

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2009다99143 부당이득금반환
원고, 상고인	원고 1 외 9인 원고들 소송대리인 법무법인 서광 담당변호사 김영갑 외 3인
피고, 피상고인	피고 대한민국 외 3인 피고 2 내지 4의 소송대리인 법무법인 사랑 담당변호사 전병목
원 심 판 결	서울고등법원 2009. 10. 23. 선고 2009나16782 판결
판 결 선 고	2011. 11. 24.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 추가상고이유서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 원심판결의 이유 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심판결의 별지 목록 기재 각 토지(이하 '이 사건 각 토지'라고 한다)에 관한 부동산등기부에 원고들의 선대인 소외 1, 소외 2, 소외 3이 각 소유자로 등재된 사실, 피고들은 1940. 11. 1.경부터 1973. 3. 30.경까지 이 사건 각 토지의 지목을 도로, 구거, 제방, 하천 등으로 변경한 후 그 때부터 위 각 토지를 점유·사용해 오고 있는 사실 등을 인정한다. 피고들의 무단점유에 관한 원고들의 주장을 아래와 같이 배척하고 피고들의 시효취득 항변을 받아들여 원고들의 이 사건 부당이득금반환청구를 모두 기각하였다.

즉, 피고들은 이 사건 각 토지의 점유 개시 당시에 소외 1, 소외 2, 소외 3로부터 사용승낙을 받거나 협의수용절차를 거치지 아니한 채 무단으로 위 각 토지를 점유하였으므로 자주점유의 추정이 깨어졌다는 원고들의 주장에 대하여, 피고들이 위 각 토지를 도로, 구거, 하천, 제방 등으로 점유·사용하기 시작한 때로부터 상당한 기간이 지나도록 원고들의 피상속인들이나 원고들이 그에 관하여 이의를 제기하거나 보상을 요구한 흔적이 없고, 일부 토지에 관하여는 1985년경에야 땅 소외 3 명의로 소유권보존등기 또는 소유권이전등기가 되었으며, 1940. 11.경 도로로 지목변경된 토지의 경우 그 후 6·25 전란 등 숭한 국가적 변혁을 겪어서 위 각 토지의 점유권원과 관련된 자료가 정상적으로 보관되어 있으리라고 기대하기 어렵고, 당시의 조선도로령 등 관련 규정에서 도로공사를 위하여 타인의 토지를 사용한 경우 손해를 입은 자에게 그 손해를 보상하도록 규정하고 있었던 점 등에 비추어, 피고들이 위 각 토지에 대한 점유를 개시할 당시 공공용 재산의 취득절차를 거쳐서 소유권을 적법하게 취득하였을 가능성도 배제할 수 없으므로, 피고들이 이 사건 각 토지의 취득절차에 관한 서류를 제출하지 못하고 있다고 하여 그에 관한 피고들의 자주점유의 추정이 번복된다고 할 수 없다고 판단하

였다.

2. 그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

가. 부동산의 점유권원의 성질이 분명하지 않을 때에는 민법 제197조 제1항에 의하여 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정되나, 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 입증된 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지는 않다고 보아야 하므로, 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어지고(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결 참조), 지방자치단체나 국가가 자신의 부담이나 기부채납 등 지방재정법 또는 국유재산법 등에 정한 공공용 재산의 취득절차를 밟는 등 토지를 점유할 수 있는 권원 없이 사유 토지를 임의로 도로부지로 편입시킨 경우에도 마찬가지이다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다32553 판결 참조).

다만, 국가나 지방자치단체가 해당 토지의 취득절차를 밟았다는 점에 관한 서류를 제출하지 못하고 있다고 하더라도, 그 토지에 관한 지적공부 등이 6·25 전란으로 소실되었거나 기타의 사유로 존재하지 아니하여 국가나 지방자치단체가 지적공부 등에 소유자로 등재된 자가 따로 있음을 알면서 그 토지를 점유하여 온 것이라고 단정할 수 없고, 그 점유의 경위와 용도 등을 감안할 때 국가나 지방자치단체가 점유 개시 당시 공공용 재산의 취득절차를 거쳐서 소유권을 적법하게 취득하였을 가능성도 배제할 수 없다고 보이는 경우에는 국가나 지방자치단체가 소유권 취득의 법률요건이 없이 그러한 사정을 잘 알면서 토지를 무단점유한 것임이 증명되었다고 보기 어려우므로 위와

같이 토지의 취득절차에 관한 서류를 제출하지 못하고 있다는 사정만으로 그 토지에 관한 국가나 지방자치단체의 자주점유의 추정이 번복된다고 할 수는 없겠으나(대법원 2005. 12. 9. 선고 2005다33541 판결, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다42112 판결 등 참조), 국가나 지방자치단체가 해당 토지의 점유·사용을 개시할 당시의 지적공부 등이 멸실된 바 없이 보존되어 있고 거기에 국가나 지방자치단체의 소유권 취득을 뒷받침하는 어떠한 기재도 없는 경우까지 함부로 적법한 절차에 따른 소유권 취득의 가능성을 수긍하여서는 아니 된다.

나. 피고들이 이 사건 각 토지를 그 지목이 도로, 구거, 제방, 하천 등으로 변경된 1940. 11. 1.경부터 1973. 3. 30.경까지 사이에 점유·사용하기 시작하였다고만 주장할 뿐, 당시 위 각 토지에 관하여 매입이나 기부 등 당시의 국유재산법이나 지방재정법 등에서 정한 공공용 재산의 취득절차를 밟았다는 점에 관하여 이를 뒷받침할 만한 객관적 자료를 전혀 제출하지 못하고 있는 이 사건에서, 원심은 피고들이 이 사건 각 토지를 점유·사용하기 시작할 무렵의 지적공부가 6·25 전란 등으로 멸실되었거나 기타의 사유로 존재하지 아니한다는 점에 관하여 명확한 사실인정을 회피한 채, 피고들이 위 각 토지를 공공용 재산으로 편입시킨 경위와는 실질적 관련성이 없는 판시 사정만을 들어 피고들의 소유권 취득가능성을 긍정하였다.

그러나 만일 이 사건 각 토지에 관하여 토지대장 등 지적공부가 멸실된 바 없이 존속하고 그 지적공부에 피고들의 소유권 취득사실을 뒷받침할 만한 기재가 전혀 나타나지 아니한다면, 특별한 사정이 없는 한 피고들은 국유재산법이나 지방재정법 등에 따른 공공용 재산의 취득절차를 밟지 않은 채 무단으로 위 각 토지를 점유·사용한 것으로 볼 수밖에 없어 피고들이 소유의 의사로 이 사건 각 토지를 점유하였다는 추정은

깨어지고, 그러한 지적공부상 기재에도 불구하고 피고들의 소유권 취득가능성을 긍정할 수 있는 특별한 사정의 존재에 관한 입증책임은 피고들에게 있다고 보아야 한다.

다. 따라서 원심으로서는 먼저 이 사건 각 토지에 관한 토지대장 등 지적공부가 멸실된 바 있는지를 심리하여 이를 확정된 다음, 그 확정된 사실에 더하여 이 사건 각 토지가 도로나 구거, 제방, 하천 등으로 편입된 경위 등을 개별적·구체적으로 살핌으로써 피고들이 이 사건 각 토지를 도로 등으로 점유·사용할 당시 매입이나 기부 등 당시의 국유재산법 또는 지방재정법 등에서 정한 절차에 따라 공공용 재산으로 취득하였을 가능성이 있는지를 따지고, 그에 따라 피고들의 이 사건 각 토지에 관한 자주점유의 추정이 유지되는지에 대하여 판단하였어야 함에도, 원심은 위와 같은 사정에 관하여 필요한 심리를 다하지 아니한 채 그것만으로는 피고들의 소유권 취득가능성을 추단하기에 부족할 뿐만 아니라 일부 토지에 국한된 판시 사정을 들어 이 사건 각 토지 전부에 관한 피고들의 자주점유 추정을 유지하고 그 시효취득 항변을 받아들였으니, 이러한 원심판결에는 부동산점유취득시효의 요건인 자주점유의 추정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장에는 정당한 이유가 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장

대법관

안대희

대법관 김능환

대법관 민일영

주 심 대법관 이인복