

부산고등법원 2021. 2. 4 선고 2020나55261(본소), 2020나55278(반소) 판결

[근저당권설정등기말소 청구의 소 · 부당이득금반환]

전 문

원고(반소피고), 피항소인

A

소송대리인 법무법인 더정성

담당변호사 김봉중, 김상욱, 서주원, 신강식

소송복대리인 변호사 김유리

피고(반소원고), 항소인

B

소송대리인 법무법인 케이알

담당변호사 제갈우호

소송대리인 법무법인(유한) 세한

담당변호사 송영천, 이채민

변 론 종 결 2021. 1. 21.

판 결 선 고 2021. 2. 4.

제1 심판결 울산지방법원 2020. 8. 12. 선고 2019가합10381(본소), 2019가합 12981(반소)

판결

주 문

1. 피고(반소원고)의 이 사건 본소 및 반소에 대한 항소를 모두 기각한다.

2. 항소비용은 본소, 반소를 통틀어 피고(반소원고)가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

피고(반소원고, 이하 ‘피고’라고 한다)는 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라고 한다))에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 울산지방법원 2018. 12. 19. 접수 제171496호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 반소

주위적으로, 원고는 피고에게 1,100,000,000원 및 이에 대하여 2018. 1. 18.부터 다 갚는 날까지 연 25%의 비율로 계산한 돈을 지급하라. 예비적으로, 원고는 피고에게 1,100,000,000원 및 이에 대하여 2018. 12. 21.부터 이 사건 반소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 원고의 본소 청구를 기각한다. 원고는 피고에게 반소 청구취지 금액을 지급하라.

이 유

본소와 반소를 함께 본다.

1. 인정사실

가. 원고 및 C의 지위

원고는 별지 목록 기재 각 부동산(이하 ‘이 사건 각 부동산’이라고 한다)의 소유자이다. C는 원고의 처이다.

나. 원고의 성명을 모용한 금전 차용 및 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권설정¹⁾ C는 2018. 9. 말경 J, K, L, M 등과 함께 원고 몰래 원고의 재산을 담보로 제공하고 원고 명의로 금전을 대출받아 이를 나누어 갖기로 모의한 다음 대출업자들을 통해 대출을 알아보았으나 원고 본인이 오지 않고서는 대출이 힘들게 되자 L을 통해 원고의 역할을 대신 할 사람을 찾던 중 2018. 11. 경 D을 소개받아 D이 원고 본인인 것처럼 행세하면서 대출 관련 서류를 작성해 주기로 하고 대출이 실행되면 그 일부를 분배하기로 공모하였다.

2) C, D은 2018. 12. 17. 경 서울 서초구 소재 법무사 F 사무소가 있는 건물 인근 카페에서 피고의 대리인인 E을 만나 D이 원고 본인인 양 속이고 이 사건 각 부동산을 담보로 원고 명의로 금전을 대출받기로 약정하였다.

이에 C, D은 같은 날 위 법무사 F 사무소에서, F으로 하여금 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권설정등기 신청에 관한 행위를 위임한다는 내용이 기재된 위임장 용지의 채무자란 및 등기의무자란에 원고의 성명 및 인적사항을 기재하게 하는 한편 미리 보관하고 있던 원고의 도장을 F에게 건네주어 F으로 하여금 원고의 성명 옆에 도장을 날인하게 한 다음, 원고의 행세를 한 D이 확인서면의 등기의무자 필적기재란에 ‘본인은 위 등기의무자와 동일인임을 확인합니다. A’이라고 기재하고 등기의무자 우무인란에 자신의 무인을 찍는 방법으로 원고 명의의 위임장 및 위 확인서면 중 원고 명의 ‘확인자란’ 기재 부분을 위조하였다.

3) C와 D은 2018. 12. 19. 위 법무사 F 사무소에서, D을 원고 본인으로 믿은 피고의 대리인인 E과 F에게 위와 같이 위조한 원고 명의의 위임장과 확인서면을 교부하면서 이 사건 각 부동산에 채권최고액 16억 5,000만 원, 근저당권자 피고, 채무자 원고로 하는 근저당권을 설정해 주기로 하고, 피고로부터 11억 원을 대출받기로 약정하였다.

4) 이에 C와 D은 2018. 12. 19. 법무사 F으로 하여금 울산지방법원에서 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권설정등기 신청을 하면서 위와 같이 위조한 원고 명의 위임장 등을 등기공무원에게 교부하게 하고, 등기공무원이 이 사건 각 부동산의 등기부에 이 사건 각 부동산에 관하여 2018. 12. 19. 자

근저당권설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라고 한다)을 원인으로 한 근저당권설정등기(채무자 원고, 채권자 피고, 채권최고액 16억 5,000만 원, 이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)를 마치게 하였다.

5) 그 후 C와 D은 K과 함께 2018. 12. 21. 울산 남구 소재 공증인가 법무법인 N 사무실에서 피고의 대리인인 E을 만나, 채권자 피고, 채무자 원고, 차용금액 11억 원, 이자 연 24%로 인쇄된 차용증 용지의 채무자란에 원고의 성명을 기재하고 원고의 도장을 날인하고, 원고의 행세를 한 D이 그 옆에 자신의 무인을 찍는 방법으로 원고 명의의 차용증(이하 '이 사건 차용증'이라고 한다)을 위조하여 E에게 이를 교부하였다. 또한 C와 D은 같은 일시장소에서 원고 명의의 액면금 16억 5,000만 원의 약속어음과 공증촉탁서를 위조한 다음 공증담당 변호사에게 공정증서의 작성을 촉탁하여 위 약속어음에 관하여 발행인 원고, 수취인 피고로 하는 약속어음 공정증서가 작성되었다.

다. 피고의 금전 대여

피고는 2018. 12. 21. 원고 명의의 경남은행 계좌(G, 이하 '이 사건 계좌'라고 한다)에 11억 원을 송금하였다.

라. C 등에 대한 형사 판결

1) 원고는 2018. 12. 24.경 C를 사문서위조 등으로 고소하였고, C는 D 등 다른 공범들과 함께 울산지방법원 2019고합286호로 공소제기되어 2020. 1. 10. 위 법원에서 다음과 같은 범죄사실로 징역 2년을 선고받았다.

○ 이 사건 근저당권설정등기 관련 범행

- 이 사건 근저당권설정등기 신청에 관한 원고 명의 위임장 등을 위조하고 행사(사문서위조 및 행사)
- 등기공무원에게 허위신고를 하여 이 사건 근저당권설정등기를 마치게 하는 방법으로 이 사건 각 부동산의 등기부에 허위사실을 기록하게 하고 이를 행사(공전자기록등불실기재 및 행사)

○ 이 사건 차용증 관련 범행

- 원고 명의의 이 사건 차용증을 위조하고 행사(사문서위조 및 행사)

○ 이 사건 계좌에 입금된 돈 관련 범행

- 피고에게 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권설정등기를 마쳐줄 의사나 능력이 없음

에도 위 각 서류를 위조하고 행사하는 방법으로 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주

는 방법으로 피고를 기망하여 피고로부터 이 사건 계좌에 입금된 1,100,000,000원

을 편취[특정범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)]

○ 약속어음 관련 범행

- 사문서위조 및 행사, 유가증권위조 및 행사

2) 이에 검사와 C 모두 항소하였고, 항소심법원은 2020. 7. 23. 제1심판결을 파기하여 C에게 징역 3년을 선고하였으며(부산고등법원 2020노72), 다시 C가 상고하였으나 상고심법원이 2020. 10.

13. 상고를 기각하는 결정을 함으로써(대법원 2020도10873) 위 판결이 그대로 확정되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 이 법원에 현저한 사실, 갑 1 내지 3, 8, 9, 19호증, 을 1, 2, 4, 9 내지 12호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들 주장의 요지

가. 원고의 주장

C는 권한 없이 피고 앞으로 원고 소유의 이 사건 각 부동산에 관하여 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었으므로, 이 사건 근저당권설정등기는 원인무효의 등기이다. 따라서 피고는 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 피고의 주장

1) 본소 및 주위적 반소에 관한 주장: C의 대리행위에 의한 민법 제126조의 표현대리 성립

C는 원고의 처로서 이 사건 근저당권설정계약 당시 금전 차용을 위하여 원고의 인감증명서 및

인감도장, 신분증 등을 지참하여 왔고, 원고 명의의 예금계좌를 피고 측에 제공하였으며, 이 사건

근저당권설정계약의 내용을 결정하는 등 피고와의 계약 과정을 주도하였고, D은 C의 단순한 보조자로서 수동적인 역할만을 하였다. 따라서 이 사건 근저당권설정계약은 D이 아닌 C가 원고 명의로 무현명 대행방식의 대리행위를 하여 체결한 것으로 보아야 한다.

한편 C는 원고로부터 이 사건 각 부동산의 임대 등 관리에 관한 권한을 위임받았을 뿐만 아니라, 원고의 처로서 일상가사에 관하여 원고를 대리할 권한도 있었으므로, C에게는 기본대리권이 있었다. 또한 피고의 대리인인 E은 원고의 처인 C로부터 원고가 직접 발급받은 인감증명서와 원고의 운전면허증을 제시받아 확인하였고, C가 원고라고 소개하는 D의 입회를 확인하여, E으로서는 C에게 원고를 대리하여 금전을 차용하고 원고 소유 부동산에 관한 근저당권설정계약을 체결할 권한이 있다고 믿었고 그와 같이 믿은 데에 정당한 이유가 있었으므로, 민법 제126조에 따른 권한을 넘은 표현대리가 성립한다.

따라서 이 사건 근저당권설정계약은 유효하고, 원고는 이 사건 차용증에 따라 피고에게 차용금 11억 원 및 그 약정이자 또는 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 예비적 반소에 관한 주장: 부당이득반환청구 또는 불법행위로 인한 손해배상청구가) 피고가 이 사건 계좌에 11억 원을 입금함으로써 원고는 법률상 원인 없이 위 돈 상당의 이득을 얻게 되었다. 따라서 원고는 피고에게 부당이득의 반환으로서 위 11억 원 및 법정이자 내지 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나) 원고는 원고 명의의 서류를 관리하지 못한 과실 때문에 C가 위 서류를 이용하여 피고로부터 11억 원을 편취할 수 있었으므로, 원고는 피고에게 불법행위에 따른 손해를 배상할 의무가 있다.

3. 본소 청구에 관한 판단

가. 청구원인에 관한 판단

위 인정사실에 의하면, 이 사건 근저당권설정등기는 C와 D이 위조한 원고 명의의 위임장 등을 통하여 마쳐진 것으로서 무효이므로, 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 그 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 민법 제126조에서 정한 표현대리의 성립 여부

- 1) 민법 제126조의 표현대리는 대리인이 본인을 위한다는 의사를 명시 혹은 묵시적으로 표시하거나 대리의사를 가지고 권한 외의 행위를 하는 경우에 성립하고, 사술을 써서 위와 같은 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에는 본인을 모용한 사람에게 본인을 대리할 기본대리권이 있었고, 상대방으로서는 위 모용자가 본인 자신으로서 본인의 권한을 행사하는 것으로 믿은 데 정당한 사유가 있었던 사정이 있는 경우에 한하여 위 규정에서 정한 표현대리의 법리가 유추적용된다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다49184 판결, 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다29896 판결 등 참조).
- 2) 이 사건으로 돌아와 보건대, D이 원고의 처인 C 등과 공모하여 마치 자신이 원고인 것처럼 행세하면서 피고의 대리인인 E을 기망하여 원고 명의로 이 사건 차용증을 작성하고 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 사실은 앞서 본 바와 같다.
- 따라서 D이 대리행위의 표시 없이 원고 명의로 직접 법률행위를 하였을 뿐, D 또는 C가 대리인으로서 원고를 위한다는 의사를 표시하거나 대리의사를 가지고 법률행위를 하였다고 볼 수 없는 이 사건에서, 1)

앞서 본 법리에 비추어 민법 제126조에서 정한 표현대리의 법리가 직접 적용될 수는 없고, 다만 모용자인 D에게 기본대리권이 있었고, E으로서는 D이 원고 자신으로서 원고의 권한을 행사하는 것으로 믿은 데 정당한 사유가 있었던 사정이 있는 경우에 한하여 위 민법 규정이 유추적용될 수 있을 뿐이다. 그런데 D에게 원고를 대리할 수 있는 기본대리권이 있음을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 결국 위 민법 규정이 유추적용될 여지도 없다.

- 3) 이에 대하여 피고는, 금전차용과 근저당권설정이라는 법률행위를 원고 명의로 대리한 행위자 내지 모용자가 D이 아닌 C임을 전제로 하여 위 민법 규정에서 정한 표현대리 법리의 적용 내지 유추적용을 위한 기본대리권이나 정당한 사유의 유무는 C를 기준으로 판단하여야 한다는 취지로 주장하고 있다.
- 살피건대, 대리행위의 표시 없이 본인 명의를 모용한 사람의 행위에 대하여도 민법 제126조에서 정한 표현대리 규정의 유추적용을 인정하는 이유는 대리인을 본인 자신으로 잘못 믿은 것이 일반거래 관념에 비추어 당시의 구체적 상황에서 무리도 아니었다고 할 수 있는 경우에 본인 자신의 행위로 믿었던 선의의 상대방을 보호하기 위한 것으로서, 대리행위의 표시가 있었던 경우와 비교하여 선의의

제3자를 보호함에 있어서 양자 간에 차이가 없음을 고려한 데에 있고(대법원 1978. 3. 28. 선고 77다1669 판결 참조), 따라서 위 민법 규정의 유추적용을 위한 기본대리권의 유무 및 정당한 사유의 존부는 거래의 외관에 따라 거래 상대방의 입장에서 본인 자신이라고 잘못 믿었던 모용자를 기준으로 하여 그 모용자가 본인을 대리할 기본대리권이 있었는지, 거래 상대방이 그 모용자를 본인으로 믿은 데에 정당한 사유가 있었는지를 따져보아야 한다.

이 사건에서 보건대, D이 피고의 대리인인 E과의 거래 당시 마치 자신이 원고 본인인 것처럼 E을 기망하고 원고의 성명을 모용함으로써 원고 명의로 권리관계에 관한 문서들이 작성되었고, 그로 인하여 E은 어디까지나 D을 원고 본인으로 오인하여 원고 본인과 직접 거래하는 것으로 믿고 이 사건 근저당권설정계약을 체결하였을 뿐 C에게 원고를 대리할 권한이 있었다고 믿어서 거래에 이르렀다거나 원고를 대리한 C와 거래한다고 인식하고 거래한 것은 아님이 분명한 이상 표현대리의 법리가 유추적용 될 수 있는지를 판단하기 위한 기본대리권의 유무나 E의 신뢰에 정당한 사유가 있는지 여부도 거래 상대방인 E의 입장에서 원고 본인이라고 믿은 D을 기준으로 판단함이 마땅하다. 피고 주장과 같이 C가 실질적으로 계약의 내용을 주도적으로 정하였다는 등의 사정을 고려하더라도 C가 현명 없이 원고를 대리한 것이라고 보거나 C의 행위를 D의 행위와 총체적으로 하나로 보아 C의 행위를 기준으로 표현대리의 법리를 적용 또는 유추적용할 수는 없다(위 대법원 2001다49184 판결 참조).

[설령 피고 주장에 따라 C가 현명 없이 원고를 대리한 것으로 보거나, 원고를 대리한 C가 복대리인 또는 사자로 선임한 D을 통하여 거래한 것으로 보아 표현대리 규정의 직접 적용 가부를 살펴보아도, 갑 20호증의 각 기재에 비추어 을 3, 4, 10호증의 각 기재만으로는 C에게 원고를 대리하여 이 사건 부동산을 관리할 권한이 있었다고 보기에 부족하고, 나아가 C에게 일상가사대리권이 있더라도, 남편이 처에게 거액을 차용할 권한을 위임하면서 자신 소유의 다수의 부동산을 담보로 제공함에 필요한 대리권을 수여한다는 것은 사회통념상 이례에 속하는 것이며, C는 원고의 처로서 남편의 인장 등을 비교적 쉽게 입수할 수 있는 지위에 있어 이를 남용할 위험이 많은 상황에 있는 점 등에 비추어 C가 원고의 인감도장이나 용도가 기재되지 아니한 인감증명서 등을 소지하고 있었던 사실만으로는 원고가 C에게 위와 같은 금전차용 및 근저당권설정에 관한 대리권을 주었다고 E이 믿었음을 정당화할

만한 객관적 사정이 인정된다고 보기도 어렵다]

3) 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

4. 반소 청구에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 제1심판결 이유 해당 부분(8면 14행부터 10면 5행까지, 제4항 부분) 중 일부를 아래와 같이 고치는 외에는 위 이유 부분의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

○ 10면 2행의 “부족하고”를 “부족한 반면, 오히려 갑 4호증의 기재에 변론 전체의 취지2)를 종합하면, 원고는 딸인 O의 요청에 따라 O의 취업을 위하여 원고의 인감증명서를 교부하였는데, C가 이를 임의로 가져가 E을 기망하는 데에 사용한 사실이 인정될 뿐이고”로 고친다.

5. 결론

그렇다면 원고의 본소 청구는 이유 있어 인용하고, 피고의 주위적 반소 청구 및 예비적 반소 청구는 모두 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로, 피고의 이 사건 본소 및 반소에 대한 항소는 모두 이유 없어 기각하기로 한다.

재판장 판사 박준용, 판사 최 환, 판사 이재욱

[별지]

부동산의 표시

1. 울산 남구 H 대 424.9㎡

2. 울산 남구 H 대 424.9㎡ 지상

철근콘크리트, 조적조 슬라브지붕 2층 근린생활시설, 주택

1층 226.955㎡

2층 104㎡

3. 울산 남구 I 대 521.8㎡

4. 울산 남구 I 대 521.8㎡ 지상

철근콘크리트조 슬라브지붕 3층 근린생활시설 및 교육연구 및 복지시설

1층 332.24㎡

2층 333.02㎡

3층 333.02㎡. 끝.

1) 앞서 든 증거들에 의하면, 이 사건 근저당권설정계약 당시 C가 원고의 인감도장과 자동차운전면허증 및 인감증명서를 소지하고 있었던 사실은 인정되나, 한편으로 위 인감도장이나 자동차운전면허증, 인감증명서는 원고의 대리를 위하여 사용되었거나, 원고를 대리할 권한이 있음을

증명하는 데 사용된 것이 아니라, 위 인감도장이나 자동차운전면허증은 D이 원고 본인인 것처럼 행세하면서 직접 원고 명의의 위임장, 확인서면 등 법률관계 서류를 작성하는 데 사용되었고, 위 인감증명서 역시 법무사 F에게 이 사건 근저당권설정등기의 신청을 위임하는 원고 명의의 위임장을 작성하면서 그 등기신청서류의 하나로 위 법무사에게 교부되었던 것으로 보인다.

따라서 위 인감도장은 물론 인감증명서나 자동차운전면허증도 D이 원고 본인으로서 직접 원고의 권한을 행사하는 데(즉 법무사에게 원고 본인의 등기신청권한을 위임하거나 확인서면을 작성하는 데) 사용되었을 뿐, D 또는 C의 대리의사와는 무관한 것이다.

2) 2020. 4. 7.자 문서송부서 중 434면 등 참조.