

전주지방법원 남원지원 2023. 2. 8 선고 2022가단440 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원 고 A

피 고 1. B

2. C

3. D

피고 2, 3의 소송대리인 B

변 론 종 결 2022. 12. 21.

판 결 선 고 2023. 2. 8.

주 문

1. 피고들은 원고에게 별지 목록 기재 부동산 중 각 별지 목록 기재 상속지분에 관하여 전주지방법원 남원지원 등기계 2005. 2. 17. 접수 제2202호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.1)

이 유

다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 원고 소유의 남원시 E 임야 25,686㎡에는 근저당권자 F, 채권최고액 50,000,000으로 하는 주문 제1항 기재 근저당권설정등기가 경료되어 있는 사실(이하 ‘이 사건 근저당권’이라 한다), F은 2014. 5. 7. 사망하였고, 피고 B은 F의 처, 피고 C, D는 F의 자녀로서 이 사건 근저당권을 주문 제1항 기재 상속지분에 응하여 상속한 사실을 인정할 수 있다. 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 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다107408 판결 등 참조). 피고들은 ‘원고 명의의 서산시 소재 임야에도 이 사건 근저당권의 설정일자와 같은 날 근저당권이 설정된 점 등을 고려하면 이는 근저당권자가 사망하였다는 이유로 책임회피성의 주장을 하는 것에 불과하다’는 취지로 주장하나, 변론기일이 되풀이 될 때까지 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지에 대하여는 이에 관한 구체적인 주장 및 이를 뒷받침할 만한 아무런 증거를 제출하지 않았고, 달리 선해할 만한 요소도 찾아볼 수 없다.

그렇다면 주문 제1항 기재 근저당권설정등기는 원인무효의 등기이므로, 피고들은 그들의 상속지분에 응하여 원고에게 위 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

같은 취지의 원고 청구는 이유 있으므로 이를 모두 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 이디모데

별지

1) 일부 선해한다.