

## 2차 점유취득시효기간 중 소유권이 변동된 경우 시효완성자의 법적 지위

-대법원 전원합의체 2009. 7. 16. 선고 2007다15172, 15189 판결-

정 구 태\*

### 목차

[사안의 개요 및 소송의 경과]

[연구]

I. 序 言

II. 부동산점유취득시효 완성의 효과

1. 민법 제245조 제1항의 규범적 의미

2. 시효완성후 시효완성자, 등기명의자, 제3취득자 사이의 법률관계

III. 2차 점유취득시효기간 중 소유권이 변동된 경우 시효완성자의 법적 지위

1. 판례 제5원칙

2. 대상판결의 반대의견에 대한 비판적 검토

IV. 結 語

### [사안의 개요 및 소송의 경과]

#### 1. 사안의 개요

가. 乙은 1982. 2. 12. 甲로부터 밀양시 삼문동 245-3 대 155㎡를 매수한 다음 1982. 2. 15. 자신 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 위 대지는 1987. 9. 26. 같은 동 244-12 대 10㎡, 같은 동 244-21 대 30㎡, 같은 동 245-4 대 165㎡와 합병되어 같은 동 245-3 대 360㎡(이하, '이 사건 대지'라 한다)가

\* 고려대학교 강사, 법학박사

되었고, 그 후 이 사건 대지에 관하여 1988. 3. 25. 丙 명의로, 1988. 9. 10. 원고 명의로 소유권이전등기가 순차로 마쳐졌다.

나. 피고는 1961. 1.경 이 사건 대지와 연접한 밀양시 삼문동 244-20 대 79㎡를 丁으로부터 매수하면서 이 사건 대지 중 54㎡(이하, ‘이 사건 계쟁토지’라 한다)를 텃밭으로 점유·사용하여 왔다.

다. 원고(반소피고, 이하 원고라고 한다)는 2005. 9. 26. 피고를 상대로 이 사건 계쟁토지의 인도를 청구하였다.

라. 이에 대하여 피고(반소원고, 이하 피고라고 한다)는, 1961. 1.경 丁으로부터 매수하여 이 사건 계쟁토지를 소유의 의사로 평온·공연하게 점유를 계속하여 왔으므로 그로부터 20년이 경과한 1981. 1.경 이 사건 계쟁토지에 관한 점유취득시효가 완성되었고, 따라서 원고의 본소청구는 이유 없다고 항변함과 아울러 반소로서 원고에게 이 사건 계쟁토지에 관하여 1981. 1. 1.경 취득시효가 완성되었음을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하였다.

## 2. 소송의 경과

### (1) 제1심 판결<sup>1)</sup>

제1심판결은 피고의 반소청구에 대하여, 실령 1961년경부터 20년이 경과한 1981년경 취득시효가 완성되었다고 하더라도 피고가 등기를 하지 않고 있는 사이 새로이 소유권을 취득한 원고에게는 그 취득시효 완성을 주장할 수 없으므로, 피고의 항변 및 주장은 이유 없다고 하여 이를 기각하였다.

### (2) 원심 판결<sup>2)</sup>

피고는 제2심에 이르러, 이 사건 대지에 관하여 乙 명의로 1982. 2. 15. 소유

1) 창원지방법원 밀양지원 2006. 5. 18. 선고 2005가단4231(본소), 2006가단1710(반소) 판결.

2) 창원지방법원 2007. 1. 25. 선고 2006나6052(본소), 2006나6069(반소) 판결.

권이전등기가 마쳐졌으나 위 등기일을 새로운 기산점으로 하여 20년이 경과한 2002. 2. 15. 이 사건 계쟁토지에 관한 점유취득시효가 다시 완성되었으므로, 원고의 본소청구는 이유 없다고 항변함과 아울러 반소로서 원고에게 이 사건 계쟁토지에 관하여 2002. 2. 15. 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구한다고 訴를 교환적으로 변경하였다.

이에 대하여 원심 판결은 다음과 같이 판시하여 피고의 반소청구를 기각하였다(밑줄은 筆者. 이하 같다).

“취득시효가 완성된 후에 제3취득자가 소유권이전등기를 마친 경우에도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고, 또 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 완성되는 경우에는 취득시효를 주장하는 점유자로서는 소유권 변동시를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있지만, 이 경우에도 그 점유기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 하는바(대법원 전원합의체 1994. 3. 22. 선고 93다46360 판결, 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다40688 판결 등 참조), … 피고 주장과 같이 乙 명의로 이 사건 대지의 소유권이전등기가 마쳐진 시점을 새로운 취득시효의 기산점으로 삼으려면 위 새로운 기산점 이후 이 사건 대지에 관하여 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 함에도 불구하고, 이 사건 대지에 관하여 1988. 3. 25. 丙 명의로, 1988. 9. 10. 원고 명의로 소유권이전등기가 순차로 마쳐진 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고의 위 항변 및 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다(원고 명의로 소유권이 이전된 1988. 9. 10.부터 20년이 경과되지 아니하였음은 역수상 명백하다)”

(3) 대법원 전원합의체 2009. 7. 16. 선고 2007다15172, 15189 판결

대법원은 피고의 상고를 인용하여 원심 판결을 파기환송하였다. 이로써 종래 이와 달리, 부동산의 취득시효가 완성된 후 토지소유자가 변동된 시점을 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장하려면 그 새로운 취득시효기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 한

다는 취지로 판시한, 대법원 1994. 3. 22. 선고 93다46360 전원합의체 판결, 대법원 1994. 4. 12. 선고 92다41054 판결, 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다18577 판결, 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다40688 판결, 대법원 2001. 12. 27. 선고 2000다43963 판결 등은 모두 폐기되었다. 그 판결요지는 다음과 같다.

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

[2] [다수의견]

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

[2][대법관 박일환, 대법관 김능환, 대법관 신영철의 반대의견]

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

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

## [연구]

### I. 序 言

(1) 본 연구대상판결(이하 ‘대상판결’이라 한다)에 의해 폐기된 대법원 전원합의체 1994. 3. 22. 선고 93다46360 판결(이하 ‘1994년 전원합의체 판결’이라 한다)은, “취득시효완성 후 제3자가 등기를 취득하였지만 그 등기 후 현재까지 소유자의 변동 없이 20년간 자주점유 함으로써 다시 취득시효가 완성되었다는 새로운 법률관계가 형성된 경우에는, 취득시효의 기산점을 제3자의 취득등기시로 한다 하더라도 등기제도의 기능을 약화시키거나 부동산거래의 안전을 해할 우려는 없다 할 것이고, 오히려 장기간의 사실상태를 존중하여 권리관계로까지 높인다는 본래의 시효제도의 취지에 부합된다 할 것”이라고 판시함으로써, 취득시효 완성 후(이하 ‘1차 취득시효’라 한다) 토지소유자에 변동이 있고 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효기간이 완성되는 경우 점유자는 다시 취득시효(이하 ‘2차 취득시효’라 한다)의 완성을 주장할 수 있다고 하였다.

그런데 이 1994년 전원합의체판결의 사안은 1차 취득시효 완성 후 소유권이 이전된 후에 더 이상 소유자의 변동이 없었던 경우로서, 말하자면 이 판결 중

“소유자의 변동 없이”라는 판시부분은 ‘主論<sup>3)</sup>이 아닌 부분’, 즉 ‘傍論’에 불과하였다.<sup>4)</sup> 이러한 점은 1994년 전원합의체 판결을 원용하며 같은 취지를 천명한 대법원 1994. 3. 22. 선고 93다46360 전원합의체 판결, 대법원 1994. 4. 12. 선고 92다41054 판결, 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다18577 판결도 모두 마찬가지였다. 따라서 1차 점유취득시효 완성 후 소유자의 변동이 있는 후에 그 시점을 기산점으로 하여 2차 점유취득시효기간이 경과한 경우에도, 2차 점유취득시효가 완성되기 위해서 실제로 2차 점유취득시효기간 동안 소유자의 변동이 없어야만 하는 것인지는 이들 판결만으로는 반드시 명확하지 않았다.

이 문제가 傍論이 아닌 主論으로 다루어지게 된 것은 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다40688 판결에서 이르러서였다. 이 판결의 사안은 1차 취득시효 완성 후 소유자의 변동이 있었고 그 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효기간이 완성되었으나, 2차 취득시효기간 중 소유자의 변동이 있는 경우였다. 이 판결은, “취득시효가 완성된 후에 제3 취득자가 소유권이전등기를 마친 경우에도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고, 또 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 완성되는 경우에는 취득시효를 주장하는 점유자로서는 소유권 변동시를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있지만, 이 경우에도 그 점유기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 한다(대법원 1994. 3. 22. 선고 93다46360 전원합의체 판결 참조)”고 판시함으로써,<sup>5)</sup> 점유자의 시효완성 주장을 배척하였다. 즉, 1994년 전원합의체 판결에서 ‘傍論’으로 부가되었던 요건상의 제한(=2차 점유취득시효가 완성되기 위해서는 2차 점유취득시효기간 중 소유권의 변동이 없을 것)은 98다40688 판결을 통해 ‘判例’로서 확립되기에 이른

3) “1차취득시효 완성 후 토지소유자에 변동이 있고 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효기간이 완성되는 경우 점유자는 2차 취득시효의 완성을 주장할 수 있다”는 판시부분이 이에 해당된다.

4) 主論과 傍論의 구별에 대한 상세는 이광범, “『판례』의 의미와 구속력에 관한 소고”, 『판례실무연구』VI(비교법실무연구회, 2003.08), 243-250면.

5) 98다40688 판결은 이 문제에 관한 참조판례로서 1994년 전원합의체 판결 외에 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다34037 판결도 원용하고 있으나, 97다34037 판결은 토지소유자 변동 이후의 전 점유자의 점유기간을 통산하여 20년이 경과한 경우, 전 점유자의 점유기간 중 임의의 시점을 기산점으로 선택할 수 있다고 판시한 것으로서, 이 문제와 직접적인 연관이 있는 것은 아니다.

것이다. 이는 ‘대법원판례형성의 한 모습’<sup>6)</sup>이라는 관점에서도 매우 흥미로운 대목이 아닐 수 없다. 그러나 98다40688 판결은 최초로 이 문제를 ‘정면’에서 다룬 것임에도 불구하고, 그와 같이 판단하게 된 근거에 대해서는 전혀 언급하고 있지 않았다.

이후 대상판결에 이르러 대법원은 1994년 전원합의체 판결에서 ‘傍論’으로 다루어졌고 1999년 판결에서 ‘判例’로서 확립된 종전의 입장을 다시금 번복하게 되었다. 대상판결의 다수의견 역시 단지 결론만을 제시하고 있을 뿐 그와 같이 보아야 하는 근거에 대해서는 별다른 언급을 하고 있지 않지만, 다수의견에 대한 대법관 3인의 반대의견과 다수의견에 대한 2개의 보충의견은 각각 이에 대한 찬반의 입장에서 치열한 법리다툼을 전개하고 있다.

(2) 부동산점유취득시효제도에 있어서 이처럼 대법원의 견해가 엇갈리던 와중에 전원합의체판결에 의하여 문제가 해결된 것은 비단 이번 판결만이 아니다. 취득시효에 관한 대법원 전원합의체판결만 하더라도, 가령 취득시효의 요건으로서 자주점유와 그 증명책임에 관한 대법원 전원합의체 1983. 7. 12. 82다708 판결, 이른바 악의의 무단점유의 경우 자주점유의 추정이 복멸된다는 대법원 전원합의체 1997. 8. 21. 95다28625 판결, 그리고 토지매수인이 매매계약에 의하여 목적 토지의 점유를 취득한 경우 그 계약이 타인의 토지의 매매에 해당하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다는 사실만으로 자주점유의 추정이 번복되는지 여부에 관한 대법원 전원합의체 2000. 3. 16. 97다37661 판결 등이 있으며, 특히 연구대상판결은 종전의 1994년 전원합의체 판결을 폐기하였다는 점에서도 매우 주목할 만하다.

이와 같이 부동산점유취득시효에 관하여 상당수의 대법원판례가 집적되어 있어 ‘부동산점유취득시효의 왕국’이라고까지 표현되고 있고<sup>7)</sup> 그 판례에 관한

6) 양창수, “임대차종료 후 임차인의 목적물 계속점유와 부당이득”, 『민법연구』 제2권(박영사, 1991), 335면에서 인용(初出: 『서울대학교 법학』 제27권 1호<1986.04>): “...大法院判例의 개별적인 形成史라고 부를 수 있는 과정을 구체적으로 파악하는 것은 각각의 大法院判決에 대하여 어떠한 관점에서 또 어떠한 범위에서 그 先例的 意義 다시 말하자면 將來의 下級審 또는 당해 法院의 事件에 대한 事實上的 拘束力을 인정할 것이냐 하는 문제를 다룸에 있어서 하나의 중요한 思考의 단서를 제공하는 것이다.”

7) 배병일, “부동산 취득시효의 판례 5원칙에 관한 연구”, 『민사법학』 제16호(한국민사법학회, 1998.06),

이해에 있어서도 매우 다양한 논의가 전개되고 있는 것은, 우리 민법이 규정하고 있는 부동산점유취득시효제도 자체가 체계적·논리적 이해가 쉽지 않을 만큼 비교법적으로 매우 이례적인 것이기 때문이다. 우리 민법<sup>8)</sup> 제245조 제1항에서 규정하고 있는 부동산점유취득시효제도의 내용은 부동산물권변동에 관한 형식주의 입법례에서는 볼 수 없는 특유한 것이다.<sup>9)</sup> 우리나라에 있어서 부동산에 대한 권리공시방법은 점유가 아닌 등기이므로 이를 갖추고 소유의사로서 점유한 사실에 따라 취득시효를 인정하는 등기부취득시효제도는 어찌 보면 크게 문제될 것이 없으나, 등기 없이 단지 일정기간 자주점유하였다는 이유만으로 소유권의 취득을 인정하는 점유취득시효제도는 선뜻 그 정당성을 납득하기가 어렵다.<sup>10)</sup>

나아가 우리 민법은 매우 특이하게도 점유로 인한 부동산소유권의 취득시효기간이 만료된 후 그 시효취득을 주장할 수 있는 자(이하 ‘시효완성자’라 한다)가 그 부동산의 소유권을 취득하기 위해서는 ‘등기’할 것을 요구하고 있다. 이는 우리 민법이 부동산물권변동에 관하여 형식주의를 취하면서 등기의 공신력·등기강제를 인정하지 않고 있다는 사실을 고려하였기 때문이라고 볼 수도 있겠으나,<sup>11)</sup> 결과적으로 법률 규정에 의한 물권변동의 경우에는 등기를 요하지 않는다는 원칙(제187조)에 중대한 예외를 설정한 것이 되어 이로부터 여러 가지 어려운 해석상의 문제가 발생하고 있다.<sup>12)</sup>

---

390면.

- 8) 이하에서 민법의 조문은 범명의 표기 없이 인용하기로 한다.
- 9) 우리나라와 같이 물권변동에 등기를 요하는 이른바 형식주의를 취하는 독일이나 스위스민법에서 점유를 기초로 한 소유권취득의 가능성은 극히 한정적으로 인정되고 있다. 이에 대해서는 우선 김형석, “법에서의 사실적 지배: 우리 점유법의 특성과 문제점”, 『민사법학 특별호(제36호): 우리 민법학은 지금 어디에 서 있는가? -한국 민사법학 60년 회고와 전망-』 (한국민사법학회, 2007.05), 176면 註77).
- 10) 김형석(註9), 177면은 프랑스의 경우를 예로 들면서 점유취득시효는 등기의 추정력이 없는 법제에서 소유권 증명 수단으로 중요한 기능을 수행하고 있으나, 우리와 같이 물권변동에 있어 등기주의를 택하면서 등기에 추정력이 인정되는 법제 하에서는 장기의 자주점유를 이유로 하여 등기된 물권을 소멸시킨다는 결과는 애초에 점유취득시효제도가 목적인 바가 아니었다고 한다.
- 11) 김규완, “부동산점유취득시효의 요건과 효과 -판례이론의 비판적 재구성-”, 『안암법학』 제14호 (안암법학회, 2002.04), 197-198면에 의하면, 취득시효에 관하여 많은 양의 판례가 쌓이게 된 것은 일제강점기 때 의용되던 현행 일본민법이 여전히 효력을 가지던 과도기를 거친 후 1960년 시행된 현행 민법의 입법자가 등기를 부동산물권변동의 성립요건으로 결단한 법정정책 당위와도 크게 관련되어 있다고 한다.

(3) 그러나 그렇다고 하여 민법 제245조 제1항 소정의 ‘등기’라는 법정요건을 입법상의 과오가 아니라면 등기 없이 등기부상의 이해관계인 이외의 제3자에게 대항할 수 없다는 훈시규정에 불과하다고 보거나,<sup>13)</sup> 아예 명백히 잘못된 입법의 경우에는 무시하는 해석이 불가피하므로 ‘등기’라는 요건은 후에 등기하면 법률상 소유권이 취득된다는 형식적인 의미로 축소하여 그 때의 등기는 단지 소유권취득을 마무리하는 절차적인 의미만을 갖는다<sup>14)</sup>고 보는 것은 실정법을 ‘해석’하는 태도로서는 그다지 온당하지 않다고 생각된다.<sup>15)</sup> 오히려 착중되어 있는 것으로 보이는 대법원판례를 연구함에 있어 일관된 체계를 세워 면밀한 논증으로 이를 뒷받침하고 종합적인 이론을 구성하는 것은, 학계와 실무계 모두에 주어진 과제일 것이다. 그간 점유취득시효에 관한 판례만큼이나 광범위하게 진행되었던 점유취득시효제도에 관한 수많은 논의는 그러한 길을 모색하기 위한 가치 있는 시도였다고 할 수 있다.

다만 점유취득시효제도에 관한 구체적 논의에 앞서 분명히 하여 둘 것은, 점유취득시효제도의 본래 목적이 타인의 부동산을 장구한 기간 사실상 지배했다고 하여 그 무권리자에게 부동산에 대한 소유권을 무상으로 취득하게 하려는 것은 결코 아니라는 점이다. 점유취득시효제도는 일정기간 계속되어 온 사실상태를 적법한 법률관계로 인정함으로써 법질서의 안정을 꾀하고자 하는 것이고, 설령 무권한의 점유자가 소유권을 취득하고 이에 따라 소유자가 권리를 상실하게 되더라도 이는 취득시효제도의 관철로 인해 부득이하게 발생하는 반사적 결과일 뿐, 점유취득시효제도가 본질적으로 추구하는 바와는 무관하다.<sup>16)</sup> 이처럼

12) 이기용, 『부동산취득시효에 관한 연구』(성균관대학교 대학원 박사학위논문, 1989), 38면은, 등기를 요하도록 한 것은 만주국민법(제224조)을 모방한 것으로, 이는 취득시효제도와 등기제도의 관계에 대한 이해가 부족하여 법률행위에 의한 물권변동에 관한 형식주의가 법률의 규정에 의한 물권변동의 예로서 취득시효에까지 적용되는 것으로 오해한 데서 비롯된 입법상의 과오라고 평가하고 있다. 현행민법 제245조의 입법경위에 대한 상세는 명순구, 『실록 대한민국 민법2』(법문사, 2010), 170-178면 참조.

13) 임동진, “취득시효의 기산점과 완성시점 -판례에 관한 몇 가지 의문-”, 『민사판례연구』[I], 『민사판례연구회, 1979.04』, 88면.

14) 송덕수, “취득시효와 대상청구권”, 『저스티스』 제30권 2호(한국법학원, 1997.06), 253면.

15) 김규완(註11), 203-204면도 어떤 법제도가 제도사적으로 또한 비교법적으로 보아 변종이라고 해서 그것이 곧 입법적 오류로 평가되고, 다시금 제도사적으로 또한 비교법적으로 보아 ‘정상적인’ 규율에로의 입법적 해결을 촉구함은 語不成說이라고 하면서, 나름의 법률논리와 체계정합성을 가진다면 이는 독자적인 법제도로서 발전적으로 형성되어 정착되어야 한다고 본다.

사실상태를 법률 내지 권리상태로 질적 변환시키는 가장 주된 이유, 즉 점유취득시효제도의 존재이유는 ‘법률질서의 안정과 사회질서의 유지’에 있다고 할 것인데, 결국 이는 ‘법리적’이라기보다는 ‘법정책적’인 성격을 강하게 띠는 점 또한 부인할 수 없을 것이다.<sup>17)</sup>

本稿는 결론적으로 대상판결의 다수의견에 찬동하는 입장에서 그 근거지움을 통해 이를 면밀히 뒷받침하는 작업을 수행하고자 한다. 이를 위해서는 판례상 확립된 부동산점유취득시효에 관한 이른바 ‘판례 5원칙’에 대한 검토가 선행되어야 하므로, 이하에서는 취득시효 완성의 효과에 관한 대법원판례의 법리적 이해로부터 출발하여(Ⅱ), 2차 점유취득시효기간 중 소유권이 변동된 경우 시효완성자의 법적 지위에 관한 대상판결의 법률문제에 대하여 천착하고자 한다(Ⅲ).

## Ⅱ. 부동산점유취득시효 완성의 효과

### 1. 민법 제245조 제1항의 규범적 의미

제245조 제1항 소정의 “20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다”는 문언의 규범적 의미에 관하여, 판례는 취득시효기간의 만료만으로는 소유권취득의 효력이 없고, 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 자는 민법 제245조 제1항에 의하여 점유부동산에 관하여 등기명의자에 대한 소유권이전등기청구권을 취득한다고 한다.<sup>18)</sup> 그러므로 시효완성자가 취득시효완성을 이유로 토지의 소유권을 취득하기 위해서는 그로 인하여 소유권을 잃게 되는 시효완성 당시의 등기명의자를 상대로 소유권이전등기청구를 하여야 한다.<sup>19)</sup> 다시 말해, 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 시효취득으로 인해 소유권을 상실하게 되는 시

16) 같은 취지로 안법영, “대상청구권의 발전적 형성을 위한 소고 -대법원판례의 분석과 평가를 중심으로-”, 『한국 민법이론의 발전(무암 이영준박사 화갑기념논문집)』(박영사, 1999), 590-591면.

17) 김규완(註11), 207면. 같은 취지로 민유숙, “취득시효 완성의 제3자에 대한 효과 -새로운 해석론의 시도-”, 『민사재판의 제문제』 제16권(민사실무연구회, 2007.12), 348면.

18) 대법원 1992. 12. 11. 선고 92다9968 판결.

19) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다53420 판결; 대법원 1999. 2. 23. 선고 98다59132 판결.

효완성 당시 등기명의자에 대한 권리로서, 채권적 청구권이다.<sup>20)</sup> 그리고 점유취득시효가 완성되었다고 하더라도 등기함으로써 그 소유권을 취득하는 것이므로, 등기 없이 그 취득기간이 경과하였다는 사유만으로 소유권의 확인을 구할 수 없고,<sup>21)</sup> 따라서 시효완성자가 등기명의자를 상대로 소유권이전등기청구권을 행사하여 시효완성자 명의로 등기가 되기까지는 점유부동산에 대한 소유권은 여전히 등기명의자에게 있다.<sup>22)</sup>

결국 판례에 따르면 시효완성자는 ‘소유권이전등기청구권’이라는 ‘채권’을 민법 제245조 제1항이라는 ‘법률규정’에 의하여 취득하고, 이에 의해 시효완성자와 등기명의자 사이에는 ‘법정채권관계’가 성립하게 된다. 다만, 부동산에 대한 점유취득시효기간이 완성된 경우 그 부동산의 등기명의자는 권리변동의 당사자이므로 점유자는 등기명의자에 대하여 등기 없이도 그 부동산의 시효취득을 주장하여 대항할 수 있는 반면, 등기명의자는 점유자에 대한 이전등기의무자로서 그에 대하여 소유권에 기한 권능을 행사할 수 없다[판례 제1원칙].<sup>23)</sup>

## 2. 시효완성후 시효완성자, 등기명의자, 제3취득자 사이의 법률관계

### (1) 제3취득자에 대한 시효완성자의 법적 지위

(가) 판례에 따르면, 취득시효 기간만료 전에 제3자가 등기명의를 취득한 경우 시효완성자는 그 시효완성 당시의 등기명의자에 대하여 소유권이전등기를

20) 대법원 1995. 12. 5. 선고 95다24241 판결.

21) 대법원 1991. 5. 28. 선고 91다5716 판결.

22) 그러나 다른 한편 법률상 소유권자로 추정되는 등기명의자는 시효완성자에 대하여 자신의 소유권에 기초한 권리행사를 일절 할 수 없다는 점에서(김규완<註11>, 233면), 시효완성자는 단순한 채권적 청구권만 가지고 있는 부동산 이중매매에 있어 제1매수인보다는 물권적으로 더 강화된 지위를 갖는다는 점, 즉 시효완성자는 제213조 단서의 ‘점유할 권리’가 있는 자로서 이전등기 전이라도 점유물을 계속 사용·수익할 권리가 있으며 등기명의자의 반환청구권에 대항할 수 있는 바, 이러한 시효완성자의 법적 지위는 단순히 채권적으로만 보호되는 것이 아니라 물권적으로 강화되어 있다는 점에서, 시효완성자의 법적 지위는 ‘준물권적’이라는 개념표지를 통해 이해되어야 한다고 보는 견해로 안법영(註16), 574-579면.

23) 대법원 1977. 3. 22. 선고 76다242 판결; 대법원 1988. 5. 10. 선고 87다카1979 판결; 대법원 1993. 5. 25. 선고 92다51280 판결.

청구할 수 있는 반면에[판례 제2원칙],<sup>24)</sup> 취득시효가 완성되었으나 시효완성자가 아직 소유권이전등기를 하기 전에 제3자가 등기명의자로부터 등기를 이전 받은 경우 시효완성자는 그 제3자(이하 ‘제3취득자’라 한다)에 대하여 시효완성을 이유로 한 소유권이전등기청구권을 행사할 수 없다[판례 제3원칙].<sup>25)</sup>

이러한 차이는 판례가 시효기간만료 당시의 시효완성자와 등기명의자를 권리변동의 당사자로 고착시켜 시효완성의 효과를 파악하고 있다는 데 기인한다. 다시 말해, 시효기간 만료전에 이전등기를 경료한 제3자는 취득시효완성으로 인한 권리변동의 당사자이기 때문에 시효완성자는 이러한 제3자에게 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있으나, 시효완성 후에 등기명의자로부터 등기하여 소유권을 취득한 제3취득자는 취득시효기간만료로 인한 권리변동의 당사자가 아니기 때문에 시효완성자가 이러한 제3취득자에게 이전등기청구권을 행사할 수는 없다는 것이다.<sup>26)</sup>

(나) 이러한 판례의 태도에 대해서는, 제3자가 권리를 취득한 것이 점유자의 취득시효가 완성하기 전인가 후인가 하는 우연한 사정에 따라 점유자와 제3취득자 사이에서 누가 우선하느냐의 여부가 다르게 되어 부당하고, 특히 이에 의하면 점유기간이 길수록 등기명의인의 처분가능성이 커져서 시효취득의 가능성은 더욱 줄어드는 모순이 생기게 되는데, 이는 점유자 보호라는 점유취득시효제도의 규범목적과 부합하지 않는다는 취지의 비판이 비등하다.<sup>27)</sup>

24) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88다카5843 판결. 그 근거로서 대법원 1993. 5. 25. 선고 92다52764 판결은, “점유로 인한 부동산소유권의 시효취득에 있어 취득시효의 중단사유는 종래의 점유상태의 계속을 파괴하는 것으로 인정될 수 있는 사유라야 할 것인바, 취득시효기간의 완성 전에 등기부상의 소유명의가 변경되었다 하더라도 이로써 종래의 점유상태의 계속이 파괴되었다고 할 수 없으므로 이는 취득시효의 중단사유가 될 수 없다”는 점을 들고 있다.

25) 대법원 1991. 4. 9. 선고 89다카1305 판결; 대법원 1991. 6. 25. 선고 90다14225 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다45402 판결; 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다40688 판결.

26) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다43329 판결. 이는 결과에 있어서 소유권의 이중양도의 법리를 따르는 것과 다르지 않다. 박영규, “부동산 점유취득시효 완성후 점유자의 지위”, 『민사판례연구』 제23권(민사판례연구회, 2001), 142면.

27) 전원열, “부동산의 점유취득시효 완성 후의 법률관계에 관한 고찰”, 『사법연구자료』 제22집(법원행정처, 1995.12), 304-314면; 송희호, “취득시효의 기산점과 관련문제들에 관한 고찰”, 『사법논집』 제26집(법원도서관, 1995.12), 102-104면; 문홍수, “점유취득시효 완성후 시효취득자, 등기명의자, 제3취득자 상호간의 법률관계”, 『법조』 45권 3호(법조회, 1996.03), 134-136면; 박종연, “점

그리하여 一說은 시효완성자의 소유권이전등기청구권이 채권적 청구권이라는 것을 인정하면서도 점유의 기산점과 관련하여 이른바 逆算說을 취하여, 시효완성자가 기산점을 임의로 선택할 수 있도록 함으로써 현재로부터 역산하여 20년 이상이 되면 취득시효의 요건이 충족되었다고 보아야 한다고 주장하고,<sup>28)</sup> 다른 견해는 소유권이전등기청구권 자체를 物權的 期待權<sup>29)</sup> 혹은 事實上 所有權<sup>30)</sup>이라고 파악함으로써, 시효완성자는 제3취득자에게도 등기 없이 대항할 수 있고 그를 상대로 소유권이전등기청구권을 행사하여 등기를 갖춤으로써 소유권을 취득하게 된다고 한다.

그러나 後者의 견해(이른바 物權的 期待權說 및 事實上 所有權說)와 관련하여, 대법원이 시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권의 법적 성질을 채권적 청구권으로 보고 있음은 위 II. 1.에서 살펴본 바와 같거니와, 대법원은 前者의 견해(逆算說)에 대해서도 “점유기간 중에 당해 부동산의 소유권자에 변동이 있는 경우에는 취득시효를 주장하는 자가 임의로 기산점을 선택하거나 소급하여 20년 이상 점유한 사실만 내세워 시효완성을 주장할 수 없다”고 하여[판례 제4원칙], 점유취득시효의 기산점에 관하여 원칙적으로 固定時說을 취하고 있다<sup>31)</sup>

이러한 판례의 태도는 판례 제3원칙을 유지하기 위한 당연한 귀결이라 할 수 있다. 즉, 판례는 시효기간경과의 전후를 가려 소유권 취득자에 대한 취급을 달리하고 있는데, 만일 시효기간의 기산점을 당사자가 임의로 선택할 수 있다고

유취득시효 판례의 문제점 고찰 판결과 법감정의 일치 여부”, 『법조』(법조협회, 1998.12), 70-73면; 김태창, “취득시효완성 후 점유의 승계와 소유권이전등기청구방법”, 『판례연구』 제10집(부산판례연구회, 1999.02), 50-51면.

28) 문홍수(註27), 136면; 송희호(註27), 105-107면; 박종연(註27), 73-74면.

29) 박영규(註26), 135면 이하는, 점유취득시효가 완성된 경우 점유자로 하여금 소유(명의)자를 상대로 소유권이전등기를 청구하도록 하는 것은 현행법의 미비(독일민법 제927조와 같이 점유취득시효가 완성된 경우 공시최고절차 등을 마련하여 단독으로 등기할 수 있도록 하는 방법이 없음)로 인한 편의적인 방법에 지나지 않고, 등기청구권은 ‘편의상’ 특정인에 대해 행사하게 되지만 그렇다고 하여 이러한 점유자의 지위가 단순히 채권은 아니라고 하면서, 취득시효는 점유의 성질·점유기간·등기 등 오로지 점유자측에 존재하는 요건에 의해 권리를 취득하게 하는 제도이므로, 타인인 소유(명의)자의 변경은 점유자의 지위에 어떠한 영향도 줄 수 없고, 따라서 이러한 시효완성자의 법적 지위는 특히 ‘동산을 소유권유보의 특약하에 매수하고 인도받은 매수인의 법적 지위’와 같이 물권적 기대권으로 설명할 수 있으며, 결국 시효완성점유자의 물권적 기대권은 소유자를 포함하여 누구에 대해서나 효력을 가진다고 본다.

30) 송덕수(註14), 253면.

31) 대법원 1989. 4. 25. 선고 88다카3618 판결.

한다면 당사자는 시효완성 후에 등기명의를 취득한 자를 시효완성 당시의 취득자로 할 수 있게 되어, 결국 시효의 완성을 주장하는 당사자는 등기 없이 언제나 제3취득자에 대하여 시효의 완성을 주장하고 그에 관해서 등기를 청구할 수 있게 되는바, 이는 등기제도의 기능을 약화시키고 부동산에 관한 거래의 안전을 해할 뿐만 아니라, 등기를 부동산시효취득의 요건으로 하고 있는 현행민법의 취지에서 보더라도 결코 합리적이지 못하다는 것이다.<sup>32)</sup>

(다) 확실히 현재의 판례에 의하면 제3자가 권리를 취득한 것이 점유자의 취득시효가 완성되기 전인가 후인가 하는 우연한 사정에 따라 시효완성자와 제3취득자 사이의 우열관계가 좌우되어 합리적이지 못한 면이 있다. 만일 제3자의 권리취득시점에 관계없이 제3취득자를 보호하거나 반대로 시효완성자를 보호하면 이러한 불합리는 제거될 수 있을 것이나, 전자의 방법은 제3자의 권리취득에 시효중단의 효과를 인정하는 셈이 되어 법률상 근거를 찾기가 곤란하고,<sup>33)</sup> 후자의 방법에 의할 경우에는 시효완성자가 언제나 등기 없이 제3취득자에게 시효완성을 주장하게 되어 등기제도의 기능을 약화시키고 부동산에 대한 거래의 안전을 해할 위험이 크다는 난점이 있다.<sup>34)</sup>

그러나 시효완성자에게 소유권취득의 요건으로서 ‘등기’를 요하는 것이 과연 타당한지에 대한 입법론적 논의는 별론으로 하더라도, 적어도 우리 민법이 점유취득시효로 인한 소유권의 취득에 등기를 요하는 이상 현행법의 해석으로서 판례의 태도에 전혀 수긍이 가지 않는 바는 아니다. 특히 점유취득시효제도의 존재이유를 증명곤란의 구제뿐만 아니라 권리를 행사하지 않고 있는 권리자보다는 실제로 목적물로부터 수익을 얻고 있는 자를 보호함으로써 재화의 효용을 극대화할 수 있다는 점에서도 찾을 수 있다고 한다면,<sup>35)</sup> 점유취득시효기간

32) 김병운, “취득시효기간 중 계속해서 등기명 의자가 동일한 경우 그 기간 내의 전점유자의 점유기간 중 임의시점을 기산점으로 선택할 수 있는지 여부”, 『대법원판례해설』 제30호(법원도서관, 1998.11), 38면.

33) 이와 달리 소유권의 변동에 시효중단의 효과를 인정해야 한다는 견해에 대해서는 뒤의 註56) 참조.

34) 이는 사실상 시효완성자를 소유자로 취급하는 것과 마찬가지로인데, 이러한 해석은 제245조 제1항이 등기를 해야 비로소 소유권을 취득한다고 규정하고 있는 것과 정면으로 어긋난다. 이러한 비판은 逆算說이나 物權的 期待權說 혹은 事實上 所有權說 모두에 공통적으로 해당된다.

35) 윤진수 집필부분, “제245조”, 『민법주해[V]: 물권[2]』 (박영사, 1992), 360면.

진행 중에 소유권을 취득한 자와 취득시효 완성 후에 소유권을 취득한 자를 달리 취급하는 데에도 어느 정도 합리적인 근거가 있다고 생각된다.<sup>36)</sup>

즉, ‘시효기간 진행 중에 소유권을 취득한 자’는 점유자에 대하여 시효중단을 위한 조치를 취할 수 있었으나 그러한 조치를 취하지 않은 者인 반면, ‘취득시효 완성 후에 소유권을 취득한 자’는 애초에 취득시효를 중단시킬 방도가 없었던 者라는 점에서, 兩者를 취득시효 완성에 있어서 차별적으로 취급하는 것은 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 正義의 요청에 비추어 합리성이 없는 것은 아니다. 오히려 [판례 제3원칙]의 경우, 시효완성자는 언제라도 등기명의가 이전되기 전에 시효완성 당시의 등기명의자에 대하여 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있었음에도 불구하고 그러한 조치를 취하지 않은 者라는 점에서, [판례 제3원칙]을 인정하지 않는다면 시효완성자와 시효완성 후 제3취득자를 불공평하게 취급하는 것이라고 볼 수도 있는 것이다.<sup>37)</sup>

## (2) 등기명의자의 이행불능의 효과로서 시효완성자의 대상청구권

(가) 오히려 위 II. 1.에서 본 바와 같이 시효완성자와 등기명의자 사이에 법정채권관계가 성립된다는 이론적 기초 하에, 판례가 상정하고 있는 ‘권리변동의

36) 윤진수(註35), 397-398면. 결과에 있어서 같은 취지로 이범주, “점유취득시효에 있어 소유자가 제3자로 변경된 시점을 새로운 취득시효의 기산일로 삼을 수 있는지 여부”, 『민사재판의 제문제』 제8권(민사실무연구회, 1994.10), 126-127면. 한편, 김규완(註11), 241면은 시효완성자가 시효완성을 주장하여 이전등기를 청구하거나 또는 이로써 대항할 수 있는 제3자의 범위를 확대하려는 해석론은 시효완성자가 시효완성사실만으로 소유권 내지 이에 준하는 권리나 지위를 취득하였다거나 사실상 소유자라는 전제 아래서는 ‘법률논리적’으로 타당하다고 할 수 있을 것이나, 반면 시효완성에 따른 권리변동의 당사자를 시효완성 당시 등기부 소유자와 시효완성 점유자에게 국한시키고 또한 후자에게 채권적인 이전등기청구권만을 인정하려는 법원의 태도는 ‘법정채적’ 결단이므로 서로를 같은 차원에서 비교할 수는 없다고 하며, 법원은 시효완성 후 등기부 소유자가 부동산을 처분하여 등기이전한 경우를 이중양도의 법리로 풀고 있으므로 시효완성사실에 대해 악의이거나 선의이지만 중과실 있는, 그러나 등기명의자의 처분행위에 적극가담하지는 않은 제3자에게 시효완성자가 대항할 수 있다고 한다면 또 다른 판례충돌의 사태가 야기될 수 있다고 지적하고 있다.

37) 이러한 입론으로 윤진수, “점유취득시효 완성 후 재진행의 요건”, 『법률신문』 제3767호(법률신문사, 2009.08.10), 15면.

당사자'라는 개념 역시 위 법정채권관계에 있어서의 채권·채무자를 뜻한다고 파악한다면,<sup>38)</sup> 시효완성 후 등기명의가 이전된 경우에 있어서도, 시효완성자에게 등기명의자에 대한 대상청구권을 인정함으로써 당해 부동산은 제3취득자에게 귀속시키고 시효완성자는 등기명의자가 취득한 代償을 취득하게 함으로써 공평하게 문제를 해결할 수 있다.<sup>39)</sup>

다시 말해, 시효완성으로 법정채권관계가 형성된 경우 채무자인 등기명의자는 채권자인 시효완성자에게 소유권이전등기를 하여줄 채무를 부담하게 되는데, 등기명의자가 부동산의 등기를 제3자에게 이전하여줌으로써 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었다면 채권자인 시효완성자는 이행불능의 효과로서 대상청구권을 행사하여 등기명의자에게 그가 취득한 代償의 상환을 주장할 수 있다. 그 근거로서는 첫째, 시효완성자의 등기청구권을 채권적 청구권으로 파악하는 한 대상청구권의 일반적 요건을 충족하며, 둘째, 대상청구권의 기초원리를 이루는 代償의 원칙, 즉 시효완성자가 부담한 소유권이전급부의 위험에 대한 보상으로서 정당하며, 셋째, 등기명의자가 해당부동산을 제3자에게 처분하지 않았다면 종국적으로 시효완성자에게 그 소유권을 넘겨주었어야 할 것이므로 그에 갈음하는 代償을 시효완성자에게 넘겨주는 것은 불합리하지 않다는 점을 들 수 있다.<sup>40)</sup>

이에 대해서는 시효완성자와 등기명의자 사이의 관계를 채권관계로 볼 수

38) 이와 같이 본다면, 意思主義를 취하고 있는 일본과는 달리 形式主義를 취하고 있는 우리 민법에 있어서 시효완성자와 등기명의자를 '권리변동의 당사자'로 보는 것은 타당하지 못하다고 하는 비판(민유숙<註17>, 350면)도 면할 수 있을 것이다.

39) 이와는 달리, 物權的 期待權說을 주장하는 박영규(註26), 148면에 의하면, 점유취득시효가 완성된 후 소유자가 그 사실을 알았든 몰랐든 소유물(엄밀하게 말하면 점유자의 물권적 기대권이 붙은 소유물)을 처분하는 것은 점유자의 권리에 어떠한 영향도 미치지 않으며, 점유자는 새로운 소유자에게 소유권이전등기를 청구할 수 있고, 이로 인하여 소유권을 상실하게 된 양수인은 양도인에게 하자담보책임(제570조, 제576조의 유추적용)을 물을 수 있을 것이라고 한다. 逆算說을 취하는 송희호(註27), 107면도, 이로 인해서 생기게 되는 제3자 보호의 문제는 원소유자와 제3취득자 사이에서 매도인의 담보책임의 문제로 해결하거나 손해배상책임 등의 측면에서 보호함으로써 만족해야 할 것이라고 본다.

40) 안법영(註16), 581면. 또한 안법영(註16), 593면은 시효완성자가 등기명의자에 대해 준물권적 지위를 갖고 있다는 전제 하에(本稿 註22> 참조), 단순한 채권관계의 당사자로서 상대적 지위를 누리는 채권자에게 부여되는 법적 보호범위보다 시효완성자의 법적 보호범위를 좁게 제한하는 것은 타당하지 않다는 점도 지적하고 있다.

없다는 전제에서 시효완성자에게 대상청구권을 인정할 수는 없다고 보는 반론이 매우 설득력 있게 제기되고 있으나,<sup>41)</sup> 이는 어찌 보면 대상청구권 자체의 문제라기보다는 점유취득시효제도를 바라보는 사고의 차이에서 비롯되는 근본적인 관점의 간극이 아닌가도 생각된다.<sup>42)</sup>

(나) 그런데 대법원 1995. 7. 11. 선고 94다4509 판결은 “부동산 점유자에게 시효취득으로 인한 소유권이전등기청구권이 있다고 하더라도 이로 인하여 부동산 소유자와 시효취득자 사이에 계약상의 채권·채무관계가 성립하는 것은 아니므로, 그 부동산을 처분한 소유자에게 채무불이행책임을 물을 수 없다”고 판시하고 있어, 혹 판례에 의하면 위와 같이 대상청구권으로 문제를 해결하기 위한 전제 자체가 탈락되는 것은 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 즉, 판례의 태도가 만일 시효완성 후 등기명의자가 등기를 제3자에게 이전하여주었다고 하더라도 시효완성자와 등기명의자 사이에 계약상의 채권·채무관계가 성립한다고 볼 수는 없어 채무불이행책임을 인정될 여지는 없고, 등기명의자에게 귀책사유가 있음을 전제로 하여 시효완성자는 불법행위책임만을 추급할 수 있을 뿐

41) 양창수, “2005년도 민사판례 관건”, 『민법연구』 제9권(박영사, 2007), 295-297면에 의하면, 시효완성자와 등기명의자 사이의 관계는 채권관계와 유사한 측면을 가지고 있다고 하더라도 채무불이행책임에 친하지 않은 특수한 성질의 것으로서 채무불이행책임은 인정될 수 없다는 전제 하에, 소유자가 시효완성 후에 목적물을 처분함으로써 제3자가 이를 유효하게 취득함으로써 이제 점유자가 소유권을 취득할 가능성이 배제되면, 위와 같은 법률관계는 이제 그 목적을 상실하여 아예 소멸하는 것이고, 대상청구권으로 轉化하는 것이 아니라고 보고 있다. 즉, 취득시효제도는 대상의 물적 귀속 자체만을 규율하는 것이고, 그 귀속으로 인한 이익의 실제적 실현까지도 도모하는 것은 아니라는 것이다. 또한 동 견해는 代償의 원칙이라 함은 의무부담의 의사가 代償에 미친다는 정당한 관념에 근거를 두고 있는 것인데, 취득시효완성의 효과로서의 이전등기청구권과 관련하여서는 애초 ‘의무부담의 의사’를 논의할 여지가 없다는 점도 지적한다. 같은 맥락에서 최병조, “대상청구권에 관한 소고 -로마법과의 비교고찰을 중심으로-”, 『판례실무연구II』(비교법실무연구회, 1997), 497-499면도, 취득시효 완성 당시의 부동산소유자가 점유자에 대하여 지는 소유권이전등기의무는 원시취득인 시효취득의 절차상 법률이 요건으로 정하고 있는 등기에 협력할 소극적인 지위를 말하는 것일 뿐, 승계취득의 경우처럼 소유자에게 적극적인 등기이전의무가 인정된다는 의미는 아니므로, 이는 실질적·논리적으로 이전(급부)의무일 수 없고, 시효완성자의 상대방인 소유자는 시효완성자에 대하여 채무를 부담하는 것이라기보다는 기껏해야 법이 부과하는 일정한 책임을 부담할 뿐이므로, 취득시효가 완성된 점유자에게는 채무에 대응하는 채권이 없어 대상청구권이 발생할 여지가 없다고 한다. 결과에 있어서 같은 취지로 심준보, “취득시효와 대상청구권”, 『민사판례연구』 제20권(민사판례연구회, 1998.06), 106-107면.

42) 이에 관한 상세한 분석으로 안법영(註16), 584-593면 참조.

이라는 취지라면, 이미 성립하고 있는 채권관계를 전제로 급부가 후발적으로 불능이 된 경우에 인정되는 대상청구권을 공인하기에는 법률논리적인 어려움이 수반되기 때문이다.<sup>43)</sup>

생각건대, 위 판결이 채무불이행책임을 부정하는 근거로 ‘계약상의 채권채무관계’가 성립되지 않았기 때문이라고 하고 있는 것은 적절하지 못하다고 생각되나,<sup>44)</sup> 판결의 사안에서 등기명의자가 시효완성 사실을 알지 못하고 그 부동산을 처분한 것이라면 그에게 어떠한 주의의무위반을 인정할 수는 없으므로, 채무불이행책임을 인정되지 않는다는 결과 자체는 납득할 수 있다. 바꿔 말해, 판례의 위와 같은 근거 설시가 다분히 오해의 소지가 있는 것은 부인할 수 없지만, 판례가 이러한 경우 채무불이행책임법적 해결 자체를 일반적으로 부인한 것은 아니라고 생각된다.

이러한 점은 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다20926 판결이 시효취득 부동산을 처분한 등기명의자가 불법행위책임을 부담하기 위한 요건에 대해 판단하면서, “부동산에 관한 점유취득시효가 완성된 후에 그 취득시효를 주장하거나 이로 인한 소유권이전등기청구를 하기 이전에는 그 등기명의인인 부동산 소유자로서는 특별한 사정이 없는 한 그 시효취득 사실을 알 수 없는 것이므로 이를 제3자에게 처분하였다 하더라도 그로 인한 손해배상책임을 부담하지 않는 것이나, 등기명의인인 부동산 소유자가 그 부동산의 인근에 거주하는 등으로 그 부동산의 점유·사용관계를 잘 알고 있고, 시효취득을 주장하는 권리자가 등기명의인을 상대로 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구소송을 제기하여 등기명의인이 그 소장 부분을 송달받은 경우에는 등기명의인이 그 부동산의 취득시효완성 사실을 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하므로, 그 이후 등기명의인이 그 부동산을 제3자에게 매도하거나 근저당권을 설정하는 등 처분하여 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 이행불능에 빠졌다

43) 김규완(註11), 237면.

44) 채무불이행이 문제가 되는 것은 반드시 계약상의 채권채무관계에 한하지 아니하고 법정채권관계에 있어서도 얼마든지 채무불이행책임을 문제될 수 있다는 점에서, 판례의 이러한 설시는 수긍할 수 없다고 비판하는 견해로 김성엽, “점유취득시효 완성으로 인한 등기청구권의 이행불능-소유자와 시효취득자와 관계-”, 『재판과 판례』 제5집(대구판례연구회, 1996.12), 214-218면; 지원림, “점유취득시효 완성 이후의 사정변경과 대상청구권”, 『민사판례연구』 제18권(민사판례연구회, 1996.05), 144-145면.

면 그러한 등기명의인의 처분행위는 시효취득자에 대한 소유권이전등기의무를 면탈하기 위하여 한 것으로서 위법하고, 부동산을 처분한 등기명의인은 이로 인하여 시효취득자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다”고 판시하고 있는 점에서도 간취할 수 있다. 즉, 이와 같이 등기명의자에게 불법행위책임이 성립하는 경우에는, 판례가 실시하고 있는 바대로 등기명의자의 책임 있는 사유로 소유권이전등기의무가 이행불능에 빠짐으로써 시효완성자에게 손해를 입힌 것이므로, 등기명의자에게 불법행위책임과 함께 채무불이행책임도 경합적으로 인정된다고 보는 것이 논리적으로 수미일관한다.

그리고 오히려 이러한 경우에는 등기명의자에게 채무불이행책임만이 인정된다고 보는 것이 보다 타당하다.<sup>45)</sup> 왜냐하면, 채권적 등기청구권만을 갖는 시효완성자가 그 ‘채권적 권리’의 상대방인 등기명의자, 즉 ‘물권적’ 소유자에 대해서 불법행위에 의한 보호를 받을 수 있는 지위에 있다고 하는 것은 선뜻 납득하기가 곤란하기 때문이다.<sup>46)</sup> 또한 불법행위가 성립하려면 그 요건으로서 고의·과실이 있어야 하는데 등기명의자가 자기소유 부동산에 대한 점유취득시효기간이 만료되었다는 사실을 알았거나 알 수 있었다는 것은 단지 악의에 불과하므로 이를 과실로 인정할 수 없을 뿐만 아니라, 점유취득시효가 완성되었다고 하더라도 등기 전까지는 당해 부동산은 어디까지나 등기명의자의 소유이므로 소유권자의 소유권행사를 과실 있는 불법행위로 볼 수 없다는 점도 지적할 수 있다.<sup>47)</sup>

(다) 이와 같이 대상청구권을 인정하기 위한 전제로서 시효완성자와 등기명의자 사이의 관계를 채권관계로 이론구성하는 것이 가능하다고 한다면, 설령 등기명의자가 시효완성 사실을 알지 못하고 부동산을 처분하여 채무자의 귀책사유에 의한 채무불이행책임이 인정되지 않는 때에도, 채권자인 시효완성자는

45) 김규완(註11), 237면도 미래의 법원은 불법행위책임법적 해결과 채무불이행책임법적 해결 중 어느 하나의 해결로 통일하는 결단을 내려야 할 것인데, 채무불이행책임법적 해결이 기왕의 법률상태를 반영할 뿐만 아니라 법률논리로 보아서도 우월한 구성이라고 한다.

46) 안법영(註16), 576면.

47) 김상용, “부동산점유취득시효기간 만료후 소유명의자의 처분행위가 불법행위를 구성하는지 여부”, 『판례월보』 제290호(판례월보사, 1994.11), 14면; 박영규(註26), 148면.

등기명의자에게 대상청구권을 행사하여 代償의 상환을 주장할 수 있다고 할 것이다.<sup>48)</sup>

그러나 이와는 달리 대법원 1996. 12. 10. 선고 94다43825 판결은, “점유로 인한 부동산 소유권 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권이 이행불능으로 되었다고 하여 대상청구권을 행사하기 위해서는 그 이행불능 전에 등기명의자에 대하여 점유로 인한 부동산 소유권 취득기간이 만료되었음을 이유로 그 권리를 주장하였거나 그 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권을 행사하였어야 하고, 그 이행불능 전에 그와 같은 권리의 주장이나 행사에 이르지 않았다면 대상청구권을 행사할 수 없다고 봄이 공평의 관념에 부합한다”고 하여 대상청구권을 행사하기 위한 요건에 제한을 가하고 있다. 이러한 판시는 아마도 시효완성 후 등기를 이전한 등기명의자에게 불법행위책임을 인정하기 위해서는 시효완성자가 등기명의자에게 시효완성사실을 주장하여 등기명의자가 이를 알았어야 한다는 판례와 균형을 맞추기 위한 것으로 보인다.<sup>49)</sup>

그렇지만 이는 결국 채무자에게 귀책사유 있는 경우에만 대상청구권이 인정된다는 것으로, 이처럼 일반론을 벗어나 취득시효가 문제되는 사안에서만 유난히 대상청구권의 행사에 특별한 요건을 부과하여 제한을 가하는 것은, 대상청구권의 체계적 정합성을 손상시킴으로써 우리 민법 체계 내에서 대상청구권 형성의 발전적 해석에 부정적으로 작용하리라는 점에서, 부당하다고 본다.<sup>50)</sup> 따

48) 대상청구권의 성립은 代償의 이익을 발생시키는 사건에 의해 채무자가 면책된다는 것이 전제된다는 점에서 원칙적으로 채무자의 귀책사유 없는 위험부담과 관련하여 인정된다. 그러나 급부의 무자에게 귀책사유 없는 우연한 사정에 의한 후발적 불능의 경우에 국한하여서만 代償利益의 상환을 요구할 수 있도록 하는 것은, 귀책사유 있는 채무자는 손해만 배상하고 代償으로 얻는 이익 전부를 보유할 수 있는 것과 비교해서 균형을 잃게 되므로, 채무자의 귀책사유의 존부를 묻지 않고 급부의 후발적 불능이 있는 모든 경우에 대상청구권을 인정하게 된 것이다. 안법영(註16), 535-537면.

49) 이재환, “시효취득 후 등기청구권을 주장, 행사하지 않은 사이 목적물이 양도된 경우에도, 시효취득자에게 대상청구권이 인정되는지 여부”, 『대법원판례해설』 제27호(법원행정처, 1997.07) 86-95면. 제철웅, “대상청구권의 적용범위”, 『사법연구』 제4집(청헌법률문화재단, 1999.01), 94면 이하도 채무불이행에 유책사유가 있는지 여부를 불문하고 이행불능으로 인해 취득한 대상의 반환을 증명하는 대상청구권은 위법행위에 대한 제재(책임추궁)인데, 시효완성사실에 대해 선의·무과실인 소유자의 처분을 적법하다고 판단하는 한, 특별한 사정이 없다면 적법한 행위로 빚어진 결과를 시정할 필요성은 없다고 한다.

50) 점유취득시효제도에 대한 총론적 검토를 통해 이와 같은 결론을 이끌어내고 있는 것으로 안법영(註16), 590-593면. 같은 취지로 엄동섭, “대상청구권의 제한”, 『법률신문』(법률신문사,

라서 소유권이전등기의무위반에 귀책사유 없는 등기명의자의 급부불능에도 시효완성자의 대상청구권 행사는 인정하되, 다만 점유취득시효의 특수성을 감안하여 등기명의자의 시효완성사실에 대한 선의·악의에 따라 대상이익의 반환 범위에 있어서 차등을 지움으로써 그 효과상의 차별적 취급을 고려하는 것으로 족하다고 판단된다.<sup>51)</sup>

### Ⅲ. 2차 점유취득시효기간 중 소유권이 변동된 경우 시효완성자의 법적 지위

#### 1. 판례 제5원칙

이처럼 판례는 서로 충돌할 수밖에 없는 취득시효제도와 등기제도를 조화롭게 해석하여 시효완성자와 제3자 간의 이해관계를 조절하기 위한 방편으로서, 제3자가 등기명의를 이전받은 시점이 시효완성 전인지 또는 후인지에 따라 그

1996.12.10), 14면: “에당초 대상청구권의 본령에 속하는 사안에 대해 불필요한 요건을 추가함으로써 아예 대상청구권의 성립을 부정하는 것은, 결과적으로 대상청구권제도의 본래적 취지를 왜곡 변질시키는 것이라고 볼 수 없다.” 한편 김규완(註11), 238면은 등기부 소유자의 책임을 채무불이행으로 창구를 단일화하는 경우 불법행위책임으로 확립된 판례원칙과의 공평성을 우려할 이유도 없다는 점도 지적한다.

- 51) 김규완(註11), 239면. 같은 취지로 엄동섭(註50), 14면: “대상청구권과 부당이득반환청구권이 동일한 것은 아니지만 양자 모두 부당이득금지의 이념에 기초하고 있다는 점을 감안하면, [94다 43825 판결]의 경우처럼 채무자가 선의인 경우에는 부당이득의 법리에 따라 대상청구권의 범위를 현존이익의 반환으로 한정할 수는 있을 것이다.” 보다 구체적인 반환범위에 관하여는, 대상청구권의 효과 일반에 적용되는 제한을 기초로 등기명의자의 주관적 요소를 고려함은 물론, 나아가 점유취득시효의 특수성에 입각해 시효완성자의 선의·악의에 따른 차별적 취급까지 고려하고 있는 안법영(註16), 594-596면 참조. 이에 의하면 선의의 시효완성자는 등기명의자가 고의 내지 중과실인 경우에는 대상이익 전부를, 기타 무과실 내지 경과실인 경우에는 時價에 상응한 한도에서 상환을 청구할 수 있고, 악의의 시효완성자는 등기명의의 소유자가 고의 내지 중과실의 처분행위를 한 경우에는 時價에 상응하는 범위의 한도에서, 기타 무과실 내지 경과실에 의한 처분인 경우에는 현존이익의 한도에서만 상환을 청구할 수 있도록 해야 한다고 본다. 그러나 판례와 같이 악의의 무단점유에 의해서는 취득시효가 완성될 수 없다고 보는 한에서는(김규완<註11>, 224-226면은 무단점유란 사실상의 의미밖에 지니지 못하기에 판례에 의하면 소위 ‘악의’의 자주점유는 실질적으로 타주점유와 다를 바 없다고 본다), 악의의 시효완성자는 자주점유를 주장할 수 없고, 따라서 시효완성자와 등기명의자 사이에 법정채권관계가 형성될 수 없기에, 악의의 시효완성자가 대상청구권을 행사하는 것은 애초에 불가능하게 될 것이다.

취급을 달리하고 있다. 이와 같이 볼 경우 시효완성자가 등기명의자에 대하여 시효취득을 주장할 수 있는지 여부는 필연적으로 부동산의 소유권 변동 시점 및 취득시효기간의 기산점과 긴밀하게 연관된다. 특히 後者에 관하여 대법원이 판례 제4원칙으로서 固定時說을 취하고 있음은 이미 위 Ⅱ. 2. (1) (나)에서 본 바와 같다.

그러나 한편으로 판례는 시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일하고 그동안 소유자의 변동이 없는 경우에는 시효완성을 등기명의자에 대해서 주장함에 있어서 시효기간의 기산점을 어디에 두든지 시효의 완성을 주장할 수 있는 시점에서 보아 시효기간이 경과된 사실만 확정되면 불합리할 것이 없으므로 구태여 장시일의 경과로 말미암아 사실상 그 인정이 곤란한 실제 점유 개시 시점을 확정할 필요가 없다고 판시함으로써 固定時說의 원칙을 다소 완화하고 있다.<sup>52)</sup>

그리고 대법원 1994. 3. 22. 선고 93다46360 전원합의체 판결은, 1차 취득시효가 완성된 점유자가 취득시효완성으로 인한 등기를 하지 않고 있는 사이에 종전 소유자로부터 소유권을 취득한 제3자에게 대항할 수 없다고 하는 종래 판례의 원칙을 재확인하면서도, 당초 점유자가 계속 점유하여 그 소유권 변동시로부터 다시 취득시효의 점유기간이 완성되는 경우에는 그 소유권 변동시를 새로운 기산점으로 삼아 제3자에게 취득시효의 완성을 주장할 수 있다고 판시하였다. 즉, 시효완성 후 소유권을 취득한 제3자에게 시효취득을 주장할 수 없었던 점유자도 그 소유권 변동시로부터 다시 20년을 점유하면 취득시효의 완성으로써 대항할 수 있다고 인정하기에 이른 것이다[판례 제5원칙].

이 판결은 그 근거로서, 만약 이와 달리 당초의 점유자가 제3취득자의 등기 후에도 계속 점유함으로써 다시 취득기간이 완성되었는데도 시효취득할 수 없다고 한다면, 일단 취득시효기간이 경과한 후 제3자명의로 이전등기된 부동산은 새로운 권원에 의한 점유가 없는 한 영구히 시효취득의 대상이 아니게 되

52) 대법원 1976. 6. 22. 선고 76다487, 488 판결. 이후 판례는 취득시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일할 경우에는 전 점유자의 점유를 승계하여 자신의 점유기간과 통산하면 20년이 경과한 경우에도 전 점유자가 점유를 개시한 이후의 임의의 시점을 그 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있고( 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다8496, 8502 판결), 이는 소유권에 변동이 있더라도 그 이후 계속해서 취득시효기간이 경과하도록 등기명의자가 동일하다면 그 소유권 변동 이후 전 점유자의 점유기간과 자신의 점유기간을 통산하여 20년이 경과한 경우에도 마찬가지라고 판시하였다(대법원 1998. 5. 12. 선고 97다34037 판결).

고, 시효기간 경과 후의 제3취득자는 시효취득의 대상이 되지 아니하는 부동산을 소유하게 됨으로써 보통의 소유자보다도 더 강력한 보호를 받게 되며, 이 경우에는 취득시효제도가 사실상 부인되는 결과가 초래되어 부당하다는 점을 들고 있다.

살피건대, 1차 취득시효가 완성된 후 1차 취득시효완성에 관한 등기를 하지 아니한 상태에서 제3자에게 소유권이전등기가 경료되면 그 제3자에 대한 관계에서 점유자의 1차 취득시효완성자로서의 지위는 상실되지만(1차 시효완성으로 인한 법정채권관계의 소멸), 소유권변동시부터는 마치 취득시효완성 전과 마찬가지로 점유자와 새로운 소유자 사이에 부동산에 대한 점유자와 등기명의자로서의 관계가 새로이 형성되므로, 그 제3자 앞으로의 소유권이전등기시를 2차의 취득시효의 기산점으로 하여 새로운 취득시효기간이 진행된다고 보는 것은, 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유한 자가 소유권을 취득하도록 한 점유취득시효제도의 취지와도 부합하는 것으로서 타당하다고 생각된다.<sup>53)</sup> 결국 2차 점유취득시효 기간의 경과로서 시효완성자와 새로운 소유자 사이에는 1차 시효완성에 의해 성립된 법률관계와는 별개로서 독립한 법정채권관계가 발생하게 된다.

## 2. 대상판결의 반대의견에 대한 비판적 검토

### (1) 문제의 소재

대상판결의 다수의견과 반대의견은 판례 제5원칙을 확립한 1994년 전원합의체 판결의 主論, 즉 “취득시효완성 후 토지소유자에 변동이 있고, 소유자가 변

53) 취득시효제도의 본래적 의의를 되찾게 한 판결이라는 점에서 1994년 전원합의체 판결에 찬동하는 견해로 이진성, “소유자가 변동된 후 다시 20년이 넘은 점유자의 취득시효”, 『국민과 사법(윤관대법원장 퇴임기념논문집)』(박영사, 1999), 531면; 이범주(註36), 127면. 결과에 있어서 같은 취지로 윤진수(註37), 15면: “점유취득시효를 주장할 수 있는 당사자가 누구인가를 그 당사자가 취득시효를 중단시킬 수 있는 지위에 있었던가를 기준으로 하여 결정하게 되면, 제5원칙의 근거도 쉽게 설명할 수 있다. … 새로운 소유자가 소유권을 취득한 때로부터 새로 시효기간을 진행하게 한다면, 새로운 소유자로서도 그 취득시효를 중단시킬 수 있기 때문에 반드시 불합리하다고는 할 수 없는 것이다.”

동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효기간이 완성되는 경우에는 취득시효의 완성을 주장할 수 있다”는 점에 대해서는 견해가 일치한다. 양자의 견해가 갈리는 것은 1994년 전원합의체 판결이 傍論으로 다루었던 문제, 즉 2차 점유취득시효의 경우 그 점유기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야 하는지 여부이다. 이에 관하여 대상판결의 다수의견(대법관 10인<sup>54</sup>)은 2차 점유취득시효 기간 중 등기명의자가 동일할 필요는 없다고 본 반면, 대법관 3인<sup>55</sup>의 반대의견은 2차 시효기간 내내 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야 한다고 보았다.

구체적으로 대상판결의 사안에서 본다면, 피고가 1961. 1.경부터 20년간 소유의 의사로 평온, 공언하게 점유함으로써 1981. 1. 1차 취득시효가 완성되었으나, 피고가 취득시효완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 행사하지 않은 사이에 1982. 2. 15. 甲으로부터 乙에게로 소유권이 변동됨으로써, 1차 취득시효 완성으로 인해 발생한 피고와 甲 사이의 법정채권관계는 소멸하였다. 그러나 乙 명의로 소유권이 변동된 이후에도 피고의 점유상태에는 변동이 없어 乙 명의로 소유권이 변동된 1982. 2. 15.을 기준으로 하더라도 피고는 다시 20년간 계쟁토지를 점유하였는데, 2차 취득시효가 완성(2002. 2. 15.)되기 전에 소유권이 다시 乙로부터 丙에게로(1988. 3. 25.), 丙으로부터 원고에게로(1988. 9. 10.) 각 이전되었다는 사실이 피고의 2차 취득시효완성의 成否에 영향을 미치는지 여부가 문제되는 것이다. 다수의견은 영향이 없다고 본 반면, 반대의견은 영향을 미친다고 보았다. 반대의견에 의할 경우에는 피고가 취득시효완성을 주장하기 위해 원고에게로 소유권이 변동된 1988. 9. 10.을 기산점으로 하여 다시 20년간 점유하여야 하는데, 사안에서 원고가 피고를 상대로 계쟁토지의 인도를 구한 시점이 2005. 9. 26.이므로 피고는 원고에게 시효완성을 주장할 수 없는 것으로 된다.

이하에서는 대상판결의 다수의견에 찬동하는 취지에서, 반대의견이 제시하고 있는 논거들을 비판적으로 검토하고자 한다.

54) 대법원장 이용훈, 대법관 김영란, 대법관 양승태, 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안, 대법관 안대희, 대법관 차한성, 대법관 양창수.

55) 대법관 박일환, 대법관 김능환, 대법관 신영철.

## (2) 2차 점유취득시효에 있어서 판례 제2원칙의 적용가능성

(가) 대상판결의 반대의견은 형식주의를 취하고 있는 우리 민법 하에서 등기가 아니라 점유에 기하여 법률관계가 정해지도록 하는 것은 예외적으로 제한된 범위 내에서만 허용된다고 보는 것이 바람직한데, 다수의견은 등기에 앞서 점유상태를 기준으로 하여 법률관계를 결정하려는 것이기 때문에, 이는 원칙과 예외가 뒤바뀐 것이라고 하지 않을 수 없다고 한다. 점유취득시효가 일단 완성되었음에도 그 등기를 경로하지 않고 있는 사이에 등기명의인이 이를 타에 처분하였다면 이는 적법한 소유권의 행사이고 따라서 그 상대방은 적법하게 소유권을 취득한 것으로 볼 수밖에 없을 터인데도 그 소유권의 취득이 부정되어야 하는 논리필연적인 이유 내지 근거는 무엇인가, 이 점에 대한 답이 다수의견에는 없다는 것이다.

(나) 그러나 이는 판례 제5원칙 그 자체에 대한 비판은 될 수 있을지언정, 판례 제5원칙을 전제로 하여 2차 점유취득시효에 있어서도 일관되게 판례 제2원칙을 적용하고자 하는 다수의견에 대한 비판으로는 적절하다고 할 수 없다. 다시 말해 점유취득시효기간이 완성되기 전, 그 진행 중에 등기부상의 소유자가 변경된 경우라면 점유자의 종래의 사실상태의 계속이 파괴된 것으로 볼 수 없어 시효중단사유가 될 수 없고, 따라서 점유취득시효완성 당시의 등기부상의 소유자가 권리변동의 당사자가 되는 것이므로, 점유자는 그 자에 대하여 등기 없이도 취득시효완성의 효과를 주장할 수 있다는 것이 확립된 판례인바[판례 제2원칙],<sup>56)</sup> 다수의견은 2차 취득시효는 1차 취득시효와는 독립한 새로운 법률

56) 이와는 달리 김상용, “2차 점유취득시효 요건의 완화와 그 파급효과”, 『법률신문』 제3767호(법률신문사, 2009.08.06), 13면은, 등기부상의 소유명의자가 자기의 소유권을 처분하면 그것은 당해 부동산에 대한 권리의 행사로서 점유자의 점유취득시효의 중단사유로서의 효력이 인정되어 점유자의 시효취득은 인정되지 아니한다고 본다. 이에 의하면, 소유권의 변동 없이 20년의 점유취득시효기간이 경과하였을 때 비로소 점유자는 물권적 기대권을 취득하게 되어 시효완성 후 소유권을 이전받은 자에게도 등기 없이 대항할 수 있게 되는바, 대상판결의 사안에서는 1차 점유취득시효 완성 후 점유자가 1차 점유취득시효의 완성으로 인한 시효이익을 묵시적으로 포기하였기 때문에 2차 점유취득시효가 완성되기 위해서는 최종 등기명의인에게 소유권이 변동된 시점부터 20년이 경과하여야 하는데, 대상판결의 사안에서는 원고에게 소유권이 이전된 시점부터 20년이 경과되지 않았으므로, 결과적으로 원고의 본소청구가 인용되었어야 한다고 한다. 요컨대

관계라는 것을 전제로, 1차 점유취득시효에 적용되는 판례 제2원칙을 2차 취득시효에서 적용하지 않을 이유가 없다고 판단하고, 1994년 전원합의체 판결이 방론으로서 언급한 바, 제3자의 등기 후 ‘소유자의 변동 없이’ 20년간 자주점유함으로써 다시 시효가 완성되어야 2차 취득시효의 완성을 주장할 수 있다고 한 부분만을 변경하고자 한 것이다. 반대의견도 다음과 같이 판시하여 판례 제5원칙은 당연히 전제로 하고 있다.

“... 제3원칙이 적용되는 경우에 있어 제3자 앞으로 소유권이전등기가 경료된 후에도 당초 점유자가 점유를 계속하여 20년이 경과하였고 그 기간 중에 등기명의자에 변동이 없었다면, 이때의 법률관계는 제3원칙과는 달리 규율할 여지가 있는 것은 아닐까? 이때의 점유자는 1차 점유취득시효가 완성된 때부터 그 등기명의자에게 등기를 청구할 수 있음에도 불구하고 이를 게을리 하여 제3자 명의로 등기가 경료되도록 방치함으로써 그 제3자에 대하여 점유취득시효완성의 효과를 주장, 대항할 수 없는 처지에 스스로 빠졌다는 의미에서 권리 위에 잠자는 자이고, 등기를 경료한 제3자는 그 등기일 이후 20년 이상을 그 소유권의 객체인 부동산에 대한 점유사용은 물론 그 부동산을 타에 처분하는 등으로 그 소유권을 행사하지 아니하였다는 의미에서 권리 위에 잠자는 자이다. 그러나 점유자는 당초부터 그 부동산을 점유해 오던 자라는 점과 점유시효취득을 인정한 우리 민법의 취지를 존중하여 위와 같은 경우에 제3원칙 및 제4원칙의 예외를 인정하여, 점유자는 제3자 명의로 등기부상의 소유자가 변경된 시점을 새로운 기산점으로 삼아 점유취득시효의 완성을 주장할 수 있는 것으로 봄으로써, 그 등기명의자인 제3자보다는 점유자를 보다 더 두텁게 보호하더라도 그다지 불합리할 것은 없다.”

오히려 반대의견과 같이 2차 취득시효에서는 1차 취득시효와는 달리 판례 제2원칙이 적용될 수 없다고 본다면, 제3자 앞으로의 소유권 변동시로부터 기산하여 1차 취득시효와는 독립된 새로운 법률관계가 형성된다고 하는 판례 제5원

---

동 견해는 대상판결의 반대의견에 찬동하는 취지에서, 다수의견은 등기보다 점유를 우월하게 인정한 것으로서 부당하다고 평가한다.

칙의 기본 입장과는 배치된다는 비판을 면할 수 없다.<sup>57)</sup>

(3) 2차 시효기간 중 소유자 변동에 대한 점유자의 선·악의와  
2차 취득시효의 완성

(가) 대상판결의 반대의견에 의하면, 다수의견에는 1차 점유취득시효가 완성된 후에 등기부상의 소유명의자가 변경된 경우 그 등기부상의 명의 변경 시점을 새로이 점유취득시효의 기산점으로 볼 수 있는 근거 내지 이유에 대한 설명이 없다고 하면서, 만일 당초의 점유자가 그와 같은 등기부상 소유자의 변경 사실을 잘 알면서도 감히 점유를 개시한 것이라면 이는 타주점유에 해당하는 것으로 보아야 할 것이고,<sup>58)</sup> 그렇지 아니하고 당초의 점유자가 등기부상 소유자의 변경 사실을 알지 못한 채 점유를 계속한 것이라면 그 등기부상 소유자의 변경 시점을 새로운 점유의 기산점으로 볼 아무런 이유가 없다고 한다.

그러나 1차 점유취득시효가 완성된 후 등기부상의 소유명의자가 변경된 경우에 그 등기부상의 명의 변경 시점을 새로이 점유취득시효의 기산점으로 볼 수 있는 이유, 즉 판례 제5원칙의 근거에 대해서는 위 III. 1.에서 본 바와 같거니와, 판례 제5원칙은 위 III. 2. (2) (나)에서 지적한 바와 같이 반대의견도 일응 전제로 삼고 있는 입장이다. 따라서 여기에서는 반대의견의 위와 같은 비판 중

57) 결과에 있어서 같은 취지로 윤진수(註37), 15면: “대상판결에서 문제되고 있는, 새로운 소유자가 소유권을 취득한 후 다시 시효기간이 진행되고 있는 동안에 소유자가 바뀔 경우라고 하여 취득시효의 완성을 부정할 이유는 없다. 이 경우에도 다시 소유권을 취득한 사람은 역시 취득시효를 중단시킬 수 있기 때문이다. 그러므로 1994년의 전원합의체 판결과 같이 새로운 소유자의 소유권 취득 후 취득시효 기간이 완성되기 전까지 소유자의 변동이 없을 것을 요구할 필요는 없다.” 이와는 달리 윤철홍, “2009년 민사(물권법) 중요 판례”, 『인권과 정의』 제403호(대한변호사협회, 2010.03), 24면은 대체로 대상판결의 반대의견에 찬동하는 취지에서, “제1차 취득시효의 완성과 제2차 취득시효의 완성을 달리 취급하는 것에 대한 근거가 미약하다는 약점이 있지만, 진정한 권리자를 보호하는 것이 바람직하다”고 하면서, “우리나라 물권변동의 원칙에 대한 예외로 인정하고 있는 점유취득시효제도의 해석에 또 거래안전을 위해 예외적인 해석론을 전개하는 것은 적절한 것으로 보이지 않”는다고 한다. 나아가 동 견해는 이러한 관점에서 판례 제2원칙도 재검토되어야 한다고 본다.

58) 김재형, “2009년 분야별 중요판례분석: 민법[上]”, 『법률신문』 제3826호(법률신문사, 2010.03.18), 13면은 결론적으로 대상판결의 다수의견을 지지하면서도, 점유자가 점유하고 있는 부동산이 타인 소유이고 타인 명의의 등기로 인하여 시효 취득 완성을 주장할 수 없다는 것을 알았다면 점유자의 점유는 타주점유로 보아야 할 것이라고 하여, 이 부분에 관한 한 반대의견에 찬동한다.

등기부상의 소유자 변경 사실에 대한 점유자의 선·악의가 2차 취득시효의 완성에 영향을 미칠 수 있는지에 관하여만 검토하고자 한다.

(나) 먼저 점유자가 소유자의 변동 사실을 알지 못한 경우에도 소유자의 변동 시점을 2차 취득시효의 기산점으로 삼을 수 있는 것은, 2차 취득시효는 1차 취득시효완성의 효과를 뒤집는 제3자의 소유권이전등기가 이루어진 사실 그 자체에 의하여 개시되는 것이기 때문이다. 즉, 판례 제5원칙이 적용되는 경우 점유자의 부동산에 대한 중전의 점유상태는 제3자 앞으로의 소유권 변동에 불구하고 계속 이어지므로 이를 중전의 점유와 다른 새로운 점유가 개시된 것이라고 할 수 없지만, 점유취득시효제도의 취지로부터 제3자 명의로의 소유권이전등기시가 새로이 2차 취득시효의 기산점으로 될 수 있음에 따라,<sup>59)</sup> 소유의 의사로 개시된 최초의 점유로부터 장기간 계속되는 점유기간 중의 일부가 1차의 취득시효와는 독립된 2차의 취득시효를 위한 요건사실로서의 의미를 가지게 되는 것이다.

대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카26574 판결이 자기 소유의 부동산을 점유하고 있는 상태에서 다른 사람 명의로 소유권이 변경된 경우, 자기 소유 부동산에 대한 점유는 취득시효의 기초로서의 점유라 할 수 없지만 소유권이 변경된 때부터는 취득시효의 기초로서의 점유가 개시된다고 판시한 것도 이러한 해석을 뒷받침한다.<sup>60)</sup>

(다) 설령 점유자가 소유자의 변동 사실을 알았다고 하더라도 이로써 점유자

59) 다수의견에 대한 대법관 1인(대법관 박시환)의 보충의견도, 점유취득시효의 기산점에 관한 固定時說을 따를 경우에는 1차 시효완성 후 등기를 먼저 마친 제3취득자와의 관계를 정리하기 위하여 부득이 2차 취득시효의 진행을 고려할 수밖에 없고, 2차 취득시효의 진행을 인정하기 위해서는 일정 시점을 그 기산점으로 잡을 수밖에 없는데, 1차 시효완성자의 입장에서는 당초부터 아무런 변동 없이 점유를 계속하고 있을 뿐이지만 진정한 권리관계의 측면에서 변동이 생겨 제3취득자가 생기게 된 시점부터는 점유자와 진정한 권리자 사이에 새로운 이해관계 조정의 필요가 생기게 되었으므로, 적어도 그때부터는 새로운 취득시효기간의 진행을 인정할 필요가 있다고 하는 측면에서 1차 취득시효와는 달리 2차 취득시효의 기산점을 제3취득자의 등기 시점으로 잡는 것은 나름대로 타당성이 있다고 본다.

60) 이범주(註36), 127면 註45). 다수의견에 대한 대법관 3인(대법관 김영란, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안)의 보충의견도 이 판결을 원용하고 있다.

의 점유가 타주점유로 전환된다고는 볼 수 없다. 민법 제197조 제1항에 의하여 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되며, 다만, 취득시효의 요건인 소유의 의사는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되므로, 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되거나, 점유자가 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정, 즉 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 아니할 태도를 나타내거나 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 아니한 경우 등 외형적·객관적으로 보아 점유자가 타인이 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 아니하였던 것이라고 볼 만한 사정이 증명된 경우에 한해 그 추정이 깨어질 뿐이다. 그리고 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것이 증명된 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로, 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어진다.<sup>61)</sup>

그렇다면 2차 취득시효 개시 당시 및 그 진행 도중에 점유자가 제3자 명의의 소유권이전등기 후에 종전과 달리 외형적·객관적으로 보아 제3자의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 볼 만한 사정이 새로이 나타나지 아

61) 대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결. 이 판결은 취득시효제도의 운용에 있어 패러다임의 전환이라 일컬어도 부족하지 않을 만큼 획기적인 판결로 받아들여지고 있다. 김형석(註9), 180면은 이 판결에 찬동하면서, 동산과는 달리 부동산의 경우에는 비록 점유자가 이를 사용·수익한다 하여도 소유자의 권리행사를 사실적으로 배제할 가능성은 없으며 유효하게 처분할 수도 없기 때문에, 결국 부동산의 무단점유자는 소유자의 반환청구의 시점까지 한시적인 사용·수익을 전제로 하는 의사로 점유하고 있다고 평가할 수밖에 없고, 따라서 이러한 사정을 고려하여 점유자에게 소유자처럼 지배할 의사가 없다고 규범적으로 평가하는 태도는 충분히 정당화될 수 있다고 한다. 김규완(註11), 224-226면도 자주점유의 개념 자체의 '내포'와 '규범적으로 판단된 물건반환의무를 점유자가 주관적으로 인식하고 있는 경우' 사이의 부정합에 착안하여, 규범적으로 판단된 목적물반환의무를 주관적으로 인식하면서도 내심의 소유의사를 가지고 하는 점유는 "개념상" 타주점유가 아니지만, 적어도 우리 부동산점유취득시효의 법률요건을 충족할 수 있는- 자주점유도 아니라고 본다.

니하는 한, 제3자 명의로 소유권이전등기가 경료된 사실을 점유자가 알고 있다는 내심의 의사에 관한 사유만으로는 외형적·객관적으로 파악되는 자주점유의 성질상 그 점유의 태양이 변경된다거나 자주점유의 추정이 깨어진다고 할 수 없다. 이는 설령 타인 토지의 매매에 해당하여 곧바로 소유권을 취득할 수는 없다고 하더라도 그것만으로 매수인이 점유권원의 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었다고 단정할 수 없다고 본 대법원 2000. 3. 16. 선고 97다37661 전원합의체 판결<sup>62)</sup>에 의해서도 뒷받침된다.<sup>63)</sup>

#### IV. 結 語

(1) 결론적으로 대상판결은 2차 취득시효에서도 1차 취득시효에서 적용될 수 있는 법리를 그대로 관철하고자 하는 것으로서 시효완성자와 제3자 간의 이해관계를 적절히 조절한 타당한 판결이라고 생각되며, 本稿는 대상판결의 다수의견에 찬동하는 입장에서 대상판결의 반대의견을 비판적으로 검토하였다. 그리고 本稿는 그 이론적 근거로서 시효완성으로 시효완성자가 등기명의자에 대하

62) 이 판결에 찬동하는 견해로는 한기택, “부동산 점유의 권원이 매매 등 소유권이전 목적의 법률행위로서 등기를 수반하지 아니한 것이 밝혀진 경우 그 점유는 타주점유인가?”, 『민사판례연구』 제23권(민사판례연구회, 2001.02), 67-118면(입법자의 결단에 의하여 제도가 마련되어 있는 이상 司法이 해석에 의하여 실질적으로 제도를 폐지하는 것과 같은 결과를 초래하는 것은 바람직하지 않고, 만일 2000년 전원합의체 판결의 반대의견과 같이 등기가 수반된 매매에 한해서만 취득시효가 인정된다고 본다면 점유취득시효제도는 실질적으로 폐지되는 것과 다를 바 없다고 한다); 전경근, “등기 없는 매수인의 자주점유 추정”, 『경기법조』 제9호(수원지방변호사회, 2001.12), 241-264면; 김형석(註9), 181면 註92)(2000년 전원합의체 판결의 반대의견과 같이 등기를 취득한 자만이 자주점유를 한다고 한다면, 취득시효의 문제는 결국 제245조 제2항의 취득시효로 해결되며 제245조 제1항은 적용이 없는 규범으로 남게 되는데, 이렇게 규범의 적용범위를 완전히 부정하는 해석이 체계적 해석의 관점에서 정당화되기 어렵다는 점은 자명하다고 한다). 반면에 이 판결에 반대하는 견해로는 이기용, “타인의 토지의 매매와 자주점유의 추정”, 『저스티스』 제68호(한국법학원, 2002.08), 200-221면; 선병욱, “자주점유의 추정과 입증책임”, 『판례연구』 제16집[상](서울지방변호사회, 2002.08), 123-137면; 김재형, “2000년도 민법판례의 동향”, 『민법론[II]』(박영사, 2004), 469면(현재의 부동산거래 관행 하에서는 등기된 소유자가 있는 데도 아무런 처분권한이 없는 자로부터 부동산을 매수하여 점유한 경우에는 원칙적으로 자주점유의 추정은 깨진 것으로 보는 것이 타당하다고 한다).

63) 다수의견에 대한 대법관 3인의 보충의견도 이 판결을 원용하고 있다.

여 취득하는 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권으로서 시효완성에 의해 시효완성자와 등기명의자 사이에 법정채권관계가 성립된다는 것을 전제로 삼았다.

물론 시효완성자는 법률상 소유권자로 추정되는 등기명의자의 소유권에 기초한 권리행사에 대해 제213조 단서의 점유할 권리에 기해 방어할 수 있다는 점에서, 시효완성자는 단순한 채권적 청구권만 가지고 있는 부동산 이중매매에 있어 제1매수인보다는 물권적으로 더 강화된 지위를 갖는다는 점은 本稿에서도 당연히 전제되어 있다.<sup>64)</sup> 다만, 本稿는 기본적으로 시효완성자와 등기명의자의 관계는 법정채권관계라는 관점에서 출발하여, 그 논리적 귀결로서 등기명의자의 채무불이행책임이나 시효완성자의 대상청구권 행사를 인정함으로써 통일적인 문제해결을 꾀하고자 한다는 점에서, 가령 시효완성자의 이전등기청구권을 물권적기대권으로 보는 견해나,<sup>65)</sup> 민법 제245조 제1항이 명백히 잘못된 입법이라는 전제 아래 “등기함으로써”라는 요건을 해석으로써 무시하는 견해,<sup>66)</sup> 혹은 시효완성으로 시효완성자와 등기명의자 사이에 채권관계로는 볼 수 없는 특수한 법률관계가 성립된다는 견해<sup>67)</sup> 등과는 기본적으로 방향을 달리한다.

64) 本稿 註22) 참조.

65) 박영규(註26), 135면. 이에 의하면, 시효완성자는 등기 없이도 소유자와 유사한 지위를 갖게 되어 신속히 등기를 갖출 필요가 없게 되므로, 독일민법과 같이 근본적으로는 소유권의 포기에 관한 등기제도를 마련하는 것이 바람직할 것이라고 한다.

66) 송덕수(註14), 253-258면. 이에 의하면, 시효완성자는 시효완성으로 사실상 소유권을 취득하므로 등기명의자는 채무불이행책임을 질 수 없고 단지 불법행위만이 문제되며, 소유권을 취득하는 시효완성자에게 대상청구권도 인정될 여지가 없다고 한다. 이기용, “한국민법에 있어서 취득시효완성의 효과”, 『민사법학』 제37호(한국민사법학회, 2007.06), 33면도 민법 제245조 제1항의 ‘등기함으로써’라는 문구의 구속에서 벗어나 시효완성자를 점유개시시로 소급하여 법적 소유자로 해석하고, 등기명의자는 등기를 갖고 있음에도 불구하고 그 때에 소유권을 소급적으로 상실하는 것으로 해석하는 것이 옳다고 본다.

67) 양창수(註41), 295면. 이에 의하면, 시효완성자가 소유자에 대하여 소유권이전등기를 청구할 수 있는 것도 이러한 수단적인 법률관계의 한 내용으로서 사실상태와 등기를 통하여 공시되는 권리상태의 합치를 피하기 위한 방법에 불과하며, 그러한 등기청구권을 긍정하지 아니하면 시효완성자의 점유를 법상태 자체로 인정하는 취득시효제도의 취지는 등기신청에 관한 우리 법의 원칙 아래서는 달성될 수 없다고 한다. 이 견해도 채무불이행책임이나 대상청구권의 행사를 모두 부인한다.

(2) 그런데 대상판결의 반대의견은 다음과 같은 판시에서도 드러나듯이 근본적으로 점유취득시효제도 자체에 대한 부정적 평가에 그 기반을 두고 있는 것이 아닌가 생각된다.

“다수의견은 이른바 형식주의를 채택한 우리 민법 아래에서 거래의 안전을 심각하게 침해하는 결과를 초래할 수 있다. 우리 민법의 점유취득시효제도가 어떻게 운용되어야 할 것인지에 관하여 이미 대법원 1995. 5. 9. 선고 94다 22484 판결은 “무릇 점유취득시효제도란 권리 위에 잠자는 자를 배제하고 점유사용의 현실적 상황을 존중하자는 제도이기는 하지만, 이는 극히 예외적인 상황하에서만 인정되어야 할 것이고, 이를 지나치게 넓게 인정하는 것은 타인의 재산권을 부당히 침해할 요소가 큰 것이므로, 법이 진정한 재산권을 보호하지 못하는 결과가 되어 온당치 않다고 보여지고, 따라서 그 취득요건은 극히 엄격히 해석하여야 할 것”이라고 판시한 바 있고, 이는 현재에도 유효하다. 다수의견은 이와는 거꾸로 제도를 운용하려는 것이라는 점에서도 부당하다.”

그러나 冒頭에서도 강조한 바와 같이, 점유시효취득제도를 마치 타인소유의 부동산을 아무런 정당한 원인관계 없이 ‘무상으로’ 취득할 수 있도록 하는 제도로 바라보는 것은 취득시효제도가 갖는 규범목적에 몰각하는 것으로, 이러한 관점에 선다면 이론적으로 법리적 모순을 초래할 수 있음은 물론,<sup>68)</sup> 실제적으로도 구체적 타당성을 저해할 위험이 크다는 점을 지적하지 않을 수 없다.<sup>69)</sup>

68) 가령 이상경, “대상청구권”, 『민사재판의 제문제[상](송천 이시윤박사 화갑기념논문집)』(박영사, 1995), 260면은, “시효완성자는 소유자에 대하여 아무런 부담을 가지지 아니하며 따라서 그것은 무상편무계약 당사자 유사자의 지위에 있는 소유자가 소유권이전의무만을 부담하는 것으로 일방적 채무관계이고 그 기저에 흐르는 대가성은 결여되어 있으므로 대상청구권을 인정할 보호가치가 없다”고 본다. 그러나 안법영(註16), 582면 註151이 지적하는 바와 같이, 대상청구권이 무상·편무의 채권관계에서 그 실질적 기능성이 약하다는 점과 무상·편무의 채권관계가 정당한 법적 지위를 갖는다는 점은 구별되어야 한다는 점, 근본적으로 점유취득시효에 의한 소유권 취득은 그 본질에 있어서 무상·편무의 약정채권관계가 아니라 법질서 안정을 위해 제도적 보장으로부터의 권리취득이라는 점에서, 이러한 입장은 그다지 설득력이 부족하다고 생각된다.

69) 가령 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다75910 판결은 “특별한 사정이 없는 한 원소유자는 점유자 명의로 소유권이전등기가 마쳐지기까지는 소유자로서 그 토지에 관한 적법한 권리를 행사할 수 있다. …이 경우 시효취득자로서는 원소유자의 적법한 권리행사로 인한 현상의 변경이나 제한물권의 설정 등이 이루어진 그 토지의 사실상 혹은 법률상 현상 그대로의 상태에서 등기에 의하

특히 대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체판결에 의해 이제 점유자가 소유권취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없다는 것을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 경우에는 원칙적으로 취득시효가 인정될 여지가 없게 된 만큼, 자주점유의 요건을 엄격히 해석하여 점유취득시효제도의 인정폭은 최소화하도록 하되, 일단 자주점유가 인정되는 사안에 있어서는 일정기간 계속되어온 사실상태를 적법한 법률관계로 인정함으로써 법질서 안정을 도모하려는 취득시효제도의 규범취지를 최대한 살리는 해석론이 필요하리라 본다.<sup>70)</sup>

(3) 다만, 本稿의 논의에서도 드러나는 바와 같이 점유취득시효제도는 무수한 개별 쟁점들이 착종되어 있어 해석론만으로 이러한 문제들을 해결하기에는 근본적으로 한계가 있을 수밖에 없다. 무엇보다도 부동산물권변동에 있어서 형식주의를 취하면서, 부동산에 있어서도 자주점유와 시효기간경과의 요건만으로 점유사실에 의한 취득시효의 성립을 인정한다는 것은 어딘가 부정합적이라는 인상을 지울 수 없다. 물론 현재에도 미등기부동산이 적지 않고 등기의 공신력까지 인정되지 않는 상황에 비추어 보면, 점유취득시효제도가 부동산거래의 안

---

여 그 소유권을 취득하게 된다. 따라서 시효취득자가 원소유자에 의하여 그 토지에 설정된 근저당권의 피담보채무를 변제하는 것은 시효취득자가 용인하여야 할 그 토지상의 부담을 제거하여 완전한 소유권을 확보하기 위한 것으로서 그 자신의 이익을 위한 행위라 할 것이니, 위 변제액 상당에 대하여 원소유자에게 대위변제를 이유로 구상권을 행사하거나 부당이득을 이유로 그 반환청구권을 행사할 수는 없다.”고 하였다. 윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 『민법논고Ⅲ』(박영사, 2008), 724-726면도 이에 찬동하는 입장에서, ‘시효취득자가 무상으로 소유권을 취득한 사정’을 중시한다면 “오히려 시효취득의 경우에는 원래의 소유자의 의사와는 관계 없이 소유권이 시효취득자에게 귀속되는 것이므로 이러한 경우에까지 원래의 소유자에게 피담보채무 상당의 상환의무를 인정하는 것은 형평이라는 관점에서 비추어 보아도 부당하다”고 한다. 그러나 양창수, “2006년도 민사판례 관건”, 『민법연구』 제9권(박영사, 2007), 362면이 설득력 있게 지적하는 바와 같이, 비록 원래의 등기명의자에 대하여 법적으로 유효하게 관철할 수는 없다고 하더라도 대체로 시효완성자는 소유권취득의 원인행위를 하여 부동산의 점유를 개시하였던 것이고, 그 원인행위는 비록 많은 경우에 원래의 소유자에 대하여 행하여진 것은 아니라고 하여도 통상 일정한 재산적 출연을 수반하는 것이므로, 시효취득제도는 이를 내적으로 보다 납득이 가는 방향으로 그 요건이 정비됨에 맞추어 그에 상응하는 효과가 주어져야 하리라고 본다. 그리하여 동 견해는 법적인 논리로서는 물론이고, ‘형평’의 이름으로도 이 판결은 정당화될 수 없다고 한다. 결과에 있어서 같은 취지로 이기용(註66), 21면.

70) 같은 취지로 안법영(註16), 590-591면.

전에 기여하는 바가 크다는 사실은 결코 부인할 수 없다. 그러나 형식주의를 취하는 다른 나라에서는 미등기부동산이나 등기된 소유자의 실존이 불분명한 때와 같이 극히 예외적인 경우에만 점유자에게 소유권 취득의 길을 열어 주고 있다는 것 또한 시사하는 바가 매우 크다.

요컨대 우리의 현행 부동산점유취득시효제도 하에서는 입법내용의 문제로 말미암아 점유제도와 등기제도 간의 충돌이 불가피하고, 해석을 통한 문제해결도 적지 않은 새로운 난제를 파생시켜나가고 있는 형국이다. 그러므로 이러한 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 이러한 법적 분쟁이 야기되지 않는 방향으로 점유취득시효에 대한 형식주의를 취하는 다른 나라의 입법례와 같이 일대 개혁을 하거나, 적어도 시효완성후의 자주점유자와 제3취득자의 관계를 규율하는 합리적인 기준을 제시하는 내용으로의 개정이 반드시 필요하다.<sup>71)</sup> 그리고 궁극적으로 이러한 입법적 논의는 점유취득시효제도의 내용만을 분리하여 독립적으로 행해져서는 또 다른 문제만을 야기할 공산이 크므로, 등기의 공신력을 비롯한 부동산물권변동이론과의 체계적 관련성을 고려하면서 거시적인 안목에서 진행되어야 할 것이다.<sup>72)</sup> 실제로 2009년 법무부 주도로 발족된 민법개정위원회 제4분과위원회(‘시효 및 제척기간’ 분과위원회)에서는 취득시효제도를 포함한 시효제도의 개정안(잠정안)을 마련하여 전체 민법개정위원회에 상정하였는바,<sup>73)</sup> 향후 그 개정안의 처리 여하에 귀추가 주목되는 바이다.<sup>74)</sup>

71) 일찍이 곽윤직, 『물권법[신정판]』(박영사, 1996), 331면도 앞으로 이른바 등기강제의 원칙을 취하고 등기강제가 완비되는 날에는 점유취득시효제도는 버려야 할 것이라고 지적한 바 있으며, 입법론으로서 가령 이기용(註66), 34면은 민법 제245조 제1항의 취득시효의 객체를 스위스민법과 만주민법의 예와 유사하게 ‘미등기부동산’만으로 개정하는 것이 가장 합당하다고 하고, 안법영(註16), 588-589면은 근본적으로 독일이나 스위스의 입법례처럼 제한된 범위의 사안에 국한하여 사법부 소정의 재판절차에 의한 통제·관리가 개입되는 것이 바람직하다고 한다.

72) 이러한 점을 염두에 둔 부동산 점유취득시효제도의 개정에 관한 최근의 상세한 연구로는 송덕수, “부동산 점유취득시효제도 개정론”, 『민사법학』 제43-2호(한국민사법학회, 2008.12), 271-311면 참조.

73) 송덕수·김성수·김제완·안경희·임건면·채승우, “시효 및 제척기간 관련 개정논의 예상 주요 논점과 입법례”, 『민사법학』 제46호(한국민사법학회, 2009.09), 99-109면; 송덕수, “시효제도의 개정방향”, 『민사법학』 제48호(한국민사법학회, 2010.03), 122-124면에 의하면, 부동산점유취득시효제도의 개정에 관하여 분과위원회에서 논의된 주요 내용은 다음과 같다: ① 점유취득시효의 요건으로 선의·무과실을 추가한다; ② 취득시효기간은 30년으로 늘린다; ③ 등기요건은 삭제한다; ④ 등기부취득시효가 원칙적인 취득시효여야 하기 때문에 등기부취득시효 규정을 점유취득시효 규정 앞에 둔다; ⑤ 민법 제197조 제1항에서 자주점유의 추정은 삭제한다. 한편, 분과위원회에서

[논문투고일 : 2010. 5. 16, 논문심사일 : 2010. 6. 7, 게재확정일 : 2010. 6. 17]

▶ **주제어** 점유취득시효, 시효완성자, 등기명의자, 2차 점유취득시효, 소유권의 변동, 점유취득시효에 관한 판례 5원칙, 점유취득시효의 기산점

도 점유취득시효는 원칙적으로 미등기의 부동산에만 허용하고, 등기된 부동산 중에는 등기부상 소유자를 알 수 없거나 20년의 취득시효기간 개시 당시에 소유자가 사망하였거나 실종선고를 받은 경우에만 인정하자는 의견이 제시되었으나, 이렇게 되면 점유취득시효제도의 기능을 제대로 살릴 수 없게 되므로 위 ①~⑤와 같은 요건만을 강화하는 쪽으로 개정하자는 의견이 보다 많은 지지를 받았다고 한다.

- 74) 그러나 윤철홍(註57), 24면에 의하면, 최근 민법개정위원회 전체회의에서 확정된 민법 제245조 제1항의 내용은 다음과 같이 단지 종전 규정에 선의, 무과실 요건을 추가한 데 불과하다: “20년 동안 소유의 의사로 평온하게 선의로 과실 없이 그 부동산을 점유하여 온 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.” 향후 법안심사과정에서의 수정·보완이 반드시 필요하리라고 본다.

## ■ 참고문헌

- 김규완, “부동산점유취득시효의 요건과 효과 -판례이론의 비판적 재구성-”, 『안암법학』 제14호(안암법학회, 2002.04)
- 김병운, “취득시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일한 경우 그 기간 내의 전점유자의 점유기간 중 임의시점을 기산점으로 선택할 수 있는지 여부”, 『대법원판례해설』 제30호(법원도서관, 1998.11)
- 김상용, “부동산점유취득시효기간 만료후 소유명의자의 처분행위가 불법행위를 구성하는지 여부”, 『판례월보』 제290호(판례월보사, 1994.11)
- \_\_\_\_\_, “2차 점유취득시효 요건의 완화와 그 과급효과”, 『법률신문』 제3767호(법률신문사, 2009.08.06)
- 김성엽, “점유취득시효 완성으로 인한 등기청구권의 이행불능 -소유자와 시효 취득자와 관계-”, 『재판과 판례』 제5집(대구판례연구회, 1996.12)
- 김재형, “2000년도 민법판례의 동향”, 『민법론[II]』 (박영사, 2004)
- \_\_\_\_\_, “2009년 분야별 중요판례분석: 민법[上]”, 『법률신문』 제3826호(법률신문사, 2010.03.18)
- 김태창, “취득시효완성 후 점유의 승계와 소유권이전등기청구방법”, 『판례연구』 제10집(부산판례연구회, 1999.02)
- 김형석, “법에서의 사실적 지배: 우리 점유법의 특성과 문제점”, 『민사법학 특별호(제36호): 우리 민법학은 지금 어디에 서 있는가? -한국 민사법학 60년 회고와 전망-』 (한국민사법학회, 2007.05)
- 명순구, 『실록 대한민국 민법[2]』 (법문사, 2010)
- 문홍수, “점유취득시효 완성후 시효취득자, 등기명의자, 제3취득자 상호간의 법률관계”, 『법조』 제45권 3호(법조회, 1996.03)
- 민유숙, “취득시효 완성의 제3자에 대한 효과 -새로운 해석론의 시도-”, 『민사재판의 제문제』 제16권(민사실무연구회, 2007.12)
- 박영규, “부동산 점유취득시효 완성후 점유자의 지위”, 『민사판례연구』 제23권(민사판례연구회, 2001.02)
- 박종연, “점유취득시효 판례의 문제점 고찰 판결과 법감정의 일치 여부”, 『법

- 조』(법조협회, 1998.12)
- 배병일, “부동산 취득시효의 판례 5원칙에 관한 연구”, 『민사법학』 제16호(한국민사법학회, 1998.06)
- 선병욱, “자주점유의 추정과 입증책임”, 『판례연구』 제16집[상](서울지방법변호사회, 2002.08)
- 송덕수, “취득시효와 대상청구권”, 『저스티스』 제30권 2호(한국법학원, 1997.06)
- \_\_\_\_\_, “부동산 점유취득시효제도 개정론”, 『민사법학』 제43-2호(한국민사법학회, 2008.12)
- \_\_\_\_\_. 김성수 · 김제완 · 안경희 · 임건면 · 채승우, “시효 및 제척기간 관련 개정논의 예상 주요논점과 입법례”, 『민사법학』 제46호(한국민사법학회, 2009.09)
- \_\_\_\_\_, “시효제도의 개정방향”, 『민사법학』 제48호(한국민사법학회, 2010.03)
- 송희호, “취득시효의 기산점과 관련문제들에 관한 고찰”, 『사법논집』 제26집(법원행정처, 1995.12)
- 심준보, “취득시효와 대상청구권”, 『민사판례연구』 제20권(민사판례연구회, 1998.06)
- 안범영, “대상청구권의 발전적 형성을 위한 소고 -대법원판례의 분석과 평가를 중심으로-”, 『한국 민법이론의 발전(무암 이영준박사 화갑기념논문집)』(박영사, 1999)
- 양창수, “2005년도 민사판례 관건”, 『민법연구』 제9권(박영사, 2007)
- \_\_\_\_\_, “2006년도 민사판례 관건”, 『민법연구』 제9권(박영사, 2007)
- 엄동섭, “대상청구권의 제한”, 『법률신문』(법률신문사, 1996.12.10)
- 윤진수 집필부분, “제245조”, 『민법주해[V]: 물권[2]』(박영사, 1992)
- \_\_\_\_\_, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 『민법논고[III]』(박영사, 2008)
- \_\_\_\_\_, “점유취득시효 완성 후 재진행의 요건”, 『법률신문』 제3767호(법률신문사, 2009.08.10)
- 윤철홍, “2009년 민사(물권법) 중요 판례”, 『인권과 정의』 제403호(대한변호사협회, 2010.03)
- 이광범, “『판례』의 의미와 구속력에 관한 소고”, 『판례실무연구[VI](비교법실

- 무연구회, 2003.08)
- 이기용, 『부동산취득시효에 관한 연구』 (성균관대학교 대학원 박사학위논문, 1989)
- \_\_\_\_\_, “타인의 토지의 매매와 자주점유의 추정”, 『저스티스』 제68호(한국법학원, 2002.08)
- \_\_\_\_\_, “한국민법에 있어서 취득시효 완성의 효과”, 『민사법학』 제37호(한국민사법학회, 2007.06)
- 이상경, “대상청구권”, 『민사재판의 제문제[상](송천 이시윤박사 화갑기념논문집)』 (박영사, 1995)
- 이윤승, “취득시효 완성 후 토지소유자에 변동이 있고 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효기간이 완성되는 경우 취득시효의 완성을 주장할 수 있는지 여부”, 『대법원판례해설』 제21호(법원도서관, 1994.11)
- 이재환, “시효취득 후 등기청구권을 주장, 행사하지 않은 사이 목적물이 양도된 경우에도, 시효취득자에게 대상청구권이 인정되는지 여부”, 『대법원판례해설』 제27호(법원행정처, 1997.07)
- 이진성, “소유자가 변동된 후 다시 20년이 넘은 점유자의 취득시효”, 『국민과 사법(윤관대법원장 퇴임기념논문집)』 (박영사, 1999)
- 임동진, “취득시효의 기산점과 완성시점 -판례에 관한 몇 가지 의문-”, 『민사판례연구』 제1권(민사판례연구회, 1979.04).
- 전경근, “등기 없는 매수인의 자주점유 추정”, 『경기법조』 제9호(수원지방변호사회, 2001.12)
- 전원열, “부동산의 점유취득시효 완성 후의 법률관계에 관한 고찰”, 『사법연구자료』 제22집(법원행정처, 1995.12)
- 제철웅, “대상청구권의 적용범위”, 『사법연구』 제4집(청헌법률문화재단, 1999.01)
- 지원림, “점유취득시효 완성 이후의 사정변경과 대상청구권”, 『민사판례연구』 제18권(민사판례연구회, 1996.05)
- 최병조, “대상청구권에 관한 소고 -로마법과의 비교고찰을 중심으로-”, 『판례

실무연구[I』(비교법실무연구회, 1997.09)

한기택, “부동산 점유의 권원이 매매 등 소유권이전 목적의 법률행위로서 등기를 수반하지 아니한 것임이 밝혀진 경우 그 점유는 타주점유인가?”, 『민사판례연구』 제23권(민사판례연구회, 2001.02)



A Legal Status of the Person who has Completed a Secondary Acquisitive Prescription by Possession, when Ownership of the Real Estate had been Transferred in the Secondary Prescription Period  
-the Supreme Court Decision 2007DA15172, 15189 Delivered on July 16, 2009-

KUTAE CHUNG

(Adjunct instructor, Korea University)

With regard to the case where the ownership of the real estate is transferred to a third party before the real estate, of which acquisitive prescription was completed by possession, is registered, the Korean Supreme Court ruled as in the following: Notwithstanding that the point of time, when the owner has been changed from the original possessor to the new one, is reckoned as the starting point, the possessor may reckon the starting point of new acquisitive prescription by possession from the point of time when the ownership has been transferred to the third party in case the prescription has been expired as well as may claim for the completion of the secondary acquisitive prescription. And although the possessor is transferred on the register before the acquisitive prescription is expired, it is irrational to regard it to be what the possessor has broken off the factual state, hence it has no occasion to suspend acquisitive prescription.

In result, the new registered owner is regarded to be directly involved in the transfer of rights and duties at the point of time when acquisitive prescription is completed, by which the registered owner is disadvantaged. Accordingly, the one who completed prescription may claim for the acquisition of prescription to the registered owner. In addition, the Supreme Court

judged that the juridical principle might be applied to even the case where the secondary acquisitive prescription takes effect as above and the registered owner is changed before the prescription of possession is expired.

Consequently, unlike this, the Supreme Court broke the previous precedents that the registrant should not be changed during possession even in the case of the secondary prescription of possession. Such ruling may be considered to be a juridical interpretation that has taken the so-called five principles of precedents to a higher level, and to be appropriate for the purpose of the acquisitive prescription by possession.

▶ **Key words** acquisitive prescription by possession, the person who has completed an acquisitive prescription by possession, the registered owner, secondary acquisitive prescription by possession, transfer of ownership, five principles of precedents on acquisitive prescription by possession, the starting point of acquisitive prescription by possession