

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2017다232167(본소) 가등기말소  
2017다232174(반소) 소유권이전등기

원고(반소피고), 상고인

원고(반소피고) 1 외 2인

소송대리인 변호사 김영만 외 1인

원고보조참가인 농업회사법인 돈이월드제주 주식회사

피고(반소원고), 피상고인

천지영농조합법인

소송대리인 법무법인(유한) 세종 외 1인

원 심 판 결 광주고등법원 2017. 5. 10. 선고 (제주)2016나10508(본소), (제  
주)2016나10515(반소) 판결

판 결 선 고 2022. 11. 30.

주 문

원심판결 중 반소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 광주고등법원에 환송한다.

원고(반소피고)들의 나머지 상고를 기각한다.

## 이 유

상고이유(제출기간이 지난 각 상고이유보충서는 이를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

### 1. 본소 부분에 관한 판단

#### 가. 이자 약정의 부존재 주장에 대하여(제1 상고이유)

원심은 그 판시와 같은 이유로 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)들과 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)의 이 사건 계약에는 이 사건 공정증서에 기재된 바와 같은 이자 약정이 존재한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심판단에 상고이유 주장과 같이 법률행위의 해석 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

#### 나. 유효한 일부 공탁이라는 주장에 대하여(제2 상고이유)

1) 변제공탁이 유효하려면 채무 전부에 대한 변제의 제공 및 채무 전액에 대한 공탁이 있어야 하고, 채무 전액이 아닌 일부에 대한 공탁은 일부의 제공이 유효한 제공이라고 볼 수 있거나 변제자의 공탁금액이 채무의 총액에 비하여 아주 근소하게 부족하여 해당 변제공탁을 신의칙상 유효한 것이라고 볼 수 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 그 공탁 부분에 관하여서도 채무소멸의 효과가 발생하지 않는다(대법원 1998. 10. 13. 선고 98다17046 판결, 대법원 2002. 5. 10. 선고 2002다12871, 12888 판결 및 대법원 2011. 12. 13. 선고 2011다11580 판결 등 참조).

2) 원심은, 원고(반소피고) 1이 이 사건 변제공탁 당시 원금 잔액 명목의

1,459,699,679원 및 이에 대한 지연손해금 명목의 284,741,417원을 공탁하였을 뿐 약정 이자 또는 일부 지연손해금에 해당하는 77,365,903원을 공탁하지 않았으므로, 이 사건 변제공탁은 채무 일부에 대한 공탁이고 이를 유효하다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있다고 볼 수 없으며 채권자인 피고가 이를 수락한 바도 없다는 이유로 이 사건 변제공탁은 효력이 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 유효한 일부 공탁에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

## 2. 반소 부분 중 본등기 청구를 할 수 없다는 주장에 관한 판단(제3 상고이유)

가. 「가등기담보 등에 관한 법률」(이하 '가등기담보법'이라 한다) 제12조 제1항 전문은 "담보가등기권리자는 그 선택에 따라 제3조에 따른 담보권을 실행하거나 담보 목적부동산의 경매를 청구할 수 있다."라고 규정하고, 제13조 전문은 "담보가등기를 마친 부동산에 대하여 강제경매등이 개시된 경우에 담보가등기권리자는 다른 채권자보다 자기채권을 우선변제 받을 권리가 있다."라고 규정하며, 제14조는 "담보가등기를 마친 부동산에 대하여 강제경매등의 개시 결정이 있는 경우에 그 경매의 신청이 청산금을 지급하기 전에 행하여진 경우(청산금이 없는 경우에는 청산기간이 지나기 전)에는 담보가등기권리자는 그 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 없다."라고 규정하고 있다.

이러한 가등기담보법 규정의 문언 형식과 내용 및 체계에 더하여 담보목적부동산에 대한 경매절차가 개시된 경우 그 경매절차에 참가할 수 있을 것이라는 후순위권리자 등의 기대를 보호할 필요가 있는 점 등을 고려하면, 담보가등기권리자가 담보목적부동산의 경매를 청구하는 방법을 선택하여 그 경매절차가 진행 중인 때에는 특별한 사정

이 없는 한 가등기담보법 제3조에 따른 담보권을 실행할 수 없으므로 그 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 없다고 봄이 타당하다.

나. 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

1) 피고는 2015. 3. 12. 원고들 소유의 이 사건 각 부동산에 관하여 이 사건 가등기에 기하여 일괄경매를 신청하였고 이에 따라 2015. 3. 18. 경매개시결정이 내려졌다(제주지방법원 2015타경2258). 위 경매절차는 원심 변론종결일 현재까지 진행 중이다.

2) 피고는 2016. 3. 23. 제출한 이 사건 반소장 부분의 송달로써 원고들에게 지급할 청산금이 존재하지 않는다는 통지를 하였고 위 통지는 2016. 3. 24. 원고들에게 도달하였다.

다. 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 담보가등기권리자인 피고가 담보목적부동산인 이 사건 각 부동산의 경매 청구를 선택하여 이에 따라 그 경매절차가 진행 중이므로 피고는 가등기담보법 제3조에 따른 담보권을 실행할 수 없고, 따라서 이 사건 각 가등기에 따른 본등기를 청구할 수는 없다.

그런데도 원심은 피고가 원고들에게 청산금이 존재하지 않는다는 취지의 통지를 한 때부터 2개월이 경과한 2016. 5. 25. 가등기담보법 제3조 제1항에 따른 청산기간이 경과하였다는 이유만으로, 원고들은 피고에게 이 사건 각 가등기에 따른 본등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 담보가등기권리자의 담보권 실행 방법 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 원고들 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 결론

그렇다면 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 반소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 원고들의 나머지 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      박정화

              대법관      김선수

주    심      대법관      노태악

              대법관      오경미