

대 법 원

판 결

사 건 2007다15172(본소) 점유토지반환및손해배상

2007다15189(반소) 소유권이전등기

원고(반소피고), 피상고인

원고

피고(반소원고), 상고인

피고

소송대리인 변호사 류종완

원 심 판 결 창원지방법원 2007. 1. 25. 선고 2006나6052(본소),

2006나6069(반소) 판결

판 결 선 고 2009. 7. 16.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 창원지방법원 본원 합의부에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 부동산에 대한 점유취득시효가 완성된 후 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자 명의의 소유권이전등기

가 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(대법원 1994. 3. 22. 선고 93다46360 전원합의체 판결 등 참조).

그리고 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 변경된다고 하더라도 그 사유만으로는 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파괴한 것이라고 볼 수 없어 취득시효를 중단할 사유가 되지 못하므로(대법원 1976. 3. 9. 선고 75다2220,2221 판결, 대법원 1997. 4. 25. 선고 97다6186 판결 등 참조), 새로운 소유명의자는 취득시효완성 당시 권리의무 변동의 당사자로서 취득시효완성으로 인한 불이익을 받게 된다 할 것이어서 시효완성자는 그 소유명의자에게 시효취득을 주장할 수 있는바(대법원 1973. 11. 27. 선고 73다1093,1094 판결, 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다43329 판결 등 참조), 이러한 법리는 위와 같이 새로이 2차의 취득시효가 개시되어 그 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 다시 변경된 경우에도 마찬가지로 적용된다고 봄이 상당하다.

따라서 종래 이와 달리 부동산의 취득시효가 완성된 후 토지소유자가 변동된 시점을 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장하려면 그 새로운 취득시효기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 한다는 취지로 판시한 대법원 1994. 3. 22. 선고 93다46360 전원합의체 판결, 대법원 1994. 4. 12. 선고 92다41054 판결, 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다18577 판결, 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다40688 판결, 대법원 2001. 12. 27. 선고 2000다43963 판결은

모두 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

2. 원심판결 및 원심이 적법하게 채용한 증거들에 의하면, 밀양시 삼문동 (지번, 지목 및 면적 1 생략) 외 3필지는 1987. 9. 26. 같은 동 (지번, 지목 및 면적 2 생략)(이하 '이 사건 대지'라 한다)로 합병된 사실, 합병 전의 이 사건 대지에 관하여 1982. 2. 15. 소외 1 명의로 소유권이전등기가 경료된 후, 이 사건 대지에 관하여 1988. 3. 25. 소외 2 명의로, 1988. 9. 10. 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다) 명의로 각 소유권이전등기가 순차로 마쳐진 사실, 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 1961. 1.경 이 사건 대지와 연결한 같은 동 (지번, 지목 및 면적 3 생략)(이하 '이 사건 매수토지'라 한다)를 소외 3로부터 매수하면서 이 사건 대지의 일부인 이 사건 계쟁토지의 점유를 승계하여 텃밭으로 점유·사용하여 온 사실 등을 알 수 있다.

앞에서 본 법리를 위 사실관계에 비추어 살펴보면, 피고는 최초 점유일로부터 기산하여 이 사건 계쟁토지에 관한 1차의 취득시효가 완성된 후 이를登記하지 않고 있는 사이에 이 사건 대지에 관하여 이루어진 소외 1 앞으로의 소유권 변동시를 새로이 2차의 취득시효 기산점으로 삼을 수 있고, 그때로부터 2차의 취득시효기간이 경과하기 전에 이 사건 대지의 등기부상 소유명의를 취득한 원고에게 이 사건 계쟁토지에 관한 시효취득을 주장할 수 있다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 이와 달리 원심은, 소외 1 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 이후에 소외 2 및 원고 명의로 소유권이전등기가 순차로 마쳐졌다는 이유로 소외 1 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 시점을 새로운 취득시효의 기산점으로 삼을 수는 없다고 판단하여 피고의 취득시효완성 주장을 배척한 후 이를 이유로 이 사건 계쟁토지에 관한 소유권이전등기를 구하는 피고의 반소청구를 기각하고 인도를 구하는 원

고의 본소청구를 인용하였으니, 이러한 원심판결에는 부동산 점유취득시효가 완성된 후의 새로운 점유취득시효 진행에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

이에 따라 환송 후 원심은 이 사건 매수토지와 계쟁토지의 각 면적, 공부상의 지적과 경계를 달리하여 주변 토지들에 대한 점유가 이루어진 경위, 피고가 점유하고 있지 아니한 피고 소유 토지 부분의 귀속 등 관련 사정 등을 함께 참작하여, 원고의 타주점유 주장에 나아가 살펴보아야 할 것이다.

3. 그러므로 원심판결을 모두 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 박일환, 대법관 김능환, 대법관 신영철의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관들의 의견이 일치되었고, 다수의견에 대한 대법관 김영란, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안의 보충의견과 대법관 박시환의 보충의견이 있다.

4. 대법관 박일환, 대법관 김능환, 대법관 신영철의 반대의견은 다음과 같다.

가. 우리 민법 제186조는 "부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다."고 하여 이른바 형식주의의 대원칙을 규정하면서 제187조 본문에서는 "상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다."고 규정하고 있는데, 점유로 인한 부동산소유권의 취득에 관하여는 제245조 제1항에서 "20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다."라고 규정함으로써 그 소유권의 취득이 제187조 본문에서 말하는 '기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득'에 해당하지 않음을 명백하게 선언하고 있다. 그 결과, 부동산에 대한

점유취득시효기간이 완성된 자와 그 부동산에 관한 물권의 득실변경에 관한 법률행위를 하고 그에 따른 등기를 한 자 사이의 이해의 충돌을 피할 수 없게 되었다.

이러한 우리 민법의 규정에 대한 입법정책적인 관점에서의 비판과 의문은 별론으로 하고, 그 해석론을 전개함에 있어서는 점유취득시효가 완성되었다는 것만으로는 당연히 그 부동산의 소유권을 취득할 수 없고 등기를 하여야만 비로소 그 소유권을 취득하며 이를 위하여 점유취득시효기간이 완성된 당시의 등기부상 소유자에 대하여 등기청구권을 가지는 것으로 볼 수밖에 없는 불완전한 권리자인 점유취득시효가 완성된 자의 지위 내지 이익이 적절히 보호되도록 하여야 함은 물론이지만, 부동산에 관한 물권의 득실변경에 관한 이른바 형식주의의 대원칙과 그에 따른 공신력이 훼손됨으로써 거래의 안전이 위협받는 것을 최소화하도록 유의할 필요가 있다.

그리하여 종래 대법원은, 주지하는 바와 같이, 위와 같이 대립되는 두 가지 요청 사이의 적절한 접점과 조화점을 찾으려 노력한 끝에, 부동산의 점유취득시효와 관련하여 다음과 같은 몇 가지 원칙과 기준을 정립해 왔다. 즉 첫째로, 부동산에 대한 점유취득시효기간이 완성된 경우에 그 부동산의 원소유자는 권리변동의 당사자이므로 점유자는 원소유자에 대하여 등기 없이도 그 부동산의 시효취득을 주장하여 대항할 수 있는 반면에 원소유자는 점유자에 대한 이전등기의무자로서 소유권에 기한 권능을 행사할 수 없다(대법원 1977. 3. 22. 선고 76다242 판결, 대법원 1993. 5. 25. 선고 92다51280 판결 등 참조. 이른바 제1원칙). 둘째로, 점유취득시효기간이 완성되기 전, 그 진행 중에 등기부상의 소유자가 변경된 경우에 있어서는, 이는 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파괴한 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 있다(대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2416 판결, 대법원 1989. 4. 11. 선고 88다카5843,5850 판결 등 참조. 이른바 제2원칙). 셋째로, 점유취득시효가 완성되었다고 하더라도 그에 따른 등기를 하지 않고 있는 사이에 제3자가 그 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료한 경우에는, 그 제3자는 점유취득시효완성으로 인한 권리변동의 당사자가 아니므로 점유자는 그 제3자에 대하여 취득시효완성의 효과를 주장하여 대항할 수 없다(대법원 1964. 6. 9. 선고 63다1129 판결 등 참조. 이른바 제3원칙). 넷째로, 이른바 제3원칙이 적용되는 당연한 결과로서, 점유취득시효가 언제 완성되는지에 따라 점유자와 제3자의 우열 및 대항력이 달라지게 되므로 점유자는 실제로 점유를 개시한 때를 점유취득시효의 기산점으로 삼아야 하고 그 기산점을 임의로 선택할 수 없다(대법원 1965. 4. 6. 선고 65다170 판결 등 참조. 이른바 제4원칙). 점유취득시효기간의 기산점을 당사자가 임의로 선택할 수 있게 되면 당사자는 시효완성 후에 등기명의를 취득한 자를 시효완성 당시의 권리변동의 당사자로 삼을 수 있게 되어 결국에 가서는 시효의 완성을 주장하는 당사자는 등기 없이 언제나 제3취득자에 대하여 시효의 완성을 주장하고 그에 관해서 등기를 청구하는 등 그에 상응하는 권리관계를 주장할 수 있게 되는 결과가 되어 등기제도의 기능을 몹시 약화시키고 부동산에 관한 거래의 안전을 해할 우려가 있기 때문이다(대법원 1976. 6. 22. 선고 76다487,488 판결 참조).

나. 나아가 앞서 본 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 여

지가 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. 다수의견이 변경하고자 하는 대법원판결들은 바로 이러한 법리를 선언하고 있는 것이다.

다. 그런데 다수의견은, 위 나.항에서 본 제3원칙 및 제4원칙의 예외를 더욱 확장하여, 점유자의 1차 취득시효완성 후에 점유자가 점유를 계속하여 20년이 경과하기만 하면 그 사이에 등기부상의 소유자가 여러 차례 변경되었더라도 그 등기부상의 소유자가 변동된 시점을 기산점으로 한 새로운 점유취득시효기간이 진행될 수 있다는 취지이다. 이는 위 나.항에서 본 바와 같은 점유자와 등기명의자 사이의 단순한 이익형량을 넘어서서, 등기부상 소유명의자 변동 시점을 새로운 점유취득시효의 개시 시점으로 보려는 것이다. 그러나 이러한 다수의견은 부당하다.

먼저, 우리 민법은 앞서 본 바와 같이, "물권의 설정 및 이전은 당사자의 의사표시

만으로써 그 효력이 생긴다."고 규정(의용민법 제176조)하여 이른바 의사주의를 취하는 한편, 점유취득시효에 관하여는 "20년간 소유의 의사로써 평온 및 공연하게 타인의 물(物)을 점유한 자는 그 소유권을 취득한다."고 규정(의용민법 제162조 전문)하여 그 소유권의 취득에 등기를 필요로 하지 않도록 규정하였던 의용민법의 태도를 버리고, 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 바람직할 것이다. 그런데 다수의견은 등기에 앞서 점유상태를 기준으로 하여 법률관계를 결정하려는 것이고, 이는 원칙과 예외가 뒤바뀐 것이라고 하지 않을 수 없다. 점유취득시효가 일단 완성되었음에도 그 등기를 경료하지 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 없다.

다음으로, 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 94다22484 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 않

다고 보여지고, 따라서 그 취득요건은 극히 엄격히 해석하여야 할 것"이라고 판시한 바 있고, 이는 현재에도 유효하다. 다수의견은 이와는 거꾸로 제도를 운용하려는 것이라는 점에서도 부당하다.

나아가 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 당초의 점유자가 그와 같은 등기부상 소유자의 변경 사실을 잘 알면서도 감히 점유를 개시한 것이라면 이는 타주점유에 해당하는 것으로 보아야 할 것이고, 그렇지 아니하고 당초의 점유자가 등기부상 소유자의 변경 사실을 알지 못한 채 점유를 계속한 것이라면 그 등기부상 소유자의 변경 시점을 새로운 점유의 기산점으로 볼 아무런 이유가 없다.

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

라. 그러므로 다수의견이 변경하고자 하는 대법원판결들의 견해는 그대로 유지되어야 한다. 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 다수의견은 부당하며, 피고의 상고는

받아들일 수 없는 것이다.

이상과 같이 다수의견에 찬동하지 아니하는 이유를 밝혀 둔다.

5. 대법관 김영란, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안의 다수의견에 대한 보충의견은 다음과 같다.

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

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

나. 대법원은 종래, 취득시효완성 당시의 등기부상 소유명의자와 시효완성자 사이에서 취득시효완성으로 인한 채권적 권리의무관계의 변동이 생기는 점을 전제로, 취득시효기간 만료 전에는 부동산의 소유권이 아무리 변동되었더라도 취득시효완성 당시 등기부상 소유명의자가 권리의무 변동의 당사자가 되어 취득시효완성으로 인한 불이익을 받도록 하는 한편, 취득시효기간 만료 후에 취득시효완성 당시 등기부상 소유명의자로부터 소유명의를 넘겨받은 제3자는 취득시효완성 당시의 권리의무 변동

의 당사자가 아니라는 이유로 취득시효완성으로 인한 불이익을 받지 않도록 하고 있다. 서로 충돌할 수밖에 없는 취득시효제도와 등기제도를 조화롭게 해석하여 시효완성자와 제3자 간의 이해관계를 조절함으로써 양 제도의 기본취지를 구현하기 위하여 제3자 앞으로의 소유권 변동이 일어난 시점이 시효완성 전인지 또는 후인지에 따라 그 취급을 달리하고 있는 것이다.

제3자가 부동산의 소유권을 취득한 시점이 시효완성 전인지 후인지에 따라 시효취득의 효과를 달리 보는 판례의 입장에서는 시효완성자가 소유자에 대하여 시효취득을 주장할 수 있느냐 하는 문제는 필연적으로 부동산의 소유권 변동과 밀접한 상관관계를 가지는 한편, 취득시효의 완성시점을 결정하는 취득시효기간의 기산점이 중요한 의미를 지닌다. 그런데 시효기간의 기산점을 당사자가 임의로 선택할 수 있게 되면 당사자는 시효완성 후에 등기명의를 취득한 자를 시효완성 당시의 권리의무 변동의 당사자로 삼을 수 있게 되어 결국 시효의 완성을 주장하는 당사자는 등기 없이 언제나 제3취득자에 대하여 시효의 완성을 주장하고 그에 관해서 등기를 청구하는 등 그에 상응하는 권리관계를 주장할 수 있게 되는 결과가 되어 부당하므로(대법원 1976. 6. 22. 선고 76다487,488 판결 참조), 대법원은 취득시효의 기초되는 사실이 법정시효기간 이상으로 계속된 경우에 있어서는 시효의 기초되는 사실이 개시된 때를 시효의 기산점으로 하여야 하고 당사자가 임의로 그 기산점을 선택할 수는 없다고 판시함으로써 취득시효의 기산점에 관하여 이른바 고정시설(固定時說)을 채택하였다(대법원 1965. 4. 6. 선고 65다170 판결 등 참조). 그러나 한편으로 대법원 1976. 6. 22. 선고 76다487,488 판결은 시효기간 중 계속해서 등기명 의자가 동일하고 그동안 소유자의 변동이 없는 경우에는 시효완성을 등기명 의자에 대해서 주장함에 있어

서 시효기간의 기산점을 어디에 두든지 시효의 완성을 주장할 수 있는 시점에서 보아 시효기간이 경과된 사실만 확정되면 불합리할 것이 없으므로 구태여 장시일의 경과로 말미암아 사실상 그 인정이 곤란한 실제 점유 개시 시점을 확정할 필요가 없다고 판시함으로써 고정시설의 원칙을 다소 완화하였다.

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

그런데 대법원 1994. 3. 22. 선고 93다46360 전원합의체 판결(이하 '전원합의체 판결'이라 한다)은, 1차 취득시효가 완성된 점유자가 취득시효완성으로 인한 등기를 하지 않고 있는 사이에 종전 소유자로부터 소유권을 취득한 제3자에게 대항할 수 없으나 당초 점유자가 계속 점유하여 그 소유권 변동시로부터 다시 취득시효의 점유기간이 완성되는 경우에는 그 소유권 변동시를 기산점으로 삼아 제3자에게 취득시효의 완성을 주장할 수 있다고 판시하였는바, 종래의 판례이론에 따르면 시효완성 후 소

유권을 취득한 제3자에게 시효취득을 주장할 수 없었던 점유자도 그 소유권 변동시로부터 다시 20년을 점유하면 취득시효의 완성으로써 대항할 수 있다고 인정하기에 이른 것이다. 전원합의체 판결은 취득시효완성 후 제3자가 등기를 취득함에 따라 시효취득으로 대항할 수 없던 점유자가 그 등기 후 20년간 자주점유함으로써 다시 취득시효가 완성되는 새로운 법률관계가 형성되고 이로써 그 제3자에게 대항할 수 있다고 명시적으로 밝히면서 그 근거를 시효제도의 본래의 취지에서 찾고 있다.

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

1차의 취득시효가 완성되면, 점유자는 종전의 점유를 계속하는 상태에서 더 나아가 취득시효완성 당시의 소유자에게 등기 없이도 시효취득을 주장할 수 있고(반대의견에서 설명한 제1원칙이다) 그 시효취득을 원인으로 하는 이전등기를 구할 수 있는 권리를 가지므로, 그 권리에 기초하여 부동산을 점유하게 된다. 그런데 1차의 취득시효완성에 관한 등기를 하지 아니한 상태에서 제3자에게 소유권이전등기가 경로되면, 그 제3자에 대한 관계에서 1차의 취득시효완성자로서의 지위는 상실되고, 그 후부터

는 취득시효완성 전과 마찬가지로 그들 사이에 부동산에 대한 점유자와 소유자의 관계가 형성되므로, 그 제3자 앞으로의 소유권이전등기시를 2차의 취득시효의 기산점으로 하여 새로운 취득시효기간이 진행된다고 보는 것은 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유한 자가 소유권을 취득하도록 한 점유취득시효제도의 취지로 보면 당연하다.

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

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

그 근거를 충분히 찾을 수 있음은 앞에서 살펴본 바와 같다.

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

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

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

(1) 반대의견은 2차의 취득시효 기산점에 점유자가 등기부상 소유자의 변경 사실

을 알고 있었다면 그 점유는 타주점유에 해당한다고 주장하고 있으나 이는 자주점유 여부에 대한 종래의 대법원 판례의 판단방법과 다른 것으로서 받아들일 수 없는 주장이다.

민법 제197조 제1항에 의하여 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정된다. 다만, 취득시효의 요건인 소유의 의사는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되므로, 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되거나, 점유자가 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정, 즉 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 아니할 태도를 나타내거나 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 아니한 경우 등 외형적·객관적으로 보아 점유자가 타인이 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 아니하였던 것이라고 볼 만한 사정이 증명된 경우에는 그 추정은 깨어진다. 그리고 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것이 입증된 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로, 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어진다(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결)는 것이 종래의 대법원판례이다.

1차 취득시효가 완성되었다는 사정은 점유자의 종전 점유가 자주점유였다는 것을 의미하며, 더욱이 점유자는 취득시효완성에 의하여 그 당시의 소유자에게 취득시효

를 주장하고 소유권이전등기를 구할 수 있는 권리까지 가지고 있어 그 자주점유성은 더욱 강화된다고 할 것이다. 그리고 1차 취득시효완성 후 소유권이 변동되었다고 하더라도 점유자의 종래의 사실상태의 계속이 파괴되는 것은 아니라는 점은 위에서 본 바와 같다. 그러므로 위에서 본 자주점유 추정 및 타주점유 입증에 관한 법리에 비추어 보면, 2차 취득시효 개시 당시 및 그 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 아니하는 한, 제3자 명의로 소유권이전등기가 경료된 사실을 점유자가 알고 있다는 내심의 의사에 관한 사유만으로는 외형적·객관적으로 파악되는 자주점유의 성질상 그 점유의 태양이 변경된다거나 자주점유의 추정이 깨어진다고 할 수 없다. 비록 사안은 다르지만, 타인 토지의 매매에 해당하여 소유권을 취득할 수 없다고 하더라도 그것만으로 매수인이 점유권원의 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었다고 단정할 수 없다고 본 대법원 2000. 3. 16. 선고 97다 37661 전원합의체 판결도 이와 같은 취지라 보인다.

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

마. 이상에서 본 바와 같이, 1차 취득시효의 완성과 독립하여 제3자의 소유권이전

등기시부터 2차의 취득시효라는 새로운 법률관계가 형성될 수 있다고 보는 이상, 2차의 취득시효완성 여부는 1차의 취득시효와 독립적으로 평가하여야 하며, 또한 취득시효완성에 관한 일반적인 법리는 2차의 취득시효에 대하여도 그대로 적용된다고 보는 것이 논리적으로 타당하다.

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

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

6. 대법관 박시환의 다수의견에 대한 보충의견은 다음과 같다.

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

다수의견은 대법원 93다46360호 전원합의체 판결에 따라 제3취득자의 등기 시점

을 2차 취득시효기간의 기산점으로 잡고 있기는 하나, 반대의견이 지적한 바와 같이 그 근거에 대하여는 별다른 설명을 하지 않고 있으며, 대법관 김영란 등의 보충의견에서 그 근거에 대하여 보충하여 설명을 하고 있다. 보충의견에서 그 근거로 들고 있는 것은 1차 취득시효가 완성된 자가 점유를 그대로 계속하고 있는 중에 새로이 권리를 취득한 제3취득자가 생기게 되면 그때 비로소 점유자와 소유자의 관계가 형성되므로 그때가 2차 취득시효의 기산점이 된다는 것인바, 이와 같은 논리는 1차 취득시효에서 기산점을 정하는 논리와는 다소 일관되지 않는 측면이 있다. 1차 취득시효기간은 점유자가 자주점유를 시작하는 시점부터 바로 시작되어 점유자의 점유 개시 시점이 기산점으로 되는 것이며, 그 점유 도중에 제3자에게 소유권이 이전되는 일이 있어도 그때를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼고 있지는 않다. 따라서 1차 취득시효와 2차 취득시효 사이에 점유 도중에 제3취득자가 생긴 시점을 기산점으로 삼을 것인지에 관하여 차이가 있게 된다.

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

역산설에 따르면 1차 시효완성 후 제3자의 등기와 관계없이 항상 현재의 소

유자를 상대로 취득시효를 주장할 수 있게 되므로 이 사건에서와 같이 1차 시효완성 후 2차 시효기간의 진행을 논할 필요 자체가 없어지게 되지만, 고정시설을 따르게 되면 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 입장에서 당초부터 아무런 변동 없이 점유를 계속하고 있을 뿐이지만 진정한 권리관계의 측면에서 변동이 생겨 제3취득자가 생기게 된 시점부터는 점유자와 진정한 권리자 사이에 새로운 이해관계 조정의 필요가 생기게 되었으므로, 적어도 그때부터는 새로운 취득시효기간의 진행을 인정할 필요가 있다고 하는 측면에서 위 보충의견이 1차 취득시효와는 달리 2차 취득시효의 기산점을 제3취득자의 등기 시점으로 잡는 것은 나름대로 타당성이 있다고 할 수 있을 것이다.

나. 반대의견은 부동산의 물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있으며 등기제도가 정비되어 가고 있는 우리 법제 하에서는 등기를 신뢰한 거래의 안전을 보호하기 위하여 부동산에 대한 점유취득시효의 요건을 엄격하게 적용하고 가능한 한 이를 제한하여야 한다고 한다. 반대의견의 위와 같은 주장은 기본적으로 타당한 주장이다. 그러나 취득시효제도가 갖고 있는 긍정적 의미를 생각해 보면, 부동산에 대한 점유취득시효제도를 입법으로 채택하고 있는 우리 법제도 하에서 그 제도가 갖고 있는 본래의 기능이 훼손될 정도로 이를 억제하거나 과도하게 요건을 강화하는 것은 타당하지 않다.

반대의견은 취득시효를 억제한다는 기본입장에 치중한 나머지, 취득시효제도의 기본 취지에 반하는 해석을 하거나, 1차 취득시효 진행과 2차 취득시효 진행 사이에

대법관 김능환 _____

대법관 전수안 _____

대법관 안대희 _____

대법관 차한성 _____

대법관 양창수 _____

대법관 신영철 _____