

서울남부지방법원 2023. 8. 17 선고 2023나53681 판결 [근저당권설정등기말소 등]

전 문

원고, 항소인 1. A

2. B

원고들 소송대리인 법무법인 (유한) 민

담당변호사 박종수, 장기철

피고, 피항소인 C 주식회사

소송대리인 변호사 오경훈

변 론 종 결 2023. 7. 6.

판 결 선 고 2023. 8. 17.

제1 심판결 서울남부지방법원 2023. 2. 1. 선고 2020가단259470 판결

주 문

1. 원고들의 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용은 원고들이 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결 중 피고에 대한 부분을 취소한다. 피고는, 원고 A에게 별지 목록 1 기재 각 부동산에 대하여 인천지방법원 등기국 2018. 11. 16. 접수 제414841호로 각 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를, 원고 B에게 별지 목록 2 기재 부동산에 대하여 인천지방법원 등기국 2018. 11. 16.

접수 제414841호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 각 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 피고는 보험업을 하는 회사이고, 제1심 공동피고였던 주식회사 D(이하 'D')는 보험 판매 대리점이며, E은 D 소속 보험설계사였던 사람이다.

나. 원고들은 자매로서 원고 A는 별지 목록 1 기재 각 부동산의, 원고 B는 별지 목록 2 기재 부동산의 각 소유자이다(이하 별지 목록 1, 2 기재 각 부동산을 통칭할 경우 '이 사건 각 부동산'이라고 한다). 원고들의 언니 F도 보험설계 업무를 하였는데, E과 친한 지인 사이였다.

다. 원고들은 F가 E에게 부담하는 채무에 대한 대가로, E이 D에게 부담하는 보험금 수수료 환수 채무를 담보하기 위하여 원고들 소유의 이 사건 각 부동산을 담보로 제공하기로 하여, F에게 인감도장, 인감증명서 등 근저당권 설정등기에 필요한 서류를 넘겨주었고, F는 이를 E 및 D에 전달하였다.

라. 이후 이 사건 각 부동산에 관하여 인천지방법원 등기국 2018. 11. 16. 접수 제414841호로 근저당권자를 피고, 채무자를 D, 채권최고액을 3억 원으로 하는 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기')가 경료되었다.

마. 이 사건 근저당권설정 등기업무는 법무사 K가 대리하였고, 그 업무 처리 당시 원고 A 소유인 별지 목록 1 기재 각 부동산에 대한 등기필증은 제출되었으나, 원고 B 소유인 별지 목록 2 기재 부동산에 대한 등기필증이 없었기 때문에 K는 원고 B로부터 이 사건 근저당권설정등기 신청 의사를 확인하는 확인서면(이하 '이 사건 확인서')을 받았다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 1, 2, 을가 1 내지 5의 각 기재(가지번호 포함), 증인 E 및 K의 각 일부 증언, 감정인 P의 감정 결과, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장 요지

가. 원고들

1) 원고들은 이 사건 각 부동산에 채무자를 E으로, 채권자를 D로 하는 채권최고액 150,000,000원인 근저당권이 설정될 것으로 알고 F에게 이 사건 각 근저당권설정등기에 필요한 서류 등을 제공하였는데, D의 무권대리에 의하여 원고들과 전혀 무관한 D의 피고에 대한 채무의 담보로 이 사건 각 부동산이 제공되었으며, 그 채권최고액도 300,000,000원인 이 사건 각 근저당권설정등기가 경료된 것이다.

2) 이 사건 근저당권설정 계약일 당시 원고 A는 해외로 출국한 상태였고, 이 사건 확인서의 필적기재란의 필적은 B의 것이 아니며, B의 우무인은 백지에 지장만 받은 후 확인서면 서식을 삽입했을 가능성이 있으므로 이 사건 근저당권설정 계약서, 이 사건 확인서는 원고들에 의하여 작성되지 아니하였으므로 진정성립이 인정될 수 없고, 이에 기초한 이 사건 근저당권설정등기는 원인무효로 말소되어야 한다.

3) 원고들이 이 사건 각 부동산에 대한 근저당권설정등기를 위하여 기본대리권을 수여한 자는 F나 E이지 D가 아니고, 피고에게는 D의 대리권 행사를 유효하다고 믿을 정당한 이유가 없다. 즉 원고들의 진정한 담보제공의사에 대하여 조사·확인하지 아니한 피고의 과실이 존재하여 표현대리가 성립할 수 없으므로 이 사건 근저당권설정계약은 무효이고, 이 사건 근저당권설정등기는 원인무효로 말소되어야 한다.

나. 피고

1) 원고들은 이 사건 근저당권설정에 필요한 서류를 F와 E을 통하여 D에 전달하였고, D가 이 사건 근저당권설정 업무를 진행하였으므로, F나 E은 사자에 불과하고 원고들은 D에 근저당권설정에 관한 기본대리권을 수여한 것으로 봄이 타당하다.

2) 설령 원고들이 F나 E에게 기본대리권 수여하였더라도, F나 E이 다시 D에 이 사건 근저당권설정에 필요한 서류를 전달하였고, D가 등기계약 및 등기설정업무를 하였으므로, 적어도 D는 복대리인으로서 원고들이 기본대리권을 수여한 자에 해당한다.

3) D는 이 사건 근저당권설정계약체결 당시 이 사건 근저당권설정에 필요한 모든 서류를 소지하고 있었고, 피고는 위 서류를 모두 확인하였으나 별다른 의심할 만한 사정이 보이지 아니한 바, 피고는 D가 원고들을 대리하여 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 권한이 있다고 믿었고 믿은데 과실이 없으므로, 표현대리가 성립하여 원고들은 이 사건 근저당권설정계약의 무효를 주장할 수 없다.

3. 판단

가. 이 사건 근저당권설정계약서의 진정성립 여부

1) 갑 제18호증의 기재, 증인 E, K의 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 이 사건 근저당권설정계약서 중 원고들 명의 부분은 원고들이 이를 직접 작성하거나 인영을 날인한 것이 아닌 사실이 인정되고, 나아가 위 원고들 명의 부분은 D가 작성한 것으로 보이는데 원고들이 D에게 그 작성 권한을 위임하였다거나 원고들을 대리하여 이 사건 근저당권설정계약을 체결할 권한을 수여하였다는 점을 인정할 증거가 없으므로, 이 사건 근저당권설정계약서는 그 진정성립이 인정되지 않는다.

2) 다만 피고는 D에게 원고들을 대리하여 이 사건 근저당권설정계약을 체결할 권한이 없다고 보더라도 민법 제126조 표현대리가 성립하여 이 사건 근저당권설정계약이 유효하다고 주장하므로, 아래에서 살펴본다.

나. 민법 제126조의 표현대리의 성립 여부

1) D에 기본대리권이 인정되는지 여부

민법 제126조의 표현대리는 복대리의 경우에도 성립할 수 있고(대법원 1979. 11. 27. 선고 79다1193판결 등 참조), 대리의 목적인 법률행위의 성질상 대리인 자신에 의한 처리가 필요하지 아니한 경우에는 본인이 복대리 금지의 의사를 명시하지 아니하는 한 복대리인의 선임에 관하여 묵시적인 승낙이 있는 것으로 보는 것이 타당하다(대법원 1996. 1. 26. 선고 94다30690 판결 등 참조).

기초사실 및 변론 전체의 취지를 종합하여 보면, 원고들은 F와 E에게 D 앞으로 이 사건 각 부동산에

관하여 채권최고액 1억 5,000만 원의 근저당권을 설정하여 주는 업무를 포괄적으로 위임하였고, F 및 E은 다시 D에게 이 사건 각 부동산의 근저당권설정에 관한 대리권을 위임한 것으로 봄이 타당하다. 그런데 원고들이 이에 관하여 F나 E에게 복대리 금지의 의사를 명시하였다고 볼 만한 자료는 없고, 또한 설령 복대리인 선임에 관하여 원고들의 승낙이 인정되지 않는다고 하더라도, 복대리인 선임권이 없는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 권한도 기본대리권이 될 수 있으므로(대법원 1998. 3. 27. 선고 97다48982 판결 참조), D는 원고들을 대리하여 이 사건 각 부동산에 관하여 근저당권을 설정할 기본대리권이 있다.

2) 피고에게 정당한 이유가 인정되는지 여부

대리인이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우에 본인에게 그 행위에 대한 책임을 지우기 위하여서는 상대방이 그 권한이 있다고 믿은 것만으로는 부족하고, 그와 같이 믿을만한 정당한 이유가 있어야 하고(민법 제126조), 여기에서 정당한 이유의 존부는 자칭 대리인의 대리행위가 행하여 질 때에 존재하는 모든 사정을 객관적으로 관찰하여 판단하여야 하며(대법원 2012. 1. 27. 선고 2011다76570 판결 참조), 일반적으로 부동산의 소유자가 아닌 제3자로부터 근저당권을 취득하려는 자로서는 근저당권설정계약을 함에 있어 그 소유자에게 과연 담보제공의 의사가 있는지 여부 및 그 제3자가 소유자로부터 담보제공에 관한 위임을 받았는지 여부를 서류상 또는 기타의 방법으로 소유자에게 확인하여 보는 것이 보통이라 할 것이므로, 만약 그러한 조사를 하지 아니하였다면, 그 제3자에게 소유자를 대리할 권한이 있다고 믿은 데 과실이 있다고 할 것이다(대법원 1995. 2. 17. 선고 94다34425 판결 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음의 각 사정들, 즉 ① 이 사건 근저당권 설정계약 체결 당시 D는 원고들의 인감도장, 인감증명서, 신분증 사본, 등기필증 등 근저당권 설정에 필요한 일체의 서류를 소지하고 있었던 점, ② 원고들과 직접적인 관계가 없는 D의 경우 원고들의 인감도장이나 등기필증 등 등기 관련 서류에 접근할 방법이 없어 통상 어떠한 대리권을 수여받지 아니하고는 위 인감도장과 등기 관련 서류를 모두 소지하기 어려우므로, 피고가 D가 원고들로부터 이 사건 근저당권설정계약에 대한 대리권을 수여받았다는 것을 의심할 만한 사유가 특별한 사정이 보이지 않는 점, ③ 원고들이 F 및 E을 통하여 전달한 위

인감도장, 인감증명서 및 등기 관련 서류에 별다른 문제가 있다고 보이지 아니한데다가 이 사건 근저당권설정등기는 법무사를 통하여 정상적인 절차에 의해 이루어졌던 것으로 보이는 점, ④ 피고가 위 등기 관련 서류들에 문제가 없음을 서면으로 확인한 이상, 피고는 이 사건 각 부동산의 소유자인 원고들의 담보제공의사 및 D에 대한 위임여부에 관하여 확인한 것으로 볼 수 있고, 피고가 직접 원고들에게 별도로 연락을 취해야 할 특별한 사정이 있었다고 보기 어려운 점, ⑤ 이 사건 확인서의 우무인 및 확인서에 첨부된 별지의 간인 역시 원고 B의 것(우무인)으로 보이는데, 원고들의 주장대로 원고 B가 설령 백지에 우무인만 날인하였다고 하여도, 담보제공의사를 가지고 등기 관련 서류에 날인한 이상, 근저당권설정계약에 대한 포괄적인 대리권을 수여한 것으로 볼 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 피고는 D에게 원고들을 대리하여 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 적법한 권한이 있다고 믿었고, 믿은데 과실이 없다고 볼 것이다.

3) 소결론

이같이 D에게 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권설정에 대한 기본대리권이 인정되고, D가 원고들을 대리함에 있어 적법한 권한이 있다고 믿은 피고에게 정당한 이유가 인정되는 이상 이 사건 근저당권설정계약은 민법 제126조의 표현대리가 성립하므로, 원고들은 이 사건 근저당권설정계약에 대하여 책임이 있다. 따라서 이 사건 근저당권설정계약이 무효임을 전제로 하는 원고들의 주장은 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면, 원고들의 피고에 대한 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결 중 피고에 대한 부분은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고들의 항소를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판단한다.

재판장 판사 이민수, 판사 송승용, 판사 양형권

[별지목록1]

부동산의 표시

1. 1동의 건물의 표시

인천광역시 부평구 동[도로명 주소] 인천광역시 부평구

백동초 슬래브지붕 2층 연립주택

1층 378.12㎡

2층 378.12㎡

지하실 80.56㎡

전유부분의 건물의 표시

백동초 제2층 호 54.02㎡

대지권 목적인 토지의 표시

1. 인천광역시 북구 대 1549.6㎡2. 인천광역시 북구 대 489.4㎡3. 인천광역시 북구 대 431.7㎡

대지권의 표시 1,2,3 소유대지권 비율 1083분의25

2. 1동의 건물의 표시

인천광역시 부평구 동[도로명 주소] 인천광역시 부평구

백동초 슬래브지붕 2층 연립주택

1층 378.12㎡

2층 378.12㎡

지하실 80.56㎡

전유부분의 건물의 표시

벽돌조 제2층 호 54.02㎡

대지권 목적인 토지의 표시

1. 인천광역시 북구 대 1549.6㎡

2. 인천광역시 북구 대 489.4㎡

3. 인천광역시 북구 대 431.7㎡

대지권의 표시 1,2,3 소유대지권 비율 1083분의24.

[별지목록2]

부동산의 표시

1. 1동의 건물의 표시

인천광역시 부평구 동[도로명 주소] 인천광역시 부평구

벽돌조 슬래브지붕 2층 연립주택

1층 378.12㎡

2층 378.12㎡

지하실 80.56㎡

1. 전유부분의 건물의 표시

벽돌조 제2층 호 54.02㎡

1. 대지권 목적인 토지의 표시

1. 인천광역시 북구 대 1549.6㎡2. 인천광역시 북구 대 489.4㎡3. 인천광역시 북구 대 431.7㎡

대지권의 표시 1,2,3 소유대지권 비율 1083분의24. 끝.

