

## 登記簿取得時效

裴 炳 日\*

### I. 序說

民法 제 245조 2항은 不動產의 所有者로 登記한 자가 10년간 所有의 意思로 平穩 公然하게 善意이며 過失없이 그 不動產을 占有한 때에는 所有權을 取得한다고 규정하여 登記簿取得時效를 인정하고 있다. 訴訟實務上 登記簿取得時效를 주장하는 자가 원고로서 소송을 제기하는 경우는 거의 없고, 登記名義人이 所有者라고 주장하는 자로부터 所有權移轉登記請求 또는 登記抹消請求를 받은 경우에 그에 대한 抗辯으로서 登記簿取得時效가 完成했음을 主張 立證하는 것이 일반적이다. 이 경우 時效取得者는 登記簿上 所有者로서 기재되어 있더라도 그것만으로는 부족하고 별도로 점유사실을 주장 입증해야 한다<sup>1)</sup>. 民法상 시효制度의 제도적 취지는 일반적으로 사회질서의 안정, 증거보전 및 입증곤란으로부터의 구제, 권리위 행사의 태만에 대한 제재등을 들 수 있다. 그 중에서도 특히 取得時效와 관련한 것은 사회질서의 안정이라고 할 수 있다. 登記簿取得時效라는 용어상의 문제에 관련한 논의를 살펴보면 民法 제 245조 제 1항과 제 2항의 取得時效를 占有取得時效와 登記簿取得時效로 구별하는 견해<sup>2)</sup>와 一般取得時效와 登記簿取得時效로 구별하는 견해<sup>3)</sup>가 있다. 후자의 견해는 占有取得時效 登記簿取得時效로 구별하는 견해는 登記簿取得時效도 점유를 본질적 요소로 하는 것이므로 점유와 등기를 대립시

\* 嶺南大 法學部 教授, 法學博士

1) 이은영, 물권법, 398.

2) 박운직, 물권법, 330; 김상용, 물권법, 411; 장경학, 물권법, 435.

3) 김중환, 물권법 강의, 114; 김용한, 물권법론, 272; 이영준, 물권법, 473; 이은영, 前掲書, 369.

킨다고 하는 점에서 타당하지 아니하다고 한다<sup>4)</sup>. 그러나 이는 상당한 의미를 가진 용어상의 문제로서 占有取得時效에서는 점유 여부가 가장 문제가 되고, 登記簿取得時效는 등기 여부가 가장 문제되기 때문에 占有取得時效와 登記簿取得時效로 명명하는 것이 타당하다고 할 것이다.

다음으로 占有取得時效와 登記簿取得時效의 두 制度를 모두 인정하는 것이 타당한가. 이에 대하여는 부정설과 긍정설, 절충설이 있다. 먼저 부정설은 점유에 의한 取得時效를 인정하는 것은 부당하다<sup>5)</sup>고 한다. 긍정설은 독일民法에서는 공신의 원칙이 不動產에 관하여 인정되어 있으므로 取得時效는 登記簿와 실제의 상위를 제거하는 수단에 불과한데 반하여 우리民法은 공신의 원칙을 동산거래에 국한하므로 取得時效는 우리民法에서 커다란 기능을 가지고 不動產去來의 안전에 이바지하는 바가 크다. 등기강제의 원칙을 취한다 하더라도 무등기 불실등기의 不動產은 존재하게 마련이므로 占有取得時效制度를 버리면 登記簿取得時效의 요건을 갖추기 위하여 불실등기를 유도하는 결과가 될 것이며 우리나라에는 특히 특별조치법에 의하여 불실등기가 용이하게 되어 있음을 유의하여야 할 것이다. 그러므로 입법론적으로 登記簿取得時效와 병행하여 一般取得時效制度를 존치하는 것이 타당하다<sup>6)</sup>고 한다. 절충설은 기본적으로 두 制度를 존치하는 것이 문제는 있지만, 현행 民法상 타당하다고 하면서 登記簿取得時效는 점유가 아니라 등기를 그 공시방법으로 하고 또한 등기하지 않으면 물권변동이 일어나지 않는 이른바 성립요건주의 내지 독법주의를 채용하고 있는 우리 民法상 독일民法에서와 같이 登記簿取得時效制度를 둔 것은 타당하다<sup>7)</sup>. 모든 不動產이 등기되어 있어야 한다는 등기강제의 원칙이 채용되어 있지 않기 때문에 독일은 다르게 우리나라에는 이른바 미등기의 不動產이 적지 않으며 또한 등기없이도 물권변동이 일어나는 일정한 예외가 인정되어 있는데다가 등기의 공신력을 인정하지 않는 점을 생각한다면 占有取得時效를 인정하는 것도 이해가 간다. 그러나 앞으로 이른바 등기강제의 원칙을 취하고 등기제도가 완비되는 날에는 占有取得時效制度는 버려야 할 것이다<sup>8)</sup>. 또한 등기강제의 원칙이 관철되고 있는 독일에서도 제한적이지만 우리의 占有取得時效制度和 유사한 制度로서 30년간 점유를 하고 공시최고를 한 후 제권판결을 얻어 등기함으로써 所有權을 취득할 수 있는

4) 이영준, 前揭書, 473.

5) 김용한, 前揭書, 275.

6) 이영준, 前揭書, 475.

7) 박윤직, 前揭書, 330.

8) 박윤직, 前揭書, 331.

특별제도를 두고 있고(독일民法 제 927조), 20년간 점유했다고 해서 곧바로 所有權을 취득하는 것이 아니라 등기를 하여야 비로소 不動產所有權을 취득하므로 占有取得時效의 인정이 전적으로 부당하다고는 할 수 없다<sup>9)</sup>고 한다. 등기의 공신력을 인정하지 않고 있는 우리의 民法하에서는 占有取得時效制度의 효용도 무시할 수 없다고 할 것이고, 현재로서는 절충설이 타당하다고 할 것이다. 登記簿取得時效는 '10년의 유예기간을 둔 不動產의 선의취득제도'로서 거래의 안전을 보호하는 작용을 한다는 견해<sup>10)</sup>가 있다. 이 견해는 무권리자로부터 善意로 不動產을 매수하여 所有權移轉登記를 경료하면 그 등기 시로부터 10년안에 권리자가 권리주장과 함께 등기말소를 청구하지 않으면 그 등기의 하자는 치유되어 처음부터 유효한 所有權移轉登記가 행하여진 것으로 간주된다고 하고, 登記簿取得時效는 등기원인이 존재하지 않아 원인무효인 등기라도 10년이 경과하면 그 하자가 치유되어 등기된대로의 권리가 인정되는 '등기하자의 치유화'를 발생시킨다고 한다. 한편 登記簿取得時效와 占有取得時效의 요건을 모두 구비한 경우에 시효취득을 주장하는 자는 양자 중 유리한 것을 주장할 수 있다<sup>11)</sup>.

## II. 登記簿取得時效의沿革 및立法例

登記簿取得時效는 독일民法, 스위스民法과 우리나라 民法이 인정하고 있고, 프랑스民法과 일본民法은 인정하지 않고 있다. 독일民法 제 900조는 登記簿取得時效를 인정하고 있고 그외에 제 927조의 공시최고取得時效(Kontratabularersatzung)도 인정되고 있다. 스위스民法은 제 661조상의 登記簿取得時效(ordentliche Ersitzung)가 정규의 정상적인 取得時效이고, 占有取得時效(ausserordentliche Ersitzung)는 비정규의 특수한 取得時效 제도이다. 舊民法은 不動產所有權의 取得時效제도로 占有取得時效만 있었다. 현행民法 제 245조 2항은 舊民法 제 162조 2항의 10년간 소유의 의사로서 평온 공연하게 타인의 不動產을 점유한 자가 그 점유의 시에 善意이며 과실없는 때에는 그 不動產의 所有權을 취득한다고 한 조항을 수정하여 "不動產의 所有者로 등기한 者"를 추가하고 "他人의", "그 占有의 時"를 삭제·입법한 것이다.

9) 김상용, 前掲書, 412.

10) 이은영, 前掲書, 371.

11) 대판 1974.11.12, 74다416, 417; 동 1977.4.12, 77다45.

### Ⅲ. 登記簿取得時效의 要件

登記簿取得時效의 요건으로는 ① 所有者로 登記되어 있을 것, ② 10년간 所有의 意思로 不動產을 占有할 것, ③ 平穩·公然하게 善意·無過失로 占有할 것 등이 있다.

#### 1) 所有者로 登記되어 있을 것

##### (1) 登記의 無效

登記簿取得時效에 있어서의 등기는 所有者가 아니면서 所有者로 등기되어 있으면서 무효인 등기라야 한다. 所有者 아닌 자가 所有者로 등기되어 있다는 것은 하자있는 등기를 의미하고, 이는 의사의 흠결, 무능력 기타의 법률행위의 흠으로 말미암은 무효 또는 취소, 계약의 해제, 무권리자로부터의 취득 등으로 물건행위가 무효이지만 등기는 잔존하는 경우<sup>12)</sup>, 법률의 규정에 의한 물건변동의 경우에 등기를 하지 아니하고 방치한 경우<sup>13)</sup>등이다. 등기된 원인은 묻지 아니하므로 원인무효의 등기라도 좋고<sup>14)</sup>, 이러한 원인무효의 등기에는 형식적 유효요건을 결여한 등기(不動產登記法上的의 節次違背)와 실체적 유효요건을 결여한 등기(등기와 물건적 합의의 부합성)를 모두 포함한다는 견해<sup>15)</sup>가 있다. 이 견해에서는 원인무효의 등기라도 관계가 없기 때문에 형식적 유효요건을 결여한 등기이든 실체적 유효요건을 결여한 등기이든 문제가 없다고 한다. 그러나 적어도 외관상으로는 적법하게 등기된 것이라야 한다는 견해<sup>16)</sup>도 있다. 예컨대 登記官이 不動產登記法 제 55조의 규정을 무시하고 등기신청을 수리하여 등기하였다거나 등기신청인이 관계문서를 위조 행사하여 등기신청한 것을 登記官이 수리, 등기한 경우, 당초 당사자간에 물건행위가 있어서 등기가 이루어졌으나 그 물건행위가 하자로 인하여 무효였다든가 또는 후에 취소되었는데 그 등기를 회복하지 아니한 경우, 법률의 규정에 의한 所有權의 변동이 있었는데 그 등기를 하지 아니하고 방치한 경우 등은 문제가 없지만, 관할 등기소가 아닌 다른 등기소의 登記簿에 등기가 되어 있다든지 또는 관할등기소의

12) 서민, 登記簿取得時效의 요건, 민사판례연구 8, 64; 김용한, 前掲書, 275.

13) 김중환, 前掲書, 115; 김윤경, 登記簿取得時效에 관하여, 사법논집 4, 165.

14) 대판 1988.4.12, 87다카2810; 동 1994.2.8, 93다23367.

15) 이영준, 前掲書, 499.

16) 오창수, 登記簿取得時效의 요건으로서의 등기기간과 점유기간, 인권과 정의 162호, 102.

登記簿에 등재되어 있는 것이라 할지라도 외관상 권한있는 登記官이 적법하게 기입한 것 같은 형식을 갖추지 못한 경우(不動產登記法 제 57조)에는 登記簿取得時效가 인정될 수 없다고 한다. 또한 登記簿取得時效의 요건이 되는 등기는 원인무효의 등기라도 무방하지만, 그것은 등기에 부합하는 실체적 권리관계가 없는 경우를 가르키는 것이지 등기 자체로서 인정될 수 없는 경우까지 포함하는 것은 아니라는 견해<sup>17)</sup>도 있다. 그러나 등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기이어야 한다는 견해<sup>18)</sup>가 있지만 이는 타당하지 않다.

## (2) 豫告登記

登記簿取得時效에서의 등기는 所有權의 본등기를 말하고 가등기나 예고등기는 포함되지 않는다<sup>19)</sup>. 그런데 取得時效 진행 중 등기의 효력에 관한 다툼이 있어 예고등기가 이루어진 경우에는 取得時效의 기간이 정지된다고 하는 견해가 있다<sup>20)</sup>. 독일民法 제 900조 제 1항 제 3문에는 시효기간의 진행은 등기의 정당함에 대한 이의가 不動產登記簿에 등기되어 있는 동안에는 정지된다고 하고 있다. 즉 독일民法상 登記簿取得時效에서의 시효기간의 진행중에 예고등기가 이루어진 경우에는 시효가 중단되는 것이 아니고 정지한다고 한다. 不動產登記法은 소송이 원고패소판결의 확정, 소의 취하, 청구의 포기 또는 화해가 있는 때에는 제 1심법원은 지체없이 예고등기의 말소를 등기소에 촉탁하여야 한다(同法 제 170조 제 1항)고 규정하고 있다. 또한 원고가 승소한 경우에는 당해 승소판결 등에 기한 말소 또는 회복의 등기신청이 있고, 이에 기한 말소 또는 회복의 등기가 완료될 때까지는 제 3자에게 경고를 주기 위하여 예고등기는 존치시킬 필요가 있다. 따라서 등기관은 등기원인의 무효 또는 취소로 인하여 등기의 말소 또는 회복의 등기를 한 때에는 예고등기를 말소하여야 한다(不動產登記法 제 170조의 2). 따라서 우리民法상 명문규정은 없지만 登記簿取得時效가 진행 중에 예고등기가 이루어진 경우 시효가 정지된다고 할 것이다. 다만 원고가 패소한 경우에는 지체없이 예고등기가 말소되면 다시 시효기간이 진행된다고 할 것이다. 그러나 원고가 승소한 경우에는 예고등기가 말소되기 전에 등기원인의 무효 또는 취소로 인한 기존등기의 말소 또는 회복의 등기를 하여야 하고, 이 경우 登記簿取得時效의 요건인 기존등기가 말소되기 때문에

17) 이은영, 前掲書, 395.

18) 서민, 前掲論文, 64.

19) 김윤경, 前掲論文, 163; 서민, 前掲論文, 64.

20) 서민, 前掲論文, 64.

登記簿取得時效는 성립하지 않게 된다. 그러므로 登記簿取得時效에 있어서 예고등기로 인하여 시효가 정지되는 것은 원고가 패소한 경우에 한한다고 할 것이다.

### (3) 名義信託

所有者로登記되어 있어야 하므로 수탁자명으로登記된 기간이 10년이 경과하였어도 신탁자에 대한 시효취득은 인정되지 아니한다<sup>21)</sup>. 그러나 不動產을 점유함에 있어 소유의 의사 여부는 권원의 성질에 의하여 객관적으로 결정된다는 통설과 판례의 논리를 일관한다면 不動產에 대한 점유가 명의신탁과 관련하여 수탁자에게 있는 경우 소유의 의사 역시 내부관계와 외부관계로 구분되어 수탁자의 점유는 신탁자와의 관계에서는 타주점유가 되지만, 신탁자를 제외한 제 3자와의 관계에서는 자주점유로 보는 것이 타당하다고 하는 견해<sup>22)</sup>가 있다. 이 견해는 대외적관계에서 완전한 所有者로 취급되는 명의수탁자에게 그 점유不動產의 점유와 관련하여 대외적관계에서 소유의 의사가 있다고 하는 것이 자연스러운 해석이라고 주장한다. 그러나 소유의 의사라는 것은 所有者가 할 수 있는 것과 같은 排他的 지배를 사실상 행사하려고 하는 의사를 말하고<sup>23)</sup>, 이것은 占有者의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적, 객관적으로 결정되어야 한다고 할 것이므로 명의수탁자의 점유는 타주점유로 보아 명의수탁자에게 登記簿取得時效를 인정하지 않는 것이 합당하다.

### (4) 重複登記

중복등기로서 무효인 등기도 登記簿時效取得을 할 수 있는가. 대법원은 중복등기에 대하여 두 차례의 전원합의체의 판결을 거쳐 절차설의 입장에 서있다. 즉 동일한 登記名義인에 의한 중복등기의 경우에는 先次登記는 유효하고, 後次登記는 무효라고 한다. 상이한 登記名義인의 경우에는 先次登記가 원인무효가 아닌 한 後次登記는 실체관계에 부합하는지 여부를 가릴 것 없이 무효라고 한다<sup>24)</sup>. 이러한 무효인 중복등기에 기하여 登記簿取得時效를 인정할 수 있는가. 부정설은 중복등기는 권리추정력을 인정할 수 없으므로 이를 기초로 하여 登記簿取得時效를 할 수 없다<sup>25)</sup>고 한다. 긍정설은 登記簿取得

21) 대판 1987.11.10, 85다카1644.

22) 장용국, 명의신탁과 登記簿取得時效, 민사판례연구 11, 156.

23) 박윤직, 前掲書, 255.

24) 대판 1990.11.27, 87다카2961, 87다453.

時效의 성립요건의 하나인 등기는 유효한 등기이든, 무효의 등기이든 모두 포함되고, 중복등기로 인한 무효인 등기도 포함한다<sup>25)</sup>고 한다. 판례는 종래 긍정설에서 부정설로 변경되었다. 이를 살펴보면 중복등기로서 등기가 무효인 경우에는 登記簿取得時效가 적용될 수 없다고 한 원심판단에 대하여 이를 잘못이라고 하면서 登記簿取得時效에서 所有者로 등기한 자라고 함은 적법유효한 등기를 마친 자일 필요가 없고 오히려 무효인 등기라 할지라도 不動産을 점유한 때에는 登記簿取得時效에 의한 所有權을 취득할 수 있다고 한 판례<sup>27)</sup>와 登記簿取得時效의 요건으로서 所有者로 등기한 자라고 함은 적법 유효한 등기를 마친 자일 필요는 없다고 한 판례<sup>28)</sup>에서는 긍정설의 입장이었으나, 최근 이를 변경하여 民法 제 245조 제 2항의 등기는 不動産登記法 제 15조가 규정한 1不動産 1용지주의에 위배되지 아니한 등기를 말하므로, 어느 不動産에 관하여 登記名義人을 달리하여 所有權保存登記가 2중으로 경료된 경우 먼저 이루어진 所有權保存登記가 원인무효가 아니어서 뒤에 된 所有權保存登記가 무효로 되는 때에는 뒤에 된 所有權保存登記나 이에 터잡은 所有權移轉登記를 근거로 하여서는 登記簿取得時效의 완성을 주장할 수 없다<sup>29)</sup>고 하여 이를 부정하고 있다. 생각컨대 중복등기 중 실제관계에 부합한 적법한 登記簿에 所有者로 등기된 實所有者는 10년동안이나 不動産의 점유를 상실한 상태에 있었고, 무효인 登記簿에 所有者로 등기된 자가 10년동안이나 不動産을 자주점유하고 있었다면 所有者인 것같은 외관상태가 오래 계속된 것을 존중하려는 取得時效제도의 취지에 비추어 무효인 登記簿의 등기는 登記簿取得時效의 요건을 갖춘 것이라고 보는 것이 타당할 것이다.

##### (5)土地의 一部

한편 不動産의 일부에 대한 登記簿取得時效는 부정하여야 한다는 견해<sup>30)</sup>가 있고, 그 이유는 登記簿取得時效에 있어서는 등기에 부합하는 점유가 일정기간 동안 계속한다는 것이 그 요건이기 때문이라고 한다. 그러나 판례는 다음과 같이 不動産의 일부에 대한

25) 서민, 前掲書, 64; 정옥태, 不動産등기의 공신력에 관한 연구, 박사논문, 113.

26) 김윤경, 前掲論文, 166; 김시수, 중복등기의 효력과 取得時效, 대법원판례해설 9, 20; 이기용, 不動産取得時效에 관한 연구, 133; 윤진수, 民法주해 5, 399; 김상용, 중복등기의 법적 처리 및 登記簿取得時效의 기초가 되는 등기의 인정범위, 민사판례연구 20, 85; 오창수, 前掲論文, 102.

27) 대판 1988.4.12, 87다카1810.

28) 대판 1994.4.26, 93다16765.

29) 대판 1996.10.17, 96다12511.

30) 박윤직, 前掲書, 333; 김용한, 前掲書, 274.

등기부 取得時效를 인정하고 있다. 먼저 대법원 판례는 1필의 토지 일부에 대한 占有取得時效를 인정하고 있고, 이와 함께 공유지분권에 대한 시효취득과 구별하고 있다. 즉 1필의 토지의 일부에 대한 占有取得時效는 토지의 일부가 점유에 속한다는 것을 인식하기 충분한 객관적인 징표가 계속하여 존재하면 가능하다고 한다<sup>31)</sup>. 이는 시효로 취득할 토지부분의 공간적 한계에 대한 일반적 기준을 지적도상의 경계와 상당하다고 할만한 정도로 요구한 것이라고 할 것이다. 이러한 객관적 징표로서는 담이나 목책을 치는 것, 도랑을 파는 것, 나무를 식재하거나 경계의 표지를 설치하는 것, 전·답의 형태 등을 들 수 있다. 그런데 판례는 지분권의 시효취득에는 특정된 토지부분의 취득을 주장하는 것이 아니므로 위와 같은 객관적 징표의 계속 존재가 필요 없다고 하고 있다. 즉 당사자가 전체토지 중 자기 지분에 해당하는 특정부분을 시효취득한 것으로 주장하는 경우에는 그 특정부분이 동인의 점유에 속한다는 것을 인식하기에 충분한 객관적 징표가 계속 존재하여야 하나, 토지의 1/2지분에 대하여는 자주점유로 나머지 1/2지분에 대하여는 타주점유로 전 토지를 점유하여 왔음을 이유로 그 1/2의 지분권을 시효로 취득하였다고 주장하는 경우에는 객관적 징표가 계속 존재할 필요가 없다<sup>32)</sup>고 하고 있다. 또한 토지의 공유지분의 일부에 대하여도 시효취득을 할 수 있다<sup>33)</sup>고 하고 있다. 나아가 판례는 사건대지 중 12/36의 공유지분권을 취득하고 그 내용의 이전등기를 경료한 경우 사건 대지 전부를 점유하여도 공유지분 이외의 부분에 대하여는 10년이상 점유하여 왔다 하더라도 登記簿取得時效를 못한다<sup>34)</sup>고 하고 있다. 이는 공유지분 이외의 부분에 관하여는 所有者로 등기된 자가 아니기 때문이다. 판례는 1필지의 不動産에 대하여 1/2씩 2인 공동登記名義者로서 10년간 계속된 경우 각 1/2씩의 지분권을 시효취득하게 되는 바, 위 10년 기간 중 위 不動産에 대한 2인명의로 공동등기된 것을 분할하여 각자 단독명의로 분할등기를 하였다 하여도 이는 所有權을 명확히 한데 불과한 것으로서 위 등기들은 不動産所有者로 등기한 자가 10년간 계속한 때에 해당하고 위 점유도 그 등기된 양인이 하였다면 점유의 특정 여부를 불구하고 양인의 점유가 10년간 계속된 때에 해당된다<sup>35)</sup>고 한다. 이러한 판례에 찬성하여 共有不動産이 분할되어 공유등기가 분할등기로 되는 경우에는 위 공유등기와 분할등기기간을 합쳐 10년이면 족하다고 해석

31) 대판 1965.1.19, 64다1254; 동 1965.11.16, 65다1819; 동 1975.6.24, 74다1877; 동 1989.4.25, 88다카9494; 동 1993.12.14, 93다5581; 동 1996.1.26, 95다24654; 동 1997.3.11, 96다37428.

32) 대판 1975.6.24, 74 다 1877.

33) 대판 1974.6.24, 74다1877; 동 1979.6.26, 79다639.

34) 대판 1976.5.25, 76다392.

35) 대판 1976.5.25, 75다1105.



하여야 한다는 견해<sup>36)</sup>도 있지만, 만일 처음에는 각 不動產을 공동으로 점유하였던 것이었다면 위 판결의 결론에 수긍할 수 있지만 이 판결의 사실관계는 각 登記名義者가 나중에 그들 단독명의로 등기된 不動產을 처음부터 단독으로 점유하였던 것이므로 공유로 등기되었던 기간에는 등기와 점유가 완전히 일치한 것은 아니라는 의문을 제기하는 견해<sup>37)</sup>도 있다. 생각컨대 위 사례에서 단독으로 분할등기를 하기 전에는 각각 구분소유적 공유관계에 있는 것으로 보아야 하기 때문에 이를 상호명의신탁등기로 보아 登記簿取得時效를 인정하지 않는다고 하는 대법원판례에 의하면 登記簿取得時效가 인정되지 않는다고 보아야 하지만, 이를 구분소유적 공유관계로 보는 견해에서는 지분권에 대한 登記簿取得時效를 인정하여야 할 것이다.

또한 不動產의 특정부분만을 점유하여 온 자가 그 점유부분의 전체면적에 상응한 공유지분권자로 등기되어 있는 경우 그 특정부분에 대한 공유지분의 범위내에서는 民法 제 245조 제 2항에서 말하는 不動產의 所有者로 등기한 자와 不動產을 점유한 때 라는 登記簿取得時效의 요건을 충족하였으나 그 나머지 부분에 대하여는 不動產의 점유라는 요건이 흠결된 것이므로 동인은 위 不動產 전체에 대한 공유지분을 登記簿時效取得하였다고 볼 수 없고, 또 점유하는 그 특정부분에 대하여는 동인 앞으로 공유지분이전등기만 경료되어 있어 不動產의 所有者로 등기한 자라는 요건을 충족하지 못하여 역시 登記簿時效取得하였다고 볼 수 없다<sup>38)</sup>. 그러나 이에 대하여 특정부분에 관한 공유지분권을 시효취득한다고 해석하는 것이 문리에도 적합하고 時效取得者와 진정한 권리자의 이해관계의 조화를 위하여도 타당하다는 견해가 있고<sup>39)</sup>, 지분권에 대한 시효취득을 인정하는 대법원판례에 비추어 특정부분에 대한 공유지분권을 시효취득한다고 보아야 할 것이다. 이러한 판례로는 1필지의 토지를 2인이 공동매수하여 공동명의로 등기한 후 공유물의 관리방법으로 구분점유한 경우에는 토지전체를 登記簿時效取得한다는 판례<sup>40)</sup>도 있다. 또한 판례는 공유자의 1인이 공유不動產 중 특정부분만을 점유하여 왔다면 그 특정부분에 대한 공유지분의 범위내에서만 民法 제 245조 제 2항에서 말하는 不動產의 所有者로 등기한 자와 不動產을 점유한 때라는 登記簿取得時效의 요건을 구비한 경우에 해당할 뿐이고, 그 나머지 부분은 이에 해당하지 않는다<sup>41)</sup>. 그렇다면 不動產의 특정

36) 이영준, 前掲書, 501.

37) 윤진수, 前掲書, 403.

38) 대판 1986.5.27, 86다카280.

39) 이영준, 前掲書, 501.

40) 대판 1994.4.29, 93 다 16765.

41) 대판 1993.8.27, 93다4250.

부분만을 점유하여 온 자가 그 점유부분의 전체면적에 상응한 공유지분권자로 등기되어 있는 경우, 그 특정부분에 대한 공유지분의 범위 내에서만 民法 제 245조 제 2항의 登記簿取得時效의 요건을 충족하는 것이라고 보아야 할 것이다.

그러나 판례는 登記簿上으로 어떤 토지 중 일부가 분할되고 그 분할된 토지에 대하여 지번과 지적이 부여되어 등기되어 있어도 지적공부 소관청에 지번,지적,지목,경계확정 등의 분필절차를 거친 바가 없다면 그 등기가 표상하는 목적물은 특정되었다고 할 수 없으니, 그 登記簿에 所有者로 등기된 자가 그 登記簿에 기재된 면적에 해당하는 만큼의 토지를 특정하여 점유하였다고 하더라도, 그 등기는 그가 점유하는 토지부분을 표상하는 등기로 볼 수 없어 그 占有者는 登記簿取得時效의 요건인 不動產의 所有者로 등기한 자에 해당하지 아니하므로 그가 점유하는 부분에 대하여 登記簿時效取得을 할 수 없다<sup>42)</sup>고 한다. 또한 不動產공유지분에 대한 登記簿時效取得을 인정하기 위하여는 공유자로 등기된 자들이 점유하고 있는 점유부분, 점유형태, 점유면적이나 점유비율 등을 심리확정한 후 시효취득여부를 판단하여야 하고, 공유자로 등기된 자가 그 등기된 공유지분을 점유하였다 하여 공유지분을 시효취득하였다고 판시하여서는 아니된다고 하는 판례<sup>43)</sup>도 있다.

#### (6)區分共有的 共有關係

여러 사람이 1필지의 토지 중 각자 위치 특정하여 그 일부씩을 매수하여 점유하고, 편의상 그 所有權移轉登記만은 공유지분이전등기를 경료한 경우에 이를 구분소유적 공유관계라고 한다. 이 경우 등기상으로는 토지 전체에 대한 공유지분등기로 되어 있으나, 내부적으로는 각 공유자들이 그 토지의 위치와 면적을 특정부분으로 구분하여 排他的으로 사용 수익하게 된다. 不動產실권리자명의등기에 관한 법률 제 2조 제 1호 나목은 구분소유적 공유를 不動產의 위치와 면적을 특정하여 2인이상이 구분소유하기로 약정을 하고 그 구분所有者의 공유로 등기하는 경우로 정의하고, 이를 무효인 명의신탁에서 제외한다고 규정하고 있다.

구분소유적 공유관계의 법적성질에 대하여는 공유설<sup>44)</sup>과 상호명의신탁설이 있고, 판례는 상호명의신탁설<sup>45)</sup>의 입장에 있다. 이러한 구분공유적 공유관계와 관련하여 不動產

42) 대판 1995.6.16,94다4615.

43) 대판 1991.11.26,90다카18125.

44) 서정우, 토지의 구분소유적 공유, 사법논집 4집, 112.

45) 대판 1997.3.28,96다56139.

의 특정부분만을 점유해온 자가 그 점유부분의 전체면적에 상응한 공유지분권자로 등기되어 있는 경우에는 적어도 그 지분만큼은 登記簿時效取得하였다고 보아야 한다고 하여 긍정하는 견해<sup>46)</sup>가 있지만, 판례는 不動產의 특정부분만을 점유해 온 자가 그 점유부분의 전체면적에 상응한 공유지분권자로 등기되어 있는 경우, 그 특정부분에 대한 공유지분의 범위내에서는 民法상 不動產의 所有者로 등기한 자와 不動產을 점유한 때라는 登記簿取得時效의 요건을 충족하였으나 그 나머지 부분에 대하여는 不動產의 점유라는 요건이 흠결된 것이므로 동인은 위 不動產 전체에 대한 공유지분을 登記簿時效取得하였다고 볼 수 없고, 또 점유하는 그 특정부분에 대하여는 동인 앞으로 공유지분이 전등기만 경료되어 있어 不動產의 所有者로 등기한 자라는 요건을 충족하지 못하여 역시 登記簿時效取得하였다고 볼 수 없다<sup>47)</sup>고 하여 부정하고 있다. 실무상 구분공유적 공유관계와 관련하여 특정부분의 면적과 지분이 일치하지 않는 경우에 면적보다 지분을 많이 가지고 있는 자가 특정부분을 매수한 것이 아니라 지분에 따른 매매계약을 체결하였다고 하면서 제소하는 경우가 많고, 이 경우 공유설의 입장에서는 초과부분의 등기는 무효라고 보고 있기 때문에 이러한 무효 등기에 기한 登記簿時效取得이 문제될 수 있다. 그러나 판례상의 상호명의신탁설에 의하면 역시 이 경우 登記簿時效取得은 문제가 되지 아니한다.

#### (7)登記의 承繼

登記簿 取得時效에 있어서 不動產의 所有者로 등기한 자의 해석을 둘러싸고 등기의 승계 인정여부와 관련하여 대법원은 전원합의체 판결을 1985년과 1989년 2번이나 선고하는 등 매우 흥미로운 다툼이 있다.

먼저 1985년 대법원 전원합의체의 사례는 원래 갑 소유의 林野를 장남 을이 상속하였는데 을이 행방불명되어 갑의 3남 병이 관계문서를 위조하여 자기명의로 所有權移轉登記를 한 후 정에게 매도하여 1971.2.22.이전등기되었고, 정이 채권자인 무는 임의경매 절차에서 이 不動產을 경락받아 1976.6.24.所有權移轉登記를 경료함과 동시에 즉시 인도받아 점유사용중에 을의 상속인 A(혼인외의 자)는 후에 이러한 사실을 알게되어 원인 무효를 이유로 1981.5.所有權移轉登記말소등기를 이행하라는 소를 제기하였는 것이다. 이 사례에서 원심은 무의 取得時效항변을 인용하여 원고청구를 기각하였으나 대법원은

46) 이영준, 前掲書, 501.

47) 대판 1986.5.27, 86다카280.

다음과 같이 다수의견으로 원심을 파기 환송하였다<sup>48)</sup>. 다수의견(유태홍, 이일규, 정태균, 이성렬, 전상식, 신정철, 김형기)은 民法 제 245조 2항의 규정은 不動產의 所有者로 등기된 기간과 점유기간이 때를 같이하여 다같이 10년임을 요한다는 취지를 규정한 것이라고 하고, 소수의견(강우영, 이정우, 윤일영, 김덕주, 이회창, 오성환)은 民法 제 245조 2항의 시효에 의하여 所有權을 취득하는 자는 10년간 不動產의 所有者로 등기되어 있어야 하지만 반드시 그 기간동안 그의 명의로 등기되어 있어야 하는 것은 아니고 전자 명의의 등기까지 아울러 그 기간동안 不動產의 所有者로 등기되어 있으면 족하다. 왜냐하면 民法 제 245조 2항의 시효에 있어서 등기와 점유는 권리의 외관을 표상하는 요건으로서 동등한 가치를 가진다고 할 것이므로 등기에 관해서도 점유의 승계에 관한 民法 제 199조를 유추 적용함이 타당할 것이기 때문이다. 그렇게 되면 등기에 공신력을 인정하지 아니하는 현행 民法 아래에서 많은 경우 등기를 믿고 거래한 善意의 취득자를 보호하는 결과가 된다. 더욱이 舊民法(제 162조 제 2항)의 短期取得時效制度에 있어서는 거기에서 규정한 10년간의 점유만으로 바로 所有權을 취득하였던 것이어서, 현행 民法이 형식주의를 채택하면서 이에 덧붙여 그 점유에 등기의 요건을 추가한 것만으로도 그 규정에 의한 所有權의 취득이 훨씬 어려워진 것인데 그 등기의 요건을 더욱 엄격하게 새기는 것은 단기의 登記簿取得時效制度를 마련한 입법취지에도 어긋나는 것이라고 하였다.

그런데 1989년 대법원 전원합의체의 사례는 사건토지가 원래 일본인 소유로 1944.9.21.매매를 원인으로 1945.8.9.갑법인에 所有權이 이전되었는데 미군정법령 제 2호 제 1조, 제 33호 제 2조에 의하여 1945.8.9.이후의 일본인 소유재산의 처분이 금지되어 귀속재산이 되었고, 갑법인은 교통부장관(귀속재산의 관리청이 아님)의 허가를 받아 사건토지를 을에게 매도하여 1961.9.8.所有權移轉登記를 경료하여 주고 이후 순차로 병, 정, 무에게 이전등기되었는데, 1983.4.30.원고 대한민국은 사건토지가 귀속재산이라고 주장하여 피고 갑 내지 무의 각등기의 원인무효를 이유로 각각 말소를 청구한 것이다. 이에 피고들은 이것이 귀속재산이 아니고 혹은 1961.9.8.부터 占有取得時效를 혹은 1965.1.부터 登記簿取得時效가 완성되었다고 항변하였고, 원심은 원고의 청구를 인용하였지만 대법원 전원합의체<sup>49)</sup>는 1985년 대법원 전원합의체의 판결과는 정반대로 다음과 같은 이유로 원심판결을 파기 환송하였다. 다수의견(김덕주, 이회창, 박우동, 윤관, 이재성, 김상원, 배만운, 안우만, 윤영철, 김용준)은 民法 제 245조 2항에 의하여 所有權을 취득한 자는 10

48) 대판 1985.1.29, 83다카1730

49) 대판 1989.12.26, 87다카2176

년간 반드시 그의 명의로 등기되어 있어야 하는 것은 아니고 앞 사람의 등기까지 아울러 그 기간동안 不動産의 所有者로 등기되어 있으면 된다. 왜냐하면 登記簿取得時效에 있어서의 등기와 점유는 권리의 외관을 표상하는 방법에서 동등한 가치를 가진다 할 것이므로 등기에 관하여서도 점유의 승계에 관한 民法 제 199조를 유추적용함이 타당할 뿐 아니라 위 규정이 不動産의 所有者로 등기한 자라는 문언을 썼다하여 반드시 그 앞 사람의 등기를 거기에서 배제하는 것이라고는 볼 수 없기 때문이다.

더구나 舊民法 제 162조 제2항의 단기取得時效에 있어서는 거기에서 규정한 10년간의 점유만으로도 바로 所有權을 취득하였던 것인데 현행 民法이 물권변동에 관하여 형식주의를 채택하는 과정에서 登記簿取得時效制度를 도입하여 점유외에 등기를 갖추게 함으로써 그에 의한 所有權취득을 훨씬 어렵게 하는 한편, 民法 제 245조 제1항이 규정하는 占有取得時效의 요건인 점유에 있어서의 평온, 공연외에 善意, 無過失을 더 추가하면서도 그 기간을 20년에서 10년으로 단축한 것이므로 이와 같은 입법의 배경이나 취지로 보아 民法 제 245조 제 2항이 규정한 不動産의 所有者로 등기한 자를 위와 같이 해석하는 것이 물권변동에 관하여 형식주의를 취하면서도 등기에 공신력을 주고 있지 아니한 현행 법체계하에서 등기를 믿고 不動産을 취득한 자를 보호하려는 登記簿取得時效制度에 부합한다고 하였다.

이에 대하여 소수의견(이일규, 배석, 김주한)은 民法 제 245조 2항의 규정내용은 점유와 등기기간이 때를 같이하여 다같이 10년임을 요한다는 취지이다. 民法 제 245조를 民法 제 186조, 제 187조 그리고 民法 가운데 점유권과 不動産에 대한 所有權 기타 물권에 관한 각 규정과 종합하여 살펴보면 우리 民法은 위에서 본 民法 제 245조 제1항의 경우에 한하여 점유에 대하여 不動産의 所有權에 관한 등기를 깨뜨리는 강력한 효과를 인정하고 있을 뿐이지 그 밖에는 不動産 所有權등의 물권에 관한 공시방법으로서는 물론이고 다른 어떤 경우에도 점유를 등기와 동등하게 보고 있지 않다. 不動産 물권에 대한 등기는 다만 당해물권의 공시방법이기에 당해물권변동의 효력요건이 되는 것에 불과한 것이지 그 자체가 물권이나 기타의 재산권적인 성질이 있는 것으로 볼 수는 없는 것이기 때문에 不動産登記法등의 절차규정에 의하여 이전될 수는 있어도 그러한 절차규정에 관계없는 등기만의 이전성을 고려할 이론적 근거는 없는 것이므로 물권으로서의 점유의 승계성(상속, 이전)을 긍정하는 民法 제 199조가 등기에 관하여 유추적용되어야 할 근거는 도대체 성립될 수 없는 것이다. 더구나 民法 제 185조는 물권법정주의를 선포하고 있고 물권법의 강행법규성은 이를 중핵으로 하고 있는 것으로서 이 법원칙은 비단

법률(성문법과 관습법)이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권을 창설할 수 없다는 소극적 내용에 그치는 것이 아니라 법률이 인정하는 물건이라 하더라도 그 법률이 정하는 내용이나 효력을 변경하여 이와 다른 내용 또는 효력을 갖게 하여서는 안된다는 적극적인 내용까지를 포함하여 그 근거로 삼고 있음은 학계와 실무계에 통용되고 있는 보편적 견해이므로 이러한 법원칙을 염두에 두고 위에서 본 民法 제 245조 제 2항의 규정 내용을 음미해 보면 그곳에서의 점유와 등기기간이 때를 같이하여 다같이 10년임을 요한다는 취지로 풀이될 수 밖에 없음은 너무도 분명하다. 다수의견은 위에서 본 民法 제 199조의 등기에의 유추적용을 전제로 하면서도 같은 규정 제 2항이 말하는 하자의 승계에 관하여 아무런 언급이 없어 분명하지 아니하나 民法 제 245조 제 2항 자체가 새로운 不動產所有權취득 규정이며 그 반대 해석상 종전 所有權者의 所有權상실규정이라고 보아야 하는 관계상 民法 제 245조 제 2항 소정의 등기가 실체적 권리관계에도 부합되지 않는 절차상의 하자있는 등기를 의미하는 것으로 볼 수 밖에 없을 것인데(그 이유는 실체적 권리관계에 부합되어 있지만 하면 절차적으로 하자있는 등기라도 民法 제 245조 제 2항을 기다릴 것도 없이 이미 所有權을 취득한다는 것이 당원의 판례에 나타나 있는 견해이고 또한 절차상의 하자가 없는 등기는 거의 대부분 실체적 하자가 있다고 볼 수 없어 그 역시 이 규정에 의하여 비로소 所有權을 취득하게 되는 경우는 아닐 것이기 때문이다)이런 등기를 한 사람들을 종전의 不動產所有權者에 비하여 다수의견이 표현하고 있는 것처럼 등기에 공신력을 주고 있지 아니한 현행법체계하에서 등기를 믿고 不動產을 취득한 자를 보호해야 할 것인가가 사유재산을 바탕으로 하는 물건거래의 보호가치적 비교입장에서 옳다고 할 수 있을 것인가가 의문스럽다고 하지 않을 수 없고 또한 물건변동에 관하여 새로이 형식주의를 취하면서 새로 마련한 현행 民法 제 245조 제2항을 위와 같은 사람들을 위하여 더구나 民法 제 199조까지 원용하면서 종전의 依用民法시대의 의사주의 아래에서의 所有權의 단기取得時效제도와 같게 해석하려고 하는 것은 기왕의 所有權者의 정적 안전성을 너무 가볍게 다루려는 것으로 밖에 여겨지지 않는다고 하였다.

그런데 위 사례의 대법원 전원합의체 판결을 자세히 살펴보면 종래 1985년 전원합의체 판결당시 다수의견에 찬성한 대법원판사의 숫자와 소수의견에 찬성하였던 대법원판사의 숫자가 7명 대 6명으로 매우 근소한 차이였고, 또한 1985년 전원합의체 판결당시 다수의견에 찬성하였던 대법원 판사 중 1989년 전원합의체 판결시 재직중인 판사는 이 일규 대법원판사 뿐이었고, 1985년 전원합의체 판결당시 소수의견에 찬성하였던 판사

중 1989년 전원합의체 판결시 재직 중인 판사는 김덕주판사와 이회창판사 2명이 있었던 사실을 알 수 있다. 또한 1989년 전원합의체 판결당시에는 다수의견에 찬성하는 대법원 판사의 숫자와 소수의견에 찬성하는 대법원판사의 숫자가 10명 대 3명으로 뒤바뀌었다는 사실도 알 수 있다. 이는 登記簿取得時效와 관련한 대법원 전원합의체 판결이 登記簿取得時效와 관련된 새로운 법논리 개발에 의한 법이론적 변경이 아니라는 사실을 알 수 있다.

학설은 1989년 전원합의체 판결의 다수의견에 찬성하는 견해와 소수의견 즉 1985년 전원합의체 판결에 찬성하는 견해로 갈라진다. 먼저 1989년 전원합의체 판결의 다수의견에 찬성하는 견해<sup>50)</sup>는 民法 제 245조 2항의 입법취지와 등기取得時效가 무권리자로부터 善意로 권리를 취득한 자를 보호하려는 목적과 기능을 가진 것이고, 권리의 표상 방법으로 등기와 점유를 동일한 가치를 갖는 것으로 보아 등기에도 民法 제 199조가 유추적용되어야 하고 독일民法과 스위스民法은 점유의 승계에 관한 규정만 갖고 있을 뿐 등기기간의 합산을 인정하고 있기 때문이라고 하거나<sup>51)</sup>, 舊民法상의 단기取得時效와의 균형을 맞추기 위하여도 등기의 요건을 완화하여야 할 것<sup>52)</sup>이라고 한다. 또한 시효제도의 존재이유를 고려하면 법이 사회질서의 유지를 위하여 필요하다고 인정한 것이 바로 시효제도이고 이 경우 時效取得者가 보다 보호되어야 하는 것이 법이 선택한 기준이다. 民法 제 245조 2항의 입법자 의사를 탐구해 보면 동조항이 등기의 합산을 전제로 하고 있는 것이 충분히 설명된다. 또한 동조항의 비교법상의 계보를 살펴보면 프랑스民法을 주로하고 독일법은 형식주의를 취하는데 따라 보충적으로 고려된 것으로 보아야 하고 더욱이 독일民法의 해석에 있어서도 등기의 합산이 인정되고 있다<sup>53)</sup>고 한다.

이에 대하여 소수의견에 찬성하는 견해<sup>54)</sup>는 원래 取得時效라는 제도가 일정기간의 경과로 타인의 소유물이 자기의 것으로 되는 제도이므로 그 요건이 다소 엄격할 필요가 있으며, 아무리 善意의 제 3취득자를 보호하여 거래의 안전을 보호하는 것이 중요하다 하더라도 진실한 권리자의 보호를 무시해서는 안된다. 우리나라의 登記簿取得時效의 기간은 외국에 비하여 상당히 짧으며 거기에 등기기간까지 승계합산하도록 하면 所有

50) 김용환, 前掲書, 275; 박윤직, 前掲書, 334; 장경학, 前掲書, 438; 김운경, 前掲論文, 170; 이재성, 登記簿取得時效의 요건, 판례평석집 5, 386; 조건호, 登記簿取得時效에 있어서의 몇 가지 문제점, 판례연구(대구지법 판례연구회), 12.

51) 서민, 前掲論文, 66.

52) 김운경, 前掲論文, 172.

53) 이기용, 前掲論文, 131.

54) 김중환, 前掲書, 116; 오창수, 前掲論文, 104; 지원림, 登記簿取得時效의 요건, 판례월보 253, 24.

權을 잃는 자가 속출할 가능성이 있다. 또한 民法 제 245조 2항에서 不動產의 所有者로 등기한 자가 10년간 --- 점유한 때에는 이라는 문면으로 보아 등기기간의 합산을 인정하는 취지로 해석하기 어렵다. 우리나라의 登記官에게는 실질적 심사권이 없고 不動產 등기와 관련하여 허위 위조서류가 적지 않고 그 결과 등기의 공신력도 인정하지 않고 있는데 이러한 실정하에서 등기기간의 합산까지 인정하면 진실한 所有者의 보호에 소홀해지기 때문에 소수의견이 타당하다<sup>55)</sup>고 한다. 또한 民法 제 245조 2항의 登記簿取得時效의 인정근거를 거래안전에서 찾는다면 등기기간의 합산을 인정할 수 있다. 그러나 不動產은 진실한 권리자가 먼저 보호되어야 하고 권리의관에 신뢰를 둔 時效取得者의 보호는 제 2차적 과제라고 생각된다. 따라서 등기기간의 합산을 허용하지 않았던 종래의 판례 태도가 진실한 권리자 보호에 타당한 것으로 생각된다. 그리고 불실등기의 발생가능성이 매우 높은 우리나라의 등기현실에 비추어 보아도 등기기간의 승계인정은 적절치 못하다<sup>56)</sup>고 한다. 그리고 時效取得者의 등기명의와 그 전자의 등기명의를 합쳐 10년의 점유기간 동안 不動產의 所有者로 등기되어 있으면 충분하다고 해석하게 되면 우선 民法 제 245조 2항의 문리에 반하게 된다. 뿐 만 아니라 取得時效에 의하여 占有者를 所有權者로 고양하는 것은 진정한 권리자의 희생위에서 이루어지는 것이므로 取得時效의 규정은 엄격하게 해석하여야 하는 것이다. 그렇지 않아도 우리 民法은 不動產의 取得時效를 너무 용이하게 하고 있다. 특히 取得時效기간이 비교법적으로 지나치게 단기이다. 그런데다 판례가 소유의 의사를 과거에 비하여 용이하게 인정하고 있다. 무엇보다도 우려되는 것은 등기의 승계를 인정함으로써 등기에 공신력을 인정치 않고 있는 우리 民法의 근본적 결단을 우회하는 결과로 된다는 것이다. 그러므로 현행 民法의 해석으로서 1989년말 전원합의체 판결의 소수의견에 따르는 것이 타당하다<sup>57)</sup>고 한다.

생각건대 취득시효제도는 그 요건을 엄격하게 하여야 하고, 진실한 소유자의 보호를 위하여 소수의견이 타당하다고 할 것이다.

#### (8) 相續人의 登記簿取得時效

상속에 의하여 등기의 승계가 있는 경우 등기의 합산을 인정하여야 한다. 판례도 지상권자로 등기된 자가 지상권 取得時效 완성전에 사망하여 지상권 설정등기와 점유권이 재산상속인에게 이전된 경우에 재산상속인은 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에

55) 황적인, 登記簿取得時效와 기간의 합산, 법률신문 1682, 16.

56) 김상용, 前揭書, 416

57) 이영준, 前揭書, 500.



관한 포괄적 권리의무를 승계하는 것이므로 피상속인의 등기 및 점유기간과 상속인의 그것을 합산한 등기 및 점유기간이 10년을 넘을 때 지상권의 登記簿取得時效기간이 완성된다<sup>58)</sup>. 또한 10년의 取得時效기간중에 登記名義者가 사망하였으나 아직 상속인 명의의 등기가 행하여지지 않고 등기가 피상속인 명의로 남아있는 경우에도 상속인은 등기를 하지 아니하고도 상속에 의하여 곧바로 권리를 취득하는 것이므로 피상속인과 상속인의 점유기간을 합산하여 10년이 넘으면 登記簿取得時效기간이 완성된다<sup>59)</sup>고 한다.

## 2) 10년간 所有의 意思로 不動產을 占有할 것

占有取得時效가 가능한 不動產은 요건을 구비하면 登記簿取得時效의 대상이 된다. 國有財産<sup>60)</sup>, 位土<sup>61)</sup>도 登記簿取得時效의 대상이 된다. 건물의 일부에 대한 占有取得時效는 이론상으로는 몰라도 실제상 문제되지 않고 부정하는 것이 타당하다<sup>62)</sup>고 한다. 건물에 대한 登記簿取得時效 역시 이론상으로는 몰라도 실제상 문제가 거의 되지 않을 것이고, 그렇다면 부정하여야 할 것이다. 登記簿取得時效는 등기된 不動產을 10년간 점유하여야 한다. 즉 등기는 점유의 시초에 존재하면 되는 것이 아니라 10년의 점유기간 내내 계속 존재하여야 한다. 따라서 등기된 기간과 점유기간이 다같이 10년간 계속되어야 한다. 登記簿상의 소유명의와 그 不動產의 점유는 登記簿時效取得을 위한 별개의 요건이므로 각각 입증되어야 할 것이다<sup>63)</sup>. 이와 관련하여 不動產所有者로 등기된 것만으로는 不動產을 현실적으로 점유하고 있다고 할 수 없다고 하면서 이전등기가 경료되었다고 하여 인도가 되었다고 推定할 수 없다는 견해<sup>64)</sup>가 있다. 그러나 판례는 대지의 所有者로 등기한 자는 보통의 경우 등기할 때에 그 대지의 인도를 받아 점유를 얻은 것으로 보아야 할 것이므로 등기사실을 인정하면서 특별한 사정의 실시없이 점유사실을 인정할 수 없다고 판단할 수는 없다<sup>65)</sup>고 하고 있다.

登記簿取得時效는 占有取得時效와 마찬가지로 그 점유가 소유의 의사를 가지고 하는 자주점유이어야 하고, 또한 평온, 공연한 점유이어야 한다. 占有者는 소유의 의사로 평

58) 대판 1989.3.28, 87다카2587.

59) 대판 1989.12.26, 89다카6140.

60) 대판 1969.4.22, 68다2209.

61) 대판 1979.9.25, 79다1255.

62) 박윤직, 前掲書, 333; 김용한, 前掲書, 277.

63) 이영준, 前掲書, 502.

64) 백현기, 등기의 추정력, 재판자료 26, 118.

65) 대판 1978.11.14, 78다192; 동 1992.6.23, 91다38266; 동 1996.12.23, 95다31317; 동 1997.4.25, 97다4838; 동 1998.2.24, 96다8888; 동 1999.3.23, 98다58924; 동 2001.1.16, 98다20110.

은 및 공연하게 점유한 것으로 推定된다(民法 제 197조 제 1항). 소유의 의사와 함은 ① 所有者가 할 수 있는 것과 같은 排他的 지배를 사실상 행사하려고 하는 의사<sup>66)</sup>, ② 所有者와 동일한 지배를 하려는 의사를 가지고 하는 점유<sup>67)</sup>, ③ 타인의 所有權을 배제하여 자기의 소유물처럼 排他的 지배를 행사하는 의사<sup>68)</sup>를 말한다. 대법원은 종래 자기의 소유물건에 대한 시효취득을 인정하였으나<sup>69)</sup>, 최근 자기 소유 不動產을 점유하는 것은 取得時效의 기초로서의 점유라고 할 수 없다<sup>70)</sup>고 하고 있어 생각건대 소유의 의사와 함은 위 ①과 ②의 의미보다는 진정한 所有者는 제외하는 것으로 해석되는 ③의 의미가 타당하다고 할 것이다. 소유의 의사의 판단기준에 대하여는 주관설과 객관설의 대립이 있고, 주관적으로 소유의 의사가 있다는 것만으로는 자주점유가 되지 못하고 소유의 의사 유무는 객관적으로 결정된다고 하는 객관설이 통설이다. 객관설 중 점유취득의 원인 사실 뿐 아니라 占有者의 의사를 객관적으로 파악할 수 있는 점유 중의 여러 구체적인 간접사실도 종합하여 판단하여야 하고, 점유의 권원은 가장 중요한 하나의 징표라는 구체적 객관설이 타당하다<sup>71)</sup>. 이처럼 소유의 의사는 推定된다. 이와 같이 소유의 의사의 推定규정으로 인하여 증명책임의 전환이 있다. 取得時效의 효과를 주장하는 자는 소유의 의사가 요건사실임에도 불구하고 점유만을 입증하면 되고, 소유의 의사의 존재에 대한 증명책임은 부담하지 아니한다. 반대로 이를 다투는 상대방이 占有者에게 소유의 의사가 없다는 사실에 대한 증명책임을 부담한다. 결국 추정효를 다투는 상대방의 입증은 증명책임에 따른 본증이 되고, 推定반복의 방지 내지 推定の 유지를 위한 占有者의 입증이 반증이 된다. 판례도 占有者는 소유의 의사로 점유한 것으로 推定되므로 占有者가 스스로 자주점유임을 입증할 책임이 없고 타주점유임을 주장하는 상대방에게 타주점유에 대한 입증책임이 있다<sup>72)</sup>고 한다.

取得時效의 요건인 소유의 의사에 대한 주장책임은 누구에게 있는가. 取得時效를 주장하는 자는 그 요건사실인 소유의 의사로 점유하여 왔다는 점에 대한 주장책임을 부

66) 박운직, 前掲書, 255.

67) 대판 1987.4.14, 85다카2230; 동 1991.7.9, 90다18838.

68) 대판 1990.11.13, 90다카21381, 21398; 동 1991.11.26, 91다25437; 동 1995.11.24, 94다53341; 동 1996.11.8, 96다29410; 동 1997.4.11, 96다50520; 동 1997.8.21, 95다28625.

69) 대판 1973.7.24, 73다559, 560; 동 1973.8.31, 73다387, 388.

70) 대판 1989.9.26, 88다카26574; 동 1997.3.14, 96다55860.

71) 일본 최고재 1983.3.24.; 대판 1997.8.21, 95다28625; 이를 구체적 의사설이라고 부르는 견해도 있다, 유남석, 不動產占有取得時效에 있어서 소유의 의사의 推定과 무단점유, 인권과 정의, 1997.11.93.

72) 대판 1983.7.12, 82다709, 82다카1792, 1793.

담하고, 나아가 소유의 의사의 존재를 추인케하는 점유취득의 원인사실등 간접사실까지 밝힐 책임이 있다<sup>73)</sup>. 대지의 所有者로 등기한 자는 보통의 경우 등기할 때에 그 대지의 인도를 받아 점유를 얻은 것으로 보아야 할 것이므로 등기사실을 인정하면서 특별한 사정의 설시없이 점유사실을 인정할 수 없다고 판단할 수는 없다<sup>74)</sup>.

### 3) 占有者의 平穩, 公然, 善意, 無過失

평온한 점유라 함은 占有者가 그 점유를 취득 또는 보유하는 데 법률상 용인할 수 없는 強暴行爲를 쓰지 아니하는 점유이고, 공연한 점유라 함은 隱庇의 점유가 아닌 점유를 말하는 것이므로 그 점유가 불법이라고 주장하는 자로부터 이의를 받은 사실이 있거나 점유물의 所有權을 위요하여 당사자 사이에 분쟁이 있었다 하더라도 그러한 사실만으로 곧 점유의 평온, 공연성이 상실된다고 할 수 없다<sup>75)</sup>. 또한 登記簿取得時效는 占有取得時效와는 달리 점유에 있어서 善意, 無過失이 요구된다. 善意란 占有者가 자기의 소유라고 믿는 것을 말한다. 善意는 단지 권리가 자기에게 속하지 않는다는 것을 모를 뿐 아니라 권리가 자기에게 속한다고 믿는 것이다. 占有者의 善意는 推定되므로(民法 제 197조 1항), 占有者에게 그 입증책임이 없고 이를 다투는 자가 占有者의 악의를 입증하여야 한다. 無過失이란 占有者가 자기의 소유라고 믿는데 즉 善意인 것에 대하여 과실이 없는 것을 말한다. 占有者의 無過失은 推定되지 아니하므로 善意와 달리 이를 주장하는 자가 입증하여야 한다<sup>76)</sup>. 無過失의 요건은 원래 로마법과 프랑스 및 일본 舊民法의 正權原의 요건이 梅謙次郎박사에 의하여 일본 현행民法 제정시에 無過失로 바뀌어 규정된 것이다<sup>77)</sup>. 그런데 登記簿取得時效에 있어서의 善意 無過失의 요건은 등기에 관한 것이 아니고, 점유취득에 관한 것이다<sup>78)</sup>. 따라서 善意, 無過失의 판단기준은 매우 다의적이고, 결국에는 판결을 유형화하여 이를 하나의 기준으로 설정하는 것이 필요하다.

#### (1) 善意

먼저 판례에서 善意라고 하는 경우는 占有者가 取得時效기간이 경과한 후에 상대방

73) 정재훈, 占有者의 소유의사의 推定과 번복, 사법논집 29, 75.

74) 대판 2001.1.16, 98다20110.

75) 대판 1982.9.28, 81사9.

76) 대판 1985.7.9, 84다카1866; 동 1990.10.16, 90다카16792.

77) 이기용, 前揭論文, 29.

78) 대판 1998.1.20, 96다48527.

에게 토지의 매수제의를 하였다고 하더라도 이로써 악의의 占有者로 간주된다고 할 수 없다고 한 사례<sup>79)</sup>가 있다. 둘째 악의라고 하는 경우는 일반적으로 정당한 절차에 의하지 아니한 채 不動產所有者로 등기하고 이를 점유하는 자는 善意라고 할 수 없다고 하는 판례<sup>80)</sup>와 귀속재산의 임차권을 양수한 자는 일응 악의의 占有者라는 판례<sup>81)</sup>가 있다.

## (2) 過失있는 占有

다음으로 과실 또는 無過失의 경우를 살펴보면 대법원은 먼저 과실이 있는 경우로서 ①登記簿상 소유명의자 아닌 자로부터 매수하여 점유한 자<sup>82)</sup>, ②매도인이 登記名義者의 아들인 경우에도 그로부터 매수한 자나 다시 전매한 자<sup>83)</sup>, ③所有者앞으로 所有權移轉登記가 마쳐지기 이전의 前所有者로부터 매수하였다고 주장하여 林野所有權移轉登記에 관한 특별조치법에 의한 所有權移轉登記를 마친 登記名義人은 前所有者로부터의 매수를 새로운 所有者에게 주장할 수는 없으므로 점유에 과실이 있다<sup>84)</sup>, ④처분자 명의로 所有權保存登記 所有權移轉登記가 경료되었다 하더라도 그 등기가 정당하지 아니한 것으로 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우의 不動產의 점유<sup>85)</sup>, ⑤시는 농지분배사무를 처리하는 국가기관이므로 당연무효의 농지분배를 원인으로 所有權移轉登記가 마쳐진 종전토지에 대한 환지에정지 지정처분에 기하여 그 환지에정지를 점유하는 경우<sup>86)</sup>, ⑥登記簿가 멸실되었음을 기화로 매수사실이 없음에도 불구하고 멸실등기의 회복등기의 방법에 의하여 所有權移轉登記를 마친 경우 과실이 있다<sup>87)</sup>, ⑦대리인의 대리권의 존재에 관하여 의심스러운 정황이 있는 경우 대리권을 조사하지 않는 경우<sup>88)</sup>, ⑧不動產을 매수하는 사람은 매도인에게 不動產을 처분할 권한이 있는지의 여부를 조사하여 보아야 하고 그 조사를 하지 아니하고 매수하였다면 不動產의 점유에 관하여 과실이 있는 것으로 보아야 한다<sup>89)</sup>, ⑨ 매수인이 매도인이 권리자인 여부를 알아보지 않는 경우<sup>90)</sup>,

79) 대판 1986.2.25, 85다카771.

80) 대판 1981.6.9, 80다1341.

81) 대판 1960.8.18, 4290민상489.

82) 대판 1964.10.20, 64 다 445; 1967.1.31, 66 다 2267; 1981.1.13, 80 다 2179; 1986.2.25, 85 다카 771; 1990.6.12, 90 다카 544.

83) 대판 1978.2.28, 77다1994.

84) 대판 1986.5.27, 86다카280.

85) 대판 1985.7.9, 84다카1866; 동 1991.11.12, 91다27082.

86) 대판 1983.10.11, 83다카531.

87) 대판 1987.8.18, 87다카191.

88) 대판 1968.3.19, 67다2389; 동 1990.6.12, 90다카544; 동 1990.10.16, 90다카16792; 동 1991.2.12, 90다 13178.

⑩ 林野所有權移轉登記등에 관한 특별조치법이나 不動產所有權移轉登記등에 관한 특별 조치법에 의한 所有權保存登記가 허위의 보증서 및 확인서에 의하여 경료된 경우 그 不動產에 대한 登記名義者의 점유<sup>91)</sup>, ⑪ 하천구역이라 볼 수 없는 토지부분에 대하여까지 국가가 종전 登記簿를 폐쇄하고 所有權保存登記를 마친 경우 그 부분에 대한 국가의 점유<sup>92)</sup>, ⑫ 단지 매도인이 그 조부가 일제시대에 그 사정명의인으로부터 매수하였다는 말만 듣고 상속재산으로 믿고 개시한 경우<sup>93)</sup>, ⑬ 중증명의로 등기된 不動產을 중증원 중 1인으로부터 매수한 경우 매도인이 제시한 허위의 중증의 정관 및 매도결의서가 진정한 것으로 믿었다 하더라도 그 정관이 매도인 및 그의 아들들명의로만 되어 있다면 不動產의 점유에 과실이 있다<sup>94)</sup>, ⑭ 위조된 중증정관과 매도결의서의 내용을 제대로 살펴보지 아니하고 중증명의의 不動產을 매수한 경우<sup>95)</sup> 등을 들고 있다.

### (3) 無過失의 占有

또한 無過失이라고 하는 경우는 ① 일반적으로 不動產의 登記名義者나 그의 적법한 대리인으로부터 不動產을 매수하고 인도받은 매수인에게 그 매도행위가 법률상의 유효요건을 구비한 것인지의 여부까지 조사할 의무는 없으므로 매수인이나 그 상속인 또는 전득자의 점유는 無過失이다<sup>96)</sup>, ② 매도인과 登記名義人이 동일인인 경우 매수인의 점유<sup>97)</sup>, ③ 정지조건부 대물변제계약에 있어서 채무의 변제가 없어 자기의 소유로 되었다고 믿고 점유한 경우<sup>98)</sup>, ④ 귀속재산이 아닌 不動產을 국가가 귀속재산으로 취급하여 이를 불하하였다면 불하받은 자의 점유<sup>99)</sup>, ⑤ 중간생략등기를 하였다 하더라도 登記簿상 所有者의 인감증명과 등기소요서류를 받아 所有權移轉登記를 하고 점유한 경우<sup>100)</sup>, ⑥ 매수인은 매도인의 처분행위에 친족회의 동의유무, 대리권의 유무 등에 대하여 조사할 의무를 부담치 아니하므로 이를 하지 않은 경우<sup>101)</sup>, ⑦ 不動產의 所有者가 6.25사변

89) 대판 1971.7.29, 71다1132; 동 1985.7.9, 84다1866.

90) 대판 1991.11.12, 91다27082; 동 1993.9.28, 93다16369.

91) 대판 1995.2.10, 94다39116.

92) 대판 1992.6.9, 91다43640.

93) 대판 1995.2.10, 94다22651.

94) 대판 1990.10.16, 90다16792.

95) 대판 1991.2.12, 90다13178.

96) 대판 1965.6.15, 65다652; 동 1972.3.31, 72다88; 동 1982.5.11, 80다2881.

97) 대판 1983.3.8, 80다3198; 동 1992.2.14, 91다1172; 동 1992.1.21, 91다36918; 동 1994.6.28, 94다7829.

98) 대판 1965.6.15, 65다652.

99) 대판 1969.4.22, 68다2209.

100) 대판 1967.9.5, 67다1059.

으로 행방불명되고 그 처도 다른 곳으로 개가한 상태에서 유일하게 남은 어머니가 이를 매도하는 것을 적법한 것으로 믿고 피고의 부가 매수하여 점유하다가 피고에게 등기 및 점유를 이전하였다면 피고에게 과실이 없다<sup>102)</sup>, ⑧ 행정처분에 의하여 어떤 권리를 취득하는 경우에 일반적으로 상대방이 이러한 처분의 효과로 권리를 취득하였다고 믿는 것이 당연하므로 이를 믿는 경우<sup>103)</sup>, ⑨ 原所有者가 매도인인 登記名義人과 占有者들을 상대로 제기한 所有權移轉登記抹消請求訴訟에서 登記名義者가 패소하였더라도 그 사유만으로써는 매수인인 占有者들에게 과실이 없다<sup>104)</sup>, ⑩ 상속받은 것으로 믿고 매수하여 이전등기를 마치고 점유를 개시한 때로부터 10년이상 아무런 이의를 받지 아니하고 점유한 경우<sup>105)</sup>, ⑪ 점유개시를 전후하여 장기간 所有權을 주장하거나 소유에 대하여 이의를 제기한 바 없다는 등 사정이 있는 경우<sup>106)</sup>, ⑫ 所有權移轉登記 抹消登記 判決이 확정되었으나 말소등기가 되어 있지 아니하고 예고등기까지 말소되어 있는 경우에 그 登記名義者로부터 매수한 경우<sup>107)</sup> 등을 들고 있다.

그런데 간접점유의 경우 누구를 기준으로 善意 無過失을 판단하여야 하는지에 대하여 간접占有者說과 直接占有者說의 다툼이 있다. 전자는 간접점유의 경우 直接占有者를 기준으로 善意 無過失의 여부를 판단하여야 한다고 한다. 원래 점유는 사실의 문제이므로 이에 관하여 民法 제 116조 1항을 유추적용할 수 없는 것이나 그의 법정신을 유추하여 해석하는 것이 타당하다고 한다<sup>108)</sup>. 이에 대하여 후자는 점유매개관계가 있는 경우에 取得時效의 주체는 어디까지나 間接占有者이므로 善意 無過失의 유무도 間接占有者를 기준으로 하여야 하고 대리에 관한 民法 제 116조 1항이 점유에 유추적용될 수 없다고 하는 견해<sup>109)</sup>이다. 판례는 피고가 그 아들을 위하여 대리점유를 한 것이라 하더라도 피고의 악의점유 개시사실로 보아서 善意이며 無過失한 점유라고 할 수 없다고 한다<sup>110)</sup>. 그러나 이 판결에 대하여 이 판결의 중점이 아들이 행방불명된 자이므로 그에게 점유를 인정할 여지가 없다는 데 있는 것이고 이를 일반화하여 판례가 善意 無過失

101) 대판 1974.5.28,73다1598.

102) 대판 1980.9.24,80다1473.

103) 대판 1969.4.22,68다2209.

104) 대판 1983.3.8,80다2198.

105) 대판 1992.4.28,91다46779.

106) 대판 1992.8.14,92다14724.

107) 대판 1992.1.21,91다36918.

108) 이영준,前揭書,504.

109) 윤진수,前揭書,407.

110) 대판 1976.8.24,76다902.

은 直接占有者를 기준으로 하여 결정하여야 한다고 판시한 것으로 보기 어렵다고 하는 비판도 있다<sup>111)</sup>.

善意 無過失은 점유의 시초에 있어야 하는가 아니면 取得時效기간 전부를 통하여 계속하여야 하는가. 民法은 제 246조 2항의 동산의 取得時效에 있어서는 점유가 善意이며 과실없이 개시된 경우라고 규정함으로써 善意 無過失이 점유개시시에만 요구된다는 것을 밝히고 있으나 登記簿取得時效의 경우에는 그러한 규정이 없다. 통설은 善意 無過失이 점유개시시에만 있으면 되는 것으로 보고 있다<sup>112)</sup>. 民法의 登記簿取得時效制度는 독일 民法과 스위스 民法을 본받은 제도인데, 전자는 善意 無過失은 요구되지 않고, 후자에서는 善意만이 그 요건이다. 그럼에도 불구하고 民法의 取得時效에는 전 시효기간을 통하여 善意 無過失을 요구한다면 그것은 너무 요건을 엄격하게 하는 것이 될 것이고 또한 占有取得時效보다 登記簿取得時效의 요건을 가중할 필요가 없다고 할 것이다. 따라서 점유개시시에 善意 無過失이면 족하고 그 후에는 악의가 되더라도 관계가 없다고 하여야 한다. 판례도 동일하다<sup>113)</sup>.

#### (4) 善意・無過失의 主體

善意 無過失의 요건은 누구에게 갖추어져야 하는가. 만약 取得時效기간중에 점유의 승계가 있는 경우에 최초의 占有者인 피승계인이 善意이고 無過失이면 승계인에게는 善意 無過失이 요구되지 않는지 아니면 이러한 요건이 승계인에게도 요구되는지가 문제된다. 판례는 의용 民法상의 10년의 단기 取得時效의 경우에 대하여 점유의 시초에 善意이고 無過失이면 족하고 따로 승계인의 善意 無過失여부를 심리할 필요가 없다고 한다<sup>114)</sup>. 그러나 현행 民法상의 登記簿取得時效에 관하여는 판례가 그동안 등기의 승계를 인정하지 않았던 관계로 이러한 문제가 생기지 않았으나 이제 판례가 등기의 승계를 인정하는 것으로 변경되었기 때문에 다시 문제가 될 것이다. 점유의 승계가 있는 경우에는 善意 無過失이 점유의 시초에 있으면 족하다고 한다<sup>115)</sup>. 다만 이해관계있는 제 3자가 없어서 時效取得者가 임의로 기산점을 선택할 수 있는 경우에는 기산점으로 선택된

111) 윤진수, 前揭書, 407.

112) 박운직, 前揭書, 334; 김기선, 한국물권법, 21; 김상용, 前揭書, 417; 김용한, 前揭書, 274; 김중환, 前揭書, 334; 김현태, 前揭書, 152; 장경학, 前揭書, 531; 윤진수, 前揭書, 406; 이기용, 前揭論文, 136.

113) 대판 1983.10.21, 83다카531; 동 1986.2.25, 85다카771; 동 1986.5.27, 86다카280; 동 1987.8.18, 87다카191.

114) 대판 1967.9.19, 67다1106; 동 1970.3.10, 69다2115.

115) 윤진수, 前揭書, 407.

시점에 있어서 善意임을 요한다고 한다<sup>116)</sup>. 또한 善意·無過失의 입증책임은 점유의 善意는 推定(民法 제 197조 1항)되기 때문에 占有者는 無過失만 입증하면 된다<sup>117)</sup>.

#### IV. 登記簿取得時效의 效果

登記簿取得時效의 요건을 갖춘 占有者는 그 점유 개시시에 소급하여 所有權을 취득한다. 따라서 時效取得者의 등기는 그 등기당시로부터 실체법상 유효한 등기였던 것으로 간주된다<sup>118)</sup>. 登記簿取得時效가 완성된 경우에는 바로 그 不動產에 대한 所有權을 취득하는 것이지 登記簿取得時效를 원인으로 하는 所有權移轉登記請求權이 발생하는 것은 아니다. 따라서 登記簿取得時效완성 후에 그 不動產에 관한 占有者 명의의 등기가 말소되거나 적법한 원인없이 다른 사람앞으로 所有權移轉登記가 경료되었다고 하더라도 占有者는 登記簿取得時效의 완성에 의하여 취득한 所有權을 상실하는 것은 아니다. 왜냐하면 등기는 물권의 효력발생요건이고 효력존속요건이 아니므로 물권에 관한 등기가 원인없이 말소된 경우에 그 물권의 효력에는 영향을 미치지 않는 것이다. 따라서 登記簿時效取得者는 登記簿取得時效의 완성에 의하여 취득한 所有權에 기하여 현재의 登記名義者를 상대로 방해배제청구를 할 수 있을 뿐이고, 登記簿取得時效의 완성을 원인으로 현재의 登記名義者를 상대로 所有權移轉登記를 구할 수 없다<sup>119)</sup>.

116) 이영준, 前掲書, 505.

117) 박윤직, 前掲書, 334; 김기선, 前掲書, 212; 김상용, 前掲書, 417; 김용한, 前掲書, 274; 김중환, 前掲書, 335; 김현대, 前掲書, 153; 방순원, 前掲書, 129; 이영준, 前掲書, 505; 최식, 前掲書, 144.

118) 이은영, 前掲書, 398.

119) 대판 1999.12.10, 99다25785; 동 2001.1.16, 98다20110.