

서울고등법원 2018. 12. 20 선고 2018나2014647(본소), 2018나2020208(반소) 판결
[근저당권설정등기등 말소등기청구 · 소유권이전등기]

재판경과

서울고등법원 2018. 12. 20 선고 2018나2014647(본소), 2018나2020208(반소) 판결
서울서부지방법원 2018. 2. 8 선고 2015가합36280 판결

전문

원고(반소피고), 항소인1. A

2. B

3. C

원고들 소송대리인 변호사 김기수, 전연진, 정윤옥

피고(반소원고), 피항소인D

소송대리인 법무법인(유한) 우일

담당변호사 배헌수

변론 종결 2018. 11. 22.

판결 선고 2018. 12. 20.

제1심판결 서울서부지방법원 2018. 2. 8. 선고 2015가합36280 판결

주문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)들에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울서부지방법원
은평등기소 2013. 11. 28. 접수 제62598호로 마친 소유권이전청구권가등기의 각 말소등기절차를
이행하라.

나. 원고(반소피고)들의 나머지 본소청구를 기각한다.

2. 이 법원에서 제기한 피고(반소원고)의 반소청구를 기각한다.

3. 소송 총비용은 본소와 반소를 통틀어 그중 1/2은 원고(반소피고)들이, 나머지는 피고(반소원고)가
각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 본소 청구취지 및 항소취지

제1심판결을 취소한다. 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라
한다)들에게 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 아파트'라 한다)에 관하여 서울서부지방법원
은평등기소 2013. 11. 28. 접수 제62597호로 마친 근저당권설정등기(이하 '이 사건
근저당권설정등기'라 한다)의, 같은 등기소 2013. 11. 28. 접수 제62598호로 마친
소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라 하고, 이하 위 각 등기를 통틀어 '이 사건 각 등기'라
한다)의 각 말소등기절차를 이행하라. 피고는 원고 A에게 59,226,858원, 원고 B에게
39,484,571원, 원고 C에게 39,484,571원 및 위 각 돈에 대한 2016. 6. 27.부터 다 갚는 날까지 연
15%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라. 피고는 원고들에게 이 사건 아파트를 인도하고, 2016. 6.
27.부터 위 아파트 인도 완료일까지, 원고 A에게 월 1,043,572원, 원고 B에게 월 695,714원, 원고
C에게 월 695,714원의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

2. 반소 청구취지

피고에게 이 사건 아파트에 관하여, 원고 A는 그 3/7 지분에 관하여, 원고 B, 원고 C은 각 그 2/7

지분에 관하여, 이 사건 가등기에 기하여 소유권이전등기절차를 각 이행하라(피고는 이 법원에서 반소를 제기하였다).

이 유

1. 인정 사실

가. 원고 A는 2015. 3. 26. 파킨슨병으로 투병하다 사망한 망 E(이하 '망인'이라 한다)의 배우자이고, 원고 B, C은 망인과 원고 A의 자녀들이며, 피고는 망인의 동생이다.

나. 망인은 2008. 10. 27. 이 사건 아파트의 소유권을 취득한 후 모친 H과 피고로 하여금 위 아파트에 들어가 살게 하였다. 피고는 미혼으로 현재까지 H을 부양하면서 이 사건 아파트에 거주하고 있다.

다. 망인 소유인 이 사건 아파트에 관하여 2013. 11. 28. 가등기권자 피고, 2013. 10. 24. 매매예약을 원인으로 한 이 사건 가등기가 마쳐졌고, 같은 날 채권최고액 3억 원, 채무자 망인, 근저당권자 피고, 2012. 10. 24. 설정계약을 원인으로 한 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐졌다. [인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 7, 12호증(가지번호 포함)의 각 기재, 을 제6, 7, 11, 12호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소청구 중 이 사건 각 등기 말소청구 및 반소청구에 대한 판단

가. 원고들의 주위적 주장에 대한 판단

1) 원고들의 주장 피고는 망인의 주민등록증 및 인감도장을 이용하여 ① 망인이 피고에게 3억 원의 채무가 있는 것처럼 망인 명의의 약속어음, 근저당권설정계약서, 근저당권등기신청서, 위임장을 위조하여 망인 소유인 이 사건 아파트에 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤고, ② 망인이 피고에게 이 사건 아파트를 매도하는 것처럼 매매예약계약서, 소유권이전청구권가등기신청서, 위임장을 위조하여 이 사건 아파트에 이 사건 가등기를 마쳤는바, 이 사건 각 등기는 위조된 등기원인서류에 기하여 마친 것으로 원인무효라 할 것이므로, 피고는 원고들에게 이 사건 각 등기의 각 말소등기절차를 이행할

의무가 있다.

2) 인정 사실 갑 제10, 11, 12호증, 을 제1, 2, 3, 4, 6 내지 12, 21, 27, 37호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 제1심 감정인 I 및 당심 감정인 P의 각 감정 결과, 제1심 증인 J의 일부 증언, 당심에서의 피고 당사자신문 결과, 제1심법원의 Q동 주민센터에 대한 사실조회회신결과, 제1심법원의 K은행에 대한 각 금융거래정보제출명령회신결과 및 변론 전체의 취지에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

① 망인은 2012. 4. 4. 매수인을 피고로 지정한 부동산 매도용 인감증명서와 일반용 인감증명서를 직접 발급받았고, 같은 날 피고와 함께 서울 동대문구 R에 있는 S 법무사 사무실을 방문하여 직원이었던 제1심 증인 J에게 부동산 소유권이전등기 및 근저당권설정에 필요한 서류 작성을 의뢰하였다.

② 제1심 증인 J은 "2012. 4. 4. 당시 망인이 병색이 있기는 하였으나 어느 정도 대화는 되었다. 신분증으로 망인과 피고의 인적사항을 확인하고, 망인으로 하여금 망인이 등기의무자임을 확인하는 내용의 서면 2장(을 제11, 12호증)에 무인하도록 하였다. 망인이 약속어음(을 제1호증)의 발행인란에 직접 서명하자 자신이 그 금액을 3억 원으로 기재하고 망인의 서명 옆에 망인의 인감도장을 날인하였다. 또한 망인은 근저당권설정계약서(을 제6호증) 뒷면의 채무자란에 서명하고 무인하였고, 자신이 망인의 서명 옆에 망인의 인감도장을 날인하였다. 그 밖에 부동산매매계약서(을 제12호증) 및 위임장(을 제12호증) 중 망인 명의가 기재될 것으로 예상되는 난에 자신이 망인의 인감도장을 날인하였다."는 취지로 증언하였다.

③ 제1심 감정인 I의 감정결과에 의하면, 근저당권설정계약서(을 제6호증) 채무자 부분 및 확인서면 2장(을 제11, 12호증)에 각 무인된 지문은 망인의 지문이고, 근저당권설정계약서(을 제6호증) 뒷면의 채무자란의 'E' 기재 부분은 망인의 필적이다.

④ 피고는 J으로부터 위와 같이 망인이 서명·무인하거나 망인의 인감도장이 날인된 약속어음, 근저당권설정계약서, 부동산매매계약서, 확인서면, 위임장 등의 관련 서류 일체를 받아 보관하였다.

⑤ 망인은 2012. 10. 24. 매수인을 피고로 지정한 부동산 매도용 인감증명서와 일반용 인감증명서를 직접 발급받았는데, 서울대학교 병원의 망인에 대한 2012. 10. 24. 파킨스 환자의 인지장애 유무에

관한 기능검사 결과, MMSE 검사(간이정신상태검사 Mini Mental State Examination)결과에 따르면 망인은 인지장애 정도에는 이르지 않는 장애의심상태에 있었고, CDR(임상치매등급 Clinical Dementia Rating) 척도 0.5등급, GDS(일반치매검사 Global Deterioration Scale) 척도 2단계를 받아 노화 관련 건망증을 가지고 있었으며 치매가 의심되는 정도였다.

⑥ 피고는 당심에서의 본인신문에서 "2012. 10. 23. 서울 양천구 T에 있는 U 법무사 사무실에서 근저당권설정등기신청서 및 위임장(갑 제11호증의 1, 2), 소유권이전청구권가등기신청서 및 위임장(갑 제12호증의 1, 3), 매매예약계약서(갑 제12호증의 2, 을 제7호증), 근저당권설정계약서(을 제6호증)의 미기재 부분을 각 작성하였고, 다음 날인 2012. 10. 24.경 망인으로부터 위 이 사건 각 등기 관련 서류에 날인을 받았다."는 취지로 진술하였다.

⑦ 피고는 2012. 4. 4. 및 2012. 10. 24.에 작성해 둔 서류와 2013. 11. 5. 대리로 발급받은 망인의 인감증명서와 주민등록표초본 등을 이용하여 2013. 11. 28. 이 사건 아파트에 관하여 이 사건 각 등기를 마쳤다.

⑧ 원고 A는 피고가 이 사건 각 등기와 관련된 망인 명의의 서류를 위조하였다고 주장하며 피고를 2015. 9. 9. 형사고소 하였고, 검사는 피고가 망인 명의의 약속어음, 근저당권설정등기신청서, 위임장, 매매예약계약서를 위조하고, 이를 행사하였다는 등의 범죄사실로 피고를 기소하였는데, 피고는 2017. 10. 20. 서울서부지방법원 2016고단2416, 2017고단511(병합), 2017고단1878(병합) 사건에서 모든 공소사실에 대하여 무죄판결을 선고받았고, 위 판결은 항소심에서 항소기각되어 2018. 2. 9. 확정되었다(이하 '이 사건 관련 형사판결'이라 한다).

3) 판단 위 인정 사실에 의하면, 이 사건 각 등기의 원인서류가 작성된 것으로 보이는 2012. 4. 4. 또는 2012. 10. 24.경 망인의 건강상태는 의사소통이 가능할 정도였음에도, 위 서류 중 망인이 직접 작성하거나 무인한 부분은 ①을 제1호증 '약속어음'의 "발행인 E"의 기재, ②을 제6호증 '근저당권설정계약서' 뒷면의 "채무자 E"의 기재 및 무인, ③ 등기에 관한 아무런 내용이 기재되어 있지 않은 을 제11 내지 12호증 '확인서면' 2장의 "등기의무자 확인"란 무인뿐이고(무인이나 서명 외의 주요 내용은 대부분 피고가 직접 기재하여 넣었다), 위 서류에 기재된 망인의 인감도장 날인이 망인의 의사에 기한 것임을 인정할 증거는 제1심 증인 J의 증언 및 피고의 진술뿐이어서 이 사건 각

등기의 원인서류가 망인의 진정한 의사에 기하여 작성된 것인지에 관하여 의문이 들기는 한다.

그러나 동일한 사실관계에 관하여 이미 확정된 형사판결이 인정한 사실은 유력한 증거 자료가 되므로, 그 형사재판의 사실 판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 이와 배치되는 사실은 인정할 수 없는 것이고(대법원 1995. 1. 12. 선고 94다39215 판결 등 참조), 어느 부동산에 관하여 등기가 경료되어 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 원인과 절차에 있어서 적법하게 경료된 것으로 추정된다(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다72029 판결 등 참조).

앞서 든 각 증거 및 위 인정 사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 각 등기의 원인서류는 2012. 4. 4. 또는 2012. 10. 24.에 작성된 것으로 보이는데, 망인은 2012. 4. 4. 및 2012. 10. 24. 매수인을 피고로 지정한 부동산 매도용 인감증명서와 일반용 인감증명서를 직접 발급받은 점, ② 망인은 2012. 4. 4. 피고와 함께 이 사건 각 등기에 관한 서류를 작성하고자 S 법무사 사무실을 방문한 점, ③ 망인은 2008년 11월경부터 파킨슨병을 앓고 있었으나, 2012. 5. 29., 2012. 9. 18., 2012. 10. 23. 서울대학교병원에서 진료받았을 당시 자신의 증세를 설명할 정도로 의사소통이 가능하였고, 2012. 10. 24.경 이루어진 망인에 대한 인지장애 유무에 관한 기능검사 결과에 의하면 이 사건 각 등기의 원인서류가 작성된 2012. 4. 4. 또는 2012. 10. 24.경 망인이 의사능력이나 판단능력이 없었다고 보기는 어려운 점, ④ 피고는 망인과 2007년경부터 부동산 경매사업을 같이 하였고, 망인이 파킨슨병으로 치료받기 시작한 2008년 11월경부터 약 4년간 망인의 병원 진료시 동행하였으므로, 망인의 건강 및 재산문제 등에 관하여 누구보다도 잘 알고 있었던 점, ⑤ 이와 같은 피고와 망인의 관계에 비추어 보면 두 사람이 어떤 방식으로든 의사소통을 하여 이 사건 각 등기의 원인서류를 작성하였을 것으로 보이는 점, ⑥ 이 사건 관련 형사판결에서 피고의 이 사건 각 등기의 원인서류 위조 및 위조사문서행사 혐의에 관하여 무죄판결이 확정된 점 등을 종합하여 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 각 등기는 망인의 의사에 따라 작성된 등기원인서류에 기초하여 마쳐진 것으로 볼 수 있다. 따라서 이 사건 각 등기의 원인서류가 피고에 의하여 위조되었음을 전제로 한 원고들의 주위적 주장은 받아들일 수 없다.

나. 원고들의 예비적 주장에 대한 판단

1) 당사자들의 주장 원고들은, 이 사건 각 등기의 원인서류가 위조된 것이 아니라고 하더라도, 망인과

피고 사이에는 이 사건 각 등기의 원인이 된 근저당권설정계약 및 매매예약이 성립한 바 없는바, 이 사건 각 등기는 통정한 허위표시로서 무효인 근저당권설정계약 및 매매예약에 기하여 마쳐진 것으로서 원인무효이므로, 피고는 원고들에게 이 사건 각 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 주장한다.

이에 대하여 피고는, 이 사건 가등기는 망인이 피고에게 이 사건 아파트를, 이 사건 근저당권설정등기는 망인이 피고에게 3억 원을 각 증여하려는 의사에 기하여 마쳐진 것이므로 이 사건 각 등기가 유효하다고 주장한다.

2) 이 사건 가등기의 등기원인 및 말소청구에 관하여 가) 이 사건 가등기의 실질적 등기원인(관리처분권의 위임)

앞서 인정한 사실, 갑 제27, 29, 51, 68호증, 을 제16, 24, 27호증의 각 기재, 당심에서의 피고 본인 신문결과 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 의하면, 망인은 망인의 사망 후 이 사건 아파트에 관하여 원고 A의 임의적 처분행위를 방지하고 이 사건 아파트가 망인의 자녀인 원고 B, C의 학비 등 원고들의 생활유지를 위한 재산으로 사용될 수 있도록 피고에게 이 사건 아파트의 관리처분권을 위임하였다고 봄이 타당하다.

① 무엇보다도 피고 스스로 망인으로부터 이 사건 아파트를 증여받은 것이 아님을 자인하는 듯한 태도를 보여왔다. 즉 피고는 원고 A에게 직접 써서 보낸 편지들에서 "아울러 등기이전서류까지 그때 같이 받아놓았습니다. 이 또한 형이 이 집을 유지하기 어려우니 나중에 아이들에게 상속될 수 있도록 하기 위함이지요"(을 24), "제 궁극적인 목적은 애당초 처음 편지를 보냈듯이 형 재산이라곤 M 아파트 하나 남았는데 아이들에게 나누어져서 가게 하는 것이었고요"(을 68)라고 적었고, 법원에 제출한 주장서면이나 법정에서도 이와 유사한 진술을 하여 왔다.

② 망인은 피고에게 이 사건 가등기와는 별도로 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었다. 이 사건 아파트에 관하여 이 사건 가등기에 기한 소유권이전등기가 경료되면 이 사건 근저당권설정등기는 혼동되어 소멸될 것인바, 만약 망인이 피고에게 이 사건 아파트를 증여하려고 했다면 굳이 망인이 피고에게 이 사건 가등기와 함께 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐줄 필요가 없었을 것이다. 결국 망인은 이 사건 아파트에 관한 원고 A의 처분행위를 금지하고자 피고에게 이 사건 가등기를

마쳐주었다고 봄이 타당하고, 피고 역시 이러한 망인의 의사에 따라 이 사건 아파트에 소유권이전등기가 아닌 가등기를 설정한 것으로 보인다.

③ 원고 A는 2011년경 피고가 모친 H을 모시고 살고 있던 이 사건 아파트를 매도하고자 공인중개사 사무소에 중개를 의뢰한 적이 있었으므로, 망인은 이 사건 아파트에 관한 원고 A의 처분행위를 막을 필요가 있었다.

④ 이 사건 관련 형사판결에서 피고에 대한 무죄가 확정된 사실은 인정되나, 위 판결은 피고가 망인 명의의 이 사건 각 등기 원인서류를 위조하였는지에 관한 것일 뿐이고, 위 판결에서 피고가 망인으로부터 이 사건 아파트를 증여받았다거나 이 사건 아파트의 실질적 소유자라는 사실이 인정된 것은 아니다.

나) 위임계약의 종료와 말소등기의무

위임계약은 당사자 한쪽의 사망으로 종료하는바(민법 제690조), 앞서 본 바와 같이 망인은 2015. 3. 26. 사망하였으므로, 망인의 피고에 대한 이 사건 아파트 관리처분권의 위임은 망인의 사망으로 인하여 종료되었다. 가사 망인과 피고 사이의 위 약정이 위임인의 사망에 의하여 종료되지 않고 상속인에게 승계되는 위임 유사의 비전형계약이라고 하더라도, 망인의 상속인으로서 위와 같은 약정의 당사자가 된 원고들은 2018. 11. 21.자 준비서면의 송달로써 피고와의 위 계약을 해지하였으므로, 피고는 위 위임계약의 종료에 따른 원상회복 또는 부당이득반환으로 원고들에게 이 사건 가등기의 말소등기절차를 이행할 의무를 부담한다.

3) 이 사건 근저당권설정등기의 등기원인 및 말소청구에 관하여 가) 이 사건 근저당권설정등기의 실질적 등기원인(3억 원의 증여)

앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 망인의 친동생인 피고는 2007년경부터 망인과 부동산 경매사업을 같이 하면서 망인의 재산 증식에 기여하였던 점, ② 망인이 파킨슨병으로 치료받기 시작한 2008년 11월경부터 약 4년간 피고는 망인의 병원 진료시 동행하면서 망인을 보필하였던 점, ③ 피고는 자식들 중 유일하게 2008년경부터 현재까지 이 사건 아파트에서 모친 H을 모시고 거주하고 있는 점, ④ 부동산 경매사업을 해왔기에 등기에 관하여 잘 알고 있었던 망인이 이 사건 아파트에 피고 명의의 이 사건 가등기와 이 사건 근저당권설정등기를

동시에 마쳐준 것은, 이 사건 아파트에 관한 위임계약이 해지되어 망인 명의의 이 사건 가등기가 말소되더라도 이 사건 근저당권설정등기의 채권최고액인 3억 원만큼은 피고에게 귀속될 수 있도록 하려는 의사였던 것으로 보이는 점, ⑤ 망인이 피고에게 이 사건 아파트의 관리처분권을 위임하고 모친을 부양하는 대가 명목으로 3억 원을 증여한 것으로도 볼 여지가 있는 점 등을 종합하면, 망인은 피고에게 3억 원을 증여하고자 피고에게 약속어음 3억 원 상당의 채무를 부담하고 이를 피담보채무로 하여 피고와 근저당권설정계약을 체결하고서 이 사건 아파트에 관하여 근저당권설정등기를 마쳤던 것으로 보인다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기는 망인과 피고 간의 진정한 의사에 따라 마친 등기로서 유효하다.

나) 원고들의 증여의 해제 주장

원고들은, 가사 망인이 피고에게 3억 원을 증여하였다고 하더라도, 위 증여는 서면에 의하지 않은 증여로서 언제든지 해제할 수 있는 것인바, 2015. 12. 18.자 준비서면의 송달로써 이를 해제하므로, 피고는 원고들에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 주장한다. '서면에 의한 증여'란 증여계약 당사자 간에 있어서 증여자가 자기의 재산을 상대방에게 준다는 증여의사가 문서를 통하여 확실히 알 수 있는 정도로 서면에 나타난 증여를 말하는 것으로서 비록 서면 자체는 매매계약서, 매도증서로 되어 있어 매매를 가장하여 증여의 증서를 작성한 것이라고 하더라도 증여에 이른 경위를 아울러 고려할 때 그 서면이 바로 증여의사를 표시한 서면이라고 인정되면 이는 민법 제555조에서 말하는 서면에 해당한다(대법원 1991. 9. 10. 선고 91다6160 판결 등 참조). 그런데 망인이 피고에게 3억 원을 증여하면서 근저당권설정계약서를 작성하여 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐 준 사실은 앞에서 인정한 바와 같고, 위 근저당권설정계약서는 망인의 증여 의사를 확실히 표시한 서면이라 할 것이므로, 증여가 서면에 의하지 않았음을 전제로 한 원고들의 해제 주장은 받아들일 수 없다.

다. 피고의 반소청구에 대한 판단

피고는 망인이 피고에게 이 사건 아파트를 증여하고자 피고와 매매예약을 체결하고 이 사건 가등기를 마쳤고, 위 가등기는 망인과 피고 간의 진정한 의사에 부합하여 유효한 것이므로, 망인의 등기의무자의 지위를 상속받은 원고들은 가등기권자인 피고에게 각자의 상속분에 관하여 이 사건

가등기에 기한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다고 주장한다.

그러나 앞서 본 바와 같이, 피고는 망인으로부터 이 사건 아파트의 관리처분권을 위임받아 이 사건 아파트에 관하여 이 사건 가등기를 마쳤던 것인데, 위임계약이 종료하여 피고가 원고들에게 이 사건 가등기의 말소등기절차를 이행할 의무를 부담하는 이상, 이 사건 가등기가 유효함을 전제로 한 피고의 반소청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

3. 본소청구 중 부동산 인도 및 부당이득반환청구에 대한 판단

가. 원고들의 주장

망인은 피고로 하여금 망인과 피고의 어머니인 H을 2008. 10. 27.부터 3년간 모시고 살도록 허락하였으나, 피고는 3년이 지난 이후에도 여전히 이 사건 아파트에 무단거주하며 점유 상당의 부당이득을 얻고 있다. 따라서 피고는 망인으로부터 이 사건 아파트를 상속한 원고들에게 이 사건 아파트를 인도하고, 원고들의 상속지분에 따른 2011. 10. 27.부터 2016. 6. 26.까지의 임료 상당 부당이득으로서 원고 A에게 59,226,858원, 원고 B에게 39,484,571원, 원고 C에게 39,484,571원을 각 반환하고, 2016. 6. 27.부터 이 사건 아파트 인도 완료일까지 원고 A에게 월 1,043,572원, 원고 B에게 월 695,714원, 원고 C에게 월 695,714원의 각 비율로 계산한 돈을 반환할 의무가 있다.

나. 판단

앞서 인정한 사실, 을 제24호증의 기재, 당심에서의 피고 본인신문 결과 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 망인은 2008. 10. 27. 이 사건 아파트를 취득한 이후 H과 피고로 하여금 이 사건 아파트에 들어가 살게 하였는데, 망인이 원고들의 주장처럼 H과 피고를 2008. 10. 27.부터 3년간만 거주하게 하려 했다고 볼 증거가 없는 점, ② 원고 A는 망인, 피고, H 등과 함께 2013년 6월경부터 약 1년간 이 사건 아파트에서 같이 거주하기도 하였던 점, ③ 원고들은 이 사건 소 제기 전까지는 피고가 이 사건 아파트를 점유 및 사용하는 것에 이의를 제기하였다거나 임대료 등을 요구한 적이 없는 점 등을 종합하면, 망인과 피고 및 H 간에는 이 사건 아파트를 무상으로 사용하는 것을 허락하는 내용의 사용대차계약(이하 '이 사건 사용대차계약')이 성립하였고, 망인이 사망함에 따라 망인의 상속인으로서 원고들이 위 계약의 당사자가 되었다.

원고들은 이 사건 소 제기를 통하여 피고에게 이 사건 아파트의 인도 및 부당이득반환을 구함으로써 이 사건 사용대차계약이 해지되었다는 취지로 주장하는바, 민법 제613조 제2항 단서는 사용대차계약이 성립한 이후에도 사용·수익에 족한 기간이 경과한 때에는 대주는 언제든지 계약을 해지할 수 있다고 규정하고 있는데, 여기서 사용·수익에 충분한 기간이 경과하였는지 여부는 사용대차계약 당시의 사정, 차주의 사용기간 및 이용상황, 대주가 반환을 필요로 하는 사정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2001. 7. 24. 선고 2001다23669 판결 등 참조). 그런데 망인은 당초 모친인 H을 모시기 위하여 H과 함께 피고를 이 사건 아파트에 거주하게 하였던 것이고, H은 이 사건 변론종결일 현재까지 생존하여 있으므로, 이 사건 사용대차계약의 사용·수익에 충분한 기간이 경과하였다고 볼 수 없다.

따라서 원고들은 이 사건 사용대차계약을 해지할 수 없다고 할 것이어서 이를 전제로 한 원고들의 부동산 인도청구 및 부당이득반환청구는 모두 이유 없다.

4. 결론

원고들의 본소청구 중 이 사건 아파트에 관한 소유권이전청구권가등기의 말소청구는 이유 있어 인용하고 나머지 본소청구는 이유 없어 기각할 것인바, 제1심판결을 주문과 같이 변경하고, 이 법원에서 제기한 피고의 반소청구는 이유 없어 기각한다.

재판장판사서경환

판사김제욱

판사이정훈

별지