

광 주 지 방 법 원

제 2 - 3 민 사 부

판 결

사 건 2019나61280 근저당권설정등기말소

원고, 피항소인 농업회사법인 유한회사 A

소송대리인 변호사 공재원

피고, 항소인 B

피고보조참가인 C

피고 및 피고보조참가인 소송대리인 법무법인 제이피

담당변호사 박연철

제 1 심 판 결 광주지방법원 목포지원 2019. 7. 24. 선고 2019가단50374 판결

변 론 종 결 2020. 9. 18.

판 결 선 고 2020. 10. 16.

주 문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소제기 이후의 소송비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분은 피고가, 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이 각각 부담한다.

청구취지 및 항소취지

[청구취지]

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 광주지방법원 함평등기소 2016. 2. 24. 접수 제2019호로 마친 (2) 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

[항소취지]

제1심판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

(1) 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)은 2016. 2. 24. 배우자인 피고에게 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 광주지방법원 함평등기소 2016. 2. 24. 접수 제2019호로 채권최고액은 3억 원이고 채무자는 참가인인 (2) 근저당권설정등기를 마쳐주었다(이하 위와 같은 근저당권을 '이 사건 근저당권'이라 한다).

(2) 원고는 2017. 1. 9. 참가인으로부터 이 사건 부동산을 매수하고 2017. 1. 11. 참가인에게 매매대금을 완납하지 아니한 상태에서 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤다.

(3) 피고는 2018. 10. 2. 이 사건 부동산에 관하여 이 사건 근저당권에 기한 임의경매개시결정을 받았다(광주지방법원 목포지원 D).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자 주장 요지

가. 원고 주장 요지

참가인은 피고에게 아무런 채무를 부담하고 있지 아니함에도 채권자들의 강제집행을 면탈할 목적으로 피고와 이 사건 근저당권설정계약을 체결하였으므로, 이 사건 근저당권설정등기는 원인무효의 등기이다. 피고는 2009. 12. 31. 참가인에게 2억 원을 대여하고 위 대여금채권을 담보하기 위하여 이 사건 근저당권을 설정하였다고 주장하는 바, 설령 피고가 주장하는 대여금채권이 존재하였다고 하더라도, 그 채권은 상사채권으로서 소멸시효기간이 5년이므로 이 사건 근저당권 설정 전에 이미 시효 완성으로 소멸하였다.

나. 피고 주장 요지

피고는 2009. 12. 31. 참가인에게 참가인이 운영하는 E(주)의 운영자금으로 2억 원을 대여하였고, 위 대여금채권을 피담보채권으로 하여 이 사건 근저당권을 설정하였다. 또한 위 대여금채권은 상사시효의 적용을 받지 아니하고, 원고는 이 사건 부동산의 소유권을 취득한 사람에 불과하여 위 대여금채권의 소멸시효를 주장할 수 있는 지위에 있지도 아니하다.

3. 판단

1) 근저당권설정등기가 경료된 경우 그 등기는 적법하게 된 것으로서 진실한 권리상태를 공시하는 것이라고 추정되므로 그 등기가 위법하게 된 것이라고 주장하는 상대방에게 그 추정력을 번복할 만한 반대사실을 입증할 책임이 있다(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다72763 판결 등 참조).

그러나 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항), 계속적인 거래관계로부터 발생

하는 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 있고(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 등 참조), 근저당권설정등기가 마쳐져 있다는 사정만으로 그 피담보채권이 실제로 성립하여 존재한다고 추정할 수는 없다[대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다92821, 2009다92838(병합) 판결 등 참조].

2) 을 제1, 2, 3호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 참가인이 1995. 5. 15. 개업하여 2010. 8. 24. 폐업한 E(주)의 대표자였던 사실, 피고가 2009. 12. 31. 위 E(주) 명의 계좌로 2억 원을 입금한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 피고와 참가인이 법률상 부부인 점, 피고와 참가인 사이에 차용증이 작성된 바 없고(피고의 제1심 제1차 변론기일에서의 진술), 달리 위 2억 원이 대여금이라는 사실을 뒷받침할 수 있는 서면 등 객관적인 증거가 존재하지 않는 것으로 보이는 점, 원고와 참가인이 이 사건 부동산에 관하여 매매계약을 체결할 당시 이 사건 근저당권의 피담보채무액과 변제방법 및 이 사건 근저당권설정등기의 처리 등에 관하여 구체적인 논의를 하였다는 사실을 인정할 증거가 없는 점(원고는 피고가 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채무가 존재하지 아니하므로 말소해주기로 했다고 주장하였다) 등에 비추어 보면, 위와 같은 2억 원의 입금사실만으로는 피고가 참가인에게 2억 원을 대여하였다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채무가 존재한다고 볼 수 없어 무효이다.

따라서 피고는 이 사건 부동산의 소유자인 원고의 방해배제청구에 따라 이 사건

근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3) 피고는 원고가 참가인에게 이 사건 부동산의 매매대금 중 일부를 지급하지 아니하였으므로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 없다고 주장하나, 기초사실 기재와 같이 원고가 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 마침으로써 소유권을 취득한 이상 소유권에 기한 방해배제청구로 피고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있고, 미지급 매매대금이 있는지 여부는 원고와 참가인 사이의 채권채무관계에 불과하므로, 피고의 주장은 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각한다.

재판장 판사 이지영

판사 박옥희

판사 김용태

목 록

전남 함평군 F, G, H, I, J, K, L, M, N, O, P Q동호

[도로명주소]

전남 함평군 R

일반철골구조

조립식판넬지붕 단층

수산물 냉동창고

1,490m². 끝.