

광주지방법원 해남지원 2019. 1. 15 선고 2018가단2209 판결 [근저당권설정등기 말소등기]

전 문

원고A중앙회

피고B

변론 종결2018. 12. 18.

판결 선고2019. 1. 15.

주 문

1. 피고는 C에게 전남 완도군 D 임야 10,711m² 중 1/4 지분에 관하여 광주지방법원 완도등기소 2005. 10. 21. 접수 제10504호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. C은 2004. 4. 22. 원고의 신용보증 하에 E협동조합(이후 2005. 12. 19. F협동조합,

G협동조합과 합병하여 H협동조합이 설립되었고, H협동조합은 2007. 12. 28. I협동조합에 흡수합병되었다)으로부터 3,000만 원을 빌려 쓰고도 이를 갚지 아니하였다.

나. 이에 원고는 2008. 3. 31. 위 대출금융기관에 34,378,177원을 대위변제한 다음 같은 해 4. 22. C을 상대로 광주지방법원 해남지원 완도군법원 2008차740호로 구상금의 지급을 독촉하는 지급명령을 신청하였고, 위 법원은 같은 해 4. 24. 'C은 원고에게 34,378,177원 및 이에 대하여 2008. 3. 31.부터 이 지급명령 정본 송달일까지는 연 15%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라'는 내용의 지급명령을 하였으며, 위 지급명령은 2008. 5. 20. C에게 송달되었다.

다. C은 자신의 소유인 전남 완도군 D 임야 10,711㎡ 중 1/4 지분에 관하여 광주지방법원 완도등기소 2005. 10. 21. 접수 제10504호로 2005. 10. 20. 설정계약을 원인으로 한 피고 명의의 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)를 마쳐주었다.

[인정근거] 갑 제1, 2호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 판단

근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서, 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 입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 원고가 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위의 존재를 부인하고 있는 이상 피고는 그 존재를 증명하여야 할 것이다.

이에 대하여 피고는 2005. 10. 20. C에게 5,000만 원을 빌려주고 이를 담보하기 위하여 이 사건 근저당권을 설정한 것이고, 그 후 C은 2014년 6월 말까지 피고에게 원금 중 2,000만 원을 변제하고 현재까지 연 2회씩 현금으로 이자를 지급하고 있다고 주장하면서 C이 2018. 10. 10. 작성한 이행각서(을 제2호증의 1)를 증거로 내세우고 있다.

그러나 C은 원고와 법률상 이해관계가 대립되는 사람일 뿐만 아니라 위 이행각서는 이 사건 소 제기 이후에 작성된 것으로서 그 기재 내용을 그대로 믿기는 어렵고, 그밖에 달리 피고가 2005. 10. 20. C에게 5,000만 원을 빌려준 사실을 인정할 만한 증거가 없다.

그 결과 C과 피고 사이에 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위의 존재는 이를 인정할 수 없고, 따라서 이 사건 근저당권은 피담보채권 없이 설정된 것으로 무효이므로 피고는 C에게 이를 말소할 의무가 있고, 원고는 C의 채권자로서 C을 대위하여 피고를 상대로 그 말소를 구할 권리가 있다.

3. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있으므로 이를 인용한다.

판사정희철