

인천지방법원 2020. 7. 21 선고 2020가단1973 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고A

피고B

변론 종결2020. 6. 23.

판결 선고2020. 7. 21.

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 창원지방법원 창녕등기소 2010. 1. 18. 접수 제796호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 주식회사 C(이하 'C'라 한다)는 일반건설업 등을 목적으로 하는 회사이고, 원고는 C의

대표이사였던 사람이다.

나. C는 2010. 1.경 피고와 사이에, 인천 남동구 D 일원 주상복합 신축공사와 관련하여 철거공사 및 명도 용역 하도급공사계약을 체결하였고, 피고는 C에게 철거 및 명도 용역 발주 보증금으로 50,000,000원을 지급하였다.

다. 원고는 2010. 1. 13. 피고에게 위 보증금 반환을 담보하기 위하여 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 채권최고액 65,000,000원, 채무자 원고, 근저당권자 피고로 하는 근저당권설정계약을 체결하고, 2010. 1. 18. 창원지방법원 창녕등기소 접수 제796호로 근저당권설정등기를 마쳐 주었다.

라. C는 위 하도급공사계약을 이행하지 못하게 되었고, 이에 C는 공증인가 법무법인 E 작성 등부 2011년 제2961호로 아래와 같은 각서를 인증하여 주었다.

1. 위 C 대표이사는 2011년 12월 1.일 인천 남동구 D 일대 개발 사업지 내에 철거공사와 관련하여 보증금으로 받은 50,000,000원을 2011년 12월 20.일까지 지급할 것을 약속합니다.

2. 만약 위 일시까지 위 보증금을 반환지급하지 않을 경우에는 위 철거계약과 관련하여 설정등기된 부동산일체의 권리를 포기하겠습니다.

마. 그런데 C는 위 보증금을 반환하지 못하였고, 이에 C는 2014. 12. 9. 피고에게 아래와 같은 차용증(이하 '이 사건 차용증'이라 한다)을 작성하여 주었는데, 원고는 위 C의 피고에 대한 차용금 채무를 연대보증하였다.

채권자 : B

채무자 : 주식회사 C(대표이사 A)

대여일 : 2010. 12. 1.

금액 : 50,000,000원

변제기일 : 2014. 1. 31.

변제방법 : 원금 일시변제

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 을 제1 내지 3호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장에 관한 판단

가. 주장

1) 원고 원고는 2010. 1.경 피고로부터 회사 운영자금 및 기타 사업자금으로 50,000,000원으로 투자받았다. 그 후 2011. 12. 20.자로 작성된 각서는 원고가 아닌 원고가 대표이사인 C 명의로 작성된 것이고, 그 후 피고의 요구에 따라 차용증을 작성하였는바, 2014. 12. 9. 최종적으로 소비대차관계로 변경된 것인바, 위 2014. 12. 9.부터 기산하더라도 이 사건 근저당권의 피담보채권은 5년의 소멸시효기간이 적용되는 상사채권에 해당하므로, 소멸시효가 완성되었다. 따라서 이 사건 근저당권은 말소되어야 한다.

2) 피고 이 사건 근저당권의 피담보채권은 투자금이 아니라, 철거공사 및 명도 용역 하도급공사계약의 보증금으로 지급된 것인데, 그 후 공사계약이 해제되었으므로 이미 지급한 보증금의 부당이득반환청구권으로 변경되었는바, 위 피담보채권은 원고가 차용증을 작성하면서 위 채권을 승인한 2014. 12. 9.로부터 10년의 민사소멸시효가 적용되어야 한다. 설령 위 피담보채권이 상사채권이라고 하더라도, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 의하면 파산절차참가는 시효의 중단사유에 해당되고 파산절차에 의해 확정된 채권의 소멸시효 기간은 10년이 되는데, 원고가 2019. 2. 15. 파산선고를 받았고 피고가 위 파산절차에 참가하여 원고에 대한 채권이 확정되었으므로 그 소멸시효기간은 10년이 된다 할 것인바, 원고의 주장은 이유 없다.

나. 판단

1) 당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채권뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권도 상법 제64조에서 정한 5년의 소멸시효 기간이 적용되는 상사채권에 해당하고, 그 상행위에는 상법 제46조 각 호에 해당하는 기본적 상행위뿐만 아니라 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위도 포함된다. 또한 상법 제47조 제1항은 "상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 본다"고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 "상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정한다"고 규정하고 있으므로, 영업을 위하여 하는 것인지 아닌지가 분명하지 아니한 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되고, 그와 같은 추정을 반복하기 위해서는 그와 다른 반대 사실을 주장하는 사람이 이를 증명할 책임이 있다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다54378 판결 등 참조).

따라서 상인이 영업과 관련하여 형성된 법률관계를 기초로 체결한 준소비대차계약 또는 경계계약은

영업을 위하여 한 상행위로 추정되고, 그 준소비대차계약 또는 경계계약에 의하여 새로이 발생한 채권은 상법 제64조에서 정한 5년의 소멸시효기간이 적용되는 상사채권에 해당한다.

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 피고가 C에 보증금을 지급한 것이 C에 대한 투자금이라고 보기는 어려우나, C는 주식회사로서 상인임이 분명하므로, 피고의 C에 대한 보증금 반환청구권은 피고와 C 사이의 상행위로 인한 것으로 상사채권이라 할 것이다. 그런데 C가 위 보증금을 반환하지 못하여 원고에게 차용증을 작성하여 준 사실은 앞서 본 바와 같은바, 위 차용증 작성행위를 준소비대차계약으로 볼 것인지 경계로 볼 것인지 당사자의 의사가 명백하지 아니하나, 작성의 시기나 경위 등에 비추어 볼 때 변제기(각서에 따른 변제기는 2011. 12. 20.이다)를 연장하고(다만, 작성일 이전으로 변제기를 정하였는데, 오기인지 여부 등 그 경위는 분명하지 아니하다), 원고를 연대보증인으로 추가하는 의미로 작성된 것으로 보이므로, C가 피고에게 위 차용증을 작성하여 준 행위 역시 상행위로서 위 차용증에 기한 채권 역시 상사채권이라 할 것이다. 상사채권은 그 소멸시효기간이 상법 제64조에 따라 5년이고, 피고의 원고에 대한 채무의 변제기인 2014. 1. 31. 이후인 2014. 12. 9.로부터 5년이 경과된 후인 2020. 1. 30. 제기된 이 사건 소에 대하여 피고가 2020. 5. 21.에야 응소행위를 하였으므로, 이 사건 차용증상 채권은 이미 시효로 소멸하였고, 원고의 피고에 대한 연대보증채무 역시 부종성에 따라 소멸하였다고 보아야 한다.

2) 이에 대한 피고의 소멸시효 중단 항변에 관하여 보건대, 원고가 창원지방법원

2018하단1663호로 파산신청을 하여, 2019. 2. 15.경 파산선고를 받은 사실, 피고가 위 파산절차에 참가하여 파산채권이 확정된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으나, 보증채무에 대한 소멸시효가 중단되었다고 하더라도 이로써 주채무에 대한 소멸시효가 중단되는 것은 아니고, 주채무가 소멸시효 완성으로 소멸된 경우에는 보증채무도 그 채무자체의 시효중단에 불구하고 부종성에 따라 당연히 소멸된다(대법원 2002. 5. 14. 선고 2000다62476 판결 참조)고 할 것이고, 보증인의 부담이 주채무의 목적이거나 형태보다 중할 수는 없으므로, 원고의 보증채무에 대한 시효가 중단되었고 파산채권 확정으로 10년의 소멸시효가 적용된다고 하더라도, C의 주채무가 시효로 소멸한 이상 원고의 보증채무도 소멸하였다고 할 것이다. 따라서 피고의 위 항변은 이유 없다.

3) 결국 이 사건 근저당권의 피담보채권은 시효로 소멸하였다고 할 것이고, 이 사건 근저당권 역시

피담보채권에 부종하여 소멸하였다고 할 것이므로, 피고는 원고에게 이 사건 부동산에 관하여 경료된 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 결론

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

판사남해인

별지