

수원지방법원 여주지원 2020. 7. 22 선고 2019가합11653 판결 [근저당권설정등기말소 등 청구의 소]

전 문

원고주식회사 A

소송대리인 법무법인 두우 담당변호사 정소망

피고B

소송대리인 변호사 김양호

변론 종결2020. 6. 24.

판결 선고2020. 7. 22.

주 문

1. 이 사건 소 중 별지 목록 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 양평등기소 2013. 12. 27. 접수 제56313호로 마친 근저당권설정등기 중 C 주식회사에 일부 이전된 부분(양도액 80,000,000원)에 대한 말소등기청구 부분을 각하한다.
2. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 양평등기소 2013. 12. 27. 접수 제56313호로 마친 근저당권설정등기 중 C 주식회사에 일부 이전된 부분(양도액 80,000,000원)을 제외한 나머지 부분에 대하여 2019. 2. 24. 소멸시효 완성을 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.
3. 소송비용 중 1/2은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 양평등기소 2013. 12. 27. 접수

제56313호로 마친 근저당권설정등기에 대하여 2019. 2. 24. 소멸시효 완성을 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2013. 12. 24. 소외 D으로부터 1억 5,000만 원을 변제기 2014. 2. 24.로 정하여 차용하였다(이에 따른 D의 원고에 대한 대여금채권을 '이 사건 대여금채권'이라고 한다).

나. 원고는 2013. 12. 27. 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 임야'라고 한다)에 관한 소유권이전등기를 경료받고, 같은 날 D에게 이 사건 임야에 관하여 수원지방법원 양평등기소 2013. 12. 27. 접수 제56313호로 채권최고액 6억 원, 채무자 원고, 근저당권자 D으로 하는 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 하고, 그에 따라 등기된 근저당권을 '이 사건 근저당권'이라고 한다)를 마쳤다.

다. 그 후 2014. 8. 22. 이 사건 근저당권설정등기에 대하여 2014. 8. 22.자 확정채권양도를 원인으로 근저당권자를 피고로 이전하는 내용의 근저당권이전등기(이하 '이 사건 근저당권이전등기'라고 한다)가 마쳐졌고, 2019. 12. 16. 같은 날 확정채권일부양도(양도액 8,000만 원)를 원인으로 근저당권자를 C 주식회사(이하 'C'이라고 한다)로 이전하는 내용의 근저당권 일부이전등기가 마쳐졌다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 5호증, 을 제8호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 변론 전체의 취지

2. 당사자들 주장의 요지

가. 원고

이 사건 근저당권의 피담보채권은 이 사건 대여금채권이다. 이 사건 대여금채권은 상사채권이고, 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 근저당권은 이 사건 대여금채권 이외에도, ① 원고 및 원고 대표이사인 E와 피고 사이에 2014. 7. 11.부터 2015. 5. 21.까지 이루어진 금전거래에 따른 피고의 대여금채권, ② 피고가 F 토지개발과 관련하여 소외 G 등에게 부담하여야 할 손해배상금채무까지도 담보하는데, 위와 같이 금전거래가 이루어진지 10년이 경과하지 않았고, 피고와 H 등 사이의 손해배상청구 소송이 계속 중이어서 손해배상금채무가 확정되지 않았으므로, 이 사건 근저당권의 피담보채권은 여전히 존재한다.

3. 이 사건 근저당권설정등기 중 C 앞으로 일부 이전된 8,000만 원 부분에 대한 말소등기청구 부분의 적법 여부에 관한 직권판단

가. 근저당권 이전의 부기등기는 기존의 주등기인 근저당권설정등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것으로서 기존의 근저당권설정등기에 의한 권리의 승계를 등기부상 명시하는 것일 뿐 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아니므로, 근저당권설정자 또는 그로부터 소유권을 이전받은 제3취득자는 피담보채무가 소멸된 경우 또는 근저당권설정등기가 당초부터 원인무효인 경우 근저당권의 현재의 명의인인 양수인을 상대로 주등기인 근저당권설정등기의 말소를 구하면 되고, 양도인은 그 말소등기청구에 있어서 피고 적격이 없다(대법원 1995. 5. 26. 선고 95다7550 판결, 2003. 4. 11. 선고 2003다5016 판결, 2009. 7. 9. 선고 2009다21386 판결).

나. 이 사건에 관하여 보건대, 원고는 피고를 상대로 이 사건 임야에 관하여 마쳐진 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하고 있는데, 위와 같은 법리에 비추어 보면 원고가 피고를 상대로 C에게 일부 이전된 부분에 대한 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것은 피고 적격이 없는 자를 상대로 한 것으로서 부적법하다.

4. 판단

가. 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권의 범위에 대한 판단

1) 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 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), 등기의 추정력에 의하여 피담보채권의 존재까지 추정되는 것은 아니다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2011다26254 판결 등 참조).

2) 이 사건에 관한 판단 가) 증명책임

위 법리에 비추어볼 때, 피고가 주장하는 채권이 이 사건 근저당권의 피담보채권의 범위에 포함되는지에 대하여는 그 존재를 주장하는 피고에게 그 증명책임이 있다.

나) 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권에 관한 판단

(1) 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권에 이 사건 대여금채권이 포함되는 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없다.

(2) 나아가 피고는, 원고와 E(원고의 대표이사)가 이 사건 근저당권설정등기 이후에 발생하는 원고와 E의 피고에 대한 차용금채무와 피고의 F 토지개발과 관련한 G 등에 대한 손해배상금채무까지 담보할 의사로 원고가 원고의 D에 대한 2013. 12. 24.자 차용금증서에 연대채무자로 서명하였으므로, 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무에 위 각 채무까지도 포함된다고 주장한다.

그러나 위 인정사실, 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정들, 즉 ① 2013. 12. 24.자 차용금증서(갑 제1호증, 을 제8-2호증)에 기재된 채무의 내용은 '원고가 D으로부터 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 피고가 '2014. 8. 22.자 확정채권양도'를 원인으로 이 사건 근저당권이전등기를 마쳤는바, 그 이전에 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권이 확정된 것으로 볼 수 있는 점, ③ I의 사실확인서(을 제4-1호증)에는 'J 등이 F 땅 개발과 관련하여 피고를 상대로 제기한 소송이 종료되면 그 액수를 가지고 근저당채무를 정하자고 하였다'는 내용이 기재되어 있으나, 사실확인서의 작성 시점(이 사건 소제기 이후) 및 위와 같은 사정들에 비추어 그대로 믿기 어려운 점 등을 종합하면, 피고가 제출한

증거들만으로 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무에 피고가 주장하는 채무가 포함된다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

나. 이 사건 대여금채권의 소멸시효 완성 및 소결

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 소외 D의 원고에 대한 이 사건 대여금채권이고, 회사인 원고의 금전 차용행위는 영업을 위하여 한 보조적 상행위로 추정되는바, 이 사건 대여금채권은 상사채권으로서 그 소멸시효 기간은 상법 제64조 본문에 따라 5년이라고 할 것이다. 따라서 이 사건 대여금채권은 변제기인 2014. 2. 24.로부터 5년이 경과한 2019. 2. 24. 소멸시효가 완성되어 소멸되었다고 할 것이므로, 이 사건 근저당권 중 C에 일부 이전된 부분(양도액 80,000,000원)을 제외한 나머지 부분의 현재 명의인인 피고는 이 사건 근저당권 설정자인 원고에게 위 나머지 부분에 대하여 2019. 2. 24. 소멸시효 완성을 원인으로 한 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

5. 결론

따라서 이 사건 소중 C에게 일부 이전된 이 사건 근저당권설정등기 부분에 대한 말소등기청구 부분은 부적법하여 각하하고, 원고의 나머지 청구는 이유 있어 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김승곤

판사허준기

판사정철희

별지