

광주지방법원 2019. 4. 24 선고 2018가단23242 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원 고 A단체

피 고 1. B

2. C

3. D

변론 종결 2019. 4. 3.

판결 선고 2019. 4. 24.

주 문

1. E에게,

가. 피고 B은 별지 제1 목록 기재 부동산에 관하여 광주지방법원 담양등기소 2001.1. 10. 접수 제442호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를,

나. 피고 C은 별지 제2 목록 기재 부동산에 관하여 전주지방법원 부안등기소 2002.2. 22. 접수 제2892호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를,

다. 피고 D은 별지 제3 목록 기재 부동산에 관하여 전주지방법원 부안등기소 2002.10. 21. 접수 제8587호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 각 이행하라.

2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 피고 B, C에 대한 각 청구

가. 청구의 표시 : 별지 청구원인 기재와 같다.

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

2. 피고 D에 대한 청구

가. 기초사실

1) 원고는 E에 대하여 광주지방법원 2011차7971호로 구상금 지급을 구하는 지급명령을 신청하여 2011. 7. 12. 위 법원으로부터 "E은 원고에게 111,627,650원 및 그중59,610,289원에 대하여 2011. 7. 11.부터 이 사건 지급명령 부분 송달일까지는 연 15%,그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라"는 내용의 지급명령을 받았고, 위 지급명령은 2011. 8. 2. 그대로 확정되었다.

2) 한편 E 소유의 별지 제3 목록 기재 각 부동산에 관하여 피고 D 앞으로 전주지방법원 부안등기소 2002. 10. 21. 접수 제8587호로 채권최고액 30,00,000원으로 된 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)가 마쳐졌다.

3) E은 개별공시지가 합계 68,127,982원의 별지 제1 내지 3 목록 기재 각 부동산외에는 별다른 재산이 없는 반면 원고에 대한 구상금채무는 2018. 10. 1. 현재197,868,526원에 이르고, F조합에 대한 7,523,018원 및 4,864,768원의 각 가압류 채무가 있는 등 무자력 상태이다.

[인정근거] 갑 제1, 4호증(가지번호가 있는 것은 가지번호를 포함한다. 이하 같다)의 각기재, 변론 전체의 취지

나. 원고 주장의 요지

이 사건 근저당권은 처음부터 그 피담보채무가 존재하지 아니하거나 피담보채권이 시효로 소멸하였다. 따라서 원고는 채무자인 E을 대위하여 피고에게 별지 제3 목록 기재 각 부동산에 마쳐진 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

다. 판단

1) 이 사건 근저당권의 피담보채권

근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항), 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 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 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 참조). 한편, 증명책임이 있는 당사자가 그주장사실을 증명하기에 충분한 여러 증거를 제출한 경우에 그 증거들의 신빙성을 의심할 만한 사정들이 존재하지 아니하고 상대방으로부터 별다른 반증도 제출된 바가 없다면 그 증거들에 의하여 일응 그 주장사실이 입증된 것으로 보는 것이 논리와 경험칙에 부합한다(대법원 1987. 2. 24. 선고 85다카1485 판결, 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다44947 판결, 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다22774 판결 등 참조).

을 제1호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실및 사정, 즉 1 E은 2002. 10. 19. 피고 D에게 'E이 광주 광산구 G 소재 H 식당을 운영하면서 D에게 지급하지 못한 월급 1,000,000원과 빌린 돈 26,000,000원을 2012. 10.19.까지 변제하기로 하되 그 담보로 별지 제3 목록 기재 각 부동산에 관하여 채권최고액 30,000,000원으로 하는 근저당권설정등기를 하기로 한다'는 내용의 이행각서를 작성해 준 사실, 2 2002. 10. 21. 별지 제3 목록 기재 각 부동산에 관하여 피고 D 앞으로 이 사건 근저당권이 설정된 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 비추어 보면,

이 사건 근저당권의 피담보채권은 피고 D의 E에 대한 임금채권 및 대여금채권이라고 봄이 타당하다.
따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 변제 주장에 관한 판단

원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 근저당권의 피담보채무 전부를 변제하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

3) 소멸시효 주장에 관한 판단

E이 피고 D에게 2002. 10. 19. 27,000,000원을 변제하기로 하는 내용의 이행각서를 작성해 준 사실은 앞서 본 바와 같은바, 이로부터 보면, 위 피담보채권은 그 행사가 가능한 2002. 10. 19.부터 10년의 소멸시효기간이 경과하였으므로, 민법 제162조 제1항에 따라 소멸하였다.

이에 대하여 피고 D은 E으로부터 2015. 2. 8. 2,000,000원, 2016. 3. 25. 1,000,000원, 2016. 11. 15. 1,000,000원을 변제받음으로써 소멸시효가 중단되었다는 취지로 주장하나, 이를 뒷받침하는 증거가 전혀 없으므로, 피고 D의 위 주장은 이유 없다.

4) 소결론

따라서 피고 D은 원고에게 별지 제3 목록 기재 각 부동산에 관하여 마친 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 결론

그러므로 원고의 피고들에 대한 청구는 모두 이유 있어 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김윤선

별지

청 구 원 인

1. 당사자간의 관계

원고는, [] 조합법에 의하여 설립된 특수법인으로, 담보능력이 미약한 농림수산업자의 신용을 보증함으로써 농림수산업에 필요한 소요자금을 원활하게 마련할 수 있게 하여 농어촌 경제의 균형 있는 발전에 기여하게 함을 목적으로 하여 농림수산업자 신용보증법에 의하여 설치된 농림수산업자 신용보증기금의 관리기관으로서, 위 청구취지 기재 각 부동산(이하 이 사건 토지라고 함)의 소유자인 소의 [] E에 대하여 구상금 채권을 가진 자이며,

피고들은, 원고에 대하여 구상금 채무를 부담하는 소의 [] E 소유의 이 사건 토지에 청구취지 기재의 근저당권설정등기(이하 이 사건 근저당권설정등기라고 함)를 마친 근저당권자들입니다.

[증거서류: 원고 법인 등기사항 일부 증명서, 갑 제1호증 지급영령 사본, 갑 제2호증의 1, 갑 제3호증의 1, 3, 5, 갑 제4호증의 1, 3, 5 각 토지 등기사항 전부 증명서]

2. 원고의 이 사건 소 제기 자격

원고는 이 사건 토지의 소유자인 소의 [] E에 대한 구상금 채권자로서, 채권자 대위권에 기하여, 소의 [] E이 피고들에 대하여 가지는 근저당권설정등기의 말소 등기 청구권을 대위행사하고자 이 사건 소를 제기합니다.

즉, 원고가 알고 있는 범위 내에서는, 원고에 대한 구상금 채무자인 소의 [] E의 그 적극 재산인 부동산은 이 사건 토지가 전부이고, 그 개별공시지가에 의한 토지 가액은 68,127,982원¹⁾으로 시가가 약 89천만원 정도로 추정되고 다른 재산은 보이지 않는데 반해, 그 소극재산인 채무는, 원고에 대한 이 사건 구상금 채무만도 이 사건 소 제기일인 2018. 10. 1. 현재 197,868,526원³⁾에 이르고 있는 바(그 외

1) 내역: ㉠ 단양군 [] 전 1736㎡는 18,228,000원(= 10,500원/㎡ × 1,736㎡) + ㉡ 부안군 [] 대 354㎡는 5,628,600원(= 15,900원/㎡ × 354㎡) + ㉢ 부안군 [] 전 1436㎡는 13,929,200원(= 9,700원/㎡ × 1,436㎡) + ㉣ 부안군 [] 단 2061㎡는 18,961,200원(= 9,200원/㎡ × 2,061㎡) + ㉤ 부안군 [] 일대 16,316㎡는 3,499,782원(= 858원/㎡ × 16,316㎡ × 3/12) + ㉥ 부안군 [] 전 4,041㎡는 6,869,700원(= 1,700원/㎡ × 4,041㎡) + ㉦ 부안군 [] 전 595㎡는 1,011,500원(= 1,700원/㎡ × 595㎡) = 68,127,982원

2) 일반적으로 토지의 개별공시지가가 실제 시가의 약 6~70% 정도임을 감안하여, 개별공시지가에 의하여 산정된 가액에 1.3을 곱하는 방식으로 그 시가를 추정하였음(도산정자에서 정식 시가감정을 하지 않고 간이하게 시가를 추정할 때 통상 사용하는 방식임)

3) 내역: 갑 제1호증의 지급영령 사본에 기한 구상금 채무로, ㉠ 111,627,650원(2011. 7. 10.까지 원리

에도 이 사건 토지 등기 정보상 광주세무서, 함순군, 광산구, F에 대하여 채무를 부담하고 있어 압류 또는 가압류를 당한 상태임), 소극재산이 적극재산을 초과하는 지급불능의 무자력 상태에 있다고 할 것인 바, 무자력 상태에 있는 원고에 대한 채무자 소외 E이 피고들에 대하여 이 사건 토지에 관한 근저당권설정 등기의 말소등기 청구권을 아래와 같은 사유로 가지고 있음에도 불구하고, 이를 행사하지 아니하고 있으므로, 원고가 소외 E에 대한 구상금 채권의 보전을 위하여, 소외 E를 대위하여, 근저당권 말소 등기를 청구하는 이 사건 소를 제기하는 것입니다.

[증거서류: 갑 제1호증 지급명령 사본, 갑 제2호증의 1, 갑 제3호증의 1, 3, 5, 갑 제4호증의 1, 3, 5 각 토지 등기사항 전부 증명서, 갑 제2호증의 2, 갑 제3호증의 2, 4, 6, 갑 제4호증의 2, 4, 6 각 토지대장 등본]

3. 원고의 소외 E에 대한 구상금 채권

원고가 이 사건 소에 의하여 보전하고자 하는, 소외 E에 대한 구상금 채권의 발생 원인 및 현재 금액 등은 다음과 같습니다.

즉, 소외 E은 원고가 관리하는 농림수산업자 신용보증기금에서, ① 2002. 3. 2.자로 보증금액 36백만원의 신용보증약정을 체결하였고, 그에 의하여 발급받은 신용보증서로 Q농주지소에서 대출을 받았고, ② 2002. 3. 8.자로 보증금액 15백만원의 신용보증약정을 체결하였고, 그에 의하여 발급받은 신용보증서로 F에서 대출을 받았는데, 위 각 대출금을 대출금관리기관에 변제하지 아니하는 보증사실을 일으킴에 따라,

원고가 소외 E를 대위하여, ① Q농주지소에 대하여는 2005. 5. 24.에 돈 41,826,863원을, ② F에 대하여는 2006. 6. 29.에 돈 17,783,426원을 변제하게 되었던 바,

위 대위변제 후에, 원고는 소외 E에 대하여, 위 각 대위변제금과 그에 대한 지연손해금 기타 부수 채무의 이행을 구하는 지급명령의 신청을 광주지방법원에 하였던 바, 그에 관한 광주지방법원 2011차7971호 구상금 청구사건에서 원고 청구대

금으로 청구한지 판단) + ㉔ 195,979원(원금 59,610,289원에 대한 2011. 7. 11.부터 지급명령 정본의 소외 E에 대한 송달일인 2011. 7. 18.까지 연 15%로 계산한 금액) + ㉕ 85,904,137원(원금인 59,610,289원에 대한 지급명령 정본의 소외 E 송달일 다음날인 2011. 7. 19.부터 이 사건 소 제기일인 2018. 10. 1.까지 연 20%로 계산한 금액) + ㉖ 140,760원(독촉절차 비용)

로 지급명령이 발령되었으며, 그 지급명령은 소외 E에게 송달되었으며 이의 없이 그대로 확정되었는 바,

그 확정된 지급명령에 기하여 원고가 소외 E에 대하여 가지는 구상금 채권은 이 사건 소 제기일인 2018. 10. 1. 현재 197,868,526원(구체적인 산정내역은 위 2항의 각주 3을 참조)에 이르고 있습니다.

[증거서류: 갑 제1호증 지급명령 사본]

4. 피고들 명의의 이 사건 근저당권설정등기가 말소되어야 하는 사유

원고는, 피고들 명의의 이 사건 근저당권설정등기가 말소되어야 하는 사유로, 다음 두 가지 사유를 선택적으로 주장합니다.

가. 피담보채무의 미발생

피고 B 명의의 근저당권설정등기는 2001. 1. 9.자 설정계약을 원인으로 하여 2001. 1. 10.자로 마쳐졌고, 피고 C 명의의 근저당권설정등기는 2002. 2. 18.자 설정계약을 원인으로 하여 2002. 2. 22.자로 마쳐졌으며, 피고 D 명의의 근저당권설정등기는 2002. 10. 19.자 설정계약을 원인으로 하여 2002. 10. 21.자로 마쳐졌습니다.

위와 같이 2000년대 초에 위 각 근저당권설정등기가 마쳐졌으며, 그 근저당권설정등기상의 채무자이자 그 목적 부동산의 소유자인 소외 E는 2006년 초반 무렵에 이미 그 경영의 축산업이 도산상태에 빠져 지급능력을 상실하였음에도 불구하고 현재까지도 위 근저당권 실행을 위한 아무런 조치가 없었다는 것은, 해당 근저당권에 의하여 담보해야 할 피담보채무가 발생하지 않았던 것(즉, 장래 거래 등으로 발생할 채무의 담보로 이 사건 근저당권설정등기를 하였으나 그 피담보채무가 발생하지 않았거나 또는 사업을 하는 소외 E이 그 사업상의 위험을 고려하여 실제로는 기존에 발생한 채무도 없고 장래에도 채무가 발생할 여지가 없음에도 외관상으로는 그러한 등기를 해두어 사업상 채무로 인한 강제집행을 사전에 차단시키려고 하였던 것으로 볼 수 있음)으로 추측됩니다.

만약 이 사건 근저당권에 기하여 담보해야 할 채무가 실제로 발생하였고, 그 채권이 아직까지 존존하고 한다면, 그 근저당권부 채권의 실제 발생에 관한 입증책임은 그 존재를 주장하는 피고들에게 있다고 할 것인 바(대법원 2003다70041 판결⁴⁾,

⁴⁾ 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로

2009다72070 판결⁵⁾ 등 참조), 피고들이 그 피담보채권의 실제 발생에 관한 입증자료로 송금증 기타 금융거래자료 등을 제시하여야 할 것입니다.

나. 피담보채권의 소멸

피고들 명의의 이 사건 근저당권설정등기에 의하여 담보하고자 하는, 피고들의 소외 E에 대한 채권이 실제로 발생하였다고 하더라도, 그 등기일로부터 길게는 17년 짧게는 16년여가 지난 현재까지도 그 근저당권 실행 등의 조치가 전혀 없었는 바, 그렇다면 이 사건 근저당권에 의하여 담보할 채권은 변제 기타 사유에 의하여 이미 소멸한 것으로 보이고, 설사 그렇지 않다고 하더라도 10년 또는 5년의 소멸시효 기간 경과로 인하여 소멸하였다고 할 것입니다.

[증거서류: 갑 제2호증의 1, 갑 제3호증의 1, 3, 5, 갑 제4호증의 1, 3, 5 각 토지 등기사항 전부 증명서, 갑 제1호증 지급영령 사본]

5. 결론

위와 같이, 원고에 대하여 구상금 채무를 부담하고 있는 이 사건 토지의 소유자 소외 E은 지급불능의 무자력 상태에 있고, 소외 E 소유의 이 사건 토지에 관한 근저당권자들인 피고들 명의의 이 사건 근저당권은 처음부터 피담보채무가 존재하지 않았거나, 설사 존재하였다고 하더라도 변제 기타 소멸시효 완성 등으로 인하여 소멸함에 따라, 소외 E이 피고들에 대하여 이 사건 근저당권의 말소를 청구할 수 있음에도 불구하고, 그 권리를 행사하지 아니하므로, 원고가 소외 E에 대한 구상금 채권의 보전을 위하여, 소외 E이 피고들에 대하여 가지는 근저당권 말소 청구권을 대위하여 행사하고자, 이 사건 소를 제기합니다.

로서, 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권으로서 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 한다.
5) 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임자(그 존재를 주장하는 측)

별지

제1 목록

전북 담양군 J 전 1,736㎡. 끝.

별지

제2 목록

1. 전북 부안군 K 대 354㎡
2. L 전 1,436㎡
3. M 답 2,061㎡. 끝.

별지

제3 목록

1. 전북 부안군 N 입야 16,316㎡ 중 E의 3/12 지분
2. O 전 4,041㎡
3. P 전 595㎡. 끝.