

서울고등법원(인천) 2022. 1. 28 선고 2020나13746 판결 [부당이득금반환]

전 문

원고, 피항소인 A

소송대리인 변호사 기명관

피고, 항소인 B

소송대리인 변호사 김성득

변 론 종 결 2021. 11. 26.

판 결 선 고 2022. 1. 28.

제1 심판결 인천지방법원 부천지원 2020. 6. 24. 선고 2019가합608 판결

주 문

1. 제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액을 초과하는 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다. 피고는 원고에게 167,000,000원 및 이에 대하여 2019. 12. 15.부터 2022. 1. 28.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 피고의 나머지 항소를 기각한다.
3. 소송총비용 중 60%는 원고가, 나머지 40%는 피고가 각 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 원고에게 430,700,000원 및 이에 대하여 2013. 3. 27.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 추완항소의 적법 여부에 관한 판단

가. 소장 부분과 판결정본 등이 공시송달의 방법에 의하여 송달되었다면 특별한 사정이 없는 한 피고는 과실 없이 그 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 피고는 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 추완항소를 할 수 있다. 여기에서 ‘사유가 없어진 후’라고 함은 당사자나 소송대리인이 단순히 판결이 있었던 사실을 안 때가 아니고 나아가 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 안 때를 가리키는 것으로서, 다른 특별한 사정이 없는 한 당사자나 소송대리인이 그 사건기록의 열람을 하거나 또는 새로이 판결정본을 영수한 때에 비로소 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다(대법원 2013. 1. 10. 선고 2010다75044, 75051 판결 등 참조).

나. 이 사건에서 제1심 법원이 피고에 대한 소장 부분과 변론기일 통지서를 각 공시 송달의 방법으로 송달하고 변론을 진행한 후 2020. 6. 24. 원고의 피고에 대한 청구를 일부 인용하는 제1심판결을 선고하였으며, 그 판결정본 역시 공시송달의 방법으로 피고에게 송달하여 2020. 6. 26. 0시에 송달의 효력이 발생한 사실, 원고의 신청에 따라 제1심 법원은 2020. 8. 3. 피고에 대하여 원고가 납입 및 지급을 유예한 소송비용을 국가에 지급하라는 결정을 하였고, 피고는 2020. 9. 7.경 우체국 등기우편을 통하여 위 결정 정본 및 소송비용납입고지서를 수령함으로써 이 사건의 존재를 인지한 후 2020. 9. 10. 이 사건 추완항소를 제기한 사실은, 을 제2호증의 기재 및 변론전체의 취지에 의하여 인정되거나 기록상 명백하다.

다. 위 인정사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고는 과실 없이 제1심판결의 송달 사실을 알지 못함으로써 책임질 수 없는 사유로 인하여 항소기간을 준수할 수 없었다고 할 것이고, 피고는 우체국 등기우편을 통하여 소송비용 추심결정 등을 받은 2020. 9. 7. 무렵 비로소 제1심판결이 선고되어 공시송달의 방법으로 송달되었음을 알게 되었다고 보이므로, 그로부터 2주일 이내인 2020. 9. 10. 제기된 이 사건 추완항소는 적법하다.

2. 기초사실

가. 원고와 피고, F, G는 형제자매지간으로, 아버지 망 H(2010. 2. 16. 사망)과 어머니 망 I(2012. 5. 25. 사망)의 자녀들이다.

나. 원고는 망 H의 사망 후 그 소유이던 인천 미추홀구 C, D 각 토지 및 그 지상 건물1) (이하 통틀어 ‘이 사건 부동산’이라 한다)에 관하여 2010. 2. 16.자 협의분할에 의한 상속을 원인으로 2010. 4. 30. 소유권이전등기를 마쳤다.

다. 원고는 2012. 10. 2.경 이 사건 부동산의 계약에 관한 사항과 망 I 사망 후 상속상의 법률문제 및 F, G와의 법률적 소송에 관한 사항을 피고에게 위임하였다.

라. 원고는 2013. 2. 6. 인천광역시 남구청장2) 과 이 사건 부동산을 매매대금 430,700,000원에 매도하기로 하는 매매계약(이하 ‘이 사건 매매계약’이라 하고, 위 매매대금을 ‘이 사건 매매대금’이라 한다)을 체결하고, 2013. 2. 20. 이 사건 부동산에 관하여 인천광역시 남구 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 인천광역시 남구청은 2013. 2. 18. 계약금 43,070,000원, 2013. 3. 26. 잔금 387,630,000원을 원고의 E은행 계좌((계좌번호 1 생략), 이하 ‘이 사건 원고 계좌’라 한다)에 입금하였다.

마. 한편 이 사건 부동산에는 인천지방법원 2010. 5. 17. 접수 제43344호로 채권최고액 262,800,000원, 채무자 원고, 근저당권자 주식회사 E(이하 ‘E은행’이라 한다)인 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권’이라 한다)가 마쳐져 있었고, 이 사건 근저당권의 실제 피담보채무액은 219,000,000원이었다.3) 이 사건 부동산과 함께 망 I의 소유였던 인천 미추홀구 J 토지 및 그 지상 건물도 이 사건 근저당권의 공동담보로 설정되어 있었는데, 피고가 2012. 10. 10. E은행에 피담보채무 중 100,000,000원을 변제하고 나머지 잔존채무는 공동담보 부동산으로

이관하기로 하여 결국 이 사건 근저당권은 2012. 10. 12. 일부포기를 원인으로 말소되었다.

바. 망 I의 사망 후 상속재산분할협약에 따라 위 J 토지 및 그 지상 건물(이하 ‘공동담보 부동산’이라 한다)의 소유권이 F, G에게 전부 이전되었고, F와 G는 2013. 9. 27. 물상담보제공자의 지위에서 이 사건 근저당권의 잔여 피담보채무 118,752,374원을 변제하였다.

사. 원래 이 사건 근저당권의 잔여 피담보채무는 원고의 채무이나, 피고는 망 I의 부탁으로 ‘만약 원고가 변제하지 못하면 피고가 F와 G에게 근저당권 잔여채무에 대하여 책임지겠다’는 보증 취지의 각서를 작성해 주었고, F와 G는 구상금채무자인 원고와 피고를 상대로 수원지방법원 2013가합6844 상속지분이전등기 청구의 소를 제기하여 2013. 10. 18. 승소하였는데, 그중 금전지급의무의 내용은 ‘피고가 F, G에게 각 267,634,000원을, 원고는 피고와 각자 F, G에게 각 위 돈 중 59,500,000원을 지급하라’는 것이다. 위 소송 중 F와 G는 인천 미추홀구 K 토지 및 그 지상 건물 중 피고 소유의 각 8/10 지분을 가압류하였고, 그 후 위 K 토지 및 그 지상 건물에 관하여 인천지방법원 L로 개시된 임의경매절차에서 가압류권자로서 각 129,771,320원의 배당금을 수령하였다.

【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 3호증, 을 제7, 9, 10, 15 내지 19호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 이 법원의 E은행에 대한 2021. 6. 14.자 금융거래정보 제출명령 회신결과, 변론 전체의 취지

3. 당사자의 주장

가. 원고의 주장

피고는 원고의 E은행 통장과 인감도장을 보관하고 있음을 기화로 이 사건 원고 계좌에 입금된 이 사건 매매대금의 계약금 중 43,000,000원과 잔금 중 386,000,000원을 임의로 인출하여 횡령하고 원고에게 반환하지 아니하여 법률상 원인 없이 이득을 얻고 원고에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였으므로, 피고는 원고에게 부당이득으로 이 사건 매매대금 상당액을 반환할 의무가 있다.4)

나. 피고의 주장

피고는 원고의 통장이나 인감도장을 보관하지 않았고, 원고가 이 사건 매매대금의 계약금 및 잔금을 인출할 때 E은행 구월동지점에 동행하여 원고를 도와준 사실이 있을 뿐이며, 특히 2013. 3. 27. 이 사건 매매대금의 잔금 중 386,000,000원을 인출한 후, 원고와 피고는 '위 돈 중 피고가 원고를 위해 대위변제한 100,000,000원과 원고의 잔존대출금 상환을 위한 119,000,000원 등 합계 219,000,000원을 피고가 가지고, 나머지는 원고가 가지기'로 합의하여 나누어 가졌을 뿐 피고가 원고의 돈을 횡령한 사실이 없다.

4. 판단

가. 전제되는 사실

이 사건 매매대금은 총 430,700,000원인 사실, 인천광역시 남구청이 2013. 2. 18. 그중 계약금 43,070,000원을, 2013. 3. 26. 잔금 387,630,000원을 각 이 사건 원고 계좌에 입금한 사실은 앞서 본 것과 같고, 갑 제3호증, 을 제20호증의 3의 각 기재, 제1심법원의 E은행에 대한 2020. 5. 21.자 금융거래정보 제출명령 회신결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, E은행 구월동지점에서 이 사건 원고 계좌로부터 2013. 2. 20. 43,000,000원(이하 '1차 출금액'이라 하고, 해당 출금행위를 '1차 출금'이라 한다)이, 2013. 3. 27. 386,000,000원(이하 '2차 출금액'이라 하고, 해당 출금행위를 '2차 출금'이라 한다)이 각 현금으로 인출된 사실, 1차 출금 전표에는 원고의 서명 및 날인이 되어 있고, 2차 출금 전표에는 원고의 서명 및 날인과 함께 대리인번호로 피고의 주민등록번호가 기재되어 있는 사실이 인정된다.

위 각 출금행위가 누구에 의하여 이루어졌으며, 위 각 출금액을 누가 수령하였는지에 관하여 원고와 피고 사이에 다툼이 있고, 위 각 금액이 원고 소유인 이 사건 부동산의 매매대금을 재원으로 하여 원고 소유의 계좌에서 출금되었기 때문에 이는 피고의 부당이득반환 의무의 발생여부 및 그 범위와 관련이 있으므로, 이하에서 항을 나누어 살펴본다.

나. 1차 출금액에 관한 판단

1차 출금 전표에 원고의 서명 및 날인이 되어 있는 사실은 앞서 본 것과 같으므로, 특별한 사정이 없는

한 원고가 1차 출금액을 인출하여 수령한 것으로 봄이 타당하다. 원고는 피고가 원고의 허락 없이 이 사건 원고 계좌를 개설한 다음 원고의 통장과 인감도장을 보관하면서 1차 출금액을 임의로 인출하였다고 주장하나, 원고의 주장을 증명할 객관적 증거를 제시하지 못하고 있고, 갑 제4 내지 6호증의 각 기재만으로는 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

한편 이 법원의 E은행에 대한 2021. 7. 8.자 사실조회 회신결과에 의하면 ‘인감통장의 경우 통장 및 인감을 지참 시 본인이 아니어도 인출이 가능’하기는 하나, 이러한 사정만으로는 원고가 1차 출금액을 인출하여 수령하였다는 위 인정을 뒤집기에 부족하다.

따라서 이 부분에 관한 원고의 주장은 이유 없다.

다. 2차 출금액에 관한 판단

1) 2차 출금 전표에 원고의 서명 및 날인과 함께 대리인번호로 피고의 주민등록번호가 기재되어 있는 사실은 앞서 본 것과 같고, 피고도 2차 출금 시 E은행 구월동지점에 원고와 동행하여 2차 출금액을 인출한 사실은 인정하고 있으므로, 위 사실을 종합하면 2차 출금액은 피고가 원고를 대리하여 수령하였다고 할 것이다(원고가 2차 출금 시 피고와 함께 위 은행에 방문하였는지는 불분명하나, 원고의 주장에 의하더라도 ‘2차 출금액이 거액이어서 출금 당시 은행직원이 원고에게 전화를 걸어 피고에게 인출해주어도 되는지 물었고, 원고는 피고의 폭행이 두려워 승낙하였다’는 것인바,5) 원고가 피고에게 2차 출금액을 수령할 대리권은 부여하였다고 봄이 타당하다).

2) 피고는 2차 출금 직후 원고와의 정산을 통해 2차 출금액에서 ㉗ 피고가 2012. 10. 10. 원고를 대신하여 변제한 이 사건 근저당권의 피담보채무액 100,000,000원 및 ㉘ 피고가 원고를 대신하여 갚기로 한 잔여 피담보채무액 119,000,000원 을 자신이 가져가고, ㉙ 나머지는 원고가 가져갔으므로 원고의 돈을 횡령하지 않았고, 반환할 부당이득도 없다는 취지로 주장한다.

가) 먼저 ㉗ 관련 주장에 관하여 보건대, 이 사건 부동산에는 채무자 원고, 실제 피담보채무액이 219,000,000원인 이 사건 근저당권이 설정되어 있었는데 피고가 2012. 10. 10. E은행에 피담보채무 중 100,000,000원을 변제하고, 망 I 사망 후 상속상의 법률문제 처리에 관하여 원고로부터 위임받은 피고가 나머지 잔존채무는 망 I의 소유이던 공동담보 부동산으로 이관하기로

하여 결국 이 사건 근저당권이 2012. 10. 12. 일부포기를 원인으로 말소된 사실은 앞서 본 것과 같은바, 피고는 위와 같이 대위변제한 100,000,000원을 원고로부터 지급받을 권리가 있었으므로 피고가 2차 출금액 중 100,000,000원을 가져갔다고 하더라도 이를 법률상 원인 없이 부당이득하였다고 볼 수 없다(비록 피고가 위 돈을 가져가는 데 대하여 원고의 명시적인 동의를 얻지 못하였다고 하더라도 피고가 위 금액 상당액을 원고로부터 지급받을 정당한 권원이 인정되는 이상 이를 법률상 원인 없는 부당이득이라 할 수는 없다).

나) 다음으로 ㉠ 관련 주장에 관하여 보건대, 망 I의 사망 후 공동담보 부동산의 소유권이 F, G에게 이전되자 F, G가 2013. 9. 27. 잔여 피담보채무 118,752,374원을 변제한 사실, 원래 위 잔여 피담보채무는 원고의 채무이나 피고는 F와 G에게 원고가 변제하지 못하면 자신이 책임지겠다는 보증 취지의 각서를 작성해 주었고, 이에 F와 G는 원고와 피고를 상대로 대위변제금 119,000,000원(각 59,500,000원) 등의 지급을 구하는 소송을 제기하여 승소판결을 받은 후 피고 소유의 부동산에 관하여 개시된 경매절차에서 위 대위변제한 피담보채무액을 상회하는 배당금을 수령한 사실은 앞서 본 것과 같은바, 결과적으로 피고는 자신의 출연으로 F, G에게 변제하게 된 119,000,000원을 원고로부터 지급받을 권리가 있다고 할 것이다. 비록 피고가 2차 출금액을 대리수령한 시기가 F, G가 실제 배당금을 수령한 시기보다 앞서기는 하나, F, G가 원고와 피고를 상대로 소송을 제기한 시기가 2차 출금 무렵인 점, 망 I이 사망한 2012. 5. 25.경을 전후로 원고와 피고 및 F, G 사이에 망 I의 소유이던 공동담보 부동산과 그 피담보채무의 처리에 관한 논의가 있었던 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고가 2차 출금액 중 향후 원고의 채무변제를 위하여 사용될 119,000,000원을 가져갔다고 하더라도 이를 법률상 원인 없이 부당이득하였다고 볼 수 없다(비록 피고가 위 돈을 가져가는 데 대하여 원고의 명시적인 동의를 얻지 못하였다고 하더라도 피고가 위 금액 상당액을 원고로부터 지급받을 정당한 권원이 인정되는 이상 이를 법률상 원인 없는 부당이득이라 할 수는 없다).

라) 마지막으로 ㉡ 관련 주장에 관하여 보건대, 피고가 2차 출금액 전액을 대리수령한 이상 그중 자신에게 보유 권한이 있는 금액을 제외한 나머지 돈을 원고에게 반환하였다면 그러한 사실을 피고가 입증하여야 할 것이다. 그런데 을 제3, 10호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는

다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피고가 2차 출금액 중 자신이 가져간 합계 219,000,000원을 제외한 나머지를 원고에게 반환하였다는 피고의 주장을 믿기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 원고는 2019. 4. 15. 피고가 이 사건 매매대금을 횡령하였다는 등의 이유로 피고를 고소하였다.

위 고소사건의 수사과정에서 피고는 2019. 7. 15. 경찰 피의자신문 시 ‘원고를 대신하여 이 사건 매매대금을 출금한 적이 없고, 이 사건 매매대금을 어디에 사용했는지 아는 바가 없다, 매도대금 4억 원 정도에서 부동산에 2억 원 정도가 대출이 있어서 그것을 갚았을 것이다’라는 취지로 진술하였다. 2019. 8. 14. 경찰 피의자신문에서는 ‘2013. 3. 27.경 E은행 구월동지점에 원고와 함께 방문한 적이 있냐’는 질문에 ‘기억나지 않는다’고 하다가, 피고의 주민등록번호가 대리인번호로 기재된 2차 출금 전표를 보여주자 ‘기억은 안 나지만 찾았다면 원고와 같이 가서 돈을 찾은 것 같다’고 진술을 반복하였다.

② 피고는 2차 출금액 중 자신이 가져간 합계 219,000,000원을 제외한 나머지를 원고에게 반환하였다고 하면서도, 원고에게 구체적으로 얼마의 돈을 어떤 방식으로 주었는지, 원고에게 반환한 돈이 현금인지 또는 수표인지 등의 기본적인 사항조차도 기억나지 않는다고 하면서 아무런 설명을 하지 않고 있다. 2차 출금액 386,000,000원에서 피고가 가져간 219,000,000원을 빼더라도 남은 돈은 167,000,000원의 거액인데, 위 거액의 돈의 지급에 관하여 아무런 구체적인 기억이 없다는 점이 쉽게 납득되지 않는다.

③ 원고는 일관하여 2차 출금액 중 피고로부터 돌려받은 돈이 없다고 주장하고 있는데도, 피고는 2차 출금액 중 자신이 가져가고 남은 금액을 원고에게 반환하였음을 확인할 만한 아무런 증거를 제출하지 못하고 있다.

3) 결국 피고는 원고를 대리하여 수령한 2차 출금액 386,000,000원 중 219,000,000원을 뺀 나머지 167,000,000원을 법률상 원인 없이 취득하였다고 할 것이므로, 이를 원고에게 반환할 의무가 있다. 그러므로 원고의 이 부분 주장은 위 인정범위 내에서 이유 있다.

라. 소결론

따라서 피고는 원고에게 부당이득금 167,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음

날인 2019. 12. 15.부터 피고가 이행의무의 존재 여부 및 그 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 당심 판결 선고일인 2022. 1. 28.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 이자 또는 지연손해금을 지급할 의무가 있다[원고는 위 부당이득금에 대하여 2차 출금일인 2013. 3. 27.부터의 이자 내지 지연손해금의 지급을 구하므로 살피건대, 부당이득반환의무는 이행기한의 정함이 없는 채무이므로 그 채무자는 이행청구를 받은 때에 비로소 지체책임을 지는데(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다253297 판결 등 참조), 원고가 피고에게 이 사건 소장 부분의 송달 이전에 부당이득반환을 구하였음을 인정할 증거가 없고, 약익의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환해야 하는 것이지만(민법 제748조 제2항), 피고가 이 사건 소장 부분을 받기 전에 자신의 이익 보유가 법률상 원인 없는 것임을 인식하고 있었다고 볼 증거가 없으므로, 위 인정범위를 넘는 이자 또는 지연손해금 청구는 받아들이지 아니한다].

5. 결론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로, 피고의 항소를 일부 받아들여 제1심판결 중 위 인정금액을 초과하는 피고 패소 부분을 취소하고 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하며, 피고의 나머지 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김진석, 판사 이종훈, 판사 서여정

1) 경량철골조 아연도 강판 슬레이트 지붕 2층 근린생활시설 1층 99㎡, 2층 99㎡. 2014. 1. 7.경 멸실되었다.

2) 인천광역시 남구는 2018. 7. 1. 인천광역시 미추홀구로 명칭이 변경되었다.

3) 당초 이 사건 부동산에 관하여 2007. 8. 13. 채권최고액 202,800,000원, 채무자 망 H, 근저당권자 E은행인 근저당권설정등기가 마쳐져 있었는데 원고가 이 사건 부동산의 소유권을 취득한

후 E은행에서 219,000,000원을 대출받으면서 이 사건 근저당권을 설정하였으며, 위 대출금으로 망 H의 채무를 변제함에 따라 2007. 8. 13.자 근저당권설정등기가 말소되었다.

4) 원고는 피고가 위 각 금액을 횡령하였다고 주장하면서도 청구원인으로 부당이득반환을 주장할 뿐 불법행위로 인한 손해배상청구를 하고 있지는 아니하다(원고는 제1심에서 제출한 2020. 1. 8.자 준비서면에서 이 사건 청구원인을 부당이득반환 청구로 명시한 이래로 당심 변론종결에 이르기까지 청구원인을 추가한 바 없다).

5) 원고는 이 법원에서 제출한 2021. 4. 1.자 준비서면에 2면 각주 1)에서 위와 같이 주장하였다.