

광주지방법원 2019. 5. 24 선고 2018나3041 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고, 피항소인 A

소송대리인 변호사 공재원

피고, 항소인 1. E

2. F

3. G

피고들 소송대리인 변호사 하승완

피고들 소송복대리인 변호사 정미라

변론 종결 2019. 4. 19.

판결 선고 2019. 5. 24.

제 1 심 판결 광주지방법원 2018. 5. 29. 선고 2016가단46432 판결

주 문

1. 피고들의 항소를 모두 기각한다.

2. 항소비용은 피고들이 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고들 및 제1심 공동피고 B, C, D는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 2008. 12. 15. 접수 제205396호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 각 이행하라.

2. 항소취지

제1심판결 중 피고들에 대한 부분을 취소한다. 원고의 피고들에 대한 청구를 각 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2008. 2. 27. 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라고한다)의 소유권을 취득한 후 2017. 1. 9. H에게 위 부동산을 매도하여 2017. 1. 23. H앞으로 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

나. 원고는 2008. 12. 8. 피고들과 이 사건 각 부동산에 관하여 근저당권설정계약을 각 체결하고, 2008. 12. 15. 피고들에게 이 사건 각 부동산에 관하여 채무자가 원고인근저당권설정등기(이하 '이 사건 각 근저당권설정등기'라고 한다)를 각 마쳐 주었다. 피고들의 각 채권최고액은, 피고 E가 12,470,000원, 피고 F가 26,100,000원, 피고 G이 23,200,000원이다.

다. 피고들은 이 사건 각 근저당권설정등기에 기하여 임의경매를 신청하여(광주지방법원 K, L, M) 2018. 11. 16. 위 법원으로부터 임의경매개시결정을 받았다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3, 4호증(이하 가지번호가 있는 경우 가지번호를 포함한다), 을 제6호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장

원고는, 피고들이 투자를 하기로 하여 미리 피고들 앞으로 이 사건 각 근저당권설정등기를 마쳐 주었으나, 피고들이 투자를 하지 않았으므로, 이 사건 각 근저당권설정등기의 피담보채무는 발생하지

않았다. 설령 피고들이 주장하는 피담보채무인 투자금반환채권이 인정된다고 하더라도, 이는
상사채권으로서 발생일인 2008. 12. 15.로부터 5년의 소멸시효가 완성되었으므로 피담보채무는
소멸되었다.

따라서 피고들은 이 사건 각 근저당권설정등기의 피담보채무 부존재 또는 소멸에 따른
원상회복으로서 근저당권설정자인 원고에게 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할
의무가 있다.

나. 피고들의 주장

피고들은 2008년경 I에게 투자금을 지급하여 I에 대하여 투자금반환채권이 있고, 원고는 2008.
12. 15.경 I의 피고들에 대한 위 투자금반환채무를 피담보채무로 삼아 피고들 앞으로 이 사건 각
근저당권설정등기를 마쳐주었으나, I가 투자금반환채무를 변제하지 않았다. 피고들의 I에 대한
투자금반환채권은 상사채권이 아니라 민사채권이어서 소멸시효기간이 10년이므로 소멸시효가
완성되지 않았다.

3. 판단

가. 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
입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 등 참조).
근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 경우에는 경매신청시에 근저당권의
피담보채무액이 확정되고, 그 이후부터 근저당권은 부종성을 가지게 되어 보통의 저당권과 같은
취급을 받게 된다(대법원 1997. 12. 9. 선고 97다25521 판결 등 참조).
피고들이 이 사건 각 근저당권설정등기에 기하여 임의경매를 신청함으로써 이 사건 각 근저당권의
피담보채무가 확정되었고, 을 제1, 5호증의 각 기재에 의하면 피고E의 남편인 N이 2008. 10. 22.

그의 O조합계좌에서 23,102,168원을, 제1심 공동피고 B가 2008. 11. 7. 그의 주식회사 P계좌에서 23,115,000원을 각 인출한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 피고들이 I나 원고에게 돈을 지급하였음을 인정할만한 객관적인 자료가 없는 점, 피고들이 2008년 이후 이 사건 소 제기시까지 I나 원고에게 투자금의 반환을 요구하는 등의 조치를 취하지 않은 점 등에 을 제5호증의 기재, 제1심 증인 I의 증언을 보태어 보면, 앞서 인정한 피고들에게 유리한 사실과 을 제2호증의 기재 및 제1심 증인 J의 증언만으로는 피고들이 I 또는 원고에게 투자금을 지급하였음을 인정하기에 부족하다.

따라서 이 사건 각 근저당권설정등기는 피담보채무가 존재하지 아니한다고 할 것이다.

나. 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 있다(대법원 1994. 1. 25. 선고 93다16338 전원합의체 판결 참조).

다. 위 사실인정과 법리에 따르면, 피고들은 피담보채무의 부존재에 따른 원상회복으로 근저당권설정계약의 당사자인 원고에게 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 할 것이다.

4. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 이유 있으므로 인용할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 피고들의 항소를 모두 기각한다.

재판장 판사 김성곤, 판사 김성준, 판사 박주영

[별 지]

부동산의 표시

1. 광주광역시 북구 답 631㎡

2. 광주광역시 북구 답 337㎡

=0|

상=