

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2006다2803 청구이의
원고, 상고인	원고 소송대리인 변호사 임경윤
피고, 피상고인	피고 소송대리인 변호사 안재용
원 심 판 결	부산지방법원 2005. 12. 15. 선고 2005나6553 판결
판 결 선 고	2006. 3. 24.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 부산지방법원 본원 합의부로 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

1. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거들에 의하여, 원고의 처인 A는 2003.경부터 증가한 신용카드 연체대금을 갚기 위하여 사채업자들로부터 사채를 빌려

쓰는 과정에서 사채업자들이 남편인 원고의 연대보증을 요구하자, 2003. 7.경부터 2004. 5.경까지 원고의 인감도장을 도용하여 위임장을 위조한 다음 원고 명의의 인감증명서를 발급받아 사채업자들과 사이에 자신의 차용금채무에 관하여 원고 명의로 연대보증 계약을 체결한 사실, 그런데 A가 위와 같이 차용한 돈을 변제하지 못하여 사채업자들이 원고의 재산에 강제집행을 하자, 원고는 2004. 5. 18.경 A가 위임장을 위조하여 원고 명의의 인감증명서를 발급받은 다음 원고 명의의 차용증서를 위조하였다는 내용의 혐의사실로 A를 고소하였고, 이에 따라 A는 2004. 8. 18. 부산지방법원 2004고단4540호로 사문서위조죄 등으로 기소되어 원고 명의의 위임장 16장을 위조한 후 이를 행사하여 원고 명의의 인감증명서를 발급받아 원고가 A의 차용금채무를 연대보증하는 것처럼 속여 사채업자들로부터 차용금을 교부받아 편취하였다는 범죄사실이 유죄로 인정되어 형사처벌을 받은 사실, 한편 사채업을 영위하는 피고는 2003. 11. 15.경 집수리비 등으로 사용하겠다고면서 돈을 빌려달라고 요청하는 A에게 그 때부터 2004. 2. 28.경까지 사이에 합계 1,000만 원을 대여해 주었는데(이하 '이 사건 차용금'이라 한다), 2004. 2. 28. A로부터 채무자 A, 연대보증인 원고로 된 차용증서(A가 원고의 이름과 주소를 기재하고 원고의 도장을 날인하였다)를 교부받은 사실, 피고는 위 대여일로부터 20일 정도 지난 후 A 또는 원고의 재산을 확인하기 위하여 그들이 거주하고 있는 아파트를 찾아가기도 하였고, 2004. 3.경부터는 A가 운영하는 포장마차에 찾아가 채무변제를 독촉하였는데, 원고는 위 포장마차에서 만난 피고에게 두 차례 정도 A의 이 사건 차용금채무를 변제하겠다고 말한 사실, 그런데 A가 2004. 4.경부터 이 사건 차용금에 대한 이자를 제대로 지급하지 못하였고, 이에 피고는 2004. 4. 1. 공증인가 3·1합동법률사무소에 촉탁하여 이 사건 차용금에 관하여 채권자 피고, 채무자 A, 연대보증인 원고, 변제

기 2004. 4. 8., 이자 연 36%로 된 강제집행수탁부 채무변제계약공정증서(이하 '이 사건 공정증서'라고 한다)를 작성받은 사실, 그 후 피고는 이 사건 공정증서 정본에 기하여, 2004. 5. 28. 부산지방법원 2004타경29933호로 원고 소유의 아파트에 관하여 부동산강제경매개시결정을 받는 한편, 2004. 6. 30. 같은 법원 2004타채6428호로 원고의 급여에 관하여 채권압류 및 추심명령결정을 받은 사실, 원고는 2004. 10. 20. 자신의 핸드폰을 이용하여 피고의 핸드폰으로 이 사건 차용금채무를 2004. 11. 24.까지 입금해 주겠다는 내용의 문자메시지를 세 차례에 걸쳐 보낸 사실을 인정한 다음, 원고가 이 사건 차용금채무가 발생할 당시부터 그 채무를 연대보증한 것은 아니라 하더라도 이 사건 공정증서가 작성되기 전인 2004. 3.경 이 사건 차용금채무에 대한 연대보증의사를 표시하였으므로, 그 후 A가 피고와 사이에 원고 명의의 연대보증계약을 체결하고 이 사건 공정증서 작성을 촉탁한 것은 정당한 대리권에 기한 행위이고, 가사 A가 대리권 없이 임의로 이 사건 공정증서 작성을 촉탁한 것이라 하더라도 원고가 피고에게 이 사건 차용금채무를 변제하겠다는 내용의 문자메시지를 보냄으로써 A의 무권대리행위로 이루어진 이 사건 공정증서 상의 연대보증채무를 추인하였다고 판단하여, 이 사건 공정증서는 원고의 위임을 받지 않은 A의 촉탁에 의하여 작성된 것이므로 원고에 대하여 효력이 없다는 원고의 주장을 배척하였다.

2. 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 이를 수긍하기 어렵다.

가. 공정증서가 채무명의로서 집행력을 가질 수 있도록 하는 집행인낙의 표시는 공증인에 대한 소송행위이므로, 무권대리인의 촉탁에 의하여 공정증서가 작성된 때에는 채무명의로서의 효력이 없다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다45303, 45310 판결 참조).

그런데 기록에 의하면, A는 자신의 신용카드 연체대금을 변제하기 위하여 2003. 7. 경부터 2004. 5.경까지 비교적 단기간 내에 여러 명의 사채업자들로부터 다액의 사채를 빌렸고, 그 과정에서 사채업자들이 원고의 연대보증을 요구하자 위임장을 위조하여 원고 명의의 인감증명서를 발급받은 다음 이를 사채업자들에게 제공하면서 원고의 승낙 없이 원고를 자신의 차용금채무에 대한 연대보증인으로 세웠는데, 피고도 그러한 사채업자 중 1인으로서 위 기간 중인 2003. 11. 15.부터 2004. 2. 28.까지 A에게 여러 차례에 걸쳐 합계 1,000만 원을 대여한 사실을 알 수 있어 이 사건 공정증서 작성을 촉탁하는데 사용된 원고 명의의 인감증명서 역시 A가 위와 같이 위조한 위임장을 이용하여 발급받은 인감증명서라고 쉽게 추단할 수 있는 점, 피고는 당초 A에게 최초로 대여한 2003. 11. 15. 원고의 집을 방문하여 원고를 만나 차용증서를 제시하고 연대보증의사를 확인한 후 원고로부터 직접 주민등록증 및 의료보험증 사본을 수령하였다고 주장하였으나, 원심에 이르러서는 1000만 원을 대여하고 20일 정도 지나 동생 B와 함께 원고의 집을 찾아 갔으나 그날 원고의 집에는 A만 있었다고 주장하고 있어 대여과정에서 원고에게 연대보증의사를 확인하였다는 종전의 주장을 사실상 변경한 점, 원고가 2004. 3. 말경 A가 운영하는 포장마차에서 만난 피고에게 A의 이 사건 차용금채무를 변제하겠다고 말하였다는 점에 부합하는 증거로는 을제5호증(진술서)의 기재가 유일한데, 위 진술서의 작성자인 B는 피고의 동생으로 사실상 피고와 이해관계를 같이 할 뿐 아니라(B는 원고와 A의 대리인으로서 이 사건 공정증서 작성에 참여하였다), 그 진술서의 내용을 살펴보더라도 피고의 주장사실을 거의 그대로 기재해 놓은 것에 불과하여 신빙성이 부족한 점, 피고의 주장과 같이 원고가 2004. 3.경 피고에게 돈을 갚겠다는 의사를 표시하였다면 확실한 채권확보를 위하여 2004. 2. 28.자 차용증서에 원고의 자

필서명을 받거나 원고에게 그러한 취지가 담긴 문서를 작성해 달라고 요청하는 것이 합당한 행동이라고 보임에도 피고가 그러한 조치를 취하지 아니하였다는 것은 쉽게 이해하기 어려운 점 등에 비추어, 원고가 2004. 3.경 피고에게 이 사건 차용금채무에 대한 연대보증의사를 표시함으로써 A에게 원고 명의의 연대보증계약 체결 및 이 사건 공정증서 작성 촉탁에 관한 대리권을 수여하였다고 단정하기는 어렵다.

그럼에도 불구하고, 원고가 A에게 원고 명의의 연대보증계약 체결 및 이 사건 공정증서 작성 촉탁에 관한 대리권을 수여하였다고 본 원심의 판단은 채증법칙을 위배하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

나. 또한 공정증서상의 집행인낙의 의사표시는 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대한 채무자의 단독 의사표시로서 성규의 방식에 따라 작성된 증서에 의한 소송행위이어서, 대리권 흠결이 있는 공정증서 중 집행인낙에 대한 추인의 의사표시 또한 당해 공정증서를 작성한 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대하여 그 의사표시를 공증하는 방식으로 하여야 하므로, 그러한 방식에 의하지 아니한 추인행위가 있다 한들 그 추인행위에 의하여는 채무자가 실체법상의 채무를 부담하게 됨은 별론으로 하고 무효의 채무명의를 유효하게 될 수는 없는바(대법원 1991. 4. 26. 선고 90다20473 판결 참조), 원심이 인정한 바와 같이 원고가 피고에게 이 사건 차용금채무를 변제하겠다는 내용의 문자메시지를 보냈다고 하더라도 그러한 사실만으로는 대리권 흠결이 있는 공정증서 중 집행인낙에 대한 추인의 의사표시가 있었다고 볼 수는 없다.

그럼에도 불구하고, 원심이 이 사건 공정증서가 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 것이라 하더라도 그 판시와 같은 사유를 들어 원고가 무권대리행위로 이루어진 이 사건 공정증서 상의 연대보증채무를 추인하였다고 판단한 것은 무권대리인의 촉탁에

의하여 작성된 공정증서에 있어서의 집행인낙의 주인에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있으므로, 이를 지적하는 상고이유의 주장 역시 이유 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김영란 _____

주 심 대법관 이규홍 _____

 대법관 박재윤 _____

 대법관 김황식 _____