

各種 不動產登記 特別措置法上の 保證書 및 確認書의 虛偽性

裴 炳 日*

I. 序說

우리나라는 1912년 日帝가 경제적 착취와 수탈의 필요성을 근대적 所有公示制度의 도입이라는 대의명분으로 위장된 채 도입된 登記制度를 시작으로 근대적인 土地所有公示制度를 가지게 되었다. 1912년 3월 日帝는 制令 제 7호로서 朝鮮民事令을 공포하고, 동시에 制令 제 9호로서 朝鮮不動產登記令을 공포하였다. 그러나 당시에는 地籍이나 臺帳關係가 거의 이루어지지 않고 있어서 日帝는 1912년 8월 土地調査令을 공포하고 전국적으로 田畓 墾地 및 일부 林野에 관한 土地調査事業을 실시하였다. 그래서 事實上 우리나라에서 登記制度가 실시된 시기는 1918년 7월 1일부터이다. 또한 林野중 나머지에 대하여는 1918년 5월 朝鮮林野調査令이 공포되고 1935년에 이르러 林野에 관한 調査가 완결되었다.

그런데 1950년 6.25전쟁으로 전국적으로 登記簿가 멸실된 곳도 있었고 地籍公簿도 대부분 멸실되고 말았다. 그 후 大法院은 登記簿가 멸실된 지역에 대하여 1952년부터 한시적으로 멸실회복登記를 할 수 있도록 하였으나 증거서류의 滅失 또는 紛失, 不動產登記制度에 대한 이해부족등으로 완전히 복구되지는 않았다. 또한 세무당국도 1952년부터 과세목적을 위한

* 嶺南大學校 法科大學 教授, 法學博士.

지적복구의 필요성 때문에 土地調査部를 설치하여 土地調査書, 林野調査書를 근거로 하여 지적을 직권으로 복구하였으나 법적인 근거도 없이 과세목적의 行政 편의상 土地의 표시에 관한 사항외에 所有者에 관한 사항까지 복구하여 많은 문제점을 남겼다. 大法院도 1975.12.31. 지적법 개정전에 복구된 土地臺帳은 아무런 법적 근거없이 과세의 편의상 임의로 복구한 것에 불과하여, 所有者欄에 이름이 기재되어 있다 하더라도 그 기재에 權利推定力을 인정할 수 없다고 한다.¹⁾

그 후 지적공부의 所管廳이 세무당국에서 일반行政官廳으로 이관된 후 1975년 12월 31일 지적법 및 동 시행령을 전면개정하여 所有者에 관한 사항은 不動產登記簿나 法院確定判決이 아니고서는 복구登錄을 할 수 없도록 하였다. 또한 세무당국에서 所有者欄을 복구한 土地도 所有者 未復舊土地로 처리하였다.

더욱이 1960년부터 시행된 민법에는 제 186조에서 不動產의 權利變動에 登記를 요건으로 하도록 하는 成立要件主義를 채택함으로써 종래 舊民法하에서 對抗要件主義를 취하던 입법태도와는 판이하게 不動產에서 登記는 매우 필요한 공시制度가 되었다.

그럼에도 불구하고 과거 일제시대 이후 不動產을 매입 또는 相續하여 오랜기간 동안 實所有者로 있었으나 不動產登記에 대한 인식부족으로 매입 당시 所有權移轉登記를 하지 아니하고, 그동안 所有者가 사망하였거나 그 직계자손들이 다수이고 전국에 산재하여 있음으로 인하여 현시점에서 정상적인 節次로는 移轉登記를 하기 어려운 경우가 많으므로 이를 구제하기 위하여 간편한 節次로서 실질적인 所有者에게 所有權의 移轉登記를 할 수 있도록 하는 特別措置法을 수차례에 걸쳐 제정하게 되었다.

그러나 特別措置法상의 소정의 서류를 갖추면 行政機關에서는 실질적인 서류심사를 할 수 없고, 또한 경제적 혹은 行政력의 미비로 인하여 할 수 없는 점을 악용하는 사례가 매우 많다고 한다. 이에 따라 실제 所有者

1) 대판 1995.12.26.95 다 28601,28618.

가 자신도 모르는 사이에 他人所有로登記되는 등 많은 문제점을 노출시키고 있다.

원래 登記가 實體的 權利關係에 부합하지 아니하는 경우에 登記의 효력을 다투는 자는 이를 증명함으로써 登記의 推定力을 깨뜨릴 수 있는 바 이를 登記推定力의 覆滅 또는 顛覆이라고 한다. 종래 大法院은 不動産登記法에 의한 일반登記의 경우 推定力에 대한 입증책임을 이를 주장하는 자에게 있다고 하면서도 모든 가능한 발생原因사실의 부존재의 입증을 요구하지 않고 있고²⁾, 登記名義者가 前所有者로부터 양수하였다는 주장을 하는 경우 前所有者가 讓渡사실을 부인하는 경우, 土地의 査定名義者와 登記名義者가 다른 경우등에는 推定力이 깨어진 것으로 보는 입장을 견지하고 있다. 또한 特別措置法에 의한 登記의 推定力도 처음에는 不動産登記法상의 推定력과 동일하게 보는 판례도 다수 있었으나 1987.10.13. 전원합의체 判決을 통하여 일반 不動産登記法상의 登記의 推定力보다는 상당히 강력한 推定력을 인정하여 그 입증책임을 상대방에게 부담시키고 있다.

즉 大法院은 林野所有權移轉登記등에 관한 特別措置法에 의하여 경료된 登記는 實體的 權利關係에 부합하는 登記로 推定되고 위 법소정의 保證書나 確認書가 虛偽 또는 偽造된 것이라든가 그밖에 사유로 적법하게 登記된 것이 아니라는 입증이 없는 한 위 登記의 推定力은 顛覆되지 아니한다³⁾고 명백하게 밝히고 있다. 이러한 논리는 林野所有權移轉登記등에 관한 特別措置法 이외의 각종 特別措置法에도 적용된다고 한다⁴⁾. 이에 따라 각종 特別措置法에 의하여 登記가 경료됨으로서 所有名義를 빼앗기게 된 原告들은 保證書나 確認書가 虛偽로 작성되었거나 發給받은 사실을 입증하지 않으면 訴訟에서 승소할 수가 없게 되었다. 그 후 이에 대한 判例變更을 이유로 상고한 사례가 많았으나 登記의 진실성이 상당히 制度的으로 보장받고 있는 점과 立法趣旨가 반감될 우려가 있다는 이유등으로 변변히

2) 李育熙, 特別措置法에 의하여 경료된 登記의 推定力에 대한 研究, 司法論集 제 25집, 166면.

3) 대판 1987.10.13.86 다카 2928 전원합의체판결.

4) 대판 1990.5.25.89 다카 24797 참조.

기각당하였다.⁵⁾

大法院의 전원합의체 判決 이후 特別措置法에 관한 大法院의 判決이 많이 선고되었으나 대부분이 登記의 推定力이 續覆되지 못한 경우이고 推定力이 續覆된 경우는 거의 없었다.

따라서 大法院의 이러한 태도는 特別措置法에 의한 登記의 推定力을 지나치게 강력한 것으로 인정한 것이 아니냐. 法院에서 登記가 實體關係에 부합된다고 보이면 登記의 推定力을 續覆시키지 못한다고 판시함으로써 法院이 保證書의 虛偽性에 대한 심리의 기회를 주지 않는 것이 아닌가하는 의문을 불러일으켰다.⁶⁾

그러나 최근들어 大法院은 개개의 事件에서 여러 가지 사유를 들어 그동안 登記의 推定力의 覆滅에 인색한 태도에서 벗어나 상당히 완화된 경향을 보이고 있다. 심지어 特別措置法상의 登記의 覆滅을 주장하는 자는 소극적으로 保證書나 確認書의 實體的 기재내용이 진실이 아님을 의심할 만큼의 입증을 하거나 하여도 推定力을 깨뜨릴 수 있다고 하는 판례가 주류를 이루고 있다.

여기에서 주로 등장하는 것이 虛偽나 偽造의 保證書 및 確認書의 문제이다. 그러나 偽造는 거의 문제가 되지 않고 있고 이를 다룬 판례도 한 사례정도 보이고 있다⁷⁾. 特別措置法上 예컨대 不動產所有權移轉登記등에 관한 特別措置法의 경우 동법 제 13조 벌칙조항에는 保證書나 確認書を 虛偽, 偽造, 변조하는 경우 형사처벌대상이 된다고 규정하고 있다. 그런데 판례상 나타나는 것은 虛偽의 경우가 대부분이다. 아마도 이는 特別措置法上 保證書나 確認書의 發給 자체가 매우 간편하고 용이하므로 굳이 偽造나 變造라는 방법을 이용하지 않기 때문에 그러한 문제가 생기지 않는 것이 아닌가 생각된다. 결국 문제가 되는 것은 虛偽의 保證書나 確認書의 문제이다.

5) 대판 1990.11.13.90 다카 8616 참조.

6) 吳永權, 不動產所有權移轉登記등에 관한 特別措置法上의 保證書의 虛偽性의 判斷基準, 法曹, 제 40권 제 12호, 77면.

7) 대판 1994.12.9.94 다 39703 참조.

이러한 虛偽性의 판단은 유형화할 수 없고, 자료에 의하여 사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다고 주장하는 견해⁸⁾도 있으나 결국 이러한 문제는 판례의 집적을 통하여 이루어지고 따라서 판례를 유형화할 수 밖에 없을 것이다.

본고는 이러한 각종 不動産特別措置法上の 保證書나 確認書의 虛偽性에 관한 大法院의 판례를 유형화하는 작업의 하나로서 연구된 것이다.

II. 各種 不動産登記 特別措置法

不動産登記에 관한 각종 特別措置法은 1961년 5월의 分配農地所有權 移轉登記에 관한 特別措置法이 처음이고 그 후 1964년 9월의 一般農地의 所有權移轉登記등에 관한 特別措置法, 1969년 5월의 林野所有權 移轉登記등에 관한 特別措置法, 1977년 12월과 1992년 11월의 不動産所有權 移轉登記등에 관한 特別措置法, 1982년 12월의 收復地域내 所有者 未復舊土地의 복구 登錄과 保存登記등에 관한 特別措置法 등의 법률등이 시행 공포 및 개정되었다.

이들 법률을 잠시 살펴보면 먼저 分配農地所有權 移轉登記에 관한 特別措置法(1961.5.5.법률 제 613호, 1963.5.2. 개정법률 제 1340호, 1964.12.31.개정법률 제 1671호)은 1949년 農地개혁법에 의하여 분배된 農地를 분배받은 자의 名義로 所有權移轉登記節次를 필하기 전에 동법 소정의 節次를 밟지 아니하고 分配農地의 權利를 이어받은 事實上の 現所有者에게 정부는 직접 그 所有權移轉登記節次를 이행한다(동법 제 2조)고 하는 것이다.

그 경우 登記原因書面은 구청장, 시 읍면장이 해당 農地위원회의 확인에 의하여 발부하는 상환완료 및 事實上の 所有를 증명하는 書面(동법 제

8) 吳永權, 前掲論文, 78면.

3조)이다.

一般農地の 所有權移轉登記등에 관한 特別措置法(1964.9.17.법률 제 1657호, 1964.12.31. 개정법률 제 1670호)은 農地개혁법에 의한 分配農地와 과수원을 제외한 一般農地에 관하여 所有權移轉登記를 간략하게 하고, 未登記의 一般農地에 관한 所有權保存登記를 촉진하기 위하여 제정하였다. 이 법은 未登記의 一般農地나 1953.7.28부터 이 법에 의한 登記申請일까지 사이에 登記簿상 所有權變動이 없는 것을 적용대상으로 하였다. 登記原因 書面은 保證書와 確認書이다. 保證書는 農地소재지의 리동장과 그 리동거주자 중 시읍면의 장이 위촉한 2인의 保證人이 작성한다. 確認書는 당사자가 確認書 發給申請을 하면 구시읍면의 장은 農地세대장과 대조하여 14일간 공고 후 이를 發給하고 이의가 있는 자가 공고일로부터 14일 이내에 불복의 書面을 제출하면 구시읍면의 장은 14일 이내에 진위를 확인 후 確認書를 發給한다.

登記申請權者는 登記名義人(移轉登記의 경우) 또는 土地臺帳名義人(保存登記의 경우)으로부터 權利를 이어받은 事實上의 現 所有者 또는 시효취득자이다(동법 제4조, 제10조).

林野所有權移轉登記등에 관한 特別措置法(1969.5.21.법률 제 2111호, 1970.6.18.개정법률 제 2204호)은 未登記의 林野에 대한 所有權保存登記 또는 既登記의 林野에 대한 所有權移轉登記를 간략하게 할 수 있게 함으로써 산림行政의 효율적 운영을 기하기 위하여 제정한 법률이다. 적용 대상은 동법 시행일전에 賣買, 贈與, 交換등 법률행위에 의하여 事實上 讓渡된 林野(동법 제 3조)이지만, 大法院은 동법 제 3조의 규정취지가 所有權移轉登記를 할 수 있는 登記의 原因행위가 1960.1.1. 이전에 이루어진 것에 한한다는 것이 아니라 민법 시행일인 1960.1.1.이전의 법률행위로 인한 不動産에 관한 물권의 득실變更은 민법시행일로부터 6년 이내에 登記를 하지 아니하면 그 효력을 잃는다는 민법 부칙 제 10조의 규정에도 불구하고 동법에 의한 登記를 할 수 있다는 즉 민법 부칙 제 10조의 적용배

제를 뜻한다고 한다.

따라서 적용대상의 林野는 1960.1.1.전후를 막론하고 동법이 시행된 1969.6.20까지 이루어진 법률행위로 인하여 事實上 讓渡된 것 중 동법 제 7조의 규정에 의한 異議申請이 없는 것은 동법에 의한 登記를 할 수 있다⁹⁾고 확대해석하고 있다.

登記原因증서와 登記畢證은 保證書와 確認書로써 같음한다. 保證書는 林野소재지의 리동에서 10년이상 거주하고 결격사유없이 신망있는 사람중에서 당해 구청장 시장 또는 읍면장이 위촉하는 3인의 保證人 이 작성한 것이다. 確認書는 구청장 시장 또는 군수가 당해 林野에 관하여 50일간의 공고기간을 거쳐 發給한 것이다.

登記申請人은 登記名義人(移轉登記의 경우) 또는 土地臺帳, 林野臺帳名義人(保存登記의 경우)으로부터 林野의 權利를 이어받은 登記하지 못한 취득자 또는 그로부터 다시 그 權利를 이어받은 자 및 그 대리인(동법 제 4조, 제10조)이고, 이들은 登記所에 출석하여 단독으로 登記를 申請 할 수 있다.

收復地域內 所有者 未復舊 土地의 복구登録과 保存登記등에 관한 特別措置法(1982.12.31.법률 제 3627호, 1988.12.31.개정법률 제 4042호)은 복위 38도 이북의 收復地域과 경기도 파주군의 장단면, 군내면, 울서면, 울동면을 가르키는 收復地域내의 所有者 未復舊土地에 대한 所有者 復舊登録을 촉진하고 아울러 동 지역내에 있는 未登記의 不動産 및 登記簿의 기재가 실제 權利關係와 일치하지 않는 不動産을 간이한 節次로 登記하게 함을 목적으로 하고 있다. 여기에서 所有者 未復舊土地란 휴전일인 1953.7.27.이전에 지적공부가 분실, 멸실된 이래 대장에 土地표시는 復舊登録되었으나 所有權에 관한 사항이 復舊 등록되지 않은 土地를 말한다.

所有者未復舊土地에 대한 所有者復舊登録은 所有者(相續人과 事實上的 讓受人 기타 事實上的 所有者를 포함)가 所有者임을 증빙하는 書面 또는

9) 대판 1993.10.12.93 다 34374; 동 1986.11.25.86 다카 493.

保證書を 첨부하여 지적공부를 관리하는 시장, 군수에게 申請한다. 이 경우 申請이 있으면 所管廳은 3월간 공고하고 일간신문에 게재한 후 土地所有者 復舊 심사위원회의 심사에 회부하고 동 위원회의 결정이 確定되면 지체없이 대장에 所有者復舊登錄을 한다(동법 제 4조 내지 제 12조).

未登記不動產은 대장상 所有名義人으로부터의 事實上的 讓受者와 相續人이 保證書와 確認書를 첨부하여 所管廳에 所有名義人의 變更 登錄申請을 하여 登錄을 마칠 수 있다. 여기에서 不動產을 事實上 讓受한 者란 그 所有權의 登記名義人 또는 그 相續人 뿐만 아니라 그들로부터 讓受한 제 3자로부터 事實上 讓受한 者도 포함된다¹⁰⁾.

이러한 所有者復舊登錄 또는 所有名義人 變更 登錄을 마친 자는 登錄일로부터 3월 경과 후에 그 대장등본을 첨부하여 自己名義로 所有權保存登記를 申請할 수 있고(동법 제 15조), 所有權移轉登記는 登記名義人 또는 相續人으로부터의 事實上的 讓受者가 確認書를 첨부하여 登記申請을 할 수 있다(동법 제 16조). 確認書는 관할 所管廳에서 發給하는 데, 確認書發給에는 保證人 3인의 保證書を 첨부하도록 하고 있다(동법 제 19조 1항).여기에서의 保證書는 不動產登記法상의 原因證書나 登記畢證에 갈음하는 것이므로 保證人이 保證書を 작성함에 있어서는 그 不動產의 讓受人이 登記名義人 또는 相續人으로부터 실제로 讓受하였는지를 여러 자료에 의하여 확인하면 되는 것이고, 保證人이 保證書を 작성함에 있어서 讓受人으로부터 제출받은 매도증서등은 讓受人이 실제로 讓受하였는지를 확인하는 하나의 자료에 불과하다¹¹⁾. 따라서 大法院은 保證人에게 형식적인 확인권이 있다고 한다.

不動產所有權移轉登記 등에 관한 特別措置法(1977.12.31.법률 제 3094호, 1978.12.6.개정법률 제 3159호, 1982.4.3.개정법률 제 3562호, 1992.11.30.법률 제 4502호, 1993.12.10.개정법률 제 4586호,

10) 대판 1987.12.8.87 다카 1863.

11) 대판 1987.12.8.87 다카 1863.

1994.8.3.개정법률 제 4775호)은 1978.3.1.부터 시행하다가 1982년 4월 3일 한차례 개정을 통하여 존속기간을 연장하였다. 그 후 다시 그 필요성이 인정되어 1992년 11월에 다시 제정된 법률이다. 이 법은 각종 特別措置法의 시행에도 불구하고 未登記된 土地가 많이 남아있고 이것이 대통령이나 국회의원선거 때마다 단골 선거공약으로 등장하자 국회에서 이를 입법화한 것이다.

대상범위는 처음 제정된 1977년의 법률에서는 앞서의 特別措置法에서 보다 범위를 넓혀 土地 뿐 아니라 건물까지도 포함시켜 읍면 지역의 모든 土地와 건물, 인구 50만미만의 시지역의 農地와 林野, 시지역의 마을공동 재산에 속하는 것으로서 未登記이거나 登記簿 기재가 실제 權利關係와 일치하지 않는 不動産으로 하였다. 1992년의 법률에서는 1985.1.1. 이후 직할시 및 인구 50만 이상의 시에 편입된 지역의 農地 林野 및 지가 1제곱미터당 6만500원 이하의 土地까지 포함되도록 하였다. 그러나 收復地域는 앞서의 收復地域特別措置法과의 關係에서 제외시켰다.

적용범위는 1977년의 법률에서는 1974.12.31. 이전에 賣買, 贈與, 交換 등 법률행위로 인하여 事實上 讓渡되었거나 相續받은 不動産 및 所有權保存登記가 되어 있지 않은 不動産을 대상으로 하고 있다. 1992년의 법률은 1985년 12월 31일 이전에 讓渡된 不動産으로 한정하고 있다.

登記原因書面은 確認書이다. 確認書는 確認書를 發給받으려는 자가 시장 또는 읍면장이 당해 不動産소재지 里洞에 계속하여 10년이상 거주하고 있는 자로서 결격사유에 해당하지 아니하는 신망있는 사람중에서 위촉된 3인이상의 保證人이 작성한 保證書를 첨부하여 臺帳所管廳에 書面으로 申請하여야 한다(동법 제 10조).

所有權保存登記는 대장상의 所有名義人으로부터 未登記不動産을 事實上 讓渡받았거나 相續받은 자 또는 所有者 未復舊 不動産의 事實上 所有者가 確認書를 첨부하여 대장 所管廳에 所有名義人의 變更 등록 또는 復舊登錄을 申請하여 그 登錄을 마친다음 그 대장등본을 첨부하여 登記申請을 한

다(동법 제 6조).

所有權移轉登記는 登記名義人 또는 相續人으로부터 事實上 讓受者가 確認書를 첨부하여 登記申請을 할 수 있다(동법 제 7조).

臺帳所管廳은 保證書를 접수한 후 2월이상 공고한 후 確認書를 發給하는 데, 이 경우 공고는 臺帳所管廳이 당해 시 구 읍면과 리 동사무소의 게 시판에 하여야 한다(동법 제 10조 3항).

Ⅲ. 保證書 및 確認書

保證書와 確認書는 각종의 不動產登記特別措置法에서 매우 중요한 역할을 하는 서류이다. 이들 서류는 所有權保存登記나 所有權移轉登記 申請에서 登記原因書面으로 갈음하고 따라서 登記義務者의 權利에 관한 登記畢證은 제출하지 않아도 된다. 所有權移轉登記는 前登記名義人으로부터 所有權을 승계취득하였음을 原因으로 하는 것이고, 保證書 및 確認書 역시 그 승계취득사실을 保證 내지 확인하는 것이다.¹²⁾

그 중에서도 保證書는 確認書를 發給하게 되는 전제가 되는 서류로서 매우 중요한 역할을 하기 때문에 特別措置法은 行政官廳에서 위촉한 保證人으로 하여금 保證을 하게 하고 있다. 즉 不動產의 事實上 讓受人이 公簿上의 所有者의 행방불명, 사망 후 그 후손의 소재불명등의 사유로 登記를 못하고 있는 사정을 감안하여 그 土地 소재지 里洞에 거주하는 3인 이상의 保證人들의 保證書를 첨부하여 일정기간 공고를 하여 이의가 없을 경우 해당 所管廳으로부터 確認書를 發給받아 이를 登記原因서류로 갈음하여 事實上의 所有者 앞으로 所有權保存 또는 移轉登記를 하도록 한 것으로, 위 법에 의한 登記가 登記義務者의 의사와는 關係없이 保證人들의 保證書에 터잡아 事實上 所有者라고 주장하는 確認書 發給申請인의 일방적인 의사에

12) 대판 1990.11.9.90 다카 16723.

기하여 경료되는 것이므로(동법 제 6조, 제 10조), 그登記의 진실성을 담보하기 위하여 최소한 3인의 保證人들의 保證을 요구하고 있다.¹³⁾

따라서 만일 어느 지역의 保證人이 무자격이라고 한다면 관내에서 일어난 모든 特別措置法上の登記는 無效라고 하여야 하는 중대한 문제가 생길 수 있다¹⁴⁾. 그래서 特別措置法에 따라 行政官廳에 의해 保證人으로 위촉되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 사람은 特別措置法上の 적법한 保證人으로 추단된다.¹⁵⁾

또한 特別措置法 시행령에서 말하는 林野 또는 不動産 소재지의 里洞에 10년이상 거주한 자라는 의미는 같은 법에서 保證을 요구하는 취지등에 비추어 林野 또는 不動産 소재지의 里洞을 10년이상 생활의 본거지로 하고 있는 者를 뜻하는 것으로 풀이할 것이어서 住民登録法에 의한 住民登録地의 개념과 반드시 일치한다고 할 수 없다¹⁶⁾.

여기에서는 그 중에서도 不動産所有權移轉登記등에 관한 特別措置法에 있어서의 確認書와 保證書의 경우를 살펴보면 다음과 같다.

1. 所有權保存登記의 節次

未登記不動産을 事實上 讓渡받은 자, 未登記不動産을 相續받은 자, 所有者 未復舊 不動産의 事實上의 所有者는 먼저 시장 구청장 또는 읍면장이 當該不動産 소재지 里洞에 계속하여 10년이상 거주하고 결격사유 없이 신망있는 사람 중에서 위촉한 3인 이상의 保證人이 작성한 保證書를 첨부하여 臺帳所管廳에 書面으로 確認書를 申請한다(동법 제 10조 제 2항). 臺帳所管廳은 確認書 申請서를 접수한 후 당해 시 구 읍면과 里洞 事務所의 계서관에 2월이상 공고한 후 異議申請이 없으면 確認書를 發給하여야 한

13) 대판 1992.10.27.92 다 3540.

14) 대판 1991.3.27.90 다 11271 참조.

15) 대판 1991.3.27.90 다 11271; 동1991.12.27.91 다 14475.

16) 대판 1991.12.27.91 다 14475.

다. 確認書를 發給받은 후 그 確認書를 첨부하여 臺帳所管廳에 所有名義人の 變更 登錄 또는 復舊登錄을 申請할 수 있다. 登錄申請을 받은 臺帳所管廳은 確認書에 의하여 대장상의 所有名義人の 變更 登錄 또는 復舊登錄을 하여야 한다. 變更 登錄 또는 復舊登錄된 대장상의 所有名義人은 그 대장 등본을 첨부하여 自己名義로 所有權保存登記를 申請할 수 있다(동법 제 6 조 3항).

2. 所有權移轉登記의 節次

所有權移轉登記는 確認書를 發給받은 事實上の 讓受者 또는 그 대리인이 대장등본을 첨부하고 登記所에 출석하여 申請할 수 있다. 이 경우 登記原因書面은 確認書로서 갈음하고, 登記의 무자의 權利에 관한 登記畢證은 제출하지 아니한다.

따라서 이처럼 登記節次에서 매우 중요한 서류인 確認書와 保證書는 벌칙에 의하여 담보된다. 虛偽의 방법으로 確認書를 發給받은 자, 행사할 목적으로 確認書, 保證書를 偽造 또는 變造한 자, 虛偽의 保證書를 작성한 자, 虛偽 變造 偽造된 確認書 및 保證書를 행사한 자는 1년이상 10년이하의 징역 또는 5백만원이상 5천만원이하의 벌금에 처한다. 중대한 과실로 인하여 虛偽의 保證書를 작성하거나 이를 작성하게 한 자는 1년이하의 징역 또는 5백만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제 13조).

3. 保證書 및 確認書의 樣式

保證書는 위의 不動產은 (언제)부터 ()가 ()로부터 (買受, 交換, 贈與, 相續)하여 현재 事實上 所有하고 있음을 연대하여 保證합니다라고 되어 있고, 確認書는 發給申請인의 인적사항과 공부상의 名義人을 기재하고 본인은 위 不動產을 ()부터 (買受, 交換, 贈與, 相續)하여 현재 事實上 所有하고

있음을 확인하여 주시기 바랍니다라는 내용의 申請취지 다음에 위 사실을 확인함이라는 내용으로 되어 있다. 이러한 서류의 양식으로 보아 작성자나 申請者가 不動産이 전전讓渡되더라도 전過程을 기재하지 아니하고 공부상의 名義人으로부터 직접 讓渡받은 것으로 기재하는 수가 많다.

이와같이 保證書와 確認書는 保證書 작성당시의 現所有者라는 것을 保證하는 것에 불과하고 土地나 林野사정 때부터 特別措置法에 의한 登記직 전까지 각 단계별 權利變動過程을 保證하고 확인하는 것은 아니다. 그러나 뒤에 보는 바와 같이 大法院은 그렇게 보지 않는 수도 있다.

IV. 保證書 및 確認書의 虛偽性

앞서 본 바와 같이 大法院은 保證書나 確認書가 虛偽 내지 偽造되었다는 것을 입증하면 登記의 推定力은 顛覆된다고 하였다. 그러나 전원합의체 判決이후 처음에는 登記의 推定力을 顛覆하는 것을 인정하는 것에 몹시 인색하였으나 최근에는 매우 완화된 입장을 보일 뿐 아니라 명목상으로 判例變更을 하지 않고 있을 뿐이지 事實上 判例變更을 하였다고 하여도 좋을 변화를 보이고 있다.

虛偽의 保證書나 確認書라는 것은 權利變動의 原因에 관한 實體의 기재내용이 진실에 부합하지 않는 保證書나 確認書を 의미한다.¹⁷⁾

나아가 虛偽의 保證書나 確認書란 그 기재내용이 진실이 아니라는 것으로 족하고 반드시 偽造나 變造 기타 문서의 진정이 부정되는 등의 사유가 있는 경우에 한하는 것은 아니다¹⁸⁾라고 한다. 따라서 保證書의 기재내용이 어떻게 되어 있어서 虛偽인지, 그 保證人이 누구이며, 保證人이 언제,

17) 대판 1982.9.14.82 다카 233;동 1987.10.28.87 다카 1312;동 1987.11.10.87 다카 63;동 1988.5.24.87 다카 1785;동 1989.6.13.89 다카 2759;동 1990.11.13.90 다카 8616;동 1991.4.23.91 다 2236;동 1992.12.11.92 다 35523;동 1993.7.16.92 다 53910.

18) 대판 1981.6.23.81 다 234.

어떻게 그 保證書를 작성하여서 그것이 虛偽라고 할 수 있는 것인지 등 여러 가지 점에서 구체적으로 虛偽임을 충분히 인정할 수 있는 자료를 찾아야 한다. 즉 虛偽라고 인정하려면 적어도 保證書의 作成者, 作成時期, 作成經緯 내지 記載事項등을 모두 석명하여 權利變動의 原因이 되는 實體의 기재내용을 法院은 석명하여 구체적으로 심리하여야만 비로소 虛偽인지 여부를 밝혀 낼 수 있다.¹⁹⁾

또한 상대방이登記의 기초가 된 保證書나 確認書의 實體의 기재내용이 虛偽임을 自認하는 경우에도登記의 推定力은 續獲된다.²⁰⁾

그리고 保證書의 경우 保證人들과 登記申請者가 동일한 생활권내에 거주하는 경우가 많아서 서로의 親分關係로 인하여 發給된다. 따라서 진실성의 문제가 생기고 虛偽로 保證書가 發給되는 수가 많았다. 또한 確認書 發給申請書는 당해官廳의 게시판에 게시되기 때문에 당사자들의 그냥 모르고 지내는 수가 많다. 이러한 사정은 虛偽의 保證書와 確認書를 發給하게 되는 原因이 되고 있다.

虛偽와 관련한 刑事判例로는 特別措置法の 적용범위에 포함되는 그 일시에登記簿상 所有權자이던 외조부로부터 土地를 贈與받았다는 것이므로, 讓渡일자를 그 이전의 어느 일자로 적당히 특정하여 기재하였다고 하여 特措法에서 말하는 虛偽에 해당한다고 볼 수 없다는 것이 있다²¹⁾. 그러나 虛偽의 保證書와 確認書를 發給받아 特別措置法에 따라 마친 所有權移轉登記가 實體關係에 부합되어 그 登記자체는 유효하다고 할지라도, 그 虛偽의 保證書를 작성하고 虛偽의 確認書를 행사한 소위는 特別措置法違反罪에 해당한다고 한다.²²⁾

그러면 判例가 제시하고 있는 虛偽性的의 판별에 대하여 1980년부터

19) 대판 1991.4.26.91 다 6672;동 1992.12.11.92 다 35523.

20) 대판 1993.1.19.92 다 31804;동 1993.7.13.93 다 1381.

21) 대판 1985.9.10.85 도 1308;동 1988.11.8.88 도 517;동 1996.10.25.96 도 2183.

22) 대판 1985.3.12.84 도 1750;동 1987.7.21.87 도 974;동 1989.5.23.88 도 2003;동 1996.8.23.96 도 1484.

1996년까지의 大法院의 판시내용을 중심으로 살펴보기로 한다.

1. 虛偽性이 認定되는 경우

아래에서 보는 바와 같이 大法院은 몇 가지 사실에서 나름대로의 虛偽性에 대한 판단기준을 두고 있다. 이를 살펴보면

1. 不動産을 買受하거나 讓渡받은 사실이 없는 경우는 虛偽性이 있다고 본다. 이러한 사례는 아래의 (1)(3)(4)(8)(9)(10)(12)(14)(15)(16)(19)(22)(23)(24)가 있다.

2. 법률의 적용범위를 어긴 경우는 虛偽性이 인정된다. 예컨대 林野所有權移轉登記등에 관한 特別措置法은 1969.6.20. 이전에 讓渡된 不動産, 不動産所有權移轉登記등에 관한 特別措置法은 1974.12.31. 혹은 1985.12.31. 이전에 讓渡된 不動産으로 한정되는 데 이 법들의 적용시한 이후에 讓渡된 不動産을 그 이전으로 소급하여 讓渡된 것으로 한 保證書는 虛偽로 인정된다. 이러한 사례는 (2)(7)등이 있다.

3. 保證人이 不動産所有關係를 알지못하고 이를 調査나 確認도 하지 않은 채 他人으로부터의 말만(傳聞)믿고서 한 保證은 虛偽性이 인정된다. 이런 사례는 (4)(6)(8)(12)(13)(16)(17)(20)(21)(22)(24)(26)(27)등이 있다.

4. 讓渡人이 賣買 혹은 贈與당시 死亡한 경우 또는 讓受人의 나이가 어려 買受할 능력이 없는 경우에도 虛偽性이 인정될 수 있다. 그러나 이러한 사유만으로는 虛偽性이 인정되기 힘들고 다른 虛偽性이 있다는 판단기준이 충족될 경우에는 인정된다고 한다. 이런 사례는 (4)(18)(22)가 있다.

5. 다른 共同被告들이 訴訟에서 다투지 아니하여 敗訴判決이 確定되거나 유사한 시기에 特別措置法의 방법으로 이루어진 登記가 無效判決을 받은 경우에도 虛偽性이 인정될 수 있다. 이런 사례로는 (5)(15)(22)등이

있다.

6. 保證人에 의하여 保證書의 發給이 거절된 경우에도 虛偽性이 인정될 수 있다.(5)(17)등의 경우가 그러하다.

7. 保證書의 虛偽性을 스스로 自認하는 경우는 虛偽性이 인정될 수 있는 가장 유력한 경우이다.(9)(10)(11)(13)(15)(16)(18)(22)(25)(27)의 경우가 그런 사례이다. 이것은 被告가 스스로 책임을 지겠다는 진술을 하는 수도 있다. (19)의 경우도 이와 유사한 사례이다.

8. 保證書상의 登記原因과 다른 사실을 주장하거나 밝혀지는 경우, 예컨대 保證書上에는 賣買 또는 贈與라고 해놓고 실제 訴訟에서는 그와 다른 名義信託이나 贈與라고 주장하는 경우이다. 이 경우는 달리 虛偽性을 自認하는 경우라고도 볼 수 있다. (10)(11)(13)(18)(27)의 경우가 그런 사례이다.

9. 사례비를 받고 不動產 所有關係를 확인하지 않고 保證書를 發給하는 경우에도 虛偽性이 인정될 수 있다. (17)(21)의 사례에서 보아 실제로 많이 받은 금전이 오가는 경우가 있는 모양이다.

10. 保證書 관련 刑事事件의 搜查過程에서의 虛偽性의 진술도 虛偽性을 인정하는 하나의 근거가 될 수 있다. (19)(20)의 경우가 그런 사실을 말해준다.

11. 登記抹消를 청구하는 原告들이 土地에 관한 증빙서류를 가지고 있거나 현재 계속 관리하고 있는 경우도 特別措置法에 의하여 被告앞으로 이루어진 登記가 虛偽性에 근거했을 가능성이 있다. (19)(21)의 경우를 보면 이를 알 수 있다.

12. 保證書 관련 刑事事件에서 保證人이나 被告가 有罪判決을 받은 경우도 保證書가 虛偽性에 근거했을 가능성이 있다. (20)(22)의 경우이다.

13. 無權利者로부터 買受하는 경우도 역시 虛偽性이 인정된다. (3)(25)의 경우가 전형적인 경우이다.

14. 訴訟에서 保證書상의 賣買日字와 다른 日字를 主張(진술)하는 경

우도 虛偽性을 인정하는 하나의 근거가 될 수 있다. (25)(26)의 경우에서 볼 수 있다.

(관련판결-밑줄은 拙者 註)

(1) 被告는 이 事件林野를 買受한 사실이 없는 데도 虛偽의 保證書로써 確認書를 發給받아(대판 1983.3.2.83 다카 19;동 1989.10.10.88 다카 8279)

(2) 特別措置法이 시행된 이후에 土地나 林野를 買受하고 동법에 근거하여 所有權保存登記나 移轉登記를 경료한 경우등 법률의 적용시한을 어긴 경우(대판 1991.4.26.91 다 4898;동 1994.10.7.94 다 19891)

(3) 事件林野를 소의 민영인이 김두웅, 김원식, 被告등으로 전전매도되고, 所有權移轉登記가 경료되기 전에 原告가 소의 민영인으로부터 贈與를 原因으로 所有權移轉登記를 하였다. 被告는 原告의 형인 소의 민정식으로 부터 原告가 特別措置法에 의하여登記를 넘겨 가라고 하더라는 말을 전해 듣고 당시 農地위원이던 민정식 등 3인 작성의 事件林野는 被告가 原告로부터 買受한 被告所有라는 내용의 保證書에 기하여 軍청으로부터 確認書를 發給받아 위 特措法에 의하여 被告名義의 所有權移轉登記節次를 경료하였다. 이러한 사안에서 大法院은 被告가 원所有者인 민영인으로부터 순차 讓受하였다고 인정한 부분에 사실오인의 흠이 있고, 被告사 讓受하였다고 하더라도 민영인으로부터 原告名義로 所有權移轉登記가 경료된 이상 被告는 所有權을 취득할 수 없기 때문에 被告名義의 所有權移轉登記는 實體關係에 부합하는登記라고 할 수 없다. 또 保證書는 위와 같이 그 내용이 사실에 반하는 虛偽이므로 被告名義의 所有權移轉登記는 原因無效의登記이다. (대판 1988.10.25.87 다카 1234)

(4) 事件林野의 査定名義人인 原告의 증조부는 1943.11. 사망하여 賣買일자인 1955.3.20.에는 생존하고 있지 않았고, 被告는 1949.10.30.생으로 賣買일자 당시는 만 5세의 유아로서 買受할 능력이 없었을 뿐 아니라, 그 자신도 事件林野를 買受한 일이 없다고 진술하고 있고, 保證人등도 被告의 아버지가 事件林野를 原告의 증조부로부터 買受하였다는 말을 被告의 어머니로부터 들었을 뿐이지 그 賣買여부는 잘 모른채 被告의 어머니의 부탁으로 保證書에 날인하였다고 진술하고 있는 사실로 비추어 事件林野를 被告가 買受하였다는 保證書의 내용은 虛偽의 내용이다. (대판 1990. 1. 25.89 다카 15809)

(5) 事件에서 訴外人이 정당하게 事件林野를 취득하여 特措法에 의한 保存登記를 하였다고 해명해야 할 1심공동被告들이 原告의 청구를 다루지 아니하고 의제자백으로 敗訴判決을 받고서도 불복함소하지아니하여 敗訴判決이 確定되고, 被告들도 特別措置法에 의하여 경료된 登記는 유효한 登記로 推定받는다는 법률적 주장을 하였을 뿐 訴外人이 정당하게 所有權을 취득하게 된 경료에 관하여는 일언반구의 해명이 없다. 保證人이 증언하기를 事件林野를 所有者가 처분함이 없이 1970.경까지 부인이 관리하고 있었고, 訴外人이 事件林野를 취득한 일이 없으면서 부인의 심부름이라고 하면서 保證書의 發給을 申請하였으나 직무를 공정성실하게 수행하기 위하여 保證書 發給을 거절한 사실이 있다. 推定力 翻覆(대판 1991.4.23.91 다 5709)

(6) 제 1심 증인인 保證人의 증언에 의하면 그는 이 事件 特措法상의 登記에 관한 保證人임이 명백하고 그 사람은 特措法에 의한 登記原因 사실도 모른 채 訴外人의 말만 믿고 保證書에 날인했노라는 뜻의 진술을 하고 있음은 기록상 명백한 바, 위와같은 진술은 保證書가 虛偽임을 분명하게 뒷받침하는 것(대판 1991.5.10.91 다 8555)

(7) 공동재산相續人들 名義로 所有權移轉登記가 되어있는 不動産을 1980.6말경 그 相續人중 1인으로부터 買受하고서도 1974.12.31. 이전의 법률행위로 인하여 事實上 讓渡된 不動産을 그 적용대상으로 하고 있는 特別措置法에 따라 所有權移轉登記를 하기 위하여 그 賣買일자를 1973. 3.15.로 소급하여 虛偽로 기재한 賣買계약서를 만든 다음 공동相續人들 전부로부터 위 不動産을 買受한 것처럼 虛偽의 保證書와 確認書를 發給받아 所有權移轉登記를 하였다면 그登記는 부적법한登記이다(대판 1992. 2.25.91 다 44605)

(8) 事件林野에 관하여 特別措置法에 따라 被告名義로 所有權保存登記를 경료함에 있어 被告가 事件林野를 買受한 사실을 알지 못하고 또 확인도 해보지 않았으나 그 지상에 被告 先대묘소가 있고, 訴外人이 이를 관리하고 있었으므로 被告의 所有로 알고 訴外人의 요청에 따라 發給해 준 保證書는 虛偽의 保證書.(대판 1992.4.10.91 다 21923)

(9) 이미 갑과 을名義로 所有權保存登記가 경료되어 있는 林野에 관하여 경료된 갑名義의 所有權保存登記는 갑이 그 자신과 을로부터 買受하여 事實上 所有하고 있음을 保證한다는 내용의 保證書와 確認書에 터잡아 特別措置法에 의하여 林野臺帳상의 所有名義를 變更한 후 갑 단독名義로 경료한 것인 데, 갑이나 그로부터登記를 이어받은 자들은 모두 갑이 당시 위 林野의 登記簿상 所有名義者인 을로부터 위 林野를 買受한 바는 없고 위 林野를 原所有者로부터 전전買受한 병으로부터 다시 買受하였다고 주장하고 있어 갑등은 保證書등이 虛偽라는 주장을 시인하고 있고, 또한 기록상 이에 부합되는 자료가 보이기도 한다면 위 保證書 및 確認書의 기재내용은 진실에 반하여 虛偽라고 하지 않을 수 없다(대판 1992.6.23.92 다 8965)

(10) 被告는 原告로부터 林野를 買受한 바는 없고, 그의 어머니가 原告에게 名義信託으로 所有權移轉登記를 하였다가 名義信託을 해지한 후 被告에게 贈與하였기 때문에 被告는 林野에 관하여 不動產所有權移轉登記등에 관한 特別措置法에 따라 被告名義로 所有權登記하였다고 주장하므로, 被告가 原告로부터 林野를 買受하였다는 내용의 保證書나 確認書는 虛偽임을 被告 스스로 시인하고 있는 셈(대판 1992. 10. 27. 92 다 17938)

(11) 기록에 의하면 被告 안세용과 그 승계취득자들인 被告 유도기, 이종철들은 스스로 被告 안세용등이 原告로부터 林野를 買受한 것이 아니라 林野는 원래 박곡리 주민들의 所有이었는데 原告가 1965.10.16. 박곡리 주민들로부터 林野에서 채석작업을 하는 것만을 승낙받고 편의상 위 林野에 관하여 原告名義로 所有權移轉登記를 경료하되 原告는 채석작업이 끝나면 박곡리주민들 앞으로 所有權移轉登記를 하여 주기로 약정한 후 林野에서 채석작업을 마치고서도 위 약정을 이행하지 않아 박곡리주민들은 위 林野에 관한 所有名義를 被告 안세용등에게 신탁하였다는 취지로 주장하고 있어서 위 保證書의 權利變動에 관한 實體的 記載內容이 진실과 부합하지 않음을 자인하고 있음(대판 1993.1.19.92 다 31804)

(12) 事件 林野 登記簿상 공유자 중 1인이 다른공유자로부터 공유지분을 讓受받은 사실이 없음에도 그가 사망하자 그 장남인 訴外人이 위 林野 전부가 자신의 所有인 것이라고 하여 1982.12.3.被告에게 임의로 매도하고, 訴外人과 被告는 特別措置法을 이용하여 所有權移轉登記를 경료하기 위하여 事件林野의 정확한 所有關係를 모르는 保證人들로부터 被告가 1974.12.25. 위 공유자 2인으로부터 事件林野를 買受하였다는 내용의 保證書를 받아 被告名義의 所有權移轉登記를 경료한 경우 保證書의 기재내용이 虛偽임을 의심할 만큼 증명되었다(대판 1993.5.11.92 다 52870)

(13) 訴外人 名義로 所有權保存登記가 終了되었다가 1970.4.21.特別措置法에 의하여 7人名義로 所有權移轉登記가 終了되었는 바, 被告들은 위 7인이 事件林野를 訴外人으로부터 買受한 것이 아니라 事件林野의 원래의 所有者인 소의 문중에서 訴外人에게 名義信託하였던 것인데 그 후 名義信託을 해지하고 다시 그 종원들인 위 7인에게 名義信託하고 다만 편의상 特別措置法에 의한 所有權移轉登記를 終了하였다고 주장하는 것은 被告들이 特別措置法上の 保證書의 權利變動에 관한 實體的 記載內容이 진실과 부합되지 아니함을 자인하고 있을 뿐 아니라 保證書上的 保證人이 林野의 所有關係를 잘 알지 못하면서도 단지 위원장의 말만 믿고 保證書에 捺印하였다는 취지로 진술하고 있다면 위 保證人의 진술은 이미 그 자체로서 保證書가 虛偽임을 뒷받침하는 것(대판 1993.7.13.93 다 1381)

(14) 被告 장극철이 소의 장여호로부터 事件 전체土地 중 원심판시 제 1土地 및 재 2土地를 買受한 사실이 없음에도 불구하고 特別措置法上の 保證人인 소의 김갑식, 장재호등으로부터 자신이 1974.3.10. 위 장여호로부터 이 事件전체 土地를 買受하였다는 내용의 虛偽의 保證書를 發給받아 1981.8.11. 이에 기하여 事件전체 土地에 관하여 特別措置法에 의한 所有權移轉登記를 終了하였다.(대판 1993.9.14.93 다 12268)

(15) 직접적인 증거는 없으나 다음과 같은 제반사정에 비추어 所有權保存登記는 虛偽의 保證書나 確認書에 의하여 終了된 것이라 인정함이 타당. 우선 공동被告인 소의 천유표가 虛偽의 保證書나 確認書에 의하여 終了되었음을 原因으로 하여 抹消를 구하는 原告의 청구에 대하여 인락을 한 사실, 중증所有인 林野를 소의 천기선이 관리할 사람이 없는 것을 기화로 保存登記를 終了하였다고 진술하는 등 자신의 所有라고 주장하고 있지 않다. 事件林野에 대하여 문중所有라고 할 뿐 자신의 所有라고 한 바 없다. 置

受한 사실이 없음에도 買受한 것처럼 保證書를 작성하여 이 事件 所有權保存登記를 경료한 사실과 위 林野가 原告의 조부의 個人所有임을 인정하는 내용의 각서를 原告 앞으로 교부하였고, 被告들 역시 이를 인정하는 내용의 각서를 작성하였다.(대판 1993.10.26.93 다 5383)

(16) 被告는 스스로 被告가 訴外人으로부터 이 事件林野지분을 買受한 것이 아니라 위 林野지분은 원래 被告의 부친의 所有였는데 訴外人이 임의로 原因無效의 所有權保存登記를 경료한 것을 발견하고 진정한 所有權을 회복하기 위한 방법으로 被告가 訴外人으로부터 事件林野지분을 買受한 것처럼 保證書를 작성하여 移轉登記를 경료한 것이라 주장하고 있는 것은 保證書가 진실과 부합하지 않음을 간접적으로 시인, 保證人중의 1인은 事件林野지분의 所有關係에 대하여 전혀 알지 못하는 상태에서 친구인 被告의 당숙의 말만 믿고서 保證해주었다고 증언, 다른 保證人 2인도 事件林野지분의 所有關係에 관하여 전혀 알지 못하면서 被告와 被告의 당숙, 이장인 다른 保證人의 남인만 믿고서 保證을 하였다는 취지로 증언. 이 경우 保證書의 實體的 記載內容이 진실이 아님을 의심할 만큼 증명(대판 1993.10.26.93 다 5826)

(17) 農地위원이던 장위상은 被告로부터 保證書의 發給을 부탁받고 이를 거절하였다가 保證書 1매당 금 10,000원씩의 사례비를 주겠다고 하여 所有名義자인 소의 김준열에게 讓渡여부를 확인하지도 아니한 채 保證書를 작성하여 주었고, 나머지 保證人들도 위 장위상이 保證書에 날인한 것을 보고 그 진위여부를 확인하지 아니한 채 保證書를 작성하여 준 경우 虛僞인 確認書이고 이에 터잡은 移轉登記는 推定力이 翻覆된다(대판 1993.11.9.93 36581)

(18) 被告가 스스로 그가 事件不動產을 原告의 선대인 전도현으로부터

贈與받은 것이 아니라 원래 소의 문중所有로서, 위 문중이 1918.5. 사정 당시 전도현의 名義로 사정받은 것을 1984.6. 경 문중회의에서 被告에게 名義信託하기로 결의함에 따라 特別措置法에 의하여 保存登記를 경료한 것이라 주장함으로써 保證書의 實體的 記載內容이 진실과 부합하지 않음을 자인하고 있고, 保證人도 1심에서 被告가 事件不動産을 贈與받은 사실은 없다는 취지로 증언하고 있고, 保證書上的 贈與일 무렵에는 전도현은 사망한 지 무려 26년이 지났음을 엿볼 수 있는 바 이와 같은 사정하라면 保證書의 權利變動의 原因에 관한 實體的 記載內容은 진실이 아님을 의심할 만큼 증명(대판 1993.9.14.93 다 7143)

(19) 被告는 原告에 대하여 林野가 그의 부친의 所有인 것으로 잘못알고 처분하였으며 결과적으로 原告들의 所有林野를 처분한 셈이니 이에 대한 책임을 지겠다고 진술한 바 있고, 그 후 保證書의 虛偽작성여부가 문제된 관련 刑事事件의 搜查過程에서도 被告는 그의 부친이 생전에 투전으로 가산을 탕진하고 被告가 어릴 때부터 남의 집 셋방살이를 하였고 가진 딸이라고는 전혀 없었으며, 만일 있었다면 부친이 팔아먹었을 것이라고 하더라도 위 林野만은 처분하지 않고 그대로 所有하고 있었던 내막은 모르겠다고 진술하였고, 保證人도 제 1심법정에서 수복이후부터 保證書 작성시까지 20-30년간 被告가 林野를 관리해 왔기 때문에 그의 所有인것으로 알고 保證書에 날인하였으며 被告의 부친은 본 적도 없고 언제 사망하였는지도 모른다고 진술하였을 뿐 아니라 原告들은 林野에 관한 매도증서를 현재까지 보관하고 있는 반면 被告의 부친이나 선대가 原告들이나 그 선대로부터 위 林野를 讓受하였다고 볼 만한 자료는 없다. 이 경우 保證書는 實體的 記載內容이 진실이 아님을 의심할 만큼 증명되었다(대판 1994.10.21.93 다 12176).

(20) 保證書의 虛偽작성 여부가 문제된 관련 刑事事件의 搜查過程에서

被告 자신이 土地를 買受한 적이 없고 그 登記경위를 전혀 모른다고 진술
하였고, 保證人들도 土地의 所有關係를 알지 못하면서 被告의 말만 믿고
保證書에 捺인하였다고 진술하고 뿐 만 아니라 위 刑事事件의 裁判結果 被
 告등이 保證書를 虛偽로 작성, 發給받았다는 범죄사실이 모두 유죄로 된
 경우 保證書는 實體的 記載內容이 진실이 아님을 의심할 만큼 증명(대판
 1994.3.11.93 다 57490)

(21) 증인은 제 1심법정에서 特別措置法에 의한 登記를 할 당시에 事
 件土地는 原告조합이 買受하여 관리하고 있는 사실을 알고 있었지만 당시
 조합장인 被告에게 특별한 신세를 지고 있어 事件土地를 特別措置法에 의
 하여 자기앞으로 所有權保存登記를 하여 달라는 그의 요구를 거절할 수 없
 는 형편에 있었던 데다가 1필지의 保證書를 發給받음에 있어서 통상의 수
 수료가 300원이나 별도로 10,000원을 주었기 때문에 그의 요구를 받아들
 여 原告조합名義로 特別措置法에 의하여 登記할 서류와 事件土地에 관한
 서류를 함께 保證人들에게 주면서 原告조합名義로 登記하는 것이라고 속이
 자 保證人들은 증인이 原告조합의 부조합장이면서 保證人인 점을 감안하여
 서인지 서류를 확인하지 아니한 채 도장을 찍어주어 虛偽의 保證書를 發給
 받았다고 증언하고 있고, 또다른 증인(保證人-필자 주)은 제 1심법정에서
 앞의 증인이 原告組合名義로 所有權을 넘기는 서류를 한 두건 검토하다가
 나머지 서류등은 검토하지 않은 채 捺인하여 주었다고 증언하고 있고, 또
 한 原告조합은 事件土地를 1957년경이후 계속 관리하여 온 사실을 알 수
 있는 바, 그렇다면 保證書의 實體的 記載內容이 진실이 아님을 의심할 만
 큼 증명되었다(대판 1994.12.22.93 다 30334)

(22) 被告는 이 事件土地들을 訴外人으로부터 買受한 바는 없고, 다만
 위 土地들은 생전에 贈與받았다고 주장하고 있어 被告 스스로 保證書 및
 確認書에 기재된 權利變動의 내용이 虛偽임을 인정하고 있고, 保證人들이

기재내용이 진실인지 여부를 잘 모르면서 保證書를 작성하였으며, 각 保證書에 기재된 賣買일자가 訴外人의 사망이후의 일자이고, 각 土地와 비슷한 시기에 같은 방법으로 不動産所有權移轉登記등에 관한 特別措置法에 의하여 被告 名義로 所有權保存登記를 한 일부 土地들에 대하여 被告의 相續지분을 초과한 지분에 관한 登記가 無效라고 하여 抹消를 명하는 確定判決이 있었고, 그 중 일부土地에 관한 保存登記행위로 인하여 被告가 刑事처벌을 받은 점, 그 밖의 판시 제반 사정에 비추어 訴外人이 그의 생전에 事件林野들을 다른 林野와 구분하여 특별히 손자에게 讓渡할만한 이유가 없었던 것으로 보이고, 訴外人所有의 林野들에 관하여 虛偽의 保證書, 確認書에 기하여 林野所有權移轉登記등에 관한 特別措置法에 의하여 被告등의 名義로 所有權保存登記가 마쳐졌다가 그 후 原告의 登記抹消請求訴訟提起 등으로 인하여 그 抹消를 명하는 判決이 確定되는 등의 사정에 비추어 保證書 및 確認書の 기재내용이 진실인지 의심이 간다.(대판 1995.2.10.94 다 39116)

(23) 아들이 아버지로부터 不動産을 買受하거나 贈與받은 바가 없으면 서도 이를 買受하거나 贈與받은 것처럼 가장하여 特別措置法에 따라 虛偽의 保證書 및 確認書を 發給받아(대판 1995.12.22.95 다 12736)

(24) 事件土地는 原告의 조부가 사정받은 그 所有의 土地였는데, 原告의 7촌조카인 被告는 原告나 그 선대로부터 事件土地를 贈與받거나 기타의 原因으로 所有權을 취득한 사실이 없음에도 불구하고 1984.2.경 친척인 訴外人에게 特別措置法에 기하여 事件土地의 所有名義를 被告앞으로 하여 줄 것을 부탁하였는 바, 訴外人은 事件土地가 土地臺帳상 原告의 망부의 所有로 登錄되어 있음을 알고 있었으나 原被告가 7촌간으로 가까운 친족이고 또한 被告名義로 所有權을 이전함에 관하여 原被告사이에 합의가 이루어진 것으로 잘못 알고 있었기 때문에 保證書を 스스로 작성하여 保證人들

을 찾아가 날인하여 줄 것을 부탁하였고, 이에 따라 保證人들도 訴外人의 말만 믿고 事件土地의 所有關係나 공부상의 등재내용등에 관하여 아무런 調査도 하지 않은 채 保證書에 날인하였는 사실에 대하여 虛偽의 保證書 및 確認書에 기한 登記로서 無效라고 하였다(대판 1996.2.23.95 다 50738)

(25) 事件土地의 취득경위에 관하여 被告는 1964.2.경 査定名義者로부터 이를 買受하였다고 주장하다가, 그 후에는 買受일자만을 1959.12.말 경으로 變更하여 주장하고, 이에 따라 입증을 하고 있음이 명백한 바, 事件土地는 被告 주장의 賣買당시에는 이미 査定名義者들로부터 수차례의 賣買過程을 거쳐 原告名義로 所有權移轉登記가 마쳐져 있었다는 것이므로 결국 被告는 이미 所有權을 상실한 無權利者로부터 事件土地를 買受하였음을 原因으로 特別措置法에 의한 登記를 경료하였다고 하여 그 登記가 原因無效임을 자인하고 있는 셈이 된다(대판 1996.4.12.95 다 44740)

(26) 被告는 1940.3.28.소의 이돈희로부터 買受하여 事實上 所有한다는 保證書에 의하여 所有權保存登記를 마쳤으나 그 保證人의 한 사람인 소의 이광석은 이 事件에 증인으로 출석하여 그가 保證해 준 당시 事件土地가 과거 이돈희의 땅이었다거나 같은 被告가 이를 買受하였는지의 여부에 대하여는 전혀 모르면서 같은 被告의 아들인 소의 김상도가 자신의 땅이라고 하므로 이를 믿고 保證해 준 것이며, 당시 保證書를 發給받아 登記하려는 사람이 너무 많아서 保證人들로서는 그 땅의 所有關係를 일일이 확인하기 어려웠으므로 자기 땅이라고 保證을 요구하는 者가 있으면 그 말만 믿고 날인하여 주었다고 증언하고 있으며, 이 事件에서 같은 被告 스스로 그 保證書에 기재한 原因일자와는 달리 1966.1.경 전 所有者인 이돈희로부터 그가 경작하던 土地를 買受하여 경작한 것이라고 말을 바꾸고 있을 뿐이고, 이돈희의 所有關係 또는 같은 被告 자신의 權利취득에 關係된 아무런

문서도 제시하지 못하고 있는 실정이다. 한편 事件土地는 민통선 북방에 위치하고 있어 1970년대까지는 민간인이 쉽사리 출입하기 어려웠을 뿐 아니라 원래 바윗돌로 이루어진 돌산으로서 잡초만 자라는 황무지였다가 같은 被告가 保證書를 發給받은 무렵에 비로소 증장비를 동원하여 개답공사를 한 사실을 엿볼 수 있으므로 被告가 前 所有者라고 주장하는 이돈희가 實買일시라는 1966년경 事件土地를 점유하면서 경작하였다고 보기도 어렵다. 이러한 사정이라면 保證書의 實體的 記載內容이 진실이 아님을 의심할 만큼 증명된 것으로 보아야 한다(대판 1996.4.23.95 다 11184)

(27) 保證書의 기재내용을 보면 소의 김성용이 1969.10.1.소의 김화선으로부터 事件 不動産을 買受하여 현재 事實上 所有하고 있음을 연대하여 保證한다고 되어 있는 바, 被告는 위 김성용이 事件 각 不動産을 취득한 경위에 관하여, 원래 김화선의 양모인 소의 이성녀가 買受하여 그 所有 名義를 김화선에게 신탁하여 둔 것으로 위 이성녀가 생전에 양손인 김성용에게 양조부모의 제사를 받들어 줄 것을 당부하면서 贈與한 것이어서 김화선과 이성녀가 사망한 뒤에 친지들이 이성녀의 유지를 받들어 김성용名義 所有權移轉登記를 경료하도록 하여, 위 김성용이 김화선으로부터 직접 買受한 것처럼 保證書를 작성하고 確認書를 發給받아 特措法에 의한 所有權移轉登記를 경료하게 되었다고 주장하고 있어서, 위 保證書의 權利變動에 관한 實體的 記載內容이 진실과 부합하지 않음을 자인하고 있고, 保證書상의 保證人들도 김성용이 김화선으로부터 事件 不動産을 買受하였는지 여부를 제대로 확인하지 않고 소의 김갑철의 말만 믿고 保證書를 작성해준 사실을 이전할 수 있어 特措法에 의한 所有權移轉登記의 推定力은 깨어졌다(대판 1996.11.12.96 다 32010)

2. 虛偽性이 認定되지 않는 경우

大法院은 다음과 같은 사유로는 保證書上의 虛偽性을 인정하지 않고 있다.

1. 保證書上 賣渡人의 名義나 賣買日字, 買受經緯등이 실제 變動過程과 다소 일치하지 않는 경우라도 虛偽性은 인정되지 않는다. (1)에서는 이런 경우이다. 또한 登記名義者로 이어지는 讓渡경위를 명백히 알지 못하는 경우도 마찬가지다. 이것은 (5)의 사례에서 볼 수 있다.

2. 保證書의 發給을 거절하였으나 保證書에 保證人의 도장이 날인되어 있는 경우에는 虛偽性이 인정 될 수 없다. (2)의 경우이다.

3. 保證人이 保證書 작성경위를 알 수 없거나 기억할 수 없는 경우도 虛偽性이 인정될 가능성이 없다. (2)(3)의 경우이다.

4. 搜查機關에서 被告가 所有關係 증거서류가 전혀 없다고 하는 진술도 虛偽性의 인정에 하등 영향이 없다. (13)의 경우에서 볼 수 있다.

5. 未登記 土地에 대하여 登記를 하지 않고 있는 사이에 제 3자가 保證書에 의하여 保存登記를 한 경우에도 虛偽에 의한 保證書라고 할 수 없다. (6)의 경우이다.

6. 保證書上에는 賣買로 되어 있으나 訴訟中 名義信託이라고 주장하는 경우에는 虛偽性이 인정되지 않는다고 한다. (4)(7)(14)의 경우로서 (4)의 경우는 原告주장을 부인하는 것이지 자백으로 볼 수 없다고 하고, (7)의 경우는 保證人이 所有管理狀態를 확인했다는 것을 들면서 虛偽性이 없다고 한다. 그러나 이 문제는 앞서 본 虛偽性이 인정되는 경우의 自認의 문제와 관련하여 문제가 있는 사례들이고, 다른 지면에서 다시 한번 다룰 기회가 있을 것이다.

7. 讓渡人이 사망한 후 贈與받거나 賣買한 경우에도 虛偽性이 없다고 한다. (8)(9)(13)의 경우이지만 그러나 이것은 앞서 본 虛偽性이 인정되는 판단기준과 중첩이 되는 경우에는 虛偽性이 인정된다고 한다.

8. 分筆하기 전에 이루어진 未分割 土地의 賣買도 虛偽性和 關係없다. (11)에서 이를 보여주고 있다.

9. 刑事事件에서의 原告의 고소장 또는 搜查機關에서의 原告의 진술도 虛偽性인정의 사유가 되지 않는다. (11)의 경우이다.

10. 자격없는 保證人에 의한 保證書가 虛偽성과 관련하여 문제되었지만 法院은 이런 상황을 생각하기 힘들다면서 인정하지 않고 있다. (12)의 경우이다. 각종서류와 保證人 명부 및 保證書 發給臺帳이 폐기처분되어 없더라도 虛偽性을 이런 사유로 쉽게 인정해서는 안된다고 한다.

11. 特別措置法에 의한 保存登記 경료 뒤 10년 가까이 경과한 후 제기하는 原告의 訴訟은 保證書上 虛偽性이 없다는 자료가 될 수 있다. (13)의 경우에서 볼 수 있다.

12. 實體的 權利關係와 부합되는 法律行爲가 있을 경우에는 虛偽性이 없다고 한다. (10)의 경우이다.

13. 賣買日字가 前登記名義人의 死亡日字 이후로 되어 있는 경우도 虛偽성과 반드시 관계가 있는 것은 아니다. (9)의 경우이다.

14. 民事事件에서의 증언으로 偽證罪의 有罪判決을 받았더라도 반드시 虛偽성과 관련이 있는 것은 아니다. (11)의 경우가 그러한 사실을 보여준다.

(관련판결-밑줄은 拙者 註)

(1) 保證書나 確認書上的 賣渡人의 名義나 賣買日字, 賣買經緯등이 실제의 權利變動過程과 다소 일치하지 않거나 실제와 달리 되어 있는 경우 (대판 1990.11.13.90 다카 8616;동 1990.11.13.90 다카 26034;동 1991.2.8.90 다카 28221;동 1992.6.23.92 다 8965)

(2) 保證書を 發給하여 준 保證人들이 자신들의 인장은 찍혀 있으나 자신들이 保證書を 작성하여 준 경위는 기억할 수 없고, 또 다른 토지의 保證人은 保證書發給을 의뢰받고 거절하였는데 자신이 알지 못하는 경위로 保證書에 자신의 인장이 찍혀 있고 인영이 자신의 인장에 의하여 현출된

것을 인정할 경우 그 인영은 자신의 의사에 의하여 찍혀진 것으로 推定되고 保證書의 진정성립이 인정(대판 1990.5.25.89 다카 24797)

(3) 保證人 중의 일부가 소극적으로 사실關係를 잘 알지 못하면서 保證書를 작성하였다고 하여 이것만 가지고는 推定力이 깨어지지 않는다(대판 1991.11.12.91 다 26188)

(4) 原告가 保證書에 기재된 바와 같이 김동구가 홍순태에게 계쟁土地를 매도한 사실이 없다고 주장한 데 대하여, 被告들이 단순히 그 주장사실을 부인하는 데서 그치지 아니하고 나아가 계쟁土地는 본래 홍순태가 김동구에게 편의상 名義信託하여 두었던 것인데 그 名義信託을 해제하면서 위 所有權移轉登記를 경료하게 된 것이라는 취지로 주장한 바 있다 하더라도 이는 保證書가 虛偽라는 原告의 주장을 적극적으로 부인한 것으로 볼 것이지 保證書가 虛偽임을 자백한 것으로 볼 것은 아니다(대판 1992.3.27.91 다 47253)

(5) 保證書의 虛偽性여부가 다투어지고 있는 訴訟過程에서 保存登記名義자가 자기에 대한 讓渡人이나 그 이전의 讓渡人들이 林野臺帳이나 土地臺帳상의 所有名義자로부터 이어받은 취득경위를 명백히 주장하지 못한다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그것만으로는 保證書와 確認書가 虛偽 작성된 것이라 할 수 없다(대판 1992.6.23.92 다 8965)

(6) 原告중증이 事件林野를 원래의 査定名義者인 국가로부터 買受하였다고 할지라도 原告 중증앞으로 그에 따른 登記節次를 경료하지 않고 이를 未登記인 채로 그대로 두고 있는 상태로서는, 그 후 事件林野에 관하여 特別措置法에 따라 所有權保存登記를 마친 제 3자 및 그 이후의 순차 登記名義者에 대하여 原告 중증은 林野에 관한 所有權자임을 주장할 수 없고, 구

林野臺帳上 所有者 名義를 제 3자앞으로 신탁등재하여 두었다 하더라도 그 사실만으로 原告 중증이 事件林野의 所有權을 취득하였다고 볼 수 없다. 이 경우 제 3자名義의 保證書 및 確認書는 虛偽가 아니다. (대판 1992.12.11.92 다 35523)

(7) 事件 不動産은 被告중증의 所有인데 다만 사정시 중증대표 김재찬 名義로 신탁한 것이며, 위 名義信託關係를 해지하고 被告名義로 所有權保存登記를 경료함에 있어 特別措置法소정의 요건을 맞추기 위하여 김재찬으로부터 所有權을 讓渡받았다는 내용의 保證書 發給을 農地委員(保證人)들에게 요청하여 그들(保證人)이 事件不動産의 所有관리상태를 확인한 뒤 保證書에 날인한 경우 權利취득의 실체가 虛偽라고 할 수 없다(대판 1993.7.16.92 다 53910)

(8) 被告가 事件林野의 法定名義人인 訴外人이 사망한 후에 출생하였음에도 자기가 위 不動産을 贈與받은 것처럼 所有權保存登記를 경료하였거나, 被告가 또 다른 事件林野의 所有者인 또 다른 訴外人이 사망한 후인 1965.3.5.자 賣買를 原因으로 위 林野에 관하여 所有權移轉登記를 경료한 사정만으로는 推定力이 깨어진다고 볼 수 없고(대판 1993.10.12.93 다 34374)

(9) 登記名義人의 買受日字가 前登記名義人(賣渡人)의 死亡日字 이후로 되어 있는 경우(대판 1988.1.19.87 다카 1843;동 1989.5.23.88 다카 9302;동 1990.11.13.90 다카 26034동 1991.3.27.91 다 728)

(10) 15세손을 증시조로 하는 중증의 조직을 소멸시키고, 11세손을 증시조로 하는 중증조직을 새로 결성하였다면 신구중증이 하나의 중증으로서 명칭만 變更된 것이라고 할 수 없고, 또한 구중증의 조직을 소멸시키기

로 한 중증총회에서 그 재산을 신중증에 贈與하기로 결의하였고 새로 조직을 갖춘 신중증에서 이를 받아들여 事件土地를 신중증이 구중증으로부터 贈與받은 것으로 確認書を 發給받아 所有權移轉登記를 하였다면 두 중증사이에 적법한 贈與契約이 있었다고 볼 수 있으므로 虛偽의 방법으로 確認書を 發給받은 것으로 볼 수 없다(대판1990.2.27.89 도 2172)

(11) 保證書는 현재 保存되어 있지 않지만 그 내용은 登記簿의 기재로 미루어 訴外人이 登記原因日인 1948.1.7.에 이 事件土地를 買受하였다는 것으로 추측된다고 하고, 그 買受하였다는 당시에는 이 事件土地가 아직 분할되어 나오지도 아니하였던 점을 위 保證書가 虛偽라는 주요한 근거로 삼은 듯하다. 그러나 당사자간에 1필지의 土地를 事實上 분할하여 賣買한 후 이에 맞추어 분필節次를 취한다 하더라도 거기에 아무런 장애가 없는 이상 그와 같은 사정은 登記가 虛偽의 保證書에 의하여 경료되었다고 추단할 자료가 될 수 없다. 原告가 관련 刑事事件에서 이 事件에서의 주장과 같은 요지로 작성한 고소장과 搜查機關에서의 진술내용은 原告 본인의 주장과 다를 바 없어 (民事상-필자 주)증거가치가 있다고 할 수 없고, 訴外人들이 事件土地와 관련된 民事事件에서 증언한 내용으로 각 위증죄의 유죄判決을 받은 것은 그 위증내용에 비추어 이 事件登記가 虛偽의 保證書에 의하여 경료된 것인지의 여부에 관한 자료가 될 수 없다(대판 1995.3.3.94 다 7348)

(12) 土地의 所在地에 거주하는 특조위원이 아닌 다른 지역의 특조위원의 保證書を 받아 保存登記를 한 경우 虛偽의 保證書 및 確認書에 의하여 이루어진 無效의 登記라고 판시한 원심에 대하여 行政官廳이 特措法에서 요구하는 자격이 없는 保證人에 의한 保證書에 대하여 確認書を 發給하여 주는 등으로 사무를 처리한다는 것은 특별한 사정이 없는 한 상정하기 어렵다. 당해 林野 所在地가 아닌 다른 마을 특조위원의 保證書로 접수 처

리할 수 없는 것이므로, 과연 분할전 土地의 所在地가 아닌 지역에 거주하여 保證人 자격이 없는 특조위원들의 保證에 의하여 분할 전 土地에 관하여 特措法에 의한 所有權保存登記가 이루어진 것인지의 여부를 판단함에 있어서는 신중을 요하고, 특히 特措法에 의하여 發給된 각종 서류와 保證人 명부 및 發給臺帳등이 保存기간의 만료로 폐기처분되어 그 근거서류가 없는 경우에는 더욱 그러하다(대판 1995.10.12.95 다 23644)

(13) 被告가 이 事件과 관련한 刑事事件에서 그 스스로 事件土地가 그 所有라는 증거서류는 전혀 없다고 진술한 바 있다 하더라도 그것이 자신에게 所有權이 없음을 자인하는 취지는 아닐 뿐 아니라, 事件 土地를 포함한 인근의 土地들이 收復地域로서 지적공부등이 6.25사변으로 인하여 멸실된 지역이고 原告들도 被告와 마찬가지로 事件土地에 관한 登記權利證 등 일체의 문서를 제시하지 못하는 사정에 비추어 被告의 搜查機關에서의 진술만으로는 保存登記의 근거가 된 保證書의 實體的 記載內容이 진실이 아님을 의심할 사유로 삼기에는 부족하다. 保證書에 賣渡人이 사망한 후에 讓受한 것으로 기재되어 있다거나 被告들이 주장하는 權利變動過程이 保證書의 기재와 일치하지 아니할 뿐 아니라 그 過程을 분명히 주장입증하지 못하고 있다 하더라도 保證書의 實體的 記載內容이 진실이 아님을 의심할 사유로는 부족하다. 오히려 事件土地에 인접한 주민들은 일치하여 被告의 선대가 일제시대부터 事件土地를 所有하면서 경작하였다고 진술하고 있는 반면, 原告들이 내세우는 증거에 의하면 原告의 선대 또는 그 후손들이 事件土地의 所有者로 행세한 사적이 발견되지 아니하고, 나아가 特別措置法에 진정한 權利者의 權利를 보호하기 위한 節次를 상세히 규정하고 있음에도 事件土地 인근에 거주하는 原告들이 被告의 復舊登錄申請을 전후하여 아무런 이의를 제기한 바 없다가 被告名義의 所有權保存登記가 경료된 지 10년 가까이 경과하여서야 被告의 所有權을 부인하면서 소를 제기한 사실로 보아 保證書의 虛偽性이 입증되었다거나 實體的 記載內容이 진실이 아님을

의심할 만큼 증명되었다고 볼 수 없다(대판 1995.12.12.94 다 52096)

(14) 原告가 特措法에 의하여 경료된 持分所有權移轉登記의 原因에 관하여 保證書에 기재된 바와 같이 原告의 被相續人인 訴外人이 被告 김천우를 제외한 이 事件被告들에게 매도한 사실이 없다고 주장함에 대하여 이 事件被告들이 단순히 그 주장을 부인하는 데서 그치지 아니하고 나아가 事件林野는 본래 特措法登記 被告들이 原告의 被相續人에게 편의상 名義信託하여 두었던 것인데, 그 名義信託을 해지하면서 위 持分所有權移轉登記를 경료하게 된 것이라는 취지로 주장한 바 있다고 하더라도 이러한 것만 가지고는 保證書가 虛偽임을 자인하는 것이라고 볼 수 없다(대판 1996.10.11.95 다 47992).

V. 推定力 顛覆을 위한 虛偽性의 立證程度

登記의 推定力에 관한 우리나라 判例의 입장인 法律上推定說에 의하면 登記의 推定力을 顛覆하기 위하여 그 효과를 다루는 상대방은 法院에 反證을 제출하는 것만으로는 부족하고 本證을 제출하여야 할 것이다. 또한 그 입증의 정도도 法官의 확신을 흔들리게 할 정도로는 부족하고 法官으로 하여금 확신을 가질 정도에 이르러야 할 것이다.

그러나 事實上的 推定說에 따르면 事實上的 推定은 法官의 사실인정過程에서 간접사실에 대하여 얻은 심증형성작용으로 自由心證의 한 態樣에 불과하고 따라서 그 顛覆은 간접사실에 대한 法官의 심증을 흔들리게 하는 정도의 反證으로 할 수 있다.

特別措置法에 관한 登記의 推定力에 대하여 大法院의 判例는 일반 登記의 推定力보다 더 우월한 推定力을 부여하고 있기 때문에 特別措置法上の 登記의 推定力을 顛覆시키기 위하여는 法官의 확신을 흔들리게 할 정도

의 本證을 제출하도록 해야 하는 것이 논리적으로 합당하지만 判例는 그렇지 않다.

大法院은 어떤 사실만으로 바로 保證書나 確認書가 虛偽라고 말할 수는 없으나 그 밖의 자료에 의하여 그 實體的 記載內容이 진실이 아님을 의심할 만큼 증명이 된 때에는 그 登記의 推定力은 顛覆된다고 보아야 한다²³⁾. 그래서 保證書등의 虛偽性의 입증정도가 法官이 확신할 정도가 되어야만 하는 것은 아니다²⁴⁾고 한다.

VI. 結論

1961년 分配農地所有權 移轉登記에 置法을 시발로 하여 여러 차례 제정 또는 개정된 각종의 不動産登記 特別措置法은 어떤 의미에서 간편한 節次에 의하여 많은 사람들이 혜택을 입은 것은 사실이다. 그리고 그러한 特別措置法 때문에 그동안 權利行使의 사각지대에 놓여있던 사람들에게 登記를 하게 함으로써 權利救濟에 획기적인 전기가 마련된 것도 사실이다. 그러나 그로 인하여 다른 많은 사람들이 자기의 權利를 소홀히 하는 사이에 타인에게 합법적으로 所有權을 탈취당하는 일도 비밀비재하였다. 그것은 이에 대한 法院의 訴訟제기 건수만 보아도 이를 간접적으로 알 수 있다. 특히 위에서 본 바와 같이 大法院의 判例에서조차도 서로 상반되는 듯한 判例를 내어 놓고 있다. 保證書上으로는 賣買라고 해놓고 실제 소송에서는 名義信託으로 주장할 경우 이를 自認으로 보아 虛偽性이 인정된다고 해야 하는지 아니면 虛偽性이 인정되지 않는 경우로 보아야 할지 大法院의 입장도 확립되지 않고 있다. 생각컨대 自認으로 보아 虛偽性을 인정하여야 할

23) 대판 1991.4.23.91 다 2236; 동 1992.10.27.92 다 17938; 동 1993.7.13.93 다 1381.

24) 대판 1993.1.19.92 다 31804; 동 1993.5.11.92 다 52870; 동 1993.7.13.93 다 1381; 동 1993.9.14.93 다 7143; 동 1994.3.11.93 다 57490; 동 1995.2.10.94 다 39116; 동 1995.12.26.95 다 28601.

것이다. 讓渡人이 賣買당시에 死亡한 경우도 特別措置法의 立法趣旨로 보아 虛偽性이 없다고 보아야 할 것이다. 위에서 살펴 본대로 虛偽性을 인정함에 있어서 法院은 단 한가지 사유만으로는 인정하는 데 몹시 주저하고 있다. 여러 개의 虛偽性 判斷基準이 중첩될 경우에 인정하고 있는 실정이다. 아울러 앞으로 判例의 集積을 기다려 좀 더 깊은 연구가 있어야 한다고 생각된다.