

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2023다273206 소유권이전등기  
원고, 상고인 원고  
소송대리인 변호사 임상대  
피고, 피상고인 대한민국  
소송대리인 법무법인 청와  
담당변호사 김준동  
원 심 판 결 서울중앙지방법원 2023. 8. 11. 선고 2022나66011 판결  
판 결 선 고 2023. 12. 7.

주 문

원고의 주위적 청구에 관한 상고를 기각한다.

원심판결 중 예비적 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울중앙지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

## 1. 주위적 청구에 대하여

부동산의 공유자의 1인은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이 전등기가 마쳐져 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있으나(대법원 1993. 5. 11. 선고 92다52870 판결 참조), 공유자가 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것을 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 공유물의 현상을 유지하는 사실적·법률적 행위인 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수는 없으므로(대법원 1994. 11. 11. 선고 94다35008 판결 참조), 자신의 소유지분 범위를 초과하는 부분에 관하여 마쳐진 등기에 대하여 공유물에 관한 보존행위로서 무효라고 주장하면서 말소를 구할 수는 없다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다67429 판결 참조). 결국 공유물에 관한 원인무효의 등기에 대하여 모든 공유자가 항상 공유물의 보존행위로서 말소를 구할 수 있는 것은 아니고, 원인무효의 등기로 인하여 자신의 지분이 침해된 공유자에 한하여 공유물의 보존행위로서 그 등기의 말소를 구할 수 있을 뿐이므로, 원인무효의 등기가 특정 공유자의 지분에만 한정하여 마쳐진 경우에는 그로 인하여 지분을 침해받게 된 특정 공유자를 제외한 나머지 공유자들은 공유물의 보존행위로서 위 등기의 말소를 구할 수는 없다.

원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 토지 중 262/280 지분에 관하여 소유권이전등기를 마친 원고가 나머지 지분에 관한 피고 명의 소유권보존등기의 원인무효를 이유로 피고에 대하여 공유물의 보존행위로서 나머지 지분의 소유자인 소외인에게 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 주위적 청구는 원고가 소외인의 지분권을 대외적으로 주장하는 것이어서 공유물의 보존행위에 해당하지 않는다고

보아 이를 기각하였다.

원심판결 이유를 관련 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 이 부분 원심의 판단에 공유물 보존행위에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

## 2. 예비적 청구에 대하여

청구의 예비적 병합이란 병합된 수개의 청구 중 주위적 청구가 인용되지 않을 것에 대비하여 그 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 관하여 심판을 구하는 병합 형태로서, 예비적 병합의 경우에는 원고가 붙인 순위에 따라 심판하여야 하며 주위적 청구를 배척할 때에는 예비적 청구에 대하여 심판하여야 하나, 주위적 청구를 인용할 때에는 다음 순위인 예비적 청구에 대하여 심판할 필요가 없으므로, 주위적 청구를 인용하는 판결은 전부판결로서 이러한 판결에 대하여 피고가 항소하면 제1심에서 심판을 받지 않은 다음 순위의 예비적 청구도 모두 이심되고 항소심이 제1심에서 인용되었던 주위적 청구를 배척할 때에는 다음 순위의 예비적 청구에 관하여 심판을 하여야 한다. 그리고 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 아니하며, 그럼에도 불구하고 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니하는 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 탈루에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결 등 참조).

원심판결 이유 및 기록에 따르면, ① 원고는 주위적으로 공유물의 보존행위에 근거하여 피고로 하여금 소외인에 대하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차

의 이행을 구하였고, 예비적으로 소외인에 대한 공유물분할청구권을 보전하기 위하여 소외인의 피고에 대한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 대위하여 청구한 사실, ② 제1심은 주위적 청구를 인용함에 따라 예비적 청구에 대해서는 판단을 하지 않았고, 이에 대하여 피고만 항소한 사실, ③ 원심은 제1심 판결을 파기한 후 주위적 청구를 기각하였으나 예비적 청구에 대해서는 별다른 판단을 하지 않았고, 이에 대하여 원고가 상고를 제기한 사실이 인정된다.

위 인정사실을 관련 법리에 비추어 살펴보면, 제1심 판결이 주위적 청구를 인용하여 전부판결을 한 이상, 이에 대하여 피고가 항소함에 따라 제1심에서 심판을 받지 않았던 예비적 청구까지 모두 이심되었다. 그렇다면 원심으로서도 주위적 청구를 배척하면서 이심된 예비적 청구에 관하여 심판을 하였어야 함에도 아무런 판단을 하지 않았는바, 이 부분 원심의 판단에는 예비적 청구에 관한 판단누락으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

### 3. 결론

그러므로 원고의 주위적 청구에 관한 상고를 기각하되, 원심판결 중 예비적 청구 부분을 파기하여 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	민유숙
	대법관	이동원

주 심      대법관      천대엽

              대법관      권영준