

서울고등법원

제 7 민 사 부

판 결

사 건 2011나63088 보증금반환

원고, 항소인 겸 피항소인



피고, 피항소인 1. ○○○○

대표자 사내이사 ○○○

피고, 항소인 2. ◇◇◇

피고들 소송대리인 변호사 ○○○

제 1 심 판 결 서울동부지방법원 2011. 7. 13. 선고 2010가합19592 판결

변 론 종 결 2012. 6. 1.

판 결 선 고 2012. 6. 27.

주 문

1. 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고들은 각자 원고에게 309,520,000원 및 이에 대한 2004. 11. 29.부터 피고 ◇  
◇◇은 2011. 7. 13.까지, 피고 ○○○○은 2012. 6. 27.까지 연 5%, 각 그 다음날부터 다  
갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

- 나. 원고의 피고들에 대한 각 나머지 청구를 기각한다.
2. 소송총비용은 피고들이 부담한다.
3. 제1의 가.항은 가집행할 수 있다.

## 청구취지 및 항소취지

### 1. 청구취지

피고들은 연대하여 원고에게 309,520,000원 및 이에 대한 2004. 11. 28.부터 이 사건 소장 송달일까지 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

### 2. 항소취지

#### 가. 원고

제1심 판결 중 피고 ○○○에 대한 부분을 취소한다. 피고 ○○○은 원고에게 309,520,000원 및 이에 대한 2004. 11. 29.부터 2011. 7. 13.까지 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

#### 나. 피고 ◇◇◇

제1심 판결 중 피고 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

## 이 유

### 1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 실시할 이유는 제1심 판결문의 이유 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

## 2. 당사자의 주장

### 가. 원고의 주장

선택적으로, 다음과 같은 청구에 따라 피고들은 연대하여 309,520,000원을 지급할 책임이 있다.

(1) 원고는 2004. 7. 30. ◆◆◆를 통하여 피고들에게 300,000,000원을 대여 또는 투자하였으므로, 피고들은 위 300,000,000원의 차용인으로서 또는 투자금 및 수익금반환약정에 의하여 이 사건 부동산의 분양대금에 해당하는 309,520,000원을 지급할 의무가 있다(이하 '대여금 또는 투자수익금 반환 청구'라고 한다).

(2) 설령 원고로부터 2004. 7. 30. 300,000,000원을 차용하였거나 투자받은 당사자는 피고들이 아니라 ◆◆◆라고 하더라도, 피고 ◇◇◇은 개인 및 피고 ◎◎◎의 표현 대표이사의 지위에서 ◆◆◆의 위 차용금반환채무 또는 투자금 및 수익금반환채무를 보증하였으므로 피고들은 보증채무자로서 이를 지급할 의무가 있다(이하 '보증채무금 지급 청구'라고 한다).

(3) 피고 ◇◇◇이 2004. 7. 30. 이 사건 분양계약서를 작성하여 원고에게 교부함으로써, 피고들은 ◆◆◆의 위 차용금반환채무 또는 투자금 및 수익금반환채무에 대하여 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 원고에게 제공하는 방법으로 물상보증하였는데, 이 사건 부동산은 한국투자신탁, 피고 ◎◎◎, □□□의 명의로 각 소유권이전등기가 경료되어 위 소유권이전등기청구권의 이행이 불능하게 되었으므로, 피고들은 물상보증계약의 불이행에 따른 위 분양대금 309,520,000원 상당의 손해배상책임을 부

담한다(이하 '물상보증계약 불이행에 따른 손해배상 청구'라고 한다).

(4) 피고들은 이 사건 분양계약서를 담보로 제공할 당시 이 사건 부동산의 소유권 이전등기를 하여 줄 의사가 없었음에도 불구하고, ◆◆◆가 위 차용금반환채무 또는 투자금 및 수익금반환채무를 이행하지 않을 경우에는 이 사건 부동산의 소유권이전등기를 하여 줄 것처럼 원고를 속여 원고가 ◆◆◆에게 위와 같이 300,000,000원을 지급 하였으므로, 피고들은 분양대금 309,520,000원 상당의 손해배상을 하여 줄 의무가 있다(이하 '기망에 의한 불법행위 손해배상 청구'라고 한다).

#### 나. 피고들의 주장

(1) 원고는 ◆◆◆에게 300,000,000원을 투자 또는 대여한 것이고, 피고들은 ◆◆◆의 위 차용금반환채무 또는 투자금 및 수익금반환채무에 대하여 보증한 바가 없다.

(2) 피고 ◇◇◇은, ■■■와 ◆◆◆가 △△△의 분양대행업을 하고 싶다고 하여 분양대행보증금을 요구하였으며, ■■■와 ◆◆◆가 원고로부터 돈을 대여 또는 투자받아 오겠다고 하여 위 분양대행업의 성사를 위하여 이 사건 분양계약서를 교부하였을 뿐이고, 피고 ◇◇◇이 경영하는 ▲▲▲가 위 분양대행의 수수료로 1,228,514,957원을 위 ◆◆◆ 등에게 지급하였으므로, 원고는 ◆◆◆ 등으로부터 피고 ◇◇◇이 지급한 위 수수료에서 자신의 대여금 또는 투자금을 지급받아야 하고 피고들에게 금원 지급을 청구할 수 없다.

### 3. 판단

#### 가. 대여금 또는 투자수익금 반환 청구에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심 판결문의 이유 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

## 나. 보증채무금 지급 청구에 관한 판단

### (1) 피고 ◇◇◇의 보증 여부

갑 제9호증, 을 제1호증, 을 제9호증, 을 제10호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음의 각 사정, 즉 ① 원고가 위 285,000,000원의 지급과 관련하여 2008년경 ◆◆◆, ■■■, 피고 ◇◇◇을 이 사건과 동일한 사실관계로 사기 혐의로 고소한 사건의 수사과정에서 피고 ◇◇◇은 "이 사건 분양계약서는 주채무자인 ◆◆◆ 등이 원고로부터 차용한 돈을 갚지 못하는 경우 그 담보의 의미로 작성하여 준 것이고, 보증인으로서의 책임은 있다고 생각한다"고 진술한 점, ② ◆◆◆는 원고로부터 285,000,000원을 투자받기로 하는 계약을 체결하는 당시부터 원고에게 "위 투자의 견질로서 용산구의 ▽▽▽을 450,000,000원 이상 상당 부분의 물건으로 확보하여 분양 완불계약서 등을 교부"하기로 하는 약정을 하였고, 같은 날 실제로 피고 ◇◇◇은 원고를 수분양자로 하여 분양대금 309,520,000원이 완불된 것으로 기재되어 있는 이 사건 분양계약서를 위 투자금에 대한 담보용으로 원고에게 교부하였는데, ◆◆◆가 피고 ◇◇◇과의 사전 합의 없이 분양대금 완불의 취지가 기재된 이 사건 분양계약서를 독자적으로 생각하였다고 보기는 어려운 점 등의 사정에 비추어 피고 ◇◇◇은 이 사건 분양계약서를 작성하여 원고에게 교부함으로써 ◆◆◆의 원고에 대한 이 사건 약정금 채무 중 이 사건 분양계약서에 기재된 분양대금 상당액에 관하여는 이를 보증한 것으로 보인다.

### (2) 피고 ○○○

회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용한 이사의 행위에 대하여는 그 이사가 회사를 대표할 권한이 없는 경우에도 회사는 선의의 제3자에 대하여

책임을 지고(상법 제395조), 이사의 자격도 없는 사람이 임의로 표현대표이사의 명칭을 사용하고 있는 것을 회사가 알면서도 아무런 조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치하여 소극적으로 묵인한 경우에도 상법 제395조가 유추적용된다(대법원 2005. 9. 9. 선고 2004다17702 판결 등 참조).

살피건대, 갑 제1호증, 갑 제15호증, 갑 제17, 18, 19호증, 을 제1호증의 각 기재 및 당심 증인 ▼▼▼의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음의 각 사정, 즉 ① 피고 ◇◇◇은 2002. 4. 2. 피고 ○○○의 이사 및 대표이사로 취임하여 재직하다가 2003. 6. 27. 사임하였고, 다시 2007. 2. 23. 이사 및 대표이사로 취임하여 현재 피고 ○○○의 유일한 사내이사인 점, ② 이 사건 분양계약서상 이 사건 부동산의 매도인은 피고 ○○○이고, 피고 ◇◇◇이 이 사건 분양계약서를 원고에게 교부한 2004. 7. 30. 피고 ◇◇◇의 지시로 이 사건 분양계약서의 분양대금 및 납부방법에 관한 내용이 기재된 부분에 피고 ○○○의 직원이 '2004. 7. 30. 완불함'이라는 기재를 한 후 '피고 ○○○ 대표이사'의 법인인감을 날인하였던 점, ③ 피고 ◇◇◇이 원고에게 이 사건 분양계약서를 교부한 2004. 7. 30. ◆◆◆, ■■■, 원고가 '이 사건 분양계약서는 300,000,000원에 대한 담보용으로 수령하였으며, 위 금원의 변제와 동시에 이 사건 분양계약서는 피고 ○○○에게 즉시 반환한다'는 내용이 기재된 '확약서'를 작성하여 피고 ◇◇◇에게 교부하였는데, 위 확약서의 맨 하단 수신인란에는 '○○○ 대표이사 귀하'라고 기재되어 있는 점, ④ 피고 ◇◇◇이 원고에게 이 사건 분양계약서를 교부할 당시 피고 ○○○의 등기부상 대표이사는 ▼▼▼이었지만, 피고 ◇◇◇은 피고 ○○○의 설립자이고 실질적인 소유자이자 대표로서 법인등기부상 대표이사로 기재되어 있던 시기 뿐만 아니라 등기부상 대표이사로 기재되어 있지 않은 위 시기에 회사

업무처리과정에서 중요한 사항을 위 ▼▼▼과의 협의 없이 독자적으로 결정하였으며, 이 사건 분양계약서도 피고 ◇◇◇의 독자적인 결정에 따라 작성된 것이었고 피고 ◇◇◇의 위와 같은 독자적 결정은 위 ▼▼▼의 묵인하에 이루어졌던 것인 점 등의 사정을 종합하면, ① 피고 ○○○○의 등기부상 대표이사인 ▼▼▼은 피고 ◇◇◇이 위와 같이 피고 ○○○○의 대표이사로 행세하여 ◆◆◆의 원고에 대한 투자금 및 수익금반환채무에 대한 보증을 위해 이 사건 분양계약서를 원고에게 작성·교부하는 것에 관하여 묵시적으로 허락하였다고 볼 것이고, 피고 ◇◇◇이 이 사건 분양계약서를 원고에게 작성·교부하는 방법으로 ◆◆◆의 원고에 대한 이 사건 약정금채무를 보증한 행위는 상법 제395조에서 정한 표현대표이사의 행위라고 판단되므로 피고 ○○○○은 그 행위에 대하여 책임이 있고, ② 또한 앞서 본 위 각 사정을 종합하면, 피고 ○○○○이 피고 ◇◇◇에게 위와 같은 내용의 이 사건 분양계약서를 작성·교부하는 방법으로 ◆◆◆의 원고에 대한 이 사건 약정금채무를 보증하는 행위를 대리할 권한을 부여하였다<sup>1)</sup>고 봄이 상당하므로, 피고 ○○○○은 피고 ◇◇◇의 대리행위에 대한 본인으로서의 책임도 부담한다.

따라서 피고 ○○○○은 피고 ◇◇◇의 표현대표이사 내지 대리인으로서의 위 보증행위에 따라 원고에게 ◆◆◆의 원고에 대한 이 사건 약정금 채무 중 이 사건 분양계약서에 따른 분양대금 상당액인 309,520,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 책임이 있다.

다. 피고들의 주장에 관한 판단

(1) 원고의 중대한 과실 주장

1) 원고의 위 대여금 또는 투자수익금 반환청구나 보증채무금 지급청구의 주장에는 결국 이 사건 분양계약서 작성·교부행위에 관한 당사자로서의 책임을 묻는 주장도 포함된 것으로 보인다.

피고들은 이 사건 분양계약서에는 "본 계약과 관련된 대금은 반드시 (주)한국토지신탁이 지정한 금융기관 계좌에 입금하여야 하며, 그 외의 방법으로 납부한 경우에는 그 효력을 인정할 수 없음"이라는 기재가 있어 원고에게는 피고 ○○○과의 이 사건 보증계약체결과정에서 악의 또는 중대한 과실이 있다고 주장하나, 이 사건 분양계약서에 위와 같은 내용이 기재되었다고 하더라도 이 점만으로는 원고가 피고 ◇◇◇이 피고 ☆☆☆을 대표할 권한이 없음을 알았다거나, 그 권한이 있다고 믿음에 있어서 중대한 과실이 있다고 볼 수 없고, 달리 피고들의 위 주장을 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

### (2) 원고의 채무면제 내지 청구포기 항변

피고들은, 원고가 투자기간 말일 이후에도 ◆◆◆에 대한 채권추심을 하지 않았고, 원고와 ◆◆◆가 함께 피고 ◇◇◇을 사기로 고소하였던 점 등을 살펴보면, 원고가 ◆◆◆의 채무를 면제하여 주거나 청구를 포기한 바 있는 것이므로, 보증채무의 부종성에 따라 피고 ◇◇◇의 원고에 대한 보증채무도 당연히 소멸하였다고 주장한다.

그러나 설령 원고가 ◆◆◆에 대한 채권추심을 하지 않았고, 원고와 ◆◆◆가 피고 ◇◇◇을 사기로 고소하였다고 하더라도 이 점만으로 원고가 ◆◆◆의 원고에 대한 채무를 면제하여 주었거나, ◆◆◆에 대한 채권을 포기하였다고 보기는 어렵고, 달리 피고들의 위 주장을 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고들의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

### (3) 조건부 계약 항변

피고들은, 원고에 대하여 보증책임을 부담하게 된다고 하더라도, 원고와 피고들의 보증계약은 피고 ◇◇◇이 경영하는 ▲▲▲가 ◆◆◆, ■■■에게 △△△의 분양대행

수수료를 지급하면, ◆◆◆, ■■■가 원고에게 투자금을 변제하고 분양계약서를 회수한다는 조건이 결부되어 있는 조건부계약이라고 주장한다.

그러나 피고들이 위 항변의 근거로 제시하는 을 제2호증(확약서)의 기재는 '◆◆◆로부터 원고가 300,000,000원을 받음과 동시에 원고, ◆◆◆, ■■■는 피고 ○○○의 대표이사인 피고 ◇◇◇에게 이 사건 분양계약서를 반환하여야 한다'는 내용에 불과하므로, 을 제2호증의 기재만으로는 원고와 피고들의 보증계약이 피고들이 주장하는 바와 같은 조건부계약이라고 볼 수는 없고, 달리 피고들의 주장을 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고들의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

#### (4) 최고·검색 및 그 해태 항변

피고들은 ① 원고는 주채무자인 ◆◆◆에게 먼저 청구 및 집행하여야 하고(최고·검색의 항변), ② 현재 위 ◆◆◆에게 변제자력이 없다 하더라도, 원고의 ◆◆◆에 대한 이 사건 약정금 채권의 변제기가 도과할 무렵에는 ◆◆◆에게 이 사건 계약에 따른 원고에 대한 채무를 변제할 수 있을 만큼 자력이 충분하였으므로, 위 시기에 원고의 채권 청구 및 집행을 해태한 원고에게 책임이 있다고 주장(최고·검색의 해태 항변)한다.

살피건대, 우선 최고·검색의 항변에 관하여 보면, 보증인은 주채무자의 변제자력이 있는 사실 및 그 집행이 용이할 것을 증명하여 최고·검색의 항변을 할 수 있는데(민법 제437조), 을 제5호증의 1, 2, 을 제7호증의 각 기재만으로는 주채무자인 ◆◆◆에게 변제자력이 있는 사실 및 그 집행이 용이한 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고들의 이 부분 항변은 이유 없다.

다음으로 최고·검색의 해태 항변에 관하여 보면, 보증인의 최고·검색의 항변에

도 불구하고 채권자의 해태로 인하여 채무자로부터 전부나 일부의 변제를 받지 못한 경우에는 채권자가 해태하지 아니하였으면 변제받았을 한도에서 보증인은 그 의무를 면하고(민법 제438조), 채권자의 해태 여부의 기준이 되는 시점은 보증인이 최고·검색의 항변권을 행사한 때이고 주채무의 이행기가 아닌바, 위 ◆◆◆에게 변제자력이 있고 그 집행이 용이한 시기에 피고들이 최고·검색의 항변권을 행사한 것이라는 점에 부합하는 아무런 증거가 없으므로, 피고들의 이 부분 항변 역시 이유 없다.

#### (5) 소멸시효 항변

피고들은, 원고의 피고들에 대한 채권은 상인인 분양대행업자 ◆◆◆의 분양대행 사업 등 상행위로 인하여 발생한 채권으로서 5년의 상사시효의 적용을 받으므로, 피고들의 보증채무는 시효기간의 경과로 소멸하였고, 또한 원고가 주채무자로 상인인 ◆◆◆에 대하여도 위 투자기간의 말일 이후로 상사시효기간인 5년이 지나기 전에 주채무의 이행을 구한 바가 없어 주채무가 시효로 소멸하였으므로, 피고들의 보증채무 역시 소멸하였다고도 주장한다.

살피건대, 앞서 보았듯이 원고가 투자 및 상환약정서를 작성한 후 285,000,000원을 지급한 상대방으로 이 사건 약정금채무의 주채무자는 ◆◆◆인데, ◆◆◆가 상인이라는 점에 부합하는 아무런 증거가 없으므로, 이를 전제로 자신들의 채무가 상사소멸시효의 적용을 받는 것이라는 피고들의 위 주장은 이유 없고, 설령 ◆◆◆가 상인이어서 상사소멸시효가 적용되는 것이라고 하더라도 갑 제16호증의 기재에 의하면 ◆◆◆는 원고에 대한 약정금채무의 변제기인 2004. 11. 28.<sup>2)</sup>이후로 시효기간의 완성 전인 2008. 11. 28. 원고에게 위 투자금에 대한 상환약정서를 교부하여 채무를 승인함으로써

2) 을 제1호증의 기재에 의하면 ◆◆◆가 원고에게 작성해 준 투자 및 상환약정서(을 제1호증)의 투자기간은 2004. 7. 29.부터 2004. 11. 28.까지로, 그렇다면 ◆◆◆의 원고에 대한 이 사건 약정금채무의 변제기는 2004. 11. 28.로 봄이 상당하다.

그 시효의 진행이 중단되었고, 주채무자에 대한 시효중단은 보증인에게도 효력이 있다고 할 것이며 이 사건 소는 위 2008. 11. 28. 이후로 5년의 소멸시효기간이 지나지 않은 2010. 11. 8. 제기되었음은 기록상 분명하므로, 피고들의 위 주장 역시 이유 없다.

#### 라. 소결론

그렇다면 피고들은 각자<sup>3)</sup> 원고에게 ◆◆◆의 원고에 대한 이 사건 약정금 채무 중 309,520,000원 및 이에 대한 위 약정금 채무 변제기 다음날인 2004. 11. 29.부터 위 피고들이 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 피고 ◇◇◇의 경우는 제1심 판결 선고일인 2011. 7. 13.까지, 피고 ◎◎◎의 경우는 당심 판결 선고일인 2012. 6. 27.까지 민법이 정한 연 5%, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### 4. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결 중 원고의 피고 ◎◎◎에 대한 청구에 관한 부분은 이와 결론을 달리 하여 부당하므로, 원고의 항소를 일부 받아들여 제1심 판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

3) 동일한 주채무에 대하여 2인 이상이 보증채무를 부담하는 공동보증의 경우 당사자 사이에 특별한 의사표시가 없는 한 그 사이에 분별의 이익이 있는 것이 원칙이나, 앞서 본 각 증거 및 사실관계에 의할 때 피고 ◇◇◇이 이 사건 분양계약서를 원고에게 이 사건 약정금채무에 대한 담보로 제공함에 있어 원고와 피고들 사이에서는 ◆◆◆가 이 사건 약정금채무의 변제를 하지 못하는 경우 약정금채무 전체에 관하여 피고 ◇◇◇ 아니면 피고 ☆☆☆이 이를 책임지기로 한다는 내용에 관한 의사의 합치가 있었던 것으로 봄이 상당하다.

재판장      판사      이한주

              판사      정계선

              판사      이오영

## 목 록

### 1동의 건물의 표시

서울 용산구 ★★★ 철근콘크리트조 슬래브지붕 15층 근린생활시설

1층 670.92m<sup>2</sup>

2층 ~ 9층 각 788.69m<sup>2</sup>

10층 ~ 12층 각 749.12m<sup>2</sup>

13층 702.89m<sup>2</sup>

14층 710.12m<sup>2</sup>

15층 634.70m<sup>2</sup>

지하1층 1,172.46m<sup>2</sup>

지하2층 ~ 지하5층 각 1,189.68m<sup>2</sup>

지하6층 412.64m<sup>2</sup>

### 대지권의 목적인 토지의 표시

서울 용산구 ★★★ 대 1,477.8m<sup>2</sup>

### 전유부분의 건물의 표시

제12층 제1212호 철골철근콘크리트조 54.23m<sup>2</sup>

### 대지권의 표시

소유권대지권 1,477.8분의 8.85 끝.