



독일의 공시최고절차(2)

지난 호에서는 공시최고절차의 의의와 취지에 관하여 살펴보았다. 이번 호에서는 공시최고절차의 요건, 절차 및 제권판결의 효과에 관하여 살펴보겠다.

III. 요건

독일민법의 입법자는 등기부의 내용에 반하는 소유권취득이 일반적으로 허용되어서는 안 된다고 보아 독일민법 제927조에 다음과 같은 상당히 까다로운 요건을 마련하였다.¹⁾

1. 30년의 자주점유

공시최고절차가 개시되기 위해서는 독일민법

제872조(“물건을 자신에 속하는 것으로 점유하는 자는 자주점유자이다.”)의 의미에서의 자주점유(Eigenbesitz)가 필요하다. 그러한 자주점유가 성립하기 위해서는 점유자의 물건에 대한 사실적 지배 외에도 그 물건을 마치 소유자처럼 지배하려는 의사, 즉 所有의 意思(animus domini)가 있어야 한다. 이때 ‘소유의 의사’는 점유자의 소유자임에 대한 확신이 아니라 그 물건을 독자적으로 그리고 타인을 배제하여 점유하려는 의사를 말하므로, 그 유무의 판단에 있어서는 점유자의 주관적 의사방향이 기준이 되고 객관적 요소는 고려되지 않는다(통설 및 판례).²⁾ 그 점유는 직접점유는 물론 간접점유라도 무방하다(동법 제941조 참조).³⁾ 이 때 점유자의 선의(점유자가 자신에게 소유권이 있다고 믿은

각주

1) Baur/Stürmer, Sachenrecht, 17. Aufl., 1999, § 53 Rn. 87.

2) Baur/Stürmer (주 1), § 7 Rn. 88 f.; MüKoBGB/Joost, Bd. 6, 4. Aufl., 2004, § 872 Rn. 3; Staudinger/Bund (2000), § 872 Rn. 2. 한편 Fritzsche, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Stand: 01.10.2007, Edition: 10 (이하 “BaRoth/집필자”로 인용), § 872 Rn. 4는 이 점에 관하여 오늘날 다툼이 없다고 한다.

것)나 권원은 요구되지 않으므로,⁴⁾ 약의자도 공시최고절차를 통하여 소유권을 취득할 수 있다.⁵⁾ 여기서 점유자의 선의를 요구하지 아니한 것은, 가령 부동산소유권 이전의 합의(Auflassung)를 하지 아니하여 채권적 계약과 인도만을 증명할 수 있는 점유자라면 독일법상 소유권을 취득하였다고 볼 수 없기 때문에 선의일 수 없다는 전제에 기한 것이다.⁶⁾

제척되어야 할 소유자와 공시최고절차의 신청자인 자주점유자는 동일인이어도 상관없다. 다시 말해 자기 소유의 부동산에 대하여도 공시최고절차에 의하여 소유권을 취득할 수 있다.⁷⁾

자주점유는 30년 이상 지속되어야 하고, 그

점은 공시최고절차의 신청자가 소명하여야 한다.⁸⁾ 30년의 기간을 요한 것은, 독일민법의 기초과정(구체적으로는 제1차위원회)에서 일부 위원이 제안하였던 10년의 기간으로는 기존의 권리를 권리상실로부터 충분히 보호할 수 없고 또 일반소멸기간과의 부조화를 피하기 위한 것이다.⁹⁾

점유자는 독일민법 제943조와 제944조에 의하여 前점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있다(동법 제927조 제1항 제2문에 의한 준용).¹⁰⁾ 따라서 상속인은 피상속인의 점유를 승계할 수 있다.¹¹⁾

등기부취득시효에서와 마찬가지로¹²⁾ 점유자

각주

- 3) AnwK-BGB/Grziwotz, Bd. 3, 2004, § 927 Rn. 4; BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 2; Erman/Lorenz, Bd. 2, 11. Aufl., 2004, § 927 Rn. 3; Finkenauer, Eigentum und Zeitablauf – das dominium sine re im Grundstücksrecht, 2000, S. 132; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 9; PWW/Huhn, 3. Aufl., 2008, § 927 Rn. 2.
- 4) AnwK-BGB/Grziwotz (주 3), § 927 Rn. 4; BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 2; Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 4. Aufl., 1904, S. 115; Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl., 1908, S. 325; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 3; Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, 1905, S. 460; Jakobs/Schubert, Sachenrecht I §§ 854-1017, in: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, 1985, S. 564; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 2; Palandt/Bassenge, BGB, 62. Aufl., 2003, § 927 Rn. 2; PWW/Huhn (주 3), § 927 Rn. 2; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 9; Wieling, Sachenrecht (Lehrbuch), 4. Aufl., 2001, § 23 III 2 a.
- 5) 이와는 다른 견해를 표명하고 있는 문헌으로 송덕수, “약의 무단점유와 취득시효”, 인권과 정의 제243호, 28-29면.
- 6) Finkenauer (주 3), S. 55 f.와 그곳에 소개된 증명자료 참조.
- 7) Finkenauer (주 3), S. 132 f.
- 8) BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 2; Cosack (주 39), S. 116; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 3; PWW/Huhn (주 3), § 927 Rn. 3; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 9.
- 9) Finkenauer (주 8), S. 54 f.
- 10) AnwK-BGB/Grziwotz (주 3), § 927 Rn. 4; BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 2; Dernburg (주 4), S. 325; Gierke (주 4), S. 460 Fn. 68; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 2.
- 11) OLG Bamberg NJW 1966, 1413; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 2.
- 12) BaRoth/Kössinger (주 2), § 900 Rn. 8; Baumgärtel/Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., 1999, § 900 Rn. 1; Erman/Lorenz (주 3), § 900 Rn. 5, 9; Finkenauer (주 3), S. 112, 113, 117; MüKoBGB/Wacke (주 2), § 900 Rn. 4, 8; Staudinger/Gursky (2002), § 900 Rn. 14 등

의 자주점유는 추정된다.¹³⁾

2. 소유권의 적용범위

공시최고절차에 관한 독일민법 제927조는 소유권(단독소유권, 공유관계에서의 지분권, 주거 및 일부소유권)에 한하여 적용되고, 그 밖의 부동산물권(예: 제한물권이나 부동산과 같은 권리)에는 적용되지 않는다.¹⁴⁾

3. 등기

공시최고취득시효는 법률행위에 의하지 아니한 부동산소유권의 취득임에도 점유자가 소유권에 관한 등기를 하여야 소유권을 취득할 수 있도록 하고 있다. 30년의 자주점유는 공시최고절차를 위한 요건에 불과하고, 점유자는 등기에 의하여 비로소 소유권을 취득하게 된다. 등기가 있어야 점유자가 소유권을 취득할 수 있도록 한 것은, 소유권의 포기는 부동산소유자가 등기관청에 대하여 포기의 의사를 표시하고 등기부에 포기가 등기됨으로써 그 효력이 발생하는 것으로 규정하여 부동산물권변동에 관한 形式主義

를 관철하고자 한 물권편의 일부초안 제128조(현행 독일민법 제928조)와의 수미일관성을 기하고 또 등기를 하지 아니할 경우에 야기될 수 있는 새로운 혼란을 방지하기 위함이다.¹⁵⁾

「소유자가 등기부에 전혀 등기되어 있지 아니한 경우」(즉 미등기부동산)나 「무권리자가 소유자로 등기되어 있는 경우」에는 30년의 자주점유만 있으면 공시최고절차를 실행할 수 있다(독일민법 제927조 제1항).¹⁶⁾ 다만 무권리자가 소유자로 등기되어 있는 경우에는 자주점유자가 공시최고절차에서 독일민법 제891조에 따른 등기의 추정력을 깨뜨려야 한다(즉 이때에는 동법 제980조에 따른 소명만으로는 부족하다). 그 증명이 행하여진 경우, 등기된 무권리자는 독일민법 제927조 제1항 제3문상의 보호를 받지 못한다.¹⁷⁾ 요컨대 「소유자가 미등기된 경우 또는 무권리자가 소유자로 등기되어 있는 경우」에는 30년간 부동산을 자주점유한 자가 공시최고절차에 따라 소유자를 제척시키고 스스로를 소유자로 등기함으로써 소유권을 취득할 수 있다.

반면 「소유자가 등기되어 있는 경우」에는 소

각주

13) AnwK-BGB/Grziwotz (주 3), § 927 Rn. 4.

14) AnwK-BGB/Grziwotz (주 3), § 927 Rn. 3; BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 3; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 2; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 3; Palandt/Bassenge (주 4), § 927 Rn. 1; PWW/Huhn (주 3), § 927 Rn. 1; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 4, 6; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 2. Aufl., 2005, § 6 Rn. 10; Weber, Sachenrecht II Grundstücksrecht, 2005, § 9 Rn. 4.

15) Jakobs/Schubert (주 4), S. 564.

16) BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 4; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 4; Finkenauer (주 3), S. 135; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 4.

17) Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 11.

유자의 권리가 충분히 공시되기 때문에 ‘권리에 대한 침묵’을 운운할 수 없다.¹⁸⁾ 따라서 이 경우에는 등기부의 내용에 반하는 공시최고는 원칙적으로 허용되지 않는다. 다만 등기부상의 소유자가 사망하였거나(상속인을 알지 못하거나 알 수 없음은 요건이 아니다¹⁹⁾) 실종되었고 또 소유자의 동의를 요하는 등기가 공시최고절차의 개시 전 30년 동안 행하여지지 아니한 때에는 공시최고가 허용된다(독일민법 제927조 제1항 제3문). 다시 말해 독일민법은 소유명의를 가진 자가 생존하고 있는 동안에는 공시최고절차에 의한 소유권취득을 인정하지 않는다. 이는 등기부의公示力을 관철하기 위함이다.²⁰⁾

IV. 절차

공시최고절차는 민사소송법(ZPO) 제946조~제959조, 제977조~제981조, 제1024조 제1항에 의한다. 공시최고에 의하여 종래의 소유자에게는 공시최고기일 내에 그의 권리를 신고할 것과, 만일 그렇지 않게 되면 그가 제척되리라는

점이 최고된다. 이 절차는 30년간 부동산을 자주점유한 자만이 신청할 수 있으며, 자주점유자가 수인인 경우에는 공동으로만 신청할 수 있다(민사소송법 제979조).²¹⁾ 기존의 소유자가 그의 권리를 공시최고기일 내에 신고하게 되면, 공시최고절차는 중단된다.

V. 제권판결의 효과

1. 소유권의 소멸과 선점권의 발생

제권판결(Ausschlussurteil)로 종래의 소유자는 제척된다. 즉 종래의 소유자는 소유권을 상실한다.²²⁾ 따라서 종래의 소유자 겸 공시최고절차의 신청자가 불명확한 권리상황이나 공시최고절차에 대한 오해에 기하여 그 절차를 신청하였더라도, 제권판결이 내려진 이상, 신청자의 소유권은 소멸한다. 그러나 제권판결 그 자체가 자주점유자로 하여금 직접적으로 소유권을 취득케 하는 것은 아니므로, 부동산은 일시적으로(즉 자주점유자의 등기가 있을 때까지) 무주물이 된다.²³⁾

각주

18) Westermann/Eickmann, Sachenrecht, 7. Aufl., 1998, § 85 III 2.

19) BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 5; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 5; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 4.

20) Finkenauer (주 3), S. 131.

21) BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 6; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 7; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 5.

22) BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 7; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 8; Finkenauer (주 3), S. 142; Gierke (주 4), S. 460; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 15.

23) AnwK-BGB/Grziwotz (주 3), § 927 Rn. 10; BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 7; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 8; Finkenauer (주 3), S. 142, 143; Gierke (주 4), S. 460; Jauernig/Jauernig, BGB, 12. Aufl., 2007, § 927 Rn. 2;

제권판결의 효과는 그 판결이 실체적으로 부당하거나 소유자가 그의 권리를 공시절차 중에 신고에 의한 방법과는 다른 방법(예: 점유자에 대한 반환청구의 소나 부동산등기부경정의 소)을 통해 주장한 경우에도 유지된다.²⁴⁾ 제권판결에 기판력이 생긴 경우, 그 판결이 실체적으로 부당하거나 그 요건의 결여로 선고되어서는 안 되는 것이었더라도, 종전의 소유자는 부당이득 반환청구권을 갖지 못한다. 다만 이 경우에 종전의 소유자는 독일민사소송법 제957조 이하에 따라 그러한 제권판결의 취소를 구하는 소를 제기할 수 있을 뿐이다.²⁵⁾

제권판결은 자주점유자에게 소유권이 아닌 선점권(Aneignungsrecht)을 취득케 한다. 이러한 독일민법 제927조 제2항의 선점권은 무주물에 대한 것이고 따라서 선점권자에게 소유권을 이전해 주어야 할 의무자가 존재하지 아니하므로 청구권이 아니다. 이 때의 선점권은 ‘고유한 종류의 물건적 권리’(ein dingliches Recht eigener Art)로서의 성질을 가진 법률상의 권리

이다.²⁶⁾ 선점권자는 등기부에 소유자로 등기되어 있는 자에 대하여 그 등기의 말소를 청구할 수 있는 등기부경정청구권(독일민법 제894조)을 가진다.²⁷⁾ 나아가 선점권자는 독일민법 제985조의 유추적용에 의하여 물건적 반환청구권을 가진다.²⁸⁾

선점권은 처분할 수 있으며, 그 양도는 등기 없는 부동산소유권이전의 합의의 방식에 의한다. 그리고 조건부 또는 기한부로 행하여진 선점권의 양도합의는 효력이 없다(독일민법 제925조의 유추적용).²⁹⁾ 선점권의 양도는 제권판결의 선고 전에도 가능하다.³⁰⁾

선점권자는 그의 선점권을 행사하여야 할 법률상의 의무를 부담하지 않는다. 오히려 선점권자는 그의 선점권을 자유로이 포기할 수 있고, 그것도 독일민법 제928조에 따라 관할 등기소에 대한 일방적 의사표시에 의하여 할 수 있다. 이때 등기부에의 등기는 필요한 것은 아니지만 할 수 있다.³¹⁾ 선점권은 포기가 유효하게 행하여진 시점에 소멸하는 것이지 등기부에 이에 관한

각주

- MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 6; Palandt/Bassenge (주 4), § 927 Rn. 4; Prütting, Sachenrecht, 33. Aufl., 2008, Rn. 366; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 15; Weber (주 14), § 9 Rn. 4; Wieling (주 4), § 23 III 2 b.
- 24) Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 15.
- 25) Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 15; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 8; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 15.
- 26) Dernburg (주 4), S. 324 Fn. 4; Gierke (주 4), S. 460 f.; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 18.
- 27) Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 19.
- 28) Finkenauer (주 3), S. 145; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 19; Wieling (주 4), § 11 IV 3 b.
- 29) Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 20과 그곳에 소개된 증명자료 참조.
- 30) MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 8.

등기를 한 시점에 소멸하는 것이 아니다.³²⁾ 그리고 선점권은 등기부예의 등기 없이 제권판결에 의하여 발생하고, 자주점유자의 소유권취득에 의하여 소멸한다.³³⁾

2. 제권판결의 제한된 효력범위

제권판결은 (ㄱ) 공시최고절차가 개시된 후 제권판결 선고 전에 소유자로 등기한 자(독일민법 제927조 제3항), (ㄴ) 등기부의 정당성에 대한 이의가 등기되어 있는 자(독일민법 제927조 제3항) 및 (ㄷ) 공시최고절차에서 그의 권리를 소유자로서 신고하고 그에 상응하는 유보판결을 얻은 자(독일민사소송법 제953조)에 대해서는 효력이 없다.³⁴⁾ 이 경우에는 다툼이 있는 부동산은 무주물이 되지 않으므로 종전의 소유자는 그의 소유권을 그대로 보유하고,³⁵⁾ 소유권이전등기를

마친 제3자는 소유권을 취득한다.³⁶⁾

3. 자주점유자의 소유권 취득

제권판결을 얻은 자주점유자는 선점권에 기하여 소유자로서 등기할 수 있게 되고, 등기에 의하여 비로소 소유권을 취득한다(독일민법 제927조 제2항).³⁷⁾ 따라서 공시최고절차에 소급효는 인정되지 않는다.³⁸⁾ 등기부에 등기함에 있어서는 선점의 의사를 표시하여야 하는데, 이것은 등기소의 수령을 요하는 의사표시이다.³⁹⁾ 자주점유자가 제권판결 시점에 이미 소유자로 등기되어 있는 경우에는 제권판결의 선고와 동시에 소유권이 직접적으로 그에게 이전된다.⁴⁰⁾

제3자가 공시최고절차 중에 소유자로 신고를 하고 또 그에 상응하는 유보를 제권판결을 통해 얻은 경우, 자주점유자가 소유권을 취득하기 위

각주

31) AnwK-BGB/Grziwotz (주 3), § 927 Rn. 12; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 21.

32) AnwK-BGB/Grziwotz (주 3), § 927 Rn. 12.

33) Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 18과 그곳에 소개된 다른 증명자료 참조.

34) BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 7; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 9; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 6.

35) Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 9; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 16; Vieweg/Werner (주 14), § 6 Rn. 10.

36) Dernburg (주 4), S. 324.

37) AnwK-BGB/Grziwotz (주 3), § 927 Rn. 13; BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 8; Cosack (주 4), S. 116; Dernburg (주 4), S. 324; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 10; Hk-BGB/Eckert, 5. Aufl., 2007, § 927 Rn. 3; Jauernig/Jauernig (주 23), § 927 Rn. 2; Prütting (주 23), Rn. 366; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 15, 22 ff.; Vieweg/Werner (주 14), § 6 Rn. 10; Westermann/Eickmann (주 18), § 85 III 4; Wieling (주 4), § 23 III 2 b.

38) Finkenauer (주 3), S. 152; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 7; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 15, 22 ff. 등. 이 점은 우리 민법 제247조 제1항이 “취득시효로 인한 소유권 취득의 효과는 점유를 개시한 때에 소급한다”고 규정하고 있는 것과는 대조적이다.

39) AnwK-BGB/Grziwotz (주 3), § 927 Rn. 13; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 24.

40) BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 8; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 14; Palandt/Bassenge (주 4), § 927 Rn. 4; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 26. 한편 MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 7은 이것을 일반적 견해라고 한다.

해서는 그 제3자의 유효한 동의 내지 포기 있어야 한다. 그러한 의사표시는 판결을 통해 갈음할 수 있다. 공시최고절차 중에 제3자가 소유자로 등기한 경우에도 같다.⁴¹⁾ 반면 공시최고절차 중에 등기부의 정당성에 대한 제3자의 이의가 등기되더라도 제권판결에 기한 자주점유자의 등기는 방해받지 않는다.⁴²⁾ 다만 그 경우 그 제3자는 등기부정정을 요구할 수 있고, 이때 그가 자신의 소유권을 증명하게 되면 자주점유자의 소유권취득 이후에도 그의 권리를 관철시킬 수 있다.⁴³⁾

제권판결에 의한 소유권취득은 승계취득이 아닌 원시취득으로 이해되고 있다.⁴⁴⁾ 그러나 목적부동산에 대한 부담은 제권판결이나 등기에 의하여 영향을 받지 않는다.⁴⁵⁾ 즉 부담은 그대로 존속한다.

VI. 나오며

1. 독일의 공시최고절차와 우리의 점유취득시효는 그 구체적 법리에 있어 상당한 차이가 있지만, 일정기간 자주점유를 한 점유자로 하여금 등기부가 표상하는 권리관계에 반하여 점유자에게 소유권을 취득케 하며 또 법률행위에 의하지 아니한 부동산소유권의 취득임에도 등기를 하여야 비로소 소유권을 취득케 하는 점에서 동일하다.⁴⁶⁾ 그러나 양자는 소유권 취득을 위하여 등기를 요하므로 엄밀한 의미에서는 취득시효 제도가 아니다.

2. 독일의 경우 자주점유는 所有의 意思를 가지고 하는 점유이고, 이때 소유의 의사를 판단 함에는 점유자의 주관적 의사방향이 기준이 된다. 반면 우리의 경우 자주점유는 한편으로는 소유의 의사로 하는 점유라고 설명되면서 다른

각주

- 41) BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 9; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 11; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 9; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 25.
- 42) BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 9; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 11; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 9.
- 43) Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 11; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 9; Staudinger/Pfeifer (2004), § 927 Rn. 27.
- 44) RGZ 76, 360; BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 8; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 14; Finkenauer (주 3), S. 152; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 7; Palandt/Bassenge (주 4), § 927 Rn. 6; PWW/Huhn (주 3), § 927 Rn. 5.
- 45) AnwK-BGB/Grziwotz (주 3), § 927 Rn. 9; BaRoth/Grün (주 2), § 927 Rn. 8; Erman/Lorenz (주 3), § 927 Rn. 14; Jauernig/Jauernig (주 23), § 927 Rn. 2; MüKoBGB/Kanzleiter (주 2), § 927 Rn. 7, 9; Palandt/Bassenge (주 4), § 927 Rn. 6; Prütting (주 23), Rn. 366; PWW/Huhn (주 3), § 927 Rn. 5; Vieweg/Werner (주 14), § 6 Rn. 10; Westermann/Eickmann (주 18), § 85 III 4; Weber (주 14), § 9 Rn. 4; Wieling (주 4), § 23 III 2 b.
- 46) 민법주해(V)/윤진수, 1992, 363면은 정당하게도 독일의 공시최고취득시효는 취득시효와 같은 기능을 가지는 것으로 본다.

한편으로는 1차적으로 권원의 성질에 의하여 결정된다고 한다. 그러나 이와 같은 설명은 모순적이며, 향후 해명되어야 할 과제 중의 하나로 생각된다.

3. 공시최고취득시효에 있어 등기를 요하도록 한 것은, 부동산물권변동에 관한 형식주의를 관철하고 또 등기를 하지 아니할 경우에 야기될 수 있는 새로운 혼란을 방지하기 위함이었다. 우리 민법의 입법자가 점유취득시효에 등기를 요하도록 한 이유는 명백하지 않지만, 부동산물권변동에 관한 형식주의를 염두에 둔 것으로 보인다. 그러나 이렇게 새길 경우에는 취득시효에 의한 소유권취득이 법률에 의한 물권변동이고 또 이 경우에는 등기를 요하지 않는 것(민법 제 187조)에 대한 예외를 인정할 이유를 설명하기 어려워진다.⁴⁷⁾ 즉 우리 민법의 입법자는 한편으로는 법률행위에 의하지 아니한 부동산물권변동에 관하여 의용민법에 없던 제187조를 신설하여 등기가 없더라도 그 효력이 발생하는 것으로 하였는데, 제245조 제1항은 법률에 의한 소유권변동에 해당하는 점유취득시효에 등기가 있어야 그 효력이 생기도록 하는 모순적인 규율을 한 것이다. 우리 민법 제187조와 같은 규정이 없는 독일에서는 가령 공시최고절차에서 볼 수 있듯이 법률행위에 의하지 아니한 부동산물

권변동에 있어서도 등기를 요하는 것으로 정할 수 있지만, 우리의 경우에는 상황이 다르고, 따라서 공시최고절차에서 등기를 요하는 독일민법의 태도를 선불리 모방할 것이 아니었다. 결국 우리 민법 제245조 제1항이 점유시효취득에 등기를 요하도록 한 것은 입법론상 문제가 다분한 것이고, 향후 등기의 요건을 삭제하는 방향으로 법률개정이 이루어져야 할 것이다.

4. 독일의 공시최고절차는 발생한 공허권의 제거와 소유권의 입증곤란으로부터의 구제를 목적으로 하는 제도이지만, 우리의 경우 공허권이 발생되지 않으므로, 점유취득시효는 소유권의 입증곤란으로부터의 구제와 시효완성자의 현상유지이익의 보호 및 그와 연동된 사회질서의 안정을 목적으로 하는 제도라고 하겠다.

5. 독일민법의 공시최고절차와 마찬가지로 우리 민법상의 점유취득시효는 악의자의 소유권취득을 방해하는 제도가 아니라고 할 것이다. 다만 독일민법은 「소유자가 등기되어 있는 경우」에는 극히 제한적으로만 공시최고절차를 인정함으로써 진정한 소유자를 보호하고 있으나, 우리 민법에는 그와 같은 법적 장치가 마련되어 있지 않기 때문에 악의자가 일반적으로 점유시효취득을 할 수 있게 되어 취득시효제도의 남용

이 문제되었다. 그러자 판례는 악의의 무단점유의 경우에는 자주점유의 추정이 깨어진다고 함으로써⁴⁸⁾ 사실상 이 경우에 시효취득을 어렵게 하고 있다. 다만 이러한 판례를 정당화할 수 있는 법적 근거를 찾기는 힘들기 때문에, 악의의 무단점유의 문제는 궁극적으로 입법을 통해 해결되어야 할 것으로 생각된다. 즉 향후의 입법론으로 악의의 무단점유의 경우에는 자주점유의 추정을 부정할 수 있겠으나,⁴⁹⁾ 현행민법의 해석론으로 이를 부정하는 것은 超法律的 法形成(Rechtsfortbildung contra legem)이라고 할 것이다. 물론 등기된 부동산에 점유취득시효를 인정하는 것 자체가 등기제도와 조화될 수 없다는 입론이 가능하지만, 가령 등기를 하지 아니한 피상속인의 상속인이 소유권을 입증하기 곤란할 경우가 있을 것이고, 점유취득시효는 이 경우에 유효적절한 구제수단이 된다. 따라서 향후에도 점유취득시효를 존치시키되(등기가 있어야 시효완성자가 소유권을 취득하는 것으로

하는 구성은 입법론상 문제가 있다는 점은 상술하였다), 다만 법률의 문언상 악의의 무단점유자도 일반적으로 점유시효취득을 할 수 있는 것처럼 규정되어 있는 것은 바람직하지 아니하므로, 입법론상 이를 제어할 수 있는 장치를 마련할 필요가 있다. 이때 독일민법이 하나의 모델이 될 수 있을 것이나, 독일민법에 따른 공시최고절차에서 기존의 권리자가 그의 권리를 공시최고기간 내에 신고하게 되면 발생된 공허권을 제거할 수 없는 중대한 문제점이 있음을 유념하여야 할 것이다.

김진우

(한국외대 법학전문대학원 교수)

각주

48) 대법원 1997.8.21. 선고 95다28625 전원합의체 판결 이래의 다수의 판례.

49) 법무부, 민법(재산편) 개정 자료집, 2004, 257면 이하에 의하면, 최근 민법(재산법) 개정을 위한 논의에서는 제197조 제1항 중 자주점유의 추정을 삭제하거나, 판례와 마찬가지로 악의의 무단점유의 경우에는 자주점유의 추정이 깨어지는 것으로 하자는 의견이 제시되기도 하였다.