

서울중앙지방법원 2019. 8. 22 선고 2017가합517016(본소), 2017가합566810(반소) 판결  
[상속회복 등 청구의 소 · 구상금]

---

## 전 문

**원고(반소피고)A**

소송대리인 법무법인 유스트

담당변호사 김승한, 송오근

**피고(반소원고)B**

**피고1. C**

2. D

피고(반소원고) 및 피고들 소송대리인 법무법인(유한) 바른

담당변호사 이종찬, 홍지욱

**변론 종결**2019. 7. 23.

**판결 선고**2019. 8. 22.

## 주 문

1. 원고(반소피고)에게,

가. 피고 C, D는 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산 중 각 1/18 지분에 관하여 제주지방법원 2016.

4. 22. 접수 제46526호로 마친,

나. 피고(반소원고) B는,

1) 별지 목록 제3항 기재 부동산 중 2/9 지분에 관하여 제주지방법원 2016. 4. 22. 접수

제46526호로 마친,

2) 별지 목록 제4항 기재 부동산 중 2/9 지분에 관하여 제주지방법원 서귀포등기소 2016. 4. 2. 접수

제25207호로 마친,

각 소유권이전등기의 말소등기절차를 각 이행하라.

2. 원고(반소피고)는 피고(반소원고) B에게 274,713,868원 및 그 중 270,216,421원에 대하여는 2018. 10. 30.부터, 4,497,447원에 대하여는 2019. 7. 24.부터 각 2019. 8. 22.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

3. 원고(반소피고)의 피고(반소원고) B, 피고 C, D에 대한 나머지 주위적 본소청구와 예비적 본소청구 및 피고(반소원고) B의 나머지 반소청구를 각 기각한다.

4. 소송비용 중 원고(반소피고)와 피고 C, D 사이에 생긴 부분의 1/4은 원고(반소피고)가, 나머지는 피고 C, D가 각 부담하고, 원고(반소피고)와 피고(반소원고) B 사이에 생긴 부분은 본소와 반소를 합하여 그 중 1/2은 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고) B가 각 부담한다.

5. 제2항은 가집행할 수 있다.

N

### 청 구 취 지

[본소] 주위적 청구 : 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게, 피고 C, D는 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산 중 각 1/4 지분에 관하여 제주지방법원 2016. 4. 22. 접수 제46526호로 마친, 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다) B는 별지 목록 제3항 기재 부동산에 관하여 같은 법원 2016. 4. 22. 접수 제46526호로 마친, 별지 목록 제4항 기재 부동산에 관하여 같은 법원 서귀포등기소 2016. 4. 2. 접수 제25207호로 마친 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 각 이행하라. 피고 B는 원고에게 154,281,222원 및 이에 대한 2016. 5. 2.부터 2018. 8. 17.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

예비적 청구 : 원고에게, 피고 B는 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산 중 각 15/261 지분에 관하여, 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산 중 각 1/9 지분에 관하여 이 사건 소장 부분 송달일자 유류분 반환을 원인으로 한 각 소유권이전등기절차를 이행하고, 피고 C, D는 별지 목록 제1, 2항 기재 각

부동산 중 각 7/261 지분에 관하여 이 사건 소장 부분 송달일자 유류분 반환을 원인으로 한 각 소유권이전등기절차를 각 이행하며, 피고 B는 164,577,851원, 피고 C는 20,737,267원, 피고 D는 40,898,499원 및 위 각 돈에 대하여 2016. 5. 2.부터 2018. 8. 17.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

[반소] 원고는 피고 B에게 277,419,888원 및 이에 대한 이 사건 2018. 10. 26.자 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달 다음날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(피고 B는 원고를 상대로 이 사건 반소장에서 구상금 280,141,917원의 지급을 구하였다가 이 사건 2018. 10. 26.자 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서에서 반소 청구금액을 구상금 및 손해배상금 합계 505,853,804원으로 확장하였고, 이 사건 2019. 4. 22.자 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서에서 최종적으로 청구금액을 위와 같이 277,419,888원으로 감축하였다).

## 이 유

### 1. 기초사실

#### 가. E의 사망 및 당사자들의 관계

- 1) E(이하 '망인'이라 한다)은 2015. 4.경 방광암 진단을 받고 항암치료 등을 받던 중 2016. 4. 17. 간헐적 고열 및 전신쇠약으로 고양시 일산 소재 국립암센터 응급실에 내원하여 2016. 4. 18. 01:19경 입원 후 치료를 받다가 2016. 4. 29. 사망하였다.
- 2) 망인은 1974. 6. 1. F와 혼인신고를 하였으나 2011. 2. 17. F와 이혼하였고, 2011. 3. 28. 피고 B와 혼인신고를 하였다. 원고는 망인과 F 슬하의 자녀이고, 피고 C, D는 망인과 피고 B 슬하의 자녀들이다.

#### 나. 별지 목록 제1항 내지 제4항 기재 각 부동산의 소유권 변동

- 1) 망인과 피고 B는 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산 중 각 1/2 지분을 각각 소유하고 있었는데, 위

각 부동산 중 망인의 각 1/2 지분에 관하여 2016. 4. 22. 제주지방법원 접수 제46526호로 2016. 4. 19.자 증여를 원인으로 하여 피고 C, D 앞으로 각 1/4 지분에 관한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

2) 별지 목록 제3항 기재 부동산 및 별지 목록 제4항 기재 부동산(이하 'G 토지'라 한다)은 망인이 단독으로 소유하고 있었는데, 같은 목록 제3항 기재 부동산에 관하여 2016. 4. 22. 제주지방법원 접수 제46525호로, G 토지에 관하여 같은 법원 서귀포등기소 접수 제25207호로 각 2016. 4. 19.자 증여를 원인으로 하여 피고 B 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다(이하 별지 목록 제1항 내지 제4항 기재 각 부동산 중 망인의 소유였던 부분을 통칭할 때에는 '이 사건 각 부동산'이라 한다).

#### 다. 별지 목록 제5, 6항 기재 각 부동산의 매도 및 관련소송의 경과

1) 망인과 피고 B는 별지 목록 제5항 기재 토지(제주시 H 과수원 4261㎡에서 2005. 1. 27. 제주시 I 과수원 146㎡가 분할되었다가, 2006. 10. 4. 제주시 J 전 69㎡가 합병되었다. 이하 'H 토지'라 한다) 및 별지 목록 제6항 기재 건물(이하 'H 건물'이라 한다)의 각 1/2 지분을 각각 소유하고 있었다.

2) 망인과 피고 B는 2016. 3. 8. H 토지 및 건물을 K 주식회사(이하 'K'이라 한다)에 매매대금 3,885,310,000원에 매도하기로 하고, 계약 당일에 계약금 388,531,000원, 2016. 4. 25. 중도금 10억 원을 지급받기로 하였으며, 위 각 부동산에 아래 표 기재와 같이 마쳐져 있던 채권최고액 합계 1,515,000,000원(= 990,000,000원 + 525,000,000원)인 각 근저당권설정등기의 피담보채무를 매매잔대금 2,496,779,000원에서 공제하기로 약정하였다(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다).

|     |               |               |             |            |  |
|-----|---------------|---------------|-------------|------------|--|
| 토지  | 1             | 2005. 1. 27.  | 990,000,000 | 제7650호     |  |
| 4   | 2011. 12. 27. | 210,000,000   | 제95954호     |            |  |
| 4-1 | 2014. 8. 11.  | 525,000,000   | 제75238호     | 4번 근저당권 변경 |  |
|     |               |               |             |            |  |
| 건물  | 1             | 2011. 12. 27. | 210,000,000 | 제95954호    |  |
| 1-1 | 2014. 8. 11.  | 525,000,000   | 제75238호     | 1번 근저당권 변경 |  |
| 2   | 2013. 2. 20.  | 990,000,000   | 제15028호     | 추가설정계약     |  |

3) K은 피고 B에게 이 사건 매매계약에 따라 계약금 및 중도금 합계 1,388,531,000원(=

388,531,000원 + 10억 원)을 모두 지급하였다.

4) K은 2016. 8. 10. 원고와 피고들을 상대로 제주지방법원 2016가합11413호로 원고와 피고들이 소유권이전등기 절차를 이행하지 아니하여 이 사건 매매계약을 해제한다고 주장하면서 매매대금의 반환을 구하는 소를 제기하였고, 위 법원은 2017. 5. 25. "K은 매매잔대금으로 피고 B에게 1,664,519,333원[= 잔대금 2,496,779,000원(= 매매대금 3,885,310,000원 - 계약금 및 중도금 합계 1,388,531,000원) × 6/9(= 상속지분 3/18(= 망인의 지분 1/2 × 피고 B의 상속분 3/91)) + 보유지분 1/2], 원 미만 버림, 이하 같다], 원고 및 나머지 피고들에게 각 277,419,888원[= 2,496,779,000원 × 각 상속지분 1/9(= 망인의 지분 1/2 × 원고 및 나머지 피고들의 상속분 2/9)]을 지급할 의무가 있고, 다만 이 사건 매매계약에서 H 토지 및 건물에 마쳐진 제주지방법원 2005. 1. 27. 접수 제7650호 및 같은 법원 2011. 12. 27. 접수 제95954호로 채무자 피고 B, 근저당권자 L단체로 하는 각 근저당권설정등기의 피담보채무를 공제하고 잔금을 지급하기로 약정하였으므로, 원고는 피고 B에 대하여는 위 각 근저당권설정등기의 피담보채무액을 공제한 나머지 금액을 지급할 의무가 있다"고 하면서, 원고와 피고들에게 K로부터 위 각 잔금을 지급받음과 동시에 K에 H 토지 및 건물의 각 보유지분 또는 상속지분에 관하여 매매를 원인으로 한 각 소유권이전등기절차를 이행하라는 상환이행판결을 선고하였으며, 위 판결은 2017. 6. 17. 그대로 확정되었다(이하 '이 사건 선행판결'이라 한다).

【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 제1, 3, 4, 11, 16, 17, 25호증, 을 제11, 12, 23, 62호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 당사자들의 주장 요지

### 가. 원고의 주장

1) 주위적 본소청구(소유권이전등기말소청구 및 매매대금 반환청구) 가) 피고 B는 망인의 사망으로 상속이 개시되면 원고의 상속으로 인하여 피고들이 상속받을 재산이 감소할 것을 우려하여 2016. 4. 19. 망인 명의의 증여계약서를 허위로 작성하고 그에 따라 이 사건 각 부동산을 피고들 명의로 이전하였다. 그러나 망인과 피고들 사이에 체결된 2016. 4. 19.자 각 증여계약(이하 '이 사건 각 증여계약'이라 한다)은 망인의 진정한 의사에 기한 것이 아니므로 무효이고, 이 사건 각 부동산에

마쳐진 피고들 명의의 각 소유권이전등기(이하 '이 사건 각 소유권이전등기'라 한다)는 원인무효로 말소되어야 한다.

나) H 토지 및 건물은 망인과 피고 B가 1/2 지분씩 공동소유하고 있었으므로, 이 사건 매매계약의 계약금 및 중도금 합계 1,388,531,000원 중 망인의 지분에 상응하는 694,265,500원(= 1,388,531,000원 × 망인의 지분 1/2)은 상속재산에 해당한다. 그러나 피고 B가 이를 전액 수령하였으므로, 피고 B는 원고에게 위 매매대금 중 원고의 상속분에 따른 154,281,222원(= 654,265,500원 × 2/9)을 반환하여야 한다.

2) 예비적 본소청구(유류분반환청구) 설령 망인이 피고들에게 이 사건 각 부동산을 증여한 것으로 보더라도, 원고의 유류분권이 침해되었으므로 피고들은 원고에게 예비적 청구취지 기재와 같이 이 사건 각 부동산에 관한 원물반환으로 유류분반환을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 원고의 유류분 부족액을 각 지급할 의무가 있다.

#### 나. 피고 B의 주장

1) 주위적 반소청구(매매대금 반환청구) 망인은 피고 B에게 이 사건 매매계약에 따른 매매대금 중 망인의 지분 상당의 1,942,655,000원(= 매매대금 3,885,310,000원 × 망인의 지분 1/2)을 증여하였으므로, 위 매매대금은 망인의 상속재산에 해당하지 않는다. 따라서 원고는 망인의 상속인의 지위에서 K로부터 수령한 이 사건 매매계약의 잔금 277,419,888원을 피고 B에게 반환하여야 한다.

2) 예비적 반소청구(구상금 및 손해배상청구) 피고 B는 아래 표 기재와 같이 망인의 상속채무 및 상속세를 대위변제(G 토지에 설정된 근저당권부 채무 중 원금 제외)하였고, 망인에 대하여 G 토지에 설정된 근저당권부 채무에 관한 대여금 채권을 가지고 있다. 이에 피고 B는 이 사건 주위적 반소청구가 기각될 경우에 대비하여, 예비적 반소청구로써 원고를 상대로 주위적 반소청구금액 277,419,888원에 이를 때까지 아래 가) 내지 다)의 순서에 따라 위 상속채무 대위변제에 따른 구상금 및 망인에 대한 대여금 채권에 대한 손해배상금의 지급을 구한다.

(단위:원)

|   |                                       |                                 |                      |                      |                                    |                     |
|---|---------------------------------------|---------------------------------|----------------------|----------------------|------------------------------------|---------------------|
| 1 | 망인<br>의<br>대출<br>금<br>채무<br>대위<br>변제  | 3억                              | 573,000,000[<br>가)항] | 16,343,996           | 1,147,561                          | 32,670,800[<br>다)항] |
| 2 | 1억                                    | 4,732,313                       | 467,287              |                      |                                    |                     |
| 3 | 1억                                    | 5,297,777                       | 544,613              |                      |                                    |                     |
| 4 | 73,<br>000<br>,00<br>0                | 3,810,173                       | 327,080              |                      |                                    |                     |
| 5 |                                       | 37,000,000                      | [가)항]                | 56,563               | [다)항]                              |                     |
| 6 | 상속<br>세<br>대납                         | 19,066,640                      | [가)항]                | 571,990(가산<br>세)     | [가)항]                              |                     |
| 7 | H                                     | 631,000,000                     | [가)항]                | 28,995,319           | [다)항]                              |                     |
| 8 | 근저<br>당권<br>부<br>대출<br>채무<br>대위<br>변제 | G                               | 485,000,000          | 545,000,000[<br>나)항] | 31,770,88138,096,83718<br>,118,398 | 87,986,116[<br>다)항] |
| 9 | 60,<br>000<br>,00<br>0                | 3,717,1014,781,2572,<br>120,115 | 10,618,473[<br>다)항]  |                      |                                    |                     |

#### 가) 상속채무 대위변제로 인한 구상금 채권

피고 B는, ① 망인의 대출금 채무 원금 37,000,000원(순번 5), ② 망인의 대출금 채무 원금 합계 573,000,000원(순번 1 내지 4)을 각 대위변제하였고, ③ H 토지 및 건물의 망인 1/2 지분에 관하여 부과된 상속세 및 가산금 합계 19,638,630원(= 상속세 19,066,640원 + 가산금 571,990원, 순번 6)을 전액 납부하였으며, ④ H 토지 및 건물에 설정된 근저당권의 피담보채무 1,262,000,000원의

1/2은 망인이 실질적 채무를 부담하는 상속채무임에도, 피고 B가 K로부터 이 사건 매매계약에 따른 매매잔대금에서 위 피담보채무 전액을 공제하여 매매잔대금을 수령함에 따라 상속채무 631,000,000원(= 1,262,000,000원 × 1/2, 순번 7)을 대위변제하였다.

따라서 망인의 상속인인 원고는 피고 B에게 위 피고가 대위변제한 상속채무 및 상속세 대납분 중 원고의 부담부분에 상응하는 구상금 합계 280,141,197원[= ① 8,222,222원(= 37,000,000원 × 상속분 2/9) + ② 127,333,333원(= 573,000,000원 × 2/9) + ③ 4,364,140원(= 19,638,630원 × 2/9) + ④ 140,222,222원(= 631,000,000원 × 2/9)]을 지급할 의무가 있다.

#### 나) 채무불이행으로 인한 손해배상채권

망인은 피고 B가 원하면 언제든지 대출금을 바로 변제하기로 하고 피고 B 명의로 M조합으로부터 545,000,000원 [= 485,000,000원(순번 8) + 60,000,000원(순번 9)]을 대출 받아 사업자금을 조달하면서 G 토지에 피고 B를 채무자로 하여 근저당권을 설정하였다.

따라서 G 토지에 피고 B를 채무자로 하여 설정된 근저당권의 피담보채무 545,000,000원은 망인이 실질적 채무자인 상속채무에 해당하고, 망인의 상속인인 원고는 상속분에 따른 121,111,111원(= 545,000,000원 × 2/9)을 변제할 의무가 있다. 그런데 피고 B는 원고에게 이 사건 반소장의 송달로써 위 상속채무의 이행을 최고하였으나 원고는 이를 이행하고 있지 아니하므로, 원고는 피고 B에게 채무불이행으로 인한 손해배상금 121,111,111원<sup>2)</sup>을 지급할 의무가 있다.

#### 다) 상속채무 대출이자 등 대위변제로 인한 손해배상채권 또는 구상금 채권

(1) 피고 B는, ① 망인의 대출금 채무 37,000,000원에 대한 대출이자 56,563원(순번 5), ② 망인의 대출금 채무 합계 573,000,000원에 대한 대출이자 합계 32,670,800원(순번 1 내지 4), ③ H 토지 및 건물에 설정된 근저당권의 피담보채무 1,262,000,000원 중 상속채무에 해당하는 631,000,000원에 대한 대출이자 28,995,319원(= 전체 피담보채무 1,262,000,000원에 대하여 2016. 4. 29.부터 2017. 7. 17.까지 발생한 대출이자 57,990,639원 × 1/2, 순번 7), ④ 망인이 실질적 채무자인 G 토지에 설정된 근저당권의 피담보채무 합계 545,000,000원(= 485,000,000원 + 60,000,000원, 순번 8, 9) 중 485,000,000원에 대한 대출이자 합계 87,986,116원(= 2014. 9.부터 2016. 4.까지 발생한 대출이자 합계 31,770,881원 + 망인의 사망 이후인 2016. 5.부터

2018. 7.까지 발생한 대출이자 합계 38,096,837원 + 2018. 8.부터 2019. 7.까지 발생한 대출이자 합계 18,118,398원, 순번 8) 및 나머지 대출원금 60,000,000원에 대한 대출이자 합계 10,618,473원(= 2014. 10.부터 2016. 4.까지 발생한 대출이자 합계 3,717,101원 + ④ 망인의 사망 이후인 2016. 5.부터 2018. 7.까지 발생한 대출이자 합계 4,781,257원 + 2018. 8.부터 2019. 6.까지 발생한 대출이자 합계 2,120,115원, 순번 9)을 각 대위변제하였다.

결국 피고 B가 대위변제한 망인의 상속채무에 대한 대출이자 합계 160,327,271원[= ① 56,563원 + ② 32,670,800원 + ③ 28,995,319원 + ④ 98,604,589원(= 87,986,116원 + 10,618,473원)]인데, 이는 원고가 망인의 상속채무를 변제할 책임을 해태함에 따라 피고 B가 입게 된 손해이므로, 피고 B는 원고를 상대로 불법행위에 기한 손해배상금으로 위 대출이자 합계 160,327,271원 중 104,600,776원(= ① 56,563원 + ② 32,670,800원 + ③ 28,995,319원 + ④ 42,878,094원(= 38,096,837원 + 4,781,257원, 망인의 사망 이후 2018. 7.까지 대위변제한 대출이자 합계)]의 지급을 구한다.

(2) 설령 원고의 손해배상책임이 인정되지 않더라도 피고 B가 대위변제한 망인의 상속채무에 대한 대출이자 내지 지연손해금은 상속채무에 해당하므로, 망인의 상속인인 원고는 피고 B에게 위 상속채무 중 원고의 상속분에 따른 부담부분인 35,628,282원(= 160,327,271원 × 2/9) 중 28,419,136원을 구상금으로 지급할 의무가 있다.

#### **다. 피고들의 예비적 상계항변**

원고의 본소청구가 인용될 경우에 대비하여, 피고 B의 원고에 대한 위 구상금 및 손해배상 반소청구 채권으로 원고의 피고들에 대한 본소청구 채권 154,281,222원을 대등액에서 상계한다.

### **3. 본소청구에 관한 판단**

#### **가. 주위적 청구에 관한 판단**

1) 소유권이전등기말소 청구에 관한 판단 가) 등기의 원인무효 여부

(1) 소유권이전등기가 전 등기명의인의 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 처분행위에 개입된 경우, 그 등기가 원인무효임을 이유로 그 말소를 청구하는 자로서는 반대사실, 즉 그 제3자에게 전 소유명의인을 대리할 권한이 없었다든가 또는 제3자가 전 소유명의인의 등기서류를

위조하는 등 등기절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 의심할 만한 사정이 있다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다(대법원 1997. 4. 8. 선고 97다416 판결, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결 등 참조).

한편, 문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임이 사실상 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제358조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되나, 위와 같은 사실상 추정은 날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 깨어지는 것이므로, 문서제출자는 그 날인행위가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실까지 증명할 책임이 있다(대법원 1990. 4. 24. 선고 89다카21569 판결, 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다69686 판결 등 참조).

(2) 살피건대, 방광암 진단을 받은 망인이 2016. 4. 18. 간헐적 고열 및 전신쇠약 등으로 국립암센터에 입원하여 치료를 받고 있던 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제24, 31호증, 을 제31호증의 각 기재에 의하면, ① 피고 B는 2016. 4. 19. 망인의 인감증명서, 인감도장 등을 소지하고 망인을 대동하지 아니한 채 혼자 법무사 N의 제주시 소재 사무실을 방문한 사실, ② 법무사 N 사무소의 직원인 O는 2016. 4. 19. 위 사무실에서 피고 B와 함께 증여자 망인, 수증자 피고 B 등으로 기재된 이 사건 각 증여계약서를 작성한 사실, ③ 이 사건 각 증여계약서의 망인 이름 옆에는 망인의 인감이 날인된 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 각 증여계약서의 망인 이름 옆에 날인된 인영은 망인의 인감에 의하여 현출된 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그 인영은 망인의 의사에 의하여 현출된 것으로 사실상 추정된다. 그러나 이 사건 각 증여계약 체결 당시 피고 B가 망인의 인감도장을 지참하고 혼자 법무사 N의 사무실에 왔다는 것이므로, 망인의 인장 날인행위가 망인이 아닌 피고 B 또는 O에 의하여 이루어진 것임이 밝혀졌다고 할 것이고(피고들도 이에 대하여 다투고 있지 않은 것으로 보인다), 이 사건 각 증여계약서의 진정성립이 인정되기 위해서는 피고 B 또는 O의 날인행위가 작성명의인인 망인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실이 증명되어야 한다.

그런데 을 제3, 4, 31호증의 각 기재만으로는 피고 B 또는 O가 망인으로부터 이 사건 각 증여계약

체결을 위한 대리권을 부여받았음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 사건 각 증여계약서는 그 진정성립을 인정할 수 없고 피고 B가 권한 없이 이를 작성한 후 망인의 인감을 임의로 날인하여 완성한 것으로 봄이 상당하다.

(3) 여기에 갑 제2, 3, 14, 22 내지 24, 31호증, 을 제4, 31호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들까지 더하여 보면, 망인이 그 진정한 의사로 이 사건 각 증여계약을 체결하였다고 보기는 어렵고, 이 사건 각 소유권이전등기는 적법한 절차를 거치지 아니한 것일 뿐 아니라 전 소유자인 망인의 진정한 의사에 따라 마쳐진 것으로 볼 수 없으므로 무효의 등기라고 봄이 타당하다.

① 피고 B는 2016. 4. 18. 12:29경 O와 통화한 후, 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산 및 G 토지에 관한 등기필증에 갈음하기 위하여 등기의무자의 무인이 날인된 확인서면을 준비하였는데, 위 무인이 망인의 것이라는 점에 관한 증거로는 원고가 피고들에 대하여 제주지방법원 2016가합11000호로 제기한 소송(원고는 위 소를 2017. 3. 4. 취하하였다)에서 증인으로 출석한 N, O의 진술이 유일하다. 그런데 O의 진술은 "피고 B로부터 2016. 4. 18. 오전에 전화가 걸려와서 이 사건 각 소유권이전등기 업무에 관하여 이야기하면서 '등기권리증이 없으면 확인서면이 필요하니 병원 주변의 법무사 사무실에서 확인서 양식을 구할 수 있다. 거기에 망인이 직접 지장을 찍으면 된다'고 안내하였다"는 것이고, 피고들도 이 사건 답변서에서 O의 안내에 따라 2016. 4. 18. 병원 주변의 법무사 사무실을 찾아가 확인서면 양식을 구한 다음 망인의 병실에서 망인의 지장을 받았다고 주장하고 있다. 한편 O은 망인의 증여 의사를 직접 확인하였는지를 묻는 질문에 대하여 '피고 B와 통화하던 중 피고 B가 망인에게 핸드폰을 넘겨주었고, 망인과 통화하면서 망인의 증여 의사를 확인하였다', '망인에게 확인서면에 직접 무인을 찍었냐고 물으니 망인이 "맞다", "자녀 둘과 처와 있을 때 찍었다"고 대답하였다', '망인과 통화할 당시 망인의 목소리는 평상시와 다를 바 없었다'는 취지로 진술하였다. 결국 피고들의 주장과 O의 진술을 종합하면, O은 2016. 4. 18. 피고 B와 통화하면서 망인의 무인이 찍힌 확인서면을 준비할 것을 안내하였고 그에 따라 피고 B가 준비한 확인서면에 망인의 무인을 직접 받았으며, 이후 O이 다시 피고 B와 통화하면서 피고 B가 망인을 바꿔주어 망인의 증여 의사와 확인서면에 직접 무인한 사실을 확인하였다는 것이 된다. 그러나 피고 B와 O이 2016. 4. 18. 통화한

내역은 같은 날 12:29경 5분 19초간 통화한 것이 유일한 것으로 보이고, 달리 ○ 또는 법무사 N이 피고 B 등을 통하여 직접 망인과 통화하여 망인의 증여 의사를 확인하였음을 인정할 증거가 없다. 따라서 망인의 진정한 증여 의사를 확인하였다는 O의 위와 같은 진술은 그대로 믿기 어렵다. 한편 N의 진술은 O이 망인의 의사를 전화통화로 확인하였다는 것을 O로부터 들었다는 것일 뿐이어서 위 진술만으로 망인의 증여 의사가 진정한 것임을 인정하기에는 부족하고, 달리 N이 망인의 의사를 직접 확인하였다고 볼만한 사정은 발견되지 아니한다.

② 피고 B가 이 사건 각 소유권이전등기에 관한 등기신청을 하면서 첨부한 확인서면에 등기의무자의 무인이 날인되어 있기는 하지만 그 무인이 망인의 것임을 인정할 증거가 없고, 위 확인서면이 법무사의 면전에서 직접 당사자 대면절차를 거쳐 작성된 것이 아니어서 우무인이 날인되어 있다는 사정만으로 망인의 진정한 의사에 의하여 위 확인서면이 작성된 것이라고 단정하기 어렵다.

③ 국립암센터의 응급초진 기록지에 의하면, 망인이 2016. 4. 17. 22:28경 위 병원의 응급실에 내원할 당시 고열을 호소하였고, 내원 당일 저녁부터 의식이 떨어져 정신이 혼미한 상태로 악화되어 내원하였다고 하며, 환자와의 의사소통에 어려움이 있어 보호자(딸)과 면담하였다는 내용이 기록되어 있다[위 병원의 간호초기평가에도 망인의 의식이 기면(drowsy) 상태이고, 의사소통이 곤란하다고 기재되어 있다]. 또한 위 병원의 간호기록지에 의하면, 망인이 2016. 4. 17. 22:28경 위 병원의 응급실에 내원할 당시 사람과 장소에 대한 지남력은 있으나 시간에 대한 지남력이 없고 의식은 기면 상태였으며, 그 다음날인 4. 18. 08:00경에는 사람, 시간, 장소에 대한 지남력은 있으나 의식은 계속 기면 상태였고, 16:00경 의식 수준은 'E'이라고 이름만 대답하며 다시 잠드는 모습을 보이는 기면 상태에 있었던 것으로 보이므로, 피고들이 망인의 증여 의사를 확인하였다고 주장하는 2016. 4. 18.경에도 망인의 상태는 크게 호전되었던 것으로 보이지 아니한다.

#### 나) 말소의 범위

(1) 부동산의 공유자 중 1인은 당해 부동산에 관하여 무효의 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우에 민법 제265조 단서에서 정하는 공유물에 관한 보존행위로서 자신의 공유지분을 넘어서 그 무효인 등기 전부의 말소를 청구할 수 있다. 따라서 공동상속에 의하여 여러 사람의 공유로 된 부동산에 관하여 공동상속인 중 1인이 피상속인과의 사이에 행하여졌다는 매매 등 효력 없는 계약을 원인으로

하여 공유물 전부에 관하여 소유권이전등기를 경료한 경우에도, 다른 상속인은 공유물에 관한 보존행위로서 등기명의인의 상속분을 제외한 나머지 공유지분 전부에 관하여 그 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 것을 청구할 수 있고(대법원 1982. 3. 9. 선고 81다464 판결, 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카961 판결 등 참조), 공유로 된 부동산에 관한 현 등기명의인의 상속분에 관한 한은 실체관계에 부합하는 등기이므로 그 부분까지의 말소를 명할 수는 없다고 할 것이다(대법원 1965. 4. 22. 선고 65다268 판결 등 참조).

한편 공유물의 보존행위는 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 그 현상을 유지하기 위하여 하는 사실적 법률적 행위로서 이러한 공유물의 보존행위를 각 공유자가 단독으로 할 수 있도록 한 취지는 그 보존행위가 긴급을 요하는 경우가 많고 다른 공유자에게도 이익이 되는 것이 보통이기 때문이므로, 어느 공유자가 보존권을 행사하는 때에 그 행사의 결과가 다른 공유자의 이해와 충돌될 때에는 그 행사는 보존행위로 될 수 없다고 보아야 한다(대법원 1995. 4. 7. 선고 93다54736 판결, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다83932 판결 참조).

(2) 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 피고들은 이 사건 각 부동산을 망인으로부터 적법하게 증여받았다고 주장하면서 피고들 상호 간에는 이 사건 각 소유권이전등기의 지분 범위에 관하여 다투고 있지 아니하다. 따라서 피고들의 주장은 이 사건 각 소유권이전등기 중 원고의 상속분을 초과한 부분에 대하여는 실체관계에 부합하여 유효한 등기라는 취지로 선택할 수 있고, 이 사건에서 피고들이 망인으로부터 이 사건 각 부동산을 증여받은 것이라는 피고들의 주장이 받아들여 지지 않는 경우에도 원고의 상속분을 초과하는 범위에 관해서는 자신들의 상속분을 피고들 상호 간에 새롭게 증여하여 그 현상을 유지하겠다는 취지로 보인다.

그렇다면 원고가 이 사건 각 소유권이전등기에 관하여 원고의 상속분을 초과하여 현 등기명의인인 피고들의 각 상속분에 해당하는 부분까지 말소를 구하는 것은, 피고들 자신의 각 상속분에 관한 한은 실체관계에 부합하는 부분의 말소를 구하는 것이어서 부당하고, 다른 피고들의 각 상속분에 관한 한은 피고들의 이해와 충돌되어 공유물의 보존행위로 될 수 없다고 봄이 타당하다. 결국 원고는 이 사건 각 소유권이전등기 중 원고의 상속분에 해당하는 비율에 해당하는 지분에 대해서만 말소를 구할 수 있다고 할 것이다.

## 다) 소결론

따라서 원고에게, 피고 C, D는 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산 중 원고의 상속분에 해당하는 각 1/18 지분(= 피고들의 각 1/4 지분 × 원고의 상속분 2/9)에 관하여 제주지방법원 2016. 4. 22. 접수 제46526호로 마친 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 각 이행하고, 피고 B는 별지 목록 제3항 기재 부동산 중 원고의 상속분에 해당하는 2/9 지분에 관하여 제주지방법원 2016. 4. 22. 접수 제46526호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하며, 별지 목록 제4항 기재 부동산 중 원고의 상속분에 해당하는 2/9 지분에 관하여 제주지방법원 서귀포등기소 2016. 4. 2. 접수 제25207호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

### 2) 이 사건 매매계약의 계약금 및 중도금 반환청구에 관한 판단 가) 청구원인에 관한 판단

망인과 피고 B는 H 토지 및 건물을 공동소유하면서 각 1/2 지분을 보유하고 있었는데 2016. 3. 8. 위 각 부동산을 K에 3,885,310,000원에 매도하였고, 피고 B는 K로부터 계약금 및 중도금 합계 1,388,531,000원을 지급받은 사실은 앞서 본 바와 같다.

위 인정사실에 의하면, 피고 B가 수령한 계약금 및 중도금 합계 1,388,531,000원 중 망인의 1/2 지분에 해당하는 694,265,500원(= 1,388,531,000원 × 1/2)은 망인의 상속재산에 해당하고, 금전채권과 같이 급부의 내용이 가분인 채권이 공동상속되는 경우에는 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인들에게 분할되어 귀속되므로(대법원 2016. 5. 4.자 2014스122 결정 참조), 특별한 사정이 없는 한 피고 B는 망인의 상속인인 원고에게 154,281,222원(= 694,265,500원 × 원고의 법정상속분 2/9) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

### 나) 망인으로부터 매매대금을 증여받았다는 피고들의 주장에 관한 판단

피고들은 망인이 피고 B에게 이 사건 매매계약의 매매대금 중 망인의 1/2 지분에 상응하는 1,942,655,000원(= 3,885,310,000원 × 1/2)을 증여하였으므로, 이 사건 매매계약의 계약금 및 중도금 합계 1,388,531,000원 중 망인의 1/2 지분에 해당하는 694,265,500원을 망인의 상속재산으로 볼 수 없다고 주장한다. 그러나 을 제62, 63호증의 각 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 피고들의 주장에 부합하는 사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 이와 다른 전제에 선 피고들의 주장은 받아들이지 아니한다.

## 다) 예비적 상계항변에 관한 판단

### (1) 자동채권의 존부 및 범위

#### (가) 망인의 대출금 채무 대위변제로 인한 구상금 채권

을 제5 내지 8, 58호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 망인은 사망한 2016. 4. 29.경 아래 표 '대출금 잔액'란 기재와 같은 대출금 채무를 부담하고 있었는데, 피고 B는 ① 망인이 사망한 2016. 4. 29. 이후부터 2017. 5. 24.까지 사이에 아래 표 '대출이자(2017. 5. 24. 이전)'란 기재 순번 1 내지 4의 각 대출이자 합계 30,184,259원(= 16,343,996원 + 4,732,313원 + 5,297,777원 + 3,810,173원), ② 2017. 5. 25. 아래 표 '대출금 잔액' 및 '대출이자'란 기재 순번 5의 채무 원리금 37,056,563원(= 원금 37,000,000원 + 대출이자 56,563원), ③ 2017. 6. 22. 아래 표 '대출금 잔액' 및 '대출이자(2017. 5. 24. 이후)'란 기재 순번 1 내지 4의 각 대출금 채무의 원리금 575,486,541원[= 원금 573,000,000원(= 4억 원 + 73,000,000원) + 대출이자 2,486,541원(= 1,147,561원 + 467,287원 + 544,613원 + 327,080원)] 합계 642,727,363원(= ① 30,184,259원 + ② 37,056,563원 + ③ 575,486,541원)을 각 대위변제한 사실이 인정된다.

(단위:원)

|    |               |            |            |            |            |           |           |
|----|---------------|------------|------------|------------|------------|-----------|-----------|
| 1  | 2006. 9. 6.   | M조합        | 3억         | 16,343,996 | 30,184,259 | 1,147,561 | 2,486,541 |
| 2  | 2008. 3. 5.   | 1억         | 4,732,313  | 467,287    |            |           |           |
| 3  | 2010. 6. 21.  | 1억         | 5,297,777  | 544,613    |            |           |           |
| 4  | 2011. 12. 27. | 73,000,000 | 3,810,173  | 327,080    |            |           |           |
| 5  | 2015. 5. 13.  | P조합        | 37,000,000 | -          |            | 56,563    | -         |
| 합계 | 642,727,363   |            |            |            |            |           |           |

위 인정사실에 의하면, 망인의 대출금 채무는 상속채무에 해당하고 금전채무와 같이 급부의 내용이 가분인 채무가 공동상속된 경우 이는 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인에게 분할되어 귀속되는 것이므로(대법원 2014. 7. 10. 선고 2012다26633 판결 등 참조), 위 상속채무

중 원고의 상속분에 따른 부담부분은 원고가 부담하여야 한다.

따라서 피고 B는 원고에 대하여 상속채무의 대위변제로 인하여 합계 142,828,302원(= 642,727,363원 × 2/9)의 구상금 채권을 취득하였다.

[한편 피고 B는 원고가 상속채무의 변제 의무를 해태하여 상속채무의 대출이자 상당의 손해를 입었다고 주장하면서 원고를 상대로 불법행위 손해배상책임을 구하나(예비적 반소청구 주장의 다) 부분), 원고가 피고들에 대하여 자신의 상속분을 초과하여 상속채무를 변제할 의무를 부담한다고 볼 수 없고, 상속채무 중 원고의 상속분에 해당하는 부분에 대하여 피고 B의 구상금 채권을 인정하는 이상, 위 주장에 관하여는 나아가 판단하지 아니한다(이하 망인이 실질적 채무자라고 주장하는 근거당권부 상속채무 부분에 관하여도 같다)].

(나) 상속세 대납에 따른 구상금 채권

상속세 및 증여세법 제3조의2 제3항은 공동상속에 있어서 상속세의 납부의무에 관하여 상속인 또는 수유자로 하여금 상속재산 중 각자가 받았거나 받을 재산을 한도로 연대하여 납부하도록 정하고 있고, 국세기본법 제25조의2는 연대납세의무에 관하여 연대채무자 상호간의 구상권에 관한 민법 제425조의 규정을 준용하도록 규정하고 있으므로, 공동상속인 중 일부가 상속세를 납부함으로써 공동면책된 경우 다른 공동상속인의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있다. 이는 공동상속인이 법정 신고기간 내에 상속세과세표준신고를 하지 아니하여 상속세 외에 가산세가 부과된 경우 그 가산세를 납부할 의무에 관하여도 동일하게 적용된다고 할 것이다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다87655 판결 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 망인이 H 토지 및 건물 중 각 1/2 지분을 소유하고 있었던 사실은 앞서 본 바와 같고, 을 제9, 10호증의 각 기재에 의하면 피고 B는 2017. 2. 21. H 토지 및 건물 중 망인의 각 1/2 지분에 대하여 공동상속인인 원고와 피고들 앞으로 부과된 상속세 19,638,630원(= 취득세, 지방교육세, 농어촌특별세 합계 19,066,640원 + 각 가산금 합계 571,990원) 전액을 납부한 사실이 인정된다.

따라서 피고 B는 위 상속세액 19,638,630원 전액을 납부함으로써 원고에 대하여 상속세 대납에 따른 4,364,140원(= 19,638,630원 × 2/9)의 구상금 채권을 취득하였다.

(다) 근저당권부 상속채무의 대위변제로 인한 구상금 채권

① 인정사실

을 제11, 12, 14 내지 22, 24 내지 27호증의 각 기재에 의하면 아래와 같은 사실을 인정할 수 있고, H 토지 및 건물과 G 토지에 설정된 각 근저당권 및 그 피담보채무의 내역을 정리하면 아래 표 기재와 같다.

|              |               |               |             |                      |                              |                              |
|--------------|---------------|---------------|-------------|----------------------|------------------------------|------------------------------|
| 1            | 2005. 1. 27.  | 2005. 1. 27.  | 피고 B        | 820,000,000          | H 토지                         | 990,000,000                  |
| 2            | 2011. 12. 27. | 2011. 12. 27. | 172,000,000 | H 토지 및 건물            | 210,000,000                  |                              |
| 2-2          | 2014. 8. 11.  | 2014. 9. 23.  | 270,000,000 | 525,000,000(근저당권 변경) |                              |                              |
| 3            | 2011. 12. 27. | 2011. 12. 27. | 망인          | 335,000,000          | G 토지                         | 402,000,000(2014. 8. 11. 말소) |
| 4            | 2013. 2. 20.  | -             | 피고 B        | -                    | H 건물                         | 제1 근저당권에 대한 공동담보 추가          |
| 5            | 2014. 8. 11.  | 2014. 8. 13.  | 485,000,000 | G 토지                 | 654,000,000(제3근저당권 피담보채무 변제) |                              |
| 2014. 9. 23. | 60,000,000    |               |             |                      |                              |                              |

㉔ 피고 B는 2005. 1. 27. M조합으로부터 채무자를 피고 B로 하여 820,000,000원을 대출받았고, 망인과 피고 B는 같은 날 H 토지에 관하여 M조합과 사이에 채무자 및 근저당권설정자 피고 B, 근저당권설정자 망인, 채권최고액 990,000,000원으로 하는 근저당권(이하 '제1 근저당권'이라 한다)설정계약을 체결하였으며, 같은 날 M조합에 제주지방법원 접수 제7650호로 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

㉕ 피고 B는 2011. 12. 27. M조합으로부터 172,000,000원을 대출받았고, 망인과 피고 B는 같은 날 H 토지 및 건물에 관하여 M조합과 사이에 채무자 및 근저당권설정자 피고 B, 근저당권설정자

망인, 채권최고액 210,000,000원으로 한 근저당권(이하 '제2 근저당권'이라 한다)설정계약을 체결하였으며, 같은 날 M조합에 제주지방법원 접수 제95954호로 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

㉔ 망인도 2011. 12. 27. M조합으로부터 335,000,000원을 대출받았는데, 같은 날 G 토지에 관하여 M조합과 사이에 채무자 및 근저당권설정자 망인, 채권최고액 402,000,000원으로 한 근저당권(이하 '제3 근저당권'이라 한다)설정계약을 체결하였고, 같은 날 M조합에 제주지방법원 서귀포등기소 접수 제51684호로 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

㉕ 피고 B는 2013. 2. 20. M조합으로부터 위 ㉔항 기재 2005. 1. 27.자 대출금과 위 ㉔항 기재 2011. 12. 27.자 대출금 합계가 992,000,000원(= 820,000,000원 + 172,000,000원)임을 확인받고, M조합과 사이에 H 건물에 관하여 채무자 및 추가근저당권설정자 피고 B, 추가근저당권설정자 망인, 채권자 및 근저당권자 M조합, 채권최고액 990,000,000원으로 하는 추가근저당권(이하 '제4 근저당권'이라 한다)설정계약을 체결하였으며, 같은 날 M조합에 제주지방법원 접수 제15028호로 위 추가근저당권설정계약을 원인으로 한 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

㉖ 제3 근저당권설정등기는 2014. 8. 11. 해지를 원인으로 말소되었는데, 망인과 피고 B는 같은 날 M조합과 사이에 G 토지에 관하여 채무자 피고 B, 근저당권설정자 망인, 채권최고액 654,000,000원으로 하는 근저당권(이하 '제5 근저당권'이라 한다)설정계약을 체결하였고, 같은 날 M조합에 제주지방법원 서귀포등기소 접수 제38547호로 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

㉗ 피고 B는 H 토지 및 건물에 관하여, 2014. 8. 11. M조합과 사이에 제2 근저당권의 채권최고액을 525,000,000원으로 변경하기로 하는 내용의 근저당권(이하 '제2-2 근저당권'이라 한다)설정변경계약을 체결하였고, 2014. 9. 1. M조합에 같은 법원 접수 제75238호로 근저당권변경등기를 마쳐주었으며, 2014. 9. 23. M조합으로부터 제2-2 근저당권을 담보로 하여 270,000,000원을 추가로 대출받았다.

㉘ 피고 B는 2014. 8. 13. M조합으로부터 G 토지에 설정된 제5 근저당권을 담보로 하여 485,000,000원을 대출받고 그 중 335,674,038원을 망인 명의의 제3 근저당권 피담보채무의 원리금 335,674,038원(= 원금 335,000,000원 + 이자 등 674,038원)을 변제하는 데에

사용하였으며, 2014. 9. 23. 위 제5 근저당권을 담보로 하여 60,000,000원을 추가로 각각 대출받았다.

② 제1, 4 근저당권의 각 피담보채무가 상속채무인지 여부

앞서 인정한 사실에 을 제13, 23, 46 내지 48, 58호증의 각 기재에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, M조합에 대한 피고 B 명의의 2005. 1. 27.자 대출금 채무 820,000,000원은 H 토지의 매수자금에 사용된 사실을 추인할 수 있고, H 토지의 1/2 지분에 관하여 소유권을 취득한 망인으로서 위 대출금 채무의 1/2을 부담할 의무가 있으므로, 위 대출금 채무를 담보하기 위하여 H 토지 및 건물에 마쳐진 제1, 4 근저당권의 피담보채무의 1/2 부분은 실질적으로 망인이 부담하여야 할 채무라고 봄이 타당하다.

㉠ 피고 B는 2004. 11. 17. Q으로부터 H 토지를 1,050,000,000원에 매수하면서 계약 당일에 계약금 1억 원, 2004. 12. 31. 잔금 950,000,000원을 지급하기로 하고, Q에게 계약금 1억 원을 지급하였다.

㉡ 망인은 2005. 1. 27. M조합으로부터 230,000,000원을 대출받았고 같은 날 망인의 M조합 계좌에서 180,000,000원, 피고 B의 M조합 계좌에서 제1 근저당권에 기하여 대출받은 820,000,000원 중 770,000,000원 합계 950,000,000원(= 180,000,000원 + 770,000,000원)이 다른 은행 계좌로 이체되었고, Q이 같은 날 망인과 피고 B에게 H 토지의 각 1/2 지분에 관하여 제주지방법원 접수 제7649호로 2004. 11. 17.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐준 점에 비추어 보면, 망인과 피고 B는 2005. 1. 27. M조합으로부터 합계 1,050,000,000원(= 망인 230,000,000원 + 피고 B 820,000,000원)을 대출받아 같은 날 Q에게 잔금 950,000,000원을 지급한 것으로 보인다.

㉢ 피고 B의 M조합 계좌에서 제1 근저당권에 기하여 대출받은 820,000,000원 중 Q에게 지급된 것으로 보이는 770,000,000원을 제외한 나머지 5천만 원은 2005. 1. 27. 7백만 원, 2005. 1. 31. 1천만 원, 2005. 2. 1. 2천만 원이 현금으로 출금되거나 다른 은행 계좌로 이체되었는데, 이는 피고들이 주장하는 바와 같이 부동산 취득세, 등록세, 법무사 비용, 부동산 중개수수료 등 부동산 구입에 관련된 제비용에 지출된 것으로 보이고, 이후 남은 잔액은 위 대출금 채무의 대출이자를

납부하는 데에 사용되었다.

③ 제2, 2-2,5 근저당권의 각 피담보채무가 상속채무인지 여부

앞서 인정한 사실에 갑 제20, 26호증, 을 제28 내지 30, 38 내지 42, 46, 48, 57, 58호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 더하여 보면, H 토지 및 건물에 설정된 제2, 2-2 근저당권의 각 피담보채무 중 적어도 망인의 지분에 상응하는 1/2 부분과 G 토지에 설정된 제5 근저당권의 피담보채무는 망인이 R 등의 사업을 위하여 피고 B의 명의를 빌려 차용한 것으로 보이고, 결국 이는 실질적으로 망인의 채무였으나 그 채무가 망인의 사망 전까지 변제되지 아니하여 존재하고 있었던 것이므로 상속채무로 봄이 타당하다.

㉠ 망인은 S일자 해중림 조성과 어패류 및 해삼류의 중앙식 효과를 높이는 고안명 'T'라는

실용신안권을 출원하여 U일자 위 실용신안권을 등록하였고(등록번호 V), 그 무렵 주식회사 W의 대표이사로서 위 회사를 경영하였으며, 2012. 11.부터 2014. 10.까지 사이에 한국수산자원관리공단 제주지사와 체결한 업무위탁(대행) 협약에 따라 사업비 1억 5천만 원 상당의 'X' 사업을 시행하였다.

㉡ 한편, 피고 B는 Y, Z 등의 상호로 음식점을 경영하기도 하였으나 2008. 5. 30. 사업폐업신고를 한 이후 음식점을 다시 운영하지 않았고, 그 이후에는 피고 B 명의로 종합소득세 신고도 하지 아니하였던 점에 비추어 보면, 피고 B로서는 2011. 12. 27. 이후 본인이 사용할 목적으로 거액의 대출금을 차용할 필요성은 없었을 것으로 보이고, 피고 B가 본인 명의로 차용한 대출금은 특별한 사정이 없는 한 망인의 사업자금에 사용되었을 것으로 보인다.

㉢ 망인의 M조합 계좌(AA)에 2011. 12. 27. 망인 명의로 받은 대출금 335,000,000원 외에 대출금 93,000,000원(= 73,000,000원 + 20,000,000원)이 추가로 실행되어 입금되었고, 망인이 AB은행 계좌에서 100,000,000원을 위 M조합계좌로 이체하여 합계 528,000,000원(= 335,000,000원 + 93,000,000원 + 100,000,000원)이 입금되었는데, 같은 날 위 계좌에서 530,000,000원이 다른 계좌로 이체되었고, 피고 B의 M조합 계좌(AC)에 입금된 2011. 12. 27.자 대출금 172,000,000원 중 170,000,000원도 같은 날 다른 계좌로 이체되었다.

㉣ 피고 B는 2014. 8. 11. G 토지에 관하여 채무자를 피고 B로 하여 제5 근저당권설정계약을

체결하였는데, 같은 날 위 토지에 설정된 망인 명의의 제3 근저당권설정등기가 말소되었고, 피고 B가 2014. 8. 13. M조합으로부터 제5 근저당권설정계약에 따라 대출받은 485,000,000원 중 335,674,038원을 위 제3 근저당권의 피담보채무 원리금 335,674,038원을 변제하는 데에 사용한 점은 앞서 본 바와 같다.

㉮ 피고 B는 2014. 9. 23. M조합으로부터 제5 근저당권을 담보로 하여 60,000,000원을, 제2-2 근저당권을 담보로 하여 270,000,000원을 각각 추가로 대출받았는데, 2014. 9.경 작성된 망인의 'R 사업비 내역서'에 따르면 어초 제작에 드는 예상 총공사비가 356,686,000원에 달한다.

#### ④ 대위변제로 인한 구상금 채권의 범위

피고 B는 이 사건 선행판결에서 K로부터 H 토지 및 건물에 설정된 근저당권(제1, 2, 2-2, 4 근저당권)의 피담보채무액 합계 1,262,000,000원(= 820,000,000원 + 172,000,000원 + 270,000,000원) 전액을 공제하여 매매잔대금을 지급받기로 하였고, 위 판결이 그대로 확정된 사실은 앞서 본 바와 같다. 또한 을 제11, 58, 64호증의 각 기재에 의하면, ① H 토지 및 건물에 관하여 2017. 7. 17. 제주지방법원 접수 제73717호로 2016. 3. 8.자 매매를 원인으로 하여 K 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지고, 같은 날 위 각 부동산에 마쳐진 근저당권설정등기가 해지를 원인으로 말소된 사실, 피고 B는 아래 표 기재와 같이 ② 망인의 사망 이후인 2016. 5. 20.부터 2017. 7. 17.까지 사이에 발생한 H 토지 및 건물에 설정된 제1, 2, 4 근저당권의 피담보채무인 992,000,000원(= 820,000,000원 + 172,000,000원)의 대출이자 46,097,636원과 2016. 5. 23.부터 2017. 7. 17.까지 사이에 발생한 위 각 부동산에 설정된 제2-2 근저당권의 피담보채무인 270,000,000원의 대출이자 11,893,003원 합계 57,990,639원(= 46,097,636원 + 11,893,003원)을 대위변제한 사실, ③ 피고 B는 망인의 사망 이후인 2016. 5. 13.부터 2019. 7. 12.까지 사이에 발생한 G 토지에 설정된 근저당권의 피담보채무 중 485,000,000원에 대한 대출이자 56,215,235원(= 망인의 사망 이후인 2016. 5.부터 2018. 7.까지 발생한 대출이자 38,096,837원 + 2018. 8.부터 2019. 7.까지 발생한 대출이자 18,118,398원)과 2016. 5. 23.부터 2019. 6. 22.까지 사이에 발생한 G 토지에 설정된 근저당권의 피담보채무 중 60,000,000원에 대한 대출이자 6,901,372원(= 망인의 사망 이후인 2016. 5.부터 2018. 7.까지

발생한 대출이자 4,781,257원 + 2018. 8.부터 2019. 6.까지 발생한 대출이자 2,120,115원) 합계 63,116,607원(= 56,215,235원 + 6,901,372원)을 대위변제한 사실이 인정된다.

(단위:원)

|             |                    |             |                |                      |            |            |
|-------------|--------------------|-------------|----------------|----------------------|------------|------------|
| 7           | H                  | 992,000,000 | 12,620,000,000 | 46,097,636           | 57,990,639 |            |
| 270,000,000 | 11,893,003         |             |                |                      |            |            |
| 89          | G                  | 485,000,000 | 545,000,000    | 38,096,83718,118,398 | 56,215,235 | 63,116,607 |
| 60,000,000  | 4,781,2572,120,115 | 6,901,372   |                |                      |            |            |

그런데 H 토지 및 건물에 설정된 제1, 2, 2-2, 4 근저당권의 피담보채무 중 적어도 1/2 부분과 G 토지에 설정된 제5 근저당권의 피담보채무는 실질적으로 망인의 채무임은 앞서 본 바와 같고, 그 채무가 망인의 사망 전까지 변제되지 아니하고 존재하고 있었던 것이므로 상속채무인 위 각 피담보채무에서 발생한 대출이자 역시 상속채무로 봄이 타당하다.

따라서 피고 B는 원고에 대하여 상속채무에 해당하는 근저당권부 채무의 원금 및 대출이자 대위변제로 인한 합계 160,691,538원 [= ① 140,222,222원(= H 토지 및 건물에 설정된 피담보채무 1,262,000,000원 × 망인의 지분 1/2 × 원고의 상속분 2/9) + ② 6,443,404원(= 망인의 사망 이후 H 토지 및 건물에 설정된 피담보채무에서 발생한 대출이자의 1/2인 28,995,319원(= 57,990,639 × 1/2) × 2/9) + ③ 14,025,912원(= 망인의 사망 이후 G 토지에 설정된 피담보채무에서 발생한 대출이자 합계 63,116,607원 × 2/9)]의 구상금 채권을 취득하였다.

(라) G 토지의 근저당권부 상속채무에 대한 손해배상채권

G 토지에 설정된 제5 근저당권의 피담보채무 합계 545,000,000원(= 485,000,000원 + 60,000,000원)은 망인이 사업자금을 조달하기 위하여 피고 B의 명의를 빌려 M조합으로부터 대출받은 것으로서 실질적으로 망인의 채무에 해당함은 앞서 본 바와 같다. 또한 앞서 인정한 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 피고 B는 자신의 명의로 M조합으로부터 위 545,000,000원을

대출받되 이를 망인에게 변제기의 정함 없이 대여한 것으로 봄이 상당하고, 망인의 피고 B에 대한 위 차용금 채무는 망인의 사망 전까지 변제되지 아니하고 존재하고 있었던 것이므로, 망인의 상속인인 원고는 위 차용금 채무 545,000,000원 중 상속분에 따른 121,111,111원(= 545,000,000원 × 2/9)을 상속하였다고 할 것이다.

그런데 피고 B가 2017. 10. 16. 원고에게 이 사건 반소장의 송달로써 위 상속채무의 이행을 청구한 사실은 기록상 명백하므로, 원고는 피고 B에게 상속채무 121,111,111원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## (2) 상계적상 및 상계의 의사표시

수동채권인 원고의 피고 B에 대한 매매대금 154,281,222원의 반환청구권과 자동채권 중 ① 피고 B의 망인에 대한 G 토지의 근저당권부 피담보채무 상당의 대여금 채권 545,000,000원 중 원고의 상속에 따른 피고 B의 원고에 대한 대여금 채권 121,111,111원은 상속이 개시된 날인 2016. 4. 29.에 비로소 발생하고, 피고 B의 원고에 대한 구상금 채권은 각 대위변제일인 ② 2017. 2. 21.자 상속세 대납분에 대한 구상금 채권 4,364,140원, ③ 망인의 사망 이후인 2016. 4. 29.부터 2017. 6. 22.까지 사이에 대위변제한 망인의 대출금 채무에 대한 구상금 채권 142,828,302원, ④ 2016. 5. 20.부터 2017. 7. 17.까지 사이에 대위변제한 H 토지 및 건물의 근저당권부 채무에 대한 대출이자 합계 57,990,639원 중 상속채무인 1/2 부분에 대한 구상금 채권 6,443,404원, ⑤ 2017. 7. 17. 대위변제한 H 토지 및 건물의 근저당권부 채무의 원본 1,262,000,000원 중 1/2인 631,000,000원에 대한 구상금 채권 140,222,222원, ⑥ 망인의 사망 이후인 2016. 5. 13.부터 2019. 7. 12.까지 사이에 대위변제한 G 토지의 근저당권부 채무에 대한 대출이자 합계 63,116,607원에 대한 구상금 채권 14,025,912원이 각각 발생하며, 양 채권은 이행기의 정함이 없는 채권에 해당한다.

그런데 민법 제492조 제1항에서 채무의 이행기가 도래한 때라 함은 채권자가 채무자에게 이행의 청구를 할 수 있는 시기가 도래하였음을 의미하는 것이지 채무자가 이행지체에 빠지는 시기를 말하는 것은 아니므로(대법원 1981. 12. 22. 선고 81다카10 판결 등 참조), 수동채권인 원고의 피고 B에 대한 매매대금 154,281,222원의 반환청구권과 자동채권 중 피고 B의 원고에 대한 G 토지 관련

대여금 채권 121,111,111원은 2016. 4. 29. 이행기에 도달하여 상계적상에 있었고, 원고의 위 매매대금 반환청구권과 피고 B의 각 구상금 채권은 그 대위변제일에 순차적으로 이행기에 도달하여 각각 상계적상에 있었다 할 것이며, 피고 B가 이 사건 2019. 5. 21.자 준비서면과 2019. 7. 23.자 준비서면을 통하여 양 채권을 대등액에서 상계한다는 의사를 표시한 사실은 기록상 분명하다. 이로써 원고의 위 매매대금 반환청구권 154,281,222원은 위 각 상계적상일에 소급하여 피고 B의 대여금 채권 및 각 구상금 채권과 대등액의 범위에서 순차적으로 소멸하고, 피고 B에 원고에 대한 ③ 망인의 사망 이후인 2016. 4. 29.부터 2017. 6. 22.까지 사이에 대위변제한 망인의 대출금 채무에 대한 구상금 채권 142,828,302원 중 114,022,331원[= ③ 142,828,302원 - 28,805,971원(= 154,281,222원 - ① 121,111,111원 - ② 4,364,140원)], ④ H 토지 및 건물의 근저당권부 채무에 대한 대출이자 대위변제로 인한 구상금 채권 6,443,404원, ⑤ H 토지 및 건물의 근저당권부 채무의 원본 1,262,000,000원 중 1/2인 631,000,000원의 대위변제로 인한 구상금 채권 140,222,222원, ⑥ G 토지의 근저당권부 채무에 대한 대출이자 대위변제로 인한 구상금 채권 14,025,912원 합계 274,713,868원(= ③ 114,022,331원 + ④ 6,443,404원 + ⑤ 140,222,222원 + ⑥ 14,025,912원)이 남게 된다3) .

따라서 피고 B의 원고에 대한 예비적 상계항변은 이유 있다.

라) 소결론

그렇다면 원고의 본소청구 중 위 매매대금 반환청구 부분은 이유 없다.

#### 나. 예비적 청구에 관한 판단

원고는 예비적으로 이 사건 각 부동산이 피고들에게 증여되었을 경우를 전제로 피고들에 대하여 유류분반환청구를 하나, 망인이 그 진정한 의사로 이 사건 각 증여계약을 체결하였다고 보기 어려운 점은 앞서 본 바와 같으므로, 위 각 부동산이 피고들에게 증여된 것임을 전제로 한 이 사건 예비적 본소청구는 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

### 4. 반소청구에 관한 판단

#### 가. 주위적 청구원인에 관한 판단

살피건대, 망인이 피고 B에게 이 사건 매매계약의 매매대금 중 망인의 1/2 지분에 상응하는

1,942,655,000원(= 매매대금 3,885,310,000원 × 1/2)을 증여하였다고 보기 어려운 점은 앞서 본 바와 같다. 따라서 이와 다른 전제에 선 피고 B의 이 사건 반소청구 중 주위적 주장에 대하여는 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

#### 나. 예비적 청구원인에 관한 판단

피고 B의 원고에 대한 반소청구 채권 중 이 사건 본소에서 상계에 의하여 소멸하고 남은 채권의 금액이 합계 274,713,868원인 점은 앞서 본 바와 같고, 피고 B가 2019. 7. 23.자 준비서면을 통하여 G 토지의 근저당권부 채무에 대한 대출이자를 추가로 대위변제하였다고 하면서 4,497,447원(= 2018. 7. 23. 이후 추가로 대위변제하였다는 대출이자 합계 20,238,513원 × 2/9)의 구상금 청구를 추가한 사실은 기록상 명백하다.

따라서 원고는 피고 B에게 274,713,868원 및 그 중 270,216,421원(= 274,713,868원 - 4,497,447원)에 대하여는 그 이행청구의 의사표시가 담긴 피고 B의 이 사건 2018. 10. 26.자 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달 다음날인 2018. 10. 30.부터, 4,497,447원에 대하여는 그 이행청구의 의사표시가 담긴 피고 B의 2019. 7. 23.자 준비서면 송달 다음날인 2019. 7. 24.부터 원고가 그 이행의무의 존재 여부 및 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 사건 판결 선고일인 각 2019. 8. 22.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### 5. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 주위적 본소청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 원고의 피고들에 대한 나머지 주위적 본소청구 및 예비적 본소청구는 이유 없으므로 이를 각 기각하며, 피고 B의 반소청구는 위 피고의 예비적 상계항변이 본소청구에서 받아들여짐에 따라 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 피고 B의 나머지 반소청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

**재판장판사최형표**

**판사김근홍**

**판사송현정**

별지

공동상속인이 되며(민법 제1000조 제1항 제1호, 제1003조), 동순위의 상속인이 수인인 때에는 그 상속분은 균분으로 하고, 피상속인의 배우자가 직계비속과 공동으로 상속하는 때에는 직계비속의 상속분의 5할을 가산한다(동법 제1009조 제1, 2항). 이에 따라 원고와 피고들의 법정상속분을 계산하면, 피고 B는 3/9, 원고와 피고 C, D는 각 2/9가 된다.

2) 피고 B는 2019. 7. 23.자 준비서면에서 G 토지 관련 원고의 부담부분으로 구하는 금액을 기존 121,111,111원에서 149,530,247원(= 원금 121,111,111원 + 대출이자 28,419,136원)을 구하는 것으로 변경하였다. 그러나 위 28,419,136원은 피고 B가 대위변제하였다고 주장하는 G 토지의 근저당권부 채무에 대한 대출이자 중 원고의 부담부분을 의미하는 것으로 보이고(같은 서면 3면), 대출이자에 대한 대위변제 부분은 아래 다)항에서 일괄적으로 주장하고 있으므로, 원금 121,111,111원 부분은 나)항에서, 대출이자 28,419,136원 부분은 다)항에서 주장한 것으로 보고 판단한다.

3) 구상금채권의 지연손해금은 이행청구를 한 다음날부터 발생하므로 계산의 편의상 각 대출이자의 대위변제로 인한 구상금채권의 상계적상일을 최종 납부일로 보아 계산하였다.