

## 2. 물 권

가. 소유권 등에 기한 물권적 청구권의 행사

### 1) 물권적 청구권 일반론

물권적 청구권은 물권의 완전한 행사가 방해되거나 방해를 받을 우려가 있는 경

---

우에 그 물권을 가지고 있는 자가 방해배제 또는 예방을 위하여 방해자에게 일정한 행위를 하거나 행위를 하지 아니할 것을 청구하는 권능이다. 소유권을 양도함에 있어 소유권에 의하여 발생하는 물권적 청구권을 소유권과 분리, 소유권 없는 전소유자에게 유보하여 제3자에게 대하여 이를 행사케 한다는 것은 소유권이 절대적 권리인 점에 비추어 허용될 수 없다.<sup>831)</sup>

소유자가 제3자에게 소유물의 처분권한을 수여한 경우에도, 제3자의 처분이 실제로 유효하게 이루어지지 아니하고 있는 동안에는 소유자가 소유물을 유효하게 처분하거나 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 있다.<sup>832)</sup>

소유권에 기한 방해배제청구권에 있어서 '방해'라 함은 현재에도 지속되고 있는 침해를 의미하고, 법익 침해가 과거에 일어나서 이미 종결된 경우에 해당하는 '손해'의 개념과는 다르다 할 것이어서, 소유권에 기한 방해배제청구권은 방해 결과의 제거를 내용으

831) 대법원 1969. 5. 27. 선고 68다725 전원합의체 판결: "물권적 청구권 소위 물상청구권은 물권의 완전한 행사가 방해되거나 방해를 받을 우려 있는 경우에 그 물권을 가지고 있는 자가 방해배제 또는 예방을 위하여 방해자에게 일정한 행위를 하거나 행위를 하지 아니할 것을 청구하는 권능이라 할 것이며 이 물상청구권 없는 지배권으로서의 물권이란 의미가 없다 할 것이어서 물상 청구권이 특정인과의 구체적 관계에 있어 제한될 수 있음을 부정할 수 없다 하더라도 소유권을 양도함에 있어 소유권에 의하여 발생하는 물상청구권을 소유권과 분리, 소유권 없는 전소유자에게 유보하여 제3자에게 대하여 이를 행사케 한다는 것은 소유권의 절대적 권리인 점에 비추어 허용될 수 없는 것이라 할 것으로서 이는 양도인인 전소유자가 그 목적물을 양수인에게 인도할 의무이고 그 의무 이행이 매매대금 잔액의 지급과 동시이행관계에 있다거나, 그 소유권의 양도가 소송(방해배제 등) 계속 중에 있었다고 하여 다를 리 없고 일단 소유권을 상실한 전소유자가 제3자인 불법 점유자에게 대하여 물권적 청구권에 의한 방해배제를 청구할 수 없으며 ... 원고는 본소 제기 후에 소유권을 양도한 것이라 하더라도 피고에게 대하여 방해배제를 계속 청구할 아무런 권리도 인정될 수 없는 법리라 할 것이므로 ... 전 소유자인 원고가 임대차 종료 등 채권적 권리에 의하여 그 목적물의 반환을 청구하는 것이 아니라 본건 토지의 매도자로서 본건 토지상에 있는 피고 소유 건물을 철거하여 매수자에게 인도할 의무가 있다는 이유만으로 이미 그 소유권을 상실한 원고가 피고에게 대하여 그 불법 점유에 의한 방해배제를 청구하고 있음이 ... 명백한 본건에 있어 전 소유자인 원고의 본건 토지에 대한 소권 관계적 소유권 있음을 부정하여 본소 청구를 배척한 원판결 판단은 정당하고,"

832) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다105215 판결: "소유권은 물건을 배타적으로 지배하는 권리로서 대세적 효력이 있으므로, 그에 관한 법률관계는 이해관계인들이 이를 쉽사리 인식할 수 있도록 명확하게 정하여져야 한다. 그런데 소유자에게 소유권의 핵심적 내용에 속하는 처분권능이 없다고 하면(민법 제211조 참조), 이는 결국 민법이 알지 못하는 새로운 유형의 소유권 내지 물권을 창출하는 것으로서, 객체에 대한 전면적 지배권인 소유권을 핵심으로 하여 구축되어 있고 또한 물권의 존재 및 내용에 관하여 일정한 공식수단을 요구하는 물권법의 체계를 현저히 교란하게 된다. 따라서 소유자가 제3자에 대하여 목적물의 소유권을 이전하기로 하는 매매·증여·교환 기타의 채권적약을 체결하는 것만으로는 자신의 소유권에 어떠한 물권적 제한을 받지 아니하여서, 그는 다른 특별한 사정이 없는 한 자신의 소유물을 여전히 유효하게 달리 처분할 수 있고, 또한 소유권에 기하여 소유물에 대한 방해 등을 배제할 수 있는 민법 제213조, 제214조의 물권적 청구권을 가진다고 할 것이다. 나아가 소유자는 제3자에게 그 물건을 제3자의 소유물로 처분할 수 있는 권한을 유효하게 수여할 수 있다고 할 것인데, 그와 같은 이른바 '처분수권'의 경우에도 그 수권에 기하여 행하여진 제3자의 처분행위(부동산의 경우에 처분행위가 유효하게 성립하려면 단지 양도 기타의 처분을 한다는 의사표시만으로는 부족하고, 처분의 상대방 앞으로 그 권리 취득에 관한 등기가 있어야 한다. 민법 제186조 참조)가 대세적으로 효력을 가지게 되고 그로 말미암아 소유자가 소유권을 상실하거나 제한받게 될 수는 있다고 하더라도, 그러한 제3자의 처분이 실제로 유효하게 행하여지지 아니하고 있는 동안에는 소유자는 처분수권이 제3자에게 행하여졌다는 것만으로 그가 원래 가지는 처분권능에 제한을 받지 아니한다. 따라서 그는, 처분권한을 수여받은 제3자와의 관계에서 처분수권의 원인이 된 채권적 계약관계 등에 기하여 채권적인 책임을 지야 하는 것을 별론으로 하고, 자신의 소유물을 여전히 유효하게 처분할 수 있고, 또한 소유권에 기하여 소유물에 대한 방해 등을 배제할 수 있는 민법 제213조, 제214조의 물권적 청구권을 가진다고 할 것이다."

로 하는 것이 되어서는 아니 되며(이는 손해배상의 영역에 해당한다) 현재 계속되고 있는 방해의 원인을 제거하는 것을 내용으로 한다.<sup>833)</sup>

실체관계에 부합하지 아니하는 등기에 대한 말소등기청구권 등의 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상청구권은 인정되지 아니하고, 소유권 상실에 대한 불법행위로 인한 손해배상청구권만이 인정된다.<sup>834)</sup>

833) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5917 판결.

○ 대법원 2019. 7. 10. 선고 2016다205540 판결; 甲 지방자치단체가 30여 년 전 쓰레기매립지에 쓰레기를 매립하는 과정에서 매립지와 경계를 같이하는 인접 토지에 상당한 양의 쓰레기가 매립되었고, 그 후 인접 토지의 소유권을 취득한 乙이 토지를 굴착한 결과 지하 1.5~4m 지점 사이에 비닐, 목재, 폐의류, 오폐수, 오니류, 건축폐기물 등 각종 생활쓰레기가 뒤섞여 혼합된 상태로 매립되어 있었고 주변 토양은 겹겹이 오염되어 있었으며, 이에 乙이 甲 지방자치단체를 상대로 매립물 제거 등을 구한 사안에서, 위 토지 지하에 매립된 생활쓰레기는 매립된 후 30년 이상 경과하였고, 그 사이 오폐수와 각종 생활쓰레기가 주변 토양과 뒤섞여 토양을 오염시키고 토양과 사실상 분리하기 어려울 정도로 혼재되어 있다고 봄이 타당하며, 이러한 상태는 과거 甲 지방자치단체의 위법한 쓰레기매립행위로 인하여 생긴 결과로서 토지 소유자인 乙이 입은 손해에 불과할 뿐 생활쓰레기가 현재 乙의 소유권에 대하여 별도의 침해를 지속하고 있는 것이라고 볼 수 없으므로, 乙의 방해배제청구는 인용될 수 없다고 한 사례.

○ 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결의 다수의견: “토지에 폐기물이 매립되면, 그것이 토지의 토사와 물리적으로 분리할 수 없을 정도로 혼합되어 토지의 일부를 구성하게 되지 않는 이상, 토지 소유자의 소유권을 방해하는 상태가 계속되며, 이에 따라 폐기물을 매립한 자는 그 폐기물이 매립된 토지의 소유자에 대하여 민법상 소유물방해제거의무의 하나로서 폐기물 처리의무를 부담할 수도 있다.”<sup>833</sup> 나아가, 위 다수의견은, “토양오염물질을 토양에 누출·유출하거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발한 자는 그 토양오염 상태가 계속됨으로 인하여 발생하는 피해를 배상함과 아울러 오염된 상태의 토지를 전전 매수한 현재의 토지 소유자에 대하여 직접 구 토양환경보전법 제10조의3에 따른 오염토양 정화의무를 부담한다.”고 한 후, “토지의 소유자라 하더라도 토양오염물질을 토양에 누출·유출하거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발하였음에도 오염토양을 정화하지 않은 상태에서 그 오염토양이 포함된 토지를 거래에 제공함으로써 유통되게 하거나, 토지에 폐기물을 불법으로 매립하였음에도 이를 처리하지 않은 상태에서 그 해당 토지를 거래에 제공하는 등으로 유통되게 하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 거래의 상대방 및 위 토지를 전전 취득한 현재의 토지 소유자에 대한 위법행위로서 불법행위가 성립할 수 있다고 봄이 타당하다.”고 하고, “토지를 매수한 현재의 토지 소유자가 오염 토양 또는 폐기물이 매립되어 있는 지까지 그 토지를 개발·사용하게 된 경우 등과 같이 자신의 토지소유권을 완전하게 행사하기 위하여 오염토양 정화비용이나 폐기물 처리비용을 지출하였거나 지출해야만 하는 상황에 이르렀거나 구 토양환경보전법에 의하여 관할 행정관청으로부터 조치명령 등을 받음에 따라 마찬가지의 상황에 이르렀다면 위 위법행위로 인하여 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용의 지출이라는 손해의 결과가 현실적으로 발생하였다고 할 것이므로, 토양오염을 유발하거나 폐기물을 매립한 종전 토지 소유자는 그 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용 상당의 손해에 대하여 불법행위자로서 손해배상책임을 진다.”고 하여, 이와 달리, 자신의 소유 토지에 폐기물 등을 불법으로 매립하였다고 하더라도 그 후 토지를 매수하여 소유권을 취득한 자에 대하여 불법행위가 성립하지 않는다는 취지의 종전 판결을 변경하였다.

834) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2010다28604 전원합의체 판결의 다수의견: “소유자가 자신의 소유권에 기하여 실체 관계에 부합하지 아니하는 등기의 명의인을 상대로 그 등기말소나 진정명의회복 등을 청구하는 경우에, 그 권리는 물권적 청구권으로서의 방해배제청구권(민법 제214조)의 성질을 가진다. 그러므로 소유자가 그 후에 소유권을 상실함으로써 이제 등기말소 등을 청구할 수 없게 되었다면, 이를 위와 같은 청구권의 실현이 객관적으로 불가능이 되었다고 파악하여 등기말소 등의 무효에 대하여 그 권리의 이행불능을 이유로 민법 제390조상의 손해배상청구권을 가진다고 말할 수 없다. 위 법규정에서 정하는 채무불이행을 이유로 하는 손해배상청구권은 계약 또는 법률에 기하여 이미 성립하여 있는 채권관계에서 본래의 채권이 동일성을 유지하면서 그 내용이 확장되거나 변경된 것으로서 발생한다. 그러나 위와 같은 등기말소청구권 등의 물권적 청구권은 그 권리자인 소유자가 소유권을 상실하면 이제 그 발생의 기반이 아예 없게 되어 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 아니하는 것이다. 이러한 법리는 이 사건 선행소송에서 이 사건 소유권보존등기의 말소등기청구가 확정되었다고 하더라도 그 청구권의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌지 아니하므로 마찬가지로 마찬가지이다. … 선행소송에서 법원이 피고가 원고에 대하여 그 소유권보존등기를 말소할 의무를 부담한다고 판단하고 원고의 등기말소청구를 인용한 것이 변론주의 원칙에 비추어 부득이한 일이라고 하더라도, 원고가 이미 소외 1 등의 등기부취등시효 완성으로 이 사건 토지에

실무상 자주 보이는 소유권에 기한 물권적 청구권의 행사로는, 반환청구로서 인도청구, 방해배제청구로서 원인 무효 등기의 말소등기청구 또는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구, 지상물의 철거 청구·퇴거 청구가 있다.

## 2) 인도 청구

### 가) 소유권에 기초한 인도 청구

#### (1) 법규정에 따른 요건사실의 분류

민법 제213조는, “소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

따라서 소유권에 기한 인도 청구의 요건사실은, ① (주체) ‘원고의 (목적물) 소유’ 사실,<sup>835)</sup> ② (상대방) ‘피고의 (목적물)<sup>836)</sup> 점유’ 사실이고(피고는 ‘직접점유자’여야 하고, ‘간접점유자’<sup>837)</sup>나 ‘점유보조자’<sup>838)</sup>는 제외된다), 위 단서의 ‘점유할 권리의 존재’는 항변 사실에 해당한다.<sup>839)</sup> 민법 제200조의 ‘권리의 적법 추정’ 규정<sup>840)</sup>이 민법 제213조에 기초한 소유물반환청구의 증명책임 분배를 변경하지는 않는다(민법 제200조의 적용 배제).

위 ①, ②의 청구원인 사실 및 점유권원의 항변 사실은 뒤에서 각각 별개의 독립된 항으로 상술한다(①의 ‘소유’ 사실은 소유권에 기한 반환·방해배제 청구의 공통 요건사실이므로 ‘말소

관한 소유권을 상실한 사실에는 변함이 없으므로, 원고가 불법행위를 이유로 소유권 상실로 인한 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 하고, 예초 피고의 등기말소외무의 이행불능으로 인한 채무불이행책임을 논할 여지는 없다고 할 것이다. 이와 달리 물권적 청구권인 말소등기청구권의 이행불능으로 인하여 전보배상청구권이 인정됨을 전제로 한 … 판결 등은 이 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경하기로 한다.”

835) 미등기 건물 양수인처럼 소유자 아닌 자는 소유자를 대위하여 인도를 구할 수 있을 뿐, 직접 인도를 구할 수는 없고(대법원 2007. 6. 15. 선고 2007다11347 판결), 공유자나 합유자는 공유물이나 합유물의 보존행위(인도청구 등)를 단독으로 할 수 있으나(민법 제265조 단서, 제272조 단서), 법인 아닌 사단의 구성원 개인이 총유재산의 보존을 위한 소를 제기하는 것은 부적법하다(2004다44971 전원 판결).

836) 토지 인도 청구의 목적물 표시는 ‘대장’상 표시에 의하되 ‘등기기록’상 표시와 다른 경우에는 팔호로 등기기록상 표시를 병기한다. 건물 인도·철거 청구의 목적물 표시는 ‘등기기록’상 표시에 의하되 현황과 다른 경우에는 현황에 따라 표시하고 팔호로 등기기록상 표시를 병기한다.

837) 민법 제194조(간접점유) 지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임차 기타의 관계로 타인으로 하여금 물건을 점유하게 한 자는 간접으로 점유권이 있다. “간접점유의 요건이 되는 점유매개관계는 법률행위뿐만 아니라 법률의 규정, 위임조례, 국가행위 등으로도 설정될 수 있다(대법원 2018. 3. 29. 선고 2013다2559, 2566 판결).

838) 점유보조자는 가사상, 명업상 기타 유사한 관계에 의하여 타인의 지시를 받아 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 사람으로서(민법 제195조) 타인의 지시를 받지 아니하고 물건을 사실상 지배하는 점유자(민법 제192조)와 구별되며, 여기서 점유보조자에 관한 ‘기타 유사한 관계’는 타인의 지시를 받고 이에 따라야 할 관계로서 사회관념상 점유를 보조한다고 인정되는 경우를 말한다(대법원 2017. 2. 8.자 2015마2025 결정). 부부의 점유는 공동점유에 해당하고, 처를 점유보조자로 볼 것은 아니다(98다16456, 16463 판결).

839) 이러한 증명책임 분배는 ‘부동산인도명령’ 신청사건에서도 동일하여, 매수인은 상대방의 점유사실만 소명하면 되고, 그 점유가 매수인에게 대항할 수 있는 권원에 의한 것임을 이를 주장하는 상대방이 소명하여야 한다(2015마2025 결정).

840) 민법 제200조(권리의 적법의 추정) 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유했던 것으로 추정한다.

회복등기 청구' 다음에 적도록 한다).

## (2) 본안전 항변 관련 문제

인도청구와 같은 이행의 소는 원칙적으로 원고가 이행청구권의 존재를 주장하는 것으로서 권리보호의 이익이 인정되고, 이행판결을 받아도 집행이 사실상 불가능하거나 현저히 곤란하다는 사정만으로 그 이익이 부정되는 것은 아니다.<sup>841)</sup>

'기판력'과 관련하여 살펴보면, ① 원고의 토지·건물 소유권에 기한 피고(점유자)에 대한 토지·건물 인도 소송(전소)의 원고 패소 확정판결 후 패소자(전소 원고)로부터 토지·건물을 매수하여 소유권이전등기를 마친 전득자(후소 원고)는 '변론종결 후의 승계인'에 해당하지 않으므로, 토지·건물 전득자의 피고에 대한 전소와 동일 내용의 후소는 전소 패소확정판결의 기판력에 저촉되지 아니하고,<sup>842)</sup> ② 건물인도소송의 소송물이 소유권에 기초한 물권적 청구권과 같이 대세적인 효력을 가진 경우에는 그 판결의 기판력이 변론종결 후에 피고로부터 그 건물의 점유를 취득한 자에게도 미치나, 그 권리가 대인적인 효력밖에 없는 채권적 청구권에 그친 때에는 위와 같은 점유승계인에게 기판력이 미치지 아니한다.<sup>843)</sup>

주위적으로 소유권, 예비적으로 계약에 기초한 원고의 피고에 대한 인도청구에 대하

841) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015다255265 판결; 개성공업지구 소재 건물의 인도 청구의 소에서 승소하더라도 그 강제집행이 곤란하므로 소의 이익이 없다는 피고의 주장을 배척한 예.

842) ○ 대법원 1984. 9. 25. 선고 84다카148 판결: "토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 토지 인도소송의 소송물은 토지 소유권이 아니라 그 물권적 청구권인 토지 인도청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 토지 인도청구권의 존부 그 자체에만 미치는 것이고 소송물이 되지 아니한 토지 소유권의 존부에 관하여는 미치지 않는다 할 것이다. 그러므로 그 토지 인도소송의 사실심 변론종결 후에 그 패소자인 토지 소유자로부터 토지를 매수하고 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 승계한 제3자의 토지 소유권의 존부에 관하여는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다 할 것이다. 이 경우 위 제3자가 가지게 되는 물권적 청구권인 토지 인도청구권은 적법하게 승계한 토지 소유권의 일반적 효력으로서 발생된 것이고 위 토지 인도소송의 소송물인 패소자의 토지 인도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이라고는 할 수 없으므로 위 제3자를 위 확정판결의 변론종결후의 승계인에 해당한다고도 할 수 없을 것이다."

○ 대법원 1999. 10. 22. 선고 98다6855 판결: "건물 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 건물명도소송의 소송물은 건물 소유권이 아니라 그 물권적 청구권인 건물명도청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 건물명도청구권의 존부 그 자체에만 미치는 것이고, 소송물이 되지 아니한 건물 소유권의 존부에 관하여는 미치지 아니한다 할 것이므로, 그 건물명도소송의 사실심 변론종결 후에 그 패소자인 건물 소유자로부터 건물을 매수하고 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 승계한 제3자의 건물 소유권의 존부에 관하여는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다 할 것이고, 또 이 경우 위 제3자가 가지게 되는 물권적 청구권인 건물명도청구권은 적법하게 승계한 건물 소유권의 일반적 효력으로서 발생된 것이고, 위 건물명도소송의 소송물인 패소자의 건물명도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이라고는 할 수 없으므로, 위 제3자는 위 확정판결의 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 할 수도 없다."

843) 대법원 1991. 1. 15. 선고 90다9964 판결: 원고가甲으로부터乙에 대한 점포 전차권을 양도받고 다시乙과 전대차계약을 맺은 다음, 그 점포를 점유하고 있는丙을 상대로甲으로부터 양수한 전차권을 보전하기 위하여甲을 대위하여 점포인도청구소송을 제기하여 승소판결을 받았으나丙이 그 사건의 변론종결 후에 마음대로 피고에게 위 점포를 이전함으로써 피고가 이를 점유하고 있는 경우 원고의 위 소송에서의 청구는 채권적청구이므로 피고에 대하여는 그 판결의 기판력과 집행력이 미치지 아니하고, 따라서 그 승소판결만으로 피고에게 인도집행을 할 수 없게 된 원고로서는 피고에게 다시 위 점포의 인도를 구할 소송상 이익이 있다고 한 예.

여, 원고에게 소유권 확인, 피고에게 인도를 구하는 참가 신청을 한 경우, 본소가 이유 없는 것으로 판단되더라도 참가신청이 부적법하게 되는 것은 아니다.<sup>844)</sup>

### (3) 차임 상당 지급의 부대(附帶)청구

#### (가) 청구원인 사실

소유자는 점유자에 대하여 인도청구를 하면서, ③ ‘차임 상당액’만을 추가로 주장·증명하면(불법점유자는 점유 그 자체로써 특별한 사정이 없는 한 차임 상당의 이익을 얻고 그로 인하여 소유자에게 동액 상당의 손해<sup>845)</sup>를 주고 있다고 보아야 하므로,<sup>846)</sup> 인도청구의 위 ①, ② 요건사실 외에 별도로 점유자의 ‘사용·수익 사실’을 증명할 필요는 없다, 인도 완료일까지(의무 종료 시점의 주문 표시는 ‘인도 완료일’이나 ‘피고의 점유 상실일’<sup>847)</sup>로 족하고, ‘원고의 소유권 상실일’이라는 기재는 옳지 않다<sup>848)</sup><sup>849)</sup> 불법점유를 이유로 한 차임 상당의 손해배상청구나 부당이득반환청구(청

#### 844) ㉔ ‘인도청구’에 대한 ‘소유권 확인’의 ‘권리주장참가’의 적법 여부

대법원 2007. 6. 15. 선고 2006다80322, 80339 판결: “독립당사자참가 중 권리주장참가는 소송의 목적의 전무나 일부가 자기의 권리임을 주장하면 되는 것이므로 참가하려는 소송에 수개의 청구가 병합된 경우 그 중 어느 하나의 청구라도 독립당사자참가인의 주장과 양립하지 않는 관계에 있으면 그 본소청구에 대한 참가가 허용된다고 할 것이고, 양립할 수 없는 본소청구에 관하여 본안에 들어가 심리한 결과 이유가 없는 것으로 판단 된다고 하더라도 참가신청이 부적법하게 되는 것은 아니라고 할 것이다.” ㉔ 원심이, 원고의 주위적, 예비적 동산인도청구 중 주위적 청구만이 소유권에 기초한 독립당사자참가인의 주장과 양립하지 않는 관계에 있는데, 본안판단 결과 주위적 청구를 기각하게 된 이상 참가가 부적법하게 되었다는 이유로 이를 각하한 것은, 권리주장 참가자의 요건에 대한 법리오해의 위법이 있다고 하여, 원심판결 중 합일확정을 필요로 하는 원고의 주위적 동산인도청구와 독립당사자참가인의 청구 부분을 파기·환송하고, 원고의 예비적 동산인도청구 부분에 관한 상고를 기각한 예.

845) 침해부당이득에서는, 권리자가 침해행위로 현실적·구체적 손해를 입을 것이 요구되지 않고, 침해행위로 말미암아 그 재산으로부터 ‘이익을 누릴 가능성’(사용 가능성)이 박탈되었다는 것 자체로 권리자에게 손해가 있다고 보아야 한다(대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결의 다수의견 및 그 보충의견). ㉔ ‘채권 각척·부당이득’ 부분 참조.

846) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다71978 판결: “타인 소유의 토지 위에 권한 없이 건물이나 공작물 등을 소유하고 있는 자는 그 자체로서 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 보아야 할 것이다.” ㉔ 甲 지방공사가 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따라 토지를 협의취득한 후에도 乙이 그 지상에 설치했거나 보관하던 창고, 컨테이너, 군수용품 등 지장물을 이전하지 않자, 甲 공사가 乙을 상대로 토지 인도 시까지의 차임 상당 부당이득반환을 구한 사안에서, 乙은 지장물이 철거·이전되어 토지가 인도된 시점까지 토지의 점유·사용에 따른 차임 상당의 부당이득 반환의무가 있다고 한 사례.

847) 종래에는 도로점유율로 인한 부당이득반환청구의 주문으로 “...부터 원고의 소유권 상실일 또는 피고의 점유 종료일 중 먼저 도래하는 날까지”라는 기재가 통용되어 왔다.

848) ㉔ 장래 부당이득금의 계속적·반복적 지급을 명하는 판결의 주문에서 ‘원고의 소유권 상실일까지’라는 기재는 ① 집행문 부여기관, 집행문 부여 명령권자, 집행기관의 조사·판단에 맡길 수 없고 수소법원이 판단해야 할 사항인 소유권 변동 여부를 수소법원이 아닌 다른 기관의 판단에 맡기는 형태의 주문이고, ② 확정된 이행판결의 집행력에 영향을 미칠 수 없는 무의미한 기재이며, ③ ‘원고의 소유권 상실일’은 장래의 부당이득반환의무의 ‘임의 이행’ 여부와는 직접적인 관련이 없어 이를 기재하지 않더라도 장래의 이행을 명하는 판결에 관한 법리에 어긋나지 않으므로, 이행판결의 주문 표시로서 바람직하지 않다. 변론종결 후 원고의 소유권 상실·이전을 주장하는 피고로서는 그러한 사후적인 실체관계 변동 사유가 판결의 주문에 기재되어 있는지 여부와 상관없이 청구 이익의 소로써 다루어야 한다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다244432 판결). ㉔ 원고들이 그들 소유의 토지를 점유하고 있는 피고 지방자치단체를 상대로 차임 상당 부당이득 반환을 구한 사안에서, 원심이 이행을 명한 ‘원고들이 토지 소유권을 상실하는 날’ 이전에 피고가 토지 점유를 종료할 수도 있으므로 피고의 의무불이행 사유가 ‘원고들이 소유권을 상실하는 날까지’ 존속한다는 것을 원심 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수

구권 경합)를 할 수 있다.<sup>850)</sup>

점유자가 동시이행의 항변권<sup>851)</sup>이나 유치권<sup>852)</sup> 등 인도거절권능을 갖고 있는 경우에는, 차임 상당의 부당이득반환청구만 할 수 있고(인도거절권능이 인정되는 이상 점유 자체는 적법하므로, 불법점유에 따른 차임 상당의 손해배상채권은 인정되지 아니한다), 위 ①, ②, ③의 요건사실에 더하여 ④ ‘점유자가 목적물을 본래의 용법대로 사용·수익하고 있는 사실’까지 주장·증명하여야 한다.

통상의 경우 부동산의 점유·사용으로 인한 이득액은 그 부동산의 차임 상당액이고,<sup>853)</sup> 변론종결일 후의 차임도 같은 액수일 것으로 추인된다. 농지 임대차계약이 강행법규인 농지법 위반으로 무효인 경우에는, 그 약정 차임을 곧바로 부당이득액으로 ‘추인’하는 것이 허용되지 않는다.<sup>854)</sup>

있는 경우에 해당한다고 단정할 수 없다 하며, 원심판결 중 원심 변론종결일 다음 날부터 원고들 토지 소유권 상실일까지의 부당이득 반환을 명한 부분에는 장래이행의 소에 관한 벌리오해의 잘못이 있다고 한 예(2020다277023). ③ ‘인도 시까지’의 부당이득반환을 명한 전소 확정판결을 받은 종전 소유자로부터 토지 소유권을 이전받은 전득자는 전소 변론 종결 뒤의 승계인에 해당하지 않는다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다206349 판결).

849) 사실상 변론종결 후 인도 시까지 장래의 손해배상·부당이득반환을 청구하는 부분은 장래이행의 소(민사소송법 제251조)에 해당한다. — 관련 내용은 앞서 본 ‘총칙-조건과 기한-장래이행의 소’ 부분 참조.

850) 양 소는 청구원인이나 소송물이 다른 별개의 소로서 서로 기판력이 미치지 아니한다(91다650).

851) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다252042 판결, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다76986, 76993 판결(‘임대차’ 부분 설명 참조).

852) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2018다288044 판결; 원심이, 부당이득반환 청구에 관하여는, ‘피고는 이 사건 비용을 보관하여 갖게 된 보관비용 채권을 변제받을 때까지 비용을 유지할 권리가 있는데, 피고가 비용을 사용·수익하고 있음을 인정하기 어렵다.’는 이유로, 불법행위로 인한 손해배상 청구에 관하여는, 피고는 ‘보관비용 채권을 변제 받을 때까지 비용을 유지할 권리가 있으므로, 피고가 비용 반환을 거부한 것이 위법하다고 볼 수 없다.’는 이유로 각각 배척한 것은 정당하다고 한 예.

853) ① 타인 소유의 토지를 법률상 권원 없이 점유함으로써 인하여 그 토지소유자가 입은 통상의 손해는 특별한 사정이 없는 한 그 점유 토지의 임료 상당액이고, 토지에 대한 불법점유의 태양이 지하구조물의 설치, 운용 등과 같이 반영구적으로 계속될 것이라고 예상되는 경우라고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 손해의 일시배상을 청구하는 것은 허용되지 않는다(2003다4068). ② 수익자가 단지 공로에 이르는 통로로 통행지를 통행함에 그치고 통행지 소유자의 점유를 배제할 정도의 배타적인 점유를 하고 있지 않다면, 통행지 소유자가 통행자를 그 본래 목적대로 사용·수익할 수 없게 되는 경우의 손해액이라 할 수 있는 임료 상당액 전부가 통행지 소유자의 손해액인 된다고 볼 수는 없고, 구체적 사안에서 사회통념에 따라 쌍방 토지의 토지소유권 취득 시기와 가격, 통행지에 부과되는 재산세, 본래 용도에서의 사용 가능성, 통행지를 공동으로 이용하는 사람이 있는지를 비롯하여 통행 횟수·방법 등의 이용태양, 쌍방 토지의 지형적·위치적 형상과 이용관계, 부근의 환경, 상린지 이용자의 이해득실 기타 재반 사정을 고려하여 이를 감절할 수 있다(대법원 2023. 3. 13. 선고 2022다293999 판결; 통상적인 점유·사용에 따른 임료의 50% 해당액이라고 판단한 예).

854) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2021다216421, 216438 판결; “농지에 관한 임대차계약이 강행법규인 농지법 제23조에 위반되어 무효가 되는 경우, 임차인이 법률상 권원 없이 농지를 점유·사용함에 따라 열거된 이득은 특별한 사정이 없는 한 그 농지의 임료 상당액이고, 이때의 ‘임료 상당액’은 해당 농지가 다른 용도로 불법으로 전용되어 이용되는 상태임을 전제로 산정하여서는 안 됨은 물론, 임대차보증금이 없는 경우를 전제로 객관적으로 산정된 금액을 의미하는 것이 원칙이다. 그러므로 강행법규인 농지법 제23조의 위반을 이유로 임대차계약이 무효가 되는 경우에도 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 임대인이 임차인에 대하여 그 점유·사용에 관한 부당이득의 반환을 구할 수 있지만, 그 약정 차임이 해당 농지가 불법으로 전용되는 상태가 아닌 경우로서, 임대차보증금이 없는 경우임을 전제로 객관적으로 산정된 ‘임료 상당액’과 사실상 동일하다는 등의 특별한 사정이 없음에도, 곧바로 이를 그 점유·사용에 따른 부당이득 금액으로 추인하는 것은 결과적으로 무효인 농지임대차계약의 내용

부동산을 채권담보 목적으로 양도한 경우, 그 사용수익권은 채무자인 양도담보설정자에게 있으므로, 양도담보권자는 채무자나 그로부터 그 사용수익권한을 승계한 자에 대하여 임의 상당의 손해배상이나 부당이득반환청구를 할 수 없다.<sup>855)</sup> 양도담보권자가 제3자 소유 토지상에 있는 양도담보설정자 소유의 부동산, 동산 등을 양도담보로 양도받은 경우, 토지의 점유·사용으로 인한 부당이득의 반환 의무자는 양도담보권자가 아닌 양도담보설정자이다.<sup>856)</sup>

국유재산의 무단점유자에 대하여 국가는 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.<sup>857)</sup>

을 적극적으로 실현하는 것이 되어 강행법규인 농지법 제23조의 규범 목적과 취지를 사실상 잠탈하게 되므로 허용될 수 없다.”

855) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다37394, 37400 판결.

856) ○ 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다263519 판결; “채무를 담보하기 위하여 채무자가 자기의 비용과 노력으로 신축하는 건물의 신축허가 명의를 채권자 명의로 한 경우 이는 완성된 건물을 양도담보로 제공하기로 하는 담보권 설정의 합의가 있다고 볼 수 있다. 이때 완성된 건물의 소유권은 이를 건축한 채무자가 원시적으로 취득하고, 채권자가 그 명의로 소유권보존등기를 함으로써 건물에 대한 양도담보가 설정된 것으로 보아야 한다. 이러한 양도담보가 가등기담보법의 적용 대상이 되는 경우에는 양도담보권자가 청산절차 등을 거쳐 담보목적 부동산의 소유권을 취득하기 전까지 특별한 사정이 없는 한 양도담보 설정자가 건물의 소유자로서 이를 현실적으로 점유하면서 사용·수익하고 있다고 볼 수 있으므로 채권자가 건물에 대한 양도담보권을 취득했다고 해서 그 대지 소유자에게 부당이득반환의무를 부담하는 것은 아니다.”

○ 대법원 2018. 5. 30. 선고 2018다201429 판결; “양도담보 설정자가 채권을 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도한 경우 담보목적물을 누가 사용·수익할 수 있는지는 당사자의 합의로 정할 수 있지만 반대의 특약이 없는 한 양도담보 설정자가 그 동산에 대한 사용·수익권을 가진다. 따라서 그 동산이 일정한 토지 위에 설치되어 있어 그 토지의 점유·사용이 문제 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 양도담보 설정자가 그 토지를 점유·사용하고 있는 것으로 보아야 한다.” ㉠ 소외인이 자신의 채무를 담보하기 위해서 원고 소유 토지상의 소외인 소유 시설물을 피고에게 양도하면서 양도담보 기간 동안 시설물에 대한 사용·수익권을 갖고 있었던 이상, 양도담보 설정자인 소외인이 위 토지를 점유·사용하였다고 보아야 함에도, 피고가 시설물의 소유자로서 부지로 사용되는 토지를 점유·사용하고 있음을 전제로 피고에게 차임 상당의 부당이득반환의무가 있다고 본 원심판단은 잘못이라고 한 사례.

○ 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다223269 판결; “담보권자가 담보제공자 아닌 제3자 소유의 토지를 담보물로 이용하였다고 하더라도 현실적인 점유를 수반하지 아니하는 가치권의 이용만으로써는 담보권자에게 어떠한 현실적인 이익이 있었다고 할 수도 없고 또 이로 인하여 제3자의 현실적인 점유가 방해되었다고도 할 수 없다.”

㉡ 소외인이 원고로부터 건물 일부를 임차하였다가 임대차 종료 후에도 점유·사용하던 중 채권자인 피고에게 임대차 목적물에 소재한 식당에 관한 일체의 권리를 양도담보로 제공한 사안에서, 피고에게 차임 상당의 부당이득 반환의무가 있다고 판단한 원심을 파기한 사례.

○ 대법원 2016. 4. 28. 선고 2012다19659 판결; “부당이득반환청구에 있어 이득이라 함은 실질적인 이익을 의미하는바, 동산에 대하여 양도담보권을 설정하면서 양도담보권설정자가 양도담보권자에게 담보목적인 동산의 소유권을 이전하는 이유는 양도담보권자가 양도담보권을 실행할 때까지 스스로 담보물의 가치를 보존할 수 있게 함으로써 만약 채무자가 채무를 이행하지 않더라도 채권자인 양도담보권자가 양도받은 담보물을 환가하여 우선 변제받는 데에 지장이 없도록 하기 위한 것이고, 동산양도담보권은 담보물의 교환가치 취득을 그 목적으로 하는 것이다. 이러한 양도담보권의 성격에 비추어 보면, 양도담보권의 목적인 주된 동산에 다른 동산이 부합되어 부합된 동산에 관한 권리자가 그 권리를 상실하는 손해를 입은 경우 주된 동산이 담보물로서 가치가 증가된 데 따른 실질적 이익은 주된 동산에 관한 양도담보권설정자에게 귀속되는 것이므로, 이 경우 부합으로 인하여 그 권리를 상실하는 자는 그 양도담보권설정자를 상대로 민법 제261조의 규정에 따라 보상을 청구할 수 있을 뿐 양도담보권자를 상대로 그와 같은 보상을 청구할 수는 없다.”

857) 대법원 2014. 7. 16. 선고 2011다76402 전원합의체 판결의 다수의견. 반대의견은 민사상 부당이득반환청구는 ‘권리보호의 이익이 없어 부적법’하다고 한다.

(나) 선의 점유자의 과실수취권 항변

소유자와 점유 권원 없는 점유자<sup>858)</sup> 사이에는 민법 제201조, 제202조의 선의 점유자 보호 특칙과 제203조의 비용상환청구권 규정<sup>859)</sup>이 적용된다. 물건의 점유·사용 이득은 과실과 마찬가지로<sup>860)</sup> 선의의 점유자는 과실수취권으로 항변할 수 있다.

판례<sup>861)</sup>는 여기서 ‘선의의 점유자’라 함은 ‘과실수취권을 포함하는 권원이 있다고 오신한 점유자’를 말하고, 다만 그와 같은 오신을 함에는 ‘오신할 만한 정당한 근거가 있어야’ 한다고 하며, 권원 없는 점유였음이 밝혀졌다고 하여 곧 그 동안의 점유에 대한 선의의 추정이 깨어졌다고 볼 것은 아니라고 한다.

판례는, 과실수취권의 요건으로 법문상의 ‘선의’에 더하여, ‘오신에 대한 ‘무과실’(판시의 ‘오신할 만한 정당한 근거가 있어야’ 부분)을 추가하고 있는데, 민법 제197조에 의하여 점유자는 선의로 점유한 것으로 추정되므로 ‘악의의 점유자’인 사실은 ‘소유자’가 주장·증명하여야 하나,<sup>862)</sup> 무과실 추정 규정은 없으므로 원칙에 따라 오신에 대한 ‘무과실’ 요건은

858) 매매계약이 무효, 취소된 경우, 선의의 매수인에게는 민법 제201조가 적용되어 과실취득권이 인정되고 선의의 매도인에게는 민법 제587조의 유추적용에 의하여 대금의 운용이익 내지 법정이자에 반환이 부정되나(92다45025), 계약 해제의 경우에는 부당이득반환에 관한 특칙인 민법 제548조의 적용으로 민법 제201조의 적용이 부정된다(96다47586).

859) 민법 제201조(점유자의 과실) ① 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다. ② 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다. ③ 전항의 규정은 폭력 또는 은비에 의한 점유자에 준용한다.

제202조(점유자의 회복자에 대한 책임) 점유물이 점유자의 책임 있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손한 때에는 악의의 점유자는 그 손해의 전부를 배상하여야 하며 선의의 점유자는 이익이 현존하는 한도에서 배상하여야 한다. 소유의 의사에 있는 점유자는 선의인 경우에도 손해의 전부를 배상하여야 한다.

제203조(점유자의 상환청구권) ◀ ‘물권’-‘유치권’ 부분 참조.

860) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다242273 판결; “토지를 사용함으로써 얻는 이득은 그 토지로 인한 과실과 마찬가지로, 선의의 점유자는 비록 법률상 원인 없이 타인의 토지를 점유·사용하고 이로 말미암아 그에게 손해를 입혔다고 하더라도 그 점유·사용으로 인한 이득을 반환할 의무는 없다.”

861) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다63350 판결 등.

862) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624, 42631 판결; “유류분권리자가 반환의무자를 상대로 유류분반환청구권을 행사하는 경우 그의 유류분을 침해하는 증여 또는 유증은 소급적으로 효력을 상실하므로, 반환의무자는 유류분권리자의 유류분을 침해하는 범위 내에서 그와 같이 실효된 증여 또는 유증의 목적물을 사용·수익할 권리를 상실하게 되고, 유류분권리자의 그 목적물에 대한 사용·수익권은 상속개시의 시점에 소급하여 반환의무자에 의하여 침해당한 것이 된다. 그러나 민법 제201조 제1항은 ‘선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.’고 규정하고 있고, 점유자는 민법 제197조에 의하여 선의로 점유한 것으로 추정되므로, 반환의무자가 악의의 점유자라는 사정이 증명되지 않는 한 반환의무자는 그 목적물에 대하여 과실수취권이 있다고 할 것이어서 유류분권리자에게 그 목적물의 사용이익 중 유류분권리자에게 귀속되었어야 할 부분을 부당이득으로 반환할 의무가 없다. 다만 민법 제197조 제2항은 ‘선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 패소한 때에는 그 소가 제기된 때로부터 악의의 점유자로 본다.’고 규정하고 있고, 민법 제201조 제2항은 ‘악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다.’고 규정하고 있으므로, 반환의무자가 악의의 점유자라는 점이 증명된 경우에는 그 악의의 점유자로 인정된 시점부터, 그렇지 않다고 하더라도 본권에 관한 소에서 종국판결에 의하여 패소로 확정된 경우에는 그 소가 제기된 때로부터 악의의 점유자로 의제되어 각 그때부터 유류분권리자에게 그 목적물의 사용이익 중 유류분권리자에게 귀속되었어야 할 부분을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.” ⇨ 피고가 망인으로부터 유증받아 소유권자로서 사용·수익하여 온 이상 뒤늦게 원고의 유류분반환청구가 있다고 하여 이를 부당이득으로 반환할 의무가 없다는 취지의 피고의 주장은, 피고가 상속개시 당시부터 선의의 점유자로서 과실수취권이 있다는 주장으로 볼 여지가

과실수취권을 주장하는 '점유자'가 주장·증명하여야 한다고 봄이 타당하고, 판례의 입장도 같은 취지로 보인다.<sup>863)</sup>

선의의 점유자가 본권에 관한 소(소유권에 기한 점유물 인도 청구 소송은 물론, 점유로 인한 부당 이득 반환 청구 소송도 포함된다<sup>864)</sup> 865))에서 패소한 때에는 그 '소송이 계속된 때'(법문상 '소를 제기한 때'로 되어 있는데, 그 의미에 관하여 법 문언 그대로 '소 제기 당일'로 본 판례가 있었으나,<sup>866)</sup> 현재는 법 문언과 달리 '소송이 계속된 때', 즉 '소장 부분이 피고에게 송달된 때'로 사실상 판례가 변경되었다<sup>867)</sup>부터 악의의 점유자·수익자로 간주되므로<sup>868)</sup>(법 규정에 의한 의제 시점 전에 피고가 '악의'

충분하고, 이러한 경우 피고가 악의의 점유자라는 점에 대한 원고의 주장·증명이 없다면, 비록 원고의 유류분반환청구권의 행사에 의하여 유증의 효력이 원고의 유류분을 침해하는 범위 내에서 실효되었다고 하더라도, 그러한 사실만으로 피고가 사용이익 중 원고에게 유류분으로 반환할 지분에 상당한 부분을 부당이득 하였다고 볼 수 없다고 한 사례.

863) '오신의 정당한 근거'를 부정한 예는 79다547("피고로서는 이 건 대지를 점유·사용할 권원이 있다고 믿을 만한 사실이 있었다는 점을 주장·입증하여야 할 것"), 92다22114("피고가 이 사건 대지에 대하여 과실취득권을 포함한 권리가 있다고 오신할 만한 근거가 있다고 할 수 없으므로 피고를 위 대지에 대한 선의의 점유자로서 과실취득권이 있다고 볼 수 없는 것"), 궁정환 2021. 7. 15. 선고 2016다210498 판결(원고가 피고에게 공동상속 아파트에 대한 피고 단독 점유·사용으로 인한 상속분 상당의 부당이득 반환을 청구한 데 대하여, 피고가 과실을 수취할 권원이 있다고 믿었고 그와 같이 믿은 데 정당한 근거가 있다고 판단한 예)이 있다.

864) 대법원 2002. 11. 22. 선고 2001다6213 판결: "본권이 인정되지 아니하여 부당이득반환청구가 일용 이유 있는 것으로 인정되는 경우에 한하여 소송경과에 따라 피고들에 대하여 점유권 그 자체에 기하여 인정되는 과실수취권에 관한 민법 제201조 제1항을 주장하는 것인지에 관한 석명을 구하고, 피고들이 그 과실수취권을 주장하는 경우에는 다시 원고에 대하여 피고들이 악의의 점유자로 된 시기의 주장·입증과 아래에서 보는 민법 제197조 제2항의 원용 여부 등에 관하여 방어권을 행사할 기회를 주어, 그 심리 결과에 따라 피고들의 책임 유무 및 범위를 확정하여야 할 것이다. ... 민법 제197조 제2항의 취지와 부당이득반환에 관한 민법 제749조 제2항의 취지 등에 비추어 볼 때, 여기서의 본권에 관한 소에는 소유권에 기하여 점유물의 인도나 명도를 구하는 소송은 물론 부당점유자를 상대로 점유로 인한 부당이득의 반환을 구하는 소송도 포함된다고 해석할 것인데, ... 비록 소유권에 기한 명도 및 인도 청구가 변론종결 전에 소유권 상실되었음을 이유로 배척된다 하더라도, 법원으로서 소유권 상실 이전 기간의 부당이득반환청구와 관련하여 원고의 소유권의 존부와 피고들의 점유 권원의 유무 등을 가려서 그 청구의 당부를 판단하고, 원고의 부당이득 주장이 이유 있는 것으로 판단된다면 ... 적어도 그 소제기일부터는 피고들의 점유를 악의로 의제하여 피고들에 대하여 부당이득의 반환을 명하여야 할 것이다." □ 즉, 소유권에 기한 인도청구와 부당이득반환청구 소송 계속 중 원고의 소유권 상실이나 피고의 점유 상실, 점유권원 취득 등으로 인도청구가 기각되더라도(인도청구 부분은 점유자인 피고의 패소가 아니더라도), 부당이득반환청구는 일부라도 인용되는 경우 피고의 점유가 소송 계속 시부터 악의로 의제된다.

865) 민법 제749조 제2항(선의의 수익자가 패소한 때에는 그 소를 제기한 때부터 악의의 수익자로 본다)의 '그 소'라 함은 부당이득을 이유로 그 반환을 구하는 소를 가리킨다(86다카1372).

866) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008다19966 판결.

867) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다242273 판결 및 2012다84233 판결, 2012다119481 판결, 2013다1891 판결, 2013다89006 판결, 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017다216028, 216035 판결이 "선의의 점유자라도 본권에 관한 소에서 패소한 때에는 그 소가 제기된 때부터 악의의 점유자로 본다(민법 제197조 제2항)."고 한 부분은 단순히 법조문을 옮겨 적은 것에 지나지 않고, 그 구체적 사안을 살펴보더라도 '소가 제기된 때'의 구체적 의미를 판시한 것으로 볼 것은 아니다.

868) 대법원 2016. 7. 29. 선고 2016다220044 판결: "선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득하고(민법 제201조 제1항), 점유자는 선의로 점유한 것으로 추정되지만(민법 제197조 제1항), 선의의 점유자라도 본권에 관한 소에서 패소한 때에는 그 소가 제기된 때부터 악의의 점유자로 본다(민법 제197조 제2항). 같은 취지에서 선의의 수익자가 패소한 때에는 그 소를 제기한 때부터 악의의 수익자로 간주되고(민법 제749조 제2항), 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다(민법 제748조 제2항). 여기에서 '패소한 때'라고 함은 점유자 또는 수익자가 중급판결에 의하여 패소 확정되는 것을 뜻하지만, 이는 악의의 점유자 또는 수익자로 보는 효과가 그때 발생한다는 것뿐이고 점유자 등의 패소판결이 확정되기 전에는 이를 전제로

라는 점에 대한 주장·증명책임은 원고에게 있다), 적어도 '소송이 계속된 때 이후'의 기간에 대한 사용이익 및 그 법정이자를 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야<sup>869)</sup> 한다.

#### (다) 사용·수익권의 포기 또는 행사 제한의 항변

토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로, 수도시설의 매설 부지 등 '일반 공중을 위한 용도'<sup>870)</sup>로 제공한 경우에는, 토지 소유자가 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 사실을 점유자가 주장·증명하여 항변할 수도 있다(사용·수익권능의 대세적·영구적 포기 주장은 물권법정주의에 반하므로 그 주장 자체로 이유 없는 주장이다).<sup>871)</sup> 이는 토지

하는 청구를 하지 못한다는 의미가 아니다. 그러므로 소유자가 점유자 등을 상대로 물건의 반환과 아울러 그 권원 없는 사용으로 얻은 이익의 반환을 청구하면서 물건의 반환 청구가 인용될 것을 전제로 하여 그에 관한 소송이 계속된 때 이후의 기간에 대한 사용이익의 반환을 청구하는 것은 허용된다고 할 것이다." <sup>869)</sup> 피고가 무권리자로부터 자동차 소유권이전등록을 받고 점유·사용하고 있음을 이유로 ① 진정명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등록절차의 이행과 ② 자동차 인도 및 ③ 부당이득의 반환을 구한 소유자 원고의 청구에 대하여, 원심이, ①, ② 청구는 인용하고 ③ 청구는 피고가 고의 또는 과실로 위법하게 점유하고 있거나 악의의 점유자임을 인정할 증거가 없다는 이유로 배척하였으나, 대법원은, 원심으로서의 악의 의제에 관한 위 법리에 따라 피고가 악의의 점유자 또는 수익자로 되는지 여부 등에 관하여 나아가 심리·판단하여야 한다고 한 예.

869) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다61869 판결: "타인 소유물을 권원 없이 점유함으로써 얻은 사용이익을 반환하는 경우 민법은 선의의 점유자를 보호하기 위하여 제201조 제1항을 두어 선의의 점유자에게 과실수취권을 인정함에 대하여, 이러한 보호의 필요성이 없는 악의의 점유자에 관하여는 민법 제201조 제2항을 두어 과실수취권이 인정되지 않는다는 취지를 규정하는 것으로 해석되는데, 따라서 악의의 수익자가 반환하여야 할 범위는 민법 제748조 제2항에 따라 정하여지는 결과 그는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 한다. 즉, 악의의 점유자는 과실을 반환하여야 한다고만 규정한 민법 제201조 제2항이, 민법 제748조 제2항에 의한 악의의 수익자의 이자지급의무까지 배제하는 취지는 아니기 때문에, 악의의 수익자의 부당이득금 반환범위에 있어서 민법 제201조 제2항이 민법 제748조 제2항의 특칙이라거나 우선적으로 적용되는 관계를 이루는 것은 아니다. 그리고 위 조문에서 규정하는 이자는 당해 침해행위가 없었더라면 원고가 위 임료로부터 통상 얻었을 법정이자상당액을 말하는 것이므로 악의의 수익자는 위 이자의 이행지체로 인한 지연손해금도 지급하여야 할 것이다." <sup>870)</sup> 원심이, 피고가 아무런 권원 없이 원고 소유 토지의 상공에 송전선을 설치하여 소유함으로써 사용·수익하였으니 그 구분지상권에 상응하는 임료 상당액을 반환할 의무가 있다고 인정한 다음 점유일 이후 소장부분 송달일까지의 법정이자 및 그 이자에 대한 지연손해금을 구하는 청구에 대하여 민법 제201조 제2항이 제748조 제2항에 우선하여 적용되므로 악의의 점유자는 수취한 과실만을 반환하면 족하고 여기에 이자를 가산하여 지급할 필요가 없다고 한 것은 위법이라고 한 예.

870) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2015다211685 판결: "토지소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한의 범리는 토지가 도로, 수도시설의 매설 부지 등 일반 공중을 위한 용도로 제공된 경우에 적용되는 것이어서, 토지가 건물의 부지 등 지상 건물의 소유자들만을 위한 용도로 제공된 경우에는 적용되지 않는다. 따라서 토지소유자가 그 소유 토지를 건물의 부지로 제공하여 지상 건물소유자들이 이를 무상으로 사용하도록 허락하였다고 하더라도, 그러한 법률관계가 물권의 설정 등으로 특정승계인에게 대항할 수 있는 것이 아니라면 채권적인 것에 불과하여 특정승계인이 그러한 채권적 법률관계를 승계하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 특정승계인의 그 토지에 대한 소유권 행사가 제한된다고 볼 수 없다. ... 이 사건 상가건물들의 대지로 제공하여 구분소유자들만을 위한 용도로 제공한 것에 불과하므로, 토지소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한의 범리가 적용될 수는 없다."

871) 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결: "토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로, 수도시설의 매설 부지 등 일반 공중을 위한 용도로 제공한 경우에, 소유자가 토지를 소유하게 된 경위와 보유기간, 소유자가 토지를 공공의 사용에 제공한 경위와 그 규모, 토지의 제공에 따른 소유자의 이익 또는 편익의 유무, 해당 토지 부분의 위치나 형태, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등 여러 사정을 종합적으로 고찰하고, 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량을 한 결과, 소유자가 그 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 수 있다면, 타인(사인뿐만 아니라 국가, 지방자치단체도 이에 해당할 수 있다, 이하 같다)이 그 토지를 점유·사용하고 있다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그로 인해 토지 소유자에게 어떤 손해가

소유자의 권리행사를 제한하는 예외적인 법리이므로, 신중하고 엄격하게 적용되어야 하고, 독점적·배타적 사용·수익권 행사의 제한을 주장하는 사람이 그 제한 요건을 충족하였다는 점에 대한 증명책임을 진다.<sup>872)</sup>

상속에 따른 포괄승계의 경우 피상속인의 사용·수익권 포기가 상속인에게 그대로 승계되고, 특정승계의 경우에도 특정승계인은 '특별한 사정'이 없는 한 독점적·배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다.<sup>873)</sup>

생긴다고 볼 수 없으므로, 토지 소유자는 그 타인을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 없고, 토지의 인도 등을 구할 수도 없다. 다만 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익 권능의 대세적·영구적인 포기는 물권법정주의에 반하여 허용할 수 없으므로, 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 것으로 보는 경우에도, 일반 공중의 무상 이용이라는 토지이용현황과 양립 또는 병존하기 어려운 토지 소유자의 독점적이고 배타적인 사용·수익만이 제한될 뿐이고, 토지 소유자는 일반 공중의 통행 등 이용을 방해하지 않는 범위 내에서는 그 토지를 처분하거나 사용·수익할 권능을 상실하지 않는다. ... 위와 같은 법리는 토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로 이외의 다른 용도로 제공한 경우에도 적용된다. ... 그 지하 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사 역시 제한되는 것으로 해석함이 타당하다." ㉔ 다수의견에 대한 보충의견은, 여기에서 말하는 '포기'는 사용·수익권의 '소멸'을 의미하는 것이 아니라고 한다.

872) 대법원 2024. 2. 15. 선고 2023다295442 판결: "다음과 같은 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 토지들의 종전 소유자들 및 그 일부 승계인인 원고의 이 사건 토지들에 대한 독점적·배타적 사용수익권 행사가 제한된다고 보기 어렵다. ... 이 사건 토지들의 면적(108평)은 그 모토지들 면적(547평)의 약 19.7%에 이른다. ... 이 사건 토지들의 모토지들은 왼쪽으로 도로에 접해 있어 별도의 통행로를 개설할 필요가 있었다고 보기 어렵다. 오히려 분할 결과 ... 도로 58평이 모토지들을 관통함으로써 나머지 토지가 3필지로 분리되어 토지의 효율적 이용에 장애가 되었을 것으로 보인다. ... 이 사건 토지들이 모토지들에서 분할되어 도로로 사용됨에 따라 나머지 토지들의 효용가치가 확보되거나 증대되었다거나 소외 1이나 상속인들이 관할관청으로부터 보상을 받았다는 등 이들이 토지 분할로 인하여 얻은 이익이나 편익이 있었다고 볼 만한 자료는 제출되지 않았다. ... 토지가 도로로 사용되는 것에 대하여 소유자가 적극적으로 이의하지 않았고 그 기간이 길다는 것만으로 소유자가 사전에 무상 점유·사용에 대한 동의를 하였거나 사후에 이를 용인하였다고 볼 수는 없다. 토지 소유자에게는 권리를 행사할 자유뿐만 아니라 권리를 행사하지 않을 자유도 있으므로 소유자가 장기간 권리를 행사하지 않았다는 것만으로 그가 소유권의 일부 권능을 포기하였거나 향후에도 소유권을 계속 행사하지 않겠다는 의사를 표시하였다는 점이 곧바로 도출될 수 있는 것도 아니다. ... 피고가 이미 이 사건 토지들이 있는 도로의 연장선에 포함된 다른 토지들에 대하여 적법한 절차를 거쳐 보상을 하고 소유권을 확보해 오고 있는 점을 고려하면, 이 사건 토지들에 대한 토지 일로 상당 부당이득을 반환하는 것은 재산권의 제한에 관한 정당한 보상의 실질도 가지고 있으므로, 신의성실의 원칙에 비추어 용인하기 어려울 정도로 공익에 부정적이고 중대한 영향을 미친다고 할 수도 없다. ... 원고가 종전 소유자들의 일부로부터 이 사건 토지들 중 일부 지분을 매수하여 피고를 상대로 소를 제기한 것이 수익을 올리려는 목적이었을 가능성을 배제할 수 없다는 원심 판시 사정만으로는 원고가 소유권에 기하여 이러한 권리를 행사하는 것을 제한할 수 있다고 보기 어렵다."

873) 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결: "㉔ 상속인은 피상속인의 일신에 전속한 것이 아닌 상속인 한 사람이 개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리·의무를 승계하므로(민법 제1005조), 피상속인이 사망 전에 그 소유 토지를 일반 공중의 이용에 제공하여 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 수 있고 그 토지가 상속재산에 해당하는 경우에는, 피상속인의 사망 후 그 토지에 대한 상속인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사 역시 제한된다고 보아야 한다. ㉕ 원소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 토지의 소유권을 경매, 매매, 대물변제 등에 의하여 특정승계한 자는, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 사용·수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 그 토지의 소유권을 취득하였다고 봄이 타당하므로, 그러한 특정승계인은 그 토지 부분에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다. 이때 특정승계인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 허용할 특별한 사정이 있는지 여부는 특정승계인이 토지를 취득한 경위, 목적과 함께, 그 토지가 일반 공중의 이용에 제공되어 사용·수익에 제한이 있다는 사정이 이용현황과 지목 등을 통하여 외관에 어느 정도로 표시되어 있었는지, 해당 토지의 취득가액에 사용·수익권 행사의 제한으로 인한 재산적 가치 하락이 반영되어 있었는지, 원소유자가 그 토지를 일반 공중의 이용에 무상 제공한 것이 해당 토지를 이용하는 사람들과의 특별한 인적 관계 또는 그 토지 사용 등을 위한 관련 법령상의 허가·등록 등과 관계가 있었다고 한다면, 그와 같은 관련성이 특정승계인에게

소유자는, ① 특정승계의 경우 특정승계인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 허용할 ‘특별한 사정’을 주장·증명하거나, ② 독점적·배타적 사용·수익권을 제한하는 기초가 된 객관적 사정이 현저히 변경된 사실 등 ‘사정변경의 원칙’의 요건사실을 주장·증명하여 재항변할 수 있다.<sup>874)</sup>

토지 소유자의 청구에 대해서는 ‘제3자의 지상권 취득 사실’로,<sup>875)</sup> 토지 지상권자의 청구에 대해서는 ‘원고의 지상권이 토지 저당권의 담보가치 확보를 위한 것’<sup>876)</sup>으로서 원고의 토지 사용·수익권이 제한됨을 항변할 수도 있다.

#### (라) 소멸시효 기산점

토지의 불법점유로 인한 손해배상채권의 소멸시효 기산점은, ‘날마다 손해가 발생한 날 또는 그 각 손해를 안 날’로부터 별개로 각 손해배상채권의 장·단기 소멸시효가 진행하고,<sup>877) 878)</sup> 부당이득반환채권의 소멸시효 기산점 역시 ‘날마다 부당이득이 발생

어떠한 영향을 미치는지 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”

874) 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결; “토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한은 해당 토지가 일반 공중의 이용에 제공됨으로 인한 공공의 이익을 전제로 하는 것이므로, 토지 소유자가 공공의 목적을 위해 그 토지를 제공할 당시의 객관적인 토지이용현황이 유지되는 한도 내에서만 존속한다고 보아야 한다. 따라서 토지 소유자가 그 소유 토지를 일반 공중의 이용에 제공함으로써 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어 그에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한된다고 하더라도, ① 그 후 토지이용상태에 중대한 변화가 생기는 등으로 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 제한하는 기초가 된 객관적인 사정이 현저히 변경되고, ② 소유자가 일반 공중의 사용을 위하여 그 토지를 제공할 당시 이러한 변화를 예견할 수 없었으며, ③ 사용·수익권 행사가 계속하여 제한된다고 보는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하는 경우에는, 토지 소유자는 그와 같은 사정변경이 있는 때부터는 다시 사용·수익 권능을 포함한 완전한 소유권에 기한 권리를 주장할 수 있다고 보아야 한다. 이때 그러한 사정변경이 있는지 여부는 해당 토지의 위치와 물리적 형태, 토지 소유자가 그 토지를 일반 공중의 이용에 제공하게 된 동기와 경위, 해당 토지와 인근 다른 토지들과의 관계, 토지이용상태가 바뀐 경위와 종전 이용상태와의 동일성 여부 및 소유자의 권리행사를 허용함으로써 일반 공중의 신뢰가 침해될 가능성 등 전후 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.” ■ 사후에 객관적인 토지이용상태가 변경되어 배타적 사용·수익권을 다시 주장할 수 있게 되었다고 인정한 사례로는 2012다54133 판결 참조.

875) 74다1150; “본건 대지에 대하여는 건물 소유를 목적으로 지상권이 설정되어 그것이 존속하는 한 원고는 그 대지소유자라 하여도 그 소유권 행사에 제한을 받아 그 대지를 사용 수익할 수 없는 법리라 할 것이어서 특별한 사정이 없는 한 원고는 일로 상당의 손해금을 청구할 수 없을 것”

876) 대법원 2008. 1. 17. 선고 2006다586 판결; “금융기관이 대출금 채무의 담보를 위하여 채무자 또는 물상보증인 소유의 토지에 저당권을 취득함과 아울러 그 토지에 지료를 지급하지 아니하는 지상권을 취득하면서 채무자 등으로 하여금 그 토지를 계속하여 점유, 사용토록 하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 당해 지상권은 저당권이 실행될 때까지 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 저당 부동산의 담보가치를 확보하는 데에 그 목적이 있다고 할 것이고, 그 경우 지상권의 목적 토지를 점유, 사용함으로써 일로 상당의 이익이나 기타 소득을 얻을 수 있었다고 보기 어려우므로, 그 목적 토지의 소유자 또는 제3자가 저당권 및 지상권의 목적 토지를 점유, 사용한다는 사정만으로는 금융기관에게 어떠한 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.” ⇨ 원고가 토지에 관하여 저당권과 함께 취득한 지상권은 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 근저당목적물의 담보가치를 확보하는데 그 목적이 있는 것이므로, 피고들이 토지 위에 도로를 개설하고 옹벽을 설치하여 지상권의 목적이 된 토지를 사용, 수익할 수 없게 되었다고 하더라도, 원고로서는 담보가치 감소로 인한 손해배상을 구하는 외에 별도로 지상권 자체의 침해를 이유로 토지에 대한 일로 상당의 손해배상을 청구할 수 없다고 판단한 예.  
⇒ 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다14227 판결은, “위와 같은 ‘특별한 사정’에 관하여는 손실이 발생하지 아니하였음을 주장하는 쪽에서 입증책임을 진다.”고 한 바 있다.

한 날'로부터 별개로 각 채권의 소멸시효가 진행된다(‘지체책임’의 기산점은, 부당이득반환채무는 이행의 기한이 없는 채무로서 ‘이행청구를 받은 때’, 손해배상채무는 ‘불법점유 당일’이다).

#### (마) 기판력과 변경의 소, 청구이익의 소

토지의 무단점유자가 그 소유자에게 토지 인도 시까지 매월 일정액의 차임 상당액을 지급하라는 판결이 확정된 경우, 그 기판력은 주문에 포함된 토지 인도 시까지의 청구권의 존부 전부에 미침이 원칙이나, 그 소송의 사실심 변론종결 후에 액수 산정의 기초가 된 사정이 뚜렷하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 해할 ‘특별한 사정’이 생긴 때에는, 전소에서 ‘명시적인 일부청구’가 있었던 것과 동일하게 평가하여, 전소의 기판력이 전소 인용 차임액과 적정 차임액의 차액 부분(전소와는 독립한 소송물로 본다)에는 미치지 않으므로, 토지 소유자는 점유자를 상대로 신소로서 차액 부분에 대한 부당이득금의 반환을 청구할 수 있다.<sup>879)</sup>

확정된 정기금판결의 기판력을 예외적으로 배제하기 위해, ‘정기금판결에 대한 변경의 소’를 제기할 수 있다(앞서 본 ‘명시적 일부청구 의제’의 판례이론과 ‘정기금판결에 대한 변경의 소’의 각 적용범위가 서로 일치하는 것은 아니므로, ‘변경의 소’의 청구 범위를 벗어나는 부분은 위 판례이론이 보충적으로 적용될 수 있다). 점유 토지의 인도 시까지 매월 일정액의 차임 상당액을 지급하라는 판결이 확정된 경우, 그 (정기금의 지급을 명한) ‘판결이 확정된 뒤’에<sup>880)</sup> 그 액수 산정의

877) 대법원 1966. 6. 9. 선고 66다615 전원합의체 판결.

878) ① ‘계속적 불법행위’로 인한 손해배상채권의 소멸시효 기산점

가해행위가 계속되고 그에 따라 손해도 계속해서 발생하는, ‘계속적 불법행위’로 인한 손해배상채권의 소멸시효 기산점에 관하여, 판례는, 원칙적으로는 ‘날마다의 새로운 불법행위에 의하여 날마다 새롭게 손해가 발생한 날 또는 그 각 손해를 안 날’로부터 개별적으로 각 손해배상채권의 장·단기 소멸시효가 진행된다는 입장이다. ○ 대법원 2008. 4. 17. 선고 2006다35865 전원합의체 판결: “위법한 건축행위에 의하여 건물 등이 준공되거나 외부구조공사가 완료되면 그 건축행위에 따른 일영(日影)의 증가는 더 이상 발생하지 않게 되고 해당 토지의 소유자는 그 시점에 이러한 일조방해행위로 인하여 현재 또는 장래에 발생 가능한 재산상 손해나 정신적 손해 등을 예견할 수 있다고 할 것이므로, 이러한 손해배상청구권에 관한 민법 제766조 제1항 소정의 소멸시효는 원칙적으로 그 때부터 진행된다. 다만, 지극히 예외적이기는 하지만, 위와 같은 일조방해로 인하여 건물 등의 소유자 내지 실질적 처분권자가 피해자에 대하여 건물 등의 전부 또는 일부에 대한 철거의무를 부담하는 경우가 있다면, 이러한 철거의무를 계속적으로 이행하지 않는 부작위는 새로운 불법행위가 되고 그 손해는 날마다 새로운 불법행위에 의하여 발생하는 것이므로 피해자가 그 각 손해를 안 때로부터 각별로 소멸시효가 진행된다고 볼 수 있을 것이다.”

○ 대법원 1999. 3. 23. 선고 98다30285 판결: “불법행위가 계속적으로 행하여지는 결과 손해도 역시 계속적으로 발생하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 손해는 날마다 새로운 불법행위에 의하여 발생하는 손해로서 민법 제766조 제1항을 적용함에 있어서 그 각 손해를 안 때로부터 각별로 소멸시효가 진행된다고 보아야 한다. … 부당한 설계변경으로 인한 손해에 관하여는 위 원고가 그 손해를 안 때로부터 … 단기소멸시효가 별개로 진행되는 것이지, 준공검사의 지연이란 불법상태가 해소된 준공검사 시에 바로소 진행되는 것은 아니라고 할 것이고”

879) 대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 전원합의체 판결, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결.

880) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2015다243996 판결: “정기금판결에 대한 변경의 소는 판결 확정 뒤에 발생한 사정변경을 그 요건으로 하는 것이므로, 단순히 종전 확정판결의 결론이 위법·부당하다는 등의 사정을 이유로 본소에 따라 정기금의 액수를 바꾸어 달라고 하는 것은 허용될 수 없다.” ⇨ 전소 1심이 2009. 6. 12. ① ‘도로’로서의 차임 월 1,902,800원의 비율로 산정한 2007. 10. 2.까지의 부당이득을 반환하고, ② 2007. 10. 3.부터 피고의

기초가 된 사정이 현저하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 ‘특별한 사정’이 생긴 때에는, 그 ‘판결의 당사자(변론 종결 뒤의 승계인 포함)’는 장차(소 제기일 이후)<sup>881)</sup> 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 소(정기금판결에 대한 변경의 소)를 제1심 판결법원(전속판할)에 제기할 수 있다(민사소송법 제252조).

토지의 전 소유자가 무단점유자를 상대로 제기한 부당이득반환청구의 전소 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람은 전소 기판력이 미치는 ‘변론 종결 뒤의 승계인’에 해당하지 아니하여,<sup>882)</sup> 전소 정기금판결에 대한 변경의 소의 ‘원고적격’이 없고, 무단 점유자를 상대로 다시 부당이득반환청구의 소를 제기하여야 한다.<sup>883)</sup>

점유종료일 또는 원고들의 소유권 상실일까지 월 1,902,800원의 부당이득금을 정기금으로 지급하라는 판결을 선고하였는데, 원고들이 정기금 지급을 명한 부분에 대해서는 항소취지를 누락하여 항소를 제기함으로써 항소심은 2010. 9. 15. ① ‘대지’로서의 차임 월 5,708,400원(1심의 3배)의 비율로 산정한 2007. 10. 2.까지의 부당이득을 반환하라는 판결을 선고하였으나, ② 정기금 청구 부분에 대해서는 원고들이 항소를 제기하지 않았다는 이유로 1심판결을 취소·변경하지 않았고, 2011. 1. 27. 쌍방의 상고가 모두 기각되었으며(전소 판결 확정), 정기금판결 부분의 변경을 구하는 이 사건 후소 소장 부분 송달 당시(2012. 11. 14.) ‘대지’로서의 월 차임이 5,626,000원인 사안에서, ‘전소에서 원고들이 항소취지를 누락하지 않았다면 항소심에서 정기금 청구 부분에 대해서도 월 5,708,400원을 지급하라는 취지의 판결이 선고되었을 가능성이 있으나 이는 전소 판결 확정 전의 사정에 불과한 것이고, 판결 확정 이후의 사정이라고는 볼 수 없고, 판결 확정 뒤에 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 있다고 보이지도 않는다.’고 한 사례.

881) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64215 판결: 점유 토지의 인도 시까지 정기금의 지급을 명하는 판결이 확정된 뒤에 그 판결의 변경을 구하는 소가 제기된 사안에서, 원고(소유자)의 이 사건 청구 중 소 제기일 전까지의 기간 부분은 확정판결이 있었던 전소와 소송물이 동일하여 그 확정판결의 기판력이 미친다고 할 것이어서, 그 중 전소의 확정판결에서 원고가 승소한 부분(전소에서 원고의 청구가 인용된 금액에 해당하는 부분에 해당하는 부분은 권리보호의 이익이 없고, 이를 초과하는 부분은 전소 확정판결의 기판력에 저촉되는 것이어서 받아들일 수 없는 것이며, 이 사건 청구 중 소 제기일 이후 기간에 해당하는 부분은 정기금 판결의 변경을 구하는 취지라고 봄이 상당하다고 할 것인데, 전소 변론종결일 이후 원심 변론종결 당시까지 사이에 피고를 점유토지의 공시지가는 약 2.2배 상승하였고 ㎡당 연 임료는 약 2.9배 상승한 것에 불과하다면, 전소의 확정판결이 있는 후에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생겼다고 할 수 없고, 따라서 원고로서는 그 연 임료 상당액의 증액지급을 구할 수 없다고 한 사례.

882) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다206349 판결: 소외 1이 그 소유의 토지 상공에 송전선을 설치하여 소유하는 피고(한국전력공사)를 상대로 부당이득반환을 구하는 소를 제기하여 ‘송전선 철거완료일까지’ 정기금의 지급을 명하는 전소확정판결을 받은 후, 소외 2를 거쳐 원고가 위 토지의 소유권을 이전받은 다음, 피고를 상대로 토지 소유권 취득일 이후의 기간에 대한 부당이득반환을 구한 사안에서, 원심이, 원고가 소외 2를 거쳐 소외 1로부터 전소판결에 따른 부당이득반환청구권을 묵시적으로 양수하였으므로, 전소판결의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당한다고 보아 소를 각하한 데 대하여, 대법원은, “전소판결의 소송물은 채권적 청구권인 부당이득반환청구권이므로 원고가 전소판결 소송 변론종결 뒤에 이 사건 토지의 소유권을 취득하였다는 사정만으로는 전소판결의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당할 수 없다. 나아가 전소판결의 소송물인 부당이득반환청구권은 소외 1의 이 사건 토지 소유를 요건으로 하므로 이 사건 토지 소유권이 소외 1에서 다른 사람으로 이전된 이후에는 더 이상 발생하지 않고, 그에 대한 양도도 있을 수 없다. 따라서 이 사건 소에서 자신이 이 사건 토지의 소유권을 취득한 이후의 부당이득반환을 구하는 원고로서는 전소판결 소송의 소송물을 양수한 변론을 종결한 뒤의 승계인에도 해당하지 않는다.”라고 판시한 예.

883) 대법원 2016. 6. 28. 선고 2014다31721 판결: “정기금판결에 대한 변경의 소는 정기금판결의 확정 뒤에 발생한 현저한 사정변경을 이유로 확정된 정기금판결의 기판력을 예외적으로 배제하는 것을 목적으로 하므로, 확정된 정기금판결의 당사자 또는 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 그 확정판결의 기판력이 미치는 제3자만이 정기금판결에 대한 변경의 소를 제기할 수 있다고 봄이 타당하다. 한편 토지의 소유자가 소유권에 기하여 그 토지의 무단 점유자를 상대로 차임 상당의 부당이득반환을 구하는 소송을 제기하여 무단 점유자가 그 점유 토지의 인도

점유 토지의 '인도 시까지' 매월 일정액의 차입 상당액을 지급하라는 판결이 확정되었는데, 그 변론종결 후 원고가 토지 소유권을 상실·이전한 경우<sup>884)</sup>나 피고가 지상 건물을 소유하지 않고 토지를 점유하지 않았음이 객관적으로 판명된 경우<sup>885)</sup>에, 피고로서는 '청구이의의 소'로써 전소 변론종결 이후 급전지급을 명한 부분의 집행력 배제를 구할 수 있다.

#### (4) 인도청구에 대한 항변

##### (가) 원고 명의 등기의 원인무효 항변

원고가 '소유권 등기 사실'을 주장·증명함으로써 그 등기의 법률상 추정력으로 자신의 '소유' 사실을 주장·증명한 경우, 피고로서는 그에 대한 '항변'으로서 '원고 명의 등기의 원인무효'(원고 명의 소유권 등기의 법률상 추정을 복멸시킬 수 있는 실체적·절차적 원인무효 사유)<sup>886)</sup> 사실을 주장·증명할 수 있다.

시까지 매월 일정 금액의 차입 상당 부당이득을 반환하라는 판결이 확정된 경우, 이러한 소송의 소송물은 채권적 청구권인 부당이득반환청구권이므로, 위 소송의 변론종결 후에 위 토지의 소유권을 취득한 사람은 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 위 확정판결의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 토지의 전 소유자가 제기한 부당이득반환청구소송의 변론종결 후에 그 토지의 소유권을 취득한 사람에 대해서는 위 소송에서 내려진 정기금 지급을 명하는 확정판결의 기판력이 미치지 아니하므로, 이러한 토지의 새로운 소유자가 그 토지의 무단 점유자를 상대로 다시 부당이득반환청구의 소를 제기하지 아니하고, 그 토지의 전 소유자가 앞서 제기한 위 부당이득반환청구소송에서 내려진 정기금판결에 대하여 변경의 소를 제기하는 것은 부적법하다.”(정기금 지급을 명한 전소 확정판결 후에 임야 소유권을 취득한 원고에게는 전소 확정판결의 변경을 구하는 소를 제기할 원고적격이 없다 하여, 부적법 각하되어야 한다고 한 예). ● ‘인도 시까지’의 부당이득반환을 명한 전소 확정판결의 변론종결 후에 그 원고의 소유권 상실·이전이 있는 경우, 그와 같은 사후적인 실체관계 변동 사유가 판결의 주문에 기재되어 있는지 여부와 상관없이 피고는 ‘청구이의의 소’로써 집행력의 배제를 구할 수 있다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다244432 판결).

884) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다244432 판결.

885) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2019다302985 판결: 원고(유지재단) 소의로 등기된 토지에 원고 명의의 건축허가로 교회건물 신축이 진행되던 중 근저당권에 기한 경매가 진행되어 피고가 토지를 취득한 후 원고에 대해 건물철거, 토지 인도 및 부당이득반환과 지료 지급을 구하는 소를 제기하였고, 법정지상권이 성립된다는 원고의 항변을 받아들인 제1판결이 선고·확정되었는데, 원고는 ‘원고가 아닌 소의 교회가 건물을 신축하여 원시취득하였고 원고가 토지를 점유하였다고 볼 수 없으므로 제1판결은 실체적 권리관계에 배치된다’고 주장하면서 청구이의의 소를 제기한 사안에서, 제1판결 중 ‘변론종결 후 발생할 지료 및 사용이익 상당의 부당이득금 지급을 명한 부분’에 관하여 “이 사건 제1판결은 변론종결 후에도 원고가 피고 소유의 이 사건 각 토지를 점유하는 것이 변론종결 당시 확정적으로 예정되어 있다는 이유로 이를 인도할 때까지 지료 지급 또는 사용이익 상당의 부당이득 반환을 명하는 판결을 하였다. 그러나 변론종결 후 원고가 이 사건 교회 건물을 소유하지 않고 이 사건 각 토지를 점유하지 않았음이 객관적으로 판명된 이상 이 사건 제1판결 변론종결 당시의 예측은 어긋나게 되었고, 이는 이 사건 제1판결 확정 후에 새로운 사유가 발생하여 사정변경이 있는 경우에 해당한다고 할 수 있다. 따라서 원고가 이 사건 교회건물을 소유하지 않고 이 사건 각 토지를 점유하지 않는다는 사유를 주장하면서 이 사건 제1판결의 변론종결 이후 급전지급을 명한 부분의 집행배제를 구하는 것은 가능하다.”라고 판시한 예.

886) ○ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다11281 판결: “반사회질서 법률행위를 원인으로 하여 부동산에 관한 소유권 이전등기를 마쳤다 하더라도 그 등기는 원인무효로서 말소될 운명에 있으므로 등기명의자가 소유권에 기한 물건적 청구권을 행사하는 경우에, 그 권리 행사의 상대방은 위와 같은 법률행위의 무효를 항변으로서 주장할 수 있다고 할 것이다.” ⇨ 원심이, 원고는 소외인(신탁회사의 공매업무 담당자)에게 사ate금의 교부를 약속하면서 부정한 청탁을 하고, 소외인은 공매과정에서 업무상 임무에 위배하여 공개경쟁입찰을 제한한 후 수의계약으로 원고에게 점포를 저렴한 가격에 매도한 사실을 인정한 다음, 원고가 소외인의 배임행위를 스스로 조작하거나 이에 적극 가담하여 점포를 매수하였으므로 원고의 매수행위는 반사회질서 법률행위에 해당하여 무효라고 판단하

### (나) 반신의칙, 권리남용의 항변

소유권에 기한 인도 청구 등 물권적 청구권 행사가 '신의성실의 원칙에 위반'<sup>887)</sup>되거나, '권리남용'<sup>888)</sup>(공로 부지의 소유자가 이를 점유·관리하는 지방자치단체를 상대로 공로

고, 이어서 피고는 점포의 무단 점유자에 불과하여 원고의 점포 매수행위의 무효를 주장하는 것은 아무런 법적 근거가 없거나 정의관념 및 사회질서에 어긋나는 행위라는 원고의 주장에 대하여, 반사회질서 법률행위는 절대적으로 무효로서 누구든지 주장할 수 있다는 이유로 이를 배척하고, 원고의 점포에 대한 소유권에 기한 인도청구 및 차입 상당 부당이득반환청구를 기각한 것은, 정당하다고 한 예.

○ 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다277785, 277792 판결; 차량 소유자(원고)가 본소로 저당권의 말소를 청구하자 저당권자(피고, 채권자)가 원고의 차량 소유권 취득의 원인이 된 소외인(채무자)과 원고 간 매매계약이 사해행위라고 주장하면서 반소로 그 취소를 청구한 사건에서, 사해행위의 취소를 명하는 한편 이를 이유로 본소 청구를 기각한 원심판단을 수긍한 사례.

887) 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다3471 판결; "1동의 건물을 신축한 후 그 건물 중 구조상·이용상 독립성을 갖추지 못한 부분을 스스로 구분건물로 건축물관리대장에 등재하고 소유권보존등기를 마친 자가 구조상·이용상 독립성을 갖추지 못함에도 불구하고 그 건물 부분에 관하여 자신과 매매계약을 체결하여 그에 따라 소유권이전등기를 마친 자 또는 자신과 근저당권설정계약을 체결하여 그에 따라 근저당권설정등기를 마친 자 등을 상대로 그러한 등기가 무효임을 주장하며 이에 대한 멸실등기절차의 이행이나 위와 같은 건물 부분의 인도를 청구하는 것은 신의성실의 원칙에 위반된다고 볼 여지가 있다. 그리고 이러한 법리는 위와 같은 근저당권에 기초한 임의경매절차에서 해당 건물 부분을 매수하여 구분건물로서 소유권이전등기를 마친 자를 상대로 그 등기의 멸실등기절차의 이행 또는 해당 건물 부분의 인도를 청구하는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다. ... 구분건물로서의 요건을 갖추도록 해 주어야 할 의무를 부담하는 자가 도리어 구분건물로서의 요건을 갖추지 못하였다는 사정을 이유로 거래 상대방 또는 그 전전양수인 등을 상대로 목적물의 인도 등을 구하는 것은 설사리 용납되기 어렵다."

888) ① 대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다254280 판결; "소유권에 기초를 둔 토지 인도 청구가 권리남용에 해당하는지는 토지 취득 경위와 이용현황 등에 비추어 토지 인도에 따른 소유자의 이익과 상대방의 손해 사이에 얼마나 큰 차이가 있는지, 토지소유자가 인도 청구를 하는 실제 의도와 목적이 무엇인지, 소유자가 적절한 가격으로 토지를 매도해 달라는 상대방의 요구에 정당한 이유 없이 불응하며 상대방에게 부당한 가격으로 토지를 매수할 것을 요구하고 있는지, 토지에 대한 법적 규제나 토지 이용현황 등에 비추어 다른 용도로 사용할 수 있는지, 토지 인도로 말미암아 사회 일반에 중대한 불이익이 발생하는지, 인도 청구 이외에 다른 권리구제수단이 있는지 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다." ㉠ 사건 토지는 오래전부터 도로로 이용되었고 원고는 경매절차에서 이를 알면서 매수하였으므로, 원고는 피고(市)에게 높은 금액의 보상을 요구하였으나 피고가 용하지 않자 토지의 인도를 구하였고, 위 토지는 ○○로의 일부로 △△고가도로를 연결하는 지점에 위치하고 있어 차량 통행에 필수적이고 통행량도 많으며, 위 토지가 인도되면 교통에 큰 지장이 초래되는 반면 주변 현황에 비추어 원고가 이를 다른 용도로 사용하기 어렵다는 이유로 토지 인도 청구가 권리남용에 해당한다고 한 예.

② 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020다229239 판결; "어떤 토지가 그 개설경위를 불문하고 일반 공중의 통행에 공용되는 도로, 즉 공로가 되면 그 부지의 소유권 행사는 제약을 받게 되며, 이는 소유자가 수인하여야 하는 재산권의 사회적 제약에 해당한다. 따라서 공로 부지의 소유자가 이를 점유·관리하는 지방자치단체를 상대로 공로로 제공된 도로의 철거, 점유 이전 또는 통행금지를 청구하는 것은 법질서상 원칙적으로 허용될 수 없는 '권리남용'이라고 보아야 한다." ㉡ 사건 도로는 사찰로 출입하는 유일한 통행로로서 아주 오래전에 자연발생적으로 형성되었고 사찰의 승려, 신도, 탐방객 및 인근 주민들이 이용하고 있던 도로를 피고(市)가 농어촌도로정비법상 농어촌도로로 지정하고 30년 이상 관리하면서 일반 공중의 통행에 공용한 도로(공로)에 해당하고, 이러한 이용상황을 알면서도 임의경매절차에서 도로 부지인 입야를 매수한 원고가 피고를 상대로 도로의 철거·인도를 구하는 것은 권리남용이라고 볼 여지가 크다고 한 예. ③ 대법원 2023. 3. 13. 선고 2022다293999 판결; 甲 등이 취득한 A빌딩과 Z 등이 구분소유하는 B빌딩 사이에 B빌딩에 출입하는 사람과 인근 주민들이 통행로로 사용하는 부지가 있고, 그중 대부분이 A빌딩 부지에 포함되어 있는데, 甲이 Z 등을 상대로 통행금지를 구한 사안에서, B빌딩의 사용승인이 이루어지기 이전부터 인근 주민들을 비롯한 불특정 다수인이 해당 부분을 통행함에 제한이 없었고, A빌딩 부지의 전 소유자는 B빌딩이 건축될 당시 해당 부분의 무상 사용과 불특정 다수인의 통행을 수인했던 것으로 보이며, 甲 등은 이와 같은 이용 상황 및 소유권의 제약 상태를 알고서 빌딩 및 부지를 취득하였으므로, Z 등이 일상생활에 필요한 범위 내에서 다른 사람들과 같은 방법으로 해당 부분을 통행할 것임을 충분히 예상할 수 있었고, Z 등의 통행을 금지한다면 B빌딩의 출입구 위치·형태·내부 구조의 특성상 출입에 상당한 제약을 받을 수밖에 없게 되어 큰 불편과 혼란이 예상되는 상황에서, 甲 등이 객관적 용도에

로 제공된 도로의 철거, 점유 이전 또는 통행금지를 청구하는 것은 법질서상 원칙적으로 허용될 수 없는 '권리남용'이라고 보아야 하고, 그 경우 특별한 사정이 없는 한 그 도로 지하 부분에 매설된 시설에 대한 철거 등 청구도 '권리남용'이라고 봄이 상당하다<sup>889)</sup>에 해당됨을 이유로 항변할 수도 있다. 소유권 이전등기의무 있는 자가 그 권리자를 상대로 소유권에 기해 인도와 철거를 청구하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다.<sup>890)</sup>

#### (다) 점유 권원의 항변

'점유 권원의 항변'은, 점유를 권리 내용으로 하는 지상권·전세권·유치권<sup>891)</sup> 등 제한물권, 수도·가스관·전선 등 시설의 통과권(민법 제218조), 주위토지통행권(민법 제219조) 등 상린관계 규정에 의한 상린권, 또는 사용대차·임대차·임치·도급 등과 같이 점유를 수반하는 채권적 권리,<sup>892)</sup> 점유자로 하여금 자신의 인도의무 이행을 거절할 권능

다른 편익을 가장 필요로 하는 乙 등에 대해서만 선별적·자의적으로 통행을 금지하는 것은 소유권의 행사에 다른 실질적 이익도 없이 단지 상대방의 통행의 자유에 대한 침해라는 고통과 손해만을 가하는 것이 되어 권리남용이라고 볼 여지가 크다고 한 사례.

889) 대법원 2023. 9. 14. 선고 2023다214108 판결.

890) ❶ 소의 위원회에 대해 피고의 점유부분에 해당하는 지분소유권이전등기절차를 이행하여야 할 의무가 있는 원고 회사가, 위원회에 대해 지분소유권이전등기청구권을 가지는 피고에게 그 점유부분의 인도와 지상건물의 철거를 구하는 것은 소유권이전등기의 의무 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 것이어서 신의성실의 원칙 또는 사회통념상 허용될 수 없다고 한 예(93다4908, 4915, 4922), ❷ 명의신탁자에게 소유권이전등기를 청구할 수 있는 지위에 있는 자에 대하여 명의신탁자가 자신이 소유자임을 내세워 인도·철거를 구함은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다고 한 예(91다31685), ❸ 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 있는 소유자가 시효취득자에게 토지의 인도를 청구할 수 없다고 한 예(67다954), ❹ '유증'을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 있는 경우에도 동일한 법리가 적용됨을 전제로 한 예(대법원 2021. 9. 16. 선고 2021다200914, 200921 판결). [동일 취지] 법정지상권을 취득한 지위에 있는 피고에 대하여 원고가 대지소유권에 기하여 건물철거를 구하는 것은 지상권의 부담을 용인하고 또한 그 설정등기절차를 이행할 의무 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구여서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다(84다카1131, 1132).

891) ○ 대법원 2014. 12. 24. 선고 2011다62618 판결: "반환을 거부할 수 있는 점유할 권리에는 유치권도 포함되고, 유치권자로부터 유치물을 유치하기 위한 방법으로 유치물의 점유 내지 보관을 위탁받은 자는 특별한 사정이 없는 한 점유할 권리가 있음을 들어 소유자의 소유물반환청구를 거부할 수 있다."

○ 대법원 2017. 2. 8.자 2015마2025 결정: "유치권자는 채무자 또는 소유자의 승낙이 없는 이상 그 목적물을 타인에게 임대할 수 있는 권한이 없으므로(민법 제324조 제2항), 유치권자의 그러한 임대행위는 소유자의 처분 권한을 침해하는 것으로서 소유자에게 그 임대의 효력을 주장할 수 없다. 따라서 소유자의 승낙 없는 유치권자의 임대차에 의하여 유치권의 목적물을 임차한 자의 점유는 ... '매수인에게 대항할 수 있는 권원'에 기한 것이라고 볼 수 없다." ⇨ 유치권자로부터 건물을 임차한 피고가 유치권자의 유치권을 원용하여 현재 소유자인 원고의 건물인도청구를 거절하기 위해서는, 임대차 당시 건물 소유자 또는 이후 소유자나 원고로부터 임대차에 관한 승낙을 받았다는 점에 관하여 주장·증명하여야 한다(2010다94700).

892) ○ 소유자에 대하여 점유를 수반하는 채권을 갖는 자가 소유자의 승낙이나 소유자와의 약정 등에 기초하여 제3자에게 점유할 권리를 수여할 수 있는 경우에는, 그로부터 점유 내지 보관을 위탁받거나 그 밖에 점유할 권리를 취득한 제3자는 특별한 사정이 없는 한 자신에게도 점유할 권리가 있음을 들어 소유자의 소유물반환청구를 거부할 수 있다(대법원 2020. 5. 28. 선고 2020다211085 판결). 사용대차의 차주는 대주의 승낙이 없이 제3자에게 차용물을 사용, 수익하게 하지 못하므로(민법 제610조 제2항), 차주의 권리를 양도받은 자는 그 양도에 관한 대주의 승낙이 없으면 대주에게 대항할 수 없어서(대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다202795, 202801 판결) '양도에 관한 대주의 승낙' 사실까지 주장·증명하여야 유효한 점유권원의 항변이 된다(98다61746).

○ 유증의 목적물인 토지에 대한 임차권·사용대차권 등 피고의 채권적 점유 권원은 수증자가 토지 소유권을 취득한 후에도 그대로 존속·유지된다. 민법 제1085조에 따라, 유증의 목적물이 유언자의 사망 당시에 제3자의 권리의 목적인 경우, 제3자의 권리는 특별한 사정이 없는 한 유증의 목적물이 수증자에게 귀속된 후에도 그대로

이 생기게 하는 동시이행항변권, 시효취득<sup>893)</sup> 등 피고의 점유 권원 발생의 요건사실이나 원고의 사용·수익권 포기 사실 등을 주장·증명하면 된다. 이에 대하여 소유자는 점유권 원의 소멸 사유(예컨대, 사용대차의 경우 해지 등 계약의 종료 사유<sup>894)</sup>)로 재항변할 수 있다.

#### (라) 주위토지통행권 등 상린권

주위토지통행권 등과 같이 인접하는 토지 상호간의 이용의 조절을 위한 '상린관계'에 관한 민법 등의 규정은 인접지 소유자에게 그 소유권에 대한 제한을 수인할 의무를 부담하게 한다(그 적용요건을 함부로 완화하거나 유추하여 적용할 수 없다).<sup>895)</sup>

존속하는 것으로 보아야 하는데, '제3자의 권리'에는 물권(용익물권, 담보물권)뿐만 아니라, 일반적인 대항력이 없는 채권(임차권, 사용대차권)도 포함되기 때문이다(대법원 2018. 7. 26. 선고 2017다289040 판결).

893) 시효취득자는 소유자에게 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있고 소유자는 이에 응할 의무가 있으므로 시효취득자가 대지 소유권이전등기를 경료하지 못한 상태에 있다고 해서 대지 소유자가 시효취득자에 대하여 그 지상건물의 철거와 대지의 인도를 청구할 수는 없다(87다카1979).

#### 894) ㉠ 사용대차 계약의 해지

○ 대법원 2018. 6. 28. 선고 2014두14181 판결: "민법 제613조 제2항은 사용대차계약의 해지사유로서 사용수익에 충분한 기간이 경과한 때를 들고 있다. 여기에 해당하는지 여부는 사용대차계약 당시의 사정, 차주의 사용기간 및 이용 상황, 대주가 반환을 필요로 하는 사정 등을 종합적으로 고려하여 공평의 입장에서 대주에게 해지권을 인정하는 것이 타당한지에 따라 판단하여야 한다." ㉠ 이 사건 토지의 사용대차에 이르게 된 경위, 구왕궁재산처분법·구황실재산법·문화재보호법의 제정 및 개정 경위, 그동안 위 토지를 관리한 구황실재산 사무총국장과 문화재관리국장이 사용기간을 따로 정하지 않은 채 수차례 사용을 허락하여 온 점, 원고 학교법인인 ○○대학교를 정상적으로 운영하여 왔고 현재 위 토지 위에는 교수회관·대학본부·학생회관·대학원관 등의 건물 이 있는 점 등에 비추어 사용대차계약 체결 후 상당한 시간이 지났다는 사정만으로 원고가 토지를 사용·수익하기에 충분한 기간이 경과한 것으로 볼 수 없다고 한 예. ㉡ 대법원 2001. 7. 24. 선고 2001다23669 판결: 원고의 아버지인 망인이 군수 및 교육장과의 개인적 친분으로 피고 광역시 산하 교육청에 청사 부지 용도로 무상 대여하여 사용대차관계가 성립한 후 40년 이상 지났고, 최초의 사용대차계약 당시의 대주가 이미 사망하여 대주와 차주 간 친분 관계의 기초가 변하였을 뿐더러, 피고는 원고에게 무상사용 허락에 대한 감사의 뜻이나 호의를 표시하기는커녕 오히려 자주점유에 의한 취득시효를 주장하는 민사소송을 제기하여 상고심에 이르기까지 다툼을 계속하는 등의 상황에 이를 정도로 쌍방의 신뢰관계 내지 우호관계가 허물어진 경우, 공평의 견지에서 대주의 상속인인 원고에게 사용대차의 해지권을 인정하는 것이 옳다고 한 예.

○ 대법원 1993. 11. 26. 선고 93다36806 판결: "건물의 소유를 목적으로 하는 토지 사용대차에 있어서는, 당해 토지의 사용수익의 필요는 당해 지상건물의 사용수익의 필요가 있는 한 그대로 존속하는 것이고, 이는 특별한 사정이 없는 한 차주 본인이 사망하더라도 당연히 상실되는 것이 아니어서 그로 인하여 곧바로 계약의 목적을 달성하게 되는 것은 아니라고 봄이 통상의 의사해석에도 합치되므로, 이러한 경우에는 민법 제614조의 규정에 불구하고 대주가 차주의 사망사실을 사유로 들어 사용대차계약을 해지할 수는 없다고 할 것이다."

895) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2010다103086 판결: "인접하는 토지 상호간의 이용의 조절을 위한 상린관계에 관한 민법 등의 규정은 인접지 소유자에게 그 소유권에 대한 제한을 수인할 의무를 부담하게 하는 것이므로 그 적용요건을 함부로 완화하거나 유추하여 적용할 수는 없고, 상린관계 규정에 의한 수인义务的 범위를 넘는 토지이용관계의 조정은 사적자치의 원칙에 맡겨야 한다. 그러므로 어느 토지소유자가 타인의 토지를 통과하지 아니하면 필요한 전선 등을 시설할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 경우에는 그 타인은 자기 토지를 통과하여 시설을 하는 데 대하여 수인할 의무가 있고(민법 제218조 참조), 또한 그 소유자의 물을 소통하기 위하여 이웃 토지 소유자가 시설한 공작물을 사용할 수 있지만(민법 제227조), 이는 타인의 토지를 통과하지 않고는 전선 등 불가피한 시설을 할 수가 없거나 타인의 토지를 통하지 않으면 물을 소통할 수 없는 합리적 사정이 있어야만 인정되는 것이다. 인접한 타인의 토지를 통과하지 않고도 시설을 하고 물을 소통할 수 있는 경우에는 스스로 그와 같은 시설을 하는 것이 타인의 토지 등을 이용하는 것보다 비용이 더 든다는 등의 사정이 있다는 이유만으로 이웃 토지 소유자에게 그 토지의 사용 또는 그가 설치·보유한 시설의 공동사용을 수인하라고 요구할 수 있는 권리는 인정될 수 없다. 따라서 위와 같은 경우에는 ... 주위토지통행권에 관한 민법 제219조나 유수용 공작물의 사용권에 관한 민법 제227조 또는 타인의 토지 또는 배수설비의 사용에 관하여 규정한 하수도법 제29조 등

주위토지통행권<sup>896)</sup>의 요건사실은, ① '어느 토지와 공로<sup>897)</sup> 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 사실',<sup>898)</sup> ② '토지소유자 등<sup>899)</sup>이 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 아니하면<sup>900)</sup> 공로에 출입할 수 없거나 과도한 비용을 요하는 사실', ③ '통행지 소유자의 손해가 가장 적은 장소와 방법인 사실'<sup>901)</sup>이다. 주위토지통행권은 법정의 요건을

상린관계에 관한 규정의 유추적용에 의하여, 타인의 토지나 타인이 시설한 전선 등에 대한 사용권을 갖게 된다고 볼 여지는 없다."

896) 민법 제219조(주위토지통행권) ① 어느 토지와 공로사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 그 토지소유자는 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 아니하면 공로에 출입할 수 없거나 과도한 비용을 요하는 때에는 그 주위의 토지를 통행할 수 있고 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있다. 그러나 이로 인한 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여야 한다. ② 전항의 통행권자는 통행지소유자의 손해를 보상하여야 한다. ◀ 제1항의 '그러나' 이하는 앞부분에 대한 예외적 내용이라기보다는 앞부분을 설명하고 보충하는 내용에 해당하므로, 본문·단서의 형식보다는 '그러나'를 '이 경우'로 고쳐 전단·후단의 형식으로 규정하는 것이 바람직한 입법형식이다.

897) 주위토지통행권은 통행로가 없는 땅지를 공로와 연결하기 위하여 상린관계에서 인정되는 권리인데, 공로란 사실상 일반 공중의 통행에 제공되는 도로를 말하고, 그 개설경위나 법령에 따라 정식으로 개설된 도로인지 여부를 가리지 않으므로, 어떤 도로가 일반 공중의 자유로운 통행이 보장된 공로에 해당하면, 공로에 이미 연결되어 있는 토지의 소유자에게 그 공로의 통행을 위하여 굳이 주위토지통행권을 인정할 필요는 없다(2020다280326).

898) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2002다53469 판결: "주위토지통행권은 어느 토지가 타인 소유의 토지에 둘러싸여 공로에 통할 수 없는 경우뿐만 아니라, 이미 기존의 통로가 있더라도 그것이 당해 토지의 이용에 부적합하여 실제로 통로로서의 충분한 기능을 하지 못하고 있는 경우에도 인정된다."

899) 주위토지통행권은 인접한 토지의 상호이용의 조절에 기한 권리로서 토지의 소유자 또는 지상권자, 전세권자 등 토지사용권을 가진 자에게 인정되는 권리이다. 따라서 명의신탁자에게는 주위토지통행권이 인정되지 않는다(2007다22767).

900) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2021다245443, 245450 판결: "공로에 통할 수 있는 자기의 공유토지를 두고 공로에 의 통로라 하여 남의 토지를 통행한다는 것은 민법 제219조, 제220조에 비추어 허용될 수 없다. 설령 위 공유토지가 구분소유적 공유관계에 있고 공로에 접하는 공유 부분을 다른 공유자가 배타적으로 사용, 수익하고 있다고 하더라도 마찬가지이다."

901) ○ 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다39422 판결: "주위토지통행권은 공로와 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 피통행지 소유자의 손해를 무릅쓰고 특별히 인정하는 것이므로, 통행로의 폭이나 위치, 통행 방법 등은 피통행지 소유자에게 손해가 가장 적게 되도록 하여야 하고 ... 주위토지통행권이 인정된다고 하더라도 그 통로를 사실상 적으로 개방하여 제한 없이 이용할 수 있도록 하거나 피통행지 소유자의 관리권이 배제되어야만 하는 것은 아니므로, 쌍방 토지의 용도 및 이용 상황, 통행로 이용의 목적 등에 비추어 그 토지의 용도에 적합한 범위에서 통행 시기나 횟수, 통행방법 등을 제한하여 인정할 수도 있다."

○ 대법원 2017. 9. 12. 선고 2014다236304 판결: "주위토지통행권의 범위는 현재의 토지의 용법에 따른 이용의 범위에서 인정되는 것이지 더 나아가 장차의 이용상황까지 미리 대비하여 통행로를 정할 것은 아니다. 또한 토지의 이용방법에 따라서는 자동차 등이 통과할 수 있는 통로의 개설도 허용되지만, 단지 토지이용의 편의를 위해 다소 필요한 상태라고 여겨지는 정도에 그치는 경우까지 자동차의 통행을 허용할 것은 아니다."(피고 소유의 도로 부지에 대해서는 자동차 통행을 위한 주위토지통행권 확인 및 스테인리스 구조물의 철거와 통행방해의 금지를 인용하고, 다른 토지에 대하여는 자동차 통행을 위한 주위토지통행권을 부정한 예) ▶ [동일 취지] ① "봉상적으로는 사람이 주택에 출입하여 다소의 물건을 공로로 운반하는 등의 일상생활을 영위하는 데 필요한 범위의 노복까지 인정된다."고 하고, '위요지 소유자에게 장래 그 토지에 건축을 할 것에 대비하여 건축허가에 필요한 폭의 통행로를 미리 보장하고 이를 주위토지 소유자로 하여금 수인하도록 하는 것까지를 그 내용으로 하는 것은 아니'라는 원심판단을 수긍한 예(96다33433,33440). ② 공로에 이르는 기존의 소로가 있으나 그 통로는 지계를 지고 한 사람이 겨우 다닐 수 있는 오솔길에 불과하여 그 기존의 통로는 골장용지로 사용되고 있는 사건 토지의 용도에 적당하지 않다는 등의 이유로, 자동차 통행을 위한 주위토지통행권을 인용한 예(2002다53469).

○ 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다30993 판결: "건축 관련 법령에 정한 도로 폭에 관한 규정만으로 당연히 피포위지 소유자에게 그 반사적 이익으로서 건축 관련 법령에 정하는 도로의 폭이나 면적 등과 일치하는 주위토지통행권이 생기는 것은 아니고, 그러한 법령의 규제내용도 그 참작사유로 삼아 피포위지 소유자의 건축물 건축

충족하면 당연히 성립하고 그 요건이 없어지게 되면 당연히 소멸한다.<sup>902)</sup>

주위토지통행권은 통행자의 통행지 소유자에 대한 주위토지통행권 확인 청구,<sup>903)</sup> 통행 방해 금지 청구, 통행에 방해가 되는 담장 등 축조물의 철거 청구<sup>904)</sup> 및 통행지 소유자의

을 위한 통행로의 필요도와 그 주위토지 소유자가 입게 되는 손해의 정도를 비교衡量하여 주위토지통행권의 적절한 범위를 결정하여야 할 것”

902) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다11669 판결(따라서 포위된 토지가 사정변경에 의하여 공로에 접하게 되거나 포위된 토지의 소유자가 주위의 토지를 취득함으로써 주위토지통행권을 인정할 필요성이 없어지게 된 경우에는 그 통행권은 소멸한다).

903) ◎ 주위토지통행권 확인의 소

○ 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다39422 판결; “주위토지통행권의 확인을 구하기 위해서는 통행의 장소와 방법을 특정하여 청구취지로서 이를 명시하여야 하고, 민법 제219조에 정한 요건을 주장·증명하여야 한다. 그러므로 주위토지통행권이 있음을 주장하여 확인을 구하는 특정의 통로 부분이 민법 제219조에 정한 요건을 충족하지 못할 경우에는 다른 토지 부분에 주위토지통행권이 인정된다고 할지라도 원칙적으로 그 청구를 기각할 수밖에 없다. 다만 이와 달리 통행권의 확인을 구하는 특정의 통로 부분 중 일부분이 민법 제219조에 정한 요건을 충족하거나 특정의 통로 부분에 대하여 일정한 시기나 횟수를 제한하여 주위토지통행권을 인정하는 것이 가능한 경우라면, 그와 같이 한정된 범위에서만 통행권의 확인을 구할 의사는 없으며 명백한 경우가 아닌 한 그 청구를 전부 기각할 것이 아니라, 그렇게 제한된 범위에서 청구를 인용함이 상당하다.”

○ 대법원 2005. 7. 14. 선고 2003다18661 판결; “통상 주위토지통행권에 관한 분쟁은 통행권자와 피통행지의 소유자 사이에 발생하나, 피통행지의 소유자 이외의 제3자가 일정한 지위나 이해관계에서 통행권을 부인하고 그 행사를 방해할 때에는 그 제3자를 상대로 통행권의 확인 및 방해금지 청구를 하는 것이 통행권자의 지위나 권리를 보전하는 데에 유효·적절한 수단이 될 수 있다.” ☞ 아파트 입주자대표회의의 피고적격을 인정한 예.

○ 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다75300, 75317, 75324 판결; “주위토지통행권확인청구는 변론종결시에 있어서의 민법 제219조 소정의 요건에 해당하는 토지가 어느 토지인가를 확정하는 것이므로, 주위토지 소유자가 그 용법에 따라 기존 통행로로 이용되던 토지의 사용방법을 바꾸었을 때에는 대지소유자는 그 주위토지 소유자를 위하여 보다 손해가 적은 다른 장소로 옮겨 통행할 수밖에 없는 경우도 있는 것이다. … 주위토지통행권을 행사함에 있어서도 이러한 주거의 자유와 평온 및 안전을 침해하여서는 아니 된다. … 변론종결 시에 있어서의 민법 제219조 소정의 요건에 해당하는 토지가 어느 토지인가를 확정하는 것이므로, 원고가 오랫동안 … 통행로로 이용하고, 피고 및 선장자들도 원고의 통행을 묵인하여 왔거나, … 하수관이 이 사건 토지의 지하에 설치되어 있다고 하더라도, 주위토지통행권의 인정 여부를 판단함에 있어서 그러한 사실을 크게 고려할 것은 아니다.”

○ 대법원 2004. 5. 13. 선고 2004다10268 판결; “주위토지통행권은 통행을 위한 지역권과는 달리 통행로가 항상 특정한 장소로 고정되어 있는 것은 아니고, 주위토지의 현황이나 사용방법이 달라졌을 때에는 주위토지 통행권자는 주위토지 소유자를 위하여 보다 손해가 적은 다른 장소로 옮겨 통행할 수밖에 없는 경우도 있으므로, 일단 확정판결이나 화해조서 등에 의하여 특정의 구체적 구역이 위 요건에 맞는 통행로로 인정되었더라도 그 이후 그 전제가 되는 포위된 토지나 주위토지 등의 현황이나 구체적 이용상황에 변동이 생긴 경우에는 민법 제219조의 입법 취지나 신의성실의 원칙 등에 비추어 구체적 상황에 맞게 통행로를 변경할 수 있는 것이고, 그 과정에서 포위된 토지와 주위토지의 각 소유자 간에 원만한 합의가 이루어지지 아니하는 경우 일방이 상대방에 대하여 기존의 확정판결이나 화해조서 등이 인정한 통행장소와 다른 곳을 통행로로 삼아 주위토지통행권의 확인이나 통행방해의 배제·예방 또는 통행금지 등을 소로써 구하더라도 그 청구가 위 확정판결이나 화해조서 등의 기판력에 저촉된다고 볼 수 없다.”

904) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다30993 판결; “주위토지통행권자가 통로를 개설하는 경우 통행지 소유자는 원칙적으로 통행권자의 통행을 수인할 소극적 의무를 부담할 뿐 통로개설 등 적극적인 작위의무를 부담하는 것은 아니고, 다만 통행지 소유자가 주위토지통행권에 기한 통행에 방해가 되는 담장 등 축조물을 설치한 경우에는 주위토지통행권의 본래적 기능발휘를 위하여 통행지 소유자가 그 철거의무를 부담하게 되는 것이며, 나아가 주위토지통행권이 인정되는 때에도 그 통로개설이나 유지비용은 주위토지통행권자가 부담하여야 함은 물론, 그 경우에도 민법 제219조 제1항 후문 및 제2항에 따라 그 통로개설로 인한 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여야 하고 통행지 소유자의 손해를 보상하여야 하는 것이다. 따라서 피고에게 위 배수로의 철거를 명하기 위해서는 먼저 그 배수로가 과연 철거를 명할 정도로 통행에 방해를 줄 것인지 여부를 심리하여야 할 것이고, 나아가 통행에 방해가 된다고 인정된다 하더라도 배수로의 원래의 기능이 무엇이며 이를 철거하는 경우에 피고가 받는 불이익이 무엇인지도 심리·교량한 다음, 그 배수로를 철거하지 않고 교량을 설치하든가 이를 복개하는 방법으로 통행 장애를 극복할 방법이 있다면 그러한 방법을 택함이 합리적일 것이며, 이 경우 그에 필요한 비용

통행자에 대한 손해보상 청구<sup>905)</sup>의 각 청구원인사실, 통행지 소유자의 통행자에 대한 인도·철거 청구에서 통행자의 점유권원의 항변사실로 기능한다.

주위토지통행권자는 통행권의 범위 내에서 통행지를 사용할 수 있으므로, 통행지 소유자는 통행지를 전적으로 점유하고 있는 주위토지통행권자에 대하여 통행지의 인도를 구할 수 있으나, 통행권이 미치는 범위 내의 통로 부분의 인도를 구하거나 그 통로에 설치된 시설물의 철거를 구할 수는 없다.<sup>906)</sup>

토지의 분할, 일부양도의 경우에 무상의 주위토지통행권이 인정된다.<sup>907)</sup>

#### (마) 매수인의 점유사용권

토지의 매수인과 그 전득자는 소유권이전등기를 마치지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 '매매계약의 효력으로서 이를 점유·사

은 통로의 개설에 필요한 비용으로서 원고가 부담할 성질이라 할 것"

905) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다11669 판결: "주위토지통행권자가 단지 공로에 이르는 통로로서 통행지를 통행함에 그치고 통행지 소유자의 점유를 배제할 정도의 배타적인 점유를 하고 있지 않다면 통행지 소유자가 통행지를 그 본래 목적대로 사용·수익할 수 없게 되는 경우의 손해액이라 할 수 있는 임료 상당액 전부가 통행지 소유자의 손해액이 된다고 볼 수는 없다. 따라서 주위토지통행권자가 통행지 소유자에게 보상해야 할 손해액은 주위토지통행권이 인정되는 당시의 현실적 이용상태에 따른 통행지의 임료 상당액을 기준으로 하여, ... 재반 사정을 고려하여 이를 감경할 수 있고, 단지 주위토지통행권이 인정되어 통행하고 있다는 사정만으로 통행지를 '도로'로 평가하여 산정한 임료 상당액이 통행지 소유자의 손해액이 된다고 볼 수 없다."

906) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2002다53469 판결: "다른 사람의 소유토지에 대하여 상권관계로 인한 통행권을 가지고 있는 사람은 그 통행권의 범위 내에서 그 토지를 사용할 수 있을 뿐이고 그 통행지에 대한 통행지 소유자의 점유를 배제할 권능까지 있는 것은 아니므로 그 통행지 소유자는 그 통행지를 전적으로 점유하고 있는 주위토지통행권자에 대하여 그 통행지의 인도를 구할 수 있다고 할 것이나, 주위토지통행권자는 필요한 경우에는 통행 지상에 통로를 개설할 수 있으므로(민법 제219조), 모래를 깔거나, 돌계단을 조성하거나, 장애가 되는 나무를 제거하는 등의 방법으로 통로를 개설할 수 있으며 통행지 소유자의 이익을 해하지 않는다면 통로를 포장하는 것도 허용된다고 할 것이고, 주위토지통행권자가 통로를 개설하였다고 하더라도 그 통로에 대하여 통행지 소유자의 점유를 배제할 정도의 배타적인 점유를 하고 있지 않다면 통행지 소유자가 주위토지통행권자에 대하여 주위토지통행권이 미치는 범위 내의 통로 부분의 인도를 구하거나 그 통로에 설치된 시설물의 철거를 구할 수 없다. 더 나아가 토지소유자는 타인의 토지를 통과하지 아니하면 필요한 수도, 우수관, 가스관, 전선 등을 시설할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 경우에는 타인의 토지를 통과하여 이를 시설할 수 있다고 할 것이므로(민법 제218조) 통행지 소유자는 위와 같은 요건이 갖추어진 수도 등 시설에 대하여 그 철거를 구할 수도 없다."

907) 민법 제220조(분할, 일부양도와 주위통행권) ① 분할로 인하여 공로에 통하지 못하는 토지가 있는 때에는 그 토지소유자는 공로에 출입하기 위하여 다른 분할자의 토지를 통행할 수 있다. 이 경우에는 보상의 의무가 없다. ② 전항의 규정은 토지소유자가 그 토지의 일부를 양도한 경우에 준용한다. ➀ 동일한 소유의 토지의 일부가 양도되어 공로에 통하지 못하는 토지가 생긴 경우에 포위된 토지를 위한 주위토지통행권은 일부 양도 전의 양도인 소유의 종전 토지에 대하여만 생기고 다른 사람 소유의 토지에 대하여는 인정되지 아니하며, 또 무상의 주위토지통행권이 발생하는 토지의 일부 양도라 함은 1필의 토지의 일부가 양도된 경우뿐만 아니라 일단으로 되어 있던 동일한 소유의 수필의 토지 중 일부가 양도된 경우도 포함된다(2004다65589, 65596). ➁ 무상주위통행권은 토지의 직접 분할자 또는 일부 양도의 당사자 사이에만 적용되고 포위된 토지 또는 피통행지의 특정승계인에게는 적용되지 않는데, 이러한 법리는 분할자 또는 일부 양도의 당사자가 무상주위통행권에 기하여 이미 통로를 개설해 놓은 다음 특정승계가 이루어진 경우라 하더라도 마찬가지이다(2002다9202). ➂ 양도인이 포위된 토지의 소유자에 대하여 무상의 주위토지통행을 허용하지 아니함으로써 포위된 토지의 소유자가 할 수 없이 주위의 다른 토지의 소유자와 일정 기간 동안 사용료를 지급하기로 하고 그 다른 토지의 일부를 공로로 통하는 통로로 사용하였다고 하더라도 포위된 토지의 소유자가 민법 제220조 소정의 무상의 주위토지통행권을 취득할 수 없게 된다고 할 수 없다(94다45869, 45876).

용할 권리'가 인정된다.<sup>908)</sup> 매도인이 매수인 또는 그 전득자를 상대로 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하는 것을 배척하는 논거로는 매매계약에 따른 점유사용권의 취득만으로 충분하고, 신의칙 위반의 논리까지 내세울 필요는 없다.<sup>909)</sup> 매매계약의 해제로 매매계약에 따른 점유사용권이 소멸되거나,<sup>910)</sup> 점유사용권이 전득자에게 양도되지 아니한 경우에는<sup>911)</sup> 신의칙 위반이 소유권에 기한 물권적 청구권 행사를 배척하는 논거로 작용할 수 있다.

## 나) '점유' 사실의 증명

### (1) 직접점유

'점유'란, 사회관념상 어떤 사람이 사실적으로 지배하고 있는 객관적 상태를 말하는 것으로서, '사실적 지배'는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고, 그 인정 여부는 물건과 사람 사이의 시간적·공간적 관계와 본권

908) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다45355 판결: "토지의 매수인이 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유·사용할 권리가 생기게 된 것으로 보아야 하고, 또 매수인으로부터 위 토지를 다시 매수한 자는 위와 같은 토지의 점유사용권을 취득한 것으로 봄이 상당하므로 매도인은 매수인으로부터 다시 위 토지를 매수한 자에 대하여 토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하거나 그 점유·사용을 법률상 원인이 없는 이익이라고 하여 부당이득반환청구를 할 수는 없다고 할 것인바, 이러한 법리는 대물변제 약정에 의하여 매매와 같이 부동산의 소유권을 이전받게 되는 자가 이미 당해 부동산을 점유·사용하고 있거나, 그로부터 다시 이를 임차하여 점유·사용하고 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다." ⇨ 연립주택 신축공사의 수급인이 공사대금의 지급에 갈음하여 이전받기로 한 연립주택의 일부를 소유권이전등기를 경료받지 않은 상태에서 제3자에게 임대한 경우, 소유자인 건축주는 위 제3자에게 소유권에 기한 인도청구나 부당이득반환청구를 할 수 없고, 수급인이 건축주의 소유권이전등기의 무효 동시이행관계에 있는 금전지급의무를 이행하지 않고 있다 하더라도 마찬가지로 마찬가지라고 한 사례.

909) 대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카1682 판결: "토지의 매수인이 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유 사용할 권리가 생기게 된 것으로 보아야 하고, 또 매수인이 그 토지 위에 건축한 건물을 취득한 자는 그 토지에 대한 매수인의 위와 같은 점유사용권까지 아울러 취득한 것으로 봄이 상당하므로 매도인은 매매계약의 이행으로서 인도한 토지 위에 매수인이 건축한 건물을 취득한 자에 대하여 토지소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 없는 것"이라고 한 다음, "원심이 이 사건 제3대지 부분에 관하여 소외회사에게 소유권이전등기 의무가 있는 원고가 위 대지 위에 건축한 건물부분을 취득한 피고에 대하여 진열대의 철거와 그 부분 대지의 인도를 구하는 것은 신의칙에 반한다는 이유로 허용될 수 없다고 판단한 것은 그 이유 설시에 있어서 다소 적절하지 못한 바는 있으나 ... 결론에 있어서 정당하므로" ⇨ 신의칙 위반의 논거를 내세운 예로는, 98다43953 판결, 93다46889 판결, 91다31685 판결 등이 있다.

910) 예컨대, ① 甲이 그 소유 토지에 乙이 건물을 신축하는 데 사용하도록 승낙하였고 乙이 그에 따라 건물을 신축하여 丙 등에게 분양하였다면 甲은 위 건물을 신축하게 한 원인을 제공하였으므로 이를 신뢰하고 136세대에 이르는 규모로 견고하게 신축한 건물 중 각 부분을 분양받은 丙 등에게 위 토지에 대한 乙과의 매매계약이 해제되었음을 이유로 하여 그 철거를 요구하는 것은 비록 그것이 위 토지 소유권에 기한 것이라 하더라도 신의성실의 원칙에 비추어 용인될 수 없다고 한 예(93다20986, 20993). ② 대지 매매계약을 체결하면서 매수인에게 대지사용승낙을 한 경우 주된 계약인 매매계약이 적법하게 해제된 이상 대지사용승낙의 약정도 그와 함께 실효되고, 대지소유자가 건물을 신축하게 한 원인행위자라면 그 대지사용승낙을 신뢰하여 대지매수인과 건물 신축 도급계약을 체결하고 적법하게 건축한 제3자 소유의 견고한 건물물, 적법하게 준공된 후에 대지 매매계약이 해제되었음을 이유로 하여 철거를 요구하는 것은, 그것이 대지 소유권에 기한 것이라고 하더라도 사회적·경제적 측면에서는 물론이고, 신의성실의 원칙에 비추어서도 용인할 만한 것이 못된다고 본 사례(91다9756, 9763) 등.

911) 자기 소유 대지상에 건물을 신축하도록 팔에게 승낙한 자가 건물이 딸의 채권자에 의한 강제경매로 경락되자 경락인에 대하여 그 철거를 구하는 행위는 신의칙에 위배된다고 본 사례(91다9299).

관계, 타인 지배의 배제 가능성 등을 고려해서 '사회관념'에 따라 '합목적적'으로 판단해야 한다.<sup>912)</sup>

소유권에 기한 인도 청구의 요건사실인 '피고의 점유' 사실은 원고의 소유권을 현실적으로 방해하는 '직접 점유' 사실을 의미한다.<sup>913)</sup>

소유권에 기한 인도 청구가 아니라, 계약상 권리에 기한 인도 청구의 경우에는 간접점유자를 상대로 인도를 청구할 수 있다.<sup>914)</sup>

간접점유자가 불법점유로 인한 부당이득 반환이나 손해배상 청구의 상대방이 될 수는 있다.<sup>915)</sup> 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 종료된 이후에도 직접점유자가 목적물

#### 912) ◎ 임야·대지에 대한 점유 사실의 인정

○ 대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다201410 판결: "물건에 대한 점유란 사회관념상 어떤 사람의 사실적 지배 아래에 있는 객관적 상태를 말하는 것으로서, 사실적 지배가 있다고 하기 위해서는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고, 물건과 사람과의 시간적, 공간적 관계와 본래 관계, 타인지배의 배제 가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다. 특히 임야에 대한 점유의 이전이나 점유의 계속은 반드시 물리적이고 현실적인 지배를 요한다고 볼 것은 아니고, 관리나 이용의 이전이 있으면 인도가 있었다고 보아야 하고, 임야에 대한 소유권을 양도하는 경우라면 그에 대한 지배권도 넘겨지는 것이 거래에 있어서 통상적인 형태라고 할 것이다. 또한 대지의 소유자로 등기한 자는 보통의 경우 등기할 때에 그 대지를 인도받아 점유를 얻은 것으로 보아야 할 것이므로 등기사실을 인정하면서 특별한 사정의 실시 없이 점유 사실을 인정할 수 없다고 판단해서는 아니 된다고 할 것이다. 그러나 이는 그 임야나 대지 등이 매매 등을 원인으로 양도되고 이에 따라 소유권이전등기가 마쳐진 경우에 그렇다는 것이지, 소유권보존등기의 경우에도 마찬가지라고 볼 수는 없다. 소유권보존등기는 이전등기와 달리 해당 토지의 양도를 전제로 하는 것이 아니어서, 보존등기를 마쳤다고 하여 일반적으로 그 등기명의자가 그 무렵 다른 사람으로부터 점유를 이전받았다고 볼 수는 없기 때문이다."

○ 대법원 2018. 3. 29. 선고 2013다2559, 2566 판결: "사인이 소유하는 어떠한 토지에 도로나 공원 등 도시계획시설을 설치하는 내용의 도시계획이 결정·고시되었다고 하더라도, 아직 그 도시계획에 따른 사업이 시행되지 않은 상태에서는 곧바로 국가나 지방자치단체가 이를 점유한다고 볼 수 없다. 그러나 정착의 도시계획사업이 시행되기 전이라도 국가나 지방자치단체가 해당 토지에 도시계획시설을 구성하는 여러 시설을 설치·관리하여 일반 공중의 이용에 제공하는 등으로 이를 사실상 지배하는 것으로 평가될 수 있는 경우에는, 그 범위 내에서 국가나 지방자치단체의 점유가 인정될 수 있다." ■ 대법원 2022. 4. 28. 선고 2019다272053 판결: "지방자치단체가 주민으로 하여금 주차장을 자유롭게 사용하도록 한 것이 점유의 판단 기준으로서 '타인 지배의 배제 가능성'을 부정하는 요소라고 볼 수 없고, 직접 또는 권리 위탁을 통해 주민이 주차장을 자유롭게 사용할 수 있도록 유지·관리한 것은 합목적적 관점에서 주차장을 지속적으로 점유해 온 것이라고 평가할 수 있다." 하여 기부채납 약정에 근거한 소유권이전등기청구권의 소멸시효 진행을 저지하는 지방자치단체의 '점유'를 인정한 예.

913) 불법 점유를 이유로 하여 그 인도를 청구하려면 현실적으로 그 목적물을 점유하고 있는 자를 상대로 하여야 하고, 불법점유자라 하여도 그 물건을 다른 사람에게 인도하여 현실적으로 점유를 하고 있지 않은 이상, 그 자를 상대로 한 인도청구는 부당하므로(98다9045 등), 원고로서는 '피고가 현실적으로 그 목적물을 점유하고 있음'을 주장·증명하여야 한다. 따라서 제3자에게 그 부동산을 임대한 간접점유자를 상대로 소유권에 기한 인도 청구를 하는 것은 그 주장 자체로 이유 없게 된다.

914) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다5813 판결: "불법점유를 이유로 하여 부동산의 인도를 청구하는 경우에는 현실적인 점유자를 상대로 하여야 하는 것과 달리, 약정에 의하여 인도를 청구하는 경우에는 그 상대방이 직접점유자로 제한되지 아니하며 간접점유자를 상대로 하는 청구도 허용된다. 다만 다른 사람의 직접점유로 인하여 간접점유자의 인도의무의 이행이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하며, 이 경우 인도의무의 이행 불능은 단순히 절대적·물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활에서의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다." ■ 따라서 임대차계약종료로 인한 원상회복으로서 임대차 목적물의 반환을 구하는 경우 피고가 그 목적물을 직접점유하지 않다는 이유로 그 반환을 거부할 수는 없고(90다19695), 인도의무 이행불능의 항변으로 다룰 수 있을 뿐이다.

915) ❶ 대법원 2012. 9. 27. 선고 2011다76747 판결: "어떤 물건에 대하여 직접점유자와 간접점유자가 있는 경우

을 점유한 채 이를 반환하지 않고 있는 경우에는, 간접점유자의 점유가 인정되고 차임 상당의 손해를 배상할 의무가 있다.<sup>916)</sup>

## (2) 건물 대지의 점유자

건물의 소유자가 아닌 건물의 점유자가 건물의 대지를 점유하고 있는가에 관하여는 점유설과 비점유설의 대립이 있으나,<sup>917)</sup> 판례는 '비점유설'의 입장에 서 있다. 즉, 건물(자상·지하의 '공작물' 포함)은 일반적으로 그 대지를 떠나서는 존재할 수 없으므로, 건물의 소유자가 건물의 대지인 토지를 점유하고 있다고 볼 수 있고, 이 경우 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 대지를 점유하지 않고 있더라도 건물의 소유를 위하여 그 대지를 점유한다고 보아야 한다.<sup>918)</sup> 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 된 양수인은 건물 대지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있다. 반면에,

그에 대한 점유·사용으로 인한 부당이익의 반환의무는 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대채무의 관계에 있다고 할 것이다.” ② 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다22897 판결: “권한을 위임받은 법령상 관리청이 속하는 지방자치단체가 그 공원의 관리를 위하여 하는 점유는 점유보조자의 지위에서 하는 점유라고 할 수 없으므로, 그 지방자치단체는 그 공원 부지의 소유자에게 이를 점유·사용함으로써 얻은 부당이익의 반환을 거부할 수 없다. 따라서 이 사건 공원의 관리청인 관악구청장이 속한 피고 관악구는 원고에게 이 사건 입야를 이 사건 공원의 부지로 점유·사용함으로써 얻은 부당이익을 반환할 의무가 있다. … 국가 또는 상위 지방자치단체 등 위임관청이 위임조례 등에 의하여 그 권한의 일부를 하위 지방자치단체의 장 등 수입관청에게 기관위임을 하여 수입관청이 그 사무처리를 위하여 공원 등의 부지가 된 토지를 점유하는 경우 … 위임관청은 위임조례 등을 점유매개관계로 하여 법령상 관리청인 수입관청 또는 그가 속하는 지방자치단체가 직접점유하는 공원 등의 부지가 된 토지를 간접점유한다고 보아야 한다. … 피고 서울특별시는 법령상 관리청인 관악구청장이 속한 피고 관악구를 통하여 이 사건 공원의 부지인 이 사건 입야를 간접점유하고 있다고 보아야 하므로, 피고 서울특별시는 이 사건 입야의 소유자인 원고들에게 그 점유·사용으로 인한 부당이익을 반환할 의무가 있다.”

916) 대법원 2023. 8. 18. 선고 2021다249810 판결: “민법상 간접점유를 인정하기 위해서는 간접점유자와 직접점유를 하는 자 사이에 일정한 법률관계, 즉 점유매개관계가 필요한데 간접점유에서 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 해지 등의 사유로 종료되더라도 직접점유자가 목적물을 반환하기 전까지는 간접점유자의 직접점유자에 대한 반환청구권이 소멸하지 않는다. 따라서 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 종료된 이후에도 직접점유자가 목적물을 점유한 채 이를 반환하지 않고 있는 경우에는, 간접점유자의 반환청구권이 소멸한 것이 아니므로 간접점유의 점유매개관계가 단절된다고 할 수 없다. … 원고의 이 사건 건물 소유권 취득만으로 피고들과 임차인들 사이의 임대차계약이 … 곧바로 소멸된다고 볼 수는 없고, 피고들은 수용개시일 이후에도 이 사건 건물을 직접점유한 임차인들을 통하여 간접점유하고 있었다고 볼 수 있다. … 피고들은 원고가 … 토지를 수용한 이후에도 이 사건 건물의 소유를 위하여 그 대지인 토지를 권원 없이 점유하고 있었다고 할 것이고, 원고의 손실보상 이후에는 … 토지 외에 자장물인 이 사건 건물을 원고에게 인도할 의무도 있었으므로, … 피고들은 원고에게 인도하지 않은 토지의 차임 상당액 등의 손해를 배상할 의무가 있다고 볼 수 있다.”

917) 점유설은 건물의 점유·사용은 필연적으로 그 대지 부분의 이용을 수반한다는 점에서 건물의 점유자가 대지를 점유하는 것은 당연하고, 건물 점유자와 건물 소유자 사이의 관계를 직접점유와 간접점유 혹은 공동점유로 보는 반면, 비점유설(판례)은 건물 점유자의 대지에 대한 지배를 별개 독립의 점유로 파악하지 않고 건물 점유의 내용의 일부를 이루거나 건물 점유의 반사적 효과에 불과한 것으로 이해한다.

918) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2012다72469 판결(점유는 물건을 사실상 지배하는 것을 가리키므로, 1개의 물건 중 특정 부분만을 점유할 수는 있지만, 일부 지분만을 사실상 지배하여 점유한다는 것은 상정하기 어렵고, 1동의 건물의 구분소유자들은 그 전유부분을 구분소유하면서 공용부분을 공유하므로 특별한 사정이 없는 한 그 건물의 대지 전체를 공동으로 점유한다). ● 건물의 소유권을 상실한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 대지에 대한 점유도 함께 상실한다(대법원 2023. 9. 21. 선고 2023다249876 판결: 공동로 공간 소유권을 상실함으로써 토지의 점유를 상실하였으므로 그 때부터 토지 소유권이전등기청구권의 상사시효가 진행된다고 한 예).

미등기건물의 양수인과 같은 다른 특별한 사정이 없는 한, 건물의 소유 명의자가 아닌 자로서는 실제로 그 건물을 점유하고 있다고 하더라도 그 건물의 대지를 점유하는 자로는 볼 수 없다.<sup>919)</sup> 타인 소유의 토지 위에 권한 없이 건물을 소유하고 있는 자는 (건물을 사용하지 않더라도) 토지 소유자에게 토지 차임 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있고(이는 ‘국·공유재산’인 토지 위에 ‘공작물’이 설치된 경우에 공작물의 소유자와 점유·사용자가 다른 때에도 마찬가지이다), 미등기건물의 원시취득자와 사실상의 처분권자의 토지 소유자에 대한 부당이득반환의무는 부진정면대채무 관계에 있다.<sup>920)</sup>

비점유설에 따르면, 건물 소유자 아닌 건물 점유자에 대하여는 대지 인도 청구가 인용

919) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2002다57935 판결: “미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유허게 됨으로써 그 양수인이 건물부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 건물의 소유명의자가 아닌 자로서는 실제로 그 건물을 점유하고 있다고 하더라도 그 건물의 부지를 점유하는 자로는 볼 수 없다고 할 것이고, 건물 공유자 중 일부만이 당해 건물을 점유하고 있는 경우라도 그 건물의 부지는 건물 소유를 위하여 공유명의자 전원이 공동으로 이를 점유하고 있는 것으로 볼 것이며, 건물 공유자들이 건물부지의 공동점유로 인하여 건물부지에 대한 소유권을 시효취득하는 경우라면 그 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 당해 건물의 공유지분비율과 같은 비율로 건물 공유자들에게 귀속될 것이다.” [동일 취지] ① 건물에 관하여 피고 명의로 소유권등기가 경료되어 있다가 소외 교회 명의로 소유권이전등기가 경료되었으나, 소외 교회 명의의 소유권이전등기는 매매계약서 등을 위조하여 경료된 것인 경우, 피고는 건물의 소유자로서 원고 소유의 토지를 점유하고 있으므로 부당이득을 반환할 의무가 있다고 한 예(2006다39157). ② 건물의 유치권자는 건물의 소유자가 아니므로 그 건물의 부지 부분을 점유·사용하였다고 볼 수 없고, 건물의 유치권자가 건물을 사용하였을 경우 그 차임 상당액을 건물소유자에게 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 한 사례(2009다28462). ③ 등기 주택과 그 대지의 소유권을 넘겨받으면서 등기 주택과 지붕이 연결된 미등기 주택도 함께 양수함으로써 미등기 주택의 대지를 점유하게 된 자가 그 후 등기 주택과 그 대지의 소유권을 상실한 사정 및 현실적으로 미등기 주택을 점거하지 않은 사정만으로 미등기 주택 대지의 점유까지 상실하였다고 단정할 수는 없다고 한 사례(2009다61193).

920) 대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다243133, 243140 판결: “타인 소유의 토지 위에 권한 없이 건물을 소유하는 자는 그 자체로써 건물 부지가 된 토지를 점유하고 있는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 인하여 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 할 것이고, 이는 건물 소유자가 미등기건물의 원시취득자이고 그 건물에 관하여 사실상의 처분권을 보유허게 된 양수인이 따로 존재하는 경우에도 다르지 아니하므로, 미등기건물의 원시취득자는 토지 소유자에 대하여 부당이득반환의무를 진다. … 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유허게 됨으로써 그 양수인이 건물 부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 경우에는 미등기건물에 관한 사실상의 처분권자도 건물 부지의 점유·사용에 따른 부당이득반환의무를 부담한다. 이러한 경우 미등기건물의 원시취득자와 사실상의 처분권자가 토지 소유자에 대하여 부담하는 부당이득반환의무는 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 부진정면대채무 관계에 있다.” [동일 취지] ① 2007다21856, 21863[건물 이외의 공작물의 소유를 목적으로 한 토지 전대차 사안]: 카센터 운영을 목적으로 한 원고 소유 토지에 대한 전대차 계약이 2004. 10.경 적법하게 해지되고 전대차 보증금은 2005. 3. 27.까지의 임료 미지급으로 전부 공제된 상태에서 피고(전차인)가 계속 영업을 하다가 2005. 5. 21. 이후로는 영업을 하지 아니하였으나, 그 지상에는 피고 소유의 주택이 설치되어 있지 아니한 철구조물에 천막을 씌운 카센터건물과 콘테이너박스가 잔존한 사안에서, 원심이, 피고가 2005. 5. 21. 이후 위 토지 상에서 운영하던 카센터 영업을 중단하였다는 이유만으로 원고의 2005. 5. 21. 이후의 부당이득반환청구를 배척한 데 대하여, 대법원은, 피고는 위 공작물의 소유를 위하여 그 부지가 된 위 토지를 점유한다고 보아야 하므로, 토지 인도 완료일까지 토지를 점유·사용함에 따른 차임 상당의 부당이득금을 반환할 의무가 있다고 한 예. ② 피고 대한민국이 송유관을 용도폐지하여 그 목적대로 사용하지 않더라도, 원고들 소유 토지 지하 부분에 송유관을 매설하여 소유·관리하고 있는 이상 송유관을 철거하여 해당 부분 토지를 인도할 때까지 원고들에게 토지 차임 상당 부당이득을 반환할 의무가 있다고 한 예(2017다213180). ③ 지방자치단체 소유의 공유재산인 토지 위에 설치된 궤도구축물은 철도시설로서 국가의 소유이고, 그 부지는 지상에 설치된 궤도구축물의 소유자가 점유·사용하고 있다고 보아야 하므로, 궤도구축물의 소유자가 아닌 철도시설공단에 한 변상금부과처분은 위법하다고 한 사례(2011두10348).

될 수 없고, 퇴거 청구의 인용만으로 족하다.

건물이 있는 대지 소유권에 기하여 그 대지의 인도를 청구하는 경우 그 ② 요건인 ‘피고의 토지 점유’ 사실은 결국 ‘피고의 지상건물 소유 사실’로 대체된다.

### (3) 가처분과 인도청구의 상대방

점유이전금지가처분은 그 목적물의 점유이전을 금지하는 것으로서 그럼에도 불구하고 점유가 이전되었을 때에는 가처분채무자는 가처분채권자에 대한 관계에 있어서 여전히 그 점유자의 지위에 있다는 의미로서의 당사자 항정(恒定)의 효력이 인정되므로 (소유자에 의한 처분 자체를 금지하거나 가처분 이후 점유를 취득한 제3자에 대하여 곧바로 가처분의 효력이 미치는 것은 아니다),<sup>921)</sup> 가처분채권자는 가처분채무자의 점유 상실을 고려할 필요 없이 가처분채무자를 상대로 인도청구의 본안소송을 하면 되고, 법원도 점유가 여전히 가처분채무자에게 있는 것으로 보고 본안청구의 당부를 판단하여야 한다.

인도단행가처분이 집행됨으로써 그 목적물이 채권자에게 인도된 경우에도 본안인 인도청구 소송의 심리에서는 그 점유가 여전히 채무자에게 있는 것으로 보아 본안청구의 당부를 판단하여야 하고, 피보전권리에 관하여 목적물의 멸실, 권리의 양도 등 단행가처분 집행과는 별개의 새로운 사태가 발생한 경우에는 이를 본안소송의 심리에서 고려하여야 하나, ‘특별한 사정’<sup>922)</sup>이 있는 때에는 위와 같은 새로운 사태를 고려함이 없이 목적물

#### 921) ◎ 점유이전금지가처분의 제3자에 대한 효력

① 98다59118: “가처분 이후에 매매나 임대차 등에 기하여 가처분채무자로부터 점유를 이전받은 제3자에 대하여 가처분채권자가 가처분 자체의 효력으로 직접 퇴거를 강제할 수는 없고, 가처분채권자로서는 본안판결의 집행 단계에서 승계집행문을 부여받아서 그 제3자의 점유를 배제할 수 있다.” ② 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다111630 판결: “어떤 부동산에 대하여 점유이전금지가처분이 집행된 이후에 제3자가 가처분채무자의 점유를 침탈하는 등의 방법으로 가처분채무자를 통하지 아니하고 그 부동산에 대한 점유를 취득한 것이라면, 설령 그 점유를 취득할 당시에 점유이전금지가처분이 집행된 사실을 알고 있었다고 하더라도, 실제로는 가처분채무자로부터 점유를 승계받았고 점유이전금지가처분의 효력이 미치는 것을 회피하기 위하여 채무자와 통모하여 점유를 침탈한 것처럼 가장하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 제3자를 민사집행법 제31조 제1항에 정한 ‘채무자의 승계인’이라고 할 수는 없다. ... 점유이전금지가처분이 집행되어 공시된 후 해당 부동산에 대한 점유가 이전되었다고 하더라도, 가처분채권자에 대한 관계에서 채무자가 여전히 점유자의 지위에 있는 것으로 취급되는 것일 뿐, 소유자에 의한 처분 자체를 금지하거나 점유를 취득한 제3자에 대하여 곧바로 가처분의 효력이 미치는 것은 아니다. 점유이전금지가처분의 채권자와 채무자 사이의 집행력 있는 본안판결을 집행권원으로 하여 제3자에 대하여 강제집행을 하려면 그 제3자가 민사집행법 제31조 제1항에 정한 채무자의 승계인이어야 한다. 그런데 제3자가 법률의 규정 또는 법률행위에 기하여 가처분채무자로부터 점유를 이전받지 아니하고 채무자의 점유를 불법으로 침탈한 경우라면, 그를 채무자의 승계인이라고 할 수는 없다. 점유이전금지가처분이 집행된 이후에 해당 부동산에 대한 점유를 취득한 제3자는 그 점유이전금지가처분의 집행 사실을 알았을 가능성이 높고 가처분채권자로 하여금 별소를 제기하도록 하는 것이 번거로운 면은 있지만, 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 확장할 필요성이 있다는 이유만으로 법령의 근거 없이 채무자의 승계인 이외의 자에게 승계집행문을 부여할 수는 없는 것이다. 채무자와 제3자가 통모하여 점유의 침탈을 가장하였다거나, 제3자가 점유이전금지가처분의 집행 사실을 알면서도 아무런 실체법상의 권원 없이 해당 부동산의 점유를 침탈한 경우라면 채권자가 그러한 점을 소명하여 제3자를 상대로 해당 부동산의 인도단행가처분을 구하는 등의 다른 구제절차로 보호받는 방법을 강구해야 할 것이다.”

922) 위와 같은 사태가 당해 가처분 결정 당시부터 예정되어 있었던 것으로 사실상 가처분의 목적에 해당하여 이미 그 필요성에 대한 법원의 심리를 거쳤을 뿐만 아니라 당해 가처분이 집행된 후 채권자가 그와 같이 미리 예정된

의 점유가 여전히 채무자에게 있는 것으로 보고 본안청구의 당부를 판단하여야 한다.<sup>923)</sup>

행위를 한 결과로써 발생한 것이어서 실질적으로 당해 가처분 집행의 일부를 이룬다고 볼 만한 사정.

- 923) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다29515 판결: “가처분의 피보전권리는 채무자가 소송과 관계없이 스스로 의무를 이행하거나 본안소송에서 피보전권리가 존재하는 것으로 판결이 확정됨에 따라 채무자가 의무를 이행한 때에 비로소 법률상 실현되는 것이어서, 채권자의 만족을 목적으로 하는 이른바 단행가처분의 집행에 의하여 피보전권리가 실현된 것과 마찬가지로의 상태가 사실상 달성되었다 하더라도 그것은 어디까지나 임시적인 것에 지나지 않으므로, 가처분이 집행됨으로써 그 목적물이 채권자에게 인도된 경우에도 본안소송의 심리에서는 그와 같은 임시적, 잠정적 이행상태를 고려함이 없이 그 목적물의 점유는 여전히 채무자에게 있는 것으로 보아야 한다. 다만, 그와 같은 임시적, 잠정적 이행상태가 계속되는 동안 피보전권리에 관하여 목적물의 멸실, 권리의 양도 등 단행가처분 집행과는 별개의 새로운 사태가 발생한 경우에는 이를 본안소송의 심리에서 고려하여야 할 것이나, 그러한 사태가 당해 가처분 결정 당시부터 예정되어 있었던 것으로 사실상 가처분의 목적에 해당하여 이미 그 필요성에 대한 법원의 심리를 지쳤을 뿐만 아니라 당해 가처분이 집행된 후 채권자가 그와 같이 미리 예정된 행위를 한 결과로써 발생한 것이어서 실질적으로 당해 가처분 집행의 일부를 이룬다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 때에는 그와 같은 새로운 사태를 고려함이 없이 목적물의 점유가 여전히 채무자에게 있는 것으로 보고 본안청구의 당부를 판단하여야 할 것이다.” ㉔ 원고가 토지와 건물의 소유권에 기하여 점유자인 피고 등을 상대로 그 인도를 구하는 소를 제기하였고, 제1심 변론종결 전에 토지와 건물의 인도와 점유·사용방해금지를 명하는 가처분 결정을 받아 이를 집행함으로써 토지와 건물을 인도받은 후 곧이어 건물을 철거하였으며, 그 후에도 건물인도청구 부분의 소를 그대로 유지한다는 의사를 분명하게 밝힌 사안에서, 원심이 ‘제1심 변론종결 전에 건물이 철거되었고 피고는 토지도 더 이상 점유하지 않게 되었다.’라는 이유만으로 원고의 토지와 건물 인도청구를 모두 기각한 데 대하여, 대법원은 “법원으로서 원고의 이 사건 청구 중에서 위 토지의 인도를 구하는 부분을 판단함에 있어 원고가 단행가처분 집행의 결과로 토지를 인도받은 임시적, 잠정적 이행상태를 고려할 것이 아님은 물론이고, 이미 철거된 위 건물의 인도를 구하는 부분에 관하여도 원고의 철거행위가 실질적으로 건물인도단행가처분 집행의 일부를 이루는 것이라고 볼 만한 특별한 사정이 있는 때에는 그에 따른 건물의 멸실을 고려함이 없이 그 청구의 당부를 판단하여야 한다.”라고 하여, 원심판결에 위법이 있다고 한 예.