

서울고등법원

제 4 민 사 부

판 결

사 건	2010나63173 부당이득금
원고, 항소인	의료법인 000000
	성남시 수정구 태평동 0000
	송달장소 서울 서초구 서초3동 0000-0 00빌딩 0층
	대표자 이사 유00
	소송대리인 변호사 서연숙
피고, 피항소인	주식회사 00
	성남시 수정구 태평동 0000, 0층
	송달장소 인천 계양구 계산2동 000-0 00000빌딩 0층
	대표이사 나00
	소송대리인 변호사 박구진
제 1 심 판 결	수원지방법원 성남지원 2010. 5. 25. 선고 2009가합2237 판결
변 론 종 결	2011. 3. 2.
판 결 선 고	2011. 3. 23.

주 문

제1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각한다.

소송총비용은 원고가 부담한다.

청구취지

피고는 원고에게 1,876,222,558원과 이에 대하여 이 사건 소장 송달일부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고에게 6억 원과 이에 대하여 이 사건 소장 송달일부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

【증거】 다툼이 없는 사실, 갑 제1, 3 내지 6, 9, 10호증, 을 제9호증, 제21호증의 1 내지 7, 제23호증 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

가. 원고는 성남시 수정구 태평동 7336 소재 OO병원(이하 '이 사건 병원'이라 한다)을 운영하던 법인이고, 피고는 2004. 6. 10. 원고로부터 이 사건 병원에 대하여 시설관리업무 등을 위탁(이하 '이 사건 위탁계약'이라 한다)받은 업체이다.

나. 피고는 이 사건 위탁계약에 기한 위탁관리비용을 지급받지 못함에 따라 2004. 11. 15. 원고로부터 공증인가 OOOO법무법인 증서 2004년 제OOO호 액면금 2,656,617,698원의 약속어음 공정증서(이하 '이 사건 약속어음 공정증서'라 한다)를 교

부받았고, 피고는 2004. 11. 26. 이 사건 약속어음 공정증서에 기하여 원고 소유의 이 사건 병원 부지 및 건물(이하 '이 사건 병원 등'이라 한다)에 대하여 수원지방법원 성남지원 2004타경25156호로 강제경매를 신청하였다(이하 '이 사건 경매'라 한다).

다. 한편, 원고의 채권자이던 문OO은 2005. 8. 29. 피고에게 ① 원고에 대한 채권 15억 5,000만 원(이하 '이 사건 양도채권'이라 한다)과 ② 이를 피담보채권으로 하여 이 사건 병원 등에 관하여 수원지방법원 성남지원 2004. 8. 19. 접수 제41795호로 설정된 채권최고액 20억 원의 근저당권을 양도하였고, 그 무렵 원고에게 그 양도통지를 하였으며, 피고는 이 사건 경매절차에서 이 사건 양도채권을 주장하였다.

라. 피고는 2006. 3. 30. 이 사건 경매절차에서 ① 이 사건 양도채권에 기한 근저당권자로서 11억 3,000만 원, ② 이 사건 약속어음 공정증서에 기한 신청채권자 및 가압류권자로서 2,413,320,355원을 배당받았고, OO메디칼 대표 배OO은 가압류권자로서 2,271,045,959원을 배당받았다(이하 '이 사건 배당'이라 한다).

2. 본안전 항변에 대한 판단

가. 중복제소 항변

(1) 피고의 주장

피고는, 원고의 채권자 박OO이 원고의 피고에 대한 2006. 10. 23.자 합의서에 기한 약정금청구채권에 대하여 압류 및 전부명령을 받은 다음, 피고를 상대로 그 전부금의 지급 및 원고를 대위한 부당이득금반환을 구하는 소를 제기하여 그 소송에서 박OO과 피고 사이에 조정이 성립하였는데, 그 조정조서의 기판력은 원고에게도 미치므로, 이 사건 소는 중복제소에 해당하여 부적법하다고 주장한다.

(2) 판단

을 제16 내지 20호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 박OO이 공증
인가 법무법인 OOO 증서 2004년 제OOOO호 집행력 있는 공정증서상 채권에 기하여
원고를 채무자, 피고를 제3채무자로 하여 수원지방법원 성남지원 2007타채1586호로 원
고의 피고에 대한 2006. 10. 23.자 합의약정에 기한 1,171,045,959원의 약정금채권에
대한 채권압류 및 전부명령을 신청하여 2007. 4. 25. 위 법원으로부터 신청취지와 같은
채권압류 및 전부명령을 받은 다음, 피고를 상대로 수원지방법원 성남지원 2007가합
10135호로 그 전부금 중 일부의 지급 및 원고를 대위하여 이 사건 경매절차에서 피고
가 부당이득한 금원 중 5억 원의 반환을 구하는 소를 제기하였고, 그 소송절차에서
2008. 11. 19. 박OO과 피고 사이에 피고가 박OO에게 2억 원을 지급하기로 하는 취지
의 조정이 성립하였음은 인정된다.

그런데 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제
기하여 판결을 받은 경우에 채무자가 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 것을 알았어
야 그 판결의 효력이 채무자에게도 미치는데(대법원 1995. 7. 11. 선고 95다9945 판결
등 참조), 박OO이 원고를 대위하여 피고를 상대로 위와 같은 소를 제기한 사실을 원고
가 알았음을 인정할 증거가 없으므로, 이에 관한 피고의 주장은 더 나아가 살펴 볼 필
요 없이 이유 없다.

나. 부제소합의의 항변

(1) 피고의 주장

피고는, 이 사건 경매에서 배당이 이루어진 후에 원고는 피고, 주식회사
OOOOOO, 김OO을 상대로 배당이의의 소를, 피고는 배OO을 상대로 배당이의의 소를,
배OO은 원고를 상대로 물품대금 청구의 소를 각각 제기하였고, 피고는 배OO이 제기

한 위 물품대금 청구의 소에 독립당사자참가를 하였는데, 2006. 10. 23. 원고, 피고 및 배OO 사이에 위 각 소를 취하하기로 하는 합의가 이루어졌고, 그에 더하여 2006. 10. 24. 원고와 피고 사이에 위 합의를 인정하고 원고는 피고에게 '이 사건 경매와 관련하여 발생한 어떠한 이의 및 민·형사상 책임을 묻지 않고, 이 사건 경매 및 배당금 청구금액 및 수령에 대하여 어떠한 이의 및 책임도 묻지 않는다'는 내용의 약정이 이루어졌는데, 이 사건 소는 이러한 부제소합의에 위반한 것이어서 부적법하다고 주장한다.

(2) 판단

사문서에 날인된 작성 명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임이 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제358조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되나, 위와 같은 추정은 그 날인행위가 작성 명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것임이 밝혀지거나 작성 명의인의 의사에 반하여 혹은 작성 명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 깨진다고 할 것이고, 나아가 위와 같은 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것이라는 추정은 사실상의 추정이므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 반증을 들어 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정을 입증하면 그 진정성립의 추정은 깨진다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다38049 판결, 대법원 2003. 7. 25. 선고 2003다21384, 21391 판결 등 참조).

을 제1 내지 8호증의 각 기재(가지번호 포함) 및 변론 전체의 취지에 의하면 ① 피고 등은 수원지방법원 성남지원 2006가합2939호로 배OO에 대하여, 원고는 수원지방법

원 성남지원 2006가합3017호, 2006가합3000호, 2006가합2991호로 피고 등에 대하여 이 사건 배당에 관한 배당이의 소송을 제기하였는데, 위 각 소송이 진행 중이던 2006. 10. 23. 원고를 대리한 임OO 및 피고, 배OO 사이에 '이 사건 배당과 관련한 소송을 모두 취하하고, 배OO은 이 사건 배당금 2,271,045,959원 중 11억 원을 제외한 금원을 피고에게 양도하며, 피고는 위 금원을 배당금으로 지급받을 경우 배OO이 총 9억 원을 우선 지급받을 수 있도록 협조하고, 박OO이 제기한 7억 원의 배당이의의 소에서 배OO이 패소할 경우 배OO은 나머지 2억 원, 피고는 5억 원을 지급받지 않는다'는 내용의 합의(이하 '이 사건 합의'라 한다)가 성립된 사실, ② 이 사건 합의에서 원고를 대리한 임OO과 피고는 2006. 10. 24. '이 사건 합의를 인정하고, 원고는 피고에게 이 사건 병원의 시설 등과 관련한 일체의 책임을 묻지 않으며, 원고는 피고에게 이 사건 경매와 관련하여 발생한 어떠한 이의 및 민·형사상 책임을 묻지 않고, 이 사건 경매 및 배당금 청구금액 및 수령에 대하여 어떠한 이의 및 책임도 묻지 않는다'는 내용의 약정(이하 '이 사건 약정'이라 한다)을 한 사실은 인정된다.

그런데 원고 회사 및 OOO백화점 대표이사 유OO가 작성명의인으로 되어 있는 2006년 10월경의 위임장(을 제3호증, 이하 '이 사건 위임장'이라 한다) 하단에 원고 및 OOO백화점의 각 법인인감이 각각 날인되어 있음은 당사자 사이에 다툼이 없으나, 이 사건 합의서(을 제1호증) 제2의 가(5)항에 '배OO은 이 사건 합의와 동시에 보관하고 있는 원고 및 OOO백화점의 법인도장, 법인카드 및 관련 서류 일체를 임OO에게 즉시 반납한다'라고 기재되어 있는 점, 원고의 이전 대표이사 임XX 및 이전 상임이사 구OO가 임OO에게 작성하여 준 2006. 8. 8.자 위임장(을 제8호증)에 '~또한, 현재 OO메디칼 대표 배OO의 기존 위임행위 일체를 중단시키며, 원고 및 OOO백화점 법인도장, 법인

카드, 기타 관련서류 등을 회수하여 보관·관리 사용토록 한다'라고 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면 배OO이 2006. 8. 8. 이전부터 이 사건 합의 당시까지 계속 원고의 법인인감 및 법인카드를 소지하고 있었음이 인정되고, 이러한 인정사실에 비추어 보면 이 사건 위임장에 날인된 원고 법인인감의 인영은 당시 원고 대표이사 유OO에 의하여 날인된 것이 아님이 인정되고, 달리 위 인영이 원고 대표이사의 유OO의 의사에 따라 날인된 것임을 인정할 증거도 없으므로, 앞서 본 법리에 비추어 이 사건 위임장은 진정성립이 인정되지 아니한다.

따라서 이 사건 위임장을 근거로 임OO이 이 사건 합의 및 이 사건 약정에 관하여 원고를 대리할 권한이 있다고 볼 수 없고, 달리 임OO이 이 사건 합의 및 이 사건 약정에 관하여 원고를 대리할 권한을 부여받았음을 인정할 증거도 없는 이상, 이 사건 합의 및 이 사건 약정은 모두 임OO의 권한 없는 대리행위에 기하여 이루어진 것으로서 원고에 대하여 효력이 없으므로, 이 사건 약정에 기한 피고의 위와 같은 본안전 항변은 이유 없다.

이에 대하여 피고는 원고가 이 사건 합의 이후 그에 따라 원고가 그가 제기하였던 배당이의의 소를 모두 취하한 점을 들어 원고가 이 사건 합의를 사후에 추인하였다고 주장하는바, 을 제11호증의 1, 2, 제12호증의 1 내지 4의 각 기재에 의하면 원고가 피고, 김OO에 대하여 제기한 배당이의의 소를 이 사건 합의 이후 모두 취하한 사실은 인정되나, 변론 전체의 취지에 의하면 당시 원고가 제기한 배당이의의 소는 임OO이 원고에게 알리지 아니한 채 임의로 소송대리인을 선임하여 제기하였다가 임의로 취하한 것임이 인정되고, 이러한 사정만으로는 원고가 이 사건 합의 및 이 사건 약정을 추인하였다고 볼 수 없으므로, 피고의 위와 같은 주장은 받아들이지 아니한다.

다. 본안판결의 가능 여부

소가 부적법하다고 각하한 제1심 판결을 취소하는 경우에는 항소법원은 사건을 제1심 법원에 환송하여야 하고, 다만 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우 또는 당사자의 동의가 있는 경우에는 항소법원은 스스로 본안판결을 할 수 있다(민사소송법 제418조).

이 사건의 경우에, 제1심은 이 사건 소가 부적법하다는 이유로 이를 각하하는 판결을 하였으나, 위에서 본 바와 같이 이 사건 소는 적법하므로 제1심 판결은 취소되어야 한다.

따라서 민사소송법 제418조본문에 따라 원칙적으로 이 사건을 제1심 법원으로 환송하여야 할 것이지만, 기록에 의하면 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 되었음이 인정되므로, 민사소송법 제418조단서에 따라 당심이 직접 본안판결을 하기로 한다.

3. 원고의 청구에 대한 판단

가. 원고의 주장

① 이 사건 위탁계약에 따른 위탁관리비용과 관련하여, 이 사건 병원의 실질 운영 병상이 1/3 이상 감소함에 따라 매월 관리용역비를 1억 2,000만 원에서 4,000만 원으로 감축하기로 당사자가 합의한 것을 비롯하여 피고가 주장하는 채권이 모두 인정된다고 볼 수 없으므로, 이 사건 약속어음공정증서에 기한 채권은 12억 5,000만 원을 초과하여서는 존재하지 아니하고, ② 이 사건 양도채권 또한 일부 채권이 중복되는 등 8,000만 원을 초과하여서는 존재하지 아니한다.

따라서 피고는 원고에게 이 사건 배당금 합계 3,543,320,355원(=11억 3,000만 원 +

2,413,320,355원) 중 13억 3,000만 원(= 12억 5,000만 원 + 8,000만 원)을 초과하여 부당하게 지급받은 2,213,320,355원의 일부인 1,876,222,558원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 판 단

갑 제6, 9호증, 을 제21호증의 1 내지 7, 제23호증의 2, 제26호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고 법인 이사장이던 임XX은 원고를 대표하여 2004. 11. 15. 피고에게 액면금 2,656,617,698원인 약속어음을 발행·교부하고, 그에 대하여 집행 인낙 공정증서까지 작성하여 준 사실, 또한, 임XX은 원고를 대표하여 2004. 12. 20. 피고에게 식당보증금 8억 원, 시설관리보증금 3억 원, 관리비 중 창업비용 31,766,670 원, 식비 147,279,150원, 식당초기비용 29,970,378원, 용역관리비 11억 8,800만 원, 어음 3억 원 등 합계 2,797,016,198원의 미지급 채무가 있음을 인정한다는 취지의 채무 이행 지급보증각서를 작성하고 그에 대하여 공증인가 법무법인 OO 작성 등부 2004년 제1859호로 공증까지 한 사실, 임XX은 원고를 대표하여 2004. 8. 18. 문OO에게 20억 원짜리 차용증을 작성·교부하고 그 담보를 위하여 다음날 문OO에게 원고 소유이던 이 사건 병원 등에 관하여 채권최고액 20억 원인 근저당권을 설정하여 준 사실이 인정되고, 문OO이 피고에게 원고에 대한 위와 같은 근저당권부 대여금채권 중 15억 5,000만 원을 양도하였음은 기초사실에서 본 바와 같으며, 이러한 인정사실에 의하면 피고는 원고에 대하여 위와 같은 2,656,617,698원 상당의 약속어음금채권 및 문OO으로부터 양수한 15억 5,000만 원 상당의 대여금채권이 있음이 인정되고, 갑 제1, 2, 4, 5, 7, 8, 10호증, 제11호증의 1, 2, 제12호증의 1 내지 7, 제15, 19호증의 각 기재 및 당심의 성 남세무서에 대한 과세정보제출명령의 회신결과만으로는 피고의 원고에 대한 위와 같은

약속어음금채권 및 문OO의 원고에 대한 근저당권부 대여금채권이 가장채권이라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 청구는 이유 없다.

4. 결 론

가. 청구기각 판결을 할 수 있는지 여부

위에서 본 바와 같이 이 사건 소는 적법하고, 다만 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인데, 제1심 판결은 이 사건 소가 부적법하다는 이유로 이를 각하하였고, 그에 대하여 원고만이 항소하였다.

이러한 경우에 항소심의 조치에 대하여 민사소송법 제203조의 처분권주의에서 유래하는 불이익변경금지 원칙에 따라 항소기각을 하여야 한다는 견해가 있다.

그러나 ① 민사소송법 제418조단서에 해당하는 경우에 청구인용 판결은 할 수 있으나 청구기각 판결은 할 수 없다는 것은 균형이 맞지 아니하는 점, ② 불이익변경금지 원칙을 원판결이 상소인에게 인정한 실체법상 법적 지위를 빼앗지 못하도록 하는 원칙으로 본다면 원판결이 소송판결인 경우에는 이러한 원칙이 적용되지 아니하는 점, ③ 소각하 판결을 받은 원고가 항소한 것은 소송요건이 구비되었으므로 소각하 판결을 취소하고 본안에 관하여 판단하여 달라는 취지이므로, 항소법원이 이를 받아들여 제1심 판결을 취소하였다면 일단 원고의 항소취지는 받아들여진 것이 되고, 다음으로 민사소송법 제418조단서의 요건이 갖추어져 항소법원이 본안에 관하여 심판한 결과 청구기각 판결에 이르게 되더라도 이는 민사소송법 제418조단서를 적용하여 실체에 관하여 판단한 결과일 뿐이고, 원고의 신청범위를 넘어서 제1심 판결을 원고에게 불이익하게 변경한 것은 아니라고 보아야 하는 점, ④ 항소법원이 제1심의 소각하 판결을 취소하고 사건을 제1심으로 환송하는 경우에 제1심 법원은 당연히 청구기각 판결을 할 수 있는 반

면에 같은 사실심으로서 속심인 항소법원이 제1심으로 환송하지 아니하고 자판하는 경우에는 불이익변경금지 원칙 때문에 청구기각 판결을 할 수 없다고 한다면 균형이 맞지 아니하는 점, ⑤ 항소법원이 제1심의 소송요건에 관한 판단이 잘못되었다고 판단하고 나아가 본안에 관하여 원고 청구가 이유 없다고 판단하였음에도 불이익변경금지 원칙 때문에 항소기각 판결을 하여야 한다면 법원의 판단과 판결의 효력이 어긋나게 되는 점, ⑥ 항소법원이 항소기각 판결을 하여 제1심의 소각하 판결이 확정되더라도 소각하 판결의 이유가 된 소송요건이 보정 가능한 것인 경우에 원고는 다시 소를 제기할 수 있으므로 항소기각 판결을 통하여서는 분쟁의 종국적인 해결을 꾀할 수 없고, 피고로서는 다시 응소하여야 하는 불필요한 부담을 안게 되는 점, ⑦ 민사소송법 제418조 단서는 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우뿐만 아니라 당사자가 동의를 하는 경우에도 항소법원이 본안판결을 할 수 있도록 규정하고 있는바, 이른바 항소기각설이나 환송설에 의하면 항소법원은 청구기각 판결은 할 수 없고 청구인용 판결만 할 수 있다는 것이므로, 이에 의하면 피고가 동의한다는 것은 결국 자신이 패소하는 것에 동의하는 경우밖에 없게 되고, 원고가 동의한다는 것은 자신이 승소하는 것에 동의한다는 의미가 되어 위 조항을 둔 의미가 없게 되는 점 등에 비추어 보면, 항소법원이 본안판단을 하여 제1심 판결을 취소하고, 청구기각 판결을 하는 것이 타당하다.

나. 이 사건의 결론

그렇다면, 이 사건 소가 적법함에도 이를 각하한 제1심 판결은 부당하므로, 원고의 항소 중 그에 대한 부분을 받아들여 제1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이기택 _____

 판사 기우종 _____

 판사 김동규 _____