

서울고등법원

제 23 민사부

판 결

사 건 2011나37416 배당이의

원고, 항소인 1. ●●●●  
2. ○○○○  
원고들 소송대리인 법무법인 ○○○○  
담당변호사 ○○○, ○○○, ○○○, ○○○

피고, 피항소인 1. ◇◇◇◇  
2. ◆◆◆◆  
3. □□□□  
4. ■■■■  
5. △△△△  
피고 1, 3의 소송대리인 법무법인 (유한) ○○○○  
담당 변호사 ○○○, ○○○

제 1 심 판결 의정부지방법원 고양지원 2011. 4. 14. 선고 2010가합5366 판결

변 론 종 결 2012. 2. 1.

판 결 선 고 2012. 2. 22.

주 문

1. 제1심판결 중 피고 □□□, ■■■, △△△에 대한 부분을 다음과 같이 변경한다.

의정부지방법원 고양지원 2009타경17468, 2009타경36797(중복) 부동산 임의경매 사건에 관하여 위 법원이 2010. 5. 28. 작성한 배당표 중 피고 □□□에 대한 배당액 121,947,448원을 0원으로, 피고 ■■■에 대한 배당액 16,946,613원을 11,480,161원으로, 피고 △△△에 대한 배당액 22,708,469원을 15,383,417원으로, 원고들에 대한 배당액 2,520,000,000원을 2,654,738,952원으로 각 경정한다.

2. 원고들의 피고 ◇◇◇, ◆◆◆에 대한 항소를 모두 기각한다.

3. 원고들과 피고 □□□ 사이의 소송 총비용은 피고 □□□이 부담하고, 원고들과 피고 ■■■, △△△ 사이의 소송 총비용은 각자 부담하며, 원고들과 피고 ◇◇◇, ◆◆◆ 사이의 항소비용은 원고들이 부담한다.

### 청구취지 및 항소취지

제1심판결을 다음과 같이 변경한다. 의정부지방법원 고양지원 2009타경17468, 2009타경36797(중복) 부동산 임의경매 사건에 관하여 위 법원이 2010. 5. 28. 작성한 배당표 중 피고 ◇◇◇에 대한 배당액 800,000,000원, 피고 ◆◆◆에 대한 배당액 180,000,000원, 피고 □□□에 대한 배당액 121,947,448원, 피고 ■■■에 대한 배당액 16,946,613원, 피고 △△△에 대한 배당액 22,708,469원을 각 0원으로, 원고들에 대한 배당액 2,520,000,000원을 3,661,602,530원으로 각 경정한다.

## 이 유

### 1. 기초 사실

[인정 근거] 갑1 내지 6호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

### 가. 원고들의 담보가등기

1) 원고들은 2002. 4. 19. ▲▲▲(이하 '▲▲▲'이라 한다)에 돈을 대여하기로 하였다(소비대차계약의 구체적인 내용에 대해서는 뒤에서 다시 살펴본다).

2) 원고들은 위 대여금 채권을 담보하기 위하여 같은 날 ▲▲▲ 소유의 ▽▽▽ 임야 2,087㎡(이하 '이 사건 토지'라고 한다)에 관하여 가등기담보계약을 체결하고, 이 사건 토지에 관하여 원고들 앞으로 소유권이전담보가등기(이하 '이 사건 담보가등기'라고 한다)를 마쳤다.

3) 이 사건 담보가등기 신청서에 첨부된 담보가등기 계약서에는 대여 원금이 2,400,000,000원, 변제기가 2002. 8. 19.로 되어 있고, 이자는 기재되어 있지 않다.

### 나. ▼▼▼ 등의 근저당권설정등기

1) 이 사건 담보가등기에 이어서 이 사건 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권설정등기와 가압류기입등기 등이 마쳐졌다.

2) 피고 □□□의 근저당권 설정 후에도 다수의 근저당권설정등기와 가압류기입등기가 마쳐졌으나, 뒤에서 보는 경매사건의 배당절차에서 그들에 대한 배당액은 선순위 근저당권자인 피고 ◆◆◆, □□□, 제1심 공동피고 ☆☆☆에게 전부 흡수되었다.

권리자	등기 접수일	등기의 내용	채권최고액/청구금액
원고들	2002. 4. 19.	담보가등기	
▼▼▼(제1심 공동피고)	2002. 11. 6.	근저당권	700,000,000원
피고 ◇◇◇	2003. 3. 14.	근저당권	800,000,000원
피고 ■■■	2003. 8. 4.	가압류	200,000,000원

피고 △△△	2004. 2. 16.	가압류	268,000,000원
피고 ◆◆◆	2004. 5. 31.	근저당권	180,000,000원
☆☆☆(제1심 공동피고)	2004. 6. 15.	근저당권	200,000,000원
피고 □□□	2004. 6. 19.	근저당권	300,000,000원

#### 다. 이 사건 토지에 관한 임의경매절차의 진행

1) 근저당권자인 피고 ◇◇◇이 2009. 6. 5. 이 사건 토지에 관한 임의경매신청을 하여(의정부지방법원 고양지원 2009타경17468), 2009. 6. 8. 임의경매개시결정이 내려졌다.

2) 원고들이 2009. 12. 15. 이 사건 토지와 ★★★ 임야 403m<sup>2</sup>에 관한 임의경매신청을 하여(같은 지원 2009타경36797), 2009. 12. 19. 임의경매개시결정이 내려짐에 따라 위 경매절차가 중복 진행되었다(원고들은 2009. 12. 18. 위 ★★★ 임야에 관한 임의경매신청을 취하하였다).

3) 원고들은 위 2009타경17468, 2009타경36797(중복) 임의경매절차에서 가등기 담보채권이 "대여 원금 2,400,000,000원, 이자 2,336,000,000원(2002. 4. 19.부터 2010. 5. 28.까지 월 1%의 비율로 계산한 금액), 집행비용 6,704,200원의 합계 4,742,704,200원"이라는 채권계산서를 제출하였다.

#### 라. 집행법원의 배당

1) 집행법원은 2010. 5. 28. 배당할 금액 4,703,582,562원에서 집행비용 8,946,822원을 공제한 나머지 4,694,635,740원을 실제 배당할 금액으로 하여, 다음과 같은 배당표(이하 '이 사건 배당표'라고 한다)를 작성하였다.

채권자	배당순위	이유	배당액
▣▣▣	1	임금채권자	31,064,600원
국, 파주세무서	2	압류권자(당해세)	58,854,010원
파주시	2	압류권자(당해세)	43,114,600원
원고들	3	가등기권자	2,520,000,000원
▼▼▼(제1심 공동피고)	4	근저당권자	700,000,000원
피고 ◇◇◇	5	근저당권자	800,000,000원
피고 ■■■	6	가압류권자	16,946,613원
피고 △△△	6	가압류권자	22,708,469원
피고 ◆◆◆	6	근저당권자	180,000,000원
☆☆☆(제1심 공동피고)	6	근저당권자	200,000,000원
피고 □□□	6	근저당권자	121,947,448원

2) 집행법원이 위와 같이 원고들에게 대여원금 2,400,000,000원과 이에 대하여 1년간 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금 120,000,000원의 합계 2,520,000,000원을 배당하자, 원고들은 위 배당기일에 ▣▣▣와 피고들 5명, 제1심 공동피고 2명의 배당액 전액에 대하여 이의를 제기하고, 2010. 6. 3. 이 사건 소를 제기하였다(원고는 그 후 2010. 12. 15. ▣▣▣에 대한 소를 취하하였다).

## 2. 원고들 주장의 요지

### 가. 피담보채권의 범위에 관하여

1) 집행법원은 이 사건 담보가등기의 피담보채권의 범위를 담보가등기의 원인증서인 담보가등기 계약서만으로 판단하여 2002. 8. 20.부터의 이자를 인정하지 않았으나, 위 피담보채권의 범위는 당사자들 사이의 약정에 따라 결정되어야 할 것이고, 그 약정

에 따르면 피담보채권은 다음과 같이 원금 24억 원과 2002. 8. 20.부터 변제기까지의 월 1%의 이율에 의한 이자이다.

즉, 원고들은 2002. 4. 19. ▲▲▲에 2,000,000,000원을 대여하면서 변제기를 4개월 후인 2002. 8. 19.로, 그때까지의 이자의 이율을 월 5%로 약정하였고, ▲▲▲이 위 변제기까지 대여 원리금을 갚지 못하는 경우에는 그때까지의 대여 원리금 24억 원을 다시 대여하는 것으로 하되, 변제기를 이 사건 토지 위에 신축할 건물의 착공 후 3개월 이내로, 2002. 8. 20.부터 그때까지의 이자의 이율을 월 1%로 약정하였다.

그런데 ▲▲▲은 2002. 8. 19.까지 대여 원리금을 전혀 갚지 않았으므로, 그 다음 날부터는 원고들의 대여 원금이 24억 원이 되고, 이자의 이율은 월 1%가 된다.

#### 나. 민법 제360조의 적용 여부에 관하여

1) 집행법원은 담보가등기의 효력이 미치는 피담보채권의 범위에 관하여 민법 제360조가 적용 또는 준용된다고 보아, 대여 원금 2,400,000,000원과 이에 대하여 이행 기일을 경과한 후의 1년분의 지연손해금으로서 연 5%의 비율로 계산한 120,000,000원의 합계 2,520,000,000원만을 원고들에게 배당하였다.

2) 그런데 일본국의 가등기담보계약에 관한 법률이 제13조에서 이자와 지연손해금의 범위에 관하여 명문의 규정을 두고 있는 것과는 달리, 우리나라의 가등기담보 등에 관한 법률(이하 '가등기담보법'이라 한다)에는 이러한 명문의 규정이 없으므로, 민법 제360조를 적용할 법률상의 근거가 없고, 위 규정을 준용하거나 유추 적용할 근거도 없다. 따라서 집행법원의 배당은 잘못된 것이고, 설령 그렇지 않다고 하더라도 지연손해금의 비율은 상법에 정한 연 6%로 계산되어야 한다.

#### 다. 집행비용에 관하여

원고들은 집행비용으로 6,704,200원을 지출하였으므로, 위 집행비용이 원고들의 배당액에 포함되어야 한다.

### 3. 판단

#### 가. 이 사건 소비대차계약의 내용에 관하여

##### 1) 법리

가등기의 원인증서인 매매예약서상의 매매대금은 가등기절차의 편의상 기재하는 것에 불과하고, 가등기의 피담보채권이 그 한도로 제한되는 것은 아니며, 피담보채권의 범위는 당사자의 약정 내용에 따라 결정된다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다39387, 39394 판결 참조).

소유권이전담보가등기의 원인증서로 담보가등기 계약서가 제출된 경우에도 마찬가지로 위와 같은 법리가 적용되어야 할 것이다.

##### 2) 인정되는 사실

갑4 내지 6호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고들은 2002. 4. 19. ▲▲▲에 2,000,000,000원을 대여하면서 변제기를 4개월 후인 2002. 8. 19.로, 변제기까지의 이자의 이율을 월 5%로 약정하였고, ▲▲▲이 변제기까지 위 대여 원리금을 갚지 않는 경우에는 2002. 8. 20.부터 위 대여 원리금의 합계 24억 원에 대하여 월 1%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급하기로 약정한 사실, ▲▲▲은 위 변제기까지 대여 원리금을 전혀 갚지 못한 사실을 인정할 수 있다.

##### 3) 위 인정 사실을 초과하는 원고들의 주장에 관한 판단

이 부분 원고들의 주장에 부합하거나 부합하는 듯한 증거로는 갑9호증(사실확인서), 갑10호증(인증서), 갑13호증(사실확인서)의 각 기재와 제1심 증인 ㉮㉮㉮의 증언이 있다.

그런데 갑10호증은 사서증서 인증서의 사본으로서, 같은 내용의 원본이 존재한다거나 그 원본이 진정하게 성립하였음이 인정되지 않으므로, 위 사서증서 인증서의 사본은 그와 같은 내용의 사본이 존재한다는 것 이상의 증거가치가 없다.

나아가 갑9, 13호증의 각 기재와 ㉮㉮㉮의 증언은 대체로 갑10호증의 기재에 기초한 진술인데다가 앞서 든 증거들에 비추어 보더라도 선뜻 믿기 어렵다.

그 밖에 달리 원고들의 이 부분 주장을 인정할 증거가 없다.

#### 나. 민법 제360조의 유추 적용 여부에 관하여

1) 민법 제360조[피담보채권의 범위]는 "저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보한다. 그러나 지연배상금에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다."고 규정하고 있다.

그런데 가등기담보법 제13조[우선변제청구권]는 "담보가등기를 마친 부동산에 대하여 강제경매 등이 개시된 경우에 담보가등기권리자는 다른 채권자보다 자기 채권을 우선변제 받을 권리가 있다. 이 경우 그 순위에 관하여는 그 담보가등기권리를 저당권으로 보고, 그 담보가등기를 마친 때에 그 저당권의 설정등기가 행하여진 것으로 본다."고 규정하고 있다.

이처럼 가등기담보법 제13조는 강제경매 등이 개시된 경우, 담보가등기의 순위에

대해서는 위와 같이 명시적으로 규정하면서도 담보가등기의 효력이 미치는 피담보채권의 범위에 대해서는 명시적인 규정을 두지 않고 있어, 피담보채권의 범위에 관한 민법 제360조의 적용 가능성이 문제 된다.

2) 그런데 가등기담보법 제12조[경매의 청구] 제1항은 "담보가등기권리자는 그 선택에 따라 제3조에 따른 담보권을 실행하거나 담보목적 부동산의 경매를 청구할 수 있다. 이 경우 경매에 관하여는 담보가등기권리를 저당권으로 본다."고 규정하고 있다.

나아가 가등기담보법은 제3조[담보권 실행의 통지와 청산기간] 제1항에서 "채권자가 담보계약에 따른 담보권을 실행하여 그 담보목적 부동산의 소유권을 취득하기 위하여는 그 채권의 변제기 후에 제4조의 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지하고, 그 통지가 채무자 등에게 도달한 날부터 2개월이 지나야 한다. 이 경우 청산금이 없다고 인정되는 경우에는 그 뜻을 통지하여야 한다."고 규정하고, 제2항에서 "제1항에 따른 통지에는 통지 당시의 담보목적 부동산의 평가액과 민법 제360조에 규정된 채권액을 밝혀야 한다. 이 경우 부동산이 둘 이상인 경우에는 각 부동산의 소유권 이전에 의하여 소멸시키려는 채권과 그 비용을 밝혀야 한다."고 규정하며, 제4조[청산금의 지급과 소유권의 취득] 제1항 전문에서 "채권자는 제3조 제1항에 따른 통지 당시의 담보목적 부동산의 가액에서 그 채권액을 뺀 금액을 채무자 등에게 지급하여야 한다."고 규정하고 있다.

3) 위와 같이 담보가등기권리자는 그 선택에 따라 담보권을 사적으로 실행하거나 경매를 청구할 수 있는데(가등기담보법 제12조), 사적 실행의 경우와 경매의 경우에 담보가등기의 효력이 미치는 피담보채권의 범위를 다르게 볼 근거가 없다. 또한, 가등기담보법 제12조 제1항 후문은 "이 경우 경매에 관하여는 담보가등기권리를 저당권으

로 본다."고 명시적으로 규정하고 있다. 따라서 경매의 경우에도 사적 실행의 경우와 마찬가지로 민법 제360조가 유추 적용된다고 보는 것이 타당하다.

4) 한편, 가등기담보법 제11조[채무자의 말소청구권] 본문은 "채무자 등은 청산금 채권을 변제받을 때까지 그 채무액(반환할 때까지의 이자와 손해금을 포함한다)을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다."고 규정하고 있는데, 이는 담보가등기 또는 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구하기 위하여 채무자나 물상보증인 등이 지급하여야 할 채무액을 규정한 것으로서, 담보가등기 계약 당사자 사이의 권리의무에 관한 당연한 규정이다.

그런데 담보가등기 계약 당사자 사이에서 피담보채권의 범위를 위와 같이 보아야 한다고 하여, 담보가등기권리자가 후순위 권리자 등 제삼자에 대하여 담보가등기의 우선변제권으로 대항할 수 있는 피담보채권의 범위를 이와 같게 보아야 할 논리적 필연성은 없다. 가등기담보법 제11조가 적용되는 것은 채무자 등이 담보목적 부동산을 환수하는 경우로서 이때에는 담보가등기 계약 당사자 사이의 권리의무를 특별히 더 조정할 필요가 있다거나 후순위 권리자 보호의 문제가 있다고 보기 어려운 반면, 사적 실행이나 경매의 경우는 채무자 등이 담보목적 부동산의 소유권을 상실하게 될 뿐만 아니라 후순위 권리자들과 사이의 이해관계 조정의 문제가 대두하므로, 위 두 가지 경우에 담보가등기의 효력이 미치는 피담보채권의 범위를 반드시 일치시켜야 하는 것도 아니다.

5) 따라서 가등기담보법 제3조, 제4조, 제11조 내지 제13조의 문언과 그 입법 취지 등을 종합적으로 고려할 때, 담보가등기의 효력이 미치는 피담보채권에는 반환할 때까지의 지연손해금 전부가 포함되는 것이기는 하나, 다만 담보가등기권리자가 사적

실행이나 경매를 통하여 우선변제청구권을 행사하는 경우에는 그 지연손해금의 범위가 이행기를 경과한 후의 1년분으로 제한된다고 보는 것이 타당하다.

#### 다. 집행비용에 관하여

1) 앞서 본 바와 같이, 민법 제360조 전문은 "저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보한다."고 규정하고 있다.

2) 갑12호증의 1, 2의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, 원고들은 앞서 본 중복경매 신청을 하면서 인지대, 송달료, 등록세, 교육세, 증지대 등으로 합계 6,704,200원을 지출한 사실이 인정된다.

3) 위 비용은 민법 제360조 전문에서 정한 실행비용으로서 피담보채권의 범위에 포함되어야 한다.

#### 라. 정당한 배당액에 관하여

앞서 본 법리 등을 기초로 하여 원고들과 피고들의 주장과 증명에 따라 원고들과 피고들의 정당한 배당액을 계산하여 보면 다음과 같다.

1) 이 사건 담보가등기의 효력이 미치는 피담보채권의 범위는 민법 제360조의 규정에 따라 대여 원리금 2,400,000,000원, 실행비용 6,704,200원, 이행기일을 경과한 후의 1년분 지연손해금 288,000,000원( $2,400,000,000\text{원} \times 0.1\% \times 12\text{월}$ )의 합계 2,694,704,200원이 된다.

2) 그런데 원고들은 이 사건 경매절차에서 2,520,000,000원을 배당받았으므로, 그 차액인 174,704,200원만큼 부족하게 배당받은 셈이다. 나아가 앞서 본 바와 같이 배당

순위가 6순위인 피고 ■■■■, △△△, ◆◆◆, □□□, 제1심 공동피고 ☆☆☆에 대한 배당액이 합계 541,602,530원으로서 원고의 배당 부족분인 174,704,200원을 초과하므로, 6순위 배당권자에 대한 배당액만 경정하면 충분하다.

3) 원고들에 대한 당초의 배당액보다 174,704,200원이 더 많은 2,694,704,200원과 제1심 공동피고 ▼▼▼에 대한 배당액 700,000,000원, 피고 ◇◇◇에 대한 배당액을 각 제외하고 나면 366,898,330원이 남게 된다. 이를 가압류권자인 피고 ■■■■, △△△과 근저당권자인 피고 ◆◆◆, □□□, 제1심 공동피고 ☆☆☆ 및 앞서 본 후순위 채권자들에게 안분한 다음, 후순위 채권자들의 배당액을 피고 ◆◆◆, □□□, 제1심 공동피고 ☆☆☆의 배당액에 순차 흡수하여야 한다.

4) 그 결과 별지 배당액 산정내역과 같이, 피고 ■■■■의 배당액은 11,480,161원, 피고 △△△의 배당액은 15,383,417원, 제1심 공동피고 ☆☆☆의 배당액은 160,034,752원, 피고 □□□의 배당액은 0원으로 각 변동되고, 피고 ◆◆◆의 배당액에는 변동이 없게 된다.

#### 마. 소결

따라서 원고들과 피고들 사이에서 경정되어야 할 배당표 부분은 다음과 같다.

피고 ■■■■에 대한 배당액 16,946,613원은 11,480,161원으로, 피고 △△△에 대한 배당액 22,708,469원은 15,383,417원으로, 피고 □□□에 대한 배당액 121,947,448원은 0원으로 각 경정되어야 한다.

위 각 차감액의 합계 134,738,952원(5,466,452원 + 7,325,052원 + 121,947,448원)을 원고들에 대한 배당액에 추가함으로써 원고들에 대한 배당액 2,520,000,000원

은 2,654,738,952원으로 경정되어야 한다.

#### 4. 결론

이 사건 배당표를 위와 같이 경정하여야 할 것이므로, 원고들의 피고 □□□에 대한 청구와 피고 ■■■, △△△에 대한 위 인정 범위 내의 청구는 이유 있어 이를 인용하고, 원고들의 피고 ■■■, △△△에 대한 나머지 청구와 피고 ◇◇◇, ◆◆◆에 대한 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 피고 □□□, ■■■, △△△에 대한 제1심판결은 이 법원과 결론을 일부 달리하여 부당하므로, 원고들의 항소를 일부 받아들여 이 부분 제1심판결을 위와 같이 변경하고, 피고 ◇◇◇, ◆◆◆에 대한 제1심판결은 이 법원과 결론을 같이하여 정당하므로, 원고들의 위 피고들에 대한 항소를 모두 기각한다.

재판장      판사      이광만

                 판사      서승렬

                 판사      문주형

## 배당액 산정내역

종전 안분대상 금액(A) 541,602,530      수정 안분대상 금액(B) 366,898,330      단위: 원

순위	채권자	자격	채권금액	종전안분액(C)	수정안분액(D)	흡수액	최종배당액
6	■■■	가압류	200,000,000	16,946,615	11,480,161	0	11,480,161
6	△△△	가압류	568,000,000	22,708,465	15,383,417	0	15,383,417
6	◆◆◆	근저당	180,000,000	15,251,954	10,332,146	169,667,854	180,000,000
6	☆☆☆	근저당	200,000,000	16,946,615	11,480,161	148,554,591	160,034,752
6	□□□	근저당	300,000,000	25,419,923	17,220,243		0
합계							366,898,330

○ 수정 안분액(D)

$$= \text{수정 안분대상 금액(B)} \times \text{종전 안분액(C)} \div \text{종전 안분대상 금액(A)}$$

○ 피고 ■■■의 최종 배당액 =  $366,898,330 \times 16,946,615 \div 541,602,530$

○ 피고 △△△의 최종 배당액 =  $366,898,330 \times 22,708,465 \div 541,602,530$

○ 제1심 공동피고 ☆☆☆의 최종 배당액

$$= 366,898,330\text{원} - (11,480,161 + 15,383,417 + 180,000,000). \text{ 끝.}$$