

수원지방법원 안양지원 2020. 6. 18 선고 2019가단7462 판결 [근저당권설정등기말소등기청구]

전 문

원고A

피고주식회사 B

변론 종결2020. 5. 14.

판결 선고2020. 6. 18.

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 수원지방법원 안양지원 안양등기소 1999. 7.
2. 접수 제59402호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 인정사실

가. 망 C는 별지 목록 제2기재 부동산에 관하여 수원지방법원 안양지원 안양등기소 1977. 12. 7.

접수 제48204호로 소유권이전등기를, 별지 목록 제1 기재 부동산(이하 별지 목록 각 부동산을 통틀어 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 수원지방법원 안양지원 안양등기소 1999. 1. 19. 접수 제4646호로 소유권이전등기를 각 마쳤다.

나. 망 C는 피고에게 이 사건 부동산에 관하여 수원지방법원 안양지원 안양등기소 1999. 7. 2. 접수 제59402호로 1999. 7. 1. 설정계약을 원인으로 한 채권최고액 1억 원, 채무자 망 C, 근저당권자 피고인 공동근저당권설정등기를 마쳐주었다(이하 공동근저당권을 '이 사건 근저당권'이라 한다)

다. 망 C의 사망으로 자녀 D, E, F, G, H이 이 사건 부동산의 각 1/5 지분에 관하여 상속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤고, 이후 H의 사망으로 인해 그 자녀인 원고, I이 이 사건 부동산에 관하여 상속을 원인으로 하여 각 1/10 지분에 관하여 H지분전부이전등기를 마쳤다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 1, 2의 각 기재 및 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장

이 사건 근저당권은, 피담보채권이 존재하지 아니하고, 예비적으로 그 피담보채권은 존재한다고 하더라도 10년의 소멸시효기간이 경과하여 시효로 소멸하였으므로 부종성에 의하여 말소되어야 한다.

나. 피고의 주장

이 사건 부동산의 공유자인 원고는 자신의 지분을 초과하여 이 사건 근저당권설정등기 전부의 말소등기를 청구할 수 없다.

3. 판단

가. 피담보채권이 존재하지 아니하여 이 사건 근저당권이 원인 무효인지 여부

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 등 참조). 위 법리와 같이 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐진 사실만으로는 그 피담보채권의 존재가 추정되지 않는다. 그런데 이 사건 근저당권의 피담보채권의 발생원인사실에 대해 피고가 아무런 주장이 없고 그 피담보채권이 존재함을 인정할 아무런 증거가 없다. 따라서 이 사건 근저당권은 피담보채권이 존재하지 아니하여 원인 무효라고 봄이 타당하다(원고의 주위적 주장이 인정되므로, 원고의 피담보채권이 시효로 소멸하였다는 예비적 주장에 대하여 더 나아가 판단하지 아니한다).

나. 원고의 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기청구권 행사가 공유물의 보존행위에 해당하는지 여부

부동산의 공유자 중 1인은 당해 부동산에 관하여 무효의 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우에 민법 제265조 단서에서 정하는 공유물에 관한 보존행위로서 자신의 공유지분을 넘어서 그 무효인 등기 전부의 말소를 청구할 수 있다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다49425 판결 등 참조). 이는 당해 부동산에 관하여 무효의 근저당권설정등기가 경료되어 있는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다. 한편 공유물의 보존행위는 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 그 현상을 유지하기 위하여 하는 사실적·법률적 행위로서 이러한 공유물의 보존행위를 각 공유자가 단독으로 할 수 있도록 한 취지는 그 보존행위가 긴급을 요하는 경우가 많고 다른 공유자에게도 이익이 되는 것이 보통이기 때문이므로 어느 공유자가 보존권을 행사하는 때에 그 행사의 결과가 다른 공유자의 이해와 충돌될 때에는 그 행사는 보존행위로 될 수 없다(대법원 1995. 4. 7. 선고 93다54736 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에서 보건대 이 사건 부동산의 공유자인 원고는 보존행위로서 이 사건 근저당권설정등기 전부의 말소를 청구할 수 있고(피고가 들고 있는 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다67429 판결은 이 사건과 사안을 달리한다), 그 권리행사의 결과가 다른 공유자의 이해와 충돌될만한 사정이 없는바, 이 사건 근저당권은 피담보채권이 존재하지 아니하여 원인 무효이므로, 이 사건 근저당권자인 피고는 이 사건 부동산의 공유자인 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사강윤혜

별지