

지적도상의 경계와 현실경계가 상위한 토지의 소유권범위

A Study on the Range of Landownership in Case of the Existence of Difference between Map-based Land Boundary and Actual-based Land Boundary

신 국 미*

Shin, Gook-Mi

목 차

- | | |
|---------------------------------|----------------------|
| I. 문제제기 | III. 판례 법리의 타당성 검토 |
| II. 1969년의 대법원판결과 이후의 판례 법리의 형성 | IV. 지적재조사법에서의 경계설정기준 |
| | V. 결론 |

토지의 경계를 둘러싼 법적 분쟁은 토지를 소유한 개인의 사유재산권이 적절히 구현되지 못한다는 데에 근본적인 문제가 있다. 본 연구는 도상경계와 현실경계가 상위한 토지의 경계분쟁 시 토지소유권범위를 확정하기 위한 경계설정기준에 관해 살펴보았다. 이에 관해 명문의 규정이 없는 우리민법 하에서 대법원판례는 도상경계가 원칙적인 기준이 되며 예외적인 경우에 현실경계가 그 기준이 된다는 것이 일관된 입장이다.

한편 전 국토에 산재해 있는 지적불부합지를 정리하기 위해 2012년 3월 17일부터 시행되고 있는 지적재조사에 관한 특별법은 토지의 경계에 관해 제14조 제1항에서 지상경계에 대해 다툼이 없으면 현실경계, 다툼이 있으면 ‘등록할 때의 측량기록을 조사한 경계’에 의하도록 하고 있다. 이 글은 “도상경계 원칙, 현실경계 예외”라는 판례의 법리를 검토함으로써 토지의 경계설정기준과 그 순위를 정한 지적재조사에 관한 특별법 제14조의 해석 및 적용상의 문제점은 없는지 그 타당성을 살펴보았다.

[주제어] 지적재조사에 관한 특별법, 도상경계, 현실경계, 경계설정기준, 지적불부합지

투고일 : 2015. 12. 31. / 심사의뢰일 : 2016. 1. 26. / 게재확정일 : 2016. 2. 12.

* 청주대학교 지적학과 부교수/ 법학박사

Cheongju University, Department of Land Management, Associate Professor

I. 문제제기

토지의 경계를 둘러싼 법적 분쟁은 토지를 소유한 개인의 사유재산권이 적절히 구현되지 못한다는 데에 근본적인 문제가 있다. 그것은 인접지 소유자간의 경계분쟁 뿐만 아니라 지적도상의 경계가 현실경계와 다르게 표시된 토지가 전전매매 된 경우에 현실경계대로 토지의 소유권을 취득하는지, 지적도상의 경계에 따라 토지의 소유권을 취득하는지 등 매매목적물의 범위확정 문제를 발생시킨다. 전자의 문제에서 비롯되는 사법적 법률관계는 취득시효의 성립여부, 경계를 침범한 건물의 철거소송에 대하여 권리남용인정여부가 문제되며, 후자에서는 일반적으로 토지매매계약에서 매매목적물의 범위, 즉 매매의 대상이 되는 토지소유권의 범위는 당사자의 의사에 의해서 결정되지만 우리민법은 부동산물권변동에 관하여 성립요건주의를 취하고 있기 때문에 지적도상의 경계와 일치하지 않은 현실경계에 따라 소유권이전의 합의를 한 경우에 과연 현실의 경계대로 물권취득을 인정할 수 있는지, 나아가 지적도상의 경계대로 소유권을 취득하지 않은 자가 지적도상의 경계에 따른 토지의 소유권을 타인에게 양도하여 줄 수 있는지가 문제될 수 있다.

지적도상의 경계와 현실경계가 불일치한 토지의 소유권범위 확정에 관하여 1969년의 대법원 판결¹⁾ 이후로 일관된 판례법리가 형성되어 왔다. 즉, 특별한 사정이 없는 한 토지소유권의 범위는 지적도상의 경계에 따를 것을 원칙으로 하고, 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 현실경계를 그 기준으로 한다. 대법원이 이와 같이 원칙적으로는 도상경계를, 예외적으로 현실경계를 취하는 까닭은 부동산물권변동에 관하여 성립요건주의를 취하는 우리민법 하에서 지적공부 내지 그것을 기반으로 한 등기의 법적 효력에 근거한 것으로 보인다.

그러나 전국에 산재해 있는 지적불부합지²⁾를 해소하기 위해 제정된 2012년의 지적재조사에 관한 특별법(이하에서는 이를 ‘지적재조사법’이라고 부른다)에 따르면 이러한 판례의 태도와 달리 현실경계를 원칙으로 하고 있다. 동법 제14조는 “경계설정의 기준”이라는 제목 하에 1. 지상경계에 다툼이 없으면 현실경계 2. 지상경계에 관하여 다툼이

1) 대법원 1969. 5. 27. 선고 69다140 판결.

2) 지적불부합은 광의의 지적불부합과 협의의 지적불부합으로 구분된다. 전자는 토지의 소재·지번·지목·경계·좌표·소유권자 등 그 등록사항 전반에 걸친 내용이 실제 현황과 달리 등록된 경우를 의미하며, 후자는 지적공부상의 경계와 현실경계간의 불일치를 의미한다. 지적불부합이라 함은 통상 후자를 의미한다(신국미, “지적불부합지의 법적 쟁점”, 한국지적정보학회지 제16권 제3호, 한국지적정보학회, 2014, 83쪽).

있으면 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계 3. 지방관습에 의한 경계의 순서로 경계를 설정하도록 규정하고 있다.

이 글에서는 1필지 토지에 있어서 지적도상의 경계(도상경계)와 현실경계가 불일치한 경우에 소유권의 범위는 특별한 사정이 없는 한 도상경계에 따를 것을 원칙으로 한 최초의 대법원판결을 중심으로 이후 전개되어진 학설 및 판례 법리를 살펴보고 이러한 판례 입장의 근거 및 그 타당성을 검토함으로써 지적재조사에 관한 특별법 제14조의 해석 및 적용에 기여하고자 한다.

II. 1969년의 대법원판결과 이후의 판례 법리의 형성

1. 1969년의 2개의 대법원판결

1.1 대법원 1969. 5. 27. 선고 69다140 판결(판례①)

[사실관계]

소외 A는 1952년 국가로부터 귀속재산인 부산시 서대신동 소재 대지 1필지(총평수 441평 5합)를 불하받은 다음, 1953년 9월 8일 소외 B에게 그 중 100평을 위치를 특정하여 매도한 후에 동 부분을 분할하여 소유권이전등기를 해 주었고(소외 B는 목욕탕을 건립하였음). 1954년 6월 18일 이 목욕탕의 대지 동편으로 소외 C에게 60평 2합을 위치를 특정하여 매도한 후에 마찬가지로 분할하여 소유권이전등기를 해 주었으며, 이것을 1960년 10월 10일 피고 Y가 소외 C로 부터 매수하여 소유권이전등기를 받았다. 한편 소외 A는 1954년 10월 30일 원고 X에게 위 토지 중 150평 1합을 위치를 특정하여 매도한 후, 동 부분을 분할하여 소유권이전등기를 하여 주었고(원고는 이 토지위에 구덕교회를 건립하고 주위에 담장을 설치함), 마지막으로 소외 D에게 원고 X소유의 토지 동쪽으로 60평을 매도하였다. 그런데 소외 D가 실제로 측량을 한 결과 20평이 부족하므로 지적도상의 경계에 따라 원고로부터 그의 담장 안에 있는 땅 10평의 인도를 받았다. 그 후 원고도 측량해 본 결과 지적도상 원고의 경계 안에 들어 있는 토지 21평 4합이 피고 Y의 담장 안에 들어 있음을 발견하였다. 이에 원고 X는 피고 Y에 대하여 동대지의 인도 및 판자옥 철거를 청구한 사건이다. 원심³⁾은 본 건 대지를 포함한 위의 각 토지의

매매는 평수의 과다에 불구하고 목적물의 범위를 특정한 매매로서 설사 지적도상의 경계선과 실제의 경계선이 부합되지 아니하더라도 그 매매목적물의 운명에는 영향이 없다고 하여 원고의 청구를 배척하는 한편, 원고는 소외 D가 평수의 부족을 내세워 이미 매매된 원고경계내의 토지 일부를 반환하라고 청구하더라도 특정매매를 이유로 이를 법률적으로 능히 거부할 수 있고 또 실제의 대지에 따른 지적도의 시정도 가능한데 그렇게 하지 않고 소외 D의 반환청구에 응한 것이므로 위 사유는 본 건 판단을 좌우할 수 없다고 판시함으로써 원고의 청구를 기각하였다. 이에 원고가 상고하였으며, 대법원은 원심판결을 파기환송 하였다.

[판결요지]

대법원은 다음의 이유를 들어 원심판결을 파기환송 하였다. 즉 “지적법 제4조, 제5조, 제12조 및 제17조에 의하면 새로이 토지대장에 등록하여야 할 토지는 이를 측량하여 그 경계 및 지적을 정하고, 또 토지를 분할할 때에는 이를 측량하여 각 지번의 토지의 경계 및 지적을 정한 후, 토지대장에는 그 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 및 소유자의 주소와 성명을 등록하고 지적도에는 토지대장에 등록된 토지에 대하여 토지의 소재, 지번, 지목, 경계를 등록하도록 되어 있으므로 어떤 특정 토지가 지적공부(토지대장 및 지적도)에 1필의 토지로 등록이 되었다면 그 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 및 경계는 다른 특별한 사정이 없는 한 이 등록으로써 특정이 되었다고 할 것이고, 따라서 이 토지에 대한 소유권의 범위는 지적공부상의 경계선에 의하여 확정 지어져야 한다.”라고 전제하면서 원고 X와 피고 Y의 소유로 등록되어 있는 각 토지는 모두 지적공부에 그 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 및 경계가 등록이 되어 있고 더욱이 위 각 토지는 1954년 6월 9일 및 1954년 7월 15일에 토지분할에 의한 1필의 토지로 등록이 되어 지적공부상 경계가 정하여 졌고, 원고와 피고는 그 등록이 된 뒤에 각 토지를 매수하였으므로 피고는 원고소유의 토지를 침범하여 점유하고 있다고 판시하였다.

1.2 대법원 1969. 10. 28. 선고 69다889·890 판결(판례②)

[사실관계]

소외A는 충남 아산군 온양읍 온천리에 있는 1필의 토지 위에 여러 채의 집을 짓고

3) 제1심 부산지방법, 제2심 부산지방법원 1968. 12. 26. 선고 68나99 판결.

각 집의 주위에 담장을 쌓아 토지의 경계를 사실상 구획지운 다음에 이를 여러 사람에게 매도하였다. 그 후 위 주택은 전전매매 되어 왔는데, 1947년 분할측량 시에 분할된 각 토지의 경계는 실제로 구분된 토지경계선과 다르게 잘못 측량이 되어 지적도상의 경계와 실제의 경계가 일치하지 않게 되었다. 본 사건은 그 중 하나의 주택을 매수한 원고 X가 지적도상의 경계에 따라 피고 Y에게 원고소유의 토지를 불법점유하고 있다는 것을 이유로 임료상당손해금을 청구한 사건이다. 원심⁴⁾은 원고가 취득한 토지는 지적공부상의 경계선대로가 아니라 실제로 구분된 경계선 내의 토지인데 분할측량이 잘못되었기 때문에 지적도상 피고가 원고의 토지를 점유하고 있는 듯한 결과를 가져왔을 뿐, 원고가 실제로 취득한 현실의 경계선에 따르면 피고는 원고소유의 토지를 점유하고 있지 아니하다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 이에 원고가 상고하였으며, 대법원은 원심판결을 파기환송 하였다.

[판결요지]

대법원은 그 이유로서 위의 69다140판결을 인용하여 “어떤 특정 토지가 지적공부(지적대장 및 지적도)에 1필의 토지로 등록이 되었다면 그 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 및 경계는 다른 특별한 사정이 없는 한 이 등록으로써 특징이 되었다 할 것이고, 따라서 이 토지에 대한 소유권의 범위는 지적공부상의 경계선에 의하여 확정되어야 한다.”고 설시한 후, “토지거래의 보통의 경우에는 부동산의 이중매매와 등기의 이론상 실제의 경계를 주장할 수 없음은 당연하며, 지적공부의 기재에 따라 확정되는 지번, 지목, 지적 및 경계에 의하여 확정되는 토지를 거래의 대상으로 하는 것이라고 봄이 상당하고, 다만 모든 전득자들이 모조리 지적공부상 확정된 토지를 매매할 의사가 아니고 사실상의 경계선대로의 토지를 매매할 의사로 매매한 사실이 인정되는 경우에는 현실의 경계선에 따른 토지를 매매한 것으로 볼 수 있는데, 원심은 본 건 토지의 당초 분할측량이 실제로 구분된 경계선과 다르게 잘못 측량되었다는 사실만을 확정하고 본 건 토지의 전득자들이 지적도표시와 다른 현실의 경계선대로의 토지를 매매하였는가의 여부의 점을 확정하지도 아니한 채 현실의 경계에 따라 원고의 소유권의 범위를 인정한 것은 채증법칙 내지 심리미진의 위법을 저질렀다.”고 판시하면서, 원심판결을 파기하였다.

4) 대전지방법원 1969. 4. 16. 선고 68나89·88 판결.

1.3 소결

위 판결은 지적도상의 경계와 현실의 경계가 서로 일치하지 않은 경우에 각 필지의 토지소유권의 범위는 무엇을 기준으로 정해지는가 하는 문제에 대해 원칙적으로 지적도상의 경계가 그 기준이 된다는 것을 인정한 최초의 대법원판결이다. 이것을 계기로 지적도상의 경계와 현실의 경계가 일치하지 않은 경우에 특별한 사정이 없는 한 지적도상의 경계(도상경계)에 따른다고 하는 원칙이 마련되었으며 이후의 판례들이 모두 이를 따르고 있다.⁵⁾

69다140판결에서 대법원은 원심이 토지의 현실경계와 지적도상의 경계가 부합하지 않더라도 특정물매매임을 들어 매매목적물의 운명에는 영향을 미치지 않으므로 오히려 지적도를 정정하는 것이 타당하다고 하여 원고의 청구를 기각한데 대하여, “어떤 특정토지가 지적공부(지적대장 및 지적도)에 1필의 토지로 등록이 되었다면 그 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 및 경계는 다른 특별한 사정이 없는 한 이 등록으로써 특정이 되었다 할 것이고, 따라서 이 토지에 대한 소유권의 범위는 지적공부상의 경계선에 의하여 확정되어야 한다.”라는 법리에 따라 도상경계에 의할 것을 판시하였다.

원심이 토지의 경계를 매매목적물의 관점에서 그 범위를 확정하고자 한 데 대하여 대법원은 토지의 경계를 지적법에 기초한 지적공부의 법적 효력(소유권범위에 대한 공식적 기능과 추정력)의 관점에서 파악하였다. 대법원의 이러한 법리는 이후의 판례에서도 일관되게 인용됨으로써 하나의 판례 법리를 형성하였다.

69다140판결은 도상경계원칙과 그 법리상의 논거를 처음으로 제시하였다는 점에서 의미가 있으며, 이에 대해 69다889·890판결은 69다140판결에서 언급하지 않았던 “예외적으로 현실경계가 인정되는 특별한 사정”을 구체적으로 언급하였다는 점에서 의미가 있다. 즉 “① 당초 분할측량이 실제의 경계와 달리 잘못 측량되었다는 사실 이외에 ② 토지의 소유권을 전득한 자들이 전부 지적공부상 확정된 토지를 매매할 의사가 아니고 사실상의 경계선대로의 토지를 매매할 의사로 매매한 사실이 인정되는 경우에 현실의 경계선에 따라 토지를 매매한 것으로 볼 수 있다.”고 함으로써 현실경계가 인정되는 특별한 사정에 대해서 i) 기술적인 착오에 의해 지적도의 작성이 잘못되었을 뿐만 아니

5) 대법원 1982. 6. 8. 선고 81다611 판결; 대법원 1986. 10. 14. 선고 84다카490 판결; 대법원 1996. 2. 9. 선고 95다2333 판결; 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다54761 판결; 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다37699 판결; 대법원 2007. 1. 11. 선고 2004다23523 판결; 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다72066 판결 등.

라 ii) 전전매매 되는 토지의 전득자 모두가 지적도상의 경계가 아니라 현실경계대로 매매하였을 것이라는 두 요건 모두를 구비할 것을 제시하였다. 이후 판결은 이에 따라 현실경계가 인정되는 특별한 사정을 i) 기술상의 착오에 의해 지적도가 잘못 작성된 경우와 ii) 전전매매 되는 매매당사자들이 모두 현실경계에 따라 매매할 의사를 가진 경우로 이해하고 있다.

또한 동 판결은 지적공부상의 경계를 기준으로 삼는 근거에 대해서도 69다140판결과 같이 지적법상의 규정을 언급하는 이외에 “토지거래의 보통의 경우에는 토지의 실제의 경계를 주장할 수 없을 것임은 부동산 이중매매와 등기의 이론상 당연하다”고 하는 법리를 추가적으로 제시하였다. 이는 의사주의를 취했던 의용민법에서와 달리, 형식주의를 취하는 현행 민법 하에서 등기가 강조되면서 사실상의 경계(현실경계)보다는 지적도상의 경계를 존중한 것으로 보인다. 성립요건주의를 취하는 현행 민법 하에서 지적도가 매매목적물 전체를 포함하지 않는 경우에는 지적도에 포함되지 않은 토지의 일부에 대해서는 소유권이전의 합의를 하였으나 아직 등기되지 않은 것으로 보아 물권변동이 일어나지 않는 것으로 이해한 것이다.⁶⁾ 반대의 경우, 즉 지적도가 매매목적물의 범위를 초과하는 경우에는 원인 없는 무효의 등기가 될 것이다.

그러나 등기는 부동산의 권리관계를 표상하는 것으로서 등기부에 기재된 사실상태는 등기가 표상하는 것이 아니므로 매매목적물인 부동산 자체에 대하여 이전등기가 경료된 이상 토지의 일부가 지적도의 표시에서 빠져 있다 하더라도 그 부동산에 대한 이전등기는 행해진 것이므로 위 판례이론은 사고의 오류에서 비롯된 것이라는 견해⁷⁾가 있다. 자세한 내용은 III에서 후술하기로 한다.

요컨대 도상경계와 현실경계가 상위한 경우에 토지소유권의 범위에 관한 1969년의 2개의 대법원판결로부터 다음과 같은 판례법리가 마련되었다.

첫째, 지적도상의 경계와 현실경계가 일치하지 않은 경우에 1필지 토지소유권의 범위는 원칙적으로 지적도상의 경계에 따르고, 예외적으로 특별한 사정이 있는 경우에는 현실경계에 따른다. 둘째, 현실경계가 인정되는 특별한 사정이란 i) 측량기술상의 착오로 지적도 자체가 잘못 작성되었을 뿐만 아니라 ii) 경계분쟁이 있는 양 토지의 소유권을 전득한 모든 자들이 현실경계대로 토지를 매매할 의사가 있는 경우를 말한다.

6) 김학동, “지적공부상의 경계와 현실경계가 상위한 경우에 관한 판례”, 판례월보 304호, 판례월보사, 1996.1, 10쪽.

7) 제철웅, “지적도상의 경계가 소유권양도의 합의에서와 달리 작성된 경우의 법률관계”, 판례월보 298호, 판례월보사, 1995.7, 25쪽; 김학동, 앞의 논문, 10쪽.

2. 1969년 이후의 판례의 전개

1969년 이후의 대법원 판결은 현실경계와 지적도상의 경계가 상위한 경우에 토지소유권의 범위는 원칙적으로 지적도상의 경계가 기준이 되고, 예외적으로 i) 잘못된 측량 등 기술적인 착오에 의해 지적도의 작성이 잘못되었을 뿐만 아니라 ii) 전전매매 되는 토지의 전득자 모두가 지적도상의 경계가 아니라 현실경계대로 매매할 의사가 있었던 경우에는 현실경계가 기준이 된다는 기본 입장에는 큰 변화가 없다.⁸⁾

다만 72다1900판결⁹⁾은 현실경계가 인정되는 특별한 사정에 대하여 “지적도를 작성함에 있어서 그 기지점을 잘못 선택하는 등 기술적 착오로 말미암아 지적도상의 경계선이 진실한 경계선과 다르게 작성된 경우에는 그 잘못된 지적도상의 경계에 따를 것이 아니라 진실한 현실의 경계를 존중하여야 한다.”라고 함으로써, 69다889·890판결에서 특별한 사정의 판단기준으로서 제시한 i)요건과 ii)요건 중에서 i)요건의 충족만으로 현실경계대로 토지소유권의 범위를 인정하였다. 이는 69다889·890판결에 비해 특별한 사정의 판단기준을 완화한 것으로서, 69다889·890판결에서는 원고와 피고가 경계분쟁이 있는 양 토지의 전득자에 해당하나, 72다1900판결에서의 원고와 피고는 전득자가 아니므로 ii)요건인 “경계분쟁이 있는 양 토지의 소유권을 전득한 모든 자들이 현실경계대로 토지를 매매하였을 것”이라는 ‘당사자의 의사’에 관한 요건은 처음부터 적용될 여지가 없기 때문인 것으로 보인다.

그러나 대법원은 72다1900판결 이후로 “지적법에 의하여 어떤 토지가 지적공부에 1필지의 토지로 등록된다면 그 토지는 특별한 사정이 없는 한 등록으로써 특정되므로 지적도를 작성함에 있어서 기술적인 착오로 말미암아 지적도상의 경계선이 진실한 경계선과 다르게 작성되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 토지소유권의 범위는 현실의 경계에 관계없이 지적공부상의 경계에 의하여 확정되어야 한다.”¹⁰⁾라고 함으로써, 경우에 따라 현실경계가 인정되는 특별한 사정에 대하여 2가지 요건을 모두 요구하는 것이 아니라, 기술상의 착오에 의하여 지적도가 잘못 작성된 경우에는 현실경계대로 매매하였을 것이라는 ‘당사자의 의사’ 없이도 현실경계대로의 소유권범위를 확정하였다.

1969년의 판결 이후, 대법원은 현실경계와 도상경계가 상위한 토지의 소유권 범위는

8) 대법원 1991. 2. 22. 선고 90다12977 판결; 대법원 1992. 1. 21. 선고 91다32961, 32978판결.

9) 대법원 1974. 10. 8. 선고 72다1900 판결.

10) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다72066 판결; 대법원 1996. 2. 9. 선고 95다2333 판결; 대법원 1996. 4. 13. 선고 92다52887 판결; 대법원 1975. 11. 11. 선고 75다1080,1081 판결 등.

지적도상의 경계가 원칙이라는 기본입장에서는 변화가 없지만, 예외적으로 현실경계가 인정되는 특별한 사정에 대해서는 첫째, i) 기술상의 착오에 의해 지적도의 작성이 잘못되었을 뿐만 아니라 ii) 전전매매 되는 토지의 전득자 모두가 지적도상의 경계가 아니라 현실경계대로 매매할 의사를 가졌을 것(당사자의 의사)이라고 하는 두 요건 모두를 요구하는 입장¹¹⁾과 둘째, 하나의 요건, 즉 i) 기술상의 착오에 의한 잘못된 지적도의 작성이 있는 경우¹²⁾만으로 충분하다는 2가지 입장으로 나뉘어진다. 더욱이 전자의 입장에서 전전매매 되는 토지의 전득자들 모두가 지적도상의 경계가 아니라 현실경계대로 매매할 의사를 가졌을 것이라고 하는 의사의 존재여부에 대해서도 i) 요건만 갖추고 있다면 현실경계대로 매매할 의사가 있었음을 추정하는가 하면,¹³⁾ 한편 이를 엄격하게 해석하여 토지의 매매당사자가 그 토지의 현실경계가 지적공부의 경계와 다르다는 것을 ‘알면서’ 현실경계에 따라 매매목적물을 특정하여 매매한 경우에만 현실경계에 의한다는 당사자의 의사가 존재하는 것으로 보고, 현실경계와 도상경계가 상이한 것을 ‘모르는’ 상태에서 당사자가 현실경계를 토지의 경계로 알고 매매한 경우에는 현실경계에 따른 당사자의 의사를 부인함으로써¹⁴⁾ 그 기준이 모호하다.

이와 같이 1969년 이후의 대법원 판결의 특징적인 모습은 ‘특별한 사정’에 대한 판단 기준의 변화에서 찾아 볼 수 있다. 그러나 현실경계와 도상경계가 상위한 토지에 대한 경계분쟁 사안에서 이와 같이 다른 2개의 판단기준을 적용하는 것이 타당한지는 의문이다. 이하에서는 현실경계가 인정되는 ‘특별한 사정’에 대한 판단기준과 관련된 몇몇 판례를 살펴보기로 한다.

11) 대법원 1993. 5. 11. 선고 94다48918, 48925 판결; 대법원 1986. 10. 14. 선고 84다카490 판결.

12) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다72066 판결; 대법원 1996. 2. 9. 선고 95다2333 판결; 대법원 1996. 4. 13. 선고 92다52887 판결; 대법원 1975. 11. 11. 선고 75다1080,1081 판결; 대법원 1974. 10. 8. 선고 72다1900 판결 등.

13) 대법원 1986. 10. 14. 선고 84다카490 판결; 대법원 1988. 4. 27. 선고 86다카2924 판결.

14) 대법원 1993. 5. 11. 선고 94다48918, 48925 판결; 대법원 2015. 5. 28. 선고 2015다5514 판결.

2.1. 잘못된 지적도의 작성만을 요건으로 하는 경우¹⁵⁾

2.1.1 대법원 1974. 10. 8. 선고 72다1900 판결(판례③)

[사실관계]

원고 X의 소유인 경남 진주시 망경동 146-17에 소재하는 토지와 피고 Y가 점유하고 있는 그 인접토지와의 사이에는 육안으로 식별할 수 있는 탕자나무 울타리, 브로크 담, 작은 하천 등으로 구획된 경계선이 현실로 통용되고 있었으나, 지적도 작성과정의 착오로 위 경계선 밖에 있는 피고 점유토지의 일부가 지적도상 원고의 소유로 등록되어 있었다. 이에 원고는 지적도상의 경계를 기초로 하여 피고를 상대로 위 점유토지부분의 인도를 청구하였다. 원심은 원고 소유토지와 피고 점유토지와의 경계는 현실의 경계선대로인데 지적도를 작성함에 있어서 그 기지점의 선택을 잘못하여 진실한 경계선보다 서쪽으로 옮겨진 탓에 지적도상 피고가 원고소유토지의 일부를 불법점유하고 있는 듯이 보이나 실제로는 피고가 점유하고 있는 부분은 원고소유의 토지의 범위 밖에 있다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 이에 원고가 상고하였으나, 대법원도 이를 기각하였다.

[판결요지]

대법원은 원심과 마찬가지로 지적도를 작성함에 있어서 그 기지점을 잘못 선택하는 등 기술적 착오로 말미암아 지적도상의 경계선이 진실한 경계선과 다르게 작성된 경우에는 그 잘못된 지적도상의 경계에 따를 것이 아니라 진실한 현실의 경계를 존중하여야 한다고 판시하면서 원고의 상고를 기각하였다.

2.1.2 대법원 1975. 11. 11. 선고 75다1080,1081 판결(판례④)

[사실관계]

소외 A가 1954년경 등기부상 1필지이던 대구시 중구 봉산동 소재 답 242평을 매수한 후 그 지상에 부지를 적당히 안배하여 주택 5동을 건립하고 각 주택의 경계에는 담장을

15) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다72066 판결; 대법원 1996. 2. 9. 선고 95다2333 판결; 대법원 1996. 4. 13. 선고 92다52887 판결; 대법원 1975. 11. 11. 선고 75다1080,1081 판결; 대법원 1974. 10. 8. 선고 72다1900 판결 등이 있다.

설치하여 그 담장 내를 각 주택의 대지로 사실상 구획지운 다음, 그 주택(대지포함)을 각각 피고 Y1과 소외 B, C, D, E 등에게 1동씩 매도하였다. 그리고 각 매수인에게 각 해당대지에 대한 소유권을 이전함에 있어서 마땅히 그 면적과 부위를 실측 확정하여 등기부상 분필등기를 한 다음 각 매수인의 단독명의로 소유권이전등기를 하여 주어야 함에도 불구하고 각 주택의 대지를 실측하지 아니한 채 어림잡아 각 해당대지를 할당하여 소유권이전등기를 종료한 관계로 실제의 경계인 담장내의 면적과 지적도상의 경계에 따른 지적이 각각 상이하였다. 그 후 원고 X는 소외 D로부터, 피고 Y2는 소외 B로부터 각각 5동의 건물 중, 하나씩을 매수하였는데, 소외 A가 처음 건축 당시 담장을 세워 경계로 삼은 상태 그대로 이를 매수하였으며, 나머지 건물 3동도 모두 처음의 경계인 담장으로 구획되어 있는 그대로 전전매매되어 위 주택 5동의 부지는 모두 현재 등기부상 타인명으로 되어 있는 인접대지의 일부를 서로 침범하거나 침범당하고 있는 실정이었다.

원고 X는 피고 Y1과 Y2 등을 상대로 하여 원고소유명으로 등기되어 있는 토지의 지적도를 기초로 하여 피고 등 소유의 건물이 위 원고소유의 토지의 일부를 침범하여 건립되어 있다는 이유로 위 침범건물부분의 철거 등을 소구하였고, 이에 대하여 피고 등은 반소로서 원고와 피고들은 모두 위 담장으로 둘러싸인 상태대로 각 대지를 매수하였으므로 피고 등 소유의 건물이 서 있는 담장 안의 대지의 일부에 관하여 원고명의로 소유권이전등기가 되어 있다면 그 등기는 원고가 실제로 매수하지 아니한 부분에 관한 것으로서 실체관계에 부합하지 않는 무효의 등기라는 이유로 위 부분에 관한 원고명의로의 소유권이전등기의 말소절차의 이행을 청구하였다. 원심¹⁶⁾은 피고 Y1·Y2의 주택이 차지하고 있는 원고소유명으로 등기되어 있는 토지부분은 비록 현재 원고의 명의로 소유권이전등기가 되어 있다고 하더라도 이는 토지분할을 잘못된 결과이고 원고가 그 주택으로 전전취득한 매매목적물에 포함된 것은 아니므로 원고의 소유가 아니다. 따라서 이 부분에 관한 원고명의로의 소유권이전등기는 그 원인이 없는 무효의 등기라고 판시하여 원고의 본소 청구를 기각하고 피고의 반소청구를 인용하였다.

[판결요지]

대법원은 이러한 원심의 사실인정과 법률판단은 모두 정당하다고 하여 원고의 상고를 기각하였다.

16) 대구지방법원 1975. 5. 12. 선고 74나239 판결.

2.2 잘못된 지적도의 작성뿐만 아니라 당사자의 의사를 요건으로 하는 경우¹⁷⁾

2.2.1 대법원 1986. 10. 14. 선고 84다카490 판결(판례⑤)

[사실관계]

소외 A는 1963년 경 그가 소유하던 서대문구 홍은동 10의 16, 17 및 그 일대 20필지의 토지에 대하여 택지를 조성한 후 이를 매도하기로 하였고 지형에 따라 사실상의 경계를 마련하고 그 경계에 따라 축대를 쌓아 택지조성을 마친 후 매매를 하였다. 그런데 1964년 2월 11일경 서울시에서 지적공부를 작성함에 있어서 기지측량을 하지 않고 도면상으로만 어림잡아 분할한 나머지 지적도상의 경계와 사실상의 경계가 일치하지 않게 되었다. 그럼에도 위의 각 택지는 축대를 경계로 삼은 특정부분이 매매의 목적물로 되어 전전매도 되었고 계약당사자들도 지적도상의 지적, 경계에 관계없이 외형상의 경계를 목적물의 범위로 생각하였다. 그 후 홍은동 10의 17 토지는 원고 X가, 홍은동 10의 16 토지는 피고 Y1이 이를 취득하여 그 위에 건물을 지은 후, 그 중 일부를 피고 Y2, Y3에게 임대하였다. 그런데 원고가 이를 측량해 본 결과 피고 Y1의 건물 중 피고 Y2, Y3의 점유부분을 포함한 대부분이 지적도상의 홍은동 10의 17 토지 위에 세워진 것을 발견하였다. 이에 원고는 피고들을 상대로 건물철거 및 명도청구를 하였다. 원심에서 원고의 청구를 인용하여 피고들이 상고한 사건이다.

[판결요지]

대법원은 다음의 이유를 들어 원심판결을 파기하였다. “지적법 제3조 내지 제7조 및 제15조 내지 제20조의 여러 규정으로 보아 어떤 특정한 토지가 지적공부에 1필의 토지로 등록되었다면 그 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 및 경계는 다른 특별한 사정이 없는 한 이 등록으로써 특정되었다고 할 것이므로 그 토지의 소유권의 범위는 지적공부상의 경계에 의하여 확정되어야 할 것이나 지적도를 작성함에 있어서 그 기지점을 잘못 선택하는 등 기술적 착오로 말미암아 지적도상의 경계선이 진실한 경계선과 다르게 작성되었다던가, 1필지의 토지위에 수동의 건물을 짓고 건물의 경계에 담장을 설치하여 각 건물의

17) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2015다5514 판결; 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004다71522·71539 판결; 대법원 1993. 5. 11. 선고 94다48918, 48925 판결; 대법원 1986. 10. 14. 선고 84다카490 판결; 대법원 1969. 10. 28. 선고 69다889·890 판결 등이 있다.

부지로 사실상 구획지어 매도하였는데 어림잡아 그 분필등기를 하였기 때문에 위치와 지적이 실제의 것과 일치하지 않게 되었으나 그 부지들이 전전매도 되면서도 매매당사자들이 사실상의 경계대로의 토지를 매매할 의사를 가지고 거래한 경우 등과 같이 당사자가 사실상의 경계를 매매목적물의 범위로 삼은 특별한 사정이 있는 때에는 그 토지의 경계는 실제의 경계에 의하여야 할 것이다”라고 판시하면서 사실상의 경계대로 토지를 매매한 사실이 있는지의 여부 등 특별한 사정의 유무에 관하여 심리판단을 하여야 함에도 불구하고 이를 다하지 않아 위법을 저질렀으므로 파기환송 하였다.

2.2.2 대법원 1993. 5. 11. 선고 94다48918, 48925 판결(판례⑥)

[사실관계]

소외 A는 그의 소유인 울산시 중구 화봉동 971-2 답 641평 중 일부를 특정하여 소외 B에게 매도하였고, 1954년경 나머지 토지 중 일부를 다시 특정하여 그 지상의 주택과 함께 피고 Y에게 매도하였으며, Y는 당시의 흙담장과 배수로를 경계로 하여 현재까지 점유해 오고 있다. 1957년경 A가 토지분할신청을 하여 A, B, 피고 Y의 점유상태에 기하여 분할이 이루어져 분필등기를 하였고, 그 후 A의 상속인으로부터 원고 X가 A의 토지 및 그 지상의 주택을 매수하면서 담장이 설치된 경계현황대로 매수하였다. 그런데 그 후 1988년경 출입통로관계로 측량을 해 본 결과 지적도상의 경계와 현실의 경계가 일치하지 않음을 발견하게 되었다. 원고 X는 지적도상의 경계에 따라 자신의 토지를 침범하고 있는 피고 Y에게 건물의 철거 및 소유권이전등기를 청구하였다.

원심은 현실경계를 기준으로 문제된 토지부분은 피고 Y의 소유라는 전제하에서 원고 X명의로 등기는 명의신탁등기라고 하고 원고는 명의수탁자의 지위에 있으므로¹⁸⁾ 피고 Y에 대하여 소유권을 주장할 수 없다고 함으로써 기각하였다. 이에 원고가 패소하여 상고한 사건이다.

[판결요지]

대법원은 다음의 이유를 들어 원심판결을 파기하였다. 즉 “지적도상의 경계표시가 분할측량의 잘못 등으로 사실상의 경계와 다르게 표시되었다 하여도 그 매매당사자가

18) 지적도상의 경계를 넘은 토지의 소유를 인정하기 위하여 명의신탁이론을 제기한 판례로는 대법원 1996.

7. 30. 선고 94다30324 판결이 있다.

지적공부에 의하여 소유권의 범위가 확정된 토지를 매매할 의사가 아니고 사실상의 경계대로의 토지를 매매할 의사를 가지고 매매한 사실이 인정되는 등 특별한 사정이 없는 한, 사실상의 경계와 관계없이 지적공부에 기재된 지번, 지목, 지적 및 경계에 의하여 소유권의 범위가 확정된 토지를 매매한 것으로 보아야 할 것이고 그 매매당사자가 그 토지의 실제의 경계가 지적공부상의 경계와 상이한 것을 모르는 상태에서 당시 실제의 경계를 대지의 경계로 알고 매매하였다고 해서 매매당사자들이 지적공부상의 경계를 떠나 현실의 경계에 따라 매매목적물을 특정하여 매매한 것이라고 볼 수는 없다¹⁹⁾라고 판시하면서¹⁹⁾ 사실관계를 보면 피고 Y가 위 토지를 매매할 당시 Y나 A의 상속인(매도인)은 공부상의 경계 및 지적과 현실의 그것과 불일치함을 모르고 있다가 1988년경 출입통로 관계로 측량을 해 보고서야 비로소 그 불일치를 알게 되었는데, 그러한 사실만으로는 X가 위 대지를 매수할 당시 사실상의 경계대로 토지를 매매할 의사로 매매하였다고 인정할 수는 없다고 하여 지적도상의 경계가 소유권의 범위가 된다고 하면서 원심을 파기하였다.

3. 판례의 정리

이상 언급한 6개의 판례들은 대부분 토지분할과정 중에 잘못된 측량에 의하여 사실상의 경계와 지적도상의 경계가 불일치하게 된 상태에서 전전매매 되었고, 나중에 이러한 불일치를 알게 된 원고가 지적도상의 경계에 따라 피고에게 경계를 침범한 토지부분에 대한 반환청구 및 건물철거청구, 불법점유에 대한 부당이득반환 등을 청구한 사건으로, 토지소유권의 범위를 묻는 사안이다.

이 경우에 대법원은 원칙적으로 지적도상의 경계에 따르도록 하고, 예외적으로 i) 잘못된 기지점의 선택 등 측량방법상의 기술적 착오로 지적도 자체가 잘못 작성되었다거나 ii) 경계분쟁이 있는 양 토지의 소유권을 전득한 모든 자들이 현실경계대로 토지를 매매하였을 것이라는 특별한 사정이 있는 경우에는 현실경계에 따르도록 하고 있다.

따라서 현실경계대로 매매하려는 당사자의 의사가 존재하지 않거나 측량기술상의 오류에 의해 지적도상의 경계가 잘못되지 않았다면 일단 도상경계로 추정되며, 증명책임은 현실경계를 주장하는 당사자에게 있다.²⁰⁾ 이러한 기준에 따라 판례 ①은 도상경계

19) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2015다5514 판결도 같은 취지이다.

20) 대법원 1998. 2. 24. 선고 96다54263 판결.

에 의할 것을, 판례③, ④는 현실경계대로 토지소유권의 범위를 인정하였다.

그러나 판례②와 ⑥은 지적도 자체가 잘못 작성되었음에도 불구하고, 경계분쟁이 있는 양 토지를 전득한 모든 자들이 현실경계대로 매매하려는 의사가 없었다는 것을 이유로 도상경계대로 토지소유권을 인정한 반면, 판례⑤는 경계분쟁이 있는 양 토지를 전득한 모든 자들이 현실경계대로 매매하려는 의사가 존재한다고 보아 현실경계에 따르도록 판시하였다. 유사한 사안임에도 불구하고 상이한 결과를 도출하고 있는데 이것은 경계분쟁이 있는 양 토지의 소유권을 전득한 모든 자들이 사실상의 경계대로 토지를 매매할 의사가 있어야 한다는 기준, 즉 현실경계대로 매매하려는 ‘당사자의 의사’의 존재여부에 관한 판단기준 때문이다.

경계분쟁이 있는 양 토지의 소유권을 전득한 모든 자들이 현실경계대로 토지를 매매할 의사가 있었는지 여부에 관해, 판례⑥에서는 매매당사자들이 지적도상의 경계와 사실상의 경계가 일치하지 않다는 것을 모르는 상태에서 사실상의 경계를 토지의 경계로 알고 매매하였기 때문에 현실의 경계에 따라 매매한 것이 아니라고 한 반면,²¹⁾ 판례⑤는 매매당사자들이 지적도상의 경계와 현실경계의 불일치를 알았는지, 몰랐는지 여부를 묻지 않고, 계약당사자들이 현실경계대로 매수할 의사를 가졌음을 인정하고 있다.²²⁾ 양 사안 모두 “① 토지분할과정 중에 잘못된 측량으로 인해 사실상의 경계와 지적도상의 경계가 일치하지 않게 되었다는 점 ② 분할된 토지는 전전매매 되어 현재 원고와 피고의 소유로 되었는데 원고와 피고는 각각 토지를 현실경계대로 매수하였다는 점 ③ 그 후 도상경계와 현실경계의 불일치를 알게 된 원고가 도상경계에 따라 피고가 침범한 토지부분에 대해 반환청구 및 건물철거청구를 하였다는 점”에서는 동일하다. 그럼에도 불구하고 판례⑤는 현실경계대로, 판례⑥은 도상경계대로 토지소유권의 범위를 인정하고 있다.

그렇다면 대법원은 현실경계대로 토지를 매매할 의사가 존재하는지 여부를 어떻게 판단하고 있는가? 이에 대해 판례의 태도가 확고한 것은 아니지만, 판례⑥처럼 매매당사

21) “그 매매당사자가 그 토지의 실제의 경계가 지적공부상의 경계와 상이한 것을 모르는 상태에서 당시 실제의 경계를 대지의 경계로 알고 매매하였다고 해서 매매당사자들이 지적공부상의 경계를 떠나 현실의 경계에 따라 매매목적물을 특정하여 매매한 것이라고 볼 수는 없다”(대법원 1986. 10. 14. 선고 84다카490 판결). 같은 취지의 판결로 대법원 2015. 5. 28. 선고 2015다5514 판결이 있다.

22) “1필지의 토지위에 수동의 건물을 짓고 건물의 경계에 담장을 설치하여 각 건물의 부지로 사실상 구획지어 매도하였는데 어렵잡아 그 분필등기를 하였기 때문에 위치와 지적이 실제의 것과 일치하지 않게 되었으나 그 부지들이 전전매매 되면서 매매당사자들이 사실상의 경계대로의 토지를 매매할 의사를 가지고 거래한 경우 등과 같이 당사자가 사실상의 경계를 매매목적물의 범위로 삼은 특별한 사정이 있는 때에는 그 토지의 경계는 실제의 경계에 의하여야 할 것이다”(대법원 1993. 5. 11. 선고 94다48918, 48925 판결).

자들이 현실경계와 도상경계의 불일치를 알고도 현실경계대로 매매한 경우에만 (현실경계대로의) 당사자의 의사의 존재를 인정하는가 하면²³⁾ 토지분할의 시기와 매매의 시기의 선후에 따라 현실경계대로 매매할 의사가 있었는지 여부를 판단하고 있는 경우도 있다.²⁴⁾

전자의 경우 판례는 전전매매 되는 토지의 매매당사자들이 지적도상의 경계와 현실경계의 불일치를 ‘알면서’ 현실경계에 따라 매매한 경우에만 현실경계대로 토지소유권을 취득할 수 있고, 이를 ‘모르는’ 상태에서 현실경계를 토지의 경계로 알고 매매한 경우에는 현실경계에 따라 매매한 것이 아니므로 토지소유권의 범위는 현실경계에 의하지 않는다고 한다. 이와 같은 판례의 태도는 매수인이 도상경계와 현실경계의 불일치를 모르고 토지를 매수한 경우에는 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있음을 고려한 것으로 생각된다. 도상경계와 현실경계의 불일치를 모르고 현실경계대로 토지매매계약을 체결한 매수인이 민법 제109조에 따라 착오를 이유로 계약을 취소한다면 토지소유권을 취득할 수 없기 때문이다. 그러나 “토지매매계약을 체결하는 매수인이 지적공부를 확인하지 않은 것은 중대한 과실에 해당 하”²⁵⁾기 때문에 이 경우에 매수인은 민법 제109조에 따라 계약을 취소할 수 없다. 따라서 현실경계와 도상경계의 불일치에 관한 매수인의 지(知)·부지(不知)에 관계없이 토지의 전득자들은 언제나 현실경계대로 토지소유권을 취득할 수 있기 때문에 이를 추가적인 판단기준으로 삼는 것은 적절치 않다. 무엇보다도 이와 같은 판례의 견해는 토지소유자가 제3자에 대해 자신의 토지 소유권범위를 주장하기 위해 토지매매계약당시의 당사자들의 의사가 무엇이었는가를 탐구하는 것이 타당한가 하는 근본적인 의문을 지을 수 없다. 자세한 내용은 III장에서 후술하기로 한다.

후자에서는 판례①에서처럼 토지분할이 먼저 되고 그 이후에 매매(분필등기 후 매매)가 이루어진 경우에는 매매당사자가 지적도상의 경계대로 매매할 의사가 있는 것으로 본 반면, 판례④, ⑤에서처럼 1필지 토지위에 수동의 건물을 짓고 경계를 정하여 매도한 후에 분필등기(매매 후 분필등기)를 한 경우에는 현실의 경계대로 매매하려는 당사자의 의사의 존재를 인정하고 있다. 그러나 판례②와 ⑥처럼 매매 후 분필등기가 이루어졌음에도 불구하고 현실경계대로 매매하려는 당사자의 의사가 부존재한 것으로 판단한 경우도 있기 때문에 이러한 표지가 적절한 판단기준이 되는지는 의문이다.²⁶⁾

23) 대법원 1986. 10. 14. 선고 84다카490 판결; 대법원 2015. 5. 28. 선고 2015다5514 판결.

24) 정동윤, “현실의 경계와 지적도상의 경계가 상위한 경우의 법률관계”, 민사재판의 제문제 제1권, 한국사법행정학회, 1976, 13쪽; 이재홍, “지적도상의 경계와 외형상의 경계가 다른 경우의 매매목적물범위의 특정”, 민사판례연구 제10집, 민사판례연구회, 1988, 96쪽.

25) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다40356·40363 판결.

그렇다면 대법원이 도상경계 원칙에 대한 예외로서 현실경계가 인정되는 ‘특별한 사정’으로, 잘못된 지적도의 작성뿐만 아니라 당사자의 의사를 기준으로 삼은 이유는 무엇일까. 이하에서는 이와 같이 “도상경계 원칙”과 “현실경계 예외”의 판단기준을 도출한 판례 법리의 타당성과 ‘당사자 의사’의 요건에 관해 검토하고자 한다.

III. 판례 법리의 타당성 검토

1. 판례 법리의 근거: 지적도에 부여되는 법적 효력

1969년의 대법원 판결이후로 판례가 일관되게 도상경계를 원칙으로 삼는 근거는 “지적법²⁷⁾에 의하여 어떤 토지가 지적공부에 1필의 토지로 등록이 되었다면 그 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 및 경계는 다른 특별한 사정이 없는 한 이 등록으로써 특징이 되었다고 할 것이고, 따라서 이 토지에 대한 소유권의 범위는 현실경계와 관계없이 지적공부상의 경계선에 의하여 확정 지어져야 한다.”²⁸⁾라는 것이다.

이와 같이 대법원이 지적공부에 등록함으로써 1필 토지가 특정되면 그 범위로 소유권의 범위도 확정된다고 하는 것은 우리민법이 부동산물권변동에 있어서 형식주의를 취한 것과 관련이 있다. 69다889·890 판결에서 “토지거래의 보통의 경우에는 토지의 실제의 경계를 주장할 수 없을 것임은 부동산 이중매매와 등기의 이론상 당연하다”고 언급한 것도 같은 맥락이다.

주지하다시피 우리 민법은 등기를 부동산물권변동의 성립요건으로 삼고 있다. 따라서 당사자가 소유권이전의 합의를 하고 인도를 하였다 하더라도 등기하지 않으면 물권변동의 효력이 없다(민법 제186조). 이 때 당사자가 물권변동의 목적으로 삼은 부동산과 등기 부상의 부동산이 일치하는 것이 물권변동을 가능하게 하는 등기의 전제임은 물론이다.

물권변동의 객체가 되는 토지는 1필지로서, 그 필지의 지번, 지목, 경계 또는 좌표와 면적을 정하여 그것을 지적공부²⁹⁾에 등록하여야 하고(공간정보의 구축 및 관리 등에

26) 이재홍, 앞의 논문, 96쪽; 김학동, 앞의 논문, 15쪽. 이와 같이 상이한 취급을 한 판결로서 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다52887 판결과 대법원 1991. 6. 14. 선고 90다10346·10353 판결 등을 들 수 있다.

27) 구 지적법은 폐지되어 현재 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률로 변경되었다.

28) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다72066 판결; 대법원 1996. 2. 9. 선고 95다2333 판결; 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다54761 판결 등.

관한 법률 제64조 제1항), 지적공부에 등록된 1필 토지만이 비로소 거래의 객체가 되는 것이다. 그리고 이러한 1필지는 분할하여 소유권이 이전되기도 하는데, 이 경우에는 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률에 따라 분필하여, 그 경계와 면적을 정한 다음 분필등기를 하고 그 분필된 토지에 대해 소유권이전등기를 하여야 한다.

이와 같이 지적공부에 등록함으로써 특정된 토지가 등기부의 표제부에 기재되며, 등기부의 표제부의 토지의 표시에 관한 사항은 지적공부를 기초로 한다.³⁰⁾ 따라서 등기부 기재에 인정되는 추정력은 원칙적으로 지적공부에도 동일하게 적용된다³¹⁾고 할 것이다. 특히 지적도의 경계에 관해서는 그것이 부동산물권의 객체를 특정 짓기 때문에 그러한 추정력이 인정된다고 할 것이다.³²⁾

그러나 이에 대해 등기의 추정력이 미치는 범위는 부동산의 권리관계에 한정되고 등기부에 기재된 사실관계에 대해서는 등기의 추정력이 미치지 않는다는 견해³³⁾가 있

29) 지적공부란 토지에 관한 기본적인 사항을 표시하는 장부로서, 토지대장, 임야대장, 공유지연명부, 대지권등록부, 지적도, 임야도 및 경계점적표등록부 등을 통하여 조사된 토지의 표시와 해당 토지의 소유자 등을 기록한 대장 및 도면(정보처리시스템을 통하여 기록·저장된 것을 포함한다)을 말한다(공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률 제2조 제19호). 여기서 토지대장과 임야대장이란 토지의 소재, 지번, 지목, 면적과 소유자의 성명 또는 명칭, 주소 및 주민등록번호 등을 등록하여 두는 장부를 말하며(동법 제71조 제1항), 공유지연명부란 토지나 임야의 소유자가 2인 이상일 때 그 토지에 관한 사항과 소유권의 지분을 함께 등록하는 장부를 의미한다(동법 제71조 제2항). 또한 대지권등록부란 토지대장이나 임야대장에 등록된 토지가 부동산등기법에 의하여 대지권등기가 된 때 토지에 관한 사항과 아울러 대지권비율을 등록하는 장부를 말하며(동법 제71조 제3항), 지적도·임야도란 1필 토지의 경계를 나타내는 지도를 말한다. 지적공부는 모두 지적측량을 통하여 작성된 지적도를 기초로 등록되는 것이므로 결국 지적공부는 지적도를 기초로 하여 작성되는 것이다.

30) 이에 따라 등기부의 내용과 지적공부의 내용이 일치하지 않을 때에는 소유권의 객체가 되는 부동산의 표시에 관한 사항은 지적공부가 기준이 된다. 판례도 “토지는 지적관련법이 정하는 바에 따라 분필절차를 거치지 않는 한 1개의 토지로서 등기의 목적이 될 수 없고, 설사 등기부에만 분필의 등기가 되어 있다 하더라도 분필의 효과는 발생하지 않는다.”고 한다(대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카25208 판결; 대법원 1995. 6. 16. 선고 94다4615 판결).

31) 제철웅, 앞의 논문, 24쪽; 이근우, “토지의 경계와 매매목적물의 범위”, 대법원판례해설 제26호, 1996, 218쪽.

32) 그러나 지목과 면적에 대해서는 그러한 추정력이 인정되지 않는다. 그 이유로서 지목은 자연현상에 의해 변화될 수 있는 가변적인 것이고 또 경계가 진실한 것이라고 추정된다면 그것으로 충분하고 면적까지 추정된다고 할 필요는 없으며, 면적도 추정된다고 하는 경우에는 경계와 모순되는 결과를 가져올 수 있기 때문이다(제철웅, 앞의 논문, 24쪽) 대법원 2005. 12. 23. 선고 2004다1691 판결도 같은 취지이다. 동 판결에서는 “토지등기부의 표제부에 토지의 면적이 실재와 다르게 등기된 경우에 물권의 객체인 1필 토지의 공간적 범위를 특정 하는 것은 지적도나 임야도의 경계이지 등기부의 표제부나 임야대장 토지대장에 등재된 면적이 아니므로 토지등기부의 표제부에 토지의 면적이 실재와 다르게 등재되어 있다 하여도 이러한 등기는 해당 토지를 표상하는 등기로서 유효하다”고 판시하였다. 독일민법도 면적이나 그 밖의 토지의 성상에 대해서는 등기부기재가 진실한 것으로 추정되지 않지만, 경계에 관해서는 등기의 추정력을 인정하고 있다(Horber, Grundbuchordnung 16.Aufl), S. 25f; Soergel/Stümer, §891 Rn 8). 다만 이때의 표제부의 기재가 행정청의 지적에 일치시켜 기재된 것일 때에만 진정한 것으로 추정 받는다.

다. 이 견해에 따르면 등기는 부동산의 권리관계를 표상하는 것으로서 등기부에 기재된 사실상태는 등기가 표상하는 것이 아니므로 매매목적물인 부동산 자체에 대하여 이전등기가 경료된 이상 토지의 일부가 지적도의 표시에서 빠져 있다 하더라도 그 부동산에 대한 이전등기는 행해진 것이므로³⁴⁾ 유효하다고 한다.

이 견해는 토지를 매매목적물의 관점에서 파악하여 소유권이전등기가 행해진 이상, 부동산표시가 잘못 기재되어 있다하더라도 지적공부 내지 부동산의 사실상태에 관한 등기의 추정력은 부인되므로, 해당토지에 대한 소유자명의를 등기가 경료 되었다면 그 토지에 대한 소유권취득은 유효하다고 한다.

그러나 이 때 물건변동을 가능하게 하는 등기는 매매당사자가 물건변동의 목적으로 삼은 부동산과 등기부상의 부동산이 일치할 것임을 전제로 한다.

이 견해는 이를 간과한 것으로 보인다. 여기에서 지적도의 경계와 현실경계가 상위한 토지의 매매에 있어서 소유권이전등기가 행해진 이상 언제나 유효한 소유권취득이 인정되는 것이 아니라, 매매대상인 토지가 지적도상의 경계표시가 된 토지와 동일성이 인정되는 한에서만 소유권취득이 인정되는 것이다. 따라서 이 경우에는 매매목적물인 토지에 대해 객체의 동일성이 인정되는지 여부를 먼저 판단하여야 할 것이다. 매매목적물인 토지가 지적도의 표시와 달리 기재된 경우에 객체에 대한 동일성이 인정되지 않는다면 당해 토지에 대한 소유권취득은 부인될 것이고, 객체의 동일성이 인정된다면 어느 범위에서 유효성을 인정할 것인가는 의사표시 해석의 문제로서 해결될 것이므로 일부 누락되어 있다하더라도 소유권 취득이 부인되는 것은 아니기 때문이다. 따라서 매매목적물인 토지가 지적도의 표시에서 일부 누락되어 있다면 이 문제는 매매목적물인 객체에 대한 동일성의 문제로 해결하면 될 것이다. 그럼에도 불구하고 이 견해는 지적공부 내지 등기의 추정력을 부인하는 것으로써 이를 설명하고 있다. 그러나 이러한 설명은 유효한 물건변동이기 위해서는 매매당사자가 물건변동의 목적으로 삼은 부동산과 등기부상의 부동산이 일치하여야 한다는 전제를 간과한 것으로 논리적 모순이 있다.

생각건대 등기부 표제부와 지적공부의 기재에 추정력이 인정되지 않는 것은 권리관계에 관한 사항이므로 부동산의 물리적 사실상태에 대해서는 추정력이 인정된다고 할 것이다. 이미 언급한 바와 같이 토지의 경계는 지적도에만 표시되고, 경계의 기재에 대해 등기의 추정력이 인정되므로 이와 일치하지 않는 공부상의 면적은 유효하지 않다는

33) 김학동, 앞의 논문, 11-12쪽.

34) 제철웅, 앞의 논문, 25쪽; 김학동, 앞의 논문, 10쪽.

것이 판례의 입장이다.³⁵⁾

요컨대 등기처럼 절차의 엄격성과 국가에 의한 관리가 행해지는 공적 장부인 지적도에 대하여 사실상의 추정력이 인정된다고 할 것이다. 지적공부의 추정력이 인정되지 않는 것은 소유자명의 즉 권리관계에 관한 추정력이므로 부동산의 표시에 관한 사항에 대해서는 지적공부에 추정력이 인정되며,³⁶⁾ 대법원 판례가 일관되게 도상경계를 원칙으로 하는 것은 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률에 의해 규율 받는 공적 장부인 지적도의 경계에 의해 1필지 소유권의 범위는 특정되고, 지적도상의 경계에 관해서는 진실한 경계라는 추정력이 인정되기 때문이다.

이와 같이 지적도의 경계는 진실한 것으로 추정되기 때문에 등기명의인은 지적도의 경계대로 소유권을 취득한 것으로 추정 받는다. 나아가 토지거래의 당사자가 합의한 매매목적물의 범위에 대해서도 지적도의 경계대로 그 범위를 정하였을 것이라는 ‘당사자의 의사’도 추정된다.³⁷⁾

다만 이와 같은 추정은 사실상의 추정에 그치며,³⁸⁾ 반증이 나타나면 그러한 추정은 번복될 것이다. 따라서 판례가 예외적으로 i) 현실경계를 기준으로 분할하였으나 측량 기술상의 착오로 또는 잘못된 기지점의 선택 등으로 지적도가 잘못 작성되었거나 ii) 전전매매 된 토지의 전득자들 모두 현실경계에 따를 것을 의도한 경우에는 도상경계의 추정은 깨지므로 현실경계가 그 기준이 된다고 한 것도 바로 이러한 의미에서 일 것이다. 즉 지적도의 작성 자체가 측량기술상의 착오로 잘못 작성된 경우에는 지적도의 경계가 진실한 경계라는 추정은 깨지며, 매매당사자들의 의사가 현실경계에 따를 것을 의도한 경우에도 이러한 도상경계가 진실한 경계라는 추정은 깨지므로 현실경계를 그 기준으로 삼은 것이다.

그러나 ii) 전전매매 되는 1필 토지의 전득자들이 모두 현실경계에 따를 것을 의도한

35) 대법원 2005. 12. 23. 선고 2004다1691 판결. 동 판결은 “토지등기부의 표제부에 토지의 면적이 실재와 다르게 등기된 경우에 물권의 객체인 1필 토지의 공간적 범위를 특정 하는 것은 지적도나 임야도의 경계이지 등기부의 표제부나 임야대장 토지대장에 등재된 면적이 아니므로 토지등기부의 표제부에 토지의 면적이 실재와 다르게 등재되어 있다 하여도 이러한 등기는 해당 토지를 표상하는 등기로서 유효하다”고 판시하였다.

36) 다만 지적공부의 토지표시사항과 등기부의 토지표시사항이 상이한 경우에는 지적공부가 우선시된다(곽윤직/김재형, 물권법(8판), 박영사, 2015, 78쪽).

37) 이근우, 앞의 논문, 219쪽; 대법원 1993. 11. 9. 선고 93다22845 판결. 이 판결에서는 “지적공부에 의하여 확정된 지번·지목·지적·경계선대로의 토지를 대상으로 하여 거래함이 통상의 사례”라고 한다.

38) 제철웅, 앞의 논문, 29쪽; 이철규, “토지상의 경계에 관한 분쟁의 법적 해결방안”, 재판과 판례 제7집, 대구판례연구회, 1998, 157쪽, 주11)).

경우에 과연 지적도의 경계가 진실한 경계라는 추정은 깨지는 것일까. 왜냐하면 현실경계대로 토지를 매매하고자 한 당사자의 의사는 거래의 대상이 되는 토지 즉, 매매목적물의 범위에 관한 것이다. 이에 반해 1필 토지의 경계는 공적으로 설정·인증된 것으로서 사인이 임의대로 처분할 수 없는 지번의 경계이다. 지번의 경계는 공적으로 설정·인증된 것이기 때문에 사인이 경계의 위치에 관하여 화해를 하여도 무효이다.³⁹⁾

생각건대 도상경계가 아니라 현실경계대로 매매하였을 것이라는 당사자의 의사는 매매목적물의 범위에 관한 문제이다. 따라서 i) 현실경계를 기준으로 분할하였으나 측량기술상의 착오로 지적도가 잘못 작성된 경우에 한하여 지적도상의 경계가 진실한 경계라는 추정은 깨진다고 보아야 하며 ii) 요건은 매매목적물로서의 토지소유권의 범위의 확정과 관련된 문제로 파악하여야 할 것이다. 우리판례 및 학설은 인접지간의 소유권범위에 관한 경계확정문제와 매매목적물인 토지소유권의 범위 확정문제를 구별하지 않는 것으로 보인다.

2. 현실경계가 인정되는 특별한 사정으로서 ‘당사자의 의사’

판례가 ii) 요건, 즉 당사자의 의사를 요건으로 하는 것은 부동산물권변동에 있어서 성립요건주의를 취하는 현행 민법 하에서 소유권이전합의와 등기를 갖추어야 만이 토지에 대한 소유권을 취득하기 때문이다. 왜냐하면 1필 토지의 도상경계와 현실경계가 일치하지 않아서 경계분쟁이 있는 인접지간에 토지 소유권 범위를 확정하기 위해서는 분쟁당사자인 원고와 피고가 자신의 토지가 정당한 권원에 의해 취득되었다는 것을 주장할 터인데, 이 경우에 토지소유자가 자기 토지의 소유권범위가 지적도상의 경계가 아니라 현실경계라는 것을 주장하기 위해서는 당해 토지를 전득한 모든 자들이 현실경계대로 매수하였고, 지적도상의 경계는 부실등기임을 증명하여야 하기 때문이다. 판례도 이러

39) 박태신, “토지경계확정소송에 관한 고찰”, 연세법학연구 제7집 제2권, 연세법학연구회, 2000, 273쪽. 대법원 판례도 “토지는 인위적으로 구획된 일정범위의 지면에 사회관념상 정당한 이익이 있는 범위내에서 그 상하를 포함하는 것으로서 토지의 개수는 지적법에 의한 지적공부상의 필수 분계선에 의하여 결정되는 것이고 어떤 토지가 지적공부상 1필의 토지로 등록되면 그 지적공부상의 경계가 현실의 경계와 다르다 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 그 경계는 지적공부상의 등록, 즉 지적도상의 경계에 의하여 특정되므로 이러한 의미에서 토지의 경계는 공적으로 설정·인증된 지번과 지번과의 경계선을 가리키는 것이고 단순히 사법관계에 있어서 소유권의 한계선과는 그 본질을 달리하는 것으로서 경계확정소송의 대상이 되는 경계란 공적으로 설정·인증된 지번과 지번과의 경계선을 가리키는 것이고, 사적인 소유권의 한계선을 가리키는 것은 아니다”라고 판시하고 있다(대법원 1997. 7. 8. 선고 96다36517 판결).

한 입장에서 현실경계를 인정하기 위한 특별한 사정으로서 전전매매 된 토지의 소유자들이 모두 현실경계대로 매매목적물을 특정하였을 것임을 요구한 것이라고 생각된다. 물론 이 경우에 현실경계대로 토지소유권을 인정하기 위해서는 객체의 동일성이 있을 것을 전제로 한다.

그러나 1필 토지의 도상경계와 현실경계가 일치하지 않아 인접지 간에 발생한 경계분쟁은 인접지 소유자간의 문제인 반면, 현실경계대로 매수할 의사의 존부를 묻는 것은 매매목적물의 범위에 관한 문제로서 매도인과 매수인간의 문제이다. 현실경계대로 토지소유권범위를 확정하기 위해 ii) 전전매매 되는 당사자들이 토지를 현실경계대로 매수하였을 것이라는 당사자 의사에 관한 요건은 도상경계와 현실경계가 상위한 토지의 매매계약에서 매매목적물의 범위에 관해 매도인과 매수인간에 다툼이 있는 경우에 법률해석론으로서는 수궁이 가지만, 판례의 사안처럼 지적도상의 경계와 현실경계가 상위한 토지와 그 인접지 소유자간에 발생하는 경계분쟁에서는 적합한 판단기준이 되지 못한다. 왜냐하면 경계분쟁에서의 원고와 피고는 서로 인접하고 있는 토지의 소유자이지, 매매당사자가 아니기 때문이다. 경계분쟁이 있는 토지 소유자가 각자 자신의 토지를 현실경계대로 매수하였다는 의사를 가지고 토지매매계약의 당사자가 아닌 원고(또는 피고)에게 현실경계대로 토지소유권의 범위를 주장할 수 있는지는 의문이다.

그럼에도 불구하고 판례의 ii) 요건은 매매목적물의 범위확정문제와 1필 토지소유권의 범위확정문제를 착종한 것으로 생각된다. 매매목적물의 범위에 관한 문제는 매매당사자인 매도인과 매수인간의 의사표시 해석의 문제이다. 일반적으로 토지매매계약에서 매매목적물의 범위 즉 매매의 대상이 되는 토지소유권의 범위는 당사자의 의사에 의해서 결정되므로, 계약당사자의 의사를 탐구하는 것이 중요할 것이다. 이 경우에 지적도상의 경계와 현실경계가 상위한 토지를 매수한 매수인은 착오에 의한 의사표시로서 매매를 취소하거나, 매도인의 하자담보책임을 물을 수 있을 것이다.

생각건대 토지소유권의 범위를 묻는 경계분쟁사안에서 이를 해결하기 위한 기준으로서 경계분쟁의 대상이 되는 토지를 전전매매한 전득자들의 의사를 기준으로 하는 것은 매매목적물에 대한 당사자간의 의사표시 해석문제이지, 토지의 소유권을 취득한 매수인이 제3자(인접지소유자)에 대해 자신의 토지소유권 범위를 주장하는 것과는 별개의 문제이다. 즉 제3자(인접지소유자)에게 토지소유권의 범위를 주장하는 것은 등기의 추정력의 문제이다. III. 1에서 언급한 바와 같이 1필 토지의 공간적 범위에 대해서는 지적도상의 경계에 그러한 추정력이 인정된다. 따라서 토지소유권의 범위를 묻는 경계분쟁사안에서

ii) 요건은 경계설정기준이 되지 못한다.

뿐만 아니라, ii) 요건에 따라 현실경계를 주장하기 위하여 전전매매 된 토지의 전득자들 모두가 현실경계대로 토지를 매매할 의사였음을 증명하는 것은 물리적으로 불가능하다. 앞서 언급한 판례의 사안처럼 오랜 시간이 경과된 후에 이전의 토지 전득자들 모두의 의사를 전부 확인하는 것은 불가능하기 때문이다.

판례는 토지의 ‘전득자들 모두’가 현실경계대로 토지를 매수할 의사가 존재하였을 것을 요구하고 있는데 가령, 인접한 X토지와 Y토지 간에 경계분쟁이 발생한 경우에 X토지는 A→B→C→D에게 순차매도 되어 현재 E가 소유자이고, Y토지는 갑→을→병→정에게 순차매도 되어 현재 무가 소유자라면 X토지에 대해서는 A→B, B→C, C→D, D→E간, Y토지에 대해서는 갑→을, 을→병, 병→정, 정→무의 의사 전부가 현실경계대로 매수할 의사를 요구하는지, 그 범위도 명확하지 않다. 무엇보다도 경계분쟁이 있는 양 토지를 전득한 모든 자들이 현실경계대로 매매할 의사가 있었을 것과 같이 내심적 의사를 현실경계를 인정하기 위한 판단기준으로 삼는 것은 이미 살펴본 바와 같이 유사한 사안에서조차 상이한 결과를 초래하기 때문에 그 유효성을 상실한다.

3. 토지의 경계와 매매목적물의 범위

이상 살펴본 바와 같이 경계분쟁사안에서 도상경계와 현실경계가 상위한 1필 토지의 소유권의 범위와 매매목적물의 범위는 구분하여 판단하여야 한다. 그러나 판례는 이를 구분하지 않고 판시함으로써 유사한 사안임에도 불구하고 다른 판결을 하고 있다. 대법원 판례가 도상경계 원칙에 대한 예외로서 현실경계가 인정되는 특별한 사정에 대하여 ii) 전전매매 되는 토지의 전득자들 전부가 현실경계대로 매수하였을 것이라는 ‘당사자 의사’의 요건은 1필의 토지가 매매대상이 된 경우에 그 매매목적물의 범위확정에 관한 문제로 해결하여야 할 것이다. 매매목적물의 범위는 매매당사자인 매도인과 매수인 간의 의사표시 해석에 따라 결정된다. 일반적으로 토지매매계약에서 매매목적물의 범위 즉 매매의 대상이 되는 토지소유권의 범위는 당사자의 의사표시에 의해 결정되므로, 계약당사자의 의사를 탐구하는 것이 중요할 것이다. 가령 도상경계와 현실경계가 상위한 토지에 대해 매도인과 매수인이 현실경계대로 매매하기로 합의하였다면 토지소유권의 범위는 현실경계대로 확정될 것이다.

다만 물권변동에서 성립요건주의를 취하는 현행 민법 하에서 지적도의 경계가 매매목

적물 전체를 포괄하지 않는 경우 지적도에 포함되지 않은 토지부분은 소유권이전의 합의를 하였더라도 아직 등기되지 않은 것으로 보아야 한다.⁴⁰⁾ 대법원 1985. 5. 14. 선고 84다카941판결도 이러한 취지의 판결이다.⁴¹⁾ 반면에 지적도의 경계가 현실의 경계 즉 소유권이전 합의의 범위를 초과하는 경우에는 그 초과부분의 등기는 무효의 등기라고 하여야 할 것이다. 왜냐하면 소유권이전의 합의 없이 경료 된 1필지 전제에 대한 등기가 무효라면 그러한 합의 없이 1필지의 일부에 대하여 등기가 경료 된 경우에도 그 등기는 무효인 등기라고 하여야 하기 때문이다.

문제는 지적도의 경계대로 소유권을 취득하지 않은 자가 지적도의 경계에 따른 토지의 소유권을 양도할 수 있는가이다. 등기의 공신력을 인정하지 않는 우리 민법 하에서는 등기의 내용을 이루는 지적도에 대해서도 공신력을 인정해서는 안 될 것이다. 즉 당사자가 양도하기로 합의한 범위(현실경계)를 초과한 토지가 지적공부에 등록되어 있다 하더라도 그것만으로는 초과된 부분에 대한 원소유자의 소유권이 상실되지 않을 뿐만 아니라 그것이 다시 전전양도 된 경우에도 그 소유권은 원소유자에게 남아있다고 보아야 할 것이다. 바꾸어 말하면 현실경계보다 도상경계의 범위가 더 넓은 1필 토지의 양도과정에서 제1양도 이후의 전전양도 시에 당사자들이 지적도의 경계대로 소유권을 이전하기로 합의하였다고 해도 제1양도에서 그 부분에 대한 소유권이전합의가 없는 한 그 후의 양수인들이 전부 지적도의 경계대로 소유권을 이전, 취득하려고 하여도 그 소유권을 취득할 수 없다. 이는 부실등기를 신뢰하여 거래한 경우와 같기 때문이다.⁴²⁾

따라서 현실경계대로 소유권이전의 합의가 있었다고 하더라도 종국엔 소유권이전합의 내용과 등기의 내용(도상경계)이 다르기 때문에 토지소유권의 범위를 확정하는 것은

40) 김학동, 앞의 논문, 10쪽.

41) 대법원 1985. 5. 14. 선고 84다카941 판결. A는 1940.7.16. 자신 소유인 충남 아산군 둔포면 염작리 소재 임야 2정 8단 3무보를 그 전부터 동, 서로 나 있는 소로를 경계로 남(1정 4단 9무보), 북(1정 4단 4무보)의 2필지로 분할하였다. 그런데 지적공무원의 잘못으로 임야대장원도상 경계선이 현실경계선(소로)보다 북쪽으로 그어져 소로 북쪽 토지 중 3단 9무보가 임야대장원도상 남쪽의 필지에 속하게 되었다. 이러한 상태에서 위 북쪽 토지는 B, C를 거쳐 1949.11.19. D가 소유권이전등기를 마쳤다. 원고는 그의 상속인으로서 위 남쪽 토지를 그대로 소유하고 있던 A의 상속인인 피고를 상대로 경계가 상위한 토지부분 3단 9무보에 관한 소유권확인을 청구하였다. 대법원은 원고의 청구를 인용한 원심을 파기환송하면서 설사 B, C, D가 사실상의 경계대로 매수하였다고 하더라도 그들 앞으로 경료 된 소유권이전등기는 지적공부에 의해 지적, 경계가 확정된 임야만의 소유권을 표창하는 등기일 뿐이므로 지적공부상 위 필지에서 제외된 계쟁임야 3단 9무보에 대한 소유권까지를 표창하는 등기라고 볼 수 없을 것이므로 민법의 형식주의 물권변동이론상 위 계쟁부분 임야의 소유권을 주장할 수 없다고 판시하였다.

42) 이근우, 앞의 논문, 220쪽.

부동산물권변동의 일반론에 따라 해결하여야 할 것이다. 즉 등기된 양(도상경계)이 소유권이전합의의 양(현실경계)보다 많을 경우에는 소유권이전합의의 한도만큼 효력이 있고 그 반대의 경우에는 민법 제137조의 일부무효의 법리에 따라 해결하는 것이 통설적 견해이다.⁴³⁾

IV. 지적재조사법에서의 경계설정기준

1. 지적재조사법 제14조의 규정내용

지적재조사법이 2012년 3월 17일부터 시행됨에 따라, 일제에 의해 1910년부터 시행된 토지조사사업 이후 100여년 만에 전 국토에 대한 지적재조사사업이 시행되게 되었다. 그동안 100여 년 전에 작성된 지적공부로 인해 지적공부상의 경계와 현실경계가 일치하지 않는 지적불부합지가 전 국토에 다소 발생하여⁴⁴⁾ 토지소유권에 관한 법적 분쟁이 끊이지 않았다. 지적재조사사업의 목적은 이와 같은 지적불부합지의 정리에 1차적 목적이 있다.

이러한 관점에서 볼 때 지적재조사법 제14조는 지적재조사 사업의 핵심규정이라고 할 수 있다. 왜냐하면 지적재조사사업의 목적이 지적불부합지의 정리에 있기 때문에 이를 해결하기 위한 경계설정기준은 지적재조사 사업의 성패를 좌우하는 중요한 요소이기 때문이다.

지적재조사법 제14조 제1항은 “지적소관청은 다음 각 호의 순위로 지적재조사를 위한 경계를 설정하여야 한다. 1. 지상경계에 대하여 다툼이 없는 경우 토지소유자가 점유하는 토지의 현실경계 2. 지상경계에 관하여 다툼이 있는 경우 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계 3. 지방관습에 의한 경계”라고 규정하고 있다. 이에 따르면 지적재조사사업을 위하여 토지의 경계는 지상경계에 대해 다툼이 없는 경우에는 현실경계, 다툼이 있는 경우에는 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계, 위 1호, 2호에도 불구하고 경계를 정할 수

43) 김준호, 물권법, 법문사, 2014, 59쪽.

44) 현재 전국도의 15%정도가 지적불부합지에 해당하는데, 15%정도로 추산되는 지적불부합지란 10필지 이상이 집단적으로 지적불부합지인 경우를 의미하며 개별필지단위로 지적불부합지를 산정하게 되면 거의 전 국토가 지적불부합지라고 해도 과언이 아니다(국토해양부, 지적선진화계획, 2011; 임형택, “지적재조사에 관한 경계 설정기준에 관한 연구”, 민사법학 제66호, 한국민사법학회, 2014, 619쪽).

없는 경우에는 마지막으로 관습에 의한 경계가 그 기준이 된다. 그리고 이러한 지적재조사법 제14조 제1항의 경계설정순위에도 불구하고 동조 제2항에서는 당사자 간에 경계에 관하여 합의가 있는 경우에는 합의에 의한 경계가 우선한다고 함으로써 합의경계를 우선시키고 있다. 따라서 토지의 경계를 설정함에 있어서 원칙적으로 현실경계가 1순위이지만 예외적으로 당사자의 합의가 있는 경우에는 합의경계가 가장 우선한다.

이와 같은 지적재조사법 제14조의 규정을 적용함에 있어서 가장 문제가 되는 것은 ‘지상경계에 관한 다툼의 존부’이다. 왜냐하면 지상경계에 관하여 다툼이 없는 경우에는 현실경계가 그 기준이 되지만 다툼이 있는 경우에는 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계가 그 기준이 되기 때문이다. 그렇다면 규정의 해석상 ‘지상경계에 관하여 다툼이 없는 경우’란 무엇인가. 또한 동법 제14조 제1항에서 경계설정기준으로 삼고 있는 경계의 종류 중에서 제2호 ‘등록할 때의 측량기록을 조사한 경계’가 의미하는 바가 무엇인지도 문제된다.⁴⁵⁾

2.1 ‘등록할 때의 측량기록을 조사한 경계’의 의미

지적재조사법 제14조 제1항 제2호의 ‘등록할 때의 측량기록을 조사한 경계’라 함은 경계복원측량방법에 의해 설정된 경계를 의미한다.

경계복원측량이란 인접지 소유자간의 경계분쟁이 있는 경우에 지적도상의 경계가 지상의 어느 위치에 해당하는가를 확인하기 위한 수단으로서, 지적도상의 경계를 지상에 복원하기 위하여 행하는 측량이다.⁴⁶⁾ 대법원은 “경계 침범여부가 문제로 되어 지적도상의 경계를 실지에 복원하기 위하여 행하는 경계복원측량은 등록할 당시의 측량방법과 동일한 방법으로 하여야 하므로, 첫째, 등록당시의 측량방법에 의하고 둘째, 측량 당시의 기준점을 기준으로 하여야 하며, 비록 등록 당시의 측량방법이나 기술이 발전하지 못하여 정확성이 없다 하더라도 경계복원측량을 함에 있어서는 등록 당시의 측량방법에 의하여야 하는 것이지, 보다 정밀한 측량방법이 있다 하여 곧바로 그 방법에 의하여

45) 지적재조사법 제14조에서의 경계의 종류 및 그 의의에 관한 자세한 내용은 신국미, “지적재조사에 관한 특별법 제14조의 경계설정기준에 관한 연구”, 한국지적학회지 31권 3호, 한국지적학회, 2015, 112-114쪽 참조.

46) 대법원 1998. 3. 27. 선고 96다34283 참조. 경계복원측량은 1975.12.31. 구 지적법이 개정되면서 처음으로 구 지적법에 규정되어 지적측량의 하나로 취급되었으며, 개정 이전에는 경계감정측량이라는 용어로 대한지적협회가 측량을 실시하였다. 구 지적법시행령 제45조는 경계복원측량은 반드시 등록당시의 측량방법에 의하도록 하고 있다(이범관/이수창, “경계감정측량에 관한 법적 고찰”, 토지법학 제16호, 한국토지법학회, 2000, 78쪽).

측량할 수 없다⁴⁷⁾라고 판시함으로써 이를 분명히 하고 있다. 결국 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계란 도상경계를 실지에 복원하기 위한 경계복원측량을 하는 경우에 지적도에 등록할 당시의 측량방법에 따라 설정된 경계를 말하는 것으로서 도상경계가 그 기준이 된다는 점에서 사실상 도상경계를 의미한다고 할 것이다.

2.2 지상경계에 관한 다툼의 존부

지상경계에 관한 다툼의 존부를 판단하기 위해서는 첫째 다툼의 대상이 되는 지상경계가 무엇인지, 둘째 어느 시기를 기준으로 다툼의 존부를 판단할 것인지를 확정하여야 한다.

먼저 다툼의 대상이 되는 지상경계란 무엇인가. 학설은 지상경계란 도상경계와 상반되는 경계 개념으로서 토지소유자들이 묵시적으로 인정하는 사실상의 점유경계 내지 현실경계 또는 도상경계를 지표상에 복원하여 표시한 경계를 의미한다고 한다.⁴⁸⁾ 이에 따르면 지상경계의 개념은 중의적이다. 즉 i) 인접하고 있는 토지소유자들이 실제 경계라고 생각하면서 사실상 점유하고 있는 점유경계 내지 현실경계의 의미로 ii) 도상경계를 지표상에 복원하여 표시한 경계(경계복원측량방법에 의한 경계)의 의미로 이해하고 있다. 여기에서 의미하는 지상경계는 전자를 말한다. 왜냐하면 후자의 의미로 이해한다면 그것은 도상경계를 지표상에 복원하여 표시한 경계로서 도상경계와 지상경계가 일치하기 때문에 토지소유자간에 다툼이 발생할 여지가 없기 때문이다. 따라서 특별법 제14조 제1호에서 말하는 지상경계란 토지소유자들이 실제 경계라고 생각하면서 사실상 점유하는 현실경계를 의미한다고 해석함이 타당하다.

둘째, 지상경계에 관한 다툼의 존부를 판단하기 위해서는 어느 시기를 기준으로 그 다툼의 존부를 확정할 것인가가 문제된다. 왜냐하면 지적재조사사업은 <사업지구의 지정→일필지 조사→경계설정→임시경계점표지 설치→지적확정조서 작성→경계결정→(경계결정에 대해 이의제기가 없으면)경계확정>이라는 일련의 과정을 거치게 되는데 위 과정 중, 어느 특정시기를 기준으로 다툼이 부존재하여야 하는지, 전 과정 중에 다툼이

47) 대법원 1995. 4. 21. 선고 94다58490, 58060 판결; 대법원 1997. 2. 14. 선고 96다42451 판결; 대법원 1998. 3. 27. 선고 96다34283 판결; 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다44090 판결; 대법원 2003. 10. 10. 선고 2002다17791 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008다5530 판결 등.

48) 이법관, “취득시효로 인한 도상경계의 설정 연구-지적불합치를 중심으로-”, 한국지적학회지 제16권 제1호, 한국지적학회, 2000, 14쪽; 이성화/윤석준, “토지경계분쟁의 실태와 경계설정방향에 관한 연구”, 부동산학연구 제9집 제1호, 한국부동산분석학회, 2003, 64쪽.

존재하지 않아야 하는지가 문제된다. 먼저 다툼의 부존재가 전과정중에 존재하여야 현실경계가 기준이 된다고 한다면, 현실경계로 지상경계를 설정하기 위해서는 경계확정이 이루어지기까지의 전 과정 중에 다툼이 없어야 하므로 경계확정이 될 때까지 경계설정을 할 수 없다는 모순에 빠지게 된다. 따라서 채택하기 곤란하다. 다음으로 특정시기를 기준으로 다툼이 부존재하여야 하는가에 관해 우선 사업지구로 지정되기 위해서는 토지 소유자 2/3이상의 동의를 얻어야 하므로 이 경우에 동의한 소유자는 다툼이 없는 것으로 이해할 것인지가 문제된다. 여기에서 소유자의 동의는 사업지구의 지정에 관한 동의이지, 경계설정에 대한 동의는 아니므로 해당되지 않는다.

생각건대 지상경계에 관한 다툼의 존부를 판단하는 것은 경계설정과 관련되어 있으므로 경계설정시를 기준으로 하여야 할 것이다. 경계설정시를 기준으로 현재 점유하고 있는 지표상의 경계에 관해 당사자 간에 다툼이 없으면 현실경계, 다툼이 있으면 ‘등록할 때의 측량기록을 조사한 경계’에 의하게 될 것이다.

2.3 다툼의 존부에 따른 경계설정순위의 타당성

지적재조사법 제14조 제1항에 따르면 지상경계에 관한 다툼의 존부에 따라 경계설정 기준과 그 순위가 달라진다. 그러나 실제 지적재조사 사업을 시행함에 있어서는 일반적으로 경계확정을 위해 측량업자가 먼저 현실경계에 따라 경계설정을 하려고 할 것이다. 그리고 이에 대해 토지소유자가 이의를 제기하면 다툼이 있는 것으로 파악하여 특별법 제14조 제1항 제2호에 따라 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계에 의하게 될 것이다. 따라서 지상경계를 설정함에 있어서는 다툼의 존부와 관계없이 우선적으로 현실경계에 의하고, 현실경계에 대해 당사자 간의 다툼이 있는 경우에는 제2호의 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계(도상경계)에 의해 지상경계를 설정하게 되는 것이 일반적인 모습일 것이다.⁴⁹⁾

뿐만 아니라 특별법 제14조 제1항에 따르면 경계를 설정함에 있어서 1순위인 현실경계는 지상경계에 관하여 다툼이 없는 경우에 적용되는 반면, 2순위인 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계(도상경계)는 다툼이 있는 경우에 적용되는데 이 경우에 순위가 존재하는지 의문이다. 왜냐하면 양자는 그 적용요건을 달리하고 있으므로 처음부터 순위라는 것이 성립하지 않기 때문이다. 순위는 동일한 기준을 적용할 때 정해지므로 “다툼의

49) 신국미, 앞의 논문, 116쪽.

존부”에 따라 달리 적용되는 현실경계와 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계는 대등적 지위로서, 동순위로 이해된다. 지적재조사법 제14조 제1항은 체계적 정합성을 상실하며 적용상의 모순점이 있다.⁵⁰⁾

따라서 특별법 제14조 제1항 제1호, 제2호의 ‘지상경계에 관한 다툼의 존부’는 경계설정기준에서 크게 고려하지 않는 것이 법적용에 수월할 것이며,⁵¹⁾ 다툼의 존부와 관계없이 통일적으로 현실경계를 1차적인 경계설정기준으로 정하는 것이 타당하다. 그렇게 하는 것이 현실경계를 기준으로 종래의 지적불부합지를 정리하고자 하는 지적재조사법의 입법목적에도 부합한다.

2. 대법원판례와 지적재조사법 제14조의 비교·검토

대법원 판례에 따르면 지적불부합지의 경우에 토지의 경계는 원칙적으로 도상경계에 따르고, 도상경계는 경계복원측량을 통해 등록당시의 측량방법에 의거하여 지상에 복원된다. 다만 i) 잘못된 기지점의 선택 등 측량방법상의 기술적 착오로 지적도 자체가 잘못 작성되었거나 ii) 경계분쟁이 있는 양 토지의 소유권을 전득한 모든 자들이 현실경계대로 토지를 매매할 의사가 있는 등과 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 현실경계에 따르도록 하고 있다.

한편 지적재조사법은 이 경우에 제14조 제1항에서 지상경계에 관하여 다툼이 없는 경우에는 현실경계, 다툼이 있는 경우에는 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계(도상경계)에 의하도록 하고 있다. 여기에서 “지상경계에 관하여 다툼이 있는 경우”란 인접하는 토지 소유자간에 경계분쟁이 있는 경우를 의미하고,⁵²⁾ 경계분쟁은 지적도상의 경계와 현실경계가 상위한 지적불부합지의 경우에 발생한다. 반면에 ‘지상경계에 관해 다툼이 없는 경우’란 경계분쟁이 없다는 것을 의미하며, 이 경우에 지적재조사의 대상이 되는 토지는 지적불부합지에 해당되지 않을 것이다. 왜냐하면 지상경계와 도상경계가 일치한

50) 신국미, 위의 논문, 119쪽.

51) 임형택, 앞의 논문, 631쪽.

52) 지적재조사법 제14조 제2항에서 “제1항에도 불구하고 경계를 같이 한 토지소유자들이 경계에 합의한 경우 그 경계를 기준으로 한다.”라고 규정하고 있다. 여기에서 ‘경계를 같이 하는 토지소유자들’이란 인접지 소유자들을 의미하고 ‘경계에 합의한 경우’라는 것은 인접지 소유자들이 경계에 관해 다툼이 있는 경우를 상정하여 이 경우에 제1항의 경계설정순서에도 불구하고 인접하는 토지소유자들이 합의로 정한 경계를 의미한다. 따라서 제2항에 비추어 볼 때 제1항 제2호의 ‘지상경계에 관하여 다툼이 있는 경우’라는 것은 인접지 소유자간에 경계분쟁이 발생한 경우를 의미한다고 할 것이다.

다면 공부상의 경계이든 현실경계이든 어떠한 경계기준을 적용하든 간에 그 결과에 있어서는 동일하므로 다툼이 발생할 여지가 없기 때문이다.

이와 같이 지적재조사법 제14조 제1항의 문언에 따르면 도상경계와 현실경계가 상위한 지적불부합지의 경우에 도상경계가 원칙적인 경계설정기준이 된다는 점에서 대법원 판례와 지적재조사법의 규정태도는 동일하다고 할 것이다. 즉 지적재조사법 제14조 제1항 제2호에서 지상경계에 관하여 다툼이 있는 경우에 ‘등록할 때의 측량기록을 조사한 경계’가 경계설정기준으로 채택된 것은 지적불부합지에서의 토지소유권범위를 둘러싼 경계분쟁에서 도상경계를 원칙으로 하는 대법원 판례의 입장과 동일하다.

다만 판례는 지적불부합지의 경우에 도상경계가 원칙적 기준이 되고, 예외적으로 현실경계가 기준이 된다고 판시하고 있으나, 지적재조사법 제14조 제1항은 ‘등록할 때의 측량기록을 조사한 경계’(도상경계)가 기준이 된다고 할 뿐, 현실경계는 이 경우 다툼이 존재하는 경우에 경계설정 기준이 되지 못한다는 점에서 차이가 있다. 오히려 현실경계는 지상경계에 대해 다툼이 없는 경우에 경계설정기준이 된다(동법 제14조 제1항 제1호). 그러나 다툼이 없는 경우에 현실경계를 경계설정기준으로 할 필요가 있는가에 대해서는 의문이다. 왜냐하면 ‘지상경계에 관해 다툼이 없는 경우’란 당사자사이에 경계분쟁이 없다는 것을 의미한다. 경계분쟁이 없다는 것은 지적재조사의 대상이 되는 토지가 지적 불부합지에 해당되지 않는 것을 의미하고, 그렇다면 현실경계에 의하든, 도상경계에 의하든 그 결과는 동일하므로 굳이 현실경계에 의한다고 규정할 필요가 없기 때문이다. 이미 언급한 바와 같이 제14조 제1호의 현실경계의 적용은 지상경계에 관한 다툼의 존부와 관계없이 1차적인 경계설정기준으로 정하는 것이 옳다. 그렇게 하는 것이 지적재조사사업의 수행 시에 경계설정기준을 적용하는 실제와도 일치하며, 토지의 실제상황에 일치하는 지적공부를 작성하여 현실국토와 지적국토를 일치시키고자 하는 지적재조사법의 목적에도 부합한다.

제14조 제1항을 이와 같이 해석한다면 지적재조사법과 대법원판례는 토지소유권범위확정을 위한 경계설정기준에 있어서 원칙과 예외가 전도되어 상반된 결과에 이른다. 그러나 엄밀히 말하면 지적재조사법의 경계설정은 현실경계와 도상경계의 절충적 입장이라고 할 수 있다. 왜냐하면 지적재조사법은 제20조에서 현실경계대로 경계확정을 함으로써 토지의 면적증감이 발생한 경우에는 종래의 도상경계에 따라 조정금을 정산하도록 규정하고 있기 때문이다. 즉 현실경계에 따라 토지경계를 확정하더라도 도상경계에 따른 권리보호를 하고 있는 셈이다.

V. 결론

이상 도상경계와 현실경계가 상위한 경우에 토지소유권범위를 확정하기 위한 경계설정기준에 관해 살펴보았다. 대법원판례의 일관된 입장은 토지소유권의 범위는 원칙적으로 도상경계에 의하며 i) 측량방법상의 기술적 착오로 지적도 자체가 잘못 작성되었거나 ii) 경계분쟁이 있는 토지의 전득자 모두가 현실경계대로 토지를 매매할 의사가 있는 등과 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 현실경계에 따르도록 하고 있다.

이와 같이 대법원판례가 도상경계를 원칙으로 하는 논거는 지적도에 부여되는 법적인 효력 즉 ‘추정력’에 기인한 것으로 보인다. 이에 따라 도상경계는 진실한 경계로 추정된다. 그리고 이러한 추정은 사실상의 추정에 불과하므로 지적도의 작성자체가 잘못되었거나, 경계분쟁이 있는 토지의 매매당사자가 현실경계대로 매매하였을 것이라는 당사자의 의사가 존재하는 경우에는 그러한 추정은 깨지므로 현실경계에 의한다.

그러나 예외적으로 현실경계가 인정되는 경우로서 ii)는 1필지 토지소유권범위에 대한 인접지 소유자간의 경계분쟁 시에 경계확정을 위한 판단기준으로 적절하지 않다. 왜냐하면 ii)에서 매매당사자가 현실경계대로 매매할 의사였기 때문에 현실경계대로 토지소유권을 취득한다는 것은 매도인과 매수인 사이에 매매목적물 범위확정에 관한 문제이지 도상경계와 현실경계가 상위한 토지의 경계분쟁 시 인접지 소유자간의 경계확정을 위한 해결책은 되지 못한다. 토지를 취득하게 된 매도인과 매수인이 현실경계대로 매매하였을 것이라는 의사를 가지고 경계분쟁 시 인접지 소유자에게 현실경계대로의 자기 토지 소유권을 주장할 수는 없기 때문이다. 제3자에게 자신의 토지소유권의 범위를 주장하는 것은 지적도상의 경계가 진실한 경계라는 추정적 효력으로 해결되어야 할 것이다.

한편 2012년도의 지적재조사법 제14조에 따르면 토지의 경계설정기준에 관해 먼저, 지상경계에 대하여 다툼이 없으면 현실경계에 의하고, 다툼이 있으면 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계(도상경계)에 의하도록 하고 있다. ‘지상경계에 대하여 다툼이 있는 경우’란 지적불부합지여서 인접지 소유자간에 경계분쟁이 있는 경우를 의미하고 ‘등록할 때의 측량기록을 조사한 경계’란 도상경계를 지상에 복원하기 위해 등록당시의 측량기록에 따라 정해진 경계로서 도상경계를 의미한다고 할 것이다. 따라서 대법원판례와 지적재조사법 모두 도상경계와 현실경계가 상위한 지적불부합지의 경우에 토지소유권범위를 확정짓는 경계기준은 도상경계라는 점에서는 동일하다.

그러나 이와 같이 지적불부합지의 경우에 도상경계에 의해 토지경계가 확정된다는 것은 지적재조사법의 입법목적에 부합하지 않으며, 학설도 사회·경제상의 손실을 가져 온다는 점에서 비판이 있다.

생각건대 지적재조사법 제14조 제1항은 “지상경계에 관한 다툼의 존부”에 따라 경계 설정방식과 그 순위를 달리하고 있는데 특별법 제14조 제1항 제1호(제2호)의 “지상경계에 관하여 다툼이 없는(있는) 경우”는 법적용에 있어서 고려하지 않는 것이 타당할 것이다. 그와 같이 한다면 현실경계가 1차적인 토지경계설정기준이 되므로 지적재조사법의 입법목적에 부합할 뿐만 아니라 제14조 제1항의 적용상의 모순점을 극복할 수 있기 때문이다.

참고문헌

1. 단행본

- 국토해양부, 지적선진화계획, 2011.
 곽윤직/김재형, 물권법, 박영사, 2015.
 김준호, 물권법, 법문사, 2014.

2. 학술지

- 김학동, “지적공부상의 경계와 현실경계가 상위한 경우에 관한 판례”, 판례월보 304호, 판례월보사, 1996.1, 8-16쪽.
 박태신, “토지경계확정소송에 관한 고찰”, 연세법학연구 제7집 제2권, 연세법학연구회, 2000, 269-277쪽.
 신국미, “지적재조사에 관한 특별법 제14조의 경계설정기준에 관한 연구”, 한국지적학회 지 31권 3호, 한국지적학회, 2015, 107-122쪽.
 신국미, “지적불부합지의 법적 쟁점”, 한국지적정보학회지 제16권 제3호, 한국지적정보학회, 2014, 81-93쪽.
 이근우, “토지의 경계와 매매목적물의 범위”, 대법원판례해설 제26호, 1996 하반기.
 이범관, “취득시효로 인한 도상경계의 설정 연구-지적불부합지를 중심으로-”, 한국지적학회지 제16권 제1호, 한국지적학회, 2000, 9-21쪽.
 이범관/이수창, “경계감정측량에 관한 법적 고찰”, 토지법학 제16호, 한국토지법학회, 2000, 75-90쪽.
 이성화/윤석준, “토지경계분쟁의 실태와 경계설정방향에 관한 연구”, 부동산학연구 제9집 제1호, 2003, 61-75쪽.
 이재홍, “지적도상의 경계와 외형상의 경계가 다른 경우의 매매목적물범위의 특정”, 민사판례연구 제10집, 민사판례연구회, 1988, 81-88쪽.
 임형택, “지적재조사에 관한 경계설정기준에 관한 연구”, 민사법학 제66호, 한국민사법학회, 2014, 619-656쪽.
 이철규, “토지상의 경계에 관한 분쟁의 법적 해결방안”, 재판과 판례 제7집, 대구판례연

구회, 1998.

정동윤, “현실의 경계와 지적도상의 경계가 상위한 경우의 법률관계”, 민사재판의 제문제 제1권, 한국사법행정학회, 1976, 8-15쪽.

제철웅, “지적도상의 경계가 소유권양도의 합의에서와 달리 작성된 경우의 법률관계”, 판례월보 298호, 판례월보사, 1995.7, 19-35쪽.

[Abstract]

A Study on the Range of Landownership in Case of the Existence of Difference between Map-based Land Boundary and Actual-based Land Boundary

Shin, Gook-Mi*

Legal disputes related to land boundary demarcation is usually caused by the situation where private property rights on landownership is not fully implemented. This study examines the rule of land boundary demarcation to determine the range of landownership in case of cadastral inconsistency land where there is a difference between map-based land boundary and actual-based land boundary. Korean Civil Law does not have the provision regarding this matter, and Supreme Court's Precedents stick to the consistent position that map-based land boundary is generally accepted and actual-based land boundary is exceptionally used. 「Special Act on Cadastral Resurvey」, which was enacted to settle cadastral inconsistency land across the whole extent of Korea and became effective from March 17, 2012, makes clear that actual-based land boundary applies to the case of no legal disputes and land boundary based on the record of survey at the time of registration refers to the case of legal disputes in Article 14 (1). This study intends to contribute to interpretation and application of Article 14 of 「Special Act on Cadastral Resurvey」 stipulating the rule of land boundary demarcation by considering legal validation of the rule of map-based land boundary with the exceptional application of actual-based land boundary.

[Key Words] Special Act on Cadastral Resurvey, Map-based Land Boundary, Actual-based Land Boundary, Rule of Land Boundary Demarcation, Cadastral inconsistency Land

* Cheongju University, Department of Land Management, Associate Professor