

수원지방법원 성남지원 2020. 1. 31 선고 2017가단21557 판결 [근저당권설정등기말소등기
청구의 소]

전 문

원 고 주식회사 A
소송대리인 법무법인 두현
담당변호사 백록담

피 고 B
소송대리인 변호사 서왕식
변론 종결 2019. 12. 13.
판결 선고 2020. 1. 31.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다 .
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 C(개명전 : D)에게 창원시 마산회원구 E 임야 15148㎡ 중 1/2 지분에 관하여 창원지방법원
마산지원 2007. 7. 24. 접수 제39567호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 창원시 마산회원구 E 임야 15148㎡ 중 C(개명전 : D, 이하 'C'으로만 칭한다)의 1/2 지분(이하 C의 지분을 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 2007. 7. 24.경 피고앞으로 채권최고액 5,000만원, 채무자 C으로 한 창원지방법원 마산지원 2007. 7. 24.접수 제39567호로 마친 근저당권설정등기가 마쳐졌다(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다).

나. 원고는 C을 상대로 서울중앙지방법원 2016가소187878 양수금 청구의 소를 제기하여 2016. 10. 25. 'C 등은 연대하여 원고에게 10,563,177원 및 그중 800만 원에 대하여 2003. 4. 1.부터 갚는 날까지 연 25%의 비율로 계산한 돈을 지급하라'는 판결이 선고되어 2016. 11. 22. 확정되었다.

[인정근거: 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증(가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론전체의 취지]

2. 본안전 항변에 대한 판단

원고가 C에 대한 위 1-나항 기재 판결금 채권(이하 '이 사건 판결금 채권'이라 한다)을 보전하기 위하여 C을 대위하여 피고를 상대로 이 사건 근저당권의 말소를 구하는 이 사건 소에 대하여, 피고는 C이 무자력이 아니므로 채권자대위소송을 제기할 수 없다고 본안전 항변을 한다.

갑 제1, 3호증의 각 기재, 이 법원의 창원시 마산회원구청에 대한 과세정보제출명령회신결과, 이 법원의 서울특별시에 대한 사실조회회신결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 부동산은 C의 유일한 부동산으로 그 시가가 2019. 3. 7.경 52,260,600원인 사실 및 C은 그밖에 금융자산을 보유하고 있지 아니한 사실이 인정되고 이 사건부동산의 이 사건 변론종결일 당시의 시가도 이와 유사할 것임이 추인된다. 이 사건부동산에는 피고 명의의 채권최고액 5,000만 원의 근저당권이 설정되어 있음은 앞서본 바와 같으므로(뒤에서 보는 바와 같이 피고 명의의 근저당권이 무효라고 볼 수는 없다), 이 사건 부동산 중 공동담보에 공하는 부분의 가액은 2,260,600원이라 할 것인데, 그중

원고의 C에 대한 이 사건 판결금 채권이 위 2,260,600원을 초과함은 계산상명백하므로, C은 무자력이라 할 것이다.

따라서 C의 무자력을 다투는 피고의 본안전 항변을 받아들이지 아니한다.

3. 본안에 대한 판단

가. 당사자들의 주장

원고는 이 사건 근저당권의 피담보채권의 부존재, 시효소멸 및 부동산실권리자명의변경에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다)위반을 이유로 이 사건 근저당권의 말소를 구한다.

피고는 이 사건 근저당권은 피고의 아버지 F을 통하여 D로부터 받은 이행확약서상의 채권 등을 담보하기 위한 것으로 피담보채권도 존재하고 부동산실명법을 위반한 것도 아니며, 그 변제기가 2009. 12.말이어서 아직 시효로 소멸하지 않았다고 다룬다.

나. 이 사건 근저당권의 피담보채무의 존부 및 부동산실명법 위반

1) 근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 채권자와 근저당권자는 원칙적으로 동일인이 되어야 하지만, 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약 등의 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있거나, 거래경위에 비추어 제3자의 근저당권 설정등기가 한낱 명목에 그치는 것이 아니라 그 제3자도 채무자로부터 유효하게 채권을 변제받을 수 있고 채무자도 채권자나 근저당권 명의자인 제3자 중 누구에게든 채무를 유효하게 변제할 수 있는 관계, 즉 묵시적으로 채권자와 제3자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는 그 제3자 명의의 근저당권 설정등기도 유효하다고 보아야 한다(대법원 1995. 9.26. 선고 94다33583 판결, 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015다60511 판결 등 참조).

갑 제1호증, 을 제3호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, D은 2007. 7.16.경 채권자를 백지로 하여 '4,000만 원을 2009. 12.말까지 이자 연 10%를 가산하여 지급하겠고 이를 담보하기 위하여 이 사건 부동산에 근저당권을 설정하겠다'는 내용의 이행확약서를 작성하여 준 사실 및 피고의

아버지인 망 F이 2007. 7. 20.경 피고를 대리하여 D와 이 사건 근저당권설정계약을 체결하여 피고에게 이 사건 근저당권이 설정된 사실이 인정된다. 위 인정사실에서 알 수 있는 바와 같이 1 피고는 F의 아들인 점, 2 D이 이 사건 근저당권을 설정할 때 F이 아닌 피고를 근저당권자로 하는 데 이의를 제기하였다고 볼 사정이 없는 점, 3 D이 이행확약서의 수취인을 F으로 특정하지 아니한 점 등을 감안하면, 설령 D에게 금원을 대여한 사람이 피고가 아닌 피고의 아버지 F이라고 하더라도, 이 사건 근저당권 설정계약 내지 이행확약서 작성 당시 피고, F, D사이에는 피고를 근저당권 명의인으로 하는 합의를 하였고, 피고도 D로부터 유효하게채권을 변제받을 수 있고 D도 피고나 F 중 누구에게든 채무를 유효하게 변제할 수 있는 관계, 즉 묵시적으로 F과 피고가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 봄이 타당하다. 따라서 피고 명의의 이 사건 근저당권의 피담보채무는 존재한다고 보이고, 이 사건 근저당권이 부동산실명법에 위배된다고 볼 수는 없다.

다. 이 사건 피담보채무의 시효소멸 여부

위 인정사실에 의하면, 이 사건 피담보채무의 변제기는 2009. 12. 말이라 할 것이어서 그때부터 시효가 진행한다 할 것이고, 원고가 이 사건 피담보채무가 시효로 소멸하였음을 들어 이 사건 근저당권의 말소를 구하는 이 사건 소에 대하여 피고가 2008.2. 20. 응소하여 적극적으로 권리를 주장함으로써 시효가 중단되었다 할 것이다(설사 그렇지 않더라도 을 제8호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 소멸시효 완성 전인 2019. 4.경 원고가 신청한 경매절차에 배당요구를 한 사실을 알 수 있다). 따라서 이 사건 피담보채무가 시효로 소멸하였다는 원고의 주장은 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각한다.

판사 강윤희