

서울중앙지방법원 2019. 5. 8 선고 2018가합539556 판결 [근저당권설정등기 등 말소 등기]

전 문

원고A

소송대리인 법무법인 로플렉스

담당변호사 한명환

피고1. B

2. 주식회사 C

소송대리인 변호사 박성수, 이춘수, 박정훈

변론 종결2019. 4. 17.

판결 선고2019. 5. 8.

주 문

1. 원고의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

1. 피고 B는 원고에게,
가. 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 중부등기소 2016. 3. 3. 접수 제9012호로 마친 각 근저당권설정등기의,
나. 별지 목록 제3 내지 6항 기재 각 부동산에 관하여 서울남부지방법원 등기국 2016. 9. 13. 접수

제122909호로 마친 각 근저당권설정등기의

각 말소등기절차를 이행하라.

2. 피고 주식회사 C는 원고에게 제1항 기재 각 근저당권설정등기의 각 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

이 유

1. 기초사실

가. 근저당권설정등기의 경로

원고 소유의 별지 목록 제1, 2항 기재 부동산에는 2016. 3. 3.자로 채권최고액 20억 원, 근저당권자 피고 B, 채무자 원고로 된 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)설정등기가 경로되었고, 원고 등1) 이 공유하고 있는 별지 목록 제3 내지 6항 기재 부동산에는 2016. 9. 13.자로 이 사건 근저당권의 추가담보로 근저당권(이하 '이 사건 추가 근저당권'이라 하고, 위와 같이 설정된 근저당권을 통칭할 경우 '이 사건 각 근저당권'라 한다)설정등기가 각 경로되었다.

나. 근저당권부채권의 압류등기

(1) 피고 주식회사 C(이하 '피고 회사'라 한다)는 2017. 4. 20. 서울중앙지방법원 2017카단804659호로 피고 B가 원고에 대하여 가지고 있는 이 사건 근저당권이 있는 채권의 가압류결정을 받았고, 2017. 5. 2. 이 사건 각 근저당권설정등기에 관하여 가압류결정에 기한 근저당권부채권 가압류등기(이하 '이 사건 가압류등기'라 한다)를 경로하였다.

(2) 피고 회사는 2017. 9. 20. 서울중앙지방법원 2017타채113411호로 (1)항 기재 가압류를 본압류로 이전하는 근저당권부 채권압류 및 추심명령을 발령받아 같은 달 29. 이 사건 각 근저당권설정등기에 관하여 채권압류 및 추심명령에 기한 근저당권부채권 압류등기(이하 '이 사건 압류등기'라 한다)를 경로하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 5, 6, 8, 9호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다),

을 제2호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들 주장의 요지

가. 원고의 주장

원고는, 원고 및 F을 포함하여 여러 사람들이 공유하고 있는 서울 관악구 G 임야 70,915m² 및 F 소유의 H 임야 13,222m²(이하 위 2개의 부동산을 통칭하여 '이 사건 부동산'이라 한다)의 개발을 추진하기 위하여 F으로부터 G 공유지분(77951분의 23956) 및 H(이하 위 2개의 부동산을 통칭하여 'F 소유 부동산'이라 한다)를 매매대금 20억 원에 매수하려고 하였는데, 피고 B가 이를 매수하기로 하였다.

피고 B는 F 소유 부동산을 매수하였음에도 이 사건 부동산이 개발되지 않을 경우 장래 발생할 수 있는 손해를 담보하기 위하여 원고에게 근저당권설정을 요구하였고, 이에 원고는 피고 B에게 이 사건 각 근저당권설정등기를 해주었다.

그런데 이 사건 부동산에 대한 개발제한요건이 강화되자, 피고 B는 F 소유 부동산을 매수하지 않았는바, F 소유 부동산을 매수함에 따라 손해가 발생할 가능성이 없게 되었다.

따라서 이 사건 각 근저당권설정등기는 그 피담보채권이 존재하지 아니하므로, 피고 B는 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소절차를 이행할 의무가 있고, 이에 터잡은 이 사건 가압류 및 압류등기자인 피고 회사는 원고에게 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다.

나. 피고 회사의 주장

원고는 피고 B에게 이 사건 부동산 개발과 관련하여 발생할 수 있는 손해를 담보하기 위하여 이 사건 각 근저당권설정등기를 해주었고, 피고 B는 이 사건 부동산 중 일부 지분을 매수하였는데, 이후 실제로 부동산 개발이 진행되지 않았으므로 피고 B는 원고에게 손해배상채권을 가진다. 따라서 이 사건 각 근저당권의 피담보채권이 존재한다.

3. 판단

가. 관련 법리

근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는

저당권으로서, 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 참조).

한편, 어떠한 법률행위가 조건의 성취시 법률행위의 효력이 발생하는 소위 정지조건부 법률행위에 해당한다는 사실은 그 법률행위로 인한 법률효과의 발생을 저지하는 사유로서 그 법률효과의 발생을 다투려는 자에게 입증책임이 있다(대법원 1993. 9. 28. 선고 93다20832 판결 등 참조).

나. 인정사실

(1) 원고는 2014. 11. 4. 이 사건 부동산 개발을 위한 목적으로 유한회사 I(이하 'I'라 한다)를 설립하였다.

(2) I는 2014. 12. 5. 주식회사 J(대표이사 K)과 사이에 이 사건 부동산 개발과 관련한 컨설팅 계약을 체결하였다.

토지 개발 매매 컨설팅계약서

I(이하 '갑'이라 한다)와 주식회사 J(이하 '을'이라 한다)은 이 사건 부동산을 개발하여 매매하는 것과 관련하여 아래와 같이 컨설팅계약을 체결한다.

제3조(컨설팅업무의 범위)

본 계약체결에 따라 을이 수행하는 개발 컨설팅업무의 범위는 다음과 같다.

1. 도시공원 민간사업제안 관련하여 정보를 수집하거나 관련 기관 또는 관련자들과의 협의 | 경영에 관련된 모든 업무를 위탁경영한다.

4. 토지개발의 관련된 전반적 문제에 대한 어드바이스

1) 적정매도조건

2) 개발 자금조달 및 활용방안

3) 매도에 따른 세제검토

(3) 이 사건 부동산 중 F 소유의 H는 2014. 12. 10. L 주식회사(이하 'L'이라 한다)에 신탁되었고,

G에 관한 원고와 F의 지분을 포함한 모든 공유지분(M 지분 제외)은 2014. 12. 10. L에 신탁되었다.

(4) 피고 B는 2015. 5. 14. K과 사이에 '피고 B가 K에게 20억 원을 대여하고, K이 2015. 12. 31.까지 변제하지 못할 경우 I와 그 직원이자 원고의 친척인 N이 자신들의 G에 관한 공유지분을 대물로 변제한다'는 취지의 대물변제 예약 등 약정서를 작성하였고, 같은 날 원고 등이 공유하고 있는 별지 제3 내지 6항 기재 부동산에 근저당권자 피고 B, 채무자 K, 채권최고액 20억 원으로 정한 근저당권(이하 '선행 근저당권'이라 한다)설정등기를 경료받았다.

(5) 피고 B는 2015. 7. 17. 이 사건 부동산 중 G에 관하여 77951분의 4958.6 지분을 가진 M로부터 77951분의 2479.3 지분을 2억 3,000만 원에 매수하여 같은 달 28. 위 지분에 관한 공유지분 이전등기를 마쳤다.

(6) 이 사건 부동산 중 G에 관한 피고 B의 (5)항 기재 지분 및 M의 나머지 지분이 2015. 8. 20. L에 신탁됨으로써 G에 관한 모든 지분이 신탁되었다.

(7) 피고 B는 2015. 10.경 이 사건 부동산 개발과 관련하여 ○ 주식회사(이하 'O'이라 한다)를 설립하였고, 원고는 2016. 9. 12. O로부터 885,845,578원을 차용하면서(변제기 2016. 12. 12.), 2016. 9. 13. 별지 목록 제1 내지 6항 기재 부동산에 관하여 채권최고액 10억 원, 근저당권자 O, 채무자 원고로 정한 근저당권을 설정해 주었다.

(8) 원고와 피고 B는 2016. 3. 3. 선행 근저당권설정등기를 말소한 후 원고를 채무자로 한 이 사건 근저당권설정등기를 설정하였고, 2016. 9. 13. 이 사건 추가 근저당권설정등기를 경료하였다.

(9) 한편 피고 B는 피고 회사의 자금담당 임원으로 근무하다가 2015. 2.경부터 피고 회사의 자금 350여억 원을 횡령한 후 2017. 2.경 해외로 도주하였고, 피고 회사는 그 무렵 피고 B를 횡령혐의로 형사고소하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제3, 4, 7, 10 내지 12, 14, 17, 18호증, 을 제1호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

다. 판단

앞서 인정한 사실에다가 앞서 든 증거 및 갑 제15, 16호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 부동산 개발과 관련하여 피고 B의 원고에

대한 손해배상채권이 여전히 존재한다고 봄이 타당하므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다.

① K은 이 사건 부동산 개발자금 조달 등의 업무를 주도하였던바, 이 사건 부동산 개발사업을 진행하기 위한 자금이 부족해지자, 피고 B에게 이 사건 부동산 개발에 참여할 것을 권유하였고, 이에 피고 B는 자금을 조달하는 역할로 이 사건 부동산 개발에 참여하였다.

② 원고는 2015. 5. 14. K을 통하여 피고 B에게 채무자를 K으로 하는 선행 근저당권을 설정해 주었다가, 2016. 3. 3. 위 등기를 말소하는 대신, 채무자를 원고로 하는 이 사건 근저당권설정등기를 경료하였다(이에 대하여 원고는 K이 이 사건 부동산 개발자금을 조달하기 위하여 근저당권을 설정한다고 속이고, K의 개인 채무를 담보하기 위한 근저당권을 설정하였기 때문에 이를 바로잡았던 것이라고 설명한다).

③ 원고는 피고 B가 F 소유 부동산을 매수하는 것을 조건으로 이 사건 부동산 개발과 관련하여 발생하는 손해를 담보(토지조달단가가 시가보다 높게 형성될 가능성이 높은 이 사건 부동산 개발 사업과 같은 도심개발사업에 있어서 사업의 진행이 불가능하게 될 경우, 투자자는 원금 회수는 물론 부동산의 처분 자체에 어려움을 겪을 가능성이 다분하여 이를 회피하기 위한 수단을 지칭하는 것으로 보인다)해 주기로 하였다고 주장하나, ㉠ 원고는 이 사건 부동산 개발과 관련하여 피고 B와 사이에 투자의 규모 및 수익분배 등에 관한 약정을 하였을 것으로 보임에도, 이에 대한 아무런 자료를 제출하지 않고 있는 점, ㉡ 이 사건 근저당권설정계약서에는 '채권자(피고 B)에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 채무'라는 취지만 기재되어 있을 뿐, 원고의 주장과 같은 조건이 부가되었다는 취지의 기재가 없는 점, ㉢ 피고 B는 2015. 7. 17. M 지분을 직접 매수한 후 이를 신탁하는 방법으로 투자를 한 점 등에 비추어 보면 원고의 주장을 믿기 어렵고, 이 사건 각 근저당권은 F 소유 부동산에 국한되지 않고 이 사건 부동산 개발사업에 자금을 투입하여 발생하는 모든 손해를 담보한다는 피고의 주장이 더 신빙성 있다.

④ 원고는 2016. 9. 12. O로부터 돈을 차용할 당시 피고 B가 이로 인하여 이 사건 근저당권의 담보가치가 부족할 수 있으니 추가 담보를 제공할 것을 요구하여 이 사건 추가 근저당권을 설정해 주었다고 주장하나, 원고의 주장에 따르면 피고 B가 이 사건 부동산 개발과 관련하여 아무런 자금도

투자하지 않고 있는 상태인데 담보가 부족해질 것을 우려하여 추가담보를 요구하고, 원고가 이에 응한다는 것은 도저히 이해하기 어렵다.

⑤ 또한 이 사건 부동산은 여전히 L에 신탁되어 있는바, 이에 비추어 보면 각 부동산 지분권자들에게 상당한 금전적 보상이 이루어진 것으로 능히 미루어 짐작할 수 있다. 위 ④항에서 보았듯이 피고 B에 대한 추가 담보제공은 투자가 실제 이루어지고 있었음을 나타내는 유력한 증빙이 될 수 있고, 실제로 피고 B는 M 지분을 매수하여 신탁하는 방식으로 투자를 하였다(피고 B는 피고 회사로부터 횡령한 돈을 투자자금으로 사용했을 가능성이 높아 그 경로 파악이 쉽지 않을 여지도 많다).

⑥ 위와 같이 이 사건 부동산에 대한 신탁이 유지되고 있다면, 이 사건 부동산 개발 사업이 일시적으로 중단되어 지연되고 있는 것일 뿐이고, 종국적으로 종료되었다고 볼 수 없다. 따라서 최소한 M 소유 지분을 매수하는 자금을 투자한 피고 B의 이 사건 부동산 개발과 관련한 손해는 그 범위가 아직 확정되지 않았다고 봄이 상당하다.

4. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 모두 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김병철

판사인진섭

판사김미호

별지

1) 원고(3/5 지분), D(1/5 지분), E(1/5 지분)이 공유하고 있고, D, E은 원고의 자녀이다.