

공유토지 중 일부인 특정부분을 구분소유하게 된다고 믿은 점유에 터잡은 시효취득*

-대법원 2013. 3. 14. 선고, 2011다49711판결-

홍 봉 주**

목 차

[사실관계 및 소송의 경과]

1. 사실관계
2. 소송의 경과
3. 대상판결의 요지

[연구]

- I. 서 론
- II. 중복으로 경료된 초과지분이전등기의 효력

III. 취득시효 대상으로서 부동산의 일부

IV. 구분소유적 공유에서 점유허득시효

1. 구분소유적 공유의 법적 성격
2. 구분소유적 공유의 성립
3. 구분소유적 공유에서의 점유허득시효와 공유지분등기

V. 결 론

1. 사실관계

환지전 종전토지인 서울 성동구 마장동 451-5 전 13,821평은 용두지구 토지구획정리사업에 따라 1964. 9. 30. 서울특별시 공고 제368호로 서울 성동구 마장동 518-1대 800.7㎡ 등 15개 필지 합계 8,387.3평(이하에서 ‘이 사건 각 부동산’이라 한다)으로 제자리 감평환지 되었다. 그 환지된 토지에 관하여 178명의 공유자들의 공유등기가 경료되었고, 그 공유자들 중 공지분권자인 7명을 제외한 나머지 171명 공유자들은 각

* 이 논문은 2012학년도 건국대학교의 연구년 교원지원에 의하여 연구되었음.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수

점유부분을 단독으로 소유하고 있는데, 피고 박성문은 440.1m²를 점유하고 있고, 피고 김진옥은 37m²를 점유하고 있다.

이 사건 각 부동산 중 김춘중은 각 220/13,821 지분을, 홍용운은 각 44.49/13,821 지분을 소유하고 있었고, 원고는 현재 이 사건 각 부동산 중 각 149.52/13,821 지분을 소유하고 있다. 김춘중은 이 사건 각 부동산 중 자신의 공유지분 가운데 ① 각 52/13,821 지분에 관하여 1959. 10. 29. 안종진 앞으로, ② 각 39/13,821 지분에 관하여 1961. 10. 25. 김봉희 앞으로 각 소유권이전등기를 마쳐 준 상태에서, ③ 다시 각 220/13,821 지분에 관하여 1966. 12. 27. 이재승 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주었고(따라서 이재승에게 이전등기 된 공유지분 중 각 91/13,821 지분은 김춘중에게 남아 있지 않은 공유지분이 이전된 셈이다), 이재승은 자신이 소유하고 있던 각 220/13,821 지분에 관하여 1991. 6. 4. 피고 박성문 앞으로 1991. 5. 27.자 매매를 원인으로 하여 서울동부지방법원 접수 제29709호로 소유권이전등기를 마쳐주었다.

홍용운은 ① 이 사건 각 부동산 중 자신의 44.49/13,821 지분에 관하여 1966. 4. 21. 김형도 앞으로 1966. 4. 1.자 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기를 마쳐 준 상태에서, ② 1966. 11. 21. 다시 각 14.84/13,821 지분에 관하여 유명수 앞으로 1966. 8. 17.자 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기를 마쳐 주었고(따라서 유명수에게 이전 등기된 지분은 홍용운에게 남아 있지 않은 공유지분이 된 셈이다), 유명수는 자신이 소유하고 있던 각 14.84/13,821 지분에 관하여 최영희 앞으로 1967. 11. 6.자 매매를 원인으로 하여 각 소유권이전등기를 마쳐 주었고, 최영희는 1974. 3. 5. 이광희 앞으로 1974. 3. 25.자 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기를 마쳐 주었으며, 이광희는 1989. 6. 23. 피고 손상수 앞으로 1989. 6. 2.자 매매를 원인으로 하여 서울동부지방법원 접수 제42378호로 각 소유권이전등기를 마쳐 주었고, 피고 손상수는 2001. 9. 19. 피고 김진옥 앞으로 2001. 9. 12.자 매매를 원인으로 하여 같은 법원 접수 제74124호

로 각 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

2. 소송의 경과

2.1 제1심 판결¹⁾

김춘중은 이 사건 부동산 중 각 220/13,821 지분을 소유하고 있다가, 그 중 각 52/13,821 지분과 각 39/13,821 지분을 매도하여 제3자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐준 다음 다시 각 220/13,821 지분 전부에 관하여 이재승 앞으로 각 소유권이전등기를 마쳐 주었는바, 이재승 앞으로 마쳐진 각 소유권이전등기 중 김춘중이 이재승을 매도할 당시 김춘중이 소유하고 있던 각 129/13,821 지분을 초과한 각 91/13,821 지분에 관한 부분은 매도인인 김춘중에게 소유권이 남아 있지 않은 부분으로서 원인 무효의 등기라 할 것이고, 따라서 이재승으로부터 피고 박성문 앞으로 마쳐진 각 소유권이전등기 중 각 91/13,821 지분에 관한 부분 역시 이재승 명의의 원인무효의 소유권이전등기에 기한 것으로서 원인무효의 등기라 할 것이다.

홍용운은 이 사건 각 부동산 중 각 44.49/13,821 지분을 소유하고 있다가, 그 지분 전부에 관하여 김형도 앞으로 각 소유권이전등기를 마쳐준 상태에서 다시 각 14.84/13,821 지분에 관하여 유명수 앞으로 각 소유권이전등기를 마쳐 주었는바, 유명수 앞으로 마쳐진 위 각 소유권이전등기는 홍용운이 유명수에게 매도할 당시 매도인인 홍용운에게 소유권이 남아 있지 않은 부분으로서 원인무효의 등기라 할 것이고, 따라서 유명수로부터 최영희, 이광희를 거쳐 피고 손상수, 김진옥 앞으로 순차 이전등기 된 위 각 소유권이전등기 역시 유명수 앞으로 마쳐진

1) 서울중앙지방법원 2011. 1. 15. 선고, 2010가단 200381 소유권이전등기 말소등기, 청구기각.

원인무효의 소유권이전등기에 기한 것으로서 원인무효의 등기라 할 것이다.

따라서 특별한 사정이 없는 한 이 사건 각 부동산의 공유자 중 1인인 원고가 공유물의 보존행위로서 구하는 바에 따라, 이 사건 각 부동산 중 피고 박성문은 각 91/13,821 지분에 관하여 경료된 소유권이전등기의, 피고 김진옥은 각 14.84/13,821 지분에 관하여 경료된 각 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

그러나 공유토지는 공유자 1인이 그 전부를 점유하고 있다고 하여도 다른 특별한 사정이 없다면 그 권원의 성질상 다른 공유자의 지분비율의 범위 내에서는 타주점유라고 볼 수밖에 없지만, 공유자들이 분할 전 토지의 전체면적 중 각 점유 부분을 구분소유하게 된다고 믿고서 그 각 점유부분의 대략적인 면적에 해당하는 만큼의 지분에 관하여 소유권이전등기를 경료받은 경우에는, 등기부상 공유자들이 각 토지의 일부 공유자로 되어 있다고 하더라도 그들의 점유가 권원의 성질상 타주점유라고는 할 수 없고(대법원 1996. 3. 22. 선고, 95다53768 판결 참조), 공유토지 중 일부인 특정부분에 대하여 점유취득시효가 완성된 경우 공유자들은 그 점유자에게 각각의 공유지분에 관하여 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있으며, 위와 같이 점유자가 취득시효가 완성될 당시 그 각 점유 부분의 대략적인 면적에 해당하는 만큼의 지분에 관하여 경료받아 보유하고 있던 소유권이전등기가 원인무효의 경우라 하더라도, 그 취득시효 완성과 동시에 실체관계에 부합하는 유효한 등기가 된 것으로 보아야 할 것이므로, 그렇다면 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 모두 이유 없으므로 기각한다.

2.2 원심판결²⁾

동일한 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 이른바 중복등기의 경우에는, 먼저 경료된 소유권보존등기가 원인무효이거나 직권말소될 경우에 해당하지 않는 한, 뒤에 경료된 소유권이전등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효이므로, 설사 뒤에 소유권이전등기를 경료한 자가 그 부동산의 소유권을 원시취득하였거나 그 부동산을 20년 간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었다고 하더라도, 여전히 뒤에 경료된 소유권보존등기는 말소되어야 하고, 특별한 사정이 없는 한 뒤에 경료된 소유권보존등기의 말소를 구하는 것이 신의칙위반이나 권리남용에 해당한다고 할 수 없다.

다만, 위와 같은 경우에, 이중으로(뒤에) 경료된 소유권 또는 지분 이전등기에 대한 말소 청구와는 별개로, 뒤에 소유권 또는 지분 이전등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년 간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었음을 이유로 그 부동산에 관하여 먼저 경료된 소유권보존등기 명의자(또는 이에 기초하여 소유권이전등기를 경료한 명의자)를 상대로 소유권 또는 지분이전등기절차의 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있는지 여부는 별론으로 한다.

살피건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 부동산에 관한 피고들 명의의 위 각 지분이전등기는 모두 ‘동일한 지분에 관하여 이중으로 지분이전등기가 경료된 후순위 등기로서 무효인 등기’에 기초하여 순차로 이루어진 각 지분이전등기로서, 피고들 명의의 위 각 지분이전등기가 실체적 권리관계에 부합하는지 여부에 관계없이 모두 무효라고 보아야 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고들의 위 주장은 더 나아가 살필 필요없이 이유없다[다만, 피고들이 이 사건 각 부동산 중 각 점유부분에

2) 서울중앙지방법원 2011. 5. 18. 선고, 2011나8705, 원고승소.

관하여 각 지분이전등기 명의자(등기부상 먼저 지분이전등기를 경료한 명의자)를 상대로 점유취득시효 완성을 이유로 각 지분이전등기를 청구하는 소송을 제기할 수 있는지 여부는 별론으로 한다.]

2.3 다른 공유자가 피고들을 상대로 제기한 전 소송

이 사건 공유토지의 특정부분을 점유하는 공유지분권자인 이 사건 원고가 대상판결의 소를 제기하기 이전에, 또 다른 공유자 중 한 명이 대상판결의 피고들을 포함한 14명을 상대로 대상판결과 동일한 청구원인인 공유물의 보존행위로서 원인무효인 각 소유권이전등기의 말소등 기청구를 하였으나 제1심과 제2심에서 각 청구기각되었고 상소가 제기되지 아니하여 확정된 사실에 있다.

전 소송에서 제1심판결³⁾과 제2심판결⁴⁾은 대상판결의 제1심판결과 같은 이유로 판단하였는데, 다만 대상판결에서 제기된 피고들 항변들이외에 전소송 피고들이 제기한 구분소유적 공유관계 항변에 관하여 다음과 같이 판단하였다

피고 박성문, 김진옥은, 이 사건 각 부동산의 공유자들은 구분소유적 공유관계에 있으므로, 공유자의 1인에 불과한 원고가 구분소유적 공유관계에 기하여 일정한 지분을 가지고 특정부분을 점유하고 있는 피고 박성문, 김진옥을 상대로 공유물의 보존행위로서 소유권이전등기의 말소를 구할 수는 없다고 주장한다.

그러므로 살피건대, 위 피고들이 주장하는 바와 같이 이 사건 각 부동산의 공유자들이 구분소유적 공유관계에 있다고 하더라도, 1필지의 토

3) 서울중앙지방법원 2006. 5. 12. 선고, 2004가합68354, 2005가합50695(병합) 공유지분등기말소.

4) 서울고등법원 2007. 6. 7. 선고, 2006나 48917, 2006나48924(병합) 공유지분이전등기말소.

지 중 일부를 특정하여 매수하고 다만 그 소유권이전등기는 그 필지 전체에 관하여 공유지분권이전등기를 한 경우와 같이 그 특정부분 이외의 부분에 관한 등기는 상호 명의신탁을 하고 있는 것이어서 그 지분권자는 내부관계에 있어서는 특정부분에 한하여 소유권을 취득하고 이를 배타적으로 사용, 수익할 수 있고 다른 구분소유자의 방해행위에 대하여 소유권에 터 잡아 그 배제를 구할 수 있으나, 외부관계에 있어서는 1필지 전체에 관하여 공유관계가 성립되고 공유자로서의 권리를 주장할 수 있는 것이므로, 제3자의 방해행위가 있는 경우에는 자기의 구분소유 부분 뿐 아니라 전체 토지에 대하여 공유물의 보존행위로서 그 배제를 구할 수 있는 것이다(대법원 1994. 2. 8. 선고, 93다42986 판결 참조).

한편, 이 사건에서와 같이 등기과정에서 착오로 전 소유자의 지분을 초과하는 지분에 관하여 이전등기가 경료된 후 그 초과 이전된 지분의 상태 대로 다시 피고들에게 전전 이전되었다면 그 중 실제의 지분을 초과하는 초과지분 취득등기는 실제의 공유자들의 지분을 표상할 수 없는 원인무효의 등기로서 등기공무원이 직권으로 말소 또는 일부말소 의미의 경정등기를 할 수 없고, 오로지 판결에 의하여 그 등기의 말소를 신청할 수 있는 것인바, 이와 같이 초과지분 취득등기는 그 진정한 공유자들과의 관계에 있어서는 제3자의 방해행위가 있는 경우와 다를 바 없고, 따라서 그 공유자의 1인인 원고로서는 외부관계에서 원인무효의 소유권이전등기를 취득하고 있는 피고 박성문, 김진옥을 상대로 공유물의 보존행위로서 그 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다 할 것이므로 피고 박성문, 김진옥의 위 주장은 이유 없다.

따라서 대상판결의 피고들은 동일한 청구원인과 청구취지에 기한 전소송의 제1심판결과 제2심판결 및 대상판결의 제1심판결 등 세 번의 승소를 하였다가 대상판결의 원심판결에서 처음으로 패소하게 되었다. 대상판결의 원심판결은 그에 앞선 세 번의 판결과 달리 피고들에게 패소판결을 하면서, 또한 박성문, 김진옥은 이 사건 소송은 이미 확정된

서울고등법원 2006나48917, 48924(병합) 판결(갑 제1호증의 1,2)과 당사자(원고)만 다를 뿐 그 청구 취지와 청구원인이 동일하므로, 위 확정판결의 기판력이 이 사건에도 미치거나 적어도 위 확정판결의 증거적 효력에 의하여 이 사건 청구는 기각되어야 한다는 취지의 주장을 하나, 갑 제1호증의 1,2 각 기재에 의하면, 위 확정판결은 원고가 아닌 이 사건 각 부동산의 다른 공유자가 피고들을 상대로 제기한 소송임을 인정하는바, 위 확정판결의 기판력이 이 사건에 미친다고 볼 수 없고, 또한 이 사건 소송에서 이 법원이 판단을 함에 있어 위 확정판결의 판단에 기속되거나 반드시 그와 동일하게 판단하여야 할 사정도 보이지 아니하므로, 위와 다른 전제에 선 위 피고들의 위 주장은 받아들이지 아니한다고 하였다.

3. 대상판결의 요지

피고들은 공유토지의 특정부분에 관한 점유에 터잡은 시효취득과 피고들이 보유하고 있던 소유권이전등기가 초과지분 취득등기로서 원인무효인 경우라 하더라도 그 취득시효 완성과 동시에 실체관계에 부합하는 등기가 된 것으로 보아야 한다는 취지의 상고 이유를 제출하였으나, 대법원은 원고와 피고들 간에 다툼없는 부분인 피고들의 초과지분 취득등기가 원인무효라고 설시할 뿐 피고들의 점유취득시효 항변에 관하여 판단누락한 채 상고를 기각하였다.

같은 부동산에 관하여 등기한 권리의 순위는 법률에 따른 규정이 없으면 등기한 순서에 따르고, 등기의 순서는 등기기록 중 같은 구(區)에서 한 등기 상호간에는 순위번호에 따른다(부동산 등기법 제4조 제1항, 제2항 전단). 따라서 같은 부동산이나 같은 지분에 관하여 이중으로 소유권이전등기 또는 지분이전등기가 마쳐진 경우, 선순위 등기가 원인 무효이거나 직권말소될 경우에 해당하지 않는 한, 후순위 등기는 실체

적 권리관계에 부합하는지에 관계없이 무효라고 보아야 할 것이다(대법원 1998. 9. 22. 선고, 98다23393 판결 등 참조).

원심 판결에 의하면 원심은 ① 이 사건 각 부동산에 관하여 이재승 앞으로 경료된 지분이전등기 중 김춘종이 이미 안종진, 김봉희 앞으로 지분이전등기를 경료한 부분에 해당하는 각 91/13,821 지분(=52/13,821 지분 + 39/13,821)에 관한 부분은 동일한 지분에 관하여 이중으로 지분이전등기가 경료된 후순위 등기에 해당하여, 선순위 지분이전등기(안종진, 김봉희 명의의 각 지분이전등기)가 원인무효이거나 직권말소될 경우에 해당하지 않는 한, 실체적 권리관계에 부합하는지 여부에 관계없이 무효이므로 그에 기초하여 마쳐진 피고 박성문 명의의 지분이전등기 중 각 91/13,821 지분에 관한 부분 역시 무효이고, ② 이 사건 각 부동산에 관하여 유명수 앞으로 경료된 지분이전등기는 홍용운이 이미 김형도 앞으로 지분 이전등기를 경료한 지분 중 일부로서 동일한 지분에 관하여 이중으로 지분이전등기가 경료된 후순위 등기에 해당하여, 선순위 지분이전등기(김형도 명의의 지분이전등기)가 원인무효이거나 직권말소 될 경우에 해당하지 않는 한, 실체적 권리관계에 부합하는지 여부에 관계없이 무효이므로 그에 터잡은 피고 김진옥 명의의 지분이전등기 역시 무효라고 판단하는 한편, 피고들 명의의 지분이전등기가 실체관계에 부합하는 유효한 등기이므로 원고의 말소등기청구에 응할 수 없다는 피고들의 주장을 배척하였다.

앞서 본 법규정과 법리에 비추어 기록을 살펴보면 위와 같은 원심의 판단과 조치는 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 ‘1 부동산 1등기용지의 원칙’과 ‘등기의 순위확정적 효력’에 관한 법리오해, ‘실체관계에 부합하는 유효한 등기’에 관한 법리 오해 또는 그에 관한 항변에 대한 판단유탈이나 이유모순 등의 위법이 없다.

[연구]

I. 서 론

대상판결은, 공유토지 중 일부인 특정부분을 구분소유하게 된다고 믿고서 그 각 점유부분의 대략적인 면적에 해당하는 만큼의 지분에 관하여 지분이전 등기를 경료받은 경우에는 등기부상 공유자로 되어 있다 하더라도 점유취득시효의 성립을 인정한 대법원 2006. 3. 22. 선고, 95다 53768판결, 대법원 2002. 1. 11. 선고, 2001다 50531판결, 대법원 2007. 3. 29. 선고, 2006다 79995판결들과 어울리지 아니한다. 만약 대법원이 대상판결로서 기존의 판결들을 변경할 의도였다면 전원합의체판결을 하였어야 했다.

이 글은 대상판결에서 판단하고 있는 같은 부동산이나 같은 지분에 관하여 이중으로 경료된 소유권이전등기 또는 지분이전등기가 무효라는 법리는 이설이 없으므로 간략하게 언급만 하고, 대상판결에서 판단 누락하고 있는 공유토지 중 일부인 특정부분에 관한 점유에 터잡은 시효취득에 관하여 연구하고자 한다.

우선 토지 등 부동산의 일부와 공유지분에 대한 취득시효는 가능한지, 구분소유적소유관계라고 믿고서 하게 된 점유에 터잡아 점유취득시효가 성립하는지를 세밀하게 검토하고자 한다. 후자에 관하여 점유취득시효가 성립한다면 지분이전등기 청구방법과 이미 점유자가 취득시효가 완성될 당시 점유부분의 대략적인 면적에 해당하는 만큼의 지분에 관하여 경료받아 보유하고 있는 소유권이전등기가 원인무효인 경우라 하더라도 그 취득시효의 완성과 동시에 실체관계에 부합하는 유효한 등기가 되는지에 관하여도 간략하게 검토하고자 한다.

Ⅱ. 중복으로 경료된 초과지분이전등기의 효력

대상판결의 사실관계에서 보듯이 피고들 앞으로 경료된 지분이전등기는 동일한 지분에 관하여 이중으로 지분이전등기가 경료된 후순위 등기에 해당한다. 실제의 지분을 초과하는 초과지분이전등기는 등기의 순위확정적 효력에 근거에 따라 선순위 등기가 원인무효이거나 직권말소될 경우에 해당하지 아니하는 한, 후순위 등기는 실체적 권리관계에 부합하는지에 관계없이 무효라는 점은 대법원의 확립된 태도이다.

위와 같은 법리를 판시한 최초⁵⁾의 대법원판결인 대법원 1998. 9. 22. 선고, 98다 23393 판결은 동일한 부동산에 관하여 등기한 권리의 순위는 법률에 다른 규정이 없을 때에는 등기의 전후에 의하고, 등기의 전후는 등기용지의 동구에서 한 등기에 대하여는 순위번호에 의하므로, 동일한 부동산이나 동일한 지분에 관하여 이중으로 소유권 또는 지분이전등기가 경료된 경우, 선순위 등기가 원인무효이거나, 직권말소인 경우에 해당하지 않는 한, 후순위등기는 실체적 권리관계에 부합하는지에 관계없이 무효라고 판시하였고, 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92다4208 판결도 부동산 중 18,310분의 12,320 지분에 관하여 갑과 을 명의로 가등기가 경료된 후 2분에 1 지분에 관하여 병 명의로, 나머지 2분의 1 지분에 관하여는 정 명의로 차례로 각 소유권이전등기가 경료되고 다시 병이 무에게 위 2분의 1 지분을 매도하여 소유권이전등기가 경료된 후 위 가등기에 기한 본등기가 경료됨으로써, 위 가등기권리자와 정 및 무의 각 지분의 합계가 1을 초과하여 후순위권리자들의 지분에 관한 소유권이전등기가 말소되어야 하는 경우 정 및 무 명의의 각 소유권이전등기는 그 등기의 선후에 따라 우선순위가 정하여진다고 할 것이므로, 위 부동산 중 13,810분의 12,320 지분은 갑 및 을의 소유로, 18,310 분의

5) 양호승, “중복으로 경료된 소유권이전등기의 효력”, 대법원 판례해설 제31호(법원도서관, 1999), 15쪽.

5,990 지분은 무의 소유로 확정되고, 따라서 등기공무원은 위 무보다 등기순위가 뒤인 정 명의의 소유권이전등기는 모두 말소하고 위 무 명의의 소유권이전등기는 위 가등기권리자들의 권리에 저촉되지 아니 하는 범위 내에서 지분은 18,310분의 5,990 지분으로 경정하는 경정등기를 하여야 한다고 판시하였다.

Ⅲ. 취득시효 대상으로서 부동산의 일부

대상판결의 사실관계에서 피고 박성문은 이 사건 각 부동산 27,726.9㎡ (8,397.4평)중 일부인 440.1㎡를 점유하고 있고, 피고 김진옥은 37㎡를 점유하고 있는바, 피고들의 점유취득시효항변에 관하여 1심판결은 이를 받아들여 청구기각 판결을 하였다. 그러나, 원심판결은 피고들이 이 사건 각 부동산 중 각 점유부분에 관하여 각 지분이전등기 명의자(등기부상 먼저 지분이전등기를 경료한 명의자)를 상대로 점유취득시효 완성을 이유로 각 지분이전등기를 청구하는 소송을 제기할 수 있는지 여부는 별론으로 한다며 판단누락을 하였고, 대상판결도 역시 피고들의 점유취득 시효항변에 대한 이유를 기재하지 아니하고 있다.

그러나, 토지 등 부동산의 일부도 점유취득시효의 대상이 된다는 점에 관하여 판례⁶⁾와 학설⁷⁾은 일치하고 이설없다. 다만 1필의 토지의 일부에 대한 시효취득을 인정하기 위하여는 그 부분이 다른부분과 구분

6) 대법원 1965. 1. 19. 선고, 64다1254 판결.

7) 박윤직, 물권법(제7판)(박영사, 2003), 191쪽; 이영준, 전정신판물권법(박영사, 2009), 481쪽; 이상태, 물권법(8정판)(법원사, 2013), 258쪽; 김중환/김학동, 물권법(제9판)(박영사, 2004), 148쪽; 고상룡, 물권법(법문사, 2004), 283쪽; 김상용, 물권법(전정판증보)(법문사, 2003), 382쪽; 이은영, 민법 I (제4판)(박영사, 2005), 451쪽; 송덕수, 민법강의(상)(박영사, 2004), 559쪽; 홍성재, 물권법(대영문화사, 2006), 353쪽.

되어 시효취득자의 점유에 속한다는 것을 인식하기에 족한 객관적 징표가 계속하여 존재할 것을 필요로 한다.⁸⁾ 토지의 일부에 시효취득이 인정되더라도 이에 대한 소유권을 취득하기 위하여는 분필등기를 하여야 한다.⁹⁾ 시효취득자의 점유에 속한다는 것을 인식하기에 족한 객관적 징표라는 기준은 판례를 통하여 그 내용을 축적해 나가야 할 것이지만 판례에 나타난 징표로서는 분묘의 설치, 수호,¹⁰⁾ 담이나 목책을 둘러치는 것, 도랑을 파는 것, 나무를 식재하거나 기타 경계의 표지를 설치하는 것 등이 있다.¹¹⁾

IV. 구분소유적 공유에서 점유취득시효

1. 구분소유적 공유의 법적 성격

1필의 토지 중 위치·평수가 특정된 일부를 양수하고서도 분필에 의한 소유권이전등기를 하지 아니하고 편의상 그 필지의 전체 평수에 대한 양수부분의 면적비율에 상응하는 공유지분이전등기를 경료한 경우 이를 구분소유적 공유라고 한다. 이러한 공유등기는 법의 무지, 세금, 분필절차의 번거로움 회피¹²⁾ 등을 피하려고 의도적으로 행해지기도

8) 대법원 1965. 11. 16. 선고, 65다1819판결; 대법원 1989. 4. 25. 선고, 88다카 9494 판결; 대법원 2009. 6. 25. 선고, 2009다10386판결.

9) 김용담, 주석민법(제4판)물권(1)(한국사법행정학회, 2011), 728쪽.

10) 대법원 1989. 4. 25. 선고, 88나카 9494판결.

11) 이종찬, “일필의 토지의 일부에 대한 취득시효요건으로서의 점유”, 대법원판례해설 제11호(법원도서관, 1990), 180쪽.

12) 김현용, “구분소유적 공유관계에 있는 토지 중 공유자 일인의 특정 구분소유 부분에 관한 점유취득시효가 완성된 후 다른 공유자의 특정 구분소유 부분이 다른 사람에게 양도되고 그에 따라 토지전체의 공유지분에 관한 지분이전등기가 경료된 경우, 점유자가 취득시효의 기산점을 임의로 선택하여 주장할 수 있는지 여부”, 대법원판례

하고, 일정한 크기 이하의 토지분필이 행정적으로 제한되는 관계로 부득이하게 행해지기도 한다.¹³⁾

구분소유적 공유의 법적성격을 이해하는데 두 개의 관점이 존재한다. 하나는 내부적인 실질을 중시하여 당사자의 의사에 비중을 두는 입장이고, 또 다른 하나는 공유지분이전등기에 초점을 맞추려는 입장이다. 전자는 상호명의신탁설이라고 하고, 후자는 공유설이라 한다.¹⁴⁾ 상호명의신탁설은 내부관계와 외부관계를 분리하여, 내부관계에서는 각 공유자가 각 특정부분에 대한 단독 소유권을 취득하고 외부관계에서는 그 특정부분에 관한 다른 공유자의 지분등기는 명의신탁한 것으로 되고 다른 공유자의 특정부분에 관한 자신의 지분등기는 명의신탁한 것으로 된다. 이에 대한 비판으로 첫째, 공유자들 일부가 자신의 지분을 처분한 경우 그 특정승계인에게 상호명의신탁관계가 승계되는 근거가 명백하지 않고, 둘째, 구분소유적 공유관계를 해소하기 위하여는 일반적인 공유에서와 같은 공유물분할은 인정되지 아니하고 상호명의신탁해지의 방법¹⁵⁾에 의하여야 한다고 보는 결과 각 당사자별로 판결결과가 모순될 우려가 있다는 비판이 제기되고 있다.¹⁶⁾

상호명의신탁설의 문제점을 비판하면서 대안으로 등장한 견해가 공유설¹⁷⁾이다. 공유설은 외부관계는 물론 내부관계에서도 완전한 공유로써 취급하여 공유자들은 다른공유자에 대하여 공유권밖에 주장할 수 없고, 구분소유적 공유관계를 해소하기 위하여는 공유물분할방법에 의한다. 공유설에 대한 비판으로 형식을 중시한 나머지 공유자들의 의사

해설 제63호(법원도서관, 2006), 96쪽.

13) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조 제1항 제4호, 건축법 제49조, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제8호, 제19조 등.

14) 홍성재, “민법 중요사례 제2문 구분소유적 공유”, 고시계, 제54권 제8호(통권 630호)(2009년 7월), 제41쪽.

15) 대법원 1996. 2. 23. 선고, 95다8430판결.

16) 김현용, 앞의 자료, 96-97쪽.

17) 서정우, “토지의 구분소유적 공유”, 사법논집 제4집(법원행정처, 1973), 112쪽.

를 반영하는 데 한계가 있다는 비판이 있다. 구체적 타당성 측면에서 당사자의사를 존중하여 내부적으로는 각자의 특정부분을 구분소유하는 것으로 보고 외부적으로는 공시방법을 존중하여 공유로 파악하는 상호명의신탁설이 우위를 가진다고 보이며, 판례¹⁸⁾도 상호명의신탁설을 취하고 있으며 부동산실권리자명의 등기에게 관한 법률 제2조 제1호 나목에 상호명의신탁을 법률용어로 사용하고 있다.

따라서, 구분소유적 공유에서 내부적으로는 구분공유자들이 특정부분을 구분하여 각 단독소유하되 외부적으로는 그 소유부분의 일부 지분에 관하여 다른 공유자의 명의를 빌린다는 점에서, 토지전체에 관하여 지분범위내에서만 소유하는 일반적인 공유와 구별된다. 즉, 각 구분소유자는 다른 구분공유자와의 관계에서는 그 점유부분을 단독으로 소유하는 자주점유자이다. 각자의 점유부분을 처분변경 하는데 다른 구분공유자 전부의 동의를 요하지 아니하며, 각자의 전유부분에 대한 다른 구분공유자의 방해에 대하여 배제를 청구하는 방법에서 일반적인 공유에서 인정되는 공유물 반환이 아니라 침해된 점유부분의 인도만을 구할 수 있을 뿐이다.

2. 구분소유적 공유의 성립

대법판결의 사실관계에서 보듯이 이 사건 각 부동산은 1994. 9. 30. 환지처분이 확정되었으므로 피고들의 특정부분의 점유가 구분소유적 공유인지가 문제된다. 구분소유적공유가 인정되면 피고들의 각 점유는 자주점유가 인정되어 점유취득시효가 성립가능하지만, 그와 반대로 구분소유적 공유가 인정되지 아니하면 일반적인 공유가 되어 점유 취득시효에 있어서 물건이 아닌 지분의 점유는 상정하기 어려우므로 시효취득은 부인될 것이다.¹⁹⁾

18) 대법원 1962. 2. 22. 선고, 4294민상 1025판결이래 판례의 일관된 취지이다.

구분소유적 공유의 등기가 행해지면 그 실질적 내용은 특정부분에 대한 단독소유권인데도 등기의 형식은 1필지의 토지 전체에 대한 공유 지분등기로 되어 있어 등기형식이 소유권의 실질을 공시하지 못하는 괴리현상이 일어난다. 이러한 구분소유적 공유를 상호명의신탁설로 이론구성하려면 구분소유적 공유의 성립요건으로 명의신탁에 관한 합의가 있어야 하는가에 관하여 실질설과 의제설이 있다. 실질설은 구분소유적 공유는 당사자 간의 명시적 또는 묵시적 상호명의신탁의 합의에 의하여서만 성립한다고 하며,²⁰⁾ 의제설은 당사자간의 명의신탁에 관한 합의가 없더라도 일부토지에 대해서만 분할하여 이전등기를 할 것을 토지전체에 대한 지분이전등기를 경로하였다는 사정만으로 당연히 명의신탁관계의 성립을 의제할 수 있다고 한다.²¹⁾ 대법원은 실질설의 태도를 견지하고 있다.²²⁾

환지처분과 관련하여 판례²³⁾는 상호명의신탁등기가 되어 있는 이른바 구분소유적 공유관계에 있는 토지가 환지된 경우에는, 그 공유자들 사이에 환지된 토지 중 일부씩을 특정소유하기로 하여 상호명의신탁관계를 유지하기로 하였다는 특별한 사정이 없는 한, 종전의 상호명의신탁관계는 환지처분에 의하여 종료되고 종전의 토지에 상응하는 비율로 종전의 소유자들이 환지에 대하여 공유지분을 취득하게 된다.

구분소유적 공유관계에 있는 토지가 그 면적이 감평됨과 아울러 위치와 지형이 현저히 다른 3필지의 토지로 비환지된 경우, 종전 소유자들

19) 양창수/권용준, 권리의 변동과 주체(민법Ⅱ)(박영사, 2011), 226쪽.

20) 양창수/권용준, 위의 책, 349쪽; 김현용, 앞의 자료, 98쪽.

21) 박성철, “토지의 일부를 특정매수하고 편의상 그 토지전체에 대한 공유지분이전등기를 할 경우와 명의신탁의 관계”, 대법원 판례해설 제11호(법원도서관, 1990), 299쪽.

22) 양창수/전영준, 앞의 책, 349쪽 각주 43에 들고 있는 대법원 2009. 3. 26. 선고, 2008다44313판결이 실질설을 따르지 아니하는 것으로 이해하고 있으나, 동판결은 구분소유적 공유관계의 성립요건으로 특정부분을 구분소유하기로 하는 약정을 필요함을 언명하고 있다.

23) 대법원 1999. 1. 15. 선고, 98다8950판결.

중 일부에 대하여는 그 점유하고 있던 면적과 일치하는 지적의 구획번호 소재 토지가 환지예정지로 지정되었고 그 후 위 토지에 대한 비환지처분이 확정된 후 위 소유자들이 이를 사실상 점유하였다거나, 종전 소유자 중 일부는 그 환지된 토지의 일부를 특정하여 매도하였다는 사실만으로는, 종전 토지의 소유자들 사이에 환지처분 이후에도 환지된 토지 중 일부씩을 각 특정 소유하기로 하여 상호명의신탁관계를 유지하기로 하는 묵시적인 합의가 있었다고는 인정할 수 없다고 판시하였다. 판례는 종전토지의 일부 특정부분을 점유하던 중 제자리 환지된 경우, 환지예정지 지정을 전후하여 점유대상토지의 동일성 인정 여부에 관하여 소극적이지만,²⁴⁾ 환지예정지 지정 효력 발생일을 기산점으로 하여 환지예정지의 특정부분에 대한 취득시효기간이 새롭게 진행된다고 하고 있다.²⁵⁾ 즉 대법원 1996. 11. 29. 선고, 94다53785 판결은 환지예정지의 지정 즉 그 효력 발생일 이후에는 종전 토지에 대한 점유와 분리된 새로운 점유가 개시되고 그 효력 발생일을 기산점으로 하여 부동산소유권의 취득시효기간이 새롭게 진행되는 것으로 볼 수 있다. 환지처분이 환지예정지의 지정처분대로 이루어지는 한, 환지예정지와 환지확정된 토지와의 사이에 전체 토지의 지적, 모양 및 위치에 변동이 생기지 않아 환지예정지의 특정 부분을 그대로 환지확정된 토지의 특정 부분으로 볼 수 있으므로, 환지예정지의 특정 부분을 점유하다가 그 소유권의 취득시효기간이 만료하기 전에 환지처분이 이루어지고 그 후로도 그 특정 부분을 계속 점유하여 온 경우에는 점유로 인한 부동산 소유권의 취득시효기간을 산정함에 있어 그 점유기간을 통산할 수 있다고 판시하였다.

24) 대법원 2003. 3. 25. 선고, 2002다72781판결.

25) 대법원 1988. 12. 13. 선고, 87다카1418, 1419 판결.

3. 구분소유적 공유에서의 점유취득시효와 공유지분등기

앞서 기재한 바와 같이 토지 등 부동산의 일부도 점유취득시효의 대상이 된다는 점에 관하여 판례와 학설은 일치하고 이설도 없다. 대상 판결에서 피고들은 토지의 일부를 점유하고 있으나 구분소유적 공유관계에 있는 토지가 환지되어 종전의 상호명의 신탁관계는 종료되고 종전의 토지에 상응하는 비율로 환지에 대한 공유지분을 취득하고 있을 뿐이다.

일반적인 공유에서 시효로 부동산의 지분권을 취득하였음을 주장하는 당사자가 그 전체의 토지 중 자기의 지분에 해당하는 특정부분을 시효취득 한 것으로 주장하는 경우에는 그 특정부분이 동인의 점유에 속한다는 것을 인식하기에 충분한 객관적 증표가 계속 존재하여야 하나 토지의 1/2지분에 대하여는 자주점유로 나머지 1/2지분에 대하여는 타주점유로 전 토지를 점유하여 왔음을 이유로 그 1/2의 지분권을 시효로 취득하였다고 주장하는 경우에는 객관적 증표가 계속 존재할 필요는 없다.²⁶⁾ 즉, 일반적인 공유에서 점유취득시효가 인정되기 위하여는 공유부동산 전체를 점유해야 한다.²⁷⁾ 그러나, 구분소유적 공유에서는 구분공유자가 그 전유부분을 단독소유하고 있으므로 점유취득시효가 인정될 수 있다. 대상판결에서 환지처분으로 인하여 구분소유적 공유가 종료되고 일반적인 공유로 바뀌었으므로 피고들의 점유취득시효 항변을 인정할지가 쟁점이 된다.

일반적 공유에서는 공유자는 ‘공유물의 전부를 지분의 비율로’ 사용·수익할 수 있다. 지분에 기한 전능이 공유물전부에 미치므로 공유자 일인이 사전협의 없이 특정부분을 점용하는 것은 비록 그 부분의 전체 토지에 대한 비율이 그의 지분내라 하더라도 다른 공유자의 용익전능을

26) 대법원 1975. 6. 24. 선고, 74다1877 판결.

27) 이영준, 앞의 책, 482쪽; 이상태, 앞의 책, 259쪽.

침해하는 것이기 때문에 특정부분 점유에 터잡은 점유취득시효가 인정되지 아니한다. 공유지분이 취득시효의 대상이 되는 가에 관하여 판례와 학설은 이를 인정하고 있다. 판례는 건물 공유자들이 건물부지의 공동점유로 인하여 건물부지에 대한 소유권을 시효취득하는 경우라면 그 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 당해 건물의 공유지분비율과 같은 비율로 건물 공유자들에게 귀속된다²⁸⁾고 하고, 중전토지와 특정부분을 점유하여 취득시효가 완성된 후 그 토지전체가 환지된 사안에서도 환지처분이 있는 경우에는 비록 제자리 환지라고 할지라도 중전토지는 환지로 인하여 전체토지의 지적, 모양 및 위치에 변동이 생기는 것이므로 중전토지의 일부(특정부분)를 점유하여 취득시효가 완성된 후 그 토지전체가 환지된 경우에는 시효취득한 특정부분이 환지내에 포함되었더라도 특별한 사정이 없는 한 취득시효가 완성된 특정부분이 환지된 토지에 그대로의 지적, 모양 위치로 특정되었다거나 환지된 토지상의 당해 특정부분을 시효취득하였다고 할 수는 없고, 환지된 토지에 관하여 중전토지 중 특정부분의 전체면적에 대한 비율에 상응하는 공유지분을 시효취득한 것이라고 볼 수밖에 없다고 판시하였다.²⁹⁾ 학설은 공유물의 취득시효의 경우에 각 공유자의 공유지분 시효취득을 인정하고 있다.³⁰⁾ 또한, 등기부취득시효에 관하여는 부동산의 특정부분만을 점유해온 자가 그 점유부분의 전체면적에 상응한 공유지분권자로 등기되어 있는 경우, 그 특정부분에 대한 공유지분의 범위 내에는 민법 제245조 제2항에서 말하는 「부동산의 소유자로 등기한 자」와 「부동산을 점유한 때」라는 등기부 취득시효의 요건을 충족하였으나 그 나머지 부분에 대하여는 부동산의 점유라는 요건이 흠결된 것이므로

28) 대법원 1976. 6. 26. 선고, 79다639 판결.

29) 고의영, “점유로 인한 시효취득과 환지예정지”, 민사판례연구 13(박영사, 1991), 24쪽; 대법원 1989. 9. 26. 선고, 88다카 18795판결.

30) 양창수/권영준, 앞의 책, 227쪽.

동인은 위 부동산 전체에 대한 공유지분을 등기부시효취득 하였다고 볼 수 없고, 또 점유하는 그 특정부분에 대하여는 동인 앞으로 공유지분 이전등기만 경료되어 있어 「부동산의 소유자로 등기한 자」라는 요건을 충족하지 못하여 역시 등기부시효취득하였다고 볼 수 없다.³¹⁾

그러나, 구분소유적 공유에서는 구분공유자의 점유부분에 관한 점유 취득시효가 인정된다. 부동산의 특정부분만을 점유해 온 자가 그 점유 부분의 전체면적에 상응한 공유지분권자로 등기되어 있는 경우에는 그 공유지분을 시효취득한다고 해석할 것이다.³²⁾ 또한, 판례는 여러 명이 각기 공유지분 비율에 따라 특정 부분을 독점적으로 소유하고 있는 토지 중 공유자 1인이 독점적으로 소유하고 있는 부분에 대하여 취득시효가 완성된 경우, 공유자 사이에 그와 같은 구분소유적 공유관계가 형성되어 있다 하더라도 이로써 제3자인 시효취득자에게 대항할 수는 없는 법리이므로, 그 토지 부분과 무관한 다른 공유자들도 그 토지 부분에 관한 각각의 공유지분에 대하여 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다³³⁾고 한다.

대상판결은 환지로 인하여 구분소유적 공유가 인정되지 아니하는 사안이지만 판례는 공유토지는 공유자 1인이 그 전부를 점유하고 있다고 하여도 다른 특별한 사정이 없다면 그 권원의 성질상 다른 공유자의 지분 비율의 범위 내에서는 타주점유라고 볼 수밖에 없지만, 공유자들이 분할 전 토지의 전체면적 중 각 점유 부분을 구분소유하게 된다고 믿고서 그 각 점유부분의 대략적인 면적에 해당하는 만큼의 지분에 관하여 소유권이전등기를 경료받은 경우에는, 등기부상 공유자들이 각 토지의 일부 공유자로 되어 있다고 하더라도 그들의 점유가 권원의 성질상 타주점유

31) 대법원 1986. 5. 27. 선고, 86다카280 판결, 양창수/권영준, 앞의 책 227쪽 각주8에서 대법원 1995. 6. 24. 선고, 74다1877 판결을 등기부취득시효에 관한 판결로 소개하고 있다. 동판결은 점유취득시효에 관한 판결이다.

32) 이영준, 앞의 책, 509쪽.

33) 대법원 1997. 6. 13. 선고, 97다1730 판결.

라고는 할 수 없다³⁴⁾고 하여, 지분이전등기가 상호명의신탁에 의한 등기임을 입증하는 데 실패하였다는 사정만으로 점유취득시효에 관한 주장을 배척한 원심은 법리오해의 위법에 있다고 판시하고 있다. 따라서 피고들의 점유취득시효가 인정될 수 있는데, 피고들의 공유지분등기는 초과지분등기로서 원인무효의 등기임은 앞에서 본 바와 같다. 그러나, 구분소유적 공유에서 점유자가 취득시효가 완성될 당시 점유부분의 대략적인 면적에 해당하는 만큼의 지분에 관하여 경료받아 보유하고 있던 소유권이전등기는 원인무효인 경우라 하더라도, 그 취득시효 완성과 동시에 실체적 권리관계에 부합하는 등기가 된 것으로 보아야 할 것이다.

실체적 권리관계에 부합한다고 하는 것은 그 등기절차에 어떤 하자가 있다 하더라도 진실한 권리관계와 합치되는 것을 말한다.³⁵⁾ 실체적 권리관계에 부합하여 유효하기 위한 요건으로 등기가 실체관계 또는 실체적 권리관계에 부합할 것, 등기의무자에게 등기를 거절할 사유가 없을 것, 등기권리자에게 등기 신청이 적법하다고 믿을 정당한 이유가 있을 것 등의 세 가지를 들고 있는 견해³⁶⁾와의 두 가지만 들고 있는 견해가 있다.³⁷⁾ 판례는 이른바 등기원인의 추완이 있는 경우에도 실체적 권리관계에 부합하는 등기 법리를 원용하여, 등기가 유효하려면 등기기재에 부합하는 실체법상의 권리관계가 존재함을 필요로 하는데 그 실체적 유효조건이 흠결되어 무효인 등기가 그 후 그 등기기재에 대응하는 실체관계가 존재하게 된 때에는 그때부터 유효라고 판시하고 있다.³⁸⁾ 학설은 점유자 앞으로 원인없는 등기가 행하여진 후 취득시효

34) 대법원 1996. 3. 22. 선고, 95다53768판결; 대법원 2007. 3. 29. 선고, 2006다79995판결.

35) 대법원 1992. 2. 28. 선고, 91다30149 판결.

36) 김평우, “‘실체관계에 부합하는 등기’ 항변의 적격요건”, 저스티스 통권 제78호(한국법학원, 2004.4), 57쪽.

37) 양창수/권영준, 앞의 책, 109쪽.

38) 대법원 1963. 10. 10. 선고, 63다583 판결.

가 완성된 경우도 이 법리의 원용을 인정하고 있다.³⁹⁾ 이러한 법리의 배경에는 현재의 등기가 절차상의 흠에도 불구하고 「그렇게 있어야 할 권리관계」를 표상하고 있다면, 공시방법으로서의 효력을 부인하지 말자는 생각(현상존중주의)이 깔려 있다. 또한 기존의 등기를 일단 정정한 후에 다시 절차적 유효요건을 갖추어 같은 등기를 행하는 것이 번잡하므로 이를 피하여야 한다는 생각(효율성도 고려)도 깔려 있다. 그렇다면 대상판결의 원심판결이 피고들이 이 사건 각 부동산 중 각 점유 부분에 관하여 각 지분 이전등기 명의자(등기부상 먼저 지분이전등기를 경료한 명의자)를 상대로 점유취득시효 완성을 이유로 각 지분이전등기를 청구하는 소송을 제기할 수 있는지 여부는 별론으로 한다고 설시한 이유부분은 위와 같은 실체적 권리관계에 부합하는 법리의 배경인 효율성의 고려를 무시한 것으로 보인다.

V. 결 론

대상판결은 공유토지 중 일부인 특정부분을 구분소유하게 된다고 믿은 점유에 터잡은 피고들의 점유취득시효항변에 관하여 종전의 대법원 판례인 대법원 1996. 3. 22. 선고, 95다53768 판결, 대법원 2002. 1. 11. 선고, 2001다50531 판결, 대법원 2007. 3. 29. 선고, 2006다79995판결과 모순되는 판단을 하였다. 대상판결이 위와 같은 종전판례들을 변경할 의도였으면 전원합의체 판결로 하였어야 했다.

대상판결은 피고들의 점유취득시효 항변에 관하여 판단누락한 채 단지 피고들 명의의 지분이전등기가 실체관계에 부합하는 유효한 등기이므로 원고의 말소등기청구에 응할 수 없다는 피고들의 주장을 배척한

39) 김평우, 앞의 논문, 64쪽; 양창수/권영준, 앞의 책, 110쪽.

원심이 ‘실체관계에 부합하는 유효한 등기’에 관한 법리 오해 또는 그에 관한 항변에 대한 판단유탈이나 이유모순 등의 위법이 없다고 하고 있다. 그러나 원심판결은 위에서 살펴 본 바와 같이 피고들의 초과지분 등기가 동일한 지분에 관하여 이중으로 지분이전등기가 경료되었으므로 먼저 경료된 등기가 원인무효이거나 직전말소될 경우에 해당하지 아니하는 한, 뒤에 경료된 등기는 실체적 권리관계에 부합하는지 여부에 관계없이 무효라고 보아야 할 것이라고만 판단하고 있을 뿐, 피고들이 각 점유하고 있는 특정부분의 대략적인 면적에 해당하는 지분에 관하여 경료받아 보유하고 있는 위 지분등기가 원인무효인 경우라 하더라도 그 취득시효 완성과 동시에 실체관계에 부합하는 유효한 등기라는 주장에 관하여는 침묵하고 있다. 그렇다면 대상판결에서 원심판결이 실체관계에 부합하는 유효한 등기에 관한 법리오해 또는 그에 관한 항변에 대한 판단유탈의 위법이 없다는 이유설시부분은 이중으로 경료된 후순위 지분이전등기가 실체적 권리관계에 부합하는 지에 관계없이 무효라는 판단만에 관한 것으로 이해되어야 할 것이고, 대상판결 역시 판단누락을 하였다는 비난을 받을 수 있다. 이는 원심판결이 다만, 위와 같은 경우에, 이중으로(뒤에)경료된 소유권 또는 지분 이전등기에 대한 말소 청구와는 별개로, 뒤에 소유권 또는 지분 이전등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었음을 이유로 그 부동산에 관하여 먼저 경료된 소유권보존등기 명의자(또는 이에 기초하여 소유권이전등기를 경료한 명의자)를 상대로 소유권 또는 지분 이전등기절차의 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있는지 여부는 별론으로 한다고 하여 피고들의 점유취득시효 항변에 관하여는 판단하지 않겠으니, 별도의 소송으로 하라고 하는 이유설시를 보면 대상판결이 판단누락하고 있음은 명백하다.

그렇다면 대상판결이 민사소송법 제451조 제1항 제9호 재심사유인 판단누락에 해당하는지 여부인데, 상고법원의 판결에 당사자가 상고이

유로 주장한 사항에 대한 구체적·직접적인 판단이 표시되어 있지 않았더라도 판결이유의 전반적인 취지에 비추어 그 주장을 인용하거나 배척하였음을 알 수 있는 정도라면 판단누락이라고 할 수 없고, 설령 실제로 판단을 하지 아니하였다고 하더라도 그 주장이 배척될 경우임이 분명한 때에는 판결 결과에 영향이 없어 판단 누락의 위법이 있다고 할 수 없다⁴⁰⁾고 하고 있으므로, 대상판결이 종전판례인 위 95다53768판결에 비추어 피고들의 점유취득시효항변이 배척될 경우임이 명백하다고 볼 수 없으므로 재심사유가 인정될 수 있을 것으로 보인다. 그러나 재심사유인 ‘판결에 영향을 미친 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때’라고 함은 당사자가 소송상 제출한 공격방어방법으로서 판결에 영향이 있는 것에 대하여 판결 이유 중에 판단을 명시하지 아니한 경우를 말하고, 판단이 있는 이상 그 판단에 이르는 이유가 소상하게 설시되어 있지 아니하거나 당사자의 주장을 배척하는 근거를 일일이 개별적으로 설명하지 아니하더라도 이를 위 법조에서 말하는 판단유탈이라고 할 수 없다⁴¹⁾는 법리에 따르면, 피고들의 점유취득시효항변을 받아들여라고 그들의 원인무효인 후순위지분이전등기가 실체적 권리관계에 부합하여 유효한 등기가 되는지에 관하여 대상판결은 이유에서 ‘피고들 명의의 지분이전등기가 실체관계에 부합하는 유효한 등기이므로 원고의 말소등기청구에 응할 수 없다는 피고들의 주장’이라고 설시하고 있으므로 판단누락이라는 재심사유가 있다고 받아들여질 가능성은 크지 않아 보인다.

(투고일 2014년 4월 29일, 심사(의뢰)일 2014년 5월 19일, 게재확정일 2014년 6월 13일)

주제어 : 구분소유적 공유, 일반적인 공유, 점유취득시효, 초과지분등기, 명의신탁, 실체적 권리관계에 부합하는 등기

40) 대법원 2008. 7. 10. 선고, 2006재다218 판결.

41) 대법원 1998. 2. 24. 선고, 97재다278 판결.

참고문헌

1. 단행본

- 고상룡, 물권법, 법문사, 2002.
곽윤직, 물권법(제7판), 박영사, 2003.
김상용, 물권법(전정판증보), 박문사, 2003.
김용담, 주식민법(제4판) 물권(1), 한국사법행정학회, 2011.
김증한/김한동, 물권법(제9판), 박영사, 2004.
송덕수, 민법강의(상), 박영사, 2004.
양창수/권영준, 권리의 변동과 구제(민법Ⅱ), 박영사, 2011.
이상태, 물권법(8정판), 법원사, 2013.
이영준, 전정신판 물권법, 박영사, 2009.
이은영, 민법 I (제4판), 박영사, 2005.
홍성재, 물권법, 대영문화사, 2006.

2. 논문

- 고의영, “점유로 인한 시효취득과 환지에정지”, 민사판례연구 13, 박영사, 1991, 23-32쪽.
김기동, “환지와 시효취득”, 대법원 판례해설 제27호, 법원도서관, 1997, 96-119쪽.
김평우, “‘실체관계에 부합하는 등기’ 항변의 적격요건”, 저스티스 통권 78호, 한국법 학원, 2004.4, 53-79쪽.
김현용, “구분소유적 공유관계에 있는 토지 중 공유자 일인의 특정구분소유 부분에 관한 점유취득시효가 완성된 후 다른 공유자의 특정구분소유 부분이 다른 사람에게 양도되고 그에 따라

토지전체의 공유지분에 관한 지분이전등기가 경료된 경우, 점유자가 취득시효의 기산점을 임의로 선택하여 주장할 수 있는지 여부”, 대법원 판례해설 제63호, 법원도서관, 2006, 93-108쪽.

박성철, “토지의 일부를 특정매수하고 편의상 그 토지전체에 대한 공유지분이전등기를 한 경우와 명의신탁관계”, 대법원 판례해설 제11호, 법원도서관, 1990, 291-199쪽.

서정우, “토지의 구분소유적 공유”, 사법논집 제4집, 법원행정처, 1973, 103-132쪽.

양호승, “중복으로 경료된 소유권이전등기의 효력”, 대법원 판례해설 제31호, 법원 도서관, 1999, 9-15쪽.

이종찬, “일필의 토지의 일부에 대한 취득시효요건으로서의 점유”, 대법원 판례해설 제11호, 법원도서관, 1990, 173-180쪽.

홍성재, “민법 중요 사례문제 제2문 구분소유적 공유”, 고시계 제54권 제8호(통권 630호), 2009, 38-55쪽.

[Abstract]

Acquiring Ownership by Possession in Specific Part of the Jointly Owned Estate at Believing Partitioned Co-Ownership

Bong-Joo Hong*

Article 5 clause 1 of the Registration of real estate act provides that except as otherwise provided for by any act, the order of priority for rights registered with regard to the same real estate shall be in accordance with the order of registration. Clause 2 of the above same article states that the order of registration shall be, from among registration forms, in accordance with the priority number for registration field in the same district.

If an estate is owned jointly by two or more persons in proportion to their own shares, the estate shall belong to co-ownership. The co-owners may make use of or take the profits from, in proportion to their own shares, the whole of the article owned jointly.

In a registry, one form shall be used for one lot of land. If someone owns the specific part of one lot of land, he shall subdivide that estate.

Without subdivision of land, specific parts of such land are owned by specific owners in interior otherwise in exterior they register their own shares.

In the above mentioned partitioned co-ownership, a person who has for twenty years peaceably and openly held possession of the specific part of the jointly owned estate with an intention to own it, shall acquire the

* Professor, Law School of Konkuk University

ownership.

Key Words : Partitioned Co-Ownership, Co-Ownership, Acquiring Ownership
by Possession, Double Registration of the shares of the
Co-owners, Title Trust, True Registration with flaws in Procedure