

인천지방법원 2018. 7. 5 선고 2017나56752 판결 [근저당권설정등기말소]

재판경과

인천지방법원 2018. 7. 5 선고 2017나56752 판결

인천지방법원 2017. 4. 27 선고 2016가단15944 판결

전문

원고, 항소인A

피고, 피항소인B

변론종결 2018. 5. 31.

판결 선고 2018. 7. 5.

제1심판결 인천지방법원 2017. 4. 27. 선고 2016가단15944 판결

주문

1. 당심에서 교환적으로 변경된 청구에 따라, 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.
피고는 원고에게 120,000,000원 및 이에 대하여 2017. 9. 21.부터 2018. 7. 5.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송 총비용은 피고가 부담한다.
4. 제1항의 금원지급 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 원고에게 120,000,000원 및 이에 대하여 2017. 9. 21.부터 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 당초 피고에 대하여 근저당권설정등기말소를 구하는 것으로 청구하였다가 당심에서 부당이득금반환을 구하는 것으로 소를 교환적으로 변경하였다).

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 청구취지 기재와 같은 판결을 구한다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2003. 12. 22.부터 2017. 8. 13.까지 별지 건물의 표시 기재 아파트(이하 '이 사건 아파트'라 한다)를 소유하였는데, 위 아파트에 관하여 2005. 6. 7. 채권최고액 120,000,000원, 채무자 C, 근저당권자 피고로 하는 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)설정등기가 마쳐졌다.

나. 이 사건 아파트에 관하여 원고의 채권자인 F의 신청으로 2016. 10. 14.자 강제경매개시결정(인천지방법원 G)이 있었고 2016. 10. 14.(같은 날) 위 강제경매개시결정의 기입등기가 마쳐졌다. 피고는 위 강제경매절차에서 2016. 10. 21. 이 사건 근저당권의 피담보채권에 관하여 채권신고를 하였다. 한편 피고의 이 사건 근저당권에 기한 임의경매신청에 의하여 위 아파트에 관하여 2016. 11. 17.자 임의경매개시결정(인천지방법원 H)이 있었고 2016. 11. 17.(같은 날) 임의경매개시결정의 기입등기가 마쳐졌으며 위 강제경매절차에 중복하여 경매절차가 진행되었다(이하 위 강제경매와 위 임의경매를 통틀어 '이 사건 경매'라 한다).

다. 이 사건 아파트는 2017. 8. 14. 이 사건 경매절차에서 매각되어 이 사건 근저당권설정등기는

말소되었다. 피고가 위 경매절차에서 이 사건 근저당권의 피담보채권으로 신고한 채권은 원금 120,000,000원이고, 배당기일인 2017. 9. 21. 2순위 근저당권자로서 위 신고액 전부를 배당받았다(갑 제10, 11호증).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제9 내지 12호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 부당이득반환의무

가. 피담보채무의 발생

1) 당사자들의 주장 가) 원고의 주장

원고는 2005년경 피고로부터 도박자금 30,000,000원을 차용하면서 피고에게 위 차용금채무를 피담보채무로 한 근저당권설정을 허락하였고 2005. 7. 20. 피고에게 위 차용금채무의 원리금 62,000,000원을 지급하여 위 차용금채무를 모두 변제하였는데, 피고는 원고 명의의 근저당권설정계약을 위조하여 근저당권자를 피고, 채무자를 C, 채권최고액을 120,000,000원으로 하는 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐 위 근저당권설정등기는 원인무효의 등기로서 말소되어야 함에도 피고는 이 사건 경매절차에서 위 근저당권설정등기에 기하여 120,000,000원을 배당받아 법률상 원인 없이 위 배당액 상당의 이익을 취득하였는바 원고에게 부당이득반환으로서 위 120,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나) 피고의 주장

피고는 1995. 10. 5.부터 2001. 2. 19.까지 C에게 합계 300,000,000원을 대여하였고 원고는 2001. 2. 19. 위 차용금채무를 연대보증하였으며 2005. 6. 7. 위 차용금채무 또는 연대보증채무를 피담보채무로 하여 피고 앞으로 이 사건 근저당권을 설정하여 주었다.

2) 판단 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 2010. 3. 25. 선고 2009다92821, 2009다92838(병합) 판결 등 참조].

다툼 없는 사실, 을 제1호증(근저당권설정계약서, 인영부분이 원고의 날인에 의한 것인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로 문서 전체의 진정성립이 추정된다. 원고는 피고가 위 문서를

위조하였다고 주장하나 이를 인정할 증거가 없으므로 원고의 주장은 이유 없다), 제4호증, 제7호증('차용증서 및 약정서', 인영부분이 원고의 인장에 의한 것인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로 문서 전체의 진정성립이 추정된다. 원고는 피고가 위 문서를 위조하였다고 주장하나 이를 인정할 증거가 없으므로 원고의 주장은 이유 없다), 제10호증의 1, 2, 제11호증의 1 내지 7, 제12호증, 제14호증의 1 내지 14, 제15, 16호증의 각 기재 및 당심 증인 C의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음 사실이 인정되고 갑 제8호증의 기재는 위 인정에 방해가 되지 아니하며 달리 반증이 없으므로, 이 사건 근저당권설정 당시 C은 피고에 대하여 300,000,000원의 차용금채무가 있었고 원고는 위 차용금채무를 연대보증하였으며 원고는 피고와 사이에 이 사건 근저당권의 피담보채무를 위 연대보증채무로 하는 근저당권설정계약을 체결하였다고 봄이 타당하므로 피고의 주장은 이유 있고 결국 원고의 주장은 이유 없다.

① 피고는 1995. 10. 5.부터 2001. 2. 19.까지 C에게 의류도소매업 및 부동산컨설팅업 사업자금으로 합계 300,000,000원을 대여하였다. 피고는 2001. 2. 19. C과 사이에 위 대여금채권 300,000,000원의 변제기를 6년 후인 2007. 2. 19.로 하기로 하였고, 원고는 2001. 2. 19.(같은 날) C의 피고에 대한 위 차용금채무를 연대보증하였다(을 제7호증).

② 원고는 2005. 6. 7. 피고와 사이에 원고의 위 연대보증채무를 담보하기 위하여 채권최고액 120,000,000원, 근저당권자 피고로 하여 이 사건 근저당권설정계약(을 제1호증)을 체결하였고, 당시 법무사가 원고로부터 주민등록증을 제시받아 원고 본인임을 확인하였다. 당심 증인 C의 증언 취지는, 원고는 위 근저당권설정계약 당시 C과 사이에 원고가 위 차용금채무 300,000,000원에 대하여 연대보증하였는데 위 채무 전액을 채권최고액으로 하여 근저당권을 설정하는 것은 원고에게 너무 큰 부담이 되니 원고가 위 연대보증채무를 이행하지 못할 경우에 대비하여 위 연대보증채무를 피담보채무로 하는 근저당권을 설정하되 채권최고액을 120,000,000원으로 하기로 하였다는 것이다.

③ C은 피고를 대리하여 2005. 7. 20. 원고에게 합의변제증서(을 제4호증)를 작성하여 주었는데, 그 취지는 원고가 위 연대보증채무와 별도로 피고에 대한 기존 투자금반환 채무 72,000,000원 중 62,000,000원을 변제하였다는 것이다.

나. 피담보채권의 시효소멸 여부

1) 소멸시효 완성 여부 가) 상법 제47조에 의하면, 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보고(제1항), 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정한다(제2항). 영업을 위하여 하는 것인지 아닌지가 분명치 아니한 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되고 그와 같은 추정을 반복하기 위해서는 그와 다른 반대사실을 주장하는 자가 이를 증명할 책임이 있다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다54378 판결 등 참조). 당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채권뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권도 상법 제64조 소정의 5년의 소멸시효기간이 적용되는 상사채권에 해당한다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다91251 판결 등 참조).

앞서 본 바와 같이 C은 의류도소매업 등을 하는 상인인 점, 상인인 C이 피고로부터 금전을 차용하는 행위는 C이 영업을 위하여 하는 상행위인 점에 의하면, 피고의 C에 대한 대여금채권은 상사채권으로서 소멸시효기간이 5년이고 원고의 연대보증채무 역시 소멸시효기간이 5년이라고 할 것이다.

나) 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다(민법 제166조 제1항). 앞서 본 바와 같이 주채무인 C의 피고에 대한 차용금채무는 2007. 2. 19. 변제기가 도래하였는데 위 강제경매절차에서의 위 연대보증채무에 관한 채권신고는 그때부터 5년의 상사소멸시효가 완성된 날인 2012. 2. 19.로부터 4년 8개월이 경과한 2016. 10. 21. 있었으므로, 위 연대보증채무는 소멸시효가 완성되어 소멸되었다고 봄이 타당하다.

2) 소멸시효 중단 여부 가) 재판상 청구에 의한 시효중단

(1) 피고는 2007. 3. 20. 주채무자인 C을 상대로 위 차용금 300,000,000원을 포함하여 합계 800,000,000원의 지급을 구하는 지급명령을 신청하여 지급명령(인천지방법원 부천지원 2007차1670)을 발령받았는데 위 지급명령신청은 민법 제168조 제1호 소정의 시효중단 사유인 '재판상 청구'에 해당하여 위 차용금채무가 시효중단되고 이에 따라 원고의 연대보증채무도 시효중단되었다고 주장한다.

(2) 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우, 채권자가 어음채권에 기하여 청구를 하는 경우에는 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다(대법원 1999. 6. 11. 선고

99다16378 판결 등 참조).

을 제5호증의 기재 및 이 법원에 현저한 사실에 의하면, 피고는 2007. 3. 20. C 등 6인을 상대로 약속어음금의 지급을 구하는 지급명령을 신청하여 2007. 5. 15.자 지급명령(인천지방법원 부천지원 2007차1670)을 발령받았고 그 취지는 '피고는 2006. 12. 30. C 등 6인으로부터 수취인 피고, 액면금액 800,000,000원, 지급일 2007. 2. 28.로 하는 약속어음 1매를 발행받고 위 어음을 지급기일에 지급제시하였으나 그 지급이 거절되었으므로, C 등 6인은 합동하여 피고에게 약속어음금 800,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다'는 것인 사실, 위 지급명령이 2007. 6. 28. 확정된 사실은 인정된다.

그러나 위 인정사실에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 사정 즉 위 어음 발행일은 2006. 12. 30.로서 C의 피고에 대한 위 차용금채무의 발생일인 2001. 2. 19.로부터 5년 10개월이 경과한 후인 점, 위 지급명령의 채무자는 C 등 6인일 뿐이고 위 차용금채무의 연대보증인인 원고는 포함되어 있지 아니한 점에 비추어 보면, 위 인정사실 및 당심 증인 C의 증언만으로 위 어음이 위 차용금의 지급을 확보하기 위하여 발행되었음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없는바 위 어음금의 지급을 구하는 지급명령신청은 C의 위 차용금채무에 대하여 민법 제168조 제1호 소정의 시효중단 사유인 '재판상 청구'에 해당한다고 할 수 없으므로 이를 전제로 한 피고의 주장은 이유 없다.

(3) 판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 하고(민법 제165조 제1항), 소멸시효는 재판상 청구로 인하여 중단된다(민법 제168조 제1호). 재판상의 청구로 인하여 중단한 시효는 재판이 확정된 때로부터 새로이 진행하고(민법 제178조 제2항), 주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 그 효력이 있다(민법 제440조). 채권자와 주채무자 사이의 확정판결에 의하여 주채무가 확정되어 그 소멸시효기간이 10년으로 연장되었다 할지라도 그 보증채무까지 당연히 단기소멸시효의 적용이 배제되어 10년의 소멸시효기간이 적용되는 것은 아니고 채권자와 연대보증인 사이에 있어서 연대보증채무의 소멸시효기간은 여전히 종전의 소멸시효기간에 따른다(대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다26287, 26294 판결 등 참조). 가사 위 지급명령신청에 따라 주채무인 C의 위 차용금채무가 시효중단되었다고 하더라도 위

차용금채무의 소멸시효기간은 10년으로 연장되지만 원고의 연대보증채무는 여전히 종전의 소멸시효기간인 5년에 따르고, 피고의 원고에 대한 이 사건 근저당권에 기한 채권신고는 위 지급명령 확정일인 2007. 6. 28.부터 5년의 소멸시효가 완성된 날인 2012. 6. 28.로부터 4년 3개월이 경과한 2016. 10. 21. 있었으므로 원고의 연대보증채무는 소멸시효가 완성되어 소멸되었다고 봄이 타당하므로 이 점에서도 피고의 주장은 이유 없다.

나) 압류에 의한 시효중단

피고는 2011. 8. 16. C를 상대로 하여 위 대여금채권을 청구채권으로 하는 채권압류 및 추심명령을 받아 그 무렵 C의 예금채권에 대하여 압류 및 추심을 하였는바 민법 제168조 제2호 소정의 시효중단 사유인 압류에 해당하여 C의 위 차용금채무가 시효중단되었으므로 원고의 연대보증채무도 시효중단되었다고 주장한다.

소멸시효는 압류로 인하여 중단된다(민법 제168조 제2호). 원인채권의 지급을 확보하기 위하여 어음이 수수된 당사자 사이에서 채권자가 어음채권을 청구채권으로 하여 채무자의 재산을 압류함으로써 그 권리를 행사한 경우에는 그 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다(대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다25484 판결 등 참조).

살피건대 다툼 없는 사실 및 을 제13호증의 기재에 의하면, 피고는 C를 상대로 채권압류 및 추심명령 신청을 하여 2011. 8. 16.자 채권압류 및 추심명령(인천지방법원 부천지원 2011타채11607, 을 제13호증)을 받았고, 위 채권압류 및 추심명령의 취지는 '피고가 위 2007. 5. 15.자 지급명령(인천지방법원 부천지원 2007차1670)을 집행권원으로 하여 채권압류 및 추심명령 신청을 하였으므로 피고가 C에 대하여 가지는 위 지급명령상의 약속어음금 원금 800,000,000원 및 이에 대한 이자금 채권을 청구채권으로 하고 C이 가지는 예금채권 중 위 청구채권에 이르는 금액을 압류하며, 피고는 위 압류된 채권을 추심할 수 있다'는 것이고 이에 따라 피고가 2011. 8. 26. 및 2011. 9. 9. 위 청구금액 중 일부를 추심한 사실은 인정되나, 앞서 본 바와 같이 위 지급명령상의 어음이 위 차용금의 지급을 확보하기 위하여 발행되었다고 할 수 없으므로 위 어음금을 청구채권으로 하여 C의 예금채권을 압류한 것이 C의 위 차용금채무에 대하여 민법 제168조 제2호 소정의 시효중단 사유인 압류에 해당한다고 할 수 없으므로 이를 전제로 한 피고의 주장은 이유 없다.

다) 승인에 의한 시효중단

피고는 C이 2011년경 피고에 대하여 위 차용금채무 변제를 약속하여 위 채무를 승인하였는바 민법 제168조 제3호에 따라 C의 위 차용금채무가 시효중단되었으므로 원고의 연대보증채무도 시효중단되었다고 주장한다. 살피건대, 을 제9호증(통고서)의 기재만으로 피고 주장을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 피고의 주장은 이유 없다.

다. 소결

앞서 본 바와 같이 이 사건 근저당권의 피담보채무인 원고의 연대보증채무는 이 사건 근저당권에 기한 채권신고가 있기 이전에 이미 소멸되었는바 피고는 원고 소유의 이 사건 아파트에 대한 이 사건 경매절차에서 위 근저당권에 기하여 120,000,000원을 배당받음으로써 법률상 원인 없이 위 120,000,000원의 이익을 취득하였다고 봄이 타당하므로, 피고는 원고에게 부당이득반환으로서 위 120,000,000원 및 이에 대하여 배당기일인 2017. 9. 21.부터 피고가 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 당시 판결 선고일인 2018. 7. 5.까지는 민법에 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 법정이자 및 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 결론

그렇다면 당심에서 교환적으로 변경된 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바(구소인 근저당권설정등기말소청구의 소는 소의 교환적 변경으로 취하되어 이에 대한 제1심 판결은 실효되었다), 제1심 판결을 위와 같이 변경하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사박준민

판사진원두

판사이예림

별지