

서울중앙지방법원 2022. 6. 2 선고 2020가합524748 판결 [소유권이전등기말소등청구]

재판경과

서울고등법원 2022. 11. 17 선고 2022나2022492 판결

서울중앙지방법원 2022. 6. 2 선고 2020가합524748 판결

전 문

원고A

소송대리인 변호사 장상익

피고1. B

2. C

피고들 소송대리인 변호사 전민정, 권태형

변론 종결2022. 3. 31.

판결 선고2022. 6. 2.

주 문

1. 이 사건 소 중 원고의 피고 C에 대한 주위적 청구 중 별지 목록 순번 28번 기재 부동산에 관한 말소등기청구 부분을 각하한다.

2. 원고의 피고 B에 대한 주위적 청구 및 예비적 청구, 피고 C에 대한 나머지 주위적 청구 및 예비적 청구를 모두 기각한다.

3. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주 위 적 청 구 취 지

1. 원고에게,

가. 피고들은 별지 목록 순번 1 내지 14, 16 내지 21, 25, 29 내지 36번 기재 각 부동산 중 각 1/3 지분에 관하여 같은 목록 등기소란 기재 등기소, 같은 목록 등기일자란 기재 일자 접수, 같은 목록 접수번호란 기재 접수번호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를,

나. 피고 B은 같은 목록 순번 15, 26번 기재 각 부동산 중 각 1/3 지분에 관하여 위 가항과 같이 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를,

다. 피고 C는 같은 목록 순번 22 내지 24, 27, 28번 기재 각 부동산 중 각 1/3 지분에 관하여 위 가항과 같이 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를

각 이행하라.

2. 피고들은 원고에게 각 D 주식회사 발행주식 116,666주에 관하여 명의변경절차를 이행하라.

예 비 적 청 구 취 지

1. 원고에게,

가. 피고들은 별지 목록 순번 1 내지 14, 16 내지 21, 25, 29 내지 36번 기재 각 부동산 중 각 1/6 지분에 관하여 유류분 반환을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를,

나. 피고 B은 같은 목록 순번 15, 26번 기재 각 부동산 중 각 1/6 지분에 관하여 유류분 반환을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를,

다. 피고 C는 같은 목록 순번 22 내지 24, 27, 28번 기재 각 부동산 중 각 1/6 지분에 관하여 유류분 반환을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를

각 이행하라.

2. 피고들은 원고에게 각 D 주식회사 발행주식 58,333주에 관하여 명의변경절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 관계

원고와 피고들은 망 E(2019. 5. 11. 사망, 이하 '망인'이라고 한다)과 망 F(2003. 11. 20. 사망) 사이의 자녀들이다. G는 피고 B의 남편이고, H는 피고 C의 남편이다.

나. 망인의 유언 등

- 1) 공증인가법무법인 2005. 10. 10. 작성 증서 2005년 제1983호로 망인이 피고들에게 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다) 및 망인 소유의 D 주식회사(이하 'D'라고 한다) 발행주식 전부(700,000주) 등의 재산을 균등 분배하는 방법으로 유증하는 내용의 유언공정증서(이하 '이 사건 공정증서'라고 한다)가 작성되었다. 이 사건 공정증서 작성 당시 J, K이 증인으로 참관하고 서명, 날인하였다.
- 2) 피고들은 이 사건 부동산에 관하여 별지 목록 기재와 같이 2019. 5. 11.자 유증을 원인으로 하여 각 소유권이전등기를 마쳤다.
- 3) 피고 B은 2020. 2. 11. 이 사건 부동산 중 별지 목록 순번 15, 26, 28번 기재 각 부동산 중 피고 C 소유의 1/2 지분에 관하여 2020. 2. 10.자 공유물 분할을 원인으로 하여 지분이전등기를 마쳤다(수원지방법원 성남지원 분당등기소 2020. 2. 11. 접수 제7299호).
- 4) 피고 C는 2020. 2. 11. 이 사건 부동산 중 별지 목록 순번 22 내지 24, 27번 기재 각 부동산 중 피고 B 소유의 1/2 지분에 관하여 2020. 2. 10.자 공유물 분할을 원인으로 하여 지분이전등기를 마쳤다(수원지방법원 성남지원 분당등기소 2020. 2. 11. 접수 제7300호).
- 5) 피고들은 망인 소유의 D 발행주식 총 700,000주 중 각 350,000주에 관하여 상속을 원인으로 하여 명의변경절차를 마쳤다.

다. 확인서의 작성 등

- 1) 피고 B과 G는 2019. 6. 4. 원고와 함께 아래와 같은 확인서를 작성하였다.

확인서

훌륭하신 부모님께 누가 되지 않도록 이제라도 우리 3형제끼리 우애있게 오래오래 아름답게 지내고 아버님, 어머님의 뜻을 제대로 받들고 싶구나.

원고가 걱정하는 유언장은 그 당시 어머님(망인)은 치매 증세로 아무것도 모르는 상황에서 J 변호사가 자기가 일하는 변호사 사무실에 가서 우리들도 모르는 문서를 작성하고 어머님도 내용을 전혀 모르는 상황에서 작성된 것이었다. 나는 이 유언장이 법적효력이 전혀 없음을 확인하고, 우리 형제들끼리 사이좋게 삼등분해서 나누기로 약속한다. 부디 이로 인하여 다시는 형제자매간 싸움이 일어나지 않았으면 한다.

2) 원고와 피고 B은 2020. 1. 17. "함께 가족 간 갈등분쟁을 없애고 아름다운 관계, 풍성한 가치창출을 위해 상속재산을 본인비율과 원고의 비율을 동일하게 하여 나눌 것을 이에 명시하며 원고도 이 정신과 목적에 전적으로 함께 할 것임을 확인한다."는 내용의 상속재산 분할에 따른 합의를 작성하였다.

라. 관련 소송들의 경과 등

1) 원고는 서울서부지방법검찰청에 피고들 및 피고들의 남편인 G, H가 ① 2005. 4.경 망인이 원고를 만나지 못하게 할 목적으로 망인을 감금하고, ② 2004년 초경 원고와 망인 소유의 토지가 수용됨에 따른 보상금 10,000,000,000원을 임의로 사용하여 횡령하고, ③ 2007. 8. 23.경 주식 45%를 보유하고 있는 주주인 원고를 배제한 채 망인이 대표이사로 있는 L의 임시주주총회를 개최하여 망인을 대표이사로 중임시키는 법인등기를 경료함으로써 공정증서원본불실기재죄 및 동행사죄를 범하였다는 내용의 진정을 하였는데(서울서부지방법검찰청 2008진정403호), 서울서부지방법검찰청은 2008. 10. 31. 범죄 혐의가 없다는 이유로 진정을 종결하였다. 위 진정사건의 불기소이유에는 망인이 거주하는 아파트를 찾아가 망인을 수사한 경찰관이 당시 망인의 상태에 관하여 "망인은 같은 말을 반복하고, 질문에 어긋나는 답변을 하는 등 정신상태가 온전한 상태는 아니었으나 아들인 원고를 보고 싶냐는 질문에 계속하여 보고 싶다는 의사를 분명히 밝히는 등 진술을 하였다"고 표현한 부분이 있다.

2) 원고는 망인에 대하여 금치산선고를 청구하였고(서울가정법원 2011노단1742호), 피고들은 위 심판에 참가인으로서 참가하였다. 서울가정법원은 2011. 9. 14. 망인이 심신상실 상태에 있는

사실을 인정할 수 있다는 이유로 망인에 대하여 금치산선고를 하였다. 위 심판 과정에서 제출된 정신 및 신체 감정서에는 "망인은 기억력, 지남력, 판단력 및 일상생활 수행 능력에 현저한 손상이 시사된다", "망인의 판단능력은 심신상실 상태에 해당하여, 생활 속에서 사물을 변별하고 사리에 맞는 판단을 하며 이에 기반한 자신의 의사를 정확히 표현하는 제반 능력에 현저한 손상이 시사된다."는 내용의 기재가 있다.

3) 원고는 서울특별시 관악구 M에 관하여 자신이 소유권자이고 망 F 명의의 가등기, 본등기, 피고들 명의의 상속등기는 모두 무효라고 주장하면서, 망 F을 상대로 위 각 등기의 말소를 구하는 소송을 제기하였다(서울서부지방법원 2003가합851호). 망 F은 위 소송 계속 중 사망하였고, 망인 및 피고들이 위 소송을 수계하였다. 원고는 위 소송에서 일부 승소하였으나, 항소심에서는 원고가 위 부동산의 소유권자가 아니라 망인 및 망 F으로부터 위 부동산의 소유명의를 신탁받은 명의수탁자에 불과하다는 이유로 원고의 청구를 기각하는 판결이 선고되었다(서울고등법원 2005나14740호). 이에 대하여 원고가 상고하였으나 상고를 기각하는 판결이 선고되어 확정되었다(대법원 2006다18426호).

4) 망인과 망 F은 원고 등을 상대로, 성남시 분당구 N 등 토지에 관하여 원고 명의의 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 것을 구하는 본소를 제기하였고, 원고는 성남시 분당구 O 답 12m²에 관하여 망인 및 피고들 명의의 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기의 말소등기절차를 이행할 것을 구하는 반소를 제기하였다(수원지방법원 성남지원 2003가합2037호, 2003가합5203호(반소)). 위 소송에서 망인 및 망 F을 수계한 피고들의 본소청구를 모두 기각하고 원고의 반소청구를 일부 인용하는 판결이 선고되었으나, 항소심에서는 위 부동산은 대부분 망인 또는 망 F의 소유이고 원고는 그 소유명의를 신탁받은 명의수탁자에 불과하다는 이유로 망인 및 피고들의 본소청구를 대부분 인용하고 원고의 반소청구를 기각하는 판결이 선고되었다(서울고등법원 2004나56754호, 2004나56761호(반소)). 이에 망인과 원고가 각 상고하였으나 상고를 모두 기각하는 판결이 선고되어 확정되었다(대법원 2006다18042호(본소), 2006다18419호(반소)).

5) 법무법인 P 2003. 4. 28. 작성 증서 2003년 제59호로 망인이 망 F 및 피고들에게 이 사건 부동산을 포함한 54개 부동산 및 망인 소유의 L 주식회사 및 Q 주식회사 발행주식 등 재산을 균등

분배하는 방법으로 유증하는 내용의 유언공정증서가 작성되었다. 위 유언공정증서 작성 당시 R, S가 증인으로 참관하고 서명, 날인하였다.

6) 망인은 2003. 5.경 원고가 위와 같은 소송의 제기, 취하 등과 관련하여 망인에게 상해를 가하고, 망인을 기망하여 재산상 이익을 취득하려고 했다는 이유로 원고를 존속상해 및 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)로 고소하였으나, 불기소결정이 내려졌다.

6) 원고는 2015. 3.경 서울가정법원에 망인에 대한 성년후견개시심판을 청구하면서 주위적으로는 법원이 지정하는 제3자 2인을, 예비적으로는 원고 및 피고들을 공동후견인으로 선임하여 줄 것을 청구하였는데, 서울가정법원은 피고들을 망인의 공동후견인으로 선임하였고, 망인이 사망할 때까지 피고들이 공동후견인 지위를 유지하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1~4, 6, 7, 15호증(가지번호 있는 경우 포함, 이하 같다), 을 제1~6호증의 각 기재, 원고 및 피고 C에 대한 각 당사자신문 결과, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고

1) 본안전항변 원고는 이 사건 소 제기 전에 피고들의 소송대리인들이 소속된 법률사무소 소속의 다른 변호사인 T과 사이에 이 사건에 관하여 상담을 하였고, 구두로 수임약정을 체결하였다. 뿐만 아니라, T은 서울서부지방법검찰청 2008진정403호 진정사건에서 원고를 대리하던 도중에 위 법률사무소에 합류하였다. 따라서 이 사건 소에서 피고들의 소송대리인들이 피고들을 대리하는 것은 변호사법 제31조 제1항 제1호, 제2항을 위반한 것으로서, 피고들의 소송대리인들의 소송대리권 및 소송행위는 모두 무효이다.

2) 주위적 청구 이 사건 공정증서는 의사능력이 없거나 부족한 망인에 의하여 작성되었고, 공정증서에 의한 유언의 방식을 규정한 민법 제1068조 및 공증인법 제25조의 규정을 위반하여 작성된 것으로서 무효이다. 이 사건 부동산에 관하여 경로된 피고들 명의의 소유권이전등기는 무효인 이 사건 공정증서에 기초한 무효의 등기이므로, 원고는 피고들에 대하여 상속회복청구로서 이 사건 부동산 중 원고의 상속지분인 1/3 지분에 관하여 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고, 각 D 주식회사 발행주식 116,666주에 관하여 명의변경절차를 이행할 것을 구한다.

3) 예비적 청구 설령 이 사건 공정증서가 유효하다고 하더라도, 피고들은 이 사건 부동산에 관하여 유증을 원인으로 하여 소유권이전등기를 마침으로써 원고의 유류분을 침해하였다. 따라서 원고는 피고들에 대하여 유류분의 반환으로서 이 사건 부동산 중 1/6 지분에 관하여 각 소유권이전등기절차를 이행하고, 각 D 주식회사 발행주식 58,333주에 관하여 명의변경절차를 이행할 것을 구한다.

나. 피고들

1) 이 사건 공정증서는 민법 제1068조가 정하는 공정증서에 의한 유언으로서의 요건을 갖추었을 뿐만 아니라, 망인은 이 사건 공정증서 작성 당시에 의사능력이 있었으므로, 이 사건 공정증서는 유효하다.

2) 원고는 망인의 생전에 이미 증여 등으로 상속분을 초과하는 특별수익을 얻었으므로, 원고의 구체적인 상속분이나 유류분이 침해되었다고 볼 수 없다.

3. 이 사건 소 중 원고의 피고 C에 대한 주위적 청구 중 별지 목록 순번 28번 기재 부동산에 관한 말소등기청구 부분의 적법 여부에 관한 판단

직권으로 본다.

가. 관련법리

등기의무자, 즉 등기부상의 형식상 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자(등기명의인이거나 그 포괄승계인)가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소이다(대법원 2019. 5. 30. 선고 2015다47105 판결 등 참조).

나. 구체적 판단

원고는 주위적으로 피고 C에 대하여 상속회복청구로서 이 사건 부동산 중 별지 목록 순번 28번 기재 부동산 중 1/3 지분에 관하여 말소등기절차를 이행할 것을 구하고 있다. 그런데 피고 B이 2020. 2.

11. 위 부동산 중 피고 C 소유의 1/2 지분에 관하여 지분이전등기를 마친 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고 C는 이 부분 청구의 등기의무자가 아니다. 따라서 이 부분 청구는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 것이어서 부적법하다.

4. 원고의 본안전항변에 관한 판단

1) 변호사는 수임하고 있는 사건의 위임인이 동의한 경우를 제외하고는 수임하고 있는 사건의 상대방이 위임하는 다른 사건에 관하여는 그 직무를 수행할 수 없다(변호사법 제31조 제1항 제2호). 그리고 위 규정을 적용할 때 법무법인 등이 아니면서도 변호사 2명 이상이 사건의 수임·처리나 그 밖의 변호사 업무 수행 시 통일된 형태를 갖추고 수익을 분배하거나 비용을 분담하는 형태로 운영되는 법률사무소는 하나의 변호사로 본다(변호사법 제31조 제2항).

2) 그런데 원고의 주장과 같이 T이 서울서부지방법검찰청 2008진정403호 진정사건에서 원고를 대리하였다고 하더라도 앞서 본 바와 같이 위 사건은 2008. 10. 31. 종결되었고, 피고들의 소송대리인들이 소속된 법률사무소가 현재 원고와 사이에 수임약정을 체결하는 등 원고로부터 사건을 수임하고 있다는 점을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 피고들의 소송대리인들이 이 사건에서 피고들을 대리하는 것이 피고들의 소송대리인들이 소속된 법률사무소가 수임하고 있는 사건의 상대방이 위임하는 다른 사건을 수임한 경우에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 원고의 위 본안전항변은 이유 없다.

5. 원고의 피고 B에 대한 주위적 청구 및 피고 C에 대한 나머지 주위적 청구(이하 제5항에서는 '주위적 청구'라고 한다)에 관한 판단

가. 이 사건 공정증서가 공정증서에 의한 유언으로서의 요건을 갖추지 못하여 무효인지 여부

1) 관련법리 민법 제1068조에 정한 공정증서에 의한 유언은 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기 낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 하는 것인바, 여기서 '유언취지의 구수'라고 함은 말로써 유언의 내용을 상대방에게 전달하는 것을 뜻하는 것으로서 이를 엄격하게 제한 해석하는 것이 원칙이므로 어떠한 형태이든 유언자의 구수는 존재하여야 하나, 실질적으로 구수가 이루어졌다고 보기 위하여 어느 정도의 진술이 필요한지는 확일적으로 정하기 어렵고 구체적인 사안에 따라 판단하여야 한다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다75019, 75026 판결 등 참조).

2) 구체적 판단 앞서 인정한 기초사실과 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정들, 즉 ① 이 사건 공정증서는 그 기재로 보아 J, K 등 2인의 증인이 참관하였고, 공증인이 유언의 내용을 낭독하고 위 증인들과 유언자 본인인 망인이 증서의 기재가

정확함을 승인한 후 함께 서명, 날인한 것으로 보이는 점, ② 위 증인들에게 증인으로서의 결격사유가 있거나, 이 사건 공정증서 작성 당시 망인이 공증인의 진술에 유도되었다는 등 이 사건 공정증서의 효력을 의심할 만한 사정은 찾아볼 수 없는 점, ③ 원고도 이 사건 공정증서가 민법 제1068조가 정하는 유언의 방식을 위반하여 작성되었다고 주장하면서도 그 주된 근거로 망인의 의사능력이 흠결되었다는 점을 들고 있을 뿐 달리 이 사건 공정증서가 절차적 요건을 구비하지 못하였다는 점에 관하여는 주장 및 증명을 하고 있지 아니한 점 등을 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 공정증서는 민법 제1068조의 요건을 갖추어 작성된 것으로서 유효하다고 봄이 타당하다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 망인의 의사능력 유무에 관한 판단

1) 관련법리 의사능력이란 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는 것으로서, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 한다(대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결 등 참조).

의사 무능력을 이유로 법률행위의 무효를 주장하는 측은 그에 대하여 증명책임을 부담한다[대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다53093(본소), 53109(반소) 판결 등 참조].

2) 구체적 판단 망인에 대하여 서울가정법원 2011느단1742호로 금치산이 선고된 사실, 위 서울가정법원 2011느단1742호 사건에 제출된 정신 및 신체 감정서에는 "망인은 기억력, 지남력, 판단력 및 일상생활 수행 능력에 현저한 손상이 시사된다", "망인의 판단능력은 심신상실 상태에 해당하여, 생활 속에서 사물을 변별하고 사리에 맞는 판단을 하며 이에 기반한 자신의 의사를 정확히 표현하는 제반 능력에 현저한 손상이 시사된다."는 내용의 기재가 있는 사실은 앞서 본 바와 같다. 그리고 이 법원의 U병원 신경과에 대한 감정촉탁서에 대한 회신의 기재에 의하면, 감정인 V은 망인은 2005년 당시 이미 중기 치매 상태였던 것으로 추정되고, 이미 중기에서 말기 치매로 진행되는 과정이었을 것이라는 감정 의견을 제시한 사실은 인정된다.

그러나 앞서 인정한 기초사실과 앞서 든 증거들, 갑 제5호증, 을 제7~13, 24호증의 각 기재, 이 법원의 W병원장에 대한 진료기록 감정 촉탁서에 대한 회신 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수

있는 아래와 같은 사실 및 사정들을 위 법리에 비추어 살펴보면, 제출된 증거들만으로는 이 사건 공정증서 작성 당시 망인이 그 유언의 내용을 이해할 능력이 없는 의사무능력 상태에 있었음이 증명되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

가) 유언에 요구되는 의사능력은 유언의 취지를 이해할 수 있는 의사식별능력으로서 그 성격 등에 비추어 재산적 행위에 요구되는 정도의 능력을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다. 그리고 유언에 필요한 의사능력이 있었는지 여부는 의학적인 판단이 아니라 개별 유언행위와 관련한 법적·규범적 판단이므로, 설령 당시 망인의 상태를 의학적으로 치매 또는 심신상실 등과 같이 의사결정능력이 부족한 상태라고 진단할 수 있다고 하더라도 이러한 사정만으로 이 사건 공정증서 작성 당시 망인에게 의사능력이 없었다고 단정할 수는 없다.

나) 앞서 본 바와 같이 서울서부지방법검찰청 2008진정403호 진정사건과 관련하여 망인이 거주하는 아파트를 찾아가 망인을 수사한 경찰관은 당시 망인의 상태에 관하여 "망인은 같은 말을 반복하고, 질문에 어긋나는 답변을 하는 등 정신상태가 온전한 상태는 아니었으나 아들인 원고를 보고 싶냐는 질문에 계속하여 보고 싶다는 의사를 분명히 밝히는 등 진술을 하였다"고 표현하였다. 그리고 원고의 딸로서 망인과 함께 생활하였던 X도 위 진정사건에서 "망인은 현재 치매증상이랄까 정신적으로 완전한 상태는 아니나 의사표시를 할 정도는 되는 것"이라고 진술하였다. 위 진정사건이 2008. 10. 31. 종결된 것으로 보아, 위 각 진술은 이 사건 공정증서가 작성된 2005. 10. 10. 이후에 이루어졌을 것으로 보인다.

다) 이 사건 공정증서에 기재되어 있는 망인의 자필 서명 부분은 망인의 여권에 기재된 망인의 자필 서명과 일치한다는 점에서 망인이 자필로 기재한 것으로 보인다. 설령 이 사건 공정증서 작성 당시 망인의 의사결정능력이 부족한 상태였다고 하더라도, 이 사건 공정증서는 망인의 대부분의 재산을 피고들에게 균등 분배한다는 내용으로서 이 사건 공정증서 작성의 법적 효과가 망인이 이해하기 어려울 정도로 복잡하다거나 난해하다고 보기는 어렵다.

원고는 망인이 2008. 2.경 그 소유의 부동산을 매도하는 부동산매매계약(갑 제5호증)을 체결하면서, 당시 직접 서명날인조차 할 수 없어서 피고 C가 서명을 대필하였어야 할 정도로 심한 치매 상태에

있었다고도 주장하나, 재산적 처분행위 과정에서 일부 자녀의 보조를 받았다는 점만으로 망인이 자신의 행위의 의미를 판단할 수 있는 의사식별능력이 없었다고 볼 수는 없다.

라) 망인은 이 사건 공정증서 작성 시점을 전후한 2003년경부터 2007년경까지 직접 금융거래를 하고 TV 인터뷰에 응하며, 대학원 과정을 수료하고 기업 대표이사로의 직무를 수행하는 등 활발한 사회 활동을 하였던 것으로 보인다.

마) 원고가 이 사건 공정증서 작성 당시 망인의 의사능력이 흠결되었다는 주장의 근거로 들고 있는 피고 B 및 G가 작성한 확인서, 피고 B과 원고가 작성한 상속재산 분할에 따른 합의서(갑 제4호증)는 그 내용으로 보아 공동상속인 간의 상속재산 분할협의를 실질을 가진다고 할 것이다. 협의에 의한 상속재산의 분할은 공동상속인 전원의 동의가 있어야 유효하고 공동상속인 중 일부의 동의가 없거나 그 의사표시에 대리권의 흠결이 있다면 분할은 무효로 보아야 하는데(대법원 2001. 6. 29. 선고 2001다28299 판결 등 참조), 위 각 문서들이 공동상속인들인 원고와 피고들 전원의 동의에 의하여 작성되었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없으므로 그 효력을 인정하기 어렵다.

그리고 피고 C의 당사자신문 결과에 의하면, 공동상속인인 피고 C는 이 사건 소가 제기되기 이전까지 위 각 문서들의 존재를 알지 못하였던 것으로 보이고, 피고 B은 위 각 문서들에 담긴 자신의 의사를 취소하겠다는 의사를 표현하였던 것으로 보이는 바, 위 각 문서들의 내용도 그대로 믿기 어렵다.

바) 이 법원의 U병원 신경과에 대한 감정촉탁서에 대한 회신에서 망인은 2005년 당시 이미 중기 치매 상태였던 것으로 추정되고, 이미 중기에서 말기 치매로 진행되는 과정이었을 것이라는 감정 의견이 제시된 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 아래와 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 위 회신의 내용은 그대로 믿기 어렵다.

(1) 위 감정 의견은 이 사건 공정증서 작성 당시인 2005. 10. 10.경 망인의 정신상태를 감정사항으로 하면서도, 망인이 2003년경부터 U병원에서 입원 및 통원 치료를 받을 때 작성된 진료기록 및 가정간호기록지를 제외하고는 서울가정법원 2011누단1742호 금치산 선고 사건에서 제출된 정신 및 신체감정서, 서울서부지방법검찰청 2008진정403호 진정사건의 불기소이유에 기재된 망인의 정신상태에 관한 기록, 갑 제5호증 매매계약서 말미에 피고 C가 망인의 서명을 대필하였다는 부분 등 2008년경 및 2011년경에 작성된 자료를 감정 자료로 삼았다. 위 자료들은 그 작성 시기로

보아 2005. 10. 10.경 망인의 정신상태를 감정하기 위한 적절한 자료로 보기 어렵다.

(2) 위 회신에는 "2005년 당시의 (망인의) 치매상태를 평가하려면 당시 자료가 있으면 좀 더 정확한 판단이 가능할 것"이라는 기재가 존재한다. 즉, 위 회신에서 감정의견을 제시하였던 감정인 V도 감정의 근거가 되는 자료와 관련된 한계점을 인정하였다고 볼 수 있다.

(3) 위 감정 의견은 ① 통상 초기 치매에서 중증 단계의 치매로 악화되는 시기는 환자가 약물 치료를 하지 않았을 경우 최소 10년의 유병기간으로 보고된다는 점, ② U병원의 의무기록상 1999년 및 2000년에 촬영한 망인의 뇌 MRI 판독지에 조기 노년성 치매, 단기 기억력 소실이라는 기재가 있는 점, ③ 위 의무기록상 정신과, 신경과 의사의 협진 결과, 간호기록지의 내용을 그 근거로 하고 있다. 그런데 Y대학교 의과대학 신경정신과학교실 교수 Z가 작성한 망인에 대한 의견서(을 제24호증)의 기재에 의하면, Z는 아래와 같이 위 근거들을 모두 배척하면서, "2005. 10. 10. 이 사건 공정증서 작성 당시 망인의 의사결정능력에 문제가 있었음을 시사하는 의무기록이나 관련 의학적 증거를 발견할 수 없었다. 즉 이 사건 공정증서 작성 당시 망인에게 의사결정능력이 없었다고 보아야 할 타당한 이유가 존재하지 않는다고 생각한다. 이 법원의 U병원 신경과에 대한 감정촉탁서에 대한 회신에 제시된 3가지 추정근거는 모두 명백한 오류이다."라는 의견을 제시하였다.

(가) ①의 근거에서 인용한 참고자료는 알츠하이머병을 앓고 있는 환자를 전제로 한 것이고, 치매의 임상경과는 치매의 원인에 따라 매우 다양한 양상을 보이므로 일률적으로 기술하기 무척 어렵다는 내용을 담고 있으며, 설령 알츠하이머병을 앓고 있는 환자라고 하더라도 발병부터 사망하기까지의 유병기간이 평균 10년으로 알려져 있다는 것일 뿐 환자가 약물치료를 하지 않았을 경우 유병기간이 최소 10년이라는 언급은 없다.

(나) ②의 근거는 MRI 촬영 결과보고서 병명란을 기재한 사람은 MRI 필름을 판독한 방사선과 의사가 아니라 MRI 검사를 의뢰한 망인의 주치의였다는 점, 영상의학적 판독소견은 치매의 보조적 참고자료일 뿐 진단도구가 아닌 점, 위 판독지의 기재 그 자체를 놓고 보아도 망인이 치매 상태에 있었음을 가리키는 것으로 볼 수 없다는 점 등에 비추어 명백한 오류이다.

(다) ③의 근거는 의무기록상 망인의 행동 변화나 협진 의사들의 답변 등 그 무엇도 망인에게 치매가 있었다는 증거라고 할 수 없다는 점에서 마찬가지로 오류이다. 오히려, 망인의 높은 교육수준 및

사회적 지위 등으로 미루어 보아 망인에게 인지적 여력이 있었을 것으로 추정된다.

사) 이 법원의 W병원장에 대한 진료기록 감정 촉탁서에 대한 회신의 기재에 의하면, 감정인 AA은 위 바)항에서 살펴본 상반되는 2개의 감정 의견 및 그 근거 자료들을 모두 검토한 이후에, "망인은 2005. 10. 10. 시점 이전에, 공식적 진단기준에 의거한 치매 진단을 받은 바가 없는 것으로 판단되고, 위 시점 당시 망인의 의사결정능력이 명백히 손상되었다고 판단할 만한 근거를 확인할 수 없음", "망인이 2005. 10. 10. 당시에 의사결정능력, 이해력을 포함한 전전두엽 인지기능이 완전하게 보존되었다고 단정하기는 어려울 것으로 판단되며, 또한 반대로, 당시에 인지능력과 운동능력이 완전히 상실되었다고 단정하는 것도 역시 어려울 것으로 판단됨."이라는 감정 의견을 제시하였다.

다. 이 사건 공정증서가 공증인법 제25조를 위반한 것인지 여부

공증인법 제25조에 의하면, 공증인은 법령을 위반한 사항, 무효인 법률행위, 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 관하여는 증서를 작성할 수 없다. 그러나 이 사건 공정증서가 공정증서에 의한 유언의 방식을 규정한 민법 제1068조를 위반하여 작성된 것으로서 무효라고 볼 수 없다는 점은 앞서 본 바와 같고, 달리 이 사건 공정증서가 법령을 위반하였다거나 이 사건 공정증서에 당사자의 무능력으로 인한 취소사유가 있다는 점을 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

라. 소결론

결국 이 사건 공정증서를 무효라고 볼 수 없는 이상, 이와 전제를 달리하는 원고의 주위적 청구는 모두 이유 없다.

6. 예비적 청구에 관한 판단

가. 원고의 유류분이 침해되었는지 여부

1) 원고의 유류분 침해 여부 및 반환 범위를 판단하기 위해서는 먼저 망인의 적극적 상속재산, 증여재산, 상속채무 등을 통하여 유류분 산정의 기초가 되는 재산이 확정되어야 한다(민법 제1113조 제1항). 그리고 유류분의 부족액에 대해서는 유류분 반환을 청구하는 사람이 주장·증명책임을 부담한다(대법원 1995. 3. 10. 선고 94다24770 판결 등 참조).

이 사건으로 돌아와 보건대, 원고는 망인의 상속재산 및 증여재산의 가액, 그리고 상속채무의 존부와

그 범위에 관하여 구체적인 주장·증명을 하고 있지 않고, 이와 같은 상태에서는 원고의 유류분 침해 여부 및 그 반환의 범위에 관하여 판단을 할 수 없다. 따라서 원고의 예비적 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

2) 다만, 이하에서는 가정적으로, 제출된 증거들에 기초하여 원고의 유류분 침해 여부에 관하여 살펴본다.

나. 유류분 부족액 산정방식

유류분은 피상속인의 상속개시 시점 당시의 적극재산 전체의 가액에 그가 증여한 재산의 가액을 더하고 그 중에서 피상속인이 상속개시 시점에 부담하고 있었던 채무의 전액을 공제하여 유류분 산정의 기초가 되는 재산액을 확정된 후, 민법 제1112조에 정해진 유류분의 비율을 곱하여 유류분권리자의 유류분을 산정한다. 이를 계산식으로 표시하면 아래와 같다.

유류분 부족액 = [유류분 산정의 기초가 되는 재산액(A) × 당해 유류분권자의 유류분율(B)] - 당해 유류분권자의 특별수익액(C) - 당해 유류분권자의 순상속액(D)

A = 적극적 상속재산 + 증여액 - 상속채무액

B = 피상속인의 직계비속은 그 법정상속분의 1/2

C = 당해 유류분권자의 수증액 + 수유액

D = 당해 유류분권자가 상속에 의하여 얻는 재산액 - 상속채무 부담액

다. 유류분 산정의 기초가 되는 재산액(A)

1) 관련법리 유류분은 피상속인의 상속개시 당시의 재산 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 상속채무액을 공제한 금액을 기초로 산정하되, 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 생전 증여에 의하여 특별수익을 한 자가 있는 경우에는 민법 제1114조의 적용이 배제되어 그 증여는 상속개시 1년 이전의 것인지 여부, 당사자 쌍방이 손해를 가할 것을 알고서 하였는지 여부에 관계없이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다(대법원 1996. 2. 9. 선고 95다17885 판결 등 참조). 어떠한 생전 증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활수준, 가정상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 해당 생전 증여가 장차 상속인으로 될 자에게

돌아갈 상속재산 중의 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하여 결정하여야 한다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다64635 판결 참조).

유류분반환의 범위는 상속개시 당시 피상속인의 순재산과 문제된 증여재산을 합한 재산을 평가하여 그 재산액에 유류분청구권자의 유류분비율을 곱하여 얻은 유류분액을 기준으로 산정하는데, 증여받은 재산의 시가는 상속개시 당시를 기준으로 하여 산정하여야 한다(대법원 2015. 11. 12. 선고 2010다104768 판결 등 참조).

2) 적극적 상속재산 가) 이 사건 부동산

갑 제7호증, 을 제36호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 망인이 사망한 2019. 5. 11. 무렵 이 사건 부동산의 가액은 별지 목록 기재와 같이 총 30,821,230,576원(원 미만 버림, 이하 같다)인 사실을 인정할 수 있다(이 사건 부동산의 면적에 관하여 갑 제7호증과 을 제36호증의 기재 내용이 상이한 경우, 부동산의 권리관계에 관한 공적 증거인 갑 제7호증(이 사건 부동산의 등기부등본)의 기재를 따른다).

나) D 발행주식

을 제36호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 위 2019. 5. 11. 무렵 망인 소유의 D 발행주식 700,000주의 가액은 19,769,400,000원이다.

다) 소결

결국 망인의 사망 당시 적극적 상속재산은 50,590,630,576원(30,821,230,576원 + 19,769,400,000원)이다. 1) 3) 원고에 대한 증여(특별수익) 가) 을 제37호증, 감정인 AB가 작성한 감정평가서의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 1986. 12. 30. 서울 서초구 AC 대 808.6m²(이하 '이 사건 AC 토지'라고 한다)에 관하여 1981. 1. 22.자 증여를 원인으로 하여 망인으로부터 소유권이전등기를 경료받은 사실, 망인이 사망하여 상속이 개시된 2019. 5. 11. 기준 이 사건 AC 토지의 감정평가액은 16,091,140,000원인 사실, 이 사건 AC 토지 지상의 건물에 관하여 1984. 12. 18. 원고가 소유권보존등기를 마친 사실을 인정할 수 있다(원고는 이 사건 AC 토지는 망 F이 망인에게 명의신탁하였던 토지를 원고에게 증여한 것이라고 주장하나, 이를 인정할 아무런 증거가 없다).

그런데 다음과 같은 사실 및 사정들, 즉 ① 이 사건 AC 토지의 감정평가액이 거액에 달하는 점, ② 망인의 생전에 원고가 망인을 부양하였다거나 망인의 재산 형성에 기여하였다는 등 망인이 원고에게 이 사건 AC 토지를 증여한 것을 수증할 만한 특별한 사정도 찾아볼 수 없는 점, ③ 원고는 유류분 부족액에 대한 주장·증명책임을 부담함에도 불구하고 단지 망인으로부터 특별수익을 얻은 바가 없다는 추상적인 주장을 하고 있을 뿐 그 주장을 뒷받침할 수 있는 구체적인 증명은 하지 못하고 있는 점 등에 비추어 보면, 망인이 생전에 원고에게 이 사건 AC 토지를 증여한 것은 피고들을 포함한 공동상속인 간의 형평을 깨뜨리는 정도의 이익부여행위로 봄이 타당하므로, 이 사건 AC 토지는 원고의 특별수익으로서 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 포함되어야 한다.

나) 피고들은 원고가 이 사건 AC 토지 지상의 건물 및 L 주식회사 발행주식 7,806주도 망인으로부터 증여받은 것이라고 주장한다. 그러나 을 제3, 49호증의 각 기재만으로는 원고가 위 주식을 망인으로부터 증여받았다거나 위 증여가 원고의 특별수익이라는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 또한, 망인이 이 사건 AC 토지 이외에 그 지상의 건물까지 원고에게 증여하였다는 점을 인정할 아무런 증거가 없으며, 앞서 본 바와 같이 원고는 위 건물에 관하여 소유자로서 소유권보존등기를 마쳤을 뿐이다. 따라서 위 주식 및 건물은 원고의 특별수익으로 고려하지 아니한다.

4) 상속채무 을 제36호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 위 2019. 5. 11. 무렵 상속채무는 12,436,948,454원이다.

5) 소결론 결국 유류분 산정의 기초가 되는 재산액은 54,244,822,122원(망인의 사망 당시 적극적 상속재산 50,590,630,576원 + 이 사건 AC 토지의 감정평가액 16,091,140,000원 - 상속채무 12,436,948,454원)이다.

다. 유류분 비율(B) 및 유류분액(= A × B)

앞서 본 바와 같이 망인의 공동상속인은 직계비속인 원고 및 피고들로서 3명이므로, 원고와 피고들의 법정상속분은 각 1/3이고, 유류분 비율은 법정상속분의 1/2인 1/6이므로, 원고의 유류분액은 9,040,803,687원(54,244,822,122원 × 1/6)이다.

라. 특별수익액(C)

앞서 본 바와 같이 원고의 특별수익액은 16,091,140,000원이다.

마. 소결론

원고의 특별수익액이 원고의 유류분액을 초과함은 계산상 명백하므로, 원고의 유류분 침해는 인정되지 아니한다. 따라서 원고의 예비적 청구는 원고의 손상속액 등에 관하여 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.

7. 결론

그렇다면 이 사건 소 중 원고의 피고 C에 대한 주위적 청구 중 별지 목록 순번 28번 기재 부동산에 관한 말소등기청구 부분은 부적법하므로 각하하고, 원고의 피고 B에 대한 주위적 청구 및 예비적 청구, 피고 C에 대한 나머지 주위적 청구 및 예비적 청구는 모두 이유 없으므로 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김지숙

판사신유리

판사이학영

별지

1) 을 제36호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 망인의 사망 당시 상속재산으로 이 사건 부동산 이외에도 금융기관에 대한 예금채권, 주식, 기타 부동산 등이 존재하는 것으로 보인다. 그러나 유류분 부족액에 대한 주장·증명책임을 부담하는 원고는 주위적 청구와 관련하여 예금 부분에 관하여는 청구를 포기한다는 의사를 명확히 밝히고 있고(이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 11쪽), 예비적 청구와 관련하여 원고의 유류분 산정의 기초가 되는 재산으로 이 사건 부동산 및 망인 소유의 D 발행주식 700,000주만을 주장하고 있으므로(이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 12, 13쪽), 나머지 상속재산은 별도로 유류분 산정의 기초가 되는 재산으로 고려하지 아니한다.