

서울고등법원 2016. 1. 15 선고 2014나55446 판결 [소유권이전등기절차이행등 청구권]

전 문

원고, 항소인 1. A

2. B

3. C

4. D

피고, 피항소인 E

변론 종결 2015. 11. 4.

판결 선고 2016. 1. 15.

주 문

1. 원고들의 항소와 당심에서 확장된 원고들의 청구를 각 기각한다.

2. 항소제기 이후의 소송비용은 원고들이 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 피고는 원고들에게, 1) 별지 1. 제1, 4, 5, 6항 기재 각 토지의 1/2 지분 중 별지2. 기재 원고들 각 지분에 관하여, 별지 1. 제2항 기재 토지 중 별지 2. 기재 원고들각 지분에 관하여 각 진정명의 회복을

원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 2) 별지 1. 제7, 8항 기재 각 건물을 철거하고, 제2항 기재 토지를 인도하라.

나. 피고는, 1) 원고 A, B, C에게 각 10,409,411원, 원고 D에게 15,614,117원과 위각 금원에 대하여 당심 판결선고일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 금원을 지급하고, 2) 2015. 8. 4.부터 별지 1. 제2항 기재 토지의 인도완료일까지 원고A, B, C에게 각 월 192,352원, 원고 D에게 월 288,529원의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라(원고들은 피고와 H 사이의 공유물분할에 따른 지분변동에 따라 당심에서 별지 1. 제2항 기재 토지에 관한 소유권이전등기청구를 확장하고, 제3항 기재 토지에 관한 소유권이전등기청구를 취하하는 한편, 부당이득반환청구를 감축하고, 예비적 청구인유류분반환청구를 취하하였다).

2. 항소취지

제1심 판결을 다음과 같이 변경한다. 청구취지 기재와 같은 판결.

이 유

1. 기초사실

가. 분할 전 화성시 J 임야 15,002㎡(이하 '분할 전 토지'라 한다)는 원래 망 I (이하 '망인'이라 한다)의 부친 AB 소유였는데, 1966. 7. 5. 망인 앞으로 1966. 6. 26.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌고, 1985. 1. 29. 망인의 아들인 피고와 H앞으로 각 1/2 지분에 관하여 1985. 1. 28.자 증여를 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다.

나. 분할 전 토지에 관하여는 1985. 3. 5. 망인을 근저당권자, 피고와 H을 각 채무자로 하는 채권최고액 6,000만 원의 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)가 마쳐졌다가 2007. 12. 6. 말소되었다.

다. 분할 전 토지는 2006. 1. 9. 화성시 J 임야 11,276㎡, K 임야 1,652㎡, L 임야1,652㎡, M 임야 422㎡(2009. 12. 4. K, 2 임야는 지목이 대지로, M 임야는 지목이 도로로 각 변경되었다)로 각

분할되었고, 이후 J 임야 11,276㎡'는 2011. 8. 23. J 임야 7,569㎡, N 임야 1,649㎡, O 임야 2,058㎡로 각 분할되었으며, 2015. 7. 8. O 임야 2,058㎡는 O 대 1,487㎡와 AC 임야 571㎡로 각 분할 및 지목변경 되었다(이상과 같이 분할된 토지는 별지 1. 제1 내지 6의 가, 나. 항 기재와 같다. 이하 통틀어 '이 사건 각토지'라 한다).

라. 피고와 H 사이에 체결된 2008. 4. 3.자 공유물분할 약정을 원인으로 2008. 4. 11. 별지 1. 제2항 기재 토지 중 H 소유 지분이 피고 앞으로, 제3항 기재 토지 중 피고 소유 지분이 H 앞으로 각각 이전됨에 따라 제2항 기재 토지는 피고가, 제3항 기재 토지는 H이 각 단독소유하게 되었다.

마. 피고는 별지 1. 제2항 기재 토지 지상에 제7, 8항 기재 각 건물(이하 '이 사건 건물'이라 한다)을 신축하여 2009. 12. 4. 그 명의로 소유권보존등기를 마쳤다. H은 별지 1. 제3항 기재 토지 지상에 제9, 10항 기재 각 건물을 신축하여 2009. 12. 4. 그 명의로 소유권보존등기를 마쳤고, 제6항 기재 토지 지상에 제11, 12항 기재 각 건물을 신축하여 2015. 7. 13. 그 명의로 소유권보존등기를 마쳤다.

바. 1927년생인 망인은 2009년경 고환암 판정을 받은 후 2010. 12. 26. 사망하였고, 망인의 재산상속인으로는 처인 원고 D(원래 F였으나 캐나다 국적을 취득하면서 망인의 성을 따라 D가 되었다)와 자녀인 원고 A, 피고, H, 원고 B, 원고 C(원래 G이었으나 캐나다 국적을 취득하면서 남편의 성을 따라 C이 되었다), Q, R이 있다.

【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 제1, 13, 15, 16, 17, 45호증(가지번호 있는 것은 별도로 명시하지 아니하는 이상 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고들의 주장 요지

가. 망인은 그 소유이던 분할 전 토지에 관하여 피고와 H 앞으로 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었으나, 실제로는 위 토지에 있는 분묘를 관리하기 위하여 명의신탁한 것이다. 위와 같은 명의신탁약정과 이에 따른 물권변동은 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 따라 무효이고, 망인이 사망함에 따라 이 사건 각 토지는 망인의 상속인인 원고들과 피고, H 등이 이를 공동으로 상속하였으므로 피고는 원고들에 게 이 사건 각 토지 중 피고 명의로 된 별지 1. 제1, 4, 5, 6항 기재 각 토지의 1/2 지분과 제2항 기재 토지에 관하여 별지 2. 기재 원고들 각 지분별로 진정한 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하여 줄 의무가 있다.

나. 설령 명의신탁약정이 인정되지 아니하더라도 망인이 피고와 H에게 분할 전 토지를 증여한 것은 피고와 H이 위 토지상 분묘를 현황대로 보존·관리하고, 망인과 원고 D를 미리 설치한 가묘에 매장하여 줄 의무를 부담하도록 하는 부담부 증여이다. 그런데 피고는 분묘를 철거하는 등 그 의무를 이행하지 아니할 의사를 분명히 표시하였고, 원고들은 이를 이유로 이 사건 소장 송달로 위 증여계약을 해제하였으므로 이러한 점에 서도 위 각 토지에 관한 피고 명의의 소유권이전등기는 무효이다.

다. 나아가 피고는 상속분이 2/17에 불과하여 별지 1. 제2항 기재 토지의 과반수 지분권자가 아님에도 그 지상에 이 사건 건물을 신축함으로써 위 토지를 임의로 사용·수익하였는바, 피고는 공유자들인 원고들에게 이 사건 건물을 철거하고, 위 제2항 기재토지를 인도하며, 원고들 각 지분에 따라 이 사건 건물의 신축일 및 망인의 사망일 이후로서 원고들이 구하는 2011. 1. 4.부터 위 토지의 인도완료일까지 청구취지 기재 차임 상당 부당이득금을 반환할 의무가 있다.

3. 판단

가. 관련 법리

1) 부동산에 관하여 그 소유자로 등기되어 있는 자는 적법한 절차와 원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정되므로 그 등기가 명의신탁에 기한 것이라는 사실은 이를 주장하는 자에게 증명책임이 있고(대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다90883 판결 등 참조), 또한 부동산에 관한 명의신탁 관계가 성립하려면 신탁자와 수탁자 사이에 명의신탁 관계의 설정에 관한 명시적 또는 묵시적인 합의가 있어야 한다(대법원 1981. 12. 8. 선고 81다카367 판결 등 참조).

2) 한편 증여에 상대방담(민법 제561조) 등의 부관이 붙어 있는지 또는 증여와 관련하여 상대방이 별도의 의무를 부담하는 약정을 하였는지 여부는 당사자 사이에 어떠한 법률효과의 발생을 원하는 대립하는 의사가 있고 그것이 말 또는 행동 등에 의하여 명시적 또는 묵시적으로 외부에 표시되어 합치가 이루어졌는가를 확정하는 것으로서 사실인정의 문제에 해당하므로, 이는 그 존재를 주장하는 자가 증명하여야 한다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다5878 판결 등 참조).

나. 명의신탁 또는 부담부 증여 약정의 존부

1) 살피건대 분할 전 토지에 관하여 피고와 H 앞으로 소유권이전등기가 마쳐질 당시 분할 전 토지에 망인의 고조부모, 조부모, 부모, 첫째 형 S, 둘째 형 T 부부의 각분묘와 1984년경 조성된 망인과 원고 D의 가묘가 있었던 사실, 망인이 이민가기 직전인 1987. 7. 초경 원고들의 사촌이자 집안의 장손인 W에게 '전 가족이 캐나다로 이민을 가니 네 이름도 (부동산등기부에) 올려 산소를 관리하라'고 하였으나 W이 이를 거절한 사실, 망인은 분할 전 토지와 마찬가지로 화성시 AD 대 1,644㎡ 중 망인 지분에 관하여 1985. 1. 28.자 증여를 원인으로 1985. 1. 29. 피고와 H 앞으로 소유권이전등기를 마쳤는데, 피고와 H은 망인의 뜻에 따라 2005. 7. 11. 각 소유 지분을 위 토지 지상주택에 살고 있던 W에게 증여한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제18, 30호증, 을 제18, 39, 40호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 이를 인정할 수 있고, 원고들은 이 사건 소송을 통하여 H에게도 피고에 대한 청구원인과 같은 취지로 이 사건 각 토지 중 H 소유 토지에 관하여 원고들 각 지분별로 진정명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행 등을 구하였는데, H이 2013. 12. 12. 열린 제1심 제2차 변론기일에서 원고들의 청구를 인낙한 사실은 당심 법원에 현저하다.

2) 그러나 한편으로 다툼 없는 사실, 갑 제12, 28, 45호증, 을 제2 내지 7호증, 을제8호증의 1, 을 제15호증(= 을 제26호증의 1, 서명과 날인사실에 다툼이 없어 문서전체의 진정성립이 추정된다. 이에 대하여 원고들은, 피고가 백지에 서명을 받은 후 임의로 문언을 기재하였다는 취지로 주장하나, 원고들의 위 주장에 부합하는 듯한 갑 제37, 42, 48호증의 각 기재와 제1심 증인 H의 일부 증언, 제1심의 원고 D에 대한 일부본인신문결과는 이를 그대로 믿기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다), 을 제17, 19, 21, 24, 25, 31, 38, 40호증의 각 기재 또는 영상, 제1심 증인 H의 일부 증언, 제1심의 원고 D에 대한 일부 본인신문결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가) 망인 가족은 1984년경 모두 캐나다로 이민하기로 결정하였고, H은 1986. 2.25.경, 나머지 가족들은 1987년경 캐나다로 출국하였다. 그 후 H은 1992. 7. 24., 피고는 1994년경, 망인과 원고 D는 2000. 3.경 다시 한국으로 이주하였다.

나) 피고는 이 사건 각 토지에 있는 분묘를 개장하여 이장할 것을 주장하였고, 결국 피고와 H은 2005. 6.경 원고 B이 참석한 가운데 망인의 고조부모 분묘인 합장묘 1기를 제외한 나머지 분묘들을 그

후손인 W, Y, Z의 동의를 받아 개장하여 화장한 후오산시 AA에 있는 납골당으로 이장하였으며, 망인 부부의 가묘 봉분 부분을 제거하였다.

다) 피고와 H은 2005. 5. 9. 망인과 원고 D와 함께 개장하기 전 이 사건 각 토지를 둘러보기도 하였고, 2005. 6. 22. 분묘 개장에 필요한 개장 신고필증을 받기 위하여 면사무소에 갈 때는 원고 D가 피고 부부, W와 동행하였으며, 망인과 원고 D는 분묘개장 이후인 2005. 6. 말경 내지 7. 중순경 이 사건 각 토지 부근에 있는 W의 집을 방문하여 친인척 10여 명과 담소를 나누기도 하였다.

라) 망인과 원고 D, 피고, H은 2007. 12.경 이 사건 근저당권설정등기를 말소하기 위하여 함께 법무사 사무실을 방문하였고, 2009. 1. 29.에는 법무법인 이산 사무실을 방문하여 '화성시 AD 대지의 소유권을 피고, H과 합의 아래 W에게 증여를 원인으로 이전한다'는 내용의 증여확인서에 서명 또는 날인하여 이를 공증받았다. 위 확인서에는 망인이 1985. 1. 29. 위 토지를 피고와 H 공동명의로 증여하였다는 내용과 조상 묘 개장에 관한 언급이 포함되어 있다.

마) 피고는 2009. 1. 30. '망인과 원고 D는 사후 이 사건 각 토지로 가지 않을 것이고, 위 각 토지에 묘를 쓰기 싫어 가묘도 이미 파헤쳤으며, 아들 둘이 의논하여 다른 곳에 묘자리를 정하기 부탁하니 다른 자식들은 부모의 뜻을 따라 행하는 피고와 H의 행위에 적극 협조할 것을 유언한다'는 내용의 "묘지에 대하여"라는 제목의 문서를 작성하여 망인, 원고 D, 피고, Q의 각 서명과 H의 서명 및 날인을 받았다. 망인은 사후 이 사건 각 토지가 아닌 경기 양평군 양서면 양수리 산10-2에 있는 갑산공원 묘지에 안장되었다.

바) H은 2008. 4. 11. 피고로부터 금전을 차용한 다음 피고와의 공유물분할로 H의 단독소유가 된 별지 1. 제3항 기재 토지에 관하여 피고 앞으로 근저당권을 설정하여 주었고, 그 이후에도 동탄농업협동조합으로부터 대출을 받으면서 위 토지에 관하여 2013. 11. 12. 및 2014. 10. 23. 각 근저당권을 설정하여 주었다.

사) 피고는 2012. 9. 14.경 H 소유의 별지 1. 제3항 기재 토지에 관하여 담보권 실행을 위한 임의경매신청을 하고, 그 무렵 H을 상대로 대여금청구의 소를 제기하였다. 또한 피고는 별지 1. 제6의 가.항 기재 토지 중 H 지분에 관하여 가압류를 신청하여 2012. 9. 24. 그 가압류등기가 마쳐졌고, 2013. 5. 23. H을 상대로 공유물분할 청구의 소를 제기하였다(이후 위 임의경매신청은 2013. 8. 9.

취하되었고, 위 가압류등기는 2012. 11. 30. 수원지방법원 2012카기2373호 취소결정으로 말소되었다). 또한 피고와 H이 각 1/2 지분을 소유하고 있는 별지 1. 제1항 기재 토지에 H이 건물을 지은 것과 관련하여 피고는 2013. 4. 29. H에게 위 건물의 철거를 요구하는 내용증명을 발송하기도 하였다.

아) 이 사건 각 토지에 관한 세금은 H이 귀국한 1992. 7. 24. 이후 공동소유명의자인 피고 또는 H이 부담하였고, 망인의 인감도장은 현재 피고가 가지고 있다. 피고는 분할 전 토지에 관한 등기필증을 가지고 있지 아니하나(피고는 이민과정에서 분실한 것으로 주장하고 있고, H 역시 이를 가지고 있지 아니하다), H과의 공유물분할 과정에서 2008. 4. 14. 발급받은 별지 1. 제2항 기재 토지의 등기필증을 가지고 있다.

3) 위 인정사실과 갑 제13호증, 을 제14호증의 각 기재, 제1심 증인 H의 일부 증언, 제1심의 원고 D에 대한 일부 본인신문결과에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 피고와 H에게 분할 전 토지에 관한 소유권이전등기를 마쳐줌으로써 그 지상 분묘를 보존·관리하도록 하는 것이 망인이 한 증여의 동기가 된 것으로 보이므로 아들인 피고도 이를 존중하여야 할 도의적인 의무를 부담한다고 할 것이나, 이를 넘어 망인이 분할 전 토지의 1/2 지분을 피고에게 명의신탁하였다거나 그 지상 분묘의 보존·관리의무를 피고가 부담한다는 약정 아래 이를 증여하였다고 볼 수는 없고, 이에 어긋나는 제1심 증인 H의 일부 증언과 제1심의 원고 D에 대한 일부 본인신문결과는 믿지 아니하며, 위 1)항에서 인정한 사실과 갑 제21, 34호증의 각 기재만으로는 원고들이 주장하는 위 명의신탁사실 또는 부담부 증여사실을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

가) 분할 전 토지에 관하여 피고와 H 명의의 각 지분소유권이전등기가 마쳐진 1985. 1. 29. 무렵은 피고와 H을 포함한 망인 가족 전체의 이민을 앞두고 망인이 국내에 있던 재산을 정리하던 시기였으므로 당시 그 지상의 분묘 등에 대한 관리를 목적으로 분할 전 토지의 명의만을 피고와 H 앞으로 신탁하거나 피고와 H이 위 분묘 등 관리의무를 부담한다는 약정 아래 이를 증여한다는 의사를 가지고 있었다고 보기 어렵다.

나) 망인이 장남인 피고와 차남인 H에게만 분할 전 토지를 증여하였으나, 당시 시행되던 구

민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것)에 따르면, 피상속인의 직계비속남자가 1순위로 호주상속인이 되고(제984조), 호주상속인이 분묘에 속한 1정보 이내의 AE임야와 600평 이내의 묘토인 농지를 승계하며(제996조), 재산상속에 있어서도 호주상속인에게는 그 상속분의 5할을 가산하도록 되어 있었고, 동일 가적 내에 없는 여자의 상속분은 남자의 상속분의 1/4만 인정하고 있었을 뿐만 아니라(제1009조), 분할 전 토지의 증여 당시 재산적 가치는 크지 아니하였다. 다) 이 사건 각 토지의 묘지를 개장하고 망인과 원고 D의 가묘 봉분을 제거하는 일은 가족과 친척이 참여한 가운데 공개적으로 이루어졌고, 망인과 함께 미리 가묘를 만들어 둔 망인의 처 원고 D도 이에 관하여 알고 있었으므로 망인 역시 이를 알았다고 봄이 상당하다. 망인이 묘지 관리를 위해 피고와 H에게 명의신탁을 하였거나 피고와 H이 묘지 관리의무 등을 부담한다는 약정 아래 이를 증여하였다면 망인은 스스로 혹은 가족의 도움을 받아 묘지 개장을 막으려는 등의 조치를 하였을 것으로 보임에도 망인은 사망 시까지 아무런 조치를 하지 아니하였고, 원고 B이 분묘를 개장하는데 참석하는 등 분묘 개장 당시에는 망인 가족 사이에 이를 둘러싼 특별한 다툼도 없었던것으로 보인다. 라) 피고뿐만 아니라 피고와 함께 분할 전 토지의 1/2 지분을 증여받은 H은 피고와 이 사건 각 토지 일부의 공유부분을 분할하기도 하고, 그 지상에 건물을 신축하여 거주하기도 하였으며, 원고들의 이 사건 청구를 인낙한 이후에도 그 명의로 된 별지 1.제3항 기재 토지 지상에 근저당권을 설정하는 등 증여받은 토지를 온전히 사용·수익하여 왔다. 마) 부모가 생전에 자신이 일군 재산을 자식에게 물려준 때에는 그 후에도 자식의 협조 내지 승낙 하에 부모가 여전히 당해 재산에 대한 관리·처분권을 행사하는 경우가 흔히 있을 수 있는 모습이므로(대법원 2010. 12. 23. 선고 2007다22859 판결 참조) 망인이 피고와 H에게 분할 전 토지의 명의를 이전한 이후 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤고, W에게 일부 지분을 이전하려고 시도하였으며, 피고와 H에게 증여한 다른 부동산이 망인의 의사에 따라 다시 W에게 증여되었다고 하여 곧바로 이 사건 각 토지에 관한 피고 명의의 소유권이전등기가 증여 아닌 명의신탁 약정에 따른 것이라고 단정할수 없다. 4) 따라서 원고들의 위 주장은 나머지 점에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고들의 이 사건 청구는 모두 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결에 대한 원고들의 항소와 당심에서 확장된 원고들의 청구를 각 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김우진, 판사 이수영, 판사 홍지영

별지 1.

1. 화성시 J 임야 7,569㎡
2. 화성시 K 대 1,652㎡
3. 화성시 L 대 1,652㎡
4. 화성시 M 도로 422㎡
5. 화성시 N 임야 1,649㎡
6. 화성시 O 임야 2,058㎡
 - 가. 화성시 O 대 1,487㎡
 - 나. 화성시 AC 임야 571㎡
7. 화성시 K 제1동
 - 경량철골구조 기타지붕 단층 다가구주택(2가구) 176.84㎡
8. 화성시 K 제2동
 - 일반철골구조 기타지붕 단층 창고시설 1층 110㎡
9. 화성시 L 1동
 - 경량철골구조 기타지붕 단층 다가구주택 1층 184㎡
10. 화성시 L 2동
 - 일반철골구조 기타지붕 단층 창고시설 1층 110㎡
11. 화성시 O 1동
 - 일반철골구조 기타지붕 단층 제1종근린생활시설 1층 195㎡
12. 화성시 O 2동
 - 일반철골구조 기타지붕 단층 제1종근린생활시설 1층 100㎡. 끝.

별지 2.**원고들 지분**

1. 원고 A: 2/17
2. 원고 B: 2/17
3. 원고 C: 2/17
4. 원고 D: 3/17. 끝.

