

창원지방법원 진주지원 2019. 11. 20 선고 2018가단35994 판결 [근저당권설정등기말소등기 등]

전 문

원 고 A

소송대리인 법무법인 유안 담당변호사 이태환, 임규영

피 고 B

소송대리인 변호사 박종연

변론 종결 2019. 8. 21.

판결 선고 2019. 11. 20.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산(이하 별지 목록 제1항 기재 부동산을 '이사건 토지', 별지 목록 제2항 기재 부동산을 '이 사건 건물'이라 하고, 이를 통틀어 칭할 때에는 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 창원지방법원 진주지원 등기와 2017.8. 25. 접수 제50050호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 C의 어머니이고, D는 C의 남편이다.

나. 원고의 남편인 E은 1977. 5. 4. 이 사건 토지에 관하여 소유권이전등기를 마쳤고, 1996년경 사망하였다. 원고는 2001. 1. 5. 이 사건 토지에 관하여 1996. 1. 31. 협의분할에 의한 상속을 원인으로 소유권이전등기를 마쳤고, 2004. 2. 10. 이 사건 건물에 관하여 소유권보존등기를 마쳤다. 다. D는 2017. 8. 25. 이 사건 부동산에 관하여 2017. 8. 25. 설정계약을 원인으로 채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 원고, 근저당권자를 D로 하는 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳤다.

라. 피고는 2018. 8. 10. 확정채권양도를 원인으로 같은 날 이 사건 근저당권의 부기등기를 마쳤다. [인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증(가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 주장 및 판단

가. 당사자들의 주장 요지

1) 원고

C 및 D는 2003년경 원고에게 자신들의 비용으로 이 사건 건물을 신축하여 원고 명의로 소유권보존등기를 마쳐주는 대신 10년 동안 이 사건 건물 1층 상가를 무상으로 사용하게 해달라는 제의를 하여 원고는 이에 동의하였고, 이 사건 건물이 신축되어 원고가 이 사건 건물에 관한 소유권보존등기를 마쳤으며, C 및 D는 이 사건 건물 1층에 서 슈퍼마켓, 음식점 등의 영업을 하였다. 원고는 C의 요청으로 이 사건 부동산을 담보로 대출을 받았는데, D는 2017. 8.경 원고에게 더 이상 C이 이 사건 부동산을 담보로 대출하지 못하게 하겠다며 원고에게 인감증명서 등을 교부하여 줄 것을 요구하였고, 원고가 인감증명서 등을 교부하자 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤으며, 피고에게

근저당권부 채권을 양도한 후 부기등기까지 마쳐주었다. 원고는 D에게 아무런 채무를 부담하고 있지 않았으므로 이 사건 근저당권은 원인무효로 말소되어야 한다.

2) 피고

원고는 이 사건 건물을 신축하여 원고를 부양하는 것을 조건으로 이 사건 부동산을 D에게 증여하기로 하였고, D는 이 사건 건물을 신축하면서 1억 5,000만 원이 넘는 공사대금을 지출하였다. 원고는 C의 이 사건 부동산에 관한 담보대출을 막고 위 증여를 담보하거나 원고의 D에 대한 1억 5,000만 원 상당의 공사대금채무를 담보하기 위하여 위 1억 5,000만 원을 채권최고액으로 하여 이 사건 근저당권설정등기를 마치는 것에 동의하였고, 이에 D가 이 사건 근저당권설정등기를 마친 것이므로 원고의 청구에 응할수 없다.

나. 판단

1) 관련 법리

가) 근저당권설정등기가 마쳐진 경우 그 등기는 적법하게 된 것으로서 진실한 권리상태를 공시하는 것이라고 추정되므로 그 등기가 위법하게 된 것이라고 주장하는 상대방에게 그 추정력을 번복할 만한 반대 사실을 입증할 책임이 있으나(대법원 2001. 4.10. 선고 2000다72763 판결 등 참조), 근저당권설정등기에 있어서의 추정력은 등기명의자가 근저당권자라거나, 그 등기원인인 근저당권설정계약에 의하여 적법하게 근저당권을 취득하거나 그 절차에 있어서 유효요건을 갖추어 적법하게 이루어진 등기라고 추정될 뿐, 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권의 성립 또는 존재까지도 추정되는 것은 아니다. 즉, 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(대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 등 참조), 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지에 대한 입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(위 2009다72070 판결,

대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다107408 판결등 참조).

나) 처분문서는 진정성립이 인정되는 이상 법원은 그 기재내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 기재내용에 의하여 그 의사표시의 존재 및내용을 인정하여야 한다(대법원 1990. 6. 26. 선고 88다카22169 판결 등 참조).

2) 판단

원고가 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권의 부존재를 이유로 하여 피고에 대하여 근저당권설정등기의 말소를 구하고 있는 이 사건에서, 위 근저당권설정등기의 추정력에 의하여 근저당권의 피담보채권의 존재도 추정된다고 할 수 없으며 피고는 이 사건 근저당권의 피담보채권 존재 사실을 입증할 책임이 있다.

을 제1, 2, 6, 7호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고는 이 사건 근저당권설정 당시 법무사 사무실에 직접 방문하여 확인서면에 자신의 이름 및 '본인은 위 등기의무자와 동일인임을 확인합니다'라고 기재하고 우무인을 날인한 점, ② 원고는 2017. 8. 25. D와 '이 사건 건물의 공사대금에 대하여 이 사건 부동산에 근저당권설정등기를 해주기로 약정하였다'는 내용의 약정서를 작성한 점 등을 종합해 보면, 원고는 D에 대하여 1억 5,000만 원 상당의 공사대금채무를 피담보채무로 하여 이 사건 근저당권을 설정해 주었다고 봄이 타당하다. 원고는 설령 D의 공사대금채권이 이 사건 근저당권의 피담보채권이라고 하더라도 이는 이 사건 건물의 사용승인일인 2003. 12. 23.부터 10년이 경과한 2013. 12. 23. 시효로 소멸하였다고 주장하나, 원고가 2017. 8. 25. D에게 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐준 사실은 앞서 본 바와 같은바, 이는 소멸시효 이익을 포기한 것으로 봄이 타당하므로 원고의 주장은 받아들일 수 없다(대법원 2015. 6. 11. 선고 2015다200227 판결등 참조).

3. 결론

원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김승현

[별 지]

부동산의 표시

1. 진주시 대 118.2㎡

2. 위 지상

[도로명주소] 진주시

철근콘크리트조 스라브지붕 2층 제1종 근린생활시설 및 단독주택

1층 68.11㎡ (내역: 제1종근린생활시설)

2층 66.28㎡ (내역: 단독주택)

/합.