

## 마. 취득시효

### 1) 점유취득시효의 요건사실

민법 제245조 제1항에 의하면, “20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.”라고 규정하고 있으나, 민법 제197조 제1항에서 “점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유하는 것으로 추정한다.”라고 규정하고 있고, 민법 제198조에서는 “전후 양시에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것으로 추정한다.”라고 규정하고 있으므로, 시효취득의 청구원인(취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우) 내지 항변(말소등기 청구에 대한 실체관계 부합 항변의 경우) 사실은 ‘당해 부동산에 대한 특정 시점에서의 점유와 그로부터 20년 후의 특정 시점에서의 점유’ 사실뿐이다.<sup>1439)</sup>

지역권, 지상권의 점유취득시효의 경우 그 고유의 요건사실이 추가로 필요하다.<sup>1440)</sup>

### 2) 시효취득의 대상

#### 가) 시효취득의 대상이 될 수 없는 경우

‘집합건물의 공용부분’은 취득시효에 의한 소유권 취득의 대상이 될 수 없고,<sup>1441)</sup> 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법상 ‘친일재산’에 관하여는 친일반민족행위자, 그 상속인, 악의의 수증자에 의한 시효취득이 허용되지 않는다.<sup>1442)</sup> ‘장사 등에 관한 법률’의 시행일인 2001. 1. 13. 후에 토지 소유자의 승낙 없이 설치한 분묘에

회복이 불가능한 이상, 소유자로서는 그와 동시행관계에 있는 매매대금 반환채무를 이행할 여지가 없다. 또한 명의신탁자는 소유자와 매매계약관계가 없어 소유자에 대한 소유권이전등기청구도 허용되지 아니하므로, 결국 소유자인 매도인으로서 특별한 사정이 없는 한 명의수탁자의 처분행위로 인하여 어떠한 손해도 입은 바가 없다.”

1439) ‘20년간 점유’의 요건사실에 더하여 실무상 흔히 하는 ‘자주, 평온 및 공연 점유에 대한 추정’ 주장이나 판단은 불필요한 채언에 지나지 않는 것이고, 그 반대의 점유 즉, ‘타주, 폭력 또는 은비 점유’의 각 주장이 상대방의 항변 내지 재항변으로 기능한다.

1440) 지역권은 일정한 목적을 위하여 타인의 토지를 자기의 토지의 편익에 이용하는 용익물권으로서 요역지와 승역지 사이의 권리관계에 터잡은 것이므로 통행지역권을 주장하려면 승역지의 통행으로 편익을 얻는 요역지가 있음을 주장·증명하여야 한다(92다22725). 지역권은 계속되고 표현된 것에 한하여 민법 제245조의 규정을 준용하도록 되어 있으므로, 통행지역권은 ‘요역지의 소유자가 승역지 위에 도로를 설치하여 승역지를 사용하는 객관적 상태가 민법 제245조에 규정된 기간 계속된 경우’에 한하여 그 시효취득을 인정할 수 있고, 이는 시효취득을 주장하는 요역지의 소유자가 증명하여야 한다(2009다74939, 74946; “원고 스스로 위 ㉠ 부분을 통행로로 개설하였다고 인정할 증거가 없으므로 원고가 그에 관하여 통행지역권을 시효취득하였다고 볼 수 없다.”). 타인의 토지에 관하여 그 지상건물의 소유를 위한 지상권의 점유취득시효가 인정되려면 그 토지의 점유사실 외에도 그것이 임대차나 사용대차관계에 기한 것이 아니라 지상권자로서의 점유에 해당함이 객관적으로 표시되어 계속되어야 하고, 그 증명책임은 시효취득을 주장하는 자에게 있다(96다7984; “이 사건 토지의 지하에 1969년경 군작전용 고압송유관을 매설하고 그 때부터 20년간 이를 점유하여 왔으므로 이 사건 토지에 대한 무상지상권을 시효취득하였다는 피고의 항변에 대하여, 피고가 이 사건 토지에 지상권을 설정하려는 의사로 점유하여 왔음을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 피고의 항변을 배척한 원심의 조처는 정당하고”).

1441) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011다78200, 78217 판결.

1442) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010두17557 판결.

대해서는 분묘기지권의 시효취득을 주장할 수 없다.<sup>1443)</sup>

시효취득의 대상이 반드시 '타인의 소유물'이어야 하거나 그 타인이 특정되어 있어야만 하는 것은 아니므로 '성명불상자의 소유물'에 대하여도 시효취득이 인정되나,<sup>1444)</sup> '적법·유효한 등기를 마치고 소유권을 취득한 사람'이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우에는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다.<sup>1445)</sup> 소유권에 기초하여 부동산을 점유

1443) 위 시행일 이전에 설치한 분묘에 관하여는 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권의 시효취득이 가능하다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결의 다수의견). 반대의견은, 위 시행일 당시 아직 20년의 시효기간이 경과하지 아니한 분묘의 경우에는 법적 규범의 효력을 상실한 분묘기지권의 시효취득에 관한 종전의 판습을 가지고 분묘기지권의 시효취득을 주장할 수 없다는 입장이다.

1444) 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다9312 판결.

1445) ○ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결[제3자이의]; “부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 마치고 그 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 사실상태를 권리관계로 하여 보호할 필요가 없고, 부동산의 소유명의자는 그 부동산에 대한 소유권을 적법하게 보유하는 것으로 추정되어 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요 역시 없으므로, 그러한 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다. 다만 그 상태에서 다른 사람 명의로 소유권이전등기가 되는 등으로 소유권의 변동이 있는 때에 비로소 취득시효의 요건인 점유가 개시된다고 볼 수 있을 뿐이다. … 원고는 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마치고 그 소유권을 취득하여 그동안 소유자로서 이를 점유하였다고 할 것이고, 뿐만 아니라 원고의 점유취득시효 주장은 자기가 소유하는 부동산에 대하여 소유권 취득 이전부터 존재하던 (피고의) 가압류의 부담에서 벗어나기 위한 것에 지나지 아니하여 사실상태를 권리관계로 하여 보호하거나 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요가 있다고 할 수 없으므로, 원고의 점유를 가리켜 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다. … 2001다17572 판결은 부동산에 관하여 이른바 계약명의신탁을 하고 명의신탁자가 그 부동산을 점유하면서 명의수탁자에 대하여 점유취득시효를 주장한 사안에 관한 것으로서, 이 사건에 원용할 수 있는 적절한 선험가 아니다.”

⇨ 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다17572 판결: “취득시효는 당해 부동산을 오랫동안 계속하여 점유한다는 사실상태를 일정한 경우에 권리관계로 높이려고 하는 데에 그 존재이유가 있는 점에 비추어 보면, 시효취득의 목적물은 타인의 부동산임을 요하지 않고 자기 소유의 부동산이라도 시효취득의 목적물이 될 수 있다고 할 것이고, 취득시효를 규정한 민법 제245조가 ‘타인의 물건인 점’을 규정에서 배제한 것도 같은 취지에서라고 할 것이다.” ⇨ 원고는 1977. 1. 19. 소외 회사로부터 사건 토지를 매수한 후 여동생인 피고와 사이에 이를 피고에게 명의신탁하기로 약정을 하고, 12. 8. 위 회사와 사이에 매수인 명의를 원고로부터 피고로 변경하는 경계계약을 체결하였는데, 위 회사는 위와 같은 명의신탁약정이 있었다는 것을 알지 못하였으며, 원고는 위 회사에게 매매대금을 모두 지급하고 그 무렵부터 토지를 인도받아 점유·사용하여 온 사실, 위 경계계약에 따라 토지에 관하여 1978. 8. 11. 위 회사로부터 피고 앞으로의 소유권이전등기가 경료된 사실을 인정할 수 있으므로, 원고의 위 점유개시일로부터 20년이 경과한 1997. 12. 9. 취득시효가 완성되었고, 따라서 토지 소유자인 피고는 원고에게 위 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다고 한 예.

○ 대법원 2016. 11. 25. 선고 2013다206313 판결: ① 원고는 1997. 7. 18. 소외인으로부터 사건 부동산을 매수하여 같은 달 28. 소유권이전등기를 마치고 점유하고 있었는데, ② 소외인에 대한 조세채권자인 피고(국)가 원고를 상대로 사해행위취소소송을 제기한 결과, 원고와 소외인 사이의 매매계약을 취소하고 원고는 피고에게 위 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라는 판결이 1999. 2. 3. 확정되었고, ③ 그 판결에 따라 피고가 2010. 3. 12. 위 소유권이전등기의 말소등기를 마친 다음 같은 달 18. 압류등기를 마치고, 원고가 피고 명의의 압류등기의 말소를 청구한 사안에서, 원심이, 원고는 부동산을 매수하여 점유하기 시작한 때부터 소유의 의사로 점유한 것이고 그 후 사해행위취소소송에서 패소하여 그 판결이 확정되었다고 하더라도 점유의 성질이 바뀌었다고 볼 수 없다는 등의 이유로, 원고가 부동산의 점유를 개시한 1997. 7. 28.부터 10년이 경과한 2007. 7. 28.경 등기부취득시효가 완성되었으므로, 피고의 압류등기는 제3자의 재산을 대상으로 한 것이어서 무효라고 판단한 데 대하여, 대법원은, “부동산에 관한 소유권이전의 원인행위가 사해행위로 인정되어 취소되더라도, 그 사해행위취소의 효과는 채권자와 수익자 사이에서 상대적으로 생길 뿐이다. 따라서 사해행위가 취소되더라도 그 부동산은 여전히 수익자의 소유이고, 다만 채권자에 대한 관계에서 채무자의 책임재산으로 환원되어 강제집행을 당할 수 있는 부담을 지고 있는 데 지나지 않는다. 그러므로 이 사건 각 부동산에 대하여 원고의 등기부취득시효가 인정된다면, 자기 소유 부동산에 대한 취득시효가 인정될 수 있다는 것이 전제되어야 한다. 그러나 부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 하여 그 소유권을 취득한 사람이 당해 부동산을 점유하는

하는 사람이더라도 그 등기를 하고 있지 않아 자신의 소유권을 증명하기 어렵거나 소유권을 제3자에게 대항할 수 없는 등으로 점유의 사실 상태를 권리관계로 높여 보호하고 증명곤란을 구제할 필요가 있는 예외적인 경우에는, 자기 소유 부동산에 대한 점유도 취득시효를 인정하기 위해 기초가 되는 점유로 볼 수 있다.<sup>1446)</sup>

#### 나) 국·공유재산에 대한 시효취득 제한

국가 소유의 국유재산이나 지방자치단체 소유의 공유재산은 시효취득이 제한된다.<sup>1447)</sup>

2009. 1. 30. 전부개정되기 전까지의 구 국유재산법 제5조 제2항<sup>1448)</sup> 및 구 지방재정법 제74조 제2항과 2010. 2. 4. 개정되기 전까지의 '공유재산 및 물품 관리법' 제6조 제2항<sup>1449)</sup>은 '국유(공유)재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지

경우에는 ... 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다.'라고 판시한 다음, '소외인에 대한 채권자인 피고는 원고와 소외인 사이의 매매계약에 대한 사해행위취소 판결이 확정됨으로써 그 등기 명의를 소외인 앞으로 회복하여 강제집행을 할 수 있게 되었고, 원고는 그러한 부담을 안고 있다는 사정을 잘 알고 있는 상태에서 위 판결 전후 기간 동안 부동산을 점유해 온 것이므로, 그러한 점유의 사실상태는 이를 사해행위취소의 부담이 없는 권리관계로 높여 보호할 필요가 있다거나 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요가 있는 경우에 해당한다고 할 수 없고, 따라서 원고의 등기부취득시효 주장은 인정될 수 없다.'라고 판단한 예.

1446) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다204629 판결.

1447) 1976. 12. 31. 법률 2950호로 전부개정되어 1977. 5. 1.부터 시행된 구 국유재산법에서 국유재산에 대한 시효취득 금지규정을 최초로 명시하기 이전에도, 판례는 행정목적을 위하여 공용되는 행정재산은 공용폐지가 되지 않는 한 사법상 거래의 대상이 될 수 없으므로 취득시효의 대상도 되지 않는다고 판시해 왔다(73다557 등).

1448) '국유재산'의 경우, 1976. 12. 31. 법률 2950호로 전부개정되어 1977. 5. 1.부터 시행된 구 국유재산법 제5조 제2항이, '국유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다.'라는 규정을 신설함으로써 국유재산 전체에 대한 시효취득이 금지되었는데, 헌법재판소 1991. 5. 13. 선고 89헌가97 결정이 위 제5조 제2항을 동법의 국유재산 중 잡종재산에 대하여 적용하는 것은 헌법에 위반된다고 함에 따라, 1994. 1. 5. 법률 제469호로 개정된 구 국유재산법 제5조 제2항은 '국유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다. 다만, 잡종재산의 경우는 그러하지 아니하다.'로 개정하였다(1976. 12. 31. 법률 2950호로 전부개정되어 2009. 1. 30. 법률 제8852호로 전부개정되기까지의 구 국유재산법 제4조는, 제1항에서 국유재산을 그 용도에 따라 '행정재산·보존재산과 잡종재산'으로 구분한 다음, 제2항에서 '행정재산'의 종류로서 '공용재산'(국가가 직접 그 사무용·사업용 또는 공무원의 주거용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산), '공공용재산'(국가가 직접 그 공공용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산), '기업용재산'(정부가기업이 직접 그 사무용·사업용 또는 당해 기업에 종사하는 직원의 주거용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산)의 3가지를 들고, 제3항에서 '법령의 규정에 의하거나 기타 필요에 의하여 국가가 보존하는 재산'을 '보존재산'으로, 제4항에서 '행정재산 및 보존재산 이외의 모든 국유재산'을 '잡종재산'으로 규정하였다, 현재는 2009. 1. 30. 법률 제8852호로 전부개정되어 2009. 7. 31. 시행된 국유재산법 제7조 제2항이 '행정재산은 민법 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다.'라고 규정하고 있다(2009. 1. 30. 법률 제8852호로 전부개정된 국유재산법 제6조는, 제1항에서 국유재산을 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분한 다음, 제2항에서 행정재산의 종류로서 '공용재산'(국가가 직접 사무용·사업용 또는 공무원의 주거용으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산), '공공용재산'(국가가 직접 공공용으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산), '기업용재산'(정부가기업이 직접 사무용·사업용 또는 그 기업에 종사하는 직원의 주거용으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산), '보존용재산'(법령이나 그 밖의 필요에 따라 국가가 보존하는 재산)의 4가지를 들고, 제3항에서 '행정재산 외의 모든 국유재산'을 '일반재산'으로 규정하고 있다).

1449) 지방자치단체 소유의 '공유재산'의 경우, 1988. 4. 6. 법률 제4006호로 전부개정되어 1988. 5. 1. 시행된 구 지방재정법이 제74조 제2항에 "공유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니

아니한다. 다만, 잡종(일반)재산의 경우는 그러하지 아니하다.'로 규정되어 있었으므로, 주장·증명책임의 분배를 법규의 구조, 형식에서 찾는 법률요건분류설 내지 규범설에 따르면, 시효취득을 주장하는 측에게 국가나 지방자치단체는 위 각 본문에 따라 국가나 지방자치단체의 소유인 점만 주장·증명하면 시효취득 주장을 일단 저지할 수 있고, 국가나 지방자치단체의 소유인 점이 인정되는 이상 시효취득을 주장하는 측은 위 각 단서에 따라 그 재산이 취득시효기간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종(일반)재산이라는 점까지 주장·증명하여야 한다. 판례<sup>1450)</sup>의 입장도 동일하다. 시효취득을 주장하는 측이 잡종재산이라는 점, 즉 행정재산이 아니라는 점에 대한 증명책임을 지는 것이지, 국가 등이 행정재산이라는 점에 대한 증명책임을 지는 것이 아니다.<sup>1451)</sup>

한다."는 규정을 신설함으로써 공유재산 전체에 대한 시효취득이 금지되었는데, 헌법재판소 1992. 10. 1. 선고 92헌가6,7 결정이 위 제74조 제2항을 동법의 공유재산 중 잡종재산에 대하여 적용하는 것은 헌법에 위반된다고 함에 따라, 1994. 12. 22. 법률 제4795호로 개정된 구 지방재정법 제74조 제2항과, 2005. 8. 4. 법률 제7665호로 제정된 '공유재산 및 물품 관리법' 제6조 제2항은, "공유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다. 다만, 잡종재산의 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하였고(1988. 4. 6. 법률 제4006호로 전부개정된 구 지방재정법부터 2008. 12. 26. 법률 9174호로 개정되기 전의 '공유재산 및 물품 관리법'까지는, '공유재산'을 그 용도에 따라 이를 '행정재산·보존재산 및 잡종재산'으로 3분하고, '행정재산'은 이를 '공용재산·공공용재산 및 기업용재산'으로 3분하였다), 2008. 12. 26. 법률 9174호로 개정된 '공유재산 및 물품 관리법'이 제6조 제2항에서 "공유재산은 '민법' 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다. 다만, 일반재산의 경우에는 그러하지 아니하다."로 규정하였다. 현재는 2010. 2. 4. 법률 제10006호로 개정되어 2010. 8. 5. 시행된 동법 제6조 제2항이 "행정재산은 '민법' 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다."라고 규정하고 있다(2008. 12. 26. 법률 9174호로 개정된 '공유재산 및 물품 관리법'부터는 그 제5조에서 '공유재산'을 그 용도에 따라 이를 '행정재산'과 '일반재산'으로 2분하고, '행정재산'은 이를 '공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용재산'으로 4분하였다).

1450) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2006다19177 판결: "구 지방재정법 제74조 제2항은 ... 규정하고 있으므로, 구 지방재정법상 공유재산에 대한 취득시효가 완성되기 위하여는 그 공유재산이 취득시효기간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종재산이어야 하고, 이러한 점에 대한 증명책임은 시효취득을 주장하는 자에게 있다. ... 지방자치단체인 원고 앞으로 소유권이전등기가 마쳐짐으로써 이 사건 대지가 구 지방재정법에서 정한 공유재산이 된 사정이 드러난 이상, ... 취득시효기간 동안 계속하여 이 사건 대지가 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종재산이었다는 점이 증명되어야 비로소 시효취득을 인정할 수 있다 할 것" (『**통일 취지**』 2003다 29890 판결 및 94다42655 판결("공유재산이 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이라는 점에 대한 입증책임은 시효의 이익을 주장하는 원고에게 있다 할 것인데, 원심은 마치 피고에게 공유재산이 행정재산으로서 시효취득의 대상이 되지 아니하는 점에 대하여 입증책임이 있는 것처럼 판단 실시한 것은 취득시효에 있어서 입증책임을 전도한 위법도 있다").

1451) 이를 실제 소송에 적용해 보면 다음과 같다. ① 국가나 지방자치단체가 원고로서 토지 소유권에 기초하여 피고 명의의 등기말소나 피고 소유의 건물 철거, 토지 인도 등을 청구하고 그에 대하여 피고는 토지의 점유시효취득을 항변하는 경우, 원고의 청구원인 단계에서 이미 국·공유재산이라는 사실이 주장·증명되어 있어 위 각 본문의 적용으로 시효취득의 대상이 되지 아니함이 드러나 있으므로, 피고로서는 '20년 동안의 점유 사실'에 대하여 위 각 본문을 배제하는 위 각 단서의 '그 동안 계속하여 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이었다는 점' 및 '변론종결 당시에도 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이라는 점'까지(원래 잡종재산이면 것이 행정재산으로 된 경우 잡종재산일 당시에 취득시효가 완성되었다고 하더라도 행정재산으로 된 이상 이를 원인으로 하는 소유권이전등기를 청구할 수 없다(96다10782)) 주장·증명하여야 비로소 유효한 시효취득 항변을 한 것이 된다. ② 반대로, 토지의 점유자인 원고가 소유자인 국가 등을 상대로 시효취득을 원인으로 소유권이전등기를 청구하는 경우에도, 원고의 청구원인 단계에서 이미 국·공유재산이라는 사실이 주장·증명되어 있어 위 각 본문의 적용으로 시효취득의 대상이 되지 아니함이 드러나 있으므로, 원고로서는 '20년 동안의 점유 사실'에 대하여 위 각 본문을 배제하는 위 각 단서의 '그 동안 계속하여 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이었다는 점' 및 '변론종결 당시에도 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이라는 점'까지 주장·증명하여야 비로소 유효한 청구



원래의 행정재산이 공용폐지되어 취득시효의 대상이 된다는 증명책임도 시효취득을 주장하는 자에게 있다.<sup>1452)</sup> 그런데 공공용물의 성립요건인 공용개시행위<sup>1453)</sup>의 증명책임에 관하여, 공용개시행위가 있었다는 점을 요증대상으로 하여 국가 또는 지방자치단체에게 증명책임을 지우는 듯한 판례가 있으나,<sup>1454)</sup> 이는 시효취득을 주장하는 측이 잡종재산이라는 점, 즉 행정재산이 아니라는 점에 대한 증명책임을 지는 것이지, 국가 등이 행정재산이라는 점에 대한 증명책임을 지는 것이 아니라는 앞서 본 일반론에 배치되는 것으로 타당하지 않다.<sup>1455)</sup>

한편, 현재는 2009. 1. 30. 전부개정되어 2009. 7. 31. 시행된 국유재산법 제7조 제2항과 2010. 2. 4. 개정되어 2010. 8. 5. 시행된 ‘공유재산 및 물품 관리법’ 제6조 제2항이 ‘행정재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다’라고 규정하고 있으므로, 시효취득을 주장하는 측에게 국가나 지방자치단체는 위 각 조항에 따라 국가나 지방자치단체의 소유라는 점뿐만 아니라 ‘공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용재산’ 중 어느 하나에 해당하는 ‘행정재산’이라는 점을 주장·증명하여야 하고, 시효취득을 주장하는 측이 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종재산이라는 점을

원인을 주장한 것이 되고, 그렇지 않으면 주장 자체로 이유 없는 청구원인이 되고 만다. 결국, 국·공유재산에 대한 시효취득을 주장하는 사람은 위 각 단서에 따라 ‘20년의 점유기간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이었다는 점’ 및 ‘변론종결 당시에도 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이라는 점’까지 시효취득의 요건사실로서 미리 주장·증명하여야 하는 셈이 된다.

1452) 공용폐지의 의사표시는 명시적 의사표시뿐만 아니라 묵시적 의사표시이어도 무방하나 적법한 의사표시이어야 하고, 행정재산이 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 놓여 있다는 사실만으로 관리청의 이에 대한 공용폐지의 의사표시가 있었다고 볼 수 없다(98다49548, 96다10737 등). 즉, 국유 하천부지는 공공용 재산이므로 그 일부가 사실상 대지화되어 그 본래의 용도에 공여되지 않는 상태에 놓여 있더라도 국유재산법령에 의한 용도폐지를 하지 않은 이상 당연히 잡종재산으로 된다고 할 수 없고(96다10737), 만조수위선으로부터 지적 공부에 등록된 지역까지의 사이를 말하는 것으로서 자연의 상태 그대로 공공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있는 이른바 자연공물인 공유수면관리법상의 빈지(1999. 2. 8. 법률 제5914호로 개정되면서 ‘바닷가’라는 용어로 바뀌었다)가 성토 등을 통하여 사실상 빈지로서의 성질을 상실하였더라도 국유재산법령에 의한 용도폐지를 하지 않은 이상 당연히 시효취득의 대상인 잡종재산으로 된다고 할 수는 없다(98다15446, 98다34003).

1453) 바다, 해변(海濱) 등과 같은 자연공물(自然公物)은 자연적 상태에 의하여 당연히 공물로서의 성질을 취득하고 행정주체에 의한 별도의 의사표시, 이른바 공용개시행위(公用開始行爲)가 필요하지 않다. 하천은 통상 자연적 상태에 의하여 공물로서의 성질을 가지는 자연공물이지만, 그 종적 구간과 횡적 구역에 관하여 행정행위나 법규에 의한 공용지정이 이루어져야 비로소 국가가 공공성의 목적과 기능을 수행하기 위하여 필요한 행정재산이 된다(2009다33815). 도로, 공원과 같은 인공공물(人工公物)은 공공이용에 제공될 수 있는 형태적 요소를 갖추고 공용개시행위가 있어야 공공용물이 된다.

1454) 2000다348 판결(“원심은 … 행정재산으로서 시효취득의 대상이 될 수 없다는 피고의 항변에 대하여 … 공용개시행위가 있었다고 할 수 없어 행정재산이 아니라고 판단하여 피고의 항변을 배척하였는바, … 정당하고”), 96다10737 판결(“원심은 … 공용개시행위가 있었다고 할 수 없고, 따라서 위 토지가 시효취득의 대상이 되지 아니하는 행정재산으로 되었다고 할 수 없다고 판단하였다. … 원심의 판단은 … 정당하다.”), 2009다33815 판결(“제1, 2토지가 행정행위나 법규에 의하여 하천구역으로 공용지정되었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없다.”).

1455) 93다42658 판결은 잡종재산이라는 점에 대한 증명책임을 시효취득을 주장하는 자에게 두면서, 행정목적에 위한 현실적인 사용 또는 장래의 사용결정이나 공물로서의 자정행위가 있었는지, 나아가 그 시점은 언제인지에 관하여 심리를 충분히 할 필요가 있음을 밝히고 있다.

주장·증명할 필요는 없다. 법률의 개정으로 주장·증명책임의 소재가 달라졌음에 유의할 필요가 있다.<sup>1456)</sup>

### 3) 점유 사실

취득시효를 주장하는 자는 그 점유<sup>1457)</sup> 사실을 증명하여야 한다.<sup>1458)</sup> 간접점유자의 점유도 시효취득 요건으로서의 점유에 해당되는데, '직접점유자의 점유'에 더하여 '직접 점유자와 간접점유자 간 점유매개관계의 존재'가 증명되어야 한다.<sup>1459)</sup>

민법 제198조에 의하여 '점유 계속' 사실이 법률상 추정되므로, 점유시효취득을 주장하는 자는 20년 간 계속 점유 사실을 주장·증명할 필요는 없고, '특정 시점에서의 점유와 그로부터 20년 후의 특정 시점에서의 점유' 사실만을 점유시효취득의 요건사실로 주장·

1456) 이를 실제 소송에 적용해 보면 다음과 같다. ① 국가나 지방자치단체가 원고로서 토지 소유권에 기초하여 피고 명의의 등기말소나 피고 소유의 건물 철거, 토지 인도 등을 청구하고 그에 대하여 피고는 토지의 점유시효취득을 항변하는 경우, 피고로서는 '20년 동안의 점유 사실'만을 시효취득 항변 사실로 주장·증명하면 되고, 이에 대하여 국가 등이 재항변으로 '행정재산'이어서 시효취득의 대상이 아니라는 점을 주장·증명하여야 한다. ② 반대로, 토지의 점유자인 원고가 소유자인 국가 등을 상대로 시효취득을 원인으로 소유권이전등기를 청구하는 경우에도, 원고는 청구원인 단계에서 '20년 동안의 점유 사실'만을 청구원인 사실로 주장·증명하면 되고, 이에 대하여 국가 등이 항변으로 '행정재산'이어서 시효취득의 대상이 아니라는 점을 주장·증명하여야 한다. 결국, 국가 등이 시효취득 주장에 대한 재항변 내지 항변으로 '행정재산'이라는 점을 주장·증명하여야 하는 셈이 된다.

#### 1457) ◎ 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 본권 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 설시 없이 점유사실을 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 2017. 1. 25. 선고 2012다72469 판결: "건물은 일반적으로 그 대지를 떠나서는 존재할 수 없으므로, 건물의 소유자가 건물의 대지인 토지를 점유하고 있다고 볼 수 있다. 이 경우 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 대지를 점유하지 않고 있더라도 건물의 소유를 위하여 그 대지를 점유한다고 보아야 한다. 그리고 점유는 물건을 사실상 지배하는 것을 가리키므로, 1개의 물건 중 특정 부분만을 점유할 수는 있지만, 일부 지분만을 사실상 지배하여 점유한다는 것은 상정하기 어렵다. 따라서 1동의 건물의 구분소유자들은 그 전유부분을 구분소유하면서 공용부분을 공유하므로 특별한 사정이 없는 한 그 건물의 대지 전체를 공동으로 점유한다고 할 것이다. 이는 집합건물의 대지에 관한 점유취득시효에서 말하는 '점유'에도 적용되므로, 20년간 소유의 의사로 평온, 공언하게 집합건물을 구분소유한 사람은 등기함으로써 그 대지의 소유권을 취득할 수 있다. 이와 같이 점유취득시효가 완성된 경우에 집합건물의 구분소유자들이 취득하는 대지의 소유권은 전유부분을 소유하기 위한 대지사용권에 해당한다."

1458) 대법원 1996. 9. 24. 선고 96다11334 판결.

1459) 대법원 1997. 11. 11. 선고 96다28196 판결.

증명하면 된다.<sup>1460)</sup>

판례는 취득시효의 기산점에 관하여 원칙적으로 이른바 고정시설(固定時設)을 채택하는 한편(취득시효의 기산점은 소멸시효의 기산점과는 달리 간접사실로 취급된다),<sup>1461)</sup> 이를 다소 완화된 예외를 인정하고 있다.<sup>1462)</sup>

#### 4) 자주점유의 추정

##### 가) 타주점유의 주장·증명책임과 증명방법

물건의 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되므로(민법 제197조 제1항),

- 1460) 전후 양 시점의 점유자가 다른 경우에도 '점유의 승계'가 증명되면 점유 계속는 추정되고(96다24279, 24286), 상속인이 미성년자인 경우에도 그 법정대리인을 통하여 점유권을 승계받아 점유를 계속할 수 있는 것이므로 달리 볼 것은 아니다(88다카8217).  
상대방은, ① '점유 계속' 추정의 전제사실인인 '특정 시점에서의 점유와 그로부터 20년 후의 특정 시점에서의 점유' 사실 자체를 부인하고 '반증'으로 다투거나, ② 항변(취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우) 내지 재항변(말소등기 청구에 대한 실체관계 부합 항변의 경우)으로서 추정사실인 '20년간의 계속 점유' 사실의 반대사실, 즉 '20년의 기간 도중에 점유가 중단, 상실된 사실'을 '본증'으로 주장·증명하여 다를 수 있다.
- 1461) 즉, 점유기간 중에 당해 부동산의 소유권자에 변동이 있는 경우에는 취득시효를 주장하는 자가 임의로 기산점을 선택하거나 소급하여 20년 이상 점유한 사실만 내세워 시효완성을 주장할 수 없고, 이와 같은 경우에는 법원이 당사자의 주장에 구애됨이 없이 소송자료에 의하여 인정되는 바에 따라 진정한 점유의 개시시기를 인정하고 이를 바탕으로 취득시효 주장의 당부를 판단하여야 한다(94다39987). 판례가 취득시효의 기산점에 관하여 이른바 고정시설을 채택한 이유는, 점유취득시효기간의 기산점을 당사자가 임의로 선택할 수 있게 되면 당사자는 시효완성 후에 등기명의를 취득한 자를 시효완성 당시의 권리변동의 당사자로 삼을 수 있게 되어 결국에 가서는 시효의 완성을 주장하는 당사자는 등기 없이 언제나 제3취득자에 대하여 시효의 완성을 주장하고 그에 관해서 등기를 청구하는 등 그에 상응하는 권리관계를 주장할 수 있게 되는 결과가 되어 등기제도의 기능을 몹시 약화시키고 부동산에 관한 거래의 안전을 해할 우려가 있기 때문이다(76다487, 488).
- 1462) ① 즉, 시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일하고 그동안 소유자의 변동이 없는 경우에는 시효완성을 등기명의자에 대해서 주장함에 있어서 시효기간의 기산점을 어디에 두든지 시효의 완성을 주장할 수 있는 시점에서 보아 시효기간이 경과된 사실만 확정되면 불합리할 것이 없으므로 구배적 장시일의 경과로 말미암아 사실상 그 인정에 곤란한 실제 점유 개시 시점을 확정할 필요가 없다(76다487, 488). ① 점유취득시효 완성 당시 미등기로 있던 토지의 소유자가 취득시효 완성 후 그 명의로 소유권보존등기를 마치거나, 그 보존등기 명의자로부터 상속을 원인으로 소유권이전등기를 마친 것은 소유자의 변동이 있는 경우에 해당하지 않는다(97다44089). ② 취득시효기간 중 점유 부동산의 등기명의자에 대하여 회사정리절차가 개시되어 관리인이 선임된 사실이 있다고 하더라도 점유자가 취득시효 완성을 주장하는 시점에서 그 정리절차가 이미 종결된 상태라면 등기명의자에 대하여 정리절차상 관리인이 선임된 적이 있다는 사정은 취득시효기간 중 점유 부동산에 관하여 등기명의자가 변경된 것에 해당하지 아니하므로, 점유자는 그가 승계를 주장하는 점유를 포함한 점유기간 중 임의의 시점을 취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효 완성을 주장할 수 있다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다68884 판결). ③ 취득시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일한 경우에는 전 점유자의 점유를 승계하여 자신의 점유기간과 통산하면 20년이 경과한 경우에도 전 점유자가 점유를 개시한 이후의 임의의 시점을 그 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있고, 이는 소유권에 변동이 있더라도 그 이후 계속해서 취득시효기간이 경과하도록 등기명의자가 동일하다면 그 소유권 변동 이후 전 점유자의 점유기간과 자신의 점유기간을 통산하여 20년이 경과한 경우에도 마찬가지이다(97다34037). ④ 한편, 부동산에 대한 점유취득시효가 완성된 후 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우라 하더라도, 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 경과한 경우에는, 점유자로서는 제3자 앞으로의 소유권 변동시를 새로운 점유취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장할 수 있다(대법원 2009. 7. 16. 선고 2007다15172, 15189 전원합의체 판결; 그 새로운 취득시효 기간 중에 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 하는 것은 아니다).

점유자가 취득시효를 주장하는 경우에 있어서 스스로 소유의 의사를 증명할 책임은 없고, 오히려 그 점유자의 점유가 소유의 의사가 없는 점유임을 주장하여 점유자의 취득시효의 성립을 부정하는 자에게 그 증명책임이 있다.<sup>1463)</sup> 자주 또는 타주 점유의 주장책임에 관하여, 증명책임과는 달리 취득시효를 주장하는 자가 그 요건사실인 자주점유의 점에 대한 주장책임을 부담한다는 일부 견해가 있으나, 주장책임의 분배는 증명책임의 분배에 따른다고 보는 것이 일반적이고 자주 또는 타주 점유의 주장책임에 관하여 굳이 그 예외를 인정할 필요성이 있다 할 수 없으므로 취득시효의 성립을 부정하는 자에게 타주 점유의 주장책임이 있다고 봄이 옳다.<sup>1464)</sup> 타주점유는 항변(취득시효 완성음 원인으로 한 소유권이전 등기 청구의 경우) 또는 재항변(말소등기 청구에 대한 실체관계 부합 항변의 경우) 사실에 해당한다.

타주점유의 판단 근거가 되는 '점유 취득의 원인이 된 권원의 성질'이나 '점유와 관계가 있는 모든 외형적·객관적 사정' 등은 간접사실로서 법원은 당사자의 주장에 구애됨이 없이 소송자료에 의하여 심리하여 타주점유의 점을 판단할 수 있다.<sup>1465)</sup>

## 나) 구체적인 예

### (1) 권원의 성질에 따른 타주점유

권원의 성질상 타주점유로 본 판례로는, ① 소유자의 사용 승낙에 의하여 점유

1463) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99다72743 판결 등.

1464) 82다708,709, 82다카1792,1793 판결("피고가 그와 같은 사정을 들어서 원고의 점유가 권원의 성질상 타주점유에 해당한다는 주장도 하고 있다고 보여진다. 따라서 원심으로서 원고의 이 사건 임야에 대한 점유가 외형적·객관적으로 보아 권원의 성질상 자주점유인지 타주점유인지 여부에 관하여 좀 더 심리를 하여 보았어야 함에도, ... 피고의 타주점유 항변을 간과하고") 및 90다18838 판결 등("점유자가 스스로 자주점유를 뒷받침할 점유권원의 성질을 주장 입증할 책임이 없고, 위 법률상 추정을 반복하여 타주점유임을 주장하는 상대방에게 타주점유에 대한 입증책임이 있는 것이며") 참조.

1465) 자주점유인지 아니면 타주점유인지 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, ① 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었거나, ② 점유자가 타인의 소유권을 배척하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정, 즉 ③ 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 아니할 태도를 나타내거나 ④ 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 깨어지는 것이므로, ⑤ 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 증명된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이어서 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어진다(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결).

판례(96다53789)는, 부동산 시효취득에 있어서 자주점유인지 여부를 가리는 기준이 되는 점유의 권원은 요건사실인 자주점유를 추정하는 징표 즉, 간접사실에 지나지 않으므로 법원은 당사자의 주장에 구애됨이 없이 소송자료에 의하여 인정되는 바에 따라 진정한 점유의 권원을 심리하여 취득시효의 완성 여부를 판단할 수 있다고 일관되게 판시해 온 점에 비추어 보면, 타주점유의 판단 근거가 되는 위 ①, ②, ③ 소정의 '점유 취득의 원인이 된 권원의 성질'이나 '점유와 관계가 있는 모든 외형적·객관적 사정'은 간접사실로서 법원은 당사자의 주장에 구애됨이 없이 소송자료에 의하여 심리하여 타주점유의 점을 판단할 수 있다.

를 취득한 경우,<sup>1466)</sup> ② 부동산을 타인에게 매도하여 그 인도 의무를 지고 있는 매도인의 점유,<sup>1467)</sup> ③ 명의수탁자의 점유,<sup>1468)</sup> ④ 국가가 구 농지개혁법에 따라 매수한 농지를 점유하는 경우,<sup>1469)</sup> ⑤ 귀속재산에 관한 점유,<sup>1470)</sup> ⑥ 공유자 중 한 사람이 공유 부동산 전부를 점유하고 있는 경우 다른 공유자의 지분에 대한 점유,<sup>1471)</sup> ⑦ 매수로 점유하게 된 토지의 면적이 공부상 면적을 '상당히' 초과하는 경우,<sup>1472)</sup> ⑧ 자신의 대지 위에 건물을 건축하면

1466) 69다5 판결(해방 전 영암경찰서에서 서장관사로 사용할 목적으로 원고로부터 매수하려다가 자금부족으로 매수는 못하고 원고의 승낙을 얻어 서장관사로 사용하여 오다가 8.15해방 직후에 거리관계로 서장관사와 군수관사를 서로 교환하여 1945. 9. 15부터는 피고 영암군이 대지 및 그 지상 건물물 관사로 점유, 사용하여 온 사안). 국유지인 토지를 장차 불하하기로 하고 그에 대한 점유·사용권만을 양수한 경우(97다15562), 점유자가 타인의 선대를 위하여 그 선산과 분묘 등을 돌보면서 이를 관리하여 온 경우(97다42625)도 마찬가지이다.

1467) 2004다27273 판결, 97다5824 판결(원고가 토지 매매대금 전액을 지급받지 못하였을 뿐 아니라 매매계약 당시 잔대금의 지급과 상환으로 토지를 인도하여 주기로 약정하였다 하더라도 원고가 잔대금을 지급받기 전에 매수인 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주었고, 그 후 매수인이 나머지 대금을 지급하지 않자 그 대금지급을 구하는 소를 제기한 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 매수인과 매매계약을 체결하고 그에 따른 소유권이전등기를 마쳐준 이후에도 토지를 소유자와 동일한 의사를 가지고 계속 점유하여 오고 있다고 볼 수 없다고 판단한 사례).

1468) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다8097, 8103 판결 등.

1469) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011다15094 판결; "구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지)에 의하여 자경하지 않는 농지를 정부가 매수한 것은 후에 그 농지가 분배되지 않을 것을 해제조건으로 매수한 것이고, 그 매수한 농지 중 구 농지개혁법 시행령(1995. 12. 22. 대통령령 제14835호 농지법 시행령 부칙 제2조 제1호로 폐지) 제32조 등에 정한 절차를 거쳐 확정된 분배농지에 포함되지 않거나, 그 분배농지로 확정된 농지 중 실제로 농가에 분배되지 않는 등으로, 정부가 매수한 농지가 농민들에게 분배되지 않는 것으로 확정될 경우 그 소유권은 원소유자에게 복귀되는 것이므로 국가가 구 농지개혁법에 따라 농지를 매수한 것은 이를 자경하는 농민 등에게 분배하기 위한 것이고, 분배하지 아니하기로 확정되는 경우에는 원소유자에게 환원될 것이 매수 당시부터 예정되어 있는 것이므로 국가의 매수농지에 대한 점유는 진정한 소유자의 지배를 배제하려는 의사를 가지고 하는 자주점유라고 볼 수 없고, 권원의 성질상 타주점유로 보아야 한다." 등.

1470) 대법원 2000. 4. 11. 선고 98다28442 판결.

1471) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006다79995 판결.

반면에, ① 공유자들이 분할 전 토지의 전체면적 중 각 점유 부분을 구분소유하게 된다고 믿고서 그 각 점유 부분의 대략적인 면적에 해당하는 만큼의 지분에 관하여 소유권이전등기를 경료받은 경우에는, 등기부상 공유자들이 각 토지의 일부 공유자로 되어 있다고 하더라도 그들의 점유가 권원의 성질상 타주점유라고 할 수는 없고(2006다79995), ② 구분소유적 공유관계에서 어느 특정된 부분만을 소유·점유하고 있는 공유자가 매매 등과 같이 종전의 공유지분권과는 별도의 자주점유가 가능한 권원에 의하여 다른 공유자가 소유·점유하는 특정된 부분을 취득하여 점유를 개시하였다고 주장하는 경우에는, 타인 소유의 부동산을 매수·점유하였다고 주장하는 경우와 달리 볼 필요가 없으므로, 그 취득 권원이 인정되지 않는다고 하더라도 그 사유만으로 자주점유의 추정이나 반복된다거나 그 점유권원의 성질상 타주점유라고 할 수 없고, 상대방에게 타주점유에 대하여 증명할 책임이 있다(2012다68750).

1472) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008다95649 판결; "부동산을 매수하려는 사람은 통상 매매계약을 체결하기 전에 그 등기부등본이나 지적공부 등에 의하여 소유관계 및 면적 등을 확인한 다음 매매계약을 체결하므로, 매매로 인하여 점유를 넘겨받게 되는 토지 부분의 면적이 등기부 등 지적공부상의 면적을 '상당히' 초과하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약 당사자들이 이러한 사실을 알고 있었다고 보는 것이 상당하고, 그러한 경우에는 매도인이 그 초과 부분에 대한 소유권을 취득하여 이전하여 주기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 초과부분의 점유는 권원의 성질상 타주점유에 해당한다." ⇨ 초과 부분에 대한 매수인의 점유를 타주점유라고 본 사례의 '매수 토지의 공부상 면적 : 매도인으로부터 인도받아 점유하는 초과 면적'은 162㎡ : 40㎡(2000다348), 737㎡ : 215㎡(2008다95649) 등이다.

반면에, 지상건물과 함께 그 대지를 매수·취득하여 점유를 개시함에 있어서 매수인이 인접토지와 지적상의 경계선을 정확하게 확인해 보지 아니하여 착오로 인접토지의 일부를 그가 매수·취득한 대지에 속하는 것으로

서 통상 있을 수 있는 시공상 착오의 정도를 넘어 상당한 정도로 인접 토지를 침범한 경우<sup>1473)</sup> 등이 있다.

반면에, 토지 매수인이 매매계약에 의하여 목적 토지의 점유를 취득한 경우, 그 계약이 타인의 토지의 매매에 해당하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다거나 등기를 수반하지 아니한 점유임이 밝혀졌다고 하여 이 사실만 가지고 바로 점유권원의 성질상 타주점유라고 할 수 없다.<sup>1474) 1475)</sup>

## (2) 외형적·객관적 사정에 비추어 타주점유라고 본 경우

판례상 외형적·객관적 사정에 비추어 타주점유라고 본 구체적 사례는 아래와 같다.<sup>1476)</sup>

민고 점유를 하여 왔다고 하더라도 인접토지의 일부를 현실적으로 인도받아 점유하고 있는 이상 인접토지에 대한 점유 역시 소유의 의사에 기한 것이라고 보아야 한다(2006다55784,55791).

1473) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다1078 판결; “자신 소유의 대지상에 건물을 건축하면서 인접 토지와 경계선을 정확하게 확인해 보지 아니한 탓에 착오로 건물이 인접 토지의 일부를 침범하게 되었다고 하더라도 그것이 착오에 기인한 것인 이상 그것만으로 그 인접 토지의 점유를 소유의 의사에 기한 것이 아니라고 단정할 수는 없다고 할 것이나, 일반적으로 자신 소유의 대지상에 새로 건물을 건축하고자 하는 사람은 건물이 자리 잡을 부지 부분의 위치와 면적을 도면 등에 의하여 미리 확인한 다음 건축에 나아가는 것이 보통이라고 할 것이므로, 그 침범 면적이 통상 있을 수 있는 시공상의 착오 정도를 넘어 상당한 정도에까지 이르는 경우에는 당해 건물의 건축주는 자신의 건물이 인접 토지를 침범하여 건축된다는 사실을 건축 당시에 알고 있었다고 보는 것이 상당하다고 할 것이고, 이 경우 그 침범으로 인한 인접 토지의 점유는 권원의 성질상 소유의 의사가 있는 점유라고 할 수 없다고 할 것이다.”

1474) 대법원 2000. 3. 16. 선고 97다37661 전원합의체 판결의 다수의견; “토지의 매수인이 매매계약에 의하여 목적 토지의 점유를 취득한 경우 설사 그것이 타인의 토지의 매매에 해당하여 그에 의하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다고 하더라도 그것만으로 매수인이 점유권원의 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 매도인에게 처분권한이 없다는 것을 잘 알면서 이를 매수하였다는 등의 다른 특별한 사정이 입증되지 않는 한, 그 사실만으로 바로 그 매수인의 점유가 소유의 의사가 있는 점유라는 추정이 깨어지는 것이라고 할 수 없다. 그리고 민법 제197조 제1항이 규정하고 있는 점유자에게 추정되는 소유의 의사는 사실상 소유할 의사가 있는 것으로 충분한 것이지 반드시 등기를 수반하여야 하는 것은 아니므로 등기를 수반하지 아니한 점유임이 밝혀졌다고 하여 이 사실만 가지고 바로 점유권원의 성질상 소유의 의사가 결여된 타주점유라고 할 수도 없을 것이다.”

1475) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다84246 판결; 재건축아파트 신축을 위하여 조합원들 명의로 되어 있던 기존 아파트 및 토지에 관하여 신탁등기를 마치고 그 토지의 점유를 승계한 재건축조합이, 조합원 명의로 되어 있지 않아 신탁등기를 마치지 못하고 점유를 승계한 일부 토지 지분에 관하여 그 지분 등기명의인의 상속인들을 상대로 취득시효 완성을 주장한 사안에서, 원심이, 재건축조합의 점유는 그 점유권원의 성질상 조합원들을 위한 관리의사에 기한 점유로서 자주점유라 할 수 없다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 물건의 점유자는 소유의 의사로 점유하는 것으로 추정되는 법리와 재건축조합의 설립 목적 및 조합이 취득시효로 인한 이전등기청구권을 행사하는 것이 그 신탁의 목적 범위 내인 점 등에 비추어 보면, 성질상 소유의 의사가 없는 권원에 바탕을 둔 점유라고 볼 수 없다고 판단한 사례.

1476) ① 점유자가 담당공무원의 조사에 응하여 국유토지를 점유 증임을 인정하고 매수 의사를 명백히 표시하였으며, 그 이후 국유재산매수신청서를 제출하고 구청장의 변상금 부과처분에 대하여 감액 등만을 주장할 뿐 그 처분 자체를 다투지 아니하고 점유 토지의 매수 의사를 적극 표시하고 있는 점 등의 객관적 사정에 비추어, 특별한 사정이 없는 한 그 점유자의 자주점유의 추정은 깨어졌다고 본 사례(95다28502). ② 시효기간 진행 중에 점유하는 국유재산에 관하여 대부계약신청을 하여 관리청과의 사이에 대부계약을 체결하였다면 이는 점유자가 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정이 있는 경우에 해당한다고 본 사례(98다11758). ③ 토지의 점유자가 점유기간 동안 여러 차례 부동산소유권이전등기에관한특별조치법에 의한 등기의 기회가 있었음에도 소유권이전등기를 하지 않았



## (3) 악의의 무단점유

점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것이 증명된 경우,<sup>1477)</sup> 또는 처분권한이 없는 자로부터 그 사실을 알면서 부동산을 취득하거나 어떠한 법률행위가 무효임을 알면서 그 법률행위에 의하여 부동산을 취득하여 점유를 시작한 경우,<sup>1478)</sup> 그 점유는 타주점유이다.

## (4) 자주점유 권원의 증명 실패와 추정 복멸 여부

점유자가 스스로 매매 또는 증여와 같은 자주점유의 권원을 주장하였으나 이것이 인정되지 않는 경우에도, 원래 자주점유에 관한 증명책임이 점유자에게 있지 아니한 이상 그 주장의 점유권원이 인정되지 않는다는 사유만으로 자주점유의 추정이 번복된다거나 또는 점유권원의 성질상 타주점유라고 볼 수 없다.<sup>1479)</sup> 토지의 점유자가 이전에 토지 소유자를 상대로 그 토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소하고 그 판결이 확정되었다 하더라도 그 사정만을 들어서는 토지 점유자의 자주점유의 추정이 번복되어 타주점유로 전환된다고 할 수 없다.<sup>1480)</sup>

토지의 점유자가 이전에 소유자를 상대로 그 토지에 관하여 소유권이전등기말소절차

고 오히려 소유자가 소유권보존등기를 마친 후에도 별다른 이의를 하지 않은 경우 자주점유의 추정이 번복될 수 있다고 한 사례(99다56765). ④ 지방자치단체가 사실상 지배주체로서 점유하던 도로부지를 협의취득하기 위하여 손실보상금을 산정하여 소유자에게 수령하여 갈 것을 통보한 경우 지방자치단체의 자주점유 추정이 번복되었다고 본 사례(96다55211). ⑤ 점유자가 국유재산 실태조사 시 점유 부동산이 국유재산이라고 주장하는 담당공무원에게 그 부동산에 대한 등기관계의 해결 방편으로 불하를 받을 의향도 있음을 구두로 표시하였고, 점유자가 그 부동산을 점유하기 시작할 무렵에 그 부동산의 등기부상 소유자 명의가 일본 회사로 되어 있다는 사실을 알고 있었으며, 점유자의 그 부동산의 매수 사실까지 인정되지 않는다면, 이로써 자주점유의 추정을 번복할 만한 외형적·객관적인 사정은 입증되었다고 볼 여지가 많다고 한 사례(97다35603).

1477) 예컨대, 지방자치단체가 사유지 위에 도로를 개설하면서 권원 취득의 절차를 밟지 않고 보상금도 지급하지 아니한 경우 그 도로부지에 대한 점유(96다26299), 주택 부지가 국가의 소유라는 사정을 알면서 그 주택만을 매수한 경우 그 주택부지에 대한 점유(97다50169), 점유자가 건물부지로 점유 중인 국가 소유의 여러 필지의 토지 중 일부 토지만을 매입한 경우 나머지 토지에 대한 점유(98다1232) 등.

1478) 예컨대, 사인(私人)에게는 처분권한이 없는 귀속재산이라는 사실을 알면서 이를 매수하여 점유했던 경우(98다28442), 상환 완료 전의 농지 매매는 무효이므로, 시효취득을 주장하는 점유자가 상환이 완료되지 아니한 분배농지라는 사실을 알면서 이를 매수하여 점유를 시작한 경우(99다36778; 미상환 분배농지라도 상환이 완료되지 아니하였다는 사실을 알지 못하거나 상환이 완료되었다고 믿고서 이를 매수하여 점유를 시작한 경우에는 자주점유의 추정이 번복되지 않는다), 법령상 주무관청의 허가가 있는 경우에 한하여 처분이 허용되고 그 허가 없는 처분이 금지된 부동산에 대하여 처분허가가 없다는 것을 알면서 점유하는 경우(98다2945) 등.

1479) 대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다230991 판결 등(따라서 국가 등이 취득시효의 완성을 주장하는 토지의 취득절차에 관한 서류를 제출하지 못하고 있다고 하더라도, 그 점유의 경위와 용도, 국가 등이 점유를 개시한 후에 지적공부 등에 그 토지의 소유자로 등재된 자가 소유권을 행사하려고 노력하였는지 여부, 함께 분할된 다른 토지의 이용 또는 처분관계 등 여러 가지 사정을 감안할 때 국가 등이 점유 개시 당시 공공용 재산의 취득절차를 거쳐서 소유권을 적법하게 취득하였을 가능성을 배제할 수 없는 경우에는, 국가의 자주점유의 추정 을 부정하여 무단점유로 인정할 것이 아니다).

1480) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2006다19177 판결 등.

의 이행을 구하는 소를 제기하였다가 패소하고 그 판결이 확정되었다 하더라도, 그 사정만을 들어서는 토지 점유자의 자주점유의 추정이 이로써 번복되어 타주점유로 전환된다고 할 수 없다.<sup>1481)</sup> 반면에, 진정 소유자가 자신의 소유권을 주장하며 점유자 명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기라 하여 점유자를 상대로 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기의 말소등기청구소송을 제기하여 그 소송사건이 점유자의 패소로 확정되었다면, 그 점유자는 그 소송의 제기 시부터는 악의의 점유자로 간주되고, 패소판결 확정 후부터는 타주점유로 전환되었다고 보아야 한다.<sup>1482)</sup>

#### 다) 타주점유의 자주점유로의 전환

타주점유의 자주점유로의 전환은 타주점유 항변에 대한 재항변(시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우) 또는 타주점유 재항변에 대한 재재항변(말소등기 청구에 대한 실체관계 부합 항변의 경우) 사유로서 그 증명책임은 이를 주장하는 점유자에게 있다. 타주점유가 자주점유로 전환되기 위하여는 ① '새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로 점유'하거나 ② '자기에게 점유시킨 자에게 소유의 의사 있음을 표시'하여야만 하고,<sup>1483)</sup> 위 ① 또는 ②의 전환 사실에 대한 증명책임은 이를 주장하는 점유자에게 있다.<sup>1484)</sup>

상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는 상속인이 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 시작하지 않는 한 피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장할 수 없고, 선대의 점유가 타주점유인 경우 선대로부터 상속에 의하여 점유를 승계한 자의 점유도 그 성질 내지 태양을 달리하는 것이 아니어서 특별한 사정이 없는 한 그 점유가 자주점유로 될 수 없고, 그 점유가 자주점유가 되기 위하여는 점유자가 소유자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로써 점유를 시작하여야 한다.<sup>1485)</sup> 따라서 점유자의 점유승계가 상속에 의한 경우, 피상속인의 점유의 성질에

1481) 대법원 1999. 9. 17. 선고 98다63018 판결.

1482) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다14934, 14941 판결; "진정 소유자가 자신의 소유권을 주장하며 점유자 명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기라 하여 점유자를 상대로 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기의 말소등기청구소송을 제기하여 그 소송사건이 점유자의 패소로 확정되었다면, 그 점유자는 민법 제197조 제2항의 규정에 의하여 그 소송의 제기 시부터는 토지에 대한 악의의 점유자로 간주되고, 또 이러한 경우 토지 점유자가 소유권이전등기말소등기청구소송의 직접 당사자가 되어 소송을 수행하였고 결국 그 소송을 통해 대지의 정당한 소유자를 알게 되었으며, 나아가 패소판결의 확정으로 점유자로서는 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기에 관하여 정당한 소유자에 대하여 말소등기의무를 부담하게 되었음이 확정되었으므로, 단순한 악의점유의 상태와는 달리 객관적으로 그와 같은 의무를 부담하고 있는 점유자로 변한 것이어서 점유자의 토지에 대한 점유는 패소판결 확정 후부터는 타주점유로 전환되었다고 보아야 할 것이다."

1483) 점유자가 그 명의로 소유권등기를 하거나 점유 부동산을 관리하면서 부과되는 각종 세금을 납부하였다는 사정만으로는 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로 점유하게 되었다거나 소유의 의사가 있음을 표시하였다고 볼 수 없고, 타주점유자가 그 명의로 소유권보존등기를 경료한 것만으로는 소유자에 대하여 소유의 의사를 표시하여 자주점유로 전환되었다고 볼 수 없다(2006다30921 판결, 2000다60319 판결 등).

1484) 대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다60319 판결 등.

1485) ① 원고와 피고 1의 공동 선조인 증조부 소외 1(1949. 4. 8. 사망)이 생전에 피고 1의 아버지인 소외 2(1955.

관하여 심리하여 점유자의 점유가 자주점유인가의 여부를 판단하여야 하고, 피상속인의 점유의 성질을 밝히지 아니 한 채 상속인의 점유만을 따로 분리하여 자주점유라고 판단 하여서는 아니 된다.<sup>1486)</sup>

### 5) 시효취득에 대한 그 밖의 공격방어방법

타주점유 주장과 마찬가지로, 시효취득 주장에 대하여 항변(취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우) 또는 재항변(말소등기 청구에 대한 실체판결 부합 항변의 경우) 사유에 해당하는 것으로는, 점유 중단·상실,<sup>1487)</sup> 폭력 또는 은비 점유,<sup>1488)</sup> 시효 중단,<sup>1489)</sup>

6. 30. 사망간주)에게 토지를 그 지상 주택과 함께 증여하였다는 피고들의 주장이 그 증여자, 증여시기, 증여등기 등에 있어서 일관성이 없고 그 주장에 부합하는 증거들 또한 믿을 수 없어 결국 위 증여 사실이 인정되지 않는다는 점 외에, 원고와 피고 1의 공동 선조인 망 소외 1(증조부), 망 소외 3(조부), 원고의 아버지인 망 소외 4, 피고 1의 아버지인 망 소외 2 등의 인적 관계 및 상속 관계, 토지 및 그 지상 주택의 측조관계와 성격, 그 소유관계와 사용현황 내지 거주관계, 기타 제반 사정을 종합할 때 토지에 대한 소외 2의 점유는 그 성질상 타주점유에 해당한다고 봄이 상당하고(당시의 상속관계 법령과 사회적 관행 및 소외 1의 가족관계 등에 비추어 볼 때, 소외 1의 사망으로 장손인 소외 4가 이 사건 토지를 대습상속하게 된다는 점은 소외 2로서도 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다), 피고 1은 상속에 의하여 토지에 대한 소외 2의 점유를 승계취득하였을 뿐 달리 소유자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로써 점유를 시작하였다고 볼 만한 사정이 없어서 토지에 대한 위 피고의 점유 역시 타주점유에 해당한다고 판단한 원심이 판단을 정당한 것으로 수긍한 예(2007다12364). ● '김OO이 사건 토지가 포함된 분할 전 토지를 피고에게 매도한 이후에도 사건 토지를 점유하다가 1970. 5. 29. 사망한 후 원고가 김OO의 점유를 상속에 의하여 승계취득하였다면, 매도인 김OO의 점유는 피고 앞으로 소유권이전등기를 경료한 이후에는 타주점유로 전환되었다고 할 것이고, 상속에 의하여 김OO의 점유를 승계한 원고의 점유 역시 타주점유로 보아야 할 것이므로, 원고가 소유자인 피고에 대하여 '소유 의사가 있다는 것을 표시하였거나 새로운 권원에 의하여 소유의 의사로 점유를 시작하였다는 등의 특단의 사정'이 없는 이상, 원심은 원고의 사건 토지의 점유가 타주점유라는 피고의 항변을 배척할 수 없을 것'이라고 판시한 예(2004다27273). ● 원고의 망부 김일O로부터 피고의 부친 망 김경O의 명의로 1934. 12. 22, 1934. 12. 2.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되었다가 김경O이 1968. 2. 10. 사망함으로써 협의분할에 의한 상속을 원인으로 하여 1993. 12. 21. 피고 명의로 소유권이전등기가 경료된 사안에서, '원고가 김일O의 점유를 상속에 의하여 승계취득하였다면, 달리 특별한 사정이 없는 한 원고의 점유는 토지를 매도하여 그 인도의무를 지고 있는 매도인의 점유를 상속에 의하여 승계취득한 것으로서 타주점유로 보아야 할 것이므로, 원고가 소유자인 피고에 대하여 소유 의사가 있는 것을 표시하였거나 새로운 권원에 의하여 소유의 의사로 점유를 시작하였다는 특단의 사정이 없는 이상, 원고의 점유가 타주점유라는 피고의 항변을 배척할 수 없을 것'이라고 판시한 예(97다40100). ● 피고의 조부 명의로 사정된 분할 전 임야에 대하여 구 토지대장상 1937. 2. 16. 원고 종중 명의로 소유권이전등록이 마쳐지고, 1951. 4.경 당시 원고 종중의 대표자의 신청에 의하여 사건 제1토지에 대하여 수호인을 위 대표자로 한 위토인허신청을 하여 같은 해 6. 1. 군수로부터 위토인허를 받았으며, 사건 제2토지에는 원고 종중의 시조의 묘를 비롯한 23기의 선대들의 묘가 설치되어 있고, 위 대표자나 그 호주상속인인 피고가 사건 제1토지를 경작하여 그 소출로 매년 10. 10.경 시제 때마다 제수를 마련하여 원고 종중원이 참석한 가운데 시제를 지내왔다면, 위 대표자의 점유는 타주점유로 볼 여지도 있다고 판시한 예(97다2344).

1486) 대법원 1996. 9. 20. 선고 96다25319 판결.

1487) 앞서 기술한 바와 같이, 민법 제198조에 의하여 양 시점에서의 점유를 증명하여 그 사이 점유의 계속을 법률상 추정 받은 경우 그 사이 점유가 중단 또는 상실되었다는 사실은 시효취득의 상대방이 주장·증명책임을 지는 항변 또는 재항변 사유이다.

취득시효기간의 완성 전에 등기부상의 소유명의가 변경되었다 하더라도 이로써 종래의 점유상태의 계속이 파괴되었다고 할 수 없으므로 이는 취득시효의 중단사유가 될 수 없으므로(97다6186), '취득시효 완성 전 등기부상 소유 명의 변경' 주장은 유효한 항변 사유가 되지 못하지만, 원고의 취득시효 완성 후 제3자 앞으로 소유권이전등기가 되어 피고의 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 경우, 이는 권리 소멸의 유효한 항변이 되는데, 이러한 '이행불능'의 항변은 법원이 직권으로 조사하여야 할 성질의 것은 아니다(92

시효이익 포기 등의 주장이 있다.

## 가) 시효 중단

### (1) 주장책임의 정도

취득시효 중단 사유의 주장·증명책임은 시효완성을 다투는 당사자가 부담하는데, 그 주장책임의 정도에 관하여는 판례의 입장이 구체적인 경우 불명확한 면이 있다.<sup>1490)</sup> 판례는, '시효중단사유에 속하는 사실만 주장하면 주장책임을 다한 것으로 보아야 한다.'거나 '중단사유에 속하는 사실이 드러나면 그 주장책임을 다한 것으로 볼 수 있다.'는 것<sup>1491)</sup>과 '변론주의 원칙상 시효중단의 효과를 원하는 피고로서는 시효가 중단

다41498).

점유자가 취득시효기간의 만료로 일단 소유권이전등기청구권을 취득한 이상, 그 후 점유를 상실하였다고 하더라도, 이를 시효이익의 포기로 볼 수 있는 경우가 아닌 한, 이미 취득한 소유권이전등기청구권은 소멸되지 아니 하므로(93다47745), '취득시효기간 만료 후 점유 상실' 주장은 유효한 항변사유가 되지 못한다.

1488) '평온한 점유'라 함은 점유자가 점유를 취득 또는 보유하는 데 있어 법률상 용인될 수 없는 강포(強暴)행위를 쓰지 아니하는 점유이고, '공연한 점유'라 함은 은비의 점유가 아닌 점유를 말하는 것이므로, 국가나 지방자치단체가 수차례에 걸쳐 점유자에게 사용료를 납부하라는 통지를 하고 점유자의 무상 불하 신청을 거부하는 등 국·공유 토지의 점유를 둘러싸고 분쟁이 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로는 그 점유의 평온·공연성이 상실된다고 할 수 없다(95다33948). 토지 소유자가 그 토지를 분할측량하여 분할등기를 하고, 점유자에게 토지의 인도를 요구하거나 토지에 대한 세금을 납부하였다 하여 이것만 가지고 점유의 평온성이 깨어진다고 할 수 없다(92다12698, 12704).

1489) 민법 제247조 제2항에 의하여 소멸시효 중단에 관한 규정은 취득시효에 대하여도 적용된다.

1490) 당해 소제기는 그 자체로서 민법 제170조, 민사소송법 제265조에 따라 소 제기 시에 시효중단의 효력이 생기므로, 원고의 청구에 대한 피고의 취득시효 항변이 유효하기 위해서는 당해 소제기 전에 이미 취득시효가 완성되었음을 주장·증명하여야 하는 것이고, 당해 소제기 후에 취득시효가 완성됨이 역수상 분명하다면 피고의 취득시효 항변은 그 주장 자체로 이유 없는 것으로 보아야 하며, 원고가 소제기에 따른 시효중단의 재항변을 명시적으로 주장하여야 피고의 취득시효 항변이 이유 없음으로 돌아가는 공격방어의 구조가 되는 것은 아니라고 보아야 한다.

1491) 96다46484 판결은, "시효 중단 사유의 주장·입증책임은 시효완성을 다투는 당사자가 지고, 그 주장책임의 정도는 취득시효가 중단되었다는 명시적인 주장을 필요로 하는 것은 아니라 중단사유에 속하는 사실만 주장하면 주장책임을 다한 것으로 보아야 한다."라고 하면서, "원고는 ... 준비서면(기록 749면)에서 '이 사건 토지들에 관하여 원고 사찰이 관련 민사소송을 통하여 원고 승소판결을 선고받은 이상 피고의 위 토지들에 대한 시효취득은 그로 인하여 시효중단되었음이 명백하다.'라고 주장하였고, 또 원고 사찰이 이 사건 포고당에 관련하여 여러 민사소송을 제기한 사실이 쌍방 당사자에 의하여 주장되었으므로, 원심로서는 이러한 제 소송이 시효취득의 중단사유가 되는 재판상 청구 그 밖에 가처분 등에 해당하는지를 마땅히 신리하고 판단하였어야 할 것이다."라고 판시하였는데, 위 판결의 참조판결인 82다카172 판결은, "원고들은 1975. 3. 12. 이 사건 토지는 원고들의 소유에 속한다 하여 그 소유권에 기하여 피고를 상대로 이 사건 인도청구소송을 제기하였음이 명백한 바, 민법 제245조의 취득시효는 같은 법 제168조에 의한 사유 즉 재판상 청구 등에 의하여 중단된다 할 것이므로, 원심이 인정한 피고의 이 사건 토지에 대한 취득시효 완성시기인 같은 해 4. 18.은 이 사건 소송 제기 후입이 명백하므로 피고 주장의 취득시효는 당연히 원고의 이 사건 소송 제기로 인하여 중단되었다고 볼이 상당할 것이다. 그럼에도 원심이 위 취득시효 중단사유를 간과한 채 피고의 시효취득의 항변을 받아들였음은 필경 심리를 다하지 못하였거나 시효취득 또는 취득시효의 중단에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 하겠고, 이는 원심판결을 파기하지 않으면 정의와 형평에 현저히 반한다고 할 것이다."라고 판시한 것이었다.

98다15361 판결도, "지상권의 취득시효가 진행되는 도중에 소유자가 그 목적물에 대한 인도소송을 제기하면 그로써 지상권의 취득시효가 중단된다고 할 것이다. 그리고 이와 같은 취득시효의 중단에 관한 주장·입증책임이 취득시효의 완성을 다투는 자에게 있음은 물론이나, 그 주장은 반드시 명시적인 것이라야 하는 것은 아니고, 중단사유에 속하는 사실이 드러나면 그 주장책임을 다한 것으로 볼 수 있다."라고 하면서, 원심이, 사건 제재

되었다고 주장하지 아니하면 아니 된다.’는 것<sup>1492)</sup>으로 나뉜다.<sup>1493)</sup> 취득시효 중단의 주장 책임을 상당히 완화한 것들도 있다.<sup>1494)</sup>

부분에 대한 지상권의 취득시효가 완성되었다고 판단하고 피고의 지상권 취득시효 항변을 받아들여 건물의 철거와 계쟁 부분의 인도를 구하는 원고들의 청구를 기각한 데 대하여, 위 판결은, ‘사건 계쟁 부분의 소유자들인 원고들이 피고에 대하여 건물의 철거와 계쟁 부분의 인도 청구를 포함하는 이 사건 소를 위와 같이 취득시효가 완성되기 이전에 제기하였음이 기록상 분명하고, 취득시효의 목적물에 대한 원고들의 이러한 청구는 시효의 중단사유로 되는 재판상의 청구임이 명백하며, 이 점이 소송상 명백하게 드러난 이상 원고들은 그에 관한 주장 책임을 다한 것’이라 판시하였다.

- 1492) 94다18577 판결은, “시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 경우에 있어서, 피고가 시효중단사유가 되는 용소행위를 하였다고 하여 바로 시효중단의 효과가 발생하는 것은 아니고 변론주의 원칙상 시효중단의 효과를 원하는 피고로서는 당해 소송 또는 다른 소송에서의 용소행위로서 시효가 중단되었다고 주장하지 아니하면 안 된다. 피고가 변론에서 시효중단의 주장 또는 이러한 취지가 포함되었다고 불만을 주장할 수 있지 아니하는 한, 피고의 용소행위가 있었다는 사실만으로 당연히 시효중단의 효력이 발생한다고 할 수는 없는 것이다.”라고 판시한 다음, “법원의 석명권행사는 당사자의 진술에 모순, 흠결이 있거나 애매하여 그 진술의 취지를 알 수 없을 때 이를 보완하여 명료하게 하거나 입증책임이 있는 당사자에게 입증을 촉구하는 것을 그 내용으로 하는 것이니, 당사자가 주장하지도 아니한 법률효과에 관한 요건사실이나 공격방어의 방법을 시사하여 그 제출을 권유함과 같은 행위는 변론주의의 원칙에 위배되어 허용되지 아니한다고 할 것이므로, 피고 회사가 시효중단에 관한 아무런 주장을 하지 아니한 이 사건에서 원심이 피고 회사의 이 사건 용소행위가 시효중단사유에 해당하는 여부에 관하여 심리하지 아니하였다 하여 소론과 같은 석명권행사로 인한 심리미진의 위법, 시효중단에 관한 법리오해나 판단유탈의 위법 등이 있다고 할 수 없다.”라고 판시하였다.

이어서, 위 94다18577 판결을 참조판결로 하여, 96다26190 판결은, “원고가 위 계쟁 토지 부분에 대한 피고의 소유를 승인함으로써 취득시효의 진행이 중단되었다는 상고이유의 주장은 원심까지 주장하지 아니한 새로운 주장일 뿐더러, 기록상 이를 인정할 아무런 증거가 없어 이는 받아들일 수 없고, 또한 위와 같은 시효중단의 주장조차 없는 상황에서 을 제3호증이 현출된 저간의 사정에 대하여 원심이 그 취지를 설명하지 않았다고 하더라도 그 심리를 미진한 것이라고 볼 수는 없다.”라는 판시와 함께, 위 94다18577 판결의 앞부분 판시를 반복하여 판시하였다.

그리고 위 96다26190 판결을 참조판결로 하여, 2003다17927, 17934 판결은, 위 94다18577 판결의 앞부분 판시를 반복한 다음, “용소행위로 인한 시효중단의 주장은 취득시효가 완성된 후라도 사실상 변론종결 전에는 언제든지 할 수 있다고 할 것이다.”라는 판시를 덧붙이고, “피고들이 제1심부터 원심 변론종결에 이르기까지 원고들의 취득시효 주장에 대하여 용소하면서 한 주장은 단순한 부인을 넘어서 분할 전 토지의 소유권이 피고들에게 있다는 내용까지 포함된 것으로서 이는 소멸시효의 중단사유가 되는 재판상의 청구에 준하는 것이라고 할 것이고, 한편 피고들이 원심 제8차 변론기일에서 진술한 2003. 1. 7.자 준비서면으로 시효중단의 주장을 하였음이 기록상 명백하므로 원심판결에 상고이유의 주장과 같은 위법이 있다 할 수 없다.”라고 판시하였다. 나아가, ‘시효소멸’에 관하여도 2008다42416, 42423 판결은 위 2003다17927, 17934 판결을 참조판결로 하여, “변론주의 원칙상 피고가 용소행위를 하였다고 하여 바로 시효중단의 효과가 발생하는 것은 아니고 시효중단의 주장을 하여야 그 효력이 생기는 것이지만, 시효중단의 주장은 반드시 용소 시에 할 필요는 없고 소멸시효기간이 만료된 후라도 사실상 변론종결 전에는 언제든지 할 수 있는 것이다.”라고 판시하였다.

- 1493) 전자의 입장을 취한 판례 중, 96다46484 판결은, 원고가 준비서면에서 명시적으로 취득시효 중단을 주장한 사안이고, 82다카172 판결과 98다15361 판결은, 원고의 인도 내지 철거 소송에 대하여 피고가 시효취득 항변을 한 데 대해 원고가 ‘당해 소재지’를 취득시효 중단 사유로 삼아 명시적으로 재항변을 한 바 없음에도 그 주장이 있는 것으로 보아야 한다는 것으로서 위 두 판결은 그 청구와 항변 및 재항변의 구조가 거의 동일하다. 반면에, 후자의 입장을 취한 판례들은 모두 피고의 ‘용소행위’로 인한 시효중단에 관한 것이고, 그 중 96다26190 판결은 ‘채무승인’으로 인한 시효중단이 포함되어 있다.

- 1494) 즉, 점유자가 취득시효 완성일 전에 시효 완성의 이익을 포기하였다는 소유자의 주장은 승인에 의한 시효중단의 주장으로도 볼 여지가 있으므로, 법원으로서서는 석명권을 적절히 행사하여 소유자의 주장 취지를 명확히 한 다음 심리·판단하여야지, 시효완성 전에 시효이익을 미리 포기할 수 없다는 이유로 이를 배척하여서는 아니 된다고 한다(96다49735, 49742). 또한, 소유자가 점유자 내지 그 점유승계자를 상대로 그 동안 수없이 부동산 인도 요구를 하였고, 이들 또한 소유자에게 부동산에 대한 임대·교환·불하 등의 요구를 하였던 점 등으로 미루어 보면, 점유자 내지 그 점유승계자의 각 점유는 소유의 의사가 있는 점유가 아니고 명문화한 점유도 아니라는 소유자의 주장은 소유권을 승인함으로써 시효가 중단되었다는 주장으로도 볼 수 있다 할 것이므로, 법원으로서서는 석명권을 적절히 행사하여 소유자의 주장 취지를 명확히 한 다음 이에 대하여 심리·판단을 하여야 한다고

## (2) 중단사유

판례에 나타난 취득시효 중단 사유로는 재판상 청구,<sup>1495)</sup> 최고,<sup>1496)</sup> 점유이전금지가처분 등이 보인다. 점유이전금지가처분의 상대방 외에 간접점유자가 따로 있는 경우에는 직접점유자를 상대로 점유이전금지가처분을 한 뜻을 간접점유자에게 통지한 사실까지 주장·증명하여야 간접점유자에 대하여도 취득시효의 중단을 주장할 수 있다.<sup>1497)</sup> 부동산에 대한 압류·가압류는 취득시효의 중단사유가 될 수 없다.<sup>1498)</sup>

한다(94다55545,55552). 그리고 원고가, '피고는 제정 토지를 점유 중이던 1989. 9. 초순경 원고와 사용대차 계약을 체결하려 한 적이 있으므로 피고의 점유는 평온·공연한 것이 아니고, 또 원고는 1990. 1. 12.과 같은 해 3. 29. 피고에게 내용증명 우편으로 제정 토지의 인도를 요구한 바 있다'는 주장을 한 바 있고, 원고는 1988.경 그 소유인 위 559의 4 대지상에 새로운 건물을 신축하기 위해 측량을 한 결과 피고가 위 대지의 일부인 제정 토지를 점유하고 있는 사실을 발견하고 피고에게 그 인도를 요구하였던바, 피고가 그 지상 건물을 타인에게 세를 놓았으니 1년만 연장하여 달라고 하여 1989. 9. 초순경 제정 토지에 대하여 사용대차계약을 체결하기로 하고 계약서 초안까지 작성하였는데 피고가 최종적인 계약의 체결을 거절하여 그 주장과 같이 2회에 걸쳐 제정 토지의 인도를 요구한 사실을 인정할 수 있는 사실 관계하에서, 원고의 주장은 시효의 중단사유인 승인과 최고, 자주점유의 타주점유로의 전환 등의 주장으로도 볼 수 있다 할 것이므로, 원심으로서의 석명권을 적절히 행사하여 원고의 주장취지를 명확히 한 다음 이에 대하여 심리 판단을 하여야 할 것이라고 한 예(94다13244,13251)도 있다.

1495) 취득시효의 중단사유가 되는 재판상 청구에는 시효취득의 대상인 목적물의 인도 내지는 소유권 존부 확인이나 소유권에 관한 등기청구소송은 말할 것도 없고, 소유권침해의 경우에 그 소유권을 기초로 하는 방해배제 및 손해배상 혹은 부당이득반환청구소송도 이에 포함된다(96다46484). 취득시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 권리가 피고로서 옳소하고 그 소송에서 적극적으로 권리를 주장하여 그것이 받아들여진 경우에는 시효중단사유인 재판상 청구에 포함된다(2003다17927,17934). 옳소행위를 한 소유자에 대하여 배소판결이 확정되었더라도 그 판결에 재심사유가 있음을 이유로 재심청구를 하여 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우도 취득시효의 중단사유가 되는 재판상의 청구에 준하는 것으로 보아야 한다(96다28196). 이 경우 재심에 의하여 취소된 확정판결에 의해 소유권이전등기를 경료받았던 자의 취득시효는 재심의 소 제기일로부터 재심판결 확정일까지 중단된다(96다26961). 그러나 점유자가 소유자를 상대로 소유권이전등기 청구소송을 제기하면서 그 청구원인으로 '취득시효 완성'이 아닌 '매매'를 주장함에 대하여, 소유자가 이에 옳소하여 원고 청구기간의 판결을 구하면서 원고의 주장 사실을 부인하는 경우에는 원고 주장의 매매 사실을 부인하여 원고에게 그 매매로 인한 소유권이전등기청구권이 없음을 주장함에 불과한 것이어서 시효중단사유에 해당한다고 할 수 없다(97다30288).

1496) 판례가 취득시효중단 사유인 최고로 본 경우로는, 토지소유자가 그 토지의 일부를 점유하고 있는 자에게 경계의 재측량을 요구하고 그 재측량 결과에 따른 경계선 위에 돌담을 쌓아올리는 것을 점유자가 제지한 것이 시비가 되어 토지 소유자의 아버지가 점유자를 상대로 상해·재물손괴죄 등으로 고소를 제기하였다면 이는 민법 제174조 소정의 최고로 못 볼 바 아니며, 그로부터 6개월 이내에 토지인도청구의 소가 제기되었다면 경계시비 시에 취득시효가 중단되었다고 볼 것이라고 한 예(87다273,274, 87다카1772,1773). 토지 소유자가 점유자에게 토지의 인도를 통지한 경우(92다12698,12704 판결) 등을 들 수 있고, 국가나 지방자치단체가 국·공유 토지의 점유자에 대하여 그 사용료를 부과·고지하는 것만으로는 바로 취득시효가 중단되지 않는다고 보고 있다(95다33948).

1497) 대법원 1992. 10. 27. 선고 91다41064, 41071 판결. 가처분을 시효의 이익을 받은 자에 대하여 하지 아니한 때에는 이를 그에게 통지한 후가 아니면 시효중단의 효력이 없기 때문이다(민법 제176조).

1498) 대법원 2019. 4. 3. 선고 2018다296878 판결: "점유로 인한 부동산소유권의 시효취득에 있어 취득시효의 중단사유는 종래의 점유상태의 계속을 파괴하는 것으로 인정될 수 있는 사유이어야 하는데, 민법 제168조 제2호에서 정하는 '압류 또는 가압류'는 금전채권의 강제집행을 위한 수단이거나 그 보전수단에 불과하여 취득시효기간의 완성 전에 부동산에 압류 또는 가압류 조치가 이루어졌다고 하더라도 이로써 종래의 점유상태의 계속이 파괴되었다고는 할 수 없으므로 이는 취득시효의 중단사유가 될 수 없다."



## 나) 시효이익의 포기

시효이익의 포기는 달리 특별한 사정이 없는 한 '시효취득자'<sup>1499)</sup> 취득시효 완성 당시의 '진정한 소유자'에 대하여 하여야 그 효력이 발생한다.<sup>1500)</sup>

취득시효 이익의 포기는 시효의 완성으로 인하여 생기는 법률상의 이익을 받지 않겠다는 '적극적이고 일방적인 의사표시'를 말한다.<sup>1501) 1502)</sup>

## 6) 점유취득시효의 효과

부동산 점유취득시효 완성으로 소유권 취득을 위한 등기청구권이 발생할 뿐 곧바로 소유권취득의 효력이 생기는 것은 아니고, 등기를 함으로써 비로소 소유권을 취득한다.<sup>1503)</sup> 부동산을 취득시효기간 만료 당시의 점유자로부터 양수하여 점유를 승계한 현

1499) '시효이익의 포기는 시효취득자가 하여야 그 효력이 발생하는 것인바, 제생 토지의 시효취득자나 점유자가 아닌 원고의 아들이 원고의 동의를 얻어 개간지 일부에 대한 공유재산 대부신청을 하였다거나 동인이 개간지를 무단 점유하였다는 이유로 부과된 변상금을 납부하였더라도 그와 같은 사정만으로는 원고가 시효이익을 포기하였다고 볼 수 없다'고 한 예(95다33948).

1500) 대법원 1994. 12. 23. 선고 94다40734 판결: "시효이익의 포기와 같은 상대방 있는 단독행위는 그 의사표시로 인하여 권리에 직접적인 영향을 받는 상대방에게 도달하는 때에 효력이 발생한다 할 것인바, 취득시효완성으로 인한 권리변동의 당사자는 시효취득자와 취득시효완성 당시의 진정한 소유자이고, 실체관계와 부합하지 않는 원인무효인 등기의 등기부상 소유명의자는 권리변동의 당사자가 될 수 없는 것이므로, 결국 시효이익의 포기는 달리 특별한 사정이 없는 한 시효취득자가 취득시효완성 당시의 진정한 소유자에 대하여 하여야 그 효력이 발생하는 것이지 원인무효인 등기의 등기부상 소유명의자에게 그와 같은 의사를 표시하였다고 하여 그 효력이 발생하는 것은 아니라 할 것이다."(피고의 점유취득시효 완성 당시 그 진정한 소유자는 사정명의인의 상속인들인 원고들이고, 대한민국은 단지 원인무효인 등기의 등기부상 소유명의자에 불과하므로, 설사 피고가 점유취득시효가 완성된 이후에 원고들과 아무런 관계없는 대한민국과 사이에서 대부 및 매매계약을 체결하였다고 하더라도 이로써 진정한 소유자인 원고들에 대한 관계에 있어서 시효이익을 포기한 것으로 볼 수는 없다고 한 예).

1501) 국유재산을 점유하여 취득시효가 완성된 후 국가와 국유재산 대부계약을 체결하고 대부료를 납부한 사실만으로는 취득시효 완성의 이익을 포기하는 적극적인 의사표시를 한 것으로 보기 어려우나, 그러한 대부계약이 아무런 하자 없이 여러 차례에 걸쳐 체결되었다거나 단순히 대부계약의 체결에 그치지 않고 그 계약 전에 밀린 점유료를 변상금이란 명목으로 납부하는 데까지 나아갔다면 그러한 대부계약 체결이나 변상금 납부는 국가의 소유권을 인정하고 취득시효 완성의 이익을 포기한다는 적극적인 의사표시를 한 것으로 봄이 상당하다(2006다62546). 또 그 외, 시효이익 포기의 적극적인 의사표시의 존재를 긍정한 예로는, 96다24101 판결, 97다14606 판결, 95다3756 판결, 시효이익의 포기의 적극적인 의사표시의 존재를 부정한 예로는 96다32959 판결, 94다16356 판결, 94다16458 판결 참조.

1502) 점유자의 취득시효 완성 후 소유자가 토지에 대한 권리를 주장하는 소를 제기하여 승소판결을 받은 사실이 있다고 하더라도 그 판결에 의하여 시효중단의 효력이 발생할 여지는 없고, 점유자가 그 소송에서 그 토지에 대한 시효취득을 주장하지 않았다고 하여 시효이익을 포기한 것이라고도 볼 수 없으며, 그 토지에 대한 점유자의 점유가 평온, 공연한 점유가 아니게 되는 것도 아니다(96다23573, 23580).

1503) ○ 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010다73475 판결: "민법 제245조 제1항에 의하면 부동산에 관한 점유취득시효가 완성되었다더라도 소유권취득을 위한 등기청구권이 발생할 뿐 곧바로 소유권취득의 효력이 생기는 것이 아니고 등기를 함으로써 비로소 소유권을 취득한다. 따라서 취득시효의 완성 후 그 등기를 하기 전에 제3자의 처분금지가처분이 이루어진 부동산에 관하여 점유자가 취득시효 완성을 원인으로 소유권이전등기를 하였는데, 그 후 가처분권리자가 처분금지가처분의 본안소송에서 승소판결을 받고 그 확정판결에 따라 소유권이전등기를 하였다면, 점유자가 취득시효 완성 후 등기를 함으로써 소유권을 취득하였다는 이유로 그 등기 전에 처분금지가처분을 한 가처분권리자에게 대항할 수 없다. 그런데 한편 취득시효 완성 당시의 소유명의자의 소유권등기가 무효이고 취득시효 완성 후 그 등기 전에 이루어진 처분금지가처분의 가처분권리자가 취득시효 완성 당시 그 부동산의 진정한 소유자이며 그 가처분의 피보전권리가 소유권에 기한 말소등기청구권 또는 진정한회복을 위한 이전등기청구권이라면, 그 가처분에 기하여 부동산의 소유 명의를 회복한 가처분권리자는 원래 취득시효

점유자는 소유자에 대하여 전 점유자의 취득시효 완성의 효과를 주장하여 직접 자기에게 소유권이전등기를 청구할 권원은 없고, 자신의 전 점유자에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 전 점유자의 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사하여 소유자로부터 전 점유자에게로, 전 점유자로부터 자신에게로 순차로 소유권이전등기를 구하여야 한다.<sup>1504)</sup>

집합건물의 구분소유자들이 대지 전체를 공동점유하여 그에 대한 점유취득시효가 완성된 경우, 구분소유자들은 대지사용권으로 그 전유부분의 면적 비율에 따른 대지 지분을 보유하고 있다고 보아야 한다.<sup>1505)</sup>

완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 상대방이 되어야 하는 사람이므로, 그 가치불권리자로서는 취득시효 완성을 원인으로 하여 이루어진 소유권이전등기가 자신의 처분금지처분에 저촉되는 것이라고 주장하여 시효취득자의 소유권취득의 효력을 부정할 수 없으며, 취득시효 완성을 원인으로 하여 그 완성 당시의 등기명의인으로 부터 사취취득자 앞으로 이루어진 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 보아야 한다.”

○ 대법원 2013. 9. 13. 선고 2012다5834 판결: “민법 제245조 제1항에 따라 취득시효 완성으로 토지의 소유권을 취득하기 위하여는 그로 인하여 소유권을 상실하게 되는 시효 완성 당시의 소유자를 상대로 소유권이전등기청구를 하는 방법에 의하여야 하는 것이지, 제3자에 불과한 국가를 상대로 자기에게 소유권이 있음을 확인을 구할 이익은 없다. 또한 취득시효기간이 완성되었다고 하더라도 그것만으로 바로 소유권취득의 효력이 생기는 것이 아니라, 이를 원인으로 하여 소유권취득을 위한 등기청구권이 발생하는 것에 불과하고, 미등기 부동산의 경우라 하여 취득시효기간의 완성만으로 등기 없이도 점유자가 소유권을 취득한다고 볼 수 없다.”

○ 대법원 1999. 7. 9. 선고 97다53632 판결: “토지를 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 자는 등기를 함으로써 비로소 그 소유권을 취득하는 것이다. 따라서 점유자가 원소유자에 대하여 점유로 인한 취득시효기간이 만료되었음을 이유로 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하는 등 그 권리행사를 하거나 원소유자가 취득시효완성 사실을 알고 점유자의 권리취득을 방해하려고 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 원소유자는 점유자 명의로 소유권이전등기가 경료되기까지는 소유자로서 그 토지에 관한 적절한 권리를 행사할 수 있다고 할 것이므로, 그 권리행사로 인하여 점유자의 토지에 대한 점유의 상태가 변경되었다면, 그 뒤 소유권이전등기를 경료한 점유자는 변경된 점유의 상태를 용인하여야 하는 것이다.” ㉞ 인접 대지의 경계를 침범하여 건물을 소유하고 있던 점유자가 그 대지 부분에 대한 취득시효가 완성되었으나 이를 자신의 소유로 알고 원소유자에 대하여 취득시효완성을 이유로 그 권리를 주장하거나 미전등기청구권을 행사하지 아니하다가, 취득시효완성 사실을 모르고 있던 원소유자가 그 대지 부분에 건물을 신축한 후에 취득시효완성을 원인으로 소유권이전등기를 경료한 경우, 원소유자가 건물을 신축함으로써 점유자의 그 대지 부분에 대한 점유의 상태가 변경된 뒤에야 점유자가 그 대지 부분에 관한 소유권이전등기를 경료하였으므로, 점유자로서는 그 지상에 위 건물이 존재한 상태로 대지의 소유권을 취득하였다고 할 것이어서 원소유자에 대하여 위 건물의 철거를 구할 수 없다고 본 사례.

1504) 대법원 1995. 3. 28. 선고 93다47745 전원합의체 판결의 다수의견(전 점유자의 점유를 승계한 자는 그 점유자채와 하자만을 승계하는 것이지 그 점유로 인한 법률효과까지 승계하는 것은 아니기 때문이다). 이에 대하여 소수의견은, “취득시효기간만료 후 부동산에 대한 점유승계가 이루어진 경우에는 점유를 승계한 현 점유자는, 민법 제199조 제1항에 의하여 자기의 점유와 전 점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있으므로(즉, 자기의 점유기간과 승계한 전 점유자의 점유기간을 병합하여 그 전기간에 대한 법률효과를 주장할 수 있으므로), 승계한 점유의 시초부터 현재까지 자기가 점유를 계속한 경우와 동일하게 전 점유자를 대위할 필요 없이, 등기부상 소유자에 대하여 직접 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 있다고 봄이 상당하다.”라고 하였다.

현 점유자로서는 부동산을 20년 간 점유한 사실 외에 취득시효기간 만료후 전전 이전된 점유자들 사이의 법률관계가 무엇인지를 밝히서 그것이 순차적으로 채권자 대위를 가능하게 하는 법률관계임을 주장·증명하여야만 하는 어려움이 있을 수 있다(다수의견에 대한 소수의견의 비판 참조).

1505) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2012다72469 판결(집합건물의 대지 일부에 관한 점유취득시효의 완성 당시 구분소유자들 중 일부만 대지권등기나 지분이전등기를 마치고 다른 일부 구분소유자들은 이러한 등기를 마치지 않았다면, 특별한 사정이 없는 한 구분소유자들은 각 전유부분의 면적 비율에 따라 대지권으로 등기되어야 할 지분

점유자는 점유취득시효 완성 당시의 소유자에 대하여 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 가지고, 이를 등기하지 아니하고 있는 사이에 먼저 소유권이전등기를 마쳐 소유권을 취득한 제3자에 대하여는 취득시효 완성이로 대항할 수 없다(이로 인하여 점유자가 취득시효 완성 당시의 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 상실하는 것은 아니고 단지 소유자의 점유자에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능이 되는 것뿐이므로, 그 후 어떠한 사유로 취득시효 완성 당시의 소유자에게로 소유권이 회복되었다면 원칙적으로 점유자는 소유자에게 취득시효 완성을 주장할 수 있다).<sup>1506)</sup>

부동산 점유취득시효는 '원시취득'에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한에 의하여 영향을 받지 아니하는 완전한 내용의 소유권을 취득하지만,<sup>1507)</sup> 진정한 권리자가 아니었던 채무자 또는 물상보증인이 채무담보의 목적으로 채권자에게 부동산에 관하여 저당권설정등기를 경료해 준 후 그 부동산을 시효취득하는 경우에는, 저당목적물의 시효취득으로 저당권자의 권리가 소멸하지 않는다.<sup>1508)</sup>

취득시효 완성 후 그 등기를 하기 전에 제한물권 등이 설정된 경우, 이는 제3자가 소유권을 취득한 때와 마찬가지로 점유자는 그 제3자에게 대항할 수 없다고 보아야 한다. 판례도 동일한 취지이다.<sup>1509)</sup>

에서 부족한 지분에 관하여 등기명의인을 상대로 점유취득시효완성을 원인으로 한 지류이전등기를 청구할 수 있다).

1506) 부동산에 대한 점유취득시효가 완성될 당시 신탁법상의 신탁계약에 따라 수탁자 명의로 소유권이전등기와 신탁등기가 되어 있더라도 수탁자가 신탁재산에 대하여 대내외적인 소유권을 가지는 이상 점유자가 수탁자에 대하여 취득시효 완성을 주장하여 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있을 것이지만, 이를 등기하지 아니하고 있는 사이에 부동산이 제3자에게 취득되어 그 명의로 소유권이전등기가 마쳐짐으로써 점유자가 그 제3자에 대하여 취득시효 완성을 주장할 수 없게 되었다면 그 제3자가 다시 별개의 신탁계약에 의하여 동일한 수탁자 명의로 소유권이전등기와 신탁등기를 마침으로써 부동산의 소유권이 취득시효 완성 당시의 소유자인 그 수탁자에게 회복되는 결과가 되었다면 그 수탁자는 특별한 사정이 없는 한 취득시효 완성 후의 새로운 이해관계인에 해당하므로 점유자는 그에 대하여도 취득시효 완성을 주장할 수 없다(대법원 2016. 2. 18. 선고 2014다61814 판결).

1507) 이러한 소유권취득의 반사적 효과로서 그 부동산에 관하여 취득시효 기간 진행 중에 체결되어 소유권이전등기청구권 가등기에 의하여 보전된 매매예약상의 대수인의 지위는 소멸된다고 할 것이지만, 시효기간이 완성되었다고 하더라도 점유자 앞으로 등기를 마치지 아니한 이상 전 소유권에 붙어 있는 위와 같은 부담은 소멸되지 아니한다(2004다31463: 같은 취지에서, 부동산점유취득시효 기간이 경과하면 시효취득자는 점유부동산에 대한 소유권이전등기청구권이라는 채권적 청구권을 취득할 뿐, 부동산에 대한 소유권이전등기가 경료되기 전까지는 부동산에 대한 소유권을 취득하는 것은 아니라는 이유로, 점유취득자로서 아직 소유권이전등기를 마치지 아니한, 즉 미등기 상태인 원고의 피고들에 대한 가등기말소청구를 배척한 원심의 판단을 정당한 것으로 수감한 예).

1508) 그 채무자 또는 물상보증인은 피담보채권의 변제 의무 내지 책임이 있는 사람으로서 이미 저당권의 존재를 용인하고 점유하여 온 것이기 때문이다. 이러한 법리는 부동산 양도담보의 경우에도 마찬가지이므로, 양도담보권설정자가 양도담보부동산을 20년간 소유의 의사로 명문, 공연하게 점유하였다고 하더라도, 양도담보권자를 상대로 피담보채권의 시효소멸을 주장하면서 담보 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 별론으로 하고, 점유취득시효를 원인으로 하여 담보 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없고, 이와 같은 효과가 있는 양도담보권설정자 명의로의 소유권이전등기를 구할 수도 없다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다21649 판결).

1509) 대법원 1991. 2. 26. 선고 90누5375 판결: "국세징수법의 규정에 기한 체납처분으로서의 압류는 납세자의

## 7) 등기부취득시효

등기부취득시효의 요건사실은, '부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 과실 없이 그 부동산을 점유한 사실'이다(소유의 의사, 평온, 공연, 선의는 추정된다).

위 요건 중 '소유자로 등기한 자'라 함은, 적법·유효한 등기를 마친 자일 필요는 없고 무효의 등기를 마친 자라도 상관없지만,<sup>1510)</sup> 그 등기는 1부동산 1용지주의에 위배되지 아니하는 등기여야 하고,<sup>1511)</sup> 앞사람의 등기까지 아울러 10년 동안 부동산의 소유자로 등기되어 있으면 되지만, 그 주장은 있어야 하며, 등기기간과 점유기간이 때를 같이하여 다 같이 10년임을 요한다.<sup>1512) 1513)</sup>

재산을 대상으로 하여야 하고 그 압류대상으로 된 재산이 등기되어 있는 부동산인 경우에 그 재산이 납세자의 소유에 속하는 지의 여부는 등기의 효력에 의하여 판단하여야 할 것인바, ... 피고가 압류할 당시에 20년의 부동산취득시효기간이 이미 경과되어 있었다고 할지라도 그 때까지 원고가 등기를 하지 아니하였더라면 제3자인 피고에 대하여 원고가 시효취득을 이유로 소유권을 주장할 수 없다고 할 것이고 압류 후에 원고가 소유권이전 등기를 하여 그 취득시효로 인한 권리취득의 효력이 점유를 개시한 때에 소급한다고 하더라도 제3자인 피고와의 관계에서까지 그 소급효가 인정되는 것은 아니라고 할 것이므로 같은 취지에서 판단한 원심의 조치는 정당하고 ... 또한 채납자의 특정재산에 대한 법률상 또는 사실상의 처분을 금지하게 하는 압류에서의 이른 바 처분금지의 효력은 압류채권자와의 관계에서 상대적으로 발생하는 것으로 압류채권자는 제3취득자에 대하여 압류의 효력을 주장할 수 있고 제3취득자는 이로써 압류채권자에게 대항할 수 없게 된다 할 것인바, 이 사건 압류 후에 원고가 시효취득에 의하여 소유권이전등기를 경료하였더라도 압류채권자인 피고에게는 대항할 수 없으므로"

1510) 대법원 1998. 1. 20. 선고 96다48527 판결.

1511) ○ 대법원 1998. 7. 14. 선고 97다34693 판결; "위 법 조항의 '등기'는 부동산등기법 제15조가 규정한 1부동산 1용지주의에 위배되지 아니하는 등기를 말한다고 할 것이므로, 이 사건 토지에 관하여 등기명의인을 달리하여 ... 2중으로 멸실회복등기가 이루어졌으나 위 각 멸실회복등기의 바탕이 된 소유권보존등기가 동일한 등기인지 중복등기인지 여부를 밝힐 수 있는 자료가 없는 이 사건과 같은 경우에도 위 각 회복등기나 그에 터잡아 이루어진 각 소유권이전등기를 근거로 하여서는 등기부취득시효의 완성을 주장할 수 없다고 보아야"  
○ 대법원 1996. 10. 17. 선고 96다12511 전원합의체 판결; "어느 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 소유권보존등기가 2중으로 경료된 경우 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 아니어서 뒤에 된 소유권보존등기가 무효로 되는 때에는 뒤에 된 소유권보존등기나 이에 터잡은 소유권이전등기를 근거로 하여서는 등기부취득시효의 완성을 주장할 수 없다."

1512) ○ 대법원 1989. 12. 26. 선고 87다카2176 전원합의체 판결의 다수의견; "위 규정에 의하여 소유권을 취득하는 자는 10년간 반드시 그의 명의로 등기되어 있어야 하는 것은 아니고 앞사람의 등기까지 아울러 그 기간동안 부동산의 소유자로 등기되어 있으면 된다는 것으로 풀이하여야 할 것이다. 왜냐하면 등기부취득시효에 있어서의 등기와 점유는 권리의 외관을 표상하는 방법에서 동등한 가치를 가진다 할 것이므로 등기에 관하여서도 점유의 승계에 관한 민법 제199조를 유추적용함이 타당할 뿐만 아니라 위 규정이 '부동산의 소유자로 등기한 자'라는 문언을 썼다하여 반드시 그 앞사람의 등기를 거기에서 배제하는 것이라고는 볼 수 없기 때문이다."  
○ 대법원 2001. 1. 16. 선고 98다20110 판결; "10년간 반드시 그의 명의로 등기되어 있어야 하는 것은 아니고 앞사람의 등기까지 아울러 그 기간 동안 부동산의 소유자로 등기되어 있으면 된다고 할 것이지만, 그 등기된 기간과 점유기간이 때를 같이하여 다 같이 10년임을 요한다고 할 것이므로, 위 각 토지에 대하여 1977년 무렵 대한불교 보광사 명의의 소유권이전등기가 경료된 후 10년이 경과하기 전인 1982. 10. 25. 그 소유권이전등기가 말소된 이상 이미 등기부취득시효의 요건을 충족할 수는 없다고 할 것이어서 이 부분에 대한 원심의 판단은 옳고, ... 등기는 물권의 효력발생요건이고 효력존속요건이 아니므로 물권에 관한 등기가 원인 없이 말소된 경우에 그 물권의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는 것이므로, 등기부취득시효가 완성된 후에 그 부동산에 관한 점유자 명의의 등기가 말소되거나 적법한 원인 없이 다른 사람 앞으로 소유권이전등기가 경료되었다 하더라도, 그 점유자는 등기부취득시효의 완성에 의하여 취득한 소유권을 상실하는 것은 아니라고 할 것이다."

○ 대법원 1993. 12. 14. 선고 93다43361 판결; "민법 제245조 제2항의 규정에 의한 소유권의 취득을 주장하

등기부취득시효의 주장자는 점유의 개시에 과실이 없었음을 증명할 책임을 지고, 여기서 무과실이라 함은 점유자가 자기의 소유라고 믿은 데에 과실이 없음을 말한다.<sup>1514)</sup> 등기부취득시효에서 선의·무과실은 등기에 관한 것이 아니고 점유 취득에 관한 것이다.<sup>1515)</sup>

등기부상 소유명의인과 매도인이 동일인인 경우에는 그를 소유자로 믿고 그 부동산을 매수한 자는 특별한 사정이 없는 한 과실 없는 점유자로 보아야 하나, 등기부의 기재나 다른 사정에 의하여 매도인의 권한에 대하여 의심할 만한 사정이 있다면, 매도인 명의로 된 등기를 믿고 매수하였다 하여 그것만 가지고 과실이 없다고 할 수 없다.<sup>1516) 1517)</sup>

는 경우 ... 자신이 부동산의 소유자로 등기한 기간만을 주장할 것이지, 또는 전점유자가 부동산의 소유자로 등기한 기간까지 아울러 주장할 것인지는 ... 소유권의 취득을 주장하는 당사자가 선택하여야 되는 것이므로, 당사자가 자신이 부동산의 소유자로 등기한 기간만으로 소유권의 취득을 주장한 경우에는, 법원으로서도 당사자가 한 그 주장에 대하여만 판단하면 되는 것이지, 그 주장이 인정되지 않는다고 하여 당사자가 주장하지도 아니한 전점유자가 부동산의 소유자로 등기한 기간까지 포함하여 점유로 인한 부동산소유권의 취득기간이 경과하였는지의 여부를 판단할 필요는 없는 것이다."

○ 대법원 1989. 12. 26. 선고 89다카6140 판결: "상속인은 상속의 개시 즉 피상속인의 사망이라는 법률요건의 성립에 의하여 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계하고 권리의 득실변경에 등기를 요건으로 하는 경우에도 상속인은 등기를 하지 아니하고도 상속에 의하여 곧바로 그 권리를 취득하는 것이므로 ... 피상속인 명의로 소유권이전등기가 10년 이상 경료되어 있는 이상 상속인은 부동산등기부시효취득의 요건인 '부동산의 소유자로 등기한 자'에 해당한다 할 것이어서, 이 경우 피상속인과 상속인의 점유기간을 합산하여 10년을 넘을 때에 등기부취득시효기간이 완성된다 할 것이다."

- 1513) ○ 대법원 1995. 6. 16. 선고 94다4615 판결: "등기부상만으로 어떤 토지 중 일부가 분할되고 그 분할된 토지에 대하여 지번과 지적이 부여되어 등기되어 있다고 하더라도 위와 같은 지적공부 소관청에 의한 지번, 지적, 지목, 경세확정 등의 분필절차를 거친 바가 없다면 그 등기가 표상하는 목적물은 특정되었다고 할 수는 없다고 할 것이니, 그 등기부에 소유자로 등기된 자가 그 등기부에 기재된 면적에 해당하는 만큼의 토지를 특정하여 점유하였다고 하더라도 그 등기는 그가 점유하는 토지부분을 표상하는 등기로 볼 수 없어 그 점유자는 등기부취득시효의 요건인 '부동산의 소유자로 등기한 자'에 해당하지 아니한다고 할 것이므로 그가 점유하는 부분에 대하여 등기부시효취득을 할 수는 없다고 할 것이다."

○ 대법원 1993. 8. 27. 선고 93다4250 판결: "공유자의 1인이 공유부동산 중 특정부분만을 점유하여 왔다면 그 특정부분에 대한 공유자분의 범위 내에서만 민법 제245조 제2항에서 말하는 '부동산의 소유자로 등기한 자'와 '부동산을 점유한 때'라는 등기부취득시효의 요건을 구비한 경우에 해당될 뿐이고 그 나머지 부분은 이에 해당하지 않는 것이다."

○ 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다8097 판결: "명의신탁자가 스스로 점유를 계속하면서 등기명의를 수탁자에게 이전한 경우에 수탁자의 등기명의를 신탁자의 등기명의와 동일한 것으로 볼 수는 없다."

- 1514) 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016다220679 판결.

- 1515) 따라서 등기경료 이전부터 점유를 하여 온 경우에는 그 점유개시 당시를 기준으로 그 점유의 개시에 과실이 없었는지 여부에 관하여 심리판단하여야 한다(93다28089).

- 1516) 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다248424 판결.

즉, 부동산 매매에 있어서 등기부상 명의인이 매도인 아닌 제3자인 경우에는 거래관념상 매도인의 권한에 대하여 의심할만한 사정이 있다고 할 것이므로, 매수인은 등기부상 소유명의자에게 대하여 그 진부를 확인하거나 매도인에게 처분권한이 있는지 여부에 관하여 확인하지 아니하는 한 그 부동산을 인도받아 선의로 점유하였다고 하더라도 과실 없이 점유를 개시하였다고 볼 수는 없는 것이고, 또한 위와 같은 과실이 부동산을 매수하여 점유를 취득할 당시에 존재하였다면 그 후 매도인이 등기명의를 취득하였다고 하더라도 무과실로 전환된다고 할 수 없다(92다30245 판결).

본인의 대리인으로서 처분권한을 위임받았다고 칭하는 자로부터 부동산을 매수하는 자가 직접 본인에 대하여 대리권의 유무를 확인하지 아니하였다면, 그 부동산을 인도받아 선의로 점유하였다고 하더라도 과실이 있었다고 할 것이다(90다카544).

- 1517) ㉠ 무과실의 예

○ 국가가 몰수판결의 전제가 된 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정 이전에 외관상 확정된 몰수판결에 기하여

## 바. 동산의 선의취득

평온, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실 없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다(민법 제249조, 민법 제349조에 의해 동산 질권에 준용).<sup>1518)</sup> 즉, 동산의 소유권 및 질권에 관하여 공신의 원칙으로서 선의취득이 인정된다.

### 1) 선의취득 항변의 요건사실

동산의 선의취득은 통상 원고의 소유권에 기한 인도청구에 대하여 소유권상실의 항변으로서 기능한다. 동산질권의 선의취득은 정당한 점유 권원의 항변으로서 기능한다.<sup>1519)</sup>

선의취득 항변의 요건사실은 ① '양도인의 동산'<sup>1520)</sup> 점유<sup>1521)</sup> 사실', ② '양도인과 양수

토지 소유권을 취득하고 점유하기 시작하였다면 그 점유는 토지를 자기 물건이라고 믿은 데에 과실이 없이 개시되었다고 보아야 한다고 한 예(97다57078).

#### ◎ 유과실의 예

○ 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016다220679 판결: "부동산에 등기부상 소유자가 존재하는 등 소유자가 따로 있음을 알 수 있는 경우에는 비록 그 소유자가 행방불명되어 생사 여부를 알 수 없다고 하더라도 그 부동산이 바로 무주부동산에 해당하는 것은 아니므로, 이와 같이 소유자가 따로 있음을 알 수 있는 부동산에 대하여 국가가 국유재산법 제8조에 의한 무주부동산 공고절차를 거쳐 국유재산으로 등기를 마치고 점유를 개시하였다면, 특별한 사정이 없는 한 그 점유의 개시에 있어서 자기의 소유라고 믿은 데에 과실이 있다고 할 것이다."

○ '상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는 상속인은 새로운 권원에 의하여 자기의 고유의 점유를 개시하지 않는 한 피상속인의 점유를 떠나 자신만의 점유를 주장할 수 없다고 할 것이므로, 등기부시효취득을 주장하는 당사자가 그의 부의 사망으로 토지에 대한 점유권을 상속에 의하여 취득하였고, 그의 부 역시 조부의 사망으로 그 토지에 대한 점유권을 상속에 의하여 취득한 것이라면, 특별한 사정이 없는 한 그 당사자나 그의 부는 새로운 권원에 의하여 그 점유를 개시한 것이라고 볼 수는 없다 할 것이어서 결국 그 당사자는 그의 조부가 그 토지에 대한 점유를 개시한 때에 과실이 없었음을 주장 입증하여야 한다.'고 하고, 조부가 일제시대에 사정명의 인으로부터 매수하였다는 말을 부로부터 듣게 되어 선대로부터 내려오는 상속재산으로 믿고 점유하였다는 사실만으로는 점유개시에 과실이 없었다는 점이 증명되었다고 보기는 어렵다고 한 예(94다22651).

○ 중종 명의로 등기된 부동산을 매수함에 있어 매도인이 제시한 위조된 중종정판과 매도결의서의 내용을 제대로 살피지 아니한 과실로 매도인에게 차분권한 없음을 알지 못하고 점유하였다고 하여 등기부시효취득 주장을 배척한 사례(90다13178).

1518) 선의취득 규정은 점유인도를 물건변동 요건으로 삼는 동산의 소유권취득에 관한 것으로서, 등기·등록을 물건변동 요건으로 삼는 부동산 등에 성립하는 저장권에는 적용되지 않는다(84다카2428).

1519) 대법원 1998. 6. 12. 선고 98다6800 판결: "민법 제249조의 동산 선의취득제도는 동산을 점유하는 자의 권리의관을 중시하여 이를 신뢰한 자의 소유권 취득을 인정하고 진정한 소유자의 추급을 방지함으로써 거래의 안전을 확보하기 위하여 법이 마련한 제도이므로 위 법조 소정의 요건이 구비되어 동산을 선의취득한 자는 권리를 취득하는 반면, 종전 소유자는 소유권을 상실하게 되는 법률효과가 법률의 규정에 의하여 발생되므로, 취득자가 임의로 이와 같은 선의취득 효과를 거부하고 종전 소유자에게 동산을 반환받아 갈 것을 요구할 수 없다고 할 것이다." "채무자 이외의 자의 소유에 속하는 동산을 경매하여 그 매득금을 배당받은 채권자가 그 동산을 경락받아 선의취득자의 지위를 겸하고 있는 경우, 배당받은 채권자가 법률상 원인 없이 이득을 한 것은 배당액이지 선의취득한 동산이 아니므로, 동산의 전 소유자가 임의로 그 동산을 반환받아 가지 아니하는 이상 동산 자체를 반환받아 갈 것을 요구할 수는 없고 단지 배당금을 부당이득으로 반환할 수밖에 없다고 판시.

1520) 선의취득의 대상은 동산이다. 따라서 ① 자동차관리법이 적용되는 자동차의 소유권 취득은 '등록'에 의하므로, 공시방법으로 '인도'를 전제로 한 선의취득 규정은 적용되지 아니함이 원칙이나, 공시방법으로 '인도'에 의할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 선의취득 규정이 적용될 수 있고(2016다205373), ② 서울시가 무허가



인 간 거래행위의 존재', ③ '그 거래행위에 기한 양수인의 점유 취득<sup>1522)</sup> 사실', ④ '(양도인의 무권리에 대하여 선의인 데 대한) 양수인의 무과실'이다.

양도인이 적법한 권리자라면 양수인은 그 권리를 적법하게 승계취득하므로 선의취득의 문제가 생길 여지가 없고, 양도인의 무권리에 대하여는 선의취득 주장 이전 단계에서 통상 드러나 있을 것이므로, 양도인의 무권리는 적극적으로 주장·증명하여야 할 별도의 요건사실이 아니다.

선의취득은 동산 거래의 안전을 보호하기 위한 것이므로, '거래행위가 존재하는 것'을 당연한 전제로 하는 것이어서, 선의취득을 주장하는 자가 '거래행위를 통하여 양수한 사실'을 주장·증명하여야 한다.<sup>1523)</sup>

무과실은 추정을 받지 않는다. 선의취득을 주장하는 자가 무과실의 증명책임을 진다는 것이 확고한 판례<sup>1524)</sup>의 입장이고 이는 조문 규정 형식상 타당하다. 선의, 무과실의 기준 시점은 물건행위가 완성되는 때이므로, 물건적 합의가 동산의 인도보다 먼저 행하여지면 인도된 때를, 인도가 물건적 합의보다 먼저 행하여지면 물건적 합의가 이루어진 때를 기준으로 하여야 한다.<sup>1525) 1526)</sup>

전물을 자진철거하는 시민들을 위하여 건립하는 연립주택의 입주권은 수분양자로서의 지위에 불과한 것이므로 선의취득의 대상이 될 수 없으며(79다2233), ③ 수표상의 권리 소멸에 따른 이득상환청구권도 선의취득의 대상이 될 수 없다(80다537). ④ 문화재보호법 제99조 제4항에 따라 문화재의 매매 등 거래행위에 관하여는 민법 제249조의 선의취득에 관한 규정이 적용되지 아니하고, 다만 양수인이 경매나 문화재 매매업자 등으로부터 선의로 이를 매수한 경우에는 피해자 또는 유실자는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 반환을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

1521) 66다1545, 1546: "집달관이 유체동산을 가압류하였다 하더라도, 집달관이 종전의 점유자에게 계속하여 그 보관을 명한 경우에 있어서는 점유자의 사법상의 점유가 소멸되는 것이 아니므로, 그 동산을 점유하는 소유자가 이를 타인에게 매도하고, 그 타인이 선의로 점유인도를 받은 경우에는 그 타인은 그 동산의 소유권을 적법하게 취득할 수 있다."

1522) 80다2530: "동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 이미 현실적인 점유를 하고 있는 양수인에게 간이인도에 의한 점유 취득으로 그 요건은 충족할 수 있다." / 97다48906: "양도인이 소유자로부터 보관을 위탁받은 동산을 제3자에게 보관시킨 경우에 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도하고 지명채권 양도의 대항요건을 갖추었을 때에는 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득 요건을 충족한다." ◆ 77다1872: "동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적인 인도가 있어야 하고, 점유개정에 의한 점유 취득만으로서 는 그 요건을 충족할 수 없다"

1523) 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007다36933, 36940 판결: "동산의 선의취득은 양도인이 무권리자라고 하는 점을 제외하고는 아무런 흠이 없는 거래행위이어야 성립한다. 따라서 저당권의 실행으로 부동산이 경매된 경우에 그 부동산에 부합된 물건은 그것이 부합될 당시에 누구의 소유이었던지를 가릴 것 없이 그 부동산을 낙찰받은 사람이 소유권을 취득하지만, 그 부동산의 상용에 공하여진 물건일지라도 그 물건이 부동산의 소유자가 아닌 다른 사람의 소유인 때에는 이를 종물이라고 할 수 없으므로 부동산에 대한 처당권의 효력에 미칠 수 없어 부동산의 낙찰인이 당연히 그 소유권을 취득하는 것은 아니며, 나아가 부동산의 낙찰인이 그 물건을 선의취득 하였다고 할 수 있으려면 그 물건이 경매의 목적물로 되었고 낙찰인이 선의이며 과실 없이 그 물건을 점유하는 등으로 선의취득의 요건을 구비하여야 한다고 할 것이다. ... 이 사건 선물이 경매되었다고 하여 이 사건 렌탈 목적물 중 종물의 성격을 가지는 물건까지도 경매된 것으로는 볼 수 없다고 할 것이고, 달리 원고가 그 물건들을 거래행위를 통하여 양수하였다는 주장이나, 입증이 없는 이상 원고가 그 물건들을 현재 점유하고 있다는 것만으로는 선의취득의 요건을 구비한 것으로 볼 수는 없다."

1524) 대법원 1999. 1. 26. 선고 97다48906 판결 등.

## 2) 선의취득 항변에 대한 재항변 사유

선의, 평온, 공연은 추정을 받는다(민법 제197조 제1항). 따라서 이를 다투는 자가 평온, 공연한 점유가 아님을 주장·증명하여야 한다.<sup>1527)</sup> 악의의 점유 주장 등은 선의취득 항변에 대한 재항변 사유이다.

동산의 선의취득은 양도인이 무권리자라고 하는 점을 제외하고는 아무런 흠이 없는 거래행위이어야 성립하는데,<sup>1528)</sup> 양도인과 양수인 간 거래행위의 효력에 대한 장애·소멸 사유(무능력, 대리권 흠결, 착오·사기 등의 무효·취소사유)는 선의취득 항변에 대한 재항변 사유에 해당한다.

## 3) 도품, 유실물에 대한 특례

민법 제250조나 제251조는<sup>1529)</sup> 다 같이 민법 제249조의 선의취득의 요건이 충족된 경우에 관한 규정으로서, '위탁물 횡령이나, 점유보조자 내지 소지기관 횡령'의 경우에는 적용되지 않고, 민법 제251조는 무과실을 명문으로 규정하고 있지는 아니하나 민법 제249조와 제250조를 전제로 하는 규정이므로 '무과실'도 당연한 요건으로 해석된다.<sup>1530)</sup>

민법 제251조는 선의취득자에게 그가 지급한 대가의 변상을 받을 때까지 물건의 반환

1525) 대법원 1991. 3. 22. 선고 91다70 판결.

1526) 소유권유보약정이 있는 동산 매매계약의 매수인이 대금을 모두 지급하지 않은 상태에서 목적물을 다른 사람에게 양도한 경우, 양수인이 그 목적물의 양수 당시 양도인이 매매계약의 합부금 중 일부를 원래의 매도인에게 지급하지 못하고 있음을 알았다면, 소유권이 유보되어 있는지에 관하여 조사하는 등 양수인에게 통상적으로 요구되는 양도인의 양도권원에 관한 주의의무를 다하여야 선의취득의 무과실이 인정된다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다93671 판결).

1527) 대법원 1986. 2. 25. 선고 85다카1891 판결 참조.

1528) 대법원 1995. 6. 29. 선고 94다22071 판결.

1529) 민법 제250조(도품, 유실물에 대한 특례) 전조의 경우에 그 동산이 도품이나 유실물인 때에는 피해자 또는 유실자는 도난 또는 유실한 날로부터 2년 내에 그 물건의 반환을 청구할 수 있다. 그러나 도품이나 유실물이 금전인 때에는 그러하지 아니하다. 제251조(도품, 유실물에 대한 특례) 양수인이 도품 또는 유실물을 경매나 공개시장에서 또는 동 종류의 물건을 판매하는 상인에게서 선의로 매수한 때에는 피해자 또는 유실자는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있다.

1530) 대법원 1991. 3. 22. 선고 91다70 판결; "민법 제250조나 제251조는 다 같이 민법 제249조의 선의취득의 요건이 충족된 경우들에 관한 규정으로서 위 제250조는 목적물이 진정한 권리자의 의사에 반하거나 의사에 의하지 않고 그 점유를 이탈한 도품, 유실물인 때에 피해자, 유실자는 선의취득자에 대하여 2년간 그 물건의 반환을 청구할 수 있는 제도에 관한 규정이고 위 제251조는 양수인이 위와 같은 도품이나 유실물을 경매나 공개시장 또는 동 종류의 물건을 판매하는 상인에게서 선의(무과실)하게 매수한 때에는 종전의 소유자는 그 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있는 제도에 관한 규정인바, 여기에 도품 유실물이란 위에서 본 제도의 취지에 비추어 원권리자로부터 점유를 수탁한 사람이 적극적으로 제3자에게 부정 처분한 경우와 같은 위탁물 횡령의 경우는 포함되지 아니하고 또한 점유보조자 내지 소지기관의 횡령처럼 형사법상 절도죄가 되는 경우도 형사법과 민사법의 경우를 반드시 동일시 해야 하는 것은 아닐 뿐만 아니라 진정한 권리자와 선의의 거래 상대방간의 이익형량의 필요성에 있어서 위탁물 횡령의 경우와 다를 바 없으므로 이 역시 민법 제250조의 도품, 유실물에 해당되지 않는다고 보아야 하고 또한 민법 제251조는 같은 법 제249조의 경우와는 달리 무과실을 명문으로 규정하고 있지는 아니하나 같은 조문은 위에서 본 것처럼 위 제249조와 제250조를 전제로 하는 규정이므로 무과실도 당연한 요건이라고 해석해야만 한다."

청구를 거부할 수 있는 항변권뿐만 아니라, 피해자가 물건의 반환을 청구하거나 반환을 받은 경우에 대가 변상의 청구권까지 인정한 것이다.<sup>1531)</sup>

#### 4) 기 타

유동집합물에 대한 양도담보계약의 목적물을 선의취득하지 못한 양수인이 그 양도담보의 효력이 미치는 목적물이나 자기 소유인 동종의 물건을 섞어 관리함으로써 당초의 양도담보의 효력이 미치는 목적물의 범위를 불명확하게 한 경우에는 양수인으로 하여금 그 양도담보의 효력이 미치지 아니하는 물건의 존재와 범위를 증명하도록 하는 것이 공평의 원칙에 부합한다.<sup>1532)</sup>

### 사. 공 유

#### 1) 공유물에 관한 보존행위

##### 가) 말소등기청구

부동산의 공유자 중 한 사람은 해당 부동산에 관하여 무효의 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우에 민법 제265조<sup>1533)</sup> 단서에서 정하는 공유물에 관한 보존행위<sup>1534)</sup>로서 자신의 공유지분<sup>1535)</sup>을 넘어서 그 무효인 등기 전부의 말소를 청구할 수 있고,<sup>1536)</sup> 각

1531) 대법원 1972. 5. 23. 선고 72다115 판결.

1532) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004다22858 판결.

1533) 민법 제265조(공유물의 관리, 보존) 공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정한다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다.

1534) ① 공유물의 보존행위는 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 그 현상을 유지하기 위하여 하는 사실적, 법률적 행위이다. 민법 제265조 단서의 취지는 그 보존행위가 긴급을 요하는 경우가 많고 다른 공유자에게도 이익이 되는 것이 보통이기 때문이다(대법원 2019. 9. 26. 선고 2015다208252 판결). ② 공유자 1인의 보존권 행사 결과가 다른 공유자의 이해와 충돌될 때에는 보존행위로 될 수 없다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다49425 판결). 원심이, 피고가 망 소외 1로부터 중여를 원인으로 받은 소유권이전등기에 관하여 원고가 자신의 상속분뿐만 아니라 공동상속인 소외 2 등의 각 상속분에 대하여도 공유물의 보존행위로서 원인 무효인 등기의 말소를 구할 수 있다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 망인으로부터 증여받은 것이라는 피고 주장에 부합하는 증언을 하거나 피고 명의의 이전등기에 의의가 없다는 입장을 밝힌 소외 2 등의 태도가 피고 주장이 받아들여지지 않는 경우에도 자신들은 이를 인정하거나 자신들의 상속분을 피고에게 새롭게 증여하여 그 현상을 유지하겠다는 취지라면, 원고가 소외 2 등의 각 상속분까지 말소를 구하는 것은 소외 2 등의 이해와 충돌되어 공유물의 보존행위로 될 수 없다고 한 예). ③ 공유자의 한 사람이 공유물의 보존행위로서 그 공유물의 일부 지분에 관하여서만 재판상 청구를 하였으면 그로 인한 취득시효 중단의 효력은 그 공유자와 그 청구한 소송물에 한하여 발생한다(99다15146).

1535) ① 공유지분

○ 민법 규정: 공유자의 지분은 균등한 것으로 추정되고(제262조 제2항), 공유자는 그 지분을 처분할 수 있으며, 공유물 전부를 지분의 비율로 사용, 수익할 수 있고(제263조), 공유자가 그 지분을 포기하거나 상속인이 사망한 때에는 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속한다(제267조).

○ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다52978 판결: "공유지분의 포기는 법률행위로서 상대방 있는 단독행위에 해당하므로, 부동산 공유자의 공유지분 포기의 의사표시가 다른 공유자에게 도달하더라도 이로써 곧바로 공유지분 포기에 따른 물건변동의 효력이 발생하는 것은 아니고, 다른 공유자는 자신에게 귀속될 공유지분에 관하여 소유권이전등기청구권을 취득하며, 이후 민법 제186조에 의하여 등기를 하여야 공유지분 포기에 따른 물건변동의 효력이 발생한다. 그리고 부동산 공유자의 공유지분 포기에 따른 등기는 해당 지분에 관하여 다른 공유

공유자에게 해당 지분별로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 이행할 것을 단독으로 청구할 수 있다.<sup>1537)</sup> 그러나 공유자가 '다른 공유자의 지분권'을 대외적으로 주장하는 것은 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 공유물의 현상을 유지하는 사실적·법률적 행위인 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수 없으므로, 자신의 소유 지분을 침해하는 지분 범위를 초과하는 부분에 대하여 공유물에 관한 보존행위로서 무효라고 주장하면서 그 부분 등기의 말소를 구할 수는 없다.<sup>1538)</sup> 결국, 공유물에 관한 원인무효의 등기에 대하여 모든 공유자가 항상 공유물의 보존행위로서 말소를 구할 수 있는 것은 아니고, 원인무효의 등기로 인하여 자신의 지분이 침해된 공유자에 한하여 공유물의 보존행위로서 그 등기의 말소를 구할 수 있을 뿐이므로, 원인무효의 등기가 특정 공유자의 지분에만 한정하여 마쳐진 경우에는 그로 인하여 지분을 침해받게 된 특정 공유자를 제외한 나머지 공유자들은 공유물의 보존행위로서 위 등기의 말소를 구할 수는 없다.<sup>1539)</sup>

자 앞으로 소유권이전등기를 하는 행태가 되어야 한다.”

1536) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다49425 판결(따라서 공동상속에 의하여 여러 사람의 공유로 된 부동산에 관하여 공동상속인 중 1인이 피상속인과의 사이에 행하여졌다는 매매 등 효력 없는 계약을 원인으로 하여 공유물 전부에 관하여 소유권이전등기를 경료한 경우에도, 다른 상속인은 공유물에 관한 보존행위로서 등기명의인의 상속분을 제외한 나머지 공유지분 전부에 관하여 그 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 것을 청구할 수 있다).

1537) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2003다40651 판결.

그러나 공유자 중 1인이 이미 소유권이전등기 말소등기청구에 대한 패소 확정판결을 받은 경우, 다른 공유자가 그 공유자의 지분에 관하여 보존행위로서 말소등기를 구할 수는 없고(92다33701), 확정판결에 의하여 지분소유권 이전등기를 넘겨준 공유자 중 1인이, 공유물의 보존행위로서 자신의 지분에 관한 소유권이전등기의 말소등기 절차를 구할 수는 없다(94다61649).

1538) ① 2009다67429; 원고와 피고의 중증조부이자 자손이 없는 소외 망인이 임야를 매수한 후 망인 및 원고와 피고의 형 등 3인 명의로 임야에 관한 각 1/3 지분이전등기를 마쳤는데, 망인 사망 후 피고가 망인 소유의 1/3 지분에 관하여 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법에 따라 증여를 원인으로 한 피고 명의의 소유권 이전등기를 마친 사안에서, 원고가 피고 명의의 소유권이전등기는 허위의 보충서 등에 기하여 이루어진 원인무효의 등기이므로 1/3 지분권자의 자격으로 공유물의 보존행위로서 그 말소를 구한다고 청구한 데 대하여, “원고로서는 자신의 공유지분이 아닌 다른 공유자인 망인의 공유지분을 침해하는 원인무효의 등기가 이루어졌다는 이유로 공유물에 관한 보존행위로서 그 말소를 구할 수는 없는 터이므로, 결국 이 사건 청구는 그 청구의 권원에 대한 증명에 있어 받아들일 수 없다”라고 한 예. ② 2014다49425 판결은, “2009다67429 판결은 공유자의 지분이 등기부에 표시된 공유부동산에 관하여 자신의 지분이 침해되지 아니한 공유자가 원인 없이 마쳐진 다른 공유자의 소유지분에 관한 이전등기의 말소를 구하는 경우”로 사안을 달리한다고 하였다. ③ 2006다72802; 토지의 공유자인 원고가 다른 공유자인 소외 회사와 피고 1 회사 사이에 실질관계의 소멸로 무효로 된 제1차 가등기를 유효하기로 하는 합의가 자신의 소유지분을 침해하는 지분 범위를 초과하는 부분에 대해서도 무효라고 주장하는 원고가 공유자인 소외 회사의 지분권을 대외적으로 주장하는 것으로서 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수 없으므로, 원고는 피고 2 회사에 대하여 제1차 가등기에 터잡아 순차로 이루어진 피고 2 회사의 소유권이전등기 중 자신의 소유지분을 침해하는 지분을 초과하는 부분에 대하여는 그 말소를 구할 수 없다고 한 예.

1539) 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다273206 판결; 사건 토지 중 262/280 지분에 관하여 소유권이전등기를 마친 원고가 나머지 지분에 관한 피고 명의의 소유권보존등기의 원인무효를 이유로 피고에 대하여 공유물의 보존행위로서 나머지 지분의 소유자인 소외인에게 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 주위적 청구는 원고가 소외인의 지분권을 대외적으로 주장하는 것이어서 공유물의 보존행위에 해당하지 않는다고 보아 이를 기각한 예.

## 나) 인도와 방해배제 청구

공유자는 공유물의 보존행위로서 '공유자가 아닌' 무단 점유자에 대하여 철거·수거·퇴거 등의 방해배제와 인도를 청구할 수 있다.

과반수의 공유지분을 가진 공유자는 다른 공유자와 협의 없이 단독으로 '관리'행위를 할 수 있고, 공유토지의 특정부분을 배타적으로 사용·수익할 것을 정하는 것도 공유물의 관리방법으로 적법하므로,<sup>1540)</sup> 과반수지분권자는 소수지분권자를 상대로 방해배제와 인도를 청구할 수 있으나,<sup>1542)</sup> 소수지분권자가 '과반수지분권자'나 '과반수지분권자로부터 사용·수익을 허락받은 점유자',<sup>1543)</sup> '과반수지분을 시효취득한 점유자'<sup>1544)</sup>에 대하여 방해배제와 인도를 청구할 수는 없다.

공유물의 소수지분권자(1/2 지분권자 포함)인 피고가 다른 공유자와 협의하지 않고 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유하는 경우 소수지분권자인 원고가 피고를 상대로 보존행위로서 공유물의 인도를 청구할 수는 없지만,<sup>1545)</sup> 원고의 지분권에 기초한 민법

1540) 다만, 그 사용·수익의 내용이 공유물의 기존의 모습에 본질적 변화를 일으켜 '관리' 아닌 '처분'이나 '변경'의 정도에 이르는 것이어서는 안 되는데(민법 제264조: 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 처분하거나 변경하지 못한다), 예컨대 다수지분권자라 하여 내대지에 새로이 건물을 건축한다든지 하는 것은 '관리'의 범위를 넘는 것이다(2000다33638, 33645). 이 경우 소수지분권자는 과반수지분권자를 상대로 위와 같은 행위의 금지를 청구할 수 있다.

1541) 공유물의 사용·수익·관리에 관한 공유자 사이의 특약은 유효하며 그 특정승계인에 대하여도 승계된다고 할 것이지만, 그 특약이 지분권자로서의 사용·수익권을 사실상 포기하는 등으로 공유지분권의 본질적 부분을 침해하는 경우에는 특별한 사정(= 특정승계인이 그러한 사실을 알고도 공유지분권을 취득하였다는 등)이 없다면 특정승계인에게 당연히 승계된다고 볼 수 없다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다58701 판결).

1542) 공유 지분 과반수 소유자의 공유물인도청구는 민법 제265조의 규정에 따라 공유물의 관리를 위하여 구하는 것으로서 그 상대방인 타 공유자는 민법 제263조의 공유물의 사용수익권으로 이를 거부할 수 없다(대법원 2022. 11. 17. 선고 2022다253243 판결).

1543) 대법원 2002. 5. 14. 선고 2002다9738 판결. 소수지분권자의 과반수지분권자에 대한 인도청구는 그 주장 자체에서 보존행위에 해당하지 않아 청구원인단계에서 이유 없게 되나, 소수지분권자의 '과반수지분권자로부터 사용·수익을 허락받은 점유자'에 대한 인도청구의 경우에는 '과반수지분권자로부터 사용·수익을 허락받았다'는 피고의 '점유권원 항변'이 받아들여져 원고의 청구가 이유 없게 된다.

1544) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000다33638, 33645 판결.

1545) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결의 다수의견: "(1) 공유자 중 1인인 피고가 공유물을 독점적으로 점유하고 있어 다른 공유자인 원고가 피고를 상대로 공유물의 인도를 청구하는 경우, 그러한 행위는 공유물을 점유하는 피고의 이해와 충돌한다. 애초에 보존행위를 공유자 중 1인이 단독으로 할 수 있도록 한 것은 보존행위가 다른 공유자에게도 이익이 되기 때문이라는 점을 고려하면, 이러한 행위는 민법 제265조 단서에서 정한 보존행위라고 보기 어렵다. (2) 모든 공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있다(민법 제263조). 피고가 공유물을 독점적으로 점유하는 위법한 상태를 시정한다는 명목으로 원고의 인도청구를 허용한다면, 피고가 적법하게 보유하는 '지분 비율에 따른 사용·수익권'까지 근거 없이 박탈하는 부당한 결과를 가져온다. (3) 원고 역시 소수지분권자에 지나지 않으므로 원고가 공유자인 피고를 전면적으로 배제하고 자신만이 단독으로 공유물을 점유하도록 인도해 달라고 청구할 권원은 없다. (4) 공유물에 대한 인도판결과 그에 따른 집행의 결과는 원고가 공유물을 단독으로 점유하며 사용·수익할 수 있는 상태가 되어 '일부 소수지분권자가 다른 공유자를 배제하고 공유물을 독점적으로 점유'하는 인도 전의 위법한 상태와 다르지 않다. (5) 기존 대법원 판례가 공유자 사이의 공유물 인도 청구를 보존행위로서 허용한 것은, 소수지분권자가 자의적으로 공유물을 독점하고 있는 위법 상태를 시정하기 위해서 인도 청구를 가장 실효적인 구제수단으로 보았기 때문이라고 할 수 있다. 그러나 원고는 피고를 상대로 지분권에 기한 방해배제청구권을 행사함으로써

제214조에 따른 방해배제청구권의 행사로서 원고의 공동 점유를 방해하거나 방해할 염려 있는 피고의 행위에 대한 금지, 제거, 예방(작위·부작위의무의 이행)을 구할 수는 있다.<sup>1546)</sup>

1547)

위와 같은 위법 상태를 충분히 시정할 수 있다.” ㉞ 원고는 토지의 1/2 지분권자로서, 그 지상에 소나무를 식재하여 토지를 독점적으로 점유하고 있는 피고(나머지 1/2 지분의 공동상속인)를 상대로 소나무 등 지상물의 수거와 점유 토지의 인도 등을 청구한 사안에서, 원고가 토지 인도를 청구할 수는 없고 방해배제로 지상물 수거를 청구할 수 있다고 한 예.

1546) 위 전원합의체 판결의 다수의견: “공유자들 사이에 공유물 관리에 관한 결정이 없는 경우 공유자가 다른 공유자를 배제하고 공유물을 독점적으로 점유·사용하는 것은 위법하여 허용되지 않지만, 다른 공유자의 사용·수익권을 침해하지 않는 방법으로, 즉 비독점적인 형태로 공유물 전부를 다른 공유자와 함께 점유·사용하는 것은 자신의 지분권에 기초한 것으로 적법하다. 일부 공유자가 공유물의 전부나 일부를 독점적으로 점유한다면 이는 다른 공유자의 지분권에 기초한 사용·수익권을 침해하는 것이다. 공유자는 자신의 지분권 행사를 방해하는 행위에 대해서 민법 제214조에 따른 방해배제청구권을 행사할 수 있고, 공유물에 대한 지분권은 공유자 개개인에게 귀속되는 것이므로 공유자 각자가 행사할 수 있다. 원고는 공유물의 종류(토지, 건물, 동산 등), 용도, 상태(피고의 독점적 점유를 전·후로 한 공유물의 현황)나 당사자의 관계 등을 고려해서 원고의 공동 점유를 방해하거나 방해할 염려 있는 피고의 행위와 방해물을 구체적으로 특정하여 그 방해의 금지, 제거, 예방(작위·부작위의무의 이행)을 구하는 형태로 청구취지를 구성할 수 있다. 법원은 이것이 피고의 방해 상태를 제거하기 위하여 필요하고 원고가 달성하려는 상태가 공유자들의 공동 점유 상태에 부합한다면 이를 인용할 수 있다. 위와 같은 출입 방해금지 등의 부대체적 작위의무와 부작위의무는 간접강제의 방법으로 민사집행법에 따라 충분히 실효성 있는 강제집행을 할 수 있다.”

1547) 한편, 다수의견에 대한 보충의견은 반대의견이 제기하는 몇 가지 문제로서, ① ‘공유자들의 공유물에 대한 사용·수익권은 일반적·추상적 권리이고 공유물의 관리에 관한 결정이 있는 이후에 비로소 개별적·구체적인 권리로 되는가’에 관하여는 이를 부정하고, ② ‘피고의 위법한 점유를 배제하기 위하여 인도 청구를 허용할 필요성이 있는가’에 관하여는 ‘인도 청구와 방해배제 청구는 그 법적 근거, 요건이나 작용하는 모습이 다르므로, 두 청구가 논리적으로 결론을 같이해야 하는 것은 아니다. 피고가 물건을 점유할 권리가 있지만 적법하지 않은 방법으로 이를 점유하고 있다면 원고는 방해의 제거만 청구할 수 있다.’라고 하며, ③ ‘소수지분권자가 공유자가 아닌 제3자에 대해서는 공유물의 인도를 청구할 수 있는 근거는 무엇인가’에 관하여는 ‘제3자가 공유물을 무단으로 점유하는 경우 원고가 소유자, 정확히는 공유지분권자이고 원고의 지분권은 공유물 전체에 미치므로 원고는 제3자를 배제하고 자신이 점유하겠다는 인도 청구를 할 수 있다.’라고 하고, ④ ‘원고의 방해금지 청구의 근거는 무엇이고 그 구체적인 모습은 어떠한가’에 관하여는 ‘공유지분권의 본질과 공유관계의 기본 법리, 공유자들의 공유물에 대한 사용·수익권 규정(민법 제263조)에서 충분히 도출할 수 있다. …원고는 청구취지에 피고가 실제로 한 방해행위(피고가 할 것으로 예상되는 방해행위도 포함할 수 있다)를 구체적으로 특정하여 그 행위의 금지를 청구하거나 그러한 방해행위로 인한 결과물이 있는 경우에는 그 결과물을 특정하여 제거를 청구하여야 한다.’라고 하면서 그 예로서 “㉠ 공유 토지가 원래 나대지였는데, 피고가 그 지상에 무단으로 건물, 담장, 수목 등 지상물을 설치하는 경우 원고는 우선 피고를 상대로 지상물의 설치 행위에 대한 중지를 청구할 수 있고, 위반행위의 결과로 지상물이 설치된 경우 설치된 지상물의 철거·수거를 청구할 수 있다. …지상물이 제거된 다음에도 피고가 같은 방법으로 또는 다른 방법으로 원고의 공동 점유를 방해하는 행동을 하거나 그러한 행동을 할 것이 예상된다면 원고는 피고를 상대로 그러한 행위의 금지(지상물 설치 금지, 토지에 대한 출입 방해금지)를 청구할 수 있다. ㉡ 공유 토지에 원래 담장과 출입문이 설치되어 있었고 피고가 출입문을 시정한 채 토지를 독점적으로 점유하고 있다면, … 피고는 공유물인 출입문 시정장치의 열쇠를 원고에게도 주어야 하고(부대체적 작위의무) 원고가 공유 토지에 출입하는 것을 방해해서는 안 되므로(부작위의무) 원고는 피고를 상대로 이러한 내용의 작위·부작위의무를 이행할 것을 청구할 수 있다. ㉢ 공유자인 원고와 피고가 1/2 지분씩 공유하는 주택에 함께 거주하는 경우 원고와 피고 사이에 각 방은 따로 사용하기로 합의하였지만 거실과 주방 등의 공동 공간에 대해서는 별다른 합의가 없고 피고가 원고를 배제한 채 이를 독점적으로 점유·사용하고 있는 경우 … 원고의 거실, 주방 사용을 피고가 물리적으로 방해하는 행위라든가 피고가 자신의 가구 등을 쌓아두는 행위 등을 금지해 달라고 청구할 수 있다. ㉣ 피고가 공유물인 주차장을 영입적으로 이용하면서 다른 공유자인 원고의 주차장 사용 자체를 방해하는 경우에는 원고는 피고를 상대로 주차장 사용을 방해하는 행위를 금지해 달라고 청구할 수 있다.”라고 하며, ⑤ ‘소수지분권자로부터 입차한 제3자에 대해 인도 청구가 가능한가’에 관하여는 ‘소수지분권자는 공유물을 공동으로 점유할 권리가 있고, 입차인은 임대차계약을 통해 그 소수지분권자로부터 점유할 권리를 이전받았으므로, 다른 공유자가 공유자인 임대인에게 공유물 인도를



집합건물의 공용부분과 대지의 현상을 유지하기 위한 보존행위는 공유자인 구분소유자가 단독으로 할 수 있지만,<sup>1548)</sup> 구분소유자가 공용부분과 대지에 대해 그 지분권에 기하여 권리를 행사할 때 이것이 다른 구분소유자들의 이익에 어긋날 수 있다면 이는 보존행위라고 볼 수 없고 '관리단집회의 결의'를 거쳐야 하는 '관리행위'라고 보아야 하며, 집합건물의 공용부분과 대지의 관리 업무는 기본적으로 구분소유자들로 구성된 관리단과 이를 대표하는 관리인에게 있다.<sup>1549)</sup> 관리단은 집합건물 대지상의 시설물 철거 및 그 부분토지의 인도 청구는 '보존행위'로서 미리 관리단집회의 결의를 거칠 필요 없이 수행할 수 있다.<sup>1550)</sup>

청구할 수 없다면 그 입차인을 상대로도 인도를 청구할 수 없다고 볼 수 있다."라고 판시하였다.

1548) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제16조(공용부분의 관리) ① 공용부분의 관리에 관한 사항은 제15조제1항 본문 및 제15조제2의 경우를 제외하고는 제38조제1항에 따른 통상의 집회결의로써 결정한다. 다만, 보존행위는 각 공유자가 할 수 있다. (개정 2020.2.4. 제15조의2 추가) ③ 제1항 및 제2항에 규정된 사항은 규약으로써 달리 정할 수 있다. ④ 제1항 본문의 경우에는 제15조제2항을 준용한다.

1549) 대법원 2019. 9. 26. 선고 2015다208252 판결: "집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라 한다)은 집합건물의 존립에 필수적인 공용부분과 대지의 원활하고 적정한 유지·관리, 집합건물 내 공동생활을 둘러싼 구분소유자 상호 간의 이해관계 조정을 위하여 민법상 공유에 대한 여러 특별규정을 두고 있다. 구분소유관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 대지 등의 관리를 목적으로 하는 집합건물의 관리단이 당연히 설립된다(제23조). 구분소유자가 10인 이상인 경우 관리단을 대표하고 관리행위를 할 관리인을 선임해야 하고(제24조), 공용부분의 보존·관리 및 변경을 위한 행위 등은 관리인의 권한과 의무에 속한다(제25조 제1항). 구분소유자는 구분소유자 공동의 이익에 어긋나는 행위를 해서는 안 되고(제5조 제1항), 구분소유자가 그러한 행위를 한 경우 관리인은 그 행위의 정지 등을 청구할 수 있고 이를 위한 소송 제기는 관리단집회의 결의를 거쳐야 한다(제43조 제1항, 제2항). 따라서 집합건물의 공용부분과 대지의 관리 업무는 기본적으로 구분소유자들로 구성된 관리단과 이를 대표하는 관리인에게 있다. 집합건물법 제16조 제1항은 공용부분의 관리에 관한 사항은 관리단의 통상의 집회결의로써 결정한다고 정하면서 그 단서에 '다만 보존행위는 각 공유자가 할 수 있다.'라고 정하고 있고, 같은 법 제19조는 구분소유자가 공유하는 건물의 대지 및 공용부분 외의 부속시설에 관하여 제16조를 준용하고 있다. 집합건물법 제16조 제1항의 취지는 집합건물의 공용부분과 대지의 현상을 유지하기 위한 보존행위를 관리행위와 구별하여 공유자인 구분소유자가 단독으로 행사할 수 있도록 정한 것이다. 앞서 본 민법 제265조 단서의 취지, 집합건물법의 입법 취지와 관련 규정을 종합하여 보면, 구분소유자가 공용부분과 대지에 대해 그 지분권에 기하여 권리를 행사할 때 이것이 다른 구분소유자들의 이익에 어긋날 수 있다면 이는 각 구분소유자가 집합건물법 제16조 제1항 단서에 의하여 개별적으로 할 수 있는 보존행위라고 볼 수 없고 집합건물법 제16조 제1항 본문에 따라 관리단집회의 결의를 거쳐야 하는 관리행위라고 보아야 한다."(도시가스사업자인 피고 회사가 아파트 건축 시 시행사로부터 사용기간 영구, 무상의 사용승낙을 얻어 아파트 대지 위에 정압기실을 설치한 다음 위 아파트와 인근 지역에 도시가스를 공급하고 있는데, 위 아파트의 입주자대표회의 회장, 동대표 등 구분소유자인 원고들이 입주자대표회의 결의에 따라 피고에게 정압기실의 철거와 부지의 인도를 구한 사안에서, 위 정압기실은 아파트 구분소유자들이 도시가스를 공급받기 위한 필수적 시설로서 이를 철거할 경우 도시가스 공급에 지장을 줄 수 있고, 도시가스의 공급 없이는 원만한 주거생활이 어려운 점을 고려하면, 위 청구는 다른 구분소유자들의 이익에 반할 수 있고 아파트 대지의 현상을 유지하기 위한 행위라고 보기 어려우므로, 보존행위가 아니라 아파트 대지의 관리를 위한 행위로서 아파트 관리단집회의 결의를 거쳐야 하는데도 이를 거치지 않아 허용될 수 없다고 한 사례) ● 설령 집합건물의 공용부분이 적법한 용도 또는 관리방법에 어긋나게 사용되고 있어 일부 구분소유자가 방해배제청구로 원상회복을 구하는 경우라도 이러한 행위가 다른 구분소유자들의 이익에 어긋날 수 있다면 이를 관리행위로 보아서 관리단집회의 결의를 거치도록 하는 것이 집합건물 내 공동생활을 둘러싼 다수 구분소유자 상호 간의 이해관계 조정을 위하여 제정된 구 집합건물법의 입법 취지에 부합하고 분쟁의 일회적인 해결을 위하여 바람직하며, 2018다287522 전원합의체 판결은 소수지분권자가 공유물을 독점적으로 점유하는 다른 소수지분권자를 상대로 방해배제를 청구한 사안에 관한 것으로서, 다수의 구분소유자가 존재하는 집합건물 공용부분의 방해배제청구와 관련된 사건에 원용하기에는 적절하지 않다(대법원 2024. 3. 12. 선고 2023다240879 판결).

## 2) 부당이득 반환 청구

### 가) 민법상 공유물

공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있으므로(민법 제263조 후단) 공유토지의 일부를 배타적으로 점유하면서 사용·수익하는 공유자는 그가 보유한 공유지분의 비율에 관계없이 다른 공유자들 중 지분은 있으나 사용·수익을 하지 못하고 있는 자에 대하여 부당이득반환의무를 부담한다.<sup>1551)</sup>

### 나) 집합건물의 공용부분과 대지

집합건물 ‘대지’의 공유관계에서는 민법상 공유물에 관한 일반 법리가 그대로 적용되지 않고, 집합건물에서 ‘전유부분 면적 비율에 상응’하는 ‘적정 대지지분’<sup>1552)</sup>을 가진 구분소유자는 그 대지 전부를 용도에 따라 사용·수익할 수 있는 적법한 권원을 가지므로, 구분소유자 아닌 대지 공유자는 그 대지 공유지분권에 기초하여 적정 대지지분을 가진 구분소유자를 상대로는 대지의 사용·수익에 따른 부당이득반환을 청구할 수 없다.<sup>1553)</sup> 그러나 ‘과소 대지지분’을 가진 구분소유자는 특별한 사정이 없는 한, 구분소유

1550) 대법원 2022. 9. 29. 선고 2021다292425 판결(공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유하는 사람에 대한 부당이득반환 청구는 공용부분 ‘관리’에 관한 업무로서 ‘통상의 집회결의’로 직접 또는 타인에게 위임하여 수행할 수 있다). 집합건물법상 특별결의나 서면·전자적 방법 등에 의한 합의의 방법으로 관리단으로부터 공용부분 변경에 관한 업무를 위임받은 입주자대표회의는 구분소유자들을 상대로 자기 이름으로 공용부분 변경에 따른 비용을 청구하는 소를 제기할 수 있다(대법원 2017. 3. 16. 선고 2015다3570 판결).

1551) ○ 과반수 지분권자는 공유물인 토지의 관리방법으로서 특정 부분을 배타적으로 사용·수익할 수 있으나, 그로 말미암아 그 부분을 전혀 사용·수익하지 못하여 손해를 입는 소수지분권자의 지분만큼 임료 상당 부당이득을 얻는 것이므로 이를 반환할 의무가 있다. 소수지분권자가 공유물을 자기 지분 비율로 사용·수익할 권리(민법 제263조)가 침해되었기 때문이다(대법원 2021. 12. 30. 선고 2021다252458 판결). 배타적으로 사용·수익하는 공유물의 특정 부분이 비록 자기의 지분비율에 상당하는 면적의 범위 내라 할지라도, 다른 공유자들 중 지분은 있으나 사용·수익은 전혀 하고 있지 아니함으로써 손해를 입고 있는 자에 대하여 과반수지분권자를 포함한 모든 사용·수익을 하고 있는 공유자는 그 지분에 상응하는 ‘임료 상당의 부당이득을 반환할 의무’가 있으나(2011다42430), 과반수지분권자로부터 사용·수익을 허락받은 자의 점유는 다수지분권자의 공유물관리권에 터잡은 적법한 점유이므로 그 점유자는 소수지분권자에 대하여 부당이득반환의무를 지지 않는다(2002다9738). 공동상속인 중의 1인이 상속재산인 건물에 거주함으로써 상속재산인 그 건물 부지를 사용·수익하고 있는 경우, 그 사용·수익이 공유지분 과반수의 결의에 기한 것이라는 등의 특별한 사정이 없다면, 위 공동상속인은 건물뿐만 아니라 토지에 관하여도 다른 공동상속인의 공유지분에 해당하는 부분을 부당이득으로서 반환하여야 한다(2006다49307).

○ 대법원 2021. 4. 29. 선고 2018다261889 판결: “부동산의 일부 지분 소유자가 다른 지분 소유자의 동의 없이 부동산을 다른 사람에게 임대하여 임대차보증금을 받았다면, 그로 인한 수익 중 자신의 지분을 초과하는 부분은 법률상 원인 없이 취득한 부당이득이 되어 다른 지분 소유자에게 이를 반환할 의무가 있다. 또한 이러한 무단 임대행위는 다른 지분 소유자의 공유지분의 사용·수익을 침해한 불법행위가 성립되어 그 손해를 배상할 의무가 있다. 다만 그 반환 또는 배상의 범위는 부동산 임대차로 인한 차임 상당액이고 부동산의 임대차보증금 자체에 대한 다른 지분 소유자의 지분비율 상당액을 구할 수는 없다.”

1552) 적정 대지지분이 의미하는 ‘전유부분 면적 비율’을 산정하는 것은 집합건물법의 여러 규정에서 이미 예정하고 있다(상세한 내용은 대법원 2022. 8. 25. 선고 2017다257067 전원합의체 판결의 보충의견 참조).

1553) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2017다257067 전원합의체 판결. 보충의견은 관련 쟁점에 관하여 “초과 대지지분을 가지는 구분소유자가 그 초과하는 대지지분권에 기하여 적정 대지지분을 가지지 못한 다른 구분소유자를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있는지 여부에 대해서는 향후 구체적인 사례를 통하여 이론을 정립할 필요가

자 아닌 대지공유자에 대하여 적정 대지지분에서 부족한 지분의 비율에 해당하는 차임 상당의 부당이득반환의무를 부담한다.<sup>1554)</sup>

구분소유자들 사이에서는 대지 공유지분 비율의 차이를 이유로 부당이득반환을 구할 수 없으나, 대지사용권이 없는 전유부분의 소유자는 대지 지분 소유자에게 부당이득을 반환할 의무가 있다.<sup>1555)</sup> 집합건물 대지 일부 지분을 그 명의로 남겨 둔 분양자 또는 그 지분 양수인은 특별한 사정이 없는 한 구분소유자들에게 그 공유지분권을 주장할 수 없다.<sup>1556)</sup>

있음을 언급해 둔다. ... 적정 대지지분을 가지지 못한 구분소유자는 구분소유자 아닌 대지 공유자에 대하여 대지 사용·수익에 따른 부당이득반환의무를 부담하게 되고, 이러한 결과가 공평의 원칙에도 부합한다. 이때 그 부당이득반환범위는 구분소유자 아닌 대지 공유자의 지분에 해당하는 차임 상당액 중 적정 대지지분을 가지지 못한 구분소유자들의 부족 지분의 비율에 따라 산정한 금액이다. 다만 적정 대지지분을 가지지 못한 구분소유자라 할지라도 구분소유자 아닌 대지 공유자에 대하여 대지 사용·수익에 따른 부당이득반환의무를 부담하지 않는 경우가 있는지도 문제 될 수 있다. 예컨대, 적정 대지지분을 가지지 못한 구분소유자가 구분소유자 아닌 대지 공유자와의 관계에서 전유부분을 소유하기 위하여 대지 전부에 대한 무상 사용권원을 가진다고 볼 수 있는 등의 사정이 있는 경우에는 부당이득반환의무를 지지 않는 것도 상정할 수 있다. 향후 이 점에 관한 대법원의 세부적인 판사가 이루어질 것이라 기대한다.”라고 밝히고 있다.

1554) 대법원 2023. 9. 14. 선고 2016다12823 판결: “적정 대지지분보다 부족한 대지 공유지분(이하 ‘과소 대지지분’이라 한다)을 가진 구분소유자는, 과소 대지지분이 적정 대지지분에 매우 근소하게 부족하여 그에 대한 부당이득반환청구가 신의성실의 원칙에 반한다고 볼 수 있는 경우, 구분건물의 분양 당시 분양자로부터 과소 대지지분만을 이전받으면서 건물 대지를 무상으로 사용할 수 있는 권한을 부여받았고 이러한 약정이 분양자의 대지지분을 특정승계한 사람에게 승계된 것으로 볼 수 있는 경우, 또는 과소 대지지분에 기하여 전유부분을 계속 소유·사용하는 현재의 사실상태가 장기간 묵인되어 온 경우 등과 같은 특별한 사정이 없는 한, 구분소유자 아닌 대지공유자에 대하여 적정 대지지분에서 부족한 지분의 비율에 해당하는 차임 상당의 부당이득반환의무를 부담한다고 봄이 타당하다.” “이때 구분소유자가 적정 대지지분을 소유하였는지 여부나 과소 대지지분권자로서 구분소유자 아닌 대지공유자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하는지 여부 및 그 범위는 구분소유권별로 판단하여야 하고, 이는 특정 구분소유자가 복수의 구분소유권을 보유한 경우에도 마찬가지로 특별한 사정이 없는 한 복수의 구분소유권에 관한 전체 대지지분을 기준으로 이를 판단하여서는 아니 된다(대법원 2023. 10. 18. 선고 2019다266386 판결).

1555) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다219419, 219426 판결: “1동 건물의 구분소유자들이 당초 건물을 분양받을 당시 대지 공유지분 비율대로 그 건물의 대지를 공유하고 있는 경우에는 별도의 규약이 존재하는 등 특별한 사정이 없는 한 구분소유자들이 그 대지에 대하여 가지는 공유지분의 비율과 상관없이 대지 전부를 용도에 따라 사용할 수 있는 적법한 권원이 있으므로, 그 구분소유자들 사이에서는 대지 공유지분 비율의 차이를 이유로 부당이득반환을 구할 수 없다. ... 대지사용권이 없는 전유부분의 소유자는 법률상 원인 없이 전유부분의 대지를 점유하고 있으므로 그 대지 중 자기의 전유부분이 집합건물 전체 전유면적에서 차지하는 비율만큼의 차임에 해당하는 부당이득을 얻고 있고, 대지 지분 소유자는 그에 해당하는 손해를 입고 있다고 볼 수 있다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 대지사용권이 없는 전유부분의 소유자는 위 지분의 소유자에게 위 부당이득을 반환할 의무가 있다. 대지사용권이 없는 전유부분의 공유자는 위와 같이 대지 지분 소유자에게 부당이득을 반환할 의무가 있는데, 이 의무는 특별한 사정이 없는 한 불가분채무이므로, 일부 지분만을 공유하고 있더라도 그 전유부분 전체 면적에 관한 부당이득을 반환할 의무가 있다.” “집합건물 대지의 권원 없는 사용으로 인한 구분소유자들의 대지 소유자에 대한 부당이득반환의무는 전유부분의 면적비율에 따른 가분채무이다(대법원 2019. 11. 14. 선고 2015다211685 판결).

1556) 대법원 2018. 12. 28. 선고 2018다219727 판결: “집합건물 분양자가 전유부분 소유권은 구분소유자들에게 모두 이전하면서도 대지는 일부 지분에 관하여만 소유권이전등기를 해주고 나머지 지분을 그 명의로 남겨 둔 경우에 그 분양자 또는 그 보유지분을 양수한 양수인이 구분소유자들에게 대하여 대지에 관한 공유지분권을 주장할 수 있으려면, 규약이나 공정증서로 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 정하였다는 등 특별한 사정이 있어야 한다. 이는 양수인이 채납처분에 의한 공매절차에서 분양자의 대지 지분을 취득한 경우에도 마찬가지이다.”

집합건물의 공용부분이나 구분소유자의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 불법으로 점유하는 일부 구분소유자나 제3자에 대한 부당이득반환, 손해배상 청구 소송은 '구분소유자'가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있고, '관리단'도 공용부분 '관리'에 관한 업무로서 '통상의 집회결의'로써 위 소송을 직접 수행할 수 있음은 물론 타인에게 위임하여 처리할 수도 있다.<sup>1557)</sup> 집합건물 공용부분의 무단 점유사용자에 대한 '구분소유자'의 부당이득반환청구와 '관리단'의 부당이득반환청구 사이에 '기관력'은 서로 미치지 만, 권리보호이익의 상이로 '재소금지의 원칙'은 적용되지 않는다.<sup>1558)</sup> 해당 공용부분이 구조상 이를 별개 용도로 사용하거나 다른 목적으로 임대할 수 있는 대상인지는 부당이 득의 성립 여부와 관계가 없다.<sup>1559)</sup>

1557) ○ 대법원 2022. 9. 29. 선고 2021다292425 판결; "정당한 권원 없는 사람이 집합건물의 공용부분이나 대지를 점유·사용함으로써 이익을 얻고, 구분소유자들이 해당 부분을 사용할 수 없게 되어 부당이득반환을 구하는 법률관계는 구분소유자의 공유지분권에 기초한 것이어서 그에 대한 소송은 1차적으로 구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있다. ... 관리단은 건물의 관리 및 사용에 관한 공동이익을 위하여 필요한 구분소유자의 권리와 의무를 선량한 관리자의 주의의무로 행사하거나 이행하여야 하고, 관리인을 대표자로 하여 관리단집회의 결의 또는 규약에서 정하는 바에 따라 공용부분의 관리에 관한 사항에 관련된 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 수 있다. 따라서 관리단은 관리단집회의 결의나 규약에서 정한 바에 따라 집합건물의 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유하는 사람에 대하여 부당이득의 반환에 관한 소송을 할 수 있다. ... 집합건물의 공용부분 ... 변경에 관한 사항은 관리단집회에서의 구분소유자 및 의결권의 각 3분의 2 이상의 결의(집합건물법 제15조 제1항) 또는 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 서면이나 전자적 방법 등에 의한 합의(집합건물법 제41조 제1항)로써 결정하는 것이므로, 집합건물의 관리단은 위와 같은 방법에 의한 결정으로 구분소유자들의 비용 부담 아래 공용부분 변경에 관한 업무를 직접 수행할 수 있음은 물론 타인에게 위임하여 처리할 수도 있다. 이와 같은 법리는 관리단이 집합건물의 공용부분 관리에 관한 업무로서 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유하는 사람에 대하여 부당이득반환을 청구하는 경우에도 마찬가지이다. 한편 위와 같은 공용부분 변경에 관한 사항 등을 제외한 공용부분의 관리에 관한 사항은 통상의 집회결의로써 결정하므로(집합건물법 제16조 제1항), 관리단은 통상의 집회결의로써 타인에게 공용부분 관리에 관한 사항을 위임할 수 있다." "원심이, 관리단집회의 결의를 거쳤음을 인정할 증거가 없다는 이유로 이 사건 소 중 부당이득반환청구 부분은 원고적격이 없는 자에 의하여 제기된 것으로서 부적법하다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 원고 관리단은 2016. 5. 27. 통상의 집회결의로 14인의 대표위원을 선임하는 결의를 하고, 대표위원회에 공용부분 관리권한이 위임하였고, 대표위원회는 2019. 4. 5. 이 사건 소송에 관한 변호사 선임비용 지출에 관하여 결의함으로써 공용부분 관리행위에 해당하는 부당이득반환청구권 행사에 관한 의결을 하였다고 볼 여지가 있다 하여 이 부분 원심을 파기하는 한편, 집합건물 대지상의 시설물 철거 및 그 부분 토지의 인도 청구는 보존행위에 해당하고 미리 관리단집회의 결의를 거칠 필요가 없다고 판단한 예.

1558) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2021다239301 판결; "관리단이 집합건물의 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유·사용하는 사람에 대하여 부당이득반환청구 소송을 하는 것은 구분소유자의 공유지분권을 구분소유자 공동이익을 위하여 행사하는 것으로 구분소유자가 각각 부당이득반환청구 소송을 하는 것과 다른 내용의 소송이라 할 수 없다. 관리단이 부당이득반환 소송을 제기하여 판결이 확정되었다면 그 효력은 구분소유자에게도 미치고(민사소송법 제218조 제3항), 특별한 사정이 없는 한 구분소유자가 부당이득반환 소송을 제기하여 판결이 확정되었다면 그 부분에 관한 효력도 관리단에게 미친다고 보아야 한다. 다만 관리단의 이러한 소송은 구분소유자 공동이익을 위한 것으로 구분소유자가 자신의 공유지분권에 관한 사용상의 실권을 목적으로 하는 소송과 목적이 다르다. 구분소유자가 부당이득반환청구 소송을 제기하였다가 본안에 대한 중국판결이 있는 뒤에 소를 취하하였더라도 관리단이 부당이득반환청구 소를 제기한 것은 특별한 사정이 없는 한 새로운 권리보호이익이 발생한 것으로 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 규정에 반하지 않는다고 볼 수 있다."

1559) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결의 다수의견; "구분소유자 중 일부가 정당한 권원 없이 집합건물의 복도, 계단 등과 같은 공용부분을 배타적으로 점유·사용함으로써 이익을 얻고, 그로 인하여 다른 구분소유자들이 해당 공용부분을 사용할 수 없게 되었다면, 공용부분을 무단점유한 구분소유자는 특별한 사정이 없는 한 해당 공용부분을 점유·사용함으로써 얻은 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있다. 해당 공용

## 3) 구분소유자에 대한 관리비 청구

## 가) 당사자와 청구원인

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률의 관리단<sup>1560)</sup>은 구분소유자에게 전유부분의 관리비는 규약에 근거하여, 공용부분에 대한 관리비는 규약 또는 법률에 근거하여 청구할 수 있다.<sup>1561)</sup>

규약에서 관리비에 대하여 구분소유자의 의무를 정하고 있는 경우 전유부분의 임차인 등 점유자는 구분소유자와 같은 의무를 부담하고, 관리단은 임차인 등 점유자를 상대로 관리비를 청구할 수 있다.<sup>1562)</sup>

부분이 구조상 이를 별개 용도로 사용하거나 다른 목적으로 임대할 수 있는 대상이 아니더라도, 무단점유로 인하여 다른 구분소유자들이 해당 공용부분을 사용·수익할 권리가 침해되었고 이는 그 자체로 민법 제741조에서 정한 손해로 볼 수 있다. ... 이러한 법리는 구분소유자가 아닌 제3자가 집합건물의 공용부분을 정당한 권원 없이 배타적으로 점유·사용하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.” <sup>1561)</sup> 이러한 법리는 민사상 불법행위책임의 손해가 문제 되는 경우에도 마찬가지로 적용된다(2019다237869). 부당이익 반환 범위와 관련하여, 관리단이 청구하는 경우에는 공용부분에 대한 부당이익액 전부를 인정할 수 있고 구분소유자인 피고의 지분비율에 해당 하는 금액을 제외할 필요가 없으며, 공용부분이라는 이유로 전유부분에 비하여 일률적으로 더 낮은 값이 책정 되어야 한다고 볼 수는 없다(다수의견에 대한 보충의견).

1560) 관리단은 어떠한 조직행위를 거쳐야 비로소 성립되는 단체가 아니라, 건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단이 당연히 설립되고(집합건물법 제23조 ①), 구분소유자로 구성되어 있는 단체로서 집합건물법 제23조 제1항의 취지에 부합하는 것이면 그 존립형식이나 명칭에 불구하고 관리단으로서의 역할을 수행할 수 있으며, 구분소유자와 구분소유자가 아닌 자로 구성된 단체라 하더라도 구분소유자만으로 구성된 관리단의 성격을 점유할 수도 있으나, 주택법과 그 시행령의 관련 규정에 의하여 구성되는 입주자대표회의는 그 구성원의 성격과 범위 등이 구분소유자 전원으로 구성되는 집합건물법 제23조 제1항에 의한 관리단의 경우와는 다르므로 관리단의 성격을 경유한다고 볼 수 없다(2015다47310).

1561) 대법원 2021. 9. 16. 선고 2016다260882 판결: “집합건물의 공용부분과 달리 전유부분은 구분소유자가 직접 관리하는 것이 원칙이므로 ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(집합건물법)은 관리단에게 전유부분 관리비의 징수권한을 부여하고 있지 않다. 그러나 규약에서 관리단이 전유부분 관리비를 구분소유자로부터 징수할 수 있도록 정하였다면 관리단은 그 규약에 따라 구분소유자에게 전유부분의 관리비를 청구할 수 있다. ... 집합건물법 제17조는 ‘각 공유자는 규약에 달리 정한 바가 없으면 그 지분의 비율에 따라 공용부분의 관리비용과 그 밖의 의무를 부담한다.’라고 정하고, 구 집합건물법(2020. 2. 4. 법률 제16919호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항은 ‘관리인은 공용부분의 보존·관리 및 변경을 위한 행위와 관리단의 사무의 집행을 위한 분담금액 및 비용을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위를 할 권한과 의무를 가진다.’라고 정하고 있다. 이에 의하면 집합건물법상 관리단은 관리비징수에 관한 유효한 규약이 있으면 그에 따라, 유효한 규약이 없더라도 구 집합건물법 제25조 제1항 등에 따라 적어도 공용부분에 대한 관리비에 대하여는 이를 그 부담의무자인 구분소유자에 대하여 청구할 수 있다. 이러한 법리는 무효인 관리인 선임 결의에 의하여 관리인으로 선임된 자가 집합건물에 관하여 사실상의 관리행위를 한 경우에도 마찬가지로 적용된다.” <sup>1561)</sup> 관리 규약이나 관리단, 관리인 등이 제대로 갖춰지지 않은 집합건물의 구분소유자들이 개별적인 계약을 통해 제3자에게 건물관리를 위탁한 경우, 구분소유자와 제3자 사이의 법률관계는 당사자가 체결한 계약의 내용에 따라 정해지고, 특별한 사정이 없는 한 집합건물법상 관리단 또는 관리인에 관한 규정이 적용되지 않는다. 집합건물법 제17조는 집합건물의 구분소유자에게 전유부분의 면적 비율에 따라 공용부분에 대한 관리의무가 귀속된다는 원칙을 규정한 것일 뿐, 구분소유자가 제3자와 개별적인 계약을 통해 관리방식을 선택하고 그에 따른 비용 부담과 정산방법 등을 구체적으로 정하는 것을 제한하는 규정이 아니다(대법원 2021. 9. 30. 선고 2020다295304 판결).

1562) 대법원 2021. 9. 16. 선고 2017다234262 판결: “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(집합건물법)은 규약으로 정할 수 있는 사항과 그 효력에 대하여 다음과 같이 정하고 있다. 건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자들 사이의 사항 중 집합건물법에서 규정하지 않은 사항은 규약으로 정할 수 있다(제28

관리단으로부터 업무를 위임받은 위탁관리회사, 입주자대표회의는 구분소유자 등을 상대로 자기 이름으로 소를 제기하여 관리비 등을 청구할 당사자적격이 있다(임의적 소송 신탁의 인정).<sup>1563)</sup> 관리비청구 소송 중 관리위탁계약이 종료된 경우 소송대리인이 없다면 소송절차는 중단되고, 새 위탁관리업자 등이 수계하여야 한다.<sup>1564)</sup>

집합건물의 '분양자' 또는 그와 관리위탁계약을 체결한 위탁관리회사는 '관리단이 관리를 개시할 때까지' 관리비 징수권한을 포함한 관리권한을 갖는다.<sup>1565)</sup>

조 제1항). 구분소유자인 공유자는 규약이 있는 때에는 그에 따라, 규약이 없는 때에는 지분 비율에 따라 공용부분 관리비용을 부담하고(제17조), 전유부분 관리비에 대해서는 집합건물법이 별도로 정하고 있지 않다. 점유자는 구분소유자가 건물이나 대지 또는 부속시설의 사용과 관련하여 규약에 따라 부담하는 의무와 동일한 의무를 진다(제42조 제2항). 여기에서 '점유자'란 전유부분을 점유하는 자로서 구분소유자가 아닌 자를 말한다(제5조 제4항). 위와 같은 규정 내용과 체계 등에 비추어 보면, 규약에서 집합건물 관리비에 대하여 구분소유자의 의무를 정하고 있는 경우 전유부분의 임차인 등 점유자는 다른 법령이나 약정이 있다는 등 특별한 사정이 없는 한 구분소유자와 같은 의무를 부담하고, 관리단은 구분소유자나 임차인 등 점유자를 상대로 관리비를 청구할 수 있다. 이러한 법리는 관리단이 관리비에 해당하는 비용을 실제 지출하지 않았거나 관리인으로 선임된 자가 관리단을 위해 관리행위를 하였으나 나중에 관리단집회의 관리인 선임 결의가 적법하지 않다고 밝혀진 경우에도 마찬가지로 적용된다."

1563) 임의적 소송신탁은 원칙적으로는 허용되지 않지만, 민사소송법 제87조에서 정한 변호사대리의 원칙이나 신탁법 제6조에서 정한 소송신탁의 금지 등을 회피하기 위한 탈법적인 것이 아니고, 이를 인정할 합리적인 이유와 필요가 있는 경우에는 예외적·제한적으로 허용될 수 있다(2015다3570). ① 대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다87885, 87892 판결: "집합건물 관리단으로부터 집합건물의 관리업무를 위임받은 위탁관리회사는 특별한 사정이 없는 한 구분소유자 등을 상대로 자기 이름으로 소를 제기하여 관리비를 청구할 당사자적격이 있다." ② 대법원 2017. 3. 16. 선고 2015다3570 판결: "집합건물법 제15조 제1항에서 정한 특별결의나 집합건물법 제41조 제1항에서 정한 서면이나 전자적 방법 등에 의한 합의의 방법으로 집합건물의 관리단으로부터 공용부분 변경에 관한 업무를 위임받은 입주자대표회의는 특별한 사정이 없는 한 구분소유자들을 상대로 자기 이름으로 소를 제기하여 공용부분 변경에 따른 비용을 청구할 권한이 있다." [비고] 입주자대표회의는 주택법 등의 관련규정에 의하여 공동주택의 관리에 관한 사항을 결정하여 시행하는 등의 관리권한만을 가질 뿐이고, 특별한 사정이 없는 한 구분소유자에게 고유하게 귀속하는 권리(집합건물 공용부분이나 구분소유자의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 물בע로 점유하는 제3자에 대한 방해배제, 부담이득 반환, 손해배상 청구)를 재판상 행사할 수 없다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다47310 판결). ③ 대법원 2020. 8. 20. 선고 2020다221020 판결: "유통산업발전법상 대규모점포관리자의 입점상인에 대한 관리비 등 청구권에 관한 규정이 신설·시행된 2018. 5. 1. 이전까지는 구 유통산업발전법에 따른 대규모점포개설자 내지 구 전통시장법에 따른 시장관리자의 지위에서, 2018. 5. 1.부터는 구 전통시장법에 따른 시장관리자의 지위에서, ○○○시장회사는 ○○○시장 내 각 점포의 상인들을 상대로 관리비를 부과·징수할 권한이 있고, 나아가 ○○○시장회사가 그 내부 규정을 통하여 관리비의 부과·징수를 포함한 관리업무를 ○○○시장상인회 내지 그 지회에 각 상가상인회에 포괄적으로 위임하였으므로, 원고(상가상인회)는 위임받은 관리업무를 수행하면서 이 사건 상가 내 점포 상인들로부터 그러한 업무수행에 소요되는 경비, 즉 관리비를 부과·징수할 권한이 있고, 특별한 사정이 없는 한 자신의 이름으로 소를 제기하여 관리비를 청구할 당사자적격도 인정된다."

1564) 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다229516 판결: "관리비징수 업무를 위임받은 위탁관리업자는 민사소송법 제237조 제1항에서 정한 '일정한 자격에 의하여 자기의 이름으로 남을 위하여 소송당사자가 된 사람'에 해당한다. 따라서 위탁관리업자가 구분소유자 등을 상대로 관리비청구 소송을 수행하던 중 관리위탁계약이 종료되어 그 자격을 잃게 되면 소송절차는 중단되고, 같은 자격을 가진 새로운 위탁관리업자가 소송절차를 수계하거나 새로운 위탁관리업자가 없으면 관리단이나 관리인이 직접 소송절차를 수계하여야 한다(민사소송법 제237조 제1항). 다만 소송대리인이 있는 경우에는 관리위탁계약이 종료하더라도 소송절차가 중단되지 않는다(민사소송법 제238조)."

1565) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2020다229192, 229208 판결: "관리단의 집합건물에 대한 관리가 개시되면, 구 집합건물법 제9조의3에 따라 집합건물을 관리하던 분양자는 그전에 관리비 징수권한을 포함한 관리권한을 상실하게 되고, 관리단이 집합건물법에서 부여받은 관리권한을 행사할 수 있게 된다. 분양자가 집합건물을 관리하면서 형성된 관리업무에 관한 법률관계는 새롭게 관리를 개시하는 관리단에 당연히 승계되는 것은 아니



구분소유권이 순차로 양도된 경우 각 특별승계인들은 이전 구분소유권자들의 공용부분 관리비 채무<sup>1566)</sup>를 중첩적으로 인수한다.<sup>1567)</sup>

## 나) 항 변

집합건물의 관리단 등 관리주체의 위법한 단전·단수 및 엘리베이터 운행정지 조치 등 불법적인 사용방해행위<sup>1568)</sup>로 인하여 건물의 구분소유자가 그 건물을 사용·수익

므로 분양자와 관리위탁계약을 체결한 위탁관리업자는 특별한 사정이 없는 한 그러한 관리위탁계약의 효력을 관리단에게 주장할 수 없다. 분양자와 관리위탁계약을 체결한 위탁관리회사는 분양자가 집합건물을 관리하는 기간 동안 위탁받은 관리업무를 수행할 수 있을 뿐이고, 관리단이 관리를 개시한 이후에는 더 이상 관리비 징수 등 집합건물에 관한 관리업무를 수행할 수 없다. 위와 같은 관리단, 분양자, 위탁관리회사의 관계에 관한 법리는 집합건물의 분양계약서에 '구분소유 관계가 성립된 이후 일정 기간 동안 분양자가 지정한 자가 집합건물을 관리한다'는 등의 내용이 포함되는 사정이 있더라도 마찬가지로 적용되어야 한다. ... 분양계약서에 위와 같은 내용이 포함되었더라도 특별한 사정이 없는 한 구분소유자들이 구분소유 관계가 성립한 후 관리단이 관리를 개시하기 전까지 분양자의 관리 기간 동안 분양자와 관리위탁계약을 체결한 위탁관리회사의 위탁관리업무를 승인한다는 의사표시로 해석하여야 하지, 분양자가 체결한 관리위탁계약의 효력을 관리단이 관리를 개시한 뒤에도 인정하겠다는 구분소유자들의 서면 합의로 해석할 것은 아니다."

1566) ① 채납관리비 채권 전체에 대하여 입주자의 지위를 승계한 자에 대하여도 행사할 수 있도록 한 관리규약 중 공용부분 관리비에 관한 부분은 집합건물법 제18조에 터잡은 것으로서 유효하다. ② 공용부분 관리비에는 집합건물의 공용부분 그 자체의 직접적인 유지·관리를 위하여 지출되는 비용뿐만 아니라, 전유부분을 포함한 집합건물 전체의 유지·관리를 위해 지출되는 비용 가운데에서도 입주자 전체의 공동의 이익을 위하여 집합건물을 통일적으로 유지·관리해야 할 필요가 있어 이를 일률적으로 지출하지 않으면 안 되는 성격의 비용은 그것이 입주자 각자의 개별적인 이익을 위하여 현실적·구체적으로 귀속되는 부분에 사용되는 비용으로 명확히 구분될 수 있는 것이 아니라면, 모두 이에 포함된다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다3598, 3604 판결: 일반관리비, 장부기장료, 위탁수수료, 화재보험료, 청소비, 수선유지비 등은 모두 입주자 전체의 공동의 이익을 위하여 집합건물을 통일적으로 유지·관리해야 할 필요에 의해 일률적으로 지출되지 않으면 안 되는 성격의 비용에 해당한다고 한 예). ③ 관리비 납부를 연체할 경우 부과되는 연체료는 위약벌의 일종이고 집합건물의 특별승계인이 전 입주자가 채납한 공용부분 관리비를 승계한다고 하여 전 입주자가 관리비 납부를 연체함으로써 인해 이미 발생하게 된 법률효과까지 그대로 승계하는 것은 아니므로, 공용부분 관리비에 대한 연체료는 집합건물의 특별승계인에게 승계되는 공용부분 관리비에 포함되지 않는다(2004다3598, 3604).

1567) ① 현재 구분소유권을 보유하고 있는 최종 특별승계인뿐만 아니라 그 이전의 구분소유자들도 구분소유권의 보유 여부와 상관없이 공용부분에 관한 종전 구분소유자들의 채납관리비채무를 부담한다(2006다50420). ② 위탁자의 구분소유권에 관하여 신탁을 원인으로 수탁자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다가 신탁계약에 따른 신탁재산의 처분으로 제3취득자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지고 신탁등기는 말소됨으로써, 위탁자의 구분소유권이 수탁자, 제3취득자 앞으로 순차로 이전된 경우, 각 구분소유권의 특별승계인들인 수탁자와 제3취득자는 특별한 사정이 없는 한 각 종전 구분소유권자들의 공용부분 채납관리비채무를 중첩적으로 인수하고, 등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자가 부담한다는 내용이 기재되어 있더라도, 제3취득자는 이와 상관없이 종전 구분소유권자들의 소유기간 동안 발생한 공용부분 채납관리비채무를 인수한다(대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결).

1568) 집합건물의 관리단 등 관리주체가 단전조치를 하기 위해서는 법령이나 규약 등에 근거가 있어야 하고, 단전조치의 경위, 동기 및 목적, 수단과 방법, 입주자가 입게 된 피해의 정도 등 여러 사정을 종합하여 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성이 있어야 한다. 단전조치에 관하여 법령이나 규약 등에 근거가 없거나 규약이 무효로 밝혀진 경우 단전조치는 원칙적으로 위법하다. 다만 관리주체나 구분소유자 등이 규약을 유효한 것으로 믿고 규약에 따라 집합건물을 관리하였는지, 단전조치를 하지 않으면 집합건물의 존립과 운영에 심각한 지장을 초래하는지, 구분소유자 등을 보호할 가치가 있는지 등을 종합하여 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성을 인정할 만한 특별한 사정이 있다면 단전조치가 위법하지 않다(대법원 2021. 9. 16. 선고 2018다38607 판결: 단전조치에 관한 관리규약이 관리단집회의 결의 요건을 갖추지 못하고 제정·개정되어 무효이나, 단전조치가 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성을 벗어난 위법한 행위라고 보기 어렵다 하여 불법행위에 해당하지 않는다고 판단한 예).

하지 못하였다면, 그 구분소유자로서는 관리단에 대해 그 기간 동안 발생한 관리비채무를 부담하지 않는다.<sup>1569)</sup>

1개월 단위로 지급되는 집합건물의 관리비채권은 민법 제163조 제1호의 3년 단기소멸시효에 걸린다.<sup>1570)</sup> 구분소유권의 특별승계인은 체납관리비 납부의무에 관한 시효중단의 효력이 미치는 민법 제169조 소정의 '승계인'에 해당한다.<sup>1571)</sup>

1569) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다3598, 3604 판결.

1570) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다65821 판결.

1571) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다81474 판결: 집합건물의 관리를 위임받은 甲 회사가 구분소유자 乙을 상대로 관리비 지급을 구하는 소를 제기하여 승소판결을 받음으로써 乙의 체납관리비 납부의무의 소멸시효가 중단되었는데, 그 후 丙이 임의경매절차에서 위 구분소유권을 취득한 사안에서, 丙은 乙에게서 시효중단의 효과를 받는 체납관리비 납부의무를 중단 효과 발생 이후에 승계한 자에 해당하므로 시효중단의 효력이 丙에게도 미친다고 한 사례. ■ **민법 제169조**(시효의 중단은 당사자 및 그 승계인간에만 효력이 있다)에서 '승계인'이라 함은 시효중단에 관여한 당사자로부터 중단의 효과를 받는 권리 또는 의무를 그 중단 효과 발생 이후에 승계한 자를 뜻하고 포괄승계인은 물론 특정승계인도 이에 포함된다.