

서울남부지방법원 2023. 8. 16 선고 2020가단263660 판결 [건물인도 및 근저당권설정등기말소]

재판경과

서울남부지방법원 2024. 6. 28 선고 2023나63329 판결

서울남부지방법원 2023. 8. 16 선고 2020가단263660 판결

전문

원 고 A

피성년후견인이므로 법정대리인 성년후견인 B

소송대리인 변호사 이선기

원고승계참가인 주식회사 C

소송대리인 변호사 이선기

피 고 D

소송대리인 법무법인 심안

담당변호사 김재훈

변론종결 2023. 5. 31.

판결선고 2023. 8. 16.

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산을 인도하고, 위 부동산에 관하여 서울남부지방법원 등기국 2016. 9. 28. 접수 제132478호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 원고승계참가인의 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분은 각자 부담하고, 원고승계참가인과 피고 사이에 생긴 부분은 원고승계참가인이 부담한다.
4. 제1항 중 부동산인도 부분은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

원고: 주문 제1항과 같다.

원고승계참가인: 피고는 원고승계참가인에게 별지 목록 기재 부동산을 인도하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 별지 목록 기재 부동산(이하 ‘이 사건 아파트’라 한다)의 소유자이고, 피고 및 원고승계참가인의 대표자 사내이사 E은 원고의 아들이다.

나. 원고는 1995. 12. 7.경 이 사건 아파트에 전입하여 거주하였고, 같은 달 29. 위 아파트에 관한 소유권보존등기를 마쳤으며, 피고는 2001. 7. 31.경 위 아파트에 전입하여 가족들과 함께 거주하였다.

다. 피고는 이 사건 아파트에 관하여 서울남부지방법원 등기국 2016. 9. 28. 접수 제132478호로 채무자를 원고, 채권최고액을 2억 원으로 한 근저당권(이하 ‘이 사건 근저당권’이라 한다)설정등기를 마쳤다.

라. 원고승계참가인은 2020. 8. 24. 이 사건 아파트에 관하여 2020. 7. 28. 매매를 원인으로 한

소유권이전등기(이하 ‘이 사건 소유권이전등기’라 한다)를 마쳤다.[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2, 3, 7호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 청구에 대한 판단

가. 본안 전 항변에 대한 판단

1) 피고의 주장 요지

원고는 이 사건 소 제기 당시 치매를 앓고 있어 사리 분별을 하지 못하는 상태였으므로 소송행위를 할 수 있는 능력이 없었고, 이 사건 소는 E이 원고의 의사에 반하여 소송대리인을 선임한 후 제기한 것이다. 따라서 이 사건 소는 소송대리권이 없는 자에 의하여 제기된 것으로 부적법하다.

2) 판단

갑 제8호증의 3, 제11호증의 3, 을 제12호증의 각 기재 또는 영상에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 이 사건 소 제기일인 2020. 8. 10. 당시 만 91세의 고령으로서, 2019. 11. 26.경부터 인지장애, 알츠하이머 치매 등을 앓고 있었고, 2020. 4. 20. 실시한 한국형 간이정신상태검사(K-MMSE) 결과 30점 만점에 5점으로 ‘중증의 인지 장애(중기 치매. 최근의 시간이나 경험들을 거의 기억하지 못하고, 오래된 일은 일부 기억하기도 하나 매우 피상적이며, 일반적으로 주변 상황, 년도, 계절을 알지 못함)’ 상태로 평가된 점, ② 원고의 주치의는 ‘2020. 4. 20.자 K-MMSE와 GDS 검사결과에 의하면, K-MMSE 점수는 5점으로 시간, 장소에 대한 지남력이 떨어지고, 기억등록은 되나 회상은 안 되는 상황, 주의집중이나 계산능력도 떨어지는 양상이며, 사물의 이름은 댈 수 있으나 명령을 시행하거나 따라 말하거나 그리기, 읽기, 쓰기 능력도 떨어지는 양상이다. GDS는 6단계로 심한 정도의 인지장애 상태로서, 기억력 및 지남력이 심하게 떨어지고, 일상생활에 상당한 도움이 필요한 상황이다’라는 소견을 밝힌 점, ③ 원고 소송대리인이 제출한 2020. 6. 26.자 및 2020. 7. 19.자 동영상에 의하더라도, 원고가 대화 상대방의 말을 분명히 이해한 상태에서 질문에 답변한 것으로 보이지 않는 점 등에 비추어 보면, 원고는 이 사건 소 제기 당시 중증의 인지 장애가 있어 이 사건 소송을 제기하거나 위임할 정도의 의사능력이 없었던 것으로 보인다.

그러나 민사소송법 제97조에 의하여 소송대리인에게 준용되는 같은 법 제60조에 의하면 소송대리권의 흠결이 있는 자의 소송행위는 후에 당사자본인이나 보정된 소송대리인이 그 소송행위를 추인하면 행위시에 소급하여 그 효력을 갖게 되는데(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004다66469 판결 등 참조), 을 제13호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 2020. 10. 5. 피고의 청구에 따라 이루어진 원고의 성년후견 개시 사건(서울가정법원 2020후개10354호)에서 2022. 5. 2. ‘원고에 대하여 성년후견을 개시하고, 원고의 성년후견인으로 변호사 B를 선임한다’는 내용의 심판이 있었던 사실, 원고의 성년후견인은 서울가정법원 2022후기10549호로 성년후견인의 임무수행에 관하여 필요한 처분명령을 청구하여 2022. 11. 11. ‘원고를 대리하여 서울남부지방법원 2020가단263660 건물인도 및 근저당권설정등기말소 사건의 제1심 소송행위를 하는 것과 이를 위하여 소송대리인을 선임하거나 해임하는 행위를 허가한다’는 심판을 받았고, 2022. 12. 13.자 준비서면을 통하여 이 사건 소를 유지한다는 의사를 표시한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 원고가 행한 소송대리인에 대한 대리권 수여 등의 소송행위가 소송능력이 없는 자에 의하여 행하여진 것이라 하더라도, 적법하게 선임된 원고의 성년후견인이 원고 소송대리인의 소송행위를 추인하였다고 봄이 타당하므로, 위 추인에 따라 원고 소송대리인의 소송행위는 그 행위가 있었던 때로 소급하여 유효하다.

따라서 피고의 본안 전 항변은 이유 없다.

나. 본안에 대한 판단

1) 부동산 인도청구에 대한 판단

앞서 본 인정사실에 의하면, 피고는 이 사건 아파트의 점유자로서 위 아파트의 소유자인 원고에게 위 아파트를 인도할 의무가 있다(앞서 본 것처럼 원고승계참가인이 2020. 8. 24. 위 아파트에 관하여 이 사건 소유권이전등기를 마친 사실은 있으나, 아래 제3항에서 보는 것처럼 위 소유권이전등기는 원인무효의 등기이므로 위 아파트의 소유권은 여전히 원고에게 있다).

2) 근저당권말소등기청구에 대한 판단

가) 원고는 이 사건 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않으므로 이 사건 근저당권설정등기는

말소되어야 한다고 주장하고, 이에 대하여 피고는 이 사건 근저당권의 피담보채권은 이 사건 아파트에 대한 증여채권이라고 주장한다.

나) 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법제357조 제1항), 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다107408 판결 등 참조).

다) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 원고와 피고 사이에 작성된 증여계약서 등 증여사실을 인정할 객관적인 증거가 전혀 없는 점 등에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거들만으로는 원고와 피고 사이에 증여계약이 성립하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이 사건 근저당권의 피담보채권은 존재하지 않고 그에 따라 위 근저당권 역시 효력이 없다 할 것이므로, 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 원고승계참가인의 청구에 대한 판단

가. 당사자들의 주장 요지

1) 원고 승계참가인

원고승계참가인은 2020. 8. 24. 원고로부터 이 사건 아파트를 매수하고 이 사건 소유권이전등기를 마쳤으므로, 피고는 원고승계참가인에게 위 아파트를 인도할 의무가 있다.

2) 피고

원고와 원고승계참가인 사이에 이 사건 아파트에 관하여 2020. 8. 24. 체결된 매매계약은 진정하지 않은 것이 명백하므로, 원고승계참가인은 피고에게 위 아파트의 인도를 청구할 수 없다.

나. 판단

앞서 본 인정사실과 앞서 든 증거들 및 갑 제16호증, 을 제14, 15호증의 각 기재에 변론 전체의

취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 2020. 4. 20. 실시한 한국형 간이정신상태검사(K-MMSE) 결과 30점 만점에 5점으로 ‘중증의 인지 장애(중기 치매. 최근의 시간이나 경험들을 거의 기억하지 못하고, 오래된 일은 일부 기억하기도 하나 매우 피상적이며, 일반적으로 주변 상황, 년도, 계절을 알지 못함)’ 상태로 평가되었고, 원고의 주치의도 ‘2020. 4. 20.자 K-MMSE와 GDS 검사결과에 의하면, K-MMSE 점수는 5점으로 시간, 장소에 대한 지남력이 떨어지고, 기억등록은 되나 회상은 안 되는 상황, 주의집중이나 계산능력도 떨어지는 양상이며, 사물의 이름은 댈 수 있으나 명령을 시행하거나 따라 말하거나 그리기, 읽기, 쓰기 능력도 떨어지는 양상이다. GDS는 6단계로 심한 정도의 인지장애 상태로서, 기억력 및 지남력이 심하게 떨어지고, 일상생활에 상당한 도움이 필요한 상황이다’라는 소견을 밝힌 점, ② 원고승계참가인은 2020. 7. 28.경 원고와 이 사건 아파트에 관하여 매매대금을 5억 9,600만 원으로 하는 매매계약을 체결하고, 원고에게 2020. 7. 28. 6,000만 원, 2020. 8. 18. 2억 8,000만 원 등 합계 3억 4,000만 원을 지급하였으며, 나머지 2억 5,600만 원은 위 아파트에 설정된 근저당권(채권최고액 2억 720만 원, 근저당권자 F 주식회사)의 피담보채무를 부담하는 조건으로 지급에 갈음하였다고 주장하나, 원고승계참가인이 2020. 7. 28. 원고의 계좌로 송금한 6,000만 원 중 상당 부분은 원고승계참가인 및 E의 아들인 G이 사용한 것으로 보이고, 2020. 8. 18.자 송금액 2억 8,000만 원 중 2억 7,400만 원은 2020. 9. 14.부터 2020. 9. 21.까지 사이에 원고승계참가인과 E, G 및 E의 다른 아들인 H에게 송금되었으며, 위 아파트에 설정된 채권최고액 2억 720만 원, 근저당권자 F 주식회사인 근저당권의 채무자가 원고승계참가인인 점 등에 비추어 보면, 원고는 2020. 8. 24. 이 사건 아파트에 관한 매매계약 체결 당시 의사능력이 없었던 것으로 보일 뿐만 아니라, 위 매매계약서(갑 제16호증) 역시 E 등 원고승계참가인 측의 일방적인 의사에 따라 작성된 것으로 봄이 상당하므로, 원고승계참가인과 원고 사이의 2020. 8. 24.자 이 사건 아파트에 관한 매매계약은 무효이고, 이에 기초한 이 사건 소유권이전등기 역시 원인무효라고 봄이 타당하다.

따라서 원고승계참가인이 이 사건 아파트의 적법한 소유권자임을 전제로 한 원고승계참가인의 청구는 이유 없다.

4. 결론

원고의 청구는 이유 있으므로 이를 모두 인용하고, 원고승계참가인의 청구는 이유 없으므로 이를 기각한다.

판사 조국인

부동산 목록

1. 1동의 건물의 표시

서울특별시 양천구 I에 있는 J아파트

[도로명주소] 서울특별시 양천구 K

철근콘크리트조 경사슬라브지붕 16층 아파트

1층 764.35㎡, 2층 784.01㎡, 3층 784.01㎡, 4층 784.01㎡, 5층 784.01㎡, 6층 784.01㎡, 7층 784.01㎡, 8층 714.44㎡, 9층 714.44㎡, 10층 629.52㎡, 11층 310.92㎡, 12층 310.92㎡, 13층 310.92㎡, 14층 310.92㎡, 15층 310.92㎡, 16층 310.92㎡, 지층 3145.08㎡

대지권의 목적인 토지의 표시

1. 서울특별시 양천구 I 대 3643.2㎡

전유부분의 건물의 표시

L 철근콘크리트조 84.92㎡

대지권의 표시

1 소유권대지권 3643.20분의 40.408. 끝.

