

취득시효 기산점에 변론주의가 적용되는지 여부에 관한 연구*

The Study on the Application of Oral Proceeding System to the Starting Point of Acquisitive Prescription

석 현 수**

Hyunsoo Seok

목 차

- | | |
|----------------------|---------------------|
| I. 서론 | IV. 법이론적 측면에서의 검토 |
| II. 변론주의 | V. 구체적 타당성 측면에서의 검토 |
| III. 취득시효 기산점에 관한 판례 | VI. 결론 |

판례는 취득시효의 기산점은 간접사실이므로 주장책임이나 재판상 자백의 적용을 받지 않는다고 본다. 그런데 판례가 ‘취득시효의 기산점’이라는 용어를 사용할 때, 그 용어가 ‘점유가 최초로 시작하는 때’라는 역사적 사실, 즉 사실상 점유개시점의 의미로 사용된 것인지, 아니면 ‘취득시효가 최초로 진행되기 시작하는 때’라는 법적 판단, 즉 법률상 기산점의

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2023..27.219>

투고일: 2023. 10. 31. / 심사완료일: 2023. 11. 17. / 게재확정일: 2023. 11. 22.

* 이 논문은 2022년도 건국대학교 KU학술연구비 지원에 의한 논문임.

This paper was supported by Konkuk University in 2022.

** 건국대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사

Associate Professor, Konkuk University Law School, lawyer

의미로 사용되는 것인지 불분명한 경우가 있다. 따라서 본 논문에서는 위 용어가 사실상 점유개시점을 의미하는 경우와 법률상 기산점을 의미하는 경우로 나누어 위 판례의 입장이 타당한지 여부를 검토하여 보았다.

주요 ‘사실’과 간접 ‘사실’은 모두 법적 판단이 아닌 역사적이고 구체적인 ‘사실’이다. 그리고 주요사실과 간접사실 중에서 주요사실만이 변론주의의 내용인 주장책임과 재판상 자백의 적용을 받는다.

법률상 기산점은 ‘사실’이 아니라 법적 판단이므로 주요사실이나 간접사실 중 어느 것에도 해당될 수 없다. 따라서 법률상 기산점을 간접사실로 보는 것은 타당하지 않다고 생각한다(주장책임이나 재판상 자백은 법률상 기산점에 적용되지 않지만, 그 이유는 법률상 기산점이 법적 판단이기 때문이지 간접사실이기 때문은 아니다).

사실상 점유개시점은 사실에 해당하고, 이것이 주요사실인지 여부는 주장책임과 재판상 자백의 적용 여부를 결정한다. 주장책임과 재판상 자백의 적용 여부는, 소유자 변동이 없는 경우에는 그 논의의 실익이 별로 없지만(사실상 점유개시점을 확정할 필요가 없기 때문이다), 소유자의 변동이 있는 경우에는 소송의 승패를 결정하기도 한다.

사실상 점유개시점은 주요사실인 20년간의 점유와 논리적으로 불가분의 관계에 있다. 또한 사실상 점유개시점을 간접사실로 보아 주장책임 및 재판상 자백을 적용하지 않는 것은 당사자에게 불의의 타격을 가하고, 당사자와 법원의 부담을 가중시키며, 신속하고 경제적인 재판을 저해하는 등 구체적 타당성 측면에서의 문제점을 가지고 있다. 그렇다고 ‘소유자의 변동이 없는 경우에만 기산점의 선택을 인정한다’는 판례의 결론을 도출하기 위하여 ‘사실상 점유개시점은 간접사실이다’라는 이론 구성이 필요한 것도 아니다(사실상 점유개시점에 변론주의가 적용되는지 여부는 기산점의 선택과 아무런 연관이 없다). 이러한 점들을 종합하여 볼 때, 사실상 점유개시점은 주요사실로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

결국 취득시효의 기산점이 간접사실이라는 판례의 입장은 -여기에서의 기산점이 법률상 기산점을 의미하는 것이든, 아니면 사실상 점유개시점을 의미하는 것이든- 타당하지 않다고 생각한다.

[주제어] 취득시효의 기산점, 주요사실, 간접사실, 주장책임, 재판상 자백

I. 서론

20년간 소유의 의사로 평온, 공언하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다(민법 제245조 제1항). 이러한 부동산 취득시효에 관하여 대법원은 취득시효의 기산점은 법률효과의 판단에 관하여 직접 필요한 주요사실이 아니고 간접사실에 불과하여 법원으로서는 이에 관한 당사자의 주장에 구속되지 아니하고 소송자료에 의하여 진정한 점유의 시기를 인정하여야 한다고 판시하였다.¹⁾ 이러한 판례의 입장은 취득시효의 기산점이 언제인지를 판단함에 있어서는 변론주의가 적용되지 않는다는 의미로 해석할 수 있다.

본 논문의 주제는 위와 같은 판례의 입장이 타당한 것인지 여부이다. 이러한 주제와 관련하여, 먼저 아래 II항에서 변론주의의 내용과 적용범위에 관하여 살펴보고, III항에서는 취득시효의 기산점에 관한 판례와 그 의미를 살펴본 후, IV항에서는 법이론적 측면에서, 그리고 V항에서는 구체적 타당성 측면에서 위 판례를 검토하고자 한다.

II. 변론주의

1. 변론주의의 내용

변론주의란 소송자료(사실자료와 증거자료)의 수집 및 제출은 당사자에게 맡기고, 법원은 당사자가 제출한 자료만을 기초로 재판을 하도록 하는 민사소송의 원칙이다.²⁾ 변론주의의 내용에는 주장책임, 자백의

1) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60120 판결; 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다34037 판결 등.

2) 김홍규/강태원, 민사소송법 제3판, 삼영사, 2014, 372쪽; 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사, 2020, 426쪽; 박재완, 민사소송법강의 제3판, 박영사, 2019, 217쪽; 이시윤, 신민사소송법 제12판, 박영사, 2018, 326쪽; 최성호, “변론주의의 근거와 적용범위에

구속력, 증거의 제출책임이 포함되는데, 이 중 주장책임과 자백의 구속력은 주요사실에는 적용되지만 간접사실(주요사실을 추인하는데 도움이 되는 사실)과 보조사실(증거능력이나 증거가치에 관한 사실)에는 적용되지 않는다.³⁾

여기에서의 ‘주요사실’의 의미를 이해하기 위해서는 먼저 요건사실에 관해 살펴볼 필요가 있다. 실체법에서는 일정한 요건이 충족되면 일정한 효과가 발생하는 것으로 정하는 경우가 많은데, 여기에서의 일정한 요건을 법률효과의 발생요건이라고 하고, 일정한 효과를 법률효과라고 하며, 법률효과의 발생요건에 해당하는 구체적인 사실을 요건사실이라고 한다.⁴⁾ 그리고 이러한 요건사실이 변론주의의 적용을 받는 주요사실이다.⁵⁾

관한 검토”, 홍익법학 제12권 제3호, 2011, 85쪽; 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016, 389쪽.

- 3) ‘변론주의는 주요사실에만 적용된다’라고 설명하는 것이 일반적이지만, 법원은 간접사실이나 보조사실에 대하여도 당사자가 신청한 증거에 대하여만 증거조사를 하고 직권증거조사는 하지 않는 것이 원칙이라는 점을 고려할 때, 변론주의의 내용 중 증거의 제출책임까지 주요사실에만 적용되는지는 의문이다(석현수, “민법상 요건사실에 관한 소고”, 법학연구 제27권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2017, 157쪽). 본 논문에서 증거의 제출책임은 다루어지지 않으므로, 위와 같은 의문에 대한 자세한 논의는 생략하기로 한다.
- 4) 박태신, “민사소송에서 요건사실에 관한 연구 -요건사실의 기능을 중심으로-”, 홍익법학 제17권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2016, 333쪽. 한편 요건사실이라는 용어는 ‘법률효과의 발생요건’과 동일한 의미로 사용되기도 한다. 황형모, “변론에서 주장이 필요한 여부에 관련한 판례의 검토”, 동아법학 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014, 334쪽은 “요건사실은 실체법규에 의하여 법률효과의 발생요건(즉 법률요건)으로 규정되어 있는, 역사성·구체성이 사상된 추상적·유형적 사실 내지 개념이고, 주요사실은 증명의 대상으로서, 요건사실에 해당하는 역사적·경험적·구체적 사실이라는 점에서 완전히 동일한 것은 아니라고 할 것이다”라고 한다. 본 논문에서는 요건사실이라는 용어를 법률효과의 발생요건에 해당하는 ‘구체적 사실’이라는 의미로 사용하기로 한다.
- 5) 요건사실이 곧 주요사실이라는 견해가 판례와 다수설의 입장인 법규기준설이다. 대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다61646 판결은 “주요사실(요건사실)은 당사자가 변론에서 주장하지 않으면 판결의 기초로 삼을 수 없다”라고 하였다. 또한 대법원 1983.

아래 2항에서는 변론주의의 내용 중 주장책임에 관하여 좀 더 자세히 살펴보고자 한다.

2. 주장책임

2.1 학설의 대립

민사소송에서 원칙적으로 법원은 주요사실 중 당사자의 사실상 주장⁶⁾에 의해 제출된 것만을 인정할 수 있는데, 이러한 원칙을 주장책임이라고 한다.⁷⁾

다수설은 변론주의는 사실자료와 증거자료에만 적용되기 때문에 주

12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결은 “당사자가 변론에서 주장한 주요사실만이 심판의 대상이 되는 것으로서 여기서 주요사실이라 함은 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실을 말한다”라고 하였다. 사법연수원 법학전문대학원 민사재판실무, 사법연수원, 2022, 290쪽은 요건사실과 주요사실은 동의어이고, 간접사실과의 관계가 문제된 경우에는 요건사실 대신 주요사실이라는 용어를 사용한다고 한다.

- 6) 민사소송에서의 당사자의 주장(진술)에는 사실상의 주장과 법률상의 주장이 있다. 사실상의 주장은 구체적·역사적 사실의 존부에 관한 진술을 통해 법원에 사실자료를 제출하는 것을 의미한다. 법률상의 주장이란 넓은 의미로는 법규의 존재·내용·해석·적용에 관한 의견의 진술을 의미하고, 좁은 의미로는 구체적인 권리관계의 존부에 관한 의견의 진술을 의미한다(이시윤, 앞의 책, 384쪽). 일부 문헌에서는 법률효과에 대한 진술에도 ‘사실의 진술’이라는 표현을 사용하기도 하나, 본 논문에서는 ‘사실’이라는 단어를 법적 판단을 배제한 구체적·역사적 사실이라는 의미로 사용하고자 한다.
- 7) 이러한 원칙으로서의 주장책임으로 인하여 소송의 당사자 일방은 자신에게 유리한 주요사실이 주장되지 않으면 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되는 불이익을 받게 되는데, 이러한 불이익 역시 주장책임이라고 한다. 이러한 두 가지 주장책임은 -비록 그 용어는 같지만- 그 의미가 완전히 일치하지는 않는데, 전자의 주장책임(주요사실은 당사자에 의해 주장되어야만 인정될 수 있다는 원칙)은 후자의 주장책임(주요사실이 주장되지 않는 경우 당사자가 입는 불이익)이 발생하는 원인이 된다(석현수, “주장책임에 관한 대법원판결에 대한 고찰”, 법학논총 제37권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2020, 216쪽).

장된 사실에 관한 법적 판단(법률의 해석과 적용)에 대해서는 법원이 당사자의 주장에 구애받지 않고 직권으로 판단해야 한다는 입장을 취한다.⁸⁾ 이러한 다수설을 따르면, 변론주의의 내용 중 하나인 주장책임은 법적 판단에는 적용되지 않기 때문에 법원은 당사자의 법률상 진술에 포함되어 있지 않은 법적 판단도 할 수 있다.⁹⁾

반면 권리자가 권리발생사실을 주장하는 경우나 의무자가 권리소멸 사실을 주장하는 경우 권리발생이나 권리소멸의 요건사실뿐만 아니라 그 요건사실에 기한 법률효과도 아울러 진술해야 주장책임을 다한 것으로 보아야 한다고 주장하는 소수설도 있다.¹⁰⁾ 이러한 소수설은 주장책임의 의미를 ‘주요사실은 당사자의 사실상 주장에 의해 제출되어야만 인정될 수 있고, 주요사실로 인해 발생하는 법률효과는 당사자의 법률상 주장에 의해 제출되어야만 인정될 수 있다’는 것으로 확장하는 견해라고 볼 수 있다.

한편, “당사자가 법률효과를 의욕하였다고 보이지 않는 경우에는 우연히 그 효과발생의 요건사실이 변론에 나타났다고 하여도 그 법률효과를 인정할 수는 없다”고 주장하는 견해도 있다.¹¹⁾ 그런데 여기에서 “당사자가 법률효과를 의욕하였다고 보이지 않는 경우”란 법률효과에 대한 명시적 주장뿐만 아니라 묵시적 또는 간접적 주장도 없는 경우일 것이다. 이러한 점에서 이 견해는 위 소수설에 가까운 입장으로 보인다.¹²⁾

8) 김홍규/강태원, 앞의 책, 375쪽; 김홍엽, 앞의 책, 420쪽; 법원행정처, 법원실무제요민사소송 II, 법원행정처, 2017, 726쪽; 이시윤, 앞의 책, 332쪽.

9) 다수설에 의하면, 예를 들어 매매대금 청구 소송에서 매매대금 지급(변제) 사실은 주요사실로서 변론주의의 적용을 받기 때문에 이에 대한 당사자의 사실상의 주장이 없으면 법원이 이를 인정할 수 없지만, 변제로 인한 매매대금 채권의 소멸이라는 법률효과에는 변론주의가 적용되지 않으므로 위 법률효과에 대한 당사자의 법률상의 주장이 없어도 법원은 직권으로 매매대금 채권이 소멸하였다는 법적 판단을 할 수 있다.

10) 강구욱, “소멸시효 완성의 효과”, 외법논집 제39권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2015, 82쪽.

11) 황형모, 앞의 논문, 353쪽.

위 견해는 그 논거로 법률효과의 발생을 의욕하지 않는데도 우연히 어떤 사실이 변론에 현출되었다는 이유로 그에 대한 법률효과를 인정하면 상대방 당사자에게 불의의 타격을 줄 우려가 있다는 점을 든다.¹³⁾

2.2 판례의 입장

대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다48265 판결은 피고가 부담하는 주장책임의 정도는 요건사실만 변론에 현출되면 족하고, 그 요건사실의 존재로 인하여 어떠한 법률효과가 발생하는지에 대해서까지 주장해야 하는 것은 아니라고 판시하였고, 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다46484 판결은 시효중단사유의 주장책임은 시효완성을 다투는 당사자가 지는데 그 주장책임의 정도는 취득시효가 중단되었다는 명시적인 주장을 필요로 하는 것은 아니라 중단사유에 속하는 사실만 주장하면 주장책임을 다한 것이라고 판시함으로써, 다수설과 같이 주장책임의 적용 범위를 요건사실(주요사실)에 한정하였다.¹⁴⁾

반면 소수설과 같이 주장책임의 적용 범위를 법률효과까지 확장한 것으로 보이는 대법원판결도 있다. 대법원 1979. 2. 13. 선고 78다2157 판결은 시효가 완성되면 당사자의 원용이 없어도 채무는 당연히 소멸되

12) 석현수, “주장책임에 관한 대법원판결에 대한 고찰”, 223쪽.

13) 황형모, 앞의 논문, 353쪽.

14) 위 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다46484 판결에 대하여 “변론주의 원칙상 당사자가 비록 명시적으로 시효중단을 주장하지는 않고 있다고 하더라도 묵시적으로나마 시효중단의 취지의 주장이 있었다고 볼 만한 경우를 전제로 한 것이라고 이해하여야 한다”는 견해가 있다. 그러나 위 판결에서 중단사유에 속하는 사실만 주장하면 주장책임을 다한 것이라고 판시한 점에 비추어 보면 위 판결에서의 명시적인 주장을 필요로 하는 것은 아니라는 말의 의미는, 명시적인 법률상 주장까지는 필요 없지만 적어도 묵시적인 법률상 주장은 필요하다는 의미라기보다는 중단사유에 대한 사실상 주장에 더하여 별도로 ‘위 중단사유에 의해 시효가 중단되었다’는 법률상 주장까지 할 필요는 없다는 의미로 보인다(석현수, “주장책임에 관한 대법원 판결에 대한 고찰”, 227쪽).

지만 변론주의의 원칙상 시효의 이익을 받을 자가 시효소멸의 이익을 받겠다는 항변을 하지 않는 이상 그 의사에 반하여 재판할 수 없다고 판시하였다. 그리고 대법원 1978. 12. 26. 선고 78다1417 전원합의체 판결은 ‘대여금 채권 중 일부 변제된 부분을 제하고 잔액 부분에 대하여 그 이행을 구한다’는 원고의 주장에는 ‘일부 변제로 인하여 소멸시효 중단 사유에 해당하는 채무의 승인이 있었다’는 취지가 포함되어 있지 않으므로 원심이 일부 변제가 시효중단 사유에 해당하는지 여부에 관하여 심리·판단하지 않은 것이 위법하다고 단정할 수 없다고 판시하였다.

주장책임의 적용 범위에 관한 위 판결들을 종합하여 보면, 대법원은 기본적으로는 주장책임의 적용 범위를 사실에 국한하면서, 일부 사안에서 예외적으로 그 적용 범위를 법률효과까지 확장하는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

2.3 소결

일반적으로 사실관계는 당사자가, 그로 인한 법률효과는 법원이 더 잘 알기 때문에 당사자에게는 사실자료의 제출책임만을 지우고 법률효과는 법원이 직권으로 판단하도록 하는 것이 당사자의 소송상 부담 경감과 적절한 재판의 실현 측면에서 바람직하다고 생각한다.¹⁵⁾ 따라서 다수설에 찬성하며, 이하에서는 주장책임은 사실에만 적용되고 법률효과에는 적용되지 않는 것을 전제로 논의를 진행하고자 한다.¹⁶⁾

15) 당사자가 법률효과를 제대로 주장하지 않았다는 이유로 법원이 실체법상 존재하는 권리를 외면하거나 실체법상 의무 없는 자에게 이행을 명하는 것은 적절한 재판의 정신에 반한다고 생각한다(석현수, “시효소멸 인정과 원용의 관계”, 민사법학 제88권, 한국민사법학회, 2019, 75쪽).

16) 이러한 전제에 따르면, 당사자가 특정 법률효과를 주장하지 않아도 그 법률효과와 요건사실이 인정되는 이상, 법원은 그 법률효과를 인정해야 한다(권혁재, 요건사실 증명책임, 진원사, 2010, 1쪽; 이시윤, 앞의 책, 332쪽).

Ⅲ. 취득시효 기산점에 관한 판례

1. 판례의 내용

대법원 1992. 11. 10. 선고 92다20774 판결은 “취득시효를 주장하는 자는 소유자의 변동이 없는 토지에 관하여는 취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수 있고, 취득시효를 주장하는 날로부터 역산하여 20년 이상의 점유사실이 인정되고 그 점유가 자주점유가 아닌 것으로 밝혀지지 않는 한 취득시효를 인정할 수 있는 것이며, 또 취득시효의 기산일은 당사자의 주장과는 상관없이 법원이 소송자료에 의하여 확정하여야 하는 것”이라고 판시하였다.

대법원 1992. 11. 10. 선고 92다29740 판결은 부동산의 점유자는 소급하여 20년 이상 점유한 사실만 증명하면 다른 반대의 사정이 없는 한 20년 이전의 기산점을 선택하여 취득시효의 완성을 주장할 수 있고, 점유의 최초의 개시일이 구체적으로 언제인지 확정될 필요는 없다고 판시하였다.

대법원 1998. 5. 12. 선고 97다34037 판결은 “취득시효의 기산점은 법률효과의 판단에 관하여 직접 필요한 주요사실이 아니고 간접사실에 불과하므로 법원으로서는 이에 관한 당사자의 주장에 구속되지 아니하고 소송자료에 의하여 점유의 시기를 인정할 수 있다.”라고 하면서 참조 판결로 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다7358 판결을 제시하였다.

그리고 위 93다7358 참조 판결은 “점유기간 중에 당해 부동산의 소유권자에 변동이 있는 경우에는 취득시효를 주장하는 자가 임의로 기산점을 선택하거나 소급하여 20년 이상 점유한 사실만 내세워 시효완성을 주장할 수 없고,¹⁷⁾ 이와 같은 경우에는 법원이 당사자의 주장에 구애됨

17) 대법원 1992. 11. 10. 선고 92다29740 판결은 위와 같이 기산점을 선택하거나 소급하여 20년 이상 점유한 사실만 내세워 시효완성을 주장할 수 없는 이유는 취득시효가

이 없이 소송자료에 의하여 인정되는 바에 따라 진정한 점유의 개시시기를 인정하고 이를 바탕으로 취득시효 주장의 당부를 판단하여야 한다.”라고 판시하였다.

또한 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006다28065 판결은 “부동산의 시효취득에 있어서 점유기간의 산정기준이 되는 점유개시의 시기는 취득시효의 요건사실인 점유기간을 판단하는 데 간접적이고 수단적인 구실을 하는 간접사실에 불과하므로, 이에 대한 자백은 법원이나 당사자를 구속하지 않는다”고 판시하였다.

2. 주장책임과의 관계

판례는 소유자 변경 여부에 따라 당사자가 기산점을 선택할 수 있는지 여부가 달라진다고 본다. 그런데 여기에서 ‘기산점을 선택한다’는 말이 ‘특정 순간에 점유에 해당하는 사실(이하 ‘점유사실’이라고 한다)이 최초로 시작되었다’는 사실관계를 선택한다는 의미로 사용된 것인지, 아니면 ‘특정 순간에 취득시효가 최초로 진행되기 시작하였다’는 법률효과를 선택한다는 의미로 사용된 것인지는 분명하지 않아 보인다.¹⁸⁾

완성되었다고 하더라도 점유자가 소유권이전등기를 마치지 않은 경우에는, 취득시효 완성 이후에 당해 부동산의 소유권을 취득한 제3자에 대하여는 시효취득을 주장할 수 없기 때문이라고 한다. 점유자가 취득시효 완성 후의 새로운 소유자에게 대항할 수 없다는 판례가 변경되어야 한다는 견해도 있지만(김봉수, “점유취득시효의 기산점에 관한 연구”, 성신법학 제12호, 성신여자대학교 법학연구소, 2013, 92쪽; 배병일, “부동산 취득시효의 판례 5원칙에 관한 연구”, 민사법학 제16호, 한국민사법학회, 1998, 401-402쪽), 부동산 거래의 안전을 고려할 때 위와 같은 판례의 입장은 타당하다고 생각하고, 본 논문에서는 위와 같은 판례가 그대로 유지됨을 전제로 논의를 전개한다.

- 18) 판례가 ‘당사자는 A 시점을 기산점으로 선택할 수 있다’라고 판시하는 경우, 그 판시 내용이 ‘법원은 점유사실이 A 시점에 시작하였다고 인정하고 이를 기초로 A 시점부터 취득시효가 진행된다고 인정해야 한다’는 의미인지, 아니면 ‘법원은 점유사실이 언제 시작하였는지에 대하여 판단할 필요 없이, A 시점부터 취득시효가 진행한다고 인정해야 한다’는 의미인지 분명하지 않다는 의미다.

이처럼 판례에서 취득시효의 ‘기산점’이라는 용어가 사용되는 경우, 그것이 ‘점유사실이 시작하는 최초의 순간’이라는 사실상의 의미로 사용된 것인지, 아니면 ‘취득시효가 진행하기 시작하는 최초의 순간’이라는 법률상의 의미로 사용된 것인지가 불분명한 경우가 있다.¹⁹⁾ 이러한 용어상의 혼동을 방지하기 위하여, 이하에서는 -판례나 법률문헌의 표현을 그대로 인용하는 경우를 제외하고는- 점유사실이 발생하는 최초의 순간(날)은 ‘사실상 점유개시점(점유개시일)’, 점유취득시효가 진행하기 시작하는 최초의 순간(날)을 ‘법률상 기산점(기산일)’이라고 지칭하기로 한다.²⁰⁾

사실상 점유개시점이 언제인지는 사실인정의 문제이다. 따라서 사실상 점유개시점이 주요사실이라면 주장책임의 적용을 받고, 간접사실이라면 그 적용을 받지 않는다. 반면 법률상 기산점이 언제인지는 시효 진행이라는 법률효과에 대한 법적 판단의 문제이므로, 여기에는 주장책임이 적용될 여지가 없다.

19) 취득시효의 기산점이라는 용어가 점유사실이 시작된 때라는 사실상의 의미를 갖는 것처럼 보이게 하는 판례의 표현으로는 위 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다34037 판결의 “취득시효의 기산점은 간접사실에 불과하므로” 부분(기산점이 간접 ‘사실’이라고 하였다)과 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다41303 판결의 “취득시효기간의 계산에 있어 그 점유개시의 기산일은 임의로 선택할 수 없으나” 부분(밑줄은 필자가 기재한 것임)이 있다. 반면, 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다56822 판결은 취득시효는 그 기초가 되는 점유가 개시된 때를 기산점으로 하여야 한다고 판시함으로써 기산점이라는 용어를 점유가 개시된 때라는 사실과 개념적으로 구분하여 사용하고 있다(만일 여기에서의 기산점이라는 용어가 점유가 개시된 때라는 사실상의 의미를 갖는다면 위 판결의 판시내용은 점유가 개시된 때를 점유가 개시된 때로 하여야 한다는 동어반복이 되어 버리기 때문에, 위 기산점은 법률상의 의미를 갖는다고 보아야 할 것이다). 또한 위 대법원 1992. 11. 10. 선고 92다29740 판결은 점유자는 기산점을 선택할 수 있고 점유의 최초의 개시일이 확정될 필요는 없다고 판시함으로써 기산점과 점유의 최초의 개시일을 구분하고 있다.

20) 예를 들어, 원고가 ‘자신이 부동산을 2000. 5. 3.부터 점유하였지만, 취득시효는 같은 해 8. 19.부터 진행하는 것을 선택하겠다’라고 진술한 경우, 원고가 주장하는 사실상 점유개시일은 같은 해 5. 3.이고, 원고가 주장하는 법률상 기산일은 같은 해 8. 19.이다.

이제 판례가 소유자 변경이 없어야 인정된다고 말하는 ‘기산점의 선택’의 의미에 관하여 아래 사례 1을 통하여 좀 더 자세히 살펴보기로 한다.

사례 1 : 20년의 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구 소송에서, 원고(甲)가 ‘2000. 5. 2.이 사실상 점유개시일이자 법률상 기산 일이다’라고 주장하였다. 피고(乙)은 甲의 점유가 위 날짜에 시작되었다는 사실을 부인하였다. 법원은 증거조사를 통하여 진정한 사실상 점유개시일이 1999. 3. 7.이라는 확신을 갖게 되었는데, 甲과 乙 중 어느 누구도 사실상 점유개시일이 1999. 3. 7.이라고 주장한 적은 없다.

먼저 판례가 말하는 기산점의 선택이 사실상 점유개시점의 선택을 의미한다는 가정하에 사례 1을 검토해 보고자 한다.

사례 1에서 만일 2000. 5. 2.을 사실상 점유개시일로 하는 기산점의 선택이 인정된다면, 법원은 점유개시일에 대한 甲의 사실상의 주장²¹⁾을 받아들여 ‘점유가 2000. 5. 2. 개시되었다’라는 사실인정을 해야 한다.²²⁾ 반면 기산점의 선택이 인정되지 않는다면, 법원은 위 사실상의 주장을 받아들일 수 없다.

그런데 여기서 법원이 위 사실상의 주장을 받아들일지 여부(甲이 기산점을 선택할 수 있는지 여부)는 사실상 점유개시일이 주요사실에 해당하는지 여부와 아무런 상관이 없다. 그 이유는 다음과 같다. 주장책임은 주요사실이 ‘주장되지 않았을 때’ 그 사실이 인정될 수 없다는 의미이다. 그런데 ‘당사자가 어떠한 사실에 대한 주장을 하였을 때, 그 주장이 받아들여질 수 있는가?’라는 질문은 이미 그 사실에 대한 주장이 존재한다는 것을 전제로 하기 때문에, 그 사실이 주요사실에 해당하여 주장책임의 적용을 받는지 여부는 위 질문에 대한 답에 영향을 미치지 않는다

21) 甲의 주장 중에서 사실상 점유개시일에 대한 것은 사실상의 주장에 해당하고, 법률상 기산일에 대한 것은 법률상의 주장에 해당한다.

22) 또한 법원은 이러한 사실인정에 기초하여 2000. 5. 2.이 법률상 기산일이라는 법적 판단을 하여야 한다.

(일단 어떠한 사실이 주장된 이상, 그 사실이 인정될 수 있는지 여부는 주장책임이 아니라 그 사실에 대한 다툼이 있는지 여부와 그 사실의 증명 여부 등에 의해 결정된다).²³⁾

사례 1에서 만일 기산점의 선택이 인정되지 않는다면, 사실상 점유개시일이 주요사실에 해당하는지 여부와 상관없이, 법원은 ‘사실상 점유개시일은 1999. 3. 7.이므로 2000. 5. 2.이 사실상 점유개시일이라는 甲의 주장은 이유 없다’라고 판단할 수 있다. 이와 같은 판단 중 ‘사실상 점유개시일은 1999. 3. 7.이다’라는 부분은 이에 기초하여 시효진행의 법률효과를 인정하기 위한 것이 아니라²⁴⁾ 단지 ‘2000. 5. 2.이 사실상 점유개시일이다’라는 사실을 배척하기 위한 근거로 사용되는 것이기 때문이다. 법원의 위와 같은 판단은 -사실상 점유개시일이 주요사실에 해당한다고 보더라도- 당사자가 주장한 주요사실²⁵⁾이 증명되지 않았다는 이유로 배척하는 것이지,²⁶⁾ 당사자가 주장하지 않는 주요사실을 인정하는 것이

23) 김봉수, 앞의 논문, 90쪽은 판례는 취득시효 기산점을 주요사실로 보아 당사자의 주장에 구속될 경우 당사자의 주장에 따라 권리관계가 변동된다(소유자 변동이 있는 경우, 점유자의 기산점에 대한 선택에 따라 점유자가 시효완성 후의 새로운 소유자에게 대항할 수 있는지 여부가 달라진다는 의미로 보인다.)는 것을 취득시효 기산점이 간접사실이라는 근거로 보는 것 같으나, 이는 취득시효 기산점을 간접사실로 보는 것이 판례의 결론(소유자 변동이 있는 경우, 점유자가 기산점을 선택할 수 없다는 결론을 의미하는 것으로 보인다.)을 관찰시키는 데 필요하다는 것에 불과하지 그것이 취득시효 기산점이 간접사실이라는 근거가 될 수는 없다고 한다. 그런 데 주요사실에 대한 당사자의 주장에 법원이 구속된다는 것은, 당사자가 주장하지 않은 주요사실을 인정할 수 없다는 것이지, 법원이 당사자가 주장한 주요사실을 -마치 재판상 자백에 구속되는 것 같이- 인정해야만 하는 구속을 받는다는 의미가 아니다. 따라서 취득시효 기산점을 주요사실로 본다고 하여 법원이 당사자가 주장(선택)한 기산점을 인정해야 하는 것은 아니고, 취득시효 기산점을 간접사실로 보는 것은 ‘소유자 변동이 있는 경우에는 점유자가 기산점을 선택할 수 없다’는 판례의 결론을 관찰하는 데에 필요하지 않다.

24) 사실상 점유개시일이 주요사실인지 여부에 관한 논의는 ‘당사자가 주장하지 않은 사실상 점유개시일을 근거로 법원이 시효진행이라는 법률효과를 인정할 수 있는 지’ 여부에 관한 것이다.

25) 2000. 5. 2.이 사실상 점유개시일이라는 사실.

아니다.

기산점의 선택이 인정되지 않아, 법원이 2000. 5. 2.이 사실상 점유개시일이라는 甲의 주장을 받아들이지 않는 경우, 법원은 그 확신에 따라 사실상 점유개시일이 1999. 3. 7.이라는 사실인정을 하면서 이에 기초하여 같은 날부터 시효가 진행하였다는 판단을 할 수 있는가? 이러한 판단이 가능하기 위해서는, 사실상 점유개시일이 주요사실에 해당하지 않아야 한다. 사실상 점유개시일이 1999. 3. 7.이라는 사실이 주요사실에 해당한다면, 당사자 중 어느 누구도 이 사실을 주장한 적이 없음에도 법원이 이 사실을 인정하는 것은 주장책임에 반하기 때문이다.

지금까지 살펴본 바와 같이, 당사자에게 사실상 점유개시점에 대한 선택권이 인정되는지 여부는 사실상 점유개시점이 주요사실에 해당하든지 여부와 아무런 상관이 없다. 반면 사실상 점유개시점에 대한 선택권이 인정되지 않는 경우, 법원이 당사자가 주장하지 않은 사실상 점유개시점을 인정하고 그때부터 시효가 진행되었다고 판단할 수 있는지 여부는 사실상 점유개시점이 주요사실에 해당하는지 여부에 따라 결정된다.

다음으로 판례가 말하는 기산점의 선택이 법률상 기산점의 선택을 의미한다²⁷⁾는 가정하에 사례 1을 검토해 보고자 한다.

사례 1에서 2000. 5. 2.을 법률상 기산일로 하는 기산점의 선택이 인정된다면, 법원은 사실상 점유개시일이 언제인지에 대한 판단을 하지 않고

26) 법원이 증거조사 결과 사실상 점유개시일이 1999. 3. 7.이라는 확신을 갖게 되었다는 것은, 법원이 ‘사실상 점유개시일이 2000. 2. 5.이다’라는 甲의 주장을 증명할 증거가 부족하다고 판단하였다는 의미를 갖는다. 법원은 甲의 위 주장을 배척하면서 반드시 그 근거로 1999. 3. 7. 점유가 개시되었다는 점을 제시할 필요는 없고, 단지 ‘甲의 위 주장은 이를 증명할 증거가 부족하므로 이유 없다’고 판시할 수도 있다.

27) ‘사실상 점유개시점은 선택할 수 없고, 법률상 기산점만 선택할 수 있다’의 의미이다. 사실상 점유개시점을 선택할 수 있다면, 그때부터의 시효 진행이 인정되기 때문에, 굳이 법률상 기산점에 대한 선택권까지 인정할 필요가 없다.

(혹은 2000. 5. 2.이 사실상 점유개시일이라는 甲의 사실상의 주장을 배척하면서도) 2000. 5. 2.이 법률상 기산일이라는 甲의 법률상의 주장을 받아들여야 한다.

여기서 2000. 5. 2.이 법률상 기산점이라는 것은 법률효과에 대한 법적 판단이지 사실관계가 아니기 때문에 주요 ‘사실’에 해당될 여지가 없다. 그리고 주장책임은 주요사실에만 적용되는 것으로서 법률상 기산점과 같은 법적 판단에는 적용되지 않는다. 따라서 법률상 기산점에 대한 선택권이 인정되는지 여부도 -사실상 점유개시점에 대한 선택권의 경우와 마찬가지로- 주장책임과는 관련이 없다.

IV. 법이론적 측면에서의 검토

본 항에서는 취득시효의 기산점을 간접사실로 보는 판례의 입장이 타당한지 여부에 관하여 법이론적 측면에서 검토하고자 한다.

간접사실은 사실의 일종이므로, 취득시효의 기산점이 간접사실에 해당하기 위해서는 먼저 사실에 해당하여야 한다. 그런데 위에서 본 바와 같이 법률상 기산점은 사실에 해당하지 않는다. 따라서 판례가 취득시효의 기산점이 간접사실이라고 말할 때, 그 기산점이 법률상 기산점을 의미한다면, 판례의 입장은 타당하지 않다.

만일 판례가 간접사실이라고 말하는 취득시효의 기산점이 사실상 점유개시점을 의미하는 것이라면, 판례의 입장은 타당한가? 이 문제에 관하여 아래 사례 2를 통하여 검토해 보고자 한다.

사례 2 : 甲은 乙 소유의 X 토지를 2000. 2. 1.부터 점유하던 중,²⁸⁾ 2023. 5. 4. 乙을 상대로 X 토지에 관하여 20년의 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기 청구를 하였다. 이 소송에서 乙은 甲의 X 토지

28) 0시부터 점유한 것은 아니다(이하의 다른 사례에서도 마찬가지이다).

점유 사실을 부인하였다.

실체법적으로 보면, 사례 2에서 甲은 2020. 2. 1. 24:00(이하 ‘위 24:00’이라고 한다) 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기 청구권을 취득하였다. 여기에서 20년의 점유사실은 주요사실이다. 그런데 위 24:00이라는 순간에 20년의 점유기간이 완성되는 동시에 甲의 소유권이전등기 청구권 발생이라는 법률효과가 발생하기 위해서는 사실상 점유 개시일은 반드시 2000. 2. 1.이어야 한다. 甲의 점유가 계속된 기간이 위 24:00부터 역산하여 20년이라는 사실은 甲의 소유권이전등기청구권이 위 24:00에 발생하였다는 법률효과의 요건사실로서 사실상 점유개시일이 2000. 2. 1.이라는 사실과 위 24:00까지 점유가 계속되었다는 두 가지 사실로 구성되어 있다. 이러한 두 가지 사실 중 하나만 결여되어도 ‘甲이 위 24:00 소유권이전등기청구권을 취득하였다’라는 법률효과가 발생하는 것은 논리적으로 불가능하다. 이처럼 사실상 점유개시점은 특정 시점에서의 소유권이전등기청구권 발생이라는 법률효과의 필요조건으로서 위 특정 시점까지 계속된 점유의 기간이 20년이라는 사실과 불가분의 관계에 있다. 그럼에도 불구하고, 판례²⁹⁾가 이를 취득시효의 요건사실인 점유기간을 판단하는 데 간접적이고 수단적인 구실을 하는 간접사실에 불과하다고 보는 것은 적절하지 않고,³⁰⁾ 사실상 점유개시점을 점유기간과 마찬가지로 주요사실로 보아야 한다고 생각한다.³¹⁾

29) 위 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006다28065 판결.

30) 김봉수, 앞의 논문, 90쪽은 취득시효 기산점이 간접사실이라는 실정법적, 논리적 근거는 없다고 하면서, “민법 제245조의 법문에 의하면 20년의 점유라는 것은 취득시효완성의 요건 중에서도 가장 앞서 등장하는 중요한 것임을 알 수 있다. 그렇다면 취득시효 기산점도 주요사실로 보는 것이 자연스럽지 20년의 점유사실만 주요사실이고 그것이 언제부터 언제까지라는 것은 간접사실로 본다는 것은 부자연스럽다.”라고 한다.

31) 위 24:00까지 계속된 점유의 기간이 20년이라는 사실은 사실상 점유개시일이 2000. 2. 1.이라는 사실을 포함하고 있다. 그럼에도 두 사실을 분리하여 전자의 사실은 주요사실이고, 후자의 사실은 간접사실이라고 보는 것은 지나치게 복잡하고 기교적인 것으로 보인다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 당사자가 기산점을 선택할 수 있는지 여부는 -여기에서의 기산점이 사실상 점유개시점이든지, 아니면 법률상 기산점이든지- 주장책임과 아무런 관련이 없다. 따라서 혹시 판례가 ‘소유자의 변동 여부에 따라 당사자의 기산점에 대한 선택권 인정 여부가 달라진다’는 결론을 도출하기 위하여 ‘기산점이 간접사실이다’라는 법리를 채택한 것이라면, 이는 목적과 무관한 잘못된 수단을 선택한 것이다.

사실상 점유개시점이 주요사실인지 여부가 소송에 실질적으로 미치는 영향은 ‘법원이 당사자에 의해 주장되지 않은 사실상 점유개시점을 인정하는 사실 판단을 할 수 있는지 여부’를 결정하는 것이다(사실상 점유개시점이 주요사실에 해당하지 않아야만 위와 같은 법원의 사실 판단이 가능하다는 것은 위에서 본 바와 같다).

그렇다면 주장되지 않은 사실상 점유개시점의 인정을 허용하기 위하여 ‘기산점이 간접사실이다’라는 법리를 채택하는 것이 타당한가? 이에 관해서는 항을 바꾸어 살펴 보고자 한다.

V. 구체적 타당성 측면에서의 검토

1. 소유자의 변동이 없는 경우

사례 2에서 甲이 실제 사실상 점유개시일(2000. 2. 1.)이 아닌 1998. 3. 14.나 2001. 6. 9.를 사실상 점유개시일이라고 주장한 경우, 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는가?

주장책임의 측면에서만 보자면, 사실상 점유개시일이 주요사실이라는 입장(이하 ‘주요사실설’이라고 한다)을 따르는 경우, 법원은 ‘甲의 점유가 2000. 2. 1. 개시되었다’는 사실인정을 하여 甲의 청구를 인용할 수 없다. 법원은 당사자가 주장하지 않은 주요사실을 인정할 수 없기

때문이다. 반면 사실상 점유개시일이 간접사실이라는 입장(이하 ‘간접 사실설’이라고 한다)을 따르면 ‘甲의 점유가 2000. 2. 1. 개시되었다’는 사실인정을 하는 것이 가능하다.

그런데 판례는 사례 2와 같이 소유자의 변동이 없는 경우에는 당사자가 취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수 있고, 취득시효를 주장하는 날로부터 역산하여 20년 이상 점유한 사실이 인정되면 취득시효를 인정할 수 있다고 한다. 소유자의 변동이 없는 경우에는 취득시효의 기산점을 언제로 인정하는지가 관계 당사자의 이해관계에 영향이 없으므로 구태여 오랜 시일의 경과로 인하여 그 인정이 어려운 실제 사실상의 점유개시점을 확정할 필요가 없다는 점³²⁾을 고려할 때, 위와 같은 판례는 적어도 ‘취득시효를 주장하는 날로부터 역산하여 20년 이상 점유한 사실이 인정되면 취득시효를 인정할 수 있다’는 결론 면에서는 타당하다고 생각한다.³³⁾

사례 2에서 20년 이상 점유한 사실이 증명되면, 법원은 점유가 언제 최초로 시작되었는지에 관한 심리를 할 필요 없이 甲의 청구를 인용하면 된다. 실제의 사실상 점유개시점을 확정할 필요가 없기 때문에 사실상의 점유개시점이 주요사실인지 여부는 소송에 영향을 주지 않는다. 주요사실설과 간접사실설은 법원이 당사자가 주장하지 않은 실제 사실상 점유개시점을 인정할 수 있는지 여부에 있어 차이가 있는데, 법원이 실제 사실상 점유개시점을 확정할 필요가 없게 되어, 위와 같은 차이도 그 실질적인 의미를 상실하는 것이다.

32) 사법연수원, 앞의 책, 389쪽.

33) 필자는 위 판례 중 당사자가 취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수 있다는 표현의 적절성에 대하여는 의문을 가지고 있다. 하지만 본 논문에서 기산점 선택에 관한 검토를 하는 주된 이유는 취득시효 기산점이 주요사실인지 여부가 기산점을 선택할 수 있는지 여부와 상관이 없다는 것을 밝히기 위한 것이지, 기산점 선택의 당부를 깊이 논하기 위한 것이 아니므로, 당사자의 기산점 선택에 대한 보다 상세한 논의는 후속 논문에서 다루고자 한다.

2. 소유자의 변동이 있는 경우

사례 3 : X 토지의 소유자이던 乙은 2021. 3. 4. 丙에게 X 토지를 매도하고 丙 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다. 甲은 2023. 5. 17. 丙을 상대로 X 토지에 관하여 20년의 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기 청구를 하였다. 소송 과정에서 丙은 甲의 점유 사실을 부인하였다.

사례 3에서 甲이 2000. 2. 1.부터의 점유 사실을 주장하였고, 그 사실이 증명되었다고 하더라도, 법원은 甲의 청구를 기각하여야 한다. 甲은 취득시효가 완성된 순간인 2020. 2. 1. 24:00 이후에 X 토지에 관한 소유권이전등기를 마친 丙에게 대항할 수 없기 때문이다.

그런데 만일 점유가 2000. 2. 1. 시작되었다는 甲의 주장이 증명되지 않았다면 어떠한가? 이 경우에는 주요사실설과 간접사실설 중 어느 것을 따르는지에 따라, 소송의 진행 및 결과에 차이가 있다(단, 甲의 주장이 받아들여지지 않는다는 점에서는 주요사실설과 간접사실설 사이에 차이가 없다³⁴⁾).

주요사실설을 따르면, 법원은 진정한 사실상 점유개시일이 언제인지를 밝힐 필요 없이 甲의 청구를 기각하면 된다. 2000. 2. 1. 이외의 다른 날은 사실상 점유개시일로 주장된 바가 없기 때문이다(설령 법원이 소송자료를 통하여 다른 날에 점유가 시작되었다는 확신을 얻었다고 하더라도, 그날을 사실상 점유개시일로 인정할 수 없다).

반면 간접사실설을 따르면 법원은 소송자료에 의하여 진정한 사실상 점유개시일이 언제인지를 밝혀야 한다. 그리고 만일 점유가 2002. 6. 8. 시작되었다는 사실이 밝혀졌다면, 甲의 청구를 인용하여야 한다. 취득시효가 완성된 순간이 2022. 6. 8. 24:00로서 丙의 소유권이전등기 이후이

34) 주장책임은 법원은 당사자가 주장하지 않은 사실은 인정되어서는 안 된다는 의미이지, 당사자가 주장한 사실은 모두 인정되어야 한다는 의미가 아니다. 따라서 주요사실설을 따르더라도 甲이 사실상 점유개시점을 임의로 선택할 수 있는 결과는 발생하지 않는다.

기 때문이다.

그런데 이러한 청구인용 판결을 허용하는 것은 乙에게 지나친 공격방어 부담을 지우고 불의의 타격을 가할 가능성이 크다는 점에서 타당하지 않다고 생각한다.

乙 입장에서는 사실상 점유개시일이 2000. 2. 1.이라는 甲의 주장이 받아들여진다고 하여도 어차피 甲은 자신에게 대항할 수 없기 때문에 甲의 청구를 배척하기 위한 방어방법의 제출(시효중단 사유의 주장 및 증명 등)을 소홀히 할 가능성이 있다.³⁵⁾ 그럼에도 법원이 甲이 주장하지도 않은 2002. 6. 8.을 사실상 점유개시일로 보아 ‘甲이 2022. 6. 8. 24:00 소유권이전등기청구권을 취득하였다’는 이유로 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고한다면, 이는 乙에게 불의의 타격을 가하는 결과가 된다.

또한 만일 이러한 판결이 허용된다면, 乙의 입장에서는 甲이 주장한 사실상 점유개시일 이외에도 법원이 사실상 점유개시일로 인정할지도 모르는 모든 날들에 대비한 방어를 하여야 하는데, 이는 乙에게 지나친 소송상의 부담을 주는 것이다.

주요사실설은 위와 같은 문제점이 없을 뿐만 아니라, 간접사실설에 비하여 소송경제와 신속한 재판, 법원의 업무 경감에 도움이 된다. 주요 사실설을 따르면, 사례 3에서 법원은 진정한 점유개시일이 언제인지를 밝히기 위한 시간과 노력을 들일 필요 없기 때문이다.

주요사실설이 갖는 또 다른 장점은 사실상 점유개시점에 대하여 재판

35) 대법원 1995. 8. 25. 선고 94다35886 판결은 소멸시효의 기산일은 변론주의의 적용 대상이라고 하면서 그 이유로 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 심리·판단하여야만 상대방으로서도 법원이 임의의 날을 기산일로 인정하는 것에 의하여 예측하지 못한 불이익을 받음이 없이 이에 맞추어 권리를 행사할 수 있는 때에 해당하는지의 여부 및 소멸시효의 중단 사유가 있었는지의 여부 등에 관한 공격방어방법을 집중시킬 수 있다는 점을 들고 있다. 김봉수, 앞의 논문, 91쪽은 “소멸시효나 취득시효나 모두 어떤 사실상태가 일정 기간 동안 지속된 것에 대하여 법률효과를 부여하는 제도라면 그 기산점의 성질은 동일하여야지 하나는 주요사실이고 다른 하나는 간접사실이라고 해석하는 것이 합리적인지는 의문이다.”라고 한다.

상의 자백을 인정할 수 있다는 것이다. 이 점에 관해서는 아래 사례 4를 통하여 살펴보고자 한다.

사례 4 : X 토지의 소유자이던 乙은 2021. 3. 4. 丙에게 X 토지를 매도하고 丙 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다. 甲은 2023. 5. 16. 丙을 상대로 X 토지에 관하여 20년의 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기 청구를 하였다. 이 소송에서 甲은 ‘자신이 X 토지를 2002. 6. 8.부터 점유하였다’라고 주장하였고, 丙은 甲의 위 주장이 맞다고 인정하였다.

주요사실설에 의하면, 주요사실인 사실상 점유개시일에 대하여 甲과 丙의 주장이 일치하므로 재판상 자백이 성립한다. 따라서 법원은 증거조사를 할 필요도 없이 점유가 2002. 6. 8. 시작되었다고 인정하고, 이러한 사실인정을 기초로 하여 甲의 청구를 인용하여야 한다.³⁶⁾

반면 간접사실설에 의하면, 간접사실인 사실상 점유개시일에는 재판상 자백이 성립할 수 없으므로, 법원은 증거조사를 통하여 점유가 언제 시작되었지 밝혀야 한다. 그리고 점유가 2000. 2. 1. 시작되었다는 사실이 밝혀졌다면, 甲의 청구는 기각되어야 한다.³⁷⁾

민사소송에서 점유개시점과 같이 소송의 결과에 결정적인 영향을 미치는 중요한 사실에 대하여 당사자 사이에 다툼이 없는 경우는 증거조사 결과와 상관없이 그 사실에 법원이 구속된다고 보는 것이 소송경제와 신속한 재판, 법원의 업무 경감에 도움이 되고, 사실인정에 있어 당사자에게 주도적 지위를 인정하는 민사소송의 구조에 부합한다. 또한 대립하는 당사자들이 사실상 점유개시점에 대하여 일치하는 주장을 하는데도, 법원이 굳이 다른 날에 점유가 시작되었다고 보아 소송의 승패를 좌우하는 것은 불공정한 재판 또는 법원의 지나친 개입이라는 느낌을 줄 수도 있다. 이러한 점들을 고려할 때, 주요사실설을 취하여 사실상 점유개시점에 대한 재판상 자백을 인정하는 것이 타당하다고 생각한다.

36) 丙은 시효완성 전에 소유권을 취득하였기 때문이다.

37) 丙은 시효완성 후에 소유권을 취득하였기 때문이다.

VI. 결론

판례는 취득시효의 기산점은 간접사실이므로 주장책임이나 재판상 자백의 적용을 받지 않는다고 본다. 그런데 판례가 ‘취득시효의 기산점’이라는 용어를 사용할 때, 그 의미가 사실상 점유개시점을 의미하는 것인지, 아니면 법률상 기산점을 의미하는 것인지 불분명한 경우가 있어 본 논문에서는 사실상 점유개시점을 의미하는 경우와 법률상 기산점을 의미하는 경우로 나누어 위 판례의 입장이 타당한지 여부를 검토하여 보았다.

법률상 기산점은 사실이 아니라 법률효과에 대한 법적 판단이므로 주요사실이나 간접사실 중 어느 것에도 해당될 수 없다. 따라서 법률상 기산점을 간접사실로 보는 것은 타당하지 않다고 생각한다(주장책임이나 재판상 자백은 법률상 기산점에 적용되지 않지만, 그 이유는 법률상 기산점이 법적 판단이기 때문이지 간접사실이기 때문은 아니다).

사실상 점유개시점은 사실에 해당하고, 사실상 점유개시점이 주요사실인지 여부는 사실상 점유개시점에 변론주의의 내용인 주장책임과 재판상 자백이 적용되는지 여부를 결정한다. 주장책임과 재판상 자백의 적용 여부는, 소유자 변동이 없는 경우에는 그 논의의 실익이 별로 없지만(사실상 점유개시점을 확정할 필요가 없기 때문이다), 소유자의 변동이 있는 경우에는 소송의 승패를 결정하기도 한다.

사실상 점유개시점은 주요사실인 20년간의 점유와 논리적으로 불가분의 관계에 있다. 또한 사실상 점유개시점을 간접사실로 보아 주장책임 및 재판상 자백을 적용하지 않는 것은 당사자에게 불의의 타격을 가하고, 당사자와 법원의 부담을 가중시키며, 신속하고 경제적인 재판을 저해하는 등 구체적 타당성 측면에서의 문제점을 가지고 있다. 그렇다고 ‘소유자의 변동이 없는 경우에만 기산점의 선택을 인정한다’는 판례의 결론을 도출하기 위하여 ‘사실상 점유개시점은 간접사실이다’라는 이론

구성이 필요한 것도 아니다(사실상 점유개시점에 변론주의가 적용되는지 여부는 기산점의 선택과 아무런 연관이 없다). 이러한 점들을 종합하여 볼 때, 사실상 점유개시점은 주요사실로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

따라서 취득시효의 기산점이 간접사실이라는 판례의 입장은 -여기에서의 기산점이 법률상 기산점을 의미하든, 아니면 사실상 점유개시점을 의미하든- 타당하지 않다고 생각한다.

참고문헌

1. 단행본

- 김홍규/강태원, 민사소송법 제3판, 삼영사, 2014.
 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사, 2020.
 박재완, 민사소송법강의 제3판, 박영사, 2019.
 법원행정처, 법원실무제요 민사소송 II, 법원행정처, 2017.
 사법연수원, 법학전문대학원 민사재판실무, 사법연수원, 2022.
 이시윤, 신민사소송법 제12판, 박영사, 2018.
 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016.

2. 학술지

- 강구옥, “소멸시효 완성의 효과”, 외법논집 제39권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2015, 65-89쪽.
 김봉수, “점유취득시효의 기산점에 관한 연구”, 성신법학 제12호, 성신여자대학교 법학연구소, 2013, 77-94쪽.
 박태신, “민사소송에서 요건사실에 관한 연구 -요건사실의 기능을 중심으로-”, 홍익법학 제17권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2016, 329-350쪽.
 배병일, “부동산 취득시효의 판례 5원칙에 관한 연구”, 민사법학 제16호, 한국민사법학회, 1998, 389-440쪽.
 석현수, “민법상 요건사실에 관한 소고”, 법학연구 제27권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2017, 155-189쪽.
 _____, “주장책임에 관한 대법원 판결에 대한 고찰”, 법학논총 제37권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2020, 215-236쪽.
 _____, “시효소멸 인정과 원용의 관계”, 민사법학 제88권, 한국민사법학회, 2019, 65-95쪽.

최성호, “변론주의의 근거와 적용범위에 관한 검토”, 홍익법학 제12권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2011, 83-105쪽.

황형모, “변론에서 주장이 필요한 여부에 관련한 판례의 검토”, 동아법학 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014, 331-365쪽.

[Abstract]

The Study on the Application of Oral Proceeding System to the Starting Point of Acquisitive Prescription

Hyunsoo Seok*

Supreme Court decisions say that the starting point of the term of acquisitive prescription is an indirect fact and therefore not subject to the responsibility for allegation or admission. When the Supreme Court's rulings use the term 'the starting point of the term of acquisitive prescription', there are cases where the meaning of the term appears to mean the starting point of occupation (the historical fact of when occupation begins). There are also cases where it appears to mean a legal starting point (a legal judgment of 'when the process of an acquisitive prescription begins'). Therefore, in this paper, I examined whether the positions of the above Supreme Court decisions were reasonable in each of the above cases.

Both a fact-in-issue and an indirect fact are historical and specific 'facts', not a legal judgment. And among a fact-in-issue and an indirect fact, only a fact-in-issue is subject to the responsibility for allegation and admission.

The legal starting point is not a fact but a legal judgment, so it cannot be either a fact-in-issue or an indirect fact. Therefore, the legal starting point is not an indirect fact.

The starting point of occupation is a fact, and whether it is a fact-in-issue determines whether the responsibility for allegation and admission, which are the contents of the oral proceeding system, are applied. There is little practical benefit in discussing whether the responsibility for allegation and admission applies if there is no change in ownership (since there is no

* Associate Professor, Konkuk University Law School, Lawyer

need to determine when the starting point of occupation is). However, if there is a change in ownership, this may determine the outcome of the lawsuit.

The starting point of occupation is logically inseparable from 20 years of occupation, which is a fact-in-issue. In addition, not applying the responsibility for allegation and admission to the starting point of occupation has the disadvantage of inflicting unexpected damage on a party to the lawsuit, increasing the burden on a party and the court, and hindering a speedy and economical trial. Therefore, I think the starting point of occupation is a fact-in-issue.

In conclusion, I don't think that the view of the Supreme Court rulings that the starting point of the term of acquisitive prescription is indirect fact is valid, whether the starting point here means the legal starting point or the starting point of occupation.

[Key Words] starting point of the term of acquisitive prescription, fact-in-issue, indirect fact, responsibility for allegation, admission