

대전고등법원 2019. 5. 23 선고 2017나15490(본소), 2017나15506(반소) 판결

[소유권이전등기 · 점유회수 등 청구의소]

재판경과

대전고등법원 2019. 5. 23 선고 2017나15490(본소), 2017나15506(반소) 판결

대전지방법원 2017. 11. 8 선고 2016가합101109 판결

전문

원고(반소피고), 항소인A

소송대리인 법무법인 대전제일

담당변호사 안현준, 최진영

소송대리인 대전종합 법무법인

담당변호사 김태범

피고(반소원고), 피항소인B 종중

소송대리인 법무법인 청남로

담당변호사 임창혁

변론 종결2019. 4. 23.

판결 선고2019. 5. 23.

제1심판결대전지방법원 2017. 11. 8. 선고 2016가합101109(본소), 2016가합106555(반소)

판결

주 문

1. 원고(반소피고)의 항소를 기각한다.
2. 이 법원에서 추가된 원고(반소피고)의 예비적 청구 부분의 소를 각하한다.
3. 제1심 판결의 주문 제1항은 피고(반소원고)의 이 법원에서의 반소 청구 일부 철회 내지 감축에 따라 다음과 같이 변경되었다.

『원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게,

가. 별지 목록 제1항 기재 토지 중 별지 도면 표시 1 내지 8, 35, 34, 33, 32, 31, 30, 29, 36, 10 내지 20, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 ㄴ 부분 2,280.3m² 및 별지 목록 제2항 기재 토지를 각 인도하고,

나. 37,434,056원을 지급하며,

다. 2017. 1. 1.부터,

- 1) 별지 목록 제1항 기재 토지 중 별지 도면 표시 1 내지 8, 35, 34, 33, 32, 31, 30, 29, 36, 10 내지 20, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 ㄴ 부분 2,280.3m²의 인도 완료일까지 월 1,605,393원의,
 - 2) 별지 목록 제2항 기재 토지의 인도 완료일까지 월 1,523,785원의
- 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.』

4. 항소제기 이후의 소송비용은 원고(반소피고)가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

주위적으로, 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 별지 목록 기재 각 토지에 관하여 2003. 12. 31. 시효취득을 원인으로 한 각 소유권이전등기 절차를 이행하라.

예비적으로, 피고는 K, L에게 별지 목록 기재 각 토지에 관하여 대전지방법원 1987. 7. 7. 접수 제26600호로 마친 각 소유권이전등기의 말소등기 절차를 이행하라(원고는 이 법원에 이르러 예비적 청구를 추가하였다).

나. 반소

원고는 피고에게 별지 목록 제1항 기재 토지 중 별지 도면 표시 1 내지 8, 35, 34, 33, 32, 31, 30, 29, 36, 10 내지 20, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 L부분 2,280.3m²(이하 '제1 토지 점유 부분'이라고 한다) 및 별지 목록 제2항 기재 토지를 각 인도하고, 37,434,056원을 지급하며, 2017. 1. 1.부터, 제1 토지 점유 부분의 인도 완료일까지 매월 1,605,393원의, 별지 목록 제2항 기재 토지의 인도 완료일까지 매월 1,523,785원의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(피고는 이 법원에서 반소 청구취지를 일부 철회 내지 감축하였다).

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 본소 청구취지 기재와 같은 판결을 구한다. 피고의 반소 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위

- 1) E, F, G, H, I, J은 남매관계이고(순서대로 첫째부터 막내이고, H은 여성이다), 현재 I만 살아 있다.
- 2) E은 T대학교 등을 운영하는 학교법인 V(이하 'V'이라 한다)의 설립자이고, 1923년(1956년생)는 J의 장남이다.

나. 이 사건 7필지 토지의 등기이전 내역 등

- 1) 당초 J 명의의 소유권이전등기가 마쳐져 있던 대전 유성구 M동에 있는 아래의 7필지 토지(이하

아래 표의 순번 순서대로 각각 '제1 토지' 내지 '제7 토지'라 하고, 이를 통칭할 때는 '이 사건 7필지 토지'라 한다)에 관하여 1976. 4. 17. 아래 표와 같이 E 혹은 V 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다1).

1	대전 유성구 C	답	3,207	970평	1976. 4. 12.자 매매	E
2	D2) 제2토지는 현재까지 토지분할이 없었던바, 별지 목록 제2항 기재 토지에 해당한다.	전	3,421	1035평	V	
3	N	임야	17,544	1정7단7부호(=5310평)	1976. 4. 14.자 증여	E
4	O	임야	2,479	2단5모8부(=750평)	V	
5	P	전	972	294평	1976. 4. 14.자 증여	E
6	Q	전	1,914	579평		
7	R	전	182	55평		
합계		29,719	8,993평			

2) 제1, 2, 5, 6, 7 토지에 관하여 1977. 4. 26. G, I의 공동명의로 각 소유권이전청구권가등기가 마쳐졌다.

3) F, G, I, J은 1982. 5. 27.경 'U교 남쪽 형님 소유 대지 208평 중 1/2을 종재로 정하고 5형제 공동명의로 하여주시기 바랍니다. 농장반환은 큰 형님(E)의 의향대로 처리하여 적절한 방법으로 최단 시일 내로 가능한 한 반환하여 주실 것'이라는 내용의 합의서(갑 제16호증, 이하 '1982. 5. 27.자 합의서'라고 한다)를 작성하여 E에게 주었고, E은 1982. 5. 27.자 합의서 하단에 위와 같은 사항을 승인한다는 취지로 기명날인을 하였다.

또한 F, G, J 등은 1982. 8. 23.경 '76년 초 큰형님(E)은 막내(J)를 불신하고, 막내는 복이다 못해 총무과장직을 사임함으로써 화목과 협동이 깨지고 더욱이 농장 7,000평을 강제와 기만으로(어머니 묘지를 빙자하고 대토를 줄 수 있다고 하여놓고) 재단에 기증 당하였다'라는 내용이 포함된 E에 대한 건의문 형식의 서류(갑 제19호증, 이하 '1982. 8. 23.자 건의문'이라고 한다)를 작성하였다.

- 4) E은 1983.경 대전지방법원에 G, I를 상대로 위 2)항에서 본 제1, 2 토지에 관한 각 소유권이전등기권등기가 당초 장래의 금전대차를 위한 담보목적이었는데 예정된 금전대차가 이루어지지 않았음을 이유로 그 말소등기청구의 소를 제기하여 1983. 4. 20. G, I의 자백간주(변론기일 불출석 및 답변서 미제출)에 의한 승소판결을 선고받았고(대전지방법원 83가합163호), 위 판결은 그 무렵 확정되었다.
- 5) V 명의로 소유권이전등기가 된 제3 토지3) 및 제4 토지4) 에 관하여 1983. 5. 12. J의 딸 X의 남편인 W 명의의 1983. 5. 11.자 매매를 원인으로 한 각 소유권이전등기가 마쳐졌다.
- 6) E은 1984. 3. 7. 사망하였고, 그 처 K과 딸 L이 E을 상속하였다.
- 7) 피고는 1987.경 대전지방법원에 E의 상속인인 K, L을 상대로 '피고가 E 명의로 제1, 2 토지를 명의신탁 해두었는데 이를 해지하였다'는 이유로 제1, 2 토지에 관하여 명의신탁 해지에 기한 소유권이전등기청구의 소를 제기하여 1987. 5. 22. K, L의 자백간주(변론기일 불출석 및 답변서 미제출)에 의한 승소판결을 받았고(대전지방법원 87가합278호, 을 제1호증), 위 판결은 그 무렵 확정되었다. 위 판결문상 피고의 대표자는 'J'로 기재되어 있다. 위 판결에 기하여 피고는 1987. 7. 7. 제1, 2 토지에 관하여 피고 명의의 각 소유권이전등기를 마쳤다.
- 8) J은 1987.경 K, L을 상대로 'J이 E 명의로 제5 내지 7 토지를 명의신탁 해 두었는데 이를 해지하였다'는 이유로 제5 내지 7 토지에 관하여 명의신탁 해지에 기한 소유권이전등기청구의 소를 제기하여 1987. 8. 13. K, L의 자백간주(변론기일 불출석 및 답변서 미제출)에 의한 승소판결을 받았고(대전지방법원 87가합571호, 갑 제5호증), 위 판결은 그 무렵 확정되었다. 위 판결에 기하여 J은 1987. 9. 17. 제5 내지 7 토지5) 에 관하여 J 명의의 각 소유권이전등기를 마쳤다.
- 9) J은 1990. 1. 16. 사망하였고, 그 처인 AM와 장남인 원고, 차남 AH 등이 J을 상속하였다.
- 10) 제1 토지인 대전 유성구 C 답 970평은 1996. 2. 23. AF 답 11m²이, 1999. 11. 19. AG 답 847m²이 각각 분할되었고, 그와 같이 분할되고 남은 토지는 C 답 2,349m²(별지 목록 제1항 기재 토지)가 되었다. 위 AF 토지가 대전 유성구 AL 답 4,231m²(각주 1) 참조)와 함께 1996.경 한국토지공사에 수용되는 과정에서 피고는 1996. 2. 11. 임시총회를 개최하여 한국토지공사와의 매매계약 체결 등에 관한 의결을 하였는데, 원고도 위 총회에 참석하여 참석자 명단에 자신의 도장을

날인하고, 위 총회 회의록에 간인까지 하였다. 위 수용에 따라 피고가 받은 토지보상금 492,099,500원 중 296,000,000원이 E를 제외한 나머지 형제들의 집안에 분배되었다(그중 J 집안의 몫 67,000,000원은 J의 차남인 AH이 대표로 받아 갔다).

11) 원고와 AM는 1997.경 G(1986. 2. 26. 사망)의 상속인들(AU, AV, AW, AX, AY, 이하 'G 상속인들'이라 한다)과 I를 상대로 위 2)항에서 본 제5, 6 토지에 관한 각 소유권이전청구권가등기가 E과 G, I 사이의 통정허위표시에 의한 것임을 이유로 그 말소등기청구의 소를 제기하였다(대전지방법원 97가단37552호). 위 소송 중 원고 및 AM와 I 사이에는 1998. 5. 19.경 위 각 소유권이전청구권가등기 중 I의 1/2 지분에 관한 말소등기절차를 이행하기로 조정이 성립되었다(그에 따른 위 각 소유권이전청구권가등기 중 I 지분의 말소등기는 1998. 9. 17.경 마쳐졌다). 위 소송 중 G 상속인들 부분에 대하여는 1999. 11. 26. 원고와 AM의 승소 판결이 선고되었으며, 이에 대한 G 상속인들의 항소가 2000. 11. 24. 기각되어 위 판결은 그 무렵 확정되었다(그에 따른 위 각 소유권이전청구권가등기 중 G의 1/2 지분의 말소등기는 2001. 5. 9.경 마쳐졌다).

[인정근거] 다툼이 없는 사실, 갑 제1, 2, 4, 5, 7, 9, 15, 16, 19, 50, 51호증, 을 제1, 2, 7, 8, 31 내지 36, 39호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호 포함), 변론 전체의 취지

2. 본소에 관한 판단

가. 주위적 청구

1) 당사자들의 주장 가) 원고 주장의 요지

(1) J과 E은 1976.경 J이 제1, 2 토지를 포함한 이 사건 7필지 토지를 E에게 이전하고 E은 그 지상에 T대학교를 건립하는 대신, E은 J에게 대전 유성구 S 토지를 이전하기로 하는 내용의 부동산 교환약정(이하 '이 사건 교환약정'이라고 한다)을 체결하였고, 이에 J은 1976. 4.경 이 사건 7필지 토지에 관한 소유권을 E 측에 이전하였다. 그런데 T대학교는 설립인가 과정에서 이 사건 7필지 토지가 있는 대전 유성구 M동 일대가 아니라 대전 유성구 S 일대에 설립되었기에 이 사건 교환약정의 전제가 된 E의 대전 유성구 S 토지 소유권 이전의무는 이행불능이 되었다.

(2) J은 1982. 내지 1983.경 이 사건 교환약정을 해제하였다. 그에 따라 이 사건 7필지 토지 중

5필지(제3 내지 7 토지)는 J 측으로 소유권이 회복되었으나, 제1, 2 토지는 아직까지 소유권 회복이 되지 않고 있다. 그 사이 제1, 2 토지에 관하여 피고 명의의 각 소유권이전등기가 마쳐졌으나, 이는 I와 K, L이 공모하여 허위의 등기를 마친 것에 불과하다.

(3) 위와 같이 이 사건 교환약정이 해제된 이후부터 제1, 2 토지는 E에 대한 관계에서 사실상 J의 소유인 것이어서, J은 늦어도 1983. 12. 31.부터 제1, 2토지를 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하기 시작하였고 원고는 J이 1990. 1. 16. 사망한 때부터 J의 점유를 단독으로 승계하였던바 그 합산한 점유기간이 20년에 달하는 2003. 12. 31.경 점유취득시효가 완성되었다. 따라서 피고는 원고에게 점유취득시효 완성을 원인으로 제1, 2 토지에 관한 각 소유권이전등기 절차를 이행할 의무가 있다.

나) 피고 주장의 요지

제1, 2 토지는 당초 피고가 E에게 명의신탁 하여 두었다가 소송을 통해 소유 명의를 회복한 토지로서, 피고가 이를 점유하여 왔다. 원고는 2015. 12.경 피고 몰래 제1, 2 토지상에 임의로 나무와 농작물을 식재함으로써 무단점유를 개시하였을 뿐, 소유의 의사로 20년 동안 점유한 것이 아니므로 점유취득시효의 완성을 주장할 수 없다.

2) 판단 가) 민법 제245조 제1항 소정의 점유취득시효의 완성을 위한 점유는 소유의 의사로 하는 점유, 즉 자주점유이어야 한다. 점유에 있어 소유의 의사 유무는 점유취득의 원인이 되는 사실이 무엇인지에 의해 외형적·객관적으로 정해지고, 그러한 점유권원의 성질이 무엇인지 불분명한 경우 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되지만(민법 제197조 제1항), 점유자가 점유 개시 당시에 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 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어졌다고 할 것이다(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결 참조).

나) 앞서 본 기초사실에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정을 위 법리에 비추어 보면, J이 1983.경부터 제1, 2 토지를 점유하였다고 하더라도 이와 같은 J의 점유를 피고의 소유권을

배척할 의사를 가지고 한 점유라고 볼 수 없다. 따라서 제1, 2 토지에 관한 J의 점유는 아무런 점유권원 없이 이루어진 점유라 할 것이고, 그렇지 않더라도 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어졌다고 봄이 타당한바, 원고는 위와 같은 J 점유의 하자를 그대로 승계하므로(민법 제199조 제2항), 제1, 2 토지에 관한 원고의 점유는 소유의 의사로 하는 점유가 아니라 할 것이어서 제1, 2 토지에 관한 점유취득시효의 완성을 주장하는 원고의 주위적 청구는 다른 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(1) 무엇보다 J과 E 사이에 이 사건 교환약정이 체결되었다거나 위 교환약정이 해제되었음을 인정할 만한 처분문서 등 객관적인 증거가 전혀 없다.

(2) 이 사건 7필지 토지는 1976. 4. 17. E 혹은 V 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌는데, 그 등기원인은 제3 내지 7 토지의 경우 '1976. 4. 14.자 증여'로서 원고가 주장하는 '이 사건 교환약정'에 가까워 보이는 반면, 제1, 2 토지의 경우 '1976. 4. 12.자 매매'로서 제3 내지 7 토지와 다르다. 이는 제1, 2 토지는 제3 내지 7 토지와는 다른 사유와 경위로 E 측 명의로 소유권이 이전되었다고 볼 만한 사정이다.

(3) 원고는 E의 강압·기망으로 V 측에 뺏긴 J의 농장의 반환을 E에게 요구하는 내용으로 E을 제외한 나머지 형제들이 작성한 1982. 5. 27.자 합의서와 1982. 8. 23.자 건의문이 이 사건 교환약정의 간접증거라고 주장한다. 그러나 1982. 8. 23.자 건의문을 보면 '막내(J)는..농장 7,000평을 강제와 기만으로(어머니 묘지를 빙자하고 대토를 줄 수 있다고 하여놓고) 재단에 기증 당하였다'고 기재되어 있음을 알 수 있는바, 위 '농장 7,000평'은 이 사건 7필지 토지(총 8,993평) 중 제1, 2 토지(2,005평)를 제외한 제3 내지 7 토지(6,988평)를 가리키는 것으로 보인다.

(4) J은 지목이 임야인 제3, 4토지에 관하여는 이미 1983.경 V으로부터 자신의 사위인 W의 명의로 소유권을 이전·회복하였고, 1987.경 지목이 농지(전, 답)였던 제1, 2 토지에 관하여는 피고의 대표자로서(대전지방법원 87가합278호), 제5 내지 7 토지에 관하여는 J 개인 명의로(대전지방법원 87가합571호) 각각 소유권이전등기 청구의 소를 제기하여 상대방 측의 자백간주에 의해 승소판결을 받는 방법으로 각각 소유권을 이전·회복하였다. J은 적어도 1987.경에는 자기에게 귀속시켜야 할 제3 내지 7 토지와는 달리 제1, 2 토지를 피고에게 귀속시키고자 하였던 것으로 보인다(설령 원고 주장과

같이 제1, 2 토지가 J이 E 내지 그 상속인들로부터 반환받았어야 할 것이라고 하더라도, J이 1987.경 피고에게 제1, 2 토지를 귀속시키려고 하였음을 부인할 수는 없는바, 적어도 J은 1987.경 이후에는 제1, 2토지를 자주점유하였다고 할 수 없다).

이에 대하여 원고는 J이 당시 피고의 대표자가 아니었고, 특히 제1, 2 토지에 관한 위 소송은 I가 K, L과 공모한 후 J몰래 J을 피고의 대표자로 기재하여 제기한 것이라는 취지로 주장하나, J이 1986. 4. 5.경 이미 피고의 한 항렬 위 종중인 AZ 종중의 회장을 맡아 사망한 E이 위 종중으로부터 명의신탁받아 E 명의로 소유권이전등기가 되어 있던 충남 연기군 BA 답 357m²외 2필지에 관한 명의신탁 해지를 주도한 점(을 제38호증 정기총회 회의록), 위와 같은 원고의 주장이 사실이라면, J이 제3 내지 7 토지에 관한 소유권 명의를 모두 반환받았음에도 제1, 2 토지에 관하여 아무런 조치를 하지 아니한 사실을 설명하기 어려운 점, I가 1987.경 K, L과 통모하여 제1, 2토지에 관하여 피고 명의로 소유권을 이전하였어야 할 이유에 관하여 설명하고 있지 아니한 점 등의 사정들에 비추어 볼 때, 원고의 주장에 부합하는 듯한 갑 제10호증의 1과 갑 제24호증의 1(I 작성의 사실확인서와 각서)의 각 기재는 믿기 어렵고, 달리 위 소송이 I가 J몰래 J을 피고의 대표자로 기재하여 제기한 것이라는 사실을 인정할 만한 증거가 없으므로 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(5) 앞서 본 바와 같이 1996.경 제1 토지의 일부가 수용되면서 피고에게 지급된 토지보상금이 E을 제외한 나머지 집안에 분배될 당시 원고는 피고 종중의 감사로서 위와 같은 수용에 관한 피고의 임시총회에 참석하여 그 의사록에 날인하였고, 위 분배에 관하여 어떠한 이의도 제기하지 않았다.

(6) 원고는 이 사건 교환약정 및 그 해제가 존재하였다는 증거로 갑 제17호증의 1 내지 5(J과 K, L 사이에 1984. 9. 20.자로 작성된 제1, 2 토지에 관한 매매계약서 등)와 갑 제18호증(K, L이 1984. 12. 말경까지 J에게 이 사건 토지를 증여한다는 K, L 명의의 1984. 11. 24.자 각서)을 내세운다. 그러나 위 각 문서에 기재된 K, L 이름 옆에 날인된 각 인영이 K, L의 각 도장에 의한 것이라거나 그밖에 위 각 문서가 K, L의 의사에 기하여 진정하게 성립되었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없으므로 위 각 문서는 증거로 쓸 수 없다.

(7) 원고는 피고가 당초 E에게 제1, 2 토지를 명의신탁한 것이 아니므로, 피고가 명의신탁을 해지하였다는 이유로 E의 상속인인 K, L과 통모하여 K, L을 상대로 제기한 허위소송을 통해 제1, 2

토지에 관하여 피고 명의로 경료한 각 소유권이전등기는 무효라는 취지로 주장한다. 그러나 취득시효기간 만료 전에 제3자가 소유자로부터 등기명의를 넘겨받은 경우에는 시효취득자는 그 취득시효기간 완성 당시의 등기명의자를 상대로 직접 소유권이전등기를 청구할 수 있는 것이므로(대법원 1989. 4. 11. 88다카5843 판결 참조), 설령 제1, 2 토지에 관한 피고 명의의 각 소유권이전등기가 무효라고 하더라도, 만약 원고가 제1, 2 토지에 관한 진정한 점유시효취득자라면 현재 등기명의자인 피고를 상대로 시효취득을 원인으로 소유권이전등기를 청구하는 데 아무런 지장이 되지 않는다. 그런데 앞서 본 사정들에 비추어 보면, 제1, 2 토지에 관한 원고의 점유는 외형적·객관적으로 보았을 때 타주점유이기에 점유시효취득이 인정되지 않는 것일 뿐이고, 제1, 2 토지에 관한 피고와 E 사이의 명의신탁 및 그 해지의 존부, 현 피고 명의의 소유권이전등기의 법률상 유효 여부는 이러한 결론에 아무런 영향이 없으므로6), 원고의 위 주장은 더 살필 필요 없이 이유 없다.

나. 예비적 청구

1) 원고의 주장 E의 상속인인 K, L은 제1, 2 토지를 J에게 반환하기 위하여 1984. 9. 20.경 J과 제1, 2 토지에 관한 매매계약을 체결하고(갑 제17호증의 1 내지 5), 1984. 11. 24.경 J에게 1984. 12. 말경까지 제1, 2 토지를 증여하겠다고 약속하였으므로(갑 제18호증), J의 상속인인 원고는 K, L에 대하여 제1, 2 토지에 관한 소유권이전등기청구권이 있다.

한편, 피고는 1987.경 제1, 2 토지에 관하여 E와 사이에 한 명의신탁을 해지하였다며 K, L을 상대로 소송(대전지방법원 87가합278호)을 제기하여 상대방의 자백간주에 따른 승소판결을 받아 제1, 2 토지에 관한 피고 명의의 각 소유권이전등기를 마쳤으나, ① 위 판결은 J에게 제1, 2 토지를 반환하지 않기 위한 K, L의 배임적 행위(변론기일 불출석 및 답변서 미제출)에 피고가 적극 가담하여 받은 것이고, ② 제1, 2 토지는 농지로서, 종중인 피고는 농지법상 이를 소유할 수 없는바, 피고의 위 각 소유권이전등기는 위와 같은 이유들에 의하여 무효이므로, K, L은 피고에게 위 각 소유권이전등기에 대한 말소등기청구권을 가진다.

따라서 원고는 제1, 2 토지에 관하여 K, L에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 K, L의 피고에 대한 피고 명의 각 소유권이전등기 말소등기청구권의 이행을 대위하여 구한다.

2) 판단 살피건대, 원고가 피보전채권으로 주장하는 K, L에 대한 제1, 2 토지에 관한 소유권이전등기청구권은 K, L이 1984. 9. 20.경 J과 제1, 2 토지에 관한 매매계약을 체결하고, 1984. 11. 24.경 J에게 1984. 12. 말경까지 제1, 2 토지를 증여하겠다고 약정하였음을 전제로 한다. 그러나 이에 부합하는 듯한 갑 제17호증의 1 내지 5와 갑 제18호증은 그 진정성립을 인정할 아무런 증거가 없어 이를 증거로 쓸 수 없다는 점은 앞서 본 바와 같고, 달리 원고가 주장하는 내용의 매매 혹은 증여계약이 성립되었다는 점을 인정할 만한 증거도 없으므로, 원고가 주장하는 피보전채권은 인정되지 않는다.

채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없으므로(대법원 1994. 6. 24. 선고 94다14339 판결 참조), 원고의 위 예비적 청구는 부적법하다[설령 원고의 피보전채권이 인정된다고 하더라도, ① 피고와 K, L 사이의 소유권이전등기 청구 사건의 확정 판결(대전지방법원 87가합278호)에 따라 제1, 2토지에 관하여 피고 명의의 각 소유권이전등기가 마쳐진 이상 다시 K, L이 위 각 등기가 원인무효임을 내세워 그 말소등기 절차의 이행을 청구함은 확정된 이전등기청구권을 부인하는 것이어서, 위 확정판결이 재심 등으로 효력을 상실하지 아니하는 이상 그와 같은 청구는 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용되지 아니하고(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다61649 판결 등 참조), ② 소재지관서의 증명 없이 확정판결에 의하여 매수인이 소유권이전등기를 경료한 경우 그 확정판결을 당연히 무효라고는 할 수 없으며 확정판결의 기판력에 의하여 매수인은 그 확정판결이 폐기되기까지는 소유권을 취득하므로(대법원 1962. 1. 31. 선고 4294민상755 판결, 대법원 1968. 7. 8.자 67마1128 결정 등 참조), 제1, 2 토지에 관한 피고 명의의 각 소유권이전등기가 농지법에 위반되어 무효라고 할 수 없다. 따라서 원고의 위 예비적 청구는 설령 피보전채권이 인정된다고 하더라도 위와 같은 이유들로 이유 없다].

3. 반소에 관한 판단

가. 원고의 본안 전 항변 및 그 판단

1) 당사자들의 주장 가) 원고 주장의 요지

(1) 피고의 대표자라고 주장하는 AI을 피고의 회장으로 선임한 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회는

의사정족수를 충족하지 못하였으므로, 피고가 위 임시총회에서 한 AI을 피고의 대표자로 선임하는 결의는 부적법하다. 따라서 AI이 피고를 대표하여 제기한 이 사건 반소는 부적법하다.

(2) 피고는 비법인사단이므로 피고의 재산을 보존할 목적으로 이 사건 반소를 제기하기 위해서는 총회의 결의가 있어야 할 것인데, 피고는 총회의 결의 없이 이 사건 반소를 제기하였으므로, 피고의 이 사건 반소는 부적법하다.

나) 피고 주장의 요지

(1) 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회는 재적종원 28명 중 국내거주자 10명이 직접 출석하고, 4명이 위임장을 제출하여 당시 시행되던 피고 규약 제13조의 의사정족수를 충족시켰는바, AI은 적법하게 피고의 대표자로 선임되었다.

(2) ① 피고는 2016. 2. 13.자 임시총회에서 이 사건 본소에 대한 결의를 하였고, 위 결의에는 반소 제기 부분도 포함되어 있다고 봄이 타당하다. ② 피고는 2019. 4. 13.자 정기총회에서 이 사건 반소 제기에 대한 명시적인 추인 결의를 하였다. 따라서 피고의 이 사건 반소는 총회의 결의를 거쳐 제기된 것이다.

2) 판단 가) AI이 피고의 대표자로 적법하게 선임되었는지 여부

(1) 2014. 7. 5.자 임시총회 당시 피고의 성격

(가) 원고가 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회에 참여한 여자 구성원들을 의사정족수에서 제외하여야 한다고 주장하므로, 이에 대한 판단의 전제로서 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회 당시 피고의 성격에 관하여 본다.

종중의 목적과 본질에 비추어 볼 때 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다. 특정지역 내에 거주하는 일부 종중원이나 특정 향렬의 종중원만을 그 구성원으로 하는 단체는 종중 유사의 단체에 불과하고 고유의 의미의 종중은 될 수 없다(대법원 2002. 5. 10. 선고 2002다4863 판결, 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 등 참조).

과거 대법원은 종원의 자격을 성년 남자만으로 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않았으나, 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결에서 성별의 구별 없이 종원의 자격을

부여하는 것으로 견해를 변경하였는바, 종종 구성원의 자격에 관한 대법원의 변경된 견해를 소급하여 적용한다면, 최근에 이르기까지 수십 년 동안 유지되어 왔던 종래 대법원판례를 신뢰하여 형성된 수많은 법률관계의 효력을 일시에 좌우하게 되고, 이는 법적 안정성과 신의성실의 원칙에 기초한 당사자의 신뢰보호를 내용으로 하는 법치주의의 원리에도 반하게 되는 것이므로, 위와 같이 변경된 대법원의 견해는 이 판결 선고 이후의 종종 구성원의 자격과 이와 관련하여 새로이 성립되는 법률관계에 대하여만 적용된다고 함이 상당하다(대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 등 참조).

(나) 앞서 채택한 증거, 을 제81, 89호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고는 적어도 1986. 4. 10.경부터는 규약과 대표자를 가진 종종으로서 활동하였던 사실, 2016. 3. 1. 개정 전 피고 규약 제5조가 피고 종원의 자격을 B 자손 중 출가한 사람을 제외한 만 21세 이상인 사람으로 규정하고 있었던 사실, 피고는 2016. 3. 1. 규약을 개정하였고, 이에 따라 개정 후 피고 규약 제5조가 피고 종원의 자격을 B 자손 중만 19세 이상인 사람으로 규정하고 있는 사실이 인정된다. 앞서 본 대법원 전원합의체 판결의 선고로 인하여 피고의 2016. 3. 1. 개정 전 규약 제5조가 무효가 되었다고 볼 수는 없는바, 피고는 1986. 4. 10.경부터 위 대법원 전원합의체 판결이 선고될 무렵까지는 고유한 의미의 종종으로서 운영되었으나, 2005. 7. 21. 위와 같은 대법원의 견해 변경으로 인하여 그 무렵부터 B 자손 중 출가한 사람을 제외한 만 21세 이상인 사람들을 구성원으로 하는 종종 유사 단체의 성격을 가지게 되었다가, 2016. 3. 1. 규약을 개정함으로써 다시 고유한 의미의 종종의 성격을 가지게 되었다고 판단된다.

(다) 따라서 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회 당시 피고의 구성원 자격은 2016. 3. 1. 개정 전 피고 규약 제5조가 규정하고 있는 것과 같이 B 자손 중 출가한 사람을 제외한 만 21세 이상인 사람에게 부여된다고 할 것인바, B 자손 중 출가하지 아니한 만 21세 이상의 여성도 2014. 7. 5.자 임시총회에 있어 피고의 구성원이 된다.

(2) 2014. 7. 5.자 임시총회 의사정족수 충족 여부

(가) 앞서 채택한 증거, 갑 제45, 72호증의 각 기재(가지번호 포함), 이 법원의 서대전세무서에 대한 문서제출명령에 대한 회신 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고가 2014. 7. 5. 임시총회를 개최하고

시을 피고의 회장으로 선임하는 결의를 한 사실, 위 총회 당시 2016. 3. 1. 개정 전 피고 규약 제5조에 따른 구성원은 총 28명이었던 사실(국외거주자 13명, 국내거주자 15명), 위 총회에는 여성 구성원인 BB, BC를 포함한 국내거주자 10명이 직접 출석하였고, AW, AV, BD이 위임장을 보내왔던 사실, 2016. 3. 1. 개정 전 피고 규약 제13조가 총회는 재적총원 과반수 또는 국내거주자 2/3 이상 출석으로 성립하고, 출석인원 2/3 이상 찬성으로 결의한다고 규정하고 있는 사실이 인정된다. 위 인정사실에 의하면, 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회는 국내거주자 15명 중 2/3 이상인 13명이 출석하였다고 할 것이므로, 그 의사정족수를 충족하였다고 할 것인바, 피고가 2014. 7. 5.자 임시총회에서 한 시을 피고의 대표자로 선임하는 결의는 적법하여 효력이 있다.

(나) 원고는 ① AX, AY이 AH에게 의결권을 위임한 사실이 없고, ② 원고가 2014. 7. 5.자 임시총회 회의록에 서명하지 아니하였으므로 원고를 위 총회에 출석한 것으로 처리하여서는 아니 되며, ③ 위 총회에 출석하였던 여자 구성원들을 출석인원에서 제외하여야 하므로, 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회는 8명만이 출석하여 적법하게 개최되지 아니하였다고 주장한다.

살피건대, 갑 제72호증의 3의 기재에 의하면, 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회에 대하여 최초 작성된 회의록에 AX이 위임장을 보내온 사람으로 기재되어 있지 아니한 사실, 위 회의록에서 피고의 총무 BE이 AY, AX으로부터 위임장을 받았다는 취지의 진술을 하지 아니하고 있는 사실은 인정된다.

그러나 ① AX은 국외거주자로 국내거주자를 기준으로 한 의사정족수 산정에는 포함되지 아니하고, ② 원고는 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회에 출석하여 적극적으로 의견을 개진하고 결의에 참여하였으며 단지 회의록에 대한 서명만을 거절하였던 것으로 보이는바, 원고는 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회에 출석한 것으로 평가되며, ③ 앞서 본 것과 같이 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회에 출석한 것으로 기재된 여성 구성원들인 BB, BC도 출가하지 아니한 이상 피고 구성원의 자격을 가진다고 할 것인데 BB, BC가 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회 당시 출가하였다는 사실을 인정할 아무런 자료가 없고, ④ 앞서 본 것과 같이 AY을 출석하지 아니한 것으로 인정하였음에도 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회가 의사정족수를 충족시켰음에는 변함이 없는바, 앞서 인정한 사실만으로는 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회가 의사정족수를 충족하지 못하였다는 사실을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결론

따라서 피고의 2014. 7. 5.자 임시총회는 의사정족수를 충족하였다고 할 것이므로, AI이 2014. 7. 5. 피고의 대표자로 적법하게 선임되지 아니하였다는 원고의 위 주장은 이유 없다.

다) 이 사건 반소 제기에 피고의 결의가 있는지 여부

(1) 민법 제276조 제1항은 "총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다.", 같은 조 제2항은 "각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용·수익할 수 있다."라고 규정하고 있을 뿐 공유나 합유의 경우처럼 보존행위를 그 구성원 각자가 할 수 있다는 민법 제265조 단서 또는 제272조 단서와 같은 규정을 두고 있지 아니한바, 이는 법인 아닌 사단의 소유형태인 총유가 공유나 합유에 비하여 단체성이 강하고 구성원 개인들의 총유재산에 대한 지분권이 인정되지 아니하는 데에서 나온 당연한 귀결이라고 할 것이므로 총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 이러한 법리는 총유재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지라 할 것이다(대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결)

(2) 살피건대, 을 제87호증의 기재에 의하면, 피고가 2016. 2. 13. 열린 임시총회에서 원고가 2016. 1.경 대전지방법원에 피고를 상대로 제1, 2 토지에 관하여 한 부동산처분금지 가처분 신청 사건에 관하여 변호사를 선임하여 대응하기로 하는 결의를 한 사실은 인정된다. 그러나 위 결의는 그 내용에 비추어 볼 때 부동산처분금지 가처분 신청 사건의 대응에 관한 결의일 뿐, 제1, 2토지에 관한 인도 및 부당이득반환을 청구하는 이 사건 반소 제기를 위한 결의라고 해석되지는 아니하는바, 이 사건 반소는 총회 결의 없이 제기된 하자가 있었다고 할 것이다.

(3) 그러나 을 제90호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고가 2019. 4. 13. 열린 정기총회에서 이 사건 본소 및 반소 수행 제반사항 일체에 대한 권한을 추인하는 내용의 결의를 한 사실이 인정되는바, 비법인사단의 대표자가 총회의 결의 없이 총유재산에 대한 소를 제기하였다고 하더라도 그 소송이 진행되는 도중 총회의 추인을 받았다면 소 제기 당시 총회 결의가 없었다는 하자는 치유된다고 봄이 타당하므로, 피고의 이 사건 반소 제기에 관한 하자는 피고의 2019. 4.

13.자 정기총회에서 결의로서 치유되었다고 할 것이다.

(4) 이에 대하여 원고는 피고가 재판부에 대하여는 조정안에 대하여 검토한다고 진술하여 놓고 이 사건 반소 제기에 대한 총회 추인 결의를 하였으므로, 피고의 이 사건 반소 제기에 대한 추인 결의는 신의칙에 반한다고 주장하나, 원고가 2018. 12. 12.이 되어서야 2016. 11. 1. 제기된 이 사건 반소에 대하여 총회의 결의가 없다는 주장을 하기 시작한 점에 비추어, 설령 원고의 위와 같은 주장이 사실이라고 하더라도 그와 같은 사실만으로는 피고의 위와 같은 이 사건 반소 제기에 대한 추인이 신의칙에 반하는 것으로 효력이 없다고 할 수 없다.

(5) 따라서 이 사건 반소가 총회의 결의 없이 제기되어 위법하다는 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

나. 본안에 관한 판단

1) 당사자들의 주장 가) 피고의 주장 요지

(1) 원고는 2016. 1. 1.경부터 법률상 원인 없이 피고 소유인 제1 토지 점유 부분 및 제2 토지를 점유하고 있는바, 원고는 피고에게 제1 토지 점유 부분 및 제2 토지를 인도하고, 37,434,056원(= 제1 토지 점유 부분에 대한 2016년도 차임 상당의 부당이득액 19,200,126원 + 제2 토지에 대한 2016년도 차임 상당의 부당이득액 18,233,930원)을 지급하며, 2017. 1. 1.부터 제1 토지 점유 부분의 인도 완료일까지 월 1,605,393원의 비율로 계산한 돈을, 2017. 1. 1.부터 제2 토지의 인도 완료일까지 월 1,523,785원의 비율로 계산한 돈을 각 지급하여야 한다.

(2) ① 피고 규약 제12조 제4호가 피고 재산의 보존 관리에 관한 사항을 총회 결의 사항으로 규정하고 있는바, I가 피고 총회의 결의 없이 제1, 2 토지에 관한 사용승낙서를 작성하여 준 것은 부적법하다.

② I의 위 사용승낙서는 통정허위표시 또는 반사회적 행위에 해당하여 피고에게 그 효력을 주장할 수 없다

나) 원고의 주장 요지

원고는 제1, 2 토지의 점유취득시효를 완성한 사람으로서 제1, 2토지에 대한

소유권이전등기청구권을 가지는바, 제1, 2 토지를 점유할 정당한 권한이 있다. 설령 원고의 제1, 2 토지에 대한 소유권이전등기청구권이 인정되지 아니한다고 하더라도, 피고의 회장이던 I는 2011. 9.

1. 원고에게 제1, 2 토지에 관하여 사용기간의 제한 없는 무상사용을 승낙하였다. 따라서 원고는 법률상 원인 없이 제1, 2 토지를 점유한다고 할 수 없다.

2) 토지인도청구에 관한 판단 가) 청구원인에 관한 판단

피고가 제1, 2 토지의 소유자인 사실은 앞서 본 바와 같고, 원고가 2016. 1. 1. 이후로 현재까지 제1 토지 중 BF이 점유하고 있는 각 컨테이너가 설치된 부분인 68.7m²을 제외한 나머지 부분 2,280.3m²(즉, 제1 토지 점유 부분) 및 제2 토지를 각 점유하고 있는 사실은 당사자 사이에 다툼 없다7) . 따라서 특별한 사정이 없는 한, 원고는 피고에게 제1 토지 점유 부분 및 제2 토지를 인도할 의무가 있다.

나) 원고의 주장에 관한 판단

(1) 점유취득시효를 완성하여 점유할 권한이 있다는 주장에 관한 판단

앞서 본 것과 같이 원고는 제1, 2 토지를 소유의 의사로 점유하고 있다고 할 수 없으므로, 원고는 제1, 2 토지에 관하여 점유취득시효 완성을 이유로 한 소유권이전등기청구권과 이에 근거한 점유 권한을 가지지 아니한다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

(2) I의 사용승낙으로 인하여 점유할 권한이 있다는 주장에 관한 판단

(가) 갑 제14호증의 12의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고의 회장이던 I가 2011. 9. 1. 원고에게 다음과 같은 내용의 토지 사용승낙서를 작성하여 준 사실이 인정된다.

토지 사용 승낙서

수임자: 원고

주소: 대전 유성구 BG

상기인에게 다음과 같이 2필지 토지에 대한 사용승낙함.

1) 사용승낙토지: 제1, 2 토지

2) 토지 사용기간: 사용기간 제한 없음(토지사용료 무상)

3) 토지 사용목적: 과수, 농작물 재배 및 기타 사용

4) 위 토지 관련내용: 제1, 2 토지는 피고 토지가 아닌 원망 J 소유 토지이며, 종중간 소송으로

진행하지 않고 원만한 합의에 의해 위 2필지 토지를 반환해주기로 피고 회장 I가 책임진다. 반환 전

우선 상속자(원고)들에게 위 토지에 대한 사용을 승낙합니다.

2011. 9. 1.

토지사용승낙자: 피고 회장 I

주소: 대전 유성구 S

첨부서류: 인감증명 1부

[갑 제14호증의 13에 의하면, I 이름 다음의 인영이 I의 인장에 의한 것임이 인정되므로 문서 전체의 진정성립이 추정된다. ① 피고는 위 문서에 피고의 회장 인감이 아닌 I의 개인인감이 날인되어 있으므로 그 진정성립을 인정할 수 없다고 주장하나, 비법인사단의 대표자가 비법인사단을 대표한다고 현명한 후 개인 인감을 날인하였다고 하여 그 문서의 진정성립이 부정되는 것은 아니므로, 피고의 위 주장은 이유 없다. ② 피고는 위 문서가 위조된 것이라고도 주장하나, 갑 제65호증(가지번호 포함)에 비추어 볼 때, 을 제44, 48, 67호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재만으로는 위 문서의 위조사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고의 위 주장 역시 이유 없다].

(나) 그러나 비법인사단은 그 소유재산을 구성원들이 총유하는 형태로 소유하는바, 총유물의 관리 및 처분행위라 함은 총유물 그 자체에 관한 법률적·사실적 처분행위와 이용, 개량행위를 말하는 것으로서, 총유물의 관리 및 처분행위에 관하여는 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그에 관한 정관이나 규약이 없으면 사원총회의 결의에 의하여 하는 것이므로 정관이나 규약에 정함이 없는 이상 사원총회의 결의를 거치지 않은 총유물의 관리 및 처분행위는 무효라고 할 것이다(대법원 1992. 10. 13. 선고 92다27034 판결, 2000. 10. 27. 선고 2000다22881 판결, 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다64780 판결 등 참조).

피고가 2011. 9. 1. 당시 종종 유사 단체로서 비법인사단에 해당함은 앞서 본 것과 같고, 앞서 채택한 증거 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고 규약 제12조 제3, 4호는 재산 취득·처분 및 보존·관리에 대하여 총회의 결의를 얻도록 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있다. 위 법리에 비추어 이 사건을 보건대, 제1, 2 토지에 대한 사용대차는 총유재산에 대한 관리행위에 해당한다고 할 것인데, I가 피고 규약이 정한 절차 또는 피고 총회의 결의를 거쳐 원고에게 제1, 2 토지의 사용승낙을 하였다는 사실을

인정할 만한 아무런 증거가 없는바, I가 피고 총회의 결의 없이 피고를 대표하여 2011. 9. 1. 원고에게 제1, 2 토지의 사용승낙을 한 것은 무효라고 할 것이다.

(다) 따라서 피고의 대표자인 I로부터 사용승낙을 받았다는 원고의 위 주장은 이유 없다.

3) 부당이득반환청구에 대한 판단 가) 부당이득반환청구권의 성립

(1) 청구원인에 대한 판단

앞서 본 것과 같이, 원고는 법률상 원인 없이 2016. 1. 1.경부터 제1 토지 점유 부분 2,280.3m² 및 제2 토지를 점유하고 있는바, 원고는 제1 토지 점유 부분 및 제2 토지의 각 차임 상당의 이익을 취득하고 있고, 피고에게 같은 금액 상당의 손해를 가하고 있다 할 것이므로, 원고는 피고에게 부당이득반환으로 2016. 1. 1.부터의 제1 토지 점유 부분 및 제2 토지의 각 차임 상당액을 지급할 의무가 있다.

(2) 원고의 주장 및 그 판단

(가) 원고는 제2 토지 중 108m²가 2016. 12. 27. 지적재조사에 따라 대전 유성구 BH 도로 108m²로 변경되었으므로, 원고가 위와 같이 변경된 부분을 점유하여 부당이득하였다고 할 수 없다고 주장한다. 그러나 갑 제73, 74호증(각 가지번호 포함), 갑 제75호증의 1, 2의 각 기재 및 영상만으로는 제2 토지 중 일부가 대전 유성구 BH 도로 108m²로 편입되어 제2 토지의 면적이 축소되었다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없는바, 원고의 위 주장은 이유 없다[대전 유성구 BH 도로 108m²의 등기부등본(갑 제73호증의 1)에 의하더라도, 원고가 주장하는 부분은 대전 유성구 BI에서 분할된 부분으로 보인다].

(나) 원고는 피고가 제2 토지 중 일부를 말뚝을 박아 점유하고 있으므로, 원고가 위 말뚝이 점유하고 있는 부분을 부당이득하였다고 할 수 없다고 주장한다. 그러나 제1심 법원의 검증 결과에 비추어, 갑 제77호증의 영상만으로는 피고가 제2 토지 중 일부를 말뚝을 박아 점유하고 있다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없는바, 원고의 위 주장은 이유 없다.

나) 부당이득반환청구권의 범위

(1) 제1심 감정인 AK의 차임감정결과, 당시 감정인 BJ의 측량감정결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, 제1 토지 점유 부분 및 제2 토지의 2016. 1. 1.부터 2017. 4. 24.까지의 차임 상당액은 아래

표의 기재와 같고, 특별한 사정이 없는 한 2017. 4. 24. 이후의 차임 상당액은 2017. 1. 1.부터 2017. 4. 24.까지의 차임 상당액과 같을 것으로 추인된다.

제1 토지 점유 부분	19,200,126원8)) 감정액 1,653,757원 - 48,364원[= 704원(= 1,653,757원/제1 토지 전체 면적 2,349m ²) × 68.7m ² (= 제1 토지 전체 면적 2,349m ² - 제1 토지 점유 부분 면적 2,280.3m ²), 각 소수점 아래 버림]	월 1,605,393원10)
제2 토지	18,233,930원	월 1,523,785원
합계	37,434,056원	

(2) 원고는 위와 같이 산정된 감정액이 원고가 국가로부터 대부받아 사용하고 있는 인근 토지의 대부료에 비하여 과다하다고 주장한다. 갑 제75호증의 3의 기재에 의하면, 원고가 대한민국으로부터 대전 유성구 BK 대 133m² 중 23m²를 1년에 55,300원(부가가치세 포함, 1m²당 약 2,404원)의 대부료로 임차하여 사용하고 있는 사실이 인정되나, 국유재산의 대부료와 해당 토지의 차임은 그 산정의 기준, 방법 및 절차 등을 달리 하므로, 위 인정사실만으로 위와 같이 산정된 차임 상당의 부당이득액이 과다하여 부당하다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

다) 소결론

따라서 원고는 피고에게 제1 토지 점유 부분 및 제2 토지 점유에 따른 부당이득으로서 2016. 1. 1.부터 2016. 12. 31.까지의 기간에 해당하는 37,434,056원을 지급하고, 2017. 1. 1.부터, 제1 토지 점유 부분의 점유 완료일까지 월 1,605,393원의 비율로 계산한 돈을, 제2 토지의 점유 완료일까지 월 1,523,785원의 비율로 계산한 돈을 각 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 본소 중 주위적 청구는 이유 없어 기각하고, 예비적 청구는 부적법하여 각하하며, 피고의 반소 청구는 이유 있어 인용하여야 한다. 제1심 판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로, 원고의 항소를 기각하고, 이 법원에서 추가된 원고의 예비적 청구를 각하하며, 이 법원에서의 피고의 반소 일부 철회 내지 감축에 따라 제1심 판결의 주문 제1항을 주문 제3항 기재와 같이 변경하기로

하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사권혁중

판사정정미

판사성하경

별지

1) 위 표에 기재된 정보(町步), 평 및 m^2 단위의 수치는 이 사건 7필지 토지의 등기부등본상에 기재된 면적 단위 환산(m^2) 전·후의 각 기재를 그대로 옮긴 것이다.

2) 제2토지는 현재까지 토지분할이 없었던바, 별지 목록 제2항 기재 토지에 해당한다.

3) 제4토지인 대전 유성구 ○ 임야 $2,479m^2$ '는 1997. 8. 12.경 Z 전 $2,294m^2$ 로 등록전환되었다.

4) 그 중 제6토지인 대전 유성구 Q 전 $1,914m^2$ 는 1997. 8. 12. 분할로 AS 전 $254m^2$, AT 전 $1,475m^2$ 로 분할되었고, 위와 같이 분할되고 남은 토지는 Q 전 $185m^2$ '가 되었다.

5) 이러한 점에서, 피고가 1986.경까지는 고유한 의미의 종중이 아니라 권리능력 없는 종계(宗系)에 불과하였기에 E에게 제1, 2 토지를 명의신탁할 수도 없었다는 취지의 원고 주장도 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

6) 원고는 현재 위 각 토지를 점유한다고 주장하면서 이 사건 본소를 통하여 점유취득시효에 기한 소유권이전등기 청구를 하고 있다.

7) 감정액 $19,778,580원 \sim 578,454원$ [$= 8,420원(= 19,778,580원/제1 토지 전체 면적 $2,349m^2$) \times 68.7m^2(= 제1 토지 전체 면적 $2,349m^2$ - 제1 토지 점유 부분 면적 $2,280.3m^2)$$]

8)) 감정액 $1,653,757원 - 48,364원$ [$= 704원(= 1,653,757원/제1 토지 전체 면적 $2,349m^2$) \times 68.7m^2(= 제1 토지 전체 면적 $2,349m^2$ - 제1 토지 점유 부분 면적 $2,280.3m^2)$, 각 소수점 아래 버림]$