 설정계약을 체결할 때 사용된 근저당권설정계약서(갑 제2호증)는 법무사

사무실에서 일반거래약관의 형태로 부동산자로 인쇄하여 두고 사용하던것으로서, 그 제1조에는 "위 금액을 최고액으로 하여 그의 범위 내에서 기왕, 현재, 장래에 있어서 채무자가 채권자에 대하여 부담할 어음상의 채무, 각종 차용금, 거래상채무, 보증상 채무 기타 일체의 채무금에 공통되는 담보로서 위에 쓴 부동산에 대한 근저당권을 설정한다."고 인쇄되어 있어, 피담보채무의 범위에 C과 피고 사이의 거래와는 무관하거나 적합하지 않은 거래형태로 인한 채무도 포함되어 있으나 당사자가 그 내용을 수정하거나 가감하지 않은 채 이를 그대로 계약서로 이용한 것으로 보인다.

② C은 피고에게 이 사건 근저당권을 설정해 주기 전에 이미 82,937,703원의 이 사건 기존 물품대금 채무를 부담하고 있었으나, 위 82,937,703원의 물품대금 채무에는 물적 담보를 제공하지 않았는데, 그 후 C이 피고에게 추가로 61,261,299원 상당의 물품을 공급하여 줄 것을 요청하자 피고가 물적 담보를 요구하여, C은 자신의 처제인 원고 소유의 이 사건 부동산을 피고에게 담보로 제공하여 채권최고액 67,000,000원인 이 사건 근저당권을 설정하여 주고 피고로부터 61,261,299원 상당의 물품을 공급받게 되었다. 이 사건 근저당권 설정 당시 C은 이미 피고에게 82,937,703원의 이 사건 기존물품대금 채무를 부담하고 있었는데 기존의 82,937,703원의 채무와 새로 부담할 61,261,299원의 채무를 모두 담보하기 위하여 기존의 채무액 82,937,703원보다 적은 채권최고액 67,000,000원의 근저당권을 설정하기로 약정한다는 것은 이례에 속한다.

③ 이 사건 근저당권의 채권최고액 67,000,000원은 이 사건 매매계약에 기한 61,261,299원의 물품대금 채권의 약 110%에 해당하는 금액이다.

4. 이 사건 매매계약에 기한 61,261,299원의 물품대금 채권의 변제 여부

가. 원고의 주장

C은 피고에게 2016. 10. 25. 32,001,000원, 2018. 4. 2. 1,000만 원, 2018. 4. 3. 1,000만 원, 2018. 4. 28. 1,000만 원, 합계 62,001,000원을 지급하였는데, 위 돈은 모두 이 사건 매매계약에 따른 61,261,299원의 채무의 변제에 충당되었다.

나. 관련 법리

1) 채무자가 동일한 채권자에 대하여 같은 종류를 목적으로 한 수개의 채무를 부담한 경우에 변제를 제공하면서 당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 민법 제477조의 규정에 따라 법정변제충당되고, 특히 민법 제477조 제4호에 의하면 법정변제충당의 순위가 동일한 경우에는 각 채무액에 안분비례하여 각 채무의 변제에 충당된다. 따라서 위 안분비례에 의한 법정변제충당과는 달리, 그 법정변제충당에 의하여 부여되는 법률효과 이상으로 자신에게 유리한 변제충당의 지정 또는 변제충당의 합의가 있다거나 해당 채무가 법정변제충당에서 우선순위에 있으므로 해당 채무에 전액변제충당되었다고 주장하는 당사자는 그 사실을 주장·증명할 책임을 진다(대법원 2016.5. 24. 선고 2014다65076 판결 등 참조).

2) 변제자가 주채무자인 경우 보증인이 있는 채무와 보증인이 없는 채무 사이에 전자가 후자에 비하여 변제이익이 더 많다고 볼 근거는 전혀 없으므로 양자는 변제이익의 점에서 차이가 없다고 보아야 한다(대법원 1985. 3. 12. 선고 84다카2093 판결, 대법원 1997. 7. 25. 선고 96다52649 판결, 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다22454 판결 등 참조). 마찬가지로 변제자가 채무자인 경우 물상보증인이 제공한 물적 담보가 있는 채무와 그러한 담보가 없는 채무 사이에도 변제이익의 점에서 차이가 없다고 보아야 한다(대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다8250 판결 참조).

다. 2016. 10. 25.자 32,001,000원의 변제충당

앞서 본 법리에 비추어 보건대, C이 2016. 10. 25. 피고에게 32,001,000원을 지급한 사실은 인정되나, C이 피고에게 위 32,001,000원을 지급하면서 이 사건 매매계약에 기한 61,261,299원의 물품대금 채무의 변제에 충당할 것을 지정하였거나 그와 같이 충당하기로 피고와 합의하였는지에 관하여 보건대, 그와 같은 취지의 갑 제9호증(C 작성진술서)의 일부 기재 및 증인 C의 일부 증언은 (a) 위 1항에서 인정한 사실 및 을 제3호증[내용증명서(F발신)]의 기재에 의하여 인정되는 아래 1, 2와 같은 사정들과 (b)원고와 C의 관계(원고는 C의 처제이다), (c) 원고가 피고에게 이 사건 근저당권을 설정해 준 경위(원고는 C의 부탁으로 피고에게 이 사건 근저당권을 설정해 주었다) 등에 비추어 볼 때 이를 믿기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 아래 1, 2와 같은 사정들에 비추어 보면, 피고는 2016. 10. 25. C으로부터 32,001,000원을 지급받아 이를 82,937,703원의

이 사건 기존 물품대금 채무의 변제에 충당하였다고 보일뿐이므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 을 제3호증[내용증명서(F발신)]의 기재에 의하면, 피고는 2017. 7. 5. C에게 물품잔대금 112,198,002원(= 2016. 1. 11. 기준 82,937,703원 + 이 사건 매매계약에 따른 물품대금 61,261,299원 - 2016. 10. 25. 지급받은 32,001,000원)을 2017. 7. 14.까지 지급할 것을 최고하는 내용증명서(을 제3호증)를 발송하였는데, 위 내용증명서에는 아래표에서 보는 바와 같이 피고가 2016. 10. 25. C으로부터 지급받은 위 32,001,000원들이 사건 기존 물품대금 채무의 변제에 충당하고 이 사건 매매계약에 따른 61,261,299원의 채무에는 전혀 충당하지 아니하여 위 61,261,299원이 전액 미수금 채권으로 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있다. 그런데 C은 그 무렵 피고로부터 위와 같은 내용증명서를 송달 받았음에도 그 변제충당의 방법에 관하여 피고에게 이의를 하지 아니하였다.

[표] 을 제3호증[내용증명서(F 발신)] 중 일부

발주서번호	세금계산서 일자	품명	금액	수금	미수금
H	2015.08.31.	파이프 外	21,497,831원	163,855원	21,333,976원
I					
J					
K					
L	2015.11.30.	파이프 外	29,602,727원		29,602,727원
견적서 M					
견적서 N					

○	2016.04.29.	플레이트 外	61,261,299원		61,261,299원
미수금합계					112,198,002원

② 주채무자인 C의 입장에서는 물상보증인이 제공한 물적 담보가 있는 채무(이 사건 매매계약에 따른

61,261,299원의 채무)와 그러한 담보가 없는 채무(82,937,703원의 이사건 기존 물품대금채무) 사이에 변제이익의 점에서 차이가 없다(앞서 본 대법원 2014.4. 30. 선고 2013다8250 판결 참조). 또한 C이 피고에게 32,001,000원을 지급한 2016.10. 25.은 피고가 이 사건 경매를 신청한 날(2017. 11. 29.)로부터 약 1년 1개월 전이고, 위 변제 시점인 2016. 10. 25. 무렵 피고가 C에게 이 사건 근저당권에 기하여 원고 소유의 이 사건 부동산에 경매를 신청하겠다는 내용의 통지를 하였다고 볼만한 사정도 찾기 어렵다. 따라서 C의 입장에서는 2016. 10. 25. 당시 피고에게 32,001,000원을 지급하면서 이를 이 사건 매매계약에 따른 61,261,299원의 채무에 충당하겠다는 지정충당의 의사표시를 해야 할 상황에 있었다고 보기 어렵다.

③ 원고는, 피고가 이 사건 경매를 취하한 것은 이 사건 근저당권의 피담보채무가 모두 변제되었기 때문이므로, 위 32,001,000원은 마땅히 이 사건 매매계약에 기한 61,261,299원의 물품대금 채무의 변제에 충당된 것으로 보아야 한다고 주장한다. 그러나 피고는 2017. 11. 29. 이 사건 경매를 신청한 뒤에 C으로부터 2018. 4. 2.부터 2018. 4. 28.까지 총 3회에 걸쳐 합계 3,000만 원을 지급받고도 상당한 기간 동안 이사건 경매를 취하하지 않았고, C이 2018. 5. 21. 피고에게 잔존 채무금액에 대한 변제계획을 기재한 내용증명서(을 제4호증)를 제출한 뒤에도 약 2개월 동안 이 사건 경매를 취하하지 않다가 2018. 7. 21.에 이르러서야 C으로부터 이 사건 경매 신청에 들어간 집행비용 등의 변제 명목으로 1,823,800원을 지급받은 뒤 2018. 7. 25. 이 사건 경매를 취하하였다. 이 사건 경매가 취하되기까지의 위와 같은 진행 경과를 고려하면, 피고가 이 사건 근저당권의 피담보채무가 모두 변제되었기 때문에 이 사건 경매를 취하하였다고 보기는 어렵고(만일 원고의 주장과 같이 이 사건 근저당권의 피담보채무가 모두 변제된 것이라면, 피고는 C으로부터 2018. 4. 2.부터 2018. 4. 28.까지 총 3회에 걸쳐 합계 3,000만 원을 지급받은 즉시 이 사건 경매를 취하하였을 것이다), 오히려 피고는 (a) 아래 라. 항에서 보는 바와 같이 이 사건 근저당권의 피담보채무 중 3,000만 원을 일부 변제받은 점, (b) C이 피고에 대한 잔존 채무금액의 변제계획을 기재한 서면(을 제4호증)을 제출한 점과 (c) C과 피고 사이의 기존 거래관계 등을 고려하여 이 사건 근저당권의 피담보채무가 모두 변제되지 않았음에도 불구하고 이 사건 경매 신청에 들어간 집행비용 등을 지급받고 이 사건 경매 신청을 취하한 것이라고 보는 것이 더합리적이다.

라. 2018. 4. 총 3회에 걸쳐 지급한 합계 30,000,000원

C이 피고에게 2018. 4. 2. 1,000만 원, 2018. 4. 3. 1,000만 원, 2018. 4. 28. 1,000만 원, 합계 3,000만 원을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같다.

그런데 갑 제9호증(C 작성 진술서)의 일부 기재 및 증인 C의 일부 증언에 의하면, 피고가 원고 소유의 이 사건 부동산에 이 사건 경매를 신청하자, C이 이 사건 경매를 취하시키기 위하여 피고에게 3,000만 원을 지급한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, C은 피고에게 위 3,000만 원을 지급하면서 이 사건 매매계약에 기한 61,261,299원의 물품대금 채무의 변제에 충당할 것을 지정하였다고 봄이 상당하다.

따라서 위 3,000만 원은 이 사건 매매계약에 기한 61,261,299원의 물품대금 채무의 변제에 충당되었다고 할 것이다.

마. 소결론

그러므로 이 사건 매매계약에 기한 61,261,299원의 물품대금 채권의 잔액은 최종변제충당일인 2018. 4. 28. 기준으로 31,261,299원(= 61,261,299원 - 3,000만 원)이라고 할 것이다.

5. 이 사건 근저당권의 잔존 피담보채무

가. 관련 법리

1) 채무자가 피담보채무 전액을 변제하였다고 하거나, 피담보채무의 일부가 남아있음을 시인하면서 그 변제를 조건으로 저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 청구하였지만, 피담보채무의 범위에 관한 견해 차이로 그 채무 전액을 소멸시키지 못하였거나 변제하겠다는 금액만으로는 소멸시키기에 부족한 경우에 그 청구 중에는 확정된잔존채무의 변제를 조건으로 그 등기의 말소를 구한다는 취지까지 포함되어 있는 것으로 해석하여야 할 것이고, 이러한 경우에는 장래 이행의 소로서 그 저당권설정등기의 말소를 미리 청구할 필요가 있다고 보아야 할 것인바(대법원 1996. 2. 23. 선고 95다9310 판결 등 참조), 위와 같은 법리는 물상보증인이 그 피담보채무 중 자신이 부담하는

채권최고액 전액을 대위변제하였다고 하면서 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다(대법원 2006. 12. 22. 선고2006다51362 판결 참조).

2) 한편, 채무자가 아닌 근저당권설정자가 채무를 대위변제할 경우에 있어서는 채무자 겸 근저당권설정자의 경우와는 달리 그 근저당권에 의하여 부담하는 채무액의 범위는 청산기에 이르러 확정되는 채권 중 근저당설정 계약에 정하여진 채권최고액을 한도로 하는 것이고 이 최고액을 초과하는 부분의 채권액까지 부담하는 것이 아니다(대법원 2000. 3. 28. 선고 99다64292 판결 등 참조).

나. 이 사건에서의 판단

위와 같은 법리에 비추어 보건대, 원고의 이 사건 청구는 이 사건 근저당권에 관한 잔존 피담보채무의 변제를 조건으로 그 등기의 말소를 구하는 장래이행 청구가 포함된 것으로 볼 수 있고, 이 사건 근저당권의 잔존 피담보채무의 범위에 관하여 원고와 피고 사이에 다툼이 있으므로 원고로서는 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 미리청구할 필요도 있다.

한편, 갑 제3, 4호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 매매계약 당시 작성한 구매계약서(갑 제3호증)에 "결제조건: 납품 및 계산서 발행 후 익월 말 현금 결제"라고 기재되어 있는 사실, 피고는 2016. 4. 1. C에게 이 사건 매매계약에 따른 철강 등을 납품하고 세금계산서를 발행한 사실을 인정할 수 있다. 위 인정사실에 의하면, 이 사건 매매계약에 따른 물품대금 채무의 변제기는 2016. 5. 31.(피고가 철강 등을 납품하고 세금계산서를 발행한 2016. 4. 1.의 다음 달 말일)이라고 할 것인데, 피고는 C의 요청(을 제4호증)에 따라 이 사건 매매계약에 따른 물품대금 채무의 변제기를 2018. 12. 31.까지 연기해 주었다고 자인하고 있다(피고의 2019. 12. 20.자 준비서면 2쪽).

따라서 이 사건 근저당권의 잔존 피담보채무는 이 사건 매매계약에 따른 물품잔대금 31,261,299원(= 61,261,299원 - 3,000만 원) 및 이에 대한 2019. 1. 1.부터 다 갚는 날까지 상법에서 정한 연 6%의 비율로 계산한 지연손해금이고, 그 한도는 이 사건 근저당권의 채권최고액인 6,700만 원이라고 할 것이다.

6. 결론

결국 피고는, 원고로부터 6,700만 원을 한도로 하여 이 사건 매매계약에 따른 물품잔대금 31,261,299원 및 이에 대한 2019. 1. 1.부터 다 갚는 날까지 상법에서 정한 연6%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급받으면, 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다.

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 원고의 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김민수