

울산지방법원 2018. 2. 6 선고 2017가단15477 판결 [근저당권설정등기말소 등]

전 문

원 고

000

피 고

대한민국 외

변 론 종 결

2018. 1. 16.

판 결 선 고

2018. 2. 6

주 문

1. 피고 aaa는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 대하여 2017. 3. 22. 접수 제47828호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 피고 대한민국은 원고에게 위 제1항의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.
3. 소송비용은 각자 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다

이 유

1. 인정사실

가. 원고는 별지 목록 기재 부동산(이하 ‘이 사건 부동산’한다)에 대하여 2017. 3. 22.자 설정계약을 원인으로 하여 2017. 3. 22. 주문 제1항 기재 근저당권설정등기를 마쳤다.

나. 한편 피고 aaa가 국세를 체납하자 2017. 8. 8.자 피고 대한민국의 압류를 원인으로 이 법원 2017. 8. 11. 접수 제128402호 피고 대한민국에 의한 위 근저당권 압류등기가 마쳐졌다.

[인정근거] 피고 대한민국 : 다통없는 사실, 갑 제1호증의 기재, 변론 전취지

피고 aaa : 자백간주

2. 피고 aaa에 대한 청구

원고는, 이 사건 근저당권설정등기 당시 피담보채권을 성립케 하는 법률행위가 없었다는 취지로 주장하는데 위 피고가 이를 자백하고 있으므로, 위 피고는 원고에게 이 사건 근저당권의 말소등기를 이행하여야 한다.

3. 피고 대한민국에 대한 청구

가. 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). 위 법리에 비추어 보건대, 원고가 이 사건 근저당권설정등기 당시 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 없었다고 주장하는 이 사건에서, 피담보채권의 존재에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 피고 대한민국에게 있으나 이에 대해 주장, 입증이 없어 이 사건 근저당권설정등기와 이에 대한 압류등기 등은 원인무효이므로 따라서 위 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 대하여 승낙의 의사를 표시할 의무가 있다(대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결 등).

나. 이에 대해 위 피고는, 이 사건 근저당설정등기는 원고와 피고 aaa가 ‘통정한 허위의 근저당권설정약정’에 따라 경료된 것이고 위 피고는 민법 제108조 제2항의 선의의 제3자로서 이 사건 근저당권이 유효한 것으로 믿었으므로 원고는 위 피고에게 무효를 주장할 수 없다는 취지로 주장하고 있으나, 이 사건 근저당권의 설정계약이 통정허위표시라는 주장과는 별개로, 위 근저당권의 피담보채권이 존재한다는 점을 인정할 증거가 없는 이상 위 근저당권설정등기는 무효이다. 위 피고의 주장은 받아들이지 않는다.

4. 결론

원고 청구 인용.