

전주지방법원 2023. 5. 24 선고 2022가단5880 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원 고 A단체

소송대리인 법무법인 다미

담당변호사 김진모, 하동규

피 고 B

소송대리인 변호사 김정수

변 론 종 결 2023. 4. 19.

판 결 선 고 2023. 5. 24.

주 문

1. 피고는 C, D, E, F, G, H에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 전주지방법원 김제등기소 2000.
2. 2. 접수 제2313호로 마친 근저당권 설정등기의 말소등기 절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

다음의 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제1 내지 3호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

가. 망 I는 1998. 12.경부터 1999. 6.경까지 원고의 신용보증 하에 J조합으로부터 5,088만 원을 대출받았다.

나. 망 I는 2000. 1. 31. 별지 목록 기재 각 부동산(이하 ‘이 사건 각 부동산’이라고 한다)에 관하여 근저당권자를 피고, 채권 최고액을 1억 원으로 한 근저당권 설정계약(이하 위 근저당권을 ‘이 사건 근저당권’, 위 설정계약을 ‘이 사건 계약’이라고 한다)을 체결하고, 전주지방법원 김제등기소 2000. 2. 2. 접수 제2313호로 근저당권 설정등기(이하 ‘이 사건 등기’라고 한다)를 마쳤다.

다. 원고는 2001. 12. 21. 망 I의 J조합에 대한 채무를 대위변제함으로써 망 I에 대한 구상금 채권을 취득하였고, 2018년경 망 I의 상속인들인 C, D, E, F, G, H(이하 ‘C 등’이라고 한다)을 상대로 전주지방법원 2018차2302호로 지급명령을 신청하였으며, 이에 전주지방법원은 2018. 11. 21. C 등이 상속받은 재산의 범위 내에서 망 I의 원고에 대한 채무를 이행하라는 취지의 지급명령을 고지하여 위 지급명령은 그 무렵 확정되었다.

2. 주장 및 판단

가. 원고의 주장 요지

이 사건 계약은 통정허위표시로서 무효이고, 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위도 없었으며, 설령 그렇지 않다고 하더라도 이 사건 근저당권의 피담보채권은 이미 변제 또는 시효 완성으로 소멸되었으므로 원고는 C 등을 대위하여 이 사건 등기의 말소를 구한다.

나. 판단

1) 이 사건 계약이 통정허위표시로서 무효인지 여부

어떠한 의사표시가 통정허위표시로서 무효라고 주장하는 경우 그 사유에 해당하는 사실을 증명할 책임은 그 주장자에게 있다(대법원 2017. 8. 18. 선고 2014다87595 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 계약이 통정허위표시에 해당한다고 볼 만한 증거가 없으므로

원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위의 존부

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 증명할 책임이 있다(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다72763호 판결 참조). 그런데 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서 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 있었는지에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 피고는 망 I에게 여러 차례 금전을 대여하였는데, 망 I가 그 차용금을 변제하지 못하여 2000. 2. 2. 이 사건 등기를 마쳤다고 주장하나, 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 을 제1 내지 4호증의 각 기재만으로는 위 주장을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 있다(이 사건 근저당권의 피담보채권이 변제 또는 시효 완성으로 소멸하였는지 여부는 따로 판단하지 않는다).

가) 피고는 망 I에게 언제, 얼마를 대여하였는지, 그 변제기나 이율은 얼마인지에 관하여 증명은 물론, 그 주장조차 하지 않고 있다.

나) 망 I의 상속인들인 C 등은 2008년경 망 I의 사망으로 한정승인 신고를 할 당시 망 I에 대한 원고의 채권만 소극재산으로 명시하였다가 그로부터 6년이나 지난 2012년경에야 망 I에 대한 피고의 채권을 소극재산에 포함시키는 경정 신청을 하였다.

다) 망 I와 2000. 3. 27. 이혼했다는 K는 망 I에 대한 피고의 채권이 2000. 1.경 현재 1억 원이었고, 이를 담보하기 위해 이 사건 등기가 마쳐졌다는 취지의 사실확인서를 제출하였으나, 피고도 주장조차하지 않은, 무려 22년 전 배우자의 채무액을 정확히 기억한다는 것은 이례적이어서 그대로

믿기 어렵다.

3) 소결

이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었다고 볼 수 없는 이상, 이 사건 등기는 피담보채무가 존재하지 않는 무효의 등기로서 말소되어야 하고, 갑 제3호증 및 을 제4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, C 등이 한정승인한 망 I의 상속재산은 채무 초과 상태인 사실, C 등이 피고를 상대로 이 사건 등기의 말소를 구하고 있지 않은 사실이 인정되므로 원고는 C 등을 대위하여 피고에게 이 사건 등기의 말소를 구할 수 있다.

3. 결론

원고의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 박준범