

서울고등법원 2018. 5. 2 선고 2017나2020157 판결 [소유권이전등기절차이행청구]

전 문

원고, 항소인 A

피고, 피항소인 대한민국

변 론 종결 2018. 4. 11.

판결 선고 2018. 5. 2.

제 1 심 판결 서울중앙지방법원 2017. 3. 10. 선고 2016가합18062 판결

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 이 법원에서 추가한 원고의 예비적 청구 부분의 소를 각하한다.
3. 항소제기 이후의 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

주위적으로, 피고는 원고에게 고양시 덕양구 B 전 248㎡에 관하여 1999. 5. 9. 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

예비적으로, 피고는 E에게 고양시 덕양구 B 전 248㎡에 관하여 의정부지방법원 고양지원 고양등기소

1963. 9. 27. 접수 제43744호로 마친 소유권보존등기의 말소등기절차를 이행하라(원고는 이 법원에서 예비적 청구를 추가하였다).

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 주위적 청구취지와 같은 판결을 구한다.

이 유

1. 제1심 판결의 인용

이 법원이 이 사건에 관하여 적을 이유는, 제1심 판결문 제2면 제15행 "2. 원고의 주장"을 "2. 원고의 주위적 주장"으로, 제3면 제1행 "3. 판단"을 "3. 주위적 청구에 대한 판단"으로 각 고치고, 제1심 판결문 제2면 제16행 중 "I 토지" 다음에 "(이하 '이 사건 인접토지'라고 한다)"를 추가하며, 원고가 이 법원에서 추가하는 예비적 주장에 관하여 다음의 '2. 예비적 청구에 대한 판단'을 추가하는 것 외에는 제1심 판결의 이유와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 예비적 청구에 대한 판단

가. 원고의 주장

원고는 1979. 5. 9. H으로부터 이 사건 인접토지와 함께 이 사건 토지를 매수한 후 이를 인도받아 20년 이상 소유의 의사로 평온 · 공연하게 점유하였는바, 이 사건 토지의 소유자인 E은 원고에게 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있고, 한편 E이 이 사건 토지를 사정받은 이상 이 사건 토지에 관한 피고명의를 소유권보존등기는 원인무효의 등기이다. 따라서 원고는 E에 대한 위 소유권이 전등기청구권을 피보전채권으로 하여 E을 대위하여 E이 피고에 대하여 가지는 이 사건 토지에 관한 소유권보존등기 말소등기청구권을 행사한다.

나. 판단

1) 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자는 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자 적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다(대법원 2005. 9. 29. 선고 2005다27188 판결 등 참조).

2) 위 법리에 비추어, 원고가 주장하는 피보전채권(원고의 E에 대한 소유권이전등기청구권)이 존재하는지 여부에 대하여 살펴본다.

가) 먼저 원고가 H으로부터 이 사건 토지 전체를 인도받아 20년 이상 점유하였는지에 대하여 보면, 이에 부합하는 듯한 갑 제5호증의 기재 및 제1심 증인 J의 일부 증언은 갑 제1호증의 1, 2, 5, 6, 을 제1호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 이 사건 토지에 관한 등기부등본이나 지적 공부상 면적이 248㎡(75평)임에도 불구하고, 원고는 이 사건 토지의 매수 당시 상황에 대하여 '원고가 이 사건 인접토지 등을 매수할 당시 그 이전 소유자들도 담장을 경계로 이 사건 토지를 점유하고 있었던 것으로 추정하고 있고, 당시 이 사건 토지는 담장쪽 한 귀퉁이에 자리 잡고 있어 그 평수가 약 10여평 정도로 볼 수 있는 조그만 작은 텃밭이었습니다'라고 밝히고 있는 점(원고 제출의 2017. 3. 2.자 준비서면 제3면) 등에 비추어 선뜻 믿기 어렵고, 갑 제6호증의 기재 및 갑 제15, 16호증의 각 영상을 비롯한 원고 제출의 증거들만으로는 원고가 이 사건 토지 전체를 20년 이상 점유하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다(원고가 이 사건 토지 중 일부를 점유한 것으로 보이는 하나, 원고가 제출한 증거들만으로는 원고가 점유한 위치나 면적이 명확히 특정되지 않는다).

나) 다음으로 원고가 이 사건 토지를 자주점유 하였는지 살펴본다. 점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유취득의 원인이 된권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적 · 객관적으로 결정되어야 한다. 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고점유를 취득한 사실이 증명되었거나, 점유자가 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정, 즉 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 아니할 태도를 나타내거나 소유자라면 당연히 취했을

것으로 보이는 행동을 취하지 아니한 경우 등 외형적·객관적으로 보아 점유자가 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 아니하였던 것이라 고 볼 만한 사정이 증명된 경우에는 그 추정은 깨어진다. 따라서 점유자가 점유 개시당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 입증된 경우, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고있지 않다고 보아야 할 것이므로 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어진다(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결, 대법원 2011. 1. 13. 선고2010다66699 판결 등 참조).

이 사건으로 돌아와 원고가 H으로부터 이 사건 인접토지와 함께 이 사건 토지를 매수하였는지에 대하여 보면, 이에 부합하는 듯한 갑 제5호증의 기재 및 제1심 증인 J의 일부 증언은, 앞서 본 기초사실, 갑 제1, 2, 6호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실들 및 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 그대로 믿기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 다음에서 보는 여러 사실들 및 사정들에 비추어 보면, 원고는 점유권원의 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 이 사건 토지중 일부에 대한 점유를 취득하였거나, 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유인 이 사건 토지 중 일부를 무단점유 하였다고 봄이 상당하다.

① 부동산을 매수하려는 사람은 통상 매매계약을 체결하기 전에 그 등기부등본이나 지적 공부 등에 의하여 소유관계 및 면적 등을 확인한 다음 매매계약을 체결한다고 봄이 상당하다(2004. 5. 14. 선고 2003다61054 판결 등 참조). 그런데 원고가 H으로부터 이 사건 토지를 매수하였다고 주장하는 1979. 5. 9.경 이 사건 토지는 이미피고 명의의 소유권보존등기가 마쳐져 있었고, 토지대장에는 소유자로 E이 등재되어있었다(더욱이 원고는 이 사건 인접토지의 일부 지분만을 매수하는 상황이었으므로, 그등기부등본이나 지적 공부 등을 보다 명확히 확인하였을 것으로 보인다).

② 원고는 이 사건 토지에 관한 매매계약서를 소지하지 못한 경위에 대하여 '이 사건 인접토지와 이 사건 토지를 매수할 당시 매매계약서를 함께 작성하였는 데, 이 사건 인접토지의 소유권을 이전하는

과정에서 그 매매계약서를 사용하여 현재이 사건 토지에 관한 매매계약서 등을 소지하지 못하고 있다'고 밝히고 있다. 그런데 원고 주장에 의하더라도 H와 사이에 소유권 문제로 다툼이 존재하였음에도 불구하고 (원고 제출의 2017. 3. 2.자 준비서면 제4면), 이 사건 토지에 대한 소유권이전등기도 마치지 아니한 상태에서 이를 증명할 만한 어떠한 문서도 남기지 않았다는 것은 쉽게 납득하기 어렵다.

③ 원고는 이 사건 인접토지에 관하여는 1979. 5. 9.경 소유권이전등기를, 1981. 3. 30.경 공유물분할로 인한 소유권이전등기를, 1999. 7. 16.경 공유토지분할에 관한 특례법에 의한 분할로 인한 소유권일부이전등기를 각 마쳤음에도, 이 사건 토지에 관하여는 그 소유권이전등기를 위하여 H에게 별다른 조치를 취하지 않은 것으로 보이고, 현재는 H의 행방조차도 파악하지 못하고 있는 것으로 보인다(원고 제출의 2017. 3. 2.자 준비서면 제4면).

④ 원고는 이 사건 토지의 매수 당시 상황에 대하여 '원고가 이 사건 인접토지 등을 매수할 당시 그 이전 소유자들도 담장을 경계로 이 사건 토지를 점유하고 있었던 것으로 추정하고 있고, 당시 이 사건 토지는 담장 쪽 한 귀퉁이에 자리 잡고있어 그 평수가 약 10여평 정도로 볼 수 있는 조그만 작은 텃밭이었습니다'라고 밝히고 있다(원고 제출의 2017. 3. 2.자 준비서면 제3면). 그런데 앞서 본 바와 같이 원고가 이 사건 인접토지를 매수할 당시인 1979. 5. 9.경 이 사건 토지에 관한 소유권보존등기가 이미 마쳐져 있었고, 토지대장 등도 모두 존재하였으므로, 공부상 이 사건 토지의 면적이 248㎡(75평)임을 명확히 확인할 수 있는 상황이었던 점을 고려하면, 원고가 과연 H로부터 이 사건 토지를 매수한 것인지 상당한 의심이 든다.

⑤ 갑 제13호증의 1 내지 7의 각 기재에 의하면, 원고가 이 사건 토지에 부과된 종합토지세 등의 일부를 납부한 것으로 보이는 하나, 원고가 종합토지세 등의 일부를 납부한 사실만으로는 위와 같은 무단점유 인정에 방해가 되지 아니하고, 오히려 앞서 거시한 증거에 의하면 위 종합토지세 등 고지서상 납세의무자는 원고가 아닌 'K'이었음에도 원고는 이를 원고 명의로 정정하기 위한 별다른 조치를 취하지도 않은 것으로 보인다.

다) 따라서 어느 모로 보나 원고 주장의 피보전채권(원고의 E에 대한 소유권이전등기청구권)이 존재한다고 볼 수 없다.

3) 결국, 원고 주장의 피보전채권이 존재한다고 볼 수 없으므로, 나아가 E의 피고에 대한 소유권보존등기 말소등기청구권이 존재하는지 여부에 대하여 살필 필요 없이 이 부분 소는 부적법하다.

3. 결론

그렇다면, 원고의 주위적 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 하는바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하고, 원고의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하고, 이 법원에서 추가한 원고의 예비적 청구 부분의 소는 부적법하므로 이를 각하한다.

재판장 판사 권순형, 판사 한소영, 판사 정경근