

부산고등법원 2018. 10. 18 선고 2018나50119(본소), 2018나50126(반소) 판결
[근저당권설정등기말소회복등기 등 · 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

전 문

원고(반소피고), 항소인 겸 피항소인A조합

소송대리인 법무법인(유한) 현

담당변호사 이준규

피고(반소원고), 항소인 겸 피항소인C

소송대리인 변호사 정의훈

변론 종결2018. 8. 23.

판결 선고2018. 10. 18.

제1심판결부산지방법원 동부지원 2017. 10. 20. 선고 2017가합102647(본소),
2017가합102654(반소) 판결

주 문

1. 제1심판결의 본소와 반소 중 원고(반소피고)와 피고(반소원고)에 대한 부분을 다음과 같이

변경한다.

가. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 동부지원 남부산등기소 2013. 2. 1. 접수 제4777호로 말소등기된 같은 등기소 2012. 1. 18. 접수 제2796호로 마친 근저당권설정등기의 회복등기절차에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

나. 피고(반소원고)의 반소청구를 기각한다.

2. 원고(반소피고)와 피고(반소원고) 사이에 생긴 소송총비용은 본소, 반소를 통틀어 각자 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

주문 제1의 가.항 기재와 같다.

나. 반소

원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)는 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)에게 295,200,000원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달 다음날부터 이 사건 판결 선고일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

가. 원고

제1심판결의 반소 중 원고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 피고의 반소청구를 기각한다(원고는 당심에서 제1심 공동피고 B에 대한 항소를 취하하였다).

나. 피고

제1심판결의 본소에 대한 피고 패소 부분을 취소하고, 원고의 피고에 대한 본소청구를 기각한다.

제1심판결의 반소 중 피고 패소 부분을 취소하고, 청구취지 제1의 나.항 기재와 같은 판결을 구함.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심판결의 해당 부분 중 일부를 아래와 같이 고치는 외에는 그 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

- '피고 B'를 '제1심 공동피고 B'으로, '피고 C'를 '피고'로 각 일괄하여 고친다.
- 3면 19행 '2012년 01월 17.일 접수 제2796호로 경료한 근저당권설정'을 '2012년 01월 18.일 접수 제2796호로 마친 근저당권설정'으로 고친다.
- 4면 14행 '피고들 사이에 작성된 매매계약서'를 '피고 및 위 B사이에 작성된 부동산매매계약서(을나 3호증)'로 고친다.

2. 본소청구에 관한 판단

앞서 본 사실관계에 의하면, 원고의 직원인 D이 근저당권자인 원고의 의사에 반하여 이 사건 근저당권설정등기를 부적법하게 말소한 사실이 인정된다. 한편 말소등기가 원인무효인 경우 등기상 이해관계 있는 제3자는 선의, 악의 또는 그 회복등기로 인하여 받는 손해의 유무에 불구하고 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있고(대법원 1970. 2. 24. 선고 69다2193 판결 등 참조), 여기서 말하는 등기상 이해관계 있는 제3자란 말소회복등기를 함으로써 손해를 입을 우려가 있는 사람으로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 기존의 등기부 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 사람을 의미한다(대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다18011 판결 등 참조).

이 사건 근저당권설정등기는 부적법하게 말소되었으므로, 그 말소등기는 원인무효이고, 피고는 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기 이후에 등기부상 이 사건 아파트(별지 목록 기재 부동산)에 관한 소유권을 취득한 자이므로, 등기상 이해관계 있는 제3자에 해당한다. 따라서 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 회복등기절차에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다.

3. 반소청구에 관한 판단

가. 당사자들의 주장 요지

1) 피고의 주장 요지 가) 원고의 직원인 D의 불법행위로 인하여 이 사건 근저당권설정등기가 부적법하게 말소됨에 따라 피고는 위 근저당권설정등기의 회복등기를 승낙할 의무를 부담하게 되고, 위 근저당권설정등기상 채권최고액인 295,200,000원 상당의 책임을 부담하게 되었다. 이는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 입힌 경우에 해당하므로, 원고는 피고에게 민법 제756조의 사용자책임에 따라 위 295,200,000원 상당의 손해를 배상해야 한다.

나) 피고는 공인중개사로부터 이 사건 아파트가 급매물로 싸게 나왔다는 통보를 받고, 공인중개사의 중개절차에 따라 이 사건 아파트를 매수하여 그 소유권을 취득한 것으로, 이 사건 아파트에 대한 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다) 체결 및 소유권이전등기 과정에 있어 피고에게 어떠한 과실도 없다.

2) 원고의 주장 요지 가) 이 사건 근저당권설정등기가 말소된 다음 영업일에 이 사건 매매계약이 체결되고, 계약 체결 당일 잔금이 모두 지급되는 등 매매 과정이 이례적인 점 등 피고가 이 사건 아파트의 소유권을 취득함에 있어 중대한 과실이 있으므로, 원고에게는 사용자책임이 없다.

나) 이 사건 근저당권설정등기의 회복등기가 마쳐진다는 사정만으로는 이 사건 아파트의 소유권자인 피고에게 위 근저당권설정등기의 채권최고액 상당의 손해가 발생한다고 볼 수 없다.

나. 사용자책임 인정 여부

1) 사무집행 관련성 등 가) 민법 제756조에 규정된 사용자 책임의 요건인 '사무집행에 관하여'라는 뜻은 피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업활동 내지 사무집행행위 또는 그와 관련된 것이라고 보여질 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려함이 없이 이를 사무집행에 관하여 한 행위로 본다는 것이고, 외형상 객관적으로 사용자의 사무집행에 관련된 것인지의 여부는 피용자의 본래 직무와 불법행위의 관련 정도 및 사용자에게 손해 발생에 대한 위험창출과 방지조치 결여의 책임이 어느 정도 있는지를 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다20211 판결 참조).

나) 위와 같은 법리에 비추어 살피건대, D은 원고의 신용, 채권팀에서 차장으로 근무하며 이 사건 대출과 관련된 업무를 담당하였고 이 사건 대출과 관련된 이 사건 위임장을 위조하고 이를 이용하여 이 사건 근저당권설정등기를 말소한 이상 D의 위와 같은 불법행위는 외형상 객관적으로 원고의

사무집행행위에 해당한다.

나아가 위와 같은 위조행위는 원고가 대출과 관련된 담보물 관리에 대하여 대출담당자를 통하여 법무사에게 위임하는 방법으로 처리하면서 등기필증 등 등기관계 서류의 반출 등에 대한 관리감독을 소홀히 함으로써 발생한 것으로 원고에게 손해발생에 대한 위험창출과 방지조치 결여의 책임이 있다.

따라서 특별한 사정이 없는 한 원고는 D의 사용자로서 피고에게 발생한 손해를 배상할 책임이 있다.

2) 피고의 중대한 과실 인정 여부 가) 사용자책임이 면책되는 피해자의 중대한 과실이라 함은 조금만 주의를 기울였더라면 피용자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도의 주의를 결여하고, 공평의 관점에서 피해자를 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다(대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다20211 판결 참조).

나) 위와 같은 법리에 비추어 살피건대, 앞서 든 각 증거에 을나 8 내지 10호증의 각 기재와 제1심 증인 H의 증언 및 이 법원에서의 감정인 O의 감정결과에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 피고가 이 사건 아파트를 매수하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 마치는 과정에 피고에게 중대한 과실이 있었다고 보기 어렵다. 따라서 원고의 이 부분 주장을 받아들일 수 없다.

① 피고와 B은 2013. 2. 4. 공인중개사 H의 사무실에서 이 사건 아파트의 매매계약서(을나 3호증)를 작성하였고, H은 B이 이 사건 아파트의 등기부상 소유권자가 맞는지 여부를 확인하였으며, 매수대금 2억 5,000만 원에서 임차보증금 1억 6,000만 원을 공제한 나머지 잔금 9,000만 원을 피고로부터 지급받은 후 매도인의 요구에 따라 주식회사 I으로 송금하였고, 피고에게 중개대상물 확인·설명서를 교부하였다. 이러한 매매계약 체결 경위와 과정 등에 비추어, 이 사건 매매계약은 공인중개사의 중개 하에 정상적으로 체결되어 이행이 완료된 것으로 인정된다.

② 피고는 공인중개사의 중개대상물 설명과 등기부상 기재를 확인한 후 이 사건 근저당권설정등기가 말소되었다고 신뢰하고 이 사건 매매계약을 체결하였다. 비록 부동산 등기에 공신력이 인정되지 아니하여 근저당권설정등기의 말소등기가 부실등기에 해당하는 경우 피고가 그 말소회복에 승낙할

의무가 있다고 하더라도, 부동산매매 거래를 함에 있어서 근저당권 말소등기가 부실등기 여부인지를 사전에 확인하여야 할 주의의무가 있다고 보기는 어렵다.

③ 이 법원에서의 감정인 O의 감정결과에 의하면, 이 사건 매매계약서(을나 3호증)상 계약체결일인 2013. 2. 3. 기준으로 이 사건 아파트의 시가는 272,800,000원으로 산정되었고, 이는 이 사건 매매계약상 매수대금인 2억 5,000만 원과 큰 차이가 나지 않는다. 따라서 이 사건 매매계약 체결 당시 주변 시세나 거래 실적 등에 비추어 이 사건 매매계약이 현저히 이례적이거나 의심스러운 부동산 거래라고 보기 어렵다.

다. 손해의 발생 여부

1) 불법행위로 인한 손해배상책임은 원칙적으로 위법행위시에 성립하지만 위법행위 시점과 손해발생 시점 사이에 시간적 간격이 있는 경우에는 손해가 발생한 때에 성립한다. 손해란 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상의 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 있는 후의 재산상태의 차이를 말한다. 또한 손해의 발생 시점이란 이러한 손해가 현실적으로 발생한 시점을 의미하는데, 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2016다212272 판결 등 참조). 한편 등기는 물권의 효력 발생 요건이고 존속 요건은 아니어서 등기가 원인 없이 말소된 경우에는 그 물권의 효력에 아무런 영향이 없고, 그 회복등기가 마쳐지기 전이라도 말소된 등기의 등기명의인은 적법한 권리자로 추정된다(대법원 2002. 10. 22. 선고 2000다59678 판결 등 참조).

2) 원고의 피용자 D이 이 사건 위임장을 위조한 불법행위로 인하여 이 사건 근저당권설정등기가 부적법하게 말소되었고, 그 이후 피고가 이 사건 아파트의 소유권을 취득하였다. 피고는 담보물권인 위 근저당권설정등기의 제한이 설정된 이 사건 아파트를 취득한 것이므로 '담보물의 제3취득자' 지위에 있다. 부적법하게 말소된 소유권이전등기에 기하여 재차 목적물에 관하여 소유권이전등기를 마친 전득자의 경우 그 소유권이전등기가 원인무효이고 말소된 소유권이전등기가 여전히 유효하므로, 그 전득자가 소유권이전등기를 마칠 당시 이미 매매대금 상당의 손해가 발생하였다고 볼 수 있다. 그러나 피고와 같은 '담보물의 제3취득자'의 경우에는 유효하게 그 목적물의 소유권을 취득하는 것에는 변함이 없고, 다만 그 목적물에 대하여 임의경매 등으로 담보권이 실제 실행되면

이를 수인하여 목적물의 소유권을 상실하거나 담보권 실행을 막기 위하여 채권최고액 상당의 피담보채무를 변제해야 하는 위험이 발생하게 된다. 따라서 담보물의 제3취득자는 목적물에 관하여 담보권 실행절차가 진행되어 목적물이 매각되거나 채권최고액 상당을 대위변제하지 않는 한 현실적으로 손해가 발생하였다고 보기 어렵다.

3) 원고가 이 사건 근저당권말소등기의 회복등기절차를 거쳐 장차 근저당권을 실행하여 제1심 공동피고 B에 대한 대출금을 회수할 의사를 분명히 하고 있으므로, 피고로서는 담보물의 제3취득자로서 손해를 입게 될 개연성이 높다. 그러나 당심 변론종결일 현재로서는 피고가 장차 입게 될 손해액을 특정하기도 어렵다.

4) 한편 피고는 이 사건 아파트에 관한 매매계약이 유효하게 체결되어 적법하게 소유권을 취득한 사실, 그 후 임차인에게 160,000,000원을 반환하고 이 사건 아파트를 인도받아 당심 변론종결일 현재까지 사용·수익하는 등 소유권을 행사하고 있는 사실은 인정하고 있다. 따라서 피고가 이 사건 아파트 매수 당시 그 매매대금 상당액의 손해를 입었다고 볼 수도 없다.

5) 그러므로 당심 변론종결일 현재 피고가 이 사건 근저당권설정등기의 회복등기에 대한 승낙할 의무를 부담한다는 사정만으로는 피고에게 현실적으로 손해가 발생하였다고 평가할 수 없다.

라. 소결론

결국 피고에게 현실적으로 손해가 발생하였음을 전제로 하는 피고의 반소청구는 더 나아가 살필 것 없이 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 피고에 대한 본소청구는 이유 있어 이를 인용하여야 하는 반면 피고의 반소청구는 이유 없어 이를 기각하여야 하므로, 제1심판결 중 반소에 관한 부분은 부당하다.

다만, 소송비용의 부담에 관하여는 앞서 본 바와 같은 피고의 이 사건 매매계약 체결 및 이 사건 아파트의 소유권 취득 경위와 과정, 이 사건 근저당권설정등기의 부적법 말소 이유와 경위 등 변론에 나타나 제반 사정을 감안하여 승소한 원고에게 소송비용의 일부를 부담하게 함이 상당하므로, 제1심판결 중 원고와 피고에 대한 부분을 주문과 같이 변경하기로 한다.

재판장판사윤강열

판사유정우

판사이성

별지