

자주점유에 관한 판례의 흐름

배 병 일*

I. 서론

세계 경제의 국제화, 세계화에 편승하여 채권의 효용성은 그 어느 때보다도 위력을 발휘하고 있다. 그럼에도 불구하고 시장경제에서 부동산, 특히 토지의 유용성은 시대와 장소를 불문하고 그 가치를 잃지 않고 있다. 특히 우리나라는 국토의 면적은 좁고 인구가 많기 때문에 토지에 대한 국민적 수요는 매우 많다. 토지에 관한 법적 규제에도 불구하고 일반인의 토지소유 욕구는 감소되지 아니하고, 오히려 부동산투기를 위한 토지매매에 열중하는 등 맹목적이랄 수 있을 정도로 토지를 둘러싸고 독특한 법감정을 가지고 있다. 법제도의 연혁상 우리나라의 토지는 공시방법인 등기와 사실적 지배인 점유가 불일치하는 경우가 많았다. 등기는 토지소유권의 공시제도로서 1912년 일제의 토지조사사업과 1918년 임야조사사업에 의하여 도입되었다. 그 후 1945년 일제로부터의 독립과 1950년 6.25전쟁을 거치면서 토지대장 및 등기부 등 공적장부의 멸실 등 관리 소홀과 등기절차의 혼란, 구 민법상의 대항요건주의 등으로 말미암아 점유와 불일치되기도 하였다. 그런데 민법 제245조에서는 소유의 의사로 20년간 부동산을 점유한 경우에는 등기함으로써 소유권을 취득한다고 규정하여 점유에 대하여 법적 이익을 부여하고 있다. 더욱이 1960년 민법 시행에 따라 성립요건주의를 채택하였지만, 종래부터 등기에 관한 권리의식이 약한 법감정하에서는 등기보다는 점유에 대하여 상당히 법적 정당성을 부여하려는 경향이 있었다.

* 영남대학교 법과대학 교수

민법은 제245조의 점유취득시효의 요건 중에서 소유의 의사, 즉 자주점유를 그 요건으로 요구하고 있다. 그런데 소유의 의사라는 것은 점유자의 주관적 의사에 기초한 개념으로 이를 엄격하게 요구할 경우에는 악마의 증명이라고 할 수 있을 정도로 사실상 불가능한 요건이 될 수 있다. 그래서 법원은 당초부터 자주점유에 관한 해석을 완화하여 점유자의 권리보호에 중점을 두어 왔다. 그래서 우리나라는 취득시효의 천국이라고 할 정도로 소송상 시효취득이 유행하였다. 특히 국공유지를 둘러싸고 논의된 과정을 살펴보면, 취득시효의 왕국이라는 표현이 무색하지 않을 정도로 심각한 수준이다.

해방이후부터 1970년대까지 국유부동산을 무단점유하고 이 무단점유에 의거한 취득시효를 사유로 하여 국유부동산을 잠탈하는 경우가 많았다. 이에 정부는 1976.12.31. 국유재산법을 개정하여 국유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다(제5조 제2항)고 규정하여 이를 제한하고자 하였다. 그러나 지방자치단체의 소유로 되어 있는 토지에 대하여는 이를 명문화하지 못하다가 1988.4.6. 지방재정법을 개정하여 공유재산은 민법 제245조의 규정에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다(제74조 제2항)고 규정하여 이를 제한하였다. 이러한 정부의 방침에도 불구하고 종전부터 국공유지에 대한 점유를 계속하여 오던 사람들은 이를 몹시 못마땅하게 생각하여, 헌법상 재산권보장의 기본권 규정에 위배된다고 판단하여 위헌소송을 제기하여 이르렀다. 헌법재판소는 1991.5.13. 국유잡종재산은 사경제적 거래의 대상으로서 사적 자치의 원칙이 지배되고 있으므로 시효제도의 적용에 있어서도 동일하게 보아야 하고, 국유잡종재산에 대한 시효취득을 부인하는 동규정은 합리적 근거없이 국가만을 우대하는 불평등한 규정으로서 헌법상의 평등의 원칙과 사유재산권보장의 이념 및 과잉금지의 원칙에 반한다(1991.5.13.89헌가97)고 하여 위헌결정을 하였다. 또한 헌법재판소는 1992.10.1. 지방재정법 제74조 제2항이 같은 법 제72조 제2항에 정한 공유재산 중 잡종재산에 대하여까지 시효취득의 대상이 되지 아니한다고 규정한 것은, 사권을 규율하는 법률관계에 있어서는 그 권리주체가 누구냐에 따라 차별대우가 있어서는 아니되며 비록 지방자치단체라 할지라도 사경제적 작용으로 인한 민사관계에 있어서는 사인과 대등하게 다루어져야 한다는 헌법의 기본원리에 반하고, 공유재산의 사유화로 인한 잠식을 방지하고 그 효율적인 보존을 위한 적절한 수단도 되지 아니하여 법률에 의한 기본권 제한에 있어서 비례의 원칙 또는 과잉금지의 원칙에 위배된다. 이 법 제

74조 제2항에서 같은 법 제72조 제2항에 정한 잡종재산에 대하여까지 이를 적용하도록 한 것은 평등원칙에 관한 헌법 제11조 제1항, 재산권보장에 관한 헌법 제23조 제1항, 비례의 원칙 또는 과잉금지의 원칙을 정하고 있는 일반적 법률유보에 관한 헌법 제37조 제2항에 위배된다(1992.10.1.헌가6,7)고 하여 위헌결정을 하였다. 이에 따라 정부는 1994.1.5. 국유재산법을, 1994.12.22. 지방재정법을 개정하여 다만, 잡종재산의 경우는 그러하지 아니하다라고 개정하였다(국유재산법 제5조 제2항 단서, 지방재정법 제74조 제2항 단서). 그런데 이 지방재정법은 2005.8.4. 지방재정관련 법률의 분야별 입법화에 따라 지방재정법과 공유재산 및 물품관리법으로 바뀌었고, 종전 지방재정법 제74조 제2항에 있던 규정은 지방분권시대에 맞는 다양한 공유재산 및 물품의 행정수요에 대응하고, 공유재산 및 물품의 건전하고 효율적인 관리를 위하여 새로이 제정된 공유재산 및 물품관리법 제6조 제2항으로 변경되었다.

이렇게 정부가 법률개정을 통하여 국공유재산에 대한 시효취득을 제한하였음에도 불구하고, 헌법재판소가 위헌심판을 선고하고 이에 기초한 법률 개정을 통하여 국공유재산에 대한 시효취득이 가능하게 되었고, 이에 따라 또다시 국공유재산에 대한 잠탈은 계속되어 사회적 문제가 되었다. 특히 무단점유의 경우에도 자주점유로 보는 대법원 종전 판례에 따라 국공유재산에 대한 시효취득은 가속화되었다. 이처럼 민간인에 의한 국공유재산에 대한 취득시효에 대비하여 반대로 국가 또는 지방자치단체의 민간인 소유 토지에 대한 취득시효도 인정되었다. 즉, 지방자치단체가 토지보상을 하지 않은 채 도로부지로서 점유하는 사안에서 지방자치단체의 무단점유라고 하더라도 자주점유로 시효취득이 된다고 하는 사례(대법원 1991.7.12.선고 91다6139)도 나타났다. 이는 국민의 재산권을 보장해주어야 할 헌법상 의무가 있는 국가 및 지방자치단체가 그러한 재산권보장의무에도 불구하고 도리어 취득시효의 법리를 이유로 들면서 아무런 손실보상도 없이 국민의 재산권을 잠탈하는 것은 약탈경제에서나 가능한 논리로서 너무 형식적인 법리해석에 기초한 것이라고 하지 않을 수 없다.

이렇게 토지를 둘러싸고 국공유토지의 점유자로서 그 국공유토지를 무단으로 점유하는 사인이 시효취득하는 것도 문제이지만, 반대로 사인의 토지를 아무런 보상도 없이 도로 등 공공용도로 점유하여 오던 국가 및 지방자치단체가 시효취득한다는 것도 문제가 될 수 있기 때문에 이제 새로이 자주점유에 대한 해석론이 필요하

다. 본 고에서는 이러한 자주점유에 관한 그간의 대법원 판례의 흐름을 고찰하고, 최근에 등장하여 각광을 받고 있는 객관적 사정론을 중심으로 살펴보고자 한다.

II. 자주점유

1. 자주점유의 개념

민법 제245조는 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다고 부동산 점유취득시효에 대하여 규정하고 있다. 여기에서 가장 문제가 되는 것은 소유의 의사로 점유하는 자주점유이다. 그런데 민법 제197조는 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정한다고 자주점유의 추정에 대하여 규정하고 있다.

자주점유라는 것은 소유의 의사를 가지고 하는 점유를 말하고, 민법 제245조 제1항의 취득시효에 있어서의 소유의 의사는 소유자로서 점유하는 의사 또는 소유자가 할 수 있는 것과 같은 배타적 지배를 사실상 행사하려고 하는 의사¹⁾, 사실상의 지배에 수반하는 인식적 요소, 즉 소유자와 같은 배타적 지배를 사실상 행사하고자 하는 의사²⁾를 말한다. 판례는 소유의 의사를 소유자와 동일한 지배를 사실상 행사하려는 의사³⁾, 또는 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하려는 의사⁴⁾라고 한다.

따라서 자주점유는 타인의 소유권을 배제하고 소유하고자 하는 물건을 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하려는 의사로서 하는 점유라고 하여야 한다. 법률상 그러한 지배를 할 수 있는 권한, 즉 소유권을 가지고 있거나 또는 소유권이 있다고 믿고 있어야 하는 것은 아니다⁵⁾. 자주점유에서의 소유의 의사는 그 자체로서는 자연적 사실적 의사이지만, 행위능력이나 특별한 의사표시를 필요로 하지 않는다.

자주점유에서의 소유의 의사는 그 자체로서는 내심의 자연적 의사라고 볼 수 있

1) 박윤직, 물권법, 2000, 205면.

2) 이영준, 물권법, 2001, 307면.

3) 대판 1992.6.23.92다12698, 92다12704.

4) 대판 1997.4.11.96다50520; 동(전) 1997.8.21.95다28625.

5) 박윤직, 전제서, 205면.

지만, 자기의 소유로 하려는 내심의 의사를 말하는 것은 아니다. 소유의 의사, 즉 자주점유를 점유자의 내심 의사를 기준으로 하여 판단하여야 한다고 하면, 그것은 불가능에 가까운 일이다. 따라서 취득시효에서 문제를 삼고 있는 것은 소유의 의사의 개념이 아니다. 오히려 문제가 되고 있는 것은 소유의 의사의 존부를 결정하는 기준이 필요하다. 소유의 의사의 존부를 결정함에 있어서 점유자의 주관적 내심의 의사에 의존하게 되면 사회생활에 있어서 무질서와 불안정을 조장하게 되어 경제가 마비될 수 있다. 그래서 소유의 의사를 판단하기 위해서는 외부적으로 드러난 객관적 사정에 의하여 추인할 수 밖에 없다. 따라서 소유의 의사를 판단하기 위해서는 객관적인 기준을 제시하지 않으면 안된다.

2. 자주점유의 입증책임

점유자가 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유하고, 자주점유를 원인으로 한 소유권이전등기 등의 소유명의등기를 경료하면 시효취득한다(민법 제245조 제1항). 한편 점유자는 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 것으로 추정하고 있다(민법 제197조 제1항). 그런데 종전 대법원의 판결은 상반된 취지의 두 갈래의 판단을 가지고 있었다. 즉 점유권원의 성질이 분명하지 않은 경우에 자주점유의 추정을 인정하지 아니하고 자주점유를 주장하는 점유자에게 그 점유권원의 성질에 관한 입증책임이 있다는 취지의 판례(대법원 1967.10.25 선고 66다2049 판결), 또는 점유자가 매수 또는 증여받은 사실이 인정되지 않은 경우에 자주점유로 추정되지 않는다는 취지의 판례(대법원 1962.2.8 선고 4294민상941 판결; 동 1974.8.30 선고 74다945 판결; 동 1981.12.8 선고 81다99 판결)를 통하여 자주점유의 입증책임이 점유자에게 있다고 하였다. 이에 대하여 또 다른 판례는 점유자가 스스로 매매 또는 증여와 같은 타주점유의 권원을 주장하였으나 이것이 인정되지 않는 경우에도 원래 위와 같은 자주점유의 권원에 관한 입증책임이 점유자에게 있지 아니한 이상 그 점유권원이 인정되지 않는다는 사유만으로 자주점유의 추정이 반복된다거나 또는 점유권원의 성질상 타주점유라고 볼 수는 없다(대법원 1965.11.23 선고 65다1875 판결; 동 1968.6.18 선고 68다729 판결; 동 1976.3.9 선고 76다886,1887 판결; 동 1981.7.14 선고 80다2289 판결; 동 1981.7.28 선고 78다1888 판결)고 하였다. 이에 대하여 대법원 전원합의체는 취득시효에 있어서 자주점유의 요건인 소유의 의사는

객관적으로 점유취득의 원인이 된 점유권원의 성질에 의하여 그 존부를 결정하여야 하는 것이나, 다만 점유권원의 성질이 분명하지 아니한 때에는 민법 제197조 제1항에 의하여 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되므로 점유자가 스스로 그 점유권원의 성질에 의하여 자주점유임을 입증할 책임이 없고 점유자의 점유가 소유의 의사없는 자주점유임을 주장하는 상대방에게 타주점유에 대한 입증책임이 있다고 할 것이(대법원 1983.7.12. 선고 82다708,709,82다카1792,1793 판결)라고 하였다.

따라서 점유자는 부동산을 20년간 점유한 사실만을 주장·입증하면 되고, 반대로 취득시효의 완성을 다투는 점유자의 상대방이 점유자의 점유가 타주점유라는 것 및 강포·은비의 점유라는 사실을 주장·입증하여야 한다.

그러나 점유자의 점유가 소유의 의사가 없는 점유, 즉 타주점유라는 증명은 점유자가 이를 스스로 자인하지 않는 이상 취득시효완성을 다투는 점유자의 상대방에게 있어서는 악마의 증명이라고 할만큼 사실상 불가능한 증명을 요구하는 것이 되어 취득시효소송에서는 원고가 승소하는 경우가 많았다. 특히 위에서 본바와 같이 국공유재산의 경우에는 사실상 주인이 없다고 해도 과언이 아닐 정도로 그 관리가 허술하였고, 사인의 토지도 역시 민법의 제정으로 물권변동에 관한 입법주의가 대항요건주의에서 성립요건주의로 변경됨에 따라 등기에 대한 권리의식이 많지 아니하여, 그 결과 우리나라는 취득시효의 천국(왕국)이라는 별명을 얻게 되었다.

그래서 대법원은 민법 제197조 제1항의 소유의 의사 등을 추정하는 규정이 적용되는 결과로 인하여 발생하는 취득시효의 완성을 다투는 점유자의 상대방측이 부담하는 입증책임의 곤란을 구제하기 위하여 소유의 의사 여부의 판단기준에 대한 해석을 객관적인 기준 등을 제시하면서 완화시키는 방향으로 나아가고 있다.

III. 자주점유에 관한 판례의 흐름

자주점유를 점유자의 주관적인 내심의 의사로 판단할 수 없다고 하면, 부득이 외부로 나타난 사정 등 객관적인 기준에 의하여 판단할 수 밖에 없다. 이러한 자주점유의 판단에 있어서의 객관적 기준에 대한 견해는 그 기준을 점유권원의 성질에 의하여 정해야 한다고 하면서 이를 객관설이라고 한다. 객관설은 점유취득의 원인사실, 즉 점유권원의 성질에 의하여 추상적으로 소유의 의사를 결정하여야 한다는 견해(추상적 객관설)와 점유취득의 원인사실 뿐만 아니라 점유자의 의사를 객관적으

로 파악할 수 있는 점유 중의 여러 구체적인 간접사실도 종합하여 판단하여야 하고, 점유의 권원은 그 가장 중요한 징표일 뿐이라는 견해(구체적 객관설)로 구별된다. 판례는 당초 추상적 객관설의 입장에서 최근에는 구체적 객관설로 바뀌었다. 이러한 판례의 변화과정을 살펴보고자 한다.

1. 구 민법의 규정과 민법시행전의 대법원 판결에서의 점유권원

구 민법 제185조는 “권원의 성질상 점유자에게 소유의 의사가 없는 것으로 할 경우에 있어서는 그 점유자가 자기에게 점유시킨 자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 또는 신권원에 의하여 다시 소유의 의사로써 점유를 시작하지 아니하면 점유는 그 성질을 변하지 아니한다”라고 규정하고 있다. 이 규정에서의 권원의 의미에 대하여 당초 일본의 학설은 권리이전을 목적으로 하는 법률행위라고 이해하였으나, 이후 학설은 점유취득의 원인이 된 법률상 또는 사실상의 원인이라고 이해하고 있다⁶⁾. 이러한 해석에 의하면 무권원이라는 것은 있을 수 없다(우리나라의 다수설도 권원을 점유취득의 원인이 된 사실관계로 파악하고 있다).

구 민법의 지배하에 있었던 민법시행 전의 대법원에서는 귀속재산에 관한 자주점유가 있었다하더라도 군정법령 제33호의 시행과 동시에 권원의 성질상 소유의 의사없는 타주점유로 변경되어 취득시효의 진행이 중단된다⁷⁾고 하여 소유의 의사의 판단기준이 권원이라고 명시하고 있었다. 이것은 당시 시행되고 있던 구 민법 제185조에서 권원이라고 하는 것을 자주점유의 판단기준으로 제시하고 있었기 때문에 당연한 표현이라고 보아야 할 것이다. 단지 권원의 개념에 대하여 소극적으로 점유취득의 원인이 되는 법률요건이라고 보아야 하는 것인가, 아니면 그것보다는 더 넓은 개념으로 전유취득의 원인이 되는 사실을 의미하는 것인지 여부가 문제되었다. 학설과 판례는 후자의 개념으로 파악하고 있었다.

2. 민법 시행이후의 초기의 대법원 판결

민법이 시행된 이후에 나타난 대법원의 판결은 피고가 원고로부터 원고 선조의

6) 유남석, 부동산취득시효에 있어서 소유의 의사의 추정과 무단점유, 인권과 정의, 95면.

7) 대법원 1956.10.25. 55다118.

분묘 수호와 제사 봉행의 목적으로 본건 부동산의 관리를 맡은 사실 그 관리 중에 피고가 마음대로 보관중인 원고의 인장을 모용하여 본건 소유권 이전등기를 경유한 사실을 인정하고 피고는 소유권 이전등기가 된 이후 20년 이상 소유의 의사로 평온 또한 공연히 점유를 계속한 사실을 인정하여 본건 부동산이 피고의 소유에 귀속하였다고 단정하였다. 그러나 피고가 본건 부동산의 관리위임을 맡고 그 점유를 시작한 것이라면 그 점유는 이른바 타주점유로서 「구 민법 185조에서 말하는 권원의 성질상 점유자에게 소유의 의사가 없는 것으로서 그 점유가 시효에 의한 소유권 취득에 적합한 자주점유로 변경되려면 위 법조에 의하여 그 점유자가 자기에게 점유를 시킨 자에게 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 또는 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로써 점유를 시작함을 요하는 것인바」 원심은 피고의 타주점유가 자주점유로 성질이 변경된 사유의 존재에 대하여 석명입증을 촉구하지 않고 만연히 피고가 본 건 부동산의 소유권을 시효 취득하였다고 판시한 것은 원판결에 이유에 모순이 있거나 시효취득의 요건을 잘못 해석한 위법이 있으므로 원 판결은 파기될 수 밖에 없다⁸⁾고 하여 자주점유의 판단기준으로 점유권원을 제시하면서 그 근거가 구민법 제185조라는 것을 명시하고 있다. 법조 실무에서는 구 민법 제185조와 같은 규정을 두지 않고 있는 상태에서 자주점유의 개념을 파악하기에는 어려움이 있었을 것이다. 그러나 민법상 명문규정을 두고 있지 아니하더라도, 오히려 종전규정과 반대되거나 금지하는 규정을 두고 있다고 한다면 종전 구 민법하에서의 해석과 같이 한다고 하더라도 큰 무리가 없을 것이라고 판단하여, 자주점유의 판단은 권원의 성질에 따라 한다고 할 수 있다.

3. 1983년 3월 일본의 최고재판소 판결

1) 제2차 세계대전 전의 일본 대심원의 판례에는 자주점유의 판단기준으로서 권원의 성질을 기준으로 하는 것⁹⁾과 권원의 성질 이외의 점유의 여러 태양에 의하여 판단하는 것¹⁰⁾의 두 흐름이 있었다.

2) 제2차대전 후 일본 최고재판소는 점유에 관한 자주점유는 점유취득의 원인이었던 사실에 의하여 외형적·객관적으로 정하여진다고 하면서 권원의 성질에 기하

8) 대법원 1962.6.21.61다1577.

9) 일본 대심원 소화 6. 5. 13.

10) 일본 대심원 대정 4. 3. 10.

여 자주점유를 판단한다고 하는 판례¹¹⁾가 확립되었다.

3) 1983년 3월 일본 최고재판소는 일본 민법 제186조 제1항(민법 제197조 제1항)의 규정에 따라 점유자는 소유의 의사로 점유하는 것으로 추정되고 있어서 점유자의 점유가 자주점유에 해당하지 않는다는 것을 이유로 취득시효의 성립을 다투는 자는 그 점유가 소유의 의사가 없는 점유에 해당하는 것에 관한 입증책임을 부담하지만, 소유의 의사는 점유자의 내심의 의사에 의하지 아니하고, 점유취득의 원인인 권원 또는 점유에 관한 사정에 따라 외형적 · 객관적으로 정하여 질 수 있다. 즉, 점유자의 내심의 의사의 여하를 묻지 않아도 점유자가 그 점유권원의 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 되는 권원에 기하여 점유를 취득한 사실이 증명되거나 또는 점유자가 점유기간 중 진정한 소유자라면 통상 취하지 않을 태도를 보이거나 소유자라면 당연히 하여야 할 행동으로 나아가지 않는 등 외형적 · 객관적으로 보면, 점유자가 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사가 있지 아니한 것으로 해석되는 사정이 증명되는 경우에는 그 소유의 의사를 부정하는 것이 가능하다고 할 것이다¹²⁾라고 판시함으로써, 자주점유의 판단기준으로서 (1) 권원 외에도 (2) 점유에 관한 諸 사정을 추가하였다.

4) 1983년 3월 일본 최고재판소의 판결은 자주점유의 존부 인정에 관한 대심원 아래의 두개의 흐름을 종합한 판결이라고 한다.

5) 이 판결은 장남인 원고가 부친 소유의 부동산을 이전받아 점유를 취득한 후 부친의 사후에 생존증여가 있었다는 것과 시효취득을 원인으로 하여 형제자매들인 피고들을 상대로 소유권이전등기를 청구한 사안인데, 일본 최고재판소는 ① 점유자인 원고가 장기간에 걸쳐서 소유권이전등기절차를 구하지 않았고, ② 토지에 대하여 부과되는 고정자산세를 부담하지 않았다는 등의 점유에 관한 여러 가지 객관적 사정을 근거로 원고의 점유에 대한 소유의사의 추정이 반복되었다고 판시하였다.

4. 1983년 7월 대법원 판결(대법원 1983.7.12. 선고 82다708, 709, 82다카1792, 1793 전원합의체 판결)

1) 종전 대법원의 판결은 자주점유의 입증과 관련하여 상반된 취지의 판단을 두 경우를 가지고 있었다. 즉 점유권원의 성질이 분명하지 않은 경우에 자주점유의 추

11) 일본 최고재판소 소화 45. 6. 18.

12) 일본 최고재판소 소화 58(1983). 3. 24.

정을 인정하지 아니하고 자주점유를 주장하는 점유자에게 그 점유권원의 성질에 관한 입증책임이 있다는 취지의 판례¹³⁾, 또는 점유자가 매수 또는 증여받은 사실이 인정되지 않은 경우에 자주점유로 추정되지 않는다는 취지의 판례¹⁴⁾를 통하여 자주점유의 입증책임이 점유자에게 있다고 하는 것이 그 하나였다. 이에 대하여 또 다른 판례는 점유자가 스스로 매매 또는 증여와 같은 타주점유의 권원을 주장하였으나 이것이 인정되지 않는 경우에도 원래 위와 같은 자주점유의 권원에 관한 입증책임이 점유자에게 있지 아니한 이상 그 점유권원이 인정되지 않는다는 사유만으로 자주점유의 추정이 반복된다거나 또는 점유권원의 성질상 타주점유라고 볼 수는 없다¹⁵⁾고 하는 것이 있었다. 따라서 이러한 상반된 취지의 판단을 하나의 견해로 통일할 필요는 있었다. 이에 대법원 전원합의체는 취득시효에 있어서 자주점유의 입증에 관하여 다음과 같이 점유자의 상대방이 입증책임을 부담한다고 선고하였다.

2) 사실개요

(1) 이 사건 토지는 원래 원고의 소유였지만, 1923.4.9. 부터 피고가 점유하여 왔다.

(2) 원고는 피고에 대하여 이 사건 토지의 인도 및 차임 상당액의 부당이득금 반환청구를 하였다.

(3) 이에 피고는 첫째 1923.4.9.경 원고로부터 이 사건 토지를 매수 또는 수용한 바 있고, 다만 그 소유권이전등기만을 종료하지 못한 상태에 있는 것이므로 피고의 이 사건 토지에 대한 점유는 적법하다고 주장하였다. 둘째 위 주장이 이유 없다고 하더라도 피고는 이 사건 토지를 1923.4.9.부터 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유하여 왔으므로 점유하기 시작한 때로부터 20년이 되는 1943.4.8.에 취득시효기간이 완료되었기 때문에 원고의 청구는 이유없다고 항변하였다.

(4) 원심(서울고등법원)은 피고가 이 사건 토지를 매수 또는 수용한 사실이 인정되지 않을 뿐 아니라 피고는 1963년경부터 1973년 경 사이에 원고에게 이 사건토

13) 대법원 1967.10.25 선고 66다2049 판결.

14) 대법원 1962.2.8 선고 4294민상941 판결;동 1974.8.30 선고 74다945 판결;동 1981.12.8 선고 81다99 판결.

15) 대법원 1965.11.23 선고 65다1875 판결;동 1968.6.18 선고 68다729 판결;동 1976.3.9 선고 76다886,1887 판결;동 1981.7.14 선고 80다2289 판결;동 1981.7.28 선고 78다1888 판결.

지의 매수 제의를 하였으나, 거절당한 사실이 인정되므로 피고가 이 사건 토지를 위 기간동안 점유 사용하여 왔다는 것만으로는 피고의 이 사건 토지에 대한 점유권원의 성질상 소유의 의사로 이를 점유하였다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 자주점유임을 전제로 한 피고의 위 주장은 이유없다고 배척하였다.

(5) 이에 대하여 피고가 상고 및 상고허가신청을 한 사안이다.

(6) 대법원은 취득시효에 있어서 자주점유의 요건인 소유의 의사는 객관적으로 점유취득의 원인이 된 점유권원의 성질에 의하여 그 존부를 결정하여야 할 것이나, 점유권원의 성질이 분명하지 아니한 때에는 민법 제197조 제1항에 의하여 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되므로 점유자가 스스로 그 점유권원의 성질에 의하여 자주점유임을 입증할 책임이 없고, 점유자의 점유가 소유의 의사없는 타주점유임을 주장하는 상대방에게 타주점유에 대한 입증책임이 있다고 하였다¹⁶⁾.

3) 이 판결에 대하여 점유자가 실제로 있어서는 타주점유였고 입증책임이 있는 상대방이 타주점유였음을 입증하지 못함으로써 시효취득이 인정되는 경우도 예상할 수 있고, 이러한 때에는 권리자에게 가혹한 결과가 될 수 있지만, 권리자가 소의 제기 등 시효중단의 절차(민법 제247조 제2항, 제168조 이하)를 취함에 의하여 시효완성을 저지할 수 있는 수단이 있음에도 불구하고, 이를 20년이라는 장기간 태만히 하여 그러한 결과의 발생을 제거하지 못한 것이라는 점을 생각하면 위에서 본 권리자에게 가혹한 결과로 불합리하다고만 볼 수 없다고 하는 견해¹⁷⁾가 있다.

4) 점유자의 내심의 의사에 의존하고 있는 소유의 의사, 즉 자주점유의 판단을 점유자가 부담하여야 한다고 하면, 점유자는 자신의 내부 의사를 법원에 대하여 어떻게 입증할 수가 없기 때문에 자주점유의 판단은 사실상 악마의 증명에 해당한다고 할 수 있을 정도로 어려운 것이 되고 만다. 그래서 법원은 위에서 본 바와 같이 자주점유를 주관적 판단에 의존하지 않고 객관적으로 점유의 권원이라는 기준을 제시하여 이에 의하여 판단하여야 한다는 점을 밝힘으로서 자주점유에 관한 입증책임을 완화하였다. 그런데 민법상 자주점유는 추정된다고 하는 규정을 근거로 하여 또 다시 이러한 점유의 권원에 관한 입증책임을 점유자로부터 점유자의 상대방에게 전

16) 대법원 1983.7.12. 선고 82다708,709,82다카1792,1793 전원합의체 판결.

17) 정지형, 取得時效의 要件인 自主占有의 立證責任, 민사판례연구 6집, 1984, 40-41면.

환시킴으로서 점유자의 입증부담을 완화시켰고, 이로 인하여 점유취득시효를 주장하는 점유자로서는 20년 간의 점유사실만 주장하면 되게 되었다. 이러한 대법원 전원합의체의 판결에 따라 또 다시 입증부담을 덜게 된 점유자로서는 일단 점유취득시효를 손쉽게 주장할 수 있게 되어 우리나라가 취득시효의 왕국이라는 별명을 얻게 되었다.

5. 1990년 11월 대법원판결(대법원 1990.11.13. 선고 90다카21381, 21398 판결)

1) 자주점유의 판단은 점유권원에 의하여야 한다는 대법원의 판례는 종전부터 확립되어 온 것이지만, 이러한 점유권원은 점유개시당시를 기준으로 하여 판단하여야 하였다. 그런데 점유개시 당시를 기준으로 점유권원을 판단하더라도 점유권원의 성질이 분명하지 아니한 경우에는 점유자의 입증부담으로 귀결되게 되었다. 점유취득시효라는 것이 20년이라는 장기간의 세월에 기인한 제도로서 입증곤란의 구제를 위한 제도로서의 존재이유를 고려하면, 이에 대한 대안이 필요하였다. 이에 법원은 점유권원이 분명하지 아니한 경우에는 이 점유권원을 이유로 판단할 수 없고, 이러한 경우에는 점유자의 자주점유는 추정되기 때문에 결국 점유자의 상대방이 점유권원을 입증하지 못하게 되어 점유자의 상대방인 소유자는 불리하게 된다. 이러한 점을 고려하여 점유권원 이외에 자주점유한 것이라고 볼 수 없는 객관적 사정을 이유로 하여 자주점유를 판단할 수 있다고 한 위 1983년 3월 일본 최고재판소 판결의 영향으로 대법원도 다음과 같이 객관적 사정을 자주점유의 판단 기준으로 제시하였다.

2) 사실개요

(1) 여수시 중앙동 730. 대33평(이하 이 사건 토지)에 관하여 1944. 2. 29. 원고 앞으로 소유권이전등기가 경료되어 있다.

(2) 피고시가 1951. 5. 30. 이 사건 토지의 지목을 도로로 변경하고 도로를 개설하여 여수시 중앙동 로타리 6호광장도로의 일부로서 이를 일반공중의 통행에 제공한 이래 현재까지 점유사용하여 오고 있다.

(3) 원고는 이 사건 토지는 원고의 소유로 추정되고 따라서 피고는 이 사건 토지를 점유할 적법한 권원에 대한 주장 입증에 없는 한 법률상 원인없이 임료상당의

이득을 얻고 그로 인하여 원고에게 동액상당의 손해를 입었다할 것이므로 이를 부당이득으로서 반환할 의무가 있다고 주장하고 있다.

(4) 이에 대하여 피고는, 피고시가 원고에게 1954. 1.경 보상금을 지급하고 이사건 토지를 매수하였다고 항변함과 동시에, 주위적 반소청구로서, 이 사건 토지에 관하여 1954. 1. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 절차의 이행을 구한다고 주장하였다.

(5) 피고는, 피고시가 1951. 5. 30. 이 사건 토지의 지목을 도로로 변경하고 도로로 개설하여 그때부터 소유의 의사로 평온, 공연히 점유 사용하였으므로 1951. 5. 30. 로부터 20년이 경과한 1971. 5. 30.자로 점유로 인한 부동산소유권의 취득기간이 만료되었다고 항변함과 동시에 예비적 반소청구로서, 1971. 5. 30.자 점유로 인한 부동산소유권 취득기간 만료를 원인으로 한 소유권이전등기 절차의 이행을 구한다고 주장하고 있다.

(6) 원심은 원고의 본소청구 및 피고의 주위적반소청구는 모두 이유없어 이를 기각하고 피고의 예비적반소청구는 이유있어 이를 인용하였다.

(7) 대법원은 취득시효에 있어서 자주점유의 요건인 ① 소유의 의사는 객관적으로 점유권원의 성질에 의하여 그 존부를 결정하는 것이나 ② 다만 그 점유권원의 성질이 분명하지 않을 때에는 민법 제197조 제1항에 의하여 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되므로 점유자 스스로 그 점유권원이 성질상 자주점유임을 입증할 책임이 없고 그 점유가 타인점유임을 주장하는 상대방에게 자주점유의 추정을 번복하여 타주점유임을 입증할 책임이 있는 것인바, 여기에서 소유의 의사라고 함은 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 말하므로 지상권, 전세권, 임차권 등과 같은 전형적인 타주점유의 권원에 의하여 점유함이 증명된 경우는 물론이거니와 ③ 이러한 전형적인 타주점유의 권원에 의한 점유가 아니라도 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정이 인정되는 때에도 자주점유의 추정은 번복된다고 보아야 한다고 일반론을 실시한 후에,

위 사안이 첫째로 피고는 1942.1.9. 조선시가지계획령에 의하여 고시 977호로서 이 사건토지를 도로편입지구로 고시 후 수용 등 토지에 관한 권원취득의 절차를 밟지 않고 토지소유자에게 보상금을 지급하지도 아니한 채 사실상 도로부지로 점유를 개시한 사실이 인정되고, 둘째로 이 사건 토지와 함께 도로부지로 편입된 다른 인

근토지에 대하여는 모두 피고 앞으로 소유권이전등기를 마쳤으나 이 사건 토지에 대해서만은 소유권이전등기를 마치지 못한 채 원고 명의로 소유권이전등기가 남아 있고 원고만은 계속하여 그 소유권을 주장해 왔으며 또 피고가 비치 관리하는 구 토지대장은 물론 현 토지대장에도 원고가 소유권자로 등재되어 있는 사실이 인정되고, 셋째로 원고가 1974.경 이 사건 토지의 소유자로서 이를 점유중인 피고를 상대로 1971.부터 1974.까지의 임료상당 부당이득반환 또는 손해배상을 청구한 소송에서 피고는 이 사건 토지가 원고의 소유임을 다투지 아니하고 자백한 사실 등 여러 사정을 종합하여 피고가 자주점유한 것으로 보기 어렵다고 판시하였다¹⁸⁾.

3) 대법원은 자주점유는 점유권원에 의하여 판단하여야 한다고 하고(①), 이러한 점유권원이 분명하지 않는 경우에는 그 입증책임이 점유자의 상대방에게 있다는 것을 설시하고(②), 점유권원이 없더라도 자주점유로 볼 수 없는 객관적 사정이 있는 경우에는 타주점유로 볼 수 있다고 하였다(③). 이러한 ㉠ 객관적 사정으로 토지보상을 하지 아니하여 권원취득을 하지 않았다는 사실, ㉡ 소유권이전등기를 하지 않았다는 사실, ㉢ 소송에서 소유사실을 다투지 아니하고 자백한 사실 등을 들고 있고, 이를 근거로 하여 법원은 타주점유로 보고 있다.

4) 법원은 이 사례에서 객관적 사정의 개념에 대하여 구체적으로 밝히지 않고 있고, 점유권원과 객관적 사정과의 사이의 법률관계에 대하여도 명시적으로 밝히지 않고, 막연히 객관적 사정이라고 하고 있다. 또한 객관적 사정이라고 제시한 사실 중에서도 ㉠, ㉡의 경우를 제외한 ㉢의 경우는 객관적 사정으로 보기에는 문제가 있다.

5) 이 판결은 자주점유의 판단에 있어서 객관적 사정이라는 용어를 사용한 최초의 대법원 판결이라는 점에서 그 존재의의가 있는 중요한 판결이다.

6. 1991년 2월 대법원 판결(대법원 1991.2.22. 선고 90다15808 판결)

1) 위에서 본 바와 같은 객관적 사정에 관한 1990년 11월 대법원 판결은 객관

18) 대법원 1990.11.13. 선고 90다카21381,21398 판결.

적 사정이라는 용어를 사용한 최초의 판결이지만, 객관적 사정이라는 막연한 개념을 도입하였고, 그 의미에 대하여 다른 해석을 하지 않았기 때문에 이에 대한 후속 판결은 기대되고 있었다. 이에 대법원은 객관적 사정이라는 의미에 대한 해석을 한 판결이 바로 나타났다.

2) 사실개요

(1) 이 사건 대지 및 건물은 원래 피고들의 피상속인의 소외 망 김윤철의 소유였는데 위 망인이 1961년경에 이르러 이 사건 대지 및 건물을 그의 이복동생인 소외 망 김용출의 처인 원고에게 넘겨주겠다고 하여 그 무렵 원고가 위 망 김윤철로부터 즉시 이를 인도받아 현재에 이르기까지 계속하여 이에 거주하여 오면서 이 사건 대지 및 건물을 점유사용하여 왔다.

(2) 위 망 김윤철이 1964. 3. 5. 사망함에 따라 피고들이 이 사건 대지 및 건물을 공동으로 상속하여 현재 이 사건 대지 및 건물에 관하여 별지 지분표 기재 지분의 피고들 명의의 소유권이전등기 및 소유권보존등기 각 경료되어 있다.

(3) 원고는 이 사건 주위적 청구로서, 원고가 1961. 11. 24. 피고들의 피상속인인 소외 망 김윤철로부터 이 사건 대지 및 건물을 대금 300,000원에 매수하여 이를 인도받았으나 그 소유권이전등기는 이를 경료하지 않고 있던 중 위 망인이 1964. 3. 5. 사망하여 피고들이 그 공동재산상속인이 되었으므로 피고들에 대하여 그 각 상속지분의 비율로 이 사건 대지 및 건물에 관한 각 소유권이전등기절차의 이행을 구한다고 주장하였다.

(4) 원고는 예비적으로 이 사건 대지 및 건물을 1961년경 부터 점유하여 왔고 위 점유기간 중 1968. 10. 20.부터 기산하더라도 늦어도 1988. 10. 20.에는 그 점유취득시효가 완성되었다 할 것이니만큼 피고들은 원고에게 이 사건 대지 및 건물에 관하여 별지 지분표 기재 지분의 비율로 위 1988. 10. 20. 취득시효완성을 원인으로 한 소유권지분이전등기절차를 이행할 의무가 있다고 주장하였다.

(5) 이에 대하여 피고들은 소외 망 김윤철은 그가 김천시내에 있는 직장에 취직하여 번 돈으로 이 사건 대지 및 건물을 매수하였으나 이 사건 대지 및 건물이 김천시내에서 떨어진 변두리에 위치해 있어 직장 통근에 불편을 느낀 나머지 통근의 편의를 위하여 그 자신은 김천시내에 나가 집을 세 얻어 살고 이 사건 대지 및 건물은 당시 농사를 지으며 부모를 모시고 있던 이복동생인 위 망 김용출에게 일시

사용하도록 맡겨두었을 뿐이었으므로 위 망 김용출의 처인 원고가 이 사건 대지 및 건물을 20년 이상 점유해 왔다 하더라도 그 점유는 점유권원의 성질상 타주점유에 불과한 것이어서 그러한 원고의 점유를 들어 취득시효의 기초가 되는 자주점유라고 할수는 없다는 취지의 주장을 하고 있다.

(6) 원심은 원고의 이 사건 주위적 청구는 이유없어 이를 기각하고 예비적 청구는 이유있어 이를 인용하였다.

(7) 대법원은 민법 197조 1항의 소유의 의사의 추정은, 점유자가 점유의 성질상 소유의 의사가 없었던 것으로 볼 권원에 터잡아 점유를 취득한 사실이 증명되거나 ① 또는 경험칙상 소유의 의사가 없었던 것으로 볼 사정, 즉 ② 점유자가 점유 중에 참다운 소유자라면 통상적으로 취하지 않을 태도를 나타내거나 ③ 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 하지 않은 경우 등 ④ 외형적, 객관적으로 보아 점유자가 타인의 소유권을 배척하여 점유할 의사를 갖지 않았던 것으로 볼 사정이 증명되었을 때에는 깨어지는 것이라고 일반론을 실시한 후에,

원심이 실시한 위에서 본 “넘겨주겠다”고 한 말이 소유권의 증여를 뜻하는 말이라고 치더라도 우선 남남간도 아닌 제수와 시숙간에 그러한 증여계약이 성립되었다면 증여자의 생존 중은 물론이고 그가 사망했던 때로부터 피고들이 그들 명의로 상속등기를 했던 1981.10.10. 이후 지금에 이르도록 피고들에게 그들의 선대로부터의 증여를 원인으로 한 소유권이전등기 청구를 하는것이 당연할 터인데도 그에 이르름이 없이 본 소로써 원고와 망 김윤칠 간의 매매계약이 있었다고 전연 허무의 사실을 주위적 청구로 내세워 주장해왔던 점과 1984년경 이 사건 부동산의 담장이 무너져 내린 바람에 불의에 딸을 잃은 제1심 증인 김종철이가 점유자인 원고에게 위 자료를 내라고 하자 원고가 이 사건 대지는 피고의 소유라고 하면서 배상을 해 줄 수 없다고 하더라는 같은 증인의 증언들을 모아보면 점유자가 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 하지 않았거나 점유자가 점유 중에 참다운 소유자라면 통상적으로 취하지 않을 태도를 나타내 보인 것으로 보지 않을 수 없고 이는 외형적 객관적으로 볼때 보유자가 타인의 소유권을 배척하여 점유할 의사를 갖지 않았던 것으로 볼 사정이 증명되었다고 하지 않을 수 없으니 위에서 본 자주점유의 추정은 깨어졌다고 하지 않을 수 없다¹⁹⁾.

19) 대법원 1991.2.22. 선고 90다15808 판결.

3) 이 판결에서는 점유권원과 객관적 사정의 관계에 대하여 보완적 관계가 아닌 병렬적 관계에 있다는 것을 표시하기 위하여 또는 이라는 표현을 하였고(①), 객관적 사정의 의미에 대하여 태도(②), 행동(③)이라고 해석하였고, 객관적 사정의 의미를 구체적으로 분명하게 하기 위하여 외형적(④)이라는 표현을 사용하였다. 이러한 객관적 사정에 대한 개념과 해석은 그 이후 대법원 판결의 리딩케이스로 계속하여 인용되고 있다.

7. 1995년 12월 일본 최고재판소 판결(일본 최고재 1995(평성 7). 12. 15.)

1) 일본 최고재판소는 위에서 본 바와 같이 자주점유의 판단을 객관적 사정에 의하여 근거하여 왔다. 그런데 이러한 객관적 사정을 제한하기 위한 하나의 판단을 아래와 같이 하였다.

2) 사실개요

(1) 본건 토지는 원래 甲이 소유하고 있었지만, 그 후 상속을 원인으로 하여 甲으로부터 乙(甲의 子)로의 소유권이전등기 및 乙로부터 피고1(乙의 妻), 피고2(乙의 子)로의 각 지분이전등기가 마쳐져 있지 않고 있다.

(2) 소화 30년(1955년) 10월경까지 임차하여 살고 있던 丙(甲의 弟)은 본건 토지에 건물을 신축하여 처자와 함께 거주하다가 증축을 하였으며, 그 후 丙의 딸인 원고1의 남편 원고2는 소화 42년 4월경 이 사건 토지의 동쪽에 작업소 겸 주택을 건축하여 이를 丙이 신축한 건물과 결합하였다.

(3) 甲 또는 乙은 丙 또는 원고2에 의한 위와 같은 행위에 관하여 이의를 제기한 적이 없었다.

(4) 그 후 원고 등은 피고 등에 대하여 본건 토지의 각 지분의 이전등기절차를 구하면서 그 청구원인으로는 다음의 세 가지를 주장했다. 첫째, 丙은 소화 30년 10월경 본건 토지를 그가 소유하고 있던 토지와 교환계약을 체결하여 취득하고, 그 후 소화 42년 4월경 원고등이 이를 증여받았다(제1차 청구), 둘째, 丙은 소화 30년 10월경부터 선의·무과실로 본건 토지의 점유를 개시하였으므로, 늦어도 소화 40년 10월 말일에는 시효취득하였고, 원고등은 이를 증여받았으며, 가사 丙이 점유를 개시할 당시에 선의·무과실이 아니었다고 하더라도 원고등이 증여에 의하여 본건

토지의 점유를 승계한 결과, 늦어도 소화 50년 10월 말일경에는 이를 시효취득했다(제2차 청구), 셋째 원고 등은 소화 42년 4월경부터 본건 토지를 점유하여 왔으므로, 늦어도 소화 52년 4월 말일 또는 소화 62년 4월 말일에는 이를 시효취득했다(제3차 청구).

(5) 원심은 본건 토지의 교환 및 중여계약의 성립을 입증할 증거가 없다고 하여 제1차적 청구를 배척한 다음, 취득시효의 점에 관하여 丙 및 원고 등은 (i) 본건 토지의 등기명의가 丙명의로 소유권이전등기가 마쳐져 있지 않음을 알면서도 이전등기를 구함이 없이 장기간 방치하였다는 것과 (ii) 토지에 대하여 부과되는 고정자산세를 부담한 사실이 없다는 점 등을 고려하여 丙 및 원고등에게는 소유의 의사가 없었다고 인정된다는 이유로 원고 등의 청구를 기각했고, 이에 원고 등은 상고하였다.

(6) 일본 최고재판소는 일본 민법 제186조 제1항의 규정에 따라 점유자는 소유의 의사로 점유하는 것으로 추정되고 있어서 점유자의 점유가 자주점유에 해당하지 않는다는 것을 이유로 취득시효의 성립을 다투는 자는 그 점유가 소유의 의사가 없는 점유에 해당하는 것에 관한 입증책임을 부담하지만, 소유의 의사는 점유자의 내심의 의사에 의하지 아니하고, 점유취득의 원인인 권원 또는 점유에 관한 사정에 따라 외형적·객관적으로 정하여 질 수 있다. 즉, 점유자의 내심의 의사의 여하를 묻지 않아도 점유자가 그 점유권원의 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 되는 권원에 기하여 점유를 취득한 사실이 증명되거나 또는 점유자가 점유기간 중 진정한 소유자라면 통상 취하지 않을 태도를 보이거나 소유자라면 당연히 하여야 할 행동으로 나아가지 않는 등 외형적·객관적으로 보면, 점유자가 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사가 있지 아니한 것으로 해석되는 사정이 증명되는 경우에는 그 소유의 의사를 부정하는 것이 가능하다고 할 것이라고 일반론을 설시한 후에,

원심에서는 위 (i), (ii)의 사정만으로 바로 타주점유 사정이라고 보았지만, 먼저 (i)의 사실에 의하면, 점유자와 등기부상의 소유명의자 사이의 인적관계에 따라서 (i)사실만으로 소유자로서 이상한 태도에 해당한다고 볼 수 없고, (ii)점에 대하여도 타주점유사정으로서 통상 문제가 되는 것은 점유자가 아닌 등기부상의 소유명의인에 대하여 고정자산세가 부과되고 있는 사정을 잘 알면서도 자기 스스로 이를 부담하기 위하여 신고를 하지 아니한 것에 있지만, 이에 대하여도 부동산에 부과되는 세액 등의 사정상 반드시 소유자로서 이상한 태도라고 단언할 수는 없는 것이다.

위와 같은 사실은 타주점유사정의 존부의 판단에 있어서 점유에 관한 외형적 · 객관적인 사정의 하나로서의 의미는 있지만, 통상 이로써 타주점유사정이 없다는 결정적인 사실이라고 말할 수는 없다. 본건에서 丙은 甲의 동생이고, 예컨대 丙이 분가, 乙이 분가인 관계에 있다면, 당시 경제적으로 어려운 생활을 하고 있었던 丙가가 甲가에 원조를 받은 적도 있다는 원심판결 인정사실도 더하여 타주점유사정을 종합판단하여 보더라도 丙 및 원고 등이 소유권이전등기절차를 밟지 않았다는 것과 고정자산세를 부담하지 아니하였다는 것만으로 타주점유사실이 있다는 것을 충분히 인정하기에 부족하다 라고 판시하였다(원심판결 중 제2, 3차 청구 부분 파기).

3) 위 일본 최고재판소의 1983년 3월 판결과 1995년 12월 판결은 전자가 (i) 점유자가 장기간에 걸쳐 소유권이전등기를 마치지 않았다는 사정과 (ii) 부동산에 대하여 부과되는 고정자산세를 내지 않았다는 사정을 타주점유로 보는 외형적 · 객관적 사정으로 본 데 대하여 후자는 점유자와 소유자 사이에 가까운 친족관계 등 일정한 인적관계가 있으면, 위 두가지 사정만으로 타주점유라고 볼 수 없다고 판시한 점에서 객관적 사정에서의 제한된 태도를 엿볼 수 있다.

8. 1997년 8월 대법원 판결(대법원 1997.8.21. 선고 95다28625 선고 전원합의체)

1) 대법원은 종래부터 무단점유의 경우에는 자주점유라고 판단하여 왔다. 그러나 이러한 판단에 대하여는 많은 의문이 제기되어, 이에 대한 통일적인 판단이 요구되어 왔다. 특히 국공유토지의 무단점유로 인한 취득시효소송은 끊임없이 제기되어 왔고, 위 문제의 제기에서도 살펴 본 바와 같이 법령상으로도 이에 대한 규제가 힘들게 되었다. 그래서 대법원은 정책적으로도 국공유토지의 취득시효에 대한 제한을 할 필요가 있었다. 그래서 무단점유 또는 악의의 무단점유를 타주점유로 보는 것으로 나타났다.

2) 사실개요

(1) 소외 甲은 1975. 11. 18. 서울 강서구 공항동 14의 81 대 473m²(위 토지는 그 후 여러번 분할 및 합병을 거쳐 현재 같은 번지 대 658m²로 되었다)를 매수하여 같은 달 26. 그의 명의로 소유권이전등기를 경료하고 이를 소유하여 오던 중,

1971. 8. 12. 경 위 대지 위에 건축되어 있던 기존 구가옥을 철거하고 지하 1층, 지상 2층 규모의 주택을 신축하였다.

(2) 소외 甲은 그 무렵 위 대지에 인접한 被告(國家) 소유의 같은 동 14의 176 대 20m², 같은 동 14의 184 대 150m², 같은 동 14의 .185 대 60m²와 같은 동 14의 183 대지 중 원심 판시 각 점을 순차 연결한 선상에 담장 및 대문을 설치하고 그 안쪽에 있는 被告 소유의 같은 동 14의 175 대 33m²와 위 14의 176, 184 대지 위에 철근 콘크리트조 평슬라브층 1층 차고틀, 위 14의 183, 184, 185 대지 위에 철근 콘크리트조 평슬라브층 지상 1층 물치장을 각 축조하고, 그 외에도 被告 소유의 위 각 대지 중 원심 판시 각 점을 순차 연결한 선내 토지 부분을 위 주택의 마당으로 사용하여 왔다.

(3) 被告 소유의 위 대지들은 甲이 1971. 8. 12. 경 점유를 시작하기 오래 전부터 被告의 소유로 등기되어 있는 경사지로서 잡목이 자라고 있던 공터였는데, 그 무렵 甲은 자신의 소유인 위 공항동 14의 81 대지와 被告 소유의 위 대지들 사이에 설치되어 있던 철조망을 임의로 제거하고 被告 소유의 위 대지들을 점유하기 시작하였던 것이다.

(4) 그 후 原告는 1991. 3. 18. 甲으로부터 위 공항동 14의 81 대지와 그 지상의 주택을 매수한 이래 被告 소유의 위 대지들 중 甲이 점유하였던 부분을 계속 차고, 물치장 및 위 주택의 마당 등으로 점유사용하여 오고 있다.

(5) 원심(서울지방법원 1995.5.12. 선고 93나48778 판결)은 소외 甲은 1971. 8. 12.부터 被告 소유의 위 대지들 중 위 점유 부분인 원심 판시의 각 점을 순차 연결한 각 부분을 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유한 것으로 추정된다 할 것이고, 原告는 甲의 점유를 승계하여 그 점유 개시일로부터 20년이 경과한 1991. 8. 12. 被告 소유의 위 각 대지 부분을 시효취득하였다고 판단한 후, 甲의 점유는 타주점유라는 被告의 주장을 배척하고, 취득시효 완성을 원인으로 하여 이 사건 대지에 관한 소유권이전등기를 구하는 原告의 청구를 인용하였다.

(6) 대법원은 점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유 취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되어야 하는 것이기 때문에 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었거

나, 점유자가 타인의 소유권을 배척하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정, 즉 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 아니할 태도를 나타내거나 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 아니한 경우 등 외형적·객관적으로 보아 점유자가 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 아니하였던 것이라고 볼 만한 사정이 증명된 경우에도 그 추정은 깨어진다고 설시한 후에,

[다수의견] 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 입증된 경우, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어졌다고 할 것이다.

[보충의견1] 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 경우에 그 점유자가 정상적인 사고와 행동을 하는 평균인이라면, 동산과는 달리 은닉하여 소유권자의 추급을 회피할 수도 없는 부동산을 점유 개시 당시부터 진정한 소유자의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있었던 것이 아니라, 오히려 진정한 소유자가 그 반환을 구하는 경우에 이를 반환할 것이지만 그 동안 일시적으로 사용하겠다는 의사나 장차 그 소유권자로부터 본권을 취득할 의사로 점유를 개시하였다고 보는 것이 사회통념과 우리의 생활경험에 합치하는 것이고, 그것이 바로 평균인의 보편적 도의관념이라고 할 것이므로, 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 증명된 경우에는 그 점유자의 소유의 의사의 추정이 깨어진다고 봄이 마땅하다.

[보충의견2] 점유 권원이라 함은 점유 취득의 원인이 된 사실관계라는 의미로 이해할 수 있고, 이와 같은 점유 취득의 원인이 된 권원에는 매매, 임대차 등과 같은 법률행위와 무주물 선점, 매장물 발견 등과 같은 비법률행위도 있을 수 있으며, 그것은 적법한 권원과 부적법한 권원이 있을 수 있는데, 점유 '취득의 원인'이 된 사실관계가 없는 이른바 무단점유는 권원 그 자체가 없는 점유이고, 점유를 권원과 관계에서 고찰하여 볼 때, 권원이 없음이 밝혀진 경우와 권원의 존부가 불분명한 경우 및 권원이 있음이 밝혀진 경우로 나누어 볼 수 있고 권원이 있음이 밝혀진 경우도 그 권원의 성질이 불분명한 경우와 그 성질이 분명한 경우로 나눌 수 있는

데, 이 경우 자주점유의 추정이 깨어지지 아니하는 것은 권원의 존부가 불분명한 경우와 권원이 있어도 그 성질이 불분명한 경우에 한하며, 반면 권원의 성질이 분명한 경우에는 그 성질에 따라 자주점유 여부가 결정될 것이므로 점유의 추정은 유지될 수 없는 것이고 권원이 없는 점유의 권원의 성질의 불분명 여부는 생각할 수 없기 때문에 권원이 없음이 밝혀진 경우에도 자주점유의 추정은 깨어진다고 할 것이다.

[별개의견] 일반적으로 타인 소유의 토지를 일시 사용하는 것을 소유자가 용인할 것으로 기대하고 하는 태양의 무단점유는 소유의사 요건을 충족하지 못할 것이고, 동산 절도는 물론 부동산의 경우에도 위 소유의사가 객관적으로 표출된 무단점유의 경우에는 소유의사를 인정해야 할 것이며 그 성질이 불분명한 경우는 이를 추정해야 할 것이지만, 타인 소유 지상의 주택만이 매도되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 매수인은 그 주택의 부지에 대하여 점용권만을 매수하는 것으로 보아야 할 것이므로 이러한 경우 그 토지의 점유는 소유자를 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하려는 것이 아니고 권원의 성질상 타인 소유임을 용인한 타주점유로 봄이 상당하다.

[반대의견] 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 입증되었다고 하더라도 그와 같은 입증이 있다는 것만으로 점유자의 점유가 권원의 객관적 성질상 소유의 의사가 없는 점유라고 단정할 수는 없으며, 또 다른 부가적 사정 없이 단순히 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유하였다는 사정만으로 외형적·객관적으로 보아 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 아니할 태도를 나타내거나 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 아니한 경우에 해당된다고 볼 수도 없고, 점유취득시효에 있어서는 점유자가 선의임을 그 요건으로 삼지 않고 있어 악의의 점유자도 자주점유라면 시효취득을 할 수 있는 것이므로, 위와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 점유한다는 것은 그 점유가 악의의 점유라는 것을 의미하는 것일 수는 있어도 그 점유가 자주 또는 타주점유인지 여부와는 직접적인 관련이 없는 것이므로 이러한 사정만으로 자주점유의 추정을 깨뜨리는 사정이 입증되었다고 볼 수는 없다고 하였다.

3) 종래 대법원은 점유자가 타인 소유의 토지를 무단으로 점유하여 왔다면 특별한 사정이 없는 한 권원의 성질상 자주점유에 해당한다는 취지의 판례²⁰⁾와 지방자치단체가 도로로 편입시킨 토지에 관하여 공공용 재산으로서의 취득절차를 밟지 않은 채 이를 알면서 점유하였다고 인정된 사안에서 지방자치단체의 위 토지 점유가 자주점유의 추정이 번복되어 타주점유가 된다고 볼 수 없다는 취지의 판례²¹⁾를 선고하였지만, 이 판결을 계기로 모두 폐기하였다.

4) 그런데 이 판결이전에도 원고가 점유개시시부터 불법으로 점유하였으므로 자주점유의 추정력이 깨어졌다는 소론의 주장은 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다²²⁾고 하는 판결도 있었고, 법령상 주무관청의 허가가 있는 경우에 한하여 처분이 허용되고 그 허가 없이는 처분이 금지된 부동산에 대하여 처분허가가 없다는 것을 알면서 점유하는 자는 이미 자신이 그 부동산의 진정한 소유자의 소유권을 배제하고 마치 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 할 수 없다는 것을 알면서 점유하는 자이므로 점유개시 당시에 이 사건 토지에 대하여 피고의 소유권을 배제하고 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사한다는 의사가 있었다고 볼 수 없다²³⁾는 판결도 있었다.

5) 이 판결은 취득시효에 있어서의 자주점유의 판단에 대하여 코페르니쿠스적인 전환을 가져온 획기적인 판결로서 이 판결로 인하여 종래부터 무분별하게 인용되고 있던 국공유토지에 대한 무단점유로 인한 취득시효소송은 일정한 부분 제한되어 우리나라가 취득시효의 왕국이라는 오명을 벗게 되는 계기가 될 것으로 사료된다.

IV. 결론

20) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다43654 판결, 1994. 4. 29. 선고 93다18327, 18334 판결, 1994. 10. 21. 선고 94다17475 판결, 1996. 1. 26. 선고 95다863, 870 판결 등.

21) 대법원 1991. 7. 12. 선고 91다6139 판결 등.

22) 대법원 1994.11.8. 선고 94다36438,36445 판결.

23) 대법원 1976. 11. 9. 선고 76다486 판결;동 1978. 11. 14. 선고 78다991 판결;동 1979. 12. 26. 선고 79다1806 판결;동 1992. 5. 8. 선고 91다37751 판결;동 1995. 11. 24. 선고 94다53341 판결.

그동안 우리나라는 취득시효의 왕국 또는 천국이라는 별명을 가질 정도로 취득시효소송이 남발되었고, 실제로 승소율도 높았다. 물론 취득시효소송의 남발이 1950년 6.25전쟁 등 정치적 격변기를 겪으면서 토지등기부나 토지대장 및 임야대장 등 토지공부의 멸실 등 관리상의 소홀로 인한 제도적 문제점으로부터 야기된 면도 없지 않지만, 그것보다는 법원이 점유취득시효에서의 자주점유에 대한 입증을 너무 완화하여 점유자에게 유리하게 인정하여 준 사실에서 유래한 원인도 있었다. 위에서 살펴 본 바와 같이 법원은 꾸준히 자주점유가 점유자의 내심의 의사에 기초한 사실이라는 면에서 점유자에게 다소나마 자주점유에 관한 입증책임을 완화하고자 노력하여 왔다. 그러나 그러한 입증책임의 완화는 결국 취득시효의 왕국이라는 오명을 남기게 되었고, 법원이 앞장서서 국공유 토지의 무분별한 잠탈을 부추기게 된 원인을 제공하게 되었다. 점유자의 권리를 보호해야 한다는 점에서는 누구도 반대할 수 없지만, 타인의 토지를 무단으로, 불법적으로, 잘 알면서, 악의로 점유를 개시한 경우에는 타주점유로 보아 시효취득을 부정하여야 할 것이다. 또한 자주점유로 개시한 사실이 분명하지 않을 경우에는 점유 중 소유자로서 취하거나 취하지 않을 태도나 행동을 나타내는 경우에도 타주점유로 보아야 할 것이다.

주제어 : 자주점유, 타주점유, 입증책임, 권원, 객관적 사정

[abstract]

Trends of the possession with the intention of holding as owner in the Korean Supreme Court

Bae, Byung-II*

It is enacted in article 245 of the Korean Civil Law that a person who has for twenty years peaceably and openly held possession of an immovable with an intention to own it, shall acquire the ownership by making registration thereof. It is called acquiring ownership of immovables by possession. And it is enacted in article 197 that a possessor is presumed to be in possession openly, peaceably, in good faith, and with the intention of holding as owner.

The Korean Supreme Court pass judgment upon a case of the acquiring ownership of immovables, defendant that is the opposite party has burden of proof of autonomous possession. The plaintiff's ground of claim of possession is uncertain, the Korean Supreme Court set on the basis of the objective situation in autonomous possession. Recently the Korean Supreme Court give a decision upon that a possessor in bad faith has heteronomous possession.

Keywords : possession with the intention of holding as owner, heteronomous, burden of proof, the ground of claim, objective situation

* Professor, College of Law, Yeungnam University