

수원지방법원 2021. 9. 9 선고 2020나86644 판결 [근저당권 설정등기 말소]

전 문

원고, 항소인 A

소송대리인 법무법인 호민

담당변호사 이진규, 임효진

피고, 피항소인 B

소송대리인 법무법인 광덕

담당변호사 이원희, 김현영

변 론 종 결 2021. 7. 1.

판 결 선 고 2021. 9. 9.

제1 심판결 수원지방법원 안산지원 2020. 9. 9. 선고 2018가단19651 판결

주 문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고는 원고로부터 350,000,000원을 지급받은 다음 원고에게 안산시 단원구 C 임야 13,148㎡에 관하여 수원지방법원 안산지원 2018. 2. 23. 접수 제13852호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송 총비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 안산시 단원구 C 임야 13,148㎡에 관하여 수원지방법원 안산지원 2018. 2. 23. 접수 제13852호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2015. 7. 1. 안산시 단원구 C 임야 13,148㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)에 관하여 2015. 6. 19.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

나. 원고는 2016. 12. 7. D에게 ‘이 사건 토지에 대하여 D이 2016. 12. 7. 현재까지 300,000,000원을 정히 투자한 것을 확인한다.’라는 내용의 확인증서(이하 ‘이 사건 확인증서’라 한다)를 작성하여 교부하였다.

다. 원고는 2018. 2. 23. D의 아들인 피고에게 이 사건 토지에 관하여 피고를 근저당권자로, 채권최고액을 422,200,000원으로 하는 근저당권을 설정하여 주기로 약정(이하 ‘이 사건 근저당권설정계약’이라 한다)하였고, 이 사건 근저당권설정계약을 원인으로 이 사건 토지에 관하여 수원지방법원 안산지원 2018. 2. 23. 접수 제13852호로 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권설정등기’라 한다)를 마쳤다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 5호증, 을 제1, 2호증, 을 제5호증의 1, 2, 3의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 청구원인에 관한 판단

가. 피담보채무 부존재 주장에 관한 판단

1) 원고는 이 사건 근저당권설정계약의 피담보채무가 존재하지 아니한다는 이유로 이 사건 근저당권설정등기가 말소되어야 한다고 주장한다.

2) 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항), 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 등 참조).

3) 살피건대, 갑 제1호증, 을 제4호증, 을 제5호증의 1, 2, 3, 을 제6호증, 을 제7호증의 1 내지 8, 을 제8, 10, 11호증의 각 기재, 제1심 증인 E의 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하면, E이 진입로를 개설하는 등의 방법으로 이 사건 토지 및 그와 인접한 토지를 개발하기 위하여 D으로부터 자금을 투자받기로 약정한 사실, D이 E에게 2015. 3. 31.부터 2016. 9. 11.까지 위 투자금 명목으로 합계 375,000,000원을 이체한 사실, 피고가 E에게 D이 위와 같이 투자한 사실을 확인해달라고 요청하였고, 이에 2016. 12. 7. 원고와 피고 및 E이 만나 D이 이 사건 토지에 관하여 그때까지 투자한 돈이 300,000,000원이라는 내용의 이 사건 확인증서를 작성한 사실, 그 무렵 D이 위 투자금에 관한 채권을 피고에게 양도한 사실, 원고가 2018. 1. 11. 피고와 전화로 통화하면서 피고에게 ‘이 사건 토지에서 수익이 나면 자산을 돌려주겠다고 한 것은 인정한다.’라고 말한 사실, 그 후 원고가 2018. 2. 23. 피고와 사이에 이 사건 근저당권설정계약을 체결하고 이 사건 근저당권설정등기를 마친 사실, 피고가 2018. 7. 12. 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무로서 350,000,000원을 변제해달라고 요청하는 내용의 ‘변제이행 최고 및 담보권실행 예정사실 통지서’를 내용증명우편으로 발송한 사실, 그 후 원고가 위 350,000,000원의 변제를 요구하는 피고에게 ‘설정해놓은 금액을 변제하지 못한다고 한 적은 없다.’, ‘변제하지 못할 것 같았으면 설정을 승낙하지 아니하였을 것이다.’, ‘9월 말까지 피고에게 350,000,000원을 변제할 것을 약속하겠다.’, ‘D과 의논해서 이 사건 토지를 매수하라.’라는 등의 문자메시지를 보낸 사실을 인정할 수 있다. 여기에 위 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 비록 D으로부터 투자금을 지급받은 사람은 E이기는 하나, 원고는 직접 D에게 D이 원고 소유의 이 사건 토지에 관하여 300,000,000원을 투자한 사실이 있음을 확인해 준 점, 이에 대하여 원고는 이 사건 확인증서가

D으로부터 장래에 위 돈을 투자받을 것을 확인한다는 취지로 작성한 것이라고 주장하나, 원고의 위 주장은 위 문자메시지의 내용뿐만 아니라 이 사건 확인증서의 문언에도 부합하지 아니한 점, 원고는 피고에게 전화나 문자메시지로 여러 차례 350,000,000원을 변제하겠다고거나 위 채무가 이 사건 근저당권설정계약에 관한 것이라는 취지로 말하였는데, 이는 원고 자신이 이 사건 근저당권설정계약의 피담보채무가 존재한다는 사실을 인식하고 있었다는 것을 보여주는 점, 원고는 D이 아닌 피고에게 전화나 문자메시지로 위 돈을 변제하겠다고 말하였고, 피고와 사이에 피고를 근저당권자로 한 이 사건 근저당권설정계약을 체결하였으므로, 원고는 피고가 D으로부터 투자금 반환채권을 양수한 사실을 통지를 받아 알고 있었거나 그렇지 아니하더라도 그 채권양도를 승낙하였다고 판단되는 점 등을 보태어 보면, 피고가 D으로부터 이 사건 토지에 관한 투자금 반환채권 중 300,000,000원과 이에 대한 이자 50,000,000원의 합계 350,000,000원을 양수하였고, 원고는 피고에 대한 위 350,000,000원의 채무를 피담보채무로 하여 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 후 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤다고 판단된다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

4) 원고는 D이 피고에게 투자금 반환채권을 양도한 것은 소송신탁에 해당하여 무효라고 주장한다. 살피건대, 위 채권양도가 소송신탁에 해당한다고 볼 만한 사정에 관하여 별다른 입증자료가 없는 반면, 피고가 2016. 12.경 D으로부터 투자금 반환채권을 양수한 후 원고와 사이에 피고를 근저당권자로 하여 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 사실, 그 후 피고가 원고에게 전화, 내용증명우편 및 문자메시지로 변제를 요구한 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제2호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고가 이 사건 토지에 관하여 임의경매신청을 한 것은 2018. 7. 24.인 사실을 인정할 수 있다. 위와 같은 채권양도 이후의 사정, 채권양도 이후 피고가 임의경매신청을 할 때까지의 시간적 간격 등에 비추어 보면, 위 채권양도가 소송행위를 하게 하는 것이 주목적이었다고 볼 수 없다. 따라서 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

5) 피고는 등기경료 절차비용 2,200,000원을 지출하였고 위 350,000,000원에 더하여 위 2,200,000원을 이 사건 근저당권설정계약의 피담보채무로 하기로 약정하였다고 주장하나, 피고의 위 주장사실을 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

나. 기망을 이유로 한 이 사건 근저당권설정등기의 무효 주장에 관한 판단

원고는 이 사건 근저당권설정계약이 E과 피고의 기망행위로 인하여 체결되었으므로 이 사건 근저당권설정등기가 무효라고 주장하나, 이 사건 근저당권설정계약이 E과 피고의 기망행위로 인하여 체결되었다는 원고의 위 주장사실을 인정할 만한 증거가 없다. 오히려 갑 제19호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 E과 피고를 사기 혐의로 고소하였으나, 서울중앙지방검찰청 검사는 2020. 7. 6. 증거가 불충분하여 E과 피고의 혐의가 없다는 이유로 불기소 결정을 한 사실을 인정할 수 있을 뿐이다. 따라서 원고의 위 주장은 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

다. 피담보채무 일부 부존재 주장에 관한 판단

원고는 D으로부터 장래에 이 사건 토지의 진입로와 택지 개발비용으로 300,000,000원을 투자받을 목적으로 이 사건 확인증서를 작성하였으므로, 이후 D이 실제로 얼마를 투자하였는지를 특정하여야 함을 전제로 진입로 등의 공사에 실제 투입된 금액을 초과하는 부분에 대한 피담보채무는 존재하지 아니한다고 주장한다. 그러나 D으로부터 장래에 이 사건 토지의 진입로와 택지 개발비용으로 300,000,000원을 투자받을 목적으로 이 사건 확인증서를 작성하였다는 원고의 위 주장사실을 인정할 만한 증거가 없다. 오히려 원고의 피고에 대한 위 350,000,000원의 채무가 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무로 보아야 함은 앞서 본 바와 같다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

라. 소결론

따라서 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무는 원고의 피고에 대한 위 채무 350,000,000원이라고 보아야 하므로, 피담보채무의 부존재를 이유로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하는 원고의 주장은 이유 없다. 그러나 원고가 피담보채무 중 일부가 부존재한다는 주장을 하고 있고, 이는 피담보채무의 변제를 조건으로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다는 취지의 의사표시로 해석할 수 있으며, 피담보채무의 존재 여부와 액수에 관하여 피고가 다투고 있는 이상

장래 이행의 소로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 미리 청구할 필요가 있다고 판단된다. 결국, 피고는 원고로부터 위 350,000,000원을 지급받은 다음 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 제1심판결을 위와 같이 변경하고 소송 총비용은 원고가 부담하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이준규, 판사 이승일, 판사 문유진