

서울북부지방법원 2021. 10. 26 선고 2020가단141435 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원 고 주식회사 A

소송대리인 법무법인 두우

담당변호사 신철민, 심보문

피 고 B 주식회사

소송대리인 법무법인 시대로

담당변호사 신규원, 정희원

소송복대리인 변호사 송현준

변 론 종 결 2021. 8. 24.

판 결 선 고 2021. 10. 26.

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 수원지방법원 양평등기소 2013. 12. 27. 접수 제56313호로 마친 근저당권설정등기 중 피고에게 일부 이전된 부분(양도액 80,000,000원)에 대하여 2019. 2. 24. 소멸시효 완성을 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2013. 12. 24. C으로부터 1억 5,000만 원을 변제기 2014. 2. 24.로 정하여 차용하였다(이에 따른 C의 원고에 대한 대여금채권을 ‘이 사건 대여금채권’이라고 한다).

나. 원고는 2013. 12. 27. 경기 양평군 D 임야 63,813㎡에 관한 소유권이전등기를 경료받고, 같은 날 C에게 위 임야에 관하여 수원지방법원 양평등기소 2013. 12. 27. 접수 제56313호로 채권최고액 6억 원, 채무자 원고, 근저당권자 C으로 하는 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권설정등기’라고 하고, 그에 따라 등기된 근저당권을 ‘이 사건 근저당권’이라 한다)를 마쳤다. 한편 이 사건 근저당권의 대상 토지인 위 임야는 2020. 2. 17. 별지 목록 제1항 및 제2항 기재 각 토지로 분할되었다(이하 별지 목록 기재 각 부동산을 통틀어 ‘이 사건 토지’라 한다).

다. 그 후 2014. 8. 22. 이 사건 근저당권설정등기에 대하여 2014. 8. 22.자 확정채권 양도를 원인으로 근저당권자를 E으로 이전하는 내용의 근저당권이전등기가 마쳐졌고, 2019. 12. 16. 같은 날 확정채권일부양도(양도액 8,000만 원)를 원인으로 근저당권자를 피고로 이전하는 내용의 근저당권일부이전등기(이하 ‘이 사건 근저당권일부이전등기’라 한다)가 마쳐졌다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증, 을 제1호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장 요지

가. 원고

이 사건 근저당권의 피담보채권은 이 사건 대여금채권인데, 이 사건 대여금채권은 상사채권이며 그 소멸시효의 기산일은 변제기인 2014. 2. 24.이므로 그로부터 5년이 경과한 2019. 2. 24. 소멸시효가 완성되어 소멸되었고, 이 사건 근저당권은 부종성에 의하여 말소되어야 한다.

나. 피고

이 사건 근저당권의 피담보채권에는 이 사건 대여금채권 외에 2014. 1. 7.자 C의 F에 대한 7,000만 원의 대여금 채권도 포함되고, E이 2014. 8. 22. 확정채권양도를 원인으로 근저당권이전의 부기등기를 마쳤다고 하더라도 이는 E이 C에게 2억 4,500만 원을 변제한 후 변제자 대위의 법리에 따라 취득한 E의 F에 대한 구상권의 부기등기이므로 위 구상금채권은 민사채권으로 10년의 소멸시효가 적용되어야 하고, 나아가 이 사건 대여금채권은 원고가 아닌 F에 대한 C의 개인적인 대여금채권으로 상사채권이 아닌 일반 민사채권으로 10년의 소멸시효가 적용되어야 한다.

3. 판단

가. 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권의 범위에 관하여

- 1) 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), 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채무의 내용과 범위는 근저당권설정자와 근저당권자 간의 근저장설정계약에 의하여 정하여지는 것이다(대법원 1987. 12. 8. 선고 87다카2008 판결 등 참조).
- 2) 이 사건에 관하여 보건대, 위 인정사실과 앞서 든 증거 및 을 제6호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2013. 12. 24.자 차용금증서(갑 제1호증)에 기재된 채무의 내용은 '원고가 C으로부터 1억 5,000만 원을 변제기 2014. 2. 24.로 정하여 차용하였다'는 내용에 불과하고, 그 외에 피고가 주장하는 내용의 채무까지 부담한다는 내용은 기재되어 있지 아니한 점, ② E이 '2014. 8. 22.자 확정채권 양도'를 원인으로 이 사건 근저당권의 이전등기를 마쳤는데, 그 이전에 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권이 확정된 것으로 볼 수는

없는 점, ③ 원고는 2014. 1. 7. C으로부터 7,000만 원을 차용하면서 이 사건 토지에 2014. 1. 7.자 근저당권설정계약을 원인으로 채권최고액 1억 원, 채무자 원고, 근저당권자 C으로 하는 근저당권설정등기를 경료하여 주었다가 2014. 8. 22. 위 근저당권설정등기가 해지로 말소되었는데, 피고가 주장하는 2014. 1. 7.자 C의 7,000만 원의 대여금 채권은 위 근저당권의 피담보채권으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권에 이 사건 대여금채권 외에 2014. 1. 7.자 C의 7,000만 원의 대여금채권도 포함된다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

나. 변제자 대위에 따른 구상금채권 주장에 대하여

등기는 등기원인 및 절차에 법률상 추정력이 있으므로 이 사건 근저당권일부이전등기가 확정채권양도에 의한 것이 아니라 제3자 대위변제로 인한 구상권에 의한 것이라는 점은 이를 주장하는 피고에게 입증책임이 있다고 할 것인바(대법원 200. 3. 27. 선고 2007다91756 판결 등 참조), 앞서 본 바와 같이 이 사건 근저당권설정등기에 대하여 C의 E에 대한 2014. 8. 22.자 확정채권양도를 원인으로 근저당권자를 E으로 이전하는 내용의 근저당권이전등기가 마쳐졌고, 2019. 12. 16.자 확정채권일부양도(양도액 8,000만 원)를 원인으로 근저당권자를 피고로 이전하는 내용의 이 사건 근저당권일부이전등기가 마쳐졌을 뿐 피고가 주장하는 제3자 대위변제로 인한 구상권은 이 사건 근저당권설정등기의 부기등기의 원인사실로 기재되어 있지 않은 점 등에 비추어 보면 피고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 근저당권설정등기의 부기등기의 원인이 변제자대위로 인한 구상금채권이라는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다. 이 사건 대여금채권의 소멸시효 완성 여부

1) 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. 또한 상법 제5조 제2항, 제1항,

제47조 제1항, 제2항의 규정에 의하면, 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 보고, 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보며, 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되므로, 회사가 한 행위는 반증이 없는 한 그 영업을 위하여 한 것으로 추정되는 것이고, 회사가 그 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보는 것이다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다7863 판결 등 참조).

2) 이 사건 근저당권의 피담보채권은 C의 원고에 대한 이 사건 대여금채권이고, 회사인 원고의 금전 차용행위는 영업을 위하여 한 보조적 상행위로 추정되는바, 이 사건 대여금채권은 상사채권으로 그 소멸시효 기간은 상법 제64조 본문에 의하여 5년이라고 할 것이다. 따라서 이 사건 대여금채권은 변제기인 2014. 2. 24.부터 5년이 경과한 2019. 2. 24. 소멸시효가 완성되어 소멸되었다고 할 것이므로, 이 사건 근저당권이전등기의 현재 명의의인 피고는 이 사건 근저당권 설정자인 원고에게 이 사건 근저당설정등기 중 피고에게 이전된 부분(양도액 80,000,000원)에 대하여 2019. 2. 24. 소멸시효 완성을 원인으로 한 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 반정모

[별지]

부동산 목록

1. 경기도 양평군 D 임야 63,704㎡
2. 경기도 양평군 G 임야 109㎡ 끝.

