

부산지방법원 2022. 11. 11 선고 2021나68452 판결 [근저당권설정등기 말소등기 청구]

전 문

원고, 피항소인 1. A

2. B

원고들은 미성년자이므로 법정대리인 친권자 모 F

원고들 소송대리인 변호사 전용범

피고, 항소인 C

소송대리인 법무법인 길 담당변호사 이정의

변 론 종 결 2022. 9. 30.

판 결 선 고 2022. 11. 11.

제1 심판결 부산지방법원 동부지원 2021. 11. 17. 선고 2020가단211872 판결

주 문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고들의 청구를 모두 기각한다.
3. 소송총비용은 원고들이 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 원고들에게 제1심판결문 별지 목록 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 동부지원

남부산등기소 2018. 9. 19. 접수 제46986호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

주문 제1, 2항 기재와 같다.

이 유

1. 인정 사실

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 제1심판결의 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 인용한다.

2. 당사자들의 주장

가. 원고들

망인은 피고에 대하여 어떠한 채무도 부담하지 않고 있는바, 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채권이 존재하지 않은 상태에서 마쳐진 원인무효인 등기이므로, 피고는 망인의 상속인인 원고들에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 피고

1) 망인은 이 사건 근저당권설정계약 당시 피고에게 아래와 같이 100,000,000원의 채무가 있었는데, 위 채무를 담보하기 위하여 피고 앞으로 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐 준 것이다.

2) 즉, 이 사건 부동산에 관하여 2012. 8. 17. 채권최고액 62,400,000원, 채무자 피고인 근저당권설정등기, 2013. 4. 17. 채권최고액 68,200,000원, 채무자 피고인 근저당권설정등기, 2014. 5. 19. 채권최고액 20,900,000원, 채무자 피고인 근저당권설정등기(이하 ‘채무자 피고인 각 근저당권등기’라 한다)가 각 설정되어 있었는데, 위와 같이 각 근저당권을 설정하면서 대출받은 은행대출금은 모두 망인이 사용하였으므로, 망인이 위 대출금에 대한 대출이자를 지급하여야 함에도

불구하고, 피고가 망인을 대신하여 12,641,072원을 지급하였다.

또한 망인은 피고로부터, 피고의 부모님과 할머니가 피고에게 주려고 한 돈 30,000,000원을 빌려갔고, 망인이 사망하기 전 동거를 하였던 G와 함께 거주할 부산 수영구 H 소재 빌라 I호(이하 'H 빌라'라 한다) 매매대금을 마련하면서 받은 사업자자금 대출을 변제하기 위하여 58,910,000원을 빌려갔으며, 망인이 이 사건 부동산에 들어오면서 인테리어공사를 하기 위하여 30,000,000원을 빌려갔다. 나아가 피고는 망인 대신 이 사건 부동산에 대한 세금 10,000,000원을 부담하였다.

결국 망인은 피고에 대하여 합계 141,551,072원(= 12,641,072원 + 30,000,000원 + 58,910,000원 + 30,000,000원 + 10,000,000원)의 채무를 부담하고 있었는데, 피고는 이 사건 근저당권설정계약 당시 망인과 사이에 위 채무를 100,000,000원으로 정산하기로 합의한 뒤 위와 같이 피고 앞으로 이 사건 근저당권설정등기를 마친 것이다.

3. 판단

가. 관련 법리

저당권설정등기가 마쳐진 경우 그 등기는 적법하게 된 것으로서 진실한 권리상태를 공시하는 것이라고 추정되므로 그 등기가 위법하게 된 것이라고 주장하는 상대방에게 그 추정력을 번복할 만한 반대 사실을 증명할 책임이 있으나(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다72763 판결 참조), 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, 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 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결, 대법원 2011. 4.

28. 선고 2010다107408 판결 등 참조).

나. 구체적 판단

위 법리에 비추어 살피건대, 앞서 든 증거들, 갑 제3호증, 을 제4, 6, 10 내지 14, 18, 20, 21호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 제1심법원의 주식회사 E에 대한 2021. 4. 1.자 금융거래정보회신, 제1심법원의 법무사 J에 대한 사실조회회신, 당심 증인 K의 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고와 망인 사이에 이 사건 근저당권설정계약의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었다고 봄이 타당하므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다.

1) 피고는 2018. 9. 19.경 망인과 부산 수영구 H에 소재하는 L 법무사 사무실에서 이 사건 근저당권설정계약서(을 제12호증)를 작성하였는데, 위 근저당권설정계약서를 피고가 임의로 작성하였거나 위조하였다고 볼 자료는 없다.

2) 원고의 부친인 K는 이 사건 부동산을 담보로 M은행으로부터 2010. 11. 8.경 6,000,000원, 2011. 8. 17.경 15,000,000원, 2011. 10. 31.경 8,000,000원을 대출을 받았다. 피고는 2012. 8. 17. 이 사건 부동산을 담보로 E으로부터 52,000,000원을 대출받아 위 K가 M은행으로부터 대출받은 금원의 합계 29,000,000원(= 6,000,000원 + 15,000,000원 + 8,000,000원)을 변제하면서 같은 날 위 M은행에 대한 M은행 대출금 관련 근저당권설정등기가 말소하였고, 2013. 4. 17.경 이 사건 부동산을 담보로 E으로부터 62,000,000원을 대출받아 앞선 2012. 8. 17.자 E에 대한 대출금을 변제하고 위 대출금 관련 근저당권설정등기를 말소하였으며, 2014. 5. 19. 이 사건 부동산을 담보로 E으로부터 19,000,000원을 대출받았다.

피고는 이와 같은 대출은 망인의 요청에 의하여 이루어진 것이고, 대출금을 모두 망인이 사용하였으며 망인이 피고에게 대출금에 대한 이자를 지급하였다고 주장하는데, 망인은 ‘(N)부산’ 또는 ‘N(부산) G’이라는 이름으로 위 2014. 5. 19.자 대출 이후인 2014. 6. 18.부터 2017. 12. 18.까지 피고 또는 피고의 처(O)의 계좌에 매달 260,000원 가량을 입금한 내역이 존재하고, 위 각 대출금을 대출시기 및 그 경위에 비추어 볼 때, 위와 같은 피고의 주장은 신빙성이 있다.

3) 피고의 처 O은 2016. 4. 25. '부산(N)G' 계좌로 9,000,000원을 입금하였고, K는 P으로부터 부산 남구 Q아파트 R호에 관한 전세계약을 체결하면서 받은 계약금 등 합계 43,000,000원(= 2016. 8. 25.경 2,000,000원 + 2016. 8. 30.경 18,000,000원 + 2016. 9. 8. 23,000,000원)을 현금으로 인출하였으며, K는 2016. 11. 4.경 위 P으로부터 받은 전세자금 387,000,000원 중 340,000,000원을 전세입자인 S에게 입금하여 주었고, 같은 날 5,000,000원을 '(N)G' 계좌로 입금하였으며, 같은 날 41,910,000원을 출금하였다.

피고는 위 O 계좌에서 2016. 4. 25.경 '부산(N)G' 계좌로 입금된 9,000,000원, K 계좌에서 현금으로 출금한 43,000,000원, K 계좌에서 2016. 11. 4.경 '(N)G'계좌로 입금된 5,000,000원, K 계좌에서 2016. 11. 4.경 출금된 41,910,000원 중 1,910,000원은 모두 망인이 H 빌라 매매 관련 대출금을 변제할 용도로 가져가 사용하였다고 주장하는바, G이 2016. 4. 6.경 H 빌라를 취득할 무렵 피고가 주장하는 위 금원들의 입출금이 이루어졌고, K의 증언에 의하더라도 K의 계좌에서 현금을 인출된 금액을 모두 망인에게 주었다는 것으로 위와 같은 피고의 주장에 신빙성이 있다.

4) K의 증언에 의하면, 망인이 망인과 피고의 할머니가 T 집이 재개발되면서 수령한 보상금 중 피고에게 주기로 하였던 10,000,000원 및 피고가 결혼할 때 K가 피고에게 주려고 하였던 50,000,000원 중 20,000,000원을 가져갔다는 취지로 증언하였는바, 이와 같은 K의 증언은 실제 경험한 자가 아니면 진술할 수 없을 정도로 구체적이고, 피고의 주장과도 일치하며, 원고들의 조부이기도 한 K가 위증의 위험을 감수하고 피고만을 위해 허위증언을 할 만한 별다른 이유를 찾기 어려워 신빙성이 있다고 할 것이다.

5) 또한 K는, 망인이 2018.경 G와 헤어지면서 H 빌라를 처분한 후 원고들과 함께 이 사건 부동산에 함께 살게 되었는데 위 부동산을 인테리어하기 위해 피고로부터 30,000,000원을 빌렸고, 피고가 망인을 대신하여 이 사건 부동산에 대한 세금 10,000,000원을 부담하였다고 증언하였는바, 앞서 본 바와 같이 K가 피고를 위해 허위증언을 할 만한 별다른 이유를 찾기 어려워 신빙성이 있다고 할 것이고, 실제 망인이 이 사건 부동산을 K로부터 증여받은 이후인 2018. 11. 16.경 피고의 처가 세금 명목으로 10,000,000원을 출금한 사실도 인정되므로, 피고의 이 부분 주장도 신빙성이 있다.

6) 망인과 피고의 2018. 10. 8.자 통화내용에 의하면, 피고가 망인을 대신하여 대출을 받은 점에

대하여 망인도 이를 인정하는 취지로 말을 하고 있고, 망인이 피고에게 50,000,000원을 더 보상해주겠다는 취지로 말을 하고 있어 이 사건 근저당권설정계약서에 기재된 채권최고액 100,000,000원 이외에도 피고에 대한 채무가 더 있음을 인정하고 있는 취지로 보인다.

4. 결론

그렇다면, 원고들의 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론이 달라 부당하므로, 피고의 항소를 받아들여 제1심판결을 취소하고 원고들의 청구를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 윤태식, 판사 황지현, 판사 박승휘