

대구지방법원 서부지원 2019. 1. 31 선고 2018가합399 판결 [근저당권설정등기말소]

---

## 전 문

원 고 A

소송대리인 변호사 권준호

소송복대리인 변호사 김승규

피 고 B

소송대리인 법무법인 일맥

담당변호사 김기수

변론 종결 2019. 1. 17.

판결 선고 2019. 1. 31.

## 주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

## 청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2015. 5. 22. 대구지방법원 포항지원등기와 접수 제50936호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

## 이 유

### 1. 기초사실

#### 가. 당사자들 사이의 약정

원고와 피고, C는 2012. 5. 9. 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라한다)을 21억 원에 공동 매수하기로 합의하고, ① 원고가 1억 원, 피고가 4억 원, C가 1억 원을 각 출자하면서 원고가 1/6, 피고가 4/6, C가 1/6지분으로 투자한 것으로 하되투자한 금액의 수익률은 실제 투자금에다 100%를 더한 금액으로 하며, ② 투자 기간은 1년으로 하되 약정기간 종료 후 부지 처분 시 수익률이 기대치에 못 미쳤을 때는 협의하고 안분하여 수익금을 배분하고, 수익률이 100%를 상회할 시는 100% 분배를 원칙으로 하는 것을 주요 내용으로 하는 합의서(이하, 이 합의서에 의한 약정을 '이 사건약정'이라고 한다)를 작성하였다.

#### 나. 피고의 투자금 지급

그 무렵 원고는 피고로부터 4억 원을 지급받았는데, 원고는 그 중 8,000만 원을 2012. 4. 13. 지급받으면서 원고에게 '나중 본 계약 등기 후 저당권으로 설정함'이라는내용이 기재된 영수증을 작성해 주었다.

#### 다. 이 사건 부동산의 매수

원고는 이 사건 부동산의 매수대금 21억 원 중 원고와 피고, C가 투자한 총 6억원 외 나머지 매매대금은 3자간 합의에 따라 원고가 D조합으로부터 대출을 받아 지급하고, 2012. 5. 10. 이 사건 부동산에 관하여 원고 단독 명의 소유로 이전등기를 마쳤다.

원고는 같은 날 D조합에 채권최고액 21억 4,500만 원의 1순위 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

라. 피고, C에 대한 근저당권설정등기 설정 및 말소

원고는 2012. 5. 10. 이 사건 부동산에 관하여 투자금의 배액을 채권최고액으로 하여 피고에게 채권최고액 8억 원, C에게 채권최고액 2억 원의 각 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

이후 원고가 2013. 10. 30. E조합으로부터 신규 대출을 받고 채권최고액 26억 원의 근저당권설정등기를 마쳐주면서, 같은 날 D조합 및 피고와 C의 위 각 근저당권설정등기는 말소되었다.

마. 피고에 대한 신규 근저당권설정등기 설정

이후 원고는 2015. 5. 20. C에게 이 사건 부동산 중 코너 쪽 1/6을 지분등기 해준다는 내용의 확인서를 작성해주었고, 2015. 5. 22. 피고에게는 이 사건 부동산에 관하여 대구지방법원 포항지원 등기와 접수 제50936호로 채권최고액 8억 원의 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)를 마쳐주었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 을 제3호증(가지번호 포함)의 각 기재, 변론전체의 취지

## 2. 원고의 주장

이 사건 근저당권설정등기는 원고가 단독으로 이 사건 부동산을 임의 처분하는 것을 방지하기 위해 설정해 둔 것일뿐, 그 피담보채권이 존재하지 않는 원인무효의 등기이므로 말소되어야 한다.

## 3. 판단

가. 관련 법리

근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서 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 있었는지여부에 대한 입증 책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원

2009. 12. 24. 선고2009다72070 판결)

#### 나. 판단

살피건대, 앞서 인정한 기초사실에 의하면, 원고, 피고, C는 이 사건 약정을 통해 이 사건 부동산을 공동으로 매수한 후 처분하여 그 전매차익을 분배하기로 하는 공동투자약정을 체결하였다고 볼 수 있다.

이에 따라 원고는 피고와 C에게 그 투자금 및 수익금 담보를 위해 2012. 5. 10. 이 사건 부동산에 관하여 피고에게 채권최고액 8억 원, C에게 채권최고액 2억 원의 각 근저당권설정등기를 마쳐주었고, 이후 E조합으로부터 이 사건 부동산을 담보로 신규대출을 받기 위해 위 각 근저당권설정등기를 말소하였다가, 피고의 투자금 및 수익금담보를 위해 다시 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었다고 할 것이다.

따라서 피고는 이 사건 약정에 따른 정산금채권을 담보하기 위하여 이 사건 근저당권설정등기를 마친 것으로 보는 것이 타당하고, 이 사건 근저당권의 피담보채무가 존재하지 않는다는 원고의 주장은 이유 없다.

#### 4. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 서보민, 판사 심웅비, 판사 김태현