<2020년 제26회 법무사 2차시험 민사사건관련서류의 작성 예시답안>

소 장

소가 100,000,000원
인지대 455,500원
(100,000,000원 x 40/10,000 + 55,000원)

원고 김갑동 (750401-1111111)
서울 서초구 서초중앙로 101, 101동 101호(서초동, 서초아파트)
전화번호: 010-1234-1111
전자우편: kkd@kmail.com

피고 박병호 (780626-1333333)
서울 서초구 서초중앙로 303, 301동 301호(반포동, 반포아파트)
전화번호: 010-1234-3333
전자우편: pph@kmail.com

근저당권설정등기말소등기 청구의 소

청 구 취 지

1. 피고는 원고에게 300,000,000원 및 이에 대하여 2019.2.1.부터 다 갚는 날까지 연12%의 비율로 계산한 돈을 지급받은 다음 서울 서초구 서초동 180 대 100㎡에 관하여 서울중앙지방법원등기국 2019.2.1. 접수 제1355호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

라는 판결을 구합니다.

청 구 원 인

1. 당사자의 기초적 사실관계

가. 피담보채권의 발생

원고는 소외 이을남에게 2019.1.1. 원금 50,000,000원, 이자 월 1%, 변제기 2019.6.30.로 하여 돈을 빌렸으며(이하'1차 채무'라 함)(갑제1호증 1차 채무 차용증), 이후 2019.2.1. 원금

30,000,000원, 이자 월1%, 변제기 2019.7.31.로 하여 돈을 더 빌린 자입니다(이하'2차 채무'라 함)(갑제2호증 2차 채무 차용증).

나. 근저당권설정계약의 체결 및 등기경료

원고는 2차 채무를 차용할 당시 소외 이을남의 요구에 따라 2019.2.1. 원고 소유의 서울 서초구 서초동 180 대 100㎡(이하 '이 사건 부동산'이라 함)에 대하여 채권최고액을 100,000,000원으로 하는 근저당권설정계약을 맺고, 같은 날 소외 이을남에게 근저당권설정등기를 마쳐 주었습니다(갑제3호증 근저당권설정계약서, 갑제4호증 부동산등기사항증명서).

다. 임의경매의 실행

원고가 1차 채무와 2차 채무의 원금 등을 변제하지 못하던 중 소외 이을남은 이 사건 부동산에 대하여 2019.9.1. 근저당권에 기한 임의경매를 신청하였습니다. 이에 원고는 소외 이을남에게 1차 채무의 원금 50,000,000원, 이자 3,000,000원과 그때까지의 지연손해금을 모두 변제하고 경매 취하를 부탁하였고, 이에 소외 이을남은 2019.10.1. 경매신청을 취하해 주었습니다. 이후 원고는 소외 이을남에게 2019.11.1.에 원금 10,000,000원, 이자 월 1%, 변제기 2019.12.31.로 돈을 더 빌렸습니다(이하 '3차 채무'라 함)(갑제5호증 3차 채무 차용증).

2. 청구원인 사실

가. 소외 이을남 및 피고 박병호의 주장

원고는 근저당권을 말소하고자 채무를 변제하려하였으나, 소외 이을남은 내용증명을 통하여 근저당권설정계약서상의 내용을 근거로 하여 2차 채무의 원금, 이자, 지연손해금과 3차 채무의 원금, 이자, 지연손해금을 모두 돌려받지 못하면 근저당권을 말소시켜 줄 수 없다고 하였습니다(갑제6호증 내용증명서).

이후 소외 이을남의 근저당권이 2020.2.1.자 채권압류 및 전부명령을 원인으로 2020.2.10. 피고 박병호에게 근저당권이전의 부기등기가 되었고, 피고 박병호 역시 소외 이을남과 동일하게 2차 채무의 원금, 이자, 지연손해금과 3차 채무의 원금, 이자, 지연손해금을 모두 돌려받지 못하면 근저당권말소절차에 협력하지 않겠다고 주장하고 있습니다.

나. 포괄근저당권설정계약과 피담보채권의 확정

원고와 소외 이을남이 체결한 이 사건 근저당권설정계약은 이른바 포괄근저당권설정계약으로 그 계약 자체의 유효성이 인정되기는 하나, 포괄근저당권설정계약도 일반적인 근저당권설정계약과 마찬가지로 근저당권설정자는 피담보채무가 확정된 경우 그 확정된 피담보채무를 변제하고 근저당권의 소멸을 청구할 수 있습니다.

한편 판례에 따르면 근저당권자가 그 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 때에는 그 경매신청시에 근저당권은 확정되는 것이고 그 이후부터 근저당권은 부종성을 가지게 되어 보통의 저당권과 같은 취급을 받게 되는바, 근저당권의 확정 이후에 발생하는 원금채권은 그 근저당권에 의하여 담보되지 않습니다.

소외 이을남이 이 사건 부동산에 관하여 2019.9.1. 근저당권에 기한 임의경매신청을 하였고, 3차 채무는 그 이후인 2019.11.1.에 발생하였기 때문에 3차 채무는 이 사건 부동산에 관한 근저당권이 확정된 이후에 발생한 채무입니다. 따라서 3차 채무의 원금 및 이자, 지연손해금은 이 사건 부동산에 관한 근저당권에 의하여 담보되는 채권이 아니라고 할 것입니다.
또한 피고는 근저당권의 피담보채권이 확정된 시점인 2019.9.1. 이후인 2020.2.1.에 그 채권의 압류 및 전부명령을 받은 자이므로 2019.9.1.에 발생한 범위 내에서 확정된 채권을 전부받은 자입니다. 따라서 3차 채무의 원금과 이자 및 지연손해금까지 변제하지 않으면 말소절차에 협력하지 않겠다는 소외 이을남과 피고의 주장은 타당하지 않습니다.

다만, 2차 채무는 임의경매신청 전인 2019.2.1.에 발생하였으며, 경매신청 이후에 생긴 이자나 지연손해금의 경우에도 그 원금이 경매신청 전에 발생한 것이라면 근저당권에 의해 담보가 되는 것이기 때문에 2차 채무의 원금, 이자, 지연손해금의 변제를 선이행으로 하여 근저당권설정등기의 말소등기를 구해야 할 것입니다.

다. 말소등기의 대상과 말소청구의 상대방

한편 근저당권에 관하여 말소등기를 청구하는 경우 판례는 근저당권 이전의 부기등기는 기존의 주등기인 근저당권설정등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이어서, 주등기인 근저당권설정등기의 말소만 구하면 되고 그 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기의 말소에 따라 직권으로 말소되는 것이라고 판시하였습니다. 또한 이 경우 근저당권설정등기의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고 양도인은 피고적격이 없으며 근저당권의 이전이 전부명령 확정에 따라 이루어졌다고 하더라도 마찬가지라고 하였습니다.

3. 청구권의 내용

이에 따라서 원고는 근저당권의 양수인인 피고 박병호는 원고에게 300,000,000원 및 이에 대하여 2019.2.1.부터 다 갚는 날까지 연12%의 비율로 계산한 돈을 지급받은 다음 이 사건 부동산에 관하여 서울중앙지방법원등기국 2019.2.1. 접수 제1355호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라는 판결을 구하기 위하여 본소를 제기하기에 이르렀습니다.

입 증 방 법

1. 갑제1호증	1차 채무 차용증
1. 갑제2호증	2차 채무 차용증
1. 갑제3호증	근저당권설정계약서
1. 갑제4호증	부동산등기사항증명서
1. 갑제5호증	3차 채무 차용증
1. 갑제6호증	내용증명서

첨 부 서 류

1. 위 각 입증방법	각 2통
1. 소장부본	1통
1. 송달료 납부서	1통
1. 영수필 확인서	1통
1. 서류작성 및 제출위임장	1통

2020.9.19.

위 원고 김갑동 (인)

서울중앙지방법원 귀중