

인천지방법원 2020. 6. 18 선고 2019가단207300 판결 [가등기 및 근저당권설정등기
말소청구의소]

전 문

원 고 A

소송대리인 변호사 안관주, 윤천준

소송복대리인 변호사 김우진

피 고 B

소송대리인 법무법인 밝음

담당변호사 최학진

변 론 종 결 2020. 5. 7.

판 결 선 고 2020. 6. 18.

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 인천지방법원 2005. 8. 2. 접수 제35740호로 마친 소유권이전청구권가등기, 같은 법원 2005. 8. 2. 접수 제35739호로 마친 근저당권설정등기, 같은 법원 2007. 7. 11. 접수 제32945호로 마친 근저당권설정등기에 대한 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)을 공동담보로 하여 위 각 부동산에 대하여 인천지방법원 2005. 8. 2. 접수 제35739호로 채권최고액 6,000만 원, 채무자 원고, 근저당권자 피고로 한 근저당권설정등기(이하 '2005. 8. 2.자 근저당권설정등기'라 한다)와 같은 법원 2005. 8. 2. 접수 제35740호로 '2005. 7. 19. 매매예약'을 원인으로 하여 가등기권자를 피고로 한 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라 한다)를 마쳐주었다.

나. 원고는 위 각 부동산에 관하여 같은 법원 2007. 7. 11. 접수 제32945호로 채권최고액 1,900만 원, 채무자 원고, 채권자 피고로 된 근저당권설정등기(이하 '2007. 7. 11.자 근저당권설정등기'라 하고, '2005. 8. 2.자 근저당권설정등기'와 '2007. 7. 11.자 근저당권설정등기'를 통틀어 '이 사건 각 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳐주었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 제2호증의 2, 제5호증의 1, 2, 3의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고의 주장

원고는 2006. 3. 20.부터 2011. 12. 15.까지 피고에게 2005. 8. 2.자 근저당권의 채권최고액 6,000만 원을 초과하는 98,110,000원을 변제하고, 2007. 9. 12. 2007. 7. 11.자 근저당권의 채권최고액 1,500만 원을 넘는 1,530만 원을 갚았으므로, 이 사건 가등기와 각 근저당권설정등기의 피담보채무는 모두 소멸하였다. 그렇지 않더라도 원고는 어업조업에 필요한 명목으로 피고로부터

돈을 빌렸는데, 피고는 이 사건 근저당권설정등기와 가등기가 마쳐진 이후 2018. 12. 10. 이 사건 각 부동산에 대하여 임의경매신청을 하기 전까지 아무런 권리행사를 하지 않았으므로, 이 사건 근저당권 및 가등기의 피담보채무는 5년의 상사시효가 완성되어 소멸하였다. 따라서 이 사건 각 근저당권설정등기와 가등기는 말소되어야 한다.

나. 피고의 주장

피고는 1993. 1. 24.부터 2007. 11. 5.까지 원고에게 202,010,000원을 대여하면서 그중 일부를 피담보채무로 하여 이 사건 각 근저당권설정등기와 가등기를 마쳐주었다. 원고가 갚은 돈은 피고가 대여한 전체 대여원리금에 미치지 못하므로 각 피담보채무가 소멸하였다고 볼 수 없다. 또한 피고의 대여금채권은 민사채권에 해당하는데, 원고는 시효가 완성되기 전인 2011. 12. 15.까지 채무를 변제하였고, 2016. 12. 30. 이자 명목으로 500만 원을 지급하기도 하였으므로 소멸시효가 중단되었다.

3. 판단

가. 관련 법리

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 담보권이다. 따라서 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하는데, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지에 대한 입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있고(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 등 참조), 그 피담보채권이 변제 등으로 소멸하였는지에 대한 입증책임은 변제를 주장하는 측에 있다.

나. 대여금액에 대한 판단

피고가 원고에게 아래 표 ‘대여일자’란 기재 일자에 ‘대여금액’란 금액에 해당하는 돈을 대여한 사실은

갑 제3호증, 을 제1 내지 5, 7 내지 12호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있거나 당사자 사이에 다툼이 없다.

	대여일자	대여금액	비고
1	1993. 1. 24.	500만 원	2003. 1. 17. 그때까지의 대여 금을 5,000만 원을 정산
2	1994. 12. 5.	1,000만 원	
3	1995. 10. 31.	1,000만 원	
4	1997. 2. 18.	1,500만 원	
5	2001. 8. 23.	700만 원	
6	2003. 9. 30.	3,000만 원	
7	2003. 11. 24.	500만 원	
8	2004. 7. 30.	2,000만 원	
9	2004. 11. 15.	2,000만 원	
10	2007. 11. 5.	3,001만 원	

피고는 2003. 1. 17. 원고에게 위 돈 외에 추가로 5,000만 원을 대여하였다고 주장한다. 을 제6호증의 기재에 의하면, 원고가 2003. 1. 17. 피고에게 5,000만 원에 대하여 이자 월 2.5%(매월 17일 지급), 변제기 2003. 9. 30.으로 기재한 차용증을 작성해 준 사실은 인정된다. 그러나 피고가 이에 대한 금융거래내역을 제출하지 못하고 있는 점, 1993. 1. 24.부터 2001. 8. 23.까지의 대여금 합계가 4,700만 원으로 5,000만 원에 근접한 점 등에 비추어 볼 때, 위 증거만으로는 대여 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 위에서 든 사정을 종합하면 원고의 주장과 같이 원고와 피고가 2003. 1. 17. 그때까지의 대여 원리금을 5,000만 원으로 정산하기로 합의하고 을 제5호증을 작성한 것으로 판단된다(이하 피고의 각 대여금 채권을 대여일자로 특정하고, 이를 통틀어 ‘이 사건 각 대여금 채권’이라 한다).

다. 이자와 변제기 약정에 대한 판단

을 제6, 10호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고와 피고가 2013. 1. 17.자 5,000만 원의 대여금에 대하여는 2003. 9. 30.로, 2004. 7. 30.자 2,000만 원의 대여금에 대하여는 2004. 11.을 변제기로 정한 사실을 인정할 수 있다. 피고는 나머지 대여금에 대하여 원고가 ‘한두 달 내에 갚겠다’고 약정하였다고 주장하나, 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 나머지 대여는 변제기의 정함이

없는 소비대차에 해당한다(피고는 2017. 11.경 원고에게 채무 이행을 독촉하고 같은 달 10.경 인천지방법원에 원고 소유 부동산에 대하여 경매신청을 하여 같은 달 18. 위 경매기록을 열람하였으므로 2018. 12. 18.을 변제기로 보아야 한다고 주장하나, 위 일시는 뒤에서 보는 바와 같이 이미 이 사건 각 대여금채권이 시효로 소멸한 후일 뿐만 아니라, 위 일시를 변제기로 보아야 할 합리적인 근거도 없다).

또한 피고는 1993. 1. 24.부터 2001. 8. 23.까지의 대여금에 대하여는 월 2%, 그 이후의 대여금에 대하여는 월 2.5%의 이자를 지급 받기로 약정하였다고 주장하나, 을 제6호증의 기재에 의하면 원고와 피고가 2003. 1. 17. 그때까지의 채무를 5,000만 원으로 정산하면서 월 2.54%의 약정이자를 지급하기로 약정한 사실을 인정할 수 있을 뿐, 나머지 대여금에 대하여 이자약정이 있었음을 인정할 증거가 없으므로, 2003. 1. 17.자 대여금 5,000만 원을 제외한 나머지 대여금에 대한 피고의 약정이자 주장은 이유 없다.

라. 이 사건 근저당권의 피담보채무의 범위

이 사건 각 근저당권설정등기 및 가등기가 마쳐진 시점, 원고가 2007. 7. 11.자 근저당권설정등기가 마쳐질 무렵에 별도로 원고에게 그 채권최고액에 상당한 돈을 대여하였다고 볼 증거가 없는 점(갑 제2호증의 1은 근저당권설정등기를 마치기 위해 형식적으로 작성된 것으로 보이므로, 피고가 2007. 7. 11. 원고에게 별도로 1,500만 원을 대여하였다는 점을 인정하기 위한 증거로 삼기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다) 등에 비추어 볼 때, 이 사건 각 근저당권설정등기와 가등기는 그 각 설정 시점까지 남아있는 원고의 피고에 대한 채무 일부를 각 채권최고액의 범위 내에서 담보하기 위한 것이라고 봄이 타당하다.

마. 피담보채무가 변제로 소멸하였는지에 관한 판단

원고가 아래와 같이 원고, 시동생 C 또는 그의 처 D 명의로 피고 또는 피고의 배우자인 E 명의 계좌로 총 1억 1,330만 원을 지급하여 피고에 대한 채무를 변제한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제3호증, 을 제13호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

	변제일자	변제한 금액	송금인→수취인
1	2006. 3. 20.	130만 원	C→E
2	2006. 9. 14.	20만 원	C→피고
3	2007. 3. 20.	50만 원	C→E
4	2007. 9. 3.	300만 원	C→피고
5	2007. 9. 12.	1,530만 원	*
6	2007. 10. 15.	300만 원	*
7	2007. 11. 3.	1,000만 원	C→E
8	2008. 9. 8.	1,000만 원	*
9	2008. 10. 8.	1,000만 원	*
10	2009. 9. 4.	1,000만 원	*
11	2009. 10. 1.	1,000만 원	D→피고
12	2010. 9. 20.	1,000만 원	*

13	2010. 11. 17.	2,000만 원	*
14	2011. 12. 15.	1,000만 원	D→E
	합계	1억 1,330만 원	

원고는 위 변제 외에 추가로 2005. 8. 2. 전까지 피고에게 7,000여만 원을 현금으로 갚았다고 주장하나, 이를 인정할 증거가 없으므로 원고의 위 주장은 이유 없다.

또한 원고는 2007. 9. 12. 피고에게 지급한 1,530만 원이 2007. 7. 11.자 근저당권의 피담보채무에 대한 변제에 지정충당 되었다는 취지로 주장하나, 위 2007. 7. 11.자 근저당권 역시 그때까지 원고와 피고 사이의 잔존 대여금채무의 담보를 위해서 설정된 것이라는 점은 앞서 본 바와 같고, 원고와 피고 사이에 1,530만 원을 위 근저당권의 피담보채무의 변제에 충당하기로 하는 합의가 있었다는 점을 인정할 증거가 없으므로, 원고의 위 주장 역시 이유 없다.

한편 원고가 위와 같이 갚은 돈이 2003. 1. 17.자 대여금 5,000만 원에 대한 2003. 1. 17.부터 이자제한법 내의 이율에 의한 이자(2013. 1. 17.부터 2014. 7. 14.까지 연 30%, 2014. 7. 15.부터 2018. 2. 7.까지 연 25%, 2018. 2. 8. 이후 연 24%)에도 미치지 못함은 계산상 명백하므로, 위 근저당권의 피담보채무가 모두 변제되었다는 원고의 주장은 이유 없다.

바. 피담보채무가 시효로 소멸하였는지에 관한 판단

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 해당하고, 그 상행위에는 상법 제46조 각 호에 해당하는 기본적 상행위뿐만 아니라 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위도 포함되며, 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보되 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정된다(대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다6760, 6777 판결, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다100098 판결 등 참조).

갑 제6, 7, 8호증(가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고와 원고의 남편 F은 G의 소유자로 C과 D에게 위 선박을 명의신탁하였고, C과 D 명의로 사업자등록을 마친 후 실질적으로 위 선박을 운행하여 꽃게잡이 등 어업을 하고 있는 사실을 인정할 수 있고, 피고 역시 2019. 4. 15.자 답변서에서 꽃게잡이 조업을 위한 선원 인건비 등의 명목으로 원고에게 돈을 빌려주었다고 진술한 바 있으므로, 피고의 대여금채권은 상사채권에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 소멸시효기간은 상법 제64조에서 정한 5년이다.

이 사건 각 대여금 채권 중 변제기 약정이 있는 2003. 1. 17.자, 2004. 7. 30.자 채권은 각 변제기인 2003. 9. 30., 2004. 11. 30.부터, 나머지 채권은 기한의 정함이 없는 채권으로 그 채권이 발생한 때로부터 소멸시효가 진행하는데, 원고가 시효 완성 전 마지막으로 채무를 갚은 2011. 12. 15.로부터도 5년이 경과한 후인 2018. 12. 10.에서야 피고가 이 사건 각 부동산에 대한 경매개시신청을 한 사실은 이 법원에 현저하므로, 이 사건 각 대여금채권에 대한 소멸시효가 완성되었다.

이에 대하여 피고는 원고가 2016. 12. 30. 피고에게 500만 원을 변제함으로써 시효이익을 포기하였다는 취지로 주장한다. 시효이익의 포기가 인정되려면 시효이익을 받는 채무자가 시효의 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다는 효과의사가 필요하여 시효완성 후 소멸시효 중단사유에 해당하는 채무의 승인이 있었다고 하더라도 그것만으로는 곧바로 소멸시효 이익의 포기라는 의사표시가 있었다고 단정할 수 없는데(대법원 2016. 6. 23. 선고 2013다209978 판결 등 참조), 원고가 피고에게 위 돈을 지급한 사실만으로 원고가 소멸시효 완성 이후 그 사실을 잘 알면서 소멸시효의 이익을 포기하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위

주장은 이유 없다.

사. 소결론

결국 이 사건 각 근저당권 및 가등기의 피담보채권은 시효의 완성으로 소멸하였으므로, 피고는 원고에게 위 각 근저당권 및 가등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결론

원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 주문과 같이 판결한다.

판사 손화정

부동산 목록

1. 인천 옹진군 H 대 387㎡
2. I 전 668㎡
3. J 전 106㎡, 끝.

