

수원지방법원 2022. 1. 25 선고 2021가단500733 판결 [근저당권설정등기말소 청구의 소]

전 문

원 고 기술보증기금

소송대리인 법무법인 로텍

담당변호사 조한직, 김윤석, 변상걸

피 고 A

변 론 종 결 2022. 1. 11.

판 결 선 고 2022. 1. 25.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지

피고는 B에게 용인시 처인구 C 임야 330㎡에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2009. 2. 26. 접수 제24955호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. B은 자신이 소유한 용인시 처인구 C 임야 330㎡에 관하여 2009. 2. 26. 피고와 채권최고액을 1억 원, 채무자를 B으로 하는 근저당권설정계약을 체결하고, 피고에게 수원지방법원 용인등기소 2009. 2. 26. 접수 제24955호로 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권설정등기’라 하고, 이에 의한 근저당권을 ‘이 사건 근저당권’이라 한다)를 마쳐주었다.

나. 주식회사 D(이하 ‘소외 회사’라 한다)은 2009. 3. 4. 농축수산물 가공 및 식육도소매업 등을 사업목적으로 하여 설립되었고, B이 대표이사로, E이 감사로 각 취임하였다.

다. 소외 회사는 2009. 5. 4. 상호가 “F 주식회사”로 변경되었고, 피고가 2009. 6. 2. 소외 회사의 사내이사로 취임하였다.

라. 소외 회사는 2010. 8. 11. 상호가 “G 주식회사”로 변경되었고, B은 2011. 10. 7. 소외 회사의 대표이사를 사임하였으며, E은 2012. 3. 31. 소외 회사의 감사에서, 피고는 2012. 6. 2. 소외 회사의 사내이사에서 각 퇴임하였다.

마. 원고는 서울동부지방법원에 소외 회사와 B을 상대로 “소외 회사와 B은 연대하여 원고에게 299,357,136원 및 그 중 299,356,316원에 대하여 2016. 7. 29.부터 이 사건 지급명령 정보 송달일까지는 연 10%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.”라는 지급명령을 신청(2016차전30819)하였고, 위 법원은 2016. 9. 8. 지급명령을 하였으며, 소외 회사만 위 지급명령에 대한 이의신청을 하여 위 지급명령 중 B에 관한 부분은 확정되었다.

【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 청구원인에 관한 판단

가. 원고의 주장

- 1) 이 사건 근저당권은 피담보채권이 존재하지 아니하고, 피담보채권이 존재한다고 하더라도 5년의 상사시효 또는 10년의 민사시효가 완성되어 소멸하였다.
- 2) 따라서 피고는 B에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있으므로, B의 채권자인 원고는 무자력인 B을 대위하여 위 의무의 이행을 구한다.

나. 판단

1) 피담보채권의 존부

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 입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다([대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결](#)).

살피건대, 을 제2, 4 내지 7호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고가 2009. 2. 26. B에게 1억 원을 이자 월 1.2%(매월 30일 지급)로 정하여 대여하면서 그 대여금채권(이하 '이 사건 대여금채권'이라 한다)을 담보하기 위해 이 사건 근저당권을 설정 받은 사실이 인정되므로, 원고의 피담보채권 부존재 주장은 이유 없다.

2) 소멸시효 완성 여부

소멸시효의 기산일은 채무의 소멸이라고 하는 법률효과 발생의 요건에 해당하는 소멸시효기간 계산의 시발점으로서 소멸시효 항변의 법률요건을 구성하는 구체적인 사실에 해당하므로 이는 변론주의의 적용 대상이라 할 것이고, 따라서 본래의 소멸시효 기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 한다([대법원 1995. 8. 25. 선고 94다35886 판결](#)).

상인은 상행위로 인하여 생기는 권리·의무의 주체로서 상행위를 하는 것이고, 영업을 위하는 행위가 보조적 상행위로서 상법의 적용을 받기 위해서는 행위를 하는 자 스스로 상인 자격을 취득하는 것을 당연한 전제로 하며, 회사가 상법에 의해 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인은 상인이 아니어서 비록 대표이사 개인이 회사 자금으로 사용하기 위해서 차용한다고 하더라도 상행위에 해당하지 아니하여 차용금채무를 상사채무로 볼 수 없다([대법원 2015. 3. 26. 선고 2014다70184 판결](#)).

따라서 이 사건 대여금채권에는 5년의 상사시효가 적용되지 않으므로 그 소멸시효기간은 [민법 제162조 제1항](#)에 따라 10년이 되는바, 특별한 사정이 없는 한 이 사건 대여금채권은 원고가 주장하는 소멸시효 기산일인 2010. 3. 26.로부터 10년이 지난 2020. 3. 27. 소멸시효가 완성되었다.

3. 항변에 관한 판단

피고는 B이 피고에게 2009. 3. 22.부터 2016. 9. 13.까지 이 사건 대여금채권의 이자 등을 지급하였으므로, 소멸시효가 중단되었다고 항변한다.

시효완성 전에 채무의 일부를 변제하는 경우에는 그 수액에 관하여 다툼이 없는 한 채무승인으로서의 효력이 있어 채무 전부에 관하여 시효중단의 효과가 발생한다([대법원 1996. 1. 23. 선고 95다39854 판결](#), [대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다20604 판결](#) 각 참조).

살피건대, 을 제1, 4호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, B이 피고에게 2009. 3. 22.부터 2016. 9. 13.까지 이 사건 대여금채권의 원리금을 변제한 사실이 인정되는바, 이 사건 대여금채권의 소멸시효는 2016. 9. 13.까지 중단되었고, 위 최종 변제일 다음날인 2016. 9. 14.부터 10년의 소멸시효기간이 진행되므로, 피고의 위 항변은 이유 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없으므로 기각한다.

판사 지창구