

부산지방법원 서부지원 2020. 9. 8 선고 2019가단104738 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고A

소송대리인 법무법인 장한

담당변호사 박승현

피고1. B

2. C

피고들 소송대리인 법무법인 한틀

담당변호사 김경운, 노환주

변론 종결2020. 7. 7.

판결 선고2020. 9. 8.

주 문

1. 피고들은 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 서부지원 등기와 1993. 1. 26. 접수 제5922호로 마친 근저당권설정등기에 대하여 1999. 10. 29. 피담보채무의 소멸시효 완성을 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.

2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 1991. 10. 25. D으로부터 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 지분'이라 한다)을 매수하고 1991. 11. 15. 원고 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

나. 원고는 1993. 1. 25. E, 피고 C와 사이에 이 사건 지분에 관하여 채권최고액 1억 2,000만 원, 채무자 원고, 근저당권자 E, 피고 C으로 하는 근저당권설정계약을 체결하고, 부산지방법원 서부지원 등기와 1993. 1. 26. 접수 제5922호로 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳤다.

다. E이 1995. 8. 8. 사망하여 피고 B가 E의 재산을 단독 상속하였고, 피고 C은 1994. 10. 29. 사망한 망 F의 아들이다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3호증, 갑 제2호증의 1, 2, 을 제1, 4호증, 을 제2, 3호증의 각 1, 2의 각 기재, 이 법원의 G동 행정복지센터, H동 행정복지센터에 대한 각 사실조회결과, 변론 전체의 취지

2. 주장 및 판단

가. 당사자의 주장

1) 원고의 주장 이 사건 근저당권의 피담보채권은 망 F이 사업자금을 융통하려던 원고에게 어음할인을 해주는 거래관계에서 발생하는 대한 채권(이하 '이 사건 채권'이라 한다)인데, 원고가 망 F로부터 할인받은 어음 중 부도난 것이 없었기 때문에 이 사건 채권이 발생하지 않았고, 그렇지 않다고 하더라도 이 사건 채권은 상사채권이고, 그 소멸시효의 기산일은 망 F이 사망한 1994. 10. 29.경이어서, 이 사건 채권은 그로부터 5년이 경과한 1999. 10. 29. 소멸시효가 완성되어 소멸하였으므로, 이 사건 근저당권은 부종성에 의하여 말소되어야 한다.

2) 피고들의 주장 망 F의 요구로 피고 B의 부(父)인 망 E과 피고 C이 원고에게 각 5,000만 원을

대여하고 이 사건 근저당권을 설정한 것이다.

나. 판단

1) 이 사건 근저당권의 피담보채권 가) 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항), 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있고(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결), 등기의 추정력에 의하여 피담보채권의 존재까지 추정되는 것은 아니다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2011다26254 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 피고들이 주장하는 대여금채권이 이 사건 근저당권의 피담보채권에 포함되는지에 관하여는 그 존재를 주장하는 피고들에게 그 증명책임이 있는데, 위 대여금채권의 존재를 인정할 아무런 증거가 없으므로, 위 대여금채권이 이 사건 근저당권의 피담보채권이 된다고 볼 수 없고, 원고가 이 사건 근저당권의 피담보채권으로 자인하는 망 F의 이 사건 채권이 이 사건 근저당권의 피담보채권이 된다 할 것이다.

2) 이 사건 채권의 소멸시효 완성 가) 당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채권뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권도 상법 제64조에서 정한 5년의 소멸시효기간이 적용되는 상사채권에 해당하는 것이고, 그 상행위에는 상법 제46조 각 호에 해당하는 기본적 상행위뿐만 아니라 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위도 포함된다.

나) 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 망 F이 사망할 당시 원고가 할인받은 어음의 부도 등으로 이 사건 채권이 발생하였다는 사실을 인정할 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라, 위에서 거시한 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 사업자금을 마련하기 위하여 어음할인, 금전대여 등을 하고 있던 망 F로부터 어음할인을 받은 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 비추어 보면, 이 사건 채권은 상사채권으로서 그 소멸시효 기간은 상법 제64조 본문에 따라 5년이라 할 것이고, 이 사건 채권은 특별한 사정이 없는 한 망 F이 사망한 1994. 10. 29. 그 변제기에 이르렀다 할 것이므로,

그로부터 5년이 경과한 1999. 10. 29. 소멸시효가 완성되어 소멸되었다 할 것이다(피고들 주장처럼 설령 이 사건 근저당권의 피담보채권이 망 E와 피고 C의 원고에 대한 대여금채권이라 하더라도, 피고들이 원고가 1996년경 부도를 내고 잠적하였다고 주장하고 있고, 위 잠적일을 기준으로 하더라도 그로부터 약 23년이 경과하였음이 역수상 명백하므로, 위 대여금채권 역시 이미 시효로 소멸되었다고 보인다).

따라서 현재 이 사건 근저당권의 등기명의인 망 E의 상속인인 피고 B와 등기명의인 피고 C은 특별한 사정이 없는 한 이 사건 근저당권 설정자인 원고에게 이 사건 근저당권설정등기에 대하여 1999. 10. 29. 피담보채무의 소멸시효 완성을 원인으로 한 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

다) 이에 대하여 피고들은, 원고가 소멸시효 주장을 하는 것은 신의칙에 반하는 권리남용으로써 허용되지 아니한다고 항변하므로 살피건대, 피고들이 주장하는 사정만으로 원고가 소멸시효 주장을 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없는 권리남용에 해당한다고 보기 어려우므로, 피고들의 위 항변은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 모두 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사이춘근

별지