

被告의 防禦方法과 時效의 中斷

李 時 潤*

1979. 6. 12 第 4 部선고, 79다 573판결, 대법원판결집 27권 2집 민사 84면——上告棄却

〔判決要旨〕

原告가 取得時效를 주장하여 所有權移轉登記를 구하는 訴를 제기한 경우에 被告가 이에 應訴하여 그 答辯으로 原告의 主張事實을 否認하고 目的不動產이 被告의 所有라고 주장하는 것은 단지 防禦를 한에 그치는 것이고 權利者 스스로 權利를 行使하는 행동이 아니어서 時效中斷事由인 裁判上의 請求에 해당한다고 볼 수 없으며, 그 訴訟이 被告의 勝訴로 確定되었다 하여도 동일하다.

〔事實〕

本事件의 第 1 審은 釜山地方法院晉州支院, 第 2 審은 釜山地方法院抗訴部 (78 나 282판결)인 바, 原判決文들을 찾을 수 없어 正確한 事實關係의 把握은 어려우나, 本件上告理由書와 上告審判決을 토대로 本判決要旨에 관계되는 範圍內에서 事實關係를 推斷하면 다음과 같다.

本件訴訟에 앞서 前訴로서 原告는 1976年 被告를 상대로 被告名義의 所有權移轉登記抹消訴訟을 제기하였는데 이 訴訟에서 所有權에 관한 다툼이 생겼으나 原告의 所有權主張이 받아들여져 原告勝訴 被告敗訴로 歸着되었으며, 被告가 이에 不服하지 아니함으로써 被告의 敗訴로 確定되었는 바 다만 그 判決確定된 日字는 被告의 20年間의 取得時效完成 3個月前인 1977. 8. 6이었다.

그 뒤에 前訴에서 勝訴確定判決을 받은 原告는 다시 被告상대로 同一土地上의 被告所有建物撤去와 空地引渡訴訟을 제기하자 被告는 이에 20年間同空地에 대한 占有 계속을 들어 1977. 11. 11자 時效取得을 원인으로 同空地에 대한 所有權移轉登記의 反訴를 제기하였는 바(다만 反訴請求인지 抗辯으로 주장한 것인지 不明한 점은 없지 않다) 이에 原告는 이 反訴請求에 대하여 前訴인 移轉登記抹消訴訟에서 被告敗訴로 끝났으니, 被告의 敗訴確定時로부터 被告의 占有는 取得時效要件인 自主占有으로 볼 수 없다고 主張을 하였을 뿐, 더 나아가 前訴인 위 抹消訴訟에서 原告가 勝訴하고 被告가 敗訴確定되기 때문에 同空地에 대한 被告의 取得時效進行에 中斷事由가 생겼음을 主張한 바는 없었다. (이 點을 上告審에 이르러 主張한다.) 이에 原審인 釜山地法은 被告가 敗訴된 것만으로 特別한 事情이 없는 限 惡意의 占有로 擬制될 뿐이고 占有의 態樣이 自主占有에서 他主占有으로 變更된다고 할 수 없다고 하여 本件 反訴請求에 있어서 原告측 主張을 排斥하고 被告의 20年間 自主占有을 인정하여 反訴請求를 認容하는 判決을 냈다. 原告가 上告를 제기하였으나 上告棄却으로 끝난 事案이다.

* 서울 刑事地方法院 部長判事

〔上告理由〕

原告가 上告理由에서 指摘한 바를 要約하면, 첫째로 前訴의 原告가 被告상대의 所有權移轉登記抹消訴訟에서 同垵地에 대한 所有權에 관한 다툼이 있었는데 被告敗訴로 確定되고 被告가 이에 承服하였기 때문에 被告의 同垵地占有로 인한 時效進行은 中斷되었다는 것과, 둘째로 近者의 日本判例에서 原告가 取得時效를 주장하여 所有權移轉登記를 구하는 訴訟에서 相對方이 應訴하는 答辯으로 그 不動產이 자기의 所有라고 주장하는 것은 時效中斷事由인 裁判上の 請求에 해당한다는 立場을 들었고, 셋째로 原告의 被告 상대 抹消登記訴訟에서 敗訴被告가 抗訴를 제기하지 않고 이를 確定지었음은 原告의 所有임을 承認한 결과가 된다는 점을 들었다.

〔判決理由〕

무릇 어느 소송당사자 일방(원고)이 취득시효를 주장하여 소유권이전등기를 구하는 소를 제기한 경우에 있어서 상대방(피고)이 이에 응소하여 그 답변으로서 원고청구기각의 판결을 구하면서 원고의 주장 사실을 부인하고 목적부동산이 피고의 소유라고 주장하는 것은 단지 빙어를 함에 그치는 것이고 권리자 스스로 권리를 행사하는 행동이 아니어서 시효중단 사유인 재판상의 청구에 해당한다고는 볼 수 없다 할 것이며 그 소송이 피고의 승소로 확정되었다 하더라도 동일하다.

이 전례는 당원의 전례(74.11.12 선고, 74다 416·417 판결)이고 이와 반대위지인 소론 일본 최고재판소의 최근의 전례는 당원이 따르지 않고 있는 바이다. 그리고 위와 같은 경우에 원고가 제1심에서 패소하고 항소를 제기하지 아니하여 그 판결이 확정하였다 하더라도 원고의 불항소 행위를 곧 원고의 피고에 대한 권리승인(시효중단사유로서의)이라고 숙단할 수는 없다 할 것이다.

따라서 이 사건 소송제기전에 있었던 소론 전소(前訴)판결의 확정을 내세워 이 사건 취득시효의 중단사유로서의 재판상의 청구 또는 승인이 있었다고 전제하여 원심이 이를 간과한 듯이 공격하는 것은 당치 않다. 더구나 이 사건에서 말하는 전소는 원고(이 사건 피고)가 취득시효를 청구원인으로 삼은 사건도 아니니 더욱 그러하다.

〔研究〕

위의 判旨는 두가지로서 첫째로 被告의 防禦方法으로 주장한 權利가 確定되어도 時效中斷事由가 안된다는 것이고, 둘째로 權利의 存在가 判決로 確定되고 相對方이 이에 대하여 抗訴를 제기하지 아니하여도 時效中斷事由인 權利의 承認이 될 수 없다는 것이다. 이 중 첫째, 判旨인 防禦方法이 時效中斷事由가 아니라는 部分을 中心으로 檢討한다. 미리 結論을 말하면 判旨에 贊成할 수 없다.

I. 本判決에서 「原告가 取得時效를 주장하여 所有移轉登記를 구하는 訴를 제기한 경우에 被告가 應訴하여 그 答辯으로 原告請求棄却의 判決을 구하면서 被告의 所有라고 주장하는 것은 時效中斷事由인 裁判上の 請求에 해당한다고 볼 수 없으며 그 訴訟이 被告의 勝訴로 確定되었다 하더라도 同一하다」는 判示는 이미 大法 66.9.20 선고, 66 다 1032판결, 大法 71.3.23 선고, 71다 37판결, 大法 74.11.12 선고, 74 다 416·417판결 등에서 闡明한 바로서 大法院의 從來의 立場을 그대로 堅持하였다고 할 것이다.

이와 같은 立場은 民法 第168條 1號 所定の「請求」를 嚴格하게 解釋하여 當該 權利를 訴訟物로 하는 訴의 提起를 뜻하는 것이요 訴의 提起의 形式을 밟지 않은 裁判上의 權利의 主張에 대해서는 時效中斷效가 생기지 않는다는 것이며, 따라서 단순히 防禦方法으로 주장한 權利에 대해서도 時效中斷의 對象에 포함되지 않는다는 立場을 代表하는 것이라 하겠다. 같은 見解는 일찌기 日本大審院이 取하였던 바로서, 取得時效에 관하여 大審院 大正 9年 2月 29日 民錄 6輯 1431面에서 같은 立場이었으며, 이어서 日本大審院 昭和 6年 12月 19日 民集 10卷 1237面에서는 債務不存在確認訴訟에서 債權者가 被告로서 債權의 存在를 주장하여 그것이 인정되어 勝訴한 경우라도 스스로 原告로서 積極的으로 訴를 제기하지 않은 이상 裁判上의 請求로서 時效中斷의 效果가 생기지 않는다고 하였다.

1. 여기에서 잠시 獨逸과 日本의 判例의 動向을 본다.

(1) 獨逸에 있어서는 直接 訴를 제기하지 않고 相對方이 제기한 訴에 應訴하여 被告가 防禦方法으로 權利를 주장하여 勝訴한 경우에 時效中斷의 效力이 생기는데에 관하여 判例가 갈려 있다⁽¹⁾. 그러나 BGB 209條는 訴訟上의 相計의 抗辯에 관하여 訴의 提起와 같은 時效中斷效를 明文으로 규정하고 있다. 또 給付의 對象이 다르다 하여도 請求原因이 서로 같고 同一한 經濟的 利益을 목적으로 하는 請求權 상호간에는 그중 어느 하나에 時效中斷效가 생기면 다른 請求權에도 미친다는 것이 學說과 判例이다⁽²⁾. 예를 들면 目的物의 引渡 請求와 履行不能일 때의 損害賠償請求의 관계가 그러하다. 따라서 獨逸에서는 時效中斷의 範圍는 嚴格하게 訴로써 제기한 訴訟物인 權利에만 미친다는 立場이 아닌 것이다.

(2) 日本의 경우에 앞서 본 判例이후의 判例의 變遷過程을 보면

a) 大審院昭和 14年 3月 22日 民集 18卷 238面 聯合部判決은 從前의 判例를 變更하여 債務不存在確認訴訟에 있어서 被告가 債權의 存在를 주장하여 原告請求棄却의 判決을 구하는 것은 權利위에 잠자는 者가 아님을 表明한 것이기 때문에 民法上의 請求에 準하여 時效中斷의 效力을 인정하였고,

b) 請求異議의 訴에서 大審院昭和 17年 1月 28日 民集 21卷 37面은 被告가 債權의 存在를 주장하여 被告勝訴判決을 받은 경우에 그 債權에 대하여 中斷效를 인정하였으며,

c) 日最高裁大法廷昭和 38年 10月 30日 判決 民集 17卷 9號 1252號에서는 所有權에 基한 株券引渡訴訟에서 被告가 留置權抗辯을 한 경우에 留置權의 主張은 被擔保債權의 權利主張을 포함하며 裁判上의 催告에 準하여 當該訴訟終結後 6個月內에 다른 強力한 中斷事由에의 하는 限 時效中斷의 效力이 維持된다고 하였다.

d) 또 最高裁 昭和 44年 11月 27日 民集 23卷 11號 2251面에서는 擔保債權의 不存在물이 유로 하는 抵當權設定登記抹消訴訟에서 抵當權者가 被擔保債權의 存在를 주장하여 請求棄

(1) Stein-Jonas-Pohle-Schumann/Leiphold, §267 II.

(2) RG77, 213;108, 38;109, 2304

却의判決을 구한 경우에 裁判上의請求에準하여時效中斷의效力을 인정하였다.

이에 나아가 最高裁大法廷昭和 43年 11月 13日 判決 民集 22卷 12號 2510面은原告의取得時效를 원인으로 한 所有權移轉登記請求에 있어서 被告의 所有權의 주장에 대하여 그 주장이 原審에서 認容된 事件에 있어서는 裁判上의請求에準하는 것으로서 民法(日本) 第147條 1號의 규정에 의해 原告주장의 20年 取得時效를 中斷하는效力을 낳는 것이라 하면서, 이와같은 경우에 原告에게 所有權移轉登記請求權이 없다는 것을 確定한 것에 그치지 않고 나아가 被告에게 所有權이 있다는 것을 肯定한 것이라 볼 것이기 때문에 時效制度의 本旨에 비추어 被告의 그와 같은 주장은 時效中斷의 관계에 있어서는 所有權 자체에 기한 裁判上의請求에準하여 그와 同一한效力이 따른 것으로 봄이 상당할 것이라 하였다. 이 判例로서 앞서본 大審院 大正 9年 2月 29日의 判例는 變更된 것이다.

이와 같이 본다면 現在 獨逸이나 日本의 判例의 傾向은 時效中斷의 對象을 訴의 제기로 直接訴訟物로 한 權利=既判力으로 確定되는 權利만이 아니라, 防禦方法으로 權利를 주장하여 그것이 肯定된 경우까지 時效中斷效力을 인정하는 方向으로 時效中斷의 客觀的範圍를 넓히고 있다.

2. 여기에서 裁判上의請求가 時效中斷事由로 되는 根據를 본다. 權利行使說과 權利確定說이 갈려 있다⁽³⁾.

a) 權利行使說 이 說은 時效中斷의 根據를 斷乎한 權利主張에 의하여 權利者가 權利위에 잠자지 아니하였음을 明白히 할때서 구하고, 다만 權利行使의 明確性의 要請 때문에 時效中斷을 위해서는 訴訟上의 주장등 一定한 形式을 필요로 한다는 立場이다⁽⁴⁾ 따라서 이 說은 당해 權利를 訴訟物로 하여 訴를 제기하고 그것이 반드시 既判力의 對象이 되어야 하는 것이 아니며, 訴訟上 攻撃防禦方法으로 주장하였으면 斷乎한 權利行使로서 中斷事由가 될수 있다는 見解이다.

b) 權利確定說 이 說은 判決에 의하여 訴訟物인 權利關係의 存否가 確定됨으로써 계속되는 事實關係가 法的으로 否定되는 점에서 時效中斷의 根據를 두고 있다.⁽⁵⁾ 그런데 원래의 權利確定說은 既判力으로 確定되는 訴訟物인 權利關係에 局限하여 時效中斷의 效力이 생긴다는 것이었다. 다시말하면 原告가 訴訟物인 權利를 訴의 形式으로 주장하고 그것이 既判力으로 確定될 경우에 그 權利의 時效가 中斷된다는 주장이다. 그러므로 訴訟物의 範圍= 既判力의 範圍= 時效中斷의 範圍로 圖式化하는 立場이다. 그러나 이와 같은 從來의 權利確定說에 대해 近者에 ① 爭點效를 내세워 반드시 既判力으로 確定되는 權利關係에 限하지

(3) 註釋民事訴訟法中(拙著部分) 438面

(4) 菊井維大 一村松俊夫, 民事訴訟法 II 122面; 方順元 民事訴訟法(上) 236面. 우리 判例도 權利위에 잠자느냐의 여부를 基準으로 時效中斷의 여부를 가리는 態度이므로 權利行使說에 立脚에 있는 것으로 分析된다. 詳細는 註釋民訴(中) (拙著部分) 438面.

(5) 兼子一, 體系民事訴訟法, 178面.

않고 爭點效로 確定되는 權利關係로 족하다는 見解⁽⁶⁾와 債務의 承認과의 均衡上 攻擊防禦 方法과 같이 判決理由 속에 判斷된 權利로서 時效의 推定力을 該 정도의 確定이 있으면 時效中斷의 效力을 인정하여야 한다는 見解 등 修正된 형태의 權利確定說이 나타나고 있다.

이렇게 보면 日本의 경우는 時效中斷의 根據에 관한 權利行使說은 물론 近者의 權利確定說까지도 中斷의 範圍를 訴訟物인 權利=既判力으로 確定되는 權利에 局限시키지 않고, 寧리 攻擊防禦方法으로 주장되어 確定된 權利까지 擴張시키는 趨勢이다.

筆者는 이미 註釋民事訴訟法中(拙著部分) 442面에서 攻擊防禦方法으로 주장된 權利에 대하여 時效中斷의 範圍를 擴張하여야 한다고 하였지만, 다른 우리나라의 學者들도⁽⁷⁾ 原告가 債務不存在確認의 訴를 제기하였을 때에 被告가 그 債權을 주장하는 경우와 같이 相對方이 제기한 訴에 應訴하여 勝訴하는 것도 「裁判上의 請求」에 해당하는가에 대해 이를 肯定的으로 받아들이고 있다.

3. 여기에서 우리 判例의 態度가 옳는지 時效中斷의 範圍를 訴訟物인 權利=既判力으로 確定되는 權利에 局限시키고 있는가를 본다.

大法 78.4.11 선고, 77 다 2509판결(민결집 26권 1집 民事 285面)에서는 罷免處分(解止) 無效確認의 訴(또는 雇傭關係存在確認의 訴)는 雇傭關係라고 하는 基本的權利關係로부터 發生하는 報酬金債權을 實現하는 手段이라는 性質을 가지고 있는 것으로서 報酬債權 자체에 관한 履行訴訟을 제기하지 않았다 하여도 그것을 가지고 「權利위에 잠자는 者」라고 할 수 없기 때문에 原告에 대한 報酬債權에 대한 時效는 罷免處分無效確認의 訴의 제기에 의하여 中斷된 것이라 해석하는 것이 상당하다고 하였다. 直接的으로 訴訟物이 아니고 既判力의 對象이 아닌 權利關係이지만 이와 關聯派生的인 權利關係에 대하여도 時效中斷의 效力을 인정할 것이라는 立場이다.⁽⁸⁾

本判決 이후인 大法 79.7.10 선고, 79 나 569판결(민결집 27권 2집 民事 142面)을 보면 土地所有權의 侵害의 경우에 所有權을 基礎로 하여 登記抹消請求, 不當利得返還請求 및 損害賠償請求를 한 경우에 土地에 관한 所有權의 存在를 訴訟物로 포함하지 않고 訴訟物이 登記抹消請求權, 不當利得返還請求權 또는 不法行爲로 인한 損害賠償請求權에 그치지만 그것이 認容되어 判決理由에서 所有權이 肯定되어 勝訴判決이 確定되었다면, 이 경우에 土地所有權者가 자기의 權利를 自覺하여 裁判上 行使한 點에 있어서 서로 다를 바가 없고, 또 「裁判上의 請求」를 既判力이 미치는 範圍와 一致시켜 考察할 필요가 없다는 이유를 들어 問題의 所有權에 관한 取得時效는 中斷된다고 보아야 한다고 하였다. 이 判例는 時效中斷

(6) 新堂幸司, 民事訴訟法 16面, 石田禎「民法와 民事訴訟法의 交錯」174面

(7) 方順元 民事訴訟法(上) 236面, 郭潤直 民法總則 514面, 宋相現 民事訴訟法概論(上) 255面

(8) 兼子一, 體系 179面. 다만 保險契約關係의 存在確認의 訴는 保險金請求權의 時效를 中斷시킨다는 것에는 日本大審院昭和 5年 6月 7日判決

의範圍가訴訟物로 주장된權利나既判力이 미치는權利에限定하지 않고,訴訟物인權利關係의存否를判斷함에 전제가 되는攻擊方法인權利라도 그것이判決理由에서 인정된 경우에는 그權利에時效中斷의效力을肯定하였다는 점에서劃期的인意義가 있다.

4. 이경에서 본內外國의學說判例를 통해 우리는 오늘날에 있어서時效中斷의範圍를訴訟物인權利에限定하지 않고攻擊防禦方法인權利에까지擴張하고 있음을看取하였거니와, 이에 비추어本判決은 오늘날의內外의動向을完全히外面하고 있는 것이라 하겠다. 더구나防禦方法인權利主張이라하여中斷效를否認한 것은攻擊方法인權利에 이를肯定한近者의判例의立場과는均衡을喪失한 감을 준다.⁽⁹⁾

本判決에 있어서는原告가取得時效를原因으로移轉登記請求訴訟을 제기한 경우에,被告가答辯으로原告請求棄却의判決을求하면서被告의所有라고 주장하는 것을「權利者 스스로權利를 행사하는行動」이 아니라는 이유로時效中斷事由가 되지 않는다고 하였으나, 이를 두고 어찌「權利위에 간섭者」라고 하겠으며,被告의裁判上の權利行使가 아니라中斷定할 수 있을 것인가.權利를行使하는行動이라 함은 반드시積極적으로權利를 바탕으로 어떠한給付를實現코저 하는 경우 뿐만 아니라,消極적으로相對方으로부터自己의權利에不當한干涉·侵害 따위에妨害排除·除去 또는不容認의舉動 따위도 포함된다고 보아야 할 것이다. 생각건대取得時效의完成을原因으로所有權移轉登記請求訴訟에서被告가時效完成을否認한 채 자기의所有權을 주장한 경우라면,被告의所有權이時效完成으로消滅될運命이나 아직所有權이被告에게健在하여 있느냐가 다툼이 되는訴訟인 것이다. 따라서被告의應訴로被告가勝訴確定이 된 경우에는原告에게時效로 인한移轉登記請求權의不存在를確定한 것만이 아니라,被告에게所有權이健在함을確認한 것이므로 마치被告가所有權의積極的確認의訴를 제기하여勝訴한 것과 같은實質이 있다. 이點은原告의債務不存在確認의訴에서被告가應訴하여債權을 주장하여勝訴한 경우에被告가債權의積極的確認의訴를 제기하여勝訴한 것에比喩된다. 앞서 본日本의最高裁昭和43年11月13日大法院判決에서도原告의移轉登記請求權의不存在를確定한 것에 그치는 것이 아니라 나아가被告에게所有權이 있음을肯認한 것으로 보아야 한다고 했다. 따라서被告가防禦方法으로權利를 주장하였으니權利를 행사하는行動이 아니라는本判決의構成은 어디까지나形式論理이다.事案의實質에 의해 비록防禦方法으로 주장하였다 하더라도時效中斷의 관계에서는所有權자체에 대한裁判上の請求에 준하여 그와同一한效力이 있는 것으로 보아야 할 것이다. 오늘날民法第168條의裁判上の請求라 함은訴의 제기만을 뜻하는 것이 아니라裁判上の權利의主張으로理解되어야 할 것임은 앞서考察에 의하여 밝

(9) 原告가所有權을基礎로한登記請求事件에서原告의所有權이肯定된 경우에被告에 대한所有權取得時效를中斷하는效力이 인정된다면,論理上原告의取得時效를原因으로한登記請求事件에서被告의所有權이肯定되는 때에原告의所有權取得의時效中斷의效力을 인정하는 것이 당연하다는 것에는石田讓前掲180面

혀진 바 있다.

더구나 原告가 取得時效를 주장하여 所有權移轉登記를 구한 경우에 被告가 이에 應訴하여 그 答辯으로서 原告請求棄却의 判決을 구하면서 目的不動產이 被告의 所有라고 주장한 끝에 그 訴訟이 被告의 勝訴로 確定되었다면 原告의 目的 不動產의 계속 占有에 의하여 權利者인 것처럼 보이던 事實狀態에 의한 推定力도 깨졌다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 그러한 경우에 被告의 所有權의 確定이 判決主文에서 判斷된 것이 아니고 判決理由 속에 判斷되었기 때문에 既判力이 생긴 것은 아니라 할지라도, 特段의 事情이 없는 限 이를 믿어야 하는 強力한 證據力이 생겼기 때문이다⁽¹⁰⁾. 論者에 따라서는 이 경우에 비록 判決理由 속의 判斷이라 하여도 여기에 이른바 爭點效가 생기기 때문에 原告의 所有權取得의 時效進行이 中斷된다고 하나, 爭點效理論은 判決理由의 判斷部分에 既判力있는 判決을 얻기 위해 中間確認의 訴의 制度를 따로 인정하는 大陸法系의 法制下에서는 받아들이기 어려운만큼⁽¹¹⁾ 中斷의 根據를 爭點效에서 찾아서는 아니될 것이다.

나아가 살펴면 被告의 防禦方法으로 주장된 權利에 대해서는 그것이 肯定되고 理由속에서 確定되어도 時效中斷의 效力을 否認 한다면, 先상 被告로서는 그 權利에 대하여 獨立하여 反訴를 제기하는 方法밖에 擇할 수 없을 것이다. 그러나 反訴는 抗訴審에서는 原告의 同意가 없는 限 허용되지 아니하므로⁽¹²⁾ 抗訴審에서는 先상 別訴를 제기하여야 하는 訴訟不經濟를 甘受하지 않으면 안된다. 原告에 있어서는 攻擊方法으로 주장된 權利에 대하여 구태어 그를 訴訟物로 請求의 追加의變更에 의하지 아니하여도 그것이 肯定되어 判決理由 속에 判斷되었으면 時效中斷의 效力이 인정되는데, 被告의 경우는 反訴나 別訴의 제기 등 別途의 措置를 취하지 않는 限 時效中斷의 惠澤을 입지 못하는 것은 분명히 當事者平等主義에 反하는 것이 아닐 수 없다.

이상 考察한 바로 다음과 같이 結論을 짓고 싶다. 단지 攻擊防禦方法으로 주장한 權利라 하여도, 그것이 請求를 이유있게 하기 위한 前提로서 原告에 의하여 주장되어 그 認定에 基하여 請求가 認容된 경우나, 혹은 請求를 排斥하기 위한 先제로 被告에 의하여 주장되고 그 認定에 基하여 請求棄却의 判決이 있는 경우에는 權利者가 權利위에 잠깐 者도 아니며 계속되는 事實狀態에 의한 推定力도 깨졌다고 보아야 하기 때문에, 訴의 提起에 準하여(被告의 경우는 反訴의 제기에 準하여) 時效中斷의 效力을 인정하여야 할 것이다.

本判旨는 앞서 본 바와 같이 日本大正時代의 大審院判例를 떠났으나 이러한 立場이 앞서 본 日本最高裁大法院判決에 의하여 變更된 지금에도 그대로 固守하는 것은 실로 理解가 안

(10) 大法 62.7.5 선고 62나 208판결, 大法 62.8.30 선고 62나 207판결, 同 77.11.8 선고, 76누 250판결.
 (11) 拙著「訴訟物에 관한 研究」241面
 (12) 防禦方法和 牽聯된 反訴라도 抗訴審에서는 原告의 同意가 없는 限 허용되지 않는다는 것에는 大法 74.5.28 선고 73나 2031 판결.

간다.

II. 餘論으로 本事件을 具體的으로 알아 본다.

이 事件에 앞서 原告는 被告상대로 被告名義의 登記에 관하여 抹消登記請求訴訟을 제기한 바 있었고, 그 訴訟에서 原告는 所有權이 인정되어 勝訴判決을 받았으며 그 判決確定日字가 20年間の 取得時效完成前 3個月이었다.

그렇다면 前訴訟는 原告는 被告상대의 實質上 所有權確認의 訴와 마찬가지로의 訴를 제기하였던 것이며⁽¹³⁾ 이에 의하여 이미 同不動產에 대한 取得時效의 進行은 中斷된 것으로 보아야 할 事案이다. 왜냐하면 일찌기 日本大審院昭和 13.5.11判決은 所有權移轉登記抹消請求訴訟의 제기는 당해 不動產에 대해 갖는 所有權을 基礎로 한 請求라는 것을 이유로 取得時效中斷의 效力을 인정하였으며, 앞서 본 大法 79.7.10 선고 79다 569의 판결에서도 立場을 같이하여 土地所有權에 관한 登記請求訴訟은 所有權의 取得時效中斷의 效力을 인정하고 있기 때문이다. 따라서 이 事案에서 上告人이 이점을 들어 上告理由로 삼아 中斷의 效力을 주장하였다면 能히 勝訴할 수 있는 事案이었던 것으로 評價된다. 그럼에도 上告人은 이 方向으로 approach 를하지 않고, 事案도 다른데 이미 大法院의 確立된 立場인 「取得時效完成을 원인으로 한 所有權移轉登記請求訴訟에서 被告가 所有權을 주장하는 것은 時效中斷事由가 안된다」는 判例에 대하여 日本最高裁判例를 밀어 挑戰하다가 이를 變更하지 못하고 만 것이다. 上告人의 訴訟技術의 未熟이 두드러지는 case이다.

(13) 獨逸의 判例나 多數說은 移轉登記抹消訴訟에 있어서 所有權存否의 判斷은 先決的인 問題에 지나지 않으나, 실상 抹消登記訴訟은 所有權의 存否를 가리기 위한 特殊한 形式의 訴訟이라 하여 所有權의 存否判斷에 既判力이 있다고 본다. RG 36, 304;158, 43; Blomeyer, Lehrbuch, S.463; Stein-Jonas-Pohle-Schumann/Leiphold, ZPO §322 IX 3. 日本에 있어서 같은 見解는 兼子一, 判例民事訴訟法 292面.