

다. 등기의 추정력

1) 추정력의 내용

등기의 추정력으로 ① 등기능력이 있는 권리의 등기가 있는 경우 그 등기에 의하여 그 권리가 등기명의자에게 귀속되어 존재하는 것으로 추정되고 그 등기에 의하여 물권변동이 유효하게 성립한 것으로 추정되는 ‘권리의 적법추정’(법률상의 권리추정), ② ‘등기원인의 적법 추정’, ③ 등기가 절차상으로도 유효요건을 갖추어서 적법하게 이루어진 것이라고 추정하는 ‘등기절차의 적법추정’¹³⁰⁵⁾이 인정된다(등기절차 자체의 적법 추정에서 더 나아가, 등기를 함에 있어서 필요한 전제요건이나 전치절차의 적법까지도 추정된다).¹³⁰⁶⁾

2) 소유권보존등기의 추정력

소유권보존등기의 명의인도 소유자로 추정받으나, 그 토지를 사정(査定)받은 사람이 따로 있고 그가 양도사실을 부인할 경우에는 그 등기가 부동산소유권이전등기등에 관한 특별조치법 등의 특별조치법에 의하여 경료된 것이 아닌 한 그 추정력은 깨어진다. 따라서 등기명의인이 구체적으로 실제관계에 부합한다거나 그 승계취득 사실을 주장·증명하지 못하는 한 그 등기는 원인무효로 되고, 이러한 법리는 그 소유권보존의 등기가 등기부 멸실 후의 회복등기절차에 의하여 이루어진 경우에도 다를 바 없다.¹³⁰⁷⁾

1305) 예컨대, ① 멸실회복등기에 있어 전등기(前登記)의 접수일자, 접수번호 및 원인일자 등이 “불명”으로 기재되어 있더라도, 특별한 사정이 없는 한 이는 등기관에 의하여 멸실회복등기의 실시요강에 따라 토지대장등본 등 전등기의 권리를 증명할 공문서가 첨부된 등기신청서에 의하여 적법하게 처리된 것이라고 추정되고(80다3286), ② 종전 등기명의인인 미성년자가 자신의 소유지분을 친권자에게 증여하는 행위가 이해상반행위라 하더라도 그에 따른 친권자 명의의 소유권이전등기가 경료되어 있는 이상 그 이전등기에 필요한 절차를 적법하게 거친 것으로 추정된다(2001다72029).

1306) 예컨대, ① 등기부상 법원의 경락허가결정에 의한 소유권이전등기가 경료된 경우 적법한 경매절차에 의하여 된 것으로 추정되고(4288민상554), ② 외국인 명의로 소유권이전등기가 경료된 이후 계속하여 그 소유 명의로 등재되어 있다면 외국인토지법에 규정된 절차를 거쳐 합법적으로 등기를 경료한 것으로 추정되며(64다171), ③ 해산한 법인 재산을 청산인이 처분한 경우 청산인이 적법한 사원총회에서 적법한 선임결의에 의하여 선임되었는지, 합법적인 권한을 부여받았는지, 주무관청의 허가를 얻었는지에 관하여, 모두 적법한 절차에 의하여 경유된 것으로 추정되고(62다630), ④ 농지개혁법 시행 당시 농지 매매에 관한 소유권이전등기가 경료되었으면 같은 법 소정의 농지소재지증명은 이미 제출된 것으로 추정되며(69다469), ⑤ 어떤 농지에 관하여 상환완료로 인한 소유권이전등기까지 경료되어 있는 것이라면 그에 대한 농지분배 절차는 적법하게 되었다고 추정되고(92다45773), ⑥ 부동산을 매수하여 등기한 자가 그 매매가 전소유자의 대리인과 사이에 이루어진 것이라고 주장하는 경우 그 대리권의 존재는 일응 추정되고 대리권 흠결의 점은 전소유자가 증명할 책임이 있다(94다41010).

1307) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2006다30921 판결 등. 이는 소유권보존등기는 새로 등기용지를 개설함으로써 그 부동산을 등기부상 확정하고 이후는 그에 대한 권리변동은 모두 보존등기를 시발점으로 하게 되는 까닭에 등기가 실제법상의 권리관계와 합치할 것을 보장하는 관문이며, 따라서 그 외의 다른 보통 등기에 있어서와 같이 당사자 간의 상대적인 사정만을 기초로 하여 이루어질 수 없고 물권의 존재 자체를 확정하는 절차가 필요하고, 따라서 소유권보존등기는 소유권이 진실하게 보존되어 있다는 사실에 관하여서만 추정력이 있고 소유권보존 이외의 권리변동이 진실하다는 점에 관하여서는 추정력이 없다. 이와 같은 보존등기의 본질에 비추어 보존등기 명의인이 원시취득자가 아니라는 점이 증명되면 그 보존등기의 추정력은 깨진다고 보고서 보존등기 명의인의 주장과 증명에 따라 그 등기에 대하여 실제적 권리관계에 부합하는지 여부를 가려야 한다(96다

위와 같은 법리는 보존등기 명의인 이외의 자가 당해 토지를 사정받은 사실이 증명됨을 전제로 하는 것이다. 토지조사부나 임야조사부에 토지소유자로 등재되어 있는 자는 토지소유자로 사정받고 그 사정이 확정된 것으로 사실상 추정될 뿐이므로, 일제강점기하의 소유권보존등기에 토지조사부나 임야조사부상 토지소유자 아닌 자가 보존등기 명의인으로 등재되어 있다면, 이는 재결에 의하여 사정내용이 변경되었다는 등의 반증이 되어 보존등기 명의인 이외의 자가 당해 토지를 사정받은 사실에 대한 증명이 성공하였다 볼 수 없으므로, 소유권보존등기의 추정력이 깨어졌다고 할 수 없다.

건물의 소유권보존등기는 그 명의자가 신축한 것이 아니라면 그 등기의 권리추정력은 깨어진다고 할 것이고, 그 명의자 스스로 적법하게 그 소유권을 양도받게 된 사실을 증명할 책임이 있다.¹³⁰⁸⁾

3) 소유권이전등기의 추정력

부동산에 관하여 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우 그 등기명의자는 제3자에 대하여서뿐만 아니라 그 전 소유자에 대하여서도 '적법한 절차와 원인'에 의하여 소유권을 취득한 것으로 '추정'되므로, 그 절차 및 원인이 부당하여 그 등기가 무효라는 사실을 이를 주장하는 자에게 증명책임이 있다.¹³⁰⁹⁾

등기원인이라는 실체적 측면에서 보면, 등기명의자의 소유권이전등기가 '전 등기명의인의 의사에 반하여 이루어진 것'으로서 무효라는 주장·증명을 하여야 한다.¹³¹⁰⁾

16247).

1308) 대법원 1995. 11. 10. 선고 95다13685 판결.

1309) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다21702 판결, 대법원 2003. 2. 28. 선고 2002다46256 판결. ● 법률이 아닌 판례에 의하여 인정되는 유일한 법률상 추정으로 일컬어진다. 일본 판례는 우리와 달리 등기에 '사실상 추정력'만 인정한다(주해 판례민법 물권법, 청림서원, 1999, 75면).

1310) ① 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다23195 판결; "부동산 등기는 현재의 진실한 권리상태를公示하면 그에 이른 과정이나 태양을 그대로 반영하지 아니하였어도 유효한 것으로서, 등기명의자가 전 소유자로부터 부동산을 취득함에 있어 등기부상 기재된 등기원인에 의하지 아니하고 다른 원인으로 적법하게 취득하였다고 하면서 등기원인행위의 태양이나 과정을 다소 다르게 주장한다고 하여 이러한 주장만 가지고 그 등기의 추정력이 깨어진다고 할 수는 없을 것이므로, 이러한 경우에도 이를 다투는 측에서 등기명의자의 소유권이전등기가 전 등기명의인의 의사에 반하여 이루어진 것으로서 무효라는 주장·입증을 하여야 한다." ☞ 토지수용절차를 거친 사실이 없음에도 토지수용을 원인으로 소유권이전등기를 경료한 토지개발조합이 토지수용 아닌 다른 원인으로 소유권을 양도받았거나 다른 원인으로 소유권을 취득한 자로부터 다시 특정승계 또는 포괄승계하였을 수도 있다고만 주장하는 것은 등기원인행위의 태양이나 과정을 다소 다르게 주장하는 것과 달리 무한정하게 확대하여 추상적으로 주장하는 것이어서 등기의 추정력이 유지될 수 없다고 한 사례. ② 대법원 2023. 7. 13. 선고 2023다223591, 223607 판결; "부동산등기는 그것이 형식적으로 존재하는 것 자체로부터 적법한 등기원인에 의하여 마쳐진 것으로 추정되고, 등기명의자가 등기부에 기재된 것과 다른 원인으로 등기 명의를 취득하였다고 주장하고 있지만 그 주장 사실이 인정되지 않는다 하더라도 그 자체로 등기의 추정력이 깨어진다고 할 수 없으므로, 그와 같은 경우에도 등기가 원인 없이 마쳐진 것이라고 주장하는 쪽에서 무효사유를 주장·증명할 책임을 지게 된다. 토지에 관하여 점유취득시효 완성에 따라 소유권이전등기가 마쳐진 경우에도 적법한 등기원인에 따라 소유권을 취득한 것으로 추정되는 것은 마찬가지이므로, 제3자가 등기명의자의 취득시효 기간 중 일부 기간 동안 해당 토지 일부에 관하여 직접적·현실적인 점유를 한 사실이 있다는 사정만으로 등기의 추정력

등기의 절차적 측면에서 보면, 등기절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 볼만한 ‘의심스러운 사정’이 있음이 증명되는 경우에는 그 추정력은 깨어진다.¹³¹¹⁾ 따라서 등기의 실체적 위법보다는 절차적 위법에 의한 추정력의 복명이 용이하다 할 것이므로, 실무상으로도 등기가 위조 또는 절취된 등기관계서류에 의해 마쳐진 것이라는 절차적 위법의 점을 주장·증명함으로써 등기 추정력을 복명시키는 경우가 많다.

등기원인의 존부에 관한 분쟁의 결과 ‘확정판결’로 ‘소유권이전등기’가 마쳐진 경우, 그 등기의 추정력을 번복하기 위해서는 일반적으로 등기의 추정력을 번복함에 있어서 요구되는 증명의 정도를 넘는 명백한 증거나 자료가 제출되어야 한다.¹³¹²⁾

4) 사자(死者) 명의 신청 등기의 추정력

전 소유자가 사망한 이후에 그 명의로 신청되어 경료된 소유권이전등기는, 특별한 사정이 없는 한, 원인무효의 등기라고 볼 것이어서 그 등기의 추정력을 인정할 여지가 없다.¹³¹³⁾

사자 명의 신청 등기의 유효를 주장하는 자가 ‘특별한 사정의 존재’ 예컨대, ① 등기원인이 이미 존재하고 있으나 아직 등기신청을 하지 않고 있는 동안에 등기의무자에 대하여 상속이 개시된 경우에 피상속인이 살아 있다면 그가 신청하였을 등기를 상속인이 신청한 경우 또는 ② 등기신청을 등기공무원이 접수한 후 등기를 완료하기 전에 본인이나 그 대리인이 사망한 경우임을 주장·증명하여야 한다.¹³¹⁴⁾

이 깨어진다거나 위 소유권이전등기가 원인무효의 등기가 된다고 볼 수는 없다.” ③ 그 밖에, 소외인이 피고에게 ‘증여’를 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 사실 등을 인정한 다음, ‘명의신탁’하였다고 인정할 만한 증거가 없다고 판단한 예(2010다75044, 75051), 이 사건 토지가 속한 분할 전 토지가 ‘1961. 3. 25. 매매’를 원인으로 하여 소외인으로부터 피고 앞으로 소유권이전등기가 경료되었음을 알 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 소외인은 1961. 3. 25. 이 사건 토지를 포함한 분할 전 토지 전부를 피고에게 매도한 것으로 추정된다고 한 예(2004다27273) 등 참조.

1311) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다21702 판결, 대법원 2003. 2. 28. 선고 2002다46256 판결. — 2002다46256을 참조판결로 한 2016다27825는 “등기 절차나 원인이 부당한 것으로 볼 만한 의심스러운 사정이 있음이 증명되면 그 추정력은 깨어진다.”라고 판시하여 ‘등기원인’도 같이 보았으나, 이는 타당한 것이 아니다.

1312) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2023다223591, 223607 판결: “등기원인의 존부에 관하여 분쟁이 발생하여 당사자 사이에 소송이 벌어짐에 따라 법원이 위 등기원인의 존재를 인정하면서 이에 기한 등기절차의 이행을 명하는 판결을 선고하고 그 판결이 확정됨에 따라 이에 기한 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 그 등기원인에 기한 등기 청구권은 법원의 판단에 의하여 당사자 사이에서 확정된 것임이 분명하고, 법원이나 제3자도 위 당사자 사이에 그러한 기판력이 발생하였다는 사실 자체는 부정할 수 없는 것이므로, 위 기판력이 미치지 아니하는 타인이 위 등기원인의 부존재를 이유로 확정판결에 기한 등기의 추정력을 번복하기 위해서는 일반적으로 등기의 추정력을 번복함에 있어서 요구되는 증명의 정도를 넘는 명백한 증거나 자료를 제출하여야 하고, 법원도 그러한 정도의 증명에 없는 한 확정판결에 기한 등기가 원인무효라고 단정하여서는 아니 된다.”

1313) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다360, 377 판결.

1314) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다82028 판결, [동일 취지] 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다200730 판결: 원심이, 소유권이전등기가 그 명의자인 망 소외 1의 사망일 이후 행하여진 사실을 인정한 다음 원고가 제출한 증거만으로는 망 소외 1의 상속인이 등기 관련 법령에 따라 위 소유권이전등기를 마친 사실을 인정하기 어렵다고 보아, 위 소유권이전등기 자체만으로는 등기의 추정력을 인정할 수 없다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

그런데 등기원인이 이미 존재하고 있으나 아직 등기신청을 하지 않고 있는 동안에 등기관리자 또는 등기의무자에 관하여 상속이 개시된 경우 피상속인이 살아 있다면 그가 신청하였을 등기를 상속인이 부동산등기법 규정에 따라 신청하는 때에는 그 등기를 무효라고 할 수 없으므로,¹³¹⁵⁾ ‘등기의무자 사망 전에 그 등기원인이 이미 존재하는 등의 사정’이 있는 경우에는, 그 등기는 위와 같은 절차에 따라 적법하게 경료된 것으로 추정되어 그 등기의 추정력을 부정할 수 없다.¹³¹⁶⁾ 결국, ‘피상속인 사망 전 등기원인 사실’을 주장·증명하면 그 등기는 유효하게 된다. 단순히 사자 명의 신청 등기의 등기원인이 사망 이전 일자로 기재되어 있다 하여 등기의무자 사망 전에 그 등기원인이 이미 존재하는 것으로 추정할 것은 아니다.¹³¹⁷⁾

1315) 부동산등기법 제27조(포괄승계에 의한 등기신청) 등기원인이 발생한 후에 등기관리자 또는 등기의무자에 대하여 상속이나 그 밖의 포괄승계가 있는 경우에는 상속인이나 그 밖의 포괄승계인이 그 등기를 신청할 수 있다.

구 부동산등기법(2011. 4. 12. 법률 제10580호로 전부개정 되기 전의 것) 제47조(상속인의 신청) 신청인이 등기관리자나 등기의무자의 상속인인 경우에는 신청서에 그 신분을 증명하는 시·구·읍·면의 장의 서면 또는 이를 증명할 수 있는 서면을 첨부하여야 한다.

1316) 대법원 1997. 11. 28. 선고 95다51991 판결.

1317) 95다51991 판결은 “피고 명의의 소유권이전등기는 그 등기원인이 등기부상 위 이OO의 사망 이전인 1972. 10. 26. 매매로 기재되어 있어서 등기의무자의 사망 전에 그 등기원인이 이미 존재하는 것으로 추정”하고 있으나, 이 부분 판사를 일반론으로 인정하는 것은 타당하지 않다. 그 구체적 사안은, ‘이OO 사망 이전인 1972. 7. 26. 매매예약을 원인으로 한 피고 명의의 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기가 경료되고, 이OO 사망 후 위 가등기에 기하여 1979. 4. 2. 접수 번호 불상으로 1972. 10. 26. 매매를 원인으로 한 피고 명의의 소유권이전등기가 경료된 것’으로서 피고 명의의 가등기로부터 이OO 사망 전 등기원인 사실의 존재가 인정되는 사안이었다.

83다카597 판결은, 피고의 피상속인이 1981. 4. 21. 사망한 후에 그 달 29.자로 피고 명의로 1980. 12. 15.자 증여를 원인으로 하여 소유권이전등기가 마쳐진 사안에서, “사망자 명의의 등기신청에 의하여 마쳐진 등기는 일단 원인무효의 등기라고 볼 것이어서 등기의 추정력을 인정할 여지가 없으므로 그 등기의 유효를 주장하는 자가 현재의 실체관계와 부합함을 입증할 책임이 있다.”고 판시한 바 있다.

그리고 88다카29986 판결은, 이미 1970. 9. 6. 사망한 망인 명의의 구 암야소유권이전등기에관한특별조치법 소정의 절차에 따른 소유권이전등기가 1970. 12. 17.자로 경료된 사안에서, “소유권이전등기가 등기명의인의 사망 후에 경료되었다는 사유만으로 그 등기가 원인무효라고는 볼 수 없고, 등기원인이 이미 존재하고 있으나 아직 등기신청을 하지 않고 있는 동안에 등기관리자 또는 등기의무자에 관하여 상속이 개시된 경우 피상속인이 살아 있다면 그가 신청하였을 등기를 상속인이 신청하는 경우(부동산등기법 제47조 참조) 또는 등기신청을 등기공무원이 접수한 후 등기를 완료하기 전에 본인이나 그 대리인이 사망한 경우 등과 같이 그 등기의 신청이 적법한 이상 등기가 경료될 당시 등기명의인이 사망하였다는 이유만으로는 그 등기를 무효라고는 할 수 없을 것이다.”라고 일반론을 설시한 다음, ‘망인은 위 특별조치법에 의하여 그 명의로 소유권이전등기를 하려고 동법 소정의 보증인들로부터 권리자를 자신으로 한 보증서를 받아 군수에게 확인서 발급 신청을 하였고, 군수가 그 사실을 공고하는 등 그 절차가 진행 중 사망하게 되어 상속인인 피고들은 군수로부터 망인 명의의 확인서를 발급받아 소유권이전등기신청을 하여 망인 명의의 소유권이전등기를 경료하였음을 엿볼 수 있어, 망인 명의의 소유권이전등기는 위 특별조치법에 의하여 적법하게 경료된 등기로서 유효하다.’고 판시하였는데, 위 일반론 중 앞부분인 ‘소유권이전등기가 등기명의인의 사망 후에 경료되었다는 사유만으로 그 등기가 원인무효라고는 볼 수 없다’는 부분은 ‘전 소유자가 사망한 이후에 그 명의로 신청되어 경료된 소유권이전등기는 특별한 사정 없는 한 원인무효의 등기’라는 앞서 본 일반론에 배치되는 것으로서 타당치 않은 것이고, 위 일반론 중 뒷부분은 사자 명의 신청 등기의 유효를 주장하는 자가 주장·입증하여야 할 ‘특별한 사정’에 관한 첫 설시로서 2003 다3157 판결, 2007다82028 판결의 판시로 순차로 이어진 것이다.

5) 실체관계 부합 등기의 주장·증명

등기가 일단 원인 무효로 된 경우, 그 등기가 실체관계에 부합하는¹³¹⁸⁾ 유효한 등기라는 점은 등기명의자가 주장·증명하여야 한다.¹³¹⁹⁾ 이는 말소등기청구소송에서 항변사유로 기능한다.

매매의 경우, ① ‘매매계약의 체결 사실’에다가, ② ‘매매대금의 전부 지급 사실’을 주장·증명하여야 한다. 위 ② 사실 대신에 ②‘ ‘매매대금 완불 전에 미리 소유권이전등기를 하기로 하는 특약의 존재’를 주장·증명할 수도 있다.¹³²⁰⁾ 매매대금이 전부 지급되었다 하더라도, 소유권이전등기청구권을 행사할 권능이 없는 경우에는 실체적 권리관계에 부합한다고 할 수 없다.¹³²¹⁾

공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 공유 토지를 매도하여 타인 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다면, 그 매도 토지에 관한 소유권이전등기는 처분공유자의 공유지분 범위 내에서는 실체관계에 부합하는 유효한 등기이다.¹³²²⁾

1318) 등기가 실체관계에 부합한다는 의미는, 당사자 사이에 단순히 채권관계만 있는 것이 아니라 나아가 사실상 물권변동이 생긴 것과 같은 상태에 있는 것을 말한다. 이는, 당사자 사이에 등기청구권을 실현하는 데 있어서 법률상 하등의 지장이 없고 따라서 등기의무자가 그 의무의 이행을 거절할 정당한 하등의 사유가 없는 경우로서, 등기권리자가 사실상 부동산에 대한 전면적인 지배를 취득하여 소유권의 실질적인 내용을 이루는 사용, 수익, 처분 등의 모든 권능을 취득하였다고 할 수 있는 상태를 말한다(대법원 1978. 8. 22. 선고 76다343 판결).

1319) ① 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다360, 377 판결: “사망자 명의의 신청으로 이루어진 이전등기는 원인무효의 등기로서 등기의 추정력을 인정할 여지가 없으므로 그 등기의 유효를 주장하는 자가 현재의 실체관계와 부합함을 증명할 책임이 있다.” ② 대법원 2010. 8. 19. 선고 2009다90160, 90177 판결: “가등기권리자가 가등기담보법 제3조, 제4조에 정한 절차에 따라 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지한 후 채무자에게 정당한 청산금을 지급하거나 지급할 청산금이 없는 경우에는 채무자가 그 통지를 받은 날로부터 2월의 청산기간이 경과하면 위 무효인 본등기는 실체적 법률관계에 부합하는 유효한 등기가 될 수 있을 뿐이며, 그 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다.” ③ 99다11007: “종전 등기명의인이 당해 토지를 타에 처분한 사실이 없음을 이유로 그 등기의 말소를 소구하는 경우에는 사업시행자가 종전 등기명의인으로부터 협의취득 상대방으로의 전전 양도 사실 등 실체적 권리관계에 부합하는 등기라는 점에 대한 주장과 입증을 하여야 할 것이다.”

1320) 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다55777 판결.

1321) 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다30149 판결.

예컨대, 회생절차개시 당시 회생채무자에 대한 매매계약상 대금지급의무가 완전히 이행되지 않은 경우, 회생채무자의 관리인에게 매매계약에 관하여 그 계약을 해제하든가 그 이행을 청구할 것인지를 선택할 권리가 있으므로 매매계약의 운명은 관리인의 선택권 행사에 관한 재량에 따르게 되어 있고(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제119조), 그 상대방은 관리인이 계약의 이행을 선택하거나 계약의 해제권이 포기된 것으로 간주되기까지는 임의로 변제를 하는 등 계약을 이행하거나 관리인에게 계약의 이행을 청구할 수 없다. 따라서 위 ②에 해당하는 ‘회생절차개시 후 잔대금 전액을 공탁한 사실’에다가, ③ ‘관리인이 계약의 이행을 선택한 사실’ 또는 ③‘ ‘관리인의 계약 해제권이 소멸된 사실’(위 제119조 제1항 단서 또는 제2항)까지 주장·증명하여야 실체적 권리관계에 부합한다는 함의가 성립한다. 관리인이 당해 사건에서 피고 앞으로 경료된 원인 무효 등기의 말소를 구하고 있다면, 관리인의 의사는 매매계약의 이행을 선택할 의사가 없고, 오히려 그 계약의 해제를 선택하는 것, 다시 말하자면 당해 사건 소장 부분의 송달로 피고에게 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제119조 제1항 소정의 해제의 의사표시가 있었다고 보는 것이 상당하다(91다30149 참조).

1322) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2008다5073 판결: “공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 그 공유 토지를 매도하여 타인 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다면, 그 매도 토지에 관한 소유권이전등기는 처분공유자의 공유지분 범위 내에서는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 보아야 한다. 따라서 원고가 공유물의 보존행위

점유시효취득 또는 등기부시효취득의 요건사실을 주장·증명하여 실체적 권리관계에 부합하는 등기라고 주장할 수도 있다.

사해행위취소·원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 명한 판결의 소송당사자가 아닌 다른 채권자가 위 판결에 기하여 채무자를 대위하여 마친 말소등기는 그 등기절차상의 흠에도 불구하고 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다.¹³²³⁾

‘기판력’ 저촉 여부와 관련하여 보면, ① 허위주소를 기재한 자백간주 판결에 기하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 후 피고의 추완항소로 위 판결이 취소되고 원고 청구기각 판결이 확정되자, 이를 이유로 한 위 이전등기의 말소청구소송에서 반대로 매수사실을 인정하여 위 등기가 실체관계에 부합하는 등기라고 판단하더라도 위 확정 판결의 기판력에 저촉되지 않고,¹³²⁴⁾ ② 소유권등기 말소등기 청구의 전소에서, 취득시효 완성으로 인한 실체관계 부합 등기의 항변을 하지 않은 채 패소 확정판결을 받은 당사자가, 후소로써 전소 변론종결 전 취득시효 완성을 이유로 소유권이전등기의 이행을 청구한 경우, 전소의 기판력이 후소에 미친다고 볼 수는 없으며,¹³²⁵⁾ ③ 소유권이전등기의 근거가 된 제소전

로서 피고 명의의 소유권이전등기 전부에 관한 말소를 구하는 이 사건에서, 다른 공유자가 타인이 자신의 지분을 피고에게 처분하는 데 사전 동의하였다는 사실은 위 소유권이전등기가 실체관계에 부합하는 유효한 등기라는 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실에 속하므로, 법원은 변론에서 당사자가 주장하지 않는 이상 이를 인정할 수 없으나, 이와 같은 주장은 반드시 명시적인 것이어야 하는 것은 아니고 당사자의 주장 취지에 비추어 이러한 주장이 포함되어 있는 것으로 볼 수 있으면 족하며, 또한 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는 것은 아니고 소송에서 쌍방 당사자 간에 제출된 소송자료를 통하여 심리가 됨으로써 그 주장의 존재를 인정하더라도 상대방에게 불이익의 타격을 줄 우려가 없는 경우에는 그 주장이 있는 것으로 보아 이를 재판의 기초로 삼을 수 있다.”

1323) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2013다84995 판결: “사해행위 취소의 효력은 채무자와 수익자 사이의 법률관계에 영향을 미치지 아니하고, 사해행위 취소로 인한 원상회복 판결의 효력도 그 소송의 당사자인 채권자와 수익자 또는 전득자에게만 미칠 뿐 채무자나 다른 채권자에게 미치지 아니하므로, 어느 채권자가 수익자를 상대로 사해행위 취소 및 원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결을 받았으나 말소등기를 마치지 아니한 상태라면 그 소송의 당사자가 아닌 다른 채권자는 위 판결에 기하여 채무자를 대위하여 그 말소등기를 신청할 수 없다. 그럼에도 불구하고 다른 채권자의 위와 같은 등기신청으로 말소등기가 마쳐졌다면 그 등기에는 절차상의 흠이 존재한다. 그러나 채권자가 사해행위 취소의 소를 제기하여 승소한 경우 그 취소의 효력은 민법 제407조에 의하여 모든 채권자의 이익을 위하여 미치므로 수익자는 채무자의 다른 채권자에 대하여도 사해행위의 취소로 인한 소유권이전등기의 말소등기의무를 부담하는 점, 위와 같은 등기절차상의 흠을 이유로 말소된 소유권이전등기가 회복되더라도 다른 채권자가 사해행위취소판결에 따라 사해행위가 취소되었다는 사정을 들어 수익자를 상대로 다시 소유권이전등기의 말소를 청구하면 수익자는 그 말소등기를 해 줄 수밖에 없어서 결국 말소된 소유권이전등기가 회복되기 전의 상태로 돌아가는데 이와 같은 불필요한 절차를 거치게 할 필요가 없는 점 등에 비추어 보면, 사해행위 취소 및 원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 명한 판결의 소송당사자가 아닌 다른 채권자가 위 판결에 기하여 채무자를 대위하여 마친 말소등기는 그 등기절차상의 흠에도 불구하고 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다고 볼 수 있다.”

1324) 매매를 청구원인으로 한 소유권이전등기청구사건에서 판결의 기판력이 미치는 객관적 범위는 그 판결의 주문에 포함된 등기청구권의 존부에만 한하는 것이고 판결이유에서 설시된 등기청구권의 원인이 되는 채권계약의 존부까지 미치는 것이 아니기 때문이다(82다카770).

1325)甲이 乙을 상대로 한 乙 명의 소유권보존등기 말소청구의 전소에서, 허위 보증서에 터잡아 경료된 무효의 등기라는 이유로 乙의 패소판결이 확정된 경우, 그 소송물은 소유권보존등기의 말소청구권의 존부이고, 후소의 소송물은 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 존부라면, 전소와 후소는 청구취지와 청구원인을 전혀 달리하는 소송으로서 그 소송물이 다르므로, 전소에서 말소를 구하는 소유권보존등기가 취득시효 완성

화해가 준재심 판결로 실효된 경우, 그 등기가 실체관계에 부합하여 유효하다는 주장이 준재심 확정판결의 기판력에 저촉되는 것은 아니다.¹³²⁶⁾

한편, 실체관계 부합 등기 주장이 그 자체로 유효한 항변이 될 수 없는 경우로는, ① 뒤에 된 중복 소유권보존등기 명의인의 매수·시효취득 등에 의한 실체적 권리관계 부합 주장,¹³²⁷⁾ ② 증여자 의사에 기하지 아니한 원인무효 등기가 마쳐진 경우, 서면에 의하지 아니한 증여자의 증여계약 해제에 대한 수증자의 실체관계 부합 주장¹³²⁸⁾ 등이 있다.

6) 각종 특별조치법에 따른 등기의 추정력

각종 특별조치법¹³²⁹⁾에 따라 마쳐진 소유권보존등기나 이전등기는 실체적 권리관계에 부합하는 등기로 추정되고, 특조법 소정의 보증서나 확인서가 허위 또는 위조된 것이라거나 그 밖의 사유로 적법하게 등기된 것이 아니라는 증명이 없는 한, 특조법에 의하여 마친 소유권보존등기나 이전등기의 추정력은 깨어지지 않는다.¹³³⁰⁾ 특별조치법에

으로 인하여 실체관계에 부합하는 등기가 되었다는 항변을 하지 않았다고 하여 바로 그 소송물에 관한 사유도 아닌 전연 별개의 사실관계에 근거한 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권이 실권되는 것이 아니므로, 전소의 소송물과 후소의 소송물은 모순관계에 있다거나 전소의 소송물이 후소의 선결문제에 해당하는 것도 아니라고 할 것이어서, 전소 판결의 기판력이 후소에 미친다고 볼 수 없다고 한 예(94다39628).

1326) 대법원 1996. 3. 22. 선고 95다14275 판결: “제소전화해에 있어서는 종결될 소송이 계속되었던 것이 아니고 종결된 것은 화해절차뿐이므로 재심사유가 있어 준재심 소에 의하여 제소전화해를 취소하는 준재심 판결이 확정된다 하여도 부합될 소송이 없음은 물론 그 화해절차는 화해가 성립되지 아니한 것으로 귀착되어 그 제소전화해에 의하여 생긴 법률관계가 처음부터 없었던 것과 같이 되는 것뿐이므로, 이러한 준재심 확정판결에 의해 실효된 제소전화해에 따라 이루어진 소유권이전등기 또는 이에 터잡아 경료된 소유권이전등기의 말소등기절차 이행을 구하는 소송에서, 그 소송 피고는 위 소유권이전등기가 실체관계에 부합하는 유효한 등기라는 주장을 할 수 있고, 이와 같은 주장이 준재심 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용할 수 없는 것은 아니라고 할 것이다.”

1327) 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 무효이기 때문이다(대법원 1996. 10. 17. 선고 96다12511 전원합의체 판결).

1328) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결: “서면에 의하지 아니한 증여의 경우에도 그 이행을 완료한 경우에는 해제로서 수증자에게 대항할 수 없다 할 것인바, 토지에 대한 증여는 증여자의 의사에 기하여 그 소유권이전등기에 필요한 서류가 제공되고 수증자 명의로 소유권이전등기가 경료됨으로써 이행이 완료되는 것이므로, 증여자가 그러한 이행 후 증여계약을 해제하였다고 하더라도 증여계약이나 그에 의한 소유권이전등기의 효력에 영향을 미치지 아니한다 할 것이지만, 이와는 달리 증여자의 의사에 기하지 아니한 원인무효의 등기가 경료된 경우에는 증여계약의 적법한 이행이 있다고 볼 수 없으므로 서면에 의하지 아니한 증여자의 증여계약의 해제에 대해 수증자가 실체관계에 부합한다는 주장으로 대항할 수 없다 할 것인바”

1329) 부동산등기에 관하여 간이한 등기절차를 규정한 특별조치법에는, ① 분배농지소유권이전등기에관한특별조치법(1961. 5. 5. 법률 제613호, 1961. 5. 5.~1965. 6. 30. 시행), ② 일반농지의소유권이전등기등에관한특별조치법(1964. 9. 17. 법률 제1657호, 1964. 9. 17.~1965. 6. 30. 시행), ③ 임야소유권이전등기등에관한특별조치법(1969. 5. 21. 법률 제2111호, 1969. 6. 20.~1971. 12. 19. 시행), ④ 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법(1977. 12. 31. 법률 제3094호, 1978. 3. 1.~1984. 12. 31. 시행), ⑤ 수목지역내소유자미복구토지의 복구등록과보존등기등에관한특별조치법(1982. 12. 31. 법률 제3627호, 1983. 6. 30.~1991. 12. 31. 시행), ⑥ 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법(1992. 11. 30. 법률 제4502호, 1993. 1. 1.~1994. 12. 31. 시행)이 있다(이하 이들 법률을 ‘특조법’이라고 한다).

1330) 대법원 2001. 11. 22. 선고 2000다71388, 71395 전원합의체 판결.

따른 소유권보존등기가 마쳐진 토지를 사정(査定)받은 사람이 따로 있는 것으로 밝혀진 경우라도, 그 보존등기는 적법한 절차에 따라 마쳐진 것으로서 실체적 권리관계에 부합하는 등기로 추정된다.¹³³¹⁾

특조법에 따라 등기를 마친 자가 보증서나 확인서에 기재된 취득원인이 사실과 다름을 인정하더라도 그가 다른 취득원인에 따라 권리를 취득하였음을 주장하는 때에는, 특별한 사정¹³³²⁾이 없는 한, 위와 같은 사유만으로는 특조법에 의하여 마친 등기의 추정력이 깨어진다고 볼 수는 없고, 그 밖의 자료에 의하여 새로이 주장된 취득원인사실에 관하여도 진실이 아님을 의심할 만큼 증명되어야 비로소 그 등기의 추정력이 깨어진다.¹³³³⁾ 보증서

1331) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다14794 판결 등.

1332) 특조법의 적용을 받을 수 없는 시점의 취득원인 일자를 내세우는 경우와 같이 그 주장 자체에서 특조법에 따른 등기를 마칠 수 없음이 명백하거나, 그 주장하는 내용이 구체성이 전혀 없다든지, 그 자체로서 허구임이 명백하다는 등의 사정.

1333) 대법원 2001. 11. 22. 선고 2000다71388, 71395 전원합의체 판결 등. 이와 달리 특조법에 따라 등기를 마친 자가 보증서나 확인서상의 취득원인 사실과 다른 취득원인 사실을 주장한 경우에는 바로 그 등기의 추정력이 깨어진다는 취지로 판시한 판결들은 변경되었다.

특조법이 부동산의 사실상의 양수인에 대하여 그 권리 변동 과정과 일치하지 않는 등기를 허용하는 것임에 비추어, 보증서나 확인서상의 매도인 명이나 매수일자의 기재가 실재와 달리 되어 있거나 보증서에 구체적 권리 변동 사유의 기재가 생략되고 현재의 권리 상태에 대해서만 기재되어 있다 하더라도 그것만으로는 바로 그 등기의 적법추정력이 깨어진다고 할 수 없다(대법원 2005. 9. 9. 선고 2005다27966 판결 등).

특조법에 의한 보증인이 권리변동관계를 잘 알지 못한 채 등기명의인이 주장하는 권리변동관계를 보증한다는 내용의 보증서를 작성하여 주었다는 사유만으로는 그에 따른 등기의 추정력이 전복되지 아니하나(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다2189 판결), 특조법에 의한 보증인들이 권리변동관계를 알지 못한 채 아무런 확인도 없이 등기명의인의 말만 믿고 보증서를 작성하여 준 점에 다른 제반 사정을 더하여 특조법에 의한 소유권이전 등기의 기초가 된 보증서가 그 실체적 기재 내용이 진실이 아님을 의심할 만큼 증명된 것으로 볼이 상당하여 그 등기의 추정력이 깨어졌다고 할 수도 있다(대법원 2006. 2. 23. 선고 2004다29835 판결).

특조법에 따라 행정관청에 의해 보증인으로 위촉되었다면 특별한 사정이 없는 한 그는 같은 법상의 적법한 보증인으로 추단되고, 또 특조법 시행령에서 말하는 '부동산 소재지 리·동에 계속하여 10년 이상 거주하고 있는 자'라는 의미는 '부동산 소재지 리·동을 계속하여 10년 이상 생활의 본거지로 하고 있는 자'를 뜻하는 것으로서 주민등록법에 의한 주민등록지의 개념과는 반드시 일치한다고 할 수 없다. 그리고 특조법에 의한 등기는 공부상 소유명의인으로부터 직접 양수한 경우뿐만 아니라 상속인이나 제3자를 거쳐 양수한 경우에도 허용되는 것이므로 그 보증서상의 매수일자가 매도명의인의 사망일자 이후로 되어 있다고 하여 그 등기의 추정력이 깨어지는 것은 아니다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다14827 판결).

확인서 발급신청 중중의 대표 자신이 특조법상 보증인의 1인으로 된 보증서 및 이에 기한 확인서에 의하여 경료된 특조법에 의한 등기는 절차상 위법한 등기로서 적법성의 추정을 받을 수 없는 등기이다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다45944 판결; 특조법이 요구하는 보증인들은 그 법에 의하여 등기를 하고자 하는 확인서 발급신청인 이외의 제3자를 의미하고, 따라서 보증인으로 위촉된 본인이 자신 또는 자신이 대표자로 있는 중중이 사실상 양수한 토지에 관하여 특조법에 의한 등기를 경료하고자 할 경우 자신은 당해 토지에 관한 보증인이 될 수 없다고 보아야 하기 때문이다).

특조법에 따라 등기를 마친 피고가 보증서나 확인서에 기재된 취득원인이 사실과 다름을 인정하고 다른 취득원인에 따라 권리를 취득하였음을 주장하는 경우, 그 주장의 다른 취득원인 사실에 관하여 진실이 아님을 의심할 만큼 증명이 원고에 의해 이루어진 결과 특조법에 따른 등기의 추정력이 깨어진 이상, 위 다른 취득원인 사실이 인정됨을 전제로 한 실체관계 부합의 피고 주장은 받아들여질 여지가 없는 것으로서 유효한 항변이 될 수 없으므로, 등기의 추정력 번복 단계에서 위 다른 취득원인에 관한 피고 주장의 진부를 가려보고 그 신빙성이 의심스러워 등기의 추정력이 번복되었다고 본 이상, 그 후에 실체관계 부합에 관한 항변으로 취급하여 다시금 판단하고 배척할 필요는 없다(2000다71388, 71395 전원합의체 판결).

결론적으로, 특조법에 의하여 마친 등기의 추정력을 깨기 위해서는, ① 보증서나 확인서가 위조된 것이라거나 그 밖의 사유로 절차상 적법하게 등기된 것이 아님을 증명하거나, ② 보증서 등의 허위성을 증명하기 위해

등의 허위성의 증명 정도는 법관이 확신할 정도가 되어야만 하는 것은 아니다.¹³³⁴⁾

7) 가등기의 추정력

가등기의 적법추정력에 관하여 판례는 긍정과 부정으로 엇갈리고 있으나, 가등기의 적법추정력을 부정한 판례가 근자의 판례이다.

일찍이 대법원 1979. 5. 22. 선고 79다239 판결은 가등기의 적법추정력을 부정하였는데,¹³³⁵⁾ 위 판결이 선례로서 인용한 63다114 판결은 “소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기가 있었다 하여 반드시 금전채무에 관한 담보계약이나 대물변제의 예약이 있었던 것이라고는 단정할 수 없는 것”이라는 것으로 가등기의 적법추정력에 관한 판례가 아니고, 가등기의 등기원인의 추정력에 관한 판례에 지나지 않는 것이었다.¹³³⁶⁾ 그 후 대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결¹³³⁷⁾과 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다51281

④ 특조법에 따른 등기명의인이 특조법의 적용을 받을 수 없는 시점의 취득원인 일자를 내세우는 경우와 같이 그 주장 자체에서 특조법에 따른 등기를 마칠 수 없음이 명백하거나 그 주장하는 내용이 구체성이 전혀 없다든지 그 자체로서 허구임이 명백함을 밝히거나, ⑤ 등기명의인에 의해 주장된 취득원인에 관하여 진실이 아님을 의심할 만큼 증명하여야 한다.

1334) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2001다4903 판결.

1335) 대법원 1979. 5. 22. 선고 79다239 판결; “원판시에 의하면 가등기가 경료되어 있으므로 가등기 권리관계는 적법한 것으로 추정된다고 하나 여기서 말하는 가등기 권리관계가 어떤 것인지 그 판문에 의하여도 명료하지 아니할 뿐 아니라, 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기가 있다 하여 반드시 소유권이전등기할 어떤 계약관계가 있었던 것이라 단정할 수 없으므로(63다114 참조) 소유권이전등기를 청구할 어떤 법률관계가 있다고 추정되는 것도 아니라 할 것이니 위 판시는 가등기의 추정력에 관한 법리오해가 있다.”

1336) 이는 구체적인 가등기 원인 사실의 존재에 대한 추정력을 부정한 것으로서 ① 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다36932 판결(“소론은 특히 위 가등기 시에 담보가등기를 경료할 때 통상 작성되는 대물변환예약서 대신 매매예약서가 교환된 점을 들어 담보가등기가 아니라고 주장하나, 가등기가 담보가등기인지 여부는 그 등기부상 표시나 등기 시에 주고 받은 서류의 종류에 의하여 형식적으로 결정될 것이 아니고 거래의 실질과 당사자의 의사해석에 따라 결정될 문제라고 할 것이므로 위 주장 또한 이유 없다.” ⇨ 이는, 매매예약을 원인으로 한 소유권이전 청구권 가등기가 경료되어 있는 경우, 가등기 원인인 ‘매매예약’ 사실이 추정되는 것은 아니라는 의미이다), ② 대법원 1998. 10. 7.자 98마1333 결정(“당해 가등기가 담보 가등기인지 여부는 당해 가등기가 실체상 채권담보를 목적으로 한 것인지 여부에 의하여 결정되는 것이지 당해 가등기의 등기부상 원인이 매매예약으로 기재되어 있는가 아니면 대물변제예약으로 기재되어 있는가 하는 형식적 기재에 의하여 결정되는 것이 아니다. 원심이 ... 신청인들의 각 가등기를 담보 가등기로 판단하여 그 가등기에 기한 본등기가 경료되었다고 하더라도 그 각 가등기와 본등기 사이에 경료된 국세 압류등기를 말소할 수 없다고 판단한 것은 정당하고” ⇨ 이는, 낙찰로 소유권을 취득한 자는 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기임을 증명하여 중간등기의 말소를 구할 수 있다는 것이다), ③ 대법원 2003. 10. 6.자 2003마1438 결정(“부동산의 강제경매절차에서 경매목적부동산이 낙찰된 때에도 소유권이전등기청구권의 순위보전을 위한 가등기는 그보다 선행순위의 담보권이나 가압류가 없는 이상 담보 목적의 가등기와는 달리 말소되지 아니한 채 낙찰인에게 인수되는 것인바, 권리신고가 되지 않아 담보가등기인지 순위보전의 가등기인지 알 수 없는 경우에도 그 가등기가 등기부상 최선순위이면 집행법원으로서도 일단 이를 순위보전을 위한 가등기로 보아 낙찰인에게 그 부담이 인수될 수 있다는 취지를 입찰물건명세서에 기재한 후 그에 기하여 경매절차를 진행하면 족한 것이지, 반드시 그 가등기가 담보가등기인지 순위보전의 가등기인지 밝혀질 때까지 경매절차를 중지하여야 하는 것은 아니다.”) 등과 그 궤를 같이 하는 것으로 이해할 수 있다.

1337) 대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결은, “부동산등기는 그것이 형식적으로 존재하는 것 자체로부터 적법한 등기원인에 의하여 마쳐진 것으로 추정되고, 등기명의자가 등기부에 기재된 것과 다른 원인으로 등기명의를 취득하였다고 주장하고 있지만 그 주장 사실이 인정되지 않는다 하더라도 그 자체로 등기의 추정력이 깨어진다고 할 수 없으므로 그와 같은 경우에도 등기가 원인 없이 마쳐진 것이라고 주장하는 쪽에서 그 무효

판결¹³³⁸⁾은 가등기의 적법추정력을 긍정하였으나, 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다200730 판결은 다시 부정하였다.¹³³⁹⁾ 원칙적으로 가등기의 적법추정력을 긍정함이 옳다고 생각한다.¹³⁴⁰⁾

가등기가 담보가등기인지 여부는 거래의 실질과 당사자의 의사해석에 따라 결정된다.¹³⁴¹⁾

사유를 주장·입증할 책임을 지게 된다.”라고 등기의 추정력에 관한 일반론을 설시한 후, “원고 소송폐수제인 명의의 가등기가 그 등기명의인의 의사에 기하지 아니하고 위조된 서류에 의하여 부적법하게 말소된 사실이 인정되는 이상 위 가등기는 여전히 적법한 등기원인에 의하여 이루어진 것으로 추정된다. 그러므로 위 가등기의 등기원인이 1988. 2. 9.자 매매예약으로 되어 있고, 원고가 위 등기원인과는 달리, ... 피고 박OO에게 소유자 명의를 신탁하여 소유권이전등기를 하고, 피고 박OO이 이 사건 부동산들을 임의로 처분하지 못하도록 할 목적으로 위 가등기를 마쳐 두었다고 주장하고 있으며, 원고가 그 사실을 입증하지 못한다 하더라도 그로 인하여 위 가등기의 권리추정력이 깨어져 원고가 위 가등기가 실체관계에 부합하는 가등기라고 하는 것을 입증할 책임을 지게 되는 것은 아니고, 여전히 위 가등기의 말소등기가 실체관계에 부합하는 것이라고 주장하는 피고들이 그 주장 사실을 입증할 책임을 지는 것이다”라고 하여 가등기의 권리추정력을 인정한 다음 그 추정력의 복명 여부에 관하여 설시하였다.

1338) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다51281 판결은, 위 95다39526 판결을 참조판결로 하여 “부동산등기는 그것이 형식적으로 존재하는 것 자체로부터 적법한 등기원인에 의하여 마쳐진 것으로 추정되므로 등기가 원인 없이 마쳐진 것이라고 주장하는 쪽에서 그 무효 사유를 주장·입증할 책임을 지게 되고”라는 일반론을 설시한 다음, “원심이 이 사건 가등기 및 근저당권설정등기가 원인 없는 무효의 등기라는 이유로 그 말소를 구하는 원고가 서OO에게 소유자인 원고를 대리할 권한이 없었다는 원인무효 사실에 대한 입증책임을 부담한다고 전제한 후 판사 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 ... 등기말소청구에 관한 입증책임 내지 문서의 진정성립에 관한 법리오해 ... 등의 위법이 없다.”라고 판시하였다.

1339) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다200730 판결; 원심이, “부동산등기는 형식적으로 존재한다는 그 사실 자체로 적법한 등기원인에 의하여 마친 것으로 추정되므로, 이 사건 가등기도 적법한 등기원인에 의하여 마친 것으로 추정된다. 더구나 이 사건 가등기의 등기원인은 ‘서울지방법원 1947. 7. 4.자 가등기가처분 결정’이므로 망 소외 1과 매도인인 소외 3, 4 사이에 이 사건 토지의 소유권이전과 관련한 등기원인 또는 가등기 원인이 존재한다는 점이 법원의 심사와 결정을 통해서 증명되었다고 볼 수 있다.”라고 판단한 데 대하여, 대법원은, “이 사건 가등기는 의용 민법과 의용 부동산등기법이 적용되던 시기에 이루어진 것인데, 대법원은 일찍이 위 법률 적용 당시 행하여진 가등기의 구체적인 등기원인이 존재하는 것으로 추정할 수 없다고 판단한 바 있다(63다114 판결 참조). 가등기의 구체적인 등기원인의 추정력을 부정하는 대법원의 입장은 현행 민법과 부동산등기법에 따라 이루어진 가등기에 관해서도 마찬가지로 유지되었다(79다239 판결, 91다36932 판결 등 참조). 이처럼 의용 민법, 의용 부동산등기법에 따라 마친 가등기의 추정력이 인정되지 않는 이상, 이 사건 가등기도 그 등기원인에 해당하는 특정의 법률관계가 존재한다고 추정할 수 없다.”고 판시.

1340) [사건] 등기가 있으면 그와 합치하는 법률관계가 실재할 개연성이 있고, 등기의 추정력을 인정하면 등기명의인이 보호되고 공시의 원칙에도 기여하므로, 등기의 법률상 추정력이 인정된다. 가등기의 신청도 등기의 일반원칙에 따라 가등기권자와 가등기무자의 공동신청에 의하여야 하고, 공동신청의 원칙에 대한 예외로 가등기무자의 승낙이 있거나 가등기를 명하는 법원의 가처분명령이 있을 때에는 가등기권리자의 단독으로 가등기를 신청할 수 있다(부동산등기법 제89조)는 점에서 일반등기와 차이가 있지만, 가등기절차가 본등기절차에 비하여 특별히 간편하게 되어있는 것은 아니므로, 법률관계가 실재할 개연성이나 등기명의인의 보호, 공시의 원칙에의 기여 등 법률상 추정력을 인정하는 이유라는 측면에서 본등기와 비교할 때 가등기의 경우 그 적법 추정력을 부정할 차별적인 이유는 없다고 생각된다.

따라서 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기가 되어 있다면, 소유권이전등기를 청구할 어떠한 법률관계가 있다는 정도의 적법추정력은 인정함이 옳고, 다만 담보가등기를 경료할 때도 통상 매매예약이나 대물반환예약의 형식을 취한다는 점에서 가등기의 법률관계가 구체적인 등기원인 그대로 매매예약이라는 점에 대해서는 추정력이 인정되지 않는다고 봄이 옳다.

이러한 견지에서 보면, 가등기말소소송의 경우 그 말소를 구하는 자가 그 무효 사유를 주장·증명하여야 하는 것이고, 가등기에 기한 본등기청구소송의 경우에는 그 본등기를 구하는 자가 매매예약 사실의 존재 등 본등기를 구할 계약관계 사실에 대한 주장·증명책임을 진다고 보아야 한다.

8) 대장(臺帳)의 추정력

1975. 12. 31. 법률 제2801호로 개정된 지적법이 시행되기 전에 소관청이 아무런 법적 근거 없이 과세의 편의상 임의로 복구한 구 토지대장에 소유자 이름이 기재되어 있다고 하더라도 그 소유자에 관한 사항은 그 권리추정력을 인정할 수 없으나,¹³⁴²⁾ 일제강점기하의 구 토지대장(임야대장)상 소유자 변동 기재의 경우, 그 기재대로 소유권이 이전된 것으로 인정된다.¹³⁴³⁾ 토지대장이나 임야대장의 기재사항이 진실된 것으로 추정을 받는다 하더라도 이 경우의 추정은 증명력이 강한 증거자료가 된다는 의미를 가지고 있을 뿐이지 부동산등기부와 같은 비중의 추정력 즉, 증명책임의 전환까지 초래하는 추정력을 갖는 것은 아니다.¹³⁴⁴⁾

1341) 대법원 2023. 11. 30. 선고 2023다263346 판결; 원고가 그 소유의 부동산을 매도하면서 매수인이 지정하는 사람 명의로 가등기를 설정하는 데 동의하였는데, 매수인은 피고보조참가인으로부터 금전을 차용하면서 예약자를 원고, 예약권리자를 피고보조참가인으로 하는 매매예약서를 작성하였고, 그에 따라 피고보조참가인 명의의 소유권이전청구권가등기가 마쳐진 사안에서, 원심은, 원고가 적어도 가등기 관련 서류를 작성할 당시에는 매수인의 피고보조참가인에 대한 차용금채무를 담보하기 위한 것임을 인식한 상태에서 본인의 의사에 따라 위 서류 작성에 동의하였다고 보아, 원고가 위 가등기를 통하여 매수인을 물상보증한 것으로 봄이 타당하다고 판단하였으나, 대법원은, 매매계약의 당사자가 아닌 제3자 앞으로 가등기가 마쳐졌다고 하여 위 가등기가 매매계약과 무관한 담보가등기라고 단정할 수 없고, 위 가등기는 그 등기부에 담보가등기라고 기재되어 있지 않고 순위보전 가등기와 같은 형식으로 되어 있을 뿐이며, 보증의사의 존재나 보증범위는 이를 엄격하게 제한하여 인정하여야 하는 점 등을 고려하면 위 가등기는 담보가등기가 아닌 매매계약에 따른 순위보전을 위한 가등기라고 보아야 한다고 한 예.

1342) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다44947 판결.

1343) ○ 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013두3658, 3665 판결; “구 토지대장규칙(1914. 4. 25. 조선총독부령 제45호) 제2조 제1호는 ‘소유권의 이전에 관한 사항은 등기관리의 통지가 있지 아니하면 토지대장에 등록할 수 없다. 다만 국유지의 불하·교환·양여 또는 미등기 토지의 수용으로 인하여 소유권을 이전한 경우 및 미등기 토지가 국유로 된 경우에는 그러하지 아니하다.’고 규정하고 있으므로, 구 토지대장상 소유자변동의 기재는 위 규정에 따라 등기공무원의 통지에 의하여 이루어진 것이라고 보지 않을 수 없고, 위 조항 단서의 경우에는 토지대장을 관리하는 국가에서 소유권의 이전사실을 스스로 확인할 수 있기 때문에 등기공무원의 통지가 없어도 대장에 소유권이전·등록을 할 수 있게 한 것이라고 보아야 할 것이므로, 구 토지대장상 미등기토지의 소유권이 ‘국’으로 이전된 것으로 등재되어 있다면 특별한 사정이 없는 한 그 무렵 그 기재대로 소유권이 이전되었다고 인정된다.”

○ 대법원 2019. 12. 13. 선고 2018다290825 판결; “구 임야대장규칙(1920. 8. 23. 조선총독부령 제113호) 제2조에 의하여 준용되던 구 토지대장규칙(1914. 4. 25. 조선총독부령 제45호) 제2조는 소유권 이전에 관해서는 등기공무원의 통지가 없으면 임야대장에 등록할 수 없도록 정하고 있다. 당시의 임야대장에 누군가에게 소유권이 이전된 것으로 등재되어 있다면 임야에 관해 이미 그 명의로 이전등기가 마쳐져 있었고 등기공무원의 통지에 의하여 임야대장에 등재된 것으로 보아야 한다. … 대정(大正)과 소화(昭和) 등 일제 강점기에 사용하던 연호를 사용하고 일본어가 부동문자로 인쇄되어 있는 점 등에 비추어 이 사건 임야대장은 일제 강점기에 최초 등록되어 작성된 것으로 볼 수 있다. … 이 사건 토지가 이 사건 모토지에서 분할되어 이 사건 임야대장의 소유자란 기재가 이 사건 토지에 대한 구 토지대장에 그대로 옮겨진 것이므로 소유자란 기재의 권리추정력은 그대로 유지된다.”

1344) 대법원 1979. 2. 27. 선고 78다913 판결; 일제강점기하의 구 토지대장·임야대장상 소유자 변동 기재의 경우, ‘일제강점기하의 구 토지대장·임야대장상 소유자란 기재 사실’로부터 ‘등기부에 대장상 소유자 명의의 등기가 경료된 사실’이 사실상 추정되고(이는 대장과 등기부의 기재가 일치할 개연성에 기초한 사실상 추정에 해당한다(2003다3157 참조)), 등기의 법률상 추정력에 의해 대장상 명의자는 결국 그 토지·임야의 소유자로 법률상 추정되는, ‘사실상 추정’과 ‘법률상 추정’의 2단계 추정을 통해 구 토지대장·임야대장상 소유자는 그 토지·임야의 소유자로 추정된다.

토지의 소재·지번·지목·지적과 경계에 관한 지적공부 복구가 잘못되었다는 특별한 사정에 대한 증명책임은 이를 주장하는 당사자에게 있다.¹³⁴⁵⁾

라. 명의신탁

1) 증명책임

가) 명의신탁등기의 말소등기청구

‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’¹³⁴⁶⁾ 제4조에 의하면, 명의신탁약정¹³⁴⁷⁾ 및 그에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효이고,¹³⁴⁸⁾ 민법 제746조의 불법원인급여 규정이 적용되지는 않는다.¹³⁴⁹⁾

부동산에 관하여 그 소유자로 등기되어 있는 자는 적법한 절차와 원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 법률상 추정되므로 그 등기가 명의신탁에 기한 것으로서 원인 무효

1345) 대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다230991 판결; “일정한 토지가 지적공부에 한 필지의 토지로 복구 등록된 경우, 토지의 소재·지번·지목·지적과 경계는 지적공부의 복구 재제과정에서 관계 공무원이 사무착오로 지적공부를 잘못 작성하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 지적복구 전 토지의 소재·지번·지목·지적과 경계가 그대로 복구된 것으로 추정된다. 지적공부가 관계 공무원의 사무착오로 잘못 작성되었다는 등의 특별한 사정에 대한 증명책임은 이를 주장하는 당사자에게 있다.” ⇨ 특별한 사정과 관련한 아무런 증거가 제출되지 아니하였으므로 이 사건 토지는 지적복구 당시 이 사건 사정토지로부터 분할되어 지목인 ‘도로’로 이용되었다고 봄이 타당하다고 한 예.

1346) 이하 ‘부동산실명법’이라 한다.

1347) “명의신탁약정”이란 부동산에 관한 소유권이나 그 밖의 물권(이하 “부동산에 관한 물권”이라 한다)을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자(이하 “실권리자”라 한다)가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기를 포함한다)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정(위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인에 의한 경우를 포함한다)을 말한다(부동산실명법 제2조 제1호 본문). 신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적의 달성을 위하여 그 재산을 관리·처분하게 하는 등 필요한 행위를 하게 하는 것이므로(신탁법 제2조), 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니다(대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다278170 판결).

1348) 부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다. ② 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다. 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 제1항 및 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다.

1349) 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 명의수탁자 명의로 등기를 하였다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 단정할 수는 없고, 이는 농지법에 따른 제한을 회피하고자 명의신탁을 한 경우에도 마찬가지이다. 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁등기가 불법원인급여인지를 판단하기 위해서는 부동산실명법의 규정과 그 규범 목적을 고려하여 판단해야 하는데, 입법자는 신탁부동산의 소유권이 명의신탁자에게 귀속됨을 전제로 규정함으로써, 민법 제103조와 제746조의 관계를 부동산실명법 자체에서 명확하게 해결하고 있으므로, 부동산실명법에서 금지한 명의신탁에 관하여 반사회적인지 아닌지를 구분하여 불법원인급여의 적용을 달리하려는 시도는 바람직하지 않다(대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결). 93다61307 판결은 강제집행을 면할 목적으로 부동산의 소유자 명의를 신탁하는 것이 불법원인급여에 해당한다고 볼 수는 없다고 하고, 91다16334, 16341 판결은 양도소득세를 회피하기 위한 방법으로 부동산을 명의신탁한 것이 민법 제103조의 반사회적 법률행위에 해당하지 않는다고 하였다. cf. 민법 제746조(불법원인급여) 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.