

서울고등법원 2019. 10. 18 선고 2019나2026784 판결 [근저당권설정등기 등 말소 등기]

전 문

원고, 항소인 A

소송대리인 법무법인 로플렉스

담당변호사 한명환

피고, 피항소인 1. B

2. 주식회사 C

소송대리인 변호사 이춘수, 박정훈

변론 종결 2019. 9. 20.

판결 선고 2019. 10. 18.

제 1 심 판결 서울중앙지방법원 2019. 5. 8. 선고 2018가합539556 판결

주 문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.가. 원고의 장래이행청구 부분의 소를 각하한다.나. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송 총비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다.

1. 피고 B는 원고에게,

가. 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 중부등기소2016. 3. 3. 접수 제9012호로 마친 각 근저당권설정등기의,

나. 별지 목록 제3 내지 6항 기재 각 부동산에 관하여 서울남부지방법원 등기국2016. 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. 제1심판결의 인용

이 사건에 관하여 이 법원이 적을 이유는 원고가 당심에서 추가 · 보완하는 주장에 관하여 아래 2.항과 같은 판단을 추가하는 이외에는 제1심 판결문 이유란 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 추가하는 판단

가. 원고 주장의 요지

이 사건 근저당권의 피담보채무가 존재한다면, 그 잔존원금 및 그에 대한 지연손해금 변제를 조건으로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하는바, 피고 B는 M지분을 2억 3,000만 원에 취득하였으므로 이 사건 부동산 개발과 관련하여 피고 B가 입은 손해는 2억 3,000만 원이라고 할 것이므로 위 금원의 변제를 조건으로 이 사건근저당권설정등기의 말소를 구한다.

나. 판단

직권으로 본다.

1) 피담보채무 변제를 조건으로 근저당권의 말소를 구하는 소는 장래이행의 소에 해당하는바, 장래에 발생할 청구권 또는 조건부 청구권에 관한 장래이행의 소가 적법하려면 그 청구권 발생의 기초가 되는 법률상·사실상 관계가 변론종결 당시 존재하고 그러한 상태가 계속될 것이 예상되어야 하며 또한 미리 청구할 필요가 있어야만 한다(대법원 1987. 9. 22. 선고 86다카2151 판결, 대법원 1991. 6. 28. 선고 90다카25277판결, 대법원 1997. 11. 11. 선고 95누4902,4919 판결 등 참조)

2) 이 사건의 경우, 앞서 본 사실 및 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 고려하면, 이 사건 변론종결일 현재 아직 이 사건 근저당권은 그 피담보채무가 확정되지 아니하여 이 사건 근저당권의 피담보채무의 성부 및 범위를 예측하는 것이 불가능한바, 이와 같은 상태에서 피담보채무의 변제를 조건으로 근저당권의 말소를 구하는 청구는 장래이행의 소로서 허용되지 않는다고 봄이 상당하다.

① 근저당권은 담보할 채권의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 유보하여 설정하는 저당권을 말하고, 이 경우 그 피담보채무가 확정될 때까지의 채무의 소멸또는 이전은 근저당권에 영향을 미치지 아니한다(대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다7176 판결 등 참조). 한편, 근저당권설정계약이나 기본계약에서 결산기를 정하거나 근저당권의 존속기간이 있는 경우라면 원칙적으로 결산기가 도래하거나 존속기간이 만료한 때에 피담보채무가 확정된다. 여기에서 결산기의 지정은 일반적으로 근저당권피담보채무의 확정시기와 방법을 정한 것으로서 피담보채무의 이행기에 관한 약정과는 구별된다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결 등 참조).

② 이 사건 각 근저당권은 앞서 판단한 바와 같이 피고 B가 이 사건 부동산개발 사업에 자금을 투자하여 발생하는 모든 손해를 담보하는 것으로 보아야 한다.

따라서 이 사건 근저당권의 피담보채무는 이 사건 부동산 개발 사업이 종료되어 더 이상 피고 B의 손해가 발생되거나 확장될 가능성이 없게 되었을 때 비로소 확정되고, 그 확정 시점까지 발생한 손해가 피담보채무가 된다. 이러한 점에서 피고 B의 손해는 M 지분 취득 가액에 한정된다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

③ 나아가 이 사건 근저당권의 피담보채무를 확정할 수 있을 정도로 이 사건부동산 개발 사업이

종료되었는지를 보건대, 이 사건 부동산 개발 사업이 종료되었다는 원고의 주장은 아래와 같이 받아들이기 어렵고, 그 외 원고가 제출하는 증거들을 모두 살펴보더라도 이를 인정하기에 부족하다. 오히려 이 사건 부동산은 여전히 L에 신탁된 채 신탁이 계속 유지되고 있는 점에 비추어 보면 이 사건 변론종결일 현재 이 사건 부동산 개발 사업은 종료되었다고 인정하기 어려울 뿐이다.

㉠ 원고는 이 사건 부동산 개발 사업 대상 부동산 중 서울 관악구 G임야에 대하여 도시계획시설(공원) 결정 해제가 불가능하게 되었으므로 이 사건 부동산 개발 사업은 종료되었다고 주장한다.

갑 제19호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 원고가 관악구청에 장기 미집행 도시계획시설(공원) 결정 해제 신청을 하자, 관악구청장은 2018. 6. 16. '서울 관악구 G 임야는 P공원에 포함된 토지로 서울시 소관 공원으로 2020. 7. 1. 실효시까지 단계별집행계획이 수립되어 있어 해제 신청 대상이 아니다'고 통지한 사실이 인정되나, 위 통지에 의하더라도 2020. 7. 1. 이후에는 도시계획시설(공원) 결정이 실효된다는 것이므로 관악구청장의 위와 같은 통지만으로 '이 사건 부동산 개발 사업의 수행이 불가능하게되어 이 사건 부동산 개발 사업이 종국적으로 종료되어 이 사건 근저당권의 그 피담보채무가 확정되었다'고 보기에 부족하다.

㉡ 또한 원고는 피고 B가 피고회사의 자금을 횡령한 후 현재 소재파악이 되지 않는 점을 들어 이 사건 근저당권의 피담보채무가 확정되었다는 취지로도 주장하나, 원고 주장과 같은 사유만으로 이 사건 근저당권의 피담보채무가 확정된다고보기도 어렵다.

④ 따라서 이 사건 변론종결일 현재 아직 이 사건 근저당권은 그 피담보채무가 확정되지 아니한 상황이라고 볼 것이다.

3) 결국 이 부분 원고의 소는 장래이행의 소로서 요건을 갖추지 못하였다고 할것이다.

3. 결 은

그렇다면 원고 청구 중 장래이행청구 부분의 소는 부적법하여 각하하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 할 것이다. 제1심판결을 위와 같이 변경하기로 한다.

재판장 판사 정선재, 판사 구자현, 판사 최승원

[별지 목록]**부동산의 표시**1. 서울특별시 종로구

대 611.6㎡

2. 서울특별시 종로구 [도로명주소] 서울 종로구

위 지상

벽돌조 슬래브위 기와지붕 2층주택

1층 180.13㎡

2층 92.79㎡

지하실 35.52㎡

(내역 : 지층은 창고 및 보일러실)

철근콘크리트 슬래브 지층 차고

지층 19.84㎡

3. 서울특별시 영등포구

대 398㎡

4. 서울특별시 영등포구

대 238㎡

5. 서울특별시 영등포구

대 20㎡

6. 서울 영등포구 , ,

[도로명주소] 서울 영등포구

위 지상

알씨조 평 슬래브지붕 4층 목욕탕

및 근린생활시설

1층 275.59㎡

2층 292.28㎡

3층 292.28㎡

4층 292.28㎡

지층 442.71㎡

(내역 : 지층 목욕탕 1층 점포,

2층 목욕탕, 3층 당구장 148.72, 탁구장 143.56, 4층 사무실 292.28 입).

끝.

