

서울중앙지방법원 2018. 7. 19 선고 2017가단53638 판결 [근저당권설정등기말소 청구]

전 문

원고A

피고B

변론 종결2018. 6. 21.

판결 선고2018. 7. 19.

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 기재 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 중부등기소 2014. 7. 29. 접수 제34616호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2006. 12. 27. 별지 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관한 소유권을

취득하였다.

나. 이 사건 부동산에 관하여, 2014. 7. 29.자 근저당권설정계약을 원인으로 하여 같은 날 서울중앙지방법원 중부등기소 접수 제34616호로 채권최고액 13,000,000원, 채무자 원고, 근저당권자 피고로 된 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)가 마쳐졌다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 기재

2. 청구원인에 관하여

가. 주장

원고는 이 사건 근저당권설정등기는 원고가 피고와 근저당권설정계약을 체결한 사실이 없음에도 이루어진 것이어서 원인무효이므로 말소되어야 한다고 주장한다.

나. 판단

1) C가 이 사건 부동산에 대하여 근저당권설정계약에 대한 승낙이나 위임을 원고로부터 받은 사실이 없었던 사실, C가 2014. 7. 29. D 법무사 사무실내에서 이 사건 부동산에 관한 근저당권설정계약에 필요한 위임장을 작성함에 있어 위임장의 채무자란에 원고의 이름, 등기의무자란에 원고의 이름을 각 기재하고 그 이름 옆에 원고의 도장을 날인한 다음 위 사무실의 직원에게 제출한 사실, C가 위 위임장을 위조하고 이를 행사하였다는 혐의로 기소되어 2017. 5. 23. 징역 6월 선고받은 사실, 이후 위 판결이 확정된 사실, 이 사건 근저당권설정등기의 원인인 근저당권설정계약서 작성 당시 피고가 원고를 만나거나 원고의 의사를 확인한 사실이 없는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제2, 5호증, 을 제2호증의 1, 3 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있다.

2) 앞서 본 기초사실과 위 인정사실에 의하면 C가 원고의 동의 없이 원고의 위임장, 근저당권설정계약서 등을 위조하여 이 사건 근저당권설정등기를 피고에게 마쳐준 것이고 원고는 이 사건 근저당권설정등기의 원인인 근저당권설정계약을 직접 체결하거나 C에게 근저당권설정계약을 체결하기 위한 대리권을 수여한 바가 없어 이 사건 근저당권설정등기는 원인무효이므로, 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다.

3. 피고의 주장에 관하여

가. 주장

피고는 이 사건 근저당권설정등기 경로 당시 C가 원고로부터 대리권을 수여받지 아니하였다 하더라도 이 사건 근저당권설정등기를 법무사에게 의뢰할 당시의 경위나 사정을 고려하면 피고로서는 C가 배우자인 원고로부터 대리권을 수여받았다고 믿을 만한 정당한 사정이 있었으므로, 원고는 표현대리에 의하여 책임을 진다고 주장한다.

또한 이 사건 근저당권설정등기 당시에는 원고가 몰랐더라도 그 후 3년이라는 시간 동안 C가 피고와 같은 지인들로부터 빌려온 돈으로 생활비에 충당하고 같이 소비하여 오면서 묵시적인 승인을 하였다고 봄이 타당하므로 이 사건 근저당권설정등기가 무효라는 원고의 주장은 부당하다는 취지로 주장한다.

나. 판단

1) 표현대리의 성립 여부 가) 을 제2호증의 1, 3, 4, 을 제3호증의 1, 2 각 기재에 의하면, C와 피고가 D 법무사 사무실을 방문하여 근저당권설정계약을 작성하고 이 사건 근저당권설정등기를 D 법무사에게 위임한 사실, 이 사건 근저당권설정등기의 등기신청 및 취하에 관한 위임장에 원고의 인장이 날인되어 있는 사실, C가 2014. 7. 29.자로 발급받은 원고의 인감증명서를 피고 또는 D 법무사에게 제공한 사실, C가 2014. 7. 29.자로 자신의 주민등록표 등본을 발급받아 제공하였는데 여기에 원고는 C의 처로 기재되어 있는 사실, C가 2014. 7. 28.자로 원고의 가족관계증명서를 발급받아 제시하였는데 여기에도 C가 원고의 배우자로 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

나) 한편 앞서 든 증거들 및 갑 제3, 4호증에 의하면, 2014. 7. 29.자로 발급된 원고의 인감증명서는 C가 대리로 발급받은 것으로서 사용용도란에 아무런 기재가 없었던 사실¹⁾, 2014. 7. 29.자로 발급받아 제공된 주민등록표 등본은 원고의 것이 아닌 C의 것이었던 사실, 2014. 7. 28.자로 발급받은 원고의 가족관계증명서 역시 C가 신청하여 발급받은 것이었던 사실, 위 인감증명서, 주민등록표 등본, 가족관계증명서가 모두 원고의 주소지가 아닌 하남시에서 발급된 것인 사실, 법무사에 대한 위임장이 원고가 직접 D 법무사에게 위임하는 형식으로 작성된 사실을 인정할 수 있고, 여기에 피고가 이 사건 근저당권설정계약에 필요한 서류 작성 당시 원고와 대면한 바 없고 대면을 요구하지도 않았던 것으로 보이는 점, 피고는 이 사건 근저당권설정에 관한 계약서 작성 당시 C에게 현금으로 10,000,000원을 지급하였다고 주장하고 있는 점, 1회 변론기일에 판사가 피고에게

이 사건 근저당권설정등기를 신청할 당시의 신청서와 첨부서류를 제출할 것을 명하여 피고가 서증으로 을 제2호증의 1 내지 5, 을 제3호증의 1, 2를 제출하였는데 근저당권설정등기신청서(을제2호증의 1)의 첨부서류에는 설정계약서도 포함되어 있는데 피고가 이를 제출하지 아니한 점, 사회통념상 일방 배우자가 다른 일방 배우자에게 자기 소유의 부동산을 제3자에 대한 담보로 제공하거나 그 원인되는 법률행위를 함에 필요한 대리권을 수여한다는 것은 이례에 속한다고 볼 수 있는 점 등을 더하여 보면, 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 C에게 원고 소유의 이 사건 부동산에 관하여 위 근저당권을 설정할 대리권이 있다고 믿은 데 정당한 이유가 있었다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다) 표현대리가 성립하므로 이 사건 근저당권설정등기가 유효하다는 취지의 피고의 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 추인 여부 가) 무효행위 또는 무권대리행위의 추인은 무권대리 행위 등이 있음을 알고 행위의 효과를 자기에 귀속시키도록 하는 단독행위로서 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 행위의 결과가 자기에 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있어야 할 것인바, 설령 피고의 주장과 같이 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐진 때로부터 3년 가까이 시일이 지난 후에 원고가 이 사건 소를 제기하였고, C가 피고를 포함한 지인들로부터 빌린 돈으로 원고가 함께 생활비에 충당하고 이를 소비하여 왔다는 사실이 인정된다고 하더라도 그러한 사정만으로 원고가 이 사건 근저당권설정등기 관련 근저당권설정계약이 무효임을 알고 그 효과를 자신에게 귀속시킬 의사를 표시하였다고는 볼 수 없다.

나) 오히려 갑 제2, 5호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 의하면 C가 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐지기 전부터 원고의 어머니를 기망하여 편취하는 등의 행위를 하여온 사실, 피고는 C가 구속될 무렵에야 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 경위 사실과 C에 대한 채권의 존재를 말하였으며 그 직후 원고는 피고에게 이 사건 근저당권설정등기가 원인무효이므로 말소하여 줄 것을 요구하고 C를 사문서위조 등으로 고소한 사실을 인정할 수 있다.

다) 이 사건 근저당권설정등기 이후 원고가 근저당권설정계약을 추인하였음을 전제로 한 피고의 주장도 받아들이지 아니한다.

4. 결론

원고의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사이영풍

별지

1) 원고가 대리권 수여와 관련하여 대리권의 범위나 상대방 등에 관한 의사표시를 하였음을 인정할 만한 직접적인 기재가 없었다는 취지임.