



부 산 지 방 법 원

제 8 민 사 부

판 결

사	건	2014가합4265(본소) 대여금 2014가합16022(반소) 근저당권말소
원고(반소피고)		A
피고(반소원고)		B
피고		1. C 2. D
변 론 종 결		2016. 1. 27.
판 결 선 고		2016. 2. 17.

주 문

1. 피고(반소원고) B은 원고(반소피고)에게 42,891,149원 및 이에 대하여 2015. 3. 20. 부터 2016. 2. 17.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고(반소피고)는 피고(반소원고) B에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 부산지방법원 2008. 6. 18. 접수 제12751호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.



3. 원고(반소피고)의 피고(반소원고) B에 대한 주위적 본소 청구, 나머지 예비적 본소 청구, 피고 C, D에 대한 청구를 각 기각한다.
4. 소송비용 중 원고(반소피고)와 피고(반소원고) B 사이에 생긴 부분은 본소, 반소를 통틀어 7/10은 원고가, 나머지는 피고(반소원고) B이 각 부담하고, 원고(반소피고)와 피고 C, D 사이에 생긴 부분은 원고(반소피고)가 부담한다.
5. 제1항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

1. 본소

가. 피고(반소원고) B에 대한 주위적 청구 및 피고 C, D에 대한 청구

피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다) B, 피고 C, D은 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 141,042,040원 및 이에 대하여 2013. 2. 6.부터 이 사건 청구취지변경신청서 부분 송달일까지는 연 12%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 피고 B에 대한 예비적 청구

피고 B은 원고에게 141,042,040원 및 이에 대하여 2013. 2. 6.부터 이 사건 청구취지변경신청서 부분 송달일까지는 연 12%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 반소

원고는 피고 B에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 부산지방법원 2008. 6. 18. 접수 제12751호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.



이 유

본소와 반소를 함께 본다.

1. 기초사실

가. 약사가 아닌 피고 B은 약사인 원고와 함께 부산 수영구 소재 E시장에서 약국을 개설하되 약국개설자금 1억 6,000만 원은 피고 B이 부담하고 피고 B이 원고에게 매월 500만 원을 지급하기로 약정한 후 원고가 2008. 6. 30. 피고 B에게 약국개설자금 1억 6,000만 원을 이자 월 1%, 변제기 2013. 6. 30.로 정하여 대여하고(이하 '이 사건 소비대차계약'이라 한다), 피고 C, D은 피고 B의 위 채무를 연대보증하였다(이하 '이 사건 연대보증계약'이라 한다).

나. 피고 B은 2008. 6. 18. 위 대여금채무에 대한 담보로 모(母)인 F 소유의 부산 해운대구 G아파트 201동 801호, 처(妻)인 H 소유의 별지 부동산 목록 기재 각 부동산에 관하여 각 채권최고액 1억 9,200만 원의 공동근저당권을 설정하여 주었다.

다. 피고 B은 위와 같이 원고로부터 돈을 빌린 후 그 무렵부터 원고 명의로 임대차 계약을 체결하고 사업자 등록을 한 후 'I약국'(이하 '이 사건 약국'이라 한다)이라는 상호로 약국을 개설하고 이를 운영해왔다.

라. 원고와 피고 B은 2012. 3. 6. 위 I약국을 폐업하고, 부산 동래구 J에서 'K약국'(이하 'K약국'이라 한다)을 새로이 개설한 후 이를 운영하였는데, 2012. 3. 12.경 원고가 의사의 처방전과 다른 약품을 조제한 사실이 적발되어 면허정지 및 영업정지 처분을 받았다.

마. 이후 원고는 위 K약국을 혼자 운영해 오다가 2013. 1.경 L에게 2,000만 원에 양도하였다.



바. 원고는 2009. 9. 30. F 소유의 위 부산 해운대구 G아파트 201동 801호에 대한 임의경매절차에서 2,388,851원을 배당받았다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증 내지 제7호증, 을 제1호증 내지 제5호증의 각 기재, 증인 M의 증언, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장 및 그에 대한 판단

가. 원고의 주장

1) 피고 B에 대한 주위적 청구 및 피고 C, D에 대한 청구

피고들은 연대하여 이 사건 소비대차계약에 기한 채무 중 일부 변제충당이 되고 남은 나머지 채무 141,042,040원 및 이에 대하여 마지막 변제충당일 다음날인 2013. 2. 6.부터의 법정이자 내지 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고 B에 대한 예비적 청구

이 사건 소비대차계약이 무효라면 부당이득반환으로서 피고 B은 원고에게 74,307,830원 및 이에 대하여 2013. 2. 6.부터 연 5%의 비율로 계산한 법정이자를 지급할 의무가 있다(예비적 청구취지는 그대로 둔 채 최종적으로 위와 같이 주장을 정리 하였다).

나. 피고들의 주장

원고는 피고 B에게 약사면허를 대여하였거나 피고 B과 공동으로 약국을 개설하였을 뿐만 아니라 그것이 불법인줄 알면서도 적극적으로 약국개설 자금을 제공하였으므로 이 사건 소비대차계약의 목적이 반사회질서적인 성격을 띠고 있다고 할 것이고 이와 같은 불법적인 동기가 명백히 표시되어 이 사건 소비대차계약은 무효이므로 원고의 청구는 이유 없고, 이에 따라 원고는 원고를 근저당권자로 하여 별지 목록 기재 각 부



동산에 관하여 마쳐진 각 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다.

다. 피고 C의 주장

이 사건 소비대차계약이 강행법규에 위반하여 무효이므로, 이에 기한 피고 C의 연대보증약정도 무효이다. 피고 C이 연대보증인으로서의 책임을 진다고 하더라도 원고가 K약국을 처분하면서 채권에 충당할 수 있었던 8,500만 원에 대한 부분에 관하여는 피고 C이 그 책임을 면한다고 보아야 하고, 저당권으로 담보된 채권액에 해당하는 부분(원고 주장에 의하면 3,000만 원, 피고 B의 주장에 의하면 7,000만 원 내지 8,000만 원)에 관하여도 그 책임을 면한다고 보아야 한다.

3. 판단

가. 원고의 피고 B에 대한 주위적 청구 및 피고 C, D에 대한 청구에 관한 판단

1) 이 사건 소비대차계약이 무효인지 여부에 관한 판단

가) 약사면허증 대여에 해당하는지 여부

약사법의 입법 취지와 약사면허증에 관한 규정내용을 종합하여 보면, 약사법에서 금지하는 '면허증의 대여'라 함은, 다른 사람이 그 면허증을 이용하여 그 면허증의 명의자인 약사인 것처럼 행세하면서 약사에 관한 업무를 하려는 것을 알면서도 면허증 그 자체를 빌려 주는 것을 의미한다고 해석함이 상당하다(대법원 1995. 3. 24. 선고 95도123 판결, 1998. 10. 27. 선고 98도2119 판결 참조). 따라서 그 면허증 대여의 상대방 즉 차용인이 무자격자인 경우는 물론이요 자격 있는 약사인 경우에도, 그 대여 이후 면허증 차용인에 의하여 대여인 명의로 개설된 약국 등 업소에서 대여인이 직접 약사로서의 업무를 행하지 아니한 채 차용인에게 약국의 운영을 일임하고 맡았다면 약사면허증을 대여한 데 해당한다고 풀이하여야 한다(대법원 2003. 6. 24. 선고 2002도



6829 판결 참조).

살피건대, 앞서 본 바와 같이 원고가 의사의 처방전과 다른 약품을 조제한 사실로 행정처분을 받은 사실이 인정되고, 원고가 이 사건 약국에 매일 출근한 사실은 피고들이 자인하고 있는 점에 비추어 보면, 이 사건 약국을 운영함에 있어 원고가 약사로서의 업무를 전혀 행하지 아니하였다고 보이지는 아니하므로, 원고가 피고 B에게 약사면허증 자체를 대여하였다고 보기는 어렵다.

나) 약사 아닌 자의 약국 개설행위에 해당하는지 여부

구 약사법(2015. 1. 28. 법률 제13114호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제20조 제1항에서 약사 또는 한약사가 아닌 자의 약국 개설을 금지하고, 제93조 제2호에서 이를 위반하는 경우 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는바, 위 규정은 약사 또는 한약사가 아닌 자가 약국을 개설하여 운영하는 경우에 초래될 국민 보건위생상의 중대한 위험을 방지하기 위하여 제정된 이른바 강행법규에 속하는 것으로서 이에 위반하여 이루어진 약정은 무효라고 할 것이다(의료기관 개설에 관한 대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다2390판결 등 참조).

살피건대, 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 원고 스스로 자신은 피고 B에게 고용되어 약사로서 근무하면서 매달 월급으로 500만 원을 지급받았다고 주장하고 있는 점, ② 피고 B이 이 사건 약국의 개설자금을 실질적으로 부담하고, 약국의 전반적인 운영을 맡아 처리하였으며, 약 조제를 하기도 한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 약국은 약사 아닌 피고 B이 단독으로 또는 원고와 공동하여 개설한 것으로 봄이 상당한바, 이 사건 소비대차계약은 위와 같은 원고와 피고 B의 약국개설약정의 일부를 이루는 계약으로서 원고가 위와 같은 사실을



잘 알면서도 피고 B과 통모하여 약국개설자금을 빌려준 것이므로, 이 사건 소비대차계약은 구 약사법 제20조 제1항에 위반되어 그 효력을 인정할 수 없다고 판단된다.

2) 피고 C, D의 연대보증채무의 유효 여부

이 사건 소비대차계약이 무효이므로, 보증계약의 부종성에 따라 이 사건 연대보증계약도 무효라고 할 것이다.

3) 소결

이 사건 소비대차계약이 유효함을 전제로 한 원고의 피고들에 대한 주위적 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 모두 이유 없다.

나. 원고의 피고 B에 대한 예비적 청구에 관한 판단

1) 부당이득반환의무

가) 피고 B

이 사건 소비대차계약은 강행법규에 위반하여 무효이므로, 피고 B은 이 사건 소비대차계약에 따라 원고로부터 160,000,000원을 지급받음으로써 법률상 원인 없이 위 금액 상당의 이익을 얻고 원고는 그로 인해 같은 액수 상당의 손해를 입게 되었다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 피고 B은 원고에게 위 금액 상당을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

이에 대하여 피고 B은, 원고가 이 사건 소비대차계약에 기하여 위 피고에게 지급한 돈은 불법원인급여에 해당하므로 원고의 청구에 응할 수 없다고 주장한다.

살피건대, 부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서, 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사



회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않으며(대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결 등 참조), 그로 인하여 상호 실질적으로 취득하게 된 이득은 부당이득으로 반환하여야 한다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다67890 판결, 2010. 12. 9. 선고 2010다57626, 57633 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 소비대차계약이 앞서 본 바와 같이 강행법규에 위반되어 무효라고 하더라도, 원고가 이 사건 약국에 매일 출근하여 영업시간 동안 약국에 머무르고 있었음은 피고 B 스스로 이를 인정하고 있는 점, 원고가 이 사건 약국에서 조제를 하는 등 약사의 업무를 일부 수행하였던 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것을 내용으로 한 것이어서 그에 따른 급부를 불법원인급여라고 보기 어렵다 할 것이므로, 위 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

나) 피고 C, D

앞서 본 바와 같이 이 사건 연대보증계약이 무효이고, 위 피고들이 이 사건 소비대차계약의 무효를 이유로 한 피고 B의 부당이득반환채무에 대하여까지 연대보증할 의사로 위 연대보증계약을 체결하였다고 볼 만한 증거가 없으므로, 피고 C, D은 위 부당이득반환의무를 부담하지 않는다.

2) 부당이득반환의 범위

가) 피고 B은 특별한 사정이 없는 한 원고에게 원고로부터 지급받은 1억 6,000만 원 및 이에 대한 법정이자 내지 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나) 법정이자 내지 지연손해금

원고는, 피고 B이 약의의 수익자에 해당하고, 설령 선의의 수익자에 해당한다



고 하더라도 금전채무의 경우 이를 지급받은 때로부터 법정이자를 가산하여 반환하여야 하므로, 피고 B은 위 1억 6,000만 원에 대하여 이를 받은 날 다음날인 2008. 7. 1. 부터 연 5%의 법정이자를 반환하여야 한다고 주장한다.

민법 제748조 제2항은 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 제749조 제2항은 선의의 수익자가 패소한 때에는 그 소를 제기한 때부터 악의의 수익자로 본다고 규정하고 있는데, 이 경우 수익자가 악의라는 점은 이를 주장하는 자가 증명하여야 하며, '소를 제기한 때'란 소송이 계속된 때, 즉 소장 부분이 피고에게 송달된 때를 말한다고 할 것이다(대법원 2014. 1. 23. 선고 2012다84233 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 소비대차계약의 체결 경위와 목적, 계약 체결 후의 약국운영 관계, 당사자의 관계 등에 비추어 볼 때 피고 B이 이 사건 소비대차계약 체결 당시 그 계약이 무효임을 확정적으로 알았다고 단정하기는 어려우므로, 그 이득 반환의 범위는 선의자를 기준으로 함이 상당하다.

따라서 피고 B은 특별한 사정이 없는 한 원고에게 1억 6,000만 원 및 이에 대하여 원고가 부당이득반환을 구하는 예비적 청구원인을 추가한 2015. 3. 19.자 청구원인변경 신청서 부분이 피고 B에게 송달된 날임이 기록상 명백한 2015. 3. 20.부터 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 법정이자를 지급할 의무가 있다.

다) 변제충당

피고 B은, 위 1억 6,000만 원에서 위 피고가 원고에게 이자 명목으로 지급한 돈 합계 7,840만 원과 원고가 F 소유의 부동산에 관한 경매절차에서 배당받은 2,388,851원 및 원고가 K약국을 처분하고 받은 임대차보증금 2,000만 원과 권리금



4,000만 원 등 합계 140,738,851원이 공제되어야 한다고 주장한다.

먼저 피고 B이 원고에게 이자 명목으로 지급한 돈의 액수에 관하여 보건대, 피고 B이 2012. 7. 31.까지 이 사건 소비대차계약에 따른 이자를 모두 지급한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으나, 원고는 피고 B으로부터 합계 7,738만 원(= 160만 원 × 15개월 + 157만 원 × 34개월)을 지급받았다고 주장하고 있고, 달리 위 피고가 지급한 돈이 7,840만 원임을 인정할 만한 증거가 없으므로 원고의 주장에 따라 위 7,738만 원을 이자 명목으로 지급된 돈의 액수로 인정한다.

다음으로 원고가 2009. 9. 30. 피고 B의 모 F 소유의 아파트에 관한 경매절차에서 2,388,851원을 배당받은 사실은 앞서 본 바와 같다.

마지막으로 원고가 K약국을 처분하고 받은 임대차보증금과 권리금 등의 액수에 관하여 보건대, 을 제7호증의 기재만으로는 원고가 K약국을 처분하고 임대차보증금으로 2,000만 원, 권리금으로 4,000만 원을 수령하였음을 인정하기에 부족하고(약국 개설 당시 권리금으로 4,000만 원을 지급하였다고 하여 반드시 처분 당시에도 같은 금액의 권리금을 지급받는다는 보장이 없고, 원고는 임대차보증금 2,000만 원 중 미납된 월세, 관리비 등을 공제한 나머지 금액을 지급받았다고 주장하고 있다), 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

오히려 갑 제5호증(제7호증과 같다), 제6호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 2013. 1. 10. L와 사이에 K약국을 2,000만 원에 양도하는 계약을 체결하고, 위 양도와 관련하여 L로부터 2013. 1. 10. 계약금 200만 원, 2013. 2. 5. 잔금 1,800만 원을 지급받았고, 임대인 N으로부터 2013. 2. 5. 임대차보증금 1,734만 원을 반환받은 사실이 인정될 뿐이다.



따라서 피고 B은 원고에게 위 각 돈이 변제충당되고 남은 돈 42,891,149원(1억 6,000만 원 - 7,738만 원 - 2,388,851원 - 200만 원 - 1,800만 원 - 1,734만 원) 및 이에 대하여 원고가 부당이득반환을 구하는 예비적 청구원인을 추가한 2015. 3. 19.자 청구원인변경신청서 부분이 피고 B에게 송달된 날임이 기록상 명백한 2015. 3. 20.부터 피고 B이 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2016. 2. 17.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 법정이자 내지 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 피고의 반소 청구에 대한 판단

앞서 본 바와 같이 이 사건 소비대차계약이 무효이므로, 담보물권의 부종성에 따라 위 소비대차계약에 따른 채무를 담보하기 위하여 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 설정된 각 근저당권설정등기 역시 원인무효로 되었다고 봄이 상당하다.

따라서 원고는 피고 B에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 부산지방법원 2008. 6. 18. 접수 제12751호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결론

원고의 피고 B에 대한 예비적 본소 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 피고 B에 대한 주위적 본소 청구, 나머지 예비적 본소 청구, 피고 C, D에 대한 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하며, 피고 B의 원고에 대한 반소 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.



본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다.
영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금합니다. 게시일자 : 2016-03-14

재판장 판사 김창형

 판사 장성욱

 판사 박정진



본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다.
영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금합니다. 게시일자 : 2016-03-14

별지

부동산 목록
(부동산 목록 삭제)