



: 2017-09-27

광 주 고 등 법 원

제 2 민 사 부

판 결

사 건	2016나11553 배당이의
원고, 피항소인	1. A 2. B 3. C 4. 주식회사 퓨리나목포 5. 농업회사법인 주식회사 팜스월드지지피
피고, 항소인	1. D 2. 주식회사 미래축산
제 1 심 판 결	광주지방법원 장흥지원 2016. 3. 8. 선고 2014가합718 판결
변 론 종 결	2017. 4. 19.
판 결 선 고	2017. 7. 26.

주 문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고들의 청구를 모두 기각한다.
3. 소송 총비용은 원고들이 부담한다.



청구취지 및 항소취지

청구취지

광주지방법원 장흥지원 E 부동산강제경매 사건 및 같은 법원 F, G, H(중복) 사건에 관하여 위 법원이 2014. 11. 17. 작성한 배당표 중 피고 D에 대한 배당액 240,000,000원을 180,254,579원으로, 피고 주식회사 미래축산에 대한 배당액 3,349,834,817원을 2,515,929,433원으로, 원고 A에 대한 배당액 0원을 200,000,000원으로, 원고 B에 대한 배당액 0원을 95,000,000원으로, 원고 C에 대한 배당액 0원을 294,000,000원으로, 원고 주식회사 퓨리나목포에 대한 배당액 0원을 200,000,000원으로, 원고 농업회사법인 주식회사 팜스월드지피에 대한 배당액 0원을 104,650,805원으로 각 경정한다.

항소취지

주문 제1, 2항 기재와 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 주식회사 I의 원고들에 대한 약속어음 공정증서 작성 등

1) 원고 B가 주식회사 I(이하 'I'이라 한다)의 실제 운영자인 J을 사기죄로 고소하자 I은 2013. 1. 11. 원고 B에게 합의금 명목으로 3억 7,500만 원을 지급하기로 약정하고, 같은 날 원고 B에게 8,000만 원을 지급하였다. I은 위 약정금 잔액 2억 9,500만 원과 관련하여 2013. 1. 14. 원고 B에게 약속어음금 9,500만 원의, 2013. 3. 12.에는 약속어음금 2억 원의 각 약속어음 공정증서를 작성하여 주었다.

2) 원고 B는 2013. 5. 2. 다시 원고 A에게 I이 작성하여 준 약속어음 공정증서



중 약속어음금이 2억 원인 채권을 양도하고, 2013. 5. 10. I에 이를 통지하였다.

3) I은 원고 C에게 원료돈 납품대금 지급을 위하여 2013. 10. 18. 약속어음금 2억 9,400만 원의 약속어음 공정증서를 작성하여 주었다.

4) I은 원고 주식회사 퓨리나목포(이하 '퓨리나목포'라 한다)에 원료돈 납품대금 지급을 위하여 2013. 11. 1. I 대표이사 K 및 L과 공동으로 약속어음금 2억 원의 약속어음 공정증서를 작성하여 주었다.

5) 원고 농업회사법인 주식회사 팜스월드지지피(이하 '팜스월드지지피'라 한다)는 I으로부터 비육돈 납품대금을 지급받지 못하자 2014. 3. 10. I을 상대로 91,312,839 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 지급명령(광주지방법원 영광군법원 2014 차66호)을 신청하여 신청한 대로 지급명령이 발령되었고, I이 이의를 제기하지 아니하여 위 지급명령은 그대로 확정되었다.

나. I의 M에 대한 차용증의 작성 및 근저당권의 설정

1) 주식회사 진해는 2012. 6. 15. I에 별지 「경매할 부동산의 표시」 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 2012. 6. 14.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었다.

2) I은 2012. 9. 4. 이 사건 부동산에 관하여 채권최고액을 40억 원, 채무자를 I, 근저당권자를 N으로 하는 근저당권설정등기를 마쳤고, 위 근저당권설정등기는 2013. 9. 5. 해지를 원인으로 말소되었는데, 그 말소 과정에서 M은 2013. 9. 3. I을 대신하여 N의 처인 O에게 6억 원을 변제하였다.

3) I은 2013. 9. 3. M에게 '차용금 21억 500만 원, 이자 월 2%, 변제기 2013. 9. 9.'로 기재된 차용증(이하 '이 사건 차용증'이라 한다)을 작성·교부하고, 위 차용금채무



를 담보하기 위하여 이 사건 부동산에 관하여 광주지방법원 강진등기소 2013. 9. 4. 접수 제8569호로 채권최고액 40억 원, 근저당권자 M으로 된 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)를 마쳐 주었다.

4) 이후 이 사건 부동산에는 같은 등기소 2013. 9. 6. 접수 제8633호로 공장 및 광업재단 저당법 제6조의 규정에 따른 기계·기구(이하 이 사건 부동산과 기계·기구를 '이 사건 부동산 등'이라 한다)를 담보물에 추가하는 근저당권변경등기가 마쳐졌다.

다. I의 피고 D와 P에 대한 금전소비대차계약 공정증서 작성

1) I은 2013. 9. 9. 피고 D로부터 17억 원을 입금받은 후 피고 D에게 '차용금 18억 원, 지연손해금 연 20%, 변제기 2013. 10. 31.'로 기재된 금전소비대차계약 공정증서를 작성하여 주었고, M은 I의 위 채무를 연대보증하였다.

2) I은 2013. 9. 17. P으로부터 1억 8,300만 원을 입금받은 후 P에게 '차용금 5억 원, 이자 연 30%, 변제기 2013. 11. 17.'로 기재된 금전소비대차계약 공정증서 및 '위 차용금과 이자를 이 사건 근저당권의 채권최고액 40억 원을 변제할 때 동시에 변제'하기로 하는 지불각서를 작성하여 주었으며, M은 I의 위 채무를 보증하였다.

라. 피고 D와 P의 M에 대한 채권양도

피고 D는 2013. 11. 11. I에 대하여 가지는 18억 원의 대여금채권을 M에게 양도하고, 이를 I에 통지하였고, P은 2013. 11. 20. I에 대하여 가지는 5억 원의 대여금채권을 양도하고, 이를 I에 통지하였는데, I은 2013. 11. 1.경 이미 피고 D와 P의 채권양도를 승낙하여 둔 상태였다.

마. 이 사건 부동산 등에 관한 경매개시

1) Q가 2013. 12. 5. 이 사건 부동산에 관하여 강제경매(광주지방법원 장흥지원



E)를 신청하여 2013. 12. 10. 강제경매개시결정이 내려졌다.

2) M은 이 사건 부동산 등에 관하여 2013. 12. 23. 합계 36억 5,400만 원(나.항 기재 21억 500만 원 중 일부 변제되고 남은 13억 5,400만 원 + 라.항 기재 18억 원과 5억 원)을 청구채권으로 하여 임의경매(광주지방법원 장흥지원 F)를 신청하였고, 2013. 12. 24. 임의경매개시결정이 내려졌다.

바. 피고들의 이 사건 근저당권 양수

M은 위와 같이 경매절차가 진행 중이던 2014. 8. 13. 피고 D에게 계약양도를 원인으로 이 사건 근저당권을 이전하였고, 피고 D는 2014. 8. 26. 다시 피고 주식회사 미래축산(상호가 주식회사 중경개발에서 강진축산 주식회사를 거쳐 현재의 상호로 변경되었는바, 이하 변경 전후를 통틀어 '피고 미래축산'이라 한다)에 채권최고액이 40억 원인 이 사건 근저당권 중 채권최고액 36억 원 부분을 이전하고, 피고 미래축산으로부터 36억 원의 당좌수표를 교부받았다.

사. 배당표 작성 및 배당이의

1) 이 사건 부동산이 2014. 9. 30. 위 경매절차에서 피고 미래축산에 36억 원에 매각되자, M과 피고들은 2014. 10. 7. 광주지방법원 장흥지원에 '위 매각대금의 배당에 관하여, M과 피고 D의 각 배당금을 0원으로 하고, 피고 미래축산에 대한 배당금을 원금 36억 원 및 이에 대한 이자로 한다'는 배당협의서를 제출하였다.

2) 광주지방법원 장흥지원은 2014. 11. 17. 배당기일을 열어 실제 배당할 금액 3,596,621,227원을 다음과 같이 배당(이하 '이 사건 배당'이라 한다)하는 배당표를 작성하였다.



순번	채권자	배당순위	배당액(원)	배당이유	배당비율(%)
1	강진군(1)	1	6,729,760	교부권자(당해세)	100
2	강진군(2)	2	56,650	교부권자	100
3	피고 D	3	240,000,000	근저당권자	100
4	피고 미래축산	3	3,049,544,297	근저당권자	100
5	피고 미래축산	3	300,290,520	근저당권자	100

3) 이 사건 배당기일에서 피고들의 배당액 중, 원고 A은 각 2억 원에 대하여, 원고 B는 각 9,000만 원에 대하여, 원고 C는 각 348,659,836원에 대하여, 원고 퓨리나목포는 각 235,970,761원에 대하여, 원고 팜스월드지지피는 각 104,650,805원에 대하여 배당이의를 진술하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 13, 18 내지 21호증, 을 제1, 2, 3, 10호증 (가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본안 전 항변에 관한 판단

가. 피고들 주장의 요지

1) 원고들은 뒤에서 보는 바와 같이 「피고 D와 P이 이 사건 배당절차에서 선순위로 배당받기 위하여 I에 대하여 가지는 채권을 근저당권자인 M에게 양도하였고, 이는 소송신탁에 해당하여 무효」라고 주장하면서 이 사건 배당이의 소송을 제기하였다. 그런데 원고들의 주장이 인정된다고 하더라도 원고들로서는 소송수탁자를 상대로 소송을 제기해야 하고, 신탁자에 불과한 피고 D 및 이와 무관한 피고 미래축산을 상대로 소를 제기한 것은 부적법하다.

2) 피고들의 이 사건 근저당권 양수가 무효라고 하더라도 원고들보다 선순위가압류권자인 R 등의 채권액을 감안하면, 원고들은 이 사건에서 승소하더라도 배당을



받을 수 없으므로 소의 이익이 없어 부적법하다.

나. 판단

1) 살피건대, 배당이의의 소는 채권의 존부, 범위, 순위에 관한 실체상의 사유에 따른 것으로 이의를 당한 채권자 즉, 이의에 의하여 자기에 대한 배당액이 줄어드는 상대방 채권자를 피고로 하여 제기하는 것이므로, 당사자적격에 관한 피고들의 주장은 이유 없다.

2) 또한 채권자가 제기한 배당이의 소송에서 피고의 채권이 존재하지 않는 것으로 인정되는 경우 다툼이 있는 배당부분 가운데 원고에게 귀속시키는 배당액을 계산할 때 이의신청을 하지 아니한 다른 채권자의 채권을 참작할 필요가 없으며, 이는 이의신청을 하지 아니한 다른 채권자 가운데 원고보다 선순위의 채권자가 있다 하더라도 마찬가지이므로(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다41844 판결 등 참조), 원고들이 피고들의 채권이 존재하지 않는다고 주장하는 자체로 원고들의 배당액이 증가될 여지가 있으므로 소의 이익이 문제될 수 없다.

3) 따라서 피고들의 본안 전 항변은 이유 없다.

3. 본안에 관한 판단

가. 원고들의 배당수령권한에 관하여

1) I에 대한 채권의 존재

기초사실에 의하면, I에 대하여, 원고 A은 2억 원, 원고 B는 9,500만 원, 원고 C는 2억 9,400만 원, 원고 퓨리나목포는 2억 원의 각 약속어음금 지급채권을, 원고 팜스월드지지피는 104,650,805원(원금 91,312,839원 및 이에 대한 지연손해금)의 물품대금 채권을 가지고 있다.



2) 피고들의 원고 A에 대한 소송신탁 주장

피고들은 먼저, 원고 A이 2013. 5. 2. 원고 B로부터 약속어음 공정증서에 기한 채권 중 2억 원을 양수한 것은 소송행위만을 목적으로 이루어진 소송신탁에 해당하여 무효라고 주장한다.

살피건대, 갑 제17, 22호증, 갑 제18호증의 1의 각 기재에 의하면, 원고 A이 유한회사 S주유소를 운영하면서 그 명의로 2009년경부터 2013. 5.경까지 원고 B가 실제 경영하는 주식회사 T에 외상으로 판매한 유류대금이 363,792,020원에 달하는 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 비추어 보면, 원고 A이 원고 B로부터 위 채권을 양수한 것이 소송행위만을 목적으로 이루어진 소송신탁에 해당한다고 인정하기 부족하고, 달리 그러한 사정을 인정할 증거가 없다.

따라서 피고들의 위 주장은 이유 없다.

3) 원고 B에 대한 통정허위표시 주장

피고들은, 원고 B가 I로부터 약속어음금 2억 9,500만 원의 약속어음 공정증서를 작성 받아 이를 지급받기로 한 것은 통정허위표시에 해당하여 무효라고 주장한다.

살피건대, J은 I의 실제 운영자로서 원고 B가 J을 사기죄로 고소하자 I이 원고 B에게 합의금 명목으로 3억 7,500만 원을 지급하기로 하고, 8,000만 원을 지급한 다음 나머지 2억 9,500만 원에 관하여 약속어음 공정증서를 작성하여 준 사실은 기초 사실에서 본 바와 같은바, 원고 B에 대한 기망행위자가 J이고, J이 원고 B로부터 금원을 편취한 시기가 I이 설립되기 전이라는 사정만으로는 I의 원고 B에 대한 위 채무부담행위가 통정허위표시에 해당한다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가



없다.

따라서 피고들의 위 주장도 이유 없다.

나. 피고들 채권의 불성립 또는 변제로 인한 소멸 주장에 관하여

1) 원고들 주장의 요지

가) 피고들은 M으로부터 양수한 이 사건 근저당권에 기하여 배당을 받았는 바, M이 이 사건 부동산 등에 관한 경매절차에서 이 사건 근저당권의 피담보채권으로 신고한 청구채권은 아래와 같이 U, D, P으로부터 양수한 대여금채권과 I에 대하여 직접 가지는 대여금채권 등 총 36억 5,400만 원이다.

① U의 I에 대한 7억 5,400만 원의 대여금채권(= 당초 U이 I에 대여한 15억 500만 원 - I이 변제한 7억 5,100만 원)

② 피고 D의 I에 대한 18억 원의 대여금채권

③ P의 I에 대한 5억 원의 대여금채권

④ M의 I에 대한 6억 원(I이 M으로부터 차용하여 N의 처인 O에게 변제한 6억 원)의 대여금채권

나) 그런데 U의 I에 대한 7억 5,400만 원의 대여금채권(①)은 U이 I에 실제로 돈을 대여한 적이 없어 존재하지 않고, 설령 위 대여금채권이 존재하더라도 U과 M의 I에 대한 총 13억 5,400만 원의 대여금채권(= ① 7억 5,400만 원 + ④ 6억 원)은 그중 10억 원을 I이 변제하였으므로, 3억 5,400만 원(= 13억 5,400만 원 - 10억 원)을 초과하여서는 존재하지 않는다.

다) P의 I에 대한 5억 원의 대여금채권(③)은 객관적 증빙자료로 대여사실이 인정되는 1억 8,300만 원을 초과하여서는 존재하지 않는다.



2) 판단

가) 배당이의 사유에 관한 증명책임

배당이의 소송에 있어서의 배당이의 사유에 관한 증명책임도 일반 민사소송에서의 증명책임 분배의 원칙에 따라야 하므로, 원고가 피고의 채권이 성립하지 아니하였음을 주장하는 경우에는 피고에게 채권의 발생원인 사실을 입증할 책임이 있고, 원고가 그 채권이 통정허위표시로서 무효라거나 변제에 의하여 소멸되었음을 주장하는 경우에는 원고에게 그 장애 또는 소멸사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결).

나) U과 M의 각 대여금채권의 존부 및 범위

① U과 M의 각 대여금채권의 존부 및 범위

먼저 U의 대여금채권에 관하여 보건대, 갑 제9호증의 1, 을 제12 내지 16, 20, 21호증의 각 기재, 제1심 증인 M, 당심 증인 U, V의 각 증언과 제1심의 아이비케이기업은행에 대한 2015. 6. 15.자 금융거래정보제출명령 결과에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합하면, U은 I에 대하여 15억 500만 원의 대여금채권을 가지고 있다가 I으로부터 7억 5,100만 원을 변제받아 7억 5,400만 원 (= 15억 500만 원 - 7억 5,100만 원)의 대여금채권을 가지게 되었다고 할 것이고, 다음으로 M의 6억 원의 대여금채권은 원고들도 이를 다투지 않고 있으므로, 결국 U, M이 I에 대하여 가지는 대여금채권의 액수는 합계 13억 5,400만 원 (= 7억 5,400만 원 + 6억 원)이다

① 아래와 같이 I은 이 사건 부동산 등에 관한 경매개시를 전후하여 3회에 걸쳐 실제 대여내역 등을 조사하여 U의 대여금채권이 15억 500만 원임을 확인하



여 주었다.

I의 대표이사이던 V은 2013. 9. 3. M에게 총 21억 500만 원의 차용금을 2013. 9. 9.까지 변제하겠다는 내용의 차용증을 작성하여 주었는데, 위 21억 500만 원은 M의 대여금채권 6억 원과 그때까지 U의 대여금채권을 정산한 15억 500만 원을 더한 금액이다.

위 V은 2013. 9. 9. U에게 위 21억 500만 원 중 총 7억 5,100만 원을 변제한 후 2013. 10. 5. U의 아들 W에게 13억 5,400만 원을 지급하기로 확약하면서, 위 금액은 I의 통장입금 내역과 I의 실제 운영자인 J이 처 X 명의의 통장으로 거래한 내역, W에 관한 장부 내용을 대조확인하여 산정된 것임을 확인하여 주었다.

I은 2013. 11. 14.에도 U, M, 피고 D에게 32억 원을 변제할 것을 확약하였는데, 위 32억 원 중 피고 D의 I에 대한 대여금채권 18억 원을 제외한 14억 원은 V이 W에게 지급을 확약한 13억 5,400만 원과 별 차이가 없다.

㉠ U은 신용불량자로서 자신 명의로는 금융거래를 할 수 없었던 관계로 아들 W, 지인 Y, Z, AA, AB, 자신이 운영하던 AC 명의를 사용하여 I의 계좌(아이비케이 기업은행 AD)로 금원을 입금하는 방법, M을 통하여 I에 수표를 교부하는 방법, Y 명의로 I의 AE에 대한 채무를 대위변제하는 방법, W, Y 명의의 계좌에서 현금을 인출하여 교부하는 방법으로 I에 금원을 대여하여 왔는데, 객관적인 증빙자료로 확인되는 대여금액만 해도 아래와 같이 총 5억 1,790만 원(실제 입금금액 기준)에 달하고, 그밖에 현금지급 등 객관적인 증빙자료로 확인되지 않는 대여금도 상당한 것으로 보인다.

순번	날짜	입금 금액(입금자 명의)	수표교부금액	대위변제금액
1	2013. 5. 15.			5,000만 원



2	2013. 7. 12.		1억 원	
3	2013. 7. 16.			5,000만 원
4	2013. 7. 24.	3,000만 원 (AF)		
5	2013. 7. 26.		2,000만 원	
6	2013. 7. 29.	4,940만원 (Z)		
7	2013. 7. 29.	3,000만 원 (AA)		
8	2013. 7. 31.	- 1,920만 원 (Z) - I 장부기준 3,900만 원		
9	2013. 8. 6.	1,200만 원 (Y)		
10	2013. 8. 7.	- 5,880만 원 (M) - I 장부기준 5,800만 원		
11	2013. 8. 16.	7,850만 원 (AA, AB)		
12	2013. 8. 20.	- 2,000만 원 (W, AC) - I 장부기준 2,400만 원		
합계		① 2억 9,790만 원 - I 장부기준 3억 2,090만 원	② 1억 2,000만 원	③ 1억 원
합계		5억 1,790만 원 (= ① + ② + ③)		

② 원고들의 변제 주장

원고들은 I이 U, M의 대여금채권 중 10억 원을 변제하였다고 주장하므로 살펴건대, I이 2013. 9. 9. M 명의의 계좌로 10억 원을 입금한 사실은 피고들이 명백히 다투지 않고 있으나, 갑 제1호증, 을 제17, 18, 25호증, 을 제29호증의 3의 각 기재와 당심 증인 V의 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 위 10억 원이 M에 대한 채무변제 명목으로 입금된 것이라고는 보기 어려우므로 원고들의 위 주장은 이유 없다.

㉠ I은 2013. 9. 9. 피고 D로부터 17억 원을 차용한 후 그중 10억 원을



M 명의 계좌로 입금하였는데, M은 다시 I 명의 계좌로 8,500만 원을 입금하였고, 2013. 9. 11.에도 다시 I 명의 계좌로 5억 원과 2억 원 등 총 7억 원을 입금하였으며, 그밖에 AG 명의 계좌로 5,000만 원, 주식회사 AH 명의 계좌로 2,000만 원을 입금하기도 하였고, I의 실질적 운영자인 J의 처 X 명의 계좌로 1억 2,100만 원을 입금하기도 하였다.

㉠ 2013. 9. 11.부터 2013. 9. 23.까지 I 소유의 이 사건 부동산에 AI, AJ, AG, 주식회사 AH 등 명의로 설정되어 있던 가처분등기 또는 가압류등기, 강제경매개시결정등기가 모두 말소되었다.

㉡ 위와 같은 사정들에 비추어 볼 때, 피고들 주장과 같이 I은 채무변제를 위하여 피고 D로부터 17억 원을 차용한 후 M으로부터 위 차용금이 반드시 채무변제에 사용되어야 한다는 요청을 받자 그중 일부인 10억 원을 M 명의의 계좌로 입금하였고, M은 위 10억 원으로 I의 다른 채권자들에 대한 채무를 변제한 후 남은 금원을 다시 I에 반환한 것으로 볼 여지가 크다.

다) P의 대여금채권의 존부 및 범위

살피건대, 을 제10, 23호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, P이 2013. 9. 17. I 명의 계좌로 총 1억 8,300만 원을 입금하고, I의 실제 운영자인 J에게 액면금 5,000만 원의 당좌수표 4장을 교부한 사실, I의 대표이사 V은 2013. 9. 17. P에게 이자를 연 30%로 하여 5억 원의 차용금을 변제하겠다는 각서를 작성하여 준 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, P의 I에 대한 대여금채권의 원금은 총 3억 8,300만 원(= 1억 8,300만 원 + 5,000만 원 × 4)이라고 봄이 타당하고, I도 3억 8,300만 원을



대여원금으로 인정하고, 여기에 이자를 반영하여 차용금을 5억 원으로 하는 변제각서를 작성하여 준 것으로 보이므로, P의 대여금채권은 5억 원이라고 할 것이다.

라) 소결론

따라서 I에 대하여, U의 대여금채권 7억 5,400만 원, M의 대여금채권 6억 원, P의 대여금채권 5억 원의 존재를 각 인정할 수 있으므로, 그 존부와 범위를 다투는 원고들의 주장은 이유 없다.

다. 원고들의 근저당권 부수성 위반 주장에 관하여

1) 원고들 주장의 요지

근저당권의 부수성에 비추어 근저당권자가 피담보채권의 채권자와 다른 제3자인 경우 그 채권자와 제3자가 불가분적 채권자의 관계에 있을 때에만 제3자 명의의 근저당권설정등기가 유효하다. 그런데 이 사건 근저당권의 피담보채권 중 15억 500만 원 부분은 이 사건 근저당권자인 M이 U의 I에 대한 대여금채권을 양수한 것인바, M과 U이 불가분적 채권자관계에 있다고 할 수 없으므로, 위 15억 500만 원은 이 사건 근저당권으로 담보되는 채권에 속하지 않는다.

2) 판단

가) 근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 근저당권자는 동일인이 되어야 하지만, 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다고 보아야 할 것이다(대법원 2001. 3. 15. 선고 99다48948 전원합의체



판결, 대법원 2000. 1. 14. 선고 99다51265, 51272 판결 등 참조).

나) 살피건대, 기초사실 및 제1심 증인 M의 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, U이 I에 대하여 15억 500만 원의 대여금채권을 가지고 있었으나 신용불량자로서 자신 명의로는 근저당권을 마칠 수 없었던 사실, 이에 I은 M의 대여금채권 6억 원에 위 15억 500만 원을 더한 21억 500만 원을 모두 M의 대여금채권으로 인정하여 M에게 이 사건 차용증을 작성하여 주면서 M 명의로 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐 준 사실을 인정할 수 있다.

그러나 한편, 갑 제9호증의 1, 을 제16, 19, 20, 21호증의 각 기재와 제1심 증인 M, 당심 증인 U, V의 각 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, I, U 및 M 사이에 U의 대여금채권을 M 명의의 이 사건 근저당권의 피담보채권에 포함시킨다는 합의가 있었고, I도 U에 대한 차용금채무를 U이나 M 중 누구에게든 유효하게 변제할 수 있는 관계, 즉 U과 M이 불가분적 채권자의 관계에 있었다고 봄이 타당하므로, 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 앞서 살핀 바와 같이 U의 I에 대한 15억 5,000만 원의 대여금채권의 존재가 인정된다.

② I의 대표이사 V은 2013. 9. 3. M, U과 함께 있는 자리에서 M에게 「M의 대여금채권 6억 원에 U의 대여금채권 15억 500만 원을 더한 21억 500만 원의 차용금을 변제하고, 그 담보를 위하여 채권최고액을 40억 원으로 하는 근저당권을 설정하여 주겠다」는 내용의 이 사건 차용증을 작성하여 주었다. U은 자신 명의로 근저당권을 설정받을 수 없었기 때문에 대여금채권의 회수를 M에게 위임하면서 자신의 대여금채권을 M의 채권으로 인정한 것이다.



③ 이 사건 차용증에 기재된 차용금액 21억 500만 원에는 M의 대여금채권 6억 원과 U의 대여금채권 15억 500만 원이 따로 구분되지 않았다.

④ 이 사건 차용증에 기하여 M과 I 사이에 체결된 이 사건 근저당권설정계약에 따르면, 이 사건 근저당권은 I이 M에게 부담하는 현재 또는 장래의 모든 채무뿐만 아니라 기왕의 채무를 담보한다. 그런데 이 사건 차용증 작성 당시 I은 M에 대하여는 이 사건 차용증을 작성하면서 비로소 차용한 6억 원 외에는 어떠한 채무도 부담하고 있지 않았으므로, 위에서 말하는 기왕의 채무는 U의 대여금채권을 지칭한다고 볼 수 있다.

⑤ I은 2013. 11. 14.에도 U, M 및 피고 D에게 기존에 부담하고 있었던 채무금 합계 32억 원을 변제할 것을 약속하면서 이들을 통칭하여 채권단으로 칭하는 등 단일한 경제주체로 파악하고 있었다.

라. 원고들의 소송신탁 주장에 관하여

1) 원고들 주장의 요지

일반채권자에 불과한 피고 D와 P은 오로지 경매절차에서 근저당권자의 지위를 갖추어 우선 배당받을 목적으로 자신들의 I에 대한 대여금채권을 이 사건 근저당권자 M에게 양도한 것이다. 따라서 위 채권양도는 소송신탁에 해당하여 무효이므로, 피고 D와 P의 각 대여금채권은 이 사건 근저당권으로 담보되는 채권에 속하지 않는다.

2) 판단

가) 소송행위를 하게 하는 것을 주된 목적으로 채권양도 등이 이루어진 경우 그 채권양도가 신탁법상의 신탁에 해당하지 않는다고 하여도 신탁법 제6조가 유추적용되므로 무효라고 할 것이고, 소송행위를 하게 하는 것이 주된 목적인지의 여부는 채권



양도계약이 체결된 경위와 방식, 양도계약이 이루어진 후 제소에 이르기까지의 시간적 간격, 양도인과 양수인간의 신분관계 등 제반 상황에 비추어 판단하여야 할 것이다(대법원 2002. 12. 6. 선고 2000다4210 판결 등 참조). 또한, 소송신탁에서의 소송행위란 민사소송법상의 소송행위에 한정되지 않고 널리 사법기관을 통하여 권리의 실현을 도모하는 행위를 말하는 것으로서 민사집행법에 의한 강제집행의 신청도 이에 포함된다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다55808 판결 참조).

살피건대, 기초사실과 제1심 증인 M의 증언 등을 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때, 일반채권자의 지위에 있었던 피고 D와 P은 자신들의 I에 대한 각 대여금채권을 이 사건 근저당권자 M에게 양도하여 이 사건 근저당권의 피담보채권에 편입되게 함으로써 위 각 대여금채권을 우선변제받을 수 있게 되는 등의 사정을 인정할 수 있다.

① M이 I으로부터 이 사건 근저당권을 설정받은 것은 2013. 9. 4.이고, 피고 D와 P으로부터 채권을 양도받은 것은 2013. 11. 11.과 2013. 11. 20.이며, M이 이 사건 부동산에 관하여 임의경매를 신청한 것은 2013. 12. 23.로, 이 사건 근저당권 설정일부터 임의경매신청일에 이르기까지 시간적 간격이 4개월이 채 되지 않는다.

② M이 피고 D와 P으로부터 대여금채권을 양수하면서 별다른 대가를 지급하지는 않았다.

③ M은 피고 D와 P으로부터 양수한 대여금채권을 이 사건 근저당권의 피담보채권에 포함하여 임의경매를 신청하였다가 경매절차 진행 중 다시 피고 D에게 계약양도를 원인으로 이 사건 근저당권을 전부 이전하였고, 피고 D는 그중 일부를 다시 피고 미래축산에 이전하였다.



④ 이로 인하여 피고들은 자신들의 I에 대한 채권 전부에 관하여 배당받고, 원고들은 배당받지 못하는 것으로 이 사건 배당표가 작성되었다.

나) 그러나 한편, 갑 제1, 10, 11호증, 을 제2, 4, 5, 10호증의 각 기재와 제1심 증인 M의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 위에서 본 사정만으로는 위 채권양도가 소송행위를 하게 하는 것을 주된 목적으로 이루어졌다고 단정하기 어렵고, 달리 그러한 사정을 인정할 증거도 없으므로, 원고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

① M과 I 사이에 체결된 이 사건 근저당권설정계약에 따르면, 이 사건 근저당권은 I이 M에 대하여 부담하는 기왕 또는 현재의 모든 채무 뿐만 아니라 장래의 모든 채무를 담보한다. 그 문언상 이 사건 근저당권은 포괄근저당권에 해당한다고 할 것이므로, M이 장래 I에 대하여 가지게 될 모든 채권을 담보하고, 장래 채권의 발생 또는 취득원인을 제한하고 있지도 않다.

② 더군다나 이 사건 근저당권의 채권최고액은 40억 원인 반면, 설정 당시 피담보채무는 이 사건 차용증에 기한 21억 500만 원에 불과하여 실제 피담보채무액을 현저히 초과하고 있었던 점에 비추어 볼 때, I은 M으로부터 추가 자금대여 또는 자금유치를 위하여 이 사건 근저당권을 담보로 제공할 것을 예정하고 있었다고 할 것이다.

이에 따라 M은 이 사건 근저당권을 통한 채권회수가 확실하다는 점을 강조하면서 피고 D와 P으로 하여금 I에 자금을 대여하게 하였고, I 또한 P으로부터 자금을 차용하면서 이 사건 근저당권의 피담보채무를 M에게 변제할 때 P의 위 대여금을 함께 변제할 것을 약속하기도 하였다.

③ M은 I이 피고 D와 P에 대하여 부담하는 차용금채무를 보증하였는바,



M으로서는 피고 D와 P의 I에 대한 각 대여금채권을 이 사건 근저당권의 피담보채권에 편입시켜 채권회수를 간편하게 하는 방법으로 보증채무를 이행할 필요 내지 이해관계가 있었다. 실제로도 M이 이 사건 근저당권을 다시 피고 D에게 이전할 때 M의 피고 D에 대한 보증채무가 면책되었다.

④ 피고 D는 2013. 12. 6. 자신의 대여금채권을 담보하기 위하여 이 사건 부동산에 관하여 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기를 마침으로써 이 사건 근저당권과 별개로 담보채권자의 지위를 가지고도 있었다.

마. 소결론

따라서 U, 피고 D와 P의 I에 대한 대여금채권이 이 사건 근저당권으로 담보되는 채권에 속하지 않음을 전제로, 원고들에게 청구채권 전액을 배당하고, 피고들에 대한 배당액은 그 차액에 해당하는 금액만을 배당하는 것으로 이 사건 배당표를 경정하여야 한다는 원고들의 주장은 모두 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면 원고들의 청구는 이유 없어 모두 기각하여야 한다. 이와 결론을 달리한 제1심판결은 부당하므로 이를 취소하고, 원고들의 청구를 모두 기각한다.

재판장 판사 최인규

 판사 서영호

 판사 황진희



경매할 부동산의 표시

1. 전남 강진군 공장용지 330제곱미터
2. 전남 강진군 공장용지 589제곱미터
3. 전남 강진군 공장용지 4532제곱미터
4. 전남 강진군 공장용지 2051제곱미터
5. 전남 강진군

[도로명주소]

전남 강진군

철근콘크리트구조 철골조지붕 2층 도축장

지하1층 300.8제곱미터

1층 2873.6제곱미터

2층 87.2제곱미터

부속건물

경량철골구조 철골조지붕 단층 소독실 24제곱미터

경량철골구조 철골조지붕 단층 기계실 28제곱미터

일반철골구조 철골조지붕 2층 사무실

1층 157.5제곱미터

2층 130.5제곱미터

경량철골구조 철골조지붕 단층 기계실 46.7제곱미터, 끝

-이상 광주지방법원 강진동기소 관할-