

대구지방법원 2020. 7. 3 선고 2019가단14810 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원 고 A 주식회사

소송대리인 B

피 고 C

소송대리인 변호사 장영수, 최지형

변론 종결 2020. 6. 5

판결 선고 2020. 7. 3

주 문

1. 이 사건 주위적 소와 예비적 소를 모두 각하한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지

주위적 및 예비적으로, 피고는 D에게 별지 부동산의 표시 기재 부동산(이하 '이 사건토지'라 한다)에 관하여 대구지방법원 칠곡등기소 1997. 8. 13. 접수 제15965호로 마친근저당권설정등기의 말소등기 절차를 이행하라 .

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 D를 상대로 이 법원 2017차전8491호로 신용카드이용대금 청구의 지급명령신청을 하여 2017. 7. 5. 그 지급명령이 확정되었다.

나. D는 1997. 8. 13. 자신 소유의 이 사건 토지에 관하여 채권최고액 1,500만 원, 채무자 D, 근저당권자 피고인 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)를마쳐주었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실,갑 제1내지 4호증의 각 기재,변론 전체의 취지

2. 주장 및 판단

가. 원고의 청구원인 주장

주위적으로 이 사건 근저당권의 피담보채무가 부존재하거나,예비적으로 위 근저당권의 피담보채무가 2003. 11. 2. 소멸시효의 완성으로 소멸하였으므로, 피고는 D에게이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다.

원고는 D에 대한 신용카드이용대금채권을 보전하기 위하여 D를 대위하여 피고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기를 구한다.

나. 이 사건 소의 적법여부에 관한 판단 1)피고는 D가 무자력이라고 볼만한 사정이 없어 채권자대위의 행사요건인 보전의 필요성이 없으므로, 이 사건 소는 부적법하다고 주장한다.

2) 판단

채권자가 채무자를 대위함에 있어 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 금전채권인 경우에는 그 보전의 필요성 즉, 채무자가 무자력인 때에만 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 수 있고(대법원2009. 2. 26. 선고 2008다76556판결 참조) 그러한 보전의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서는 이를 각하하여야 한다(대법원 2012. 8. 30.선고 2010다39918판결 등 참조).

살피건대, 원고가 제출한 증거만으로는 원고의 채무자인 D가 무자력 상태에 있음을인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 사건 주위적 및예비적 청구는 채권보전의 필요성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

3. 결론

원고의 주위적 및 예비적 청구는 모두 부적법하므로 이를 각하한다.

판사 이 효인

별지