

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2017다360 소유권이전등기  
2017다377(독립당사자참가의소) 소유권이전등기

원고, 피상고인 겸 상고인

망 소외 1의 소송수계인 원고

소송대리인 변호사 김정진

피고(선정당사자), 피상고인 겸 상고인

피고(선정당사자)

소송대리인 법무법인 민주

담당변호사 신성기

피고, 피상고인

소송대리인 변호사 박석봉

독립당사자참가인, 상고인

독립당사자참가인

소송대리인 내외법무법인

담당변호사 민태식

원 심 판 결

대전지방법원 2016. 11. 4. 선고 2014나1353(본소), 2014나4543  
(독립당사자참가의소) 판결

## 주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 원고의 상고로 인한 부분은 원고가, 피고(선정당사자)의 상고로 인한 부분은 피고(선정당사자)와 선정자들이, 독립당사자참가인의 상고로 인한 부분은 독립당사자참가인이 각각 부담한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 원고의 상고이유에 관한 판단

물건의 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정된다(민법 제197조 제1항). 따라서 점유자가 취득시효를 주장하는 경우 스스로 소유의 의사를 증명할 책임은 없고, 그 점유자의 점유가 소유의 의사가 없는 점유임을 주장하여 취득시효의 성립을 부정하는 자에게 그 증명책임이 있다.

점유자의 점유가 자주점유인지 아니면 타주점유인지는 점유자의 마음속에 있는 의사에 따라 결정되는 것이 아니라 점유 취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관련된 모든 사정에 따라 외형적·객관적으로 결정되어야 한다. 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었거나, 점유자가 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 하려는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정, 즉 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취

하지 않았을 태도를 나타내거나 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 않은 경우 등 외형적·객관적으로 보아 점유자가 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않았던 것이라고 볼 만한 사정이 증명된 경우에 한하여 그 추정은 깨진다(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결 등 참조). 그러나 점유자가 스스로 매매나 증여와 같이 자주점유의 권원을 주장하였는데, 이것이 인정되지 않는다는 사유만으로는 자주점유의 추정이 깨진다고 볼 수 없다(대법원 2002. 2. 26. 선고 99다72743 판결 등 참조).

원심은 채택 증거에 의하여 피고가 소유의 의사로 오빠인 소외 2를 통해서 원심판결의 별지 목록 제56항 기재 토지를 점유한 사실을 인정하고 위 토지에 관한 점유취득시효가 완성되었다고 판단하였다. 그 이유로 피고가 그녀의 남편인 소외 3의 소유권이전등기 당시 전 등기명의인으로부터 이를 매수하였음을 증명할 명확한 자료를 제출하지 못하고 있다는 등의 사정만으로는 자주점유의 추정이 깨진다고 할 수 없고, 피고가 명의수탁자에 불과하다는 원고의 주장에 대해서도 이를 인정할 증거가 없다는 점을 들었다.

원심의 판단은 위 법리에 비추어 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 판단을 누락하거나 자주점유 추정에 관한 법리를 오해하거나 석명 의무 위반 등으로 인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

## 2. 피고(선정당사자)의 상고이유에 관한 판단

가. 원심판결의 별지 목록 제1~8, 10~20, 22~31, 35~43, 46~49, 52~55항 기재 토지(상고이유 제1·2·3·8점)

사망자 명의의 신청으로 이루어진 이전등기는 원인무효의 등기로서 등기의 추정력을

인정할 여지가 없으므로 그 등기의 유효를 주장하는 자가 현재의 실체관계와 부합함을 증명할 책임이 있다(대법원 1983. 8. 23. 선고 83다카597 판결 참조).

원심은 채택 증거에 의하여 다음의 사실을 인정하였다. (1) 소외 4의 아버지 소외 5는 위 토지들 외에도 ○○리, △△리 일대의 산과 전·답 등 많은 부동산을 소유하면서 마을 주민들에게 소작을 주던 지주였는데, 소외 5의 사망으로 소외 4가 이를 상속하였다. (2) 소외 4는 1950. 6. 1. 고려대학교에 입학한 뒤 6·25 전쟁이 발발하자 고향으로 내려왔다가 1950. 9.경 행방불명으로 2008. 7. 31. 대전지방법원 논산지원 2007느단91호로 실종선고를 받아 1955. 9. 9.경 사망한 것으로 간주되었다.

원심은, 위 사실을 전제로 위 토지들에 관하여 1956. 5. 1.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기는 모두 소외 4가 1950. 9.경 행방불명된 때부터 약 6년이 지난 시점에 소외 4와의 매매를 원인으로 하여 이루어진 것으로서 원인무효의 등기라고 판단하였다. 피고(선정당사자)가 소외 4의 모친인 소외 6이 소외 4를 대리하여 위 토지들에 관한 매매계약을 체결하거나 소유권이전등기를 하였다고 주장하였으나, 원심은 제출된 증거만으로는 이를 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 위 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 인정하거나 심리미진, 판단누락, 처분문서의 증명력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

그 밖에 피고(선정당사자)의 상고이유 중 원심의 판단에 금반언, 신의칙에 관한 법리 오해의 잘못이 있다는 주장은 원심이 배척한 사실관계를 전제로 한 주장으로 적법한

상고이유가 아니다.

나. 원심판결의 별지 목록 제50, 51항 기재 토지(상고이유 제4·7점)

(1) 원심은 위 토지들에 관하여 구 부동산 소유권이전등기 등에 관한 특별조치법(1977. 12. 31. 법률 제3094호로 제정되어 1985. 1. 1. 실효되었다. 이하 '특별조치법'이라 한다)에 따라 소외 4에서 선정자 9 앞으로 마친 소유권이전등기가 등기의 원인인 보증서나 확인서상 권리변동 원인에 관한 실체적 기재내용이 진실에 부합하지 않거나 적어도 진실이 아님을 의심할 만큼 증명되었으므로 위 각 소유권이전등기의 추정력이 번복되어 위 각 소유권이전등기를 기초로 이루어진 선정자 20 명의의 소유권이전등기는 특별한 사정이 없는 한 무효라고 판단하였다. 그 이유로 채택 증거에 의하여 인정되는 다음 사실을 들고 있다.

① 위 토지들에 관한 소유권이전등기의 등기원인은 1959. 5. 5.자 매매인데, 소외 4가 행방불명되어 부동산을 처분할 수 없었던 시기의 매매를 원인으로 하고 있고, 이에 관하여 피고(선정당사자)가 납득할 만한 설명을 하지 못하고 있다.

② 선정자 9가 관련 민사사건에서 '소외 6이 소외 4를 대리하여 소외 4의 토지들을 팔았다.'고 하여 피고(선정당사자)의 주장에 부합하는 증언을 하였으나, 이후 위 증언에 대하여 위증죄로 처벌받았다. 선정자 9는 위증 사건으로 조사를 받을 때 소외 4 명의 토지를 자기 앞으로 등기 이전한 경위에 관하여 특별조치법으로 이전을 하였기 때문에 누구로부터 매수한 것이 아니라고 진술하였다.

(2) 원심판결 이유를 관련 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 특별조치법에 의한 등기의 추정력 번복에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

다. 원심판결 별지 목록 제4, 8, 12, 16, 22~26, 39, 41, 46, 47, 54, 55항 기재 토지

(상고이유 제5·7·8·9점)

원심은 위 토지들 중 위 제46, 47항 기재 토지를 제외한 나머지 토지들이 소외 4 다음에 소유권이전등기를 마친 최초 점유자 또는 그 상속인들 소유로 남아 있는 부동산으로 최초 점유자들은 이들 토지에 대한 점유를 뒷받침할 만한 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 소외 4 소유의 부동산을 무단 점유한 것이고, 달리 선정자 또는 그 이전 소유자인 피상속인이 과실 없이 토지의 점유를 개시하였음을 인정할 증거가 없다고 보았다.

또한 원심은 위 제46, 47항 기재 토지의 등기명의자인 피고(선정당사자)가 소외 4 이후 최초의 등기명의자인데 부친이 자기 앞으로 위 토지를 사 놓은 것이라는 점유 개시 권원에 대한 주장을 믿을 수 없고, 친동생인 소외 7에게 등기이전을 하였다가 2006. 10. 11. 다시 등기이전을 받은 것은 소외 7에게 사업자금을 빌리면서 양도담보를 설정한 것으로 볼 수 있어 소외 7로부터 등기를 이전받은 시점에 새로운 권원에 기하여 점유를 개시한 것으로 볼 수도 없다고 판단하였다. 나아가 원심은 위에서 본 바와 같이 소외 6이 소외 4를 대리하여 최초 매수인들에게 소유권을 이전해 준 것이라는 피고(선정당사자)의 주장을 받아들이지 않고, 해당 선정자들의 점유 개시에 관하여 과실이 있다고 판단하여 위 토지들에 대한 등기부취득시효 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실인정을 하거나 취득시효에서의 과실 인정에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

라. 원심판결 별지 목록 제14, 19, 37, 38항 기재 토지(상고이유 제6점)

원심은 위 토지들에 관하여 해당 선정자들이 악의의 무단점유자에 해당하거나 악의

의 무단점유자의 점유태양을 승계한 자에 해당한다고 판단하여 위 토지들에 대한 등기 부취득시효 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 악의의 무단점유 인정에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 독립당사자참가인의 상고이유에 관한 판단

가. 1960. 1. 1. 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것, 이하 '제정 민법'이라 한다) 시행 전에 친족·상속에 관해서는 우리나라의 관습(이하 '구 관습'이라 한다)에 따르도록 되어 있었다. 구 관습에서는 남편이 인지한 혼인 외의 출생자는 서자가 되고, 서자는 아버지의 배우자와 적모서자관계에 있었고, 이 관계도 관습상 유효한 친자관계로 인정되었다.

제정 민법 시행 이후에도 혼인 외의 자는 아버지의 배우자와 법정 친자관계에 있었으나(제774조), 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정된 민법(이하 '개정 민법'이라 한다)에 따라 민법 제774조가 삭제되어 이러한 법정 친자관계는 그 시행일인 1991. 1. 1. 소멸하였다(개정 민법 부칙 제4조).

나. 개정 민법 부칙 제12조는 상속에 관한 경과규정으로 제1항에서 '이 법 시행일 전에 개시된 상속에 관하여는 이 법 시행일 후에도 구법(舊法)의 규정을 적용한다.'고 정하고, 제2항에서 '실종선고로 인하여 상속이 개시되는 경우에 그 실종기간이 구법 시행 기간 중에 만료되는 때에도 그 실종이 이 법 시행일 후에 선고된 때에는 상속에 관하여는 이 법의 규정을 적용한다.'고 정하고 있다. 이는 개정 민법 시행 전에 개시된 상속에 관해서는 개정 민법의 시행에도 불구하고 상속 개시 시점을 기준으로 제정 민법 시행 전에는 구 관습을 적용하고 제정 민법 시행 후에는 제정 민법을 적용하되, 개정

민법 시행 후 실종선고가 있는 경우에는 실종기간의 만료 시점이 언제인지와 관계없이 실종선고로 인한 상속에 관해서는 개정 민법을 적용하기로 한 것으로 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 법률의 부칙에 있는 경과규정은 법률의 제정 또는 개정으로 인한 신법과 구법의 적용관계를 규율하기 위한 것이다. 일반적으로 법률의 부칙 규정에서 정하는 '구법'은 '신법' 또는 '개정법'에 대응하는 개념으로서 제·개정 전의 법률을 가리킨다.

(2) 제정 민법 부칙 제1조는 '구법'을 '본법(제정 민법을 가리킨다)에 의하여 폐지되는 법령 또는 법령 중의 조항을 말한다.'고 정하고 있다. 여기에서 말하는 구법은 의용 민법 또는 그 조항뿐만 아니라 친족·상속에 관한 구 관습을 포함하는 것으로 보아야 한다. 제정 민법이 시행되기 전에 친족·상속에 관해서는 구 관습을 따르고 있었기 때문에, 이와 달리 해석하면 법률의 중대한 공백이 생긴다.

(3) 개정 민법 부칙 제2조는 '구법'을 '민법 중 개정 민법에 의하여 개정 또는 폐지되는 종전의 조항'이라고 정하고 있다. 이 규정은 구법을 정의하면서 위 (2)에서 본 제정 민법 부칙 제1조와 같은 표현을 사용하고 있다. 따라서 제정 민법에서 말하는 구법과 동일하게 구 관습도 포함하는 의미로 보아야 한다.

(4) 개정 민법 부칙 제12조 제2항에서 "실종선고로 인하여 상속이 개시되는 경우에 그 실종기간이 구법 시행기간 중에 만료되는 때에도 그 실종이 이 법 시행일 후에 선고된 때에는 상속에 관하여는 이 법의 규정을 적용한다."라고 정하고 있다. 이 규정은 일반적인 상속에 관해서 상속 개시 시점을 기준으로 하여 그때 시행되는 법령을 적용하는 것에 대한 특칙으로서 예외를 인정한 것이다.

민법 제정 후 실종선고로 인한 상속에 관한 경과규정은 2차례에 걸쳐 변경되었다.



제정 민법 부칙 제25조 제2항은 '실종선고로 인하여 호주 또는 재산상속이 개시되는 경우에 그 실종기간이 구법 시행기간 중에 만료하는 때에도 그 실종이 본법 시행일 후에 선고된 때에는 그 상속순위, 상속분 기타 상속에 관하여는 본법의 규정을 적용한다.'고 정하여 이른바 '실종선고 시 기준설'을 채택하였다. 그러나 1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 민법(1979. 1. 1. 시행) 부칙 제6항은 '실종선고로 인하여 상속이 개시되는 경우에 그 실종기간이 이 법 시행일 후에 만료된 때에는 그 상속에 관하여 이 법의 규정을 적용한다.'고 정하여 민법 시행 후 실종 기간이 만료되는 일부 기간에 대하여 이른바 '실종기간 만료 시 기준설'을 채택하는 것으로 일부 내용을 변경하였다. 그 후 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정된 민법(1991. 1. 1. 시행)은 부칙 제12조 제2항에서 다시 '실종선고 시 기준설'로 환원하였다. 여기에서 '실종선고 시 기준설'은 실종선고로 인한 상속에 관하여 실종선고 시에 시행되는 법령을 적용한다는 것으로서 실종기간이 언제 만료하였는지는 아무런 관계가 없다.

(5) 실종기간이 제정 민법 시행 전에 만료된 경우에도 실종선고로 인한 상속에 관해서는 개정 민법이 적용된다고 보아야 한다. 부재자의 생사불명 상태가 일정기간 계속하고 살아 있을 가능성이 적게 된 때에, 그 사람을 사망한 것으로 간주하여 그를 중심으로 하는 법률관계를 확정·종결케 하는 것이 실종선고제도이다. 실종선고를 통해서 실종기간이 제정 민법 시행 전에 만료되어 그때 사망한 것으로 간주된다고 하더라도 이는 간주일 뿐이어서 어느 시점의 법령을 기준으로 상속관계를 규율할 것인지를 정하는 것은 별개의 문제이다.

실종선고로 인한 사망은 실종기간의 기산점에 따라 사망 간주시기가 민법 시행 전·후로 달라질 수 있다. 오래 전에 실종되었을수록 실종 여부나 실종기간의 기산점을 판

단할 수 있는 근거자료가 불충분하여 불확실성이 더욱 커질 수 있다. 개정 민법의 입법자는 이러한 불확실성을 제거하고자 어느 시점에 실종기간이 만료되는지 여부와 관계없이 실종선고 당시에 시행되는 개정 민법에 따라 상속관계를 정하도록 하는 것이 합리적이라고 보아 입법적 결단을 한 것으로 볼 수 있다. 특히 기존 남성 중심의 상속 제도를 남녀 간 공평한 상속이 가능하도록 상속에 관한 규정을 개정하면서 개정 민법 시행 후 실종선고된 부재자에 대한 상속관계에도 이들 규정을 적용하도록 한 것으로 이해할 수 있다.

(6) 위와 같은 민법 부칙의 구법에 관한 정의 규정, 상속에 관한 경과규정, 실종선고로 인한 상속에 관한 경과규정의 문언, 체계와 그 입법취지 등에 비추어 개정 민법 시행 후 실종선고가 있는 때에는 실종기간의 만료일이 언제인지와 관계없이 실종선고로 인한 상속에 관해서는 개정 민법이 적용된다고 보아야 한다.

다. 원심판결과 채택증거에 의하면, 다음의 사실을 알 수 있다.

(1) 소외 5는 1921. 4. 8. 소외 8과 혼인신고를 하고 슬하에 소외 9와 독립당사자참가인(이하 '참가인'이라 한다)을 두고, 이와 별도로 소외 6과 슬하에 소외 4, 원고를 두었다. 소외 5는 1945. 3. 22. 사망하였다.

(2) 소외 4는 1950. 9.경 배우자 또는 자녀가 없는 상태에서 행방불명되었고, 2008. 7. 31. 대전지방법원 논산지원 2007년단91호로 실종선고가 되어 실종기간 만료일인 1955. 9. 9.경 사망한 것으로 간주되었다.

(3) 소외 6은 2000. 1. 24. 사망하였고, 딸인 소외 1이 소외 6의 재산을 단독으로 상속하였다.

라. 위 법리에 비추어 살펴보면, 소외 4가 실종선고로 실종기간 만료일인 1955. 9. 9.

경 사망한 것으로 본다고 하더라도 개정 민법이 시행된 후인 2008. 7. 31. 소외 4에 대하여 실종선고가 되었으므로, 개정 민법 부칙 제12조 제2항에 따라 그 상속에 관해서는 실종선고 시에 시행되던 법률인 개정 민법이 적용되어 소외 4의 생모인 소외 6만이 단독상속인이 되고, 구 관습상 소외 4의 적모인 소외 8에게는 상속권이 없다고 할 것이다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하고 상고이유 주장과 같이 개정 민법의 부칙 제2조에서 정한 '구법'에 관한 법리를 오해하거나 부칙 제12조에서 정한 상속에 관한 경과규정에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 4. 결론

원고, 피고(선정당사자), 독립당사자참가인의 상고는 모두 이유 없어 이를 기각하기로 하고, 상고비용 중 원고의 상고로 인한 부분은 원고가, 피고(선정당사자)의 상고로 인한 부분은 피고(선정당사자)와 선정자들이, 독립당사자참가인의 상고로 인한 부분은 독립당사자참가인이 각각 부담하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            김창석

                  대법관            박보영

                  대법관            이기택

주 심      대법관      김재형