

서울중앙지방법원 2020. 11. 26 선고 2020가단4964 판결 [근저당권설정등기 말소등기 청구의 소]

---

## 전 문

원고A

피고B

변론 종결2020. 11. 12.

판결 선고2020. 11. 26.

## 주 문

1. 피고는 별지 목록 기재 부동산에 관하여 제주지방법원 1995. 12. 18. 접수 제75978호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

## 청 구 취 지

주문과 같다.

## 이 유

### 1. 기초사실

가. 원고는 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 1981. 8. 31. 원고

명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

나. 원고는 1995. 12. 18. 제주지방법원 접수 제75978호로 채권최고액 150,000,000원, 채무자를 원고로 하는 C 명의의 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳐주었다.

다. 피고는 2007. 4. 16. 채권양도를 원인으로 이 사건 근저당권설정등기를 피고 명의로 이전하는 등기를 마쳤다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 당사자의 주장

### 가. 원고

원고는 'D' 상호의 사업체를 운영하면서 거래처에 물건을 판매하고 받은 약속어음을 C에게 할인하여 줄 것을 부탁하고, C 앞으로 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었으나, C와 실제 어음할인거래를 체결하지 못하게 되었다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채권이 없거나 피담보채권이 존재하더라도 이 사건 근저당권설정등기일로부터 10년이 경과한 2005. 12. 18.에 위 피담보채권이 시효완성으로 소멸하였으므로, 원인 무효의 등기로서 말소되어야 한다.

### 나. 피고

이 사건 근저당권설정등기는 계속적 거래관계에서 발생하는 불특정 채권을 담보하기 위한 것인데 계약의 해지 등으로 그 피담보채권이 확정된 사실이 없으므로, 소멸시효가 진행되지 아니하였다. 따라서 원고의 청구는 부당하다.

## 3. 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). 그런데 원고는 C와 어음할인거래를 하기 이전에 먼저 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤다가 실제

어음할인거래에 이르지 못했다고 주장하면서 피담보채권을 성립시키는 법률행위의 존재를 다투고 있고, 이에 대해 피고는 원고와 C 사이에 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지에 관하여 구체적인 주장 및 입증을 하지 않고 있다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채무가 존재한다고 볼 수 없으므로, 말소되어야 한다.

나. 한편 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하는데(민법 제166조 제1항 참조), 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉, C는 원고에 대한 150,000,000원의 대여금채권을 피고에게 양도하면서 이 사건 근저당권설정등기를 이전해 준 것으로 보이는 점에 비추어 보면, 원고와 C 사이에 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었다고 하더라도, 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권은 이행기의 정함이 없는 채권으로서 C가 언제든지 원고에게 위 피담보채권의 이행을 청구할 수 있다고 봄이 타당하다. 따라서 위 피담보채권은 그 채권 성립시로부터 소멸시효가 진행된다고 할 것이어서 적어도 이 사건 근저당권설정등기 경료일인 1995. 12. 18.로부터 기산하여 10년이 경과한 2005. 12. 18.경 그 소멸시효가 완성되어 소멸하였다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채무 소멸로 인하여 말소되어야 한다.

#### 4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있어 이를 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

**판사윤양지**

별지