

서울고등법원

제4민사부

판 결

사 건 2015나2073928 채무부존재확인  
원고, 항소인 ○○○  
서울  
소송대리인 법무법인 ○○  
담당변호사 ○○○, ○○○

원고보조참가인 1. 주식회사 ●●●  
서울  
대표이사 ○○○

2. ◎◎◎  
과천시  
원고보조참가인들 소송대리인 법무법인 ○○  
담당변호사 ○○○

피고, 피항소인 파산자 주식회사 ◇◇저축은행의 파산관재인 예금보험공사  
서울  
대표자 사장 ○○○  
법률상 대리인 ○○○  
소송대리인 법무법인 ○○○

담당변호사 ○○○, ○○○

제 1 심 판 결                    서울중앙지방법원 2015. 11. 11. 선고 2015가합547716 판결  
변 론 종 결                    2016. 3. 10.  
판 결 선 고                    2016. 4. 21.

## 주 문

제1심판결을 취소한다.

이 사건을 서울중앙지방법원에 환송한다.

## 청구취지 및 항소취지

제1심판결을 취소한다. 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 2011. 12. 29. 접수 제81883호로 마친 근저당권 설정등기의 피담보채무가 존재하지 아니함을 확인한다.

## 이 유

### 1. 전제된 사실관계

이 법원이 이 부분에 관하여 실시할 이유는 제1심판결 중 "1. 기초사실" 부분 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

### 2. 이 사건의 쟁점

가. 이 사건 소에 확인의 이익이 있는지

나. 제1심법원에 환송 여부

### 3. 이 법원의 판단

#### 가. 이 사건 소에 확인의 이익이 있는지

##### [원고의 주장]

원고는 다음과 같이 주장한다. 원고는 이 사건 근저당권 피담보채무의 불특정으로 인한 이 사건 근저당권의 불성립, 상호저축은행법 위반으로 인한 이 사건 근저당권 피담보채무의 절대적 무효, ◆◆◆의 이사회 결의 부존재로 인한 이 사건 근저당권 피담보채무의 무효 등의 사유를 들어 이 사건 근저당권 피담보채무가 부존재한다는 확인을 구한다. 비록 종전 소송에서 원고에게 이 사건 근저당권에 관한 말소등기청구권이 존재하지 아니한다는 점에 관하여 원고와 피고 사이에 기판력이 발생하였으나, 확정된 근저당권 말소청구 소송에서 기판력의 객관적 범위에 그 피담보채권의 존부에 관한 판단은 포함되지 아니하고, 그 결과 ◆◆◆과 피고 및 원고 사이에 이 사건 근저당권 피담보채무의 존부 및 그 존부를 선결문제로 하는 구상채권의 존부에 관한 다툼이 있을 수 있으며, 원고는 민사소송법 제266조 제1항 제3호에 따라 이 사건 근저당권 피담보채무가 존재하지 아니한다는 확정판결을 받음으로써 이 사건 건물에 대한 경매절차를 정지시킬 수 있다. 따라서 원고가 이 사건 근저당권 피담보채무에 관한 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있어 이 사건 소는 적법하다.

##### [피고의 주장]

피고는 다음과 같이 주장한다. 원고가 이 사건을 통하여 해결하려는 '원고의 법적 지위에 관한 현존하는 불안'은 결국 원고 소유인 이 사건 건물에 관한 이 사건 근저당권의 실행에 따른 물상보증인으로서의 물적 유한책임의 부담 우려이다. 그런데 이러한 법률관계에 관한 분쟁, 즉 물상보증인과 근저당권자 사이에 근저당권의 유효성에 관한

분쟁을 해결하는 가장 유효하고 적절한 수단은 그 피담보채무의 부존재 확인 소송이 아니라 근저당권 말소등기청구 소송이다. 더욱이 종전 소송에서 원고에게 이 사건 근저당권에 관한 말소등기청구권이 존재하지 아니한다는 점에 관하여 원고와 피고 사이에 기판력이 발생하였음에도 원고는 종전 소송의 선결적 법률관계(피담보채무의 존부)에 관한 확인의 소를 종전 소송 변론 종결 전의 사유만을 주장하며 별도로 제기하고 있다. 따라서 이 사건 소는 확인의 이익이 없다. 이는 민사집행법 제266조 제1항 제3호의 규정을 고려하더라도 마찬가지이다.

[판단]

확인 소는 현재의 법적 분쟁을 유효적절하게 해결하는 것을 목적으로 하므로 원칙적으로 현재의 구체적인 권리·의무 또는 법률관계를 대상으로 하고, 확인 소에서 법률관계의 확인은 그 법률관계에 따라 원고의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험, 불안이 야기되어 이를 제거하기 위하여 그 법률관계를 확인의 대상으로 삼아 원고·피고 사이의 확인판결을 가지고 즉시로 확정할 필요가 있고, 또한 그것이 가장 유효하고 적절한 수단이 되어야 확인의 이익이 있다(대법원 1994. 11. 8. 선고 94다 23388 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다75635, 75642 판결 등 참조). 한편 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 자체에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니어서(대법원 1995. 3. 24. 선고 93다 52488 판결 참조) 채권, 채무의 존부와 그 채권, 채무 관계를 원인으로 한 등기의 말소청구권의 존부는 별개의 소송물이므로 채권·채무 존부에 관한 확인청구 사건과 말소등기청구 사건은 서로 기판력이 미치지 아니하는 관계에 있다고 봄이 타당하다(대법원 1980. 9. 9. 선고 80다1020 판결 참조). 나아가 민사집행법 제266조 제1항은 '1. 담보권

의 등기가 말소된 등기사항증명서, 2. 담보권 등기를 말소하도록 명한 확정판결의 정본, 3. 담보권이 없거나 소멸되었다는 취지의 확정판결의 정본' 가운데 어느 하나에 해당하는 문서가 경매법원에 제출되면 경매절차를 정지하여야 한다고 규정하고 있다.

위와 같은 법리와 법 조항을 이 법원이 인용하는 제1심판결에서 인정한 사실관계에 비추어 보면, 비록 종전 소송에서 원고에게 이 사건 근저당권에 관한 말소등기청구권이 존재하지 아니한다는 점에 관하여 원고와 피고 사이에 기판력이 발생하였으나, 종전 소송 기판력의 객관적 범위에 이 사건 근저당권 피담보채무의 존부에 관한 판단은 포함되지 아니하고, 원고는 종전 소송에서 이 사건 근저당권설정계약과 이 사건 근저당권 피담보채권인 ◇◇저축은행의 ◆◆◆에 대한 채권이 통정허위표시로서 무효이므로 이 사건 근저당권설정등기를 말소하여야 한다고 주장하였으나 이 사건 소송에서는 그와 달리 이 사건 근저당권 피담보채무의 불특정으로 인한 이 사건 근저당권의 불성립, 상호저축은행법 위반으로 인한 이 사건 근저당권 피담보채무의 절대적 무효, ◆◆◆의 이사회 결의 부존재로 인한 이 사건 근저당권 피담보채무의 무효 등의 사유를 들어 이 사건 근저당권 피담보채무가 부존재한다는 확인을 구하고 있으며, 종전 소송 확정판결의 기판력에 따라 이 사건 근저당권에 관한 말소등기청구 소송을 다시 제기할 수 없게 된 원고로서는 민사소송법 제266조 제1항 제3호에 따라 이 사건 근저당권 피담보채무가 존재하지 아니한다는 확정판결(이러한 확정판결도 '담보권이 없거나 소멸되었다는 취지의 확정판결'에 포함된다) 등을 받아야만 이 사건 건물에 대한 경매절차를 정지시킬 수 있다. 따라서 원고가 이 사건 근저당권 피담보채무에 관한 부존재 확인을 구하는 것은 원고의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험, 불안을 제거하기 위한 가장 유효하고 적절한 수단이라 할 수 있으므로 원고는 그 부존재 확인을 구할 법률상

이익이 있어 이 사건 소는 적법하다.

#### 나. 제1심법원에 환송 여부

민사소송법 제418조는 소가 부적법하다고 각하한 제1심판결을 취소하는 경우에는 항소법원은 사건을 제1심법원에 환송하여야 하고, 다만 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우, 또는 당사자의 동의가 있는 경우에는 항소법원은 스스로 본안판결을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 소 각하의 소송판결을 취소한 경우에는 제1심에서 본안의 심리가 되어 있지 아니하므로 항소심이 제1심판결을 취소하고 본안에 관하여 스스로 판결을 하게 되면 제1심에서 본안의 심리가 없었던 결과로 되어 심급의 이익을 해하게 되는 점을 고려하여 이를 회피하기 위한 데에 그 취지가 있다.

기록에 의하면, 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 되었다고 단정하기 어렵고, 원고, 피고, 원고보조참가들이 모두 제1심판결이 취소될 경우 심급의 이익을 위하여 이 사건을 제1심법원에 환송하여 줄 것을 구하고 있으며, 심급제도는 소송당사자가 적정한 재판받을 기회를 보장하려는 취지에서 마련된 것으로 가능한 존중하여야 하므로 심급제도를 유지하고 적절한 소송절차를 보장하기 위하여 이 사건을 제1심법원에 환송함이 타당하다.

#### 4. 결론

이상의 이유로 제1심판결을 취소하고, 민사소송법 제418조 본문에 따라 제1심법원인 서울중앙지방법원으로 하여금 이 사건을 다시 심리하여 판단하도록 환송한다.

재판장      판사      배기열

              판사      박재우

              판사      정윤형