動산의 善意取得에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院
法學科
孔光石
A Study on the Bona Fide Purchase of Chattels

2005년 2월 1일

朝鮮大學校 大學院
法學科
孔光石
動産의 善意取得에 관한 研究

指導教授 朴 運 吉

이 논문을 法學碩士學位申請論文으로 提出함

2004年 10月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

孔 光 石
孔光石의 碩士學位論文을 認准함

委員長 朝鮮大學校 教授 姜信雄

委員 朝鮮大學校 教授 金凡鉄

委員 朝鮮大學校 教授 朴運善

2004年 11月 日

朝鮮大學校 大學院
목  차

ABSTRACT

제1장 序 論 ........................................................................................................ 1

제1절 研究의 目的 .............................................................................................. 1

제2절 研究의 範圍 및 方法 ........................................................................... 3

제2장 善意取得制度의 一般論 ....................................................................... 5

제1절 沿革 및 立法例 ....................................................................................... 5

Ⅰ. 沿 革 ........................................................................................................ 6

Ⅱ. 善意取得制度에 관한 立法例 ................................................................ 9

제2절 善意取得의 理論의 根據 ..................................................................... 12

제3장 善意取得의 要件 ................................................................................... 16

제1절 客體에 관한 要件 .................................................................................. 16

Ⅰ. 動 産 ........................................................................................................ 16

Ⅱ. 不動産登記에 의하여 公示된 動産 .......................................................... 17

Ⅲ. 登記・登録으로 公示되는 動産 ............................................................... 18

Ⅳ. 明認方法에 의하여 公示되는 地上物 ...................................................... 18

Ⅴ. 證券의 價權 ............................................................................................. 19

Ⅵ. 金 錢 ...................................................................................................... 20

- i -
제2절 讓渡人에 관한 要件 ................................................................. 24
   I. 讓渡人の 占有 ................................................................. 24
   II. 讓渡人の 無權利 ............................................................ 25
       1. 讓渡人の 占有 .......................................................... 25
       2. 讓渡人の 無權利 ........................................................ 26
       3. 代理権의 缺如 ............................................................ 27
III. 讓渡人の 無權利와 관련된 문제 .............................................. 28
       1. 善意取得에 있어서 過失의 判斷基準 ....................................... 28
       2. 所有權留保附買買와 善意取得 ......................................... 29
       3. 리스契約과 善意取得 .................................................... 34
       4. 讓渡擔保와 善意取得 .................................................... 37
IV. 立證責任 ................................................................. 39
제3절 善意取得者에 관한 要件 .......................................................... 41
   I. 去來行爲가  있을 것 .......................................................... 41
   II. 去來行爲가 有效할 것 ..................................................... 42
   III. 平穏・公然, 善意・無過失 ............................................... 43
   IV. 立證責任 ................................................................. 48
   V. 讓受人이 占有를 取得하였을 것 ........................................... 49

제4장 動産 善意取得의 效果 .......................................................... 53

제1절 善意取得者가 取得하는 權利 .................................................... 53
   I. 動産物權取得의 法律의 性質 ............................................... 53
   II. 動産物權取得의 具體의 內容 .............................................. 54
제2절 眞正한 權利者의 保護 .......................................................... 55
ABSTRACT

A Study on the Bona Fide Purchase of Chattels

Gong, Gwang-seok
Advisor: Prof. Park Woon-kil, Ph.D.
Department of Law
Graduate School, Chosun University

From the nothing proprietor personal property with good intention the waters in the case which it receives the collision of the execution occurs in the element citron and between good intention acquisition to sleep. To this case the right of ownership absoluteness at principle the fact that the protection of the element citron does first of all in good intention acquisition volition protection the transactions Buddhist priest's robe is the objection which is natural. The fact that it protects with the mail boat enemy whom good intention acquisition it will cut but exceptionally in schedule one case is good intention acquisition system of personal property.

By a good intention acquisition system heretofore regarding a personal property, the owner does not exercise the right of ownership not to be able, that it becomes it is violated in the constitution article 23 ① which provides a right of property guarantee, there is a possibility of seeing. But like this limit for the public compound interest which is an immediacy of transactions
is by a constitution article 37 that it is possible, there is a possibility of seeing.

From the viewpoint of systemic frame, bona fide purchase system derives its origin from Gevere(Gewere)'s legal order; 「Hand must keep hand」(Hand muß Hand wahren). But the idea that 「bona fide」purchaser is protected has its origin in short-period acquisitive prescription of the Roman Law. Protecting thought of bona fide purchaser in the Roman Law began to be taken form in the Germanic region through the medium of a medieval urban law. Protecting thought of ownership, however, came out in the Preuß en general state law.

Current civil law adopts substance of French's good faith purchase system. But current civil law adopts attitude of German civil law systematically. Today the primary criticism is focused on civil law articles 250 which denies the good faith purchase of seceded goods aryl the ground of Original rightful person's loss of right. From the modernistic viewpoint of transaction safety, current civil law articles 250 doesn't have a rational ground. A original rightful person is considered to be of fault in the good faith purchase of consigned goods and of no fault in the good faith purchase of seceded goods and it is fallen into the theory of typical fault.

Regarding the formation important matter of good intention acquisition the fact that it will limit strictly in juristic act knows a compensatory acquisition is the right acquisition due to a legal regulation and it is. In order for the legal regulation to strengthen a right acquisition volition protection also the right is before with legal regulation and that good intention it will be able to acquire even with one case ramyon it, must see.
Accordingly its legal theory for the future should be organized in the direction of the abolition of civil law articles 250 and the limitation of good faith purchase in accordance with request-degree of public confidence. Additionally its legal theory in the civil law should be organized in the direction which harmonizes unificatively the ground of original rightful person's loss of right and that of good faith purchaser's acquisition of right.

Regarding the width lost article that the possession disconnection water does the waters person of good intention acquires the right of ownership immediately, that it interprets compared to, must see that possession disconnection from sometimes the right of ownership reverts in the element citron of 2 year for. Also the civil law articles 250 mourning returning claim as property returning claim, it will be able to exercise it and must limit with the owner who sleeps.

The good intention acquisition loses the right of ownership of the element citron and profit a circumstances because the waters person of good intention will be able to acquire the right of ownership the elder brother quantity it grows bigger the profit where the profit which is protection value latter is a protection value of the electron than minimum it is to do same.
제1장 序 論

제1절 研究의 目的

무권리자로부터 동산을 선의로 양수받은 경우에 원소유자와 선의취득자 사이에 이행의 충돌이 발생하게 된다. 이 경우에는 소유권질대의 원칙상 원소유자의 보호가 선의취득자의 보호에 우선하는 것이 거래법의 당연한 이론이다. 그러나 일정한 경우에 예외적으로 선의취득자를 우선적으로 보호하는 것이 동산의 선의 취득제도이다. 오늘날 동산의 거래는 빈번하게 행해지고, 하나의 물건에 대하여 동시에 또는 잇달아서 거래관계가 발생한다. 이 경우 처분권자에게 처분권이 있는지의 여부를 거래관계가 발생할 때마다 일일이 그 소유권을 확인하기란 쉬운 일이 아니며, 따라서 이로 인한 거래의 안전과 신속을 보호할 필요가 있다. 또한 점유의 관념화로 인하여 점유가 공시방법으로서의 기능을 다하지 못하기 때문에 공시의 원칙을 통하여 거래의 안전을 기해야 한다.

민법은 부동산등기에에는 공신력을 인정하지 않으므로, 동산의 점유에는 공신력을 인정하고 있다. 따라서 동산의 점유에 공신력을 인정한 결과 동산등기에 무권리자로부터도 취득할 수 있다. 예컨대 甲이 乙소유의 동산을 빌려서 점유하고 있는 동안에 甲을 소유자로 오신한 丙이 甲으로부터 동산을 매수한 경우에 丙은 소유권을 취득하게 된다. 전주 甲은 무권리자이므로, 원칙상 소유권을 취득할 수는 없지만, 甲의 점유 즉 권리가 존재하는 것과 같은 영향을 신뢰하였다면 이러한 권리관계를 신뢰하여 무권리자로부터 동산을 취득하는 제도를 선의취득이라고 한다). 선의취득제도에 의하여 동산에 관한 문건의 소유자는 소유권을 행사하지 못하게 되므로 재산권보장을 규정한 헌법 제23조 제1항에 위반된다고 불

수 있으나, 이러한 제한은 거래의 안전이라는 공공목의를 위한 것이므로 헌법 제37조 제2항에 의하여 가능하다고 볼 수 있다2).

동산의 선의취득에 관한 우리 민법의 규정은 3개의 조문으로 구성되어 있다 (제249조 내지 제251조). 그러나 이 규정들만으로 구체적인 해석문서의 문제들에 대해 충분한 해결점을 제시하지 못하고 있기 때문에 판례와 학설에 맡겨져 있다고 할 수 있다. 예컨대 동산 물권변동의 요건을 갖추었고, 전주의 무권리에 대해 선의·무과실이지만 하면 선의취득할 수 있는지, 아니면 양도인이 점유자이어야 하는지, 양수인이 점유를 취득하여야 하는지, 이를 인정한다면 양수인의 점유취득은 직접점유이든 간접점유이든 상관이 없는 것인지, 나아가 양수인의 선의의 대상이 무엇인지 등등에 대한 판단을 어렵게 하는 것이다.

선의취득법에서의 총대의 학설은 양도인의 점유나 양수인의 점유취득을 기준으로 구체적인 문제를 해결하여 왔지만, 이러한 기준은 원소유자와 선의의 양수 인간간의 정예한 이익충돌을 조정하는 기능을 하는 선의취득법의 해석에 적절하다고 할 수 없다. 동산의 점유와 소유권이 대체로 일치하던 농업사회와 달리 현대의 분업화된 사회에서는 이 양자가 서로 분리되는 경우가 일반적이므로, 양도인의 점유를 기준으로 하는 것은 불합리할 수 있다. 또한 점유의 변동이나 점유의 취득이 없이도 동산의 물권변동이 가능하기 때문에 양수인의 점유취득을 기준으로 하여 선의취득의 성립요건을 검토하는 문제가 될 수 있다. 점유는 물건과 점유자 간의 관계를 규율하는 점유법에 의해 그 내용이 정해지는 것으로서, 점유자 자신의 의사에 의하여 그 성립과 존속이 좌우된다. 이와 같은 점유가 원소유자와 선의의 양수인 간의 이익충돌을 조정하기 위한 수단으로서 기능하기에는 한계가 있을 것이다.

따라서 본 논문은 선의취득이 원소유자와 선의의 양수인 간의 이익충돌을 조정하고, 또 그것을 통하여 원활한 법적 거래가 가능하게 하는 제도라는 것을 선

2) 백병일, "선의취득에 관한 연구", 「영남법학」4권 1·2호, 영남대학교, 1998. 2, 141면.
의취득법의 해석론에 일관되게 관철시키고, 법률행위에 의한 범죄 거래를 규율 하는 사법의 여타 규정들과 조화를 이루는 해석을 하고자 한다. 이러한 입장에 서 본 논문은 원소유자와 선의의 양수인간의 이익을 환량한 해석론을 제시하고자 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

우리나라에서 동산의 선의취득에 관한 학설은 주로 그 요건과 효과를 중심으 로 논의가 되고 있으므로 본 논문도 이에 한정하면서, 아울러 도품·유실물에 대한 특칙에 대하여 다루고자 한다.

먼저 주요국가의 입법례가 우리 민법의 선의취득의 규정에 어떠한 영향을 미쳤는가를 살펴보기 위하여 외국의 학술자료들을 분석·정리하는 비교법적 연구 방법을 기본으로 택하였다. 특히 본 논문이 중점적으로 다루려고 하는 동산의 선의취득에 관한 문제점인 요건 및 효과에 대한 제도적 해결방안 등을 제시하기 위해 국내외의 단행본 및 연구논문과 학위논문 등을 수집·조사하여 분석·검토 하였고, 또한 가장 타당한 결론을 도출하기 위하여 법제학적 연구방법을 택하였다.

본 논문은 총 5개의 장으로 구성된다.

제1장은 연구의 목적과 연구의 범위 및 방법에 대해 기술하고,

제2장은 로마법과 게르만법에서 유래한 이 제도가 어떠한 경로를 거쳐서 우리나라 민법전에 제수되고, 그 영향은 어떤 것인지를 파악하기 위하여 선의취득에 관한 연혁과 외국의 입법례를 살펴보고 난 후, 선의취득에 대한 경당성의 근거를 찾아보고자 한다.

제3장은 동산의 선의취득에 관한 주관적·객관적 요건으로서 객체에 관한 요건, 양도인의 요건, 선의취득자에 관한 요건, 거래행위에 관한 요건, 도품·유실
몰에 특칙 등을 살펴보고자 한다.

제4장은 선의취득의 효과로서 원시취득, 선의취득자와 양도인의 법률관계, 양도인과 종전소유자의 법률관계, 선의취득자와 종전소유자의 법률관계(부당이득과의 관계) 등을 고찰하고자 한다.

제5장은 선의취득의 대한 특칙인 도품·유실물에 대한 적용범위 및 그 구체적 내용과 예외에 대하여 살펴보았다.

제6장 결론으로서 이상의 내용을 종합적으로 비교·검토하여 가장 타당한 방안을 제시하고자 한다.
제2장 善意取得制度의 一般論

선의취득제도는 어디에서 기원하는가? 중세 제르만법의 Gewere의 법설서, 즉「손이 손을 지켜야 한다」(Hand muß Hand wahren)는 원칙에서 제도적 기원을 찾는 것이 통설적 견해이다. 그러나 선의취득의 제도가 제르만법에만 존재한 것은 아니다. 중세 도시법을 매개로 하는 로마법상의 단기취득시효(usucapio)제도에서 「선의」취득자를 보호해야 한다는 사상도 그 이념적 기원이 될 수 있다. 그리고 현재의 선의취득제도는 상업도시를 중심으로 하여 등장하였지만, 이는 새로운 제도의 창설이 아니라 정치적 필요에 의해 Hand muß Hand wahren라는 古獨逸法原則이 활용되면서, 발전되어온 것이다.

이하에서 동산의 선의취득에 관한 주요 국가의 입법태도와 우리 현행 민법의 규정 제249조 내지 제251조의 입법태도를 비교·분석하면서, 선의취득제도의 계수과정과 우리 민법에 어느 정도의 영향을 미쳤는가를 살펴보고자 한다.

제1절 沿革 및 立法例

로마법은 개인주의적 성격으로 인하여 선의취득을 인정하지 않았다. 즉 “어느 누구도 자기가 가진 권리보다 더 큰 권리로 타인에게 줄 수 없다(Nemo plus iuris ad alium transfere potest, quam ipse habet)” 또는 “내가 내 물건을 발견한 곳에서 그것을 가져야 한다(Ubi rem mean ibienio ibi bindico)”는 법원들이 그것을 말해주고 있다.

선의취득제도는 로마법에서가 아니고 제르만법에서 유래된 것이다3). 그러나 로마법의 계수 이후 제르만법의 Hand where Hand의 원칙은 단 이상 독자적인 발

3) 김중환·김학동, 전세서, 121쪽; 권용우, 전세서, 175쪽; 이은영, 「물권법」, 박영사, 1999, 303쪽.
전을 하지 못하고, 시효취득의 제도가 선의취득제도의 기능을 대신하기 시작하였다.

I. 演 革

1. 게르만법의 Hand wahre Hand

게르만법은 점유(Gewere)의 효과로서 무권리자로부터 점유를 이전받았다고 하더라도 현재의 점유자가 강하게 보호받게 되는 것이다. 즉 "손이 손을 지킨다 (Hand wahre Hand)" 내지 "자기가 믿음을 준 곳에서 신뢰를 찾아야 한다(Woman seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn suchen)"는 판결들이 선
의취득제도의 정신이 표현되어 있는 것이라고 한다. 동산의 소유자가 상대방을
신뢰하여 임의의 점유를 준 대여, 임차의 경우에는 신뢰를 준 상대방에 대해서
만 계약관계를 이유로 Gewere에 기하여 위탁물의 반환청구권을 행사할 수 있
고, 그 상대방으로부터 점유를 취득한 제3자에 대해서는 반환을 청구할 수 없게
되어 그 추급력을 제한되어 있었다. 그 결과 신뢰를 받은 자의 제3자는 소유자
로부터 추급당하지 않아야 이러한 추급력의 제한이 선의취득과 유사한 역할을
하게 된 것이다.

공시주의는 물권법의 Gewere에서 가장 잘 나타난다. 외부에서 인식할 수 있는
물건의 지배관계가 형식요건을 갖춘(fomeil) 물건에 대한 지배로 인정되고 또 보
증된 곳에 Gewere가 있다. 물론 Gewere는 사실상의 지배만이 아니라 물권이
여야 존재한다고 한다.

---

4) 인형무, "선의취득의 견해에 관한 문제점 고찰 : 여울수표 등의 선의취득과 제2판결
6) V. Gierke, Deutsches Privatrecht-Sachenrecht, Leipzig, 1905, S.188: 제철용, "동산 선
   의취득에 관한 연구", 박사학위논문 서울대학교, 1995, 9쪽 이하.
“손이 손이 지켜야 한다”는 원칙은 점유위탁물의 경우에도 적용되었다가, 즉 동산이 소유자의 의사를 가하지 않고 소유자의 점유를 밟어난 경우인 도품·유실물·강탈물에 있어서 소유자는 어느 누구에게도 신뢰를 준 바 없으므로 Gewere를 알지 않고 현재 그 동산을 소지한 누구에게라도 반환을 청구할 수 있가. 즉 도난당한 물건이나 유실물은 그에 추구하여 그 반환을 청구할 수 있으나 상대방을 신뢰하여 Gewere를 준 경우에는 그 상대방에 대하여서만 청구가 가능하고 이를 취득한 제3자에게는 반환을 청구할 수 없다는 것이다. 이것은 불법행위에 대한 구제의 확장이라고 할 수 있다.

개르만법의 원칙은 경제사정이 변화하여 물건의 유통이 늘어나고, 일시적으로 타인에게 점유를 위탁할 필요성이 늘어날에 따라 더 이상 원래의 형태대로 유지할 수가 없게 되었다. 이미 로마법 계수 이전에도 점유위탁물과 점유이탈물의 영역에 구분이 점차 완화되었다고 한다.

로마법계수 후에는 로마법의 원칙이 대부분 보통법으로 되었다. 그러나 거래의 안전이라는 근세법의 이상에서 볼 때에는 개르만법의 원칙이 더 적합한 것이었으므로, 프랑스민법은 개르만법의 원칙을 체택하였고, 독일에서도 많은 지방법(판트법)에서 개르만법의 원칙을 유지하였고, 독일 민법도 이를 채용하기에 이르렀다.

2. 로마법

로마법에는 단기취득시효제도(usucapio)가 오늘날의 선의취득과 유사한 역할을

7) 황인상,『현대민법론 II』, 확성사, 1987, 139쪽.
8) 상세서, 137쪽.
9) 그러나 개르만법이 근세법에 체택 또는 유사법에는 소유자의 의사에 의하여 동산을 위탁한 경우에 제3자가 보호를 받는 것은 제3자가 선의인 경우에 한하며, 또한 도품·유실물의 경우에 있어서 추구의 범위에 일정한 한계가 가해지는 등 일정한 수정을 받았다(김종현·김학동, 전세서, 121-122쪽 참조).
하였는데, 이는 양수인이 목적물을 경당한 원인에 기하여 선의로 동산은 1년, 부동산은 2년간 점유하면 시민법상의 소유권을 취득하게 하는 제도였다. 당시의 거래 사정에 의하면 이와 같은 기간은 매우 충분한 기간이었다. 이후유티 바리아누스 척법은 양사를 3년으로 통일적으로 규율하였다. 

그러나 이 물권이 도품이거나 폭력으로 탈취된 것인 때에는 취득시효가 성립되지 않았는데 황령이나 불법사용도 도품이어서 로마법상의 선의취득의 목적물은 매우 혼오하였다. 그런데 기간의 산정에는 선의취득자의 이익을 위하여 무권리 중간차원자의 점유기간까지도 합산하는 것을 허용하였으며, 선의는 전주가 소유권자가 아닌 것, 즉 무권리는 포함하여 인정하였다. 또한 양도인의 행위능력에도 대해서도 이를 인정하였다.

3. 中世都市法

중세도시법(13-15세기)에는 게벤매법상의 “손이 손을 지켜야 한다”는 원칙상 제3자에게는 목적물반환청구권을 행사할 수 없다는 고유법규정이 완화되고 소유권의 보호가 중요한 법가치로 인식되기 시작하였다. 그러다가 로마법상의 소유권보호사상이 법률생활의 전반에 동장기 시작하였다. 즉 중세도시법은 소유자가 자유사상에 기하여 점유를 위탁했던 경우에도 소유자에게 총례에 인정되지

10) Gaius 11. 12: Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et semid biennio; et tta lege XII tabularum cautem est; vgl. rerum auch Cic., Top. 4.23: XII tab., 6. 3: Usus auctoritas fundi biennium est ... ceterum omnium ... annum usus(조규창, “로마법상의 선의취득”, ‘법학논집’ 제20집, 고려대학교 1982, 202면 참조).
13) 조규창, 전계논문, 203면; 고준석, 전계논문, 16면 참조.
않았던 제3취득자에 대한 목적물환청구권을 인정한 경우가 있었다\(^{16}\) 이와 같이 도시법에는 소유권보호의 관념이 강하게 나타났다고 할 수 있다.

그러나 상품의 교역이 활발해지면서 선의기보호가상도 생겨나기 시작하였다. 많은 도시법에서는 점유이탈물라도 공개시장에서 매수한 경우에는 원소유자에게 목적물환청구권을 행사함에 있어서 대가변성의무를 부담하게 하였으며, 특히 한 자도시법은 바다를 넘어 수입된 물건은 전혀 목적물환청구권을 인정하지 않았다\(^{17}\). 이러한 선의보호가상은 선의를 요건으로 하여 한자동맹의 중심도인 한부르크도시법을 최초로 하여 입법화되기 시작하였다\(^{18}\). 공신의 원칙을 필요로 할 정도의 거래관계는 증세할 도시를 중심으로 형성되었다\(^{19}\).

이탈리아와 독일의 경제적·문화적 교류는 로마법상상을 계수할 수 있는 계기로 작용하게 되었다. 즉 소유권보호가상이 법률생활의 전반에 등장함과 동시에 선의자보호가상은 사회적 요청이 강하게 대두되었고, 또한 활발한 무역거래로 인한 선의자보호가상도 등장하게 된 것이다. 이러한 양자의 사상은 1794년 프로이센 일반주법(ALR)에 입법화되었다\(^{20}\). 동법은 점유위탁물인가 점유이탈물인가의 여부, 제3취득자의 선의의·악의, 유상·무상의 여부와는 관계없이 원소유자가 목적물을 반환청구할 수 있는 것으로 하고 있다\(^{21}\).

II. 善意取得制度에 관한 立法例

동상의 선의취득제도는 거의 모든 국가가 인정하고 있다. 일본민법(우리의 구

16) 林 聰, 「ドイツ中世都市法研究」, 別文社, 1972, 173면.
17) 林 聰, 전개서, 173면.
18) 光적인, 「로마법·서양법예시」, 박영사, 1981, 261면.
19) 조사찬, 전개논문, 173면; 고준석, 전개논문, 22면 참조.
20) 1861년 보통법범법은 선의자보호가상은 강하게 하는 방향으로 입법화된 것이다.
21) 고준석, 전개논문, 23-24면 참조.
민법)은 시호의 장에서, 독일 민법은 소유권의 특실의 장에서 각 규정하고 있는 데 우리나라 민법이 선의취득의 목적물은 동산에 한정한 것은 프랑스 민법과 동일하나 대체로 독일민법의 제계에 따르고 있다고 하겠다.

1. 대陸法의 善意取得制度②)

프랑스 민법은 “동산은 遂及于 許容하지 않는다”는 원칙을 채용하여 동산에 관하여 점유는 권위의 값을 가지며(La possession vaut titre), 유실물 또는 도난물은 그 반환을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 즉 프랑스 민법 제2279조는 “동산에 관하여는 점유는 권위의 효력을 가진다”고 함으로써 동산선의취득을 인정하되, 다만 “물건을 유실하거나 도난당한 자는 그 유실 또는 도난이 있는 날로부터 3년간 이를 소지하는 자에 대하여 그 회복을 구할 수 있다”고 하여 유실·도난의 경우는 예외를 인정하고 있다. 이러한 규정은 게르만법의 흔적을 보여주는 중간적인 구성품을 취하고 있으며, 제계에 있어서는 즉시 완성되는 취득시 효의 일종으로 시호의 장에 선의취득을 규정하였다.

독일민법은 제932조 이하에서 선의취득제도를 Gewere적 구성이 아니라 점유의 공신력 인정에 의한 공신의 원칙에서 선의취득제도를 인정하였다. 독일민법은 게르만법과 마찬가지로 점유위탁물에 대해서만 선의취득을 인정하고, 점유이탈물에 대해서는 인정하지 않았다(935조). 제계는 소유권의 취득권인으로 파악하였다. 또한 중대한 과실이 없는 한 선의취득을 인정하고 있다.

스위스 민법은 선의취득을 독일 민법과 프랑스 민법을 접촉하여 동산소유권의 취득과 점유권의 효력의 장에서 규정하고 있다. 또한 양수인이 양도인의 소유권을 신뢰한 경우뿐만 아니라 양도인의 처분권에 관하여 선의인 경우에도 선의취득을 인정하고 있다③).

②) 박영일, 전계논문, 142면 참조.
구민법은 프랑스 민법을 본받아서 선의취득을 양수인이 현재 점유하는 소유권의 효력으로서 규정하였으나, 현행민법은 독일민법을 본받아서 점유의 공신력에 의한 소유권으로 취득으로 보고 있다. 그러나 독일민법과는 그 내용에 있어서 동일하지 않다. 즉 점유취득물에 대해서는 민법 제249조, 점유이탈물에 대해서는 민법 제250조, 제251조가 규정하고 있다.24)

2. 영국의 "사유권은 소유자에 의해서만 양도될 수 있다"(Ownership can only be transferred by the owner)라고 하는 원칙이 있지만, 예외적인 경우에 한해서만 선의취득이 인정되고 있다.25) 그 예외는 특히 동산매매법(Sale of Doods Act) 및 도매상법(Factors Act)에 규정되어 있다. 예컨대 ① 금전·유가증권은 비소유권자로부터의 선의취득이 언제든지 가능하며, ② 상사대리인 및 도매상은 자기에게 속하지 않은 동산을 동산소유권자의 동의에 의하여 점유한 때에는 그것을 유효하게 양도할 수 있다. 또한 ③ 제1매수인에게 양도해야 할 물건 또는 그것을 포장하는 중기물로 계속하여 점유하고 있는 매도인은 그것을 유효하게 제2매수인에게 양도할 수 있다. 또한 소유권을 취득하지는 않았지만 이미 점유를 시작하고 있는 매수인도 그 점유물을 유효하게 전매할 수 있다. 그리고 ④ 공개시장에서 선의로 매수한 자는 소유권을 취득하지만 매수한 물건이 도품일 때에는 침탈자가 형사제판에 의해 유효로 선고될 경우에 한하여 소유자로부터의 회복청

23) 이은영, 전개서, 303면 참조.
구에 복종한다.

미국법은 통일적인 선의취득에 관한 규정은 없지만, 각주의 대부분이 영국법의 선의취득보다는 간단하고 엄격한 제도에 의하고 있다. 예컨대 금전⋅유가증권의 경우에는 모든 주가 영국과 같이 선의취득을 인정하고 있지만, 그 외의 부분에 있어서는 차이를 두고 있다26).

영국이 제정법에 의하여 비교적 획일화된 처리를 하고 있는 것에 비하여 미국은 영국형법상 발달된 금반인의 법적 개별적으로 해결의 일반적 근거로 채용하고 있다.

제2절 善意取得의 理論的 根據

부동산은 그 공시방법의 동기가 비교적 진실한 권리상태와 부합되고 부동산등기법에 의하여 여러 가지 제도적 장치들이 이를 강제하고 있지만, 등산은 그 공시방법의 점유가 불완전하고 진실한 권리상태와 유리되어 있는 경우가 많다. 그 럼에도 불구하고 등산에 선의취득을 인정하는 근거가 무엇인가. 선의취득을 인정하는 이론적 근거에 관하여는 즉시시효설, 추정설 또는 권한설 및 선의설과 이 양자로 결충한 설 등의 여러 학설의 대립이 있다.

I. 即時時效說

제3가 동산을 선의로 점유한 때에는 즉시로 취득시효가 완성된다는 것이다. 프랑스 민법이 선의취득제도를 ‘시효의 장’에 두는 것은 이 설에 근거한다. 그러나 시효는 시간의 경과로 점차로 여러 가지 이유에 의하여 법률관계를 현재의 사실상태대로 확정지으려고 하는 것인데 반하여 선의취득은 시간의 경과없이,

26) 고준석, 전계논문, 30면 이하 참조.
즉시로 권리를 취득하는 것이지 시간의 경과를 전제로 하지 아니하므로 이 주장은 부당하다.

이 견해는 또한 민법 제250조의 도품·유실물에 대한 추급이 취용되는 경우 권리취득관계를 설명하지 못한다고 할 것이다.

II. 推定說

정유자는 법률상 소유권을 취득한 것으로 추정을 받고, 소유권취득의 추정을 받기 때문에 양수인은 이에 의하여 소유권을 취득한다는 것이다. 추정은 반증에 의하여 그 사 실관계가 뒤집어질 수 있으므로 권리취득의 추정에 대한 반증을 들면 권리를 상실하여야 할 것이나, 신의취득의 경우에는 반증에 의하여도 양수인의 권리관계에 아무런 영향을 주지 아니하므로 이 견해 역시 부당하다고 할 것이다.

III. 權限說(處分說)

정유는 권한인 효력을 갖는다. 양도인의 손에 있어서 보아, 정유는 권한으로서의 효력을 법률이 주어 양도인의 정유는 양도인에게 처분의 권한을 부여한 것이므로 양도인이 타인의 권리를 양도할 수 있는 지위를 갖는 결과 양수인은 양도인의 처분권에 기하여 이를 유효히 취득한다는 것이다. 그러나 정유권의 본질에 비추어 보더라도 정유는 정유자에게 타인의 물건을 처분할 형식적 권한을 준다고 하는 것은 법관진에 반할 뿐만 아니라 만약, 그러한 권한을 부여한 것으로 하면 신의취득은 권리의 속계취득이 되어야 할 것이면, 취득자의 선의를 요구할

27) 권용우, 신계서, 175면; 김기선, 〈한국물권법〉, 법률사, 1979, 226면; 장경학, 〈선의취득〉, 〈법정〉 1977. 5, 49면.
28) 권용우, 상계서, 175-176면; 김기선, 상계서, 226면.
이유가 없다. 권리의 승계취득과 선의의 점유자가 권리를 취득하는 경우는 성질 상 다르며, 선의취득은 무권리자로부터의 취득이고 그 취득은 법률의 직접규정에 기한 원시취득이다.29) 따라서 이 설도 옳지 않다.

IV. 善意說(權利外觀說; Rechtscheintheorie)

선의취득의 법적 근거를 처분자(양도인)에 있지 않다고 보고 취득자(양수인)에 서 구하는 것이다. 즉 선의취득제도는 거래의 안전을 보호하기 위하여 선의취득자를 보호하는 것이라고 한다. 민법은 점유에 권리추정력을 인정하였으므로 (제200조), 취득자가 처분자의 점유에 기하여 처분자를 권리자로 믿는 것은 당연하다. 취득자의 그러한 신뢰를 보호하기 위하여 그 취득에 권리의 실제를 부여한 것이다.

V. 權限説과 善意説의 折衷説

이 설은 점유상태로 보아 외관상 권리자로 오신할 만큼 형식적 유효처분의 존제와 이 외관적 사실을 취득자가 신뢰한 사실과의 2요소를 요건으로 한다는 것이다. 거래의 안전뿐만 아니라 진정한 권리자의 이익의 보호와의 조화를 요구하기 때문이라고 하나 형식적 유효처분여부를 판단하기가 쉽지 아니하고 또한 형식적 유효처분보다도 오히려 취득자의 신뢰에 그 중점이 있다고 할 것이다.

VI. 檢討

우리 민법은 권리외관을 존중하는 제르만법의 형식을 채용한 것이며, 따라서 선의취득의 근거는 동산거래의 전전성과 공시의 권한성을 고려하는 동시에 거래

29) 김기선, 전계서 226면; 장경학, 전계논문 49면.
의 안전과 신속을 위하여 점유권리외관이라는 원리절 바탕으로 삼아 동산의 점유에 공신력을 인정한 것이라고 보는 선의설이 타당하고 또한 일반적이다.
즉 취득자가 선의이며 괴실없이 처분자를 정당한 권리자로 믿었다면 취득자를 두렵게 보호할 필요가 있다. 이에 민법은 그 보호방법으로서 취득자에게 원시적으로 권리의 취득을 하는 것이라고 하는 것이다.

30) 정경학, 전개논문, 50면; 김기선, 전개서, 226-227면; 김용만, 전개서, 298면; 권용수, 전개서, 176면.
31) 선의취득을 인정하는 이론적 근거를 이와 같은 학설이 아닌, 계약법상의 Handwhere Hand의 원칙에서 그 근거를 찾는 연혁설, 소유자가 점유를 제3자에게 신뢰하여 그에게 보관시켰으므로 그로 인한 불이익도 소유자가 부담해야 한다는 야기설 또는 위험부담설 및 거래이익설, 사회적 구속성 이론 등으로 나누는 견해도 있다(배병일, 전개논문, 143-144면 참조; 이영준, 전개서, 242-243면 참조).
제3장 善意取得의 要件

동산의 선의취득에 관한 요건에 대하여 우리 민법 제249조는 “평온, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실없이 그 동산을 임용한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다”고 규정하고 있다. 즉 선의취득이 인정되기 위해서는 거래의 객체인 목적물이 동산이어야 하며, 처분자는 무권위자이면서 목적물을 임용하고 있어야 한다. 또한 처분자와 취득자 사이에 동산물권의 취득에 관한 유효한 거래행위가 있어야 하고, 취득자는 평온, 공연, 선의, 무과실로 당해 목적물의 취득을 취득하여야 한다는 것을 요건으로 하고 있는 것이다.

제1절 客體에 관한 要件

이하에서는 선의취득의 요건중 객체에 관한 몇가지 문제점을 정리하려고 한다. 선의취득의 객체는 동산임에 분명하지만, 그 해석상 동산으로 볼 것인지 어떤지에 관하여 의문이 제기되고 있는 것이 있기 때문이다.

I. 動産

선의취득의 목적이 되는 소유권 및 절권의 객체는 부동산을 제외한 물건인 동산이다(제99조 2항). 예외적으로 동산이더라도 선의취득규정이 되지 않는 물건도 있다. 예컨대 미분리된 농작물, 목재 등은 그 대상이 되지 않는다32).

판례도 부동산의 선의취득을 부정하고 있다. 부동산에 대한 무담으로의 소유권이전등기없이 동기권인 없는 무효의 동기로서 무이 적법하게 소유권을 취득할 수 있다.

32) 이은영, 전계서, 304쪽.
II. 不動産登記에 의하여 公示된 動産

공장저당권의 효력이 미치는 공장의 토지에 설치된 동산이 제3취득자에게 인도된 경우 선의취득의 목적이 된다(공장저당법 제9조 2항). 공장저당권이나 관업채권을 조성하여 제단목록에 기재된 동산에 대해서도 선의취득이 된다. 공장저당권의 효력이 미치는 기계 기구 등을 그 토지나 건물과 분리하여 암류한 조치는 공장저당법 제10조 제2항의 규정에 위배되는 하자가 있는 것이나 그 강제집행의 결과로 이를 경락한 자의 선의취득의 효력에는 아무런 영향이 없다. 만약 공장의 피용인이 혹은 제3자가 그 공장에 부속되었던 기계를 그 공장에서 분리하여 타인에게 처분한 경우에 당연히 그 타인은 소유권을 취득한다.

부동산의 종물인 동산이 그 주물인 부동산의 동기에 의하여 공시되는 경우도 선의취득의 목적이 된다. 예컨대 건물 이전동기에 의하여 공시되는 건물의 종물이 그 예이다. 종물이 주물인 부동산소유자의 소유에 속하지 아니한 때에

33) 대판 1965. 9. 28. 65다736.
34) 대판 1994. 10. 11. 94다16175.
36) 김상용, 「 물권법 」, 법문사, 1997, 228면; 김용한, 전개서, 283면; 김중한, 「 물권법 학의 」, 박영사, 1986, 92면; 방순원, 「 물권법 」, 일한도서, 1960, 133면; 곽윤직, 전개서, 123면; 김중한·김학동, 123면.
37) 대판 1972. 11. 28. 72다945.
38) 김중한·김학동, 전개서, 123면; 대판 1972. 11. 28. 72다945.
39) 곽윤직, 전개서, 123면; 김상용, 전개서, 228면.
도 양수인이 이를 점유할 경우 선의취득의 요건을 구비하였다면 선의취득할 수 있다(독일 민법 제962조 2항 참조).

III. 登記・登録으로 公示되는 動産

선박, 자동차, 항공기, 중기 등 동기 또는 동목을 갖춘 동산은 선의취득의 목적이 되지 않는다40. 이러한 동산에 관한 권리의 동기 또는 동목에 의하여 표상되어 부동산에 관한 법률이 적용되므로 선의취득이 적용되지 않는다41.

관례도 도로운송차량법 제5조 규정에 의하면 자동차소유권의 특성변경은 동목을 받아야 효력이 생긴다고 되어 있으므로 같은 법의 적용을 받는 자동차에 관하여서는 선의취득에 관한 규정은 적용될 여지가 없다고 한다42. 또한 도로운송차량법의 적용을 받는 불도저(중기)에 관하여서는 민법 제249조의 규정은 적용될 여지가 없다43.

총론수 20톤 미만의 소형선박에 관한 권리의 이전은 당사자간의 합의만으로 그 효력을 발생할 수 없는 것이고 일반동산의 예에 따라 그 인도를 받지 않으면 소유권을 취득할 수 없다44. 다만 동기를 필요로 하지 않는 선박에 대해서는 선의취득이 인정된다45.

IV. 明認方法에 의하여 公示되는 地上物

40) 이영준, 전계서, 244면; 학문적, 전계서, 122-123면.
41) 김상용, 전계서, 229면; 이은영, 전계서, 304면.
42) 대법 1964. 9. 8, 64다650.
43) 대법 1966. 1. 25, 65다2137.
45) 학문적, 전계서, 123면. 이에 대하여 동기가 필요하지 않는 20톤 미만의 선박(상법 제745조)이라도 대부분 동목이 그 요건으로 되어 있으므로 결국 선박은 통수에 관계없이 선의취득의 적용이 되지 않는다는 주장이 있다(박병일, 전계논문, 146면 참조).
수록의 집단, 임도, 미분리법 등은 명인방법이라는 공시방법이 있으므로 선의취득이 인정되지 않는다\(^{46}\). 선의취득은 그 본질상 거래의 안전을 위하여 진정한 권리자의 권리를 회생하는 것이므로 확대적용하는 것은 허용되지 않아야 하며, 또한 명인방법은 그 공시성에 있어서 부동산의 등기에 준한다고 보아야 하므로 인정할 수 없다\(^{47}\). 그러나 이러한 물건이 토지나 토지의 일부로서 분리된 예에는 완전한 동산이 되어 있으므로 선의취득의 목적이 된다\(^{48}\). 이에 따른 법률에 의하여 등기된 선의채권은 토지로부터 발생, 분리되더라도 여전히 저당권의 효력이 미치지만 이에 관하여 쌍의채권이 인정된다\(^{49}\).

V. 증권의 채권

지시채권, 무기명채권 등에 관하여 따로 특별규정을 두고 있으므로(민법 제514조, 제524조; 상법 제65조, 제359조; 수표법 제21조; 이음법 제16조) 선의취득의 규정이 적용되지 않는다\(^{50}\). 이득상환권\(^{51}\), 서울시장 무허가 건물을 자진 철거하는 시민들을 위하여 건립하는 연립주택의 입주권은 수분양자로서의 지위에 불과하여 선의취득의 대상이 될 수 없다\(^{52}\). 또한 선의취득은 점유인도를 물권변동으로 하는 동산의 소유권취득에 관한 규정으로서 저당권의 취득에는 적용될 수 없고\(^{53}\), 전화가입권, 지상권, 정기예금증서 등도 선의취득의 적용을 받지 않음이 입증된다.

\(^{46}\) 학윤직, 전세서, 123면; 김상용, 전세서, 229면; 김용한, 전세서, 235면; 이영준, 전세서, 244면; 장경학, 전세서, 453면.

\(^{47}\) 이영준, 전세서, 244면.

\(^{48}\) 상계서, 244면.

\(^{49}\) 학윤직, 전세서, 123면; 이언영, 전세서, 304면; 김상용, 전세서, 228면; 김용한, 전세서, 284면; 김중한, 전세서, 92면; 장경학, 물권법, 453면.

\(^{50}\) 학윤직, 상계서, 123면; 이영준, 전세서, 244면; 이언영, 전세서, 304면.

\(^{51}\) 대판 1980. 5. 13, 80다537.

\(^{52}\) 대판 1980. 9. 9, 79다2233.
는다. 그러나 화물상환증이나 선하증권에 의하지 않고 운송 또는 임차의 관계로 부터 이탈한 상품은 선의취득을 인정할 수 있다.  
동산자체의 선의취득과 증권의 취득에 의한 선의취득은 동일 문건 위에 경합한 때에는 동산 자체를 선의취득한 자가 우선한다.  
스위스 민법 제925조 2항은 상품증권의 선의양수인과 상품의 선의양수인이 대립하는 경우에는 후자가 우선한다고 규정하고 있다.

VI. 금 돈

1. 금돈의特性

금건은 “석불이로 만든 돈”이라는 사전적 의미를 가지고 있지만, 선의취득에서 말하는 금건이란 의미는 화폐 즉 가치척도·지불수단으로서 강제통용력을 가지는 것으로서 동산으로서 취급될 수 있는 가지이다.  
금건은 이미 동산이기는 하나 다른 동산과 구별될 여러 가지의 특징을 가지고 있다.

화폐는 물건과 물건과의 거래를 매개하는 가치측정의 표준과 보편적인 교환수단 대지 금지수단의 기능을 담당하고 있는 것이므로 그 가치변이 문제일 뿐 개개 화폐의 가설은 특별한 의미를 갖고 있지 않다.

화폐의 교환·유통이라는 본질적 기능으로 인하여 소유주체의 입장에서 보면 일회성과 소비성 및 대체성을 갖고 있어서 화폐의 소유권의 변칙성이 나타난다.

화폐 또한 동산이므로 법적 지배가능성인 소유권과 현실적 지배를 그 내용으로 하는 점유가 각각 성립되고 볼 수 있으나, 화폐의 점유가 화폐에 대한 소

54) 김상용, 전계서, 230면; 김용환, 전계서, 284면; 김중한, 전계서, 92면.
55) 이인재, 「민법주제(V)」 4권(2), 홍은식 대표, 박영사, 1997, 441면.
56) 김현대, “민법 제250조를 논할”, 「고시계」, 1962. 9, 92면 이하; 장경학, 전계논문, 55면 이하; 이정우, 전계논문, 279면.
유권의 소재를 추정케 하는 결과로 제3자에는 화폐의 절유자를 소유자로 인식하여 거래를 하는 것이므로 오히려 소유권과 절유권이 별개로 성립한다고는 볼 수 없는 특징을 대유하고 있다. 즉 화폐의 절유에는 공신력을 인정하는데 그치지 않고 화폐의 절유자체에 소유권이 성립한다는 것이다.

2. 금전에 대한善意取得의 可否

금전은 동산이면서도 그 나름대로의 특징을 가지고 있기 때문에 선의취득의 객제가 될 수 있는가. 즉 금전도 동산이므로 선의취득의 규정인 민법 제249조 이하가 적용될 수 있다는 하는 문제가 있다. 이를 공정하는 견해로와 부정하는 견해로가 있다. 이하에서 경우를 나누어서 검토해 보자.

(1) 금전의 價值의 側面이 強調되는 境遇

형식적으로 이 경우에도 동산이란 측면을 강조하여 선의취득의 대상이 된다고 하는 견해로와 위의 금전의 특성에서 본 바와 같이 금전은 가치의 표상이므로 절유와 동시에 소유권을 취득하는 것으로 보아야 할 것인 바 금전은 그 가치적 측면이 강조되는 경우에는 선의취득의 객제에서 제외함이 타당할 것이라고 하고, 다만 정의한 소유자의 보호가 문제되는데 이때에는 선취를 배반한 자에 대하여 부당이득반환청구에 의하여 해결할 것이며 특정통화의 반환청구를 할 것이다.

57) "화폐는 그것을 절유하는 자에게 속한다(Geld gehört denjenigen, der es besitzt)."
58) 김현태, 「신포권법」, 일요각, 1975. 122면; 방순원, 전계서, 132면; 촉 식, 「신포권·담보권법」, 박영사, 1960, 110면.
59) 윤석, 전계서, 122면; 김기선, 전계서, 234면; 김용한, 전계서, 284면; 김상용, 전계서, 229면; 김중한, 전계서, 91면; 장정학, 전계서, 522면; 이운영, 전계서, 305면; 박병일, 전계논문, 148면.
60) 김현태, 「선의취득」, 「고시계」, 1977. 8, 18면 이하; 방순원, 전계서, 132면.
61) 김기선, 전계서, 260면; 장정학, 전계논문, 55-56면.
은 아니다\(^\text{62}\)라고 하는 대림이 있다.

(2) 金錢의 特定性이 強調되는 경우

예컨대 봉급의 임치나 전입의 목적으로 특정화폐를 지급하는 경우 등에는 가치적 측면보다는 오히려 일반적인 동산으로서의 특성이 강조되어 동산으로 거래되는 것이므로 이런 경우에는 선의취득의 대상이 된다고 하여 민법 제250조 단서의 “금전”은 이런 경우처럼 동산으로 거래되는 경우를 말한다\(^\text{63}\)。예컨대 강제 통용력을 잃은 금전을 수집의 대상으로 거래한다는든가 강제통용력이 있더라도 금 결제달로 받는 경우 등이다。

(3) 検 討

우리나라의 학설은 대부분이 위에서 본 바와 같이 가치의 표상과 특정성이므로 나누어 고찰하고 있으나 이는 실익이 없다。왜냐하면, 우리나라 학설이 민법 제250조 단서의 “금전”을 물건으로서 거래되는 ‘특정성’이 있는 경우를 이른다고 하나, 오히려 이 규정이 있으면서 금전을 선의취득제도에 의하여 취득한 금전의 가치표상적인 측면에 의하여 취득하는 실질적인 결과나 거래안정보호에 있어서는 차이가 없는 것이다。다만 임증책임과의 관계에서 약간의 문제가 있으나 평온·공연·선의·무과실이 모두 추정된다고 보면\(^\text{64}\) 이 점에서도 특별한 차이는 없는 것이다。즉 금전을 징유자체에 소유권이 성립한다는 가치의 표상으로서의 특성에 의하여 취득하는 경우에는 민법 제250조 단서의 “금전” 규정은 당연한 주의적 규정으로서 별 의미가 없고(선의취득에서 논하여지는 동산으로서의 물건

---

62) 장경학, 상계논문 56면。
63) 상계논문, 56면; 김용현, 전계서 302면; 쥬용혁, 전계서, 122면。
64) 쥬용혁, 상계서, 122면 이하 참조。
이전의 문제이다. 선의취득의 대상이 된다고 하더라도 도품·유실물에 대한 특례가 금전에는 적용되지 않고 소유권의 추급력이 인정되지 않으므로 취득자는 그 금전에 대한 정당한 권리를 가지게 되며 이 경우에는 민법 제250조 단서는 그 의의가 있게 된다고 생각한다. 또한 우리나라 학설이 특정성을 있는 금전을 봉급의 임차나 전용목적인 특정환폐물 예로 들면서 선의취득의 객체가 된다고 하는 제250조 단서의 “금전”을 그러한 특정성을 있는 물건으로 해석하고 있는 것은 모순이라고 생각된다. 왜냐하면 금전을 가치의 표상과 구별되는 특성으로서의 “금전”을 전제하고서도 가치적인 측면에 연연하여 추급력을 배제하려고 하기 때문이다. 그러므로 그런 경우는 가치적인 면에서는 이탈되어 있으므로 물건으로서의 특정성을 있는 “금전”에 대하여, 도품·유실물에 관한 추급권을 규정한 제250조 본문의 특례의 적용을 배제할 필요가 없다고 생각한다.

결국 특정성을 있는 물건으로 취급되는 금전이 선의취득의 객체가 되는 것은 타당하다고 할 것이나 제250조 단서의 금전을 그러한 의미로 해석하는 것은 타당하지 않다고 생각하며 동조 단서는 당연한 주의적 규정으로 해석하여야 할 것이 다(65).

금전은 일반적으로 물건이 가지는 개성을 가지고 있지 아니하고 가치의 표상으로서 강제동용력을 가지고 교환수단으로 유통되므로 선의취득의 적용이 없다고 보아야 한다. 따라서 반환청구도 특정 금전의 반환청구는 인정되지 아니하고 불당이득반환청구로서의 금전채권의 문제로 해결하면 된다. 다만 금전이 단순한 물건(전용목적의 특정 금전의 급부, 강제동용력을 상실한 금전, 실제로 유통되지 않는 황금나 은화)으로서 거래되는 경우에는 선의취득의 대상이 된다고 할 것이다. 민법 제250조 단서는 가치표상으로서 유통되는 금전이 아니라 단순한 물건으로서 거래되는 금전에 관하여만 적용한다고 보아야 한다.

(65) 김명호, 전례논문, 281면.
VII. 讓渡가 금지되는 物件

국유재산은 시효취득의 대상이 될 수 없다면 선의취득도 금지된다65). 또한 국유재산 중 취득시효의 대상이 될 수 없는 물건은 대체로 선의취득의 대상이 될 수 없다. 국가적 사회적으로 양도가 금지되어 양수인이 소유가 될 수 없는 것은 선의취득의 대상이 될 수 없다67). 예컨대 국유문화재(문화재보호법 제54조), 아편흡식기구(형법 제198조), 음란한 문서 도서 기타의 물건(형법 제243, 244조), 위조·변조한 통화와 그 유사물(형법 제207조) 등은 선의취득의 대상이 될 수 없다.

제2절 讓渡人에 관한 要件

I. 讓渡人の 占有

선의취득은 점유에 대하여 공신력을 인정하고자 하는 제도이기 때문에 양도인은 점유를 하고 있어야 한다. 따라서 양도인이 점유하지 않고 양수인이 점유를 원시취득 내지 양도인과 전력 관계없는 제3자로 진실한 권리자로 오신하더라도 적용되지 않는다. 처분자의 점유는 직접점유, 간접점유를 불문하고 자주점유, 타주점유를 물지 않는다68). 그리고 점유자의 점유는 점유보조자의 사실상의 지배도 포함하므로, 점유보조자를 권리자로 오신한 경우에도 인정한다69).

간이인도의 경우에는 양도인으로부터 점유를 승계한 경우가 아니면 선의취득이 인정되지 않는다. 또한 양도인이 직접 또는 간접점유를 가지고 있지 아니한

65) 이은영, 전계서, 305면; 이영준, 전계서, 247면.
67) 이인재, 전계서, 441면.
68) 박윤식, 전계서, 123면; 이영준, 전계서, 246면; 김종한·김학동, 전계서, 123-124면.
69) 이영준, 전계서, 246면.
경우에도 직접권유자가 양도인의 지시에 의하여 양수인에게 인도하는 때에는 선의취득이 인정된다.

그러나 양수인이 양도인이 무권리는라하는 것을 알았으나 무권리자의 양도에 동의하는 제3자를 권리자라고 잘못 안 겪으면, 즉 양수인이 임차인으로부터 물건을 양수하면서 임차인이 소유자로부터 동의를 받았다고 믿었는데 그 자가 소유권을 가지지 아니하였던 사실을 알지 못한 경우에는 동의를 한 소유자와 임차인간에 대한 점유관계가 존재하지 아니하므로 실질적인 소유자는 간접권유를 하고 있지 아니한 것이 불과하다. 따라서 양수인이 점유관계가 존재한다고 착오한 것만으로 부족하다고 할 수 있으므로 이 경우에는 선의취득의 성립이 부정된 다.

II. 讓渡人の 無權利

1. 讓渡人の 占有

양도인이 정당한 소유자가 아닌 때라고 하는 것은 소유권을 가지고 있지 않는 것이 정합적인 것이다. 즉 양도인이 무권리는라할 것이 요구된다. 임차인, 임금자, 수취인, 단순한 점유보조자 등이 그 예이다.

소유자가 아닌 자가 법률에 의하여 처분권을 갖는 경우 처분권자의 처분에 대한 선의는 선의취득의 적용을 받는가. 법규정상 소유자가 아닌 때라고 하고 있을뿐 처분권을 오신한 경우까지 적용되었다고 하는 명문규정이 없고, 선의취득이 공시방법의 의무로부터 본권의 존재를 신뢰한 자를 보호하기 위한 제도이므로 문제가 된다. 선의취득에는 타인의 동산을 자기의 이름으로 처분할 권한이 없는

70) 이영준, 전계서, 246-247쪽; 배명일 전계서논문, 149쪽.
71) 이영준, 상계서, 246-247쪽.
자도 포함된다. 즉 위탁매매인, 점권자, 집행관 등이 그의 권한에 기하여 자기의 이름으로 처분하는 경우 그 처분제산 속에 타인의 동산이 포함되어 있어서 그 동산을 처분할 권한이 없는 때도 불구하고 처분권이 있는 것으로 오심하여 거래한 경우 선의취득이 성립한다72). 따라서 소유권이 있다더라도 처분권이 제한되는 경우에 선의취득은 인정되지만, 소유권은 없고 처분권이 있는 경우에는 선의취득은 문제되지 않는다73).

판례도 집달리가 어느 유체동산을 가압류하였다 하더라도 집달리가 종전의 소유자에게 계속하여 그 보관을 명한 경우에 있어서는 점유자의 사의상의 점유가 소멸되는 것이 아니며 그 물건을 점유하는 소유자가 이를 타인에게 매도하고 그 타인이 선의로 점유인도 받은 경우에는 그 타인이 물건의 소유권을 적법하게 취득한다74)고 한다. 해임된 파산관리인(파산법 제147조)이 동산을 처분한 때에도 선의취득이 성립한다.

2. 讓渡人의 無権利

양도인의 소유권취득이 무효・취소・해제된 경우에도 양도인은 무권리자이다. 다만 이 경우의 사유로 선의의 제3자에게 대항할 수 없는 것인 때에는 양수인은 보호를 받을 수 있다. 소유권을 가진 양도인으로부터 제1매수인이 점유해제 또는 반환청구권의 양도에 의한 점유이전을 받아 소유권을 취득한 후 제2매수인이 양도인을 소유자로 오심하여 매수한 경우도 무권리자로부터 양수한 경우이다75).

무권리자의 양도행위는 소유자가 이를 사후에 추인하거나 사전에 동의하여 유

72) 宋윤직, 전계서, 123면; 김상용, 전계서, 231면; 이영준, 전계서, 247면; 이인재, 전계서, 443면.
73) 이인재, 전계서, 427면; 배병열, 전계논문, 150면.
74) 대법 1966. 11. 22, 66다1545, 1546.
75) 이영준, 전계서, 247면.
효한데 이 경우 소유자의 동의나 승인이 없는데도 있는 것으로 오신한 경우 양수인은 선의취득의 적용이 있다. 소유자로 오신된 자가 동의나 승인을 한 때에는 그가 목적물의 직접 또는 간접점유자가 선의취득이 적용된다76).

무권리의 시정과 관련하여 양도할 당시에는 양도인이 소유자 내지 처분권자였으나 양도 이후 소유권이나 처분권을 상실하게 되는 경우 예컨대 소유자 푼이 정이 차다 하여 양도하고 정이 다시 푼에게 양도한 경우 사후에 푼과 정사이에 매매계약이 착오, 사기, 강박, 무능력을 이유로 취소된 경우에 선의취득을 인정할 수 있는가. 착오, 사기, 강박의 경우 선의의 제3자를 보호하는 규정을 두고 있는데 이 경우 선의의 제3자는 양도인과 양수인 사이의 법률행위에 취소된 것을 로는 전득자를 말한다. 전득자인 푼에게 선의취득을 적용하여야 한다77).

3. 代理權의 嚴如

대리인이 본인 소유가 아닌 동산을 처분한 경우에 취득자가 본인소유로 오신한 때에는 선의취득은 성립한다. 법정대리의 경우에도 마찬가지이다. 즉 부재자와 제산관리인(제22조), 비확정증인 상속제산관리인(제1022조, 제1023조, 제1044조), 상속인이 없는 상속제산관리인(제1053조), 유언집행자(제1093조, 제1094조) 등이 처분한 동산이 제3자의 동산이 혼합되어 있는 경우 선의취득의 적용이 있다. 또한 정유보조자를 권리자로 오신하여도 선의취득의 적용이 있다78).

그러나 대리인이 무권력대리인 경우에는 대리권한이 있다고 오신하여야 선의취득의 적용이 없다79). 이때에는 무권력대리, 표현대리의 규정에 의하여 상대방을 보

76) 이인재, 전개서, 445면.
77) 이인재, 전개서, 445면.
78) 이영준, 전개서, 262면.
79) 평준식, 전개서, 123면; 김상용, 전개서, 231면; 이영준, 전개서, 264면; 장경학, 전개서, 455면.
호하면 죽하다. 본인에게 처분권이 없고 대리인에게 대리권도 없으나 표현대리가 성립되는 경우 선의취득의 적용이 있다.

### Ⅲ. 讓渡人の無権利와 관련된 문제

양도인의 무권리와 관련하여 문제가 되는 것으로 소유권유보부대매, 리스계약과 양도담보가 있다. 이것은 대부분 선의취득자의 사실관계와 관련이 있다.

1. 善意取得에 있어서 遺失의 判斷基準

선의취득에 있어서 사실이라 함은 양수인이 양도인의 처분권자로서의 지위에 관하여 판단함에 있어 거래상 요구되는 주의의무를 위반하는 것을 말하고, 이는 평균인에게 일반적으로 요구되는 주의정도를 기준으로 한 추상적 경과실을 의미한다. 이러한 사실이나 그 전제가 되는 주의의무의 내용은 그 법규 자체에 의하여 법관으로 하여금 구체화하도록 말거진 일반조항이라고 할 것이므로 구체적 사안에 있어서 여러 사정을 고려하여 종합적으로 판단하여야 할 것이다.

사실 여부를 판단함에 있어서 고려하여야 할 점으로 일반적으로, 그 거래가 매매 등 통상의 거래인가, 아니면 양도담보 등 특수한 거래인가 하는 거래의 성질, 통상의 방법으로 취득한 것이나, 아니면 우연한 기회에 모로는 사람으로부터 취득한 것이나 등의 거래상을이나 물건의 가액, 양도인의 재산상태 등을 들고 있다. 즉, 양도담보로 취득한 경우에는 일반적으로 양도인의 열악한 신용상태를 전체로 한다고 할 것이므로 실질적인 교환거래보다는 보다 세심한 주의가 필요할 것이고, 경매에 의하여 취득한 경우에는 통상의 매매와는 달리 국가기관에 의한 집행절차라는 성질상, 특별한 사정이 없는 한, 사실이 인정되기 어려울 것

---
80) 이인재, 전개서, 455면 참조.
이다. 또 거래가 통상의 방법에 의하여 이루어진 경우에 비하여 그렇지 아니한 경우에는 양도인의 법적 지위에 관하여 보다 세심한 주의를 기울여야 할 것이며, 고가품일수록 더욱 명백한 주의를 기울여야 하고, 양도인의 재산상태로 보아 목적물을 소유하는 것이 어려울 것으로 보이는 경우에는 쉽게 취득자의 과실을 인정할 수 있을 것이다.

선의취득에 있어서 과실은 그것이 진정한 권리자의 보호와 거래안전의 보호라는 서로 상반되는 이념을 조화시키는 장치가 할 것이므로 과실 여부의 판단에 있어서도 이러한 법의 이념을 바탕으로 판단하여야 할 것이나 구체적인 판단은 법관의 세계관에 따라 달라질 수 있을 것이고, 종국적으로는 판례의 집적에 의하여 그 기준이 구체화될 수 있을 것이다.

2. 所有權留保附買的 慈意取得

소유권유보부 매매관 할부매매를 하는 경우와 같이 매도인이 매매목적물을 매수인에게 인도하되 매매대금이 완납될 때까지 소유권을 유보하고 완납되면 소유권이 장동적으로 매수인에게 이전되는 계약을 말한다(81). 소유권유보매매의 매수인이 소유하고 있는 동산을 제3자에게 처분하면 제3자가 소유권유보의 조건이 있음을 알지 못하고 매수하면 선의취득이 인정된다(82). 즉 소유권유보부매매에 있어서는 목적물의 회수불능의 위험을 피하고 담보로서의 기능을 확보하기 위하여 특약에 의하여 목적물의 처분이 금지되어 있는 경우가 일반적이다. 예컨대 건설기계나 공작기계와 같은 고가의 동산의 매매에 있어서 매수인이 그 인도를 받은 경우에도 대금이 완납될 때까지 그 소유권을 제조건매사나 리스회사에 유보한다는 내용의 특약이 일반화되고 있다. 이러한 소유권유보부 매매의 법적

81) 이영준, 918쪽.
82) 배병일, 151쪽: 김상용, 전계서, 913쪽: 이영준, 전계서, 930쪽 이하 참조.
성격에 관하여 최근 매도인의 권리를 담보권으로 과학하려는 시도가 있으나, 중
래의 통설적인 견해에 따르면, 매수인이 대금 완제를 정지조건으로 그 소유권을
취득하는데 지나지 아니하므로 대금 완제 전까지는 소유권이 매도인에게 귀속하
게 된다. 따라서 이러한 기재 등을 그 대금 완납 전에 전매한 경우, 그 취득자는
소유자 아닌 자로부터 취득한 것이 되어 선의취득의 인정 여부, 구체적으로 매
수인의 파실 여부가 항상 문제로 된다83).

그런데 이러한 특약에도 불구하고 매수인이 대금완납전에 목적물을 취득한 경
우 매도인과 제3취득자 사이의 법률관계는 어떻게 되는가. 일본의 관례는 대부
분 이에 대하여 선의취득의 성립을 부인하고 있는데 그 이유로 제3취득자의 무
과실이 입증되지 않았음을 들고 있다84). 제3취득자의 무과실의 기준으로 제3취
득자가 목적물의 전문취급업자인지 여부, 목적물을 취득한 경위, 목적물을 취득
하면서 매도인의 소유권에 대한 조사의무가 있는 경우 그 의무를 다 하였는지
여부 등을 들고 이에 대한 판단을 하고 있다85).

(1) 調査義務의 存否

건설기계를 취득하는 건설업자와 같은 전문취급업자는 제조회사나 판매업자

---
83) 조수현, "동산의 선의취득과 취득자의 무과실(대판 1995. 11. 14 95다20416)", 대법원
판례해설, 제24호, 법원도서판, 1996. 5, 36-37면.
84) 일본의 최고재판소 판례로는 토목건설기계를 취급하는 고용자가 토목건설도급업자로
부터 신분의 토목건설기계를 대신 취득하는 경우 취득자에게 과실을 인정한 사례가 있고(日産
判 昭和 42. 4. 27. 判決, 判例時報 492호 55면), 하급심판결로는 취득자가 토목의 기계
류를 취급하는 업자인 경우 이러한 점을 고려하여 취득자에게 과실이 있다고 판단한
사례가 다수 있다고 한다(大阪地判 昭和 40. 2. 10. 判決, 神戸地判 昭和 48. 7. 23.
判決, 東京高判 昭和 49. 12. 10. 判決, 福岡高宮崎判 昭和 50. 5. 28. 判決, 千葉地判
昭和 54. 11. 29. 判決, 大阪高判 昭和 58. 5. 31. 判決, 千葉地判 昭和 59. 3. 23. 判決,大
阪高判 昭和 60. 5. 31. 判決, 東京高判 昭和 61. 11. 27. 判決, 구체적인 출처와 그 해
설에 관하여는 위 玉城征輔郎의 所有權留保付建設機械의 即時取得 참조).
85) 배병일, 전계논문, 152면 이하 인용.
이의자로부터 건설기계와 같은 중기를 양수한 경우 원칙적으로 매도인이 소유권자인 절여부에 대한 조사의무가 있다. 관례는 토목건설업자로 토목건설기계를 판매업자로부터 매수함에 있어서는 소유권유보의 할부판매의 법면에 의하는 경우가 많고, 제3취득자가 고물상으로서 토목건설기계를 취급하고 있었기 때문에 위와 같은 사정을 알고 있는 사실에 비추어 보면 고물상이 물건을 매수함에 있어서는 매도인이 어떠한 사정으로 신중한 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(86)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 일이며, 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 취득권인, 전소유자명의 등을 확인하고 매매계약서 등의 자료를 제시하도록 요구하고 때에 따라서는 전소유자에게 직접 조회하는 등의 조치를 강구할 주의의무가 있다. 또한 제3취득자인 본건 목격물의 취득가액이 보통의 경우와 비교하여 값싸다는 것도 과실이 있음을 최반직하는 하나의 자료가 된다(87)고 한다.

그러나 중고기계판매업자 사이에는 대부분 대급일시불로 거래되고 있고 양도

86) 日 梵高載, 1967. 4. 27.
87) 日 大阪高載, 1983. 5. 31.
중명서에 의한 건설기계의 거래관행은 아직 충분히 정착되었다고 단정할 수 없으며, 제조 후 3년이 경과한 것이에 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\(^\text{88}\)고 하면서 선의취득을 인정한 관례도 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 제3취득자로서는 매도인의 소유권의 유무에 관하여 조사할 의무가 없고 이러한 사정이 인정될 때에도 조사의무가 발생한 \(^\text{89}\). 그러나 판례는 채권자가 전구제조업자에 대하여 대물변제로 공작기계를 인도받은 사례에서 목적물인 기계는 구입한지 2, 3개월밖에 되지 않은 신품이나 다름없고, 업자는 다른 채권자에게도 많은 채무를 부담하고 있어야 위 기계의 매매대금의 지급도 어려워 이루어졌으며, 채권자는 이러한 사실을 알고 있었는 경우 채권자에게 조사의무가 있다고 하여 이를 해태한 과실이 있다\(^\text{90}\)고 한다.

매도인이 관매업자인 경우는 이로부터 동산을 양수하는 제3취득자는 원칙적으로 매도인의 소유권 유무에 대한 조사의무는 없다고 할 것이다\(^\text{91}\).

경락의 경우에는 일반적으로 동산의 경락인은 동산이 점유자인채무자의 소유에 속하고 집행관은 이것을 경매할 권한이 있는 것으로 신뢰하는 것이 보통이므로

\(^\text{88}\) 日大阪地裁, 1960. 5. 28.
\(^\text{89}\) 大島和夫, “所有權留保賣買と第3取得者の権利”, 『民商法雜誌』90卷 5號, 1984. 8, 67
\(^\text{90}\) 日大阪地裁 1963. 1. 24.
\(^\text{91}\) 日大阪高裁 1979. 8. 16.
로 특단의 사정이 없는 한 소유권의 귀속에 대하여 조사해야 할 주의의무는 없다. 공작기계인 전반의 강재경제에서 집행관이 아직 완전히 대금을 지급받지 아니하고 경력물건이 아직 경력행에게 인도되지 아니하고 있던 중에 그 소유권을 주장하는 제3자가 나타났지만 집행관이 이를 무시하고 그대로 대금을 지급받고 경력행에게 물건을 인도한 경우 경력행에게는 제3자의 소유인 것으로 의심할만 한 특단의 사정이 없는 한 당해 동산의 소유권을 확인해야 할 조사의무는 없다고 한다. 또한 집행채무자의 소유에 속하지 않는 동산이 강재경제에 불어지게 된 경우에도 경력행은 선의취득할 수 있다고 한다.

우리 대법원도 통상제도판매사건에 소유권이 유보된 채 할부형식으로 판매되고 있는 고가의 대형 공작기계를 24개월 또는 12개월간 대금분할하여 지급하되, 대금 완납전에는 메도인에게 소유권을 유보하기로 하는 내용으로 매수하였다가 아직 그 대금을 완납하지 아니한 메수인으로부터 메도인완납기한이 지난 때로부터 얼마 지나지 아니하여 단기간에 전전해도된 경우, 최종매수인이 그 매수당시 소유권유보 여부를 확인하지 아니하였고, 또 점유를 이전 받기 전에 미리 대금전액을 현금으로 지급하였다면 최종매수인에게 파실이 있다고 한다.

(2) 調査義務와 內容

제3취득자에게 조사의무가 있다고 할 경우 거래경위, 제3취득자가 소비자인지 전문취급업자인지 또는 메도인인 판매업자인지에 따라 내용이 달라진다. 메도인에게 물건이 처분에 이르게 된 사정에 관하여 질문하거나 매매계약서, 대금영수증 그 밖의 관계서류의 제시를 요구할 수 있고, 또 목적물의 누구로부터 매수하였는지를 확인하여 메도인의 전자에게 매매대금의 지급여부를 확인하는 방법으로

---
92) 日 最高裁 1964. 5. 29.
93) 日 最高裁 1967. 5. 30.
94) 대판 1995. 11. 14, 95다20416.
로 목적물의 소유권의 귀속 내지 매도인의 처분권 유무에 대하여 조사하면 된다. 또한 목적물에 부착된 표지 등에 의하여 제조회사나 매도인을 확인하여 제조회사나 매도인에게 조회하면 쉽게 권리관계를 확인할 수 있다.

3. 리스계약과 善意取得

리스계약은 리스회사가 리스물건의 소유권취득방지를 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 다름이 일게 될 가능성이 많다. 이 경우 리스물건의 소유권은 리스회사이지만 실제로 점유하고 있는 것은 리스이용자이고 따라서 리스이용자가 소유자인 것처럼 권리관계를 창출함으로써 제3자가 선의취득할 수 있는지 문제된다. 이것은 리스이용자가 부당하게 제3자에게 처분하는 경우와 리스이용자 채권자가 리스물건에 대하여 강제집행하는 경우로 나눌 수 있고, 전자는 제3자에 대한 양도와 입찰로 나눌 수 있다.

리스이용자가 제3자에게 리스물건을 처분할 경우 제3자는 선의취득요건을 구비하면 소유권을 취득할 수 있지만 이 경우 리스회사는 제3자의 악의 또는 과실을 입증하여야 한다. 아직까지 판례에서 본격적으로 문제가 되지 않았지만 소유권보존법에 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 강제집행

95) 日東京高裁 1974. 12. 10.
96) 박병일, 전계논문, 155면 이하 참조.
율 할 경우 집행기관의 집행관은 채무명의상의 채무자인 리스이용자의 재산에 대한 구체적인 조사를 하여 채무자의 점유를 기준으로 하여 압류대상재산을 조사 압류하도록 되어 있어 경력인은 선의취득할 수 있다. 이 경우 리스회사는 소유자로서 제3자 이의의 소를 제기함으로써 리스물건을 회복할 수 있다.

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. 중복리스와 함께 리스의 부정적인 이용사례이다. 이중리스는 사기죄와 같은 형사적인 문제를 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, 증기 등)을 제외하고는 일반적으로 소유권의 공시방법이 불완전하기 때문에 발생한다.

문제는 리스회사간의 리스물건을 물려받은 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 리스물건에 대하여 나중에 리스이용자와 리스계약을 체결한 리스회사(이를 후행 리스회사라 한다)는 리스이용자로부터 받은 리스물건의 인도의양은 일반적으로 점유개정에 의한 방법이다. 이같은 점유개정에 의한 인도의 경우에 민법상 선의취득이 인정되는가에 대하여는 다수설[97]과 판례[98]는 부정하고 있고, 소수설[99]은 인정한다. 또 다른 소수설은

---

[97] 김용한, 전계서, 287편; 김중한, 전계서, 94편; 이영훈, 전계서, 268편; 장정학, 전계서, 461편.
정유개정에 의한 선의취득을 인정하지만 그것은 확정적인 것은 아니며 뒤에 현실의 인도를 받은 때에 선의취득자는 확정적으로 소유권을 취득한다고 한다. 

그러나 리스이용자에 의한 이중리스중에서 세일 엔드리스택의 경우에는 선의취득이 문제된다. 리스이용자가 이미 사용하고 있는 선형리스회사의 리스물건을 자기소유물건인 것처럼 가정하여 매도하고 후행리스회사는 이것을 신뢰하여 매매계약을 체결하였으므로 선의취득이 문제된다. 만약 후행리스회사가 리스이용자로부터 받은 물건인도의 테양이 정유개정이라면 다수설과 판례에 따르면 선의취득은 문제가 되지 않는다. 그러나 후행리스회사가 리스이용자로부터 리스물건을 현실의 인도를 받은 경우에는 후행리스회사의 파실이 문제되고 결국 이것은 주의의무의 정도문제로 된다. 리스회사는 리스물건에 대하여 인도확인의무가 없다고 하면 주의의무가 경감되어 선의취득이 인정될 여지가 있다. 그러나 소수설에 의할 경우 후행리스회사는 선의취득을 할 수 있다. 리스이용자에 의한 이중리스 중에서 일반적인 리스의 이중리스의 경우에는 선행리스회사의 리스물건에 대하여 매도인과 리스이용자가 매도인의 소유물처럼 가정하여 후행리스회사와 리스계약을 체결한 경우 선행리스회사는 리스물건에 대하여 간접소유가 있으나 매도인은 아무런 점유가 없다. 따라서 거래 상대방인 매도인의 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 문제가 된다.

98) 대판 1964. 5. 5, 63대775, 등 1978. 1. 17, 77대1872. 
99) 김기선, 전개서, 231면. 
100) 김상용, 전개서, 235면; 홍철인, 전개서, 150면.
4. 讓渡擔保의 善意取得

동산양도담보에서 양도담보권자는 양도담보설정자에게 청산금을 지급할 때가지는 형식상 소유자라고 하더라도 실제로는 담보권자에 지나지 않는다(가담법 제4조 2항). 그러나 현실의 점유를 양도담보권자에게 이전한 경우에는 양도담보권자가 목적물을 자기의 소유재산으로서 제3자에게 처분할 수 있다. 이 경우 제3자가 선의라면 선의취득의 법리를 의하여 유효하게 소유권을 취득하고, 양도담보권자는 그의 권리를 여기게 된다101). 이 경우 설정자는 채무불이행에 의한 손해 배상청구를 할 수 있고, 만약 설정자가 동시에 채무자이고 또한 피담보채권의 변제기가 도태하고 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 취득한다102). 이 경우 선의취득의 요건으로서의 선의 무과실은 양도담보의 존재에 관한 선의 무과실을 의미한다103). 또한 양도담보설정자는 양도담보권자에게 채무불이행에 의한 손해배상책임을 부담하고 그 손해액은 피담보채권액이다. 만약 설정자가 동시에 채무자인 경우 설정자는 채무자로서 같은 금액의 채무를 부담하기 때문에 결국 무담보가 되지만 설정자가 물상보증인 경우에는 설정자에 대하여 양도담보권자의 손해배상청구권이 발생한다.

한편 양도담보와 선의취득이 문제된 사안은 다음과 같이 두 경우가 있다.

---
101) 禎운직, 全계서, 412-413면.
102) 禎운직, 全계서, 413면; 艦상용, 全계서, 895면; 이영준, 全계서, 247면.
103) 禎운직, 全계서, 413면.
원고, 정황과 소외회사 채는 소외회사 소유 사건등산에 대하여 양도담보계약을 체결하였다. 정황은 소외회사 채의 사건등산의 점유를 계속하는 점유개정의 방법으로 사건등산을 인도받았다. 그 후 피고 채이 소외회사 채로부터 사건 등산을 양수받고 선의취득을 주장한 사건에서 원심은 점유개정의 방법에 의하여 정황이 이를 인도받은 사실을 알고 있었거나 파실로 인하여 알지 못하였으면서도 이를 점유하였다는 선의취득을 배척하였다. 이에 대하여 대법원은 “등산양도담보권자는 대외적으로 그 소유권을 행사할 수 있는 것이므로 제3자인 피고에게 바로 목적등산의 인도를 구할 수 있다”고 판시하였다.

(2) 대판 1989. 10. 23, 88담가26802

득할 수 없게 하였으므로 피고는 원고에게 손해배상의무가 있다고 하였다. 이에 대하여 대법원은 “동산의 소유자가 이를 이중으로 양도하고 각 점유개정의 방법으로 양도인의 점유를 계속하는 경우 양수인들 사이에 있어서는 먼저 현실의 인도를 받아 점유를 매 은 자가 소유권을 취득한다”고 하였으므로 양수인 중의 한 사람이 처분금지가처분 집행을 하고 그 동산의 인도를 명하는 판결을 받은 경우에는 다른 양수인이 위 가처분집행후에 양도인으로부터 그 동산을 현실로 인도받아 점유를 계속하였더라도 그 동산을 선의취득한 것이 아닌 한 이와 같은 양수인은 가처분채권자가 본안소송에서의 승소판결에 따른 채무명의에 피담의 강제집행을 하는 경우 이를 수인하여야 하는 지위에 있으므로 가처분채권자와의 사이에서는 그 동산의 소유권을 취득하였다고 주장할 수 없다”고 하였다.

IV. 立證責任

1. 學 說

학설은 과실의 존재는 이를 주장하는 자가 입증하여야 한다는 것이 다수설이나, 그 논거에 관하여는 민법 제200조에서 점유자가 점유물에 대하여 행사는 권리의 적법하게 보유한 것으로 추정하고 있으므로 점유자와 거래하는 자가 점유자에게 본권이 있다고 믿었다고 하더라도 원칙적으로 과실이 없다고 보아야 할 것이라는 견해, 점유자의 점유상태추정에 관한 민법 제197조 제1항에 의하여 취득자의 평온·공연은 추정된다고 할 것이나, 취득자의 선의 여부는 이와 차원을 달리하는 것으로서 위 조항과 민법 제200조를 종합하여 비로소 취득자의 선의무파실이 추정될 수 있다는 견해, 민법 제200조는 권리외권의 법리와는 무관한 것이고, 선의와 무파실은 일체로 하여 입증책임의 분배를 논하여야 할 것인

104) 대판 1975. 1. 28, 74다1564.
데, 무과실의 입증은 결국 완전한 선의의 입증을 요하는 섭이 되어 부당하고, 따라서 민법 제197조 제1항은 양도인이 점유상태에만 미치는 것이 아니라 선의취득자의 점유취득에도 미친다고 보아야 할 것이므로 민법 제197조 제1항에 의하여 취득자의 무과실이 추정된다고 보아야 한다는 견해 등이 있다 105).

양도인이 무권리자라야 한다는 요건은 소극적 요건이므로 양수인이 양수하였다는 사실만을 주장 입증하면 충하고, 상대방이 양도인이 무권리자었다는 것을 주장 입증하여야 양수인이 선의취득의 다른 요건을 주장하게 된다 106).

2. 判 例

판례는 취득자의 무과실에 관하여 법률상 이를 직접 추정하는 규정이 없으므로 선의취득을 주장하는 자에게 무과실의 입증책임이 있다고 하고 있다 107).

과실 등과 같은 일반조건에 있어서의 입증책임은 일정한 사실을 기초로 한 판단의 문제라는 점에서 법률상의 입증책임이 사실인정을 문제삼고 있는 것과는 다소 그 의미를 달리한다고 할 것이고, 과실이 있다거나 없다고 판단할 수 있는 기초되는 사실을 요건사실로 보는 것도 적절하다고 할 수 없는 면이 있다 108).

3. 檢 討

일정한 사실관계가 인정된 경우 그 인정사실을 기초로 하여 당사자의 과실 여

105) 이인재, 전개서, 462면 참조.
106) 이명준, 전개서, 264면.
부를 판단하는 것이라면 일정한 사실관계가 인정된 이상, 당사자에게 파실이 있는지 여부에 관하여는 법원이 가부간 판단하여야 한다는 점에서 판단불능의 상태란 이론상으로는 상상할 수 없을 것이다.

그러나 파실 여부의 판단에 필요한 모든 사정을 전부 인정한다는 것은 현실적으로 불가능할 뿐 아니라, 또 반드시 그렇다고 있다고 할 수도 없을 것이므로 이러한 판단의 경계성이나 근란성을 고려할 때 현실적으로는, 파실의 입증책임이라는 문제는 법원이 인정한 사실관계를 기초로 파실이 있다거나 없다고 판단할 수 없는 경우에 당사자 중 어느 일부의 불이익으로 판단할 것이냐가 문제로 파악할 수 있을 것이다.

파실의 입증책임을 이래게 파악한다면, 선의취득에 있어서 파실 여부의 입증책임은 결국 취득자가 파실이 없는 것으로 판단될 때 비로소 선의취득을 인정할 것인가, 아니면 파실이 있는 것으로 적극적으로 판단되지 아니하는 한, 선의취득을 인정할 것인가 하는 문제, 환연하면, 진정한 권리자의 보호와 거래안전이라는 법이념, 입법정책의 문제로 귀착된다고 할 것이다, 민법 제249조가 무과실의 선의취득의 요건으로 규정하고 있는 것으로 보아 무과실의 입증책임은 선의취득을 주장하는 취득자에게 있다는 판례의 입장이 타당하다.

제3절 善意取得者에 관한 要件

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

I. 過去行行為가 있을 것

선의취득은 거래의 안전과 신속을 보호하는 제도이므로 거래행위가 있어야 한다
다. 범규정상 양수한 거래행위를 의미하고 법률행위에 의한 처분과 취득을 말한
다. 또한 거래행위는 사법적 법률행위이다. 뿐만 아니라 거래행위는 유상행위,
무상행위를 포함한다. 구체적인 거래행위에는 매매, 증여, 절권설정, 대물변제,
변제를 위한 금부, 소비자의 이행으로서 금부하는 것 등이 포함된다. 경매도
포함된다.109) 동일한 당사자가 단순히 소유의 범적 형식만 바꾼 것은 거래행위
에 포함되지 않는다. 따라서 일반주주가 회사로 양도하는 행위는 거래행위에 해당
하지 않는다.110)

그러나 선의취득은 개별적인 거래를 보호하는 제도이므로 포괄승계 즉 상속이
나 회사의 합병과 같은 경우에는 적용되지 않는다. 또한 타인의 산림을 자기의
것으로 오신하여 무게를 벌칙하는 경우나 타인의 유실물을 자기 것으로 오신하
여 습득한 경우와 같이 사실행위에 의하여 취득하는 경우에도 적용이 없다.

보호의 대상이 되는 것은 개별적인 거래이므로 특정승계에 한하며, 포괄승계
의 경우에는 선의취득이 성립하지 않는다. 변제·대물변제도 법률행위에 의한
것이면 선의취득이 가능할 것이다.111) 무상계약의 경우에도 가능하다.

II. 去來行為가 有效할 것

거래자체는 유호한 거래, 즉 양도인이 무권리자라고 하는 점을 제외하고는 아
무런 하자 없는 거래이어야 한다. 따라서 양도행위가 경제통제법규등 효력규정
에 위반하거나 성당한 통속 기타 사회질서에 위반하여 무효인 경우(제103조), 당
사자의 무능력(제5조 이하), 대리권의 흡결(제130조 이하), 착오(제109조), 사기강
박(제110조)에 의한 의사표시로 무효 또는 취소가 되는 경우에도 선의취득의 적

109) 이영준, 전개서, 124면; 이인재, 전개서, 447면.
110) MünchKomm/Quack, 932 RdNr. 18 참조.
111) 이영준, 전개서, 248면; 이은영, 전개서, 305면.

- 42 -
용이 없다. 그러나 이러한 효력이 없는 행위로부터 다시 양도 받은 경우에는 선의취득의 적용이 있다. 무효화 소소의 원인이 거래당사자의 어느 쪽에 있더라도 차이가 없다.

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

III. 平穏・公然, 善意・無過失

1. 平穏・公然

그리고 거래의 과정은 평온・공연하게 이루어져야 한다. 평온은 강폭・장바 혹은 평온이 없는 것을 말하고, 공연은 은비 또는 은폐가 없는 점유로서 점유의 존재를 아는데 관하여 이해관계를 가진 자에 대하여 점유자에 점유를 은폐하지 않는 점유를 말한다. 평온・공연하여야 한다는 것은 양수인이 점유를 취득하려는 태양을 가르킨다고 할 것이다. 점유취득이 평온・공연하게 이루어질 것을 요구하는 입법에는 일본 민법과 우리 민법 뿐이다. 우리 민법은 선의취득을

112) (육적, 전계서, 124면; 김성용, 전계서, 232면; 이영준, 전계서, 248-249면.
113) (육적, 전계서, 124면; 김성용, 전계서, 232면.
114) 대판 1995. 6. 29, 94대22071.
115) 박병일, 전계논문, 164면.
116) 이인재, 전계서, 449면.
117) 일본 민법은 선의취득을 부동산에 관한 사항취득과 같은 경우의 대로 오인하여 거래행위의 선의취득의 요건에서 배제하는 대신에 취득사고의 요건인 평온・공연을 요건으로 도입하였다. 따라서 일본 민법은 해석상 선의취득은 거래행위에 대하여서만 인정되었다는 것이고 평온・공연한 점유로 통상의 거래에 있어 점유의 승계취득을 의미하는 것이 불과하다고 한다(박병일, 전계논문, 164면; 이인재, 전계서, 449면 참조).
거래의 안전을 보호하기 위한 제도로 이해하여 그 요건으로 양수를 명시하였으 면서도 일본민법의 오류를 닦습하여 점유취득의 평온, 공연을 요건으로 규정하 였다. 따라서 우리민법의 해석으로 양수가 포함하는 인도의 요건만 충족되면 즉 하고 그 이상의 평온, 공연하게 양수한다는 것은 무의미하는 견해가 있다. 

따라서 동산을 양수인의 점유자의 저항을 우려하여 야간에 은밀히 품건을 반출 하는 등의 방법이 사용된 경우 당사자간의 합의에 의하지 아니한 점유취득으로 서 인도에 해당하지 않으므로 평온, 공연의 여부를 따질 필요없이 선의취득이 부정된다고 한다. 그러나 이 경우 평온, 공연성이 없다고 하면서 선의취득을 부정하는 견해도 있다.

판례는 평온이란 점유자가 그 점유를 취득 또는 유지하는데 법률상 용인할 수 없는 강속행위을 쓰지 않는 것을 말한 것으로 그 점유가 불법이라고 주장하는 자로부터 이의 등을 받은 사실이 있다 하더라도 이로써 점유의 평온성을 상실한 다 할 수 없다. 또한 평온은 범이 허용하지 않는 폭력으로써 점유를 취득 내지 보유하는 것이 아닌 것을 의미하는 것이고 소유권을 물리싸고 분쟁이 있었다 는 사실만 가지고 평온하지 않다고 할 수 없다. 점유의 점유자와 양수의 점유자 가 그 점유를 취득 또는 보유하는 범이 허용하지 아니하는 강속 행위를 쓰지 않는 것을 의미하고, 그 점유가 불법이라고 주장하는 자로부터 이의를 받거나 소유권을 위요하여 분쟁이 있었다는 사실만 가지고 평온하지 않다고 할 수 없다. 점유자는 특별한 사정이 없는 한 평온 공연하게 점유한 것으로 추정된다면 얻음이 토지소유자가 점유자의 토지점유가 불법임을 이유로

118) 이인재, 전개서, 450면.
119) 이인재, 전개서, 450면.
120) 이영순, 전개서, 272면.
121) 대판 1954. 11. 6, 4287민상189.
122) 대판 1962. 1. 18, 4234민상153.
123) 대판 1982. 3. 9, 81다172; 대판 1975. 12. 9, 75다1084, 1085.
그 지상건물의 철거를 청구하는 등 분쟁이 생겼다면 그 분쟁으로 인하여 그 추정은 깨어졌다 할 것이나 점유자가 평온한 공연한 점에 관한 입증을 하여야 한다.  

평온한 점유가 함은 점유자가 그 점유를 취득 또는 보유하는데 법률상 용인할 수 없는 강폭행위를 쓰지 아니하는 점유이고, 공연한 점유라 함은 운비의 점유가 아닌 점유를 말하는 것이므로 그 점유가 불법이라고 주장하는 자로부터 이의를 받은 사실이 있거나 점유물의 소유권을 돌려싸고 당사자 사이에 분쟁이 있었다 하더라도 그러한 사실만으로 평온 점유의 평온, 공연성이 상실된다고 할 수 없다. 대지점유자가 그 지상에 소유하고 있는 건물이 무허가 건물이어서 행정관정이 여러 차례 철거를 시도한 사실이 있다 하여 그 대지의 점유가 평온 공연한 것이 아니라고 하기 어렵다. 폐허를 살피면 평온의 문제는 다름이 있었으나 공연성은 거의 문제되지 않았고, 문제가 되더라도 평온성과 한계변에 다루고 있다.

2. 善意・無過失

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. 상대방이 소유자라고 믿는 것이나 소유권이전의 행위를 하지 않고 철권설정행위를 한 경우에는 철권의 선의취득이 인정된다. 상대방이 철권자라고 믿은 때에는 철권을 선의취득하지 못하고 단지 전철권을 선의취득할 수 있을 뿐이다.

124) 대판 1981. 1. 27, 80라2238.
127) 백병일, 전제논문, 162면 이하 인용.

- 45 -
무권리자라는 것은 소유자의 소유권이 점을 말하나 자기명의로 타인의 동산을 처분하는 위탁매매인이나 파산관계인의 경우는 그 자격의 존재에 관하여 선의여야 한다(29)1. 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 대리인이 외하여 양도하는 경우에는 양수인의 선의는 명목상 양도인의 처분권에 관한 것이다.

파실은 추상적 파실을 말하고 파실을 판단하는 주의의무는 여러 가지 조건을 고려하여 판단해야 한다. 즉 거래의 성질이 고려되어야 한다. 일반적인 매매계약보다는 양도담보, 소유권보증계약이나 리스계약과 같은 경우에는 주의의무의 기준이 높다고 할 수 있다. 다음으로 거래상황을 고려하여 판단되는 경우, 중점상에서 고가품을 구입하는 경우 등에 있어서는 주의의무의 기준이 높다. 물건의 가치가 비상 동산을 구입하거나 양도인의 제재가 목적물 소유하기에는 어려운 상태에 있는 경우 등은 파실판정에 있어서 주의의무의 기준이 높다.

양수인이 대리인에 의하여 양수하는 경우 선의무파실의 유무는 대리인과 양수인 중 대리인을 기준으로 판단하여야 한다(민법 제116조 1항 준용)고 하면서 대리인이 선의이고 양수인 본인이 억지인 때에는 선의취득을 부정할 것이라는 견해가 있다(30). 이에 대하여 대리인 및 본인이 모두 선의일 때 선의취득이 인정된다는 견해도 있다(31). 그러나 두 견해에서 대리인이 억지이고 본인이 선의이면 당연히 선의취득이 인정되지 않을 것이고 그러면 결국 억의 견해에서도 대

128) 이은영, 전세서, 308면.
129) 이인재, 전세서, 454면.
130) 이영준, 전세서, 272면; 이은영, 전세서, 308면.
131) 김상용, 전세서, 233면.

- 46 -
리인 및 본인이 모두 선의일 경우에만 선의취득이 인정될 수밖에 없어 동일한 결론에 이른다. 경력에 의한 소유권취득에서 집행관에게 악의 파산이 있더라도 경력인이 선의 무과실이면 선의취득하게 된다(132). 공동대리의 경우 한명의 대리인이라도 악의이면 선의취득이 불가능하다. 인도받은 자가 양수인이나 그 대리인이 아닌 제3자의 절유보조자나 절유매개자인 경우에는 인도 받은 자에게 악의나 파산이 있다고 하여도 선의취득이 가능하다. 법인은 대표기관의 선의 무과실을 기준으로 판단하고, 대리인에 의하여 거래된 경우에는 그 대리인으로 선의 무과실이어야 한다(133). 법인의 경우에 대표기관 중 한명이 악의이면 그가 행위자가 아니라라도 선의취득은 불가능하다. 양도인의 선의 여부는 선의취득에 아무런 영향이 없다.


---

132) 이영준, 전계서, 272면.
133) 日 最高裁 1972. 11. 21.
134) 대법 1962. 3. 22, 4234민상1174; 대법 1991. 3. 22, 91다70.
135) 대법 1991. 3. 22, 91다70.
136) 이영준, 전계서, 273면.
137) 이인재, 전계서, 457면.
138) 김상용, 전계서, 232면; 배병일, 전계논문, 165-166면.
IV. 立證責任

선의, 평온·공연은 추정을 받는다(제197, 198, 200조). 따라서 이를 다루는 자가 평온 공연한 점유가 아님을 입증하여야 한다. 실제로 점유의 평온 공연성 이 인정되지 아니한 사례는 거의 없다. 타인소유의 동산임을 알았거나 알 수 있었을 사정이 있음에도 불구하고 그 동산을 인도받은 이상 특단의 사정이 없는 한 이를 즉시 취득한다고 판단한 것은 잘못이다.

무과실은 추정을 받지 않는다. 선의취득의 경우 제200조에 의하여 점유자는 권리가 있다는 추정을 받고 있으므로 그와 거래하는 자가 양도인(전주)에게 권 리가 있다고 믿더라도 과실은 없다고 보는 견해가 다수설이다. 반면에 소수설은 민법 제200조에 의하여 물건을 점유하고 있는 자와 거래한 자로서 무과실의 추정을 받는다고 하는 것은 논리의 비약이라고 비판한다.

무과실의 객관적 입증책임이 선의취득을 주장하는 자에게 있다면 해야만 공용 수용의 성질을 가지는 선의취득의 본질에 비추어 형평에 부합한다고 한다. 선정한 권리자의 회생을 최소한으로 줄이면서 거래완전을 도모해야 한다는 입장에서 보면 무과실의 입증책임은 선의취득자에게 있다고 해야 한다. 민법 제197조 1항과 제200조는 점유자의 점유상태에 관한 법률상의 추정규정일 뿐 그 점유를 선취한 대물이 없는지의 여부에 관한 사실의 문제와는 별개의 문제이므로 위 규정을 근거로 양수인의 무과실을 추정할 수는 없다. 또한 민법 제197조 1항과 제200조에서는 휴대를 의무화하는 규정이 있다.

-----
139) 대법 1986. 2. 25, 85다카1891.
141) 독용직, 전계서, 124면; 김응한, 전계서, 286면; 김건한, 전계서, 96면; 장경학, 전계서, 456면; 최석, 전계서, 113면.
142) 김기선, 전계서, 262면.
143) 이형준, 전계서, 254-255면.
144) 김상용, 전계서, 233면.
조의 추정을 열어보자 아니한 무과실까지 확대하는 것은 무리이다. 통상 소유
자로서는 양도의 과정을 알 수가 없을 것이므로 선의취득자의 약의나 과실을 입
중하는 것은 극히 극단한 반면 선의취득을 주장하는 선의취득자는 과실유무의
관련관계가 되는 자신의 취득과정을 용이하게 주장입증할 수 있을 것이므로 선
의취득자가 자신의 무과실을 입증하여야 한다.\(^{145}\).

판례는 소수성의 입장에 있다.\(^{146}\). 통산의 선의취득자는 무과실의 입증책임이
있다.\(^{147}\). 동산물권을 선의취득하기 위하여는 절권자가 평안 공연하게 선의이며
과실없이 절권의 목적동산을 취득하여야 하고 그 취득자의 선의무과실은 동산물권
자가 입증하여야 한다.\(^{148}\).

V. 讓受人이 占有를 取得하였을 것

양수인의 점유의 승계가 요건이다. 진실한 소유자의 소유권을 제한할 수 있기
위하여는 양수인이 양도인의 점유를 선의한 것으로 가지고는 부족하고 양수인측에
있어서 점유를 실제로 취득할 것을 요구하기 때문이다.\(^{149}\). 점유취득에는 현실의
인도, 간이인도, 목적물반환 청구권의 양도의 방법이 있고, 다소의 차이는 있으
나, 모두 가능하다고 보는 것이 대체적인 학설의 경향이다.

\(^{145}\) 이언준, 전개서, 462면; 배병일, 전개논문, 167-168면 참조.

\(^{146}\) 이영준, 전개서, 256면 : 대판 1959. 8. 27, 4291민상678; 대판 1981. 12. 22, 80다2910
동 참조.

\(^{147}\) 대판 1959. 8. 27, 4291민상678; 대판 1960. 2. 25, 4291민상804; 대판 1962. 3. 22,
4294민상1174, 1175.


\(^{149}\) 이영준, 전개서, 249면.
1. 現實의 引渡

 현실의 인도는 양도인이 직접 양수인에게 하는 인도는 물론, 양도인의 점유보조자나 점유대가자가 양수인에게 하는 인도 또는 양도인이 양수인의 점유보조자나 점유대가자에게 하는 인도 등도 현실의 인도에 해당한다.

2. 簡易引渡

 점유의 취득은 간이인도로도 충분하다(150). 간이인도에 의하여 점유를 취득하는 경우에는 그 점유가 양도인으로부터 승계된 것이어야 하고 제3자로부터 승계된 것이나 원시취득한 때에는 선의취득의 적용이 없다(151). 예컨대 임차인이 임대인 이 소유자라고 믿고 동산을 매수한 경우에 임대인이 소유자가 아니더라도 임차인은 그 소유권을 취득하게 된다. 양수인이 그 물건을 제3자에게 벌려주었거나 유실한 경우에도 마찬가지이다.

3. 占有改定

 점유개정에 의하여도 선의취득이 가능하지에 대하여는 다름이 있다. 예컨대 당사 간의 동산을 임차하고 있는 乙로부터 丙이 乙을 소유자로 오신하여 양수하고, 계속하여 乙에게 임대한 경우에 丙은 소유권을 취득할 수 있는가의 문제이다.

(1) 肯定說

 궁정설은 선의취득을 인정하는 취지가 치분자의 점유를 신뢰하여 거래한 자를 보호하려는 것이므로, 점유취득의 방법과는 관련없이 점유개정도 선의취득의 요

150) 이설이다(이영준, 전개서 250면 참조). 대판 1981. 8. 20, 80타2530 참조.
151) 이인재, 전개서, 450면; 배병일, 전개논문, 168면.
견인 점유취득에 해당한다고 하면서 위의 예에 있어서丙은 소유권을 취득한다고 한다.  

(2) 否定説

선의취득의 요건인 양수인의 점유개정은 물건에 대한 사실상의 지배관계가 소유권자의 지배를 뗀이나서 취득자의 지배권 안으로 옮겨지는 것을 말하므로, 점유개정에 의한 인도의 경우에는 이러한 지배의 이전이 없기 때문에 논리적으로 불가능하다면서 부정한다. 부정설이 다수설이고 관례의 입장이다. 관례는 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적인 인도가 있어야 하고 소위 점유개정에 의한 점유취득만으로는 그 요건을 충족할 수 없다. 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 이미 현실적인 점유를 하고 있는 양수인에게는 간이인도에 의한 점유취득으로 그 요건은 충족된다. 또한 동산에 대한 선의취득에 있어서는 점유의 계속이 선의취득의 요건이 아니다.

(3) 折衷説

절충설은 선의취득의 요건으로는 점유개정으로 죽하지만 이에 의한 점유취득권은 확정적인 것이 아니고 그 후 현실의 인도를 받아야 비로소 확정된다는 견

152) 金基先, 전계서, 263면. 그러나 원칙적으로 선의취득을 부인하면서도, 점유개정으로 소유권을 취득하지만, 그 소유권의 취득은 아직 확정적인 경우는 아니고 후에 현실의 인도를 받아야 확정적으로 소유권을 취득한다고 하는 견해도 있다(황인천, 전계서, 142면).

153) 金종한, 전계서, 94면; 金한택, 전계서, 125면; 金경학, 전계서, 461면; 何식, 전계서, 112면; 이운영, 전계서, 307면.

154) 대판 1964. 5. 5, 637a775; 대판 1978. 1. 17, 77a1872.

155) 대판 1981. 8. 20, 80a2530.

156) 대판 1964. 9. 22, 64a406.
해이다. 그 반사적 효과로서 원소유자도 무권리자가 점유하는 동안은 확정적
으로 소유권을 상실하는 것이 아니고 제3자 취득자가 현실의 인도를 받기 전에
자기가 미리 현실의 인도를 받게 되면 소유권을 완전히 회복되고, 취득자인 제3
자로 소유권을 취득하지 못하게 된다. 이는 공정성의 입장에서 수정을 가한
것으로 '수정공정설'이라고도 한다.

(4) 讨 言

선의취득제도는 원권리자의 회생하에 거래의 안전을 보호하는 제도이므로 거
래안전과 원권리자의 보호를 비교·형량하여 결정하여야 한다. 그러나 점유관계
은 종류의 점유자가 점유를 계속한다는 점에서 관념적인 점유이건 가운데에서
가장 불명확한 방법에 의하여 이를 허용하기 될 경우에는 많은 비난을 면할 수
없다. 또한 외부적으로 거래행위가 나타나지 않기 때문에 선의취득행위가 있었
는지 판단하기 곤란하다. 따라서 불명확한 거래행위로 원권리자의 권리를 배앗
는데는 것은 거래의 안전을 위해서라도 원권리자에게 가혹하고 타당하다고 할
수 없다고 한다. 선의취득의 공공수용적 성질에 비추어 비례의 원칙에 따라
양수인의 점유상태가 양도인의 점유를 완전히 배제할 수 있을 정도로 전고한 경
우에 한하여 양수인의 선의취득을 인정하는 것이라고 하여 부정한다.

---
157) 김상용, 전개서, 236쪽; 황수진, 전개서, 150쪽.
158) 황정익, 전개서, 101쪽 참조.
159) 윤명직, 전개서, 124-125쪽.
160) 이영준, 전개서, 249쪽 이하.
제4장 動産 善意取得의 效果

선의취득을 할 수 있는 요건이 갖추어지면 선의취득자를 중심으로 원권리자와 무권리처분자 기타의 관계자와의 사이에 새로운 법률관계가 발생한다. 이러한 새로운 법률관계를 선의취득자가 취득하는 권리와 전인한 권리자의 보호를 중심으로 살펴보면 아래와 같다.

제1절 善意取得者가 取得하는 權利

민법 제249조는 “…그 동산의 소유권을 취득한다”고 규정하고, 제343조에서 제249조 내지 제251조를 준용하고 있으므로 그 물권은 소유권과 동산권권에도 인정된다.

I. 動産物權取得의 法律의 性質

선의취득자가 취득하는 동산물권, 즉 소유권과 절권의 취득은 승계취득이 아니라 원시취득이다(161). 절주는 승계권을 필요로 하지만 선의취득자는 무권리처 분자의 권리에 기하여 권리를 취득하는 것이 아니라 양도인에게 권리가 없음에도 불구하고 법률의 규정에 의하여 권리를 취득하기 때문이다. 그 결과 전주에게 있었던 제한은 원칙적으로 소멸한다.

---

161) 권용우, 전계서, 182-183면; 김중한 - 김학동, 전계서, 127면; 께운점, 전계서, 125면.
Ⅱ. 動産物權取得의 具體的 內容

선의취득자가 소유권이전행위에 기하여 점유의 이전을 받으면 즉시 소유권을 취득하며(제249조), 이와 동시에 진정한 소유권자의 소유권은 당연히 소멸한다. 또 점유권청취행위에 기하여 점유이전을 받으면 선의취득자가 즉시 점권을 취득한다(제343조). 그 외에 동산물권으로 유점권과 점유권이 있다. 점유권에는 선의취득이 문제되지 않고, 유점권은 법률상 당연히 생기는 권리일 뿐만 아니라 목적물이 채무자의 소유에 속하느냐 아니나에 의하여 영향을 받지 않는 것이므로 선의취득이 문제되지 않는다162).

공유지분도 선의취득의 대상이 된다. 양도인이 공동점유자 중의 한 사람인 경우 일정지분의 공유자임을 자처하고 처분하거나 자신이 실제로 보유하는 지분을 초과하여 처분하였더라도 양수인은 이를 선의취득할 수 없다. 선의취득의 효과는 확정적이므로 취득자가 다시 약의의 제3자에게 양도하여도 제3자는 소유권을 취득한다.

동산주의 부담이나 제한이 있는 경우 예컨대 선의취득자가 취득한 그 동산주의 타물권이 존재하는 경우에는 원칙적으로 그 타물권은 소멸하고, 부담없이 완전한 소유권을 취득한다163). 그러나 선의취득자가 소유권자 내지 처분권자라고 신뢰하는 데는 선의·무과실이었지만, 그 물건위에 타물권이 존재하는 것을 알았거나 알 수 있었을 때에는 타물권의 부담이 있는 소유권을 취득하게 된다. 따라서 제3자의 부담 내지 제한의 존재 및 취득자의 약의·과실에 대하여는 제3자의 권리의 존속을 주장하는 자가 주장·임증하여야 한다164)

162) 김종환·김학동, 전개서, 127면.
163) 특별 민법 제536조 제1항 참조.
164) 고증석, 전개논문, 78면.
제2절 眞正한 權利者의 保護

I. 無權利者로부터의 保護

선의취득자는 원리자에 대하여 부당이득반환의 문제가 발생하지 않는다. 선의취득제도는 경계의 안전을 위하여 취득자에게 이득을 보유시키려는 것이므로 반환의무가 발생하지 않는 것이다. 그러나 원소유자는 제3자의 선의취득으로 인하여 소유권이나 절권을 상실하는 대신에 무권리처분자와의 관계에서 구제받을 수 있는 부분이 존재한다. 이를 채권관계와 물권관계로 나누어 살펴보면 다음과 같다.

1. 債權關係

원리자는 양도인에 대하여 부당이득반환청구권과 손해배상청구권을 갖는다. 원리자가 양도인에 대하여 부당이득반환청구권을 행사할 수 있으려면 유상처분이 되어야 한다. 또한 원리자는 양도인에게 재무불이행으로 인한 손해배상청구권을 가지며, 양도인에게 귀책사유가 있으면 불법행위에 기한 손해배상청구권도 가질 수 있다.

2. 物權關係

무권리자가 선의취득자로부터 다시 양도받은 이른바 역취득의 경우 진정한 권리자가 목적물의 반환을 청구할 수 있는가. 학설의 대립은 있으나, 무권리자인 양도인이 스스로 그 물건의 소유권을 취득할 목적으로 선의 무과실인 제3자로

165) 학습자, 전개론, 125면; 김중한·김학동, 전개론, 127면. 그러나 무상행위에 의한 경우에는 이득을 반환하여야 한다는 견해가 있다(장병학, 전개론, 451-452면; 김용한, 전개론, 289면).
내세원 일반 선의취득한 다음 그로부터 다시 양수한 때에는 그와 같은 약의의 양도인을 보호할 필요가 없으므로 그의 소유권취득은 인정되지 아니하고 진정한 소유자의 소유권이 부활한다. 양도행위가 취소 또는 해제조건의 성취에 의하여 실효되어 선의취득의 효과가 소멸되면 어떻게 되는가. 무권리자가 양도담보권을 설정하여 담보권자로 하여금 소유권을 선의취득시킨 후 체무를 변제하여 담보권자의 권리를 소멸시킨 경우 소유권은 진정한 권리자에게 물권적으로 복귀한다.

II. 善意取得者로부터의 保護

선의취득이 무상행위에 기한 경우에 선의취득자는 부당이득반환의무를 부담하
는가에 관하여 견해가 대립되고 있다.

1. 否定說

선의취득제도는 선의취득자에게 실질적으로 이득을 보유시키려는 제도이며, 민법 제741조의 법률상의 권한에 해당한다고 하여 이를 부정하는 견해이다. 또한 취득이 무상행위에 의한 경우에는 그 이득을 반환하여야 한다는 특별규정이 있으면 물라도, 독일민법 제816조와 같은 특별규정이 없는 우리 민법에서 유상행위에 의한 취득의 경우를 근이 인정할 필요가 없다고 한다167).

2. 肯定說

선의취득제도는 거래의 안전을 보호하는 데는 형식적으로 권리를 귀속시키는

166) 독일 민법 제816조는 취득이 무상행위에 기한 경우에는 이득을 반환해야 할 것으로 규정하고 있다.
167) 複樸, 전계서, 125~126면.
것으로 충분하다고 한다. 예컨대 선의취득 그 자체는 민법 제741조의 법률상의 원인에 반드시 해당한다고 볼 수 없다고 하며, 독일민법 제816조와 같은 규정이 없더라도 당사자 사이의 공평을 기하는 차원에서 이를 인정하여야 한다는 것이다.

3. 檢 討

비록 동적 원인을 보호한다는 합목적성에서 선의취득을 인정한다고는 하지만 전통적인 일반법원리가 지배하고 있는 민사거래에서까지 취득자만을 법적 평가의 과정의 대상으로 하여 선의취득을 인정하는 것은, 아무런 유탐사유도 없이 일반적으로 소유권을 상실하면서도 그에 따른 보상을 받기 힘든 현대 경제사회 속에 서있는 원리자와 고려해 보면 이혜의 공평이라는 견지에서 중점하는 것이 타당할 것이다. 해석론으로도 무상취득한 경우에는 이득을 반환하여야 한다.

제3절 物權의 期待權의 善意取得

기대권이라 함은 완전한 권리의 취득을 목적으로 하면서 이미 십확된 완전한 권리의 취득요소를 확보·보전·보유하는 힘을 가짐으로써 완전한 권리취득의 확보상태가 권리가치를 지닌 것으로 평가될 때, 장차 취득될 완전한 권리의 범위에 의하여 독자적으로 처분되는 등 계약의 객제화될 수 있는 법적 지위를 말한다. 물권적 완전한 권리에 대한 기대권을 의미하는 물권적 기대권을 법률행위에 의한 물권취득의 기대권과 비법률행위에 의한 물권취득의 기대권으로 나누어 볼 수 있다.

168) 김용한, 전계서, 290면; 이영준, 278면.

I. 무허가소지자로부터의 善意取得

무허가처분자를 소유권한 소유권목록자라고 신뢰하여 매매목적물과 선의·무압력 소유권유보주로 양수한 경우로서 이 경우에는 물권적 기대권의 선의취득이 인정된다. 즉 매도인이 무허가처분자를 유보매수인이 선의·무압력로 모든 경우 민법 제249조에 의하여 매도인에 대한 매매전대금을 완금할때 따라 소유권으로 강화될 것이 물권적으로 담보되어 있는 법적 지위를 취득하게 된다. 이에 선의의 대상은 물론 유보매도인의 소유권 또는 처분권이며, 그 신뢰의 시점은 조건의 성취시가 아니라 조건부물권적 합의와 인도시가 된다.

II. 無期待權者로부터의 善意取得

무허가처분자를 물권적 기대권자라고 신뢰하여 물권적 기대권을 양수한 경우로서 물권적 기대권이 존재하였는가의 여부에 따라 다음의 경우로 나누어 볼 수 있다.

1. 現存하는 物權의 期待權의 善意取得

현존하는 물권적 기대권을 2차로 취득할 경우에는 물권적 기대권의 선의취득이 인정된다. 예전에 유보매수인이 점유개정에 의하여 물권적 기대권을 타인에게 양도한 후에 다시 현실인도에 의하여 제3자에게 그 기대권을 이중양도한 경

우나 유보매수인으로부터 목적물의 사용권능만을 부여받은 자가 유보매수인으로
가장하고 현실인도에 의하여 그 기대권을 양도할 경우를 말한다. 통설은 이 경
우에 선의취득을 인정한다. 반대의 견해도 있으나172), 선의취득자의 물권적 기대
권에 대한 신뢰는 양도원의 점유에 의하여 물권적 기대권자는 원을 지배하
고 있는 한 소유권에 대한 신뢰보다 결코 그 보호가치가 적지 않기 때문에 선의
취득을 인정하는 것이 타당하다고 할 것이다173).

이때 선의취득된 물권적 기대권의 존속여부는 소유권유보부매매계약의 존속여
부에 의존한다. 즉 매매계약이 무효가 되거나 매수인의 이행지체로 계약이 해제
되면 조건의 성취가 이루어지지 않은 것이므로 물권적 기대권은 소멸한다174).

2. 現存하지 않은 物權의 期待權의 善意取得

현존하지 않는 물권적 기대권의 선의취득은 인정되지 않는다. 예컨대 소유권
유보부매매가 매수인의 재무불이행을 이유로 해체된 후 유보부매수인으로부터
존재하지도 않은 물권적 기대권을 선의·무과실로 양수한 경우 또는 소유권자로
부터 목적물을 사용해차하던 자가 그 목적물을 소유권유보부로 매수했다고 취득
자에게 말해 취득자가 이를 신뢰하여 유보매수인에 대한 잔대금을 지급하기로
한 경우가 이에 해당된다. 이러한 경우에는 조건이 성취되어도 완전한 권리인
소유권을 취득할 수 없기 때문에 물권적 기대권의 선의취득이 인정되지 않는 것
이다175).

172) Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2. Bd, Springer-Verlag,
1965, S.737.
173) 고준식, 전개논문, 83면.
Eignetumsanwartsschaft beim Vorbehaltskauf, Tubingen, J. C. Mohr(Paul Siebeck),
1963, S.131ff.
175) Lent-Schwab, a.a.O., S.143-144; 최종길, "소유권유보부매매의 법률관계에 관한 고
그러나 대금청구권이 여전히 존재하고 있는 경우, 즉 유보부패때계약이 유효하게 존속하고 그 물권적 합의가 인도가 있었으나, 그 유보제수인이 존재하지 않은 물권적 기대권을 제3자에게 현실인도의 방법으로 양도한 경우에는 선의취득이 가능하다. 이 경우에는 대금청구권이 유효하게 존속하고 대금의 지급으로 물권적 기대권이 완전한 소유권으로 강화될 수 있기 때문이다.

III. 善意取得者의 法的 地位

물권적 기대권을 선의취득한 자는 원소유자의 목적물반환청구권의 행사에 대항하여 자신의 '점유할 권리'를 주장할 수 있는가.

BGH와 일부의 견해는 물권적 기대권의 선의취득자에게는 물권적인, 제3자적 효력이 있는 점유할 권리가 없다고 한다. 다만 경우에 따라서 원소유자에 대하여 사해의 허물을 할 수 있다고 한다176).

그러나 다수설은 그러한 점유의 권리가 인정하고 있다. 즉 선의취득자는 적법한 권리자로부터 물권적 기대권을 취득한 것과 같은 위치에 있어야 한다고 한다. 즉 정유할 권리가 단지 매매계약에만 근거하다고 하면 원소유자와 선의취득자 사이에 어떠한 계약관계도 없으므로 물권적 기대권의 선의취득에 대한 아무런 근거가 없게 되기 때문에, 정유할 권리의 물권적 지위에 그 근거를 두고 있다177).

물권적 기대권을 인정하는 것은 선의취득자에게 원소유자에 대한 관계에서 물

권적 지위를 인정하는 것을 의미하므로 다수설의 견해가 타당하다고 본다. 따라서 불권적 기대권의 선의취득자도 불권적 기대권자와 마찬가지로 완전한 권리의 취득이익과 독자적 처분이익이 확보되어 있는 것이라 할 수 있다(제149조 참조).
제5장 盜品・遺失物에 대한 特則

선의취득의 경우 그 동산이 도품이나 유실물인 때에는 피해자 또는 유실자는 도난 또는 유실한 날로부터 2년내에 그 물건의 반환을 청구할 수 있다. 그러나 도품이나 유실물이 금전의 쌍에 있는 때에는 그러하지 아니하다(제250조).

독일 민법은 점유이탈물에 대하여 원권리자의 무제한 첨급력을 인정하고 있다(제935조), 프랑스 민법은 도난 또는 유실한 날로부터 3년 이내에 첨급할 수 있도록 하고 있고(제2279조), 스위스 민법은 5년간 첨급할 수 있다(제934조).

제1절 制度의 意義 및 適用範圍

I. 制度의 意義

선의취득을 제한하는 특칙에 대하여 거래의 안전을 해하는 것으로서 합리적인 근거가 없는 것이라고 비판하면서178), 민법 제250조 규정은 도품・유실물의 물건에 대해서는 유추작용 되어서는 안된다는 견해179)도 있다.

이에 대하여 소유자가 목적물을 도난 유실한 때에는 종전 소유자가 점유자의 권리와관을 형성하는데 관여하지 못한 만큼 소유자의 소유권을 비례적으로 더 보호할 필요가 있고 그만큼 거래보호의 요청을 후퇴시킨 것이라는 견해180)와 거래안전의 보호와 원권리자의 보호를 상관적으로 비교현황하여야 할 필요성이 있고 선의취득으로 인하여 권리를 잃게 되는 권리자의 경제 안정도 무시할 수 없다고 하면서 공정하는 견해181)와 선의취득자의 이익과 진정한 권리자의 이

178) 목술적, 전개서, 125면; 김용한, 전개서, 290면; 김중현, 전개서, 97면.
179) 김용한, 전개서, 250면.
180) 이인재, 전개서, 464면.
의의 조화를 피한 것은 선의취득의 공용수용적 성질로부터만 이해할 수 있다고 하면서 특히 금전을 도품 또는 유실물에 대한 특칙에서 제외한 것은 진보적이라고 하는 견해도도 있다. 따라서 제250조가 규정하는 도품·유실물에 대한 특칙을 예외적인 것으로만 파악하여 그 적용을 너무 제한하지 말고 확장적으로 해석할 것이라고 한다.

Ⅱ. 특칙의適用範圍

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

금전이 도품이나 유실물일 경우에는 민법 제250조가 적용되지 않는다. 또한 사기, 공갈, 행정 등에 의한 목적물은 이에 포함하지 않는다. 강박이란 향거할 수 없는 물리적인 폭행에 의하여 점유를 침탈하게 되면 유실물이 된다. 무능력자는 포함되지 않는다. 의사무능력이나 행위무능력에 의한 목적물도 점유이탈물이다.

점유의 이탈이 압류나 강제집행 등 법률상 허용되는 공법행위에 의하여 이루

181) 김상용, 전계서, 239면.
182) 이영준, 전계서, 279면.
183) 이영준, 전계서, 279, 281면.
184) 쪽유식, 전계서, 125면; 김상용, 전계서, 239면; 이영준, 전계서, 282면; 이인재, 전계서, 468면.
185) 이영준, 전계서, 281면; 이인재, 전계서, 466면.
186) 이인재, 전계서, 468면.
187) 이영준, 전계서, 281면.
어진 땅에는 그것이 검유자의 의사에 반한다고 하더라도 검유이탈물에 해당되지 않는다. 그러나 불법적으로 압류되어 무효될 성질의 것이라면 그 목적물은 검유이탈물에 해당한다. 공권력의 행사가 위법하여 취소사유가 있는 경우 검유이탈물이라고 하는 전해와 취소물 때까지 공정력을 가지므로 검유이탈물이 아니라는 전해가 있다. 타인소유 재산의 보관 및 관리의 업무에 종사하던 자가 그 직에서 해임당한 후로도 계속하여 그 재산을 보관관계하던 중 이를 매각처분한 행위는 절도행위가 아니고 횡령행위이며 따라서 그 물건은 도품이 아니다.

유실물습득에 대하여는 민법 제253조와 유실물법이 있으나 이것은 습득자가 정규의 절차를 밟아서 소유권을 취득하는 경우이고, 제250조는 습득자가 그러한 절차를 밟지 않고서 횡령처분한 경우 즉 습득자의 소유물도 되지 않고 원소유자에게도 복구하지 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 해석해야 하고 따라서 점유보조자가 처분한 경우 그 점유이탈은 점유보조자의 의사에 기한 것으로서 도품·유실물이 되지 않는다라고 한다. 이에 대하여 독자의 점유를 가지지 않는 점유보조자가 본인의 점유를 침해한 때에는 형법상 절도죄가 성립한다고 해석되므로 민법 제250조가 적용되어 도품이 된다는 반대 전해가 있다.

188) 이영준, 전제서, 281면; 이인재, 전제서, 466면.
189) 이인재, 전제서, 467면.
190) 이영준, 전제서, 281면.
191) 대판 1957. 6. 22, 4289민상428.
192) 축음직, 전제서, 126면; 김상용, 전제서, 240면; 김용한, 전제서, 291면; 정경학, 전제서, 464면.
민법 제250조와 제251조 소정의 도품·유실물이란 원권리자로부터 점유를 수탁한 사람이 적극적으로 제3자에게 부정처분한 경우와 같은 위탁을 횡령의 경우는 포함되지 아니하고 또한 점유보조자 내지 소지기관의 횡령처럼 형사법상 절도죄가 되는 경우로 형사법과 민사법의 경우를 동일시해야 하는 것은 아니 뿐만 아니라 진정한 권리자와 선의 거래상태방간의 이익형량의 필요성에 있어서 위탁을 횡령의 경우와 다를 바 없으므로 이 역시 제250조의 도품·유실물에 해당되지 않는다.  

법인은 기관에 의하여 점유하므로 기관이 임의로 처분하더라도 점유이탈물이 되는 것은 아니다.  

상속에 의하여 상속인은 피상속인의 점유를 승계하므로 잠정상속인이 임의로 처분한 동산은 상속인의 의사에 기하지 아니한 채 점유를 이탈한 셈이 되어 유실물에 해당한다. 다른 상속인의 의사에 반하여 공동상속인이 처분한 경우에는 점유이탈물에 해당한다. 공동점유의 경우 공동점유자 중 한 사람의 점유가 침탈된 때에는 유실물이 된다.  

목적물이 멸실되거나 물수분 경우에는 민법 제250조가 적용되지 않고 부당이득 또는 불법행위에 의한 손해배상청구권의 문제가 된다.

제2절 특별의 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.

193) 이영준, 전재서, 282면.
194) 대판 1991. 3. 22, 91다70.
195) 이인재, 전재서, 467면.
196) 이인재, 전재서, 468면.
I. 반환請求權者
반환청구권자는 피해자 또는 유실했다. 보통의 경우 원소유자이지만 직접적
유자(수치인, 임차인 등)도 피해자 또는 유실했다. 임권자가 절물을 도난 또는
유실할 경우에는 반환청구권을 가지게 된다(제343조 참조).

직접적유자가 반환청구권을 가지는 경우에는 간접적유자인 원소유자도 반환청
구권을 가진다. 이에 대해서는 이설이 없다. 197).

II. 반환請求期間
도난 또는 유실한 날로부터 2년간이다. 기간은 피해자 또는 유실했다. 정유
상실시로부터 기산한다. 반환청구기간의 성질에 대하여 제1조과 살의 시효기간
설이 대립한다. 제1조고, 이를 주장하는 경우 198)는 민법 제250조의 본문의 시
효로 소멸한다고 규정되어 있지 않고 시효의 중단을 인정하는 것은, 타당하지 않
고 권리소멸을 범죄의 직권으로 인정하는 것이 타당하다고 한다. 반면에 반환청
구권이 형성권이 아니라 청구권이기 때문에 위의 반환청구권은 시효기간이라는
것이다. 199)

III. 반환請求權의 相對方
도난 또는 유실한 날로부터 2년내에 도품 또는 유실물인 동산을 취득하여 현
재 절유하는 자이다. 직접 선의취득한 자 뿐 아니라 그 자로부터의 특별승계인

197) 곽응직, 전계서, 126-127분.
198) 김기선, 전계서, 235분; 이영준, 전계서, 284분; 이인재, 전계서, 471분; 장경하, 전계
서, 466분; 최식, 전계서, 115분.
199) 곽응직, 전계서, 127분; 김응한, 전계서, 292분; 김상용, 전계서, 240분; 김중한, 전계
서, 980분.

- 66 -
도 포함한다200).

물건이 일단 점유이탈물이 되면 그 물건에 대한 민법 제250조 소정의 반환청구권을 폐지할 수 있는 새로운 신의취득은 불가능하다. 따라서 반환청구권을 행사할 수 있으려면 양수인에게 목적물이 현존하여야 하고, 목적물이 별실한 경우에는 그 반환을 청구할 수 없다201). 취득자가 파산하더라도 청구기간내에는 누구든지 현실로 목적물을 점유하는 자를 상대로 반환을 구할 수 있다고 하는 전재202)와 할 수 없다는 전제203)가 대립한다.

IV. 所有权의 归屬

피해자나 유실자가 목적물반환청구에 의하여 당연히 소유권을 회복하는 것이 아니고 실제로 목적물을 반환받은 때에 소유권을 회복한다. 일단 반환청구를 받은 신의취득자가 목적물의 반환을 거부하거나 귀책사유로 별실한 경우에는 체무 불이행책임을 부담한다. 그러나 피해자나 유실자가 반환청구권을 행사하기 전에 목적물이 별실 얻손된 경우에는 반환청구권은 소멸하고 이에 갈음하는 손해배상 청구권도 생기지 않는다204).

피해자 유실자가 반환청구할 수 있는 2년동안 도품·유실물의 소유권은 원소유자에게 속하는가, 신의취득자에게 속하는가. 회연하면 신의취득자는 2년이 지난 후 비로소 소유권을 취득하는가 아니면 신의취득시 즉시 소유권을 취득하는가. 신의취득자취득은 도품·유실물이라도 하더라도 휴대 매매시에 일단 소유권은 신의취득자에게 귀속하고 원소유자는 2년간 그 반환을 청구할 수 있다고

200) 곽윤석, 전개서, 127면.
201) 이영준, 전개서, 283면; 이인재, 전개서, 470면.
202) 이인재, 전개서, 471면.
203) 황정인, 전개서, 154면.
204) 日 最高裁 1951. 11. 27.
한다205). 따라서 반환청구권은 제250조에 의하여 특별히 인정된 것이고 법정의
특별한 원상회복청구권이고, 임차인 수치인이 반환을 청구할 수 있는 것은 본권
관계와 임차인, 수치인으로서의 종전의 제력상태를 회복하는 것이라고 한다206).
제249조의 원칙에 준거한 대가를 두어 소유권은 언제나 선의취득자에게 즉시 취득되
고 다만 제250조에 의하여 회복된 경우에 소유권이 복귀한다고 해석함이 적합하
다.

V. 代償의 辦償

1. 民法 제251조의 規定內容

피해자 또는 유실자는 2년간 도품·유실물에 회복청구를 무상으로 청구한다.
그러나 양수인이 도품 또는 유실물을 경매나 공개시장에서 또는 동종류의 물건
을 판매하는 상인에게서 선의로 매수한 때에는 피해자 또는 유실자는 양수인이
지급한 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있다(제251조). 이러한 데
에는 일반 동산양도에서보다 훨씬 거래안전을 보호할 필요성이 있기 때문에 선
의취득자에게 반환의무도 인정하면서 이러한 제한을 둔 것이다.

2. 要件

첫째, 선의취득자가 도품 또는 유실물을 「경매나 공개시장에서 또는 동종류

205) 목용지, 천개서, 127면; 김상용, 전계서, 241면; 이영준, 전계서, 286면 이하.
206) 이에 반하여 만일 선의취득자에게 속한다면 임차인, 수치인등이 피해자 유실자인 경
우에 이들은 처음부터 가지고 있지 않은 권리, 즉 소유권을 반환청구하고 취득하는 것
이 되어 불합리하다는 것을 들이 원소유자에게 귀속한다는 견해가 있지만, 선의취득자
는 2년간 소유권을 취득하지 못하고 2년후에 갑자기 소유권을 취득한다는 견해가 된다
는 비판이 있다(배병일, 전계논문, 179면 이하 참조).
의 물건을 판매하는 상인으로부터 취득하여야 한다. 경매는 민사소송법에 의한 경매이든 다른 법에 의한 경매이든 불문한다. 공적 경매, 사적 경매뿐만 아니라 구도 입찰을 묻지 않는다. 공개시장이라는 것은 공손, 사슬을 묻지 않고 냉리 일반공중을 상대로 하는 보통의 점포라도 할 것이다. 동종류의 물건을 판매하는 상인이라는 것은 행상인도 포함한다.

물체, 대가를 지급하고 매수하여야 한다. 교환도 유추적용될 수 있다. 그러나 중여를 받은 경우에는 적용되지 않는다. 중여를 받은 경우에는 제250조 규정에 따라 무상으로 회복청구를 할 수 있다.

셋째, 선의로 매수한 경우이어야 제251조가 적용되어 대가를 청구할 수 있다. 제249조와 달리 무과실은 명문으로 규정되어 있지 않으나 해석상 무과실은 당연한 요건이다. 판례도 민법 제251조는 제249조와 제250조를 전체로 하고 있는 규정이므로 무과실도 당연한 요건이라고 해석해야 한다고 한다. 회복청구전에 물건이 멸실한 경우에는 회복청구권도 소멸한다. 판례도 같은 입장이다.

넷째, 경매, 공개시장, 동종의 물건을 판매하는 상인으로부터 매수한 것에 관하여 대가변상을 청구하는 선의취득자가 주장 입증하여야 한다. 도포·유식물이라고 하는 것, 평온·공연, 선의·무과실의 부존재는 반환청구를 하는 자가 주장 입증하여야 한다. 변상하여야 할 것은 지급한 대가이자 회복되는 물건의 대가는 아니므로 교환의 경우 도포·유식물의 취득자가 반대급부로서 제공한 물건의 금부당시의 시가가 변상되어야 할 것이다. 따라서 회복을 청구하는 자는 선의취득자

207) 박윤종, 전개서, 127면; 권용우, 전개서, 186면.
208) 이영준, 전개서, 285면.
209) 권용우, 전개서, 186면. 그러나 공개시장 중에서의 구입을 요건으로 하고 있는 이상 무과실은 필요없고, 또한 민법 제251조는 소유권취득요건이 아니라 대가의 변상청구에 관한 것이므로 선의취득자의 무과실은 요구되지 않는다는 견해도 있다(이은영, 전개서, 312면).
210) 대판 1991. 3. 22, 91다70.

- 69 -
자에게 그가 지급한 경락대금이나 태메대금을 변상하여야 한다. 제약비용은 변상하여야 하지만 대금지급이후의 이자는 포함하지 않는다211).

3. 效 果

(1) 代償解償請求權의 인정여부


(2) 同時履行關係

반환청구와 대가변상청구는 동시이행관계에 있으며 법원은 일부승소의 상환금

211) 이영준, 전개서, 266-267면.
212) 좌용적, 전개서, 127면; 김상용, 전개서, 242면; 이영준, 전개서, 267-268면.
213) 대법 1972. 5. 23, 72다115.
214) 좌용적, 상계서, 127-128면; 김상용, 전개서, 242면; 김용한, 전개서, 233면; 김중한, 전개서, 127면; 이영준, 전계서, 268면; 이인재, 전개서, 476면.
215) 이영준, 전개서, 268면; 이인재, 전계서, 476면.
부판결을 하여야 할 것이다. 수사기관이 도품・유실물을 피해자에게 반환하여 변상청구권의 행사가 이로 인하여 방해되는 경우에는 국가는 불법행위로 인한 손해배상의무가 있다.\(^{216}\)

VI. 例外

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 경우에는 그 전당포주가 당해물품을 동종의 물품을 취급하는 영업주로부터 선의로 전당잡았을 경우에도 피해자 또는 유실주는 전당포주에 대하여 1년이내의 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 통고로 인한 폐단을 방지하는데 있다.

\(^{216}\) 이영준, 상해서, 268면.
제6장 结 論

이상에서 선의취득에 관한 연혁 및 주요 국가의 입법례를 살펴본 후 그 요건과 효과 등을 차례로 살펴보았다.

동산의 선의취득제도는 중세 게르만법상의 Gewere 질서에서 그 형식을 이어 받았고, 그 이념은 로마법상의 단기취득사직제도에서 이어받았다고 할 수 있다. 즉 중세 게르만법에서는 절유위탁물의 취득에 사설적 지배를 한 자의 Gewere가 사실적 지배를 잃은 자의 Gewere보다 강하므로 취득자가 소유권자보다 우선하였으며, 절유의탈를 취득한 경우에 원소유자는 Gewere를 잃지 않아 여디까지도 추급할 수 있었다. 이러한 형식의 선의취득제도가 함브르크도시법에 최초로 입법화되었으나, 이후 여러 번의 파도기를 거치게 되고, 현행 우리 민법에 계수되었다.

선의취득의 성립요건에 관해서는 법률행위에 엄격히 한정할 것이 아니라 법률 규정에 의한 권리취득이어도 유상취득이고, 그 법률규정이 권리취득자의 보호를 강화하기 위하여 법률규정으로 권리가 이전되게 한 경우라면 그것으로도 선의취득할 수 있다고 보아야 한다. 즉 중래의 통설과는 달리 '유효한 유상행위'의 존재를 그 요건으로 보아야 한다. 예컨대 민법 제481조에 의한 대위변제자, 제353조 제4항에 의한 권리질권자로서 채무자로부터 동산을 인도받은 경우 등이 해당할 것이다. 또한 동산 물권변동의 요건을 갖추었는가를 원칙적인 기준으로 삼아야 한다. 즉 물권적 합의와 인도 및 인도대용방법을 갖추었는가 하는 것이다. 예컨대 선의의 양수인의 권리취득이 현실인도에 의한 것이라고 평가되면 무권리자가 경유자가 아니거나 선의의 양수인이 절유를 취득하지 못하여야도 선의취득이 인정될 수 있고, 유효한 채권적 반환청구권을 양도받는 경우에도 무권리자인 양도인이 간접점유자가 아니어서 양수인이 간접점유를 취득하지 못한 경우라도 원
척적으로 선의취득이 가능하게 된다.

점유개정에 의한 선의취득의 인정여부에 있어서 분실의 경계를 따르게 되면, 물권변동에 있어서 점유개정은 점유이전으로서 효력이 인정되는데, 선의취득은 점유의 이전으로서 효력을 부인하게 되어 논리의 일관성이 없게 되고, 처분부 권리자가 "본 등신은 본래 내 것이 아니에도 불구하고 내가 양도한 것이므로 당신의 것은 될 수 없다"고 주장하게 되면, 선의취득자는 악의의 취득자가 되는 불합리한 결과가 발생하게 된다. 따라서 점유개정에 의한 선의취득자에게 물권적 기대권을 인정하고 점유개정시에 선의무과실, 선의취득에 관한 기타의 요건을 갖추었다면 그 후에 악의가 되었더라도 현실인도를 받은 때에 선의취득을 인정하여야 할 것이다 217). 다만 선의취득자가 완전한 권리자로 전환되지 못하고 여전히 물권적 기대권자의 지위에 머물러 있으면, 즉 점유개정에 의한 선의취득의 상태에 있으면 원소유자의 소유권이 물권적 기대권에 우선한다고 해야 한다.

도품․유실물에 관해서는 점유이탈물이하 할지라도 선의의 양수인이 즉시 소유권을 취득한다고 해석하는 것보다는 점유이탈의 때로부터 2년간의 원소유자에게 소유권이 귀속된다고 보아야 하며, 또한 민법 제250조의 반환청구권은 소유물반환청구권으로서, 그것을 행사할 수 있는 자는 소유자로 한정하여야 할 것이나, 그리고 점유이탈물인지의 판단은 자질적 의사를 기준으로 할 것이 아니라 법률행위에 의한 법적 거래에 적용되는 규범적 판단을 기준으로 해야 할 것이다.

이상에서 살펴본 바와 같이 선의취득은 원소유자의 소유권을 상실시키면서 선의의 양수인이 소유권을 취득할 수 있기 때문에 양자의 이익을 형평하여 후자의 보호가치있는 이익이 전자의 보호가치있는 이익보다 커 크거나 최소한 같아야 할 것이다.

217) 고준석, 전계논문, 101면.
参考文献

□ 国内文献

1. 單行本

김기선. 「한국물권법」. 법문사, 1979.
김용한. 「물권법」. 박영사, 1999.
김중한. 「물권법강의」. 박영사, 1986.
김중한·김학동. 「물권법」. 박영사, 1997.
김현태. 「신물권법(상)」. 일조각, 1975.
방순원. 「신물권법」. 일한도서, 1960.
이은영. 「물권법」. 박영사, 1999.
조규창. 「개론민법」. 박영사, 1989.
최석. 「신물권·담보물권법」. 박영사, 1960.
한승중. 「로마법원론」. 일조각, 1969.
황직인. 「로마법·서양법제」. 박영사, 1981.
2. 논문

김선석. "일반조항의 중명책임". 「사법논집」, 제14집.
조수현. "동산의 선의취득과 취득자의 무과실(대판 1995. 11. 14. 95다20416).".
대법원판례해석, 제24호. 법원도서관, 1996. 5.
外國文獻

1. 日本文獻

山内敏彦, “一般條項ないし抽象的概念と要件事実”, 「民事実務ノート」第3巻.
喜多木祐, 「外観優越の法理」, 千倉書房, 1976.
林毅, 「ドイツ中世都市法研究」, 創文社, 1972.

2. 西歐文獻

Kaser, Max, Der römische Anteil deutschen Recht, Jus. 1967.
Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts II.Bd, 12.Aufl, München C.H.Beck,
1981.

Lent-Schwab, Sachenrecht, 374=NJW 1960, 34.

MunchKomm/Quack, 932 RdNr. 18.


Serick, Rolf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung I,

## 저작물 이용 허락서

<table>
<thead>
<tr>
<th>학 과</th>
<th>법</th>
<th>학 번</th>
<th>과 정</th>
<th>석사, 박사</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>성 명</td>
<td>한글: 공 광 석</td>
<td>한문: 孔光石</td>
<td>영문: Kwang, Kwang-Seok</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>주 소</td>
<td>E-MAIL :</td>
<td></td>
<td></td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>연락처</td>
<td></td>
<td></td>
<td></td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>논문제목</td>
<td>한글: 동산의 선의취득에 관한 연구</td>
<td>영문: A Study on the Bona Fide Purchase of Chattels</td>
<td></td>
<td></td>
</tr>
</tbody>
</table>

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

--- 다 음 ---

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집·형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간초과 3개월 이내에 별도의 의사를 표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물의 이용허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음
7. 소속대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

2004년 월 일
저작자: 공 광 석
조선대학교 충장 귀하

- 78 -