

대구지방법원 의성지원 2018. 1. 17 선고 2017가단10512 판결 [근저당권설정등기말소 등]

전 문

원고희망모아유동화전문 유한회사

피고A

변론 종결2017. 12. 6.

판결 선고2018. 1. 17.

주 문

1. 피고는 B에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 대구지방법원 의성지원 등기계 2003. 10. 14. 접수 제11390호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 인정 사실

가. 원고는 B을 상대로 양수금 지급을 구하는 소를 제기하여, 2007. 5. 30. 대구지방법원 서부지원

2007가소22017호로 "B은 원고에게 17,154,339원과 그 중 12,787,581원에 대한 2005. 4.

1.부터 다 갚는 날까지 연 17%의 비율로 계산한 돈을 지급하라"는 내용의 승소판결을 받았고, 그 무렵 위 판결이 확정되었다.

나. B은 2003. 10. 14. 딸인 피고에게 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 채무자 B, 채권최고액 8,000만 원으로 된 주문 제1항 기재 근저당권설정등기가 마쳐주었다(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다).

다. B은 이 사건 변론종결일 현재 무자력 상태에 있다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1~4호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같음), 변론 전체의 취지

2. 판단

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 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다107408 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 피고는 2003.경 B에게 공사대금 5,000만 원, 유흥주점 운영손실 3,000만 원, 합계 8,000만 원을 대여하고 이 사건 근저당권을 설정하였다고 주장하나, 을 제1호증은 피고 동생들인 C, D 사이의 거래내역이고 그 송금액도 2,600만 원(2003. 10. 29. 2,000만 원 및 2003. 11. 11. 600만 원)에 불과하여 그 기재만으로는 피고와 B 사이에 8,000만 원에 이르는 이 사건 근저당권 피담보채권이 성립되었다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

나. 설령 피고의 B에 대한 피담보채권의 성립을 인정하더라도, 이 사건 변론종결일 현재 피고 주장 대여일인 2003.경부터 10년이 도과되었음은 역수상 명백하므로 위 피담보채권은 이미 시효로 소멸하였다.

이에 대하여 피고는 B를 찾아갈 때마다 B이 늘 차용금을 갚아주겠다고 말하였으므로 채무승인에 의하여 소멸시효가 중단되었다고 항변하나, 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 위 항변은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원고는 B의 채권자로서 이 사건 근저당권 말소청구권을 대위행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있다고 할 것이어서(대법원 2007. 5. 10. 2006다82700, 82717 판결 등 참조), 원고의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사고종완

별지