

의정부지방법원 2023. 5. 4 선고 2021가단123338 판결 [근저당권설정등기말소 청구의 소]

전 문

원고A

소송대리인 법무법인 세림

담당변호사 서동주, 오치원, 이지은, 김수진, 안주연

피고B

소송대리인 변호사 정민용

소송복대리인 변호사 이승헌

변론 종결 2023. 3. 23.

판결 선고 2023. 5. 4.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 목록 제1 내지 16항 기재 각 토지(이하 통틀어 '이 사건 제1 토지'라 한다)에 관하여 2020. 8. 25. 의정부지방법원 의정부등기소 접수 제86411호로 마친 각 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 이 사건 제1 토지(면적 합계 3,449m²)는 원고가 소유하는 토지들이고, 별지 목록 제17 내지 26항 기재 각 토지(면적 합계 3,617m², 1) 이하 통틀어 '이 사건 제2 토지'라 한다)는 소외 C, D, E(이하 통칭하여 'C 등'이라 한다)이 1/3 지분씩 공유하는 토지들이다.

나. 소외 F는 2020. 8. 25. 이 사건 제1, 2 토지 지상에 다세대주택을 건축할 목적으로, 원고로부터 이 사건 제1 토지를 2,818,800,000원에 매수하는 매매계약(이하 '이 사건 제1 매매계약'이라 한다)과 C 등으로부터 이 사건 제2 토지를 2,997,000,000원에 매수하는 매매계약(이하 '이 사건 제2 매매계약'이라 한다)을 같은 장소에서 체결하였다.

이 사건 제1, 2 매매계약서는 공통적으로 제1조(목적)에서 계약금 300,000,000원을 계약 시에 지급하고, 중도금 1,300,000,000원을 2020. 11. 20.에, 각 잔금(이 사건 제1 매매계약 1,218,800,000원, 이 사건 제2 매매계약 1,397,000,000원)을 2021. 8. 25.에 각 지급하는 것으로 정하고 있고, 제6조(채무불이행과 손해배상)에서 "매도인 또는 매수인이 본 계약상의 내용에 대하여 불이행이 있을 경우 그 상대방은 불이행한 자에 대하여 서면으로 최고하고 계약을 해제할 수 있다. 그리고 계약당사자는 계약해제에 따른 손해배상을 각각 상대방에게 청구할 수 있으며, 손해배상에 대하여 별도의 약정이 없는 한 계약금을 손해배상의 기준으로 본다."고 정하고 있다. 또한 이 사건 제1, 2 매매계약서에는 각 특약사항이 첨부되어 있는데, 각 특약사항에는 다음과 같은 내용이 공통적으로 포함되어 있다.

▶ 특약사항

- 계약금 중 1차 계약금 100,000,000원은 당일 입금(매도인이 지정한 G건축사사무소 건축 설계 용역비)하고, 2차 계약금 200,000,000원은 2020. 10. 25. 매도인 계좌로 입금하는 조건의 계약임. 2차 계약금은 다세대주택 허가일 기준 변동 가능하고, 2차 계약금 중 25,000,000원은 설계외주시점에 우선 지급한다.
- 매도인과 매수인 합의 하에 토지 잔금일은 건물 준공시점이며, 잔금일은 준공일 기준 30일 이내로

한다. (지연에 따른 배상 문제는 추후 협의한다.)

- 다세대주택 허가를 조건으로 한 조건부 계약이므로 다세대주택 불허가 시 본 계약을 원인무효하고 매도인은 계약금을 반환하기로 매도인과 매수인 합의함.

(단, 다세대주택 불허가 외 계약해제 시 매도인은 계약금의 배액을 상환하고, 매수인은 계약금 포기하고 해제할 수 있다.)

- 계약 후 매도인이 본 사업에 참여하여 매도인 명의로 각종 인·허가에 필요한 서류를 매수인이나 매수인이 지정하는 제3자에게 교부해 주고, 건축준공 후 잔금과 동시에 매수인에게 명의변경 해준다.

- 매도인과 매수인 합의 하에 매도인이 용역비를 부담하여 개발행위허가 및 건축허가를 득하고, 단 인·허가 및 인·허가로 인하여 발생하는 각종 제세공과금(세금)은 매수인이 부담한다.

- 추후에 계약서 내용 외의 합의사항은 별첨하기로 한다.

한편, 이 사건 제1 매매계약서에는 이 사건 제2 매매계약서와 달리 "1차 계약금 지급 시 매도인 중 A(원고) 토지에 계약금 200,000,000원에 대한 근저당 설정하기로 하며 문서(계약서) 공증한다."는 특약사항(이하 '이 사건 근저당권설정약정'이라 한다)이 포함되어 있었다.

다. 피고는 이 사건 제1, 2 매매계약 체결 시 원고, C 및 F와 동석하여 계약 체결 당일 G건축사사무소 H 계좌로 100,000,000원씩 2회 송금하는 방법으로 이 사건 제1, 2 매매계약의 각 특약사항에서 정한 각 1차 계약금 합계 200,000,000원을 지급하였다. 이에 원고는 같은 날 이 사건 근저당권설정약정에 따라 이 사건 제1 토지에 관하여 채무자 원고, 근저당권자 피고, 채권최고액 200,000,000원으로 된 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

라. 원고와 C 등은 2020. 11.경 이 사건 제1, 2 토지에 관하여 '공동주택 부지조성'을 목적으로 한 개발행위허가신청을 하였으나, 주택법 규정2) 과 관련하여 양주시 측으로부터 이 사건 제1, 2 토지의 소유관계에 관한 문제를 지적받고, 2021. 1. 8. 위 신청을 취하하였다.

마. F가 2021. 1. 25. 위 H 계좌로 2차 계약금 중 일부인 50,000,000원을 송금하였으나, 그 이후로 이 사건 제1, 2 매매계약은 쌍방의 이행에 관하여 별다른 진척을 보이지 못하였다.

바. 원고는 위와 같은 교착상태가 지속되던 2021. 6. 25. 이 사건 근저당권설정등기가 부종성에 반하는 무효의 등기라고 주장하며 피고를 상대로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하는 이 사건

소를 제기하였다.

사. F는 이 사건 소장 부분이 피고에게 송달된 2021. 7. 12. '공동주택 부지조성'이 아니라 이 사건 제1, 2 토지의 소유관계가 문제되지 않는 '제1종 근린생활시설(소매점) 건물 신축부지 조성'을 목적으로 한 개발행위허가신청을 원고와 C 등 명의로 하였다.

이에 원고가 2021. 8. 19. 신청취하원을 제출하였고, 그에 따라 위 개발행위허가신청 중 원고 명의로 된 부분이 취하처리 되었다. 이후 원고는 2021. 9.경 다시 별지 목록 제9항 토지 등에 관하여 제1종 근린생활시설(소매점) 건물 신축부지 조성을 목적으로 한 개발행위 허가신청을 하였고, 한국농어촌공사는 2021. 10. 20. 원고에게 허가일까지 농지보전부담금 25,350,000원을 납부할 것을 고지하였다.

아. 한편, 이 사건 제1, 2 매매계약 체결을 중개한 공인중개사인 소외 I는 원고의 지시에 따라 원고가 별지2와 같이 미리 작성해 놓은 '매매계약서 추가 첨부사항'(갑 제3호증, 이하 위 문서에 의한 약정을 '이 사건 추가약정'이라 한다)을 2021. 11. 22. F에게 전달하였고, F는 같은 날 이 사건 추가약정서 말미의 서명란에 서명하여 I에게 다시 교부하였다. 이 사건 추가약정서 제1항(계약금, 중도금 납입기일 및 지급방법)에는 '농지보전부담금 및 제세공과금을 매수자가 납부한다.'는 내용이, 제3항(계약불이행에 따른 계약해제 및 위약조항)에는 '위 제1항과 관련하여 F의 불이행 시 매수자로서의 모든 권리를 포기한다.'는 내용이 각 포함되어 있다.

F는 그 다음날인 2021. 11. 23. 12:48 I에게 "잘 올라갔다. 어제 말한 것처럼 A(원고) 취해서 J 통해서 빨리 받고 C 쪽도 도장 받아서 1장 건네줘."라는 내용으로 문자 메시지를 보냈고, I는 같은 날 14:35 F에게 "예, 알겠습니다. 어제 잘 올라왔습니다."라고 답장을 보냈다. 그리고 일주일 후인 2021. 11. 30. F는 원고와 C에게 "원고가 I를 통해 '이 사건 추가약정서에 서명하면 이 사건 소송을 취하하겠다.'고 하고, 이 사건 추가약정에 대해 C 등의 동의를 받기로 하였다. 그럼에도 여전히 이 사건 소송이 계속 중이고, 이 사건 추가약정에 대한 C 등의 동의 여부도 불분명한바, 이 문제들과 관련된 매도인 측의 명확한 의사표명이 없는 한 자신도 건축허가신청과 관련된 행위를 할 수 없다."는 취지의 내용증명우편을 발송하였고, 위 내용증명우편은 2021. 12. 1. 원고와 C에게 도달하였다. 자. 이후 양주시장은 2021. 12. 2. 및 2021. 12. 13. '① 농지보전부담금 납부 관련 증빙자료, ②

진·출입도로 예정지 개발행위허가 신청 대안 반려에 따른 도로확보 관련 서류'의 보완을 요구하였고, 2021. 12. 28. 위 각 보완서류의 미제출을 이유로 원고의 개발행위허가신청을 반려하는 처분을 하였다.

차. 원고는 2021. 12. 28. F에게 "F가 이 사건 추가약정에서 정해진 농지보전부담금 지급의무를 불이행하였음을 이유로 이 사건 제1 매매계약을 취소하고, 지급된 계약금을 몰취한다."는 취지의 내용증명우편을 발송하였고, 위 내용증명우편은 2021. 12. 29. F에게 도달하였다.

【인정근거】 다툼 없는 사실, 갑 제2 내지 7, 10, 11호증, 을 제1, 3, 5, 10 내지 13호증(가지번호가 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들 주장의 요지

가. 원고

1) 이 사건 근저당권설정등기가 처음부터 원인무효 등기라는 주장 근저당권자와 채권자는 동일인이 되어야 하는바, 이 사건 근저당권설정등기는 원고의 F에 대한 1차 계약금 반환채무를 담보하기 위한 것인데, 채권자인 F가 아닌 피고 명의로 마쳐졌는바, 부종성에 반하는 무효의 등기이다(이하 '제1 주장'이라 한다).

2) 이 사건 근저당권설정등기 후 피담보채권이 부존재하는 것으로 확정되었다는 주장 이 사건 제1 매매계약은 이 사건 추가약정 제1항 및 제3항에 따라 F의 농지보전부담금 지급의무 불이행을 원인으로 적법하게 해제되었고, F가 지급한 계약금이 위약금으로 몰취됨에 따라 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권인 계약금 반환채권이 존재하지 않는 것으로 확정되었다(이하 '제2 주장'이라 한다).

나. 피고

1) 원고의 제1 주장에 대한 반박 이 사건 근저당권설정등기는 피고가 이 사건 제1, 2 매매계약에 기해 원고 및 C 등에게 지급한 각 1차 계약금 합계 200,000,000원의 반환채권을 담보하는 것이고, 위 반환채권은 실질적으로 피고에게 귀속되었으므로, 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채권이 존재하고, 부종성에 반하지 아니한다.

2) 원고의 제2 주장에 대한 반박 F는 원고가 이 사건 소를 취하하는 것과 C 등을 포함한 이 사건 제1,

2 매매계약 당사자 전원의 합의가 이루어질 것을 조건으로 이 사건 추가약정서에 서명한 것인데, 위와 같은 조건이 이루어지지 아니하였으므로, 이 사건 추가약정은 유효하게 성립하지 못하였다.

따라서 이 사건 추가약정에 기한 F의 채무불이행을 이유로 하여 이 사건 제1, 2 매매계약이 해제되었다거나 F가 피고를 통해 지급한 계약금이 물취되었다고 할 수도 없다.

3. 판단

가. 전제가 되는 판단: 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권 범위

위 기초사실 및 그로부터 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 이 사건 근저당권설정약정에는 "1차 계약금 지급 시 매도인 중 A(원고) 토지에 계약금 200,000,000원에 대한 근저당 설정하기로 하며 문서(계약서) 공증한다."고 기재되어 있는바, '매도인 중 A(원고) 토지에'라고 되어 있어 있을 뿐 아니라 근저당권 피담보채권액도 100,000,000원이 아닌 200,000,000원으로 되는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권 범위에는 이 사건 제1 매매계약의 1차 계약금 100,000,000원과 이 사건 제2 매매계약의 1차 계약금 100,000,000원이 모두 포함된다고 보아야 한다.

나. 원고의 제1 주장에 대한 판단

근저당권설정등기상 근저당권자가 다른 사람과 함께 채무자로부터 유효하게 채권을 변제받을 수 있고 채무자도 그들 중 누구에게든 채무를 유효하게 변제할 수 있는 관계, 가령 채권자와 근저당권자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는 그러한 근저당권설정등기도 유효하다고 볼 것이다(대법원 2001. 3. 15. 선고 99다48948 전원합의체 판결, 대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다212594 판결 등 참조).

앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 또는 사정들을 종합하면, 이 사건 근저당권설정등기상 근저당권자인 피고는 이 사건 제1, 2 매매계약이 무효화됨에 따라 발생할 계약금반환채권에 관하여 F와 함께 유효하게 변제받을 수 있는 불가분적 채권자의 관계에 있다고 봄이 타당하다. 즉, ① 피고는 이 사건 제1, 2 매매계약 체결 시 이 사건 제1, 2 매매계약의 1차 계약금 합계 200,000,000원을 직접 송금하였고, 이와 관련하여 F는 피고에 대하여 위 200,000,000원에 관한 차용금 반환채무를 부담한다. ② 위 송금에 관한 거래내역상 '기재내용'란에는 F가 아닌 피고의

이름이 기재되어 있다. ③ 피고가 이 사건 제1, 2 매매계약 체결 시 동석하여, 원고도 위와 같은 금전거래상황을 알면서 이 사건 근저당권설정등기를 피고 명의로 마쳐준 것으로 보인다. ④ 이 사건 소 제기 이전까지 이 사건 근저당권설정등기나 그에 관련된 법률관계에 대해 별다른 문제나 분쟁도 없었다. ⑤ 근저당권자를 제3자로 하는 경우, 당사자 사이에는 근저당권자가 변제를 받는 것을 양해하는 것이 일반적이다.

따라서 이 사건 근저당권설정등기가 부종성에 반하는 무효의 등기라는 원고의 주장은 이유 없다.

다. 원고의 제2 주장에 대한 판단

1) 이 사건 추가약정이 유효하게 성립하였는지 여부 원고의 제2 주장은 이 사건 추가약정이 원고와 F 사이에 유효하게 성립하였음을 전제로 하나, 이 사건 추가약정이 유효하게 성립하였다고 보기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

가) 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 이 사건 제1, 2 매매계약은 비록 단일계약이라고 볼 수는 없어도 불가분의 상호연관관계가 있다고 할 것인바, 계약의 이행 및 해제는 전체에 대해서만 가능하고 그 중 일부만을 분리하여 이행 또는 해제할 수는 없다고 봄이 타당하다. 즉, ① 이 사건 제1, 2 토지는 서로 인접한 일단의 토지로(이 사건 제1, 2 토지의 모토지는 분할전 양주시 K 전 7,121㎡로 동일한 것으로 보인다), 이 사건 제1, 2 매매계약의 목적인 다세대주택의 건축을 위해서는 그 전부가 불가분적으로 사용되어야 한다. ② 이 사건 제1, 2 매매계약은 계약금, 중도금 및 잔금의 지급기한 내지 지급조건과 주요 특약사항이 동일하다. 특히 이 사건 제1, 2 매매계약의 각 특약사항에는 공통적으로 다세대주택 건축허가를 조건으로 한 조건부 계약으로서 다세대주택 건축불허가 시 계약이 무효화된다는 점과 건물 준공 시점에 잔금을 지급하기로 한다는 점이 명시되어 있다. ③ 이 사건 제1, 2 매매계약에 기해 지급된 각 1차 계약금의 반환을 담보하기 위하여 매도인별로 별개의 근저당권을 설정하지 않고, 각 1차 계약금 합계 200,000,000원 전부를 피담보채권으로 하여 채무자를 원고로 하는 하나의 근저당권이 이 사건 제1 근저당권에만 설정되었다.

그런데 이 사건 추가약정은 이 사건 제1, 2 매매계약의 이행에 관한 교착상태에서 계약금, 중도금 및 잔금의 지급기한과 지급조건을 추가로 정하는 내용인바, 이 사건 제1, 2 매매계약의 당사자 전원에

의한 합의 없이 원고와 F 사이에서만 유효하게 성립할 수는 없다고 할 것이다.

나) 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고나 F도 이 사건 추가약정서에 대한 C 등의 순차적 동의(승낙)를 상정하고 이를 전제로 이 사건 추가약정서를 작성한 것임을 알 수 있다. 즉, ① 별지2와 같이 이 사건 추가약정서 중 약정 조항에 나아가기 전 부분에는 "(상기 부동산 매매계약서 추가 첨부사항에 대하여) 매도인 C, D, E, A(원고)(이하 '갑')과 매수인 F(이하 '을')는 다음과 같이 약정한다."고 기재되어 있다. 또한 이 사건 추가약정서 중 말미의 서명 부분을 보더라도 '을'(매수인) 옆에는 1명의 서명란만 있는 반면, '갑'(매도인) 옆에는 이 사건 제1, 2 매매계약의 총 매도인 수와 일치하는 4명의 서명란이 있다. ② I는 2021. 11. 22. 이 사건 추가약정서에 F의 서명을 받고나서 F에게 그 부분이나 사본을 교부하지 아니하였다. F는 이 사건 추가약정서에 서명한 다음날인 2021. 11. 23. 12:48 I에게 "잘 올라갔다. 어제 말한 것처럼 A(원고) 취하서 J 통해서 빨리 받고 C 쪽도 도장 받아서 1장 건네줘"라는 내용으로 문자메시지를 보냈고, I는 같은 날 14:35 F에게 "예, 알겠습니다. 어제 잘 올라왔습니다."라고 답장을 보냈다. ③ F는 이 사건 추가약정서에 서명한지 불과 일주일 후인 2021. 11. 30. 원고가 이 사건 추가약정에 대해 C 등의 동의를 받아 주기로 하였다고 주장하는 내용증명우편을 원고와 C에게 보냈고, 이에 대해 원고나 C 등은 별다른 답변을 하지 아니하였다.

다) 그런데 이 사건 추가약정에 관하여 일부 당사자인 원고와 F만 서명하였고, 농지보전부담금 납부기한이 도과할 때까지 C 등의 동의나 승낙의 의사표시는 없었다.

위와 같이 이 사건 추가약정이 유효하게 성립하였다고 보기 어려운 이상 이 사건 추가약정상의 채무불이행을 이유로 한 원고의 해제 주장은 나머지 점에 관하여 살필 필요 없이 이유 없다.

2) 저당권의 불가분성 한편, 근저당권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 저당부동산 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다(민법 제370조, 제321조).

이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권 범위에는 이 사건 제1 매매계약의 1차 계약금 100,000,000원과 이 사건 제2 매매계약의 1차 계약금 100,000,000원이 모두 포함됨은 앞서 본 바와 같은바, 설령 원고의 주장과 같이 이 사건 제1 매매계약이 이 사건 추가약정의 불이행을 이유로 해제되어 이 사건 제1 매매계약의 1차 계약금 100,000,000원이 위약금으로 물취되었다고

가정하더라도, 이 사건 제2 매매계약의 1차 계약금 100,000,000원에 관한 F나 피고의 권리가 소멸하였다는 점에 관한 주장·증명이 없는 이상 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권이 전부 소멸하였다고 할 수 없다. 이러한 점에서도 원고는 피고를 상대로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 없다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사윤지영

별지

1) 토지매매계약서(을 제1호증의 2)에는 이 사건 제2 토지의 면적 합계가 3,671m²로 기재되어 있으나, 오기임이 분명하다.

2) 대통령령으로 정하는 호수 이상의 주택건설사업을 시행하려는 자 또는 대통령령으로 정하는 면적 이상의 대지조성사업을 시행하려는 자는 사업시행승인을 받아야 한다는 주택법 제15조 제1항 및 위와 같은 주택건설사업계획의 승인을 받으려는 자는 해당 주택건설대지의 소유권을 확보하여야 한다는 주택법 제21조 제1항 본문과 관련하여 이 사건 제1, 2 토지가 동일인의 소유가 아닌 점이 지적된 것으로 보인다.