

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2017다237339 소유권말소등기
원고, 상고인 원고
소송대리인 변호사 양은석
피고, 피상고인 피고 1외 1인
피고들 소송대리인 법무법인 이현(담당변호사 한대삼)
원 심 판 결 제주지방법원 2017. 5. 17. 선고 2016나5849 판결
판 결 선 고 2017. 12. 5.

주 문

피고 1에 대한 청구 중 제주시 (주소 생략) 대 470㎡의 원심판결 별지 도면 표시 나
부분 84㎡ 중 603분의 470 지분 부분에 관한 상고를 각하한다.

나머지 상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

1. 직권으로 피고 1에 대한 청구 중 주문 기재 지분 부분에 관한 상고의 적법 여부에

관하여 본다.

가. 판결에는 법원의 판단을 분명하게 하기 위하여 결론을 주문에 기재하도록 되어 있어 재판의 누락이 있는지 여부는 주문의 기재에 의하여 판정하여야 하므로, 판결이유에 청구가 이유 없다고 실시되어 있더라도 주문에 그 실시가 없으면 특별한 사정이 없는 한 재판의 누락이 있다고 보아야 하며, 재판의 누락이 있으면 그 부분 소송은 아직 원심에 계속 중이어서 상고의 대상이 되지 아니하므로, 그 부분에 대한 상고는 불복의 대상이 존재하지 아니하여 부적법하다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다43824 판결, 대법원 2009. 7. 6. 선고 2009다22266 판결 등 참조).

나. 기록과 원심판결 이유에 의하면, 원고는 주문 기재 '나 부분' 토지 84㎡(이하 '이 사건 토지'라고 한다)에 관하여 피고 1을 상대로는 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기를, 피고 2를 상대로는 피고 1로부터 넘겨받은 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기가 원인무효임을 들어 피고 1 앞으로 소유권이전등기의 말소를 각 청구한 사실, 제1심은 이 사건 토지 중 603분의 470 지분에 관하여는 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각하고, 처분금지가처분등기 후에 피고 2에게 이전된 603분의 133 지분에 관하여는 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 인용한 사실, 원고는 제1심판결 중 원고 패소부분에 대해 항소하였는데, 원심은 피고 1에 대한 청구 중 원고 패소부분에 대하여 판결이유에서 "피고 2가 유효한 소유권이전등기를 마친 이상 위 부분에 관한 피고 1의 소유권이전등기의무는 이행불능이 되었다."는 취지로 실시하면서도, 주문에서는 그에 관하여는 아무런 판단도 하지 아니한 사실을 알 수 있다.

다. 그렇다면, 앞서 본 법리에 비추어 원심은 위 부분 청구에 대한 재판을 누락하였고, 이 부분 청구는 아직 원심에 계속 중이어서 상고의 대상이 되지 아니하므로, 이 부분

에 대한 원고의 상고는 부적법하다.

2. 상고이유를 판단한다.

가. 상고이유 제1점에 대하여

1) 취득시효 완성 후 제3자 앞으로 경료된 소유권이전등기가 원인무효인 경우 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 가진 자는 취득시효 완성 당시의 소유자를 대위하여 제3자 명의 등기의 말소를 구할 수 있다(대법원 1990. 11. 27. 선고 90다6651 판결 등 참조). 한편 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하는 부동산처분금지가처분 등기가 마쳐진 후에 가처분채권자가 가처분채무자를 상대로 가처분의 피보전권리에 기한 소유권이전등기를 청구함과 아울러 가처분 등기 후 가처분채무자로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 제3자를 상대로 가처분채무자와 그 제3자 사이의 법률행위가 원인무효라는 사유를 들어 가처분채무자를 대위하여 제3자 명의 소유권이전등기의 말소를 청구하는 경우, 가처분채권자가 채무자를 상대로 본안의 승소판결을 받아 확정되면 가처분에 저촉되는 처분행위의 효력을 부정할 수 있다고 하여, 그러한 사정만으로 위와 같은 제3자에 대한 청구가 소의 이익이 없어 부적법하다고 볼 수는 없다. 가처분채권자가 대위 행사하는 가처분채무자의 위 제3자에 대한 말소청구권은 가처분 자체의 효력과는 관련이 없을 뿐만 아니라, 가처분은 실체법상의 권리관계와 무관하게 그 효력이 상실될 수도 있어, 가처분채권자의 입장에서는 가처분의 효력을 원용하는 외에 별도로 가처분채무자를 대위하여 제3자 명의 등기의 말소를 구할 실익도 있기 때문이다.

2) 기록과 원심판결 이유에 의하면, 원고가 피고 2의 소유권이전등기는 피고 1이 원고의 이 사건 토지에 대한 취득시효 완성을 알고 그에 따른 소유권이전등기의무를 면하

기 위하여 처분한 것이고, 피고 2는 이에 적극 가담하여 이를 취득한 것이므로 민법 제103조에 의하여 무효라고 주장하면서 피고 1을 대위하여 피고 2를 상대로 그 말소를 청구하는 데 대하여, 원심은 피고 2가 이 사건 토지 중 603분의 133 지분을 이전받기 전에 원고가 피고 1을 채무자로 하여 부동산처분금지가처분결정을 받아 등기를 마친 이상 원고는 피고 1을 상대로 한 본안승소판결에 의한 등기의 기재를 청구할 수 있게 되면서 가처분 등기 후에 경료된 가처분 내용에 위반된 등기의 말소를 청구할 수 있다는 이유로, 위 승소확정판결의 전후를 불문하고 원고의 피고 2에 대한 위 지분의 말소청구는 소의 이익이 없어 부적법하다고 판단하였다.

3) 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고가 피고 1을 상대로 본안의 승소판결을 받아 확정되면 가처분에 저촉되는 피고 1의 처분행위의 효력을 부정할 수 있다는 사정만으로 원고의 피고 2에 대한 위 청구가 소의 이익이 없어 부적법하다고 볼 수는 없으므로, 원심의 위와 같은 판단은 잘못이다. 그러나 아래 나항과 같은 이유로 이 사건 토지에 관한 피고 2의 등기가 원인무효라고 보기 어렵고, 따라서 위 등기가 원인무효임을 전제로 하는 원고의 이 부분 청구는 결과적으로 기각될 것이 분명하므로, 원고만이 상고한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 원심판결을 그대로 유지하여 이 부분 상고를 기각하기로 한다.

나. 상고이유 제2, 3점에 대하여

원심판결의 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 판시 증거만으로는 피고 2의 등기가 민법 제103조에 해당하여 무효라고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 하여 원고의 청구를 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 취득시효 완성으로 원고가 취득한 소유권의 범위 및 소유권이

전등기청구권, 권리남용, 민법 제103조 등에 관한 법리를 오해하거나, 채증법칙위배 또는 심리미진으로 인한 사실오인 등의 잘못이 없다.

3. 그러므로 피고 1에 대한 청구 중 이 사건 토지의 603분의 470 지분 부분에 관한 상고를 각하하고, 나머지 상고를 기각하며, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	박보영
	대법관	김창석
주 심	대법관	이기택
	대법관	김재형