

## Chapter 11 Acquisition of Ownership

### 제3절 소유권의 취득

#### 제1관 서설

##### 1. 소유권의 취득원인

###### 가. 법률행위에 의한 경우

- 1) 단독행위 : 유증, 합동행위 : 법인설립
- 2) 계약 : 매매, 증여, 교환 등

###### 나. 법률의 규정에 의한 취득(245조 이하) -- 원시적 취득

- 1) 선의취득, 상속
- 2) 취득시효
- 3) 무주물선점, 유실물습득, 매장물 발견,
- 4) 침부 - 부합, 혼화, 가공 등

#### 제2관 취득시효

##### 1. 의의 및 존재이유

###### 가. 의의

- 1) 권리를 행사하고 있는 것과 같은 사실상태가 일정한 기간 동안 계속하는 경우에 그러한 상태가 진실한 권리상태와 합치하는가의 여부를 묻지 않고 사실상태인 외관을 중시하여 이에 대해 권리취득의 효과가 생기게 하는 시효제도.  
---> 법적 안정성을 위한 불가피한 수단일 뿐임 (법질서 자체의 목적은 아님)
- 2) 향후 등기부가 정비되면 점유취득시효는 삭제되거나 극히 제한적으로 인정되어야 함
- 3) 최근 법원은 이를 엄격하게 판단하고 있음

[판례-지541] 대법원 1986.2.25. 선고 85다카1891 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 취득시효제도는 법률관계의 안정을 기하기 위하여 일정한 사실상태가 상당기간 계속된 경우에 그 사실상태가 진실한 권리관계와 일치하느냐의 여부를 따지지 아니하고 그 사실상태를 존중하여 이를 진실한 권리관계로 인정하려는 제도로서 민법 제197조 제1항이 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유하는 것으로 추정한다고 규정하고 있는 터이므로 점유자의 시효취득을 막으려는 자에게 이와 같은 점을 증명할举证책임이 돌아간다.

###### 나. 존재이유

- 1) 사실상태의 존중 --> 사회의 법률관계의 안정을 꾀하고 --영속한 사실상태 인정
- 2) 증거보전의 곤란 등을 구제

3) '권리 위에 잠자는 자를 보호할 필요가 없다'.

#### 다. 취득시효의 종류

1) 점유취득시효(245조 1항)

등기없이 20년간 점유한 자가 일정한 요건하에 소유권을 취득하는 것

2) 등기부취득시효(245조 2항)

소유자로서 등기된 자가 일정한 요건하에 소유권을 취득하는 것

3) 동산소유권의 취득시효(246조) --10년, 5년

#### 라. 시효취득의 객체

1) 시효취득 대상 :

가) 일정한 물건 : 소유권, 계속되고 표현된 지역권(294조), 지상권, 질권 등

나) 그에 유사한 권리: 광업권, 어업권, 무체재산권 등

다) 자기재산

라) 부동산 일부 --

마) 국유재산 중 잡종재산

[판례-지124]대법원 1989.4.25. 선고 88다카9494 판결 【토지소유권이전등기】

【판결요지】 일필의 토지의 일부에 대한 시효취득을 인정하기 위하여는 그 부분이 다른 부분과 구분되어 시효취득자의 점유에 속한다는 것을 인식하기에 족한 객관적 징표가 계속하여 존재할 것을 요한다.

[판례-지124] 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다17572 판결 【소유권이전등기말소등】

【판결요지】 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, 취득시효를 규정한 민법 제245조가 '타인의 물건인 점'을 규정에서 빼놓은 것도 같은 취지에서라고 할 것이다.

2) 시효취득되지 않는 권리 :

가) 저당권, 점유권, 유치권

나) 가족관계를 전제로 하는 부양받을 권리(제934조), 취소권, 해제권, 환매권, 계속적이 아니고 표현되지 않은 지역권 등

다) 국유재산(5조 2항)

## 2. 부동산소유권의 취득시효(제245조)

### A. 점유취득시효 (공통 요건)

가. 의의

- 1) 점유취득시효(장기취득시효, 일반취득시효)는 단순히 일정기간 동안 점유만 하면 취득시효가 완성되고 물권을 취득하게 되는 제도.
- 2) 보존등기가 되지 않은 부동산이 존재하고, 등기강제원칙이 채용되지 않음으로 해서 인정되는 제도
- 3) 점유는 소유의사로 하는 자주점유이어야 하고, 평온 공연한 점유이어야 한다. 직접점유 뿐 아니라 간접점유도 포함함.

나. 요건

- 1) 주체 --권리능력을 가진 모든 자(자연인, 사법인, 공법인, 법인 아닌 사단이나 재단 포함)
- 2) 일정한 요건을 갖춘 점유

**<가> 자주점유** : 점유자에게 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유하여야 하나, 다만 이는 점유의 사실만 있으면 점유자에게 추정된다(제197조 1항).

a) 소유의 의사로 점유

- ㄱ) 통설, 판례: 소유의 의사란 자기의 소유로 하려는 내심의 의사가 아니고 권원의 성질로부터 객관적으로 판단하여 소유자로서 소지하는 것

[판례-고286] 무단점유와 소유의사의 유무 판단

대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결 【소유권이전등기】

【판시사항】 [2] 점유자의 '소유의 의사'의 추정이 깨어지는 경우

【판결요지】 [2] 점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유 취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되어야 하는 것이기 때문에 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었거나, 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 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 아니하였던 것이라고 볼 만한 사정이 증명된 경우에도 그 추정은 깨어진다.

b) 권리의 추정 ---> 권원이 분명하지 않은 경우

[판례-고289] 대법원 2000. 3. 24. 선고 99다56765 판결 【소유권이전등기】

【판시사항】 [1] 취득시효에 있어서 자주점유 여부에 대한 입증책임의 소재(=타주점유를 주장하는 자)

【판결요지】

[1] 취득시효에 있어서 자주점유의 요건인 소유의 의사는 객관적으로 점유권원의 성질에 의하여 그 존부를 결정하는 것이나, 다만 그 점유권원의 성질이 분명하지 않을 때에는 민법 제197조 제1항에 의하여 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되므로 점유자가 스스로 그 점유권원의 성질에 의하여 자주점유임을 입증할 책임이 없고, 점유자의 점유가 소유의 의사 없는

타주점유임을 주장하는 상대방에게 타주점유에 대한 입증책임이 있다.

[판례-고290] 등기를 수반하지 않은 점유와 자주점유의 인정여부

대법원 2000. 3. 16. 선고 97다37661 전원합의체 판결 【건물철거등】

【판결요지】 【2】 [다수의견] 현행 우리 민법은 법률행위로 인한 부동산 물권의 득실변경에 관하여 등기라는 공시방법을 갖추어야만 비로소 그 효력이 생긴다는 형식주의를 채택하고 있음에도 불구하고 등기에 공신력이 인정되지 아니하고, 또 현행 민법의 시행 이후에도 법생활의 실태에 있어서는 상당기간 동안 의사주의를 채택한 구 민법에 따른 부동산 거래의 관행이 잔존하고 있었던 점 등에 비추어 보면, 토지의 매수인이 매매계약에 의하여 목적 토지의 점유를 취득한 경우 설사 그것이 타인의 토지의 매매에 해당하여 그에 의하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다고 하더라도 그것만으로 매수인이 점유권원의 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 매도인에게 처분권한이 없다는 것을 잘 알면서 이를 매수하였다는 등의 다른 특별한 사정이 입증되지 않는 한, 그 사실만으로 바로 그 매수인의 점유가 소유의 의사가 있는 점유라는 추정이 깨어지는 것이라고 할 수 없고, 민법 제197조 제1항이 규정하고 있는 점유자에게 추정되는 소유의 의사는 사실상 소유할 의사가 있는 것으로 충분한 것이지 반드시 등기를 수반하여야 하는 것은 아니므로 등기를 수반하지 아니한 점유임이 밝혀졌다고 하여 이 사실만 가지고 바로 점유권원의 성질상 소유의 의사가 결여된 타주점유라고 할 수 없다.

### 3) 권리의 추정이 깨지는 경우 --- 악의의 무단 점유

[판례-지128] 악의의 무단점유

대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 [2] 점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유 취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되어야 하는 것이기 때문에 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었거나, 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 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 아니하였던 것이라고 볼 만한 사정이 증명된 경우에도 그 추정은 깨어진다.

[3] [다수의견] 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단 점유한 것임이 입증된 경우, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어졌다고 할 것이다.

## <나> 평온, 공연한 점유

1) 平穩 --- 폭력 내지 강박에 의하지 않은 것

2) 公然 -- 은밀 내지 은비의 반대의 의미

[판례-고296] 대법원 1993.5.25. 선고 92다52764,52771(반소) 판결 【소유권이전등기,토지인도등】

【판결요지】 나. 민법 제245조에 규정된 평온한 점유라 함은 점유자가 점유를 취득 또는 보유하는 데 있어 법률상 용인될 수 없는 강포행위를 쓰지 아니하는 점유이고, 공언한 점유라 함은 은비의 점유가 아닌 점유를 말하는 것이므로 점유가 불법이라고 주장하는 자로부터 수차에 걸쳐 임료를 지급하거나 점유부동산을 매수할 것을 요구받는 등으로 분쟁이 있었다 하더라도 그러한 사실만으로는 그 점유가 평온, 공언성이 상실된다고 할 수 없다.

<다> 일정기간 점유의 계속

1) 점유취득시효의 경우 : 20년<sup>1)</sup>.

2) 점유취득시효의 기산점

가)의의:

a)시효가 완성되었으나 점유자가 아직 등기를 경료하지 않고 있는 동안 부동산이 양도되어 등기를 마친 제3자에게 점유자가 시효취득을 주장할 수 있는가와 표리 관계로 중요함

b) 취득시효의 효과가 개시시점에 소급하여 발생하므로 기산점이 매우 중요함.

예) 취득시효 기간 만료후 부동산을 매수하여 등기를 마친 이해관계있는 제3자가 있는 경우

나) 학설

예) 1971.2.1(점유개시시)로부터 2000.12.31(사실심변론종결시)까지 점유한 경우

--> 점유취득시효를 주장하는 자는 1971.2.1을 또는 1980.12.31 중

어느 것을 기산점으로 할 것인가 또는

양자를 임의로 선택할 수 있는가의 문제

a) 역산설(일본 유력설) : 점유자가 점유의 기산점을 임의로 선택하여 그로부터 거슬러 올라가 20년이상 점유한 사실을 증명하면 점유취득시효의 완성을 인정

예) 1980.12.31이 기산점임 --> 이해관계인이 없는 경우의 판례 입장

--> 시효취득자가 시효완성으로 채권적 청구권을 갖게 되는 점과 모순됨

b) 고정시설(점유개시설) : 점유자가 임의로 기산점을 선택할 수 없고 현실적으로 점유를 개시한 시점을 확정하여 그 때부터 20년을 기산하여야 함(곽191, 이은388)

다) 판례의 태도

a) 원칙적으로 고정시설을 취하고 예외적으로 역산설을 취함

b) 시효완성의 효과 즉 시효취득자가 시효완성 당시의 소유명의자에 대하여 채권적인 등기청구권을 취득한다는 점과 관련하여 판례의 태도를 살펴봄

i) 제1원칙 : 원소유자인 A의 부동산을 B가 시효취득하는 경우 (취득)

--> 시효기간의 경과된 사실만 확인하면 됨

1) 제245조(점유로 인한 부동산소유권의 취득기간) (1) 20년간 소유의 의사로 평온, 공언하게 부동산을 점유한 자는 등기함으로써 소유권을 취득한다. (2) 부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온, 공언하게 선의이며 과실없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다.

[판례1-고297] 대법원 1994.2.8. 선고 93다41303 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 나. 취득시효기간의 계산에 있어 그 점유개시의 기산일은 임의로 선택할 수 없으나 그 실소유자(등기명의인)에 변경이 없는 경우에는 취득시효완성을 주장할 수 있는 시점에서 보아 소요기간이 경과된 사실만 확정되면 족하다.

[판례2-고297] 대법원 1994.3.22. 선고 93다46360 판결 【건물철거등】

【판결요지】 취득시효를 주장하는 자는 점유기간 중에 소유자의 변동이 없는 토지에 관하여는 취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수 있고, 취득시효를 주장하는 날로부터 역산하여 20년 이상의 점유 사실이 인정되고 그것이 자주점유가 아닌 것으로 밝혀지지 않는 한 취득시효를 인정할 수 있는 것이고, 이는 취득시효완성 후 토지소유자에 변동이 있어도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 완성되는 경우에도 역시 타당하므로 시효취득을 주장하는 점유자로서는 소유권 변동시를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있다.

ii) 제2원칙: 원소유자인 A의 부동산을 B의 시효취득기간 만료전에 C에게 양도시(B취득)  
--> 점유를 계속하고 있기 때문에 등기명의의 변경이 취득시효의 중단사유가 아님

[판례1-지548] 대법원 1997. 4. 25. 선고 97다6186 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 취득시효기간의 만료 전에 등기부상의 소유명의가 변경되었다 하더라도 이로써 종래의 점유상태의 계속이 파괴되었다고 할 수 없으므로 이는 취득시효의 중단사유가 될 수 없다.

[판례2-고297] 대법원 1977.8.23. 선고 77다785 제1부판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 취득시효기간 완성 후 아직 그것을 원인으로 하여 소유권이전등기를 경료하지 아니한 자는 종전 소유자로부터 그 부동산에 대한 등기부상 소유명의를 넘겨받은 제3자에 대하여 시효취득을 주장할 수 없다 할 것이나 취득시효기간 만료 전에 등기명의를 넘겨받은 경우에는 시효취득자는 그 취득시효기간 완성 당시의 등기명의자에 대하여 그 소유권취득을 주장할 수 있다.

[판례3-고297]

【판결요지】 대법원 1993.5.25. 선고92다52764,52771(반소)판결 【소유권이전등기,토지인도등】  
가. 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.

iii) 제3원칙 :원소유자인 A의 부동산을 B의 시효취득기간 **만료 후에** C에게 양도한 경우  
--> B는 취득 불가

[판례1-고298] 대법원 1993.9.28. 선고 93다22883 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 가. 점유로 인한 부동산소유권의 취득기간이 경과하였다고 하더라도 부동산을 점유하는 자가 자신의 명의로 등기하지 않고 있는 사이에 먼저 제3자의 명의로 소유권이전등기가 경료되어 버리면 특별한 사정이 없는 한 점유자가 그 제3자에 대하여는 시효취득을 주장할 수 없다.

[판례2-지548] 대법원 1994.4.12. 선고 93다50666, 50673 판결 【건물철거등,소유권이전등기】

【판결요지】 점유취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무를 부담하는 자는 취득시효

기간완성 당시의 소유자이고, 취득시효완성 사실을 알면서 소유자로부터 그 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마친 자라고 하더라도, 소유자와의 사이에서 소유자의 소유권이전등기 의무를 인수하여 이행하기로 묵시적 또는 명시적으로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한, 위의 의무를 승계한다고 볼 수는 없다.

--> 제3자가 악의라도 상관없음.

[판례3-지548] 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다45402 판결 【토지지분소유권이전등기】

【판결요지】 부동산에 대한 점유취득시효가 완성되었다고 하더라도 이를 등기하지 아니하고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자에게 소유권이전등기가 마쳐지면 점유자는 그 제3자에게 대항할 수 없는 것이고, 이 경우 제3자의 이전등기 원인이 점유자의 취득시효 완성 전의 것이라 하더라도 마찬가지이다.

iv) 제4원칙: 제3원칙 중 B는 C가 부동산을 양수한 후에 시효기간이 만료되도록 그 기산점을 임의로 결정할 수 있는가.

--> B는 20년이상 점유한 사실만 가지고 시효취득 주장 불가

[판례1-고298] 대법원 1992.11.10. 선고 92다29740 판결 【소유권이전등기말소등】

【판결요지】 가. 부동산 점유자는 소급하여 20년 이상 점유한 사실만 입증하면 다른 반대의 사정이 없는 한 20년 이전의 기산점을 선택하여 취득시효의 완성을 주장할 수 있다고 보아야 하고, 반드시 점유의 최초 개시일이 구체적으로 언제라고 확정되어야 된다고 할 필요는 없다. 나. 부동산 소유권의 취득시효기간이 만료되었다 하더라도 등기를 하지 아니한 경우에는 당해 부동산을 취득하여 등기를 마치거나 법률의 규정에 의하여 당해 부동산을 취득한 제3자에 대하여는 이를 주장할 수 없는 것이므로, 점유기간 중에는 취득시효를 주장하는 자가 임의로 기산점을 선택하거나 소급하여 20년 이상 점유한 사실만 내세워 시효완성을 주장할 수 없고, 이와 같은 경우에는 법원이 당사자의 주장에 구애됨이 없이 소송자료에 의하여 인정되는 바에 따라 진정한 점유의 개시시기를 인정하고 그에 터잡아 취득시효 주장의 당부를 판단하여야 한다.

[판례2-지549] 대법원 1995.5.23. 선고 94다39987 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 가. 취득시효기간의 계산에 있어 점유기간 중에 당해 부동산의 소유권자의 변동이 있는 경우에는 취득시효를 주장하는 자가 임의로 기산점을 선택하거나 소급하여 20년 이상 점유한 사실만 내세워 시효완성을 주장할 수 없고, 이와 같은 경우에는 법원이 당사자의 주장에 구애됨이 없이 소송자료에 의하여 인정되는 바에 따라 진정한 점유의 개시시기를 인정하고, 그에 터잡아 취득시효주장의 당부를 판단하여야 한다.

v) 제5원칙: 제3원칙 중 C가 등기한 후에 B가 다시 시효취득에 필요한 기간 점유를 계속하면 C에 대하여 시효취득을 주장할 수 있는가.

--> B는 취득 가능 --> 변경된 시점을 새로운 기산점으로 보기 때문임.

[판례1-고301] <태안교육청 사건>대법원 1994.3.22. 선고 93다46360 판결 【건물철거등】

【판결요지】 취득시효를 주장하는 자는 점유기간 중에 소유자의 변동이 없는 토지에 관하여는 취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수 있고, 취득시효를 주장하는 날로부터 역산하여 20년 이상의 점유 사실이 인정되고 그것이 자주점유가 아닌 것으로 밝혀지지 않는 한 취득시효를 인정할 수 있는 것이고, 이는 취득시효완성 후 토지소유자에 변동이 있어도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효

의 점유기간이 완성되는 경우에도 역시 타당하므로 시효취득을 주장하는 점유자로서는 소유권 변동시를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있다.

### 3) 점유의 승계와 기산점

가) 의의:

전점유를 승계하는 경우와 상속에 의해 승계하는 경우

나) 전점유를 승계하는 경우

a) 자기의 점유만을 주장하거나 자기의 점유와 전점유자의 점유를 선택적으로 주장 가능하며, 이 때 점유의 하자도 승계함 (199조).

b) 다만, 점유의 개시시기를 전점유자의 '점유기간 중의 임의시점'을 선택 주장은 불가 (대판 1992.12.11, 92다9968, 9975)

[판례1-고304] 대법원1991.10.22. 선고 91다26577,26584(반소)판결 【건물소유권보존등기말소등】

【판결요지】 취득시효의 기초가 되는 점유가 법정기간 이상으로 계속되는 경우, 취득시효는 그 기초가 되는 점유가 개시된 때를 기산점으로 하여야 하고 취득시효를 주장하는 사람이 임의로 기산일을 선택할 수는 없으나 점유가 순차 승계된 경우에 있어서는 취득시효의 완성을 주장하는 자는 자기의 점유만을 주장하거나 또는 자기의 점유와 전점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있는 선택권이 있는 것이고, 전점유자의 점유를 아울러 주장하는 경우에도 어느 단계의 점유자의 점유까지를 아울러 주장할 것인가도 이를 주장하는 사람에게 선택권이 있다.

다) 상속에 의해 승계하는 경우

a) 피상속인의 점유개시시인가 또는 상속인의 점유개시시인가 여부가 문제임  
이면적 성격-- 상속인의 점유권은 피상속인의 점유와 상속인의 점유가 존재

b) 학설 -- 상속인의 점유를 기산점으로 부정 또는 긍정

(1) 부정설(이영준 356) : 상속인은 피상속인과 동일한 법률상의 지위에 서기 때문에 새로운 권원에 의하여 점유를 개시하지 아니하는 이상 피상속인의 점유의 성질과 하자를 떠나 상속인의 고유의 점유를 주장하지 못함

(2) 긍정설(곽262, 고307) : 상속이 점유변경의 새로운 권원이 될 수 없음은 당연하다. 그러나 현실적으로 점유를 하는 경우에도 상속이 권원이 될 수 없다고 할 수 없다.

c) 판례

(1) 상속에 의하여 점유권을 취득한 경우 ---> 상속인은 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 개시하지 않는 한 피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장할 수 없음.

(2) 원칙적으로 상속인은 타주점유자이며 자기의 점유개시시를 취득시효의 기산점으로 정할 수 없다.(대판 1998.2.13, 97다42625)

[판례1-고304] 대법원1992.9.22. 선고 92다22602,22619(반소) 판결 【건물철거,소유권이전등기】

【판결요지】 상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는 상속인은 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 개시하지 않는 한 피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장할 수 없다.

[판례2-고305] 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다40100 판결 【토지소유권이전등기】

【판결요지】 [3] 상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는 상속인이 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 시작하지 않는 한 피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장할 수 없고, 또 선대의 점유가 타주점유인 경우 선대로부터 상속에 의하여 점유를 승계한 자의 점

유도 그 성질 내지 태양을 달리하는 것이 아니어서 특별한 사정이 없는 한 그 점유가 자주점유로 될 수 없고, 그 점유가 자주점유가 되기 위하여는 점유자가 소유자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로써 점유를 시작하여야 한다.

## <다> 취득시효와 등기

### 1) 의의

가) 취득시효에 의한 소유권의 취득은 법률행위에 의한 것이 아니므로 원칙적으로 등기를 요하지 않으나

나) 제187조에 대한 유일한 예외로 등기하여야 소유권을 취득하도록 하고 있음(245조 1항)

--> 당사자간의 이해를 조절하기 위함

### 2) 등기의 종류

가) 권리취득 : 원시취득

나) 실무상 소유권이전등기의 형식을 취함(통설)

다) 판례 : 소유권이전등기의 형식

[판례1-고311] 대법원 1992.12.22. 선고 91다47116 판결 【소유권확인】

【판결요지】 나. 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 소유권을 시효취득함으로써 소유권을 상실하게 되는 현재의 소유자에 대한 권리이지 제3자인 국가에 대한 권리가 아니므로 국가에 대하여 등기청구권의 확인을 구할 이익은 없다.

### 3) 등기청구권의 발생원인과 법적 성질

가) 매수인의 등기청구권의 발생원인과 법적 성질

a) 판례는 : 매수인의 등기청구권을 채권적 성질로 보면서도 다른 청구권과 달리

10년의 소멸시효에 걸리지 않는다고 봄--> 해석론적으로는 매우 이해가 어려운 태도

[판례1-고311] 대법원 1976.11.6. 선고 76다148 전원합의체 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 시효제도의 존재이유에 비추어 보아 부동산 매수인이 그 목적물을 인도받아 이를 사용수익하고 있는 경우에는 그 매수인을 권리 위에 잠자는 것으로 볼 수도 없고 또 매도인 명의로 등기가 남아 있는 상태와 매수인이 인도받아 이를 사용수익하고 있는 상태를 비교하면 매도인 명의로 잔존하고 있는 등기를 보호하기 보다는 매수인의 사용수익상태를 더욱 보호하여야 할 것이므로 그 매수인의 등기청구권은 다른 채권과는 달리 소멸시효에 걸리지 않는다고 해석함이 타당하다(다수의견).

나) 취득시효완성자의 등기청구권의 발생원인

학설 --민법규정에 의해 발생한다는 입장이지만

(1)점유개시 당시에 소유권이전의 권원이 있었을 것이라는 추단을 바탕함(이은385)

(2) 자주점유라는 취득시효의 본질에서 발생함(고상룡 311, 이기용)

다) 취득시효완성자의 등기청구권의 법적 성질

a) 판례 : 등기청구권을 채권으로 보고 10년의 소멸시효에 걸린다는 입장

[판례1-고312] 대법원 1995. 12. 5. 선고 95다24241 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 부동산에 대한 점유취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권은 채

권적 청구권으로서, 취득시효가 완성된 점유자가 그 부동산에 대한 점유를 상실한 때로부터 10년간 이를 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

b) 학설(등기청구권이)

(1) 채권적 청구권이라는 견해(곽 197, 고 313) :

취득시효에 의한 물권의 취득은 등기하여야 하므로 취득시효에 의한 등기청구권은 물권적이 아니고 채권적일 수밖에 없음

(2) 물권적 청구권이라는 견해(김증 77):

취득시효완성자는 마치 물권적 합의가 있는 때처럼 물권적 기대권을 취득하고 그 효과로서 등기청구권이 생기기 때문이며, 소멸시효에 걸리지 않음.

라) 점유상실시 등기청구권의 존속여부

a) 판례 : 시효완성자는 등기청구권을 상실하지 않음.

[판례-고313]대법원 1995.3.28. 선고 93다47745 전원합의체 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 [다수의견] 가. 원래 취득시효제도는 일정한 기간 점유를 계속한 자를 보호하여 그에게 실제법상의 권리를 부여하는 제도이므로, 부동산을 20년 간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 자는 민법 제245조 제1항에 의하여 점유부동산에 관하여 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 취득하게 되며, 점유자가 취득시효기간의 만료로 일단 소유권이전등기청구권을 취득한 이상, 그 후 점유를 상실하였다고 하더라도 이를 시효이익의 포기로 볼 수 있는 경우가 아닌 한, 이미 취득한 소유권이전등기청구권은 소멸되지 아니한다.

나. 전 점유자의 점유를 승계한 자는 그 점유 자체와 하자만을 승계하는 것이지 그 점유로 인한 법률효과까지 승계하는 것은 아니므로 부동산을 취득시효기간 만료 당시의 점유자로부터 양수하여 점유를 승계한 현 점유자는 자신의 전 점유자에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 전 점유자의 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사할 수 있을 뿐, 전 점유자의 취득시효 완성의 효과를 주장하여 직접 자기에게 소유권이전등기를 청구할 권원은 없다.

마) 이중보존등기와 점유취득시효

--> 점유취득시효를 부정함

[판례-고316]대판1996. 9. 20, 93다20177,20184 【소유권이전등기말소;소유권이전등기】

【판결요지】 [1] 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효로 되지 않는 한 뒤에 된 소유권보존등기는 그것이 비록 실제관계에 부합한다고 하더라도 1부동산 1등기용지주의의 법리에 비추어 무효이고, 이러한 법리는 뒤에 된 소유권보존등기의 명의인이 당해 부동산의 소유권을 원시취득한 경우에도 그대로 적용된다.

[2] 동일 부동산에 대하여 이미 소유권이전등기가 경료되어 있음에도 그 후 중복하여 소유권보존등기를 경료한 자가 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었다더라도, 선등기인 소유권이전등기의 토대가 된 소유권보존등기가 원인무효라고 볼 아무런 주장·입증이 없는 이상, 뒤에 경료된 소유권보존등기는 실제적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효이다.

## B. 취득시효 완성후의 몇가지 문제점

가) 취득시효완성 후 소유자의 처분행위와 제103조

(1) 소유자로서는 특별한 사정이 없는 한 시효취득 사실을 알 수 없으므로 이를 제3자에게 처분하더라도 불법행위가 성립할 수 없음

(2) 소유자가 취득시효의 완성 사실을 알 수 있는 경우에 부동산을 제3자에게 처분하여 소유권이전등기를 넘겨주어 취득시효 완성을 주장하는 자가 손해를 입었다면 불법행위임

(3) 제3자가 소유자의 이러한 불법행위에 적극 가담시는 사회질서에 반하는 무효행위임.

[판례-고318] 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다56495 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 [1] 부동산에 대한 점유취득시효가 완성되었다고 하더라도 이를 등기하지 아니하고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자에게 소유권이전등기가 마쳐지면 점유자는 그 제3자에게 대항할 수 없다.

[3] 부동산에 관한 취득시효가 완성된 후 취득시효를 주장하거나 이로 인한 소유권이전등기 청구를 하기 이전에는 등기명의인인 부동산 소유자로서는 특별한 사정이 없는 한 시효취득 사실을 알 수 없으므로 이를 제3자에게 처분하였다 하더라도 불법행위가 성립할 수 없으나, 부동산의 소유자가 취득시효의 완성 사실을 알 수 있는 경우에 부동산 소유자가 부동산을 제3자에게 처분하여 소유권이전등기를 넘겨줌으로써 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전 등기의무가 이행불능에 빠지게 되어 취득시효 완성을 주장하는 자가 손해를 입었다면 불법행위를 구성한다 할 것이며, 부동산을 취득한 제3자가 부동산 소유자의 이와 같은 불법행위에 적극 가담하였다면 이는 사회질서에 반하는 행위로서 무효이다.

나) 취득시효완성 후 소유자의 처분행위와 제108조

--> 통정허위의 의사표시는 무효임

[판례-고318]대법원 1994.10.11. 선고 94다16090 판결 【소유권이전등기등】

【판결요지】 토지에 관한 매매계약이 그 토지의 점유시효취득자에 대한 소유권이전등기의무를 면탈하기 위한 목적에서 이루어진 것으로서 통정허위표시에 해당하여 무효임

다) 점유취득완성자의 대상청구권

--> 취득시효가 완성된 토지의 수용시 대상청구권 행사 가능

[판례-고318] 대법원 1994.12.9. 선고 94다25025 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 나. 취득시효가 완성된 토지가 수용됨으로써 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 경우에는, 그 소유권이전등기청구권자는 소위 대상청구권의 행사로서, 그 토지의 소유자가 그 토지의 대가로서 지급받은 수용보상금의 반환을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.

## C. 등기부 취득시효의 특유요건

가. 의의

1) 등기부취득시효(단기취득시효)의 경우는 부동산 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의

의사로 평은, 공연하게 선의이며 과실없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득.

2) 따라서 공통요건 외에 특유요건으로

- a) 부동산에 관하여 취득시효자의 명의로 이미 등기가 되어 있어야 하는 요건
- b) 점유가 선의, 무과실이라는 요건이 필요함

나. 시효취득자 명의의 등기

### 1) 소유자의 등기

a) 적법, 유효한 등기를 마친 자일 필요는 없으며, 무효인 등기를 마친 자라도 무방  
--> 거래의 안전에 기여함

b) 취득시효 부정: 관할위반등기, 분필절차를 거치지 않은 등기 등 외관상 부적합한 등기 및 이중보존등기 중 선차등기가 무효가 아니 경우의 후차등기

[판례1-고318] 대법원 1994.2.8. 선고 93다23367 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 등기부취득시효의 요건으로서의 소유자로 등기한 자라 함은 적법 유효한 등기를 마친 자일 필요는 없고 무효의 등기를 마친 자라도 상관없다.

[판례2-지506] 대법원 1989.12.26. 선고 89다카6140 판결 【소유권이전등기말소】

【판결요지】 상속인은 상속의 개시 즉 피상속인의 사망이라는 법률요건의 성립에 의하여 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계하고, 권리의 득실변경에 등기를 요건으로 하는 경우에도 상속인은 등기를 하지 아니하고도 상속에 의하여 곧바로 그 권리를 취득하는 것이므로 부동산에 관하여 피상속인 명의로 소유권이전등기가 10년 이상 경로되어 있는 이상 상속인은 부동산등기부 시효취득의 요건인 '부동산의 소유자로 등기한 자'에 해당한다고 할 것이어서, 이 경우 피상속인과 상속인의 점유기간을 합산하여 10년을 넘을 때에 등기부취득 시효기간이 완성된다 할 것이다.

### 2) 점유 및 등기의 승계

가) 등기부취득시효의 경우 등기기간과 점유기간이 모두 10년인데,  
등기 승계에 관한 민법 규정이 없음.

나) 소유자로 등기된 기간과 점유기간이 모두 다같이 10년 여부?

a) 종전판례 : 비합산설(83다카1730)

b) 변경판례 : 합산설의 입장(87다카2176) --> 등기기간과 점유기간이 모두 때를 같이 하여 10년일 필요는 없이 전 소유자 등기명의로 된 기간까지 포함하여 10년이면 된다.

[판례-지506] 대법원 1985.1.29. 선고 83다카1730 전원합의체 판결 【토지소유권이전등기말소】

【판결요지】 (다수의견) 민법 제245조 제2항은 “부동산의 소유자로서 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평은공연하게 선의이며 과실없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다”라고 규정하고 있는 바, 이는 부동산의 소유자로 등기된 기간과 점유기간이 때를 같이하여 다같이 10년임을 요한다는 취지이다.

(소수의견)민법 제245조 제2항의 시효에 의하여 소유권을 취득하는 자는 10년간 부동산의 소유자로 등기되어 있어야 하지만 반드시 그 기간동안 그의 명의로 등기되어 있어야 하는 것은 아니고 전자 명의의 등기까지 아울러 그 기간 동안 부동산의 소유자로 등기되어 있으면 충분하다. [ 89.12.26. 87다카2176 전원합의체판결로 본판결 폐기]

[판례-고320] 대법원 1989.12.26. 선고 87다카2176 전원합의체판결 【토지소유권이전등기말소】

【판결요지】 나. (다수의견) 등기부취득시효에 관한 민법 제245조 제2항의 규정에 의하여 소유권을 취득하는 자는 10년간 반드시 그의 명의로 등기되어 있어야 하는 것은 아니고 앞 사람의 등기까지 아울러 그 기간동안 부동산의 소유자로 등기되어 있으면 된다고 할 것이다.

### 3) 이중등기와 등기부취득시효

가) 무효인 후보존등기에 터잡아 등기부취득시효를 할 수 있는 가 여부

나) 종전판결 --> 무효인 등기라 할지라도 10년간 소유의 의사로 평온 공연하게 선의이며 과실없이 그 부동산을 점유한 때에는 그 소유권을 취득할 수 있다.

[판례-고320] 1988. 4. 12. 선고 87다카1810 판결

【판결요지】 다. 동일한 토지에 관하여 지적공부상 합병, 분할이 있기 전의 구지번에 관한 등기부가 폐쇄되지 않은채 합병, 분할 후의 신지번에 관한 소유권보존등기가 새로 경료된 후 구지번에 관한 등기부에 신지번에 관한 등기부와 다른 권리관계라 등기된 경우에는 명의인을 달리한 이중등기에 해당하여 그 실제적 권리관계에 따라 유효한 등기를 가려야 한다.

라. 등기부취득시효의 요건으로서 소유자로 등기한 자라 함은 적법 유효한 등기를 마친 자일 필요가 없고 무효인 등기라 할지라도 그 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온 공연하게 선의이며 과실없이 그 부동산을 점유한 때에는 그 소유권을 취득할 수 있다고 풀이함이 상당하다.

다) 변경판결 --> 후보존등기가 무효로 되는 경우 이에 터잡은 이전등기를 근거로는 등기부취득시효를 주장할 수 없게 됨

[판례-고324] 대법원 1996. 10. 17. 선고 96다12511 전원합의체 판결 【토지소유권확인】

【판결요지】 [2] 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는, 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 되지 아니하는 한, 뒤에 된 소유권보존등기는 실제권리관계에 부합되는지의 여부를 따질 필요도 없이 무효이다.

[3] 민법 제245조 제2항은 부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온·공연하게 선의이며 과실 없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다고 규정하고 있는바, 위 법 조항의 '등기'는 부동산등기법 제15조가 규정한 1부동산 1용지주의에 위배되지 아니한 등기를 말하므로, 어느 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 소유권보존등기가 2중으로 경료된 경우 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 아니어서 뒤에 된 소유권보존등기가 무효로 되는 때에는, 뒤에 된 소유권보존등기나 이에 터잡은 소유권이전등기를 근거로 하여서는 등기부취득시효의 완성을 주장할 수 없다.

\*\*\*이와 다른 견해를 취한 당원 1988. 4. 12. 선고 87다카1810 판결 및 1994. 4. 26. 선고 93다16765 판결은 이를 변경하기로 한다.

### 4) 공유부동산의 등기부취득시효

가) 공유지분등기의 명의자는 전부를 점유하여도 공유지분 이외의 부분에 대해서는 등기부시효취득을 하지 못함 (대판 1976.5.25, 76다392) --> 공유이외부분은 소유자로 등기된 자가 아니기 때문임(이영준 501).

나) 1필지의 토지를 2인이상 공동구매하여 공동명의로 등기후 공유물관리방법으로 구분 점유한 경우는 토지전체를 등기부시효취득함(대판 1994.4.29, 93다16765)

다. 선의, 무과실 --- 등기부취득시효에 특유한 요건 :

1) 의의

a) 선의 : 자기가 단지 무권리자임을 모르는데 그치지 아니하고, 자기를 권리자라고 믿는 경우를 말함.--> 점유자의 선의는 추정되므로 점유자의 악의는 주장하는 자가 입증함  
예) 정당한 절차에 의하지 않은 채 부동산소유자로 등기하고 이를 점유하는 자는 선의라고 할 수 없다(대판 1981.6.9, 80다1341).

b) 무과실 :

(1)선의인데 대하여 과실이 없다는 것을 말함

(2) 점유자에게 선의는 추정되나 무과실은 추정되지 않으므로 시효취득자가 무과실의 입증책임을 부담(통설, 판례)

[판례1-고327] 대법원 1994.6.28. 선고 94다7829 판결 【소유권이전등기말소등】

【판결요지】 부동산을 매수하는 사람은 매도인에게 부동산을 처분할 권한이 있는지 여부를 알아 보아야 하는 것이 원칙이고, 이를 알아보았더라면 무권리자임을 알 수 있었을 때에는 과실이 있다고 보아야 할 것이나, 매도인이 등기부상의 소유명의자와 동일인인 경우에는 등기부나 다른 사정에 의하여 매도인의 소유권을 의심할 수 있는 여지가 엿보인다면 몰라도 그렇지 않은 경우에는 등기부의 기재가 유효한 것으로 믿고 매수한 사람에게 과실이 있다고 할 수 없다.

--> 과실이 없는 경우

[판례2-고327] 대법원 1985.7.9. 선고 84다카1866 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 가. 부동산을 매수하는 사람으로서는 매도인에게 그 부동산을 처분할 권한이 있는지의 여부를 조사하여야 할 것이므로 그 조사를 하지 아니하고 매수하였다면 부동산의 점유에 대하여 과실이 있었다고 보아야 한다.

--> 과실이 있는 경우

2) 판단기준시기

a) 통설, 판례 : 선의. 무과실은 --> 점유개시시에 있으면 족하다.

b) 이미 시효취득자가 등기부상 명의인이므로 등기는 불요.

[판례1-고328] 대법원 1986.5.27. 선고 86다카280 판결 【소유권이전등기말소】

【판결요지】 나. 민법 제245조 제2항에 의한 부동산의 등기부시효취득을 인정하기 위하여는 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의로 부동산을 점유하였다는 요건외에 점유의 시초에 과실이 없었음을 필요로 하며, 이 무과실에 관한 입증책임은 그 등기부시효취득을 주장하는 자에게 있다.

[판례2-고328] 대법원 1992.11.13. 선고 92다30245 판결 【소유권이전등기말소】

【판결요지】 나. 부동산 매매에 있어서 등기부상 명의인이 매도인 아닌 제3자인 경우에는 거래관념상 매도인의 권한에 대하여 의심할 만한 사정이 있다고 할 것이므로, 매수인은 등기부상 소유명의자에 대하여 진부를 확인하거나 매도인에게 처분권한이 있는지 여부에 관하여 확인하지 아니하는 한 부동산을 인도받아 선의로 점유하였다고 하여도 과실 없이 점유를 개시하였다고 볼 수 없고, 또한 위와 같은 과실이 부동산을 매수하여 점유를 취득할 당시에 존재하였다면 그 후 매도인이 등기명의를 취득하였다고 하더라도 무과실로 전환된다고 할 수 없다.

## D. 동산취득시효의 특유요건(246조)

### 1. 요건

- 가. 일반취득시효 : 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유 : 10년 (246조 1항)
- 나. 단기취득시효 : 소유의 의사로 평온, 공연 + 선의, 무과실로 개시 : 5년(246조 2항)  
--> 선의, 무과실은 점유개시시에 있으면 족함

2. 효과 -- 점유를 개시한 때에 소급하여 원시적으로 소유권을 취득한다.

## E. 소유권 이외의 재산권의 취득시효(248조)

### 1. 의의

- 가. 시효취득 대상권리는 우선 재산권이어야 하고, 점유를 수반하는 권리이어야 함
- 나. 제외되는 권리
  - 1) 법률의 규정에 의한 유치권, 점유권
  - 2) 부양받을 권리
  - 3) 1회의 행사로 소멸하는 권리 : 취소권, 해제권, 환매권 등
- 다. 소유권 취득시효의 규정을 준용함. --- 재산권이 등기에 관한 것이면 245조를, 점유에 의해 공시되는 것이면 246조 준용
- 라. 기타 재산권의 시효취득에서는 '소유의 의사'가 요구되지 않음.

### 2. 물권인 경우

- 가. 용익물권 --20년
  - 1) 계속되고 표현된 지역권(294조)(통행지역권), 지상권--> 248조에 의해 시효취득함
  - 2) 관습법상 분묘기지권

[판례-고329] 대법원 1995.2.28. 선고 94다37912 판결 【분묘수거】

【판결요지】 가. 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유함으로써 분묘기지권을 시효로 취득한다.

나. 지상권에 있어서 지료의 지급은 그 요소가 아니어서 지료에 관한 약정이없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없는 점에 비추어 보면, 분묘기지권을 시효취득하는 경우에도 지료를 지급할 필요가 없다고 해석함이 상당하다.

- 3) 전세권은 최장존속기간이 10년을 넘지 못하므로 취득시효의 준용규정이 무의미함.
- 나. 소유권이외의 동산물권은 담보물권(동산질권, 관습법상 동산양도담보) 이외에는 없음  
--> 담보물권은 피담보채권이 소멸시효(162조 2항)에 의해 소멸되지 않는 한 안됨

### 3. 물권아닌 재산권 -- 매우 다양함

- 가. 채권에 대해 학설은 대체로 부정됨
- 나. 무체재산권 : 시효취득 대상임
- 다. 특별법으로 시효취득 인정: 광업권(광업법 12조1항), 어업권(수산업법 24조2항) 등

#### 4. 요건

가. 권리행사가 점유를 수반하는 권리(지상권, 질권, 임차권, 전세권) : 점유

나. 물건의 소지를 내용으로 하지 않는 권리(지역권, 무체재산권, 광업권, 어업권) : 준점유

### 3. 취득시효의 중단, 정지 및 시효이익의 포기 (247조 2항, 248조)

#### 가. 취득시효의 중단

-- 소멸시효의 중단 규정 준용(186조 이하)

청구, 압류 또는 가압류, 가처분, 승인 등

#### 나. 취득시효의 정지

1) 민법상 준용 규정이 없음

2) 통설 -- 소멸시효의 정지 규정 준용(189조 ~182조)

#### 다. 취득시효의 포기

1) 민법상 준용 규정이 없음

2) 시효이익은 미리 포기하지 못하지만(184조 1항), 취득시효 완성 후 포기하는 것은 가능

3) 판례

[판례1-고330] 대법원 1973.9.29. 선고 73다762 판결 【건물철거·대지인도】 [

【판결요지】 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권 이전등기 절차 이행청구의 소에서 적극적으로 시효의 이익을 포기하겠다고 표명한 바 없을지라도 소송 계속중 원고가 그 토지에 대한 피고의 소유를 인정하여 피고와 합의하여 위 소송을 취하한 것이라면 또 그때 취득시효가 완성되었던 것이 인정된다면 특별한 사정이 없는한 이는 원고가 그 취득시효의 완성을 알면서 그 시효의 이익을 피고에게 포기하는 의사표시를 한 것으로 봄이 상당하다.

--> 취득시효 완성 후 상대방과 합의한 다음 소를 취하한 경우 : 취득시효이익의 포기

[판례2-고330] 대법원 1992.9.1. 선고 92다26543 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 점유로 인한 부동산 소유권의 취득기간이 경과한 뒤에 점유자가 소유자에게 그 부동산을 매수하자고 제의한 일이 있었다는 것만으로는 점유자가 위 부동산이 그 소유자의 소유임을 승인하여 타주점유로 전환되었다거나 시효의 이익을 포기하였다고는 보기 어렵다.

--> 취득시효 완성 후 매수제의 --> 시효이익 포기로 보지 못함

## 4. 취득시효의 효과

#### 가. 권리의 취득

1) 취득시효의 요건이 갖추어지면 권리취득의 효력이 확정적으로 생김

2) 취득시효 만료의 효과

가) 점유취득시효 : 등기청구권이 발생하고 등기함으로써 소유권을 취득.(245조 1항)

나) 등기부취득시효 : 소유권 취득(245조 2항)

#### 나. 원시취득 (통설)

1) 취득시효를 원인으로 하는 '소유권이전등기' --> 특수한 승계취득으로 이해

## 2) 판례의 태도

[판례1-고330] 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다53420 판결 【소유권이전등기】

【판결요지】 [1] 취득시효완성으로 토지의 소유권을 취득하기 위하여는 그로 인하여 소유권을 상실하게 되는 시효완성 당시의 소유자를 상대로 소유권이전등기청구를 하는 방법에 의하여야 한다.

### 다. 취득시효의 소급효

- 1) 소유권 취득의 효력은 점유개시시에 소급. 그러나 등기의 효력이 소급하는 것은 아님
- 2) 소급효는 상대적이므로 주의가 필요함
  - 가) 취득시효기간 중 시효취득자의 과실취득은 정당한 소유자로서 취득(소급효)
  - 나) 취득시효기간 중 시효취득자가 그 목적물을 임대 기타의 처분은 유효(소급효)  
다만, 취득시효기간 중 원소유자가 행한 처분은 무효로 되지 않음(비소급효)
  - 다) 취득시효기간 중 제3자가 불법행위후 손해배상을 하지 않은 경우  
시효취득자는 손해배상청구권을 취득함(소급효)

### 라. 점유취득시효에서 시효기간 만료후 아직 등기하지 않은 효과

- 1) 시효기간만료만으로는 소유권취득의 효력은 없고 다만 이를 원인으로 소유권취득을 위한 등기청구권만 발생(통설. 판례).
- 2) 타인이 소유권이전등기를 마친 경우
  - 가) 취득시효완성한 점유자는 매수인에 대하여 시효완성을 주장할 수 없음(판례).  
--> 부동산이중매매에 있어서 등기이전을 받지 못한 매수인의 경우와 같음
  - 나) 제3자로의 소유권이전등기가 무효면 취득시효 완성자는 시효완성 주장가능(판례).
  - 다) 제3자가 악의의 취득자라도 시효기간의 완성자는 대항할 수 없음.

## 제3관 선점, 습득, 발견

1. 의의 -- 현대사회에서 무주물은 많지 않기 때문에 의미가 없다. 다만, 소유자가 없거나 소유자가 불명한 물건(재화)의 있는 경우 이를 방지할 수 없기 때문에 새로운 주체를 마련하여 이를 이해관계가 있는 사람들과 조정하는 것이 필요함.

### 2. 무주물선점(제252, 255조)

- 가. 무주의 동산을 소유의 의사로 점유한 자는 소유권을 취득한다.(252조)-원시적 취득
- 나. 법률적 성질 -- 준법률행위 중 사실행위  
사실적 지배의사로 충분함.(선점에 의한 취득은 의사의 효과가 아님)

### 다. 성립 요건 :

- 1) 무주물 : 현재 소유자가 없는 물건
  - 예1) 야생동물, 해초, 어패류, 소유자가 포기한 물건
  - 예2) 사냥하는 야생동물도 다시 야생상태로 돌아가면 무주
- 2) 무주 동산(252조 2항)  
--> 무주의 부동산은 국유 예) 무인도, 어떤 이름으로도 소유권등기가 안된 부동산
- 3) 소유의 의사로 점유 --소유의 확신을 요하지 않음(자연적 의사).  
<스스로 점유, 점유보조자, 대리인, 기관취득이 가능함>

라. 효과

- 1) 소유권의 원시취득(252조 1항)
- 2) 문화재의 경우 보상청구권(255조 2항)

3. 유실물습득(253조, 255조) -- 유실물법상의 내용

가. 의의-- 유실물법상 1년의 공고기간을 거쳐 소유권취득(253조)

나. 법률적 성질 -- 법률행위가 아님

--> 보수와 편의상의 사고를 기초로 인정된 특수한 취득방법임

다. 성립요건 :

1) 유실물 또는 이에 준하는 물건

가) 유실물은 점유자의 의사에 기하지 않고 점유를 이탈한 물건으로서 도품(盜品)이 아닌 것

나) 준유실물 : 범죄자가 놓고 간 물건, 착오로 점유한 물건 등

다) 관리자가 있는 선박, 차량이나 건축물 기타 공중의 통행을 금지한 구내에서의 습득은 그 물건을 管守者에게 교부.

다) 표류물 또는 침몰물을 습득한 경우는 시장, 군수에게 인도(수난구호법 20조3항)

[정리-소유권의 취득]

법률행위	매매, 증여, 교환	승계취득	특정승계
법률의 규정	상속	원시취득	포괄승계
	취득시효		
	선점, 유실물습득 매장물 발견, 첩부		

2) 습득(점유취득)

가) 습득이란 유실물의 점유를 취득하는 것을 말함

예) A가 먼저 발견하여도 B가 먼저 점유시 B가 습득자임.

나) 습득하기 위한 점유는 자주점유임을 요하지 않음. 소유권취득의사 불필요

3) 유실물법상 공고 후 1년 내에 그 소유자가 권리를 주장하지 않아야 함.

라. 효과 :

1) 소유권 취득

2) 유실물 소유자와 습득자의 관계는 사무관리이지만

유실물법은 습득자의 보상청구권 인정(유실물 가액의 5%-20% 범위 지급)

3) 보관비, 공고비 기타 필요비는 물건 반환자나 소유권 취득하여 인도하는 자의 부담

4. 매장물 발견(254조, 255조)

가. 의의 -- 매장물은 법률에 정한 바에 의하여 공고한 후 1년내에 그 소유자가 권리를 주장하지 아니하면 발견자가 그 소유권을 취득(254조).

나. 법률적 성질 -- 법률행위가 아님.

발견자의 노고에 보상한다는 사고, 포장물의 소유자에 대해서는 그 소유권에

부수하는 이익으로 소유권을 취득시키는 것임

다. 성립 요건 :

1) 매장물일 것

- 가) 매장물은 토지 기타 물건(포장물)에 묻혀 있어서 외부에서 쉽게 발견할 수 없고, 현재 누구의 소유에 속하는 지가 불분명한 물건.
- 나) 보통 동산이지만 건물의 발굴도 가능, 독립한 물건으로 다룰만한 가치가 있어야됨
- 다) 매장물은 토지에 한정되지 않음( 바다에 침몰된 배)
- 라) 매장물은 누군가에 속하지만 소유자가 분명하지 않게 된 물건임.

2) 발견

- 가) 발견이란 매장물의 존재를 처음으로 인식하는 것을 말함.
- 나) 반드시 점유의 취득을 요하지 않음.
- 다) 타인을 고용하여 발굴시 발견자는 사용자임.

3) 공고 후 1년 내에 소유자의 권리주장이 없을 것

라. 효과

1) 소유권 취득(254조)

다만, 타인 토지 기타 물건으로부터 발견한 매장물은 소유자와 발견자가 1/2씩 취득

2) 문화재의 경우의 제한

- 가) 매장물이 학술, 기예, 고고의 중요한 자료가 되는 경우---> 국유(255조 1항)
- 나) 발견자와 포장물의 소유자는 --> 국가에 대해 보상금청구 가능(255조 2항)

## 제4관 침부

### I. 서언

가. 침부의 의의 및 취지

- 1) 부합, 혼화. 가공을 총칭하여 부합이라 하며, 이는 제3자의 법률행위에 의하지 아니한 소유권취득의 원인이 된다.
- 2) 어떤 물건에 타인의 물건 또는 노력이 결합되어 사회관념상 그 분리가 불가능하거나 그 분리에 과도한 비용이 드는 경우에 그 '새로운 물건'에 대한 소유권의 귀속 문제
- 3) 사회 경제적으로 불이익한 원상회복을 방지하도록 침부제도를 인정하므로써 소유권의 효용을 제고함에 취지가 있음.

나. 침부에 관한 법규의 성격

1) 분리, 복구청구권의 배제(침부제도의 중심적 효과)

- 가) 침부에 의하여 생긴 새물건은 1개의 물건으로 존속하고, 복구는 인정되지 않음.
  - 예) 원재료는 소멸하고 새 제품 출현
- 나) 법률적 성질 : 강행규정(통설)

2) 신소유권의 귀속(256조 ~ 259조)

가) 첩부에 의하여 생긴 물건에는 새로운 소유자가 결정된다.

나) 법률적 성질 : 당사자의 이해관계를 조정하기 위한 것으로 특약이 많으며, 계약자유의 원칙상 임의규정임. 예) 매매계약, 고용계약, 도급계약

3) 당사자간의 이해조정

가) 첩부의 규정은 계약이 없는 예외적인 경우에 적용되므로 실제상 중요성이 적음

나) 첩부로 일방은 소유권을 취득하고 다른 일방은 소유권을 잃게 되므로 당사자간의 이해는 부당이득의 법리에 의하여 조정됨(제261조).

다) 법률적 성질 : 임의규정

다. 첩부와 제3자의 권리 보호

--> 첩부의 결과 소멸된 구물건 위에 존재하였던 제3자의 권리보호(제260조)

1) 구물건상의 제3자의 권리는 신물건에 존속: 구물건의 소유자가 신물건의 소유권 취득시

2) 제3자의 권리는 공유지분상에 존속 : 구물건의 소유자가 신물건의 공유자가 된 경우

3) 물상대위 : 구물건의 소유자가 신물건의 소유자나 공유자로 되지 않은 경우

제3자의 권리가 담보물권이면 물상대위의 규정에 따라

구소유자가 받은 보상금 등 위에 행사 가능(제342, 370조).

4) 부당이득(741조) : 제3자의 권리가 용익물권인 경우 소멸하지만

부당이득의 규정에 따라 보상됨(261조).

## II. 부합

가. 의의 :

1) 소유자를 달리하는 두 개 이상의 물건이 결합하여 거래관념상 1개의 물건으로 보는 것을 말함.

예) 토지에 식물 기타의 물건을 부착하거나 또는 건물에 동산 내지 건물을 부착한 경우

2) 부동산의 부합과 동산의 부합

나. 부동산의 부합(256조)

1) 의의

가) '지상물은 토지에 따른다'는 원칙하에 지상건물까지도 토지의 일부가 된다고 하는 로마법 이래의 사고를 계수한 것임.

나) 그러나 오늘날 부동산 부합규정은 합리성이 없고, 제3자에 대하여 거래 목적물의 범위를 외부적으로 나타낸다는 사실상의 공시의 의미만 있음(고 342)

2) 요건

가) 부합되는 물건은 부동산일 것

a) 부동산에 부합하는 물건(부합물)

동산에 한한다는 견해와 부동산도 가능하다는 견해 : 부동산도 포함해야 함.

b) 판례는 부동산도 포함함

[판례1-고342] 대법원 1995.6.29. 선고 94다6345 판결 【배당이의】

【판결요지】 가. 주유소의 지하에 매설된 유류저장탱크를 토지로부터 분리하는 데 과도한 비용이 들고 이를 분리하여 발굴할 경우 그 경제적 가치가 현저히 감소할 것이 분명한다는 이

유료, 그 유류저장탱크는 토지에 부합되었다고 본 사례.

나. 주유소의 주유기가 비록 독립된 물건이기는 하나 유류저장탱크에 연결되어 유류를 수요자에게 공급하는 기구로서 주유소 영업을 위한 건물이 있는 토지의 지상에 설치되었고 그 주유기가 설치된 건물은 당초부터 주유소 영업을 위한 건물로 건축되었다는 점 등을 종합하여 볼 때, 그 주유기는 계속해서 주유소 건물 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 작용을 하고 있으므로 주유소건물의 상용에 공하기 위하여 부속시킨 중물이라고 본 사례.

나) 부합의 판단기준

a) 부동산에의 부착, 합체가 사회경제상 부동산 그 자체로 보이게 될 정도에 이를 것.

b) 결국 ‘훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 요할 경우’(257조)라는 요건보다 완화된 결합을 의미함(고 343).

다) 부합의 원인 : 자연적이든 인위적이든 불문(통설).

3) 효과

가) 부합물의 소유권 취득

부동산 소유자가 부합한 동산의 소유권을 취득(256조 본문).

따라서 동산의 가격이 부동산가격을 초과하더라도 무방(판례).

나) 예외 -- 권원에 의한 부속

a) 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 부합하지 않음(256조 단서).

(1) 권원 : 부합하는 물건의 ‘소유권을 유보하는 권리’를 의미함.

타인의 권원으로는 지상권, 전세권, 임차권 등으로 부동산 이용권을 보호해 줌.

(2) 판례

[판례-고344] 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다14518 판결 【건물명도등】

【판결요지】 임차인이 임차한 건물에 그 권원에 의하여 증축을 한 경우에 증축된 부분이 부합으로 인하여 기존 건물의 구성 부분이 된 때에는 증축된 부분에 별개의 소유권이 성립할 수 없으나, 증축된 부분이 구조상으로는나 이용상으로 기존 건물과 구분되는 독립성이 있는 때에는 구분소유권이 성립하여 증축된 부분은 독립한 소유권의 객체가 된다.

b) 임차인의 증개축과 부합 --> 권원의 유무에 관계없이 독립성 여부가 중요

(1) 임차인이 건물소유자의 승낙을 얻어 증, 개축한 부분이 독립성을 가지면 제256조 단서에 따라 증축한 자의 소유에 속함

(2) 증, 개축한 부분이 독립성을 가지지 않아서 기존 건물의 구성부분이 되면 임대인이 소유권을 취득함

(3) 판례 : 그 부분이 독립성을 가지는 때에는 건물의 구분소유가 성립된다.

[판례1-고346]대법원 1994.6.10. 선고 94다11606 판결 【배당이의】

【판결요지】 가. 건물이 증축된 경우에 증축부분의 기존건물에 부합 여부는 증축부분이 기존 건물에 부착된 물리적 구조 뿐만 아니라, 그 용도와 기능의 면에서 기존건물과 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지의 여부 및 증축하여 이를 소유하는 자의 의사 등을 종합하여 판단하여야 한다.

c) 무권원의 식재 농작물

(1) 판례는 타인의 토지에 농작물을 경작한 경우에도 그 생산물은 사실상 이를 경작한 자의 소유에 속한다.(耕者有田의 원칙에 충실함)

(2) 선의의 경우에는 경작자에게 농작물의 수거권을 부여하고, 부합이 될 경우에는 보상청구권을 선택적으로 행사하는 것이 타당함.(고 347)

다. 동산간 부합(제257조)

1) 의의

동산에 동산이 부합하여 훼손하지 않으면 분리할 수 없거나 분리에 과도한 비용을 요하는 경우에는 그 합성물의 소유권은 주된 동산의 소유자에게 속한다(257조 1항)

2) 요건

가) 부합의 정도 : 수개의 동산이 부합하여 '동산을 훼손하지 않으면 분리할 수 없거나 분리에 과도한 비용을 요하게' 되었어야 함.

나) 수개의 물건이 원래 각각 다른 소유자에 속하였어야 한다.

[판례1-고347]대법원 1980.3.25. 선고 79도3139 판결 【폭력행위등처벌에관한법률위반;절도(변경된죄명:폭력행위등처벌에관한법률위반)】

【판결요지】 선박소유자 아닌 사람이 구입하여 선박에 비치한 나침판과 쌍안경은 이를 선박으로부터 분리함에 있어 훼손이나 비용을 요하지 아니하면, 민법상의 부합의 원리에 따라 그 소유권이 선박소유자에게 귀속된다고 볼 수 없다.

3) 효과

가) 부합한 동산의 주종구별이 가능: 주된 동산의 소유자가 합성물 소유권취득

나) 부합한 동산의 주종구별이 불가능: 각 동산의 소유자는 부합 당시 가액의 비율로 합성물을 공유.

다) 부당이득반환청구 : 부합으로 손실을 받은 자는 소유권취득자에게 보상청구 가능

III. 혼화

가. 의의 :

1) 混和란 고형물의 혼합 또는 유동물의 融和 물건의 동종의 다른 물건과 섞여서 원물을 식별할 수 없게 되는 것을 말함.

2) 혼화는 동산간의 부합의 일종이며

나. 요건 -- 동산과 동산이 섞여서 원물을 식별할 수 없거나 또는 분리하려면 과도한 비용을 요하여야 함

다. 효과

1) 부합규정을 준용한다(258조)

2) 주종구별 불가능한 경우 : 각 소유자의 공유

VI. 가공

가. 의의 : 가공이란 타인의 원재료를 쓰거나 또는 타인의 물건에 인간의 노동력을 가하여 새로운 물건을 만들어 내는 것(물건 + 노동)

나. 요건

- 1) 노동을 가하는 재료는 타인 소유의 동산일 것(전부 또는 일부)  
cf. 자기의 재료를 부가한 것은 259조 2항에 의해 반영함.
- 2) 가공결과 원재료와는 다른 새로운 물건이 생길 것.  
--> 새로운 물건 여부는 거래관념에 의해 결정됨(이영준, 546).
- 3) 가공자의 선의, 악의는 묻지 않음. 타인의 물건을 알면서 가공시--> 불법행위책임

다. 효과

- 1) 재료주의 : 가공물의 소유권은 원재료의 소유자에 귀속
- 2) 예외 -- 가공주의 : 가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자의 소유로 한다(259조 단서).
- 3) 특약 : 가공물귀속에 관한 규정(259조 1항)은 임의규정이므로 당사자간의 특약으로 다른 약정 가능.
- 4) 입증책임 : 소유권을 취득한 자, 타인의 재료에 가공하여 소유권을 취득하였다고 주장하는 자는 그 가공한 사실과 가공으로 인하여 재료의 가격보다 가공물의 가격이 현저히 증가하였음을 입증하여야 한다.