

서울중앙지방법원 2018. 12. 12 선고 2017나69610 판결 [근저당권설정등기말소 등]

재판경과

서울중앙지방법원 2018. 12. 12 선고 2017나69610 판결

서울중앙지방법원 2017. 9. 19 선고 2016가단118316 판결

전 문

원고, 항소인A

소송대리인 변호사 이철훈

피고, 피항소인C

소송대리인 변호사 이대복

변론 종결2018. 9. 19.

판결 선고2018. 12. 12.

제1심판결서울중앙지방법원 2017. 9. 19. 선고 2016가단118316 판결

주 문

1. 원고와 피고 사이의 제1심판결을 취소한다.
2. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울서부지방법원 2011. 6. 8. 접수 제25102호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.
3. 원고와 피고 사이의 소송 총비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 제1심 공동피고 B(이하 'B'이라고만 한다)에게 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 서울서부지방법원 2011. 6. 8. 접수 제25102호로 2011. 6. 7.자 근저당권설정계약을 원인으로 하여 채권최고액을 240,000,000원, 근저당권자를 B으로 하는 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 하고, 이에 따른 근저당권을 '이 사건 근저당권'이라 한다)를 마쳐주었다.

나. 피고는 2014. 4. 18. 서울중앙지방법원 2014카단1060으로 청구채권을 B에 대한 240,000,000원의 대여금 채권으로, 피가압류채권을 B의 원고에 대한 이 사건 근저당권부채권으로 하는 근저당권부채권가압류 신청을 하였고, 위 법원은 2014. 5. 19. 피고의 위 신청을 인용하여 이 사건 근저당권부채권에 대한 가압류결정(이하 '이 사건 가압류결정'이라 한다)을 발령하였다.

다. 서울중앙지방법원의 촉탁에 따라 이 사건 근저당권설정등기에 관하여 서울서부지방법원 2014. 6. 26. 접수 제27290호로 청구금액을 240,000,000원, 채권자를 피고로 하는 근저당권가압류의 부기등기가 마쳐졌다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 5, 29호증의 각 기재, 이 법원에 현저한 사실, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장 및 판단

가. 당사자의 주장 요지

(1) 원고 이 사건 근저당권의 피담보채권은 존재하지 아니하므로 이 사건 가압류결정은 무효이다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기는 말소되어야 하고, 피고는 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다.

(2) 피고 이 사건 근저당권은 원고가 B로부터 금전을 차용하면서 그에 대한 담보로 B에게 설정하여 준 것이어서 이 사건 근저당권의 피담보채권이 존재하므로, 이 사건 가압류결정을 무효라고 할 수 없다.

따라서 원고의 피고에 대한 청구는 이유 없다.

나. 판단

(1) 보건대, 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 참조). 한편, 근저당권이 있는 채권이 가압류되는 경우, 근저당권설정등기에 부기등기의 방법으로 그 피담보채권의 가압류사실을 기입등기하는 목적은 근저당권의 피담보채권이 가압류되면 담보물권의 수반성에 의하여 종된 권리인 근저당권에도 가압류의 효력이 미치게 되어 피담보채권의 가압류를 공시하기 위한 것이므로, 만일 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는다면 그 가압류명령은 무효라고 할 것이고, 근저당권을 말소하는 경우에 가압류권자는 등기상 이해관계 있는 제3자로서 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 하여야 할 의무가 있다(대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결 참조).

(2) 이 사건에 관하여 살피건대, 을 제8호증의 1 내지 3, 을 제9호증의 1 내지 3의 각 기재, 제1심 법원의 주식회사 J 스마트혁신센터장, 주식회사 G 업무지원센터장, 주식회사 H 업무지원센터장에 대한 각 금융거래정보제출명령에 대한 회신 결과에 의하면, 원고와 B 사이에 이 사건 근저당권 설정 이후 금전거래가 있었던 사실은 인정되나, 위 인정사실 및 위 각 증거만으로는 이 사건 근저당권의 피담보채권이 B의 원고에 대한 대여금 채권인 사실 및 그 대여금 채권이 존재한다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

오히려 이 사건 제1심에서 원고는 B를 상대로 이 사건 근저당권은 그 피담보채권이 존재하지

아니하여 무효라는 이유로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구하였는데, B의 자백간주로 제1심 법원은 B으로 하여금 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 것을 명하는 판결을 선고하였고, 원고와 B이 제1심판결에 대해 항소를 제기하지 아니하여 원고와 B 사이의 제1심판결이 확정된 사실은 기록상 명백하거나 이 법원에 현저하다.

(3) 따라서 이 사건 근저당권의 피담보채권이 존재한다는 사실에 대한 입증이 없는 이상, 이 사건 근저당권은 말소되어야 하고, 이 사건 가압류결정 또한 무효라고 할 것이므로, 가압류권자인 피고는 이 사건 근저당권의 말소와 관련하여 등기상 이해관계 있는 제3자로서 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기에 대한 승낙의 의사표시를 하여야 할 의무가 있다.

3. 결론

그렇다면, 원고의 피고에 대한 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 원고와 피고 사이의 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 받아들여 원고와 피고 사이의 제1심판결을 취소하고, 피고에게 주문 제2항 기재와 같이 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 명하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사최석문

판사이원호

판사신동호

별지