

가처분이의청구사건

[서울고법 1968. 3. 27. 67나1588]



【판시사항】

계정물에 관한 가처분과 보전의 필요성

【판결요지】

계정물에 관한 가처분은 현상의 변경으로 당사자의 권리를 실행되지 못하거나 이를 실행함에 현저히 곤란할 염려가 있는 때에 한하여 보전의 필요가 인정된다 할 것이며 단지 소유권이 있다는 이유만으로 본건 토지에 대한 개간허가 처분이 무효라 하더라도 신청인이 후일 피보전권리에 관한 확정판결을 받았을 경우 현상의 변경으로 그 권리를 실행하지 못하거나 그를 실행함이 현저히 곤란한 염려가 있어야 본권의 필요가 인정된다.

【참조조문】

민사소송법 제714조

【참조판례】

1967.4.25. 선고 66다1296 판결(판례카야드 1143호, 대법원판결집 15①민337 판결요지집 민사소송법 제714조 (20)1095면)

【전문】

【신청인, 항고인】 한순화

【피신청인, 피고인】 한영흠, 이복례

【원심판결】 제1심 대전지방법원(63카314 결정)

【주문】

】

신청인의 항소를 기각한다.

신청 총비용은 신청인의 부담으로 한다.

【신청취지】 신청인 대리인은 대전지방법원 63카272 진입금지가처분신청사건에 대하여 1963.3.21. 위 법원이 별지 제 1,2호 목록 기재 토지에 관하여 한 가처분결정은 이를 인가한다. 신청비용은 피신청인등의 부담으로 한다라는 판결을 구하고 피신청인등 대리인은 위 가처분결정을 취소한다. 본건 가처분신청을 기각한다. 신청비용은 신청인의 부담으로 한다라는 판결 및 가처분취소부분에 대한 가집행선고를 구하다.

【신청취지】 신청인 대리인은 대전지방법원 63카272 진입금지가처분신청사건에 대하여 1963.3.21. 위 법원이 별지 제 1,2호 목록 기재 토지에 관하여 한 가처분결정은 이를 인가한다. 신청비용은 피신청인등의 부담으로 한다라는 판결을 구하고 피신청인등 대리인은 위 가처분결정을 취소한다. 본건 가처분신청을 기각한다. 신청비용은 신청인의 부담으로 한

다라는 판결 및 가처분취소부분에 대한 가집행선고를 구하다.

【신청취지】 신청인 대리인은 대전지방법원 63카272 진입금지가처분신청사건에 대하여 1963.3.21. 위 법원이 별지 제 1,2호 목록 기재 토지에 관하여 한 가처분결정은 이를 인가한다. 신청비용은 피신청인등의 부담으로 한다라는 판결을 구하고 피신청인등 대리인은 위 가처분결정을 취소한다. 본건 가처분신청을 기각한다. 신청비용은 신청인의 부담으로 한다라는 판결 및 가처분취소부분에 대한 가집행선고를 구하다.

【신청취지】 신청인 대리인은 대전지방법원 63카272 진입금지가처분신청사건에 대하여 1963.3.21. 위 법원이 별지 제 1,2호 목록 기재 토지에 관하여 한 가처분결정은 이를 인가한다. 신청비용은 피신청인등의 부담으로 한다라는 판결을 구하고 피신청인등 대리인은 위 가처분결정을 취소한다. 본건 가처분신청을 기각한다. 신청비용은 신청인의 부담으로 한다라는 판결 및 가처분취소부분에 대한 가집행선고를 구하다.

【이유】

- 】 (1) 1963.3.21. 대전지방법원이 같은 법원 63카272 진입금지 가처분신청사건에 관한 결정으로서 별지목록기재의 본건 토지안의 피신청인들의 출입을 금지하는 취지의 가처분결정을 한 사실
- (2) 본건 토지는 모두 그 지목이 하천으로 되어 있고 이땅에 관하여 1962.12.4.자로 신청인 앞으로의 소유권이전등기가 경료되어 있는 사실
- (3) 피신청인들이 본건 토지를 포함한 아산읍 염치면 산양리 곡교천 하류유역 일대에서 하천부채 및 공작물(제방)신축 등 공사를 하고 있는 사실등에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없다.

신청인 소송대리인은 본건 가처분신청의 이유로서 본건 토지는 신청인의 소유인데 피신청인들은 이땅에 관하여 아무런 권리가 없음에도 불구하고 위에 본 하천부채공사를 병자하여 임의로 출입사용하고 있으므로 이와 같은 피신청인들의 이 땅안의 출입을 금지하고자 본건 가처분신청에 이르게 된 것이라고 주장하고 있는 바, 이와 같은 신청인 주장에 대하여 피신청인들은 첫째로 본건 토지는 수십년전부터 포락하여 하천법의 적용을 받는 곡교천(충남)의 하천부지를 이루고 있었으니 이 땅에 대한 사인의 소유권은 진작에 소멸하여 버린 것이요, 따라서 신청인이 그 주장과 같이 전소유자로부터의 취득을 원인으로 1963.3.21.자로 그 앞으로의 등기절차를 거쳤다고 하더라도 실제로는 아무런 권리도 취득하지 못한 것이라고 본건 가처분신청에 이른 신청인의 피보전 권리자체를 부인하고 있으므로 이 점에 관하여 보건대 성립에 다툼이 없는 갑 1호증(등기부등본), 을 4호증(도면), 같은 5호증(사실증명원), 같은 7호증(사실인증원)의 각 기재 원심검증조서의 기재 원심증인 오수영의 증언내용, 변론의 전취지등을 종합하면 (1) 본건 토지는 모두 아산읍 염치면 산양리 2구 부락앞을 남북으로 가로질러 흐르고 있는 곡교천 하류유역에 위치하고 있는데 (2) 그중 별지목록 1기재 부동산인 같은곳 518 - 1 발 352평을 제외하고는 (3) 모두 그 인근에 소재하는 다른 토지 수십만평과 같이 오래전부터 다년간의 조수의 침식, 홍수의 범람등으로 인하여 지표가 깎이고 그 위에 진흙과 모래가 덮혀 외관상 종전의 하천부지와 일체를 이루어 이와 구별 할 수 없는 상태에 빠져 오다가 (4) 그뒤 이 땅을 비롯하여 그 인근에 소재하는 수십만평의 포락지를 되살리려는 공사가 진행되어온 결과 년월일 미상경 이 땅등을 둘러싸 두개의 소제방과 한개의 큰제방(길이 650미터)이 축조되었고 따라서 현재 조수의 침식이나 하천의 흐름등은 없이 그냥 위에 본 하천유역의 이른바 "갯바닥"을 이루고 있는 상태인 사실을 인정할 수 있고 다른 반증이 없으며 한편 하천법 공포시행후에 있어서의 각령 125호에 의하여 위 곡교천이 삼교천의 제1지천으로서 국유하천으로 지정된 사실은 당원에 현저한 사실인 바, 생각하건대 사권 존중의 근세법의 원칙과 하천법의 여러규정 취지등을 살피면 개인이 소유하는 어떤 토지가 조수의 침식, 또는 홍수의 범람등으로 인하여 위 (3),(4)에 본 바와 같이 포락되고 또한

그 뒤에 토사가 매몰된 채 이른바 "갯바닥"을 이루어 외관상 국유하천의 부지와 구별할 수 없는 상태에 있고 소유자가 다년간 이 땅을 사용 수익함이 없이 그대로 방치하였다고 하더라도 그 하나의 사실만으로서 피신청인들이 내세우듯이 당연히 하천부지에 편입되므로써 소유권이 소멸된다(하천법에 의하면 하천부지에 대한 사권의 존재를 인정하지 않는다)고는 할 수 없는 것이고 하천법 공포시행 이전에 있어서는 구조선하천령시행규칙 21조에 따른 절차를 거치거나(이와 같은 처분(인정절차)은 하천법부칙 3항에 의하여 하천법의 규정에 의한 것으로 간주되는 것이다) 하천법 공포시행 후에 있어서는 그법 22조에 따른 그 명칭과 구간의 지정이 있고 같은법 12조, 13조에 따른 하천관리청의 구역결정이나 또는 구역변경에 관한 절차를 거쳐 하천부지에 편입되므로써 비로서 그 토지에 관한 종전 소유자의 사권이 소멸되는 것이라고 해석할 것인 바, 본건에 관하여 이 점을 살펴보면 본건 토지에 관하여 구조선하천령 시행당시나 또는 그뒤 하천법의 공포시행 이후에 있어서 위 (가),(나)에 말한 하천부지 편입에 관한 제반절차가 이천된 바 없음은 이점을 내세우고 있는 피신청인들이 스스로 인정하고 있는 바이므로 그렇다면 본건 토지가 비록 위에서 (3),(4)에서 본 바와 같이 포락되어 현재 곡교천의 "갯바닥"을 이루고 있는 현상이라고 하더라도 이 땅에 관한 종전 토지소유자의 소유권이 소멸되었다고는 볼 수는 없고 따라서 이 땅에 관한 종전 토지소유자의 소유권이 소멸되었다고 내세우는 피신청인들의 주장은 그 이유가 없는 것으로서 받아 들이지 않는다.

피신청인들은 둘째로 피신청인들은 1964.4.25. 농림부장관으로부터 본건 토지를 포함한 아산군 염치면 산양리 186 곡교천 하천부지를 비롯한 같은 하천구역의 미개간지 41.31정보에 관하여 개간촉진법에 따른 개간허가를 얻었으므로 본건 토지에 관한 신청인의 권리는 이미 위 날자로 소멸한 것이라고 주장하고 있으므로 이점에 관하여 보건대 피신청인들이 1964.4.25. 농림부장관으로부터 그 주장과 같은 특별개간허가를 얻은 사실 및 본건 토지가 위 특별개간 지역안에 위치하고 있는 사실등은 당사자 간에 다툼이 없는 바, 한편 성립에 다툼이 없는 갑 4호증(판결)의 기재에 변론의 전취지를 덧붙여 보면 신청인은 본건 토지의 현상에 관한 위 (3) 및 (4)에서 본 바와 같이 본건 토지를 둘러싸 두개의 적은 제방과 한개의 큰 제방이 축조되므로써 위 토지가 침수상태에서 벗어나 이른바 "갯바닥"이루게 되자 곧 위 토지부분을 개간하기 시작하여 피신청인이 농림부장관으로부터 위에 본 특별개간허가를 얻은 1964.4.25. 당시에는 이미 위 토지의 거의 대부분을 경작하고 있었던 사실을 인정할 수 있고 다른 반증이 없는 바, 무릇 개간촉진법의 입법취지는 그 법 1조에서 명시하고 있듯이 농업생산력의 증강과 농가경제의 안정을 기하기 위하여 개간을 촉진함을 그 목적으로 하고 있는 것으로서 이러한 위 법의 입법취지와 같은법의 여러규정을 살펴보면 그 법에 정한 특별 개간허가의 대상이 될 수 있는 토지는 국유토지, 또는 사유미개간지등에 한정되는 것이고 위에서 본 본건토지와 같이 특별개간허가 당시 이미 토지소유자가 경작하고 있는 토지를 포함하지 않는다고 해석할 것이며 따라서 사유미개간지가 아닌 경작지에 관하여 위 법에 따른 소관 관서의 개간허가가 있었을때는 그 개간허가처분은 명백하고도 중대한 하자가 있는 행정처분으로서 당연무효이라고 할 것인 바, 그러므로 본건에 있어서 비록 원·피고간에 다투고 있는 토지에 관하여 피신청인이 내세우는 바와 같은 특별 개간허가가 있었다고 하더라도 위 허가처분은 위에서 본 이유로 그 효력을 발생한다고 볼 수 없고 따라서 피신청인은 그 허가처분에 의하여 위 토지를 사용할 수 있는 어떤 권한이 생겼다고는 볼 수 없는 것이므로 이점 피신청인의 주장 역시 그 이유가 없는 것으로서 받아 들이지 않는다.

그러나 계쟁물에 관한 가처분은 현상의 변경으로 당사자의 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행함에 현저히 곤란할 염려가 있는때에 한하여 보전의 필요가 인정된다 할 것이며 단지 소유권이 있다는 이유만으로 본건 토지에 대한 개간허가처분이 무효라 하더라도 본안판결이 있기까지는 본건 토지를 사용하고 있는 피신청인에게 본건 토지에 대한 출입을 금지시킬 수 없고 피신청인이 본건 토지를 사용하므로 말미암아 신청인이 후일 피보전권리에 관한 확정판결을 받았을 경우 현상의 변경으로 그 권리를 실행하지 못하거나 그를 실행함이 현저히 곤란한 염려가 있어야 본건의 필요가 인정된다 할 것인 바, 신청인은 그 보전의 필요성 있는데 대하여는 아무런 소명도 하지 아니하고 있으므로 결국 본건 가처분신청은 이유 없다하여 기각하여야 할 것이다.

그런데 원심법원은 본건 가처분신청사건에 관하여 별지 1호 목록기재 토지에 대하여는 위 인정과 같이 가처분결정을 인가하고 별지 2호 목록기재 토지에 대하여서만 가처분결정을 취소하고 신청인의 청구를 기각하였고 그 인가한 부분에 관하여는 신청인이나 피신청인등 모두 불복을 제기하지 아니하고 가처분결정이 취소된 별지 제2목록기재 토지부분에 대하여서만 신청인이 항소를 제기하였은 즉 당심에서는 그 부분만이 판단대상이 된다고 할 것인바, 위 인정과 같이 본건 가처분신청은 결국 이유없다 할 것이므로 본건 가처분신청사건에 대하여 원심법원이 1963.3.21. 별지 제2목록기재 토지에 관하여 한 가처분결정은 이를 취소하고 신청인의 가처분신청을 기각할 것인즉 이와 결론을 같이한 원판결 부분은 정당하고 신청인의 항소는 실당하므로 민사소송법 384조에 의하여 이를 기각하기로 하고 신청 총비용의 부담에 관하여는 같은법 96조, 89조를 적용하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김중서(재판장) 박정근 권종근