

서울중앙지방법원 2022. 1. 19 선고 2020나53523 판결 [근저당권설정등기말소등청구]

재판경과

서울중앙지방법원 2022. 1. 19 선고 2020나53523 판결

서울중앙지방법원 2020. 7. 3 선고 2019가단5157652 판결

전문

원고, 항소인 겸 피항소인 1. A

2. B

원고들 소송대리인 법무법인 대호

담당변호사 심연와, 김의권, 최수한

피고, 피항소인 겸 항소인 중소기업은행

소송대리인 법무법인(유한) 율촌

담당변호사 문일봉, 이희중, 성소영, 전병모

변론 종결 2021. 10. 13.

판결 선고 2022. 1. 19.

제1심판결 서울중앙지방법원 2020. 7. 3. 선고 2019가단5157652 판결

주문

1. 제1심판결을 아래와 같이 변경한다.

가. 피고는 원고들에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 성남지원 2018. 7. 3. 접수

제29144호로 마친 근저당권설정등기와 같은 법원 2018. 8. 17. 접수 제37310호로 마친 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

나. 원고 A의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송 총비용 중 1/3은 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

주문 제1의 가항과 같은 판결과 피고는 원고 A에게 106,698,657원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

가. 원고들

제1심판결 중 원고들 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고들에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 성남지원 2018. 7. 3. 접수 제29144호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 피고

제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 부분에 해당하는 원고들의 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 인정사실

가. 당사자의 지위

원고들은 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)을 각 1/2지분씩 소유하는 지분소유자들이고, 피고는 아래와 같이 원고 B 명의의 대출을 실행하고 이를 피담보채권으로 하여 이 사건 부동산에 관하여 근저당권을 설정한 은행이다.

나. 이 사건 제1근저당권 설정 및 이 사건 제1대출 실행 경위

1) 원고들은 피고 F지점 대출담당 대리인인 아들 C의 요청으로 2018. 6. 27.경 피고 D지점에 직접 방문하여 채무자 원고 B, 담보제공자 원고들로 된 대출거래약정서(이하 '이 사건 제1대출거래약정서'라 하고, 그 약정을 '이 사건 제1대출거래약정'이라 한다) 및 근저당권설정계약서(이하 '이 사건 제1근저당권설정계약서'라 하고, 그 계약을 '이 사건 제1근저당권설정계약'이라 한다)를 작성하였다.

2) 원고들은 당시 이 사건 제1근저당권설정계약서에 성명과 채권최고액 '사억팔백만원'을 자필로 기재하고 직원으로 하여금 본인들의 인장을 날인하게 하였으며, 이 사건 제1대출거래약정서에는 대출금액을 공란으로 둔 채 성명을 자필로 기재하고 직원으로 하여금 본인들의 인장을 날인하게 하였다.

3) C는 이 사건 제1근저당권설정계약서의 계약일자를 2018. 7. 3.로 하여 자신이 대출담당 대리인인 피고 F지점에서 이 사건 제1근저당권설정 절차를 진행하였고, 이에 피고 F지점은 이 사건 제1근저당권설정계약을 원인으로 이 사건 부동산에 관하여 수원지방법원 성남지원 2018. 7. 3. 접수 제29144호로 채무자 원고 B, 근저당권자 피고, 채권최고액 408,000,000원인 근저당권설정등기(이하 '이 사건 제1근저당권설정등기'라 한다)를 접수하여 위 등기가 경료되었다.

4) C는 같은 날 대출담당 대리인으로서 이 사건 제1대출거래약정서 대출금액란에 '삼억사천만원'이라 기재하는 등 대출서류를 작성, 구비하여 상급자에게 결재를 요청하였고, 이에 피고는 이 사건 제1대출거래약정에 따라 340,000,000원의 대출을 실행하고(이하 '이 사건 제1대출'이라 한다), 원고 B 명의의 보통예금 계좌(계좌번호 1 생략)로 위 금원을 송금하였다.

다. 이 사건 제2근저당권 설정 및 이 사건 제2대출 실행 경위

1) C는 2018. 8. 중순 채무자 원고 B, 담보제공자 원고들, 대출금액 144,000,000원으로 된 대출거래약정서(이하 '이 사건 제2대출거래약정서'라 하고, 그 약정을 '이 사건

제2대출거래약정'이라 한다)와 채권최고액 136,800,000원으로 된 근저당권설정계약서(이하 '이 사건 제2근저당권설정계약서'라 하고, 그 계약을 '이 사건 제2근저당권설정계약'이라 한다)를 작성한 후 원고들의 성명을 기재하고 인장을 날인하였다.

2) 이 사건 제2근저당권설정계약서에 의하여, 피고 F지점은 이 사건 제2근저당권설정계약을 원인으로 이 사건 부동산에 관하여 수원지방법원 성남지원 2018. 8. 17. 접수 제37310호로 채무자 원고 B, 근저당권자 피고, 채권최고액 136,800,000원인 근저당권설정등기(이하 '이 사건 제2근저당권설정등기'라 한다)를 접수하여 위 등기가 경료되었다.

3) 피고는 2018. 8. 17. 이 사건 제2대출거래약정서에 의하여 114,000,000원 대출을 실행하고(이하 '이 사건 제2대출'이라 한다) 원고 B 명의의 보통예금 계좌(계좌번호 1 생략)로 위 금원을 송금하였다.

라. 원고 A의 예금채권 관련

- 1) 원고 A은 2018. 3. 15.과 같은 달 16. 각 50,000,000원씩을 C에게 송금하였고, C는 2019. 5. 3. 원고 A의 피고 예금계좌로 100,000,000원을 송금하였다.
- 2) 피고는 위 금원이 C가 피고의 고객 예금을 임의로 해지하여 마련한 것임을 이유로 2019. 5. 9. 원고 A의 예금계좌 잔액에 대하여 지급정지 조치를 하였다.

마. C에 관한 형사사건(이하 '관련 형사사건'이라고 한다)의 경과

- 1) C는 2019. 6. 26. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 등의 혐의로 구속되었다. 원고들은 같은 날 아들인 C에 대하여 이 사건 제1, 2대출거래약정서 위조 등 사실로 고소한 후, 2019. 7. 12.과 2019. 7. 18. 두 차례에 걸쳐 강원속초경찰서 수사과에 출석하여 고소사실에 대해 진술하였다.
- 2) C는 2019. 10. 10. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령), 사문서위조, 위조사문서행사, 사전자기록등위작, 위작사전자기록등행사, 사기 등의 범죄사실로 징역 6년의 형을 선고받았는데[춘천지방법원 속초지원 2019고합22, 35(병합)], 위 판결의 범죄사실 중 이 사건과 관련된 부분은 다음과 같다.

『2019고합35』

피고인은 2015. 7. 23.경부터 2018. 1. 16.경까지 피해자 중소기업은행 G지점에서 예금 출납, 대출, 송금 등의 가계여신 업무에 종사하고, 2018. 1. 17.경부터 2019. 5. 9.경까지 피해자 중소기업은행 F지점에서 가계여신 업무에 종사하였던 자이다.

1. 사문서위조 및 위조사문서행사

피고인은 2015. 8. 4.경 서울 구로구 H에 있는 피해자 중소기업은행 G지점에서 행사할 목적으로 그곳에 비치되어 있는 은행거래서 용지에 볼펜을 사용하여 성명란에 'B', 주민등록번호 앞6자리란에 'T', 주소란에 '서울시 구로구 J건물 K호', 연락처란에 '(전화번호 1 생략)', 고객님만의 평생계좌번호 신청란에 '(계좌번호 2 생략)', 상품명란에 '보통예금(신IBK급여통장)', 인터넷뱅킹 고객1일 이체한도란에 '일천만원', 인터넷뱅킹 계좌1일 이체한도란에 '일천만원', 인터넷뱅킹 계좌1회 이체한도란에 '일천만원', ONE 아이디란에 'L', 예금주란에 'B'라고 기재한 후 그 이름 옆에 B의 서명을 하고, 2015. 8. 5.경 위 피해자 중소기업은행 G지점에서 그 위조 사실을 모르는 성명불상의 중소기업은행 G점 과장 및 팀장에게 위와 같이 위조한 은행거래서를 마치 진정하게 성립한 문서인 것처럼 건네주어 이를 행사한 것을 비롯하여, 그 무렵부터 2018. 8. 17.경까지 별지 범죄일람표4 기재와 같이 총 6회에 걸쳐 행사할 목적으로 권리의무에 관한 사문서인 B, A 명의의 은행거래서, 대출거래약정서, 대출신청서, 근저당설정계약서를 위조하고 이를 마치 진정하게 성립한 문서인 것처럼 행사하였다.

2. 사기

피고인은 결혼자금, 차용금 등으로 가상화폐에 투자하였으나 손실이 발생하자 피고인의 모 B, 부 A 명의로 피해자 중소기업은행 F지점에 대출신청을 하고, 그와 같이 취득한 대출금을 투자금 및 채무 변제를 위하여 사용하기로 마음먹었다.

가. 피고인은 2018. 7. 3.경 속초시 M에 있는 피해자 중소기업은행 F지점에서 제1항 범죄일람표 순번 2, 3번 기재와 같이 위조한 대출거래약정서 및 대출신청서를 마치 피고인이 피고인의 모 B, 부 A 명의로 대출을 신청할 수 있는 정당한 권한이 있는 것처럼 피해자 중소기업은행 F지점의 성명불상의 과장 및 팀장 N, 지점장 O을 기망하여 이에 속은 피해자 중소기업은행 F지점으로부터 같은 날 B 명의 기업은행 계좌(계좌번호 1 생략)로 대출금 명목으로 340,000,000원을 송금받아 이를 편취하였다.

나. 피고인은 2018. 8. 17.경 제2의 가항 기재 장소에서 제1항 범죄일람표 순번 4 내지 6번 기재와 같이 위조한 대출신청서, 근저당설정계약서, 대출거래약정서를 마치 피고인이 피고인의 모 B, 부 A 명의로 대출을 신청할 수 있는 정당한 권한이 있는 것처럼 피해자 중소기업은행 F지점의 성명불상의 과장 및 팀장 N, 지점장 O을 기망하여 이에 속은 피해자 중소기업은행 F지점으로부터 같은 날 B 명의 기업은행 계좌(계좌번호 1 생략)로 대출금 명목으로 114,000,000원을 송금받아 이를 편취하였다.

3) C는 위 판결에 항소하였으나 항소기각 판결(서울고등법원 춘천재판부 2019노189)을 받고 상고를 포기하여, 위 판결은 2020. 3. 19. 확정되었다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 7, 10 내지 12, 15, 18, 21, 27호증, 을 제3 내지 9호증(가지번호 있는 것은 가지번호를 포함한다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고들의 주장

가. 원고들의 이 사건 제1근저당권설정등기 말소청구 관련

원고들은 C에게 이 사건 제1대출에 관하여 아무런 권한을 수여한 바 없음에도 불구하고, C는 원고들과 아무런 상의 없이 이 사건 제1대출거래약정서의 대출금액란에 340,000,000원을 기재하고 그 금액을 대출받았다.

피고가 채무자 본인의 확인을 받는 등 필요한 절차를 밟지 않고 승인한 이 사건 제1대출은 C의 무권대리 내지 무권대행행위로 효력이 없는 것이고, 설령 그 효력이 인정된다 하더라도 원고들은 실질적 채무자인 C의 무권대리행위 등으로 그에 관한 신뢰를 상실하였으므로 계속적 보증에서의 해지에 관한 법리에 따라 이 사건 소장 송달로 이 사건 제1근저당권설정계약을 해지한다. 따라서 피고는 원고들에게 이 사건 제1근저당권설정등기 말소절차를 이행할 의무가 있다.

나. 원고들의 이 사건 제2근저당권설정등기 말소청구 관련

이 사건 제2대출은 C가 위조한 대출거래약정서로 이루어진 것으로 위 대출에 관한 계약이 불성립하였거나 무권대리 내지 무권대행으로 효력이 없고, 이 사건 제2근저당권설정등기는 애초에 적법한 원인 없이 이루어진 것으로 무효이다.

따라서 피고는 원고들에게 이 사건 제2근저당권설정등기 말소절차를 이행할 의무가 있다.

다. 원고 A의 예금반환청구 관련

원고 A은 C에 대하여 100,000,000원의 채권을 가지고 있고, C는 위 채권의 변제를 위하여 원고 A에게 100,000,000원을 송금하였다. 한편 원고 A은 위 금원을 수령할 당시 C가 고객들의 예금을 횡령한 돈이라는 사실에 대하여 악의 또는 중과실이 없었다.

따라서 피고는 원고 A에게 피고가 지급정지한 원고 A의 예금계좌 잔액 106,698,657원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 판단

가. 원고들의 이 사건 제1, 2근저당권설정등기 말소청구에 관하여

1) 관련 법리 민사재판에 있어서는 형사재판의 사실인정에 구속을 받는 것이 아니라고 하더라도 동일한 사실관계에 관하여 이미 확정된 형사판결이 유죄로 인정한 사실은 유력한 증거자료가 되므로 민사재판에서 제출된 다른 증거들에 비추어 형사재판의 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 이와 반대되는 사실을 인정할 수 없다(대법원 1996. 5. 28. 선고 96다9621 판결 참조).

그리고 사문서에 날인된 작성 명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립이 추정되고, 한편 일반적으로 문서의 일부가 미완성인 상태로 서명날인을 하여 교부한다는 것은 이례에 속하므로 그 문서의 교부 당시 백지 상태인 공란 부분이 있었고 그것이 사후에 보충되었다는 점은 작성명의인이 증명하여야 한다. 그러나 일단 문서의 내용 중 일부가 사후 보충되었다는 사실이 증명된 다음에는 그 백지 부분이 정당하게 위임받은 권한에 의하여 보충되었다는 사실은 그 백지 부분의 기재에 따른 효과를 주장하는 당사자가 이를 증명할 책임이 있다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2011다100923 판결 등 참조).

2) 이 사건 제1대출의 유효성에 관하여 가) 원고 B가 C에게 이 사건 제1대출거래약정서 보충 권한을 수여하였는지에 관하여

(1) C가 원고들의 도장이 날인된 이 사건 제1대출거래약정서 용지에 대출금액 '삼억사천만원', 대출실행일 '2018년 7월 3.일', 대출만료일 '2053년 6월 21.일'의 기재 등을 보충하고 위 서류로 이 사건 제1대출이 이루어진 사실, 이에 대하여 C는 관련 형사사건에서 "원고들의 도장이 날인된 대출거래약정서 용지에 원고들의 동의를 받지 아니하고 이 사건 제1대출거래약정서 중 '대출금액',

'대출실행일' 등의 부분을 위조하였다"는 사문서위조 및 위조사문서행사의 범죄사실과 이 사건 제1대출 관련 사기죄의 범죄사실로 유죄판결을 선고받고, 그 무렵 위 판결이 확정된 사실은 모두 앞서 본 바와 같으므로, 관련 형사사건의 위와 같은 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 원고 B가 C에게 이 사건 제1대출거래약정서 보충 권한을 수여하지 않았다고 보아야 할 것이다.

(2) 이에 대하여 피고는, C가 원고들로부터 340,000,000원 또는 100,000,000원의 범위 내에서 이 사건 제1대출거래약정서의 대출금액을 보충 기재할 권한을 수여받아 이 사건 제1대출을 신청하였던 것이라고 주장한다.

그런데 앞서 본 사실관계를 비롯하여 증인 C의 이 법원에서의 증언, 갑 제18, 34, 38호증, 을 제4, 5, 7, 8, 19호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거만으로는 관련 형사사건의 사실인정을 뒤집고 원고 B가 C에게 이 사건 제1대출거래약정서 보충 권한을 수여하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

① 피고는, 비록 원고들이 이 사건 제1대출거래약정서의 '대출금액란'은 공란으로 비워두었지만, 이 사건 제1근저당권설정계약서의 '채권최고액'란에는 C가 보충 기재한 대출금 '삼억사천만원'에 상응하는 금액인 '사억팔백만원(= 340,000,000원 × 120%)'을 자필로 기재하였던 점으로 미루어 보아 피고 D지점 방문 당시 원고들에게 '삼억사천만원'의 대출에 대한 확정적 의사가 있었던 것이라고 주장한다.

그러나 원고들은 2018. 6. 27.경 피고 D지점에 방문하여 대출금액을 공란으로 한 대출거래약정서를 작성하게 된 경위에 관하여, 아들인 C와 C의 형의 결혼자금에 부족할 경우를 대비하여 언제든지 대출을 받을 수 있는 준비를 하고자 하였던 것일 뿐 340,000,000원은 물론 100,000,000원의 범위 내의 대출에 대해서조차 확정적 의사를 가지고 있었던 것은 아니라는 취지로 주장하고 있고, 피고 D지점 대리 E가 작성한 확인서1), E에 대한 수사보고에 의하여도 원고들이 피고 D지점 방문 당시 원고들이 소득증빙서류를 지참하지 않아 대출금액을 특정할 수 없었고, 원고들이 주말에 C와 대출금액을 논의할 예정이었다는 점이 뒷받침된다. 또한 원고들은 「금융소비자보호 모범규준」상

강화된 설명의무 이행 대상에 해당하는 은퇴자 또는 주부로, 원고들이 '채권최고액'의 의미를 제대로 이해하지 못하고 C의 지시에 따라 '사억팔백만원'이라고 기재하였을 가능성이 없다고 단정할 수도 없다. 따라서 원고들이 이 사건 제1근저당권설정계약서에 성명과 채권최고액 '사억팔백만원'을 기재하였다는 사정만으로 원고 B에게 피고 D지점 방문 당시 위 채권최고액에 상응하는 금액인 340,000,000원 상당 대출을 실행하고자 하는 확정적 의사가 있었다고 볼 수 없다.

② 피고는, C가 원고들이 피고 D지점을 방문한 이후인 2018. 6. 30. 원고들의 집을 방문하여 원고들이 보관하던 이 사건 제1대출거래약정서, 납세증명서 등 대출 관련 서류를 가지고 속초로 돌아갔던 점에 비추어 그 무렵 원고들이 위 서류를 C에게 교부하며 대출금액을 340,000,000원으로 보충 기재할 권한을 수여한 것이라고도 주장한다.

그러나 C가 무단으로 위 서류들을 가져갔을 가능성을 배제할 수 없을 뿐만 아니라, 당시 C가 가져간 서류(대출거래약정서의 대출금액란이 공란으로 되어 있었고, 소득증빙서류는 없었다)만으로는 이 사건 제1대출을 곧바로 실행시킬 수도 없다는 것이어서, C가 당시 위 서류들을 가지고 갔다는 사정만으로 원고들의 C에 대한 대출금액 보충 권한 수여가 차단된다고 할 수는 없다[오히려 원고 A의 카드내역서(갑 제38호증), C의 카드내역서(갑 제34호증) 등에 의하면 그 무렵 원고 A은 여행 중이었고, C가 원고들의 집에 체류한 시간 또한 그리 길지 않아 보이는 등 해당 일자에 원고들과 C 사이에 340,000,000원이라는 큰 금액에 대한 대출 논의가 이루어져 원고들이 C에게 위 서류를 교부한 것이라는 것과 반대되는 정황이 다수 엿보인다].

또한, 만약 그 무렵 원고들에게 340,000,000원에 대한 확정적 대출의사가 있었다면 다른 서류와 함께 소득증빙서류도 준비하여 두는 것이 자연스러운 것인데도 원고들은 피고 D지점을 방문하기 이전인 2018. 6. 25. 원고들의 납세증명서, 지방세납세증명서, 주민등록등본, 인감증명서 등 대출에 필요한 서류 일부를 직접 발급받아 보관하고 있었을 뿐 대출금액 확정 등 대출심사에 필수적인 서류인 소득증빙서류(원고들의 건강보험자격득실확인서 및 원고 A의 군인연금수급권자확인서)는 발급받은 사실이 없었고, 이 사건 제1대출 실행 시 첨부된 소득증빙서류는 C가 2018. 7. 1. 전자로 발급받았음이 인정되는바, 이 점에서도 과연 원고들과 C 사이에 대출 실행 여부 및 대출 범위에 대한 논의가 있었다고 볼 수 있는지 의문이다.

③ 피고는 임대차/가격 조사보고서(을 제1호증)를 근거로 원고들이 이미 이 사건 제1대출에 대한 절차 진행 사실을 이미 인식·수인하고 있었던 것이라고 주장하나, 임대차/가격 조사보고서상 조사일자는 원고들이 피고 D지점을 방문하기도 이전인 2018. 6. 26.일 뿐만 아니라, 대출신청자의 명의를 'C'로 되어 있고, 담당자인 P은 임대차/가격 조사보고가 실제로 이루어졌는지에 관하여 분명하게 기억을 못한다는 것이어서, 임대차/가격 조사보고가 원고들의 의사에 의하여 이루어진 것인지조차 불분명하다.

④ C는 이 사건 제1대출에 기한 대출금 340,000,000원을 자신이 2015. 8. 4.경 위조한 은행거래서를 이용하여 개설한 원고 B 명의의 보통예금 계좌(계좌번호 1 생략)로 수령하였고, 위 대출금을 다시 자신 명의의 계좌로 이체한 다음 가상화폐 투자목적으로 사용하였다. 만약 C가 원고들로부터 대출금액을 보충할 권한을 수여 받아 이 사건 제1대출을 실행한 것이라면 C가 원고들에게 위 340,000,000원의 사용처에 대한 아무런 해명 없이 2019. 5. 10.까지 위 금액 전부를 가상화폐 투자에 사용할 수 있었을 것이라고 보이지는 않는다[원고들은 2019. 5. 10. 전까지 이 사건 제1, 2대출 관련하여 피고로부터 아무런 연락을 받지 못하였던 것으로 보이고, 경위서(갑 제7호증)에 의하면 이는 C가 해당 대출 관련 핸드폰 번호를 자신의 번호로 변경하여 두었기 때문인 것으로 이해된다].

⑤ 원고 B는 관련 형사사건에서 최초 진술할 당시 이 사건 제1근저당권설정계약서 및 제1대출거래약정서는 모두 C가 위조한 것이라고 하는 등 원고들과 C의 관련 형사사건의 진술 중 원고들의 이 법원에서의 주장과 일부 배치되는 부분이 있기는 하다. 그러나 원고들과 C의 주장은 'C가 이 사건 제1대출거래약정서 등을 위조하여 권한 없이 이 사건 제1대출을 실행시켰다'는 큰 틀에서 일관되고, 원고들 스스로 수사 과정에서 자신의 진술을 정정하기도 하였으며, 나아가 관련 형사사건의 수사기관은 수사 과정에서 원고들이 이 사건 제1, 2대출에 따른 책임을 면하고자 허위로 C를 고소한 것은 아닌지에 대하여 추궁하기도 하였던 것으로 보이므로, 관련 형사사건의 유죄 확정판결이 위와 같은 가능성을 간과한 채로 이루어진 것이라고 할 수도 없다. 이러한 사정을 고려해보면, 원고들과 C의 수사기관에서의 진술 중 일부 표현만을 근거로 원고들이 민사적 책임을 벗어날 의도로 거짓 주장을 하는 것이라 단정할 수는 없다.

⑥ 피고는, 원고들 주장 중 '100,000,000원 정도의 범위 내에서 자녀들의 결혼자금을 대출받을 의사가 있었다'는 부분을 근거로 원고들에게는 적어도 100,000,000원에 대한 확정적 대출 의사가 있었으므로 이 사건 제1대출은 그 범위 내에서 유효하다고도 주장한다.

그러나 원고들의 주장 중 '자녀들의 결혼자금이 필요하게 될 경우에 한하여 대출을 받을 수도 있다는 가정적, 조건적 의사'에 관한 부분은 원고들이 이 사건 제1대출거래약정서 등 대출 관련 서류를 준비하게 된 경위를 설명하기 위한 취지로 해석될 뿐이므로, 이를 근거로 그 무렵 원고들에게 대출금 100,000,000원에 대한 확정적 대출의사가 있었다고 볼 수 없다.

나) 민법 제126조 표현대리가 성립하는지에 관하여

피고는, 원고들 주장 중 '100,000,000원 정도의 범위 내에서 자녀들의 결혼자금을 대출받을 의사가 있었다'는 부분을 근거로 원고들에게는 적어도 100,000,000원에 대한 확정적 대출 의사가 있었고, C에게 그 범위 내에서의 보충 기재 권한은 수여한 것이므로, 이 사건 제1대출 전부에 대하여 민법 제126조의 표현대리가 성립되어 유효하다고 주장한다.

그러나 C에게 이 사건 제1대출거래약정서 보충 기재에 관하여 이를 대리, 대행할 아무런 기본 대리권이 수여되지 않았음은 이미 본 바와 같을 뿐만 아니라, 설령 C에게 100,000,000원의 범위 내에서 이 사건 제1대출거래약정서를 보충 기재할 기본 대리권이 존재하였다고 하더라도, 앞서 본 사실관계를 비롯하여 증인 C의 이 법원에서의 증언, 갑 제8호증의 기재를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거만으로는 피고에게 C가 이 사건 제1대출거래약정서의 대출금액 부분을 340,000,000원으로 보충 기재할 권한이 있다고 믿은 데에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다. 따라서 피고의 위 주장도 이유 없다.

① 민법 제126조에서 말하는 권한을 넘은 표현대리의 효과를 주장하려면 자칭 대리인이 본인을 위한다는 의사를 명시 또는 묵시적으로 표시하거나 대리의사를 가지고 권한 외의 행위를 하는 경우에 상대방이 자칭 대리인에게 대리권이 있다고 믿고 그와 같이 믿는 데 정당한 이유가 있을 것을 요건으로 하고, 여기서 정당한 이유의 존부는 자칭 대리인의 대리행위가 행하여질 때에 존재하는 모든 사정을 객관적으로 관찰하여 판단하여야 한다(대법원 1987. 7. 7. 선고 86다카2475 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다30331 판결 등 참조). 한편, 정당한 이유가 있다는 점에 대한

주장·입증책임은 표현대리의 효과를 주장하는 자에게 있다(대법원 1968. 6. 18. 선고 68다694 판결 참조).

② 그런데 피고 F지점 대출담당대리인 C는 자칭대리인인 자신에게 이 사건 제1대출거래약정서의 대출금액 부분을 340,000,000원으로 보충 기재할 권한이 없다는 사실을 잘 알고 있었다.

③ 그리고 피고의 여신업무취급세칙(갑 제8호증)에 의하면, 피고는 여신거래시에는 채무관계자별로 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」에서 인정하는 다음 각호의 실명확인증표를 받아 여신거래에 대한 진정한 의사표시를 하는 본인인지 여부를 확인하여야 하고, 대리인과의 여신거래는 '본인과 여신거래를 할 수 없는 부득이한 사정이 있을 것', '본인의 채무부담의사 등을 전화 등에 의한 적절한 방법에 의하여 본인으로부터 여신실행 전에 직접 확인할 수 있을 것'과 같이 예외적인 경우에만 가능하며, 그 경우에도 대리권 유무를 서면으로 확인하도록 되어 있다. 또한 피고의 여신업무취급세칙 제2절 제63조 제2항은 '가계에 대한 여신은 고객의 거주지 또는 직장 소재지 인근 영업점에서 취급함을 원칙으로 한다'고 정하고 있다.

그런데 이 사건 제1대출은 본인(원고 B)과의 약정 형식으로 취급되었음에도 최종적으로 원고 B의 거주지 인근 영업점이 아닌 피고 F지점에서 취급되었고(C는 이 법원에서 이 사건 제1대출 관련하여 피고의 의심을 피하기 위하여 피고의 여신업무취급세칙 제2절 제63조 제2항에 따라 원고들에게 피고 D지점에서 본인확인 및 자서를 마칠 것을 권하였다고 진술하였다), 대출심사 과정에서 원고 B에게 직접 C의 대리권 유무 내지 원고 B의 채무부담의사를 확인하는 절차는 이루어지지 않은 것으로 보인다.

이에 대하여 피고는 피고 D지점 대리 E가 원고들의 대출의사 및 담보설정의사에 관하여 충분한 확인 절차를 거쳤음을 근거로 피고에게 민법 제126조 소정의 '정당한 이유'가 존재하였던 것이라고도 주장하나, E는 이 사건 제1대출 심사의 담당자가 아니었을 뿐만 아니라, 피고 D지점 방문 당시 원고들에게 확정적 대출의사가 없었고 구체적인 서류 심사가 이루어진 것이 아니라는 점에서 E가 원고 B 본인 여부를 확인하였다는 사정만으로는 이와 달리 볼 수 없다.

④ 이 사건 제1대출 실행 절차에는 이 사건 제1대출 관련 서류가 피고 자체 물류시스템이 아닌 C에 의하여 직접 피고 F지점에 접수되었던 점, 이 사건 제1대출거래약정서 중 원고 B가 기재한 부분과

C가 위조한 부분은 그 필체가 육안으로도 구별되는 점 등 C의 대리권 유무 내지 원고들의 채무부담의사에 관하여 의심할 만한 정황이 충분하였던 것으로 보인다(C는 이 법원에서 직원이 가족의 대출업무를 담당하지 못하도록 한 피고의 전산상 규제를 우회하기 위해서 다른 직원의 컴퓨터를 사용하여 이 사건 제1대출을 편법적으로 처리하였다고 증언하기도 하였다). 그럼에도 C를 거쳐 C의 상급자인 Q, N, O의 심사결재가 모두 마쳐질 때까지 이 사건 제1대출에 관한 심사는 형식적으로만 이루어졌을 뿐 아무런 추가적인 확인이 없었던 것으로 보인다.

다) 원고 B가 이 사건 제1대출을 추인하였는지에 관하여

(1) 피고는, 원고 B는 원고들이 처음 이 사건 제1, 2대출의 존재를 알게 되었다고 주장하는 2019. 5. 9. 이후에도 2019. 5. 24. 및 2019. 6. 25. 두 차례에 걸쳐 이 사건 제1대출의 원리금을 상환하였으므로 이 사건 제1대출에 대한 원고 B의 추인이 있었던 것이라고 주장한다.

(2) 살피건대, 무효인 법률행위를 추인에 의하여 새로운 법률행위로 보기 위하여는 당사자가 이전의 법률행위가 무효임을 알고 그 행위에 대하여 추인하여야 한다. 한편 추인은 묵시적으로도 가능하나, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있어야 할 것이므로 이를 판단함에 있어서는 관계되는 여러 사정을 종합적으로 검토하여 신중하게 하여야 한다. 위와 같은 법리를 고려하면, 당사자가 이전의 법률행위가 존재함을 알고 그 유효함을 전제로 하여 이에 터 잡은 후속행위를 하였다고 해서 그것만으로 이전의 법률행위를 묵시적으로 추인하였다고 단정할 수는 없고, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 이전의 법률행위가 무효임을 알거나 적어도 무효임을 의심하면서도 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 의사로 후속행위를 하였음이 인정되어야 할 것이다[대법원 2020. 2. 13. 선고 2018다268217, 2018다268224(병합) 판결 참조].

그런데 을 제2, 10호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 제1, 2대출의 원리금을 납입한 원고 B 명의 계좌는 C가 은행거래서를 위조하여 만들고 위 원고 몰래 이 사건 제1대출 실행에 이용한 계좌인 사실이 인정될 뿐이므로, 피고 주장의 위와 같은 사정만으로는 원고 B가 이 사건 제1대출이 무효임을 알거나 적어도 무효임을 의심하면서도 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 의사로서 위와

같은 후속행위를 한 것이라 인정하기 부족하고, 달리 원고 B가 이 사건 제1대출을 추인하였다고 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 피고의 위 주장도 이유 없다.

라) 소결

결국 이 사건 제1대출은 위조된 서류에 의하여 이루어진 것으로 무효라고 보아야 한다.

3) 이 사건 제2대출의 유효성에 관하여 앞서 본 사실관계에 의하면, 이 사건 제2대출 및 제2근저당권설정등기는 위조된 서류에 의하여 이루어진 것으로 무효라고 봄이 타당하다.

피고는 이 사건 제2대출에 대하여도 표현대리 내지 추인 주장을 하나, 피고가 제출한 증거만으로는 이를 인정하기 부족하고 달리 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

4) 소결 따라서 이 사건 제1, 2근저당권설정등기는 모두 그 피담보채무가 부존재하거나 위조된 서류에 의하여 마쳐진 원인무효의 등기이므로, 피고는 원고들에게 이 사건 제1, 2근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 원고 A의 예금반환청구에 관하여

1) 청구원인에 관하여 갑 제11호증의 기재에 의하면, 원고 A의 피고 예금계좌에 106,648,657원의 잔액이 존재하는 사실을 인정할 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고 A에게 위 예금 106,648,657원과 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고의 항변에 관하여 가) 피고의 주위적 상계항변

피고는, 주위적으로 원고 A이 2019. 5. 3. C가 횡령한 피고 소유 100,000,000원을 송금받아 그 금액 상당을 부당이득하였으므로 피고가 원고 A에 대하여 가지는 위 부당이득반환채권을 자동채권으로 하여 원고 A의 위 예금반환채권과 그 대등액에서 상계한다고 주장한다.

그러나 채무자가 피해자로부터 횡령한 금전을 자신의 채권자에 대한 채무변제에 사용하는 경우 채권자가 그 변제를 수령함에 있어 그 금전이 횡령한 것이라는 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 채권자의 금전취득은 피해자에 대한 관계에서 법률상 원인이 있는 것으로 봄이 타당한데(대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733,53740 판결 등 참조), 피고가 제출한 증거들만으로는 원고 A이 C로부터 100,000,000원을 송금받을 당시 위 금원이 불법적으로 마련된 것이라는 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 있었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할

증거가 없다. 따라서 피고의 주위적 상계항변은 이유 없다.

나) 피고의 예비적 상계항변

(1) 피고는, 예비적으로 원고들이 인감도장 관리를 소홀히 하는 등의 고의 또는 과실로 C의 불법행위를 방조하여 피고에게 이 사건 각 대출금 합계 454,000,000원 상당의 손해를 가하였으므로 피고가 원고 A에 대하여 가지는 위 손해배상채권을 자동채권으로 하여 원고 A의 예금반환채권과 그 대등액에서 상계한다고 주장한다.

(2) 피고의 원고 A에 대한 불법행위로 인한 손해배상채권 존재 여부 및 범위

(가) 민법 제760조 제3항은 불법행위의 방조자를 공동불법행위자로 보아 방조자에게 공동불법행위의 책임을 지우고 있다. 방조는 불법행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민사법의 영역에서는 과실에 의한 방조도 가능하며, 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 말아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 그 의무를 위반하는 것을 말한다. 그런데 타인의 불법행위에 대하여 과실에 의한 방조로서 공동불법행위의 책임을 지우기 위해서는 방조행위와 불법행위에 의한 피해자의 손해 발생 사이에 상당인과관계가 인정되어야 한다(대법원 2016. 5. 12. 선고 2015다234985 판결 등 참조).

(나) 앞서 본 사실관계에 변론 전체의 취지를 종합해보면, 원고 A은 결혼자금에 필요할 경우를 대비하여 대출 준비를 마쳐놓자는 C의 기망행위에 속아 피고 D지점을 방문하여 이 사건 제1근저당권설정계약서에 성명과 채권최고액 '사억팔백만원'을 자필로 기재하고 직원으로 하여금 자신의 인장을 날인하게 하였고, 이 사건 제1대출거래약정서에는 대출금액을 공란으로 둔 채 성명을 자필로 기재하고 직원으로 하여금 자신의 인장을 날인하게 하였으며, C가 원고들이 보관하던 이 사건 제1대출 관련 서류를 가지고 갔음에도 이를 회수하지 않았음이 인정되고, 원고 A으로서 위 서류들이 이 사건 제1대출 실행에 사용될 수 있다는 점을 충분히 예견할 수 있었다고 보인다. 그렇다면 원고 A은 적어도 과실로 이 사건 제1대출에 관한 C의 피고에 대한 불법행위를 용이하게 함으로써 방조하였다고 할 것이므로, 민법 제760조 제3항, 제1항에 따라 C와 공동하여 이 사건 자신의 방조행위와 상당인과관계가 인정되는 손해를 배상할 의무가 있다(이 사건 제2대출에는

원고들이 개입한 사실이 전혀 없으므로 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다).

다만 단순한 부주의라도 그로 말미암아 손해가 발생하거나 확대된 원인이 되었다면 피해자에게 과실이 있는 것으로 보아 과실상계를 할 수 있고, 피해자에게 과실이 인정되면 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정하면서 이를 참작하여야 하는데(대법원 2002. 10. 25. 선고 2001다79518 판결 등 참조), 피고는 이 사건 제1대출 실행 과정에서 C의 대리권 유무를 의심할 사정이 있었음에도 이에 대해 구체적으로 확인을 하지 아니하였는바, 이러한 사정은 이 사건 제1대출로 인한 손해의 발생에 결정적인 영향을 주었을 것으로 보이고, 원고 A이 고의로 C의 범행에 가담한 것이라고 할 수 없는 점 등 제반 사정을 고려해보면, 원고 A의 피고에 대한 책임은 50%로 제한함이 상당하다.

이에 따라 계산하면 원고 A이 피고에게 배상하여야 할 손해액은 170,000,000원(= 이 사건 제1대출로 인한 피고의 손해액 340,000,000원 × 50%)이다.2) (3) 상계적상 및 상계의사표시 원고 A이 피고에게 수동채권으로서 예금반환채권 106,648,657원을 가지고 있는 사실, 피고가 원고 A에게 자동채권으로서 손해배상채권 170,000,000원을 가지고 있는 사실은 앞서 본 바와 같다. 원고 A의 예금반환채권 106,648,657원은 C가 원고 A의 피고 예금계좌로 100,000,000원을 송금한 2019. 5. 3.에는 전액 변제기에 도달하였고, 피고의 손해배상채권은 변제기의 정함이 없는 채권으로서 그 채권의 성립과 동시에 민법 제492조 제1항의 이행기가 도래하므로, 불법행위일인 이 사건 제1대출 실행일 2018. 7. 3.경 변제기가 도래하였다고 할 것이다.

따라서 원고 A과 피고의 위 각 채권들은 수동채권인 원고 A의 피고에 대한 예금반환채권의 이행기인 2019. 5. 3. 상계적상에 있었다고 할 것이고, 위 각 채권들을 대등액에서 상계한다는 의사표시가 기재된 피고의 2020. 5. 29.자 준비서면 부분이 원고 A에게 송달된 사실은 기록상 명백하므로, 원고 A의 피고에 대한 예금반환채권 106,648,657원은 상계적상일인 2019. 5. 3.에 소급하여 전액 소멸하였다 할 것이다.

(4) 소결

결국 피고의 예비적 상계항변은 이유 있다.

4. 결론

그렇다면, 원고들의 각 근거당권설정등기말소청구는 이유 있어 이를 각 인용하여야 하고, 원고 A의

예금반환청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로, 제1심판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사심재남

판사최규연

판사최태영

별지

1) 원고들의 이 사건 제1대출거래약정서 작성을 담당한 직원인 피고 D지점 대리 E는 당시 상황에 대하여, "원고들은 2018. 6. 27. 피고 D지점에서 이 사건 제1대출거래약정서를 작성하며 자신들의 서명만을 자필로 기재하고 대출금액은 공란으로 비워두었고, 이에 원고들에게 대출금액란을 자필 기재하여 줄 것을 요청하였는데, 원고들은 E에게 '피고 F지점에서 근무하는 아들 C와 주말에 대출금액을 논의하여 실행하고자 하고자 하니, 대출금액을 공란으로 하여 작성한 대출거래약정서를 교부하여 달라'고 요구하여 C와의 확인절차를 거쳐 원고들에게 위 서류를 교부하였다"라고 서술하였다(을 제9호증).

2) C가 이 사건 제1대출금 중 20,406,028원을 변제하였으나, 금액이 다른 채무가 서로 부진정연대 관계에 있을 때 다액채무자가 일부 변제를 하는 경우 변제로 인하여 먼저 소멸하는 부분은 당사자의 의사와 채무 전액의 지급을 확실히 확보하려는 부진정연대채무 제도의 취지에 비추어 볼 때 다액채무자가 단독으로 채무를 부담하는 부분으로 보아야 하고, 이러한 법리는 공동불법행위자들의 피해자에 대한 과실비율이 달라 손해배상액이 달라졌는데 다액채무자인 공동불법행위자가 손해배상액의 일부를 변제한 경우에도 적용되므로(대법원 2018. 3. 22. 선고 2012다74236 전원합의체 판결), C가 변제한 20,406,028원은 C가 단독으로 부담하는 170,000,000원 부분에 전부 충당될 뿐이어서 원고 A의 손해배상액에는 영향이 없다.