

광주지방법원 2022. 11. 25 선고 2022나54220 판결 [근저당권설정등기 말소]

전 문

원고, 피항소인 주식회사 A

소송대리인 법무법인 승지

담당변호사 심형섭, 정경준, 윤주석

소송복대리인 변호사 김록영

피고, 항소인 1. B

2. C

피고들 소송대리인 변호사 백수웅

변 론 종 결 2022. 10. 28.

판 결 선 고 2022. 11. 25.

제1 심판결 광주지방법원 해남지원 2022. 2. 15. 선고 2020가단527 판결

주 문

1. 피고들의 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용은 피고들이 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고들은 D에게 전남 해남군 E 답 396㎡ 및 F 전 4,615㎡에 관하여 광주지방법원 해남지원 등기계

2009. 10. 14. 접수 제23573호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소하고, 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 제1심판결의 인용

피고들이 항소하면서 이 법원에서 주장하는 사유는 제1심에서 피고들이 주장한 내용과 크게 다르지 아니하고, 제1심법원이 거시하거나 피고들이 이 법원에 제출한 증거들을 모두 살펴보더라도 제1심법원의 사실인정과 판단은 정당하다고 인정된다.

이 법원이 적을 이유는, 피고들이 이 법원에서 강조하는 주장에 관하여 다음의 ‘2. 추가판단’을 추가하는 외에는 제1심판결의 이유와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 추가판단

가. 본안전항변에 관한 판단

피고들은 D이 이 사건 근저당권의 피담보채무를 인정하면서 피고들에게 변제를 약속한 것을 보면 원고의 이 사건 청구는 보전의 필요성이 인정되지 않는다고 주장한다.

채권자는 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위해서 채무자의 권리를 행사할 수 있는데, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고, 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우에는, 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권자는 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수

있다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결 등 참조).

살피건대, 원고가 D에 대하여 이 사건 대여금채권을 가지고 있고, D이 이 사건 변론종결일 현재 무자력 상태에 있음은 기초사실에서 본 바와 같은바, 이 사건 근저당권에 대한 말소등기청구권은 원고가 보전하려는 권리인 이 사건 대여금채권과 밀접하게 관련되어 있다고 할 것이고, 달리 원고의 채권자대위권의 행사가 채무자 D의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되고 볼 만한 사정이나 증거가 없다. 따라서 이 부분 피고들의 주장은 이유 없다.

나. 본안에 관한 판단

1) 피고들 주장의 요지

가) 제1심법원은 이 사건 근저당권부채무의 부존재나 무효에 관하여 주장하지 않았음에도 피담보채무의 부존재를 자의적으로 인정하고 D의 채무승인을 부정하여 변론주의의 원칙을 위반하였고, 채증법칙 또는 공평의 이념이나 신의칙에 반하여 이 사건 각서의 신빙성을 배척하였다.

나) D은 2012. 2. 26. 이 사건 각서를 작성함으로써 이 사건 근저당권의 피담보채무를 승인하였고, 2021. 11. 2. 제1심법원에 증인으로 출석하여서도 같은 취지로 증언함으로써 한 번 더 채무를 승인하였는바, 이 사건 근저당권부채권은 시효가 중단되었으므로 근저당권의 말소를 구하는 원고의 이 사건 청구는 기각되어야 한다.

2) 구체적 판단

가) 변론주의 원칙 및 채증법칙 위반 주장에 관한 판단

(1) 법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 대하여 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 인정하여 판단하는 것은 변론주의에 위배된다고 할 것이나, 민사소송에 있어서 변론주의는 주요사실에 대하여서만 인정될 뿐 주요사실의 존부를 추인케 하는 간접사실에 대하여는 그 적용이 없는 것이라 할 것이다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다62254 판결 등 참조).

살피건대, 제1심법원은 피고들의 소멸시효 중단으로써 채무승인 항변을 배척하면서, 피고들의 주장에 부합하는 듯한 제1심증인 D의 증언 내용을 그대로 신빙하기 어렵다는 취지에서 D이 피고들에 대하여 진정하게 이 사건 근저당권부채무를 부담하는지 의문이 든다고 부연한 것으로 보일 뿐이고,

소멸시효 항변은 이 사건 근저당권부 채권의 존재를 전제로 하는 것이므로, 제1심법원이 변론주의원칙을 위반하여 근저당권부 채권이 존재하지 않는다고 인정하고 피고들의 채무승인 주장을 배척하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 부분 피고들의 주장은 이유 없다.

(2) 소멸시효 중단사유로서의 채무승인은 시효이익을 받는 당사자인 채무자가 소멸시효의 완성으로 채권을 상실하게 될 자에 대하여 상대방의 권리 또는 자신의 채무가 있음을 알고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하는 이른바 관념의 통지로 여기에 어떠한 효과의사가 필요하지 않다. 이에 반하여 시효완성 후 시효이익의 포기가 인정되려면 시효이익을 받는 채무자가 시효의 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다는 효과의사가 필요하기 때문에 시효완성 후 소멸시효 중단사유에 해당하는 채무의 승인이 있었다 하더라도 그것만으로는 곧바로 소멸시효 이익의 포기라는 의사표시가 있었다고 단정할 수 없다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다21556 판결 참조).

살피건대, 이 사건 근저당권부채권의 채권자들인 피고들은 그 채권의 최초 발생 시점에 관하여 아무런 주장을 하지 않다가 이 법원에 제출된 2022. 10. 18.자 준비서면을 통하여 비로소 D과 피고들이 2004년경부터 금전관계를 맺어왔다고 주장하고 있을 뿐이다(제1면). 피고들은 적어도 이 사건 근저당권부채권이 근저당권 설정일이 아닌 2004년경 성립되었다고 주장하는 셈인데, 이 사건 근저당권부채권의 성립시기가 2004년이라는 점을 인정할 증거는 제1심법원의 증인 D, I의 증언을 들 수 있으나 그 내용이 구체적이지 않은데다가 그때부터 금전관계가 있었다는 것인지 아니면 그때에 채권이 성립된 것인지 여부도 불확실하고, 달리 이 사건 근저당권의 원인채권에 관한 객관적인 자료가 존재하지 않는다.

제1심법원은 이러한 견지에서 이 사건 각서가 2012. 2. 26. 작성되었다는 사실을 알 수 있는 객관적인 자료가 부족한 점, 이 사건 각서의 내용은 D이 2012. 2. 26. 기준으로 피고들에 대한 채무를 각 8,000만 원으로 확정한다는 것인데, 피고들은 위와 같이 채무를 확정하게 된 근거 자료를 제출하지 못하고 있는 점, D의 처제인 증인 I는 이 법정에서 ‘자신이 피고들로부터 돈을 받아서 J 명의 계좌로 지급하는 방법으로 피고들이 J에게 돈을 대여하였다’는 취지로 증언하였으나, 이와 같은 사실을 알 수 있는 금융자료 등 객관적인 자료가 없는 점, 증인 D도 이 법정에서 피고들로부터 돈을 지급받은 경위와 방법, 이 사건 근저당권설정 당시 실제 채무액, 피고들에 대한 변제액, 이 사건 각서

작성 당시 피고들에 대한 채무를 각 8,000만 원으로 확정하게 된 계산 근거 등에 관하여 잘 기억이 나지 않는다는 취지로 증언한 점 등을 들어, D의 이 사건 각서에 의한 채무승인을 인정하지 아니하였다.

위 법리에 비추어 보건대, 제1심법원은 피고들의 D에 대한 채권의 성립시기와 소멸시효기간에 따라 채무승인 또는 시효이익의 포기 여부가 달라질 수 있어 이 사건 각서만으로는 채무승인(또는 시효이익의 포기)을 인정하기에 부족하다고 판단한 것으로 보인다. 여기에 D로서는 소멸시효 완성을 주장하는 것이 그에게 이익이 될 것으로 보임에도 피고들의 채무를 승인하고 있는 점(구체적인 변제계획은 밝히지 않고 있다), D이 이 사건 각서 작성 이후 채무를 변제하거나 피고들이 D에게 근저당권부채무의 이행을 청구하였다고 볼 만한 자료가 없고, 피고들은 이 사건 근저당권에 기한 임의경매절차에도 나아가지 않은 점 등을 더하여 보면, 제1심법원이 이 사건 각서에 기한 채무승인을 인정하지 않은 것은 정당하고, 거기에 채증법칙¹⁾이나 공평의 이념 또는 신의성실의 원칙을 위반한 잘못이 있다고 볼 수 없다. 따라서 이 부분 피고들의 주장은 이유 없다.

나) 소멸시효 중단으로서의 채무승인 등 인정 여부에 관한 판단

이 사건 각서 및 제1심법원의 증인 D, I의 일부 증언들만으로 이 사건 근저당권부 채권의 소멸시효가 중단되거나 시효이익의 포기로 인정할 수 없음은 앞서 본 바와 같고, 이하에서는 증인 D의 2021. 11. 2.자 제1심법원에서의 증언으로 소멸시효가 중단되었는지 여부에 관하여 살핀다.

소멸시효는 이에 의하여 직접 이익을 받는 채무자는 물론이고 그 채무자에 대한 채권자도 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 경우에는 이를 원용할 수 있다(대법원 1991. 3. 12. 선고 90다카27570 판결, 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다17552 판결 등 참조). 한편, 민법 제405조는 채권자가 민법 제404조에 의한 채권자대위권에 기하여 채무자의 권리를 행사하고 그 사실을 채무자에게 통지한 경우에는 채무자가 그 대위행사한 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다고 규정하는바, 채권자가 통지를 하지 아니한 경우라도 채무자가 자기의 채권이 채권자에 의하여 대위행사되고 있는 사실을 알고 있는 경우에는 그 처분을 가지고 채권자에게 대항할 수 없다고 할 것이다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다58377 판결, 대법원 1977. 3. 22. 선고 77다118 판결, 대법원 1988. 1. 19. 선고 85다카1792 판결 등 참조).

살피건대, 원고는 D에 대하여 확정된 지급명령에 기한 이 사건 대여금채권을 가지고 있는 사실, D은 그 소유의 이 사건 각 부동산에 관하여 2009. 10. 14. 피고들에게 이 사건 근저당권 설정등기를 마쳐준 사실, 원고는 이 사건 근저당권부채권은 민사채권의 소멸시효기간인 10년이 경과됨으로써 시효로 소멸하였다고 주장하면서 무자력인 D을 대위하여 위 근저당권의 말소를 구하는 이 사건 소를 제기한 사실은 앞서 본 바와 같다. 한편 제1심법원의 증인 D의 증언에 의하면 D은 제1심에서 피고 측의 증인으로 출석하여 증언하면서 이 사건 근저당권의 피담보채무가 8,000만 원임을 인정하고 이를 변제하겠다는 취지로 이 사건 각서를 작성하였다고 증언한 사실이 인정된다.

이러한 사실관계를 위에서 본 법리와 변론 전체의 취지에 비추어 살펴보면, 원고는 D에 대한 채권자로서 그를 대위하여 그가 피고들에 대하여 가지는 소멸시효의 이익을 원용할 수 있다고 할 것이고, 한편 D은 이 사건 소송의 제1심에서 피고들측 증인으로 출석하여 증언함으로써 그 무렵 원고가 위와 같이 채권자대위권을 행사하고 있다는 사실을 알고 있었다고 할 것이므로 증인신문일인 2021. 11. 2.경 D이 피고들에 대한 소멸시효의 이익을 포기하였더라도 이로써 원고에게 대항할 수 없다.

더구나 시효완성 후에는 채무의 승인이 있었다 하더라도 그것만으로는 곧바로 소멸시효 이익의 포기라는 의사표시가 있었다고 단정할 수 없는데, D은 제1심법원에서 피고들에 대한 채무가 각 8,000만 원 정도로 존재하고 있었음을 인정하였을 뿐, 시효이익의 포기를 추단하게 하는 진술은 한바 없으므로[이는 D이 이 사건 소제기 이후 작성한 확인서(을 제3호증), 채무확인서(을 제6호증)의 경우에도 마찬가지이다], D이 증언을 통하여 시효이익을 포기하였다고도 보기 어렵다.

나아가 피고들은, D이 이 사건 각서 작성 이후에도 계속하여 피고들에게 여러 차례에 걸쳐 이 사건 근저당권의 피담보채무를 승인하는 의사표시를 하였다거나 제1심법원이 피고들의 채무승인 주장을 배척한 것은 공평의 이념 및 신의칙에 위반된다는 취지의 주장을 하나, 피고들 제출의 증거들만으로는 위 주장사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 채무승인 등에 관한 피고들의 주장도 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 인용할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을

같이하여 정당하므로, 이에 대한 피고들의 항소를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 채승원, 판사 유현주, 판사 신호승

1) 제1심법원의 증인 D의 증언에 의하면, I가 문구를 기재하고, D 자신은 I가 마련해온 막도장을 날인하는 방법으로 이 사건 각서를 작성한 사실이 인정되므로 이 사건 각서의 진정성립은 인정된다. 다만 진정한 것임이 증명된 처분문서라고 하더라도, 반증이 있거나 그 문서에 기재된 내용이 객관적인 진실에 반하는 것으로 볼만한 합리적인 이유가 있는 경우에는 그 증명력을 배척할 수 있다(대법원 1994. 2. 8. 선고 93다57117 판결, 1990. 3. 23. 선고 89다카16505 판결 등 참조).