

## 점유취득시효 완성자와 제3자\*

-대판(전) 2009.7.16, 2007다15172·15189를 글감으로 하여-

배 성 호

영남대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 취득시효 제도의 취지 및 입법과정
- III. 취득시효 판례 5원칙
- IV. 결론—입법론을 포함하여—

### [사건개요]

#### 1. 사실관계

이 사건 대지에 관하여는 1982년 2월 15일 소외1 명의로 소유권이전등기가 경료된 후, 1988년 3월 25일 소외2 명의로, 1988년 9월 10일 원고 명의로 각 소유권이전등기가 순차로 마쳐졌다. 한편 피고는 1961년 1월경 이 사건 대지와 연결한 동 대지 79㎡를 소외3으로부터 매수하면서 이 사건 대지의 일부인 이 사건 계쟁토지의 점유를 승계하여 텃밭으로 점유, 사용하여 왔다. 원고가 피고를 상대로 이 사건 계쟁토지의 인도를 구하는 소송을 제기하자, 피고는 위 토지에 관하여 원고를 상대로 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구

\* 심사위원 : 이상욱, 배병일, 정길용

투고일자 : 2010. 8. 11 심사일자 : 2010. 8. 17 게재확정일자 : 2010. 9. 13

의 반소를 제기하였다.

원심은 소외1 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 후 소외2 및 원고 명의로 소유권이전등기가 순차로 마쳐졌으므로 소외1 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 시점을 새로운 취득시효의 기산점으로 삼을 수는 없다고 하여 피고의 반소청구를 기각하고 원고의 본소청구를 받아들였다. 대법원 전원합의체는 원심판결을 파기환송하였다.

## 2. 원심의 판단(창원지방법원 2007.1.25. 선고 2006나6052 판결)

취득시효가 완성된 후에 제3취득자가 소유권이전등기를 마친 경우에도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고, 또 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 완성되는 경우에는 취득시효를 주장하는 점유자로서는 소유권 변동시를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있지만, 이 경우에도 그 점유기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 하는바(대법원 1994. 3. 22. 선고 93다46360 판결, 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다40688 판결 등 참조), 앞서 본 증거와 을6호증의 기재 및 1심 증인 소외 6의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 소외 3이 1960. 2. 27. 국으로부터 위 (지번 2 생략) 대지를 불하받으면서 이 사건 계쟁토지를 텃밭으로 점유·사용한 사실, 피고가 1961. 1.경 소외 3으로부터 위 (지번 2 생략) 대지를 매수하면서 텃밭으로 점유·사용하던 이 사건 계쟁토지의 점유를 승계한 사실을 인정할 수 있으나, 피고 주장과 같이 소외 1 명의로 이 사건 대지의 소유권이전등기가 마쳐진 시점을 새로운 취득시효의 기산점으로 삼으려면 위 새로운 기산점 이후 이 사건 대지에 관하여 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 함에도 불구하고, 이 사건 대지에 관하여 1988. 3. 25. 소외 2 명의로, 1988. 9. 10. 원고 명의로 소유권이전등기가 순차로 마쳐진 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고의 위 항변 및 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다(원고 명의로 소유권이 이전된 1988. 9. 10.부터 20년이 경과되지 아니하였음은 역수상 명백하다)고 하여 피고의 항소를 기각함과 아울러 항소심에서 교환적으로 변경된 피고의 반소청구<sup>1)</sup>를 모두 기각하였다.

1) 피고는 1심에서는 1961년 1월 경을 기산점으로 1981년 1월경 취득시효가 완성되었음을 주장하였다가 원고가 취득시효완성 후 소유권을 취득하였다는 이유로 청구가 기각

### 3. 대법원의 판단

#### 【판시사항】

[1] 부동산 점유취득시효 완성 후 제3자 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 그 소유권 변동시를 새로운 기산점으로 삼아 2차 취득시효의 완성을 주장할 수 있는지 여부(적극)

[2] 새로이 2차 점유취득시효가 개시되어 그 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상 소유명의자가 변경된 경우, 그 취득시효 완성 당시의 등기부상 소유명의자에게 시효취득을 주장할 수 있는지 여부(적극)

#### 【판결요지】

[1] 부동산에 대한 점유취득시효가 완성된 후 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우라 하더라도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 경과한 경우에는 점유자로서는 제3자 앞으로의 소유권 변동시를 새로운 점유취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장할 수 있다.

[2] [다수의견] 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 변경된다고 하더라도 그 사유만으로는 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파괴한 것이라고 볼 수 없어 취득시효를 중단할 사유가 되지 못하므로, 새로운 소유명의자는 취득시효 완성 당시 권리의무 변동의 당사자로서 취득시효 완성으로 인한 불이익을 받게 된다 할 것이어서 시효완성자는 그 소유명의자에게 시효취득을 주장할 수 있는바, 이러한 법리는 새로이 2차의 취득시효가 개시되어 그 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 다시 변경된 경우에도 마찬가지로 적용된다고 봄이 상당하다.

따라서 종래 이와 달리 부동산의 취득시효가 완성된 후 토지소유자가 변동된

---

되자 교환적으로 소를 변경하여 2002년 2월 15일 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하였다.

시점을 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장하려면 그 새로운 취득시효기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 한다는 취지로 판시한 대법원 1994. 3. 22. 선고 93다46360 전원합의체 판결, 대법원 1994. 4. 12. 선고 92다41054 판결, 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다18577 판결, 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다40688 판결, 대법원 2001. 12. 27. 선고 2000다43963 판결은 모두 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

### [반대의견]

(가) 우리 민법은 법률행위로 인한 물건변동은 등기하여야 한다는 이른바 형식주의를 취하고 부동산의 점유취득시효에 관하여도 등기함으로써 소유권을 취득한다고 규정하고 있으므로, 등기가 아니라 점유에 기하여 법률관계가 정해지도록 하는 것은 예외적으로 제한된 범위 내에서만 허용된다고 보는 것이 바람직하다.

(나) 다수의견은 이른바 형식주의를 채택한 우리 민법 아래에서 거래의 안전을 심각하게 침해하는 결과를 초래할 수 있다. 우리 민법의 점유취득시효제도가 어떻게 운용되어야 할 것인지에 관하여 이미 종전 대법원 판결이 “무릇 점유취득시효제도란 권리 위에 잠자는 자를 배제하고 점유사용의 현실적 상황을 존중하자는 제도이기는 하지만, 이는 극히 예외적인 상황하에서만 인정되어야 할 것이고, 이를 지나치게 넓게 인정하는 것은 타인의 재산권을 부당히 침해할 요소가 큰 것이므로, 법이 진정한 재산권을 보호하지 못하는 결과가 되어 온당치 않다고 보이고, 따라서 그 취득요건은 극히 엄격히 해석하여야 할 것”이라는 판시를 한 바 있고, 이는 현재에도 유효하다.

(다) 다수의견은 1차 점유취득시효가 완성된 후에 등기부상의 소유명의자가 변경된 경우에 그 등기부상의 명의 변경 시점을 새로이 점유취득시효의 기산점으로 볼 수 있는 근거 내지 이유에 대한 설명이 없다. 만일 1차 점유취득시효가 완성된 후에 등기부상의 소유명의자가 변경된 경우, 만일 당초의 점유자가 그와 같은 등기부상 소유자의 변경 사실을 잘 알면서도 감히 점유를 개시한 것이라면 이는 타주점유에 해당하는 것으로 보아야 하고, 그렇지 아니하고 당초의 점유자가 등기부상 소유자의 변경 사실을 알지 못한 채 점유를 계속한 것이라면

그 등기부상 소유자의 변경 시점을 새로운 점유의 기산점으로 볼 아무런 이유가 없다. 무엇보다도 우리 민법상 점유취득시효제도의 장래에 있어서의 궁극적인 모습은 어떤 것이어야 할 것인가? 비록 현재까지도 미등기 부동산이 남아 있고 등기에 공신력이 온전히 인정되지는 않고 있지만, 우리 민법 시행 후 오늘까지 반세기에 걸쳐 우리는 등기제도를 완비하고 등기에 공신력이 인정되도록 하기 위해 부단한 노력을 기울여 왔다. 장래에 우리의 등기에도 공신력이 인정되는 시점에 이르게 된다면, 물론변동에 관하여 이른바 형식주의를 취하고 있는 외국의 입법례에서 보듯이, 미등기 부동산이거나 소유자 불명의 부동산 등과 같이 극히 제한된 범위의 부동산에 한하여 점유취득시효가 인정되는 방향으로 정리될 것이다. 다수의견은 이에 역행하는 것이다.

(라) 그러므로 다수의견이 변경하고자 하는 대법원판결들의 견해는 그대로 유지되어야 한다. 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 다수의견은 부당하며, 피고의 상고는 받아들일 수 없는 것이다.

### [다수의견에 대한 보충의견 1]

(가) 반대의견은, 다수의견이 등기부상 소유자가 변경된 시점을 새로운 점유 개시의 시점으로 보는 취지라고 이해하고, 나아가 그와 같이 볼 수 있는 근거 내지 이유에 대한 설명이 없다고 지적하면서, 등기부상 소유자가 변경된 사실을 잘 알면서도 점유를 개시한 것이라면 이는 타주점유에 해당하는 것으로 보아야 하고, 그렇지 않고 등기부상 소유자의 변경 사실을 알지 못한 채 점유를 계속한 것이라면 그 등기부상 소유자가 변경된 시점을 새로운 점유의 기산점으로 보아야 할 이유가 없다고 반박하고 있다.

그러나 다수의견은 2차의 취득시효가 1차의 취득시효와는 독립한 새로운 법률관계로서 그 취득시효는 그 시효 진행에 적합한 상태가 형성됨으로써 새로 진행될 수 있다는 점에 입각한 것으로 부동산점유취득시효의 법리에 충실한 해석임을 밝히고자 한다.

(나) 대법원은 종래, 취득시효완성 당시의 등기부상 소유명의자와 시효완성자 사이에서 취득시효완성으로 인한 채권적 권리의무관계의 변동이 생기는 점을 전제로, 취득시효기간 만료 전에는 부동산의 소유권이 아무리 변동되었다고 취득시효완성 당시 등기부상 소유명의자가 권리의무 변동의 당사자가 되어 취

득시효완성으로 인한 불이익을 받도록 하는 한편, 취득시효기간 만료 후에 취득시효완성 당시 등기부상 소유명의자로부터 소유명의를 넘겨받은 제3자는 취득시효완성 당시의 권리의무 변동의 당사자가 아니라는 이유로 취득시효완성으로 인한 불이익을 받지 않도록 하고 있다. 서로 충돌할 수밖에 없는 취득시효제도 와 등기제도를 조화롭게 해석하여 시효완성자와 제3자 간의 이해관계를 조절함으로써 양 제도의 기본취지를 구현하기 위하여 제3자 앞으로의 소유권 변동이 일어난 시점이 시효완성 전인지 또는 후인지에 따라 그 취급을 달리하고 있는 것이다.

제3자가 부동산의 소유권을 취득한 시점이 시효완성 전인지 후인지에 따라 시효취득의 효과를 달리 보는 판례의 입장에서는 시효완성자가 소유자에 대하여 시효취득을 주장할 수 있느냐 하는 문제는 필연적으로 부동산의 소유권 변동과 밀접한 상관관계를 가지는 한편, 취득시효의 완성시점을 결정하는 취득시효기간의 기산점이 중요한 의미를 지닌다. 그런데 시효기간의 기산점을 당사자가 임의로 선택할 수 있게 되면 당사자는 시효완성 후에 등기명의를 취득한 자를 시효완성 당시의 권리의무 변동의 당사자로 삼을 수 있게 되어 결국 시효의 완성을 주장하는 당사자는 등기 없이 언제나 제3취득자에 대하여 시효의 완성을 주장하고 그에 관해서 등기를 청구하는 등 그에 상응하는 권리관계를 주장할 수 있게 되는 결과가 되어 부당하므로(대법원 1976. 6. 22. 선고 76다487, 488 판결 참조), 대법원은 취득시효의 기초되는 사실이 법정시효기간 이상으로 계속된 경우에 있어서는 시효의 기초되는 사실이 개시된 때를 시효의 기산점으로 하여야 하고 당사자가 임의로 그 기산점을 선택할 수는 없다고 판시함으로써 취득시효의 기산점에 관하여 이른바 고정시설)을 채택하였다(대법원 1965. 4. 6. 선고 65다170 판결 등 참조). 그러나 한편으로 대법원 1976. 6. 22. 선고 76다487, 488 판결은 시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일하고 그동안 소유자의 변동이 없는 경우에는 시효완성을 등기명의자에 대해서 주장함에 있어서 시효기간의 기산점을 어디에 두든지 시효의 완성을 주장할 수 있는 시점에서 보아 시효기간이 경과된 사실만 확정되면 불합리할 것이 없으므로 구태여 장시일의 경과로 말미암아 사실상 그 인정이 곤란한 실제 점유 개시 시점을 확정할 필요가 없다고 판시함으로써 고정시설의 원칙을 다소 완화하였다.

이후 대법원은 취득시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일한 경우에는 전 점유자의 점유를 승계하여 자신의 점유기간과 통산하면 20년이 경과한 경우에

도 전 점유자가 점유를 개시한 이후의 임의의 시점을 그 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있고(대법원 1998. 5. 12. 선고 97다8496, 8502 판결 등 참조), 이는 소유권에 변동이 있더라도 그 이후 계속해서 취득시효기간이 경과하도록 등기명의자가 동일하다면 그 소유권 변동 이후 전 점유자의 점유기간과 자신의 점유기간을 통산하여 20년이 경과한 경우에도 마찬가지라고 판시하였는데(대법원 1998. 5. 12. 선고 97다34037 판결 등 참조), 위 사안들도 모두 전 점유자의 실제 점유의 개시시기를 밝혀 고정시설에 의하여 시효취득 여부를 따져보더라도 시효취득이 인정될 수 있는 것들로서 역시 심리의 편의를 위하여 고정시설의 원칙을 완화하여 준 대법원 1976. 6. 22. 선고 76다487, 488 판결의 연장선상에 있는 것들이다.

그런데 대법원 1994. 3. 22. 선고 93다46360 전원합의체 판결(이하 ‘전원합의체 판결’이라 한다)은, 1차 취득시효가 완성된 점유자가 취득시효완성으로 인한 등기를 하지 않고 있는 사이에 종전 소유자로부터 소유권을 취득한 제3자에게 대항할 수 없으나 당초 점유자가 계속 점유하여 그 소유권 변동시로부터 다시 취득시효의 점유기간이 완성되는 경우에는 그 소유권 변동시를 기산점으로 삼아 제3자에게 취득시효의 완성을 주장할 수 있다고 판시하였는바, 종래의 판례이론에 따르면 시효완성 후 소유권을 취득한 제3자에게 시효취득을 주장할 수 없었던 점유자도 그 소유권 변동시로부터 다시 20년을 점유하면 취득시효의 완성으로써 대항할 수 있다고 인정하기에 이른 것이다. 전원합의체 판결은 취득시효완성 후 제3자가 등기를 취득함에 따라 시효취득으로 대항할 수 없던 점유자가 그 등기 후 20년간 자주점유함으로써 다시 취득시효가 완성되는 새로운 법률관계가 형성되고 이로써 그 제3자에게 대항할 수 있다고 명시적으로 밝히면서 그 근거를 시효제도의 본래의 취지에서 찾고 있다.

다수의견은 전원합의체 판결의 취지에 좇아 2차의 점유취득시효는 1차의 점유취득시효와는 독립한 새로운 법률관계로서 그 시효 진행에 적합한 상태가 형성됨으로써 새로 진행될 수 있으므로 2차의 점유취득시효에 적용될 수 있는 법리를 1차의 점유취득시효의 경우와 달리 해석할 여지가 없다고 판단하고, 이에 따라 전원합의체 판결에서 제3자의 등기 후 소유자의 변동 없이 20년간 자주점유함으로써 다시 시효가 완성되어야만 2차의 점유취득시효의 완성을 주장할 수 있다고 언급한 부분은 제3자 앞으로의 소유권 변동시로부터 기산하여 새로운 법률관계가 형성된다고 본 전원합의체 판결의 기본 논리와 들어맞지 않는다고

보고 그 부분만을 변경하고자 하는 것이다.

1차의 취득시효가 완성되면, 점유자는 종전의 점유를 계속하는 상태에서 더 나아가 취득시효완성 당시의 소유자에게 등기 없이도 시효취득을 주장할 수 있고(반대의견에서 설명한 제1원칙이다) 그 시효취득을 원인으로 하는 이전등기를 구할 수 있는 권리를 가지므로, 그 권리에 기초하여 부동산을 점유하게 된다. 그런데 1차의 취득시효완성에 관한 등기를 하지 아니한 상태에서 제3자에게 소유권이전등기가 경로되면, 그 제3자에 대한 관계에서 1차의 취득시효완성 자로서의 지위는 상실되고, 그 후부터는 취득시효완성 전과 마찬가지로 그들 사이에 부동산에 대한 점유자와 소유자의 관계가 형성되므로, 그 제3자 앞으로의 소유권이전등기시를 2차의 취득시효의 기산점으로 하여 새로운 취득시효기간이 진행된다고 보는 것은 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유한 자가 소유권을 취득하도록 한 점유취득시효제도의 취지로 보면 당연하다.

반대의견은 1차 취득시효완성 후 시효완성으로 인한 이전등기를 게을리 한 점유자는 권리 위에 잠자는 자로서 이를 보호할 필요가 없지만, 1차 시효완성 후 권리를 취득한 제3취득자가 2차 시효기간이 다 지나도록 객체에 대한 권리 행사는 물론 이를 타에 처분하는 등으로 권리를 행사하지 않았을 때에는 그 역시 권리 위에 잠자는 자로서, 그 경우에 한하여 점유자를 더 보호하는 것이 그다지 불합리하지 않다는 점에서 전원합의체 판결이 예외를 인정한 것이라고 하고 있으나, 반대의견이 제시하는 법정정책적 고려만으로는 제3자 앞으로의 소유권이전등기시를 기산점으로 삼아 새로운 취득시효의 법률관계가 형성된다고 본 전원합의체 판결이 법이론적으로 설명되지 않는다.

반대의견은 적법한 소유권을 취득한 제3자가 소유권의 취득이 부정되어야 하는 논리필연적인 이유와 근거에 대해 다수의견이 답하지 않고 있다거나, 1차 점유취득시효가 완성된 후에 등기부상의 소유명의자가 변경된 경우 그 등기부상의 명의변경 시점을 새로 점유취득시효의 기산점으로 볼 수 있는 근거 내지 이유에 대한 다수의견의 설명이 없다고 하지만, 2차의 취득시효를 1차의 취득시효와는 독립한 새로운 법률관계로 보는 전원합의체 판결의 취지와 취득시효완성 당시의 등기부상 소유명의자를 권리의무 변동의 당사자로 보아온 그 동안의 취득시효제도의 운영 그 자체에서 그 근거를 충분히 찾을 수 있음은 앞에서 살펴본 바와 같다.

(다) 한편 대법원판례는 등기부상의 소유명의자가 변경된다고 하더라도 그



사유만으로는 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파괴한 것이라고 볼 수 없다고 해석하여 왔는바, 취득시효기간 완성 후에 소유권이 변동되었다고 하더라도 이와 같은 해석론에는 변함이 없다고 보아야 한다. 즉, 점유자의 부동산에 대한 종전의 점유상태는 제3자 앞으로의 소유권 변동에 불구하고 계속 이어지므로 이를 종전의 점유와 다른 새로운 점유가 개시된 것이라고는 할 수 없다.

다만, 위와 같이 제3자 명의로의 소유권이전등기시가 2차의 취득시효의 기산점으로 될 수 있음에 따라, 소유의 의사로 개시된 최초의 점유로부터 장기간 계속되는 점유기간 중의 일부가 1차의 취득시효와는 독립된 2차의 취득시효를 위한 요건사실로서의 의미를 가지게 된다고 할 수 있을 뿐이다. 대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카26574 판결이 자기 소유의 부동산을 점유하고 있는 상태에서 다른 사람 명의로 소유권이 변경된 경우에 자기 소유 부동산에 대한 점유는 취득시효의 기초로서의 점유라 할 수 없지만 소유권이 변경된 때부터는 취득시효의 기초로서의 점유가 개시된다고 판시한 것은 위와 같은 해석을 뒷받침한다.

(라) 다음으로 반대의견은, 등기부상 소유자의 변경 사실을 잘 알면서도 점유를 개시한 것이라면 이는 타주점유에 해당하는 것으로 보아야 하고, 그렇지 않고 등기부상 소유자의 변경 사실을 알지 못한 채 점유를 계속한 것이라면 그 등기부상 소유자의 변경 시점을 새로운 점유의 기산점으로 보아야 할 이유가 없다고 반박하고 있으므로 이 부분에 대하여도 살펴보고자 한다.

(1) 반대의견은 2차의 취득시효 기산점에 점유자가 등기부상 소유자의 변경 사실을 알고 있었다면 그 점유는 타주점유에 해당한다고 주장하고 있으나 이는 자주점유 여부에 대한 종래의 대법원판례의 판단방법과 다른 것으로서 받아들일 수 없는 주장이다.

민법 제197조 제1항에 의하여 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정된다. 다만, 취득시효의 요건인 소유의 의사는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되므로, 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되거나, 점유자가 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정, 즉 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 아니할 태도를 나타내거나 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 아니한 경우 등 외형적·객관적으로 보아

점유자가 타인이 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 아니하였던 것이라고 볼 만한 사정이 증명된 경우에는 그 추정은 깨어진다. 그리고 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것이 입증된 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로, 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어진다(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다 28625 전원합의체 판결)는 것이 종래의 대법원판례이다.

1차 취득시효가 완성되었다는 사정은 점유자의 종전 점유가 자주점유였다는 것을 의미하며, 더욱이 점유자는 취득시효완성에 의하여 그 당시의 소유자에게 취득시효를 주장하고 소유권이전등기를 구할 수 있는 권리까지 가지고 있어 그 자주점유성은 더욱 강화된다고 할 것이다. 그리고 1차 취득시효완성 후 소유권이 변동되었다고 하더라도 점유자의 종래의 사실상태의 계속이 파괴되는 것은 아니라는 점은 위에서 본 바와 같다. 그러므로 위에서 본 자주점유 추정 및 타주점유 입증에 관한 법리에 비추어 보면, 2차 취득시효 개시 당시 및 그 진행도중에 점유자가 제3자 명의의 소유권이전등기 후에 종전과 달리 외형적·객관적으로 보아 제3자의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 볼 만한 사정이 새로이 나타나지 아니하는 한, 제3자 명의로 소유권이전등기가 경료된 사실을 점유자가 알고 있다는 내심의 의사에 관한 사유만으로는 외형적·객관적으로 파악되는 자주점유의 성질상 그 점유의 태양이 변경된다거나 자주점유의 추정이 깨어진다고 할 수 없다. 비록 사안은 다르지만, 타인 토지의 매매에 해당하여 소유권을 취득할 수 없다고 하더라도 그것만으로 매수인이 점유권원의 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었다고 단정할 수 없다고 본 대법원 2000. 3. 16. 선고 97다37661 전원합의체 판결도 이와 같은 취지라 보인다.

(2) 또한, 앞서 본 바와 같이 2차의 취득시효는 1차의 취득시효완성의 효과를 뒤집는 제3자의 소유권이전등기가 이루어진 사실에 의하여 개시된다. 따라서 점유자의 의사나 등기사실에 대한 점유자의 인식 여부는 그 2차 취득시효의 개시에 아무런 영향을 주지 못한다. 이와 달리 점유자가 등기부상 소유자의 변경 사실을 알지 못하였다면 점유에 변화가 없어 2차 취득시효가 진행할 수 없다는 취지의 반대의견은 타당하지 않다.

마. 이상에서 본 바와 같이, 1차 취득시효의 완성과 독립하여 제3자의 소유권 이전등기시부터 2차의 취득시효라는 새로운 법률관계가 형성될 수 있다고 보는 이상, 2차의 취득시효완성 여부는 1차의 취득시효와 독립적으로 평가하여야 하며, 또한 취득시효완성에 관한 일반적인 법리는 2차의 취득시효에 대하여도 그대로 적용된다고 보는 것이 논리적으로 타당하다.

그러므로 1차의 취득시효완성 후 소유권 변동으로 2차의 취득시효가 진행되는 도중에 다시 소유명의자가 변경되더라도, 그 소유명의자에 대하여 1차의 취득시효완성을 주장할 수 없다는 사정은 2차의 취득시효에서 고려할 사항은 아니라고 보아야 하며, 다수의견과 같이 소유명의자의 변경에 불구하고 취득시효는 계속 진행되고 새로운 소유명의자가 취득시효완성 당시의 권리의무 변동 당사자가 되어 시효취득의 효과를 받게 되는 일반법리(반대의견에서 설명한 제2원칙이다)가 그대로 적용되어, 그 소유명의자에 대하여 2차의 취득시효완성을 주장할 수 있다고 보는 것이 그 동안 대법원이 취득시효에 관하여 선언하여 온 일반 법리에 충실한 합리적인 해석이라 할 것이다.

따라서 이와 달리 다수의견의 법리에 관하여 문제점을 지적한 반대의견의 주장이 옳지 아니함을 지적하면서 다수의견에 대한 보충의견을 밝혀 둔다.

## [다수의견에 대한 보충의견 2]

(가) 반대의견이 다수의견에 대한 반박으로 내세우는 논리에 대하여는 대법관 김영란, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안의 보충의견에서 상세히 재반박하고 있으므로 그 보충의견에 따르기로 하면서, 2차 취득시효기간의 기산점 등과 관련하여 한두 가지 덧붙여 두고자 한다.

다수의견은 대법원 93다46360호 전원합의체 판결에 따라 제3취득자의 등기시점을 2차 취득시효기간의 기산점으로 잡고 있기는 하나, 반대의견이 지적한 바와 같이 그 근거에 대하여는 별다른 설명을 하지 않고 있으며, 대법관 김영란 등의 보충의견에서 그 근거에 대하여 보충하여 설명을 하고 있다. 보충의견에서 그 근거로 들고 있는 것은 1차 취득시효가 완성된 자가 점유를 그대로 계속하고 있는 중에 새로이 권리를 취득한 제3취득자가 생기게 되면 그때 비로소 점유자와 소유자의 관계가 형성되므로 그때가 2차 취득시효의 기산점이 된다는 것인바, 이와 같은 논리는 1차 취득시효에서 기산점을 정하는 논리와는 다소 일

관되지 않는 측면이 있다. 1차 취득시효기간은 점유자가 자주점유를 시작하는 시점부터 바로 시작되어 점유자의 점유 개시 시점이 기산점으로 되는 것이며, 그 점유 도중에 제3자에게 소유권이 이전되는 일이 있어도 그때를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼고 있지는 않다. 따라서 1차 취득시효와 2차 취득시효 사이에 점유 도중에 제3취득자가 생긴 시점을 기산점으로 삼을 것인지에 관하여 차이가 있게 된다.

이와 같은 문제점의 발생은, 취득시효완성을 주장하고자 하는 특정 시점으로부터 소급하여 일정기간 동안 평온하게 자주점유를 해 온 자는 그 시점 당시의 진정한 권리자에 대하여 취득시효완성을 주장할 수 있다는 이른바 역산설의 논리가 취득시효제도의 본질에 가장 부합하는 것임에도 불구하고, 우리 법원의 판례와 다수 학설이 반대의견에서 언급한 제3, 4원칙을 주된 내용으로 하는 이른바 고정시설을 취하고 있고, 그 법리가 오랫동안 받아들여져 정착된 지금에 와서 취득시효의 근본 법리를 바꿈으로써 초래될 혼란 등을 고려하여 역산설로의 법리 변경을 주저하게 되는 한계에 연유한 것이다.

역산설에 따르면 1차 시효완성 후 제3자의 등기와 관계없이 항상 현재의 소유자를 상대로 취득시효를 주장할 수 있게 되므로 이 사건에서와 같이 1차 시효완성 후 2차 시효기간의 진행을 논할 필요 자체가 없어지게 되지만, 고정시설을 따르면 1차 시효완성 후 등기를 먼저 마친 제3취득자와의 관계를 정리하기 위하여 부득이 2차 취득시효의 진행을 고려할 수밖에 없고, 2차 취득시효의 진행을 인정하기 위해서는 일정 시점을 그 기산점으로 잡을 수밖에 없는데, 1차 시효완성자의 입장에서는 당초부터 아무런 변동 없이 점유를 계속하고 있을 뿐이지만 진정한 권리관계의 측면에서 변동이 생겨 제3취득자가 생기게 된 시점부터는 점유자와 진정한 권리자 사이에 새로운 이해관계 조정의 필요가 생기게 되었으므로, 적어도 그때부터는 새로운 취득시효기간의 진행을 인정할 필요가 있다고 하는 측면에서 위 보충의견이 1차 취득시효와는 달리 2차 취득시효의 기산점을 제3취득자의 등기 시점으로 잡는 것은 나름대로 타당성이 있다고 할 수 있을 것이다.

(나) 반대의견은 부동산의 물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있으며 등기제도가 정비되어 가고 있는 우리 법제하에서는 등기를 신뢰한 거래의 안전을 보호하기 위하여 부동산에 대한 점유취득시효의 요건을 엄격하게 적용하고 가능한 한 이를 제한하여야 한다고 한다. 반대의견의 위와 같은 주장은 기본적으로

로 타당한 주장이다. 그러나 취득시효제도가 갖고 있는 긍정적 의미를 생각해 보면, 부동산에 대한 점유취득시효제도를 입법으로 채택하고 있는 우리 법제도 하에서 그 제도가 갖고 있는 본래의 기능이 훼손될 정도로 이를 억제하거나 과도하게 요건을 강화하는 것은 타당하지 않다.

반대의견은 취득시효를 억제한다는 기본입장에 치중한 나머지, 취득시효제도의 기본 취지에 반하는 해석을 하거나, 1차 취득시효 진행과 2차 취득시효 진행 사이에 합리적 이유 없는 차이를 두면서까지 이를 제한하려는 시도에 이르게 되고, 장기간의 점유를 보호한다는 취득시효제도의 취지에 비추어 점유를 더 오래한 자가 더욱 보호되어야 함에도 오히려 점유기간의 장단에 따라 보호의 정도가 역전되는 결과마저 생기게 된다는 점에서 반대의견에는 찬성할 수 없는 것이다.

## [평석]

### I. 서론

대법원은 부동산 점유취득시효와 관련하여 시효취득을 주장하는 자는 취득시효기간의 진행 중에 등기 명의를 취득한 제3자에 대하여는 시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기 없이 시효취득을 주장할 수 있지만, 반면 시효기간이 완성된 후 그로 인한 등기를 하지 않고 있는 사이에 등기 명의를 취득한 제3자에 대하여는 시효취득을 주장할 수 없다는 원칙을 견지해 왔다. 특히 후자의 경우 취득시효 기간 완성 후 제3자 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 경우라도 당초 점유자가 계속 점유하여 다시 취득시효의 점유기간이 경과한 경우에는 제3자 앞으로의 소유권 변동시를 새로운 점유취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효완성을 주장할 수 있다고 하였다.<sup>2)</sup> 단 여기서 대법원은 2차 취득시효의 경우, 그 새로운 취득시효기간 중에 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 2차 취득시효의 완성을 주장할 수 있다고 하여<sup>3)</sup> 일반적 취득시효의 경우와는 달리 취급하여 왔다.

그러나 대상판결의 다수의견은 부동산에 대한 1차의 점유취득시효가 완성된 후 그로 인한 소유권이전등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우, 제3자 앞으로의 소유권 변동시를 2차의 점유취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효완성을 주장할 수 있고, 2차의 점유취득시효기간 중 등기명의자가 변경되더라도 점유자는 2차의 점유취득시효 완성 당시의 등기명의자에 대하여 시효취득을 주장할 수 있다고 하여, 2차의 점유취득시효기간 중 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없을 것을 취득시효의 요건으로 요구하였던 종래의 입장을 변경하였다.

상기문제는 부동산물권변동에 형식주의를 취하고 있는 우리 법제에서 소유의 의사로 20년간 평온·공연하게 부동산을 점유하여 온 점유취득시효 완성자와 등기를 신뢰하여 부동산에 대한 소유권을 취득한 제3자 중 누구를 보호할 것인가라고 하는 취득시효제도와 등기제도와의 관계에서 발생하는 근본적 문제와 관

2) 대판(전) 1994.3.22, 93다46360

3) 대판 1999.2.12, 98다40688

련된다.

이에 본고에서는 취득시효 제도의 역사적·연혁적 취지 및 그 기능, 민법상 취득시효 규정의 취지 및 그 기능, 입법과정 및 그 과정에서의 고려 등에 대한 검토와 대법원이 종래 취득시효 완성자와 제3자의 이익형량을 위하여 취하고 있는 취득시효에 관한 소위 판례 5원칙에 대한 검토를 통하여 대상판결의 당부와 의미를 논하고자 한다.

## II. 취득시효 제도의 취지 및 입법과정

### 1. 취득시효 제도의 취지 및 그 기능

#### 가. 역사적·연혁적 취지 및 그 기능

근현대 취득시효 법제에서와 같은 10년, 20년, 30년의 긴 기간과 관련되는 취득시효제도는 5세기 테오도시우스법전부터이다. 그 이전의 시효기간은 매우 짧다. 시효제도의 기원은 기원전 5세기의 로마법의 12표법 시대의 우스카피오(usucapio)라는 사용취득 제도로 거슬러 올라간다. 그 우스카피오를 보면 2년의 점유계속으로 토지 소유권이 취득된다는 매우 단기의 점유계속을 기초로 하고 있다.<sup>4)</sup>

또한 게르만법을 보면 ‘물건의 사실지배와 떨어져서 물권은 존재하지 않는다’고 하였고, 본권과 점유가 혼재해 있는 상태의 권리가 게베레(Gewere)라고 하였다. 이 게베레를 보면 취득시효 그 자체와는 다른 법제도에 관한 것이긴 하지만, Jahr und Tag, 즉 ‘1년과 1일’이라는 관념이 있고, 게베레를 폭력으로 빼앗긴 자는 1년 1일 이내에 게베레의 방해자에 대하여 소를 제기하여야 한다. 그렇지 않으면 권리를 상실한다는 것이다.<sup>5)</sup>

이상과 같이 로마와 게르만에서는 2년이라거나 1년 1일이라는 단기간의 점유로 소유자가 바뀌어 버리게 되는데, 이것이 취득시효 제도의 단초가 되지 않을

4) 船田亨二, 로마法 第2卷, 1968, 482; 加藤雅信·加藤新太郎 編, 現代民法學と實務(上), 2008, 168

5) 加藤雅信·加藤新太郎 編, 169

까 한다. 즉 여기서는 권리취득자나 권리상실자의 이익을 지키기 위하여 이러한 단기점유에 근거한 권리변동제도가 도입된 것이 아니다. 오히려 사회 전체의 이익을 생각하는 것이 좋다고 여겼다. 로마에서도 게르만에서도 과거 식량이 부족한 시대에 유희지를 계속 방치해 두기보다는 권리자가 2년간 또는 1년 1일 간 방치한 토지는 누군가가 경작하는 것을 촉구하는 쪽이 그 사회에 있어서 식량 생산의 증대요인이 된다. 여기에서 취득시효의 기초를 찾을 수 있을 것이다. 초기 취득시효제도의 출발은 권리상실자와 권리취득자의 2인의 관계로서 보아야 하는 것이 아니라, 취득시효제도의 기초는 사회 전체에서의 물건, 특히 토지의 유효이용의 촉진에 있었다.<sup>6)</sup>

이와 같이 로마에서도 게르만에서도 시효제도의 출현의 초기에 있어서는 식량증산을 위하여 본래의 권리를 부정하여 가는 것이 사회 전체에 있어 의의가 있는 일이었는지도 모르지만, 그러나 그 후 식량공급이 안정되어 오는 시대가 되면 토지의 유효이용 이상으로 권리관계의 안정이 요구받게 된다.<sup>7)</sup> 그러면서 5세기 이후 10년, 20년 나아가 30년까지의 장기의 취득시효기간을 필요로 하는 법제로 발전하게 된다.

따라서 현대에서 과거의 '물건의 유효이용을 위해 권리를 박탈한다'는 취득시효제도의 의의가 여전히 존재하는가는 의문을 갖지 않을 수 없다.

#### 나. 민법상 취득시효 규정의 취지 및 그 기능

민법상 점유취득시효 규정의 취지는 취득시효제도의 존재이유와 관련되는데, 우리 나라 다수설의 입장은 일반적으로 사회질서의 안정, 증거보전 및 입증의 곤란으로부터의 구제, 권리행사 태만에 대한 제재 내지 비보호 등을 들고 있다. 또한 판례도 다수설과 같은 이유를 드는 경우도 많다.<sup>8)</sup>

구체적으로 우리 나라에서는 해방과 6.25. 등을 거치면서 소유자의 행방불명, 등기부의 멸실 등으로 소유자가 부동산을 관리할 수 없는 경우가 많이 생기고

6) 加藤雅信·加藤新太郎 編, 169; 이기용, 취득시효제도의 존재이유, 현대민법학과 시효제도론(유고논문집), 2008, 213(초출: 이기용, 취득시효제도의 존재이유, 법학연구 제3권, 충북대학교 법학연구소, 1991, 189 이하)

7) 加藤雅信·加藤新太郎 編, 169

8) 대판 1973.8.31, 73다387-388; 대판(전) 1995.3.28, 93다47745 나아가 헌법재판소 1993.7.29, 92헌바20 결정도 참조



등기와 현실적인 점유상태가 일치하지 않는 현상이 늘어났을 뿐 아니라, 미등기 부동산이 아직 많았고 또한 등기절차가 허술하여 중복등기나 원인무효의 등기가 빈발하였으므로 현실적인 점유자를 보호하기 위한 수단으로 부동산 취득시효가 중요한 기능을 발휘하게 되었다.<sup>9)</sup> 그에 덧붙여 의용민법시대에는 부동산 물권변동은 대항요건주의였기 때문에 법률행위로 인한 부동산 소유권의 취득자로 곧바로 등기를 하지 않아도 되는 사회적 필요성이 약화되어 있었다는 점도 고려하여야 할 것이다.

그러나 현행민법상 법률행위로 인한 부동산물권변동은 등기를 성립요건으로 하는 체제로 변화하였고, 사회가 발전·진화와 등기시스템의 진전으로 이제 더 이상 중복등기나 원인무효 등기는 과거와는 달리 찾아보기 쉽지 않은 시대가 되었다.

원래 취득시효제도는 점유를 기반으로 생성 발전된 것이고 등기제도가 고려된 것은 아니지만 부동산 공시방법으로서 등기제도가 발전되고 정비될수록 점유제도 내지 그것을 기반으로 한 취득시효제도의 역할 내지 기능은 축소될 운명인 것도 사실이라 할 것이다.<sup>10)</sup> 또한 민법이 물권변동에 관하여 제186조를 원칙으로 하고 있는 것은 등기에 의하지 않고는 소유권을 취득할 수 없다는 입법자의 결단이라고 보아야 할 것이다. 그리고 형식주의를 취하고 있는 독일 민법이 점유취득시효는 인정하지 않고 등기부취득시효만을 인정하고 있다는 점을 고려하여 보면, 결국에는 등기를 중심으로 한 소유권의 형성이 이루어져야 한다.<sup>11)</sup>

따라서 하나의 법률제도를 분석함에 비교법적, 법제사적 의의를 고려할지라도, 법률시스템이 불완전하고 사회가 안정화되지 못한 시대에서의 취득시효의 존재의의와 사회거래에서 등기제도의 정착, 취득시효에 대한 사회에서의 법감정 등을 고려한 작금의 취득시효의 존재의의는 사뭇 다르게 평가하여야 하며, 등기명의인과 점유자의 이익형량에 신중하고 균형잡힌 입장을 견지할 필요가 있다고 본다.

판례 가운데에서도 “무릇 점유취득시효제도란 권리 위에 잠자는 자를 배제하

9) 임동진, 취득시효의 기산점과 완성시점—판례에 관한 몇 가지 의문—, 민사판례연구 제 1권, 1992, 98

10) 이기용, 취득시효의 요소로서의 자주점유의 법리, 비교사법 제5권 제1호, 1998, 268

11) 송병훈, 타인토지의 매매와 자주점유의 추정—대판 2000.3.16. 선고 97다37661 전원 합의체판결과 관련하여—, 의정부지방법원 편 부동산소송 실무자료 4집, 2010, 241

고 점유사용의 현실적 상황을 존중하자는 제도이기는 하지만 이는 극히 예외적인 상황하에서만 인정되어야 할 것이고, 이를 지나치게 넓게 인정하는 것은 타인의 재산권을 부당히 침해할 요소가 큰 것이므로, 법이 진정한 재산권을 보호하지 못하는 결과가 되어 온당치 않다고 보여지고, 따라서 그 취득요건은 극히 엄격히 해석해야 할 것이며, 나아가 등기함으로써 비로소 소유권을 취득하도록 되어 있는 20년 점유시효취득자가 등기하기 전에 제3자가 먼저 등기한 경우에는 비록 악의라 하더라도 제3자의 등기가 우선하는 것으로 보아야 하는 것은 극히 당연한 것으로 이미 확정된 판례인바, 그 제3자의 등기가 상속 등 포괄승계와 같이 점유시효취득자에 대한 소유권이전등기 의무를 그 앞등기 명의자로부터 승계하여 부담하고 있는 경우라던가 또는 그 앞등기자와 동일시해야 할 법률적 의무를 부담하는 경우 등이 아니고는 그 등기가 법률상 원인무효가 아닌 한 시효취득자의 등기청구권보다 우선하는 효력이 있다고 해석해야 할 것이고, 여기에 예외적인 경우를 쉽게 인정해서는 안될 것으로 본다”고 하여,<sup>12)</sup> 점유취득시효의 인정에 있어 신중함이 필요하다고 하여 균형잡힌 입장을 취하기도 한다. 학설 중에는 이 판례에 대하여 시효완성 점유자의 소유권 취득을 제한하겠다는 대법원의 법정정책 의지를 엿볼 수 있다고 의미부여 하는 경우도 있다.<sup>13)</sup> 반면 이 판결은 대법판결의 [반대의견]에서도 자신들의 논거로 삼고 있기도 하다.

## 2. 입법과정 및 그 과정에서의 고려

가. 부동산 점유취득시효 제도와 관련하여 민법원안에서부터 입법과정을 보면 다음과 같다.

민법원안 제235조는 “20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 법원의 판결을 얻어 등기함으로써 그 소유권을 취득한다”라고 하여, 법원의 판결과 등기를 요구하는 규정을 두었다.

이에 대하여 법제사법위원회 민법안심의소위원회에서는 시효취득에 있어서 ‘법원의 판결을 얻어’야 하는 문제와 관련하여, 소유자 자신이 소재불명인 때에

12) 대판 1995.5.9, 94다22484

13) 김규완, 부동산점유취득시효의 요건과 효과—판례이론의 비판적 재구성—, 안암법학 제14호, 2002, 28

는 공시송달에 의하여 이전등기를 명하는 재판을 받으면 족하고 무주의 부동산은 제242조 제2항에 의하여 국유가 되기 때문에 문제가 없고, 미등기인 경우에는 보존등기에 의하여 가등기인 경우에도 당연히 등기청구권이라는 실제적 권리에 의하여 판결을 얻게 되는 것이므로 원안의 ‘판결을 얻어’라는 것은 필요 없는 것이라 하여 이를 삭제하였다. 한편 부동산취득시효에 있어서는 점유만이 아니라 등기까지도 요건으로 하는 독일민법주의에 상당한 이유가 있지만, 원안은 등기와 점유를 구비한 때에는 10년을 취득시효로 하고 점유만 구비한 경우에는 20년으로 하여 절충주의를 채택하고 있다.<sup>14)</sup>

이외에도 현석호 의원의 수정안이 존재했는데, 동 수정안은 제235조 중 ‘법원의 판결을 얻어’ 뿐만 아니라 ‘등기함으로써’까지 삭제하자는 것이었다. 이는 민사법연구회의 김증한 교수의 의견이 많이 반영된 것인데, 민사법연구회는 당시 물권변동에 관하여 의사주의를 취하였고,<sup>15)</sup> “유독 취득시효로 인한 물권변동에 있어서만 등기없이 효력을 발생하지 않는다고 하는 것은 균형이 맞지 않는다”라는 인식아래 그러한 제안이 이루어졌다.<sup>16)</sup>

그리고 1957년 11월 27일 국회본회의에서 제235조에 대한 표결이 있었는데, 현석의 의원은 수정안의 표결처리를 포기하여, 법제사법위원회의 수정안이 통과되어, 1958년 민법이 되었다.<sup>17)</sup>

나. 혹 논자들 중에는 우리 민법의 점유취득시효제도는 프랑스법을 거쳐 일본에 계수된 제도를 승계하면서도 일본과 달리 ‘등기함으로써’를 첨가하였는데, 이는 일본의 의사주의에 대비한 우리의 성립요건주의를 의식한 것이었으나, 이는 다른 법제에서는 존재하지 않는 것이기 때문에, 입법적 오류를 인정하지 않을 수 없다고 하는 경우도 있다. 그러나 위에서 살펴 본 바와 같이 이는 우리 민법에서의 취득시효규정의 입법과정 및 그 과정에서의 고려를 감안할 때 반드시 그렇다고만은 할 수 없다고 할 것이다.

무릇 어떤 법제도가 제도사적으로 또한 비교법적으로 보아 변종이라고 해서 그것이 곧 입법적, 제도적 오류로 평가되고, 다시금 제도사적으로 또한 비교법

14) 민의원 법제사법위원회 민법안심의회소위원회, 민법안심의록 상권, 1957, 151-153

15) 민사법연구회, 민법안건의견서, 1957, 67 이하

16) 민사법연구회, 93

17) 명순구, 실록 대한민국 민법 2, 2010, 175-176

적으로 보아 정상적인 규율에로의 입법적 해결을 촉구함은 어불성설이라 할 것이다. 나름의 법률논리와 체계정합성을 가진다면 이는 독자적인 법제도로서 발전적으로 형성하고 정착시켜 나아가야 할 것이다.<sup>18)</sup>

### Ⅲ. 취득시효 판례 5원칙

#### 1. 서

부동산물권변동에 형식주의를 취하고 있는 우리 법제에서 소유의 의사로 20년간 평온·공연하게 부동산을 점유하여 온 점유취득시효 완성자와 등기를 신퇴하여 부동산에 대한 소유권을 취득한 제3자 중 누구를 보호할 것인가라고 하는 취득시효제도와 등기제도와 관계에서 발생하는 근본적 문제를 해결하기 위한 방안으로는 양제도의 제도취지, 취득시효의 기산점 등에 대한 검토가 필요하다. 여기에서는 취득시효의 기산점을 중심으로 살펴보도록 한다.

점유자가 점유기간의 기산점을 임의로 선택하여 현재로부터 거슬러 올라가 20년 이상 혹은 현재로부터 역산하여 20년 이전에도 점유하고 있었다는 사실을 입증하면 그것으로 점유취득시효의 완성을 인정할 수 있는지, 아니면 점유자가 임의로 기산점을 선택할 수 없고 현실적으로 점유를 개시한 시점을 확정하여 그 때부터 20년의 기간을 기산하여야 하는지가 문제된다. 일반적으로 전자를 역산설, 후자를 고정시설이라 한다.

이 문제는 시효기간이 완성되었으나 점유자가 아직 등기를 하지 않고 있는 사이에 부동산이 양도되어 그 등기를 마친 제3자에게도 점유자가 시효취득을 주장할 수 있는가 하는 문제와 관련된다.

이에 대하여 일본에서의 취득시효의 효과로서 인정된 소위 판례 5원칙은 우리 나라에서도 동일하게 판례에서 원용되고 있다. 다만 시효취득을 주장할 수 있는 제3자 여부를 결정하는 기준시점이 원소유자와 제3취득자 사이의 양도약정일이 아닌 제3취득자의 등기일인 점에서 다르다. 기본적으로 시효완성의 효과를 소유자 및 시효완성 중의 제3취득자와 시효완성 후의 제3취득자를 달리 취

18) 김규완, 203-204

급하고, 그 파생원칙으로서 시효취득기산점 선택권 인정을 위 두 경우에 있어서 달리 취급한다. 이하에서는 구체적으로 판례는 이상의 문제에 대하여 어떠한 입장을 취하는지를 유형별로 살펴보기로 한다.

## 2. 판례 5원칙

편의상 A는 계쟁부동산의 원래의 소유자, B는 위 부동산에 대하여 시효취득에 필요한 요건을 구비한 자, C는 A로부터 위 부동산을 양수한 자로 하기로 한다.

### 가. 제1원칙

A의 부동산을 B가 시효취득한 경우에 A와 B는 당사자이기 때문에 당연히 B는 취득시효완성을 주장할 수 있는 시점에서 보아 시효기간이 경과된 사실만 확정되면 그로써 충분하다. 따라서 취득시효를 주장하는 B는 점유기간 중에 소유자의 변동이 없는 부동산에 관하여는 취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수 있고, 취득시효를 주장할 수 있는 날로부터 20년 이상의 점유사실이 인정되는 시점을 기산점으로 할 수 있다.

### 나. 제2원칙

A가 자기소유의 부동산을 B의 취득시효기간 만료 전에 C에게 양도한 경우, C는 B가 취득시효기간 완성 당시에는 소유권자이자 당사자이기 때문에,<sup>19)</sup> B는 자기의 점유를 기산점으로 하여 점유기간이 20년이 되면 C에 대하여 소유권이 전등기를 청구할 수 있다. 이는 취득시효기간의 완성 전에 등기부상의 소유명의가 변경되어도 종래의 점유상태의 계속이 파괴되지 않는다고 하여 그러한 등기명의변경은 취득시효의 중단사유로 보지 않고 있는 것이다.

### 다. 제3원칙

A가 위 부동산을 B의 취득시효기간 만료 후에 C에게 양도한 경우, B와 C는

19) 대판 1964.6.16, 63다898

이중양도가 있었던 경우와 동시하여야 하기 때문에, B는 C에 대하여 소유권이 전등기를 청구할 수 없다. 따라서 B의 점유개시시를 기산점으로 정하는 판례의 입장에서 부동산이중양도론이 적용되면, 결국 B는 취득시효를 주장할 수 없게 된다. 즉 취득시효 완성 후 그 등기 전에 제3자가 소유자로부터 그 부동산을 양수하여 등기를 마친 경우에 점유자는 제3자에 대하여 취득시효의 완성을 주장할 수 없고,<sup>20)</sup> 이 때 제3자가 악의여도 무방하며,<sup>21)</sup> 제3자 앞으로의 이전등기의 원인이 취득시효 완성 전의 것이라도 무방하다.<sup>22)</sup>

이 3원칙에는 다음과 같은 예외가 인정되고 있다. 제3자 명의의 등기가 경료됨으로써 소유명의자의 소유권이전등기의무가 이행불능으로 되는 것은 그 제3자 명의의 등기가 적법·유효함을 전제로 한다. 가령 토지에 관한 매매계약이 그 토지의 점유시효취득자에 대한 소유권이전등기의무를 면탈하기 위한 목적에서 이루어진 것으로서 통정허위표시에 해당하는 경우와 같이 제3자 명의의 등기가 원인무효인 경우에는 그 제3자에 대하여 취득시효를 대항할 수 있는 것이므로 시효 완성 당시의 소유명의자에 대하여 가지는 등기청구권에 기하여 소유자를 대위하여 제3자 명의로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구하고 아울러 위 소유명의자에 대하여 시효 완성을 원인으로 한 등기를 청구할 수 있다.<sup>23)</sup> 또한 어떤 사유로 시효 완성 당시의 소유명의자에게 소유권이 복귀되었다면 시효권리자는 그 소유명의자에게 취득시효 완성의 효과를 주장할 수 있다.<sup>24)</sup>

#### 라. 제4원칙

위 제3원칙의 경우에는 B는 C가 위 부동산을 양수한 후에 시효기간이 만료되도록 그 기산점을 임의로 결정할 수 있는지가 문제된 경우, B는 자기 임의로 기산점을 선택하거나 20년 이상 점유한 사실만 내세워 시효취득을 주장할 수 없다.<sup>25)</sup> 이를 일반적으로 고정시설이라 한다.

20) 대판 1993.9.28, 93다22883

21) 대판 1994.4.12, 93다50666-50673

22) 대판 1998.7.10, 97다45402

23) 대판 1993.9.14, 93다12268

24) 대판 1991.6.25, 90다14225

25) 대판 1965, 4.6, 65다170; 대판 1992.11.10, 92다29740; 대판 1993.10.26, 93다7358; 대판 1995.5.23, 94다39987

그 이유는 만일 B가 자기 임의로 그 기산점을 선택하게 된다면, 시효완성 후에 등기명의를 취득한 자(C)를 시효완성당시의 등기명의 취득자로 볼 수 있게 되어 B는 등기를 하지 않고도 언제나 제3자에 대하여 시효완성으로 인한 등기 청구권을 행사할 수 있게 된다. 그 결과 등기제도의 기능을 몹시 약화시키고 부동산에 관한 거래안전을 해할 우려가 있기 때문에 이를 방지하기 위한 것이라고 한다.<sup>26)</sup> 따라서 판례는 일관하여 당사자의 주장에 구애됨이 없이 변론자료에 의하여 인정되는 바에 따라 진정한 점유의 개시시기를 인정하고 이를 바탕으로 취득시효주장의 당부를 판단하도록 하고 있다.<sup>27)</sup> 결국 제4원칙은 위 제2원칙과 제3원칙을 유지하기 위한 방책으로 보인다.

즉 판례는 제2원칙과 제3원칙을 유지하기 위하여 점유자가 취득시효의 기산점을 임의로 선택하여 주장하지 못하지만,<sup>28)</sup> 시효기간 중 등기명의자가 동일한 경우에 임의의 시점을 그 기산점으로 삼을 수 있다고 하여 그 예외를 인정하고 있다.<sup>29)</sup> 이 예외를 일반적으로 역산설이라 한다.

#### 마. 제5원칙

위 제3원칙의 경우에, C가 등기한 후에 B가 다시 시효취득에 필요한 기간 점유를 계속하면 C에 대하여 시효취득을 주장할 수 있는지가 문제된 경우, 취득시효완성 후 토지소유자에 변경이 있어도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고, 소유자가 변경된 시점을 새로운 기산점으로 삼아 다시 취득시효의 점유기간이 완성되는 경우에도 역시 타당하므로, 시효취득을 주장하는 점유자로서는 소유권 변동시를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있다는 것이 기존 판례의 입장이었는데,<sup>30)</sup> 대상판결에 의하여 폐기되었다.

1994년 전원합의체 판결은 점유자가 점유취득시효 완성 후 소유권을 취득한 자에 대하여 새로이 취득시효를 주장할 수 있는 요건으로서 그 소유권 취득 후 현재까지 소유자의 변동이 없을 것을 요구하고 있었다. 원심판결은 위 판결의

26) 대판 1976.6.22, 76다487-488

27) 대판 1992.11.10, 92다29740

28) 대판 1995.5.23, 94다39987

29) 대판 1998.5.12, 97다8496-8502

30) 대판(전) 1994.3.22, 93다18577

취지에 따라 피고의 취득시효 주장을 받아들이지 않았다. 그러나 대상판결은 위 전원합의체 판결이 인정한 제5원칙을 다시 한번 재확인하면서도 점유취득시효 완성 후의 새로운 소유자에 대한 2차의 취득시효가 개시되어 그 취득시효기간이 경과되었으면 그 기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 다시 변경된 경우에도 마찬가지로 취득시효를 주장할 수 있다고 하여, 그 한도 내에서는 위 전원합의체 판결을 변경한 것이다.<sup>31)</sup>

## 바. 정리

이상과 같은 판례 5원칙 가운데 특히 제3원칙에 대하여는 종래부터 논란이 있어 왔다. 판례가 제3원칙과 제4원칙의 근거로서 들고 있는 것은, 그렇게 보지 않으면 시효의 완성을 주장하는 당사자는 등기 없이 언제나 제3취득자에 대하여 시효의 완성을 주장하고 그에 관하여 등기를 청구하는 등 그에 상응하는 권리관계를 주장할 수 있게 되어 등기제도의 기능을 몹시 약화시키고 부동산에 관한 거래의 안전을 해할 우려가 있기 때문에 이를 방지하기 위한 것이라고 하는 것은 이미 제4원칙을 설명함에 있어 언급한 바와 같다.

그러나 이에 대하여는 점유취득시효기간 완성 전의 부동산 취득자와 완성 후의 취득자를 달리 취급할 합리적인 이유가 없고, 더 이상 오랫동안 점유한 자에게 시효취득을 인정하지 않는 것은 취득시효제도의 취지와도 맞지 않는다고 하여 판례를 비판한다.

결국 판례의 입장과 이를 비판하는 입장의 접점은 점유취득시효 기간 진행 중에 소유권을 취득한 자와 취득시효 완성 후에 소유권을 취득한 자를 달리 취급하는 데에는 합리적인 근거의 존재 여부에 있다고 할 수 있다.

## 3. 판례 5원칙에 대한 학설의 태도

판례5원칙에 대한 학설의 대립은 시효완성자와 제3자의 관계설정과 관련되는 데, 아래와 같이 나뉜다. 아래와 같은 견해의 대립은 취득시효제도에 대한 역사적·연혁적 이해, 민법상 취득시효 규정의 취지와 시효관의 차이에서 비롯된다.

31) 윤진수, 점유취득시효 완성 후 재진행의 요건, 법률신문 2009.8.10., 15



### 가. 판례5원칙을 원칙적으로 지지하는 입장

구체적으로 이상의 제3원칙과 제4원칙을 지지하는 학설을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 확실히 현재의 판례에 의하면 제3자가 권리를 취득한 것이 점유자의 취득시효가 완성하기 전인가 후인가의 우연한 사정에 따라 점유자와 제3자 사이에서 누가 우선하느냐의 여부가 달라지게 되어 반드시 합리적이라고는 할 수 없다. 만일 제3자의 권리취득시점에 관계없이 제3자를 보호하거나 반대로 점유자를 보호한다면 이러한 불합리는 제거될 수 있다. 그러나 전자의 방법은 제3자의 권리취득에 시효중단의 효과를 인정하는 셈이 되어 법률상 근거를 찾기 어렵고, 후자의 방법에 의할 경우에는 거래의 안전이 매우 위협받게 되어 어느 것이나 난점이 있다. 우리 법이 점유취득시효로 인한 소유권의 취득에 등기를 필요로 하도록 한 현행법의 해석론으로는 판례의 태도를 시인하지 않을 수 없다.<sup>32)</sup>

(2) 점유취득시효기간 진행 중에 소유권을 취득한 자와 취득시효 완성 후에 소유권을 취득한 자를 달리 취급하는 데에는 합리적인 근거가 있는바, 시효기간 진행 중에 소유권을 취득한 자는 점유자에 대하여 시효중단을 위한 조치를 취할 수 있는 반면, 취득시효 완성 후에 소유권을 취득한 자는 취득시효를 중단시킬 수 없기 때문이다. 점유취득시효를 인정한다면 소유자에게도 이를 위한 방어수단이 인정되어야 하는데, 취득시효의 중단이 이러한 방어수단에 해당한다. 만일 소유자가 취득시효를 중단시킬 수 있는 지위에 있지 않음에도 불구하고 취득시효의 완성을 인정한다면 이는 소유자에게 방어수단이 없는 상태에서 점유취득시효를 인정하는 것이 되어 점유자와 소유자를 공평하게 다루는 것이라고 할 수 없다. 또한 만일 점유취득시효가 완성되었다는 것이 당해 부동산에 대한 물적 부담에 해당한다면 이를 가지고 새로운 소유자에게 대항할 수 있게 될 것이나, 취득시효 완성을 물적 내지 물권적 부담으로 해석할 수 있는 물권적인 것으로 인정한다면, 제3자는 전효 공시되지 않은 부담을 승계하게 되는 것이다. 새로운 소유자에게는 점유자가 있다는 사실을 확인할 의무가 없을 뿐만 아니라, 점유자에게 소유의 의사가 있었는지, 점유기간이 얼마나 되는지 등이 전혀 공시되지 않아서 새로운 소유자는 이를 알 수 있는 방법이 없다. 종래의 판례가 제3원칙이나 제4원칙의 근거로서 등기제도의 기능을 약화시키고 부동산에 관한 거

32) 민법주해 V, 398(윤진수 집필부분)

래의 안전을 해할 우려가 있다고 하는 점을 들고 있는 것도 이러한 의미로 이해할 수 있다.<sup>33)</sup>

(3) 만약 시효완성 점유자가 시효기간 만료 후에도 이전등기받은 누구에게나 등기청구가 가능하다면, 항상 등기청구가 가능하므로 역설적으로 굳이 등기를 하지 않아도 되고 극단적으로는 영원히 등기하지 아니하여도 된다는 결론도 가능해진다. 즉 제3유형을 인정하지 않는다면 대부분의 부동산 소유자 내지 시효완성 점유자들이 등기제도를 이용하지 않게 되어 등기를 통하여 부동산 권리관계를公示하겠다는 등기제도의 기본취지를 실현하는 것조차 불가능해지는 엄청난 결과가 발생한다.<sup>34)</sup>

(4) 제3원칙을 인정하지 않으면 시효취득을 주장하는 자는 언제나 제3자에게 소유권이전청구를 할 수 있게 되고 그렇게 되면 취득시효가 문제되는 경우 시효취득자인 점유자는 아무리 오랫동안 등기를 하지 않고 방치하더라도 보호되어야 한다면 등기제도는 그 기능을 상실하게 되고, 제2원칙을 인정하지 않으면 취득시효와 등기제도가 충돌할 때 항상 등기가 우선하게 되고 그렇게 되면 사실상 취득시효제도는 유명무실해진다. 뿐만 아니라 등기는 공신력이 인정된 것과 마찬가지로 통상의 등기의 효력보다 강해진다. 그래서 시효기간 만료시를 기준으로 만료 이전에는 취득시효제도를, 그 이후에는 등기제도를 우선시키게 된 것이다.<sup>35)</sup>

(5) 역산설에 의하면 시효완성 점유자는 등기 없이도 제3취득자에게 대항할 수 있다고 한다면 시효완성 점유자는 반환청구를 다하지 않는 한 언제까지나 등기를 하지 않을 것이다. 왜냐하면 등기를 하려면 등록세 및 취득세 등의 세금을 부담해야 하는 불이익을 받기 때문이다. 따라서 물권변동을 등기에 의하여 표상하고자 하는 원칙은 관철되지 못하는 결과가 된다. 뿐만 아니라 점유취득시효기간 만료 전에 목적부동산의 점유를 양수받은 자는 제3취득자의 소유권 행사에 의하여 부동산을 반환해야 하나, 기간 만료 후에 양수받은 자는 제3취득자의 등기 유무를 불문하고 취득시효를 주장할 수 있으므로 이는 등기 없이도 처분하는 결과가 되어 민법 제187조에도 위반되는 결과가 된다.<sup>36)</sup>

33) 윤진수, 점유취득시효 완성 후 재진행의 요건, 15

34) 이기용, 점유취득시효에 관한 판례의 5유형과 명의신탁 등기에의 적용, 인권과 정의 제357호, 2006, 189

35) 배병일, 부동산 취득시효의 판례 5원칙에 관한 연구, 민사법학 제16호, 1998, 424

36) 김대규, 우리 민법상 부동산소유권의 점유취득시효와 등기, 민법학의 회고와 전망: 민

## 나. 판례5원칙에 대하여 비판적인 입장

(1) 점유가 오래 계속된 후 새로운 취득자가 발생하면 시효완성을 주장할 수 없고, 그렇지 않으면 시효완성을 주장할 수 있다는 결과가 되어, 궁극적으로 오래 된 점유를 보호하려는 취득시효제도의 취지를 역전시킨다.<sup>37)</sup> 또한 점유자는 상대방으로부터 권리를 행사당하여 비로소 시효의 완성을 알고 이를 주장하는 것이 통상이어서 등기를 청구할 수 있는데도 이를 게을리하였다고 비난하는 것은 적절하지 않다.

(2) 판례는 시효완성자와 제3취득자의 관계를 이중양도와 동일하게 취급한다. 이에 대하여 이중양도에 있어서는 동일한 양도인과 사이에서 물권취득을 위한 법률행위가 중복하여 행하여졌으나 물권의 배타성 때문에 두 양수인 모두에게 물권의 취득을 인정할 수 없는 경우 부득이하게 등기라는 획일적 기준에 의하여 양자 간의 우열을 가리는 것이다.

그러나 취득시효가 완성된 경우에는 권리관계와 사실관계 사이에 불일치가 있을 뿐이고 시효완성 후 새로운 양수인이 발생하였더라도 이는 전자와 권리관계상의 변동일 뿐 이와 괴리되는 후자의 사실관계가 존속하고 있다는 점에는 아무런 변화가 없는 것이다. 그러므로 어차피 권리관계를 사실관계에 일치시키고자 하는 것이 시효제도인 바에야 그러한 권리관계상의 변동을 이유로 시효완성의 효과가 달라질 이유가 없다.<sup>38)</sup>

이중양도의 경우 양수인 중의 어느 누가 양수했느냐에 상관없이 양수인 간에는 항상 서로가 서로에 대하여 제3자의 지위에 선다고 할 수 있어 먼저 등기하는 자가 우선하며 그 선의·악의 여하도 불문하는 것이나, 취득시효에 있어서 시효완성 전의 취득자가 당사자로 되고 시효완성 후의 취득자가 제3자로 된다고 이론구성할 경우 이는 거래의 안전 내지 제3자 보호의 필요에서 요구되는 것으로서 선의자의 보호에 그 궁극의 목적이 있는 것이니만큼 이중양도의 경우와는 그 법리를 달리한다고 보아야 한다. 그럼에도 취득시효에 이중양도의 이론을 끌어들이게 되면 악의의 제3자까지도 보호해야 하는 불합리한 점이 당장 나타나

법전시행삼십주년기념논문집, 1993, 312-313

37) 고상용, 시효취득부동산을 점유승계한 자의 소유권이전등기청구방법, 법률신문 제 2405호, 1995.5, 15; 전원열, 부동산의 점유취득시효 완성 후의 법률관계에 관한 고찰, 사법연구자료 제22집, 1995, 305

38) 양창수, 1992년 민법 판례 개관, 민법연구 제3권, 1995, 48

게 되어 등기에 공신력을 인정할 때보다 더 불필요한 보호를 제3취득자에게 부여하는 결과로 된다.<sup>39)</sup>

(3) 우리 민법상 점유와 등기의 긴장관계는 필연적일 수밖에 없으므로 구체적 타당성 측면에서 보호가치 있는 제3자로 한정한다. 즉 기본적으로 판례를 수긍하되, 시효완성을 주장할 수 없는 제3취득자는 보호가치가 있는 사람에 한정되어야 하고, 시효완성 전에 매매계약을 체결했지만, 시효완성 후에 이전등기를 마친 제3취득자나 시효완성 사실을 알고 취득한 제3취득자에 대해서는 시효완성을 주장할 수 있어야 한다.<sup>40)</sup> 또는 최소한 시효완성에 대해 악의 또는 중과실이 있는 제3취득자는 보호가치가 없다고 한다.<sup>41)</sup>

그러나 보호받는 제3취득자의 범위를 한정하자는 견해는 종전의 확립된 판례를 변경하는 부담을 줄일 수 있지만, 각 사안별로 계속 종전 판례를 변경할 것인지 여부를 결정하여야 하고, 구체적 타당성이라는 불확실한 기준에 흘러 통일적인 법리와 방향성을 상실할 우려가 있다.<sup>42)</sup>

(4) 역산설은 20년간 점유한 자는 상대방이 시효완성 당시의 소유자이든, 그 이후의 제3취득자이든 불문하고 시효완성으로 인한 등기청구권을 취득하고, 이에 따라 등기함으로써 소유권을 취득한다고 한다. 민법 규정의 문리해석상으로는 상대방이 시효완성 후의 취득자인지 여부, 나아가 그 취득자가 악의자인지 여부에 따라 취급을 달리하여야 할 근거를 찾기 어렵기 때문에, 민법규정의 해석으로 역산설이 자연스럽다고 한다.<sup>43)</sup>

그리고 그와 유사한 견해로 20년 이상 점유설도 제시되고 있다.<sup>44)</sup> 그러면서 20년 이상 점유설을 취하게 되는 경우 점유자가 과보호되거나 보호가치 없는 점유자까지 보호되는 문제가 발생할 수 있는바, 이는 취득시효 요건 중 타주점

39) 임동진, 96

40) 이범주, 점유취득시효에 있어 소유자가 제3자로 변경된 시점을 새로운 취득시효의 기산일로 삼을 수 있는지 여부, 민사재판의 제문제 8권, 1994, 127

41) 김기수, 소유권이전등기말소등기의 상대방—등기청구권의 성질—, 법률신문 제1836호, 1989.4., 11

42) 민유숙, 361-362

43) 민유숙, 364; 양진수, 부동산점유취득시효 완성 후 부동산의 소유권을 취득한 제3자와 시효완성점유자의 관계, 민사판례연구 32, 2010, 265

44) 민유숙, 362; 장한홍, 점유취득시효 완성 후 재진행의 요건—대법원 2009.7.19. 선고 2007다15172-15189 전원합의체 판결—, 의정부지방법원 편 부동산소송 실무자료 4집, 2010, 505

유와 소유의 의사, 평온한 점유 등을 엄격하게 해석하여 이를 해결하여야 한다고 한다.<sup>45)</sup>

#### 4. 검토 및 정리

점유취득시효에 있어 시효완성자와 제3취득자 간의 권리충돌은 피할 수 없는 것이다. 부동산물권변동의 공시제도로 등기가 성립요건으로 되어 있는 우리 법제에서, 점유취득시효의 요건으로 등기를 들고 있으니 더욱 그러하다.

우리 민법은 부동산 물권변동에 관하여 성립요건주의를 취하고 예외로서 제 187조를 두고 있다. 또한 부동산 취득시효를 규정하면서 ‘소유의 의사’와 ‘등기’를 요건으로 하고 있고, 진정한 권리자에게 취득시효 중단이라는 방어수단을 마련해 두고 있다. 부동산 점유취득시효로 인한 소유권취득은 법률에 의한 물권변동임에도 불구하고 등기를 요하는 것은 부동산 물권변동의 공시방법으로서 등기제도의 중요성, 부동산 거래안전보호라는 이념과 취득시효제도를 조화롭게 실현하기 위해 취득시효 제도를 부동산 물권변동에 관해 원칙이 아닌 예외적인 현상으로 파악하려는 입법자의 의도가 있었던 것으로 해석할 수 있다.<sup>46)</sup>

점유취득시효기간 진행 중에 소유권을 취득한 자와 취득시효 완성 후에 소유권을 취득한 자를 달리 취급하는 데에는 합리적인 근거가 필요한데, 시효기간 진행 중에 소유권을 취득한 자는 점유자에 대하여 시효중단을 위한 조치를 취할 수 있는 반면, 취득시효 완성 후에 소유권을 취득한 자는 취득시효를 중단시킬 수 없다는 것이 그것이다. 점유취득시효를 인정한다면 소유자에게도 이를 위한 방어수단이 인정되어야 하는데, 취득시효의 중단이 이러한 방어수단에 해당한다고 할 것이다. 만일 소유자가 취득시효를 중단시킬 수 있는 지위에 있지 않음에도 불구하고 취득시효의 완성을 인정한다면 이는 소유자에게 방어수단이 없는 상태에서 점유취득시효를 인정하는 것이 되어 점유자와 소유자를 공평하게 다루는 것이라고는 할 수 없다. 또한 만일 점유취득시효가 완성되었다는 것이 당해 부동산에 대한 물적 부담에 해당한다면 이를 가지고 새로운 소유자에

45) 장한홍, 505

46) 손주희, 부동산 점유취득시효 완성 후의 소유자 변경—대법원 2009.7.16. 선고 2007다15172-15189 전원합의체 판결—, 인천지방법원 민사판례연구회 발표 자료, 2009.8., 21; 양진수, 262

게 대항할 수 있게 될 것이지만, 취득시효 완성을 물적 내지 물권적 부담으로 해석할 수 있는 물권적인 것으로 인정한다면, 제3자는 전혀 공시되지 않은 부담을 승계하게 되는 것이다. 새로운 소유자에게는 점유자가 있다는 사실을 확인할 의무가 없을 뿐만 아니라, 점유자에게 소유의 의사가 있었는지, 점유기간이 얼마나 되는지 등이 전혀 공시되지 않아서 새로운 소유자는 이를 알 수 있는 방법이 없다. 종래의 판례가 제3원칙이나 제4원칙의 근거로서 등기제도의 기능을 약화시키고 부동산에 관한 거래의 안전을 해할 우려가 있다고 하는 점을 들고 있는 것도 이러한 의미로 이해할 수 있다.<sup>47)</sup>

[다수의견에 대한 보충의견2]를 포함하여 역산설을 보면, 앞서 언급한 기존 학설상의 역산설에 대한 비판을 다시 인용하지 않더라도,<sup>48)</sup> 기본적으로 역산설을 취하여 시효완성자를 우선적으로 보호하고자 하는 것은, 우리 민법상 취득시효와 등기의 긴장관계 속에서 균형감 있는 해석론을 취하기보다는 취득시효 제도를 우선시하기 위한 논리의 당연한 귀결로 보인다. 따라서 그러한 해석을 하게 되면 시효완성자가 임의로 취득시효의 기산점을 선택할 수 있게 되어 시효기간만료시를 전후하여 시효취득자와 등기를 이전받은 제3자의 이해충돌을 조정하는 판례의 기본 원칙이 무너지게 되어, 취득시효와 관련된 통일된 해결방법이 사라지게 된다.

판례는 수십년 동안 시효완성 후의 제3취득자를 우선시키는 확립된 판시를 거듭 선언하였는바, 설령 그 판시로 인하여 보호되지 않는 자가 있더라도 이미 국민들의 법생활에 있어서 그 법리가 지도적 원리로 자리잡았다고 보아야 할 것이다. 또한 지난 수십년 동안 지적공부와 등기부가 계속적으로 정비되어 온 사정까지 감안할 때 이제 와서 새삼스럽게 판례를 변경할 필요성은 높지 않다고 볼 여지도 있다.<sup>49)</sup>

그리고 역산설과 20년 이상 점유설을 취하는 견해는 자신들의 견해에 의하게 되면 나타나게 되는 문제점에 대하여는 취득시효 인정 요건 중의 하나인 자주점유를 판정함에 있어 소유의 의사를 엄격하게 해석함으로써 가능하다고 한다.<sup>50)</sup> 그러나 취득시효에 있어 자주점유라는 요건과 등기라는 요건은 별개의

47) 윤진수, 법률신문 2009.8.10., 15

48) 김대규, 312-313

49) 민유숙, 365

50) 민유숙, 362; 문홍수, 점유취득시효의 성립요건—대법원판례이론검토—, 인권과 정의 220호, 1994, 92; 양진수, 262; 장한홍, 506; 전원열, 329

요건이며, 이것 중 하나만 충족되면 점유취득시효가 인정되는 것이 아니라 자주 점유라고 하는 요건과 등기라고 하는 요건을 모두 충족하여야 점유자, 즉 시효 완성자는 소유권을 취득하게 된다는 점을 간과할 수 없다.

결국 고정시설을 취할 것인가, 역산설 내지 20년 점유설을 취할 것인가라고 하는 시효기산점의 문제는 취득시효와 등기 제도의 가장 근본적인 문제를 해결할 수 있는 하나의 실마리라 할 수 있다. 소유권의 항구성이라고 하는 본질적 문제와 헌법상 소유권의 보장과 제한에 관하여 굳이 언급하지 않더라도, 그것은 바로 사회질서의 안정 이상으로 권리관계의 안정이라고 하는 취득시효제도의 현대적 의의에서 찾아야 할 것이다.<sup>51)</sup>

따라서 부동산 물권변동의 공시방법으로서 등기제도의 중요성, 특히 등기제도는 계속 정비되어 왔으므로 이에 비례하여 등기에 의하지 않는 소유권 주장의 여지는 더욱 좁혀져야 한다는 점에 비추어 전체적으로 점유취득시효의 인정을 엄격하게 하여야 한다.<sup>52)</sup> 다만 보호할 가치있는 시효완성자는 기존 판례 법리처럼 예외적으로 보호하여야 할 것이다.

#### IV. 결론—입법론을 포함하여—

대상판결은 부동산에 대한 1차의 점유취득시효 완성 후 제3자 명의의 소유권 이전등기가 마쳐진 경우, 점유자가 그 소유권 변동시를 새로운 기산점으로 하여 2차 취득시효 완성주장을 할 수 있지만, 그 경우 취득시효기간 중 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없을 것을 요구하였던 종래의 판례를 변경하고, 2차의 취득시효기간 중에 등기명의자가 변경되더라도 점유자는 그 등기명의자에

51) 표현이 상이하고 완전히 동일한 의미로 파악된다고도 볼 수 없고, 더욱이 결론에 있어 대상판결에 대한 평가가 서로 다르지만, 필자의 취득시효제도에 대한 인식과 비슷하여 참고가 될 만한 견해로서 송오식, 점유취득시효의 완성 후 소유명의가 변동한 경우 취득시효 가능여부—대법원 2009.7.19. 선고 2007다15172-15189 전원합의체 판결—, 법학논고 제32집, 경북대학교 법학연구원, 2010.2., 457(“제3자가 관여한 경우에는 대개의 우리 민법이 거래안전보호를 위한 제3자보호 규정을 둔 것의 연장선상에서, 그리고 우리 물권변동에 관한 기본원칙인 형식주의를 고려하고, 이러한 형식주의를 민법이 채택한 지 50년이 된 마당에, 제3자가 관여한 경우에는 소유권이전등기를 갖춘 제3자를 보호하여 거래안전을 보호하는 한도에서 점유취득시효제도의 ‘사회적 법률관계의 안정’도 제한을 받을 수밖에 없다고 생각한다.”)

52) 민유숙, 362

대하여 시효취득을 주장할 수 있다고 한 것으로서 타당하다 하겠다. 그것은 소유명의자가 변경되었다고 하여 새로운 점유가 시작된다고는 볼 수 없지만, 판례에 의하면 점유취득시효 완성 후 제3자 명의의 소유권이전등기를 마친 경우에는 점유자가 취득시효를 주장할 수 없는 상태가 되기 때문에, 그 때부터 점유취득시효기간이 다시 진행되고 20년이 경과하면 취득시효가 완성된다고 보는 것이 형평에 맞다고 할 수 있기 때문이다. 더욱이 1차 점유취득시효의 기간 중에 소유명의자가 변경된 경우에 점유자는 그 취득시효 완성 당시의 등기부상 소유명의자에게 시효취득을 주장할 수 있는데, 이와 달리 2차 점유취득시효의 경우에는 이를 인정하지 않는 것과의 차이를 설명하기 어렵기 때문이다.

나아가 입법론적으로 현행의 점유취득시효제도는 법이론적으로 순연히 설명되기 어려운 점이 있다는 것을 시인하지 않을 수 없기 때문에 그 개정을 모색할 필요가 있다고 본다. 이상에서 논의한 바의 근원은 바로 등기된 부동산에 대하여 점유취득시효를 인정하기 때문일 것이다. 즉 등기와 점유의 긴장관계의 존재 때문에 그러하다. 따라서 점유취득시효에 대한 개정을 모색할 필요가 있다. 사견으로는 만주국민법, 스위스민법 또는 독일민법의 경우와 같이, 부동산 점유취득시효는 등기되지 않은 토지에 대하여만 인정하고, 취득시효 기간이 완성되면 공시최고절차를 거쳐 법원의 판결을 받아 등기할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

주제어 : 점유취득시효, 시효완성자, 제3자, 소유의 의사, 판례5원칙



## 참 고 문 헌

- 고상용, 시효취득부동산을 점유승계한 자의 소유권이전등기청구방법, 법률신문 제2405호, 1995.5
- 김규완, 부동산점유취득시효의 요건과 효과—판례이론의 비판적 재구성—, 안암법학 제14호, 2002
- 김기수, 소유권이전등기말소등기의 상대방—등기청구권의 성질—, 법률신문 제1836호, 1989.4.
- 김대규, 우리 민법상 부동산소유권의 점유취득시효와 등기, 민법학의 회고와 전망: 민법전시행삼십주년기념논문집, 1993
- 명순구, 실록 대한민국 민법 2, 2010
- 문홍수, 점유취득시효의 성립요건—대법원판례이론검토—, 인권과 정의 220호, 1994
- 민사법연구회, 민법안의견서, 1957
- 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록 상권, 1957
- 배병일, 부동산 취득시효의 판례 5원칙에 관한 연구, 민사법학 제16호, 1998
- 손주희, 부동산 점유취득시효 완성 후의 소유자 변경—대법원 2009.7.16. 선고 2007다15172·15189 전원합의체 판결—, 인천지방법원 민사판례연구회 발표 자료, 2009.8.
- 송병훈, 타인토지의 매매와 자주점유의 추정—대판 2000.3.16. 선고 97다37661 전원합의체판결과 관련하여—, 의정부지방법원 편 부동산소송 실무자료 4집, 2010
- 송오식, 점유취득시효의 완성 후 소유명의가 변동한 경우 취득시효 가능여부—대법원 2009.7.19. 선고 2007다15172·15189 전원합의체 판결—, 법학논고 제32집, 경북대학교 법학연구원, 2010
- 양진수, 부동산점유취득시효 완성 후 부동산의 소유권을 취득한 제3자와 시효완성점유자의 관계, 민사판례연구 32, 2010
- 양창수, 1992년 민법 판례 개관, 민법연구 제3권, 1995
- 윤진수, 점유취득시효 완성 후 재진행의 요건, 법률신문 2009.8.10.
- 임동진, 취득시효의 기산점과 완성시점—판례에 관한 몇 가지 의문—, 민사판례연구 제1권, 1992

- 이기용, 점유취득시효에 관한 판례의 5유형과 명의신탁 등기에의 적용, 인권과 정의 제357호, 2006
- 이기용, 취득시효의 요소로서의 자주점유의 법리, 비교사법 제5권 제1호, 1998
- 이기용, 취득시효제도의 존재이유, 현대민법학과 시효제도론(유고논문집), 2008
- 이범주, 점유취득시효에 있어 소유자가 제3자로 변경된 시점을 새로운 취득시효의 기산일로 삼을 수 있는지 여부, 민사재판의 제문제 8권, 1994
- 장한홍, 점유취득시효 완성 후 재진행의 요건—대법원 2009.7.19. 선고 2007다15172·15189 전원합의체 판결—, 부동산소송 실무자료 4집(부동산소송), 2010
- 전원열, 부동산의 점유취득시효 완성 후의 법률관계에 관한 고찰, 사법연구자료 제22집, 1995
- 진상범, 2차 점유취득시효기간 중 등기부상 소유명의자가 변경된 경우, 2차 시효완성자의 법적 지위, 사법 10호, 2009
- 加藤雅信·加藤新太郎 編, 現代民法學と實務(上), 2008
- 船田亭二, 로마法 第2卷, 1968

[Abstract]

## A Consummator of The Adverse Possession and The 3rd Party

—Based on the Case number "2009.7.16, 2007da15172·15189"—

Bae, Sung-Ho

Professor, Law school, Yeungnam University

The problem occurs when there is the fundamental adverse possession systematic problem that who should the law protected between a person, who acquire real property for 20 years with peaceful and tranquil conditions, and the 3rd party, who trusted registration so that he/she aquired ownership of those property.

This case is related to the purpose of the adverse possession system and the precedent of the 5th principle which introduced by Japanese supreme court. Which means this paper can be directed to where we can consider and request the meaning of the adverse possession relied upon the precedent of 5th principle.

After the 1st completion of adverse possession, if the registration of relocation ownership is also completed, the occupant can argue the occupation of adverse possession to the nominee, even though there is previous case.

Which doesn't mean that changing owership will start with new occupation; however, the occupant will put into situation where he/she will start new occupation of adverse possession period, which mean he/she have to spend other 20 years of peaceful and tranquil conditions period though cases.

Besides, at the 1st Occupation of adverse possession period, an occupant might argue the acquisitions of adverse possession; howeverm at the 2nd

Occupation of adverse possession period, it is hard for an occupant to argue those acquisitions.

Key words : Occupation of adverse possession, A consummator of the possession, The 3rd party, Intention of Ownerships, Precedent of the 5th principle