

자기 소유 부동산의 시효취득 인정여부*

-대법원 2016. 10. 27.

선고 2016다224596 판결을 계기로-

A Study on the Admissibility of Acquisitive Prescription of Personal Real Estate Ownership

-Korean Supreme Court Decision

2016Da224596 Delivered on October 27, 2016-

서 종 희**

Seo, Jong-Hee

목 차

- | | |
|--|-----------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 대상판결과 관련된 판례의 태도 |
| II. 자기 소유 부동산의 장기취득시효인정
여부에 관한 학설의 전개 | IV. 맺음말 |

민법 제245조에 의하면, 점유자가 일정기간 동안 소유의 의사로 부동산을 점유하는 경우에 그 자는 부동산 소유권을 취득할 수 있는데, 자기 소유 부동산을 점유하는 경우에도 취득시효가 인정될 것인가가 문제된

투고일 : 2017. 1. 1. / 심사회의일 : 2017. 1. 17. / 게재확정일 : 2017. 2. 6.

* 심사과정에서 유익한 지적을 해준 익명의 심사위원들에게도 감사드립니다.

** 건국대학교 법학전문대학원 조교수

Assistant professor, Law School of Konkuk University

다. 다수의 학설은 ① 우리민법은 의용민법 제162조와 달리 ‘타인의 물건을 점유한 자’를 요건으로 하고 있지 않다는 점, ② 시효취득은 원시취득이라는 점, ③ 시효취득은 누구의 소유인지를 묻지 않고 사실상태를 권리관계로 높이려는 제도인 점, ④ 자기의 소유임을 증명하기 곤란한 때에는 자기의 물건에 대한 시효취득을 주장할 필요가 있다는 점 등을 이유로 이를 긍정한다. 그러나 긍정설의 주요 논거는 실질적인 근거로서는 빈약하다고 할 수 있다. 부정설 또한 긍정설이 주장하는 논거의 문제점을 지적하고 있을 뿐 독자적인 법리적 논거를 제시하였다고 볼 수 없다. 한편 우리 판례는 기본적으로 실질적 권리자의 보호의 필요성을 전제로 구체적 유형에 따라 자기 소유 부동산에 대한 시효취득인정여부를 다르게 판단한다. 먼저 부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 마치고 그 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 시효취득을 위한 점유로 인정하지 않는다(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결). 반면에 내부적 소유권을 전제로 하는 명의신탁자가 수탁자를 상대로 시효취득을 주장하는 경우에는 기본적으로 신탁자의 권리관계에 대한 입증의 곤란을 구제하고 신탁자의 사실상태를 권리관계로 고조시킬 필요성 등을 고려하여 자기 소유 부동산의 시효취득을 인정하고 있다(대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다17572판결). 생각건대 구체적 타당성을 도모하기 위해 판례가 취하고 있는 이러한 사고가 다른 제도와 의 관계정립 속에서 언제까지 유지될 것인지, 더 나아가 아직 판례가 존재하지 않은 구체적 유형에서 대법원이 어떠한 태도를 취할 것인지에 대한 진지한 고민이 필요한 시점이라 할 수 있다.

[주제어] 취득시효, 취득시효의 대상, 증거곤란의 구제, 자기 소유 부동산의 시효취득, 원시취득, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결

[대상판결]

사안은 간단하다. 甲은 1993년 10월 28일 X 부동산(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)에 대하여 가압류결정을 받았고, 1993년 11월 2일 그에 따른 가압류등기가 마쳐졌다. 한편 乙은 1992년 2월 29일 이 사건 부동산의 전 소유자로부터 이 사건 부동산을 매수한 다음 1993년 11월

22일 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 취득하였다. 甲은 2014년 5월 27일 판결의 집행력 있는 정본에 기초하여 강제경매를 신청하였고, 이에 따라 2014년 5월 28일 이 사건 부동산에 관하여 위 가압류를 바탕으로 한 강제경매개시결정의 등기가 마쳐졌다. 이에 乙은 1993년 11월 22일부터 20년간 이 사건 부동산을 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유해 그에 대한 점유취득시효가 완성되어 이 사건 부동산을 원시취득하였고 그에 따라 甲의 가압류는 소멸돼야 하므로 그에 기하여 이루어진 강제집행은 허용될 수 없다고 주장하였다.

원심¹⁾은 자기 소유 부동산을 점유하는 것은 점유취득시효의 기초로서의 점유라고 할 수 없다는 점을 이유로 이를 배척하였으며, 이에 원고 乙이 불복, 상고하였다.

대법원²⁾은 다음과 같은 이유를 들어 원심의 판단이 정당하다고 보면서 원고의 상고를 기각하였다.

“① 부동산에 대한 취득시효 제도의 존재이유는 해당 부동산을 점유하는 상태가 오랫동안 계속된 경우 권리자로서의 외형을 지닌 그 사실상태를 존중하여 이를 진실한 권리관계로 높여 보호함으로써 법질서의 안정을 기하고, 장기간 지속된 사실상태는 진실한 권리관계와 일치될 개연성이 높다는 점을 고려하여 권리관계에 관한 분쟁이 생긴 경우 점유자의 증명곤란을 구제하려는 데에 있다. 그런데 부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 마치고 그 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 사실상태를 권리관계로 높여 보호할 필요가 없고, 부동산의 소유명의자는 그 부동산에 대한 소유권을 적법하게 보유하고 있는 것으로 추정되어 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요 역시 없으므로, 그러한 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다(대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카26574 판결 등 참조). 다만

1) 부산지방법원 2016. 5. 11. 선고 2015나45373 판결.

2) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결.

그 상태에서 다른 사람 명의로 소유권이전등기가 되는 등으로 소유권의 변동이 있는 때에 비로소 취득시효의 요건이 점유가 개시된다고 볼 수 있을 뿐이다. ② 이 사건의 경우 원고의 점유취득시효 주장은 자기가 소유하는 이 사건 부동산에 대하여 소유권 취득 이전부터 존재하던 가압류의 부담에서 벗어나기 위한 것에 지나지 아니하여 사실상태를 권리관계로 높여 보호하거나 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요가 있다고 할 수 없으므로, 원고의 이 사건 부동산에 대한 점유를 가리켜 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다.”[번호와 밑줄은 필자가 첨부한 것임]

[연구]

I. 들어가는 말

민법 제245조³⁾에 의하면, 점유자가 일정기간 동안 소유의 의사로 부동산을 점유하는 경우에 그 자는 부동산 소유권을 취득할 수 있는데, 자기 소유 부동산을 점유하는 경우에도 취득시효가 인정될 것인가가 문제된다. 우리민법은 일본민법 제162조와 달리 ‘타인 소유의 물건’을 요건으로 하고 있지 않다는 점에서 다수설은 자기 소유 부동산의 시효취득을 인정한다. 반면에 판례는 사안에 따라 결론을 달리 하고 있다. 이에 이하에서는 우리 학설이 어떠한 근거를 가지고 자기 소유 부동산에 대한 시효취득여부를 판단하는지를 일본의 학설 및 판례를 함께 검토하면서 살펴보고(Ⅱ), 대상판결과 관련된 판례의 태도를 정리해 본 후(Ⅲ), 글을 마무리 하고자 한다(Ⅳ).

3) 아래에서 범명의 지시 없이 인용되는 조문은 ‘민법’의 조문이다.

II. 자기 소유 부동산의 장기취득시효인정여부에 관한 학설의 전개

다수의 학설은 일반적으로 자기 소유 부동산의 시효취득을 인정한다.⁴⁾ 그 근거로 다수설은 ① 우리민법은 의용민법 제162조와 달리 ‘타인의 물건을 점유한 자’를 요건으로 하고 있지 않다는 점, ② 시효취득은 원시취득이라는 점, ③ 시효취득은 누구의 소유인지를 묻지 않고 사실상태를 권리관계로 높이려는 제도인 점, ④ 자기의 소유임을 증명하기 곤란한 때에는 자기의 물건에 대한 시효취득을 주장할 필요가 있다는 점 등을 든다.⁵⁾ 반면에 부정설은 자기 소유임을 증명하지 못한 상태에서 시효취득을 주장하여 인정되었다면 이는 결과적으로 자기 소유 부동산을 시효취득한 것으로 볼 수 없다고 이해한다.⁶⁾ 더 나아가 부정설은

-
- 4) 김중환/김학동, 물권법 제9판, 박영사, 1997, 148쪽; 김용담(편집대표), 주석민법 제4판·물권(1){이하 ‘주석민법[물권(1)]/김진우’로 인용하기로 함}, 한국사법행정학회, 2011, 728쪽; 김준호, 물권법 제7판, 법문사, 2014, 189쪽; 송덕수, 물권법, 박영사, 2013, 293쪽 등.
- 5) 특히 주석민법[물권(1)]/김진우, 728쪽에서는 “취득시효제도의 취지는 시효완성자가 소유권을 취득한 후 오랜 세월이 흐른 뒤 그 당시로 거슬러 올라가 소유권 취득을 증명하여야 하는 곤란을 면하여 주는데 있다”는 점을 이유(한 예로 상속인이 피상속인의 등기되지 아니한 소유권을 증명할 수 없는 경우를 든다)로 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정하며 독일민법 해석론 또한 이와 같다고 본다. 참고로 독일 민법은 30년의 자주점유에 의한 취득시효를 인정하나, 이에는 두 가지 종류가 있다. 첫 번째는 점유기간동안의 토지등기부로의 등기를 요건으로 하는 등기부취득시효(Buchersitzung)이다(독일민법 제900조). 두 번째는 이 등기요건을 충족하지 못하는 경우에 일정한 요건 하에서 공시최고절차에 의한 제권판결을 얻어 토지등기부에 소유자로 등기됨으로써 소유권을 취득하는 공시최고취득시효(Aufgebotsersitzung)이다(독일민법 제927조). 특히 후자의 경우, 제권판결 전에 등기한 제3자는 시효취득자에 우선되며(독일민법 제927조 제1항 3문 및 동조 제3항), 제권판결 후에 등기한 취득자도 등기의 공신력(독일민법 제892조)에 의해 보호받을 수 있다. 요컨대 공시최고취득시효(Aufgebotsersitzung)는 제3자가 등기를 경로하지 않은 상태에서 등기부에 자신을 소유자로 등기함으로써 소유권을 취득하는데, 주석민법[물권(1)]/김진우, 728쪽에서는 자신 소유의 부동산에 대해서 공시최고취득시효(Aufgebotsersitzung)가 인정된다고 본다.
- 6) 광윤직(편집대표), 민법주해 V: 물권(2), 박영사, 1992, 369쪽; 정병호, “부동산명의신탁

긍정설이 일본의 학설 및 판례의 지배적인 영향을 받은 것으로 추정하면 서, 일본에서는 이러한 입장이 필요할지 모르나 현행민법의 해석에는 불필요하다고 본다.⁷⁾

1. 의용민법 제162조에 대한 해석과 일본 학설 및 판례확인

일본 최고재판소는 일본민법 제162조가 취득시효의 대상을 ‘타인 소유의 물건’으로 규정하고 있음에도 불구하고 자기 소유 부동산의 시효 취득을 인정하고 있다. 생각건대 우리 통설은 이러한 일본 최고재판소의 판례 법리를 많이 차용한 것으로 판단된다.⁸⁾ 그럼에도 불구하고 종래 학설은 일본의 학설 및 판례에 대한 별다른 비교법적 고찰 없이 우리민법 제245조의 시효취득의 대상을 고려하였다는 점에서,⁹⁾ 이하에서는 일본의 학설 및 판례의 입장을 확인해 보고자 한다.

1.1 일본 최고재판소의 입장

일본 판례에서 자기 소유 부동산에 대한 시효취득 인정여부가 문제되

자의 점유취득시효: 자기 소유 부동산의 시효취득이 가능하다는 일반론을 중심으로”, 민사판례연구 XXV, 박영사, 2003, 43쪽 이하; 이동진, “양도담보설정자의 담보목적 물에 대한 시효취득 허부”, 민사법학 제77호, 한국민사법학회, 2016, 77쪽 이하.

- 7) 정병호, 앞의 논문, 42쪽. 한편 이동진, 앞의 논문, 78쪽에서는 프랑스민법 제2265조, 독일민법 제927조, 스위스민법 제66조, 일본민법 제162조 등이 타인 소유의 부동산을 전제로 장기취득시효가 인정되고 있다는 점에서 비교법적으로도 부정설이 타당하다고 본다.
- 8) 명문 규정의 문리해석을 넘어서서 자기 소유의 부동산에 대한 시효취득을 인정하고 있다면, 명문규정의 문리적 해석의 범주를 벗어남으로 인하여 발생한 위험을 고려할 필요가 없었던 우리 학설은 일본 판례의 입장을 거부감 없이 수용하였을 것이라 생각된다.
- 9) 정병호, 앞의 논문, 42쪽 각주34에서 일본에서의 논의를 개괄적 설명을 하고 있음에 그치고 있으며 다른 문헌에서도 일본 판례 및 학설의 소개는 찾아보기 어렵다.

는 경우는 일반적으로 부동산이 이중양도된 경우이다(이하 ‘이중양도형 유형’으로 칭하기로 함). 예컨대 제1양수인 B가 A로부터 유효한 매매계약에 의해 X 토지의 점유를 개시하였으나 등기를 이전하지 않은 사이에 제2양수인 C가 A와의 매매계약 후 X 토지에 대한 이전 등기를 경료한 경우이다(이하에서는 ‘의제사례’를 전제로 기술하기로 한다).¹⁰⁾ 이 경우, B는 적어도 C가 등기를 경료하기 전까지는 자기 소유의 물건을 점유한 것이므로,¹¹⁾ 일본민법 제162조의 ‘타인 소유의 부동산’을 점유한 것으로 인정되어 시효취득을 완성하였다고 볼 수 있는지가 문제된다.¹²⁾ 먼저 일본의 판례는 매매계약에 기한 B의 유효한 소유권 취득을 인정하면서도, B의 취득시효의 기산점을 점유개시시점으로 삼는다(最判 昭和36(1961)年 7月 20日, 民集 15卷 7号 1903頁). 이러한 판례의 의미는 두 가지 측면에서 접근해 볼 수 있다. 첫째, 명문규정과 달리 자기 소유의 부동산의 시효취득을 전면적으로 인정한 것으로 이해하는 것이다. 구체적으로 最判 昭和42月(1967) 7月 21日(民集 21卷 6号 1643頁)은 “취득시효는 당해 물건을 영속하여 점유하는 사실상태를 일정한 경우에 권리관계로까지 고조시키고자 하는 제도이므로, 소유권에 의거하여 부동산을 영구히 점유하는 자일지라도, ……소유권의 취득을 제3자에 대항할 수 없는 등의 경우에 있어서, 취득시효에 의한 권리취득을 주장할 수 있다고 해석하는 것이 제도 본래의 취득에 합치한다고 보아야 한다”[밑줄은 필자가 첨부한 것임]고 논한다.¹³⁾ 둘째, 소급적으로 점유개시시점부터

10) 이중양도형 중 유효미등기형으로 불리기도 한다. 安達三季生, “取得時効と登記”, 法學志林 65卷 3号, 法政大學法學志林協會, 1968, 22頁에서도 이중양도형이 많다는 점을 지적한다.

11) 우리와 달리 일본에서 등기는 부동산의 물권변동의 대항요건이 된다(일본민법 제177조). 이에 제1매수인은 등기 없이도 소유권을 취득하게 된다.

12) 일본민법 규정상 시효취득할 수 있는 대상이 타인 소유의 물건으로 한정된다고 볼 때, 자신의 물건인지 타인의 물건인지는 시효취득과 관련한 판결에 중대한 영향을 끼치므로, 시효취득을 다투는 자는 점유자의 물건이 점유자 소유라는 점을 주장·입증하여 대항할 수 있다.

타인물이 된다고 보는 것이다. 最判 昭和46(1971)年 11月 5日(民集 25卷 8号 1087頁)은 最判 昭和42月(1967) 7月 21日을 원용하면서도, ‘제2매수인의 등기시점에’ 그 소유권은 매도인으로부터 제2의 매수인으로 직접 이전되며, 제1매수인은 본래 일절(소급적으로) 소유권을 취득한 적이 없다고 본다.¹⁴⁾ 즉 일본의 판례는 소유권을 취득하였으나 제3자에게 대항할 수 없는 소유권자의 실질적 보호를 위해 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정한 것으로 볼 수 있으며, 명문규정에 배치되는 문제점을 극복하기 위하여 소유권의 취득을 소급적으로 소멸시키는 방법을 모색하였다고 할 수 있다.¹⁵⁾

1.2 일본 학설의 입장

일본 판례는 제2매수인 앞으로 등기가 이전됨으로써 제1매수인은 소급적으로 소유권을 취득한 적이 없다는 논리를 통해, 제1매수인의 시효취득을 인정하고 있는데 (最判 昭和46(1971)年 11月 5日), 이러한 판례의 입장에 대해서 학설의 평가는 견해가 나뉜다.

1.2.1 긍정설

瀧澤(다키자와)는 오래전부터 프랑스법과의 비교고찰을 시도하면서, 계약에 의한 취득과 시효취득은 별개로 다루어야 한다는 점, 자신의

13) 더 나아가 동 판결은 “일본 민법 제162조가 취득시효의 대상물을 타인의 물건이라고 한 것은, (다름 아니라) 통상의 경우에 있어서 자기의 물건에 대해서 취득시효를 원용하는 것은 무의미하기 때문이고 동조는 자기의 물건에 대해서 취득시효의 원용을 허용하지 않는 취지는 아니다(밑줄은 필자가 첨부)”라고 하면서 일본민법 제162조의 의미를 확인하고 있다. 最判 昭和 44(1969)年 12月 8日, 民集 23卷 12号 2467頁에서도 이러한 입장은 유지된다.

14) 大久保邦彦, “自己の物の時刻取得について (一)/(二·完)”, 民商法雜誌 101卷 5・6号, 有斐閣, 1990, 643頁, 782頁.

15) 그러나 이는 지나치게 의제적이라는 비판을 면하기 어려울 것이다.

물건이라고 해도 미등기의 하자에 의해 추탈의 위험이 있으므로 보호의 대상될 수 있다는 점 등을 지적하면서 제1매수인의 시효취득을 인정해야 한다고 보았다. 이에 이러한 결론을 도출하기 위한 일본 최고재판소의 판례 법리는 결론적으로 타당하다고 평가한다.¹⁶⁾

1.2.2 부정설

이 견해는 일본 판례와 달리 이중양도형에서 제1양수인은 제2양수인의 등기시점에 ‘타인의 물건’을 점유한 것이 되므로, 이 시점을 기산점으로 삼아 시효취득은 진행된다고 본다.¹⁷⁾ 또한 이 견해 중 일부는 매매당사자 간에는 계약법리를 관철해야 한다고 논하면서 판례를 비판한다.¹⁸⁾ 즉 매매 등의 계약당사자 사이에 자신의 물건의 시효취득이 인정되어 계약법의 규율이 차단되어서는 안 된다는 것이다. 예컨대 유효한 매매계약을 통해 소유권을 취득한 매수인이 매도인에 대해 취득시효를 원용하면, 매도인은 매수인에게 대금을 청구할 수 없게 되는데 이는 공평의 원칙상 타당하지 않다는 것이다.¹⁹⁾ 또한 이 견해는 자신의 물건의 시효

16) 瀧澤聿代, “取得簿効と登記・再論”, 成城法學 64号, 成城大學, 2001, 21-22頁. 또한 我妻榮, 新訂 民法總則, 岩波書店, 1965, 478-479頁에서도 “시효는 누구의 소유인가를 묻지 않고, 사실상태를 권리관계로 높이는 제도이기 때문에, 시효취득을 주장하는 자는 타인의 물건임을 증명할 필요는 없다”는 점을 이유로 자기 소유의 부동산에 대한 시효취득을 인정한다. 물론 我妻(와가즈마)의 입장은 상대방이 시효취득의 완성을 주장하는 자 소유의 물건이라는 점을 증명하면, 시효취득은 인정될 수 없는 것으로 이해할 수도 있으나(증명책임의 문제), 我妻(와가즈마)의 견해는 시효취득의 대상성에 대한 판단으로 이해하는 것이 바람직 할 것이다.

17) 田井義信, “取得時効と登記”, 同志社法學 161号, 同志社大學, 1980, 720頁; 鎌田薫, “取得時効と登記”, 法學セミナー- 304号, 日本評論社, 1980, 39頁. 즉 이 견해는 일본민법 제162조의 ‘타인 소유의 물건’이라는 문리적 해석에 충실하여 제1양수인은 점유개시 시점에는 자기 소유물건을 점유하고 있는 것이므로 시효취득을 인정할 수 없다고 본다.

18) 大久保邦彦, “自己の物の時効取得について (一)”, 664頁 등.

19) 이런 이유에서 매수인에 의한 매도인에 대한 시효취득(10년)을 인정한 最判 昭和44(1969)年 12月 18日, 民集 23卷 12号 2467頁은 타당하지 않다고 본다.

취득이 인정된다는 일반론이 점유의 승계(일본민법 제187조 제1항²⁰⁾)와 결부되면, 제1매수인인 B가 짧은 기간만 점유한 경우에도 C에 우선하는 경우가 발생하게 되는데 이 또한 타당하지 않다고 본다.²¹⁾ 예를 들어 B가 1년 간 점유한 경우라도 A의 점유를 승계하여 점유기간이 20년을 넘으면 취득시효 완성 이전에 양수받은 C에 대해서 시효취득을 주장할 수 있게 된다는 것이다.²²⁾ 또한 最判 昭和46(1971)年 11月 5日是 C가 등기하면 B는 본래 소유권을 취득하지 않은 것처럼 다루어지므로 B의 점유개시시점을 기산점으로 삼아도 무방하다고 논한다. 그러나 그렇게 되면 시효완성 전에는 C가 등기하기 전까지의 B의 점유가 부당이득이 되는 문제점이 발생한다.²³⁾ 물론 B를 권한 없이 점유한 자로 보더라도 B는 일본민법 제189조 제1항²⁴⁾에 의해 보호받을 수 있을 것이지만²⁵⁾ 논리적으로 정당한 매수인이자 소유권자를 법률상 원인 없이 이득을 얻고 있는 자라고 구성하는 것 자체가 어색하다고 할 수 있다.

2. 우리민법 제245조와 의용민법 제162조와의 규정상의 차이가 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 가능하게 하는가?

규정설은 의용민법과 현행 민법의 문언상의 차이점에 주목하여 입법자의 의사를 자기 소유의 물건에 대해서도 시효취득할 수 있도록 규정한

-
- 20) 일본민법 제187조 제1항: 점유자의 승계인은 그의 선택에 따라 자기의 점유만을 주장하거나 자기의 점유에 전점유자의 점유를 병합하여 주장할 수 있다.
- 21) 즉 매도 목적물을 점유하고 있는 매도인이 종래의 점유와 합하여(일본민법 제187조) 취득시효를 매수인에게 원용하면, 그는 매수인에게 계약금을 반환하지 않아도 되는 데 이는 형평에 맞지 않다는 것이다.
- 22) 川島武宜 編/安達三季生, 注釋民法(5), 有斐閣, 1967, 207頁; 宇佐見大司, “取得時効の起算点一つの覺書”, 愛知學院大學論叢法學研究 25卷 1号, 愛知學院大學, 1981, 25-26頁.
- 23) 杉之原舜一, “登記の効力と取得時効の起算点”, 民商法雜誌 9卷 1号, 1939, 34頁 이하 (松久三四彦, 時効制度の構造と解釋, 有斐閣, 2011, 362頁에서 재인용).
- 24) 일본민법 제189조 제1항 선의의 점유자는 점유물에서 생긴 과실을 취득한다.
- 25) 安達三季生, 앞의 논문, 33頁.

것으로 이해한다.²⁶⁾ 그러나 아쉽게도 우리 민법의 입법 이유서를 통해서는 명확하게 입법자의 의사를 확인하기 어려우며,²⁷⁾ 입법자들은 타인의 물건에 대해서만 취득시효를 인정하는 것이 당연하다고 생각하여 의용민법상의 “타인의”라는 문구를 삭제한 것으로 이해할 수도 있다. 즉 “취득시효는 소유자가 아닌 자가 소유권을 취득하는 제도이므로, 타인의 물건에 대하여서만 시효취득이 인정될 수 있다는 것은 명문의 규정이 없어도 당연한 것”이라고 보아 입법자가 명문에서 ‘타인성’을 삭제한 것으로 볼 수도 있다.²⁸⁾ 요컨대 입법자들이 의용민법과 달리 시효취득의 대상에 대해 ‘타인성’을 요구하지 않은 것에 대한 해석은 바라보는 관점에 따라 다를 수 있으므로 입법자의 의사를 추단하여 자기 소유 물건에 대한 시효취득의 인정여부를 판단하기에는 한계가 있다.

3. 자기의 소유임을 증명하기 곤란한 경우를 고려하여 자기의 물건에 대한 시효취득을 인정할 필요가 있는가?

자기 소유임을 증명하기 곤란한 경우에는 시효취득을 주장할 수 있다

-
- 26) 명순구, 실록 대한민국 민법, 법문사, 2010, 178쪽에서는 의용민법 제162조의 ‘타인의’라는 요건이 일본 내에서도 비판 받고 있다는 점을 감안하여 입법자가 의도적으로 이를 삭제하였다고 기술하고 있다.
- 27) 정병호, 앞의 논문, 44쪽에서는 “구 민법 제162조와는 달리, 그것을 삭제했다거나 빼놓았다는 설명은, 입법자의 의사를 언급한 것으로 볼 수밖에 없을 것이다. 그러나 우선 우리 민법의 취득시효에 관한 한 입법자뿐만 아니라, 입법관여자의 의사도 대단히 제한된 문제에 대해서만 알려져 있을 뿐이고, 위 일반론에 관련된 언급은 전혀 찾을 수 없다.”고 본다.
- 28) 정병호, 위의 논문, 46쪽. 이 견해는 “제366조는 구 민법 제388조와는 달리 ‘토지 및 그 위에 존재하는 건물이 동일한 소유자에게 속하는 경우’에라는 문구를 빼놓았음에도 불구하고, 통설은 일종의 목적론적 제한(teleologische Reduktion)을 하고 있다. 즉 저당권자의 이익을 보호하고자 구 민법과 마찬가지로 ‘저당권설정당시 건물이 존재할 것’을 법정저당권의 성립요건으로 보고 있으며, 판례도 통설을 따르고 있다.”는 점에 착안하여 제245조의 해석 또한 목적론적 제한해석이 가능하다고 본다. 정병호, 위의 논문, 45쪽.

는 것²⁹⁾과 자기 소유 부동산의 시효취득이 인정되어야 한다는 점은 분리해서 이해해야 할 것이다. 전자는 시효취득을 주장하는 자가 점유하는 부동산이 자기 소유가 아닌 타인 소유라는 점을 증명할 필요가 없다는 것을 의미할 뿐이다. 즉 우리 민법에서는 시효취득을 주장하는 자가 그 대상이 타인의 소유에 속함을 요건사실로서 입증할 필요가 없으므로, 자기 소유의 입증이 곤란한 경우 시효취득을 주장할 수 있음은 어쩌면 너무나 당연한 것이다. 반면에 후자는 자기 소유입(자기 소유입이 증명된 경우)에도 불구하고 시효취득을 인정하겠다는 것을 의미하므로 전자와 다르다. 이처럼 양자가 다르다는 점을 감안하면, 전자를 이유로 후자의 결론을 도출하는 것은 타당하지 않다. 요컨대 양자를 구분하지 않는다면 결국 순환론의 오류에 빠지게 되므로,³⁰⁾ 증명책임의 곤란을 이유로 시효취득을 주장할 수 있다는 것이 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정할 수 있는 결정적 근거가 되기에는 빈약하다.

한편 등기를 갖춘 점유자는 그에 대응하는 실체적 권리관계가 존재하는 것으로 추정되어,³¹⁾ 이를 다투는 자가 반대사실(무효 등)을 증명해야 하므로, 점유자는 자신의 권원에 대한 입증의 곤란이 발생하지 않게 된다. 만약 점유자가 소유자로 적법·유효하게 등기를 마친 자라면 입증의 곤란과 관련하여 시효취득을 인정할 필요성이 없게 된다. 같은 맥락에서 대상판결은 “소유자로 적법·유효한 등기를 마친 자는 부동산에 대하여 취득시효를 주장할 수 없으며, 그러한 필요조차 없다”고 판단하는 것으로 이해된다.³²⁾

29) 취득시효가 증거곤란의 구제라는 역할을 담당한다는 점에서 부동산소유권을 증명하지 못하는 점유자는 우회적으로 시효취득을 주장할 것이다.

30) 자기 소유 물건이 명확한 경우에는 증명책임의 곤란의 문제가 발생할 여지가 없으므로 증명책임의 곤란을 해소하기 위해 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정해야 한다는 주장은 설득력이 약하며, 반대로 자기 소유입을 밝히기 불가능하거나(어려운 경우에는 이는 자기 소유 부동산이라고 할 수 없으므로 ‘자기 소유 물건’이라는 전제 조건이 성취되었다고 보기도 어려울 것이다.

31) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다30047 판결 등.

4. 원시취득과 자기 소유 부동산에 대한 시효취득 인정

긍정설은 시효취득이 원시취득이기 때문에 물건의 타인성 여부는 중요하지 않다고 본다. 반면에 부정설은 원시취득여부가 자기 소유 부동산에 대한 시효취득에 관한 적극적 근거가 될 수는 없다고 본다.³³⁾

“자기 소유물에 대해서는 승계취득이란 관념을 인정하지 못하는 것과 마찬가지로 자기 소유물에 대해서도 원시취득이란 관념을 인정할 수 없을 것이다. 왜냐하면 양자 모두 소유권을 ‘취득’한다는 측면에서는 비소유자가 소유자가 된다는 점에서 차이가 없다고 해야 하기 때문이다.”

그러나 이론적으로 원시취득은 종래의 소유권이 부담하는 권리를 소멸시킬 수 있다는 점에서 종래 소유자 또한 원시취득을 통해 부담을 소멸시키고 새로운 소유권을 취득할 수 있을 것이다. 다만 그러한 원시취득을 인정함으로써 인하여 발생하는 불합리한 점을 막기 위하여 시효취득을 인정하지 않을 수도 있으나, 이는 자기 소유 부동산의 시효취득을 인정하지 않는 것과 다른 차원의 문제라고 보아야 할 것이다. 오히려 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정하여 발생할 수 있는 불합리한 결과는 신의칙(특히 선행행위와 모순되는 행위의 금지의 원칙, *venire contra factum proprium*)에 의해 해결할 수도 있다는 점에서,³⁴⁾ (불합리한 결과를 방지하기 위한)정책적인 측면에서 자기 소유 부동산에 대한 시

32) 제245조 제2항(등기부 취득시효)에서도 물건의 타인성 요건을 요구하지 않으나, 같은 이유로 취득시효를 인정하지 않을 것이다. 정병호, 앞의 논문, 45쪽.

33) 정병호, 위의 논문, 43쪽.

34) 물론 신의칙의 적용은 보충적이므로 그 적용에 있어 한계를 가진다. 김용담(편집대표), 주석민법 제4판: 총칙(1){이하 ‘주석민법[총칙(1)]/백태승’으로 인용하기로 함}, 한국사법행정학회, 2010, 221쪽; N. H. Andrews, “Reform of Limitation of Actions: The Quest for Sound Policy”, *Cambridge Law Journal* Vol.57 No.3, Cambridge University Press, 1998, p. 591; Fikentscher/Heinemann, *Schuldrecht*, 10. Aufl., 2006, S. 114.

효취득 자체를 부정해야 한다는 논리는 실질적인 근거로서는 빈약하다고 할 수 있다.

5. 검토

자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정하는 긍정설의 주요 논거는 실질적인 근거로서의 역할을 담당하고 있다고 할 수 없다. 다만 그 근거가 빈약하다는 것이 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 부정할 근거가 될 수 없음은 자명하다. 참고로 일본 최고재판소는 일본민법 제162조에서 명문규정으로 물건의 타인성을 요건으로 하고 있음에도 불구하고 해석으로 자기 소유의 부동산에 대한 시효취득을 인정한다. 물론 등기를 대항요건으로 보는 일본과 달리 우리는 등기를 성립요건으로 보고 있다는 점에서 양 국가를 단편적으로 비교할 수는 없으나, 명문의 문리적 해석을 넘어서 일본 판례가 자기 소유의 부동산에 대한 시효취득을 인정할 실질적 이유가 등기를 갖추지 못한 채 소유권을 취득한 제1매수인의 보호에 있었다는 점을 간과해서는 안될 것이다.

물건의 타인성을 시효취득의 요건으로 하고 있지 않은 우리 민법상 자기 소유의 부동산에 대한 시효취득을 인정할 것인지에 대한 논의는 (목적론적 축소)해석의 문제라고 할 수 있다. 따라서 이하에서는 해석으로 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정할 것인지 부정할 것인지를, 인정한다면 어느 범주까지 인정할 것인지를 판단해 보고자 한다.

5.1 목적론적 축소해석에 의해 취득시효의 대상을 타인의 물건으로 제한할 수 있는가?

목적론적·객관적 해석방법은 과거나 현재 실존하는 인간의 목적이 아니고, 법질서에서 객관적으로 요구된 이성적인 목적에 따라서 법규의

의미를 찾는 해석방법론이다.³⁵⁾ 즉 목적론적·객관적 법해석은 입법자가 이미 고려하였던 것을 단순히 다시 반복하는 것이 아니라, 입법자의 의사가 지향하는 법의 정신을 다시금 새로운 상황을 고려해서 찾아내는 작업이라 할 수 있다. 따라서 목적론적·객관적 해석은 단지 과거의 입법자의 결정에 종속되는 것이 아니라 현재의 법상황에 따라서 입법의 취지를 새롭게 밝혀내는 기능을 가진다고 할 수 있다. 법의 참된 의미는 과거의 입법에 의해서 결정되는 것이 아니라 현재의 상황에 맞게 입법의 정신을 계승시키는 것이므로, 입법된 법률의 문언도 단순히 의미론적 해석에 머무를 필요는 없을 것이다.³⁶⁾ 따라서 만약 사물의 본성이나 법윤리적 원칙을 고려하여 법관에 의한 폭넓은 법률 수정적 해석을 인정하거나,³⁷⁾ 법률의 흠결이 있는 경우, 법률의 내용이 모순되거나 충돌하는 경우, 법률에 명백한 실수가 있는 경우, 심히 비합리적이거나 반도적적인 경우, 사회변화로 규범상황이 변한 경우 등에 법문에 반하거나 법문을 넘어서는 해석을 할 수 있다고 본다³⁸⁾ 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 부정하는 제한해석 또한 충분히 가능할 수 있다. 그리

35) 즉 법체계의 의미관련성으로부터 구체적인 의미를 확정할 수 없는 경우에는 그 규정의 목적 및 그 근본취지에 부합하게 해석하는 것이 목적론적 해석이다. 박영규, “규정의 목적과 해석”, 서울법학 제15권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2008, 56쪽; 송덕수, 앞의 책, 73쪽 등. 법질서에서 객관적으로 요구된 이성적인 목적은 현행법질서 안에서 이성적 논의를 바탕으로 결정하려는 주체가 법문의 의미와 입법의 목적, 입법을 통해서 추구하려는 이념과 가치, 현재의 상황에 대한 인식과 분석, 전체 법질서의 체계와 논리적으로 부합되는 해석의 한계 등을 고려하여 설정된다. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentationen*, Suhrkamp, 1978, S. 296.

36) 객관적인 법의 정신과 이념에 따라 법률의 문언을 보충하고 또 필요한 경우에는 법률의 문언에 반하더라도 법의 정신을 실현시키기 위하여 초월적인 법해석은 필요하다고 할 수 있다. 이에 목적론적·객관적 해석방법은 법률의 문언과 논리적 체계에 국한되지 않고 법의 이념과 가치, 법의 정신을 실현시키기 위하여 법률의 체계를 초월하는 체계초월적 해석방법이라 할 수 있다.

37) 김대휘, “법관의 법발견의 3단계”, 사법연구자료 제13집, 법원도서관, 1986, 28쪽 이하.

38) 박철, “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석”, 법철학연구 제6권 제1호, 한국법철학회, 2003, 232쪽.

나 “법적안정성 및 예측가능성 등을 보장”하기 위해서는 법률 해석 또한 어디까지나 법규의 언어가 가질 수 있는 의미의 한계를 벗어나서는 안된다는 점을 감안한다면, 설사 법규범이 실현하고자 하는 목적이 언어로써 정확하게 표현되지 못한 경우 또는 사회사정의 변동으로 법규범의 문언에 따른 해결이 합리적이 아니라고 판단된다 하더라도, 그 언어적 의미를 넘어서서 당해 규범을 적용하는 것은 해석의 범주를 벗어난다고 볼 수 있다.³⁹⁾ 이러한 이유에서 일본판례 또한 일본민법이 명문으로 타인성을 요구하였기 때문에 목적론적 해석을 통해 문구 자체를 수정하기 보다는 소유권자인 제1양수인의 점유를 타인의 점유로 의제하여 해결할 수밖에 없었을 것이다. 반면에 우리의 경우에는 명문상 물건의 타인성을 요구하지 않으므로 법규의 언어가 가질 수 있는 의미의 한계를 고려할 필요성이 적다. 즉 법률이 ‘타인의 물건’과 ‘물건’이라고 규정된 경우, 전자는 타인성이라는 법규의 언어가 가지는 의미의 한계를 고려해야 하는 것에 반하여 후자처럼 ‘물건’이라고만 규정된 경우에는 ‘물건’이라는 법규의 언어적 의미가 소유권의 귀속성까지 구속하지 않는다.

39) 오히려 이는 법률해석이 아닌 법률의 흠결의 보충이고, 이는 법관에 의한 ‘법형성(Rechtsfortbildung)’이자 ‘법률의 교정(矯正)’이라 할 수 있다. 라렌츠/카라리스, 허일태 옮김, 법학방법론, 세사출판사, 2000, 264쪽 이하. 법관에 의한 법률해석이 법문언의 가능한 의미 안에 있으면, 법률로부터 해당되는 사안에 대한 법을 찾아내는 ‘법발견’이라면, 법률의 흠결의 보충은 ‘법형성’에 해당한다. 즉, “법해석의 일반적인 방법은 법률의 문언의 의미라는 기준에 따라서 법을 적용하는 법관이 법률의 문언적 의미에 해당되는 사안에 대해 법을 찾아내는 작업으로서의 법발견이지만, 해당 사안에 대한 법적용이 법문의 가능한 의미라는 기준을 넘어서게 된다면, 이는 적용될 사안에 대하여 적합한 법규정이 존재하지 않는 이른바 법률의 흠결을 인정하는 것으로서, 이러한 경우에는 보통 유추라는 추론방법에 의하여 관련되는 법의 의미를 찾아 구체적 사안에 적용할 수밖에 없게 된다”는 것이다. 김학태, “법해석에 있어서 법률의 흠결과 사물의 본성”, 외법논집 제37권 제1호 한국외국어대학교 법학연구소, 2013, 306쪽. 법률의 해석과 흠결의 보충은 구별되므로 흠결의 보충은 법률 해석과는 거리가 멀다고 할 수 있다. 박영규, 앞의 논문, 51쪽, 61쪽.

5.2 목적론적 축소해석의 한계

앞에서 살펴본 것(II. 5.1)과 같이 목적론적 축소해석은 제도의 취지뿐만 아니라 민법 전체의 목적 혹은 근본원리 등을 고려하여 해당규범의 적용범위를 제한시켜 결과적으로 축소하여 적용시키는 법해석 방법론이라 할 수 있다.⁴⁰⁾ 즉 목적론적 해석은 입법자에 의해 추구된 목적을 달성하기 위해서 “그 자체로 분명한 원문에 맞서” 축소해석을 통해 해당 규범이 적용되지 않는 경우를 상정하는 것이다.⁴¹⁾ 그러나 목적론적 해석에 있어서 민법 전체의 목적 혹은 근본원리가 무엇인지⁴²⁾에 대한 답을 명확히 할 수 없다는 점에서 이 해석은 한계가 있다.⁴³⁾ 따라서 목적론적 해석이 인정되기 위해서는 최소한 그러한 해석이 인정되는 개별사안들에 대한 (교)집합의 성격이 추상적이거나 규명되어야만 한다.⁴⁴⁾ 제245조 제1항 및 제2항은 시효취득의 목적물에 대해 일본과 같이 타인 소유의 물건으로 규정하고 있지 않다. 이는 문리해석에 의하면 원칙상 자기 소유(a)·타인 소유(b)를 불문하고 시효취득이 인정될 수 있다고 보인다.

40) 한계설정의 부재(은폐의 흡결)를 보충하는 것이 목적론적 축소해석이다. 이는 다른 것을 다르게 취급하기 위한 것이다. 칼 엥기쉬, 안법영/윤재왕 옮김, 법학방법론, 세창출판사, 2012, 257쪽, 주50.

41) Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 6. Aufl., C.H. Beck, 2011, Rn. 903.

42) 학설에 대한 대립은 옥도진, “민법 해석방법의 이론과 실제”, 저스티스 통권 제146-1호, 한국법학원, 2015, 135쪽 참조.

43) 더 나아가 법률의 목적이란 실은 법해석자의 목적설정의 은폐에 불과하다는 비판이 제기된다. 심현섭, “법철학적 법학방법론-법철학과 합리적 법학방법”, 서울대학교 법학 제24권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1983, 216쪽.

44) Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 2. Aufl., Facultas, 2012, S. 91; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Springer, 1991, S. 396. Larenz 또한 ‘판례가 형평을 이유로 행하는 ‘법률의 수정’이며, 이는 분명 ‘사태에 적합한 재판관의 법창조로서 승인되어야’ 한다고 보면서도 이러한 해석을 적용함으로써 법질서가 우선 시하는 원리(예: 미성년자 보호법규)가 침해될지도 모르는 경우에는 이러한 해석은 제한될 수 있다고 본다. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd.II, 5. Aufl., C.H. Beck Verlag, 1962, S. 292.

목적론적 축소해석을 통해 시효취득의 대상을 타인 소유(b)의 물건으로 국한하는 경우에는 축소해석이 인정되는 개별 집합군은 자동적으로 자기 소유 물건에 대한 시효취득이 된다. 더 나아가 자기 소유 물건(a)에 대한 시효취득을 더 세분화 하여 제한하는 경우{내부적 소유권이 인정되는 경우(a*) + 등기를 통해 대내외적 소유권이 인정되는 경우(a**) + 등기 없이 대내외적 소유권이 인정되는 경우(a***)}에는 제한되는 유형의 개별사례군의 교집합적 성격 또한 세부적으로 규명되어야 할 것이다. 우선 학설은 a라는 집합에 대해 시효취득을 부정하는 반면에, 후술하겠지만 (III) 판례는 a**의 경우는 명시적으로 시효취득을 부정하면서도 a*에 대해서는 취득시효제도의 취지 등을 구체적으로 고려하여 시효취득을 인정하고 있다.⁴⁵⁾

또한 시효제도의 목적을 고려하여 명문규정에 배치(?)되는 제한해석을 시도하는 경우에 가장 중요한 것은 제도의 목적이라 할 수 있다. 그렇다면 시효제도의 목적은 무엇인가? 시효는 ‘인류의 경험적 예지에 의해 평화와 안심을 담보하기 위해 최소한의 악(惡)을 허용한다는 사회 계약(pacte social)에 뿌리박힌 제도’라고 할 수 있다.⁴⁶⁾ 즉 시효란 재판 제도에 의해 담보되는 법적 정의(正義)가 본래 요구할 수 없으며, 진실의 탐구와 법 논리의 실현은 한정된 시간의 범위 내에서 이루어 질 수밖에 없는 구조적 한계에서 유래하였다고 할 수 있다. 만약 법제도가 그저 그 자체를 목적으로 언제까지고 진실을 좇으며 정의의 실현에만 끊임없이 전념한다면, 사회는 기능적으로 파탄을 맞이할 운명에 처하게 될 것이다. 법은 현재의 사회질서유지를 위해 존재한다는 점을 간과해서는 안 될 것이다. 요컨대 사회통제라는 [최상의] 실제적인 법의 목적이 한도

45) 제187조에 의해 등기 없이도 대내외적 소유권을 취득할 수 있는데, 이러한 사례를 의미하는 a***²에 대해 판단한 판례는 아직 존재하지 않는다.

46) 瀧澤幸代, “取得時効と登記(1): 二重讓渡ケースを中心に”, 成城法學 19号, 成城大學, 1985, 11頁 이하. 이는 프랑스의 G. Cornu 교수의 견해이기도 하다. G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 1991, n° 1558 et s.

를 초월한 정의의 탐구를 단념시킬 때 비로소 시효제도는 존재 의의를 가지게 된다[법적 안정성 및 거래의 안전 도모를 위해 사실상태를 권리관계로 고조시킬 필요성]. 설사 법제도가 본래 정의(Justice)의 실현을 과제로 삼는 것이라 하더라도 시효제도라는 한정된 시간의 틀(제약)이 진정한 권리자의 보호와 법의 이익을 위해 우선적으로 이바지한다면 실질적으로 정의를 실현한 것이라 할 수 있다. 즉 악마의 증명(probatio diabolica)을 회피시켜[증거곤란의 구제] 진정한 권리자를 보호할 수 있다면 이 또한 법에 의한 정의실현으로 이해할 수 있는 것이다.

5.3 소결

이런 의미에서 이미 유효하게 등기를 통해 소유권을 취득하고 있는 점유자(a**)는 등기를 통해 자신의 권리에 대한 입증의 곤란을 구제할 필요가 없다는 점에서 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정할 필요도 인정할 수도 없을 것이다.⁴⁷⁾ 더 나아가 이미 사실관계와 부합하는 외형을 갖추고 있는 자(유효하게 등기를 갖춘 점유자)를 위해서는 더 이상 사실상태를 권리관계로까지 고조시킬 필요 또한 없게 된다. 따라서 제245조의 명문규정에도 불구하고 목적론적 축소해석을 통해 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 부정하는 경우는 a**의 경우라고 할 수 있으며, a*과 a***에 대해서는 시효취득제도의 존재목적과 구체적 사안에 따라 점유자의 권리보호측면 등을 고려하여 자기 소유 부동산에 대한 시효취득 여부를 판단해야 할 것이다(이하의 표 참조).

47) 취득시효의 성립을 ‘입증 곤란의 구제’에 수렴하고자 하면, 필연적으로 소유권의 소재가 명확한 경우 시효는 인정되지 않을 것이다. 草野元己, 取得時効の研究, 信山社, 1996, 183頁.

a(자기 소유 물건)	a*(내부적 소유권이 인정되는 경우)	a* ¹ (유효한 명의신탁 후 부실 법이 적용되어 무효가 된 경우의 신탁자)	대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다17572 판결
		a* ² (배우자·종중간의 명의신탁에서의 신탁자)	판례 부존재
		a* ³ (양도담보설정권자)	판례 부존재
	a***(유효한 등기에 의해 소유권이 인정 되는 경우)		대상판결 등 다수
	a****(등기 없이 소유권이 인정 되는 경우)	a*** ¹ (구민법상 대항력이 없는소유권자)	대법원 1982. 12. 14. 선고 81다517 판결 등 다수
a*** ² (민법 제187조 등에 의해소유권을 취득한자) ⁴⁸⁾		판례 부존재	
b(타인 소유 물건)			다수의 판례 존재

Ⅲ. 대상판결과 관련된 판례의 태도

1. 자기 소유 부동산의 취득시효를 부정한 판결

대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카26574 판결 및 대법원 1997. 3. 14. 선고 96다55860 판결에서는 “자기 소유의 부동산을 점유하고 있는 상태에서 다른 사람 명의로 소유권이전등기가 된 경우 자기 소유 부동산을 점유하는 것은 취득시효의 기초로서의 점유라고 할 수 없고 그 소유권의 변동이 있는 경우에 비로소 취득시효의 기초로서의 점유가 개시된다”는 취지로 판시하였다. 또한 대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다22083,22090 판결은 위 대판 96다55860을 인용하면서, “중전 토지 소유자가 중전 토지에 대한 환지예정지를 점유하는 것은 자기 소유의 중전 토지에 대한 점유와 그 성질이 같다 할 것이어서, 취득시효의 기초로서의 점유라고

48) 예컨대 형성판결 또는 건물을 신축하여 등기 없이 건물에 대한 소유권을 취득하는 경우가 이에 해당된다.

볼 수 없다”고 판시하였다. 또한 판례는 상속받은 자가 자기 소유의 부동산에 대한 점유를 취득시효의 기초로서의 점유로 볼 수 없다고 판시함으로써(대법원 2008. 6. 26. 선고 2007다7898 판결) 이러한 판결의 입장을 유지한다.

특히 채권자는 사해행위취소의 판결이 확정됨으로써 그 등기 명의를 채무자 앞으로 회복하여 강제집행을 할 수 있게 되었는데, 수익자가 그러한 부담을 안고 있다는 사정을 잘 알고 있는 상태에서 위 판결 전후 기간 동안 부동산을 점유하여 등기부취득시효를 주장한 사안에서, 대법원 2016. 11. 25. 선고 2013다206313 판결은 “부동산에 관한 소유권이전의 원인행위가 사해행위로 인정되어 취소되더라도, 그 사해행위취소의 효과는 채권자와 수익자 사이에서 상대적으로 생길 뿐이다. 따라서 사해행위가 취소되더라도 그 부동산은 여전히 수익자의 소유이고, 다만 채권자에 대한 관계에서 채무자의 책임재산으로 환원되어 강제집행을 당할 수 있는 부담을 지고 있는 데 지나지 않는다. 그러므로 이 사건 각 부동산에 대하여 원고의 등기부취득시효가 인정되려면, 자기 소유 부동산에 대한 취득시효가 인정될 수 있다는 것이 전제되어야 한다. 그러나 부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 하여 그 소유권을 취득한 사람이 당해 부동산을 점유하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 사실상태를 권리관계로 하여 보호할 필요가 없고, 부동산의 소유명의자는 그 부동산에 대한 소유권을 적법하게 보유하고 있는 것으로 추정되어 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요 역시 없으므로, 그러한 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결 참조).”[밑줄은 필자가 첨부]고 보았다.

2. 자기 소유 부동산의 취득시효를 인정한 판결

대법원 1982. 12. 14. 선고 81다517 판결은 피고들의 피상속인 甲으로

부터 1959년 6월 19일 계쟁토지부분을 매수하여 1959년 11월 9일 점유를 개시한 이래 현재까지 이전등기를 하지 않은 채 점유하고 있는 원고가 甲을 소송수계한 피고들에게 점유취득시효완성을 이유로 이전등기를 청구한 사안(a***)에서, “민법 제245조 제1항 소정의 부동산을 점유하는 자라 함은 타인의 부동산을 아무 권리없이 점유하는 자는 물론 소유권이전등기청구권 또는 구 민법상 제3자에게 대항할 수 없는 소유권에 기인하여 점유하는 자도 포함한다”고 하면서 “원고가 1959.6.19 이 사건 토지의 계쟁부분을 매수한 후 소유권이전등기를 마치지 아니한 채 점유하여 온 경우 취득시효의 기산일을 민법 부칙에 의하여 물건변동의 효력이 상실된 날인 1966.1.1 이라고 볼 것은 아니다.”고 하면서 원고의 취득시효의 기산점을 구 민법상 소유권을 취득한 1959년 11월 9일로 보았다. 이 판결은 일본 최고재판소의 판결과 결론에 있어 동일하다.

명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 시효취득을 주장한 사안(a*)⁴⁹⁾에서 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다17572 판결은 “① 취득시효는 당해 부동산을 오랫동안 계속하여 점유한다는 사실상태를 일정한 경우에 권리관계로 높이려고 하는 데에 그 존재이유가 있는 점에 비추어 보면, 시효취득의 목적물은 타인의 부동산임을 요하지 않고 자기 소유의 부동산이라도 시효취득의 목적물이 될 수 있다고 할 것이고 ② 취득시효를 규정한 민법 제245조가 ‘타인의 물건인 점’을 규정에서 빼놓은 것도 같

49) 원고는 1977.1.19. 주식회사 서울은행(구 주식회사 서울신탁은행)으로부터 이 사건 토지를 매수한 후 여동생인 피고와 이 사건 토지에 관하여 피고의 명의로 명의신탁하기로 하였다. 원고는 같은 해 12.8. 이러한 명의신탁약정이 있었다는 것을 알지 못한 위 은행과의 사이에 매수인 명의를 원고로부터 피고로 변경하는 경계계약을 체결하였다. 그 뒤 원고는 위 은행에게 매매대금을 지급하고 그 무렵부터 이 사건 토지를 인도받아 점유·사용하여 왔다. 그리고 원고는 1978.8.11. 위 경계계약에 따라 이 사건 토지에 관하여 피고명의로 소유권이전등기를 경료하였다. 원고는 2000년 피고를 상대로 1997.12.9. 취득시효의 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기하였다. 참고로 원고와 피고사이의 명의신탁의 유형은 계약명의신탁으로 보는 게 일반적이다. 정병호, 앞의 논문, 38쪽 이하 참조.

은 취지에서라고 할 것이다(대법원 1973. 7. 24. 선고 73다559 판결, 대법원 1973. 8. 31. 선고 73다387 판결, 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다9312 판결 등⁵⁰⁾ 참조). “[번호 및 밑줄은 필자가 첨부한 것임]라고 하면서 자기 소유의 목적 부동산의 시효취득을 인정하였다.⁵¹⁾ 이 판결에서 고려해야 할 부분은 유예기간의 도과로 부동산실권리자명의등기에관한법률(이하 ‘부실법’으로 칭하기로 함)의 시행으로 무효로 되기 전까지의 점유와 그 이후의 점유가 다르다는 점이다. 무효가 되기 전의 점유는 명의신탁 약정이 유효하여 내부적으로는 소유권이 신탁자에게 있는 반면에 무효 이후의 점유는 신탁자가 소유권을 가지지 않다는 점에서 자기 소유의 부동산의 시효취득인정여부는 무효가 되기 전의 점유에만 국한된다.⁵²⁾ 대판 2001다17572에서 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정한 것은 신탁자가 명의신탁 약정에 의거하여 수탁자 앞으로 등기를 경료한 후 본인은 미등기 상태에서 내부적 소유권을 가지고 있었으나 이를 입증하기 곤란할 수 있다는 점을 감안하였을 것이며, 법률의 제정으로 명의

50) 정병호, 위의 논문, 53쪽 이하에서는 인용된 판결들이 실질적으로 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정한 판결로 보기 어렵다고 판단한다.

51) 1심인 대구지방법원 제11민사부 2000. 5. 30. 99가합10251 판결이 원고의 청구를 인용하자, 피고는 “원고가 소의 주식회사 서울은행으로부터 이 사건 부동산을 매수하여 피고에게 명의신탁함으로써 그에 대한 소유권을 취득하였으므로, 그 때부터 위 명의신탁약정이 부동산실권리자명의등기에관한법률의 시행으로 무효로 되기 전까지의 기간 동안 점유는 자기 소유의 부동산을 점유한 것으로서 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다”는 이유로 항소하였다. 이에 원심인 대구고등법원 제1민사부 2001. 2. 2. 2000나3812 판결은 “명의신탁된 부동산의 소유권은 대외적으로 수탁자에게 귀속되는 것이어서, 이 사건 부동산에 관하여 피고 명의의 소유권이전등기가 경료된 날로부터 위 법률의 시행일까지의 점유가 자기 소유 부동산의 점유라고는 볼 수 없다”는 이유로, 항소를 기각하였다.[밑줄은 필자가 첨부한 것임]

52) 부동산실권리자명의등기에관한법률에 따른 실명전환의 유예기간(동법 제11조)이 도과하여 동법의 적용을 받아 명의신탁약정이 무효(동법 제12조 제1항, 제4조 제1항)가 되었으므로, 신탁자는 유효한 명의신탁약정을 전제로 하는 내부적 소유권에 기하여 수탁자에게 이전등기를 청구할 수 없기 때문에 신탁자 입장에서는 시효취득의 주장이 필요할 수밖에 없을 것이다. 정병호, 앞의 논문, 38쪽.

신탁약정 또한 무효가 되어 사실상태만 존재할 뿐 실질적으로 어떠한 권리(내부적 소유권 포함)도 가지고 있지 않다는 점에 주목하였기 때문이라고 판단된다. 다만 이미 우리 판례가 대판 2001다17572의 사안처럼 명의신탁자가 명의신탁의 약정에 의해 내부적 소유권을 상실한 경우에 수탁자를 상대로 부당이득으로 부동산 자체의 반환을 소유권이전 등기 청구권의 형태로 인정하고 있다는 점을 고려하면, 어느 정도 신탁자가 자신의 사실상태를 권리상태로 회복할 여지를 만들어 두고 있다고 할 수도 있다.⁵³⁾ 그러나 신탁자가 수탁자에게 가지는 소유권 이전등기청구권의 법적성질은 부당이득반환청구권에 해당하므로 소멸시효에 걸릴 수 있다는 점⁵⁴⁾에서 여전히 신탁자는 자신의 사실상태를 시효취득에 의해 권리관계로 승격시킬 유인(incentive)은 존재한다고 할 수 있다.

대판 2001다17572의 법리는 소유권의 관계적 분열이 인정되는 경우

53) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000다21123 판결은 “부동산실권리자명의등기에관한법률 제4조 제1항, 제2항의 규정에 의하면, 명의신탁자와 명의수탁자가 명의신탁 약정을 맺고, 이에 따라 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 기하여 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 마친 경우에는 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁 약정의 무효에도 불구하고 그 소유권이전등기에 의한 당해 부동산에 관한 물건변동 자체는 유효한 것으로 취급되어 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 부동산실권리자명의등기에관한법률 시행 전에 위와 같은 명의신탁 약정과 그에 기한 물건변동이 이루어진 다음 부동산실권리자명의등기에관한법률 제11조에서 정한 유예기간 내에 실명등기 등을 하지 않고 그 기간을 경과한 때에도 같은 법 제12조 제1항에 의하여 제4조의 적용을 받게 되어 위 법리가 그대로 적용되는 것인바, 이 경우 명의수탁자는 명의신탁 약정에 따라 명의신탁자가 제공한 비용을 매매대금으로 지급하고 당해 부동산에 관한 소유명의를 취득한 것이고, 위 유예기간이 경과하기 전까지는 명의신탁자는 언제라도 명의신탁 약정을 해지하고 당해 부동산에 관한 소유권을 취득할 수 있었던 것이므로, 명의수탁자는 부동산실권리자명의등기에관한법률 시행에 따라 당해 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득함으로써 당해 부동산 자체를 부당이득하였다고 보아야 할 것이고, 부동산실권리자명의등기에관한법률 제3조 및 제4조가 명의신탁자에게 소유권이 귀속되는 것을 막는 취지의 규정은 아니므로 명의수탁자는 명의신탁자에게 자신이 취득한 당해 부동산을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.”[밑줄은 필자가 첨부]고 본다.

54) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다42505 판결 등.

에 모두 적용되는 것으로 볼 수 있는가? 예컨대 부실법 제8조(중중, 배우자 및 종교단체에 대한 특례)에 의해 부실법이 적용되지 않는 중중·배우자 간의 명의신탁의 경우에는 소유권의 관계적 분열이 그대로 인정되는데 대판 2001다17572에 따라 신탁자는 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 원용할 수 있는지가 문제된다(a*²). 이 경우 명의신탁 약정이 있었다는 점에 대해 입증의 곤란을 구제할 필요성이 있으나 신분상의 특수관계(신탁자와 수탁자가 배우자 사이라는 점, 수탁자가 신탁자인 중중의 구성원이라는 점)를 가지고 있다는 점에서 부실법이 적용되는 명의신탁에 비하여 입증의 곤란을 구제할 필요성은 더 적다고 할 수 있다. 더 나아가 대판 2001다17572의 사안에서는 신탁자가 내부적 소유권까지 상실된 경우이지만 중중·배우자의 명의신탁에서는 여전히 내부적 소유권을 가지고 있다는 점에서 신탁자를 실질적으로 보호할 필요성 또한 적다고 할 수 있다. 향후 판례가 이에 대해 어떠한 태도를 취할것인지 귀추가 주목된다.

한편 소유권의 관계적 분열이 인정되는 양도담보에서 내부적(대내적) 소유권자인 양도담보 설정자⁵⁵⁾가 대판 2001다17572에 따라 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 원용할 수 있을 것인지가 문제된다(a*³). 이와 관련하여 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다21649 판결은 양도담보설정자인 A가 양도담보권자인 B에게 이전등기를 경료한 후에도 점유를 계속하여 20년을 도과한 후 시효취득완성을 이유로 소유권이전등기를 구하는 소를 제기한 사안⁵⁶⁾에서 “부동산점유취득시효는 원시취득에 해당하

55) 양도담보의 법적성질을 신탁적 소유권 이전으로 보는 견해는 양도담보설정자에게 내부적(대내적) 소유권이 양도담보권자에게 대외적 소유권이 있다고 본다. 이영준, 물권법(전정신판), 박영사, 2009, 983쪽 이하.

56) 사안을 구체화하면 다음과 같다. 갑은 1941.4.18. 경 을로부터 돈을 차용하면서 차용금 상환채무를 담보할 목적으로 갑 소유의 일련의 토지들(이하 ‘이 사건 토지’로 칭하기로 함)을 을에게 양도하였다. 원고가 1990.8.22. 갑을, 피고들이 불상연월일경 을을 각 상속하였다. 원고가 피고들을 상대로 1990.8.22.부터 20년 간 계속하여 이 사건 토지를 소유의 의사로 점유하여 이를 시효취득 하였음을 이유로 그 소유권이전등기를 구하는

므로 특별한 사정이 없는 한 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한에 의하여 영향을 받지 아니하는 완전한 내용의 소유권을 취득하는 것이지만, 진정한 권리자가 아니었던 채무자 또는 물상보증인이 채무담보의 목적으로 채권자에게 부동산에 관하여 저당권설정등기를 경료해 준 후 그 부동산을 시효취득하는 경우에는, 채무자 또는 물상보증인은 피담보채권의 변제 의무 내지 책임이 있는 사람으로서 이미 저당권의 존재를 용인하고 점유하여 온 것이므로, 저당목적물의 시효취득으로 저당권자의 권리는 소멸하지 않는다. 이러한 법리는 부동산 양도담보의 경우에도 마찬가지이므로, 양도담보권설정자가 양도담보부동산을 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유하였다고 하더라도, 양도담보권자를 상대로 피담보채권의 시효소멸을 주장하면서 담보 목적으로 경료된 소유권이 전등기의 말소를 구하는 것은 별론으로 하고, 점유취득시효를 원인으로 하여 담보 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없고 이와 같은 효과가 있는 양도담보권설정자 명의의 소유권이전등기를 구할 수도 없다.”[밀줄은 필자가 첨부한 것임]고 판단하였다.⁵⁷⁾ 위 판결은 양도담보설정자의 시효취득을 인정함을 전제로 하고 있으나, 실질적으로는 양도담보권자가 자기 소유 부동산을 시효취득할 수 있는지 하는 선행문제의 해결을 간과하고 있다. 만약 양도담보의 법적성질을 제한물권(담보권)설로 보면, A는 여전히 자기 소유인 부동산을 시효취득한 것이라는 점에서 종래 판결과 차별화되는 판결이 될 수 있을 것이다. 반면에 신탁적 소유권 이전설로 보게 되더라도, A는 B와의 관계에서 소유권 자라는 점에서 자기 소유의 부동산에 대한 시효취득을 인정한 것으로

소를 제기하였다.

57) 참고로 원심인 대전지방법원 2014. 2. 6. 선고 2012나10520 판결은 양도담보권자인 B는 담보 목적의 범위에서 이 사건 토지의 소유권을 신탁적으로 취득할 뿐이고, 양도담보설정자인 A는 실질적 소유자로서 소유의 의사로 위 토지를 점유·사용해 왔다고 할 것이므로, A의 상속인으로서 그 점유를 승계한 원고 또한 위 토지를 자주점유하여 왔다고 전제한 다음, 원고는 A로부터 점유를 상속받은 1990.8.22.부터 20년이 경과한 2010.8.22. 이 사건 토지를 시효취득 하였다고 판단하여 원고의 청구를 인용하였다.

볼 수 있다.⁵⁸⁾ 결과론적으로 위 판결은 자기 소유의 부동산에 대하여 시효취득을 인정한 판결로서 의미를 가진다고 할 수 있다. 다만 전자의 경우는 등기 없이 대내외적 소유권이 있는 경우에 대한 판결로서 의미를 가질 수 있는 반면에, 후자는 대판 2001다17572의 연장으로 볼 수 있을 것이다. 대판 2014다21649가 이에 대해 아무런 설시가 없다는 점에서 결론의 타당성 여부는 차지하더라도 논의의 선후관계에 있어 오해가 소지가 다분하다는 점에서 재고가 필요하다.⁵⁹⁾

3. 검토

대법원은 자기 소유의 부동산을 점유하고 있는 상태에서 다른 사람 명의로 소유권이전등기가 된 경우 자기 소유 부동산을 점유하는 것은 취득시효의 기초로서의 점유라고 할 수 없고, 그 소유권의 변동이 있는 경우에 비로소 취득시효의 기초로서의 점유가 개시되는 것이라는 입장을 견지하여 왔는데(대판 88다카26574 등), 부동산에 관하여 이른바 계약명의신탁을 하고 명의신탁자가 그 부동산을 점유하면서 명의수탁자에 대하여 점유취득시효를 주장한 경우 시효취득을 인정함으로써(대판 2001다17572) 종전 판결들과의 상충 여부 또는 그 적용 범위에 대한 논란이 발생하였다. 그러나 대상판결을 포함한 이후의 판결 등에서는 부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 마치고 그 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우⁶⁰⁾에는 특별한 사정이 없는 한 시효취득을 위한 점유로 인정받을 수 없다는 점을 명확히 하고 있다.⁶¹⁾

58) 이에 대한 접근은 이동진, 앞의 논문, 76쪽 이하 참조.

59) 이동진, 위의 논문, 78쪽 이하에서는 ‘자기 소유 부동산에 대한 시효취득’을 부정하는 입장에서 동 판결이 시효취득을 인정하지 않음으로써 같은 결론에 도달하는 것이 타당하다고 본다.

60) 부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 마치지 않고 그 소유권을 취득하는 경우를 실제로 찾기는 어려울 것이다.

61) 왜냐하면 이런 상태에서는, 사실상태를 권리관계로 높여 보호할 필요가 없고, 부동산

생각건대 우리 판례는 소유권의 관계적 분열을 인정하면서, 대외적으로는 등기를 갖추지 못하여 소유권을 가지지 못하나 내부적으로 소유권을 가지는 경우에 한하여 자기 소유의 부동산에 대한 시효취득을 인정하고 있다고 볼 수 있다. 대상판결이 “상고이유로 들고 있는 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다17572 판결은 부동산에 관하여 이른바 계약명의신탁을 하고 명의신탁자가 그 부동산을 점유하면서 명의수탁자에 대하여 점유취득시효를 주장한 사안에 관한 것으로서, 이 사건에 원용할 수 있는 적절한 선례가 아니다.”라고 하고 있어 대상판결에 의해 대판 2001다17572가 폐기되지 않았다는 점은 명확하다.⁶²⁾ 요컨대 판례는 자기 소유 부동산에 대한 시효취득 여부를 전부 아니면 전무(all or nothing)로 판단하지 않고 구체적인 사실관계 등을 종합적으로 고려하여 실질적 보호의 필요성이 충족되는 경우에 한하여 자기 소유 부동산에 대한 취득시효를 인정하고 있다고 할 수 있다.⁶³⁾ 이러한 맥락에서 대상판결은 “원고의 점유취득시효 주장은 자기가 소유하는 이 사건 부동산에 대하여 소유권 취득 이전부터 존재하던 가압류의 부담에서 벗어나기 위한

의 소유명의자는 그 부동산에 대한 소유권을 적법하게 보유하는 것으로 추정되어 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요 역시 없어, 그러한 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없기 때문이다. 참고로 현행 민법하에서도 제한적으로 소유권 취득에 있어서 등기를 요하지 않는 경우가 있는데(제187조), 제187조에 의하여 완전한 소유권을 취득한 상태에서 등기를 경료하지 않은 채 해당 부동산을 점유, 사용하고 있는 소유자가 입증의 편의 등을 위하여 등기명의자를 상대로 점유시효취득을 주장할 수 있는지 여부가 문제될 수 있을 것으로 생각된다.

- 62) 즉 대상판결은 부동산 취득시효 제도의 존재이유를 근거로 특별한 사정이 없는 한 자기 소유 부동산을 점유하는 것은 취득시효의 기초가 되는 점유가 될 수 없음을 설명하고, 위 2001다17572 판결은 등기까지 마쳐진 자기 소유의 부동산을 점유한 이 사건에 적용될 수 없다는 점을 명시적으로 확인하였다는 점에 의미가 있다.
- 63) 이러한 판례의 입장은 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정할 것인지에 대해서 소유권자의 실질적 보호가 필요한 구체적 사안을 개별화 하여 시효취득을 인정함으로써 충돌되는 가치관에 대한 중용을 모색하였다고 할 수 있다. 법학에 있어 중용의 모색이 가지는 중요성에 대해서는 Bydlinski, “Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft”, *AcP* 204, Mohr Siebeck, 2004, p. 309, p. 310 ff. 참조.

것에 지나지 아니하여 사실상태를 권리관계로 높여 보호하거나 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요가 있다고 할 수 없다⁶⁴⁾는 것을 이유로 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 부인하였다고 할 수 있다. 그런데 보호할 필요가 없는 (대상판결의 사안에서의) 원고의 주장을 배척하기 위해 굳이 해석으로 제245조의 대상을 제한할 필요가 있었을 것인지에 대해서는 의문이 남는다. 대판 2014다21649가 ‘자기 소유 부동산에 대한 시효취득’을 부정하지 않고 ‘**시효취득을 주장하는 자가 이미 저당권의 존재를 용인하고 점유하여 온 것이므로**, 저당목적물의 시효취득으로 저당권자의 권리는 소멸하지 않는다’고 하여 저당권자를 보호한 것도 구체적 타당성을 다른 측면에서 실현한 것으로 이해할 수 있다.⁶⁴⁾ 구체적 타당성을 실현하기 위해 법률의 문언을 제한하는 방법과 판례가 소멸시효의 효과와 관련하여 형성한 법리(점유취득시효는 원시취득에 해당하므로 완성 전에 원소유자에 가하여진 각종 제한은 소멸한다)를 제한하는 방법 중 어떠한 방법이 더 바람직하다고 할 수 있을까? 대상판결에서 가등기 권리자를 보호하는 방법과 대판 2014다21649에서 양도담보권자(또는 저당권자)를 보호하는 방법은 달라질 필요가 있는가? 참고로 일본에서는 부동산 시효취득을 주장하는 자가 부동산에 설정된 제한(가등기, 저당권)의 소멸을 주장하는 경우에 시효취득의 대상이 타인 소유의 물건인지를 판단하지 않고 시효취득완성자가 부동산에 설정된

64) 즉 점유취득시효완성자가 저당권 등의 존재를 인식하고 용인하였다면 저당권 등은 소멸하지 않는다는 것이다. 더 나아가 채무자 또는 저당권 설정자가 시효취득한 경우에는 일본 민법 제397조채무자 또는 저당권설정자가 아닌 자가 저당부동산에 대하여 취득시효에 필요한 요건을 구비한 점유를 한 때에는 저당권은 이에 의하여 소멸한다.)에 의해 저당권은 소멸되지 않는다. 참고로 프랑스의 일부견해는 시효기간 중에 원소유자에 의해 설정된 저당권이 적법하게 공시되었다면, 충분히 점유자가 이를 알았거나 알 수 있을 것이라는 이유에서 취득시효가 완성되더라도 저당권은 존속하도록 하는 것이 타당하다고 본다. Nadège Reboul-Maupain, *Droit des biens*, Dalloz, 4^e éd, Dalloz, 2012, n° 466. 만약 이러한 점유자가 유효하게 등기를 갖춘 자라면 더 쉽게 저당권이 설정되었음을 쉽게 인식할 수 있었다는 점에서 시효취득완성을 이유로 저당권의 소멸을 주장할 수 없을 것이다.

제한을 용인하였는지를 판단하여 시효취득의 효과를 제한하고 있다.⁶⁵⁾ 대상판결과 같이 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 제한하는 경우는 목적론적 축소해석으로 이해될 수도 있으나, 바라보는 관점에 따라서는 초법률적 법형성(Rechtsfortbildung contra legem)이라는 비판을 받을 여지가 다분하다는 점에서,⁶⁶⁾ 대판 2014다21649처럼 시효취득은 인정하되 가등기 및 저당권의 소멸을 제한하는 것이 해석의 한계를 넘지 않으면서 구체적 타당성을 실현하는 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.⁶⁷⁾

IV. 맺음말

자기 소유 부동산을 다시 시효취득으로 소유권을 취득하는 것이 이상할 수도 있지만, 일부 판례(대판 2001다17572)와 학설은 자기 소유라도

65) 大判 昭和13(1938)年 2月 12日, 全集 5輯 6号 259頁. 일본의 학설은 일반적으로 저당권의 존재에 대해 악의였다면, 저당권의 존재를 승인하였다고 보기도 한다. 大久保邦彦, “判批”, 民商法雜誌 146卷 6号, 有斐閣, 2012, 572頁.

66) 김진우, “독일의 부동산취득시효와 그 시사점”, 민사법의 현대적 과제와 전망: 남강서광민교수 정년기념논문집, 두성사, 2007, 114쪽. 특히 이 견해는 악의의 무단점유의 경우에는 자주점유의 추정이 깨어진다고 판시한 대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 판결을 전형적인 초법률적 법형성이라고 비판한다. 일응 타당한 지적이라고 생각된다. 다만 대상판결은 대판 95다28625와는 다른 점이 있다. 제245조 제1항과 제245조 제2항은 취득시효의 객체를 타인 소유의 부동산이 아닌 부동산으로 동일하게 규정하고 있는 반면에 제245조 제2항은 제245조 제1항과 달리 선의·무과실을 요건으로 하고 있다. 요컨대 대판 95다28625가 제245조 제1항의 취득시효와 관련하여 악의의 무단점유자의 자주점유의 추정이 깨어진다고 본 것은 결과적으로 제245조 제1항의 요건에 ‘선의의 요건’을 추가한 것으로서 제245조 제2항과 다르게 규정한 초법률적 법형성이라고 할 수 있다. 그러나 시효취득의 객체와 관련하여서는 제245조 제1항 및 동조 제2항에 차이가 없어 대상판결과 같은 목적론적 축소해석이 초법률적 법형성이라고 보기도 어려운 면이 있다.

67) 즉 취득시효의 효과에 대해서는 우리 민법에 구체적으로 규정되어 있지 않다는 점에서 이는 입법자들이 판례와 학설에 위임하였다고 볼 여지가 있으므로 시효취득의 효과를 제한하는 해석은 법형성이 아닌 법해석으로서의 법발견이 될 수 있다.

소유권의 입증이 곤란할 수 있고, 누구 소유인지에 관계없이 기존의 사실상태를 권리관계화하고자 하는 시효제도의 취지에 비추어 이를 긍정한다. 반면에 일부 판례(대상판결)은 사실상태를 권리관계로 높여 보호할 필요가 없는 경우, 부동산의 소유명의자와 같이 그 부동산에 대한 소유권을 적법하게 보유하고 있는 것으로 추정되어 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요가 없는 경우에는 자기 소유의 부동산에 대한 시효취득을 인정하지 않는다. 그렇다면 소유권의 입증이 곤란하고 누구 소유인지에 관계없이 기존의 사실상태를 권리관계화시킬 필요가 있는 경우란 어떠한 경우를 말하는가? 전형적인 예로 일본은 이중양도에서 제1매수인이 등기하기 전에 제2매수인이 먼저 등기를 경로하여 제1매수인이 제2매수인에게 대항할 수 없는 경우를 들고 있는 반면에, 우리는 구 민법상 대항력을 잃은 소유권자를 보호할 필요성이 있는 경우(a****) 및 유효한 명의신탁약정에 기하여 수탁자 앞으로 등기가 경로된 이후(신탁자는 내부적 소유권 취득)에 부실법의 제정으로 명의신탁약정이 무효가 되어 신탁자가 내부적 소유권까지 잃게 되어 신탁자를 보호할 필요성이 있는 경우(a*)를 든다. 유효한 등기에 기하여 대내외적으로 소유권을 가지는 자(a**)에게는 시효취득을 인정하고 있지 않은 대법원이 민법 제187조에 의해 등기 없이 대내외적 소유권을 가지는 자(a***²)에 대한 시효취득을 부인할 것인지는 의문이다. 더 나아가 내부적 소유권을 가지는 자(a*)에 대한 시효취득이 문제되는 경우에도 대판 2001다 17572와 같은 특수한 사실관계(부실법 적용 전에 명의신탁 약정이 있었다는 점, 유예기간의 도과로 부실법이 적용되어 내부적 소유권을 상실하였다는 점)가 충족되는 경우(a*)에 한하여 인정할 것인지, 아니면 소유권의 관계적 분열이 인정되는 다른 사안(부실법이 적용되지 않는 명의 신탁사안인 a*², 양도담보사안인 a*³)에서도 취득시효를 인정할 것인지에 대해서는 여전히 검토의 여지가 남아 있다. 점유자의 실질적 보호를 위해 자기 소유 부동산에 대한 시효취득의 인정여부를 구체적 유형에

따라 달리 판단하고 있는 대법원이 향후 판례가 부존재하는 몇 가지 유형에서 어떠한 입장을 취할 것인지 귀추가 주목되며, 학계 또한 이에 대한 진지한 고민이 필요할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직(편집대표), 민법주해 V: 물권(2), 박영사, 1992.
- 김용담(편집대표), 주석민법 제4판: 총칙(1), 한국사법행정학회, 2010.
- _____, 주석민법 제4판: 물권(1), 한국사법행정학회, 2011.
- 김준호, 물권법 제7판, 법문사, 2014.
- 김중환/김학동, 물권법 제9판, 박영사, 1997.
- 라렌츠/카라리스, 허일태 옮김, 법학방법론, 세상출판사, 2000.
- 명순구, 실록 대한민국 민법, 법문사, 2010.
- 송덕수, 물권법, 박영사, 2013.
- 이영준, 물권법 전정신판, 박영사, 2009.
- 갈 앵기쉬, 안법영/윤재왕 옮김, 법학방법론, 세창출판사, 2012.
- 松久三四彦, 時効制度の構造と解釋, 有斐閣, 2011.
- 我妻榮, 新訂 民法總則, 岩波書店, 1965.
- 川島武宜 編/安達三季生, 注釋民法(5), 有斐閣, 1967.
- 草野元己, 取得時効の研究, 信山社, 1996.
- Alexy, *Theorie der juristischen Argumentationen*, Suhrkamp, 1978.
- Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 2. Aufl., Facultas, 2012.
- G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien,

1991.

Fikentscher/Heinemann, *Schuldrecht*, 10. Aufl., De Gruyter, 2006.
 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Springer, 1991.
 Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd.II, 5. Aufl., C.H. Beck Verlag, 1962.
 Nadège Reboul-Maupain, *Droit des biens*, Dalloz, 4e éd, Dalloz, 2012.
 Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 6. Aufl., C.H. Beck, 2011.

2. 학술지

김대휘, “법관의 법발견의 3단계”, 사법연구자료 제13집, 법원도서관, 1986, 5-35쪽.
 김진우, “독일의 부동산취득시효와 그 시사점”, 민사법의 현대적 과제와 전망: 남강 서광민교수 정년기념논문집, 두성사, 2007, 88-116쪽.
 김학태, “법해석에 있어서 법률의 흠결과 사물의 본성”, 외법논집 제37권 제1호 한국외국어대학교 법학연구소, 2013, 293-308쪽.
 박영규, “규정의 목적과 해석”, 서울법학 제15권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2008, 49-76쪽.
 박철, “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석”, 법철학 연구 제6권 제1호, 한국법철학회, 2003, 185-236쪽.
 심현섭, “법철학적 법학방법론-법철학과 합리적 법학방법”, 서울대학교 법학 제24권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1983, 1-14쪽.
 옥도진, “민법 해석방법의 이론과 실제”, 저스티스 통권 제146-1호, 한국 법학원, 2015, 123-163쪽.
 이동진, “양도담보설정자의 담보목적물에 대한 시효취득 허부”, 민사법 학 제77호, 한국민사법학회, 2016, 69-102쪽.
 정병호, “부동산명의신탁자의 점유취득시효: 자기 소유 부동산의 시효 취득이 가능하다는 일반론을 중심으로”, 민사판례연구 XXV,

박영사, 2003, 32-60쪽.

鎌田薫, “取得時効と登記”, 法學セミナ- 304号, 日本評論社, 1980, 35-39頁.

大久保邦彦, “自己の物の時効取得について (一)/(二・完)”, 民商法雜誌
101卷 5・6号, 有斐閣, 1990, 643-670頁, 782-819頁.

大久保邦彦, “判批”, 民商法雜誌 146卷 6号, 有斐閣, 2012, 563-578頁.

瀧澤聿代, “取得時効と登記・再論”, 成城法學 64号, 成城大學, 2001,
5-28頁.

瀧澤聿代, “取得時効と登記(1): 二重讓渡ケースを中心に”, 成城法學 19
号, 成城大學, 1985, 1-40頁.

安達三季生, “取得時効と登記”, 法學志林 65卷 3号, 法政大學法學志林
協會, 1968, 1-84頁.

宇佐見大司, “取得時効の起算点-一つの覺書-”, 愛知學院大學論叢法學
研究 25卷 1号, 愛知學院大學, 1981, 19-60頁.

田井義信, “取得時効と登記”, 同志社法學 161号, 同志社大學, 1980,
113-142頁.

N. H. Andrews, “Reform of Limitation of Actions: The Quest for Sound
Policy”, *Cambridge Law Journal* Vol.57 No.3, Cambridge University
Press, 1998, pp. 589-610.

Bydlinski, “Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der
Privatrechtswissenschaft”, *AcP* 204, Mohr Siebeck, 2004, S.
309-395.

[Abstract]

A Study on the Admissibility of Acquisitive Prescription of Personal Real Estate Ownership

**–Korean Supreme Court Decision
2016Da224596 Delivered on October 27, 2016–**

Seo, Jong-Hee*

When it comes to the acquisitive prescription, the Korean Civil Code does not require ‘a person who possesses the property of another person’ in contrast to Article 162 of the Japanese Civil Code. If so, can possessor acquire own property by acquisitive prescription? In case of personal real estate ownership it is a common view that the acquisitive prescription is acceptable. The rationale is as follows: First, the reason for the existence of the acquisitive prescription is to promote stability of the social order and to lighten difficulty in the burden of proof. Second, it is a system to raise the status of facts to a right relation without asking who possesses it. Third, acquisitive prescription is original acquisition. At last, the Korean Civil Code does not require ‘a person who possesses the property of another person’. However, the evidence presented above is logically poor.

If he/she owns such property for sure through valid registration, Korean Supreme Court regards that there is no need to claim acquisitive prescription.

* Assistant professor, Law School of Konkuk University

While if he/she owns such property for sure without registration, Korean Supreme Court admit acquisitive prescription of personal real estate ownership to raise the status of facts of possessor to legal relationship.

More careful consideration is needed as to whether the position of the dichotomous case will be maintained.

[Key Words] Acquisitive Prescription, Object of Acquisitive Prescription, Difficulty in the Burden of Proof, Acquisitive Prescription of Personal Real Estate Ownership, Original Acquisition, Korean Supreme Court Decision 2016Da224596 Delivered on October 27, 2016