

7) '소유' 사실의 주장·증명

원고는 현재 소유하고 있다는 점까지 주장·증명할 필요는 없고, 원고가 예전에 소유하고 있었다는 점을 주장·증명함으로써 족하다. 원래 요건사실론은 '일단 인정되어진 권리는 권리발생에 관한 장해사유 내지 소멸사유 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한 그대로 존재하는 것으로 인정된다'는 권리불변(權利不變)의 공리(公理)를 당연한 전제로 하고 있기 때문이다. 원고가 변론종결 당시 소유권자 아니라는 소유권 상실의 점은 피고가 권리 상실의 항변으로서 주장·증명하여야 한다.¹²⁰⁰⁾ 원고의 소유 여부를 판단하는 기준시점이 사실심 변론종결 당시라 하여 원고가 청구원인 사실로서 변론종결 당시 소유권 자임을 주장·증명하여야 하는 것은 아니다.

가) 자백의 성립 여부

소유권을 선결문제로 하는 소송에 있어서 피고가 원고 주장의 소유권을 인정하는 진술은 그 소전제가 되는 소유권의 내용을 이루는 사실에 대한 진술로 볼 수 있으므로 재판상 자백이 성립한다.¹²⁰¹⁾

그러나 이는 사실에 대한 법적 추론의 결과에 대하여 의문의 여지가 없는 단순한 법개념에 대한 자백의 경우에 한하여 인정되는 것이고, 추론의 결과에 대한 다툼이 있을 수 있는 경우에는 이른바 권리의 자백으로서 법원이 이에 기속을 받을 이유는 없다.¹²⁰²⁾

나) 점유 또는 소유권 등기에 의한 소유 사실의 법률상 추정

점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유한 것으로 추정한다(민법 제200조). 이는 법률상 권리 추정 규정으로서 동산에 대하여 적용되는 것이다. 특별한 사정이 없는 한 부동산 물권에 대하여는 적용되지 아니하고, 다만 그 등기에 대하여서

1200) 大江 忠, 제3판 요건사실민법(2) 물권(평성 17년), 116면, 제1법규 주식회사.

1201) 대법원 1989. 5. 9. 선고 87다카749 판결: "원고가 임야소유권에 기하여 피고에게 이전등기말소청구를 구하는 소송에서 피고는 이 사건 임야는 원래 원고의 부친인 소외 망 오OO 외 3인의 공유였다는 원고의 주장사실을 인정하는 진술을 하였음을 알 수 있는 바, 원심이 피고의 위 진술을 재판상 자백으로 보고 위 자백이 진실에 반하고 착오에 인한 것이라는 증거가 없다는 이유로 그 자백취소의 효력을 인정하지 아니한 것은 정당하고"

1202) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2006다6836 판결: "원고 등이 소장에서 주장한 이 사건 건물이 원고 등의 소유라는 주장은 원고 등과 시공업자인 소외인 사이의 도급계약에 기한 소유권 귀속의 문제는 거론되지 아니한 상태에서 단순히 이 사건 건물의 소유권보존등기가 원고 등 명의로 되어 있으므로 원고 등의 소유라는 주장에 불과하고, 따라서 피고들이 답변서에서 자백한 소유권의 내용을 이루는 사실 역시 원고 등이 이 사건 건물의 등기부상 소유명의자라는 점에 그칠 뿐 소외인과 체결한 도급계약의 해석상 원고 등이 이 사건 건물의 소유자라는 점에 대한 자백까지 포함하는 것은 아니라고 할 것인바, 비록 건물의 등기명의자가 건물의 소유자로 추정된다 하더라도 이 사건에서와 같이 시공업자의 건물의 원시취득이 문제되는 경우에는 위와 같은 법리가 당연히 적용되는 것은 아니며, 피고들이 궁극적으로 이 사건 건물의 소유권은 시공업자로서 원시취득자인 소외인에게 있다고 주장함으로써 그 소유권이 원고 등에게 있다는 원고 등의 주장에 대항하고 있으므로, 이 사건 건물의 소유권의 귀속에 관한 피고들의 자백은 이른바 권리의 자백으로서 법원이 이에 기속을 받을 이유는 없다"라고 한 예. 78다1992도 동일 취지이다.

만 추정력이 부여된다.¹²⁰³⁾ 추정을 받고자 하는 자는 '점유' 사실만을 주장·증명하면 되고, 상대방은, 추정의 전제사실인 '점유'에 대해서는 '반증'으로, 추정되는 권리에 대해서는 '본증'으로 권리의 불취득이나 상실을 주장·증명하여 다투면 된다.

부동산에 관하여 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우 그 등기명의자는 제3자에 대하여 뿐만 아니라, 그 전 소유자에 대하여서도 적법한 절차와 원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 법률상 추정되므로, '소유권 등기 사실'을 주장·증명함으로써 '소유자'임을 주장·증명할 수 있다.

원고의 소유권 취득과 피고의 등기 사이에 제3자 명의의 소유권이전등기가 중간에 존재하는 경우, 피고가 등기를 마치기 전에 이미 원고가 소유권을 상실한 것으로 법률상 추정되므로, 원고로서는 '제3자 명의의 소유권이전등기의 원인 무효'부터 주장·증명하여야 원고의 소유 사실을 완전하게 주장·증명하는 셈이 된다.

원고가 '소유권 등기'의 추정력으로 자신의 '소유' 사실을 주장·증명한 경우, 피고로서는 그에 대해 항변으로서 '원고 명의 등기의 원인무효',¹²⁰⁴⁾ '원고의 후발적 소유권 상실'¹²⁰⁵⁾을 주장·증명할 수 있다.

등기의 추정력에 관하여는 다음에 독립된 항으로 상세히 기술하기로 한다.

다) 원시취득, 법률규정에 의한 소유권 취득 사실의 증명

원고가 '소유권 등기 사실'을 주장·증명할 수 없다면, 원고로서는 구체적인 소유권 취득 원인 사실을 주장·증명함으로써 소유 사실을 증명할 수도 있다.

예컨대, 원시취득의 경우 건물이라면 원고가 건물을 건축하였다는 점을, 토지라면 원고의 선대가 사정받았다는 점을 주장·증명하면 된다.

1203) 대법원 1982. 4. 13. 선고 81다780 판결, 대법원 1970. 7. 24. 선고 70다729 판결, 대법원 1969. 1. 21. 선고 68다1864 판결.

1204) 즉, 피고로서는 항변으로서 원고 명의의 소유권 등기가 원인무효임을 주장·증명함으로써 원고 명의의 소유권 등기의 법률상 추정력을 복멸시킬 수 있다(대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다11281 판결; "반사회질서 법률행위를 원인으로 하여 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 그 등기는 원인무효로서 말소될 운명에 있으므로 등기명의자가 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하는 경우에, 그 권리 행사의 상대방은 위와 같은 법률행위의 무효를 항변으로서 주장할 수 있다고 할 것이다").

피고 명의의 소유권이전등기가 원고 명의의 소유권이전등기로부터 전전하여 경료된 것으로서 선행하는 원고 명의의 소유권이전등기의 유효함을 전제로 하여야만 그 효력을 주장할 수 있는 경우라 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2005. 9. 28. 선고 2004다50044 판결; 원고 명의의 소유권이전등기가 원인무효라는 피고들의 항변을 받아들여 원고가 적법한 소유자가 아님을 이유로 원고의 말소등기청구를 배척한 것은 정당하고, 거기에 주장과 부인 등에 관한 법리오해 등의 위법이 없다고 한 예).

1205) 원고가 피고의 원인무효 등기 이후에 후발적으로 당해 부동산에 대한 소유권을 상실한 경우 이는 피고의 유효한 항변사유가 될 수 있다. 예컨대, 선등기명의자의 소유권이전등기가 원인무효라고 하더라도 그 이후의 최종 등기명의자가 시효취득의 항변을 제출하여 법원에서 그것이 받아들여진 경우, 그 전의 등기명의자들이 최종 등기명의자의 시효취득 사실을 원용하여 원소유자의 소유권 상실을 주장하고 있다면 원소유자의 소유권에 기한 등기말소청구는 배척될 수밖에 없다(대법원 1995. 3. 3. 선고 94다7348 판결, 대법원 2019. 7. 10. 선고 2015다249352 판결).

민법 제187조¹²⁰⁶⁾의 ‘등기를 요하지 아니하는 부동산 물건 취득’으로서, 상속,¹²⁰⁷⁾ 공용
징수,¹²⁰⁸⁾ 형성판결,¹²⁰⁹⁾ 경매¹²¹⁰⁾ 기타 법률의 규정에 의한 소유권 취득¹²¹¹⁾의 경우에도

1206) 민법 제187조(등기를 요하지 아니하는 부동산물권취득) 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

1207) ○ 대법원 2023. 4. 27. 선고 2020다292626 판결; “민법 제1007조는 “공동상속인은 각자의 상속분에 응하여 피상속인의 권리·의무를 승계한다.”라고 정하는바, 위 조항에서 정한 ‘상속분’은 법정상속분을 의미하므로 일단 상속이 개시되면 공동상속인은 각자의 법정상속분의 비율에 따라 모든 상속재산을 승계한다. 또한 민법 제1006조는 “상속인이 수인인 때에는 상속재산은 그 공유로 한다.”라고 정하므로, 공동상속인들은 상속이 개시되어 상속재산의 분할이 있을 때까지 민법 제1007조에 기하여 각자의 법정상속분에 따라서 이를 잠정적으로 공유하다가 특별수의 등을 고려한 구체적 상속분에 따라 상속재산을 분할함으로써 위와 같은 잠정적 공유상태를 해소하고 최종적으로 개개의 상속재산을 누구에게 귀속시킬 것인지를 확정하게 된다. 그러므로 공동상속인들 사이에서 상속재산의 분할이 마쳐지지 않았음에도 특정 공동상속인에 대하여 특별수의 등을 고려하면 그의 구체적 상속분이 없다는 등의 이유를 들어 그 공동상속인에게는 개개의 상속재산에 관하여 법정상속분에 따른 권리승계가 아예 이루어지지 않았다거나, 부동산인 상속재산에 관하여 법정상속분에 따라 마쳐진 상속을 원인으로 한 소유권이전등기가 원인무효라고 주장하는 것은 허용될 수 없다.”((상속재산의 분할 절차에서 구체적인 상속분에 따라 개개의 상속재산이 자신들에게 최종적으로 귀속되었음을 주장할 수 있음은 별론이다) ㉠ 상속인은 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다(민법 제1005조). ㉡ 상속재산인 부동산의 분할 귀속을 내용으로 하는 상속재산분할심판이 확정되면 민법 제187조에 의하여 상속재산 분할심판에 따른 등기 없이도 해당 부동산에 관한 물권변동의 효력이 발생한다(대법원 2020. 8. 13. 선고 2019다249312 판결). ㉢ 가정법원의 심판으로 경매를 명한 상속재산분할심판이 확정되면 심판의 당사자는 이 심판에 기하여 상속재산에 대하여 경매를 신청하고 경매에 따른 매각대금을 수령할 권리가 있으나 상속재산 분할심판에서 정한 구체적 상속분에 따라 물권변동의 효력이 발생하는 것은 아니다(2010다10108). ○ 대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결; “포괄적 유증을 받은 자는 민법 제187조에 의하여 법률상 당연히 유증받은 부동산의 소유권을 취득하게 되나, 특정유증을 받은 자는 유증의무자에게 유증을 이행할 것을 청구할 수 있는 채권을 취득할 뿐” ㉣ 포괄적 사인증여에는 민법 제1078조(포괄적 유증을 받은 자는 상속인과 동일한 권리의무가 있다)가 준용되지 않고, 사인증여 계약상의 의무이행을 청구할 수 있을 뿐이다(94다 37714, 37721).

1208) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016두51719 판결; “공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(토지보상법)상 수용은 일정한 요건하에 그 소유권을 사업시행자에게 귀속시키는 행정처분으로서 이로 인한 효과는 소유자가 누구인지와 무관하게 사업시행자가 그 소유권을 취득하게 하는 원시취득이다. 반면, 토지보상법상 ‘협의취득’의 성격은 사법상 매매계약이므로 그 이행으로 인한 사업시행자의 소유권 취득도 승계취득이다. 그런데 토지보상법 제29조 제3항에 따른 신청이 수리됨으로써 협의의 성립의 확인이 있었던 것으로 간주되면, 토지보상법 제29조 제4항에 따라 그에 관한 재결이 있었던 것으로 재차 의제되고, 그에 따라 사업시행자는 사법상 매매의 효력만을 갖는 협의취득과는 달리 그 확인대상 토지를 수용재결의 경우와 동일하게 원시취득하는 효과를 누리게 된다.”

1209) 대법원 1998. 7. 28. 선고 96다50025 판결; “민법 제187조의 판결은 판결 자체에 의하여 부동산 물건 취득의 효력이 발생하는 경우를 말하는 것이고, 당사자 사이의 법률행위를 원인으로 하여 부동산 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 것과 같은 판결은 이에 포함되지 아니하므로, 인낙조서가 확정판결과 동일한 효력이 있다고 하더라도 증여를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행청구에 대하여 인낙한 것이라면 그 부동산의 취득에는 등기를 요한다.” ㉤ 대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결의 반대의견; “이행의무의 존부가 문제되는 이행의 소나 확인의 소에서의 이행판결과 확인판결은 민법 제187조 소정의 ‘판결’에 해당하지 아니하고, 그러한 내용으로 조정이나 재판상 화해가 성립한 경우에도 마찬가지로 민법 제187조가 아닌 민법 제186조를 적용하여야 함은 대법원의 확립된 판례이다. 반면 형식적 형성의 소인 공유물분할의 소에서의 현물 분할을 명한 형성판결은 이와 달리 민법 제187조 소정의 ‘판결’에 해당하는바”

1210) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다57459 판결; “제1, 2순위의 근저당권설정등기 사이에 소유권이전등기청구권 보전의 가등기가 경료된 부동산에 대하여 위 제1순위 근저당권의 실행을 위한 경매절차에서 매각허가결정이 확정되고 매각대금이 완납된 경우 위 가등기 및 그에 기한 본등기상의 권리는 모두 소멸하고 … 매각허가결정의 확정으로 인한 물권변동의 효력은 그에 관한 등기에 관계없이 이루어지는 것이다.” ㉥ ㉦ 가집행선고부판결에 기한 강제집행은 확정판결에 기한 경우와 같이 본집행이므로 상소심의 판결에 의하여 가집행선고의 효력이 소멸되거나 집행채권의 존재가 부정된다고 할지라도 그에 앞서 이미 완료된 집행절차나 이에 기한 경락인의 소유권취득의 효력에는 아무런 영향을 미치지 아니한다. 다만 이중매매의 매수인이 매도인과 직접 매매계약을

그 구체적인 소유권 취득 원인 사실을 주장·증명하면 된다.

(1) 사정에 의한 토지의 원시취득

일제강점기의 토지조사사업과 임야조사사업에 따라 토지를 사정(査定)받은 자는 그 토지를 원시취득하는바, 어떤 토지에 관하여 사정을 이유로 소유권을 취득하였음을 주장하는 자는 그 사정 사실에 관한 증명책임을 부담한다.

사정명의자로부터 상속 받았다고 주장하는 경우, '사정 사실'과 함께 '상속 사실'이 증명되어야 하고, 상속관계가 반드시 호적부의 기재에 의하여 증명되어야 하는 것은 아니지만 호적부 없이 상속관계를 인정하는 경우에는 특히 납득할 만한 증거에 의하여 뒷받침되어야 하며,¹²¹²⁾ 사정명의인의 후손으로서 상속에 의하여 그의 소유권을 승계취득하였음을 소송상 주장하는 사람의 선대와 사정명의인의 동일성은 '엄격하게 증명'되어서 법관이 그에 관하여 '확신'을 가질 수 있어야 한다.¹²¹³⁾

체결하는 대신에 매도인이 채무를 부담하고 있는 것처럼 거짓으로 꾸며 가장채권에 기한 집행권원을 만들고 그에 따른 강제경매절차에서 매수인이 경락취득하는 방법을 취하는 경우와 같이 강제경매가 반사회적 법률행위의 수단으로 이용된 경우에는 경락인의 소유권취득의 효력은 부정된다(90다16177). ㉠ 확정된 중개판결에 터잡아 경매절차가 진행된 경우 그 뒤 그 확정판결이 재심소송에서 취소되었다고 하더라도 그 경매절차를 미리 정지시키거나 취소시키지 못한 채 경매절차가 계속 진행된 이상 경락대금을 완납한 경락인은 경매 목적물의 소유권을 적법히 취득한다(96다42628 판결).

1211) ○ 대법원 2020. 5. 28. 선고 2016다233729 판결: "주택재개발사업에서 시행자가 사업에 필요한 경비에 충당하거나 규약·정관·시행규정 또는 사업시행계획으로 정한 목적을 위하여 관리처분계획에서 조합원 외의 자에게 분양하는 새로운 소유지적의 체비지를 창설하고 이를 이전고시 전에 이미 매도한 경우, 당해 체비지는 사업시행자가 이전고시가 있는 날의 다음 날에 소유권을 원시적으로 취득하고 당해 체비지를 매수한 자는 소유권이전등기를 마친 때에 소유권을 취득하게 된다."

○ 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다30622 판결: "동업을 목적으로 한 조합이 조합체로서 또는 조합재산으로서 부동산의 소유권을 취득하였다면, 민법 제271조 제1항의 규정에 의하여 당연히 그 조합체의 합유물이 되고 (이는 민법 제187조에 규정된 '법률의 규정에 의한 물권의 취득'과는 아무 관계가 없다. 따라서 조합체가 부동산을 법률행위에 의하여 취득한 경우에는 물론 소유권이전등기를 요한다.)"

○ 대법원 1993. 9. 14. 선고 93다8054 판결: "민법 제48조는 재단법인 성립에 있어서 재산출연자와 법인과의 관계에 있어서의 출연재산의 귀속에 관한 규정이고, ... 출연재산이 부동산인 경우 ... 등기를 필요로 하는 것이 아니라 할 것이나, 제3자에 대한 관계에 있어서는 출연행위가 법률행위이므로 출연재산의 법인에의 귀속에는 부동산의 권리에 관해서는 법인성립 외에 등기를 필요로 한다."

1212) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2006다25998 판결.

1213) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011다56972 판결: "일정 아래에서의 토지조사령에 기하여 행하여진 토지조사사업에서 토지의 소유자로 사정받은 사람은 당해 토지의 소유권을 원시적·창설적으로 취득하는 것으로서, 그 사정은 토지소유권관계의 출발점을 이룬다. 또한 토지사정 이후 100여 년에 이르는 오랜 기간 동안에 토지에 관한 거래 기타 법률관계에 관한 변동원인이 있었을 적지 않은 개연성, 그 사이에 우리 사회에 일어난 전란 기타 현저한 사회적·경제적 변동 또는 토지이용현황의 추이 등에도 불구하고, 사정명의인의 후손은 일단 상속이라는 포괄적 권리승계원인에 의하여 사정명의인이 가지던 토지소유권의 승계취득을 쉽사리 증명할 수 있다. 이러한 사정 등을 고려하면, 사정명의인의 후손으로서 상속에 의하여 그의 소유권을 승계취득하였음을 소송상 주장하는 경우에 그의 선대와 사정명의인의 동일성은 엄격하게 증명되어서 법관이 그에 관하여 확신을 가질 수 있어야 하고, 그 점에 관하여 의심을 제기할 만한 사정이 엿보임에도 함부로 이를 추단하여서는 안 된다. 한편 토지조사부에 사정받은 것으로 기재된 사람의 이름이 당사자가 내세우는 사람의 이름과 다름에도 불구하고 그들이 동일인이라고 인정하기 위하여는 합리적이고 납득할 만한 근거가 제시되어야 한다고 할 것이다." ㉡ 원고의 조부가 토지조사부에 기재된 사정명의인과 동일인인지가 문제된 사안에서, 원고의 조부인 '최재성(崔在誠)'과 사정명의인인 '최재성(崔在成)'은 한자 이름이 서로 다르므로 그들을 동일인이라고 인정하기 위하여

토지조사부나 임야조사부에 토지소유자로 등재되어 있는 자는 재결에 의하여 사정내용이 변경되었다는 등의 '반증'이 없는 이상 토지소유자로 사정받고 그 사정이 확정된 것으로 추정된다.¹²¹⁴⁾ 구 토지조사령에 의해 작성된 지적원도나¹²¹⁵⁾ 구 지적법 시행 당시 당사자의 신고에 의해 복구된 임야대장¹²¹⁶⁾의 기재로 사정 사실을 추정할 수는 없고, 지적원도 등에 기재된 사람 일가와 토지 사이의 밀접한 관련성을 인정할 만한 다른 사실을 종합하여 사정 사실 인정의 증거자료로 삼을 수는 있다.

중증이 그 소유였던 부동산을 중증원에게 명의를 신탁하여 사정받았으면 사정명의인인 중증원이 소유권을 원시적·창설적으로 취득하는바,¹²¹⁷⁾ 타인에게 명의를 신탁하여 사정을 받은 것이라고 주장하는 자는 그 명의신탁 사실에 대한 증명책임이 있다.¹²¹⁸⁾

는 합리적이고 납득할 만한 근거가 제시되어야 하는데, 원심이 판단 근거로 삼은 사정만으로는 최재성(崔在成)이라는 사람의 실존 여부를 확인하는 것이 불가능하다고 보아야 함에도, 원고의 조부와 사정명의인은 동일인인데 토지조사부에는 원고의 조부 이름이 잘못 기재되었다는 취지로 판단한 원심판결을 파기한 사례.

1214) 대법원 1998. 9. 8. 선고 98다13686 판결. 이는 사실상 추정으로 볼 것이지만, 토지나 임야 조사사업으로부터 장구한 세월이 경과한 현재 반증의 성공은 사실상 어려울 것이므로, 토지조사부나 임야조사부의 제출로써 법률상 추정에 준할 정도의 강한 사실상의 추정력으로 증명을 다한 셈이 된다. 일제강점기하의 재결서나, 등기부, 관보 등에 의하여 반증이 성공하는 경우도 있다.

1215) 대법원 2000. 4. 7. 선고 99다40005 판결; "토지 소유자의 사정은 지적원도의 소유자 기재 그 자체에 의거하여 이루어지는 것이 아니라, 원도 및 토지소유자의 신고서에 의하여 실지조사부를 조제한 다음(세부측도실시규정 제45조) 그 실지조사부를 자료로 다시 토지조사부를 조제하여 그 토지조사부에 의하여 비로소 이루어지는 것이고, 한편 실지에서 세부측도를 하면서 연필로 작성한 원도의 선이나 지번, 지목 등의 기재에 대하여는 실지 작업의 당일 먹을 입히도록 하고 있으나, 지주명만은 먹을 입히지 않고 실측할 때 연필로 기재한 그대로 존치하는 방법으로 이를 원도에 표시하도록 하고 있는바(세부측도실시규정 제71조, 제85조), 이와 같이 지적원도의 소유자 기재가 사정의 직접적인 근거자료가 되는 것이 아니라 사정을 위한 공부인 토지조사부의 전단계에서 조제되는 실지조사부 조제를 위한 내부 자료에 불과하다면, 그리고 그것도 그 내용을 계속 보존할 의도하여 기재되는 것이 아니라 변경 방지를 위한 아무런 장치도 없이 연필로 임시로 기재해 두는 것에 불과하다면, 그것이 설사 임시토지조사국의 규정에 따라 기재된 것이라 하더라도 그것을 가지고 곧바로 거기에 기재된 사람이 그 토지의 소유자로 사정받았다고 추정할 수는 없다 할 것이다. ... 사정을 위한 공부인 토지조사부는 지적원도의 기재를 근거로 조제한 실지조사부를 토대로 하여 조제되는 것이므로, 그러한 사실은 그 사람이 그 토지의 소유자로 사정받은 것으로 짐작케 하는 유력한 자료는 된다고 할 것이다." ㉠ 계쟁 토지들의 지적원도에 조부 또는 부의 성명이 기재되어 있는 사실과 그들 일가와 위 토지들의 밀접한 관련성을 말해 주는 그 밖의 사실을 종합하면 조부 또는 부가 위 토지들의 소유자로 사정받은 것으로 인정할 수 있다고 한 사례.

1216) 대법원 1996. 2. 13. 선고 95다3510 판결; "6·25 전쟁 중 멸실된 임야대장이 구 지적법(1975. 12. 31. 법률 제2801호로 개정되기 전의 것) 시행 당시 당사자의 신고에 의하여 복구되었다면 그 복구된 임야대장상 소유자란의 기재는 소유권의 귀속을 증명하는 자료가 될 수 없다는 것이 당원의 확립된 견해이나, 이는 당해 토지의 소유권이 이러한 임야대장의 소유자란에 기재된 자에게 귀속된 것으로 추정할 수 없다는 것에 지나지 아니하므로, 그 임야대장에 특정인이 사정받은 것으로 기재된 경우 그 명의로 사정되었다고 인정할 자료로도 삼을 수 없는 것이라고 할 수는 없다." ㉡ 원심이, 6·25 전쟁 중 멸실되었다가 1967. 4. 1. 소외 망 甲과 피고 乙의 신고에 의하여 복구된 임야대장의 등본을 증거로 하여 사건 토지가 소외 망 丙 명의로 사정되었다고 인정하면서, 한편으로 갑과 피고 乙이 위 임야대장 등본의 소유자란에 소유자로 등재되어 있어도 이를 그들 소유로 인정할 자료로 삼을 수 없다고 본 것은 정당하다고 한 사례.

1217) 대법원 1998. 4. 14. 선고 96다39011 판결. 따라서 명의신탁자인 중증은 명의신탁계약에 의한 신탁자의 지위에서 명의신탁을 해지하고 그 소유권이전등기를 청구할 수 있음에 그치고, 중증이 명의신탁계약을 해지하였다 하더라도 소유권이전등기를 넘겨받을 때까지는 그 부동산은 대외적으로 수탁자인 중증원의 소유에 속하는 것이므로 수탁자인 중증원이 토지대장이나 임야대장 등에 소유자로 등재되어 있음을 이용하여 소유권보존등기를 마치면 그 소유권보존등기는 제3자에 대한 관계에서는 유효하고, 이를 바탕으로 한 소유권이전등기 역시 유효하다.

사정명의자 상속인 명의의 소유권보존등기와 이에 기한 이전등기는 보존등기가 토지조사부와 상속을 증명하는 서면 등에 근거한 것이 아니라고 하더라도 실체적 권리관계에 부합하는 유효의 등기로 추정되고, 이를 다투는 자는 그 토지가 등기명의인의 소유가 아니라는 점에 대한 증명책임을 부담한다.¹²¹⁸⁾

사정 이후에 사정명의인이나 그 상속인이 토지를 다른 사람에게 처분하여 소유권을 상실한 사실이 인정된다면 사정명의인이나 그 상속인에게는 소유권보존등기 명의자를 상대로 그 등기의 말소를 청구할 권원이 없게 되므로 그 청구는 인용될 수 없다(이는 권리소멸사유로서 말소등기청구에 대한 항변 사유이다).¹²²⁰⁾

‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’ 제2조 제2호 후문¹²²¹⁾에서 ‘취득’에는 ‘사정’을 원인으로 소유권을 원시취득하는 경우는 물론, 사정 명의를 제3자에게 신탁하여 취득한 경우도 포함되고, 그 ‘추정’은 ‘법률상 사실추정’에 해당한다.¹²²²⁾

(2) 신축에 의한 건물·구분건물의 원시취득

(가) 신축건물의 소유권 귀속

신축건물의 소유권은 원칙적으로 자기의 노력과 재료를 들여 건축한 사람이 원시적으로 취득하지만, 도급계약에서 수급인이 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 완성하더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권보존등기를 하

1218) 대법원 1998. 9. 8. 선고 98다13686 판결; “사정을 이유로 소유권을 취득하였음을 주장하는 자는 그 사정 사실 외에 사정 이전의 토지 취득 경위까지 입증할 필요는 없다. 반면에, 타인에게 명의를 신탁하여 사정을 받은 것이라고 주장하는 자는 그 명의신탁 사실에 대한 입증책임이 있고, 사정명의자 쪽에서 사정 이전의 취득 경위에 관하여 주장하더라도 이는 명의신탁 주장에 대한 부인에 해당하고 새로운 취득 권원을 주장한 것이라고 할 수 없으므로 이에 대하여 입증하지 못하였다고 하여 당연히 명의신탁 사실이 인정되어야 하는 것은 아니다.”
※ 종중이 종중원 등에게 토지 사정 명의를 신탁했는지 여부가 다투어지는 경우, 그 판단기준이 되는 제반 간접사실에 대해서는 후술할 ‘명의신탁’ 부분 참조.

1219) 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다66522 판결; “토지조사부에 토지소유자로 등재되어 있는 자는 재결에 의하여 사정내용이 변경되었다는 등의 반증이 없는 이상 토지소유자로 사정받고 그 사정이 확정된 것으로 추정할 것이므로, 어느 토지에 관하여 토지조사부에 사정받은 자로 등재된 자가 사망하였고 그 재산상속인이 남아 있다면, 그 토지에 관한 사정이 있는 후에 그 소유권이 제3자에게 이전되었다고 볼 만한 사정이 없는 한 사정명의자의 재산상속인이 그 토지의 소유자라고 보아야 할 것이고, 따라서 사정명의자의 재산상속인 명의로 마쳐진 소유권보존등기와 이에 터잡아 마쳐진 소유권이전등기는 비록 그 소유권보존등기가 토지조사부와 상속을 증명하는 서면 등에 근거한 것이 아니라고 하더라도 일용 실체적 권리관계에 부합하는 유효의 등기로 추정되고, 이러한 경우 등기명의인의 소유임을 다투는 자는 그 토지가 등기명의인의 소유가 아니라는 점에 대한 입증책임을 부담한다고 할 것이다.”

1220) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007다79718 판결.

1221) “러·일전쟁 개전 시부터 1945년 8월 15일까지 친일반민족행위자가 취득한 재산은 친일행위의 대가로 취득한 재산으로 추정한다.”

1222) 따라서 추정을 번복하기 위해서는, ‘재산의 취득시기가 러·일전쟁 개전 시부터 1945년 8월 15일까지 사이’라는 전제사실에 대하여 법원의 확신을 흔들리게 하는 반증을 제출하거나 또는 ‘취득한 재산이 친일행위의 대가가 아니’라는 추정사실에 반대되는 사실의 존재를 증명하여야 한다(대법원 2016. 12. 29. 선고 2014다22789 판결).

기로 하는 등 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의한 경우에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속된다(신축건물이 집합건물로서 여러 사람이 공동으로 건축주가 되어 도급계약을 체결한 경우, 그 집합건물의 각 전유부분 소유권이 누구에게 원시적으로 귀속되느냐는 공동 건축주들 사이의 약정에 따른다).¹²²³⁾

건축주의 사정으로 건축공사가 중단된 미완성의 건물을 인도받아 나머지 공사를 하게 된 경우, 그 공사의 중단 시점에 이미 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 정도의 형태와 구조를 갖추고 있었다면¹²²⁴⁾ 원래의 건축주가,¹²²⁵⁾ 그렇지 않다면 이를 인도받아 자기의 비용과 노력으로 완공한 자가 그 건물의 원시취득자가 된다.¹²²⁶⁾

(나) 집합건물의 구분소유권의 성립

집합건물의 구분소유권의 성립요건으로서, 1동의 건물에 대하여 ‘구분소유’가 성립하기 위해서는, ① 객관적·물리적인 측면에서 ‘1동의 건물’이 존재하고,¹²²⁷⁾ ② 구분된 건물 부분이 ‘구조상·이용상 독립성’을 갖추어야 할 뿐 아니라(집합건물법 제1조의 2¹²²⁸⁾가 적용되는 ‘구분점포’의 경우 구조상 독립성이 완화된 상태에 있다),¹²²⁹⁾ ③ 1동의 건물 중 물리적

1223) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2004다36352 판결.

1224) 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 갖춘 것이라고 보아야 한다.

1225) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다16350 판결.

1226) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다68783 판결.

1227) ○ 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다219419, 219426 판결: “이 사건 근저당권 설정 당시 이 사건 오피스텔은 그 건물의 구조와 형태 등이 건축허가의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정되는 정도로 건물이 축조된 상태에 있었다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 근저당권 설정 이전에는 이 사건 오피스텔은 객관적·물리적 측면에서 그 구조와 형태 등이 1동의 건물과 그 구분행위에 상응하는 구분건물로서 완성되지 않았으므로 구분소유가 성립하였다고 할 수 없다. 이처럼 이 사건 토지에 관한 이 사건 근저당권 설정 당시를 기준으로 이 사건 오피스텔에 관한 구분소유가 성립하지 않았으므로 이 사건 근저당권의 실행을 위한 경매절차에서 원고가 이 사건 토지 소유권을 취득한 것은 유효하다.”

○ 대법원 2015. 6. 24. 선고 2012다109538 판결: 사건 건물은 원래 지하 1층, 지상 6층 총 10세대 규모의 다세대주택으로 예정되어 같은 내용으로 건축허가를 받은 것인데, 공사 중단 당시 지상 5층까지 9세대의 기둥, 둘레 벽 및 천장 등 골조공사만이 완료된 상태였으므로 그 건물의 구조와 형태 등이 건축허가의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정되는 정도로 건물이 축조되었다고 볼 수 없어 아직 객관적·물리적 측면에서 1동의 건물이 존재한다고 보기 어렵고, 나아가 건축허가신청 등을 통하여 객관적으로 외부에 표시된 구분행위에 상응하는 구분건물이 모두 완성된 것으로 보기도 어려우므로, 대지 공유지분에 관한 강제경매절차 전에 사건 건물이 집합건물로 존재하여 구분소유가 성립하였다고 할 수는 없고, 따라서 대지 공유지분은 집합건물법 제20조의 분리처분금지의 제한을 받지 아니한다고 할 것이므로 원고는 대지 공유지분을 강제경매절차에서 유효하게 취득하였다고 한 예.

1228) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2(상가건물의 구분소유) ① 1동의 건물이 다음 각 호에 해당하는 방식으로 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 경우에 그 건물부분(이하 “구분점포”라 한다)은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다. <개정 2020.2.4.>

1. 구분점포의 용도가 「건축법」 제2조제2항제7호의 판매시설 및 같은 항 제8호의 운수시설일 것 2. 삭제 <2020.2.4.> 3. 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치할 것 4. 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 붙일 것 ② 제1항에 따른 경계표지 및 건물번호표지에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

■ 집합건물법 제1조의2가 시행된 2004. 1. 19. 이후 집합건축물대장의 신규 또는 변경등록이 이루어지고

으로 구획된 건물 부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 '구분행위'가 있어야 한다.¹²³⁰⁾ 건축허가신청이나 분양계약 등에 의한 구분행위가 선행되었다면 이후 1동의 건물이 사회통념상 독립한 건물로 완성되고 구분건물이 구조상·이용상 독립성을 가지게 된 시점에 원시취득이 성립한다.¹²³¹⁾

그에 따라 구분등기가 마쳐진 구분점포에 대하여는, 특별한 사정이 없는 한 집합건물법 소정의 절차에 따라 적법하게 대장이 등록되고 이에 기하여 구분등기가 마쳐진 것으로서 그 등록 및 등기가 마쳐질 당시 집합건물법 제1조의2에서 정한 구분소유권의 요건을 갖추고 있었다고 추정되고, 그와 다른 사실은 이를 다투는 측에서 주장·증명하여야 한다(대법원 2022. 12. 29.자 2019마5500 결정).

1229) ○ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다59876 판결: "1동 건물의 일부가 구분소유권의 객체가 될 수 있으려면 그 부분이 구조상으로나 이용상으로 다른 부분과 구분되는 독립성이 있어야 하는바, 그 이용 상황 내지 이용 형태에 따라 구조상의 독립성 판단의 엄격성에 차이가 있을 수 있으나, 구조상의 독립성은 주로 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문에 요구된다고 할 것이므로 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없다. 다만 일정한 범위의 상가건물에 관하여는 구조상 독립성 요건을 완화한 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2, '집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2 제1항의 경계표지 및 건물번호표지에 관한 규정' 제1조, 제2조에 따라 경계를 명확하게 식별할 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치하고 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 부착함으로써 구분소유권의 객체가 될 수 있다."

○ 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다225398 판결: "이용상 독립성이란 구분소유권의 대상이 되는 해당 건물부분이 그 자체만으로 독립하여 하나의 건물로서의 기능과 효용을 갖춘 것을 말한다. 이와 같은 의미의 이용상 독립성이 인정되는지 여부는 해당 부분의 효용가치, 외부로 직접 통행할 수 있는지 여부 등을 고려하여 판단하여야 한다. 특히 해당 건물부분이 집합건물법 제1조의2의 적용을 받는 '구분점포'인 경우에는 그러한 구분점포의 특성을 고려하여야 한다." ⇨ 원심이, 원고들의 각 점포는 구조상 독립성 요건을 완화한 집합건물법 제1조의2의 경계표지·건물번호표지 요건마저도 갖추지 못하였고, 앞으로도 구조상·이용상 독립성을 갖추지 못할 것이므로, 구분소유권의 객체가 될 수 없어 그 각 분양계약은 무효라고 한 데 대하여, 대법원은, 점포별로 구획과 차단시설을 설치하거나 경계표지와 건물번호표지가 견고하게 설치·부착되어 있지 않으나, 장차 구분건물에 필요한 점포의 경계표지나 건물번호표지를 갖추는 것이 사회통념상 불가능하다고 보기 어렵고, 각 점포는 공용부분인 통로에 직접 연결되어 있어 다른 전용부분을 거치지 않고 외부로 직접 통행하는 것이 가능하므로, 이용상 독립성도 인정된다고 한 예.

1230) ◎ 구분행위

○ 대법원 2016. 6. 28. 선고 2016다1854, 1861 판결: "집합건물이 아닌 일반건물로 등기된 기존의 건물이 구분건물로 변경등기되기 전이라도, 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추고 그 건물을 구분건물로 하겠다는 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되는 구분행위가 있으면 구분소유권이 성립한다. 그리고 일반건물로 등기되었던 기존의 건물에 관하여 실제로 건축물대장의 전환등록절차를 거쳐 구분건물로 변경등기까지 마쳐진 경우라면 특별한 사정이 없는 한 위 전환등록 시점에는 구분행위가 있었던 것으로 봄이 타당하다. 그러나 처분권자의 구분의사는 객관적으로 외부에 표시되어야 할 뿐만 아니라, 건축법 등은 구분소유의 대상이 되는 것을 전제로 하는 공동주택과 그 대상이 되지 않는 것을 전제로 하는 다가구주택을 비롯한 단독주택을 엄격히 구분하여 규율하고 있고 … 이에 따라 등록·등기되어 공시된 내용과 다른 법률관계를 인정할 경우 거래의 안전을 해칠 우려가 크다는 점 등에 비추어 볼 때, 단독주택 등을 주용도로 하여 일반건물로 등록·등기된 기존의 건물에 관하여 건축물대장의 전환등록절차나 구분건물의 변경등기가 마쳐지지 아니한 상태에서 구분행위의 존재를 인정하는 데에는 매우 신중하여야 한다."

○ 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다35020 판결: "소유자가 기존 건물에 증축을 한 경우에도 증축 부분이 구조상, 이용상의 독립성을 갖추었다는 사유만으로 당연히 구분소유권이 성립된다고 할 수는 없고, 소유자의 구분행위가 있어야 비로소 구분소유권이 성립된다고 할 것이며, 이 경우에 소유자가 기존 건물에 마쳐진 등기를 이와 같이 증축한 건물의 현황과 맞추어 1동의 건물로서 증축으로 인한 건물표시변경등기를 경료한 때에는 이를 구분건물로 하지 않고 그 전체를 1동의 건물로 하려는 의사였다고 봄이 상당하다."

1231) ○ 대법원 2013. 1. 17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결의 다수의견: "구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 그 건물의 특정 부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 일종의 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니고 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 인정된다. 따라서 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래

집합건물의 ‘공용부분’¹²³²⁾은 구분소유권의 객체가 될 수 없고,¹²³³⁾ 구분소유자 전원의 공유에 속함이 원칙이지만, 일부의 구분소유자만이 공용하도록 제공되는 것임이 명백한 공용부분(일부공용부분)은 그들 구분소유자의 공유에 속한다(집합건물법 제10조 제1항).¹²³⁴⁾

신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있고, 이후 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 아직 그 건물이 집합건축물대장에 등록되거나 구분건물로서 등기부에 등기되지 않았더라도 그 시점에서 구분소유가 성립한다. 이와 달리 구분소유는 건물 전체가 완성되고 원칙적으로 집합건축물대장에 구분건물로 등록된 시점, 예외적으로 등기부에 구분건물의 표시에 관한 등기가 마쳐진 시점에 비로소 성립한다는 ... 등의 견해는 이 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 이를 변경하기로 한다.” ☞ 구분건물에 관하여 집합건축물대장에 등록하거나 등기부에 등재하는 것은 구분소유권의 내용을 공시하는 사후적 절차일 뿐이다(대법원 2019. 10. 17. 선고 2017다286485 판결).

○ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다219142 판결: “1동 건물의 구분된 각 부분이 구조상·이용상 독립성을 가지는 경우 각 부분을 구분건물로 할지 그 1동 전체를 1개의 건물로 할지는 소유자의 의사에 의하여 자유롭게 결정할 수 있는 점에 비추어 보면, 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사를 표시함으로써 구분행위를 한 다음 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 그 시점에서 구분소유가 성립하지만, 이후 소유권자가 분양계약을 전부 해지하고 1동 건물의 전체를 1개의 건물로 소유권보존등기를 마쳤다면 이는 구분폐지행위를 한 것으로서 이로 인하여 구분소유권은 소멸한다. 그리고 이러한 법리는 구분폐지가 있기 전에 개개의 구분건물에 대하여 유치권이 성립한 경우라 하여 달리 볼 것은 아니다.”

1232) 집합건물 중 ① 여러 개의 전유부분으로 통하는 복도, 계단, 그 밖에 구조상 구분소유자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는 건물부분과 ② 규약이나 공정중서로 공용부분으로 정한 건물부분 등은 공용부분이다(대법원 2022. 1. 13. 선고 2020다278156 판결). ■ 집합건물에서 건물의 안전이나 외관을 유지하기 위하여 필요한 지주, 지붕, 외벽, 기초공작물 등은 구조상 구분소유자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는 부분으로서 구분소유권의 목적이 되지 않으며 건물의 골격을 이루는 외벽이 구분소유권자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는지 여부는 그것이 1동 건물 전체의 안전이나 외관을 유지하기 위하여 필요한 부분인지 여부에 의하여 결정되어야 하고 그 외벽의 바깥쪽 면도 외벽과 일체를 이루는 공용부분이라고 할 것이다(2011다12163).

1233) ○ 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다77212 판결: “집합건물 중 여러 개의 전유부분으로 통하는 복도, 계단, 그 밖에 구조상 구분소유자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는 건물부분은 공용부분으로서 구분소유권의 목적으로 할 수 없다. ... 구분건물에 관하여 구분소유가 성립될 당시 객관적인 용도가 공용부분인 건물부분을 나중에 임의로 개조하는 등으로 이용 상황을 변경하거나 집합건축물대장에 전유부분으로 등록하고 소유권보존 등기를 하였다 하더라도 그로써 공용부분이 전유부분이 되어 어느 구분소유자의 전속적인 소유권의 객체가 되지는 않는다.”

○ 대법원 2018. 2. 13. 선고 2016다245289 판결: “집합건물 중에서 전유부분 소유자들이 함께 사용하는 것이 일반적인 건물부분의 경우에는 구분소유권의 성립 여부가 전유부분 소유자들의 권리관계나 거래의 안전에 미치는 영향을 고려하여 구분의사의 표시행위가 있었는지 여부를 신중하게 판단하여야 한다. 다세대주택의 지하층은 구분소유자들이 공동으로 사용하는 경우가 적지 않은데, 다세대주택인 1동의 건물을 신축하면서 건축허가를 받지 않고 위법하게 지하층을 건축하였다면 처분권자의 구분의사가 명확하게 표시되지 않은 이상 공용부분으로 추정하는 것이 사회관념이나 거래관행에 부합한다.”

1234) ○ 대법원 2022. 1. 13. 선고 2020다278156 판결: “건물의 어느 부분이 구분소유자 전원이거나 일부의 공용에 제공되는지 여부는 일부공용부분이라는 취지가 등기되어 있거나 소유자의 합의가 있다면 그에 따르고, 그렇지 않다면 건물의 구조·용도·이용 상황, 실체로 보면, 분양계약서나 건축물대장의 공용부분 기재 내용 등을 종합하여 구분소유가 성립될 당시 건물의 구조에 따른 객관적인 용도에 따라 판단하여야 한다. 이러한 법리는 여러 동의 집합건물로 이루어진 단지 내 특정 동의 건물부분으로서 구분소유의 대상이 아닌 부분이 해당 단지 구분소유자 전원의 공유에 속하는지, 해당 동 구분소유자 등 일부 구분소유자만이 공유하는 것인지를 판단할 때에도 마찬가지로 적용된다.” ☞ 아파트 입주자대표회의(피고)가 지하주차장 진출입로에 자동차 번호판을 인식할 수 있는 차단기를 설치하여 사전에 번호를 등록한 입주자와 목적을 밝힌 방문자의 자동차만 출입하도록 하면서, 상가에 입점한 상인이나 고객 등의 자동차 출입은 제한하자, 상가 구분소유자들(원고)이 피고를 상대로 지하주차장 이용 방해 행위 금지 등을 구한 사건에서, 아파트와 상가는 별개의 건물로 신축·분양되고 구조나 외관상 분리·독립되어 있으며 기능과 용도가 다른 점, 지하주차장은 구조에 따른 객관적 용도에 비추어 아파트 구분소유자만의 공용에 제공되고 있는 점, 아파트 구분소유자는 지하주차장 전체 면적 중 전유부분 면적에 비례하여 분할·

구분소유권 성립요건을 갖추지 못한 건물 일부에 대한 구분소유권 등기는 무효이고 경매절차에서의 매수인은 그 소유권을 취득할 수 없지만, 그 후에 그 요건을 갖추면 유효한 등기가 될 수 있다(신축건물의 보존등기를 건물 완성 전에 하였다 하더라도 그 후 건물이 완성된 이상 그 등기를 무효라고 볼 수 없는 것과 마찬가지이다).¹²³⁵⁾

구분소유권 성립 후에, 격벽 제거 등으로 각 구분건물이 독립성을 상실하여(구분건물로서의 복원을 전제로 한 일시적인 것이고 복원이 용이하다면, 구분건물로서의 실체를 상실한다고 쉽게 단정할 수 없다¹²³⁶⁾) 일체화되고 1개의 건물이 된 경우, 기존 구분건물에 대한 등기는 합동으로 인하여 생겨난 새로운 건물 중에서 그 구분건물이 차지하는 비율에 상응하는 공유지분

산출한 면적을 공용부분으로 분양받았으나, 상가의 분양계약서와 건축물대장에는 지하주차장이 분양면적이나 공용부분으로 기재되어 있지 않은 점, 지하주차장은 대지사용권의 대상이 아니므로, 대지사용권이 있다고 하여 지하주차장을 사용할 수 있는 것은 아닌 점 등에 비추어, 지하주차장이 아파트 구분소유자만의 공용에 제공되는 일부공용부분이라고 본 예.

○ 대법원 2021. 1. 14. 선고 2019다294947 판결: “구분소유가 성립될 당시 건물의 구조에 따른 객관적인 용도에 비추어 일부공용부분인 부분의 구조나 이용 상황을 그 후에 변경하더라도, 그 부분을 공유하는 일부 구분소유자 전원의 승낙을 포함한 소유자들의 특단의 합의가 없는 한, 그러한 사정만으로 일부공용부분이 전체 공용부분이 되는 것은 아니다.” ⇨ 원심은, 특정 동의 옥상이 그 동 구분소유자만이 공용하도록 제공되는 것이 명백하다고 볼 수 없다 하여 아파트 단지의 구분소유자 전원이 옥상을 공유한다고 판단하였으나, 대법원은, 동 구분소유자만의 공용에 제공되는 것이 명백한 일부공용부분으로서 동 구분소유자만의 공유에 속한다고 보아야 하고, 아파트의 구분소유 성립 후의 옥상 이용에 따른 반사적 이익(옥상 설치 잔디밭에 의한 조경 개선의 편익과 옥상 설치 이동통신 중계기에 의한 이동통신 음영지역 제거 편익)의 귀속이나 전체입주자대표회의의 결정을 고려하여 옥상 소유권의 귀속주체를 달리 볼 수 없다고 한 예.

1235) ○ 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다3471 판결: “구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립할 수 없다. 그와 같은 건물 부분이 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있어 이러한 등기에 기초하여 경매절차가 진행되어 매각허가를 받고 매수대금을 납부하였다 하더라도, 그 상태만으로는 그 등기는 효력이 없으므로 매수인은 소유권을 취득할 수 없다. … 1동의 건물의 일부가 구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 상태에서 소유권보존등기 및 그에 터잡은 소유권이전등기 등이 마쳐진 경우라고 하더라도, 그 후에 … 구분소유권의 객체가 될 수 있는 요건을 갖춘다면 위와 같은 등기는 모두 유효한 것으로 될 수 있다. 즉 1동의 건물의 일부가 구분건물로서의 요건을 갖추지 못한 상태라는 이유만으로 그에 관하여 마쳐진 등기가 모두 확정적으로 무효로 되는 것도 아니다.”

○ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다59876 판결: “신축건물의 보존등기를 건물 완성 전에 하였다 하더라도 그 후 건물이 완성된 이상 그 등기를 무효라고 볼 수 없다. 이러한 법리는 1동의 건물의 일부가 구분소유권의 객체로서 적합한 구조상 독립성을 갖추지 못한 상태에서 구분소유권의 목적으로 등기되고 이에 기초하여 근저당권설정등기나 소유권이전등기 등이 순차로 마쳐진 다음 집합건물법 제1조의2, 경계표지 및 건물번호표지 규정에 따라 경계를 명확하게 식별할 수 있는 표지가 바닥에 견고하게 설치되고 구분점별로 부여된 건물번호표지도 견고하게 부착되는 등으로 구분소유권의 객체가 된 경우에도 마찬가지이다.”

1236) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다273018 판결: “인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 제거됨으로써 각 구분건물이 구분건물로서의 구조상 및 이용상 독립성을 상실하게 되었다고 하더라도, 각 구분건물의 위치와 면적 등을 특정할 수 있고 사회통념상 그것이 구분건물로서의 복원을 전제로 한 일시적인 것일 뿐만 아니라 복원이 용이한 것이라면, 각 구분건물이 구분건물로서의 실체를 상실한다고 쉽게 단정할 수는 없고, 아직도 그 등기는 구분건물을 표상하는 등기로서 유효하다고 해석해야 한다.”(원심이, 원고의 공사로 각 호실은 구조상·이용상 독립성을 상실하게 되었고, 원고는 하나의 소유권의 객체가 된 각 호실 전체에 대하여 유치권을 주장할 수 있다고 한 데 대하여, 대법원은, ‘각 호실의 칸막이가 철거되어 구조상·이용상 독립성을 상실하기는 하였으나 현재도 건축물대장에 첨부된 건축물현황도 등으로 위치와 면적 등을 쉽게 특정할 수 있고, 기존 칸막이 철거는 점유 부분을 뒤편 영업에 사용하기 위한 일시적인 방편에 불과하여 언제든지 원상태로 복원할 수 있을 뿐만 아니라 복원에 과다한 비용이 들 것으로 보이지 않는다.’라고 판단한 예)

등기로서의 효력만 인정되고,¹²³⁷⁾ 구분건물로 등기된 1동의 건물 중 ‘일부’에 해당하는 구분건물들 사이에서 ‘구조상의 구분이 소멸’되는 경우에는 그 구분건물에 해당하는 일부 건물 부분이 종전 구분건물 등기명의자의 공유로 된다.¹²³⁸⁾

‘대지사용권’¹²³⁹⁾의 성립을 위해서는 ‘집합건물의 존재’와 구분소유자가 전유부분 소유를 위하여 해당 ‘대지를 사용할 수 있는 권리를 보유’하는 것 이외에 다른 특별한 요건이 필요하지 않다.¹²⁴⁰⁾ 대지사용권은 전유부분의 처분에 따르고, 규약으로써 달리 정하지

1237) 대법원 2020. 2. 27. 선고 2018다232898 판결; “1동의 건물 중 구조상 구분된 수개의 부분이 독립한 건물로서 구분소유권의 목적이 되었으나 그 구분건물들 사이의 격벽이 제거되는 등의 방법으로 각 구분건물이 건물로서의 독립성을 상실하여 일체화되고 이러한 일체화 후의 구획을 전유부분으로 하는 1개의 건물이 되었다면 기존 구분건물에 대한 등기는 합동으로 인하여 생겨난 새로운 건물 중에서 위 구분건물이 차지하는 비율에 상응하는 공유지분 등기로서의 효력만 인정된다. 또한 인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 일정한 사유로 제거됨으로써 각 구분건물이 구분건물로서의 구조상 및 이용상의 독립성을 상실하게 되었다고 하더라도, 각 구분건물의 위치와 면적 등을 특정할 수 있고 사회통념상 그것이 구분건물로서의 복원을 전제로 한 일시적인 것일 뿐만 아니라 그 복원이 용이한 것이라면, 각 구분건물은 구분건물로서의 실체를 상실한다고 쉽게 단정할 수는 없고, 아직도 그 등기는 구분건물을 표상하는 등기로서 유효하지만, 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없고, 구분소유권의 객체로서 적합한 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립할 수 없으므로, 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있더라도, 그 등기는 그 자체로 무효이다.”⁸ 1동의 상가 건물이 리모델링 공사로 구조 및 층수, 면적 등이 변경되었음에도 리모델링 공사의 허가를 받지 못하여 준공 이후에도 상가 건물 내 구분건물에 관한 사용승인이 나지 않음에 따라 리모델링에 따른 공부상 표시변경등록 및 표시변경등기가 이루어지지 않았고, 그 결과 상가 건물의 구분소유 부분으로 각 등기된 건물 부분에 관한 건축물관리대장과 등기부가 현재 건물의 현황을 제대로 반영하지 못하고 있는 사안에서, 상가 건물 내 기존 구분소유로 각 등기된 구분건물은 격벽이 처음부터 없었거나 리모델링으로 제거되고, 구조, 위치와 면적이 모두 변경됨으로써 구분건물로서의 구조상 및 이용상의 독립성을 상실하여 일체화되었고, 비록 일체화 후에 상가 건물이 여러 개의 점포로 나뉘어 이용되고 있더라도, 상가 건물의 구조상의 구분에 의해서는 기존 구분등기에 따른 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없으며, 위 리모델링이 기존 구분건물로서 복원을 전제로 한 일시적인 것이라거나 복원이 용이해 보이지도 않으므로, 기존 구분건물로서의 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없는바, 상가 건물 내 구분건물에 관한 구분등기는 그 자체로 무효이고, 리모델링으로 생겨난 새로운 건물 중에서 위 구분건물이 차지하는 비율에 상응하는 공유지분 등기로서의 효력만 인정되는데도, 이와 달리 새로운 건물의 특정 점포에 대하여 구분건물의 소유권의 효력이 미친다고 본 원심을 파기한 사례.

1238) 대법원 2020. 9. 7. 선고 2017다204810 판결; 상가건물의 시설관리·임대대행권자인 소외 회사가 구분소유자 전체의 동의를 받지 않고 상가 4, 5층의 내부시설을 철거한 후 사우나를 설치함으로써 구분점포들 사이의 구분이 폐지되었는데, 피고(임차인)가 4층 중 일부인 매점·식당 부분을 단독으로 점유·사용하자 4층 일부 구분점포에 관한 소유권이전등기를 마친 원고(승계참가인)가 매점·식당 부분의 인도를 구한 사안에서, “사우나 시설 내 구분점포들은 최소한 나머지 층과의 층별 구분이 유지된 채 그 구분점포들 사이에 구분이 폐지되었으므로, 구분폐지된 전유부분에 한하여 기존의 구분소유권이 모두 소멸하고 하나의 공유물이 된다. 따라서 4층 구분점포의 구분소유자들은 이 사건 상가 전체의 전유부분에 대한 공유지분권을 취득하는 것이 아니라, 구분이 폐지되어 하나의 공유물이 된 전유부분에 한하여 소멸 당시 구분소유권의 비율에 따라 공유지분권을 취득한다. 구분폐지되어 하나의 공유물이 된 전유부분에 대한 공유지분 과반수의 동의를 얻지 못한 채, 구분폐지 전 구분소유자였던 공유지분권자로부터 점유할 권리를 이전받은 피고가 … 계쟁 부분을 단독으로 점유·사용하고 있고, 피고는 임대인인 공유지분권자가 단독으로 점유·사용하는 경우와 같은 지위에 있으므로, … 구분소유권의 비율에 따른 공유지분권을 취득한 원고(승계참가인)는 공유물의 보존행위로서 피고에게 계쟁 부분에 대한 방해상태를 제거하거나 공동 점유를 방해하는 행위의 금지 등을 청구할 수 있다. 다만 … 2018다287522 전원합의체 판결에 따라 계쟁 부분의 인도는 구할 수 없다.”라고 판시한 예.

1239) “대지사용권”이란 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리를 말한다(집합건물법 제2조 제6호).

1240) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다278170 판결.

않는 한 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없으며(전유부분과 대지사용권의 일체성에 반하는 대지의 처분행위는 무효이다), 분리처분금지는 그 취지를登記하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다(집합건물법 제20조).¹²⁴¹⁾¹²⁴²⁾ 분리처분이 금지되는 대지사용권은 '구분소유의 성립'을 전제로 하므로, 구분소유가 성립하기 '전'에는 집합건물의 대지에 관하여 분리처분금지 규정이 적용되지 않는다.¹²⁴³⁾ 집합건물이 증축

1241) ○ 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결; "아파트와 같은 대규모 집합건물의 경우, 대지의 분·합필 및 환지절차의 지연, 각 세대당 지분비율 결정의 지연 등으로 인하여 전유부분에 대한 소유권이 전등기만 수분양자를 거쳐 양수인 앞으로 경료되고, 대지지분에 대한 소유권이전등기는 상당기간 지체되는 경우가 종종 생기고 있는 데, 이러한 경우 집합건물의 건축자로부터 전유부분과 대지지분을 함께 분양의 형식으로 매수하여 그 대금을 모두 지급함으로써 소유권 취득의 실질적 요건은 갖추었지만 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료받고 대지지분에 대하여는 앞서 본 바와 같은 사정으로 아직 소유권이전등기를 경료받지 못한 자는 매매계약의 효력으로써 전유부분의 소유를 위하여 건물의 대지를 점유·사용할 권리가 있다고 하여야 할 것인바, 매수인의 지위에서 가지는 이러한 점유·사용권은 단순한 점유권과는 차원을 달리하는 본권으로서 집합건물법 제2조 제6호 소정의 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리인 대지사용권에 해당한다고 할 것이고, 수분양자로부터 전유부분과 대지지분을 다시 매수하거나 증여 등의 방법으로 양수받거나 전전 양수받은 자 역시 당초 수분양자가 가졌던 이러한 대지사용권을 취득한다고 할 것이다 ... 집합건물법의 규정내용과 입법취지를 종합하여 볼 때, 대지의 분·합필 및 환지절차의 지연, 각 세대당 지분비율 결정의 지연 등의 사정이 없었다면 당연히 전유부분의 등기와 동시에 대지지분의 등기가 이루어졌을 것으로 예상되는 경우, 전유부분에 대하여만 소유권이전등기를 경료받았으나 매수인의 지위에서 대지에 대하여 가지는 점유·사용권에 터잡아 대지를 점유하고 있는 수분양자는 대지지분에 대한 소유권이전등기를 받기 전에 대지에 대하여 가지는 점유·사용권인 대지사용권을 전유부분과 분리 처분하지 못할 뿐만 아니라, 전유부분 및 장래 취득할 대지지분을 다른 사람에게 양도한 후 그 중 전유부분에 대한 소유권이전등기를 경료해 준 다음 사후에 취득한 대지지분도 전유부분의 소유권을 취득한 양수인이 아닌 제3자에게 분리 처분하지 못한다 할 것이고, 이를 위반한 대지지분의 처분행위는 그 효력이 없다고 봄이 상당하다 할 것이다."

○ 대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다278170 판결; "집합건물에서 구분소유자의 대지사용권은 규약으로써 달리 정하는 등 특별한 사정이 없는 한 전유부분과 종속적 일체불가분성이 인정되어 전유부분에 대한 가압류결정의 효력은 종물 또는 종된 권리인 대지사용권에도 미치는 것이므로, 건축자의 대지소유권에 관하여 부동산등기법에 따른 구분건물의 대지권등기가 마쳐지지 않았다 하더라도 전유부분에 관한 경매절차가 진행되어 그 경매절차에서 전유부분을 매수한 매수인은 전유부분과 함께 대지사용권을 취득한다."

1242) '분리처분금지에 반한 대지 처분행위의 무효'에 관하여는 '전득자 등 수인을 상대로 한 말소등기청구' 부분 참조.

1243) 대지사용권의 성립에 앞서 대지에 이미 근저당권이 설정되어 있다면, 구분소유자별로 공유지분권에 대해 근저당권의 제한을 받는 대지사용권을 보유하게 되고, 근저당권자로서는 근저당권을 실행하기 위하여 공유지분권에 대해 경매를 신청할 수 있다(대법원 2022. 6. 30. 선고 2018다211419, 211426 판결). 구분소유가 성립하기 전에 대지에 관하여만 근저당권이 설정되었다가 구분소유가 성립하여 대지사용권이 성립되었다더라도 이미 설정된 그 근저당권 실행으로 대지가 매각됨으로써 전유부분으로부터 분리처분된 경우에는 그 전유부분을 위한 대지사용권이 소멸하게 된다(대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다9121, 9138 판결). [분리처분금지 규정 적용 부정 사례] ① 대법원 2022. 6. 30. 선고 2018다43128 판결; 강제경매절차에서 대지 및 집합건물을 일괄매수한 원고가 각 전유부분에 관하여 강제경매개시결정 기입등기 이전에 마친 가등기에 기해 본등기를 한 피고를 상대로 차입 상당의 부당이득반환을 구하고, 피고는 원고의 대지소유권 취득이 집합건물법상 분리처분금지에 위배되어 무효라고 항변한 사안에서, 피고가 각 전유부분에 관하여 본등기를 함으로써 각 전유부분과 그 대지사용권에 해당하는 대지공유지분이 분리된 것은, 위 강제경매절차에서 대지사용권 성립 전에 대지에 관하여 설정된 근저당권이 매각으로 소멸하면서 그 근저당권이 확보한 담보가치의 보장을 위하여 그보다 뒤에 각 전유부분에 관하여 경료된 가등기의 효력이 각 전유부분의 대지사용권에 해당하는 대지 공유지분에 대하여 미치지 않게 됨으로 인한 것이므로, 이러한 경우 집합건물법 제20조가 정하는 전유부분과 대지사용권의 일체적 취급이 적용될 여지가 없어 제20조에서 금지하는 대지사용권의 분리처분이 있다고 볼 수 없다고 보아, 피고의 항변을 배척한 사례. ② 대법원 2022. 6. 30. 선고 2018다211419, 211426 판결; 구 구분건물에 근저당권이 설정된 후 구 구분건물의 철거로 인하여 위 근저당권이 구 구분건물을 기초로 한 대지 지분에 옮겨졌고, 신 구분건물이 재건축된 이후 위 근저당권에 기한 경매절차에서 원고가 구 구분건물을 기초로 한

된 경우, 기존 전유부분의 대지사용권인 대지소유권이 증축 전유부분을 위한 대지사용권이 되기 위해서는, '규약 또는 공정증서로써 달리 정하는 등의 특별한 사정'이 있어야 한다.¹²⁴⁴⁾

(다) 건축 중인 건물의 건축주명의변경절차 이행 청구

'건축허가서'는 허가된 건물에 관한 실체적 권리의 득실변경의 공시방법이 아니고 그 추정력도 없으므로 건축허가서에 건축주로 기재된 자가 그 소유권을 취득하는 것은 아니지만,¹²⁴⁵⁾ '건축 중인 건물'을 양도한 자가 건축주명의변경에 동의하지 아니하는 경우 양수인으로서 그 의사표시에 갈음하는 건축주명의변경절차의 이행판결을 받을 필요가 있다.¹²⁴⁶⁾ 건축주 명의가 수인인 경우, 공동건축주 명의변경에 대하여 변경

대지 지분을 매수한 사안에서, 위 근저당권이 설정될 당시에는 신 구분건물이 신축되기 전이어서 신 구분건물의 대지사용권이 성립하지 않았으므로, 원고가 구 구분건물을 기초로 한 대지 지분을 취득한 것은 대지사용권의 분리처분금지 원칙을 위반한 것이 아니라고 판단한 예.

1244) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2014다236809 판결: "집합건물의 건축자가 그 소유인 대지 위에 집합건물을 건축하고 전유부분에 관하여 건축자 명의로 소유권보존등기를 마친 경우, 건축자의 대지소유권은 집합건물법 제2조 제6호 소정의 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리인 대지사용권에 해당한다. 따라서 전유부분에 대한 대지사용권을 분리처분할 수 있도록 정한 규약이 존재한다는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없고, 이를 위반한 대지지분의 처분행위는 그 효력이 없다. 그러므로 구분소유권이 이미 성립한 집합건물이 증축되어 새로운 전유부분이 생긴 경우에는, 건축자의 대지소유권은 기존 전유부분을 소유하기 위한 대지사용권으로 이미 성립하여 기존 전유부분과 일체불가분성을 가지게 되었으므로 규약 또는 공정증서로써 달리 정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 새로운 전유부분을 위한 대지사용권이 될 수 없다." ㉠ 소외 회사가 신축하여 구분소유권이 이미 성립한 지상 4층 집합건물이 그 후 10층으로 증축되었는데, 1층 103호를 소유한 원고들이 증축 전유부분을 경매로 소유하게 된 피고들을 상대로, 피고들 소유의 전유부분을 위한 대지사용권이 인정되지 아니한다는 이유로 차임 상당의 부당이득반환을 구한 사안에서, 원심이, 증축으로 인하여 생긴 새로운 전유부분을 위한 대지사용권이 성립하였다고 보아 원고의 청구를 배척한 데 대하여, 대법원은, '증축된 구분건물에 대하여 대지사용권을 부여하기 위해서는 위 103호 등 기존 구분건물의 대지지분 중 각 일부에 대한 분리처분이 필수적이라 할 것이므로, 반드시 규약 등으로 이를 정해 놓아야 하고, 이는 위 증축 당시 소외 회사가 증축된 부분을 포함한 각 구분건물 전체를 소유하고 있었다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.'라고 하여, 파기환송한 예.

1245) 따라서 자기 비용과 노력으로 건물을 신축한 자는 그 건축허가가 타인의 명의로 된 여부에 관계없이 그 소유권을 원시취득하며, 건축업자가 타인의 대지를 매수하여 그 대금을 지급하지 아니한 채 그 위에 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 건축하면서 건축허가 명의를 대지소유자로 한 경우에는, 부동산등기법 규정에 의하여 특별한 사정이 없는 한 건축허가명의인 앞으로 소유권보존등기를 할 수밖에 없는 점에 비추어 볼 때, 그 목적이 대지대금 채무를 담보하기 위한 경우가 일반적이라 할 것이고, 이 경우 완성된 건물의 소유권은 일단 이를 건축한 채무자가 원시적으로 취득한 후 채권자 명의로 소유권보존등기를 마침으로써 담보 목적의 범위 내에서 위 채권자에게 그 소유권이 이전된다고 보아야 한다(2000다16350).

1246) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2006다28454 판결: "건축허가는 ... 행정관청이 건축행정상 목적을 수행하기 위하여 수허가자에게 일반적으로 행정관청의 허가 없이는 건축행위를 하여서는 안 된다는 상대적 금지를 관계법규에 적합한 일정한 경우에 해제함으로써 ... 건축행위를 하도록 회복시켜 주는 행정처분일 뿐 허가받은 자에게 새로운 권리나 능력을 부여하는 것이 아니고, 건축허가서는 허가된 건물에 관한 실체적 권리의 득실변경의 공시방법이 아니며 그 추정력도 없으므로 건축허가서에 건축주로 기재된 자가 그 소유권을 취득하는 것은 아니며, 건축 중인 건물의 소유자와 건축허가의 건축주가 반드시 일치되어야 하는 것도 아니다. ... 건축 중인 건물의 양수인은 건축공사 진행에 필요한 행정관청에의 신고 등을 하고 공사를 계속하기 위해 건축주명의를 변경할 필요가 있고, 준공검사 후 건축물관리대장에 소유자로 등록하여 양수인 명의로 소유권보존등기를 신청하기 위해서도 건축주명의를 변경할 필요가 있으므로, 건축 중인 건물을 양도한 자가 건축주명의변경에 동의하지 아니한 경우 양수인으로서 그 의사표시에 갈음하는 판결을 받을 필요가 있다. ... 소외회사가

전 건축주 전원으로부터 동의를 얻어야 하지만, 반드시 그 전원을 공동피고로 하여 판결을 받을 필요는 없다.^{1247) 1248)}

(3) 부합에 의한 소유권의 취득·상실과 보상청구

부동산에의 부합(민법 제256조)¹²⁴⁹⁾은 부동산의 소유자에 대해서는 부합한 물건 소유권의 원시취득 원인 사실, 종전 소유자에 대해서는 소유권 상실 원인 사실이 된다.

부합 여부가 다투어지는 물건의 소유자(원고)가 자신에게 소유권이 있음을 전제로 부동산 소유자(피고)에 대하여 청구(소유권확인청구, 소유권에 기한 인도청구, 소유권 침해에 따른 손해배상청구 등)를 하는 경우, 피고는 소유권 소멸의 항변으로서 “원고 소유 물건이 피고 소유 부동산에 ‘부합’¹²⁵⁰⁾된 사실”(민법 제256조 본문)을, 이에 대하여 원고는 재항변으로서 “①

피고들을 상대로 건축 중인 이 사건 건물의 소유권확인을 구하는 소를 제기하여 계속 중에 있다 하더라도, 소외회사로부터 건물 지분을 양수한 원고들로서는 소외회사를 대위하여, 위 소유권확인 청구와는 별도로 향후 건축공사를 계속할 필요에서나 또는 건축물이 완공된 후 건축물관리대장의 정리 등을 위하여, 건물의 건축주명 의변경에 동의하지 아니하는 피고들을 상대로 그 의사표시에 갈음하는 판결을 받을 필요가 있다.” ● 건축공사가 완료되고 소유권보존등기까지 마쳐진 건물에 관하여는 건축주명의로의 변경을 청구할 소의 이익이 없다(2005 다61010).

1247) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012다23863 판결; “허가 등에 관한 건축주 명의를 수인으로 되어 있을 경우에, 그 허가 등은 해당 건축물의 건축이라는 단일한 목적을 달성하기 위하여 이루어지고 그 허가 등을 받은 지위의 분할청구는 불가능하다는 법률적 성격 등에 비추어 보면, 공동건축주 명의변경에 대하여는 변경 전 건축주 전원으로부터 동의를 얻어야 한다. 다만 그 명의변경에 관한 동의를 표시는 변경 전 건축주 전원이 참여한 단일한 절차나 서면에 의하여 표시될 필요는 없고 변경 전 건축주별로 동意的 의사를 표시하는 방식도 허용되므로, 동意的 의사표시에 갈음하는 판결도 반드시 변경 전 건축주 전원을 공동피고로 하여 받을 필요는 없으며 부동의하는 건축주별로 피고로 삼아 그 판결을 받을 수 있다고 봄이 타당하다.”(피고들과 소외인이 공동으로 증축신고를 마치고 공사를 하였는데, 그 후 원고가 피고들의 지분을 매수한 사안에서, 원심은, 증축건물의 일부를 양수받은 자가 공동건축주 명의를 양수인이 추가된 것으로 변경하기 위해서는 공동건축주 전원을 피고로 삼아 행정청에 대한 명의변경에 관한 협력의무의 이행을 구하여야 하므로, 이는 필수적 공동소송에 해당한다는 취지로 판단하고, 나아가 소외인이 매매계약의 효력 및 원고의 법적 지위를 다투고 있음에도, 원고가 공동건축신고자인 소외인 및 피고들을 공동피고로 하지 아니하고, 공동건축신고자 중 소외인을 제외하고 피고들만을 상대로 하여 건축주 명의를 원고로 변경하는 절차의 이행을 구하는 사건 소는 부적법하다고 판단하였으나, 대법원은, 건축주 명의를 원고로 변경하기 위해서는 피고들의 동의뿐 아니라 공동명의자인 소외인의 동의를 받아야 하지만, 그렇다고 하더라도 소외인에 대한 소송 등과 별도의 소송절차에 의하여 피고들을 상대로 동意的 의사표시에 갈음하는 판결을 구하는 것은 허용될 수 있으므로, 사건 소가 적법하다고 한 예) ● 공동건축주 일부가 다른 사람에게 해당 건축물의 공유지분을 양도하기로 하였더라도, 법령이나 약정 등의 근거가 없는 한 나머지 공동건축주가 당연히 건축주 명의변경에 동의할 의무를 부담하는 것은 아니다(대법원 2022. 8. 31. 선고 2019다282050 판결).

1248) 그 밖의 ‘건축주명의변경’ 관련 판례; 소유권이전등기청구권이 발생한 기본적 법률관계에 해당하는 매매계약을 기초로 하여 건축주명의변경을 구하는 소도 소멸시효를 중단시키는 재판상 청구에 포함된다(2011다19737). 건축 중인 건물 외에 별다른 재산이 없는 채무자가 수익자에게 책임재산인 위 건물을 양도하기 위해 수익자 앞으로 건축주명의를 변경해줄기로 약정한 경우 이는 사해행위가 될 수 있다(2016다279206).

1249) 민법 제256조(부동산에의 부합) 부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다. 그러나 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다.

1250) ○ 대법원 2012. 1. 26. 선고 2009다76546 판결; “부합이란 분리 훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 분리에 과도한 비용을 요하는 경우는 물론 분리하게 되면 경제적 가치를 심히 감소케 하는 경우도 포함하고, 부합의 원인은 인공적인 경우도 포함”

○ 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결; “어떠한 동산이 민법 제256조에 의하여 부동산에 부합된 것으로 인정되기 위해서는 그 동산을 훼손하거나 과도한 비용을 지출하지 않고서는 분리할 수 없을 정도로

원고 소유 물건이 ‘권원’(지상권, 전세권, 사용대차권, 임차권 등과 같이 타인의 부동산에 자기의 동산을 부속시켜서 그 부동산을 이용할 수 있는 권리)¹²⁵¹⁾에 의하여 부속되었고(민법 제256조 단서), ② ‘거래상 독립한 권리의 객체성’을 갖고 있는(‘부동산의 구성부분’이 되어 버리면 ①요건이 충족되더라도 물건의 소유권이 부동산 소유자에게 귀속되므로¹²⁵²⁾ ②요건이 필요하다) 사실’을 각각 주장·증

부착·합체되었는지 여부 및 그 물리적 구조, 용도와 기능면에서 기존 부동산과는 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지 여부 등을 종합하여 판단하여야 할 것이고, 이러한 부동산에의 부합에 관한 법리는 건물의 증축의 경우는 물론 건물의 신축의 경우에도 그대로 적용될 수 있다.”³⁸ 원고의 소유권 유보에도 불구하고 원고 소유이던 철강제곱이 공장건물들의 증축 및 신축에 사용되어 공장건물들에 부합함으로써 공장건물들의 소유자인 피고가 철강제품의 소유자가 되었다고 한 예.

○대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다63110 판결: “건물의 증축 부분이 기존건물에 부합하여 기존건물과 분리하여서는 별개의 독립물로서의 효용을 갖지 못하는 이상 기존건물에 대한 근저당권은 민법 제358조에 의하여 부합된 증축 부분에도 효력이 미치는 것이므로 기존건물에 대한 경매절차에서 경매목적물로 평가되지 아니하였다고 할지라도 경락인은 부합된 증축 부분의 소유권을 취득한다.” ³³ 지하 1층, 지상 7층의 주상복합 건물을 신축하면서 불법으로 위 건물 중 주택 부분인 7층의 복층으로 같은 면적의 상층을 건축하였고, 그 상층은 독립된 외부 통로가 없이 하층 내부에 설치된 계단을 통해서만 출입이 가능하고, 별도의 주방시설도 없이 방과 거실로만 이루어져 있으며, 위와 같은 사정으로 상·하층 전체가 단일한 목적물로 임대되어 사용된 경우, 그 상층 부분은 하층에 부합되었다고 본 사례.

- 1251) ○ 대법원 2018. 3. 15. 선고 2015다69907 판결: 단서에서 말하는 ‘권원’이라 함은 지상권, 전세권, 임차권 등과 같이 타인의 부동산에 자기의 동산을 부속시켜서 그 부동산을 이용할 수 있는 권리를 뜻하므로, 그와 같은 권원이 없는 자가 타인의 토지 위에 나무를 심었다면 특별한 사정이 없는 한 토지소유자에 대하여 그 나무의 소유권을 주장할 수 없다. 지상권자는 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리가 있으므로(민법 제279조), 지상권설정등기가 경료되면 그 토지의 사용·수익권은 지상권자에게 있고, 지상권을 설정한 토지소유자는 지상권이 존속하는 한 그 토지를 사용·수익할 수 없다. 따라서 지상권을 설정한 토지소유자로부터 그 토지를 이용할 수 있는 권리를 취득하였다고 하더라도 지상권이 존속하는 한 이와 같은 권리는 원칙적으로 민법 제256조 단서가 정한 ‘권원’에 해당하지 아니한다. 그런데 금융기관이 대출금 채권의 담보를 위하여 토지에 저당권과 함께 지료 없는 지상권을 설정하면서 채무자 등의 사용·수익권을 배제하지 않은 경우, 그 지상권은 저당권이 실행될 때까지 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 저당 부동산의 담보가치를 확보하는 데에 그 목적이 있으므로, 토지소유자는 저당 부동산의 담보가치를 하락시킬 우려가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 토지를 사용·수익할 수 있다고 보아야 한다. 따라서 그러한 토지소유자로부터 그 토지를 사용·수익할 수 있는 권리를 취득하였다면 이러한 권리는 민법 제256조 단서가 정한 ‘권원’에 해당한다고 볼 수 있다.”
- 대법원 2016. 8. 30. 선고 2016다24529, 24536, 24543 판결: “토지의 사용대차권에 기하여 그 토지 상에 식재된 수목은 이를 식재한 아에게 소유권이 있고 토지에 부합되지 않는다 할 것이어서, 수목이 식재된 후에 그 토지를 경매에 의하여 매수하였다고 하더라도 매수인이 그 지상 수목에 대한 소유권까지 취득하는 것은 아니라고 할 것이다.”
- 1252) ○ 대법원 2012. 1. 26. 선고 2009다76546 판결: “부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 그 부동산과 일체를 이루는 부동산의 구성 부분이 된 경우에는 타인이 권원에 의하여 이를 부합시켰더라도 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속된다.” ⇨ 甲이 토지소유자乙에게서 토지를 인정한 후 주유소 영업을 위하여 지하에 유류저장조를 설치한 사안에서, 유류저장조의 매설 위치와 물리적 구조, 용도 등을 감안할 때 이를 토지로부터 분리하는 데에 과도한 비용을 요하거나 분리하게 되면 경제적 가치가 현저히 감소되므로 토지에 부합된 것으로 볼 수 있으나, 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 토지와 일체를 이루는 구성 부분이 되었다고는 보기 어렵고, 또한 甲이 임차권에 기초하여 유류저장조를 매설한 것이므로, 위 유류저장조는 민법 제256조 단서에 의하여 설치자인 甲의 소유에 속한다고 한 사례.
- 대법원 2007. 7. 27. 선고 2006다39270, 39287 판결: “부합물에 관한 소유권 귀속의 예외를 규정한 민법 제256조 단서의 규정은 타인이 그 권원에 의하여 부속시킨 물건이라 할지라도 그 부속된 물건이 분리하여 경제적 가치가 있는 경우에 한하여 부속시킨 타인의 권리에 영향을 끼치지 아니 분리하여도 경제적 가치가 있는 경우에는 원래의 부동산 소유자의 소유에 귀속되는 것이고, 경제적 가치의 판단은 부속시킨 물건에 대한 일반 사회통념상의 경제적 효용의 독립성 여부를 그 기준으로 하여야 한다.” ⇨ 가스공급업자가 아파트에 설치

명할 수 있다(피고의 항변 단계에서 이미 '부동산의 구성부분'이 되었는지 여부가 드러나는 경우가 많을 것이다).

토지 소유자가 자신의 토지 위에 식재하여 이미 토지에 부합된 입목, 농작물 등에 대하여 그 소유권을 유보한 채 토지만을 분리·처분하기 위해서는 입목 등에 관한 '명인방법'¹²⁵³⁾을 갖추어야 하고, 명인방법을 갖추지 않은 채 토지를 처분한 경우 부합된 입목 등의 소유권은 토지와 함께 이전된다.¹²⁵⁴⁾

첨부로 법률규정에 의한 소유권 취득이 인정된 경우에 '손해를 받은 자'의 '보상청구'¹²⁵⁵⁾가 인정되기 위해서는, '민법 제261조 자체의 요건'만이 아니라, 부당이득 법리에 따른 판단에 의하여 '부당이득의 요건'(이익의 실질적 귀속자,¹²⁵⁶⁾ 법률상 원인의 결여,¹²⁵⁷⁾ 삼각관

한 가스공급시설은 그 대지와 일체를 이루는 구성부분으로 부합됨으로써 그 대지 지분권을 양수한 아파트 구분소유자들의 소유로 되었고, 이 경우 가스공급업자는 아파트 입주자대표회의를 상대로 민법 제261조에 기한 부당이득반환청구를 할 수 없다고 한 사례.

1253) 명인방법(明認方法)의 실시는 법률행위가 아니고 그 입목이 특정인의 소유라는 사실을 공시하는 팻말의 설치로 다른 사람이 그것을 식별할 수 있으면 충분하고(89다카9064), 임야의 수개 소에 '입산금지 소유자 아무개'라는 팻말을 써서 부쳤다면 입목 소유권 취득의 명인방법으로 부족하다 할 수 없으나(66다2382, 2383), 토지의 주위에 울타리를 치고 그 안에 수목을 정원수로 심어 가꾸어 온 사실만으로는 명인방법을 갖추었다고 보기 어렵다(90다20220).

1254) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2020다266375 판결: "토지 위에 식재된 입목은 토지의 구성부분으로 토지의 일부 일 뿐 독립한 물건으로 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 토지에 부합하고, 토지의 소유자는 식재된 입목의 소유권을 취득한다. 토지 위에 식재된 입목을 그 토지와 독립하여 거래의 객체로 하기 위해서는 「입목에 관한 법률」에 따라 입목을 등기하거나 명인방법을 갖추어야 한다. 물건변동에 관한 성립요건주의를 채택하고 있는 민법에서 명인방법은 부동산의 등기 또는 동산의 인도와 같이 입목에 대하여 물건변동의 성립요건 또는 효력발생요건에 해당하므로 식재된 입목에 대하여 명인방법을 실시해야 그 토지와 독립하여 소유권을 취득한다. 이는 토지와 분리하여 입목을 처분하는 경우뿐만 아니라, 입목의 소유권을 유보한 채 입목이 식재된 토지의 소유권을 이전하는 경우에도 마찬가지이다. ... 원고들은 이 사건 부동산의 전부 또는 일부를 소유하였다가 피고들에게 이를 양도하였고, 그 양도 전에 이 사건 지장물의 대부분을 직접 식재한 것으로 볼 여지가 있다. 원고들이 토지소유권자로서 토지 위에 식재한 입목 등은 특별한 사정이 없는 한 그 토지에 부합되었다고 보아야 한다. 원고들이 이미 토지에 부합된 입목 등에 대해서 그 소유권을 유보한 채 그 토지만을 분리·처분하기 위해서는 그 입목 등에 관한 명인방법을 갖추어야 하고, 명인방법을 갖추지 않은 채 토지를 처분한 경우 부합된 입목 등의 소유권은 토지와 함께 이전된다. 만일 원고들이 이 사건 부동산을 양도하면서 이 사건 지장물의 소유권은 유보하기로 피고들과 약정하였다면, 원고들이 이 사건 지장물의 소유에 관한 명인방법을 갖추어 그 소유권을 행사할 수 있지만, 명인방법을 갖추지 못한 경우에는 피고들에 대한 채권적 청구권만을 행사할 수 있다."

1255) 민법 제261조(첨부로 인한 구상권) 전5조의 경우에 손해를 받은 자는 부당이득에 관한 규정에 의하여 보상을 청구할 수 있다.

1256) 대법원 2016. 4. 28. 선고 2012다19659 판결: "양도담보권의 목적인 주된 동산에 다른 동산이 부합되어 부합된 동산에 관한 권리자가 그 권리를 상실하는 손해를 입은 경우 주된 동산이 담보물로서 가치가 증가된 데 따른 실질적 이익은 주된 동산에 관한 양도담보권설정자에게 귀속되는 것이므로, 이 경우 부합으로 인하여 그 권리를 상실하는 자는 그 양도담보권설정자를 상대로 민법 제261조의 규정에 따라 보상을 청구할 수 있을 뿐 양도담보권자를 상대로 그와 같은 보상을 청구할 수는 없다."

1257) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결: "매매 목적물에 대한 소유권이 유보된 상태에서 매매가 이루어진 경우에는 대금이 모두 지급될 때까지는 매매 목적물에 대한 소유권이 이전되지 않고 점유의 이전만 있어 매수인이 이를 다시 매도하여 인도하더라도 제3자는 유효하게 소유권을 취득하지 못하므로, 위와 같은 계약관계에 의한 급부만을 이유로 제3자는 소유자의 반환 청구를 거부할 수 없고, 부합 등의 사유로 제3자가 소유권을 유효하게 취득하였다면 그 가액을 소유자에게 부당이득으로 반환함이 원칙이다. 다만, 매매 목적물에 대한 소유권이 유보된 경우라 하더라도 이를 다시 매수한 제3자의 선의취득이 인정되는 때에는, 그 선의취득이 이익

계에서의 급부와 제3자의 부당이득 성립 여부¹²⁵⁸⁾ 등이 모두 충족되었음이 인정되어야 한다.¹²⁵⁹⁾ 피고의 선의·무과실 등으로 피고에게 이익을 보유할 법률상 원인이 있다는 점은 피고가 항변으로 주장·증명하여야 한다.¹²⁶⁰⁾

(4) 상속 또는 상속재산분할협의에 의한 소유권 취득

상속에 의한 소유권 취득의 경우, 상속인은 ① ‘피상속인의 소유권 취득 원인 사실 또는 피상속인 명의의 소유권 등기 사실’, ② ‘상속의 근거 사실’로서 ‘㉠ 피상속인의 사망+㉡ 상속인과의 신분 관계’¹²⁶¹⁾를 주장·증명하여야 한다.

이에 더하여 ③ ‘공동상속인 전원의 상속재산분할협의’ 사실을 주장·증명함으로써 ‘단

을 보유할 수 있는 법률상 원인이 되므로 제3자는 그러한 반환의무를 부담하지 않는다고 할 것이다. … 매도인에 의하여 소유권이 유보된 자재를 매수인이 제3자와 사이의 도급계약에 의하여 제3자 소유의 건물 건축에 사용하여 부합됨에 따라 매도인이 소유권을 상실하는 경우에, 비록 그 자재가 직접 매수인으로부터 제3자에게 교부된 것은 아니지만 도급계약에 따른 이행에 의하여 제3자에게 제공된 것으로서 거래에 의한 동산 양도와 유사한 실질을 가지므로, 그 부합에 의한 보상청구에 대하여도 위에서 본 선의취득에서의 이익보유에 관한 법리가 유추적용된다고 봄이 상당하다. 따라서 매도인에게 소유권이 유보된 자재가 제3자와 매수인과 사이에 이루어진 도급계약의 이행에 의하여 부합된 경우 보상청구를 거부할 법률상 원인이 있다고 할 수 없지만, 제3자가 도급계약에 의하여 제공된 자재의 소유권이 유보된 사실에 관하여 과실 없이 알지 못한 경우라면 선의취득의 경우와 마찬가지로 제3자가 그 자재의 귀속으로 인한 이익을 보유할 수 있는 법률상 원인이 있다고 봄이 상당하므로 매도인으로서에는 그에 관한 보상청구를 할 수 없다고 할 것이다.” ■ 이러한 법리는 매도인에게 소유권이 유보된 자재가 본인에게 효력이 없는 계약에 기초하여 매도인으로부터 무권대리인에게 이전되고, 무권대리인과 본인 사이에 이루어진 도급계약의 이행으로 본인 소유 건물의 건축에 사용되어 부합된 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2018. 3. 15. 선고 2017다282391 판결).

1258) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다304189 판결: “원래 계약당사자 사이에서 그 계약의 이행으로 급부된 것은 그 급부의 원인관계가 적법하게 실효되지 아니하는 한 부당이득이 될 수 없고, 계약에 따른 어떤 급부가 그 계약의 상대방 아닌 제3자의 이익으로 된 경우에도 급부를 한 계약당사자는 계약상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있는 것이지 그 제3자에 대하여 직접 부당이득을 주장하여 반환을 청구할 수 없다.”

1259) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다83933 판결: “건물 신축의 공사가 진행되다가 독립한 부동산인 건물로서의 요건을 아직 갖추지 못한 단계에서 중지된 것을 제3자가 이어받아 공사를 계속 진행함으로써 별개의 부동산인 건물로 성립되어 그 소유권을 원시취득한 경우에 그로써 애초의 신축 중 건물에 대한 소유권을 상실한 사람은 민법 제261조, 제257조, 제259조를 준용하여 건물의 원시취득자에 대하여 부당이득 관련 규정에 기하여 그 소유권의 상실에 관한 보상을 청구할 수 있다.”

1260) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결: “부합 등의 사유로 제3자가 소유권을 유효하게 취득하였다면 그 가액을 소유자에게 부당이득으로 반환함이 원칙이다. 다만, … 제3자의 선의취득이 인정되는 때에는, 그 선의취득이 이익을 보유할 수 있는 법률상 원인이 되므로 제3자는 그러한 반환의무를 부담하지 않는다고 할 것이다. … 부합에 의한 보상청구에 대하여도 위에서 본 선의취득에서의 이익보유에 관한 법리가 유추적용된다고 봄이 상당하다. … 제3자가 도급계약에 의하여 제공된 자재의 소유권이 유보된 사실에 관하여 과실 없이 알지 못한 경우라면 선의취득의 경우와 마찬가지로 … 보상청구를 할 수 없다고 할 것이다. … 피고가 이 사건 철강제품의 소유권이 원고에게 유보되어 있다는 사정에 관하여 선의임을 주장하고 있는 이 사건에서 그 선의 및 과실 여부에 관하여 판단하지 아니하고”

1261) ‘인지’는 그 자의 출생 시에 소급하여 효력이 생기지만, 제3자의 취득한 권리를 해하지 못하는데(민법 제860조, 인지의 소급효 제한), 혼인 외의 출생자와 생모 사이에는 생모의 인지도 출생신고를 기다리지 아니하고 자의 출생으로 당연히 법률상의 친자관계가 생기고, 가족관계등록부의 기재나 법원의 친생자관계존재확인판결이 있어야만 이를 인정할 수 있는 것이 아니므로, ‘인지를 요하지 아니하는 모자관계’에는 인지의 소급효 제한에 관한 민법 제860조 단서가 적용 또는 유추적용되지 않는다. 따라서 모의 다른 공동상속인이 한 상속재산에 대한 분할 또는 처분의 효력을 부인할 수 있고, 그 분할 또는 처분에 따른 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다(대법원 2018. 6. 19. 선고 2018다1049 판결).

독 소유'나 '법정상속분 초과 지분의 소유 사실'을 주장·증명할 수도 있다('상속재산분할협의'에 관하여는 후술하는 '친족·상속법' 부분 참조).

라) 의용민법 시행 당시 법률행위 존재에 의한 소유권 취득의 증명

의용민법 시행 당시 법률행위에 의한 소유권 취득의 경우, 그 등기 사실을 증명하지 않더라도, '의용민법 시행 당시의 매매계약 체결 등 소유권 취득의 원인행위' 사실만을 증명함으로써 일단은 소유권 취득 사실이 증명된다. 이에 대하여, 그 소유권 취득이 민법 부칙 제10조 제1항(1958. 2. 22. 법률 제471호 부칙 중 1964. 12. 31. 법률 제1668호로 개정된 것)¹²⁶²⁾에 의하여 그 효력을 상실하여 소유권이 양도인에게 복귀되었다고 하려면, 소유권 양도의 효력이 상실되었다고 주장하는 측에서 권리소멸사실로서 '소유권 양도에 관한 등기가 행하여지지 아니하였다'는 점을 증명하여야 한다.¹²⁶³⁾

마) 전소 확정판결의 소유권 존부 판단에의 기속

전소로 소유권확인청구의 확정판결이 있는 경우 그 기판력이 미치는 소유권확인의 소 또는 소유권에 기한 물권적 청구권을 청구원인으로 하는 소에서는 전소에서 확정된 소유권 존부에 관한 판단에 구속되어 당사자로서는 이와 다른 주장을 할 수 없을 뿐만 아니라 법원으로서도 이와 다른 판단을 할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.¹²⁶⁴⁾ 민사재

1262) "본법 시행일 전의 법률행위로 인한 부동산에 관한 물권의 득실변경은 이 법 시행일로부터 6년 내에 등기하지 아니하면 그 효력을 잃는다."

1263) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2008다79302 판결: "의용민법 시행 당시에 당사자들 사이의 의사표시만에 기하여 유효하게 행하여진 부동산소유권의 양도가 민법 부칙 제10조 제1항에 의하여 그 효력을 상실하여 소유권이 양도인에게 복귀되었다고 하려면, 소유권 양도에 관한 등기가 행하여지지 아니하였다는 점이 입증되어야 한다. 그리고 민법 부칙 제10조 제1항의 문언 및 규정구조, 일반적으로 이른바 권리소멸사실에 대하여는 그 권리의 소멸에 관한 요건사실을 주장하는 측에서 입증하여야 한다는 점 및 만일 위의 점에 대한 입증을 여전히 소유권 양도가 유효함을 주장하는 측에서 하여야 한다면 최소한 50년 전 즈음에 이미 부동산을 양도하여 소유권을 상실하였던 이가 소유권을 다시 얻게 되는 뜻밖의 결과가 보다 쉽게 인정되기에 이르는 점 등에 비추어, 위의 등기가 행하여지지 아니하였다는 점에 대한 입증책임은 다른 특별한 사정이 없는 한 민법 부칙 제10조 제1항의 적용으로 소유권 양도의 효력이 상실되었다고 주장하는 측에서 부담한다고 할 것이다." — 이는 의용민법 시행 당시 소유권 취득을 위한 법률행위의 존재 사실로부터 그 등기 사실을 법률상 추정하는 것과 동일한 셈이 된다. 실무상 보이는 사례로서, 토지 사정명의인의 상속인인 원고가 피고 대한민국 명의의 소유권보존등기의 말소를 구하는 경우, 피고로서는 '토지 사정명의인이 의용민법 시행 당시에 토지를 타에 양도한 사실'을 주장·증명하면 '원고 소유권 상실'의 피고 항변이 받아들여지게 되고, 이에 대하여 원고는 '사정명의인의 양도에 따른 등기가 행하여지지 아니하였다는 사실'을 주장·증명하면 '사정명의인의 소유권 양도의 효력이 상실되었다'는 원고의 재항변이 받아들여지게 되는 공격방어의 구조가 된다. 2006다79698은 위 판례와 같은 취지이고, 2006다30921 중 '원고들이나 피상속인인 소외 4 명의의 등기가 있었음을 인정할 증거가 없고' 부분의 판시는 잘못된 것이다.

1264) 반면에, 원고가 피고를 상대로 토지에 관한 가등기에 기하여 그 본등기를 구한 전소에서 가등기에 기한 본등기를 명하는 판결이 확정되었다고 하더라도, 그 확정판결의 기판력은 소송물인 본등기청구권의 존부에만 미치는 것이고 그 전제가 되는 소유권 자체의 존부에는 미치지 아니하므로, 원고가 위 판결에 기해 본등기를 마친 후 피고 소유인 지상건물의 철거를 구하는 후소에서 피고가 원고의 가등기가 담보가등기임을 주장하여 원고의 소유권 취득을 부인하는 것이 전소의 확정판결의 기판력에 저촉된다고 할 수 없다(96다36210).

판에서 다른 민사, 형사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것이 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되므로,¹²⁶⁵⁾ 기판력이 인정되지 않는 전소 확정판결의 소유권 존부 판단에도 어느 정도 사실상의 기속력이 인정될 수밖에 없다.

1265) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2007다30393 판결.