

# 대 법 원

## 제 3 부

## 판 결

사 건	2009다72070 말소등기에 대한 승낙의사표시
원고, 상고인	원고 소송대리인 변호사 오성록
피고, 피상고인	피고 1 외 1인 피고 2 소송대리인 법무법인 청리 담당변호사 송찬호
원 심 판 결	서울고등법원 2009. 8. 12. 선고 2008나60065 판결
판 결 선 고	2009. 12. 24.

## 주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 근저당권등기가 마쳐진 이상 원고가 근저당권자인 소외인으로부터 금원을 차용한 것으로 추정되고 그 추정과 다르게 원고의 주장과 같이 이 사건 근저당권등기가 피담보채권을 성립시키는 법률행위 없이 종료된 것

이라면 그와 같은 사정을 원고가 증명하여야 한다고 전제한 후, 이 사건에서 위와 같은 사정을 인정할 원고의 입증이 부족하다는 이유로 이 사건 근저당권이 있는 채권의 압류권자인 피고들을 상대로 이 사건 근저당권의 말소등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 원고의 청구를 기각하였다.

그러나 다음과 같은 이유로 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

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 입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다.

한편, 근저당권이 있는 채권이 압류되는 경우, 근저당권설정등기에 부기등기의 방법으로 그 피담보채권의 압류사실을 기입등기하는 목적은 근저당권의 피담보채권이 압류되면 담보물권의 수반성에 의하여 종된 권리인 근저당권에도 압류의 효력이 미치게 되어 피담보채권의 압류를 공시하기 위한 것이므로, 만일 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는다면 그 압류명령은 무효라고 할 것이고, 근저당권을 말소하는 경우에 압류권자는 등기상 이해관계 있는 제3자로서 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 하여야 할 의무가 있다(대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결 등 참조).

그렇다면, 원고가 이 사건 근저당권등기 당시 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 없었다고 다투는 이 사건에 있어서 원고가 근저당권자인 소외인으로부터 금전을 차용하였는지 여부에 대한 입증책임은 위 차용행위의 존재를 주장하는 피고들에게 있다고

할 것이고, 그에 관한 피고들의 입증이 부족하다면 이 사건 근저당권과 압류는 무효로 되어, 압류권자인 피고들은 이 사건 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 할 의무를 부담하는 것이라 할 것이므로, 그와 달리 원고가 주장하는 차용행위의 부존재를 인정할 만한 입증이 부족하다는 이유로 원고의 청구를 기각한 원심판결에는 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위의 존재에 대한 입증책임의 법리와 근저당권이 있는 채권의 압류에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      안대희 \_\_\_\_\_

                  대법관      박시환 \_\_\_\_\_

                  대법관      차한성 \_\_\_\_\_

주심      대법관      신영철 \_\_\_\_\_