

부산지방법원 2020. 6. 10 선고 2018가합50235 판결 [근저당권설정등기말소등기 등]

전 문

원고1. A

2. B

B은 미성년자이므로 법정대리인 친권자 부 A, 모 C

원고들 소송대리인 법무법인(유한) 정인

담당변호사 박귀련, 이학수

피고1. D

2. E

피고 1의 소송대리인 법무법인 한올 (담당변호사 변현숙)

피고들 소송대리인 변호사 허남관

변론 종결2020. 5. 13.

판결 선고2020. 6. 10.

주 문

1. 이 사건 소 중 피고 E에 대한 주위적 청구를 각하한다.

2. 피고 D은 원고들에게,

가. 430,776,666원 및 이에 대하여 2020. 4. 18.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을,

나. 2020. 5. 13.부터 2021. 6. 15.까지 매월 18,700,000원의 비율로 계산한 돈을,

각 지급하라.

3. 원고들의 피고 E에 대한 예비적 청구를 기각한다.

4. 소송비용 중 원고들과 피고 D 사이에 생긴 부분은 피고 D이, 원고들과 피고 E 사이에 생긴 부분은 원고들이 각 부담한다.

5. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고 D에 대한 청구취지 : 주문 제2항과 같다.

피고 E에 대한 주위적 청구취지 : 피고 E은 피고 D에 대하여 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 아파트'라 한다)에 관하여 부산지방법원 동부지원 등기와 2018. 7. 23. 접수 제52314호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

피고 E에 대한 예비적 청구취지 : 피고 D과 피고 E이 이 사건 아파트에 관하여 2018. 7. 23. 체결한 근저당권설정계약을 취소한다. 피고 E은 이 사건 아파트에 관하여 부산지방법원 동부지원 등기와 2018. 7. 23. 접수 제52314호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고들과 피고 D의 임대차계약

원고들은 2016. 6. 13. 피고 D에게 부산 중구 F 3층 건물 전체(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)를 보증금 200,000,000원, 차임 2016. 6. 15.부터 2018. 12. 14.까지는 15,000,000원(부가세 별도), 2018. 12. 15.부터 2021. 6. 15.까지는 17,000,000원(부가세 별도), 기간 2016. 6. 15.부터 2021. 6. 15.까지로 정하여 임대하고(이하 '이 사건 임대차계약'이라 한다), 2016. 6. 15. 위 부동산을 인도하였다.

나. 피고 D의 차임 미지급

피고 D은 2017. 7. 14.까지 이 사건 임대차계약에 따른 차임을 지급하였으나, 그 이후로는 차임을 지급하지 않고 있다가, 2017. 12.경부터 변론종결일 현재까지 167,000,000원(= 67,000,000원(2017. 12. 18. ~ 2019. 4. 24. 지급 차임) + 100,000,000원(2019. 11. 26. 지급 차임), 이하 '이 사건 지급차임'이라 한다)을 지급하였다.

다. 피고 E의 근저당권설정등기

피고 E은 2018. 7. 23. 피고 D과 사이에 피고 D 소유의 이 사건 아파트에 관하여 채권최고액 600,000,000원, 채무자 피고 D, 근저당권자 피고 E으로 하는 근저당권설정계약을 체결하고, 같은 날 이 사건 아파트에 관하여 피고 E 앞으로 위와 같은 내용의 부산지방법원 동부지원 등기와 2018. 7. 23. 접수 제52314호 근저당권설정등기를 마쳐 주었다(이하 위 계약을 '이 사건 근저당권설정계약', 위 등기를 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다).

라. 관련 사건의 결과

피고 D은 원고들을 상대로 주위적으로 이 사건 임대차계약이 해지되었음을 이유로 원고들에 대한 차임지급채무가 존재하지 않는다고 주장하고, 예비적으로 이 사건 임대차계약에 따른 피고 D의 차임지급채무가 월 6,663,000원을 초과하여서는 존재하지 않는다고 주장하면서 소송을 제기하였으나(부산지방법원 동부지원 2018가단219309 판결) 패소하여 항소를 하였고, 현재 항소심 재판 계속 중이다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 4, 6호증, 을 제1호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 판단

가. 피고 D에 대한 청구에 관한 판단

1) 미지급 차임 청구에 관한 판단 가) 앞서 기초사실에서 본 바와 같이 피고 D은 2017. 7. 15. 이후로 이 사건 임대차계약에 따른 차임 중 167,000,000원만 지급하고 나머지는 지급하지 못하였으므로, 피고 D은 특별한 사정이 없는 한 원고들에게 430,776,666원 [= 280,500,000원{= 16,500,000원 × 17개월(2017. 7. 15. ~ 2018. 12. 14.까지의 차임)} + 317,276,666원{= 18,700,000원 × {16개월(2018. 12. 15. ~ 2020. 4. 14.) + 29/30월(2020. 4. 15. ~ 2020. 5. 13.)}, 원미만 버림} - 167,000,000원(이 사건 지급차임)] 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나) 이에 대하여 피고 D은 원고들이 이 사건 소장 제출을 통하여 원고들의 피고 D에 대한 차임채권을 자동채권으로 피고 D의 원고들에 대한 임대차보증금반환채권과 상계한다고 하여 양 채권은 대등액의 범위 내에서 소멸되었다고 주장한다.

살피건대, 임대차보증금은 임대차계약이 종료된 후 임차인이 목적물을 인도할 때까지 발생하는 차임 및 기타 임차인의 채무를 담보하는 것으로서, 임대차보증금이 임대인에게 교부되어 있더라도 임대인은 임대차관계가 계속되고 있는 동안에는 임대차보증금에서 연체된 차임 등을 충당할 것인지를 자유로이 선택할 수 있다(대법원 2019. 4. 3. 선고 2015다247745, 247752 판결 참조). 또한 상계는 일방적 의사표시에 의하여 채권 소멸의 효과가 생기는 형성권의 행사이므로 이를 임의로 철회할 수 있다고 한다면 상대방의 지위는 부당히 불안정하게 되므로 상계의 의사표시의 일방적 철회는 허용되지 아니한다고 볼 것이나, 소송상 공격방어방법으로서의 상계주장은 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실제법상 상계의 효과가 발생한다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다3329 판결, 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338 판결 등 참조). 그리고 소송상 방어방법으로서의 상계 항변은 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고, 그 경우 법원은 처분권주의의 원칙상 이에 대하여 심판할 수 없다(대법원 2013. 9. 27. 선고 2012다60121 판결 참조).

위 법리에 비추어 보건대, 기록에 의하면 원고가 소장에서 차임채권을 자동채권으로 하여 피고의 임대차보증금채권과 상계한다고 소송상 주장하였다가, 2019. 11. 20.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서에서 위 주장을 철회한 사실을 알 수 있으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

2) 장래 차임 지급 청구에 대한 판단 피고 D은 원고들에게 이 사건 임대차계약에 따라 2018. 12. 15.부터 임대차계약기간 만료일인 2021. 6. 15.까지는 매달 18,700,000원의 차임을 지급할 의무가 있는 점은 앞서 기초사실에서 본 바와 같고, 피고 D이 이 사건 임대차계약에 기한 차임을 지급하지 아니하고, 관련 사건에서 차임의 액수에 대하여도 다투고 있어, 원고들이 피고 D에 대하여 장래 차임채권에 대하여도 미리 청구할 필요가 있으므로, 피고 D은 원고들에게 이 사건 변론종결일인

2020. 5. 13.부터 이 사건 임대차계약기간 만료일인 2021. 6. 15.까지 매월 18,700,000원의 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있다.

3) 소결 그렇다면, 피고 D은 원고들에게 430,776,666원 및 이에 대하여 이 사건 2020. 4. 16.자 청구취지 정정 및 원인 보충서가 피고 D에게 송달된 다음날인 2020. 4. 18.부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에 정해진 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있고, 원고들이 구하는 바에 따라 이 사건 변론종결일인 2020. 5. 13.부터 이 사건 임대차계약기간 만료일인 2021. 6. 15.까지 매월 18,700,000원의 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있다.

나. 피고 E에 대한 청구에 관한 판단

1) 주위적 청구에 대한 판단 가) 원고들의 주장

피고 D이 원고들의 연체차임 지급청구를 예상하고 그 집행을 피하기 위하여 피고 E과 통정하여 이 사건 근저당권설정계약을 한 뒤 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤고 이는 민법 제108조에 따른 통정허위표시로서 무효에 해당하므로, 원고들은 피고 D을 대위하여 피고 E에게 무효인 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

나) 판단

채권자가 채무자를 대위함에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 금전채권인 경우에는 그 보전의 필요성 즉, 채무자가 무자력인 때에만 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 수 있고(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결 등 참조), 위와 같은 보전의 필요가 존재한다는 사실 즉, 채무자의 무자력은 채권자가 주장·증명하여야 하며(대법원 1976. 7. 13. 선고 75다1086 판결 참조), 그러한 보전의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서 이를 각하하여야 한다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다39918 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건에서 채권자인 원고들이 피고 D을 대위하여 보전을 주장하는 피고 D에 대한 권리는 차임지급청구권으로서 금전채권인바, 갑 제4호증의 기재, 주식회사 G, 주식회사 H, 주식회사 I에 대한 각 금융거래정보회신결과, 법원행정처에 대한 사실조회회신결과만으로는 채무자인 피고 D이 무자력인 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이 사건 소 중 피고 E에

대한 주위적 청구는 채권자대위권 행사를 위한 보전의 필요성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

2) 예비적 청구에 대한 판단 가) 원고들의 주장

피고 D이 그 소유의 유일한 부동산인 이 사건 아파트에 대하여 피고 D과 이 사건 근저당권설정계약을 한 뒤, 이 사건 근저당권을 설정하였기 때문에 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하므로, 원고들은 피고 E을 상대로 이 사건 근저당권설정계약의 취소 및 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

나) 피보전채권의 판단

앞서 기초사실에서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 근저당권설정등기를 마친 2018. 7. 14.을 기준으로 원고들은 피고 D에 대하여 139,500,000원 {= 15,000,000원 × 12개월(2017. 7. 15. ~ 2018. 7. 14.) - 40,500,000원}의 차임지급청구권을 가지고 있어, 채권자취소권의 피보전채권은 존재한다.

다) 사해행위의 성립 여부에 대한 판단

민법 제406조에서 정하는 채권자취소권의 대상인 '사해행위'란 채무자가 적극재산을 감소시키거나 소극재산을 증가시킴으로써 채무초과상태에 이르거나 이미 채무초과상태에 있는 것을 심화시킴으로써 채권자를 해하는 행위를 가리키고, 그와 같이 채무초과상태에 있는지 여부는 사해행위 당시를 기준으로 판단하는바(대법원 2013. 4. 26. 선고 2012다118334 판결 참조), 채무자의 법률행위 등이 사해행위임을 주장하면서 그 취소를 구하는 채권자는 그 피보전채권과 채무자의 법률행위 등의 존재사실은 물론, 채무자가 법률행위 등으로 인하여 무자력이 초래되었다는 사실을 구체적으로 주장·증명하여야 한다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다28686 판결 등 참조). 살피건대, 갑 제4호증의 기재, 주식회사 G, 주식회사 H, 주식회사 I에 대한 각 금융거래정보회신결과, 법원행정처에 대한 사실조회회신결과만으로는 피고 D이 이 사건 근저당권설정등기를 마칠 당시 무자력이었다거나 이 사건 근저당권설정등기로 인하여 피고 D의 채무초과상태가 초래되었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

라) 소결

따라서 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위임을 전제로 그 취소를 구하는 원고들의 피고 E에 대한

예비적 청구는 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 원고들의 이 사건 소 중 피고 E에 대한 주위적 청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하고, 피고 D에 대한 청구는 이유 있어 이를 인용하기로 하며, 피고 E에 대한 예비적 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사임주혁

판사김선희

판사박승휘

별지