

광주지방법원 2021. 2. 5 선고 2020나50613(본소), 2020나66601(반소) 판결
[근저당권말소 · 근저당권설정등기 말소회복 청구의 소]

재판경과

광주지방법원 2021. 2. 5 선고 2020나50613(본소), 2020나66601(반소) 판결
광주지방법원 2019. 11. 14 선고 2019가단520429 판결

전 문

원고(반소피고), 피항소인A사

소송대리인 법무법인 안양

담당변호사 추장훈

피고(반소원고), 항소인B

소송대리인 변호사 정광연

변론 종결 2021. 1. 22.

판결 선고 2021. 2. 5.

제1심판결 광주지방법원 2019. 11. 14. 선고 2019가단520429 판결

주 문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고(반소피고)의 본소청구를 기각한다.
3. 이 법원에서 제기한 피고(반소원고)의 반소를 각하한다.

4. 소송 총비용 중 본소로 인한 부분은 원고(반소피고)가, 반소로 인한 부분은 피고(반소원고)가 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

청구취지

본소 : 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 광주지방법원 담양등기소 2015. 8. 24. 접수 제12429호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

반소 : 원고는 피고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 광주지방법원 담양등기소 2019. 12. 5. 접수 제18546호로 말소된 같은 등기소 2015. 8. 24. 접수 제12429호 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행하라(피고는 이 법원에 이르러 반소를 제기하였다).

항소취지(피고)

주문 제1, 2항과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고 대표자 C의 처남인 D는 원고의 대리인 자격으로 공정증서 작성을 촉탁해서 2015. 8. 24. 공증인가 법무법인 E 작성 증서 2015년 제1195호로 '피고는 2015. 8. 24. 1억 5,000만 원을 원고에게 대여하고, 원고가 이에 따른 채무를 이행하지 아니할 때에는 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없음을 인낙한다.'라는 내용의 금전소비대차계약 공정증서(이하 '이 사건 공정증서'라 한다)가

작성되었다.

나. 같은 날 원고 소유인 이 사건 각 부동산에 관하여 채권자 겸 근저당권자를 피고, 채무자 및 근저당권설정자를 원고, 채권최고액을 2억으로 하는 내용의 근저당권설정계약서(이하 '이 사건 근저당권설정계약서'라 한다)가 작성되었다. 같은 날 이 사건 각 부동산에 관하여 위 근저당권설정계약을 원인으로 하여 위와 같은 내용의 근저당권설정등기(이하 '이 사건 각 근저당권등기'라 한다)가 마쳐졌다.

다. 한편, 원고는 피고를 상대로 하여 이 사건 각 근저당권등기의 말소를 구하는 이 사건 소를 제기하였고, 제1심법원은 소송을 공시송달로 진행하여 2019. 11. 14. 원고 승소판결을 선고하였다. 그 후 2019. 12. 5. 형식적으로 확정된 제1심판결을 원인으로 하여 이 사건 각 근저당권등기에 대하여 말소등기가 마쳐졌다(이하 '이 사건 각 말소등기'라 한다).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 을 제1 내지 7호증1)의 각 기재(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다), 이 법원에 현저한 사실, 변론 전체의 취지

2. 당사자들 주장요지

가. 원고

원고는 D에게 이 사건 공정증서 및 근저당권설정계약서의 작성권한을 위임한 사실이 없으므로, 위 공정증서 및 근저당권설정계약서는 진정성립이 인정되지 아니한다. 따라서 원고는 피고에 대하여 아무런 채무를 부담하지 않고, 이 사건 각 근저당권등기는 피담보채무가 부존재하여 원인무효이므로 말소되어야 한다.

나. 피고

원고 대표자인 C은 소외 F에게 1억 5,000만 원의 차용금채무를, F는 피고에 대하여 2억 원의 차용금채무를 각 부담하고 있었는데, C, F 및 피고의 합의에 따라 원고가 F를 대신하여 피고에게 1억 5,000만 원의 채무를 부담하기로 하고 피고를 근저당권자로 한 이 사건 각 근저당권등기를 마쳤다. 결국 위 각 근저당권등기는 피담보채무가 존재하므로, 원고의 본소청구는 이유 없고, 나아가 말소된 이 사건 각 근저당권등기의 회복을 반소로 구한다.

3. 본소청구에 관한 판단

가. 이 사건 공정증서(을 제2호증) 및 근저당권설정계약서(을 제3호증)의 진정성립에 관하여

앞서 본 증거들과 인정사실에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 아래와 같은 사실 및 사정들을 종합해 보면, 이 사건 공정증서 및 근거당권설정계약서의 진정성립이 인정된다고 할 것이다.

1) 이 사건 공정증서의 진정성립에 관하여 ① 공정증서가 채무명의로서 집행력을 가질 수 있도록 하는 집행인낙의 표시는 공증인에 대한 소송행위이므로, 무권대리인의 촉탁에 의하여 공정증서가 작성된 때에는 채무명의로서의 효력이 없고, 그와 같은 공정증서를 작성할 대리권이 있다는 점에 대한 증명책임은 그 효과를 주장하는 채권자에게 있다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2002다18114 판결 등 참조). 한편 증인이나 공증사무취급이 인가된 합동법률사무소의 구성원인 변호사가 촉탁인 또는 대리촉탁인의 신청에 의하여 자신이 직접 청취한 진술, 그 목도한 사실, 기타 실험한 사실을 기재한 공증에 관한 문서는 보고문서로서 공문서이므로 민사소송법 제356조에 의하여 그 진정성립이 추정된다고 볼 것이고, 또한 그 보고내용의 진실성을 담보하기 위하여 증서의 작성 이전에 반드시 촉탁인이나 대리촉탁인의 확인 및 그 대리권의 증명 등의 절차를 미리 거치도록 하고 작성 이후에는 열석자의 서명날인을 받도록 규정하고 있는 공증인법 제27조, 제30조, 제31조, 제38조에 비추어 볼 때 신빙성 있는 반대자료가 없는 한 함부로 그 증명력을 부정하고 그 기재와 어긋나는 사실인정을 할 수 없다고 보아야 한다(대법원 1994. 6. 28. 선고 94누2046 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 공정증서에는 "촉탁에 관한 대리권은 본인의 인감증명서가 첨부된 위임장에 의하여 이를 인정하였다."라고 기재되어 있고, 원고 대표자 C이 D에게 공정증서 작성을 촉탁하는 내용의 공증촉탁서에는 C 명의 위임장과 인감증명서가 각 첨부되어 있는데, 위 위임장의 위임인란에는 C의 인감도장이 날인되어 있다.

② 앞서 인정한 바와 같이 이 사건 공정증서는 D가 원고를 대리하여 작성되었고, 그 근거가 된 위 위임장에 원고 대표자인 C의 인감도장이 날인되었는바, 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 위 위임장의 진정성립은 추정된다. 한편 원고는 이 법원 제2회 변론기일에서, 1억 원의 한도 내에서 이 사건 공정증서 작성 촉탁을 의뢰하였다고 진술하였는바, 위 진술에 의하더라도 C이 D에게 스스로의 의사에 기해 인감증명서와 위임장을 교부한 것으로 보인다.

③ 이 사건 공정증서 작성 이후 C이 D를 문서위조 등으로 고소하였다는 사정이 보이지 않고, 이 사건 공정증서 작성에 관여한 변호사는 2015. 8. 26. C에게 '대리인의 촉탁에 의하여 공정증서를

작성하였다'는 사실을 통지하였음에도 C은 변호사 또는 D에게 이 사건 공정증서에 관하여 문제를 삼거나 이의를 제기한 바 없어 보인다.

④ 결국 원고를 대리하여 이 사건 공정증서를 작성한 D는 원고 대표자 C으로부터2) 그와 관련한 대리권을 위임받았다고 판단된다.

2) 이 사건 근저당권설정계약서의 진정성립에 관하여 ① 원고는 이 사건 근저당권설정계약서에 찍힌 위 C의 인영이 C의 의사에 반하여 날인된 것이라고 주장하나, 원고가 제출한 증거들만으로는 이를 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

② 오히려 살피건대, 문서에 찍힌 인영이 그 명의인의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립이 추정되고 민사소송법 제385조에 따라 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것인바(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다72029 판결 등 참조), 이 사건 근저당권설정계약서에 찍힌 원고 대표자 C의 인영이 C의 인장에 의하여 현출된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없는바, 위 법리에 비추어 보면, 위 근저당권설정계약서의 진정성립이 추정될 뿐이다.

나. 소결론

결국 이 사건 공정증서 및 근저당권설정계약의 진정성립이 인정되고, 처분문서는 진정성립이 인정되면 그 기재 내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 이상 문서의 기재 내용에 따른 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하는바, 처분문서인 위 공정증서에 기재된 대로 원고의 피고에 대한 금전지급채무가 존재하고 마찬가지로 처분문서인 위 근저당권설정계약서에 기재된 대로 원·피고 간의 근저당권설정계약 역시 체결되었다고 봄이 타당하다.

따라서 이와 다른 전제에 있는 원고의 본소청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

4. 피고의 반소청구에 관한 판단

가. 관련 법리

부동산에 관한 등기는 법률에 다른 규정이 없는 한 등기관리자와 등기의무자의 신청에 의하는 것인 바 위 등기의무자라 함은 등기부상의 형식상 신청하는 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받은 자(등기명의인이거나 그 포괄승계인)를 말하고, 등기의무자가 아닌 자를 상대로 한 회복등기 청구의 소는 부적법하다. 불법하게 말소된 것을 이유로 한 근저당권 설정등기회복등기

청구는 그 등기말소 당시의 소유자를 상대로 하여야 한다(대법원 1969. 3. 18. 선고 68다1617 판결, 대법원 1979. 7. 24. 선고 79다345 판결, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2006다43903 판결 등 참조).

나. 구체적 판단

을 제4호증의 기재에 의하면, 이 사건 각 부동산에 관하여 2016. 10. 27. 소외 G사 명의로 같은 달 26.자 증여를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐진 사실을 인정할 수 있고, 2019. 12. 5. 형식적으로 확정된 이 사건 제1심판결을 원인으로 피고 명의의 이 사건 각 근저당권등기의 말소등기가 마쳐진 사실은 앞서 본 바와 같다.

위 인정사실에 앞서 본 법리를 비추어 살피건대, 원고는 이 사건 각 부동산에 관하여 등기부상 소유명의인이거나 그 포괄승계인이 아니어서 위 말소등기의 회복등기를 하여 줄 등기의무자라고 할 수 없으므로 본건 회복등기청구의 피고적격이 없다고 할 것이다.

따라서, 피고가 이 법원에서 제기한 반소는 피고적격 없는 원고를 상대로 한 것으로서 부적법하다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 본소청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고 피고의 항소를 받아들여 원고의 본소청구를 기각하며, 이 법원에서 제기한 피고의 반소는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사박옥희

판사김용태

판사이지영

별지

1) 이 사건 공정증서(을 제2호증) 및 근저당권설정계약서(을 제3호증)에 대한 원고의 증거항변에 관하여는 아래 제3의가.항에서 판단한다.

2) 을 제4, 6, 7호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고는 독립된 사찰로서의 실체를

갖추고 사회적 활동을 하여 온 비법인사단에 해당한다고 봄이 상당한데(대법원 2001. 1. 30. 선고 99다42179 판결 등 참조, 이에 관하여 당사자 사이에 다툼도 없는 것으로 보인다), 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법 규정 가운데서 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용하여야 할 것인바, 민법 제62조의 규정에 비추어 보면, 비법인사단의 대표자는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있다(대법원 1996. 9. 6. 선고 94다18522 판결 등 참조).