

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2023다266390 근저당권말소
원고, 상고인 원고
피고, 피상고인 피고
소송대리인 변호사 김동진
원 심 판 결 부산지방법원 2023. 7. 19. 선고 2022나61373 판결
판 결 선 고 2023. 11. 16.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 부산지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이자제한법의 적용 여부

원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 금전대차에는 이자제한법이 아니라 「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」이 적용된다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법령 및 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 이자

제한법의 적용 여부에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 변제충당의 적법 여부

가. 관련 법리

1) 구 「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」(2014. 1. 1. 법률 제 12156호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 대부업법'이라 한다)은 제8조 제1항에서 "대부업자가 개인이나 대통령령으로 정하는 소규모 법인에 대부를 하는 경우 그 이자율은 연 100분의 50의 범위에서 대통령령으로 정하는 율을 초과할 수 없다."고 정하였고, 제2항에서 "제1항에 따른 이자율을 산정할 때 사례금, 할인금, 수수료, 공제금, 연체이자, 체당금 등 그 명칭이 무엇이든 대부와 관련하여 대부업자가 받는 것은 모두 이자로 본다. 다만 해당 거래의 체결과 변제에 관한 부대비용으로서 대통령령으로 정한 사항은 그러하지 아니하다."고 정하였으며, 제3항에서 "대부업자가 제1항을 위반하여 대부계약을 체결한 경우 제1항에 따른 이자율을 초과하는 부분에 대한 이자계약은 무효로 한다."고 정하였고, 제4항에서 "채무자가 대부업자에게 제1항에 따른 이자율을 초과하는 이자를 지급한 경우 그 초과 지급된 이자 상당금액은 원본에 충당되고, 원본에 충당되고 남은 금액이 있으면 그 반환을 청구할 수 있다."고 정하였으며, 제5항에서 "대부업자가 선이자를 사전에 공제하는 경우에는 그 공제액을 제외하고 채무자가 실제로 받은 금액을 원본으로 하여 제1항에 따른 이자율을 산정한다."라고 정하였고, 제11조의2 제2항에서 "대부중개업자는 수수료, 사례금, 착수금 등 그 명칭이 무엇이든 대부중개와 관련하여 받는 대가(이하 '중개수수료'라고 한다)를 대부를 받는 거래상대방으로부터 받아서는 아니 된다."고 정하였으며, 구 대부업법 시행령(2014. 1. 1. 대통령령 제25293호로 개정되기 전의 것)은 제5조 제2항에서 "법 제8조 제1항에서 '대통령령으

로 정하는 율'이란 연 100분의 39를 말하며, 월 이자율 및 일 이자율은 연 100분의 39를 단리로 환산한다."고 정하였고, 제3항에서 "법 제8조 제2항 단서에서 '대통령령으로 정한 사항'이란 다음 각 호의 비용을 말한다."고 규정하면서 제1호로 담보권 설정비용을, 제2호로 신용조회비용(「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제4조 제1항 제1호의 업무를 허가받은 자에게 거래상대방의 신용을 조회하는 경우만 해당한다)을 들고 있다.

위와 같은 구 대부업법 제8조 제2항의 취지는 대부업자가 사례금·할인금·수수료·공제금·연체이자·선이자 등의 명목으로 채무자로부터 금전을 징수하여 위 법을 잠탈하기 위한 수단으로 사용되는 탈법행위를 방지하는 데 있으므로, 명목 여하를 불문하고 대부업자와 채무자 사이의 금전대차와 관련된 것으로서 금전대차의 대가로 볼 수 있는 것이라면 이자로 간주되고, 따라서 대부업자가 이를 대부금에서 미리 공제하는 것은 선이자의 공제에 해당한다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009도11576 판결, 대법원 2012. 3. 15. 선고 2010도11258 판결 등 참조). 한편 선이자가 공제된 경우에 구 대부업법에서 정한 제한이자율을 초과하는지 여부는 선이자 공제액을 제외하고 채무자가 실제로 받은 금액을 기초로 하여 대부일부터 변제기까지의 기간에 대한 제한이자율에 따른 이자를 기준으로, 선이자 공제액(채무자가 변제기까지 실제 지급한 이자가 있다면 이를 포함한다)이 그것을 초과하는지에 따라 판단하여야 하고, 그와 같은 판단의 결과 초과하는 부분이 있다면 그 초과 부분은 구 대부업법 제8조 제4항에 따라 당사자 사이에서 약정된 선이자 공제 전의 대부원금에 충당되어 그 충당 후 나머지가 채무자가 변제기에 갚아야 할 대부원금이 된다(대법원 1993. 11. 23. 선고 93다23459 판결, 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다19443 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다24785, 24792,

24808 판결 등 참조).

2) 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서 근저당권설정등기에 대한 말소등기 절차의 이행을 청구하였으나, 원리금의 계산 등에 관한 다툼 등으로 인하여 변제액이 채무 전액을 소멸시키는데 미치지 못하고 잔존채무가 있는 것으로 밝혀진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원고의 청구에 확정된 잔존채무를 변제하고 그 다음에 위 등기의 말소를 구한다는 취지도 포함되어 있는 것으로 해석함이 상당하고 이는 장래 이행의 소로서 미리 청구할 이익도 인정되므로, 피담보채무가 전액 변제되지 않았다는 이유만으로 원고의 청구를 기각할 것이 아니라 근저당권설정등기의 피담보채무 중 잔존원금 및 지연손해금의 액수를 심리·확정한 후 그 변제를 조건으로 근저당권설정등기의 말소를 명하여야 한다(대법원 1981. 9. 22. 선고 80다2270 판결, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다83694 판결 등 참조).

나. 원심 판단

원심은, 원고가 이 사건 금전대차와 관련하여 2013. 1.부터 2021. 5.까지 변제한 3,697만 6천 원이 같은 기간 동안 약정이율에 따른 이자 4,932만 원에도 미치지 못하여 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무가 모두 소멸하지 않았다고 보아, 이를 전제로 한 원고의 청구를 기각하였다.

다. 대법원 판단

1) 원심판결 이유를 관련 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍할 수 없다.

가) 원심에서 원고는 '피고로부터 이 사건 금전대차에 따라 지급받기로 한 1,800만 원 중 수수료·근저당권설정비용 및 소외인에 대한 매매잔금을 직접 지급하고 남은 95

만 원을 송금 받았다.'는 취지로 주장하였고, 피고가 제출한 증거에 따르면 이 사건 금전대차와 관련한 송금액은 총 1,640만 원에 불과하다. 즉, 피고가 원고에게 이 사건 금전대차에서 정한 원금 1,800만 원을 모두 지급하지 않았다고 볼 여지가 상당히 있는데, 이는 곧 피고가 미리 공제한 부분 중 적어도 일부가 구 대부업법 제8조 제2항에서 정한 '선이자'에 해당될 가능성이 있으므로, 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무에 관한 변제충당 과정에서도 이를 고려해야 함을 의미한다. 그런데 원심이 인정한 '약정이율에 따른 이자 4,932만 원'은 구체적인 계산내역을 알 수 없고, 위 금액의 근거로 삼은 '을 제3호증'은 1,800만 원을 원금으로 보아 피고가 주장하는 계산방법에 불과하므로, 결국 원심은 이 사건 금전대차와 관련하여 구 대부업법 제8조 제2항에서 정한 '선이자'의 존부와 그 범위에 대하여 필요한 심리를 다하지 아니한 채 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무가 모두 소멸되지 않았다고 판단하였다고 볼 여지가 크다.

나) 또한, 피고가 일정한 범위의 선이자를 공제한 경우, 구 대부업법에서 정하는 제한이자율을 초과하는지 여부는 선이자 공제액을 제외하고 원고가 실제로 받은 금액을 기초로 하여 대부일부터 변제기까지의 기간에 대한 제한이자율에 따른 이자를 기준으로, 선이자 공제액(원고가 변제기까지 실제 지급한 이자가 있다면 이를 포함한다)이 그것을 초과하는지에 따라 판단하여야 하고, 이러한 결과 초과하는 부분이 있다면 그 초과 부분은 구 대부업법 제8조 제4항에 따라 당사자 사이에서 약정된 선이자 공제 전의 대부원금에 충당되어 그 충당 후의 나머지가 원고가 변제기에 갚아야 할 대부원금이 된다. 만일 위와 같이 계산하였음에도, 원고가 이 사건 금전대차와 관련하여 2013. 1. 부터 2021. 5.까지 변제한 3,697만 6천 원이 같은 기간 동안의 약정이율에 따른 이자

및 원금에 미치지 못하였다면, 특별한 사정이 없는 한 원고의 청구에는 잔존채무를 변제하고서 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다는 취지도 포함되어 있다고 봄이 타당하다. 따라서 원심판결 이유에 따르더라도, 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무 중 잔존채무액을 심리·확정한 후 그 변제를 조건으로 근저당권설정등기의 말소를 명하여야 할 것이지, 원고의 청구에 잔존채무를 변제하고서 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하는 취지가 포함되지 않았다고 볼 만한 특별한 사정에 대한 심리도 하지 않은 채 피담보채무가 전액 소멸되지 않았다는 이유만으로 원고의 청구를 단순히 기각한 것은 잔존채무액의 변제를 조건으로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하는 원고의 청구에 대하여는 아무런 판단을 하지 아니한 것이라고 볼 여지가 크다.

2) 그럼에도 원심은 판시와 같은 이유만으로 원고의 청구를 기각하였는바, 이러한 원심의 판단에는 구 대부업법 제8조에 따른 선이자·변제충당에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하였음은 물론 선이행 판결에 관한 판단을 누락함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 민유숙

 대법관 이동원

주 심 대법관 천대엽

 대법관 권영준