

인천지방법원 부천지원 2020. 7. 8 선고 2019가단26986 판결 [근저당권설정등기말소등기절차 이행]

---

전 문

원 고 A

소송대리인 변호사 한창호, 한경화

피 고 B

소송대리인 법무법인 카이로스

담당변호사 이재원

변 론 종 결 2020. 6. 10.

판 결 선 고 2020. 7. 8.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지

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.

## 이 유

### 1. 기초사실

가. 원고, 피고, E 및 F은 경매부동산을 취득하여 처분하기로 하는 동업약정을 한 후, 원고가 40,000,000원, 피고가 120,000,000원, E이 80,000,000원, F이 80,000,000원을 투자하여 1998. 1. 13. 김포시 G 대 2,080㎡와 그 지상 건물1) 및 C 도로 23㎡(이하 'C 토지'라고 한다)를 낙찰받아 1998. 2. 19. 원고 명의로 소유권이전등기를 경료하였다.나. 피고는 1998. 4. 9. 자신의 투자금을 담보하기 위하여 위 G 대 2,080㎡ 및 C 토지에 관하여 채무자를 원고, 채권최고액을 120,000,000원으로 한 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)를 경료하였다.

다. 위 G 토지는 1999. 11. 17. G, D, H 토지로 분할되었다.

라. 피고는 1999. 12. 20. 분할된 G 토지에 관하여 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기를 경료하였고, 2002. 12. 26. 위 가등기에 기한 본등기를 경료하였다.

마. 한편 원고, E 및 F은 H 토지를 2001. 3. 14. 매도하여 그 처분대금을 나누어 가졌다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 5호증, 을 제3, 11, 13호증의 각 기재, 증인 F의 증언 및 변론 전체의 취지

### 2. 원고의 주장

원고, E 및 F이 C, D, H 토지를, 피고가 G 토지를 가지기로 합의하면서 피고 투자금의 반환을 담보하기 위하여 C, D 토지 위에 설정된 이 사건 근저당권설정등기는 해지하기로 피고와 약정하였으므로 이 사건 근저당권설정등기는 말소되어야 한다.

설령 위와 같은 약정이 인정되지 않는다고 하더라도 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권인 피고의 투자금 반환채권은 시효소멸하였으므로 이 사건 근저당권설정등기는 역시 말소되어야 한다.

### 3. 판단

가. 이 사건 근저당권설정등기를 해지하기로 하는 합의가 있었는지 여부

을 제4, 5, 11호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정들을

종합하면 원고가 제출한 증거들 및 증인 F의 증언만으로는 원고 주장과 같은 합의사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

① 원고는 인천지방법원에 파산면책을 신청하면서(인천지방법원 2009하단4460, 2009하면4461) C 토지와 D 토지는 원고 명의로 되어 있지만 실질적으로는 피고의 소유라는 취지의 ‘채무증대 및 지급불능 경위서’를 제출하였다.

② 피고는 H 토지에 관하여 설정되어 있던 근저당권설정등기를 1999. 12. 20. 말소하여 주었는데 만약 원고 주장과 같이 원고, E 및 F이 C, D, H 토지를 가지는 것이었다면 C, D 토지에 설정되어 있던 이 사건 근저당권설정등기도 당시 말소하지 않았을 이유가 특별히 없다.

③ 원고는 20년 넘게 이 사건 근저당권설정등기를 그대로 두었고, 그 동안 피고에게 말소를 요구하였다는 사정은 전혀 보이지 않는다.

④ 원고가 주장하는 합의사실을 인정할 객관적인 증거가 전혀 없고, 증인 F의 증언 및 갑 제2호증 F 작성의 사실확인서의 기재는 신빙성이 높은 객관적인 증거라고 볼 수 없다.

나. 피담보채권이 시효소멸하였는지 여부

1) 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 저당권을 가진 채권자는 담보권을 실행하기 위한 경매신청을 할 수 있을 뿐더러 다른 채권자의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당에 참가할 수 있는데, 이러한 채권자가 채권의 유무, 그 원인 및 액수를 법원에 신고하여 권리를 행사하였다면 그 채권신고는 민법 제168조 제2호의 압류에 준하는 것으로서 신고된 채권에 관하여 소멸시효를 중단하는 효력이 생긴다.

한편 민법 제175조는 압류가 ‘권리자의 청구에 의하여 또는 법률의 규정에 따르지 아니함으로 인하여 취소된 때에는 소멸시효 중단의 효력이 없다’고 규정하고 있는데, 이는 그러한 사유가 압류채권자에게 권리행사의 의사가 없음을 객관적으로 표명하는 행위이거나 또는 처음부터 적법한 권리행사가 있었다고 볼 수 없는 사유에 해당한다고 보기 때문이므로, 법률의 규정에 따른 적법한 압류가 있었으나 이후 남을 가망이 없는 경우의 경매취소를 규정한 민사집행법 제102조 제2항에 따라 경매절차가 취소된 때는 민법 제175조가 정한 소멸시효 중단의 효력이 없는 경우에 해당한다고 볼 수

없다.

따라서 경매신청이 취하된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 압류로 인한 소멸시효 중단의 효력은 물론, 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 저당권을 가진 채권자의 채권신고로 인한 소멸시효 중단의 효력도 소멸하지만, 이와 달리 민사집행법 제102조 제2항에 따라 경매절차가 취소된 경우에는 압류로 인한 소멸시효 중단의 효력이 소멸하지 않고, 마찬가지로 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 저당권을 가진 채권자의 채권신고로 인한 소멸시효 중단의 효력도 소멸하지 않는다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다228778 판결 참조). 위 법리에 비추어 보건대, 을 제7, 12호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하면 주식회사 I의 신청으로 C, D 토지에 관하여 강제경매가 개시되었고(인천지방법원 부천지원 J), 근저당권자인 피고는 2004. 5. 27. 채권계산서를 제출한 사실, 이후 2004. 9. 22. 민사집행법 제102조 제2항에 따라 경매절차가 취소된 사실을 인정할 수 있는바, 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권의 소멸시효는 2004. 5. 27. 중단되었다.

2) 민법 제171조에 따라 채권자가 파산절차에 참가하는 경우 시효중단의 효력이 있는데, 을 제4, 8 내지 10호증의 각 기재에 의하면 원고의 파산신청(인천지방법원 2009하단4460, 2009하면4461)에 따라 피고가 2010. 7. 29. 자신의 채권을 신고한 사실, 원고에게 2011. 2. 21. 파산선고가 내려진 사실을 인정할 수 있는바, 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권의 소멸시효는 2010. 7. 29. 중단되었다가 2011. 2. 21. 새로이 진행한다.

3) 이 사건 소는 2019. 8. 19. 제기되었고 피고가 2019. 10. 4. 답변서를 제출하였으므로 소멸시효기간인 10년이 경과하지 않았음은 명백한바, 원고의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

#### **4. 결론**

그렇다면 원고의 청구는 이유 없으므로 기각한다.

판사 김수홍

1) 위 건물은 1999. 6. 4. 철거되었다.