善意取得에 관한 硏究

裵 炳 日*

Ⅰ. 序說

1. 善意取得의 意義

民法은 不動産登記에는 公信力을 인정하지 않지만 動産의 占有에는 公信力을 인정하고 있다. 따라서 動産의 占有에 公信力을 인정한 결과 動産物權은 無權利者로부터도 취득할수 있다. 이러한 權利外觀을 신뢰하여 無權利者로부터 動産을 取得하는 制度를 善意取得이라고 한다. 善意取得制度에 의하여 動産에 관한 從前의 所有者는 所有權을 행사하지 못하게 되므로 財産權保障을 규정한 憲法 제 23조 1항에 위반된다고 볼 수 있으나 이러한 제한은 去來의 安全이라는 公共福利를 위한 것이므로 憲法 제 37조 2항에 의하여 가능하다고 볼수 있다.

2. 沿革

로마법은 個人主義的 성격으로 인하여 善意取得을 인정하지 않았다. 즉 어느 누구도 자기가 가진 權利보다 더 큰 權利를 他人에게 줄수 없다

* 嶺南大學校 法科大學 敎授, 法學博士

(Nemo plus iuris ad alium transfere potest, quam ipse habet). 또는 내가 내 물건을 발견한 곳에서 그것을 가져야 한다(Ubi rem mean ibenio ibi bindico)는 法言들이 그것을 말해주고 있다.

그러나 게르만 법은 占有(Gewere) 의 효과로서 無權利者로부터 占有를 이전받았다고 하더라도 현재의 占有者가 강하게 보호받게 되는 것이다. 즉 손이 손을 지킨다(Hand whare Hand), 자기가 믿음을 준 곳에서 信賴를 찾아야 한다. (Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn suchen) 는 법원칙이 善意取得의 표현이다.

프랑스 民法은 動産에 관하여 占有는 權原의 값이 있다(La possession vaut titre)고 규정하여 게르만법의 흔적을 보여주는 중간적인 구성을 취하고 있다. 체계에 있어서 즉시 완성되는 取得時效의 일종으로 時效의 章에 善意取得을 규정하였다.

獨逸民法은 제 932조 이하에서 善意取得制度를 Gewere적 구성이 아니라 占有의 公信力 인정에 의한 公信의 원칙에서 善意取得制度를 인정하였다. 獨逸民法은 게르만법과 마찬가지로 占有委託物에 대해서만 善意取得을 인정하고 占有離脫物에 대해서는 인정하지 않았다(935조). 체계는 所有權의 取得原因으로 파악하였다. 또한 중대한 過失이 없는 한 善意取得을 인정하고 있다.

스위스 民法은 善意取得을 占有의 章에 규정하고 있다. 또한 讓受人이 讓渡人의 所有權을 신뢰한 경우 뿐 아니라 讓渡人의 處分權에 관하여 善意인 경우에도 善意取得을 인정하고 있다.

舊民法은 프랑스 民法을 본받아서 善意取得을 讓受人이 현재 占有하는 占有權의 효력으로서 규정하였으나 現行民法은 獨逸民法을 본받아서 占有의 公信力에 의한 所有權으로 取得으로 보고 있다. 그러나, 獨逸民法과는 그 내용에 있어서 동일하지 않다. 즉 占有委託物에 대해서는 民法 제 249조, 占有離脫物에 대해서는 民法 제 250조, 제 251조가 규정하고 있다.

3. 善意取得의 根據

不動産은 그 公示方法인 登記가 비교적 진실한 권리상태와 부합되고 不動産登記法에 의하여 여러 가지 制度的 裝置들이 이를 강제하고 있지만, 動産은 그 公示方法인 占有가 불완전하고 진실한 권리상태와 유리되어 있는 경우가 많다. 그럼에도 불구하고 動産에 善意取得을 인정하는 근거가 무엇인가. 다음과 같은 네가지로 나눌수 있다.

1) 沿革說

게르만법상의 Hand wahre Hand의 원칙에서 그 근거를 찾는 見解이다. 그러나 이 見解에 대해서는 역사성만 가지고 現在制度의 정당성을 설명하는 것은 미흡하다는 비판이 있다.

2) 惹起說 또는 危險負擔說

所有者가 占有를 제 3자를 신뢰하여 그에게 보관시켰으므로 그로 인한 불이익도 所有者가 부담해야 한다는 見解이다. 이 見解에 대해서는 所有者가 자기의 所有權을 가장 믿는 곳에 둔 사실만으로 所有權의 상실을 정당화할 귀책성을 도출할 수 없다는 비판이 있다.

3) 去來利益說

오늘날 動産의 거래는 빈번히 행하여지고 하나의 물건에 대하여 동시에 계속적으로 다수인이 관련된다. 그런데 거래를 할 때마다 所有權의 有無를 確認해야만 한다면 시간과 費用을 들이고 거래의 안전과 신속을 방해한다. 그래서 前主(讓渡人)의 占有 즉 權利外觀을 신뢰하면 보호된다고 하여 거래의 안전과 신속을 꾀할 수 있게 되는바, 이러한 거래의 안전을 위하여 動産의 占有에 公信力을 인정하는 制度라고 한다. 이것은 所有權의 保護보다 고차원적인 원리인 거래의 안전 보호라는 동적안정의 요청에 기

하여 인정되는 근대적인 制度이다.[1] 따라서 善意取得制度의 반사적 작용으로 진실한 權利者가 회생되는 결과가 된다.

4) 社會的 拘束性 理論

權利外觀을 신뢰한 데서 당연히 인정되는 것이 아니라 거래의 안전을 위하여 진정한 所有權者가 所有權을 수용당한다고 하는 것으로서 결국은 所有權의 사회적 구속성에 귀착하는 所有權의 제한 문제라고 한다. 따라서 善意取得은 讓受人의 당연한 권리로서 전제하여 일반적 획일적으로 요건이나 효과를 결정할 것이 아니고 진정한 權利者의 이익도 고려하여 신중하게 운영하여야 한다고 한다.[2]

Ⅱ. 善意取得의 要件

動産을 占有하는 無權利者로부터 善意取得者가 平穩 公然하게 去來行爲에 의하여 이 動産을 善意 無過失로 讓受함으로써 占有를 取得하여야 한다.

1. 客體에 관한 要件

1) 動産

不動産을 제외한 물건이 動産이다(民法 제 99조 2항). 判例도 不動産의 善意取得을 부정하고 있다. 不動産에 대한 甲앞으로의 所有權移轉登記가 登記원인없는 無效의 登記로서 甲이 적법하게 所有權을 取得할수 없는 이상 甲으로부터 善意로 그 不動産을 피고가 買受하였다고 하여 所有權을

1) 郭潤直, 物權法, 215; 金相容, 物權法 225.
2) 李英俊, 物權法, 258.

取得할 근거가 없다.[3] 또한 動産은 공부상 소유관계가 公示될 수 없는 것이기 때문에 명의신탁이 성립할 여지가 없고[4] 따라서 無權利者로부터 動産所有權의 取得은 民法상 善意取得에 의하여서만 가능하다.[5]

2) 不動產登記에 의하여 公示된 動產

공장저당권의 효력이 미치는 工場備 附動産은 제 3 取得者에게 引渡된 경우 善意取得의 목적이 된다.(공장저당법 제 9조 2항). 공장재단이나 광업재단을 조성하여 재단목록에 기재된 動産에 대해서도 善意取得이 된다.[6] 공장저당권의 효력이 미치는 기계 기구 등을 그 토지나 건물과 분리하여 압류한 조치는 공장 저당법 제 10조 제 2항의 규정에 위배되는 하자가 있는 것이나 그 강제집해의 결과로 이를 競落한 자의 善意取得의 효력에는 아무런 영향이 없다.[7] 不動産의 종물인 動産이 그의 주물인 不動産의 登記에 의하여 公示되는 경우도 善意取得의 목적이 된다. 예컨대 건물移轉登記에 의하여 公示되는 건물의 종물이 그 예이다.[8] 종물이 주물인 不動産所有者의 소유에 속하지 아니한 때에도 讓受人이 이를 占有할 경우 善意取得의 요건을 구비하였다면 善意取得할 수 있다.(獨逸民法 제 962조 2항 참조)

3) 登記 登錄으로 公示되는 動產

船舶, 自動車, 航空機, 重機 등 登記 또는 登錄을 갖춘 動産은 善意取得의 목적이 되지 않는다. 이러한 動産에 관한 權利는 登記 또는 登錄에 의하여 표상되어 不動産에 관한 법리가 적용되므로 善意取得이 적용되지

3) 대판 1965. 9.28, 65 다 736.
4) 대판 1994.10.11, 94 다 16175.
5) 李英俊, 前揭書, 255.
6) 金相容, 前揭書, 228; 金容漢, 物權法論, 283; 金曾漢, 物權法講義, 92; 方順元, 新物權法,133.
7) 대판 1972.11.28, 72 다 945.
8) 郭潤直, 前揭書, 217; 金相容, 前揭書, 228.

않는다.[9]

判例도 도로운송차량법 제 5조 규정에 의하면 自動車所有權의 득실변경은 登錄을 받아야 효력이 생긴다고 되어 있으므로 같은 법의 적용을 받는 自動車에 관하여는 善意取得에 관한 규정은 적용될 여지가 없다[10]고한다. 또한 도로운송차량법의 적용을 받는 불도저(참조-重機)에 관하여는 民法 제 249조의 규정은 적용될 여지가 없다.[11]

총톤수 20톤미만의 소형船舶에 관한 권리의 이전은 당사자간의 합의만으로 그 효력을 발생할 수 없는 것이고 一般動産의 예에 따라 그 引渡를 받지 않으면 所有權을 取得할 수 없다.[12] 따라서, 登記를 필요로 하지 않는 船舶에 대해서는 善意取得이 인정된다고 하는 見解[13] 가 있으나 등기가 필요하지 않는 20톤 미만의 船舶(상법 제 745조)이라도 대부분 登錄이 그 요건으로 되어 있으므로 결국 船舶은 톤수에 관계없이 善意取得의 적용이 되지 않는다고 할 것이다. 다만 登錄原簿도 없는 船舶이나 거룻배는 善意取得이 가능할 것이다.

4)立木登記에 의한 立木

立木에 관한 법률에 의하여 登記된 立木은 토지로부터 벌채 분리되더라도 여전히 저당권의 효력이 미치지만 이에 관하여 善意取得이 인정된다.[14]

5) 明認方法에 의하여 公示되는 地上物

樹木의 集團, 立稻, 未分離果實등은 明認方法이라는 公示方法이 있으므로 善意取得이 인정되지 않는다.[15] 그러나 이러한 물건이 토지나 토지의

9) 金相容, 前揭書, 229
10) 대판 1964.9.8, 64 다 650.
11) 대판 1966. 1.25, 65 다 2137.
12) 대판 1966.12.20, 66 다 1554.
13) 郭潤直, 前揭書, 217.
14) 郭潤直, 前揭書, 217; 金相容, 前揭書, 228; 金容漢, 前揭書, 284; 金曾漢, 前揭書, 92; 장경학, 物權法, 453.
15) 郭潤直, 前揭書,217; 金相容, 前揭書,229; 金容漢, 前揭書,285; 李英俊, 前揭書,259;

일부에서 분리된 때에는 완전한 動産이 되어 있으므로 善意取得의 목적이 된다.

6) 證券的 債權

指示債權, 無記名債權 등에 관하여 따로 특별규정을 두고 있으므로(民法 제 514조, 제 524조, 상법 제 65조, 제 359조, 수표법 제 21조, 어음법 제 16조) 善意取得의 규정이 적용되지 않는다. 이득상환권[16], 서울시가 무허가 건물을 자진 철거하는 시민들을 위하여 건립하는 연립주택의 入住權은 受分讓者로서의 지위에 불과하여 善意取得의 대상이 될 수 없고[17], 善意取得은 占有引渡를 物權變動의 요건으로 하는 動産의 所有權取得에 관한 규정으로서 抵當權의 取得에는 적용될수 없고[18] 전화가입권, 지상권, 정기예금증서 등도 善意取得의 적용을 받지 않는다. 그러나 貨物相換證이나 船荷證券에 의하지 않고 운송 또는 임치의 관계로부터 이탈한 상품은 善意取得을 인정할수 있다.[19] 動産자체의 善意取得과 證券의 取得에 의한 善意取得이 동일 문건 위에 경합한 때에는 動産 자체를 善意取得한 자가 우선한다.[20] 스위스 民法 제 925조 2항은 商品證券의 善意讓受人과 商品의 善意 讓受人이 대립하는 경우에는 후자가 우선한다고 규정하고 있다.

7) 金錢

金錢도 動産이므로 善意取得의 적용을 받는가, 善意取得을 긍정하는 見解[21]와 부정하는 見解[22]가 있다.

張庚鶴, 前揭書,453.

16. 대판 1980.5.13, 80 다 537.
17) 대판 1980.9.9, 79 다 2233.
18) 대판 1985.12.24, 84 다카 2428.
19) 金相容, 前揭書,230; 金容漢, 前揭書,284; 金曾漢, 前揭書,92.
20) 李仁宰, 民法法解 物權 2, 441.
21) 金顯泰, 新物權法,122; 方順元,前揭書,132; 崔栻, 新物權 擔保物權法,110
22) 郭潤直, 前揭書,216; 金基善, 韓國物權法,234; 金容漢, 前揭書,284; 金相容,前揭

金錢은 일반적으로 물건이 가지는 개성을 가지고 있지 아니하고 가치의 표상으로서 강제통용력을 가지고 교환수단으로 유통되므로 善意取得의 적용이 없다고 보아야 한다. 따라서 返還請求도 특정 금전의 반환청구는 인정되지 아니하고 不當利得返還請求權으로서의 金錢債權의 문제로 해결하면 된다. 다만 金錢이 단순한 물건(진열목적의 특정 金錢의 급부, 강제통용력을 상실한 金錢, 실제로 통용되지 않는 금화나 은화)으로서 거래되는 경우에는 善意取得의 대상이 된다고 할 것이다. 民法 제 250조 단서는 가치표상으로서 유통되는 金錢이 아니라 단순한 물건으로서 거래되는 金錢에 관하여만 적용된다고 보아야 한다.

8) 讓渡가 금지되는 物件

國有財産은 時效取得의 대상이 될 수 없다면 善意取得도 금지된다. 그러나 국유 動産의 예는 그리 많지 않다. 국가적 사회적으로 讓渡가 금지되어 讓受人의 소유가 될 수 없는 것은 善意取得의 대상이 될 수 없다.[23] 예컨대 국유 문화재(문화재 보호법 제 54조), 아편 흡식기구(형법 제 198조), 음란한 문서 도서 기타의 물건(형법 제 243, 244조), 僞造 變造한 通貨와 그 유사물(형법 제 207조)등은 善意取得의 대상이 될 수 없다.

2. 讓渡人에 관한 要件

1) 讓渡人의 占有

善意取得은 占有에 대하여 公信力을 인정하고자 하는 制度이기 때문에 讓渡人은 占有를 하고 있어야 한다. 처분자의 占有는 直接占有, 間接占有를 불문하고 自主占有, 他主占有를 묻지 않는다. 簡易引渡의 경우에는 讓渡人으로부터 占有를 승계한 경우가 아니면 善意取得이 인정되지 않는다.

書,229; 金曾漢, 前揭書,91; 張庚鶴, 前揭書,522.

23) 李仁宰, 前揭書,441.

占有者의 占有는 占有補助者의 사실상의 지배도 포함한다. 또한 讓渡人이 直接 또는 間接占有를 가지고 있지 아니한 경우에도 直接占有者가 讓渡人의 指示에 의하여 讓受人에게 引渡하는 때에는 善意取得이 인정된다.[24]

2) 讓渡人의 無權利

讓渡人이 정당한 所有者가 아닌 때라고 하는 것은 所有權을 가지고 있지 않는 것이 전형적인 것이다. 賃借人, 質權者, 受置人 등이 그 예이다. 所有者가 아닌 자가 법률에 의하여 處分權을 갖는 경우 處分權者의 처분에 대한 善意는 善意取得의 적용을 받는가. 법규정상 所有者가 아닌 때라고 하고 있을 뿐 處分權을 誤信한 경우까지 적용된다고 하는 명문규정이 없고, 善意取得이 公示方法의 외관으로부터 본권의 존재를 신뢰한 자를 보호하기 위한 制度이므로 문제가 된다. 善意取得에는 타인의 動産을 자기의 이름으로 처분할 권한이 없는 자도 포함된다. 즉 委託賣買人, 質權者, 執行官 등이 그의 권한에 기하여 자기의 이름으로 처분하는 경우 그 처분재산 속에 타인의 動産이 포함되어 있어서 그 動産을 처분할 권한이 없는 데도 불구하고 處分權이 있는 것으로 誤信하여 거래한 경우 善意取得이 성립한다[25]. 따라서 所有權이 있더라도 處分權이 제한되는 경우에 善意取得은 인정되지만, 所有權은 없고 處分權이 있는 경우에는 善意取得은 문제되지 않는다.[26]

判例도 집달리(참조---집행관)가 어느 有體動産을 가압류하였다 하더라도 집달리가 從前의 所有者에게 계속하여 그 보관을 명한 경우에 있어서는 占有者의 사법상의 占有가 소멸되는 것이 아니며 그 물건을 占有하는 所有者가 이를 타인에게 매도하고 그 타인이 善意로 占有引渡 받은 경우에는 그 타인은 물건의 所有權을 적법하게 取得한다[27]고 한다. 해임된 파산

24) 李英俊, 前揭書,262.
25) 郭潤直, 前揭書, 218; 金相容, 前揭書,231; 李英俊, 前揭書,263; 李仁宰, 前揭書,443.
26) 李仁宰, 前揭書, 427.
27) 대판 1966. 11. 22, 66 다 1545, 1546.

관재인(파산법 제147조)이 動産을 처분한 때에도 善意取得이 성립한다.

代理人이 본인 소유가 아닌 動産을 처분한 경우에 取得者가 본인소유로 誤信한 때에는 善意取得은 성립한다. 법정대리의 경우에도 마찬가지이다. 즉 不在者의 財産管理人(民法제22조), 未確定中인 相續財産管理人(民法 제1022조, 제1023조, 제1044조), 相續人이 없는 相續財産管理人(民法 제1053조), 遺言執行者(民法 제1093조, 제1094조)등이 처분한 動産에 제3자의 動産이 혼합되어 있는 경우 善意取得의 적용이 있다. 또한 占有補助者를 權利者로 誤信하여도 善意取得의 적용이 있다.[28]

그러나 代理人이 無權代理人 경우에는 대리권한이 있다고 오신하여도 善意取得의 적용이 없다.[29] 이 때에는 無權代理, 表見代理의 규정에 의하여 상대방을 보호하면 족하다. 본인에게 處分權이 없고 代理人에게 대리권도 없으나 表見代理가 성립되는 경우 善意取得의 적용이 있다. 所有權을 가진 讓渡人으로부터 제1買受人이 占有改定 또는 返還請求權의 讓渡에 의한 占有이전을 받아 所有權을 取得한 후 제2買受人이 讓渡人을 所有者로 誤信하여 買受한 경우도 無權利者로부터 讓受한 경우이다.[30]

無權利者의 讓渡行爲는 所有者가 이를 사후에 추인하거나 사전에 동의하면 유효한데 이 경우 所有者의 동의나 승인이 없는데도 있는 것으로 誤信한 경우 讓受人은 善意取得의 적용이 있다. 所有者로 誤信된 자가 동의나 승인을 한 때에는 그가 목적물의 직접 또는 간접점유자라야 선의취득이 적용된다[31].

無權利의 시점과 관련하여 양도할 당시에는 讓渡人이 소유자 내지 처분권자였으나 양도 이후 소유권이나 처분권을 상실하게 되는 경우 예컨대 소유자 甲이 乙에게 양도하고 乙이 다시 丙에게 양도한 경우 사후에 甲과

---

28) 李英俊, 前揭書, 262.
29) 郭潤直, 前揭書, 218; 金相容, 前揭書, 231; 金相容, 前揭書, 286;李英俊, 前揭書, 264; 張庚鶴, 前揭書,455.
30) 李英俊, 前揭書, 263.
31) 李仁宰, 前揭書, 445.

乙사이에 매매계약이 착오, 사기, 강박, 무능력을 이유로 취소된 경우에 善意取得을 인정할 수 있는가. 錯誤, 詐欺, 强迫의 경우 善意의 제3자를 보호하는 규정을 두고 있는데 이 경우 善意의 제3자는 양도인과 양수인 사이의 법률행위에 취소원인 있는지를 모르는 전득자를 말한다. 전득자인 丙에게 善意取得을 적용하여야 한다[32].

3) 讓渡人의 無權利와 관련된 문제

讓渡人의 無權利와 관련하여 문제가 되는 것으로 所有權留保附賣買, 리스契約과 讓渡擔保가 있다. 이것은 대부분 선의취득자의 과실문제와 관련이 있다. 이에 대하여 좀 더 살펴보면 다음과 같다.

(1) 所有權留保附賣買와 善意取得

소유권유보매매의 매수인이 소유하고 있는 動産을 제3자에게 처분하면 제3자가 所有權留保의 조건이 있음을 알지 못하고 매수하면 善意取得이 인정된다[33]. 즉 所有權留保附賣買에 있어서는 目的物의 회수불능의 위험을 피하고 담보로서의 기능을 확보하기 위하여 특약에 의하여 目的物의 처분이 금지되어 있는 경우가 일반적이다. 그런데 이러한 특약에도 불구하고 매수인이 대금완납전에 目的物을 처분한 경우 매도인과 제3취득자 사이의 법률관계는 어떻게 되느냐.

日本의 判例는 대부분 이에 대하여 善意取得의 성립을 부인하고 있는데 그 이유로 제3취득자의 무과실이 입증되지 않았음을 들고 있다. 제3취득자의 무과실의 기준으로 제3취득자가 목적물의 전문취급업자인지 여부, 목적물을 취득한 경위, 목적물을 취득하면서 매도인의 소유권에 대한 조사의무가 있는 경우 그 의무를 다 하였는지 여부 등을 들고 이에 대한 판단을 하고 있다.

---

32) 李仁宰, 前揭書, 445.
33) 金相容, 前揭書, 913 ; 李英俊, 前揭書, 1017.

1) 조사의무의 존부

건설기계를 취득하는 건설업자와 같은 전문취급업자는 제조회사나 판매업자 이외의 자로부터 건설기계와 같은 중기를 양수한 경우 원칙적으로 매도인이 소유권자인지 여부에 대한 조사의무가 있다. 판례는 토목건설업자가 토목건설기계를 판매업자로부터 매수함에 있어서는 소유권유보의 할부판매의 방법에 의하는 경우가 많고, 제3취득자도 고물상으로서 토목건설기계를 취급하고 있었기 때문에 위와 같은 사정을 알고 있는 사실에 비추어 보면 고물상이 물건을 매수함에 있어서는 매도인이 어떠한 사정으로 신품인 건설기계를 처분하는지, 또 그 소유권을 가지고 있는 지에 대하여 의심을 품고 조사를 하여야 하고, 조금만 조사를 하면 매도인이 물건을 처분하려고 하는 경위, 물건에 대한 소유권의 유무 등을 용이하게 알 수 있었을 것이므로 이러한 조사를 하지 않은 제3취득자인 고물상에게는 본건 물건의 점유를 개시함에 있어 과실이 있다고 할 수 있다[34]고 한다.

또한 중고기계를 전문으로 취급하는 업자로서는 소비자 또는 이에 준하는 자로부터 매수하는 경우에는 할부금의 존부 유무에 대하여 언제나 유의하고 매도인의 소유권의 존부를 조사 확인할 일반적 주의의무를 부담한다. 이 주의의무의 구체적인 내용은 우선 사단법인 일본기계공업회가 제정한 통일양도증명서의 제시를 요구하는 일이다. 매도인이 제작회사 발행의 통일양도증명서는 물론이고 어떠한 양도증명서도 소지하고 있지 않는 경우에는 매수인은 상대방의 신용조사 뿐만 아니라 판매처인 제작회사에 조회하여 제1차 판매처 그리고 본건 기계에 관하여 제작회사로부터 수집한 정보를 확인하는 한편 거래상대방에게는 본건 기계의 취득원인, 전소유자명의 등을 확인하고 매매계약서 등의 자료를 제시하도록 요구하고 때에 따라서는 전소유자에게 직접 조회하는 등의 조치를 강구할 주의의무가 있다. 또한 제3취득자의 본건 목적물의 취득가액이 보통의 경우와 비교하여 값싸다는 것도 과실이 있음을 뒷받침하는 하나의 자료가 된다[35]고 한다.

---

34) 日 最高裁, 1967. 4. 27.

그러나 중고기계판매업자 사이에는 대부분 대금일시불로 거래되고 있고 양도증명서에 의한 건설기계의 거래관행은 아직 충분히 정착되었다고 단정할 수 없으며, 제조 후 3년이 경과한 것에 대하여 특별히 값이 싸다고 인정할 수 없는 취득가액으로 매수함에 있어서 매도인이 양도증명서를 소지하고 있지 않았다고 하여 매수인이 그 소유권귀속에 대하여 조사해야 할 의무가 있다고 할 수 없으므로 과실이 있다고 단정할 수 없다[36]고 하면서 선의취득을 인정한 판례도 있다.

제3취득자가 전문취급업자가 아닌 경우에는 자기의 채권에 대한 대물변제로 목적물을 양수하거나 또는 목적물을 매매에 의하여 취득하고 매매대금채권과 자기채권을 상계로 소멸시키는 경우가 있다. 이 경우 매도인이 무권리자라고 의심할만한 사정이 존재하지 않는 한 제3 취득자로서는 매도인의 소유권의 유무에 관하여 조사할 의무가 없고 이러한 사정이 인정될 때에만 조사의무가 발생한다[37]. 그러나 판례는 채권자가 전구제조업자에 대하여 대물변제로 공작기계를 인도받은 사례에서 목적물인 기계는 구입한 지 2,3개월밖에 되지 않은 신품이나 다름없고, 업자는 다른 채권자에게도 많은 채무를 부담하고 있어서 위 기계의 매매대금의 지급도 어음으로 이루어졌으며, 채권자는 이러한 사실을 알고 있었는 경우 채권자에게 조사의무가 있다고 하여 이를 해태한 과실이 있다[38]고 한다.

賣渡人이 판매업자인 경우는 이로부터 동산을 양수하는 제3취득자는 원칙적으로 매도인의 소유권 유무에 대한 조사의무는 없다고 할 것이다[39].

競落의 경우에는 일반적으로 동산의 경락인은 동산이 점유자인 채무자의 소유에 속하고 집행관은 이것을 경매할 권한이 있는 것으로 신뢰하는 것이 보통이므로 특단의 사정이 없는 한 소유권의 귀속에 대하여 조사해야

35) 日 大阪高裁, 1983. 5. 31.
36) 日 大阪地裁, 1980. 5. 28.
37) 大島和夫, 所有權留保賣買と第3取得者の權利, 民商法雜誌 90卷 5號, 1984.8,67.
38) 日 大阪地裁 1963.1.24.
39) 日 大阪高裁 1979.8.16.

할 주의의무는 없다. 공작기계인 선반의 강제경매에서 집행관이 아직 완전히 대금을 지급받지 아니하고 경락물건이 아직 경락인에게 인도되지 아니하고 있던 중에 그 소유권을 주장하는 제3자가 나타났지만 집행관이 이를 무시하고 그대로 대금을 지급받고 경락인에게 물건을 인도한 겨우 경락인에게는 제3자의 소유인 것으로 의심할만한 특단의 사정이 없는 한 당해 동산의 소유권을 확인해야 할 조사의무는 없다[40]고 한다. 또한 집행채무자의 소유에 속하지 않는 동산이 강제경매에 붙여지게 된 경우에도 경락인은 선의취득할 수 있다고 한다[41].

우리 대법원도 통상제조판매회사에 소유권이 유보된 채 할부형식으로 판매되고 있는 고가의 대형 공작기계를 24개월 또는 12개월간 대금분할하여 지급하되, 대금 완납전에는 매도인에게 소유권을 유보하기로 하는 내용으로 매수하였다가 아직 그 대금을 완납하지 아니한 매수인으로부터 대금완납기한이 지난 때로부터 얼마 지나지 아니하여 단기간에 전전매도된 경우, 최종매수인이 그 매수당시 소유권유보 여부를 확인하지 아니하였고, 또 점유를 이전 받기 전에 미리 대금전액을 현금으로 지급하였다면 최종매수인에게 과실이 있다고 한다.[42]

2〉 조사의무의 내용

제3취득자에게 조사의무가 있다고 할 경우 거래경위, 제3취득자가 소비자인지 전문취급업자인지 또는 매도인이 판매업자인지에 따라 내용이 달라진다. 매도인에게 물건이 처분에 이르게 된 사정에 관하여 질문하거나 매매계약서, 대금영수증 그 밖의 관계서류의 제시를 요구할 수 있고, 또 목적물을 누구로부터 매수하였는지를 확인하여 매도인의 전자에게 매매대금의 지급여부를 확인하는 방법으로 목적물의 소유권의 귀속 내지 매도인의 처분권 유무에 대하여 조사하면 된다. 또한 목적물에 부착된 표지 등에

40) 日 最高裁 1964.5.29.
41) 日 最高裁 1967.5.30.
42) 대판 1995. 11. 14. 95다20416

의하여 제조회사나 매도인을 확인하여 제조회사나 매도인에게 조회하면 쉽게 권리관계를 확인할 수 있다[43].

(2) 리스계약과 선의취득

〈1〉 리스계약은 리스회사가 리스물건의 소유권침해방지를 위하여 리스회사의 소유권임을 밝히는 표지를 부착하거나 리스이용자가 리스물건을 다른 곳에 양도 또는 사용하지 못하도록 하고 만일 리스물건에 대하여 제3자로부터 강제집행이 실행될 경우 즉시 리스회사에 통지할 것 등을 규정한 약관을 일반적으로 두고 있다. 그럼에도 불구하고 리스물건의 대부분이 동산이기 때문에 리스물건을 부당하게 처분함으로써 다툼이 일게 될 가능성이 많다. 이 경우 리스물건의 소유권은 리스회사이지만 실제로 점유하고 있는 것은 리스이용자이고 따라서 리스이용자가 소유자인 것처럼 권리외관을 창출함으로써 제3자가 선의취득할 수 있는지 문제된다. 이것은 리스이용자가 부당하게 제3자에게 처분하는 경우와 리스이용자의 채권자가 리스물건에 대하여 강제집행하는 경우로 나눌 수 있고, 전자는 제3자에 대한 양도와 입질로 나눌 수 있다.

리스이용자가 제3자에게 리스물건을 처분할 경우 제3자는 선의취득요건을 구비하면 소유권을 취득할 수 있지만 이 경우 리스회사는 제3자의 악의 또는 과실을 입증하여야 한다. 아직가지 판례에서 본격적으로 문제가 되지 않았지만 소유권유보매매에 관한 판례에 비추어 볼 때 제3자에게 주의의무를 부과하고 이에 대한 해태로 과실이 인정될 경우 선의취득이 부정될 수 있다. 또한 리스이용자의 채권자가 리스이용자에 대한 채무명의에 터잡아 리스물건에 대하여 강제집행을 할 경우 집행기관인 집행관은 채무명의상의 채무자인 리스이용자의 재산에 대한 구체적인 조사를 함이 없이 채무자의 점유를 기준으로 하여 압류대상재산을 조사 압류하도록 되어 있어 경락인은 선의취득할 수 있다. 이 경우 리스회사는 소유자로서 제3자

43) 日 東京高裁 1974.12.10.

이의의 소를 제기함으로써 리스물건을 회복할 수 있다.

〈2〉 이중리스란 동일한 리스물건에 대하여 동일한 리스이용자가 각기 다른 리스회사와 두 개 혹은 그 이상의 리스계약을 체결하는 경우를 말한다. 중복리스, 다중리스라고도 한다. 이중리스에는 하나의 리스물건만이 존재한다. 공리스와 함께 리스의 부정적인 이용사례이다. 이중리스는 사기죄와 같은 형사적인 문제도 발생하지만 민사적으로는 리스계약의 해지와 리스물건에 대한 선의취득의 문제가 있다. 왜냐하면 일반적으로 이중리스가 문제가 되는 경우에는 리스이용자가 파산 등의 사태로 인하여 리스료를 지급할 수 없는 상태이기 때문에 각 리스회사로서는 리스물건의 소유권의 귀속은 투하자본의 회수와 관련하여 매우 중요한 문제가 된다. 이중리스는 동산의 경우 공적인 장부에 의하여 공시되는 동산(자동차, 선박, 항공기, 중기 등)을 제외하고는 일반적으로 소유권의 공시방법이 불완전하기 때문에 발생한다.

이중리스에는 크게 2가지 종류가 있다. 리스이용자에 의한 이중리스와 공급자에 의한 이중리스가 있다. 리스이용자에 의한 이중리스에는 리스이용자 단독으로 리스회사를 기망하여 하는 것과 공급자와의 공모하에 하는 것이 있다. 전자의 경우에는 세일앤드 리스백에 의한 이중리스와 일반적인 리스의 이중리스가 있다. 공급자에 의한 이중리스에는 공급자만의 기망에 의한 이중리스, 리스이요자와의 공모에 의한 이중리스등이 있다. 이중리스에서 리스회사는 리스이용자에 대하여 채무불이행을 이유로 리스계약을 해지하고 잔존리스료를 청구할 수 있다. 또한 리스회사는 공급자에 대하여는 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다.

문제는 리스회사간의 리스물건을 둘러싼 소유권의 귀속인 바, 여기에는 민법 제249조의 선의취득이 문제된다. 먼저 리스이용자와 리스계약을 체결한 리스회사(이를 선행 리스회사라 한다)는 일반적으로 리스물건에 대하여 간접점유자의 지위에 있기 때문에 문제가 없다. 그러나 동일한 리스물

건에 대하여 나중에 리스이용자와 리스계약을 체결한 리스회사(이를 후행 리스히사라 한다)는 리스이용자로부터 받은 리스물건의 인도태양은 일반적으로 점유개정에 의한 방법이다. 이같은 점유개정에 의한 인도의 경우에 민법상 선의취득이 인정되는가에 대하여는 다수설[44]과 판례[45]는 부정하고 있고, 소수설[46]은 인정한다. 또다른 소수설은 점유개정에 의한 선의취득을 인정하지만 그것은 확정적인 것은 아니며 뒤에 현실의 인도를 받은 때에 선의취득자는 확정적으로 소유권을 취득한다고 한다[47].

이러한 이론하에서 살펴보면 리스이용자에 의한 이중리스중에서 세일앤드리스백의 경우에는 선의취득이 문제된다. 리스이용자가 이미 사용하고 있는 선행리스회사의 리스물건을 자기소유물건인 것처럼 가장하여 매도하고 후행리스회사는 이것을 신뢰하여 매매계약을 체결하는 경우를 리스회사는 리스이용자의 점유 자체를 신뢰하여 매매계약을 체결하였으므로 선의취득이 문제된다. 만약 후행리스회사가 리스이용자로부터 받은 물건인도의 태양이 점유개정이라면 다수설과 판례에 따르면 선의취득은 문제되지 않는다. 그러나 후행리스회사가 리스이용자로부터 리스물건을 현실의 인도를 받은 경우에는 후행리스회사의 과실이 문제되고 결국 이것은 주의의무의 정도문제로 된다. 리스회사는리스물건에 대하여 인도확인의무가 없다고 하면 주의의무가 경감되어 선의취득이 인정될 여지가 있다. 그러나 소수설에 의할 경우 후행 리스회사는 선의취득을 할 수 있다. 리스이용자에 의한 이중리스 중에서 일반적인 리스의 이중리스의 경우에는 선행리스회사의 리스물건에 대하여 매도인과 리스이용자가 매도인의 소유물처럼 가장하여 후행리스회사와 리스계약을 체결한 경우 선행리스회사는 리스물건에 대하여 간접점유가 있으나 매도인은 아무런 점유가 없다. 따라서 거래 상대방인 매

44) 郭潤直, 前揭書, 220 ; 金容漢, 前揭書, 287 ; 金曾漢, 前揭書, 94 ; 李英俊, 前揭書, 268 ; 張庚鶴, 前揭書, 461.
45) 大判 1964. 5. 5, 63다775 ; 동 1978. 1. 17, 77다1872.
46) 金基善, 前揭書, 231.
47) 金相容, 物權法, 235 ; 黃迪仁, 現代民法論 2, 150.

도인의 점유자체가 없기 때문에 후행리스회사의 선의취득은 문제가 되지 않는다. 따라서 선행리스회사의 소유권은 인정되지만 후행리스회사의 소유권은 인정될 수 없다. 공모에 의한 이중리스의 경우도 선의취득이 문제가 된다. 공급자에 의한 이중리스의 경우도 선의취득이 문제된다.

(3) 양도담보와 선의취득

동산양도담보에서 양도담보권자는 양도담보설정자에게 청산금을 지급할 때까지는 형식상 소유자라고 하더라도 실제로는 담보권자에 지나지 않는다.(가담법 제4조2항) 그러나 현실의 점유를 양도담보권자에게 이전한 경우에는 양도담보권자가 목적물을 자기의 소유재산으로서 제3자에게 처분할 수 있다. 이 경우 제3자가 선의라면 선의취득에 의하여 유효하게 소유권을 취득한다[48]. 이 경우 설정자는 채무불이행에 의한 손해배상청구를 할 수 있고, 만약 설정자가 동시에 채무자이고 도한 피담보채권의 변제기가 도래하고 있는 경우에는 양도담보권자는 상계함으로써 그 차액에 대하여 손해배상의무를 부담한다.

양도담보설정자가 목적동산을 직접점유하는 동산양도담보에 있어서는 설정자가 그 동산을 양도담보권의 부담이 없는 물건으로서 제3자에게 처분하면 선의취득에 의하여 제3자는 양도담보권의 부담이 없는 소유권을 취득한다[49]. 이 경우 선의취득의 요건으로서의 선의 무과실은 양도담보의 존재에 관한 선의 무과실을 의미한다[50]. 또한 양도담보설정자는 양도담보권자에게 채무불이행에 의한 손해배상책임을 부담하고 그 손해액은 피담보채권액이다. 만약 설정자가 동시에 채무자이면 설정자는 채무자로서 같은 금액의 채무를 부담하기 때문에 결국 무담보가 되지만 설정자가 물상보증인인 경우에는 설정자에 대하여 양도담보권자의 손해배상청구권이 발생한다.

한편 양도담보와 선의취득이 문제된 사안은 다음과 같이 두 경우가 있다.

---

48) 郭潤直, 前揭書, 738.
49) 郭潤直, 前揭書, 741 ; 金相容, 前揭書, 895 : 李英俊, 前揭書, 263.
50) 郭潤直, 前揭書, 741.

〈1〉 대판 1986.8.19, 86 다카 315

〔사실관계〕

원고 甲은행과 소외회사 乙은 소외회사 소유 사건동산에 대하여 양도담보계약을 체결하였다. 甲은행은 소외회사 乙이 사건동산의 점유를 계속하는 占有改定의 방법으로 사건동산을 인도받았다. 그 후 피고 丙이 소외회사 乙로부터 사건동산을 양수받고 善意取得을 주장하였다.

〔원심판단〕

占有改定의 방법에 의하여 원고은행 甲이 이를 인도받은 사실을 알고 있었거나 과실로 인하여 알지 못하였으면서도 이를 占有하였다 하여 善意取得을 배척하였다.

〔대법원 판지〕

동산양도담보권자는 대외적으로 그 소유권을 행사할 수 있는 것이므로 제3자인 피고에게 바로 목적동산의 인도를 구할 수 있다.

〈2〉 대판 1989.10.23, 88 다카 26802

〔사실관계〕

소외인 甲은 원고 乙과 피고 丙에게 사건 재단기를 이중으로 讓渡擔保契約을 체결하고 각 占有改定의 방법으로 양도담보 후에도 이를 계속 점유하여 왔다. 乙은 1986.12.13. 양도담보에 따른 인도청구권을 피보전권리로 하여 사건 재단기에 대하여 처분금지 가처분 결정을 받아 이를 집행하고 본안소송을 제기하여 1989.9.25. 승소판결을 받았다. 피고 丙은 원고 乙이 가처분결정을 집행한 후인 1987.8.16. 소외인 갑으로부터 사건재단기를 인도받고 그 후 이를 다시 제3자에게 처분하였다.

〔원심판단〕

가처분의 효력은 당사자인 원고 을과 소외인 갑사이에서만 미치고 피고 병에게 미치지 않는 것이라 하여도 피고 병은 원고 을에게 원고의 본안 승소판결에 따른 집행을 수인하여야 하는 결과 피고 병은 점유이전을 가지고 원고 을에게 대항하여 소유권을 주장할 수 없다. 원고 을은 가처분상의 피보존권리에 의하여 사건 재단기를 인도받아 소유권을 취득하게 될 것이다. 그런데 피고 병이 위 가처분을 무시하고 사건 재단기를 인도받은 후 이를 제3자에게 처분함으로써 원고 을로 하여금 사건 재단기에 대한 소유권을 취득할 수 없게 하였으므로 피고는 언고에게 손해배상의무가 있다.

〔대법원판지〕

동산의 소유자가 이를 이중으로 양도하고 각 점유개정의 방법으로 양도인의 점유를 계속하는 경우 양수인들사이에 있어서는 먼저 현실의 인도를 받아 점유를 해 온 자가 소유권을 취득한다(1975.1.28, 74 다 1564)고 할 것이므로 양수인 중의 한 사람이 처분금지가처분 집행을 하고 그 동산의 인도를 명하는 판결을 받은 경우에는 다른 양수인이 위 가처분집행 후에 양도인으로부터 그 동산을 현실로 인도받아 점유를 계속하였더라도 그 동산을 선의취득한 것이 아닌 한 이와같은 양수인은 가처분채권자가 본안소송에서의 승소판결에 따른 채무명의에 터잡아 강제집행을 하는 경우 이를 수인하여야 하는 지위에 있으므로 가처분채권자와의 사이에서는 그 동산의 소유권을 취득하였다고 주장할 수 없다.

4) 立證責任

양도인이 무권리자라야 한다는 요건은 소극적 요건이므로 양수인은 양수하였다는 사실만을 주장 입증하면 족하고, 상대방이 양도인이 무권리자였다는 것을 주장 입증하여야 양수인이 선의취득의 다른 요건을 주장하게 된다[51].

3. 선의취득자에 관한 요건

선의취득자가 전주(양도인)와 동산물권취득에 관한 유효한 거래행위를 하였을 것이 요구된다. 동산물권이란 소유권과 질권에 한한다.

1) 거래행위가 있을 것

선의취득은 거래의 안전과 신속을 보호하는 제도이므로 거래행위가 있어야 한다. 법규정상 양수란 거래행위를 의미하고 법률행위에 의한 처분과 취득을 말한다. 또한 거래행위는사법적 법률행위이다. 뿐만 아니라 거래행위는 유상행위, 무상행위를 포함한다. 구체적인 거래행위에는 매매, 증여, 질권설정, 대물변제,변제를 위한 급부, 소비대차의 이행으로서 급부하는 것 등이 포함된다. 경매도 포함된다[52]. 동일한 당사자가 단순히 소유의 법적 형식만 바꾼 것은 거래행위에 포함되지 않는다. 따라서 일인주주가 회사로 양도하는 행위는 거래행위에 해당하지 않는다[53].

그러나 선의취득은 개별적인 거래를 보호하는 제도이므로 포괄승계 즉 상속이나 회사의 합병과 같은 경우에는 적용되지 않는다. 또한 타인의 산림을 자기의 것으로 오신하여 목재를 벌채하는경우나 타인의 유실물을 자기것으로 오신하여 습득한 경우와 같이 사실행위에 의하여 취득하는 경우에도 적용이 없다.

2) 거래행위가 유효할 것

양도인이 무권리자라는 점을 제외하고는 동산양도에 관한 민법 제188조 내지 제190조 소정의 요건을 모두 구비하여야 한다.

양도행위가 경제통제법규등 효력규정에 위반하거나 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하여 무효인 경우(민법제103조), 당사자의 무능력(민법제

51) 李英俊, 前揭書, 264.
52) 李英俊, 前揭書, 265 ; 李仁宰, 前揭書, 447.
53) MunchKomm/Quack, $ 932 RdNr. 18 참조.

5조 이하), 대리권의 흠결(민법제130조 이하), 착오(민법제109조), 사기강박(민법제110조)에 의한 의사표시로 무효 도는 취소가 되는 경우에는 선의취득의 적용이 없다. 그러나 이러한 효력이 없는 행위로부터다시 양도받은 경우에는 선의취득의 적용이 있다[54]. 무효 취소의 원인이 거래당사자의 어느 쪽에 있더라도 차이가 없다[55].

판례도 동산의 선의취득은 양도인이 무권리자라는 점을 제외하고는 아무런 흠이 없는 거래행위이어야 성립한다고 하면서 회사를 대표할 권한 없는 자로부터 사건 동산을 양수한 것은 그 양수행위 자체가 무효이어서 선의취득이 성립할 수 없다고 한다.[56]

3) 평온 공연 선의 무과실

선의라는 것은 양수인이 목적물을 취득할 당시 양도인이 무권리자였음을 알지 못한 것이고, 무과실은 양수인이 양도인의 처분권자로서의 지위에 관하여 판단함에 있어 거래상 요구되는 주의의무를 위반하지 않는 것을 말한다. 무권리자라는 것은 소유자의 소유권이 결여된 점을 말하나 자기명의로 타인의 動을産 처분하는 위탁매매인이나 파산관재인의 경우는 그 자격의 존재에 관하여 선의여야 한다[57]. 공장저당권의 목적이 되는 동산과 같이 저당권의 효력이 미치는 동산을 소유권으로부터 양수하여 저당권의 제한이 없는 소유권을 취득하는 경우에 있어서 선의란 당해물건에 대하여 저당권의 제한이 있음을 인식하지 못한 것을 말한다. 양도인이 대리인에 의하여 양도하는 경우에는 양수인의 선의는 명목상 양도인의 처분권에 관한 것이다.

과실은 추상적 과실을 말하고 과실을 판정하는 주의의무는 여러 가지 조건을 고려하여 판단해야 한다. 즉 거래의 성질이 고려되야 한다. 일반적

54) 郭潤直, 前揭書, 219 ; 金相容, 前揭書, 232 ; 李英俊, 前揭書, 265.
55) 郭潤直, 前揭書, 219 ; 金相容, 前揭書, 232.
56) 대판 1995.6.29, 94다 22071
57) 李仁宰, 前揭書, 454.

인 매매계약보다는 양도담보, 소유권유보매매나 리스계약과 같은 경우에는 주의의무의 기준이 높다고 할 수 있다. 다음으로 거래상황이 문제된다. 통상의 일반적인 거래보다는 특이한 상황에서의 거래 예컨대 야간에 모르는 사람에게서 구입하는 경우, 노점상에서 고가품을 구입하는 경우 등에 있어서는 주의의무의 기준이 높다. 물건의 가격이 비싼 동산을 구입하거나 양도인의 재산이 목적물을 소유하기에는 어려운 상태에 있는 경우 등은 과실판정에 있어서 주의의무의 기준이 높다.

양수인이 대리인에 의하여 양수하는 경우 선의무과실의 유무는 대리인과 양수인 중 누구를 기준으로 하는가. 대리인을 기준으로 판단하여야 한다(민법 제116조 1항 준용)고 하면서 대리인이 선의이고 양수인인 본인이 악의인 때에는 선의취득을 부정할 것이라는 견해가 있다[58]. 이에 대하여 대리인 및 본인이 모두 선의일 때 선의취득이 인정된다는 견해도 있다[59]. 그러나 두 견해에서 대리인이 악의이고 본인이 선의이면 당연히 선의취득이 인정되지 않을 것이고 그러면 결국 앞의 견해에서도 대리인 및 본인이 모두 선의일 경우에만 선의취득이 인정될 수밖에 없어 동일한 결론에 이른다. 경락에 의한 소유권취득에서 집행관에게 악의 과실이 있더라도 경락인이 선의 무과실이면 선의취득하게 된다[60]. 공동대리의 경우 한명의 대리인이라도 악의이면 선의취득은 불가능하다. 인도받은 자가 양수인이나 그 대리인이 아닌 제3자의 점유보조자나 점유매개자인 경우에는 인도 받은 자에게 악의나 과실이 있다고 하여도 선의취득이 가능하다. 법인은 대표기관의 선의 무과실을 기준으로 판단하고, 대리인에 의하여 거래된 경우에는 그 대리인도 선의 무과실이어야 한다[61]. 법인의 경우에 대표기관 중 한명이 악의이면 그가 행위자가 아니라도 선의취득은 불가능하다. 양도인의 선의 여부는 선의취득에 아무런 영향이 없다.

---

58) 李英俊, 前揭書, 272.
59) 金相容, 前揭書, 233.
60) 李英俊, 前揭書, 272.
61) 日 最高裁 1972. 11. 21.

그리고 거래의 과정은 평온 공연하게 이루어져야 한다. 평온은 강폭 증강박 혹은 폭행이 없는 것을 말하고 공연은 은비 또는 은폐가 없는 점유로서 점유의 존재를 아는데 관하여 이해관계를 가진 자에 대하여 점유자가 점유를 은폐하지 않는 점유를 말한다. 도대체 구체적으로 무엇이 평온 공연하여야 한다는 것인가. 거래의 과정이라고 할 수도 있으나 평온 공연이 어떠한 의미를 갖는다면 그것은 양수인이 점유를 취득하는 태양을 가르킨다고 할 것이다[62]. 점유취득이 평온 공연하게 이루어질 것을 요구하는 입법례는 일본민법과 우리민법 뿐이다. 일본민법은 선의취득을 부동산에 관한 시효취득과 같은 성질의 제도로 오인하여 거래행위를 선의취득의 요건에서 배제하는 대신에 취득시효의 요건인 평온 공연을 요건으로 도입하였다고 한다[63]. 따라서 일본민법의 해석상 선의취득은 거래행위에 대하여서만 인정된다는 것이고 평온 공연한 점유란 통상의 거래에 있어 점유의 승계취득을 의미하는 것에 불과하다고 한다[64]. 그런데 우리민법은 선의취득을 거래의 안전을 보호하기 위한 제도로 이해하여 그 요건으로 양수를 명시하였으면서도 일본민법의 오류를 답습하여 점유취득의 평온 공연을 요건으로 규정하였다. 따라서 우리민법의 해석으로 양수가 포함하는 인도의 요건만 충족되면 족하고 그 이상의 평온 공연하게 양수한다는 것은 무의미하는 견해가 있다[65]. 따라서 동산을 항의를 받으면서 야간에 반출하는 등의 방법이 사용된 경우 당사자간의 합의에 의하지 아니한 점유취득으로서 인도에 해당하지 않으므로 평온 공연의 여부를 따질 필요없이 선의취득이 부정된다고 한다[66]. 그러나 이 경우 평온 공연성이 없다고 하면서 선의취득을 부정하는 견해도 있다[67].

판례는 평온이란 점유자가 그 점유를 취득 또는 保持하는데 법률상 용

62) 李仁宰, 前揭書, 449.
63) 李仁宰, 前揭書, 449.
64) 日本 注釋民法(7), 108.
65) 李仁宰, 前揭書, 450.
66) 李仁宰, 前揭書, 450.
67) 李英俊, 前揭書, 272.

인할 수 없는 강폭행위를 쓰지 않는 것을 말한 것으로 그 占有가 불법이라고 主張하는 자로부터 이의등을 받은 사실이 있다 하더라도 이로써 占有의 平穩性을 상실한다 할 수 없다[68]. 또한 평온은 법이 허용하지 않는 폭력으로써 占有를 取得 내지 보유하는 것이 아닌 것을 의미하는 것이고 所有權을 둘러싸고 분쟁이 있었다는 사실만 가지고 平穩하지 않다고 할 수 없다[69]. 平穩한 占有라 함은 占有者가 그 占有를 取得 또는 계속함에 있어 법률상 허용될 수 없는 강폭한 행위에 의하지 않고 점유함을 의미하는 것으로 부동산 소유자나 기타 점유의 불법을 주장하는 자로부터 단순히 이의를 받거나 부동산의 반환을 요구당했다는 사실만으로는 그 점유를 평온하지 않다고 할 수 없다[70]. 점유자는 특별한 사정이 없는 한 평온 공연하게 점유한 것으로 추정된다고 할 것이나 토지소유자가 점유자의 토지점유가 불법임을 이유로 그 지상건물의 철거를 청구하는 등 분쟁이 생겼다면 그 분쟁으로 인하여 그 추정은 깨어졌다 할 것이니 점유자가 평온 공연한 점유에 관한 입증을 하여야 한다[71]. 이 판결은 대법원판결에 어긋났다는 이유로 재심판결에 의하여 취소되었다[72].

평온의 점유라 함은 점유자가 그 점유를 취득 또는 보유하는데 법이 허용하지 아니하는 강폭행위를 쓰지 않는 것을 의미하고, 그 점유가 불법이라고 주장하는 자로부터 이의를 받거나 소유권을 둘러싸고 분쟁이 있었다는 사실만 가지고 곧 그 점유가 평온하지 않다고는 할 수 없다 할 것이므로 경제문제로 언쟁이 있었다는 사실만으로 대지의 점유가 평온성을 상실하고 공연하지 아니하다고 볼 수 없다[73]. 평온한 점유라 함은 점유자가 그 점유를 취득 또는 보유하는데 법률상 용인할 수 없는 강폭행위를 쓰지 아니하는 점유이고, 공연한 점유라 함은 은비의 점유가 아닌 점유를 말하

68) 대판 1954. 11. 6, 4287 민상 189.
69) 대판 1962.1.18, 4294 민상 153.
70) 대판 1975. 12. 9, 75 다 1084, 1085.
71) 대판 1981. 1. 27, 80 다 2238.
72) 대판 1982. 9. 28, 81 사 9.
73) 대판 1982. 3. 9, 81 다 172.

는 것이므로 그 점유가 불법이라고 주장하는 자로부터 이의를 받은 사실이 있거나 점유물의 소유권을 둘러싸고 당사자 사이에 분쟁이 있었다 하더라도 그러한 사실만으로 곧 점유의 평온, 공연성이 상실된다고 할 수 없다[74]. 대지점유자가 그 지상에 소유하고 있는 건물이 무허가 건물이어서 행정관청이 여러 차례 철거를 시도한 사실이 있다 하여 그 대지의 점유가 평온 공연한 것이 아니라고 하기 어렵다[75]. 판례를 살펴보면 평온의 문제는 다툼이 있었으나 공연성은 거의 문제되지 않았고, 문제가 되더라도 평온성과 한꺼번에 다루고 있다.

선의 무과실의 기준시기는 물권행위가 완성되는 때이다[76]. 따라서 물권적 합의가 인도보다 먼저인 경우에는 인도된 때를, 인도가 물권적합의보다 먼저 이루어지면 물권적합의가 이루어진 때를 기준으로 한다[77]. 소유권이전이 정지조건부 내지 기한부인 경우에 조건성취나 기한도래시를 기준으로 하지 않고 물권행위가 완성된 시점을 기준으로 한다. 목적물반환청구권의 양도에 있어서는 반환청구권의 통지시가 기준이 된다는 견해도 있고[78], 반환청구권의 양도시에 기준이 된다는 견해도 있다[79]. 또한 취득자의 선의 무과실은 거래로 인한 점유승계 당시에 존재하면 족하고 그 후에 악의가 되더라도 무방하다.[80]

4) 입증책임

선의 평온, 공연은 추정을 받는다(민법 제 197, 198, 200조). 따라서 이를 다투는 자가 평온 공연한 점유가 아님을 입증하여야 한다[81]. 실제로 점유의 평온 공연성이 인정되지 아니한 사례는 거의 없다. 타인소유의 동

74) 대판 1982. 9. 28, 81 사 9.
75) 대판 1991. 8. 27, 91 다 20364.
76) 대판 1962. 3. 22, 4294 민상 1174 ; 동 1991. 3. 22, 91 다 70.
77) 대판 1991. 3. 22, 91 다 70.
78) 李英俊, 前揭書, 273.
79) 李仁宰, 前揭書, 457.
80) 金相容, 前揭書, 232.
81) 대판 1986. 2. 25, 85 다카 1891.

산임을 알았거나 알 수 있었을 사정이 있음에도 불구하고 그 동산을 인도받은 이상 특단의 사정이 없는 한 이를 즉시취득한다고 판단한 것은 잘못이다[82].

무과실은 추정을 받지 않는다. 그러면 무과실의 입증책임은 누구에게 있는가. 다수설은 선의취득의 경우 제 200조에 의하여 점유자는 권리가 있다는 추정을 받고 있으므로 그와 거래하는 자가 양도인(전주)에게 권리가 있다고 믿더라도 과실은 없다고 한다[83]. 소수설[84]은 민법 제 200조에 의하여 물건을 점유하고 있는 자와 거래한 자도 무과실의 추정을 받는다고 하는 것은 논리의 비약이라고 비판한다. 부정설에 의하더라도 선의취득을 주장하는 자가 과실이 없다고 주장하면 결국 상대방이 선의취득자의 과실을 주장 입증하지 않으면 패소할 것이므로 이른바 주관적 입증책임은 상대방에게 있는 것으로 되어 선의취득자를 보호하는데 불합당은 없다고 한다. 무과실의 객관적 입증책임이 선의취득을 주장하는 자에게 있다고 해야만 공용수용의 성질을 가지는 선의취득의 본질에 비추어 형평에 부합한다고 한다[85]. 진정한 권리자의 희생을 최소한으로 줄이면서 거래안전을 도모해야 한다는 입장에서 보면 무과실의 입증책임은 선의취득자에게 있다고 해야한다[86]. 민법 제 197조 1항과 제 200조는 점유자의 점유상태에 관한 법률상의 추정규정일 뿐 그 점유를 신뢰한데 과실이 있는지의 여부에 관한 사실의 문제와는 별개의 문제이므로 위 규정을 근거로 양수인의 무과실을 추정할 수는 없다. 또한 민법 제 197조의 추정을 열거되지 아니한 무과실에 까지 확대하는 것은 무리이다. 통상 소유자로서는 양도의 과정을 알 수가 없을 것이므로 선의취득자의 악의나 과실을 입증하는 것은 극히 곤란한 반면 선의취득을 주장하는 선의취득자는 과실유무의 판단전제가 되는 자신

82) 대판 1968. 9. 3, 68 다 169.
83) 郭潤直, 前揭書, 220 ; 金容漢, 前揭書, 286 ; 金曾漢, 前揭書, 96 ; 張庚鶴, 前揭書, 456 ; 崔栻, 前揭書, 113.
84) 金基善, 前揭書, 262.
85) 李英俊, 前揭書, 274.
86) 金相容, 前揭書, 233.

의 취득과정을 용이하게 주장입증할 수 있을 것이므로 선의취득자가 자신의 무과실을 입증하여야 한다[87].

판례는 소수설의 입장에 있다. 동산의 선의취득자는 무과실의 입증책임이 있다[88]. 동산질권을 선의취득하기 위하여는 질권자가 평온 공연하게 선의이며 과실없이 질권의 목적동산을 취득하여야 하고 그 취득자의 선의무과실은 동산질권자가 입증하여야 한다[89].

5) 선의취득자가 점유를 취득하였을 것

점유취득에는 현실의 인도, 간이인도, 목적물반환 청구권의 양도의 방법이 있고 이에 대하여는 모두 가능하다고 하는 것이 일치된 학설이다. 선의취득자의 점유매개자나 점유보조자가 점유를 취득하더라도 무방하다. 간이인도에 의하여점유를 취득하는 경우에는 그 점유가 양도인으로부터 승계된 것이어야 하고 제3자로부터 승계된 것이나 원시취득한 때에는 선의취득의 적용이 없다[90]. 양도인이 목적물에 대한 간접점유를 갖는 경우에는 반환청구권 양도 당시 양수인이 선의이면 선의취득이 인정된다. 인도증권이 발행된 경우에도 배서되지 아니한 증서가 교부되면 반환청구권의 양도에 의하여 인도하는 것이 가능하지만 반환청구권은 증서에 표상되어 분리될 수 없으므로 증서를 교부하지 않고서는 반환청구권을 양도할 수 없다. 따라서 증서의 교부에 의하지 않고서는 반환청구권을 양수받은 자가 인도증권이 발행된 사실에 관하여 선의이더라도 소유권을 취득할 수 없다[91].

그런데 점유개정에 의하여도 선의취득이 가능한지에 대하여는 다툼이 있다. 긍정설은 점유개정도 선의취득의 요건인 점유취득에 해당한다[92]고

87) 李仁宰, 前揭書, 462.
88) 대판 1959. 8. 27, 4291 민상 678 ; 동 1960. 2. 25, 4291 민상 804 ; 동 1962. 3. 22, 4294 민상 1174, 1175.
89) 대판 1981. 12. 22, 80 다 2910.
90) 李仁宰, 前揭書, 450.
91) 李仁宰, 前揭書, 451.
92) 金基善, 前揭書, 263.

한다. 부정설이 다수설이고 판례의 입장이다. 선의취득의 요건인 양수인의 점유개정은 물건에 대한 사실상의 지배관계가 소유권자의 지배를 벗어나서 취득자의 지배안으로 옮아와야 하는데 점유개정에 의한 인도의 경우에는 이러한 지배의 이전이 없기 때문에 논리적으로 불가능하다면서 부정한다는 견해[93]가 있다.또한 선의취득제도는 원권리자의 희생하에 거래의 안전을 보호하는 제도이므로 거래안전보호의 필요도아 원권리자의 기득권보호의 필요도를 상관적으로 비교 형량하여 결정하여야 한다고 하면서 점유개정은 종래의 점유자가 점유를 계속한다는 점에서 관념적인 점유이전 가운데에서 가장 불명확하고 이를 허용하는 경우에는 외부적으로 거래행위의 존재를 전혀 표시하지 못하기 때문에 선의취득행위가 있었는지 판정하기 곤란하다. 따라서 실제로 거래행위가 없었음에도 불구하고 있었던 것처럼 다루어질 염려가 있다. 이렇게 정확하지 못한 행위로 원권리자의 권리를 빼앗는다는 것은 거래의 안전을 위해서라도 원권리자에게 가혹하고 타당하다고 할 수 없다고 한다[94]. 선의취득의 공용수용적 성질에 비추어 비례의 원칙에 따라 양수인의 점유상태가 양도인의 점유를 완전히 배제할 수 있을 정도로 견고한 경우에 한하여 양수인의 선의취득을 인정하는 것이라고 하여 부정한다[95].

절충설은 선의취득의 요건으로는 점유개정으로 족하지만 이에 의한 점유취득권은 확정적인 것이 아니고 그후 현실의 인도를 받아야 비로소 확정된다는 견해[96]이다. 판례는 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적인 인도가 있어야 하고 소위 점유개정에 의한 점유취득만으로는 그 요건을 충족할 수 없다[97]. 動産의 善意取得에 필요한 占有의 取得은 이미 현실적인 점유를 하고 있는 양수인에게는 簡易引渡에 의한 占有取得으로

93) 金曾漢, 前揭書, 94 ; 金顯泰, 前揭書, 125 ; 張庚鶴, 前揭書, 461 ; 崔栻, 前揭書, 112.
94) 郭潤直, 前揭書, 221.
95) 李英俊, 前揭書, 268.
96) 金相容, 前揭書, 236 ; 黃迪仁, 前揭書, 150.
97) 대판 1964. 5. 5, 63 다 775 ; 동 1978. 1. 17, 77 다 1872.

그 요건은 충족된다[98]. 또한 動産에 대한 善意取得에 있어서는 占有의 계속이 善意取得의 요건이 아니다[99].

Ⅲ. 善意取得의 效果

善意取得에 의하여 取得할 수 있는 動産物權은 所有權과 質權이다. 점유권과 질권은 성질상 善意取得이 적용될 여지가 없다. 민법은 제249조에서 動産의 소유권을 취득한다 규정하고, 제343조는 제249조 내지 251조를 質權에 준용하고 있다. 따라서 質權의 所有者는 자기의 소유물 위에 당연히 質權의 부담을 받으며 質權設定者와 동일한 지위에 놓이게 된다[100]. 善意取得者가 所有權이나 質權을 取得하면 從前 所有權者의 所有權은 그로써 당연히 소멸한다. 공유지분도 善意取得의 대상이 된다. 讓渡人이 共同占有者 중의 한 사람인 경우 일정지분의 공유자임을 자처하고 처분하거나 자신이 실제로 보유하는 지분을 초과하여 처분하였더라도 讓受人은 이를 善意取得할 수 없다. 善意取得의 효과는 확정적이므로 取得者가 다시 惡意의 제3자에게 讓渡하더라도 제3자는 所有權을 取得한다. 善意取得이 된 후 無權利者인 讓渡人에게 다시 讓渡된 때에도 讓渡人은 所有權을 取得한다[101]. 無權利者가 善意取得者로부터 다시 讓渡받은 이른바 逆取得의 경우 진정한 權利者가 目的物의 返還을 請求할 수 있는가. 제3자의 善意取得은 허용하면서 그로부터의 逆取得을 법률상 원인없는 取得이라고 보기 어렵다면서 請求를 부인하면서 신의칙에 의한 契約法상의 原狀回復義務를 인정할 수 있다는 見解가 있다[102].

그렇지만 無權利者인 讓渡人이 스스로 그 물건의 所有權을 取得할 목

98) 대판 1981.8.20, 80 다 2530
99) 대판 1964.9.22, 64 다 406.
100) 李英俊, 前揭書,275.
101) MunchKomm/Quack, §932 RdNr.63.
102) 李仁宰, 前揭書,459.

적으로 善意 無過失인 제3자를 내세워 일단 善意取得한 다음 그로부터 다시 양수한 때에는 그와같은 惡意의 讓渡人을 보호할 필요가 없으므로 그의 所有權取得은 인정되지 아니하고 진정한 所有者의 所有權이 부활한다[103]. 讓渡行爲가 취소 또는 해제조건의 성취에 의하여 실효되어 善意取得의 효과가 소멸되면 어떻게 되는가. 無權利者가 讓渡擔保權을 設定하여 담보권자로 하여금 소유권을 善意取得시킨 후 채무를 辨濟하여 담보권자의 권리를 소멸시킨 경우 所有權은 진정한 權利者에게 物權的으로 복귀한다[104].

1. 原始取得

原始取得說은 善意取得에 의하여 取得者는 前主(讓渡人)가 가지고 있던 권리를 承繼取得하는 것이 아니라 前主(讓渡人)가 無權利者 임에도 불구하고 특히 권리의 取得이 인정되는 것이기 때문이다. 따라서 前主(讓渡人)의 권리에 관하여 존재하고 있던 제한은 원칙적으로 소멸한다[105]고 한다. 또다른 見解는 법률의 규정에 의한 原始取得[106]이라고 한다. 이에 대하여 承繼取得[107]을 主張하는 見解도 있다.

從前 所有者의 권리에 관하여 존재하던 제한은 소멸하지만 目的物返還請求權의 讓渡에 의하여 善意取得이 이루어진 경우에 직접 점유자가 가지는 질권은 선의취득으로 소멸하지 않는다. 양수인이 과실없이 양도인이 소유자라고 믿었다고 하더라도 그 물건 위에 제한물권이 존재하는 사실을 알았거나 과실에 의하여 알지 못한때에는 제한물권의 부담이 있는 소유권을 善意取得한다[108].

---

103) 李英俊, 前揭書,276; 李仁宰, 前揭書,459.
104) 李英俊, 前揭書,276.
105) 郭潤直, 前揭書,221; 金相容,前揭書,236.
106) 張庚鶴, 前揭書,461.
107) 李英俊, 前揭書,277.
108) 李英俊, 前揭書, 275.

2. 선의취득자와 양도인의 법률관계

양도인은 선의취득자에 대하여 자신에게 처분권이 없었음을 이유로 계약이나 변제의 무효를 주장하거나 물건의 반환을 청구할 수 없다. 또한 선의취득자도 매매대금의 지급을 거절하지 못하고 지급한 대금의 반환을 청구하지 못한다.

3. 양도인과 종전소유자의 법률관계

무권리자인 양도인은 유상처분으로 인하여 이익을 얻은 때에는 진정한 소유자에게 이를 반환하여야 한다(민법제741조). 또한 유상 무상을 가리지 않고 양도인의 귀책사유가 있으면 채무불이행 또는 불법행위에 기하여 손해배상책임을 부담한다. 목적물에 대하여 제한물권을 가진 자가 소유자 또는 무권리자의 양도행위에 의하여 제한물권을 상실한 경우에도 동일하다.

4. 선의취득자와 종전소유자의 법률관계 --- 부당이득과의 관계

선의취득자는 진정한 권리자에 대하여 부당이득 반환의무를 부담하지 않는다. 특히 유상행위로 선의취득을 한 경우에는 선의취득자에게 이득이 없기 때문에 부당이득의 반환문제는 일어나지않는다. 다만 진정한 권리자는 처분자(전주)에 대하여 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있다. 무상행위로 인한 선의취득의 경우 반환의무가 있다는 설[109]과 없다는 설[110]이 있다.

긍정설은 1. 무상행위로 인한 선의취득에는 거래의 안전을 보호하기 위하여 선의취득자에게 형식적으로 권리의 귀속을 인정하는 것만으로 족하

109) 金相容, 前揭書, 237;金容漢, 前揭書, 289;李英俊, 前揭書, 278;張庚鶴, 前揭書, 462.
110) 郭潤直, 前揭書, 222;金曾漢, 前揭書, 97.

고, 실질적으로 이득을 보유시킬 필요가 없다는 것 2.무상행위로 인한 선의취득자의 반환의무를 인정하는 것은 당사자간의 이해를 공평하게 해결할 수 있기 때문 3. 독일민법 제816조에서는 취득이 무상행위에 의한 경우에는 그 이득을 반환하여야 한다고 규정하고 있으므로 그 취지에 비추어 타당하다. 4. 부당이득제도의 기초를 공평설 내지 정의설에 의하면 취득자가 아무런 대가를 지급함이 없이 이득만을 취한다는 것은 공평 내지 정의의 이념에 반하므로 그 이득은 원권리자에게 반환해야한다. 5. 선의취득제도는 거래안전을 위하여 진정한 권리자의 권리를 수용하는 성질을 갖는 것이므로 선의취득의 요건 효과를 정함에 있어서는 비례의 원칙(공평의 원칙)에 따라 진정한 권리자와 선의취득자의 이익을 교량할 필요가 있다. 부정설은 독일민법 제816조와 같은 규정이 없는 우리 민법에서 무상행위에 의한 취득의 경우를 특별취급할 필요는 없다고 한다.

피고인이 극장내에 비치된 일체의 비품 및 극장운영권을 공연장(극장) 허가명의자로서 위 극장을 직접 운영하고 있던 공소외(甲)로부터 매수하고 이를 인도받아 그 소유권을 선의취득하였다면 피고인이 극장비품인 이 사건동산에 대한 당초 소유자의 반환요구를 거절하였다고 하여 횡령죄를 구성할 수는 없다[111].

Ⅳ. 도품 유실물에 대한 특칙

선의취득의 경우 그 동산이 도품이나 유실물인 때에는 피해자 또는 유실자는 도난 또는 유실한 날로부터 2년내에 그 물건의 반환을 청구할 수 있다. 그러나 도품이나 유실물이 금전인 때에는 그러하지 아니하다(민법제250조).

독일민법은 점유이탈물에 대하여 원권리자의 무제한 추급력을 인정하

111) 대판 1983. 12. 13, 83 도 2642.

고 있다(제935조). 프랑스민법은 도난 또는 유실한 날로부터 3년이내에 추급할 수 있도록 하고 있고(제2279조), 스위스민법은 5년간 추급할 수 있다(제934조).

1. 제도적 의의

선의취득을 제한하는 특칙에 대하여 거래의 안전을 해하는 것으로서 합리적인 근거가 없는 것이라고 비판하면서[112], 민법 제250조 규정은 도품 유실물외의 물건에 대해서는 유추적용 되어서는 안된다는 견해[113]도 있다.

이에 대하여 소유자가 목적물을 도난 유실한 때에는 종전 소유자가 점유자의 권리외관을 형성하는데 관여하지 못한 만큼 소유자의 소유권을 비례적으로 더 보호할 필요가 있고 그만큼 거래보호의 요청을 후퇴시킨 것이라는 견해[114]와 거래안전의 보호와 원권리자의 보호를 상관적으로 비교형량하여야 할 필요성이 있고 선의취득으로 인하여 권리를 잃게되는 진정한 권리자의 靜的安定도 무시할 수 없다고 하면서 긍정하는 견해[115]와 선의취득자의 이익과 진정한 권리자의 이익의 조화를 꾀한 것은 선의취득의 공용수용적 성질로부터만 이해할 수 있다고 하면서 특히 금전을 도품 또는 유실물에 대한 특칙에서 제외한 것은 진보적이라고 하는 견해[116]도 있다. 따라서 제250조가 규정하는 도품 유실물에 대한 특칙을 예외적인 것으로만 파악하여 그 적용을 너무 제한하지 말고 확장적으로 해석할 것이라고 한다[117].

---

112) 郭潤直, 前揭書, 222;金容漢, 前揭書, 290;金曾漢, 前揭書, 97.
113) 金容漢, 前揭書, 250.
114) 李仁宰, 前揭書, 464.
115) 金相容, 前揭書, 239.
116) 李英俊, 前揭書, 279.
117) 李英俊, 前揭書, 279, 281.

2. 盜品 · 遺失物

점유이탈물 즉 도품이나 유실물에 대하여 적용된다. 도품이라는 것은 절도 또는 강도에 의하여 적극적으로 점유자의 의사에 반하여 그의 점유를 박탈당한 물건이고, 유실물은 소극적으로 점유자의 의사에 기하지 않고 그의 점유를 박탈당한 물건이고, 유실물은 소극적으로 점유자의 의사에 기하지 않고 그의 점유를 이탈한 물건으로서 도품이 아닌 것을 말한다.

금전이 도품이나 유실물인 경우에는 민법 제250조가 적용되지 않는다. 또한 사기,공갈, 횡령 등에 의한 목적물은 이에 포함하지 않는다[118]. 강박이란 항거할 수 없는 물리적인 폭행에 의하여 점유를 침탈하게 되면 유실물이 된다[119]. 무능력자는 포함되지 않는다[120]. 의사무능력이나 행위무능력에 의한 목적물도 점유이탈물이다[121].

점유의 이탈이 압류나 강제집행 등 법률상 허용되는 공법행위에 의하여 이루어진 때에는 그것이 점유자의 의사에 반한다고 하더라도 점유이탈물에 해당되지 않는다. 그러나 불법적으로 압류되어 무효될 성질의 것이라면 그 목적물은 점유이탈물에 해당한다[122]. 공권력의 행사가 위법하여 취소사유가 있는 경우 점유이탈물이라고 하는 견해[123]와 취소될 때까지 공정력을 가지므로 점유이탈물이 아니라는 견해[124]가 있다. 타인소유 재산의 ㅂ관 및 관리의 업무에 종사하던 자가 그 직에서 해임당한 후로도 계속하여 그 재산을 보관관리하던 중 이를 매각처분한 행위는 절도행위가 아니고 횡령행위이며 따라서 그 물건은 도품이 아니다[125].

유실물습득에 대하여는 민법 제253조와 유실물법이 있으나 이것은 습

118) 郭潤直, 前揭書, 223;金相容, 前揭書, 239;李英俊, 前揭書, 282;李仁宰, 前揭書, 468.
119) 李英俊, 前揭書, 281;李仁宰, 前揭書, 466.
120) 李仁宰, 前揭書, 468.
121) 李英俊, 前揭書, 281.
122) 李英俊, 前揭書, 281;李仁宰, 前揭書, 466.
123) 李仁宰, 前揭書, 467.
124) 李英俊, 前揭書, 281.
125) 대판 1957. 6. 22, 4289 민상 428.

득자가 정규의 절차를 밟아서 소유권을 취득하는 경우이고, 제250조는 습득자가 그러한 절차를 밟지 않고서 횡령처분한 경우 즉 습득자의 소유물도 되지 않고 원소유자에게도 복귀하지 않고서 제3자에게 양도하는 경우에 적용된다.

본인의 점유는 직접점유, 간접점유를 불문하고 간접점유의 경우 점유이탈물의 의사의 유무는 직접점유자에 관하여 결정하여야 한다. 직접점유자의 의사에 기하지 않고서 그의 점유를 떠난 경우에는 그 물건은 도품 유실물에 해당한다. 본인이 점유보조자를 통하여 점유하는 경우에도 직접점유와 같이 해석해야하고 따라서 점유보조자가 처분한 경우 그 점유이탈은 점유보조자의 의사에 기한 것으로서 도품 유실물이 되지 않는다고 한다[126]. 이에 대하여 독자의 점유를 가지지 않는 점유보조자가 본인의 점유를 침해한 때에는 형법상 절도죄가 성립한다고 해석되므로 민법 제250조가 적용되어 도품이 된다는 반대 견해[127]가 있다.

민법 제250조와 제251조 소정의 도품, 유실물이란 원권리자로부터 점유를 수탁한 사람이 적극적으로 제3자에게 부정처분한 경우와 같은 위탁물횡령의 경우는 포함되지 아니하고 또한 점유보조자 내지 소지기관의 횡령처럼 형사법상 절도죄가 되는 경우도 형사법과 민사법의 경우를 동일시해야 하는 것은 아닐 뿐만 아니라 진정한 권리자와 선의 거래상대방간의 이익형량의 필요성에 있어서 위탁물횡령의 경우와 다를 바 없으므로 이 역시 제250조의 도품 유실물에 해당되지 않는다[128].

법인은 기관에 의하여 점유하므로 기관이 임의로 처분하더라도 점유이탈물이 되는 것은 아니다[129]. 상속에 의하여 상속인은 피상속인의 점유를 승계하므로 잠칭상속인이 임의로 처분한 동산은 상속인의 의사에 기하지 아니한 채 점유를 이탈한 셈이 되어 유실물에 해당한다[130]. 다른 상속인

126) 郭潤直, 前揭書, 223;金相容, 前揭書, 240;金容漢, 前揭書, 291;張庚鶴, 前揭書, 464.
127) 李英俊, 前揭書, 282.
128) 대판 1991. 3. 22. 91 다 70.
129) 李仁宰, 前揭書, 467.
130) MünchKomm/Quack. §935 RdNr.16.

의 의사에 반하여 공동상속인이 처분한 경우에도 점유이탈물에 해당한다. 공동점유의 경우 공동점유자 중 한사람의 점유가 침탈된 때에는 유실물이 된다[131]. 목적물이 멸실되거나 몰수된 경우에는 민법 제250조가 적용되지 않고 부당이득 또는 불법행위에 의한 손해배상청구권의 문제가 된다.

3. 특칙의 내용

피해자 또는 유실자는 도난 또는 유실한 날로부터 2년내에 그 물건의 반환을 청구할 수 있다. 이 경우 반환청구는 원칙적으로 무상으로 하지만 제251조가 적용되는 경우에는 대가를 변상하여야 한다.

1) 반환청구권자

반환청구권자는 피해자 또는 유실자이다. 보통의 경우 원소유자 또는 질권자(민법제343조)이지만 직접점유자(수치인, 임차인 등)도 피해자 또는 유실자이다. 통설은 직접점유자가 반환청구권을 가지는 경우 간접점유자인 원소유자도 반환청구권을 가진다고 한다.

2) 반환청구기간

도난 또는 유실한 날로부터 2년간이다. 기산점은 피해자 또는 유실자의 점유상실시로부터 기산한다. 반환청구기간의 성질에 대하여 제척기간설과 시효기간설이 대립한다. 제척기간이라고 주장하는 견해[132]는 민법 제250조의 본문이 시효로 소멸한다고 규정되어 있지 않고 시효의 중단을 인정하는 것은 타당하지 않고 권리소멸을 법원의 직권으로 인정하는 것이 타당하다는 이유로 들고 있고, 시효기간이라고 주장하는 견해[133]는 반환청

131) 李仁宰, 前揭書, 468.
132) 金基善, 前揭書, 235; 李英俊,前揭書,284; 李仁宰, 前揭書, 471; 張庚鶴, 前揭書,466; 崔栻,前揭書,115.
133) 郭潤直,前揭書,224; 金容漢,前揭書,292; 金相容,前揭書,240; 金曾漢,前揭書,980.

구권이 형성권이 아니고 청구권이기 때문이라고 한다.

3) 반환청구권의 상대방

도난 또는 유실한 날로부터 2년내에 도품 또는 유실물인 동산을 취득하여 현재 점유하는 자이다. 직접 선의취득한 자 뿐 아니라 그 자로부터의 특정승계인도 포함한다. 물건이 일단 점유이탈물이 되면 그 물건에 대한 민법 제250조 소정의 반환청구권을 배제할 수 있는 새로운 선의취득은 불가능하다[134]. 반환청구권을 행사할 수 있으려면 양수인에게 목적물이 현존하여야 하고, 목적물이 멸실한 경우에는 그 반환을 청구할 수 없다[135]. 취득자가 파산하더라도 청구기간내에는 누구든지 현실로 목적물을 점유하는 자를 상대로 반환을 구할 수 있다고 하는 견해[136]와 할 수 없다는 견해[137]가 대립한다.

4) 소유권의 귀속

피해자나 유실자가 목적물반환청구에 의하여 당연히 소유권을 회복하는 것이 아니고 실제로 목적물을 반환받은 때에 소유권을 회복한다. 일단 반환청구를 받은 선의취득자가 목적물의 반환을 거부하거나 귀책사유로 멸실한 경우에는 채무불이행책임을 부담한다. 그러나 피해자나 유실자가 반환청구권을 행사하기 전에 목적물이 멸실 훼손된 경우에는 반환청구권은 소멸하고 이에 갈음하는 손해배상청구권도 생기지 않는다[138].

피해자 유실자가 반환청구할 수 있는 2년동안 도품 유실물의 소유권은 원소유자에게 속하는가, 선의취득자에게 속하는가. 환언하면 선의취득자는 2년이 지난 후 비로소 소유권을 취득하는가 아니면 선의취득시 즉시 소유권을 취득하는가.

---

134) 李英俊, 前揭書, 283;李仁宰, 前揭書, 470.
135) 李英俊, 前揭書, 283;李仁宰, 前揭書, 470.
136) 李仁宰, 前揭書, 471.
137) 黃迪仁, 前揭書, 154.
138) 日 最高裁 1951. 11.27.

원소유자 귀속설은 구법시대의 판례인데, 그 근거로 만일 선의취득자에게 속한다면 임차인, 수치인등이 피해자 유실자인 경우에 이들은 처음부터 가지고 있지 않은 권리 즉 소유권을 반환청구하고 취득하는 것이 되어 불합리하다는 것을 든다. 피해자 또는 유실자의 반환청구권은 점유의 반환청구권이다. 이 견해에 대하여 선의취득자는 2년간 소유권을 취득하지 못하고 2년후에 갑자기 소유권을 취득한다는 결과가 된다는 비판이 있다.

선의취득자귀속설은 도품 유실물이라고 하더라도 취득과 동시에 일단 소유권은 선의취득자에게 귀속하고 원소유자는 2년간 그 반환을 청구할 수 있다고 한다[139]. 따라서 반환청구권은 제250조에 의하여 특별히 인정된 것이고 법정의 특별한 원상회복청구권이고, 임차인 수치인이 반환을 청구할 수 있는 것은 본권관계와 임차인, 수치인으로서의 종전의 점유상태를 회복하는 것이라고 한다.

원소유자귀속설에 따라 2년간 선의취득자가 소유권을 취득하지 않는다면 그동안 타인의 물건을 점유한 것이 되고 또한 선의취득자에 있어서 도난 유실의 시기가 반드시 명확하다고 할 수 없으므로 언제부터 소유권을 취득할 것인지 알 수 없다는 난점이 있다.

제249조의 원칙에 중점을 두어 소유권은 언제나 선의취득자에게 즉시 취득되고 다만 제250조에 의하여 회복된 경우에 소유권이 복귀한다고 해석함이 적합하다.

4. 대가의 변상

피해자 또는 유실자는 2년간 도품 유실물에 회복청구를 무상으로 청구한다. 그러나 양수인이 도품 또는 유실물을 경매나 공개시장에서 또는 동종류의 물건을 판매하는 상인에게서 선의로 매수한 때에는 피해자 또는 유실자는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있

139) 郭潤直, 前揭書, 225;金相容, 前揭書, 241;李英俊, 前揭書, 285.

다.(민법 제251조).

이런 매매는 일반 동산양도에서보다 훨씬 거래안전을 보호할 필요성이 있기 때문에 선의취득자에게 반환의무도 인정하면서 이러한 제한을 둔 것이다. 경매는 민사소송법에 의한 경매이든 다른법에 의한 경매이든 불문한다. 공적경매, 사적경매 뿐 아니라 구두 입찰을 묻지 않는다. 공개시장이라는 것은 공설 사설을 묻지 않고 널리 일반공중을 상대로 하는 보통의 점포라고 할 것이다. 동종류의 물건을 판매하는 상인이라는 것은 행상인도 포함한다. 선의로 매수한 경우라야 제251조가 적용되어 대가를 청구할 수 있다. 교환도 유추적용될 수 있다[140]. 그러나 증여를 받은 경우에는 적용되지 않는다. 증여를 받은 경우에는 제250조 규정에 따라 무상으로 회복청구를 할 수 있다.

제249조와 달리 무과실은 명문으로 규정되어 있지 않으나 해석상 무과실은 당연한 요건이다. 판례도 민법 제251조는 제249조와 제250조를 전제로 하고 있는 규정이므로 무과실도 당연한 요건이라고 해석해야 한다고 한다[141]. 회복청구전에 물건이 멸실한 경우에는 회복청구권도 소멸한다. 경매, 공개시장, 동종의 물건을 판매하는 상인으로부터 매수한 것에 관하여는 대가변상을 청구하는 선의취득자가 주장 입증하여야 하고, 도품 유실물이라고 하는 것, 평온 공연 선의 무과실의 부존재는 반환청구를 하는 자가 주장 입증하여야 한다[142]. 변상하여야 할 것은 지급한 대가이지 회복되는물건의대가는 아니므로 교환의 경우 도품유실물의 취득자가 반대급부로서 제공한 물건의 급부당시의 시가가 변상되어야 할 것이다. 따라서 회복을 청구하는 자는 선의취득자에게 그가 지급한 경략대금이나 매매대금을 변상하여야 한다. 계약비용은 변상하여야 하지만 대금지급이후의 이자는 포함하지 않는다[143].

---

140) 李英俊, 前揭書, 285.
141) 대판 1991. 3. 22, 91 다 70.
142) 李英俊, 前揭書, 286.
143) 李英俊, 前揭書, 286.

대가변상청구권의 성질은 청구권설과 항변권설이 있고, 전자는 선의취득자에게 대가변상의 청구권을 준다는 것이고 후자는 대가변상을 하지 않으면 반환청구를 거부할 수 있는 항변권을 인정한 것이라는 데 학설은 일치하여 청구권설이다[144]. 판례도 민법 제251조의 규정은 도품 또는 유실물의 선의취득자에게 그가 지급한 대가의 변상을 받을 때까지는 그 물건의 반환청구를 거부할 수 있는 항변권만을 인정한 것이 아니고 피해자가 그 물건의 반환을 청구하거나 어떠한 원인으로 반환을 받은 경우에는 그 대가변상의 청구권이 있다는 취지이다[145].

따라서 선의취득자가 목적물을 반환한 후에도 피해자나 유실자에 대하여 대가를 변상하든지 또는 이를 원하지 않으면 목적물을 반환하라고 청구할 권리를 잃지 않는다[146]. 그러나 선의취득자가 자진하여 물건을 반환하고 대가의 변상을 요구할 수는 없다[147].

반환청구와 대가변상청구는 동시이행관계에 있으며 법원은 일부승소의 상환급부판결을 하여야 할 것이다. 수사시관이 도품 유실물을 피해자에게 반환하여 변상청구권의 행사가 이로 인하여 방해되는 경우에는 국가는 불법행위로 인한 손해배상의무가 있다[148].

5. 예외

고물상이 도품 또는 유실물을 공공의 시장에서 또는 동종의 물품을 다루는 영업자로부터 선의로 양수한 경우에는 피해자 또는 유실자는 1년간 무상으로 회복을 청구할 수 있다(고물영업법 제21조) 전당포주가 전당물이나 유전물로서 소지한 물품이 도품이나 유실물인 것이 판명되었을 경우

144) 郭潤直, 前揭書, 226;金相容, 前揭書, 242;李英俊, 前揭書, 286.
145) 대판 1972. 5. 23, 72 다 115.
146) 郭潤直, 前揭書, 226;金相容, 前揭書, 242;金容漢, 前揭書, 293;金曾漢, 前揭書, 127; 李英俊, 前揭書, 287;李仁宰, 前揭書, 476.
147) 李英俊, 前揭書, 287;李仁宰, 前揭書, 476.
148) 李英俊, 前揭書, 287.

에는 그 전당포주가 당해물품을 동종의 물품을 취급하는 영업주로부터 선의로 전당잡았을 경우에도 피해자 또는 유실주는 전당포주에 대하여 1년 이내의 기간 중에는 이를 무상으로 회복할 것을 요구할 수 있다(전당포영업법 제24조).

이것은 고도의 감식력을 가진 자에 대하여 도품 유실물인가를 판별하는데 특별한 주의를 하도록 하는 동시에 업자간의 통모로 인한 폐단을 방지하는데 있다.