

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2016다225353 공유물분할등
원고, 상고인 원고
소송대리인 법무법인 서하
담당변호사 조동용 외 3인
피고, 피상고인 피고
원 심 판 결 춘천지방법원 강릉지원 2016. 5. 3. 선고 2015나5153 판결
판 결 선 고 2017. 2. 21.

주 문

원심판결의 소유권확인청구 부분 중 500평에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을
춘천지방법원 강릉지원 합의부에 환송한다.

나머지 상고를 기각한다.

이 유

1. 청구병합의 형태와 이 법원의 심판대상에 관한 직권 판단

가. 예비적 청구는 주위적 청구와 서로 양립할 수 없는 관계에 있어야 하므로, 주위

적 청구와 동일한 목적물에 관하여 동일한 청구원인을 내용으로 하면서 주위적 청구를 양적이나 질적으로 일부 감축하여 하는 청구는 주위적 청구에 흡수되는 것일 뿐 소송상의 예비적 청구라고 할 수 없다(대법원 1991. 5. 28. 선고 90누1120 판결, 대법원 1999. 4. 23. 선고 98다61463 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유와 기록에 나타난 이 사건의 소송관계는 다음과 같다.

(1) 원고는 원심 제5차 변론기일에서 '주위적으로 ① 원심판결 별지 감정도(이하 '이 사건 감정도'라고 한다) 표시 'ㄷ', 'ㄹ' 부분 토지에 대한 소유권확인청구, ② 위 부분 토지에 대한 인도청구, ③ 위 부분 토지 중 일부에 위치한 울타리에 대한 철거청구를 하고, 예비적으로 ④ 속초시 (이하 생략) 토지에 관한 지적도 내에 위치하는 토지 중 500평에 대한 소유권확인청구, ⑤ 위 지적도 등의 정정신청에 대한 승낙 의사의 진술 청구를 한다.'는 취지의 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 진술하였다.

(2) 원심은 위 ①, ②, ③의 청구가 주위적 청구이고, 위 ④, ⑤의 청구가 이에 대한 예비적 청구에 해당함을 전제로 주위적 청구를 모두 기각하고 예비적 청구에 관한 소를 모두 각하하는 원심판결을 하였고, 원고는 원심판결 중 위 ④, ⑤의 청구 부분에 대하여 상고로써 불복하고 있다.

(3) 그런데 위 ①, ②, ③의 청구는 원심판결 별지 목록 제2항, 제3항 기재 각 토지(이하 '이 사건 제2 토지', '이 사건 제3 토지'라고 한다)가 원고의 소유이고, 그것이 이 사건 감정도 표시 'ㄷ', 'ㄹ' 부분에 위치하고 있다는 것을 청구원인으로 한다.

(4) 그리고 위 ④, ⑤의 청구는, 이 사건 제2, 제3 토지의 등기기록상 면적이 합계 500평(약 1,652㎡)으로 위 'ㄷ', 'ㄹ' 부분의 면적 합계 1,792㎡와 일치하지 않는 점을 고려하여, 위 'ㄷ', 'ㄹ' 부분 토지 중 500평이 원고 소유의 이 사건 제2, 제3 토지라는

취지에서 제기된 것이다(이 사건 감정도는 속초시 (이하 생략) 토지에 관한 지적도를 기준으로 측량감정한 도면으로서, 그 지적도 내에 위치하는 토지란 이 사건 감정도 표시 'ㄱ', 'ㄴ', 'ㄷ', 'ㄹ' 부분을 의미한다).

다. 위와 같은 소송관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 우선 위 ④의 소유권확인청구는 위 ①의 소유권확인청구와 동일한 목적물에 관하여 동일한 청구원인을 내용으로 하면서 다만 그 양적 일부를 감축한 것에 지나지 아니하여 위 ①의 소유권확인청구에 흡수되는 것일 뿐 소송상의 예비적 청구라고 할 수 없고, 따라서 이 부분에 대한 상고는 결국 원심판결의 위 ①의 소유권확인청구 부분 중 500평에 대한 부분을 불복대상으로 하는 것이라고 보아야 한다.

그리고 위 ⑤의 승낙 의사의 진술 청구는 위 ①의 소유권확인청구 등과 서로 양립할 수 없는 관계에 있지 아니하므로, 이에 단순병합된 것일 뿐 예비적으로 병합된 것으로 볼 수 없다.

따라서 이 법원의 심판대상은 원심판결의 위 ①의 소유권확인청구 부분 중 500평에 대한 부분과 이와 단순병합된 위 ⑤의 승낙 의사의 진술 청구 부분에 한정된다고 할 것이다.

2. 상고이유에 관한 판단

가. 소유권확인청구 부분

(1) 어느 토지에 관하여 소유권이전등기가 마쳐져 있다면 그 토지의 지적공부가 현재 소관청에 비치되어 있지 않은 경우 등에도 위 소유권이전등기 당시에는 그 지적공부가 비치되어 있었다고 보는 것이 타당하고, 또한 토지를 분할하기 위해서는 우선 지적도상에 그 분할될 토지 부분을 분할하고 새로이 토지대장에 등록을 하여야 하므로,

특별한 사정이 없는 한 그 분할된 토지에 대한 토지대장과 지적도도 존재하고 있었다고 보는 것이 타당하다(대법원 1995. 4. 28. 선고 94다23524 판결, 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다14794 판결 등 참조). 이는 소유권이전등기가 마쳐져 있던 등기기록이 멸실된 후 멸실회복등기가 마쳐져 있는 경우에도 마찬가지로 보아야 한다(대법원 1997. 9. 9. 선고 95다47664 판결 등 참조).

한편 1필지의 토지가 여러 필지로 분할되어 지적공부에 등록되었다가 그 지적공부가 모두 멸실된 후 지적공부 소관청이 멸실된 지적공부를 복구하면서 종전의 분할된 여러 필지의 토지로 복구하지 못하고 분할 전의 1필지의 토지로만 복구한 경우에도, 종전의 분할된 각 토지의 소유자는 지적공부가 복구된 분할 전 1필지의 토지 중 그 소유인 종전의 분할된 토지의 경계를 지적공부상으로 분할할 수 있을 정도로 특정하여, 분할 전 1필지의 토지의 일부분에 대해 소유권확인 또는 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송을 제기하는 등으로 소유권을 주장·행사할 수 있다(대법원 2002. 9. 24. 선고 2001다20103 판결 등 참조).

(2) 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

(가) 원심판결 별지 목록 제1항 기재 토지(이하 '이 사건 제1 토지'라고 한다)와 이 사건 제2, 제3 토지에 관하여 별개의 등기기록이 존재하고, 그 중 ① 이 사건 제1 토지에 관한 등기기록에는 면적이 '500평'이고, '1956. 7. 9. 접수 제15272호로 소외 1 명의의 회복에 의한 이전등기'가 마쳐진 것으로 되어 있으며, ② 이 사건 제2 토지에 관한 등기기록에는 면적이 '400평'이고, '1956. 7. 9. 접수 제15278호로 소외 2 명의의 회복에 의한 이전등기'가 마쳐진 것으로 되어 있으며, ③ 이 사건 제3 토지에 관한 등기

기록에는 면적이 '100평'이고, '1956. 7. 9. 접수 제15255호로 소외 3 명의의 회복에 의한 이전등기가 마쳐졌다가, '1965. 3. 24. 접수 제3951호로 1953. 1. 5. 매매를 원인으로 한 소외 2 명의의 소유권이전등기'가 마쳐진 것으로 되어 있다.

(나) 한편 속초시 일대는 1945. 8. 24.경부터 북한의 치하에 있었고, 6·25 전란을 겪으면서 등기기록과 지적공부 등이 전부 멸실되었다. 그 후 복구되어 현재 소관청에 보관되어 있는 지적도에는 속초시 (이하 생략) 전 3,511㎡(1,062평)이 존재할 뿐, 이 사건 제2, 제3 토지는 존재하지 않는 것으로 되어 있고, 토지대장도 1977. 9. 1. 속초시 (이하 생략) 전 3,511㎡(1,062평)에 관한 구 토지대장이 작성된 이래 이에 관한 토지대장만 존재할 뿐 이 사건 제2, 제3 토지에 관한 토지대장은 존재하지 아니한다.

(다) 원고는 1981. 7. 28. 사망한 위 소외 2의 유일한 상속인이고, 피고는 춘천지방법원 속초지원 2001타경5482호 부동산강제경매절차를 통하여 2002. 6. 14. 이 사건 제1 토지를 매수하여 2002. 7. 8. 그 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

(3) 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 특별한 사정이 없는 한 속초시 (이하 생략) 토지는 등기기록과 지적공부 등의 멸실 전에 이미 이 사건 제1, 제2, 제3 토지로 분할되어 지적공부에 등록되고 등기되어 3필지의 토지로 나뉘어 존재하였는데, 그 후 지적공부 소관청이 멸실된 지적도를 복구하는 과정에서 분할된 이 사건 제1, 제2, 제3 토지로 복구하지 못하고 분할 전의 속초시 (이하 생략) 토지로만 복구하였다고 보는 것이 타당하다.

따라서 위와 같은 복구된 지적도와 토지대장의 기재에도 불구하고, 이 사건 제2, 제3 토지는 이 사건 제1 토지와 독립하여 별개로 소유권의 객체가 되고, 그 소유권은 등기 명의인인 위 소외 2로부터 원고에게 상속되었다고 할 것이어서, 원고로서는 속초시

(이하 생략) 토지에서 분할된 이 사건 제2, 제3 토지의 경계를 지적도상으로 분할할 수 있을 정도로 특정하여 그 소유권을 주장·행사할 수 있다고 보아야 한다.

그런데 제1심 및 원심에서의 측량감정축탁에 의해 측정된 위 'ㄷ', 'ㄹ' 부분 등의 면적과 등기기록에 기재된 이 사건 제1, 제2, 제3 토지의 면적 간의 관계, 위 측량감정축탁 결과에서 특정된 경계와 현실의 경계 상황, 제1심 증인 소외 4의 증언 등을 고려할 때, 이 사건 제2, 제3 토지는 이 사건 감정도 표시 'ㄷ', 'ㄹ' 부분 내에 존재하는 것으로 보이므로, 원심으로서도 현장검증이나 인근 주민에 대한 증인신문, 감정보완축탁 등을 추가로 실시하여 이 사건 제2, 제3 토지가 이 사건 감정도 표시 'ㄷ', 'ㄹ' 부분 중 구체적으로 어느 부분에 위치하는지를 확정함으로써 이 사건 제2, 제3 토지를 지적도상에 특정하기 위한 심리를 하였어야 한다.

그런데도 원심은 속초시 (이하 생략) 토지가 이 사건 제1, 제2, 제3 토지로 나뉘어 존재하였다고 단정하기 어렵다는 등의 이유만으로 원고의 이 부분 청구를 배척하였으니, 이러한 원심판결에는 멸실회복등기의 추정력과 토지의 특정 여부 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 승낙 의사의 진술 청구 부분

(1) 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률(이하 '공간정보법'이라 한다) 제84조 제1항은 '토지소유자는 지적공부의 등록사항에 잘못이 있음을 발견하면 지적소관청에 그 정정을 신청할 수 있다.'고 규정하고, 제3항은 '제1항에 따른 정정으로 인접 토지의 경계가 변경되는 경우 인접 토지소유자의 승낙서나 인접 토지소유자가 승낙하지 아니하는 경우에는 이에 대항할 수 있는 확정판결서 정본을 지적소관청에 제출하여야 한다.'

고 규정하고 있다. 여기서 인접 토지소유자에 대항할 수 있는 '확정판결'은 지적공부를 기준으로 하여 그 지번에 해당하는 토지를 특정하고 소유자로서 인접 토지소유자를 상대로 그에 관한 소유권의 범위나 경계를 확정하는 내용이 담긴 판결을 말하고, 경계변경 정정신청에 대한 승낙 의사의 진술을 명하는 판결 외에 경계확정의 판결, 공유물분할의 판결, 지상물 철거 및 토지인도의 판결, 소유권확인 판결 등도 포함된다(대법원 2016. 5. 24. 선고 2012다87898 판결 참조).

(2) 원고는, 공간정보법 제84조에 따라 속초시 (이하 생략) 토지에 관한 지적공부의 정정신청을 하는 데에 필요하다는 이유로, 이 부분 소로써 피고를 상대로 그 정정신청에 대한 승낙 의사의 진술을 청구하고 있다.

그러나 원고는 앞서 본 바와 같이 이미 피고를 상대로 지적공부를 기준으로 토지소유권의 범위나 경계를 확정하는 내용이 포함된 소유권확인청구를 하고 있고, 위와 같은 법리에 의할 때 그 소유권확인 판결로써도 지적공부의 정정신청을 할 수 있으므로, 이와 별도로 그 정정신청에 대한 승낙 의사의 진술을 청구하는 이 부분 소는 소의 이익이 없어 부적법하다고 할 것이다.

따라서 이 부분 소를 부적법하다고 하여 각하한 원심의 판단은 결론에 있어 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 소의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 없으며, 또한 원심이 위와 같은 판단을 한 이상 승낙 의사의 진술청구를 소유권확인청구 등의 예비적 청구로 취급한 원심의 조치도 판결 결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 없다.

3. 결론

그러므로 원심판결의 소유권확인청구 부분 중 500평에 대한 부분을 파기하고, 이 부

분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 나머지 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김창석

 대법관 이상훈

 대법관 조희대

주 심 대법관 박상욱