

수원지방법원 2018. 3. 27 선고 2017가단523722 판결 [근저당권설정등기말소회복등기 등]

전 문

원 고 A 주식회사

소송대리인 변호사 최승인

소송복대리인 변호사 장효강

피 고 1. B

소송대리인 법무법인 해담

담당변호사 이성호, 이재현

2. 중소기업은행

소송대리인 법무법인 가람

담당변호사 김주현

변론 종결 2018. 3. 6.

판결 선고 2018. 3. 27.

주 문

1. 원고에게,

가. 피고 B은 별지 목록 기재 토지에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2015. 11. 4. 접수 제2159호로 말소등기된 같은 법원 같은 등기소 2013. 2. 6. 접수 제1720호로 마친 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행하고,

나. 피고 중소기업은행은 위 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

N

청 구 취 지

주문 제1항과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고 A 주식회사(이하 '원고 회사'라고 한다)는 스티로폼, 합성수지 제조 및 판매업 등을 영위하는 법인이다. 피고 B은 건축자재 도 · 소매업 등을 영위하는 주식회사 C(이하 'C'이라 한다)의 사내이사로 재직 중인 사람이다.

나. 원고 회사는 2013. 2.경 C에 단열재 등 물품을 공급하였다. 피고 B은 원고 회사에게 자신이 소유한 용인시 처인구 D 대 985㎡(이하 '이 사건 토지'라고 한다)를 C의 원고 회사에 대한 물품대금 채무의 담보로 제공하여 원고와 2013. 2. 6. 원고 회사를 근저당권자로, 채무자를 C로, 채권최고액을 200,000,000원으로 하는 근저당권설정계약을 체결하고 같은 날 수원지방법원 용인등기소 접수번호 제17720호로 하는 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)를 마쳤다.

다. 이 사건 근저당권설정등기 이후 원고 회사와 C은 계속하여 물품 거래를 하였고 2015년 말 기준 물품대금 미수 총액은 7억여 원에 이르렀다.

라. 2015. 11. 4. 이 사건 근저당권설정등기는 근저당권설정계약 해지를 원인으로 하여 수원지방법원 용인등기소 접수번호 제215900호로 말소등기가 마쳐졌다.

마. 그로부터 5일 후인 2015. 11. 9. 근저당권자 E조합, 채무자 피고 B, 채권최고액 350,000,000원으로 하는 근저당권설정등기와 지상권설정등기가 말소되었다. 같은

날근저당권자 피고 중소기업은행, 채무자 B, 채권최고액 272,400,000원으로 하는
근저당권설정등기가 마쳐졌고, 2016. 2. 17. 근저당권자 피고 중소기업은행, 채무자 B, 채권최고액
576,000,000원으로 하는 근저당권설정등기가, 2017. 5. 31. 근저당권자 피고 중소기업은행,
채무자 B, 채권최고액 156,000,000원으로 하는 근저당권설정등기가 각 마쳐졌다.
[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장 요지

가. 원고 회사

원고 회사는 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 동의한 사실이 없다. 피고 B이 원고의 인감을
도용하여 임의로 날인하여 해지증서 및 위임장 등 말소등기에 필요한 서류를 작성하였다. 따라서 이
사건 근저당권설정등기의 말소등기는 위조된 서류에 기하여 이루어진 것으로 무효이다1).

나. 피고들

○ 피고 B은 이 사건 토지를 주택 건축을 목적으로 매수한 것이어서 그 건축을 위하여 금융기관의
대출이 필요하였고 이를 위하여 이 사건 근저당권설정등기의 말소가 필요하였는데 이러한 사정을
원고 회사에 말하자 원고 회사는 이에 동의하면서 이 사건 토지의 등기권리증을 피고 B에게 반환하여
주었다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기의 말소는 적법하게 이루어진 것이다.

○ 설령, 피고 B에게 직접 등기권리증을 교부하여 준 소외 F에게 적법한 권한이 없었다 하더라도 F은
원고 회사의 사장 직함을 사용한 자로써 원고 회사도 이를 허락하였으므로 상법 제395조에 따른
이른바 표현대표이사에 해당하고 결국 원고 회사는 F의 행위에 대하여 책임을 져야 한다.

○ 원고 회사의 주장에 따르더라도 원고 회사는 피고 B의 대체담보 제안을 믿고서 자발적으로 이 사건
근저당권설정등기의 말소에 응하였다는 것이고 자발적으로 말소등기를 한 경우에는 그 등기에 대한
회복등기는 허용되지 않는다.

3. 판단

가. 청구원인에 대한 판단

1) 피고 B이 F에게 이 사건 토지의 등기권리증을 돌려줄 것을 요청하여 이를 전달받은 원고 회사의 대표이사가 F에게 등기권리증을 주었고 이를 F이 피고 B 측에 전달하여 준 사실에 대하여는 쌍방 다툼이 없다. 그러나 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 필요한 해지 서류(이 사건의 경우 위임장)에 날인된 원고 회사의 인감은 피고 B 측이 등기신청을 대리한 법무법인을 통하여 임의로 조각한 사실도 다툼이 없다.

이와 관련하여 피고들은 원고 회사나 권한이 있는 F이 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 동의하거나 이를 승낙하였고 위 인감의 조각에 대하여도 승낙하였다는 취지로 주장하지만, 피고들이 제출한 증거만으로는 이를 인정할 수 없고 달리 이를 인정할만한 증거도 없다(증인 F의 일부 증언이 피고들의 주장에 부합하는 듯한 취지로 보이 기도 하나 '말소'에 최종적으로 승낙하였는지 여부에 대한 증인 F의 증언이 일관되지도아니하고 이 사건과 증인 F의 관계에 비추어 이를 그대로 믿기도 어렵다). 특히 피고들의 주장대로라면 등기권리증을 교부받을 당시 어떠한 이유로 위임 관련 서류를 같이 교부받거나 인감도장까지 교부받지 않았는지 의문이 아닐 수 없다(피고들은 등기권리증만 있으면 말소등기가 가능한 것이 실무 관행이라는 취지로 계속하여 주장하지만, 말소등기 신청시에 그 대상이 되는 등기의 권리자 인감 날인이 필요한 해지 관련 서류가 반드시 필요한 이상 그와 같은 위법한 관행이 있다고 하여 타인의 인감을 위조하는 행위가 정당화 될 수는 없고, 그것이 허락받은 행위라는 것은 이를 주장하는 자가 입증하여야 하는 것이다).

2) 따라서, 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기 신청시에 제출된 해지 관련 서류가 권한 없이 위조된 것으로 밝혀진 이상 특별한 사정이 없는 한 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기는 무효라 할 것이므로, 피고 B은 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행할 의무가 있고, 피고 중소기업은행은 이 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다2).

나. 피고들의 주장 내지 항변에 관한 판단

1) 원고 회사가 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 동의하였다거나 F에게 동의하여 줄 권한 또는 포괄적 대리권이 있었다는 주장 등에 대하여는 앞서 배척한 바와 같으므로 따로 살펴보지 않는다.

2) 표현대표이사(상법 제395조)

피고들은 F이 상법 제395조 상의 표현대표이사에 해당하고 그 F이 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 동의하였다는 취지로 주장한다.

앞서 본 증거들과 변론 전체의 취지에 의하면, F이 원고 회사의 사장 직함이 적힌 명함을 평소 사용한 사실, F에 대하여 원고 회사의 거래처들에서 '사장'이라는 호칭을 일상적으로 사용하여 온 사실은 인정된다. 이러한 점을 종합하여 보면 F이 거래의 통념상 회사대표권의 존재를 표시하는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용한 것으로 볼수는 있다.

하지만, 앞서 본 바와 같이 피고들이 제출한 증거나 F이 등기권리증을 피고 B측에 교부하였다는 사정만으로는 F이 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 확정적으로 동의하였다는 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

설령, F이 그러한 의사를 표시하였고 위 인정사실에 의하여 F이 회사대표권의 존재를 표시하는 것으로 인정될 만한 사정이 있다 하더라도 ① 피고 B은 F을 오래 알아왔던 사이여서 F이 아이엠에프 사태로 이전 운영하던 회사를 매각하였고 이후 원고 회사의 영업을 담당하고 있는 사정을 알고 있었고, ② 원고 회사가 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 아무런 조건 없이 동의하여 준 것이라면 미리 위임장에 법인 인감을 날인 받거나 F을 통하여 법인 인감을 전달받아 사용하면 될 것임에도 새로 원고 회사의 인감을 조각하는 행위로 나아간 점, ③ 피고들은 이 사건 근저당권설정등기가 말소된 이후에도 원고 회사와 C의 거래가 지속되었고 대체 담보 요구도 없었던 점을 들어 원고 회사의 동의가 있었다는 취지로 주장하지만, 원고 회사의 주장처럼 등기권리증만으로는 이 사건 근저당권설정등기가 말소되지 않는다고 생각하여 아무런 조치를 취하지 않았을 개연성도 충분히 있는 점3) 등을 종합하여 보면, 피고 B은 악의였거나 적어도 F에게 대표권이 있다고 믿음에 대하여 중대한 과실이 있다고 볼 수밖에 없다. 따라서 피고들의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

3) 피고 중소기업은행은 원고 회사가 피고 B의 대체담보 제안을 믿고서 자발적으로 이 사건 근저당권설정등기의 말소에 응하였고 자발적으로 말소등기를 한 경우에는 그 등기에 대한 회복등기는 허용되지 않는다고 주장한다. 하지만 앞서 본 바와 같이 등기권리증의 교부 사실만을 가지고 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기에 동의한 것으로 인정할 수 없는 이상 위 주장은 더 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 모두 이유 있어 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 서범준

별지

부동산의 표시

1. 경기 용인시 처인구

대 985ㄷ



1) 원고의 주장 중에 ' 대체담보를 제공받는 조건으로 말소해 줄 생각으로 대체담보를 제공해 준다는 말을 믿고서 등기권리증을 교부해 주었다는... ... '는 것이 '대체담보를 제공하여 준다는 기망'에 의하여 말소에 동의하였다는 주장으로 볼 수 있는지도 문제되는데, 원고의 주장 내용을 종합적으로 살펴보면 일관하여 '말소에 동의하여 준 사실이 없다'고 명확하게 주장하고 있어서 원고의 주장을 위와 같이 해석할 여지는 없어 보인다.

2) 말소회복등기는 어떤 등기가 부적법하게 말소된 경우에 그 말소된 등기를 회복함으로써 처음부터 그러한 말소가 없었던 것과 같은 효력을 보유하게 할 목적으로 행하여지는 등기로, 부동산등기법 제75조는 말소된 등기의 회복을 신청하는 경우에 등기상 이해관계가 있는 제3자가 있는 때에는 신청서에 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 한다고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 등기상 이해관계가 있는 제3자란 말소회복등기를 함으로써 손해를 입을 우려가 있는 사람으로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 기존의 등기부 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 사람이고, 등기가 등기권리자의 의사에 의하지 아니하고 말소되어 그 말소등기가 원인 무효인 경우에는 등기상 이해관계 있는 제3자는 그의 선의, 악의를 묻지 아니하고 등기권리자의 회복등기절차에서 필요한 승낙을 할 의무가 있으므로, 등기가 부적법하게 말소된 후 가처분등기, 근저당권 설정등기, 소유권이전등기를 마친 제3자는 등기의 회복등기절차에서 등기상 이해관계 있는 제3자로서 승낙의무가 있다(대법원 1997. 9. 30. 선고95다39526 판결 등 참조).

3) 피고들은 지속적으로 근저당권설정등기의 말소에 등기권리증만 있으면 된다는 취지로 주장하고 있으나, 말소등기를 신청하기 위하여는 등기권리증 외에 첨부정보로서 등기원인을 증명하는 정보(해지증서 등)가 제공되어야 하고 그와 같은 서류에는 진정한 인감이 날인되어야 함은 당연한 일이다.