

제12판

물권법

감정평가사 이론과 판례

• 이찬석

제1장 물권법 일반

I. 물권법	3
1. 물권법의 의의	3
2. 채권법과 비교한 물권법의 특질	3
(1) 강행규정성 / 3 (2) 비보편성(고유법성) / 3	
II. 물 권	3
1. 물권의 의의·본질	3
(1) 특정·독립한 물건을 객체로 하는 권리 / 4	
(2) 물건에 대한 「직접적 지배」를 내용으로 하는 권리 / 4	
(3) 물건에 대한 「배타적 지배」를 내용으로 하는 권리 / 4	
(4) 절대권 / 5	
2. 물권의 객체	5
(1) 특정·독립한 물건 / 5 (2) 일물일권주의 / 5	
3. 물권법정주의	7
(1) 의 의 / 7 (2) 인정근거 / 7 (3) 물권법정주의의 내용 / 7	
4. 물권의 종류	8
(1) 민법상의 물권 / 8 (2) 민법 외의 법률이 정하는 물권 / 9	
(3) 관습법상의 물권 / 9	
5. 물권의 일반적 효력	10
(1) 서 설 / 10 (2) 우선적 효력 / 10 (3) 물권적 청구권 / 11	

제2장 물권의 변동

제1절 물권변동 일반	16
I. 총 설	16
1. 물권변동의 의의	16
2. 물권변동의 원인	16
(1) 법률행위에 의한 물권변동 / 16	
(2) 법률행위에 의하지 않는 물권변동 / 16	
II. 물권변동과 공시	16
1. 공시의 원칙	16
(1) 의 의 / 16 (2) 공시의 원칙을 관철하는 방법 / 17	
2. 공신의 원칙	17
(1) 의 의 / 17 (2) 공신의 원칙의 인정여부 / 17	
III. 물권행위	17
1. 의 의	17
2. 적용법규	18
(1) 민법총칙편의 법률행위에 관한 규정 / 18 (2) 채권편의 규정 / 19	
3. 물권행위의 독자성	19
(1) 의 의 / 19 (2) 학설 및 판례 / 20	
4. 물권행위의 무인성	20
(1) 의 의 / 20 (2) 무인성 인정여부에 관한 논의의 전제 / 21	
(3) 학설 및 판례 / 21	

제2절 부동산물권의 변동	22
---------------------	----

제1관 법률행위에 의한 부동산물권의 변동

I. 총 설	22
II. 등기를 요하는 부동산 물권변동의 범위 ... 186조의 적용범위	22
1. 일반론	22
2. 제186조의 적용이 문제되는 경우	23
(1) 원인행위의 실효에 의한 물권의 복구 / 23	
(2) 재단법인 설립에서 출연부동산의 귀속 / 23	
(3) 조건부 또는 기한부 법률행위 / 24	
(4) 소멸시효의 완성과 물권의 소멸 / 24	
(5) 물권의 포기 / 24	

III. 부동산 물권변동에서 등기의 요건	25
1. 의 의	25
2. 등기의 형식적 유효요건	25
(1) 등기의 존재 / 25 (2) 형식적 하자의 부존재 / 26	
(3) 물권변동 대상인 부동산에 대한 등기 / 26	
(4) 1부동산 1등기기록주의(중복등기의 문제) / 27	
3. 등기의 실체적 유효요건	28
(1) 내용적 불합치에 관한 문제 / 29 (2) 시간적 불합치에 관한 문제 / 34	
4. 등기를 갖추지 않은 부동산 매수인의 법적지위	34
(1) 대외관계에 있어서의 법적지위 / 34 (2) 대내관계에 있어서의 법적지위 / 35	

제2관 법률의 규정에 의한 부동산 물권변동

I. 총 설	35
1. 제187조의 의의와 취지	35
2. 제187조 단서	36
II. 제187조의 적용범위	36
1. 상 속	36
2. 국가의 권력행위	37
(1) 공용징수 / 37 (2) 판 결 / 37 (3) 경 매 / 38	
3. 기타 법률의 규정	38
(1) 제187조의 기타 법률의 규정 / 38 (2) 점유취득시효(제245조 제1항) / 39	

제3관 부동산 등기

I. 총 설	39
1. 의 의	39
2. 등기부와 대장	40
(1) 등기부 / 40 (2) 대 장 / 40 (3) 등기부와 대장의 관계 / 40	
3. 등기사항	41
(1) 등기되는 물건 / 41 (2) 등기되는 권리 / 41	
II. 등기의 종류	41
1. 사실의 등기와 권리의 등기	41
2. 보존등기와 권리변동의 등기	41
3. 등기의 내용에 의한 분류	42
(1) 기입등기 / 42 (2) 경정등기 / 42 (3) 변경등기 / 42	
(4) 말소등기 / 42 (5) 말소회복등기 / 43 (6) 멸실등기 / 43	

4. 등기의 형식에 의한 분류	43
(1) 주등기 / 43 (2) 부기등기 / 43	
5. 등기의 효력에 의한 분류 : 중국등기와 예비등기	43
(1) 의 의 / 43 (2) 가등기 / 44	
III. 등기한 권리의 순위	48
1. 순위에 관한 원칙	48
2. 가등기에 기해 본등기가 된 권리의 순위	48
3. 부기된 권리의 순위	48
IV. 등기의 절차	48
1. 등기의 신청	48
(1) 신청주의 / 48 (2) 등기신청의 방법 / 49 (3) 등기신청에 필요한 정보 / 49	
(4) 등기신청의 접수시기 및 등기의 효력발생시기 / 50	
2. 등기신청에 대한 심사	50
V. 등기청구권	50
1. 의 의	50
2. 발생원인과 성질	50
(1) 법률행위에 의한 물권변동의 경우 / 51	
(2) 실체관계와 등기가 일치하지 않는 경우 / 51	
(3) 취득시효기간 완성으로 인한 소유권이전등기청구권 / 52	
(4) 기 타 / 52	
3. 등기청구권의 특수문제	53
(1) 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구 / 53	
(2) 등기인수청구권 / 53	
VI. 통상의 등기의 효력	54
1. 권리변동적 효력	54
2. 대항적 효력	54
3. 순위확정적 효력	54
4. 추정력	54
(1) 의의 및 근거 / 54 (2) 추정의 본질 / 55	
(3) 추정력이 미치는 범위 / 55 (4) 추정의 효과 / 57	
(5) 추정력의 반복 / 57 (6) 기 타 / 60	
5. 등기의 공신력	60
제3절 동산물권의 변동	60
I. 권리자로부터의 취득	60
1. 서 설	61
2. 물권행위	61

3. 인 도	61
(1) 인도의 의의 / 61 (2) 인도의 종류 / 61	
(3) 인도의 원칙에 대한 예외(등기·등록으로 공시되는 동산) / 63	
II. 무권리자로부터의 취득	63
1. 의 의	63
2. 요 건	64
(1) 선의취득의 객체 / 64 (2) 양도인에 관한 요건 / 65	
(3) 양수인에 대한 요건 / 65	
3. 효 과	67
(1) 물권의 취득 / 67 (2) 선의취득의 성질 / 68	
(3) 부당이득과의 관계 / 68	
4. 도품(盜品)·유실물(遺失物)에 대한 특례	68
(1) 취 지 / 68 (2) 특칙의 적용범위 / 68	
(3) 반환청구권(제250조) / 69 (4) 대가의 변상(제251조) / 70	
제4절 입목등기와 명인방법에 의한 물권변동	70
1. 총 설	70
2. 입목에 관한 물권의 변동	70
3. 명인방법에 의한 물권변동	71
(1) 의 의 / 71 (2) 명인방법의 대상 / 71	
(3) 명인방법에 의해 공시되는 물권 / 71 (4) 명인방법의 유효요건 / 71	
(5) 명인방법에 의한 물권변동의 효력 / 72	
제5절 물권의 소멸	72
I. 총 설	72
II. 소멸사유	73
1. 목적물의 멸실	73
2. 소멸시효	73
3. 포 기	73
4. 혼 동	74
(1) 의 의 / 74	
(2) 소유권과 제한물권의 혼동 / 74	
(3) 제한물권과 그 제한물권을 목적으로 하는 권리의 혼동 / 76	
(4) 권리의 성질상 혼동으로 소멸하지 않는 경우 / 76	
(5) 혼동의 효과 / 76	

제3장 점유권과 소유권

제1절 점유권	77
I. 총 설	77
1. 점유제도	77
2. 점유권	77
II. 점 유	77
1. 점유의 성립	77
(1) 사실상의 지배 / 78 (2) 점유설정의사 / 78 (3) 점유의 관념화 / 78	
2. 점유보조자와 간접점유	79
(1) 점유보조자 / 79 (2) 간접점유 / 80	
3. 점유의 종류	82
(1) 자주점유·타주점유 / 82 (2) 선의점유악의점유 / 86	
(3) 과실 있는 점유·과실 없는 점유 / 86 (4) 평온·공연한 점유 / 87	
(5) 하자 있는 점유와 하자 없는 점유 / 87 (6) 단독점유와 공동점유 / 87	
III. 점유의 취득과 소멸	87
1. 점유권의 취득	87
(1) 직접점유의 취득 / 87 (2) 간접점유의 취득 / 88 (3) 점유권승계의 효과 / 88	
2. 점유권의 소멸	89
(1) 직접점유의 소멸원인 / 89 (2) 간접점유의 소멸원인 / 89	
IV. 점유권의 효력	89
1. 점유의 추정적 효력	89
(1) 자주점유의 추정 / 89 (2) 점유계속의 추정 / 89 (3) 권리적범의 추정 / 90	
2. 점유자와 회복자의 관계	91
(1) 서 설 / 91 (2) 과실(果實)의 취득 또는 반환 / 91	
(3) 점유물의 멸실·훼손에 대한 책임 / 93 (4) 비용상환청구권 / 94	
3. 점유의 보호	96
(1) 점유보호청구권 / 96 (2) 점유의 소와 본권의 소 / 100 (3) 자력구제권 / 100	
V. 준점유	101
(1) 의 의 / 101 (2) 요 건 / 101 (3) 효 과 / 101	

제2절 소유권	101
I. 총 설	101
1. 의 의	101
2. 법적성질	102
II. 소유권의 내용	102
III. 소유권에 기한 물권적 청구권	103

1. 소유물반환청구권	103
(1) 요 건 / 103 (2) 효 과 / 105	
2. 소유물방해제거청구권	105
(1) 요 건 / 105 (2) 효 과 / 106	
3. 소유물방해예방청구권	107
(1) 요 건 / 107 (2) 효 과 / 107	
IV. 부동산소유권의 범위	107
1. 토지소유권의 범위	107
2. 상린관계	108
(1) 총 설 / 108 (2) 생활방해금지 / 108	
(3) 타인토지의 이용에 관한 상린관계 / 109 (4) 물에 관한 상린관계 / 113	
(5) 경계에 관한 상린관계 / 115	
3. 건물의 구분소유	116
(1) 서 설 / 116 (2) 구분소유의 성립 / 116 (3) 구분소유의 내용 / 118	
V. 소유권의 취득	124
1. 총 설	124
2. 취득시효 일반	125
(1) 의 의 / 125 (2) 시효취득되는 권리 / 125	
(3) 시효취득의 주체 / 125 (4) 시효취득의 대상 / 125	
3. 부동산소유권의 취득시효	127
(1) 점유취득시효의 요건(제245조 제1항) / 127	
(2) 등기부취득시효의 요건(제245조 제2항) / 133	
4. 동산소유권의 취득시효	135
5. 소유권 이외의 재산권의 취득시효	135
6. 취득시효의 효과	135
(1) 권리의 취득 / 135 (2) 취득시효의 소급효 / 136	
(3) 취득시효의 중단·정지 / 137 (4) 시효이익의 포기 / 138	
7. 선점·습득·발견	139
(1) 무주물의 선점 / 139 (2) 유실물의 습득 / 140 (3) 매장물의 발견 / 140	
8. 첨 부(부합·혼화·가공)	141
(1) 총 설 / 141 (2) 부 합 / 142 (3) 혼 화 / 144	
(4) 가 공 / 145 (5) 구 물건의 소유자 및 제3자의 지위 / 145	
VI. 공동소유	146
1. 총 설	146
(1) 의 의 / 146 (2) 유 형 / 146	
2. 공 유	147
(1) 의의 및 성립 / 147 (2) 공유의 지분 / 147	
(3) 공유물에 관한 기본적 법률관계 / 148	
(4) 지분의 주장 / 152 (5) 공유물의 분할 / 154	

3. 합 유	159
(1) 의 의 / 159 (2) 성 립 / 159 (3) 합유의 법률관계 / 159	
4. 총 유	160
(1) 총유의 의의 및 법적성질 / 160 (2) 총유의 법률관계 / 161	
5. 준공동소유	161
VII. 명의신탁	161
1. 총 설	161
(1) 의 의 / 161 (2) 신탁법상의 신탁과 민법학상의 신탁행위 / 162	
(3) 유효성에 관한 논의 / 162	
2. 명의신탁에 관한 종래의 관례이론	163
(1) 명의신탁의 성립 / 163 (2) 명의신탁의 법률관계 / 163	
(3) 명의신탁의 해지 / 164	
3. 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률	166
(1) 적용범위 / 166 (2) 실권리자명의등기의무 / 167	
(3) 명의신탁약정의 효력 / 167 (4) 기존명의신탁약정에 의한 등기의 실명등기 / 175	
(5) 종중 및 배우자에 대한 특례 / 176	

제4장 용익물권

제1절 지상권	177
I. 총 설	177
1. 의의 및 법적성질	177
(1) 의 의(제279조) / 177 (2) 법적성질 / 177	
2. 지상권·전세권·임차권	178
II. 지상권의 취득	179
1. 법률행위에 의한 취득	179
2. 법률의 규정에 의한 취득	179
(1) 제187조의 적용 / 179 (2) 법정지상권 / 179 (3) 관습법상의 법정지상권 / 179	
III. 지상권의 존속기간	180
1. 존속기간을 약정하는 경우	180
(1) 최단존속기간의 보장(제280조) / 180 (2) 최장기간 / 180	
2. 존속기간을 약정하지 아니한 경우	181
3. 계약의 갱신과 존속기간	181
(1) 갱신계약 / 181 (2) 지상권자의 갱신청구권·매수청구권 / 181	
(3) 계약갱신의 경우의 존속기간 / 182 (4) 강행규정 / 182	

IV. 지상권의 효력	182
1. 지상권자의 토지사용권	182
2. 지상권의 처분	183
3. 지료지급의무	184
(1) 지료지급의무의 발생 / 184	
(2) 지상권 또는 토지소유권의 이전과 지료 / 184	
(3) 지료증감청구권 / 184	
(4) 지료 연체의 효과 / 185	
(5) 강행규정 / 186	
V. 지상권의 소멸	186
1. 지상권의 소멸사유	186
(1) 물권 일반의 소멸사유 / 186	
(2) 지상권설정자의 소멸청구(제287조) / 186	
(3) 약정소멸사유 / 186	
2. 지상권 소멸의 효과	186
(1) 지상물 수거권 / 186	
(2) 지상물매수청구권 / 187	
(3) 유익비상환청구권 / 187	
VI. 특수지상권	187
1. 구분지상권	187
(1) 의 의 / 187	
(2) 성 립 / 188	
(3) 효 령 / 188	
2. 분묘기지권	188
(1) 의 의 / 188	
(2) 분묘기지권의 성립 / 188	
(3) 분묘기지권의 효력 / 190	
3. 관습법상의 법정지상권	191
(1) 의 의 / 191	
(2) 성립요건 / 191	
(3) 내 용 / 195	
(4) 소 멸 / 197	
4. 제366조 법정지상권	197
(1) 의 의 / 197	
(2) 성립요건 / 198	
(3) 성립시기와 등기 / 201	
(4) 내 용 / 201	
제2절 지역권	202
I. 총 설	202
1. 의의 및 법적성질	202
(1) 타인의 토지를 자기의 토지의 편익에 이용하는 권리 / 202	
(2) 요역지와 승역지 사이의 관계 / 203	
(3) 부종성 / 203	
(4) 불가분성 / 204	
2. 지역권의 사회적 작용	205
3. 지역권의 대가와 존속기간	205
4. 지역권의 종류	205
(1) 작위의 지역권과 부작위의 지역권 / 205	
(2) 계속지역권과 불계속지역권 / 206	
(3) 표현지역권과 불표현지역권 / 206	
II. 지역권의 취득	206
1. 지역권의 취득사유	206
2. 지역권의 시효취득	206
III. 지역권의 효력	207
1. 지역권자의 권리	207
2. 승역지이용자의 의무	208

IV. 지역권의 소멸	208
1. 소멸사유 일반	208
2. 승역지의 시효취득에 의한 소멸	208
3. 지역권의 소멸시효	208
V. 특수지역권	209
1. 의 의	209
2. 법적성질	209

제3절 전세권 209

I. 총 설	209
1. 의의 및 법적성질	209
(1) 의 의(제303조 제1항) / 209	(2) 법적성질 / 209
II. 전세권의 취득	211
1. 취득사유	211
2. 설정계약에 의한 취득	211
III. 전세권의 존속기간	211
1. 설정계약에서 정하는 경우	211
2. 설정계약에서 정하지 않은 경우	212
IV. 전세권의 효력	212
1. 전세권자의 사용·수익권	212
(1) 의 의 / 212	(2) 전세권의 효력이 미치는 범위 / 213
(3) 전세금증감청구권 / 214	(4) 상린관계 규정의 준용 / 214
(5) 점유권과 물권적 청구권 / 214	
2. 전세권의 처분	214
(1) 처분의 자유와 제한 / 214	(2) 전세권의 양도 / 215
(3) 전세권의 담보제공 / 216	(4) 전전세 / 216
(5) 목적물의 임대 / 218	
V. 전세권의 소멸	218
1. 전세권의 소멸사유	218
(1) 전세권설정자의 소멸청구 / 218	(2) 전세권의 소멸통고(제313조) / 218
(3) 목적부동산의 멸실 / 218	(4) 전세권의 포기 / 219
(5) 약정소멸사유 / 220	
2. 전세권 소멸의 효과	220
(1) 동시이행 / 220	(2) 전세금의 우선변제권 / 221
(3) 원상회복의무·부속물수거권·부속물매수청구권10감 / 223	
(4) 유익비상환청구권 / 223	

제5장 담보물권

제1절 총 설	224
I. 담보물권의 의의	224
1. 채권과 담보제도의 필요성	224
2. 인적담보와 물적담보	224
(1) 인적담보 / 224 (2) 물적담보 / 225	
II. 담보물권의 종류	225
1. 제한물권의 범리에 의한 것 … 담보물권	225
2. 소유권이전의 범리에 의한 것	225
3. 전형담보와 비전형담보	226
III. 담보물권의 성질	226
1. 담보물권의 본질	226
(1) 가치권성 / 226 (2) 물권성 / 226	
2. 담보물권의 공통된 성질	226
(1) 부종성 / 226 (2) 수반성 / 227 (3) 물상대위성 / 227 (4) 불가분성 / 227	
제2절 유치권	228
I. 의의 및 법적성질	228
1. 의 의	228
(1) 개념 및 인정이유 / 228 (2) 동시이행의 항변권과의 구별 / 228	
2. 법적성질	229
(1) 물 권 / 229 (2) 담보물권 / 229	
II. 유치권의 성립	229
1. 목적물	229
(1) 물건 또는 유가증권 / 229 (2) 타인의 소유 / 230	
2. 채권과 목적물 사이의 건련관계	230
(1) 「관하여 생긴 것」의 의미 / 230	
(2) 채권과 목적물의 점유 사이의 건련관계가 필요한지 여부 / 232	
3. 변제기에 있는 채권	232
(1) 채권의 존재 / 232 (2) 변제기의 도래 / 232	
4. 타인의 물건 또는 유가증권의 점유	232
(1) 점유의 계속 / 232 (2) 적법한 점유 / 233	
5. 유치권의 성립을 배제하는 특약의 부존재	233

III. 유치권의 효력	234
1. 유치권자의 권리	234
(1) 목적물을 유치할 권리 / 234 (2) 경매권과 우선변제권 / 236	
(3) 과실수취권 / 237 (4) 유치물 사용권 / 238 (5) 비용상환청구권 / 239	
2. 유치권자의 의무	239
IV. 유치권의 소멸	239
1. 일반적 소멸사유	239
2. 유치권에 특유한 소멸사유	240
(1) 제324조 제3항의 소멸청구 / 240 (2) 다른 담보의 제공 / 240	
(3) 점유의 상실 / 240	

제3절 질 권 241

I. 총 설	241
1. 질권의 의의	241
2. 질권의 법적성질	241
3. 질권의 종류	241
II. 동산질권	242
1. 동산질권의 성립	242
(1) 질권설정계약 / 242 (2) 목적물의 인도 / 243	
(3) 동산질권의 목적물 / 243 (4) 동산질권의 피담보채권 / 243	
2. 동산질권의 효력	244
(1) 동산질권의 효력이 미치는 목적물의 범위 / 244	
(2) 피담보채권의 범위(질권에 의해 담보되는 채권의 범위) / 247	
(3) 유치적 효력 / 248 (4) 우선변제적 효력 / 248	
(5) 동산질권자의 전질 / 250 (6) 질권의 침해에 대한 구제 / 252	
(7) 질권자의 의무 / 253	
3. 동산질권의 소멸	254
III. 권리질권	254
1. 총 설	254
(1) 의 의 / 254 (2) 권리질권의 목적 / 254	
(3) 권리질권의 설정방법 / 255 (4) 동산질권에 관한 규정의 준용 / 255	
2. 채권질권	255
(1) 채권질권의 목적이 되는 채권 / 255 (2) 채권질권의 설정방법 / 255	
(3) 채권질권의 효력 / 257	

제4절 저당권	260
I. 총 설	260
1. 저당권의 의의	260
2. 저당권의 법적성질	260
(1) 물 권 / 260 (2) 담보물권 / 261	
II. 저당권의 성립	261
1. 저당권설정계약	261
(1) 계약의 성질 / 261 (2) 계약의 당사자 / 261	
2. 저당권설정등기	263
(1) 설정등기 / 263 (2) 등기할 사항 / 263	
3. 저당권의 객체	263
(1) 민법이 인정하는 저당권의 객체 / 263	
(2) 민법 외의 법률에서 인정하는 저당권의 객체 / 264	
4. 피담보채권	264
III. 저당권의 효력	265
1. 저당권의 효력이 미치는 목적물의 범위	265
(1) 목적물의 범위 / 265 (2) 물상대위 / 269	
2. 피담보채권의 범위(저당권에 의해 담보되는 채권의 범위)	269
(1) 질권과의 차이 / 270 (2) 피담보채권의 범위 / 270 (3) 불가분성 / 271	
3. 우선변제적 효력	271
(1) 저당권자가 변제를 받는 모습 / 271 (2) 저당권자의 우선순위 / 272	
4. 저당권의 실행	273
(1) 서 설 / 273 (2) 담보권실행경매에 의한 저당권실행 / 273	
(3) 담보권실행경매에 의하지 않은 저당권실행(유저당) / 275	
5. 저당권과 용익관계	275
(1) 서 설 / 275 (2) 저당권과 대항력 있는 용익권과의 관계 / 275	
(3) 제366조 법정지상권(제4장 제1절 VI, 4. 참조) / 276	
(4) 일괄경매청구권 / 276 (5) 제3취득자의 지위 / 277	
6. 저당권의 침해에 대한 구제	280
(1) 저당권 침해의 특수성 / 280 (2) 구제방법 / 281	
IV. 저당권의 처분	283
1. 저당권부 채권의 양도	283
2. 저당권부 채권의 입질	285
V. 저당권의 소멸	285
VI. 특수한 저당권	286
1. 근저당권	286
(1) 의의 및 특질 / 286 (2) 근저당권의 성립 / 286 (3) 근저당권의 효력 / 287	
(4) 근저당권의 변경 / 290 (5) 근저당권의 소멸 / 291	

2. 공동저당	292
(1) 의의 및 성질 / 292 (2) 공동저당의 성립 / 292	
(3) 공동저당의 효력 / 293 (4) 제368조의 적용범위 / 297	
3. 지상권·전세권을 목적으로 하는 저당권	297
4. 타법률에 의한 저당권	297
(1) 임목저당 / 297 (2) 채단저당 / 298 (3) 동산저당 / 298	

제5절 동산·채권 등의 담보에 관한 법률 298

I. 서 설	298
II. 동산담보권	299
1. 동산담보권의 의의	299
2. 동산담보권의 성립	299
3. 동산담보권의 효력	299
(1) 동산담보권의 효력이 미치는 목적물의 범위 / 299	
(2) 피담보채권의 범위 / 300 (3) 유치적 효력 / 300	
(4) 우선변제적 효력 / 301 (5) 동산담보권의 실행 / 301	
4. 동산담보권의 처분	302
5. 동산담보권의 소멸	302
III. 채권담보권	302
1. 채권담보권의 의의	302
2. 채권담보권의 성립 및 효력	302

제6절 비전형담보 303

I. 비전형담보의 의의와 기능	303
1. 의 의	303
2. 유 형	303
(1) 소유권이 이전되는 형식에 따른 분류 / 303	
(2) 담보의 효력에 의한 분류 / 304	
II. 가등기담보 등에 관한 법률 시행 전의 법적구성	304
1. 양도담보	304
(1) 제607조·제608조와 관련한 판례의 태도 / 304	
(2) 학 설 / 306	
2. 가등기담보	306
3. 종래 판례이론의 문제점	307

III. 가등기담보 등에 관한 법률에 의한 규제	307
1. 가등기담보 등에 관한 법률의 특징	307
(1) 사적실행방법으로 처분청산의 금지 및 채무자의 동시이행항변권 인정 / 307	
(2) 채무자 등의 말소청구권 ... 약의의 제3자에 대한 환수권 인정 / 312	
(3) 경매신청권 인정(가등기담보의 경우) / 313	
2. 적용범위	314
(1) 피담보채권의 발생원인 / 315	
(2) 「예약당시의 목적물 가액이 차용액 및 이자의 합산액을 초과하는 경우」에 적용 / 316	
(3) 담보의 목적물 : 등기 또는 등록할 수 있는 재산권 / 317	
(4) 모든 유형의 비전형담보를 규율대상으로 함 / 317	
3. 동산양도담보 등에의 확대적용 여부	317
4. 기타 가등기담보 등에 관한 법률의 내용	319
IV. 기타 판례	320
1. 가등기담보	320
2. 양도담보	321

제1절

점유권

I. 총 설

1. 점유제도

점유제도는 물건을 사실상 지배하고 있는 경우에 본권(즉 그 지배를 정당화할 수 있는 법률상의 권원)이 있는지를 불문하고 사실상의 지배상태(즉 점유)에 대하여 일정한 법률효과를 부여하는 제도를 말한다.

2. 점유권

1) 점유권은 사실적 지배, 즉 점유라는 사실을 법률요건으로 하여 인정되는 일종의 물건이다. 그런데 점유권은 다른 물건과는 성질이 크게 다르다. 일반적인 물건은 물건을 지배할 수 있는 권리인데 비하여, 점유권은 물건을 지배할 수 있는가를 묻지 않고 사실적 지배의 상태를 그대로 보호하고 있을 뿐이다.

2) 점유권은 점유할 수 있는 권리(점유할 권리) 즉 본권과 구별된다. 그 결과 점유할 권리와 점유권을 모두 가지고 있는 자가 있는가 하면(ex. 소유자가 점유하는 경우), 점유권은 없이 점유할 권리만 있는 자도 있고(ex. 도난당한 피해자), 점유권만 있고 점유할 권리가 없는 자도 있다(ex. 도둑이 점유하는 경우).^{19)감}

II. 점 유

1. 점유의 성립

제192조 (점유권의 취득과 소멸) ① 물건을 사실상 지배하는 자는 점유권이 있다.^{20)감}
 ② 점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 상실한 때에는 점유권이 소멸한다. 그러나 제204조의 규정에 의하여 점유를 회수한 때에는 그러하지 아니하다.⁷⁷

77 [2013 법무새] 점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 상실한 때에는 침탈당한 물건을 회수하더라도 그 점유권은 소멸한다. (×)

(1) 사실상의 지배

물건에 대한 점유란 사회관념상 어떤 사람의 사실적 지배에 있다고 보여지는 객관적 관계를 말하는 것이다. 사실상의 지배가 있다고 하기 위하여는 반드시 물건을 물리적·현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고, 물건과 사람과의 시간적·공간적 관계와 본권관계, 타인 지배의 배제 가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다(대법원 1992.6.23. 선고 91다38266 판결).¹⁴ 78 또한 사실적 지배관계는 어느 정도의 시간적 계속성을 요한다(통설).

判例

사실적 지배와 관련한 사례

■ 사회통념상 건물은 그 부지를 떠나서는 존재할 수 없는 것이므로 건물의 부지가 된 토지는 그 건물의 소유자가 점유하는 것으로 볼 것이고 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 부지를 점거하고 있지 아니하고 있더라도 그 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유한다고 보아야 한다(대법원 2003.11.13. 선고 2002다57935 판결).²⁰ 18변

■ 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 그 양수인이 건물부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한, 건물의 소유명의자가 아닌 자로서는 실제로 그 건물을 점유하고 있다고 하더라도 그 건물의 부지를 점유하는 자로는 볼 수 없다(대법원 2003.11.13. 선고 2002다57935 판결).¹⁴ 18변 79

■ 대지의 소유자로 등기한 자는 보통의 경우 등기할 때에 대지를 인도받아 점유를 얻은 것으로 보아야 한다. 그러나 이는 임야나 대지 등이 매매 등을 원인으로 양도되고 이에 따라 소유권이전등기가 마쳐진 경우에 그렇다는 것이지, 소유권보존등기의 경우에도 마찬가지라고 볼 수는 없다. 소유권보존등기는 이전등기와 달리 해당 토지의 양도를 전제로 하는 것이 아니어서, 보존등기를 마쳤다고 하여 등기명의자가 그 무렵 다른 사람으로부터 점유를 이전받았다고 볼 수는 없기 때문이다(대법원 2013.7.11. 선고 2012다201410 판결).¹⁴ 18변 80

(2) 점유설정의사

1) 우리 민법상 점유가 성립하기 위하여 「점유의사」가 있어야 하는 것은 아니다. 다만 사실적 지배관계를 가지려는 의사 즉 「점유설정의사」는 필요하다(통설·판례).

2) 점유설정의사는 일정한 법률효과의 발생을 의욕하는 효과의사가 아니고, 사실상 지배를 하려고 하는 자연적 의사이다. 따라서 이를 위하여 행위능력이 요구되지 않는다.

(3) 점유의 관념화

점유가 물건에 대한 사실상의 지배가 있는 때에 성립한다고 하지만, 여기에는 법률이 예외를 인정하고 있다. 즉 점유가 관념화되어 사실적 지배가 없음에도 점유의 성립이 인정되는

78 [2014 감평사] 점유가 성립하기 위해서는 반드시 물건에 대한 물리적·현실적 점유가 수반되어야 한다. (×)

79 [2014 감평사] 건물의 소유자가 아닌 자가 실제로 건물을 점유하고 있다면 특별한 사정이 없는 한, 당연히 건물의 부지를 점유한다고 보아야 한다. (×)

80 [2014 감평사] 토지에 대한 소유권보존등기가 이루어졌다면, 그 등기명의자는 그 무렵 다른 사람으로부터 토지에 대한 점유를 이전받았다고 본다. (×)

때가 있는가 하면, 반대로 사실상 지배를 함에도 점유가 성립하지 않는 때도 있다. 간접점유^(194조)·상속인의 점유^(193조)가 전자의 예이고, 점유보조자^(195조)가 후자의 예이다.

2. 점유보조자와 간접점유

(1) 점유보조자

제195조 (점유보조자) 가사상, 영업상 기타 유사한 관계에 의하여 타인의 지시를 받아 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 때에는 그 타인만을 점유자로 한다.¹⁹²

(가) 의 의 : 점유보조자는 타인의 지시를 받아 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 자이다. 점유보조자는 점유자로 되지 못하고, 그에게 지시를 하는 타인이 점유자^(직접점유자)가 된다. 그 타인을 보통 점유주라고 한다. 점유보조자에게 점유를 인정하지 않는 이유는, 그를 점유자로서 보호하여야 할 필요성이 없을 뿐만 아니라, 그를 보호할 경우 그가 점유주에 대하여 점유권을 행사하는 등 문제가 생길 수 있기 때문이다.

(나) 요 건

1) 사실상의 지배 : 점유보조자가 물건에 대한 사실상의 지배를 하고 있어야 한다. 점유보조자에게 점유주를 위하여 사실상 지배한다는 의사가 있을 필요는 없다.

2) 점유보조관계가 있을 것

(ㄱ) 점유보조관계, 즉 점유주와 점유보조자 사이에는 사회적 의미에 있어서의 명령·복종관계^(사회적 종속관계)가 있어야 한다. 가정부, 은행의 출납원, 공장의 근로자, 상점의 점원 등이 그 예이다.¹⁹²

(ㄴ) 제195조에 예시된 가사상·영업상의 관계 외에 계약, 친족법 또는 공법에 기해서도 발생할 수 있다. 이 종속관계는 유효할 필요도 없고 계속적일 필요도 없다.

3) 점유보조관계의 성립여부가 문제되는 경우

(ㄱ) **처의 지위 :** 처(妻)는 부(夫)의 점유보조자가 아니라는 것이 통설이다. 남녀평등의 원칙상 부부 사이에는 명령·복종관계가 인정될 수 없기 때문이다.

判
例

처의 점유보조관계의 성립여부

처가 아무런 권원 없이 토지와 건물을 주택 및 축사 등으로 계속 점유·사용하여 오고 있으면서 소유자의 명도요구를 거부하고 있다면 비록 그 시부모 및 부(夫)와 함께 이를 점유하고 있다고 하더라도 처는 소유자에 대한 관계에서 단순한 점유보조자에 불과한 것이 아니라 공동점유자로서 이를 불법점유하고 있다고 봄이 상당하다^(대법원 1998.6.26. 선고 98다16456,16463 판결). ※ 따라서 이 경우 소유자는 처를 상대로 반환청구를 할 수 있다.

(ㄴ) **법인의 기관의 점유 :** 법인의 대표기관이 직무수행과 관련하여 점유를 취득하는

경우에는 법인의 점유로 되며, 대표기관이 법인의 점유보조자가 되는 것은 아니다.

(ㄷ) **자기의 물건에 대한 점유보조** : 자기의 물건에 대해서도 점유보조자가 될 수 있다. 예컨대 부모가 유아에게 물건을 준 경우, 유아는 점유설정의사를 가질 수가 없어서 점유자가 될 수 없다. 따라서 이 경우 그 유아는 소유자인 동시에, 점유자인 부모의 점유보조자가 된다.

(다) **효 과** : 점유보조자는 점유자가 아니고, 점유주만이 점유자이다^(195조). 따라서 점유보조자에게는 점유권의 효력이 인정되지 않는다. 점유보조자는 점유보호청구권을 행사할 수 없고, 반환청구의 상대방도 되지 않는다.^{12·14·17·18강 81} 그러나 점유주를 위한 자력구제권은 인정된다^(통설).

(2) 간접점유

제194조 (간접점유) 지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임치 기타의 관계로 타인으로 하여금 물건을 점유하게 한 자는 간접으로 점유권이 있다.^{18·19강}

(가) 의 의

1) 간접점유는 점유매개관계에 의하여 타인(점유매개자)에게 물건을 점유하게 한 자에게 인정되는 점유이다^(194조). 예컨대 甲 소유의 주택을 乙이 임차하여 점유하는 경우에, 그 주택을 사실상 지배하는 것은 乙이지만, 위 주택을 직접 점유하고 있지 않은 甲에게도 乙의 점유를 매개로 하여 점유를 인정하는 것이 간접점유이다.

2) 간접점유는 사실행위인 점에서 대리와의 구별된다.

(나) 요 건

1) **점유매개자의 타주점유** : 점유매개자의 점유는 직접점유인 것이 보통이다. 그러나 그가 다시 점유매개관계를 설정하는 경우에는 그의 점유도 간접점유가 된다. 점유매개자의 점유는 「타주점유」이어야 한다.^{20강 82} 간접점유자는 직접점유자에 대하여 점유매개관계가 종료한 때에 물건의 반환을 청구할 수 있다.^{20강}

2) 점유매개관계가 있을 것

(ㄱ) 제194조는 간접점유의 요건이 되는 점유매개관계를 「지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임치 기타의 관계」라고 규정한다. 이러한 점유매개관계는 법률행위뿐만 아니라 법률의 규정(유치권, 친권 등), 국가행위 등에 의하여도 설정될 수 있다^(대법원 2010.10.14. 선고 2008다92268 판결).

81 [2014 감평사] 영업상 타인의 지시를 받아 물건을 사실상 지배하는 자에게도 점유보호청구권이 인정된다. (×)

82 [2020 감평사] 점유매개자의 점유는 자주점유이다. (×)

(ㄴ) 간접점유자는 점유매개자에 대해 반드시 반환청구권을 가져야 한다.^{14번} 이 반환 청구권의 존재는 간접점유자가 물건에 지배력을 미치고 있다는 데 대한 최소한의 요건이라고 할 수 있다. 따라서 매수인에게 물건을 인도한 매도인은 간접점유자가 아니다.

한편 반환청구권이 존재하면 점유매개관계를 인정할 수 있으므로, 점유매개관계가 유효할 필요는 없다.^{19가} 그것이 유효하지 않은 때에는 부당이득의 법리에 의하여 반환청구권이 발생하기 때문이다.

(ㄷ) 점유매개관계는 중첩적으로 있을 수 있다. 예컨대 甲이 乙에게 소유물을 임대한 후 乙이 丙에게 전대하면, 丙은 직접점유, 甲은 乙의 간접점유를 매개로 하여 간접점유하는 것이 된다.^{18중}

判例

점유매개관계

㉮ 간접점유를 인정하기 위해서는 간접점유자와 직접점유를 하는 자 사이에 일정한 법률관계, 즉 점유매개관계가 필요하다. 이러한 점유매개관계는 직접점유자가 자신의 점유를 간접점유자의 반환청구권을 승인하면서 행사하는 경우에 인정된다(대법원 2012.2.23. 선고 2011다 61424, 61431 판결).

㉮ 간접점유에서 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 해지 등의 사유로 종료되더라도 직접점유자가 목적물을 반환하기 전까지는 간접점유자의 직접점유자에 대한 반환청구권이 소멸하지 않는다. 따라서 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 종료된 이후에도 직접점유자가 목적물을 점유한 채 이를 반환하지 않고 있는 경우에는, 간접점유자의 반환청구권이 소멸한 것이 아니므로 간접점유의 점유매개관계가 단절된다고 할 수 없다(대법원 2019.8.14. 선고 2019다205329 판결).

(다) 효 과 : 간접점유자도 점유권을 가진다(194조).

1) **대내적 관계(간접점유자와 직접점유자 사이)** : 간접점유자는 직접점유자에게 점유보호청구권을 행사할 수 없고, 점유의 기초가 되는 법률관계 즉 점유매개관계 또는 본권에 의거한 청구권을 행사할 수 있을 뿐이다. 반면 직접점유자는 간접점유자에게 점유보호청구권을 행사할 수도 있고, 점유매개관계에 기한 청구권을 행사할 수도 있다.

2) 대외적 관계(간접점유자와 제3자 사이)

(ㄱ) 제3자에 의해 직접점유가 침해되고 있는 경우 직접점유자뿐만 아니라 간접점유자도 점유보호청구권을 행사할 수 있다(207조 1항).^{13 · 14 · 15 · 19가} 그러나 직접점유자에 의해 간접점유가 침해된 경우(ex. 직접점유자가 횡령하여 처분한 경우)에는 간접점유자는 점유보호청구권이 없다.

(ㄴ) 직접점유자에 대한 침해가 있는 경우에 간접점유자도 자력구제권이 있는가? 다툼이 있으나, 명문규정도 없을 뿐만 아니라 이를 인정할 실체적 필요도 없으므로 부정해야 할 것이다(다수설).

3. 점유의 종류

제197조 (점유의 태양) ① 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정한다.¹⁸

· 20감

② 선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 패소한 때에는 그 소가 제기된 때로부터 악의의 점유자로 본다.^{16 · 18감 83}

(1) 자주점유 · 타주점유

(가) 의 의

1) 「소유의 의사」를 가지고서 하는 점유가 자주점유이고, 그렇지 않은 것이 타주점유이다. - 자주점유는 소유자와 동일한 지배를 하려는 의사를 가지고 하는 점유를 의미하는 것이지, 법률상 그러한 지배를 할 수 있는 권한 즉 소유권을 가지고 있거나 또는 소유권이 있다고 믿고서 하는 점유를 의미하는 것은 아니다(^{대법원 1987.4.14, 선고 85다카2230 판결}).

2) 자주점유인지 여부는 취득시효에서 중요한 의미를 가진다(^{245조 이하}). 즉 소유권을 시효취득하기 위해서는 자주점유가 필요하다. 그 밖에 무주물선점(^{252조}), 점유자의 회복자에 대한 책임(^{202조}) 등에서도 의미를 가진다.

(나) 자주점유 · 타주점유의 판단

1) 판단기준 : 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 한다(^{대법원 1997.12.9, 선고 97다18547 판결}).^{14변, 15증 84}

2) 구체적 판단

(ㄱ) 권원의 성질상 자주점유인 경우 : 소유권이전을 내용으로 하는 매매, 증여, 교환 등을 권원으로 하는 경우에는 자주점유이다.

判例

부동산을 매수하여 이를 점유하게 된 자는 그 매수가 무효가 된다는 사정이 있음을 알았다는 등의 특단의 사정이 없는 한 그 점유의 시초에 소유의 의사로 점유한 것이라고 할 것이다. 가사 후일에 그 매도자에게 처분권이 없었다는 등의 이유로 그 매매가 무효로 되어 진실한 소유자에 대한 관계에서 그 점유가 결과적으로는 불법으로 되었다 하더라도 매수자의 소유권취득의 의사로 한 위와 같은 점유의 성질은 변하지 않는다(^{대법원 1996.5.28, 선고 95다40328 판결}).^{12 · 14감 85}

83 [2018 감평사] 선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 패소한 때에는 그 판결이 확정된 때로부터 악의의 점유자로 본다. (×)

84 [2008 감평사] 점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정된다. (×)

(ㄴ) 권원의 성질상 타주점유인 경우 : ① 임차인¹⁷·수치인·지상권자·전세권자·질권자·유치권자의 점유, 타인의 토지 위에 분묘를 설치 또는 소유하는 자의 점유(대법원 1994.11.8. 선고 94다31549 판결), 등기명의수탁자의 점유(대법원 1991.12.10. 선고 91다27655 판결)¹² 등은 타주점유이다. ② 공유자 1인이 공유부동산 전부를 단독점유하는 경우 다른 공유자의 지분비율의 범위 내에서 타주점유이다(대법원 1995.1.12. 선고 95다51861 판결).¹² 그러나 등기부상 공유자들이 공유토지 중 각 특정부분을 구분소유한다고 믿고서 점유하여 온 경우에는, 그 점유가 권원의 성질상 타주점유라고 할 수 없다(대법원 1996.3.22. 선고 95다53768 판결).

(다) 자주점유의 추정과 반복 : (ㄱ) 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정된다(197조 1항).²⁰ 따라서 점유자의 점유가 소유의 의사 없는 타주점유임을 주장하는 상대방에게 타주점유에 대한 증명책임이 있다(대법원 2003.8.22. 선고 2001다23225, 23232 판결; 대법원 1997.8.21. 선고 95다28625 판결 등).¹² ㄴ 중 (ㄴ) 부동산의 점유권원의 성질이 분명하지 않을 때에는 제197조 제1항에 의하여 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되는 것이며, 이러한 추정은 지적공부 등의 관리주체인 국가나 지방자치단체가 점유하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2007.12.27. 선고 2007다42112 판결).

判
例

(1) 악의의 무단점유가 증명된 경우

■ 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 깨어진다고 보아야 할 것이다. 그러므로 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 경우에도 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨졌다고 할 것이다(대법원 1997.8.21. 선고 95다28625 전원합의체판결).¹² ㄴ 중 86

■ 국가나 지방자치단체가 취득시효의 완성을 주장하는 토지의 취득절차에 관한 서류를 제출하지 못하고 있다고 하더라도, 여러 가지 사정을 감안할 때 국가 등이 점유 개시 당시 공공용 재산의 취득절차를 거쳐서 소유권을 적법하게 취득하였을 가능성을 배제할 수 없는 경우에는, 국가의 자주점유의 추정을 부정하여 무단점유로 인정할 것이 아니다(대법원 2014.3.27. 선고 2010다94731, 94748 판결).¹⁰ 번

(2) 타인권리매매(한정소극)나 등기를 수반하지 않은 점유(소극)

토지의 매수인이 매매계약에 의하여 목적 토지의 점유를 취득한 경우, 설사 그것이 타인의 토지의 매매에 해당하여 그에 의하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다고 하더라도,

85 [2012 감평사] 매도인에게 처분권이 없었다는 이유로 매매가 무효가 된 경우 그 사실을 알지 못한 매수인의 점유는 자주점유이다. (○)

86 [2019 중개사] 부동산에 대한 악의의 무단점유는 점유취득시효의 기초인 자주점유로 추정된다. (×)

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 것인지 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(대법원 1997.8.21. 선고 97다37661 전원합의체판결).⁸⁷

(3) 점유자가 주장한 점유권원이 부인된 경우

점유자가 스스로 매매 또는 증여와 같은 자주점유의 권원을 주장하였으나 이것이 인정되지 않는 경우에도 원래 위와 같은 자주점유의 권원에 관한 입증책임이 점유자에게 있지 아니한 이상 그 점유권원이 인정되지 않는다는 사유만으로 자주점유의 추정이 반복된다거나 또는 점유의 권원의 성질상 타주점유라고 볼 수 없다(대법원 1994.11.22. 선고 94다16458 판결).¹⁰감, 11변, 15중 ⁸⁸

(4) 착오로 인한 인접토지의 점유

㉮ 지상 건물과 함께 그 대지를 매수·취득하여 점유를 개시함에 있어서 매수인이 인접 토지와와의 경계선을 정확하게 확인하여 보지 아니하여 착오로 인접 토지의 일부를 그가 매수·취득한 대지에 속하는 것으로 믿고 점유를 하여 왔다고 하더라도 위 인접 토지의 일부를 현실적으로 인도받아 점유하고 있는 이상 인접 토지에 대한 점유 역시 소유의 의사에 기한 것이라고 보아야 할 것이다(대법원 1998.11.10. 선고 98다32878 판결).

㉮ 매매 대상 토지의 면적이 공부상 면적을 상당히 초과하는 경우에는 매도인이 그 초과 부분에 대한 소유권을 취득하여 이전하여 주기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 초과 부분은 단순한 점용권의 매매로 보아야 할 것이므로 그 점유는 권원의 성질상 타주점유에 해당한다(대법원 2004.5.14. 선고 2003다61054 판결).¹²감, 18중 ⁸⁹

㉮ 자신 소유의 대지 위에 건축한 건물이 인접 토지를 침범하게 된 경우, 그 침범 면적이 통상 있을 수 있는 시공상의 착오 정도를 넘어 상당한 정도에까지 이르는 경우에는 그 침범으로 인한 인접 토지의 점유는 권원의 성질상 소유의 의사가 있는 점유라고 할 수 없다(대법원 2001.5.29. 선고 2001다5913 판결).¹⁰변

(5) 법률행위가 무효임을 알면서 점유하게 된 경우

처분권한이 없는 자로부터 그 사실을 알면서 부동산을 취득하거나 어떠한 법률행위가 무효임을 알면서 그 법률행위에 의하여 부동산을 취득하여 점유하게 된 때에는 그 점유의 개시에 있어 이미 자신이 그 부동산의 진정한 소유자의 소유권을 배제하고 마치 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 할 수 없다는 것을 알면서 점유하는 자이므로 점유개시 당시에 소유의 의사로 점유한 것으로 볼 수 없는 것이다(대법원 2000.6.9. 선고 99다36778 판결).

(라) 전 환

1) 타주점유의 자주점유로의 전환 : 타주점유가 자주점유로 전환되기 위하여는 「새로

⁸⁷ [2011 법무새] 타인의 권리를 매매한 매수인이 등기를 수반하지 않은 점유를 하고 있더라도 매수인이 매도인에게 처분권한이 없다는 것을 알고 매수하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 점유는 자주점유이다. (○)

⁸⁸ [2015 중개새] 점유자의 점유권원에 관한 주장이 인정되지 않는다는 것만으로도 자주점유의 추정이 깨진다. (×)

⁸⁹ [2012 감평새] 매매대상 토지의 면적이 등기부상의 면적을 상당히 초과하더라도 특별한 사정이 없는 한 초과부분에 대한 매수인의 점유는 자주점유이다. (×)

운 권원」에 의하여 다시 소유의 의사로 점유하거나, 자기에게 점유시킨 자에게 「소유의 의사가 있음을 표시」하여야 한다(대법원 1993.7.16. 선고 92다37871 판결).

判例

(1) 상속이 새로운 권원인지 여부(소극)

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 점유도 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(대법원 1997.12.12. 선고 97다40100 판결).⁹⁰

(2) 타주점유자가 자신명의로 등기를 한 경우

타주점유자가 자신 명의로 소유권보존등기를 하거나 소유권이전등기를 한 것만으로는 점유시킨 자에 대하여 소유의 의사를 표시함으로써 자주점유로 전환되었다고 볼 수 없다(대법원 1989.4.11. 선고 88다카95 판결, 대법원 1993.7.16. 선고 92다37871 판결).^{14번}

2) 자주점유의 타주점유로의 전환 : (가) 부동산이 경매되어 경매절차의 매수인의 대금납부로 종전 소유자의 소유권이 상실되었다면, 종전 소유자가 계속 점유하고 있더라도 그 점유는 타주점유로 전환된다(대법원 1968.7.30. 선고 68다523 판결).^{17갑} (나) 부동산 매매계약이 해제된 후에는 매수인의 점유가 타주점유로 전환된다(대법원 1972.2.22. 선고 71다2306 판결). (다) 부동산을 타인에게 매도하여 그 인도의무를 지고 있는 매도인의 점유는 특별한 사정이 없는 한 타주점유로 변경된다. 따라서 매도인이 매수인과 매매계약을 체결하고 그에 따른 소유권이전등기를 마쳐준 이후에도 토지를 소유자와 동일한 의사를 가지고 계속 점유하여 오고 있다고 볼 수 없다(대법원 1997.4.11. 선고 97다5824 판결).^{12 · 14 · 17갑} 2004.9.24. 선고 2004다27273 판결.

判例

(1) 소유자가 제기한 말소등기청구소송에서 점유자가 패소한 경우

진정 소유자가 자신의 소유권을 주장하며 점유자 명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기라 하여 점유자를 상대로 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기의 말소등기청구소송을 제기하여 그 소송사건이 점유자의 패소로 확정되었다면, 점유자는 민법 제197조 제2항의 규정에 의하여 그 소유권이전등기말소등기청구소송의 제기시부터는 토지에 대한 악의의 점유자로 간주된다. ... 이 경우 패소판결의 확정으로 점유자로서는 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기에 관하여 정당한 소유자에 대하여 말소등기의무를 부담하게 되었음이 확정되었으므로, 단순한 악의점유의 상태와는 달리 객관적으로 그와 같은 의무를 부담하고 있는 점유자로 변한 것이어서 점유자의 토지에 대한 점유는 패소판결 확정 후부터는 타주점유로 전환되었다고 보아야 한다(대법원 1996.10.11. 선고 96다19857 판결).^{17갑 91}

90 [2006 중개사] 타주점유자인 피상속인의 점유권을 상속한 자는 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 개시하지 않더라도 자주점유를 주장할 수 있다. (×)

(2) 타주점유로 전환되지 않는다고 본 사례

㉮ 토지의 점유자가 이전에 토지 소유자를 상대로 그 토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 청구소송을 제기하였다가 패소하고 그 판결이 확정되었다 하더라도 그 사정만을 들어서는 토지 점유자의 자주점유의 추정이 이로써 반복되어 타주점유로 전환된다고 할 수 없다(대법원 1997.12.12, 선고 97다30288 판결), 17감 92

㉮ 점유의 시초에 자신의 토지에 인접한 타인 소유의 토지를 자신 소유의 토지의 일부로 알고서 이를 점유하게 된 자는 나중에 그 토지가 자신 소유의 토지가 아니라는 점을 알게 되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 그 점유가 타주점유로 전환되는 것은 아니다(대법원 2001.5.29, 선고 2001다5913 판결), [... 그 사정만으로 타주점유로 전환된다. (×)]^{17감}

(2) 선의점유·악의점유

1) 선의점유는 점유할 수 있는 본권이 없음에도 있는 것으로 믿고 하는 점유이고, 악의점유는 본권이 없음을 알면서 또는 본권의 유무에 관해 의심을 품으면서 하는 점유이다.

2) 양자의 구별은 취득시효(245조 2항, 246조 2항), 과실수취권(201조), 점유자의 책임(202조), 선의취득(249조) 등과 관련하여 실익이 있다.

3) 점유자는 선의로 점유한 것으로 추정된다(197조 1항). 그런데 선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 패소한 때에는 그 소가 제기된 때로부터 악의의 점유자로 본다(197조 2항). 제197조 제2항 소정의 「본권에 관한 소」에는 소유권에 기하여 점유물의 인도나 명도를 구하는 소송은 물론 부당점유자를 상대로 점유로 인한 부당이득의 반환을 구하는 소송도 포함된다(대법원 2002.11.22, 선고 2001다6213 판결).

判例 민법 제197조에 의하여 점유자는 선의로 점유한 것으로 추정되고, 권원 없는 점유였음이 밝혀졌다고 하여 곧 그 동안의 점유에 대한 선의의 추정이 깨어졌다고 볼 것은 아니다(대법원 2000.3.10, 선고 99다63350 판결), 09감, 20번

(3) 과실 있는 점유·과실 없는 점유

이는 선의점유를 전제로 한 구별이다. 즉 본권이 있다고 믿은 데에 과실(過失)이 있느냐에 따라 과실 있는 점유와 과실 없는 점유로 구별된다. 취득시효와 선의취득에서 구별실익이 있다(245조 2항, 246조 2항, 249조). 판례는 점유의 무과실은 추정되지 않으며 주장자에게 증명책임이 있다고 한다(대법원 1983.10.11, 선고 83다카531 판결), 13감, 12번, 18중 93

91 [2019 법무사] 토지의 소유자가 점유자를 상대로 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기의 말소등기청구소송을 제기하여 그 소송사건이 점유자의 패소로 확정된 경우, 점유자의 점유는 그 소유권이전등기말소등기청구소송의 제기시부터 타주점유로 전환된다. (×)

92 [2014 법무사] 토지의 점유자가 이전에 토지 소유자를 상대로 그 토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 청구소송을 제기하였다가 패소하고 그 판결이 확정된 경우 그 토지 점유자의 자주점유의 추정은 반복되어 타주점유로 전환된다. (×)

93 [2018 중개사] 점유자는 소유의 의사로 과실 없이 점유한 것으로 추정한다. (×)

(4) 평온·공연한 점유

1) 평온(平穩)한 점유는 점유자가 그 점유를 취득 또는 보유하는데 법률상 용인할 수 없는 강폭행위(強暴行爲)를 쓰지 아니하는 점유이고, 폭력점유는 평온한 점유가 아닌 점유를 통틀어서 지칭한다. 공연(公然)한 점유는 남몰래 하지 않은 점유를 말하고, 은비점유(隱秘占有)는 남몰래 하는 점유를 말한다.

2) 이는 점유자의 과실취득(201조 3항), 선의취득(249조) 등과 관련하여 실익이 있다.

判
例

점유의 평온·공연성

그 점유가 불법이라고 주장하는 자로부터 이익을 받은 사실이 있거나 점유물의 소유권을 둘러싸고 당사자 사이에 법률상의 분쟁이 있었다고 하더라도 그러한 사실만으로 곧 그 점유의 평온·공연성이 상실된다고 할 수 없다(대법원 1994.12.9. 선고 94다25025 판결).^{15)갑}

(5) 하자 있는 점유와 하자 없는 점유

하자 있는 점유란 악의, 과실, 강폭(평온하지 않은 것), 은비(공연하지 않은 것), 불계속 등의 요건을 갖춘 점유를 말하고, 하자 없는 점유란 선의, 무과실, 평온, 공연, 계속 등의 요건을 갖춘 점유를 말한다.

(6) 단독점유와 공동점유

하나의 물건에 관하여 1인이 점유하는 것이 단독점유이고, 수인이 공동으로 점유하는 것이 공동점유이다.

III. 점유의 취득과 소멸

1. 점유권의 취득

(1) 직접점유의 취득

(가) 원시취득 : 물건에 대한 사실상 지배를 하게 되면 직접점유를 원시취득한다. 무주물선점, 유실물습득, 절취 등이 그 예이다.

(나) 특정승계에 의한 취득 : 승계취득은 전 점유자로부터 특정물건에 대한 사실상의 지배를 인수함으로써 점유를 취득하는 것이다.

제196조 (점유권의 양도) ① 점유권의 양도는 점유물의 인도로 그 효력이 생긴다.

② 전항의 점유권의 양도에는 제188조제2항, 제189조, 제190조의 규정을 준용한다.

1) 현실인도에 의한 승계 : 물건에 대한 사실적 지배가 현실로 양도인에게서 양수인에게 이전됨으로써 점유권의 승계취득이 일어난다(196조 1항).

2) **간이인도에 의한 승계** : 양수인이 이미 물건을 점유하고 있는 경우에 의사의 합치만으로 점유가 이전된다는 것이 학설의 일반적 설명이다(188조 2항, 196조 2항).

(다) 포괄승계에 의한 취득

제193조 (상속으로 인한 점유권의 이전) 점유권은 상속인에 이전한다.

피상속인이 사망하여 상속이 개시되면 피상속인이 점유하고 있던 물건은 당연히 (즉 상속인이 사실상 지배를 하고 있는지를 불문하고) 상속인의 점유가 된다(193조). 상속인이 상속개시의 사실을 알고 있을 필요도 없다.¹³ 94 점유권의 상속은 상속인의 점유와 피상속인의 점유 사이의 중단을 방지하기 위한 것이다.

(2) 간접점유의 취득

(가) **간접점유의 설정** : 점유매개관계를 통해 직접점유자가 간접점유자로 되는 방법(ex 직접점유자가 타인에게 임대하는 경우), 점유개정에 의한 방법(ex, 매도 후에 매도인이 임차하는 경우) 등이 있다.

(나) **특정승계에 의한 취득** : 간접점유자는 목적물반환청구권을 양도함으로써 점유권을 양도할 수 있다(196조 2항, 190조).

(다) **포괄승계에 의한 취득** : 피상속인이 간접점유를 하고 있었던 경우에는 상속인이 간접점유를 취득하게 된다(193조).

(3) 점유권승계의 효과

제199조 (점유의 승계의 주장과 그 효과) ① 점유자의 승계인은 자기의 점유만을 주장하거나 자기의 점유와 전점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있다.

② 전점유자의 점유를 아울러 주장하는 경우에는 그 하자도 승계한다.¹⁸ 2

(가) **점유의 분리·병합** : 점유권이 승계되는 경우에, 그 승계인이 가지는 점유에는 두 가지의 측면이 있게 된다. 즉 한편으로는 전점유자의 점유와 동일성을 가지는 점유가 계속하는 것이라고 볼 수 있고, 다른 한편으로는 승계인 자신이 새로이, 말하자면 원시적으로, 시작한 점유를 가지게 된다. 여기서 민법은 점유자의 승계인은 자기의 점유만을 주장할 수도 있고, 자기의 점유와 전점유자의 점유를 아울러 주장할 수도 있는 것으로 하였다(199조 1항). 단 전 점유자의 점유를 아울러 주장하는 경우에는 그 하자도 승계한다(199조 2항).

判例

점유의 승계가 있는 경우 전 점유자의 점유가 타주점유라 하여도 점유자의 승계인이 자기의 점유만을 주장하는 경우에는 현 점유자의 점유는 자주점유로 추정된다(대법원 2002.2.26.

선고 99다72743 판결), 17변, 18택

94 [2013 강평사] 피상속인의 사망 사실을 알지 못한 상속인은 피상속인의 점유를 승계하지 못한다. (×)

(나) 점유의 분리·병합은 상속의 경우에도 적용되는가? : 다수설은, 상속이 점유변경의 새 권원이 될 수 없음이 당연하나, 상속인이 스스로 현실적으로 점유를 하는 경우에도 상속이 권원이 될 수 없다고 하여야 할 이유는 없다고 한다(곽윤직 등). 그러나 판례는 이를 부정한다. 즉 「상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는 상속인이 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 시작하지 않는 한 피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장할 수 없다」고 한다(대법원 1997.12.12. 선고 97다40100 판결).⁹⁵

2. 점유권의 소멸

물권일반의 소멸사유 중에서 혼동과 소멸시효는 점유권의 소멸사유에 해당하지 않는다.

(1) 직접점유의 소멸원인

(가) 원 칙 : 점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 상실한 때에는 점유권이 소멸한다. 사실상의 지배가 상실되었는지 여부는 거래관념에 따라 결정된다.

(나) 예 외 : 타인의 침탈에 의해 점유를 상실한 때에는, 점유자는 제204조의 규정에 의해 1년 이내에 점유회수의 청구에 의해 점유를 회수할 수 있다. 점유를 회수한 때에는 점유는 처음부터 상실되지 않았던 것으로 된다(192조 2항).

(2) 간접점유의 소멸원인

간접점유는 직접점유자가 점유를 상실하거나 또는 직접점유자가 더 이상 점유매개자로서의 역할을 하지 않는 경우(ex, 직접점유자가 점유물을 횡령하는 경우)에 소멸한다.

IV. 점유권의 효력

1. 점유의 추정적 효력

(1) 자주점유의 추정

제197조 (점유의 태양) ① 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정한다.

(2) 점유계속의 추정

제198조 (점유계속의 추정) 전후 양시(兩時)에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것으로 추정한다.

⁹⁵ [2015 사법시험] 상속에 의하여 점유권을 취득한 경우 상속은 새로운 권원이므로, 상속인은 피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장할 수 있다. (×)

1) 기간의 시초와 끝의 양 시점에 점유한 사실에 대해서 증명을 하면, 그 양 시점의 중간기간 중의 점유의 계속이 추정된다.

2) 제198조 소정의 점유계속추정은 동일인이 전후 양 시점에 점유한 것이 증명된 때에만 적용되는 것이 아니고, 전후 양 시점의 점유자가 다른 경우에도 점유의 승계가 입증되는 한 점유계속은 추정된다(대법원 1996.9.20. 선고 96다24279,24286 판결).¹¹·17번

(3) 권리적법의 추정

제200조 (권리의 적법의 추정) 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유한 것으로 추정한다.¹⁹갑 [... 적법하게 보유한 것으로 본다. (×)]

(가) **근 거** : 보통 물건에 대한 권리를 가지는 자는 그 물건을 점유해서, 그 위에 권리를 행사한다. 이것을 반대로 새긴다면, 물건을 점유해서 그 위에 권리를 행사하는 것과 같은 외관의 행위를 하고 있는 자는, 대부분의 경우에 있어서 적법한 권리자이다. 이 개연성을 기초로 하여 제200조의 추정이 인정되는 것이다(곽윤직 213면).

(나) 적용범위

1) 「점유물에 대하여 행사하는 권리」라 함은, 물건뿐만 아니라, 점유할 수 있는 권원을 포함하는 모든 권리(임차인·수지인의 권리 등)를 포함한다. 나아가 임차인이 임차목적물을 점유하는 경우에, 간접점유자인 임대인의 권리도 추정된다. 한편 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되므로(197조 1항), 점유자는 원칙적으로 소유자로 추정된다.

2) 제200조의 적용대상이 동산에 한하는가 아니면 동산·부동산 모두인가? (ㄱ) 등기된 부동산에 대해서는 제200조가 적용되지 않는다는 것이 통설과 판례이다. 즉 점유자의 권리추정의 규정은 특별한 사정이 없는 한 부동산 물권에 대하여는 적용되지 아니하고, 다만 그 등기에 대하여서만 추정력이 부여된다(대법원 1982.4.13. 선고 81다780 판결).⁰⁹갑, 11번, 18택 96 (ㄴ) 미등기부동산에 대하여는, 다툼이 있는데, 판례는 제200조의 적용에 부정적인 태도로 보인다.

3) 제200조는 소유자와 그로부터 점유를 취득한 점유자 사이에는 적용되지 않는다는 것이 통설과 판례(대법원 1964.12.8. 선고 64다714 판결)이다. 예컨대 임차인이 임대인인 소유자에 대해 임차권을 주장하는 때에는, 그가 점유하고 있다고 하여 임차권이 추정되는 것은 아니고, 이때에는 임차인 스스로 그 존재를 증명하여야 한다는 것이다.

96 [2009 감평사] 등기된 부동산에 관하여는 특별한 사정이 없는 한 점유자의 권리에 관한 적법추정이 미치지 않는다. (○)

2. 점유자와 회복자의 관계

(1) 서 설

본권(지상권, 전세권, 임차권 등)에 기하여 타인의 물건을 점유하던 자가 그 물건을 반환하는 경우에, 그들 사이의 관계는 본권을 발생시킨 법률관계에 따라 청산되어야 한다. 반면 그들 사이에 기본적 법률관계가 부존재하거나 무효인(취소로 인한 소급적 무효를 포함한다) 경우에는 불법행위 또는 부당이득의 법리에 의하여야 할 것이지만, 민법은 점유자를 보호하기 위한 특칙으로 제201조 내지 제203조를 규정한다. 따라서 제201조 내지 제203조는 소유자가 본권(213조 단서의 점유할 권리) 없이 물건을 점유하는 자를 상대로 소유물반환을 구하는 과정에서 그들의 이해관계를 조정하는 기능을 담당한다(지원립 3-328).

(2) 과실(果實)의 취득 또는 반환

제201조 (점유자와 과실) ① 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.^{20갑}

② 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다.^{12·16·20갑}

③ 전항의 규정은 폭력 또는 은비(隱秘)에 의한 점유자에 준용한다.^{19갑}

(가) 선의점유자의 과실수취권

1) 요 건

(가) 제201조 1항의 선의의 점유자라 함은 과실수취권을 포함하는 권원(소유권·지상권·전세권·임차권 등)을 가지고 있다고 오신한 점유자를 말하고, 그와 같은 오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다(대법원 1995.8.25. 선고 94다27069 판결; 12·15·19갑, 대법원 1996.12.10. 선고 95다32969 판결).

(나) 선의이나 아니냐를 정하는 시기는 과실에 관하여 독립한 소유권이 성립하는 시기이다. 천연과실에 관하여는 원물로부터 분리할 때(102조 1항)이고, 법정과실에 관하여는 선의가 존속한 일수(日數)의 비율에 따른다(102조 2항).

2) 효 과

(가) 선의의 점유자는 점유물로부터 생기는 과실을 취득할 수 있으므로 비록 선의의 점유자가 과실을 취득함으로써 인하여 타인에게 손해를 입혔다 할지라도 그 과실취득으로 인한 이득을 그 타인에게 반환할 의무는 없다(대법원 1978.5.23. 선고 77다2169 판결 참조).^{17갑} 그러나 과실취득권이 있다 하여 불법행위로 인한 손해배상책임이 배제되는 것은 아니다(대법원 1966.7.19. 선고 66다994 판결).^{12·20변 97}

(나) 과실은 천연과실과 법정과실을 포함한다. 「사용이익」도 과실에 준하는 것으로

97 [2012 변리사] 선의의 점유자는 과실수취권이 있으므로 그에게 과실(過失)이 있더라도 회복자에 대하여 불법행위책임을 지지 않는다. (×)

해석하는 것이 통설과 판례이다.

判例

사용이익의 귀속

민법 제201조 제1항에 의하면 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다고 규정하고 있는바, 건물을 사용함으로써 얻는 이득은 그 건물의 과실에 준하는 것이므로, 선의의 점유자는 비록 법률상 원인 없이 타인의 건물을 점유·사용하고 이로 말미암아 그에게 손해를 입혔다고 하더라도 그 점유·사용으로 인한 이득을 반환할 의무는 없다(대법원 1996.1.26.

선고 95다44290 판결), 12·15·16·18강 98

3) **적용범위** : 판례는, 매매계약이 무효이거나 취소된 경우에 선의의 매수인에 대하여 제201조 제1항의 적용을 긍정하는 반면, 해제된 경우에는 제548조에서 원상회복의무를 따로 정하고 있으므로 제201조의 적용을 부정한다.

判例

(1) 쌍무계약이 취소된 경우의 급부청산

쌍무계약이 취소된 경우 선의의 매수인에게 민법 제201조가 적용되어 과실취득권이 인정되는 이상 선의의 매도인에게도 민법 제587조의 유추적용에 의하여 대금의 운용 이익 내지 법정이자 반환을 부정함이 형평에 맞다(대법원 1993.5.14. 선고 92다45025 판결).

(2) 계약이 해제된 경우 원상회복의무의 범위

계약해제의 효과로서의 원상회복의무를 규정한 민법 제548조 제1항 본문은 부당이득에 관한 특별 규정의 성격을 가진 것이라 할 것이어서, 그 이익 반환의 범위는 이익의 현존 여부나 선의, 악의에 불문하고 특단의 사유가 없는 한 받은 이익의 전부라고 할 것이다(대법원 1998.12.23. 선고 98다43175 판결), 15조 또한 계약 해제로 인하여 계약 당사자가 원상회복의무를 부담함에 있어서 당사자 일방이 목적물을 이용한 경우에는 그 사용에 의한 이익을 상대방에게 반환하여야 하는 것이다(대법원 2000.2.25. 선고 97다30066 판결).

(나) 악의점유자의 과실반환의무

1) 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며, 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다(201조 2항). 이것은 폭력 또는 은비(隱秘)에 의한 점유자에 준용한다(201조 3항). 19강, 14택 99 그러나 불가항력과 같이 악의의 점유자에게 책임 없는 사유로 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 대가상환의 책임을 지지 않는다. 15중, 19택 100

2) 과실수취권이 없음을 알게 된 때부터는 악의의 점유자가 되므로 그 이후의 과실은 반환해야 한다. 선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 패소한 때에는 「소제기시부터」 악의로 간주된다(197조 2항). 16·18강 101

98 [2015 감평사] 선의의 점유자가 법률상 원인 없이 회복자의 건물을 점유·사용하고 이로 말미암아 회복자에게 손해를 입혔다면 그 점유·사용으로 인한 이득을 반환할 의무가 있다. (×)

99 [2014 주택관리사보] 폭력 또는 은비에 의한 점유자도 선의인 경우 점유물의 과실을 취득할 수 있다. (×)

100 [2019 주택관리사보] 과실(過失) 없이 과실(果實)을 수취하지 못한 악의의 점유자는 회복자에 대하여 그 과실(果實)의 대가를 보상하여야 한다. (×)

3) 통설과 판례는 이 경우에도 불법행위책임이 배제되는 것은 아니라고 한다.

判例

타인 소유물을 권원 없이 점유함으로써 얻은 사용이익을 반환하는 경우, 제748조 제2항과 제201조 제2항의 반환범위의 관계

타인 소유물을 권원 없이 점유함으로써 얻은 사용이익을 반환하는 경우, 약의 수익자가 반환하여야 할 범위는 민법 제748조 제2항에 따라 정하여지는 결과 그는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 한다. 즉 약의 점유자는 과실을 반환하여야 한다고만 규정한 민법 제201조 제2항이, 민법 제748조 제2항에 의한 약의 수익자의 이자지급의무까지 배제하는 취지는 아니기 때문에, 약의 수익자의 부당이득금 반환범위에 있어서 민법 제201조 제2항이 민법 제748조 제2항의 특칙이라거나 우선적으로 적용되는 관계를 이루는 것은 아니다. 그리고 위 조문에서 규정하는 이자는 당해 침해행위가 없었더라면 소유자가 위 임료로부터 통상 얻었을 법정이자상당액을 말하는 것이므로 약의 수익자는 위 이자의 이행지체로 인한 지연손해금도 지급하여야 할 것이다(대법원 2003.11.14. 선고 2001다61869 판결), 15감.

15 · 20변 102

(3) 점유물의 멸실·훼손에 대한 책임

제202조 (점유자의 회복자에 대한 책임) 점유물이 점유자의 책임 있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손한 때에는 약의 점유자는 그 손해의 전부를 배상하여야 하며 선의의 점유자는 이익이 현존하는 한도에서 배상하여야 한다. 소유의 의사 없는 점유자는 선의인 경우에도 손해의 전부를 배상하여야 한다. 12 · 15 · 16 · 19 · 20감

(가) 요 건

1) 「멸실」은 물건의 물리적인 멸실뿐만 아니라, 제3자에게 양도하여 그 반환이 불가능하게 된 경우도 포함된다. 「훼손」이란 물건의 가치를 저하시키는 일체의 행위를 말한다.

2) 「책임 있는 사유」란 「자기 재산에 대하여 베푸는 것과 동일한 주의」(695조 참조)를 게을리한 것을 의미한다.

(나) 효 과

1) 선의의 점유자는 그가 자주점유를 하고 있는 때에는 「이익이 현존하는 한도」에서 배상하면 된다(202조 1문).^{16 · 19감} 그러나 선의의 점유자일지라도 그가 타주점유를 하고 있는 때(ex. 임차인·수치인·질권자 등)에는 멸실·훼손에 따른 손해 전부를 배상하여야 한다(202조

2문). 12 · 15 · 20감 103

101 [2016 감평새] 선의의 점유자가 본권에 관한 소에서 패소한 경우, 제소 후 판결확정 전에 취득한 과실은 반환할 의무가 없다. (×)

102 [2015 감평새] 타인 소유물을 권원 없이 점유함으로써 얻은 사용이익을 반환하는 경우, 약의 점유자는 사용이익뿐만 아니라 그 이자도 반환해야 한다. (○)

103 [2019 감평새] 점유물이 점유자의 책임 있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손한 때에는 선의의 자주점유자라도 그 손해의 전부를 배상하여야 한다. (×)

[2014 변리사] 소유의 의사 없는 선의의 점유자가 점유물을 멸실한 때에는 그 이익이 현존하는 한도에서 손해를

2) 악의의 점유자는 자주점유인가 타주점유인가를 묻지 않고, 멸실·훼손에 따른 손해의 전부를 배상하여야 한다(202조 1문).^{17강, 11번, 18중}

(4) 비용상환청구권

제203조 (점유자의 상환청구권) ① 점유자가 점유물을 반환할 때에는 회복자에 대하여 점유물을 보존하기 위하여 지출한 금액 기타 필요비의 상환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 과실을 취득한 경우에는 통상의 필요비는 청구하지 못한다.^{12 · 15 · 16 · 17 · 19 · 20강 104}
 ② 점유자가 점유물을 개량하기 위하여 지출한 금액 기타 유익비에 관하여는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 회복자의 선택에 좇아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다.
 ③ 전항의 경우에 법원은 회복자의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있다. ※ 203조 3항은, 유익비에 관한 규정이다. 필요비에 관하여는 상당한 상환기간 허여를 인정하는 규정이 없다.^{16중}

(가) 의 의

1) 점유자가 점유물에 관하여 비용을 지출한 경우에, 본권이 있으면 그 본권적인 법률관계에 의하여 비용상환청구권의 유무와 범위가 결정된다. 본권도 없고 사무관리도 아닌 경우에는, 제203조에 의한 비용상환청구권이 인정된다(점유자의 선의·악의 및 자주점유·타주점유를 구별하지 않는다).^{17강, 11번, 14중 105}

2) 한편 그 비용은 물건에 관하여 생긴 채권으로서 유치권에 의한 보호를 받는 경우가 있다(320조 1항). 다만 점유자가 유익비의 상환을 청구하는 경우에 회복자는 법원에 상당한 상환기간을 허락해 줄 것을 요청할 수 있는데(203조 3항), 그 유예기간이 허락되면 점유자의 유치권은 성립하지 않는다.^{18중}

(나) 필요비의 상환

1) 필요비는 물건의 보존·관리를 위하여 지출되는 비용을 말한다. 보존비, 수리비, 조세, 보험료, 공과금 등이 이에 속한다. 판례는 「기계의 점유자가 그 기계장치를 계속 사용함에 따라 마모되거나 손상된 부품을 교체하거나 수리하는데 소요된 비용」도 이에 해당한다고 한다(대법원 1996.7.12. 선고 95다41161, 41178 판결).^{11번}

2) 점유자는 원칙적으로 그가 지출한 필요비 전액을 청구할 수 있다. 다만 민법은 「통상의」 필요비와 「특별한(또는 임시)」 필요비(ex. 태풍으로 인한 대수선에 따른 비용)로 나누어서, 「과실을 취득한 경우」에는 「통상의」 필요비(보존 또는 수선비용)를 청구할 수 없다고 정하고 있다.

배상하여야 한다. (×)

104 [2015 변리사] 선의의 점유자는 과실을 취득한 경우에도 점유물을 보존하기 위하여 지출한 통상의 필요비를 상환할 것을 청구할 수 있다. (×)

105 [2019 감평사] 악의의 점유자도 점유물을 반환할 때에는 회복자에 대하여 필요비의 상환을 청구할 수 있다. (○)

여기서 「점유자가 과실을 취득한 경우」에 해당하는 것은 제201조 제1항에 의하여 선의의 점유자로서 과실을 취득할 권리가 있는 경우에 한정된다.¹⁰⁶ 또한 판례는, 점유자가 목적물을 이용하여 「사용이익을 얻은 경우」에도 「점유자가 과실을 취득한 경우」에 해당하여 통상의 필요비를 청구할 수 없다고 한다(대법원 1964.7.14. 선고 63다1119 판결).

(다) 유익비의 상환

1) 유익비란 물건의 개량이나 물건의 객관적 가치를 증대시키기 위해 지출한 비용을 말한다. 점유자는 이러한 유익비에 관하여는, 「그 가액의 증가가 현존한 경우」에 한하여 「회복자의 선택에 좇아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구」할 수 있다(제203조 2항).¹⁴

· 17택 107

2) 유익비상환청구가 있는 경우 상환의무자인 회복자의 선택권을 위하여 실제로 지출한 비용과 현존하는 증가액을 모두 산정하여야 한다(대법원 2002.11.22. 선고 2001다40381 판결). 실제 지출금액 및 현존 증가액에 관한 증명책임은 모두 유익비의 상환을 구하는 점유자에게 있다(대법원 2018.6.15. 2018다

선고 206707 판결).

判例

(1) 계약법상의 비용상환청구권과 제203조 제2항의 비용상환청구권

민법 제203조 제2항에 의한 점유자의 회복자에 대한 유익비상환청구권은 점유자가 계약관계 등 적법하게 점유할 권리를 가지지 않아 소유자의 소유물반환청구에 응하여야 할 의무가 있는 경우에 성립되는 것으로서, 이 경우 점유자는 그 비용을 지출할 당시의 소유자가 누구이었는지 관계없이 점유회복 당시의 소유자 즉 회복자에 대하여 비용상환청구권을 행사할 수 있는 것이나, 점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 적법한 점유의 권원을 가진 경우에 그 지출비용의 상환에 관하여는 그 계약관계를 규율하는 법조항이나 법리 등이 적용되는 것이어서, 점유자는 그 계약관계 등의 상대방에 대하여 해당 법조항이나 법리에 따라 비용상환청구권을 행사할 수 있을 뿐 계약관계 등의 상대방이 아닌 점유회복 당시의 소유자에 대하여 민법 제203조 제2항에 따른 지출비용의 상환을 구할 수는 없다(대법원

2003.7.25. 선고 2001다64752 판결).¹⁵ · 16번 108

(2) 필요비나 유익비 상환청구권의 이행기

점유자가 점유물을 보존하거나 개량하기 위하여 지출한 필요비나 유익비에 관하여 민법 제203조 제1항, 제2항은 점유자가 점유물을 반환할 때에 상환을 청구할 수 있도록 규정하고 있으므로, 그 상환청구권은 점유자가 회복자에게서 점유물 반환을 청구받은 때에 비로소 이를 행사할 수 있는 상태가 되고 이행기가 도래한다(대법원 2011.12.13. 선고 2009다5162

판결).¹⁴중

106 만일 그렇지 않고 선의·악의를 불문하고 점유자가 과실을 취득하면 통상의 필요비에 대하여는 상환을 청구할 수 없다고 한다면, 악의의 점유자는 그가 취득한 과실을 반환하여야 하면서 그가 지출한 비용도 그 상환을 청구할 수 없어 지나치게 가혹한 취급을 받는 반면, 소유자는 원래 자신이 부담하여야 할 통상의 필요비를 면하게 되어 부당한 이익을 얻게 되기 때문이다(민법주해 4권 426면).

107 [2017 주택관리사보] 점유자가 점유물에 유익비를 지출한 경우, 점유자의 선택에 좇아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다. (×)

(3) 수급인이 도급인으로부터 제3자 소유 물건의 점유를 이전받아 이를 수리한 결과 그 물건의 가치가 증가한 경우, 제203조에 의한 비용상환청구권자

유효한 도급계약에 기하여 수급인이 도급인으로부터 제3자 소유 물건의 점유를 이전받아 이를 수리한 결과 그 물건의 가치가 증가한 경우, 도급인이 그 물건을 간접점유하면서 궁극적으로 자신의 계산으로 비용지출과정을 관리한 것이므로, 도급인만이 소유자에 대한 관계에 있어서 민법 제203조에 의한 비용상환청구권을 행사할 수 있는 비용지출자라고 할 것이고, 수급인은 그러한 비용지출자에 해당하지 않는다(대법원 2002.8.23. 선고 99다66564, 66571 판결, 17감, 16변 109)

(4) 점유물에 대한 필요비와 유익비 상환청구권을 기초로 하는 유치권 주장을 배척하기 위하여 상대방 당사자가 주장·증명하여야 할 사항

물건의 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정되고 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유하는 것으로 추정된다(민법 제197조 제1항, 제200조). 따라서 점유물에 대한 필요비와 유익비 상환청구권을 기초로 하는 유치권 주장을 배척하려면 적어도 점유가 불법행위로 인하여 개시되었거나 점유자가 필요비와 유익비를 지출할 당시 점유권원이 없음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 인정할만한 사유에 대한 상대방 당사자의 주장·증명이 있어야 한다(대법원 2011.12.13. 선고 2009다5162 판결, 20감

3. 점유의 보호

(1) 점유보호청구권

(가) 서 설 : 점유보호청구권은 본권 유무와 관계없이 점유 그 자체를 보호하기 위해 인정되는 일종의 물권적 청구권이다. 한편 민법은 점유보호청구권의 내용으로 「손해배상청구권」도 규정하고 있다. 그런데 이 손해배상청구권은 불법행위로 인하여 발생하는 채권인데 편의상 여기에 함께 규정한 것으로 보아야 한다. 따라서 점유의 침해 이외에 불법행위의 요건(750조)을 갖추는 것을 전제로 그 배상을 청구할 수 있는 것이다.

(나) 점유물반환청구권(점유회수청구권)

제204조 (점유의 회수) ① 점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환 및 손해의 배상을 청구할 수 있다. 19감

② 전항의 청구권은 침탈자의 특별승계인에 대하여는 행사하지 못한다. 그러나 승계인이 악의인 때에는 그러하지 아니하다. 14 · 18감 110

108 [2019 법원해설] 민법 제203조에 의한 점유자의 비용상환청구권은 점유자가 소유자에게서 점유물 반환을 청구받은 때에 비로소 이를 행사할 수 있고, 점유자가 점유물에 대하여 그 비용을 지출할 당시의 소유자에 대하여 행사하여야 한다. (×) ㉠ 점유회복 당시의 소유자에게 행사하여야 한다.

[2017 법무새] 점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 적법한 점유의 권원을 가진 경우 점유자는 계약관계 등의 상대방이 아닌 점유회복 당시의 소유자에 대하여 민법 제203조 제2항에 따른 지출비용의 상환을 구할 수 있다. (×)

109 [2017 감평새] 유효한 도급계약에 기하여 수급인이 도급인으로부터 제3자 소유 물건을 이전받아 수리를 마친 경우, 원칙적으로 수급인은 소유자에 대하여 비용상환청구권을 행사할 수 있다. (×)

③ 제1항의 청구권은 침탈을 당한 날로부터 1년 내에 행사하여야 한다. ^{13 · 15 · 17 · 19감 111}

제207조 (간접점유의 보호) ① 전3조의 청구권은 제194조의 규정에 의한 간접점유자도 이를 행사할 수 있다. ^{17 · 19감}

② 점유자가 점유의 침탈을 당한 경우에 간접점유자는 그 물건을 점유자에게 반환할 것을 청구할 수 있고 점유자가 그 물건의 반환을 받을 수 없거나 이를 원하지 아니하는 때에는 자기에게 반환할 것을 청구할 수 있다. ^{13 · 14 · 15감 112}

1) 점유의 침탈

(가) 「점유자가 점유의 침탈을 당한 때」라 함은 점유자가 그 의사에 의하지 아니하고 사실적 지배를 빼앗긴 경우를 말한다. ① 물건을 절취당한 때에는 침탈이 되지만, 사기나 착오에 기하여 점유를 임의로 이전한 때에는 침탈이 되지 않는다. - 사기의 의사표시에 의해 건물을 명도해 준 것이라면 건물의 점유를 침탈당한 것이 아니므로 피해자는 점유회수의 소권을 가진다고 할 수 없다(대법원 1992.2.28. 선고 91다17443 판결). ^{13감, 12변} ② 유실물의 습득은 침탈이 아니다. 따라서 유실물을 습득한 자가 이를 횡령했다 하더라도 유실자는 점유물반환청구권을 행사할 수 없다. ^{14감} ③ 점유자에 대한 집행권원 없이 이루어진 위법한 강제집행에 의하여 점유자의 점유를 빼앗은 경우도 점유의 침탈에 해당한다(대법원 2012.3.29. 선고 2010다2459 판결).

(나) 침탈당한 점유의 종류는 묻지 않는다. 악의의 점유나 권원 없는 점유라도 무방하다.

(다) 침탈여부는 직접점유자를 표준으로 하여 판단하여야 한다. 그 결과 직접점유자가 임의로 점유를 타에 양도한 경우에는 점유이전이 간접점유자의 의사에 반한다 하더라도 간접점유자의 점유가 침탈된 경우에 해당하지 않는다(대법원 1993.3.9. 선고 92다5300 판결). ^{18감, 19중}

2) 당사자

(가) 청구권자는 점유를 빼앗긴 자이며, 자주점유자·타주점유자·직접점유자·간접점유자를 묻지 않는다. 그러나 점유보조자는 청구권자가 될 수 없다.

**判
例**

민법 제204조 제1항이 규정하는 점유물반환청구는 원고가 목적물을 점유하였다가 피고에 의하여 이를 침탈당하였다는 사실을 주장·증명하면 족하고, 그 목적물에 대한 점유가 본권에 기한 것이라는 점은 주장·증명할 필요가 없다(대법원 2012.3.29. 선고 2010다2459 판결).

110 [2014 감평사] 점유물반환청구의 상대방은 현재 점유를 침해하고 있는 자이므로, 점유침탈자의 선의의 특별승계인도 그 상대방이 된다. (×)

[2018 감평사] 점유자가 점유의 침탈을 당한 경우, 침탈자의 특별승계인이 악의인 때에도 그 특별승계인에게 점유물반환청구권을 행사할 수 없다. (×)

111 [2019 감평사] 점유물반환청구권은 점유의 침탈을 당한 날로부터 3년 내에 행사하여야 한다. (×)

112 [2015 감평사] 간접점유자는 직접점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환을 청구할 수 없다. (×)
[2014 변호사] 점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 간접점유자는 점유자가 그 물건을 반환받기를 원하지 아니하는 경우라도 점유자에게 반환할 것을 청구하여야 한다. (×)

(ㄴ) 반환청구의 상대방은 점유의 침탈자 및 그의 포괄승계인(선의·악의 불문)이다. 침탈자의 특정승계인(ex. 매수인, 임차인)에 대하여는, 그가 악의라면 반환을 청구할 수 있으나, 선의라면 반환을 청구할 수 없다(204조 2항). 민법이 선의의 특정승계인에 대하여 반환청구권을 인정하지 않는 이유는 이 경우에는 침탈상태가 종료된 것으로 보아야 하기 때문이다. 따라서 일단 선의의 특정승계인에게 점유가 이전된 이상 그 후 다시 악의의 특정승계인에게 점유가 이전되더라도 그 악의의 자에 대하여 반환을 청구하지 못한다.

한편 점유물반환청구권의 상대방은 현재 점유(직접점유·간접점유)를 하고 있어야 한다. 따라서 침탈자이지만 현재는 점유하고 있지 않는 경우에는 상대방이 될 수 없다(대법원 1995.6.30. 선고 95다12927 판결). 다만 침탈자가 목적물을 제3자에게 임대한 경우, 제3자가 선의라면 그에게 반환을 청구할 수 있으나, 침탈자는 제3자의 점유를 매개로 간접점유를 하고 있는 것이므로 침탈자에게는 반환을 청구할 수 있다(다수설).

3) 내 용 : 물권적 청구로서 점유회수청구의 내용은 물건 자체의 인도이다. 간접점유자에게도 점유회수청구권이 인정되지만, 제207조 제2항의 제한이 있다. 이는 점유매개자의 점유를 보호하기 위한 것이다.

4) 제척기간 : 점유물반환청구권은 침탈당한 날로부터 1년 내에 행사하여야 한다.

判
例

점유보호청구권의 행사기간이 출소기간인지 여부

민법 제204조 제3항과 제205조 제2항에 의하면 점유를 침탈당하거나 방해를 받은 자의 침탈자 또는 방해자에 대한 청구권은 그 점유를 침탈당한 날 또는 점유의 방해행위가 종료된 날로부터 1년 내에 행사하여야 하는 것으로 규정되어 있는데, 여기에서 제척기간의 대상이 되는 권리는 형성권이 아니라 통상의 청구권인 점과 점유의 침탈 또는 방해의 상태가 일정한 기간을 지나게 되면 그대로 사회의 평온한 상태가 되고 이를 복구하는 것이 오히려 평화질서의 교란으로 볼 수 있게 되므로 일정한 기간을 지난 후에는 원상회복을 허용하지 않는 것이 점유제도의 이상에 맞고 여기에 점유의 회수 또는 방해제거 등 청구권에 단기의 제척기간을 두는 이유가 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위의 제척기간은 재판 외에서 권리행사하는 것으로 족한 기간이 아니라 반드시 그 기간 내에 소를 제기하여야 하는 이른바 출소기간으로 해석함이 상당하다(대법원 2002.4.26. 선고 2001다8097,8103 판결).^{14·18} 113

(다) 점유물방해제거청구권(점유보유청구권)

제205조 (점유의 보유) ① 점유자가 점유의 방해를 받은 때에는 그 방해의 제거 및 손해의 배상을 청구할 수 있다.¹⁹ 113

② 전항의 청구권은 방해가 종료한 날로부터 1년 내에 행사하여야 한다.

③ 공사로 인하여 점유의 방해를 받은 경우에는 공사착수 후 1년을 경과하거나 그 공사가 완성한 때에는 방해의 제거를 청구하지 못한다.¹⁸ 114

113 [2014 감평사] 점유물반환청구권의 행사기간은 출소기간이 아니다. (×)

114 [2018 주택관리사보] 공사로 인하여 점유를 방해받은 경우, 그 공사가 완성되기 전이라면 공사착수 후 1년이

1) 요 건 : 점유권에 의한 방해배제청구권은 사실상의 지배상태를 점유침탈 이외의 방법으로 침해하는 방해행위가 있을 때 성립된다(대법원 1987.6.9. 선고 86다카2942 판결). 방해자의 고의·과실은 요건이 아니다.^{12번} 다만 손해배상청구에 관하여는 불법행위의 요건으로서의 고의·과실이 필요하다.

2) 당사자 : 청구권자는 점유자이고, 그 상대방은 현재 방해를 하고 있는 자이다.

3) 내 용 : 방해의 제거 및 손해배상을 청구하는 것이다.

4) 제척기간 : 제205조 제1항의 청구권은 방해가 종료한 날로부터 1년 내에 행사하도록 규정하고 있는데, 여기서 기산점이 되는 방해가 종료한 날은 방해 행위가 종료한 날을 의미한다(대법원 2016.7.29. 선고 2016다214483, 214490 판결).

判
例

소음피해의 제거나 예방을 위한 유지청구

건물의 소유자 또는 점유자가 인근의 소음으로 인하여 정온하고 쾌적한 일상생활을 영유할 수 있는 생활이익이 침해되고 그 침해가 사회통념상 수인한도를 넘어서는 경우에 건물의 소유자 또는 점유자는 그 소유권 또는 점유권에 기하여 소음피해의 제거나 예방을 위한 유지청구를 할 수 있다(대법원 2007.6.15. 선고 2004다37904, 37911 판결).

(라) 점유물방해예방청구권(점유보전청구권)

제206조 (점유의 보전) ① 점유자가 점유의 방해를 받을 염려가 있는 때에는 그 방해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

② 공사로 인하여 점유의 방해를 받을 염려가 있는 경우에는 전조 제3항의 규정을 준용한다.

1) 요 건 : 점유의 방해를 받을 염려가 있어야 한다.

2) 내 용 : 방해의 예방 또는 손해배상의 담보 중 어느 하나를 청구하는 것이다.
(ㄱ) 방해의 예방은 방해의 염려가 있는 원인을 미리 방지하는 조치를 강구할 것을 청구하는 것이다. (ㄴ) 손해배상의 담보는 장래 손해가 발생할 경우를 대비하여 미리 담보를 제공케 하는 것인데, 적어도 방해가 생길 염려가 있는 이상 상대방의 고의·과실을 필요로 하지 않는다. 그러나 장래 손해가 발생한 때에 그 담보로부터 배상을 받기 위해서는 상대방의 고의·과실을 요건으로 한다.

3) 제척기간 : 이 권리는 방해의 염려가 있는 동안에는 언제든지 행사할 수 있으나, 공사로 인하여 점유의 방해를 받을 염려가 있는 경우에는 공사착수 후 1년이 경과하거나 그 공사가 완성된 때에는 행사할 수 없다(206조 2항·205조 3항).

경과하였더라도 방해제거를 청구할 수 있다. (×)

(2) 점유의 소와 본권의 소

제208조 (점유의 소와 본권의 소와의 관계) ① 점유권에 기한 소와 본권에 기한 소는 서로 영향을 미치지 아니한다.^{19갑}

② 점유권에 기한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못한다.

(가) 의 의 : 점유의 소는 점유보호청구권에 기한 소이고, 본권의 소는 소유권·지상권·전세권·임차권 등 점유할 수 있는 권리에 기한 소를 말한다.

(나) 양자의 관계

1) 독립성 : 점유권에 기한 소와 본권에 기한 소는 서로 영향을 미치지 않는다(208조 1항). 따라서 두 소를 동시에 제기할 수도 있고, 따로 제기할 수도 있다. 또한 그 중 하나의 소권이 소멸하더라도 다른 소권을 행사할 수 있다.

2) 본권에 기한 항변금지 : 점유의 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못한다(208조 2항).^{19번, 17중} 즉 점유권에 기한 소에서는 본권에 기한 항변을 제출할 수 없다. 따라서 점유물 반환청구에 대하여 점유침탈자는 점유물에 대한 본권이 있다는 이유로 반환을 거부할 수 없다.^{13갑} 이 점은 특히 물건의 소유자가 침탈한 경우에 의미를 가진다.

그러나 본권자는 본권에 기해 반소(反訴)를 제기할 수 있다는 것이 통설과 판례이다. 이 경우 점유의 소에서는 점유자가 승소하고, 본권에 관한 반소에서는 본권자가 승소하게 된다. 이런 모순은 집행단계에서 본권자를 우선시킴으로써 해결하게 된다.

(3) 자력구제권

제209조 (자력구제) ① 점유자는 그 점유를 부정히 침탈 또는 방해하는 행위에 대하여 자력으로써 이를 방위할 수 있다.

② 점유물이 침탈되었을 경우에 부동산일 때에는 점유자는 침탈 후 즉시 가해자를 배제하여 이를 탈환할 수 있고 동산일 때에는 점유자는 현장에서 또는 추적하여 가해자로부터 이를 탈환할 수 있다.

자력구제권을 가지는 자는 원칙적으로 직접점유자이다. 그리고 점유보조자도 자력구제권을 가진다고 해야 한다. 그러나 간접점유자에게는 자력구제권을 부정해야 할 것이다(다수설). 한편 이러한 점유자의 자력구제권은 점유의 침해가 완료되지 않고 진행 중인 경우, 즉 「점유가 교란상태에 있는 때」에 인정된다. 침해가 완료되면 점유보호청구권만이 문제된다.

判例

제209조 제2항에 규정된 점유자의 자력탈환권

■ 제209조 제2항에 규정된 점유자의 자력탈환권은 점유가 침탈되었을 때 시간적으로 좁게 제한된 범위 내에서 자력으로 점유를 회복할 수 있다는 것으로서, 위 규정에서

말하는 ‘직시’란 ‘객관적으로 가능한 한 신속히’ 또는 ‘사회관념상 가해자를 배제하여 점유를 회복하는 데 필요하다고 인정되는 범위 안에서 되도록 속히’라는 뜻으로 해석할 것이므로, 점유자가 침탈사실을 알고 모르고와는 관계없이 침탈을 당한 후 상당한 시간이 흘렀다면 자력탈환권을 행사할 수 없다(대법원 1993.3.26. 선고 91다14116 판결).

▣ 위법한 강제집행에 의하여 부동산의 명도를 받는 것은 공권력을 빌려서 상대방의 점유를 침탈하는 것이 되므로 점유자가 위 강제집행이 일응 종료한 후 불과 2시간 이내에 자력으로 그 점유를 탈환한 것은 민법상의 점유자의 자력구제권의 행사에 해당한다(대법원 1987.6.9. 선고 86다카1683 판결).

V. 준점유

제210조 (준점유) 본장의 규정은 재산권을 사실상 행사하는 경우에 준용한다.

(1) 의 의

물건이 아니라 재산권을 사실상 행사하는 것을 준점유라고 한다(210조).

(2) 요 건

1) 준점유의 객체는 재산권이다. 그런데 점유를 수반하는 재산권은 점유로서 보호되므로 준점유가 성립할 수 없다(ex, 소유권, 지상권, 전세권, 질권, 임차권 등). 그 결과 채권·지식재산권 등과 같이 점유를 수반하지 않는 권리가 객체가 된다.

2) 재산권을 사실상 행사하여야 한다. 즉 어떤 재산권이 사실상 어떤 사람에게 귀속하는 것과 같은 외관을 나타내야 한다. 예컨대 채권증서를 소지하거나 예금증서·인장을 소지하는 경우에 채권의 준점유가 인정된다.

(3) 효 과

준점유에 대하여는 점유에 관한 규정이 준용된다(210조). 그리고 채권의 준점유에 관하여는 변제자 보호를 위해 제470조의 규정이 있다.

제2절

소유권

I. 총 설

1. 의 의

소유권은 물건을 전면적으로 지배할 수 있는 권리다.

2. 법적성질

- 1) 점유권은 물건을 사실상 지배하는 때에 성립하는 권리인 데 비해, 소유권은 물건을 지배할 수 있는 관념적인 권리이다(관념성).
- 2) 소유권은 물건의 사용가치와 교환가치의 전부를 지배할 수 있는 권리이다(전면성).
- 3) 소유권에는 사용·수익·처분의 권능이 있지만, 소유권은 이러한 권능의 단순한 집합이 아니며, 이 권능은 통일된 지배권능에서 도출되는 것이다(혼일성). 또한 소유권 위에 제한물권이 설정되면 소유권의 권능은 중지되지만 그것은 영구한 것이 아니며, 그것이 해소되면 본래의 상태로 회복된다(탄력성).
- 4) 소유권에는 존속기간이 없으며 소멸시효에 걸리지 않는다(항구성).^{18·20강}
- 5) 소유권의 객체는 물건에 한하며, 권리 위에는 소유권이 성립하지 못한다(대물적 지배성).

II. 소유권의 내용

제211조 (소유권의 내용) 소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다.^{14강}

소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용·수익·처분할 수 있다(211조). 여기서 사용·수익이란 물건이 가지는 사용가치를 실현하는 것으로서 물건을 용도에 따라 이를 이용하거나 그로부터 생기는 과실(천연과실·법정과실)을 수취하는 것이다. 처분은 물건이 가지는 교환가치를 실현하는 것이다. 처분에는 물건의 소비·변형·개조·파괴와 같은 사실적 처분과 양도·담보물권이나 용익물권의 설정과 같은 법률적인 처분이 있다.

判例

(1) 소유권의 사용·수익 권능을 대세적으로 포기할 수 있는지 여부(소극)

㉮ 물건에 대한 배타적인 사용·수익권은 소유권의 핵심적 권능이므로, 소유자가 제3자와의 채권관계에서 소유물에 대한 사용·수익의 권능을 포기하거나 사용·수익권의 행사에 제한을 설정하는 것을 넘어 이를 대세적, 영구적으로 포기하는 것은 법률에 의하지 않고 새로운 물건을 창설하는 것과 다를 바 없어 허용되지 않는다(대법원 2013.8.22. 선고 2012다54133 판결),^{14변 115}

㉮ 토지소유자가 그 소유 토지를 도로, 수도시설의 매설 부지 등 일반 공중을 위한 용도로 제공한 경우 ... 토지소유자가 그 소유 토지에 대한 독점적·배타적 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 수 있다면, 토지소유자는 그 토지 부분에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다. 그리고 원소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사가 제한되는 토지의 소유권을 특정승계한 자는, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 사용·수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 그 토지의 소유권을 취득하였다고 봄이 타당하므로, 그러한 특정승계인도 그 토지 부분에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다(대법원 2019.11.14. 선고 2015다211685 판결).

■ 원소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 경우에도 특별한 사정이 있다면 특정승계인의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 허용될 수 있다. 또한, 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 경우에도 일정한 요건을 갖춘 때에는 사정변경의 원칙이 적용되어 소유자가 다시 독점적·배타적인 사용·수익권을 행사할 수 있다고 보아야 한다(대법원 2019.1.24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결).

(2) 소유권자의 처분권능

소유권은 물건을 배타적으로 지배하는 권리로써 대세적 효력이 있으므로, 그에 관한 법률관계는 이해관계인들이 이를 쉽사리 인식할 수 있도록 명확하게 정하여져야 한다. 그런데 소유자에게 소유권의 핵심적 내용에 속하는 처분권능이 없다고 하면(민법 제211조 참조), 이는 결국 민법이 알지 못하는 새로운 유형의 소유권 내지 물건을 창출하는 것으로서, 객체에 대한 전면적 지배권인 소유권을 핵심으로 하여 구축되어 있고 또한 물건의 존재 및 내용에 관하여 일정한 공시수단을 요구하는 물건법의 체계를 현저히 교란하게 된다. 따라서 소유자가 제3자에 대하여 목적물의 소유권을 이전하기로 하는 매매·증여·교환 기타의 채권계약을 체결하는 것만에 의하여서는 자신의 소유권에 어떠한 물건적 제한을 받지 아니하여서, 그는 다른 특별한 사정이 없는 한 자신의 소유물을 여전히 유효하게 달리 처분할 수 있고, 또한 소유권에 기하여 소유물에 대한 방해 등을 배제할 수 있는 민법 제213조, 제214조의 물건적 청구권을 가진다. 나아가 소유자는 제3자에게 그 물건을 제3자의 소유물로 처분할 수 있는 권한을 유효하게 수여할 수 있다고 할 것인데, 그와 같은 이른바 ‘처분수권’의 경우에도 그 수권에 기하여 행하여진 제3자의 처분행위(부동산의 경우에 처분행위가 유효하게 성립하려면 단지 양도 기타의 처분을 한다는 의사표시만으로는 부족하고, 처분의 상대방 앞으로 그 권리 취득에 관한 등기가 있어야 한다. 민법 제186조 참조)가 대세적으로 효력을 가지게 되고 그로 말미암아 소유자가 소유권을 상실하거나 제한받게 될 수는 있다고 하더라도, 그러한 제3자의 처분이 실제로 유효하게 행하여지지 아니하고 있는 동안에는 소유자는 처분수권이 제3자에게 행하여졌다는 것만으로 그가 원래 가지는 처분권능에 제한을 받지 아니한다(대법원 2014.3.13. 선고 2009다105215 판결).¹⁶택

III. 소유권에 기한 물건적 청구권

1. 소유물반환청구권

제213조 (소유물반환청구권) 소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

(1) 요 건

(가) 청구권자

1) 소유물반환청구권을 가지는 자는 소유자이다. 여기의 소유자는 법률상의 소유자이어야 한다. 「등기를 갖추지 않은 부동산매수인」은 소유자가 아니므로 소유물반환청

115 [2014 변리사] 소유자는 소유권의 사용·수익의 권능을 대세적으로 유효하게 포기할 수 있으므로 현행민법은 처분권능만을 내용으로 하는 소유권을 허용한다. (×)

구권을 행사할 수 없다. 매도인의 소유물반환청구권을 대위행사할 수 있을 뿐이다.

**判
例**

건물의 미등기 매수인이 그 건물의 불법점거자에 대하여 직접 자신의 소유권 등에 기하여 명도를 청구할 수 있는지 여부(소극)

미등기 무허가건물의 양수인이라 할지라도 그 소유권이전등기를 경료받지 않는 한 그 건물에 대한 소유권을 취득할 수 없고, 그러한 상태의 건물 양수인에게 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고 볼 수도 없으므로, 건물을 신축하여 그 소유권을 원시취득한 자로부터 그 건물을 매수하였으나 아직 소유권이전등기를 갖추지 못한 자는 그 건물의 불법점거자에 대하여 직접 자신의 소유권 등에 기하여 명도를 청구할 수는 없다(대법원 2007.6.15. 선고 2007다11347 판결). 13 · 18 · 19 · 20감 116

2) 소유자인지 여부의 판단은 사실심의 변론종결시(재판상청구의 경우)를 기준으로 한다. 따라서 소유권을 상실한 전(前)소유자는 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 없다(대법원 1969.5.27. 선고 68다725 판결). 15 · 19 · 20감

(나) 상대방

1) 소유물반환청구의 상대방은 현재 그 물건을 점유하는 자이다. (ㄱ) 따라서 불법점유자라 하여도 그 물건을 다른 사람에게 인도하여 현실적으로 점유를 하고 있지 않은 이상, 그 자를 상대로 한 인도 또는 명도청구는 부당하다(대법원 1999.7.9. 선고 98다9045 판결). 15감 117 (ㄴ) 점유보조자는 점유자가 아니므로 상대방이 될 수 없다. (ㄷ) 간접점유자는 상대방이 된다는 데 학설이 일치한다(그 내용은 다름이 있다). 판례는, 불법점유를 이유로 인도를 청구하는 경우에는 현실적인 점유자를 상대로 하여야 하나(간접점유자에 대한 반환청구 부정), 약정에 기한 인도청구(예컨대 임대차 종료에 따른 임대인의 원상회복청구)에서는 그 상대방이 직접점유자로 제한되지 아니하고 간접점유자를 상대로 하는 청구도 허용된다고 한다(대법원 2014.12.11. 선고 2014다50203, 50210 판결 참조).

2) 상대방에게 점유취득에 대한 고의·과실 등의 귀책사유가 요구되지 않는다. 11감

3) 건물이 토지에 대한 사용권 없이 존립하는 경우, 그 건물의 점유로써 대지까지도 점유하는 것은 아니고, 오직 건물의 소유자만이 대지를 점유한다고 할 것이다. 따라서 토지소유자는 건물 소유자를 상대로 토지의 반환을 청구해야 한다. 14 · 17변, 16중

4) 공동점유자도 지분의 범위 내에서 소유물반환의무를 부담하므로 그들 전원을 상대로 반환청구를 해야 하는 것은 아니다(방해제거청구도 같다).

(다) 점유할 권리의 부존재 : 점유자가 그 물건을 점유할 권리를 가지는 경우에 소유자의 반환청구를 거절할 수 있다. 18감 점유할 권리에는 점유를 내용으로 하는 제한물권(지상권·

116 [2010 감평사] 미등기 무허가건물의 양수인도 그 건물의 불법점유자에 대하여 직접 자신의 소유권에 기하여 건물의 반환을 청구할 수 있다. (×)

117 [2015 감평사] 소유자는 현재 점유하고 있지 않은 자를 상대로 소유물의 반환을 청구할 수 없다. (○)

전세권·질권·유치권)뿐만 아니라 임대차·임치 등 점유를 수반하는 채권 및 그에 기한 동시이행의 항변권 등이 포함된다. 부동산의 매수인은 설사 등기를 하지 않았더라도 인도받은 목적물을 점유할 권리가 있으며, 매수인으로부터 다시 매수한 자나 임차한 자도 같다(대법원 2001.12.11. 선고 2001다45355 판결 참조).¹³ 다만 물권적 청구권을 행사하는 소유자에게 대항할 수 없는 채권적 권리는 이에 해당하지 않는다.

(2) 효 과

이상의 요건이 충족되면 소유자는 점유자에 대하여 그 물건의 반환을 청구할 수 있다. 반환은 점유의 이전 즉 인도이다. 이 반환은 원상회복을 포함하지 않는 개념이다. 소유물반환 관계에 부수되는 이해관계의 조절(과실, 비용상환청구 등)은, 계약관계 등 적법한 점유의 권원이 소멸한 경우에는 그 계약관계를 규율하는 법조항이나 법리가 적용되고, 그러한 관계가 존재하지 않는 경우에는 제201조 내지 제203조가 적용된다.

2. 소유물방해제거청구권

제214조 (소유물방해제거, 방해예방청구권) 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있고 소유권을 방해할 염려 있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

(1) 요 건

(가) 청구권자 : 청구권자는 소유자이다. 따라서 미등기 무허가건물의 양수인은 소유권에 기한 방해제거청구를 할 수 없다(대법원 2016.7.29. 선고 2016다214483, 214490 판결).

(나) 상대방 : 상대방은 소유권의 실현을 방해하는 사정을 현재 자기의 사회적 지배범위 내에 가지고 있는 자이다.

(다) 소유권에 대한 방해

1) 상대방이 점유침탈 이외의 방법으로 소유권을 방해하고 있어야 한다. ① 타인의 토지 위에 건물을 소유하는 경우(대지의 인도는 소유물반환청구의 문제이고, 방해제거의 내용은 건물의 철거이다), ② 실제의 권리관계와 일치하지 않는 등기가 존재하는 경우가 그 예이다.

2) 소유권에 대한 방해는 상대방의 고의 또는 과실에 기하여야 하는 것은 아니나, 방해는 위법한 것이어야 한다. 따라서 방해를 정당화하는 사유가 있는 경우에 방해제거청구권은 인정되지 않는다.

判例

(1) 건물에 대한 철거처분권자(토지소유자의 건물철거청구의 상대방)

건물철거는 그 소유권의 중국적 처분에 해당하는 사실행위이므로 원칙으로는 그 소유자에게만 그 철거처분권이 있다고 할 것이나(→ 따라서 건물철거청구는 원칙적으로 건물의 소유자에게 해야 한다) 그 건물을 매수하여 점유하고 있는 자는 등기부상 아직 소유자로서의 등기명의를 없다 하더라도 그 권리의 범위 내에서 그 점유 중인 건물에 대하여 법률상 또는 사실상 처분을 할 수 있는 지위에 있고 그 건물이 건립되어 있어 불법점유를 당하고 있는 토지소유자는 위와 같은 지위에 있는 건물점유자에게 그 철거를 구할 수 있다(대법원 1986.12.23. 선고 86다카7751 판결, 13·20감 118

(2) 방해의 의미 및 그 내용

소유권에 기한 방해배제청구권에 있어서 「방해」라 함은 현재에도 지속되고 있는 침해를 의미하고, 법익 침해가 과거에 일어나서 이미 종결된 경우에 해당하는 「손해」의 개념과는 다르다 할 것이어서, 소유권에 기한 방해배제청구권은 방해결과의 제거를 내용으로 하는 것이 되어서는 아니 되며(이는 손해배상의 영역에 해당한다 할 것이다) 현재 계속되고 있는 방해의 원인을 제거하는 것을 내용으로 한다(대법원 2003.3.28. 선고 2003다5917 판결 : 쓰레기 매립으로 조성한 토지에 소유권자가 매립에 동의하지 않은 쓰레기가 매립되어 있다 하더라도 이는 과거의 위법한 매립공사로 인하여 생긴 결과로서 소유권자가 입은 손해에 해당한다 할 것일 뿐, 그 쓰레기가 현재 소유권에 대하여 별도의 침해를 지속하고 있다고 볼 수 없다는 이유로 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사할 수 없다고 한 사례), 20감, 18·19중 119

(3) 소유권에 기한 방해배제청구를 인정한 사례

가등기에 기한 소유권이전등기청구권이 시효의 완성으로 소멸되었다면 그 가등기 이후에 그 부동산을 취득한 제3자는 그 소유권에 기한 방해배제청구로서 그 가등기권자에 대하여 본등기청구권의 소멸시효를 주장하여 그 등기의 말소를 구할 수 있다(대법원 1991.3.12. 선고 90다카27570 판결), 18감, 19중

부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 그 부동산과 일체를 이루는 부동산의 구성부분이 된 경우에는 타인이 권원에 의하여 이를 부합시켰더라도 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속되어 부동산의 소유자는 방해배제청구권에 기하여 부합물의 철거를 청구할 수 없지만, 부합물이 위와 같은 요건을 충족하지 못해 그 물건의 소유권이 부동산의 소유자에게 귀속되었다고 볼 수 없는 경우에는 부동산의 소유자는 방해배제청구권에 기하여 부합물의 철거를 청구할 수 있다(대법원 2020.4.9. 2018다264307 판결).

(2) 효 과

소유자는 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있다. 그러나 소유자는 제214조에 기하여 방해배제 비용 또는 방해예방 비용을 청구할 수는 없다(대법원 2014.11.27. 선고 2014다52612 판결), 19중 120

118 [2013 감평사] 토지소유자는 그의 토지 위에 무단으로 건축된 건물을 임차하여 점유하고 있는 자를 상대로 건물철거를 청구할 수 있다. (×) 건물철거청구는 건물의 소유자에게 해야 하고, 건물을 임차하여 점유하고 있는 자를 상대로는 건물철거를 청구할 수 없다.

[2015 변호사] 타인 소유의 토지 위에 불법으로 건물을 신축하여 소유하고 있는 자로부터 건물을 매수하여 점유·사용하고 있으나 소유권이전등기를 정료받지 못한 자는 법률상 소유자가 아니므로, 토지소유자는 그를 상대로 건물의 철거를 구할 수 없다. (×) 건물을 매수하여 점유하고 있는 자는 철거청구의 상대방이 된다.

119 [2020 감평사] 소유권에 기한 방해배제청구권에서 '방해'는 현재 지속되고 있는 침해를 의미한다. (○) [2018 중개사] 소유권에 기한 방해배제청구권은 현재 계속되고 있는 방해의 원인과 함께 방해결과의 제거를 내용으로 한다. (×)

判例

(1) 토지 소유자가 그 지상에 건축된 건물의 소유자에게 부지의 불법점유를 이유로 건물에서 퇴거할 것을 청구할 수 있는지 여부(소극)

건물의 소유자가 그 건물의 소유를 통하여 타인 소유의 토지를 점유하고 있다고 하더라도 그 토지 소유자로서는 그 건물의 철거와 그 대지 부분의 인도를 청구할 수 있을 뿐, 자기 소유의 건물을 점유하고 있는 자에 대하여 그 건물에서 퇴거할 것을 청구할 수는 없다(대법원 1999.7.9. 선고 98다57457,57464 판결, 18변, 16중)

(2) 토지소유자가 건물소유자에 대하여 당해 건물의 철거 및 그 대지의 인도를 청구할 수 있는 상황에서 건물소유자가 아닌 사람이 건물을 점유하고 있는 경우, 토지소유자가 건물점유자에 대하여 퇴거청구를 할 수 있는지 여부(적극)

건물이 그 존립을 위한 토지사용권을 갖추지 못하여 토지의 소유자가 건물의 소유자에 대하여 당해 건물의 철거 및 그 대지의 인도를 청구할 수 있는 경우여라도 건물소유자가 아닌 사람이 건물을 점유하고 있다면 토지소유자는 그 건물 점유를 제거하지 아니하는 한 위의 건물 철거 등을 실행할 수 없다. 따라서 그때 토지소유권은 위와 같은 점유에 의하여 그 원만한 실현을 방해당하고 있다고 할 것이므로, 토지소유자는 자신의 소유권에 기한 방해배제로서 건물점유자에 대하여 건물로부터의 퇴출을 청구할 수 있다. 그리고 이는 건물점유자가 건물소유자로부터의 임차인으로서 그 건물임차권이 이른바 대항력을 가진다고 해서 달라지지 아니한다(대법원 2010.8.19. 선고 2010다43801 판결, 11·18변, 16중)

3. 소유물방해예방청구권

(1) 요건

(가) 청구권자 : 청구권자는 방해받을 염려 있는 소유물의 소유자이다.

(나) 상대방 : 상대방은 소유권의 방해를 일으킬 염려가 있는 사실을 자기의 지배범위 내에 가지고 있는 자이다.

(다) 방해의 염려 : 방해의 염려가 있다고 하기 위하여는 방해예방의 소에 의하여 미리 보호받을 만한 가치가 있는 것으로서 객관적으로 근거 있는 상당한 개연성을 가져야 하고 관념적인 가능성만으로는 이를 인정할 수 없다(대법원 1995.7.14. 선고 94다50633 판결, 18강, 11변)

(2) 효과

소유자는 방해의 예방이나 손해배상의 담보청구 중 하나만을 선택하여 행사할 수 있다.

IV. 부동산소유권의 범위

1. 토지소유권의 범위

제212조 (토지소유권의 범위) 토지의 소유권은 정당한 이익 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다.¹²⁰

120 [2019 법무사] 민법 제214조에 의하면 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 그 방해제거 행위를 청구할 수 있으므로, 소유자는 위 규정에 기하여 침해자에게 방해제거에 드는 비용 또한 청구할 수 있다. (×)