

대법원 2016. 6. 9 선고 2015다256732 판결 [소유권말소등기]

재판경과

서울고등법원 2016. 11. 4 선고 2016나2033453 판결

대법원 2016. 6. 9 선고 2015다256732 판결

서울고등법원 2015. 11. 10 선고 2014나2031484 판결

인천지방법원 2014. 8. 1 선고 2013가합34156 판결

전 문

원고, 피상고인 A

피고, 상고인 B

원심판결 서울고등법원 2015. 11. 10. 선고 2014나2031484 판결

판결선고 2016. 6. 9

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 매매계약 및 임대차계약 관련 상고이유에 관하여

가. 관련 법리

원고가 의사표시의 부존재를 주장하는 경우에는 피고에게 그 의사표시 사실을 증명할 책임이 있지만, 원고가 어떠한 의사표시가 통정허위표시로서 무효라고 주장하는 경우에는 원고에게 그 사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결 등 참조). 그리고 처분문서 성립의 진정함이 인정되는 이상, 법원은 처분문서의 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 한다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2002다23482 판결, 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다60065 판결 등 참조).

나. 원심의 판단

(1) 원심은 그 채택한 증거에 의하여, ① 원고가 2011. 3. 14. 피고와 사이에 원고 소유인 인천 연수구 P아파트 ○○동 ○○호(이하 '이 ○○아파트'라고 한다)를 매매대금 2 억 원에 매도하는 내용의 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라고 한다)을 체결한 사실, ② 피고는 원고와 이 사건 매매계약을 체결한 다음 날인 2011. 3. 15. 위 매매계약에 따른 매매대금 2억 원에서 이 ○○아파트에 설정된 2건의 근저당권의 피담보채무(이하 '이 사건 대출금'이라고 한다) 1억 3,200만 원을 공제한 나머지인 6,800만 원을 원고의 계좌로 송금하였고, 같은 날 원고는 피고에게 이 ○○아파트에 대하여 2011. 3. 14. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐준 사실, ③ 원고가 피고와 사이에 차임을 월 55만 원으로, 임대기간을 2011. 3. 17.부터 2012. 3. 16.까지로 하여 이 ○○아파트를 임차하기로 하는 임대차계약(이하 '이 사건 임대차계약'이라고 한다)을 체결한 사실, ④ 원고가 2011. 4. 14.부터 2013. 7. 15.까지 자신의 딸인 C의 명의로 매월 55만 원씩 총 1,485만 원을 이 사건 임대차계약의 차임 명목으로 피고의 계좌로 송금한 사실 등을 인정하였다.

(2) 원심은 위와 같은 사실관계에 더하여 증거에 의하여 다음과 같은 사실관계 및 사정을 인정한 후,

이 사건 매매계약 및 임대차계약은 통정허위표시에 의한 것으로 민법 제108조에 의해 무효이므로, 피고는 원고에게 이 ○○아파트에 관하여 마쳐진 위 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고, 이미 지급받은 차임 합계 1,485만 원을 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 판단하였다.

① 원고의 남편인 망 F(이하 '망인'이라고 한다)이 'G'이라는 상호로 실내건축업을 운영하던 중 2010. 11. 12. 췌장암으로 사망하였는데, 원고가 망인의 'G' 관련 세금 문제를 원고의 오빠인 D와 상의하던 중 D와 평소 금전 거래를 하면서 잘 알고 지내는 피고를 소개받았다.

그 무렵 원고의 재산상태, 피고와의 관계, 원고의 주민등록 이전내역 등에 비추어 볼때, 원고와 피고의 거래관계는 원고의 위와 같은 세금 문제 해결과 무관한 것으로 보기 어렵다(이하 1.항에서 '원심 적시

① 사정'이라고 하고, 본항에 기재된 각 사정은 이하 1.항에서 같은 방법으로 표시한다).

② 원고는 이 사건 매매계약에 따른 매매대금에서 이 사건 대출금채무를 공제한 잔액인 6,800만 원을 피고로부터 이체받은 뒤 다시 현금으로 인출하여 등기비용 970만원과 함께 송금하였다고 주장하고 있는데, 2011. 3. 15. 피고로부터 6,800만 원을 송금받은 원고의 계좌에서 그 날부터 2011. 3. 16.까지 수차례에 걸쳐 합계 7,700만 원이 인출된 사실이 인정되어 원고의 주장에 부합한다.

이에 비추어 보면, 원고가 2011. 3. 15.부터 2011. 3. 17.까지 수차례에 걸쳐 7,700만원을 현금으로 인출하여 피고에게 지급해 주었음이 인정된다.

③ 원고는 이 사건 매매계약 체결 이전에는 C과 이 ○○아파트에 주소를 두고 있었으나, 2011. 7. 25. 위 주소지의 세대주를 C으로 변경하고 2011. 7. 26. 자신의 주소는 친척인 J의 집인 남양주시 K아파트 ○○동 ○○호로 옮긴 채, 이 ○○아파트에서 C과 함께 거주하였다.

이러한 이 사건 매매계약 이후의 거주관계에 더하여, 원고가 임대보증금도 지급하지않고 임대차계약서도 작성하지 않은 채 차임만 지급하기로 하고 이 ○○아파트에서 계속 거주하였다는 것은 통상적인 거래관계와 현저한 차이가 있다.

④ 원고는 2011. 3. 17. "이 ○○아파트를 피고에게 매도하고, 2011. 3. 17.부터 2012. 3. 16.까지 사용 기간 동안 매월 16일에 임대료를 피고의 계좌로 송금하기로 하며, 위 아파트의 임대료를 3개월 연체 시 아무런 조건 없이 소유자인 피고에게 명도한다."라는 내용이 기재된 이행각서(이하 '이 사건 이행각서'라고 한다)를 피고에게 교부하여 주었다.

⑤ 그 후 피고는 2011. 10. 17. 인천지방법원에서 위 법원 2011자236호로 "원고는2011. 3. 16. 이 ○○아파트를 피고에게 명도하고, 2011. 3. 17.부터 2012. 3. 16.까지 매월 임대료 55만 원을 매월 16일에 지급하며, 임대료를 3개월 이상 연체 시 기한의 이익을 상실하고 위 부동산을 피고에게 즉시 명도한다."는 내용으로 원고를 상대로 제소전화해를 신청하여 화해가 성립되었다(이하 '이 사건 제소전화해'라고 하고, 그에 기한 조서를 '이 사건 화해조서'라고 한다).

⑥ 원고가 2011. 5.분 차임을 지급하지 아니하자, 피고는 2011. 5. 19. 원고에게 "5월16일자 월세입금 부탁드립니다."라는 문자메시지를 보냈고, 이에 대해 원고가 "ㅋㅋㅋ죄송~~~~~ 오늘 생각했구면요."라는 문자메시지를 보내자, 다시 원고에게 "자주 월세약속기간 지키지 않으면 계약해지 하겠습니다."라고 문자메시지를 보냈으며, 이에 원고가 "예예~~~ 잘 알겠습당." 이라는 문자메시지를 보냈다.

또한, 2011. 11.에도 피고가 원고에게 "11월달 월세 입금 부탁드립니다. 감기 조심하세요."라는 문자메시지를 보냈고, 이에 대해 원고가 "깜박했네요.. 낼 입금할게요^^ 죄송^^"이라는 문자메시지를 보내자, 다시 원고에게 "월세 자주 깜박 잊으시면 집 비워주세요 신경 좀 써주시길 부탁드립니다. 별일 없으시죠."라고 문자메시지를 보냈으며, 이에 원고가 "네..주인장님 쯤 참으세요..!!!! 이 엄동설한에 어디로 가라고.. 있을 때 베푸세용^^"이라는 문자메시지를 보냈다. 피고는 위 문자메시지를 영구보관함에 저장하여 현재까지 보관하고 있는데, 그 문자메시지 내용은 차임을 연체하고 있는 임차인과 임대인 사이에 이루어지는 대화 내용이라기보다는 장난기 섞인 대화 내용으로 이 사건 임대차계약이 허위라는 원고의 주장에 부합한다.

⑦ 원고가 이 사건 매매계약 이전인 2011. 3. 8. 교보생명보험주식회사(이하 '교보생명'이라고 한다)로부터 111,631,172원을 대출받았는데, 이 사건 매매계약 체결 무렵인 2011. 3. 14.부터 피고가 원고의 위 대출금을 포함한 이 사건 대출금에 대한 이자를 원고 대신 납부하였고, 이 사건 대출금 채무를 인수한 이후에는 피고가 직접 그에 대한 이자를 납부하였다.

⑧ 피고가 원고에게 이 ○○아파트를 임대함에 있어 임대차계약서를 작성하지 아니하고 원고를 상대로 이 사건 제소전화해를 신청하여 이 사건 화해조서를 받아둔 점이나 피고가 원고에게 차임의 연체사실을 알려준 뒤 원고가 이미 연체된 차임을 입금한 상황에서 기존에 원고와 주고받은

문자메시지 내용을 지속적으로 보관해 온 것이나 피고가 원고에게 지급한 금전거래내역은 명확히 근거를 남겨둔 데 반하여 원고가 피고에게 지급한 돈은 현금으로 지급하도록 하여 근거를 남기지 아니한 것은 추후 국세청의 사해행위취소소송 등에 대비하려는 목적에서 비롯된 것으로 볼 수 있다.

다. 대법원의 판단

그러나 앞서 본 바와 같이 통정허위표시에 해당하는 사실에 관한 증명책임은 통정허위표시임을 주장하는 측에 있고, 법원은 처분문서의 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정해야 하는바, 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면 원심에서 적시한 사실관계 중 일부는 이를 그대로 인정하기 어렵고, 나머지 사실관계 및 사정들만으로는 이 사건 매매계약 및 임대차계약이 통정허위표시라고 단정하기 어려우므로, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 수긍하기 어렵다.

(1) 위 원심 적시 ④, ⑤ 사정과 같이 '이 사건 이행각서', '이 사건 화해조서'가 작성되었다는 점은, 이 사건 매매계약 무렵 원고와 피고 사이에 처분문서인 '매매계약서'가 작성되었고, 2011. 3. 17. 원고가 피고에게 "피고로부터 이 ○○아파트 매매대금 2억원을 교부받았다."는 내용의 '영수증'을 교부해 준 사정과 더불어, 이 사건 매매계약과 임대차계약이 실질적으로 존재하고, 원고와 피고 모두 이를 인정하고 있었음을 뒷받침하는 증거로 보일 뿐이고, 그러한 사정이 이 사건 매매계약과 임대차계약이 통정허위표시임을 인정하는 근거가 된다고 보기는 어렵다.

한편, 원고는 2011. 10. 11.경 피고에게 "원고가 이 ○○아파트를 피고에게 매매대금 2억 원에 매도하되, 교보생명을 근저당권자로 하여 이 ○○아파트에 설정되어 있던 2건의 근저당권의 실제 채무액 1억 3,200만 원을 피고가 인수하고, 이를 매매대금에 포함시키며, 근저당권 채무자 명의 변경은 피고와 원고의 합의에 의하여 2011. 10.11.에 하기로 약정하고, 피고(임대인)와 원고(임차인)는 이 ○○아파트에 관하여 임대차계약을 체결하되, 2011. 3. 17.부터 2012. 3. 16.까지 보증금 없이 월 차임 55만 원을 피고의 신한은행 계좌로 C 명의로 송금하기로 하며, 임대료를 3개월분 이상 연체할 경우 임대차계약을 해제할 수 있다."는 내용의 '부동산 거래사실

확인서'를 작성, 교부하였다. 그런데 원고 주장처럼 이 ○○아파트에 관하여 정상적인 매매계약이 체결된 것처럼 가장하여 국세청을 속이기 위해서라면, 이 사건 매매계약일로부터 7개월가량 지났고 국세청으로부터 체납에 관한 아무런 독촉도 받지 않은 2011. 10. 11. 무렵 또다시 원고가 피고에게 이 사건 매매계약과 임대차계약이 진정함을 증명하는 내용의 위 부동산 거래사실 확인서를 작성하여 교부할 별다른 이유가 없다.

또한, 피고의 매매대금 송금내역, 이 사건 대출금 채무에 관한 원리금납부내차임 입금내역 등의 금융자료는 피고가 제출한 직접적이고 객관적인 증거들로서, 이 ○○아파트를 매수하고 이 사건 대출금 채무를 인수한 경위 및 이 ○○아파트에 관하여 임대차계약을 체결하게 된 경위에 관한 피고의 주장에 부합한다.

(2) 위 원심 적시 ② 사정 중 원고의 통장에서 7,700만 원이 현금으로 인출된 사실은 통장 등의 기재에 의하여 인정되나, 그 돈이 피고에게 전달되었다는 점과 관련해서는 이를 인정할 객관적 증거가 없고, 그에 관련한 D 등의 증언 등은 충분한 신빙성을 인정하기 어려우며, 그 무렵 피고의 재산이 7,700만 원 정도로 증가하였음을 인정할 증거도 없어, 이를 인정하기 어렵다. 같은 이유로 위 원심 적시 ⑧ 사정 중 "피고가 원고로 하여금 피고에게 지급할 돈을 현금으로 지급하도록 하여 국세청의 사해행위취소소송 등에 대비하려 하였다."는 부분도 이를 그대로 인정하기 어렵다.

또한, 원고가 피고로부터 매매대금 6,800만 원을 받을 때는 피고에게 영수증을 작성해 주었으면서, 잘 아는 관계도 아닌 피고에게 위와 같이 7,700만 원이나 되는 현금을 전달할 때 영수증 등의 서류를 전혀 받지 않았다는 부분도 선뜻 이해하기 어렵다.

(3) 원심은, 위 원심 적시 ③ 사정과 같이 원고와 피고 사이에 임대차계약서를 작성하지 않은 사정과 원고가 여전히 이 ○○아파트에 거주하면서 2011. 7. 26.경 자신의 주소를 친척집으로 옮겼던 사정이 통상적인 거래관계와 현저한 차이가 있다고 보았다.

그러나 원고가 주소를 옮긴 시점은 이 사건 매매계약 내지 임대차계약 시점과 차이가 있는 점, 원고가 주소를 옮긴 후에 원고와 피고 사이에 작성된 위 부동산 거래사실확인서 등에 여전히 원고가

임차인으로 기재되어 있었던 점 등에 비추어 보면, 원심 적시의 위 사정이 이 사건 매매계약과 임대차계약의 진정성을 판단하는 직접적인 잣대가 된다고 보기 곤란하다.

또한, 원고 주장처럼 국세청을 속일 목적이었다면 통상적이고 정형적인 매매계약서와 임대차계약서를 작성하면 될 것이다. 그런데도 원고는 2011. 3. 17. 피고에게 원고와 피고 사이의 임대차계약 관련 구체적 약정 내용이 담긴 이 사건 이행각서와 더불어 "이 사건 매매계약 체결 시점에 남아 있는 이 사건 대출금 채무 1억 3,200만 원을 피고가 인수하고, 이를 매매대금에 포함시키며, 교보생명에 확인한 결과 채무자 명의 변경 시 채무를 일부 상환하여야 함을 확인하여 채무자 명의를 원고 명의로 보류하되, 상호 협의하여 추후 채무자 명의를 변경하며, 위 채무에 대한 이자 변제를 연체하여 원고의 신용에 문제가 생길 경우 피고가 민사상 손해배상책임을 진다."는 매우 구체적이고 상세한 내용이 담긴 '채무인수약정서'를 작성하여 교부하였다. 이러한 사정 역시 이 사건 매매계약과 임대차계약이 통정허위표시임을 인정하기 곤란하게 한다.

(4) 원심은, 위 원심 적시 ⑥ 사정과 같이 원고와 피고 사이의 문자메시지 내용이 진정한 임대인과 임차인 사이의 내용이라기보다는 장난기 섞인 대화 내용이었어서, 이 사건 임대차계약이 허위라는 원고의 주장에 부합한다고 보았다.

그러나 피고가 원고에게 월 차임 납부를 독촉하면서 보낸 문자메시지의 내용은 일반적인 임대차관계에서 임대인이 임차인에게 보내는 내용으로 전혀 이상한 점이 없고, 전체적인 내용을 살펴봐도 사뭇 진지하게 월 차임 납부를 독촉하는 내용인 반면, 원고가 피고에게 답신으로 보낸 문자메시지의 내용에는 다소 장난기가 섞여 있다고 볼 수 있으나, 월 차임을 계속 납부할 것이고, 지체된 것에 대하여 사과한다는 내용으로 특별히 이상한 점이 없다. 또 임차인인 원고가 위와 같은 방식으로 답변하였다는 사정 만으로 피고가 원고와 통모하여 허위의 임대차계약을 체결한 것이라고 단정할 수도 없다.

또한, 원고는 이와 같은 문자메시지는 국세청의 조사에 대비하여 이 ○○아파트의 매매계약과 임대차계약이 진정하게 체결된 것임을 가장하기 위해 만든 증거라고 주장하나, 원고의 주장대로라면 위와 같은 장난기 섞인 문자메시지는 오히려 이 사건 매매계약과 임대차계약이 허위라고 의심받을 수

있는 자료이므로, 그와 같이 가장할 목적으로 위와 같은 내용의 문자메시지를 주고받을 이유가 없다고 보인다.

(5) 그 외 위 원심 적시 ①, ⑧ 사정 등은 앞서 본 바와 같이 그 사정을 그대로 인정하기 어렵거나, 원심이 인정한 사정 등만으로는 이 사건 매매계약과 임대차계약이 통정허위표시임을 인정하기에 부족하다.

(6) 한편, 2011. 3. 31. 피고가 원고의 계좌로 입금한 38만 원에 관하여, 피고는 "2억원에 이 ○○아파트를 매수하되 피고가 원고의 이 사건 대출금 채무를 인수하기로 약정하여서, 그 약정에 따라 피고가 원고에게 2011. 3. 14.부터 2011. 3. 31.까지의 이 사건 대출금에 관한 이자로 38만 원을 지급한 것이다."라고 주장함에 대하여, 원고는 "2011. 3. 14.경 피고에게 1억 원을 월 2% 이자로 빌려주어 그 이자를 받아야 하고, 또한 원고가 피고에게 월세 명목으로 가장송금하는 55만 원이 있었는바, 위 38만 원도 피고가 원고에게 지급해야 하는 것이다."라고 주장하고 있다.

살피건대, 이 사건 매매계약이 진정한 계약이라면, 그 매매계약 상의 약정에 따라 피고가 원고의 교보생명에 대한 이 사건 대출금 채무 이자를 교보생명 또는 원고에게 지급해야 함에 반해, 이 사건 매매계약이 진정한 계약이 아니라면, 피고가 위 대출금 채무의 이자를 부담할 이유가 없다.

원고는, 앞서 본 바처럼 "자신이 피고로부터 1억 원에 대한 월 2% 이자를 받아야 하고, 월세 명목으로 자신이 피고에게 송금하는 55만 원이 존재하였으므로, 위 38만 원도 피고가 납부해야 한다."고 주장한다. 그러나 다음과 같은 점에서 2011. 3. 31. 피고가 원고에게 지급한 위 38만 원은 원고 주장의 1억 원의 대여금에 관한 이자 명목의 돈이나 차임 명목의 돈과 무관한 것으로 보이며, 오히려 이 사건 매매계약에 따라 피고가 이 사건 대출금 채무를 인수하면서 그 이행의 일부로 지급한 돈으로 판단된다.

① 원고는 뒤에서 보는 바처럼 "2011. 3. 14. 1억 원을 피고에게 빌려주면서 그 자리에서 선이자로 200만 원을 수령하였다."고 주장하고 있으나, 원고의 주장 자체에 의하더라도 2011. 3. 31은 선이자를 수령한 때로부터 한 달도 되지 않은 시점인바, 피고가 원고에게 2011. 3. 31.에 지급한 위

38만 원을 위 1억 원의 이자 명목의 돈과 관계가 있다고 볼 수는 없다.

② 원고가 피고에게 이 사건 임대차계약의 차임 55만 원을 최초로 송금한 때는 2011. 4. 14.인바, 이는 피고가 원고에게 위 38만 원을 지급한 2011. 3. 31.보다 시간상으로 뒤이므로, 위 38만 원이 차임과 관계있는 돈이라고 보기도 어렵다.

라. 소결

따라서 이 사건 매매계약과 임대차계약이 통정허위표시로서 무효라고 본 원심의 이부분 판단에는 처분문서의 증명력에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은이유 있다.

2. 대여금 관련 상고이유에 관하여

가. 원심의 판단

(1) 원심은 그 채택한 증거에 의하여, ① 원고가 2011. 3. 8. 교보생명으로부터 111,631,172원을 대출받은 후 2011. 3. 10.부터 2011. 3. 14. 사이에 위 대출금 중 1억원을 자신과 C의 예금계좌에서 수차례에 걸쳐 현금으로 인출한 사실, ② 2011. 3. 14. D의 집에서 위 돈이 쇼핑백에 담긴 상태로 피고에게 건네진 사실, 3 피고는 2014. 3.14. 위 돈 1억 원을 평소 알고 지내던 H에게 맡겨 두었고, H은 피고로부터 받은 1억원을 자신의 딸인 I의 계좌에 입금했다가 2014. 4. 4. 1억 원짜리 자기앞수표로 출금하여 피고에게 돌려준 사실, 4 한편, 피고가 2012. 10. 18. D과의 2008. 3. 7.부터 2012.12. 19.까지의 금전거래내역을 쌍방의 예금계좌 등을 토대로 함께 정산한 후, D이 피고에 대하여 가지는 위 기간 동안의 채권을 원금 및 이자를 포함하여 2억 5,000만 원으로 정하고, 피고는 D에게 위 채권에 대한 변제기일을 2017. 10. 30.로 하되 무이자로하기로 한다는 내용이 기재된 사실확인서(이하 '이 사건 사실확인서'라고 한다)를 작성해 준 사실, 5 피고는 2012. 10. 18. D과 사이에, D이 위 채권액 2억 5천만 원을 포기하되, 피고로부터 피고 소유인 평택시 L 3,078㎡

토지 중 1/2 지분을 2015. 10. 30.까지 이전받고, 이에 따른 양도소득세 및 제세공과금, 기타 경비는 원고가 모두 부담하기로 하는 내용의 합의를 하였으며, 피고는 2012. 12. 14.경 위 부동산의 1/2 지분을 D의 요구에 따라 그의 처인 M 앞으로 소유권이전등기를 마쳐준 사실 등을 인정하였다.

(2) 원심은, 위와 같은 사실관계에 더하여 D의 증언 등에 의하여 다음과 같은 사실관계 및 사정을 인정한 후, "원고가 2011. 3. 14. 피고에게 1억 원을 월 2%의 이자로대여한 후, 대여 당일 이자로 200만 원을 받은 사실이 인정되므로, 피고는 원고에게위 차용금 및 이에 대한 이자를 지급할 의무가 있다."고 판단하면서, "원고 주장의 1억원은, 원고가 아닌 D으로부터 차용한 것이고, 2011. 5. 4.부터 같은 달 9.까지 3회에 걸쳐 모두 변제하였다."는 취지의 피고 주장을 배척하였다.

① 피고는 2011. 3. 14. 원고에게 위 100,000,000원 중 200만 원을 1개월분 이자 명목으로 교부하였다(이하 2.항에서 '원심 적시 ①사정'이라고 하고, 본항에 기재된 각 사정은 이하 2.항에서 같은 방법으로 표시한다).

② 피고가 이 사건 사실확인서를 작성하기 전에 D과 기존의 금전거래내역을 쌍방의 예금계좌 등을 토대로 정산할 당시 작성한 금전거래정산서에는 2011. 3. 14. 원고가 피고에게 현금으로 지급해 주었던 1억 원은 기재되어 있지 않다.

③ 원고는 제1심부터 원심에 이르기까지 2011. 3. 14. 피고에게 1억 원은 월 2%의이자로 대여하였다고 일관되게 주장하고 있고, 원고가 대여하였다고 주장하는 일자 이전의 출금내역도 이에 부합하며, D과 피고로부터 같은 날 1억 원을 보관하도록 교부받았다는 H의 진술도 원고의 주장에 부합한다.

④ 피고는 1억 원을 D으로부터 차용한 것이라고 주장하나, 피고가 제출한 금전거래정산서의 기재는 피고의 주장에 부합하지 아니하고, D과 이전의 금전거래관계에 비추어 현금으로 1억 원을 차용하였다는 것은 극히 이례적이고, 피고도 원고가 고소한 사기사건의 피의자신문과정에서 D으로부터 이전에 위와 같은 거액을 현금으로 지급받은적이 없음을 자인한 바 있어 피고의 위 주장은 신빙하기 어렵다.

⑤ 원고가 피고에게 1억 원을 월 2%의 이자를 받기로 하고 대여하였다고 하면서도 최초 1개월분

이자 200만 원만을 지급받은 외에는 별도로 이자를 지급받은 사실이 없고, 그 이자의 지급을 독촉하였다고 볼 별다른 증거가 없기는 하지만, 원고는 그 이유에 대하여 피고가 1억 원을 가지고 4,000만 원, 4,000만 원, 2,000만 원으로 나누어서 타인에게 빌려줬는데, 2,000만 원에 대한 월 2% 이자 40만 원만 정상적으로 지급받고있고, 나머지 대여금에 대한 이자는 지급받지 못하고 있다며 경매를 신청해서 받을 것이라고 하여서 추후 한꺼번에 정산을 받을 생각에 기다린 것이라는 취지로 주장하는바, 원고가 피고와의 사이에 이 사건 매매계약 등을 체결한 주된 목적이 세금 면탈에 있었고 원고가 당시 피고에게 깊이 의존하고 있었던 점을 감안하면, 원고의 위와 같은 주장은 설득력이 있다.

나. 대법원의 판단

그러나 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 다음과 같은 면에서 수긍하기 어렵다.

(1) 원고와 피고 사이에 원고 주장과 같은 대여계약이 성립하였는지에 관한 증명책임은 대여를 주장하는 원고에게 있는바, 이 사건에서 대여계약의 당사자가 원고임을 인정할 처분문서나, 직접적인 금융자료 등 객관적 물증은 없으며, 그에 부합하는 직접적인 증거로는 D의 증언 등만이 있을 뿐이다. 한편 피고는 "원고가 아닌 D으로부터 위 돈을 차용하였고, 그 돈은 2011. 5.경 모두변제하였다."고 하면서 그 변제 주장과 부합하는 금융거래내역을 제출하고 있다.

D과 피고가 수차례 돈거래를 했던 관계임에 반해 원고는 피고를 잘 알지 못하는 관계였는바, 금전거래를 해 본 경험이 전혀 없는 사이에서 1억 원이나 되는 거금을 변제기의 약정도 없이, 차용증 등도 교부받지 아니하고 빌려준다는 것은 경험칙상 매우 이례적이라는 면에서, D의 증언 등으로 원고와 피고 사이의 대여 관계를 인정하기 위해서는 원고 측의 충분한 증거가 필요하다.

(2) 위 원심 적시 ①, ③사정에 관하여 보건대, 원고가 주장하는 출금내역이 확인되는점, H이 피고로부터 현금 1억 원이 든 쇼핑백을 받아 이를 보관하다가 피고에게 교부한 점 등은 인정된다. 원심은, 앞서 본 바처럼 피고가 2011. 3. 14. 당일 원고에게 200만 원의 선이자를 지급하였음을

인정한 후, 대여자는 D이 아닌 원고라고 판단하면서, 월 2%의 이자도 인정하였다.

그러나 선이자 200만 원의 지급에 관하여 부합하는 증거로는, D의 진술 등만이 있을뿐인데 뒤에서 보는 바처럼 D의 진술은 충분한 신빙성이 있다고 보기 어렵고, 또한 피고가 2011. 3. 14. 쇼핑백으로 받은 돈이 1억 원이고, H에게 쇼핑백에 담긴 채로 전달된 돈도 1억 원인데, 선이자로 200만 원이 공제되었음에도 H이 피고로부터 받은 돈이 9,800만 원이 아닌 1억 원이었음이 쉽게 설명이 되지 않는다는 점에서, "피고에게 1억 원을 대여하고 그 자리에서 피고로부터 선이자 200만 원을 받았다."는 취지의 원고 주장은 쉽게 받아들이기 어렵다.

(3) 원심은 위 원심 적시 ②, ④사정을 근거로, "2011. 3. 14. 피고에게 교부된 1억원은 원고가 피고에게 대여한 것이고, 자신이 2011. 5. 4.부터 같은 달 9.까지 은행계좌를 통해 피고로부터 받은 돈은 위 1억 원과 무관한 별개의 돈이다."라는 취지의 D의 증언 등을 신빙성이 있다고 보고, "위 1억 원을 D으로부터 빌려서 쓴 다음 바로 변제하였다."는 취지의 피고 주장을 배척하였다.

그러나 오히려 증거에 의하면, ① 피고가 2011. 5. 4.부터 같은 달 9.까지 3회에 걸쳐 총 1억 원을 D의 은행계좌로 송금한 사실, ② 2012. 10. 18. 피고와 D이 앞서 본 바와 같은 이 사건 사실확인서를 작성한 사실, ③ 이 사건 사실확인서를 작성하기 전에 피고는 D 측과 기존의 금전거래내역을 쌍방의 예금계좌 등을 토대로 정산하면서 금전거래정산서를 작성하였는데, 이 금전거래정산서에는 2011. 3. 14. 피고가 현금으로받았던 1억 원과 2011. 5. 4.부터 같은 달 9.까지 피고가 D에게 송금한 1억 원은 모두 기재되어 있지 않은 사실 등을 알 수 있는바, 이에 의하면 피고는 2011. 5. 4.부터 같은 달 9.까지 D에게 1억 원을 모두 지급함으로써 2011. 3. 14. 받았던 1억 원을 변제 한 것으로 보인다. 이에 대해 D은, 피고가 2011. 5.경 자신에게 송금한 위 1억 원은 D이 피고를 통해 피고의 매형으로부터 빌린 돈이고, 2011. 4. 5. D이 그 전에 피고에게 빌려준 3,000만원과 상계하고, 2011. 6. 27. 1,000만 원을 변제하고, 2012. 9. 5. 6,000만 원을 변제함으로써 모두 갚았다고 진술하고 있으나, 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정등에 비추어 보면, 위 D의 진술은 믿기 어렵다. ① 2011. 5. 4. 무렵 D이 피고에 대하여 받을 채권이 있었는데도, 그 돈을 갚으라고하지 않고 오히려 피고를 통해 다시 빌렸다는 것은 경험칙상 매우 이례적이다.

② 피고가 2011. 5.경 D에게 송금한 1억 원이 D에 대한 대여금이라면 위 금전거래정산서를 작성할 때 그 금액을 기재하였을 것이나 그러한 기재는 빠져있는 반면, D이 피고에게 변제하였다고 주장하는 위 거래내역은 위 금전거래정산서에 기재되어 있고, 그와 같이 기재된 거래내역들을 기초로 정산한 결과 D이 피고에게 2억 5,000만 원의 채권을 가지는 것으로 합의하였다.

③D은 이 사건에서는 자신이 피고로부터 2011. 5.경 받은 1억 원은 피고를 통해 피고 친척으로부터 차용한 돈이라고 주장함에 반하여, 피고와의 민사소송에서는 '피고가 D에게 2011. 5.경 송금한 위 1억 원은 피고가 D에게 변제한 돈이고, D이 피고에게 지급한 2011. 4. 5.자 3,000만 원과 2011. 6. 1.자 1,000만 원 및 2012. 9. 5.자 6,000만원은 D이 피고에게 대여한 돈'이라고 주장하는 등 다른 취지의 진술을 한 바 있다.

(4) 원심은, 위 원심 적시 ⑤ 사정과 같이 원고가 피고로부터 이자를 지급받지 못하였음에도 그 이자의 지급을 독촉하지 않은 점을 수긍할 수 있다고 보았다.

그러나 원고 주장대로라면 원고가 피고로부터 월 200만 원의 이자를 지급받기로 하였다는 것인데, 원고는 이 사건 소 제기 전까지 2년이 넘는 기간 동안 피고에게 그 이자의 지급을 독촉하지 않았을 뿐만 아니라, 오히려 피고에게 이 사건 임대차계약에 따른 차임 55만 원을 계속적으로 지급하였는바, 자신이 상대방으로부터 월 200만 원씩 받을 돈이 있음에도 상대방에게 55만 원의 별도 채무를 별다른 이유없이 지속적으로 이행한다는 것은 경험칙상 이례적이다.

(5) 또한, 원고 제출 녹취록(갑 제38호증)의 기재에 의하여 인정되는 원고와 피고 사이의 2013. 8. 19.자 대화 내용을 보면, 피고가 원고에게 D으로부터 1억 원을 받을 당시의 사정과 1억 원을 D에게 변제한 내용을 자세히 설명하고 있음을 알 수 있다.

그런데 원고 주장처럼 위 1억 원이 건네질 당시 원고와 피고, D이 함께 있었고 그 자리에서 원고가 피고에게 위 돈 1억 원을 대여해 준 것이라면, 피고가 원고에게 D과의 대화 내용을 설명할 이유가 없다고 보인다.

또한, 원고가 피고의 그러한 설명에 대하여 대여 당시의 상황과 다르다면서 특별한반박 등을 하지

않았다는 면에서도, 위 1억 원이 D으로부터 피고에게 교부될 무렵 원고와 피고 사이에 대여계약이 있었음을 인정하기 어렵다.

다. 소결

위와 같은 사정들에 비추어 보면, 피고는 원고가 아닌 D로부터 1억 원을 교부받은 후 이를 D에게 반환하였다고 볼 여지가 충분해 보이고, 피고가 원고로부터 위 돈을 차용한 것이라고 단정하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 원심은 "피고가 원고로부터 1억원을 월 2%의 이자로 차용하였다."고 판단하였으니, 이 부분 원심판결에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 피고의 상고이유 주장도 이유 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김창석 대법관 이상훈 대법관 조희대 주심 대법관 박상옥