

서울고등법원

제 38 민사부

판 결

사 건 2019나2056860 소유권이전등기 등 말소등기청구

원고, 피항소인 망 A의 소송수계인

1. B

2. C

3. D

4. E

5. F

원고 2 내지 5의 소송대리인 법무법인(유한) 화우

담당변호사 양소라, 정지은

피고, 항소인

1. G

2. H

3. 주식회사 I

4. J조합

5. K

6. L

피고들 소송대리인 법무법인(유한) 한별

담당변호사 박정식, 양석준

제 1 심 판 결 서울중앙지방법원 2019. 11. 21. 선고 2018가합585207 판결
변 론 종 결 2020. 9. 22.
판 결 선 고 2020. 10. 20.

주 문

1. 제1심 판결 중 피고 G, H, 주식회사 I에 관한 부분을 아래와 같이 변경한다.

가. 원고들에게,

(1) 피고 G는 별지 목록 제1항 기재 부동산 중 168/1,053 지분 및 별지 목록 제2, 3항 각 기재 부동산 중 11/13 지분에 관하여 각 의정부지방법원 고양지원 고양등기소 2017. 3. 2. 접수 제24979호로 마친 소유권이전등기의,

(2) 피고 H은 별지 목록 제4항 기재 부동산 중 11/13 지분에 관하여 의정부지방법원 고양지원 파주등기소 2017. 3. 2. 접수 제14371호로 마친 소유권이전등기의,

(3) 피고 주식회사 I는,

1) 별지 목록 제1항 기재 부동산 중 168/1,053 지분 및 별지 목록 제2항 기재 부동산 중 11/13 지분에 관하여 각 의정부지방법원 고양지원 고양등기소 2018. 3. 2. 접수 제22270호로 마친 근저당권설정등기의,

2) 별지 목록 제2항 기재 부동산 중 11/13 지분에 관하여 의정부지방법원 고양지원 고양등기소 2018. 3. 5. 접수 제22305호로 마친 전세권설정등기의

각 말소등기절차를 이행하라.

나. 원고들의 위 피고들에 대한 나머지 청구를 각 기각한다.

2. 피고 J조합, K, L의 항소를 각 기각한다.
3. 원고들과 피고 G, H, 주식회사 I 사이에 발생한 소송총비용 중 10%는 원고들이, 나머지는 위 피고들이 각 부담하고, 피고 J조합, K, L의 항소비용은 위 피고들이 각 부담한다.

청구취지 및 항소취지

[청구취지] 원고들에게, 피고 G는 별지 목록 제1항 기재 부동산 중 1,210/4,563 지분 및 별지 목록 제2, 3항 기재 각 부동산 중 11/13 지분에 관하여 각 의정부지방법원 고양지원 고양등기소 2017. 3. 2. 접수 제24979호로 마친 소유권이전등기의, 피고 H은 별지 목록 제4항 기재 부동산에 관하여 의정부지방법원 고양지원 파주등기소 2017. 3. 2. 접수 제14371호로 마친 소유권이전등기의, 피고 주식회사 I는 별지 목록 제1항 기재 부동산 중 1,210/4,563 지분 및 별지 목록 제2항 기재 부동산 중 11/13 지분에 관하여 의정부지방법원 고양지원 고양등기소 2018. 3. 2. 접수 제22270호로 마친 각 근저당권설정등기 및 별지 목록 제2항 기재 부동산 중 11/13 지분에 관하여 의정부지방법원 고양지원 고양등기소 2018. 3. 5. 접수 제22305호로 마친 전세권설정등기의, 피고 J조합는 별지 목록 제3항 기재 부동산 중 11/13 지분에 관하여 의정부지방법원 고양지원 고양등기소 2017. 11. 17. 접수 제139341호로 마친 근저당권설정등기의, 피고 K는 별지 목록 제3항 기재 부동산 중 11/13 지분에 관하여 의정부지방법원 고양지원 고양등기소 2018. 6. 27. 접수 제72228호로 마친 근저당권설정등기 및 같은 등기소 2018. 9. 17. 접수 제108391호로 마친 근저당권설정등기의, 피고 L은 별지 목록 제3항 기재 부동산 중 11/13 지분에 관하여 의정부지방법원 고양지원 고양등기소 2018. 10. 18.

접수 제121391호로 마친 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

[항소취지] 제1심 판결을 취소한다. 원고들의 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심 판결 이유 중 제1항 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다.

2. 당사자들의 주장

가. 원고들의 주장

이 사건 각 소유권이전등기는, 피고 G가 망 A(이하 '망인'이라 한다)의 위임 없이 증여계약서를 임의로 작성하여 마친 것이므로 무효이다. 따라서 피고들은 이 사건 각 부동산 중 청구취지 기재 각 지분에 관하여 이 사건 각 소유권이전등기 및 그에 터 잡은 이 사건 각 근저당권설정등기, 전세권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 피고들의 주장

1) 망인은 의사능력을 유지하고 있던 2016. 12. 5. 피고 G에게 인감증명서 3부, 주민등록초본, 등기권리증을 주면서 별지 목록 제1 내지 3항 기재 부동산(이하 별지 목록 기재 순서대로 '이 사건 제1부동산'이라는 식으로 한다)을 장남인 피고 G에게, 이 사건 제4부동산을 장손인 피고 H에게 각 증여하겠다는 의사를 표시하였다. 따라서 이 사건 각 소유권이전등기는 망인의 의사에 터 잡은 것으로서 적법·유효하다.

2) 설령 이 사건 각 소유권이전등기의 등기원인이 무효라 하더라도, 이 사건 제

4부동산은 망인이 T 문중의 선산으로 사용하고자 매수해 조상들의 분묘 12기를 설치한 금양임야이고, 이 사건 제3부동산은 분묘 관리비용과 제사비용 등을 마련하기 위해 농사를 지어온 묘토이므로, 피고 G는 제사주제자로서 민법 제1008조의3에 따라 위 각 부동산을 승계하였다. 따라서 위 각 부동산에 관한 이 사건 각 소유권이전등기는 실체 관계에 부합하여 유효하다.

3. 판단

가. 이 사건 각 소유권이전등기의 추정력이 깨어졌는지에 관하여

1) 부동산등기부에 소유권이전등기를 하면 그 절차와 원인이 정당한 것으로 추정되고 절차와 원인이 부당하다고 주장하는 당사자에게 이를 증명할 책임이 있다. 그러나 소유권이전등기의 원인으로 주장된 계약서가 진정하지 않은 것으로 증명되는 등 등기 절차나 원인이 부당한 것으로 볼 만한 의심스러운 사정이 있음이 증명되면 그 추정력은 깨어진다(대법원 1998. 9. 22. 선고 98다29568 판결, 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016다27825 판결 등 참조).

2) 살피건대, 앞서 본 각 증거와 갑 제9, 11, 21, 26호증, 을 제5 내지 11, 27호 증의 각 기재, 이 법원의 원고 D에 대한 당사자본인신문결과 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 사정을 종합해 보면, 이 사건 각 소유권이전등기는 그 원인으로 주장된 증여계약서의 진정성립이 인정되지 아니하고 등기 원인이 부당한 것으로 의심스러운 사정이 있다고 인정되므로, 그 추정력은 깨졌다고 할 것이다.

가) 이 사건 각 소유권이전등기는 "망인이 이 사건 제1 내지 3부동산을 피고 G에게, 이 사건 제4부동산을 피고 H에게 각 증여한다"라는 취지의 2017. 2. 10.자 증여계약서(을 제10호증의 1, 2, 이하 '이 사건 각 증여계약서'라 한다)에 기하여 마쳐

졌다. 이 사건 각 증여계약서에는 망인의 인장이 날인되어 있으나, 피고들 역시 망인이 의사능력을 상실하였던 2017년 2월경 비로소 피고 G가 이 사건 각 증여계약서를 작성하고 그에 날인한 사실은 인정하고 있다. 따라서 피고 G가 망인으로부터 증여계약서 작성에 관한 적법한 대리권을 수여받지 않았다면, 이 사건 증여계약서는 망인의 의사에 기하여 진정하게 성립한 것이라 할 수 없다.

나) 망인이 의사능력을 상실하기 이전인 2016. 12. 5. O병원에서 외출하여 망인 명의의 인감증명서 3부 및 주민등록초본을 발급받았고, 피고 G, H은 위 각 서류에 기초하여 이 사건 각 소유권이전등기를 마쳤기는 하다. 그러나 ① 피고들은 망인이 이 사건 각 부동산을 피고 G에게 증여 내지 상속하겠다는 의사를 지속적으로 밝혔다고 주장하나, 이를 인정할 자료가 없다. ② 피고들은 망인이 2016. 12. 12. 수술을 앞두고 피고 G에게 인감증명서 등을 교부하며 증여절차를 빨리 마치라고 재촉까지 하였다고 주장하는데(2019. 5. 1.자 답변서 제4쪽), 그와 같이 망인이 확고하게 증여의사를 가졌다면 증여계약서 등 명시적인 처분문서를 작성·교부하거나, 적어도 피고 G 외에 다른 자녀들에게도 증여 의사를 알리는 등의 조치를 취하였을 것임에도, 망인은 그와 같은 조치를 취하지 않았다. ③ 피고들은 망인이 이 사건 제1부동산 중 각 1/3 지분씩을 피고 G, 원고 F에게, 나머지 1/3지분을 딸들인 원고 C, D, E에게 각 증여·분배하겠다는 의사를 표시하였다고 주장하다가(위 답변서 제16쪽), 이 사건 제1부동산 중 그 지상에 위치한 건물인 이 사건 제2부동산의 부지에 해당하는 부분만을 피고 G에게 증여하였다는 취지로 주장을 변경하는 등 증여의 대상·범위에 관한 피고들의 주장 내용은 일관되지 못하다. ④ 또한 망인이 피고들의 주장과 같이 확고한 증여의사를 가졌다면, 피고 G 역시 원고들 모두에게 그와 같은 망인의 의사를 전달하지 않을 이유가 없

으며, 오히려 향후 분쟁을 피하기 위해서라도 이를 조속히 전달할 필요가 있었다고 할 것이다. 그러나 피고들의 주장에 의하더라도 피고 G는 원고 F에게만 망인의 증여의사를 전달하였다는 것일 뿐만 아니라, 그 증여 의사를 전달했다는 시기에 관하여도 애초에는 망인이 2016. 12. 12. 수술을 받기 이전에 전달하였다고 주장하다가(2019. 9. 11. 1.자 준비서면 제4쪽), 망인이 의식 불명 이후에 빠진 이후인 2016. 12. 22.과 2017. 1. 5.경 전달하였다고 주장 내용을 변경하였다(2019. 11. 1.자 참고서면 제5쪽). 또한 그에 대한 원고 F의 태도에 관하여도 애초에는 원고 F가 "아버지의 뜻이니 형이 알아서 하세요."라고 하였다고 주장하다가(2019. 5. 1.자 답변서 제4, 5쪽), 그 후에는 원고 F가 이 사건 제2부동산은 자기에게 주기로 하였다고 하면서 불만을 터뜨리며 협력하지 않았다고 주장하는(2019. 9. 11.자 준비서면 제4쪽) 등 피고들의 주장내용은 달라져 왔다.

⑤ 피고들은 망인이 인감증명서 발급일인 2016. 12. 5. 망인의 예금 9,141,661원을 인출하여 피고 G에게 등기비용으로 지급하였다고 주장하였으나, 위 돈은 현금으로 인출되지 아니한 채 망인의 다른 계좌로 이체되어 병원비, 식비 등으로 사용되었을 뿐이다.

⑥ 망인 명의의 인감증명서(을 제11호증)는 그 용도가 일반용으로만 표시되어 있어 원고들의 주장과 같이 A이 S회사에 제출할 토지사용동의서에 첨부하기 위하여 발급받은 것에 불과할 가능성을 배제할 수도 없다. 위 각 사정을 고려하면, 망인이 2016. 12. 5. 피고 G에게 이 사건 각 부동산에 관한 증여의 의사를 확정적으로 표시하였다거나 증여계약서 작성에 관한 대리권을 부여했다고 보이지 않으며, 오히려 이 사건 소유권이전등기는 그 등기 원인이 부당한 것으로 볼 만한 의심스러운 사정이 있다고 할 것이다.

3) 결국 이 사건 각 소유권이전등기는 그 추정력이 깨어졌고 위와 같이 증여계

약이 있었다고 인정되지도 않으므로, 원인무효의 등기이다.

나. 실체관계에 부합하는 등기라는 피고들의 항변에 관하여

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심 판결 제13쪽 제7행의 항목 번호 "(1)"과 제14쪽 제20행의 항목 번호 "(2)"를 각각 "1)", "2)"로 고치고, 제14쪽 제10행 내지 제19행을 삭제하는 외에는 제1심 판결 이유 중 제13쪽 제7행부터 제15쪽 제11행까지의 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다.

다. 보존행위에 의한 말소의 범위에 관하여

공동상속인 중 1인이 피상속인과의 사이에 행하여졌다는 매매 등 효력 없는 계약을 원인으로 하여 공유물 전부에 관하여 소유권이전등기를 마친 경우, 다른 상속인은 공유물에 관한 보존행위로서 등기명의인의 상속분을 제외한 나머지 공유지분 전부에 관하여 그 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 것을 청구할 수 있다. 다만 어느 공유자가 보존권을 행사하는 때에 그 행사의 결과가 다른 공유자의 이해와 충돌될 때에는 그 행사는 보존행위로 될 수 없다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다49425 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 피고 G는 이 사건 제4부동산에 관하여 피고 H 명의의 소유권이전등기가 적법하다고 주장하고 있으므로, 원고들은 이 사건 각 소유권이전등기 중 이 사건 제1 내지 3부동산뿐만 아니라 이 사건 제4부동산에 관하여도 피고 G의 상속분에 해당하는 부분은 공유자의 보존행위를 근거로 그 말소절차의 이행을 청구할 수 없다.

이에 대하여 원고들은, 피고 G가 망인의 사망 이전에 받은 증여재산 등 특별수익을 고려할 때 위 피고의 상속분은 존재하지 아니한다고 주장한다. 그러나 원고들 제출의

증거만으로는 피고 G의 특별수익을 고려할 때 위 피고의 상속분이 존재하지 않는다고 단정하기에 부족하고, 나아가 원고들과 위 피고 사이에 상속재산분할협약이 이루어지지도 않았으므로, 이 사건 제4부동산 전부가 원고들에게 귀속되는 것으로 확정되지도 않았다. 따라서 원고들의 위 주장은 받아들이지 않는다.

라. 소결론

결국 이 사건 각 부동산 중 피고 G의 상속분인 2/13 지분을 초과하는 부분에 관하여 마쳐진 이 사건 각 소유권이전등기 및 그에 터잡아 마쳐진 이 사건 각 근저당권 설정등기 및 전세권설정등기도 원인무효로 말소되어야 한다.

따라서 A의 상속인인 원고들에게, ① 피고 G는 이 사건 제1부동산 중 168/1,053 지분[330/1,053 지분 - 위 피고의 상속분 162/1,053 지분(2/13 지분)], 이 사건 제2, 3부동산 중 11/13 지분(위 피고의 상속분인 2/13 지분을 제외한 나머지 지분)에 관하여, ② 피고 H은 이 사건 제4부동산 중 11/13 지분에 관하여 각 이 사건 각 소유권이전등기의, ③ 피고 I는 이 사건 제1부동산 중 168/1,053 지분 및 이 사건 제2부동산 중 11/13 지분에 관하여 이 사건 각 근저당권설정등기 중 위 피고 명의 부분과 이 사건 전세권설정등기의, ④ 피고 J조합, K, L은 이 사건 제3부동산 중 11/13 지분에 관하여 이 사건 각 근저당권설정등기 중 위 각 피고별 부분의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결론

원고들의 피고 G, H, I에 대한 청구는 위 인정범위 내에서 인용하고 나머지 청구는 각 기각하여야 하며, 피고 J조합, K, L에 대한 청구는 인용하여야 한다. 제1심 판결 중 피고 G, H, I에 관한 부분은 이와 일부 결론이 달라 부당하므로, 이를 주문 제1항과 같

이 변경하고, 제1심 판결 중 나머지 피고들에 대한 부분은 정당하므로 나머지 피고들의 항소를 각 기각한다.

재판장	판사	박영재
-----	----	-----

	판사	박혜선
--	----	-----

	판사	강경표
--	----	-----

별지

목록

1. 고양시 일산서구 M 창고용지 1,053m²
2. 고양시 일산서구 M[도로명 주소 경기도 고양시 일산서구 U]
연와조 스라브지붕 2층 주택 및 창고
1층 창고 98.91m²
2층 주택 98.91m²
3. 고양시 일산서구 V 답 2506m²
4. 파주시 W 임야 9926m² 끝.