

광주지방법원 목포지원 2018. 7. 20 선고 2017가합11761 판결 [근저당권설정등기말소 청구의 소]

전 문

원고A

피고농업회사법인 주식회사 보람

변론 종결2018. 6. 26.

판결 선고2018. 7. 20.

주 문

1. 피고는 원고로부터 39,088,283원 및 이에 대하여 2017. 6. 22.부터 다 갚는 날까지 연 6%의 비율에 의한 금원을 지급받은 다음 원고에게,
가. 별지1 제1목록 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 진도등기소 2015. 7. 30. 접수 제6129호로 마친 각 근저당권설정등기의,
나. 별지1 제2목록 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 순천지원 고흥등기소 2015. 8. 12. 접수 제15258호로 마친 각 근저당권설정등기의,
다. 별지1 제3목록 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 무안등기소 2015. 8. 19. 접수 제18236호로 마친 각 근저당권설정등기의
각 말소등기절차를 이행하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 1/2은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 주문 제1항 기재 각 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.1)

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 전남 고흥군 등에서 돼지를 사육하는 자이고, 피고는 원고 등에게 사료를 공급하는 회사이다.

나. 원고는 2015. 6.경 피고와 피고로부터 돼지 사료를 공급받는 내용의 거래공급약정(이하 '이 사건 사료공급 약정'이라 한다)을 체결하고, 그 무렵부터 피고로부터 사료를 공급받아 왔으며, 2015. 7. 29. 피고와 별지1 제1 내지 3목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 채권최고액을 5억 원으로 하고, 위 채권최고액의 범위 안에서 원고와 피고 사이의 상거래로 인하여 발생하는 모든 채무 등을 담보하는 내용의 근저당권설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다)을 체결하였다.

다. 원고는 2015. 7. 30. 피고에게 이 사건 근저당권설정계약의 피담보채무와 동일한 채무에 대한 담보로 원고 소유의 돼지 2,000두에 대하여 채권액을 450,000,000원으로 하여 공증인가 B합동법률사무소 2015년 제1193호 양도담보부금전소비대차계약 공정증서(이하 '이 사건 공정증서'라고 합니다)를 작성해 교부하여 주었다.

라. 원고는 이 사건 근저당권설정계약을 원인으로 하여 피고에게 별지1 제1목록 각 부동산에 관하여 광주지방법원 진도등기소 2015. 7. 30. 접수 제6129호로 각 근저당권설정등기를, 별지1 제2목록 각 부동산에 관하여 광주지방법원 순천지원 고흥등기소 2015. 8. 12. 접수 제15258호로 각 근저당권설정등기를, 별지1 제3목록 각 부동산에 관하여 광주지방법원 무안등기소 2015. 8. 19. 접수 제18236호로 각 근저당권설정등기(이하 위 각 근저당권설정등기를 통틀어 '이 사건 각 근저당권설정등기'라 하고, 이에 대한 근저당권을 '이 사건 근저당권'이라 한다)를 각 마쳐주었다. [인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 4, 5호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을

제1, 3, 4호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장

피고는 이 사건 공정증서에 기하여 원고 소유의 돼지에 대한 유체동산압류신청을 하여 138,599,080원을 배당받았고, 원고의 동의 없이 50,000,000원 상당의 원고 소유의 돼지 328두를 가지고 가 버렸는데, 이 사건 근저당권의 피담보채무액에서 위 배당금액 및 피고가 가지고 간 돼지의 가액을 공제할 경우, 이 사건 근저당권의 잔존 피담보채무액은 311,400,920원에 불과하다. 이에 원고는 피고에게 위 311,400,920원 변제하려고 하였으나, 피고가 수령을 거절하여 이를 변제 공탁하였으므로, 이 사건 근저당권의 피담보채무는 모두 소멸되었다고 보아야 한다. 따라서 피고는 원고에게 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 피고의 주장

이 사건 근저당권의 피담보채권으로 사료대금 및 대여금 채권과 그에 대한 연체료 채권이 존재하는데, 원고가 변제 또는 공탁한 금액은 위 피담보채권액에 미치지 못한다. 또한 이 사건 근저당권설정계약은 원고와 피고 사이의 상거래로 인하여 발생하는 모든 채무를 담보하는데, 원고는 피고가 사육을 위탁하고 원고 농장에 입식한 총 1,190두의 돼지 중 299마리를 원고의 관리소홀로 폐사하게 하여 피고에게 121,374,565원의 손해를 입혔으므로, 위 손해배상채권 또한 이 사건 근저당권의 피담보채권에 포함된다. 따라서 이 사건 근저당권의 피담보채무가 모두 소멸되었다고 볼 수 없다.

3. 판단

가. 피담보채권의 확정

1) 피담보채권의 확정시기 근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 경우에는 경매신청시에 근저당권의 피담보채권액이 확정되고, 그 이후부터 근저당권은 부종성을 가지게 되어 보통의 저당권과 같은 취급을 받게 된다(대법원 1997. 12. 9. 선고 97다25521 판결 등 참조). 원고와 피고 사이에 상거래로 인하여 발생하는 모든 채무 등을 담보하기 위하여 이 사건 근저당권설정계약이 체결되었고, 그에 따라 이 사건 각 근저당권설정등기가 마쳐진 사실은 앞서 본

바와 같고, 피고는 원고의 피담보채무 불이행을 이유로 별지 제1목록 각 부동산에 대하여 2016. 3. 15. 광주지방법원 해남지원 C로 각 부동산임의경매신청을 하여 2016. 3. 16. 경매개시결정을, 별지1 제2목록 각 부동산에 대하여 2016. 3. 15. 광주지방법원 순천지원 D로 각 부동산임의경매신청을 하여 2016. 3. 16. 경매개시결정을, 별지 제3목록 각 부동산에 대하여 2016. 3. 10. 광주지방법원 목포지원 E로 각 부동산임의경매신청을 하여, 2016. 3. 11. 경매개시결정을 각 받은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제3, 5호증의 각 기재, 이 법원의 현저한 사실에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있으므로, 피고가 이 사건 근저당권의 피담보채무 불이행을 이유로 최초 임의경매를 신청한 2016. 3. 10.에 이 사건 근저당권의 피담보채권이 확정된다고 보아야 한다.

2) 피담보채권액 가) 사료대금 및 대여금 채권

피고가 2015. 6.경 원고와 이 사건 사료공급 약정을 체결하고 그 무렵부터 원고에게 사료를 공급하여 온 사실은 앞서 본 바와 같고, 2015. 12. 31. 현재 원고는 피고에게 118,978,486원의 사료대금 채무와 피고와 사료공급 거래 과정에서 발생한 346,400,000원의 차용금 채무를 부담하고 있었던 사실, 피고는 원고에게 2016. 1. 31. 27,251,300원 상당의 사료를, 2016. 2. 29. 16,976,100원 상당의 사료를 각 공급한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 을 제1, 2, 5, 6호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있으므로, 원고는 피고에게 163,205,886원(=2015. 12. 31.자 사료대금 잔액 118,978,486원 + 2016. 1. 31.자 사료대금 27,251,300원 + 2016. 2. 29.자 사료대금 16,976,100원)의 사료대금 채무와 346,400,000원의 차용금 채무를 각 부담한다.

위 사료대금 채권 및 대여금 채권의 발생일이 앞서 본 이 사건 근저당권의 피담보채무 확정일인 2016. 3. 10. 이전임은 역수상 명백하므로, 원고와 피고 사이의 사료공급 거래 과정에서 발생한 위 사료대금 채권과 대여금 채권은 이 사건 근저당권의 피담보채권에 포함된다.

나) 사료대금의 연체료

을 제2호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 2015. 6.경 원고와 사이에 이 사건 사료공급 약정의 부속 약정으로 피고가 원고에게 공급하는 사료의 매매가격, 결제시기, 연체료 등에 관한 사항을 별도로 정한 약정(이하 '이 사건 매매가격 약정'이라 한다)을 체결한 사실, 이 사건 매매가격 약정은 '대금 결제시기는 피고의 회전일 계산법에 의한 0일을 회전일을 충족시키는 것으로

한다(제1조 나항), 피고는 피고의 회전일 계산방법에 의하여 구매자가 약정회전일 준수시 연 12%의 회전장려금을 지급하고, 약정회전일 초과시 1일당 연 12%의 연체료를 부과한다(제3조 가항), 거래중단시에는 약정회전 경과일부터 회수시까지 미회수금에 대하여 연 18%의 연체료를 부과할 수 있다(제3조 다항)'고 각 정하고 있는 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 원고는 피고로부터 공급받은 사료에 대하여 약정회전일 초과시 사료대금에 대하여 연 12%의 연체료를 지급하여야 하는데, 통상 매매계약에서 매도인의 의무와 매수인의 의무는 동시이행의 관계에 있고, 이 사건 매매가격 약정에서 '대금 결제시기는 피고의 회전일 계산법에 의한 0일을 회전일을 충족시키는 것으로 한다'고 정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 위 연체료가 발생하는 약정회전일은 원고가 사료를 공급받은 날을 의미한다고 보이므로, 원고는 사료를 공급받은 날 피고에게 해당 사료대금을 지급하여야 하고, 이를 지체할 경우 미지급 사료대금에 대하여 연 12%의 연체료를 지급하여야 한다.

한편 이 사건 매매가격 약정에서 거래 중단시에는 미회수금에 대하여 연 18%의 연체료를 부과할 수 있다고 정하고 있음은 앞서 본 바와 같고, 을 제8 내지 10호증(을 제10호증은 원고의 인영 부분에 다툼이 없어 문서 전체의 진정성립이 추정된다)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 2016. 2. 29. 원고에게 사료를 공급한 이후 더 이상 사료를 공급하지 않은 사실, 피고는 2016. 3.경 원고의 미지급 사료대금을 변제받기 위하여 원고의 동의 없이 이 사건 공정증서에 의하여 담보로 제공된 돼지 266두를 임의로 가지고 가 처분한 사실, 피고는 2016. 3. 4. 원고와 위 처분한 돼지 266두를 피고가 53,660,802원에 매수하되, 그 매매대금을 원고와 피고 사이에 거래에서 발생한 외상대금으로 상환한다는 내용의 돼지 매매계약을 체결한 사실, 피고는 원고에게 위 매매대금 53,660,802원을 지급하는 대신 원고의 미지급 사료대금에서 이를 공제한 사실을 인정할 수 있는바, 적어도 위 2016. 3. 4.부터는 원고와 피고 사이의 사료거래가 중단되었다고 봄이 상당하므로, 피고는 2016. 3. 5.부터는 원고에게 미지급 사료대금에 대하여 연 18%의 연체료를 청구할 수 있다.

그런데 2015. 12. 31. 기준 사료대금 잔액이 118,978,486원이고, 피고가 원고에게 2016. 1. 31. 27,251,300원 상당의 사료를, 2016. 2. 29. 16,976,100원 상당의 사료를 공급한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 원고는 피고에게 위 118,978,486원에 대하여는 2016. 1. 1.부터, 위

27,251,300원에 대하여는 2016. 2. 1.부터, 위 16,976,100원에 대하여는 2016. 3. 1.부터 각 사료거래가 중단된 2016. 3. 4.까지는 각 연 12%의, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 각 연 18%의 각 비율에 의한 연체료 채무를 부담한다. 위 사료대금 채권이 이 사건 근저당권의 피담보채권에 포함됨은 앞서 본 바와 같으므로, 그에 부수하는 위 연체료 채권 또한 이 사건 근저당권의 피담보채권에 포함된다.

다) 대여금에 대한 이자

피고는 위 대여금 346,400,000원에 대하여도 이 사건 매매가격 약정에 따른 연체료가 발생한다고 주장하나, 이 사건 매매가격 약정은 사료대금과 관련된 약정에 불과할 뿐이고, 달리 원고와 피고가 위 대여금에 대하여도 이 사건 매매가격 약정의 연체료 규정을 적용하기로 정하였다고 인정할 별다른 증거가 없으므로, 위 대여금에 대하여는 이 사건 매매가격에 약정에 따른 약정 연체료를 그대로 적용할 수는 없다.

다만 위 대여금은 상인인 피고가 그 사료 공급 상대방인 원고와 사료공급 거래 과정에서 대여한 금원으로서, 피고는 위 대여금에 대하여 상법에 따른 연 6%의 법정이율에 따른 이자를 청구할 수 있으므로, 원고는 피고에게 346,400,000원에 대하여 2016. 1. 1.부터 다 갚는 날까지 연 6%의 비율에 의한 이자 채무를 부담한다. 위 대여금 채권이 이 사건 근저당권의 피담보채권에 포함됨은 앞서 본 바와 같으므로, 그에 부수하는 위 이자 채권 또한 이 사건 근저당권의 피담보채권에 포함된다.

3) 손배배상채권이 이 사건 근저당권의 피담보채권에 포함되는지 여부 을 제11, 14, 17호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 2015. 12.경 피고에게, 도·폐사율에 따라 차등적으로 적용된 위탁비와 두당 2,000원의 약품비를 각 지급받고, 자돈(새끼돼지) 입식시 클레임 처리는 입식 후 3일 이전까지 상호간에 협의하여 결정하며, 위 조건은 2015. 12. 18.부터 같은 달 20.까지 입식한 450두부터 적용한다는 내용의 위탁비 조건표에 서명·날인하여 피고에게 교부한 사실, 피고는 원고 소유의 F농장에 2015. 12. 18.부터 같은 달 20.까지 자돈 450두를, 2016. 1. 2. 자돈 440두를, 2016. 1. 9. 자돈 300두 합계 1,190두를 각 입식한 사실, 이후 피고는 2016. 3. 18.부터 같은 해 6. 2.까지 14회에 걸쳐 F농장에 있던 위 1,190두의 돼지 중 891두를 출하하였으나, 나머지 299두의 돼지는 폐사한 사실, 원고는 2016. 9. 26. 피고의 신청에 따른 광주지방법원 2016회확24

회생채권조사확정 사건의 심문기일에 출석하여 '피고가 원고에게 사육을 위탁하여 원고 운영의 진도군 소재 양돈장에 입식한 돼지 중 일부가 폐사한 것은 인정하나, 원고는 위 양돈장을 제3자에 임대하여 임차인으로 하여금 돼지를 사육하게 하였으므로, 그 손해에 대한 책임이 없다'고 진술한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 비추어 보면, 원고가 피고와 사이에 피고로부터 돼지를 위탁받아 사육하면서 위탁비 등을 지급받는 내용의 위탁사육계약을 체결한 뒤 실제 돼지를 위탁받아 사육해온 사실은 인정된다. 그러나 피고의 주장처럼 원고의 관리소홀로 인해 위탁사육하던 돼지 중 299마리가 폐사하였고, 그로 인한 원고의 손해배상채무가 이 사건 근저당권설정계약에서 정한 원고와 피고 사이의 상거래로 인하여 생긴 채무에 해당된다고 하더라도, 이 사건 근저당권은 피고의 임의경매신청에 따라 2016. 3. 10.에 그 피담보채권이 확정되었음은 앞서 본 바와 같으므로, 돼지 폐사로 인한 손해배상채권이 이 사건 근저당권의 피담보채권에 포함되기 위하여는 2016. 3. 10. 이전에 채권이 발생하였어야 한다. 그런데 피고는 위탁한 돼지의 폐사시기나 손해배상채권의 발생시기에 관하여 별다른 주장을 하고 있지 않을 뿐만 아니라, 달리 위탁한 돼지가 2016. 3. 10. 이전에 폐사하였다고 인정할만한 증거도 없으므로, 피고 주장의 손해배상채권이 이 사건 근저당권의 피담보채권에 포함된다고 볼 수 없다.

4) 소결론 결국 이 사건 근저당권의 피담보채권액은 사료대금 163,205,886원 및 그 중 118,978,486원에 대하여는 2016. 1. 1.부터, 27,251,300원에 대하여는 2016. 2. 1.부터, 16,976,100원에 대하여는 2016. 3. 1.부터 각 2016. 3. 4.까지는 각 연 12%의, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 각 연 18%의 각 비율에 의한 연체료와 대여금 346,400,000원 및 이에 대한 2016. 1. 1.부터 다 갚는 날까지 연 6%의 비율에 의한 이자라고 할 것이다.

나. 피담보채무의 소멸 여부

피고가 2016. 3. 4. 원고 소유의 돼지 266두를 53,660,802원에 매수한 뒤 원고에게 위 매매대금 53,660,802원을 지급하는 대신 원고의 미지급 사료대금에서 이를 공제한 사실은 앞서 본 바와 같고, 원고가 2016. 1. 7. 피고에게 1,365,207원을 변제한 사실, 피고는 이 사건 공정증서를 집행권원으로 하여 원고 소유의 돼지에 대하여 광주지방법원 순천지원 2016본421호로 유체동산압류신청을 하여, 2016. 4. 19. 위 사건에서 138,599,080원을 배당받은 사실, 원고가 2017. 6. 8. 피고를

피공탁자로 하여 이 사건 근저당권의 피담보채무 변제를 위해 311,402,920원을 공탁한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제4, 6호증, 을 제7호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있으며, 피고가 2016. 6. 21. 위 공탁금 311,402,920원을 이의를 유보하고 수령한 사실은 피고가 자인하고 있으므로, 원고는 피고에게 합계 505,026,009원(=53,660,802원 + 1,365,207원 + 138,599,080원 + 311,400,920원)을 변제하였다고 보아야 한다.

위 변제로 앞서 본 이 사건 근저당권의 피담보채무가 모두 소멸되었는지에 관하여 살피건대, 별지2 총당액 계산표 기재와 같이 위 각 변제시기에 원고가 변제한 금액이 그 때까지 발생한 피담보채무액에 미치지 못함이 계산상 명백하고, 원고와 피고 사이에 위 금액을 민법 제479조에 정하고 있는 법정변제총당의 순서와 달리 총당하기로 합의가 있었다거나, 원고 또는 피고가 총당할 채무를 지정하였다는 점에 관한 원고 또는 피고의 아무런 주장·입증이 없으므로, 원고가 변제한 위 금원은 법정변제 총당순서에 따라 별지2 총당액 계산표 기재와 같이 피담보채무의 변제에 총당되었다고 보아야 한다.

따라서 이 사건 변론종결일 현재 이 사건 근저당권의 피담보채무는 39,088,283원의 차용금 채무와 이에 대한 2017. 6. 22.부터 다 갚는 날까지 연 6%의 비율에 의한 이자 채무가 잔존하고 있다고 보아야 하므로, 이 사건 근저당권의 피담보채무가 모두 소멸되었다고 볼 수 없다.

다. 소결론

결국 이 사건 근저당권의 피담보채무가 모두 소멸되었다고 볼 수 없으므로, 피담보채무가 모두 소멸되었음을 전제로 한 원고의 청구는 이유 없다.

그러나 원고가 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서 근저당권설정등기에 대한 말소등기절차의 이행을 청구하였으나 그 원리금의 계산 등에 관한 다툼 등으로 인하여 변제액이 채무 전액을 소멸시키는데 미치지 못하고 잔존채무가 있는 것으로 밝혀진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원고의 청구 중에는 확정된 잔존채무를 변제하고 그 다음에 위 등기의 말소를 구한다는 취지도 포함되어 있는 것으로 해석함이 상당하고, 이는 장래 이행의 소로서 미리 청구할 이익도 인정된다고 할 것이므로(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다83694 판결 등 참조), 피고는 원고로부터 잔존채무인 위 대여금 39,088,283원 및 이에 대하여 2017. 6. 22.부터 다 갚는 날까지 연 6%의

비율에 의한 이자를 지급받은 다음 원고에게 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사고은설

판사이근철

판사이호연

별지

1) 원고는 예비적 청구로 잔존 피담보채무액의 변제(또는 공탁)를 조건으로 한 각 근저당말소등기절차의 이행을 구하나, 예비적 청구는 주위적 청구와 양립할 수 없는 관계에 있어야 하므로 주위적 청구와 동일한 목적물에 관하여 동일한 청구원인을 내용으로 하면서 주위적 청구를 양적·질적으로 일부 감축하여 하는 청구는 주위적 청구에 흡수되는 것일 뿐 소송상 예비적 청구라고 할 수 없는바(대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결 등 참조), 이 사건 예비적 청구는 주위적 청구에 흡수되므로 예비적 청구에 대하여 별도로 판단하지 아니 한다.