

대구지방법원 2018. 12. 14 선고 2017가단23834 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고A 주식회사

소송대리인 법무법인 삼일

담당변호사 임성우, 양상열, 곽경화, 최보람, 이경우

피고B

소송대리인 변호사 이인환

변론 종결2018. 9. 14.

판결 선고2018. 12. 14.

주 문

1. 피고는 C에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 대구지방법원 경주지원 1998. 3. 6. 접수 제12385호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주위적으로, 주문 제1항, 예비적으로, 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여, C이 2017. 11. 9.

피고에게 한 채무승인행위를 취소하고, 피고는 C에게 대구지방법원 경주지원 1998. 3. 6. 접수 제12385호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 인정사실

가. 원고의 C에 대한 채권

1) 원고는 D 및 C을 상대로 구상금 청구의 소를 제기하여 2000. 1. 27. 'D, C은 연대하여 원고에게 1억 1,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라'는 내용의 판결(대구지방법원 포항지원 99가단14288)을 선고받았고, 위 판결은 2000. 3. 3. 확정되었다.

2) 원고는 D 및 C을 상대로 시효중단을 위해 구상금 청구의 소를 다시 제기하여 2009. 11. 24. 'D, C은 연대하여 원고에게 172,194,170원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라'는 내용의 판결(대구지방법원 서부지원 2009가단23119)을 선고받았고, 위 판결은 2009. 12. 12. 확정되었다.

나. 이 사건 근저당권설정등기

C은 1998. 3. 6. 동생인 피고에게 자신 소유인 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 채무자 C, 채권최고액 3억 원인 피고 명의의 근저당권설정등기를 1998. 3. 6.자 설정계약을 원인으로 마쳐주었다(이하 위 근저당권을 '이 사건 근저당권', 위 근저당권설정등기를 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다).

다. 관련 소송

원고는 피고를 상대로 이 사건 근저당권설정행위가 사해행위라는 이유로 사해행위취소의 소(대구지방법원 경주지원 2000가합812)를 제기하여 2001. 10. 29. '피고는 원고에게 2,500만 원을 2001. 11. 30.까지 지급하되, 위 지급을 지체할 경우 연 25%의 지연손해금을 가산하여 지급하고, 원고는 나머지 청구를 포기한다'는 내용의 조정에 갈음하는 결정이 내려졌고, 위 결정이 그대로 확정되었다(이하 위 사해행위 소송을 '관련 소송', 위 조정에 갈음하는 결정을 '관련 소송 결정'이라 한다).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 3호증(가지번호 포함, 이하 같다), 을 제2, 4호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고

1) 주위적 청구 이 사건 근저당권은 그 피담보채권인 피고의 C에 대한 대여금채권이 존재하지 아니하여 무효이거나, 그 피담보채권이 존재하였다고 하더라도 소멸시효가 완성되었다. 따라서 C의 채권자인 원고는 C을 대위하여 피고를 상대로 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

2) 예비적 청구 설령 이 사건 근저당권의 피담보채권이 존재하더라도 시효가 완성되어 소멸되었는데, C은 채무초과상태임에도 소멸시효 완성 후인 2017. 11. 9.경 피고에게 그 피담보채무를 인정하는 사실확인서를 작성하였는바, 이러한 소멸시효이익 포기행위는 사해행위에 해당하므로 취소되어야 하고, 그에 따라 피고는 C에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하여야 한다.

나. 피고

1) 피고는 1997. 6. 24.부터 1998. 3. 26.까지 형인 C에게 합계 3억 원을 대하였고, C의 위차용금채무를 담보하기 위하여 이 사건 근저당권을 설정받았다.

2) 피고는 명절 때마다 C에게 변제를 요청하여 C으로부터 변제 약속을 받았으므로 소멸시효가 중단되었다.

3) 원고가 예비적으로 구하는 채무승인행위에 대한 사해행위취소 청구는 제척기간이 도과하였고 재소금지원칙에 반한다.

3. 본안 전 항변에 관한 판단

가. 피고의 주장

관련 소송에서 원고가 구상금채권을 포기하는 것으로 조정되었고, 관련 소송과 이 사건 소송은 소송물이 동일하므로 관련 소송에서의 기판력에 의해 이 사건 소는 부적법하여 각하되어야 한다.

나. 판단

확정된 조정을 갈음하는 결정에 인정되는 확정판결과 동일한 효력은 소송물인 권리관계의 존부에 관한 판단에만 미치므로, 소송절차 진행 중에 조정을 갈음하는 결정이 확정된 경우에 소송물 외의 권리관계에도 효력이 미치려면 특별한 사정이 없는 한 권리관계가 결정사항에 특정되거나 결정 중 청구의 표시 다음에 부가적으로 기재됨으로써 결정의 기재 내용에 의하여 소송물인 권리관계가 되었다고 인정할 수 있어야 한다(대법원 2017. 4. 26. 선고 2017다200771 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 관련 소송은 이 사건 근저당권설정행위가 사해행위라고 주장하면서 이 사건 근저당권설정계약의 취소 및 그 원상회복으로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하였던 것이고, 관련 소송 결정에는 그 사해행위취소 및 원상회복 청구 외에 원고의 C에 대한 구상금채권이 결정사항에 특정되거나 청구의 표시 다음에 부가적으로 기재되어 있지 않다. 그러므로 관련 소송 결정 중 '원고의 나머지 청구를 포기한다'는 부분은 피고로부터 2,500만 원을 지급받는 이외에는 이 사건 근저당권과 관련하여 더 이상 사해행위취소 및 원상회복을 구하지 않는다는 것으로 해석되어야 한다. 또한, 관련 소송은 채무자 C의 채권자인 원고가 수익자인 피고를 상대로 사해행위취소 및 원상회복 청구를 하는 것이고, 이 사건 소송은 원고가 C의 채권자로서 C의 피고에 대한 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기청구권을 대위하여 청구하는 것이어서 그 소송물이 다르므로, 관련 소송에서 조정이 성립되었다고 하더라도 이 사건 소가 기판력에 반한다고 할 수 없다. 따라서 피고의 본안 전 항변은 이유 없다.

4. 주위적 청구에 관한 판단

가. 인정사실

아래 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 앞서 본 증거들 및 을 제5, 6, 7호증의 기재, 증인 C의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정된다.

1) 피고 명의의 계좌에서 1997. 6. 24.부터 1998. 3. 26.까지 아래 표 기재와 같이 합계 3억 원이 인출되었다.

1997-06-24	30,000,000	1997-12-05	15,000,000
1997-07-25	20,000,000	1997-12-30	50,000,000
1997-08-19	25,000,000	1998-01-13	20,000,000
1997-09-26	10,000,000	1998-01-13	30,000,000
1997-09-26	30,000,000	1998-02-13	15,000,000
1997-10-25	10,000,000	1998-02-13	5,000,000
1997-11-08	15,000,000	1998-03-26	25,000,000
합계	300,000,000		

2) 피고가 이 사건 소장 부분을 송달받고 C에게 연락하자, C은 이 사건 소송 계속 중인 2017. 11.

9.경 피고의 요청에 따라 '피고로부터 3억 500만 원을 차용한 후 명절 때마다 피고에게 변제를 약속하였고, 현재 그 채무의 존재를 승인하고 변제하겠다'는 취지의 사실확인서(이하 '이 사건 확인서'라 한다)를 작성해주었다.

3) 피고가 강제집행면탈 혐의로 고소되었으나 2000. 8. 30. 무혐의처분이 내려졌다.

4) 한편, C은 이 사건 각 부동산 외에 별다른 재산이 없는 반면, 원고 및 다른 금융기관에 대한 채무가 존재하는 등 현재 채무초과상태이다.

나. 피담보채권의 존재 여부

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). 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 본 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고 명의의 계좌에서 인출된 금원이 C에게 지급되었다거나 C이 사용하였음을 확인할 수 있는 자료가 제출되지 않은 점, 거래금액이 적지 않음에도 피고와 C 사이에 대여나 이자 약정 등이 있었음을 확인할 수 있는 자료가 없는 점 등에 비추어 보면, 위 인정사실과 같은 금융거래내역이나 이 사건 확인서의 내용만으로는 피고가 C에게 3억 원을 대여하였음을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 사건 근저당권설정등기는 그 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 존재하지 아니하므로 원인무효로 말소되어야 한다.

다. 피담보채권의 소멸시효 완성 여부

1) 소멸시효의 완성 근저당권과 같은 담보물권은 피담보채권에의 부종성으로 인하여 피담보채권이 시효로 소멸하면 그에 따라 소멸되고, 근저당권자는 근저당권설정자에 대하여 근저당권설정등기의

말소등기절차를 이행할 의무가 있으므로, 설령 피고가 이 사건 근저당권의 피담보채권이라고 주장하는 C에 대한 대여행위가 있었다고 하더라도, 그 피담보채권이 시효로 소멸하였는지에 관하여 본다.

피고 주장과 같이 피고가 1997. 6. 24.부터 1998. 3. 26.까지 C에게 3억 원을 대여하였다면, 이 사건 근저당권의 피담보채권인 위 대여금채권은 1998. 3. 26.부터 10년이 경과한 2008. 3. 26. 소멸시효가 완성되었다고 보아야 한다.

따라서 이 사건 근저당권설정등기는 그 피담보채권이 시효로 소멸하였으므로 말소되어야 한다.

2) 피고의 항변에 관한 판단 가) 소멸시효 중단에 관한 주장

피고는 C이 차용한 이후 명절 때마다 변제를 약속하여 소멸시효가 중단되었다는 취지로 주장하나, 피고가 제출한 증거만으로는 C이 그 차용금채무를 승인하는 등 그 소멸시효가 중단되었다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

나) 소멸시효 이익 포기에 관한 주장

피고는 C이 2017. 11. 9.경 피고에 대한 차용금채무의 존재를 확인하고 그 변제를 약속하는 내용의 사실확인서를 작성함으로써 그 소멸시효 이익을 포기하였다는 취지로도 주장한다.

민법 제405조는 채권자가 민법 제404조에 의한 채권자대위권에 기하여 채무자의 권리를 행사하고 그 사실을 채무자에게 통지한 경우에는 채무자가 그 대위행사한 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다고 규정하는바, 채권자가 통지를 하지 아니한 경우라도 채무자가 자기의 채권이 채권자에 의하여 대위행사되고 있는 사실을 알고 있는 경우에는 그 처분을 가지고 채권자에게 대항할 수 없다(대법원 1977. 3. 22. 선고 77다118 판결, 대법원 1988. 1. 19. 선고 85다카1792 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보건대, 앞서 본 증거들에 의하여 알 수 있는 이 사건 확인서 작성 경위 및 그 내용, 피고와 C의 관계 등에 비추어 C은 이 사건 확인서 작성 무렵 원고가 그 채권자대위권을 행사한 이 사건 소송이 계속 중임을 알았다고 봄이 타당하다. 따라서 C은 이 사건 소송이 계속 중임을 알고도 이 사건 근저당권의 피담보채무를 승인하는 취지의 이 사건 확인서를 작성함으로써 소멸시효 이익을 포기한 것이므로, 이러한 행위는 채권자인 원고의 이익을 침해하는 권리처분행위에 해당하여 그

시효이익 포기행위로 원고에 대하여 대항할 수 없다. 따라서 피고의 위 주장도 이유 없다.

라. 소결론

결국 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채권이 존재하지 않거나 시효로 소멸되었으므로 말소되어야 하고, C의 채권자인 원고는 무자력 상태인 C을 대위하여 피고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있다. 따라서 원고의 주위적 청구에 따라 피고는 C에게 이 사건 각 부동산에 관하여 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다(이처럼 원고의 주위적 청구가 이유 있으므로, 예비적 청구를 판단하지 아니한다).

5. 결론

그렇다면 원고의 주위적 청구는 이유 있어 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사정중론

별지