

대구지방법원 2019. 8. 14 선고 2019나300567 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고, 피항소인 A 주식회사

소송대리인 법무법인 삼일

담당변호사 곽경화

피고, 항소인 B

소송대리인 변호사 석왕기

변론 종결 2019. 7. 3.

판결 선고 2019. 8. 14.

제 1 심 판결 대구지방법원 2018. 12. 14. 선고 2017가단23834 판결

주 문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고의 주위적 및 예비적 청구를 모두 기각한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

청구취지 : [주위적으로] 피고는 C에게 별지 '부동산의 표시' 기재 각 부동산에 관하여 대구지방법원

경주지원 1998. 3. 6. 접수 제12385호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

[예비적으로] 별지 '부동산의 표시' 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.

항소취지 : 주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 설시할 판결이유는 제1심판결의 이유와 같으므로, 민사소송법제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 주장 및 판단

가. 원고의 주장

이 사건 근저당권은 그 피담보채권이 존재하지 아니한다.

- 처음부터 부존재하였다.

- 또는 시효완성으로 소멸하였다. C이 2017. 11. 9.경 피고에게 피담보채무를 인정하는

사실확인서를 작성하여 줌으로써 시효이익을 포기하였으나, 이는 사해행위로서취소되어야 한다.

따라서 피고는 C에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소하여 줄 의무가 있다.원고는 C을 대위하여 위 말소를 청구한다.

나. 피고의 주장

이 사건 소는 관련 소송 결정의 기판력에 반하여 부적법하다.

그렇지 않다고 하더라도 원고가 또다시 이 사건 근저당권설정등기에 관하여 다투는 것은 금반언의

원칙에 반한다.

다. 판단

(1) 원고의 주장대로 이 사건 근저당권의 피담보채권이 부존재한다면 이 사건 각부동산의 소유자인 C은 피고를 상대로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수있을 것이다.

이 사건 소는, 비록 사해행위취소를 구하는 부분이 일부 포함되어 있기는 하나, 기본적으로 C에 대한 채권자인 원고가 C의 피고에 대한 위 말소청구권을 대위행사하는 소이므로, 이 사건 소의 소송물은 C의 피고에 대한 이 사건 근저당권설정등기 말소청구권이다.

반면 관련 소송의 소송물은 원고의 피고에 대한 사해행위취소권 및 원상회복청구권이다. 피고는, 원고가 관련 소송에서 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위라는 주장 외에 통정허위표시로서 무효라는 주장도 하였으므로 관련 소송의 소송물이 오로지사해행위취소권 및 원상회복청구권인 것은 아니라는 취지로 주장하는바, 원고가 관련소송에서 통정허위표시 주장도 한 사실은 인정할 수 있으나(인정근거 : 을2호증), 관련소송의 청구취지가 이 사건 근저당권설정계약 취소 및 이 사건 근저당권설정등기 말소인 점(인정근거 : 을2호증), 채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에도 채권자취소권의 대상이 되는 점(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다50985 판결 등 참조)에 비추어 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

따라서 이 사건 소와 관련 소송은 소송물이 다르다. 이 사건 소가 관련 소송 결정의 기판력에 직접 저촉된다고 할 수는 없다.

이는 C이 직접 피고를 상대로 이 사건 근저당권설정등기 말소청구의 소를 제기한 경우를 상정하여 보면 분명하다(그러한 경우는 관련 소송 결정의 기판력에 저촉되지 아니함이 명백하다).

(2) 그러나 채권자대위권에 의한 이 사건 소와 채권자취소권에 의한 관련 소송은 소송물을 달리 하지만, 채권자대위권과 채권자취소권 모두 채권자에게 그의 채권 확보를 위하여 채무자와 제3자 사이의 대외관계에 간섭할 수 있는 권리를 부여하는 제도인점에서 공통된다. 이러한 점에서 관련 소송에서 이미 원고에게 조정결정금액을 지급한 피고에 대하여 다시 원고가 법률적 구성을 달리하여 동일한 결과를 구하는 것이 허용될 지는 관련 소송과 이 사건 소의 원인이 된 사실관계의 동일성, 관련

소송에서의 조정에 갈음하는 결정에 이르게 된 경위 및 그 결정 내용, 피고에 대하여 또다시 원고의 간섭을 수인하도록 하는 것이 책임재산의 보전이라는 목적을 넘어서 가혹한 것인지 여부 등을 종합하여 판단할 것이다.

C이 직접 피고를 상대로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우와는 달리 관련 소송 결정의 당사자인 원고가 C을 대위하여 피고를 상대로 위와 같은 청구를 하는 것은 금반언 및 신의칙에 반한다. 그 이유는 다음과 같다.

- 원고에 대하여 채무를 부담하지도 않는 피고가 관련 소송에서 원고에게 2,500만 원을 지급하기로 한 이유는 분명하다. 자신 명의의 이 사건 근저당권설정등기가 말소되지 아니하도록 하기 위해서이다. 만일 피고가, '원고가 사해행위취소 및 원상회복을 이유로 하는 이 사건 근저당권설정등기 말소청구만 포기할 뿐 본 사건과 같이 C을 대위하여 이 사건 근저당권설정등기의 말소청구는 할 수도 있다'고 생각하였다면 원고에게 2,500만 원을 지급하기로 조정하지는 아니하였을 것이다.

결국 관련 소송 결정 당시 피고는 원고에게 2,500만 원을 지급함으로써 더이상 원고로부터 이 사건 근저당권설정등기 말소청구는 당하지 아니할 것으로 판단하였을 것으로 보인다.

- 원고도 피고의 위와 같은 내심의 의사를 잘 알 수 있었고, 이를 전제로 조정에 응하였던 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 원고는 관련 소송 청구와 법률적 구성만 달리할 뿐 동일한 결과를 구하는 이 사건 소를 제기하였다. 이는 선행행위와 모순되는 것으로서 그러한 후행행위에 법적 효과를 부여하면 아래와 같이 원고의 신뢰를 부당하게 침해하게 된다.

- 원고의 이 사건 청구를 인용할 경우 피고는 이 사건 근저당권설정등기도 말소당하고, 원고에게 2,500만 원도 지급한다는 결론에 이르게 되어 애당초 원고에 대하여 채무를 부담하지 않았던 피고에게 가혹하다. 물론 이러한 가혹한 결과는 C이 직접피고를 상대로 이 사건 근저당권설정등기 말소를 청구하여 인용되는 경우에도 발생하기는 한다. 그러나 관련 소송 결정의 당사자로서 피고로부터 2,500만 원을 지급받거나 받을 원고 스스로 이 사건 청구를 하여 위와 같은 결과를 구하는 것은 용인하기 어렵다. C이 청구하는 경우와 원고가 청구하는 경우를 동일하게 볼 수는 없다.

(3) 따라서 원고의 이 사건 주위적 및 예비적 청구는 모두 신의칙에 반하므로 인용할 수 없다.

3. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 주위적 및 예비적 청구는 각 기각하여야 한다.

제1심판결은 이와 결론을 달리 하여 부당하므로 이를 취소하고, 원고의 이 사건 주위적 및 예비적 청구를 모두 기각한다.

재판장 판사 예혁준, 판사 김대규, 판사 정지영

부동산의 표시

1. 경주시 대152㎡2. 위 지상 [도로명주소] 경주시

철근콘크리트조 및 조립식조 슬래브지붕 및 판넬지붕 3층 주택 및 점포

1층 점포 96.65㎡

2층 주택 48.85㎡

다방 36㎡

3층 주택 49.86㎡

주택 32.7㎡

시멘트부목조 슬래브지붕 단층변소 5.4㎡

- 이 상 -

