

수원지방법원 2018. 6. 28 선고 2017나74030 판결 [근저당권설정등기말소]

재판경과

수원지방법원 2018. 6. 28 선고 2017나74030 판결

수원지방법원 평택지원 2017. 8. 11 선고 2016가단14510 판결

전문

원고,항소인 농업협동조합중앙회

피고,피항소인 A

변론 종결 2018. 5. 3

판결선 고 2018. 6. 28

제1심 판결 수원지방법원 평택지원 2017. 8. 11. 선고 2016가단14510 판결

주문

1. 제1심 판결을 취소한다.
2. 이 사건 소를 각하한다.
3. 소송 총비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심 판결을 취소한다.

피고는 B에게 별지 목록 제 1내지 3항 기재 각 부동산에 관하여, D에게 별지 목록 제4항 기재 부동산에 관하여 각 수원지방법원 안성등기소 1999.1. 19. 접수 제1868호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 인정사실

가. 피고는 1999. 1. 16. B과 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 채권최고액 2억 원, 채무자 B, D(B의 배우자),근저당권자 피고로 정하여 근저당권설정계약을 체결하고, 1999. 1. 19. 청구취지 기재와 같은 각 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라고한다)설정등기를 마쳤다.

나. D은 2006. 2. 14. 별지 목록 제4항 기재 부동산에 관하여 2006. 2. 10. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다,

다. 원고는 2015. 6. 11. B을 상대로 수원지방법원 용인시법원 2015차전2825 구상금 청구의 지급명령을 신청하였고,위 법원은 2015. 6. 12. 천은 원고에게 260,111,207원및그 중 85, 295, 057원에 대한 2015. 6. 12.부터 2015. 6. 18.까지는 연 12%의,2015.6. 19.부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라?는 내용의 지급명령을 하였으며,위 지급명령은 2015. 7. 3. 확정되었다.

라. 채권자인 원고의 신청으로 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2016. 12. 5. 강 제경매개시결정(수원지방법원 평택지원 D)이 내려졌다.

【인정근거】다툼 없는 사실,갑 제1,2호증,을 제2호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호포함)의 각 기재,변론 전체의 취지

2. 피고의 본안 전 항변에 관한 판단

피고는, B의 일반채권자인 원고가 B, D을 대위하여 이 사건 소를 제기하였는데, 이 사건 소는 대위청구의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 주장한다.

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(대법원 2009. 2.26. 선고 2008다76556판결 참조), 위와 같은 보전의 필요가 존재한다는 사실 즉, 채무자의 무자력은 채권자가 주장·입증하여야 하며(대법원 1976. 7. 13. 선고 75다1086 판결 참조), 그러한 보전의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서 이를 각하하여야 한다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다39918판결 등 참조).

살피건대, 원고가 제출한 증거만으로는 원고가 D에 대하여 피보전채권을 가지고 있다거나 원고의 채무자 B이 무자력, 즉 채무초과의 상태에 있음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 사건 소는 보전의 필요성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

3. 결론

그렇다면, 이 사건 소는 부적법하여 각하하여야 한다.

제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고, 이 사건 소를 각하하기로 하여 주문과 같이 판결 한다.

재판장 판사 송승용 판사 한나라 판사 신동웅

별지