

대법원 2016. 2. 18 선고 2015다51920 판결 [근저당권설정등기말소등기]

전 문

원고, 피상고인 A

피고, 상고인 B

원심판결 서울고등법원 2015. 7. 17. 선고 2014나39079 판결

판결선고 2016. 2. 18

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상속재산에 대하여 그 소유의 범위를 정하는 내용의 공동상속재산 분할협의를 그 행위의 객관적 성질상 상속인 상호간의 이해의 대립이 생길 우려가 없다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한 민법 제921조 소정의 이해상반 되는 행위에 해당한다. 그리고 피상속인의 사망으로 인하여 1차 상속이 개시되고 그 1차 상속인 중 1인이 다시 사망하여 2차 상속이 개시된 후 1차 상속의 상속인들과 2차 상속의 상속인들이 1차 상속의 상속재산에 관하여 분할협의를 하는 경우에 있어서 2차 상속인 중에 미성년자가 있다면 그에 대하여 특별대리인을 선임하여 그 특별대리인이 미성년자를 대리하여 상속재산 분할협의를 하여야 하고, 만약 2차 상속의 공동상속인인 친권자가 그 미성년자의

법정대리인으로서 상속재산 분할협의를 한다면 이는 민법 제921조에 위배되는 것이며, 이러한 대리행위에 의하여 성립된 상속재산 분할협의를 피대리자에 의한 추인이 없는 한 그 전체가 무효라고 할 것이다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482 판결 등 참 조).

그리고 강행법규를 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되므로 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장은 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없고, 한편 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하며, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다 64552 판결, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482 판결 등 참조).

2. 원심은 그 판시와 같은 사실 내지 사정을 인정한 다음, (1) 1차 합의는 ① D으로부터 상속받은 제2부동산을 대상으로 E의 처와 자녀들인 원고, K, M, P(이하 '원고등' 이라 한다)과 D의 상속인들 중 E를 제외한 피고, F, G, H, I(이하 '피고 등'이라 한다) 사이의 상속재산 분할협의 및 ② 위와 같은 제2부동산을 대상으로 한 상속재산 분할협의 결과 원고 등이 상속받게 되는 지분과 E의 고유재산인 제1,3부동산을 대상으로 E가 사망할 경우 상속인이 되는 원고 등 사이의 장차 상속할 재산에 관한 분할협의를 혼합된 것인데, (2) 미성년자인 P에 대한 특별대리인 선임 없이 친권자인 원고가 P의 법정대리인으로서 1차 합의를 하였으므로, 1차 합의는 민법 제921조에 위반된 것으로서 그 전체가 무효라고 봄이 상당하며, (3) 1차 합의 이후 P의 특별대리인으로 H가 선임되었으나, H 역시 1차 합의의 당사자이므로 설령 그가 1차 합의를 추인하였다고 하더라도 이를 적법한 것으로 볼 수 없고, (4) 민법 제921조는 미성년자인 자를 보호하기 위한 강행규정으로서 이에 위반된 결과를 그대로 실현시키는 것은 설불리 용인되어서는 아니 되는 점 등을 감안할 때, 원고가 P의 특별대리인이 선임되지 아니하였다는 이유로 1차 합의의 효력을 부정하는 것을 두고 신의칙에 위반된다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

3. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 1차 합의의 성격 및 원고 등의 지위에 관한 원심의 판단에 일부 부적절한 면이 있기는 하나, 미성년자 P에 대한 특별대리인 선임 없이 친권자인 원고가 P의 법정대리인으로서 1차 합의를 하였으므로 1차 합의는 그 전체가 무효라고 본다음 피고의 추인 및 신의칙 위반 주장을 배척한 원심의 위와 같은 판단은 앞서 본 법리에 기초한 것으로서 모두 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 민법 제921조, 특별대리인의 선임 및 추인, 신의성실의 원칙 등에 관한 법리를 오해하거나 판단을 누락하는 등의 위법이 없다.

4. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관 의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김창석 대법관 이상훈대법관 조희대주심 대법관 박상옥