

부산지방법원 2021. 1. 12 선고 2020가단316702 판결 [근저당권설정등기말소 등 청구]

전 문

원 고 A 주식회사

소송대리인 법무법인 한서

담당변호사 김형민, 강대희, 전효철, 신준선

소송복대리인 변호사 김민영

피 고 1. B

2. C

변 론 종 결 2020. 11. 10.

판 결 선 고 2021. 1. 12.

주 문

1. D에게, 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여,

가. 피고 B는 부산지방법원 금정등기소 1990. 8. 22. 접수 제4575호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하고,

나. 피고 C는 위 가.항 기재 근저당권설정등기의 말소등기에 관하여 승낙의 의사표시를 하라.

2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 피고 C에 대한 청구에 관한 판단

가. 청구원인 : 별지 청구원인 기재와 같다.

나. 자백간주 판결(민사소송법 제208조 제3항 제2호, 제150조 제3항)

2. 피고 B에 대한 청구에 관한 판단

가. 인정 사실

1) D는 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)의 소유자이다. 2) D는 1990. 8.

17. 피고 B와 사이에 이 사건 부동산에 관하여 채권최고액 58,500,000원의 근저당권설정계약을

체결하고, 1990. 8. 22. 피고 B에게 위 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)설정등기를

마쳐주었다.

3) 원고는 D를 상대로 서울중앙지방법원 2018가단5047581호로 양수금 청구의 소를 제기하였고,

위 법원은 2018. 8. 17. D는 주식회사 E와 연대하여 840,000,000원의 한도 내에서 원고에게

154,576,949원 및 그 중 122,213,067원에 대하여 2017. 11. 17.부터 다 갚는 날까지 연 17%의

비율로 계산한 돈을 지급하라는 판결을 선고하였으며, 위 판결은 그 무렵 확정되었다.

4) D는 소극재산이 적극재산을 초과하는 무자력 상태에 있다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 1 내지 3호증(가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

나. 당사자의 주장

1) 원고의 주장

이 사건 근저당권이 현재까지 실행되지 않은 점에 비추어 그 피담보채권이 부존재하거나, 설령

존재한다고 하더라도 피담보채권의 소멸시효가 완성되었으므로, D의 채권자인 원고는 D를 대위하여

피고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

2) 피고 B의 주장

피고 B는 1990년경 D에게 돈을 빌려주고 이 사건 근저당권을 설정하였는데, 당시 D로부터 각서를 작성받으면서 경매신청을 하지 않기로 약정하였기 때문에 현재까지 이 사건 근저당권을 행사하지 못한 것으로 피담보채권의 변제기가 도래하지 않았으므로 소멸시효가 완성되지 않았다.

다. 판단

소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고(민법 제166조 제1항), 기한을 정하지 않은 권리의 경우에는 권리자가 언제든지 청구를 할 수 있으므로 소멸시효의 기산점은 권리가 발생한 때이다.

살피건대, 피고 B의 주장과 같이 이 사건 근저당권의 피담보채권을 피고 B의 D에 대한 대여금채권으로 보더라도, 을가 1호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하면, D와 피고 B 사이에 위 대여금채권을 피담보채권으로 하여 경매신청을 하지 않기로 약정한 사실만 인정될 뿐 위 대여금채권의 변제기를 약정한 사실에 관하여는 피고가 제출한 증거들만으로는 이를 인정하기에 부족하므로, 결국 이 사건 근저당권의 피담보채권은 기한을 정하지 않은 채권으로서 원칙적으로 그 채권 발생일, 즉 근저당권설정등기일인 1990. 8. 22.로부터 소멸시효가 기산된다고 봄이 타당하다. 그런데 위 1990. 8. 22.로부터 이미 10년이 경과하였음이 역수상 명백하므로 결국 이 사건 근저당권의 피담보채권은 시효로 소멸하였다.

한편 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있고, 앞서 본 바와 같이 원고는 D에 대하여 확정된 판결에 기한 채권을 가지고 있고, D는 무자력 상태이며 D가 피고를 상대로 이 사건 근저당권설정등기에 대하여 말소청구권을 가지고 있음에도 이를 행사하지 않고 있으므로, D의 채권자인 원고는 D를 대위하여 이 사건 근저당권설정등기의 말소청구권을 행사할 수 있다. 따라서 피고 B는 D에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다.

3. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 김지현

[별지]

부동산의 표시

1. 부산광역시 금정구 F 입야 45,002㎡

위 부동산 중 D 지분 152563/450020

2. 부산광역시 금정구 G 입야 19,438㎡

위 부동산 중 D 지분 137400/388760. 끝.

청 구 원 인

1. 당사자관계

원고는 기업 부실채권 매매 및 매입자산의 관리·회수 등을 목적으로 설립된 법인으로 소외 주식회사 H(이하 '소외 은행'이라 합니다)과 소외 주식회사 E간의 여신 거래약정에 따른 대출금채권을 소외 은행으로부터 양수받은 채권자이고, 소외 D는 소외 주식회사 E의 대표이사로서 위 대출금채무에 대한 연대보증인입니다.

소외 D는 피고 B에게 별지목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 합니다)에 관하여 1990. 8. 17.자 채권최고액 금 58,500,000원의 근저당권설정계약을 체결하여 1990. 8. 22. 부산지방법원 금정등기소 관할 접수 제4575호로 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권'이라 합니다)를 경료해 주었고, 피고 C는 위 근저당권자 피고 B의 근저당권부 채권에 대한 가압류권자입니다. 【갑제1호증의 1, 2 각 부동산등기부등본 참조】

2. 원고의 채권자대위권에 기한 소외 D의 피고 B에 대한 근저당권말소등기 청구의 대위행사

원고는 소외 D에게 양수금 채무의 이행을 수차례 요청하였으나 변제받지 못하여 2018. 3. 9. 서울지방법원 2018가단5047581 양수금 청구의 소를 제기하여 2018. 8. 17. 승소판결을 받았는바,

원고는 소외 D에게 840,000,000원의 한도 내에서, 154,576,949원 및 그 중 122,213,067원에 대하여 2017. 11. 17.부터 다 갚는 날까지 연 17%의 비율에 의한 채권을 가지고 있습니다.【갑제2호증 판결문 참조】

원고는 위 양수금 소송의 승소판결을 집행권원으로 이 사건 부동산에 대하여 부산지방법원 I 부동산강제경매를 신청하여 현재 진행 중에 있고, 선순위인 이 사건 근저당권이 말소되지 않는다면 원고의 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험(무잉여기각)이 있으며, 판례는 채무자의 제3자에 대한 이전등기청구권이나 말소등기청구권을 대위 행사하는 경우(대법원 1993. 5. 11. 선고 92다52870 판결)와 같이 특정채권을 보전하기 위한 경우에는 채무자의 무자력을 요구하지 않는다고 일관되게 판시하고 있는 바, 이 사건 근저당권 말소등기청구에 대한 채권보전의 필요성은 충분히 인정됩니다.

또한 이 사건 근저당권의 경우 그 설정일이 무려 30년 전인 1990. 8. 22.임에도 불구하고 아직까지 근저당권자인 피고 B의 권리행사 사실이 전혀 확인되지 아니하고, 이러한 사실로 보아 소외 D에 대한 근저당권자 피고 B의 피담보채권이 실제로 존재하지 아니하며, 이 사건 부동산에 허위의 근저당권을 설정한 것이 분명합니다.

따라서 원고는 소외 D에 대하여 가지는 양수금채권을 피보전채권으로 하여 소외 D가 현재까지 행사하지 않고 있는 피고 B에 대하여 가지는 이 사건 근저당권등기의 말소청구를 채권자대위권에 기하여 구하고자 합니다.

3. 등기상 이해관계인인 피고 C에 대한 승낙의 의사표시를 구함

한편 피고 C는 2006. 11. 1. 피고 B의 근저당권부 채권에 대하여 부산지방법원 2006카단20624 근저당권부채권에 대한 가압류결정을 인용 받아 2006. 11. 10. 이 사건 부동산의 등기부등본에 위 가압류등기를 경료 하였습니다. 【갑제1호증의 1, 2 각 부동산등기부등본 참조】

하지만 이 사건 근저당권은 피담보채권이 실제로 존재하지 않는 허위의 근저당권으로 보이고, 이에 원고는 이 사건 청구에서 피고 B를 상대로 하여 이 사건 근저당권의 말소를 구하고 있으며, 피고 C는 이 사건 근저당권에 대하여 등기상 이해관계를 가지고 있는 이해관계인¹⁾에 해당하므로, 원고는 위 피고 C에 대하여 이 사건 근저당권등기 말소에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 바입니다.

4. 결론

살펴본 바와 같이, 피고 B는 소외 D에게 이 사건 근저당권의 ‘피담보채권의 부존재’를 원인으로 별지목록 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 금정등기소 1990. 8. 22. 접수 제4575호로 마쳐진 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하여야 하고, 피고 C는 위 말소등기에 대한 승낙의 의사표시를 하여야 하는바, 원고는 이를 구하기

1) 부동산등기법상 권리변경등기(같은 법 제63조), 회복등기(같은 법 제75조), 말소등기(같은 법 제171조)를 신청하는 경우 및 신청에 의한 경정등기(같은 법 제74조)를 하는 경우에, 등기상의 이해관계 있는 제3자가 있는 때에는 그의 승낙서 또는 그에게 대항할 수 있는 재판의 등본을 제출하여야 합니다(대판 1998. 11. 27. 선고 97다41103판결).

위하여 이 사건 청구에 이르게 되었습니다.