

부산지방법원 2021. 3. 9 선고 2020가단316269 판결 [근저당권설정등기의 말소등기
절차이행청구]

전 문

원 고 A

소송대리인 변호사 안형주

피 고 B

소송대리인 법무법인 로앤케이

담당변호사 이상훈

변론 종결 2021. 1. 26

판결 선고 2021. 3. 9

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 부산지방법원 중부산등기소2019. 11. 15. 접수 제28162호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 인정사실

가. 원고는 2014. 6. 20. 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2014. 5. 26.자 매매를 원인으로 각 소유권이전등기를 마쳤다.

나. 원고 소유의 위 가. 항 기재 각 부동산에 관하여 부산지방법원 중부산등기소 2019. 11. 15. 접수 제28162호로 채무자 원고,근저당권자 피고,채권최고액 14억 원으 로 하는 주문 제1항 기재 각 근저당권설정등기(이하 '이 사건 각 근저당권설정등기'라 한다)가마쳐졌다.

[인정근거] 다툼 없는 사실,갑 제1호증의 1, 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 판단

근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고,채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항),계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수 의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되 는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 한다(대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041판결 등 참조).

근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는다는 것이 확정된 때에는 근저당권 설정등기 를 말소하여야 하는바,근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법 률행위가 없다는 주장이 있는 경우에 그러한 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책 임은그 존재를 주장하는 측에 있고, 그에 관한 증거가 부족하다면 근저당권의 피담보 채권이 존재하지 않는 것으로 확정되었다고 볼 수 있어 근저당권설정등기의 말소의무 를 부담한다(대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다225011판결 등 참조).

살피건대,을 제7, 8호증의 각 기재 등 제출된 증거들만으로는 원고와 피고 사이에 이 사건 각 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었다는 점을 인정하기 에 부족하고,달리 이를 인정할 증거가 없으므로,이 사건 각 근저당권설정등기는 원인 무효로서말소되어야 한다.

따라서 피고는 원고에게 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여,주문과 같이 판결 한다.

판사 김미진

별지