

부동산소유권 포기에 관한 연구

신 동 진 *

- I. 서론
- II. 부동산소유권 포기의 개념
- III. 부동산소유권 포기와 관련한 제문제
- IV. 결론

국문초록

최근 들어 인구감소로 인해 지방 소도시가 소멸되는 시점에서 경제적 가치가 없다는 이유로 스스로 부동산을 포기하는 경향이 대두되고 있다. 무주의 부동산은 국유이다. 소유자 없는 부동산이 되기 위해서는 소유자가 스스로 소유권을 포기하여야 한다. 포기만 하면 되는 것이 아니다. 등기하여야 한다. 그런데 어떤 방식으로 등기를 하여야 하는지는 실정법이 없다. 단지 등기예규가 있을 뿐이다.

외국에서는 부동산 포기에 관해 법률로 명시한 나라가 있다. 우리나라도 부동산소유권 포기에 대하여 세부적 법률이 마련되기를 바란다. 즉, 민법이 아닌 특별법이라도 부동산소유권을 포기할 때 구체적으로 국유화하는 절차를 입법화하여야 할 것이다.

본고에서는 민법상 부동산소유권 포기와 관련된 것을 다루었다. 즉, 공유자의 지분 포기 시 문제점과 개선안, 상속포기로 상속인이 없는 재산에 대한 문제점과 개선안, 대법원 전원합의체 판결로 형성된 배타적 사용·수익권 포기에 대한 법리와 문제점을 연구하였다. 그리고 귀속재산을 다루었다. 귀속재산은 일제가 제2차 세계대전에서 패전 후 우리나라에 남긴 재산인데, 이는 미군정 군정법령 제33호로 일본인의 일체의 소유

* 동국대학교 법학박사

권을 박탈한 것이다. 귀속재산도 결국 대한민국의 소유로 국유화시켰다는 점에는 무주의 부동산과 공통점이 있다.

- 핵심어 물권의 포기, 소유권의 포기, 상속포기, 배타적사용수익권포기, 귀속재산

I. 서론

우리나라는 이미 초고령사회에 진입하였고, 인구감소로 인해 각 지방에서는 초·중·고등학교는 물론이며 대학교도 폐교가 속출하고 있으며 각 지방자치단체의 존립 자체가 흔들리고 있다. 이런 폐단으로 인하여 지방에 소재한 건물과 토지의 가치하락으로 인하여 부동산을 상속포기하거나 방치는 일이 있다. 이미 시골에는 빈집을 볼 수 있으며 노령인구의 감소로 조만간 더 많은 빈집 증가가 예상된다.

부동산 소유권자가 스스로 소유권을 포기하면 주인 없는 부동산이 되고 이는 국유가 된다. 그런데 구체적으로 어떤 방식으로 국유가 되는지는 법률로 정한 바 없다. 다만 등기에규에 규정이 있을 뿐이다. 그리고 다수설은 부동산을 포기하면 국유가 된다는 일반적인 정의만 있을 뿐이다. 한편 국유재산법 제12조 제1항에서는 “총괄청이나 중앙관서의 장은 소유자 없는 부동산을 국유재산으로 취득한다”는 규정이 있는데, 이 조항은 스스로 부동산 소유권을 포기하는 경우를 규정한 것이 아니라, 제3자가 소유자 없는 부동산을 신고하여 국유화시키는 절차를 규정하고 있는 것이다.

본 논문은 부동산의 포기의 다양한 모습을 다루고자 한다. 즉, 방치되고 있는 부동산이 증가하고 있는 이유, 부동산의 소유권을 방치할 자유는 있는지, 최근 일본에서는 특별법을 통해 이를 해결하고 있는데 그 모습을 확인한 후에, 부동산의 소유권 포기는 무엇인지, 부동산소유권 포기의 효력은 어떻게 되는지, 부동산소유권 포기에 따른 여러 가지 문제점을 연구하고자 한다. 특히 공유자의 지분 포기 시 발

생되는 문제점, 상속포기로 상속인이 없을 때 발생하는 문제점, 처음에는 자발적이었지만 법원에 의해 장래에도 배타적으로 사용·수익권을 포기당 할 수 밖에 없는 판례의 논리와 기타 국유재산법을 집행하고 있는 조달청의 업무를 살펴보고자 한다.

II. 부동산소유권 포기의 개념

1. 서론

물권포기는 법률행위이며 물권을 소멸시키겠다는 물권소유자의 물권적 의사표시를 요소로 하는 단독행위이다. 소유권을 포기하면 동산인 경우에는 무주물이 되어 선점자가 취득하게 되고, 부동산인 경우에는 국유가 된다.

그런데 부동산소유권의 포기는 물권자가 자유롭게 할 수 있지만, 그 포기로 인하여 타인의 이익을 침해하는 경우에는 그 타인의 동의가 필요하다. 그리고 부동산소유권을 포기함에 있어서 말소등기를 통해 국가 소유로 이전시켜야 하는바, 포기하는 자와 국가가 공동으로 신청하여야 하는 설¹⁾과 단독으로 말소등기를 신청할 수 있다는 설²⁾로 나뉜다. 그리고 실무상으로는 공동으로 신청하여야 하는 등 여러 주장이 있다³⁾.

그리고 부동산소유권을 포기하는 이유는 여러 가지가 있다. 즉, 부동산에 과도한 지당권이 설정되어 전혀 실익이 없는 경우, 그로 인해 상속인이 상속포기를 하여 상속인이 존재하지 아니한 경우, 고액의 세금이 부과되거나 수선비용이 너무 과다하여 이를 소유하더라도 쓸모가 없는 경우, 별로 가치가 없는 빈집, 공터, 휴경지를

1) 김미영, 『부동산등기법강의』, 법학사, 2021, 424면.

2) 김상용, 『물권법』, 화산미디어, 2013, 231면; 이영준, 『한국민법론물권편』, 박영사, 2004, 273면; 송덕수, 『물권법』, 박영사, 2019, 222면.

3) 유석주, 『부동산등기법』, 삼조사, 2008, 650면.

포기하는 경우 등⁴⁾을 들 수 있다. 우리 민법과 부동산등기법에서는 구체적으로 물권을 포기를 할 수는 있는지, 포기를 한다면 어떻게 포기할 수 있는지를 법률에서 정한 바가 없다. 다만, 독일 민법전에서는 이에 대하여 상세히 규정되어 있다.

한편, 우리 국유재산법 제12조에서는 무주의 부동산에 대한 국유화 절차에 대해 규정되어 있다. 다만 대법원에서는, 소유자 없는 부동산의 국유화 절차는 단순히 지적공부상 등록절차에 불과하고 이로써 권리의 실체관계에 영향을 주는 것은 아니라고 판시하고 있다.⁵⁾

모든 국민은 헌법상 재산권은 보장된다(헌법 제23조 제1항). 재산권이 보장되기에 개인이 향유하는 재산에 대한 사용·수익·처분은 자유롭다.⁶⁾ 따라서 공법상이나 사법상으로 어떠한 권리이든 법이 인정해 준 이익으로서 권리를 포기하는 것은 자유롭게 보장되고 있다.⁷⁾ 따라서 소유권을 부정하거나 처분을 금지하는 법률도 허락할 수 없다.⁸⁾ 우리 민법 제211조⁹⁾에서의 처분에는 소유권포기도 포함된다는 설이 있다.¹⁰⁾

이처럼 모든 국민은 부동산소유권을 자유롭게 포기할 수 있고, 포기된 부동산은 국가가 소유하는데, 국유화하는 절차상 문제점이 있기에 이를 논하고자 한다.

4) 예컨대, 사도부지로 이용되고 있는 토지의 면적이 4㎡인 토지에 대하여 이미 상속포기를 한 상태로 상속받은 자가 없을 경우, 구청에서 이에 대하여 상속포기 사실을 모르고 등기부상 상속인에게 토지(서울시 동작구 상도동 335-21)의 “사도부지 소유자정보 현행화 관련 상속등기 안내문”을 발송한 경우에 상속포기자가 이를 상속등기를 하면 단순승인될 수 있다. 따라서 이럴 때 스스로 소유권을 포기를 한다.

5) 대법원 1999. 3. 9. 선고 98다41759; 민법 제25조 제2항의 규정에 의하여 무주의 부동산은 선점과 같은 별도의 절차를 거침이 없이 그 자체로 국유에 속하므로, 국유재산법...에서 무주의 부동산을 국유재산으로 취득하는 절차를 규정하고 있으나 이는 단순히 지적공부상의 등록절차에 불과하고 이로써 권리의 실체관계에 영향을 주는 것은 아니다.

6) 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 1997, 485면.

7) 윤철홍, “물권의 포기에 관한 소고”, 『법학논총』 제36권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 429면.

8) 김학성, 『헌법학원론』, 박영사, 2011, 410면.

9) 제211조(소유권의 내용) 소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다.

10) 이영준, 전게서, 2004, 272면; 독일민법 제959조에서도 명시되어 있다(§ 959 Aufgabe des Eigentums : Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt).

2. 부동산소유권 포기

(1) 포기의 법적 개념

부동산물권의 포기는 법률행위이며 물권을 소멸시키겠다는 물권소유자의 물권적 의사표시를 요소로 하는 단독행위이다.¹¹⁾ 그런데 단독행위에는 상대방 없는 단독행위와 상대방 있는 단독행위가 있는데, 위 물권의 포기를 어떻게 볼 것인지는 학설이 대립하고 있다. ① 다수설은 소유권과 점유권의 포기는 상대방 없는 단독행위이지만 제한물권의 포기는 상대방 있는 단독행위라고 한다.¹²⁾ ② 소수설은 무조건 상대방 없는 단독행위라고 한다. 즉, 소유권과 점유권, 제한물권의 구별 없이 모든 포기는 상대방 없는 단독행위라고 한다.¹³⁾ 소수설은 포기는 의사표시이며 행위능력, 의사표시, 대리 규정의 준용되고 포기의 의사표시는 철회할 수 있다고 한다. 등기신청은 포기자가 언제든지 단독으로 할 수 있다는 주장을 한다. ③ 사건으로는 소유권의 포기가 상대방 있는 단독행위인지 아니면 상대방 없는 단독행위인지 여부는 등기신청 시에 국가의 협력이 필요한가 여부로 결정하여야 할 것이다.¹⁴⁾ 한편 실무에서는 소유권포기를 할 경우 단독으로 등기를 할 수 없기에 다수설과 소수설의 논리에는 찬성하기 어렵다. 등기부상 제한물권자인 이해관계인이 있을 경우에는 이해관계인의 동의가 필요하며 특히 소유권포기를 할 때도 구 소유권을 포기한 자는 단독으로 그에 따른 등기를 신청할 수 없고, 민법 제252조 제2항에 의하여 그 소유권을 취득하는 국가와 공동으로 소유권 포기를 원인으로 한 소유권이전등기를

11) 윤철홍, 전계논문, 430면; 김민중, 『민법강의』, 두성사, 1997, 260면; 조승현, 『물권법』, 한국방송통신대학교출판문화원, 2016, 79면; 김형배, 『민법학강의』, 신조사, 2007, 530면.

12) 강대성, 『물권법』, 대명출판사, 2014, 331; 곽윤직·김재형, 『물권법』, 박영사, 2017, 175면; 김상용, 전계서, 230면; 윤철홍, 『물권법』, 법원사, 2019, 149면; 김준호, 『물권법』, 법문사, 2014, 118면; 송덕수, 『물권법』, 박영사, 2019, 221면; 박종두, 『민법강의(상)』, 박문각, 1995, 645면, 박동진, 『물권법강의』, 법문사, 2018, 119면; 송오식, 『신물권법』, 동방문화사, 2017, 167면; 홍성재, 『물권법』, 동방문화사, 2017, 36면; 양형우, 『민법의 세계』, 피앤씨미디어, 2019, 442면.

13) 이영준, 전계서, 273면.

14) 법원행정처, 『부동산등기실무(III)』, 2015, 318면.

신청하여야 한다.¹⁵⁾

(2) 물건포기를 할 때 공시방법을 갖추어야 하는지 여부

물건포기를 할 때 공시방법을 갖추어야 하는지에 대하여 학설 간 다툼이 있다.¹⁶⁾ 등기필요설은 부동산물권의 포기는 등기를 하여야 효력이 발생한다고 본다.¹⁷⁾ 그러나 등기불요설은 물권에 관한 의사표시는 일종의 형성권의 행사로서 말소등기 없이 소멸의 효과가 발생한다고 한다.¹⁸⁾ 따라서 권리자는 자기 권리를 포기할 자유가 있고, 포기로 인해 물권이 소멸하면 남은 등기는 실제 없는 무효의 등기가 될 것이라고 한다.

등기필요설에 의할 경우 말소등기신청은 어떤 방식으로 하는지에 대해서 논의가 나뉜다. 1설은 소유권의 포기 및 제한물권의 포기는 모두 단독행위라는 성질을 가지며, 포기로 인하여 상대방인 국가에게 불이익을 주는 것이 아니므로 포기를 위한 등기신청은 단독으로 할 수 있다는 설이다.¹⁹⁾ 이에 반해 2설은 소유권의 포기과 같이 상대방 없는 단독행위로 물권이 포기되는 경우에는 단독으로 말소등기를 신청할 수 있으나, 제한물권의 포기과 같이 상대방 있는 단독행위로 인한 물권을 포기하는 경우에는 상대방인 국가와 공동으로 말소등기를 신청하여야 한다는 설이 있다.²⁰⁾

사건으로는 현재 실무상, 위 1설과 2설은 논리에 맞지 않는다. 등기 실무상 소유권을 포기하고자 하는 자는 스스로 국가와 공동으로 원인서류인 소유권 포기계약서 또는 소유권 포기서를 작성하고 공동으로 관할등기소에 가서 소유권말소등기를 하여야 하기 때문이다.²¹⁾

15) 전규원, “부동산소유권을 포기한 경우의 등기절차와 외국인인 상속인이 토지소유권이전등기를 신청할 경우의 허가증 등의 첨부 요부”, 『법조』45권 1호, 법조협회, 1996, 170면.

16) 박동진, 앞의 책, 119면.

17)곽윤직·김재형, 앞의 책, 175면; 박동진, 앞의 책, 119면

18) 이영준, 앞의 책, 273면; 이은영, 『리갈마인드 물권법』, 박영사, 2013, 96면.

19) 김상용, 앞의 책, 252면; 김용한, 『물권법론』, 박영사, 1993, 100면; 김중환, 『물권법강의』, 박영사, 1991, 174면; 장경학, 『물권법』, 법문사, 1990, 271면; 양형우, 전거서, 442면.

20) 곽윤직·김재형, 앞의 책, 176면.

(3) 소유권 포기에 대한 공시방법 절차

소유권 포기로 인하여 부동산은 무주물이 되는데, 우리 민법은 무주의 부동산은 국가의 소유로 한다(민법 제252조 제2항)고만 규정되어 있고 소유권 포기에 따른 등기절차를 부동산등기법상 전혀 규정한 바 없다.²²⁾ 그러나 등기필요설은 법률은 없지만 소유권의 포기는 상대방 없는 단독행위로서 포기의 의사표시와 그 등기에 의하여 효력이 발생하는 것이라고 한다.²³⁾

이에 등기필요설이 주장하는 등기란 무엇인지 밝혀야 한다. 현행 부동산등기법에는 포기로 인한 소유권 소멸의 등기절차에 관한 규정이 없다. 오로지 하위법규인 “등기에규”가 있을 뿐이다.

부동산소유권을 포기하면 이는 무주의 부동산이 되고 민법 제252조 제2항에 따라 국유로 된다. 이 경우 원시취득이라 하여 소유권말소등기를 하면 해당 부동산에 전소유자에게 귀속되게 되기 때문에 말소등기를 신청할 수는 없다.²⁴⁾ 따라서 이런 경우에는 소유권을 취득하는 국가와 공동으로 소유권이전등기를 신청하여야 한다(1995. 4. 20. 등기에규 제816호).²⁵⁾

그렇다면 등기기록을 폐쇄하고 국가명의로 소유권보존등기를 하면 어떨까? 이러면 문제가 발생할 수 있다. 왜냐하면 포기자의 소유권을 기초로 한 제한물권자가 불의의 손해를 볼 수 있고, 멸실 직전의 위험한 건물을 포기함으로써 그 위험을 국가에게 전가시키는 등 사회상규에 반하는 경우가 있을 수 있기 때문이다.²⁶⁾

따라서 국가 명의로 소유권이전등기방식을 취하면 등기부상 이해관계인의 등기는 전부 직권말소되기 때문에 등기부상 이해관계인이 있을 경우 그의 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야만 위 이전등기를 신청할 수 있고,

21) 유석주, 앞의 책, 650면.

22) 법원행정처, 앞의 책, 319면.

23) 박윤직·김재형, 앞의 책, 175면; 박동진, 앞의 책, 119면.

24) 유석주, 앞의 책, 650면.

25) 법원행정처, 『대법원 예규집(부동산·기타등기편)』, 2012, 501면.

26) 법원행정처, 앞의 책, 319면.

이런 승낙서 등을 첨부할 수 없는 경우에는 소유권 포기를 원인으로 한 소유권이전 등기는 불가하다. 즉, 국유재산법 제11조 제1항은 “사권(私權)이 설정된 재산은 그 사권이 소멸된 후가 아니면 국유재산으로 취득하지 못한다”라고 규정되어 있기 때문이다.

한편, 부동산경매로 소유권을 매수한 자가 그 부동산의 소유권을 포기하면 소유권은 전 소유자에게 귀속되지 아니하고 민법 제252조 규정에 따라 국가소유가 된다.²⁷⁾ 이 경우에도 등기예규 제816호에 따라 국가와 공동으로 등기신청을 하면 된다.

소유권 포기를 원인으로 한 소유권이전등기를 하는 경우에 등기관은 직권으로 소유권 이외의 권리에 관한 등기를 말소하여야 한다. 부동산 소유권 포기를 원인으로 한 등기 기재례는 아래와 같다.²⁸⁾

[갑구] (소유권에 관한 사항)				
순위번호	등기목적	접 수	등기원인	권리자와 기타사항
1	소유권보존	2020년 2월 1일 제4050호		소유자 조강민 860123-1234567 완주군 삼례읍 삼례역로 1
2	소유권이전	2022년 7월 5일 제3050호	2022년 7월 2일 소유권포기	소유자 국 관리청 기획재정부 221

[을구] (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등기목적	접 수	등기원인	권리자와 기타사항
1	저당권설정	(생략)	(생략)	(생략)
2	1번저당권 말소			갑구 2번 소유권포기를 원인으로 한 소유권이전 등기로 인하여 2022년 7월 5일 등기

27) 유석주, 앞의 책, 650면; 등기선례 1993. 6. 23. 先III-341.

28) 유석주, 앞의 책, 651면; 등기부 갑구를 위해서는 국가와 포기자가 공동신청을, 을구를 위해서는 저당권자의 승낙서가 필요하다.

(4) 부동산소유권 포기의 의사표시 철회

부동산소유권을 포기하였는데 이를 철회할 수 있을까? 부동산소유권 포기의 철회는 일률적으로 판단할 수 없다.²⁹⁾ 즉 제한물권을 포기하고 말소등기까지 마친 상태에서 의사표시의 철회는 불가능하다. 그리고 제한물권이 설정된 부동산물권의 포기에 대한 의사표시의 철회도 불가능하다. 우리 민법을 해석함에 있어서 거래의 안전을 위해서 상대방에게 포기의 의사표시가 도달된 경우에는 철회할 수 없다고 보아야 한다. 부동산물권의 포기로 물권이 제3자에게 이전된 경우에는 포기의 의사표시에 대한 철회는 인정할 수 없다.³⁰⁾ 이외에 포기도 법률행위이므로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하면 무효라는 설이 있다.³¹⁾ 참고로 독일 민법 제875조 제2항³²⁾에서는 “권리자는 말소등기 전에는, 권리자가 의사표시를 부동산등기소에 대하여 한 때 또는 이로 인하여 직접 이익을 받는 자에게 부동산등기법의 규정에 좇은 말소등기승낙서를 교부한 때에 한하여, 그의 의사표시에 구속된다”³³⁾라고 규정되어 있으며 이는 말소등기승낙서를 교부하기 전에는 철회가 가능하다는 의미이고 말소등기승낙서를 교부한 이후에는 철회할 수 없다고 한다.³⁴⁾

(5) 소결 및 개선방안

부동산물권의 포기는 법률행위이며 물권을 소멸시키겠다는 물권소유자의 물권적 의사표시를 요소로 하는 단독행위이다. 부동산소유권의 포기는 스스로 포기할 수

29) 윤철홍, 앞의 논문, 446면.

30) 윤철홍, 앞의 논문, 447면.

31) 양형우, 앞의 책, 442면.

32) § 875 Aufhebung eines Rechts : 2) Vor der Löschung ist der Berechtigte an seine Erklärung nur gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt hat. Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt hat.

33) 양창수, 『독일민법전』, 박영사, 2018, 689면.

34) 박영규, 앞의 논문, 32면.

있다. 다만, 부동산소유권을 포기하는 자가 어떤 방식으로 포기를 하는지 법률의 규정이 없다. 한편 국유재산법을 집행하는 조달청에 신고하는 방법이 있는데, 이는 제3자가 소유자가 없는 부동산을 조달청에 신고서를 제출하고 이를 접수한 조달청은 신고된 재산을 조사하여 소유자가 없는 부동산임을 확인하여 보상금지급을 신고자에게 지급할지 여부를 기획재정부장관에게 보고하고 신고인에게 통지하는 방법이 있다.³⁵⁾ 만약 신고된 재산이 소유자 없는 부동산에 해당하는 경우에는 소관 중앙관서의 장을 지정하고 해당 재산을 국가의 명의로 등기한다(국유재산법 시행규칙 제52조, 제53조).

사견으로 개선방안을 제시하고자 한다. 첫째, 국유재산법을 개정하여 부동산소유권을 포기하는 자가 있다면 기부채납방식으로 같음하는 것이다. 국유재산법상의 기부채납이란 국가 외의 자가 국유재산법 제5조 제1항 각호³⁶⁾(본고에서는 부동산만 다룬다)에 해당하는 재산의 소유권을 무상으로 국가에 이전하여 국가가 이를 취득하는 것을 말한다(국유재산법 제2조 제2호). 기부채납³⁷⁾은 국가의 반대급부 제공이

35) 김민호, 『국유재산법』, 박영사, 2022, 125면.

36) 제5조(국유재산의 범위) ① 국유재산의 범위는 다음 각 호와 같다. (개정 2012. 12. 18.)

1. 부동산과 그 중물(從物)
2. 선박, 부표(浮標), 부잔교(浮棧橋), 부선거(浮船渠) 및 항공기와 그들의 중물
3. 「정부기업예산법」 제2조에 따른 정부기업(이하 “정부기업”이라 한다)이나 정부시설에서 사용하는 기계와 기구 중 대통령령으로 정하는 것
4. 지상권, 지역권, 전세권, 광업권, 그 밖에 이에 준하는 권리
5. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제4조에 따른 증권(이하 “증권”이라 한다)
6. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 권리(이하 “지식재산”이라 한다)
 - 가. 「특허법」·「실용신안법」·「디자인보호법」 및 「상표법」에 따라 등록된 특허권, 실용신안권, 디자인권 및 상표권
 - 나. 「저작권법」에 따른 저작권, 저작권접권 및 데이터베이스제작자의 권리 및 그 밖에 같은 법에서 보호되는 권리로서 같은 법 제53조 및 제112조제1항에 따라 한국저작권위원회에 등록된 권리(이하 “저작권등”이라 한다)
 - 다. 「식물신품종 보호법」 제2조제4호에 따른 품종보호권
 - 라. 가목부터 다목까지의 규정에 따른 지식재산 외에 「지식재산 기본법」 제3조제3호에 따른 지식재산권. 다만, 「저작권법」에 따라 등록되지 아니한 권리는 제외한다.
- ② 제1항제3호의 기계와 기구로서 해당 기업이나 시설의 폐지와 함께 포괄적으로 용도폐지된 것은 해당 기업이나 시설이 폐지된 후에도 국유재산으로 한다.

37) 기부채납은 돈이나 물건 따위를 대가 없이 내놓고 상대방은 이를 받아들인다는 뜻이다; 김민호, 앞의 책, 107면.

없다는 점에서 매입·수용과는 다르다.³⁸⁾ 부동산소유권을 포기하고자 하는 자가 주소지 관할 시·군·구청에 방문하여 소유권을 포기한다는 의사표시를 할 경우, 담당공무원은 국유재산법상 기부채납으로 하는지 확인하여 선택적으로 신고서 양식을 변경하여 받는 것을 제안하고자 한다. 기부채납은 일종의 증여와 법적으로 유사하다. 대법원은 “기부채납은 기부자가 그의 소유재산을 지방자치단체의 공유재산으로 증여하는 의사표시를 하고 지방자치단체는 이를 승낙하는 채납의 의사표시를 함으로써 성립하는 증여계약이다”라고 판시하고 있다.³⁹⁾ 따라서 무상, 편무, 낙성, 불요식 등 증여계약의 특성이 기부채납에도 적용된다. 한편 대법원에서는 “증여계약의 주된 내용은 기부자가 그의 소유재산에 대하여 가지고 있는 소유권 즉 사용·수익권 및 처분권을 무상으로 지방자치단체에게 양도하는 것이므로, 증여계약이 해제된다면 특별한 사정이 없는 한 기부자는 그의 소유재산에 처분권뿐만 아니라 사용·수익권까지 포함한 완전한 소유권을 회복한다”라고 판시⁴⁰⁾하고 있기에 기부채납으로 소유권이 국가로 이전되어도 증여계약 해제를 원인으로 다시 소유권이 회복된다는 것이다. 이를 개선하기 위해서는 국유재산법을 개정하여 부동산소유권을 포기하는 자는 기부채납의 형식으로 국유화 절차를 밟고 특별한 사유가 없으면 소유권회복은 불가하다는 명문의 규정이 필요하다.

둘째, 우리나라에서는 소유권을 포기하는 자가 단독이 아닌 국가와 공동으로 소유권이전등기방식으로 등기소에 공동신청을 하여야 한다는 등기예규 제816호가 유일하다. 그러나 소유권을 포기하는 자가 경제적 가치가 없는데 비용과 시간을 들여 가면서 소유권 포기등기를 할지는 의문이다. 이는 현실적인 방법이 아니라고 생각한다. 간소한 절차법이 마련된다면 소유권 포기자가 관할 시·군·구청에 방문하고 간이한 방식으로 소유권 포기를 하면 시·군·구청은 포기한 부동산에 대해 특별한 예외적인 경우가 아니면 관할 등기소에 단독으로 국가를 대신하여 등기를 이전받는

38) 김민호, 앞의 책, 106면.

39) 대법원 1996. 11. 8., 선고, 96다20581, 판결.

40) 대법원 1996. 11. 8., 선고, 96다20581, 판결.

방식을 생각해 볼 수 있다(소유자는 국가이므로). 다만, 소유권 포기자에게는 제세공과금(국세일 경우에는 종합부동산세와 지방세일 경우에는 재산세 등)을 면제 또는 감면 혜택을 주어야 한다. 아니면 지방자치단체에서 발행하는 지역화폐 등을 지급하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 그런데 혹시 소유권 포기자가 포기를 철회하거나 철회되는 특별한 경우⁴¹⁾가 발생할 때에는 국가나 지방자치단체에서는 법원에 소를 제기하여 판결을 통해 이를 종합적 분석 후 원상회복을 해주는 방법을 생각해 볼 수 있다. 한편, 그동안 면제 또는 감면된 제세공과금 등은 소급적용하여 이를 부과하면 될 것이다. 다만 포기자의 부동산이 국유가 되는 과정에서 중앙정부와 지방자치단체간의 원활한 협력은 필요하겠다. 즉, 역할은 지방자치단체가 하되 소유권은 국가명의로 이전받기 때문이다.

3. 각국의 부동산포기 방식 및 효력

(1) 독일

독일은 부동산물권 포기에 대하여 민법에 규정이 있다. 즉, 독일민법 제875조 제1항에는 “부동산에 대한 권리를 소멸시키려면, 법률에 다른 정함이 없는 한, 권리를 포기한다는 권리자의 의사표시 및 권리의 말소등기를 요한다. 그 의사표시는 부동산등기소에 대하여 또는 포기로 인하여 직접 이익을 받는 사람에게 대하여 이를 하여야 한다”⁴²⁾라고 규정되어 있고, 독일민법 제875조 제2항에서는 “권리자는 말소등기 전에는, 권리자가 의사표시를 부동산등기소에 대하여 한 때 또는 이익을 받는 사람에게 부동산등기법의 규정에 좇은 말소등기승낙서를 교부한 때에, 그의 의사표시에

41) 공서양속에 반하는 경우, 타인의 권리와 이익을 해하는 경우, 권리남용이 되는 경우이다; 박청일, “토지소유권의 포기를 둘러싼 소고”, 『토지법학』 제36권 2호, 한국토지법학회, 2020, 100면.

42) § 875 Aufhebung eines Rechts : (1) Zur Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück ist, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, die Erklärung des Berechtigten, dass er das Recht aufgibt, und die Löschung des Rechts im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung ist d em Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abzugeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt.

구속된다”⁴³⁾라고 규정되어 있다.

또한 독일민법 제928조 제1항에서는 “부동산소유권의 포기는 소유자가 등기관청에 대하여 포기의 의사를 표시하고 등기부에 포기가 등기됨으로써 이를 할 수 있다”⁴⁴⁾라고 명시되어 있고, 동조 제2항에서는 “포기된 부동산이 존재하는 주(州)의 국고는 그 부동산을 선점할 권리를 가진다. 국고는 등기부에 자신을 소유자로 등기함으로써 소유권을 취득한다”⁴⁵⁾라고 규정되어 있다.⁴⁶⁾

그러나 독일 민법에서는 우리 민법이 규정한 공유지분의 포기(우리 민법 제267조) 및 위기(委棄)에 의한 부담면제(우리 민법 제299조)와 같은 규정은 없다.

독일 민법은 말소등기를 한다고 규정하고 있다. 그러나 부동산소유권의 포기에서는 말소등기가 아니라 그 부동산 등기기록의 Abt 1 Spalte 4(1부 4열)에 소유권포기라는 표시를 기록한다.⁴⁷⁾

독일에서는 소유권을 포기하면 무주물이 된다. 독일민법 제928조 제1항은 부동산소유권의 포기로 등기가 된다면 해당 부동산은 무주의 부동산이 되고, 동조 제2항은 포기된 부동산이 위치하는 관할 주는 그 부동산을 선점할 권리를 가진다고 한다.⁴⁸⁾ 또한 독일 부동산 등기규칙 제13조는 “자기의 권리가 등기에 관련되거나 등

43) (2) Vor der Löschung ist der Berechtigte an seine Erklärung nur gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt hat.

44) § 928 Aufgabe des Eigentums, Aneignung des Fiskus : (1) Das Eigentum an einem Grundstück kann dadurch aufgegeben werden, dass der Eigentümer den Verzicht dem Grundbuchamt gegenüber erklärt und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird.

45) (2) Das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstücks steht dem Fiskus des Landes zu, in dem das Grundstück liegt. Der Fiskus erwirbt das Eigentum dadurch, dass er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen lässt.

46) 양창수, 『독일민법전』, 박영사, 2018, 715~717면.

47) 강태성, “물권의 포기에 관한 종합적 비판적 검토”, 『동아법학』 66호, 동아대학교 법학연구소, 2015, 507면.

48) §928 Aufgabe des Eigentums, Aneignung des Fiskus :

(1) Das Eigentum an einem Grundstück kann dadurch aufgegeben werden, dass der Eigentümer den Verzicht dem Grundbuchamt gegenüber erklärt und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird.

(2) Das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstücks steht dem Fiskus des Landes zu, in dem das Grundstück liegt. Der Fiskus erwirbt das Eigentum dadurch, dass er sich als

기가 자기의 이익을 위하여 행하여질 모든 자는 등기소에 등기를 신청할 수 있다”라고 규정되어 있다. 즉 등기를 단독신청할 수 있다. 등기신청을 하면 관할 등기소 등기관은 해당 주(州)를 소유자로 등기부에 등재한다.

한편, 토지 용익권을 포기한 경우에는 그 포기가 의심스러울 때는 종물에 대한 용익권에도 미친다. 그리고 채권자가 공동저당권을 포기한 경우에는 나머지 소유자들의 공동소유로 귀속된다. 채권자가 토지에 대해 일부 저당권을 포기한 경우, 해당 토지를 객체로 한 저당권은 소멸한다(독일민법 제1175조)⁴⁹⁾.

독일은 부동산 소유권포기의 효력과 관련하여 주인 없는 부동산은 국가(중앙정부)가 아닌 해당주(州)의 소유로 한다는 점이 특징이 있다.

(2) 일본

일본 부동산등기법은 부동산소유권의 포기에 관한 등기를 규정하지 않고 있다.⁵⁰⁾

그런데 일본에서의 일부 학자는 부동산소유권의 포기와 관련하여 포기자와 국가가 소유권이전등기를 공동으로 신청하여야 한다고 주장한다. 그러나 대부분의 일본 학자는 물권의 포기에 있어서의 등기의 공동신청여부에 관해서는 특별히 논하지 않고 있는데 이는 일본 부동산등기법상 공동신청주의 때문인 듯하다.⁵¹⁾

일본 민법 제239조 제1항은 “소유자가 없는 동산은 소유의 의사로 점유함으로써 그 소유권을 취득한다”라고 규정한다.⁵²⁾ 그리고 동조 제 2 항에서는, “소유자가 없

Eigentümer in das Grundbucheintragen lässt.

49) §1175 Verzicht auf die Gesamthypothek :

(1) Verzichtet der Gläubiger auf die Gesamthypothek, so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücksgemeinschaftlich zu; die Vorschriften des § 1172 Abs. 2 finden Anwendung. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesem.

(2) Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach § 1170 mit seinem Recht ausgeschlossen wird.

50) 강태성, 앞의 논문, 507면.

51) 강태성, 앞의 논문, 512면.

52) 第二百三十九条 所有者のない動産は `所有の意思をもって占有することによって `その所有權を取

는 부동산은 국고에 귀속된다.”라고 규정되고 있다.⁵³⁾ 일본에서도 포기는 권리를 소멸시키는 것을 목적으로 하는 단독행위라고 한다. 물권자는 물권을 포기할 수 있다. 다만 부동산소유권 포기를登記하여야 하며 말소등기를 하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다. 그리고 제한물권포기의 의사표시를 하려면 포기에 의해 직접 이익을 받을 자에게 하여야 한다. 즉 지상권포기의 의사표시는 토지소유자에게 하여야 한다.⁵⁴⁾

일본은 대항요건주의를 취한다. 일본 민법 제177조에서 “부동산에 관한 물권의 득상(得喪) 및 변경은 부동산등기법(平成 16년 법률 제123호) 그 외의 등기에 관한 법률이 정하는 바에 따라 그 등기를 하지 아니하면 제3자에 대항할 수 없다”⁵⁵⁾라고 규정하고 있다. 그리고 동산포기와 관련하여 일본 민법 제178조에서는 “동산에 관한 물권의 양도는 그 동산의 인도가 없으면 제3자에게 대항할 수 없다”⁵⁶⁾라고 규정하고 있다. 일본은 부동산은 등기를, 동산은 점유를 하여야 제3자에게 대항할 수 있음을 분명히 규정하고 있다. 또한 일본에서는 공유지분의 포기 및 승역지 소유자의 위기(委棄)에서, 그 공시방법을 구비하지 아니할 경우에는 제3자에게 대항할 수 없다.⁵⁷⁾

최근 일본에서는 2018년도 말 현재 일본의 주택 총수는 6,220만채인데, 그중 846만채는 공가(空家)이다.⁵⁸⁾ 빈집 증가는 다양한 사회문제를 야기한다. 특히 일본은 모든 상속인이 상속을 포기하면 사법서사를 통해 재산이 경매에 부처진다. 보통 처분 전까지 유산관리인을 고용하는데, 여기에 들어가는 비용이 상당하기 때문에 유

得する。

53) 2 所有者のない不動産は `国庫に帰属する。`

54) 近江幸治, 『民法講義II 物権法, 成文堂, 2020, 175면.

55) 第一百七十七条 不動産に関する物権の得喪及び変更は `不動産登記法(平成十六年法律第二百二十三号)その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ `第三者に対抗することができない。`

56) 第一百七十八条 動産に関する物権の譲渡は `その動産の引渡しをしなければ `第三者に対抗することができない。`

57) 강태성, 앞의 논문, 504면.

58) 이종우, “일본 빈 집 사태를 보면서...”, 머니투데이, 2019. 12. 5.; www.mt.co.kr.

산관리인을 고용하지 않고 빈집으로 방치되는 경우가 많다.⁵⁹⁾ 일본정부는 2017. 6. 8. 정부내각에서 “경제 재정 운영과 개혁의 기본 방침 2017”이라는 결정을 하였는데, 내용은 소유자불명토지에 관한 항목을 신설하여 이를 공론화하였다. 그리고 일본 정부는 2018. 1월부터 “소유자불명토지 등 대책추진을 위한 관계 장관 회의”를 개최하였고, 2018. 6. 15. 정부내각결정으로 “경제 재정운영과 개혁의 기본 방침 2018”에서 소유자불명토지 등 대책 추진에 관한 기본 방침을 정하였다.⁶⁰⁾ 결국 일본의회에서는 “所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置(소유자불명토지의 이용원활화 등에 관한 특별조치법)”을 2018. 6. 6. 참의원 본회의에서 가결되었고, 같은 해 6. 13. 법률 제49호로 공포되었다. 시행일은 2022(令和 4년). 5. 9.이다. 위 특별법으로 소유자불명토지⁶¹⁾에 대하여 국가 행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장에게 소송을 통해 제대로 관리할 수 있는 법적 체제를 정비한 것이다. 위 특별법은 소유자불명토지를 도로주차장, 학교, 도서관, 사회복지시설, 병원, 공원 등 지역주민 등의 복지 및 편의 증진을 위한 사업에 이용한다는 점에 의의가 있다.

일본은 위 특별법과 별도로 “표제부소유자불명토지의 등기 및 관리의 적정화에 관한 법률⁶²⁾”을 제정하였다. 동 법은 소유권의 등기가 없는 1필의 토지 중 표제부 소유자의 성명 또는 명칭, 주소의 전부 또는 일부가 없는 경우 등기 및 관리의 적정화를 도모하기 위하여 제정한 것이다.

우리나라도 인구감소와 초고령화 사회를 맞이하고 있는 상황 속에서 일본의 위 특별법을 참고할 필요가 있다.

59) 강기준, “일본서 늘어나는 유산 ‘상속포기’”, 머니투데이, 2019. 12. 31.; www.mt.co.kr.

60) 나병진, “일본소유자불명토지해소 법제에 관한 연구”, 『집합건물법학』 제32집, 한국집합건물법학회, 2019, 149면.

61) 소유자불명토지란 상당한 노력(행정명령)을 하였음에도 불구하고 소유자의 전부 또는 일부를 확인할 수 없는 1필의 토지를 말한다; 나병진, 앞의 논문, 151면.

62) 2019. 5. 17. 통과, 같은 해 5. 24. 공포.

(3) 스위스

스위스 민법에서는 토지소유권 포기에 관한 일반규정이 없다. 다만 권리의 소멸 사유에 포함시켜서 해석의 여지를 주고 있다.⁶³⁾ 한편 동산소유권의 포기에 대하여는 스위스민법 제729조⁶⁴⁾에서 ‘상실(Verlust)’라는 제목으로 “자신의 소유권을 포기 하는때에 소멸한다”고 명시되어 있다. 스위스에서는 토지소유권자가 소유권을 포기를 할 때 등기말소를 한다. 스위스 연방법원은 상속인의 권리포기 사건의 판결문에서, “토지는 비록 당해 법규가 미흡하더라도 일반적인 법 원칙에서 효력이 발생할 수 있다. 그리고 등기말소를 통해 토지소유권의 소멸을 명확하게 규정하고 있는 스위스 민법 제666조를 근거로 직접 양도할 수 있는 권리를 포기할 수 있다”고 판시하고 있다.⁶⁵⁾

스위스 민법 제666조 제1항은 “토지소유권은 등기의 말소 및 토지의 완전한 멸실에 의하여 소멸한다”⁶⁶⁾라고 명시되어 있다.

토지소유권 포기를 하려면 포기의 의사표시와 점유까지 포기해야 하며 이때 포기의 의사표시와 부동산말소등기는 필수적으로 하여야 한다.⁶⁷⁾ 즉 부동산등기소에 직접 포기의 의사표시를 명시한 서면을 제출하여야 한다(스위스 민법 제964조)⁶⁸⁾. 토지소유권을 포기하면 소유권이 소멸된다. 즉 토지소유권자가 포기의 의사표시와 말소등기를 하면 된다. 스위스는 포기된 토지는 무주물이 되고 누구든지 점유할 수 있다.⁶⁹⁾ 한편 스위스는 공유자는 본인의 지분에 대한 권리를 포기할 수 없다.⁷⁰⁾

63) 윤철홍, 앞의 논문, 437면.

64) Art. 729 : Das Fahrniseseigentum geht, trotz Verlust des Besitzes, erst dadurch unter, dass der Eigentümer sein Recht aufgibt, oder dass in der Folge ein anderer das Eigentum erwirbt.

65) EBG 50 II 234= Pra 13 Nr.133= ZBGR 6, 37ff.

66) Das Grundeigentum geht unter mit der Löschung des Eintrages sowie mit dem vollständigen Untergang des Grundstückes.

67) Vgl. A. Meier-Hayoz, Art. ZGB, Rn. 4-9.

68) Art. 964

1 Zur Löschung oder Abänderung eines Eintrages bedarf es einer schriftlichen Erklärung der aus dem Eintrage berechtigten Personen.

2 Diese Erklärung kann mit der Unterzeichnung im Tagebuch abgegeben werden.

(4) 오스트리아

오스트리아 민법에서는 “경작을 완전히 중단한 토지들, 혹은 복구가 중단된 건물 이 포기로 간주될 수 있거나, 또는 몰수될 수 있는 것인지는 특별법들에서 정한다” 라고 규정되어 있다(민법 제387조).⁷¹⁾ 따라서 오스트리아에서는 위 조문을 부동산 소유권 포기의 근거조문으로 인정하고 있다. 토지를 이용하지 않거나 건물을 방치 한다고 해서 포기는 아니며 말소등기를 하여야 한다. 오스트리아에서는 소유권포기에 의해 무주의 부동산은 누구든지 선점하여 소유권을 취득할 수 있다. 다만 새로운 소유자는 등기를 하여야 한다.⁷²⁾

(5) 캐나다

캐나다의 퀘벡주 민법전(code civil québec)은 대륙법계와 영미법계를 혼합하여 계수한 입법례로서 비교법적으로 매우 중요하다. 특히 퀘벡의 구민법전이 프랑스 민법전의 영향을 받았던 것에서 현행 민법은 이를 전면 제정 또는 개정된 것으로 당시 각국의 최신 민법전과 학설, 판례를 참조하였다. 캐나다에서 물건포기에 대한 법률은 캐나다의 퀘벡주에서 제정한 물건포기 조문을 통해 확인할 수 있다.⁷³⁾

야생동물 또는 전에 포획되었지만 야생으로 귀환된 동물, 수중동물 및 소유자가 그 소유권을 포기한 재산과 같이 소유자가 없는 재산은 무주물이다(퀘벡주 민법 제

69) 윤철홍, 앞의 논문, 440면.

70) Dazu konkret P. Liver, Der Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte und auf den Miteigentumsanteil, S.321ff; 윤철홍, 앞의 논문, 440면 재인용.

71) § 387 : In wie fern Grundstücke wegen gänzlicher Unterlassung ihres Anbaues, oder Gebäude wegen der unterlassenen Herstellung für verlassen anzusehen, oder einzuziehen seyn, bestimmen die politischen Gesetze; 제387조의 ‘die politischen Gesetze’는 오스트리아의 오래된 표현으로, ‘정치적인 법률들’이라는 직역은 전혀 맞지 않는 것으로, 행정관계 법률들이 주로 해당될 것 같은데, 이것들은 모두 특별법을 의미하고 있으므로 ‘특별법’이라 번역하였다; 윤철홍, 앞의 논문, 443면 재인용.

72) Rummel-Spielbüchler, §387 ABGB, Rn. 2.

73) 김성수, “캐나다 민법 연구-퀘벡주 민법전(Code civil Québec)의 번역과 해제”, 법무부, 2012, 304면.

934조①). 그리고 공공도로 또는 공공운송용의 차량을 포함하여 공공장소에 방치된 가치가 없거나 아주 훼손된 동산은 포기된 것으로 본다(퀘벡주 민법 제934조②).

무주의 동산은 선점하여 취득한 자에게 귀속한다(퀘벡주 민법 제935조①). 사람이 취득하지 아니한 포기된 동산은 이를 그 지역에서 취득한 지방자치단체 또는 국가에 귀속한다(퀘벡주 민법 제935조②). 캐나다에서도 무주의 부동산은 국가에 귀속한다. 하지만 사람은 누구나 자연적 부합이나 시효에 의하여 이를 취득할 수 있다. 다만 국가가 그 부동산을 점유하거나 또는 국세청장에 의하여 부동산등기부에 등기하여 소유권을 공시한 경우에는 그러하지 아니하다(퀘벡주 민법 제936조). 국가가 취득한 무주재산은 국세청장이 이를 관리하며 법률에 의하여 이를 처분한다(퀘벡주 민법 제937조).

결국, 캐나다에서도 무주의 부동산은 국유로 하며 무주의 동산은 선점자가 우선 취득한다고 규정하고 있다. 특이한 점은 국세청장이 무주의 부동산을 관리하고 부동산등기도 처리한다는 것이다. 이에 반해 우리나라의 국유재산법에서는 총괄청인 기획재정부장관이나 중앙관서의 장이 소유자 없는 부동산을 국유재산으로 취득한다고 규정하고 있다(국유재산법 제12조).

Ⅲ. 부동산소유권 포기와 관련한 제문제

1. 공유자의 지분포기

(1) 서론

부동산은 단독소유뿐만이 아니라 공동소유 즉 공유로 소유권을 행사한다. 그런데 공유자 중 일부가 자신의 지분을 포기할 수 있다. 공유자의 1인이 자신의 지분을 포기하면 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속한다. 이는 지분의 양

도와 법률효과가 전혀 다르다.⁷⁴⁾ 포기의 진정성은 법률행위의 해석에 따라 결정해야 한다.⁷⁵⁾ 부동산 공유자중 1인이 지분을 포기하면 다른 공유자의 지분취득은 등기를 해야 하는지에 대하여 의견이 분분하다. 이에 대하여 학설과 판례를 통해 공유자 지분포기를 다루고자 한다.

(2) 공유지분의 탄력성과 그에 따른 등기

우리 민법 제267조에는 명문으로 “공유자가 그 지분을 포기하거나 상속인 없이 사망한 때에는 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속한다”라고 규정되어 있다(이것을 지분의 탄력성이라 한다)⁷⁶⁾. 따라서 공유자 1인의 지분포기에 대하여 국가귀속을 논할 실익은 없다. 민법 제267조는 다른 나라의 입법에서는 찾아보기 어렵다. 공유지분의 탄력성이 선점에 의한 소유권취득의 원칙을 배제한 것이다. 특히 부동산의 공유자의 1인이 공유지분을 포기하거나 상속인이 없이 사망하면 제252조 2항에 의하여 국가가 그 부동산의 지분권자가 될 것이지만 이에 관하여 입법적으로 분란을 방지하기 위한 입법의 목적이 있다.⁷⁷⁾

부동산 공유자 중 1인이 공유지분을 포기한 경우 그 공유지분이 등기와 무관하게 다른 공유자들에게 바로 귀속되는지, 아니면 등기를 반드시 하여야 비로소 다른 공유자에게 귀속되는지에 관해 학설이 나뉜다. ① 등기불요설이다. 공유자 1인의 지분포기로 인한 지분취득은 원시취득이고, 법률의 규정에 의한 물권취득이므로 등기를 요하지 않는다는 설이다.⁷⁸⁾ 다만 등기불요설도 부동산을 처분하기 위해서는

74) 상속지분을 포기하는 것과 이를 특정인에게 양도하는 것의 법률효과가 동일한 것으로 잘못 이해한 당사자의 주장에 대한 판단을 유탈하였다는 이유로 원심판결을 파기한 사례가 있다; 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다36629 판결.

75) 이영준, 앞의 책, 561면.

76) 송오식, 『신물권법』, 동방문화사, 2017, 299면; 박윤직, 『물권법』, 박영사, 1997, 373면; 공유는 동일물 위에 독립한 소유권과 같은 성질을 가지는 지분이 서로 제한을 받으면서 존재하는 상태이므로, 서로 제한하는 지분의 하나가 소멸하면, 다른 지분은 그 범위에서 그가 받고 있었던 제한으로부터 풀려서 점차로 본래의 단독소유권의 모습에 접근하게 되는데 이를 지분의 탄력성이라 한다.

77) 이영준, 앞의 책, 561면.

등기를 하여야 한다고 한다. 그리고 지분취득이 원시취득이지만 그 지분 위에 담보물권이 설정되어 있다면 다른 공유자는 담보물권에 의해 제약된 지분을 취득한다고 한다. ② 등기필요설이다. 판례는 부동산 공유지분이나 합유지분의 포기자로부터 다른 공유자⁷⁹⁾나 합유자⁸⁰⁾ 앞으로 지분이전등기를 하여야 한다고 판시하고 있다.

한편, 부동산 공유지분 포기의 경우 포기자와 다른 공유자 간에는 민법 제267조를 근거로 서로 지분이전등기 청구권과 지분 등기인수 청구권을 가진다고 주장하는 설이 있다.⁸¹⁾ 그리고 지분포기는 타인과 무관한 법률행위이므로 지분포기는 단독으로 포기등기를 신청할 수 있다는 설이 있다.⁸²⁾

사건으로는 법률행위로 인한 부동산물권의 득실변경은 등기하여야 효력이 발생한다(민법 제186조). 따라서 대부분의 물권변경을 위해서는 등기를 하여야 하며 이렇게 해야 제3자에게 대항할 수 있고 과세정보처리를 통해 세금(재산세, 사회보험료 산정 등) 등의 부과를 위해서도 당연하다고 본다. 실무상 지분이전등기는 소유지분포기자의 지분을 남아 있는 공유자에게 지분의 비율로 이전등기형식을 취하면 되고 등기원인은 포기로 등기신청서에 명시하면 된다.

(3) 합유지분 포기

합유는 공유와 다르다, 즉 합유자는 공유자와 같이 지분을 가지지만, 지분처분의 자유가 없다는 점이 다르다.⁸³⁾ 즉 합유물을 처분 또는 변경하려면 합유자 전원의 동의가 있어야 하기 때문이다(민법 제272조). 이렇게 합유자 전원의 동의가 필요한 이유는 합유도 공동소유의 한 형태이므로 합유자 1인이 합유물을 처분 및 변경하는

78) 이영준, 앞의 책, 561면.

79) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다52978 판결.

80) 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다16896 판결.

81) 강태성, “물권의 포기에 관한 종합적 비판적 검토”, 『동아법학』 제66권, 동아대학교 법학연구소, 2015, 516면.

82) 박영규, “물권의 포기”, 『서울법학』 제28권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2020, 26면.

83) 송덕수, 앞의 책, 376면.

것이 다른 합유자의 지분을 침해하는 것이 될 것이기 때문이다.⁸⁴⁾ 그러나 대법원은 합유지분 포기에 대하여, “합유지분 포기가 적법하다면 그 포기된 합유지분은 나머지 잔존 합유지분권자들에게 균분으로 귀속하게 되지만 그와 같은 물건변동은 합유지분권의 포기라고 하는 법률행위에 의한 것이므로 등기하여야 효력이 있고 지분을 포기한 합유지분권자로부터 잔존 합유지분권자들에게 합유지분권 이전등기가 이루어지지 아니하는 한 지분을 포기한 지분권자는 제3자에 대하여 여전히 합유지분권자로서의 지위를 가지고 있다고 보아야 한다”라고 판시⁸⁵⁾하고 있어서 공유지분 포기의 경우와 마찬가지로 법리가 적용되고 있다.⁸⁶⁾

한편, 합유지분의 포기에 관한 학설이 나뉘고 있다. ① 처분부정설인데 민법 제 273조 제1항은 입법상 잘못이라는 견해이다. 즉, 합유자 전원의 합의가 있으면 합유물의 지분을 처분할 수 있다는 규정은 합유의 성질에 반하는 것이며, 적용이 없다고 해석해야 한다는 설이다.⁸⁷⁾ ② 전원이 동의를 요한다는 설(다수설)인데 이에 따르면 전원의 동의가 있으면 전체로서의 조합재산에 대한 지분의 처분을 인정하지 않을 이유가 없다고 한다.⁸⁸⁾ ③ 특약으로서 달리 정할 수 있다는 견해인데 민법 제 273조 제1항은 임의규정이라는 것이다.⁸⁹⁾ 사건으로 합유는 조합원 자격과 관련이 있다. 본인의 지분과 더불어 조합원 자격을 포기할 경우 남은 합유자들 전원의 동의가 필요한 것은 단지 지분만의 문제가 아닌 기타 조합원들 사이의 별도의 문제가 발생하기 때문이다. 따라서 합유지분 포기는 다른 합유자 전원의 동의를 통해야 하며 이는 특약으로 달리 정할 수도 있다고 본다. 합유물을 포기할 때에는 조합원 전원의 동의와 조합원 전원이 등기신청당사자가 되어야 할 것이다.

84) 이영준, 앞의 책, 579면.

85) 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다16896 판결.

86) 홍성재, 앞의 책, 36면.

87)곽윤직, 『물권법』, 박영사, 1997, 382면.

88) 권용우, 『물권법』, 법문사, 2000, 300면; 윤철홍, 앞의 책, 312면; 이은영, 『리갈마인드 물권법』, 박영사, 2013, 281면.

89) 김용한, 『물권법론』, 박영사, 1996, 340면; 김증한·김학동, 『물권법』, 박영사, 1997, 330면.

(4) 점유를 수반하는 물권포기

점유를 수반하는 물권에 대한 포기의 효력이 발생하려면 포기의 의사표시 이외에도 점유도 포기를 하여야 하는지에 대하여 학설과 판례가 나뉘고 있다. ① 학설은 긍정설을 취하는데, 동산물권과 부동산물권 모두 점유를 수반하는 경우에는 점유를 포기해야 한다고 한다.⁹⁰⁾ ② 이에 반해 대법원은 부정설을 취하고 있다. 즉 “분묘의 기지에 대한 지상권 유사의 물권인 관습상의 법정지상권이 점유를 수반하는 물권으로서 권리자가 의무자에 대하여 그 권리를 포기하는 의사표시를 하는 외에 점유까지도 포기하여야만 그 권리가 소멸하는 것은 아니다”라고 판시하고 있어서 점유와는 별개라는 부정설을 피력하고 있다.⁹¹⁾ 그리고 동산물권을 포기하는 때에는 포기의 의사표시 외에 점유의 포기도 있어야 하나, 부동산물권일 경우에 점유를 포기해야 한다고 하는 것은 근거없는 주장이라는 설이 있다.⁹²⁾ 그러나 부동산도 일종의 동산처럼 점유를 하는 것이 자신의 소유권을 행사하는 것이라고 볼 때, 점유까지 포기해야 효력이 발생하는 것이라고 본다.

2. 상속포기로 상속인 없는 재산

(1) 서론

상속인은 피상속인이 사망한 경우 그의 재산상의 권리·의무를 법률의 규정에 따라 포괄적으로 승계한다. 상속인은 상속권을 가지게 되는데, 상속권과 관련하여 달리 보는 견해가 있다. ① 1설은 상속개시 전에 상속인이 기대권으로서 가지는 상속권과 상속개시 이후에 상속인으로서 상속의 효과를 받을 수 있는 지위로서의 권리를 의미한다는 설이며⁹³⁾, ② 2설은 상속개시 후 확정적으로 상속인이 된 자의 법

90) 김상용, 앞의 책, 230면; 곽윤직, 앞의 책, 233면.

91) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92다14762, 판결.

92) 송덕수, 앞의 책, 221면.

적 지위를 상속권이라고 보는 설이다.⁹⁴⁾

상속인은 채권과 채무를 모두 상속받을 수도 있고 채무만을 상속받을 수도 있으며 처음부터 상속인 자체가 없을 수도 있다.

상속인이 존재하는 상황에서 상속인은 단순승인 또는 한정승인, 상속포기를 할 수 있는데, 법정상속인이 1순위부터 4순위까지 모두 상속을 포기할 경우에 발생할 수 있는 문제가 존재한다. 즉 상속인이 존재하지 아니하게 되는 현상이 발생된다. 피상속인의 재산이 부동산일 경우 소유자 없는 부동산이 될 수 있다. 우리 민법은 무주의 부동산은 국가의 소유로 한다(민법 제252조 제2항)라고 규정되어 있지만, 상속포기로 인하여 국가로 귀속되는 과정은 몇 가지 절차를 거치도록 하고 있어서 이 부분을 논하고자 한다.

(2) 상속인의 부존재

상속인의 부존재는 상속인의 존부가 분명하지 아니한 경우를 말한다. 상속인이 부존재 할 경우에는 법원은 민법 제777조의 규정에 따라 피상속인의 친족 기타 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 상속재산관리인을 선임하여 재산관리를 하게 하면서 상속인 수색 등의 절차를 거친다(민법 제1053조).

상속인이 부존재한 경우의 예를 들면, 신원불명자의 사망, 상속을 하고 있는 자가 참칭상속인이고 진정한 상속인의 존부가 불분명한 경우, 유일한 상속인이 상속 결격자이거나 동시 사망한 것으로 추정되는 경우, 상속인 전원이 상속을 포기한 경우 등이다.⁹⁵⁾

이에 반해 상속인의 존재는 확실하나 부재중이거나 생사불명인 경우에는 부재자 재산관리나 실종신고제도를 통해 해결하여야 한다.

93) 김주수·김상용, 『친족상속법』, 법문사, 2020, 617면.

94) 송덕수, 『친족상속법』, 박영사, 2018, 285면.

95) 송덕수, 앞의 책. 399면.

상속인의 존부가 분명하지 아니할 경우 일단 상속재산관리인을 통해 상속재산을 관리시키면서 상속채무를 변제하고 채권을 추심하는 등의 청산절차를 거쳐야 하며 상속인 수색절차를 거쳐야 한다. 상속인수색공고절차를 거쳤음에도 상속인이 나타나지 아니할 경우 상속재산은 국가에 귀속된다. 다만 그 전에 특별연고자가 재산분여를 청구할 수 있는 기회가 부여되고 있다(민법 제1057조의 2).

특별연고자가 없거나 특별연고자에게 분여(分與)되지 아니한 때에는 상속재산은 국가에 귀속한다(민법 제1058조 제1항). 국가는 적극재산만을 취득하고 소극재산은 승계하지 아니한다.

상속재산의 국가귀속의 성질에 대하여, 이를 원시취득이라고 하는 설이 있고⁹⁶⁾, 포괄승계라고 이해하는 설이 있다. 다만 공유자가 상속인 없이 사망한 때에는 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속되며(민법 제267조) 국가에게 귀속되지 아니한다.⁹⁷⁾

국가귀속시기는 언제인가에 대한 학설이 나뉜다. 즉, ① 상속개시시점으로 상속재산의 귀속에 대한 무주물상태 또는 공백상태를 없애기 위하여 상속개시시에 상속재산은 국가에 귀속되는데, 다만 상속재산관리인이 국가의 대리인으로서 청산을 한다는 설이 있다.⁹⁸⁾ 이에 반해 ② 잔여재산이 관리인에 의하여 국가에게 인도될 때 국가에 귀속된다는 설이 있다.⁹⁹⁾ 판례도 이와 같은 입장이다.¹⁰⁰⁾ 이 밖에도 ③ 국가귀속시기는 상속인의 부존재가 확정되는 때인 상속권을 주장하는 자가 없으면 민법 제1057조의 2에 따른 특별연고자의 재산분여청구기간 2개월이 만료되는 때이며, 재산분여청구가 있으면 분여의 심판이 확정된 때에 상속개시시에 소급하여 국가에 귀속된다는 설이 있다.¹⁰¹⁾ 사건으로는 잔여재산이 관리인에 의하여 국가에게 인도될

96) 김주수·김상용, 『친족상속법』, 법문사, 2020, 802면; 박동섭·양경승, 『친족상속법』, 박영사, 2020, 844면; 이경희·윤부찬, 『가족법』, 법원사, 2021, 395면.

97) 윤진수, 『친족상속법강의』, 박영사, 2022, 538면.

98) 곽윤직, 『상속법』, 박영사, 2004, 215~216면.

99) 김주수·김상용, 앞의 책, 802면; 박동섭·양경승, 앞의 책, 844면.

100) 대법원 1999. 2. 23. 선고 98다59132 판결; 대법원 2011. 12. 13. 선고 2011도8873 판결.

101) 송덕수, 『친족상속법』, 박영사, 2018, 404면.

때 국가에 귀속된다는 보는 것이 타당하다. 이유는 상속재산관리인을 통한 일부금이 지출될 경우가 있기 때문에 정확한 귀속시기는 국가에게 인도될 때가 합당할 것이다.

(3) 소결

상속인이 부존재한 경우 남아 있는 재산이 국고에 귀속되는 과정을 민법에서는 정하고 있다. 상속인이 피상속인의 재산을 포기하는 것도 일반적인 소유권포기와 유사하다. 그러나 민법에서는 피상속인을 위해 도움을 준 자(특별연고자의 예로는 사실혼배우자와 요양간호자, 요양원, 양로원 등)가 있으면 이를 도와주기 위한 제도적 마련을 하고 있다는 점이 특징이다. 그러나 결국에는 국가에 귀속하는 등기절차는 재산관리인과 국가가 동시에 등기신청을 해야 하는 데 이 부분에는 명문의 법은 없고 등기예규¹⁰²⁾에 따라 신청하면 된다.

그런데 민법 제777조의 규정에 의해 상속재산관리인이 지정된다면 모르나, 상속 재산이 가치가 없을 경우에는 상속재산관리인으로 나서는 자가 없을 수도 있다. 그렇다면 이는 민법이 아닌 국유재산법으로 처리하면 된다. 즉, 조달청에서는 상속인 없는 재산 신고를 하는 절차를 마련하고 있다.¹⁰³⁾ 또한 지방자치단체의 세무과에서는 매년 체납된 토지 소유자를 확인하여 상속인이 포기한 부동산여부를 확인하고 이를 검사에게 통지하고 통지받은 검사는 상속재산관리인으로서 법원에 신청하여 후속절차를 진행하여 국가에 부동산을 귀속시키는 절차를 간이하게 하는 방법도 생각해 볼 수 있다.¹⁰⁴⁾

102) 1995. 4. 20. 등기예규 제816호.

103) 조달청의 상속인 없는 재산 신고관련 문의 : Tel.070-4056-6396.

104) 일반적으로 부동산이 대부분이며 예금채권은 상속자들이 포기할 개연성은 없다고 본다.

3. 토지소유자의 배타적 사용·수익권 포기

(1) 서론

부동산을 포기함에 있어서 소유권자체를 포기할 수도 있지만, 소유권은 유지하되 사용·수익권을 포기할 수도 있다. 특히 토지소유자가 여러 가지 사정에 의해서 그 소유토지를 일반 공중을 위한 용도로 제공할 수도 있다. 그런데 토지소유자가 일반 공중에 토지를 제공한 이후에는 더 이상 사용수익권을 행사할 수 없는지가 문제가 된다. 그동안 판례는 일관된 태도를 취하고 있다. 그동안 제한 근거로 “사용·수익권포기, 배타적 사용·수익권 포기, 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기, 무상으로 통행할 권한의 부여”라는 용어를 사용하였다.¹⁰⁵⁾

대법원에서는 그동안 논란이 되어온 토지소유자의 배타적 사용·수익권포기에 대한 판례와 학설(폐기요구)에 대하여 전원합의체 판결¹⁰⁶⁾을 통해, 법리를 정리하였다. 이에 대한 전원합의체 판례의 논리는 무엇인지, 그리고 그에 대한 문제와 해결방안은 없는지 논의하고자 한다.

(2) 배타적 사용·수익권 제한에 대한 대법원 판례 연혁

배타적 사용·수익권 제한에 대한 그동안의 대법원 판례 연혁은 아래와 같이 구분할 수 있다.

1) 73다401호 판례

- ① 쟁점 : 토지소유자의 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 제한의 법리를 최초로 도입하였다(법리창설).

105) 윤용석, “토지소유자의 독점적·배타적 사용수익권 행사의 포기에 관한 법리”, 『법학연구』 제60권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2019, 2면.

106) 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결.

- ② 내용 : 택지소유자가 택지 분양하면서 그 소유토지를 택지와 공로사이의 통행로로 제공한 경우 토지소유자는 택지의 매수인, 그 밖에 주택지 안에 거주하게 될 모든 사람에게 그 토지를 무상통행할 수 있는 권한을 부여하여 그들의 통행을 인용할 의무를 부담하기에 그 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사 할 수 없다는 취지이다.

2) 88다카16997호 판례

- ① 쟁점 : 배타적 사용·수익권 포기의 이론을 제시하였다.
- ② 내용 : 도로의 임의제공행위가 있었다고 하기 위해선 토지소유자가 국가나 지자체에 그 토지를 기부채납하는 등의 명시적 의사표시를 하였거나 자기 소유의 토지를 택지로 분할 매각하면서 그 택지의 효용을 높이기 위하여 일부 토지를 스스로 도로로 제공하는 경우와 같이 적어도 제반 사정에 비추어 그 사용·수익권의 포기 내지 도로로서의 사용승낙의 의사표시를 명백히 밝힌 것으로 인정될 수 있어야 한다는 취지이다.

3) 96다36852호 판례

- ① 쟁점 : 배타적 사용·수익권의 포기와 특정승계인(경매)사이의 범리를 정리하였다.
- ② 내용 : 토지의 원소유자가 토지 일부를 도로부지로 무상 제공함으로써 이에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하고 이에 따라 주민들이 그 토지를 무상으로 통행하게 된 이후에 그 토지의 소유권을 경매에 의해 특정승계한 자는 위 제한적 부담이 있음을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 그 토지소유권을 취득함이 상당하기에 도로로 제공된 토지부분에 대해 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수

없고, 지자체가 그 토지의 일부를 도로로서 점유 관리하고 있다고 해도 그 자에게 어떤 손해가 생긴다고 할 수 없고, 지자체도 아무런 이익을 얻은 바가 없으므로 이를 전제로 부당이득반환청구는 할 수 없다.

4) 2009다228, 235호 판례

- ① 쟁점 : 배타적 사용·수익권의 포기와 물권법정주의의 법리를 정리하였다.
- ② 내용 : 토지소유자에 의한 사용·수익권의 대세적 포기는 물권법정주의에 반하기에 허용될 수 없다는 취지이다.

5) 2001다8493호 판례

- ① 쟁점 : 배타적 사용·수익권의 포기와 불법점유한 제3자의 법리를 정리하였다.
- ② 내용 : 잔존하고 있는 사용·수익권에 근거하여 불법점유한 제3자에게 토지의 반환 또는 방해의 제거, 예방을 청구할 수 있다고 하면서도, 배타적으로 사용·수익 할 수 없으므로 제3자가 불법적으로 그 토지를 점유하였다 하더라도 이로 인해 토지소유자에게 어떠한 손실이 생긴다고 할 수 없기에 그 점유로 인한 부당이득반환은 청구할 수 없다는 취지이다.

6) 2012다54133호 판례

- ① 쟁점 : 배타적 사용·수익권의 포기와 신의칙의 법리를 정리하였다.
- ② 내용 : 자기 토지의 배타적 사용·수익권이 인정되지 않는 이유를 스스로 배타적 사용·수익권을 포기했기 때문이라고 하지 않고, 토지사용을 무상 제공하거나 통행을 용인한 사실에 의해 토지의 배타적 사용·수익권이 인정되지 않고, 그와 같은 이용 상태가 유지되는 한 토지소유자는 신의칙에

따라 그 타인의 사용을 수인하여야 한다고 함으로써 배타적 사용·수익권의 포기에 관한 신의칙 도입을 처음 제시하였다.

(3) 전원합의체(2016다264556호) 판례¹⁰⁷⁾

대법원은 전원합의체 판례를 통해, 그동안의 판례를 종합적으로 분석하여 그 판단 기준이나 적용 범위 등에 관하여 정리하였다.¹⁰⁸⁾

- ① 다수의견은 토지소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한에 관한 기존의 법리를 유지한 채, 이 사건에 대하여 “그동안의 법리와 판단 기준으로 볼 때, 이 사건 우수관 설치 당시 망인은 자신이 소유하던 이 사건 토지와 그 지상 단독주택의 편익을 위하여 자발적으로 이 사건 우수관을 설치하도록 한 것으로 볼 수 있고, 망인의 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사를 제한하는 것을 정당화할 정도로 분명하고 확실한 공공의 이익 또한 인정되므로, 망인은 이 사건 계쟁토지 부분을 포함한 이 사건 토지에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없게 되었고, 망인의 상속인인 원고의 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사 역시 제한된다고 보아야 한다”라고 의견을 제시하였다.

이와 달리, ② 반대의견 1 (대법관 조희대)은 종래의 배타적 사용·수익권의 포기에 관한 판례가 변경되어야 한다는 것을 근거로, “토지가 인근 주민이나 일반 공중을 위한 용도로 사용되고 있다고 해도, 민법 등 법률의 명문 규정과 그에 기초한 법리에 따라 원고의 사용·수익권을 포함한 토지소유권 행사가 제한되는 경우가 아

107) 사실관계 : 원고는 용인시 소재의 토지소유자인데, 그 토지에 매설된 우수관의 관리 주체인 용인시(피고)를 상대로 우수관 철거와 동시에 그 부분 토지사용에 따른 차임 상당의 부당이득반환을 청구하였는데, 용인시(피고)는 위 토지 중 우수관이 매설된 토지를 소유하던 소외 1명이 우수관 매설 당시 이 사건 토지 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하였기 때문에 부당이득반환은 구할 수 없다고 대응하였다. 1심에서는 원고의 승소가, 2심에서는 원고의 패소가 되었고, 결국 원고는 대법원에 상고하였다.

108) 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결.

닌 한, 이 사건 계쟁토지 부분의 소유권에 기초한 원고의 권리행사를 불허 또는 제한하는 것은 허용될 수 없다”라고 주장하고 있다.

그리고 ③ 또 다른 반대의견 2 (대법관 김재형)은 종래의 배타적 사용·수익권의 법리를 대체하는 독자적인 ‘소유권불행사의 이론’을 제기하면서, “원심의 판단에는 토지의 무상 제공에 관한 토지소유자의 소유권 불행사의 의사표시, 그러한 무상제공부분에 대한 부당이득반환청구권과 물권적 청구권 행사에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다”라고 주장하고 있다.

한편, 위 반대의견에 대하여 다수의견의 보충의견을 통해, 종래의 법리의 법체계상의 의의, 소위 ‘소유권불행사의 이론’의 비판 등의 관점에서 반대의견을 비판하고 있다.¹⁰⁹⁾

결국 위 의견들의 쟁점은 배타적 사용·수익권 포기의 이론이 우리 민법 체계에 맞는지 아니면 정책적으로 소유권의 포기가 아닌 단지 소유권의 권능의 일부를 포기하거나 제한을 스스로 감수한 소유권자를 어느 정도는 보호해야 하는 것은 아닌지가 관건이다.¹¹⁰⁾

(4) 전원합의체 판결의 쟁점

전원합의체 판례는 “소유자로서의 배타적¹¹¹⁾ 사용·수익권¹¹²⁾을 포기 또는 상실한 사실이 있다면”이라는 가정하에, 포기와 상실을 등가적으로 사용하고 있다.¹¹³⁾ 여기서 포기의 개념을 어떻게 볼 것인가? 배타적 사용·수익권의 포기가 물권의 포

109) 대법관 권순일, 대법관 박상욱, 대법관 민유숙의 다수의견에 대한 보충의견.

110) 윤용석, 앞의 논문, 76면.

111) 배타적 물권의 지배와 관련하여 충돌이 발생한 경우 배타성 있는 권리자가 배타성 없는 권리를 배제하고 자기가 지배할 수 있는 상태를 말한다; 윤용석, 앞의 논문, 79면.

112) 사용·수익권이란 민법 제211조 “소유자는 법률의 범위 내에서 사용·수익, 처분할 권리가 있다”는 규정이 있으므로 사용·수익권은 소유권 그 자체가 아니라 소유권의 권능 중에서 처분권을 제외한 것이다; 윤용석, 앞의 논문, 78면.

113) 윤용석, 앞의 논문, 77면.

기라면 그 효력이 특정승계인에게 당연히 미친다. 그러나 종래 판례에서는 특정승계인이 “그와 같은 사용·수익권의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 그 토지의 소유권을 취득하였다고 봄이 상당하므로 …”라고 표현하고 있기에 당연히 미치는 것이 아니라고 한다.¹¹⁴⁾

한편 다수의견은 포기는 상대방 없는 단독행위라고 지지하고 있다. 그런데 전원합의체 판례가 말하는 근거만으로는 물권의 포기로 볼 수가 없다.¹¹⁵⁾ 결국 전원합의체 판결의 논리는 종래의 판례보다도 명백하지 못하다.

전원합의체 판결에서 반대의견을 제시한 논리 중에 소유권불행사론이 있다.¹¹⁶⁾ 그러면 소유권불행사의 논리는 무엇인가? 그 논리는 당사자들의 의사나 거래관행에 비추어 볼 때, 토지소유자가 자발적인 의사로 자신의 토지를 무상 사용하도록 하였더라도 토지의 사용·수익권 자체를 포기한 것으로 보면 이론적 모순이 발생하므로 이 경우에는 토지소유자는 토지를 무상으로 이용하는 자에 대한 관계에서 소유권을 행사하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 보는 것이 합리적이라고 주장하고 있다.¹¹⁷⁾

소유권 불행사의 의사표시는 민법상 전형적인 법률행위는 아니지만 사적 자치의 원칙에 따라 가능성이 있다. 소유권을 행사하지 않겠다는 의사표시는 그 종류와 방식에 아무런 제한이 없고 그 의사표시는 반드시 명시적일 필요도 없으며, 소유자의 행동에서 추정되거나 의사표시의 해석을 통해 인정될 수도 있다. 소유권 불행사의 의사표시는 상대방 있는 단독행위로서 사용대차와 유사한 효력을 가지는 채권행위이다. 즉 토지소유권은 그 상대방에게만 제한될 뿐이다.

그런데 소유권 불행사의 논리에서 비판적인 문제는 소유권 불행사의 법적성질을 채권행위로 보는 것이다. 이는 이론적으로 해결될 수 없는 한계를 증명하고 있다.

114) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96다36852 판결.

115) 윤용석, 앞의 논문, 78면.

116) 대법관 김재형.

117) 대법원 2017. 6. 19. 선고 2017다211528, 211535 판결.

즉 ① 채권행위의 핵심인 당사자를 특정할 수 없다는 점이다. ② 일반 공중을 위해 사실상 통행로로 사용하는 것인데 토지소유자가 용인하고 있는 경우 토지소유자의 의사는 다양한 양상을 보여줄 수 있고, 그것을 일괄하여 소유권 불행사의 의사표시로 단정하기에는 논리가 빈약하다.¹¹⁸⁾

사건으로 대법원에서 배타적 사용·수익권의 범리를 만들었는데, 이는 종합적으로 보면 입법의 미비라고 본다. 명문의 범조항이 있다면 배타적 사용·수익권에 대한 그동안의 논의를 해결할 수 있다. 저자가 제시하고 싶은 입법론으로는 사도를 공익의 용도로 사용할 경우에는 각 해당 지방자치단체가 조사관리를 하고 그에 대한 사도 사용료를 해당 지방자치단체가 보상하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 대법원에서 배타적 사용·수익권의 논리를 처음 구성할 때에는 지방자치단체의 경제적 자립도가 열악하고 국가적인 차원에서 일부 소유자의 소유권을 제한하는 것이 국가에 봉사하는 미덕이라는 취지로 판결을 한 사실이 있다. 그러나 지금까지 과거의 열악한 지방재정을 이유로 든다는 것은 합리적이지 않다. 따라서 헌법 제23조 제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정되어 있다. 따라서 이 부분에 대한 입법을 하여야 할 것이다.

(5) 배타적 사용·수익권 포기의 범리가 법원(法源)이 될 수 있는지 여부

위에서 언급한 바와 같이 우리는 배타적 사용·수익권 포기를 해결할 법률이 없다. 그리고 우리 민법은 판례가 법원이 될 수 있다고 명문으로 규정한 바 없다. 다만 민법 제1조에서 “민사에 관하여 법률이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다”라고 규정되어 있다. 우리는 영미법처럼 판례법을 지향하지 않는다. 다만 최소한 관습법, 조리, 신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원칙에 근거가 있어야 법원이 될 수 있다.

그러면 전원합의체 판결에서의 법적근거는 무엇인가? 다수의견은 사적자치론과

118) 윤용석, 앞의 논문, 82면.

신의성실의 원칙론을 법리근거로 한다. 우선 ① 사적자치론은 배타적 사용·수익권 행사가 제한된 것이 그의 의사에 기초하여 행사한 것이라고 본다. 결국은 어느 정도의 권리를 사실상 감수하더라도 중국에는 소유명의를 유지하여 보상금을 받겠다는 의사표시가 있다고 해석을 하는 주장이다.¹¹⁹⁾ ② 신의성실의 원칙론은 실제 토지소유자가 일정한 이익을 취한 후 자발적인 의사에 따라 타인에게 무상사용을 허용하였는데, 이후 토지소유자가 변심을 하여 토지사용자에게 소유권에 기한 반환청구 또는 방해배제청구를 하거나 부당이득반환청구를 하는 경우에는 신의칙이 개입할 수 있다.¹²⁰⁾ 사건으로 배타적 사용·수익권 포기에서의 권리제한의 법적근거는 신의성실의 원칙이라고 하는 것이 논리에 맞다고 본다.¹²¹⁾ 그러나 이는 명문의 법률이 없기 때문에 근거를 찾기 위한 것일 뿐 입법을 통해 해결하면 될 것이다.

4. 기타

(1) 조달청에서 담당하는 역할

우리나라에서는 부동산 포기와 관련하여 담당기관을 찾으라고 한다면 조달청을 지적할 수 있다. 즉, 소유자 없는 부동산을 관리하고 처리하는 기관이 조달청인 것이다. 현재 우리나라 조달청은, ① 물품 구매·공급 및 공사계약 관리 ② 주요 원자재 비축사업 운영 ③ 정부물품 및 국유재산 관리 ④ 나라장터(국가종합전자조달 시스템)운영 관리를 하고 있다.¹²²⁾ 그런데 우리나라 조달청은 명칭에 맞지 않게 국유재산관리 및 제반행정을 담당하고 있다.

조달청의 국유재산관리업무로는, ① 국유재산 현황의 조사 및 관리 실태의 확

119) 문춘연, “배타적 사용수익권의 포기와 신의칙의 적용”, 판례연구, 『부서관례연구』 제26집, 2015, 64면.

120) 대법원, 2013. 8. 22. 선고 2012다54133 판결.

121) 윤용석, 앞의 논문, 86면.

122) 조달청 홈페이지 (www.pps.go.kr).

인·점검, ② 소관 중앙관서의 장의 지정, ③ 비축용 토지의 취득, ④ 행정재산의 무상귀속 사전협의, ⑤ 청사, 관사 신축에 필요한 토지·건물의 조사, ⑥ 은닉재산, 소유자 없는 부동산의 사실조사와 국가환수 및 귀속 등을 담당한다. 특히 본고의 논문에서는 그중에서 “소유자 없는 부동산”을 다루고자 한다.

조달청에서는 소유자 없는 부동산을 4가지로 구분하여 국가에 귀속시키고 있다. ① 은닉재산 신고의 접수 및 사실조사와 국가 환수를, ② 본인 명의 귀속재산에 대한 사실조사와 국가귀속을, ③ 누락재산 및 불명재산에 대한 사실조사와 국가귀속을, ④ 상속인 없는 재산 등에 대한 사실조사와 국가귀속을 다루고 있음을 알 수 있다. 이는 국유재산법 제12조(소유자없는 부동산의 처리), 국유재산법시행령 제7조(소유자없는 부동산의 취득), 국유재산법시행령 제16조(총괄사무의 위임 및 위탁) 제1항을 근거로 하고 있다.

본고에서는 조달청에서 담당하는 업무 중에서 귀속재산을 아래에서 논하고자 한다.

(2) 귀속재산

귀속재산은 일본이 제2차 세계대전에서 연합국에 패전하여 한반도와 부속도서에 남긴 일본인 소유의 재산을 말한다. 귀속재산은 1876년 개항이후 우리나라에 입국한 일본인이 1945년 일제의 패망에 이르기까지 축적해 놓은 재산으로써 일제의 침략과 식민지 통치의 유산이다.¹²³⁾ 미군정은 한반도에서 남조선(대한민국 정부 수립 전)에 존재한 일본국 및 일본인이 남기고 간 재산을 귀속재산이라 칭하였으며, 당시에는 적산¹²⁴⁾과 귀속재산¹²⁵⁾이 같은 의미로 사용되었다.¹²⁶⁾ 적산에서 말하는 적(敵)은 제2차 세계대전 당시 연합국입장에서 일본은 적(敵)이었기 때문이다.

123) 김기원, 『미군정기 귀속재산에 관한 연구』, 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 1989, 7면.

124) 敵産, Enemy Property.

125) Vested Property.

126) 이대근, 『歸屬財産研究』, 이숲, 2015, 23면.

귀속재산은 미군정에 몰수되었다가 대한민국정부 수립이후 이양된 것이며, 이는 보통의 국유재산이라고 볼 수도, 그렇다고 주인 없는 부동산이라고 말하기도 어렵다. 특히 국가와 지방자치단체는 귀속재산을 일부는 국유행정재산으로 처리하고 나머지는 민간에 매각하였다. 그리고 귀속재산중 1964. 12. 30.까지 매각되지 않은 것은 모두 국유화하였다(귀속재산처리법 제3조, 제5조~제7조 ; 귀속재산의 처리에 관한 특별조치법¹²⁷⁾ 부칙 제5조). 결국 귀속재산은 행정재산, 일반재산, 사유재산으로 분화된 것이다.

귀속재산은 무주의 부동산이 아니며, 미군정은 1945. 12. 6.자로 군정법령 제33호 “朝鮮內 所在日本人財産權 取得에 關한 件”을 공포하였고, 이는 일본인의 개인적인 재산권까지도 군정당국이 몰수하게 된 최초의 조치가 된 것이며 일본인의 재산은 일체 소유권이 박탈된 것이다. 따라서 귀속재산은 주인 없는 부동산도 유실부동산도 아니고 제3의 원인에 의한 것이다. 미군정이 일본인의 재산을 몰수한 후 미군정 소유로 한 것이다.

IV. 결론

우리 민법은 물권의 포기에 관해서 일반 법조문이 없다. 이로 인하여 물권 특히 부동산 포기의 법적 성질과 물권의 공시에 대하여 다양한 학설과 판례를 확인할 수 있었다. 물권의 포기가 소유자의 일방적인 단독행위라는 점에 대하여 반론은 없다. 그러나 단독행위가 상대방이 있는지와 없는지에 대하여는 학설이 대립하고 있다. 소유권의 포기는 상대방 없는 단독행위이지만, 제한물권이 있을 경우에는 상대방 있는 단독행위하는 것이 다수설이다. 우리 민법에서는 무주의 부동산은 국유로 한다고 규정되어 있다. 그러나 정작 어떠한 방식으로 국가소유로 하는지는 법률이 없다. 다만 등기에규가 있을 뿐이다. 그리고 국유재산법상 제3자가 주인 없는 부동산

127) 귀속재산처리에관한특별조치법(시행 1963. 5. 29. 법률 제1346호, 1963. 5. 29. 제정).

을 신고하여 국유로 하는 절차가 있는데, 이는 본고에서 논하고자 하는 자발적인 부동산소유권 포기와는 차이가 있다.

부동산소유권을 포기할 때에는 반드시 등기를 해야 한다. 그런데 부동산소유권 포기로 인해 등기신청을 함에 있어서 단독으로 하는지, 공동으로 하는지 의견이 나뉘고 있음을 확인했다. 실무에서는 공동신청을 하여야 한다. 본고에서 사건으로 부동산소유권을 포기할 경우 국유재산법을 개정하여 기부채납하는 방식으로 신고서를 만들고 이를 통해 간결하게 국유화하는 방식을 제시하였다. 다만 특별한 사유가 없으면 소유권 회복은 불가하다는 명문의 규정이 필요하다. 또한 경제적 가치가 없는 부동산소유권을 포기하는 자를 위해서라도 정부나 지방자치단체가 복지혜택을 주는 방안을 제안하였다.

각국의 부동산 포기의 방식과 효과를 확인하였는데, 독일 민법 제875조와 같이 부동산물권의 경우에는 물권적 의사표시와 함께 등기가 필요하다는 것을 명문화 시키는 것이 바람직하다고 본다. 일본은 소유자불명토지의 이용원활화 등에 관한 특별조치법을 제정하였는데, 우리도 위 법률을 참조하여 장래 발생될 소유자불명토지를 사회 공공시설물로 이용하는 방안을 제시하고자 한다. 부동산소유권 포기의 여러 가지 문제점을 확인하였는데 그중에서도 배타적 사용·수익권 포기를 논하였다. 이는 법률의 미비로 발생된 대법원의 법리인데 전원합의체 판례는 결국 토지소유자의 재산권을 침해하는 결과를 도출한 것이라고 보고, 신속히 입법을 통한 정당한 보상절차를 마련하는 것이 타당하다고 본다.

결국 본고에서는 부동산소유권 포기에 대하여 원인과 현재 문제점, 그에 따른 해결방안을 연구하였다. 입법의 미비에 대하여는 신속한 입법이 필요하다고 생각한다.

■ 참고문헌

1. 단행본

- 강태성, 『물권법』, 대명출판사, 2014.
- 곽윤직, 『물권법』, 박영사, 1997.
- 곽윤직, 『상속법』, 박영사, 2004.
- 곽윤직 · 김재형, 『물권법』, 박영사, 2017.
- 권용우, 『물권법』, 법문사, 2000.
- 김미영, 『부동산등기법강의』, 법학사, 2021.
- 김민중, 민법강의, 『두성사』, 1997.
- 김민호, 『국유재산법』, 박영사, 2022.
- 김상용, 『물권법』, 화산미디어, 2003.
- 김용한, 『물권법론』, 박영사, 1993.
- 김주수 · 김상용, 『친족상속법』, 법문사, 2020
- 김준호, 『물권법』, 법문사, 2014.
- 김중환, 『물권법강의』, 박영사, 1991.
- 김중환 · 김학동, 『물권법』, 박영사, 1997.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 1997.
- 김학성, 『헌법학원론』, 박영사, 2011.
- 김형배, 『민법학강의』, 신조사, 2007.
- 박동섭 · 양경승, 『친족상속법』, 박영사, 2020.
- 박동진, 『물권법강의』, 법문사, 2018.
- 박종두, 『물권법강의』, 법문사, 2018.
- 법원행정처, 『대법원 예규집(부동산기타등기편)』, 2012.
- 법원행정처, 『법원실무제요 부동산등기실무[II]』, 2015.
- 양창수, 『독일민법전』, 박영사, 2018.
- 윤철홍, 『물권법』, 법원사, 2019.
- 유석주, 『부동산등기법』, 삼조사, 2008.
- 윤진수, 『친족상속법강의』, 박영사, 2022.
- 이대근, 『歸屬財産研究』, 이숲, 2015.
- 이경희 · 윤부찬, 『가족법』, 법원사, 2021
- 이영준, 『한국민법론[물권편]』, 박영사, 2004.
- 이은영, 『리갈마인드 물권법』, 박영사, 2013.

- 송덕수, 『물권법』, 박영사, 2019.
 송덕수, 『친족상속법』, 박영사, 2018.
 송오식, 『신물권법』, 동방문화사, 2017.
 양형우, 『민법의 세계』, 피앤씨미디어, 2019.
 장경학, 『물권법』, 법문사, 1990.
 조승현, 『물권법』, 한국방송통신대학교출판문화원, 2016.
 홍성재, 『물권법』, 동방문화사, 2017.
 近江幸治, 『民法講義II 物權法』, 成文堂, 2020.

2. 논문

- 강태성, “물권의 포기에 관한 종합적 비판적 검토”, 『동아법학』66호, 동아대학교 법학연구소, 2015.
 강호철, “소유자 불명인 부동산의 국유화조치에 관한 고찰”, 『토지공법연구』제80집, 한국토지공법학회, 2017.
 김기원, 『미군정기 귀속재산에 관한 연구』, 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 1989.
 김성수, “캐나다 민법 연구-퀘벡주 민법전(Code civil Québec)의 번역과 해제-”, 법무부, 2012.
 나병진, “일본소유자불명토지해소 법제에 관한 연구”, 『집합건물법학』제32집, 한국집합건물법학회, 2019.
 문춘언, “배타적 사용수익권의 포기와 신의칙의 적용”, 판례연구, 『부산판례연구』제26집, 2015
 박영규, “물권의 포기”, 『서울법학』제28권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2020.
 박청일, “토지소유권의 포기를 둘러싼 소고”, 『토지법학』제36권 2호, 한국토지법학회, 2020.
 윤용석, “토지소유자의 독점적·배타적 사용수익권 행사의 포기에 관한 법리”, 『법학연구』 제60권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2019
 윤철홍, “물권의 포기에 관한 소고”, 『법학논총』 제36권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
 전규원, “부동산소유권을 포기한 경우의 등기절차와 외국인인 상속인이 토지소유권이전등기를 신청할 경우의 허가증 등의 첨부 요부”, 『법조』45권 1호, 법조협회, 1996.

3. 신문사설

- 이종우, “일본빈집 사태를 보면서...”, 『머니투데이』, 2019. 12. 5.
 강기준, “일본서 늘어나는 유산 상속포기”, 『머니투데이』, 2019. 12. 31.

■ Abstract

A study on renunciation of real estate ownership

Shin, Dong-Jin*

Recently, there is a tendency to give up real estate on their own due to the lack of economic value at the time when local small towns disappear due to population decline. Real estate without owners is state-owned. In order to become an ownerless property, the owner must give up the ownership on his own. It's not just about giving up. Must be registered. However, there is no real law as to how to register. There are only rules of entry.

In foreign countries, there are countries that have stipulated by law regarding the abandonment of real estate. It is hoped that Korea also has a detailed law on renunciation of real estate ownership. In other words, even if it is a special law rather than a civil law, it is necessary to legislate the procedure for nationalization specifically when relinquishing real estate ownership.

This paper has dealt with matters related to the renunciation of real estate ownership under the Civil Act. In other words, problems and improvement plans for the renunciation of shares of co-owners, problems and improvement plans for property without heirs due to renunciation of inheritance, and jurisprudence and problems related to exclusive use and renunciation of the right to beneficiary formed by the Supreme Court decision were studied. And it dealt with the Vested property. Vested property is the property left in Korea after the Japanese colonial era was defeated in World War II. Vested property is the same as real estate without an owner in that it was nationalized as the property of the Republic of Korea.

- **Key Words** Abandonment of the Real Rights, Abandonment of the Ownership Rights, Renunciation of inheritance, Waiver of Right to an Exclusive Use and Benefit, Vested Property

* Ph.D. at Dongguk University