

5) 소유권 등기의 말소등기 청구 또는 진정명의회복등기 청구

가) 소 송 물

(1) 동일성 식별의 표준(관련 사건과의 비교)

원인무효로 인한 말소등기청구 사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권 이고, 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생 원인은 당해 등기 원인의 무효라 할 것이어서, 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니다.⁹⁶⁸⁾

반면에, 소유권이전등기청구 사건에서 등기원인을 달리하는 경우에는 단순히 공격·방어방법의 차이에 불과한 것이 아니고 등기원인별로 별개의 소송물로 인정된다.⁹⁶⁹⁾ 소유권확인청구 사건의 경우 그 소송물은 소유권 자체의 존부이다.

(2) 소유권이전등기말소등기청구와 진정명의회복 소유권이전등기청구의 관계

판례는,⁹⁷⁰⁾ '진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의

968) 대법원 1993. 6. 29. 선고 93다11050 판결.

969) 대물변제를 원인으로 소유권이전등기를 구하는 전소 확정판결의 기판력이 취득시효완성을 청구원인으로 소유권이전등기를 구하는 후소에 미치지 않는 아니한다고 한 예(88다카19002, 19019). 동업약정 종료를 원인으로 대지전부에 관하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하였다가 패소한 확정판결의 기판력은 동업관계 존속을 전제로 그 지분에 한하여 소유권이전등기절차 이행을 구하는 소에는 미치지 아니한다고 한 사례(90다8961).

970) 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결의 다수의견: "진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하

말소등기청구권은 그 소송물이 실질상 동일한 것으로 보아야 하므로 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다.’고 하여, 두 청구의 중첩적 허용을 부정한다.⁹⁷¹⁾

(3) 말소등기청구와 상속회복청구의 관계

자신이 진정한 상속인임을 전제로 그 상속으로 인한 소유권 또는 지분권 등 재산권의 귀속을 주장⁹⁷²⁾하면서 참칭상속인⁹⁷³⁾ 또는 참칭상속인으로부터 상속재산에 관

여 허용되는 것인데, 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효 등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로, 비록 전자는 이전등기, 후자는 말소등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 하고, 따라서 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다고 보아야 할 것이다. 이와 달리 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받은 당사자도 그 확정판결의 기판력이 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에는 미치지 아니하므로 다시 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 제기할 수 있다고 본 ... 판결 등의 견해는 이와 저촉되는 한도 내에서 변경하기로 한다.”

971) 이에 대하여 별개의견은, 소유권이전등기말소등기청구와 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구 간 소송물의 동일 여부, 기판력의 저촉 여부에 관하여는 다수의견에 반대하면서도, “전소와 후소를 통하여 당사자가 얻으려고 하는 목적이나 사실관계가 동일하고, 전소의 소송과정에서 이미 후소에서와 실질적으로 같은 청구나 주장을 하였거나 그렇게 하는 데 아무런 장애가 없었으며, 후소를 허용함으로써 분쟁이 이미 종결되었다는 상대방의 신뢰를 해치고 상대방의 법적 지위를 불안정하게 하는 경우에는 후소는 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 할 것이다.”라고, 반대의견은, “기판력의 범위를 결정하는 소송물은 원고의 청구취지와 청구원인에 의하여 특정되는 것으로서, 사실관계나 법적 주장을 떠나서 청구취지가 다르다면 소송물이 같다고 할 수 없을 것”이라고 하면서, 소유권이전등기말소등기청구와 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구는 “우선 그 청구취지가 다르므로, 이러한 법리의 적용을 배제할 만한 상당한 법적 근거가 없다면 이 두 소송의 소송물이 다르다고 보아야 할 것”이고, “등기절차상으로 말소등기와 이전등기라고 하는 엄연한 차이가 있으므로, 실체법과 함께 등기절차법의 측면에서 이들 청구권의 법적 근거가 반드시 동일하다고만 볼 수도 없는 것”이라 하여, “소유권이전등기의 말소청구와 함께 진정명의회복을 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 중첩적으로 허용함이 타당하다.”라고 하였다.

972) 피상속인 사망 후 공동상속인 중 1인이 다른 공동상속인에게 자신이 상속한 재산을 중간생략등기 방식으로 명의신탁하였다가 그 명의신탁이 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 반하여 무효임을 이유로 상속재산의 반환 또는 그 반환채무의 이행불능을 원인으로 한 손해배상을 구하는 경우, 그러한 청구는 명의신탁이 무효임을 원인으로 하여 소유권의 귀속 등을 주장하는 것일 뿐 상속으로 인한 재산권의 귀속을 주장하는 것이라고 볼 수 없고, 나아가 명의신탁자로 주장된 피고를 두고 진정상속인의 상속권을 침해하고 있는 참칭상속인이라고 할 수도 없으므로, 위와 같은 청구가 상속회복청구에 해당한다고 할 수 없다. 이는 위와 같은 소송에서 명의신탁자로 주장된 피고가 명의신탁 사실을 부인하고 단독상속을 주장한다고 하여 달리 볼 것은 아니다(2011다 81152).

973) ① 상속회복청구의 상대방이 되는 참칭상속인이라 함은 정당한 상속권이 없음에도 재산상속인인 것을 신뢰케 하는 외관을 갖추고 있는 자나 상속인이라고 참칭하여 상속재산의 전부 또는 일부를 점유하는 자를 가리키는 것으로서, 공동상속인의 한 사람이 다른 상속인의 상속권을 부정하고 자기만이 상속권이 있다고 참칭하여 상속 재산인 부동산에 관하여 단독 명의로 소유권이전등기를 한 경우는 물론이고, 상속을 유효하게 포기한 공동상속인 중 한 사람이 그 사실을 숨기고 여전히 공동상속인의 지위에 남아 있는 것처럼 참칭하여 그 상속지분에 따른 소유권이전등기를 한 경우에도 참칭상속인에 해당할 수 있으나, 이러한 상속을 원인으로 하는 등기가 그 명의인의 의사에 기하지 않고 제3자에 의하여 상속 참칭의 의도와 무관하게 이루어진 것일 때에는 위 등기명의를 상속회복청구의 소에서 말하는 참칭상속인이라고 할 수 없다. 그리고 수인의 상속인이 부동산을 공동으로 상속하는 경우 그와 같이 공동상속을 받은 사람 중 한 사람이 공유물의 보존행위로서 공동상속인 모두를 위하여

한 권리를 취득하거나 새로운 이해관계를 맺은 제3자를 상대로 상속재산인 부동산에 관한 등기의 말소 등을 청구하는 경우⁹⁷⁴⁾에는, 그 소유권 또는 지분권이 귀속되었다는 주장이 상속을 원인으로 하는 것인 이상 그 청구원인 여하에 불구하고 이는 민법 제999조⁹⁷⁵⁾ 소정의 상속회복청구의 소(3년 또는 10년의 제척기간이 적용된다)에 해당한다.⁹⁷⁶⁾

중복 소유권보존등기 중 후행 보존등기로부터 이루어진 소유권이전등기가 참칭상속인에 의한 것이어서 무효임을 이유로 말소등기를 구하였으나 패소 확정된 상속회복청구의 전소의 기판력은 후행 보존등기나 그에 기초한 후속등기에 대하여 후행 보존등기 자체의 무효를 이유로 말소등기를 구하는 후소에 미치지 않는다.⁹⁷⁷⁾

상속등기를 신청하는 것도 가능하므로, 부동산에 관한 상속등기의 명의인에 상속을 포기한 공동상속인이 포함되어 있다고 하더라도 그 상속을 포기한 공동상속인 명의의 지분등기가 그의 신청에 기한 것으로서 상속 참칭의 의도를 가지고 한 것이라고 쉽게 단정하여서는 아니 된다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다33392 판결). ㉔ 공동상속인 중 1인이 상속등기에 갈음하여 구 부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법에 따라 그 명의의 소유권이전등기를 경료한 경우에 그 이전등기가 무효라는 이유로 다른 공동상속인이 그 등기의 말소를 청구하는 소는 상속회복청구의 소에 해당한다(2009다41199). ㉕ 소유권이전등기에 의하여 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추었는지 여부는 권리관계를 외부에公示하는 등기부의 기재에 의하여 판단하여야 하므로, 등기원인이 상속이 아닌 매매, 증여 등 다른 원인으로 되어 있다면 소유권이전등기를 한 등기명의인이 공동상속인 중의 1인이라고 하더라도 참칭상속인이라고 할 수 없고, 일단 적법하게 공동상속등기가 마쳐진 부동산에 관하여 상속인 중 1인이 자기 단독명의로 소유권이전등기를 한 경우 다른 상속인들이 그 이전등기가 원인 없이 마쳐진 것이라 하여 말소를 구하는 소는 상속회복청구의 소에 해당하지 아니하여 민법 제999조 제2항이 정하는 소의 제기에 관한 제척기간이 적용되지 아니한다. 이는 상속권이 침해되었음을 이유로 그 회복을 구하는 것이 아니라 상속으로 일단 취득한 소유권이 그 후 위법하게 침해되었다는 이유로 소유권의 회복을 구하는 것이기 때문이며, 공동상속등기와 그에 이은 이전등기 사이의 시간적 간격이 짧다거나 공동상속등기와 이전등기가 상속인 중 1인에 의하여 동일한 기회에 이루어졌다고 하여 달리 볼 것이 아니다(2009다78801).

974) 참칭상속인이 상속재산의 전부 또는 일부를 점유함으로써 진정한 상속인의 재산상속권을 침해한 경우, 상속회복을 청구하는 자는 ① 자신이 상속권을 가지는 사실과 ② 청구의 목적이 상속개시 당시 피상속인의 점유에 속하였던 사실뿐만 아니라, 나아가 ③ 참칭상속인에 의하여 그의 재산상속권이 침해되었음을 주장·증명하여야 한다. 예컨대, 참칭상속인이 상속재산인 은행예금 중 얼마를 인출하였는지, 상속재산인 주식을 얼마나 처분함으로써 원고의 구체적 상속분이 얼마나 침해되었는지에 관하여 원고가 구체적으로 주장·증명하여야 한다(2009다64635).

975) 민법 제999조(상속회복청구권) ① 상속권이 참칭상속권자로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또는 그 법정대리인은 상속회복의 소를 제기할 수 있다. ② 제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 알 날부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년을 경과하면 소멸된다. ㉔ 헌법재판소 2001. 7. 19. 99헌바9 결정이 구 민법 제999조 제2항 중 '상속이 개시된 날부터 10년' 부분은 헌법에 위반된다고 결정함에 따라, '상속이 개시된 날'이 '상속권의 침해행위가 있는 날'로 2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정되었다.

976) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다5740 전원합의체 판결의 다수의견. **반대의견**은, "부동산의 진정한 소유자가 원인무효등기의 말소를 청구하는 것은 소유권 그 자체에 터잡아서 방해의 배제나 소유물의 반환을 청구하는 것으로서 소유권이 있는 한 항상 행사할 수 있는 것인데, 그 소유권을 취득하게 된 원인이 상속이라고 하여 그리고 그 상대방이 상속인을 참칭하여 등기를 한 사람이라고 하여, 상속회복의 소라는 이름을 붙이고 그 권리의 행사를 제한하여야 할 이유는 없다고 생각한다. 다시 말하면 진정상속인이 참칭상속인을 상대로 상속재산에 관한 원인무효의 등기의 말소를 청구하는 것은 상속을 원인으로 하여 취득한 소유권 그 자체를 행사하는 것이지, 재산상속권의 회복을 청구하는 것으로 보아 특별히 취급할 것은 아니며, 민법 제999조 소정의 상속회복청구권은 이와 같은 개별적 청구권과 다른 독립된 별개의 권리라고 보아야 한다. ... 원고들이 피고 명의의 보존등기가 원인무효임을 이유로 하여 그 말소를 청구하는 것은, 원고들이 소유권(지분)을 취득한 것이 상속에 인한 것이고 피고가 단독상속을 참칭하여 보존등기를 하였다고 하여도 ... 상속회복청구의 소에 해당하지 아니한다고 해석하는 것이 옳다고 생각한다."고 하였다.

977) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010다107064 판결: "동일한 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유

(4) 채권적 반환청구권과 물권적 청구권 사이의 경합

계약의 무효,⁹⁷⁸⁾ 취소,⁹⁷⁹⁾ 해제⁹⁸⁰⁾의 경우 채권적 반환청구권과 물권적 청구권

권보존등기가 마쳐진 경우 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효로 되지 않는 한 뒤에 된 소유권보존등기는 그것이 실체관계에 부합하는지 여부를 가릴 것 없이 1부동산 1등기용지주의의 법리에 비추어 무효라고 할 것인바, 원고가 선행 보존등기로부터 소유권이전등기를 한 소유자의 상속인으로서, 후행 보존등기나 그에 기하여 순차로 이루어진 소유권이전등기 등의 후속등기가 모두 무효라는 이유로 등기의 말소를 구하는 소는, 후행 보존등기로부터 이루어진 소유권이전등기가 참칭상속인에 의한 것이어서 무효이고 따라서 그 후속등기도 무효임을 이유로 하는 것이 아니라 후행 보존등기 자체가 무효임을 이유로 하는 것이므로 상속회복청구의 소에 해당하지 않는다고 할 것이다. 따라서 이 사건 소에는 상속회복청구권의 제척기간이 적용되지 않는다고 보아야 한다. ... 원고의 피상속인이 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효임을 주장하지 않고, 자신이 진정한 상속인이고 후행 보존등기로부터 상속을 원인으로 이루어진 소유권이전등기의 명의인은 진정한 상속인이 아니므로 그 소유권이전등기는 무효이고 그에 이어 이루어진 소유권이전등기도 무효라고 주장하여 소유권말소등기의 소를 제기하였다가 그 소가 상속회복청구의 소에 해당하고 제척기간이 경과하였다는 이유로 패소 판결이 확정되었다고 하더라도, 이 사건 소는 원고의 피상속인의 패소 판결이 확정된 전소와 청구원인을 달리하는 것이어서 전소의 기판력에 저촉되지 않는다.”⁹⁷⁸⁾ 원심판결에 따르면, 종전 소송의 1심법원은 종전 소송을 상속회복청구소송이라 판단하고 상속회복청구권이 이미 제척기간의 경과로 소멸되었다는 이유로 청구를 ‘기각’하였는데 여에 대한 항소, 상고가 모두 기각됨으로써 1심 판결이 그대로 확정되었다. 종전소송은 상속회복청구의 제척기간 도과 후에 제기된 소로 그 효력이 보정될 수 없는 것이므로 부적법한 소로서 각하되어야 할 것인데도 제1심이 제척기간의 경과를 이유로 청구를 기각하였고, 92다11046 판결 등의 예외적 논리(‘청구가 부적법하여 각하되어야 함에도 원심이 간과하여 그 청구를 기각한 경우, 그 청구의 본안에 대한 기판력이 발생하는 것이 아니므로 위와 같은 주문의 표현을 들어 특별히 파기할 것은 아니라고 하여 원고의 상고를 기각’하는 것)에 따라 위 1심 판결이 그대로 확정된 것으로 보이므로, 종전소송에 대한 청구기각의 패소 확정판결은 청구의 본안에 대한 기판력이 발생하는 것이 아니라는 점에서도, 후소가 전소의 기판력에 저촉되지 않는다고 볼 수 있다.

978) ① 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결: “급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득을 원인으로 한 반환청구를 할 수 없음은 물론, 그 원인행위가 무효이기 때문에 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여, 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없는 것이고, 그리하여 그 반사적 효과로서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속하게 되는 것이라고 해석함이 타당하다.”
② 74다128: “이 사건 매매계약은 법률상 당연무효이므로 이에 기하여 피고 회사 앞으로 이전된 이 사건 매매목적물의 일부인 이 사건 부동산에 관하여 소유권의 이전등기 및 그 점유는 법률상 원인 없이 피고들에게 된 것이므로 피고들은 원고에게 이를 원상대로 회복할 의무가 있다고 하여 원고의 이 사건 청구를 인용하였다. ... 위 판시 ... 정당하고”

979) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2010다28604 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견: “등기의 원인이 된 계약 등이 강박 등으로 취소된 경우에 말소등기청구는, 만일 종전의 소유자가 그 계약 등을 원인으로 소유권이전 등기를 행하였다면 이제 그 소유권의 복귀로 말미암아 물론 소유권에 기하여 이를 하는 것도 가능하나, 그와는 별도로 — 종전의 소유자가 소유권이전등기를 경료한 경우가 아니더라도 — 계약 등에 기하여 행하여진 소유권이전등기 등의 급부에 관하여 그 취소와 같은 법률상 원인의 소멸로 인하여 그 ‘반환’을 구하는 채권적 성질의 원상회복청구권이 발생한다(한편 86다카1332 판결, 92다1353 판결 및 93다16338 전원합의체 판결 등은 등기 말소청구권이 계약 자체에 기하여 채권적 성질을 가지는 권리로서 발생할 수 있음을 정면에서 시인하고 있다).”
☞ 위 판시에서 인용한 86다카1332 판결, 93다16338 판결은 저당권이나 가등기담보권과 같은 담보권이 그 피담보채무의 변제로 효력을 상실한 경우 그 담보계약에 기한 담보등기 말소등기청구와 소유권에 기한 담보등기 말소등기 청구의 경합을 인정한 것이다.

980) ① 대법원 1993. 9. 14. 선고 92다1353 판결: “원고들은 ... 청구원인으로서 원고들이 공동으로 아OO과 사이에 ... 약정을 하였는데 이OO이 그 약정에 따른 채무를 불이행함으로써 계약해제를 하여 위 각 등기의 말소를 구한다고 주장하고 있을 뿐 원인무효의 등기라든지 대위라는 표현은 전혀 하지 않고 있는바, 이에 의하면 원고 장OO는 직접, 원고 정OO은 위 원고를 대위하여 소유권에 기한 방해배제청구의 행사로 이OO 명의의 각 등기의 말소를 구하고 있다고 보기보다는 위 약정의 불이행을 원인으로 계약을 해제하고 그 원상회복의무의 이행으로서 이 사건 소송을 하고 있는 것으로 볼이 상당하다. 그렇다면 원고들은 이 사건 후소에서, 전소에 있어서와 같이 소유권에 기한 방해배제청구권의 행사로서 ... 말소등기청구를 하는 것이 아니라, 위 약정의 계약당사자로서 그 계약해제에 따른 계약상의 권리에 기하여 원상회복으로 담보물의 반환을 받기 위하여 직접 가등기 및 근저당등기의 말소등기청구를 하고 있는 것이라 할 것이므로, 원고 장OO로서는 전소와 청구원인을 달리하는 것이고 원고 정OO로서는 청구원인 및 당사자를 전소와 달리 하는 것이라고 할 것이어서 전소의 위 확정판결

사이의 경합이 인정된다.

저당권이나 가등기담보권과 같은 담보권이 그 피담보채무의 변제 등으로 효력을 상실한 경우, 그 담보계약에 기한 담보등기 말소등기청구와 소유권에 기한 담보등기 말소등기 청구 간 경합이 인정된다(후술하는 '저당권' 부분 참조).

명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 신탁해지를 하고 신탁관계의 종료 그것만을 이유로 하여 소유 명의의 이전등기절차의 이행을 청구할 수 있음은 물론, 신탁해지를 원인으로 하고 소유권에 기해서도 그와 같은 청구를 할 수 있고, 이 경우 양 청구는 청구원인을 달리하는 별개의 소송이다.⁹⁸¹⁾

나) 청구원인사실

(1) 소유권이전등기의 말소등기청구와 진정명의회복등기 청구

소유권이전등기의 말소등기청구⁹⁸²⁾ 또는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 요건사실은, ① '원고의 소유' 사실, ② '피고의 소유권이전등기 경료' 사실, ③ '등기의 원인무효' 사실이다(진정명의회복의 경우, 피고가 '현재'의 등기명의인이어야 한다는 점만 차이가 있다).

① '원고의 소유' 사실

'원고의 소유' 사실의 증명방법은 별개 항으로 상술한다.

원고가 피고들에 대하여 피고들 명의로 마쳐진 소유권보존등기 및 소유권이전등기의 말소를 구하려면, 먼저 원고에게 그 '말소를 청구할 수 있는 권원'이 있음(이는 주요사실로서 변론주의의 적용대상이다)⁹⁸³⁾을 주장·증명하여야 하며, 만일 원고에게 이러한 권원이 있음

의 기판력이 이 사건 후소에 미칠 수 없는 것이라 할 것이다." ② 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다17680 판결: "피고들 명의의 소유권이전등기가 조OO과 피고들 사이의 제소전화해에 의하여 이루어진 것이라 할지라도 이는 원고와 피고들 사이에 체결된 이 사건 매매계약과 당사자들 사이에 이루어진 위 중간등기생략에 관한 합의에 의한 것이라면 이 사건 매매계약상의 원고의 채무는 피고들이 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마칠으로써 전부 이행되었다고 할 것이니 피고들이 당초의 약정과 달리 소유권이전등기를 마친 후에도 원고에게 잔대금을 지급하지 아니한 경우에는 원고는 적법한 최고절차를 거쳐 이 사건 매매계약을 해제하고 계약 당사자로서 피고들에게 직접 매매계약 해제를 원인으로 한 원상회복으로서 피고들에게 그 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다고 할 것이고, 이는 위 제소전화해의 기판력에 저촉되는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 원심으로서는 ... 이 사건 매매계약이 위 제소전화해가 이루어진 후에 적법하게 해제되었는지 등에 관하여 더 심리를 하였어야 하고, 원고가 원소유자인 조OO를 대위하여 구하는 이 사건 주위적 청구 속에 원고가 계약당사자로서 계약해제의 효과인 원상회복청구권에 기하여 직접 피고들에 대하여 위 소유권이전등기의 말소를 구하는 취지도 포함된 것인지의 여부 등에 관하여 석명권을 행사한 연후에 원고의 이 사건 주위적 청구에 대한 담부를 판단하였어야 함에도 불구하고, 원고의 이 사건 주위적 청구가 위 제소전화해의 기판력에 반한다고 성급하게 판단 ... 위법을 저지른 것"

981) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다55171 판결, 대법원 1980. 12. 9. 선고 79다634 전원합의체 판결.

982) 부동산등기규칙 제116조(등기의 말소) ① 등기를 말소할 때에는 말소의 등기를 한 후 해당 등기를 말소하는 표시를 하여야 한다. ─ 따라서 청구원인은 '~등기의 말소등기절차'를 이행하라.로 적어야 하고, '~등기를 말소하라.', '~등기의 말소절차를 이행하라.'는 잘못된 기재이다.

983) 대법원 1982. 4. 27. 선고 81다카550 판결: "말소등기청구권을 원고가 어떠한 권원에서 행사하는가, 즉, 청구권

이 인정되지 않는다면, 설사 피고들 명의의 등기들이 말소되어야 할 무효의 등기라고 하더라도 원고의 청구를 인용할 수는 없다.⁹⁸⁴⁾

즉, 위 ②, ③ 요건이 충족된 경우라도 위 ① 요건이 흠결된 경우라면 말소등기청구가 인용될 수 없다(채권자대위가 가능한 경우, 소유자를 대위한 말소등기청구는 별개로 인정될 수 있다).

진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우에도 마찬가지이다.⁹⁸⁵⁾

원의 발생에 관한 요건사실은 주요사실로서 당사자가 당해 소송에서 주장하지 않는 한 판결의 기초로 채용할 수 없음은 민사소송에서 변론주의의 당연한 결론인 것이다.” ⇨ ‘소유권을 공동상속하여 공유자의 한 사람으로서 피고에게 말소등기청구권을 행사하는 것은 소유권에 기한 물권적 청구권인 방해배제청구권의 행사인 것이고, 소유자로부터 증여받은 자의 지위에서 피고에게 말소등기를 청구하는 것은 원소유자인 망인의 상속인이 가지는 물권적 청구권을 대위하여 청구하는 것이므로, 위 두 경우에는 그 요건사실을 달리하는 것일 뿐만 아니라 원고가 수증자의 지위에서 청구하는 것으로 청구권원을 구성할 때에는 망인의 상속인들이 피대위자가 되는 것인 만큼, 그들이 피고에 대하여 말소청구권을 가지는지의 여부에 관한 심리, 판단이 선행되어야 하고, 피고 주장과 같이 소외인이 상속인 중 한 사람이라면 그 지분에 관한 한 원고청구는 인용될 수 없는 것이므로 상속 또는 증여 중 어느 것을 청구원인 사실로 구성하느냐에 따라 판결결과도 달라질 것이 확실하다.’라고 판시한 예.

984) ① 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다94384, 94391, 94407 판결; 사정명의인이 사정 이후에 그 토지를 다른 사람에게 처분한 사실이 인정된다면 사정명의인 또는 그 상속인들에게는 소유권보존등기 명의자를 상대로 그 등기의 말소를 청구할 권원이 없게 되므로 그 청구는 인용될 수 없다고 한 예. ② 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다67429 판결; 부동산 공유자의 1인이 자신의 공유지분이 아닌 ‘다른 공유자’의 공유지분을 침해하는 원인 무효의 등기가 이루어졌다는 이유로 공유물에 관한 보존행위로서 그 부분 등기의 말소를 구할 수는 없다고 한 예. ③ 명의신탁이 유효한 경우, 대외적인 관계에서 수탁자만이 소유권자로서 제3자의 침해에 대하여 배제를 구할 수 있고 신탁자는 수탁자를 대위하여 수탁자의 권리를 행사할 수 있을 뿐 직접 제3자에게 신탁재산에 대한 침해의 배제를 구할 수 없는바(대법원 1979. 9. 25. 선고 77다1079 전원합의체 판결), 신탁자는 수탁자에 대하여 신탁계약상의 채권이 있으므로 명의신탁 해지 없이도 그 채권 보전을 위해 수탁자가 가지고 있는 원인무효로 인한 말소등기절차이행청구권을 대위행사할 수 있다(92다52870).

985) 즉, 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 자기 명의로 소유권의 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 진정한 소유자가 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하여 소유권에 기하여 진정한 등기명의의 회복을 구하는 것이므로, 자기 앞으로 소유권의 등기가 되어 있지 않았고 법률에 의하여 소유권을 취득하지도 않은 사람이 소유권자를 대위하여 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 청구할 수 있을 뿐인 경우에는 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구를 할 수 없다.

○ 명의신탁자의 지위에 있는 중증은 대외적으로 소유자가 아니므로 명의수탁자의 지위에 있는 중원을 대위함이 없이 직접 현재의 등기명의인을 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구하는 것은 허용되지 않으나(2002다41435), 명의신탁자 명의로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 명의신탁자가 법률에 의하여 소유권을 취득한 진정한 소유자라는 사정이 있다면 그 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행을 구할 수 있다(2013다31403).

○ 포괄적 유증을 받은 자는 민법 제187조에 의하여 법률상 당연히 유증받은 부동산의 소유권을 취득하게 되나, 특정유증을 받은 자는 유증의무자에게 유증을 이행할 것을 청구할 수 있는 채권을 취득할 뿐이므로, 특정유증을 받은 자는 유증받은 부동산의 소유권자가 아니어서 직접 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 없다(대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결).

○ 조합이 해산되어 청산절차를 거칠 필요가 없는 경우라고 하더라도, 조합원은 잔여재산을 분배하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리만을 가질 뿐이지 그 조합재산의 소유권이 곧바로 조합원에게 귀속하는 것은 아니므로, 그 조합재산은 조합원에게 분배되기 전까지는 계속하여 조합원의 합유로 남아 있고, 2인 조합에서 조합원 1인이 탈퇴하면 조합관계는 종료되나 조합은 해산되지 아니하고 조합원의 합유에 속하였던 재산은 남은 조합원의 단독 소유에 속하게 되지만, 그 조합재산이 부동산인 경우에는 그 물권변동의 원인은 조합관계에서의 탈퇴라고 하는 법률행위에 의한 것으로서 잔존 조합원의 단독 소유로 하는 내용의 등기를 하여야 비로소 소유권 변동의 효력이 발생하므로, 잔존 조합원이 자신에게 직접 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수는 없다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2008다2807 판결).

② ‘피고의 소유권이전등기 경료’ 사실

등기의무자, 즉 등기기록상의 형식상 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자(등기명의인이거나 그 포괄승계인)가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소 절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소이고,⁹⁸⁶⁾ ‘이미 말소되어 있는 등기’나 ‘말소촉탁의 대상이 되어 장차 말소될 수밖에 없는 등기’에 대하여는 그 말소를 구할 법률상 이익이 없으므로,⁹⁸⁷⁾ 말소등기 청구의 경우 위 ② 요건은 소송요건에 해당한다.

폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소등기절차의 이행을 구할 소의 이익은 없으나,⁹⁸⁸⁾ 진정한 권리자의 권리실현을 위해서 폐쇄등기에 대하여 말소등기를 마쳐야 할 필요가 있는 경우, 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요하여 ‘현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 이전 등기’를 대상으로 말소등기절차의 이행을 구하는 소는 허용된다.⁹⁸⁹⁾

986) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015다47105 판결, 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다39225 판결(이어서 “부동산의 합유자 중 일부가 사망한 경우 합유자 사이에 특별한 약정이 없는 한 사망한 합유자의 상속인은 합유자로서의 지위를 승계하는 것이 아니므로 해당 부동산은 잔존합유자가 2인 이상일 경우에는 잔존합유자의 합유로 귀속되고 잔존합유자가 1인인 경우에는 잔존합유자의 단독소유로 귀속된다.”라고 하고, ‘합유이전등기명의자 소외 망 정낙O, 제1심 공동피고 망 정두O, 피고 정호O 3인 중 망 정낙O, 정두O의 사망으로 잔존합유자인 피고 정호O의 단독소유로 귀속될 뿐 위 망인들의 상속인들인 피고 정호O를 제외한 나머지 피고들이 합유자로서의 지위를 승계하였다고 할 수 없어 위 나머지 피고들은 위 망인들 명의의 위 합유등기의 말소에 있어 그 등기의무자로서의 적격이 없다’고 하여 원고의 위 나머지 피고들에 대한 청구는 부적법한 것이라고 판단한 원심이 정당하다고 한 예).

987) ❶ 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결; “말소등기란 어떤 등기의 등기사항 전부가 원시적 또는 후발적으로 실체관계와 불일치하게 된 경우 당해 등기 전부를 법률적으로 소멸시킬 목적으로 행하여지는 등기를 말하므로, 이미 말소되어 있는 등기에 대하여는 그 말소를 구할 법률상 이익이 없다.” ❷ 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다57459 판결; “소유권이전등기청구권 보전의 가등기 및 그에 기한 본등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소송 도중에 위 각 등기가 경료된 부동산에 대하여 매각허가결정이 확정되고 매각대금이 완납됨으로써 위 각 등기상의 권리가 모두 소멸하고 위 각 등기가 말소촉탁의 대상이 되어 장차 말소될 수밖에 없는 경우에는 더 이상 위 각 등기의 말소를 구할 법률상의 이익이 없다.” ❸ 소유권이전등기청구권 보전의 가등기보다 후순위로 마쳐진 근저당권의 실행을 위한 경매절차에서 매각허가결정에 따라 매각대금이 완납된 경우, 선순위인 가등기는 소멸하지 않고 존속하는 것이 원칙이지만, 그 가등기보다 선순위로 기입된 가압류등기는 근저당권의 실행을 위한 경매절차에서 매각으로 인하여 소멸하고, 이러한 경우에는 가압류등기보다 후순위인 가등기 역시 민사집행법 제144조 제1항 제2호에 따라 매수인이 인수하지 아니한 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하여 말소촉탁의 대상이 된다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2019다265376 판결).

988) 종전에도 현재의 등기로서의 효력이 없는 폐쇄등기기록상 소유권이전등기 자체의 말소등기를 구하는 것은 소의 이익이 없음이 원칙이었다(89다카30457, 80다1389). 종래에, 폐쇄등기부상 등기라 하더라도 원인무효를 이유로 말소등기를 구하는 소를 제기하면 수소법원이 폐쇄등기부상 등기에 관하여 예고등기를 직권으로 촉탁함으로써 예고등기를 위해 폐쇄등기부상 등기가 신등기용지에 이기(移記)되었으므로, 그 등기의 말소를 구할 소송상의 이익이 있다고 보았는데(94다33835), 현재는 부동산등기법이 2011. 4. 12. 법률 제10580호로 전부개정되어 2011. 10. 13. 시행되면서 예고등기 제도가 폐지되어 종래와 같은 방법으로는 말소등기를 구할 수 없게 되었다.

989) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결; “등기권이 부동산등기법 제33조에 따라 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄하는 경우, 새로운 등기기록에는 기록되지 못한 채 폐쇄된 등기기록에만 남게 되는 등기(이하 ‘폐쇄등기’라 한다)는 현재의 등기로서의 효력이 없고, 폐쇄된 등기기록에는 새로운 등기사항을 기록할 수도 없다. 따라서 폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소등기절차의 이행을 구할 소의 이익은 없다. 그러나 부동산등기법 제33조가 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록할 수 있도록 정하고 있는 것은 등기실무의 편의를

등기부상 진실한 소유자의 소유권에 방해가 되는 불실등기가 존재하는 경우에 그 등기 명의인이 허무인 또는 실체가 없는 단체인 때에는 소유자는 그와 같은 ‘허무인 또는 실체가 없는 단체 명의로 실제 등기행위를 한 자’에 대하여 소유권에 기한 방해배제로서 ‘등기행위자를 표상하는 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의 등기’의 말소를 구할 수 있고,⁹⁹⁰⁾ 그 말소청구권을 보전하기 위하여 실제 등기행위를 한 자를 상대로 처분금지처분을 할 수도 있다.⁹⁹¹⁾

진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기의 등기의무자는 원칙적으로 ‘현재’의 등기명의인이므로,⁹⁹²⁾ 피고가 ‘현재의 등기명의자 또는 그의 포괄승계인’이어야 한다(이러한

고려한 것이고, 이로 인하여 진정한 권리자의 권리구제가 곤란하게 되어서는 안 된다. 등기가 원인 없이 순차 이전된 상태에서 현재 효력이 있다고 보이는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄함으로써 진정한 권리자의 등기와 그로부터 원인 없이 이전된 등기가 폐쇄등기로 남게 되는 경우와 같이, 새로운 등기기록에 옮겨 기록되지는 못하였지만 진정한 권리자의 권리실현을 위해서 말소등기를 마쳐야 할 필요가 있는 때에는 등기가 폐쇄등기로 남아 있다는 이유로 말소등기절차의 이행을 구하는 소의 이익을 일률적으로 부정할 수 없다. 폐쇄등기 자체를 대상으로 하는 것이 아니라, 원인 없이 이전된 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요하여 ‘현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 위와 같은 이전 등기’를 대상으로 말소등기절차의 이행을 구하는 소는 특별한 사정이 없는 한 허용되어야 한다. 이러한 사건에서 ① 말소등기절차의 이행을 명하는 판결이 확정되고 ② 현재의 등기기록에 이미 기록되어 있는 등기 중 진정한 권리자의 등기와 양립할 수 없는 등기가 모두 말소되면, ③ 등기관은 직권으로 위 말소등기절차의 이행을 명하는 판결에서 말소등기청구의 대상이 된 위 등기를 현재의 등기기록에 옮겨 기록한 다음 그 등기에서 위 확정판결에 기한 말소등기를 실행할 수 있다고 보아야 한다. 부동산등기법에 이에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않지만, 부동산등기법 제32조 제2항을 유추하여 위와 같은 결론을 도출할 수 있다. 위 규정은 ‘등기관이 등기의 착오나 빠진 부분이 등기관의 잘못으로 인한 것임을 발견한 경우에는 지체 없이 그 등기를 직권으로 경정하여야 한다.’고 정하고 있는데, 폐쇄등기와 관련하여 위와 같은 요건을 갖춘 경우에 등기관은 당사자들의 권리를 구제하기 위하여 새로운 등기기록에 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요한 등기도 함께 옮겨 기록하였어야 함에도 이를 누락한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 이러한 법리는 토지분할 과정에서 분할 전 토지의 등기기록에는 남아 있으나 분할 후 새로운 등기기록을 사용하는 토지의 등기기록에는 옮겨 기록되지 못한 등기에도 마찬가지로 적용된다.”

■ 부동산등기법 제33조(새 등기기록에의 이기) 등기기록에 기록된 사항이 많아 취급하기에 불편하게 되는 등 합리적 사유로 등기기록을 옮겨 기록할 필요가 있는 경우에 등기관은 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록할 수 있다. / 제32조(등기의 경정) ① 등기관이 등기를 마친 후 그 등기에 착오나 빠진 부분이 있음을 발견하였을 때에는 지체 없이 그 사실을 등기관리자와 등기의무자에게 알려야 하고, 등기관리자와 등기의무자가 없는 경우에는 등기명의인에게 알려야 한다. 다만, 등기관리자, 등기의무자 또는 등기명의인이 각 2인 이상인 경우에는 그 중 1인에게 통지하면 된다. ② 등기관이 등기의 착오나 빠진 부분이 등기관의 잘못으로 인한 것임을 발견한 경우에는 지체 없이 그 등기를 직권으로 경정하여야 한다. 다만, 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 제3자의 승낙이 있어야 한다.

990) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015다47105 판결: 원고가 소외인으로부터 토지 및 사찰건물을 증여받은 후 세금감면을 목적으로 실체가 없는 단체인 대한불교○○ 명의로 소유권이전등기를 마쳤으므로 이는 무효이고, 이 경우 소유자인 소외인이 무효인 등기의 말소를 청구할 수 있는 상대방은 위와 같은 실체 없는 단체 명의로 실제 등기행위를 한 원고이지, 대한불교○○ 명의의 소유권이전등기를 주등기로 하여 단체의 대표자 변경을 원인으로 한 부가등기를 마친 것에 불과한 피고는 위 소유권이전등기의 말소등기와 관련된 등기의무자가 아니고, 따라서 등기의무자가 아닌 피고를 상대로 무효인 위 소유권이전등기의 말소절차의 이행을 구하는 원고의 이 사건 소는 당사자적격이 없는 사람을 상대로 한 부적법한 소라고 판단한 예. ■ 등기명의인의 표시변경(경정)의 등기는 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 등기부상의 표시를 실제와 합치시키기 위하여 행하여지는 것에 불과한 뿐 어떠한 권리변동을 가져오는 것이 아니므로 등기가 잘못된 경우에도 등기명의인은 다시 소정의 서면을 갖추어 경정등기를 하면 되는 것이고 따라서 거기에는 등기의무자의 관념이 있을 수 없다(2015다47105). 등기명의인의 표시변경(경정)의 부가등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 경우에는, 표시상의 소유명의자를 상대로 그 부가등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다(2008다1859).

991) 대법원 2008. 7. 11.자 2008마615 결정.

피고적격 역시 소송요건에 해당한다).⁹⁹³⁾

③ ‘등기의 원인무효’ 사실

소유권이전등기 명의자는 적법한 절차와 원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 법률상 추정되므로, 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 원고가 피고 명의 등기의 법률상 추정력을 뒤집을 그 절차 및 원인의 부당을 주장·증명할 책임이 있기 때문에 위 ③ 요건이 필요하다.

위 ③ 요건의 경우, 피고 명의 등기에 관한 실체적 원인⁹⁹⁴⁾ 무효 사유나 등기가 위조 또는 절취된 등기관계서류에 의해 마쳐진 것이라는 등의 절차적 원인 무효 사유를 주장·증명하면 된다.⁹⁹⁵⁾

(2) 소유권보존등기의 말소등기청구

소유권보존등기와 그에 터 잡은 소유권이전등기의 말소등기 청구의 요건사실은, ① ‘원고 측의 원시취득’ 사실(= 토지의 경우 원고 선대가 사정(査定)받은 사실+ 원고의 상속 사실, 건물의 경우 원고가 신축한 사실), ② ‘피고 명의의 소유권보존등기와 ‘그에 터 잡은’ 소유권이전등기(각종 특별조치법에 의한 소유권이전등기 포함⁹⁹⁶⁾)’ 사실이고, 위 ③의 ‘등기의 원인무

992) 대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카12398 전원합의체 판결.

993) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2015다240645 판결: “진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구 … 현재의 등기명의인이 아닌 자는 피고적격이 없다.” ⇨ 근저당권 실행으로 상고심 계속 중 매각을 원인으로 제3자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐짐으로써 피고 3, 4는 현재 등기명의인이 아님을 알 수 있다 하여, 피고 3, 4를 상대로 진정한 회복을 위한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소는 현재의 등기명의인이 아닌 자를 상대로 한 것으로서 부적법하다고 직권으로 판단하고, 파기자판으로 소 각하 한 예.

994) 대법원 1999. 2. 26. 선고 98다50999 판결: “소유권이전등기에 있어 등기원인이라고 함은 등기를 하는 것 자체에 관한 합의가 아니라 등기하는 것을 정당하게 하는 실체법상의 원인을 뜻하는 것으로서, 등기를 함으로써 일어나게 될 권리변동의 원인행위나 그의 무효, 취소, 해제 등을 가리킨다.” ⇨ 사기죄의 피고소인 甲이 丙으로부터 매수한 토지 소유권을 고소인 乙에게 이전하여 주는 조건으로 형사합의를 시도하였으나 합의가 성립되지 않고 있던 중, 乙이 甲과의 합의를 전제로 매도인 丙으로부터 그 토지에 관한 소유권이전등기를 경료받은 경우, ① 乙과 丙 사이에 성립한 등기이전의 합의는 원래 丙이 甲과 체결한 매매계약에 따라 甲에게 소유권이전등기를 마쳐주어야 할 것을, 甲과 乙 사이에 위 토지 소유권을 乙에게 넘겨주기로 합의하였음을 전제로 바로 乙에게 소유권이전등기를 하여주기로 합의한 것이어서, 그 자체가 乙과 丙 사이에 권리변동의 원인이 되는 행위가 되는 것이 아니라, 단지 甲에 대한 소유권이전등기를 생략하고 乙 명의로 바로 소유권이전등기를 마쳐주기로 하는 중간생략등기의 합의에 지나지 아니하고, 그것은 위 토지에 대한 乙 명의의 소유권이전등기에 대한 등기원인이라고 할 수 없고, ② 나아가 乙, 甲 사이 또는 乙, 丙 사이에서도 권리변동의 유효한 등기원인이 있다고 볼 만한 사정이 없는 이상, 결국 乙 명의의 소유권이전등기는 등기원인을 결여한 원인무효의 등기에 해당한다고 한 예.

995) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다105215 판결: “소유권이전등기가 경료되어 있는 경우 그 등기명의자는 제3자에 대하여뿐만 아니라 그 전 소유자에 대하여서도 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정되므로, 원고가 이를 부인하고 그 등기원인의 무효를 주장하여 소유권이전등기의 말소를 구하려면 그 무효원인이 되는 사실을 주장하고 증명할 책임이 있다. 그런데 등기명의자 또는 제3자가 그에 앞선 등기명의인의 등기 관련 서류를 위조하여 소유권이전등기를 경료하였다는 점이 증명되었으면 특별한 사정이 없는 한 그 무효원인의 사실이 증명되었다고 보아야 하고, 그 등기가 실체적 권리관계에 부합한다는 사실의 증명책임은 이를 주장하는 등기명의인에게 있다.”

996) 대법원 2018. 1. 25. 선고 2017다260117 판결: “부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법(이하 ‘특별조치법’이라고 한다)에 의한 소유권이전등기는 실체적 권리관계에 부합하는 등기로 추정되지만 그 소유권이전등기도 전 등기명의인으로부터 소유권을 승계취득하였음을 원인으로 하는 것이고 보증서 및 확인서 역시 그 승계취득사

효' 사실은 별도로 필요하지가 않다.⁹⁹⁷⁾ 소유권보존등기 명의인 측은 승계취득 등 실체관계에 부합하는 사실을 항변으로서 주장·증명하여야 한다.

(3) 특별조치법 등기의 말소등기청구

피고 명의의 소유권보존등기 또는 소유권이전등기가 부동산소유권이전등기등에 관한 특별조치법 등의 특별조치법에 의하여 경료된 경우에는, ① '원고의 소유' 사실, ② '피고의 등기 경료' 사실과 함께, 위 ③의 '등기의 원인무효' 사실로서, 특별조치법 소정의 보증서나 확인서가 허위 또는 위조된 것이라거나 그 밖의 사유로 적법하게 등기된 것이 아니라는 사실을 주장·증명하여야 한다.⁹⁹⁸⁾

(4) 전등자 등 수인을 상대로 한 말소 청구

순차로 경료된 등기의 말소를 구하는 소송이나 수인 앞으로 경료된 공유등기의 말소를 구하는 소송은 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필수적공동소송이 아니라 통상공동소송이며,⁹⁹⁹⁾ 이와 같은 통상공동소송에서는 공동당사자들 상호간의 공격 방어 방법의 차이에 따라 모순되는 결론이 발생할 수 있는 것이고, 이는 변론주의를 원칙으로 하는 소송제도 아래서는 부득이한 일로서¹⁰⁰⁰⁾ 판결의 이유모순이나 이유불비가 된다고 할 수 없으며, 순차로 경료된 등기의 말소를 구하는 소송에서 후순위 등기에 대한 말소청구가 패소 확정됨으로써 그 전순위 등기의 말소등기 실행이 결과적으로 불가능하게 되더라도, 그 전순위 등기의 말소를 구할 소의 이익이 없다고는 할 수 없다.¹⁰⁰¹⁾

실을 보증 내지 확인하는 것이므로 그 전 등기명의인이 무권리자이기 때문에 그로부터의 소유권이전등기가 원인무효로서 말소되어야 할 경우라면, 그 등기의 추정력은 번복된다. 같은 취지에서 소유권보존등기의 추정력은 그 등기가 특별조치법에 의하여 마쳐진 것이 아닌 한 등기명의인 이외의 자가 해당 토지를 사정받은 것으로 밝혀지면 깨어지는 것이어서, 등기명의인이 구체적으로 실체관계에 부합한다거나 그 승계취득사실을 주장·증명하지 못하는 한 그 등기는 원인무효이므로, 이와 같이 원인무효인 소유권보존등기를 기초로 마친 소유권이전등기는 그것이 특별조치법에 의하여 이루어진 등기라고 하더라도 원인무효이다."

997) 소유권보존등기의 본질에 비추어 보존등기 명의인이 원상취득자가 아니라는 점이 증명되면 그 보존등기의 추정력은 깨어지기 때문이다(후술하는 '소유권보존등기의 추정력' 부분 참조).

998) 후술하는 '각종 특별조치법에 따른 등기의 추정력' 부분 참조.

999) 따라서 그중 어느 한 등기명의자만을 상대로 말소를 구할 수도 있다(대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결). 복수의 권리자가 소유권이전청구권을 보존하기 위하여 가등기를 마쳐 둔 경우 특별한 사정이 없는 한 그 가등기의 말소청구소송도 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필수적 공동소송이 아니라 통상공동소송이다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다26425 판결).

1000) 통상공동소송에 있어서는 이른바 주장공동의 원칙이 적용되지 아니 한다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다 47196 판결).

1001) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결.

cf. 대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다200552 판결: "판결절차는 분쟁의 관념적 해결절차로서 강제집행절차와는 별도로 독자적인 존재 의미를 갖는 것이므로 집행이 가능한지 여부는 이행의 소의 이익을 부정하는 절대적인 사유가 될 수 없다고 하더라도, 이행을 구하는 아무런 실효가 없어 법률상 이익이 부정되는 경우까지 소의 이익이 인정된다고 볼 수는 없다. 특히 의사의 진술을 명하는 판결은 확정과 동시에 그러한 의사를 진술한 것으로 간주되므로(민사집행법 제263조 제1항), 의사의 진술이 간주됨으로써 어떤 법적 효과를 가지는 경우에는 소로써 구할 이익이 있지만 그러한 의사의 진술이 있더라도 아무런 법적 효과가 발생하지 아니할 경우에는

원고가 원고 → 피고1 → 피고2의 순으로 마쳐진 피고1, 피고2 명의의 각 소유권이전 등기의 말소등기를 구하는 사안에서, ❶ 원고 → 피고1 이전등기에 절대적 무효사유(의사능력 흠결,¹⁰⁰²⁾ 위조 등기신청서류에 의한 등기,¹⁰⁰³⁾ 각종 부동산특별조치법 위반 등기, 중복등기, 반사회적 법률행위,¹⁰⁰⁴⁾ 강행법규 위반¹⁰⁰⁵⁾ 등)가 있는 경우(피고1 등기가 '소유권보존등기'이고 원인무효인 경우,¹⁰⁰⁶⁾ 피고1 등기가 '피담보채무의 부존재'로 원인무효인 '저당권등기'이고 그에 기한 경매 취득의 경우¹⁰⁰⁷⁾도 마찬가지이다), 원고는 청구원인 요건사실로서 원고 → 피고1 이전등기의 '절대적 무효사유'를 주장·증명하면 되고,¹⁰⁰⁸⁾ 그에 대한 항변으로서 피고2는 자신의 등기가

소로써 청구할 법률상 이익이 있다고 할 수 없다.”

1002) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다261237 판결.

1003) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결; “그 등기가 등기신청서류를 위조하는 등의 방법으로 권리자의 의사에 의하지 않고 아무런 원인관계 없이 부적법하게 말소되어 그 말소등기가 원인무효인 경우에는 등기상 이해관계 있는 제3자가 그의 선의, 악의를 묻지 아니하고 등기권리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있다는 취지로서”

1004) 부동산의 매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 그 매매계약이 반사회적 법률행위에 해당하는 경우에는 매매계약은 절대적으로 무효이므로, 당해 부동산을 매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 설사 매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었다고 하더라도 매매계약이 유효하다고 주장할 수 없고, 이는 담보권설정계약에서도 마찬가지이다(2007다82875). 이중매매를 사회질서에 반하는 법률행위에 해당한다고 하여 민법 제103조에 의하여 무효라고 하기 위해서는, 제2매수인이 이중매매 사실을 알거나 알 수 있었던 것만으로는 부족하고, 나아가 매도인의 배임행위(또는 배신행위)를 유인·교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 적극적으로 가담하여야 한다(2006다47677). 이러한 법리는 이중으로 임대차계약을 체결한 경우에도 그대로 적용될 수 있다(2011다5813).

1005) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다205086 판결; “국유재산에 관한 사무에 종사하는 직원이 타인의 명의로 국유재산을 취득하는 행위는 국유재산법에서 직접 금지한 것이 아니라고 보더라도 강행법규인 위 규정들의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효이다. 나아가 이 법률이 거래안전의 보호 등을 위하여 그 무효를 주장할 수 있는 상대방을 제한하는 규정을 따로 두고 있지 않은 이상 그 무효는 원칙적으로 누구에게나 주장할 수 있으므로, 그 규정을 위반하여 취득한 국유재산을 제3자가 전득하는 행위도 당연히 무효이다.”

1006) ❶ 대법원 2018. 1. 25. 선고 2017다260117 판결; “소유권보존등기의 추정력은 … 등기명의인 이외의 자가 해당 토지를 사정받은 것으로 밝혀지면 깨어지는 것이어서 … 원인무효이므로, 이와 같이 원인무효인 소유권보존등기를 기초로 마친 소유권이전등기는 그것이 특별조치법에 의하여 이루어진 등기라고 하더라도 원인무효이다.” ❷ 대법원 2022. 12. 29. 선고 2019다272275 판결; “적법한 원인 없이 타인 소유 부동산에 관하여 소유권보존등기를 마친 무권리자가 그 부동산을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도, 그러한 소유권보존등기와 소유권이전등기는 실체관계에 부합한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 모두 무효이다.”

1007) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2018다205209 전원합의체 판결의 다수의견은, 민사집행법 제267조(매수인의 부동산 취득은 담보권 소멸로 영향을 받지 아니한다)가 경매개시결정이 있는 ‘후’에 담보권이 소멸하였음에도 경매가 계속 진행되어 매각된 경우에만 적용되고 경매개시결정 ‘전’에 이미 담보권이 소멸하였던 경우에는 적용되지 않으며, 따라서 이미 소멸한 근저당권에 기하여 임의경매가 개시되고 매각이 이루어진 경우, 그 경매는 무효이고 매수인은 소유권을 취득하지 못한다고 하는 한편, 당해 사안(배당이의의 소)에서는 근저당권자인 피고가 경매가 무효라고 주장하는 것은 배당받을 권리가 없음에도 배당금을 계속 보유하기 위한 것으로서 금반언 또는 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 판시하였다.

1008) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결; “부동산등기에는 공신력이 인정되지 아니하므로, 부동산의 소유권이전등기가 불실등기인 경우 그 불실등기를 믿고 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 경료하였다 하더라도 그 소유권을 취득한 것으로 될 수 없고, 부동산에 관한 소유권이전등기가 무효라면 이에 터잡아 이루어진 근저당권설정등기는 특별한 사정이 없는 한 무효이며, 무효인 근저당권에 기하여 진행된 임의경매절차에서 부동산을 경락받았다 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없다.” ⇨ 매매계약완결권이 10년의 제척기간 도과로 소멸하여 소유권이전청구권보전을 위한 가등기가 원인무효로 되고, 그에 터잡아 순차로 마쳐진 본등기, 소유권이전등기, 근저당권설정등기 역시 모두 원인무효이며, 근저당권에 기한 경매에서의 경락인도 소유권을 취득할

시효취득 등으로 실제적 권리관계에 부합하는 유효한 등기라는 항변, 피고1은 피고2 등기가 실제적 권리관계에 부합하는 유효한 등기여서 원고가 말소권원인 현재의 소유권자가 아니라는 항변(후발적 소유권 상실의 항변)¹⁰¹⁰⁾ 등으로 대항할 수 있다.

② 원고 → 피고1 이전등기에 상대적 무효사유(통정허위표시 무효, 착오·사기·강박에 의한 의사표시 취소, 대리권·대표권 남용과 상대방의 악의·과실, 이사 등과 회사 간의 거래, 적법한 청산절차를 거치지 아니한 담보가등기에 기한 본등기 등)가 있는 경우라면, 원고는 청구원인 요건사실로서 원고 → 피고1 이전등기의 '상대적 무효사유'에 더하여 피고2 등기도 원인무효로서 방해배제 대상 등기라는 점, 즉 보호대상이 되지 않는 '악의의 제3자'라는 점(이사의 자기거래의 경우에는 이사회승인의 부존재와 제3자의 악의·중과실)까지 주장·증명하여야 하고(피고2가 '제3자'에 해당한다는 점은 원고의 청구원인사실로부터 이미 명백하게 드러나므로 결국은 '악의'의 점 등만 주장·증명하면 된다),^{1011) 1012)} 그에 대한 항변으로서 피고2는 자신의 등기가 시효취득 등으로 실

수 없다고 한 예.

1009) 피고1, 피고2 명의의 각 등기는 방해배제, 말소청구의 대상인 원인 무효의 등기가 되고, 따라서 원고는 현재의 소유자가 된다.

1010) 대법원 2019. 7. 10. 선고 2015다249352 판결: "피고로부터 매매 등의 방법으로 부동산에 대한 권리가 순차적으로 이전되어 최종적으로 소유권이전등기를 마친 제3자가 시효취득을 원인으로 부동산에 대한 소유권을 취득함에 따라 당초 부동산의 소유자인 원고가 소유권을 상실하게 되면, 비록 피고 명의의 소유권이전등기가 원인무효라고 하더라도 원고에게 피고 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있는 권원이 없으므로, 원고는 피고에 대하여 소유권에 기한 등기말소청구를 할 수 없다. ... 원고는 제1심 및 원심 공동피고들이 이 사건 각 토지에 관하여 시효취득을 이유로 소유권을 취득함에 따라 소유권을 상실한 이상 비록 피고 명의의 이 사건 멸실히복등기가 원인무효의 등기라 하더라도 피고에게 이 사건 멸실히복등기의 말소를 청구할 수 있는 권원이 없고, 피고와 제1심 및 원심 공동피고들은 변론과정에서 일관되게 원고가 소유권을 상실하였음을 이유로 원고의 등기말소 청구가 기각되어야 한다고 주장하였으므로, 원고의 소유권에 기한 이 사건 멸실히복등기의 말소청구를 인용할 수 없다."

1011) ○ 대법원 2006. 3. 10. 선고 2002다1321 판결: "민법 제108조 ... 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이므로, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다." [동일 취지] 70다2155: "사기의 의사표시로 인한 매수인으로부터 부동산 위의 권리를 취득한 제3자는 ... 선의로 추정할 것이므로 사기로 인한 의사표시를 한 부동산의 양도인이 제3자에 대하여 사기에 의한 의사표시의 취소를 주장하려면 제3자의 악의를 입증할 필요가 있다고 해석함이 정당하다."

○ 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016다3201 판결: "법정대리인인 친권자의 대리행위가 객관적으로 볼 때 미성년자 본인에게는 경제적인 손실만을 초래하는 반면, 친권자나 제3자에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위이고 그 행위의 상대방이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추적용하여 행위의 효과가 자에게는 미치지 않는다고 해석함이 상당하나, 그에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 같은 조 제2항의 규정을 유추적용하여 누구도 그와 같은 사정을 들어 대항할 수 없으며, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 그 무효를 주장하는 자에게 있다." ⇨ ① 소외 2는 원고와 소외 1을 대리한 친권자 소외 3으로부터 부동산을 매수하고 소유권이전등기를 마친 다음, 피고에게 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었고, ② 원고가 소외 2 명의 소유권이전등기의 말소소송을 제기한 결과 소외 3의 친권남용행위가 인정되어 승소확정판결을 받았는데, ③ 원고는 소외 2 명의 소유권이전등기가 원인무효이므로 이에 터잡은 피고 명의의 소유권이전등기 역시 원인무효라고 주장하면서 그 말소소송을 제기한 사안에서, 원심이, '소외 2 명의의 소유권이전등기가 원인무효의 등기이고, 소외 2가 아무런 권리를 취득한 바 없다면 무권리자인 소외 2가 피고에게 부동산을 매도하였다 하여도 아무런 효력이 없는 것이어서 피고 명의의 등기는 무효의 등기'라고 판단한 데 대하여, 대법원은, '피고는 소외 2로부터 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마침으로써 소외 3의 친권 남용에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 가지게 되었고, 피고가 소외 2로부터 부동산을 매수할 당시 소외 2, 3 간 매매계약이 친권남용에 의해 체결된 사실을 알고 있었다고 인정할 만한 사정이 보이지 아니하므

체적권리관계에 부합하는 유효한 등기라는 항변, 피고1은 피고2 등기가 실체적권리관계에 부합하는 유효한 등기여서 원고가 말소권원인 현재의 소유권자가 아니라는 항변 등으로 대항하게 된다.

다만, 원고 → 피고1 이전등기의 상대적 무효사유가 ‘집합건물의 전유부분과 대지사용권의 분리 처분’¹⁰¹³⁾인 경우(이 경우 피고1 명의 이전등기의 추정력을 복멸하기 위해서는 ‘전유부분과 대지사용권을 분리처분 할 수 있도록 정한 규약이나 공정증서’¹⁰¹⁴⁾가 첨부되지 않은 채 전유부분과 분리하여 집합건물의 대지에 관한 소유권등기가 마쳐진 사실’을 원고가 주장·증명하여야 한다¹⁰¹⁵⁾에는, 피고1

로, 피고에 대하여는 소외 3의 친권 남용에 의해 매매계약이 체결된 것이라는 사정을 들어 대항할 수 없다고 볼 여지가 있으므로, 원심으로서의 피고가 소외 3의 친권 남용에 대하여 선의의 제3자인지 여부를 심리하여 원고에게 대항할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다.’고 한 사례.

○ 대법원 1981. 9. 8. 선고 80다2511 판결: “본건 토지는 피고 1이 원고 회사의 대표청산인으로 있던 시기에 회사로부터 매수하여 그 명의로 소유권이전등기를 한 다음 피고 2, 제1심피고 3 및 피고 4에게 순차로 소유권이전등기가 마쳐졌는데, 원고는 원고 회사와 피고 1 간의 매매에 상법 제542조, 제398조에 따른 원고 회사 청산인회의 승인이 없다는 것을 이유로 위 피고들의 각 소유권이전등기의 말소를 구하고 있음이 분명하므로, 원고는 피고 2 및 피고 4에 대한 관계에 있어 … 피고 1의 매수에 관하여 청산인회의 승인이 없다는 점과 피고 2 및 4가 이 점에 악의가 있었다는 입증이 필요하다 할 것인데 원고는 이런 점에 아무런 입증을 아니함이 분명하므로 동 피고들에 대하여는 피고 1의 매수행위의 무효를 주장할 수 없고”

○ 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결: “가등기담보 등에 관한 법률 제3조, 제4조를 위반하여 적법한 청산절차를 거치지 아니한 채 담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우 그 본등기는 무효이다. 이때 … 채무자 등은 청산금채권을 변제받을 때까지는 여전히 가등기담보계약의 존속을 주장하여 그때까지의 이자와 손해금을 포함한 피담보채무액 전부를 변제하고 무효인 위 본등기의 말소를 청구할 수 있다(제11조 본문). 그러나 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다(제11조 단서 후문). 여기서 ‘선의의 제3자’라 함은 채권자가 적법한 청산절차를 거치지 않고 담보목적부동산에 관하여 본등기를 마쳤다는 사실을 모르고 그 본등기에 터 잡아 소유권이전등기를 마친 자를 뜻한다. 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 무효를 주장하는 사람에게 있다.”

1012) 제1 전등자 피고 2로부터 등기를 경료받은 제2 전등자 등기의 말소를 구하기 위해서는, 제1 전등자의 악의와 제2 전등자의 악의 모두를 주장·증명하여야 함은 앞서 본 바와 같다(‘총칙’의 ‘통정허위표시’ 부분 및 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다57746 판결, ‘채권양도금지 특약’에 관한 대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다118020 판결 참조).

1013) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조(전유부분과 대지사용권의 일체성) ① 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다. ② 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 다만, 규약으로써 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 제2항 본문의 분리처분금지는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 불권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다. ④ 제2항 단서의 경우에는 제3조 제3항을 준용한다. ▣ 전유부분의 전부를 소유하는 자는 공정증서로써 규약에 상응하는 것을 정할 수 있다(제3조 제3항). 전유부분과 대지사용권의 일체성에 반하는 대지의 처분행위는 그 효력이 없다(2010다71578).

1014) 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다245142 판결: “구 집합건물법은 복수의 구분소유자들이 제정한 규약에서 달리 정하면 전유부분과 대지사용권의 분리처분을 허용하면서(제20조 제2항 단서), 복수의 구분소유자들이 존재하기 전이라도 집합건물의 전유부분 전부를 소유하는 사람은 공정증서로써 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 허용하고 있다(제20조 제4항, 제3조 제3항). 여기서 구분소유자라 함은 일반적으로 구분소유권을 취득한 사람(등기부상 구분소유권자로 등기되어 있는 사람)을 지칭하는 것이나, 다만 수분양자로서 분양대금을 완납하였음에도 분양자 측의 사정으로 소유권이전등기를 마치지 못한 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 이러한 수분양자도 구분소유자에 준하는 것으로 보아야 한다. 따라서 위와 같이 구분소유자에 준하는 수분양자가 있는 경우에는 구 집합건물법 제20조 제2항 단서에 따라 규약으로써 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 정하여야 하고, 구 집합건물법 제20조 제2항 단서, 제4항에 따라 분양자 단독으로 작성한 공정증서로는 대지사용권의 분리처분이 허용되지 않는다.” ▣ 소외 회사(분양자)는 구분소유자에 준하는 수분양자들과 함께 설정한 규약에 의해서만 제정지분을 전유부분과 분리하여 처분하는 것을 정할 수 있고, 소외 회사가 단독으로 작성한 공정증서로는 그 분리처분을 정할 수 없다고 한 예.

이 자신의 '선의(또는 선의·무과실)'를 항변으로 주장·증명하여야 한다.¹⁰¹⁶⁾

③ 원고 → 피고1 이전등기의 무효사유로부터 제3자가 선의·악의를 불문하고 보호되

- 1015) 이 경우 제3자 명의 등기의 추정력 복원에 관하여, ① 대법원 2018. 12. 28. 선고 2018다219727 판결은, 원심이, ① 소의 회사가 집합건물의 각 구분건물에 관한 소유권보존등기를 신청하면서 등기소에 제출한 첨부서류 중에 공정증서 등은 없었던 점, ② 소의 회사의 대표이사나 위 소유권보존등기 업무를 위임받아 처리한 법무사 모두 대지사용권과 전유부분의 분리처분에 관한 공정증서 등이 작성된 적이 없다고 증언 또는 회신한 점 등에 비추어 보면, 위 건물의 대지권 등기는 원고가 공매로 취득한 대지 지분을 전유부분과 분리하여 처분할 수 있다는 내용의 공정증서가 첨부되지 않은 채 그 절차가 적법하게 진행되지 않은 것으로 볼 만한 의심스러운 사정이 있으므로 그 추정력이 깨어졌다고 봄이 타당하고, 따라서 원고가 위 대지 지분을 취득한 것은 집합건물법 제20조 제2항 본문에 반하여 무효라고 판시한 것은 정당함을 전제로 하고, 나아가 원고가 선의의 제3자에 해당하지 않는다고 판시하였다. ② 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다245142 판결이 "이 사건 제쟁지분에 대해서 대지사용권이 성립하였지만 그 대지사용권을 이 사건 각 구분건물의 전유부분과 분리처분할 수 있도록 정한 규약이 존재하지 아니한 이상 소의 회사가 단독으로 작성한 공정증서만으로 이 사건 제쟁지분을 전유부분과 분리처분한 것은 구 집합건물법 제20조 제2항에 반하여 무효이므로, 원고들이 비록 이 사건 공매절차를 통해 이 사건 제쟁지분의 소유권을 취득하였더라도 이는 효력이 없다."라고 판시 한 것도 같은 취지로 볼 수 있다. ㉠ 등기의 추정력에는 '권리의 적법추정'과 함께 '등기절차의 적법추정'을 포함하므로 '분리처분 할 수 있도록 정한 규약이나 공정증서의 부존재나 미첨부'를 등기의 무효를 주장하는 쪽에서 주장·증명함이 옳다.
- 1016) 대법원 2018. 12. 28. 선고 2018다219727 판결: "집합건물법 제20조 ... '선의'의 제3자와 함은 원칙적으로 집합건물의 대지로 되어 있는 사정을 모른 채 대지사용권의 목적이 되는 토지를 취득한 제3자를 뜻한다. 여기에는 그 토지 위에 집합건물이 존재하는 사실은 알았으나 해당 토지나 그 지분에 관하여 공정증서 등으로 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 정한 것으로 믿은 제3자도 포함된다. 다만 집합건물의 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 최대한 억제하여 대지사용권 없는 구분소유권 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 집합건물법 제20조의 규정 취지 및 같은 조 제3항이 '분리처분금지의 취지를 등기하지 아니할 것' 외에 '선의로 물권을 취득할 것'을 요건으로 정하고 있는 점 등을 종합하면, 단지 집합건물 대지에 관하여 대지권등기가 되어 있지 않다거나 그 일부 지분에 관해서만 대지권등기가 되었다는 사정만으로는 그 대지나 대지권등기가 되지 않은 나머지 대지 지분을 취득한 자를 선의의 제3자로 볼 수는 없다. 그와 같은 경우 대지나 그 지분을 취득한 제3자가 선의인지 여부는 대지 일부에만 집합건물이 자리 잡고 있어 분양자가 나머지 대지 부분을 활용할 필요가 있는 경우 등 집합건물과 대지의 현황 등에 비추어 볼 때 공정증서 등으로 분리처분이 가능하도록 정한 필요성이 있었는지 여부, 분양자에게 유보된 대지 지분이 위와 같은 필요에 상응하는 것인지 여부, 제3자가 경매나 공매 등의 절차에서 대지 지분을 매수한 경우라면 해당 절차에서 공고된 대지의 현황과 권리관계 등 제반 사정까지 종합하여 판단하여야 한다. ... 건물과 토지의 현황 등에 비추어 ... 나머지 대지 부분과 분리처분할 수 있도록 정한 필요성을 찾기 어려울 뿐만 아니라 원고 역시 그와 같은 필요성이 있다고 오신하였다고 볼 사정도 없는 점, 이 사건 토지 중 일부 지분에 관해서만 대지권등기가 되어 있었다는 사정 외에 원고가 분리처분을 허용하는 규약이나 공정증서 등이 작성되었을 것으로 오신할 만한 별다른 근거를 제시하지 못하고 있는 점 등 ... 비추어 보면, 원고는 피고들이 대항할 수 없는 선의의 제3자에 해당한다고 보기 어렵다." ㉡ 위 판시 중 '믿은', '오신'은 '선의·무과실'을 의미하는 것이고(이는 이전 판례에서는 보이지 않는 표현이다), '원고 ... 필요성이 있다고 오신하였다고 볼 사정도 없는 점', '원고가 ... 오신할 만한 별다른 근거를 제시하지 못하고 있는 점'은 요증대상이 '오신'(선의·무과실)이고 그 증명책임이 제3취득자(원고)에게 있음을 나타내는 것이다. 증명책임의 소재에 관하여는 이전의 2014다6107 판결("원심이 원고가 주장하는 사정만으로 원고를 ... 선의의 제3자라고 보기 어렵다고 판단한 것은 정당하여"), 2009다26145 판결("원심이 들고 있는 위와 같은 사정만에 기하여 피고를 선의의 제3자로 인정할 수는 없을 뿐만 아니라, 오히려 ... 피고가 ... 집합건물의 대지로 사용되고 있음을 알았다면, 피고는 원고가 대항할 수 없는 '선의'의 제3자에 해당하지 않는다고 할 수 있다")과 동일하다. '악의'를 요증대상으로 삼는 다른 상대적 무효사유와는 달리 본 것은 위 판시 중 집합건물법 제20조의 규정 취지에 근거한 것으로 볼 수 있다. 법문상 '선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다.'라고 규정되어 있는데, 법문상 요건인 '선의'에 '무과실' 요건을 해석으로 추가하고(통정허위표시나 채권자취소의 경우 제3자나 수익자는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니라는 것이 판례이다), 동일한 법문으로 '선의의 제3자에게 대항하지 못한다.'라고 규정한 민법 제108조 제2항(통정허위표시), 제107조 제2항(비진표시), 제449조 제2항 단서(양도금지채권의 양도)와는 정반대로 요증대상과 증명책임의 소재를 해석하는 데는 의문이 있다. 집합건물법 제20조의 규정 취지에 부합되게 입법 단계에서 법문을 정치하게 교정함이 바람직했을 것으로 보인다.

는 경우에는, 원고의 피고2에 대한 말소등기 청구는 원칙적으로 그 주장 자체로 이유 없다.¹⁰¹⁷⁾

원고 → 피고1 이전등기의 무효사유가 '해제의 소급효'인 경우에는, 해제로 제3자의 권리를 해하지 못하지만(제548조 ① 단서) 판례는 해제로 인한 원상회복등기 전 선의의 제3자에 대하여는 해제를 주장할 수 없다고 해석하므로,¹⁰¹⁸⁾ 원고로서는 피고2 등기도 원인 무효로서 방해배제 대상 등기라는 점, 즉 피고2가 보호대상이 되지 않는 '계약해제 후 원상회복등기 전의 악의의 권리취득자'라는 점을 주장·증명하여야 한다(피고2가 '해제 전의 권리취득자'라면 원고의 말소청구는 그 주장 자체에서 이유 없다).

피고1 등기의 무효사유가 '상속재산분할의 소급효'¹⁰¹⁹⁾인 경우에도, '해제'의 경우와 동일한 구조이다.¹⁰²⁰⁾

(5) 부동산 일부에 대한 말소등기 청구의 적법 여부

'1필지 토지의 특정된 일부'에 대하여 소유권등기의 말소를 명하는 판결을 받은 등기권리자는 그 판결에 기하여 그 특정된 일부에 대한 분필등기절차를 마친 후 소유권등기를 말소할 수 있으므로, 1필지 토지의 특정된 일부에 대하여도 소유권등기의 말소 등기절차의 이행을 구할 수 있다.¹⁰²¹⁾ 토지가 합병된 경우 합병으로 소멸한 종전 토지

1017) 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조(명의신탁약정의 효력) ③ 제1항(명의신탁약정) 및 제2항(부동산 물건변동)의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다. ● 원고(명의신탁자)가 피고 2(전등자)에 대하여 '원고와 피고 1(명의수탁자) 사이의 명의신탁약정 및 그에 따른 등기의 무효'만을 무효사유로 삼고 있으면 그 말소등기 청구는 주장 자체로 이유 없어 기각되어야 하고, 원고로서는 명의수탁자로부터 전등자로의 등기에 관한 고유의 무효 사유(2009다2576,2583) 또는 전등자가 위 규정 소정의 '제3자'에 해당하지 아니하는 특별한 사정(2005다34667,34674 판결, 2014다53790 판결), 전등자가 '부동산 명의신탁자와 물건을 취득하기 위한 계약을 맺고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 마친 것 같은 외관을 갖춘 자'(2008다45187)인 사실 등을 주장·증명하여야 한다.

1018) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다6341 판결: "계약해제로 인한 원상회복등기 등이 이루어지기 이전에 해약당사자와 양립되지 아니하는 법률관계를 가지게 되었고 계약 해제 사실을 몰랐던 제3자에 대하여는 계약해제를 주장할 수 없고, 이 경우 제3자가 악의라는 사실의 주장·입증책임은 계약해제를 주장하는 자에게 있다."

1019) 민법 제1015조(분할의 소급효) 상속재산의 분할은 상속개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다. 그러나 재산자의 권리를 해하지 못한다.

1020) 대법원 2020. 8. 13. 선고 2019다249312 판결: "상속재산인 부동산의 분할 귀속을 내용으로 하는 상속재산분할심판이 확정되면 민법 제187조에 의하여 상속재산분할심판에 따른 등기 없이도 해당 부동산에 관한 물건변동의 효력이 발생한다. 다만 위에서 본 민법 제1015조 단서의 내용과 입법 취지 등을 고려하면, 상속재산분할심판에 따른 등기가 이루어지기 전에 상속재산분할의 효력과 양립하지 않는 법률상 이해관계를 갖고 등기를 마쳤으나 상속재산분할심판이 있었음을 알지 못한 제3자에 대하여는 상속재산분할의 효력을 주장할 수 없다고 보아야 한다. 이 경우 제3자가 상속재산분할심판이 있었음을 알았다는 점에 관한 주장·증명책임은 상속재산분할심판의 효력을 주장하는 자에게 있다고 할 것이다." ● 상속재산의 분할로 제3자의 권리를 해하지 못하지만(제1015조 단서) 판례는 상속재산분할심판에 따른 등기 전 선의의 제3자에 대하여는 상속재산분할의 효력을 주장할 수 없다고 해석하므로, 상속재산분할심판의 확정으로 상속 시에 소급하여 소유권을 취득한 원고로서는, 공동상속인 피고1의 상속지분에 기초한 피고2의 등기도 원인무효로서 방해배제 대상 등기라는 점, 즉 피고2가 보호대상이 되지 않는 '상속재산분할심판 확정 후 그 등기 전의 악의(상속재산분할심판의 존재)의 권리취득자'라는 점을 주장·증명하여야 피고2 등기의 말소를 구할 수 있다. 피고2가 '상속재산분할심판 확정 전의 권리취득자'라면 원고의 말소청구는 그 주장 자체에서 이유 없다.

부분에 관한 등기를 말소하려면, 합병 후 토지 중 종전 토지 부분을 특정하여 그 부분에 대한 등기의 말소를 명하여야 하고, 합병 전의 구 지번 및 지적만으로는 등기의 말소를 구하는 부분이 특정되었다고 할 수 없다.¹⁰²²⁾

소유권등기의 '공유 지분 일부'만 원인무효인 경우, 진정한 권리자는 그 일부 지분에 관한 말소등기를 소로써 구할 수 있고, 법원은 그 지분에 한하여만 말소를 명할 수 있으나, 등기기술상 소유권등기의 일부말소는 허용되지 않으므로, 그 판결의 집행은 지분말소등기의 방법이 아니라 단독소유를 공유로 또는 공유를 단독소유로 하는 '일부말소'의 의미의 경정등기(이는 등기절차 내에서만 허용될 뿐 소송절차에서는 일부말소를 구하는 외에 경정등기를 소로써 구하는 것은 부적법하다)의 방식으로 이루어진다(합유재산을 합유자 1인의 단독소유로 소유권보존등기를 한 경우에는 원인무효의 등기이므로, 말소등기청구의 소로 그 등기를 말소시킨 다음 새로이 합유의 소유권보존등기를 신청하여야 한다).¹⁰²³⁾ 소유권등기 및 그에 대한 '일부 말소'의 의미의

1021) ○ 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010다75648 판결: 하나의 부동산에 관하여 경료된 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만을 따로 말소하는 것은 허용되지 아니한다는 이유로 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만의 말소를 구하는 원고의 청구가 부적법하다고 한 원심이 잘못이라고 한 예.

○ 대법원 1987. 10. 13. 선고 87다카1093 판결: "1필지의 토지의 특정된 일부에 대하여 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결을 받은 등기관리자는 그 판결에 따로 토지의 분할을 명하는 주문 기재가 없다 하더라도 그 판결에 기하여 등기의무자를 대위하여 그 특정된 일부에 대한 분필등기절차를 마친 후 소유권이전등기를 말소할 수 있으므로 토지의 분할을 명함이 없이 1필지의 토지의 일부에 관하여 소유권이전등기의 말소를 명한 판결이 집행불능의 판결이라고 할 수 없다."

1022) 대법원 1997. 6. 24. 선고 97다2993 판결(등기 말소를 구하는 부분이 특정되었다고 할 수 없다고 직권으로 판단하여 원심을 파기환송한 예).

☞ 민사소송에서 청구의 취지는 그 내용 및 범위를 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고 청구취지의 특정 여부는 직권조사사항이므로, 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 직권으로 보정을 명하고 그 보정명령에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다. 이 경우 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 청구취지가 특정되지 아니한 것을 명백히 간과한 채 본안에 관하여 공방을 하고 있는데도 보정의 기회를 부여하지 아니한 채 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 청구취지 불특정을 이유로 소를 각하하는 것은 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다111459 판결).

1023) ○ 대법원 2017. 8. 18. 선고 2016다6309 판결: "경정등기는 기존 등기의 일부에 등기 당시부터 착오 또는 빠진 부분이 있어 그 등기가 원시적으로 실체관계와 일치하지 아니하는 경우에 이를 시정하기 위하여 기존 등기의 해당 부분을 정정 또는 보충하여 실체관계에 맞도록 등기사항을 변경하는 등기를 말한다. 경정등기가 허용되기 위해서는 경정 전후의 등기에 동일성 내지 유사성이 있어야 하는데, 경정 전의 명의인과 경정 후의 명의인이 달라지는 권리자 경정등기는 등기명의인의 동일성이 인정되지 않으므로 허용되지 않는다. 따라서 단독소유를 공유로 또는 공유를 단독소유로 하는 경정등기 역시 소유자가 변경되는 결과로 되어 등기명의인의 동일성을 잃게 되므로 허용될 수 없다. 그런데 실체관계상 공유인 부동산에 관하여 단독소유로 소유권보존등기가 마쳐졌거나 단독소유인 부동산에 관하여 공유로 소유권보존등기가 마쳐진 경우에 소유권보존등기 중 진정한 권리자의 소유부분에 해당하는 일부 지분에 관한 등기명의인의 소유권보존등기는 무효이므로 이를 말소하고 그 부분에 관한 진정한 권리자의 소유권보존등기를 하여야 한다. 이 경우 진정한 권리자는 소유권보존등기의 일부말소를 소로써 구하고 법원은 그 지분에 한하여만 말소를 명할 수 있으나, 등기기술상 소유권보존등기의 일부말소는 허용되지 않으므로, 그 판결의 집행은 단독소유를 공유로 또는 공유를 단독소유로 하는 경정등기의 방식으로 이루어진다. 이와 같이 일부말소 의미의 경정등기는 등기절차 내에서만 허용될 뿐 소송절차에서는 일부말소를 구하는 외에 경정등기를 소로써 구하는 것은 허용될 수 없다. 그리고 합유재산을 합유자 1인의 단독소유로 소유권보존등기를 한 경우에는 그 소유권보존등기가 실질관계에 부합하지 않는 원인무효의 등기이므로, 다른 합유자는 등기명의인인 합유자를 상대로 소유권보존등기 말소청구의 소를 제기하는 등의 방법으로 그 원인무효의 등기를 말소시킨 다음 새로이 합유의 소유권보존등기를 신청할 수 있다." ☞ 원고와 피고의

경정등기'가 원인무효인 경우, 주등기인 소유권등기의 말소와 별도로 부기등기인 위 경정등기의 말소를 구하는 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.¹⁰²⁴⁾

일물일권주의(一物一權主義)의 원칙상, '물건의 일부분·구성 부분'에는 물권이 성립할 수 없는 것이어서 구분 또는 분할의 절차를 거치지 아니한 채 하나의 부동산 중 일부분만에 관하여 따로 소유권보존등기를 경료하거나, 하나의 부동산에 관하여 경료된 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만을 따로 말소하는 것은 부적법하여 허용되지 아니한다.¹⁰²⁵⁾

(6) 등기명의인 표시변경·경정 등기의 말소등기청구의 적법 여부

등기명의인의 표시변경·경정의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 경우, 소유자는 표시상의 소유명의자를 상대로 그 부기등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있으나,¹⁰²⁶⁾ 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 이루어진 것에 불과한

합유임에도 피고 단독소유로 소유권보존등기가 마쳐졌다는 이유로 피고를 상대로 그 소유권보존등기의 권리자를 피고 단독소유에서 원고와 피고의 합유로 고치는 경정등기절차의 이행을 구함에 대하여, '단독소유를 합유로 하는 경정등기는 소유자가 변경되는 결과로 되어 등기명의인의 동일성을 잃게 되므로 허용될 수 없는 것일 뿐만 아니라 합유재산을 단독소유로 소유권보존등기 한 것은 등기기술상 경정등기의 방식으로 처리할 것도 아니므로, 어느 모로 보나 허용될 수 없는 부적법한 것'이라고 한 예.

○ 대법원 2012. 2. 9.자 2011마1892 결정: "가처분채권자가 본안사건에서 승소확정판결을 받아 소유권이전등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 제3자 명의의 등기가 경료되어 있을 때에는 위 소유권이전등기신청과 함께 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기말소신청도 동시에 하여 그 가처분등기 이후의 등기를 말소할 수 있다. 그리고 이 경우 가처분에 기한 승소판결에 저촉되어 말소되어야 할 대상이 부동산 전부에 대한 등기 중 일부 지분인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 말소이지만 등기의 형식은 경정등기의 방식을 취하는 일부말소 의미의 경정등기에 의하여야 한다. ... 일부말소 의미의 경정등기를 하기 위해서 등기 당시부터 당사자의 신청착오나 등기관 착오가 있을 것을 요건으로 하는 것은 아니다." ㉠ 가처분채권자 甲이 본안소송에서 확정된 '乙 소유의 부동산 중 45/100 지분의 소유권을 이전받기로 하는 내용'의 조정에 갈음하는 결정에 따라 위 지분에 관한 소유권이전등기를 신청하면서 가처분등기 이후에 부동산 전부에 관하여 경료된 丙 명의의 근저당권설정등기 목적을 '乙의 55/100 지분에 관한 근저당권'으로 하는 근저당권경정등기를 신청하여 신청한 내용대로 등기가 완료되자, 근저당권자 丙이 등기관의 처분에 대한 이의신청을 한 사안에서, 甲은 丙 명의의 근저당권설정등기 중 가처분에 저촉되는 45/100 지분의 말소를 구하기 위하여 일부 말소 의미의 경정등기를 신청한 것으로 보아야 하고, 이러한 일부 말소 의미의 경정등기를 하기 위해서 등기 당시부터 당사자의 신청착오나 등기관의 착오가 있을 것을 요건으로 하는 것은 아니므로, 甲의 경정등기신청이 신청취지 자체에 의하여 법률상 허용할 수 없음이 명백한 경우에 해당한다고 볼 수 없는 한 등기관이 근저당권경정등기신청을 수리하여 등기절차를 완료한 이상 등기관의 처분에 대한 이의의 방법으로는 다룰 수 없음에도, 이와 달리 丙의 이의신청을 인용한 원심결정에 위법이 있다고 한 사례.

1024) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2001다4903 판결: "토지 소유권보존등기의 일부 지분만을 말소하기 위하여 잔존지분권자와 말소를 구하는 진정한 권리자와의 공유로 하는 경정등기를 경료한 경우 위 소유권보존등기 경정의 부기등기는 기존의 주등기인 소유권보존등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이고 주등기와 별개의 새로운 등기는 아니라 할 것이므로 원고들 주장과 같이 피고 김OO 명의의 소유권보존등기 및 이에 기하여 경료된 피고들 명의의 경정등기가 원인무효인 경우 피고들을 상대로 하여 위 주등기의 말소만을 구하면 되고 그에 기한 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기가 말소되는 경우에는 직권으로 말소되어야 할 성질의 것이므로, 위 부기등기의 말소청구는 소의 이익이 없는 부적법한 청구라고 할 것이다."

1025) 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다39582 판결: 구분소유의 목적이 되는 상가 1층 102호 148.76㎡ 중 일부 면적에 관한 소유권보존등기만의 말소를 구하는 원고의 소는 법률상 허용되지 아니하는 부적법한 것이라고 하면서, 등기부상의 표시 중 전유부분의 면적 표시가 잘못되었다면 이는 경정등기의 방법으로 바로 잡아야 하는 것이지 그 잘못 표시된 면적만큼의 소유권보존등기를 말소하는 방법으로 바로 잡을 수는 없다고 한 예.

1026) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다299214 판결: "등기명의인의 표시변경 또는 경정의 부기등기가 등기명의인의

경우에는 그것이 잘못되었더라도 다시 소정의 서면을 갖추어 표시변경·경정등기를 하면 되므로 소로써 그 등기의 말소를 구하는 것은 부적법하다.¹⁰²⁷⁾ 토지 표시변경등기의 말소 등기절차이행 청구도 부적법한 소이다.¹⁰²⁸⁾

원인 무효의 소유권보존등기 말소를 구하는 전소와 그 등기명의인에 관한 표시경정등기의 말소를 구하는 후소는 소송물이 달라 기판력이 미치지 않는다.¹⁰²⁹⁾

(7) 집행문부여에 대한 이의와의 관계

의사표시의무의 집행으로 인한 이전등기에 하자가 있는 경우, 집행문부여에 대한 이의의 신청이나 소를 거치지 않고 그 등기의 말소 또는 회복을 구하는 소를 제기할 수 있다.¹⁰³⁰⁾

동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 부동산등기사항증명서상의 표시가 실제 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면 진실한 소유자는 그 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사로써 그 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 부등기인 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있으므로, 이와 같이 부동산의 등기명의인의 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구하려는 자는 자신이 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실을 증명하여야 한다.”
 ㉠ A 단계 명의로 소유권보존등기가 된 후, B 단계 명의로 1차 표시변경등기가, 다시 C 단계 명의로 2차 표시변경등기가 이루어졌는데, B 단계(원고)가 C 단계(피고)를 상대로 2차 표시변경등기의 말소를 구한 사안에서, 원심이, C 단계가 B 단계와 동일성이 인정되지 않는 이상 C 단계는 2차 표시변경등기를 말소할 의무가 있다고 한 데 대하여, 대법원은 B 단계로서는 자신이 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실, 즉 본등기인 소유권보존등기를 마친 A 단계와 동일한 단계라는 사실까지 증명하여야 한다고 하여 파기환송한 예.

1027) 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다69983 판결: 부동산 등기명의인 표시를 ‘한국불교태고종 연암사’에서 ‘연암사’로 변경하는 등기명의인 표시변경등기가 종료된 후 주지와 승려가 위 종단을 탈종하고 동일한 명칭의 ‘연암사’라는 별개 사찰로서의 실체를 갖춘 경우, 부동산의 적법한 소유자는 한국불교태고종 연암사이고 변경된 연암사라는 등기명의인 표시가 새로이 실체를 갖게 된 연암사를 지칭하는 것이 아니라는 이유로, 한국불교태고종 연암사는 위 표시변경등기의 경정등기를 하면 되고 말소등기를 구할 소의 이익이 없다고 한 예.

1028) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다38480 판결: “부동산등기부 표시란에 기재된 면적표시단위를 미터법으로 바꾸기 위하여 행하여진 토지표시변경등기는 실체적 권리관계와 무관한 것으로서 등기권리자와 등기의무자의 관념이 있을 수 없어 말소의 대상이 될 수 없으므로, 이 사건 소 중 이 사건 임야에 관한 토지표시변경등기의 말소등기절차이행을 구하는 부분은 소의 이익이 없어 부적법하다.”

1029) 대법원 2006. 12. 22. 선고 2004다39450 판결: “원고가 패소확정판결을 받은 이전 소송은 이 사건 임야에 대하여 마쳐진 소유권보존등기가 원인 없는 무효의 등기임을 이유로 한 소유권보존등기말소 청구소송이었고, 이 사건 소송은 위 소유권보존등기가 유효함을 전제로 다만 그 등기명의인에 관한 표시경정등기가 무효라는 이유로 등기명의인 표시경정등기의 말소를 구하는 것이어서 양소는 말소대상과 말소원인을 전혀 달리하는 것으로 그 소송물이 다르다 할 것이므로 이전 소송의 패소확정판결의 기판력은 이 사건 소송에 미치지 않는다.”

1030) ○ 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다2558 판결: “의사표시의무의 집행에는 집행문이 필요하지 않으므로(민사집행법 제263조 제1항), 그 집행으로 인한 이전등기에 하자가 있는 경우, 집행문부여에 대한 이의신청이나 집행문부여에 대한 이의의 소를 거치지 아니하더라도 그 등기의 말소 또는 회복을 구하는 소를 제기할 수 있다.”

○ 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다73021 판결: “집행권원상의 의사표시를 하여야 하는 채무가 반대급부의 이행 등 조건이 붙은 경우에는 채권자가 그 조건 등의 성취를 증명하여 재판장의 명령에 의하여 집행문을 받아야만 의사표시 의제의 효과가 발생한다. 따라서 반대급부의 이행 등 조건이 성취되지 않았는데도 등기신청의 의사표시를 명하는 판결 등의 집행권원에 집행문이 잘못 부여된 경우에는 그 집행문부여는 무효라 할 것이나, 이러한 집행문부여로써 강제집행이 종료되고 더 이상의 집행 문제는 남지 않는다는 점을 고려하면 집행문부여에 대한 이의신청이나 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기할 이익이 없으므로, 채무자로서는 집행문부여에 의하여 의제되는 등기신청에 관한 의사표시가 무효라는 것을 주장하거나 그에 기초하여 이루어진 등기의

다) 상속 관련 말소등기청구 등의 소송요건(직권조사사항)

(1) 유증 목적물 관련 소송에서의 유언집행자의 당사자 적격

유증 목적물에 관하여 경료된, 유언의 집행에 방해가 되는 다른 등기의 말소를 구하는 소송에 있어서는 유언집행자가 이른바 법정소송담당으로서 원고적격을 가지고, 유언집행자가 있는 경우 그의 유언집행에 필요한 한도에서 상속인의 상속재산에 대한 처분권은 제한되며 그 제한 범위 내에서 상속인은 원고적격이 없다(유언집행자가 사망·결격 기타 사유로 자격을 상실한 경우에도 마찬가지이다).¹⁰³¹⁾

상속인이 유언집행자가 되는 경우를 포함하여 유언집행자가 수인인 경우, 보존행위는 각자가 할 수 있으므로(민법 제1102조) 말소등기청구를 보존행위로서 단독으로 제기할 수 있으나, 유언집행자가 수인인 경우 유증 목적물에 관한 말소등기의무의 이행을 구하는 소송은 특별한 사정이 없는 한 고유필수적 공동소송으로서 유언집행자 전원을 피고로 하여야 한다.¹⁰³²⁾

(2) 상속회복의 말소등기청구의 제척기간

말소등기청구 또는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구가 '상속 회복청구의 소'에 해당하는 경우, 그 침해를 안 날부터 3년,¹⁰³³⁾ 상속권의 침해행위가

말소 또는 회복을 구하는 소를 제기하여야 한다.” ⇨ 토지 2/5 지분 소유권자인 甲이 나머지 3/5 지분 소유권자인 乙을 상대로 제기한 공유물분할청구소송에서 ‘乙은 甲에게서 매매대금을 지급받음과 동시에 甲에게 3/5 지분에 관하여 소유권이전등기절차를 이행한다’는 내용의 조정에 갈음하는 결정이 확정되었는데, 甲이 乙에게 반대의무를 이행하지 않았고 재판장의 명령이 없었음에도 위 결정 정본에 집행문이 부여되어 甲 명의로 乙 지분에 관한 이전등기가 경료되고, 이후 이를 기초로 丙 등 명의로 소유권일부이전등기 등이 경료된 사안에서, 甲이 위 결정에 기하여 乙의 3/5 지분에 관하여 소유권이전등기절차를 마치기 위하여는 동시이행관계에 있는 자신의 반대의무인 금전지급채무가 이행되었음을 증명하여 집행문을 부여받아야 하는데, 甲의 금전지급채무가 이행되지도 않았음에도 발급된 집행문부여는 그 자체가 무효이고 그에 따른 乙의 3/5 지분 이전에 관한 의사전술의 효과도 발생하지 아니하므로, 위 결정에 기하여 3/5 지분에 관하여 甲 앞으로 경료된 등기는 원인 없는 등기로서 무효이고 원인 무효인 위 등기를 기초로 마쳐진 丙 등 명의의 등기들도 모두 무효라는 이유로, 丙 등은 乙에게 乙 지분에 관하여 마쳐진 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

1031) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009다20840 판결: “망 소외 1은 1997. 1. 16. 이 사건 임야를 소외 2에게 유증하는 한편 그 유언의 집행을 위하여 소외 3을 유언집행자로 지정한 사실을 알 수 있다. 한편 이 사건 소송은 이 사건 임야에 관하여 피고들 앞으로 아무런 원인 없이 소유권이전등기가 마쳐졌음을 이유로 피고들을 상대로 그 소유권이전등기의 말소를 구하는 것이므로, 이 사건 소송의 원고적격은 유언집행자에게만 있고 망 소외 1의 상속인들인 원고들에게는 그 원고적격이 없다고 할 것이다. 또한 상고심 계속 중에 유언집행자인 소외 3이 해임되었다고 하더라도 원고들이 민법 제1095조에 의하여 유언집행자가 될 수는 없으며, 유언집행자가 해임된 이후 법원에 의하여 새로운 유언집행자가 선임되지 아니하였다고 하더라도 그 동안에 상속인인 원고들에게 원고적격이 인정되는 것도 아니므로, 위와 같은 원고적격의 흠이 상고심에서 치유되었다고 볼 수도 없다. 그렇다면 이 사건 소는 원고적격이 없는 당사자에 의하여 제기된 것으로서 부적법하므로, 원심으로서는 원고들의 청구를 인용한 제1심판결을 취소하고 이 사건 소를 각하하여야 할 것임에도 불구하고 피고들의 항소를 기각한 것은 위법하다고 할 것이다.”

1032) “유언집행자가 수인인 경우 유언집행자에게 유증의무의 이행을 구하는 소송은 유언집행자 전원을 피고로 하는 고유필수적 공동소송으로 봄이 상당하다”는 대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다8345 판결 참조.

1033) ‘상속권의 침해를 안 날’이라 함은 자기가 진정한 상속인임을 알고 또 자기가 상속에서 제외된 사실을 안 때를

있는 날부터 10년¹⁰³⁴⁾의 제척기간 준수가 소송요건(직권조사사항)에 해당한다(민법 제999조 제2항).¹⁰³⁵⁾ 포괄적 유증의 경우에도 위 제척기간이 유추적용된다.¹⁰³⁶⁾

라) 기판력 저촉의 항변

(1) 직권조사사항

기판력 있는 확정판결 등(실체적 권리관계를 중국적으로 판단하는 결정·명령,¹⁰³⁷⁾ 확정판결과 동일한 효력이 있는 화해권고결정, 조정을 갈음하는 결정, 조정조서, 화해조서, 청구의 포기·인낙조서 등에는 기판력이 있으나, 확정된 이행권고결정,¹⁰³⁸⁾ 확정된 지급명령,¹⁰³⁹⁾ 회생채권자표 기재,¹⁰⁴⁰⁾ 회생채

가리키는 것으로서, 단순히 상속권 침해의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않다. 공동상속인 중 1인이 나머지 공동상속인들을 상대로 제기한 상속재산분할심판 사건에서 공동상속인 일부의 소송대리권이 흠결된 채로 소송대리인 사이에 재판상 화해나 조정이 성립되어 화해조서 또는 조정조서가 작성되고, 그 조서에 기하여 공동상속인 중 1인 명의로 상속재산협의분할을 원인으로 한 소유권이전등기가 경료된 경우, 위와 같은 화해나 조정은 무효라 할 것이나, 그 조서에 확정판결과 같은 효력이 있는 이상 그 조서가 준재심에 의해 취소되기 전에는 당사자들로서는 위 화해나 조정의 무효를 확신할 수 없는 상태에 있다고 할 것이고, 그 후 소송대리권의 흠결여부가 다투어진 끝에 준재심에 의해 화해조서나 조정조서가 취소되었다면, 나머지 공동상속인들은 그 준재심의 재판이 확정된 때에 비로소 공동상속인 중 1인에 의해 자신들의 상속권이 침해된 사실을 알게 되었다고 봄이 상당하므로, 상속회복청구권의 제척기간은 그때부터 기산된다(2007다36223).

1034) ① '상속권의 침해행위가 있는 날'이라 함은 참칭상속인이 상속재산의 전부 또는 일부를 점유하거나 상속재산인 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마치는 등의 방법에 의하여 진정한 상속인의 상속권을 침해하는 행위를 한 날을 의미한다. 또한, 제척기간의 준수 여부는 상속회복청구의 상대방별로 각각 판단하여야 할 것이어서, 진정한 상속인이 참칭상속인으로부터 상속재산에 관한 권리를 취득한 제3자를 상대로 제척기간 내에 상속회복청구의 소를 제기한 이상 그 제3자에 대하여는 민법 제999조에서 정하는 상속회복청구권의 기간이 준수되었으므로, 참칭상속인에 대하여 그 기간 내에 상속회복청구권을 행사한 일이 없다고 하더라도 그것이 진정한 상속인의 제3자에 대한 권리행사에 장애가 될 수는 없다(2009다42321). ② 북한주민의 경우에도 다른 특별한 사정이 없는 한 상속권이 침해된 날부터 10년이 경과하면 민법 제999조 제2항에 따라 상속회복청구권이 소멸한다(대법원 2016. 10. 19. 선고 2014다46648 전원합의체 판결).

1035) 상속회복청구의 소에서는 법원이 제척기간의 준수 여부에 관하여 직권으로 조사한 후 기간도과 후에 제기된 것으로 판명되면 부처법한 소로 각하하여야 한다(2009다41199).

1036) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다22942 판결; 부동산에 대한 소유권 귀속 원인으로 포괄적 유증을 주장하는 포괄수증자인 원고가 포괄적 유증을 받은 재산권이 침해되었음을 이유로, 피상속인에 의한 포괄적 유증을 무시하고 별정상속분에 의하여 상속등기를 한 피고 1 명의의 지분상속등기와 이에 터잡은 피고 2, 3의 지분이전등기는 모두 원인무효라고 주장하면서 위 피고들에 대하여 위 각 등기의 말소를 구하고 또한 원인무효인 피고 1 명의의 지분에 대하여 가처분을 한 피고 4, 5에 대하여는 위 각 등기말소에 대한 동의를 구하는 소에 상속회복청구권의 제척기간에 관한 규정이 유추적용된다고 한 예.

1037) 대법원 2002. 9. 23.자 2000마5257 결정; "결정·명령재판에도 실체관계를 중국적으로 판단하는 내용의 것인 경우에는 기판력이 있다. ... 소송비용확정절차에 있어서는 상환할 소송비용의 수액을 신청의 범위 내에서 정할 따름이고 그 상환의무 자체의 존부를 심리·판단할 수는 없는 것이다. 따라서 이미 기판력 있는 본안판결에서 소송비용 상환의무의 실체관계 판단이 확정된 후에 그에 근거하여 법원이 상환청구권자인 당사자가 신청한 수액에 따라 소송비용확정결정을 하였다면 그 소송비용에 관한 결정은 본안판결의 소송비용 부담의 실체관계 판단을 계량적으로 구체화한 중국적 판단을 내용으로 하는 것이므로 마찬가지로 기판력이 있다고 할 것이다. ... 소송비용의 부담을 명한 재판에 기하여 소송비용확정신청에 의한 결정이 나서 확정되었으니 이미 확정된 개별비용항목과 액수에 관하여는 기판력이 생기므로 그 비용항목 액수의 추가결정을 구하는 것은 허용되지 않는다고 판단한 것은 ... 옳고" ➡ 보전소송절차는 피보전권리를 중국적으로 확정하는 것을 목적으로 하는 것이 아니므로 보전소송에서 피보전권리가 소멸되어 보전신청이 판결에 의하여 인용되고, 위 판결이 확정되었다고 하더라도 그로써 피보전권리에 관하여 기판력이 생기는 것은 아니다(2007마944).

1038) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2006다34190 판결.

1039) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2006다73966 판결.

권조사확정재판¹⁰⁴¹⁾에는 기판력이 없다)의 존부는 직권조사사항(직권탐지사항은 아니다)¹⁰⁴²⁾으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하지 않으면 안 되고(당사자의 주장은 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없으므로 원심이 이에 관하여 판단하지 않았다고 하여 판단유탈의 상고이유로 삼을 수 없다), 당사자가 확정판결의 존재를 사실심 변론종결 시까지 주장하지 아니하였더라도 상고심에서 새로이 이를 주장·증명할 수 있다.¹⁰⁴³⁾

(2) 기판력 저촉에 따른 후소 판결의 주문

전소 확정판결 기판력 저촉에 따른 후소 판결의 결론(주문)은, ① ‘승소’ 확정판결을 받은 원고가 전소 피고나 그 ‘변론종결 후의 승계인’을 상대로 다시 전소와 동일한 청구의 소를 제기하면, 후소는 권리보호이익이 없으므로 부적법하여 ‘각하’하여야 하고,¹⁰⁴⁴⁾ ② ‘패소’ 확정판결을 받은 원고가 다시 전소와 동일한 청구의 소를 제기하면, 전소 판결 내용과 모순되는 판단을 하여서는 아니 되는 구속력 때문에 후소는 ‘청구기각’ 판결을 하여야 하며,¹⁰⁴⁵⁾ ③ 전소가 ‘일부 승소’ 확정판결인 경우, 후소 중 ‘전소 승소

1040) 대법원 2024. 3. 28. 선고 2019다253700 판결; “채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제255조 제1항은 ‘회생채권에 대하여 회생계획에 의하여 인정된 권리에 관한 회생채권자표의 기재는 회생계획인가의 결정이 확정된 때 채무자, 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자 등에 대하여 확정판결과 동일한 효력이 있다.’라고 규정하고 있다. 회생채권자표에 기재된 회생채권의 금액은 회생계획안의 작성과 인가에 이르는 회생절차 진행과정에서 회생채권자의 권리행사 기준이 되고 관계인집회에서 의결권 행사의 기준이 되는 것으로서, 여기서 말하는 ‘확정판결과 동일한 효력’이란 기판력이 아니라 확인적 효력을 갖고 회생절차 내부에서 불가쟁의 효력이 있다는 의미에 지나지 아니한다.” ■ 회생절차개시 당시 소송 계속 중이던 채권이 회생채권으로 신고·확정되어 회생채권자표에 기재된 경우, 계속 중이던 소송은 소의 이익이 없어 부적법하게 된다(대법원 2020. 3. 2. 선고 2019다243420 판결).

1041) 대법원 2017. 6. 19. 선고 2017다204131 판결.

1042) 대법원 1981. 6. 23. 선고 81다124 판결; “민사소송에 있어 권리보호요건의 존부는 법원의 직권조사 사항임은 말할 나위도 없으나 위의 요건은 소위 직권탐지 사항과 달라서 그 요건 유무의 근거가 되는 구체적인 사실에 관하여 사실심의 변론종결 당시까지 당사자의 주장이 없는 한 법원은 이를 고려할 수 없고 또 다름이 있는 사실에 관하여는 당사자의 입증능을 기다려서 판단함이 원칙이라 할 것이므로 위에서 본 바와 같이 피고가 일단 확정재판을 받았다는 본안전 항변을 하였으나 이는 사실관계를 잘못 파악한 것이라 철회한 후로는 그 점에 대한 이렇다 할 주장 입증능을 아니 하였을 뿐 아니라 기록상 이를 가려볼 아무런 자료도 없는 본안에 있어 사실심에서 이에 관한 직권조사를 아니하였다 하여 탓할 바 못된다고 할 것이다.”

1043) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다94384, 94391, 94407 판결.

1044) 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다13482 판결; “확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로, 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우 후소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 할 것인데, 전소 변론종결 또는 판결선고 후에 채무자의 채무를 소멸시켜 당사자인 채무자의 지위를 승계하는 이른바 면책적 채무인수를 한 자는 변론종결 후의 승계인으로서 전소 확정판결의 기판력이 미치지 되므로 원고는 … 다시 본소를 제기할 이익이 없다. … 피고는 이른바 변론종결 후의 승계인에 해당하여 원고와 소외 회사 사이의 위 확정판결의 기판력이 피고에게도 미친다 할 것이므로, 원고는 위 확정판결에 따라 부여받은 승계집행문으로 집행을 하면 되는 것이지 피고를 상대로 다시 이 사건 소송을 구할 소의 이익이 없으므로, 결국 이 사건 소는 부적법하여 각하하여야 할 것”

1045) ○ 대법원 1983. 3. 8. 선고 82다카1203 판결; 원·피고 간 제소전화해조서에 의해 피고 앞으로 마친 소유권이 전등기에 대하여, 원고가 말소등기청구소송을 제기하였다가 ‘제소전화해조서가 준재심에 의하여 취소되지 않는 한 그 효력을 다룰 수 없다’는 이유로 패소 확정판결을 받은 다음(1차소송), 다시 동일한 말소등기청구소송을 제기하였으나 ‘1차 소송 판결의 기판력에 저촉된다’는 이유로 패소 확정판결을 받고(2차소송), 다시 3차로 이 사건 말소등기청구소송을 제기한 사안에서, ‘이 사건 소송의 전소인 2차소송의 판결은 원고청구가 1차소송

부분'은 '각하', 전소 패소 부분은 '기각'하는 판결을 하여야¹⁰⁴⁶⁾ 하는 형태가 된다.¹⁰⁴⁷⁾

위 ①의 예외로서, ㉠ 판결 원본의 멸실, ㉡ 판결 내용의 불특정으로 집행 불능인 경우,¹⁰⁴⁸⁾ ㉢ 소멸시효 완성이 임박하여 시효중단이 필요한 때,¹⁰⁴⁹⁾ 1050) ㉣ 후소 원고가 전소 원고와 동일인인지 여부, 후소 피고가 전소 피고의 '변론종결 후 승계인'인지 여부 등이 분명하지 않은 경우,¹⁰⁵¹⁾ ㉤ 원고승소 확정판결의 전소 변론종결 후 승계인에 대한 후소에

판결의 기판력에 저촉된다 하여 기각한 것이므로 2차소송판결의 기판력은 기판력 저촉을 이유로 말소등기청구권을 부인한 판결의 결론에 대하여 발생한다고 하겠으나, 만일 후소인 이 사건 소송의 소송물이 2차소송의 소송물과 동일하다면 법원은 기판력 저촉 여부에 관한 전소의 판단과 다른 판단을 할 수 없는 구속을 받게 되는 결과 이 사건 소송에 있어서도 말소등기청구는 1차소송 판결의 기판력에 저촉된 청구라 하여 기각할 수밖에 없다. 원인 없이 경료된 무효의 등기라는 주장은 전소인 2차소송의 청구원인과 동일하여 이 점에서는 소송물이 같다고 볼 것이므로 이 사건 말소등기청구는 전소인 2차소송 판결의 기판력에 저촉되는 청구라고 볼 수밖에 없다. 원고 주장과 같이 1차소송 판결의 기초가 된 제소전화해조서가 취소되었다고 하더라도 1차소송 판결의 기판력은 재심의 절차에 의함이 없이는 당연히 배제되지 않을 뿐 아니라 위 취소사실을 원고는 2차소송의 변론종결 시까지 주장한 바 없음이 분명하여 이제 와서 2차소송 판결의 기판력을 배제할 사유로 내세울 수도 없다.'라고 판단한 예.

○ 대법원 1989. 6. 27. 선고 87다카2478 판결: "제1심판결의 취지는 전 소송에서 한 원고 청구기각판결의 기판력은 이 사건 청구에 미친다 할 것이므로 이 사건에서는 전소판결의 내용과 모순되는 판단을 하여서는 아니되는 구속력 때문에 전소판결의 판단을 원용하여 원고 청구기각의 판결을 한다는 것으로서 이는 소송물의 존부에 대한 실체적 판단을 한 본안판결이라고 보아야 할 것이다." ⇔ 원심이, 1심이 본안에 관하여 판단하지 아니하고 원고의 청구를 기각하여 부당하므로 1심판결을 취소하고 1심법원으로 하여금 본안에 관하여 심리판단케 하기 위하여 1심법원으로 환송한다고 판시한 것은, 1심판결의 취지를 오해하고 필요적 환송에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 예.

1046) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64215 판결.

1047) 전소 패소확정판결의 경우, 그 기판력이 후소를 기각시키는 사유라는 점에서 본안에 관한 항변으로 볼지, 후소에서 청구원인 주장의 본안 판단에 앞서 먼저 판단하여야 하는 항변이라는 점에서 본안전 항변으로 볼지에 대해서는 견해가 나눌 수 있는데, 대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결 등은 "본안전항변"으로 적고 있다.

1048) 소송물이 동일한 경우라도 판결 내용이 특정되지 아니하여 집행을 할 수 없는 경우에는 다시 소송을 제기할 권리보호의 이익이 있다[현황과 일치하지 않은 감정 결과에 터잡아 철거 및 인도 판결이 선고된 경우(97다57658), 화해조서에 기재된 동시이행의 반대무 내용이 특정되지 않아 강제집행을 할 수 없는 경우(94다25216) 등].

1049) 대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카1761 판결: "위 확정판결에 기한 이 사건 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박하였음은 역수상 명백하므로, 그 시효중단을 위한 이 사건 소는 소의 이익이 있다고 판단한 다음 소멸시효의 완성이 임박하여 강제집행의 실사가 현실적으로 어려운 이상, 그 이전에 강제집행의 실사가 가능하였던가의 여부에 관계없이 시효중단을 위하여는 동일 내용의 재판상 청구가 불가피하고 거기에 채무자의 소재 불명을 요건으로 한다고 볼 것은 아니라는 이유로 ... 청구를 인용한 ... 원심의 위 조치를 살펴보면 상당한 것으로 수긍이 가고"

1050) 이는 어디까지나 시효를 중단하여 권리를 그대로 유지시킬 실익이 있는 경우에 한하여 타당한 것이고, 그것을 그대로 유지하는 것이 아무런 실익이 없는 경우에는 그 시효중단을 위한 재소는 소의 이익이 없어 허용되지 아니 한다(대법원 2001. 2. 9. 선고 99다26979 판결: 사찰재산의 양도계약에 기한 소유권등기이전청구권이 인낙조서에 의해 확정되었으나 양도계약이 관할청의 허가를 받지 못해 무효가 되어 유효한 소유권이전등기를 경료할 수 없게 되었다면, 위 인낙조서에 의해 확정된 소유권이전등기청구권의 시효중단을 위한 재소는 소의 이익이 없어 부적법하다고 한 사례).

1051) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다53955 판결: 원심이, 피고들은 전소 피고들의 변론종결 후의 승계인에 해당하므로 원고는 전소 확정판결의 승계집행문을 부여받아 피고들 명의의 각 등기의 말소신청을 할 수 있으므로 원고가 다시 이 사건 소로써 피고들 명의의 각 등기의 말소를 구하는 것은 권리보호이익이 없다고 하여 소를 각하한 데 대하여, 대법원은, '만일 피고들이 전소 확정판결 피고들의 승계인이라는 점 및 전소 확정판결의 원고가 이 사건 원고와 동일하다는 점이 명백하다면 원고로서는 용이하게 확정판결의 승계집행문을 부여받아

서 승계 여부에 대해 상당한 정도의 공격방어 및 법원의 심리가 진행됨으로써 사실상 승계집행문 부여의 소가 제기되었을 때와 큰 차이가 없는 경우¹⁰⁵²⁾ 등 ‘특별한 사정’이 있는 경우에는 권리보호이익이 있어 재소가 허용된다(‘피고의 주소가 등기기록상 주소로 기재된 판결’을 받기 위하여 전소와 동일한 소유권이전등기청구의 소를 다시 제기하는 것은 권리보호이익이 없다).¹⁰⁵³⁾

위 ⑥와 관련하여, 신청인이 제출한 제적등본 등의 자료에 의하여 대상판결의 상속지분 관련 오류를 명백히 인정할 수 있고, 실제 상속지분에 상응하도록 주문과 이유를 변경

피고들 명의의 각 등기의 말소신청을 할 수 있으므로 원고가 소로써 피고들 명의의 각 등기의 말소를 구하는 것은 권리보호이익이 없어 부적법하다고 볼 여지도 있으나, 피고들은 이 사건 원고가 전소의 원고와는 동일성이 인정되지 않는다고 다투고 있을 뿐만 아니라 기록상 확정판결의 원고와 이 사건 원고와의 동일성이 명확하다고 보이지 아니하여 법원사무관 등으로부터 승계집행문을 부여받기는 어려운 것으로 보이고 또 승계집행문 부여의 소를 제기하더라도 패소될 경우도 생길 수 있으므로, (원고가 확정판결에 기한 승계집행문 부여 신청을 하였으나 부여받지 못하여 승계집행문부여의 소를 제기하였으나 그 항소심에서 소를 각하한 사실이 인정된다) 원고가 피고들을 상대로 한 별도의 소송으로 피고들 명의의 등기의 말소를 구할 권리보호의 이익을 부정할 수 없다.’라고 판시한 예.

1052) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다210720 판결: “주택임대차보호법 제3조 제4항에 따라 임차주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 보므로 임대차보증금 반환채무도 부동산의 소유권과 결합하여 일체로서 임대인의 지위를 승계한 양수인에게 이전되고 양도인의 보증금반환채무는 소멸하는 것으로 해석되므로, 변론종결 후 임대부동산을 양수한 자는 민사소송법 제218조 제1항의 변론종결 후의 승계인에 해당한다. … 임차인이 임대인을 상대로 보증금반환의 승소확정판결을 받았으나 이후 주택 양수인을 상대로 이를 반환받고자 할 경우 승계가 명확하지 않거나 임대인 지위의 승계를 증명할 수 없는 때에는 임차인이 양수인을 상대로 승계집행문 부여의 소를 제기하여 승계집행문을 부여받음이 원칙이나, 이미 임차인이 양수인을 상대로 임대차보증금의 반환을 구하는 소를 제기하여 양수인과 사이에 임대인 지위의 승계 여부에 대해 상당한 정도의 공격방어 및 법원의 심리가 진행됨으로써 사실상 승계집행문 부여의 소가 제기되었을 때와 큰 차이가 없다면, 그럼에도 법원이 소의 이익이 없다는 이유로 후소를 각하하고 임차인으로 하여금 다시 승계집행문 부여의 소를 제기하도록 하는 것은 당사자들로 하여금 그동안의 노력과 시간을 무위로 돌리고 사실상 동일한 소송행위를 반복하도록 하는 것이어서 당사자들에게 가혹할 뿐만 아니라 신속한 분쟁해결이나 소송경제의 측면에서 타당하다고 보기 어려우므로 이와 같은 경우 소의 이익이 없다고 선불리 단정하여서는 안 된다.” ❖ 피고가 ‘변론종결 후의 승계인’에 해당하여 전소 원고승소 확정판결의 기판력이 미치므로 권리보호의 이익이 없다고 판단한 원심을 파기한 예.

1053) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다73753 판결: “등기권리자가 판결에 의하여 단독으로 소유권이전등기를 신청하는 때에 판결에 기재된 피고의 주소가 등기기록에 기록된 등기의무자의 주소와 다르고 주민등록등·초본에 의하여 피고와 등기의무자가 동일인임을 증명할 수 없는 경우, 등기신청인은 피고와 등기의무자가 동일인임을 증명할 수 있는 자료의 하나로 그 동일인임을 확인하는 데 상당하다고 인정되는 자의 보증서면과 그 인감증명, 기타 보증인의 자격을 인정할 만한 서면(예컨대 공무원재직증명서, 변호사등록증서사본, 법무사자격증사본 등)을 제출할 수 있다 … 판결에 기재된 피고가 등기의무자와 동일인이라면 등기권리자는 등기절차에서 등기의무자의 주소에 관한 자료를 첨부정보로 제공하여 등기신청을 할 수 있고, 등기권이 등기신청을 각하하면 등기권의 처분에 대한 이의신청의 방법으로 불복할 수 있다. 등기신청에 대한 각하결정이나 이의신청에 대한 기각 결정에는 기판력이 발생하지 않으므로 각하결정 등을 받더라도 추가 자료를 확보하여 다시 등기신청을 할 수 있다. 그리고 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로, 승소 확정판결을 받은 당사자가 위와 같은 절차를 거치는 대신 피고의 주소가 등기기록상 주소로 기재된 판결을 받기 위하여 전소의 상대방이나 그 포괄승계인을 상대로 동일한 소유권이전등기청구의 소를 다시 제기하는 경우 그 소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.” ❖ 전소 확정판결에 피고로 기재된 ○○○와 □□□는 이 사건 후소의 피고 1 본인과 피고 3, 4, 5의 피상속인인 소외인과 주민등록번호가 동일한 사람임을 알 수 있으므로, 위 피고들에 대한 이전등기청구 부분은 부적법하다고 하고, 전소 확정판결서에 기재된 ‘△△△’의 경우 정상적인 주민등록번호가 아니어서 실제로 존재하지 않는 허무인으로 볼 여지가 있으므로, 원심으로서 후소의 피고 ‘2’를 그 주소 등 인적사항을 밝혀 특정한 다음 그가 전소 확정판결의 ‘△△△’와 동일인임을 살펴 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미치는지 심리해 보았어야 한다고 판시한 예.

하더라도, 망인의 공동상속인 전부가 신청인에게 이행해야 하는 전체는 변함이 없어 판결 내용을 실질적으로 변경하는 것으로 볼 수 없는 경우에는, 실제 상속지분에 맞는 '판결경정'이 가능하다.¹⁰⁵⁴⁾

(3) 확정된 채권의 시효중단을 위한 재소

시효중단을 위한 후소로서 동일 소송물에 관한 이행소송(1회로 제한되지 아니한다)¹⁰⁵⁵⁾ 외에 전소 판결로 확정된 채권의 시효를 중단시키기 위한 조치, 즉 '재판상의 청구'가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 확인소송이 허용되고, 채권자는 두 가지 중 자신의 상황과 필요에 보다 적합한 것을 선택하여 제기할 수 있다.¹⁰⁵⁶⁾

1054) **【확정판결상 상속인·상속지분 오류의 경정】** ① 대법원 2023. 8. 18.자 2022그779 결정[소송계속 중 사망한 당사자의 공동상속인 중 일부가 수계절차에서 누락된 채 선고된 판결에 대하여 실제 상속관계에 상응하도록 판결경정을 구하는 사건]; 신청인이 대상판결에 대하여, ① 피신청인 1~4에 관하여는 피신청인 5~8 상속지분을 고려한 실제 상속지분에 상응하도록 주문과 이유 기재 금액을 수정하는 변경, ② 피신청인 5~8에 관하여는 '피고 당사자 표시', '주문'과 '이유'에 피신청인 5~8에 관한 내용을 추가하는 변경을 구하는 경정신청을 한 데 대하여, ①에 관하여, 신청인이 제출한 제척등본에 의하여 상속지분의 오류를 명백히 인정할 수 있고 피신청인 1~4의 실제 상속지분과 상응하도록 주문 등을 변경하더라도, 망인의 공동상속인 전부가 신청인에게 지급해야 하는 전체 금액은 변하지 않아 그것이 경정대상 판결 내용을 실질적으로 변경하는 것으로 볼 수 없어 경정되어야 한다고 보아, 원심결정 중 피신청인 1~4에 관한 부분을 파기·환송하고, ②에 관하여는, 수계절차를 밟지 않은 피신청인 5~8에 관한 소송절차는 항소심에서 중단된 상태이므로 신청인은 위 피신청인들에 관하여 항소심법원에 수계신청을 할 수 있고, 항소심에서 선고된 경정대상 판결에 대한 경정을 통하여 피신청인 5~8을 당사자와 주문에 반영하도록 변경할 수는 없다고 판단하여, 피신청인 5~8에 대한 특별항고를 기각한 예. ② 대법원 2021. 9. 30.자 2021그633 결정; 상속지분에 관한 소유권이전등기질차 이행의 확정판결 중 원고의 청구 잘못에 따른 일부 피고 이름의 오기, 대습상속인과 그 상속지분에 관한 오류를 바로 잡기 위한 판결경정신청에 대하여, 위 오류는 제출된 자료에 의해 명백히 인정할 수 있는 것일 뿐 아니라, 이를 변경하는 것으로 경정하더라도 그것이 판결 내용을 실질적으로 변경하는 것이라고 볼 수 없으므로, 위 판결은 경정되어야 하는 사안임이 명백하다고 한 예. 한편, 등기신청인이 산정한 상속분이 그 상속재산을 둘러싼 소송에서도 받아들여져 판결로써 확정된 바 있다고 하더라도 상속등기신청에 대하여 등기관이 부동산등기법 소정의 서면만에 의하여 형식적 심사를 함에 있어서는 위 확정판결의 기판력이 미칠 여지가 없고, 또 상속을 증명하는 시, 구, 읍, 면의 장의 서면 또는 이를 증명함에 족한 서면과 관계법령에 기한 상속인의 범위 및 상속지분의 인정은 등기관의 형식적 심사권한의 범위 내이므로, 위와 같은 서면과 관계법령에 의하여 인정되는 정당한 상속인의 범위 및 상속지분과 다른 내용으로 상속등기를 신청하였을 경우 등기관으로서는 신청 내용이 확정된 판결의 내용과 동일하다고 하더라도 위 등기신청을 각하하여야 하며, 공동상속인 중 일부 상속인의 상속등기만은 경료할 수도 없다(94마2116).

1055) 대법원 2018. 7. 19. 선고 2018다22008 전원합의체 판결; “다른 시효중단사유인 압류·가압류나 승인 등의 경우 이를 1회로 제한하고 있지 않음에도 유독 재판상 청구의 경우만 1회로 제한되어야 한다고 보아야 할 합리적인 근거가 없다. … 시효중단을 위한 재소인 이 사건 소는 원고가 피고를 상대로 제기하였던 전소에서 원고 승소의 이행권고결정이 확정된 때인 2007. 2. 23.부터 10년의 경과가 임박한 2016. 8. 19. 제기된 것으로서 소의 이익이 있다.”

1056) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결.
그 ‘새로운 방식의 확인소송’의 일반론으로, “새로운 방식의 확인소송은 그 소송물이 전소의 소송물과 다르다는 것이 핵심이다. 즉 전소의 소송물이 실체법상 구체적 청구권의 존부임에 반하여, 새로운 방식의 확인소송의 소송물은 청구권의 실체적 존부 및 범위는 배제된 채 판결이 확정된 구체적 청구권에 관하여 시효중단을 위한 재판상의 청구를 통한 시효중단의 법률관계에 한정된다. 그 판결은 전소 판결로 확정된 청구권의 시효중단 외에 다른 실체법상 효력을 가지지 않으므로 그 소송에서는 소멸시효 완성 등을 포함한 청구권의 존부 및 범위와 같은 실체적 법률관계에 관한 심리를 할 필요가 없다. 채권자는 청구원인으로 전소 판결이 확정되었다는 점과 그 청구권의 시효중단을 위해 후소가 제기되었다는 점만 주장하고 전소 판결의 사본과 확정증명서 등으로 이를 증명하면 되며 법원도 이 점만 심리하면 된다. 채무자는 설사 전소 판결의 변론종결 후에 발생한

시효중단을 위한 후소가 이행소송인 경우, 후소 판결이 전소 승소확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니 되므로, 후소 법원으로서도 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지 여부에 관하여 다시 심리할 수 없다(따라서 채무자는 청구원인인 요건사실을 부인할 수 없고 전소 판결의 변론종결 이전의 사유를 들어 항변할 수 없으며, 후소 법원도 이와 같은 사유를 들어 채권자의 후소 청구를 배척할 수 없다).¹⁰⁵⁷⁾ 전소의 변론종결 후에 발생한 채권소멸사유는 후소의 심리대상이 되고,¹⁰⁵⁸⁾ 채무자인 피고는 후소 절차에서 위와 같은 사유를 들어 항변할 수 있고 그 주장이 인정되면 법원은 원고의 청구를 기각한다.¹⁰⁵⁹⁾

청구이의사유가 있더라도 이를 주장할 필요가 없고, 법원은 채무자가 이를 주장하더라도 심리할 필요가 없다. ... 후소 판결은 제1심에서 자백간주 등에 의한 무변론판결 등으로 종결되고 그대로 확정되는 경우가 대부분일 것이다. 법원은 청구원인으로 전소 판결이 확정된 사실과 그 시효중단을 위해 후소가 제기된 사실만 심리하여 인정하면 된다. 채권자는 전소 판결이 확정되고 적당한 시점에 이와 같은 후소를 제기할 수 있고, 그 시기에 관하여 판결이 확정된 청구권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박할 것을 요하지도 않는다. 단지 불필요하게 단기간 내에 소제기를 반복하는 경우 소권 남용의 일반론에 따라 허용되지 않는 경우가 있을 것이다. 후소는 시효중단사유인 재판상의 청구로서 역할을 하므로, 후소 판결이 확정되는 경우 전소 판결에 의해 확정된 청구권의 소멸시효가 후소의 제기로 중단되었다가 후소 판결이 확정된 때로부터 새로이 진행된다. 채무자는 위와 같은 후소 판결의 확정 여부와 관계없이 언제라도 전소 판결의 변론종결 후에 발생한 사유에 기하여 청구이의의 소를 제기할 수 있으며, 그 청구이의사유의 존재 여부는 여기서 비로소 심리된다. ... 전소 판결과 후소 판결의 소송물이 달라 이행판결(전소 판결)의 기판력의 표준시가 그대로 유지되므로, 후소에서 전소 판결의 변론종결 후에 발생한 청구이의사유에 대하여 심리할 필요가 없다. ... 전소와 소송물이 달라 동일한 청구권에 대해 집행권원이 추가로 발생하지 않으므로, 이중집행의 위험도 없다.”라고 판시하고 있다.

cf. 보증건의 주문 예사; “원고와 피고 사이의 ○○지방법원 2004. 11. 11. 선고 2003가합15269 대여금 사건의 판결에 기한 채권의 소멸시효 중단을 위하여 이 사건 소의 제기가 있었음을 확인한다.”

1057) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결.

① 원심이, A은행이 B유한회사에 채권을 양도하면서 피고에게 그 양도사실을 통지하는 등 채권양도의 대항요건을 갖추었다는 점을 인정할 증거가 없으므로 B회사는 채권의 적법한 양수인이라 할 수 없고 B회사로부터 이를 전전 양도받은 원고도 적법한 양수인이 될 수 없다는 이유로 원고의 양수금 청구를 기각한 데 대하여, 대법원은, 전소인 양수금 청구소송에서 B회사의 피고에 대한 양수금채권이 확정된 이상 그 확정된 채권의 소멸시효 중단을 위하여 제기된 후소에서 A은행이 B회사에 채권을 양도한 사실을 피고에게 통지하였는지 여부 등 채권양도 대항요건의 구비 여부에 관하여 다시 심리할 수는 없다는 이유로 원심을 파기한 사례(대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다293858 판결). ② 전소인 구상금 청구소송에서 甲의 乙에 대한 구상금채권이 확정된 이상 그 확정된 채권의 소멸시효의 중단을 위하여 제기된 후소에서 보증보험계약서의 진정성립 여부 등을 다시 심리할 수는 없음에도, 보증보험계약서의 진정성립이 인정되지 않는다는 이유 등으로 甲의 청구를 기각한 원심판결을 파기한 사례(2010다61557). ③ 전소인 약속어음금 청구소송에서 원고의 피고에 대한 약속어음채권이 확정된 이상 그 확정된 채권의 소멸시효의 중단을 위하여 제기한 소송에서 원고의 약속어음의 소지 여부를 다시 심리할 수는 없고, 이러한 법리는 약속어음에 제시증권성 및 상환증권성이 있다고 하여 달리 취급할 것은 아니라고 한 예(98다1645).

1058) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2019다215272 판결; “법률이나 판례의 변경은 전소 변론종결 후에 발생한 새로운 사유에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 승소판결이 확정된 후 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 ‘소송촉진법’이라 하고 한다)의 변경으로 소송촉진법 소정의 지연손해금 이율이 달라졌다고 하더라도 그로 인하여 선행 승소확정 판결의 효력이 달라지는 것은 아니고, 확정된 선행판결과 달리 변경된 소송촉진법상의 이율을 적용하여 선행판결과 다른 금액을 원고의 채권액으로 인정할 수 있는 것도 아니다.”

1059) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다24349 판결; “후소 판결의 기판력은 후소의 변론종결 시를 기준으로 발생하므로, 전소의 변론종결 후에 발생한 변제, 상계, 면제 등과 같은 채권소멸사유는 후소의 심리대상이 된다. 따라서 채무자인 피고는 후소 절차에서 위와 같은 사유를 들어 항변할 수 있고 심리 결과 그 주장이 인정되면 법원은 원고의 청구를 기각하여야 한다. 이는 채권의 소멸사유 중 하나인 소멸시효 완성의 경우에도 마찬가지이다. 이처럼 판결이 확정된 채권의 소멸시효기간의 경과가 임박하였는지 여부에 따라 시효중단을 위한 후소의 권리보호이익을 달리 보는 취지와 채권의 소멸시효 완성이 갖는 효과 등을 고려해 보면, 시효중단을 위한 후소

개인회생채권자목록에 기재된 개인회생채권에 관하여는 소멸시효의 중단을 위한 재소를 인정할 필요가 없고 그 소는 부적법하여 각하된다.¹⁰⁶⁰⁾

(4) 판결의 확정 시기

상소기간 내 상소 제기가 없는 경우, 상소기간 내 상소 제기 후 상소 취하한 경우, 부적법한 상소 제기 후 각하된 경우에는 '상소기간 만료 시',¹⁰⁶¹⁾ 고유필수적 공동소송의 경우 '당사자 전원의 상소기간 만료 시',¹⁰⁶²⁾ 전부 패소 당사자의 상소권 포기 시,¹⁰⁶³⁾

를 심리하는 법원으로서 전소 판결이 확정된 후 소멸시효가 중단된 적이 있어 그 중단사유가 종료한 때로부터 새로이 진행된 소멸시효기간의 경과가 임박하지 않아 시효중단을 위한 재소의 이익을 인정할 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 후소가 전소 판결이 확정된 후 10년이 지나 제기되었다 하더라도 곧바로 소의 이익이 없다고 하여 소를 각하해서는 아니 되고, 채무자인 피고의 항변에 따라 원고의 채권이 소멸시효 완성으로 소멸하였는지에 관한 본안판단을 하여야 한다.” 이 사건 소가 전소 확정판결에 의한 채권의 시효중단을 위한 소로서 전소 판결 확정 후 10년이 지나 제기되었더라도 그것만으로 곧바로 소의 이익이 없어 부적법하다고 볼 수는 없으므로, 원심이 전소 판결 확정 후 10년이 지나 제기되어 시효중단을 구할 이익이 없으므로 부적법하다 하여 소를 각하한 것은 잘못이나, 피고는 원심에서 전소 판결에 의해 확정된 채권의 소멸시효가 완성되었다는 취지의 주장을 하였고 이 사건 소가 전소 판결 확정 후 그 채권의 소멸시효기간인 10년이 지나 제기되었다는 원심의 사실인정이 정당한 이상, 전소 판결에 기한 청구권은 소멸시효가 완성되어 원고의 이 사건 청구는 결과적으로 기각될 것이 분명하므로, 원고만이 상고한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 원심판결을 그대로 유지하여 원고의 상고를 기각함이 상당하다고 한 예.

- 1060) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013다42878 판결: “개인회생채권자목록의 제출에 대하여 시효중단의 효력이 있다고 규정하고 있고 그에 따른 시효중단의 효력은 특별한 사정이 없는 한 개인회생절차가 진행되는 동안에는 그대로 유지되므로, 개인회생채권자목록에 기재된 개인회생채권에 대하여는 그 소멸시효의 중단을 위한 소송 행위를 허용하는 예외를 인정할 필요가 있다고 할 수도 없다. 이러한 법리는 개인회생채권자목록에 기재된 개인회생채권에 관하여 개인회생절차개시의 결정 전에 이미 확정판결이 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다. … 원고가 확정판결에 기한 구상금채권의 소멸시효 완성을 중단하기 위하여 제기한 이 사건 소에 대하여, 원심은 피고에 대한 개인회생절차가 이 사건 소 제기 전에 이미 개시되어 진행되고 있고 위 구상금채권이 개인회생채권자목록에 기재되어 이의 없이 확정된 사실을 인정한 다음, 이 사건 소는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률의 관련 규정에 반하는 것으로서 부적법하다고 판단하였다. … 원심의 위와 같은 판단은 정당하고”
- 1061) ○ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2015므3455 판결: “항소의 취하가 있으면 소송은 처음부터 항소심에 계속되지 아니한 것으로 보게 되나(민사소송법 제393조 제2항, 제267조 제1항), 항소취하는 소의 취하나 항소권의 포기 와 달리 제1심 종국판결이 유효하게 존재하므로, 항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우에는 항소기간 만료 시에 소급하여 제1심판결이 확정되나, 항소기간 경과 전에 항소취하가 있는 경우에는 그 판결은 확정되지 아니 하고 항소기간 내라면 그 항소인은 다시 항소의 제기가 가능하다.”
○ 대법원 2014. 10. 15. 선고 2013다25781 판결: “판결은 상소를 제기할 수 있는 기간 또는 그 기간 이내에 적법한 상소제기가 있을 때에는 확정되지 아니하며(민사소송법 제498조), 부적법한 상소가 제기된 경우에는 그 부적법한 상소를 각하하는 재판이 확정되면 상소기간이 지난 때에 소급하여 확정된다.”
- 1062) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2017다233931 판결: “고유필수적 공동소송에서는 공동소송인 중 일부가 제기한 상소는 다른 공동소송인에게도 그 효력이 미치므로 공동소송인 전원에 대한 관계에서 판결의 확정이 차단되고 그 소송은 전체로서 상소심에 이송된다. 따라서 공유물분할 판결은 공유자 전원에 대하여 상소기간이 만료되기 전에는 확정되지 않고, 일부 공유자에 대하여 상소기간이 만료되었다고 하더라도 그 공유자에 대한 판결 부분이 분리·확정되는 것은 아니다.”
- 1063) 대법원 2006. 5. 2.자 2005마933 결정: “민사소송법 제395조 제1항은 ‘항소권의 포기는 항소를 하기 이전에는 제1심법원에, 항소를 한 뒤에는 소송기록이 있는 법원에 서면으로 하여야 한다.’고 규정하고 있는바, … 항소를 한 뒤 소송기록이 제1심법원에 있는 동안 제1심법원에 항소권포기서를 제출한 경우에는 제1심법원에 항소권포기서를 제출한 즉시 항소권 포기의 효력이 발생한다 … 상대방이 전부 승소하여 항소의 이익이 없는 경우에는 항소권을 가진 패소자만 항소포기를 하면 비록 상대방의 항소기간이 만료하지 않았더라도 제1심판결은 확정된다고 해석하여야”

패소 판결 중 일부 상소의 경우(상소불가분의 원칙에 따라 청구 전부에 확정차단과 이심의 효력이 생긴다) 상소되지 않은 나머지 부분은 상소심 판결 선고 시¹⁰⁶⁴⁾에 각 확정된다.

(5) 기판력의 작용; 기판력 저촉의 유형별 예

기판력이라 함은, 기판력 있는 전소 판결의 '소송물'과 '동일'한 후소를 허용하지 않음과 동시에(① 전소와 후소의 소송물이 동일한 경우), 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지는 않다고 하더라도, 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 '선결문제'가 되거나(② 전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 선결적 법률관계로 되는 경우), '모순관계'(③ 후소가 전소에서 확정된 법률관계¹⁰⁶⁵⁾와 모순되는 정반대의 사항을 소송물로 삼은 경우)에 있을 때에는, 후소에서 전소 판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용(당사자는 원고가 되어 주장하는 경우는 물론, 피고로서 항변하는 경우에도 저촉되는 주장을 할 수 없고, 법원도 저촉되는 판단을 할 수 없다¹⁰⁶⁶⁾)을 하는 것이다.¹⁰⁶⁷⁾ 기판력은 '소송법상의 효과'일 뿐, 실체법상 권리관계를

1064) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다221867 판결: "1개의 청구 일부를 기각하는 제1심판결에 대하여 일방 당사자만이 항소한 경우 제1심판결의 심판대상이었던 청구 전부가 불가분적으로 항소심에 이송되나, 항소심의 심판범위는 이심된 부분 가운데 항소인이 불복한 한도로 제한되고, 항소심의 심판대상이 되지 아니한 부분은 항소심판결 선고와 동시에 확정되어 소송이 종료된다. ... 원고의 청구가 일부 인용된 환송 전 원심판결에 대하여 피고만의 상고하고 상고심이 상고를 받아들여 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기·환송하였다면 피고 패소 부분만이 상고되었으므로 위의 상고심에서의 심리대상은 이 부분에 국한되었으며, 환송되는 사건의 범위, 다시 말하자면 환송 후 원심의 심판범위도 환송 전 원심에서 피고가 패소한 부분에 한정되는 것이 원칙이고, 환송 전 원심판결 중 원고 패소 부분은 확정되었다 할 것이므로 환송 후 원심으로서는 이에 대하여 심리할 수 없다." ☞ [동일 취지] 피고가 수개의 청구를 인용한 제1심판결 중 일부에 대하여만 항소를 제기한 경우, 항소되지 않은 나머지 부분도 확정이 차단되고 항소심에 이송은 되나, 피고가 그 변론종결시까지 항소취지를 확장하지 않는 한 그 나머지 부분에 관하여는 불복한 바가 없어 항소심의 심판대상이 되지 않고 항소심의 판결선고와 동시에 확정되어 소송이 종료된다(2009다35842).

1065) ◎ 매매의 무효를 원인으로 한 대금반환의 전소와 매매에 기한 이전등기청구의 후소와의 관계
확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부까지 미치는 것이 아니므로, '전소에서 확정된 법률관계'란 확정판결의 기판력이 미치는 법률관계를 의미하는 것이지 그 전제가 되는 법률관계까지 의미하는 것은 아니다.
따라서 매매계약의 무효·해제를 원인으로 한 매매대금반환청구(전소)에 대한 인낙조서의 기판력은 그 매매대금반환청구권의 존부에 관하여만 발생할 뿐, 그 전제가 되는 선결적 법률관계인 매매계약의 무효·해제에까지 발생하는 것은 아니다. 전소의 인낙조서의 기판력이 미치는 법률관계는 매매대금반환청구권을 가진다는 것뿐이고, 매매계약에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 후소의 소송물은 소유권이전등기청구권의 존부이므로, 후소가 전소에서 확정된 법률관계와 정반대의 모순되는 사항을 소송물로 하는 것이라 할 수 없으며, 기판력이 발생하지 아니하는 전소와 후소의 소송물의 각 전제되는 법률관계가 매매계약의 유효 또는 무효로서 모순된다고 하여 전소에서의 인낙조서의 기판력이 후소에 미친다고 할 수 없다. 다만, 특별한 사정이 있는 때에는, 원고의 소 제기가 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다(대법원 2005. 12. 23. 선고 2004다55698 판결).

1066) 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2756 판결: "확정판결의 기판력이라 함은 확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단의 내용은 이후 그 소송당사자의 관계를 규율하는 새로운 기준이 되는 것이므로 동일한 사항이 소송상 문제가 되었을 때 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없는 구속력을 의미하는 것이고, 이 경우 적극당사자(원고)가 되어 주장하는 경우는 물론이고 소극당사자(피고)로서 항변하는 경우에도 그 기판력에 저촉되는 주장은 할 수 없는 것이다." ☞ 피고가 원고를 상대로 건물 전세금 반환청구의 전소를 제기하였다가 원고에게 대항할 전세금반환청구권을 인정할 수 없다는 이유로 청구기각의 확정판결을 받았는데, 원고는 건물 소유권에 기하여 피고에게 그 인도를 구하고, 피고는 건물 전세금을 반환받을 때까지는 인도청구에 응할 수 없다는 항변을 한 사안에서, 전소의 기판력은 원.피고 간의 위 전세금반환청구권의

변동시키는 것은 아니다.¹⁰⁶⁸⁾

위 ①의 경우로서, 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소등기청구권은 소송물이 실질상 동일한 것이므로, 소유권이전등기의 말소등기청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다.¹⁰⁶⁹⁾

위 ②의 경우로서, ④ 소유권확인청구에 대한 판결이 확정된 후 다시 동일 피고를 상대로 소유권에 기한 물권적 청구권을 청구원인으로 하는 말소등기청구나 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구 소송을 제기한 경우, 전소 확정판결에서의 소유권의 존부에 관한 판단에 구속되어 당사자로서는 이와 다른 주장을 할 수 없을 뿐만 아니라 법원으로서도 다른 판단은 할 수 없고,¹⁰⁷⁰⁾ ⑤ 원고가 전소인 근저당권설정등기 말소등기절차이행청구 소송

존부에 미치는데, 피고가 확정판결에서 부정된 바로 그 전세금반환청구권을 내세워 동시이행의 항변을 한다면 이는 확정판결의 기판력에 저촉되는 주장이어서 허용될 수 없다고 한 예. [동일 취지] 2000다41349 판결, 94다46114 판결도 후소에서 피고 항변이 전소 확정판결의 판단과 서로 모순관계에 있으므로 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다고 한 사례이다.

1067) 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결 등.

1068) ① 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288115 판결: “피고 1이 2차 의료소송에서 2013년 이후에 발생할 것으로 예상되는 치료비 등을 청구하지 않아 피고 1이 이를 별도의 소송에서 청구하는 것이 2차 의료소송 확정판결의 기판력에 저촉되어 소송법상 허용되지 않는다고 하더라도, 해당 청구권 등이 실제법상 소멸하는 것은 아니다. … 원고가 피고 1을 치료하는 것은 여전히 원고 소속 의료진의 과실로 피고 1에게 발생한 손해를 전보하는 것에 불과하다고 봄이 타당하므로, 원고는 피고들에 대하여 2013년 이후 발생한 진료비 등의 지급을 청구할 수 없다.” ② 대법원 2019. 10. 17. 선고 2014다46778 판결: “물건 점유자를 상대로 한 물건의 인도판결이 확정되면 점유자는 인도판결 상대방에 대하여 소송에서 더 이상 물건에 대한 인도청구권의 존부를 다툴 수 없고 인도소송의 사실심 변론종결 시까지 주장할 수 있었던 정당한 점유권원을 내세워 물건의 인도를 거절할 수 없다. 그러나 의무 이행을 명하는 판결의 효력이 실제적 법률관계에 영향을 미치는 것은 아니므로, 점유자가 그 인도판결의 효력으로 판결 상대방에게 물건을 인도해야 할 실제적 의무가 생긴다거나 정당한 점유권원이 소멸하여 그때부터 그 물건에 대한 점유가 위법하게 되는 것은 아니다. 나아가 물건을 점유하는 자를 상대로 하여 물건의 인도를 명하는 판결이 확정되더라도 그 판결의 효력은 이들 물건에 대한 인도청구권의 존부에만 미치고, 인도판결의 기판력이 이들 물건에 대한 불법점유를 원인으로 한 손해배상청구 소송에 미치지 않는다.” ③ 대법원 2022. 3. 31. 선고 2020다271919 판결: “청구의 인낙은 피고가 원고의 주장을 승인하는 소위 관념의 표시에 불과한 소송상 행위로서 이를 조서에 기재한 때에는 확정판결과 동일한 효력이 발생되어 그로써 소송을 종료시키는 효력이 있을 뿐이고, 실제법상 채권·채무의 발생 또는 소멸의 원인이 되는 법률행위라 볼 수 없다.” ㉠ 소외인의 피고에 대한 차용금채무를 연대보증한 원고를 상대로 한 피고의 연대보증금 지급청구의 전소에서 인용확정판결이 있은 후, 원고와 소외인이 피고를 상대로 위 차용금채무 및 연대보증채무의 부존재확인을 구하는 후소에서 피고가 소외인의 청구를 인낙하자 원고가 청구취지를 전소판결에 대한 청구이의의 소로 변경한 사안에서, 원심이, 피고가 주채무자 소외인의 채무부존재확인 청구를 인낙한 이상 소외인의 주채무가 소멸되었고 그에 따라 원고의 연대보증채무도 함께 소멸되었다는 이유로 원고의 청구를 인용한 데 대하여, 대법원은, 피고의 위 청구인낙으로 소외인의 피고에 대한 주채무가 소멸되었다고 볼 수 없다고 한 예.

1069) 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결 등.

1070) 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다18155 판결 등. 반면에, 소유권이전등기 말소등기 청구에 대한 패소 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 말소등기청구권의 존부에만 미치는 것이지 그 기본이 된 소유권 자체의 존부에는 미치지 아니한다.

1071) 같은 맥락에서, ‘채무부존재확인청구’(전소)는 채무 부존재에 따른 ‘등기말소청구’(후소)와 선결적 법률관계에 있어, 전소의 기판력이 후소에 미친다고 보아야 하므로, “채권, 채무의 존부와 그 채권, 채무 관계를 원인으로 한 등기의 말소청구권의 존부는 별개의 소송물이라 할 것이므로 채무부존재 확인의 확정판결의 기판력이 본건 등기말소 청구에 미칠 수 없음은 자명”하다는 80다1020 판결은 타당한 것이 아니다.

에서 패소 확정판결을 받은 후, 그 근저당권 실행으로 마쳐진 경락자 및 그 전득자 명의의 각 소유권이전등기에 대하여 말소등기절차의 이행을 구하는 후소를 제기한 경우, 전소 판결의 내용인 근저당권설정등기의 무효 여부가 후소의 소유권이전등기의 원인무효 여부를 판단하는 전제가 되어 선결적 법률관계를 이루고 있으므로, 법원은 변론종결 후의 승계인인 피고들과의 관계에 있어서 전소 판결의 기판력에 기속되어 전소 판결에서 한 판단내용과 배치되는 판단은 할 수 없다.^{1072) 1073) 1074)}

위 ③의 경우로서, ㉔ 부동산 소유자에 대하여 소유권이전등기를 청구할 지위에 있기는 하지만 아직 그 등기를 경료하지 아니한 상태에서, 제3자(이중양도의 경우 제2양수인)가 소유자(양도인)를 상대로 소유권이전등기절차 이행의 확정판결을 받아 소유권이전등기를 경료한 경우에는, 종전의 소유권이전등기청구권을 가지는 자(제1양수인)는 위 확정판결이 당연무효이거나 재심의 소에 의하여 취소되지 않는 한, 자신의 소유권이전등기청구권을

1072) 대법원 1994. 12. 27. 선고 93다34183 판결.

1073) ㉔ 그 외에 전소 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되어 기판력이 미치는 예

① 99다3501: “채권자가 제기한 배당이의의 소의 본안판결이 확정된 때에는 이의가 있었던 배당액에 관한 실체적 배당수령권의 존부의 판단에 기판력이 생긴다고 할 것이고, 위 배당이의의 소에서 패소의 본안판결을 받은 당사자가 그 판결이 확정된 후 상대방에 대하여 위 본안판결에 의하여 확정된 배당액이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 소송을 제기한 경우에는, 전소인 배당이의의 소의 본안판결에서 판단된 배당수령권의 존부가 부당이득반환청구권의 성립 여부를 판단하는 데에 있어서 선결문제가 된다고 할 것이므로, 당사자는 그 배당수령권의 존부에 관하여 위 배당이의의 소의 본안판결의 판단과 다른 주장을 할 수 없고, 법원도 이와 다른 판단을 할 수 없다.” ② 2010다42259: “배당이의의 소의 당사자인 원고와 피고 사이의 전소에서 원고 채권의 존부에 대한 판결이 확정되었다면, 그 판결의 기판력은 원고 채권의 존부를 선결문제로 하는 배당이의의 소에 미친다고 할 것이므로, 배당이의의 소에서 전소의 확정판결과 모순·저촉되는 판단을 할 수 없다.”

1074) ㉔ 전소 소송물에 관한 판단의 ‘전제가 되는 법률관계’에서 기판력이 부정된 예

① 소유권이전등기의무의 이행불능을 원인으로 한 이 사건 전보배상청구권의 존부와 확정된 전소송의 소송물인 지분소유권이전등기청구권의 존부는 그 소송물이 동일하다고 할 수 없을 뿐 아니라, 전소송에서의 소송물에 관한 판단인 이행불능을 사유로 하는 지분소유권이전등기의무의 부존재가 위 전보배상청구권의 판단의 선결문제가 되는 것도 아니므로, 전소의 기판력에 저촉되지 않는다고 한 사례(대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결). ② 전소의 소송물인 부당이득반환청구권의 존부는 후소인 제3자의 소의 소송물인 집행이의권의 존부와 다를 뿐 아니라, 전소의 기판력이 미치는 법률관계 즉 소송물로 주장된 법률관계는 피고의 원고 등에 대한 부당이득반환청구권의 존부이고 전물의 소유권의 존부는 그 전제가 되는 법률관계에 불과하여 전소의 기판력이 미치지 아니하므로, 전소의 소송물인 부당이득반환청구권의 존부에 대한 판단이 제3자의 소의 선결문제가 되거나 제3자 이외의 소의 소송물인 집행이의권의 존부가 전소의 소송물인 부당이득반환청구권의 존부와 모순관계에 있다고 볼 수 없어서 전소의 기판력이 제3자 이외의 소에 미친다고 할 수 없다고 한 예(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다36022 판결). ③ 甲 등 망인들이 국가(피고)를 상대로 농지분배처분을 원인으로 하는 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소판결이 선고되어 확정되었는데, 그 후 甲 등의 상속인들인 乙 등(원고)이 국가가 행한 일련의 불법행위 때문에 분배농지에 관한 수분배권을 상실하였다며 국가를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 전소 확정판결의 기판력이 미치는 법률관계는 甲 등의 국가에 대한 소유권이전등기청구권의 존부에 한정되고, 乙 등이 제기한 손해배상청구소송에서 문제 되는 농지분배처분 무효 내지 갑 등의 분배토지에 관한 수분배권 존부는 그 전제가 되는 법률관계에 불과하여 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다고 한 사례(대법원 2021. 4. 8. 선고 2020다219690 판결). ④ 전소(근저당권설정등기 및 근저당권이전등기 말소청구)의 기판력은 소송물인 그 말소청구권의 존부에만 미치고, 근저당권이전등기의 유효 여부는 판결이유에서 제시된 그 전제가 되는 법률관계에 불과하여 기판력이 미치지 않는다고 한 예(2019마71). ⑤ 전소인 청구이의의 소에서 대여금채무가 변제로 소멸하였다는 취지의 확정판결이 있더라도, 변제의 효력 유무는 청구이의의 소의 소송물이 아니라 그 전제가 되는 법률관계에 불과하여 손해배상청구의 후소에서 달리 판단하더라도 전소의 기판력에 저촉된다고 볼 수는 없다고 한 예(2008다48742).

보전하기 위하여 소유자를 대위하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 원인무효임을 내세워, 그 등기의 말소를 구하는 것¹⁰⁷⁵⁾은 위 확정판결의 기판력에 저촉되고(그 기판력은 전소 변론종결 전에 소유자가 주장할 수 있었던 '해제' 등 모든 공격방어방법에 미치나,¹⁰⁷⁶⁾ 위 확정판결의 기판력이 미치는 소유자를 '대위'하는 것이 아니라, 위 제3자의 건물철거 등 직접 청구에 대한 피고로서 항변하는 경우까지 확정판결에 저촉되는 주장을 할 수 없는 것은 아니지만,¹⁰⁷⁷⁾ 확정판결에 기한 등기의 추정력을 번복하기 위해서는 일반적으로 등기의 추정력을 번복함에 있어서 요구되는 증명의 정도를 넘는 명백한 증거나 자료가 있어야 한다¹⁰⁷⁸⁾), 나아가 제3자 명의의 소유권이전등기 이후에 그 등기를 바탕으로 하여 경료된 또 다른 소유권이전등기(전득자 등기)의 말소를 구하는 것도 역시 위 확정판결의 기판력에 저촉되며,¹⁰⁷⁹⁾ ⑥ 제소전화해에 기하여 경료된 소유권이전등기의

- 1075) 제1양수인이 양도인을 대위하여 제2양수인을 상대로 말소등기를 구하는 소와 양도인을 상대로 소유권이전등기를 구하는 소는 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필수적 공동소송이 아니라 통상 공동소송이다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2009다7076 판결; 甲이 주위적 청구로 乙을 상대로 소유권이전등기를, 乙을 대위하여 丙을 상대로 소유권이전등기말소를 구하고, 예비적 청구로 乙의 소유권이전등기의무 이행불능을 이유로 乙 및 乙의 배임행위에 가담한 丁, 戊를 상대로 공동불법행위로 인한 손해배상을 구하였는데, 제1심이 丙에 대한 청구만 기각하고 나머지 청구를 모두 인용하자 甲이 丙에 대하여 항소를 제기한 사안에서, 乙에 대한 소유권이전등기청구와 관련하여 乙이 주위적 피고가 되고 丁, 戊가 예비적 피고가 되는 예비적 공동소송 관계에 있지만, 丙에 대한 소유권이전등기 말소청구와 관련하여 丙과 나머지 피고들은 통상 공동소송 관계에 있으므로, 甲이 丙에 대한 부분에 한하여 항소를 제기한 이상 丙에 대한 청구만이 항소심의 심판대상이 되고, 나머지 피고들에 대한 제1심판결은 분리 확정되었다고 한 사례).
- 1076) 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2751 판결; "채권자가 채무자를 대위하여 제3자를 상대로 제기한 소송과 이미 판결확정이 되어 있는 채무자와 그 제3자 간의 기존소송이 당사자만 다를 뿐 실질적으로 동일 내용의 소송이라면 위 확정판결의 효력은 채권자대위권행사에 의한 소송에도 미친다고 할 것이고, 기판력은 후소와 동일한 내용의 전소의 변론종결 전에 있어서 주장할 수 있었던 모든 공격 및 방어방법에 미치는 것인바, 제3자인 피고가 원고의 채무자인 소외 회사를 상대로 한 소유권이전등기 청구소송에서 피고가 지급한 판시 대금 10,000,000원에서 상응하는 임야부분에 한하여 동 매매계약이 유효하다는 이유로 피고의 승소로 확정된 이상, 그 후 소외 회사의 채권자인 원고가 소외 회사를 대위하여 피고를 상대로 제기한 이 사건 소유권이전등기말소 청구소송에서 위 매매계약의 효력을 다투어 해제를 주장함은 위 전 소송의 기판력에 저촉되는 것이어서 허용될 수 없으며, 논지가 주장하는 해제의 주장이 전소의 변론종결(1969. 6. 27.)후의 것이라 하더라도 원고가 자인하는 위 매매계약상의 잔금지급기일이 1968. 4. 15.인 이상 소외 회사가 전소의 변론종결 전에 주장할 수 있었던 방어방법이라 할 것이어서 기판력이 미치는 효력에 대하여는 소장이 없다 할 것"
- 1077) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카777 판결, 반사회질서의 배일적 이중매매에서, '제1매수인이 매도인과 제2매수인 간 확정판결의 기판력이 미치는 매도인의 권리를 행사하는 경우에 그 기판력에 저촉되는 주장을 할 수 없다는 취지에 불과하고, 제1매수인이 위 확정판결의 기판력에 미치는 매도인을 대위하지 아니한 경우에만 확정판결에 저촉되는 주장을 할 수 없다는 취지는 아니다.'라고 하면서, 원고(이중양수인)의 피고(제1양수인)에 대한 건물철거 등 청구 소송에서, 양도인과 원고 간 확정판결의 기판력이 미치지 아니하는 피고의 항변을 받아 들여, 위 확정판결에 기하여 마쳐진 원고 명의의 소유권이전등기는 원고가 배임행위에 적극 가담하여 이루어진 것으로서 무효라고 판단한 다음, '이로 인하여 원고가 소유권이전등기 명의를 가지고 있음에도 불구하고 소유권의 행사를 제한받는 결과가 되나 이는 확정판결의 기판력이 미치는 범위를 제한하는 민사소송법 규정에 의하여 파생되는 것으로써 소유권의 법리에 배치되는 위법한 결론이라 할 수 없다'고 한 데.
- 1078) 등기원인의 존부에 관하여 분쟁이 발생하여 그 당사자 사이에 소송이 벌어짐에 따라 법원이 위 등기원인의 존재를 인정하면서 이에 기한 등기절차의 이행을 명하는 판결을 선고하고 그 판결이 확정됨에 따라 이에 기한 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 그 등기원인에 기한 등기청구권은 법원의 판단에 의하여 당사자 사이에서 확정된 것임이 분명하고, 법원이나 제3자도 위 당사자 사이에 그러한 기판력이 발생하였다는 사실 자체는 부정할 수 없는 것이므로, 위 기판력이 미치지 아니하는 타인이 위 등기원인의 부존재를 이유로 확정판결에 기한 등기의 추정력을 번복하기 위해서는 일반적으로 등기의 추정력을 번복함에 있어서 요구되는 증명의 정도를 넘는 명백한 증거나 자료를 제출하여야 하고, 법원도 그러한 정도의 증명이 없는 한 확정판결에 기한 등기가 원인무효라고 단정하여서는 아니 된다(2002다26252).

말소등기청구에 갈음하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하는 경우에도, 제소전 화해가 존재함에 의하여 취소되지 않은 이상, 그에 기한 소유권이전등기의 효력을 다투는 것은 제소전 화해의 기판력에 모순·저촉되어 허용되지 않으며,¹⁰⁸⁰⁾ ㉔ 가등기에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 명한 전소 판결의 기판력은 그 소유권이전등기의 말소등기 청구에는 미치나, 가등기의 말소등기 청구에는 미치지 아니한다.¹⁰⁸¹⁾

1079) 대법원 1996. 6. 25. 선고 96다8666 판결(원고의 청구를 '각각'한 원심의 결론이 정당하다 하여 상고기각한 사례). 2000다11584 판결은 "기판력에 저촉되어 부적법하다"라고 판시하였으나 이는 적절한 표현이 아니다. 97다46955 판결은 "직권으로" 판단하여 "확정판결의 기판력에 저촉되므로 허용될 수 없다"고 하고 파기환송하였다.

이 경우, 원고의 피보전채권인 피대위자에 대한 소유권이전등기청구권은 이행불능으로 소멸되어 존재하지 않게 되므로, 피고에게 소유권이전등기의 말소를 구하는 원고의 채권자대위소송은 당사자적격·흡결로 부적법하다고 봄이 옳다. ㉕ 대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960, 104977 판결: 원고는 교회 유지재단 소속의 지교회로서 법인 아닌 사단이고, 피고는 원고의 대표자(담임목사)였는데, 1심피고와 위 재단 사이의 토지인도 등 사건에서 피고가 조정에 참가한 가운데 "① 위 재단은 1심피고에게 ... 잔금 1,000만 원을 각 지급한다. ② 1심피고는 ①항 기재 잔금을 지급받음과 동시에, 피고에게 사건 토지에 관하여 2000. 8. 19. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행한다."는 조정이 성립되었고(위 ②항에는 팔호 안에 "원고가 위 토지를 매수한 것이나, 편의상 피고 명의로 소유권이전등기를 경료하여 두는 것이다"라는 기재가 부기됨), 피고는 조정조서에 기하여 1심피고로부터 소유권이전등기를 마친 사안(3자간 등기명의신탁)에서, 원심이, 위 조정에서 성립한 원고와 피고 사이의 명의신탁약정은 무효이고, 그에 따라 이루어진 위 소유권이전등기 역시 부동산신탁법 제4조 제2항에 의하여 효력이 없다고 한 뒤, 원고가 1심피고를 대위하여 피고에게 위 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 원고의 청구를 인용한 데 대하여, 대법원은, "원고와 피고 사이의 명의신탁약정이 부동산신탁법에 위반되어 무효이기는 하나, 위 조정조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고, 조정당사자인 1심피고와 조정참가인인 피고 사이에 조정의 내용이 된 법률관계에 관하여 기판력이 생기는 것이다. 따라서 조정조서의 내용이 감행법규에 위반된다고 할지라도 존재심절차에 의하여 취소되지 아니하는 한 1심피고가 피고에 대하여 조정조서에 기하여 마쳐진 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 조정조서의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다. 그렇다면 1심피고의 원고에 대한 소유권이전등기의무는 다른 특별한 사정이 없는 한 이행불능이 되었다고 할 것이어서, 원고의 1심피고에 대한 소유권이전등기청구권은 인정되지 아니한다. 결국 원고가 1심피고에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 1심피고를 대위하여 피고에게 소유권이전등기의 말소를 구하는 이 사건 소는 그 피보전권리가 인정되지 아니하는 이상 원고에게 당사자적격이 없어 부적법하다고 할 것이다."라고 판시.

1080) 대법원 2002. 12. 6. 선고 2002다44014 판결.

그런데 소유권이전등기의무의 이행을 명하는 집행권원의 성립 후 등기의무자가 임의로 그 의무를 이행하였는데 다시 그 집행권원에 기하여 등기가 이루어진 경우, 그 등기는 실효된 집행권원에 기한 것으로서 무효이다(대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카10552 판결: "등기의무와 같은 의사의 진술을 명하는 채무명의는 채무자가 임의로 그 등기의무를 이행하여 등기가 경료되면 그 효력을 상실한다 할 것이므로 그 후 다른 사정에 의하여 다시금 그 채무명의에 기하여 동일한 등기가 경료되었다 하더라도 이는 실효된 채무명의에 기한 것으로서 무효의 등기라 할 것이다. 왜냐하면 위와 같은 경우 채권자는 채무명의에 기한 등기의의사와 채무자의 임의이행에 의한 등기의의사의 2개의 의사표시를 함께 가지고 있는 셈이 되어 채권자가 그중 1개의 등기의의사에 기하여 등기절차를 경료하면 나머지 1개의 등기의의사는 그 목적을 달성하여 소멸한다고 봄이 상당하기 때문이다.").

1081) 대법원 1995. 3. 24. 선고 93다52488 판결: "확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 자체에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부까지 미치는 것은 아니어서, 이 사건의 경우 가등기에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 명한 전소 판결의 기판력은 소송물인 소유권이전등기청구권의 존부에만 미치고 그 등기청구권의 원인이 되는 채권계약의 존부나 판결이유 중에 실시되었을 뿐인 가등기의 효력 유무에 관한 판단에는 미치지 아니한다고 할 것이고, 따라서 이 사건에서 만일 원고가 후소로써 위 가등기에 기한 소유권이전등기의 말소를 청구한다면 이는 1물 1권주의 원칙에 비추어 볼 때 전소에서 확정된 원고의 소유권이전등기청구권을 부인하고 그와 모순되는 정반대의 사항을 소송물로 삼은 경우에 해당하여 전소 판결의 기판력에 저촉된다고 할 것이지만, 이와 달리 위 가등기만의 말소를 청구하는 것은, 전소에서 판단의

위와 같이 소송물이 동일하거나 선결문제 또는 모순관계에 의하여 기판력이 미치는 객관적 범위에 해당하지 아니하는 경우에는, 전소 판결(건물 소유권이전등기 '말소등기' 이행의 승소확정판결)의 변론종결 후에 당사자(말소등기의무자)로부터 계쟁물(건물) 등을 승계한 자(전득자)가 후소(건물 인도 및 차임 상당 부당이득반환 청구)를 제기하더라도 그 후소에 전소 판결의 기판력이 미치지 아니한다.¹⁰⁸²⁾

채무자와 수익자 사이의 소송절차에서 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소로 인한 원상회복으로써 말소되는 것은, 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것이 아니다.¹⁰⁸³⁾

(6) 기판력의 시적 범위(표준시)

확정판결의 기판력의 표준시는 '사실심 변론종결 시'(무변론 판결의 경우에는 '선고 시')¹⁰⁸⁴⁾이다(재심사건에서 법원이 재심사유는 있다고 인정하면서도 재심대상판결의 변론종결 후의 사유를 이유로 재심청구를 기각한 경우, 그 기판력의 표준시는 재심대상판결의 변론종결 시가 아니라 '재심판결의 변론종결 시'이고,¹⁰⁸⁵⁾ 화해권고결정의 경우에는 그 '확정 시'이다).¹⁰⁸⁶⁾

기판력은 표준시 당시 권리관계의 존부 판단에 생기므로, 당사자는 전소의 표준시(변론

전제가 되었을 뿐이고 그로써 아직 확정되지는 아니한 법률관계를 다루는 것에 불과하여 전소 판결의 기판력에 저촉된다고 볼 수 없는 것이다.”

1082) 대법원 2014. 10. 30. 선고 2013다53939 판결; 甲 등이 乙을 상대로 건물 등에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차 이행을 구하는 소를 제기하여 승소확정판결(前訴)을 받았는데, 위 판결의 변론종결 후에 乙로부터 건물 등의 소유권을 이전받은 丙이 甲 등을 상대로 위 건물의 인도 및 차임 상당 부당이득의 반환을 구하는 소(後訴)를 제기한 사안에서, 원심이, '丙이 변론종결 후의 승계인이어서 전소 확정판결의 기판력이 미쳐 건물 등의 소유권을 취득할 수 없다'고 한 데 대하여, 대법원은, '전소 판결에서 소송물로 주장된 법률관계는 건물 등에 관한 말소등기청구권의 존부이고 건물 등의 소유권의 존부는 전제가 되는 법률관계에 불과하여 전소 판결의 기판력이 미치지 아니하고, 전소인 말소등기청구권에 대한 판단이 건물인도 등 청구의 소의 선결문제가 되거나 건물인도청구권 등의 존부가 전소의 소송물인 말소등기청구권의 존부와 모순관계에 있다고 볼 수 없어 전소의 기판력이 건물인도 등 청구의 소에 미친다고 할 수 없으며, 이는 원고(丙)가 전소 판결의 변론종결 후에 乙로부터 건물을 매수하여 소유권이전등기를 마쳤더라도 마찬가지'라고 하고, '원고(丙)에 대한 승계집행문 부여 가능성은 별론으로 하고, 피고들(甲 등)이 전소 판결을 집행하지 아니하여 건물에 관하여 원고 명의의 소유권이전등기가 마쳐져 있는 이상 원고는 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정되므로, 이 사건에 기판력이 미치지 아니하는 전소 판결의 기판력을 원고가 받는다는 이유만으로 원고의 소유권을 부정할 수는 없다. 따라서 원심은 전소 판결과 관계없이 건물에 관한 소유권을 전제로 하는 원고의 이 사건 청구에 대한 당부를 심리하여 판단했어야 한 것이다.'라고 한 예.

1083) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다204783 판결(채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채권자와 채무자 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아니기 때문이다).

1084) 민사소송법 제218조 제1, 2항, 민사집행법 제44조 제2항 참조.

1085) 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다25151 판결; 재심대상판결에 위증죄 확정판결로 재심사유는 있다고 인정되지만, 재심원고가 소유권이전등기를 구하는 부동산에 관하여 재심대상판결 후에 재심피고로부터 제3자 명의로 소유권이전등기가 경료되었으므로 재심피고의 소유권이전등기의무는 이행불능이 되었고 따라서 재심대상판결은 결과에 있어서 정당하다고 판단하여 재심청구를 기각한 사안.

1086) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다2558 판결.

종결 시) 이전에 존재한 사유로서 당사자가 ‘주장하였거나 주장할 수 있었던’ 모든 ‘공격 및 방어방법’¹⁰⁸⁷⁾(‘별개의 청구원인’을 구성하는 사실관계 주장에는 미치지 않는다)¹⁰⁸⁸⁾을 ‘동일한 소송물’에 관한 후소에서 제출하여 전소에서 확정된 권리관계와 다른 판단을 구할 수 없으나(표준시 이전 사유에 기초한 주장·항변 제출의 실권효·차단효·배제효¹⁰⁸⁹⁾; 전소에서 당사자가 그 공격방어방법을 ‘알지 못하여’ 주장하지 못하였는지 나아가 그와 같이 알지 못한 데 ‘과실’이 있는지는 묻지 아니한다),¹⁰⁹⁰⁾ 전소의 표준시(변론종결 시) 후에 ‘새로 발생한 사유’가 있어 전소 판결과 모순되는 ‘사정 변경’이 있는 경우(상속재산분할협의, 상속재산분할심판 확정에 의한 소유권의 취득, 정지조

1087) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2020다231928 판결: “부당이득반환청구에서 법률상의 원인 없는 사유를 계약의 불성립, 취소, 무효, 해제 등으로 주장하는 것은 공격방법에 지나지 않으므로, 그중 어느 사유를 주장하여 패소한 경우에 다른 사유를 주장하여 청구하는 것은 기판력에 저촉되어 허용할 수 없다. 또한 판결의 기판력은 그 소송의 변론종결 전에 주장할 수 있었던 모든 공격방어방법에 미치는 것이므로, 그 당시 당사자가 알 수 있었거나 또는 알고서 이를 주장하지 않았던 사항에 한해서만 기판력이 미친다고 볼 수 없다.”

1088) 예컨대, 소유권이전등기가 원인무효라는 이유로 그 등기의 말소를 명하는 판결이 확정되었다고 하더라도 그 확정판결의 기판력은 그 소송물이었던 말소등기청구권의 존부에만 미치므로, 그 소송에서 패소한 당사자도 전소에서 문제된 것과는 전혀 ‘다른 청구원인(매매)’에 기하여 상대방에 대하여 소유권이전등기청구를 할 수 있다(대법원 1995. 6. 13. 선고 93다43491 판결).

1089) ◎ 표준시 이전 사유로서 기판력에 저촉된다고 본 사례

① 94다41430: 대여금 중 일부를 변제받고도 이를 속이고 대여금 전액에 대하여 소송을 제기하여 승소 확정판결을 받은 후 강제집행에 의하여 위 금원을 수령한 채권자에 대하여, 채무자가 그 일부 변제금 상당액은 법률상 원인 없는 이득으로서 반환되어야 한다고 주장하면서 부당이득반환 청구를 하는 경우, 그 변제주장은 대여금반환청구소송의 확정판결 전의 사유로서 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 아니하는 한 그 판결의 기판력에 저촉되어 이를 주장할 수 없으므로, 그 확정판결의 강제집행으로 교부받은 금원을 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없다고 한 예. ② 2005다10814: “어음금채무가 시효소멸하면 그 지급보증채무는 부종성에 따라 당연히 소멸되는 것이지만, 어음금채무가 어음양수인이 지급보증채무자를 상대로 그 보증채무의 이행을 구하는 소송의 사실심 변론종결 전에 이미 시효소멸되었음에도 불구하고 그 소송에서 어음양수인이 승소확정판결을 받을 경우에 있어서는 지급보증채무자는 어음양수인에 대한 관계에서 보증책임을 면할 수 없다.” ③ 대법원 1995. 1. 24. 선고 94다28017 판결: “부동산의 취득시효에 있어서 점유기간의 산정기준이 되는 점유개시의 시기나 그 점유가 자주점유인지의 여부를 가리는 점유의 권원과 같은 사실은 모두 취득시효의 요건사실인 점유기간이나 자주점유를 추정하는 징표인 간접사실에 불과하여 법원으로서에는 이에 관한 당사자의 주장에 구속되지 아니하고 소송자료에 의하여 인정하여야 하는 것이므로, 전소에서 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하였다가 그 점유가 타주점유라는 이유로 패소판결을 받은 당사자가 전소의 청구원인을 바꾸고 있던 전소 변론종결전의 점유사실 중의 일부나 전부를 다시 후소의 청구원인으로 삼으면서 그 점유권원과 점유개시의 시기를 달리 주장하는 것은 전소의 변론종결전에 존재하였으나 제출하지 않은 공격방법을 그 뒤 후소에 제출하여 전소와 다른 판단을 구하는 것에 해당하여, 전소판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.” ⇨ 반면에, 취득시효의 기초가 되는 점유의 주체와 시효완성시기 및 시효취득으로 인한 효과의 귀속자를 달리 하여 양자를 동일한 소송이라 할 수 없는 경우로서, 甲, 乙의 점유의 승계를 주장한 전소의 기판력이 乙만의 점유의 승계를 주장한 후소에는 미치지 않는다고 한 예로는 93다41303 참조.

1090) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011다49981 판결: 甲이 乙 종친회와 토지거래허가구역 내 토지를 매수하는 내용의 매매계약을 체결한 후 乙 종친회를 상대로 소를 제기하여 소유권이전등기절차이행 청구는 기각되고 토지거래허가신청절차이행 청구는 인용한 판결이 확정되었는데, 변론종결 전에 이미 위 토지가 토지거래허가구역에서 해제되었음에도 甲은 전소에서 그러한 사실을 주장하지 아니하였고 전소 법원은 위 토지가 토지거래허가구역 내에 위치하고 있음을 전제로 판결을 선고하였으며, 그 후 甲이 토지거래허가를 받은 다음 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기한 사안에서, 전소와 후소의 소송물이 모두 매매계약을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권으로서 동일하므로 후소는 전소 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없고, 甲이 위 토지가 토지거래허가구역에서 해제되어 매매계약이 확정적으로 유효하게 되었다는 사정을 알지 못하여 전소에서 주장하지 못하였다고 하더라도 후소에서 이를 주장하여 전소 법률관계의 존부와 모순되는 판단을 구하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 반한다고 한 사례.

건의 성취, 허가·인가 등 법률행위의 특별효력요건인 법정조건의 성취, 존재심에 의한 제소전화해의 취소 등)¹⁰⁹¹⁾에는 전소의 기판력에 의해 확정된 법률효과를 다시 다룰 수 있다(채무자는 기판력의 '표준시 뒤에 생긴 사유'(이의사유)로 확정판결 등 기판력 있는 집행권원의 집행력 배제를 구하는 '청구이의의 소'(민사집행법 제44조)를 제기할 수 있다. '이의사유' 해당 여부에 관하여는 후술하는 '민사집행법-청구이의의 소' 부분 참조).

여기에서 '변론종결 후에 발생한 새로운 사유'라 함은, '새로운 사실관계'를 말하는 것일 뿐, 기존의 사실관계에 대한 새로운 증거자료가 있다거나 새로운 법적 평가 또는 그와 같은 법적 평가가 담긴 다른 확정판결¹⁰⁹²⁾의 존재(기판력 있는 전소판결의 변론종결 후

1091) ◎ 표준시 후의 새로운 사실관계로서 기판력에 저촉되지 않는다고 본 사례

① 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다24340 판결: "상속재산분할협의가 전소의 변론종결 후에 이루어졌다면 비록 그 상속재산분할의 효력이 상속이 개시된 때로 소급한다 하더라도, 상속재산분할협의에 의한 소유권의 취득은 전소의 변론종결 후에 발생한 사유에 해당한다." [동일 판시] 상속재산분할심판의 확정(대법원 2020. 7. 23. 선고 2017다249295 판결). ② 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다50909 판결: "전소에서 정지조건 미성취를 이유로 청구가 기각되었다 하더라도 변론종결 후에 그 조건이 성취되었다면, 이는 변론종결 후의 취소권이나 해제권과 같은 형성권 행사의 경우와는 달리 동일한 청구에 대하여 다시 소를 제기할 수 있는 것이다." ③ 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다41971 판결: "이 사건 매매계약은 부재자 소외 1의 재산관리인이었던 소외 2가 권한을 초과하여서 체결한 것으로 법원의 허가를 받지 아니하여 무효라는 이유로 청구가 기각되어 확정되었다고 하더라도, 패소판결의 확정 후에 위 권한 초과행위에 대하여 법원의 허가를 받게 되면 다시 이 사건 매매계약에 기한 소유권이전등기청구의 소를 제기할 수 있는 것이다." ④ 92다16157: 소유권이 전등기나 가등기가 확정판결로 종료된 것이라고 하더라도, 위 각 등기가 채권담보의 목적으로 종료된 것인 이상, 채무자가 확정판결 후에 채무액을 채권자에게 모두 변제하였음을 이유로 위 각 등기의 말소를 청구하는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되지 않는다고 한 예. ⑤ 80다56: 전소나 후소가 같은 부동산에 대한 같은 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구 사건이나 전소는 대금감액을 주장하였다가 그 사실이 인정되지 아니하여 원고의 청구가 배척된 것이고 후소는 감액을 주장하였던 대금을 변제공탁한 후 제기한 것이면 후소가 전소의 기판력에 저촉되지 아니한다고 한 예. ⑥ 88다3116: 甲이 乙을 상대로 소유권이전등기말소등기청구의 소를 제기하였다가 위 등기 앞에 있는 丙 명의의 소유권이전등기의 원인이 된 제소전화해가 유효하게 존속 중이라는 이유로 패소확정판결을 받자, 존재심의 소로 제소전화해를 취소시킨 후, 동일한 청구원인의 후소를 제기하였다면, 제소전화해가 취소되었다는 사유는 전소 변론종결 후에 새로이 발생한 사실이므로 甲이나 그의 변론종결후 승계인은 재차 동일한 소를 제기할 수 있다고 한 예.

1092) ◎ 전소 표준시 후 '다른 관련 판결의 확정'이 '새로운 사실관계'에 해당하지 않는다고 본 사례

① 대법원 2016. 8. 30. 선고 2016다222149 판결: 甲 등이 乙 회사와 甲 등 소유의 토지 위에 아파트를 신축하되 일부 세대를 공사대금 명목으로 乙 회사에 대물변제하기로 약정하고, 아파트 개별 세대에 관하여 甲 등 각자를 1/5 지분 소유권자로 하여 소유권보존등기를 마친 상태에서 乙 회사로부터 아파트를 분양받아 점유하고 있는 丙을 상대로 소유권에 기한 방해배제청구로서 건물인도를 구하는 소(제1차 인도소송)를 제기하였으나, 丙이 분양에 관한 처분권한을 가진 乙 회사와 매매계약을 체결하여 아파트를 매수하였으므로 이를 점유할 정당한 권원이 있다는 이유로 패소판결이 선고되어 확정되었는데, 그 후 乙 회사가 丙을 상대로 매매계약의 무효 확인을 구하는 소를 제기하여 매매계약이 乙 회사를 대리할 정당한 권한이 있는 사람에 의하여 체결되었다는 증거가 없어 무효라는 취지의 판결이 선고되어 확정되자, 다시 甲 등이 丙을 상대로 공유물에 대한 보존행위로서 건물인도를 구하는 소(제2차 인도소송)를 제기한 사안에서, 제1차 인도소송과 제2차 인도소송의 소송물은 모두 소유권에 기한 방해배제를 구하는 건물인도 청구권으로 동일하고, 매매계약이 정당한 권한이 있는 사람에 의하여 체결되어 丙이 아파트를 점유할 정당한 권원이 있는지는 제1차 인도소송의 변론종결 전에 존재하던 사유로 甲 등이 제1차 인도소송에서 공격방어방법으로 주장할 수 있었던 사유에 불과하고 그에 대한 법적 평가가 담긴 무효확인 소송의 확정판결이 제1차 인도소송의 변론종결 후에 있었더라도 이를 변론종결 후에 발생한 새로운 사유로 볼 수도 없으므로, 제2차 인도소송은 제1차 인도소송의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다고 한 예. ② 91다24847: 원고들이 소외 1을 대위하여 피고들을 상대로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하였으나 그 사실심 변론종결 전에 이미 소외 2 앞으로 소유권이 전등기가 넘겨졌으므로 피고들의 소외 1에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되었다는 피고들의 항변이 받아들여지고 소외 2 명의의 소유권이전등기는 통정허위표시에 기한 원인무효의 등기라는 원고들의 재항변은

그와 저촉되는 후소판결이 확정된 경우에도, 전소판결의 기판력이 차단되지는 않고, 두 판결은 저촉되는 상태로 병존한다),¹⁰⁹³⁾ 법률의 변경,¹⁰⁹⁴⁾ 판례의 변경, 판결의 전제가 된 법률에 관한 위헌 결정,¹⁰⁹⁵⁾ 판결의 기초가 된 행정처분의 변경¹⁰⁹⁶⁾ 등의 사정은 그에 포함되지 아니한다.¹⁰⁹⁷⁾

배척되어 원고 패소판결이 확정되었는데(전소), 원고들은 그 후 소외 2를 상대로 한 새로운 소송에서 소외 2 명의의 소유권이전등기는 그 일부지분은 통정허위표시에 해당되고 나머지 부분은 2중매도의 배임행위에 적극가담한 반사회질서의 법률행위에 해당되어 무효라는 승소확정판결을 받은 다음, 이를 이유로 피고들을 상대로 전소와 동일한 청구원인에 기하여 이 사건 후소를 제기한 사안에서, 원심이, 동일 당사자 사이에 이미 패소판결이 확정된 사항에 관하여 다시 동일한 청구를 하는 것에 불과하여 전소의 판결의 기판력에 저촉된다고 판단한 것은 정당하고, “소외 2 명의의 소유권이전등기가 통정허위표시 또는 반사회질서의 법률행위에 해당되어 원인무효라는 것은 전소에서도 공격방법으로 주장할 수 있었던 것이고, 또 원고들은 실제로 전소에서 통정허위 표시라는 점을 주장하기도 한 것이어서 전소의 변론종결 이후에 그 등기가 원인무효라는 점이 별도의 확정판결에 의하여 확정되었다 한들 이것이 변론종결 이후에 새로 발생한 사유라고는 할 수 없다.”고 판시한 예.

→ 전소 표준시 후 ‘다른 관련 판결의 확정’이 ‘새로운 사실관계’에 해당한다고 본 사례

① 94다46817: 乙로부터 丙 앞으로 소유권이전등기가 경료되어 있기 때문에 乙의 甲에 대한 소유권이전등기의 무가 이행불능이라는 이유로 甲이 乙을 상대로 한 소유권이전등기 청구소송에서 청구기간 판결이 확정된 후, 乙이 丙을 상대로 소유권이전등기 말소청구 소송을 제기하여 승소판결을 받아 등기부상 소유권을 회복한 경우, 乙은 甲에 대하여 소유권이전등기의무를 부담한다고 봄이 신의성실의 원칙상 당연하므로, 종전의 甲 패소판결 확정 후 사정변경이 생긴 이상 乙에 대하여 甲 앞으로 소유권이전등기절차의 이행을 명한 원심판결이 전소의 기판력에 저촉되지 않는다고 한 예. ② 91다27723: 전소인 국가에 대한 손해배상청구가 분배농지에 대한 소유권회복이 불가능하게 되었다는 주장이 배척되어 기각되었는데 그 후 소유권회복을 위한 등기청구가 기각되었다면 이로써 소유권회복이 불가능하다는 것이 객관적으로 판명된 것으로서 사정의 변경이 있는 것으로 보아야 하므로 전소와 동일한 청구원인사실로 제기한 손해배상청구의 후소가 전소의 기판력에 저촉되어 허용할 수 없다고 하는 것은 불합리하다고 한 사례.

- 1093) 대법원 1997. 1. 24. 선고 96다32706 판결: “기판력 있는 전소판결과 저촉되는 후소판결이 그대로 확정된 경우에도 전소판결의 기판력이 실효되는 것이 아니고 채심의 소에 의하여 후소판결이 취소될 때까지 전소판결과 후소판결은 저촉되는 상태로 그냥 기판력을 갖는 것이고, 후소판결의 기판력이 전소판결의 기판력을 복멸시킬 수 있는 것도 아니므로 기판력 있는 전소판결의 변론종결 후에 이와 저촉되는 후소판결이 확정되었다는 사정은 변론종결 후에 발생한 새로운 사유에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 기판력 있는 전소판결의 기판력이 미치는 자 사이에서 위와 같은 사정을 들어 전소판결의 기판력이 미치지 않게 되었다고 할 수 없다.”
- 1094) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2019다215272 판결: “승소판결이 확정된 후 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 ‘소송촉진법’이라고 한다)의 변경으로 소송촉진법 소정의 지연손해금 비율이 달라졌다고 하더라도 그로 인하여 선행 승소확정판결의 효력이 달라지는 것은 아니고, 확정된 선행판결과 달리 변경된 소송촉진법상의 비율을 적용하여 선행판결과 다른 금액을 원고의 채권액으로 인정할 수 있는 것도 아니다.”
- 1095) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19572 판결: “승소확정판결에서 지급을 명한 원리금액에 구 소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 개정되기 이전의 것) 제3조 제1항 본문 등에 따른 연 2할 5분의 비율에 의한 지연손해금이 포함되어 있는데 … 헌법재판소의 위헌결정이 선고됨으로써 위 구 소송법 규정이 위헌임이 확인되었다고 하더라도, 그로 인하여 위 승소확정판결의 효력이 달라지는 것은 아니며”
- 1096) 대법원 1981. 11. 10. 선고 80다870 전원합의체 판결: 관재국장이 귀속계산을 소외 회사에 매도(불하)하고 그 이전등기가 된 뒤에 관재국장이 위 매각처분을 취소하자 국가가 이를 이유로 소외 회사 등을 상대로 제기한 소유권이전등기말소청구의 소(전소)가 국가 승소로 확정된 뒤, 소외 회사가 제기한 행정소송에서 위 매각처분 취소를 취소한 판결이 확정되었다면, 소외 회사는 재산을 구하는 별론으로 하고, 국가에 대하여 위 매각을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것은 전소 민사확정판결의 기판력에 저촉된다고 한 예.
- 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다7001 판결: 공상 군인이 국가배상법에 의한 손해배상 청구소송을 제기하였으나 다른 법령에 의한 보상을 받을 수 있다는 이유로 패소 확정판결이 선고된 후 구 국가유공자예우등에관한 법률상의 보상을 받기 위한 신체검사에서 등위 판정을 받아 보훈수혜 대상자가 될 수 없음이 판명된 경우, 이는 종전의 확정판결이 있는 후에 비로소 그 판결에서 전제로 삼은 바와는 다르게 다른 법령에서 보상을 받을 수 없음이 객관적으로 판명되게 된 것이어서 판결 확정 후에 새로운 사유가 발생하여 사정변경이 있는 경우에 해당한다고 할 수 있고, 이를 들어 법령이나 판례 혹은 판결의 기초가 된 행정처분의 변경이 있는 것과 마찬가지로 볼 수 없으므로, 종전의 확정판결과 동일한 청구원인으로 소를 제기하더라도 종전 확정판결의 기판력에 저촉된다고 할 수 없다고 한 예.

전소 확정판결의 변론종결 후에 발생한 '취소권·해제권'을 행사하여 후소에서 주장하는 것은 전소의 기판력에 저촉되지 아니하나,¹⁰⁹⁸⁾ 전소 확정판결의 변론종결 이전에 이미 발생한 취소권·해제권을 전소 변론종결 후 행사하여 후소에서 전소의 기판력을 부정할 수는 없다.¹⁰⁹⁹⁾ '백지보충권' 행사의 주장도 기판력에 의해 차단된다.¹¹⁰⁰⁾ 일반적인 형성권과 달리, '상계권',¹¹⁰¹⁾ 토지임차인의 '건물매수청구권'¹¹⁰²⁾의 경우에는 전소 확정판결의 기판력에 의해 실권되거나 그 행사가 차단되지 않는다.

'상속포기'는 전소 확정판결의 기판력에 의해 차단되나, '한정승인'은 차단되지 않는다.¹¹⁰³⁾

말소등기청구의 전소에서 원고가 주장한 사유나 후소에서 주장하는 사유들이 모두 등기의 원인무효를 뒷받침하는 공격방법에 불과한 것이고 전소의 변론종결 '전'에 발생한 사유라면, 전소와 후소는 그 소송물이 동일하여 후소에서의 주장사유들은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.¹¹⁰⁴⁾

확정판결에 기한 집행이 권리남용인 경우 청구이의의 소로 집행력의 배제를 구할 수

1097) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2016다222149 판결.

1098) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다17680 판결.

1099) 대법원 1979. 8. 14. 선고 79다1105 판결; "확정된 법률관계에 있어 동 확정판결의 구변론종결 전에 이미 발생하였던 취소권(또는 해제권)을 그 당시에 행사하지 않음으로 인하여 취소권자(또는 해제권자)에게 불리하게 확정되었다 할지라도 확정 후 취소권(또는 해제권)을 뒤늦게 행사함으로써 동 확정판결의 효력을 부인할 수는 없게 되는 것이다." ⇨ '서면에 의하지 아니한 증여'의 '해제(철회)'에 관한 사안으로서 법정해제 등의 경우에도 일반론으로 적용할 수 있는지 의문이 있을 수 있으나, 법정해제권에 관한 사안인 80다2751 판결, 92다1353 판결도 위 79다1105 판결의 일반론과 같은 취지로 판단하였다.

1100) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다59230 판결; "약속어음의 소지인이 어음요건의 일부를 흠결한 이른바 백지어음에 기하여 어음금 청구소송('전소')을 제기하였다가 위 어음요건의 흠결을 이유로 청구기각의 판결을 받고 위 판결이 확정된 후, 위 백지 부분을 보충하여 완성된 어음에 기하여 다시 전소의 피고에 대하여 어음금 청구소송('후소')을 제기한 경우에는, 원고가 전소에서 어음요건의 일부를 오해하거나 그 흠결을 알지 못했다고 하더라도, 전소와 후소는 동일한 권리 또는 법률관계의 존부를 목적으로 하는 것이어서 그 소송물은 동일한 것이라고 보아야 할 것이다. ... 약속어음의 소지인이 전소의 사실심 변론종결일까지 백지보충권을 행사하여 어음금의 지급을 청구할 수 있었음에도 위 변론종결일까지 백지 부분을 보충하지 않아 이를 이유로 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 후에 백지보충권을 행사하여 어음이 완성된 것을 이유로 전소 피고를 상대로 다시 동일한 어음금을 청구하는 경우에는, 위 백지보충권 행사의 주장은 특별한 사정이 없는 한 전소판결의 기판력에 의하여 차단되어 허용되지 않는다고 할 것이다."

1101) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41443 판결(뒤에 나오는 '채권총칙-상계' 부분 참조).

1102) 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다42195 판결(뒤에 나오는 '채권각칙-임대차' 부분 참조).

1103) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다79876 판결(뒤에 나오는 '민사집행법-청구이의의 소' 부분 참조).

1104) ① 대법원 1993. 6. 29. 판결; 등기 무효사유로, 전소 패소확정판결에서 '등기서류 위조'와 '기망에 의한 취소'를 주장하였는데, 후소에서도 동일한 사유를 주장한 사안(93다11050). ② 등기 무효사유로, 전소 패소확정판결에서는 '변제공탁으로 인한 피담보채무 소멸'을, 후소에서는 전소 변론종결 전 사유로서 '회사의 유일 재산 처분에 대한 주주총회 특별결의 부존재'를 주장한 사안(92다32876). ③ "전소의 변론종결 전까지 주장할 수 있었던 무효사유는 그것이 무권대리행위, 불공정한 법률행위이거나 또는 동모허위표시에 의한 매매무효를 이유로 하거나 간에 다 같이 청구원인인 등기원인이 무효임을 뒷받침하는 이른바 독립된 공격방법에 불과하여 서로 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니"라고 판시한 예(82다카148). ④ 전소에서 한 사기에 의한 매매의 취소 주장과 후소에서 한 매매의 부존재 또는 불성립의 주장은 다 같이 청구원인인 등기원인의 무효를 뒷받침하는, 독립된 공격방어방법에 불과하다고 한 예(80다1548).

있으나, 집행이 종료된 후에 권리남용을 이유로 집행에 따른 효력 자체를 다투는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.¹¹⁰⁵⁾

(7) 기판력의 객관적 범위

확정판결의 기판력은 '주문에 포함된 것'에 한하여 미치는데,¹¹⁰⁶⁾ 이는 판결의 '결론' 부분, 즉 '소송판결'의 경우에는 그 판결에서 확정된 '소송요건의 흠결'에 관하여 만(소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 기판력의 제한을 받지 않고, 부적법한 소를 각하하지 않고 주문에서 기각한 경우 본안에 관하여 기판력이 생기지 않는다),¹¹⁰⁷⁾ '본안판결'의 경우에는 '소송물'로 주장된 '권리관계(장래이행 부분 포함¹¹⁰⁸⁾)의 존재·부존재'에 관한 판단의 '결론'¹¹⁰⁹⁾(법원이 전혀 판단하지 아니한 청구 부분에 관하여서는 기판력이 생길 수 없다¹¹¹⁰⁾)에만 미치

1105) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다291313 판결; "확정판결에 의한 권리라 하더라도 신의에 좇아 성실히 행사되어야 하고 판결에 기한 집행이 권리남용이 되는 경우에는 허용되지 않으므로, 집행채무자는 청구이익의 소에 의하여 집행의 배제를 구할 수 있으나, 확정판결은 소송당사자를 구속하는 것이므로 재심의 소에 의하여 취소되거나 청구이익의 소에 의하여 집행력이 배제되지 아니한 채 확정판결에 기한 강제집행절차가 적법하게 진행되어 종료되었다면 강제집행에 따른 효력 자체를 부정할 수는 없고, 강제집행이 이미 종료된 후 다시 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다는 등의 사유를 들어 강제집행에 따른 효력 자체를 다투는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다."

1106) 민사소송법 제216조(기판력의 객관적 범위) ① 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다. ② 상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다.

1107) ㉠ 소송판결의 기판력

대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다270633 판결; "소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결이 보완된 상태에서 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다."('재판상 화해가 성립된 것으로 간주'하는 법조항을 근거로 원고의 선행소송이 권리보호이익의 흠결로 부적법 각하되어 확정되었으나, 법원에 기속력이 있는 헌법재판소의 위 법조항에 대한 위헌결정으로 선행소송의 각하판결에서 확정된 소송요건의 흠결이 보완되었다고 보아, 후행소송이 위 각하판결의 기판력에 저촉되어 부적법하다는 본안전항변을 배척한 예) ㉡ ① 확정된 각하판결은, 원고가 제3자에 대하여 가처분기입등기의 회복등기절차 이행을 구하면서 피고에 대하여는 이해관계인으로서 그 승낙을 구하는 청구가 부적법하다는 것이고, 원고의 새로운 청구는 회복등기에 대한 승낙 청구로서 당사자의 신청에 의한 회복등기가 아닌 법원의 촉탁에 의한 회복등기 절차를 대상으로 하고 있어, 그 각 승낙 의사표시의 대상을 달리함으로써 위 확정된 각하판결의 기판력이 새로운 청구에는 미치지 아니한다고 한 예(97다25521). ② 甲 명의의 소유권보존등기와 乙 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 토지의 점유자인 丙이 乙에 대하여는 가장매매임을 이유로 한 소유권이전등기의 말소를 구하고 甲에 대하여는 약정에 기한 소유권이전등기를 구하였으나, 甲에 대한 청구는 기각되고 乙에 대한 청구는 각하되어 패소 확정된 경우, 전소 확정판결의 기판력은 甲과의 약정에 기한 소유권이전등기청구권의 존부와 乙에 대한 소송요건의 흠결에 관하여만 미치고 乙의 소유권 자체의 존부에까지 미치는 것은 아니므로, 乙이 丙을 상대로 제기한 토지인도 등 후소에서 丙은 乙 명의의 소유권이전등기가 가장매매에 기한 원인무효의 것임을 내세워 乙의 소유권을 부인할 수 있다고 한 예(96다31406). ㉢ ③ 확인의 소에서 법원이 확인의 이익이 없다는 이유로 청구를 기각한다는 판결을 한 경우에도 그 청구의 본안에 대한 기판력은 발생하지 아니한다고 판시한 예(79다575). ㉣ 소송 목적물의 불특정으로 각하하여야 함에도 기각한 경우도 마찬가지이다.

1108) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2019다215272 판결; "이행판결의 주문에서 그 변론종결 이후 기간까지의 급부무의 이행을 명한 이상 그 확정판결의 기판력은 그 주문에 포함된 기간까지의 청구권의 존부에 대하여 미친다." ㉤ 장래 이행기 도래분까지의 정기금의 지급을 명하는 판결이 확정된 경우 그 소송의 사실심 변론종결 후에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 뚜렷하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 해할 특별한 사정이 생긴 때에는 전소에서 명시적인 일부청구가 있었던 것과 동일하게 평가하여 전소판결의 기판력이 그 차액 부분에는 미치지 않는다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결).

1109) ㉥ 1987. 6. 11.자 해고의 무효확인을 구하였다가 그 일자에 해고되었음을 인정할 증거가 없다는 이유로 패소

고(따라서 예컨대, 동시이행의 항변권 등에 따른 '상환이행판결'의 기판력은, 상환이 조건으로 붙어 있다는 점에 미치고(따라서 무조건적 이행의무가 있다는 주장은 기판력에 저촉된다), 상환이행을 명한 반대채권의 존부나 그 수액에는 미치지 아니한다¹¹¹⁾), 판결 이유 중에 판단된, ① '법규의 해석 적용'이나 ② '사실 인정(후소에 유력한 증거자료로서의 효력, 즉 '증명효'는 인정된다¹¹²⁾'), ¹¹³⁾ ③ 항변(예외:

확정판결을 받은 후, 피고회사가 전소에서 주장한 1987. 8. 3.자 해고의 무효확인을 구한 사안에서, "해고무효 확인의 소는 해고 즉, 근로계약관계를 종료시킨 사용자의 일방적인 의사표시라는 과거의 법률행위가 무효라는 점에 대하여 판결로써 공적 확인을 하여 달라는 것이므로, 그 확인심판의 대상(소송물)은 소장의 청구취지에 표시된 해고의 무효 여부 그 자체로 보아야 할 것이고, 판결의 기판력에 의하여 확정되는 사항도 심판의 대상으로서 판결 주문에 포함된 해고처분의 무효 여부에 관한 법률적 판단의 내용"이라고 판시한 다음, 전소와 후소의 소송물을 별개로 본 사례(92다20149), ② 원고는 이혼 등 가사소송(전소)에서 재산분할청구를 하면서 그 청구 원인으로 원·피고 간 상가임대수의분배약정을 포함하여 주장하였고, 법원도 그 주장을 분할대상 재산 및 가액에 관한 부분에서 판단하였음을 알 수 있을 뿐, 원고가 위 재산분할청구와는 별도로 위 분배약정에 근거한 미정산 임대수익의 지급을 구하는 청구를 병합하여 제기하였다거나, 법원이 원고의 주장을 민사청구로 판단하여 기각하였다고 볼 수 없다는 이유로, 이혼 등 전소 확정판결의 기판력이 민사청구인 이 사건 미정산 임대수익 지급청구에 미친다고 할 수 없다고 한 예(대법원 2021. 6. 24. 선고 2018다243089 판결).

1110) 대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결: "법원이 구체적 소송사건에 대하여 당사자의 변론을 거쳐 종국판결을 선고하여 그 판결이 확정됨으로써 형식적 확정력이 발생하면 그 판결의 판단내용에 따른 기판력이 생기는 바, 법원 판단의 통용성으로서의 그 효력은 처분권주의, 변론주의 등의 절차적 보장 아래에서 소송당사자가 자기책임으로 소송을 수행한 소송물에 관하여 법원이 판결주문에 판단을 특정 표시함으로써 이루어지는 것이다. 따라서 구체적 사건의 어느 청구에 대하여 법원이 전혀 판단을 하지 않았다면 그 부분에 한하여서는 기판력이 생길 수 없는 것" ⇨ '전소의 환송 후 항소심판결의 주문기재에서나 이유기재에서나 예비적 청구 기각의 판단이 명시되지 아니하였음에도 후소의 원심이 그 판결에 예비적 청구를 기각한 판단이 있었다고 보아 전소의 환송 후 항소심판결이 확정되어 그 청구에 관한 판단의 기판력이 생겼다고 전제'한 다음, 그 판결의 기판력이 소송물을 같이 하는 후소에도 미치게 된다고 판단한 것은 잘못'이라고 한 다음, '예비적 청구에 관한 할 판단이 누락되었음을 알게 된 당사자로서는 상고를 통하여 그 오류의 시정을 구하였어야 함에도 상고로 다투지 아니하여 판결을 확정시켰다면 그 후에 예비적 청구를 소송물로 하는 별도의 소송을 새로 제기함은 권리보호 요건을 갖추지 못한 부적법한 소 제기여서 허용되지 않는다.'고 한 예.

1111) 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다19017 판결, 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다2074 판결. 반대의무와의 동시이행으로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 전소의 원고 승소 확정판결 후에 단순 이행을 구하는 후소는 전소의 기판력에 저촉되고 권리보호의 이익이 없어 부적법하다(대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다215497 판결).

1112) ○ 대법원 2007. 11. 30. 선고 2007다30393 판결: "민사재판에 있어서는 다른 민사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것이 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되므로, 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없고, 특히 전후 두 개의 민사소송이 당사자가 같은 분쟁의 기초가 된 사실도 같으나 다만 소송물이 달라 기판력에 저촉되지 아니한 결과 새로운 청구를 할 수 있는 경우에 있어서는 더욱 그러하다."

○ 대법원 1987. 8. 25. 선고 86다카1679 판결: "전소에서 확정된 사실관계 및 판단은 이른바 쟁점효는 인정되지 않는다 하더라도 이를 반복함에는 적어도 새로운 명백한 증거의 제출과 함께 그것이 전소에서 현출되지 못하였던 점에 관하여 수긍할 만한 사유가 요구된다 할 것"

1113) ○ 대법원 1970. 9. 29. 선고 70다1759 판결: "확정판결의 기판력은 그 주문에 포함된 것에 한하여 발생한다고 할 것이니, 판결의 기판력은 주문에 포함된 소송물인 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에 대하여서만이 발생한다 할 것이고, 그 전제가 되는 것에 불과한 법규의 해석 적용이나 법률사실의 인정 등이 법률관계의 존부에 관한 것이라고 할지라도 이 부분까지(같은 제2항의 경우는 제외)는 기판력이 미치지 아니한다고 하여야 할 것이다." ⇨ 원고가 피고를 상대로 한 공유지분 소유권이전등기 말소등기청구의 전소 확정판결의 기판력은 그 주문에 포함된 소유권 일부 이전등기의 말소등기를 이행하라는 부분에 대하여서만이 발생하고, 그 판단의 전제가 되는 부분 즉 피고는 사건 임야를 대리권 없는 원고의 부(父)로부터 매수한 것이라는 사실인정이나 피고가 임야 공유지분 소유권을 취득한 것이 아니라는 법률적 판단 부분까지 그 기판력이 미치지 아니하므로, 원심이 위 판결의 주문의 전제가 되는 위 부분에 관하여 위와 달리 원고는 그 부에게 임야를 매도하는 대리권을 수여하고 부는 원고의 대리인으로서 이를 피고에게 매도한 다음, 적법하게 그 소유권이전등기를 마친

이유에 포함된 것이라도 상계항변으로 주장된 자동채권에 관해서는 민사소송법 제216조 제2항에 의해 상계로써 대항한 액수에 한하여 기판력이 미친다 → 상세한 내용은 후술하는 ‘채권충척-상계’ 부분 참조), ④ ‘전제가 되는 선결적 법률관계의 존부’(예외적으로 특별한 사정이 있는 경우에는 ‘신의칙 위반’으로 후소 제기가 허용되지 않을 수 있다)¹¹¹⁴⁾에까지 미치는 것이 아니다.

따라서 ① 소유권이전등기 말소등기 청구에 대한 패소 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 ‘소유권이전등기 말소등기청구권’의 존부에만 미치는 것이지 그 기본이 된 ‘소유권’ 자체의 존부에는 미치지 아니하고,¹¹¹⁵⁾ ② 근저당권설정등기 말소등기 청구에 대한 패소 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 ‘근저당권설정등기 말소등기청구권’의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치지, ‘근저당권설정등기가 무효’라는 판단에는 미치지 아니하며,¹¹¹⁶⁾ ③ 소유권등기말소등기 및 소유권 확인 청구 소송에서 패소한 당사자가 전소에

사실을 인정하였다고 하여, 위 판결의 기판력에 저촉된 것이라고는 할 수 없고, 이와 같은 확정사실을 전제로 하여, 원고는 위 전소 사건에 의하여 피고로부터 입야 소유권이전등기의 말소등기청구권이 있다고 확정되었다 하더라도 그 실체상의 소유권이 없는 이상, 피고가 그 말소등기를 이행할 수 없게 되었다고 하여 원고에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없다는 이유에서, 원고의 손해배상청구를 배척한 것은 정당하다고 판단한 예. ○ 대법원 1991. 12. 13. 선고 91다8159 판결; “매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행 청구에 관한 인낙조서의 기판력은 그 등기청구권의 존부에만 미치고, 등기청구권의 원인이 되는 매매계약의 존부나 목적부동산의 소유권의 귀속에 관하여는 미치지 아니하는 것이다.”

1114) 매매계약의 무효·해제를 원인으로 한 매매대금반환청구의 기판력은 그 매매대금반환청구권의 존부에 관여만 발생할 뿐, 그 전제가 되는 선결적 법률관계인 매매계약의 무효 또는 해제에까지 발생하는 것은 아니지만, 원고가, 매매계약의 무효·해제를 주장하면서 매매대금의 반환을 구하는 소를 제기하고 그 소송 계속 중에 이종의 이득을 얻으려는 목적으로 매매계약이 유효함을 주장하여 그 이행을 구하는 별도의 소를 제기한 경우라든지, 원고와 피고 사이에 매매계약을 무효·해제하기로 하는 합의가 있었거나, 원고가 피고에게 매매계약에 기한 소유권이전등기청구를 하지 않는다는 신뢰를 부여하는 행위를 하였고 피고가 이를 신뢰할 정당한 이유가 있음에도 이를 위반하여 매매계약의 이행을 구하는 소를 제기한 경우 등 특별한 사정이 있는 때에는, 원고의 소 제기가 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다. 원고가 매매계약의 무효·해제를 이유로 전소를 제기한 상태에서 매매계약에 따른 소유권이전등기의 이행을 구하는 후소를 제기하였다는 것만으로 원고에게 이종의 이득을 얻으려고 하는 목적이 있었다고 볼 수 없고, 피고에게 원고가 향후 후소를 제기하지 않는다는 신뢰를 부여하였다고 보기 어렵다(대법원 2005. 12. 23. 선고 2004다55698 판결; 원고가 피고를 상대로 제기한 매매계약의 무효·해제를 이유로 매매대금의 반환을 구하는 전소와 매매계약의 매수인으로서 소유권이전등기의 이행을 구하는 후소가 동시에 계속되어 있던 중 피고가 전소 청구를 인낙한 사안에서, 원심이, 전소의 인낙으로 매매계약 무효를 전제로 한 매매대금반환청구권이 확정되었으므로, 원고가 매매계약의 유효를 전제로 소유권이전등기청구를 하는 것은 전소에서 확정된 법률관계에 모순되는 법률관계의 확정을 구하는 것으로 인낙조서의 기판력에 저촉되고, 신의칙에도 위반되어 허용될 수 없다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 위와 같은 이유로 전소에서의 인낙조서의 기판력이 후소에 미친다고 할 수 없다고 한 다음, 원고가 전소와 후소를 함께 유지하게 된 것은 원고가 전소를 취하하였으나 피고가 이에 부동의함으로써 말미암아 소 취하의 효력이 발생하지 아니하였기 때문이고, 또 피고가 후소 1심에서 패소한 이후에 그 동안의 태도를 바꾸어 원고의 전소 청구를 인낙함으로써 전소의 사건이 종결된 것이므로, 원고가 전소와 후소에서 모두 승소하여 이중으로 이득을 볼 수 있게 된 사정은, 피고가 전소의 취하에 부동의하여 취하의 효력 발생을 저지하고 있다가 갑자기 그 청구를 인낙하는, 매우 이례적 행위를 함으로써 발생한 것이지, 원고의 행위가 원인이 된 것이라 할 수 없으니, 이러한 사정만으로는 피고의 전소 청구인낙 후 원고가 후소를 유지하는 것이 신의칙에 반하는 것이라고 볼 수 없으며, 원고가 전소와 후소에서 모두 승소하여 이중의 이득을 보는 불합리는 전소의 인낙조서의 집행을 불허하는 등의 방법에 의하여 제거되는 것이 마땅한 것이지, 그러한 사정 때문에 원고의 후소가 배척될 수는 없다고 한 예).

1115) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다11847 판결.

1116) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다53790 판결. 같은 취지로, 전소인 가등기말소청구소송에서 원고의 패소판결이 선고되고 그 판결이 확정되었다 하더라도 그 확정판결의 기판력은 가등기말소청구권의 존부에만 미치는

서 문제된 것과는 전혀 다른 청구원인(매매, 취득시효 완성 등)에 기초하여 후소로써 상대방에게 소유권이전등기청구를 하는 경우에도, 전후의 양소는 그 청구취지와 청구원인이 각기 상이하여 서로 모순, 저촉된다고 할 수 없으므로 전소의 기판력이 후소에 미치지 아니하고,¹¹¹⁷⁾ ④ 외국판결에 대한 집행판결의 소송물은 외국판결을 근거로 우리나라에서 집행력의 부여를 구하는 청구권이고, 외국판결의 기초가 되는 실체적 청구권이 아니므로, 재산분할의 외국판결에 대한 집행판결을 받아 마친 소유권이전등기의 말소청구가 집행판결의 기판력에 저촉되는 것은 아니다.¹¹¹⁸⁾

독립당사자참가소송에서 항소·부대항소를 제기하지 않은 당사자의 청구에 관하여 항소심에서 판결 주문이 선고되지 않고 그대로 확정된 경우, 제1심판결의 주문에 대하여 기판력이 발생한다.¹¹¹⁹⁾

(8) 기판력의 주관적 범위

기판력이 미치는 주관적 범위는, 가사소송법상 신분 관계 소송이나 상법상 회사 관계 소송, 단체 소송 등에서 제3자에게도 그 효력이 미치는 것(대세효)으로 '규정'되

것이고 그 판결이유 중에 표시된 가등기의 효력 유무에 관한 판단에는 미치지 아니한다(89다7443).

1117) ○ 대법원 1995. 12. 8. 선고 94다35039 판결: “원고가 이미 피고를 상대로 이 사건 대지에 관한 피고 명의의 소유권보존등기의 말소등기절차의 이행 및 소유권확인을 구하는 소송을 제기하여 원고 승소의 확정판결을 받고 이에 기하여 위 대지에 관한 피고 명의의 소유권보존등기를 말소한 다음 새로이 원고 앞으로 소유권보존등기를 마쳤는데, 원고가 그 후 다시 피고를 상대로 위 대지의 일부분 지상에 건축된 담장의 철거와 그 부분의 인도를 청구한 데 대하여 피고가 반소로써 위 확정판결 전에 그 부분에 대한 취득시효 기간이 완성되었음을 이유로 원고에게 그 부분에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하고 있다 하더라도, 전 소송의 소송물은 위 대지에 대한 소유권 자체의 존부 확인과 피고 명의로 잘못 경료되어 있었던 소유권보존등기의 말소등기청구권의 존부였던 것임에 반하여 후소인 이 사건 반소청구는 비록 동일 부동산에 관한 것이기는 하지만 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권의 존부여서 위 전후의 양 소는 그 청구취지와 청구원인이 각기 상이하여 서로 모순, 저촉된다고 할 수 없으므로 전소판결의 기판력이 후소에 미친다고 할 수 없다. … 피고가 전소에서 자신 명의의 원인무효등기가 실체권리관계에 부합하여 유효하다는 항변을 함으로써 원고의 청구를 배척할 수 있었다 하더라도, 피고에게 기존의 등기원인 자체가 정당한 것이라는 점이 아닌 전혀 별개의 등기청구권 취득원인을 항변으로 내세워야 할 의무가 있었던 것도 아닐 뿐더러 오로지 기존의 무효등기만을 이용하여 시효취득의 이익을 향유하여야 하는 것도 아니고 더욱이 기존의 무효등기가 말소되었다 하여 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권이 소멸되는 것도 아닌 이상 피고가 후소로써 취득시효 기간 완성을 원인으로 소유권이전등기 청구를 하는 것이 차단된다고도 할 수 없는 것이다.”

○ 대법원 1995. 6. 13. 선고 93다43491 판결: 소유권이전등기말소 청구소송에서 패소한 당사자가 그 후 상대방에 대하여 ‘전소송의 변론종결 전’에 ‘매수’하였음을 원인으로 한 소유권이전등기 청구소송을 제기하는 것은 전소판결의 기판력에 저촉되지 않는다고 한 예.

1118) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2017다224906 판결: “민사집행법 제26조, 제27조에서 규정하는 집행판결은 외국판결의 옳고 그름을 조사하지 않은 채 민사소송법에서 정하는 승인·집행의 요건을 갖추고 있는지 여부만을 심사하여 집행력을 부여하는 것으로서, 그 소송물은 외국판결을 근거로 우리나라에서 집행력의 부여를 구하는 청구권이고, 외국판결의 기초가 되는 실체적 청구권이 아니다.” “피고가 망인을 상대로 미국법원에 제기한 이혼 및 재산분할청구의 소에서 이혼 및 사건 부동산은 피고 소유로 한다는 내용의 판결이 선고되어, 피고가 외국판결에 대한 집행판결을 받아 소유권이전등기를 마쳤는데, 그 후 미국법원이 위 재산분할 부분을 취소하자 원고들이 소유권이전등기의 말소를 구한 사안에서, 소유권이전등기 말소청구가 집행판결의 기판력에 저촉되지 않는다고 한 예.

1119) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2020다231928 판결.

어¹¹²⁰⁾ 있는 경우를 제외하고는, 당사자(조정을 갈음하는 결정, 조정조서의 경우 조정참가인을 포함한다¹¹²¹⁾) 간에 한하여 미침이 원칙이고(기판력의 상대성의 원칙),¹¹²²⁾ 예외적으로 당사자와 같이 볼 수 있는 제3자로서 민사소송법이 규정한,¹¹²³⁾ 변론을 종결한 뒤(무변론 판결의 경우에는 '판결을 선고한 뒤'¹¹²⁴⁾)의 승계인(소송물인 실제법상 권리의무의 승계인¹¹²⁵⁾ + 제쟁물에 관한 당사자

1120) 대법원 2000. 1. 28. 선고 98다26187 판결: “민법상 법인의 이사회 결의에 하자가 있는 경우에 관하여 법률에 별도의 규정이 없으므로 그 결의에 무효사유가 있는 경우에는 이해관계인은 언제든지 또 어떤 방법으로 의하든지 그 무효를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 이와 같은 무효주장의 방법으로서 이사회 결의무효확인소송이 제기되어 승소확정판결이 난 경우 그 판결의 효력은 위 소송의 당사자 사이에서만 발생하는 것이지 대세적 효력이 있다고 볼 수는 없고”

1121) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960 판결: “조정조서가 조정참가인이 당사자가 된 법률관계도 그 내용으로 하는 경우에는 위와 같은 조정조서의 효력은 조정참가인의 법률관계에 관하여도 다를 바 없다고 할 것이다. … 조정조서는 확정판결과 같은 효력이 있어 기판력이 생기는 것이나, 그 기판력은 조정의 당사자나 조정참가인 등이 아닌 제3자에게까지 미친다고 할 수 없다.”

1122) ○ 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다228099 판결: “채권자와 주채무자 사이의 소송에서 주채무의 존부나 범위에 관하여 주채무자가 전부 또는 일부 승소하는 판결이 확정된 경우에도 그 판결의 기판력이 보증인에게 미치는 것이 아니므로, 보증채무의 부존성 원칙에도 불구하고 보증인이 주채무자 승소판결을 인용하여 자신의 보증채무의 이행을 거절할 수는 없다.”

○ 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다54397 판결: “피해자와 피보험자 사이에 손해배상책임의 존부 내지 범위에 관한 판결이 선고되고 그 판결이 확정되었다고 하여도 그 판결의 당사자가 아닌 보험자에 대하여서까지 판결의 효력이 미치는 것은 아니므로, 피해자가 보험자를 상대로 하여 손해배상금을 직접 청구하는 사건의 경우에 있어서는, 특별한 사정이 없는 한 피해자와 피보험자 사이의 전소판결과 관계없이 피해자의 보험자에 대한 손해배상청구권의 존부 내지 범위를 다시 따져보아야 하는 것이다.” [동일 취지] 교통사고가 발생한 후 자동차종합보험의 보험자가 피보험자에 대하여 보험금채무부존재확인의 소를 제기하였다가 패소, 확정되자 피해자에게 직접 손해배상금을 지급하였으나 다른 원인으로 그 교통사고에 대하여 보험계약의 효력이 미치지 않아 출연의 목적 내지 원인을 결여하였음이 밝혀진 경우, 위 확정판결의 효력은 보험자와 피해자 사이에는 미치지 아니하므로 보험자는 피해자에게 부당이득반환을 구할 수 있다고 한 사례(99다37856).

1123) 민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위) ① 확정판결은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인) 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람에 대하여 효력이 미친다. ② 제1항의 경우에 당사자가 변론을 종결할 때(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고할 때)까지 승계사실을 진술하지 아니한 때에는 변론을 종결한 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤)에 승계한 것으로 추정한다. ③ 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다. ④ 가집행의 선고에는 제1항 내지 제3항의 규정을 준용한다. ■ 민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위)와 민사집행법 제31조(승계집행문)의 ‘승계인’은 동일한 개념이다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다111630 판결 참조). 민사소송법 제81조(승계인의 소송참가), 제82조(승계인의 소송인수)의 ‘(특정)승계인’의 성립범위 내지 기준을 위 제218조의 ‘승계인’과 동일하게 통일적으로 볼 것인지(동일설), 전자를 더 넓게 볼 것인지(비동일설)에 관하여 견해의 대립이 있으나, 판례는 동일설을 취하고 있다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2020다210747 판결의 ‘마찬가지로’ 판시 부분 참조).

1124) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020다253836 판결: “대금분할을 명한 공유물분할 확정판결의 당사자인 공유자가 공유물분할을 위한 경매를 신청하여 진행된 경매절차에서 공유물 전부에 관하여 매수인에 대한 매각허가결정이 확정되고 매각대금이 완납된 경우, 매수인은 공유물 전부에 대한 소유권을 취득하게 되고, 이에 따라 각 공유지분을 가지고 있던 공유자들은 지분소유권을 상실하게 된다. 대금분할을 명한 공유물분할판결의 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤) 해당 공유자의 공유지분에 관하여 소유권이전청구권의 순위보전을 위한 가등기가 마쳐진 경우, 대금분할을 명한 공유물분할 확정판결의 효력은 민사소송법 제218조 제1항이 정한 변론종결 후의 승계인에 해당하는 가등기권자에게 미치지므로, 특별한 사정이 없는 한 위 가등기상의 권리는 매수인이 매각대금을 완납함으로써 소멸한다.” [소외인들 간 공유물분할청구에 대해 2016. 10. 26. 대금분할을 명하는 무변론 판결 선고 → 2016. 11. 10. 일부 공유지분에 피고 명의의 순위 보전 가등기 경료 → 2016. 11. 18. 판결 확정 → 2017. 6. 26. 공유물의 대금분할을 위한 경매개시결정 → 2018. 5. 18. 원고의 매각대금 완납 → 2018. 5. 25. 원고 명의의 소유권이전등기경료 → 원고의 가등기말소청구]

1125) 채권 양수인(대법원 2020. 9. 3. 선고 2020다210747 판결), 면책적 채무인수인(대법원 2016. 9. 28. 선고

적격의 승계인¹¹²⁶⁾,¹¹²⁷⁾ 당사자나 승계인을 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람(예컨대, 수지인·창고업자·운송인 등이 해당되고, 임차인·질권자·전세권자·지상권자 등 자기 고유의 이익을 위한 소지자는 해당되지 않는다), 다른 사람(권리 귀속 주체)을 위하여 원고나 피고가 된 사람(제3자 소송담당자; 선정당사자, 조합의 업무집행조합원, 채권자대위소송의 채권자, 추심채권자, 주주대표소송의 주주, 채권질의 질권자,¹¹²⁸⁾ 유언집행자, 파산관재인 등)이 확정판결을 받은 경우의 그 다른 사람¹¹²⁹⁾ 및 소송탈퇴자¹¹³⁰⁾ 등에 국한되고, 그 외의 제3자(소외의 제3자, 단체의 하부조직¹¹³¹⁾이나 대표

2016다13482 판결), 임대인 지위를 승계한 주택 양수인(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다210720 판결), 전부(轉付) 채권자 등.

- 1126) ① 대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결: “소송의 목적물인 권리관계의 승계라 함은 소송물인 권리관계의 양도뿐만 아니라 당사자적격 이전의 원인이 되는 실체법상의 권리 이전을 널리 포함하는 것이므로, 신주 발행무효의 소 계속 중 그 원고 적격의 근거가 되는 주식이 양도된 경우에 그 양수인은 제소기간 등의 요건이 충족된다면 새로운 주주의 지위에서 신소를 제기할 수 있을 뿐만 아니라, 양도인이 이미 제기한 기존의 위소송을 적법하게 승계할 수도 있다.” ② [긍정] 대지 소유권에 기한 건물 철거 및 대지 인도 소송의 원고 패소 확정판결 후 전소 피고로부터 건물을 매수하여 소유권이전등기를 마친 전득자(대법원 1991. 3. 27. 선고 91다650, 667 판결). ⇨ [부정] 토지·건물 소유권에 기한 토지·건물 인도 소송의 원고 패소 확정판결 후 패소 원고로부터 토지·건물을 매수하여 소유권이전등기를 마친 전득자(대법원 1999. 10. 22. 선고 98다6855 판결).
- 1127) [부정례] ① 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다52864 판결: “변론종결 후의 승계인이란 변론종결 후에 당사자로부터 소송물인 권리의무를 승계하거나 제쟁물에 관한 당사자 적격을 승계한 자를 말하는 것인바, 원고가 이 사건 법정지상권을 원시취득한 소외 2를 상대로 제기한 지료청구 소송이 원고의 승소로 확정되었고, 그 변론종결 후에 소외 1이 법정지상권을 승계취득하였다 하더라도 소외 1은 위 지료청구 소송의 소송물인 지료채무를 승계하지 아니하였음은 위에서 본 바이고, 또한 소외 1이 위 지료소송의 제쟁물에 관한 당사자 적격을 승계한 자에 해당하지도 아니하므로 소외 1과 피고 1은 위 지료소송의 기판력을 받는 변론종결 후의 승계인에 해당하지 아니한다.” ② 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다206349 판결: 전소 확정판결의 소송물은 채권적 청구권인(불법점유로 인한) 부당이득반환청구권이므로 원고가 전소 변론종결 뒤에 토지 소유권을 취득하였다는 사정만으로는 전소의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당할 수 없고, 위 부당이득반환청구권은 토지소유를 요건으로 하므로 토지 소유권이 다른 사람으로 이전된 이후에는 더 이상 발생하지 않고 그에 대한 양도도 있을 수 없으므로, 자신이 토지 소유권을 취득한 이후의 부당이득반환을 구하는 원고는 전소의 ‘소송물’을 양수한 변론을 종결한 뒤의 승계인에도 해당하지 않는다고 한 예. ③ 확정판결의 변론종결 전 승계인으로부터 변론종결 후 승계한 사람(67마55).
- 1128) 금전채권의 질권자가 민법 제353조 제1항, 제2항에 의하여 자기채권의 범위 내에서 직접청구권을 행사하는 경우 질권자는 질권설정자의 대리인과 같은 지위에서 입질채권을 추신하여 자기채권의 변제에 충당할 수 있다(대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결).
- 1129) ○ 어떤 채권자가 제기한 채권자대위소송(전소)의 기판력은 ‘어떠한 사유로 인하였든 적어도 채무자가 그 채권자대위소송이 제기된 사실을 알았을 경우’라야 ‘채무자’나 그의 ‘다른 채권자’에게 미치고, 채무자가 전소인 채권자대위소송이 제기된 사실을 알지 못하였을 경우에는 전소의 기판력이 다른 채권자가 제기한 후소인 채권자대위소송에 미치지 않는다(대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결, 대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결).
○ 동일한 채권에 대해 복수의 채권자들이 압류·추심명령을 받은 경우 어느 한 채권자가 제기한 추심금소송에서 확정된 판결의 기판력은 그 소송의 변론종결일 ‘이전’에 압류·추심명령을 받았던 다른 추심채권자에게 미치지 않는다. 추심채권자들이 제기하는 추심금소송의 소송물이 채무자의 제3채무자에 대한 피압류채권의 존부로서 서로 갈더라도 소송당사자가 다른 이상 그 확정판결의 기판력이 서로에게 미친다고 할 수 없다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2016다35390 판결).
- 1130) 민사소송법 제80조(독립당사자참가소송에서의 탈퇴) 단서, 제82조(승계인의 소송인수) 제3항.
- 1131) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다231031 판결: “확정판결의 기판력은 … 법률에 따로 규정되어 있는 경우 외에는 특별한 사정이 없는 한 당해 판결에 표시된 당사자 사이에만 미치고, 집행력의 범위도 원칙적으로 기판력의 범위에 준한다. 따라서 지부·분회·지회 등 어떤 법인의 하부조직을 상대로 일정한 의무의 이행을 구하는 소를 제기하여 승소 확정판결을 받은 경우 그 판결의 집행력이 해당 지부·분회·지회 등을 넘어서 소송의 당사자도 아닌 법인에까지 미친다고 볼 수는 없으므로 그 판결을 집행권원으로 하여 법인의 재산에 대해 강제집행

자·구성원, 공동소송인,¹¹³²⁾ 보조참가인 등)나 변론을 종결하기 '전'의 승계인에게는 미치지 않는다.

전소의 소송물이 '채권적 청구권'의 성질을 가지는 소유권이전등기청구권인 경우에는 전소의 변론종결 후에 그 목적물에 관하여 소유권등기를 이전받은 사람은 전소의 기판력이 미치는 '변론종결 후의 승계인'에 해당하지 아니하나,¹¹³³⁾ 전소의 소송물이 '물권적 청구권'의 성질을 가지는 소유권등기의 말소등기청구권 등인 경우에는 전소의 변론종결 후에 그 목적물에 관하여 소유권등기를 이전받은 사람은 전소의 기판력이 미치는 '변론종결 후의 승계인'에 해당한다¹¹³⁴⁾(한편, 판례 중에는¹¹³⁵⁾ 말소등기 청구 소송 판결의 패소자인 피고에 대하여 처분금지가처분을 한 사람은 '승계인'에 해당하지 않는다고 한 것도 있다).

부동산 처분금지가처분 위반의 처분행위에 해당하는 화해권고결정이 확정되기 전의 처분금지가처분 등기 후에 그 피보전권리에 기한 소유권이전등기를 마친 가처분채권자는 화해권고결정의 효력을 부정할 수 있는 지위에 있으므로, 그 기판력이 미치는 승계인

을 할 수는 없고, 법인의 재산에 대한 강제집행을 위해서는 그 법인 자체에 대한 별도의 집행권원이 필요하다. ... 설령 집행절차 단계에서 경기도북지부가 별개의 독립된 비법인사단이 아닌 것으로 판명되었다고 하더라도 마찬가지이다."

1132) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다58889 판결: "법인 아닌 사단은 대표자나 구성원과는 별개의 주체이므로, 그 대표자나 구성원을 당사자로 한 판결의 기판력이 법인 아닌 사단에 미치지 아니함은 물론 그 법인 아닌 사단을 당사자로 한 판결의 기판력 또한 그 대표자나 구성원에게 미치지 아니하는 것이 당연하다. ... 원고가 이 사건 중증을 상대로 이 사건 부동산의 소유권에 기하여 제기한 분묘굴이 및 토지인도 등 청구가 인용되고 그 판결이 그대로 확정되었다고 하더라도, 그 기판력은 ... 원고와 이 사건 중증 사이에만 미칠 뿐 이 사건 중증의 중증원으로서 단순한 공동소송인의 관계에 있을 뿐인 피고에게는 미치지 아니한다고 할 것이다."

1133) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2002다64148 판결 등. 마찬가지로, 토지의 전 소유자가 무단 점유자를 상대로 제기한 부당이득반환청구의 소송물은 채권적 청구권이므로 그 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람은 기판력이 미치는 '변론종결 후의 승계인'에 해당하지 아니한다(대법원 2016. 6. 28. 선고 2014다31721 판결, 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다206349 판결).

1134) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결: 소유권이전등기 말소의 승소 확정판결에 기하여 소유권이전등기가 말소된 후 순차로 제3자 명의로 소유권이전등기 및 근저당권설정등기 등이 마쳐졌는데 위 말소된 등기의 명의자가 현재의 등기명의인을 상대로 진정한 등기 명의 회복을 위한 소유권이전등기청구와 근저당권설정등기 등의 말소등기 청구 등을 하는 경우 현재의 등기명의인 및 근저당권자 등은 모두 위 확정된 전 소송의 사실심 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 한 예. [동일 취지] ① 소유권이전등기 및 근저당권설정등기가 당초부터 원인무효임을 이유로 각 그 말소를 명하는 판결이 확정되었다면 그 판결의 변론종결후의 승계인인 임의경매실행으로 인한 소유권취득자에 대하여 기판력이 미친다고 한 예(74다1046). ② 근저당권설정등기말소 청구 사건의 사실심 변론종결일 후에 그 부동산의 소유권을 경락취득한 자 또는 이를 전득한 자는 확정판결의 효력이 미치는 변론종결 후의 승계인이라고 한 예(93다34183).

1135) 대법원 1998. 11. 27. 선고 97다22904 판결: "甲이 乙을 상대로 공유지분 소유권이전등기의 말소를 구하는 소(전소)를 제기하여 인용판결이 확정된 다음, 丙이 전소 변론종결일 후에 乙 명의의 공유지분에 관하여 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권 보전을 위한 처분금지가처분등기를 마치고, 그 본안으로서 乙을 상대로 위 공유지분에 관한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기한 경우, 丙이 전소 변론종결일 이후에 그 패소자인 乙을 상대로 한 위 처분금지가처분등기를 경료하였다고 하더라도, 그 본안소송에서 승소하는 등으로 乙 명의의 공유지분에 관하여 丙 명의의 소유권이전등기를 마침으로써 그 지분소유권을 승계취득하는 경우 그러한 丙의 지분소유권의 존부에 관하여는 위 말소등기청구를 인용한 전소 판결의 기판력이 미치지 아니하는 이상, 丙이 당연히 전소 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 할 수는 없으므로, 丙이 말소등기에 관한 법률상의 이해관계인이 아니라거나 甲에 대하여 위 가처분등기의 말소를 승낙할 의무를 부담한다고 할 수는 없다."고 한 예.

에 해당하지 아니한다.¹¹³⁶⁾

종전 확정판결의 기판력 배제를 원하는 쪽은, 종전소송에서 당사자가 그 승계에 관한 진술을 하였는지 여부와 상관없이, '변론종결 전에 당사자 지위의 승계가 이루어진 사실'에 대한 증명책임을 진다. 승계가 변론종결 전의 것인지 변론종결 후의 것인지 여부의 판단 기준 시점은 권리변동의 효력이 생기는 때 즉, 부동산의 경우 '소유권이전등기 시(가등기에 기초한 본등기의 경우 본등기 시¹¹³⁷⁾)',¹¹³⁸⁾ 동산의 경우 '인도 시', 채권양도의 경우 '채무

1136) ○ 대법원 2017. 5. 31. 선고 2017다216981 판결: "부동산에 관하여 처분금지가처분의 등기가 마쳐진 후에 가처분채권자가 본안소송에서 승소판결을 받아 확정되거나 가처분채무자와 공동으로 가처분의 근거가 되는 실체적 법률관계에 기하여 소유권이전등기 또는 소유권이전등기말소등기를 경료한 경우에는 가처분채권자는 피보전권리의 한도에서 가처분 위반의 처분행위의 효력을 부정할 수 있다. 한편, 공유물을 경매에 붙여 그 매각대금을 분배할 것을 명하는 판결은 경매를 조건으로 하는 특수한 형성판결로서 공유자 전원에 대하여 획일적으로 공유관계의 해소를 목적으로 하는 것인바, 가처분채권자가 가처분채무자의 공유지분에 관하여 처분금지가처분등기를 마친 후에 가처분채무자가 나머지 공유자와 사이에 위와 같이 경매를 통한 공유물분할을 내용으로 하는 화해권고결정을 받아 이를 확정시켰다면 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 처분금지가처분에서 급하는 처분행위에 해당한다고 할 것이다." ㉠ 공유자인 소외인(가처분채무자)과 사이에 경매를 통한 공유물분할을 내용으로 하는 화해권고결정이 확정된 다른 공유자(피고)가, 화해권고결정 확정 전의 원고 등(가처분채권자)의 처분금지가처분에 기하여 화해권고결정 확정 후 소외인으로부터 지분소유권이전등기를 마친 원고 등에 대해 경매신청을 위한 승계집행문을 부여받자, 원고 등이 그 집행문 부여에 대해 이의한 사안에서, 원심이, '공유물분할의 실질은 소유형태의 변경을 가져오는 것에 불과하고 경매 및 대금분할의 방식으로 이루어졌다고 하더라도 그와 달리 볼 수 없다.'는 이유를 들어, 소외인이 위 화해권고결정을 확정시킨 것이 처분금지가처분에서 급하는 처분행위라고 볼 수 없다고 판단하여, 자신들은 화해권고결정의 기판력이 미치는 승계인에 해당하지 않는다는 원고 등의 주장을 배척한 데 대하여, 대법원은, '위 화해권고결정을 확정시킨 것은 처분금지가처분에서 급하는 처분행위에 해당하고, 따라서 원고 등은 화해권고결정 확정 전의 처분금지가처분에 기하여 소유권이전등기를 마친 가처분채권자로서 피보전권리의 한도에서 가처분 위반의 처분행위에 해당하는 위 화해권고결정의 효력을 부정할 수 있는 지위에 있으므로, 위 화해권고결정의 기판력이 미치는 승계인에 해당한다고 할 수 없다.'고 하여, 파기환송한 예.

○ 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다2558 판결: "소유권에 기한 물권적 방해배제청구로서 소유권등기의 말소를 구하는 소송이나 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송 중에 그 소송물에 대하여 화해권고결정이 확정되면 상대방은 여전히 물권적인 방해배제의무를 지는 것이고, 화해권고결정에 창설적 효력이 있다고 하여 그 청구권의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌지 아니한다."고 한 다음, 甲 등(피고들)이 자신들의 상속재산에 대한 권리를 공동상속인 중 乙에게 이전할 의사로 인감증명서 등을 교부하여, 乙이 상속부동산에 관하여 상속등기를 마친과 동시에 甲 등의 상속분 합계 13/17 지분에 관하여 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 후, 자신의 지분 합계 15/17를 丙(원고)에게 이전하기로 약정하여, 丙이 2003. 3. 8. 그 약정에 기한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하여 乙 지분에 대하여 처분금지가처분을 한 다음 2005. 12. 14. 자신 앞으로 이전등기를 마쳤는데, 甲 등이 乙을 상대로 乙 명의의 위 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 소를 제기하여 2005. 11. 24. 확정된 '乙은 甲 등에게 각 상속지분에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기절차를 이행한다.'는 내용의 화해권고결정에 따라 승계집행문을 부여받아 甲 등의 상속분 비율에 해당하는 지분에 관하여 丙으로부터 소유권이전등기를 마친 사안에서, 원심이, '화해권고결정에 기한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권에 불과하므로, 원고가 화해권고결정이 확정된 후에 진정명의회복등기를 이전받았더라도 원고에게는 화해권고결정의 기판력이 미치지 아니한다.'고 판단한 것은 잘못이나, 피고들이 자신들의 상속분에 대하여 증여 의사로 乙 앞으로 소유권이전등기를 마쳐서 乙 명의의 등기는 유효하고, 원고의 처분금지가처분 및 그 근거가 된 약정에 기한 소유권이전등기 역시 유효하므로, 원고는 화해권고결정 확정 전의 처분금지가처분에 기하여 소유권이전등기를 마친 가처분채권자로서 피보전권리의 한도에서 가처분 위반의 처분행위 효력을 부정할 수 있는 지위에 있고, 따라서 원고는 피고들의 상속분비율에 해당하는 지분에 관하여 가처분에 반하여 행하여진 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다는 이유로, 원고는 화해권고결정의 기판력이 미치는 승계인에 해당한다고 볼 수 없다고 하고, 원고의 피고들에 대한 소유권이전등기말소청구를 인용한 사례.

1137) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다10883 판결: "가등기의 순위보전적 효력이란 본등기가 마쳐진 때에는 본등기

자에 대한 대항요건(채무자에 대한 통지 또는 채무자의 승낙) 구비 시'¹¹³⁹⁾이다.

(9) 조정·화해 조서와 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정의 효력

조정조서(제소전·재판상 화해에 따른 화해조서도 마찬가지이다)의 기판력은, ① '소송물인 권리관계의 존부'에 관한 판단에만 미침이 원칙¹¹⁴⁰⁾이나, ② '소송물 이외의 권리관계'라도 ㉠ '조정조항'에 특정되거나 ㉡ '청구의 표시' 다음에 부가적으로 기재됨으로써, 조정조서의 기재 내용에 의하여 소송물인 권리관계가 되었다고 인정할 수 있는 경우에는 기판력이 미친다.¹¹⁴¹⁾

의 순위가 가등기한 때로 소급함으로써 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간처분이 본등기보다 후순위로 되어 실효된다는 뜻일 뿐 본등기에 의한 물권취득의 효력이 가등기 때에 소급하여 발생하는 것은 아니고, 위와 같은 건물철거소송에서 확정판결이 미치는 철거의무자의 범위는 건물의 소유권 기타 사실상의 처분권의 취득 시점을 기준으로 판단하여야 할 것"

1138) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다34667, 34674 판결; "기판력의 주관적 범위를 정함에 있어서 당사자가 변론을 종결할 때까지 승계사실을 진술하지 아니한 때에는 변론을 종결한 뒤에 승계한 것으로 추정한다는 민사소송법 제218조 제2항의 취지는, 변론종결 전의 승계를 주장하는 자에게 그 입증책임이 있다는 뜻을 규정하여 변론종결 전의 승계사실이 입증되면 확정판결의 기판력이 그 승계인에게 미치지 아니한다는 것으로 해석된다. 따라서 종전의 확정판결의 기판력의 배제를 원하는 당사자 일방이 변론종결 전에 당사자 지위의 승계가 이루어진 사실을 입증한다면, 종전소송에서 당사자가 그 승계에 관한 진술을 하였는지 여부와 상관없이, 그 승계인이 종전의 확정판결의 기판력이 미치는 변론종결 후의 승계인이라는 민사소송법 제218조 제2항의 추정은 깨어진다고 보아야 할 것이고, 이 사건에서와 같이 소유권이전등기말소 청구소송을 제기당한 자가 소송 계속 중 당해 부동산의 소유권을 타인에게 이전한 경우에는, 부동산물권 변동의 효력이 생기는 때인 소유권이전등기가 이루어진 시점을 기준으로 그 승계가 변론종결 전의 것인지 변론종결 후의 것인지 여부를 판단하여야 할 것이다." ㉠ 원심이, 피고가 소외인을 상대로 제기한 토지 소유권이전등기말소청구소송은 1998. 6. 11. 변론종결 된 후 패소판결이 선고되어 확정되었고, 원고는 위 소송 계속 중 소외인으로부터 토지를 증여받고 변론종결 전인 1997. 12. 11. 원고 명의로 소유권이전등기를 마친 사실을 인정한 후, 이로써 민사소송법 제218조 제2항의 추정은 깨어졌다 할 것이어서 위 확정판결의 기판력이 원고에게 미치지 아니한다고 한 것은 정당하다고 한 예.

1139) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020다210747 판결; "채권양수인이 소송계속 중의 승계인이라고 주장하며 참가신청을 한 경우에, 채권자로서의 지위의 승계가 소송계속 중에 이루어진 것인지 여부는 채권양도의 합의가 이루어진 때가 아니라 대항요건이 갖추어진 때를 기준으로 판단하는 것과 마찬가지로, 채권양수인이 민사소송법 제218조 제1항에 따라 확정판결의 효력이 미치는 변론종결 후의 승계인에 해당하는지 여부 역시 채권양도의 합의가 이루어진 때가 아니라 대항요건이 갖추어진 때를 기준으로 판단하여야 한다."

1140) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다205086 판결; "조정조서는 재판상의 화해조서와 같이 확정판결과 동일한 효력이 있고, 조정의 내용에 따라 권리의 취득과 소멸이라는 창설적 효력이 인정된다(민사조정법 제29조, 민사소송법 제220조, 민법 제732조). 당사자 사이에 조정이 성립하면 종전의 다툼 있는 법률관계를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸하고 조정의 내용에 따른 새로운 권리·의무관계가 성립한다. 그러나 조정조서에 인정되는 확정판결과 동일한 효력은 소송물인 법률관계에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계에까지 미치지 않는다. 부동산 소유권이전등기에 관한 조정조서의 기판력은 소송물이었던 이전등기청구권의 존부에만 미치고 부동산의 소유권 자체에까지 미치지 않는다. 따라서 부동산 소유자가 부동산 소유권이전등기에 관한 조정의 당사자로서 조정조서의 기판력으로 말미암아 부동산등기부에 소유명의를 회복할 방법이 없어졌다고 하더라도 소유권이 그에게 없음이 확정된 것은 아니고, 부동산등기부에 소유자로 등기되어 있지 않다고 하여 소유권을 행사하는 것이 전혀 불가능한 것도 아니다. 그러한 소유자는 소유권을 부인하는 조정의 상대방을 비롯하여 제3자에 대하여 다툼의 대상이 된 부동산이 자기의 소유라는 확인을 구할 법률상 이익이 있다."

1141) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다78732 판결; "조정조서에 인정되는 확정판결과 동일한 효력은 소송물인 권리관계의 존부에 관한 판단에만 미친다고 할 것이므로, 소송절차 진행 중에 사건이 조정에 회부되어 조정이 성립한 경우 소송물 이외의 권리관계에도 조정의 효력이 미치려면 특별한 사정이 없는 한 그 권리관계가 조정조항에 특정되거나 조정조서 중 청구의 표시 다음에 부가적으로 기재됨으로써 조정조서의 기재내용에 의하여

조정·화해는 ‘창설적 효력’을 가지는 것이어서 조정·화해가 성립하면 종전의 ‘다툼 있는 법률관계’를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸하고 조정·화해의 내용에 따른 새로운 권리·의무관계가 성립한다.¹¹⁴²⁾

법률행위의 해석 방법에 관한 법리는 조정·화해조항의 해석에 관하여 다툼이 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다.¹¹⁴³⁾

조정·화해의 대상인 권리관계는 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 것이어야 하므로, 성질상 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항을 대상으로 한 조정·화해는 당연히무효이고, 형성소송의 판결과 같은 내용으로 조정·화해를 하더라도 판결을 받은 것과 같은 효력은 생기지 않는다.¹¹⁴⁴⁾ ‘보전처분 절차’에서 이루어진 ‘화해권고결정’은, 당사자가 자유로이

소송물인 권리관계가 되었다고 인정할 수 있어야 한다.”

- 1142) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2019다299058 판결: “제소전 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자 사이의 사법상 화해계약이 그 내용을 이루는 것이면 화해는 창설적 효력을 가져 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸한다. 그러나 제소전 화해의 창설적 효력은 당사자 간에 다투어졌던 권리관계에만 미치는 것이지 당사자가 다툼 사실이 없었던 사항은 물론 화해의 전제로서 서로 양해하고 있는 사항에 관하여는 미치지 않는다. 따라서 제소전 화해가 있다고 하더라도 화해의 대상이 되지 않은 종전의 다른 법률관계까지 소멸하는 것은 아니다.”[갑과 을 등이 점포에 관하여 임대차계약을 체결한 후 갑(임차인)은 임대차기간 만료일에 을 등(임대인)으로부터 임대차보증금을 반환받음과 동시에 점포를 을 등에게 인도한다.”라는 내용의 제소전 화해를 하였는데, 갑이 임대차기간 만료 전 임대차계약의 갱신을 요구한 사안에서, 갑의 계약갱신요구권은 화해 당시 분쟁의 대상으로 삼지 않은 사항으로서 화해의 창설적 효력이 미치지 않고, 갑은 화해조서 작성 이후에도 계약갱신요구권을 행사할 수 있다고 한 사례] ● 민사조정법상의 조정의 경우에도 마찬가지이다(대법원 2019. 4. 25. 선고 2017다21176 판결).

- 1143) 대법원 2019. 4. 25. 선고 2017다21176 판결. 특히 그 다툼의 원인이 된 조정 관련 조항의 불명료나 모순 등을 조정절차를 주재한 법원 스스로 제공한 경우에는 그로 인하여 예상치 못한 불이익을 받게 될 우려가 있는 당사자의 입장과 관점을 충분히 배려하여 합의 당시 상황과 조정에 이르게 된 구체적인 경위 등을 살펴 그 의미와 효력을 판단하여야 한다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2021다291323 판결: “합의내용대로 법원으로부터 조정을 갈음하는 결정이 당사자에게 송달되며 송달받은 날부터 14일 이내에 이의하지 않으면 재판상 화해와 동일한 효력이 생깁니다.”라는 내용과 함께 ‘당사자는 아래 합의내용대로 이행할 것을 약속하고, 그 합의내용에 따른 조정을 갈음하는 결정에 대하여 이의하지 않을 것임을 약속합니다.’는 내용도 기재된 조정기일 합의서에 따른 강제조정결정에 대해 이의한 사안에서, 분쟁의 종국적인 해결에 합의한다는 취지가 아니라 강제적으로 합의하되, 강제조정결정에 대한 고지된 이의신청 기간 내에 충분히 숙려하여 합의 내용을 최종적으로 수용할 것인지에 관한 이의신청권을 당사자에게 유보해 둔 것이라고 한 예).

- 1144) ① 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010다97846 판결: “조정이나 재판상 화해의 대상인 권리관계는 사적 이익에 관한 것으로서, 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 것이어야 하므로, 성질상 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항을 대상으로 한 조정이나 재판상 화해는 허용될 수 없고, 실령 그에 관하여 조정이나 재판상 화해가 성립하였더라도 효력이 없어 당연히무효라고 할 것이다.” ⇨ 조정조서 중 “재심대상판결 및 제1심판결을 각 취소한다.”는 조정조항은 법원의 형성재판의 대상으로서 원고와 소외인이 자유롭게 처분할 수 있는 권리에 관한 것이 아니어서 당연히무효라 할 것이고, 확정된 재심대상판결과 제1심판결이 당연히무효인 위 조정조항에 의하여 취소되었다고 할 수 없다고 한 예. ② 대법원 2022. 6. 7.자 2022그534 결정: “법률관계의 변경·형성을 목적으로 하는 형성의 소는 법률에 명문의 규정이 있어야 제기할 수 있고 그 판결이 확정됨에 따라 효력이 생긴다. 이러한 형성판결의 효력을 개인 사이의 합의로 창설할 수는 없으므로, 형성소송의 판결과 같은 내용으로 재판상 화해를 하더라도 판결을 받은 것과 같은 효력은 생기지 않는다. 이 사건 화해권고결정의 ‘이 사건 집행권원에 기한 강제집행을 불허한다’는 내용은 형성소송인 청구이의의 소 재판의 대상으로서 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 사항이 아니므로, 그 문구 그대로 확정되더라도 이 사건 집행권원에 기한 강제집행을 허가하지 않는 효력은 생기지 않고, 이 사건 집행권원이 확정판결로서 갖는 집행력은 여전히 남아 있다. 따라서 이 사건 화해권고결정 정본은 민사집행법 제49조 제1호에서 정한 ‘강제집행을 허가하지 아니하는 취지를 적은 집행력 있는 재판의 정본’에 해당하지 않는다. … ‘강제집행을 하지 아니한다는 취지를 적은 화해조서의 정본(민사집행법

처분할 수 있는 권리를 대상으로 할 수 있을 뿐 보전처분 신청과 보전처분에 대한 법원의 권한을 대상으로 삼을 수는 없으므로, 그 결정을 가압류·가처분에 대한 법원의 재판이라고 할 수 없고, 본안소송의 대상이 되는 권리에 대한 제소전화해로서 확정판결과 같은 효력을 갖는다.¹¹⁴⁵⁾ 존재심에 의하여 구제받는 것은 별문제로 하고, '확정판결의 당연무효 사유'와 같은 사유가 없는 한, 조정·화해의 내용이 강행법규에 위반된 내용이어서 무효라거나, 조정조항상 의무 불이행을 이유로 해제를 주장하는 것은 허용되지 않고, 선행 화해와 모순되는 내용의 후행 화해로 선행 화해가 당연히 실효·변경되지 않으며, 중복제소금지에 위배된 소에서의 화해가 당연무효라고 할 수도 없다.¹¹⁴⁶⁾

제49조 제6호'에 해당할 여지가 있을 뿐인데, 그 서류를 매각허가결정 후 제출한 경우에는 매수인의 동의가 있어야 집행취소의 효력이 생긴다(민사집행법 제93조).” ④ 대법원 2023. 11. 9. 선고 2023다256577 판결: ○○조합의 원고에 대한 청구이의의 소에서 '원고의 ○○조합에 대한 지급명령정본에 기한 강제집행은 ○○○원을 넘는 범위에 한하여 이를 불허한다.'는 내용의 조정을 갈음하는 결정이 확정된 사안에서, 원심이, 이 사건 배당이의소송의 피고들은 채무자인 ○○조합을 대위하여 원고의 ○○조합에 대한 채권의 존재 및 효력 등을 다투는 것과 실질적으로 다를 바가 없으므로, 위 조정의 기판력이 피고들에게 미친다고 보아, 위 조정이 당연무효이거나 존재심에 의하여 취소되기 전까지 그 효력을 부정할 수 없다는 이유로 피고들이 원고의 ○○조합에 대한 채권의 존부 및 범위에 관하여 다툴 수 없다는 취지로 판단한 데 대하여, 대법원은, “청구이의의 소는 집행권원의 집행력 배제를 목적으로 하는 형성소송으로서 그 판결이 확정되더라도 당해 집행권원의 원인이 된 실제법상 권리관계에 기판력이 미치지 않을 뿐만 아니라, 형성소송인 청구이의의 소에서는 형성판결의 효력을 당사자 사이의 합의로 창설할 수 없으므로, 이 사건 청구이의의 소에서 이 사건 조정이 확정되었다고 확정판결과 동일한 효력인 기판력이 생긴다고 볼 수 없다. 나아가 이 사건 조정의 당사자가 아닌 피고들은 채무자인 ○○조합을 대위하여 원고의 ○○조합에 대한 채권의 존재 및 효력 등을 다투는 것이 아니라, 배당이의소송의 당사자로서 직접 원고의 ○○조합에 대한 채권 자체의 존재를 부인하는 것이므로, 이 사건 조정의 효력이 피고들에게 미친다고 볼 수도 없다. 따라서 피고들은 이 사건 배당이의소송의 당사자로서 이 사건 조정에도 불구하고 독자적으로 원고 채권의 존부 및 범위에 관하여 다툴 수 있다고 보아야 한다.”라고 판단한 예. ① 공유물분할의 소송절차 또는 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 그 합의사항을 조서에 기재함으로써 조정이 성립하였다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 재판에 의한 공유물 분할의 경우와 마찬가지로 그 즉시 공유관계가 소멸하고 각 공유자에게 그 협의에 따른 새로운 법률관계가 창설되는 것은 아니라고 할 것이고, 공유자들이 협의한 바에 따라 토지의 분필절차를 마친 후 각 단독소유로 하기로 한 부분에 관하여 다른 공유자의 공유지분을 이전받아 등기를 마침으로써 비로소 그 부분에 대한 대세적 권리로서의 소유권을 취득하게 된다고 보아야 할 것이다(대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결). ⑤ 친생자관계의 존부확인과 같이 현행 가사소송법상의 가류 가사소송사건에 해당하는 청구는 성질상 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항을 대상으로 하는 것으로, 이에 관하여 조정이나 재판상 화해가 성립되더라도 효력이 있을 수 없다(2006므2757,2764).

1145) 대법원 2022. 9. 29.자 2022마5873 결정: “민사집행법 제28조, 제56조 제5호, 제57조에 의하면 재판상 화해 등 확정판결과 같은 효력을 가진 집행권원에 기초한 강제집행은 집행문이 있는 정본이 있어야 할 수 있다. 한편 가압류·가처분에 대한 재판은 발령과 동시에 집행력이 생기므로 당사자의 승계가 없는 한 집행문 없이 집행할 수 있다(민사집행법 제292조 제1항, 제301조). 보전처분 절차에서 이루어진 화해권고결정은, 당사자 쌍방의 양보를 전제로 당사자에게 화해를 권고하는 것으로서 당사자가 자유로이 처분할 수 있는 권리를 대상으로 할 수 있을 뿐 보전처분 신청과 보전처분에 대한 법원의 권한을 대상으로 삼을 수 없으므로 그 결정을 가압류·가처분에 대한 법원의 재판이라고 할 수 없고, 민사집행법 제23조 제1항, 민사소송법 제220조, 제231조에 따라 확정판결과 같은 효력을 가지므로 가압류·가처분에 대한 재판과 달리 민사집행법 제57조, 제28조에 따라 화해권고결정 정본에 집행문을 받아야 집행할 수 있고, 민사집행법 제292조 제2항, 제301조가 정하는 집행기간의 제한을 받지 않는다.”

1146) ① 대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960 판결: “내용이 강행법규에 위반된다 할지라도 그것은 단지 조정에 하자가 있음에 지나지 아니하여 존재심절차에 의하여 구제받는 것은 별문제로 하고 그 조정조서를 무효라고 주장할 수 없다.” ② 대법원 2012. 4. 12. 선고 2011다109357 판결: “화해조정에서 정한 의무를 이행하지 아니하였음을 이유로 재판상 화해의 해제를 주장하는 것과 같은 화해조서의 취지에 반하는 주장을 할 수 없으

조정·화해의 기판력은 그 당사자가 아닌 제3자에 대하여까지 미치지 않는다.¹¹⁴⁷⁾

이상은, 조정을 갈음하는 결정(조정을 갈음하는 결정에 대하여 그 조서의 정본이 송달된 날부터 2주일 이내에 이의신청¹¹⁴⁸⁾이 없는 등의 경우 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다¹¹⁴⁹⁾,¹¹⁵⁰⁾ 화해권고결정(화해권고결정은 그 조서 또는 결정서의 정본을 송달받은 날부터 2주 이내에 이의신청이 없는 때 등에 해당하면 재판상 화해와 같은 효력을 가진다¹¹⁵¹⁾¹¹⁵²⁾의 경우에도 마찬가지이다.

주관적·예비적 공동소송에서 화해권고결정 등에 대하여 일부 공동소송인이 이의하지 않았다면, 원칙적으로 그 공동소송인에 대한 관계에서는 그 결정이 확정될 수 있으나, 결정에서 분리 확정을 불허하고 있거나, 분리 확정을 허용할 경우 형평에 반하고 민사소송법 제70조¹¹⁵³⁾ 제1항 본문의 입법 취지(이해관계가 상반된 공동소송인들 사이에서의 소송 진행

며, 이러한 이치는 재판상 화해와 동일한 효력이 있는 조정조서에 대하여도 마찬가지라 할 것이다.” ③ 2000다58668: “확정판결의 당연무효 사유와 같은 사유가 없는 한 재심의 소에 의하여만 효력을 다룰 수 있는 것이나, 당사자 일방이 화해조서의 당연무효 사유를 주장하며 기일지정신청을 한 때에는 법원으로서 그 무효사유의 존재 여부를 가리기 위하여 기일을 지정하여 심리를 한 다음 무효사유가 존재한다고 인정되지 아니한 때에는 판결로서 소송종료선언을 하여야 할 것이고, 이러한 이치는 재판상의 화해와 동일한 효력이 있는 조정조서에 대하여도 마찬가지라 할 것” ④ 94다59028: “소외 조합과 소외 1, 2 사이에 판시 제1화해가 성립한 후에 위 조합과 소외 1 사이에 다시 판시 제1화해와 모순 저촉되는 판시 제2화해가 성립하였다 하여도 판시 제1화해가 조서에 기재되어 확정판결과 동일하게 기판력이 발생한 이상 판시 제2화해에 의하여 판시 제1화해가 당연히 실효되거나 변경되고 나아가 판시 제1화해조서의 집행으로 마쳐진 위 소외 1 명의의 판시 소유권이전등기 및 이에 기한 피고들 명의의 판시 각 소유권이전등기가 무효로 된다고 볼 수는 없고, 또한 중복채소금지 원칙에 위배되어 제기된 소에 대한 판결이나 그 소송절차에서 이루어진 화해라도 확정된 경우에는 당연무효라고 할 수는 없는바”

1147) 대법원 2023. 11. 9. 선고 2023다256577 판결(배당이의소송의 피고는 채무자를 대위하지 않고 배당이의소송의 당사자로서 직접 독자적으로 원고의 채권을 다룰 수 있으므로, 원고와 채무자 간 기판력이 피고에게는 미치지 않는다). 원고가 소유자를 대위하여 피고 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 소유자와 피고 간 화해조서의 기판력에 저촉되지만, 원고가 진정한 소유자임을 주장하면서 작절 피고를 상대로 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것은 기판력에 저촉되지 않는다(98다38760).

1148) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2023다225146 판결: “민사소송법 제97조에 의하여 소송대리인에게 준용되는 같은 법 제60조에 의하면 소송대리권의 흠결이 있는 자의 소송행위는 후에 당사자본인이나 보정된 소송대리인이 그 소송행위를 승인하면 행위 시에 소급하여 그 효력을 갖게 되고, 이는 대리권의 흠결이 있는 자가 조정을 갈음하는 결정에 관한 이의신청을 한 후 당사자본인이나 보정된 대리인이 이의신청 행위를 승인한 경우에도 마찬가지이다. … 당초 대리인에게 적법한 이의신청 대리권이 없었다고 하더라도, 이의신청에 대한 각하결정이 확정되기 전 피고의 소송대리인 선임행위 및 그 소송대리인의 행위에 의하여 조정을 갈음하는 결정에 대한 이의신청은 추진된 것으로 볼 수 있다. 결국 이의신청은 행위 시에 소급하여 효력을 갖게 되었고 이 사건 결정은 확정되지 않았으므로, 이 사건 소송이 종료되었다고 볼 수 없다.”

1149) 민사조정법 제30조, 제34조 ①, ④.

1150) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017다200771 판결(‘조정을 갈음하는 결정’의 효력이 ‘소송물 외의 권리관계’에 미치는지 여부는 ‘덕목 엄격하게’ 보아야 한다).

1151) 민사소송법 제231조, 제226조, 제225조.

1152) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2005다42880 판결: “화해권고결정에 대하여 소정의 기간 내에 이의신청이 없으면 그 화해권고결정은 재판상 화해와 같은 효력을 가지고(민사소송법 제231조), 화해권고를 위하여 필요한 경우에는 소송물 아닌 권리 내지 법률관계를 그 대상에 포함시킬 수 있으며, 이 경우 화해권고결정의 효력은 그 내용에 따라 그 결정에 기재된 당사자에게 미친다고 할 것이다. 한편, 재판상의 화해는 창설적 효력을 가지는 것이어서 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸함과 동시에 그 재판상 화해에 따른 새로운 법률관계가 유효하게 형성된다.”

1153) 민사소송법 제70조(예비적·선택적 공동소송에 대한 특별규정) ① 공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동

통일을 목적으로 한다)에 반하는 결과가 초래되는 경우에는, 분리 확정이 허용되지 않고(공동소송인 전원이 분리 확정에 대하여 이의가 없다는 취지로 진술하였더라도 마찬가지이다) 전부 소송으로 복귀하므로, 모든 공동소송인에 관한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고, 그중 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 하는 것은 허용되지 않는다(직권조사사항).¹¹⁵⁴⁾

소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우에는 제67조 내지 제69조를 준용한다. 다만, 청구의 포기·인낙, 화해 및 소의 취하의 경우에는 그러하지 아니하다. ② 제1항의 소송에서는 모든 공동소송인에 관한 청구에 대하여 판결을 하여야 한다.

- 1154) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다224975 판결: “주관적·예비적 공동소송에서 화해권고결정에 대하여 일부 공동소송인이 이의하지 않았다면, 원칙적으로 그 공동소송인에 대한 관계에서는 위 결정이 확정될 수 있다. 다만 화해권고결정에서 분리 확정을 불허하고 있거나, 그렇지 않더라도 그 결정에서 정한 사항이 공동소송인들에게 공동되는 법률관계를 형성함을 전제로 하여 이해관계를 조절하는 경우 등과 같이 결정 사항의 취지에 비추어 볼 때 분리 확정을 허용할 경우 형평에 반하고 또한 이해관계가 상반된 공동소송인들 사이에서의 소송 진행 통일을 목적으로 하는 민사소송법 제70조 제1항 본문의 입법 취지에 반하는 결과가 초래되는 경우에는 분리 확정이 허용되지 않는다. 이는 주관적·예비적 공동소송에서 화해권고결정에 대하여 일부 공동소송인만이 이의신청을 한 후 그 공동소송인 전원이 분리 확정에 대하여는 이의가 없다는 취지로 진술하였더라도 마찬가지이다. … 주관적·예비적 공동소송에서는 모든 공동소송인에 관한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고, 그중 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 하거나, 남겨진 자를 위한 추가판결을 하는 것은 허용되지 않으며, 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 한 경우의 위법은 소송요건에 준하여 직권으로 조사하여야 할 사항에 해당한다. … 주관적·예비적 공동소송에서 그 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청구 부분도 확정이 차단되고, 상소심에 이심되어 심판대상이 되며, 이러한 경우 상소심의 심판대상은 주위적·예비적 공동소송인 및 그 상대방 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 한다.”
- 원고가 사업시행자에 대한 부당이득 반환으로 피고 구와 사를 주위적·예비적 피고로 삼아 청구한데 대하여, 제1심은, 주위적 피고에 대한 청구를 인용하였으나, 주문에서 예비적 피고에 관하여 아무런 판단을 하지 않았고, 이에 대해 주위적 피고만 항소하자, 원심은, 주위적 피고의 항소에 따라 예비적 피고에 대한 청구 부분도 확정이 차단되어 이심되었음을 전제로, ‘예비적 피고가 원고에게 돈을 지급하고, 원고는 주위적 피고에 대한 청구를 포기한다.’는 내용의 화해권고결정을 하였고, 이에 예비적 피고만이 이의신청을 하였을 뿐 원고와 주위적 피고는 이의신청을 하지 아니하자, 원심은 주위적 피고에 대한 청구 부분은 화해권고 결정으로 분리 확정됨에 따라 심판대상이 예비적 피고에 대한 청구 부분으로 한정되었다고 판단하여, 주문에서 주위적 피고에 대한 청구 부분에 대하여 판단하지 않은 채 마치 예비적 피고가 항소한 것처럼 예비적 피고의 원고에 대한 항소를 기각하였으나, 대법원은 직권 판단으로 ‘1) 원고의 주위적·예비적 피고에 대한 청구는 동시에 인용될 수 없는 관계에 있고, 한쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계에 있어서 모든 당사자들 사이에 결론의 합일 확정을 기할 필요가 인정되므로, 비록 제1심판결에서 예비적 피고에 대한 판단을 누락한 위법이 있더라도, 주위적 피고가 항소를 제기한 이상 예비적 피고에 대한 청구 부분도 원심에 이심되어 그 심판대상이 되었다. 2) 위 화해권고결정의 내용은 예비적 피고의 원고에 대한 금원 지급의무를 전제로 원고가 주위적 피고에 대한 청구를 포기한다는 것이어서 주위적·예비적 피고 사이의 권리의무관계가 상호 관련되어 있고, 분리 확정을 허용할 경우 형평에 반할 뿐만 아니라, 이해관계가 상반된 공동소송인들 사이에서의 소송 진행 통일을 목적으로 하는 민사소송법 제70조 제1항 본문의 입법 취지에 반하는 결과가 초래될 수 있으므로, 위 화해권고결정에 대해서는 당사자들의 의사에 관계없이 분리 확정이 허용되지 않는다고 봄이 타당하다. 3) 따라서 위 화해권고결정에 대하여 예비적 피고만이 이의신청을 하였더라도, 위 화해권고결정은 원고와 주위적·예비적 피고에 대하여 전부 확정되지 않고, 이 부분 사건은 소송으로 복귀하므로, 주위적 피고의 항소에 따라 원심에 함께 이심된 예비적 피고에 대한 청구 부분도 여전히 항소심인 원심의 심판대상이 된다. 4) 그런데 원심은 변론을 거쳐 심리한 결과 원고에게 부당이득금반환의무가 인정되는 사업시행자가 예비적 피고라고 판단하였으므로, 원고의 예비적 피고에 대한 청구에 관한 판단을 누락한 위법이 있는 제1심판결을 직권으로 취소하고, 원고의 주위적 피고에 대한 청구를 기각하며, 원고의 예비적 피고에 대한 청구를 인용하였어야 한다.’고 판시한 예.

(10) 기판력과 다른 특수한 효력인 참가적 효력과 환송판결의 기속력

보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행¹¹⁵⁵⁾하였으나 피참가인이 소송에서 ‘패소’ ‘확정판결’¹¹⁵⁶⁾을 받은 경우에는 형평의 원칙상 보조참가인이 피참가인에게 전소 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 구속력을 미치게 하는 ‘참가적 효력’¹¹⁵⁷⁾이 인정된다. 이는 전소 확정판결의 ‘결론의 기초’가 된¹¹⁵⁸⁾ ‘사실상·법률상 판단’¹¹⁵⁹⁾으로서 보조참가인이 피참가인과 ‘공동이익’¹¹⁶⁰⁾으로 주장하거나 다룰 수 있었던 사항에 미친다. 기판력은 직권조사사항이지만, 참가적 효력은 당사자의 주장이 있어야 판단할 수 있는 ‘항변’ 사항이다.¹¹⁶¹⁾ 패소에 대해 피참가인의 단독책임으로 돌릴 사정이 있는 경우에는 참가적 효력이 배제된다.¹¹⁶²⁾

사건을 환송받은 법원¹¹⁶³⁾은 상고법원이 파기의 ‘이유’로 삼은¹¹⁶⁴⁾ ‘사실상’¹¹⁶⁵⁾ 및 법률

- 1155) 소송고지를 받은 사람이 참가하지 않은 경우라도 참가할 수 있었을 때에 참가한 것으로 보기 때문에(민사소송법 제86조, 제77조) 소송고지를 받은 사람에게도 참가적 효력이 미친다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다 268252 판결).
- 1156) 전소가 확정판결이 아닌 화해권고결정(2012다78184), 조정에 갈음하는 결정(2016다221085)에 의하여 종료된 경우에는 확정판결에서와 같은 법원의 사실상, 법률상의 판단이 이루어졌다고 할 수 없으므로 참가적 효력이 인정되지 아니한다.
- 1157) 피참가인과 그 소송상대방 간의 판결의 기판력을 참가인과 피참가인의 상대방과의 사이에까지 미치게 하는 것은 아니다(86다카2289). 민사집행법 제25조(집행력의 주관적 범위) ① 단서(“판결이 그 판결에 표시된 당사자 외의 사람에게 효력이 미치는 때에는 그 사람에 대하여 집행하거나 그 사람을 위하여 집행할 수 있다. 다만, 민사소송법 제71조의 규정에 따른 참가인에 대하여는 그러하지 아니하다.”)도 같은 취지이다.
- 1158) 기판력과 달리, 판결 주문뿐만 아니라, 판결 이유에서의 판단에도 미친다. 그러나 전소 확정판결에 필수적인 요소가 아니어서 그 결론에 영향을 미칠 수 없는 부가적 또는 보충적인 판단이나 방론 등에는 미치지 아니한다(95다42133).
- 1159) 제3자가 고지자를 상대로 제기한 전부금청구소송에서 피고지자가 소송고지를 받고도 위 소송에 참가하지 아니하였지만 고지자가 위 소송에서 제3자로부터 채권압류 및 전부명령을 받기 전에 피고지자에게 채권이 양도되고 확정일자있는 증서에 의하여 양도통지된 사실을 항변으로 제기하지 아니하여 위 소송의 수소법원이 위 채권압류 및 전부명령과 위 채권양도의 효력의 우열에 관하여 아무런 사실인정이나 법률판단을 하지 아니한 채 고지자에게 패소판결을 하였다면 피고지자는 위 소송의 판결결과에 구속받지 아니한다(88다카6358).
- 1160) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2006다60229 판결; 이 사건 약정의 해제에 당부는 원고와 피고의 이해관계가 상반되는 입장인바 원고가 피고의 보조참가인으로 참가하였던 종전의 소송에서 상대방인 소외 회사에 대하여 피고와의 공동이익으로 다룰 수 있었던 사항이 아니라 피참가인인 피고와 다투어야만 할 사항이므로, 원심판결이 종전 소송의 확정판결의 참가적 효력에 반한다고 볼 수도 없다고 한 예. [동일 취지] 85다카2091 판결.
- 1161) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2006다60229 판결; 원고가 종전에 소외 회사의 피고에 대한 소송에서 피고를 보조참가하였으나 그 소송에서 피고가 패소함으로써 그 판결의 참가적 효력을 받는 지위에 있는데도, 이를 고려함이 없이 원고의 이 사건 청구를 인용한 원심판결은 부당하다는 상고이유의 주장은 ‘상고심에 이르러 처음 제기된 주장’으로서 적법한 상고이유가 될 수 없다고 한 예.
- 1162) 민사소송법 제77조(참가인에 대한 재판의 효력) 재판은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하지 아니하면 참가인에게도 그 효력이 미친다. 1. 제76조의 규정에 따라 참가인이 소송행위를 할 수 없거나, 그 소송행위가 효력을 가지지 아니하는 때 2. 피참가인이 참가인의 소송행위를 방해한 때 3. 피참가인이 참가인이 할 수 없는 소송행위를 고의나 과실로 하지 아니한 때
- 1163) 환송판결의 기속력은 환송 후 원심뿐만 아니라 재상고심에도 미치는 것이 원칙이나, 재상고심의 전원합의체에는 미치지 않는다(98두15597 전원합의체 판결). 환송판결 선고 이후 헌법재판소가 환송판결의 기속적 판단의 기초가 된 법률 조항을 위헌으로 선언하여 그 법률 조항의 효력이 상실된 때에는 그 범위에서 환송판결의 기속력은 미치지 않는다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다2049 판결).
- 1164) 환송판결에서 파기이유로 하지 않은 부분에서 부수적으로 지적한 사항에도 미치지 않는다(2005다11954).

상¹¹⁶⁶⁾ 판단'에 기속된다(민사소송법 제436조 제2항).

(11) 기판력의 범위와 중복제소금지·재소금지 범위와의 비교

중복제소금지의 원칙¹¹⁶⁷⁾에서 '소'는 기판력의 경우와 마찬가지로 원칙적으로는 당사자와 소송물이 동일한 소를 말한다(나아가 중복제소금지의 취지가 고려된다¹¹⁶⁸⁾).¹¹⁶⁹⁾

민사소송법 제267조 제2항¹¹⁷⁰⁾의 '본안 중독판결 후 소취하자¹¹⁷¹⁾의 재소금지' 규정에 서 '같은 소'는 반드시 기판력의 범위나 중복제소금지에서 말하는 것과 같은 것은 아니고, 당사자와 소송물이 같더라도 재소금지 규정의 취지에 반하지 않고 소제기를 필요로 하는 '정당한 사정'(권리보호이익)이 있다면 다시 소를 제기할 수 있다(즉, 재소금지 규정의

1165) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다87757 판결: "파기이유로 삼은 사실상의 판단'이란 상고법원이 절차상의 직권조사사항에 관하여 한 사실상의 판단을 말하고 본안에 관한 사실판단을 말하는 것이 아니며, 환송을 받은 법원은 변론을 거쳐 새로운 증거나 보강된 증거에 의하여 본안의 쟁점에 관하여 새로운 사실인정을 할 수 있는 것이므로, 그 심리과정에서 당사자의 주장·입증이 새로이 제출되거나 또는 보강되어 상고법원의 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생긴 때에는 환송판결의 기속력은 미치지 않는다."

1166) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다106136 판결: "'상고법원이 파기이유로 한 법률상의 판단'에는 상고법원이 명시적으로 실시한 법률상의 판단뿐 아니라 명시적으로 실시하지 아니하였더라도 파기이유로 한 부분과 논리적·필연적 관계가 있어서 상고법원이 파기이유의 전제로서 당연히 판단하였다고 볼 수 있는 법률상의 판단도 포함되는 것으로 보아야 한다." ❶ 환송판결이 후행 대물반환예약의 사해행위 요건 구비 여부는 선행 대물반환예약 당시를 기준으로 판단하여야 한다고 하였는데도 환송 후 원심이 위 시점을 기준으로 판단하지 않은 것은 환송판결의 기속력에 반하여 위법하다고 한 사례(2016다261830). ❷ 환송 후 원심이, ①피고들이 승진 전후 실제로 담당하여 수행한 구체적 업무를 비교하지 아니한 채, ②승진 전후 각 직급에서 담당 가능한 다양한 업무들의 평균 업무난이도를 비교하여 그 각 업무의 직무가치가 동등하다고 인정하기에 부족하다고 판단한 것은, 환송판결에서 파기이유로 삼은 ①기준과는 다른 ②기준에 따라 근로의 가치를 판단한 것으로서 환송판결의 기속력에 반한다고 한 예(2023다315391).

1167) 민사소송법 제259조(중복된 소제기의 금지) 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 '소'를 제기하지 못한다.

1168) 중복된 소제기를 금지하는 취지는, 이미 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 다시 소를 제기하는 것은 소송제도의 남용으로서 이를 허용하면 상대방 당사자에게 이중 응소의 부담을 지우고 심리가 중복되어 소송경제에 반하므로 그러한 불합리를 피하고 판결의 모순·저축을 방지하는 데 있다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다202120 전원합의체 판결).

1169) 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017다23066 판결: "당사자와 소송물이 동일한 소송이 시간을 달리하여 제기된 경우 전소가 후소의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되지 않으면 후소는 중복제소금지에 위반하여 제기된 소송으로서 부적법하다." ❶ 집행채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있더라도, 추심채권자는 제3채무자를 상대로 압류된 채권의 이행을 청구하는 추심의 소를 제기할 수 있고, 그 추심의 소는 채무자가 제기한 이행의 소에 대한 관계에서 '중복된 소제기'에 해당하지 않는다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다202120 전원합의체 판결). ❷ 보전처분 신청에 관하여도 중복제소금지 규정이 준용되어 중복신청이 금지된다. 이 경우 중복신청 여부는 후행 보전처분 신청의 심리종결 시를 기준으로 판단하여야 하고, 보전명령에 대한 이의신청이 제기된 경우에는 그 이의소송의 심리종결 시가 기준이 된다(대법원 2018. 10. 4.자 2017마6308 결정). ❸ 중복소송에 해당하는 후소의 본안에 대한 판결이 있은 후 그 후소를 취하한 경우 재소금지원칙에 따라 전소는 부적법 각하된다(67다1042).

1170) 민사소송법 제267조(소취하의 효과) ② 본안에 대한 중독판결이 있은 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다.

1171) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다230229 판결: "화해권고결정에 '원고는 소를 취하하고, 피고는 이에 동의한다.'는 화해조항이 있고, 이러한 화해권고결정에 대하여 양 당사자가 이의하지 않아 확정되었다면, 그 화해권고결정의 확정으로 당사자 사이에 소를 취하한다는 내용의 소송상 합의를 하였다고 볼 수 있다. 따라서 본안에 대한 중독판결이 있은 뒤에 이러한 화해권고결정이 확정되어 소송이 종결된 경우에는 소취하한 경우와 마찬가지로 전소 민사소송법 제267조 제2항의 규정에 따라 같은 소를 제기하지 못한다."

적용을 위해서는 ‘당사자’, ‘소송물’, ‘권리보호이익’의 동일이 필요하다.¹¹⁷²⁾ 소송물이 다르더라도 후소가 전소의 소송물을 선결문제로 하는 경우에는 재소금지원칙이 적용된다.¹¹⁷³⁾ 재소금지의 효과는 동일한 당사자 사이에 같은 소송물에 관하여 다시 소를 제기하지 못하게 하는 것일 뿐 실체상의 권리는 소멸하지 않는다.¹¹⁷⁴⁾

1172) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결; “민사소송법 제267조 제2항은 … 소취하로 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용화되고 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에서 나온 제재적 취지의 규정이다. 여기에서 같은 소는 반드시 기판력의 범위나 중복제소금지에서 말하는 것과 같은 것은 아니고, 당사자와 소송물이 같더라도 이러한 규정의 취지에 반하지 않고 소제기를 필요로 하는 정당한 사정이 있다면 다시 소를 제기할 수 있다.”(추심채권자가 제3채무자를 상대로 추심금 소송을 제기 하였다가 항소심에서 소취하를 한 후, 압류·추심명령을 받은 다른 추심채권자가 추심금 소송을 한 경우, 후소는 권리보호이익을 달리 하여 ‘재소금지’ 원칙에 위반되지 않는다고 한 예) [권리보호이익의 상이로 재소금지 적용을 부정한 예] ① 원고가 피고에게 대여금청구소송(전소)을 제기하여 공시송달에 의한 승소판결을 선고받은 후 대여금채권을 양수한 원고승계참가인이 양수금청구소송(후소)을 제기하여 공시송달에 의한 승소판결을 선고받은 데 대해 피고가 각 추완항소를 제기하였는데, 후소의 항소심법원이 ‘원고승계참가인은 소를 취하하고, 피고는 소취하에 동의한다.’는 화해권고결정을 하였고, 그 결정이 확정되기 전 원고승계참가인이 전소 항소심에서 승계참가신청을 한 사안에서, 화해권고결정의 확정으로 후소가 취하된 것과 같은 효과가 발생하였는데, 이는 원고승계참가인이 피고의 추완항소로 인하여 생긴 소송계속의 중복상태를 해소하고 먼저 소가 제기된 대여금청구소송을 승계하는 방법으로 소송관계를 간명하게 정리한 것일 뿐이므로, 종국판결 선고 후 후소를 취하하는 소송상 합의를 한 동기와 경위에 비추어 보면 승계참가신청이 화해권고결정의 확정으로 종결된 후소와 당사자, 소송물이 동일하더라도 이는 재소금지규정의 취지에 반하지 않고, 승계참가신청을 통해 전소를 승계할 정당한 사정이 있는 등 후소와 권리보호이익이 동일하지 않아 승계참가신청이 재소금지 원칙에 위반된다고 보기 어렵다고 한 사례(대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다230229 판결). ② 토지의 전소유자의 피고를 상대로 한 건물철거 등의 방해배제청구(전소)가 취하된 후 토지를 양수한 원고의 피고를 상대로 한 건물철거 등의 방해배제청구(후소)는 새로운 권리보호의 이익이 있어 재소금지원칙에 위반되는 소에 해당하지 않는다(81다64,65). 부동산 공유자들의 인도청구소송에 대한 제1심판결 선고 후 공유자 중 1인이 자신의 공유지분을 타 공유자에게 양도하고 소를 취하한 경우, 그 공유지분 양수인의 추가된 인도청구는 권리보호이익을 달리하여 재소금지의 원칙에 위배되지 않는다(95다48599, 48605). ③ 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행의 승소판결 후 항소심에서 매매에 따른 토지거래허가신청절차 이행의 소로 변경하여 당초의 소는 취하되었다 하더라도(항소심에서 청구가 교환적으로 변경된 경우에 구 청구는 취하된다-2016다45595), 그 후 토지거래허가를 받고 다시 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것은 취하된 소와 권리보호의 이익이 달라 재소금지원칙이 적용되지 않는다(97다45341). ④ 제1심에서 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제4조, 제5조에 기하여 침해금지청구와 2004. 1. 1.부터 2007. 6. 30.까지의 부정경쟁행위로 인한 손해배상청구를 하였다가 패소한 후 항소심에서 위 청구를 철회하고 상표법 제65조, 제67조에 기한 침해금지청구 및 손해배상청구를 하는 것으로 청구원인을 변경하는 준비서면을 제출한 자가, 다시 위 법률 제4조, 제5조에 기하여 2004. 1. 1.부터 2008. 3. 3.까지의 부정경쟁행위로 인한 침해금지청구 및 손해배상청구를 추가하는 준비서면을 제출한 사안에서, 항소심에서 추가한 2007. 7. 1.부터 2008. 3. 3.까지의 청구는 제1심 변론종결 이후에도 계속하여 부정경쟁행위를 하고 있음을 전제로 그 침해행위의 금지를 청구함과 아울러 제1심에서 청구하지 않았던 기간에 해당하는 손해배상청구를 한 것이므로 제1심에서 청구하였던 침해금지청구 및 손해배상청구와 소송물이 동일하다고 보기 어렵고 다시 청구할 필요도 있어, 그 청구의 추가가 재소금지의 원칙에 저촉되지 않는다(2009다22037). ⑤ 종국판결 후 소를 취하하였다가 피고가 그 소 취하의 전제조건인 약정을 위반하여 약정이 해제 또는 실효되는 사정변경이 생겼음을 이유로 다시 동일한 소를 제기하는 것은 재소금지의 원칙에 위배되지 않는다(2000다46399).

1173) 전소인 면직처분무효확인인 소가 후소인 본봉, 상여금, 수당, 퇴직금 등 상당 손해에 대한 배상 및 부당이득반환 청구의 선결적인 법률관계를 이루고 있다 하여 후소가 재소금지의 효과를 받는 부적법한 소라고 한 예(88다가18023).

1174) 대법원 2023. 1. 12. 선고 2022다266874 판결; 갑이 을 앞으로 마쳐준 부동산 소유권이전등기가 명의신탁에 의한 것으로 무효라고 주장하면서 을을 상대로 소유권이전등기말소청구의 소를 제기하여 1, 2심 모두 승소하였으나 상고심 계속 중 소를 취하하였는데, 그 후 재차 을을 상대로 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다가 부동산 가액 상당 손해배상을 구하는 것으로 청구를 변경한 사안에서, 부동산 교환가치 전액이

마) 본안에 관한 항변

피고는, ① ‘원고 명의 소유권 등기의 법률상 추정력을 복멸’하는 ‘원고 명의 등기의 원인무효 사실’,¹¹⁷⁵⁾ ② ‘원고의 후발적 소유권 상실 사실’¹¹⁷⁶⁾을 항변으로 주장할 수 있다.

피고는 ③ 원고가 주장하는 피고 명의 등기의 ‘원인 무효 사실과 양립하는 별개의 사유’를 들어 등기원인의 유효를 항변으로 주장할 수 있다. 예컨대, 착오에 의한 의사표시를 무효사유로 주장하는 경우 착오한 표의자의 중대한 과실의 항변, 무권대리인 또는 무권리자에 의한 처분을 무효사유로 주장하는 경우 추인의 항변, 신의칙 위반¹¹⁷⁷⁾ 항변(신

갑의 손해가 되려면 을의 행위 때문에 부동산이 멸실되거나 갑이 소유권을 잃는 등의 결과가 사회통념상 현실적으로 발생해야 하는데, 양자 간 등기명의신탁의 경우 명의신탁 약정과 그에 터 잡은 등기가 무효이므로, 갑이 부동산 소유권을 여전히 보유하고 있는 이상 을 앞으로 마친 소유권이전등기로 인하여 어떠한 손해를 입게 되는 것은 아니며, 갑이 종전 소송을 취하함에 따라 원인무효인 을 명의의 소유권이전등기의 말소를 소송을 통해 강제할 수 없을 뿐 부동산 소유권은 계속 갑에게 남아 있고, 을이 부동산을 제3자에게 처분할 경우에 비로소 갑이 소유권을 상실하게 되는데도, 이와 달리 을이 원인무효인 소유권이전등기의 말소를 거부하고 있을 뿐인데도 갑의 소유권이 침해되어 부동산 가액 상당 손해가 발생했다고 보아 그 금액의 배상을 명한 원심을 파기한 사례.

1175) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다11281 판결, 대법원 2005. 9. 28. 선고 2004다50044 판결(“원고 명의의 소유권이전등기가 원인무효라는 피고들의 항변을 받아들여 원고가 위 제1부동산의 적법한 소유자가 아님을 이유로 원고의 말소등기청구를 배척한 것은 정당하고, … 주장과 부인 등에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”).

1176) 대법원 2019. 7. 10. 선고 2015다249352 판결, 대법원 1995. 3. 3. 선고 94다7348 판결.

1177) ○ 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019다277157 판결: 원고 의료법인의 기본재산인 토지에 피고 지방자치단체가 건물을 신축하였고 원고는 피고에게 지상권설정등기를 해 주었는데, 원고가 피고와 위탁경영 계약을 체결한 다음 위 건물에서 약 35년간 계속하여 병원을 운영하다가, 위 지상권설정등기가 의료법에서 정한 시·도지사의 허가 없는 상태에서 이루어진 것으로서 무효라고 주장하며 그 말소를 구한 사안에서, 위 말소청구는 자신의 의무이행을 통해 지상권설정등기에 따른 부담을 용인해야 하는 지위에 있는 원고가 오히려 의무이행을 하지 않은 것을 기화로 권리가 될 피고를 상대로 그 말소를 청구하는 것인 점, 원고가 위탁경영 계약을 통해 위 건물에서 병원을 계속해서 운영하기 위해서는 지상권설정등기가 필요하므로 위 지상권설정등기는 원고의 설립 목적에 부합하고, 원고의 재산을 부당하게 감소시키는 것을 방지하려는 의료법 규정의 취지와 입법 목적에도 어긋나지 않는 점, 원고는 지상권설정등기를 한 후 위탁경영 계약에 따라 위 건물에서 병원을 운영하다가 존속 기간이 만료될 무렵 스스로 존속기간을 변경하는 지상권변경의 부기등기를 하였고, 그 후에도 아무런 이의제기 없이 위탁경영 계약에 따라 병원을 계속해서 운영하였던 점에 비추어, 위 말소청구는 신의성실의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다고 본 원심판단은 강행규정에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용할 만한 특별한 사정이 있다고 판단한 것으로서 정당하다고 한 사례. [동일 판시] 사업영위 실적이 없다는 이유로 직권으로 폐업조치되고 법인설립허가가 취소되었으며 파산선고까지 받은 의료법인이 그 사용 부동산에 관한 강제경매절차에서 기본재산 처분에 관하여 주무관청으로부터 허가를 받아 주어야 할 입장에 있음에도 불구하고 그 부동산을 낙찰받아 운영해 오고 있는 의료법인에 대하여 위 부동산에 관한 소유권이전등기가 주무관청의 허가 없이 이루어진 것이라는 이유로 그 말소를 구하는 것은 신의칙에 위배된다고 한 사례(2003다63937). ○ 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다31193 판결: “무효인 공정증서에 기한 경매임을 이유로 경매절차가 무효라고 주장하여 그 경매 목적물에 관한 소유권이전등기의 말소를 청구하는 경우에 그 말소 주장이 금반언의 원칙 및 신의칙에 위반되는 것이어서 허용될 수 없다고 하려면, 무효인 공정증서에 집행채무자로 표시된 자가 그 공정증서를 채무명의로 한 경매절차가 진행되고 있는 동안에 공정증서의 무효를 주장하여 경매절차를 저지할 수 있었음에도 불구하고 그러한 주장을 일체 하지 않고 이를 방치하였을 뿐만 아니라, 오히려 공정증서가 유효임을 전제로 변제를 주장하여 경락허가결정 등에 대한 항고절차를 취하고 경락허가결정 확정 후에 경락대금까지 받았든지, 배당기일에 자신의 배당금을 이의 없이 수령하고 경락인으로 부터 이사비용을 받고 부동산을 인의로 명도하였든지 하여, 경락인에 대하여 객관적으로 그 공정증서가 유효하다는 신뢰를 부여하는 경우라야 할 것이다.” ⇨ 집행채

의칙 위반 여부를 직권조사사항으로 보는 주류적 판례에 의하면 기록상 신의칙 위반 사실이 드러나 있으면 직권으로 살펴 말소등기청구를 배척하여야 한다¹¹⁷⁸⁾ 등을 들 수 있는데, 그 개개 무효 사유에 관한 주장·증명책임의 일반적인 분배원칙에 따라 청구원인, 항변, 재항변의 구조를 파악해 주장·증명하면 된다.

피고 명의 등기가 원인 무효로 된 경우, ④ ‘실체적 권리관계에 부합’한다는 항변을 할 수도 있다.

바) 등기상 이해관계 있는 제3자에 대한 승낙청구

등기의 말소를 신청하는 경우에 그 말소에 대하여 등기상 이해관계 있는 제3자가 있을 때에는 제3자의 승낙이 있어야 한다(그에 따라 등기를 말소할 때에는 등기상 이해관계 있는 제3자 명의의 등기는 등기관이 직권으로 말소한다. 부동산등기법 제57조).

부동산의 소유자가 그 권리 취득 명의자를 상대로 한 말소등기청구와 그 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 한 승낙의 의사표시 청구는 당사자와 소송물을 달리한다.¹¹⁷⁹⁾

‘등기상 이해관계 있는 제3자’란 말소등기를 함으로써 손해를 입을 우려가 있는 등기상의 권리자로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 등기부 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 자이고(피고적격·소송요건, ‘말소회복등기에 대한 승낙청구’ 부분 참조), 그 제3자가 승낙 의무를 부담하는지 여부(본안판단사항)는 그 제3자가 말소등기권리자에 대한 관계에서 그 승낙을 하여야 할 실체법상의 의무가 있는지 여부에 의하여 결정된다.^{1180) 1181)}

권자를 상대로 청구이익의 소를 제기하고 강제집행접지결정을 받았음에도 이를 집행법원에 제출하지 아니하였다는 사실만으로는 공정증서가 유효라는 신뢰를 경락인에게 보인 것이라 할 수 없다는 이유로 경매목적물에 대한 소유권이전등기의 말소를 구하는 것이 금반언의 원칙·신의칙에 위반되지 않는다고 한 사례.

1178) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2013다88829 판결: “신의성실의 원칙 위반 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다. … 토지에 관한 재산인수의 효력이 무효라는 원고의 주장이 신의성실의 원칙에 위배되는지 살피지 아니하고, 그 무효라는 이유만으로 피고 회사 앞으로 마친 그 소유권이전등기의 말소를 명한 원심의 판단에는 신의성실의 원칙에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.”

1179) 따라서 소유자의 채권자가 이미 채권자대위권을 행사하는 방법으로 권리취득명의자를 상대로 말소등기청구의 소를 제기하여 승소 확정판결을 받음으로써 그 기판력이 소유자나 그의 다른 채권자에게까지 미친다 하더라도, 소유자나 다른 채권자로서는 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 승낙의 의사표시를 청구할 수 있고, 이는 그 제3자가 이미 전소에서 승소 확정판결을 받은 채권자라 하여 달리 볼 것이 아니다(2008다25510).

1180) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다25510 판결: 피고는 1심 공동피고 1 명으로 소유권보존등기가 경료되어 있는 건물에 관하여 그 원시취득자인 2심 공동피고를 대위하여 그의 1심 공동피고 1에 대한 소유권보존등기말소청구권을 피보전권리로 삼아 처분금지가처분을 신청하여 그 가처분등기를 경료한 자로서, 위 소유권보존등기가 말소됨으로 인하여 손해를 입을 우려가 있다는 것이 등기부 기재에 의하여 형식적으로 인정되므로 위 소유권보존등기의 말소에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자에 해당하고, 또한 1심 공동피고 1 명의의 위 소유권보존등기는 원인 없이 경료된 무효의 등기임을 알 수 있으므로, 피고는 위 소유권보존등기의 말소에 대하여 승낙할 실체법상의 의무를 진다고 하는 한편, “원인 무효의 소유권보존등기가 경료되어 있는 부동산에 관하여 그 소유자의 등기말소청구권을 보전하기 위하여 소유자의 채권자의 대위신청에 따라 처분금지가처분등기가 경료되고, 이어 다른 채권자의 대위신청에 따라 위 부동산에 관하여 또 다시 처분금지가처분등기가 경료된 후, 선행 가처분 채권자가 그 본안소송에서 승소의 확정판결을 받아 이에 기하여 위 소유권보존등기의 말소 등기를 신청하는 경우 후행 가처분등기는 선행 가처분 채권자의 피보전권리 실현의 등기를 함에 따라 사건이

소유자가 원인무효인 소유권이전등기의 말소와 함께 가압류등기 등의 말소를 구하는 경우, 원고 청구의 취지는 소유권이전등기의 말소에 대한 승낙을 구하는 것으로 해석할 여지가 있다.^{1182) 1183)}

부동산 처분금지가처분권자인 종전 소유자가 소유권이전등기의 말소를 구하는 외에 별도로 가압류등기권자 등에 대하여 승낙의 의사표시를 구할 소의 이익은 없다.¹¹⁸⁴⁾

사) 의사의 진술을 명하는 판결을 구하는 소

소유권이전등기절차 이행 청구나 말소등기절차 이행 청구, 말소등기 회복등기절차 이행 청구, 저당권 설정등기절차 이행 청구 등 '등기절차의 이행을 구하는 소'는 등기에 관한 '의사의 진술을 명하는 판결'을 구하는 소에 해당한다.¹¹⁸⁵⁾

등기할 것이 아닌 때에 해당하게 되어 등기공무원에 의하여 직권으로 말소될 대상이기는 하지만, 그렇다고 하여 후행 가치분 채권자가 소유자를 대위하여 선행 가치분 채권자를 상대로 소유권보존등기의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 구할 수 없는 것은 아니다."라고 한 예.

1181) ○ 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결: "근저당권이 있는 채권이 가압류되는 경우, 근저당권설정등기에 부기등기의 방법으로 그 피담보채권의 가압류사실을 기입등기하는 목적은 근저당권의 피담보채권이 가압류되면 담보물권의 수반성에 의하여 종된 권리인 근저당권에도 가압류의 효력이 미치게 되어 피담보채권의 가압류를 공시하기 위한 것이므로, 만일 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는다면 그 가압류명령은 무효라고 할 것이고, 근저당권을 말소하는 경우에 가압류권자는 등기상 이해관계 있는 제3자로서 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 하여야 할 의무가 있다."

○ 대법원 1999. 2. 5. 선고 97다33997 판결: 전세권설정자(원고)와 전세권자 사이에 전세권설정계약이 합의 해지되고 전세금반환채권이 제3자에게 양도되었으며 원고가 전세권 목적물을 명도까지 받았다면, 전세권설정등기가 말소되지 않고 있는 사이에 전세권을 가압류한 자(피고)는 원고가 전세권설정등기의 말소를 신청하는 경우 등기상 이해관계 있는 제3자로서 이를 승낙하여야 할 의무가 있다고 한 예.

1182) 대법원 1998. 11. 27. 선고 97다41103 판결: 원심이, 위와 같은 소송형태를 취한 사건에서 가압류채권자인 피고에 대한 소를 부적법한 것이라 하여 각하한 것에는 법리오해나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 한 예.

1183) ◎ 가압류등기 말소 청구의 적법 여부(×)

부동산에 대한 가압류등기가 무효인 경우, 부동산 소유자가 가압류채권자를 상대로 그 가압류등기의 말소등기를 청구할 수 있는지에 관하여, 긍정설을 취한 것(87다카2136)도 있으나, '가처분등기 자체의 말소를 소구할 수 없다'고 한 75다1923, 1924 판결과 위 97다41103 판결, '등기가 등기관에 의한 등기 또는 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 등기관에 의한 등기 또는 법원의 촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 그와 같은 등기의 회복등기절차의 이행을 소구할 이익은 없다'는 판례들을 합쳐보면, 부정설로 사실상 판례 변경된 것으로 볼 것이다. '채납처분에 의한 압류 등기'에 대해서는 그 말소등기를 소구할 수 있다는 것이 일관된 판례이다(90다8657 등).

1184) 가처분권리자가 소유권이전등기 말소의 본안사건에서 승소하여 그 확정판결 정본을 첨부하여 소유권이전등기 말소등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 경료된 가등기, 소유권 이외의 권리에 관한 등기, 가압류등기, 국세채납에 의한 압류등기, 경매신청등기와 처분금지가처분등기 등 '가처분등기 이후에 된 등기로서 가처분채권자의 권리를 침해하는 등기'의 말소를 단독으로 신청할 수 있다(부동산등기법 제94조).

1185) ◎ 등기에 관한 의사의 진술을 명하는 판결

등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기관리자와 등기의무자의 공동신청에 의하나, 등기절차의 이행을 명하는 판결에 의한 등기는 승소한 등기관리자 또는 등기의무자의 단독신청으로 가능한다(부동산등기법 제23조 ①, ④). 이 경우 판결은 피고의 등기신청 의사의 진술(등기관에 대한 등기신청행위)에 갈음한 것이다. 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있는데, 그 채무가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자의 의사표시에 갈음할 재판을 청구할 수 있고(민법 제389조 ①, ②), 의사의 진술을 명한 판결이 확정된 때에는 그 판결로 의사를 진술한 것으로 보며, 반대이행이 이행된 뒤에 의사를 진술할 것인 경우(선이행 또는 상환이행 판결)에는 집행문을 내어 준 때에 의사 진술의 간주 효과가

‘의사의 진술을 명하는 판결’은 확정과 동시에 그러한 의사를 진술한 것으로 간주되므로, 의사의 진술이 간주됨으로써 어떤 법적 효과를 가지는 경우에는 소로써 구할 이익이 있지만, 그러한 의사의 진술이 있더라도 아무런 법적 효과가 발생하지 아니할 경우에는 소로써 청구할 법률상 이익이 없다.¹¹⁸⁶⁾

아) 말소등기청구권 보전을 위한 처분금지가처분

등기부상 불실등기가 존재하는 경우에 소유자는 그 불실등기 명의인을 상대로 소유권에 기한 말소등기청구권 보전을 위한 처분금지가처분을 할 수 있다.¹¹⁸⁷⁾

생긴다(민사집행법 제263조 ①, ②). 의사표시 간주의 효과가 생기면, 더 이상의 강제집행절차가 불필요하고 존재하지 않는다. 따라서 가집행의 선고를 붙이지 아니하고, 강제집행 정지가 인정될 여지가 없으며, 집행력 배제를 위한 청구이익의 소도 인정되지 않는다(95다37568 판결 등). 의사표시 간주의 효과가 생긴 후에 등기 권리자의 지위가 승계된 경우에는, 부동산등기법의 규정에 따라 등기절차를 이행할 수 있을 뿐이고, 원칙적으로 승계집행문이 부여될 수 없다(대법원 2017. 12. 28.자 2017그100 결정).

1186) 대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다200552 판결.

◎ 의사의 진술을 구하는 소의 이익을 긍정한 예: ① 대법원 2014. 11. 27. 선고 2014다206075 판결: “건축물 대장에 건축물 대지로 잘못 기재된 지번의 토지 소유자라고 주장하는 자가 그 지번의 정정신청을 거부하는 건축물 소유자를 상대로 건축물대장 지번의 정정을 신청하라는 의사의 진술을 구하는 소는 그 토지 소유권의 방해배제를 위한 유효하고도 적절한 수단으로서 소의 이익이 있다.” ② 대법원 2022. 1. 27. 선고 2018다259565 판결: 제3자를 위한 계약에서 수익자뿐만 아니라 요약자도 낙약자에게 수익자 앞으로 공증위생관리법상 영업자지위 승계신고절차를 이행할 것을 구할 소의 이익이 있다고 한 사례. ③ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다12453 판결: “재단법인의 기본재산에 대하여 집합건물법상의 매도청구가 있는 경우에는 그 기본재산에 대한 매매계약의 성립뿐만 아니라 기본재산의 변경을 내용으로 하는 재단법인의 정관의 변경까지 강제되는 것으로 봄이 상당하다. 그 결과 재단법인은 매도청구의 대상이 된 기본재산의 처분과 관련하여 상대방에 대하여 정관의 변경허가를 주무관청에 신청할 의무를 부담하게 되므로, 재단법인이 위 의무를 이행하지 않는 경우 상대방은 민법 제389조 제2항에 의하여 그 허가신청의 의사표시에 갈음하는 재판을 청구할 수 있다.” [동일 취지] 2010다52072

◎ 의사의 진술을 구하는 소의 이익을 부정한 예: ① 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015다247325 판결: 원고가 자신의 토지 위에 신축한 건물의 급수공사를 위하여 관할 지방자치단체에 급수공사 시행을 신청하였는데, 지방자치단체가 수도급수 조례 등에 근거하여 급수공사 시 경유하여야 하는 피고 소유 토지의 사용승낙서 제출을 요구하며 신청을 반려하자, 원고가 민법 제218조의 수도 등 시설권을 근거로 피고를 상대로 ‘피고 소유 토지 중 수도 등 시설공사에 필요한 토지 사용을 승낙한다’는 진술을 구하는 소를 제기한 사안. ② 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다74277 판결: 유언집행자가 자필 유언증서상 유언자의 자서와 날인의 진정성을 다투는 상속인들에 대하여 ‘유언 내용에 따른 등기신청에 이의가 없다’는 진술을 구하는 소.

1187) 대법원 2008. 7. 11.자 2008마615 결정. 가처분채권자가 본안 승소 확정판결 정본을 첨부하여 소유권이전등기말소등기를 신청하는 경우, 가처분등기 이후에 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료되어 있을 때에는 위 소유권이전등기 말소등기신청과 동시에 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소도 단독으로 신청하여 가처분등기 이후의 소유권이전등기를 말소하고 가처분에 기한 소유권이전등기 말소등기를 하며, 가처분등기는 직권으로 말소한다(등기예규 제1690호).