

의정부지방법원 2020. 1. 22 선고 2018가합289 판결 [근저당권설정등기말소]

재판경과

서울고등법원 2021. 4. 29 선고 2020나2005004 판결

의정부지방법원 2020. 1. 22 선고 2018가합289 판결

전 문

원 고 A 주식회사

소송대리인 법무법인 서로 담당변호사 최종원

피 고 B

소송대리인 변호사 황상익, 윤경, 박동열

변론 종결 2019. 10. 16.

판결 선고 2020. 1. 22.

주 문

1. 피고는 C에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 의정부지방법원 남양주등기소2002. 1. 11. 접수 제2825호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 한국자산관리공사는 C에 대하여, ① 확정판결인 서울중앙지방법원 2010. 6. 24. 선고 2009가합140138 판결 및 서울고등법원 2011. 1. 13. 선고 2010나73248 판결에 의하여 1,592,698,215원 및 그 중 214,538,600원에 대하여 2002. 9. 24.부터 다 갚는 날까지 연 19%의 비율로 계산한 지연손해금 채권과 L 207,264,115원 및 이에 대하여 2009. 12. 29.부터 2011. 1. 13.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금 채권을, ② 확정판결인 서울중앙지방법원 2012. 4. 10. 선고 2011가합120885 판결에 의한 603,783,836원 및 그 중 5,000,000원에 대하여는 2011. 11. 17.부터 2011. 12. 26.까지는 연 19%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금과 585,000,000원에 대하여는 2011. 12. 27.부터 다 갚는 날까지 연 20% 비율로 계산한 지연손해금 채권을 각각 가지고 있었다.

D 유한회사는 C에 대하여 확정판결인 서울중앙지방법원 2008. 2. 19. 선고 2007가 단67799 판결에 의하여, 1,902,658,871원 및 445,200,000원의 범위 내에서 404,306,104원 및 그 중 67,525,553원에 대하여 2007. 1. 25.부터 2008. 2. 19.까지는 연 19%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금 채권을 가지고 있었고, D 유한회사는 위 판결금 채권을 2011. 2. 25. 한국자산관리공사에 양도하였다(위 각 판결금 채권을 이하 '이 사건 각 판결금 채권'이라 한다).

나. 원고는 2012. 9. 18. 한국자산관리공사부터 이 사건 각 판결금 채권을 양수하여, 한국자산관리공사로부터 채권양도통지 권한을 위임받은 후 2012. 9. 28. C에게 위

채권양도 사실을 통지하였다.

다. C 소유인 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 채권최고액 10억 원, 채무자 C, 근저당권자 피고로 하는 주문 제1항 기재의 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)가 마쳐졌다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 19, 28호증, 갑 제2호증의 5, 6, 갑 제18호증의 14내지 17, 을나 제3, 10호증, 을나 제22호증의 1, 2, 3의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 피고의 본안전 항변에 관한 판단

가. 피고의 항변

원고는 C에 대한 이 사건 각 판결금 채권을 피보전채권으로 하여 C를 대위하여 피고를 상대로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하고 있으나, C는 무자력이 아니므로 원고가 C를 대위하여 권리를 행사할 보전의 필요성이 없다.

나. 판단

1) 관련 법리

채권자가 채무자를 대위함에 있어 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 있는바, 채권자대위의 요건으로서의 무자력이란 채무자의 변제자력이 없음을 뜻하고 특히 임의 변제를 기대할 수 없는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 고려되어야 하므로, 소극재산이 든 적극재산이든 위와 같은 목적에 부합할 수 있는 재산인지 여부가 변제자력 유무 판단의 중요한 고려요소가 되어야 한다. 따라서 채무자의 적극재산인 부동산에 이미 제3자 명의로 소유권이전청구권보전의 가등기가 마쳐져 있는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 사실상 불가능하므로, 그 가등기가 가등기담보 등에 관한 법률에 정한 담보가 등기로서 강제집행을 통한 매각이 가능하다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 부동산은 실질적으로 재산적 가치가 없어 적극재산을 산정할 때 제외하여야 한다(대법원2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결 참조).

2) 적극재산

가) 적극재산 가액 합계

갑 제7호증의 3, 갑 제10, 11호증의 1 내지 4, 갑 제12, 16호증의 각 1, 2, 3, 갑 제14호증의 1 내지 10, 을나 제7호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 변론종결일 현재 C는 아래 [표1] 기재 각 부동산을 소유하고 있고 그 가액은 합계 6,249,955,540원인 사실을 인정할 수 있다.

[표1]

순번	부동산	가액(원)
1	서울 서대문구 E 대 980.2㎡ 중 6/30 지분	순번 제1, 2번 기재 각 부동산 지분의 가액 합계 5,110,284,500
2	서울 용산구 F 대 794.4㎡ 중 6/30 지분	
	서울 용산구 G 임야 33㎡ 중 6/30 지분	
	서울 용산구 H 대 53.9㎡ 중 6/30 지분	
	서울 용산구 I 대 705.1㎡ 중 6/30 지분	
	서울 용산구 J 대 144.5㎡ 중 6/30 지분	
	서울 용산구 F, H, I 지상 제1, 2, 3호 각 건물 중 각 6/30 지분	
3	서울 강서구 K 대 8.4㎡ 중 10/30 지분	10,780,000
6	남양주시 L 대 317㎡ 및 그 지상 건물	474,000,000
	남양주시 M 답 1,174㎡	346,330,000

7	남양주시 N 지상 단독주택	115,000,000
8	부산 중구 O 지상 건물 중 6/30 지분	193,561,040
합계		6,249,955,540

나) 피고의 주장에 관한 판단

(1) 피고는 C가 [표1] 순번 제1번 기재 부동산 중 6/30 지분을 소유하는 것 외에도 위 부동산 중 P의 6/30 지분, Q의 4/30 지분, R의 4/30 지분에 관하여 소유권이 전등기청구권을 가지고 있고, 원고가 위 소유권이전등기청구권에 관하여 압류결정을 받아 집행절차가 진행되고 있으므로, 위 각 지분 합계 14/30도 C의 적극재산으로 평가 하여야 한다고 주장한다.

살피건대, 갑 제35호증, 을나 제20호증의 2, 3, 을나 제21호증, 을나 36호증의 각 기재에 의하면, 원고가 앞서 본 서울중앙지방법원 2010. 6. 24. 선고 2009가합140138 확정판결을 집행권원으로 하여 [표1] 순번 제1번 기재 부동산 중 P의 6/30 지분, Q의 4/30 지분, R의 4/30 지분에 관한 C의 소유권이전등기청구권에 대하여 압류를 신청하여, 2019. 4. 18. 압류명령을 받고(서울서부지방법원 2019타채53201호), 2019. 6.25. 보관인선임 및 권리이전 명령을 받은 사실(서울서부지방법원 2019타채55087호)을 인정할 수 있다.

그러나 갑 제14호증의 9의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 집행법원은 부동산권리이전청구권에 대한 압류명령의 결정을 함에 있어서 집행권원의 송달, 피압류적격의 유무 등의 요건을 심리하면 되고, 실제로 채무자가 제3채무자에 대하여 압류의 대상이 되는 부동산권리이전청구권을 가지고 있는 지 여부는 따질 필요가 없는 것이 원칙인 점(대법원 2004. 4. 28. 자 2003마1538 결정등 참조), 원고의 주장과 같이 C의 위 P, Q, R에 대한 소유권이전등기청구권이 고유한 의미의 상속재산 분할협약에 기한 것이라면 등기부상 C 앞으로 그 소유권을 이전하기 위해서는 위 P, Q, R 이외의 다른 상속지분에 관한 권리제한등기에 관하여 이해관계있는 제3자의 승낙서 등을 교부받아 소유권의 경정등기를 하여야 하는바 등기부상

그소유권이전 및 강제집행이 용이하다고 평가하기 어려운 점을 고려하여 보면, 위 인정사실 및 피고가 제출한 증거들만으로는 C가 P의 6/30 지분, Q의 4/30 지분, R의 4/30지분에 대한 소유권이전등기청구권을 가진다거나, 위 소유권이전등기청구권 또는 위각 지분을 C의 적극재산이라고 평가할 수 없다.

따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

(2) 피고는, C가 [표1] 순번 제2번 기재 각 부동산에 관하여 위 6/30 지분 외에 4/30 지분을 더 소유하고 있고, 부산 중구 0 대 166.9㎡, 부산 중구 S 대 88.5㎡ 중각 6/30 지분도 소유하고 있으므로, 위 4/30 지분과 각 6/30 지분의 가액도 적극재산으로 평가하여야 한다고 주장한다.

갑 제8, 9호증의 각 1, 갑 제14호증의 1 내지 8의 각 기재에 의하면, C는 1980. 6. 5. [표1] 순번 제2번 기재 각 부동산 중 각 6/30 지분을 상속받은 것 외에도, 각 4/30 지분을 T로부터 양수하여 2008. 3. 10. 그 소유권이전등기를 마친 사실, C는 1980. 6. 5. 부산 중구 0 대 166.9㎡, 부산 중구 S 대 88.5㎡ 중 각 6/30 지분을 상속받아 이를 소유하고 있는 사실을 인정할 수 있다.

그러나 같은 증거에 의하면, [표1] 순번 제2번 기재 각 부동산 중 C가 T로 부터 양수한 각 4/30 지분에 관하여 2018. 5. 30. 채권자 U인 처분금지가처분등기가 마쳐져 있는 사실, 부산 중구 0 대 166.9㎡, 부산 중구 S 대 88.5㎡ 중 각 C의 6/30지분에도 1997. 9. 18. 채권자 V인 처분금지가처분등기가 마쳐져 있는 사실을 인정할수 있는바, 이와 같이 가처분등기가 마쳐져 있는 이상 원고가 위 각 지분에 관하여 강제집행을 통하여 만족을 얻는 것이 사실상 어렵기 때문에, 위 각 지분을 C의 적극재산이라고 평가할 수 없다.

따라서 피고의 위 주장도 이유 없다.

3) 소극재산

가) 소극재산 가액 합계

갑 제18호증의 8, 9, 14 내지 17, 갑 제33호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, C는 아래 [표2] 기재와 같이 원고를 비롯한 채권자들에 대하여 합계8,064,337,131원 등의 채무를 부담하고 있는 사실을 인정할 수 있다(원고는, C가 W 유한회사에 대하여 3,308,718,444원의 채무도 부담하고 있다고 주장하나, 위 금액을 제외하더라도 소극재산의 가액이 적극재산의 가액을 초과함은

계산상 명백하므로 이에 관하여는 나아가 판단하지 아니한다).

[표2]

순번	채권자	금액(원)
1	원고	5,750,862,880
2	국민건강보험공단	131,194
3	남양주시	526,793
4	X보증보험	2,100,901,796
5	서대문구	17,161,189
6	용산구	51,806,435

7	신용보증기금	37,254,772
8	중부산세무서	1,392,682
9	대한민국(서울서부지방검찰청)	700,000
10	분당구	103,599,390
합계		8,064,337,131

나) 피고의 주장에 관한 판단

피고는, 한국자산관리공사가 이 사건 판결금 채권을 원고에게 양도하기 전에 C가 그 중 상당 부분을 변제하였거나, 한국자산관리공사가 이를 면제하여 주었고, 원고는 이 사건 판결금 채권 중 원금 411,402,886원만 양수한 것이라고 주장한다.

살피건대, 을나 제4, 9, 10, 12, 13, 26, 27호증의 각 기재만으로는 이 사건 판결금 채권이 원고에게

양도되기 이전에 C가 그 중 일부를 변제하였다거나, 한국자산관리공사가 이 사건 판결금 채권 중 일부를 면제하였다거나, 원고가 이 사건 판결금 채권 중 원금 411,402,886원만 양수하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 갑 제27호증, 갑 제29호증의 1, 2, 을나 제9호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 한국자산관리공사는 이 사건 판결금 채권에 관하여 각그 변론종결일 이후에 아무런 변제도 받지 못하였음이 인정될 뿐이다.

따라서 피고의 위 주장 역시 이유 없다.

4) 소결론

이 사건 변론종결일 현재, C의 소극재산의 가액이 적극재산의 가액을 초과하여 C는 무자력 상태에 있으므로, 원고가 C를 대위하여 권리를 행사할 보전의 필요성이 인정된다.

3. 본안에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 원고

이 사건 근저당권은 ① 처음부터 그 피담보채권이 존재하지 않았거나, ② 피담보채권이 시효로 소멸하였다.

따라서 원고는 채무자인 C를 대위하여 피고에 대하여 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

2) 피고

① 피고는 C에게 사업자금으로 수차례에 걸쳐 합계 10억 원을 자기앞수표 또는 현금으로 대여하였고, 위 대여금 반환채권을 담보하기 위하여 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤으므로, 이 사건 근저당권의 피담보채권이 존재한다.

② C는 매년 피고에게 위 대여금을 변제하겠다는 약속(채무승인)을 하여 소멸시효가 중단되었으므로, 소멸시효가 완성되지 않았다.

③ 원고의 이 사건 채권자대위권 행사는 권리남용으로서 허용되어서는 아니 된다

나. 판단

1) 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권이므로 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다107408 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위, 즉 피고의 C에 대한 대여금 반환채권의 존재 여부에 대한 입증책임은 그 존재를 주장하는 피고에게 있다.

그런데 을나 제35호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고는 C에게 사업자금을 수차례 대여하였다고 주장하면서도 구체적인대여일자는 물론 그 액수조차도 특정하지 못하고 있는 점, 원고는 당초 현금으로 대여금을 교부하였다고 주장하였다가 대부분 수표로 지급하였다고 그 주장을 번복한 점, 피고는 대여금으로 지급하였다는 수표 또는 현금을 인출한 자료 등 그 출처에 관한 내역을 전혀 제출하지 못하고 있는 점, 피고는 자신의 돈 뿐만 아니라 제3자의 돈까지 빌려와 C에게 대여하였다고 주장하면서도 2002년 8월경부터는 C로부터 단 한푼의 이자도 지급받지 않은 점을 고려하면 보면, 을나 제2, 28, 29, 35호증, 을나 제8, 19호증의 각 1, 2, 3, 을나 제16, 18호증의 각 1, 2, 을나 제17호증의 1 내지 9의 각 기재만으로는 피고와 C 사이에 금전소비대차계약의 체결 및 금전의 수수가 있었다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

2) 또한, 설령 이 사건 근저당권의 피담보채권이 존재하였다고 하더라도, 아래와 같은 이유로 이 사건 근저당권의 피담보채권은 소멸시효가 완성되어 소멸하였다.

갑 제2호증의 5, 6의 각 기재에 의하면, 이 사건 근저당권설정계약일은 2002. 1.11.인바 이 사건 변론종결일 현재 그로부터 10년이 도과하였음은 역수상 명백하다.

이에 대하여 피고는, 앞서 본 바와 같이 채무승인으로 시효가 중단되었다고 주장하나, 을나 제2, 35호증의 각 기재만으로는 위 채무승인 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

3) 따라서 이 사건 근저당권은 그 피담보채권이 존재하지 않거나 설령 존재하였다고 하더라도 시효로

소멸하였다고 할 것이므로, 채권자인 원고의 청구에 따라 피고는 C에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다(원고의 이 사건 소가 권리남용에 해당한다고 볼 아무런 자료가 없으므로 피고의 위 주장도 이유 없다).

4. 결론

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

재판장 판사 김경희, 판사 이인경, 판사 이인걸