

의정부지방법원 고양지원 2019. 9. 19 선고 2017가단12908 판결 [근저당권설정등기말소 등]

전 문

원 고 A

소송대리인 변호사 김철민

피 고 B

변론 종결 2019. 7. 18

판결 선고 2019. 9. 19

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 의정부지방법원 고양지원 고양등기소 2012. 6. 28. 접수 제83381호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2012. 6. 28. 의정부지방법원 고양지원 C 임의경매절차(이하 '이 사건 임 의경매절차'라

한다)에서 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)을 매각받아,같은 날 이 사건 부동산에 관하여 원고 명의의 소유권이전등기를 마쳤다.

나. 피고는 2012 . 6. 28. 이 사건 부동산에 관하여 같은 날 설정계약을 원인으로 하여 채권최고액 3억 2,000만 원,채무자 원고,근저당권자 피고로 된 주문 제1항 기재근저당권설정등기를 마쳤다(이하 '이 사건 근저당권설정등기' 또는 '이 사건 근저당권'이라 한다).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제호증의 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장

D가 이 사건 임의경매절차에서 이 사건 부동산을 낙찰받아 주겠다고 하면서 원고의 부모에게 의도적으로 접근한 후, 낙찰받는 곳에 필요하다고 하면서 근저당권설정등기에 필요한 일체의 서류들을 한부 더 건네받아 허위로 이 사건 근저당권설정등기를마쳤는바,실제 이 사건 근저당권의 피담보채권은 존재하지 않는다.

따라서 이 사건 근저당권설정등기는 원인무효의 등기라고 할 것이므로,피고는 원고에게 이를 말소할 의무가있다.

나. 피고의 주장

원고는 이 사건 부동산을 낙찰받기 위하여 피고로부터 3억 2,000만 원을 차용하고위대여금채권을 담보하기 위하여 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

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 성립시키는법률행위가 있어야 하고,근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원2009. 12. 24. 선고 2009다72070판결 참조),

나. 이 사건의 경우,원고가 이 사건 근저당권의 피담보채권이 성립되지 않았다고 주장하고

있으므로, 피고에게 그 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었다는 점을 증명할 책임이 있다고 할 것인데, 원고가 2012. 6. 28. 피고로부터 3억 2,000만 원을 차용하였는지에 관하여 보건대, 을 제2, 3호증은 그 진정성립을 인정할 증거가 없으므로 증거로 사용할 수 없고, 을 제4, 5호증, 을 제9내지 12호증, 을 제13호증의 1내지 5의 각 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

오히려 갑 제11, 12호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고의 전 남편 D가 원고의 모 E로부터 상담을 받고, 양도세 체납 집행을 막기 위해 허위로 근저당권을 설정해두면 된다고 말하고 경매대행업무를 위임받아, 원고가 2012. 6. 28. 피고로부터 3억 2,000만 원 상당을 차용한 것처럼 2012. 6. 28. 자 금전차용증서를 허위로 작성한 다음, 위 서면 등을 제출하여 이 사건 근저당권설정등기를 마친 사실이 인정될 뿐이다.

다. 소결론

결국 이 사건 근저당권은 그 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 존재하지 않아 무효라고 할 것이므로, 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결 한다.

판사 문병찬

별지