

소유권이전등기

[수원지방법원 2020. 4. 14. 2018나80636(본소), 2018나80643(반소)]



【전문】

【원고(반소피고), 피항소인】 원고(반소피고)(소송대리인 법무법인 (유한) 동인 담당변호사 김국열 외 1인)

【피고(반소원고), 항소인】 피고(반소원고)(소송대리인 변호사 박국병)

【제1심판결】 수원지방법원 2018. 9. 6. 선고 2016가단517690 판결

【변론종결】2020. 3. 24.

【주문】

】

1. 피고(반소원고)의 항소를 기각한다.

2. 항소비용은 피고(반소원고)가 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지본소: 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 화성시 (주소 1 생략) 대 577㎡ 중 별지 1 도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 9, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 부분 147㎡에 관하여 2012. 9. 26.자 약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.반소: 원고는 피고에게 116,036,262원 및 위 금원 중 12,116,630원에 대하여는 2013. 3. 29.부터, 91,803,002원에 대하여는 2013. 9. 16.부터 각 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.항소취지제1심판결을 취소한다. 원고의 본소 청구를 기각한다. 피고는 원고에게 116,036,262원 및 위 금원 중 12,116,630원에 대하여는 2013. 3. 29.부터, 91,803,002원에 대하여는 2013. 9. 16.부터 각 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지본소: 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 화성시 (주소 1 생략) 대 577㎡ 중 별지 1 도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 9, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 부분 147㎡에 관하여 2012. 9. 26.자 약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.반소: 원고는 피고에게 116,036,262원 및 위 금원 중 12,116,630원에 대하여는 2013. 3. 29.부터, 91,803,002원에 대하여는 2013. 9. 16.부터 각 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.항소취지제1심판결을 취소한다. 원고의 본소 청구를 기각한다. 피고는 원고에게 116,036,262원 및 위 금원 중 12,116,630원에 대하여는 2013. 3. 29.부터, 91,803,002원에 대하여는 2013. 9. 16.부터 각 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지본소: 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 화성시 (주소 1 생략) 대 577㎡ 중 별지 1 도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 9, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 부분 147㎡에 관하여 2012. 9. 26.자 약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.반소: 원고는 피고에게 116,036,262원 및 위 금원 중 12,116,630원에 대하여는 2013. 3. 29.부터, 91,803,002원에 대하여는 2013. 9. 16.부터 각 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.항소취지제1심판결을 취소한다. 원고의 본소 청구를 기각한다. 피고는 원고에게 116,036,262원 및 위 금원 중 12,116,630원에 대하여는 2013. 3. 29.부터, 91,803,002원에 대하여는 2013. 9. 16.부터 각 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지본소: 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 화성시 (주소 1 생략) 대 577㎡ 중 별지 1 도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 9, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 부분 147㎡에 관하여 2012. 9. 26.자 약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.반소: 원고는 피고에게 116,036,262원 및 위 금원 중 12,116,630원에 대하여는 2013. 3. 29.부터, 91,803,002원에 대하여는 2013. 9. 16.부터 각 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.항소취지제1심판결을 취소한다. 원고의 본소 청구를 기각한다. 피고는 원고에게 116,036,262원 및 위 금원 중 12,116,630원에 대하여는 2013. 3. 29.부터, 91,803,002원에 대하여는 2013. 9. 16.부터 각 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지본소: 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 화성시 (주소 1 생략) 대 577㎡ 중 별지 1 도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 9, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 부분 147㎡에 관하여 2012. 9. 26.자 약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.반소: 원고는 피고에게 116,036,262원 및 위 금원 중 12,116,630원에 대하여는 2013. 3. 29.부터, 91,803,002원에 대하여는 2013. 9. 16.부터 각 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.항소취지제1심판결을 취소한다. 원고의 본소 청구를 기각한다. 피고는 원고에게 116,036,262원 및 위 금원 중 12,116,630원에 대하여는 2013. 3. 29.부터, 91,803,002원에 대하여는 2013. 9. 16.부터 각 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

【이유】

】1. 인정사실

가. 매매계약 및 도급계약의 체결

- 1) 원고를 대리한 이연 주식회사(이하 '이 사건 회사'라고 한다)는 2012. 9. 26. 피고와 사이에 다음과 같은 내용의 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라고 한다)을 체결하였다.

제1조 부동산의 표시 화성시 (주소 1 생략) 번지 전용면적 430㎡(약 130평), 공유면적 33㎡(약 10평), 분양면적 463㎡(약 140평) 매매금액 170,000,000원제2조 매매금액 지불방법 계약금 87,000,000원(건축복합 포함), 중도금, 잔금 추후협의제3조 분양대금 입금계좌 예금주 이연 주식회사 소외 1제6조 특약사항 ⑦ (주소 1 생략) 번지의 경매, 가압류, 근저당 설정 해지 후 소유권이전한다(2012. 10. 26.). ⑧ 소유권이전 후 토지 목적 분할 (주소 1 생략)(120평), (주소 2 생략)(10평)하기로 한다.

- ⑩ 건축복합계약 평당 4,000,000원으로 산정하여 계산한다(상세내역 추후 협의). ⑪ 소유권이전 매매 금액은 120,000,000원으로 한다.

- 2) 위 매매계약에는 '화성시 ○○읍(주소 1 생략)' 이라고만 기재되어 있으나, 매매목적물은 화성시 ○○읍(주소 1 생략) 임야 398㎡ 중 336㎡ 및 화성시 ○○읍(주소 2 생략) 전 179㎡ 중 94㎡를 합한 430㎡의 토지였다.

- 3) 한편, 원고와 피고는 2012. 10. 12. 위 (주소 1 생략) 및 (주소 2 생략) 토지에 관하여 매매목적물을 특정하기 위하여 지적현황측량을 하였고, 그에 따른 결과는 별지 2 도면 표시와 같다.

- 4) 그 후 피고는 2012. 10. 14. 이 사건 회사와 사이에 위 2)항의 토지 지상에 주택을 건축하고, 그 건축대금은 132,000,000원(부지 조경공사비 별도)으로 하는 건축공사 계약(이하 '이 사건 도급계약'이라고 한다)을 체결하였다.
- 5) 이 사건 회사는 2012. 10.경부터 이 사건 도급계약에 따라 주택 건축공사를 시작하였고, 피고는 2013. 3. 13. 사용승인이 나지 않은 상태에서 위 주택(이하 '이 사건 주택'이라고 한다)에 입주하였다.

나. 피고의 토지 소유권 취득

1) 화성시 ○○읍(주소 1 생략) 토지

가) 이 사건 매매계약 체결 당시 화성시 ○○읍(주소 1 생략) 임야 398㎡(이하 '이 사건 (주소 1 생략) 토지'라고 한다)에는 근저당권자 서울경기양돈축산업협동조합, 채무자 소외 2, 채권최고액 325,000,000원으로 하는 근저당권 및 근저당권자 소외 3 및 소외 4, 채무자 원고, 채권최고액 225,000,000원으로 하는 근저당권이 설정되어 있었다.

나) 원고는 이 사건 매매계약에서 정한 2012. 10. 26.이 지나도록 이 사건 (주소 1 생략) 토지의 소유권을 피고에게 이전해주지 못하고 있었는데, 그 사이에 채권자 서울경기양돈축산업협동조합의 신청에 기한 임의경매개시결정이 있었고, 위 경매절차에서 2013. 3. 4. 소외 5(이 사건 회사를 실제로 운영하던 소외 6의 지인이다)가 임의경매로 인한 매각을 원인으로 하여 위 토지에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다.

다) 한편, 소외 5가 위 토지의 소유권을 취득한 당일 이 사건 (주소 1 생략) 토지에 관하여 근저당권자 육과농업협동조합, 채무자 소외 5, 채권최고액 960,000,000원으로 하는 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권'이라고 한다)가 경료되었다.

라) 그 후 피고는 2013. 3. 14. 이 사건 (주소 1 생략) 토지에 관하여 2013. 3. 4. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료하였다.

2) 화성시 ○○읍(주소 2 생략) 토지

가) 화성시 ○○읍(주소 2 생략) 전 179㎡(이하 '이 사건 (주소 2 생략) 토지'라고 한다)는 국가 소유의 토지였는데, 원고는 2011. 3. 31. 국가와 사이에 이 사건 (주소 2 생략) 토지에 관한 매매계약을 체결하였다.

나) 원고와 피고는 2013. 3. 29. 이 사건 (주소 2 생략) 토지에 관하여 매매대금 54,416,000원으로 하는 매매계약서를 별도로 작성하였는데, 위 매매계약서에도 특약사항으로 '소유권이전 후 이 사건 토지 및 상기 부지 토지를 목적 분할한다'는 내용이 명시되어 있다.

다) 위와 같이 매매계약서가 작성된 당일인 2013. 3. 29. 이 사건 토지에 관하여 국가로부터 원고 명의의 소유권이전등기가 경료된 직후 원고로부터 피고에게 소유권이전등기가 마쳐졌다.

다.

소유권이전등기 후 대금 정산 등

- 1) 피고가 이 사건 주택에 입주하고 위와 같이 이 사건 (주소 1 생략) 토지 및 (주소 2 생략) 토지에 관한 소유권이전등기를 마친 이후에도 피고는 이 사건 회사에게 이 사건 매매계약 또는 이 사건 공사계약에 따른 대금 등을 지급하고 있었는데, 피고는 2013. 9. 11. 이 사건 회사의 실제 경영자인 소외 6(소외 5의 대리인으로도 기재되어 있다)과 사이에 다음과 같은 내용의 합의서(이하 '이 사건 정산합의'라고 한다)를 작성하였다.

(주소 1 생략)번지 정산합의서 정산 후 잔금 45,000,000원 이 사건 회사가 피고에게 지급할 차액금 (주소 3 생략)번지에 45,000,000원의 채권최고액으로 52,000,000원 근저당 설정합상기토지의 토지주 소외 5 채무자 소외 5로 2013. 9. 11. 근저당권 설정등기합상기 45,000,000원 상환과 동시에 근저당권 말소하기로 함 2013. 12. 31.까지 상환하기로 함

- 2) 이 사건 정산합의에 따라 2013. 9. 11. 화성시 ○○읍(주소 3 생략) 토지에 관하여 근저당권자 피고, 채무자 소외 5, 채권최고액 50,000,000원으로 하는 근저당권설정등기가 마쳐졌다.

- 3) 한편, 피고는 이 사건 정산합의 작성 이전인 2013. 9. 3. 이 사건 (주소 1 생략) 토지에 설정된 이 사건 근저당권의 근저당권자인 옥과농업협동조합과 피담보채무의 변제 및 근저당권말소에 관한 협의를 하였고, 2013. 9. 6. 수원지구원예농업협동조합에 이 사건 (주소 1 생략) 토지를 담보로 하는 내용의 대출신청을 하였다.

- 4) 피고는 2013. 9. 16.경 수원지구원예농업협동조합으로부터 124,644,600원을 대출받아 그 중 91,522,602원을 옥과농업협동조합에게 변제하고 이 사건 근저당권을 말소시킨 후 같은 날 이 사건 (주소 1 생략) 토지에 관하여 근저당권자를 수원지구원예농업협동조합, 채무자 피고, 채권최고액 162,500,000원으로 하는 근저당권설정등기를 경료하였다.

- 5) 2015년경에 이르러서야 이 사건 주택에 관한 사용승인이 이루어져서 2015. 8. 11. '철근콘크리트구조 (철근)콘크리트 지붕 2층 단독주택 1층 87.54㎡, 2층 47.22㎡'에 관하여 피고 앞으로 소유권보존등기가 마쳐졌다.

- 6) 피고에게 소유권이 이전된 이 사건 (주소 1 생략) 토지 전체 및 이 사건 (주소 2 생략) 토지 전체는 2015. 9. 23.경 합병되어 화성시 ○○읍(주소 1 생략) 대 577㎡가 되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 11, 12, 13, 14호증, 을 제1, 2, 3, 4, 16, 20, 21, 22, 26, 27호증의 각 기재, 당심의 수원지구원예농업협동조합에 대한 금융거래정보제출명령 회신, 당심의 옥과농업협동조합에 대한 사실 조회회신, 변론 전체의 취지

2. 본소 청구에 관한 판단

가. 피고의 본안 전 항변에 관한 판단

1) 당사자들 주장 요지

피고는, 원고와 피고 사이에 2019. 7. 6. 이 사건 본소를 취하하기로 하는 내용의 합의(이하 '이 사건 소취하합의'라고 한다)를 하였으므로, 이 사건 본소는 권리보호이익이 없어 부적법하다고 주장한다.

이에 대하여 원고는, 이 사건 소취하합의는 피고의 기망행위 또는 원고의 착오로 인한 것이므로 이를 취소한다고 주장한다.

2) 판단

민법상의 화해계약을 체결한 경우 당사자는 착오를 이유로 취소하지 못하고, 다만 화해 당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에 한하여 이를 취소할 수 있으며, 여기서 '화해의 목적인 분쟁 이외의 사항'이라 함은 분쟁의 대상이 아니라 분쟁의 전제 또는 기초가 된 사항으로서 쌍방 당사자가 예정한 것이어서 상호 양보의 내용으로 되지 않고 다툼이 없는 사실로 양해된 사항을 말한다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2003다32797 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건 소취하합의는 원고가 본소를 취하하기로 하는 내용을 담고 있으므로 일종의 화해계약이라고 봄이 타당하다.

그리고 화해계약은 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에는 착오를 이유로 취소할 수 있는바 당사자들이 제출한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 소취하합의 당시 원고와 피고는 이 사건 (주소 1 생략) 토지의 근저당채무의 대위변제와 관련하여 피고가 이를 이행하였고 이로 인하여 피고에게 손해가 발생하였다는 것을 전제로 합의에 이르게 된 것으로 보이는 점, ② 그러나 피고가 대위변제한 금원은 피고와 이 사건 회사 사이의 이 사건 정산합의를 통하여 정산이 완료된 것으로 보아야 하는 점, ③ 원고가 제1심에서 승소판결을 받은 사건을 취하할만한 합리적인 이유도 없는 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 원고는 화해 목적인 분쟁 이외의 사항에 대한 착오를 이유로 위 합의를 취소할 수 있다고 할 것이다.

결국 원고의 취소 의사표시가 포함되어 있는 2019. 10. 24.자 준비서면이 피고에게 송달됨으로써 이 사건 소취하합의는 취소되었으므로, 피고의 위 본안 전 항변은 이유 없다.

나. 청구원인에 관한 판단

이 사건 매매계약에서 피고가 이 사건 (주소 1 생략) 토지 및 (주소 2 생략) 토지 전체의 소유권을 취득한 후 토지를 분할하여 매매목적물이 아닌 나머지 부분[화성시 (주소 1 생략) 대 577㎡ 중 별지 1 도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 9, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 부분 147㎡(이하 '이 사건 계쟁토지'라고 한다)]을 원고에게 소유권이전 해주기로 약정한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 피고가 이 사건 (주소 1 생략) 토지 및 이 사건 (주소 2 생략) 토지의 소유권을 취득하였음은 앞서 본 바와 같으므로, 피고는 원고에게 위 약정에 따라 이 사건 계쟁토지에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

다.

피고의 주장에 관한 판단

- 1) 피고는, 원고가 이 사건 매매계약에서 이 사건 (주소 1 생략) 토지에 설정되어 있는 근저당권 등을 말소한 후 소유권을 이전하기로 약정하였는데, 위 토지에 관한 이 사건 근저당권이 말소되지 아니한 채 피고에게 소유권이 이전되었고, 피고가 경매실행을 막기 위하여 위 근저당권의 피담보채무 91,522,602원을 변제하고 근저당권을 말소시켰는데, 원고로부터 위 금원을 변제받기 전에는 위 나.항의 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 없다는 취지로 주장한다.
- 2) 살피건대, 이 사건 매매계약에 따라 원고는 피고에게 이 사건 (주소 1 생략) 토지에 설정된 근저당권을 말소한 후 소유권이전등기를 하고, 그 후 피고가 이 사건 (주소 1 생략) 토지 등을 분할하여 원고에게 이전해주기로 약정하였으

므로, 원고의 근저당권설정등기의 말소의무가 피고의 이 사건 계쟁토지 소유권이전등기의무보다 선이행의무로 해석될 수 있다.

그리고 이 사건 (주소 1 생략) 토지에 관하여 근저당권이 말소되지 아니한 채 피고에게 소유권 이전된 사실도 앞서 본 바와 같다.

그러나, 앞서 인정된 사실과 그에 거시된 증거들에다 을 제5 내지 15호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 피고가 대위변제한 금원은 피고와 이 사건 회사와 사이의 이 사건 정산합의에 기하여 함께 정산되었다고 봄이 상당하여, 원고의 근저당권말소의무 또는 그 의무를 이행하지 아니함으로 인하여 발생하는 손해배상의무는 위 정산합의에 따라 면제되었다고 판단된다.

① 피고는 2012. 9. 26.부터 이 사건 정산합의 전인 2013. 5. 말경까지 이 사건 회사 또는 소외 6에게 상당한 금액을 입금하였는데, 이 사건 도급계약에서 정한 것 외에 추가로 이 사건 주택에 대한 공사가 이루어지게 되면서 추가공사대금이 발생하게 되었고, 그에 따라 피고와 이 사건 회사 사이에 정산이 필요한 상황이 되었던 것으로 보인다.

② 뿐만 아니라 피고의 준비서면 진술에 의하면, 피고가 이 사건 회사(혹은 그 실질 경영자인 소외 6)에게 수천만 원의 금원을 대여한 사실이 있다는 것인바, 피고가 이 사건 회사 계좌가 아닌 소외 6 명의의 계좌로 송금한 금원(피고는 소외 6 명의로 송금한 금원도 모두 토지대금 내지는 공사대금이라고 주장하고 있다) 중 일부는 피고가 이 사건 회사(혹은 소외 6)에게 개인적으로 대여한 금원일 가능성이 있고, 피고가 이 사건 회사 또는 소외 6에 대하여 위 대여금의 청구를 하지 않고 있는 점에 비추어 보면, 이러한 대여금까지 모두 포함하여 정산하기로 하였다고 판단된다.

③ 이에 피고와 이 사건 회사는 정산합의에 앞서 이 사건 근저당권의 피담보채무 변제를 위하여 피고를 채무자로 하는 새로운 대출계약을 신청하였는바, 피고는 이 사건 정산합의 당시 변제예정인 위 피담보채무의 존재 및 그 금액 상당을 충분히 인식하고 있었다.

④ 원고와 이 사건 회사 사이의 정산 결과 이 사건 회사가 원고에게 45,000,000원을 지급하기로 하는 내용의 이 사건 정산합의가 이루어졌고, 피고는 위와 같은 이 사건 회사의 지급의무를 담보하기 위하여 소외 5 소유 토지에 근저당권을 설정하는 등 이 사건 회사에 대한 채권확보를 위한 조치도 완료하였다.

⑤ 피고는 이 사건 근저당권의 피담보채무를 변제한 이후인 2014년경에도 이 사건 회사에게 정산 이후의 추가공사로 인한 대금을 지급하였는바, 피고가 만약 위 대위변제로 인하여 발생한 채권을 이 사건 정산합의에 포함시키지 아니하였더라면 이 사건 회사에게 아무런 이의 없이 대금을 지급하였을 리가 없다.

3) 따라서 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

4. 반소 청구에 관한 판단

가. 피고 주장 요지

원고는 이 사건 (주소 1 생략) 토지에 설정되어 있는 이 사건 근저당권을 말소한 후 피고에게 소유권이전등기하여야 할 의무가 있음에도 이를 이행하지 아니하여 피고가 매매목적물의 소유권을 보전하기 위하여 91,522,602원을 출재하여 이 사건 근저당권을 말소시켰는바, 민법 제576조 제2항의 담보책임 또는 채무불이행을 이유로 한 손해배상책임에 근거하여 원고에게 위 금원의 지급을 구한다.

나. 판단

- 1) 민법 제576조에서 정한 저당권으로 인하여 매도인이 담보책임을 지게 되는 것은 저당권이 실행되어 경매가 진행되고 그 결과 매수인이 권리를 취득하지 못하게 되거나 또는 취득한 권리를 상실하게 되는 때에만 적용되는 것인바, 이 사건의 경우 저당권이 실행되지 아니하였으므로 민법 제576조에서 정한 담보책임이 적용될 여지가 없다. 게다가 하자담보책임은 계약 체결 당시에 이미 존재하는 원시적 하자에 대한 책임으로서 하자의 존부는 매매계약 성립 시를 기준으로 판단하여야 하므로(대법원 2000. 1. 18. 선고 98다18506 판결 등 참조), 민법 제576조 제2항, 제1항이 적용되기 위해서는 매매계약 체결 당시에 이미 매매목적 부동산에 저당권이 설정되어 있었어야 하나, 이 사건 매매계약 체결 당시 설정되어 있던 근저당권은 경매로 인하여 모두 말소되었음은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 근저당권은 그 후에 설정된 것으로 후발적 하자에 해당할 뿐이어서 하자담보책임이 적용된다고 할 수 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

- 2) 다음으로 원고가 근저당권말소의무를 이행하지 아니함으로 인하여 발생한 손해배상의무는 피고와 이 사건 회사 사이의 정산합의에 의하여 면제되었음은 앞서 본 바와 같으므로, 피고의 이 부분 주장도 받아들이지 아니한다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 본소 청구는 이유 있어 이를 인용하고, 피고의 반소 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로, 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각한다.

(별지 생략)

판사 강태훈(재판장) 안희경 김봉남