

부산지방법원 2018. 3. 15 선고 2017가단16132 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고A종교단체

피고B

변론 종결2018. 1. 18.

판결 선고2018. 3. 15.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 울산지방법원 양산등기소 2013. 8. 28. 접수 제46566호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

원고 소유의 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 2013. 8. 28.

채권최고액 65,000,000원, 채무자 원고, 근저당권자 C, 2013. 8. 28. 설정계약을 원인으로 한 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)가 마쳐졌는데, 2015. 1. 7. 피고를 근저당권자로 하는 2015. 1. 5. 계약양도를 원인으로 한 근저당권이전의 부기등기가 마쳐졌다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 기재

2. 원고의 주장

원고의 대표자 D이 C, E, F, G 등 4명과 부산 동구 H 소재 I호텔 내 오락실(이하 '이 사건 오락실'이라 한다)을 동업하였다가 수익이 발생하지 않아 폐업하게 되었는데, 이 과정에서 2013. 8.경 E, C, F 등 3명이 투자금을 회수하지 못하게 될 것을 우려하여 D을 불법오락실 운영으로 고소하였다고 협박하면서 이 사건 부동산을 담보로 제공해 주면 고소를 취소하겠다고 하여, D은 부득이 E 등이 원하는 대로 C에게 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐 주었다.

그런데 E 등은 D을 고소한 사실이 없었고 이 사건 근저당권설정등기를 마칠 목적으로 D에게 고소를 하였다고 거짓말을 하였다는 것을 알게 되었는데, D은 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 요구하였으나 C은 E의 배우자인 피고 명의로 이 사건 근저당권을 양도하였으므로, 이 사건 근저당권설정등기는 무효라고 보아야 하고, 가사 유효하다고 하더라도 이 사건 오락실에 관한 정산금이 남아 있지 않으므로 이 사건 근저당권의 피담보채무는 소멸하였는데, 이 사건 근저당권설정등기는 말소되어야 한다.

3. 판단

근저당권설정등기가 마쳐진 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). 다만 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 근저당권으로서, 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 있었는지 여부에 대한 입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원

2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결).

이 사건으로 돌아와 보건대, 이 사건 근저당권설정등기가 위법하게 마쳐졌다는 사실을 인정할 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라, 갑 제2호증, 을 제1 내지 8호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었고, 위 피담보채권은 현재까지 소멸하지 않고 있다고 보이므로, 원고의 주장은 이유 없다.

① 이 사건 오락실 동업과 관련하여 C, E, F 등이 6,250만 원을 투자한 사실은 당사자 사이에 별다른 다툼이 없는 것으로 보이는바, C 등이 위 투자금을 회수하기 위해 원고로부터 이 사건 근저당권설정등기를 경로받은 것으로 보이므로, 이 사건 근저당권의 피담보채권은 위 투자금 반환채권이라고 봄이 상당한 점

② 이 사건 오락실 동업 과정에서 D은 C 등에게 높은 배당금을 약속하였고, 이러한 약속이 지켜지지 않자 D은 원고를 채무자로 하는 차용금액 65,000,000원, 변제기 2014. 8. 28.로 정한 차용증(을 제4호증)1) 을 C에게 작성하여 주고 위 차용증상의 채무2) 를 피담보채무로 하는 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐 준 것으로 보이고, 위 차용증 작성 과정이나 이 사건 근저당권설정등기 경로 과정에서 원고의 의사표시에 무효, 취소 사유에 해당하는 하자가 있었다는 사실을 인정할 아무런 증거가 없는 점

③ E은 D을 사기 등의 혐의로 부산지방검찰청 2013 형제62472호로 고소하였다가 고소취소장을 제출하였는데, 위 ②항과 같이 D이 투자금 반환채무의 담보를 제공하자 위 고소를 취소한 것으로 보이는 점

④ 위 ②, ③항의 사정에 비추어 보면, 가사 이 사건 오락실 동업 과정에서 수익이 발생하지 않았다고 하더라도, 원고나 D으로서 C 등에 대하여 투자금 반환채무 내지 약정금 채무를 면하기 어렵다고 보이는 점

⑤ 2013. 8. 28. 개최된 원고 이사회에서도 이 사건 근저당권 설정에 참석 이사 전원이 찬성한 것으로 보이고, 위 이사회 의사록이 위조되었다는 사실을 인정할 아무런 증거도 없는 점

⑥ 이 사건 변론종결일까지 원고가 위 약정금 채무를 변제하였다는 사실을 인정할 아무런 증거가 없는

점

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로 기각한다.

판사하헌우

별지

- 1) 사본만 제출되었으나 원고가 인영부분을 인정하고 있다.
- 2) 위 채무는 대여금 채무라기보다는 약정금 채무의 성격이라고 보인다.