

碩師學位論文

不動產占有取得時效制度에 관한 研究

指導教授 金 祥 燦



濟州大學校 行政大學院
行政學科 司法行政專攻

姜 奉 炫

2005年 6月

目 次

第 1 章 序論	1
第 1 節 研究의 目的	1
第 2 節 研究의 範圍 및 方法	2
第 2 章 占有取得時效制度 概觀	4
第 1 節 占有取得時效制度의 意義 및 存在理由	4
1. 意義	4
2. 存在理由	5
第 2 節 占有取得時效制度의 立法過程	10
1. 民法草案	10
2. 民法草案의 修正案	10
第 3 節 占有取得時效制度의 問題點	12
1. 問題의 所在	12
2. 占有取得時效制度의 妥當性	13
3. 占有取得時效의 要件으로서 登記의 妥當性	14
第 3 章 占有取得時效制度의 比較法的 考察	18
第 1 節 沿革	18
1. 로마法	18
2. 게르만法	26
第 2 節 比較法的 考察	26
1. 독일 民法	26
2. 프랑스 民法	32
3. 스위스 民法	38
4. 일본 民法	41

5. 영미 不動産法	46
第 4 章 民法 第245條 第1項의 解釋論的 檢討	47
第 1 節 序	47
第 2 節 不動産所有權占有取得時效의 要件	47
1. 占有取得時效의 對象	48
2. 自主占有	51
3. 平穩·公然한 占有	62
4. 取得時效 期間	64
5. 登記請求權 行事に 의한 登記	71
第 3 節 不動産所有權取得時效의 效果	75
1. 所有權의 取得	75
2. 承繼取得	84
3. 遡及效	86
第 5 章 結 論	87
參考文獻	90
ABSTRACT	94



第 1 章 序 論

第 1 節 研究의 目的

우리 민법이 규정하고 있는 소유권의 취득방법으로는 일반적으로 이루어지는 법률행위에 의한 경우 이외에 법률의 규정에 의한 경우도 있다. 이러한 법률의 규정에 의한 소유권취득방법 중에서도 특이한 것은 일정한 요건을 갖추고 일정한 기간이 경과하면 소유권을 취득하게 되는 부동산취득시효제도라고 하겠다. 이러한 취득시효제도에 대하여는 소유권의 영속성과 자본주의적 도덕론의 입장에서 의문을 제기하기도 하지만, 로마법시대 이래로 오늘날 세계 각국에서 대부분 이에 관한 규정을 채택하고 있다. 취득시효제도를 채택하면서 나라마다 특유한 사정을 반영하였기 때문에 그 존재이유나 입법방식, 그리고 요건이나 효과 등과 같은 취득시효의 내용은 나라마다 상이하다. 대부분이 국가에서는 점유취득시효와 등기부취득시효 중 한 가지만을 채택하고 있는 것이 일반적이다. 즉 부동산 물권변동에 있어서 의사주의를 취하고 있는 국가의 민법은 점유취득시효를, 형식주의를 취하고 있는 국가의 민법은 등기부취득시효를 원칙적으로 채택하고 있다.

그런데 우리 민법은 형식주의를 취하고 있으면서도 점유취득시효와 등기부취득시효를 동등하게 인정을 하고 있다. 이는 현행 우리민법이 형식주의를 취하고 있으나 구민법이 의사주의를 취하고 있었기 때문인 것으로 생각되어 진다. 즉 우리 민법 제245조 제1항은 “20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로서 그 소유권을 취득 한다”라고 하여 점유취득시효를, 동조 제2항은 “부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온·공연하게 선의이며 과실 없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다”라고 하여 등기부취득시효를 각각 규정 하고 있다.

점유취득시효제도는 소유권 자체가 법률에 의하여 보호받지 못하고, 오히려 진정한 권리자의 희생 위에서 잠재적인 권리자인 점유자를 보호하기 위한 제도로서, 특히 점유취득시효제도는 문제점이 많아 쟁송으로 이어지고 있다.

우리나라는 부동산에 대한 공시제도가 시행 당시부터 완벽하지 못한 상태에서

출발 하였고, 일본의 강제점거 및 한국동란을 거치는 동안에 각종 입증자료의 소실 등으로 진정한 소유자와 영속된 점유를 한 자(점유자) 사이에 이익이 충돌하는 경우, 법률에 정한 취득시효제도의 틀 안에서 이에 대한 이익을 조정하고 판단하여 법률관계를 확정하여 왔다고 할 수 있다.

그런데 부동산점유취득시효제도는 법이론 적으로도 매우 다양한 쟁점이 내포되고 있어 판례와 학설이 분분하다. 구체적으로 살펴보면, 취득시효제도는 누구를 위하여 무엇 때문에 신설 되었는가 하는 '시효제도의 존재이유'에 관한 것부터 이와 관련하여 자주점유로는 어떠한 요건을 갖추어야 하는지와, 그리고 점유취득시효의 대상은 어떠한 것들이 있는지 또한 소유의 의사에서 주장과 입증책임은 누구에게 있으며, 이에 대한 구체적 사례로서 판례를 살펴보고자 한다.

그리고, 우리 민법이 시행된지 45년이 지난 근래에 와서도 대법원에서 취득시효에 관한 새로운 판결을 내리고 있는 것을 보면, 앞으로도 취득시효제도에 관한 학설의 대립과 변화하는 판례에 새로운 이론전개가 이루어질 수 있을 것이다. 또한 우리나라가 통일이 되면 취득시효제도를 둘러싼 쟁점들이 새로이 부각될 것으로 예상된다.

따라서 본 논문에서는 민법 제245조 제1항의 부동산소유권의 점유취득시효를 중심으로 취득시효의 존재이유와 요건 그리고 시효완성의 효과 등을 검토하고 해석론을 제시하고자 한다.

第 2 節 研究의 範圍와 方法

본 논문은 문헌을 중심으로 하여 시효제도의 연혁적·비교법적 고찰을 한 후, 우리 민법의 부동산취득시효제도의 해석론에 관한 판례와 학설 등을 비교 분석하여 시효제도의 존재이유에 대하여 고찰하고, 민법 제245조 제1항의 부동산점유취득시효에 관한 해석론을 전개하였다. 아울러 취득시효제도의 역사적 배경과 함께 외국입법례의 운용실태를 통하여 살펴보고, 이와 같은 연구목적을 달성하기 위하여 제2장에서는 우리 민법상 부동산취득시효제도의 의의, 존재이유, 입법과정 및 문제점에 대하여 살펴보았다. 제3장에서는 점유취득시효제도의 외국의 입법례를

비교법적으로 살펴보았고, 제4장에서는 우리민법 제245조 제1항의 부동산소유권의 점유취득시효규정에 대한 해석론적 검토를 하였으며, 이를 토대로 하여 제5장에서는 결론으로 해석론을 제시하였다.

본 논문의 연구범위는 부동산취득시효제도 중 점유취득시효제도만을 그 대상으로 하였다. 왜냐하면 부동산등기부 취득시효제도나 동산의 취득시효제도는 입법론적으로나 해석론 적으로 그다지 문제되는 점이 없고, 소유권의 취득시효제도는 다른 재산권의 취득시효제도에 준용되기 때문이다(민법제248조).

본 논문의 연구방법으로는 문헌자료를 통하여 법사학적 방법, 법해석학적 방법, 비교법학적 방법으로 전개하였다.



第 2 章 占有取得時效制度 概觀

第 1 節 占有取得時效制度의 意義 및 存在理由

1. 意 義

取得時效(Ersitzung, erwerbende Verjährung)란 물건 또는 권리를 점유 또는 준점유하는 사실상태가 일정기간 동안 계속되는 경우에 그것이 진실한 권리 관계와 일치하는가의 여부를 묻지 않고 그 사실상태를 존중하여 점유 또는 준점유 자로 하여금 권리취득이 효과를 생기게 하는 시효제도를 말한다. 시효제도에는 취득시효제도와 소멸시효제도가 있는데 그 중 취득시효 제도는 권리를 행사하고 있는 것과 같은 외관이 일정한 기간동안 계속되는 경우에, 권리취득이 효과가 생기는 것으로 하는 시효제도로서¹⁾ 소멸시효제도에 대응하는 개념이다.²⁾

권리의 취득과 상실이 서로 표리관계에 서는 이상, 취득시효와 소멸시효는 서로 유이한 결과를 발생시키는 것이나, 양자간에는 그 연혁을 달리할 뿐만 아니라 그 근거도 달라 본질적인 차이가 있다.³⁾ 즉 양자는 일정기간의 경과에 법적효과를 인정하는 점에서는 공통점이 있지만, 로마법상 소멸시효는 소권·역권의 시효로서 취득시효와는 별개의 제도로서 발전하였는데 그 후 중세의 주석학과 및 교회법에서 '시효'라는 한개의 상위개념 아래서 권리의 취득시효(praescriptio acquisitiva)와 권리의 소멸시효(praescriptio extinctiva)라는 두개의 類概念으로 대별하게 되었고 이러한 구성이 프랑스 민법을 통하여 현행 일본민법전에 유지되었으며, 이것이 바로 우리 구민법 전이었다. 독법계에서도 보통주법, 오스트리아민법 등은 이러한 전통을 따랐다. 그러나 소멸·취득 양시효를 통일하는 그와 같은 일반시효 이론의 정립에 대하여 로마법의 법원상 근거가 없으며 또한 위험한 추상화론이라고 하여 맹렬하게 비판한 사비니(Savigny)에 의하여 다시 분리되어 독일민법은

1) 郭潤直, 「物權法」, 博英社, 2004, p.257.

2) 李英俊, 「韓國民法論」, 博英社, 2003, p.670.

3) 金顯泰, “時效制度의 存在理由”, 「司法行政」, 1992. 10, p.39.

양자를 분리하여 규정하였고, 우리 민법도 이에 따르고 있다.⁴⁾

2. 存在理由

우리 민법 제245조에 규정되어 있는 취득시효제도의 존재이유에 관하여는 물건에 대한 사실상의 지배를 우선 권리로서 인정·보호함으로써 사회질서를 유지할 수 있다는 것이다.⁵⁾ 이에 관한 취득시효제도의 존재이유와 관련하여 학자들 간에는 폐지론과 긍정론으로 대립이 되고 있으므로 이하에서는 그 개요를 살펴보고자 한다.

(1) 取得時效 廢止論

취득시효제도가 존치되어야 하는가에 대하여 헌법적인 시각과 민법적인 시각에서 의문을 제시하는 견해가 있다. 즉 헌법적인 시각에서 보면 부동산취득시효제도는 공공복리를 위한 재산권의 제한과 다른 제도일 뿐만 아니라, 정당한 보상도 수반되지 않는 제도이어서 오히려 사회질서의 안정에 역행하고 또한 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 위헌이라고 한다.⁶⁾ 그리고 민법적인 시각에서 보면, 일정한 기간과 사실상태가 영속하였다고 하여도 진실한 권리자의 권리의 존재가 명확한 이상, 진정한 권리관계를 긍정하여 법으로 보호하여야 함에도 불구하고 시효제도에 의하여 진정한 권리관계를 부정하는 것은 자본주의의 도덕관에서 볼 때 부당하다고 한다.⁷⁾

그러나 취득시효제도는 부동산에 대한 이해관계를 비교형량 하여 형평의 입장에서 원소유자의 권리를 박탈하여 권리자가 아닌 자에게 권리를 부여하는 법체계상 예외적인 제도이며,⁸⁾ 시효완성전의 제3취득자는 완전한 소유권을 취득한 자로 점유자에 대하여 소송을 제기하여 점유를 회복할 수 있었음에도 불구하고 이를 게을리 하여 시효완성을 방치하였으므로 그 결과를 감수 하여야 한다는 점에서 시효완

4) 高翔龍, 「民法總則」, 法文社, 2004, p.655.

5) 韓三寅, 「判例民法 第3版」, 法律行政研究院, 2003, p.341.

6) 金周元, “不動產占有取得時效와 不動產賣買”, 「判例研究」第6輯, 서울地方辯護士會, 1984, pp.215~221.

7) 金占順, “時效制度의 效果에 관한 比較法的 考察”, 「法曹」第23卷, 1974. 4, p.47.

8) 金占順, 上揭論文, p.52.

성후의 제3취득자를 시효완성전의 제3취득자에 비하여 불합리하게 차별하는 것은 아니므로 위헌은 아니라고 한다. 다만 취득시효제도의 존재는 인정하나 형식주의를 취하고 있는 우리 민법 하에서는 앞으로 이른바 등기강제의 원칙을 취하고, 등기제도가 완비되면 점유취득시효제도는 버려야 한다고 한다.⁹⁾

(2) 取得時效 肯定論

취득시효제도를 긍정하는 학자들은 그 존재이유에 관해서는 시효관에 따라 다양하게 전개하고 있다. 취득시효제도의 존재이유에 대하여 다윈설은 취득시효제도에 의하여 비소유자가 그 소유권을 취득하는 경우 혹은 진정한 소유자가 사실상 입증 곤란한 부담을 면하는 경우 등을 모두 고려하여 설명하고 있다.

① 다윈설

다수의 학자¹⁰⁾와 판례¹¹⁾는 다음 세 가지 이유를 들고 있다.

첫째, 사회질서의 안정을 도모하려는데 있다고 한다. 즉 일정한 사실상태가 영속한다면 사회는 이것을 진실한 권리관계에 부합하는 것으로 신뢰하고 이를 기초로 하여 그 위에 여러가지 새로운 법률관계가 형성되는데 후에 이러한 사실관계가 진실한 권리관계와 일치하지 않다고 하여 진실한 권리관계로 환원시킨다는 것은 사회질서의 안정을 해치게 되므로 법률은 법률상태와 다른 사실상태가 일정기간 계속된 때에는 그것을 그대로 법률관계로 인정하여 사회질서의 안정을 도모하는데 그 존재이유를 두고 있다.

둘째, 증거보전 과 입증곤란을 구제하는데 있다고 한다. 즉 일정한 사실상태가 영속되어질 경우에 이 사실상태가 진실한 권리관계에 부합하느냐의 여부가 다투어질 때 확실한 증거에 의하여 판단한다는 것은 매우 어렵다. 왜냐하면 증거자료가 오랜기간이 경과됨에 따라 멸실될 경우가 많을 것이고 또는 증거가 있다고 하여도 그것을 증거자료로 인정받기가 어려운 경우가 많을 것이다. 그러므로 오히려 영속적인 사실상태 그 자체가 진실한 권리관계에 부합될 개연성이 더 높다고 보고 있

9) 郭潤直, 前掲書, p.260.

10) 金會漢·金學東, 「物權法」, 博英社, 2004, p.143; 金顯泰, 前掲論文, pp.39~42; 郭潤直, 上掲書. pp.257~258; 李太載, 「物權法」, 進明文化社, 1994, pp.209~210; 張庚學, “取得時效”, 「考試界」, 1980. 8, pp.62~63.

11) 大判 1979. 7. 10, 79다 569; 大判 1976. 11. 6, 76다 148; 大判 1973 8. 31, 73다 387, 388.

다. 즉 어떠한 사실상태가 장기간 계속 되었다는 것이 무엇보다도 강력한 증거가 되므로, 결국 취득시효제도를 인정하는 것이 증거보전의 곤란을 구제하고 민사소송제도의 적정과 소송경제의 이념에 적합하다는 것이다.

셋째, 권리위에 잠자는 자를 보호할 가치가 없다는 것이다. 오랜 기간동안 자기의 권리를 주장하지 아니하는 자는 권리위에 잠자고 있는 자이므로 이러한 자는 법률의 보호를 받을만한 가치가 없다는 것이다.

그러나 이같은 다원설의 주장들은 시효제도를 둔 근거가 되기에는 충분한 이유가 될 수 없다고 비판받고 있다.¹²⁾ 즉, ㉠ 첫 번째 이유로 들고 있는 사회의 법률관계의 안정이란 결국은 권리자와 같은 외관을 신뢰한 제3자를 보호한다는 것인데 민법의 제3자 보호규정처럼 제3자의 선의·악의를 요구하지 않는 것으로 보아 그렇게 보기 어려운 점이 있다. 그리고 시효제도는 시효이익을 받는 자의 보호를 위한 제도이므로 제3자에 대한 효과는 제2차적 효과에 지나지 않는다. 따라서 선의·무과실을 요구하고 있는 민법 제245조 2항은 전 권리자의 권리와 같은 외관에 대한 시효취득자의 신뢰를 보호하는 제도라고 볼 수 있다. ㉡ 두 번째 이유인 증거보전의 곤란을 구제한다는 것은 그 연혁적인 측면에서 볼 때, 점유취득시효의 근거로서는 어느 정도 설득력이 있으나 등기부취득시효의 근거로는 타당하지 않다. 영속한 사실상태가 있으면, 그것에 일치한 권리관계가 존재하는 개연성은 있다고 할 수 있지만 개연성만으로 비권리자에게 권리를 주고 의무자에게 의무를 면하게 하는 것은 타당하지 않다. ㉢ 세 번째 이유는 권리위에 잠자는 소유자보다는 실질적으로 이용하고 있는 자를 우선시키려는 것인데, 이것은 이용(점유)을 소유에 우선시켜서 이용을 소유로 전환시키는 생각으로, 취득시효가 이러한 기능을 하는 것은 있을 수 있지만 제도자체를 이러한 이유로 설명하는 것은 곤란하다는 것이다.

일본의 경우에도 星野英一 교수는 “그와 같은 설은 벌써 현존에는 통설이 될 수 없다”¹³⁾라고 하고, 川島武宜 교수는 “가령 법률상 시인할 수 없는 사실이 계속하여 존재한다고 하더라도 그것만으로는 법의 원칙을 파괴하는 이유가 되지 않는다. 단순한 기성사실이라는 이유만으로 불법적인 점유자에게 소유권 및 기타의 권리를

12) 金崎洙, 「民法總則(民法講義 I)」, 三英社, 2002, pp.504~505 ; 金占順, 前掲論文. pp.49~74 ; 高翔龍, “取得時效의 存在理由”, 「考試研究」, 1997. 10, pp.38~48.

13) 星野英一, “時效に關する覺書(一)” 「法學協會雜紙」 第86卷 第6號, 1986, p.630.

부여한다는 것은 마치 단순한 사실적 지배가 있었다는 이유만으로 도적에게 점유권의 보호를 주는 것과 같아서 근대법의 강한 권리관념과 모순된다”¹⁴⁾고 비판하고 있다.

② 법정 증거설

이 설은 다수설이 취득시효의 존재이유로 들고 있는 증거보존의 곤란구제를 발전시킨 것으로서 시효를 소송법상의 법정증거로 파악하고자 하는 입장이다. 즉 장기간 다툼이 없이 목적물을 자기의 소유물로서 점유하는 상태가 계속되는 경우에는 그 점유의 시초에 매매·교환 등을 원인으로 하는 권리행위가 존재하는 것으로 추정해도 무방하고, 한편 매매증서 등 권리취득 행위의 증거는 오랜 세월을 경과하는 사이에 멸실되는 일이 많은 점을 생각할 때 단순한 추정을 법정증거로 높여 반증을 드는 것을 허용치 않는 것이 권리자 즉 점유자의 보호를 위하여 필요하다는 견해이다.¹⁵⁾

③ 법적구성과 목적 내지 기능을 나누어 설명하는 설

이 설은 취득시효제도의 법적 구성에 대하여 취득시효제도의 법적구성과 그 목적 내지 기능을 나누어 설명하는데, 법적 구성으로서는 물권 특히 소유권의 거래 안정을 보호하기 위한 제도라고 보는 견해이다.¹⁶⁾

④ 시효취득이분설

이 설은 취득시효의 존재이유를 ㉠입법자가 생각한 존재이유, ㉡법조문에서 당연히 예상되는 존재이유, ㉢당위로서의 존재이유로 구분하고 있다. 그리고 ㉠에 대한 입법자의 관념이 애매하여 이러한 의미의 존재이유는 말 할 수 없고, ㉡에 대한 민법규정이 서로 모순된 내용을 포함하고 있다.¹⁷⁾ 그리고 ㉢당위로서의 존재이유도 일원적인 것은 아니고 각종의 시효마다 고찰하여야 할 것을 전제로 한다. 그런데 원칙적으로는 타인의 소유물을 탈취할 수는 없고 채무자는 변제 하여야 할 것이므로 시효는 진정한 권리자의 권리를 확보하고 변제자의 이중변제를 피하기위한 제도이기 때문에 본래 권리자 아닌 것, 변제하지 않는 것이 분명한 경우에는, 시효의 보호를 부여할 필요는 없다고 한다. 그러면서 부동산취득시효를 규

14) 川島武宜, 「民法總則」, 有斐閣, 1975, p.584.

15) 安達三委生, “時效制度の存在理由” 「民法の爭點 I」, ジコリスト増刊, 1982, pp.74~76.

16) 川島武宜, 「註釋民法, 總則」, 有斐閣, 1967, p.161.

17) 星野英一, “時效に關する覺書-その存在理由き中心として-”, 『民法論集』 4卷, 有斐閣, 1978, pp.180~183.

정한 민법 제245조를 연혁적인 입장에서, 제1항의 장기취득시효는 법적증거 즉 소유권의 입증을 보호하기 위한 취지를 계수한 것으로 보고 있다.¹⁸⁾

⑤ 상관관계설

이 설은 시효일반의 존재이유로 ㉠증명곤란의 구제, ㉡권리위에 잠자는 자는 보호할 가치가 없다는 두 가지를 들고 있지만, 취득시효에 관하여는 ㉠을, 소멸시효에 관하여는 ㉡을 주된 것이라고 보는 견해이다.¹⁹⁾ 그리고 취득시효의 주된 이유로는 ㉡는, 권리위에 잠자는 형식적 권리자보다도 권리의 객체에 관하여 두터운 실질적 이해관계를 갖는 자를 보호하는 것이 옳다고 하는 학설이다.

(3) 私見

이상에서 취득시효제도의 존재이유에 관하여 여러 학설을 살펴보았는데, 이 중 어느 학설이 우리 민법의 경우에 있어서 가장 타당한 학설이라고 말하기는 어렵다. 그러나 취득시효제도는 점유취득시효제도이든 등기부취득시효제도이든 간에 부동산에 대하여 선의취득을 인정하지 않고 있는 우리 법제 하에서는 거래안전을 보호하기 위한 제도임에 틀림없다고 생각한다.

다만 점유취득시효에 있어서는 권리위에 잠자고 있는 자는 보호할 필요가 없으므로 점유자의 사실상의 지배 상태가 일정한 기간동안 계속된 경우에는 그 사실상태가 진실한 권리관계에 부합하느냐의 여부를 묻지 않고 진실한 권리관계로 인정하려는 취지가 강하다고 볼 수 있다. 판례도 점유취득시효를 주장하는 자가 20년간 점유하기 전에 등기부상의 소유자가 변동이 있었다고 하더라도 그자에 대하여는 점유취득시효로 인한 등기청구권을 행사할 수 있으나,²⁰⁾ 점유취득시효 자가 20년간 점유한 후에 등기부상의 소유자가 변동이 있을 경우에는 그 자에 대하여는 점유취득시효로 인한 등기청구권을 행사할 수 없다²¹⁾고 판시하고 있다.

18) 盧承斗, “民法 第245條의 ‘所有의意思’에 관한 小考”, 「司法論集」第7輯, 法院行政處, 1976, p.86.

19) 丹橋諄一, 「民法總則」, 弘文堂, 1953, p.166.

20) 大判 1977. 8. 23, 77다 785.

21) 大判 1992. 9. 25, 92다 21258.

第2節 占有取得時效制度의 立法過程

1. 民法 草案

민법초안상 부동산취득시효에 관한 규정은 제235조이다. 동조는 “20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유하는 자는 법원의 판결을 얻어 등기함으로써 그 소유권을 취득한다. 부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 선의이며 과실 없이 그 부동산을 점유 한때에는 소유권을 취득한다”고 규정하고 있었다.

이 초안은 민법편찬위원회의 민법분과위원회가 기초한 것으로 되어 있으나 사실상 위원장인 김병노 대법원장이 단독으로 기초한 것으로,²²⁾ 그 제안이유서나 기초자의 견해를 알 수 있는 자료는 없다. 제26회 국회에서 민법 기초자로서 김병노 대법원장이 입법취지를 설명한 것이 있을 뿐이며, 시효에 관하여는 언급한 부분이 없어 어떠한 이유에서 혹은 어떤 입법례를 따라 위와 같은 초안을 작성하였는지는 알 수가 없다.



2. 民法 草案의 修正案

민법초안에 대하여는 7종의 수정안²³⁾이 나왔는데, 법제사법위원회의 것, 현석호의원외 19인의 것, 정일형의원외 33인의 것과 이영희의원외 21인의 것, 권오중의원외 30인의 것, 변진갑의원외 24인의 것과 송경섭의원외 24인의 것이 그것이다. 이중에 취득시효에 관하여는 다음과 같은 2개의 수정안이 있었다. 즉 법제사법위원회의 수정안 제245조는 제1항 중 ‘법원의 판결을 얻어 등기함으로써’를 삭제한다. 현석호의원외의 수정안은 제245조 제1항중 ‘법원의 판결을 얻어 등기함으로써’를 삭제하고 동조 제2항을 “10년간 소유의 의사로 평온·공연하게 선의이며 과실 없이 부동산을 점유한 자는 그 소유권을 취득한다”고 수정하고 있다. 먼저 현석호의원외의 수정안은, 전체적으로 초안의 각 조별로 찬성 및 수정의견을 제안하고 있는 민사법연구회에서 작성한 민법안의견서에 기재된 수정 의견과 동일하며,

22) 第26會 國會速記錄, 第30號.

23) 民法案審議錄, 法制司法委員會 民法案審議小委員會, p.2.

초안 제235조의 수정안도 마찬가지이다. 따라서 국회속기록에서 찾아 볼 수 없는 현석호의원의 초안 제235조의 수정안 제안이유는 민법안의견서의 설명으로 대체할 수 있을 것이다. 민법안의견서에서는, 물권변동에 관하여 의사주의의 입장에서 점유를 기초로 하여 시효의 효과를 인정하는 것은 타당하므로, 「법원의 판결을 얻어 등기함으로써」를 모두 삭제하여야 한다고 주장하고 있다.²⁴⁾

그리고 법제사법위원회는 수정이유로 법원의 판결을 얻을 방법이 우리 법제에 없거나 또는 불필요한 경우가 있을 수 있다는 점 때문에 '법원의 판결을 얻어'라는 문구는 삭제되어야 한다고 주장하고 있다.²⁵⁾ 장경근 법제사법위원장은 국회 본회의에서 ①부동산취득시효에 점유와 등기 두 가지를 요건으로 하는 독일 민법이 제일 타당하고 점유만을 요건으로 하는 의용민법(일본민법)은 혼동된 것이고, ②민법초안에 등기를 요건으로 단기취득시효를 인정한 점은 독일 민법과 일본 민법의 절충적인 태도이며²⁶⁾, ③ '법원의 판결'을 얻도록 한 것은 제권판결절차제도가 없는 우리 민법에 부합되지 않는 규정으로 삭제되어야 하며,²⁷⁾ ④부동산 권리의 표상으로 점유보다 등기가 더 중요하므로 형식주의하의 등기부취득시효는 초안의 입장이 타당하다는 등의 이유를 들면서, 법제사법위원회의 수정안을 지지하고 있다. 이러한 장경근위원장이 설명이 있는 후, 현석호의원은 자신의 수정안을 포기하였고 이어서 법제사법위원회의 수정안이 국회본회의에서 이의 없이 통과되어 현행민법 제245조로 규정되었다.

24) 이 意見書에서는 物權變動에 있어서 形式主義로 전환하는 것을 반대하고 意思主義를 답습할 것을 주장하였으며, 또한 取得時效制度를 일본의 경우에 따라서 규정할 것을 주장하고 있다. 民事法研究會, 「民法案意見書」, 一潮閣, 1957, p.67.

25) 民議院 法制司法委員會 民法案審議 小委員會(編), 「民法案審議 資料集」 上卷, p.153.

26) 부동산취득시효의 경우 독일과 같이 점유와 등기를 요건으로 하는 것이 타당하다고 보면서, 우리 민법을 점유취득시효와 등기부취득시효 모두를 채택한 절충적인 입법방식이라는 것이다. 즉 여기서 절충적이라 함은 민법 제245조1항(점유취득시효)과 제2항(등기부취득시효)이 각각 물권변동에 있어서 의사주의 입법과 형식주의 입법이라는 다른 계보를 가진 제도일뿐만 아니라 점유취득시효에 등기를 요하는 점 및 등기부취득시효에 선의·무과실을 요하는 점에서 절충적이라 하겠다.

27) 우리법제상 아직 부동산에 관하여 제권판결절차를 밟는 제도가 없을 뿐만 아니라, 소유명의자가 재판에 의하지 않고 시효취득자에게 등기소유권자로 되는 경우도 있을 수 있으므로 '法院의 判決을 얻어'를 삭제 하여야 한다는 장경근위원장의 지적은 타당하다고 하겠다.

第3節 占有取得時效制度의 問題點

1. 問題의 所在

우리 민법은 물권편 제3장 제2절 소유권취득에서 취득시효를 규정하고 있다. 민법 제245조는 제1항에 “20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유하는 자는登記함으로써 그 소유권을 취득한다”라고 규정하여 점유취득시효를, 제2항에서는 “부동산의 소유자로登記한자가 10년간 소유의 의사로 평온·공연하게 선의이며 과실 없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득 한다”라고 하여 등기부취득시효를 각각 규정하고 있다.

이와 같은 두 가지의 취득시효제도를 두고 있는 현행민법의 태도는 과연 타당한 것인지 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 이미 살펴본 바와 같이 부동산물권변동에 있어서 대립하는 두 입법주의 중에서 의사주의를 채용하고 있는 프랑스민법과 일본민법은 부동산 소유권의 취득시효제도로서 등기부취득시효는 인정하지 않고 오직 점유에 의한 취득시효만을 인정하고 있는데, 그 효력 요건으로서 등기는 요구하지 않는다. 이와 달리 물권변동에 있어서 형식주의를 채용하는 독일민법은 원칙적으로 등기부취득시효만을 인정하고(독민 제300조) 예외적으로 ‘제권판결에 의한 소유권의 상실과 그의 선점’이라는 제도를 인정하고 있다(동법 제927조). 또 스위스민법은 등기부취득시효(瑞民 제661조)와 점유에 의한 취득시효를 둘 다 인정하고는 있으나 점유에 의한 취득시효는 제한된 조건 하에서만 인정하고 있다(동법 제662조).

이와 같은 입법례를 살펴볼 때 의사주의를 채용하는 점유취득시효만을 인정하고 그 요건으로서도 등기를 요구하지 않으며, 형식주의를 채용하는 민법은 등기부취득시효를 원칙적으로 인정하고 그 이외 예외적인 제도를 두어 이를 보충하고 있음을 알 수 있다.

우리 구민법은 의사주의를 채용하고 있어 부동산 소유권의 취득시효제도로서 점유취득만을 인정하고 있었으나(구민법 제162조), 현행민법은 형식주의를 채용하면서도 등기부취득시효 이외에 점유취득시효를 등기부취득시효와 동등하게 인정하고 있다.

따라서 민법이 형식주의를 채용하면서 등기부취득시효 이외에 점유취득시효까지

인정하고 있는 것이 타당한가 하는 것이 문제되고, 특히 점유취득시효에 있어서 구민법과 같이 단순히 일정기간동안 점유만 하여 취득시효가 완성되고 그 효과로서 바로 소유권을 취득하는 것이 아니라 등기를 그 요건으로 요구하고 있는데, 이는 입법적으로 타당 한가 등이 문제점으로 제기되고 있기 때문이다.

2. 占有取得時效制度의 妥當性

우리 민법 제245조 제1항은 점유취득시효를 규정하고 있는데, 타당한가에 대하여 “이것은 부동산 소유권의 승계취득에 있어서 일반적으로 등기를 효력발생 요건으로 삼는 것과 마찬가지로 취급한 것이다. 등기하지 않고 20년간 점유 하다가 시효취득을 하려면 등기하여야 한다는 것이다. 이것은 점유취득시효(舊民 제162조)에서 등기부취득시효(구민 제900조, 제927조)에로 나아가려는 중간적 구성을 채용한 것이다”²⁸⁾라고 설명하기도 하고 “부동산의 자주 점유가 평온·공연하게 시효기간 20년을 경과하면 시효취득 하게 될 것이나 부동산물권은 등기로서 표상한다는 이상을 여기에도 반영시키기 위하여, 등기를 함으로써 소유권을 취득한다고 한다. 즉 원래의 취득시효제도에 부동산물권변동의 표상인 등기를 결합시킨 독일 민법과 절충주의라고 할 수 있을 것이다”²⁹⁾라고 설명하기도 하여, 우리 민법이 의사주의에서 형식주의를 전환하는 과정에서 인정되어진 제도로 이해하려고 한다. 그러나 이에 대하여 우리나라의 현행제도로서는 부동산소유권의 공시방법은 점유가 아니라 등기이므로 점유 만에 의하여 시효취득을 인정한다는 것은 부당하다고 한다.³⁰⁾ 또한 우리나라는 모든 부동산은 등기되어야 한다는 등기강제의 원칙이 채용되어 있지 않기 때문에, 독일과는 다르게 이른바 미등기의 부동산이 적지 않으며, 또한 등기 없이도 물권변동이 일어나는 일정한 예외가 인정 되어 있을 뿐 아니라 등기의 공신력을 인정하지 않는 점을 생각할 때 점유취득시효제도를 인정하는 것도 이해가 가나, 앞으로 등기강제의 원칙을 취하고, 등기제도가 완비되는 날에는 점유취득 시효제도는 버려야 할 것이라고 한다.³¹⁾

생각건대 등기강제의 원칙이 채용되고 있는 독일 민법의 경우에도 우리의 점유

28) 張庚鶴, 「增訂 新物權法總論」, 一韓圖書, 2004, p.327.

29) 金會漢·金學東, 前掲書, p.332.

30) 金會漢·金學東, 上掲書, p.275.

31) 金容漢, 「物權法論」, 博英社, 2003, p.357 ; 郭潤直, 前掲書, p.302.

취득시효와 유사한 '공시최고'에 의한 특별제도를 두어 취득시효제도를 보충하고 있는데 비추어 보더라도 우리의 입법이 전적으로 부당하다고 할 수 없으며,³²⁾ 또 취득시효에 관한 판례 대부분이 점유취득시효에 관한 것이고 우리 민법이 물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있다는 점을 감안할 때 이 제도의 존재이유를 구태여 부정할 필요는 없을 것이다.³³⁾

3. 占有取得時效의 요건으로서 登記의 妥當性

민법 제245조 제1항은 점유취득시효의 요건으로서 등기를 요구하고 있는데, 이는 민법 제정당시부터 문제가 있었다. 즉 민법 초안 제235조 제1항은“20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유하는 자는 법원의 판결을 얻어 등기함으로써 그 소유권을 취득 한다”고 규정하고 있어 민사법연구회에서는 ‘법원의 판결을 얻어 등기함으로써’를 삭제할 것을 주장하였다. 그 이유는 “부동산에 관한 물권변동을 빠짐없이 등기에 의하여 표상 하려고 하는 현상에서 말한다면 점유만으로 인한 부동산의 취득시효를 인정한다는 것은 타당한 것이라고 할 수 없고, 또 그렇게 하고 있는 현행민법의 해석에 관하여 곤란한 문제가 허다하게 일어나는 것은 사실이다. 그렇지만 본 의견서가 물권변동에 관하여 의사주의를 취한다면 유독 취득시효로 인한 물권변동에 있어서만 등기 없이는 효력을 발생하지 않는다고 하는 것은 균형이 맞지 않는다. 혹 취득시효제도의 존재이유를 진정한 권리 없이 공시방법만 갖추어진 상태가 장기간 계속되었을 때에는 그 공시 방법의 배후에 진실한 권리가 있는 것으로 생각한다면, 부동산의 공시방법은 점유가 아니라 등기이므로, 점유를 기초로 하여 시효취득을 인정할 것이 아니라 등기를 기초로 하여야 할 것이다. 그렇지만 근대 법이론은 소유권은 시효소멸하지 않는 것이라고 하지만 甲 소유의 부동산을 乙이 장기간 소유의 의사로 점유함으로써 소유권을 취득한다고 하는 것은, 실질적으로 甲이 자기의 권리위에 잠잠기 때문에 그 권리를 상실하는 것을 의미한다. 즉 타인의 소유의 의사로 점유함을 장기간 방치하는 것은, 권리자가 그 권리 위에 잠자는 것이

32) 張庚鶴, 「物權法」, 博英社, 1998, p.435.

33) 金大圭, “우리 民法上 不動產所有權의 占有取得時效와 登記” 「民法學의 回顧와 展望」, 民法施行30周年紀念論文集, 韓國民事法學會, 1993, p.300.

라고 할 수 있다. 그러므로 그 점유를 기초로 하여 시효의 효과를 인정하는 것은 결코 이론상도 부당하다고 할 수 없다³⁴⁾고 한다. 그러나 민법은 형식주의를 채용하면서 제245조 제1항은 점유취득시효의 요건으로서 ‘법원의 판결을 얻어’만을 삭제하고 ‘등기’는 그 요건으로서 요구하고 있다. 이는 점유취득시효의 요건으로서 등기는 물권변동에 있어서 의사주의를 채용하는 민법에서는 필요하지 않으나, 형식주의를 채용하는 민법에 있어서는 필요하다는데 근거를 둔 것 같다. 그러나 우리민법 제187조 본문은 “상속·공용징수·판결·경매·기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니 한다”고 규정하고 있고, 점유취득시효는 법률의 규정에 의한 물권변동이므로 시효취득자는 등기 없이도 소유권을 취득하는 것으로 보아야 하느냐 아니면 제245조 제1항은 제187조의 예외규정으로 보아 점유취득시효의 요건으로서 등기가 필요하다고 볼 것인가에 대하여는 다음과 같이 학설은 대립하고 있다.

① 등기불필요설 : 이 설의 논거는 부동산소유권을 취득시효에 의하여 취득하려면 일반성립요건 외에 등기라는 특별요건을 필요로 하는데, 새로 제정된 부동산등기법에 의하여도 등기공무원에게 형식적 심사권밖에 인정되지 않으므로 시효취득에 의한 부동산소유 이전등기를 일방적으로 할 수 없고, 실제로 시효취득에 의한 부동산물권취득은 판결에 확정되고, 따라서 이 경우 등기를 필요로 하지 아니하고 물권이 취득 될 수 있으므로 등기를 점유취득시효의 요건으로 한 것은 모순이다³⁵⁾라고 하기도 하고 또 시효취득자는 시효취득기간 경과 후에는 타물권이 설정되더라도 미등기상태에서 이미 타물권자에 대항할 수 있다고 보아야 한다고 하고 그 이론적 근거를 구하기 위하여 시효취득은 법률의 규정에 의한 물권변동이고, 법률의 규정에 의한 물권변동은 원래 등기 없이도 일어나므로 민법 제245조 제1항이 등기함으로써 소유권을 취득한다고 규정하는 것은 입법의 과오든지 아니면 혼시적 규정에 불과하다³⁶⁾고 한다.

② 등기필요설 : 이 설의 논거는 시효취득은 이른바 법률행위에 의하지 않는 물권변동이므로 제187조의 원칙을 그대로 여기에도 적용한다면 등기 없이 취득

34) 民事法研究會, 前掲意見書, p.93.

35) 郭潤直, 前掲書, p.129 ; 崔秉祚, “不動産의 占有取得時效와 占有의 所有意思”, 「法學」第37卷 第1號, 서울대法學研究所, 1981.

36) 林東鎮, “取得時效의 起算點과 完成時點”, 「民事判例研究(I)」, 韓國司法行政學會, 1989, p.100.

시효의 효력이 생기는 것이 되나, 민법은 제187조에 대한 유일한 예외로서 점유취득시효는 등기하여야 그 효력이 생기는 것으로 하고 있다고 하기도 하고³⁷⁾ 또 시효취득은 원시취득이며 법률행위에 의한 물건변동이 아니므로 원칙대로 한다면 등기를 요하지 않는다고 할 것이나 소유권의 취득을 명확히 하여 분쟁을 방지하기 위하여 승계취득의 경우와 마찬가지로(제186조) 등기를 요한다고 한 것이라고도 하고,³⁸⁾ 또 제245조 제1항의 등기를 소유권취득의 요건으로 한 것은 모순내지 결과적으로 일반취득시효제도의 실효성을 박약하게 하지 않는가 하는 의구심마저 갖게 하는데, 일정한 사실 상태가 일정기간 경과함으로써 권리의 득실을 발생케 하는 제도로서 '시간경과'라는 법률행위가 아닌 '사건'으로 물건변동을 발생케 하는 것이므로, 이른바 '법률행위에 의하지 않는 물건변동'에 관한 제187조의 원칙을 그대로 적용한다면 등기 없이 취득시효의 효력을 발생하는 것이 된다. 그런데 법률행위에 의하지 않는 부동산물권변동에 등기를 필요로 하지 않는 이유는 법률관계의 공백상태의 발생을 방지하려는데 그 이유가 있다고 볼 수 있는 이유인 즉 상속·고용징수·판결·경매 등에 의한 경우에는 등기를 하지 않더라도 소유권의 입체 및 취득기간 등이 분명하나, 취득시효의 경우에는 그런 것이 불분명하므로, 입법은 제187조의 원칙에 대한 유일한 예외로서 점유취득시효는 등기하여야 그 효력이 발생하는 것으로 보아야 한다고 하기도 한다³⁹⁾.

생각건대 민법은 형식주의를 채용하고 있으므로 부동산물권의 변동은 등기하여야 일어나는 것이 원칙이다. 그러나 상속·공용징수·판결·경매 등에 있어서도 이 원칙을 관철한다면 부동산물권변동에 있어 공백상태를 초래케 된다. 그리하여 제187조는 등기 없이도 물건변동이 일어날 수 있는 예외를 인정하고 있는 것이다. 그런데 점유취득시효의 경우에는 법률의 규정에 의한 물건변동에는 틀림이 없으나 제187조가 열거하고 있는 경우와는 달리 등기를 물건변동의 요건

37) 郭潤直, 前掲書, p.305.

38) 張庚鶴, 前掲書, p.439.

39) 李光信, “時效制度에 관한 研究”, 「法學論叢」第11輯, 檀國大出版部, 1982, p.8 ; 그러나 그후 민법 제187조의 원칙을 실천하기 위하여서라면 민법 제245조 제1항에서 등기를 취득시효의 요건으로 규정하지 않았어야 했을 것이라고 한다(同, “登記請求權”, 「法學論叢」第9輯, 檀國大出版部, p.14.).

으로 요구하여도 물권변동에 있어 공백상태를 초래할 염려가 없다. 그렇다면 형식주의 원칙에 입각하여 등기를 그 요건으로 요구하는 것이 타당하고 또 그렇게 하는 것이 점유취득시효의 경우 법률관계의 명확을 꾀할 수 있을 것이다.⁴⁰⁾



40) 金容晋, “不動産登記請求權에 관한 약간의 研究”, 「檀國大論文集」第3輯, 1989, p.302.

第 3 章 占有取得時效制度의 比較法的 考察

第 1 節 沿革

취득시효제도는 로마법을 기원으로 발달된 제도이며 대륙법을 거쳐 일본법등을 통하여 우리나라에 도입 되었다.⁴¹⁾ 게르만법에서는 로마법에서와 같이 취득시효 제도가 발달하지는 않았으나, 게르만법에 있어서도 로마법상의 취득시효제도 자체는 아니지만 시간의 경과에 따라 권리관계에 영향을 주는 침묵의제도 (Versshweigung)⁴²⁾가 있었으나, 우선 로마법과 게르만법에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 로마법

로마법은 시효에 관한 기록들을 비교적 많이 가지고 있다. 로마법상 당사자의 의사에 의하지 아니하고, 일정기간 계속점유에 의하여 소유권을 취득하는 방법으로서 12표법에서도 규정한 실체법상의 권리인 사용취득(usucapio)이 있었다. 사용취득이라는 용어는 점유(usua)와 취득(capio)의 합성어로 점유에 의한 소유권 취득을 의미한다.⁴³⁾ 그리고 시민법이 적용되지 않았던 속주에서는 소송상 방어수단으로 발달한 장기점유의 항변이 결과적으로 사용취득과 동일한 기능을 담당하고 있었다. 장기점유의 항변은 사용취득과 점유기간에 차이가 있다는 점 이외에는 그 요건은 거의 동일하다.

(1) 사용취득(Usucapio)

① 의의

사용취득은 로마의 12표법상 사용담보원칙(Usus auctoritas Regel)에서 비롯

41) 玄勝鍾, 前掲書, p.127.

42) 玄勝鍾·曹圭昌, 「게르만法」, 博英社, 2001, pp.7~26.

43) 玄勝鍾, 前掲書, p.267.

된 제도이다.⁴⁴⁾ 즉 12표법 Tab 6 IV에서는 부동산양도인은 2년간, 동산양도인은 1년간의 추탈담보책임을 부담함을 규정하고 있다. 따라서 토지를 2년간, 그 외의 물건을 1년간 중단 없이 자기의 점유 내에 둔자는 양도인의 담보책임은 소멸하고 양수인은 그 이전의 취득원인으로부터 독립한 소유권을 확정적으로 취득하게 되었다.⁴⁵⁾ 이는 적법한 소유자로부터 적법한 절차에 의하여 취득하였다는 사실이 입증 곤란하거나 불가능한 경우에 그 입증책임을 면하게 하기 위한 것이었다.⁴⁶⁾ Usuapio의 어원은 usus(possessio in old rerubican usage), capere(take, catch, occupy)이며, 이는 점유에 의하여 소유권을 취득하는 것을 의미한다. 그래서 일반적으로 Usucapio는 어떤 사람이 소유권자가 아닌 자로부터 어떤 물건을 취득 하였다던가 또는 수중물⁴⁷⁾을 소유자로부터 단순히 인도만 받는 경우에, 일정한 요건을 갖추면 시민법상의 소유권을 취득하게 되는 제도라고 정의되고 있다.⁴⁸⁾ 이것은 뒤늦게 제기하는 소유권회복소송을 배제시켰기 때문에 소유권의 안전성과 확실성에는 장애물이 되었지만, 소유권의 입증을 용이하게 하는 역할도 담당하였다.⁴⁹⁾

② 요건

가. 주체 및 객체

Usucapio는 시민법상의 소유권 취득방법이었으므로 시민법상 소유권이 대상이 될 수 있는 물건에 대해서만 적용되었다. 따라서 속주의 토지들과 자유인, 성물(res sacrae), 비용동물과 같이 거래의 대상이 될 수 없는 물건은 사용취득이 객체가 될 수 없었다. 또한 목적물이 유실물 또는 도품⁵⁰⁾이거나 폭력에 의하여

44) F.Schulz, Classical Roman Law(London : Oxford at the clarendon Press), 1951, N°623.

45) M.Kaser, Romisches Privatrecht, München ; C.H.Beck. S, 1986, N°117.

46) 船田亨二, 「ローマ法」第2卷, 岩波書院, 1968, p.482.

47) 手中物(res mancipi)과 非手中物(res nes mancipi)은 로마인에게 있어서 가장 중요한 物件에 대한 구별이다. 前者는 이탈리아의 土地, 地域權, 등이나 목으로 사용할 수 있는 소, 말등과 같은 사족동물을 말하는데, 이러한 물건의 소유권 이전에는 악취행위(mancipatio), 법정양여(in iurecesio)의 절차가 요구되었다. 이와는 달리 非手中物의 소유권 이전은 악취행위나 법정양여에 의한 것이 아니고 단순한 인도만으로도 가능 하였다. 악취행위와 法定讓與에 대한 자세한 내용은 黃迪仁, 『로마법·서양법제사』, 博英社, 1997, p.176.

48) C.Larroument, Droit civil, T.II. Les biens droit reels principausx(paris ; Econornia), 1984, N°407.

49) G.Baudry -Lacantinerie, et A.Tnaiter, theorique et pratique de droit civil De la Prescription, (Paris ; Larose), 1905, N°4-5.

50) 여기서 말하는 盜品은 상당히 넓은 意味로 사용되어 詐欺橫領등에 의하여 喪失한 物品

점유한 부동산, 양도할 수 없는 물건에 대하여는 비록 선의의 점유자라 하더라도 이 Usucapio의 효과를 부여받지 못하였다.⁵¹⁾ 도품을 Usucapio의 객체에서 제외시킨 것은 단순히 점유만 한다고 하여 그 효과를 부여 하고자 한 제도가 아님을 알 수 있고, 폭력에 의한 취득을 배제시키는 점에서 점유의 평온·공연성의 기원을 엿볼 수 있다. 아울러 양도가 불가능한 물건, 조건이 붙어있는 물건을 배제시키고 있는 점에서 공물에 대한 취득시효의 배제가 이때부터 존재하고 있었음을 알 수 있다.

나. 선의(bona fides)

점유는 선의로 시작되어야 한다. 여기서 선의라 함은 목적물의 점유취득시 소유자의 권리를 해하지 않는다고 믿은 취득자의 주관적 확신을 의미 하였다. 따라서 선의는 상대방을 소유자, 소유권 양도의 능력이 있는 자, 또는 소유자의 대리인으로 믿거나 또는 객체에 대한 권리를 소유권자가 점유하였다고 믿는 것을 말한다. 즉 선의는 점유개시시에 있으면 충분하고, 후에 악의가 된다고 하더라도 Usucapio의 효과에는 영향을 주지 않았다.⁵²⁾ 이것을 mala fides superveniens non nocet(후발적 악의는 해가 되지 않는다)의 원칙이라고 한다. 그렇지만 증여의 경우에는 전 기간동안 선의일 것이 요구 되었다.⁵³⁾ 그런가 하면 매매에 있어서는 계약체결 및 인도시에 선의일 것이 요구되었다는 견해도 있다.⁵⁴⁾ 선의는 추정되었고, 물론 반증을 통하여 이를 번복시킬 수 있었다. 그런데 Usucapio lucrativa pro herede(상속인으로서의 사용취득)와 Usucapio(신탁에 의한 사용회수)의 경우에는 선의가 아니어도 1년 동안의 점유에 의하여 소유권을 취득할 수 있었다.⁵⁵⁾

다. 정당한 원인(iustacausa) 내지 정당한 권원(iustustitulus)

이것은 12표법에서 요구되었던 것은 아니고, 그 후에 와서야 요건으로 등장 하

도 포함되었다 ; 航田亨二, 前掲書, p.488.

51) G.Baudry - Lacantinerie, et A.Tissier, 1905, N°7.

52) M.Kaser, 1986. a.a.O., S.118-19. 이에 비해 教會法은 使用取得이 完成時까지 善意일것을 요구하였다. 教會法上의 時效制度에 관하여는 Maschat, Institutiones Juris Civilis et Canonici(Augustae Vindelicorum), 1761, 289ff 참조.

53) M.Kaser, A Mnuual of Roman Private Law(London ; Cambrige at the University Press), 1953, N°47.

54) M.Kaser, 1986, a.a.O., S.119.

55) W.W.Buckland, 1953, N°47.

였다.⁵⁶⁾ 일반적으로 정당한 원인내지 정당한 권원이라 함은 점유가 타인의 권리를 침해하지 않는 객관적 사정으로⁵⁷⁾ 법질서에 의하여 승인된 취득원인을 말한다. 즉 정당한 원인내지 권원은, 당사자간에 소유권이전을 목적으로 하는 법률행위나 기타 점유의 취득을 정당화 하는 사유로 매매·증여·교환 등으로 취득되는 것을 의미 한다고 알려져 있으나,⁵⁸⁾ 최근의 연구에 따르면 정당한 권원은 매도인이 소유권이 없기 때문에 그 소유권을 취득할 수 없을 때, 그가 완전한 소유권을 가졌더라면 취득할 수 있었던 것이라고 한다. 이는 단지 당사자들 사이에서만 관여하는 사법상의 행위였지만⁵⁹⁾ 실질적이고 진정한 것이어야 하고 단순히 권원이 있다고 믿은 것만으로는 부족하고 현실로 존재 할 것을 요한다.⁶⁰⁾ 다만 매매를 원인으로 하는 인도에 의하여 사용취득이 생긴 경우에는 매매가 현실로 존재하거나 무효인 경우에도 사용취득은 가능하였다. 그런데 Diocletianus 황제는 이것을 배척하는 규제를 만들어 ‘진실의 권원’이 없으면 사용취득은 생기지 않는다고 하였고, Justinianus 황제의 법학제요는 이 원칙을 명백히 하여 ‘허위의 원인에 관한 착오는 사용취득을 생기게 하지 않는다’고 한다.⁶¹⁾

라. 점유기간

점유는 12표법 이래 계속하여 토지에 대하여는 2년, 그 이외의 물건에 대하여는 1년동안 계속 점유하여야 했다. 이 점유기간은 언뜻 보기에는 매우 짧은 기간으로 보인다. 그러나 원시 로마공화정시대에는 이동이 빈번하지 않았고⁶²⁾ 그 지역이 협소하여 소유자가 소유물이 타인에 의하여 점유되고 있는 것을 모르는 경우가 드물며, 특히 도품을 그 적용 대상에서 제외 시킨 점 등을 고려한다면 실제에 있어서는 거의 소유권을 위협에 빠뜨리지 않을 수 있었다. 이런 까닭에 고전시대에 이르러서도 그 기간이 지나치게 짧은 것이라고 생각 되지는 않았다.⁶³⁾

점유 기간이 경합은 포괄승계에 한하여 인정 되었다.⁶⁴⁾ 그리하여 상속인은 피

56) G. Baudry-Lacantinerie, et A.Tissier, 1905 ; No5;W.W.Buckland, 1953, N°102.

57) 玄勝鍾·曹圭昌, 前掲書, p.570.

58) M.Kaser, 1986, a.a.O., S.118 ; W.W.Buckland, 1953, N°48.

59) A.-M. Patault, Introduction historique droit des biens(Paris:P.U.F), 1989, N°102.

60) M.Kaser, 1986, a.a.O., S.118.

61) 船田亨二, 前掲書, p.491.

62) G.Baudry-Lacantinerie, et A.Tissier, 1905, N°3.

63) F.Schulz, 1951, N°623.

64) 風間鶴壽, “羅馬法に於ける效制度の一斷面”, 「法學論叢」第40卷 第3號, 1978, p.489.

상속인의 점유기간을 병합할 수 있었는데, 이는 피상속인의 지위를 승계하였기 때문이라고 설명되고 있다. 이때 상속인의 권원에 하자가 있었다는 것을 알고 있었는지의 여부는 중요하지 않았다. 그러나 양도에 의하여 취득한자는 새로운 사용취득을 개시하게 되었으므로⁶⁵⁾ 비록 그가 점유의 시초에 선의였다 하더라도 점유기간을 합산할 수 없었다.⁶⁶⁾ 요컨대 특정승계의 경우에는 전 점유기간동안 점유자가 실제로 점유할 것이 요구되었다.⁶⁷⁾ 그러나 유스티니아누스 칙법에서는 후 점유자도 전점유자와 같은 요건을 구비하면 전점유자와 점유기간과 후 점유자의 점유기간은 합산하였다(점유기간의 통산).⁶⁸⁾ 점유의 중단에 있어서는, 점유의 상실에 기인하는 자연적 중단은 인정되었으나, 소송의 제기, 점유자의 사망으로는 중단이 되지 않았다.⁶⁹⁾

③ 효과

이상의 요건을 갖추면 로마 시민은 사용취득에 의하여 로마내에 존재하는 물건의 소유권을 취득할 수 있었다. 그 결과 제3의 취득자에 의한 소유권회복 소송을 배제하는데 기여 하였다.⁷⁰⁾ 토지에 대한 사용취득은 기존의 사용권, 저당권에 영향을 미치지 않았다.⁷¹⁾ 이러한 점에 비추어 볼 때 사용취득의 요건을 구비하면 소유자는 물론 제3자에게도 대항할 수 있었다. 다만 목적물에 존재하고 있었던 기존의 권리들이 그대로 존속하는 것으로 보아 소급효가 인정되었는지 원시취득이었는지 여부는 의심스럽다.

(2) 장기점유의 항변(Praescriptio longi temporis)

① 의의

사용취득은 시민법상의 소유권취득의 방법이므로 그 적용범위가 매우 제한되어 있었는데 로마제국이 그 영토를 확대해 감에 따라 그 적용범위를 넓힐 필요성이 대두되었다. 이에 2세기 말경에 황제칙법에 의하여 인정된 제도가 바로

65) M.Kaser, 1986, a.a.O., S.119.

66) F.Schulz, 1951, N°47.

67) W.W.Buckland, 1953, N°47.

68) 船田亨二, 前掲書, p.489.

69) M.Kaser, 1986, a.a.O., S.119.

70) G.Baudry-Lacantinerie, et A.Tissier, 1905, N°6.

71) W.W.Buckland, 1953, N°48.

Praescriptio longi temporis이다.⁷²⁾ 이는 속주의 토지(사용취득이 인정되지 않았다)에 대하여 불사용에 의한 권리상실의 항변(장기점유의 항변)을 허용함으로써 장기간 승계하는 점유를 보호하려는 것이었다.⁷³⁾ 프랑스법상 Prescription(시효)이란 말이 바로 여기에서 비롯되었으며,⁷⁴⁾ 이는 소송에서 증거를 제시하는 역할을 담당 하였다.⁷⁵⁾ 이처럼 Usucapio Praescriptio는 그 적용지역과 주체면에서 상이한 것이었지만, Praescriptio가 인정되는 경우에도 여전히 Usucapio가 적용되었기 때문에 그것이 기본 원칙들이 유지될 수 있었다.⁷⁶⁾ 그 외에 근원을 알 수 없는 이른바, 태고적부터의 점유에 대하여도 특정한 효과가 부여되었다고 하는데⁷⁷⁾ 이는 그 점유기간이 장기화됨에 따른 영향이라고 생각된다.

② 요건

Praescriptio longi temporis는 주체면에서 로마인과 비로마인 모두에게 적용되었고, 객체면에서는 속주의 토지에까지 적용되었으며,⁷⁸⁾ 후에는 동산에도 적용되었다.⁷⁹⁾ 정당한 권원과 선의는 Usucapio에서와 마찬가지로 요구 되었으나⁸⁰⁾ 그 기간에 있어서는 Usucapio와 상당한 차이가 있었다. 즉 점유자와 소유자가 동일한 주에 거주하는 현재자간(inter praesentes)에는 10년, 점유자와 소유자가 다른 주에 거주하는 부재자간(inter absentes)에는, 20년의 기간을 점유할 때 장기점유의 항변으로 소유자의 반환청구를 배척할 수 있음을 규정하고 있었다.⁸¹⁾ 이때 상속인은 피상속인의 점유기간까지 합산할 수 있으며, 또한 선의와 정당한 권원에 의하여 점유하고 있는 자는 개별승계의 경우에도 전점유자의 점유기간을

72) G.Baudry-Lacantinerie, et A.Tissier, 1905, No.8 ; W.W.Buckland, 1953, N°49.

73) M.Kaser, 1986, a.a.O., S.119.

74) 장기점유의 항변이 우리의 관심을 갖게 하는 것은 이제도가 정규적 취득시효제도의 발전에 많은 영향을 미쳤기 때문이다. 崔秉祚, “不動産의 占有取得時效와 占有者の 所有意思”, 「法學」 第37卷 第1號, 서울대法學研究所, 1981, p.112.

75) F. Zenati, 1988. Droit civil, Les Biens(Paris:P.U.F.), N°326 ; G.Dulckeit, 1957.Romische Rechtsgeschichte(München : C.H.Beck), S.143 ; G.Dulckeit, F.Schwarz, und, W.Waldstein, 1981. Romische Rechtsgeschichte(München : C.H.Beck), S.148.

76) G.Budry-Lacantinerie, et A, Tissier, 1905, N°10.

77) Ibid., N°12.

78) G.Baudry-Lacantinerie, et A, Tissier, 1905, N°18 ; W.W.Buckland, 1953, N°49.

79) M.Kaser, 1986, a.a.O., S.119 ; 船田亨二, 前掲書, p.503.

80) F.Schulz, 1951, N°630 ; G.Baudry-Lacantinerie, et A, Tissier, 1905, N°8 ; M.Kaser, 1986, a.a.O., S.119 ; W.W.Buckland, 1957, N°47.

81) F.Schulz, 1951. N°630 ; G.Baudry-Lacantinerie, et A, Tissier, 1905. N°8 ; M.Kaser, 1986, a.a.O., S.119 ; W.W.Buckland, 1953, N°49.

합산할 수 있었다. 이러한 점유기간은 점유자의 점유상실 뿐만 아니라 소유자의 점유자에 대한 회복소송의 제기 또는 회복의 최고(interpellation)에 의하여도 중단되었다.⁸²⁾ 이 장기간의 취득시효에서 정당한 점유개시(Pauli Ssententiae V.24)란 정당한 권원을 의미하였다.⁸³⁾ 이에 관한 가장 오래된 사료인 199년 Septimius Severus Caracalla황제의 칙답⁸⁴⁾에 의해도 제도의 윤곽은 명료하지 않다. 특히 이 장기간의 시효가 이제까지의 소유자의 소권만을 배제 하는 것인지, 아니면 그에 의해서 보호받는 점유자에게 실체적 권리를 부여하려는 것인지가 분명하지 않았다.⁸⁵⁾

③ 효과

Usucapio가 적극적이고 취득적인 효과를 가졌던 반면에 Praescriptio는 단지 소극적이고 방어적인 효과를 가질 따름이었다. 즉 토지의 소유자가 반환을 청구한다면, 계속된 장기의 점유가 그 청구에 대하여 방어해 줄 수는 있지만, 그에게 토지에 대한 권원을 줄 수는 없었다. 따라서 어떤 이유에서든지 그가 점유를 상실한다면 그는 상대방 점유자에게 그의 소유권을 주장할 수 없었다.⁸⁶⁾ 또 다른 중요한 차이는 Praescriptio에 있어서는 이미 성립되어 있던 저당권이라 할지라도, 점유자가 점유를 개시할 때 그것에 대하여 알지 못하였다면 그 저당권은 인정되지 않았다.⁸⁷⁾

(3) 고전기 이후의 제도

4세기 후반에는 고전후기의 비속법에서 종래의 사용취득개념은 완전히 소멸하였고, 그 대신에 점유 이외에는 그 이상 어떠한 요건도 요구하지 않는 40년(후에는30년)의 전서가 등장하였다. 그 후 5세기에는 Theodosius 2세는 424

82) F.Schulz, 1951, N°629 ; M.Kaser, 1986, a.a.O., S.119 ; W.W.Buckland, 1953, N°47.

83) Interpretatio ad PS V.2.3-4: iustum autem initium est emptionis hereditatis donationis legati fideicommissi et ceterarum rerum similium, quar per legimas scripturas atque contractus ad uniuscuiusque dominium transire noscuntur.

84) Fontes Iuris Romani Anteiustiniani I (Florentiae), 1968, No.84-8, p.437ff.

85) Enciclopedia del Diritto, s. v. Prescrizione, 37f.

86) G.Baudry-Lacantinerie, etA, Tissier,1905, N°9 ; W.W.Buckland, 1953, N°49.

87) W.W.Buckland, 1953, N°49.

년 법률에 의하여 이 30년 혹은 40년의 전서를 청구권의 소멸시효로 수용하고, 모든 소권에 대한 일반적인 시효로 삼았다.⁸⁸⁾ 이것이 특별한 요건 없이도 인정되었던 30년의 시효의 기원이다.⁸⁹⁾ 이렇게 종래의 시효와는 달리 별다른 요건을 부여하지 않는 것은 이 경우에는 소유자가 없는 것처럼 보이기 때문이라고 설명되고 있다.⁹⁰⁾ 이 청구권의 소멸시효는 장기간의 전서(longi temporis praescriptio)라고 불리워졌고, 비속법에서는 사용취득과 합류하게 되었다.⁹¹⁾

그 이후 Justinianus 황제는 고전법으로 되돌아가서 통일적인 사용취득제도를 만들어내어, 그것을 다시 소멸시효와 분리하였다. 그 요건으로는 사용취득이 가능한 물건에 대한 자주점유, 정당한 권원, 선의 및 일정한 기간이 요구되었고, 그 기간은 동산에 대하여는 3년, 토지에 대하여는 동일한 행정관구내에서는 10년, 그렇지 않은 격지자간(inter absentes)에는 20년이였다.⁹²⁾

그 외에 Justinianus 황제는 30년(때로는 40년)의 반환청구권의 소멸시효를 특별사용취득(최장기간의 전서)으로 만들었다. 그런데 그 요건으로 선의를 요구하였으나 정당한 권원은 요구하지 않았으므로, 도둑에 대하여서도 특별사용취득은 가능하였고, 국고, 황실 교회재산 등의 경우에도 점유가 있는 경우에는 소위 최장기의 취득시효를 인정하였다.⁹³⁾ 용어 면에서는 이와 유사하게 사용되어 왔던 부동산의 Usucapio와 용어상 혼란을 막기 위하여 Usucapio는 동산의 경우에 한하여, 그 밖의 것에는 Praescriptio를 사용하도록 하였다. 그 효과는 Usucapio에서처럼 취득적이였다.⁹⁴⁾

88) G.Baudry-Lacantinerie, et A, Tissier, 1905. N°11 ; M.Kaser, 1986. a.a.O., S.37·120.

89) 그런데 우리나라에서는 一般的으로 이 30年 時效의 기원을 후술하는 Justinianus法에서 찾고 있는 것 같다. 여기에 대하여서는 盧承斗, “民法245條의 ‘所有의意思’에 관한 小考”, 「司法論集」 第7輯, 法院行政處, 1976, pp.70~71 ; 玄勝鍾, 「로마法」, 法文社, 2004, p.112.

90) W.W.Buckland, 1953, N°49.

91) M.Kaser, 1986, a.a.O., S.37.

92) Ibid., S.120. 이러한 양제도가 후세의 학자들이 말하는 通常取得時效이다 ; 船田亨二, 前掲書, p.506.

93) Ibid., S.120.

94) F.Schulz, 1951, N°630 ; M.Kaser, 1986, a.a.O., S.120 ; W.W.Buckland, 1953, N°49.

2. 게르만 법

게르만법에서는 중세말기에 로마법을 보통법으로 승계하기까지는(1495년) 엄밀한 의미의 취득시효나 소멸시효가 인정되지 않았다. 그 대신 시간의 경과가 권리 관계에 영향을 주는 것으로서 침묵의 제도(Verschweigung)가 중요한 역할을 하였다. 이 제도는 누구든지 현재의 상태에 대하여, 그것이 정당한 권리관계와 다르다고 이의를 제기하려는 자는 일정한 기간 내에 일정한 방식으로 이의를 제기하여야 한다. 그 일정한 기간이라는 것은 많은 경우에 1년이었는데, 이들 기간 동안 침묵하면 영원히 침묵하지 않으면 안 되는 것이다.⁹⁵⁾

침묵의 제도는 다른 사람에게 권리를 취득시키는 것은 아니었으나, 결과에 있어서는 다른 사람이 점유를 승계함으로써 그 자에게 권리를 취득시키는 것과 같이 되었으며, 그 결과 침묵의 제도는 일종의 취득효과처럼 생각되었다.⁹⁶⁾

이외에도 “시초를 알 수 없을만큼 오래전부터 (Unvordenklichkeit)”라는 어떤 사실이 계속되어 왔다면 이는 정당한 법적근거에 의하여 발생 하였으리라는 추정을 하였다.

第2節 比較法的 考察

1. 獨逸民法

(1) 연혁

독일 보통법시대 이전에는 취득시효제도와 관련하여 게르만법이 적용되다가 보통법을 거쳐서 현재의 민법에 이르렀다. 먼저 독일 게르만법에서는 로마법과 같은 취득시효제도는 없었으나⁹⁷⁾ 이와 유사한 기능을 수행한 확정적 Gewere(rechte

95) 盧承斗, 前掲論文, p.71.

96) 趙相根, “登記請求權에 관한 研究”, 「大田大論文集」第2輯, 1992, p.61.

97) Motive zum Entwurfe eines BGB, Bd. III, 1888, S.306 ; O.V. Gierke, Deutsche Pnvatrecht, Bd. II, 1905, S.458.

Gewere)라는 제도가 있었다.⁹⁸⁾ 즉 확정적 Gewere는 부동산은 법정양도 후, 동산은 점유개시 후 1년 1일(Jahr und Tag)동안 권리를 다투는 자가 없으면 양수인은 목적물을 반환하지 않아도 된다. 즉 확정적 Gewere는 이의를 제기할 수 있는 모든 자가 1년 1일 동안 침묵하는 경우에 형성되는 사실상태⁹⁹⁾로, 점유가 곧 소유로 변하는 것은 아니지만 부동산 점유자로부터 점유를 탈취할 수 있는 권리를 가진 자의 권리가 상실됨으로서 취득시효와 유사한 효과가 생기게 된다.¹⁰⁰⁾ 이러한 확정적 Gewere는 이의권의 불행사로 인한 권리상실법리(Verschweigungsprinzip)에 있으며, 처음에는 재판상 부동산을 양도한 경우에만 적용되었지만, 후에 Gewere의 종류나 발생 원인을 불문하고 모든 취득에 적용되었다.¹⁰¹⁾

그 후 보통법시대에는 로마의 유스티니아누스帝의 칙법을 그대로 계수하여 통상취득시효(ordentliche Ersitzung)와 특별취득시효(außerordentliche Ersitzung)를 인정하고 카논법의 영향하에 unvordenkliche Verjährung을 추가 하였다.¹⁰²⁾ 간단히 살펴보면 다음과 같다. 즉 ①통상취득시효 : 권원에 의하여 선의로 토지의 점유를 취득한 자는 10년 또는 20년간 중단 없이 점유를 계속하는 것에 의하여 그 토지의 소유권을 취득한다. ②특별취득시효 : 선의로 30년간 또는 40년간 物의 점유를 계속한 자는 그 소유권을 취득한다. ③기억할 수 없을 정도로 오래된 경우의 시효 : 이것은 인간이 기억이 미치지 않는 오래된 상태가 계속된 때에 그 상태를 보호하는 것으로 영속적 사실상태에 적법성을 인정하려는 법사상에 근거를 두고 있다.¹⁰³⁾ 요건은 사실상태가 40년간 중단 없이 존재하고 이것이 증인에 의하여 증명되어야 한다. 이 제도는 엄밀히 말하면 시효는 아니고 권리의 취득·소멸의

98) 良永和隆, “ドイツ法上の取得時効による登記の機能(一)”, 「民商法雑誌」第90卷 第6號, p.869 ; 玄勝鍾·曹圭昌, 「게르만法」, 博英社, 2001, p. 258 ; 黃迪仁, 前掲書, p. 241.

99) 玄勝鍾·曹圭昌, 上掲書, p.258 ; 良永和隆, 上掲論文 p.169.

100) Mitteis-Lieberich, Deutsches Privatrecht(8. Aufl. ; München ; Beck), 1978, S.88.

101) 玄勝鍾·曹圭昌, 前掲書, p.258.

102) 良永和隆, 前掲論文, p.870이하.

103) 玄勝鍾·曹圭昌, 前掲書, p.211.

추정을 의미한다.¹⁰⁴⁾

이와 같은 게르만법과 보통법에서의 취득시효제도는 독일 민법이 제정되면서 커다란 변화를 겪었다. 즉 '권원'과 '선의'를 요건으로 한 통상취득시효는 보통법상에서는 거래안전보호제도로서의 역할을 담당하였지만, 민법제정시 부동산등기부에 공신력과 추정력이 인정됨에 따라서¹⁰⁵⁾ 권원과 선의를 요건으로 하는 취득시효제도는 사라지게 되었다.¹⁰⁶⁾ 그러나 30년은 물권적 청구권의 소멸시효에 대응하는 장기간일 뿐만 아니라(제195조 참조), 소멸시효가 완성됨으로써 진정한 소유자는 점유자에 대하여 반환을 청구할 수 없게 되므로, 공신력과 추정력을 부여한 등기부와 실제간에 불일치가 현실화하게 되므로, 특별취득시효를 인정할 실익이 있다. 다만 이러한 특별취득시효를 그대로 인정하는 것은 부동산 등기부에 공신력과 추정력을 인정한 취지에 반하기 때문에, 공시최고와 제권판결이라는 절차를 밟도록 요구하고 있는 것이다. 따라서 독일에서는 부동산에 관하여는 로마법이나 프랑스법에서와 같은 전통적인 의미에서의 취득시효제도는 없으며, 다만 동산에 대해서만 취득시효가 인정되고 있을 뿐이다.¹⁰⁷⁾

(2) 부동산취득시효제도

독일 민법은 부동산에 관하여는 원칙적으로 취득시효를 인정하지 않으나, 예외적으로 '등기부취득시효(Tabularersitzung)'(독일민법§900)와 '제권판결에 의한 소유권의 상실과 그의 선점(Contratabularesitzung)'(독일민법§927)을 채용하였다. 전자는 30년간 자주 점유하고, 그 기간동안 소유자로서 등기되어 있을 것을 요건으로 하는 제도인데 대부분의 경우 그 기간내에 소유자의 반환청구도 시효 소멸되고 또 점유자로부터 특정승계한자는 공신의 원칙이 적용되므로, 실제에 있어서는 중요한 기능을 발휘하지 못하고 있다. 후자는 30년간 점유한 자에게 공시 최고 절차를 밟아 소유자의 제권판결을 거쳐 부동산을 무주물로 하고 그 선점권을

104) Windscheid-Kipp, lehrbuch des Pandekienrechts, Bd. I, 8 Aufl., S.503~506. O.V. Gierke, deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895, S.313~318.

105) 良永和隆, 前掲論文, p.882.

106) 盧承斗, 前掲論文, p.75 ; 藤原弘道, 前掲書, p.81.

107) 獨逸民法 第927條는 動産의 善意取得에 관하여, 「①10년간 動産을 自主占有한자는 그 所有權을 취득한다(取得時效). ②取得자가 自主占有 取得 당시에 善意가 아니거나 또는 그후 그 所有權이 자기에게 속하지 않는 것을 안 때에는, 時效로 所有權을 取得하지 못한다」라고 規定하고 있다.

연계 하는 것인데, 이 제도는 등기에 있어서의 동의의 원칙¹⁰⁸⁾을 완화하고 미등기의 부동산에 관하여 일종의 취득시효를 인정하는 것이다.

이하 독일 민법상 '등기부취득시효'와 '제권판결에 의한 소유권의 상실과 그의 선점'에 관하여 살펴보고자 한다.

① 등기부취득시효

가. 등기부취득시효의 요건

(가) 대상이 되는 권리

등기부취득시효의 대상이 되는 권리는 소유권 및 부동산과 동일하게 취급되는 권리¹⁰⁹⁾와 용익권(독일민법§1036), 거주용익권(독일민법§1039), 등과 같은 점유를 할 권능이 있는 물권, 그리고 지역권(독일민법§1027, 1029), 제한적 인역권(독일민법§1090) 등과 같이 권리의 행사가 점유에 관한 규정에 의하여 보호를 받는 권리 등이다. 위에 예거한 권리 외에는 부동산에 대한 채권은 말할 것도 없고 타물권에 대해서도 시효취득이 허용되지 않는다.¹¹⁰⁾

(나) 점유

등기부취득시효의 요건이 되는 점유는 자주점유이어야 한다. 독일 민법 제872조는 “소유의 의사를 가지고 物을 점유하는 자는 자주점유이다”라고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 소유의 의사란 마치 소유자인 것 같은 관계에서 물권을 갖겠다는 의사, 다시 말하면, 자기 것으로 만들겠다는 의사로서 족한 것이다. 따라서 절도와 같은 불법침탈자도 역시 자주점유자가 될 수 있는 것이다.

소유의 의사는 단지 내심적 의사만으로는 부족하고 명시 또는 묵시적인 의사표시를 통해서 외부에 표시되어야 한다. 자주점유인 이상 직접점유이든 간접점유이든 불문한다. 그리고 점유는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되므로, 자주점유를 다투는 자가 입증책임을 부담한다.¹¹¹⁾

(다) 등기

부동산 소유자로 또는 기타의 권리자로 등기부에 등기된 자라야 한다. 일단 소유자 또는 기타의 권리자로 등기된 이상 그 권리가 정당한 권원에 의한 것인지의

108) 우리 不動産登記에 있어서의 共同申請의 原則과 유사하다.

109) 獨逸 民法上 不動産이라 함은 土地를 말하는 것이나, 土地權, 永小作權, 鑛業權에 속하지 않는 鑛物取得權에는 不動産에 관한 規定이 適用 또는 準用되고 있다.

110) 金占順, 前掲論文, p.28.

111) 韓三寅, 前掲書, p.345; 李在性, “自主占有의 推定”, 「判例月報」, 1984. 6, p.137.

여부와 등기한자의 선의·악의는 불문한다. 또한 등기부취득시효에 필요한 등기는 본등기이어야 하고 가등기(Vormerkung)나 이의등기(Widerspruch)이어서는 안 된다. 또 등기는 독일민법 제891조에 의한 권리의 추정력이 있어야 하므로 권리의 추정력이 없는 이중등기나 전혀 효력이 없는 등기도 여기서 말하는 등기가 아니다.¹¹²⁾

(라) 기간

등기부취득시효에 있어서 점유기간과 등기기간은 모두 30년간 계속되어야 한다. 기간의 계산에 대하여는 동산의 취득시효에 관한 규정과 소멸시효에 관한 규정이 준용된다.¹¹³⁾ 권리의 승계인은 특정승계인이건 포괄승계인이건 전권리자의 등기기간도 합산할 수 있다.¹¹⁴⁾

등기부취득시효의 요건이 되는 부동산등기에 대하여 이의등기가 되어있을 때에는 시효의 진행은 정지된다.

나. 등기부취득시효의 효과

상술한 등기부취득시효의 요건이 충족되면 전권리자는 권리를 상실하고 취득자는 새로운 권리를 취득한다. 이때 취득하는 새로운 성질에 관해서는 원시취득설, 승계취득설 등이 있으나, 원시취득설이 통설로 되어 있다.¹¹⁵⁾ 즉, 등기부취득시효의 완성에 의하여 그때까지 진정한 권리와 일치하지 못했던 등기는 진정한 것으로 되어 권리의 외관과 실체가 일치하게 되므로¹¹⁶⁾ 권리취득의 효과는 시효의 완성시에 발생하며 소급효는 없다. 그러나 제한물권에 관하여는 그 권리의 등기에 의하여 순위가 결정되므로 시효취득인 권리는 시효기간 중에 등기된 다른 모든 권리보다도 우선한다.¹¹⁷⁾

② 제권판결에 의한 소유권의 상실과 그의 선점

가. 의의

독일 민법 제927조에 의하면 토지를 30년간 자주점유한 자는 공시최고 절차를

112) Münchener kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch Bd.4(2.Aufl. München : Beck, 1986 ; 이하 Münchener kommentar로 약칭함), Rn. 5zu §900 ; Palandt, a.a.O., Anm. 3zu §900 ; 良永和隆, 前掲論文, p.893.

113) 獨逸 民法 第937條 또는 第944條 참조.

114) 良永和隆, 前掲論文, p.896.

115) Münchener Kommentar, Rn. 6 zu §900.

116) 良永和隆, 前掲論文, p.903.

117) Staudinger · Seutert, a.a.O., S.343 ; Siebels, a.a.O., S.456.

밟아 제권판결을 얻어 등기부상의 소유자를 배척하고 스스로 등기함으로서 소유권을 취득할 수 있도록 하고 있는데, 이것이 제권판결에 의한 소유권의 상실로 그의 선점 또는 공시최고취득시효이다.

나. 요건

(가) 부동산을 30년간 자주 점유할 것

등기부취득시효와 마찬가지로 30년간 자주점유 하여야 한다. 30년이 지나면 진정한 소유자는 점유자에 대하여 반환을 청구할 수 없게 되어 여기에 등기부와 실체간에 불일치가 현실화하게 된다.

(나) 진정한 소유자가 부동산등기부에 등기되어 있지 않을 것. 만약 소유자가 등기되어 있는 경우에는 그 소유자가 사망하거나 실종되고 또한 소유자의 동의를 요하는 부동산등기가 30년간 되어있지 않을 것.

이 요건은 등기한 소유자에 대한 취득시효는 인정되지 않는다는 독일법 상의 원칙과 조화하여 이해할 수 있다.¹¹⁸⁾ 즉, 독일 민법은 부동산등기부가 수행하고 있는 소유권의 보호·보전기능에 반하지 않는 범위에서 취득시효를 인정하여야 하므로 등기가 전혀 되어있지 않든가 또는 등기가 되어있어도 그 기능을 전혀 담당하지 못하는 상태이어야 한다는 것이다.¹¹⁹⁾ 예컨대 토지등기부에 소유자가 없는 경우, 토지등기부에 무권리자가 등기되어 있는 경우 등이 이에 해당된다. 이러한 경우에 공시최고가 인정되기 위해서는 공시최고의 개시전 30년간 소유자의 동의를 필요로 하는 등기가 되어 있지 않을 것을 요한다. 여기서 소유자의 동의란 등기가 실행되는 그때당시의 소유자의 동의를 의미한다.¹²⁰⁾

(다) 공시최고

위의 두 요건이 갖추어진 때에는 공시최고를 하여야 하는데 그 절차에 관하여는 독일민사소송법 제977조 내지 제981조에 정한 바에 따른다.

(라) 제권판결

공시최고기간 내에 권리를 신고하는 자가 없으면 부동산등기부로부터 소유권자를 분리시키는 제권판결을 내려야 하지만, 자기의 소유권을 신고하는 자가 있는

118) F.Baur, Lehrbuch des Sachenrechts(12. Aufl.;München : Beck), 1983, S.528.

119) 良永和隆,ドイツ法の取得時効による登記の機能(二・完),「民商法雜誌」第91卷 第2號, 1984. p.186 이하참조.

120) Staudinger · Seutert, a.a.O., Rn. 3zu §927.

경우에는 실질적인 권리에 관한 다툼이 확정될 때까지 제권판결 절차는 중단된다 (독일민사소송법 제953호). 부동산등기부로부터 소유권자를 분리시키는 제권판결을 내리면 종래 소유자의 권리는 배척되어 그 부동산은 소유자가 없는 것으로 되므로¹²¹⁾ 자주점유자는 이 무주물로 된 부동산의 배타적 선점권 (Aneignungsrecht)을 취득 한다. 그러나 제권판결 절차가 중단되거나 공시최고 절차 개시 후에 소유자가 등기부상에 소유자로 등기된 경우에는 소유권이 배척되지 않는다.¹²²⁾

(마) 소유권의 등기

제권판결에 의하여 선점권을 얻은 자주점유자는 토지등기부에 자기를 소유자로 등기할 것을 신청할 수 있다. 등기는 제권판결의 정본 및 세무서의 납세확인서를 제출하여야 한다.

다. 효과

제권판결에 의하여 배타적 선점권을 얻은 자주점유자는 이상의 절차를 거쳐 부동산등기부에 등기함과 동시에 소유권을 원시취득 하므로, 소급효는 생기지 않는다.¹²³⁾ 그리고 배타적 선점권은 특별한 물권으로 양도할 수 있을 뿐만 아니라 강제집행의 대상이 될 수도 있으며, 또한 저당목적물도 될 수 있다.¹²⁴⁾

2. 프랑스 民法¹²⁵⁾

(1) 沿革

Gallo-Granque시대 중엽에 상당한 기간동안 점유한 자를 보호하여야 할 필요성이 대두됨에 따라서,¹²⁶⁾ 점유개시 후 1년 1월이 경과하면 소유권반환 청구권을 행사하지 못한다는 관습법이 성립되었다. 그 후 로마의 프랑스 침입과 함께 체

121) Münchener Kommentar, Rn, 6zu §927.

122) Ibid Rn, 6zu §927.

123) Staudinger · Seutert, a.a.O., S.593.

124) Ibid, Rn, 7zu §927.

125) 프랑스 민법상 取得時效의 要件으로서 점유에 관하여 자세한 것은 南孝淳, “프랑스 민법상의 占有 및 取得時效”, 「判例實務研究[I]」, 比較法實務研究會編, 1997, p.173 이하 참조.

126) E. Perrot, Prementaire d'histoire du droit francais ; Public et privc(Paris ; Sirey, 1932, N°36.

계화된 로마법이 프랑스에 도입됨으로써¹²⁷⁾ 로마법과 프랑스 관습법 사이에 충돌이 발생하였다.¹²⁸⁾ 처음에는 이들이 조화가 불가능 한 것으로 보였지만, 후에 1년 1일의 점유는 소유자를 보호하기 위한 것으로, 10년의 점유는 권원을 가진 로마법이 점유와 관습법상의 소유권 양도를 모두 구비하였을 때 소유권을 취득하는 것이며, 30년의 점유는 권원이 전혀 없는 경우에 해당하는 것으로 이해하게 되었다.¹²⁹⁾

프랑스 민법을 제정할 때 시효가 자연성과 시민법에 반하는 것인지의 여부에 대한 논란이 있었다. 즉 Cujas, Ferriere, Pothier는 이것이 자연법에 역행하는 것이라고 주장하였고, Putendrott, Vattel, Brunemann, d'Argentre, Dunot는 이와 반대의 주장을 하였는데 프랑스민법은 후자의 입장을 채택하여¹³⁰⁾ 제3편 재산취득법 제20장을 '시효'라고題하여, 시효를 상속·매매 등과 동일하게 재산취득·상실의 한 원인으로 규정하고 있다(프랑스민법 제2219~2281조). 이 시효의 장은 취득시효(usucaption 또는 prescription acquisitive)와 소멸시효의 양자를 함께 규정한다.¹³¹⁾ 그리하여 한편에서는 권리의 소멸을, 다른 한편에서는 권리의 취득을 발생시키는 것으로 하고 있는데, Justinianus황제법에 가장 충실하다고 볼 수 있다.

(2) 취득시효의 대상

프랑스 민법전은 소유권을 중심으로 규정하고 있으며, 취득시효를 소유권취득원인의 하나로 생각하고 있는데, 시효의 대상이 되는 권리의 종류에 관해서는 별다른 제한이 없다.¹³²⁾

127) G.Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, Le droit romain(Paris ; PUF), 1905, N°15 ; M.Villy, Le droit romain(Paris ; PUF), 1949, N°93.

128) 또한 프랑스 관습법에서는 집단의 합의에 의한 소유권양도가 인정되었고, 그 합의는 당사자 사이와 집단사이의 진술을 기준으로 판단하였는데, 이를 권원의 문제로 취급하였던 로마법과 달랐다. M.Villy, supra, N°108.

129) E. Perrot, supra, N°592.

130) G.Baudry-Lacantinerie, et A.Tissier, 1905. Traite theeproque et partique de driot civil De la precripon, paris : Larose, N°33.

131) 金會漢·金學東, 前掲書, p.305.

132) 張庚鶴, 前掲書, p.270.

(3) 취득시효의 일반적 요건

① 부동산의 점유

가. 소유자 명의를 가지고 있는 점유

프랑스민법 제2229조는 “취득시효는 승계하고 또, 중단없이 평온·공연·명료하며, 또한 소유자명의로서 점유할 것을 필요로 한다”라고 규정하고 있다. 여기에서 ‘소유자명의로서 하는 점유’라 함은 소유권의 이전을 목적으로 하는 법률행위(권원, titre라 부른다)에 의하여 취득한 점유를 말하는데, 학설은 이를 진정한 점유(laveritable possession)라고 일컫는다. 따라서 점유자가 비록 점유의 외관을 갖추고 있더라도 그것이 순전히 소유자가 자신의 권능을 일정한 방식으로 행한 것으로 인한 반사적 효과에 지나지 않거나 또는 소유자의 관용아래 허용된 행위에 지나지 않는 경우에는 점유가 인정되지 않는다. 프랑스 민법 제2232조는 ‘순수한 권능(la pure faculte)’ 또는 소유자의 ‘단순한 관용(la simple tolerance)’에 지나지 않는 행위는 점유를 구성하지 못한다고 규정하고 있다.

그러므로 프랑스 민법에 있어서는 취득시효의 요건인 점유는 소유권의 이전을 목적으로 하는 법률행위, 즉 매매·교환·증여 등에 의하여 취득한 것이 아니면 안 된다. 그런데 프랑스 민법 제2236조는 위 진정한 점유와 반대의 측면에서 “㉠ 타인을 위하여 점유하는 자는 여하한 기간의 경과에 의하여도 시효에 의하여 권리를 취득할 수 없다. ㉡ 소작인 수치인, 용익권자 및 기타 소유자의 物을 타점유자에 의하여 소지하는 자는 시효에 의하여 그 물건을 취득할 수 없다”고 규정하여 위 2229조의 규정과 대응시키고 있다. 학설은 이를 ‘lapossession preciaire(他主占有)’¹³³⁾라고 부른다.

이와 같이 프랑스 민법에 있어서는 취득시효의 요건이 되는 소유자명의로서 하는 점유, 즉 진정한 점유와 그 요건이 될 수 없는 타주점유는 점유자의 주관적 의사에 의하여 정해지는 것이 아니고, 점유취득이 원인에 의하여 정하여진다. 소유의 의사유무는 권원이 객관적 성질에 의하여 결정된다는 학설과 판례의 근원을 여기에서 찾아볼 수 있다.¹³⁴⁾

133) 盧承斗, 前揭論文, p.71에서는 프랑스 민법 제2236조와 관련하여 “lapossession preciaire”를 ‘容假의占有’라고 번역하고 있으나, 이는 우리 민법에서 사용하는 ‘他主占有’라는用語로 고쳐 쓰기로 한다.

134) 盧承斗, 前揭論文, pp.71~72.

나. 타주점유의 영구성

점유의 타주점유성은 영구적이다. 프랑스 민법 제2237조는 타주점유자의 상속인은 시효에 의하여 소유권을 취득할 수 없다고 규정하여, 그 취지를 명백히 하였다.

그 이론적인 설명으로, 점유의 영구성은 소유자에 대한 반환의무의 존재를 전제로 하고 있기 때문이라 한다. 그러므로 타주점유의 상속인은 가령, 그 반환의무의 존재를 알지 못하고, 자기의 소유물로 믿고 물건을 점유하는 경우에도 여전히 타주점유이고, 상속인의 오상에 의하여도 타주점유는 자주점유로 전환되는 것이 아니므로, 상속인은 시효에 의하여 물건의 소유권을 취득할 수 없다.

다. 타주점유의 전환

타주점유도 자주점유로 전환될 수 있으나 그 전환은 소유자가 단순히 내심적 의사를 변경하는 것만으로는 인정되지 않고, 점유자가 소유자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시 하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로서 점유를 시작하여야만 한다.¹³⁵⁾ 프랑스 민법 제2238조는 그 원인으로서는 첫째, 제3자에 의하여 발생한 원인(Une cause venant d'un tiers)과 둘째, 소유자에 대한 異議(la contradiction opposée au propriétaire)의 두 가지의 경우를 들고 있다. 학설상으로, 전자는 매매·교환·증여 등과 같은 외형을 수반하는 행위에 의하여 점유권을 승계취득하는 경우로서, 신권원에 의하지 아니한 점유의 권원이 전환이라 하는데, 점유자가 공연하게 소유의 의사에 기하여 점유하고 소유자가 이를 알면서도 묵인하고 있는 경우도 포함 한다고 한다.

라. 소유자명의로서 하는 입증책임

이점에 대하여 프랑스민법 제2330조는 “처음부터 타인을 위하여 점유한다는 입증이 없는 한, 자기를 위하여, 또 소유자 명의로서 하는 것으로 추정 된다”라고 규정함으로써 점유는 일반적으로 진정의 점유로 추정하고 있어 시효취득자의 입증 부담을 경감하고 있다.

② 기간의 경과

부동산 취득시효의 완성에 필요한 기간의 원칙은 30년이다(\$2265), 다만 점유자가 '선의'(la bonne foi)이며 또 '정권원'(le juste titre)인 경우에는, 그 기간

135) 韓三寅, 前掲書, p.349 ; 大判 1996. 6. 11, 96다 7403 ; 大判 1995. 1. 12, 94다 19884.

은 진실한 소유자가 부동산 소유지의 항소법원의 관할구역 내에 거주하는 경우에는 10년이고, 그렇지 않은 경우에는 20년이므로(\$2265), 부동산단기취득시효가 인정된다. 따라서 이하의 요건은 부동산단기취득시효에만 요구되는 것이다.

가. 정권원

프랑스 민법전에서는 직접적으로 정권원이 정의를 한 규정은 없다. 다만 정권원은 로마법의 사용취득의 요건인 정당한 원인(*iusta causa, iustus titulus*)에까지 소급되는 것으로 Pothier에 의하여 프랑스 민법전에 도입된 것이다.¹³⁶⁾ 여기에서 권원(*le titre*)이란 소유권 및 기타 물권의 이전을 목적으로 하는 법률행위(*un acte juridique*)¹³⁷⁾를 가리키는 것으로 문서를 의미 하는 것은 아니다.¹³⁸⁾ 그리고 정권원은 “진정한 소유자로부터 행위가 이루어졌다면 유효하게 소유권이 이전될 수 있는 행위”로 일반적으로 정의 되는데,¹³⁹⁾ 이러한 법률행위에는 매매·교환·대물변제·유증 등이 있고 분할이나 화해 등이 선언적 행위는 제외된다. 그리고 이러한 법률행위로 유효로 소유권을 이전하게 한다면 시효를 주장할 필요조차 없기에 여기서 말하는 정권원이란 당연히 부적합한, 즉 전주의 무권리를 예상하고 있는 것이다. 다시 말하면 정권원이란 “소유권 이전을 목적으로 그러나 소유권이 이전되지 않는 그러한 행위”¹⁴⁰⁾인 것이다.

종래 프랑스 학자 간에는 다음 3가지의 경우가 과연 정권원에 해당 되는지의 여부에 관하여 학설이 분분 하였다. 첫째는 ‘무효인 권원’이다. 통설은 명문이 규정이 있는 것 같은 민법 제2267조의 경우, 즉 형식의 흠결로 인하여 무효로 된 권원은 물론, 그 외의 모든 절대무효행위도 정권원에 해당되지 않는다고 한다. 그러나 상대적 무효인 경우는 정권원이 될 수 있다는 것이 학설·판례의 일치된 견해이다. 둘째는 ‘오상의 권원’이다. 점유자가 존재하는 것으로 믿었으나, 실체는 존재하지 않았던 권원의 경우에 다수설은 법이 ‘선의이고 또 정권원’을 요건으로 하고 있다는 이유를 들어 소극적으로 해석한다.¹⁴¹⁾ 셋째는 ‘등기없는 권원’이다.

136) Mazeaud, supra, N°1501.

137) 프랑스 민법에 있어서는 법률행위란 개념이 민법전에 존재하지는 않으나 독일 민법학의 영향하에 학자들 사이에 일반적으로 사용되고 있다.

138) Mazeaud, supra, N°1501 : Marty et Raynaud, supra, N°200.

139) Marty et Raynaud, supra, N°200 : Carbonnier, supra, p.282 : Mazeaud, supra, N° 1501.

140) Mazeaud, supra, N°1501.

141) Mazeaud, supra, N°1505.

점유취득이 원인이 된 권원에 관하여 등기를 경유하지 않았던 경우에도 그 권원을 정당한 권원이라고 할 수 있는가의 문제이다. 여기에서 부동산 등기와 시효는 각각 별개 독립된 양도라는 것을 근거로, 프랑스 민법(제2265조)은 등기를 요구하지 않는다. 더욱이 부동산등기법은 시효를 등기에 의해 대항할 것을 요구하지 않고 있으며, 이를 적극적으로 해석하여 등기 없는 권원은 정권원에 해당된다고 한다.¹⁴²⁾

정권원에 관하여는 점유의 자주점유성에 있어서와 같은 추정규정이 없으므로 일반원칙에 따라 시효를 주장하는 자에게 입증책임이 있다.

나. 선의

부동산이 양도인에게 소유권이 있다고 오신하는 것이 선의이고, 그 소유권의 존재에 관하여 의심을 갖는 것이 악의이다. 그러나 권원에 혹시 하자가 있을지도 모른다고 점유자가 인식한 경우에는 선의임에 방해받지 않는다. 그리고 자기가 소유권자라고 믿는 것이 필요하기 때문에 진정한 소유자와 거래한 경우에도 계약의 무효원인을 안 경우에는 선의가 아니다. 다만 상대적 무효의 하자를 안 것은 선의를 방해받지 않는다. 선의는 제2268조에 의하여 추정되나 전주의 권원에 대하여 약간의 의심이 있는 경우에도 악의로 간주하는 것이 판례의 태도이다.¹⁴³⁾

(4) 효과

이와 같이 정당한 권원에 의하여 30년간 소유자의 명의로 점유한 자는 등기를 한다거나 또는 기타의 대항요건을 구비하지 않아도 소유권을 취득한다. 다만 제3자에게 대항하기 위하여는 등기를 하여야 한다. 그리고 시효가 점유개시시로 소급하느냐의 여부에 관하여는 논란의 여지는 있지만 소급하는 것으로 보는 것이 지배적인 견해이다.¹⁴⁴⁾

142) 星野英一 “取得時效と登記”, 「民法論集」第4卷, 有斐閣, 1978, p.332.

143) 南孝淳, “프랑스民法上の占有 및 取得時效”, 「判例實務研究 I」, 比較法實務研究會編, 1997, p.117.

144) A.Weill, F.Terre, et P.Simler, supra, N°450 ; C.Larroumet, supra, N°407 ; J.Carbonnier, supra, N°62 ; R.Voulim, et P.Robino, Droit privé ; civil et commercial(Paris ; P.U.F), 1967, N°445.

3. 스위스 民法

(1) 취득시효제도의 개요

부동산의 물권변동에 있어서 공신의 원칙이 인정되는 스위스 민법에서는 토지거래에서 등기를 요건으로 하는 형식주의를 취하고 있으나, 독일 민법에 있어서와 마찬가지로 부동산취득시효제도는 그 법기능적 측면에서 매우 제한적이긴 하지만 아직도 그 가치가 남아 있다.¹⁴⁵⁾ 스위스 민법 제661조 내지 제663조에서는 부동산의 등기부취득시효(ordentliche Ersitzung)를, 제728조에서는 동산의 취득시효를 각각 규정하고 있다.

여기에서 동산에 관하여는 선의로 점유한 자에게 취득시효를 인정하고 있다는 것이 독일민법과 동일하다 하겠다. 그러므로 스위스의 취득시효제도는 그 효용성이 매우 제한적이지만 장기간의 자주점유로 인한 취득시효를 인정하고 있다.

(2) 등기부취득시효

① 의의

정당한 권원 없이 토지등기부에 소유자로 등기된 자가 선의로 10년동안 다툼 없이 그 토지를 점유한 때에는 소유권을 취득할 수 있는데,¹⁴⁶⁾ 이를 등기부취득시효라고 한다.

② 요건

등기부취득시효에 있어서 등기는 단일한 등기이어야 한다. 만약 중복등기가 이루어진 경우에는 그 등기가 선등기이든 후등기이든 불문하고 취득시효의 대상이 아니다.¹⁴⁷⁾ 그리고 선의로 점유하여야 하는데, 여기서 선의란 점유자가 권원이 있음을 의미하며,¹⁴⁸⁾ 선의는 점유개시 뿐만 아니라 10년의 점유기간에 걸쳐서

145) 徐敏, “登記簿取得時效의 要件”, 「考試研究」, 1986. 4, p.58.

146) 스위스 民法 第661條는 通常取得時效라는 표제어 아래, “정당한 이유 없이 登記簿上 소유자로 登記된자가 다툼없이 10년간 善意로 占有한 때에는 그 所有權을 다룰 수 없다”라고 規定하고 있다.

147) Berner Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht (3. Aufl. ; Bern ; Cie & Stampfli, 1964 ; 이하 Berner Kommentar로 약칭함), Rn. 15zu §661.

148) 스위스 민법 제937조 제1항은 “등기된 부동산에 관하여는 권리의 추정 및 점유소권은 등기명의자에 대해서만 인정한다.” 라고 규정하고 있다.

선의이어야 한다.¹⁴⁹⁾ 또한 선의는 추정되므로,¹⁵⁰⁾ 시효 취득자가 스스로 선의임을 입증할 필요는 없고 이를 주장하는 자가 등기명의자가 악의임을 입증하여야 한다.¹⁵¹⁾ 나아가서 10년의 등기기간을 계산함에 있어서, 권리승계자는 전권리자의 점유기간 뿐만 아니라 등기기간도 자기의 점유 및 등기기간에 산입할 수 있다.¹⁵²⁾

③ 효과

이상의 요건을 갖추면, 등기부상 소유자로 등기된 자는 10년의 기간이 만료됨과 동시에 적법한 소유자가 된다.

(3) 특별취득시효

① 의의

특별취득시효는 칸톤법(州法)으로부터 규정된 것으로 토지등기부가 언제나 현존하는 권리관계를 완전하고 정당하게 표시하지 못한 경우를 대비하기 위한 규정이지만,¹⁵³⁾ 현실적으로 적용되는 경우는 매우 드물다.¹⁵⁴⁾ 특별취득시효는 그 대상과 토지등기부의 부정확함과 시효에 의하여 취득한 권리의 등기방법이 등기부취득시효와 다르다.¹⁵⁵⁾

② 요건

가. 30년의 자주점유

특별취득시효가 완성되기 위하여는 30년간 소유의 의사로 점유, 즉 자주점유하여야 한다. 이때의 자주점유는 “부동산을 자기의 점유물로 점유하는 것”(ein

149) Berner Kommentar, Rn, 25zu §661.

150) 스위스 민법 제3조 제1항은, “이법이 법률효과를 사람이 선의와 결부시킨 경우에 선의는 추정된다”라고 규정하고 있다.

151) Berner Kommentar, Rn, 25zu §661.

152) Ibid, Rn. 22zu §661.

153) 스위스민법 제662조는 특별취득시효라는 표제어 아래, “① 토지등기부에 등기되지 아니한 토지를 계속하여 다툼없이 30년간 소유의사를 점유한자는 소유자로 등기할 것을 청구할 수 있다. ② 토지의 소유자를 등기부상 알 수 없거나 30년의 취득시효 기간 개시 후에 사망 하였거나 상실선고를 받은 경우에는 토지소유자는 전항의 요건 하에 전항의 권리를 취득한다. ③ 직권에 의한 공고로 지정된 기간 내에 이의 신청이 제기되지 아니 하거나 제기된 이의 신청이 기각된 경우에만 법원이 처분에 의하여 등기할 수 있다”라고 규정하고 있다.

154) Gutzwiller/Liver, Schweizerisches Privatrecht(Bausenne), 1967, S.152.

155) Ibid.

Grundstück als sein Eigentum besitzen)으로 규정하여(§920 ZGB), 단순히 소유자와 동일한 지배를 하려는 의사가 아니라, 소유자의 권원으로 하는 의사임을 분명히 하고 있다. 그러나 점유자는 자신의 자주점유임을 입증할 필요는 없고 타주점유임을 주장하는 자가 입증하여야 한다.¹⁵⁶⁾ 여기서 점유가 선의로 개시되거나 계속될 필요는 없으므로,¹⁵⁷⁾ 점유에 대한 권원의 존부는 문제되지 않는다.

나. 등기부의 불완전

등기부상의 부동산 등기내용이 완전하지 못한 경우로, 제662조는 토지가 등기부에 등기되어 있지 않거나, 등기부상 소유자를 알 수 없거나 또는 소유자가 사망하거나 실종선고를 받은 후 30년이 경과할 것을 규정하고 있다.¹⁵⁸⁾

첫째, 부동산이 등기부에 등록되어 있지 않는 경우로, 토지등기부는 토지등기부초본에 기초를 두고 등재하지만 등기의무가 있는 토지가 토지등기부에 등재되지 않는 경우가 발생할 수 있다. 예컨대 토지등기시 그 토지가 공공물이라고 생각하여 또는 지방자치단체의 자산이므로 등기가 거부될 것으로 생각하여 등기하지 않는 경우 등이 이에 해당된다.¹⁵⁹⁾

둘째, 등기부상 소유자가 명백하지 않는 경우로, 등기부의 소유자란이 비어 있거나 소유자의 명의를 탈루되었거나 해산된 법인의 명의로 되어 있어서 소유자를 알 수 없는 경우가 이에 해당된다.¹⁶⁰⁾

셋째, 소유자로 등기된 자가 사망하였거나 실종선고를 받은 지 30년이 지난 경우로, 상속인의 있고 없고를 불문하고 그 토지를 방치하거나 포기한 경우가 이에 해당될 것이다. 그러나 상속인은 상속등기를 하지 않아도 소유자이므로, 상속인의 토지의 점유자인 경우에는 취득시효의 요건을 갖추지 않아도 당연한 소유자이다. 즉 이러한 경우 상속인의 소유권을 시효로 취득하는 것은 아니다.¹⁶¹⁾

156) Berner Kommentar, Rn. 12zu §662.

157) Gutzwiller/Liver, a.a.O., S.152.

158) Berner Kommentar, Rn. 3zu §662.

159) Gutzwiller/Liver, a.a.O., S.153.

160) Ibid.

161) Ibid.

③ 절차

특별취득시효의 요건을 구비한 자의 청구에 의하여, 법원이 직권으로 일정한 기간동안 이 사실을 공고하고 그 공고기간 내에 아무런 이의 신청이 제기되지 않거나 이의 신청이 기각된 경우에만 법관의 처분에 의하여 등기함으로써 소유권을 취득할 수 있다. 먼저 특별취득시효의 요건을 갖춘 자가, 그 사실을 증명하여 법원에 자신의 명의로 소유권등기 처분을 내려줄 것을 청구하면, 법원은 직권으로 일정한 기간을 정하여 이 사실을 공고하여야 한다. 이때 법원은 특별취득시효의 형식적 요건이 구비되었는지의 여부만을 검토할 뿐, 그 내용의 진실여부에 관하여는 검토하지 않는다. 이 공고기간 중 이의신청이 제기되지 않거나 제기된 이의신청이 기각된 경우에는 법관은 토지에 대한 기록과 시효취득자의 명의로 등기할 것을 처분할 수 있다.

그러나 이에 대하여 이의가 제기되면 정식재판에 의하여 특별취득시효의 요건이 구비되었는지의 여부 내지 이의 제기자가 진정한 소유자인지의 여부 등에 관하여 검토·확정하면 그에 따르게 된다. 그리고 이의가 제기되지 않아도 특별취득시효의 요건을 구비한 자가 시효취득에 의해 자신의 소유권자임을 확인하는 소송을 제기하여 확정판결을 받은 경우에는, 소유권을 주장하는 자에 대하여 따로 소송을 제기할 필요가 없다.¹⁶²⁾

④ 효과

이상의 특별취득시효의 요건을 구비한 경우에는, 법관의 처분에 기하여 또는 확정판결에 기하여 토지등기부상 소유자로 등기함으로써 적법한 소유자가 된다.

4. 日本民法

(1) 구일본 민법

일본 구민법은 프랑스 법학자인 Boissonade에 의하여 초안이 작성되었기 때문에 로마법에 기초를 두고 형성된 프랑스 민법전의 제규정과 이에 따른 학설 및 판

162) 文興洙, “所有權取得時效의 成立要件”, 「人權과 正義」 통권 第220號, 1984, p.76.

례를 거의 그대로 계수 하였다.¹⁶³⁾ Boissonade는 시효를 실체적 권리의 취득 및 소멸의 원인으로 보지 않고 이것을 법률상의 추정으로 보고 이 취지를 증거편에 규정하였지만, 취득시효의 일반적 요건에 관하여는 프랑스 민법(제2229조, 제2236조, 제2262조)을 거의 그대로 채용하고 타주점유의 전환에 관하여도 동법 제2238조를 실질상 그대로 계수한 것으로서 전체적으로 보면 프랑스 민법과 거의 같다고 할 수 있으나 다만 정당한 권원이 있어도 등기 없는 권원에 대하여는 취득시효를 배제한 점 및 선의에 대하여 법률의 착오를 배제한 점 등에서 다소 차이가 있을 뿐이다.

일본 구민법상 부동산취득시효의 일반적 요건을 보면 다음과 같다.¹⁶⁴⁾

① 부동산의 점유

가. 소유자명의로서 점유 할 것

일본 구민법 증거편, 제138조 제1항은 “부동산의 취득시효에 관하여는 소유자의 명의로서 점유하고 그 점유는 계속하고 중단 없이 평온·공연하게 아래에 정한 계속 기간이 있을 것을 요한다”고 규정하였다.

‘소유자 명의로서 하는 점유’라 함은 ‘법정의 점유’이고 이는 점유자가 자기를 위하여 가지는 의사로서 하는 유체물의 소지(재산편, 제180조 제1항)즉 소유자로서 점유하는 것이며,¹⁶⁵⁾ “타주 점유는 시효를 생하지 않는다”(증거편 제138조 제2항). “타주점유라 함은 점유자가 타인을 위하여 그 타인의 명의로서 하는 물건의 소지”(재산편 제185조 제1항)라고 규정함으로써 일본 구민법상의 취득시효의 요건인 ‘소유자의 명의로서’ 하는 점유는 프랑스 민법에 있어서의 ‘소유자 명의를 가지고 하는 점유’를 그대로 승계하였다고 본다.

나. 타주점유의 영속성 및 전환

“점유는 전주에게 존재하는 점유의 성질 및 하자를 가지고 상속인 기타 포괄권원의 승계인에게 이전 한다.”(재산편 제192조 제1항)고 규정하여 프랑스 민법에 나타난 사상을 그대로 계수 하였다. 따라서 피상속인의 점유가 타주점유라면 그것을 계수한 상속인의 점유도 원칙적으로 언제까지나 타주점유이고 취득시효를 완성

163) 藤原弘道, 「時效と占有」, 日本評論社, 1985, p.70.

164) 金永祥·金泰翰, “우리 민법上取得時效에 관한 考察-不動産所有權을 중심으로-”, 「전주 우석大學論文集」, 1985, p.237; 盧承斗, 前掲論文, pp.77~80.

165) 藤原弘道, 前掲書, p.71.

하지 못한다. 더욱이 상속인의 상속에 의하여 소유권을 취득하였다고 믿더라도 마찬가지이다. 그런데 '법정의 점유'와 비교하여 타주점유에 결여된 것은 자기의 소유물로서 소지하는 의사이기 때문에 타주점유에 결여되고 있는 이 성질이 사후적으로 갖추어 진다면, 그 점유의 타주성은 소멸하여야 할 것¹⁶⁶⁾이라는 취지로 규정된 것이 타주점유의 전환을 인정한 재산편 제185조이다. 따라서 점유를 하게한 자에 대한 고지나 점유를 하게한 자 또는 제3자로부터 생긴 권원의 전환에 의하여 타주점유로부터 법정점유로의 전환이 인정된다.

다. 점유자명의로서 하는 점유의 입증

일본 구민법 재산편 제186조는 "점유자는 언제나 자기를 위하여 점유하는 것으로 추정을 받는다. 다만 점유의 권원 또는 사정에 의하여 타주점유의 증거가 있는 때에는 추정은 깨어진다."라고 규정(재산편 186조)함으로서 입증은 법정의 점유가 아니라고 다투는 자에게 책임을 부담하게 하고 있어서, 프랑스 민법 제2230조를 그대로 승계하였음을 알 수 있다.

② 기간의 경과

점유가 정당한 권원이고 또 선의인 경우와 그렇지 않은 경우에 따라 취득시효의 기간을 달리하는 점은 프랑스 민법과 같은 태도를 취하고 있으나, 다만 '정권원이고 또 선의인 경우'에 프랑스 민법과는 달리 그 기간을 일률적으로 15년으로 하였다. 그러나 장기취득시효기간은 프랑스 민법과 같이 30년으로 하였다(증거편, 제140조 제1·2항).

가. 정권원

일본 구민법은 재산편 제181조 제1항에 '정권원'의 의의에 관한 규정을 신설하였다. 구민법 재산편 제181조는 "법정의점유가 점유의 권리를 수여하여야 할 성질인 법률행위에 기한 때에는 양도인에게 수여의 권한이 없으므로 그 효력이 발생할 수 없는 때에도 불구하고 그 점유는 정권원이 점유이다" 라고 규정하고 있는데, 이는 프랑스 민법 제2265조의 '정권원'에 관하여 상술한 프랑스 다수설이 주장한 내용을 거의 그대로 조문화한 것이다.

따라서 그 의미 내용도 그 주장의 내용과 같다 하겠으나, 다만 등기 없는 권원에 관하여는 일본 구민법은 따로 증거편 제141조에 "성질상 등기를 하여야 할 정권원에 기인한 시효는 그 증서에 의한 등기를 한 후가 아니면 기산하지 않는다"는

166) Boissonade, supra, p.358.

뜻의 명문의 규정을 두었기 때문에 이점만은 프랑스 다수설과는 반대의 입장에 있다고 하겠다.

나. 선의

일본 구민법 재산편 제182조는 정권원의 점유는 권원창설당시에 “점유자가 그 권원의 하자를 알지 못한 때에는 이는 선의이고 이에 반하는 때에는 악의의 점유이다. 법률의 착오는 선의로 인한 이익을 받기 위하여 그것을 주장할 수 없다”고 규정하였다. 이 규정 역시 프랑스의 다수설을 그대로 받아들였다고 볼 수 있다. 다만 선의의 요소로서 고려되는 것은 사실이 착오이고 법률의 착오는 선의로 인정되지 않는다.

이상과 같이 일본 구민법이 부동산취득시효의 요건은 프랑스 민법전을 그대로 계수하였으며, 다만 프랑스 민법은 정권원이며 선의인 경우에 부동산소재지가 어디냐에 따라서 10년과 20년의 기간을 구분하고 있지만 일본 구민법은 이러한 구분 없이 15년으로 하고 있다.

(2) 현행 일본민법

① 개요

현행 일본민법은 구민법 시행 후 불과 2년도 못되어 프랑스 민법의 과도한 영향에 반대하는 학자들에 의하여 구민법을 기초로 독일법적 요소를 가미한 것이다. 특히 현행민법은 시효에 관한 규정은 증거 편에서 총칙편으로 옮기면서 구민법 제139조, 제140조 및 제148조를 묶어서 수정을 가하였다. 즉 취득시효의 일반적 요건과 효과를 규정한 일본 민법 제162조는 일본 구민법 증거편 제138조, 제140조 및 제148조등을 병합하고 다시 이에 수정을 가하여 성립되었는데, 그 수정의 중요한 부분은 다음 4가지로 나눌 수 있다.

가. 시효기간의 단축

일본 구민법에서는 장기취득시효의 기간은 30년, 단기취득시효의 기간은 15년으로 규정되었으나, 그 최장기간을 20년으로 단축하고, 선의·무과실의 경우의 단기취득시효의 기간을 10년으로 하였다. 이는 세상의 발달과 교통의 편리로 인하여 원격지의 재산관리도 용이해지고 거래도 빈번하므로 권리를 오랫동안 불확정한 상태로 방치하는 것은 불가하기 때문이다.¹⁶⁷⁾

나. '계속하고 중단 없이'자구의 삭제

일본 구민법 증거편 제138조는 취득시효의 요건으로서 점유가 '계속하고 중단 없는'것을 규정하였으나, 계속이란 중단 없는 것과 실질적으로 같은 뜻이고 또한 점유의 중단에 따라 시효가 중단되고 새로이 그 진행이 시작되는 것은 제157조에 규정 하였으므로 취득시효의 요건을 규정함에 있어 이 자구는 불필요하여 삭제 하였다.¹⁶⁸⁾

다. 일본 구민법 증거편 제138조 제2항의 삭제

동항의 규정은 "강포·은밀 또는 타주점유는 시효를 生 하지 않는다"로 되어 있었으나 "강포의 이면은 평온이고, 은밀의 이면은 공연이며, 타주점유의 이면은 소유자의 명의로서 하는 것이므로 결국 제1항의 이면을 표시한 것일 뿐 사실상 같은 뜻이라 보아"¹⁶⁹⁾ 이 규정을 삭제 하였다고 한다.

라. '정권원'요건에서 '무과실'요건에의 전환

일본 구민법(제140조)이 프랑스 민법(제2265조)을 본받아 단기취득시효의 요건으로서 구민법의 '정권원이며 선의'를 '선의이며 과실 없이'로 개정하여 '정권원'을 '무과실'로 대체 하였다. 이것은 독일민법 제1초안 제881조 제2항(현재937조)을 모방한 것이다.¹⁷⁰⁾ 그 결과 일본 구민법 증거편 제142조 "방식상 무효이거나 또는 재판상 취소된 권원은 시효를 위하여는 유효하지 않는다"의 규정과 성질상 등기를 요하는 행위에 관하여는 등기하지 않는 한 정권원으로 보고 있지 않다는 뜻의 증거편 제141조의 규정을 폐지하였다.

② 현행일본민법 제185조의 성립

타주점유에서 자주점유에의 전환에 관한 현행 일본법 제185조는 프랑스 민법 제2238조를 그대로 승계한 일본 구민법 재산편 제185조의 내용에 약간의 자구의 수정을 가하였을 뿐 그 취지는 같다.¹⁷¹⁾

167) 藤原弘道, 前掲書, p.84.

168) 日本法典調査會議 速記録, 第5卷, p.121.

169) 上掲速記録, p.122.

170) 上掲速記録, p.124 ; 藤原弘道, 前掲書, p.86.

171) 前掲速記録, 第6卷, p.113.

5. 英美 不動產法

영미법은 역사적으로 로마법에 의한 새로운 경험을 하지 못하고 법전화 되지도 못한 채 독자적으로 발달 하였으나, 극히 제한된 범위 내에서만 유럽 대륙과의 교섭에 의하여 그 영향을 받았을 뿐이다. 그러나, 취득시효제도는 제소기한법(Statute of Limitations)과 권원유통법(Marketable Title Act)에 기초를 두고 있다. 제소기한법에 대하여는 부동산소유자가 제소기간 내에 소유자와 상반되는 권리를 주장하는 점유자(possessor who claims adversely to the owner)를 상대로 인도소송을 제기할 수 없게 되어 그 결과로서 소유권을 상실하고 그 점유자는 소유권을 취득하게 되는 것이다.¹⁷²⁾ 그 시효기간에 관하여는 주에 따라 약간의 차이가 있지만 대체로 10년 내지 20년이며, 대다수 주에는 15년간으로 규정하고 있다.¹⁷³⁾ 그리고 권원유통법에 대하여는 권원조사기간을 단축하여 부동산 거래의 안전을 도모하기 위하여 제정된 일종의 시효취득제도가 권원유통법인데 대체로 40년간 권원이 연속이 되면 그 권원이 유통성이 있는 것으로 인정되었다.¹⁷⁴⁾

영미법에서는 당사자 사이의 합의에 의하여 부동산의 소유권을 취득하게 되고 등기는 Recording이라 하여 소유권취득의 요건이 아니기 때문에 등기부취득시효제도는 없고 점유취득시효제도만 인정된다. 점유취득시효제도에 있어서의 점유요건으로서 ①점유가 적대적이고 점유자가 권리의 주장을 하고 있을 것(be hostile and under claim of right). ②점유가 현실적일 것(be actual). ③점유가 공연·평온할 것(be open, notorious, visible and peaceable). ④점유가 배타적일 것(be exclusive). ⑤점유가 계속적일 것(be continuous). 등이 요구되며 권원의 색채(color of title)¹⁷⁵⁾가 점유의 적대성과 관련하여 중요한 의미를 갖는다.

172) 朴燦柱. “不動產取得時效-英美判例理論의 도입성 檢討를 위하여-” 「司法研究資料」第16輯, 法院行政處, 1987, p.5.

173) 캘리포니아州에서는 5년으로 規定되어 있다.

174) 金相容, “미국의 權原調査 및 權原保險에 관한 研究”, 서울대大學院 博士學位論文, 1985, pp.77~78.

175) 권원의 색채라함은 어떠한 사정으로 존재하는 하자로 효력이 없는 날인증서(deed)나 유언서(will)와 같은 서면증서(written instrument), 보통법(common law) 또는 형평법상의 판결(judgement or decree)에 기초하는 주장을 말한다. 이러한 개념은 영국에서는 존재하지 아니하나 미국에서의 의제점유(constructive possession)와 관련하여 안출되었으며, 증서의 효용성이나 효력에 관한 개념이라기보다 증서의 내용에 관한 개념이다. 위 전개논문에서 점유취득시효의 요건과 관련하여 점유의 물적요건(physical requirements)으로서는 적대성이 요구되는 것으로 고찰하고 있다(朴燦柱, 前揭論文, p.5 이하).

第 4 章 民法 第245條 第1項의 解釋論的 檢討

第 1 節 序

앞에서 검토 하였던바와 같이 우리 민법 제245조 제1항은 “20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로서 그 소유권을 취득한다” 라고 규정하여 점유취득시효를 제2항에서는 “부동산의 소유자로 등기한자가 10년간 소유의 의사로 평온·공연하게 선의이며 과실없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다”라고 하여 등기부취득시효를 각각 규정하고 있다.

본래 부동산취득시효제도 자체는 매우 다양한 요소, 즉 소유의 의사나 선의·무과실 등의 주체적 요소와 점유와 같은 사실상태 그리고 오랜 시간의 경과 등이 한데 어우러진 상당히 기술적이고 복잡한 제도일 뿐 아니라 오랜 역사를 거치는 동안 또한 각국에 시행되는 과정에서 그때그때의 시효관과 부동산 제도에 따라 미묘한 변화를 갖게 된 까닭에 매우 난해한 법률제도인 것이다. 특히 소송현실에 있어서는 민법 제245조 제1항의 점유취득시효를 둘러싸고 많은 분쟁이 발생되고 있다. 따라서 이하에서는 부동산취득시효제도 중 민법 제245조 제1항의 점유취득시효의 요건과 효과를 중심으로 해석론적 검토를 하고자 한다.

第 2 節 不動產所有權占有取得時效의 要件

민법 제245조 제1항은 “20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유한 자는 등기함으로서 소유권을 취득한다”라고 규정하고 있다. 이를 점유취득시효라 함은 이미 살펴본바와 같다. 점유취득시효의 주체는 자연인·법인뿐만 아니라 법인 아닌 사단 또는 재단도 취득시효완성으로 인한 소유권을 취득할 수 있다.¹⁷⁶⁾ 여기에서는 부동산소유권의 점유취득시효의 요건을 대상, 자주점유, 평온·공연한 점유, 취득시효기간, 등기청구권 행사에 의한 등기로 나

누어 고찰하고자 한다.

1. 占有取得時效의 對象

부동산소유권 점유취득시효의 요건으로서 그 대상은 부동산이어야 함은 논할 필요도 없으나 다음과 같은 점에 문제가 있다.

첫째, 그 부동산의 타인의 부동산에 한하느냐 아니면 자기의 부동산도 취득시효의 대상이 되느냐 하는 문제이다. 왜냐하면 우리 구민법 제162조는 취득시효의 대상에 대하여 타인의 물건이어야 함을 명시하였으나, 현행 민법은 그러한 규정을 두고 있지 않기 때문이다. 그리하여 점유취득시효는 소유자가 아닌 자가 소유권을 취득하는 제도이므로, 타인의 물건에 대해서만 인정할 수 있다는 것은 명문이 규정이 없더라도 당연하다는 견해¹⁷⁷⁾도 있었다. 그러나 시효취득은 원시취득이어서 타인의 소유권을 바탕으로 해서 그것을 승계하는 것이 아닐 뿐만 아니라 원래 취득시효는 누구의 소유이냐를 묻지 않고서 사실상태를 권리관계로 끌어 올리려는 제도이므로, 취득시효의 객체가 되는 물건은 타인의 물건이어야 할 필요는 없다고 새기는 것이 통설이다.¹⁷⁸⁾ 판례도 소송실무에 있어서 매도증서 등 권리문서가 분실되는 등으로 자기소유의 부동산이라는 점에 대한 입증이 곤란한 경우, 매매, 명의신탁해지 등을 원인으로 한 소유권이전등기 절차 이행청구를 하면서 예비적으로 점유취득시효를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행청구를 인용한 사례가¹⁷⁹⁾가 있는바, 누가 진실한 소유자인가를 확정함에 있어 현실적인 입증의 곤란을 덜게 함으로서 조속히 분쟁을 해결하고 공공의 평화와 질서를 유지할 필요가 있다고 하는 법기능적 측면에서 긍정하는 것이 타당하다할 것이다

생각건대 통설과 판례의 입장은 타당하다고 생각한다. 다만 자기의 부동산에 대하여 취득시효를 긍정하는 입장을 취하면서 취득시효의 효과에 대하여 원시취득으로 파악하여 종전이 담보물권이나 가등기 등이 말소된다고 결론을 도출하는 것은 명백히 부당하다 할 것이다. 왜냐하면 현재의 소유명의자가 자기의 부동산에 대하

176) 大判 2000. 10. 27, 2000다 22881 ; 大判 2000. 1. 28, 98다 26187.

177) 金會漢·金學東, 前掲書 p.332.

178) 郭潤直, 前掲書, p.303 ; 李英俊, 「物權法」, 博英社, 2003. p.416 ; 張庚鶴, 前掲書, p.436 ; 大判 1973. 7. 24, 73다 559.

179) 大判 1992. 2. 25, 91다 9315 ; 大判 1973. 8. 31, 73다 387 ; 大判 1966. 3. 22, 66다26.

여 담보물건이나 가등기 등의 등기설정 이후에 종전 소유자의 점유기간과 자기의 점유기간을 합산하여 점유시효취득을 주장하게 되는 경우 등기의 공시제도를 근본적으로 뒤엎는 결과가 나올 수 있기 때문이다.

둘째, 1필 토지의 일부가 취득시효의 대상이 될 수 있는가 하는 문제이다. 1필의 토지의 일부에 대하여 권리의 양도 내지 권리취득이 유효하게 행하여질 수 있다면 가능하다고 볼 수 있다. 예컨대 현행법상으로도 토지의 일부에 대한 양도는 분필절차를 밟은 후에 이전 등기를 하여야 하므로, 1필의 토지의 일부에 대하여도 취득시효의 요건이 구비된다면 시효취득 할 수 있다고 본다. 다만 1필의 토지의 일부에 대한 취득시효는 점유취득시효에 관하여만 인정되고 등기부취득시효에는 인정 될 수 없다. 왜냐하면 등기부취득시효에 있어서는 등기와 그에 부합하는 점유가 일정한 기간동안 계속함을 그 요건으로 하고 있는데, 일물일권주의를 취하고 있는 현행 부동산등기제도상 토지의 일부분에 대하여는 그러한 경우가 있을 수 없기 때문이다.¹⁸⁰⁾

우리나라 판례도 한결같이 1필 토지의 일부에 대한 시효취득을 인정하면서 그 부분이 다른 부분과 구분되어 시효취득자의 점유에 속한다는 것을 인식하기에 족한 객관적 징표가 계속적으로 존재하는 것을 요구하고 있다. 위와 같이 1필 토지의 일부에 대한 취득시효에 있어서 '점유하고 있음을 인식하기에 충분한 객관적인 징표의 계속적 존재'라는 요건이 요구되는 것은 1필 토지의 범위에 대하여 공부상의 경계가 인정되는 만큼 객관적이고 일반적인 기준으로서 위와 같은 요건을 설정함으로써 1필 토지위에서도 저촉될 가능성이 있는 권리상호간의 지배의 한계를 분명히 하고 각소유자가 행사할 소유권의 범위를 확정함으로써 야기될 수 있는 혼란을 가능한 한 줄이고 거래의 안전을 도모함에 있는 것이다. 예를 들면 경계표지를 설치하는 것, 등을 들 수 있다.¹⁸¹⁾

셋째, 국유재산이 취득시효의 대상이 될 수 있느냐 하는 것이다. 이에 대하여 국유재산법 제5조 제2항은 국유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득이 대상이 되지 아니한다고 규정하고 있다. 그리하여 판례에는 국유재산이 시효

180) 郭潤直, 前掲書, p.303.

181) 李鍾贊, "1필토지의 일부에 대한 取得時效 要件으로서의 占有", 「大法院判例解說」 통권 第11號, 法院行政處, 1989, p.67 ; 大判 1989. 4. 25, 88다카 9494 ; 大判 1965. 1. 19, 64다 1254.

취득의 대상이 되지 아니한다는 국유재산법 제5조 제2항은 1976. 12. 31. 동법이 제정 공포·실시된 이후에만 적용되고 그 이전에는 국유재산이라 할지라도 행정목적에 위한 공용이 폐지된 토지는 시효취득이 된다고 판시하였다.¹⁸²⁾ 그러나 헌법재판소는 국유잡종재산에 대하여까지 시효취득을 배제하는 것은 국유잡종재산에 대한 관리소홀의 책임을 취득시효자에 전가하여 취득시효자의 기본권을 희생하고 국가의 이익을 특권적으로 보호하려고 하는 지나치게 불평등한 것으로서 헌법정신에 어긋나는 위헌적 내용이라는 결정¹⁸³⁾을 하여, 동항에 다만 잡종재산의 경우에는 그러하지 아니하다는 단서조항을 신설하였다. 그리하여 국유재산 가운데 관청청사 같은 공용재산이나 문화재 같은 보존재산이 아닌 잡종재산에 속하는 부동산에 대하여는 시효취득이 가능하게 되었다.¹⁸⁴⁾

넷째, 자연공물이 취득시효의 대상이 되느냐 하는 것이다. 자연의 상태로 그대로 공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있는 이른바 자연공물은 자연력 등에 의한 현상변경으로 공공용에 제공될 수 없게 되고, 그 회복이 사회통념상 불가능하게 되지 아니한 이상 공물로서의 성질이 상실되지 않고 따라서 시효취득이 대상이 되지 않는다.¹⁸⁵⁾ 그러나 원래 전·답에 불과 하였던 토지를 수리조합이 그 위에 저수지 또는 도수로를 축조한 경우에는 이들 시설물을 자연공물이라고는 할 수 없을 뿐만 아니라 국가가 공공목적에 제공한 것이 아니므로 비록 일반 공중의 공동이용에 제공된 것이라고 하더라도 국유재산법상의 행정재산이나 보존재산에 해당하지 아니하므로 취득시효의 대상이 된다고 한다.¹⁸⁶⁾

다섯째, 부동산의 공유지분권도 취득시효의 대상이 되느냐 하는 것이다. 부동산의 공유지분권도 취득시효의 대상이 된다. 다만 전체의 토지 중 자기의 지분에 해당하는 특정부분을 취득시효한 것으로 주장하는 경우는 앞에서 본 1필 토지의 일부에 대한 취득시효의 경우와 마찬가지로 그 특정부분이 시효취득자의 점유에 속한다는 것을 인식하기에 충분한 객관적인 징표가 계속 존재하여야 할 것이나, 1필

182) 大判 1979. 9. 25, 79다 1080.

183) 憲裁 1992. 10. 1, 92헌가 6, 7 決定 ; 憲裁 1991. 5. 13, 89헌가 97 決定. 그 결과 지금은 國有財産과 共有財産중 雜種財産에 대해서는 時效取得이 가능하게 되었다.

184) 위와같은 憲法 裁判所의 決定에 반대하는 見解가 있다. 이에 관하여는 崔大權, “國有財産法 第5條 第2項의 違憲與否”, 「法學」 第32卷 3·4號, 서울大法學研究所, 1987, p.37이하 참조.

185) 大判 1994. 4. 8, 94다 12593.

186) 大判 1999. 3. 9, 98다 41759.

토지 중 2분의1 지분에 관하여는 자주점유로 나머지 2분의1 지분에 관하여는 타주점유로 2분의1 지분권을 시효취득 하였다고 주장하는 경우에는 특정부분을 취득하는 것이 아니므로 객관적 징표가 계속 존재할 필요는 없다. 그 사례로서 1필지의 부동산에 대하여 2인 명의로 공동등기가 되어 있다가 각자 단독명의로 분할등기를 하였다 하여도 공유등기와 각자 단독명의로의 분할등기의 전 기간이 10년이고 그 10년간 2인의 그 부동산을 소유의 의사로 평은·공연·선의·무과실로 점유하면 그 부동산을 시효취득하게 된다.¹⁸⁷⁾

여섯째, 전세권도 취득시효의 대상이 되는가. 즉, 전세권자는 존속기간동안 목적 부동산(건물)을 선량한 관리자의 주의로써 보관할 의무를 진다. 한편 전세금 반환청구권은 전세권과 분리하여 양도할 수 있으나,¹⁸⁸⁾ 전세권은 시효취득 될 수 없다고 해석함이 옳을 것이다. 부동산의 취득시효기간은 보통은 20년, 등기되어 있는 때에는 10년인데 취득시효로 인한 전세권취득의 효력은 점유를 개시한때에 소급하는 바, 전세권의 존속기간은 10년을 넘지 못하기 때문이다.¹⁸⁹⁾

2. 自主占有



(1) 의의와 결정기준

소유의 의사를 가진 점유를 타주점유에 대비하여 자주점유라 부르는데, 그 표현 방법은 매우 다양하여 ‘소유자로 점유하는 의사’,¹⁹⁰⁾ ‘소유자가 할 수 있는 것과 마찬가지로 배타적 지배를 사실상 하려는 의사’,¹⁹¹⁾ 또는 ‘마치 자기가 소유자인 것처럼 물건을 지배하고자 하는 의사’¹⁹²⁾라고 말하여진다. 이와 같이 표현은 다소 달라도 통설에 의하면 자주점유는 소유의 의사로 하는 점유이며, 여기서 말하는 소유의 의사라 함은 소유자가 할 수 있는 것과 같은 배타적 지배를 사실상 행사하려고 하는 의사를 말 한다¹⁹³⁾고 한다.

187) 大判 1991. 3. 22, 91다 70 ; 大判 1979. 6. 2, 79다 639 ; 大判 1976. 5. 25, 75다 1105.

188) 韓三寅, 前掲書, p.448 ; 大判 2002. 2. 5, 2001다 62091 ; 大判 1997. 12. 23, 97다 3150.

189) 金會漢·金學東, 前掲書, p.147.

190) 郭潤直, 前掲書, p.150 ; 大判 1999. 3. 12, 98다 29834 ; 大判 1998. 11. 27, 97누 2337.

191) 郭潤直, 上掲書, p.205 ; 金會漢·金學東, 前掲書, pp.314~315.

192) 金基善, 「韓國物權法」, 法文社, 1994, p.130 ; 權龍雨, 「物權法」, 法文社, 2003, p.328 ; 李銀榮, 前掲書, p.128.

193) 郭潤直, 前掲書, p.205.

그리고 법률상 그러한 지배를 할 수 있는 권한 즉 소유권을 가지고 있거나 또는 소유권이 있다고 믿고 있어야 하는 것이 아니고 사실상 소유할 의사가 있는 것으로 충분하다고 한다. 판례도 점유자가 실제로 그 물건의 소유권을 가지고 있거나 그 물건의 소유자임을 믿고 있어야 하는 것은 아니라고 판시¹⁹⁴⁾하고 있다. 그러나 소수설은 민법 제245조 제1항의 점유취득시효와 제245조 제2항의 등기부취득시효가 존재이유의 면에서 서로 다르다는 입장에서 각각의 취득시효에 있어서 소유의 의사를 다르게 이해한다. 그에 의하면, 등기부취득시효는 전주의 무권리등기에 기하여 선의이며 과실 없이 부동산을 양수한자를 보호하는 거래의 안전보호를 위한 제도이어서 거래행위, 즉 소유권의 이전을 목적으로 하는 법률행위에 의하여 취득되는 점유만이 소유의 의사를 가지고 있는 점유가 되어 제245조 제2항의 취득시효의 요건을 충족시킨다고 한다. 그에 비하여 점유취득시효는 진정한 권리자를 보호하기 위한 제도, 즉 증거를 잃은 진정한 소유자에게 소유권의 증명을 용이하게 하는 이른바 법정증거제도이므로, 거기에서는 “점유취득이 원인의 무엇인가를 불문하고 점유자가 동시에 부동산의 소유자인 것이 틀림없다는 강한 추정을 생기게 하는 점유가 ‘소유의 의사’를 가지고 있는 점유”라고 한다.¹⁹⁵⁾ 생각건대 하나의 용어의 개념은 각각의 취득시효에 따라 다르게 해석하는 것은 타당치 않으므로 통설·판례의 견해가 옳다고 생각한다.¹⁹⁶⁾

소유의 의사를 가진 점유인지 아닌지의 결정은 단순히 내심적 의사에 의하여 주관적으로 결정할 것은 아니고, 점유취득이 원인의 된 사실(보통 “점유의 권원”이라고 한다)의 성질에 따라 객관적으로 결정하여야 한다고 하는 것이 통설¹⁹⁷⁾·판례¹⁹⁸⁾의 입장이다. 따라서 점유를 하게 된 원인사실이 매매,¹⁹⁹⁾ 증여 등의 경우

194) 大判 1991. 2. 8, 90다 18838 ; 大判 1987. 4. 14, 85다카 2230 ; 大判 1980. 5. 27, 80다 671.

195) 盧承斗, “民法 第245條의 所有의 意思에 관한 小考”, 「司法論集」第7輯, 法院行政處, 1976, p.88.

196) 宋德洙, “占有取得時效의 要件으로서 自主占有”, 「考試研究」, 1997. 11, p.74.

197) 金會漢·金學東 前掲書, p.149 ; 郭潤直, 前掲書, p.205 ; 李英俊, 前掲書, p.325 ; 李銀榮, 「物權法」, 博英社, 2004, p.298.

198) 大判, 1983. 7. 2, 82다 708 ; 大判, 1979. 4. 28, 78다 2873 ; 大判, 1969. 3. 4, 69다 51.

199) 大判 1968. 12. 24, 68다 2111 판결은 무효인 매매계약의 매수인이라 할지라도 그는 그 매수한 토지에 대하여 취득시효의 완성의 요건의 있는 소유의 의사는 가지고 있었다고

에는 언제나 소유의 의사를 가진 점유이나, 그 원인 사실이 지상권, 전세권, 임차권 등의 경우에는 언제나 소유의 의사가 없는 타주점유가 될 것이다. 그러나 점유자의 점유가 소유의 의사가 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사가 없는 타주점유인지 여부는 점유취득이 원인이 된 권원이 성질이나 점유와 관계있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정 되어야한다.²⁰⁰⁾

우리 민법은 프랑스 민법이나 일본 민법과는 달리 권원의 전환에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 학설과 판례는 모두 이를 인정하고 있다. 다만 점유의 권원의 성질상 점유의 의사가 없는 타주점유가 자주점유로 전환하기 위하여 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로 점유를 시작하거나 점유자가 자기에게 점유를 시킨 자에 대하여 소유의 의사가 있다는 것을 표시하지 않으면 안된다는 것이 통설²⁰¹⁾·판례²⁰²⁾인데 반하여, 소수설²⁰³⁾은 표시를 요하지 않고 객관적으로 인식이 가능하면 충분하다고 한다. 그리고 취득시효의 요건이 되는 자주점유는 직접점유이거나 간접점유이거나를 가리지 않는다. 그러나 위와 같은 자주점유의 유무에 관한 결정기준의 통설적인 견해와는 달리, 민법 제245조 제1항의 점유취득시효와 제2항의 등기부취득시효는 그 연혁과 존재를 달리하고 있다고 보아 소유의 의사도 각기 그 연혁과 존재이유에 대응하여 달리 해석하여야 한다는 견해²⁰⁴⁾가 있다. 즉 등기부취득시효의 경우에는 소유의 의사의 유무를 통설·판례와 같이 점유의 권원의 객관적 성질에 의하여 정하여야 할 것이지만, 점유취득시효의 경우에는 그러한 기준은 타당하지 않고 점유자가 동시에 소유자임에 틀림이 없다는 강한 추정을 생기게 하는 구체적인 사정이 존재하는가의 여부에 따라 결정하여야 한다고 한다.

볼 수 있다고 판시하고 있다.

200) 韓三寅, 前掲書, p.342 ; 大判 1997. 8. 21, 전원합의체95다 28625 ; 大判 1999. 3. 12, 98다 29834 ; 大判 1998. 11. 27, 97누 2337 ; 大判 1998. 6. 23, 98다 11785 ; 大判 1998. 5. 8, 98다 1232.

201) 金會漢·金學東, 前掲書, p.212 ; 郭潤直, 前掲書, pp.205~206 ; 李英俊, 前掲書, p.187 ; 金周元, 前掲論文, p.184.

202) 大判 1998. 3. 27, 97다 53828 ; 大判 1995. 12. 22, 95다 30062 ; 大判 1987. 2. 10, 86다 카 550 ; 大判 1980. 7. 12, 80다 908 ; 大判 1976. 9. 14, 76다 159.

203) 金會漢·金學東, 前掲書, p.151.

204) 盧承斗, 前掲論文, pp.87~92.

(2) 소유의 의사의 주체와 시기

개인이나 법인의 소유의 의사의 주체가 될 수 있음은 말할 필요도 없다. 문중과 종중 같은 법인이 아닌 사단 또는 재단은 권리능력의 주체가 될 수 없어도 소송상의 당사자능력(민사소송법 제48조)이나 등기능력(부동산등기법 제30조)을 인정하고 있을 뿐만 아니라 종중이 재단이나 종중원을 중심으로 하여 사실상 사회생활상 하나의 단위를 이루고 있어, 소유의 의사의 주체가 될 수 있고 따라서 취득시효를 원인으로 한 소유권 취득의 주체가 될 수 있다고 본다.²⁰⁵⁾ 그리고 소유의 의사는 점유의 시초부터 갖추어야 한다.²⁰⁶⁾

(3) 소유의 의사의 주장·입증

자주점유의 주장과 입증에 대하여 학설은 자주점유가 추정되는 만큼 자주점유가 아니라고 주장하는 자가 상대방의 점유가 타주점유임을 입증할 것이라는 견해,²⁰⁷⁾ 그런가 하면 주장·입증 모두에 관하여 타주점유를 주장하는 자에게 책임이 있다고 하는 견해,²⁰⁸⁾ 그밖에 자주점유의 사실을 입증할 필요는 없고 오히려 그 상대방이 반대입증을 하여야 한다는 견해 등으로 나뉘고 있다.²⁰⁹⁾ 또한 민법 제197조 제1항의 자주점유 추정을 민법 제245조에도 적용하는 것은 부당하다는 견해도 있다.²¹⁰⁾

이에 대하여 판례는 점유권원이 성질이 분명하지 아니한 때에는 민법 제197조 제1항에 의하여 물건의 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되므로, 점유자가 취득시효를 주장하는 경우에 있어서 스스로 소유의 의사를 입증할 책임은 없고, 점유자의 점유가 소유의 의사가 없는 점유임을 주장하여 점유자의 취득시효의 성립을 부정하는 자에게 그 입증책임이 있다고 한다.²¹¹⁾ 또 점유자에게 자주점유의 입증책임 뿐만 아니라 주장책임도 없다고 하기도 하였다.²¹²⁾ 그런가 하면 어

205) 大判 1991. 5. 28, 91다 66915 ; 大判 1972. 1. 31, 71다 2416.

206) 大判 1980. 5. 27, 80다 671.

207) 郭潤直, 前掲書, p.206 ; 崔大權, 前掲論文, p.87.

208) 李英俊, 「判例·學說 ; 注釋民法(上)」, 韓國司法行政學會, p.426.

209) 李在性, “自主占有의 推定”, 「判例月報」, 1984. 6, p.153.

210) 崔秉祚, 前掲論文, p.103.

211) 韓三寅, 前掲書, p.345 ; 大判 2002. 3. 15, 2001다 77352·77369 ; 大判 2000. 3. 16, 전원합의체. 97다 37661 ; 大判 1997. 12. 9, 97다 18547.

212) 大判 2001. 12. 27, 2001다 48187 ; 大判 1984. 1. 31, 63다 615.

면 판결은 앞의 판결에서의 '점유권원의 성질이 분명하지 아니 한 때' 대신에 '점유의 권원이 분명하지 아니 한 때'라고 하기도 한다.²¹³⁾ 이러한 판례는 기본적으로 민법 제197조 제1항이 점유취득시효에 적용된다는 것을 전제로 한다. 그리고 앞에서 언급한 자주점유 판단기준과 연결되어 있다. 즉 자주점유 무효는 점유권원의 성질에 의하여 판단되는데, 그 성질이 불분명 한 때에는 민법 제197조 제1항에 의하여 자주점유가 추정된다는 것이다. 그리고 판례는 오래전부터 자주점유 추정 규정은 권원의 성질상 점유자에게 소유의 의사가 없는 것으로 보아야 할 경우에게까지 적용될 것은 아니라고 한다.²¹⁴⁾

생각건대 취득시효를 주장하는 자가 일정기간동안 점유하였다는 사실만 입증하면 그 점유는 자주점유로 추정되기 때문에, 그것만으로 충분하고 따로 자주점유를 주장하고 입증할 필요는 없다고 할 것이다.

(4) '소유의 의사'에 대한 구체적 사례

① 무효인 매매계약의 매수인과 소유의 의사

타인으로부터 부동산을 매수하여 점유하고 있다면 그 매매가 효력이 없다고 할 지라도 그 점유는 권원의 성질상 자주점유라 할 것이다.²¹⁵⁾ 그러나 그 매매가 무효임을 알거나 그 매매가 무효로 된다는 사정이 있음을 알았다는 등(예컨대 재산의 처분에 관하여 주무관청의 허가를 요하는 경우에 매수자가 매매당시 그 허가가 없었다는 사실을 알고 있는 경우)의 특별한 사정이 있다면 그 점유는 자주점유로 볼 수 없다.²¹⁶⁾ 또한 무효의 원인의 시효취득의 주장자가 관계서류를 위조하는 등 적극적으로 무효원인에 가담한 경우에도 시효취득의 주장자에 대하여 소유의 의사를 부인하여야 할 것이다.

② 취득시효의 주장자 앞으로 원인 없는 등기가 경료된 경우와 소유의 의사 특별한 사정이 없는 한, 시효취득의 주장자 앞으로 소유권 이전등기가 경료 되

213) 大判 1991. 6. 11, 91다 8593 · 8609.

214) 大判 1999. 3. 12, 98다 29834 ; 大判 1963. 6. 20, 63다 262.

215) 大判 1999. 6. 25, 99다5866, 5873 ; 大判 1980. 5. 27, 80다 671.

216) 大判 1979. 12. 26, 79다 1806.

217) 大判 2001. 11. 27, 2001두 6981 ; 大判 1966. 10. 18, 66다 1256.

었다는 사실만으로 점유자가 제3자에게 소유의 의사를 표시 하였다고는 할 수 없으므로 자주점유로 변환 되었다고 볼 수는 없다.²¹⁷⁾

③ 유효한 법률행위를 하였으나 그 반대급부의 일부를 이행하지 않은 경우와 소유의 의사

대법원은 매매대금의 일부를 이행하지 않은 채 매수부동산을 인도받아 점유한 경우에도 특별한 사정이 없는 한, 소유의 의사가 있다고 판시하였다.²¹⁸⁾ 그러나 특별한 사정이 있는 경우, 예컨대 법률이 매수인에게 소유권 이전 등기를 받을 때까지 그 목적 부동산을 매도인을 위하여 관리할 것을 명하고 있는 경우에는 그 점유는 자주점유로 볼 수 없다고 판시하였다.²¹⁹⁾

④ 법률행위가 무효인 경우와 소유의 의사

점유취득이 원인의 되는 법률행위에 무효원인이 있기 때문에, 소유권 이전의 효과가 발생하지 않는 경우에도 그 점유에 소유의 의사를 인정할 수 있는가가 문제된다.

가. 전주의 무권리

귀속재산이 아닌 제3자(원고)의 부동산을 대한민국(피고)이 귀속재산으로 믿고, 역시 귀속재산으로 믿은 甲회사가 대한민국으로부터 이를 1955. 1. 14.에 매수하고, 동년 9. 10.에 그 명의로 소유권이전 등기를 마친 후, 그때부터 계속하여 10년간 점유·사용한 사안에 대하여, 대법원은 소유의 의사뿐만 아니라, 선의·무과실까지도 인정하여 등기부취득시효를 인정하고 있다.²²⁰⁾ 또한 무효인 매매계약의 매수인이라 할지라도, 그는 그 매수한 토지에 대하여 취득시효완성의 요건이 되는 소유의 의사를 가지고 있었다고 볼 수 있다²²¹⁾고 판시하였다.

나. 무권대리

부동산을 그 소유자의 대리인으로부터 매수하여 인도까지 받아 점유를 계속하였으나, 대리인에게 대리권이 없기 때문에, 소유자 본인과의 사이에는 매수계약의

218) 大判 1972. 1. 31, 71다 2136.

219) 大判 2001. 5. 29, 2001다 5913 ; 大判 2000. 12. 8, 2000다 42977 ; 大判 1992. 5. 26, 91다 2851, 2868 ; 大判 1964. 2. 17, 63다 1045.

220) 大判 2002. 3. 15, 2001다 1232 ; 大判 1997. 8. 21, 전원합의체. 95다 28625 ; 大判 2000. 3. 16, 전원합의체. 97다 37661 ; 大判 1997. 8. 21, 전원합의체. 95다 28625.

221) 大判 1999. 9. 17, 98다 63018 ; 大判 1997. 12. 12, 97다 30288 ; 大判 1996. 10. 11, 96다 19587 ; 大判 1989. 4. 25, 88다카 3618 ; 大判 1981. 3. 24, 80다 2226.

효력이 발생되지 않는 경우에도 매주에게 소유의 의사가 있다고 할 수 있는가에 대하여 대법원은 무권대리인에게 대리권이 있다고 믿고 매수한 경우에는 매수자에게 과실이 있어, 민법 제245조 제2항의 등기부취득시효는 부정 하지만, 그 매수자의 점유에는 소유의 의사가 있음을 인정하고 있다.²²²⁾

다. 법정조건의 흠결

매매·증여 등 법률행위에 의하여 소유권을 이전함에 있어 행정관청등의 인허가 그 효력발생 요건으로 되어 있는 경우에 그 소정의 인허가를 받지 않고 매매 등 계약을 체결하고, 점유를 개시한때는 어떠한가이다.

교육부장관의 허가를 받지 않고 처분하는 사찰임야를 주지에게 그 임야의 매도 처분권이 있다고 믿고, 그로부터 이를 매수하여 점유한 사안에 대하여 대법원은 “...거래의 통념상 매수인은 특별한 사정이 없는 한, 법률상 일방적인 처분권이 있다고 인정되는 소유명의자나 그의 적법한 대리인으로부터 부동산을 매수하고 현실적인 인도까지 받은 경우, 매도인의 매각행위가 법률상의 유효조건을 구비하고 있는지의 여부를 조사할 의무가 있는 것이라고는 할 수 없으므로, 특별한 사정이 있다고 인정되지 않는 본건에 있어서는...”²²³⁾라고 하여 그 점유에 소유의 의사가 있음은 물론 무과실까지도 인정하고 있다.

라. 귀속재산

귀속재산에 관하여는 점유자의 소유의사를 부인하고 있으며, 자주점유가 있었다 하더라도 군정법령 제33호의 공포와 동시에 국가를 위한 타주점유로 변경 되었고,²²⁴⁾ 점유자가 귀속 재산을 군정법령 제173호에 의하여 국가로부터 매수 하였을 경우에도 그 매수가 무효인 것이 추후에 판명되는 때에는 역시 점유자의 자주점유는 인정될 수 없으며,²²⁵⁾ 귀속재산을 불하 받은 경우에도 대금의 일부를 지급하였다는 사실 및 귀속재산의 소유자로서 세금을 지급하였다는 사실 등은 자주점유의 결정에 영향을 미치지 않는다.²²⁶⁾ 반면에, 국가가 개인토지의 소유지분권을 귀속재산으로 잘못알고 지분권 이전등기를 하였다 하

222) 大判 2000. 12. 8, 2000다 14934, 14941 ; 大判 1996. 10. 11, 96다 19857 ; 大判 1989. 4. 25, 88다카 3618.

223) 大判 1999. 4. 23, 98다 61562 ; 大判 1996. 11. 8, 96다 21331 ; 大判 1995. 2. 24, 94다 57671 ; 大判 1992. 9. 22, 91누 11292 ; 大判 1991. 11. 12, 91다 22148.

224) 大判 1998. 5. 8, 98다 2945 ; 大判 1996. 11. 8, 96다 29410.

225) 大判 1997. 12. 9, 97다 18547 ; 大判 1971. 3. 9, 70다 2790.

226) 大判 1970. 10. 13, 69다 833.

더라도 개인의 실질적 소유권에는 아무런 변동이 없기 때문에 그 등기는 무효이다.²²⁷⁾

⑤ 상속의 경우

상속은 당사자의 의사에 기하지 않는 점유의 취득이다. 상속의 경우에는 점유가 상속인에게 이전하게 되고(민법 제193조), 피상속인의 사망으로 물건은 상속인에게 귀속하게 된다(민법 제1005조). 또한 상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는, 상속인은 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 개시하지 않는 한, 피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장할 수 없다.²²⁸⁾ 따라서 상속인의 그 물건을 사실상 지배하거나 관리하고 있을 필요도 없고 자기를 위하여 상속이 개시되었음을 알고 있을 필요도 없다. 이러한 상속이 특이성 때문에 상속은 점유의 새로운 권원이라고 볼 수 없다는 것이 지배적인 견해이다.²²⁹⁾ 이 상속과 관련하여 특히 문제되고 있는 것은 타주점유자의 상속인의 그러한 사정을 모르고 자주점유를 해온 경우에 자기고유의 자주점유를 주장할 수 있는가 하는 것이다. 이것은 결국 점유의 분리·병합을 규정하고 있는 민법 제199조가 상속의 경우에도 적용되는가 하는 문제인데, 여기에 대하여는 학설이 대립하고 있다. 다수설은 상속인의 현실적으로 점유를 하는 경우에도 상속도 새로운 권원이 될 수 있다는 것을 논거로 상속의 경우에도 점유의 분리·병합을 부정하고 있다.²³⁰⁾ 그에 비하여 소수설은 상속에 의한 점유는 법률의 규정에 의한 점유의 이전이므로 피상속인의 점유에 구속된다는 것을 논거로 점유의 분리·병합을 부정하고 있다.²³¹⁾

판례는 이러한 경우에 '특단의 사유가 존재하지 않는 한' 점유는 상속전과 성질이 같다고 하여 상속인의 자주점유를 부인하고 있으며,²³²⁾ 이러한 입장에서 명의

227) 大判 1971. 10. 22, 71다 1965.

228) 韓三寅, 前掲書, pp.324~325 ; 大判 1995. 1. 24,94다 19884 ; 大判 1993. 9. 14, 93다 10989 ; 大判 1992. 9. 22, 92다 22602.

229) 郭潤直, 前掲書, p.238 ; 李太載, 前掲書, p.301 ; 李英俊, 前掲書, p.424 ; 張庚鶴, 前掲書, p.308 ; 鄭址炯, "取得時效의 要件인 自主占有의 立證責任", 「民事判決研究(IV)」, 民事判決研究會, 經文社, 1991, p.37.

230) 金顯泰, 「新物權法」, 一潮閣, 1992, p.147 ; 郭潤直, 前掲書, pp.244~245 ; 金會漢·金學東, 前掲書, p.151 ; 張庚鶴, 前掲書, pp.320~321.

231) 李英俊, 前掲書, p.424. 프랑스의 多數說도 이와 같은 입장이다. C.Larroumet, 1984. N° 417 ~418 ; G.Marty, et P.Raynaud, 1980. N° 203 ; H.L-Mazeaud. ; J.Mazeaud, et F.Chabas, 1989. N° 148 ; J.Carbonnier, 1983, N° 63.

수탁자의 상속인을 타주점유자로 보고 있다.²³³⁾ 그리고 상속인은 '새로운 권원에 의하여 자기고유의 점유를 시작하지 않는 한' 상속인의 점유의 성질과 하자를 떠나서 자기만의 점유를 주장할 수 없다고 한다.²³⁴⁾ 그렇지만 상속의 점유가 자기 점유로 되기 위해서는 점유자가 점유를 시킨 자에게 소유의 의사가 있음을 표시하거나 또는 신권원에 의하여 다시 소유의 의사로 점유를 시작할 것을 요구하고 있다.²³⁵⁾ 이러한 것으로 보아 판례는 상속자체는 새로운 권원은 아니지만, 상속인의 새로운 권원에 의하여 점유를 개시하는 경우에는 자주점유를 인정하고 있다고 하겠다.

생각건대 상속에 의하여 점유를 승계하고, 점유의 병합을 할 때에는 상속인은 피상속인의 점유의 성질에 구속당하겠지만, 상속인의 스스로 새로운 권원에 의하여 점유를 개시하는 경우에는 그 자신의 점유를 인정할 수 있을 것이다. 그 외에 대법원은 상속인의 일부만이 점유를 승계한 사안에서, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 점유를 승계한 상속인들이 상속 부동산 전체를 소유의 의사로 점유한 것으로 파악하였다.²³⁶⁾ 그리고 피상속인의 장조카가 자기가 상속인 또는 권리귀속자인 것으로 믿고 점유를 개시하여 관리 및 수익을 독점해온 사안에 있어서도 자주 점유를 인정 하였다.²³⁷⁾

⑥ 소유권에 관한 소송에 패한 경우

매매를 주장하여 소유권이전등기 청구소송을 제기하였다가 패소로 확정되었다더라도, 그 소송은 점유자가 소유자를 상대로 소유권이전등기의 말소를 구하는 것이므로, 그 패소 판결이 확정으로 점유자의 소유자에 대한 말소등기청구권이 부정될 뿐, 그로서 점유자가 소유자에 대하여 어떠한 의무를 부담하게 되었다든가 그러한 의무가 확인 되었다고 볼 수는 없고, 따라서 점유자가 그 소송에서 패소하고 그

232) 大判 1987. 2. 10, 86다카 550 ; 大判 1980. 12. 26, 90다 5733 ; 大判 1971. 2. 23, 70다 2755 ; 大判 1969. 2. 25, 68다 2500.

233) 大判 1995. 1. 12, 94다 19884 ; 大判 1993 9. 14, 93다 10989.

234) 大判 1997. 3. 21, 92스 62 ; 大判 1996. 2. 9, 95다 17885 ; 大判, 1972. 6. 27, 72다 535 . 536 ; 大判 1966. 3. 29, 66다 19.

235) 大判, 1987. 2. 10, 86다카550 ; 大判, 1975. 5. 13, 74다 2136 ; 大判 1966. 10. 18, 66다 1256.

236) 大判 1990. 2. 13, 89재다카 89.

237) 大判 1982. 7. 27, 81다 1174 · 1175.

판결이 확정 되었다는 사정만으로는 토지 점유자의 자주점유의 추정이 번복되어 타주점유로 전환된다고 할 수 없다.²³⁸⁾

⑦ 세금납부와 점유자의 소유의사

소유자가 토지를 점유하여 사용하고 있는 동안에 그 세금을 납부한 사실이 없다는 한 가지 사실만으로는 그 점유가 자주점유가 될 수 없다고 단정 하기는 곤란하다. 대법원은 또한 “피고가 이 사건에서 문제되고 있는 토지를 점유, 사용하고 있는 동안에 그 세금을 납부한 사실이 없다는 한 가지 사실 만으로서는 그 점유가 자주점유가 될 수 없다고 단정하기에는 곤란하다”²³⁹⁾고 판시하고 있는데, 점유자가 대상 부동산을 소유의사로서 점유하면서 세금은 소유자에게 납부케 하는 것은 바로 소유자의 소유권을 시인하는 것으로 볼 수 있고, 따라서, 점유자가 세금을 납부하지 않는 것은 곧 자기의 소유의사를 인정하지 않는다는 것이라고 할 수 있다.²⁴⁰⁾

⑧ 시효기간 경과 후 재매수 시도

부동산소유권이 취득시효완성 후, 그 부동산에 대한 매수 시도의 사실만으로 소유의 의사를 부정할 수 있는가 하는 점인데, 대법원은 “원판결은 그 이유 설명에서 피고(반소원고)는 1961. 11. 중순경 원고(반소피고) 甲에게 본건 대지를 매수하려고 교섭한 사실이 있으나, 가격관계로 매매가 성립되지 아니 함으로서 그 후 소유의 의사가 없었던 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다. 그러나 부동산의 소유권을 시효완성으로 취득하였다 하여도, 그 소유권에 관하여 분쟁이 있을 경우, 특히 등기가 아직 되어 있지 아니한 경우에 그 분쟁을 해결하기 위해 이를 다시 매수하려고 시도할 수도 있으나, 그러나 이를 매수 하려고 한 사실이 있다는 그것만으로 그 후부터는 당연히 소유의 의사가 없는 것이라 단정하였음은 채증법칙에 위배된 사실인정이 아니면 이유불비의 위법이 있는 것이라 할 것이다”²⁴¹⁾라고 판시하여 자주점유를 인정하였고, 그

238) 韓三寅, 前掲書, p.348 ; 大判 1999. 9. 17, 98다 63018 ; 大判 1997. 12. 12, 97다 30288.

239) 大判 1971. 3. 23, 71다 281.

240) 金永祥·金泰翰, 前掲論文. p.226.

241) 大判 1965. 1. 26, 64다 1399, 1400.

후에도 같은 태도를 취하였다.²⁴²⁾

⑨ 도로부지와 소유의 의사

토지의 지목이 도로로 변경된 사실만으로 도로를 관리하는 지방자치 단체가 그 때부터 그 토지를 소유의 의사로 점유하였다고는 볼 수 없다.²⁴³⁾ 그러나 지목이 도로로 변경이 되고 사실상 도로로서 공중의 통행에 제공되어 왔다면, 특별한 사정이 없는 한 그 지목 변경 일자로부터 위 토지를 점유하였기 때문에 소유의 의사가 있는 것으로 본다.²⁴⁴⁾

⑩ 임야조사령과 자주점유

대법원은 임야조사령 소정의 신고 또는 의의신청을 하지 않는 경우에는 그 점유를 타주점유로 추정하여야 한다고 하여, “원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고(면)가 피고(대한민국)로부터 본건임야를 1917. 1. 27 모범림을 설치하기 위하여 양여 받은 바 있었고, 1917. 5. 1 공포 시행된 임야조사령 §3에 규정된 신고와 동령 §11에 의한 의의신청을 하지 않았으므로 인하여 동령 §9에 의하여 국유림으로 사정이 확정되어 원고의 전시 양수는 자연 취소되었으나, 원고가 1917년 이후 계속하여 소유의 의사로 평온·공연히 본건임야를 점유하고 20년 이상 경과 하였으므로, 시효에 의하여 본건임야의 소유권을 취득한 것으로 판단한 취지가 분명한 바, 임야조사령의 규정에 의하면, 임야의 소유자는 그 주소, 성명, 임야의 소재 및 지적을 부윤 또는 면장에게 신고하도록 되었고, 부윤 또는 면장은 임야의 조사내지 측량을 하고, 임야의 조사서 내지 도면을 조제하여 소유자의 신고서등을 첨부하여도, 장관에게 제출하도록 되어 있으므로, 임야조사령 소정의 신고 또는 의의 신청을 하지 않는 경우에 있어서 원고는 일반 사인의 경우와는 달리 이후 본건임야에 대한 소유의 의사가 없는 것으로 추정함이 가하다 할 것이

242) 大判 1992. 10. 27, 91다 41064·41071 ; 大判 1966. 1. 25, 65다 1836.

243) 韓三寅, 前掲書, p.344 ; 大判 1999. 7. 23, 97다 3262.

244) 大判 1999. 7. 23, 97다 3262 ; 大判 1996. 7. 30, 96다 17714 ; 大判 1995. 6. 9, 94다 13480 ; 大判 1995. 5. 26, 94다54061 ; 大判 1994. 9. 9, 94다 23951 ; 大判 1993. 4. 13, 92다 45506 ; 大判 1993. 2. 23, 92다 34155.

다”²⁴⁵⁾라고 판시하였다.

① 권원이 없는 경우

점유취득이 명확한 법률상의 원인에 기하지 않는 경우, 그 점유의 소유의 의사를 인정할 수 있는가하는 점인데, 소유의 의사 무효는 권원이 객관적 성질에 의하여 정하여 진다는 통설 및 판례의 견해에 따르면, 이는 부정할 수밖에 없다. 그러나 우리 대법원은 일정한 경우에는 이러한 점유에도 소유의 의사를 인정하고 있다.

즉, 대법원은 “...원심은 본건 계쟁토지부분인 51평은 피고의 모 망 甲의, 1949. 3. 18에 본건 토지에 인접한 토지 962평의 일부인 것처럼 본건 51평을 포함하여 담장과 문주가 설치되어 있어, 동인은 본건 51평을 위 962평의 일부로 알고 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하다가, 위 甲은 위962평 및 그 토지건물을 원고에게 임대한 바, 원고 역시 본건 51평 부분을 위962평중의 일부로 알고 직접점유(따라서, 위 甲은 간접점유)하던 중 위 甲이 1960. 2. 12 사망하자 본건 962평과 그 토지건물은 피고가 단독 상속하여, 피고 역시 원고의 직접점유를 통하여 간접점유를 계속하던중 원고는 1963. 2. 22에 위 962평 토지에 인접한 토지를 매수한 때에 본건 계쟁토지도 매수하였으나, 원고는 본건 계쟁토지가 자기가 매수한 토지의 일부임을 인식하지 못하고, 여전히 위 임대사용 중인 962평 중의 일부로 알고, 임차인으로서 타주점유해 오던 중 피고가 그 母인 甲의 점유도 아울러 주장하므로, 1969. 3. 18로 시효기간이 완성되어 본건 51평에 대한 소유권을 취득하였다고 판단한 바, 원심이 위와 같이 인정, 판단함에 있어 거친 증거서류를 기록에 의하여 검토하여도 점유에 관한 法理를 오해하거나 석명권 행사로 인한 사실오인이 있다 할 수 없고...”²⁴⁶⁾라고 판시하고 있다.

3. 平穩·公然한 占有

‘평온한 점유’란 점유자가 그 점유를 취득 또는 계속 보유함에 있어서 법률상 용

245) 大判 2000. 6. 9, 99다 36778 ; 大判 1986. 11. 25, 85다카 2397 ; 大判 1961. 11. 16, 4293 民上 811.

246) 大判 2001. 11. 27, 2001두 6981 ; 大判 2001. 5. 29, 2001다 5913 ; 大判 2000. 12. 8, 2000다 42977 ; 大判 1996. 5. 28, 95다 40328 ; 大判 1989. 5. 23, 88다카 17785.

인할 수 없는 강포행위를 쓰지 않는 것을 말하고 ‘공연한 점유’라 함은 은비의 점유가 아닌 점유자로서 이해관계자에 대하여 점유자가 그 점유를 은폐하지 않고 공개적으로 점유하는 것을 의미한다. 그러나 점유자가 단순히 항의를 받거나,²⁴⁷⁾ 점유의 반환을 요청을 받거나,²⁴⁸⁾ 경계문제로 언쟁이 있었다거나,²⁴⁹⁾ 소유권에 분쟁이 있었다는 것,²⁵⁰⁾ 만으로서 점유의 평온성을 상실하게 하는 사유가 될 수는 없다.²⁵¹⁾ 문제가 되는 것은 점유개시시에 점유자의 점유가 평온·공연하지 못한 강포·은비한 점유이었지만, 그 후에 하자가 소멸된 경우에 그때부터는 평온·공연한 점유로 전환되어 취득시효가 진행될 수 있는가에 대하여는 견해가 대립되어 있다. 다수설²⁵²⁾은 목적물에 대한 실질적 이해관계의 비교·형량이라는 견지에서 볼 때, 점유의 개시 후에 강포·은비가 있더라도 후에 그것이 종료되면, 그 하자가 배제되고 그때부터 새로이 취득시효가 진행된다고 주장한다. 한편 소수설²⁵³⁾은 취득시효제도는 현재의 안정된 질서를 존중하려는 제도인데, 강포로 인한 취득점유에 대해서는 시효취득이 불가능하다고 한다. 생각건대 점유자가 점유개시시에 강포행위에 의하여 점유를 취득하였다고 하더라도 그 강포행위가 끝난 때에는 평온한 점유로 되므로 그 외관에 대한 신뢰는 보호되어야 하는 것이 취득시효제도의 근거에 비추어 타당하다고 생각 되므로 폭행·강박으로 유지되는 하자는 한시적이고 상대적이라고 하는 다수설이 타당하다.

‘공연한 점유’란 은비에 의한 점유가 아닌 경우를 말한다.(민법 제201조 3항참조). 부동산의 경우에 점유를 숨어서 한다는 것은 사실상 곤란하므로 통상은 공연한 점유가 될 것이다. 다만 점유자가 등기명의인이나 기타 이해관계에 대하여 자기의 점유사실을 적극적으로 은폐하는 행동을 한 경우에는 공연한 점유가 부정될 것이다. 판례는 점유자의 취득시효 완성 후 소유자가 토지에 대한 권리를 주장하는 소를 제기하여 승소판결을 받은 사실이 있다고 하더라도 그 판결에 의하여 시

247) 大判 1954. 11. 6, 4287 民上 189 ; 大判 1959. 11. 6, 4287 民上 189.

248) 大判 1975. 12. 9, 75다 1084, 1085.

249) 大判 2001. 5. 29, 2001다 5913 ; 大判 1989. 5. 23, 88다카 17785·17792.

250) 大判 2000. 9. 8, 99다 58471 ; 大判 1988. 4. 12, 87다카 1810.

251) 大判 1991. 8. 17, 91다 20364은 代地占有者가 그 지상에 소유하고 있는 建物이 무허가 건물이어서 行政官廳이 여러차례 撤去를 시도한 일이 있는 경우에도 평온성 상실의 사유가 되지 못한다고 判示한다.

252) 金基善 「韓國物權法」, 法文社, 1994, p.210 ; 金顯泰, 前掲書, p.152 ; 權龍雨, 「物權法」, 博英社, 2003, p.128 ; 李英俊, 前掲書, p.456.

253) 李銀榮, 前掲書, p.382.

효중단의 효력이 발생할 여지는 없고, 점유자가 그 소송에서 그 토지에 대한 시효 취득을 주장하지 않았다고 하여 시효이익을 포기한 것이라고도 볼 수 없으며, 그 토지에 대한 점유자의 점유가 평온·공연한 점유가 아니게 되는 것도 아니라고 판시하고 있다.²⁵⁴⁾ 점유의 평온·공연성도 추정 되므로(민법 제197조 제1항), 이를 다투는 자는 입증책임을 부담한다.

4. 取得時效期間

우리 민법 제245조 제1항은 점유취득시효를 규정하고 있는바, 그 시효취득이 인정되기 위해서는 일정한 요건을 갖춘 점유가 일정기간 동안 계속되어야 하는데 이 기간을 취득시효기간이라고 한다. 여기서의 일정한 기간은 선의·악의를 불문하고 20년이다. 이기간은 우리 민법이 규정하고 있는 모든 시효기간 중에서 가장 장기이다. 그러나 이 20년이 취득시효기간은 독일, 프랑스 등 외국의 취득시효기간에 비하여 매우 짧다.

우리 민법은 일본 Boissonade 초안의 장기 30년, 단기 15년의 취득시효 기간을 각각 20년과 10년으로 단축하였던 것인데, 현행 민법도 구민법의 취득시효기간을 그대로 계수하여 점유취득시효의 경우, 시효기간을 20년으로 규정한 것이다. 따라서 부동산을 소유의 의사로 평온·공연하게 20년간을 점유해야 점유취득의 시효가 완성된다.

이러한 취득시효기간을 계산함에 있어서는 점유가 어느 시점부터 계속되었느냐 하는 것이 문제가 된다. 왜냐하면 그 기산점은 출발시점에 따라 취득시효기간이 완성시점이 달라지고 그에 따라 등기청구권을 행사할 수 있는 시기가 달라지며, 결국 물권변동시기가 달라지게 된다. 또한 점유자나 등기명의자가 변경이 없는 경우에는 문제가 없겠지만 문제가 있는 경우에는 과연 누가 취득시효자가 될 것이며, 누가 누구에게 취득시효의 효과를 주장할 수 있는지 하는 문제이며, 그러기 때문에 시효기간 기산점은 소유의 의사, 평온·공연 및 무과실에 의한 점유인지에 관한 결정의 기준시점이며, 소급효에 영향을 주는 시점이 된다. 그밖에도 기산점의 확정, 점유의 승계, 시효기간의 계산, 점유계속의 입증책임 등이 문제 되어진다.

254) 大判 1996. 10. 29, 96다 23573.

(1) 시효기간의 기산점

취득시효기간의 완성은 그 기산점을 확정하고 그로부터 20년동안 점유하였어야 한다. 즉 기산점은 소유의 의사 내지 선의·무과실의 요구되는 시점의 점유의 개시 시점에만 존재하면 충분하나²⁵⁵⁾ 시효기간이 완성되면 소급효의 영향을 받기 때문에, 이를 기준으로 취득시효기간이 완성시점이 확정된다. 이점에 관한 학설과 판례를 살펴 보고자한다.

① 학설

가. 고정설²⁵⁶⁾

이 설은 점유취득시효의 기초인 점유 사실의 개시 시점을 기산점으로 하여 시효기간을 계산해야 한다는 견해이다. 취득시효의 또 다른 요건인 소유의 의사, 평온·공연 및 선의·무과실의 점유의 개시 시점을 기준으로 하여 이의 유무를 판단하고 있고, 시효기간만료 후에 이해관계가 있는 제3자가 있는 경우에 시효취득을 주장하는 자가 시효기산점을 임의로 선택할 수 있다고 한다면 제3자의 법적지위는 시효취득자의 자의에 의하여 부당하게 좌우 되므로 그 기산점을 고정시켜야 한다는 것이다. 그러나 점유취득시효의 이해관계가 있는 제3자가 없는 경우에는 변론종결 시점으로부터 역산하여 시효기간이 완료되는 시점을 기산점으로 선택하여도 무방하다고 한다.

나. 역산설²⁵⁷⁾

이 설은 점유자가 기산시점을 임의로 선택 하여도 시효완성 시점이 현재로부터 거슬러 올라가 20년 이상 점유한 사실만 입증하면 그것으로 시효취득의 완성을 인정할 수 있다는 견해이다.

즉 시효제도의 취지가 소재기시부터 소급하여 시효기간을 역산함으로써 '법정증거'를 만드는데 있으므로, 점유의 개시 시기가 문제되는 것은 시효 기간의 경과였는지의 여부에 한한다고 보는 설이다.

255) 韓三寅, 前掲書, p.315 ; 大判 1993. 11. 13, 92다 21132.

256) 金相容, 前掲書, pp.429~430 ; 郭潤直, 前掲書, pp.303~304 ; 李銀榮, 前掲書, p.376 ; 李英俊, 前掲書, pp.458~459 ; 宋德洙, “占有取得時效의 要件으로서 自主占有”, 「考試研究」, 1997. 11, pp.28~29.

257) 高翔龍, “取得時效와 所有權移轉登記 請求方法” 「考試界」, 1997. 10, p.46 ; 林東眞, “取得時效의 起算點과 完成時點-判例에 관한 몇가지 質問-”, 「民事判例研究 I」, 韓國司法行政學會, 1980, pp.86~106.

일본에 있어서는 시효취득의 제3자에 대한 대항력과의 관계에서 기산점을 논의하고 있는데, 역산설의 견해는 법정 증거설의 입장에서, 소재기시부터 소급하여 시효기간을 계산하여 법정증거를 만든다는 점에 취득시효제도의 취지가 있는 것이므로, 점유개시는 시효기간이 경과하고 있는가의 여부가 문제로 되고 있는 경우에 의미를 가지며, 따라서 시효취득의 당사자 간에 있어서 뿐만 아니라 제3자에 대한 관계에 있어서도 역산이 가능 하다고 주장한다.²⁵⁸⁾ 이에 대하여 시효가 법정 증거규정과 동시에 실체규정으로서의 의미를 갖는다는 근본 태도에 입각하여, 법정증거 규정의 의미에 있어서는 역산설이 타당하지만, 실체규정의 의미에 있어서는 시효 기산점인 점유의 개시 시기의 확인을 요한다는 견해가 있다.²⁵⁹⁾

② 판례

우리 대법원은 취득시효의 기초가 되는 사실이 법정시효기간 이상으로 계속된 경우에 있어서는 시효의 기초가 되는 점유가 개시된 때를 기산점으로 해야 되고, 시효취득을 주장하는 자가 임의로 기산점을 선택할 수 없고 점유개시 기산점에 관하여 근래의 판례는 시효의 기초가 되는 사실상의 점유가 시작되는 시점이라고 판시하고 있다.²⁶⁰⁾ 또한 민법 제199조 제1항은 점유의 승계가 있는 경우, 점유자의 승계인은 그의 선택에 따라 자기의 점유만을 주장하거나, 자기의 점유와 전 점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있으므로, 시효완성을 주장하는 점유자의 승계인은 이 경우, 최소한 두 개 이상의 기산점 중에서 임의로 그 하나를 선택할 수 있는 재량권을 가지게 된다. 그러나 이 경우에도 전 점유자 또는 자기의 점유 개시점을 떠나 전 점유자의 점유기간 중에서 어느 한 시점을 마음대로 잡아, 그 시점 이후의 일부 기간만이 승계를 주장할 수 없다고 판시하여²⁶¹⁾ 기산점에 관하여 고정설을 취하고 있다.

대법원은 또 시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일하고 취득자의 변동이 없는 경우에는, 시효성립을 동명인에 대하여 주장함에 있어서, 시효기간의 기산점을 어디에 두든지 상관없으나, 시효기간만료 후 이해관계에 있는 제3자가 있

258) 川島武宜, 前掲書, p.569.

259) 金會漢·金學東, 前掲書, p.214 이하참조.

260) 大判 1989. 12. 26, 다카 6140 ; 大判 1971. 9. 28, 71다 1446 ; 大判 1969. 9. 30, 69다 764 ; 大判 1966. 2. 28, 66다 108 ; 大判 1965. 7. 6, 65다 914.

261) 大判 1974. 10. 25, 74다 1332.

는 경우에는 시효이익을 주장하는 자가 시효의 기산점을 임의로 선택할 수 없다²⁶²⁾고 판시하고 있다. 그 후 다시 변경하여 시효기간의 기산점을 시효이익을 주장하는 자가 임의로 선택할 수 없고 점유가 개시된 때를 기산점으로 하여야 한다.²⁶³⁾ 소유자가 변동이 없는 경우에는 취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수 있으나,²⁶⁴⁾ 점유가 순차로 승계된 때에는 점유의 개시시기를 전점유자의 점유기간중의 임의의 시점을 선택하여 주장하지 못한다²⁶⁵⁾고 변천하는 판시를 하고 있다.

이와 같은 판례의 태도에 의하면, 당사자 주장이 기산점과 판시사실이 인정하는 기산점 사이에 차이가 있게 될 경우, 변론주의에 어긋나지 않느냐 하는 문제가 생기는데, 이점에 관하여 대법원은 변론주의에서 일컫는 사실이라 함은 권리의 발생·소멸이라는 법률효과의 판단에 직접 필요한 주요 사실만을 가리키는 것이요, 그 존부를 확인하는데 도움이 되는 것에 지나지 않는 간접사실(징표)따위는 포함하지 않는 것으로 보아야 된다.

본건에 있어서 취득시효기간의 기산일 따위는 취득시효에 의한 권리발생의 효과를 판단하는데 간접적이고 수단적인 구실을 하는데 불과하다 할 것이므로, 원심이 피고의 진술과 다르게 인정하였다 하여 피고의 주장 사실에 의하지 않고 판단하였다고는 볼 수 없다²⁶⁶⁾라고 판시하여, 변론주의에 위배되지 않는다는 것을 명백하게 설시하였다. 이어서, 취득시효의 소급효과 관련하여 “구민법 제144조의 규정에 의하면 시효의 효력은 그 기산일에 소급한다고 되어 있으므로, 시효로 인한 소유권취득이 시효기간이 완료로서 이루어지는 것이라 할지라도 원심이 이 사건에 있어서 그 기산일인 1931. 6. 16. 시효완성으로 인한 소유권이전등기를 명한 대처는 정당하고 아무런 위법이 없다”²⁶⁷⁾라고 판시하였는데, 이러한 대법원의 태도는 취득시효를 소멸시효와 달리 취급하는 것으로 이해된다.²⁶⁸⁾ 즉 대법원은 1971. 4. 30 판결에서 “기록에 의하면 피고 대리인은 원심 1차 변론기일에서 본건 원고

262) 大判 1982. 1. 26, 81다 826 ; 大判, 1979. 10. 16, 78다 2117 ; 大判, 1977. 6. 22, 76다 48 ; 大判 1976. 3. 11, 79다 2110.

263) 大判 1985. 3. 16, 84다카 2317 ; 大判 1982. 11. 9, 전원합의체. 82다 565.

264) 大判 1992. 11. 10, 전원합의체. 92다 20774.

265) 大判 1992. 11. 11, 전원합의체. 92다 9968·9975.

266) 大判 1961. 10. 26, 4293 民上529.

267) 大判 1965. 4. 6, 65다 170.

268) 金會漢·金學東, 前掲書, p.322.

의 추정 잔대금 채권에 관하여 기간 10년의 소멸시효항변을 함에 있어 그 기산점을 1960. 10. 16로 주장하고 있음이 그 변론조서에 의하여 분명하다. 그러면 원심이 1959. 10. 16을 그 기산점으로 하여 10년의 소멸시효가 완성하였다고 인정한 것은 설사 그 날짜가 본래의 시효기산일이었다고 하여도, 변론주의 원칙상 당사자가 주장하지 아니한 사실을 인정한 위법이 있다고 하지 않을 수 없다”²⁶⁹⁾라고 판시한 적이 있다.

이와 같이 대법원이 부동산이 취득시효에 있어서 시효기간의 경과(시효의 완성)를 계산하기 위한 기산점을 시효완성을 주장하는 당사자가 임의로 선택하지 못하도록 하려는 취지는 시효가 완성된 경우에 시효완성 당시의 등기 명의자에 대해서는 그 완성을 내세우고, 그에 대한 등기를 청구하는 등 그에 상응한 주장을 할 수 있으나, 그 후에 등기 명의를 취득한 제3자에 대해서는 시효완성을 주장할 수 없다고 하고, 시효취득에 관련해서 시효기간의 경과의 전·후를 가려 등기명의 취득자에 대한 취급을 달리하고 있기 때문에, 시효기간의 기산점을 당사자가 임의로 선택할 수 있게 되면, 당사자는 시효완성 후 등기명의를 취득한 자를 시효완성 당시의 취득자로 할 수 있게 되어, 결국에 가서는 시효완성을 주장하는 당사자는 등기 없이 언제나 제3취급자에 대하여 시효의 완성을 주장하고, 그에 관해서 등기를 청구하는 등, 그에 상응하는 권리관계를 주장할 수 있게 되는 결과가 되어, 등기제도의 기능을 몹시 약화시키고 부동산에 관한 거래의 안전을 해할 우려가 있을 뿐만 아니라, 그 결과는 등기를 부동산취득시효의 요건으로 하고 있는 현행 민법의 취지에서 보더라도, 결코 합리적이라고는 할 수 없음에 기인하고 있다 할 것이므로, 시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일하고, 그 기간에 취득자가 변동이 없는 경우에 있어서는, 시효완성을 동 명의자에 대해서 주장함에 있어서 시효기간의 기산점을 어디에 두든지 간에 시효의 완성을 주장할 수 있는 시점에서 보아, 시효기간이 경과된 사실만 인정되면, 그로서 부족함이 없다고 해서 하등 불합리할 것이 없는 것이라고 할 것인즉, 적어도 이와 같은 사정 하에 있는 당사자 사이에서는 구태여 장기간의 경과로 말미암아 사실상 그 인정이 곤란한, 실제로 점유를 개시한 시점을 확인하지 않으면 안될 합리적인 이유는 없다고 한다.²⁷⁰⁾

269) 大判 1971. 4. 30, 71다 409.

270) 大判 1995. 12. 8, 95다 38493 ; 大判 1995. 5. 9, 94다 22484 ; 大判 1967. 6. 22, 67다 487·488.

생각컨대 시효기간이 기산점은 역산설 보다는 고정설이 타당하다고 생각한다. 왜냐하면 시효기간의 기산점은 단순히 점유기간의 계산의 기준이 될 뿐만 아니라 소유의 의사와 평온·공연성의 판단의 기준도 되기 때문이다.²⁷¹⁾ 다만 이에 대하여 우리 민법 제199조가 점유의 병합을 인정하고 있으므로 여러 사람이 점유를 승계한 경우에는 단 하나의 기산점만 주장할 수 있다는 것은 타당하지 않다는 비판이 있다.²⁷²⁾ 그러나 점유승계인 경우에는 전 점유자의 점유기간이 아니라 하자 까지도 승계하는 것이고 특히 이 경우에도 전 점유자의 점유기간중의 임의시점을 선택해서 기산점으로 정하는 것을 인정하는 것은 아니기 때문에, 고정설을 취하더라도 그렇게 부당한 결과를 초래한다고는 볼 수 없을 것이다. 또한 역산설을 인정하면 중간생략등기를 인정하는 결과로 된다.

③ 사건

기산점에 관한 학설과 판례의 내용을 보면, 고정설을 취하는 경우에는 거래의 안전과 등기의 공시기능 보장의 측면에서, 그리고 역산설을 취하는 입장은 취득시효 자체의 존재이유를 중심으로 점유자의 보호를 위한 것으로 생각된다. 또한 시효기간 기산점은 시효완성 당시 등기명의자의 동일성을 기준으로 하여 그 등기명의에 변경이 있는 경우에는 고정설을 그리고 변경이 없는 경우에는 역산설을 취하고 있는 것은, 만약 시효취득을 주장하는 자가 언제나 제3취득자에게 대항할 수 있다면 취득시효가 문제되는 경우에는 등기제도는 전혀 그 기능을 발휘하지 못하는 결과가 되고, 반대로 취득시효와 등기제도가 충돌이 되는 경우 즉, 시효기간만료 후 등기명의자가 제3자로 명의변경이 된 경우에는 취득시효제도는 무의미한 것이 되므로, 등기는 마치 공신력이 인정되는 것으로 되어 통상등기의 효력보다 강해지는 상황이 나타날 수도 있다.

(2) 점유의 승계와 기간의 계산

민법 제199조는 “점유자의 승계인은 자기의 점유만을 주장하거나 자기의 점유와 전 점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있으나 전점유자의 점유를 함께 주장하는 경우에는 그 하자도 승계 한다”라고 규정하여 전 점유자가 수인인 경우에도 그들 모두의 점유를 주장 하든가 그중 몇명 또는 1인의 점유만을 주장할 것인가는

271) 李英俊, 前掲書, p.459.

272) 林東眞, 前掲論文, pp.91~92.

시효취득을 주장하는 자가 자유로이 선택할 수 있으나, 그 점유시기를 전점유자의 점유기간중의 임의시점을 택하여 주장할 수는 없다.²⁷³⁾

그런데 제199조의 규정이 상속과 같은 포괄적승계의 경우에도 적용되는가에 대하여 판례는 상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는 상속인은 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 개시하는 것이 아니므로, 피상속인의 점유를 떠나 자기만이 점유를 주장할 수 없고, 또 피상속인의 점유가 타주점유인 경우 피상속인으로부터 상속에 의하여 점유를 승계한자의 점유도 상속전과 그 성질 내지 태양을 달리하는 것이 아니므로, 특별한 사정이 없는 한 그 점유가 자주점유로는 될 수 없고, 그 점유가 자주점유가 되기 위하여는 점유자가 소유자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로서 점유를 시작하여야 한다고 판시 하고 있다.²⁷⁴⁾

(3) 점유의 계속과 입증책임

시효취득을 하기 위하여는 시효기간동안 점유가 계속되어야 한다. 전후양시에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속되는 것으로 추정되며(민법제198조), 점유를 일시 상실하였다 하더라도 회수하면 그 기간동안 점유가 계속한 것으로 본다.(민법 제192조 제2항) 따라서 점유가 계속된 것인지의 여부는 시효취득을 반대하는 자가 그 점유가 계속되지 아니하였음을 입증하여야 한다.

환지 예정지에 대한 점유는 종전토지에 대한 점유와 마찬가지로 보는 것이고, 환지 예정된 토지는 종전토지와 동일한 토지로 간주되며 따라서 환지예정지에 대한 점유와 환지 추정된 토지에 대한 점유가 계속되었을 경우 취득시효의 성부에 관하여는 양토지의 점유기간을 합산할 수 있다.²⁷⁵⁾ 그러나 무단점유의 경우, 판례는 자주점유의 추정을 깨뜨림으로서 취득시효에 의한 부동산소유권의 취득을 불

273) 大判 1980. 3. 11, 79다 2110 ; 大判 1981. 3. 24, 80다 2226 ; 大判 1982. 1. 26, 81다826.

274) 大判 1997. 5. 30, 97다 2344 ; 이 사안은 피상속인의 점유하여 관리·경작하던 토지를 상속받은 자가 매수사실 없이 소유권보존등기를 하고 이를 점유해온 사안에서, 그 토지에 대하여 종종 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 점, 피상속인을 수호인으로 한 위토 인허가 된 경위, 피상속인의 그 토지를 경작하여 그 소출로 제수를 마련하여 시제를 모셔온 점등에 비추어 피상속인의 점유를 타주점유로 볼 여지가 있음에도, 이에 대하여 더 심리함이 없이 피상속인의 점유 및 이를 승계한 상속인의 점유를 자주점유라고 단정한 원심판결을 채증법칙의 위반을 이유로 파기한 사건이다(大判 1987. 2. 10, 86다카 550 ; 大判 1996. 9. 20, 96다 25319 ; 大判 1975. 5. 13, 74다 2136등 참조).

275) 大判 1982. 11. 23, 80다 2825.

가능하게 하는 방향으로 취득시효제도를 엄격하게 운용하려는 경향을 보이고 있는데 이는 타당하다고 생각한다.

5. 登記請求權 行使에 의한 登記

(1) 서

민법 제245조 제1항은 “... 등기함으로써 그 소유권을 취득 한다”고 규정하고 있으므로 소유권취득기간의 만료만으로는 소유권취득의 효력은 없고 이를 원인으로 하여 소유권취득을 위한 등기청구권이 발생하고²⁷⁶⁾ 이 등기 청구권을 행사하여 등기하여야 비로소 소유권을 취득한다.

원래 시효취득은 법률행위에 의한 물권변동이 아니므로 민법 제187조의 원칙을 여기에 그대로 적용한다면 등기 없이도 시효취득의 효력은 생기게 될 것이다. 그러나 민법은 법률의 규정에 의한 물권변동의 원칙에 대한 유일한 예외로서 점유취득시효로 인한 소유권의 취득은 등기를 하여야 그 효력이 발생하는 것으로 하고 있다.

생각건대, 물권변동에 관하여 구민법은 의사주의를 취하고 있었는데 반하여 현행민법은 형식주의를 채택하고 있다. 본래 의사주의와 형식주의의 대립은 법률행위로 인한 물권변동에 있어서만 생기는 것이지 법률의 규정에 의한 물권변동에 있어서는 그 대립은 있을 수 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 형식주의에 의하여 법률의 규정에 의한 물권변동인 점유취득시효에 등기라는 요건을 결합시키고 있는 것이다. 이러한 제도의 타당성에 관하여는 이미 살펴본바 있다. 여기서 점유취득시효로 인한 소유권등기를 함에 있어서, 첫째 이러한 등기를 하기위한 등기청구권을 어떠한 근거에 의하여 생기며 그 법률적 성질은 무엇인가를 간략히 알아보고, 둘째 그러한 등기청구권은 소멸시효에 걸리는가를 살펴보고, 셋째 그러한 등기는 구체적으로 어떠한 절차를 통하여 경로하게 되는가를 차례로 검토해 보고자한다.

276) 大判 2001. 10. 9, 2000다 51216 ; 大判 1997. 5. 16, 97다 485 ; 大判 1995. 8. 22, 95다 15575.

(2) 등기청구권의 의의 및 법적성질

우리나라는 등기신청에 관하여 공동신청주의를 채용하고 있기 때문에, 등기는 등기권리자와 등기의무자의 공동신청으로 하는 것이 원칙이다.(부동산등기법 제 27조) 그러므로 만일에 일방당사자가 등기의 신청에 협력하지 않는다면 타방당사자는 등기를 할 수 없게 되어 결국 권리를 취득할 수 없게 되는데, 이는 부당하다. 따라서 이 경우에 법률상 일방 당사자는 타방 당사자에 대하여 등기신청에 협력하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 인정하여야 하게 된다. 이 권리가 등기청구권이다.

이러한 등기청구권은 우리 민법상 여러경우에 발생되는데, 점유취득시효의 경우에도 역시 발생된다. 그런데 이의 발생근거와 법적성질에 대하여는 학설은 나누어져 있다.

제1설²⁷⁷⁾은 점유취득시효의 경우 발생하는 등기청구권은 '법률의 규정'(제 245조 제1항)에 의하여 당연히 발생한다고 한다. 즉 민법 제245조 제1항은 "...등기함으로써 그 소유권을 취득 한다"고 규정하고 있으므로, 이 규정에 의하여 당연히 등기청구권이 발생하고 그 성질은 채권적이라고 한다. 제2설²⁷⁸⁾은 물권적기대권 이론에 의하여 점유취득시효의 경우 발생하는 등기청구권을 설명한다. 즉 취득시효기간이 만료되면 부동산점유자는 마치 물권적 합의를 있는 취득자와 마찬가지로 물권적기대권을 취득하고, 등기청구권은 역시 이 물권적기대권이 효력으로서 생긴다고 하며, 그 성질은 물권적이라고 한다. 한편 판례는 "민법 제245조 1항에 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다고 규정하고 있으므로 소유권 취득 기간의 만료만으로는 소유권취득의 효력은 없으나 이를 원인으로 하여 소유권취득을 위한 등기청구권은 발생한다 할 것이다"²⁷⁹⁾고 판시하고 이는 취득시효기간만료 후에 소유권이전 등기를 마친 제3자에 대하여는 대항할 수 없다²⁸⁰⁾고 판시하여 그 성질이 채권적인 것처럼 실시하고 있었으나, 이러한 법

277) 郭潤直, 前掲書, p.181 ; 權龍雨, 「物權法」, 法文社, 2003, p.122 ; 張庚鶴, 前掲書, p.249 ; 趙相根, "登記請求權에 관한 研究", 「大田大論文集」第2輯, 1992, p.255 ; 金容普, "不動產登記請求權에 관한 약간의 研究", 「法學論叢」第3輯, 檀國大出版部, 1989, p.74.

278) 金會漢·金學東, 前掲書, p.279 ; 金基善, 前掲書, p.144 ; 權龍雨, 「物權法」, 法文社, 2003, p.241 ; 李光信, "登記請求權", 「法學論叢」第11輯, 檀國大出版部, 1982, p.14.

279) 大判 1996. 5. 28, 95다40328 ; 大判 1989. 5. 23, 88다카 17785 ; 大判 1973. 7. 24, 73다 559·560.

리는 시효기간의 완성으로 인하여 취득하는 소유권이전등기 청구권의 성질을 어떻게 풀이하든 간에 그 결론에는 영향이 없다²⁸¹⁾고 판시 하였다. 그리고 판례가 점유취득시효로 인한 등기청구권의 법적성질을 물권적인 것으로 해하고 있다고 보는 견해²⁸²⁾와 채권적인 것으로 해하고 있다고 보는 견해로 나누어져 있다.²⁸³⁾

만약 취득시효기간만으로 의하여 발생하는 등기청구권이 물권적기대권이 효력으로서 발생되고 그 성질이 물권적이라고 한다면 이 등기청구권이 소멸시효에 걸리지 않는다고 설명할 수 있는 장점이 있다. 그러나 그 발생 근거가 물권적기대권이고, 성질이 물권적이라고 하기 위해서는 점유취득자의 지위가 매우 확고하고, 물권을 취득하는 것이 확실해야 하는데, 점유취득시효가 완성된 자의 지위는 '물권적기대권'을 인정할 만큼 확고하지 못하며,²⁸⁴⁾ 취득시효에 의한 소유권취득은 원시취득이며 법률행위에 의한 것이 아니므로 시효완성으로 물권적 합의를 생긴다고 할 수 없으며 더 나아가서 없는 것을 더 잡아 물권적기대권이 생길 수는 없으므로²⁸⁵⁾ 제1설이 타당하다고 본다.

(3) 등기청구권과 소멸시효



점유취득시효에 있어서 취득시효기간의 만료로 발생 되어지는 등기청구권의 소멸시효에 걸리는가의 문제는 그 성질을 물권적기대권에 의해서 발생되어진 물권적인 것으로 볼 때에는 소멸시효에 걸리지 않는다고 할 것이나, 그 성질을 법률의 규정(제245조 1항)에 의해서 발생하는 채권적 청구권으로 보면 소멸시효에 걸린다고 보게 될 것이다²⁸⁶⁾고 한다. 그러나 점유취득시효의 경우에 발생되어지는 등기청구권은 비록 그 성질을 채권적 청구권으로 본다고 할지라도 그 기초가 되는 점유라는 사실상태가 존재하는 한 소멸시효에 걸리지 않고 만약 점유를 상실하였을 때에는 기간과 관계없이 그 권리는 바로 소멸하는 것으로 보는 것이 타당하

280) 大判 1967. 9. 29, 67다 1508.

281) 大判 1970. 9. 29, 70다 1875.

282) 金會漢·金學東, 前掲書, p.148.

283) 郭潤直, 前掲書, p.181.

284) 郭潤直, 前掲書, p.180.

285) 張庚鶴, 前掲書, p.249.

286) 權龍雨, 前掲書, p.130.

다.287) 판례도 “점유를 상실한 자는 취득기간 경과로 인한 소유권이전등기를 청구할 수 없다”288)고 판시하고 있다.

다만 점유자가 취득시효기간만으로 일단 소유권 이전등기청구권을 취득한 이상, 그 후 점유를 상실하였다고 하더라도 이를 시효이익의 포기로 볼 수 있는 경우가 아닌 한 이미 취득한 소유권등기청구권은 소멸되지 아니하며, 부동산의 취득시효기간의 만료된 점유자로부터 그 부동산을 양수하여 승계한 자는 점유 그 자체와 하자만을 승계하고 점유로 인한 효과는 승계하지 아니하며, 양수로 인한 등기명의자를 상대로 시효완성의 효과를 주장하여 직접 본인에게 소유권이전 등기를 청구할 수 없고, 전점유자의 소유권이전등기 청구권을 채권자대위에 의하여 대위행사할 수 있을 뿐이다.289)

(4) 登記節次

취득시효의 등기방법에 관하여는 부동산 등기법은 특별히 규정하는바 없으므로 일반 원칙에 따라 등기의무자, 즉 등기명의인 또는 그 상속인과 공동으로 신청해야 한다고 해석할 것이다.

등기명의인의 상속인의 등기의무자인 경우에는, 시효취득은 원시취득이고 등기의무자로부터 승계취득 하는 것은 아니므로, 일단 상속의 등기를 한 후에라야 시효취득의 등기신청을 할 수 있는 것은 아니라고 해석할 것이다.290) 등기명의인이 부재자인 경우에 그 재산 관리인이 있는 때에는, 그 재산관리인에 대하여 등기에 협력할 것을 청구할 수 있고 등기명의인 또는 상속인을 알 수 없는 경우에는 현행법 하에서는 부동산등기법 제167조를 준용하는 수밖에 없지 않을까 한다.291)

또한 취득시효에 의한 소유권취득은 원시취득이고 승계취득은 아니나292) 등기

287) 金大圭, “우리 民法上 不動産 所有權의 占有取得時效와 登記”, 「民法學의 回顧와 展望」 韓國民事法學會, 1993, p.304.

288) 大判 1973. 6. 22, 72다 2107.

289) 大判 1995. 3. 28 전원합의체, 93다 47745.

290) 姜東湖, “不動産 所有權의 取得時效에 관한 考察”, 「慶尙大論文集」 第16輯 第2號, 1982, p.73 ; 李光信, “時效制度에 관한 研究”, 「法學論叢」 第11輯, 檀國大出版部, 1982, p.214.

291) 金會漢·金學東, 前掲書, p.332.

292) 西村一郎, “時效取得と登記手續”, 「不動産登記講座 I, 總論(I)」, 日本評論社, 1981, p. 350.

의 형식은 소유권이전등기가 행해진다.

시효취득이 원시취득인 이상 종래의 등기를 말소하고 새로이 보존등기를 하여야 할 것이나 취득시효에 의한 원시취득은 승계취득인 성질을 병유하고 있어²⁹³⁾ 취득당사자의 소유자와 취득자와의 관계에 있어서는 전래적취득의 당사자인 지위가 있는 것으로 간주되어 그 소유권 이전등기는 이전등기의 방법에 의하고 있으므로 등기의 목적도 소유권이전²⁹⁴⁾이라고 하는 것이 통설이 입장이다. 그러나 저자는 후술하는 바와 같이 시효취득은 승계취득으로 보고 있으나, 사건으로는 소유권취득을 분명히 함으로서 분쟁을 방지하고, 승계취득의 경우와 마찬가지로 등기를 요한다고 해석해야 할 것이다.

第3節 不動產所有權占有取得時效의 效果

1. 所有權의 取得

위에서 언급한 모든 요건을 갖춘 때에는 시효취득자는 그 취득시효사실을 채용하지 않아도 확정적으로 그 부동산에 대한 소유권을 취득한다. 소멸시효에 있어서 소멸시효주장이 채용을 요한다고 주장하는 견해도 취득시효에 관하여는 권리취득이 효력이 확정적으로 발생한다고 하는 견해가 일반적이다.²⁹⁵⁾ 이것은 소멸시효에 있어서는 “...소멸시효가 완성한다”라고 (민법 제162조, 제164조) 규정하고 있는데 반하여, 취득시효에 관하여는 「소유권을 취득 한다」고 규정하고 있기 때문인 것으로 생각된다.

그러나 점유취득시효에 있어서는 취득시효기간이 만료만으로는 권리취득의 효력이 생기지 않고, 등기함으로서 비로소 권리취득이 효력이 생기는 등기부취득시효와 다른 점이다. 그러나 점유자의 시효기간 완성 후 점유자명의로 등기하기 전에 등기명의자가 그 부동산을 제3자에게 처분하면, 그 시효기간 완성의 점유자는 시

293) 丹橋諄一, 「物權法(全集18卷)」, 有斐閣, 1971, p.173.

294) 金鍾權, “占有取得時效와 登記節次”, 「司法行政」第24卷 第5號, 韓國司法行政學會, 1989, p.91.

295) 金會漢·金學東, 前掲書, p.336 ; 郭潤直, 前掲書, p.224 ; 張庚鶴, 前掲書, p.537.

효취득을 할 수 없다²⁹⁶⁾고 판시하고 있다. 따라서 이하에서는 등기와 관련하여 부동산소유권취득시효의 효과에 관해 살펴보기로 한다.

(1) 당사자간의 법률관계

시효취득자는 상대방에 대하여 취득시효완성을 원인으로 소유권 이전등기를 청구할 수 있다. 그런데 시효취득자의 점유 개시시부터 등기부상에 소유자로 되어있던 원소유자는 취득시효기간만으로 인하여 시효취득자에게 발생된 등기청구권의 상대방이 된다는데는 의심이 여지가 없다. 다만, 점유취득시효에 있어서 시효취득자는 취득시효기간의 만료만으로 당해 부동산의 소유권 자체를 취득하는 것이 아니고, 소유권취득을 위한 등기청구권을 가질 뿐이므로,²⁹⁷⁾ 원소유자의 소유권은 아직 상실되지 않는다. 따라서 이론상으로는 시효취득자가 취득시효기간의 만료로 인하여 소유권이전등기 청구권을 행사하는 경우에, 원소유자는 법률상 엄연한 소유자이므로, 그의 소유권에 기하여 소유물 반환청구권을 행사할 수 있을 것이다. 이러한 경우, 원소유자의 물권적 청구권과 시효취득자의 등기청구권은 어느 것이 우선하는가 하는 점이 문제된다.²⁹⁸⁾

일반적인 이론에 의하면 물권적 청구권은 채권적 청구권보다 우선한다. 따라서 시효취득자가 행사하는 등기청구권은 채권적 청구권이기 때문에 원 소유자는 시효취득자가 행사하는 등기청구권에 대하여 협력해 주지 않아도 되고, 시효취득자는 취득시효기간이 만료되었을지라도, 당해 부동산을 반환해 주어야 하는데, 이는 타당하지 않다. 만일 그렇게 해석한다면, 시효취득자는 취득시효기간의 만료여부를 떠나 언제든지 당해 부동산을 반환해 주어야 하고, 시효취득자는 어느 경우에도 소유권을 취득할 수 없는 결과가 되어 결국, 민법 제245조 제1항은 사문화 되고 만다.

이와 관련하여 대법원은 “원판결에 의하면, 원심은 피고 甲은 1944년 8월19일에 본건 토지에 대하여 취득시효완성으로 인하여 그 소유명의자인 원고에게 그 소유권이전을 청구할 권리를 취득한 것이라고 실시하는 것이고 바로 소유권을 취득

296) 大判 1982. 2. 8, 80다 940.

297) 大判 1992. 3. 10, 91다 2431 ; 大判 1969. 9. 30, 68다 2215 ; 大判 1965. 4. 13, 65다 157·158.

298) 金大圭, 前掲論文, p.305 ; 李光信, “登記請求權”, 「法學論叢」第9輯, 檀國大出版部, 1981, p.159 ; 趙相根, 前掲論文, p.84.

하였다고 실시하고 있는 것은 아니며, 피고가 원고에 대하여 위와 같이 취득시효 기간만으로 본건 토지의 소유권이전 등기를 청구할 권리가 있고, 원고는 이에 응할 의무가 있는 것인 이상, 피고가 아직 소유권을 취득하지 못하였고 원고에게 소유권이 남아있다 하더라도, 원고는 피고에게 소유권에 의한 본건 토지의 인도를 청구할 수 없다²⁹⁹⁾ 라고 판시하고 있으며, 또한 “부동산취득시효기간을 경과한 점유자가 그 소유 명의자에 대하여 확정적으로 그 부동산에 대하여 취득시효기간만으로 인한 소유권 이전등기청구권이 있는 경우에는, 그 점유자는 아직 소유권을 취득하지 못하였다 하여도, 소유명의자는 소유권이전등기 절차를 이행하여, 그 점유자로 하여금 점유를 개시한 때에 소급하여 소유권을 취득하게 할 의무가 있으므로, 그 부동산의 점유로 인한 손해배상 청구를 할 수 없다³⁰⁰⁾”라고 판시하고 있으나, 그에 대한 명확한 논거는 제시하지 않고 있다.

그러면 이의 법리구성을 어떻게 해야 할 것인가는 다음 세 가지로 나누어서 생각해 볼 수 있을 것이다.

첫째, 원소유자의 물권적 청구권이 소멸시효에 걸리는 것으로 볼 수 있을 것인가? 채권담보의 목적으로 이루어지는 부동산양도담보의 경우에 있어서 피담보채무가 변제된 이후에 양도담보권자가 행사하는 등기청구권은 양도담보 설정권자의 실질적 소유권에 기한 물리적 청구권이므로, 따로 소멸시효되지 않는다³⁰¹⁾ 왜냐하면 취득시효로 인하여 타인의 권리를 원시적으로 취득하는 경우에는 그 결과 원권리자가 권리를 상실하게 되는데, 이는 취득시효의 직접효과가 아니고 반사작용에 불과하므로 취득시효로 인하여 원 권리가 소멸시효에 걸린다고 생각하는 것은 잘못이다.³⁰²⁾ 뿐만 아니라 우리나라 통설은 소유권으로부터 파생하는 물권적 청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다고 하며,³⁰³⁾ 만약 소멸시효에 걸린다고 한다면 부동산점유자가 20년간 점유하였다 하더라도 시효취득의 요건을 갖추지 못한 경우(예를 들면 소유의 의사가 인정되지 않는 경우 등)에는 점유자는 시효취득자는 아니므로 원소유자는 점유자를 상대로 소유권에 기한 부동산의 반환청구권을 행사

299) 大判 1972. 1. 31, 71다 2416 ; 大判 1967. 7. 18, 76다 954.

300) 大判 1966. 9. 20, 66다 1125 ; 大判 1966. 2. 15, 65다 2189.

301) 韓三寅, 前掲書, p.265 ; 大判 1979. 2. 13, 78다 2412.

302) 金基善, “所有權의 取得時效”, 「考試界」, 1979. 4, p.23.

303) 金容漢, 前掲書, p.40.

할 수 있어야 하는데, 이 권리는 20년간 행사하지 않았으므로 해서 이미 소멸시효가 완성되어 소멸되었으므로 반환청구권을 행사할 수 없는 부당한 결과가 초래되어지기 때문이다.

둘째, 원소유자의 물권적 청구권을 실효의 원칙에 의하여 실효시킬 수 있는가? 결론을 내리기전에 먼저 실효의 원칙을 우리민법 하에서 인정할 수 있는가에 대한 학자들의 견해를 살펴보고자 한다.

실효의 원칙은 독일 판례에 의해 형성된 이론으로서 우리나라에서는 이 이론의 아직 생소한 형편이고 법원도 이를 고려하지 않는것 같다.³⁰⁴⁾ 우리민법의 경우 권리에 관하여 소멸시효와 제척기간을 인정하므로 별도 권리실효의 원칙을 인정한다는 것은 권리행사기간 내에는 그 불행사로 인해 권리가 소멸하지 않는다는 기대를 갖는 권리자의 이익을 해할 위험이 있으므로 부정함이 타당하다고 하는 견해가 있다. 그러나 우리 민법상 소멸시효의 대상이 되는 권리는 독일 민법의 경우와는 달리 그 범위가 넓고 또한 원칙적으로 기간이 단기이고 실효의 기초를 뒷받침하게 하는 상대방의 신뢰가 쉽게는 형성되지 않는다는 것을 생각할 수 있지만, 우리민법의 해석론으로서도 권리실효의 원칙을 신의칙의 한 적용의 측면에서 지정할 수 있다고 하는 견해도 있다.

실효의 원칙을 우리 민법의 경우에 인정한다고 하더라도 소유권 반환청구권이 실효에 해당한다고까지는 인정할 수 없고 만약 인정한다고 하더라도 앞서서 살펴본 소유권반환청구권이 소멸시효에 걸린다고 볼 때에 발생하는 문제점이 이 경우에도 발생하기 때문에 실효의 원칙에 의해서도 해결할 수 없다.

셋째, 원소유자의 물권적 청구권을 항변권에 의하여 저지할 수 있는가?

원소유자가 물권적 청구권을 행사하여 부동산의 반환을 청구할 때 시효취득자에게 항변권을 설정하여 이를 저지할 수 있을 것인가. 만약 항변권을 인정한다고 하면 어떠한 규정을 택할 것인가 하는 것인데, 민법은 “소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다”(민법 제213조)라고 소유자의 반환청구권을 규정하고, 그 단서에서 “점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다”고 규정하고 있으므로 여기에서 시효취득자의 항변권을 인정하는 근거를 찾을 수 있을 것이다. 즉 시효취득자는

304) 郭潤直, 「民法總則」, 博英社, 2005, p.319.

취득시효기간만료 전에는 점유할 권리가 있는 것이 아니므로 원소유자가 그의 소유권에 기하여 부동산의 반환을 청구하면 반환해 주어야 하나 취득시효기간이 만료되면 등기청구권이 발생되고 그 점유자의 점유는 정당한 권리에 의한 점유로 전환되어 제213조 단서의 규정에 의하여 항변권이 발생 된다고 할 수 있을 것이다.

(2) 제3취득자와의 관계

시효취득자가 부동산을 점유하고 있는 동안에 목적부동산의 소유권자가 변동된 경우, 시효취득자는 새로운 소유권자에 대하여 점유취득시효를 주장하여 등기청구권을 행사할 수 있는가 하는 문제가 생기는데, 대법원은 취득시효기간만료 시점을 전후하여 각각 달리 취급하고 있다. 취득시효기간이 언제 만료되었느냐 하는 것은 그 기산점을 어떻게 산정 하느냐에 따라 달라지는데, 기산점의 산정에 관해서는 앞에서 이미 살펴본 바와 같다. 따라서 시효취득자가 제3취득자에 대하여 등기청구권을 행사할 수 있는가에 관해서만 살펴보기로 한다.

① 외국 민법의 태도

독일 민법은 제권판결 전에 등기를 한 제3자가 있는 경우에는 그 제3자가 점유자의 시효취득 주장에 우선하고(독민 제927조), 또한 제권판결 후에 등기를 한 제3자가 있는 경우에는 등기의 공신력에 의하여 역시 제3자가 우선한다.(독민 제892조) 스위스 민법은 미등기 부동산이거나 등기된 부동산이라 하더라도 소유자를 등기부상 알 수 없거나 취득시효기간 개시시에 사망 했거나 또는 실종선고를 받은 경우에 한하여 등기청구권을 가지므로(스위스 제662조), 등기를 한 제3자가 있는 경우에는 점유자가 등기청구권을 행사 할 수 없어, 등기를 한 제3취득자는 보호되고 있다.

일본 민법은 취득시효기간이 만료되면 등기없이도 소유권을 취득한다고 규정하고 있다.(일민 제162조) 그리하여 판례는 시효취득자와 종래의 소유자 내지 시효완성전의 제3취득자와의 관계에 있어서는 물론³⁰⁵⁾ 시효취득자와 시효완성후의 제3취득자와의 관계에 있어서도 등기 불필요설을 취하였다.³⁰⁶⁾ 이는 시효

305) 日大判 民錄 24輯, 1919, p.423 ; 日大判 民錄 28輯, 1923, p.1108 ; 日大判, 日民集 3卷 1917, p.169.

306) 日大判 民錄 16輯, 1910, p.784.

307) 日大判 日民集 4卷, 1925, p.412.

완성으로 인하여 종래의 소유자는 완전히 무권리자로 되고, 그의 등기도 무효의 등기이며, 아울러 제3자는 어떠한 권리도 취득하지 못한다. 따라서, 이 경우 일본 민법 제177조의 제3자에 해당되지 않는다고 한다. 그런데 일본 대심원은 대정 14년에 연합부 판결을 통하여 등기청구권을 선언하고, 그 이후 재판소는 제3자가 시효취득자의 취득시효기간만료 전에 소유권을 취득한 경우에는 제3자가 아니고 당사자이므로, 시효취득자는 등기 없이도 시효취득을 주장할 수 있으나,³⁰⁷⁾ 제3자가 시효취득자의 취득시효기간만료 후에 소유권을 취득할 때에는 이중 양도가 된 것과 같은 관계가 되기 때문에 제3자는 시효취득자와의 관계에서 제3자이고 따라서 시효취득을 주장할 수 있다³⁰⁸⁾라는 태도로 일관하고 있다.

이와 같은 판례의 태도에 대하여 많은 비판이 가해지고 있는데, 그 중요한 점은 i)취득시효기간만료 전인가 후인가에 따라 그 취급을 달리하는 것은 균형을 잃는 것이고, ii)제3자의 소유권취득이 시효취득자를 위해 취득시효기간만료 전인가 후인가에 따라 결론이 정반대로 되는 것은 맞지 않다는 것이다. 그리하여 시효라는 것은 점유를 존중하는 것이고 계속한 사실 상태가 일정기간 존재하는 것이 요건이므로 이것을 어디서 기산하고 언제 완성했는지를 물을 필요는 없다는 입장과 등기 명의인의 변경이 취득시효기간만료 전인가 후인가에 의해서 등기의 여부를 구별하는 것은 이상하므로 소위 완성 전에 명의인의 변경된 경우에는 명의변경에 시효 중단적 효력을 인정하여 그 시점에서 시효기간의 경과를 필요로 한다는 입장으로 나뉜다.³⁰⁹⁾

② 우리 민법의 태도

우리 대법원은 “설령 점유로 인한 부동산소유권기간이 만료되었다 하더라도 등기함으로서 그 소유권을 취득하는 것이므로 그 기간만료 후 등기 전에 부동산소유권을 취득하여 그 등기를 경료한 제3자에 대하여 취득기간만료를 주장할 수 없다”³¹⁰⁾고 판시하고 또 “이 경우에 제3자가 악의의 취득자라 하여 그

308) 日大判 日民集 12卷, 1966, p.1936.

309) 山田卓生, “取得時效と登記”, 「民法の争點」, 有斐閣, pp.90~91.

310) 大判 1997. 2. 22, 67다 2780; 大判 1968. 5. 21, 68다 472; 大判 1967. 9. 27, 67다 1508; 大判 1964. 6. 9, 63다 1129.

결과에 영향이 있을 수 없다”³¹¹⁾고 판시하고 있으나 원고가 1987. 1. 1.이 사건 부동산을 시효취득 하였는데 피고는 위 부동산에 대하여 그 이후인 1992. 9. 30. 그 명의의 소유권보존등기를 경료 하였으나, 이 사건 부동산은 원래 국가소유의 미등기 부동산인데 피고의 망부인 소외 丙이 1922. 4. 20. 국가로부터 소유권을 이전받아 토지대장상의 소유자명의만을 자신 앞으로 변경하고 이전등기를 경료하지 아니한 상태로 소유하고 있다가 1952. 9. 18. 사망함으로써 피고가 이를 단독 상속하여 소유하고 있던 중 민법 시행일로부터 6년 내에 그 앞으로 소유권보존등기 또는 이전등기를 경료하지 아니함으로써 민법부칙 제10조 제1항에 따라 피고는 1966. 1. 1. 그 소유권을 상실하였으나 1992. 9. 30. 토지대장상 피고의 피상속인의 위 부동산의 소유자로 등재되어 있음을 근거로 하여 소유권보존등기를 마치게 된 것인바, 사실관계가 위와 같다면 비록 피고가 이 사건 부동산에 관하여 원고의 점유로 인한 부동산소유권의 시효취득기간이 경과 후 원고 명의로 등기하지 않고 있는 사이에 소유권보존등기를 경료 하였다 하더라도 피고를 원고가 시효취득을 주장할 수 없는 제3자에 해당한다고 할 수는 없다할 것이라고 판시 하고 있다.³¹²⁾ 또한 부동산을 매수하여 그 명의의 등기를 경료하지 않고 제3자에게 명의 신탁한 상태에서 점유취득시효가 완성되었고 그 후 명의 신탁자에게 다시 이전등기가 경료된 경우에 점유자는 점유취득시효완성 후 등기명의취득한 명의신탁자에 대하여 시효취득을 주장할 수 있다고 한다.³¹³⁾ 그러나 “피고가 시효기간완료 전에 소유권이전등기를 취득 하였다면 원고는 취득시효완성을 내세워 소유권이전등기 절차를 청구할 수 있다”³¹⁴⁾고 판시하고 있다. 다만 소유권취득을 위한 매매의 날짜가 취득시효기간완성 전이었다 할지라도 소유권이전등기가 시효완성 후에 이루어졌다면 이 자는 취득시효기간완성으로 인한 권리의 무 변동의 당사자라 할 수 없으므로 이 자에 대하여 취득시효를 주장할 수 없다³¹⁵⁾고 한다.

311) 大判 1967. 10. 31, 67다 1635.

312) 大判 1995. 6. 30, 94다 40444.

313) 大判 1992. 6. 12, 92다 12018 · 12025.

314) 大判 1977. 8. 23, 77다 785.

315) 大判 1968. 5. 28, 68다 554 · 555.

한편 학설은 취득시효기간만료 후 시효취득자가 등기를 하지 않고 있는 동안에 제3자가 등기 명의인으로부터 부동산을 매수하여 등기한 때에는 시효취득자는 이자에 대하여는 시효취득을 주장 할 수 없는데, 그것은 원소유자로부터 시효취득자와 제3자와의 양자에게 이중의 양도가 있었던 경우와 동일시 할 수 있기 때문이라고 하고,³¹⁶⁾ 또 점유취득 시효의 경우에 발생하는 등기청구권의 법적성질을 물권적기대권에서 발생하는 물권적 청구권으로 이해하면 취득시효기간 후에 소유권이전등기를 경료한 제3자에게 대항할 수 있다고 할 것이나, 채권적 청구권으로 해석해야하므로 시효완성 당시의 등기 명의인에게 행사하여야 한다³¹⁷⁾고 한다.

그러나 판례의 태도에 반대하면서 점유취득시효의 경우는 발생하는 등기청구권을 제3취득자에게 행사할 수 있느냐는 등기 청구권의 성질여하에 따라 시효완성 시점의 전후를 불문하고 시효취득자는 보호되어야 하는데, 이는 시효제도는 본질적으로 '점유'를 중심으로 고찰되어야 하므로, 점유가 계속되는 한, 등기부상명의의 변경이라는 요건외적인 현상에 현혹되어서는 아니 될 것이라고 한다.³¹⁸⁾ 그런데 이 견해는 부동산에 관한 물권변동을 전부 등기에 의해서 나타내고자 하는 형식주의 하에서는 옳지 않다고 생각한다.

왜냐하면 첫째, 이미 살펴본 바와 같이 의사주의를 채용하고 시효취득자가 등기 없이도 소유권을 취득할 수 있도록 규정한 일본 민법에 있어서도 많은 학자들이 등기 없이는 제3취득자에게 대항할 수 없는 것으로 하여 의사주의를 채용하고 있으면서도 해석론에 있어서는 가능한 한 형식주의 입장에서 해석하려고 하고 있고³¹⁹⁾ 특히 형식주의를 채용하는 독일이나 스위스 민법에 있어서는 등기를 한 제3취득자는 확실히 보호되어지고 있다.

둘째, 우리 민법은 점유취득시효의 요건으로서 등기를 요구하고 있으므로 시효취득자가 등기하기 전에는 원소유자가 무권리자로 되는 것은 아니다. 또한 형

316) 李光信, 前掲論文, p.17.

317) 權龍雨, 前掲書, p.234.

318) 林東鎮, 前掲論文, p.94.

319) 다만 프랑스 민법에 있어서는 취득시효의 대항요건으로서 등기등과 같은 것은 전혀 문제가 되지 않는데, 이는 프랑스 민법과 일본 민법은 혁명적인 배경이 다르고 문명도 그의 구조도 약간 이견이 있기 때문에 동일하게 논할 수는 없다고 한다. 星野英一, “取得時效と登記”, 「民法論集」第4輯, 有斐閣, 1983, pp.332~333.

식주의를 채용하고 있기 때문에 법률행위에 의한 물권변동의 요건은 등기이지 점유는 아니다. 따라서 제3취득자는 진실한 권리자로부터 권리를 양수받아 등기를 마치면 완전히 유효한 소유권을 취득하므로, 제3취득자는 등기명의인의 진실한 권리자인가 아닌가만 조사하면 되고 점유취득시효가 진행 중에 있는가 완료되었는가를 조사해야 할 법적인 의무는 없다고 보아야 한다. 그러나 시효취득자는 취득시효기간만료 전에는 소유권자의 물권적 청구권 행사에 응해야 할 의무를 부담하고 만료 후에는 소유권을 취득하기 위해서는 등기를 해야 하는 의무를 부담한다고 보아야 할 것이다. 그런데 의무를 다한 제3취득자보다는 의무를 다하지 않고 있는 즉, 등기를 하지 않고 있는 시효취득자를 보호하는 것은 맞지 않다고 본다.

셋째, 취득시효기간이 만료된 시효취득자는 등기없이도 제3취득자에게 대항할 수 있다고 한다면 시효취득자는 반환청구를 당하지 않는 한 언제까지나 등기를 하지 않을 것이다. 왜냐하면 등기를 하려면 등록세 및 취득세 등의 세금을 담보해야 하는 불이익을 받기 때문이다. 따라서 물권변동을 등기에 의하여 표상하고자 하는 원칙은 관철되지 못하는 결과가 된다. 뿐만 아니라 점유취득시효의 경우 기간만료 전에 목적 부동산의 점유를 양수 받은 자는 제3취득자의 소유권 행사에 의하여 부동산을 반환해야 하나 기간만료 후에 양수 받은 자는 제3취득자의 등기유무를 불문하고 취득시효를 주장할 수 있으므로 이는 등기 없이도 처분하는 결과가 되어 민법 제187조에도 위배될 수도 있다. 결국 시효취득자는 등기를 마친 제3취득자가 있는 경우에는 취득시효기간만료 전인가 후인가를 불문하고 등기청구권을 행사할 수 없다고 보아야 할 것이 아닌가 한다. 그 이론적 근거는 '등기의 보전력'³²⁰⁾에 의하여 설명할 수 있겠으나, 오히려 부동산 등기부상의 소유자명의 변경에 취득시효의 중단의 효력을 인정함이 어떨까 한다. 물론 대법원은 등기부상의 소유자 명의변경은 구민법, 현행민법, 현행민법부칙 제10조에 의한 취득시효의 경우에 모든 자연중단사유가 되지 않는다고 판시하고 있다.³²¹⁾ 학설도 부동산등기부상의 소유자명의변경은 취득시효를 중단하지 않는다고 하는데, 그 이유는 그것은 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파악한 것이라고 할 수 없기 때문이라고

320) 良永和隆, 前掲論文, p.146.

321) 李英俊, 「判例·學說 ; 注釋民法(上)」, 韓國司法行政學會, 1996, pp.337~338.

한다.³²²⁾ 그러나 점유취득시효의 요건이 「20년간의 점유」이고 등기부상의 소유자명의 변경은 이 점유상태의 계속을 파악한 것은 아니라고 할지라도 취득시효의 진행도 상대방인 소유자가 권리행사를 할 수 있을 때부터 진행된다고 봐야 하지 않을까, 만약 소유자가 소유권을 행사 할 수 없음에도 불구하고 취득시효는 진행된다고 보면 소유자에게 너무 가혹한 것이 아닌가, 그렇다면 등기부상에 소유자명의변경이 있는 때에는 그 자에게 취득시효를 주장하기 위해서는 그 자가 소유권을 행사할 수 있을 때, 즉 반환청구권을 행사할 수 있는 등기부상의 소유자명의 변경 시부터 취득시효가 진행되어 그 기간이 만료된 때로 보는 것이 타당하다고 생각한다.³²³⁾

2. 承繼取得

취득시효로 인한 소유권취득의 성질에 관하여는 다수설³²⁴⁾은 원시취득이라고 하나 소수설³²⁵⁾은 승계취득이라고 한다. 원시취득이라고 주장하는 다수설의 주된 근거는 원래 취득시효라는 것이 등기명의자의 권리 또는 법률관계로부터 절연되어 있는 점유라는 사실상태에서 출발하는 것이니 만큼, 등기명의자의 권리에 기초한 것이 아니므로 이를 원시취득이라고 한다. 따라서 취득시효완성 자는 타물권 등에 의한 제한을 받지 않는 완전한 소유권을 취득하게 되며, 등기도 당연히 보존등기를 하여야 함이 원칙이다. 그러나 취득시효의 기초가 된 점유가 이미 타인의 지역권을 용인하고 있는 것과 같은 경우에는 지역권이 제한이 있는 소유권을 취득하는 것으로 보아야 한다고 한다. 이에 반하여 승계취득이라고 주장하는 소수설의 주된 근거로서는 첫째, 승계취득인가 또는 원시취득인가의 문제는 그 소유권이전으로 종전의 제한물권이나 기타 대항력 있는 권리가 모두 소멸하는가의 문제와 관련하여 결정되어야 한다. 취득시효등기 전에 담보물권이 설정되어 있는 경우에 그 담보물권은 시효취득등기에 관계없이 존속되어야 하며, 시효취득자는 담보부동산의

322) 李英俊, 上揭書, p.337.

323) 日大判 日民集 15卷, 1961, p.1903 참조.

324) 金容漢, 前揭書, p.280 ; 金會漢·金學東, 前揭書, p.160 ; 郭潤直, 前揭書, pp.263~264 ; 權龍雨, 前揭書, p.254 ; 張庚鶴, 前揭書, p.443 .

325) 李銀榮, 前揭書, pp.393~394 ; 李英俊, 前揭書, p.479.

제3취득자의 지위에 있음이 타당하다. 용익물권이 등기가 되어 있는 경우에 그 용익물권은 시효기간인 20년 동안 행사되지 않음으로 인해(용익물권자의 권리행사가 있었다면 시효취득이 불가능 함) 소멸시효에 걸려 소멸한 것이므로 시효취득의 등기시에 말소 되어야 한다. 다만 시효완성 자가 지역권의 부담을 안고 부동산을 점유한 경우에 그 지역권은 존속한다. 둘째, 시효완성자의 소유권취득의 권원은 소유개시 당시에 채권행위가 있었음에 기인하는 것이다. 20년의 점유로 그 권원의 입증부족의 하자는 치유되고, 그 채권관계의 존재에 대한 확인이 이루어진다고 본다. 따라서 시효완성자의 소유권취득은 법률행위에 의한 소유권취득과 유사하게 승계취득의 성격을 띤다고 한다.

생각건대 취득시효로 인한 소유권취득을 원시취득으로 이론구성하면 전 소유자에게 존재하였던 모든 제한은 취득시효와 더불어서 소멸하게 되는 바, 이러한 부당한 결과를 피하기 위하여 취득시효의 기초가 되는 점유가 타인의 권리 예컨대 지역권을 용인하고 있는 경우에는 이러한 권리의 제한을 받는 소유권을 취득한다고 설명한다. 그러나 타인의 권리가 예컨대 저당권과 같이 점유와 무관한 권리인 때에는 이러한 설명은 불가능할 것이다. 취득시효에 의한 소유권의 취득을 승계취득으로 이해할 때에는 전 소유자에게 존재하였던 모든 제한은 취득시효에 의하여 소멸하지 아니하고 그대로 존속하는 것이고 이러한 결과가 전소유자·시효취득자·제3자간의 이해관계를 가장 합리적으로 규율하는 것으로 된다.

판례는 취득시효에 의한 이전등기 청구권을 인정한다.³²⁶⁾뿐만 아니라 판례에 따르면 교환계약이 해제된 경우에는 교환계약에 의하여 인도받아 점유하는 교환계약의 목적물을 취득시효의 완성으로 인하여 소유권을 취득하였다 하더라도 이를 반환하여야 한다고 판시하는 바,³²⁷⁾ 이러한 결론 역시 취득시효에 의한 소유권취득을 원시취득이라고 하는 통설에 입각하는 한 이해하기 어려운 것이다. 그러므로 취득시효에 의한 소유권취득은 소급효를 갖는 특수한 승계취득이라고 보는 것이 타당하다.³²⁸⁾

326) 大判 1996. 9. 20, 66다 1151 이래 다수. 최근 大判 1999. 10. 22, 90다 16283은 不動産의 占有로 인한 所有權의 取得이 法律의 規定에 의한 物權의 取得으로서 이른바 原始取得에 속한다고 判示하면서도 民法 第187條의 적용이 없다는 모순된 說示를 하고 있다.

327) 大判 1966. 3. 22, 65다 2593 ; 1966. 4. 19, 66다 151.

328) 金容漢, 前掲書, pp.348~349 ; 李英俊, 前掲書, pp.479 ~480 ; 李銀榮, 前掲書, p.393은 時效完成者의 所有權取得은 法律行爲에 의한 所有權 取得과 유사하게 承繼取得의 성격을 띤다고 한다.

3. 遡及效

취득시효로 인한 소유권취득의 효력은 점유를 개시한 때에 소급한다(제247조 제1항). 그러므로 전주의 권리에 존재하였던 모든 제한을 취득시효완성과 함께 소멸한다 할 것이다. 현행민법이 이와 같이 취득시효의 소급효를 인정한 것은 영속된 사실상태를 그대로 권리관계로 소급함으로써 법질서의 안정을 꾀하려고 하는 취득시효제도의 존재의의에 부합하기 때문이다.³²⁹⁾ 따라서 시효기간 중의 시효취득자의 점유는 소급하여 적법한 점유로 된다. 이러한 결과 다음과 같은 효과가 발생한다.

첫째, 시효기간 중에 시효취득자가 목적물에서 수취한 과실은 법정과실이나 천연과실이나를 묻지 않고 정당한 소유자로서 취득한 것으로 본다(소급효).

둘째, 시효기간 중에 시효취득자가 목적물을 임대 하거나 기타 법률행위를 한 경우에 그 법률행위는 소유자로서 하는 것이므로 유효하다 할 것이다. 법률행위에 있어서도 마찬가지이다. 즉 제3자가 시효기간 중에 목적물을 침해함으로써 불법행위의 책임을 지는 경우에는 시효취득자가 받은 손해배상은 이를 점유로서 받은 것이므로 부당이득으로 되지 아니한다. 그러나 시효기간 중에 이미 원소유자가 목적물에 관하여 임대 기타 법률행위를 한 경우에는 이 역시 유효하다고 할 것이다. 그리고 원소유자가 배상을 받은 경우에는 역시 시효취득자에게 반환할 의무가 없다고 할 것이다. 이러한 범위 내에서 비소급효를 인정하는 것은 앞에서 설명한 바와 같이 원소유자에 의하여 이루어진 법률관계를 그대로 유효한 것으로 인정하는 것이 취득시효제도의 존재의의에 오히려 부합하기 때문이다. 승계취득은 원래 소급효가 없는 것이지만 취득시효에 관하여 예외를 인정한 것인데 위 범위 내에서 원칙으로 환원되는 것이다.

셋째, 시효기간 중에 제3자가 목적물을 침해함으로써 불법행위의 책임을 지고 취득시효의 효력이 발생할 때까지 아직 그 배상의무를 이행하지 않고 있는 경우에는 시효취득자가 그 손해배상청구권까지도 취득한다고 생각한다.(소급효) 그러나 그 전에 원소유자가 배상을 받은 경우에는 그것을 시효취득자에게 반환할 필요는 없다.

329) 金容漢, 前掲書, p.280 ; 金會漢·金學東, 前掲書, p.160 ; 李英俊, 前掲書, p.480 ; 張庚鶴, 前掲書, p.443.

第 5 章 結 論

지금까지 취득시효제도의 연혁과 함께 존재이유에 대한 학설과 판례, 요건으로서의 자주점유와 취득시효의 효과를 중점적으로 고찰하였고, 부동산점유취득시효 완성 후의 법률관계에 대하여 판례와 학설을 살펴본 후 그 문제점을 검토해 보았다.

우리나라는 일제의 강점기와 8.15. 해방 및 6.25 사변 등 현대사적 변동기를 거치면서 취득시효제도가 권리관계문서를 소지하지 못한 진정한 권리자의 권리를 회복하여 주는 역할을 하여온 점도 부인할 수 없으나 다른 한편으로는 진정한 권리자가 점유를 상실한 기회를 틈타서 악의의 점유자가 취득시효제도를 이용하여 진정한 권리자의 권리를 빼앗은 경우도 많았음을 또한 부인할 수가 없다.

그리하여 진정한 권리자가 점유자를 상대로 토지의 인도를 구하는 경우 악의의 점유자가 이에 대한 항변으로 20년이상 점유하였음을 근거로 취득시효를 주장하는 경우와, 매매 등을 이유로 정당하게 토지를 양수한 자가 등기비용과다 등을 이유로 점유만의 상태로 오랜기간 등기하지 않은 채 방치하다가 입증곤란한 상태에서 등기부상 소유명의자등을 상대로 시효취득 하였음을 주장하여 소유권이전등기를 구하는 경우가 많았었다. 종종 명의 신탁과 탈세를 위한 명의신탁등도 취득시효와 관련하여 분쟁이 많았다고 생각된다.

이러한 이유는 얼마전까지만 해도 우리나라에는 등기강제의 원칙이 채용되지 않았었고, 또한 국민의 소유권의사에 등기라는 개념이 자리잡은지 얼마되지 않아 이른바 미등기의 부동산이 적지 않았으며, 혼란기를 겪으면서 등기부의 부실과 부정확 등의 문제로 인한 분쟁이 잦아지면서 부동산점유취득시효의 법률적용에 있어서 제도자체에 문제점이 발견됨에 따라 많은 학자들이 논의의 대상이 됨은 물론, 부동산소유권 이전등기에 관한 특별조치법이 몇차례 시행이 되면서 특별시효의 요건을 제대로 갖추지 못한 경우에도 소유권이 쉽게 이전이 되었고 그 결과 시효기간의 경과와 함께 이를 둘러싼 분쟁이 지금도 쟁송으로 이어지고 있다.

이러한 점유취득시효제도는 오히려 진정한 권리자의 희생에 의하여 영속된 사실 관계를 존중하여 점유자와 이를 바탕으로 형성된 법률관계를 보호하자는 역할에 치우쳐 있어, 부동산점유취득시효제도는 그 존재이유에서 살펴보았듯이 사회질서

의 안정이라는 실체법상의 권리를 부여하는 측면에서 제도의 존재를 인식하는게 바람직하다 하겠다.

현행 민법 제245조 제1항은 시효제도의 적용면에서 소유의 의사를 인용하여 악의의 점유자에게도 민법 제197조 제1항을 적용하여 자주점유로 추정함으로써 취득시효를 가능하게 하였으며, 판례는 자주점유 추정의 번복을 쉽사리 허용하지 아니함으로써 시효취득에 필요한 기간이 경과하여 점유자가 권리를 취득하는 것이 현재의 실정이다. 따라서 취득시효제도는 소유권자가 존재하고 있음에도 불구하고 일정한 사실상태가 일정기간동안 영속되고 있다는 사실에 의하여 그 사실상태가 진실한 권리관계와 일치하느냐의 여부를 묻지 아니하고 소유자의 의사에 관계없이 진실한 권리관계로 끌어올리려는 제도이기 때문에 시효제도중 특히 점유취득시효에 대해서는 여러 문제점들이 끊임없이 계속되고 있는 실정이다. 그래서 본 논문은 이와 같은 점유취득시효제도에 대하여 그 문제점들을 살펴보고 우리 민법 제245조 제1항을 해석론적 검토를 해 보았다.

본 논문에서 검토한 민법 제245조 제1항의 해석론을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 취득시효의 존재이유는 점유취득시효제도이든 등기부취득시효제도이든 간에 부동산에 대하여 선의취득을 인정하지 않고 있는 우리 법제상에서도 거래안전을 보호하기 위한 제도로 파악해야 한다. 그리고 점유취득시효에 있어서는 거래안전을 보호하고자 하는데 그 취지가 강하다고 볼 수 있다.

둘째, 점유취득시효제도는 형식주의를 취하고 있는 독일민법에 있어서도 우리 점유취득시효제도와 유사한 공시최고에 의한 특별제도를 두어 취득시효제도를 보충하고 있고, 특히 취득시효에 관한 판례중 많은 부분이 점유취득시효에 관한 책임을 감안해 볼 때 우리나라에서는 아직도 그 기능과 존재이유가 크다고 볼 수 있다.

셋째, 점유취득시효제도에 있어서 외국의 입법례는 그 요건으로서 등기를 요하지 않으나 우리 민법은 등기를 요하는데, 이는 우리 민법이 형식주의를 취하고 있기 때문에 가능한 한 형식주의에 충실하고자 하는 의도로서 타당하다고 보아진다. 물론 형식주의 하에서도 법률의 규정에 의한 부동산 물권변동에 있어서는 그 요건으로 등기를 요하지 않고 있으나, 점유취득시효의 경우에 있어서는 소유권취득을 분명히 함으로서 그 분쟁을 방지하기 위해 등기를 요구하는 것으로 생각한다.

넷째, 점유취득시효에 있어서 발생하는 등기청구권의 법적성질은 채권적으로 보

아야 하며, 이는 원소유권자한테만 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 점유취득시효자가 시효진행 중에 등기부상의 소유권자가 변경된 경우에는 권리위에 잠자고 있는 자가 아니므로 새로운 소유권자한테는 행사할 수 없다고 보아야 한다. 물론 이 경우 20년 동안 반환청구권을 행사하지 않은 경우에는 권리위에 잠자고 있는 자이므로 그 자한테 등기청구권을 행사할 수 있음은 당연하다.

다섯째, 점유취득시효가 완성되었다고 하더라도 등기하기 전까지는 점유취득시효자는 소유권자가 아니고 등기부상의 소유권자가 소유자이므로 반환청구권을 행사하면 항변권을 행사하여 저지할 수 있다고 보아야하나 점유취득시효기간만료 후 점유자가 그 소유권이전등기 청구권을 취득하고 목적부동산의 점유자라 하여도 그 소유권이전등기 청구권은 소멸하지 않는다 할 것이다.

여섯째, 취득시효의 효과에 대하여 우리나라의 다수설은 원시취득으로 보고 있는데 이는 취득시효에 의한 소유권취득은 전소유자에게 존재하였던 모든 제한은 소멸하지 아니하고 그대로 존속하기 때문에 소급효를 갖는 특수한 승계취득이라고 보는 것이 타당하다 할 것이다.

끝으로 본 논문의 점유취득시효에 관한 법률관계의 해석과 이로 인한 분쟁 해결의 실무에 도움이 되기를 바란다.

參 考 文 獻

<國內文獻>

1. 單行本

- 高翔龍,「民法總則」, 法文社, 2004.
- 郭潤直,「物權法」, 博英社, 2004.
- _____,「民法總則」, 博英社, 2005.
- 郭潤直,「民法註解(第19卷)」, 博英社, 2005.
- 權龍雨,「物權法」, 法文社, 2003.
- 金基善,「韓國物權法」, 法文社, 1994.
- 金容漢,「物權法論」, 博英社, 2003.
- 金疇洙,「民法總則」(民法講義 I), 三英社, 2002.
- 金會漢·金學東,「物權法」, 博英社, 2004.
- 金顯泰,「新物權法」, 一潮閣, 1992.
- 李英俊,「物權法」, 博英社, 2004.
- _____,「判例·學說 ; 註釋民法(上)」, 韓國司法行政學會, 1996.
- 李銀榮,「物權法」, 博英社, 2003.
- 李太載,「物權法」, 進明文化史, 1994.
- 張庚鶴,「物權法」, 法文社, 1998.
- _____,「增訂 新物權法總論」, 一韓圖書, 2004.
- 韓三寅,「判例民法(第3版)」, 法律行政研究院, 2003.
- 玄勝鍾,「로마法」, 法文社, 2004.
- 玄勝鍾·曹圭昌,「게르만法」, 博英社, 2001.
- 黃迪仁,「로마法·西洋法制史」, 博英社, 1997.

2. 論文

- 姜東湖,“不動產所有權의 取得時效에 관한 考察”,「慶尙大論文集」第16輯
第2號, 1982.

- 高翔龍, “取得時效와 所有權移轉登記 請求方法”, 「考試界」, 1997. 10.
- _____, “取得時效의 存在理由”, 「考試研究」, 1982. 3.
- 郭東憲, “不動產登記에 관한 考察”, 「安東教大論文集」第2輯, 1987. 7.
- 金基善, “所有權의 取得時效”, 「考試界」, 1979. 4.
- 金大圭, “우리 民法上 不動產所有權의 占有取得時效와 登記”, 「民法學의回顧와 展望」(民法施行30周年記念論文集), 韓國民事法學會, 1993.
- 金相容, “無效인 重複登記에 基한 登記簿取得時效의 成立要件”, 「考試研究」1997. 5.
- _____, “미국의權原 조사 및 權原保險에 관한 研究”, 서울대大學院 博士學位論文, 1985.
- 金永祥·金泰翰, “우리 民法上 取得時效에 관한 考察-不動產所有權을 중심으로-”, 「우석大學論文集」, 1985.
- 金容晋, “不動產登記 請求權에 관한 약간의 研究”, 「檀國大論文集」第3輯, 1989.
- 金占順, “時效制度의 效果에 관한 比較法的批判的 考察”, 「法曹」第23卷, 1974.
- 金周元, “不動產占有取得時效와 不動產 賣買”, 「判例研究」第6輯, 서울地方辯護士會, 1984.
- 金鍾權, “占有取得時效와 登記節次”, 「司法行政」第24卷 第5號, 1989.
- 金顯泰, “時效制度의 存在理由”, 「司法行政」, 1992. 10.
- 南孝淳, “프랑스 民法上的 占有 및 取得時效”, 「判例實務研究[I]」, 比較法實務研究會編, 1997.
- 盧承斗, “民法 第245條의 ‘所有 意思’에 관한 小考”, 「司法論集」第7輯, 法院行政處, 1976.
- 文興洙, “所有權取得時效의 成立要件”, 「人權과正義」통권 第220號, 大韓辯護士會, 1984.
- 朴燦柱, “不動產取得時效 - 英美判例理論의 導入性 檢討를 위하여 -”, 「司法研究資料」第16輯, 法院行政處, 1987.
- 徐 敏, “登記簿取得時效의 要件”, 「考試研究」, 1986. 4.
- 宋德洙, “占有取得時效의 要件으로서 自主占有”, 「考試研究」, 1997. 11.

- 李光信, “登記請求權”, 「法學論叢」第9輯, 檀國大出版部, 1981.
- _____, “時效制度에 관한 研究”, 「法學論叢」第11輯, 檀國大出版部, 1982.
- 李在性, “自主占有의 推定”, 「判例月報」, 1984. 6.
- 李鍾贊, “1필土地의 일부에 대한 取得時效 要件으로서의 占有”, 「大法院判例解說」통권 第11號, 法院行政處. 1989.
- 林東鎮, “取得時效의 起算點과 完成時點”, 「民事判例研究(I)」, 韓國司法行政學會. 1989.
- _____, “取得時效의 起算點과 完成時點-判例에 관한 몇가지 質問-”, 「民事判例研究 I」, 韓國司法行政學會, 1980.
- 張庚鶴, “取得時效” 「考試界」, 1980. 8.
- 鄭址炯, “取得時效의 要件인 自主占有의 立證責任”, 「民事判決研究IV」, 民事判例研究會, 經文社, 1991.
- 趙相根, “登記請求權에 관한 研究”, 「大田大論文集」第2輯, 1992.
- 崔秉祚, “不動產占有取得時效와 占有者의 所有意思”, 「法學」第37卷 1號, 서울大法學研究所, 1981.
- 崔大權, “國有財産法 第5條 第2項의 違憲與否”, 「法學」第32卷 3·4號, 서울大法學研究所, 1987.

< 日本文獻 >

1. 單行本

- 丹橋諄一, 「註釋民法VI 物權法」, 有斐閣, 1997.
- _____, 「民法總則」, 弘文堂, 1953.
- 藤原弘道, 「時效と占有」, 日本評論社, 1985.
- 船田亨二, 「ローマ法」, 岩波書院, 1963.
- 川島武宜, 「民法總則」, 有斐閣, 1975.
- 川島武宜, 「註釋民法總則」, 有斐閣, 1967.

2. 論文

- 山田卓生, “取得時効と登記”, 「民法の争点」ジュリスト増刊, 有斐閣, 1978.
- 西村一郎, “時効取得と登記手續”, 「不動産登記講座 I, 總論(I)」, 日本評論社, 1981.
- 星野英一, “時効に関する覺書 - その存在理由も中心として - ” ; “取得時効と登記”, 「民法論集」第4卷, 有斐閣, 1978.
- 安達三委生, “時効制度の存在理由”, 「民法の争点」ジュリスト増刊, 有斐閣, 1982.
- 良永和隆, “ドイツ法上の取得時効による登記の機能(一・二)”, 「民商法雑誌」第90卷 第6號・第91卷 第2號, 1984.
- 風間鶴壽, “羅馬法に於にる時効制度の一断面”, 「法學論叢」第40卷 第3號, 1978.

< 西洋文獻 >

- A.- M. Patault, Lntroduction historique droit des biens(Paris:P.U.F), 1989.
- Berner Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht(3. Aufl)
- F. Baur, Lehrbuch des Sachenrechts (12. Aufl:München:Beck), 1983.
- F. Zenati, Droit civil, Les Biens(Paris:P.U.F.), 1988.
- G.Baudry-Lacantinerid dt A, Tissier, Le droitromain(Paris:PUF), 1905.
- G.Dulckeit, F.Schwarz, und W.Waldstein, Romische Rechtsgechichte (München : C.H.Beck), 1981.
- Gutzwiller/Liver, Schweizerisches Privatrecht(Basel;Lausanne), 1967.
- M. Kaser, Rómisches Privatrecht(München : C.H. Beck), 1986.
- M. Villy, Le droit romain(Paris; PUF), 1949.
- Maschat, Institutiones Juris Civilis et Canoici(Augustae Vindelicorum), 1761.

ABSTRACT

A Study on the Possessed Acquisitive Prescription System of Real Property

Bong-Hyun Kang

Major of Judicial Administration

Graduate School of Public Administration

Cheju National University

Supervised by Professor Sang-Chan Kim

In this thesis, concerning acquisitive prescription of possession right of real property in our civil law, It was observed carefully the significance of the system of acquisitive prescription, reason of existence, legislative process and some problems, and history and comparable consideration about this system, and it was considered a theory and a judicial precedent relating interpretation of Article 245 in our civil law.

As a result, as acquisitive prescription system of possession right of real property takes unique stipulation comparing with foreign laws, it is required to do independent judgment in application with right interpretation of the stipulation, but there are lots of portions which need more study and consideration in this field. This thesis makes a conclusion as ;

1. Reason of existence of acquisitive prescription should be investigated to secure transaction protection under our legislation, which does not recognize good faith acquisition against the real

property made by acquisitive prescription of a register or a possession. But it is not essential to protecting the one who sleeps on the right in the acquisitive prescription of a possession. Acquisitive prescription of a register is regarded to enhance protection of transaction safety.

2. Acquisitive prescription system of a possession in which Germany takes the formalism supplements acquisitive prescription with special system by similar public announcement which has little difference with our acquisitive prescription system of a possession, especially many portions among precedent cases about acquisitive prescription are so acquisitive prescription of a possession that it is important for our nation to get that function and reason for existence.
3. Legislative example of acquisitive prescription of a possession in foreign countries does not demand a register, but our civil law requires. It is right direction that our civil law intends to be faithful of formalism since our civil law has a tendency of formalism. In case of the transfer of a real right made by legislative stipulation under formalism, it is not required by a register, but in case of acquisitive prescription of a possession, even if it is requested, but it does not occur any problem such as vacuum of a right.
4. Legal nature of a right of a registration claim originated by acquisitive prescription of a possession is seen to be viewpoint of obligation, it means that only original owner has the right to use, Therefore, in case that the one who has a right of acquisitive prescription of a possession is changed into the other who has a proprietary right during prescription processing, because he is not the one who sleeps on a right, it can not be excised right to the new owner who has acquisition, it is natural that the one who has

a right of acquisitive prescription of a possession can use a right of a registration claim to new owner is regarded as sleeping on a right, unless there is action of a right of claim of return for 20 years.

5. Even though acquisitive prescription of a possession is completed ; the one who has acquisitive prescription cannot be new owner. The one who is on the registration is still owner. If the one who has acquisitive prescription request a right of a claim of return, it makes suspension through a claim of disobedience. after expiring the period of occupation acquisition perescription, the owner acquires the demand for its transfer registration of the ownership and even the person has the right to occupy the real estate, the demand will not be ezipred.
6. For the effect of acquisitive prescription, though most of Korean regard it as primitive acquisition, it would rather be reasonable to think as succession acquisition. Because all limit remaining for the former owne continues to exist without the expiration, it is appropriate that the ownership throught the acquistive perscription is regarded as the unique successive acquisition with relation efficacy.

Before wrapping up, it would be telling that the system of acquisitive prescription in our civil law is adapted by our former civil law, which takes intention principle. But our current civil law contains abnormal system affected by consequence based on formalism. Therefore it is necessary to interpret and applied into our civil law as favorable.