

서울서부지방법원 2022. 2. 11 선고 2021가합33206(본소), 2021가합38089(반소) 판결
[근저당권설정등기말소청구의 소 · 손해배상(기)]

전 문

원고(반소피고) 1. A

2. B

원고들 소송대리인 법무법인 소헌

담당변호사 문해리

피고(반소원고) 주식회사 C

소송대리인 법무법인 유진

담당변호사 장근석

변론 종결 2021. 11. 26.

판결 선고 2022. 2. 11.

주 문

1. 원고(반소피고)들의 청구를 모두 기각한다.
2. 본소로 인한 소송비용은 원고(반소피고)들이 부담한다.1)

N

청 구 취 지

[본소]

1. 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다) A의 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)에 대한

2016. 12. 5.자 채무인수에 기한 750,000,000원의 채무는 존재하지 아니함을 확인한다.

2. 피고는 원고 A에게 별지 목록 기재 제2항 기재 부동산 중 3/8 지분, 같은 목록 제3항 기재 부동산 중 1/4지분, 같은 목록 제4, 5항 기재 각 부동산 중 각 1/2지분에 관하여, 서울서부지방법원 등기와 2014. 10. 6. 접수 제44643호, 같은 등기와 2015. 7. 14. 접수 제48146호, 같은 등기와 2016. 5. 24. 접수 제25359호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 각 이행하라.

3. 피고는 원고 B에게 별지 목록 기재 제2항 기재 부동산 중 1/4 지분, 같은 목록 제3항 기재 부동산 중 1/2지분에 관하여, 서울서부지방법원 등기와 2014. 10. 6. 접수 제44643호, 같은 등기와 2015. 7. 14. 접수 제48146호, 같은 등기와 2016. 5. 24. 접수 제25359호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 각 이행하라.

[예비적 반소]2) 원고들은 공동하여 피고에게 750,000,000원 및 이에 대한 이 사건 반소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 관계 등

1) 망 D(이하 '망인'이라 한다)는 별지 목록 제1항 기재 부동산(이하 '이 사건 제1 부동산'이라 한다) 중 1/2 지분, 같은 목록 제2항 기재 부동산(이하 '이 사건 제2 부동산'이라 한다) 중 3/4 지분, 같은 목록 제3항 기재 부동산(이하 '이 사건 제3 부동산'이라 한다) 중 1/2 지분, 같은 목록 제4, 5항 기재 각 부동산(이하 '이 사건 제4·5 부동산'이라 하고, 이 사건 제1 내지 5 부동산을 통틀어 '이 사건 각 부동산'이라 한다)을 소유하던 사람으로 2016. 10. 21. 사망하였고, 그의 사망 당시 상속인으로는 아들인 원고 B와 딸인 E이 있었다.

2) 원고 A는 망인의 조카딸(망인 배우자 누나의 딸)이고, 피고는 망인이 소유하던 이 사건 제2 내지 5 부동산에 관한 근저당권자이다.

나. 피고 명의의 근저당권 설정

- 1) 피고는 2014. 10. 6. 망인 명의의 대출거래약정서에 기초하여 망인의 계좌로 2억 원을 대출하여 주었고(이하 '이 사건 제1 대출거래약정'이라 한다), 같은 날 그 대출금채무 등을 담보하기 위한 망인 명의의 근저당권설정계약서가 작성되었다. 이에 따라 이 사건 제2 내지 5 부동산에 관하여 채무자 망인, 근저당권자 피고, 채권최고액 2억 4,000만 원의 근저당권(이하 '이 사건 제1 근저당권'이라 한다)설정등기가 서울서부지방법원 2014. 10. 6. 접수 제44643호로 마쳐졌다.
- 2) 피고는 2015. 7. 13. 망인 명의의 대출거래약정서에 기초하여 망인의 계좌로 3억 원을 대출하여 주었고(이하 '이 사건 제2 대출거래약정'이라 한다), 2015. 7. 15. 그 대출금채무 등을 담보하기 위한 망인 명의의 근저당권설정계약서가 작성되었다. 이에 따라 이 사건 제2 내지 5 부동산에 관하여 채무자 망인, 근저당권자 피고, 채권최고액 3억 6,000만 원의 근저당권(이하 '이 사건 제2 근저당권'이라 한다)설정등기가 서울서부지방법원 2015. 7. 15. 접수 제48146호로 마쳐졌다.
- 3) 피고는 2016. 5. 18. 망인 명의의 대출거래약정서에 기초하여 망인의 계좌로 2억 5,000만 원을 대출하여 주었고(이하 '이 사건 제3 대출거래약정'이라 하고, 이 사건 제1 내지 3 대출거래약정을 통틀어 '이 사건 각 대출거래약정'이라 한다), 2016. 5. 24. 그 대출금채무 등을 담보하기 위한 망인 명의의 근저당권설정계약서가 작성되었다. 이에 따라 이 사건 제2 내지 5 부동산에 관하여 채무자 망인, 근저당권자 피고, 채권최고액 3억 원의 근저당권(이하 '이 사건 제3 근저당권'이라 하고, 이 사건 제1 내지 3 근저당권을 통틀어 '이 사건 각 근저당권'이라 한다)설정등기가 서울서부지방법원 2016. 5. 24. 접수 제25359호로 마쳐졌다.

다. 망인의 유언 공정증서 작성

- 1) 망인은 2014. 11. 18. 법무법인 F 증서 2014년 제1393호로 망인 소유의 이 사건 각 부동산을 원고 B(50/100 지분)과 E(25/100 지분), 원고 A(25/100 지분)에게 각 유증하는 내용의 유언공정증서(이하 '이 사건 1차 유언'이라 한다)를 작성하였다.
- 2) 망인은 2016. 8. 22. 공증인 G 사무소 증서 2016년 제515호로 이 사건 1차 유언을 모두 철회하고, 망인 소유의 이 사건 각 부동산과 C은행에 대한 예금채권(계좌번호 1 생략)을 모두 원고 A에게 유증하며, 원고 A가 그 유증에 대한 부담으로 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권 피담보채무와 임대차보증금 반환채무의 각 75%를 인수한다는 내용의 유언공정증서(이하 '이 사건

2차 유언'이라 하고, 이 사건 1, 2차 유언을 통틀어 '이 사건 각 유언'이라 한다)를 작성하였다.

라. 망인의 사망과 원고 A의 채무인수 및 근저당권변경등기

1) 망인은 2016. 10. 21. 사망하였고, 이 사건 각 부동산 중 망인 지분에 관하여 2016. 10. 21.자 유증을 원인으로 하는 원고 A 명의의 소유권이전등기(이하 '이 사건 각 소유권이전등기'라 한다)가 서울서부지방법원 2016. 11. 11. 접수 제60428호로 마쳐졌다.

2) 원고 A는 2016. 12. 5.경 피고와 사이에서, 이 사건 각 대출거래약정에 따른 망인의 피고에 대한 채무를 원고 A가 인수하고 이 사건 각 근저당권의 채무자를 원고 A로 변경하는 내용의 채무인수약정 및 근저당권변경계약을 각 체결하였고, 당시 원고들은 근저당권설정자의 지위에서 채무인수약정서와 근저당권변경계약서에 각 날인하였다.

3) 이후 이 사건 각 근저당권에 관하여 2016. 12. 5. 채무자를 망인에서 원고 A로 변경하는 근저당권변경의 부기등기가 각 마쳐졌다.

마. E의 관련 민사소송 제기

1) 망인의 딸인 E은 이 사건 각 유언 및 각 근저당권설정계약이 이루어질 당시 망인에게는 의사능력이 없었으므로, 이 사건 각 유언 및 각 근저당권설정계약은 모두 무효라고 주장하며 2017. 8. 10. 원고 A를 상대로 이 사건 각 소유권이전등기의 말소등기절차 이행을 구하고, 피고를 상대로 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소절차를 이행하라는 소를 제기하였다(이하 '관련 민사소송'이라 한다).

2) 관련 민사소송의 항소심은 2020. 4. 17. 이 사건 각 유언 및 각 근저당권설정계약은 망인의 의사능력이 없는 상태에서 이루어진 것이므로 무효이나, 공동상속인 원고 B의 법정상속분에 해당하는 부분은 공동상속인인 E이 원고 B의 명시적 의사³⁾에 반하여 공유물의 보존행위로서 말소를 구할 수 없다고 판단하고, 망인의 재산 중 1/2 지분을 상속한 E에게, 원고 A는 이 사건 각 부동산 중 위 E 상속지분에 관하여 이 사건 각 소유권이전등기의, 피고는 이 사건 제2 내지 5부동산 중위 E 상속지분에 관하여 이 사건 각 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다는 판결을 선고하였고(서울고등법원 2020. 4. 17. 선고 2019나2022508 판결), 위 판결은 대법원에서 확정되었다(대법원 2020. 9. 3.자 2020다230611 판결).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 6호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을

제3, 4, 8호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 본소청구 관련 주장

1) 원고들의 주장 망인이 피고와 체결한 이 사건 각 대출거래약정은 의사무능력자의 법률행위에 해당하여 무효이다. 원고 A는 무효인 채무를 인수한 채무인수인의 지위에서 피고에게 2016. 12. 5.자 채무인수에 기한 750,000,000원의 채무부존재 확인을 구한다.

또한 관련 민사소송에서 확정된 권리관계에 의하면 원고 A는 이 사건 제1 부동산 중 1/4 지분, 이 사건 제2 부동산 중 3/8 지분, 이 사건 제3 부동산 중 1/4 지분, 이 사건 제4 부동산 중 1/2 지분, 이 사건 제5 부동산 중 1/2 지분을 소유한 공유자이고, 원고 B은 이 사건 제1 부동산 중 1/2 지분, 이 사건 제2 부동산 중 1/4 지분, 이 사건 제3 부동산 중 1/2 지분을 소유한 공유자인데, 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약 등이 의사무능력자의 법률행위에 해당하여 모두 무효이므로, 피고는 각 원고에게 이 사건 각 부동산 중 각 원고별 소유 지분에 관하여 마친 원인무효인 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 각 이행할 의무가 있다.

2) 피고의 주장 원고들은 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약 등이 무효임을 알면서 채무인수약정 및 근저당권변경계약 등을 체결함으로써 무효행위를 추인한 것이므로, 원고 A는 피고에 대하여 채무부존재 확인을 구할 수 없다.

이 사건 각 유언은 의사무능력자의 행위로서 무효이고, 원고 A는 망인의 상속인도 아니므로, 이 사건 각 부동산의 공유자에 해당하지 않는다. 설령 원고 A가 이 사건 각 부동산의 공유자에 해당하더라도 무효행위의 추인으로 이 사건 각 근저당권의 피담보채무는 유효하게 존재하므로 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 없다.

원고 B은 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약이 무효라는 사정을 잘 알면서도 이 사건 각 대출거래약정에 따른 채무를 원고 A가 인수하고 이 사건 각 근저당권의 채무자를 원고 A로 변경하는 것에 동의하였고, 관련 민사소송에서도 망인의 유언의 효력을 다투지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였다. 따라서 원고 B은 무효인 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약을 사후적으로 추인한 것이고, 그에 따라 이 사건 각 근저당권의 피담보채무는 유효하게 존재하므로

근저당권설정등기의 말소를 구할 수 없다.

더욱이 원고들은 관련 민사소송의 제1심부터 상소심까지 계속하여 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약이 유효하다고 주장하다가 관련 민사소송에서 원고 A가 패소하자 갑자기 정반대의 주장을 하고 있으므로, 이러한 청구는 금반언 내지 신의칙에도 위반되어 허용되지 않는다.

나. 예비적 반소청구 관련 주장

1) 피고의 주장 원고들은 사실은 망인이 대출을 받을 의사가 없었음에도 마치 정상적인 의사능력을 가진 망인이 대출을 받는 것처럼 피고를 기망하여 망인 명의의 대출거래약정서 및 근저당권설정계약서를 작성하고 피고로부터 합계 7억 5,000만 원을 대출받아 이를 편취하였다. 이러한 원고들의 일련의 행위는 피고에 대한 불법행위를 구성하므로, 원고들은 연대하여 피고에게 손해배상으로 7억 5,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

또한 원고들은 통장, 도장 등 모든 출금수단을 전적으로 지배하면서 의사능력이 없는 망인 계좌로 입금된 대출금을 절취하여 피고의 망인에 대한 부당이득반환청구권을 침해함으로써 법률상 원인 없이 이득을 얻었고, 피고에게는 대출금 상당의 손실이 발생하였다. 따라서 위 불법행위로 인한 손해배상청구와 선택적으로 원고들은 악의의 수익자로서 이 사건 각 대출금을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

2) 원고들의 주장 원고들은 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약 당시 망인이 의사무능력 상태임을 알지 못하였고, 피고를 기망하여 대출거래약정 및 근저당권설정계약을 체결한 사실도 없으며, 위와 같이 대출받은 대출금 또한 대부분 망인을 위하여 사용되었고 원고들이 이를 임의로 소비한 사실이 없다. 따라서 원고들은 피고에 대하여 불법행위책임을 부담하지 아니하고 피고에 대한 부당이득반환의무도 없다.

3. 본소청구에 관한 판단

가. 채무부존재 확인청구에 관한 판단

1) 망인의 의사능력 여부 앞서 든 증거, 갑 제7 내지 15호증, 을 제9, 10호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하면, 이 사건 각 대출거래약정 체결 당시 망인은 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수

있는 정신적 능력 또는 지능, 즉 의사능력이 없었던 것으로 판단되므로, 의사능력이 없는 상태에서 체결된 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약은 모두 무효이고, 무효인 위 각 대출거래약정에 기한 채무를 인수하기로 한 원고 A의 채무인수약정 및 근저당권변경계약 역시 무효이다.

① 망인은 2014. 2. 5. 폐암진단을 받았고 2014. 2. 17. 암이 뇌로 전이되어 그 무렵부터 신체 우측 마비, 언어장애, 인지기능 장애 등의 뇌병변 장애 증상을 겪었으며, 2014. 4. 2.에는 급성 뇌경색 증상을 겪기도 하였다.

② 망인은 2014. 3. 11. 실시된 치매선별용 간이정신상태 검사(K-MMSE4) , 이하 'K-MMSE 검사'라 한다)에서 21점, 2014. 4. 19. 실시된 K-MMSE 검사에서 0점, 2014. 4. 26. 실시된 K-MMSE 검사에서 0점, 2014. 4. 28. 실시된 K-MMSE 검사에서 3점, 2014. 5. 3. 실시된 K-MMSE 검사에서 7점, 2014. 5. 14. 실시된 K-MMSE 검사에서 0점, 2014. 10. 7. 실시된 K-MMSE 검사에서 6점, 2015. 3. 18. 실시된 K-MMSE 검사에서 8점, 2015. 3. 26. 실시된 K-MMSE 검사에서 8점, 2015. 8. 19. 실시된 K-MMSE 검사에서 7점을 각 받았고, ④ 2014. 5. 7. 실시된 임상치매척도 검사(CDR5) , 이하 'CDR 검사'라 한다)에서 3점6) 을 받았으며, 2014. 5. 14. 실시된 전반적 퇴화척도 검사(GDS7) , 이하 'GDS 검사'라 한다)에서 6단계, 2014. 10. 7. 실시된 GDS 검사에서 5단계, 2015. 3. 26. 실시된 GDS 검사에서 6단계, 2015. 8. 19. 실시된 GDS 검사에서 5단계로 각 평가되었다.

③ 망인이 확정적으로 치매를 진단받은 것은 아니나 급성 뇌경색 증상을 겪은 2014. 4. 2. 이후로 K-MMSE 검사, CDR 검사, GDS 검사에서 일관적으로 중증의 인지장애가 있다는 결과를 받은 점, 2014. 5. 14. 장기간 지속될 경우 치매 증상이 발현될 가능성이 있는 파킨슨병을 진단받은 점, 인지기능 저하의 원인질환이 회복되었다기보다는 오히려 계속 악화된 점 등을 종합하면, 망인은 2014. 4. 2. 이후 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약 당시까지 정상적인 인식력과 예기력을 회복하지 못한 것으로 보인다.

④ 관련 민사소송의 제1심 감정인 H은 ㉠ 이 사건 제1 대출거래약정 및 근저당권설정계약이 체결된 2014. 10. 6.과 이 사건 1차 유언이 이루어진 2014. 11. 18. 당시 망인의 의사능력에 관하여, 2014. 10. 7. K-MMSE 검사에서 6점, GDS 검사에서 5단계로 평가된 점, 당시 기억력 저하가

있었고 언어적 지시에 올바르게 반응하지 못한 점, 2014. 10. 7.부터 2014. 11. 30.까지의 간호기록에 망인에 대한 별다른 인지기능 변화 내용이 기록되어 있지 않은 점을 고려하면, 부족한 돈의 충당을 위해 금융회사에 대출을 신청할 정도의 인지능력과 판단능력은 부족하였을 것이고, 고도의 인지기능이 요구되는 유언장을 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 한 합리적 판단에 의하여 작성할 정도의 인지능력과 판단능력 또한 부족했을 것으로 추정하였고, ㉠ 이 사건 제2 대출거래약정이 체결된 2015. 7. 13. 당시 망인의 의사능력에 관하여도, 2015. 8. 19. K-MMSE 검사에서 7점, GDS 검사에서 5단계로 평가되었고, 2015. 3. 26.부터 2015. 8. 19. 사이에 특별히 인지기능이 호전되었다는 기록이 없으며, 기억회상은 0점이고 언어적 지시에 대부분 올바른 반응을 보이지 못한 점, GDS 검사 결과 초기 중증의 인지장애 단계로 자신이 현재 삶과 관련된 중요한 것들을 기억하지 못하는 등 타인의 도움이 반드시 필요한 상태였던 점을 고려하면, 부족한 돈의 충당을 위해 금융회사에 대출을 신청할 정도로의 인지능력과 판단능력은 부족하였을 것으로 추정하였으며, ㉡ 이 사건 제3 대출거래약정이 이루어진 2016. 5. 18.과 이 사건 제3 근저당권설정계약이 체결된 2016. 5. 24. 및 이 사건 2차 유언이 이루어진 2016. 8. 22. 기준 망인의 의사능력에 관하여도, 2017. 6. 13.자 I병원 진단서에 2016. 9. 이후 병이 진행되고 뇌전이가 진행되었다는 기록이 있는데 이는 망인의 원인질환에 대한 임상적 경과가 시간의 흐름에 따라 호전되었을 가능성이 적었음을 나타내는 점, 2015. 8. 19. K-MMSE 검사에서 7점, GDS 검사에서 5단계로 평가되었던 점을 고려하면, 자기의 행위의 결과에 대하여 합리적인 판단을 할 능력과 실행능력이 부족하였을 것으로 추정하였고, ㉢ 결론적으로 망인은 혈관성 또는 알츠하이머성 치매의 혼합 상태였던 것으로 추정되는데 망인의 인지기능 저하의 원인질환이 회복 없이 지속되었던 점을 고려한다면 시간 경과에 따라 증상 호전의 가능성은 낮았을 것으로 추정하였다.

㉤ 관련 민사소송의 항소심에서 이루어진 I병원에 대한 2019. 10. 11.자 사실조회 결과에 의하면, 망인을 2014. 2. 23.부터 2016. 3. 16.까지 진료하였던 담당 신경외과 의사 J은 망인이 2014. 4. 신경외과 입원 시에는 의사소통이 불가능한 상태였고, 이후 호전되어 단순한 의사소통은 가능하였으나 인지기능의 저하는 상당히 진행된 상태가 지속되었으며, 의사소통의 내용은 대단히 낮은 수준으로만 가능했던 것으로 보이고, 급성 뇌경색의 발생과 전이암의 반복 재발로 치매가

고착되고 이후 점차 악화되는 과정을 밟은 것으로 보인다는 의견을 밝혔다.

⑥ 망인에 대한 의무기록에 의하면 망인은 전반적으로 인지저하가 지속되어 왔고 대부분의 시간을 침대에 누운 상태로 지냈으며 2014. 6. 12. 이후에는 대소변에 대한 조절이나 인지조차 하지 못해 기저귀를 착용하고 생활하였다. 망인에 대한 일부 의무기록에 '의사표현이 가능함', '묻는 말에 간단한 대답하심', '의사소통 명확함'과 같은 내용이 기재되어 있기는 하나, 망인이 K병원에 입원했던 2014. 5. 14.부터 2015. 9. 25.까지의 의무기록을 전체적으로 살펴보면 망인의 의사식별능력은 지속적으로 저하되어 왔던 것으로 보인다.

⑦ 관련 민사소송에서는 앞서 본 사정들에 기초하여 이 사건 각 유언과 이 사건 각 근저당권설정계약이 망인의 의사능력이 없는 상태에서 체결된 것으로 무효라고 판단하였다. 그런데 이 사건 제1 대출거래약정은 이 사건 제1 근저당권설정계약이 체결된 날과 같은 날, 이 사건 제2 대출거래약정은 이 사건 제2 근저당권설정계약이 체결된 날로부터 2일 전, 이 사건 제3 대출거래약정은 이 사건 제3 근저당권설정계약이 체결된 날로부터 6일 전에 각 체결되었는바, 이 사건 각 대출거래약정이 체결된 시점과 이 사건 각 근저당권설정계약이 체결된 시점 사이에 망인의 의사능력이 유의미하게 변화하였을 것이라고 보기도 어렵다.

2) 원고들의 추인 여부 그러나 앞서 든 증거, 갑 제22 내지 24, 26호증, 을 제12호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에서 알 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하면, 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약 등이 망인의 의사무능력 상태에서 이루어졌다는 사실을 잘 알면서, 원고 A는 피고와 채무인수약정 및 근저당권변경계약 등을 체결하였고, 망인의 법정상속인인 원고 B 역시 위와 같은 채무인수 및 근저당권변경에 동의하였다고 봄이 상당하고, 이러한 원고들의 무효행위 추인으로 이 사건 각 대출거래약정 및 채무인수약정은 유효하게 되고 그에 따라 채무인수인인 원고 A는 피고에 대하여 대출금 잔액 상당의 채무를 부담한다고 보아야 하는바, 이 점을 지적하는 피고의 항변은 이유 있고, 결국 원고 A의 위 청구는 이유 없다.

① 이 사건 각 대출거래약정 체결 당시 원고 A 또는 원고 B이 망인과 동행하거나 망인과 동석하였던 것으로 보이는 점, 앞에서 본 망인의 상태 등을 감안하면 망인이 이 사건 제2 내지 5부동산을 담보로 합계 7억 5,000만 원에 이르는 거액을 대출받는 행위에 담긴 의미와 결과 등을 헤아려 스스로 이를

행하였을 것으로 보기는 어려운 점, 실제로 이 사건 제2 대출거래약정서에는 '자서: 子B 도움으로 자서'라는 기재도 존재하는 점, 망인은 이 사건 제2 부동산을 임대하여 망인의 C은행 계좌로 매월 500만원 상당의 차임을 지급받고 있었으므로 위와 같은 차임으로 망인의 병원비나 생활비 등을 충당할 수 있었을 것으로 보이는데, 그럼에도 불구하고 이 사건 각 대출거래약정을 체결하여 추가로 합계 7억 5,000만 원이나 되는 자금을 조달하여야 할 명확한 이유가 없었던 점, 실제로 피고가 망인의 계좌로 지급한 대출금은 원고 A의 아들인 L이 자신의 명의로 나대지인 부동산을 매수하는데 사용하거나, 원고 B이 자신의 명의로 수입자동차(독일 M 사의 N 승용차)를 매수하고 대부업체에 대한 자신의 채무원리금 변제 등에 사용하였으며 나머지 돈의 상당 부분도 원고들이 임의로 소비한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약은 망인의 인지기능이 매우 악화된 상태에서 이러한 망인의 상태를 잘 알고 있던 원고 A 또는 B이 주도하여 체결한 것으로 봄이 상당하다.

② 이 사건 각 대출거래약정에 따른 대출이 실행되고 이 사건 각 근저당권설정계약에 따라 이 사건 제2 내지 5 부동산에 피고 명의의 이 사건 각 근저당권이 설정된 이후 망인은 이 사건 각 부동산을 원고 A에게 유증하고 그 부담으로 이 사건 각 대출거래약정에 따른 채무 및 임차보증금의 각 75%를 인수하도록 하는 내용의 이 사건 2차 유언을 작성하게 되었는데, 관련 민사소송의 결과에 앞서 본 제반사정 등을 더하여 보면 위 유언도 망인의 인지기능이 매우 악화된 상태에서 이러한 망인의 상태를 잘 알고 있던 원고 A 또는 원고 B이 주도하여 이루어진 것으로 판단된다.

③ 원고들은 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약의 체결을 주도한 이후 망인이 사망하자, 마찬가지로 원고들이 주도한 망인의 이 사건 2차 유언에 따라 이 사건 각 부동산 중 망인 소유 지분에 관하여 원고 A 명의의 소유권이전등기를 마쳤다. 이후 원고 A는 이 사건 2차 유언에서 정한 바와 같이 피고와 채무인수약정 및 근저당권변경계약 등을 체결하였고, 원고 B은 위 채무인수약정 및 근저당권변경계약에 동의하였다.

④ 원고 B은 망인의 법정상속인인 E이 원고 A 및 피고를 상대로 관련 민사소송을 제기하자 '망인의 유언행위의 효력을 다투지 않고, E의 청구에 반대하고 있으며, E의 청구 중 본인의 상속지분인 2분의 1 지분에 해당하는 청구는 공유자인 본인의 의사에 명시적으로 반한다는 점을 확인한다'는 내용의

확인서를 작성하기도 하였다.

나. 원고 A의 소유권에 기한 근저당권말소청구에 관한 판단

앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에서 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 각 유언은 망인이 의사능력이 없는 상태에서 이루어진 것으로 모두 무효이고 따라서 이 사건 2차 유언에 따른 망인의 원고 A에 대한 유증 역시 무효인 점, 관련 민사소송에서 E의 원고 A에 대한 소유권이전등기말소청구가 일부 기각되기는 하였으나 이는 항소심 법원이 망인의 법정상속인인 E이 공유물의 보존행위로서 원고 A 명의로 등기된 이 사건 각 부동산 지분의 말소를 구하는 경우 공동상속인인 원고 B의 명시적 의사에 반하여 위 원고 B의 상속분에 해당하는 부분의 말소를 구할 수 없다고 판단하였기 때문이지 원고 A가 원고 B의 상속분에 해당하는 부분의 공유자에 해당한다고 판단하였기 때문은 아닌 점 등을 고려하면, 원고 A가 제출한 증거만으로는 원고 A가 이 사건 제2 내지 5 부동산의 공유자에 해당한다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

설령 원고 B이 망인의 법정상속인으로서 이 사건 2차 유언 중 자신의 지분에 해당하는 유증 부분을 사후적으로 추인하여 원고 B의 상속분에 해당하는 이 사건 제2 부동산 중 3/8 지분, 이 사건 제3 부동산 중 1/4 지분, 이 사건 제4 부동산 중 1/2 지분, 이 사건 제5 부동산 중 1/2 지분을 원고 A가 적법하게 소유하게 되었다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 원고들의 추인으로 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약이 유효하게 되고 그에 따른 이 사건 각 근저당권의 피담보채무가 존재하는 이상 원고 A는 피고에 대하여 이 사건 각 근저당권의 말소를 구할 수 없다 할 것이므로, 이 점을 지적하는 피고의 항변은 이유 있고, 결국 원고 A의 위 청구는 이유 없다.

다. 원고 B의 소유권에 기한 근저당권말소청구에 관한 판단

앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 의하면 원고 B은 망인으로부터의 상속분을 제외하고도 이 사건 제2 부동산 중 1/4 지분, 이 사건 제3 부동산 중 1/2 지분을 소유한 공유자인 사실을 인정할 수 있고, 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약이 의사무능력자의 행위로서 무효임은 앞서 본 바와 같으나, 한편 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 의하면 이 사건 각 대출거래약정 및 근저당권설정계약 등이 망인의 의사무능력 상태에서 이루어졌다는 사실을 잘 알면서, 원고 A는 피고와 채무인수약정 및 근저당권변경계약 등을 체결하였고, 망인의 법정상속인인 원고 B 역시 위와

같은 채무인수 및 근저당권변경에 동의하였는바, 이러한 원고들의 무효행위 추인으로 이 사건 각 대출거래약정 및 채무인수약정은 유효하게 되고 그에 따라 채무인수인인 원고 A는 피고에 대하여 이 사건 각 근저당권의 피담보채무를 부담한다고 할 것이므로, 원고 B은 피고에 대하여 이 사건 각 근저당권의 말소를 구할 수 없고, 이 점을 지적하는 피고의 항변은 이유 있으므로, 결국 원고 B의 위 청구 역시 이유 없다.

4. 반소청구에 관한 판단

피고의 반소청구는 원고들의 본소청구가 인용될 것을 조건으로 하는 것이므로, 원고들의 본소청구를 모두 기각하는 이상 피고의 예비적 반소청구에 대하여는 따로 판단하지 아니한다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2006다19061,19078 판결 등 참조).

5. 결론

그렇다면 원고들의 청구를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이병삼

판사김병휘

판사조현우

별지

1) 뒤에서 보는 바와 같이 예비적 반소는 본소 청구 기각판결이 확정되면 해제조건의 성취로 인하여 소송의 계속이 소급적으로 소멸하는데, 이러한 예비적 반소는 소송이 재판에 의하지 않고 끝난 경우에 해당하므로, 예비적 반소로 인한 소송비용의 부담에 대하여 별도로 판단하지 아니한다(대법원 2018. 4. 6.자 2017마6406 결정 참조).

2) 피고는 제3회 변론기일에서 피고의 반소는 예비적 반소라는 취지로 진술하였다.

3) 원고 B은 2019. 11. 14. '망인의 유언행위의 효력을 다투지 않고, E의 청구에 반대하고 있으며, E의 청구 중 본인의 상속지분인 2분의 1 지분에 해당하는 청구는 공유자인 본인의 의사에 명시적으로 반한다는 점을 확인한다'는 내용의 확인서를 작성하였고, 이러한 확인서가 관련 민사소송의 항소심에

제출되었다.

4) Korean version of Mini-Mental State Exam의 약칭으로 점수가 낮을수록 인지기능이 저하되어 있는 것으로 평가한다. 총 30점으로 평가를 하는데, 24점에서 30점은 인지적 손상이 없음, 18점에서 23점은 경도의 인지기능장애, 0점에서 17점은 분명한 인지기능장애로 구분한다.

5) Clinical Dementia Rating의 약칭으로 점수가 높을수록 증상이 심하다.

6) '심한기억장애(부분적이고 단편적인 사실만 보존됨)', '사람에 대한 지남력만 유지되는 상태', '판단이나 문제해결이 불가능한 상태', '집밖에서 독립적인 활동을 할 수 없고 외견상으로는 가정을 떠나 외부에서의 정상적인 기능을 할 수 없어 보이는 상태'에 해당한다.

7) Global Deterioration Scale의 약칭으로 그 단계가 높아질수록 증상이 심하다. 총 7단계로 평가되며, 1단계는 인지장애 없음, 2단계는 매우 경미한 인지장애, 3단계는 경미한 인지장애, 4단계는 중등도 인지장애, 5단계는 초기 중증의 인지장애, 6단계는 중증의 인지장애, 7단계는 후기 중증의 인지장애로 구분한다.