

광주지방법원 해남지원 2024. 4. 23 선고 2023가단795 판결 [근저당권설정등기 말소]

전 문

원고(선정당사자) A

소송대리인 변호사 임윤희

피 고 B

변 론 종 결 2024. 3. 19.

판 결 선 고 2024. 4. 23.

주 문

1. 피고는 원고(선정당사자) 및 선정자들에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 해남지원 등기계 1993. 3. 23. 접수 제4452호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다1).

이 유

1. 청구원인에 대한 판단

가. 인정 사실

- 1) 전남 해남군 C 전 1721㎡(이하 ‘이 사건 분필 전 부동산’이라 한다)는 2012. 12. 4. 별지 목록 기재 각 부동산(이하 통틀어 ‘이 사건 각 부동산’이라 한다)으로 분필되었다.
- 2) 한편 D은 이 사건 분필 전 부동산 및 이 사건 각 부동산의 소유자로, 1993. 3. 23. E에게 이 사건 분필 전 부동산에 대하여 광주지방법원 해남지원 등기계 접수 제4452호로 1993. 3. 22.자 근저당권설정계약을 원인으로 하여 채권최고액은 3,000만 원, 채무자는 D인 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권설정등기’라 하고, 그 근저당권을 ‘이 사건 근저당권’이라 한다)를 마쳐주었다.
- 3) E은 1997. 3. 10. 피고에게 광주지방법원 해남지원 등기계 접수 제5560호로 1997. 2. 25.자 확정채권 양도를 원인으로 하여 이 사건 근저당권이전의 부기등기를 마쳐주었다.
- 4) D(이하 ‘망인’이라 한다)은 2023. 2. 18. 사망하였고, 그 상속인으로는 자녀들인 원고(선정당사자) 및 선정자들이 있다.
- 5) 원고(선정당사자) 및 선정자들은 2023. 8. 10. 이 사건 각 부동산 중 각 1/6 지분에 대하여 상속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 을 제1호증(가지번호가 있는 것은 각 가지번호를 포함한다. 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

나. 주장 및 판단

- 1) 원고(선정당사자)는 이 사건 근저당권의 피담보채무가 부존재하고, 설령 피담보채무가 존재한다 하더라도 10년의 소멸시효 기간이 도과하였으므로, 이 사건 근저당권설정등기는 말소되어야 한다고 주장한다.
- 2) 저당권설정등기가 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 증명할 책임이 있으나(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다72763 판결 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 저당권으로, 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 있었는지에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다107408 판결 등 참조).

3) 앞서 든 법리에 의하여 이 사건을 보건대, 피고는 망인과 E 사이에 이 사건 근저당권에 관한 피담보채무를 발생시키는 법률관계가 존재하였다고 볼 아무런 구체적인 증거를 제출하지 못하고 있으므로, 이 사건 근저당권설정등기는 원인 무효로서 말소되어야 한다.

2. 피고의 주장에 대한 판단

가. 피고 주장의 요지

피고는, 이 사건 각 부동산의 실질 소유자는 망인이 아닌 E이므로, 위 각 부동산에 설정된 근저당권설정등기 말소를 구하는 이 사건 소는 부적법하거나 이유 없다는 취지로 주장한다.

나. 판단

근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론이지만, 근저당권설정자인 종전의 소유자도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권소멸에

따른 원상회복으로 근저당권자에게 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 계약상 권리가 있으므로 이러한 계약상 권리에 터잡아 근저당권자에게 피담보채무의 소멸을 이유로 하여 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다고 봄이 상당하고, 목적물의 소유권을 상실하였다는 이유만으로 그러한 권리를 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다(대법원 1994. 1. 25. 선고 93다16338 전원합의체 판결 등 참조).

을 제2호증의 기재에 의하면, 광주지방법원 해남지원은 1996. 9. 6. 이 사건 분필 전 부동산이 E이 망인에게 명의신탁한 재산이라는 이유로 ‘망인은 E에게 위 부동산에 관하여 1996. 7. 4. 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라’는 내용의 판결을 선고하였고(96가단1882), 1996. 10. 1. 위 판결이 그대로 확정된 사실은 인정할 수 있다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 원고(선정당사자)는 이 사건 각 부동산의 소유권이 아니라 이 사건 근저당권설정계약에 기하여 위 각 부동산에 관한 근저당권설정등기말소청구를 하고 있고, 위 근저당권설정계약 당사자인 망인의 상속인인 원고(선정당사자) 및 선정자들은 그 계약상 권리에 터잡아 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있으므로, 원고(선정당사자)로서는 여전히 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구할 법률상 이익이 있고, 아울러 앞서 인정한 사실은 이 부분 청구의 당부를 판단하는 데 아무런 영향을 미치지 않는다.

따라서 피고의 주장은 받아들이지 않는다.

3. 결 론

그렇다면 원고(선정당사자)의 청구는 이유 있어 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 원도연

별지

1) 이 사건 소장과 원고(선정당사자)가 제출한 주장서면들의 전체적인 기재에 비추어 주문과같이 선해한다.