

수원지방법원 2020. 7. 2 선고 2019가단568286 판결 [근저당권설정등기 말소등기]

전 문

원 고 A

소송대리인 법무법인 화현 담당변호사 박종학

피 고 B

소송대리인 법무법인 탑 담당변호사 이승연, 이윤진

변론 종결 2020. 5. 7.

판결 선고 2020. 7. 2.

주 문

1. 피고는 원고로부터 110,000,000원을 지급받은 다음 원고에게 별지1 목록 기재 각부동산에 관하여 수원지방법원 화성등기소 2009. 10. 8. 접수 제182312호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 이 법원이 2020카정20098호 강제집행정지 신청사건에 관하여 2020. 3. 3. 한 강제집행정지결정은 110,000,000원을 초과하는 부분에 한하여 이를 인가한다.
4. 소송비용 중 1/2은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.
5. 제3항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

피고는 원고에게 별지1 목록 기재 각 부동산에 관하여 수원지방법원 화성등기소 2009.10. 8. 접수

제182312호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 인정사실

- 원고는 피고 등으로부터 투자받은 돈으로 화성시 C 임야 6598㎡ 중 2323/6598 지분을 매수하여 2003. 12. 31. 원고 명의로 소유권이전등기를 마쳤고, 그 중 피고의 투자금은 110,000,000원이다.
- 위 토지가 공유물분할되면서, 원고는 2004. 12. 16. 화성시 D 임야 2323㎡에 관하여 단독으로 소유권이전등기를 마쳤다.
- 이후 위 분할된 토지는 2005. 7. 6.부터 2019. 10. 30.까지 사이에 아래와 같이 별지1 목록 기재 각 토지(이하 '이 사건 각 토지'라 하고, 개별적으로 지칭하는 경우에는 그 순번에 따라 특정한다)로 순차 분할되었다.

분할일시	분할되어 나온 토지	화성시 D 임야의 남은 면적
2005. 7. 6.	화성시 E 임야 30㎡	2293㎡
2018. 8. 21.	화성시 F 임야 642㎡ (= 별지1 목록 제2항 기재 토지)	1651㎡
2019. 10. 30.	화성시 G 임야 330㎡ (= 별지1 목록 제3항 기재 토지)	1321㎡ (= 별지1 목록 제1항 기재 토지)

토지)

- 이 사건 각 토지에 관하여, 2005. 7. 6. 채권최고액 390,000,000원, 근저당권자주식회사 H으로 된 근저당권설정등기가, 같은 날 존속기간 2005. 7. 6.부터 만 30년, 지상권자 주식회사 H으로 된 지상권설정등기가 각 마쳐졌다.
 - 피고는 2009. 10. 8. 이 사건 각 토지에 관하여 채권최고액 200,000,000원의 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권등기'라 한다)를 마쳤다.
 - 피고는 2019. 2. 14. 이 사건 근저당권등기에 기하여 이 사건 각 토지에 관한 부동산임의경매를 신청하였고(수원지방법원 I), 2019. 2. 19. 임의경매 개시결정을 받았으나, 2019. 2. 28. 이를 취하한 후 원고와 투자금 정산방법에 관해 논의하였다.
 - 피고는 2019. 8. 27. 원고에게 '2019. 9. 20.까지 화성시 D 임야 1651㎡ 중 별지2[도면] 표시 1, 2, 3, 4, 5, 1의 각 점을 순차로 연결한 선내 부분 330㎡를 권리제한등기없는 상태로 현물분할해 주고, 만약 위 기한까지 이를 이행하지 아니할 경우 경매를 재차 신청하겠다'는 취지의 내용증명우편을 보냈고, 이에 원고는 2019. 9. 2. '피고가요구하는 기한까지 위 330㎡를 분할하여 권리제한등기 없는 상태로 소유권이전등기를 마치도록 최대한 노력하겠다'는 취지의 내용증명우편을 보냈다.
 - 피고는 2019. 9. 20.까지 위 현물분할이 이루어지지 아니하자, 2019. 9. 24. 이 사건 근저당권등기에 기하여 이 사건 각 토지에 관한 부동산임의경매를 재차 신청하였고(수원지방법원 J), 2019. 9. 25. 위 법원으로부터 임의경매 개시결정을 받았다.
- [인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 4, 6, 8, 12호증, 을 제1 내지 7호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장 요지

가. 첫 번째 주장

피고는 2019. 9. 2. 원고와 사이에 화성시 D 임야 1651㎡ 중 별지2 [도면] 표시 1, 2, 3, 4, 5, 1의 각 점을 순차로 연결한 선내 부분 330㎡를 현물분할받은 후 이 사건 근저당권등기를 말소하기로 합의하였고, 이에 원고는 2019. 10. 30. 위 330㎡에 해당하는 이 사건 제3 토지에 관한 분할절차를

완료하였다. 그런데 피고는 이 사건 제3 토지에 관한 소유권이전등기절차를 인수하지 아니하고 있으므로, 피고는 위 합의에 따라 원고에게 이 사건 근저당권등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 두 번째 주장

원고는 피고로부터 200,000,000원을 차용하거나, 피고에게 투자원리금으로 200,000,000원을 지급하기로 약정한 바 없다. 따라서 이 사건 근저당권등기는 피담보채무가 존재하지 아니하거나, 비진의 의사표시 내지 통정허위표시에 따른 무효의 등기이므로, 피고는 원고에게 그 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

다. 세 번째 주장

설령 이 사건 근저당권등기가 유효하다고 하더라도, 피고는 원고로부터 투자원금 110,000,000원에서 피고가 부담해야 할 개발비용채무 12,541,274원을 공제한 나머지 97,458,726원을 지급받음과 동시에 이 사건 근저당권등기를 말소할 의무가 있다.

3. 판단

가. 첫 번째 주장에 관한 판단

살피건대, 갑 제7호증 1, 2의 각 기재 등 원고가 제출한 증거들만으로는 원고와 피고 사이에 원고 주장과 같이 아무런 기한이나 조건 없는 합의가 성립하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 오히려 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고가 2019. 8. 27. 원고에게 '2019. 9. 20.까지' 화성시D 임야 1651㎡ 중 별지2 [도면] 표시 1, 2, 3, 4, 5, 1의 각 점을 순차로 연결한 선내부분 330㎡를 '권리제한등기 없는 상태'로 분할하여 줄 것을 요구하였음에도, 원고는 2019. 10. 30.에 이르러서야 이 사건 제3 토지를 분할하고, 현재까지 권리제한등기를 말소하지 아니한 사실이 인정되므로, 원고가 피고와의 약정에 따른 자신의 의무를 다하였다고 볼 수 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 두 번째 주장에 관한 판단

살피건대, 위 인정사실과 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 원고는 피고 등으로부터 자금을 투자받아 화성시 C 임야 6598㎡ 중 2323/6598 지분을 매수하면서 이후 개발수익 등을 분배하기로 약정한 점, ② 위 토지가 공유물분할되어 원고 단독 명의로 등기가 마쳐지고 이후 권리제한등기까지 설정되자, 원고와 피고는 협의를 거쳐 이 사건 근저당권등기를 마친 점, ③ 공동투자자 중 1인인 소외 K도 2009. 12. 17. 이 사건 각 토지에 관하여 채권최고액200,000,000원의 근저당권설정등기를 마친 점, ④ 위와 같은 투자경위와 내용, 근저당권설정 경위와 채권최고액 등을 고려할 때 원고는 피고에게 투자원금 110,000,000원을보장하고 이 사건 각 토지의 매각에 따른 수익금을 분배할 의사로 이 사건 근저당권등기를 마쳐준 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 근저당권등기는 원고와 피고 사이에 체결된 공동투자 약정에 따른 피고의 투자원금과 수익금을 200,000,000원의한도 내에서 담보하고, 위 공동사업의 신뢰를 구축하기 위한 목적에서 합의에 따라 마쳐진 것으로서, 그 담보하는 피담보채권이 부존재한다거나 원인무효의 등기라고 할 수 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 세 번째 주장에 관한 판단

1) 근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 경우에는 경매신청시에 근저당 채무액이 확정되고, 그 이후부터 근저당권은 부종성을 가지게 되어 보통의 저당권과 같은 취급을 받게 되는바, 위와 같이 경매신청을 하여 경매개시결정이 있는 후에 경매신청이 취하되었다고 하더라도 채무확정의 효과가 반복되는 것은 아니다(대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카545 판결, 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다73022판결 등 참조). 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서 근저당권설정등기에 대한 말소등기절차의 이행을 청구하였으나 잔존채무가 있는 것으로 밝혀진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 청구에는 확정된 잔존채무를 변제하고 그 다음에 위 등기의 말소를 구한다는 취지도 포함되어 있는 것으로 해석함이 상당하고, 이는 장래 이행의 소로서미리

청구할 이익도 인정된다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다83694 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건 근저당권등기는 원고의 피고에 대한 투자원금 110,000,000원과 이 사건 각 토지를 개발하여 제3자에게 매도하였을 경우에 발생할 수익금 채권을 담보하기 위한 것인 사실, 근저당권자인 피고가 2019. 2. 14. 이 사건 근저당권등기에 기하여 이 사건 각 토지에 관한 부동산임의경매를 신청하였고(수원지방법원 1), 2019.2. 19. 위 법원으로부터 임의경매 개시결정을 받았으나, 2019. 2. 28. 이를 취하한 사실은 앞서 본 바와 같고, 위 임의경매신청 당시 이 사건 각 토지에 관한 개발이 완료되거나 제3자에게 매각되지 않은 사실은 당사자 사이에 특별한 다툼이 없으므로, 이 사건 근저당권등기의 피담보채무액이 확정된 시점인 2019. 2. 14. 기준 이 사건 각 토지의 개발에 따른 수익금은 전혀 발생하지 않은 것으로 보이고, 달리 수익금이 발생하였음을 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 사건 근저당권등기의 확정된 채무액은 투자원금인 110,000,000원뿐이라고 할 것이므로, 피고는 원고로부터 110,000,000원을 지급받은 다음 원고에게 이 사건 근저당권등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다(원고는 투자원금에서 기발생한 개발비용 등을 공제해야 한다고 주장하나, 앞서 본 이 사건 근저당권등기의 담보내용과 범위 등에 비추어, 개발에 따른 수익금이 발생하지 않은 시점에 그 비용을 투자원금에서 공제해야 한다는 취지의 위 주장은 받아들이지 아니한다).

2) 이에 대하여 피고는, 원고가 투자원금과 수익금으로 최소 200,000,000원을 보장하기로 약정하면서 이를 피담보채무로 하여 이 사건 근저당권등기를 마쳐주었다고 주장하나, 피고가 제출한 증거들만으로는 위 약정사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 김민지