

대구지방법원 2021. 11. 10 선고 2021가단4960 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원 고 A단체

피 고 B

소송대리인 변호사 이기호

변 론 종 결 2021. 9. 1.

판 결 선 고 2021. 11. 10.

주 문

1. 이 사건 소를 각하한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지

피고는 C에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 대구지방법원 칠곡등기소 2003. 6. 18. 접수 제13825호 및 같은 등기소 2005. 5. 23. 접수 제12288호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고의 C에 대한 채권 발생 등

- 1) D은 2001. 4. 24. 원고와 신용보증약정을 체결하고 이를 담보로 2001. 4. 24. E조합으로부터 1,326만 원을 이자 연 5%, 변제기 2006. 4. 24.로 정하여 대출받았으나 위 대출금을 변제하지 아니하였고, 원고는 2007. 8. 10. 위 신용보증약정에 따라 위 E조합에 15,380,208원을 대위변제하였다.
- 2) D은 2008. 9. 15. 사망하였고, 그 무렵 D의 상속인으로는 처 F와 자녀 C, G, H, I가 있었는데, 위 상속인들 중 C을 제외한 나머지 상속인들은 2008. 12. 8. 대구지방법원 의성지원 2008느단172호로 상속포기신고를, C은 2008. 12. 15. 대구지방법원 의성지원 2008느단179호로 상속한정승인신고를 하여 2008. 12. 30. 위 법원으로부터 상속포기심판 및 상속한정승인심판을 받음으로써, 결국 C이 D을 단독으로 상속하게 되었다.
- 3) 원고는 2011. 1. 24. 위 D의 상속인들에 대하여 대구지방법원 안동지원 2011가소690호로 위 대위변제금의 구상을 구하는 소를 제기하였고, 원고와 C 사이에 2011. 5. 7. “C은 원고에게 4,711,298원 및 그 중 3,022,015원에 대하여 소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라”는 취지의 이행권고결정이 확정되었다.

나. 별지 목록 기재 부동산(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)에 관한 근저당권설정등기 경로 등
피고 및 J은 G에 대하여 약 1억여 원의 대여금 또는 연대보증금 채권을 가지고 있었는데, 이를 담보하기 위하여 이 사건 부동산에 관하여 2003. 6. 18. 채권최고액 3,100만 원, 채무자 G, 근저당권자 피고로 된 근저당권설정등기 및 2005. 5. 23. 채권최고액 7,000만 원, 채무자 G, 근저당권자 피고로 된 근저당권설정등기를 각 경로받았다(이하 위 각 근저당권을 ‘이 사건 각 근저당권’이라 한다).

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증, 을 제4 내지 9호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 소의 적법 여부에 관한 직권 판단

가. 원고는, 이 사건 각 근저당권의 피담보채무가 소멸시효기간 도과로 소멸되었으므로 피고는 C에게 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있고, 원고는 C의 채권자로서 C을

대위하여 피고에 대하여 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소를 구한다고 주장한다.

나. 채권자가 채무자를 대위함에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 금전채권인 경우에는 채무자가 채무이행의 의사가 없는 것만으로는 행사할 수 없고 그 보전의 필요성이 있는 경우 즉, 채무자가 무자력인 때에만 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 수 있다(대법원 1969. 11. 25. 선고 69다1665 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결 등 참조). 한편 채권자대위권의 행사로서 채권자가 채권을 보전하기에 필요한 여부는 변론종결 당시를 표준으로 판단되어야 하고(대법원 1976. 7. 13. 선고 75다1086 판결 참조), 위와 같은 보전의 필요성이 존재한다는 사실 즉, 채무자의 무자력은 채권자가 증명하여야 하며, 그러한 보전의 필요성이 인정되지 아니하는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서서는 이를 각하하여야 한다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다39918 판결 참조).

다. 원고는 이 사건에서 채무자 C에 대한 구상금 채권을 원고의 피보전채권으로 주장하고 있는바 이는 금전채권임이 명백하므로 원고가 C을 대위하여 피고에 대하여 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행을 구하기 위해서는 보전의 필요성, 즉 채무자인 C의 무자력이 인정되어야 하나, 제출된 증거들만으로는 이를 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

라. 결국 C이 무자력 상태에 있다고 볼 수 없으므로, 이 사건 소는 채권자대위권 행사의 요건인 보전의 필요성이 인정되지 않아 부적법하다.

3. 결론

그렇다면 이 사건 소는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 박가람

별지

목 록

경북 칠곡군 K 전 407㎡. 끝.

