

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2004다55162 손해배상(기)

원고, 피상고인 속초시

소송대리인 법무법인 자하연 담당변호사 임채균 외

피고, 상고인 피고

원 심 판 결 서울고등법원 2004. 9. 8. 선고 2003나72315 판결

판 결 선 고 2006. 9. 28.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유를 본다.

1. 채증법칙 위배로 인한 사실오인 주장에 대하여

기록에 비추어 검토하여 보면, 원심이 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 후 그 사실에 비추어 피고의 주장에 일부 부합하는 소

외 1의 진술서의 기재와 피고의 직원인 소외 2의 증언은 믿기 어렵고 달리 피고의 주장을 뒷받침할 증거가 없다는 이유로, 원고와 소외 1 사이에서 원고의 전세권을 후순위로 하는 데 대한 합의가 있었다거나 소외 1에게 원고의 대리권이 있고 피고가 이를 믿을 만한 정당한 이유가 있어 소외 1이 표현대리인에 해당한다는 피고의 주장을 배척한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인 등의 잘못이 있다고 할 수 없다.

2. 법무사의 주의의무에 관한 법리오해 주장에 대하여

가. 법무사는 등기사무에 관한 한 전문적인 식견을 가진 사람으로서, 일반인이 등기업무를 법무사에게 위임하는 것은 그러한 전문가인 법무사에 대한 기대와 신뢰를 바탕으로 하는 것이므로, 비록 등기업무와 관련된 법무사의 주된 직무 내용이 서류의 작성과 신청대리에 있다 하여도, 그 직무를 수행하는 과정에서 의뢰인의 지시에 따르는 것이 위임의 취지에 적합하지 않거나 오히려 의뢰인에게 불이익한 결과가 되는 것이 드러난 경우에는, 법무사법에 정한 직무의 처리와 관련되는 범위 안에서 그러한 내용을 의뢰인에게 알리고 의뢰인의 진정한 의사를 확인함과 아울러 적절한 방법으로 의뢰인이 진정으로 의도하는 등기가 적절하게 되도록 설명 내지 조언을 할 의무가 있다고 할 것이다.

나. 이 사건에서 기록에 의하여 검토하여 보면, 1995. 11. 원고가 피고에게 의뢰하여 이 사건 건물 301호에 전세금 1억 원, 존속기간 2년의 전세권을 제1순위로 설정등기한 후(이하 '제1차 전세권'이라 한다) 이 사건 건물 전체에 채권최고액 합계 8억 8,000만 원의 근저당권 7건이 설정된 사실, 1997. 11. 원고가 보증금을 500만 원 증액하고 존속기간을 2년간 연장하기로 소유자와 합의하고 다시 피고에게 그 등기를 의뢰하

였을 때, 피고는 제1차 전세권의 우선권 상실에 대한 아무런 설명 내지 조언 없이 제1차 전세권설정등기를 말소하고 위 각 근저당권보다 후순위로 새로이 전세권설정등기를 마친 사실(이하 '제2차 전세권'이라 한다), 1999. 9. 이 사건 건물의 소유권이 소외 1에게 이전되어 원고는 소외 1과 종전과 같은 조건에 기간만 새로이 2년으로 정하여 301호에 전세권을 설정하기로 합의하고 역시 피고에게 그 등기를 의뢰하였는데, 피고는 그 이전에 이미 소외 1과 한국주택은행으로부터 이 사건 건물 전체에 채권최고액 9억 7,500만 원의 근저당권 2건의 설정등기업무를 위임받았음에도, 이를 원고에게 알리지 않고 역시 아무런 설명 내지 조언도 하지 않은 채 한국주택은행의 근저당권설정등기, 제2차 전세권의 말소등기, 원고의 새로운 전세권설정등기를 순차로 마친 사실(이하 '제3차 전세권'이라 한다), 그 후 소외 1은 한국주택은행에서의 대출금으로 이 사건 건물 전소유자가 설정한 근저당권 7건을 모두 말소하였으나, 한국주택은행의 근저당권 실행으로 인한 경매절차에서 9억 원이 넘는 매각대금 대부분이 신청채권자인 한국주택은행에 배당되고 후순위인 원고의 제3차 전세권의 전세금반환채권에 대하여는 전혀 배당되지 아니한 사실을 알 수 있다.

다. 그런데 법무사인 피고로서는 전세권설정등기를 하는 가장 큰 이유가 전세금반환채권을 확보하는 데 있음을 잘 알고 있을 터이고, 위 인정 사실에 의하면 당초 원고의 제1차 전세권이 최선순위였는데, 원고가 의뢰하는 바와 같이 기존의 전세권설정등기의 말소와 전세금이나 존속기간을 일부 변경한 새로운 전세권설정등기를 한다면 원고는 다음 순위였던 근저당권자에게 우선권을 빼앗겨 치명적인 불이익을 입게 되는 점, 따라서 기존의 전세권자가 그러한 불이익을 스스로 감수하면서까지 위와 같은 방식으로 등기를 하는 것은 매우 이례적이고, 일반적인 의뢰인이라면 당연히 그러한 방

식을 취하기보다는 기존의 전세권을 이전하는 부기등기를 하거나 그것이 어려우면 기존의 전세권설정등기를 그대로 두어 적어도 기존의 전세금반환채권에 대한 우선권을 유지하는 방식을 취하리라고 쉽게 예상할 수 있는 점, 더구나 피고는 제3차 전세권설정등기 업무를 수임하기 전에 이미 한국주택은행으로부터 거액의 근저당권설정등기 업무를 수임한 상태였으므로, 원고의 제3차 전세권보다 선순위로 거액의 근저당권설정등기가 마쳐질 예정임을 잘 알고 있었던 점 등을 쉽게 추지할 수 있는바, 사정이 이러하다면 등기업무에 관한 전문가의 자격에서 원고로부터 등기사무를 위임받은 피고로서는 마땅히 그 사무를 처리하는 과정에서 알게 된 내용에 비추어 의뢰받은 그대로 등기를 하면 불의의 타격을 입을 수 있음을 원고에게 알려주어 그가 진정으로 의도하는 목적에 맞는 등기가 이루어지도록 구체적인 설명 내지 조언을 할 주의의무가 있다고 보는 것이 앞에 실시한 법리에 맞는 해석이라 할 것이다.

라. 따라서 원심이 같은 취지에서, 피고에게 법무사로서 설명·조언의 주의의무 위반의 책임을 인정한 조치는 앞서 본 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법무사의 주의의무에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 할 수 없다.

3. 공평의 원칙 위배 주장에 대하여

채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상사건에서 과실상계사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저하게 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다고 할 것인바, 기록과 원심판결에 나타난 제반 사정에 비추어 보면, 원심이 즉시 등기부등본을 확인하지 아니하여 손해를 미연에 방지하거나 줄일 기회를 놓친 원고의 과실을 50%로 판단한 조치는 형평의 원칙에 비

추어 합리적인 것으로 수긍할 수 있으므로, 이 부분 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 전수안 _____

 대법관 고현철 _____

주 심 대법관 양승태 _____

 대법관 김지형 _____