

서울고등법원

제 9 민 사 부

판 결

사 건 2019나2017834 소유권이전등기 등 청구의 소

원고, 항소인 A종중

소송대리인 변호사 김영훈

피고, 피항소인

1. 대한민국

소송대리인 법무법인 세종

담당변호사 성재열

2. B

3. C

소송대리인 법무법인 율전

담당변호사 전병관

4. 주식회사 D

5. E

6. F

피고 2, 5, 6의 소송대리인 법무법인 백두

담당변호사 김유신

제 1 심 판 결 서울중앙지방법원 2019. 2. 15. 선고 2018가합4234 판결

변 론 종 결 2019. 7. 11.

주 문

1. 제1심판결 중 피고 B에 대한 제2차적 청구의 채권자대위 청구 부분, 피고 C, 주식회사 D, E, F에 대한 제1, 2차적 청구의 각 채권자대위 청구 부분을 각 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 소를 모두 각하한다.
2. 원고의 피고 대한민국에 대한 항소 및 피고 B, C, 주식회사 D, E, F에 대한 나머지 청구 부분에 관한 항소를 모두 기각한다.
3. 원고와 피고 대한민국 사이의 항소비용 및 원고와 피고 B, C, 주식회사 D, E, F 사이의 소송 총비용은 모두 원고가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

제1심판결을 취소한다.

[제1차적 청구]

1. 피고 B은 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2013. 7. 2. 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고,
2. 피고 대한민국은 원고에게 별지 목록 제1항 기재 부동산에 관하여 의정부지방법원 구리등기소 2010. 4. 7. 접수 제6700호로 마친, 같은 목록 제2항 기재 부동산에 관하여 같은 등기소 2010. 4. 7. 접수 제6701호로 마친 각 소유권보존등기의 말소등기 절차를 이행하고,
3. 피고 B 또는 원고에게,

가. 별지 목록 제1항 기재 부동산에 관하여, 피고 C는 같은 등기소 2016. 6. 9. 접수 제11517호로 마친 소유권이전등기의, 피고 주식회사 D(이하 'D'이라 한다)은 같은 등기소 2016. 6. 9. 접수 제11518호로 마친 근저당권설정등기의,

나. 별지 목록 제2항 기재 부동산에 관하여, 피고 E, F은 각 같은 등기소 2017. 3. 30. 접수 제5445호로 마친 각 공유지분이전등기의

각 말소등기절차를 이행하라.

[제2차적 청구]

1. 피고 대한민국은 원고에게, 주위적으로 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 예비적으로 별지 목록 제1항 기재 부동산에 관하여 의정부지방법원 구리등기소 2010. 4. 7. 접수 제6700호로 마친, 같은 목록 제2항 기재 부동산에 관하여 같은 등기소 2010. 4. 7. 접수 제6701호로 마친 각 소유권보존등기의 말소등기절차를 이행하고,

2. 피고 대한민국 또는 원고에게,

가. 피고 B은 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 같은 등기소 2011. 7. 20. 접수 제17144호로 마친 소유권이전등기의,

나. 별지 목록 제1항 기재 부동산에 관하여, 피고 C는 같은 등기소 2016. 6. 9. 접수 제11517호로 마친 소유권이전등기의, 피고 D은 같은 등기소 2016. 6. 9. 접수 제11518호로 마친 근저당권설정등기의,

다. 별지 목록 제2항 기재 부동산에 관하여, 피고 E, F은 각 같은 등기소 2017. 3. 30. 접수 제5445호로 마친 각 공유지분이전등기의

각 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초 사실

이 법원이 이 부분에 적을 이유는, 제1심판결 이유 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 취득시효 완성을 원인으로 한 청구 부분(제1차적 청구)

가. 원고의 주장 요지

1) 피고 B에 대한 청구

원고는 G 대종중의 종중원인 W이 1913. 11. 3. 이 사건 부동산을 사정받은 이래로, 그 지상 가옥에 거주하는 원고의 종중원이나 관리인에게 이 사건 부동산을 경작하고 종중의 시제를 준비하도록 하는 등 그에 인접한 구리시 K 내지 L의 각 임야(이하 '이 사건 임야'라 한다) 지상에 있는 원고의 종중 시조와 그 후손들의 분묘를 관리하도록 함으로써, 위 분묘를 수호하기 위한 위토로서 이 사건 부동산을 점유해 왔다. 이 사건 부동산에 관한 2011. 7. 20.자 피고 B 명의의 소유권이전등기는, 피고 B이 실제로 이 사건 부동산을 20년간 점유한 사실이 없음에도 관련 소송에서 허위의 증거를 제출하고, 피고 대한민국과 통모하거나 그 소송수행자의 직무유기로 피고 대한민국이 피고 B의 점유를 다투지 아니하여 피고 B의 취득시효 완성을 인정한 판결에 기초한 것으로 원인무효이다. 따라서 피고 B 명의의 소유권이전등기가 원고의 점유취득시효 완성 이후에 이루어졌더라도 취득시효 기간 중에 소유자의 변동이 없는 경우와 마찬가지로, 원고는 그 기산점을 임의로 주장할 수 있다(대법원 2001. 10. 26. 선고 2000다8861호 판결 참조). 원고는 별지 목록 제1항 기재 부동산 및 구리시 J 양 지상에 주택을 소유

하며 거주하던 AJ을 통하여, AJ이 피고 B에게 위 주택을 매각한 2013. 7. 2.에서 역산하여 20년이 되는 1993. 7. 2.부터 줄곧 이 사건 부동산을 점유하여 취득시효가 완성되었고, 이 사건 부동산의 사정명의인인 W의 상속인을 찾을 수 없으므로, 원고의 점유취득시효 완성 당시 이 사건 부동산의 등기명의인인 피고 B은 원고에게 2013. 7. 2. 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 피고 대한민국에 대한 청구

피고 대한민국은 이 사건 부동산을 무주부동산으로서 국유화한 것이라고 하더라도 공부에는 사정명의인으로 W이 기재되어 있었으므로 위 피고로서는 보존등기를 마칠 당시 W이 이 사건 부동산의 진정한 소유자인지 여부 등을 확인하였어야 할 뿐만 아니라, 보존등기 이전에 무주부동산 공고 등 민법상의 국가귀속절차를 거쳤어야 함에도 불구하고 이를 거치지 않았으므로, 피고 대한민국 명의의 소유권보존등기는 원인무효의 등기이다. 따라서 피고 대한민국은 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권자인 원고에게 이 사건 부동산에 관하여 소유권보존등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3) 피고 C, D, E, F에 대한 청구

피고 C, D, E, F은 원인무효인 피고 대한민국, B 명의의 각 등기에 기초하여 이 사건 부동산에 관하여 청구취지 기재 각 등기를 마쳤으므로, 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 원고의 대위청구에 따라 피고 B에게 또는 위 소유권이전등기청구권자인 원고에게 직접 청구취지 기재 각 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 판단

1) 피고 B에 대한 청구에 관하여

가) 부동산에 관하여 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우에 등기명의자는 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정되는 것이므로 이를 다투는 측에서 무효사유를 주장, 증명하여야 한다(대법원 1993. 5. 11. 선고 92다46059 판결 참조). 취득 시효완성 후 이를 원인으로 등기를 마치기 전에 먼저 소유권이전등기를 마쳐 그 부동산소유권을 취득한 제3자에 대하여는 그 제3자 명의의 등기가 무효가 아닌 한 시효취득을 주장할 수 없다(대법원 1992. 9. 25. 선고 92다21258 판결 참조).

나) 위 법리에 비추어 보건대, 앞서 본 기초 사실에 갑 제13 내지 15, 17, 19, 20 내지 22, 25, 40호증, 을나 제2 내지 6, 9 내지 12호증의 각 기재, 제1심 증인 AJ, AM, AH의 각 일부 증언 및 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사정을 종합해 보면, 원고가 주장하는 사정이나 제출한 증거들만으로는 피고 B이 허위 증거를 제출하고 피고 대한민국과 통모하는 등의 방법으로 소유권이전등기를 마침으로써 피고 B 명의의 등기가 원인무효이고, 나아가 원고가 1993. 7. 2.부터 이 사건 부동산을 소유의 의사로 20년 이상 점유하였다고 보기에 부족하며, 달리 원고의 위 주장사실을 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 피고 B에 대한 주장은 이유 없다.

① 원고의 관리인이라고 주장하는 AJ은, 관련 소송에서 2009. 6. 27.자로 별지 목록 제1항 기재 부동산의 분할 전 토지인 구리시 Y 전 1,402㎡가 피고 B의 소유임을 확인하는 내용의 서면(갑 제13호증)을 작성해 주었는데, 이는 보상을 약속한 피고 B의 거짓말에 속아서 허위사실을 기재한 것이라는 취지로 진술하고 있다. 그러나 AJ은 2011. 4. 3.경에도 피고 B이 이 사건 부동산의 소유자임을 전제로 피고 B에게 매년 토지사용료를 지급하겠다는 내용의 확인서(을나 제5호증)를 작성한 바 있고, 2011. 9. 5.

피고 B이 AJ을 상대로 제기한 건물명도 청구 소송에서는 피고 B에게 AJ 소유의 건물을 1억 4,300만 원에 매수해 줄 것을 부탁하는 내용의 자필 탄원서(을나 제6호증)를 작성하기도 하였다. 이후 AJ은 2013. 7. 2.경 피고 B에게 위 건물을 매도할 때까지 원고에게 이 사건 부동산의 소유권이 원고에게 있는지 여부에 관하여 문의하거나 이를 확인하는 등의 조치를 취하지 않았다.

② AM는 1987.경부터 1997.경까지 구리시 AN 통장과 농지위원으로 일하였는데, 이 사건 부동산의 지분을 이전해 주겠다는 피고 B의 제안을 받고 1998. 9. 24. 피고 B의 점유·관리 사실을 인정하는 내용의 인증서(을나 제2호증)를 작성하였고, 1991.경 원고를 위해 이 사건 부동산에 관하여 납부한 1986년도부터 1990년도까지 5년분의 재산세 영수증(갑 제34호증)을 피고 B에게 건네주었다고 주장한다. 그러나 AM는 2006. 6. 15.경에도 피고 B이 이 사건 부동산에서 농작물을 경작하고 나무를 심었으며 1986.경부터 제세공과금을 납부하여 왔다는 내용의 사실확인서(을나 제12호증)를 작성한 바 있고, 5년 동안이나 체납되어 있던 재산세를 납부하는 과정에서 이를 원고에게 알리거나 원고와 상의했다고 인정할 만한 어떠한 사정도 찾아볼 수 없다.

③ 원고가 주장하는 바와 같이 피고 B이 피고 대한민국을 상대로 제기한 소유권이전등기청구 소송에서 대한민국의 소송수행자가 제1심에서 피고 B의 점유 사실을 다투지 않는 등 소송업무를 부적절하게 수행하여 그 직무를 유기하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로 피고 B 명의의 소유권이전등기가 원인무효라고 할 수 없는데다가, 피고 대한민국은 위 소송의 항소심에서 이 사건 부동산의 사정명의인 W의 상속인이 존재한다는 주장과 함께 피고 B은 악의의 점유자로서 이 사건 부동산을 시효로 취득할 수 없다고 주장하며 적극적으로 다투었다.

④ 원고는 당초 종중원인 AO의 처 AP이 별지 목록 제1항 기재 부동산의 분할 전 토지인 구리시 Y 토지와 이 사건 임야의 일부인 구리시 J 임야의 경계선상에 가옥을 신축하여 그 지번을 위 J 지상으로 하여 등기하였고, 이후 AQ을 거쳐 AJ에게 매도되었으며, AJ이 원고의 허락 하에 위 Y 토지를 경작, 관리하면서 시제 준비를 해 왔고, AM는 위 Y 토지와는 별도로 별지 목록 제2항 기재 부동산인 구리시 X 토지 인근에 거주하며 원고의 승낙 하에 위 X 토지를 경작해 왔다는 취지로 주장한다. 그러나 이와 관련하여 원고는 G 대중중 회장 AR, 종중원 AS의 처 AT, 종중원 AU, AV, 종중 총무 AH 및 관리인 AJ, AM의 각 진술을 증거로 제시하고 있을 뿐, 원고가 1993.경 당시 이 사건 부동산을 종중 선산의 위토로서 특정하여 점유해 왔음을 인정할 수 있는 종중재산 목록이나 예금통장, 회계장부, 각종 회의록, 지출·수입에 관한 영수증 및 기타 종중 관련 일체의 장부나 서류 등 증거자료를 제출하지 못하고 있다. 또한 이를 추단할 수 있는 토지사정부나 토지대장 등 공부상의 기재도 찾아볼 수 없다. 원고는 1994. 6.경 이 사건 부동산에 관하여 부동산등기용등록번호의 부여를 신청하였는데, 당시에 이 와 관련하여 첨부한 자료는 없었다.

2) 피고 대한민국에 대한 청구에 관하여

이 사건 부동산은 W에게 사정된 토지로서 무주부동산이라 할 수 없어 피고 대한민국이 구 국유재산법 제8조에 의한 무주부동산 처리절차를 밟아 국유재산으로 등록하였다 하여 국가 소유로 되는 것은 아니므로 피고 대한민국 명의의 소유권보존등기가 무효의 등기임은 위 기초 사실에서 본 바와 같다.

그러나 소유권보존등기 말소청구소송에서 원고가 피고에 대하여 피고 명의로 마쳐진 부동산에 관한 소유권보존등기의 말소를 구하려면 먼저 원고에게 그 말소를 청구할

수 있는 권원이 있음을 적극적으로 주장·입증하여야 하며, 만일 원고에게 이러한 권원이 있음이 인정되지 않는다면 설령 피고 명의의 소유권보존등기가 말소되어야 할 무효의 등기라고 하더라도 원고의 청구를 인용할 수 없다(대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다35128 판결 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보전대, 원고는 이 사건 부동산에 관하여 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 채권적 청구권자에 불과하고(대법원 1995. 12. 5. 선고 95다24241 판결 참조), 앞서 본 바와 같이 원고의 피고 B에 대한 소유권이전등기청구도 인정되지 않으며, 달리 원고가 피고 대한민국에 직접 위 보존등기의 말소를 구할 권원에 대한 아무런 주장·입증이 없으므로, 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

3) 피고 C, D, E, F에 대한 청구에 관하여

가) 채권자대위 청구 부분

직권으로 이 부분 소의 적법 여부에 관하여 본다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결 참조).

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 1994. 6. 24. 선고 94다14339 판결 참조).

위 법리에 비추어 보전대, 이 부분 소는 원고가 피고 B에 대하여 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 가지고 있음을 전제로, 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 피고 B를 대위하여 피고 C, D, E, F를 상대로 청구취지 기재

각 등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 것이다. 그런데 앞서 본 바와 같이 원고의 피고 B에 대한 소유권이전등기청구가 받아들여지지 아니하므로, 결국 원고의 위 피고들에 대한 이 부분 소는 채권자대위권 행사의 요건인 피보전권리가 흠결된 경우에 해당하여 모두 부적법하다.

나) 직접 청구 부분

원고는 피고 C, D, E, F의 청구취지 기재 각 등기가 원인무효인 피고 대한민국, B의 각 등기에 기초하여 마쳐진 등기로서 모두 원인무효이므로 원고에게 직접 청구취지 기재 각 등기의 말소등기절차를 이행할 것을 구하고 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 원고는 이 사건 부동산에 관한 채권적 청구권자에 불과하여 피고 C, D, E, F에게 직접 위 등기의 말소를 구할 권원이 있다고 볼 수 없고, 나아가 피고 B 명의의 소유권이전등기가 원인무효라고 단정할 수 없으므로, 원고의 이 부분 주장도 더 나아가 살필 필요 없이 모두 이유 없다.

3. 명의신탁해지를 원인으로 한 청구 부분(제2차적 청구)

가. 원고의 주장 요지

1) 피고 대한민국에 대한 청구

원고는 이 사건 부동산의 소유자로서 W에게 명의신탁하여 1913. 11. 3. W의 명의로 위 부동산을 사정받은 후, 2016. 4. 24. 정기총회를 소집하여 이 사건 부동산을 환수하기로 결정하면서 W 또는 그의 상속인들에 대한 명의신탁해지의 결의도 함께 하였다. 그런데 이 사건 부동산에 관하여 무주부동산 공고절차를 거쳐 마쳐진 피고 대한민국의 소유권보존등기는 원인무효이므로, 원고는 피고 대한민국을 상대로 주위적으로

이 사건 부동산의 진정한 소유자인 원고에게 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전 등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 명의신탁을 해지한 원고에게 이 사건 부동산에 관한 소유권보존등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

2) 피고 B, C, D, E, F에 대한 청구

피고 B, C, D, E, F(이하 '피고 B 등'이라 한다)은 원인무효인 피고 대한민국 명의의 소유권보존등기에 터 잡아 청구취지 기재 각 등기를 마쳤다. 따라서 피고 B 등은 위 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 원고의 대위청구에 따라 피고 대한민국에게 청구취지 기재 각 등기의 말소등기절차를 이행하거나, 이 사건 부동산에 관하여 명의신탁을 해지한 원고에게 청구취지 기재 각 등기의 말소 등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 판단

1) 피고 대한민국에 대한 청구에 관하여

가) 주위적 청구 부분

먼저 피고 대한민국의 본안 전 항변에 관하여 본다.

피고 대한민국은 원고에게 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 제기할 자격이 없고, 피고 대한민국이 현재 이 사건 부동산의 소유자가 아니므로 이 부분 소는 부적법하다고 주장한다.

진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 현재의 등기명의인을 상대로 그 절차의 이행을 구하여야 하는 것이고, 등기의무자, 즉 등기부상의 형식상 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타

불이익을 받을 자(등기명의인이거나 포괄승계인)가 아닌 자를 상대로 한 등기절차이행의 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소라고 할 것이다(대법원 1999. 8. 20. 선고 99다17326 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2015다240645 판결 등 참조).

그런데 원고가 이 사건 부동산에 관하여 원고 앞으로 소유권이전등기를 마치거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 바 없고, 현재 등기부상 이 사건 부동산에 관하여 피고 대한민국이 등기명의인이 아닌 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 원고의 피고 대한민국에 대한 이 부분 소는 부적법하다. 이 점을 지적하는 피고 대한민국의 본안 전 항변은 이유 있다.

나) 예비적 청구 부분

(1) 다음으로 원고가 이 사건 부동산의 소유자임을 전제로 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권보존등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 청구 부분에 관하여 살펴본다.

(2) 타인에게 명의를 신탁하여 사정을 받은 것이라고 주장하는 자는 그 명의신탁 사실에 대한 증명책임이 있다. 어떤 토지가 종중의 소유인데 사정 당시 종원 또는 타인 명의로 신탁하여 사정받은 것이라고 인정하기 위해서는 사정 당시 어느 정도의 유기적 조직을 가진 종중이 존재하였을 것과 사정 이전에 그 토지가 종중의 소유로 된 과정이나 내용이 증명되거나 또는 여러 정황에 미루어 사정 이전부터 종중 소유로 인정할 수밖에 없는 많은 간접자료가 있을 때에 한하여 이를 인정할 수 있을 뿐이고, 그와 같은 자료들이 충분히 증명되지 않고 오히려 반대되는 사실의 자료가 많을 때에는 이를 인정하여서는 안 된다. 그리고 그 간접자료가 될 만한 정황으로서는, 사정명의인과 종중과의 관계, 사정명의인이 여러 사람인 경우에는 그들 상호간의 관계, 한 사람인 경우에는 그 한 사람 명의로 사정받게 된 연유, 종중 소유의 다른 토지가 있는 경우에

는 그에 대한 사정 또는 등기관계, 사정된 토지의 규모 및 시조를 중심으로 한 종중 분묘의 설치 상태, 분묘수호와 봉제사의 실태, 토지의 관리 상태, 토지에 대한 수익이나 보상금의 수령 및 지출 관계, 제세공과금의 납부 관계, 등기필증의 소지 관계, 그 밖의 모든 사정을 종합적으로 검토하여야 한다(대법원 1998. 9. 8. 선고 98다13686 판결 참조).

(3) 위 법리에 비추어 보건대, 앞서 본 기초적 사실관계 및 위 2의 나항 중 ④항에서 살펴본 바와 같이 원고의 종중재산 목록이나 회계장부, 각종 회의록을 비롯하여 이 사건 부동산에 관한 일체의 장부나 서류 등 증거자료가 없는 점에 더하여, 갑 제1 내지 7호증, 을나 제1, 7, 8호증의 각 기재, 제1심 증인 AH의 일부 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 원고가 주장하는 사정이나 제출한 증거들만으로는 원고가 이 사건 부동산의 소유자로서 W에게 그 명의를 신탁하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장도 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

① 원고는, 이 사건 임야의 분할 전 임야인 경기 양주군 AW 임야 2정9단9무모는 원래 원고의 종중 시조인 I파 내외와 그 후손들의 분묘가 설치되어 있는 원고 소유의 토지인데, 원고의 종중원들이 전라도 화순에 낙향하여 이를 관리하기 어렵게 되자 서울 근교에 살던 M파 후손인 O, P, N, Q에게 관리하도록 하기 위하여 위 4인 앞으로 명의신탁하여 소유권보존등기를 마쳤다가 위 임야에 관한 등기부가 멸실됨에 따라 1961. 4. 29. 다시 위 O 등 4인 명의로 소유권보존등기를 마쳤고 그 후 명의신탁을 해지하고 원고 앞으로 이전등기를 마쳤으므로, 이 사건 임야에 인접한 토지로서 위 분묘를 수호하기 위한 위토인 이 사건 부동산 역시 원고의 소유로서 원고가 관리해 왔다는

취지로 주장한다. 그러나 원고가 이 사건 부동산에 관하여 위토인허를 받았음을 인정할 아무런 증거가 없는데다가, 어느 토지가 특정묘의 위토로 되는 경위는 그 특정묘와 관계있는 종중이 그 소유권을 취득하여 위토설정을 한 경우와 후손 중의 어느 개인이 개인 소유의 토지를 특정 선조묘의 위토로 설정하는 경우 등이 있을 수 있으므로 이 사건 부동산이 위토라는 사실만으로 이를 원고의 소유라고 단정할 수 없다(대법원 1994. 10. 7. 선고 94다28048 판결, 대법원 1997. 10. 16. 선고 95다57029 전원합의체 판결 등 참조).

② 원고가 주장하는 바와 같이, 원고의 중시조인 G 16세손 I에게 후손이 없어 M의 손자를 양자로 입적함으로써 대를 이어 그 이후 I과 M의 후손들이 한 집안처럼 가까이 지내왔다고 하더라도, G 25세손인 W의 세대에 이르러 이 사건 부동산을 이 사건 임야의 등기명의인과 달리 M과 종중원인 W 단독 명의로 사정받은 경위에 관하여 합리적인 설명이나 이를 뒷받침할 수 있는 증거자료가 없다. 또한 1924.경 W이 사망한 이후에 원고가 W의 상속관계를 확인하거나, W에 대한 명의신탁을 해지하고 이 사건 부동산에 관한 명의를 회복하려고 하거나 다른 종중원에게 다시 명의신탁을 하는 등의 조치를 취한 사정도 찾아보기 어렵다.

③ 원고는 피고 대한민국이 2010. 4. 7. 이 사건 부동산에 관하여 무주부동산 공고절차를 거쳐 소유권보존등기를 마치고 피고 B이 2011. 7. 20. 위 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마친 이후에도 2018. 6. 29. 이 사건 소를 제기하기 전까지 피고들을 상대로 이 사건 부동산의 소유자로서 권리를 행사하거나 소유권을 회복하기 위하여 필요한 조치를 취한 바 없다. 오히려 원고는 2014. 10. 10. 이 사건 부동산이 피고 B의 소유임을 전제로 위 부동산에 위치한 건물이 원고 소유의 이 사건 임야를 침범하고 있

으므로 이를 원만히 해결하자는 취지로 내용증명을 보냈고, 2014. 10. 24. 피고 B으로 부터 이 사건 임야 중 일부분의 매매 또는 별지 목록 제2항 기재 부동산과의 교환을 제안받고 이를 협의하는 과정에서도 이 사건 부동산이 원래 원고의 소유임을 주장하거나 언급하지 않았다.

2) 피고 B, C, D, E, F에 대한 청구

가) 채권자대위 청구 부분

직권으로 이 부분 소의 적법 여부에 관하여 본다.

앞서 본 채권자대위소송의 당사자적격에 관한 법리(대법원 1994. 6. 24. 선고 94다 14339 판결 참조)에 비추어 보건대, 이 부분 소는 원고가 이 사건 부동산의 진정한 소유자로서 피고 대한민국에 대하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 가지고 있음을 전제로, 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 피고 대한민국을 대위하여 피고 B 등을 상대로 청구취지 기재 각 등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 것이다. 그런데 앞서 본 바와 같이 이 사건 부동산이 원고의 소유라고 볼 수 없고 원고의 피고 대한민국에 대한 소유권이전등기청구가 받아들여지지 아니하므로, 결국 원고의 피고 B 등에 대한 이 부분 소는 채권자대위권 행사의 요건인 피보전권리가 흠결된 경우에 해당하여 원고에게는 피고 대한민국을 대위할 당사자적격이 없어 모두 부적법하다.

나) 직접 청구 부분

원고는 피고 B 등이 원인무효인 피고 대한민국 명의의 소유권보존등기에 터 잡아 청구취지 기재 각 등기를 마쳤으므로, 이 사건 부동산의 소유자로서 명의신탁을 해지한 원고에게 청구취지 기재 각 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 주장한

다. 그러나 앞서 본 바와 같이 원고가 이 사건 부동산의 진정한 소유자로서 W에게 위 부동산의 명의를 신탁하였다고 볼 수 없고, 나아가 피고 B 등을 상대로 원고에게 직접 청구취지 기재 각 등기의 말소를 구할 권원에 대한 주장·입증이 없으므로(대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다35128 판결 참조), 원고의 이 부분 주장 역시 모두 이유 없다.

[원고는 2019. 7. 29. 이 법원에 새로운 주장과 증거를 제출하기 위하여 변론재개신청을 하였다. 그러나 이 사건 소송의 진행경과에 비추어 보면 제1심에서 당사자들이 제출한 서증과 네 차례의 증인신문을 통하여 원고의 주장에 대하여 충분한 심리가 이루어진 것으로 보이고, 원고가 제출하려는 증거(갑 제44 내지 49호증)는 이 사건 임야에 관한 것으로서 이 사건 부동산과는 그 사안을 달리할 뿐만 아니라, 이미 이 사건 임야가 원고의 소유로서 관리되어 왔다는 전제 하에 심리가 이루어져 판결의 결과를 좌우할 수 있는 주요한 요증사실에 대한 증거로 볼 수도 없어 법원이 변론을 재개할 의무가 있는 예외적 경우에 해당하지 아니하므로(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결 참조), 원고의 변론재개신청은 받아들이지 않는다.]

4. 결론

그렇다면 이 사건 소 중 피고 대한민국에 대한 제2차적 청구의 주위적 청구 부분, 피고 B에 대한 제2차적 청구의 채권자대위 청구 부분, 피고 C, D, E, F에 대한 제1, 2차적 청구의 각 채권자대위 청구 부분은 부적법하므로 이를 모두 각하하여야 하고, 위 부분을 제외한 원고의 피고들에 대한 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하여야 한다. 제1심판결 중 이와 결론을 일부 달리한 부분은 부당하므로, 제1심판결 중 피고 B에 대한 제2차적 청구의 채권자대위 청구 부분, 피고 C, D, E, F에 대한 제1, 2

차적 청구의 각 채권자대위 청구 부분을 각 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 소를 모두 각하하기로 하며, 원고의 피고 대한민국에 대한 항소 및 피고 B, C, D, E, F에 대한 나머지 청구 부분에 관한 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이창형

 판사 김형진

 판사 원종찬

별지

목 록

1. 구리시 Y 전 733m²
2. 구리시 X 답 215m²

. <끝.>