

의정부지방법원 2019. 10. 18 선고 2019가단107722 판결 [근저당권설정등기 말소회복청구 등의 소]

재판경과

의정부지방법원 2020. 11. 19 선고 2019나216061 판결

의정부지방법원 2019. 10. 18 선고 2019가단107722 판결

전 문

원고A

소송대리인 법무법인(유한) 화우, 담당변호사 이준형

피고1. B

2. C

3. D

피고들 소송대리인 변호사 문광신

변론 종결2019. 9. 6.

판결 선고2019. 10. 18.

주 문

1. 원고에게,

가. 피고 B은 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 의정부지방법원 가평등기소1) 2018. 5. 28. 접수 제14828호로 마친 근저당권설정등기 말소등기에 대한 말소회복등기절차를 이행하고,

나. 피고 C은 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 제1.의 가.항 기재 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 하고,

다. 피고 D은 별지 목록 제5, 6항 기재 각 부동산에 관하여 제1.의 가.항 기재 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 하라.

2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 인정사실

가. 원고는 2009. 초경 피고 B의 소개로 알게 된 주식회사 E(이하 'E'이라고 한다), 주식회사 F(이하 'F'이라고 한다), G, H에게 합계 700,000,000원 이상의 돈을 투자하였고, 피고 I에게 30,000,000원을 대여하였는바, 그 세부내역은 아래 나.항의 약정 제2조에 기재된 바와 같다.

나. 피고 B은 2010. 4. 23. 원고의 요구에 따라 위 투자금 등 반환채권을 담보하기 위하여 피고 B 소유의 별지 목록 기재 각 부동산에 대하여 근저당권을 설정하기로 하고, 다음과 같은 내용의 약정(이하 '이 사건 약정'이라고 한다)을 체결하였다.

제1조(목적)

① 원고의 투자금을 조기에 회수함에 있다.

② 원고가 본 약정서에 명시된 사업 외 국내·외 타 사업이 중단된 것을 조속히 진행시키기 위함에 있다.

③ 원고와 피고 B는 제2조에 명시된 원고가 투자한 사업에 대하여 투자받은 업체가 사업을 제대로 실행하지 않음은 물론 제반 모든 사항의 투자금 회수 등에 대하여 불성실하다고 원고와 위 피고는 공동 인식하고,

④ 위 피고로 인하여 원고가 많은 손해를 보고 있으며 국내·외 타 사업을 추진 못하고 있다는 사실에 대하여 위 피고는 책임을 통감하고 따라서 투자금을 회수할 때까지 위 피고의 부동산을 원고에게 근저당 설정함으로써 원고가 현재 추진하고 있는 타 사업을 (주)J의 주주 및 이사들이 중단시킨 사업을 조속히 집행할 수 있도록 함에 목적이 있다.

제2조(투자금에 대한 회수대상 내역)

전문대리점	E	K	영업보증금	09. 1. 13.	100,000,000	E
영업보증금	09. 1. 14.	100,000,000				
계		200,000,000				
과열수증기방식 온풍기 합작 운영계약	F L	M	채무상환대체	09. 1. 16.	100,000,000	F
자본금	09. 1.	100,000,000	(주)N			
운영자금	09. 4. 7.	100,000,000				
계		300,000,000				
버섯재배 및 판매	O	G	계약금	09. 1. 15.	100,000,000	P
알루미늄 사업	H	B	사업비	09. 1. 2.	134,000,000	H
운영자금	09. 2. 13.	30,000,000	B			
계		164,000,000				
합계			764,000,000			

제3조(근저당 설정과 담보용 부동산 내역)

위 피고가 원고에게 제공할 근저당 설정을 위한 담보용 부동산은 현재 Q조합에 설정된 부동산 전체(주소, 면적 등 상세 내역 별첨)를 제2순위로 제2조에 명시된 회수금액으로 설정한다. 이때 위 피고는 근저당 설정에 제반 모든 조치를 취해야 하며 필요한 제반서류를 피고에게 제출해야 한다.

제6조(담보제공해지)

① 본 건에 담보된 위 피고의 근저당 설정된 부동산은 투자된 금액이 원고에게 회수되었을 때

해지하는 것을 원칙으로 하고, 70%까지 회수하고 30%가 미회수되었을 때는 원고와 위 피고가 협의하여 처리 방법을 결정하되, 원고가 피해된 부분을 감안하여 원고의 의견을 존중하여 결정한다.

② 투자된 금액을 조속히 회수하기 위해 위 피고는 최선을 다해 노력한다.

③ 투자금의 70% 회수시 근저당 설정을 해지하기로 한다.

제7조(이행금액의 확정과 자동조정)

F L(M)와 관련된 보일러 사업 투자금은 당사자들과 원고가 주장하는 금액이 서로 다르므로 추후 상호 확인 하에 투자금액이 확정되면 본 문서의 정정 없이 제2조와 제3조에 명시된 투자금 회수금액은 동일한 산출방식으로 자동적으로 조정된 것으로 본다. 또한 투자금에 대한 다툼으로 법원의 판결을 받을 경우 판결 결과에 따라 회수 대상금액이 자동으로 조정된다.

제9조(기타사항)

① 원고는 투자된 금액을 회수할 때 필요한 비용을 부담한다.

② 회수 대상 업체의 재산 목록 등 원고가 가지고 있는 제반서류 외 채권 회수에 필요한 모든 정보를 위 피고에게 제공한다.

④ 본 문서에 명기되지 않은 사항은 일반 상관례나 사회의 관행에 따라 상대방을 최대한 존중하고 서로 양보하고 선의적으로 원고와 위 피고가 협의하여 결정하는 것을 원칙으로 하며 결정이 안 될 때는 피해자인 원고의 의견을 존중하여 결정한다.

다. 피고 B은 이 사건 약정에 따라 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 의정부지방법원 가평등기소 2010. 4. 26. 접수 제11383호로 채무자를 피고 B, 채권최고액을 764,000,000원으로 하는 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권 설정등기'라고 한다)를 마쳐 주었다.

라. 피고 B은 2012.경 원고를 상대로 원고가 이 사건 약정에 따른 투자금 회수에 협력할 의무 불이행을 이유로 하는 이 사건 약정의 해제를 주장하면서 이 사건 근저당권 설정등기의 말소를 청구하는 소송을 제기하였으나, 그 청구를 기각하는 판결이 선고·확정되었다(의정부지방법원 2012가단12405, 의정부지방법원 2012나17340 판결).

마. 피고 B은 2017. 8. 23.경 재차 원고를 상대로 이 사건 약정 해지를 원인으로 하는 이 사건 근저당권 설정등기의 말소 등을 구하는 소를 제기하였는데(서울중앙지방법원 2017가합557090), 위

소송은 공시송달로 진행되어 피고 B의 전부 승소 판결이 선고되었고, 피고 B은 형식적으로 확정된 위 판결을 근거로 이 사건 근저당권에 대하여 의정부지방법원 가평등기소 2018. 5. 28. 접수 제14828호로 근저당권설정등기 말소등기를 하였다(이하 '이 사건 말소등기'라고 한다).

바. 원고는 위 공시송달 판결에 대하여 추완항소를 하였고, 피고 B은 항소심 과정에서 소를 교환적으로 변경하여 사기에 의한 의사표시 취소를 이 사건 근저당권설정등기 말소의 원인으로 주장하였으나 그 청구에 대한 기각 판결이 선고·확정되었다(서울고등법원 2018나2049780, 대법원 2019다222652).

사. 한편, 피고 B은 위 마.항과 같이 별지 목록 기재 각 부동산에 대하여 이 사건 말소등기가 이루어진 이후 피고 D에게 별지 목록 제5, 6항 기재 각 부동산에 대하여 의정부지방법원 가평등기소 2018. 8. 9. 접수 제21729호로 근저당권설정등기를 마쳐주었고, 피고 C에게 별지 목록 기재 각 부동산에 대하여 의정부지방법원 가평등기소 2019. 1. 29. 접수 제3125호로 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증부터 갑 제11호증까지의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 청구원인에 대한 판단

소유권이전등기의 말소등기를 명한 확정판결이 추완항소에 의하여 취소 확정된 경우에는 위 확정판결은 소급하여 취소되고 이에 기하여 한 말소등기는 원인없이 이루어진 것이므로 실체적으로는 위 소유권이전등기를 가지고 있던 사람이 그 등기 내용대로 소유권을 가지고 있으며, 그 말소등기를 한 자는 그 회복등기절차를 이행할 의무가 있고, 그로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 자는 그 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다(대법원 1979. 10. 10. 선고 79다1447 판결 참조). 또한 말소등기가 원인무효인 경우에는 등기상 이해관계가 있는 제3자는 그 선의, 악의를 묻지 아니하고 가등기권리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있다(대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결 참조).

위 법리 및 앞서 살펴본 인정사실에 의하면, 피고 B은 이 사건 말소등기에 대한 회복등기절차를 이행할 의무가 있고, 피고 C, D은 등기상 이해관계 있는 제3자로서 위 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있다.

3. 피고들의 주장에 대한 판단

피고들은, 원고가 E, F, G, H에 대하여 추가로 투자하기로 하는 약정을 이행하지 아니하여 오히려 위 각 업체들에 대하여 손해배상채무 등을 부담하므로 이를 상계처리할 경우 피담보채권이 소멸하였거나, 원고가 F의 부도 이후 공장시설, 기계류 등을 가져가 투자금에 충당하였으므로 피담보채권이 소멸하였다는 이유로, 이 사건 말소등기가 실체관계에 부합하는 것으로서 유효하다고 주장한다.

그러나 피고들이 제출한 을 제1호증부터 제5호증까지의 각 기재만으로는 피고들이 주장하는 원고의 F, G, H에 대한 채무불이행 사실 또는 F의 변제 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

한편, 을 제2호증 투자합작계약서의 기재에 의하면 원고와 E 사이에, 원고가 1억 위안을 출자하기로 약정하였고(제2조), 원고의 계약 불이행이 있을 경우 500만 위안을 배상하기로 약정(제9조)하였던 사실은 인정되나, 원고가 위 출자약정을 불이행하였는지 여부는 불분명하다. 또한 위

투자합작계약서는 2009. 1. 19.경 작성된 것으로서, 그 이후에 체결된 이 사건 약정 제1조 제3, 4항에서 피고 B이 오히려 E이 사업을 제대로 실행하지 않음을 인정하였던 사실, 원고의 투자금 회수를 위하여 이 사건 근저당권을 설정하였던 사실에 비추어 보면 원고에게 출자의무의 불이행한 것에 대한 귀책사유가 없었던 것으로 보인다. 나아가 설령 원고가 E에 대하여 500만 위안을 배상할 의무가 있다고 인정하더라도 위 배상금 채권이 피고 B에게 양도되었다고 볼 자료가 없고, 그렇다면 피고 B이 보증인으로서 상계권을 행사할 수 있다 하더라도 위 배상금 채권을 자동채권으로 하여 상계를 주장할 수 있는 수동채권은 원고의 E에 대한 투자금 200,000,000원 뿐이다. 원고의 F, G, H에 대한 투자금에 해당하는 나머지 피담보채권이 모두 변제되지 아니한 이상 이 사건 말소등기가 실체관계에 부합한다고 할 수는 없다.

따라서 피고들의 주장은 이유 없다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 청구는 이유 있으므로 주문과 같이 판결한다.

판사조은경

별지

오기임이 명백하므로 이를 수정하여 인정한다.