

3) 지상물 철거 청구의 요건사실

가) 청구원인사실

지상물 철거 청구의 청구원인 요건사실은, ① (주체) '원고의 토지 소유 사실(토지 소유자뿐만 아니라 '지상권자'⁹³⁹⁾도 원고가 될 수 있는데, '지상권설정자인 소유자'도 지상물 철거·토지

939) ◎ 토지 저당권의 담보가치 확보를 위한 지상권과 지상 건물과의 관계

○ 대법원 2008. 2. 15. 선고 2005다47205 판결; "토지에 관하여 저당권을 취득함과 아울러 그 저당권의 담보가치를 확보하기 위하여 지상권을 취득하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 지상권은 저당권이 실행될 때까지 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 해당 부동산의 담보가치를 확보하는 데에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 제3자가 저당권의 목적인 토지 위에 건물을 신축하는 경우에는, 그 제3자가 지상권자에게 대항할 수 있는 권원을 가지고 있다는 등의 특별한 사정이

인도를 구할 수 있으나 토지 차임 상당의 손해액을 구할 수는 없다',⁹⁴⁰⁾ ② (상대방) '피고가 지상(건)물의 처분권자인 사실'이다('건물 소유자'가 방해제거청구권을 행사하여 철거를 청구할 수 있는 경우도 있다).⁹⁴¹⁾

자신 소유의 토지 위에 타인이 건물을 소유하고 있는 경우 그 토지를 인도받기 위해서

없는 한, 지상권자는 그 방해배제청구로서 신축중인 건물의 철거와 대지의 인도 등을 구할 수 있다고 할 것이다. 한편, 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못하는 것이므로(민법 제185조), 지상권설정 등기가 종료되면 그 지상권의 내용과 범위는 등기된 바에 따라서 대세적인 효력이 발생하고, 제3자가 지상권설정 정자에 대하여 해당 토지를 사용·수익할 수 있는 채권적 권리를 가지고 있다고 하더라도 이러한 사정만으로 지상권자에 대항할 수는 없다고 할 것이다." ㉠ 소외 2(토지소유자, 지상권설정자)의 토지 사용승낙을 얻은 소외 1(도급인)로부터 건물신축공사를 도급받은 피고(수급인)가, 피고와 소외 1 사이의 소송에 소외 2가 조정참가인으로 참가하여 성립한 임의조정에서 소외 2로부터 취득한 권리는 건물신축공사를 위해 토지를 점유·사용할 수 있는 채권적 권리에 지나지 않으므로, 임의조정 성립 후에 토지에 관한 지상권을 취득한 원고(근저당권자겸 지상권자)에게는 임의조정의 기판력이나 집행력이 미치지 아니한다고 한 예.

○ 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다97871 판결: "담보가치가 저감하는 것을 막는 것을 주요한 목적으로 하여 담보권과 아울러 지상권을 설정한 경우에 담보권이 소멸하면 등기된 지상권의 목적이거나 존속기간과 관계없이 지상권도 그 목적을 잃어 함께 소멸한다고 할 것이다. 한편 토지에 관하여 담보권이 설정될 당시 담보권자를 위하여 동시에 지상권이 설정되었다고 하더라도, 담보권 설정 당시 이미 토지소유자가 그 토지 상에 건물을 소유하고 있고 그 건물을 철거하기로 하는 등 특별한 사유가 없으며 담보권의 실행으로 그 지상권도 소멸하였던 건물을 위한 법정지상권이 발생하지 않는다고 할 수 없다." ㉡ 임의경매절차에서 소외인이 토지 매각대금을 완납하여 근저당권이 소멸함에 따라 지상권도 그 목적을 잃어 함께 소멸하였으므로, 토지에 관한 근저당권 설정 당시 이미 건축되어 토지소유자가 소유하고 있던 건물을 위한 법정지상권이 성립하고, 지상권설정등기가 말소되지 아니하고 있었다는 사정은 이에 방해가 되지 아니한다고 판시한 예.

○ 대법원 2004. 3. 29.자 2003마1753 결정: "(저당권의 담보가치를 확보하기 위하여 지상권을 취득하는 경우) 제3자가 비록 토지소유자로부터 신축 중인 지상 건물에 관한 건축주 명의를 변경받았다 하더라도, 그 지상권자에게 대항할 수 있는 권원이 없는 한 지상권자로서는 제3자에 대하여 목적 토지 위에 건물을 축조하는 것을 중지하도록 구할 수 있다고 할 것이다." ㉢ 저당권자 겸 지상권자가 그 물건 취득 당시 토지에 토지소유자가 건물을 신축하는 것을 알고서 이로 인한 제한을 용인하였다고 하더라도, 제3자가 토지소유자로부터 건축주 명의를 변경받아 건물을 축조하는 데에 대하여도 용인한 것으로 볼 수는 없으므로, 제3자가 대항할 수 있는 권원이 있음을 주장·증명하지 못하는 한 저당권자 겸 지상권자로서는 제3자에 대하여 위 건물의 축조를 중지하도록 구할 피보전권리가 있다고 판단한 예.

940) 대법원 1974. 11. 12. 선고 74다1150 판결: "토지소유권은 그 토지에 대한 지상권설정이 있어도 이로 인하여 그 권리의 전부 또는 일부가 소멸하는 것도 아니고 단지 지상권의 범위에서 그 권리행사가 제한되는 것에 불과하며, 일단 지상권이 소멸되면 토지소유권은 다시 자동적으로 완전한 제한 없는 권리로 회복되는 법리라 할 것이므로 소유자가 그 소유 토지에 대하여 지상권을 설정하여도 그 소유자는 그 토지를 불법으로 점유하는 자에게 대하여 방해배제를 구할 수 있는 물권적 청구권이 있다고 해석함이 상당 ... 본건 대지에 대하여는 건물 소유를 목적으로 지상권이 설정되어 그것이 존속하는 한 원고는 그 대지소유자라 하여도 그 소유권 행사에 제한을 받아 그 대지를 사용·수익할 수 없는 법리라 할 것이어서 특별한 사정이 없는 한 원고는 임료 상당의 손해금을 청구할 수 없을 것"

941) ○ 대법원 2014. 10. 30. 선고 2014다42967 판결: "토지 소유자가 자신 소유의 토지 위에 공작물을 설치한 행위가 인근 건물의 소유자에 대한 관계에서 권리남용에 해당하고, 그로 인하여 인근 건물 소유자의 건물 사용수익이 실질적으로 침해되는 결과를 초래하였다면, 인근 건물 소유자는 건물 소유권에 기한 방해제거청구권을 행사하여 토지 소유자를 상대로 그 공작물의 철거를 구할 수 있다."

○ 대법원 2016. 7. 29. 선고 2016다214483 판결: "미등기 무허가건물의 양수인이더라도 그 소유권이전등기를 마치지 않는 한 그 건물의 소유권을 취득할 수 없고, 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고도 할 수 없으므로, 미등기 무허가건물의 양수인은 소유권에 기한 방해제거청구를 할 수 없다고 보아야 한다. ... 원고들은 종전 권리자로부터 무허가건물을 양수하였을 뿐이므로 이 사건 가옥에 대한 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 취득하였다는 사실을 증명하지 아니하는 이상 소유권에 기한 방해제거청구로서 이 사건 가옥에 설치된 철망의 철거를 구할 수는 없는 것이다. 또한 원고들이 주위적 청구의 권원으로 주장하는 주거권은 소유권·점유권 등 물권과 같이 방해제거청구의 권원이 된다고 볼 수 없다."

는 그 전제로 지상건물의 철거를 구하여야 한다. 건물 철거를 구하지 않은 채 토지 인도만 구하더라도 그 청구가 인용되지만, 토지 인도를 명하는 판결의 효력이 건물 철거에는 미치지 않으므로, 별도로 건물 철거의 집행권원을 얻기 전에는 토지의 인도 집행이 불가능하기 때문이다. 토지 소유자로서는 그 지상물 철거 청구와 토지 인도 청구를 병합하여 함께 청구하여야 한다. 앞서 본 바와 같이, 지상건물의 소유자는 지상건물의 소유를 통하여 그 대지를 점유하는 것이므로, 원고가 피고의 지상건물 소유 사실을 철거 청구의 청구원인 사실로서 증명하면, 토지 인도 청구의 청구원인 사실인 피고의 토지 점유 사실까지 증명하는 셈이 된다.

건물철거는 그 소유권의 종국적 처분에 해당되는 사실행위이므로 원칙으로는 그 소유자(민법상 원칙적으로는 등기명의자)에게만 그 철거처분권이 있다 할 것이고, 예외적으로 건물을 전소유자로부터 매수하여 점유하고 있는 등 그 권리의 범위 내에서 그 점유 중인 건물에 대하여 법률상 또는 사실상 처분을 할 수 있는 지위에 있는 자에게도 그 철거처분권이 있으므로,⁹⁴²⁾ 위 ② 요건은, '피고가 지상(건)물의 소유자이거나 법률상 또는 사실상 처분을 할 수 있는 지위에 있는 자인 사실'로 더욱 구체화 할 수 있다. 미등기 건물의 경우는 물론, 등기 건물의 경우에도 소유자가 아닌 법률상 또는 사실상 처분권자를 상대로 철거를 구할 수 있다.⁹⁴³⁾

942) ㉠ 철거의무가 부정된 예: ① 미등기건물에 대한 양도담보계약상 채권자의 지위를 승계하여 건물을 관리하는 자는 건물 소유자나 법률상·사실상 처분권자라 할 수 없다고 한 예(2002다61521). ② 점유이전금지가처분이 목적물의 처분을 금지·제한하는 것은 아니므로, 피고가 건물을 제3자에게 매도하고 퇴거하였다면 점유이전금지가처분에 불구하고 이를 매수하여 점유하고 있는 제3자가 법률상·사실상 처분권자이고 피고는 이를 처분할 수 있는 지위에 있지 아니므로 건물을 철거할 의무가 없는데, 원심이 원고에 대한 관계에서 피고는 여전히 건물을 처분할 수 있는 지위에 있는 자라 하여 철거를 명한 것은 잘못이라고 한 예(87다카257,258). ㉡ 원고의 점유이전금지가처분 집행 후에 피고로부터 건물을 인도받아 그 점유를 원고에게 대항할 수 없는 제3자는 미등기 건물 철거의무자의 요건 중 하나인 '점유' 요건을 갖추지 못하여 건물을 법률상·사실상 처분할 수 있는 지위에 있다고 할 수 없고, 점유이전금지가처분의 당사자 항정효에 의하여 여전히 피고가 건물의 점유자로서 법률상·사실상 처분할 수 있는 지위에 있다고 할 것이므로, 피고에게 건물의 철거를 명한 원심의 판단이 옳다고 보아야 한다. 대법원은 점유이전금지가처분이 목적물의 처분을 금지 또는 제한하는 것은 아니라는 점에 치중한 나머지 점유이전금지가처분의 당사자 항정효를 간과한 것이다(이동명, "점유이전금지가처분집행 후의 미등기건물의 철거의무자", 민사판례연구 제11집(1989), 122~123면).

㉢ 철거의무가 인정된 예: 甲이 건물을 신축하여 미등기인 채로 소유하여 오다가 사망 전에 장남인 乙에게 증여하고, 乙은 그때부터 계속하여 건물의 일부는 자신이 직접 점유하고 나머지 부분은 다른 사람에게 임대하는 등 단독으로 이를 점유·관리해 온 것이라면, 乙은 건물의 양수·점유자로서 이를 법률상 또는 사실상 처분할 수 있는 지위에 있어 동 건물로 인하여 대지 소유자의 소유권이 침해되는 경우 건물철거의무를 지고, 위 건물에 관하여 뒤늦게 甲의 상속인들인 乙과 丙의 공동명의로 재산상속을 원인으로 하는 소유권보존등기가 경료되었다 하여 달리 볼 것은 아니라고 한 예(92다48963).

943) 대법원 1986. 12. 23. 선고 86다카1751 판결.

다만, 미등기 건물의 양수인이라도 그 소유권이전등기를 경료받지 않은 한 그 건물에 대한 소유권을 취득할 수 없고, 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고 할 수 없으며, 현행법상 사실상의 소유권이라고 하는 어떤 포괄적인 권리 또는 법률상의 지위를 인정하기도 어려우므로, 미등기 건물을 매수하는 계약을 체결하였을 뿐 아직 그 소유권이전등기의 이행을 받지 아니한 상태에서 그 이행을 소구하지 아니한 채 건물에 대한 사용·수익·처분권이 자기에게 있음을 확인을 구하는 것은 현행법상 허용될 수 없는 권리의 확인을 구하는 것이거나,

지상(건)물의 철거의무자가 수인인 경우라도 그 철거청구소송은 필수적공동소송에 해당하지 않고,⁹⁴⁴⁾ 지상(건)물의 공유자는 그 지분권 한도 내에서 철거의무가 있으며,⁹⁴⁵⁾ 공유물분할을 하여 철거 부분이 특정되기 전이라도 그 철거를 청구할 수 있다.⁹⁴⁶⁾ 공동상속인 등 공유자의 건물철거의무는 각각이 건물 전체에 관하여 철거의무를 부담하는바, 이는 각각 그 지분의 한도 내에서 건물 전체에 관한 철거의무를 진다는 취지이고, 다른 사람의 고유지분에 관하여서까지 그 철거의무를 부담시키는 것은 아니지만,⁹⁴⁷⁾ ⁹⁴⁸⁾ 결국 일부 공유자에 대한 승소판결만으로는 건물철거의 집행을 할 수 없는 결과가 된다.

대지 소유자는 대지사용권 없이 전유부분을 소유하면서 대지를 무단 점유하는 구분소유자에 대하여 그 ‘전유부분의 철거’를 구할 수 있고, 일부 전유부분만을 철거하는 것이 사실상 불가능하다는 사정은 집행 개시의 장애요건에 불과할 뿐 철거 청구를 기각할 사유에 해당하지 않으며, 권리남용에 해당한다고 볼 수도 없다.⁹⁴⁹⁾

부동산에 부합된 물건의 소유권이 부동산 소유자에게 귀속된 경우에는 부동산 소유자가 ‘부합물’의 철거를 청구할 수 없지만, 그렇지 않은 경우에는 철거를 청구할 수 있다.⁹⁵⁰⁾

권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 유효·적절한 수단이 될 수 없는 것이어서 확인의 이익이 없다(2005다41153).

944) 대법원 1993. 2. 23. 선고 92다49218 판결.

945) 불법 건축물이 상속된 경우, 공동상속인 전원을 피고로 하여서만 철거를 청구할 수 있는 것은 아니고, 공동상속인 중 한사람을 상대로 그 상속분의 한도에서만 철거를 구할 수도 있다고 한 예(68다1102).

946) 공유물분할로 철거 부분이 특정되기 이전에는 건물철거를 청구할 수 없다고 판단한 원심을 파기한 예(74다537).

947) 대법원 1980. 6. 24. 선고 80다756 판결. 그 판시 중 ‘공동 상속인들의 건물철거의무가 그 성질상 불가분 채무에 속하는 것’이라고 한 부분이 있으나, 건물철거의무가 물권적 의무에 해당한다는 점 및 문자 그대로 ‘불가분 채무’ 처럼 공동상속인들 중 한 사람에 대한 확정판결만을 갖고서 건물 전체에 대한 철거의 강제집행을 할 수 있다는 취지는 아니라는 점(민법주해 채권(3), 1995, 60면(허만 집필))에서 위 판시 부분은 적절한 것이 아니다.

948) 청구취지나 주문에는 각 공유자의 지분을 명시하여 ‘각’ 철거를 명하는 기재를 한다(‘원고에게, 피고 갑은 ~ 지분에 관하여, 피고 을은 ~ 지분에 관하여 각 철거하라’).

949) 대법원 2021. 7. 8. 선고 2017다204247 판결: “1동의 집합건물의 구분소유자들은 그 전유부분을 구분소유하면서 건물의 대지 전체를 공동으로 점유·사용하는 것이므로, 대지 소유자는 대지사용권 없이 전유부분을 소유하면서 대지를 무단 점유하는 구분소유자에 대하여 그 전유부분의 철거를 구할 수 있다. 집합건물은 건물 내부(구조상·이용상 독립성을 갖춘) 여러 개의 부분으로 구분하여 독립된 소유권의 객체로 하는 것일 뿐 1동의 건물 자체는 일체로서 건축되어 전체 건물이 존립과 유지에 있어 불가분의 일체를 이루는 것이므로, 1동의 집합건물 중 일부 전유부분만을 떼어내거나 철거하는 것은 사실상 불가능하다. 그러나 구분소유자 전체를 상대로 각 전유부분과 공용부분의 철거 판결을 받거나 동의를 얻는 등으로 집합건물 전체를 철거하는 것은 가능하고 이와 같은 철거 청구가 구분소유자 전원을 공동피고로 해야 하는 필수적 공동소송이라고 할 수 없으므로, 일부 전유부분만을 철거하는 것이 사실상 불가능하다는 사정은 집행 개시의 장애요건에 불과할 뿐 철거 청구를 기각할 사유에 해당하지 않는다. … 대지 소유자의 건물 철거청구가 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다.” 한편, 집합건물 대지의 소유자가 대지사용권을 갖지 아니한 구분소유자에 대하여 집합건물법 제7조에 따라 전유부분에 관한 매도청구권을 행사할 수 있다고 하더라도 매도청구권 행사가 반드시 철거청구에 선행하여야 하는 것은 아니다(2011다23125).

950) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다264307 판결: “부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 그 부동산과 일체를 이루는 부동산의 구성부분이 된 경우에는 타인이 권원에 의하여 이를 부합시켰더라도 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속되어 부동산의 소유자는 방해배제청구권에 의하여 부합물의 철거를 청구할 수 없지만, 부합물이 위와 같은 요건을 충족하지 못해 그 물건의 소유권이 부동산의 소유자에게 귀속되었다고 볼 수 없는 경우에는 부동산의 소유자는 방해배제청구권에 의하여 부합물

나) 기판력 등 본안전 항변 관련 문제

국·공유재산에 설치한 시설물 등과 같이 행정대집행의 방법으로 철거할 수 있는 경우에 민사소송의 방법으로 철거를 구하는 것은 권리보호의 이익이 없어 부적법하지만,⁹⁵¹⁾ 행정청이 행정대집행을 실시하지 않는 경우 국·공유재산에 대한 사용청구권을 가지고 있는 사람이 국가를 대위하여 민사소송으로 시설물의 철거를 구할 수는 있다.⁹⁵²⁾

953)

‘기판력’과 관련하여 살펴보면, ① 원고의 대지 소유권에 기한 피고 소유 건물 철거 및 대지 인도 소송(전소)의 원고 패소 확정판결의 변론종결 후에, 전소 피고(승소자)로부터 건물을 매수하여 소유권이전등기를 마친 전득자(후소 피고)는 ‘변론종결 후의 승계인’(제정물에 관한 당사자적격의 승계인)에 해당하므로, 원고의 건물 전득자에 대한 전소와 동일 내용의 후소는 전소 패소확정판결의 기판력에 저촉되어 기각되고,⁹⁵⁴⁾ ② 대지 소유권에 기한 건물 철거 소송의 원고 승소 확정판결의 변론종결 후에, 전소 변론종결 전의 가등기에 기재 건물 소유권이전등기 본등기(변론종결 후 승계 여부 판단의 기준시점)를 마친 전득자 역시 ‘변론종결 후의 승계인’으로서 확정판결의 기판력이 미치며,⁹⁵⁵⁾ ③ 지상 건물 소유자의

의 철거를 청구할 수 있다.” ⇨ 도로부지와 아스콘의 구분이 명확하고, 아스콘을 제거하는 데 과다한 비용이 소요될 것으로 보이지 않으며, 도로부지의 포장에 원고가 도로부지를 당초 용도에 따라 밟으로 사용하고자 할 경우에는 불필요하다는 등의 이유로, 도로부지의 포장에 대한 철거청구를 긍정한 예.

951) 대법원 2017. 4. 13. 선고 2013다207941 판결.

952) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다1122 판결: “이 사건 토지는 잡종재산인 국유재산으로서, 국유재산법 제52조는 ‘정당한 사유 없이 국유재산을 점유하거나 이에 시설물을 설치한 때에는 행정대집행을 준용하여 철거 기타 필요한 조치를 할 수 있다.’고 규정하고 있으므로, 관리권자인 보령시장으로서 행정대집행의 방법으로 이 사건 시설물을 철거할 수 있고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 피고들에 대하여 이 사건 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다. 다만, 관리권자인 보령시장이 행정대집행을 실시하지 아니하는 경우 국가에 대하여 이 사건 토지 사용청구권을 가지는 원고로서는 위 청구권을 보전하기 위하여 국가를 대위하여 피고들을 상대로 민사소송의 방법으로 이 사건 시설물의 철거를 구하는 이외에는 이를 실현할 수 있는 다른 절차와 방법이 없어 그 보전의 필요성이 인정되므로, 원고는 국가를 대위하여 피고들을 상대로 민사소송의 방법으로 이 사건 시설물의 철거를 구할 수 있다고 보아야 할 것이고, 한편 이 사건 청구 중 이 사건 토지 인도청구 부분에 대하여는 관리권자인 보령시장으로서도 행정대집행의 방법으로 이를 실현할 수 없으므로, 원고는 당연히 국가를 대위하여 피고들을 상대로 민사소송의 방법으로 이 사건 토지의 인도를 구할 수 있다고 할 것이다.”

953) 인도의무는 이를 강제적으로 실현하려면 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행의 대상이 될 수 없어(대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다2809 판결), 국가의 토지 인도 청구는 적법하고, 국가의 채권자가 국가를 대위하여 민사소송의 방법으로 토지의 인도를 구할 수 있음은 당연하다.

954) 대법원 1991. 3. 27. 선고 91다650, 667 판결: 원고가 피고 甲을 상대로 대지 소유권에 기하여 ‘건물철거’ 및 ‘대지인도’ 청구 소송(전소)을 제기한 결과, 원고가 대지 소유자가 아니라는 이유로 ‘원고 패소 확정판결’이 선고되었고, 그 변론종결 후에 피고 甲으로부터 위 ‘건물을 매수, 등기한 피고 乙’은 피고 甲의 지위를 승계한 ‘변론종결후의 승계인’에 해당하므로, 원고가 다시 피고 乙을 상대로 소유권에 기하여 위 건물의 철거와 그 대지의 인도를 청구하는 후소는, 비록 그 사이에 원고가 피고 甲을 상대로 위 대지에 관한 소유권확인소송을 제기하여 승소확정판결을 받았고 위 패소확정된 사건의 판결이 선고된 때로부터 10여년이 지났다고 하여 그 판결의 기판력을 배제하여야 할 만한 사정변경이 있다고 볼 수도 없으므로, 위 패소확정판결의 기판력에 저촉되어 기각되어야 한다고 한 예.

대지 소유자에 대한 전소에서, 지상 건물 소유자의 대지 소유권이전등기청구권이 부존재하는 것으로 패소 확정된 후, 대지 소유자의 지상 건물 소유자에 대한 건물철거·대지인도 청구의 후소에서, 지상 건물 소유자가 대지 소유권이전등기청구권의 존재를 항변으로 주장하는 것은 전소 확정판결과 서로 '모순관계'에 있으므로 기판력에 저촉되어 허용될 수 없고,⁹⁵⁶⁾ ④ 건물철거 및 토지인도청구권을 소송물로 하는 소송은 소유권 자체의 확정 이 아니라 건물철거청구권 및 토지인도청구권의 존부만을 목적으로 하므로, 그 소송에서 부동산의 권리 귀속에 관한 판단이 있다 하더라도, 그 기판력은 판결 주문에 표시된 건물 철거청구권 및 토지인도청구권에 국한되고, 판결 이유 중의 부동산 권리 귀속에 관한 판단 부분에까지 미치지 않는 아니하며,⁹⁵⁷⁾ ⑤ 상대방이 철거를 구하는 지상건물의 소유자라던가 점유자(사실상 처분권자)라는 주장은 소송물과 관계없이 철거청구권의 행사를 이유

955) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다10883 판결; 원심이, 피고의 소외 1에 대한 건물철거소송은 1990. 2. 23. 확정되었고, 그 건물에 관하여 소외 2는 소외 1로부터 1987. 1. 28. 소유권이전등기청구권 보전의 가등기를 경료받았다가, 1990. 3. 9. 그 본등기를 마치고 원고에게 소유권이전등기를 마쳐준 사실, 피고는 1990. 7. 28. 확정판결에 기해 원고를 소외 1의 승계인으로 한 승계집행문을 부여받고 8. 8. 승계인에 대한 대체집행결정을 받은 사실을 인정할 후, 원고의 '집행문부여에 대한 이의의 소'에 대하여, '가등기의 순위보전적 효력'이란 본등기가 마쳐진 때에는 본등기의 순위가 가등기할 때로 소급함으로써 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간처분이 본등기보다 후순위로 되어 실효된다는 뜻일 뿐 본등기에 의한 불권취득의 효력이 가등기 때에 소급하여 발생하는 것은 아니고, 위와 같은 건물철거소송에서 확정판결이 미치는 철거의무자의 범위는 건물의 소유권 기타 사실상의 처분권의 취득 시점을 기준으로 판단하여야 할 것인데, 소외 2 명의의 본등기가 위 판결의 변론종결 후에 마쳐진 이상 소외 2나 원고는 변론종결 후의 승계인에 해당한다.'라고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

956) ○ 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결; 甲(건물매수인)이 乙(건물대도인)을 대위하여 丙(대지소유자)을 상대로 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 소송을 제기하였다가 피보전채권의 부존재로 소각하의 확정판결을 선고받은 후, 丙이 제기한 건물철거·대지인도 소송에서 甲이 전소와 같은 권리가 있음을 항변사유로 주장한 사안에서, '전소 판결은 소송판결로서 그 기판력은 소송요건의 존부에 관하여만 미치나, 그 소송요건에 관련하여 피고의 乙에 대한 피보전채권이 없음이 확정된 이상 후소에서 피고가 乙에 대하여 피보전채권이 있음을 전제로 다시 乙을 대위하여 원고에게 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 권리가 있다고 주장하는 것은 전소의 사실심 변론종결 전에 주장하였던 사유임이 명백할 뿐만 아니라, 피고의 이러한 주장을 허용한다면 피고에게 乙에 대한 피보전채권의 존재를 인정하는 것이 되어 전소판결의 판단과 서로 모순관계에 있다고 하지 않을 수 없으므로 후소에서 피고가 이러한 주장을 하는 것은 전소판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.'고 판단한 예.

○ 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다46114 판결; 甲(건물 소유자)이 乙(대지소유자)에 대하여 전소에서 토지를 '대물변제' 받아 점유하기 시작하여 취득시효가 완성되었음을 이유로 소유권이전등기절차의 이행을 구하였다가 패소 확정되었음에도 불구하고, 乙이 甲에게 건물철거를 구하는 후소에서는 이를 '중여' 받아 점유하기 시작하여 취득시효가 완성되었다고 항변으로 주장하는 것은, 전소의 소송물인 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 존부에 관한 '공격방법'의 하나에 불과한 사실을 후소에서 다시 주장하는 것으로서 후소에서 甲의 위 주장을 허용한다면 위 토지에 관한 취득시효완성을 이유로 하여 乙의 위 토지상의 건물철거청구권을 거부할 수 있게 된다는 결론에 도달하게 되는 것이니, 甲의 위와 같은 주장은 전소판결의 소송물과 서로 모순관계에 있다고 하지 않을 수 없고, 따라서 전소판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다고 한 예.

957) 대법원 1989. 4. 25. 선고 88다카3618 판결, 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다58889 판결(甲이 乙 종중을 상대로 부동산의 소유권에 기하여 제기한 분묘굴이 및 토지인도 등 청구가 인용되고 그 판결이 그대로 확정되었다고 하더라도, 그 기판력은 소송물인 분묘굴이 및 토지인도 등 청구권에 한하여 생기고 판결이유 중에서 판단되었을 뿐인 소유권에 관하여 생기는 것은 아니고, 나아가 그 효력 또한 甲과 乙 종중 사이에만 미칠 뿐 종중의 종중원으로서 단순한 공동소송인의 관계에 있을 뿐인 丙에게는 미치지 아니하므로, 甲의 乙 종중에 대한 제1심판결이 확정되었다는 이유만으로 甲이 부동산의 소유권을 적법하게 취득하였음을 丙에게도 주장할 수 있다고 한 원심판단에는 기판력의 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례).

있게 하기 위한 공격방어방법에 불과하다.⁹⁵⁸⁾

다) 항 변

지상물 철거 청구에 대하여, 피고는 법정지상권, 분묘기지권 등 소유자나 지상권자에게 대항할 수 있는 '사용·수익 권원',⁹⁵⁹⁾ 신의칙 위반⁹⁶⁰⁾ 내지 권리남용⁹⁶¹⁾ 등을 들어 항변할 수 있다.

라) 건물처분금지가처분

토지 소유자는 그 지상 건물에 대한 철거청구권의 보전을 위해서 그 건물의

958) 대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카2001 판결: 대지 소유자인 원고가 前訴로서 그 지상 가건물은 소외인이 신축한 소외인 소유임에도 피고가 위 가건물을 점유하고 있다 하여 피고에게 그 철거 소송을 제기하였다가 청구기각 판결이 선고되자, 이에 항소를 제기한 후 항소심에서 원고가 소외인으로부터 위 가건물을 매수하였는데 이를 피고가 점유하고 있다고 주장하면서 건물철거청구를 인도청구로 변경하는 소의 교환적 변경을 함으로써 건물철거청구의 소를 1심 중국판결 선고 후에 취하한 결과로 된 사안에서, 원심이, '원고는 이 사건 소송에서 위 대지는 원고의 소유이고 그 지상에 세워진 가건물은 피고가 신축한 것임을 청구원인사실로 내세워 피고가 건물의 소유자임을 전제로 그 철거를 구하고 있는 것이므로 이 사건 소와 전소는 청구원인을 달리하는 별개의 소'라고 판단하여 '재소금지원칙에 위배되어 부적법하다'는 피고의 본안전항변을 배척한 데 대하여, 대법원은 "원고의 이 사건 건물철거청구의 소가 1심의 본안에 대한 중국판결이 있는 후에 취하한 전소와 동일한 소에 해당하는 여부는 그 소송물의 동일성 유무에 따라 판단되어야 할 것이고, 토지소유권에 기한 지상건물철거소송에 있어서의 소송물은 철거청구권 즉 소유권에 기한 방해배제청구권이며 상대방이 철거를 구하는 지상건물의 소유자라던가 점유자라는 주장은 소송물과 관계없이 철거청구권의 행사를 이유 있게 하기 위한 공격방어방법에 불과하다 할 것이므로, 원고가 1심의 중국판결이 있는 후에 취하한 전소가 토지소유권에 기하여 그 지상건물인 이 사건 가건물의 철거를 구한 것이었다면 비록 피고가 지상건물의 점유자임을 이유로 한 것이었다 하더라도 그 전소와 원고의 이 사건 소는 다 같이 토지소유권에 기한 방해배제청구권을 소송물로 하는 것이어서 동일한 소에 해당한다고 보아야 할 것이다."라고 판시한 사례.

959) ❶ 제3자가 지상권자에게 대항할 수 있는 권원을 가지고 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 지상권자는 그 방해배제청구로서 신축중인 건물의 철거와 대지의 인도 등을 구할 수 있다(2005다47205). ❷ 건물 저장권의 효력은 건물에 중된 권리인 건물 소유 목적 지상권에도 미치므로, 건물 저장권의 실행으로 건물 소유권을 취득한 경락인은 특별한 사정이 없는 한 건물 소유를 위한 지상권도 민법 제187조의 규정에 따라 등기 없이 당연히 취득한다(95다52864). ❸ 법정지상권자가 건물을 제3자에게 양도하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 법정지상권도 양도하기로 하는 채권적 계약이 있었다고 할 것이며 건물양수인은 건물양도인을 순차 대위하여 토지소유자 및 건물의 전소유자에 대하여 법정지상권의 설정등기 및 이전등기절차이행을 구할 수 있고, 토지소유자는 건물소유자에 대하여 법정지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무가 있으므로, 법정지상권이 붙은 건물의 양수인은 법정지상권에 대한 등기를 하지 않았다 하더라도 토지소유자에 대한 관계에서 적법하게 토지를 점유사용하고 있는 자이다(94다39925). ❹ 「장사 등에 관한 법률」의 시행일인 2001. 1. 13. 후에 토지 소유자의 승낙 없이 설치한 분묘에 대해서는 분묘기지권의 시효취득을 주장할 수 없으나, 위 시행일 이전에 설치한 분묘에 관하여는 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권의 시효취득이 가능하다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결).

960) 예컨대, 소유권이전등기의무 있는 자가 그 권리자를 상대로 소유권에 기해 인도와 철거를 청구하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다('인도청구에 대한 항변' 부분 참조).

961) 경제침범한 인접 건물 철거소송에서의 권리남용 긍정례[건물철거소송에 이른 사정, 제정토지가 0.3㎡에 불과한 점, 철거에 상당한 비용이 들고 철거 후에도 잔존 2층건물의 효용이 크게 감소된다는 점 등에 비추어 권리남용에 해당한다고 한 예(93다4366)]와 부정례[피고들 건물에 침범한 부분의 폭이 1.9미터라면 이는 법정이격거리인 0.5미터보다도 훨씬 넓은 것이고 위 대지는 지목이 대지이어서 원고로서는 후일 위 침범 부분 중 법정이격거리의 제외한 나머지 대지 위에 새로운 건물을 축조할 가능성도 있다고 하면서, 원고의 권리행사의 결과로서의 이익보다 피고들의 손해가 막대하고 사회 경제적 손실 등이 크다는 사유만으로는 원고의 건물철거 및 대지인도의 청구가 권리남용이라고 할 수 없다고 한 예(90다10346, 10353)].

처분행위를 금지하는 가처분을 할 수 있다. 그 가처분에도 불구하고 건물을 처분하였을 때에는 이를 토지 소유자에게 대항할 수 없으므로 토지 소유자에 대한 관계에서 가처분 채무자가 여전히 그 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 있다. 처분행위가 가처분에 저촉되는지 여부는 그 처분행위에 따른 등기와 가처분등기의 선후에 따라 정해진다.⁹⁶²⁾

4) 퇴거 청구의 요건사실

지상물로부터의 퇴거청구의 요건사실은, ① ‘원고의 토지 소유’ 사실, ② ‘지상(건물 소유자 아닌 피고의 지상(건)물 점유’ 사실이다.

건물이 그 존립을 위한 토지사용권을 갖추지 못하여 토지 소유자가 건물 소유자에게 건물의 철거 및 그 대지의 인도를 청구할 수 있는 경우라도, 건물 소유자가 아닌 사람이 건물을 점유하고 있다면, 토지 소유자는 그 건물 점유를 제거하지 아니하는 한 건물 철거 등을 실행할 수 없고, 따라서 그때 토지 소유권은 위와 같은 점유에 의하여 그 원만한 실현을 방해당하고 있다고 할 것이므로, 토지 소유자는 자신의 소유권에 기한 방해배제로서 건물 점유자에 대하여 건물로부터의 퇴거를 청구할 수 있다. 이는 건물 점유자가 건물 소유자로부터의 임차인으로서 그 건물 임차권이 이른바 대항력을 가진다고 해서 달라지지 아니하고,⁹⁶³⁾ 전세권자 또는 대항력 있는 임차권자가 민법 제304조 등을 들어 대항할 수도 없다.⁹⁶⁴⁾

962) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다9121, 9138 판결: “1) 부동산처분금지가처분은 부동산에 대한 채무자의 소유권이전, 저당권, 전세권, 임차권의 설정 그 밖의 일체의 처분행위를 금지하는 가처분으로서, 자기 소유 토지 위에 채무자 소유 건물에 대한 철거청구권, 즉 방해배제청구권의 보전을 위해서도 할 수 있다. 채무자 소유 건물에 대한 철거청구권을 피보전권리로 한 가처분에도 불구하고 채무자가 건물을 처분하였을 때에는 이를 채권자에게 대항할 수 없으므로 채권자에 대한 관계에 있어서 채무자가 여전히 그 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 있다. 2) 처분행위가 가처분에 저촉되는지 여부는 그 처분행위에 따른 등기와 가처분등기의 선후에 따라 정해진다. 3) 그런데 가등기는 본등기 순위보전의 효력이 있기 때문에, 가처분등기보다 먼저 마쳐진 가등기에 의하여 본등기가 마쳐진 경우에는 그 본등기가 설사 가처분등기 후에 마쳐졌더라도 채권자에게 대항할 수 있다. 4) 또한 근저당권이 소멸되는 경매절차에서 부동산이 매각된 경우에는 근저당권설정등기와 가처분등기의 선후에 따라 채무자가 채권자에게 대항할 수 있는지 여부가 정해진다. 따라서 가처분등기보다 먼저 설정등기가 마쳐진 근저당권이 소멸되는 경매절차에서의 매각으로 채무자가 건물 소유권을 상실한 경우에는 채권자로서도 가처분 효력을 내세워 채무자가 여전히 그 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다고 주장할 수 없다. 5) 한편 경매절차에서 매각대금이 지급되면 법원사무관 등은 매수인 앞으로 소유권을 이전하는 등기와 함께 매수인이 인수하지 아니한 부동산의 부담에 관한 기입을 말소하는 등기 등도 촉탁하여야 하는데(민사집행법 제144조 제1항), 이때 토지 소유자가 그 소유 토지 위에 채무자 소유 건물 철거청구권을 보전하기 위하여 건물에 대한 처분금지가처분으로 마쳐진 가처분등기는, 건물에 관한 압류 또는 근저당권설정등기 이후에 마쳐졌더라도 말소되지 않은 채 남아 있지만, 이는 위 가처분이 건물 자체에 대한 어떠한 권리를 보전하기 위한 것이 아니기 때문이다. 위와 같이 압류나 근저당권설정등기 이후에 마쳐진 위 가처분등기가 경매절차 매각대금 지급 후에도 말소되지 않은 채 남아 있다고 해서 채무자가 여전히 그 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다고 볼 수는 없다.”

963) 따라서 ‘건물 점유자가 건물 소유자로부터의 임차인으로서 그 건물 임차권이 이른바 대항력을 가진다’는 점이 토지 소유자의 퇴거 청구에 대한 적법한 점유 권원의 유효한 항변이 될 수 없다. 같은 취지로, 건물의 원시취득자에게 가지는 건물에 관한 유치권으로 건물철거청구권을 갖는 매수소유자에게 대항할 수는 없다(87다카3073).

964) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다43801 판결: “이는 건물점유자가 건물소유자로부터의 임차인으로서 그 건물

건물의 소유자가 건물의 소유를 통하여 타인 소유의 토지를 점유하고 있다고 하더라도 토지 소유자로서는 건물의 철거와 대지 부분의 인도를 청구할 수 있을 뿐, 자기 소유의 건물을 점유하고 있는 사람에 대하여 건물에서 퇴거할 것을 청구할 수 없다. 이러한 법리는 건물이 공유관계에 있는 경우에 건물의 공유자에 대해서도 마찬가지로 적용된다.⁹⁶⁵⁾

건물 퇴거 청구에 대하여 건물 인도를 명하는 것은 처분권주의에 반하여 허용되지 않는다.⁹⁶⁶⁾

임차권이 이른바 대항력을 가진다고 해서 달라지지 아니한다. 건물임차권의 대항력은 기본적으로 건물에 관한 것이고 토지를 목적으로 하는 것이 아니므로 이로써 토지소유권을 제약할 수 없고, 토지에 있는 건물에 대하여 대항력 있는 임차권이 존재한다고 하여도 이를 토지소유자에 대하여 대항할 수 있는 토지사용권이라고 할 수는 없다. 바꾸어 말하면, 건물에 관한 임차권이 대항력을 갖춘 후에 그 대지의 소유권을 취득한 사람은 민법 제622조 제1항이나 주택임대차보호법 제3조 제1항 등에서 그 임차권의 대항을 받는 것으로 정하여진 '제3자'에 해당한다고 할 수 없는 것이다.

한편 민법 제304조는 타인의 토지에 있는 건물에 전세권이 설정된 경우에 관하여 그 전세권의 효력은 그 전세권의 목적이 된 건물의 소유를 목적으로 한 지상권 또는 임차권에도 미치고(제1항) 그 경우에 전세권설정자는 전세권자의 동의 없이 위 지상권 또는 임차권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못한다고(제2항) 정한다. 그러나 이 규정은 전세권을 설정하는 건물소유자가 건물의 존립에 필요한 지상권 또는 임차권과 같은 토지사용권을 가지고 있는 경우에 관한 것으로서, 그 경우에 건물전세권자로 하여금 토지소유자에 대하여 건물소유자, 즉 전세권설정자의 그러한 토지사용권을 원용할 수 있도록 함으로써 토지소유자 기타 토지에 대하여 권리를 가지는 사람에 대한 관계에서 건물전세권자를 보다 안전한 지위에 놓으려는 취지의 규정이다.

또한 지상권을 가지는 건물소유자가 그 건물에 전세권을 설정하였으나 그가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니하였음을 이유로 지상권설정자, 즉 토지소유자의 청구로 지상권이 소멸하는 것(민법 제287조 참조)은 전세권설정자가 전세권자의 동의 없이는 할 수 없는 위 민법 제304조 제2항상의 '지상권 또는 임차권을 소멸하게 하는 행위'에 해당하지 아니한다. 위 민법 제304조 제2항이 제한하려는 것은 포기, 기간단축약정 등 지상권 등을 소멸하게 하거나 제한하여 건물전세권자의 지위에 불이익을 미치는 전세권설정자의 임의적인 행위라고 할 것이고, 그것이 법률의 규정에 의하여 지상권소멸청구권의 발생요건으로 정하여졌을 뿐인 지상권자의 지료 부지급 그 자체를 막으려고 한다면 또는 지상권설정자가 취득하는 위의 지상권소멸청구권이 그의 일방적 의사표시로 행사됨으로 인하여 지상권이 소멸되는 효과를 제한하려고 하는 것이라고 할 수 없는 것이다.

따라서 전세권설정자가 건물의 존립을 위한 토지사용권을 가지지 못하여 그가 토지소유자의 건물철거 등 청구에 대항할 수 없는 경우에 민법 제304조 등을 들어 전세권자 또는 대항력 있는 임차권자가 토지소유자의 권리행사에 대항할 수 없음은 물론이다. 또한 건물에 대하여 전세권 또는 대항력 있는 임차권을 설정하여 준 지상권자가 그 지료를 지급하지 아니함을 이유로 토지소유자가 한 지상권소멸청구가 그에 대한 전세권자 또는 임차인의 동의가 없이 행하여졌다고 해도 민법 제304조 제2항에 의하여 그 효과가 제한된다고 할 수 없다."

- 965) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2021다276256 판결; "그 이유는 다음과 같다. (1) 모든 공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있다(민법 제263조). 공유자가 공유물에 대하여 가지는 공유지분권은 소유권의 분량적 일부이지만 하나의 독립된 소유권과 같은 성질을 가지므로, 공유자는 소유권의 권능에 속하는 사용·수익권을 갖는다. 설령 공유자 중 1인이 공유물을 독점적으로 점유하여 사용·수익하고 있더라도, 공유자 아닌 제3자가 공유물을 무단으로 점유하는 것과는 다르다. 따라서 공유자가 건물을 점유하는 것은 그 소유 지분과 관계없이 자기 소유의 건물에 대한 점유로 보아야 하고, 소유 지분을 넘는 부분을 관념적으로 분리하여 그 부분을 타인의 점유라고 볼 수 없다. (2) 토지 소유자는 토지 소유권에 기한 방해배제청구권의 행사로써 그 지상 건물의 철거와 해당 토지의 인도를 구할 수 있을 뿐이고 건물의 점유 자체를 회복하거나 건물에 관한 공유자의 사용관계를 정할 권한이 없다. 토지 소유자로 하여금 그 지상 건물 공유자를 상대로 퇴거 청구를 할 수 있도록 허용한다면 토지 소유자가 건물의 점유 자체를 회복하도록 하거나 해당 건물에 관한 공유자의 사용관계를 임의로 정하게 하는 결과를 가져오게 된다. (3) 소유 지분의 범위에서 철거를 명하는 확정판결을 받은 공유자가 계속하여 건물을 점유하는 것은 토지 소유자가 건물 전체의 철거를 명하는 확정판결을 받지 못하여 철거집행이 불가능한 상황에 따른 반사적 효과에 지나지 않는다. 토지 소유자로서는 건물 전체에 대하여 철거에 관한 집행권원을 확보하여 곧바로 집행에 들어가거나 철거집행 전까지 토지 점유에 관한 부당이득반환 등을 청구하는 방법으로 권리구제를 받을 수 있다." ■ 건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있는 것이어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않다(대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결).

행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우, 건물 점유자에 대한 퇴거청구는 부적법하다.⁹⁶⁷⁾

966) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다213157 판결; “건물의 ‘인도’는 건물에 대한 현실적·사실적 지배를 완전히 이전하는 것을 의미하고, 민사집행법상 인도 청구의 집행은 집행관이 채무자로부터 물건의 점유를 빼앗아 이를 채권자에게 인도하는 방법으로 한다. 한편 건물에서의 ‘퇴거’는 건물에 대한 채무자의 점유를 해제하는 것을 의미할 뿐, 더 나아가 채권자에게 그 점유를 이전할 것까지 의미하지는 않는다는 점에서 건물의 ‘인도’와 구별된다. 그러므로 채권자가 소로써 채무자가 건물에서 퇴거할 것을 구하고 있는데 법원이 채무자의 건물 인도를 명하는 것은 처분권주의에 반하여 허용되지 않는다.”

967) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결; “행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 그 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있는 것이고, 그 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄가 성립하므로, 필요한 경우에는 「경찰관 직무집행법」에 근거한 위험발생 방지조치 또는 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행범체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다.”고 판시한 다음, ‘건물 공유자 피고들이 건물을 철거하여 공유수면을 원상회복하여야 할 의무는 대체적 작위의무에 해당하므로 행정대집행의 대상이 되고, 시장은 건물철거의무를 행정대집행의 방법으로 실현하는 과정에서 부수적으로 피고들과 그 가족들의 퇴거 조치를 실현할 수 있으므로, 행정대집행 외에 별도로 퇴거를 명하는 집행권원은 필요하지 않다.’고 하여, 건물퇴거를 구하는 이 사건 소는 부적법하고, ‘원고가 원용한 97누157 판결은 불법건물 철거에 관한 것이 아니라, 적법한 건물에서 처분상대방의 점유를 배제하고 그 점유이전을 받기 위하여 행정대집행 제고처분을 한 사안에 관한 것으로서, 그 처분의 주된 목적이 건물의 인도라는 비대체적 작위의무의 이행을 실현하고자 하는 것이어서 행정대집행의 대상이 될 수 없다고 판단한 사례였으므로, 이 사건에 원용하기에는 적절하지 않다.’고 한 예.