

광주지방법원 2022. 1. 19 선고 2021나53510 판결 [소유권이전등기말소 등]

재판경과

광주지방법원 2022. 1. 19 선고 2021나53510 판결

광주지방법원 2021. 2. 2 선고 2019가단528454 판결

전문

원고, 항소인A

소송대리인 법무법인 에이프로

담당변호사 김지윤

피고, 피항소인1. C

2. D

3. B

피고들 소송대리인 법무법인 해태

담당변호사 송우철

변론 종결2021. 12. 8.

판결 선고2022. 1. 19.

제1심판결광주지방법원 2021. 2. 2. 선고 2019가단528454 판결

주문

1. 제1심판결 중 피고 D, 피고 C에 대한 주위적 소 부분과 피고 C에 대한 예비적 소 부분을 모두

취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 주위적 및 예비적 소를 모두 각하한다.

2. 원고의 나머지 항소를 기각한다.

3. 원고와 피고 D, 피고 C 사이에 생긴 소송총비용은 원고가 부담하고, 원고와 피고 B 사이의 항소비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

1) 및 항소취지

제1심판결을 취소한다.

주위적으로, ① 피고 B에게, 피고 C는 별지1 부동산의 표시 기재 각 부동산(이하 이 사건 각 부동산이라 하고, 필요한 경우 순번을 붙여 이 사건 순번 X 부동산이라 한다) 중 각 46/192 지분에 관하여 광주지방법원 등기국 2017. 7. 6. 접수 제117325호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고, 피고 D는 이 사건 순번 1 부동산 중 46/192 지분에 관하여 광주지방법원 등기국 1991. 1. 15. 접수 제2017호로 마친 소유권이전등기의, 이 사건 순번 2, 3 부동산 중 각 46/192 지분에 관하여 광주지방법원 등기국 1990. 4. 26. 접수 제16806호로 마친 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하고, ② 피고 B은 원고(이하 원고 A라 한다)에게 이 사건 각 부동산 중 각 46/192 지분에 관하여 1989. 11. 28. 증여를 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행하라.

예비적으로, 이 사건 각 부동산 중 각 46/192 지분에 관하여 ① 피고 C는 피고 D에게 광주지방법원 등기국 2017. 7. 6. 접수 제117325호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고, ② 피고 D는 원고 A에게 2010. 3. 31. 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자 등의 관계

피고 B와 피고 C는 부부(夫婦)이고, E, F, G, 원고 A, H, 피고 D는 피고 B와 피고 C의 자녀들이다.

나. 이 사건 증여계약

1) 피고 B, 피고 C, E, 원고 A, H, 피고 D, F, G는 1989. 11. 28. 별지2 증여내역 중 증여대상 토지란 기재 각 부동산에 관하여 증여계약(이하 이 사건 증여계약이라 한다)을 체결하고, 이를 공증인가 AA합동법률사무소 1989년 등부 제1611호로 공증하였다.

2) 이 사건 증여계약에는 위 증여대상 토지의 일부인 이 사건 각 부동산을 별지2 증여내역 순번 10, 14 기재와 같이 피고 B, 피고 C 및 E가 원고 A에게 증여하는 내용이 포함되어 있다.

다. 이 사건 각 부동산에 관한 지분소유권이전 현황

1) 이 사건 증여계약 당시 이 사건 각 부동산은 피고 B(92/192 지분), 피고 C(14/192 지분), E(86/192 지분)가 공유하고 있었다.

2) 이 사건 증여계약 이후 이 사건 각 부동산의 지분에 관하여는 아래 표 기재와 같은 소유권 변동이 있었다.

피고 B92/192	2)46/192	취득자 : 피고 D(순번1) 1991. 1. 14. 증여(등기원인), 1991. 1. 15.(접수) 등기(순번2,3) 1990. 4. 23. 증여, 1990. 4. 26. 등기
5)46/192	취득자 : I(순번1,2,3) 2003. 5. 30. 매매, 2003. 6. 23. 등기	
피고 C14/192	취득자 : I(순번1,2,3) 2003. 5. 30. 매매, 2003. 6. 23. 등기	
5)14/192	취득자 : 피고 C(순번1,2,3) 2013. 6. 22. 조정을 갈음하는 결정2) 아래 라.항의 사실관계를 원인으로 한다.(등기원인), 2017. 7. 6.(접수) 등기	
E86/192	5)43/192	취득자 : 피고 C(순번1) 1991. 1. 14. 증여, 1991. 1. 15. 등기(순번2,3) 1990. 4. 23. 증여, 1990. 4. 26. 등기
취득자 : I2003. 5. 30. 매매2003. 6. 23. 등기		
7)43/192	취득자 : H(순번1) 1991. 1. 14. 증여, 1991. 1. 15. 등기(순번2,3) 1990. 4. 23. 증여, 1990. 4. 26. 등기	

라. 피고 B, 피고 C는 광주지방법원 2013가단3588호로 피고 D 등을 상대로, '이 사건 각 부동산 중 위 다. 2)항 기재와 같이 피고 D 앞으로 마쳐진 지분소유권이전등기는 피고 B, 피고 C의 부양(扶養)을 목적으로 한 것인데 피고 D가 그 의무를 이행하지 아니하므로 증여계약을 해제한다'고 주장하면서 피고 B 앞으로 위 각 부동산 지분에 관한 소유권이전등기의 말소를 구하는 소(피고 C는 H를 상대로 다른 부동산에 관한 지분소유권이전등기의 말소를 구함)를 제기하였고, 위 법원은 2013. 5. 29. "피고 D는 피고 C에게 이 사건 각 부동산에 관한 피고 D 지분 전부에 관하여 각 소유권이전등기절차를 이행한다"는 내용을 결정사항으로 하는 조정을 갈음하는 결정을 하였으며, 위 결정은 그대로 확정되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 3, 14, 15, 38호증(각 가지번호 있는 경우 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1, 15호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지

2. 피고들에 대한 주위적 청구에 관한 판단

가. 이 부분 청구원인

이 사건 증여계약에 의하여 원고 A는 피고 B, 피고 C 및 E로부터 이 사건 각 부동산(지분)을 증여받았다.

원고 A, 피고 B, 피고 D는 이 사건 증여계약 당시 피고 B이 원고 A에게 증여하기로 한 이 사건 각 부동산에 관한 피고 B 소유 92/192 지분 중 46/192를 피고 D에게 명의신탁하기로 약정(이하 이 사건 명의신탁약정이라 한다)하였고, 이에 따라 위 기초사실 기재와 같이 피고 B은 피고 D 앞으로 자신의 지분 92/192 중 46/192 지분에 관한 소유권이전등기를 마쳤다.

한편, 피고 C는 이 사건 증여계약의 당사자로서 이 사건 각 부동산 중 피고 D 앞으로 등기 이전된 피고 B 소유 46/192 지분이 이 사건 증여계약에 따라 원고 A에게 귀속되어야 한다는 점과 위 명의신탁약정에 따라 피고 D 앞으로 등기명의만 마쳐둔 것이라는 사실을 잘 알고 있었음에도, 피고 D를 상대로 위 지분의 소유권이전등기말소 청구의 소(광주지방법원 2013가단3588호)를 제기하였고, 그 조정절차에서 '피고 D는 피고 C에게 이 사건 각 부동산 중 위 지분에 관한 소유권이전등기 절차를 이행한다'는 내용의 조정을 갈음하는 결정을 받아 위 피고들이 모두 이의하지 않음으로써 위 결정이 확정되어 2017. 7. 6. 위 지분에 관하여 위 결정을 원인으로 자신 앞으로

소유권이전등기를 마쳤다.

이 사건 명의신탁약정은 부동산실권리자명의등기에 관한 법률에 반하여 무효이고, 피고 D가 위 조정을 갈음하는 결정에 이의하지 아니하여 확정되도록 함으로써 위 지분을 원고 A 의사에 반하여 임의로 처분한 것은 원고 A에 대한 배임행위에 해당하며, 피고 C는 피고 D의 배임행위에 적극 가담하였으므로, 피고 D와 피고 C의 위 지분에 관한 각 소유권이전등기는 모두 무효이다. 이에 원고 A는 이 사건 증여계약에 기하여 피고 B에 대한 이 사건 각 부동산 중 46/192 지분에 관한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 피고 B를 대위하여 피고 C, 피고 D를 상대로 위 지분에 관한 소유권이전등기의 각 말소등기절차 이행을 구하고, 피고 B에 대하여는 이 사건 증여계약에 기하여 원고 A 앞으로의 소유권이전등기절차 이행을 구한다.

나. 판단

1) 이 사건 명의신탁약정의 존부(피고 D, C에 대한 주위적 소에 관하여) 부동산에 관하여 그 소유자로 등기되어 있는 자는 적법한 절차와 원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정된다. 따라서 그 등기가 명의신탁에 기한 것이라는 사실은 이를 주장하는 자에게 입증책임이 있다(대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다90883 판결 등 참조). 그리고 등기가 명의신탁에 기한 것이라고 인정하기 위해서는 등기명의인과 명의신탁자의 관계, 등기명의인 앞으로 등기가 이전되게 된 경위, 그 부동산의 규모 및 관리 상태, 그 부동산에 관한 수익이나 보상금의 수령 또는 지출관계, 제세공과금의 납부 관계, 등기필증의 소지 관계, 그 밖의 모든 사정을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 1998. 9. 8. 선고 98다13686 판결 등 참조).

이 사건을 위 법리에 비추어 본다.

살피건대, 앞서 인정한 기초사실에다가 갑 제4 내지 11, 15, 17, 18, 20, 23, 24, 34호증의 각 기재에 의하면, ① 원고 A가 이 사건 순번 1 부동산의 주소변경에 관한 등기필증(소유권이전등기에 관한 등기필증은 피고 B 측이 소지하고 있다)과 이 사건 순번 2, 3 부동산에 관한 등기필증을 각 소지하고 있는 사실, ② 원고 A가 이 사건 증여계약 이후 2008년경까지 이 사건 각 부동산에 부과된 종합토지세 내지 재산세를 납부하고, 이 사건 순번 2, 3 부동산 중 E 소유 43/192 지분에 관하여 1990. 4. 23.자 증여를 원인으로 하여 1990. 4. 26. H 앞으로 소유권이전등기가 마쳐질 당시 위

증여세를 부담하고, 이 사건 각 부동산 중 피고 B, 피고 C 소유 합계 103/192지분에 관하여 2003. 5. 30.자 매매를 원인으로 하여 2003. 6. 23. I 앞으로 소유권이전등기가 마쳐질 당시 그 양도소득세를 부담하는 등으로 이 사건 각 부동산에 관한 각종 세금을 부담한 사실, ③ 원고 A가 1990. 3.경부터 이 사건 각 부동산에 직접 또는 타인을 통하여 나무를 심거나 농작물을 재배하고 울타리를 치는 등으로 이 사건 각 부동산을 점유, 관리해 온 사실, ④ 원고 A가 2006. 1.경 이 사건 각 부동산 지상에 다가구 주택을 짓기 위해 측량을 하고 설계비를 지출하였으며 건축허가를 받을 당시 피고들이 별다른 이의를 제기하지 아니한 사실 등을 각 인정할 수는 있다.

그러나 앞서 든 증거들과 갑 제35, 36호증, 을 제7, 15, 19, 20, 21, 23의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 위 ① 내지 ④ 사실 또는 사정 및 원고 A가 주장하는 다른 사정들만으로는 이 사건 각 부동산 중 피고 D 앞으로 마쳐진 피고 B 소유 46/192 지분 이전등기에 관한 적법 추정력을 뒤집고, 원고 A, 피고 B, 피고 D 사이에 위 지분에 관한 명의신탁약정이 있었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

가) F4) 등이 원고 A, 피고 B, 피고 C, E 등을 상대로 제기한 광주지방법원 2018가단24016 사건의 항소심(광주지방법원 2020나151)에서 원고 A는 '이 사건 순번 2, 3 부동산 등에 관하여 일괄하여 1990. 4. 23.자 증여를 원인으로 하여 피고 D, H 앞으로 지분소유권이전등기가 마쳐진 것은 원고 A 등이 임의로 한 것이 아니라 가족들 간 합의로(이 사건 증여계약의) 변경된 내용에 따라 소유권이전등기가 마쳐진 것'이라는 취지로 주장하였다(을 제21호증). 그렇다면 이 사건 순번 2, 3 부동산에 관하여는 원고 A가 이 사건 소에서 주장하고 있는 이 사건 명의신탁약정에 기한 것이 아니라 원고 A와 피고들을 포함한 가족들 사이의 수증자 변경 합의에 따라 피고 D, H 앞으로 지분소유권이전등기가 되었다고 봄이 상당하고, 또한 위 기초사실에서 보았듯이 등기일자에 일부 차이가 있을 뿐 이 사건 순번 1 부동산과 순번 2, 3 부동산은 지분소유권이전등기가 이루어진 순서와 그 명의인이 동일한데다 등기원인도 증여로 되어 있는 점, 나아가 원고 A는 위 사건 제1심에서 제출한 2019. 3. 11.자 준비서면에서 "관련 사건에서 증인으로 출석한 F은 '피고 B으로부터 거절을 당하자 원고 A가 자신(F)이 증여받은 V(별지2 증여내역 순번 9) 토지를 갖는 대신 M(이 사건 순번 3), J, K(이 사건 순번 1) 토지를 포기하겠다고 하였다'고 증언하였음"을 들어 자신의 위 V 토지 취득이

정당하다는 취지로 주장하기도 하였던 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 명의신탁약정이 존재한다는 원고 A의 주장과 달리 이 사건 순번 1 부동산에 관하여도 위와 같은 수증자 변경 합의가 있었던 것으로 봄이 상당하다.

나) 원고 A는 피고 D 등과 사이에 이 사건 명의신탁약정을 하게 된 경위에 관하여, 소유자를 여러 사람으로 하면 명의인 별로 250만 원의 양도소득세 기본공제5)를 받을 수 있고, 양도소득세 구간별 세율도 낮아지는 등 세금을 절감할 수 있다는 피고 B의 권유 또는 지시에 따라 이 사건 각 부동산 중 피고 B 소유 46/192 지분에 관하여 피고 D 앞으로 명의신탁약정을 체결하게 된 것이라고 주장한다. 그러나 광주지방법원 2019나56608 사건에서 원고 A는 자신이 증여받기로 한 이 사건 각 부동산 중 E 소유 (86/192 지분 중) 43/192 지분을 H에게 명의신탁하였다고 주장하였는데, 앞서 본 바와 같이 E 소유 86/192 지분 중 절반은 H에게, 나머지 절반은 오히려 14/192 지분의 증여자인 피고 C에게 이전된 점에 비추어 E 소유 43/192 지분을 H에게 명의신탁하였다는 원고 A의 주장은 믿기 어렵고(위 법원도 같은 취지로 판단하였다), 결국 절세를 위하여 피고 B 소유 46/192 지분에 관하여 이 사건 명의신탁약정을 체결하였다는 취지로 하는 원고 A의 주장 또한 선뜻 납득하기 어렵다[뿐만 아니라 이 사건 증여계약 이후인 1995. 3. 30. 법률 제4944호로 제정된 부동산실권리자명의등기에 관한 법률 제11, 12조는 위 법 시행 전에 명의신탁약정에 따라 등기한 경우 시행일부터 1년의 기간 이내에 실명등기를 하여야 하고, 위 기간 내에 실명등기 또는 매각처분을 하지 아니하면 명의신탁약정의 효력에 관하여는 위 법 제4조에 따라 그 효력을 인정하지 아니하며(이 경우 제3자에게는 대항하지 못함), 위 법 제5조, 제5조의2, 제6조 등에 의하여 관할 관청으로부터 부동산평가액을 기준으로 상당한 정도의 과징금 또는 이행강제금을 부과한다고 되어 있음에도, 원고 A는 이 사건 각 부동산 중 위 지분에 관하여 위법 시행 이후 이 사건 소를 제기하기까지(또는 원고 A가 아래에서 보는 바와 같이 명의신탁약정 해지를 주장한 2010년 9월경까지) 상당한 기간 동안 별다른 조치를 하지 않았는바, 양도소득세 등의 절세를 위하여 이 사건 명의신탁약정을 체결하였다는 원고 A의 주장은 이 점에 있어서도 쉽사리 믿기 어렵다].

다) 원고 A는 2010. 9.경 H, 피고 D에게 명의신탁약정을 해지하고 이 사건 각 부동산에 관한 (지분)소유권이전등기를 마쳐줄 것을 요구하는 내용의 내용증명우편을 보낸 후, H, 피고 D로부터

명의신탁약정을 한 사실이 없다는 취지의 내용증명우편을 수령하였음에도 이에 대하여 2018. 8.경 광주지방법원 2018가단527607 사건(위 나)항 기재 사건의 제1심) 소를 제기할 때까지 별다른 반박이나 주장을 하지 않았다.

라) 위 다)항과 관련하여 원고 A는, 당시 광주지방법원 2008가합6849호로 피고 B과 피고 C가 I을 상대로 제기한 소(항소심 광주고등법원 2010나1110)에서 원고 A가 이 사건 각 부동산의 실질적 처분권자로 인정받았기에 나중에 소를 제기하여 권리를 회복할 수 있다고 생각하였고, 가족들 간의 소송이 장기화되면서 건강이 나빠지고 지쳐서 소송을 제기하지 아니하였을 뿐이라고 주장한다.

그러나 원고 A는 위 사건 소의 당사자가 아닌데다가, 위 법원은 '원고 A, 피고 B, 피고 C 사이에서 이 사건 증여계약이 해제되지 아니하였으므로, 원고 A에게 이 사건 각 토지를 처분할 실질적 처분권이 있다'는 전제에서 피고 B, 피고 C가 이 사건 각 부동산 중 피고 B 소유 46/192 지분, 피고 C 소유 14/192 지분에 관하여 I 앞으로 마쳐준 지분소유권이전등기는 실체관계에 부합하여 유효하다고 판단한 것일 뿐, 이 사건 각 부동산 중 피고 B 소유 나머지 46/192 지분6), E 소유 86/192 지분에 관하여 H, 피고 D, 피고 C 앞으로 마쳐진 지분소유권이전등기가 어떠한 원인에 의한 것인지(예컨대, 원고 A가 실질적 처분권한에 기하여 위 사람들 앞으로 명의신탁을 한 것인지, 아니면 앞서 본 바와 같이 이 사건 증여계약에 관한 수증자 변경 합의에 따라 H, 피고 D, 피고 C 앞으로 지분소유권이전등기가 마쳐진 것인지 등)는 판단 대상으로 삼지도 않았다. 여기에 위 가)항에서 본 것처럼 이 사건 각 부동산에 관한 수증자 변경 합의가 있었던 것으로 보이는 여러 사정들을 더하여 보면7), 원고 A의 이 부분 주장은 믿기 어렵다.

따라서 이 사건 명의신탁약정의 존재를 전제로, 피고 B을 대위하여 피고 D를 상대로 이 사건 각 부동산 중 피고 B 소유 46/192 지분에 관한 소유권이전등기의 말소를, 나아가 피고 D의 위 지분소유권이전등기말소 의무의 존재를 전제로 피고 C를 상대로 위 지분에 관한 소유권이전등기 말소를 각 구하는 원고 A의 위 피고들에 대한 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다(원고 A는, 피고 C가 피고 D의 위 지분소유권이전등기말소 의무에 관한 배임행위에 적극 가담하여 광주지방법원 2013가단3588 소유권말소등기 청구 사건에서 조정을 갈음하는 결정을 받은 후 피고 C 앞으로 그 이전등기를 마쳤으므로, 피고 C의 이와 같은 행위는 반사회적 법률행위에 해당하여

무효라고 주장하나, 위 소에서 피고 D를 상대로 지분소유권이전등기의 말소를 구한 당사자는 피고 C가 아니라 피고 B인데다, 앞서 이 사건 명의신탁약정이 존재한다고 보기 어렵다고 판단한 이상 피고 D가 피고 B 또는 원고 A에 대하여 위 지분소유권이전등기말소 의무를 부담한다고 할 수 없고, 따라서 피고 D가 위 지분소유권을 타에 이전하더라도 이를 배임행위라고 할 수도 없다).

다만, 아래에서 보는 바와 같이 원고 A의 피고 B에 대한 청구는 이유 없다고 판단하므로, 원고 A의 피고 D, 피고 C에 대한 주위적 소는 채권자대위 소송에 있어 갖추어야 하는 채권자의 채무자에 대한 피보전권리(원고 A의 피고 B에 대한 이 사건 각 부동산 중 46/192 지분에 관한 소유권이전등기청구권)가 인정되지 아니하는 경우로서 당사자적격을 흠결한 것이어서 결국 부적법하다8).

2) 피고 B에 대한 청구에 관한 판단 다음으로 원고 A는 피고 B를 상대로 이 사건 증여계약에 따라 이 사건 각 부동산 중 46/192 지분에 관한 소유권이전등기를 구하므로 보건대, 원고 A와 피고 B 사이에 위 지분에 관하여 이 사건 증여계약이 체결된 사실은 앞서 인정한 바와 같으나, 한편 위에서 본 사실관계에 의하면 위 증여계약 중 적어도 이 사건 각 부동산에 관한 부분은 위 증여계약 이후 당사자 사이에 수증자 변경 합의가 있었다고 할 것인바, 따라서 위 증여계약 중 이 사건 각 부동산에 관하여 수증자를 원고 A로 하는 부분이 여전히 효력을 가짐을 전제로 하는 원고 A의 피고 B에 대한 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다(원고 A는 피고 D, 피고 C의 이 사건 각 부동산 중 피고 B 소유 46/192 지분에 관한 각 소유권이전등기가 피고 B의 원고 A에 대한 배임행위에 적극 가담한 것이어서 무효라는 취지로도 주장하나, 원고 A의 이 부분 주장은 피고 B에 대한 이 부분 청구가 유효함을 전제로 한 것이므로, 원고 A의 위 주장 또한 나아가 판단하지 아니한다).

다. 소결

따라서 이 사건 소 중 피고 D, 피고 C에 대한 주위적 소는 모두 부적법하고, 피고 B에 대한 주위적 청구는 이유 없다.

3. 피고 D, 피고 C에 대한 예비적 청구에 관한 판단

가. 이 부분 청구원인

원고 A는 이 사건 증여계약을 체결한 이후 늦어도 1990. 3.말경부터 현재까지 이 사건 각 부동산을

자주, 평온, 공연하게 점유하였으므로 2010. 3. 31. 점유취득시효가 완성되었다.

피고 C는 점유취득시효가 완성된 후인 2017. 7. 6. 피고 D로부터 이 사건 각 부동산 중 46/192지분에 관한 지분소유권이전등기를 마쳤으나, 피고 D와 피고 C 사이의 위 소유권이전은 위 기초사실 라.항과 같은 조정을 갈음하는 결정을 등기원인으로 한 것으로서, 이는 위 피고들이 서로 통모한 것이거나 피고 D의 원고 A에 대한 배임행위에 피고 C가 적극 가담한 것이어서 반사회적 법률행위로서 효력이 없다.

따라서 원고 A는 취득시효완성 당시의 소유명의자인 피고 D를 상대로 위 지분에 관한 소유권이전등기절차를 구하고, 피고 C에 대하여도 피고 D를 대위하여 그 명의의 소유권이전등기의 말소를 구한다.

나. 관련법리

점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정한다(민법 제197조 제1항).

따라서 점유자가 취득시효를 주장하는 경우 스스로 소유의 의사를 증명할 책임은 없고, 그 점유자의 점유가 소유의 의사가 없는 점유임을 주장하여 취득시효의 성립을 부정하는 자에게 그 증명책임이 있다. 그리고 점유자의 점유가 자주점유인지 아니면 타주점유인지는 점유자의 마음속에 있는 의사에 따라 결정되는 것이 아니라 점유 취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관련된 모든 사정에 따라 외형적·객관적으로 결정되어야 한다. 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었거나, 점유자가 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 하려는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정, 즉 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 않았을 태도를 나타내거나 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 않은 경우 등 외형적·객관적으로 보아 점유자가 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않았던 것이라고 볼 만한 사정이 증명된 경우에 한하여 그 추정은 깨진다. 그러나 점유자가 스스로 매매나 증여와 같이 자주점유의 권원을 주장하였는데, 이것이 인정되지 않는다는 사유만으로는 자주점유의 추정이 깨진다고 볼 수 없다(대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다360, 377 판결 등 참조).

다. 판단

1) 원고 A의 이 사건 각 부동산에 관한 점유취득시효 완성 여부 이 사건을 위 법리에 비추어 본다.

위 기초사실에서 인정한 사실관계에다가 갑 제8, 15, 17, 18, 19, 26호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고 A는 이 사건 증여계약에 따라 이 사건 각 부동산을 증여받았거나 증여받기로 한 자(者)의 지위에서 늦어도 1990. 3. 31.경부터 이 사건 각 부동산에 직접 또는 다른 사람으로 하여금 나무를 심거나 농작물을 재배하고 그 경계에 울타리를 설치하였으며, 이 사건 각 부동산 내에 설치된 컨테이너 박스의 열쇠를 소지하고 있으면서 위 박스 안에 경작에 필요한 농기구나 건축자재 등을 보관하는 등으로 이 사건 각 부동산을 점유·사용해 온 사실을 인정할 수 있는바, 원고 A의 이 사건 각 부동산에 관한 점유는 소유의 의사로 평온·공연하게 계속9) 이루어진 것으로 추정된다(이에 대하여 피고 D는 대법원 94다19884 판결을 근거로 들면서 이 사건 각 부동산에 관한 원고 A의 점유 중 피고 D 소유 지분 상당은 타주점유에 해당한다는 취지로 주장하나, 원고 A는 이 사건 증여계약을 기초로 하여 이 사건 각 부동산을 점유하게 된 것으로서 이 사건에 위 판례 사안이 적용될 것은 아니고, 달리 피고들이 들고 있는 증거들만으로는 이 사건 각 부동산에 관한 원고 A 점유에 관한 자주점유 추정을 번복시킬 정도에 이르렀다고 할 수는 없으므로, 피고 D의 위 주장은 받아들이지 아니한다).

나아가 원고 A의 점유 기산점에 관하여 본다. 부동산의 취득시효에 있어 시효기간의 경과를 계산하기 위한 기산점은 그 부동산에 대한 소유 명의자가 동일하고 그 변동이 없는 경우가 아니라면 원칙적으로 시효취득의 기초가 되는 점유가 개시된 시점이 기산점이 되고(대법원 1999. 2. 12. 선고 98다40688 판결 등 참조), 공유부동산 중 일부 지분에 관하여 소유명의자 변동된 경우에도 당사자가 기산점을 임의로 선택할 수 없는바(대법원 2006. 10. 12. 선고 2006다44753 판결 등 참조), 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 부동산 중 피고 B 소유 46/192 지분, 피고 C 소유 14/192 지분 및 피고 C 소유 43/192 지분(E로부터 증여를 원인으로 하여 이전받은 부분) 등에 관하여 2003. 6. 23. 1 앞으로 2003. 5. 30.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌고, 이 사건 각 부동산 중 E 소유 86/192 지분에 관하여는 그 중 43/192 지분이 피고 C에게 이전된 외에 나머지 43/192 지분이 H에게 이전되는 등으로 공유부동산이었던 이 사건 각 부동산 중 일부 지분에 관하여 소유명의자 변동이 있었음이 분명한 이상, 원고 A로서는 취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수는 없다 할

것이고, 결국 원고 A의 이 사건 각 부동산에 관한 점유취득시효의 기산점은 앞서 본 바와 같이 원고 A가 점유를 개시한 1990. 3. 31.경으로 봄이 상당하다.

따라서 다른 특별한 사정이 없는 한 원고 A는 이 사건 각 부동산 중 당초 피고 B 소유 46/192 지분¹⁰에 관하여 그 점유기간 20년이 되는 2010. 3. 31.경 점유취득시효를 완성하였다고 할 것이다.

2) 점유취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기 청구¹¹의 상대방 점유취득시효가 완성된 경우에 그 효력으로 시효완성 점유자는 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 부동산의 시효완성 당시의 소유자에 대하여 소유권이전등기청구권을 취득한다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다71858 판결 등 참조).

그러므로 보건대, 이 사건 부동산 중 원고 A가 지분 이전을 구하는 46/192 지분은 당초 피고 B 소유였던 것으로, 위 지분에 관한 소유권은 1990. 4. 26. 및 1991. 1. 15. 피고 D 앞으로 이전되었다가, 그 후 원고 A가 이에 관하여 점유취득시효를 완성한 이후인 2017. 7. 6. 피고 C 앞으로 이전되었음은 앞서 인정한 바와 같은바, 사정이 이와 같다면 원고 A는 이 사건 각 부동산에 관하여 그 시효완성 당시의 소유자인 피고 D에 대하여 소유권이전등기청구권을 취득하였으나, 위 지분에 관한 소유권이 피고 C 앞으로 이전된 2017. 7. 6.경 피고 D에 대한 위 등기청구권은 이행불능 상태에 이르렀다고 할 것이다.

따라서 다른 특별한 사정이 없는 한, 원고 A의 피고 D에 대한 이 부분 청구는 이유 없고, 원고 A의 피고 C에 대한 이 부분 예비적 소는 피고 D를 대위하여 구하는 것으로서 위에서 본 바와 같이 원고 A의 피고 D에 대한 피보전권리(등기청구권)가 인정되지 아니한다고 판단한 이상 당사자적격을 흠결한 것이어서 부적법하다.

이에 대하여 원고 A는, 피고 D와 피고 C 사이의 이 사건 각 부동산 중 46/192 지분에 관한 소유권이전은 청구원인과 같은 이유로 반사회적 법률행위로서 효력이 없으므로, 원고 A의 피고 D에 대한 점유취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권은 이행불능 상태가 아니라는 취지로 주장하나, 원고 A가 들고 있는 증거들만으로는 위 기초사실에서 본 사실관계 외에 위 피고들 사이에 지분소유권이전등기의 원인이 된 조정을 갈음하는 결정 등 전후의 경위가 위 피고들의 통모 또는 피고 D의 원고 A에 대한 배임행위에 피고 C가 적극 가담하여 이루어 것이라고 인정하기에 부족하고 달리

이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 피고 C 명의의 소유권이전등기가 원고 A의 점유취득시료 완성 후 마쳐진 것이라 하더라도 원인무효 등기에 해당하여 피고 D의 피고 C에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권이 존재함을 전제로 한 원고 A의 위 주장은 이유 없다.

다. 소결

따라서 이 사건 소 중 피고 C에 대한 예비적 소는 부적법하고, 피고 D에 대한 예비적 청구는 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 소 중 피고 D, 피고 C에 대한 주위적 소와 피고 C에 대한 예비적 소는 모두 부적법하므로 이를 각 각하하여야 하고, 피고 B에 대한 주위적 청구와 피고 D에 대한 예비적 청구는 모두 이유 없으므로 이를 각 기각하여야 할 것인바, 제1심판결 중 피고 D, 피고 C에 대한 주위적 소 부분과 피고 C에 대한 예비적 소 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하고, 나머지 청구 부분은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 제1심판결 중 피고 D, 피고 C에 대한 주위적 소 부분과 피고 C에 대한 예비적 소 부분을 모두 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 주위적 및 예비적 소를 모두 각하하며, 제1심판결 중 나머지 청구 부분에 관한 원고 A의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사황진희

판사박정운

판사정영하

별지

1) - 성질상 선택적 관계에 있는 양 청구를 당사자가 주위적, 예비적 청구 병합의 형태로 제소함에 의하여 그 소송심판의 순위와 범위를 한정하여 청구하는 이른바, 부진정 예비적 병합 청구의 소도 허용된다(대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결 등 참조). 이 사건 (주위적, 예비적) 청구는 논리적으로 양립 불가능한 경우는 아니고 성질상 선택적 관계에 있다고 할 것인데, 원고 A는 심판의

순서를 붙여 청구한다는 취지에서 예비적으로 병합한 것으로 보인다. 이에 이 법원은 원고 A가 구하는 순서에 따라 판단한다.

- 한편 이 사건 주위적 및 예비적 청구는 피고들 사이에 주요한 공격방어방법을 공통으로 하는 것이라 할 수 없어서 공동의 이해관계가 없는 경우에 해당하므로 피고 B이 다른 피고들의 선정당사자가 되는 것은 적절치 아니하다. 피고들은 당심에서 피고 B을 피고들의 선정당사자로 하는 신청을 철회하였다(당심은 피고 B을 선정당사자로 하는 허가를 취소하였다).

2) 아래 라.항의 사실관계를 원인으로 한다.

3) 원고 A의 피고 D, 피고 C에 대한 청구는 피고 B에 대한 청구가 이유 있음을 전제로 피고 B을 대위하여 구하는 것이므로 피고 B에 대한 청구가 이유 있는지를 먼저 판단하는 것이 순서이겠으나, 피고 B에 대한 청구가 이유 없어 결국 피고 B을 대위하여 구하는 피고 D, 피고 C에 대한 소는 부적법하다고 판단하게 되면, 사실상 이 사건 명의신탁약정의 존부에 관하여는 구체적인 판단을 하지 않아도 되게 되는데, 이는 이 사건 당사자들 사이에 이 사건 명의신탁약정의 존부가 첨예하게 다투어졌던 점을 고려하면 바람직하지 않으므로, 부득이 이 사건 명의신탁약정의 존부부터 판단하였다.

4) 피고 B의 장녀로서 이 사건 증여계약 대상이 된 일부 부동산의 수증자이다. 광주지방법원 2018가단24016 사건에서 G는 원고 A를 상대로 별지2 증여내역 순번 9부동산(V) 중 14/192, 86/192 각 지분이전등기에 관한 말소를 구하였다.

5) 위 기본공제에 관한 소득세법 규정은 이 사건 증여계약 당시에는 존재하지 않았고, 위 증여계약 당시 적용되던 소득세법(법률 제4019호, 1988. 12. 26. 일부개정) 제23조 제2항 제3호에 의하면 원고 A의 주장과 달리 150만 원을 공제받는다.

6) 이 사건에서 원고 A가 지분이전등기의 말소 및 이전등기를 구하고 있는 대상이다.

7) 원고 A는 I이 피고 B, 피고 C로부터 이 사건 각 부동산에 관한 지분 합계 103/192를 이전받게 된 원인에 관하여 대물변제를 받은 것이라는 취지로 주장하기도 한다(2020. 9. 2.자 준비서면). 원고 A가 이 사건 증여계약에 기하여 피고 B, 피고 C, E에 대하여 이 사건 각 부동산에 관한 지분소유권이전등기청구권을 가지고 있다면 원고 A가 주장하는 피고 B, 피고 C의 I에 대한

대물변제를 원인으로 하는 위 지분소유권이전 또한 원고 A에 대하여는 배임행위가 될 소지가 있을 터인데, 원고 A는 이 점에 관하여는 별다른 주장 또는 권리행사를 한 적이 없었던 것으로 보인다.

8) 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결 등 참조). 그리고 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다(대법원 1990. 12. 11. 선고 88다카4727 판결, 대법원 1994. 11. 8. 선고 94다31549 판결 등 참조).

9) 제198조(점유계속의 추정) 전후 양시에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것으로 추정한다.

10) 공유지분에 대하여도 시효취득은 가능하다(대법원 1975. 6. 24. 선고 74다1877 판결 등 참조).

11) 제245조(점유로 인한 부동산소유권의 취득기간) ① 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.