

서울남부지방법원 2018. 4. 12 선고 2017가단14530 판결 [근저당권설정등기말소등기]

재판경과

서울남부지방법원 2018. 10. 11 선고 2018나55010 판결

서울남부지방법원 2018. 4. 12 선고 2017가단14530 판결

전문

원 고 주식회사 A

소송대리인 법무법인 두현

담당변호사 황혜림, 김말금, 백록담

피 고 B

소송대리인 법무법인 명륜

담당변호사 김주영

변론 종결 2018. 3. 15

판결 선고 2018. 4. 12

주문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울서부지방법원 은평등기소2006. 5. 10.

접수 제23810호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 소송비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초적 사실관계

가. 피고는 소외 C와 혼인하여 D일자 딸 E를 출산하였으나 가정불화로 1993. 5. 10. 이혼하였다.

나. C는 별지 목록 기재 부동산을 매수하여 2006. 5. 10. 자신 명의로 소유권이전등 기를 마치는 한편,같은 날 피고에게 채권최고액을 1억 원으로 하는 주문 제1항 기재근저당권설정등기를 마쳐주었다(이하 '이 사건 근저당등기').

다. 한편 원고는 C를 상대로 서울중앙지방법원 2009가합14819호로 양수금청구소송 을 제기하여 2009. 10. 21. 위 법원으로부터 '피고 C는 원고에게 850,856,098원 및 그중 7억 원에 대하여 2008. 12. 12.부터 다 갚는 날까지 연 25%의 비율로 계산한 돈을지급하되,20억 8,000만 원을 한도로 지급하라'는 취지의 승소판결을 받았는데,위 판결의 원인채무는 C의 소외 주식회사^ F에 대한 2005. 7. 27.자 연대보증채무이다(주채무자는 소외 G 주식회사).

위 판결은 그 무렵 그대로 확정되었다.

라. C는 현재 위 확정 판결 채무를 변제할 자력이 없는 상태이다.

【인정근거】다툼 없는 사실,갑 제1, 2호증(가지번호 포함),을 제3호증, 변론 전체의 취지

2. 청구원인에 관하여

가. 원고의 주장 요지

피고의 이 사건 근저당등기는 피담보채권이 존재하지 않는 무효의 등기이므로, 피고는 C를 대위한

원고에게 위 근저당등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 판단

1) 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하 여설정하는 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(대법원2009. 12. 24. 선고 2009다72070판결, 대법원 2011 . 4. 28. 선고 2010다107408판결등 참조).

2) 피고는 이 사건 근저당권의 피담보채권에 관하여 C가 피고에 대하여 '과거 혼인 파탄에 대한 위자료와 기왕 또는 향후 양육비 명목'으로 지급하기로 약정한 1억 원의 약정금채권을 주장하고 있다. 그러므로 살피건대, ① 먼저 피고가 내세우는 을 제5호증의 1의 기재는 백지 영수증 양식과 백지 약속어음 양식(이른바 '문방구어음' 양식)에 각 C의 도장만 날인된 것으로서, 각 서증에 아무런 기재가 없고 위 도장의 날인 시기도 불분명하여 피고의 주장사실을 뒷받침할 증거로는 부족하다.

나아가 ② 이 사건 근저당등기 당시 작성되었다는 근저당설정계약서(을 제5호증의 2)의 피담보채권 표시 부분(제1조)을 보더라도 "근저당권자는 채무자가 위 금액 범위 안에서 채권자에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대채무나 보증인으로서 기명날인한 차용금증서 각서지급증서 등의 채무와 발행 배서 보증인수한 모든 어음채무 및 수표금상의 채무 또는 상거래로 인한 생긴 모든 채무를 담보코저 끝에 쓴 부동산에 (중략) 근저당권을 설정한다."는 형식적·전형적 문구만 기재되어 있을 뿐, 피고가 주장하는 위자료, 양육비에 관한 언급은 없다.

그리고 ③ 을 제1,7호증의 각 기재에 의하면, 피고가 2008. 3.경부터 2011. 8.경까지 8회에 걸쳐 C로부터 합계 2,600만 원을 송금받은 사실, 이와 별도로 2006. 5.경부터 2017. 6. 28.경까지 C 또는 H(C의 형수)로부터 불규칙적으로 12만원 내지 50만 원씩을 송금받은 사실은 인정되나, 위 사실만으로는 아래 3)항에서 보는 사정에 비추어 볼 때 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었다는 점을 인정하기는 부족하고, 이 법원이 믿지 않는 을 제8호증의 기재 외에 달리 피고의

주장사실을 뒷받침할 증거가 없다.

3) 오히려 피고가 주장하는 피담보채권에 관하여 아무런 처분문서가 없는 점, @ 이 사건 근저당등기는 피고와 C가 이혼한지 13년이 지난 후 마쳐진 것으로서, C가그 무렵에 이르러 새삼 피고에게 위자료,양육비 합계 1억 원을 지급하겠다는 약정을할 만한 설득력 있는 사유가 인정되지 않는 점(을 제4호증의 1, 2, 을 제6호증의 각 기재만으로는 부족하다.),@ 이 사건 근저당등기 설정일은 C가 해당 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마친 날과 같고,이와 근접한 2005. 7. 27. C가 위 확정판결의 원인이되는 연대보증을 한 점 등을 종합하여 보면,이 사건 근저당등기는 피고와 C 사이에근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 없었음에도 향후 있을 수 있는 C에대한 강제집행에 대비하여 책임재산 회피 차원에서 설정된 것이 아닌가 하는 강한 의구심이 든다.

4) 결국 이 사건 근저당등기의 피담보채권을 성립시키는 법률행위의 존재에 관하여 증명이 부족하므로 위 근저당등기는 무효이고,원고는 C의 채권자로서 C를 대위하여피고에 대하여 위와 같이 무효인 등기의 말소등기절차 이행을 구할 수 있다.

3. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 정당하므로 이를 인용하기로 한다.

판사 윤상도

별지