

부산지방법원 동부지원 2021. 11. 17 선고 2020가단211872 판결 [근저당권설정등기 말소등기  
청구]

---

## 전 문

원 고 1. A

2. B

원고들 소송대리인 변호사 전용범, 김성훈

피 고 C

소송대리인 법무법인 길

담당변호사 이정의

변 론 종 결 2021. 9. 15.

판 결 선 고 2021. 11. 17.

## 주 문

1. 피고는 원고들에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 동부지원 남부산등기소 2018. 9. 19. 접수 제46986호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

## 청 구 취 지

주문과 같다.

## 이 유

### 1. 인정 사실

가. 망 D(이하 ‘망인’이라 한다)과 피고는 2018. 9. 19. 별지 목록 기재 부동산(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)에 관하여 근저당권설정계약(이하 ‘이 사건 근저당권설정계약’이라 한다)을 체결하고, 같은 날 피고 앞으로 채권최고액 1억 원, 채무자 망인, 근저당권자 피고인 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권설정등기’라 한다)를 마쳐 주었다.

나. 망인은 2019. 10. 14.경 사망하였고, 그 자녀인 원고들이 이 사건 부동산을 각 1/2 지분씩 상속하여 2020. 1. 14. 상속등기를 마쳤다.

[인정 근거] 갑 제1, 2호증, 을 제1, 12호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지

### 2. 주장 및 판단

가. 당사자들의 주장

#### 1) 원고들의 주장

망인은 피고에 대하여 어떠한 채무도 부담하지 않고 있는바, 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채권이 존재하지 않은 상태에서 마쳐진 원인무효인 등기이므로, 피고는 망인의 상속인인 원고들에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

#### 2) 피고의 주장

가) 망인은 이 사건 근저당권설정계약 당시 피고에게 아래와 같이 1억 원의 채무가 있었는데, 위 채무를 담보하기 위하여 피고 앞으로 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐 준 것이다.

나) 즉, 이 사건 부동산에 관하여 2012. 8. 17. 채권최고액 6,240만 원, 채무자 피고인 근저당권설정등기, 2013. 4. 17. 채권최고액 6,820만 원, 채무자 피고인 근저당권설정등기, 2014. 5. 19. 채권최고액 2,090만 원, 채무자 피고인 근저당권설정등기(이하 ‘채무자 피고인 각

근저당권등기'라 한다)가 각 설정되어 있었는데, 위와 같이 각 근저당권을 설정하면서 대출받은 은행대출금은 모두 망인이 사용하였으므로, 망인이 위 대출금에 대한 대출이자를 지급하여야 함에도 불구하고, 피고가 망인을 대신하여 약 1,200만 원을 지급하였다.

또한 망인은 피고로부터, 피고의 부모님과 할머니가 피고에게 주려고 한 돈 3,000만 원을 빌려갔고, 망인이 빌라를 구입할 때 약 5,800만 원을 빌려갔으며, 망인이 이 사건 부동산의 인테리어공사를 할 때 3,000만 원을 빌려갔다. 나아가 피고는 망인 대신 이 사건 부동산의 증여세 1,000만 원을 부담하였다.

결국 망인은 피고에 대하여 합계 약 1억 4,000만 원의 채무를 부담하고 있었는데, 피고는 이 사건 근저당권설정계약 당시 망인과 사이에 위 채무를 1억 원으로 정산하기로 합의한 뒤 위와 같이 피고 앞으로 이 사건 근저당권설정등기를 마친 것이다.

## 나. 판단

### 1) 관련 법리

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 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, 지속적인 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 입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결, 대법원 2011. 4.

28. 선고 2010다107408 판결 등 참조).

2) 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위의 성립 여부

살피건대, 이 사건에서 원고들이 망인과 피고 사이에 이 사건 근저당권설정계약만을 체결하였을 뿐 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위 자체가 없었다는 취지로 다투고 있는 이상 그러한 법률행위가 존재하는지 여부에 관하여는 피고가 이를 입증하여야 할 것이다. 그러나 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 나타난 다음과 같은 사정 즉, ① 이 사건 근저당권설정계약서(을 제12호증)를 제외하고 망인과 피고 사이에 이 사건 근저당권의 피담보채권의 기반이 될 만한 법률행위와 관련된 문서는 아무것도 제출되지 아니한 점, ② 피고는, 망인이 빌라를 구입할 때 약 5,800만 원, 이 사건 부동산의 인테리어공사를 할 때 3,000만 원, 피고가 부모님 등으로부터 받기로 한 돈 3,000만 원을 각 빌려갔다고 주장하면서도, 이 사건 변론종결시까지 망인이 돈을 차용하였음을 인정할 만한 차용증이나 직접적인 금융자료 등을 제출하지 못하고 있는 점, ③ 피고는, 위와 같이 채무자 피고인 각 근저당권등기를 설정하면서 대출받은 은행대출금을 모두 망인이 사용하였다고 주장하나, 이를 인정할 객관적인 금융자료 등이 없으므로, 피고가 위 은행대출금의 대출이자를 납부한 것을 망인 대신 지급한 것으로 평가할 수도 없는 점, ④ 또한 피고는 망인 대신 이 사건 부동산의 증여세 1,000만 원을 부담하였다고 주장하나, 피고가 제출한 본인금융거래내역(을 제13호증)만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없는 점, ⑤ 이 사건 근저당권설정계약 당시 망인과 피고 사이에 망인이 피고에게 부담하고 있는 채무를 1억 원으로 정산하기로 하는 내용의 합의가 있었음을 인정할 객관적인 자료도 없는 점 등을 종합하여 보면, 이 법원의 주식회사 E에 대한 금융거래정보제출명령 결과 및 피고가 제출한 증거들만으로는 망인과 피고 사이에 이 사건 근저당권의 성립의 기초가 되는 피담보채권이 성립하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다. 소결론

따라서 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채권이 존재하지 않은 상태에서 이루어진 것으로서 원인무효의 등기에 해당하므로, 피고는 이 사건 부동산의 소유자인 원고들에게 이 사건

근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

### 3. 결론

그렇다면 원고들의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 황성광

별지

목                      록

[1동 건물의 표시]

부산 수영구

철근콘크리트조 슬래브지붕 5층 공동주택

[대지권의 목적인 토지의 표시]

부산 수영구  대 347.8㎡

[전유부분의 건물의 표시]

제2층 호 철근콘크리트조 77.05㎡

[대지권의 표시]

소유권대지권 34780분의 4486

