

서울고등법원 2022. 11. 17 선고 2022나2022492 판결 [소유권이전등기말소 등 청구]

재판경과

서울고등법원 2022. 11. 17 선고 2022나2022492 판결

서울중앙지방법원 2022. 6. 2 선고 2020가합524748 판결

전문

원고, 항소인A

소송대리인 법무법인(유한) 서평, 담당변호사 조용연

피고, 피항소인1. B

2. C

피고들 소송대리인 변호사 임시규, 권태형, 이주윤

변론 종결2022. 10. 20.

판결 선고2022. 11. 17.

제1심판결서울중앙지방법원 2022. 6. 2. 선고 2020가합524748 판결

주문

1. 원고의 피고들에 대한 항소를 모두 기각한다.

2. 항소비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 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 이행하고,

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

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 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 이행하고,

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

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 이행하라.

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

[항소취지]

제1심 판결의 취소 및 주위적·예비적 청구취지와 같은 판결을 구함

이 유

1. 기초사실

다음의 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

가. E은 BK협회장을 역임한 F의 처로서 BL일자 출생하여 2019. 5. 11. 사망하였고, F은 그 전인 2003. 11. 20. 사망하였다(이하 E을 '망인', F을 '망 F', E과 F을 '망인 부부'라고 한다), 망인 부부는 슬하에 3명의 자녀를 두었는데, 1945년생 딸인 피고 B, 1953년생 아들인 원고, 1956년생 딸인 피고 C가 그들이다. 피고 B의 남편은 G이고, 피고 C의 남편은 H이다.

나. 망인은 2005. 10. 10. I법무법인에서 2005년 제1983호 유언공정증서(갑 제2호증, 이하 '이 사건 공정증서'라고 한다)를 작성하였는데, 그 내용은 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다) 및 D 주식회사(이하 'D'라고 한다) 주식 전부(70만주) 등의 재산을 딸인 피고들에게만 균등 분배하는 방법으로 유증한다는 것이다.

다. 피고들은 망인이 사망하자 망인의 유언에 따라 이 사건 부동산에 관하여 별지 목록 기재와 같이 2019. 5. 11.자 유증을 원인으로 한 각 1/2 지분 소유권이전등기를 마쳤으며, D 주식 총 70만 중 각 35만 주에 관하여 명의변경절차도 마쳤다.

라. 그 후 피고 C는 2020. 2. 11. 피고 B에게 이 사건 부동산 중 별지 목록 순번 15, 26, 28번 기재 각 부동산의 1/2 지분에 관하여 2020. 2. 10.자 공유물 분할을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었고, 같은 날 피고 B은 피고 C에게 같은 목록 순번 22, 23, 24, 27번 기재 각 부동산의 1/2 지분에 관하여 같은 공유물 분할을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었다.

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장 요지

1) 절차위법 주장 1) 2008년 초경 원고가 피고들을 상대로 진정을 제기한 형사사건이 하나 있었는데, 당시 변호사 T이 진정인인 원고를 대리하던 도중에 BM 법률사무소에 합류하였다. 뿐만 아니라 원고는 이 사건 소제기 이전인 2019년 말경 BM 법률사무소 소속 변호사 T과 사이에 이 사건에 관하여 상담을 하고 구두로 수임약정을 체결하였다. 따라서 이 사건 소송에서 BM 법률사무소 소속

변호사인 피고들 소송대리인들이 피고들을 위해 소송을 수행하는 것은 변호사법 제31조 제1항 제1호를 위반한 것이므로, 그 소송행위는 모두 무효이다.

2) 주위적 청구 이 사건 공정증서는 망인이 치매로 말미암아 의사능력이 없거나 부족한 상태에서 민법 제1060조, 제1068조의 엄격한 요식성에 위반하여 작성된 것일 뿐만 아니라, 무효인 법률행위나 무능력으로 취소할 수 있는 법률행위에 대하여는 공증인이 증서를 작성할 수 없다는 공증인법 제25조에도 위반된다. 따라서 아무런 효력이 없는 이 사건 공정증서에 기초한 피고들 명의의 각 지분소유권이전등기는 모두 원인 무효이므로, 원고의 상속회복청구에 따라 피고들은 원고에 대하여 이 사건 부동산 중 원고의 상속지분(1/3)에 관하여 각 지분소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고 D 발행주식에 관하여도 명의변경절차를 이행할 의무가 있다.

3) 예비적 청구 설령 이 사건 공정증서가 유효하다고 하더라도, 피고들은 이 사건 부동산에 관하여 유증을 원인으로 하여 소유권이전등기를 마침으로써 원고의 유류분을 침해하였으므로, 원고의 유류분반환청구에 따라 피고들은 원고에게 이 사건 부동산 중 1/6 지분에 관하여 각 지분소유권이전등기절차를 이행하고 D 발행주식에 관한 명의변경절차를 이행할 의무가 있다.

나. 피고들의 주장 요지

- 1) BM 법률사무소 소속 변호사인 피고들 소송대리인들이 의뢰인인 피고들을 위하여 이 사건 소송을 수행하는 것은 변호사법 제31조 제1항 제1호에 위반되지 않는다.
- 2) 망인은 이 사건 공정증서 작성 당시 유언을 할 수 있는 의사능력이 충분히 있었을 뿐만 아니라, 이 사건 공정증서는 민법 제1068조가 정하는 공정증서에 의한 유언으로서의 요건을 모두 갖추었다. 나아가 이 사건 공정증서는 공증인법 제25조가 규정하는 '증서를 작성할 수 없는 경우'에 해당하지도 않으므로, 이 사건 공정증서는 유효하다.
- 3) 원고는 망인의 생전에 이미 증여 등으로 상속분을 초과하는 특별수익을 얻었으므로, 원고의 구체적인 상속분이나 유류분이 침해되었다고 볼 수도 없다.

3. 절차위법 여부에 관한 판단

가. 관련 규정과 법리

- 1) 변호사법 제31조에 의하면, 변호사는 당사자 한쪽으로부터 상의(相議)를 받아 그 수임을 승낙한

사건의 상대방이 위임하는 사건을 수행할 수 없고(제1항 제1호), 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(제2항).

2) 변호사법 제31조 제1항 제1호가 당사자의 일방으로부터 상의를 받아 그 수임을 승낙한 사건의 상대방이 위임하는 사건의 경우에 변호사의 직무행위를 금지하는 이유는, 변호사가 그와 같은 사건에 관하여 직무를 행하는 것은 먼저 그 변호사를 신뢰하여 상의를 하고 사건을 위임한 당사자 일방의 신뢰를 배반하게 되고 변호사의 품위를 실추시키게 되는 것이어서 그와 같은 사건에 있어서는 변호사가 직무를 집행할 수 없도록 금지한 것이므로, 변호사법 제31조 제1항 제1호가 적용되기 위해서는 그 변호사가 관여한 사건이 일방 당사자와 그 상대방 사이에 있어서 동일하여야 하는데, 여기서 사건이 동일한지의 여부는 그 기초가 된 분쟁의 실체가 동일한지의 여부에 의하여 결정되어야 하는 것이므로 상반되는 이익의 범위에 따라서 개별적으로 판단되어야 하고, 소송물이 동일한지 여부나 민사사건과 형사사건 사이와 같이 그 절차가 같은 성질의 것인지 여부는 관계가 없다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다41791 판결 참조)

나. 인정사실

갑 제3호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

- 1) 원고는 2008년 초경 피고들 및 G, H를 상대로 서울서부지방법검찰청에 진정을 제기하였는데(2008진정403호), 그 내용은 피진정인들이 ① 2005. 4.경 망인이 아들인 원고를 만나지 못하게 할 목적으로 망인을 감금하고, ② 2004년 초경 원고와 망인 소유의 토지가 수용됨에 따른 보상금 100억 원을 횡령하고, ③ 2007. 8. 23.경 주식 45%를 보유하고 있는 원고를 배제한 채 망인이 대표이사로 있는 L(주)의 임시주주총회를 개최하여 망인을 대표이사로 중임시키는 법인등기를 마침으로써 공정증서원본불실기재 및 동행사의 범죄를 저질렀다는 것이다.
- 2) 원고는 위 진정을 하는 과정에서 개인 변호사 사무실을 운영하던 친구 T의 자문을 받았는데, 변호사 T은 2008년 가을 무렵 BM 법률사무소에 합류하였다. 그 후 서울서부지방법검찰청은 2008. 10. 31. 피진정인들의 범죄혐의를 인정할 수 없다는 이유로 위 진정사건을 종결하였다.

3) 원고는 2019. 10. 초순경 BM 법률사무소에 소속되어 있는 변호사 T을 찾아가 이 사건에 관하여 상담을 하였으나, 원고 소송대리인에게 이 사건에 관한 소송대리권을 수여한 다음 2020. 3. 19. 이 사건 소를 제기하였다.

4) BM 법률사무소는 변호사법 제31조 제2항이 규정하는 법률사무소에 해당하고, 현재 피고들 소송대리인들과 변호사 T은 모두 BM 법률사무소에 소속되어 있다.

다. 이 법원의 판단

1) 민사소송에 있어서 소송대리권 수여의 흠은 민사소송법 제451조 제3호가 규정하는 재심사유로서 소송대리권의 존부는 직권조사사항에 해당한다.

2) 먼저 위 진정사건으로 말미암아 피고들 소송대리인들이 이 사건 소송을 수행할 수 없게 되는지에 관하여 본다.

위 인정사실에 의하면, 위 진정사건과 관련하여 진정인인 원고가 변호사 T의 자문을 받은 점을 알 수 있지만, 변호사 T이 위 진정사건의 수임을 승낙하고 사건처리를 위임받았다는 점을 인정할 자료가 기록상 나타나지 않으므로(오히려 원고가 갑 제3호증으로 제출한 '진정사건 종결이유 통지서'에는 변호사 T에 관한 기재가 전혀 없다), 위 진정사건은 변호사법 제31조 제1항 제1호가 규정하는 '당사자 한쪽으로부터 상의(相議)를 받아 그 수임을 승낙한 사건'에 해당하지 않는다.

또한 위 진정사건의 내용은 망인의 생전에 원고가 망인의 신체와 재산을 보호한다는 취지에서 피고들을 포함한 피진정인들을 상대로 하여 감금, 횡령 등의 진정을 한 것인 반면, 이 사건은 망인의 사망 이후 그 재산의 상속에 관하여 자녀인 원고와 피고들이 다투는 것이므로, 위 진정사건과 이 사건은 그 기초가 된 분쟁의 실체가 동일하다고 보기도 어렵다.

따라서 피고들 소송대리인들이 위 진정사건으로 말미암아 이 사건 소송을 수행할 수 없는 것은 아니다.

3) 다음으로 이 사건과 관련하여 BM 법률사무소 소속 변호사 T이 원고와 상담을 하고 이 사건의 수임을 승낙하였는지에 관하여 본다.

이 점을 인정할 만한 증거나 자료가 나타나지 않고, 오히려 원고는 이 사건을 BM 법률사무소에 위임하지 못한 채 원고 소송대리인에게 이 사건에 관한 소송대리권을 수여하여 원고 소송대리인이

소장 제출 이래 이 사건 소송을 수행하고 있는 사실을 알 수 있을 뿐이다.

따라서 BM 법률사무소가 변호사 T을 통하여 원고로부터 이 사건 소송을 위임받았음에도 불구하고 또 다시 피고들로부터 이 사건 소송을 위임받았다고 볼 수는 없다.

4. 원고의 주위적 청구에 관한 판단

가. 인정사실

1) 망인 부부는 1960년대부터 1980년대 사이에 축적한 부(富)를 바탕으로 이 사건 부동산을 포함한 서울, 경기, 강원, 부산 일대의 수십 필지 토지를 매수한 후 각 필지별로 명의를 나누어 소유하고 있었는데, 망 F 명의의 일부 토지에 대하여는 망인 명의의 가등기를 설정하고 망인 명의의 일부 토지에 대하여는 망 F 명의의 가등기를 설정하여 재산을 보호하는 조치를 취해 두었다. 또한 망인 부부는 소유 부동산을 관리하기 위하여 L(주)를 설립하여 운영하였다. 원고는 부모인 망인 부부의 지원을 받아 미국 BN대학교 법과대학원에서 학업을 마쳤는데, 망인 부부는 1988. 6.경 이 사건 부동산 중 순번 7, 22 내지 36을 포함한 50여 필지의 토지에 관하여 그 소유 명의를 증여의 형식으로 아들인 원고에게 이전하여 명의신탁을 해두었다.

2) 그런데 2000. 6. 이후 망 F의 병세가 좋지 않아 장기입원을 하게 되면서 병원비가 많이 들게 되자, 망인은 원고에게 명의신탁 토지 중 별지 목록 순번 7 토지(서울 관악구 M 임야)을 매각하라고 지시하였으나 원고가 따르지 않았다(을 제20호증). 당시 순번 7 토지는 망인 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 후 망 F 명의로 가등기가 설정되어 있었는데, 원고가 위와 같이 망인의 지시를 따르지 않자 망 F은 2002. 10. 15. 가등기에 기한 소유권이전의 본등기를 마쳤고, 이에 따라 원고 명의의 이전등기는 직권 말소되었다. 그러자 원고는 이에 반발하여 순번 7 토지가 자기 소유라고 주장하면서 2002. 10. 25. 순번 7 토지에 관하여 처분금지가처분 조치를 취하였다.

3) 위와 같이 아들인 원고가 부모인 망인 부부의 지시를 따르지 않자 망인 부부는 아들인 원고에게 명의신탁 해두었던 다른 부동산에 대하여도 명의를 되돌려 놓으라는 지시를 하였으나, 원고는 부모의 뜻에 따르지 않았다. 이에 망인 부부는 2002. 11. 26. 수원지방법원 성남지원에 원고를 상대로 나머지 명의신탁 부동산에 관한 원고 명의 소유권이전등기를 말소하라는 소송을 제기하였고(2002가합4814호), 원고도 2003. 2. 8. 서울서부지방법원에 아버지인 망 F을 상대로

순번 7 토지에 관한 망 F 명의의 가등기와 본등기의 말소를 구하는 소송을

제기하였다(2003가합851호). 위 각 소송이 진행 중이던 2003. 4.경 망인 부부와 원고는 위 각 소송을 취하하기로 합의하였고, 이에 망인 부부는 성남지원에 소취하서를 제출하였으나, 원고는 위와 같은 약속을 어긴 채 자기의 소를 취하하지 않았다. 이에 망인 부부는 2003. 4. 26. 다시 성남지원에 같은 소를 제기하였고(2003가합2037호), 이에 대하여 원고는 2003. 10. 24. 망인 부부 명의의 가등기를 말소하라는 반소를 제기하였다(2003가합5203호).

4) 위 각 소송은 소송수계와 쌍방의 치열한 공방을 거쳐 제1심 판결이 2004. 6. 30. (성남지원)과 2004. 12. 29.(서울서부지방법원) 선고되었고, 제2심 판결이 2006. 2. 2.

선고되었으며(서울고등법원 2004나56754, 56761호 및 2005나14740호), 상고심 판결은 2006.

8. 24. 선고되었는데(대법원 2006다18042, 18419호 및 2006다18426호), 계쟁 부동산 모두 망인 부부가 아들인 원고에게 명의신탁한 것으로서 원고는 명의수탁자일 뿐이라는 이유로 원고가 패소하였다[다만 L(주)의 주식 일부도 원고에게 명의신탁하였다는 망인 부부의 주장은 받아들여지지 않았다].

5) 위와 같은 소송 과정에서 다음과 같은 일이 순차로 발생하였다.

가) 망인은 망 F와 함께 성남지원에 다시 소송을 제기한 2일 후인 2003. 4. 28. 법무법인 P에서 유언공정증서(2003년 제59호, 을 제5호증)를 작성하였는데, 그 내용은 아들인 원고를 제외하고 남편인 망 F 및 딸인 피고들에게만 이 사건 부동산을 포함한 54개 부동산 및 L(주)의 주식 등의 재산을 균등 분배하는 방법으로 유증하고, 변호사 J을 유언집행자로 지정한다는 것이다. 그 당시 R(직업 법무사)와 S(직업 사무원)가 증인으로 참관하고 서명·날인을 하였다.

나) 망인은 2003. 5.경 수원지방검찰청 성남지청에 아들인 원고와 BO 변호사를 고소하였는데, 그 내용은 피고소인들이 위와 같은 소송의 제기 및 취하 합의 등과 관련하여 망인에게 상해를 가하였을 뿐만 아니라 망인을 기망하여 재산상 이익을 취득하려고 했다는 것이다(나중에 불기소처분이 내려졌다).

다) 방송사 BP는 2003. 5. 15. 'BQ'이라는 생방송 프로그램에서 망인 부부와 원고 사이의 소송을 주제로 다루면서 법조계 인사인 아버지와 아들 사이에 500억 원대 소송을 하고 있다는 내용과 함께

망인과 원고의 인터뷰 내용을 방영하였다(을 제9호증). 당시 망인은 언어소통 등에 아무런 문제가 없이 위 소송에 관한 자신의 입장을 분명하게 밝혔다.

라) 망 F은 그 병세가 악화되어 제1심 소송이 진행 중이던 2003. 11. 20. 사망하였다. 망 F의 재산은 법정 상속되었는데, 그 상속분은 배우자인 망인 3/9, 자녀인 원고와 피고들 각 2/9이었다. 이 사건 부동산 중 3/9 지분으로 기재된 순번 7, 29 내지 31, 33 내지 36은 망인이 망 F으로부터 상속받은 것이다.

마) 위 소송 과정에서 피고들이 망인을 납치하여 원고와의 만남을 봉쇄하고 있다는 취지의 주장을 원고가 내세우면서 다투자, 망인은 2005. 5. 2. 서울고등법원의 변론준비기일에 직접 출석하여 변론을 하였다(을 제18 내지 20호증).

바) 망인은 위와 같이 남편이 사망한 후 서울고등법원에서 제2심 소송이 진행 중이던 2005. 10. 10. 아들인 원고를 제외하고 딸인 피고들에게만 재산의 대부분을 유증하는 이 사건 공정증서(갑 제2호증)를 작성하면서 변호사 J을 유언집행자로 지정하였다. 당시 위 J과 K(직업 사무장)이 증인으로 참관하고 서명·날인을 하였다. 이 사건 공정증서는 종전의 2003. 4. 28.자 유언공정증서의 내용에다가 망인이 망 F으로부터 상속받은 재산을 포함시킨 것으로서, 원고와 사이에 소송이 계류 중인 재산을 별도로 표시하고 있다.

6) 망인은 위 각 소송이 대법원에서 종결된 직후인 2006. 9. 11. BR대학교 BS에 입학하여 2007. 2. 3. 그 과정을 수료하였다(을 제11, 12, 13호증). 또한 망인은 망 F이 사망한 이후 2011년경까지 L(주), D(주), BT의 대표를 역임하면서 이들을 직접 운영하였다(망인이 2005년부터 2007년까지 사이에 위 각 업체의 관련 지출내역을 검토하고 직접 결재한 자료가 을 제8, 10호증으로 제출되어 있다).

7) 한편 원고는 2008년 초경 누나와 여동생인 피고들 및 그들의 남편인 G, H를 상대로 서울서부지방법검찰청에 진정을 제기하였는데(2008진정403호), 그 내용은 앞에서 본 바와 같다. 서울서부지방법검찰청은 2008. 10. 31. 피진정인들의 범죄혐의를 인정할 수 없다는 이유로 위 진정사건을 종결하였는데, 그 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 기재가 있다.

8) 원고는 2011. 2. 22. 서울가정법원에 망인에 대한 금치산선고를 청구하였고(2011느단1742호), 피고들은 위 심판에 참가하였다. 서울가정법원은 2011. 9. 14. 망인이 심신상실 상태에 있다는 이유로 망인에 대하여 금치산선고를 하였다(갑 제6호증의 1). 위 심판 과정에서 제출된 정신 및 신체 감정서(BU 병원 신경정신과 교수 BV)에는 "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(갑 제6호증의 2).

9) 민법의 일부 개정에 따라 2013. 7. 1.부터 성년후견제도가 시행되자, 피고 B은 2017. 4. 14. 서울가정법원에 망인에 대한 성년후견개시심판을 청구하였고(2017느단50867), 원고도 2017. 9. 20. 망인에 대한 성년후견개시심판을 청구하였다.가정법원은 양 청구를 병합하여 2018. 3. 12. 망인에 대한 성년후견을 개시하면서 신상보호 사무를 위한 성년후견인으로 피고들을 선임하고, 재산관리 사무를 위한 성년후견인으로 사단법인 BW을 선임하였다. 위 심판은 재산관리 사무 부분에 관한 피고 B의 항고 및 재항고를 거쳐 2019. 1. 25. 그대로 확정되었다.

10) 피고 B과 남편 G는 2019. 6. 4. 원고와 함께 확인서(갑 제4호증의 1)를 작성하였다. 그 내용은, 이 사건 공정증서는 망인이 치매증세로 말미암아 아무것도 모르는 상태에서 작성된 것이므로 법적 효력이 전혀 없고, 원고와 피고들은 사이 좋게 망인의 상속재산을 삼등분하여 나누기로 약속한다는 것이다. 그러나 위 합의서는 원고가 컴퓨터로 출력한 문서로서 피고 C는 이에 대해 알지 못하였고, 피고들은 별지 목록 기재와 같이 2019. 6. 28.부터 같은 해 8. 2.까지 사이에 이 사건 부동산에 관한 유증 등기를 마쳤다.

11) 그 후 원고와 피고 B은 2020. 1. 17. 상속재산 분할에 따른 합의서(갑 제4호증의 2)를 작성하였는데, 그 내용은 망인의 상속재산을 나눔에 있어서 피고 B의 비율과 원고의 비율을 동일하게 한다는 것이다. 그러나 위 합의서 역시 원고가 컴퓨터로 출력한 문서이고, 피고 C는 이에 대해 알지 못하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 6, 7, 15호증(가지번호 있는 경우 포함, 이하 같다), 을 제1 내지 6, 9 내지 13, 18 내지 20호증의 각 기재, 제1심의 원고 및 피고 C에 대한 각 본인신문 결과, 변론 전체의 취지

나. 이 사건 공정증서 작성 당시 망인의 유연능력에 관한 판단

1) 관련 법리 등 가) 일반적으로 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 하고(대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결 등 참조), 의사능력이 없음을 이유로 법률행위의 무효를 주장하는 측은 그에 대하여 증명책임을 부담한다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다53093, 53109 판결 등 참조).

나) 2013. 7. 1. 성년후견제도가 시행되기 이전에 민법은 금치산자에 관하여 제12조에서 '심신상실의 상태에 있는 자'라고 규정한 다음, 제1063조에서 금치산자는 그 의사능력이 회복된 때에 한하여 유언을 할 수 있고, 그 경우에는 의사가 심신 회복의 상태를 유언서에 부기하고 서명날인하여야 한다고 규정하였다. 그리고 그 이후에는 피성년후견인에 관하여 제9조에서 '질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람'이라고 규정한 다음, 제1063조에서 피성년후견인은 의사능력이 회복된 때에만 유언을 할 수 있고, 그 경우에는 의사가 심신 회복의 상태를 유언서에 부기하고 서명날인하여야 한다고 규정하고 있다.

다) 위와 같은 법리와 민법 규정을 종합하여 보면, 의사능력이 없는 상태에서 이루어진 유언은 당연히 무효이지만, 금치산자나 피성년후견인이라도 그 의사능력을 회복하고 있는 동안은 완전한 유연능력을 갖고, 금치산의 선고나 성년후견개시의 심판을 받지 않은 심신상실자가 유언을 한 경우에도 위와 같이 해석해야 할 것이므로, 유언자의 의사능력이 없음을 이유로 유언의 무효를 주장하는 측은 유언자가 그 유언의 시점을 전후하여 '지속적인 심신상실의 상태' 또는 '정신적 제약으로 말미암아 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 상태'에 있었다는 점을 입증하면 되고, 위 입증이 성공하면 유언의 유효를 주장하는 측은 그 유언의 시점에 예외적으로 의사능력이 회복되었다는 점을 입증하면 된다.

2) 의학적 견해 이 사건 공정증서가 작성된 2015년 무렵 망인의 심신 상태에 관한 의학적 견해로는 다음과 같은 4개가 있다.

가) 제1심 법원의 U병원에 대한 감정촉탁 결과(2020. 7. 1. 감정인 V)

2005년 당시의 치매 상태를 평가하려면 당시 자료가 있으면 좀 더 정확한 판단이 가능할 것이나, 2011년에 발급된 BU병원의 감정서(갑 제6호증의 2)에 기재된 망인의 심신능력을 감안할 때 2005년 당시 망인은 이미 중기 치매일 가능성이 있다. 그 근거는, 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 내용 등이다.

나) Y대학교 의과대학 Z 교수의 의견서(을 제24호증)

이 사건 공정증서 작성 당시 망인의 의사결정능력에 문제가 있었음을 시사하는 의무기록이나 관련 의학적 증거를 발견할 수 없다. 그 당시 망인에게 의사결정능력이 없었다고 보아야 할 타당한 이유가 존재하지 않는다. 위 가)항의 회신(감정인 V)에서 제시된 3가지 추정근거는 다음과 같은 이유에서 명백한 오류이다. 위 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 약물 치료를 하지 않았을 경우 유병기간이 최소 10년이라는 언급은 없다. 위 ②의 근거에 있어서 MRI 촬영 결과보고서 병명란을 기재한 사람은 MRI 필름을 판독한 방사선과의사가 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. 위 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.

다) 제1심 법원의 W병원에 대한 감정촉탁 결과(2021. 9. 1. 감정인 AA)

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 없다. 망인이 2005. 10. 10. 당시에 의사결정능력, 이해력을 포함한 전전두엽 인지기능이 완전하게 보존되었다고 단정하기는 어려울 것으로 판단되고, 또한 반대로 당시에 인지능력과 운동능력이 완전히 상실되었다고 단정하는 것도 역시 어려울 것으로 판단된다.

라) BX대학교 의과대학 BY 교수의 의견서(갑 제16호증)

여러 자료를 고려할 때 망인은 2005년 이전에 치매 상태를 정확하게 진단받지 않은 상태이다. 하지만 2005년 이전에 이미 망인은 인지기능에 심각한 저하가 있었음은 확인할 수 있다. 의무 기록이 나타내는 인지 기능 저하 증상을 고려하여 망인 주변의 상황을 고려한 판단이 필요하다.

3) 이 법원의 판단 유언에 필요한 능력이 있었는지 여부는 단순한 의학적 판단이 아니라 개별 유언행위와 관련한 법적·규범적 판단이다. 위와 같이 다양한 의학적 견해가 제시되고 있지만, 2005년 당시 망인의 심신 상태를 정확히 판단할 의학적 자료가 부족하다는 데에는 대부분의 견해가 일치하고 있는 점에다가 위 인정사실, 특히 5)항과 6)항에 나타나는 여러 사정들을 종합해 보면, 이 사건 공정증서가 작성된 2005. 10. 10.을 전후한 망인의 유언능력을 법적·규범적으로 평가함에 있어서 망인이 '지속적인 심신상실의 상태'에 있었다거나 또는 '정신적 제약으로 말미암아 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 상태'에 있었다고 볼 수는 없겠다.

다만 위 인정사실 중 10)항의 확인서 내용을 보면, 이 사건 공정증서가 작성될 당시 망인의 심신 상태에 관하여 피고 B이 원고의 주장을 인정하는 취지의 기재가 있기는 하지만, 이는 위 인정사실에 나오는 여러 사정에 반하는 것이므로 그대로 채용할 수 없는 것이다.2) 그리고 원고가 내세우는 나머지 증거들을 살펴보더라도 위와 같은 결론을 달리할 것이 아니다. 따라서 원고는 이 부분 입증에 실패하였다고 판단되므로, 이 부분 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

다. 원고의 나머지 주장에 관한 판단

1) 원고의 주장 원고는, 이 사건 공정증서가 작성될 당시 망인은 의사능력이 없거나 부족한 심신장애

상태에 있었던 관계로 매우 다양하고 많은 재산을 유증하면서 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하거나 망인의 구수를 필기한 공증인이 이를 망인에게 낭독하는 것을 이해하거나 공증인의 필기가 정확함을 승인한 후 서명하는 것은 도저히 불가능한 상황이었으므로, 이 사건 공정증서는 민법 제1060조, 제1068조의 엄격한 요식성에 반하는 것일 뿐만 아니라, 공증인법 제25조 제2호, 제3호에도 위반된다고 주장한다.

2) 관련 법리 등 가) 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).

나) 공증인법 제25조에 의하면, 공증인은 무효인 법률행위(제2호)나 무능력으로 취소할 수 있는 법률행위(제3호)에 관하여는 증서를 작성할 수 없다.

3) 이 법원의 판단 가) 이 사건 공정증서가 작성될 무렵 망인에게 유언능력이 없었다는 원고의 주장이 이유 없음은 앞에서 본 바와 같다. 또한 위 인정사실에 의하면, 망인은 원고와 사이에 분쟁이 발생한 직후인 2003년에 이미 유언공정증서를 작성하여 자신의 재산 대부분을 남편인 망 F과 딸인 피고들에게만 유증하였는데, 이 사건 공정증서는 남편의 사망에 따라 상속받은 재산을 포함하여 다시 피고들에게만 유증을 한다는 내용일 뿐이므로, 망인이 이 사건 공정증서의 내용이나 취지를 제대로 이해하지 못한 채 유언을 하였다고 볼 이유가 전혀 없다. 오히려 앞에 나온 증거들에 의하면 망인은 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기 낭독하여 망인과 증인들이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명날인을 한 사실을 인정할 수 있을 뿐이다. 이 사건 공정증서가 민법 제1060조, 제1068조의 엄격한 요식성에 반한다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

나) 망인의 유언에 의사능력 부존재로 인한 무효 사유가 없음은 앞에서 본 바와 같으므로, 이 사건

공정증서는 공증인법 제25조 제2호에 해당하지 않는다. 나아가 취소사유에 관하여 보건대, 이 사건 공정증서가 작성될 당시 망인의 의사능력이 다소 부족하였다고 가정하더라도, 그러한 사정이 유언이라는 법률행위를 취소할 사유가 된다고 볼 법적 근거는 없다. 왜냐하면 유언의 효력이 생긴 때에는 유언자가 이미 사망하였으므로 행위자 자신을 보호하는 것이 목적인 제한능력자제도를 그대로 엄격하게 유언에 적용할 필요가 없고, 오히려 유언은 사망한 사람의 최종의사를 존중하는 데에 그 존재의의가 있는 이상 제한능력자제도의 취지를 완화하는 것이 타당하기 때문이다. 이 사건 공정증서는 공증인법 제25조 제3호에도 위반되지 않는다. 이 부분 원고의 주장 역시 받아들일 수 없다.

라. 이 사건 부동산 중 순번 28에 관한 별도의 판단

1) 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).

2) 원고는 피고 C에 대하여 이 사건 부동산 중 순번 28 토지 지분에 관하여 말소등기절차의 이행을 구하고 있다. 그러나 피고 C가 순번 28 토지에 관한 자신의 지분을 피고 B에게 이전하여 그 등기가 마쳐진 사실은 기초사실에서 본 바와 같으므로, 피고 C는 등기의무자가 아니다. 따라서 원고의 이 부분 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 것이어서 부적법하고, 이는 실체 판단에 우선한다.

마. 소결론

따라서 원고의 이 사건 주위적 청구는 모두 이유 없다. 다만 이 부분 원고의 소 중 이 사건 부동산 순번 28에 관한 것은 부적법하다.

5. 원고의 예비적 청구에 관한 판단

이 부분에 관하여 이 법원이 설시한 이유는 제1심 판결 이유 중 '6. 예비적 청구에 관한 판단' 부분과 같으므로, 민사소송법 제420조 본문을 적용하여 이를 그대로 인용한다.

6. 결론

그렇다면 원고의 피고 C에 대한 주위적 청구의 소 중 별지 목록 순번 28에 관한 부분은 부적법하므로

각하하고, 이를 제외한 원고의 피고들에 대한 주위적 청구 및 예비적 청구는 모두 이유 없으므로 이를 기각하여야 한다. 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고의 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 한다.

재판장판사황병하

판사김우수

판사조영철

별지

- 1) 원고는 당심 변론종결 이후에 이 부분 주장을 철회하였으나, 이는 직권조사 사항으로서 변론주의가 적용되지 않으므로 그대로 판단한다.
- 2) 위 인정사실 10)항의 확인서와 11)항의 합의서에 나오는 원고와 피고 B 사이의 상속재산 분할협의를 공동상속인 전원의 동의가 아니므로 그 효력이 없다(대법원 2001. 6. 29. 선고 2001다28299 판결 등 참조).