

서울서부지방법원 2018. 2. 8 선고 2015가합36280 판결 [근저당권설정등기등 말소등기청구]

재판경과

서울고등법원 2018. 12. 20 선고 2018나2014647(본소), 2018나2020208(반소) 판결

서울서부지방법원 2018. 2. 8 선고 2015가합36280 판결

전문

원고1. A

2. B

3. C

원고들 소송대리인 변호사 전연진

원고들 소송복대리인 변호사 정윤옥

피고D

소송대리인 법무법인 우일

담당변호사 배헌수

변론 종결 2018. 1. 11.

판결 선고 2018. 2. 8.

주문

1. 원고들의 청구를 모두 기각한다.

2. 소송비용은 원고들이 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고들에게 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 서울서부지방법원 은평등기소 2013. 11. 28. 접수 제62597호로 마친 근저당권설정등기의, 같은 등기소 2013. 11. 28. 접수 제62598호로 마친 소유권이전청구권가등기의 각 말소등기절차를 이행하라. 피고는 원고 A에게 59,226,858원, 원고 B에게 39,484,571원, 원고 C에게 39,484,571원 및 위 각 금원에 대한 2016. 6. 27.부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율에 의한 금원을 각 지급하라. 피고는 원고들에게 이 사건 부동산을 인도하고, 2016. 6. 27.부터 위 부동산 인도완료일까지, 원고 A에게 월 1,043,572원, 원고 B에게 월 695,714원, 원고 C에게 월 695,714원의 각 비율에 의한 금원을 각 지급하라.

이 유

1. 인정사실

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

나. 망인은 2002년경부터 F에 있는 G식당 월급 사장으로 근무하였고, 피고는 경매로 부동산을 낙찰받아 리모델링 공사를 한 뒤 이를 매도하여 그 차익을 얻는 방식의 사업을 하여 왔다.

다. 망인은 2008. 11. 21.경부터 파킨슨씨 증후군 증상으로 병원에서 치료를 받았는데, 2012. 2월경 병세가 악화되면서 F에 있는 G식당을 그만두었다.

라. 망인 소유인 이 사건 부동산에 관하여 2013. 11. 28. 가등기권자 피고인 2013. 10. 24. 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기가 마쳐졌고, 같은 날 채권최고액 3억 원, 채무자 망인, 근저당권자 피고인 2012. 10. 24. 설정계약을 원인으로 한 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. 원고들의 주장

주위적으로, 망인은 피고에게 경매로 나온 부동산에 투자를 하여 달라고 부탁하면서 망인의 주민등록증 및 인감도장을 맡겼는데, 2009년경부터 파킨슨씨 증후군 증상이 나타나 치료를 받으면서 위 주민등록증, 인감도장을 회수하지 못하였고, 피고는 망인의 주민등록증 및 인감도장을 보유하면서 마치 망인이 피고에게 3억 원의 채무가 있는 것처럼 망인 명의의 약속어음, 근저당권설정등기신청서, 위임장, 매매예약계약을 위조하여 망인 소유인 이 사건 부동산에 근저당권설정등기 및 소유권이전청구권가등기를 마쳤는바, 위 근저당권설정등기 및 소유권이전청구권가등기는 무효라 할 것이므로, 피고는 원고들에게 위 근저당권설정등기 및 소유권이전청구권가등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다. 또한 망인은 피고로 하여금 망인과 피고의 어머니인 H을 2008. 10. 27.부터 3년간 모시고 살도록 허락하였으나, 피고는 3년이 지난 이후에도 여전히 이 사건 부동산에 무단거주하며 점유 상당의 부당이득을 얻고 있는바, 피고는 원고들에게 이 사건 부동산을 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 부동산 인도완료일까지 원고 A에게 월 1,043,572원, 원고 B에게 월 695,714원, 원고 C에게 월 695,714원의 각 비율에 의한 금원을 반환할 의무가 있다.

예비적으로, 위 근저당권설정등기 및 소유권이전청구권가등기가 유효하다 하더라도, 망인이 피고에게 근저당권설정등기를 마쳐 준 것은 망인이 H에게 3억 원을 증여하기로 한 것을 은폐하기 위한 가장행위인바, 망인과 피고 사이의 근저당권설정계약은 통정한 허위표시로서 무효이므로, 피고는 원고들에게 위 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있고, 망인이 피고에게 위 소유권이전청구권가등기를 마쳐 준 것 역시 망인이 피고에게 이 사건 부동산을 증여하기로 한 것을 은폐하기 위한 가장행위인바, 망인과 피고 사이의 매매예약계약은 통정한 허위표시로서 무효이므로, 피고는 원고들에게 위 소유권이전청구권가등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다. 설사 망인이 H에게 3억 원을 증여하였고, 피고에게 이 사건 부동산을 증여하였다 하더라도, 위 각 증여는 서면에 의하지 않은 증여로서 언제든지 해제할 수 있다 할 것인바, 2015. 12. 18.자 준비서면의 송달 또는 이 사건 청구원인 변경신청서의 송달로서 이를 해제하므로, 피고는 원고들에게 위 근저당권설정등기 및 소유권이전청구권가등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 판단

가. 근저당권설정등기 및 소유권이전청구권가등기 말소등기청구

1) 주위적 주장에 대하여 을 제1, 3, 4, 6 내지 12, 27, 33, 34, 37(가지번호 포함)의 각 기재, 감정인 I의 감정결과, 증인 J의 진술, 이 법원의 K은행에 대한 2016. 11. 17.자 금융거래정보제출명령 회신결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래의 각 사정들에 비추어 보면, 망인은 진정한 의사에 기하여 피고에게 액면금 3억 원의 약속어음을 발행하고 이 사건 부동산에 근저당권설정등기 및 소유권이전청구권가등기를 경료해 준 것으로 보이므로, 위 근저당권설정등기 및 소유권이전청구권가등기는 모두 유효하다 할 것이고, 이에 반하는 갑 제16, 32, 61, 64호증의 각 기재는 이를 믿지 아니하며[동일한 사항에 관하여 상이한 수 개의 감정결과가 있을 때 그 중 하나에 의하여 사실을 인정하였다면 그것이 경험칙이나 논리칙에 위배되지 않는 한 적법하다고 할 것인데(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다6659 판결 참조), 근저당권 설정계약서(을 제6호증)상의 채무자란에 기재된 'E'이 망인의 필적이라는 감정인 I의 감정결과가 경험칙이나 논리칙에 위배된다고 보이지 아니하므로 이에 반하는 갑 제64호증은 이를 채택하지 아니하고, 위 근저당권 설정계약서와 같은 날 일체로 작성된 것으로 보이는 약속어음(을 제1호증) 역시 망인이 작성한 것으로 보아야 하므로 이에 반하는 갑 제32, 61호증은 이를 채택하지 아니한다], 갑 제13, 27 내지 29, 33 내지 37, 41 내지 60, 62, 63, 65, 66 내지 77호증(각 가지번호 포함)의 각 기재만으로는 위 인정을 반복하기 부족하고, 달리 위 근저당권설정등기 및 소유권이전청구권가등기가 무효라고 인정할 증거가 없으므로, 원고들의 이 부분 주위적 주장은 이유 없다.

① 망인은 2008. 10. 27. 이 사건 부동산을 취득하고도 처인 원고 A에게 알리지 않고 피고로 하여금 H을 모시고 살도록 하였고, 파킨슨씨 증후군으로 수년간 병원치료를 받고 있음에도 불구하고 원고 A에게 병명을 알리지 않은 채 피고와 함께 병원을 다니며 치료를 받았으며, 원고 A는 2011년 초순경에서야 망인이 파킨슨씨 증후군을 앓고 있다는 사실을 알게 되었다.

② H은 L생으로 위 소유권이전청구권가등기 당시 85세의 고령이었으므로 H을 모시고 있는 피고가 이 사건 부동산을 증여받아 H과 함께 거주하는 것은 부자연스러운 일이 아니다.

③ 망인은 2012. 4. 4. 인감증명서 2통, 2012. 10. 24. 인감증명서 2통을 직접 발급받았는데, 그 중 각 1통은 일반용이고, 각 1통은 매수인을 피고로 지정한 부동산 매도용이다.

④ 증인 J은 피고와 망인의 의뢰를 받고 근저당권설정등기에 필요한 약속어음을 작성해 주고,

근저당권 설정과 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 만들어 주었으며, 약속어음의 발행인란과 근저당권설정계약서 채무자란은 모두 망인이 서명하였고, 당시 망인이 병색이 있기는 하였으나 어느 정도 대화는 되었다고 증언하고 있다.

⑤ 감정인 I의 감정결과에 의하면, 근저당권설정계약서(을 제11호증) 채무자 부분에 무인된 지문 및 확인서면(을 제12호증) 우무인란에 무인된 지문은 망인의 지문이고, 근저당권설정계약서(을 제11호증) 채무자 부분의 'E' 기재는 망인의 필적이다.

⑥ 원고 A는 피고가 망인 명의의 서류를 위조하였다고 주장하며 피고를 형사고소하였고, 검사는 피고가 망인 명의의 약속어음, 근저당권설정등기신청서, 위임장, 매매예약계약을 위조하고, 이를 행사하였다는 등의 범죄사실로 피고를 기소하였는데, 피고는 2017. 10. 20. 서울서부지방법원 2016고단2416, 2017고단511(병합), 2017고단1878(병합) 사건에서 모든 공소사실에 대하여 무죄판결을 선고받았다.

2) 예비적 통정허위표시 주장에 대하여 망인이 피고에게 약속어음을 발행하고, 근저당권설정에 필요한 서류들을 작성하여 이를 피고에게 교부한 사실은 앞에서 인정한 바와 같은바, 망인은 피고에게 3억 원을 실질적으로 증여한 것으로 보일 뿐이고, 달리 이를 가장행위로서 통정허위표시에 해당한다고 볼 것은 아니며, 또한 위 소유권이전청구권가등기가 망인이 피고에게 이 사건 부동산을 증여하기 위하여 경료한 것임은 앞에서 인정한 바와 같고, 달리 이를 망인과 피고가 위 소유권이전청구권가등기를 진정으로 의욕하지 않으면서도 통정하여 허위로 마친 것이라고 볼 것은 아니므로, 원고들의 위 예비적 주장은 이유 없다.

3) 예비적 증여계약 해제 주장에 대하여 '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 할 것인데(대법원 1991. 9. 10. 선고 91다6160 판결 등), 망인이 피고에게 3억 원과 이 사건 부동산을 증여하면서 약속어음을 발행하고 근저당권설정계약서를 작성하여 근저당권설정등기를 마쳤고,

매매예약계약을 작성하여 소유권이전청구권가등기까지 마쳐 준 사실은 앞에서 인정한 바와 같은바, 위 근저당권설정계약서와 매매예약계약서는 망인의 증여 의사를 확실히 표시한 서면이라 할 것이므로, 증여가 서면에 의하지 않았음을 전제로 한 원고들의 위 예비적 주장은 이유 없다.

나. 부당이득반환청구

망인이 피고에게 이 사건 부동산을 증여하기 위하여 소유권이전청구권가등기를 마쳐준 사실은 앞에서 인정한 바와 같은바, 피고는 망인에 대하여 수증자의 지위에서 이 사건 부동산을 점유, 사용할 정당한 권리가 있고, 망인의 상속인인 원고들에게도 이로써 대항할 수 있다 할 것이므로(오히려 원고들은 피고에게 이 사건 부동산에 관하여 위 소유권이전청구권가등기에 기한 소유권이전등기를 경료해 줄 의무가 있다), 피고가 이 사건 부동산을 무단으로 점유하고 있음을 전제로 한 원고들의 위 주장은 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고들의 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사신현석

판사유혜주

판사이재민

별지