

대법원 2019. 4. 3 선고 2018다285328(본소), 2018다285335(반소) 판결
[근저당권설정등기말소회복등기등 · 손해배상(기)]

재판경과

대법원 2019. 4. 3 선고 2018다285328(본소), 2018다285335(반소) 판결
부산고등법원 2018. 10. 18 선고 2018나50119(본소), 2018나50126(반소) 판결
부산지방법원 동부지원 2017. 10. 20 선고 2017가합102647 판결

전문

원고(반소피고), 피상고인A조합

소송대리인 법무법인(유한) 현

담당변호사 김동철, 강신묵, 강찬우, 이준규

피고(반소원고), 상고인C

소송대리인 변호사 정의훈

판결 선고 2019. 4. 3.

원심판결 부산고등법원 2018. 10. 18. 선고 2018나50119(본소), 2018나50126(반소) 판결

주문

원심판결 중 반소에 관한 피고(반소원고) 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 부산고등법원에 환송한다.

나머지 상고를 기각한다.

N

이 유

1. 기본적 사실관계

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

가. B은 2012. 1. 18. 원고(반소피고, 이하 '원고'라고 한다)로부터 246,000,000원을 대출받고, 이를 담보하기 위하여 그 소유의 아파트(이하 '이 사건 아파트'라고 한다)에 관하여 채권최고액 295,200,000원의 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)를 원고에게 마쳐 주었다.

나. 원고의 대출 담당 직원인 D은 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 관한 원고 명의 위임장을 위조한 다음 법무사에게 의뢰하여 2013. 2. 1. 이 사건 근저당권설정등기를 말소하였다.

다. 피고(반소원고, 이하 '피고'라고 한다)는 2013. 2. 4. B으로부터 이 사건 아파트를 250,000,000원에 매수하면서 그 중 90,000,000원을 지급하고, 나머지 매매대금의 지급은 임대차보증금 160,000,000원 반환채무를 인수하는 것으로 갈음하기로 약정하여, 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다.

2. 본소청구에 대하여

원심은, 이 사건 근저당권설정등기는 부적법하게 말소되었으므로 그 말소등기는 원인무효이고, 피고는 이 사건 근저당권설정등기가 말소된 후 소유권을 취득한 자로서 등기상 이해관계 있는 제3자에 해당하므로 위 근저당권 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 의하면 원심의 이와 같은 판단에 상고이유 주장과 같은 법리오해 또는 심리미진의 잘못이 없다.

3. 반소청구에 대하여

가. 원심은, 위와 같은 사실을 기초로 특별한 사정이 없는 한 원고는 D의 사용자로서 피고에게 발생한 손해를 배상할 책임이 있으나, 피고가 담보물의 제3취득자로서 담보권 실행으로 이 사건 아파트의 소유권을 상실하거나 채권최고액 상당을 대위변제하지 않는 한, 이 사건 근저당권설정등기의

회복등기에 대해 승낙 의무를 부담한다는 사정만으로는 손해를 입었다고 볼 수 없다고 하여, 피고가 반소로 구하는 손해배상청구를 전부 기각하였다.

나. 그러나 불법행위로 인한 손해배상청구권은 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하는 것이고, 이 때 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28568 판결 등 참조).

민법 제588조 본문에 의하면 매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 매수인은 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있다. 또한 부동산 매도인은 특별한 사정이 없는 한 제한이나 부담이 없는 소유권이전등기의무를 지고(대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다80760 판결, 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다12349 판결 등 참조), 부동산 매수인은 특별한 약정이 없는 한 그 부동산에 설정된 근저당권설정등기가 있어 완전한 소유권이전을 받지 못할 우려가 있으면 그 근저당권의 말소등기가 될 때까지 그 등기상의 담보한도금액에 상당한 대금지급을 거절할 수 있다(대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카1029 판결 참조).

다. 위에서 본 사실관계에 비추어 보면, 원고의 직원 D이 위법하게 이 사건 근저당권설정등기를 말소시켜 이 사건 아파트에 대하여 근저당권이 설정되어 있지 아니한 것과 같은 외관을 만들어냈고, 피고는 이를 믿고 근저당권이 유효하게 존재하고 있음을 알지 못한 채 이 사건 아파트에 관한 매매계약을 체결하고 매매대금을 모두 지급함으로써 실제로는 지급하지 않아도 될 매매대금을 지급한 결과가 되었다. 이 사건 근저당권설정등기의 회복등기에 대하여 법률상 대항할 수 없는 이상, 피고로서는 위법하게 이루어진 등기부상 기재를 믿고 법률상 또는 계약상 지급하지 않아도 될 매매대금을 지급함으로써 현실적으로 손해를 입은 것이며, 기록에 의하면 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권인 B에 대한 대출금채권은 만기가 지나도록 변제되지 않았고 B은 파산선고를 받은 사실을 알 수 있으므로, 위 근저당권의 피담보채권이 존재하지 아니하거나 그 변제가 담보되어 있는 등의 이유로 피고에게 실질적인 손해의 발생가능성이 없다고도 볼 수 없다.

라. 그렇다면 피고에게 현실적으로 손해가 발생하지 않아 원고의 손해배상 의무가 인정되지 않는다고 판단한 원심판결은 불법행위로 인한 손해배상청구에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친

잘못이 있다. 이 점을 지적하는 피고의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 결론

그러므로 원심판결 중 반소에 관한 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 나머지 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장대법관이기택

대법관권순일

대법관박정화

주심대법관김선수