

서울고등법원 2020. 5. 7 선고 2018나2061025 판결 [소유권이전등기말소등청구의소]

전 문

원고, 피항소인 A

소송대리인 법무법인(유한) 세종

담당변호사 김현진, 문종열, 이정진

피고, 항소인 1. B

2. C

피고들 소송대리인 변호사 손버리, 윤재원

변론 종결 2020. 4. 2.

판결 선고 2020. 5. 7.

제 1 심 판결 서울동부지방법원 2018. 10. 10. 선고 2017가합110159 판결

주 문

1. 피고들의 항소를 모두 기각한다.

2. 항소비용은 피고들이 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 피고 C은 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울동부지방법원 2016. 10.17. 접수 제71749호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 피고들은 공동하여 원고에게,

(1) 226,000,000원 및 이에 대하여 2018. 7. 5.부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈과,

(2) 2018. 7. 1.부터 별지 목록 기재 부동산을 원고에게 인도한 날과 원고가 위 부동산의 소유권을 상실한 날 중 먼저 도래하는 날까지 월 11,330,000원의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 원고의 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 망 D(1932년생, 2017. 2. 5. 사망, 이하 '망인'이라고 한다)의 외동아들이자 유일한 상속인이고, E은 원고의 아들이자 망인의 손자이다. 피고 B는 E이 2016. 6.경 동호회 모임에서 만나 형으로 따르던 사람이고, 피고 C은 피고 B의 아내이다.

나. 원고는 망인과의 불화로 1990. 10. 18. 집을 나간 이후 현재까지 홀로 생활하고 있으며, E이 망인 사망 당시까지 망인과 함께 거주하면서 망인을 도와 망인의 재산 등을 관리하기도 하였다.

다. E과 피고 B는 2016. 10. 12. 망인이 피고 C에게 매매대금 65억 원에 망인 소유인 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)을 매도하고, 계약금 3억원은 당일 영수하였으며 잔금지급기일은 2017. 6. 30.로 정한다는 내용의 매매계약서를 작성하였다(이하 이와 같은 내용의 매매계약을 '이 사건 매매계약'이라고 한다).

라. 이 사건 매매계약과 관련하여 망인과 피고 C 명의로 작성된 매매계약서는 이법원에 제출된 순서에 따라 매매대금을 65억 원으로 기재하되 내용이 다소 다른 제1,3, 4계약서와 매매대금을 45억 원으로

기재한 제2계약서가 각 존재한다(이하 이와 같은 각 매매계약서를 따로 구분할 필요가 없을 때에는 단순히 '이 사건 매매계약서'라고만 한다).

마. 피고들은 2016. 10. 17. 제4계약서를 첨부하여 이 사건 부동산에 관하여 피고 C앞으로 2016. 10. 12.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳤다(이하 '이 사건소유권이전등기'라고 한다).

【인정 근거】 다툼 없는 사실, 갑제1, 2, 4, 25, 69, 77호증, 을제3호증(각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자 주장의 요지

가. 원고

1) 주위적으로, 이 사건 매매계약은 E이 망인으로부터 부동산 매매에 관한 대리권을 수여받지 못한 채 망인의 의사에 반하여 피고 B와 함께 이 사건 매매계약서를 위조하는 방법으로 체결된 것으로서 무효이다.

2) 예비적으로, 설령 이 사건 매매계약이 망인의 의사표시에 따라 체결된 것으로 보더라도 이 사건 매매계약의 체결 시점인 2016. 10. 12. 당시에는 망인이 중병으로 의사무능력 상태에 있었으므로, 위 매매계약은 무효이다.

나. 피고들

1) 이 사건 매매계약은 망인의 의사에 따라 망인이 직접 체결한 것이고, 그렇지않다고 하더라도 E이 망인의 적법한 대리인으로서 매매계약을 체결한 것이므로 그에 따른 이 사건 소유권이전등기는 유효하다.

2) E에게 매매계약에 관한 대리권이 없었다고 하더라도 피고들로서는 E의 대리권을 믿을 만한 정당한 이유가 있었으므로 표현대리가 성립하며, 표현대리가 성립하지않는다고 하더라도 망인은 매매계약 체결 후 E의 무권대리행위를 추인하였다.

3) 설령 이 사건 매매계약이 무효라고 하더라도, 피고 C은 원고로부터 망인에게 지급한 매매대금 중 중도금 30억 원을 반환받음과 동시이행으로 소유권이전등기를 말소할 의무가 있다. 또한 피고 B는 이

사건 부동산의 등기명의인이 아니므로 차임 상당부당이득을 원고에게 반환할 의무가 없다.

3. 청구원인에 관한 판단

이 사건 소유권이전등기에 관하여, 원고는 E과 피고 B가 위조한 매매계약서에 기하여 마쳐진 원인무효의 등기라고 주장하는 반면, 피고들은 피고 B가 망인과 직접 또는 망인의 적법한 대리인인 E과 매매계약을 체결하였으므로 유효하다고 주장한다.

따라서 먼저 망인이 직접 이 사건 매매계약을 체결하였는지, 또는 E이 망인의 적법한 대리인으로서 매매계약을 체결하였는지 여부에 관하여 살펴본다.

가. 망인이 본인의 의사에 따라 직접 매매계약을 체결하였는지 여부

피고들은 E과 피고 B가 2016. 10. 12. 15:00경 망인이 입원하고 있던 G병원을 방문하여 망인으로부터 부동산 매매의사를 확인한 후 망인이 계약의 당사자로 직접 참여한 상태에서 이 사건 매매계약을 체결하였다고 주장한다.

그러나 앞서 든 증거들에 갑제8, 23, 24, 27, 28, 29, 31, 34내지 39, 40, 53, 64, 68, 73호증, 을제8호증의 각 기재(각 가지번호 포함), 제1심 증인 E의 증언 및 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래 사실 또는 사정들에 의하면, E과 피고 B는 2016.10. 12. 오후 망인이 입원한 병원에 방문한 사실 자체가 없는 것으로 보인다. 그 외 E과 피고 B가 망인을 대면한 상태에서 망인과 직접 이 사건 매매계약을 체결하였다고 볼 만한 아무런 객관적인 자료나 정황이 없다.

따라서 이 사건 매매계약은 망인이 자신의 의사에 따라 직접 계약 과정에 참여하여 매매계약을 체결한 것으로 볼 수 없고, 피고들이 들고 있는 사정들만으로는 위 인정을 뒤집기에 부족하다.

1) 피고들이 주장하는 매매계약 체결일인 2016. 10. 12. 당시 만 84세의 고령이던 망인은 '투석이 필요한 말기 신장병'과 '고삼투압성 혼수를 동반한 상세불명의 당뇨병'으로 G 병원에 입원 중이었다. 이와 같이 망인의 상태가 위중할 뿐 아니라 '낙상 고위험군'으로 분류되어 간호사가 수시로 망인의 상태를 살피며 매일 보호자가 상주하고 있는지 여부를 확인하여 이를 간호기록지에 기록하였다. 이에 따라 망인의 병실에는 항상 간병인 Q이 상주하고 있었고, 원고의 전처이자 E의 어머니인 J도 Q과 함께 망인을 간병하였다. 그런데 Q은 2016. 10. 12. 당일에는 자신과 J만 병실에서 망인을

간호하였을 뿐 아무도 망인을 찾아온 사람이 없었고, 피고 B는 본 적도 없으며, E만 그 다음날인 10. 13. 망인을 찾아와 망인과 함께 외출하였다고 진술하고 있다(갑제53호증).

또한 망인의 상태를 시간 단위로 상세하게 기록한 2016. 10. 12.자 간호기록지에도 오후에 누군가 방문하였다는 내용은 기록되어 있지 않다(갑제23호증).

2) E과 피고 B의 신용카드 및 체크카드 결제내역, 카카오톡 문자내역 등을 종합하면, E은 2016. 10. 12. 13:00경 피고 B를 만나 송파구에 있는 R 커피숍에서 커피를 마시고 피고 B의 지인이 운영하는 S한의원을 방문하기 위하여 14:12경 한의원 인근인 강남구 T에 위치한 U 점에서 빵을 구매한 후 14:30경 위 한의원을 방문한 것으로 나타난다. 그리고 E은 피고 B와 함께 15:30경 한의원을 나와 16:00경 선릉을 거쳐 송파구 V에 위치한 'W'를 방문한 후 17:33경 송파구 X에서 햄버거를 사먹고 피고 B와 헤어진 뒤에 잠실새내역 근처에서 20:30까지 마사지를 받았다.

이러한 E과 피고 B의 이동경로, 방문 장소의 지리적 위치, 소요시간 등을 고려하면, 이들이 15:00경 강동구 Y에 위치한 G병원을 방문하여 망인을 만나 매매계약을 체결한다는 것은 시간적으로나 공간적으로 불가능하다고 보아야 한다.

3) 특히 E이 2016. 10. 12. 21:17경 자신의 여자친구에게 "에고 막상 계약서 내용 작성할라하니 고민이 많이 되네요 " 라는 내용의 카카오톡 메시지를 보낸 점에 비추어 보면, E이 마지막에 마사지를 받고 위와 같은 일정을 모두 마친 후 21:00경 피고 B의 집을 방문하여 피고 B와 함께 이 사건 제1계약서를 작성하고, E이 금융거래를 위하여 보관 중이던 망인의 인감을 날인하였다는 원고의 주장이 훨씬 설득력이 높다.

4) 이 사건 제1, 2계약서에 기재된 망인의 서명을 E과 피고 B 중 누가 작성한 것인지에 관해서는 원고와 피고들의 주장이 다소 다르나, 적어도 망인이 제1, 2계약서에 직접 서명을 하지 않은 것은 당사자 사이에 다툼이 없다. 그런데 E과 피고 B가 망인과 직접 매매계약을 체결하기 위하여 어렵게 망인의 병실까지 방문한 상황에서 망인이 계약서에 직접 서명하도록 하지 않고 굳이 E이나 피고 B가 망인 대신 서명을 하여야 할 합리적인 이유가 설명되지 않는다.

만일 당시 망인이 직접 서명조차 하지 못할 정도의 신체적, 정신적 상태였다면, E과 피고 B가 망인을 찾아갔다고 하더라도 망인이 계약의 내용을 이해하고 자신의 의사에 따라 계약을 직접 체결한 것으로

볼 수도 없다.

5) 이 사건 매매계약과 관련해서는 매매대금을 65억 원으로 기재하되 구체적인 문구나 내용이 다소 다른 3장의 계약서(제1, 3, 4계약서)와 매매대금을 45억 원으로 기재한 1장의 계약서(제2계약서)가 존재한다. 위 각 계약서의 정확한 작성시기와 경위에 대해서는 원고와 피고들의 주장이 다르고, 심지어 피고들의 주장은 일관성 없이 필요에 따라 수시로 바뀌고 있기도 하다.

그러나 각 계약서에 나타난 오탈자 및 문구와 내용의 수정 경과, 이 사건 부동산 매매계약에 관한 세무조사 전후 정황에 비추어 보면, E과 피고 B가 2016. 10. 12. 21:00경 피고 B의 집에서 제1계약서를 작성한 이후 E이 사정상 피고 B에게 맡긴 망인의 인감을 사용하여 피고 B가 임의로 제4계약서, 제3계약서를 순차로 작성하였고, 그후 세무조사가 시작되자 2017. 2.경 실제 매매대금이 지급된 사실이 없다는 점을 숨기기 위해 E과 피고 B가 상의하여 매매대금을 45억 원으로 줄인 제2계약서를 작성한 것으로 봄이 타당하다. 그런데 이 중 소유권이전등기 절차에서 첨부된 제4계약서는 이 사건 소송과정에서 우연히 제출된 것으로 E조차 그 존재를 알지 못하였고, 망인의 서명 역시 육안으로 보기에 제1계약서에 기재된 망인의 서명과 확연히 다르다¹⁾. 이와 같이 피고 B는 제1계약서를 비롯하여 망인의 의사와는 무관하게 필요에 따라 수시로 망인 명의 매매계약서를 임의로 위조하여 사용하였던 것으로 보인다.

나. E이 망인의 적법한 대리인으로서 매매계약을 체결하였는지 여부

앞서 든 증거들 및 을제17호증의1 기재에 의하여 알 수 있는 아래 사실 또는 사정들에 의하면, E은 이 사건 부동산을 담보로 대출을 받거나 망인으로부터 증여 또는 상속받는 경우 발생할 증여세 또는 상속세를 피하기 위하여 망인으로부터 적법한 대리권을 받지 않은 채 피고 B와 함께 이 사건 매매계약서를 위조하는 방법으로 이 사건 부동산의 소유권을 피고 C 앞으로 이전한 것으로 보아야 한다.

따라서 E이 망인의 대리인 자격으로 이 사건 매매계약을 체결한 것으로도 볼 수 없고, 피고들이 들고 있는 사정들만으로는 위 인정을 뒤집기에 부족하다.

1) E이 망인으로부터 이 사건 매매계약에 관한 대리권을 수여받았다고 볼 만한 객관적인 자료가 전혀

없고, E 스스로도 자신이 아무런 대리권 없이 망인의 의사와 무관하게 이 사건 매매계약을 체결하고 제1계약서를 작성하였음을 자인하고 있다. E이 비록 원고의 아들이기는 하나, 적어도 이 사건에 관해서는 원고와 이해관계를 같이 하고 있지 않고, 그 진술의 일관성이 있으며, 자신의 매매계약서 위조와 무권대리행위로 인한 민형사상 책임까지 감수하겠다고 하고 있어 그 진술의 신빙성을 인정할 수 있다.

2) 망인의 상태가 매우 악화된 이후 E이 이 사건 부동산과 망인의 계좌를 단독으로 관리하기는 하였으나, 망인의 상태가 악화되기 전에는 망인의 의사가 필요한 금융거래에 관해서 망인이 E과 함께 금융기관을 방문하여 직접 거래를 하였고, 임대차계약 역시 망인이 E과 동행하여 직접 계약을 체결하였다. 이러한 점에 비추어 평소 망인이 E에게 자신의 재산을 관리하거나 처분할 포괄적인 대리권을 수여하였다고 보기도 어렵다.

3) 만일 망인이 생전에 이 사건 부동산을 매매하고자 하였으면 중개사무소에 거래를 의뢰하든지 아니면 E에게 명시적인 대리권을 수여하여 매매를 시도하는 것이 자연스럽다. 그러나 망인이 생전에 직접 또는 E을 통하여 이 사건 부동산의 시세를 확인하거나 인근 중개사무소에 매매를 의뢰하는 등 망인의 부동산 매매 의사를 추인할만한 어떠한 자료나 구체적인 정황이 없다.

4) 원고가 장시간 망인과 따로 살기는 하였으나, 망인이 외아들인 원고가 사는 곳을 꾸준히 방문하며 원고를 챙기기도 하는 등 원고의 존재를 알고 있었다. 그런데 망인이 임종이 임박한 상황에서 유일한 상속인인 원고에게 자연스럽게 상속될 재산을 서둘러 매도하여 현금으로 전환하려고 하였다는 점은 쉽게 이해되지 않는다. 피고들은 과거 원고가 도박 등으로 돈을 탕진한 전력이 있어 망인이 부동산을 처분하려고 하였다는 취지로 주장하나, 그러한 점만으로 망인의 갑작스러운 동기를 충분히 설명하기 어렵다.

5) 반면 망인이 이 사건 부동산을 피고 C에게 매도하는 형식을 취하고 부동산을 담보로 대출을 받게 되면, 매도에 따른 양도소득세 부담은 망인 사망 후 종국적으로는 상속인인 원고에게 귀속되어 원고에게 세금 부담을 전가할 수 있고, E은 매매대금 형식으로 취득한 대출금을 비교적 자유롭게 사용할 수 있는 기회를 갖게 된다. 따라서 E으로서는 이와 같은 매매계획을 망인에게 사실 그대로 이야기 하지 못하였을 것이고, 망인 역시 만일 의사능력이 있었다면 이러한 비정상적인 거래를 허락할

리가 없었을 것이다.

6) 피고들은 시종일관 E과 피고 B가 망인을 직접 방문하여 매매계약을 체결하였다고 주장한다.

그러나 피고들 주장처럼 E이 망인으로부터 대리권을 수여받아 적법한 대리인으로서 계약을 체결하는 것이라면 E과 피고 C 사이에 직접 계약을 체결하면되지 이처럼 어렵게 망인을 직접 방문하여 그나마 망인이 하지도 않은 망인의 서명을 담아 계약서를 작성하여야 할 동기를 설명할 수 없다.

7) 피고들은 이 사건 매매계약 체결 후 법무사 사무소 사무장인 Z가 망인을 방문하여 망인의 매매의사를 확인하였다는 취지로도 주장한다. 그러나 이 부분에 관한 제1심 증인 Z의 증언은 망인을 방문하였다는 일자와 시간이 일관되지 않는 등 신빙성이 떨어진다. 또한 Z가 망인을 방문하였다는 2016. 10. 15. 또는 2016. 10. 16. 즈음에는 망인의 의식이 저하되어 처치실로 옮겨 산소호흡기를 끼고 치료를 받는 등 매매계약 체결 당시보다 상태가 더 악화되어 망인의 매매의사를 확인할 수 있는 상태가 아니었다. 따라서 Z는 망인의 무인이 들어가야 하는 형식적인 확인서의 작성을 위해 단순히 망인을 방문해 의식이 없던 망인의 지장만을 찍고 돌아갔던 것으로 보인다.

다. 소결론

1) 이 사건 소유권이전등기의 원인 무효

그렇다면 이 사건 매매계약은 E과 피고 B가 아무런 권한 없이 망인 명의의 이 사건 매매계약서를 위조하여 체결한 것이므로 무효이고, 이 사건 매매계약서에 근거하여 마쳐진 이 사건 소유권이전등기 역시 원인 무효이다(원고의 주위적 청구원인을 받아들이는 이상 망인의 의사무능력을 주장하는 원고의 예비적 청구원인에 대하여는 따로 판단하지 아니한다).

2) 피고 C의 소유권이전등기 말소의무

이와 같이 이 사건 소유권이전등기는 원인 무효이므로, 피고 C은 망인으로부터 이 사건 부동산을 상속한 원고에게 이 사건 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할의무가 있다.

3) 피고들의 부당이득반환 의무

또한 피고들은 무효인 이 사건 소유권이전등기 이후 이 사건 부동산의 임차인들로부터 차임을 받음으로써 법률상 원인 없이 차임 상당액의 이익을 얻고 부동산 소유자인 망인 또는 원고에게 손해를

가하였으므로, 그 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

이에 대하여 피고 B는 자신은 부동산의 명의자가 아니었으므로 부당이득반환의무의 당사자가 아니라고 주장한다.

그러나 원고가 구하는 부당이득반환은 이 사건 부동산의 정당한 소유자 또는 점유자가 아닌 사람들이 이 사건 부동산의 사용·수익을 통하여 얻은 이익을 부당이득으로 반환하라는 것으로서 부동산의 명의자가 누구였는지 여부와는 직접적인 관련이 없다. 즉, 이 사건 매매계약이 무효로 됨에 따라 등기부상 명의자였던 피고 C이나 명의자가 아니었던 피고 B나 부동산의 적법한 소유자가 아니었음은 마찬가지이고, 달리 피고들에게 부동산을 점유할 정당한 권원이 있었음을 인정할 만한 자료도 없다. 따라서 부부인 피고들이 정당한 점유권원 없이 공동으로 이 사건 부동산을 점유하고 사용·수익하여 법률상 원인 없이 이익을 얻었던 이상 피고들은 그로 인한 이득을 공동으로 반환할 의무를 부담한다. 따라서 피고 B의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

4) 부당이득의 액수

갑제30호증의 기재에 의하면, 2016. 10. 31. 기준 이 사건 부동산의 월 차임은 총 11,330,000원인 사실이 인정되고, 그 후의 월 차임도 이와 같을 것으로 추인된다.

따라서 피고들은 공동하여 원고에게 1 피고 C 명의의 소유권이전등기일 이후로서 원고가 구하는 2016. 11. 1.부터 2018. 6. 30.까지의 차임 상당액 226,600,000원(=11,330,000원 × 20개월) 범위에서 원고가 구하는 226,000,000원 및 이에 대하여 2018.7. 3.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날인 2018. 7. 5.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법상 연 15%의 비율로 계산한 돈과 2 2018. 7.1.부터 이 사건 부동산 인도일과 원고의 이 사건 부동산 소유권 상실일 중 먼저 도래하는 날까지 월 11,330,000원의 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있다.

4. 피고들의 항변에 관한 판단

가. 표현대리 항변에 관한 판단

민법 제125조 또는 제126조의 표현대리에 해당하여 본인에게 대리행위의 효과가 귀속되기 위해서는

대리인으로 행위 한 사람에게 실제로는 대리권이 없다는 점을 대리행위의 상대방이 과실 없이 알지 못하였어야 한다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다56392 판결 참조).

그런데 앞서 든 증거들 및 갑제19, 47, 50, 56, 65, 66호증의 각 기재, 제1심 법원과 이 법원의 각 사실조회결과, 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래 사실또는 사정들에 의하면, 피고들은 E이 망인으로부터 적법한 대리권을 수여받지 않은 채 이 사건 매매계약을 체결한다는 사실을 이미 알고 있었거나, 충분히 알 수 있었다고 봄이 타당하다.

따라서 E의 행위가 표현대리에 해당하여 이 사건 매매계약의 효력이 망인에게 미친다는 피고들의 주장은 받아들일 수 없다.

1) E은 건강이 악화된 망인이 그대로 사망할 경우, 이 사건 부동산이 원고에게 상속되거나 혹은 자신에게 상속 또는 유증된다고 하더라도 그로 인해 부과될 상속세의 부담을 걱정하였고, 평소 믿고 따르던 피고 B에게 이러한 고민을 이야기 하였다. 이에 피고 B가 부동산을 망인 생전에 처분한 것과 같은 외형을 만든 후 그 부동산을 담보로 대출을 받아 대출금을 활용하고 세금도 절약하는 방법을 제안하였고, 이에 E이 위제안을 받아들여 이 사건 매매계약과 같은 방식을 통한 소유권이전을 추진하게 되었다

2) 이와 같이 E과 피고 B는 모두 망인의 유일한 상속인인 원고의 존재를 알고있는 상태에서 망인 사망 전에 자신들에게 가장 유리한 방향으로 이 사건 부동산을 처분하는 방법을 함께 논의하였다. 특히 피고 B는 단순한 협력 관계를 넘어 지인들을 통하여 세무 조언을 해주거나 구체적인 처분방법을 기획하고 조언하는 등으로 이 사건부동산의 처분을 사실상 주도하였다.

3) 피고 B는 E이 망인의 주거래 은행이던 AA은행 가락동지점에서 원손으로 망인의 서명을 위조하여 현금을 인출하는 장면을 목격하기도 하였음을 인정하고 있다. 따라서 피고 B는 E이 평소 망인의 적법한 대리인 자격으로 망인 명의 금융거래를 하는 것이 아니라는 점 및 그에 따라 E에게 망인 소유 재산의 처분에 관한 기본적인 대리권이 없다는 점을 잘 알고 있었던 것으로 보인다.

4) 피고 B는 이 사건 부동산을 담보로 대출을 받기 위하여 계약금과 중도금이 정상적으로 지급된 것과 같은 외관을 만들고자 2016. 10. 12. 계약금 3억 원, 2016.10. 30. 중도금 15억 원, 2016. 11. 30. 중도금 5억 원, 합계 23억 원을 망인이 수령하였다는 내용의 망인 명의 영수증을 위조하여

금융기관에 제출하기도 하였다.

이와 같이 피고 B는 보관 중이던 망인의 인감을 사용하여 필요에 따라 수시로 망의 명의 매매계약서나 영수증을 위조하는 등 망인의 의사와 무관하게 이 사건 매매계약과 대출을 주도하였다. 이러한 피고 B의 행동은 E을 망인의 적법한 대리인으로 믿고 E을 통하여 매매계약과 대출을 실행하는 사람이 취할 행동은 아니라고 보이므로, E에게 적법한 대리권이 있는 것으로 믿었다는 피고 B의 주장은 설득력이 없다.

5) 이 사건 부동산을 50억 원에 매수할 사람이 나타났다면 E이 2017. 5. 8.경 피고 B에게 협조를 요청하는 대화에서 피고 B도 이 사건 매매계약이 세금을 면탈하기 위하여 망인의 의사와 무관하게 사실상 피고 B의 주도 아래 이루어진 계약임을 전제로, E으로부터 그에 따른 보수를 받았다는 사실과 실제 매매대금도 모두 E으로부터 나온 것임을 인정하는 취지로 말하고 있다. 또한, E이 "(이 사건 부동산이) 저희 집 물건이잖아요, 이게. 형(피고 B)이 왜 여기에서 계속 그것을 갖고 있으려고 그러는지 잘 모르겠어요"라고 하자 피고 B는 "내가 그걸 몇 년을 갖고 있간?"이라고 답하기도 하였다(갑제50호증 녹취록).

이러한 피고 B의 언행은 E에게 대리권이 없음을 알면서 함께 공모하여 이 사건 매매계약을 추진한 사람이 취할 태도이지 E에게 대리권이 있음을 신뢰하여 이 사건 매매계약을 체결한 사람이 취할 태도는 아니라고 보인다.

나. 무권대리행위 추인 항변에 관한 판단

피고들은 망인이 2016. 10. 13. 직접 동사무소를 방문하여 부동산매도용 인감증명서를 발급받아 E에게 교부함으로써 E의 무권대리행위를 추인하였다고도 주장한다.

무권대리행위의 추인은 권리자가 무권리자의 처분행위가 있음을 알고 있는 상태에서 서 하여야 하고, 그 의사표시의 방법은 묵시적으로도 가능하다. 다만, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있어야만 한다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결 참조).

그러나 앞서 든 증거들 및 갑제22, 32호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래 사실 또는 사정들에 비추어 볼 때, 망인이 E에 의한 부동산 처분행위가 있음을 알고 있는 상태에서 묵시적으로라도 그 처분행위를 추인하는 의사를 표시한 것으로는 볼 수 없다.

따라서 망인이 E의 무권대리행위를 추인하였다는 피고들 주장 역시 이를 받아들일 수 없다.

1) 당시 만 84세의 고령이던 망인은 2016. 2. 11. 의식을 잃고 쓰러진 이후 '혼수상태를 동반한 2형 진성당뇨병' 진단을 받고 증상이 악화되어 입원과 퇴원을 반복하다가 2017. 2. 5. 병원에서 사망하였다. 특히 2016. 10. 12.에는 말기 신장병으로 인한 투석 중이었을 뿐만 아니라 '고삼투압성 혼수를 동반한 상세불명의 당뇨병'을 앓고 있어 전신 컨디션이 매우 저하되어 있었고 섬망 증상²⁾이 발생하기도 하였다. 실제로 망인은 같은 날 오전 05:30경 침대에서 빙글빙글 돌거나 커튼을 잡고 흔들며 가끔 헛소리도 하고, 누우려 하지 않고 웅크려 있거나 "나 좀 살려줘" 라고 힘없이 말하는 등의 모습을 보이고 있었다.

2) 망인은 외출 당일인 2016. 10. 13. 03:30경 모르핀을 투여 받고, 10:30경 마약성 진통제인 '아이알코돈'과 불안장애, 수면장애 등 치료제인 '자나팜'을 추가로 투여받아, E과 외출한 11:00경에는 약에 취하여 E의 어떠한 질문에 "으응~" 정도의 반응만을 간신히 나타낼 수 있는 상태였다. 따라서 망인은 기존 질환과 그에 따른 약물의 집중 투여로 인하여 외출 당시 멍한 상태로 이웃 주민조차 알아보지 못할 정도로 정상적인 인지능력이나 판단능력을 갖추지 못한 상황이었다.

3) 이러한 상황에서 E이 담당의사를 설득하여 어렵게 외출허가를 받은 후 E이 망인을 휠체어에 태워 H동 주민센터에 방문하였고, 망인이 휠체어에 앉아 있는 동안 E이 망인의 신분증, 인감도장, 매수인인 피고 C의 인적사항을 담당직원에게 제출하였다. 그리고 망인이 혼자 서명할 수 있는 상태가 아니었기 때문에 E이 망인의 손을 잡고 인감증명서상 망인의 전자서명을 마친 후 11:53경 망인 명의 인감증명서를 발급받을 수 있었다.

4) E은 애초에 인감증명서 발급 과정에서 망인에게 매매계약 사실을 알리거나 그에 관한 허락을 받을 의사가 없었고, 단지 매매계약을 위해서는 망인 명의 인감증명서가 필요하다는 피고 B의 지시에 따라 인감증명서만을 발급받을 목적으로 의사능력이 떨어진 망인을 대동한 것뿐이었다.

5) 실제로, 앞서 본 바와 같이 이 사건 제1계약서는 2016. 10. 12. 21:00 이후에 작성되었는데,

계약서 작성 후부터 바로 다음 날 주민센터를 방문하여 인감증명서를 발급받을 때까지 E이 망인에게 이 사건 매매계약서가 작성된 사실 또는 이 사건 부동산을 매도하기로 하였다는 사실 등을 이야기 한 적이 없다. 설령 그러한 이야기를 하였다고 하더라도 앞서 본 망인의 상태에 비추어 망인이 이 사건 매매계약의 존재와 그내용, 그로 인한 법적효과를 제대로 이해하였을 것으로는 보이지 않는다.

6) 결국 망인은 인감증명서 발급 당시 E이 적법한 대리권 없이 이 사건 부동산을 피고 C에게 매도하였다는 무권대리행위, 즉 추인의 대상이 되는 행위 자체를 인식하지도 못하였던 것으로 보인다. 설령 망인이 E의 무권대리행위를 인식하고 있었다고 하더라도, E이 위와 같은 경로로 망인 명의 부동산매도용 인감증명서를 발급받은 점만으로 망인이 위와 같은 E의 무권대리행위를 추인한다는 의사를 묵시적으로라도 표시한 것으로 볼 수도 없다.

다. 피고 C의 동시이행 항변에 관한 판단

피고 C은 이 사건 매매계약이 무효라고 하더라도, 망인에게 지급한 중도금 30억원을 반환받음과 동시에 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 말소할 의무가 있다고 주장한다.

그러나 앞서 든 증거들 및 갑제5, 6, 10 내지 18, 20, 21, 33, 51, 52호증의 각 기재, 제1심 법원 및 이 법원의 각 금융거래정보제출명령 회신결과에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래 사실 또는 사정들에 의하면, 망인이 실제로 이 사건 매매계약에 따른 매매대금을 피고 C으로부터 지급받았다거나 그 대금이 망인에게 귀속되었다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 망인의 상속인인 원고가 반환하여야 하는 매매대금이 있음을 전제로 하는 피고 C의 동시이행항변도 받아들일 수 없다.

1) 애당초 이 사건 매매계약은 망인을 위하여 이 사건 부동산을 처분하고 그 매매대금을 망인에게 귀속시키기 위한 목적으로 이루어진 것이 아니라, 오로지 E과 피고들의 이익만을 위하여 변칙적이고 이례적인 방법으로 체결된 것이었다. 따라서 피고들은 처음부터 자신들의 고유 자산으로 부동산의 매매대금을 망인에게 지급하거나 망인에게 귀속시킬 의사가 없었던 것으로 보인다.

2) 이 사건 매매계약을 전후하여 E과 피고들은 피고들이 매매계약에 따른 대금을 E에게 지급한 것과 같은 외형을 갖추었다. 그러나 아래와 같은 E과 피고들의 금융거래 내역에 비추어 보면, 피고들이

지급하였다는 매매대금은 사실상 E를 거쳐 망인의 재산으로부터 나온 돈이거나 결국에는 대부분 다시 피고들에게 반환되었다.

① E는 2016. 10. 8. ~ 2016. 10. 10. 기간 동안 망인과 J의 계좌에서 K(피고B의 지인인 F이 운영하는 세무사 사무소 직원)의 계좌로 합계 1억 원을 송금하였고, K는 2016. 10. 11. 위 돈을 피고 C에게 송금하였다. 또한, E는 2016. 10. 10. 현금 1억원을 피고 B에게 전달하였고, 피고 B는 같은 날 위 돈을 피고 C의 계좌로 입금하였다. E는 2016. 10. 11. J의 계좌에서 자신의 계좌로 1억 원을 송금받은 후 L(피고 B의 외삼촌)의 계좌로 7,000만 원을 송금하였고, 같은 날 3,000만 원을 현금으로 출금하여 피고 B에게 전달하였으며, 피고 B는 위 돈을 피고 C의 계좌로 입금하였다. 한편 L은 2016. 10. 12. 피고 C에게 7,000만 원을 송금하였다.

이처럼 망인 측에서 여러 경로를 거쳐 피고 C에게 합계 3억 원을 지급하였고, 피고 C은 위 돈으로 2016. 10. 12. 이 사건 매매계약상 계약금 3억 원을 망인 계좌로 송금하였다.

② E는 2016. 10. 14. 망인의 계좌에서 9,000만 원을 I(피고 B의 모친)에게, 1억 원을 K에게, 1억 원을 M(피고 B의 지인)에게 각 송금하였고, M과 K는 그 무렵 위돈을 그대로 피고 C에게 송금하였다. 또한 E는 2016. 10. 19. I에게 2,000만 원, 2017. 1. 12. 피고 B에게 4,000만 원을 각 송금하였다. 이처럼 E는 2016. 10. 14. ~ 2017. 1. 12. 기간 동안 피고들 측에게 합계 3억5,000만 원을 지급하였는데, 위 돈은 피고 C이 이 사건 부동산을 매수할 때 소요된취 · 등록세 비용으로 보인다.

③ 피고 C은 2017. 1. 20. 이 사건 부동산을 담보로 N조합으로부터 30억 원을 대출받아 이를 중도금 명목으로 망인의 계좌에 송금하였다.

그러나 E은 같은 날 망인 계좌에서 위 30억 원 중 6억 원을 수표로 인출하였고, 그 중 3억 원은 같은 날, 1억 원은 2017. 2. 8. 각각 I 계좌로, 1억 원은 2017. 1. 24. M 계좌로, 1억 원은 피고 B 계좌로 각각 입금되었다.

또한, E은 2017. 1. 24. 망인의 계좌에서 수표로 15억 원을 인출하였고, 그 중 3억 원은 같은 날, 5억 원은 2017. 1. 31. 각각 I 계좌로, 1억 원은 2017. 2. 2., 1억 원은 2017. 2. 8. 피고 B 계좌로 각각 입금되었다. 그리고 E은 지인인 O을 통해 2017. 2. 1. 5억 원을 피고 C에게 입금하였다.

이처럼 피고 C이 이 사건 부동산을 담보로 대출받아 중도금 명목으로 망인에 게 송금한 30억 원 중

E이 인출한 21억 원은 모두 피고들 측에게 재입금되었다.

④ 피고 C은 2017. 2. 2. 5억 원을 잔금 명목으로 망인의 계좌로 송금하였으나, 위 돈은 E이 같은 날 망인의 계좌에서 5억 5,000원을 출금하여 피고 B에게 전달한 돈의 일부로 보인다.

3) 이와 같은 금융거래 이외에도, 구체적인 금액과 지급내역을 확인할 수 있는 객관적인 자료는 존재하지 않으나, 피고 B가 이 사건 부동산의 매매계약과 담보대출등을 위한 브로커, 금융거래 명의제공자 등 관련자들에게 지급할 사례비를 요구하자 E은 수천만 원 대의 사례비를 현금으로 피고들 또는 피고들이 지정하는 자에게 전달하였던 것으로 보인다.

4) 이와 같이 이 사건 매매계약의 대금은 비정상적이고 복잡한 금융거래 과정을 거쳐 대부분 망인의 재산으로 지급되었거나 피고들에게 다시 반환되었을 뿐 피고들이 실제 자신들의 고유한 자산으로 대금을 지급한 것은 아니었다.

5) 나아가 피고들이 송금한 대금이 망인의 계좌로 입금되었다고 하더라도, 그로 인하여 망인이 위 각 대금 상당액의 이득을 취하였다고 하기 위해서는 망인이 위 금원을 사실상 지배할 수 있는 상태에까지 이르러 실질적인 이득자가 되었다고 볼 수 있어야 한다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2010다37325, 37332 판결 참조).

그러나 이 사건 매매계약은 중환으로 의사능력이 현저히 떨어진 망인을 배제한 채 E과 피고 B가 망인의 계좌를 이용하여 돈을 주고받으며 진행한 것뿐이므로 망인이 망인 계좌로 입금된 돈을 지배하여 실질적으로 그 돈 상당의 이득을 얻었다고 할수도 없다.

6) 한편 이 사건 매매계약과 관련하여 E과 피고들 사이에서 오고 간 대출금 중일부는 E이 최종적으로 취득하여 이를 사용한 것으로 보이기는 한다. 그러나 그렇다고하더라도 이는 망인에게 귀속된 돈이 아니라 E에게 귀속된 돈이므로 무권대리인인 E개인이 원고 또는 피고들에 대하여 그로 인한 책임을 지는 것은 별론으로 하고, E에게 귀속된 돈을 망인의 상속인인 원고가 반환할 의무를 부담하는 것도 아니다.

5. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 모두 인용하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로 피고들의 항소를 모두 기각한다.

재판장 판사 배형원, 판사 조광국, 판사 하태헌

별지

부동산 목록

1. 서울 송파구 P 대 298.2㎡

2. 서울 송파구 P

철근콘크리트조 평스라브 지붕 4층

교육연구 및 복지시설 외 1

지층 214.50㎡

1층 120㎡

2층 120㎡

3층 120㎡

4층 120㎡

옥1 15㎡(연면적 제외). 끝.

1) 피고들은 제1심에서부터 일관하여 2016. 10. 12. 망인을 만나 제1계약서를 작성하였다고 주장하였다. 그러다가 4장의 계약서가 모두 현출되면서 각 계약서의 작성 경위와 시기 등에 관한 피고들 주장의 모순점이 계속 지적되자, 당심 변론종결에 임박하여 2016. 10. 12. 작성한 계약서가

제4계약서라고 주장을 변경하였다. 그러나 이는 피고들의 기존 주장뿐 아니라 계약체결을 전후한 제반사정과도 맞지 않아 받아들일 수 없다.

2) 심한 과다행동(예를 들어 안절부절못하고 잠을 안 자고 소리를 지르고 주사기를 빼내는 행위)과 생생한 환각, 초조함과 떨림등이 자주 나타나는 증상