중복등기와 점유취득시효*

배 병 일
영남대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 중복등기의 개념과 법리
Ⅲ. 점유취득시효
Ⅳ. 중복등기와 점유취득시효가 관련된 사례
Ⅴ. 마무리

Ⅰ. 문제의 제기

판례라 함은 재판의 선례를 말하고, 그것이 판결로서 되풀이 된 것을 말한다. 그러나 1회의 판결이라도 거기에 합리성이 존재하는 경우에는 장래에 있어서 규범적 가치를 가지므로 판례라 할 수 있다[1]. 우리나라는 상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속한다(법원조직법 제8조)고 하여 상급심 재판의 당해사건에 대한 기속력은 인정하고 있지만, 상급법원의 판례는 하급법원에 대한 구속력을 원칙적으로 인정하지 않는다. 그러나 대법원에서 종전에 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우에는 대법원장이 재판장이 되는 대법원 전원합의체에서 심판한다(법원조직법 제7조 제1항 제3호). 구체적인 대법원의 재판에서 어떠한 표현으로 법의 해석에 관한 일정한 견해가 설시되어 있다고 하더라도, 그것이 진정으로 의미하는 바가 무엇인가, … 즉 판례로서의 효력을 가져서 그 변경에 대법원 전원합의체의

* 투고일 : 2011.06.06, 심사완료일 : 2011.06.21, 게재확정일 : 2011.06.24

1) 서민, 판례의 의의, 민사판례연구(Ⅰ), 박영사, 1979, 361-362면.

판단이 요구되는가를 살피려면, … 그 설시의 문구에만 구애될 것이 아니라 당해 판결의 전체적인 법판단에 있어서 그 설시가 어떠한 위상을 가지는가에 유의하면서 또 다른 재판례들과의 관련을 고려하면서 면밀하게 따져보아야 한다[2]. 따라서 대법원 판례는 대법원 자신이나 하급법원에 대한 사실상의 구속력이 있기 때문에 장래에도 유지될 것이라는 강한 개연성을 갖고 있을 뿐 아니라, 실질적으로도 법의 기능을 하고 있기 때문에 판례의 법원성을 인정하는 것이 타당하다[3]. 2009년부터 시작된 로스쿨에서의 민법학은 판례의 연구가 매우 중요한 위치를 차지하고 있다. 대법원의 판결요지는 대법원이 선고한 사건의 판결에서 판결의 결과에 영향이 있는 중요한 부분을 말한다. 그런데 간혹 대법원은 대법원 판결요지는 정확하게 표현하지 못함으로써 오해를 불러일으키고 있다. 대법원 1996.9.20. 선고 93다20177, 20184 판결은 중복등기로 인하여 후등기가 무효로 된 경우에 그 후등기의 명의인이 점유취득시효를 주장할 수 없다는 취지의 판결을 선언하고 있다. 그런데 중복등기에 의해서 후등기가 무효가 된다고 하더라도 후등기명의자가 점유취득시효의 요건을 갖추어 시효취득을 주장하는 것은 중복등기문제와는 다른 문제로서 별개로 다루어져야 함에도 불구하고, 대법원의 판결요지는 이를 부인하는 듯한 표현을 하고 있다. 따라서 여기에서는 중복등기와 점유취득시효의 관계에 대하여 다루어진 2개의 사례를 중심으로 판결요지의 적확성의 중요성을 확인하고자 한다. 먼저, 중복등기의 개념과 법리에 대하여 설명하고(Ⅱ.), 이어서 점유취득시효에 대한 법리를 설명하고(Ⅲ.), 이들 중복등기와 점유취득시효가 함께 문제된 대법원판결 3개를 살펴보고(Ⅳ.), 결론을 맺기로 한다.

Ⅱ. 중복등기의 개념과 법리

1. 중복등기의 개념

중복등기라고 하는 것은 이미 등기가 존재하는 동일 부동산에 대하여 중복하여 경료한 소유권보존등기 또는 회복등기(판례는 부정함)를 말하며, 이중등기라고도

2) 대법원 2009.7.23. 선고 2009재다516 판결.

3) 윤일영, 판례의 기능, 민사판례연구(Ⅰ), 박영사, 1979, 378면.

한다. 부동산등기법 제15조 제1항은 등기부에는 1필의 토지 또는 1동의 건물에 대하여 1용지를 사용한다고 규정함으로써 1부동산 1등기용지의 원칙을 선언하고 있다. 따라서 이미 보존등기가 되어있음에도 불구하고, 중복하여 보존등기의 신청이 있게 되면 그 등기신청은 사건이 등기할 것이 아닌 때에 해당하는 것으로 되어 등기관이 그 신청을 각하하게 된다(부동산등기법 제55조 제2항). 중복등기의 정리에 대해서 등기관은 동일한 토지에 관하여 중복하여 마쳐진 등기를 발견한 경우에는 대법원규칙이 정하는 절차에 따라 중복등기가 되어 있는 등기용지 중 어느 하나는 남겨두고 나머지 등기용지는 쓰지 못하게 하는 방법에 의하여 이를 정리하여야 한다(부동산등기법 제15조의2, 부동산등기규칙 제115조 내지 제123조 참조)고 규정하고 있다.

2. 중복등기의 발생원인

1부동산 1용지주의를 채택하고 있는 우리 법제하에서는 중복등기가 생길 여지가 별로 없지만 그러나 제도의 헛점이나 등기관의 실수로 중복등기가 생기는 수가 많다. 이 문제는 토지보다 건물의 경우에 많이 생기고 주로 보존등기에서 생긴다. 현재는 전자정보처리조직에 의하여 등기사무를 처리하므로 이중보존등기의 가능성은 거의 생기지 않는다. 그러나 과거에 이미 생긴 중복등기에 대한 처리문제가 있을 수 있고, 앞으로도 등기관의 과오나 당사자의 나쁜 의도로 인한 중복등기의 발생은 여전히 남아 있다[4].

3. 중복등기의 효력

중복등기의 효력에 관하여는 크게 실체법설, 절차법설의 대립이 있다.[5]

1) 실체법설은 등기의 효력은 경료된 시기의 선후가 아니라, 어느 등기가 권리의 실체관계에 부합되는지 여부에 따라 그 효력을 판단하여야 한다고 주장한다. 실체법설은 그 근거로서 등기의 본질적 기능인 현재의 권리상태 부합여부에 다른 판단, 실체적 권리관계 보호, 등기경제(등기의 원인이 무효일 경우에도 실체관계

4) 배병일, 물권법, 영남대학교 출판부, 103면 이하.

5) 배병일, 중복등기의 효력, 사회과학연구 제13권 2호, 영남대학교 사회과학연구소, 1993, 83면 이하.

에 부합하는 후등기를 무효로 본다면, 후등기를 말소하고 다시 선등기를 말소한 다음 종전의 후등기와 동일한 등기를 새로 경료하여야 하는 절차를 밟아야 할 것인데 이는 등기경제에 반한다.) 등을 들고 있다.

2) 절차법설은 중복등기인 후등기는 선등기의 유·무효를 불문하고 무효로 보아야 한다고 한다. 절차법설은 그 근거로서 1부동산 1용지주의, 거래의 안전, 등기추정력에 의거한 입증책임의 분배상의 혼란 방지, 탈세 가능성 방지를 들고 있다.

3) 대법원판례

(1) 동일 부동산에 동일인 명의의 중복등기

동일부동산에 관하여 동일인 명의로 중복보존등기가 경료된 경우 부동산등기법이 1물1용지주의를 채택하고 있는 이상 뒤에 경료된 등기는 무효이고 이 무효인 등기에 터 잡아 타인명의로 소유권이전등기가 경료되었다고 하더라도 실체관계에 부합하는 여부를 가릴 것 없이 이 등기 역시 무효이므로 그 후 등기카드화 작업으로 후등기부가 폐쇄되고 타인명의의 소유권이전등기 부분만이 새로운 등기부에 이기되었더라도 이러한 사실만으로 무효인 등기가 유효인 등기로 전환될 수 없다[6].

(2) 동일 부동산에 동일인 명의가 아닌 경우의 중복등기

당초 대법원은 부동산등기법 제15조에서 1부동산 1등기용지주의를 채택하고 있는 결과로서 이른바 이중등기가 허용되지 않는다고 하는 것은 등기수리단계에 있어서의 절차법상의 요건에 지나지 않는다고 이해되어야 할 것이므로 형식적으로 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복하여 보존등기가 이루어지고 또 이것이 그대로 존속하여 소송절차에서 서로 그 등기의 효력을 다투는 경우에 있어서는 법원으로서는 그 실체적 관계에 들어가서 어느 것이 진실한 소유권에 기하여 이루어진 것인가를 확정함으로써 그 유·무효를 결정하는 것이 옳다[7]고 판시하였다. 그럼에도 절차법설과 실체법설에 따른 판례가 나타나 혼란을 주었다. 이에 동일부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 되지 아니하는 한 뒤에

6) 대법원 1983.12.13. 선고 83다카743 판결.

7) 대법원 1978.12.26. 선고 77다2427 전원합의체 판결.

된 소유권보존등기는 비록 그 부동산의 매수인에 의하여 이루어진 경우에도 1부동산1용지주의를 채택하고 있는 부동산등기법 아래에서는 무효라고 해석함이 상당하다고 하는 대법원 전원합의체 판결[8]이 나왔다.

Ⅲ. 점유취득시효

1. 점유취득시효의 의의

취득시효(Ersitzung)란, 타인의 물건 또는 권리를 일정기간 점유 또는 준점유한 자가 그 타인의 물건 또는 권리를 취득하는 제도이다.

2. 취득시효의 존재이유

종래의 통설은 시효제도의 존재이유로 사회질서의 안정, 입증곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재의 세 가지를 들고 있다.

3. 기능

해방과 6.25를 거치면서 소유자의 행방불명, 등기부의 멸실 등으로 소유자가 부동산을 관리할 수 없는 경우가 많이 생기고 등기와 현실적인 점유상태가 일치하지 않는 현상이 늘어났을 뿐만 아니라, 미등기부동산이 아직 많으며 또한 등기절차가 허술하여 중복등기나 원인무효의 등기가 빈발하고 있으므로 현실적인 점유자를 보호하기 위한 수단으로서 부동산취득시효가 중요한 기능을 발휘하게 된 것이다[9]. 특히, 등기의 공신력이 인정되지 않고 있는 우리나라에서는 등기부취득시효제도가 등기부를 신뢰한 점유자를 보호하는 역할을 함으로써 등기의 공신력이 인정되지 않고 있는 제도적인 결함을 어느 정도 보충하고 있다.

---

8) 대법원 1990.11.27. 선고 87다카2961, 87다453 전원합의체 판결.

9) 배병일, 부동산취득시효의 관례 5원칙에 관한 연구, 민사법학 16호, 한국민사법학회, 1998, 389면 이하.

4. 취득시효의 요건

취득시효의 요건은 소유의 의사로 평온 공연하게 부동산을 점유할 것이다. 그 외에 점유취득시효에 특유한 요건으로서는 점유기간이 20년에 달할 것과 점유완성 후의 등기이다.

Ⅳ. 중복등기와 점유취득시효가 관련된 사례

1. 대법원 1996.9.20. 선고 93다20177, 20184 판결

1) 사실관계

(1) 영주시 △동 18의 1 답 110평과 같은 동 18의 3 답 6평은 원래 소외 A 소유로서 18의 1 답 110평에 대해서는 1925.1.7. A명의의 소유권이전등기가 경료되었다.

(2) 18의 3에 대해서는 미등기인채로 토지대장상으로만 A명의로 되어 있었는데, A은 1950.6.19. 사망하고 장남인 소외 B이 그를 상속하였다가 B이 1983.12.9. 사망하여 장남인 원고를 비롯하여 소외 C, D 등의 상속인들이 망인을 상속하였다.

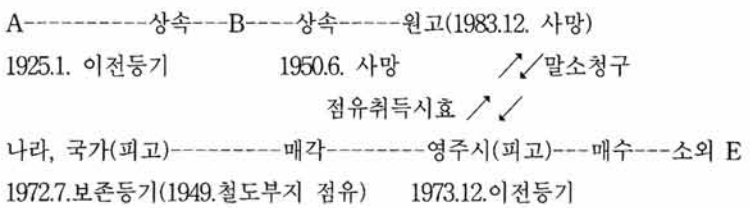
(3) 피고 나라는 1972.7.29. 위 18의 1지번으로 도로 40평에 관하여 별도의 소유권보존등기를 경료하였다.

(4) 미등기상태이던 18의 3 답 6평에 관하여도 같은 날 피고 나라명의로 소유권보존등기를 경료한 다음 1973.12.10. 도로 40평과 답 6평의 각 토지를 피고 영주시에 매각하여 영주시명의의 각 소유권이전등기가 경료되었다.

(5) 소외 E이 이 사건 소제기전에 나라와 영주시를 상대로 이전등기말소를, 원고에 대해서는 영주를 대위하는 이전등기를, 나라의 취득시효완성을 주장하면서 피고를 대위해서 이전등기소송을 제기하였으나, 1988.12.7. 원고패소판결을 선고받았다.

(6) E는 이에 불복하여 항소심 계류 중 원고, 피고 나라에 대한 청구를 취하하고, 영주시에 대해서만 매매를 원인으로 이전등기를 명하는 승소판결을 받았다.

2) 사건 개괄도



3) 제1심 판결[10]

먼저, 18-1 도로 40평은 18-1 답 110평과 지목, 지적을 달리할 뿐 동일한 토지인데 위 18-1 답 110평에 관하여 이미 망 A명의의 소유권이전등기가 되어 있는데도 그 뒤에 피고 나라가 그 일부인 도로 40평에 관하여 중복하여 소유권보존등기를 경료한 것인 바, 이러한 경우에는 위 망인 명의의 소유권이전등기의 토대가 된 소유권보존등기가 원인무효라고 볼 사정에 관한 주장 입증이 없는 한 뒤에 경료된 피고 나라 명의의 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 이중등기로서 무효라 할 것이다.

18의 3 답 6평에 관하여 보건대 소유권보존등기의 경우 보존등기명의자가 그 전소유자로부터 양수하였다는 주장이 있고 전소유자가 양도사실을 부인하면 그 등기의 추정력은 깨어지고 보존등기명의자가 양수사실을 입증하여야 하는 것인데 위 답의 토지대장상 소유자로 등재된 소외 망 A의 상속인이 양도사실을 부인하고 있는 이 사건에 있어서 피고 나라가 위 토지를 망 A로부터 매수하였음을 인정할 아무런 증거가 없으므로 일응 18의 3 부분에 대한 피고 나라명의의 소유권보존등기 역시 무효라 할 것이나 … 위 토지는 1949.2. 경부터 영암선 철도부지로 편입되어 1973.12. 폐선될 때까지의 약 24년동안 피고 나라가 이를 철도부지로 평온 공연하게 점유하여 온 사실을 인정할 수 있어 결국 이에 대한 피고 나라의 취득시효가 완성되었다 할 것이므로 …위 소유권보존등기는 그 절차상의 잘못은 있다 하더라도 실체관계에 부합하는 유효한 등기라 할 것이므로 이에 관한 원고의 이 사건청구는 이유없다. …

E는 전소에서 피고 영주시에 대한 소유권이전등기청구권에 기하여 순차로 피

10) 대구지법 안동지원 1992.5.29. 선고 90가단1311, 91가단1813 판결.

고 영주시와 피고 나라를 각 대위하여 원고등에게 그와 같은 시효취득을 원인으로 한 소를 제기하였던 것이고 이 사건 반소는 피고 나라가 같은 청구원인에 기하여 직접 원고를 상대로 소를 제기한 것이며 피고 나라로서는 전소에서도 피고로 되어 있어서 그러한 사정을 알았다고 보여지므로 결국 위 두 소는 당사자와 소송물이 동일한 것이 되어 종국판결선고후의 재소금지법리에 따라 뒤에 제기된 피고 나라의 이 사건 반소청구는 소송요건을 결한 부적법한 소라 할 것이다(가사 적법한 소라고 하더라도 현재 18의 1 도로 40평을 피고 나라가 아닌 소외 E가 점유하고 있는 이상 점유를 상실한 피고 나라가 시효완성을 이유로 원고에게 이전등기를 구할 수는 없는 것이다.)

4) 원심판결[11]

… 같은 번지의 3 답 6평에 관하여는 원피고 어느 쪽도 항소하지 아니하였다. … 피고 영주시는 자기가 1973.12.22. 도로 40평에 대한 소유권이전등기를 경료하고 그 때부터 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의이며 과실없이 점유를 시작하여 왔으므로 1983.12.22.자로 위 토지에 대한 등기부취득시효가 완성되었고, 따라서 피고 영주시 명의의 위 등기는 실체관계에 부합하는 것으로서 유효하므로 말소될 수 없는 것이라고 주장하나, …위 토지에 관하여는 중복된 이중의 소유권보존등기가 경료되어 있는데, 피고 영주시 명의의 위 등기는 뒤에 경료된 피고 나라 명의의 보존등기에 터 잡은 것이고, 앞서 경료된 보존등기가 원인무효라고 볼 사정에 관한 아무런 주장, 입증이 없으므로, 피고 나라 명의의 소유권보존등기나 이에 터 잡은 피고 영주시 명의의 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는지 여부에 관계없이 무효로서 말소를 면치 못하는 것이다.

5) 대법원 판결요지[12]

대법원은 다음과 같이 상고기각하였다. 동일 부동산에 대하여 이미 소유권이전등기가 경료되어 있음에도 그 후 중복하여 소유권보존등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었

11) 대구지법 1993.3.31. 선고 92나7151, 7168 판결.

12) 대법원 1996.9.20. 선고 93다20177, 20184 판결.

더라도, 선등기인 소유권이전등기의 토대가 된 소유권보존등기가 원인무효라고 볼 아무런 주장·입증이 없는 이상, 뒤에 경료된 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효이다.

그러므로, 사실관계가 원심이 인정한 바와 같이, 영주시 △동 18의 1 답 110평에 관하여 이미 소외 망 A 명의의 소유권이전등기가 경료되어 있음에도 그 후에 피고 대한민국이 위 토지에서 분할된 같은 동 18의 1 도로 40평(이하 이 사건 토지라 한다)에 관하여 중복하여 소유권보존등기를 경료하였다면, 가사 뒤에 된 소유권보존등기 명의인인 피고 대한민국이 이 사건 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었더라도, 위 망인 명의의 소유권이전등기의 토대가 된 소유권보존등기가 원인무효라고 볼 아무런 주장·입증이 없는 이상, 뒤에 경료된 피고 대한민국 명의의 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효라고 보아야 할 것이다.

6) 평석

이 사건에 문제된 토지는 18의 1 도로 40평과 18의 3 답 6평이다.

가. 먼저 답 6평에 관한 법률관계부터 살펴보기로 한다. 답 6평은 미등기인채 토지대장상으로만 A명의로 되어 있던 것을 원고 등 상속인들이 상속하였지만, 피고 나라가 1972.7.29. 소유권보존등기를 경료한 후 1973.12.10.에 피고 영주시에 매각하고 소유권이전등기를 경료하였다. 이에 대하여 제1심법원에서는 A의 상속인인 원고등이 피고 나라에 대하여 양도사실을 부인하고, 이에 대하여 피고 나라가 A 또는 원고등으로부터 매수한 사실에 대한 입증을 하지 못하였기에, 피고 나라 명의의 소유권보존등기를 무효라고 하였다. 이는 소유권보존등기의 경우에 보존등기 전소유자가 양도사실을 부인하면 그 소유권보존등기의 추정력은 깨어지고 보존등기명의자가 양수사실을 입증하여야 한다는 법리에 의한 것이다[13]. 그런데 피고 나라는 1949.2.부터 여주 철암간 철도부지로 약 24년간 계속 사용하였고, 이 기간동안 위 6평의 토지를 점유하여 취득시효가 완성되었으므로 위 소유권보존등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 주장하였다.

---

13) 전소유자가 보존등기 명의자에 대한 양도사실을 부인하는 경우에는 그 추정력은 깨어진다고 보아야 하므로 보존등기 명의자는 그 양수사실을 입증할 책임이 있다(대법원 1974.2.26. 선고 73다1658 판결).

이에 대하여 제1심법원은 피고 나라가 위 토지를 1949.2.부터 24년간 자주점유하였기 때문에 취득시효가 완성되었다고 하여 피고 나라의 소유권보존등기는 그 절차상의 잘못은 있다 하더라도 실체관계에 부합하는 유효한 등기라 할 것이므로 이에 관한 원고의 위 소유권보존등기의 말소청구는 이유없다고 하였다. 이는 A가 토지대장상 명의자로 되어 있고 등기를 하지 않았는 상태에서, 피고 나라가 보존등기를 한 것으로서 A와 피고 나라사이에는 중복등기문제가 발생할 수 없다. 따라서 피고 나라는 점유취득시효를 주장할 수도 있고, 등기부취득시효를 주장할 수도 있다. 제1심법원에서는 점유취득시효만이 문제되었다. 이에 대하여 제1심법원은 피고 나라의 소유권보존등기가 무효이지만, 점유취득시효가 인정될 수 있으므로, 무효인 보존등기가 유효한 등기로 된다고 하였다. 이는 등기의 유용문제로 볼 수 있다.

나. 다음으로 도로 40평에 관한 법률관계를 보기로 한다. 원래 도로 40평은 답 110평의 일부이었는데, 답 110평은 1925.1.7. A명의의 소유권이전등기가 경료되었고, A은 1950.6.19. 사망하고 장남인 소외 B가 그를 상속하였다가 B가 1983.12.9. 사망하여 장남인 원고를 비롯하여 소외 C, D 등의 상속인들이 망인을 상속하였다. 피고 나라는 1972.7.29. 도로 40평에 관하여 별도의 소유권보존등기를 경료하여 중복등기가 되었고, 1973.12.10. 위 토지를 피고 영주시에 매각하여 영주시명의의 소유권이전등기가 경료되었다.

이에 대하여 원고는 피고 나라 명의의 소유권보존등기는 매매 기타의 적법한 원인없이 경료된 무효의 등기이고, 이에 터 잡은 영주시명의의 소유권이전등기도 역시 무효이므로 각 등기의 말소를 청구하였다. 이에 대하여 피고는 일제시대때인 1927.10.2. 이를 취득하여 도로로 편입 사용하다가 1949.2.부터는 영주 철암간의 철도부지로 편입되었으며 그 때부터 약 23년간 철도부지로 사용되었고, 1973.12. 경철도가 이설되어 폐선됨에 따라 영주시에 매각하여 그동안 점유취득시효가 완성되었으므로 각 등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 주장하였다.

그런데 이 사건에 앞서서 소외 E가 피고 영주시로부터 도로 40평과 답 6평을 매수하였고, 이 사건 소제기전에 A의 상속인인 원고와 소외 C, D 및 피고들을 상대로, 피고 나라에 대하여는 이중등기된 도로 40평에 대한 소유권이전등기말소를, 피고 영주시에 대하여는 그에 터 잡은 소유권이전등기의 말소를 각 구함과 아울러 원고와 C, D에 대하여는 주위적으로 도로 40평과 답 6평 부분에 관하여 매매

를 원인으로 하여 피고 나라의 영주시를 순차로 대위하는 소유권이전등기를, 예비적으로는 이 사건에서와 같은 내용으로 피고 나라의 취득시효 완성을 주장하면서 피고들을 대위하여 각 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다. 그런데 법원에서는 1988.12.7. E의 청구 전부가 이유없다 하여 원고패소판결을 선고하였고, E는 이에 불복하여 대구고등법원에 항소하였으나, 항소심계류중에 원고와 C, D 및 피고 나라에 대한 위 각 청구를 취하하고 영주시에 대하여만 매매를 원인으로 이전등기를 명하는 승소판결을 받았다.

제1심법원은 피고 나라의 보존등기는 중복등기로서 나중에 이루어진 후등기로서 실체적 권리관계에 부합여부와 관계없이 무효라고 하였다. 또한, 제1심 법원은 E가 전소에서 피고 영주시에 대한 소유권이전등기청구권에 기하여 순차로 피고 영주시와 피고 나라를 각 대위하여 원고등에게 그와 같은 시효취득을 원인으로 한 소를 제기하였던 것이고, 이 사건 반소는 피고 나라가 같은 청구원인에 기하여 직접 원고를 상대로 소를 제기한 것이라고 하면서, 피고 나라로서는 전소에서도 피고로 되어 있어서 그러한 사정을 알았다고 보여지므로 결국 위 두 소는 당사자와 소송물이 동일한 것이 되어 종국판결선고후의 재소금지법리에 따라 뒤에 제기된 피고 나라의 이 사건 반소청구는 소송요건을 결한 부적법한 소라고 하여 각하하였다. 따라서 피고 나라와 피고 영주시는 원고에게 도로 40평의 소유권보존등기와 소유권이전등기의 말소등기를 이행하라고 원고승소판결을 선고하였다.

도로 40평에 대하여 제1심법원은 중복등기와 점유취득시효에 대하여 본격적으로 다루지 아니하였고, 이 사건에 앞서서 소송을 한 E의 소송에서 피고 나라가 주장한 점유취득시효와 이 사건에서 반소로서 주장한 피고 나라의 점유취득시효에 관한 주장을 중복제소에 해당한다고 하여 중복재소금지원칙에 따라 각하 처리하였다.

다. 그렇다고 한다면, 이 사례에서 선언한 "동일 부동산에 대하여 이미 소유권이전등기가 경료되어 있음에도 그 후 중복하여 소유권보존등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었더라도, 선등기인 소유권이전등기의 토대가 된 소유권보존등기가 원인무효라고 볼 아무런 주장·입증이 없는 이상, 뒤에 경료된 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효"라고 하는 부분에서 "그 후 중복하여 소유권보존등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게

점유하여 점유취득시효가 완성되었더라도, … 뒤에 경료된 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효"라고 하는 것은 앞 부분의 설시부분인 "그 후 중복하여 소유권보존등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었더라도"라는 부분이 소각하되었기 때문에 엄밀한 의미에서 조건이 성취되지 아니한 설시가 되고 말았고, 따라서 뒤 부분 "뒤에 경료된 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효"라는 부분도 정확한 결론에 해당하는 것이 아니게 되었다.

결론적으로 "동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효로 되지 않는 한 뒤에 된 소유권보존등기는 그것이 비록 실체관계에 부합한다고 하더라도 1부동산 1등기용지주의의 법리에 비추어 무효이고, 이러한 법리는 뒤에 된 소유권보존등기의 명의인이 당해 부동산의 소유권을 원시취득한 경우에도 그대로 적용된다"고 하는 판결요지에서 "뒤에 된 소유권보존등기의 명의인이 당해 부동산의 소유권을 원시취득한 경우에도 무효"라고 하는 것은 정확한 표현이 아니다. 그런데 피고 나라의 입장에서는 점유취득시효를 주장하기 보다는 등기부취득시효를 주장할 수도 있을 것이다. 그러나 중복등기와 등기부취득시효에 대해서는 이미 대법원이 선고한 선례[14]가 있어서 등기부취득시효를 주장할 수 없었을 것이다.

2. 대법원 2008.2.14. 선고 2007다63690 판결

1) 사실관계

(1) 경남 ▽리 산 183(이후 부산 ○동 산 183으로 행정구역변경이 이루어졌다) 임야 9정 5단보(28,500평)는 1917.11.30. 소외 2에게 사정되었고, 1936.2.27. 위 임야에 관하여 그의 아들인 소외 3 명의로 소유권보존등기(이하 '선행보존등기'라 한다)가 경료되었다가 같은 날 소외 4 명의로 소유권이전등기가 경료되었다.

(2) 위 임야는 1973.7.12. 위 ○동 산 183의 1 내지 3 임야로 각 분할등기가 경료된 후 위 ○동 산 183의 3 임야 1정 7단 9무보는 같은 날 위 ○동 1339의 1 전 5,356평으로 표시가 변경되었고, 위 ○동 1339의 1 토지는 별지 목록 기재 각 부동

14) 대법원 1996.10.17. 선고 96다12511 전원합의체 판결.

산을 포함한 1339의 2 내지 15 토지로 각 분할등기가 경료되었는데(다만, 토지대장상에는 1954.5.10. 1339-1번에서 1339-6, 1339-9가 분할되어 있었다.), 같은 날 이 사건 각 부동산에 관하여 소외 1(1심 공동피고인임) 명의로 1952.3.6. 호주상속을 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되었다.

(3) 한편, 이 사건 각 부동산에 관하여 1958.2.25. 대한민국 명의로 이중으로 소유권보존등기(이하 '후행보존등기'라 한다)가 경료된 후 이 법원 강서등기소 1958.2.25. 접수 제1064호로 1955.7.10. 상환완료를 원인으로 한 소외 5 명의의 소유권이전등기가 경료되었다.

(4) 같은 등기소 1988.3.28. 접수 제4836호로 1977.3.30. 재산상속을 원인으로 한 피고 피고 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 및 소외 6 명의의 각 지분소유권이전등기 및 같은 등기소 1988.3.28. 접수 제4837호로 1988.3.28. 증여를 원인으로 한 피고 피고 1 명의의 소유권이전등기가 각 경료되었다.

(5) 그 후 이 법원 등기관은 1987.7.30.경 이 사건 각 부동산에 관하여 위와 같이 중복등기가 되어 있는 것을 발견하고 중복등기 정리를 위해서 1987.8.17. 선행보존등기에 관한 등기용지를 폐쇄하였다. 폐쇄될 당시 이 사건 각 부동산의 등기부에는 1987.8.17. 중복등기해소를 위한 소유권 경정을 원인으로 하여 소외 5 명의의 소유권이전등기가 마쳐져 있었다.

(6) 소외 2는 1922.5.경 자신이 사정받은 위 ○동 183 임야 28,500평 중 이 사건 각 부동산을 포함하여 위 임야 15,000평을 원고의 부친인 소외 7에게 매도하였고, 소외 2 사망 후 소외 2의 단독상속인인 소외 3이 1936.2.경 위 ○동 183 임야 28,500평 중 소외 7 매수부분을 제외한 나머지 토지를 소외 4에게 매도하였다.

(7) 소외 3은 1936.2.27. 자신 명의로 위 ○동 183 임야 28,500평 전부에 대하여 소유권보존등기를 경료함과 동시에 소외 4 명의로 소유권이전등기를 경료하였고, 소외 4의 호주상속인이자 손자인 소외 1은 위 임야 28,500평 전부에 대하여 분필등기를 경료하면서 호주상속을 원인으로 한 소유권이전등기를 경료하였다.

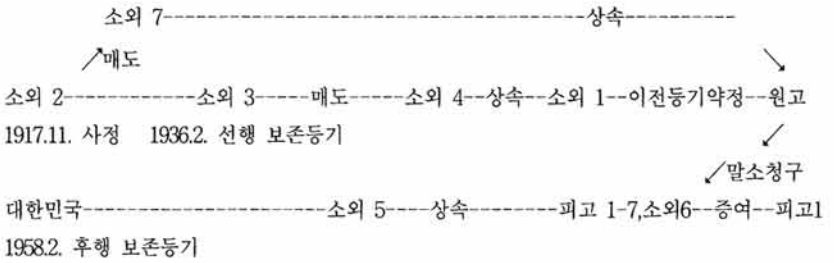
(8) 한편, 소외 1은 1987.11.23.경 원고에게 이 사건 각 부동산에 관한 소유권을 이전해 주기로 약정하였다.

(9) 국가 명의의 후행보존등기 또는 이에 기초하여 1955.7.10. 상환완료를 원인으로 한 소외 5 명의의 소유권이전등기는 중복등기 또는 이에 터 잡은 등기로서 무효이거나 소외 5가 관련서류를 위조하여 이루어져 원인무효의 등기이고, 피고들이 설사 장기간 이 사건 각 부동산을 점유하였다 하더라도 소유권취득의 원인이

타주점유이므로, 취득시효 또한 완성할 수 없다.

(10) 따라서 원고는 이 사건 각 부동산에 관한 진정한 권리자인 소외 1을 대위하여 원인무효인 이 사건 각 부동산에 관한 피고들 명의의 소유권이전등기에 대하여 말소를 구할 권리가 있다.

2) 사건 개괄도



3) 제1심 판결[15]

(1) 원고가, 이00의 손자로서 그 단독상속인인 피고(제1심 피고, 소외 1)가 1987.11.23. 원고에게 이 사건 각 부동산을 포함하여 원고의 아버지인 소외 7이 소외 2로부터 매수한 부동산에 관하여 언제든지 소유권이전등기를 해 주기로 약정하였다고 주장함에 대하여 위 피고가 답변서 기타 준비서면을 제출하지 않고 변론기일에 출석하지 않으므로 이를 자백한 것으로 본다. 그렇다면 피고(소외 1)는 원고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 1987.11.25. 약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

(2) 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는, 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 되지 아니하는 한, 뒤에 된 소유권보존등기는 실체권리관계에 부합되는지의 여부를 따질 필요도 없이 무효라고 할 것이고[16], 동일 부동산에 중복된 소유권보존등기에 터 잡아 등기명의인을 달리하는 각 소유권이전등기가 경료된 경우에 그 각 등기의 효력은 소유권이전등기의 선후에 의하여 판단할 것이 아니고 각 소유권이전등기의 바탕이

15) 부산지법 2005.6.21. 선고 2003가단83791 판결.

16) 대법원 1990.11.27. 선고 87다카2961, 87다453 전원합의체 판결; 대법원 1996.10.17. 선고 96다12511 전원합의체 판결 등 참조.

된 소유권보존등기의 선후를 기준으로 판단하여야 한다[17]. 따라서 소외 3 명의의 이 사건 선등기가 원인무효라는 점에 관하여 아무런 주장, 입증이 없는 이 사건에 있어서는 대한민국 명의의 이 사건 후등기 및 이에 터 잡은 소외 5 및 피고 1 등 명의의 각 소유권이전등기는 모두 무효라고 할 것이고, 한편 이 사건 선등기에 터 잡아 적법하게 소유권이전등기를 마친 피고(소외 1)는 이 사건 각 부동산의 정당한 소유자로 추정된다고 할 것이므로 소유권에 기한 방해배제청구로서 무효인 소외 5 및 피고 1 등 명의의 각 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있는바, 원고가 피고(소외 1)를 대위하여 피고 1 등을 상대로 소외 5 및 피고 1 등 명의의 각 소유권이전등기의 말소를 구하고 있으므로, 피고(소외 1)에게, 피고 1 등은 별지목록 기재 각 부동산 중 소외 5에 대한 상속지분인 별지 공유지분에 관하여 부산지방법원 강서등기소 1958.2.25. 접수 제1064호로 마친 소유권이전등기의, 같은 등기소 1988.3.28. 접수 제4836호로 마친 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하고, 피고 1은 별지목록 기재 각 부동산에 관하여 같은 등기소 1988.3.28. 접수 제4837호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

(3) 피고 1 등은, 이 사건 선등기에 관한 등기용지가 적법한 절차에 따라 폐쇄되었으므로 이 사건 각 부동산에 관한 중복등기는 해소된 것이라고 주장하므로 살피건대, 중복등기의 정리에 관한 부동산등기법시행규칙의 각 규정은 등기공무원이 동일한 부동산에 관하여 경료된 중복등기를 정리하는 절차적 규정에 불과하여 이에 의한 중복등기의 정리는 실체적 권리관계에 영향을 미치지 아니하는 바(부동산등기법시행규칙 제115조 제1항), 이 사건 선등기가 말소되지 않은 이상 이 사건 선등기에 관한 등기용지가 폐쇄되었다고 하여 이 사건 후등기가 중복등기에 해당되지 않는다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 적법한 절차에 기하여 이 사건 선등기의 등기용지가 폐쇄되었다 하더라도 이것만으로는 무효인 이 사건 후등기가 유효한 것으로 되었다고 할 수 없으므로 피고 1 등의 위 주장은 이유 없다.

(4) 다음으로, 피고 1 등은, 구 농지개혁법상 개혁대상농지는 농지개혁법의 공포와 동시에 정부가 매수하여 소유권을 원시취득하므로 그 대항요건으로 등기를 필요로 하지 않으며, 그 수분배자는 상환완료에 의하여 소유권을 취득하고, 종전의 지주는 분배된 토지의 소유권을 상실하는바, 원고가 원소유자라고 주장하는 김00 또는 이00의 호주상속인인 피고(소외 1) 또는 피고 1 등이 원소유자라고 주장하는 김00 등은 구 농지개혁법의 공포에 따라 이 사건 각 부동산에 관한 소유권을 상실

17) 대법원 2001.2.15. 선고 99다66915 판결 등 참조.

하였으므로 피고(소외 1)가 그 소유자임을 전제로 그를 대위한 원고의 이 사건 청구는 이 사건 각 부동산에 관한 각 보존등기가 중복등기에 해당하는지 여부를 살펴 볼 필요 없이 이유 없다고 주장하나, 비록 뒤에 경료된 소유권보존등기 명의인이 당해 부동산의 소유권을 원시취득하였다 하더라도 먼저 경료된 소유권보존등기가 무권리자에 의하여 이루어진 것이 아닌 한 뒤에 경료된 소유권보존등기는 1부동산1용지주의의 법리에 비추어 무효일 수 밖에 없다 할 것이므로(대법원 1990.12.11. 선고 89다카34688 판결 참조) 위 주장도 이유 없다.

(5) 끝으로, 피고 1 등은, 소외 5가 1950.3.25. 이 사건 각 부동산을 분배받아 이를 소유의 의사로 경작하기 시작하면서 1955.7.10. 그 상환곡의 상환을 완료하였고, 1958.2.25. 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기까지 경료한 다음 1977.3.30. 사망 당시까지 이를 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유, 사용하였으며, 그가 사망한 후에는 그 상속인들인 피고 1 등이 그 점유를 승계하여 현재까지 이를 점유, 사용하고 있으므로 피고 1 등은 적어도 소외 5가 이 사건 각 부동산을 분배받은 1950.3.25.경부터, 또는 이 사건 각 부동산에 관한 상환곡의 상환을 완료한 때인 1955.7.10.부터, 또는 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료한 1958.2.25.부터 각 20년이 경과한 1970.3.25.경 또는 1975.7.10.경 또는 1978. 2. 25.경 이 사건 각 부동산을 시효취득하였다고 할 것이므로 결국 이 사건 각 부동산에 경료되어 있는 피고 1 등 명의의 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 주장하므로 살피건대, 위에서 본 바와 같이 1부동산1용지주의를 채택하고 있는 부동산등기법 아래에서는 실체관계에 부합하는지의 여부와 상관없이 선등기 명의자가 뒤에 경료된 보존등기의 말소를 청구할 수 있으므로 나아가 살필 필요 없이 위 주장 역시 이유 없다. 결론적으로 원고의 피고들에 대한 이 사건 각 청구는 모두 이유 있어 인용하기로 하였다.

4) 원심 판단[18]

(1) 선행보존등기로부터 경료된 피대위자 명의의 소유권이전등기가 원인무효의 등기인 이상 특단의 사정이 없는 한 원고로서는 피고 명의의 후행보존등기 또는 후행보존등기에 기초한 소유권이전등기에 대하여 그 말소를 청구할 권원이 없다고 할 것이므로, 아무리 후행보존등기 및 이에 기초한 소유권이전등기가 무효라고

18) 부산지법 2007.8.16. 선고 2005나10613 판결.

하여도 아무런 권원이 없는 원고의 말소등기청구를 받아들여 그 말소를 명할 수는 없다[19].

원고의 주장에 의하더라도, 이 사건 각 부동산은 원고의 부친인 소외 7이 망 소외 2로부터 매수한 것임에도 불구하고, 이 사건 각 부동산에 관하여 아무런 권원이 없는 소외 4, 1 명의로 소유권이전등기가 경료되었으므로, 이 사건 각 부동산에 관한 피대위자 소외 1 명의 소유권이전등기는 원인무효의 등기라 할 것이다. 따라서 원인무효인 등기명의인 소외 1을 대위하여 피고들 명의의 각 소유권이전등기를 말소하라는 원고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 그 자체로서 이유 없다.

(2) 설령, 소외 3, 1 명의의 소유권등기가 유효하다 하더라도 다음과 같은 이유로 원고의 이 사건 청구는 여전히 받아들일 수 없다. 소유권보존등기가 이중으로 된 등기이기 때문에 당연 무효의 등기인 이상, 그 보존등기(후행보존등기) 또는 이에 기초한 이전등기가 실체관계에 부합하는 여부(후행보존등기에 기초하여 피고들이 적법하게 전득하거나, 그 토지에 대하여 취득시효가 완성되거나, 농지개혁법이 적용되는 등으로 후행보존등기명의인 또는 그 전득자인 피고들이 그 토지를 원시취득하는 등)를 가리지 아니하고, 동일토지에 대하여 먼저 경료된 보존등기명의인 또는 그로부터 적법하게 이전등기를 받은 자는 설사 그 토지에 대한 소유권을 상실하였다 하더라도, 이중등기명의자 즉, 후행보존등기명의인 또는 이에 기초한 이전등기명의인에 대하여 이중보존등기 또는 이중이전등기의 말소를 구할 수 있음이 원칙이나[20], 위와 같은 법리는 부동산에 관한 권리관계를 정확하게 공시함으로써 거래의 안전을 도모하고자 하는 부동산등기법의 이념 및 현존하는 중복등기를 달리 해소할 방법이 없는 현실 등을 고려한 논리적 귀결이라고 보이는바, 선행보존등기에 관한 등기용지가 이미 적법하게 폐쇄되어 있고, 후행보존등기 또는 그에 기초한 이전등기가 실체권리관계에 부합하여 종국적으로 선후등기용지가 모두 존재하여 후등기용지가 폐쇄되더라도 후등기명의인이 선등기명의인을 상대로 선등기용지상 이전등기를 구할 수 있는 경우에는 오히려 후등기용지만을 그대로 존치시켜 두는 것이 권리관계의 정확한 공시 및 거래의 안전이라는 부동산등기법의 이념에도 부합하고 굳이 이미 폐쇄된 선등기용지를 부활시키고 후등기명의인으로 하여금 선등기명의인을 상대로 이전등기를 소구하게 하는 것은 절차의 신속,

19) 대법원 2007.5.10. 선고 2007다3612 판결; 대법원 1990.5.22. 선고 89다카19900, 19917(반소) 판결 등 참조.

20) 대법원 1975.10.7. 선고 75다1602 판결; 대법원 1996.9.20. 선고 93다20177, 20184 판결; 대법원 1997.11.28. 선고 97다37494 판결 등 참조.

경제에도 반하므로, 위와 같은 경우에까지 위 중복보존등기에 관한 법리를 그대로 적용할 수 없고, 따라서 위와 같은 경우에는 이미 선등기용지상의 등기명의인의 후등기용지상의 등기명의인을 상대로 한 말소등기청구 등을 배척함이 신의칙 또는 권리남용금지원칙에 부합한다 할 것이다.

한편, 이 사건에 관하여 보건대, 대한민국은 1950.3.25.경 농지개혁법에 따라 소외 5(호적상(이름 생략)으로 되어 있다)에게 실제 지목이 농지인 이 사건 각 부동산을 분배하였는데, 소외 5가 1955.7.10. 상환을 완료함으로써, 1958.2.25. 이 사건 각 부동산에 관하여 국가 명의의 소유권보존등기 및 소외 5 명의의 소유권이전등기가 각 경료된 사실, 소외 5가 1977.3.30. 사망하자, 소외 5의 상속인인 피고들이 1988.3.28. 상속 및 증여를 원인으로 각 소유권이전등기를 경료한 사실, 소외 5 또는 피고들이 상환완료일 무렵부터 현재까지 이 사건 각 부동산을 점유, 사용하고 있는 사실(최종적으로 피고 피고 1이 이 사건 각 부동산을 점유, 사용하고 있다)을 인정할 수 있고, 갑 17 내지 28호증의 각 기재만으로는 위 인정을 뒤집기에 부족하며 달리 반증이 없는바(따라서, 소외 5가 등기공무원과 공모하여 등기서류를 위조하여 허위의 등기를 경료하였다는 원고의 주장은 받아들이지 아니한다), 소외 5 또는 피고들은 각 점유개시당시부터 지금까지 소유의 의사로 평온·공연하게 계속 점유하여 온 것으로 추정되어(자주점유의 추정을 번복할 만한 증거가 없다) 늦어도 1997.3.30. 이 사건 각 부동산에 관하여 점유취득시효가 완성되었다고 할 것이고, 1987.8.17. 선행보존등기에 관한 선등기용지가 등기공무원에 의하여 적법하게 폐쇄된 사실은 앞서 본 바와 같다(중복등기의 정리에 관한 사무처리지침에 따르면, 폐쇄될 등기용지의 최종명의인(이 사건에서는 소외 1)의 승낙이 없이는 등기용지를 폐쇄할 수 없도록 되어 있고, 폐쇄할 당시 이 사건 각 부동산에 대한 등기부에는 중복등기해소를 위한 소유권경정을 원인으로 하여 소외 5가 최종소유자로 등기되어 있었음은 앞에서 본 바와 같다).

위 인정사실 및 앞서 본 법리에 따르면, 이 사건 각 부동산에 관하여 소외 5 또는 그 점유를 승계한 피고들(최종적으로 피고 피고 1)의 점유취득시효가 완성되었고, 농지개혁법에 따라 소외 5에게 농지가 분배되어 그 상환을 완료하였으므로, 이 사건 부동산에 관한 소외 5 또는 피고들 명의의 각 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 등기라고 할 것이고, 반면, 원고의 이 사건 청구가 받아들여져 폐쇄된 소외 1 명의의 소유권이전등기가 회복되더라도, 소외 1은 위와 같이 피고 피고 1에게 점유취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 있음에도 회복등기

와 동시에 피고 피고 1이 아닌 원고 앞으로 소유권이전등기를 마쳐줄 것으로 보이는 점, 더욱이 소외 1은 이 사건 각 부동산에 대한 중복등기해소에 동의하여 선행 보존등기에 터 잡은 등기부상 소외 5 명의로 소유권이전등기가 경료되도록 한 점까지 종합하여 볼 때, 이제 와서 소외 1이 피고들을 상대로 각 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 것은 신의칙 또는 권리남용금지원칙에 반하고, 소외 1을 대위한 원고의 말소등기청구 또한 마찬가지다. 따라서 원고의 주장은 여전히 이유 없다. 따라서 원심은 제1심판결을 취소하였다.

5) 대법원 판결요지[21]

동일 부동산에 대하여 이미 소유권이전등기가 경료되어 있음에도 그 후 중복하여 소유권보존등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었더라도, 선등기인 소유권이전등기의 토대가 된 소유권보존등기가 원인무효라고 볼 아무런 주장·입증이 없는 이상, 뒤에 경료된 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효이므로, 뒤에 된 소유권보존등기의 말소를 구하는 것이 신의칙위반이나 권리남용에 해당한다고 할 수 없다고 하면서 원심을 파기환송하였다.

6) 파기환송심[22]

(1) 소외 1로 하여금 원고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 1987.11.25. 약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 것을 명한 제1심 판결에 대하여 소외 1이 항소하지 아니함으로써 위 제1심 판결 중 소외 1에 대한 부분이 그대로 확정된 사실은 기록상 명백하므로, 원고는 소외 1에 대하여 이 사건 각 부동산에 관하여 1987.11.25. 약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구권이 있다고 할 것이다.

(2) 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는, 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 되지 아니하는 한, 뒤에 된 소유권보존등기는 실체권리관계에 부합되는지의 여부를 따질 필요도 없이 무효라고 할 것이고[23], 동일 부동산에 중복된 소유권보존등기에 터 잡아 등기

21) 대법원 2008.2.14. 선고 2007다63690 판결.

22) 부산지법 2008.5.30. 선고 2008나3616 판결.

명의인을 달리하는 각 소유권이전등기가 경료된 경우에 그 각 등기의 효력은 소유권이전등기의 선후에 의하여 판단할 것이 아니고 각 소유권이전등기의 바탕이 된 소유권보존등기의 선후를 기준으로 판단하여야 한다[24].

이 사건으로 돌아와 살피건대, 김소식 명의의 선행보존등기가 원인무효라고 볼 만한 아무런 주장, 입증이 없는 이 사건에 있어서, 이 사건 각 부동산에 관한 대한민국 명의의 후행보존등기 및 이에 터 잡은 김봉식 및 그 상속인인 피고들 명의의 각 소유권이전등기는 모두 무효라고 할 것이고, 한편 앞서 본 바와 같이 김소식 명의의 선행보존등기에 터 잡아 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기를 마친 소외 1은 이 사건 각 부동산의 소유자로 추정된다고 할 것이므로(한편, 원고는 2007.7.12. 환송전 당심 제8차 변론기일에서 이 사건 각 부동산에 관한 소외 1 명의의 위 소유권이전등기는 위조된 것이라고 진술한 바 있으나, 갑8호증의 1 내지 3, 갑26호증의 각 기재와 제1심에서의 원고본인신문결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 분할 전 ○동 산 183 임야 중 이 사건 각 부동산 부분은 원고의 아버지인 구찬서가 김봉조로부터 매수하였는데, 김봉조의 아들인 김소식이 ○동 산 183 임야 중 구찬서에게 매도한 부분을 제외한 나머지를 이성의에게 매도하면서 다만 위 임야가 등기부상 분할되지 아니하였던 관계로 ○동 산 183 임야 전체에 관하여 이성의 명의로 소유권이전등기를 경료해 준 후 이성의가 사망하자 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 부동산에 관하여 이성의의 단독상속인인 제1심 공동피고 소외 1의 명의로 1952.3.6. 호주상속을 원인으로 한 소유권이전등기가 경료된 사실, 그 후 소외 1은 1987.11.25. 원고에게 이 사건 각 부동산에 대하여는 언제든지 원고의 명의로 소유권이전등기를 경료해 주기로 약정한 사실을 인정할 수 있고, 제1심 이래로 원고 또한 위 인정사실과 같은 주장을 해 왔음은 기록상 분명한 바, 그러한 사정에 비추어 보면, 원고의 위 진술은 소외 1 명의의 위 소유권이전등기가 아무런 권원없이 경료되었다는 취지라기보다는, 이 사건 각 부동산에 대하여는 그들의 선대인 구찬서와 이성의 사이에 명의신탁관계가 이미 성립되어 있었고, 구찬서와 이성의를 각 단독상속한 원고와 소외 1 사이에서도 위 명의신탁관계가 그대로 유지되고 있으므로, 이 사건 각 부동산에 관한 소외 1 명의의 위 소유권이전등기는 명의신탁등기에 해당하고, 따라서 원고와 소외 1 사이에서는 원고 자신이 이 사건

23) 대법원 1990.11.27. 선고 87다카2961, 87다453 전원합의체 판결; 대법원 1996.10.17. 선고 96다12511 전원합의체 판결 등 참조.

24) 대법원 2001.2.15. 선고 99다66915 판결 등 참조.

각 부동산의 진정한 소유자라는 취지에 불과한 것으로 보인다), 소외 1은 소유권에 기한 방해배제청구로서 무효인 김봉식 및 그 상속인인 피고들 명의의 각 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다고 할 것인바, 원고가 앞서 본 소외 1에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 소외 1을 대위하여 피고들을 상대로 김봉식 및 피고들 명의의 각 소유권이전등기의 말소를 구하고 있으므로, 피고들은 소외 1에게, 이 사건 각 부동산 중 그 각 상속지분인 별지 공유지분에 관하여 부산지방법원 강서등기소 1958.2.25. 접수 제1064호로 마친 소유권이전등기의 같은 등기소 1988.3.28. 접수 제4836호로 마친 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하고, 피고 1은 이 사건 각 부동산에 관하여 같은 등기소 1988.3.28. 접수 제4837호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

(3) 다음으로 피고들은, 소외 1는 인감증명서, 주민등록등본을 교부하는 등으로 선행보존등기에 관한 등기용지의 폐쇄에 동의하였고 이에 따라 위 등기용지는 적법한 절차에 따라 폐쇄되었으므로, 후행보존등기는 더 이상 중복등기에 해당되지 아니하고 따라서 유효한 등기가 되었다는 취지로 주장한다. 그러므로 살피건대, 소외 1가 인감증명서, 주민등록등본 등을 교부하는 등으로 선행보존등기에 관한 등기용지의 폐쇄에 동의하였다는 점에 관하여는 환송전 당심의 북부산등기소장에 대한 사실조회결과만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없을 뿐만 아니라, 중복등기의 정리에 관한 부동산등기법시행규칙의 각 규정은 등기공무원이 등기용지를 폐쇄하는 등의 방법으로 동일한 부동산에 관하여 경료된 중복등기를 정리하도록 하는 절차적 규정에 불과하고, 그러한 중복등기의 정리는 실체적 권리관계에 아무런 영향을 미치지 아니하는 것인바(부동산등기법시행규칙 제115조 참조), 앞서 본 바와 같이 선행보존등기에 관한 등기용지가 폐쇄되었다고 하더라도, 선행보존등기 자체가 말소되지 않은 이상 그러한 사정만으로 후행보존등기가 더 이상 중복등기에 해당되지 않는다거나 무효인 후행보존등기가 유효한 것으로 된다고 할 수는 없으므로, 피고들의 위 주장은 어느모로 보나 이유없다.

(4) 한 피고들은, 이 사건 각 부동산과 같이 구 농지개혁법상 개혁대상농지로 분류된 토지는 구 농지개혁법의 공포와 동시에 정부가 매수하여 그 소유권을 원시취득하고 그 수분배자 역시 상환완료에 의하여 그 소유권을 원시취득하는 것이므로, 김소식, 소외 1 등 이 사건 각 부동산의 이전 소유자들은 구 농지개혁법의 공포에 따라 그 소유권을 모두 상실하였다 할 것이어서, 소외 1가 이 사건 각 부동

산의 소유자임을 전제로 그를 대위한 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 이 사건 각 부동산에 관한 각 보존등기가 중복등기에 해당하는지 여부를 살펴 볼 필요 없이 이유 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 뒤에 경료된 소유권보존등기 명의인이 당해 부동산의 소유권을 원시취득하였다 하더라도 먼저 경료된 소유권보존등기가 무권리자에 의하여 이루어진 것이 아닌 한 뒤에 경료된 소유권보존등기는 1부동산1용지주의의 법리에 비추어 무효일 수밖에 없다 할 것인바[25], 1949.6.21. 법률 제31호로 제정된 구 농지개혁법이 공포되기에 앞서 1936.2.27. 경료된 김소식 명의의 선행보존등기가 원인무효라고 볼 만한 아무런 주장, 입증이 없는 이 사건에 있어서, 구 농지개혁법의 공포에 따라 정부가 이 사건 각 부동산에 관한 소유권을 원시취득하고 그 수분배자인 김봉식 역시 상환완료를 원인으로 그 소유권을 원시취득하였다는 사정만으로, 김소식 명의의 선행보존등기 및 그에 터 잡은 소유권이전등기가 무효로 된다고 볼 수 없으므로, 피고들의 위 주장도 이유 없다.

(5) 마지막으로 피고들은, 김봉식이 1950.3.25. 이 사건 각 부동산을 분배받아 이를 소유의 의사로 경작하여 1955.7.10. 상환을 완료하였고, 1958.2.25. 위 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기까지 경료한 다음 1977.3.30. 사망 당시까지 이를 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유, 사용하였으며, 그가 사망한 후에는 그 상속인인 피고들이 김봉식의 점유를 승계하여 현재까지 이를 점유, 사용하고 있으므로 피고들은 적어도 김봉식이 이 사건 각 부동산을 분배받은 1950.3.25.경부터, 또는 상환을 완료한 때인 1955.7.10.부터, 또는 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료한 1958.2.25.부터 각 20년이 경과한 1970.3.25.경 또는 1975.7.10.경 또는 1978.2.25.경 이 사건 각 부동산을 시효취득하였다고 할 것이므로 결국 이 사건 각 부동산에 관한 피고들 명의의 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 할 것이고, 원고가 위와 같이 이 사건 각 부동산을 시효취득한 피고들에게 이를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있는 소외 1를 대위하여 이 사건 각 부동산에 관한 피고들 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 신의칙 또는 권리남용금지원칙에 반한다는 취지로 주장한다.

살피건대, 앞서 본 중복등기의 효력에 관한 법리에 비추어 보면, 동일 부동산에 대하여 이미 소유권이전등기가 경료되어 있음에도 그 후 중복하여 소유권보존등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여

25) 대법원 1990.12.11. 선고 89다카34688 판결 참조.

점유취득시효가 완성되었더라도, 선등기인 소유권이전등기의 토대가 된 소유권보존등기가 원인무효라고 볼 아무런 주장·입증이 없는 이상, 뒤에 경료된 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효이므로, 뒤에 된 소유권보존등기의 말소를 구하는 것이 신의칙이나 권리남용금지원칙에 반한다고 할 수 없다 할 것이어서, 피고들의 위 주장 역시 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.

7) 평석

제1심 판결은 원고가 소외 1(제1심 피고)에 대한 소유권이전등기 청구에 대하여 소외 1이 의제자백을 하였기 때문에, 소외 1은 원고에게 소유권이전등기의무가 있다고 하였다. 원고에 대하여 소외 3 명의의 선행 보존등기가 원인무효라는 점에 관하여 아무런 주장, 입증이 없기 때문에, 대한민국 명의의 후행 보존등기 및 이에 터 잡은 소외 5 및 피고 1 등 명의의 각 소유권이전등기는 모두 무효이기 때문에, 피고 1 등은 원고에게 소유권이전등기의 말소를 해줄 의무가 있다고 한다. 다음으로 피고 1 등은, 이 사건 선등기에 관한 등기용지가 적법한 절차에 따라 폐쇄되었으므로 사건 각 부동산에 관한 중복등기는 해소된 것이라고 주장하였지만, 선등기가 말소되지 않은 이상 사건 선등기에 관한 등기용지가 폐쇄되었다고 하여 사건 후등기가 중복등기에 해당되지 않는다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 적법한 절차에 기하여 사건 선등기의 등기용지가 폐쇄되었다 하더라도 이것만으로는 무효인 사건 후등기가 유효한 것으로 되었다고 할 수 없다고 하면서 피고 1 등의 주장을 받아들이지 않았다.

다음으로, 중복등기와 점유취득시효에 대한 쟁점에서, 피고 1 등은, 소외 5가 1950.3.25. 이 사건 각 부동산을 분배받아 이를 소유의 의사로 경작하기 시작하면서 1955.7.10. 그 상환곡의 상환을 완료하였고, 1958.2.25. 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기까지 경료한 다음 1977.3.30. 사망 당시까지 이를 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유, 사용하였으며, 그가 사망한 후에는 그 상속인들인 피고 1 등이 그 점유를 승계하여 현재까지 이를 점유, 사용하고 있으므로 피고 1 등은 적어도 소외 5가 이 사건 각 부동산을 분배받은 1950.3.25.경부터, 또는 이 사건 각 부동산에 관한 상환곡의 상환을 완료한 때인 1955.7.10.부터, 또는 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료한 1958.2.25.부터 각 20년이 경과한 1970.3.25.경 또는 1975.7.10.경 또는 1978.2.25.경 이 사건 각 부동산을 시효취득하였다고 할 것이므

로 결국 이 사건 각 부동산에 경료되어 있는 피고 1 등 명의의 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 주장하였다. 이에 대하여 제1심법원은 1부동산1용지주의를 채택하고 있는 부동산등기법 아래에서는 실체관계에 부합하는지의 여부와 상관없이 선등기 명의자가 뒤에 경료된 보존등기의 말소를 청구할 수 있으므로 나아가 살필 필요 없이 위 주장 역시 이유 없다고 하여 원고 승소판결을 하였다.

그러나 원심에서는 대한민국은 1950.3.25.경 농지개혁법에 따라 소외 5에게 실제 지목이 농지인 이 사건 각 부동산을 분배하였는데, 소외 5가 1955.7.10. 상환을 완료함으로써, 1958.2.25. 이 사건 각 부동산에 관하여 국가 명의의 소유권보존등기 및 소외 5 명의의 소유권이전등기가 각 경료된 사실, 소외 5가 1977.3.30. 사망하자, 소외 5의 상속인인 피고들이 1988.3.28. 상속 및 증여를 원인으로 각 소유권이전등기를 경료한 사실, 소외 5 또는 피고들이 상환완료일 무렵부터 현재까지 이 사건 각 부동산을 점유, 사용하고 있는 사실(최종적으로 피고 피고 1이 이 사건 각 부동산을 점유, 사용하고 있다)을 인정할 수 있고, 소외 5 또는 피고들은 각 점유 개시당시부터 지금까지 소유의 의사로 평온·공연하게 계속 점유하여 온 것으로 추정되어 늦어도 1997.3.30. 이 사건 각 부동산에 관하여 점유취득시효가 완성되었다고 한다. 따라서 사건 각 부동산에 관하여 소외 5 또는 그 점유를 승계한 피고들(최종적으로 피고 피고 1)의 점유취득시효가 완성되었기 때문에, 사건 부동산에 관한 소외 5 또는 피고들 명의의 각 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 등기라고 한다. 반면, 원고의 이 사건 청구가 받아들여져 폐쇄된 소외 1 명의의 소유권이전등기가 회복되더라도, 소외 1은 위와 같이 피고 피고 1에게 점유취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 있음에도 회복등기와 동시에 피고 피고 1이 아닌 원고 앞으로 소유권이전등기를 마쳐줄 것으로 보이는 점, 더욱이 소외 1은 이 사건 각 부동산에 대한 중복등기해소에 동의하여 선행보존등기에 터 잡은 등기부상 소외 5 명의로 소유권이전등기가 경료되도록 한 점까지 종합하여 볼 때, 이제 와서 소외 1이 피고들을 상대로 각 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 것은 신의칙 또는 권리남용금지원칙에 반하고, 소외 1을 대위한 원고의 말소등기청구 또한 마찬가지다. 따라서 원고의 주장은 여전히 이유 없다. 따라서 원심은 제1심판결을 취소하였다.

대법원은 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효로 되지 않는 한

뒤에 된 소유권보존등기는 그것이 실체관계에 부합한다고 하더라도 1부동산 1등기용지주의의 법리에 비추어 무효라 할 것이고[26], 이러한 법리는 뒤에 된 소유권보존등기의 명의인이 당해 부동산의 소유권을 원시취득한 경우에도 그대로 적용된다[27]고 하였다. 나아가 동일 부동산에 대하여 이미 소유권이전등기가 경료되어 있음에도 그 후 중복하여 소유권보존등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었더라도, 선등기인 소유권이전등기의 토대가 된 소유권보존등기가 원인무효라고 볼 아무런 주장·입증이 없는 이상, 뒤에 경료된 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효이므로, 뒤에 된 소유권보존등기의 말소를 구하는 것이 신의칙위반이나 권리남용에 해당한다고 할 수 없다[28]고 하였다.

결론적으로, 중복등기에 있어서 뒤에 된 소유권보존등기는 그것이 실체관계에 부합한다고 하더라도 1부동산1등기용지주의의 법리에 비추어 무효라고 하는 것은 대법원의 굳은 판결이고[29], 이러한 법리에 기초하여 뒤에 된 소유권보존등기의 명의인이 당해 부동산의 소유권을 원시취득한 경우에도 그 후행보존등기가 그 자체로서 무효라는 것은 당연하다. 따라서 중복등기에 있어서 후행 보존등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었더라도, 후행 보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효이므로, 선행 보존등기 명의자가 후행 보존등기의 말소를 구하는 것이 신의칙위반이나 권리남용에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 중복등기에서 선행등기가 유효하고, 후행등기는 무효이다. 그래서 무효인 후행 보존등기 명의자가 점유취득시효를 주장하면서, 점유취득시효를 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 선행등기명의자에 대하여 주장하는 것이 아니라 점유취득시효를 원인으로 하여 후행 보존등기가 유효하다고 하는 주장을 하는 경우에는 중복등기에서의 후행등기의 무효법리를 적용하여 무효인 후행 보존등기가 적법한 등기로서 유효하게 되는 것은 아니다. 그러나 무효인 후행 보존등기 명의인이 점유취득시효를 주장하는 것은 자유이고, 그러한 점유취득시효에 기하여 선행 보존등기 명의자에 대하여 취득시효를 원인으로 하는 소유권이전등기의 청구를 주장하는 것은 가능하다고 보

26) 대법원 1990.11.27. 선고 87다카2961, 87다453 전원합의체 판결 등 참조.

27) 대법원 1990.12.11. 선고 89다카34688 판결; 대법원 1996.9.20. 선고 93다20177, 20184 판결 등 참조.

28) 대법원 2008.2.14. 선고 2007다63690 판결.

29) 대법원 1990.11.27. 선고 87다카2961, 87다453 전원합의체 판결 등 참조.

아야 한다. 그런 의미에서 위 대법원 판결에서 취득시효를 원인으로 무효인 후행보존등기의 유효를 주장한 피고의 항변은 문제가 있다. 그렇지만, 판결요지의 취지는 모호하게 작성되어 있다고 하지 않을 수 없다. 오히려 무효인 후행보존등기 명의자인 피고는 반소로서 원고에 대하여 점유취득시효를 원인으로 하는 소유권이전등기의 청구를 주장하였으면 다른 결과가 나올 수 있었을 것이다.

3. 대법원 1994.11.11. 선고 94다30430 판결

1) 사실관계

(1) 충남 ▲ 산4 임야 8정 3단 8무보(분할 및 등록 전환되기 전의 구지번)은 원래 소외 망 A 소유였는데, 그 장남인 소외 B(金00, 일제말기 창씨명 金本00)가 상속받아 1941.5.29. □법원 지원 접수 제3609호로 金本00 명의로 소유권보존등기를 마쳤다.

(2) 위 부동산은 1957.12.10.경부터 1985.8.9.까지 사이에 수회에 걸쳐 분할 및 등록 전환되어 현재 별지 1. 부동산목록 제1. 내지 15. 기재 각 필지(이하 이 사건 부동산)로 분할되었다.

(3) 위 B는 1951.9.15. 미혼으로 사망함으로써 동생인 소외 C가 구민법에 따라 호주상속인으로서 재산을 단독상속하였으며, 위 C도 1982.4.30. 사망함으로써 그의 처인 피고 Y-1, 호주상속인으로서 장남인 피고 Y-2, 차남 피고 Y-3, 3남 피고 Y-4, 4남 피고 Y-5, 동일가적 내에 있는 딸들인 피고 Y-6, 피고 Y-7 등이 공동상속인이 되었다.

(4) 현재 이 사건 부동산에 관하여는 피고들 명의로 별지 2. 상속지분표 (1) 기재 각 지분에 따라 상속을 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되어 있다.

(5) 한편 이 사건 부동산의 소유자였던 위 A은 처인 소외 김씨가 자녀를 출산하지 못하자 소외 D를 첩으로 맞아 장남인 위 B, 차남 소외 C, 장녀 소외 E 등을 출산하였는데, 그 후 본처 김씨로부터 3남 소외 김00가 출생하였다.

(6) 위 A이 사망한 후 소외 D는 위 B와 함께 1944년 경 친정 부근인 충남 대산면 화곡리로 이주하였으며, 이때 B가 상속받은 위 대산면 옹도리 소재 재산을 처분하여 위 화곡리에 가옥과 전답을 매입하게 되었다.

(7) 한편 위 A의 동생인 소외 F는 그 무렵부터 이 사건 부동산을 점유하면서

그곳에 자라는 나무들을 땔감으로 사용하고 다른 사람들이 함부로 나무를 베거나 들어가지 못하도록 관리하면서 일부를 밭으로 개간하여 경작해 왔다.

(8) 그런데 그 후 이 사건 부동산 중 별지 1. 부동산목록 제1. 내지 6, 10. 내지 15. 기재 각 토지에 관하여는 위 F가 1957.년경 이를 소외 G에게 매도하였으며, 위 G는 1980.11.19. 그 장남인 원고 X-1에게 위 토지를 증여하여, 위 X-1이 1980.11.19. 부동산소유권이전등기에관한특별조치법(이하 특별조치법)에 의하여 소유권보존등기를 마쳤다. 그런데 위 토지들에 관하여는 분할 전의 구지번에 의해 소외 B 명의의 소유권보존등기가 이미 경료되어 있었는데 이와 별개의 등기부에 특별조치법에 의한 소유권보존등기를 마침으로써 결국 중복등기가 되었다. 그 후 별지 1. 부동산목록 제1,2,6,14 기재 각 토지는 원고 X-1이 1985.8.27. 소외 H에게 매도하고, 위 H은 1988.8.16. 소외 J에게 매도하였으며, 1990.6.20. 위 J가 사망함으로써 그의 호주상속인으로서 장남인 원고 K, 그의 처인 원고 L, 동일가적 내에 있는 딸인 원고 X-2, 차남 원고 X-3 등이 별지 2. 상속지분표 2) 기재 상속지분에 따라 공동상속하였으며 각 매매 및 상속등기를 마쳤다. 또한 원고 X-1은 원고 김00에게 1986.2.13. 별지 1. 부동산목록 제15. 기재 토지를, 1986.7.7. 같은 목록 제12. 기재 토지를 각 매도하였으며, 원고 김00에게 1986.8.18. 같은 목록 제5,10,11. 기재 각 토지를 매도하였다. 이로써 원고 X-1은 같은 목록 3,4,13 기재토지만을 점유하게 되었다.

(9) 이 사건 부동산 중 별지 1. 부동산목록 제8 기재 토지에 관하여는 위 F이 1960.3.10. 이를 소외 이00게 매도하였으며, 1973.4.24. 위 이00이 망함으로써 원고 이00 이 상속인이 되었는데, 위 이00이 1980.11.19. 특별조치법에 의하여 소유권보존등기를 마쳤다. 그런데 위 토지에 관해서도 앞서와 같이 별개의 등기부에 보존등기를 마침으로써 결국 중복등기가 되었다.

(10) 이 사건 부동산 중 별지 1. 부동산목록 제7,9 기재 각 토지에 관하여는 위 F가 1971.8.22. 사망하자 그 장남인 원고 김00가 1980.11.19. 특별조치법에 의하여 앞서와 같이 별개의 등기부에 중복하여 소유권보존등기를 마쳤다.

(11) 위와 같이 소외 F로부터 토지를 매수한 소외 G, 이00 등은 각 매수임야를 관리하면서 그곳의 나무를 베어 땔감으로 사용하고 일부는 밭으로 개간하여 경작하면서 다른 사람들이 함부로 나무를 베거나 들어가지 못하게 하는 등 점유, 관리해 왔다. 위 G, 이00, F의 각 점유를 승계한 원고 X-1, 원고 이00, 원고 김00 등도 특별조치법에 의한 소유권보존등기를 마치는 한편 각 토지에 부모의 묘소를 설치

하고 임야의 일부를 밭으로 개간하여 경작하였으며, 원고 X-1은 토지 일부에 집을 짓고 거주하였으며, 원고 이00과 원고 김00는 각 3,000평 정도의 임야에 밤나무를 심는 등 이 사건 부동산을 계속 점유, 관리해왔다. 한편 원고 X-1로부터 토지를 전전 매수하거나 상속받은 원고 김00, 원고 K, 원고 L, 원고 X-2, 원고 X-3 등도 토지를 직접 또는 현지 주민들을 통하여 각 점유, 관리해 왔다.

(12) 피고들은 위 C가 사망한 이후 친척들의 배려로 다시 이 사건 부동산 소재지인 위 대산면 옹도리로 이주하여 위 C와 4촌간인 소외 김00가 내준 집에 거주하면서 위 김00 소유의 밭 1,000여평과 종중 소유의 전답 약 800여평을 경작하면서 종중의 시제를 준비하는 일을 맡아왔다.

(13) 피고들이 위 옹도리에 거주하면서 이 사건 부동산 중 일부 토지를 개간하여 경작하던 중 원고 김00가 그 농지는 자신의 소유라고 하면서 토지사용료를 요구하자, 경작을 중단하고 다시 대산읍으로 이주하였다.

2) 원심판결[30]

(1) 위 인정사실에 의하면 원고들은 각각 전 점유자의 점유기간을 포함하여 피고들이 원고들을 상대로 등기말소청구소송을 제기한 1989.7.18. 로부터 역산하여 20년이 되는 날 이전부터 이 사건 부동산을 점유해 온 점은 역수상 명백하고, 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정되므로 특단의 사정이 없는 한 늦어도 피고들의 소송제기로 취득시효기간의 진행이 중단되는 1989.7.18. 이 사건 부동산을 각 시효취득하였다고 볼 것이다.

(2) 피고들은, 위 등기말소청구소송에서 원고들이 이 사건 부동산을 각 매수하였거나 또는 시효취득하였으므로 원고들 명의의 중복등기는 모두 실체관계에 부합하는 등기로서 말소할 수 없다는 취지의 주장을 하였으나 위 주장이 받아들여지지 않은 채 피고들 승소판결이 선고되어 확정되었으므로, 원고들이 다시 이 사건 소송을 제기하여 매매 또는 취득시효완성을 주장하면서 소유권이전등기를 구하는 것은 전 소송과 중복되는 것으로서 전소의 기판력에 저촉된다는 취지의 주장을 하므로 살피건대, 전 소송의 소송물은 이 사건 부동산에 관하여 경료된 원고들 명의의 중복등기에 대하여 피고들이 그 말소를 청구할 권리가 있는지 여부이고, 이 사건 소송의 소송물은 원고들이 피고들에 대해 이 사건 부동산에 관하여

30) 대전고등법원 1994.5.12. 선고 93나3194 판결.

취득시효완성 또는 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 권리가 있는지 여부이므로 두 소송의 소송물은 서로 다르고 설사 전 소송에서 원고들이 중복등기를 말소할 수 없다는 항변사유로 매매 또는 취득시효완성을 주장하였다가 배척당했다고 하더라도 이는 공격방법에 불과한 항변으로서 그와 같은 항변에 대해서까지 기판력이 생기는 것은 아니므로 피고들의 위 주장은 이유없다(또한 위 갑제4호증의 1,2의 각 기재에 의하면, 전 소송에서 원고들의 매매 또는 취득시효완성에 관한 주장이 배척된 이유는 설사 원고들이 이 사건 부동산을 매수하였거나 취득시효가 완성되었다고 하더라도 이를 이유로 피고들을 상대로 이 소송과 같은 소유권이전등기청구소송을 제기할 수 있음은 별론으로 하더라도 중복등기는 선등기가 무효가 되지 않는 한 그것이 실체관계에 부합하는지 여부를 불문하고 말소되어야 한다는 법률상의 이론에 따라 원고들이 제기한 위 항변에 대하여는 그 당부에 대한 판단을 거치지 아니한 채 그 주장이 배척되었을 뿐이므로, 이 사건 소송에서 취득시효완성을 인정하여 피고들에게 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 데는 아무런 장애가 되지 아니한다).

3) 대법원 판결요지[31]

갑 명의의 소유권보존등기가 을 명의의 보존등기와 중복등기라는 이유로 을의 상속인들이 갑 명의의 보존등기 및 이를 바탕으로 경료된 이전등기 등의 말소를 청구한 소송에서, 갑이 그 명의의 보존등기가 중복등기이기는 하지만 취득시효가 완성되었으므로 그 보존등기 및 이전등기는 모두 실체관계에 부합하는 유효한 등기이므로 그 말소를 구할 수 없다고 주장하였으나, 1부동산1용지주의를 채택하고 있는 부동산등기법 아래서는 실체관계에 부합하는지의 여부와 상관없이 선등기 명의자가 뒤에 경료된 보존등기의 말소를 청구할 수 있다는 이유로 갑에 대한 패소판결이 선고된 후, 같은 부동산에 관하여 갑이 을의 상속인들을 상대로 취득시효 완성을 원인으로 소유권이전등기청구소송을 제기한 경우, 전소의 소송물은 갑의 명의로 경료된 소유권보존등기가 중복등기라는 이유로 원래의 소유권보존등기 명의자의 상속인들이 행사하는 중복소유권보존등기 및 이에 바탕을 둔 소유권이전등기의 말소청구권의 존부이고, 후소에서 쟁점이 된 소송물은 같은 부동산에 관한 청구이기는 하지만 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 존부

31) 대법원 1994.11.11. 선고 94다30430 판결.

로서, 전소와 후소는 청구취지와 청구원인을 전혀 달리하는 소송으로서 그 소송물이 다르고 특별히 서로 모순관계에 있거나 전소의 소송물이 후소의 선결문제에 해당하는 것도 아니므로 전소판결의 기판력이 후소에 미친다고 볼 수 없다.

4) 평석

이 사건은 피고들이 원고들을 상대로 하여 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법에 의하여 사건 계쟁 부동산 위에 경료된 일부 원고들 명의의 소유권보존등기는 피고들의 피상속인인 소외 망 B 명의의 보존등기와 중복등기라는 이유로 그 보존등기와 이를 바탕으로 하여 경료된 소유권이전등기의 말소를 청구한 사건이다. 이 사건에서 원고들은 그들 명의의 보존등기가 중복등기이기는 하지만 취득시효가 완성되었으므로 위 보존등기 및 이전등기는 모두 실체관계에 부합하는 유효한 등기이므로 말소를 구할 수 없다고 주장하였다. 이에 대하여 뒤에 경료된 소유권보존등기는 1부동산1용지주의를 채택하고 있는 부동산등기법 아래서는 실체관계에 부합하는 여부와 상관없이 선등기 명의자가 그 말소를 청구할 수 있다는 이유로 원고들 패소판결이 선고되었다. 이후에 원고들은 점유취득시효를 원인으로 하는 소유권이전등기청구소송을 제기하였으나, 피고들은 중복재소금지원칙에 어긋난다고 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 이 사건의 전소의 소송물은 사건 일부 원고들 명의로 경료된 소유권보존등기가 중복등기라는 이유로 원래의 소유권보존등기 명의자의 상속인들인 피고들이 행사하는 중복소유권보존등기 및 이에 바탕을 둔 소유권이전등기의 말소청구권의 존부이고, 후소인 이 사건에서 당심까지 쟁점이 된 소송물은 같은 부동산에 관한 청구이기는 하지만 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 존부로서, 전소와 후소인 이 사건 소송은 청구취지와 청구원인을 전혀 달리하는 소송으로서 그 소송물이 다르고(대법원 1971.12.28. 선고 71다2353 판결 참조), 특별히 서로 모순관계에 있거나 전소의 소송물이 후소의 선결문제에 해당하는 것도 아니므로 전소 판결의 기판력이 이 사건 소송에 미친다고 볼 수 없다. 이 사건 소송이 전소 판결의 기판력에 저촉된다는 취지의 상고이유는 받아들일 수 없다고 하였다.

V. 마무리

대법원 1996.9.20. 선고 93다20177, 20184 판결과 대법원 2008.2.14. 선고 2007다63690 판결은 동일하게 "동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효로 되지 않는 한 뒤에 된 소유권보존등기는 그것이 비록 실체관계에 부합한다고 하더라도 1부동산1등기용지주의의 법리에 비추어 무효이고, 이러한 법리는 뒤에 된 소유권보존등기의 명의인이 당해 부동산의 소유권을 원시취득한 경우에도 그대로 적용된다"고 판결이유로 설시한 후에, 대법원 1996.9.20. 선고 93다20177, 20184 판결은 "동일 부동산에 대하여 이미 소유권이전등기가 경료되어 있음에도 그 후 중복하여 소유권보존등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었더라도, 선등기인 소유권이전등기의 토대가 된 소유권보존등기가 원인무효라고 볼 아무런 주장·입증이 없는 이상, 뒤에 경료된 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효이다"라고 하고 있고, 대법원 2008.2.14. 선고 2007다63690 판결은 "동일 부동산에 관하여 이미 소유권이전등기가 경료되어 있음에도 그 후 중복하여 소유권보존등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었더라도, 선등기인 소유권이전등기의 토대가 된 소유권보존등기가 원인무효라고 볼 아무런 주장·입증이 없는 이상, 뒤에 경료된 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효이므로, 뒤에 된 소유권보존등기의 말소를 구하는 것이 신의칙위반이나 권리남용에 해당한다고 할 수 없다"고 하고 있다. 그런데 대법원 1994.11.11. 선고 94다30430 판결은 전소의 소송물은 중복소유권보존등기 및 이에 바탕을 둔 소유권이전등기의 말소청구권의 존부이고, 후소에서 쟁점이 된 소송물은 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 존부로서, 전소와 후소는 청구취지와 청구원인을 전혀 달리하는 소송으로서 전소판결의 기판력이 후소에 미친다고 볼 수 없다고 하였다. 이를 종합하면, 다음과 같다. 무효인 후등기명의자가 점유취득시효를 이유로 하여 무효인 후등기를 유효라고 주장할 수는 없다. 이 경우 이미 무효가 된 후등기가 유효한 등기로 되는 것이 아니기 때문이다. 따라서 선등기명의자가 무효인 후등기의 말소를 구하는 것은 신의칙위반이나 권리남용이 아니다. 그러나 중복등기에 의하여 무효인

후등기의 명의자는 반소로서 점유취득시효를 주장할 수 있다. 이 경우 후등기명의자는 반소로서 점유취득시효를 주장하여 선등기명의자를 상대로 소유권이전등기를 청구할 수 있다. 그러므로 무효인 후등기명의자가 점유취득시효를 주장하는 경우에 무효인 후등기가 점유취득시효에 의하여 유효한 등기라고 주장하는 것을 배척할 수 있지만, 단순히 중복등기법리를 적용해서 후등기가 무효라고 하는 이유로 후등기명의인의 점유취득시효의 주장을 배척할 것은 아니다. 결론적으로 중복등기의 후등기명의인은 점유취득시효를 이유로 하여 무효인 후등기가 유효하다고 주장할 수 없고, 선등기명의인은 무효인 후등기의 말소를 청구할 수 있다. 그러나 중복등기의 후등기명의인은 점유취득시효를 이유로 하여 반소로서 선등기명의인을 상대로 소유권이전등기를 청구할 수는 있다.

주제어 : 취득시효, 중복등기, 무효, 판결요지, 후등기, 선등기

참 고 문 헌

윤일영, 판례의 기능, 민사판례연구(Ⅰ), 박영사, 1979.

서 민, 판례의 의의, 민사판례연구(Ⅰ), 박영사, 1979.

배병일, 물권법, 영남대학교 출판부, 2008.

———, 중복등기의 효력, 사회과학연구 제13권 제2호, 영남대학교 사회과학연구소, 1993.

———, 부동산취득시효의 판례 5원칙에 관한 연구, 민사법학 제16호, 한국민사법학회, 1998.

[Abstract]

Acquisitive Prescription and Duplicated Registration

Bae, Byung-Il

Professor, Law School of Yeungnam University

There is a room for doubt about whether or not Korean Supreme Court case has binding force. In Article 7 of Korean Court Organization Act, the judgment authority of the Supreme Court shall be exercised by the collegiate panel composed of not less than two-thirds of all the justices of the Supreme Court with the Chief Justice of the Supreme Court presiding. Where it is deemed necessary to modify such opinion on the application of the interpretation of the Constituion, Acts, administrative decrees, and regulations, as was formerly decided by the Supreme Court. In Article 8 of Korean Court Organization Act, any decision made in a judgment of a higher court shall bind the court of lower instance with respect to the case in question.

Korean Supreme Court case does not bind de jure. But Korean Supreme Court case shall bind the court of lower instance and itself de facto. Therefore because Korean Supreme Court case binds force, it will have possibility of being maintained in future. I think that Korean Supreme Court case is regarded as resources of Korean Civil Law. Case study holds a key post in Korean Civil Law study in the Korean Law School system. The ratio decidendi of the Korean Supreme Court case is the point in a case which determines the judgment or the principle which the case establishes. In other words, legal rule derived from, and consistent with, those parts of legal reasoning within a judgement on which the outcome of the case depends. Unlike obiter dicta, the ratio decidendi is, as a general rule, binding on courts of lower and later jurisdiction－through the doctrine of stare decisis.

By the way, Korean Supreme Court produces a little misunderstanding ratio

decidendi with an inaccurate description now and then. Supreme Court Decision 93Da20177,20184 Decided Sep. 20, 1996 and Supreme Court Decision 2007Da63690 Decided Feb. 14, 2008 declared the latter of the duplicated registration becomes invalidity in such a case, the title holder of the latter does not claim acquisitive prescription. Supreme Court Decision 94Da30430 Decided Nov. 11, 1994 declared claim for acquisitive prescription is different from claim for duplicated registration, so that the title holder of the latter shall claim acquisitive prescription.

In conclusion, the title holder of the latter does not claim that invalid latter registration is valid by reason of acquisitive prescription, so that the title holder of the former can claim cancellation of the latter registration. But the title holder of latter registration shall claim transfer of former registration by reason of acquisitive prescription as a counteraction.

Key words : acquisitive prescription, duplicated registration, invalidity, ratio decidendi, latter registration, former registration