

인천지방법원 2022. 1. 19 선고 2020나66612 판결 [근저당권설정등기말소등기절차 이행]

전 문

원고, 항소인 A

소송대리인 변호사 한창호

피고, 피항소인 B

소송대리인 법무법인 카이로스

담당변호사 이재원

변 론 종 결 2021. 10. 13.

판 결 선 고 2022. 1. 19.

제1 심판결 인천지방법원 부천지원 2020. 7. 8. 선고 2019가단26986 판결

주 문

1. 원고의 항소와 이 법원에서 추가한 예비적 청구를 모두 기각한다.
2. 항소제기 이후의 소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 주위적으로, 피고는 원고에게 김포시 C 도로 23㎡ 및 D 대 397㎡에 관하여 인천지방법원 부천지원 김포등기소 1998. 4. 9. 접수 제11559호로 마친 각 근저당권설정등기에 대하여 2002. 12. 26. 해지를 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라. 예비적으로, 원고의 피고에 대한, 김포시 C 도로 23㎡ 및 D 대 397㎡에 관하여 인천지방법원 부천지원 김포등기소 1998. 4. 9.

접수 제11559호로 마친 각 근저당권설정등기에서의 피담보채무는 27,000,000원을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다(원고는 이 법원에서 예비적 청구취지를 추가하였다).

이 유

1. 제1심판결의 인용

이 법원이 적을 이유는 아래와 같이 고쳐 쓰거나 추가하는 것을 제외하고는 제1심판결 이유와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 고쳐 쓰거나 추가하는 부분

가. 제1심판결문 제3면 제1행의 “2. 원고의 주장”을 “2. 원고의 주위적 청구에 대한 주장”으로 고쳐 쓴다.

나. 제1심판결문 제3면 제8행의 다음 행에 아래의 내용을 추가한다.

『설령 위 주장이 인정되지 않는다고 하더라도, 원고는 인천지방법원의 파산 및 면책

절차(2009하단4460, 2009하면4461호)에서 이 사건 근저당권의 피담보채무를 면책받았으므로, 이 사건 근저당권설정등기는 말소되어야 한다.

또한 피고는 이 사건 근저당권의 피담보채권인 투자금 120,000,000원에 대한 반환채권 중

93,000,000원에 갈음하여 G 토지의 소유권을 이전받았으므로, 이 사건 근저당권의 피담보채무는 27,000,000원(= 120,000,000원 - 93,000,000원)만이 남았을 뿐

인바, 청구금액을 120,000,000원으로 하는 이 사건 근저당권설정등기를 그대로 유지함으로써 임의경매에 의한 집행을 원고가 수인하도록 하는 것은 권리남용에 해당한다.』

다. 제1심판결문 제3면 제10행의 “3. 판단”을 “3. 주위적 청구에 대한 판단”으로 고쳐 쓴다.

라. 제1심판결문 제5면 마지막행의 다음 행에 아래의 내용을 추가한다.

『다. 원고에 대한 면책결정으로 이 사건 근저당권의 피담보채무가 면책되었으므로,

이 사건 근저당권설정등기를 말소하여야 하는지 여부

채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제411조는 ‘파산재단에 속하는 재산상에 존재하는 저당권을 가진 자는 그 목적인 재산에 관하여 별제권을 가진다’라고 규정하고 있고, 같은 법 제412조는 ‘별제권은 파산절차에 의하지 아니하고 행사한다’라고 규정하고 있으므로, 파산선고를 받은 채무자의 재산에 대하여 저당권을 가진 채권자는 별제권자로서 면책결정 후에도 그 재산에 대한 담보권을 실행할 수 있다¹⁾.

위 법리에 비추어 이 사건을 보건대, 피고는 C, D 토지에 이 사건 근저당권을 설정받은 별제권자로서 원고에 대한 면책결정이 내려진 후에도 여전히 위 근저당권을 실행할 수 있는 반면, 원고는 자신에 대한 면책결정을 들어 피고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구할 수는 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 옳지 않다.

라. 이 사건 근저당권에 기한 집행이 권리남용에 해당하는지 여부를 제3호증의 기재에 따르면, 피고와 원고가 1999. 12. 17. G 토지에 관한 매매에 약증서를 작성하면서 그 대금을 93,000,000원으로 기재한 사실은 인정된다. 그러나 앞서 본 증거, 을 제9, 10호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고는 2009. 6. 3. 인천지방법원 파산선고 및 면책을 신청하면서, G, C, D 토지는 공동사업에 투자하였던 피고의 소유인데, 피고에게 G 토지의 소유권만 이전하였고, 원고의 채무관계로 인하여 C, D 토지의 소유권을 이전하지 못하였다는 취지의 ‘채무증대 및 지급불능 경위서’를 제출하였던 점, 위 파산선고 및 면책사건에서 원고는 피고에 대한 잔존 채권액을 120,000,000원으로 기재한 채권자목록을 제출하였고, 피고 또한 2010. 7. 29. 현재 이 사건 근저당권의 피담보채무액이 120,000,000원이라는 취지의 채권자의견서를 제출하였던 점 등을 고려하여 보면, 위 인정사실 및 원고가 제출한 증거들만으로는 피고가 투자금 120,000,000원만을 돌려받기로 하였고, 그 중 93,000,000원의 대물변제로 G 토지의 소유권을 이전받아 이 사건 근저당권의 피담보채무가 27,000,000원(= 120,000,000원 - 93,000,000원)만이 남았다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 사건 근저당권의 피담보채권이 피고의 투자금 반환채권이고, 위 채권이 G 토지의

대물변제로 인해 27,000,000원만이 잔존하고 있음을 전제로 하는 원고의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 옳지 않다.

4. 예비적 청구에 대한 판단

가. 원고의 주장

피고는 이 사건 근저당권의 피담보채권인 투자금 120,000,000원에 대한 반환채권 중 93,000,000원에 갈음하여 G 토지의 소유권을 이전받았으므로, 이 사건 근저당권의 피담보채무는 27,000,000원(= 120,000,000원 - 93,000,000원)을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다.

나. 판단

위 제3의 라.항에서 살펴본 바와 같이 원고가 제출한 증거들만으로는 피고가 투자금 120,000,000원만을 돌려받기로 하였고, 그 중 93,000,000원의 대물변제로 G 토지의 소유권을 이전받아 이 사건 근저당권의 피담보채무는 27,000,000원(= 120,000,000원 - 93,000,000원)만이 남았다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 오히려 앞서 본 바와 같이 원고는 G 토지 소유권이 피고에게 이전된 이후 진행된 자신에 대한 파산절차에서 위 근저당권의 피담보채무 잔존액이 120,000,000원이라는 사실을 인정한 바 있을 뿐이다.

따라서 이 사건 근저당권의 피담보채권이 피고의 투자금 반환채권이고, 위 채권이 G 토지의 대물변제로 인해 27,000,000원만이 잔존하고 있음을 전제로 하는 원고의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 옳지 않다.』

3. 결론

따라서 원고의 주위적 및 예비적 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하여야 한다. 원고의 주위적 청구를 기각한 제1심판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로 이에 대한 원고의 항소와 이 법원에서 추가한 예비적 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 양민호, 판사 김범진, 판사 김 현

1) 다만 별제권 행사 후 남은 채권은 파산채권으로서 이에 대하여는 면책결정의 효력이

미친다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다27219 판결 참조).