동산선의취득제도상 도품 및 유실물에 대한 특례의 문제에 관한 연구*

최윤석**

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 法歷史的 發展 및 外國의 狀況
1. 로마法
2. 獨逸
3. 그 밖의 外國 立法例
Ⅲ. 우리와 獨逸의 比較
1. 事例
2. 獨逸法에 따른 事例解決
3. 國內法에 따른 事例解決
Ⅳ. 우리의 盜品·遺失物에 對한 特則의 再構成
1. 民法 第250條의 解釋을 通한 所有權歸屬 判斷
2. 民法 第250條에 따른 返還請求權의 法的 性質
3. 民法 第251條의 辨償請求權
Ⅴ. 맺음말

[국문 요약]

본 연구는 우리 민법의 盜品, 遺失物에 對한 特例에 관한 문제들을 검토대상으로 삼고 있다. 이를 규율하는 우리 민법 제250조를 해석함에 있어서 우리의 判例와 多數說은 占有離脫物의 선의의 양수인이 소유권을 취득하는 것으로 파악하고 있다. 만약 被害者 혹은 遺失者가 盜品, 遺失物의 반환을 2년의 기간 내에 요구하면 이 물건의 소유권을 취득한 양수인이 반환을 하여야만 한다. 이 경우 피해자, 유실자가 행사하는 返還請求權이 과연 어떠한 法的 性質을 갖는 것인지 현재 논리적으로 명확하게 밝혀진바 없다. 나아가 우리의 판례와 다수설이 비교법적으로 독일, 프랑스, 스위스 및 오스트리아의 입장과는 다른 도품, 유실물의 所有權歸屬에 관한 입장을 취하고 있어서, 이에 관한 면밀한 검토가 필요한 상황이다.

* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2015S1A5B5A07043457)

** 서울시립대학교 법학전문대학원 강사

본고에서는 이러한 문제들에 대한 해결책을 제시하고자 法歷史的 觀點과 比較法的 視角에서 독일, 프랑스, 스위스 및 오스트리아의 입법례와 견해들을 우리법과 비교한다. 그 결과 우리 민법의 動産善意取得制度가 善意의 讓受人保護에만 置重하고 있다는 결과를 도출하고 있다. 이러한 전반적인 논의를 우리 民法 改定時 고려할 필요가 있다고 생각된다.

[주제어] 盜品·遺失物에 對한 特例, 動産善意取得, 辨償請求權, 返還請求權, 所有權歸屬

Ⅰ. 머리말

"盜品, 遺失物에 對한 特例"를 규정하고 있는 민법 제250조에서 제1항을 문구 그대로 해석하여 보면, "前條"인 민법 제249조에 따라 善意·無過失의 양수인이 타인의 동산소유권을 일단 善意取得하였지만, 그 물건이 盜品이나 遺失物인 경우라면 被害者 또는 遺失者가 그 동산을 도난 또는 유실한 날로부터 2年 內에 현점유자인 선의의 양수인으로부터 返還을 請求할 수 있는 것으로 해석할 가능성이 있다. 그러나 다른 시각에서 민법 제249조의 요건을 갖춘 선의의 양수인은 도품이나 유실물의 소유권을 취득하지 못하기 때문에 피해자 또는 유실자가 그 물건의 반환을 요구할 수 있는 것으로 해석할 가능성도 존재한다. 민법 제250조와 관련하여 도품이나 유실물의 소유권귀속에 관한 견해차가 나타나는 이유는 조문의 문구가 불명확하기 때문인 것으로 판단된다.

또한 "盜品, 遺失物에 對한 特例"를 규정하고 있는 민법 제251조를 해석하여 보면 선의의 양수인이 도품이나 유실물의 소유권을 취득한 것인지, 만약 취득하였다면 피해자 또는 유실자가 무엇을 근거로 소유권을 선의취득한 양수인에게 물건의 반환을 요구할 수 있으며, 양수인은 반환에 대한 辨償을 무엇을 근거로 요구할 수 있는지 문제가 된다. 이 사례에서 만약 원소유자에게 소유권이 그대로 존재하는 것으로 해석되는 경우, 피해자 또는 유실자가 소유자라면, 이 소유자가 자신의 물건을 반환받으면서 왜 양수인에게 그에 대한 변상을 해야 하는지 의문스럽다.

이러한 의문들을 해소하기 위하여 본고에서 도품, 유실물에 대한 특례의 규정과 법리를 올바르게 이해할 필요가 있다고 생각되어, 이에 관한 연원, 역사적 발전과정, 유럽 주요 국가들의 입법례들을 검토하고자 한다. 도품, 유실물에 대한 특례의 규정이 우리의 자생적 제도가 아니며, 서구 유럽의 제도가 우리에게 계수된 결과물이라는 점에서 이에 관한 검토는 큰 의미를 가질 것이다.

Ⅱ. 法歷史的 發展 및 外國의 狀況

1. 로마法

1) 使用取得(*Usucapio*)

로마法(Römisches Recht)은 無權利者가 소유권을 卽時取得하는 오늘날의 善意取得制度를 알지 못하였다. 다만 *usucapio*(오늘날 時效取得)제도를 통하여, 일정한 요건 하에서 물건의 점유자가 그 물건의 소유권을 原始取得할 수 있을 뿐이었다. 고대 로마의 대표적 법률인 12表法(*leges duodecimtabularum*)의 제6표(物權法) 제3번에 따르면 양수인을 통한 동산이나 부동산의 사용에 대하여 양도인이 擔保責任을 지는 기간은 土地의 경우에는 2년, 그 밖의 物件에 대하여는 1년으로 하는바, 이를 근거로 土地의 경우에 2년, 그 외의 動産과 같은 물건에 대하여는 1년 동안 중단 없이 점유하는 자가 종전의 取得原因(權原)과 무관한 소유권을 취득하는 법리가 도출되었다.[1)]

사용취득이 가능한 물건은 市民法상의 所有權(quiritisches Eigentum)[2)]과

1) M. Kaser/R. Knütel, Römisches Privatrecht 20. Aufl., 2014, § 25 Rz. 2 und Rz. 7.

2) 市民法上의 所有權(*dominium ex iure Quiritium*, quiritisches Eigentum)과 名譽法上의 所有權(bonitarisches Eigentum): 로마법상의 소유권은 상대적인 개념이었다. 따라서 다수의 사람들에게 소유권이 귀속될 수 있었다. [H. J. Wieling, Sachenrecht, 1. Bd., 2. Aufl., 2006, S. 637.] 로마법상의 소유권을 두 가지로 구분할 수 있는바, 그 중에 하나는 로마의 quiritisches Eigentum이었고, 이것은 로마시민이 행사할 수 있는 소유권이었으며, 동산과 이탈이아의 토지에 대한 소유권만이 인정되었다. 이와 병행하여 인정되었던 소유권은 bonitarisches Eigentum 혹은 法務官法上의 所有權(prätorisches Eigentum)이었다. 로마법상 手中物(*res mancipi*)에 속하는 동산과 이탈리아의 토지를 시민법상의 소유자로부터 握取行爲(*mancipatio*)나 法廷讓渡(*in iure cessio*)를 통하여 취득한 것

관련된 물건이었다[3]. 그러나 盜品(*res furtiva*)은 아티니아法律(*lex Atinia*, 기원전 2세기)에 따라서 시효취득이 되지 않는 것으로 여겨졌으며, 율리아法律(*lex Iulia*)과 플라우티아法律(*lex Plautia*, 기원전 1세기)은 掠奪당한 물건을 *res furtiva*와 동일하게 취급하였다. 專主政期(Kaiserzeit)에 國庫物(Fiskalsache)이 여기에 더하여 졌으며, *res furtiva*는 소유자의 손에 되돌아 와서야 비로소 시효취득이 가능한 물건이 되었다.[4] 로마법상의 竊盜(*furtum*)의 개념은 오늘날의 竊盜(Diebstahl)보다 더 포괄적이었고(예컨대 타인물건의 賣買, 橫領을 포함하였기 때문에)[5] 시효취득을 위한 물건은 *furtum*을 통하여 빼앗긴 물건이어서는 안 된다는 요건이 動産時效取得의 적용영역을 극히 제한하였다.[6]

특히 Gaius는 12표법이 도품과 폭력적으로 점유를 취득한 물건의 시효취득을 금지한다고 한 말이, 절도범 자신과 폭력을 통하여 점유하는 자가 시효취득을 못한다는 말은 아니고, 그들이 이미 악의이기 때문에 시효취득을 할 수 없다는 말이라면서, 그러나 제3자가 악의인 자로부터 선의로 물건을 매수하였다고 하더라도, 그 제3자가 시효취득을 할 권리를 갖지 못한다고 하였다. 이 말은 도품이 전전유통되어도 그 도품의 시효취득은 불가능하다는 말로 해석된다. 또한 동산의 경우 자신에게 속하지 않는 물건을 매도하거나 점유를 양도하는 자는 절도를 범하는 것이기 때문에 선의의 점유자에게 시효취득이 가능한 그러한 경우는 거의 없다고 하였다. 나아가 사망한 피상속인이

이 아니라, 단지 형식 없는 引渡(*traditio*)를 통하여 취득한 자는 시민법상의 소유권을 취득하지 못하였다. 그러나 法務官(Prätor)은 이러한 양수인을 시민법상의 소유자보다 더 강하게 보호하는 경우도 있었는바, 수증물을 인도받아 취득한 양수인이 법무관법상의 보호를 받는 지위에 있었고 이러한 지위를 소위 명예법상의 소유권이라고 불렀다. [Kaser/Knütel, § 22 Rz. 8 f.] 명예법상의 소유자가 동산의 경우에는 1년 부동산의 경우에는 2년의 使用取得期間을 완성하는 경우 시민법상의 소유권을 취득할 수 있게 되었으므로 이 소유권은 한시적으로 존재하는 소유권이었다. [H. Honsell, Römisches Recht, 8. Aufl., 2015, S. 57 ff.]

3) Gai inst. 2,45; 49-51; Inst. 2,6,2.

4) Paul. D. 41,3,4,6; Ner. D. 41,3,41; Lab.-Paul. D.41,3,49.

5) Wieling, S. 361 Fn. 17 - 원래 로마법에서도 *furtum*이라는 것은 오직 竊盜만을 의미하였고, 추적하여 반환받을 수 있는 물건의 범위는 게르만慣習과 같았다. 이후에 *furtum*의 개념이 횡령의 개념으로까지 확대되었고, 이와 함께 영구적으로 *rei vindicatio*에 포함되는 *res furtiva*의 범위도 확대되었다.

6) Gai inst. 2,50; Inst. 2,6,3-6; Kaser/Knütel, § 25 Rz. 8.

빌린 물건을 상속인이 용익임대차로 임대하거나 혹은 임치하는 경우, 그 물건이 상속재산에 들어가 있다는 점에 대하여 선의로(不知로) 매도하거나 증여하는 경우, 그는 절도를 범한 것은 아니라고 하였다. 이와 함께 만약 노예의 用益人役權(*servitut*)을 부여받은 자가 마찬가지로 자신에게 속하지 않는 노예의 자식을 선의로 매도하거나 혹은 증여하는 경우, 절도를 범한 것은 아니라고 하였다. 그 이유는 바로 절도는 절도의 고의가 존재하여야만 범하는 것이기 때문이라고 하였다.[7]

2) 所有物返還訴權(*rei vindicatio*)과 푸불리키아나訴權(*actio publiciana*)

로마의 市民法(*ius civile*)에 따르면 시민법상의 所有權保護를 위하여 소유자에게 *rei vindicatio*가 부여되었다. 이 소권은 점유를 하지 않는 시민법상의 소유자가 점유를 하고 있는 무소유자에 대하여 원고의 소유권을 확인하고, 원고가 물건을 반환받도록 하거나 혹은 긴급한 경우에는 일정한 금액으로 피고가 배상하도록 하는 판결을 받도록 하는 이중적인 목적을 갖는 소권이었다.[8]

이에 반하여 名譽法(*ius honorarium*)상의 소유권보호를 위하여 법무관이 일정한 자에게 *actio publiciana*를 부여하는 경우도 있었다. 이 소권은 기원전 마지막 세기에 나타난 法務官法상의 소권인바, 일정한 요건을 갖춘 점유자를 단순한 점유자에 대하여 보호하기 위한 소권이었다. 이러한 일정한 요건을 갖춘 점유자는 시민법상의 소유자가 아니었음에도 불구하고 시민법상의 소유자가 단순한 점유자에 대하여 *rei vindicatio*를 통하여 보호되는 경우와 동일한 수준의 보호를 향유할 수 있었다.

또한 *actio publiciana*는 ⓐ사용취득이 가능한 물건을 權原(法的 原因)을 갖고(*ex iusta causa)* 善意(bona fide)로 취득한 時效取得占有者(Ersitzungsbesitzer)와 ⓑ*usucapio*를 통하여 소유권취득에 필요한 시효취득기간만을 완성하지 못한 시효취득점유자에게 부여되었다. 이 시효취득자들은 手中物을 시민법

---

7) Gai Inst. 2, 49-50.

8) Kaser/Knütel, § 27 Rz. 1; M. Kaser, Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl., 1971, S. 432; Honsell, S. 70.

상의 소유자로부터 引渡(*traditio*)만으로 취득한자와 시효취득이 가능한 물건을 선의로 權原을 통하여 무소유자로부터 취득한 자였다. 手中物이라는 개념이 이후에 상실되면서 실제적인 의미가 사라진 ⓐ사례에서 법무관은 원고를 名譽法상의 所有者(bonitarischer Eigentümer)로 여기면서 심지어 市民法상의 所有者(quiritischer Eigentümer)보다 더 보호하였으나, 무권리자로부터 시효취득이 가능한 물건을 양수하는 ⓑ사례에서는 이와 반대로 시민법상의 소유자보다 더 보호하지는 않았다.[9]

2. 獨逸

1) 프로이쎈一般國法典

프로이쎈一般國法典(Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1794 = ALR)은 로마법의 원칙, 즉 所有物返還原則(Vindikationsprinzip)을 기본적으로 지켰다.[10] 그러나 로마법이 소유자보호에 치중되어 거래의 안전에 소홀한 점, 이와 반대로 獨逸慣習(게르만慣習)이 거래의 안전에는 관심을 가졌지만 소유자 보호에 소홀한 점 등을 깊이 고려하여 둘 사이의 중도적 입장을 새롭게 받아 들였다.

우선 로마법상의 내용인 國庫 혹은 公競賣에서 매수한 물건(ALR 제1부 제15장 제42조)에 대하여 소유물반환청구권이 부정되었으며, 길드 상인의 상점에서 구입한 물건(같은 장 제43조), 금전, 무기명증권(같은 장 제45조~제48조)에 대하여는 소유물반환청구가 부정되었다. 그러나 이러한 사례들 외에 진정한 소유자가 자신의 물건을 모든 점유자로부터 반환요구할 수 있는 로마법상의 이론은 유지되었다. 또한 악의의 점유자는 물건을 언제나 무상으로 반환하여야만 했고(같은 장 제17조), 선의의 점유자도 무상으로 취득한 경우(같은 장 제24조), 혹은 그가 의심스러운 자로부터 취득한 경우(같은 장

9) Kaser/Knütel, § 27 Rz. 25 f.; Kaser, S. 438.

10) ALR 제1부 제15장 제1조: 진정한 소유자는 자신의 소지로부터 자신의 의사에 기하지 않고 빼앗기거나, 혹은 내주지 않는 물건을 모든 소지자와 점유자로부터 반환을 요구할 권리를 갖는다.

제18조~제23조)에는, 무상으로 반환할 의무가 있었다. 이에 반하여 선의이며 의심스럽지 않은 자로부터 유상계약을 통하여 물건을 취득한 자는 자신이 그것에 대하여 주었거나 급부하였던 것의 대가를 소유자로부터 요구할 수 있었다(같은 장 제25조 및 제26조). 즉 선의이며 유상으로 물건을 취득한 자는 소유자에 대하여 물건 반환에 대한 辨償請求權을 행사할 수 있었다.[11] 또한 ALR에서는 동산선의취득과 관련하여 委託物(anvertraute Sache)과 占有離脫物(abhandengekommene Sache)을 구별하지 않은 점이 주목된다.[12]

2) 一般獨逸商法典

一般獨逸商法典(Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, 1861 = ADHGB)의 동산선의취득에 관한 제306조[13]의 제정과정에서, 우선 프로이센商法草案 제279조[14]를 참고한 編輯委員會는 第1讀會(1. Lesung) 후의 決定草案 제305조[15]를 작성하였다. 이 조문의 내용은 商事委託賣買事例에서 委託人이 受託人(委託賣買人)에게 물건의 매매를 위탁하였다면, 수탁인이 그 위임내용에 반하여 제3자에 물건을 판매하고 양도해버리더라도, 위탁인이 제3자인 선의의 점유자로부터 소유물반환청구를 행사할 수 없다는 내용이었다. 이후에 第2讀

---

11) Chr. Fr. Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1. Theil, 2. Bd., 3. Aufl., 1862, S. 285 f. Anm. *.

12) Wieling, S. 364.

13) ADHGB 제306조: [제1항] 상인에 의하여 상품 혹은 다른 동산이 그 상인의 점포에서 양도되어 인도된 때에는 양도인이 소유자가 아닌 경우에도 선의의 양수인은 소유권을 취득한다. 이전에 성립한 소유권은 소멸한다. 이전에 성립한 모든 질권 및 기타 물권은 그 권리가 양도시 양수인에게 고지되지 아니한 경우 소멸한다.
[제2항] 상인에 의하여 상품 혹은 다른 동산이 그 상인의 점포에서 입질되어 인도된 경우 대상물에 대하여 이전에 성립한 소유권, 질권 및 기타 물권은 선의의 질권자 혹은 그 승계인에게 불리하게 행사될 수 없다.
[제3항] 委託賣買人, 運送周旋人 그리고 運送人의 법정 질권은 계약을 통하여 취득한 질권과 동등하다.
[제4항] 대상물이 도품이거나 유실물인 경우에는 이 조항은 적용하지 아니한다.

14) J. v. Lutz (Hrsg.), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches [= Lutz, Prot. ADHGB], Beilagenband, I. Theil, 1861, S. 51 – Art. 279 Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten.

15) Lutz, Prot. ADHGB, Beilagenband, I. Theil, S. 196 f. – 제305조(제1독회 후 결정초안): 위탁매매인이 넘겨받은 위임사항에 반하여 행하면, 그는 위탁자에게 손해를 배상할 의무가 있다; 위탁자는 그 행위를 자신의 계산으로 할 의무가 있는 것은 아니나, 위탁자는 제3자인 선의의 점유자로부터 양도된 물건의 반환을 요구할 수는 없다.

會(2. Lesung) 후의 決定草案 제339조[16]는 제1독회 후의 결정초안 제305조와 표현상의 차이가 있을 뿐 거의 동일한 내용으로 작성되었다. 두 초안의 내용 모두 위탁매매와 관련된 사례에만 적용되는 초안들이었다는 점이 특징이다.

그러나 프로이쎈(Preußen)은 第3讀會(3. Lesung)가 되면서 비로소, 제2독회 후의 결정초안 제339조의 마지막 문장을 삭제하고, 그 대신에 상거래에서 상인에 의하여 물건이 양도 혹은 입질 등이 되는 경우에는 선의의 양수인에게 불리하도록 종전의 소유권이나 질권이 행사될 수 없도록 하며, 도품 혹은 유실물의 경우에는 예외로 한다는 내용을 삽일할 것을 제안함으로써, 결국 기존의 위탁매매에서만 제3자의 동산선의취득을 인정하던 내용을 변경하여, 적용범위를 상법 전체로 확대하고자 하였다.[17] 이러한 일반적 원칙을 규범화하는 프로이쎈의 제안의 배경에는 어떠한 사람이 동산을 타인에게 양도했다면 통상적으로 오직 이 타인으로부터만 동산을 추적하여 반환을 요구할 수 있을 뿐이지, 제3자로부터는 이 동산에 대한 추적과 반환을 요구할 수 없다는 의미로 해석되는 "Hand wahre Hand"라는 게르만慣習이 있었다.[18]

ADHGB 制定委員들은 한편으로 이러한 상사거래의 동산선의취득의 법리를 상법 전체에 일반화시킴으로써 동산선의취득의 법리가 상법을 넘어서 다른 영역으로 확대될 것을 우려하였다. 그러면서도 다른 한편으로는 다른 주변국들이 오직 로마법상의 소유물반환청구의 법리만을 사용하지 아니하고, 공경매 등에서 구입한 물건의 경우 예외를 두었던 상황을 고려하지 않을 수는 없었으므로 이러한 상황들이 ADHGB 제306조 제정에 직·간접적으로 영향을 준 것이 사실이다.[19] 특히 一般規定(動産善意取得規定)은 "商去來의

16) Lutz, Prot. ADHGB, Beilagenband, I. Theil, S. 267 – 제339조(제2독회 후 결정초안): 위탁매매인이 넘겨받은 위임사항에 맞게 행하지 않으면, 그는 위탁자에게 손해를 배상할 의무가 있다; 위탁자는 그 행위를 자신의 계산으로 할 의무가 있는 것은 아니나, 위탁자는 제3자인 선의의 점유자로부터 물건의 반환을 요구할 수는 없다.

17) Lutz, Prot. ADHGB, IX. Theil, Anhang, S. 60 – Antrag Nr. 375.

18) W. Ogris, Hand wahre Hand, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Bd., 1971, S. 1929 und S. 1935; H. Coing, Europäisches Privatrecht, 2. Bd., 1989, S. 400 Fn. 15; L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 1. Bd., 2. Abtheilung, 1868, S. 819 Fn. 68; L. Goldschmidt, ZHR 9 (1866), S. 2; S. Lohsse, AcP 206 (2006), S. 532; 최윤석, 「동산선의취득의 문제에 관한 연구」, 『민사법학』 제68호(한국민사법학회, 2014), 748~749면.

必要"로 인하여 만들졌다는 ADHGB 제306조 제정동기를 확인할 수 있다. ADHGB 제정자들은 만약 로마의 시스템이 실무상 인정되면 상인들은 반발할 것이고, 상거래가 감소하며, 상거래에 불리한 법적 불평등한 상황이 발생할 것임을 예상하였다. 또한 선의취득제도를 받아들임으로써 "체계적이고 원래 법적으로 단순한 개념(ein systematischer und eigentlich juristischereinfacher Gedanke)"이 확립되는 것으로 보았다.[20]

또한 ADHGB 제306조가 委託物과 占有離脫物을 구별하고 있음을 주목할 필요가 있다.[21] ADHGB 제306조는 위탁물에 대하여 동산선의취득을 인정하면서, 동조 제4항에서 "도난당한 혹은 유실된(gestohlenen oder verlorenen)" 물건의 동산선의취득은 부정하고 있다. 이 조문은 위탁물이 아닌 도품·유실물의 경우에 원소유자를 선의의 양수인보다 보호함으로써 법적 거래의 실질적인 필요성을 충족하고 있다.[22]

나아가 형법상의 竊盜, 掠奪, 自救行爲, 恐喝, 그 밖의 違法한 强迫, 本質的인 錯誤(失手, 混同), 不注意 혹은 洪水, 破船과 같은 自然現象 등을 통하여 소유자의 所持 혹은 그 소유자의 所持代理人의 소지를 빼앗긴 물건은 원소유자가 그 물건의 소유권에 관한 반환을 요구할 수 있음에 반하여, 소유자가 물건들의 法的 占有를 背任, 橫領, 詐欺를 통하여 상실한 경우라면 선의의 양수인이 동산에 대한 소유권을 선의취득할 수 있는 것이었다.[23] 결국 시효취득의 대상이 되지 못하는 로마의 *res furtiva*, 즉 로마법상의 도품의 개념은 게르만관습과 달랐다. 게르만관습에 기초한 ADHGB제정자들은 동산선의취득이 배제되는 물건과 관련하여 이를 긍정하는 위탁물과, 이를 부정하는 도품 및 유실물을 구별하는 방식을 사용하였기 때문이다.

---

19) Lutz, Prot. ADHGB, IX. Theil, 561. Sitzung, S. 4605 f.; 최윤석, 위의 글, 748~749면.
20) Goldschmidt, ZHR 9 (1866), S. 1 ff., insbesondere S. 5.
21) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, S. 820.
22) Lutz, Prot. ADHGB, IX. Theil, 561. Sitzung, S. 4616 Anlage B; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, S. 820 Fn 1.
23) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, S. 821 f.

3) 獨逸民法典 立法過程

(1) 獨逸民法典(Bürgerliches Gesetzbuch, 1896 = BGB) 制定을 爲한 第1委員會[24]

① 라인홀트 요호(Reinhold Johow)의 物權法部分草案[25] 및 物權法部分草案의 理由書[26]

로마법상의 所有物返還原則(Vindikationsprinzip)의 입장에 확고하게 서 있던 Johow가[27] 제1위원회의 물권법초안의 기초자료가 되는 물권법부분초안을 작성할 당시 주변의 분위기는 동산선의취득제도 도입에 적극적이었다. 도입을 주장하는 자들은 ⓐ부동산법과의 일치, ⓑ동산거래상의 요구, ⓒ상법(ADHGB)과 같은 새로운 입법의 경향 등을 원용하였다.[28]

Johow는 이러한 입장에 반박하면서 물권법부분초안 제135조[29]를 작성하였다. 반박의 주요내용은 다음과 같다: ⓐ부동산 등기에 대한 신뢰는 대단히 높고, 이러한 등기에 대한 신뢰는 부동산선의취득을 정당화시켜주지만, 무권리자인 양도인이 동산을 점유하다가 양도하는 상황이 동산선의취득을 가능

---

24) Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches = 1. Kommission.

25) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, 1880 in: W. Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, Teil 1, 1982 [= Schubert, VorE SaR I], S. 1-109.

26) Schubert, VorE SaR I, S. 111-1202 und Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung, 1880, in: W. Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, Teil 2, 1982, S. 1-1200.

27) 같은 견해, W. Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung - Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, 1966 = Schubert, Besitz und Eigentumsübertragung, S. 150.

28) Schubert, VorE SaR I, S. 875.

29) 물권법 부분초안 제135조: [제1항] 양도인에게 소유권이 없을 때에도 선의의 양수인은 자신에게 인도되어진 물건의 소유권을 [다음의 경우에] 취득한다.
1. 만약 선의의 양수인이 이러한 물건을 정부가 공공경매를 위해 임명한 사람에 의하여 진행되는 공공경매를 통해 낙찰받는 경우;
2. 금전 혹은 무기명증권이 양도의 대상인 경우;
3. 물건의 소유자에 의하여 물건의 반환을 목적으로 선의의 양수인에 대해 소가 제기되기 전, 물건의 선의의 점유자가 산출물 혹은 이 산출물로부터 발생한 그 밖의 이익을 양도하고 인도하는 경우. [제2항] 1과 2의 경우 소유권의 취득과 함께 종전의 물건에 대한 소유권과 용익권 및 질권은 소멸한다.

하도록 하는 근거가 되지 못하므로 결국 부동산법과 동산법이 불일치한다.[30] 그리고 ⓑ높아진 동산거래의 수요를 도외시 할 수 없어서, 소유자의 소유물반환청구에 대하여 선의의 양수인에게 辨償請求權(Lösungsanspruch)을 주었으므로 동산거래상 요구되는 바가 충족되었는데, 만약 동산선의취득을 인정하여 소유자의 소유권이 박탈되도록 한다면 利害關係의 衡平性에 어긋날 것이라고 반박하였다. 소유자가 위탁한 물건은 선의취득이 가능하고 그렇지 않은 도품 및 유실물은 선의취득이 불가능한데, 그 근거는 앞사람에 대한 선의인바, 어떠한 방식으로든지 선의의 기초는 동일하여야 한다고 근거를 댔다.[31] 또한 ⓒ독일의 법의식은 소유물반환청구의 원칙(소유자보호)을 통한 소유권절대의 원칙을 지키므로 동산선의취득을 인정하는 새로운 입법의 경향을 따라서 초안을 작성할 수 없다고 하였다.[32]

이러한 입장에 서있는 Johow는 물권법부분초안 제135조에 예외적으로 공경매절차를 통하여 구입한 물건, 금전, 무기명증권 등과 같은 매우 제한된 대상만을 선의취득의 대상에 포함함으로써 로마법상의 소유권반환원칙을 유지한 것으로 평가된다.

나아가 소유자보호와 선의의 양수인의 보호 사이의 타협점으로 물권법부분초안 제186조[33]를 규정하면서 변상청구권을 인정하였다. 그는 변상청구권을 인정하는 근거로, 소유자만이 소유권을 양도할 수 있다는 원칙의 엄격성, 가혹함을 완화시킬 필요가 있다는 점, 거래관계가 이러한 완화를 계속요구하고 있다는 점, 소유자와 선의의 양수인 모두에게 이익이 되는 상황도 존재, 특히 양도인의 소유권조사가 유난히 어려울 수도 있는, 예컨대 공경매사례, 금전취득사례, 무기명증권취득 사례에서 이미 이러한 원칙이 완화되고

30) Schubert, VorE SaR I, S. 875 f.
31) Schubert, VorE SaR I, S. 876 f.
32) Schubert, VorE SaR I, S. 877 ff., insbesondere. S. 882.
33) 물권법 부분초안 제186조: 동산소지자가 양도인이 소유자인 점에 대하여 선의로 동산을 그 외의 법적으로는 유효한 방식으로 취득한 경우, 동산소지자의 반대청구는 그 소지자가 물건취득을 위하여 주었던 혹은 급부하였던 것의 상환에까지 미치며, 만약 동산소지자가 선의로 질권을 설정한 경우라면, 그 동산소지자가 질권설정자에게 물건의 수령에 대하여 주었던 것 혹은 급부하였던 것의 상환에까지도 미친다.

있으며, 시효취득제도를 통하여서도 마찬가지인 점을 제시하였다.[34]

또한 Johow는 위탁물과 점유이탈물의 구별을 부정하였다. 소유자가 어떻게 점유를 상실하였는지의 여부는 소유자와 양수인 사이의 이해형량에 있어서 아무런 기능을 하지 못한다고 하였다. 소유자가 자신의 점유를 이전하여 주면서 주의를 다하지 못하였다는 근거를 통하여 소유자 자신이 물건을 포기하는 위탁물 사례에서 자신물건의 소유권상실에 대하여 책임을 지는, 즉 양수인에게 선의취득을 인정하여 주는 점에 대하여 정당성을 부여할 수는 없는 것이라고 하였다. 예컨대 절도와 물건유실의 경우에도 부주의는 존재하는 것이라고 하였다.[35]

② 第1草案[36] 및 第1草案의 理由書[37]

제1위원회는 로마법상의 所有物返還原則에 기초한 Johow의 물권법부분초안의 원칙을 우선 인정하였다가, 회의가 진행되면서 그 당시 1880년 15차 독일법조인대회(15. Deutscher Juristentag)의 결의사항과 이에 상응하는 구스타프 테오도르 프리드리히 데어샤이트(Gustav Theodor Friedrich Derscheid)의 제안[38]을 받아들여 선의취득을 인정하는 것으로 입장을 전환하였다(제1초안 제877조,[39] 제878조[40]).[41] 이에 대한 근거는 ⓐ선의의 양수인 보호가

34) Schubert, VorE SaR I, S. 1061 f.; 이에 대하여 오히려 선의의 양수인에게 변상청구권을 인정하여 줌으로써 외관상 소유자를 보호하는 것처럼 보이지만, 실질적으로는 선의의 양수인을 오히려 더 보호하여 주는 결과가 나타난다고 Wieling은 평가하고 있다.

35) Schubert, VorE SaR I, S. 876 f.; Wieling, S. 365.

36) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission = 1. Entwurf.

37) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 5 Bände, Amtliche Ausgabe, 1888 = Motive.

38) H. H. Jakobs/W. Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I, §§ 854-1017, 1985 [= Jakobs/Schubert], §§ 932-936, S. 598 - Derscheid의 제안1(Nr. 82): 제a조: 비록 인도하는 자가 소유자가 아니라고 하더라도, 소유권을 양도하고 취득하려는 의도로 이루어진 동산인도를 통하여 선의의 양수인은, 제b조 제2항과 제3항에서 언급한 예외를 제외하고, 소유권을 취득한다. 종전의 소유권과 양수인에게 인도가 이루어지는 시점에 알려지지 않은 채, 이전에 성립된 물건에 대한 권리는 소멸한다. 제b조: 무기명증권이 도난당하고 유실당한 경우에, 제a조의 규정은 무기명증권에 적용되지 않는다. 소유자는 다른 도난당한 혹은 유실된 물건을 소지자로부터 반환을 요구할 수 있다; 그러나 선의의 양수인은 물건의 취득을 위하여 준 혹은 급부한 것의 상환에 대하여만 반환의무를 진다. 반환청구권은 선의의 양수인에 대하여 3년의 소멸시효에 걸린다; 소멸시효는 물건이 도난당하거나 혹은 유실당한 시점부터 시작된다; 소멸시효기간의 완성으로 선의의 양수인은 제a조의 기준에 따라서 소유권을 취득한다.

동산거래에서 큰 의미를 가짐, ⓑ동산법과 부동산법의 일치, ⓒ변상청구권만으로는 선의의 양수인 보호미흡, ⓓ상법(ADHGB)와의 일치였다.[42]

나아가 도품 및 유실물의 선의취득을 엄격하게 금지하는 제1초안 제879조[43]를 제정하였다. 제1위원회는 도품 및 유실물에 대한 동산선의취득배제를 위한 중요한 근거로 不動産法과의 一致를 제시하였다. 이에 관하여 구체적으로 ⓐ부동산법에서는 부동산 등기부를 통하여 양도인에게 처분권이 있다는 신뢰의 근거가 마련되어 있다면서, 부동산등기부에 대한 신뢰는 동산의 경우 점유를 근거로 형성된 신뢰와는 다르다고 하였다. 또한 ⓑ부동산에서 잘못된 등기는 항상 소유자의 의사에 반하여 이루어지는바, 무권리자에게 잘못된 등기를 통하여 권한이 부여되어 양도행위가 일어날 가능성은 희박하지만, 무소

39) 제1초안 제877조[동산선의취득]: 양도인이 물건의 소유자가 아닌 경우, 그러나 이러한 상황을 양수인이 취득시 알지 못하며, 양수인의 不知가 중과실에 기인하지 아니하면, 양수인은 제874조에 나타난 계약을 통하여 소유권을 취득한다. 만일 취소가 발생하는 경우, 법률행위의 취소가능성 대하여 아는 것과 중대한 과실에 기인하여 모르는 것은 취소와 함께 발생하는 법적효과를 아는 것과 중과실에 기하여 모르는 것과 동일하다.

40) 제1초안 제878조[동산선의취득]: 양수인의 소유권 취득과 동시에 물건에 종래에 성립하였던 모든 권리들을 양수인이 취득시 알지 못했던 경우, 양수인의 不知 역시 중과실에 기인하지 아니한 경우에는, 그 모든 권리들은 소멸된다. 제877조 2문은 준용된다.

41) Johow가 제정한 물권법 부분초안을 제1위원회가 심의하면서, 1875년 10월 18일 우선 제1위원회는 사전결정을 통하여 Johow의 물권법 부분초안의 기초가 되는 원칙(로마법상 Vindikationsprinzip)에 동의하였다. 그러나 Derscheid는 Johow의 물권법 부분초안에서 벗어난 원칙을 기초로 하는 제안1(Nr. 82)을 내어 놓았다. 이후 제안1에 대하여 제1위원회 위원들이 투표하였는데 5대 5 동수로 투표결과가 나왔다. 여기서 의장인 하인리히 에두아르트 파페(Heinrich Eduard Pape)가 Derscheid의 초안에 동의하는 결정적인 한 표를 행사함으로써 Derscheid의 제안이 받아들여졌다. 따라서 드디어 일반화된 선의취득제도가 독일민법 초안에 등장하게 되었다. 그러나 세부적인 내용 및 이 원칙의 예외에 해당하는 내용들에 관한 최종안은 유보된 채로 남아 있었다. 최종결정된 초안을 만드는데 근거가 되는 이유들은 第1草案의 理由書 제3권(Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 3. Bd.: Sachenrecht, 1888 [= Mot. III])의 740면~750면에 적시된 Johow의 초안에서 이루어진 결정에 대한 반대이유들이었다는 점이 주목된다. Jakobs/Schubert, S. 598 f.

42) Jakobs/Schubert, S. 599와 Mot. III, S. 344는 부분적으로 문장에 차이만 있을 뿐, 내용은 거의 동일.

43) 제1초안 제879조: [1문] 취득이 제874조 제3항[단수인도]에 따라 [현실적] 인도 없이 이루어지는 경우 혹은 인도가 제805조[점유개정]에 따라 이루어지는 경우 제877조, 제878조[동산선의취득]는 적용되지 아니한다. [2문] 나아가 양도된 물건이 도난당한 것이거나 혹은 유실된 것이거나 혹은 다른 방식으로 소유자의 의사에 의하지 않거나 혹은 소유자를 위하여 그 물건을 소지하는 자의 의사에 의하지 않고 그 자들의 소지로부터 이탈된 것이라면, 이 규정들[제877조, 제878조]은 적용되지 않는다. 만약 금전이나 무기명증권이 양도되거나 권한 있는 법원집행인을 통한 혹은 경매를 위하여 선임된 다른 공무원을 통한 혹은 공무를 보는 경매인을 통한 공경매에 의하여([생략]) 다른 물건의 양도가 이루어지는 경우에는 그러하지 아니하다.

유자인 소지자가 물건을 인도할 수 있는 상황은 매우 빈번하게 일어난다고 하였다.[44] 전형적인 사례로 소유자에 의하여 所持가 所持者에게 넘겨진 사례라면서, 이러한 위탁물 사례의 경우 동산선의취득을 인정함으로써 소유자에게 그 위험을 부담시키는 것이 타당하지만, 소유자의 의사에 반하는 사례, 즉 점유이탈물 사례의 경우에는 그렇지 않다고 하였다. ⓒ이에 덧붙여서 등기부의 경우 소유자가 주의를 기울임으로써 등기를 유지할 수는 없는 것인 반면, 물건의 소지는 오히려 소유자 스스로가 더 안전하게 할 수 있다고 하였다. ⓓ나아가 등기부에 있는 등기가 상실될 위험은 대단히 희박하지만, 이러한 위험에 반하여 동산의 소지를 상실할 위험은 대단히 높다고 하며, 그 당시의 현행법은 선의의 양수인을 위하여 점유이탈물의 추적을 소유자로부터 완전히 배제하는 경향에 있지 않다는 점을 고려했다고 하였다. 따라서 제1위원회는 도품 및 유실물의 선의취득을 배제하는 결정을 하였는바, 이 결정은 종전의 소유자의 소유권을 고려하는 점과 선의의 양수인을 고려하는 점 사이에서의 타협점이었다. 이러한 예외를 위한 원칙적인 요건은 소지자의 의사에 의하지 않고 소지가 상실되는 점이었다. 이러한 원칙은 ADHGB 제306조 제4항의 근거를 제공하는 帝國法院判決(Entscheidungen des Reichsgerichts)에서도 인정되었다.[45]

제1위원회는 도품 및 유실물에 관한 동산선의취득을 부정함에도 불구하고 선의의 양수인을 재차 고려하여 제1초안 제939조 제1항[46]을 제정함으로써 초안에 Johow의 변상청구권을 유지하였다. 그 근거는 ⓐ도품 및 유실물의 선의취득을 부정함으로써 선의의 양수인에게 일정부분 가혹한 면이 있다는 점, ⓑ선의의 양수인이 물건을 취득함에 있어서 모든 유효요건을 살펴봐야하고 만약 자신의 과책 없이 알지 못하는 사정으로 인하여 손해가 발생할 수 있는 상황이 일어나면 거래관계에 장애가 생길 우려가 있다는 점, ⓒ변상청

44) Schubert, Besitz und Eigentumsübertragung, S. 153.

45) Motive III, S. 347 ff.; Jakobs/Schubert, S. 606 f.

46) 제1초안 제939조 제1항: 무권리자로부터 양도된 동산의 점유자가 오직 제879조 2문[점유이탈물의 동산선의취득 배제조항]을 근거로 하여 그 물건에 대한 소유권을 취득하지 못하는 경우, 그 점유자는 그 물건의 취득을 위하여 양도인에게 급부한 것 혹은 여전히 급부하여야만 하는 것의 보상을 요구할 수 있으나, 반환시점에 소유자로부터 보상받을 비용을 공제한 후 그 물건의 가치의 한도까지만 그러하다.

구권으로 인하여 중대한 문제점이 발생할 수 있음을 부인할 수 없고, 이러한 문제점이 실무상 적법하게 인정되고 현행법에서 유지되는 길로 접어드는 점을 포기하도록 할 수도 있다는 것이었다.[47]

또한 제1위원회의 결정 중 주목할 점은 도품 및 유실물의 반환기간을 3년으로 정하였던 Derscheid의 제안[48]을 消滅時效(Verjährung)제도 규정과 불일치하는 것으로 판단하여 거부하였던 점이다.[49] 이러한 내용은 프랑스, 스위스 및 우리 나라에 시사하는 점이 크다 하겠다.

(2) 獨逸民法典 制定을 爲한 第2委員會[50]

第2委員會의 編輯委員會(Redaktionskommission)는 양도인의 소유권여부와 관계없이 일정한 조건 하에서 동산의 선의취득을 인정하는 제1초안 제877조~제880조[동산선의취득조문]의 기초사상을 商法과의 一致를 이유로 하여 유지하였다.[51] 또한 제2위원회 편집위원회 다수는 위에서 제시한 第1草案의 理由書와 동일한 근거들을 기초로 제1초안 제879조[도품, 유실물 특칙]를 수용하는데 동의하여[52] 도품 및 유실물에 관한 특칙에 관한 제2초안[53] 제848조[54]를 제정하였다.

---

47) Motive III, S. 348 und S. 417 f.; Jakobs/Schubert, S. 816 ff.

48) Jakobs/Schubert, S. 598.

49) Jakobs/Schubert, S. 608. – "제안[Derscheid의 제안1]은 물권적 청구권의 소멸시효를 의무를 부담하는 자[선의의 양수인] 측의 권리취득의 그 밖의 효과와 결부시키려는 것이며 이를 위하여 실체적으로 시효취득에 관한 초안의 규정을 대체하여 시효취득을, 시효취득의 특수한 요건들을 규정하지 않고, 오히려 청구권의 소멸시효에 관한 요건들을 시효취득에 넘겨버리는 방식으로 규정을 두려고 하고 있다고 한다. 제안1이 제안한 소멸시효의 시작에 관한 규정은 위원회안 제158조(KE)[오늘날 소멸시효규정]에 상응하지도 않으며, 의무를 부담하는 자의 선의로부터 나오는 영향력이 청구권의 소멸시효의 원칙들과도 조화를 이루지 않는다고 한다."

50) Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich = 2. Kommission.

51) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts, 3. Bd.: Sachenrecht, 1899 [=Prot. III], S. 207 = Jakobs/Schubert, S. 613.

52) Prot. III, S. 213 f. = Jakobs/Schubert, S. 613.

53) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, nach den Beschlüssen der Redaktionskommission = 2. Entwurf.

54) 제2초안 제848조: [제1항] 물건이 소유자로부터 도난당하거나, 유실당한 경우 혹은 점유이탈한 경우라면, 제846조, 제847조를 근거로 소유권취득은 이루어지지 않는다. 소유자가 단지 간접점유자

여기서 주목할 만한 점은, 제2위원회 편집위원회가 변상청구권과 관련된 제1초안 제939조를 완전히 삭제하였다는 점이다.[55] 그 근거는 특히 ⓐ변상청구권을 유지하는 것은 ALR에서와 같이 동산선의취득의 기초원칙이 도입되지 않은 나라의 입법이나, 프랑스민법전처럼 매우 제한적으로 도입된 입법의 경우 정당성을 갖기 때문에 제2초안에서 받아들인 선의보호에 관한 독일법(게르만 관습)적 원칙의 수행에 문제가 있다고 말할 수 없는바, 그 이유는 이 변상청구권이 고대 독일법, 고대 게르만 관습이 아니고 국제거래에서 상인을 보호하기 위하여 발생된 것이기 때문이라고 하였다. 나아가 ⓑ변상청구는 많은 실무적인 의문점을 내포하고 있고, 장물을 보호하는데 유용할 수 있으며, 어쨌든 악의의 점유자에게 오히려 유리할 수 있고, 이 변상청구를 수행함으로써 분쟁을 일으킬 소지가 다분하다고 하였다. 이와 함께 ⓒ만약 선의의 점유자를 보호하려고 했다면 도품 유실물의 경우에도 선의의 점유자가 소유권을 취득하도록 제1초안 제879조[도품, 유실물 특칙]를 삭제하는 것이 옳다고 강조하였다. 또한 ⓓ변상청구권을 이행하기 어려운 무자력 소유자가 자력자인 소유자보다 자신의 권리를 추적할 때에 더 불리하게 되는 원하지 않는 결과가 발생한다고 하면서, ⓔ변상청구권은 선의의 양수인에게 현저한 이익을 제공하고, ⓕADHGB의 논의과정에서도 변상청구권의 도입이 거래의 이익에 있어서 불필요한 것으로 보인다고 하였기 때문이라는 점을 근거로 들어 결국 제2위원회의 편집위원회는 ADHGB의 입장에 맞추어 이 조문을 삭제하였다.[56]

결국 제2위원회 편집위원회는 ADHGB의 입장을 따라서 동산선의취득을 인정하면서, 점유이탈물(도품 및 유실물)에 대한 동산선의취득만큼은 부인하였고(제2초안 제846조[57], 제847조[58] 및 제848조 제1항), 다만 금전, 무기명

인 경우, 물건이 [직접]점유자로부터 이탈된 경우에 동일하게 적용된다.

[제2항] 금전 혹은 무기명증권 내지 공경매의 과정 중 양도된 물건에는 이 규정이 적용되지 않는다.

55) Prot. III, S. 368 = Jakobs/Schubert, S. 824.

56) Prot. III, S. 368 f.

57) 제2초안 제846조: [제1항] 만약 물건이 양도인에게 속하지 않은 경우더라도, 제842조, 제845조에 따라 이루어진 양도를 통하여 양수인은 소유자가 되며, 만약 양수인이 이 규정들에 따라서 소유권을 취득하는 시점에 선의가 아니라면 그러하지 아니하다. 그러나 제842조 2문의 사례에서 이러한 점은 만약 양수인이 점유를 양도인으로부터 취득한 경우에만 적용한다.

[제2항] 물건이 양도인에게 속하지 않았다는 점이 양수인에게 알려져 있거나 혹은 오직 중과실로

증권, 공경매에서 양도된 물건은 점유이탈물(도품 및 유실물)이라고 하더라도 선의취득이 가능하도록 하였으며(제2초안 제848조 제2항), 선의의 양수인에게 변상청구권은 부정되는 것으로 입장을 정리하였다.

(3) 第2草案 修正案(聯邦參政院案)[59] 및 第3草案(獨逸帝國議會案)[60]

제2초안 수정안 제920조과 제3초안 제919조는 제2초안 제848조를 그대로 따르고 있다. 따라서 제2위원회 편집위원회의 결정사항이 占有離脫物의 善意取得을 否定하는 현행 독일민법 제935조의 직접적인 입법동기다.

3. 그 밖의 外國 立法例

1) 프랑스

(1) 프랑스民法典上의 規定

프랑스民法典(Code civil, 1804)은 동산의 경우 부동산[61]에서와 마찬가지로

몰랐다면, 양수인은 선의가 아니다.

58) 제2초안 제847조 [제1초안 제879조 1문 참조]: [제1항] 제843조[점유개정을 통한 인도]에 따라 양도된 물건이 양도인에게 속하지 않는 경우, 물건이 양도인으로부터 양수인에게 인도되는 경우, 양수인은 소유자가 된다, 단, 양수인이 인도시점에 선의가 아닌 경우에는 그러하지 아니하다.
[제2항] 제844조[목적물반환청구권의 양도를 통한 인도]에 따라 양도된 물건이 양도인에게 속하지 않은 경우, [첫 번째 사례] 양도인이 물건의 간접점유자인 경우 청구권의 양도와 함께, [두 번째 사례] 그렇지 않은 경우 양수인이 물건의 점유를 제3자로부터 취득하는 경우 양수인은 소유자가 된다. 단, 양수인이 양도시점에 혹은 점유취득시점에 선의가 아닌 경우에는 그러하지 아니하다.

59) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich－Zweite Lesung (1895; sog. Bundesratsvorlage)=Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und eines zugehörigen Einführungsgesetzes, in der Fassung der Bundesrathsvorlagen, auf amtliche Veranlassung, 1898 = E II rev.

60) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage (1896; sog. Reichstagsvorlage oder 3. Entwurf) = E III.

61) H. J. Sonnenberger/Cl. D. Classen (Hrsg.)/H. J. Sonnenberger (Bearbeiter), Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., 2012, S. 220; 프랑스민법은 부동산 선의취득제도를 규정하고 있지 않다. 다만 부동산의 경우에는 현행 프랑스민법 제2258조 이하에서 부동산 시효취득제도를 규정함으로써 이러한 흠결을 보충하고 있다. 이 조문에 따른 부동산 시효취득의 요건은 평온하게 취득한 부동산에 대하여 소유자로서 지속적, 공연한 점유를 하는 것이다. 나아가 점유자(자주점유자, 프랑스법상의 점유는 자주점유임)로 추정되는 점유자가 선의이며, 권원이 있는 경우에는 시효취득을 위하여 10년(프랑스민법 제2272조 제2항), 만약 선의가 없다면 30년(프랑스민법 제2272조 제1항)의 점유기간이 요구된다. 비교, 종전의 통상적인 30년 시효취득(2008년 개정 전 프랑스민법 제

"동산선의취득제도"라는 명칭을 사용하는 선의의 양수인 보호제도를 갖고 있지 않다. 다만 동산시효취득제도를 갖고 있을 뿐이며 이 제도의 특징은 동산소유권의 "卽時 時效取得"이다. 부동산과 같이 시효취득을 위하여 자주점유기간이 요구되지 않는다. 이러한 프랑스민법상의 제도는 "점유는 규정에 맞는 권원의 효과를 나타낸다"는 원칙을 세운 18세기 Châtele판결에 기원하며, 프랑스민법 제2276조[62] 제1항(2008년 개정 전 제2279조 제1항)을 통하여 명문화되어 있다.[63]

프랑스민법 제2276조 제1항의 예외인 프랑스민법 제2276조 제2항(2008년 개정 전 제2279조 제2항)에 따르면 물건을 유실당하거나 도난당한 자는 유실 또는 도난당한 날로부터 3년 내에 그 물건을 수중에 갖고 있는 자에 대하여 물건의 반환을 요구할 수 있다. 즉, 도품 혹은 유실물을 양수한 자는 그 물건들을 즉시 시효취득할 수 없다. 이 조문은 점유(프랑스법상 점유는 자주점유)함으로써 소유권을 취득한다는 동조 제1항의 예외규정이다. 소유자의 물건이 도난당하거나 점유이탈된 경우(竊盜[vol], 遺失[perte]), 선의의 점유자는 제2276조 제2항에 따라서 3년의 기간 동안 "점유자의 취득기능(fonction acquisitive)"을 원용할 수 없다. 이 기간 동안 소유자는 자신의 소유물의 반환을 요구할 수 있다.[64]

(2) 返還訴權(返還請求權)의 法的 性質

제2276조 제2항의 본문에 적시되어 있는 "revendiquer"가 소유물반환청구와 관련되는 것인지 의문이다. 이 반환소권은 오히려 물건을 수중에 갖고 있

2262조~제2264조), 단축된 10년 내지 20년 시효취득(2008년 개정 전 프랑스민법 제2265조~제2270조), 단축된 시효취득은 선의를 요건으로 하였고, 동산의 경우에는 2008년 개정 전 프랑스민법 제2279조에 따라서 즉시취득이 되었기 때문에, 이 단축된 시효취득은 오직 부동산에서만 의미가 있었다. - M. Ferid/H. J. Sonnenberger (Bearbeiter), Das Französische Zivilrecht, 2. Bd., 2. Aufl., 1986, Rz. 3 C 321.

62) 프랑스민법 제2276조(2008년 개정 전 제2279조): [제1항] 동산과 관련하여 점유는 모든 권원(법적 원인)에 대신하는 것으로 본다.
[제2항] 그럼에도 불구하고 물건을 유실당하거나, 물건을 도난당한 자는, 유실이나 도난을 당한 날로부터 3년 내에 그 물건을 수중에 갖고 있는 자에 대하여 물건의 반환을 요구할 수 있다; 그러나 그 물건을 수중에 갖고 있는 자가 자신에게 물건을 준 자에 대하여 배상 청구를 할 수 있다.

63) Ferid/Sonnenberger, Rz. 3 B 4.

64) Ferid/Sonnenberger, Rz. 3 B 29.

는 자에게 반환을 요구하는 그러한 對人訴權으로 파악할 수 있을 것으로 생각된다. 이러한 대인소권은 물건을 부주의로 유실하였거나, 도난당하여 누군가가 이 물건을 소지하게 되고, 다른 누군가는 소지를 상실하는 그러한 상황으로부터 연유하는 반환소권으로 이해할 수 있다.[65] 그러나 일부에서는 이 반환소권과 관련하여 "vindiciren(소유물을 반환청구하다)"[66], "rei vindicatio(소유물반환청구권)"[67]라는 용어를 사용하고 있으며, 또한 프랑스민법전을 독일어로 번역하면서 "vindiciren"[68]이라는 용어를 사용하고도 있기 때문에, 과연 이러한 용어를 사용하는 자들이 반환청구권의 성격을 일반적인 소유물반환청구권으로 파악하고 있는 것은 아닌지 의문이 든다. 그러나 이 반환소권을 청구할 수 있는 자가 단순한 물건의 所持者(우리 법상 直接·他主占有者)라면, 이 청구권을 소유물반환소권으로 말할 수 없으므로 이에 대한 검토가 필요하다.

프랑스민법 제2276조 제2항에 따른 반환청구권을 행사할 수 있는 정당한 권한이 있는 자는 소유자뿐만 아니라, 질권자나 임차인과 같은 단순한 소지자(우리 민법이나 혹은 독일민법의 입장에서는 타주·직접점유자)도 될 수 있다.[69] 따라서 동조에 근거하는 반환청구권은 소유자로서 행사하는 경우 소유물반환소권이지만 점유자로서 행사하는 경우에는 점유회수를 위한 소권의 속성을 갖는다. 프랑스민법에서는 이 반환소권의 속성을 소유물반환소권으로 명시적으로 인정하는 규정을 두고 있지 않다. 프랑스학계 또한 소유물반환소권을 부정하는 입장을 견지하고 있음을 고려할 때에 법적 성질을 단편적으로 소유물반환소권으로 설명하여서는 안 된다.[70]

---

65) J. N. Fr. Brauer, Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzoglich Badische bürgerliche Gesetzgebung, 4. Bd., 1810, S. 345.

66) C. S. Zachariä v. L., Handbuch des Französischen Civilrechts, 1. Bd., 6. Aufl., 1875, S. 576.

67) Zachariä, S. 576 Fn. 10.

68) Ch. D. Erhard (Hrsg.), Napoleons I－Kaisers der Franzosen, Königs von Italien und Protectors des Rheinbundes－bürgerliches Gesetzbuch, 1808, Nachdruck, 2001, S. 623.

69) Ferid/Sonnenberger, Rz. 3 B 32 ff., insbsondere Rz. 3 B 34.

70) Brauer, S. 345; Ferid/Sonnenberger, Rz. 3 B 34 Fn. 59 m. w. N. 참고, 현재 국내문헌, 정태윤, 「프랑스에서의 동산의 선의취득」, 『이화여자대학교 법학논집』 제17권 제4호(이화여자대학교 법학연구소, 2013.6), 61면, 3년간 소유권의 귀속문제 학설대립 언급.

(3) 所有權歸屬과 3年의 返還期間의 意味

물건에 대한 반환소권은 3년의 제척기간에 걸리고, 이 기간은 동산을 점유하는 자가 동산의 소유권을 취득한 프랑스민법 제2276조 제1항의 효과를 3년간 유예시키는 기능을 한다. ⓐ이 3년의 기간은 시효취득기간이 아니며, 그 이유는 이 기간이 취득자의 점유시작과 함께 시작되는 것이 아니라, 점유가 이탈한 시점(예컨대 절도시, 점유상실시)부터 시작되기 때문이다. ⓑ또한 소멸시효기간으로도 볼 수 없는바, 그 근거는 중단가능성과 연장가능성이 없다는 점에서 찾을 수 있다. ③그 뿐만 아니라 널리 알려진 견해에 따르면 이 반환청구권한은 소멸시효에 걸리지 않는 것으로 보고 있다.[71] 이 조문에 따른 반환소권은 선의의 점유자에 대하여 3년의 기간 내에 행사할 수 있는 것이며, 항상 악의인 도둑이나 점유이탈물의 발견자 및 이 도둑이나 발견자로부터 물건을 악의로 취득한 제3자와는 관련이 없다. 이 경우 소유자는 자신의 소유권을 상실하지 않고 도둑이나 발견자에게 대하여 오히려 30년의 소멸시효가 적용되는 반환소권을 갖는다.[72]

(4) 辨償請求權 및 返還請求의 法的 效果

프랑스민법 제2276조 제2항에 따라서 선의의 양수인은 소유자로부터 자신이 들인 비용에 대한 상환을 받지 못한 채 그 물건(점유이탈물)을 반환하여야 하는 의무가 있다. 그러나 프랑스민법 제2277조 제1항(2008년 개정 전 제2280조)[73]은 이 조문에 대한 예외로, 만약 선의의 양수인이 물건을 博覽會, 市場, 公競賣 혹은 商人에게서 구입한 경우라면, 선의의 양수인이 그 물건을 구입하기 위하여 지불한 매매대금만큼을 청구할 수 있는 변상청구권을 그 선의의 양수인에게 부여해 준다. 이 예외조항은 공개된 장소에서 거래가

71) Ferid/Sonnenberger, Rz. 3 B 33.

72) Ferid/Sonnenberger, Rz. 3 B 28 und Rz. 3 B 35; Zachariä, S. 576 Fn. 10.

73) 프랑스민법 제2277조 제1항(2008년 개정 전 제2280조): 도품 혹은 유실물의 현재의 점유자는 이 물건들을 박람회에서, 시장에서, 혹은 공경매에서, 혹은 그러한 동종의 물건들을 거래하는 상인으로부터 구입한 경우; 종전의 점유자는, 현재의 점유자가 지불한 것을 그 현재의 점유자에게 상환하여 주지 않은 채, 그 물건의 반환을 요구할 수 없다.

이루어지는 경우에는 매도인이 소유자일 것이고 그가 소유자가 아니라고는 생각할 수 없도록 신뢰가 형성될 수 있다는 점에 기초하고 있다.[74]

2) 오스트리아

(1) 오스트리아民法 第367條의 內容 및 效果(所有權取得)

오스트리아民法典(Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, 1811 = ABGB)은 기본적으로 동산선의취득을 인정하지 않는다. 다만 예외적으로 ABGB 제367조 제1항[75], 제371조[76]의 요건을 충족하는 경우에 한하여 동산선의취득을 인정한다. 선의취득을 위하여 공통적으로 ⓐ동산에 대하여, ⓑ양수인은 적법·선의의 양수인이여야 하고, 나아가 ⓒ有償으로 물건을 양수하여야 하는 점이 요건이다. 나아가 이 양수인이 ⓓ공경매를 통하여, 혹은 ⓔ통상적인 영업을 하고 있는 상인으로부터, 혹은 ⓕ소유자가 물건의 사용을 위하여 어떠한 사람에게 독점적 소지를 위탁한 경우 이 자로부터 동산을 취득하였다면(ABGB 제367조)[77], 혹은 ⓖ금전, 무기명증권을 취득한 경우에는 동산선의취득이 인정된다(ABGB 제371조).[78]

(2) 委託物과 占有離脫物의 動產善意取得 可能性 및 辨償請求權

ABGB 제367조 제1항은 위탁물의 경우에는 예외적으로 소유물반환청구

---

74) Ferid/Sonnenberger, Rz. 3 B 38.

75) ABGB 제367조: 적법 및 선의의 동산점유자가 물건을 공경매에서, 상인의 일상적인 영업장에서 상인으로부터 혹은 종전의 소유자가 그 물건을 위탁하여 둔 자로부터 유상으로 취득한 경우, 그에 대한 소유권에 기한 소는 기각되어야만 한다. 이 사례들에서 적법 및 선의의 점유자는 소유권을 취득한다. 신뢰하였던 자 혹은 다른 자들에 대한 종전의 소유자의 손해배상청구권은 영향을 받지 않는다.

76) ABGB 제371조: 금전이 다른 금전과 혼화되는 것과 같은 방식으로 구별할 수 없는 물건, 혹은 지참인이 적시된 채무증서도 통상적으로 소유물반환청구권의 대상이 되지 않는다; 만약 원고가 자신의 소유권을 증명할 수 있는 상황이 도래하지 않고, 피고가 물건을 줄 권한이 없다는 점을 알아야만 하는 상황이 도래하지 않는 경우에 그러하다.

77) H. Koziol/P. Bydlinski/R. Bollenberger (Hrsg.)/B. Eccher (Bearbeiter), Kurzkommentar zum ABGB [= KBB], 3. Aufl., 2010, § 367 ABGB Rz. 4 f.

78) KBB/Eccher, § 371 ABGB Rz. 1 ff.; H. Klang (Hrsg.)/H. Klang (Bearbeiter), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 2. Aufl., 1950, § 367 ABGB, S. 222 ff.

권을 배제하였는바, 즉 위탁물의 경우에는 동산선의취득을 예외적으로 인정한 것이다.[79] 그리고 도품, 유실물의 경우에는 ABGB 제367조 제1항의 요건이 충족되는 경우에만 선의취득이 가능하다.[80]

ABGB는 변상청구권에 관한 규정을 두고 있지 않다. 동산선의취득을 매우 제한적인 사례들에서만 인정하여 원소유자보호를 중시하는 ABGB의 기본태도에 비추어 볼 때 변상청구권의 제정은 필요하지 않은 것으로 판단된다.

(3) 오스트리아民法 第367條의 評價

오스트리아에서 ABGB 제367조는 자신의 소유권을 포기하지 않으려고 하는 소유자의 이익과, 자신과 바로 전에 거래한 사람의 소유권 보유여부, 혹은 처분권한 보유여부에 따라서 일반규정에 의해 자신의 소유권취득이 좌절될 가능성이 있는 자(예컨대 선의의 양수인)의 이익 사이에서 일종의 타협점을 찾은 무권리자로부터의 동산선의취득에 관한 조문으로 일반적으로 평가된다.[81] 그러나 ABGB는 조문의 내용을 종합하여 검토한 결과 원소유자를 더 보호하는 결정을 내린 입법으로 평가하는 것이 타당할 것으로 판단된다.

3) 스위스

(1) 1881년 舊 스위스債務法典

1881년 구 스위스채무법전(Bundesgesez über das Obligationenrecht(Vom 14. Brachmonat 1881.) = aOR) 제205조[82]에 따르면 도품 혹은 유실물이 아닌 물건을 무권리자로부터 선의로 양수한 자는 소유권을 취득하였다. 도품이나 유실물에 대하여는 동법 제206조[83]에 따라서 5년 내에 소유물반환청

79) KBB/Eccher, § 367 ABGB Rz. 4; Klang/Klang, § 367 ABGB, S. 225 f.
80) 같은 견해 Wieling, S. 406; 참고, Klang/Klang, § 367 ABGB, S. 225.
81) KBB/Eccher, § 367 ABGB Rz. 1.
82) Schweizerisches Bundesblatt, 33. Jahrgang. III., Nr. 26., 18. Juni 1881, S. 109 ff.의 조문.
aOR 제205조: 양도인이 소유자가 아니었다고 하더라도, 도품 혹은 유실물에 관한 규정을 유보한 채 물건의 선의의 양수인은 소유권을 취득한다. 동일한 요건 하에서 물건에 대한 제3자의 그 밖의 권리들은 소멸된다.

구권을 행사할 수 있었다. 만약 공경매, 시장 혹은 상인으로부터 선의로 그 물건을 취득한 경우라면, 원고는 그 가격을 변상하여야만 했고(변상청구권 인정), 동법 제207조[84]에 따른 악의의 양수인은 물건을 반환하여야 했으며, 만약 그 물건을 양도하였다면 가치를 배상하였어야 했다. 지폐(Banknoten), 사용기한이 지난 쿠폰(verfallenen Coupons), 무기명증권 등의 경우에는 동법 제208조에 따라 항상 선의취득이 가능하였다.[85] 선의취득에 관한 조문들이 독일법의 경우 상법전에 처음으로 제정되었던 점에 비추어 볼 때 구 스위스채무법에 처음으로 제정되었던 점은 주목할 만하다.

(2) 스위스民法典

① 스위스民法典上의 規定

구 스위스채무법 입장을 받아들인[86] 현행 스위스民法典(Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1907 = ZGB)에서 위탁물을 선의로 양수한 자는 양도인이 소유자가 아니었다고 하더라도 보호를 받는다(ZGB 제933조[87]). 선의의 양수인은 점유법에 따라 물건에 대한 점유를 보호받는 순간부터 소유권을 취득한다(ZGB 제714조 제2항[88]). 점유이탈물의 경우에는 소유자가 5년 동안 선의의 양수인에 대하여 반환을 청구할 수 있으며, 금전이나 무기명증권의 경우에는 이러한 내용이 적용되지 않는다(ZGB 제934조[89] 제1항, 제935조[90]). 점유이

83) aOR 제206조: 도품 혹은 유실물을 점유이탈한 날로부터 계산하여 5년 내에 모든 소지자에게 요구할 수 있다. 만약 이러한 물건이 공경매에서, 시장에서 혹은 그러한 종류의 물건을 거래하는 상인으로부터 선의로 취득된 것이라면, 이를 위하여 지불된 가격을 보상해야만 반환을 요구할 수 있다.

84) aOR 제207조: 악의의 양수인은 그 물건을 항상 반환하여야만 하거나 혹은 만약 그가 양도하였다면 그 가치를 배상하여야 하고 자신의 책임으로 인하여 발생한 모든 가치감소에 대하여도 책임져야만 한다; 악의의 양수인에 대한 그 밖의 손해배상청구권은 영향을 받지 않는다.

85) Berner Kommentar/E. W. Stark (Bearbeiter), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 4. Bd., 3. Abteilung, 1. Teilband, 2001, Vormerkungen Rechtsschutz zu Art. 930-937, S. 277 f. Rz. 22.

86) Berner Komm./Stark, Vormerkungen Rechtsschutz zu Art. 930-937, S. 279 f. Rz. 25.

87) ZGB 제933조: 동산을 소유권 취득을 위하여 혹은 제한물권의 취득을 위하여 선의로 양도받은 자는, 만약 그 물건이 양도에 관한 어떠한 권한도 없이 양도인에게 위탁이 되었던 경우이더라도, 취득에 있어서 보호를 받아야만 한다.

88) ZGB 제714조 제2항: 양도인이 소유권양도를 위한 권한이 없는 경우에도, 선의로 동산을 소유권 취득을 위하여 양도받은 자는, 물건을 점유하면서 점유규정에 따라 보호되자마자, 그 물건의 소유자가 된다.

탈물을 공경매에서, 시장에서 혹은 상인으로부터 구입하였던 경우라면, 물건의 반환을 청구하는 자는 피고에 해당하는 점유자에게 그 피고가 이미 지불하였던 금액을 보상해주어야 물건을 반환받을 수 있다(ZGB 제934조 제2항).[91]

반환을 청구할 수 있는 자는 자신의 의사에 반하여 점유를 상실한 종전점유자다. 여기서 말하는 종전점유자는 비자발적 점유이탈시점에 자주(독자적)의 선의의 점유자 혹은 타주(비독자적)의 선의의 점유자를 의미하며, 점유보조자는 여기에 속하지 않는다.[92]

② 5年의 返還期間의 意味

ZGB 제934조 제1항에 적시된 5년을 일반적으로 失權期間(Verwirkungsfrist)으로 보고 있다.[93] ZGB 제934조 제1항의 반환청구권은 점유이탈시로부터 5년 이내에 행사되어야 한다. 始期는 반환청구권자가 점유이탈을 아는지의 여부와는 관련이 없다. 반환청구권의 실권은 오직 선의의 양수인에 대하여만 가능하다. 악의의 점유자는 언제나 ZGB 제936조 제1항[94]에 따라서 반환청구에 응하여야만 한다. 5년의 기간이 경과하기 전에 선의의 점유자가 악의가 되는 경우, ZGB 제933조에서 선의라는 것은 물권의 취득시점에 문제가 되는 것이지 점유취득시점이 문제가 되는 것이 아니므로 실권기간이 적용되는

89) ZGB 제934조: [제1항] 동산을 도난당하거나 혹은 유실당하거나 혹은 그 밖의 점유자의 의사에 반하여 점유이탈을 당한 점유자는 5년 동안 모든 수령자에 대하여 반환을 요구할 수 있다. 제722조는 영향을 받지 않는다. [제1bis조] [생략]
[제2항] 물건이 공경매되거나 혹은 시장에서 혹은 동종의 물건을 거래하는 상인을 통하여 양도된 물건은 첫 번째 선의의 수령자와 그 이후의 모든 선의의 수령자에게 오직 수령자에 의하여 지불된 비용에 대한 보상을 해야만 반환요구될 수 있다.
[제3항] 나아가 반환은 선의인 점유자의 청구권에 관한 규정에 따라서 이루어진다.

90) ZGB 제935조: 금전과 무기명증권이 비록 점유자로부터 점유자의 의사에 반하여 점유가 이탈되었을지라도, 그 금전과 무기명증권은 선의인 수령자로부터 반환요구될 수 없다.

91) Berner Komm./Stark, Vormerkungen Rechtsschutz zu Art. 930-937, S. 279 f. Rz. 25.

92) Berner Komm./Stark, Art. 934 ZGB, S. 371 Rz. 8.

93) H. Honsell/N. P. Vogt/Th. Geiser (Hrsg.)/E. W. Stark (Bearbeiter), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Aufl., 2003, Art. 934 ZGB, S. 2149 Rz. 14.

94) ZGB 제936조: [제1항] 동산의 점유를 선의로 취득하지 않은 자는 종전의 점유자에 의하여 언제라도 반환청구를 당할 수 있다.
[제2항] 그러나 종전의 점유자가 선의로 취득한 것이 아니었다면, 종전의 점유자는 이후의 점유자에게 물건의 반환을 요구할 수 없다.

것으로 파악되고 있다.[95]

③ 返還請求權의 法的 性質과 所有權歸屬 및 辨償請求權

스위스에서 종전의 점유자가 행사하는 ZGB 제934조 제1항의 반환청구권을 "占有法으로부터 緣由하는 訴權(Besitzesrechtsklage)" 혹은 "動産訴權(Fahrnisklage)"이라고 부르고 있으며, 이 소권이 소유물반환청구권(Vindikation)과 뒤섞여 있거나,[96] 경합하는 것으로 보고 있다. 이 경우 두 소권, 청구권의 요건이 충족되어야 함은 물론이며,[97] 실무적으로 원고가 어떠한 소권을 행사할 지의 여부는 判事의 결정사항이다.[98]

반환청구권이 실권되고 나서야 선의의 점유자는 비자발적 점유이탈물에 대한 소유권을 취득한다.[99] 스위스에서 5년의 기간이 경과한 후 이러한 소유권취득은 ZGB 제714조 제2항을 근거로 이루어진다고 파악된다.[100] 그 이유는 선의의 점유자가 반환청구권의 실권 때문에 물건을 점유하면서 보호되기 때문이라고 본다. 스위스 내에서 이러한 해결책이 타당하다고 보는 이유는 5년의 기간이 경과한 후에 거래의 안전에 커다란 의미가 있기 때문이라고 하는 바, 점유이탈물의 소재가 오랜 시간이 지난 후에야 밝혀지는 것이 빈번하기 때문에 5년의 기간이 경과한 후에 점유이탈물의 추적이 이루어지는 사례는 거의 없다고 한다. 이러한 사례를 다룬 법원의 판결도 보이지 않는다고 한다.[101]

이 반환청구권의 속성과, 5년의 기간이 지난 후에 선의의 양수인이 소유권을 취득한다는 주장을 고려하면 스위스에서 일단 5년이라는 기간이 경과하기 전에는 선의의 점유자가 해당 동산의 소유권을 취득하지 않는 점은 분명하다. 따라서 소유자는 소유물반환청구권을, 점유자는 점유에 기한 청구권을

95) Berner Komm./Stark, Art. 934 ZGB, S. 377 Rz. 28.
96) Berner Komm./Stark, Vormerkungen Rechtsschutz zu Art. 930–937, S. 287 Rz. 43.
97) Baseler Komm./Stark, Art. 934 ZGB, S. 2146 Rz. 2; A. Büchler/D. Jakob (Hrsg.)/T. Domej (Bearbeiter), Kurzkommentar ZGB, 2012, Art. 934 ZGB, S. 2302, Rz. 10.
98) Berner Komm./Stark, Vormerkungen Rechtsschutz zu Art. 930–937, S. 287 Rz. 43.
99) Berner Komm./Stark, Art. 934 ZGB, S. 377 Rz. 29.
100) Baseler Komm./Stark, Art. 934 ZGB, S. 2150 Rz. 15.
101) Berner Komm./Stark, Art. 934 ZGB, S. 378 Rz. 30 f.

행사하여 그 기간 내에 물건의 반환을 요구할 수 있다.

Ⅲ. 우리와 獨逸의 比較

1. 事例

> 도둑 D는 소송을 제기한 농장주 A로부터 2마리의 수소들을 훔쳐서 이를 1천 유로에 소세지가공업자 B에게 판매하였고, 이때 B는 D가 수소의 소유자인 것으로 알고 있었으며, B는 이 가축들을 인도받음과 동시에 자신의 육류공장에서 가공하였다.

獨逸聯邦大法院 民事部判決(Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen)을 통하여 다루어졌던 수소事例(BGHZ 55, 176; Jungbullenfall)를 축약한 내용이 바로 앞의 사안이다. 이 사례에서 A와 B 사이의 소유권 귀속관계 및 A가 B에게 어떠한 청구권을 행사할 수 있는지를 중심으로 사안을 검토하고자 한다. 사안을 검토하는 과정에서 우리 판례와 학설의 입장을 함께 소개함으로써 독일의 상황과 비교하고자 한다. 독일의 사례를 제시하는 이유는 법역사적 검토과정에서 독일 입법자들이 만든 민법의 내용이 우리 민법의 내용과 전혀 다르기 때문에, 독일의 상황을 우리 민법과 비교함으로써 서로 다른 사례해결모습을 비교할 수 있을 뿐만 아니라, 여기서 드러난 문제점도 분명하게 浮刻되도록 만들 수 있다고 판단되기 때문이다.

2. 獨逸法에 따른 事例解決

獨逸聯邦大法院 民事部判決(BGHZ 55, 176 ff.)은 소세지 가공업자 B가 소유자가 될 수 없다는 점을 분명하게 밝히고 있다.[102] BGB 제935조 제1

항[103]은 도품에 대하여 동산소유권의 선의취득을 명시적으로 부정하고 있어서, 소세지 가공업자가 아무리 BGB 제932조 이하의 동산선의취득의 요건을 완벽하게 충족시키고 있다고 하더라도 BGB 제935조에 의하여 소세지 가공업자의 소들에 대한 선의취득은 영구히 부정된다.

그러나 독일연방대법원 민사부는 B가 그 소들을 죽이고 소세지로 가공하고 나서야 비로소 BGB 제950조에 따라서 소유권을 취득할 수 있음을 명시적으로 밝히고 있다. 기존의 도품인 소들은 죽고, 소세지인 새로운 동산이 만들어 짐으로써 BGB 제950조의 "加工(Verarbeitung)"의 개념에 합당하게 B의 소유권취득이 가능하게 된다. 이 조문은 가공된 소세지의 가격이 원재료의 가격보다 낮지 않은 경우에 소세지 가공업자 B가 소세지의 소유권을 취득한다고 표현하고 있는바, 우리 민법 제259조와 표현상의 차이만 있을 뿐이지 조문의 해석결과와 차이가 없다.

3. 國內法에 따른 事例解決

1) B의 盜品에 대한 所有權의 善意取得可能性

(1) 所有權歸屬

① 學說

ⓐ 多數見解(讓受人의 動産善意取得)

이 견해(제1설)는 민법 제249조의 요건을 갖춘 양수인이 점유이탈물(도품 및 유실물)을 무권리자로부터 취득하는 경우 동법 제250조에 따라서 2년 내

102) BGH, Urteil vom 11. 1. 1971 - VIII ZR 261/69 (Hamm) = NJW 1791, 613.

103) BGB 제935조: [제1항] 물건이 소유자로부터 도난당하거나, 유실당한 경우 혹은 점유이탈한 경우라면, 제932조부터 제934조까지의 조문들을 근거로 소유권취득은 이루어지지 않는다. 소유자가 단지 간접점유자인 경우, 물건이 직접점유자로부터 이탈된 경우에 동일하게 적용된다.
[제2항] 금전 혹은 무기명증권 내지 공경매 혹은 제979조 제1a항에 의한 경매의 과정중 양도된 물건에는 이 규정이 적용되지 않는다.

에 피해자나 유실자로부터 반환청구를 받지 않는 한 소유권을 선의취득하고, 만약 반환청구를 받으면 "占有의 回收와 盜難·遺失時의 本權關係를 復活"이라는 목적에 따라 반환해 주어야 하며, 2년의 기간이 지나면 이러한 반환청구조차 인정되지 않으므로, 그의 선의취득이 확정된다는 입장이다.[104]

ⓑ 少數見解(原所有權者에게 所有權殘存)

소수견해들(제2설, 제3설, 제4설, 제5설)은 모두 선의의 양수인이 점유이탈물의 소유권을 2년의 기간 내에 선의취득하지 못한다는 점에 있어서 공통적이다. 따라서 2년의 기간 내에 피해자나 유실자가 반환요구를 하지 않으면, 2년이 지나서야 비로소 선의의 양수인이 확정적으로 도품·유실물의 소유권을 선의취득한다고 한다.[105]

② 判例

대법원은 1972년 5월 23일에 선고한 72다115 판결[106]과 같은 취지로

104) 곽윤직, 『물권법』(박영사, 1998), 224~225면(제1설): "舊法時代의 判例는 原所有者에게 속한다는 說을 취하였으며, 그 근거로서, 만일에 善意取得者에게 속한다면, 賃借人·受置人 등이 被害者·遺失者인 경우에, 이들은 처음부터 가지고 있지 않은 權利(즉 所有權)를 返還請求하고 取得하는 것이 되어 不合理하다는 것을 들고 있었다. 그러나 所有權은 善意取得者에게 속한다고 하더라도, 前記의 賃借人·受置人의 返還請求權의 內容을 占有의 回收와 盜難·遺失時의 本權關係를 復活하는 것이라고 解釋한다면, 조금도 불합리하지 않다. 한편 善意取得者는 2年間 所有權을 取得하지 않는다면, 그 동안 他人의 물건을 占有하는 것이 되고, 또한 실제 所有權을 언제 取得하는지도 뚜렷하지 않게 된다. 이러한 이유로 舊法時代의 通說은 判例와 반대의 解釋을 하고 있었다. 현재 우리 나라에서는 이 점에 관하여 學說은 일치하고 있다. 즉, 善意取得의 成立과 동시에 所有權은 善意取得者에게 歸屬한다고 解釋하며, 이것이 타당하다."; 같은 견해, 고상룡, 『물권법』(법원사, 2011년), 165면, 특히 165면~166면에서 원소유자귀속설이나 통설인 선의취득자 귀속설 모두 결론에서는 차이가 없다면서, 일단 선의취득자에게 이전된 소유권이 회복청구에 의하여 원소유자에게 돌아간다는 복잡한 구성을 일부러 취할 의미는 없다고 말하고 있다; 김상용, 『물권법』(화산미디어, 2016), 223면; 김용한, 『물권법론』(박영사, 1996), 293면; 김증한/김학동, 『물권법』(박영사, 2004), 129면; 김진우, 『주석민법－물권(1)』(한국사법행정학회, 2011), 830면; 양형우, 『민법의 세계－이론과 판례－』(진원사, 2013), 460면; 이상태, 『물권법』(법원사, 2011), 139면; 이영준, 『물권법』(박영사, 2009), 297면; 이은영, 『물권법』(박영사, 2006), 332면; 홍성재, 『물권법』(동방문화사, 2004), 312면.

105) 송덕수, 『물권법』(박영사, 2017), 214면(제2설); 양창수/권영준, 『민법 II』(박영사, 2012), 159면 이하 및 163면(제3설); 제철웅, 『動産 善意取得法에 관한 硏究』(서울대학교 대학원, 1995), 263면(제4설); 지원림, 『민법강의』(홍문사, 2017), 507면(제5설).

106) 대법원 1972. 5. 23. 선고, 72다115 판결.

1991년 3월 22일 선고한 91다70 판결[107]을 통하여 “민법 제250조나 제251조는 다같이 민법 제249조의 선의취득의 요건이 충족된 경우들에 관한 규정으로서 위 제250조는 목적물이 진정한 권리자의 의사에 반하거나 의사에 의하지 않고 그 점유를 이탈한 도품, 유실물인 때에 피해자, 유실자는 선의취득자에 대하여 2년간 그 물건의 반환을 청구할 수 있는 제도에 관한 규정이고 위 제251조는 양수인이 위와 같은 도품이나 유실물을 경매나 공개시장 또는 동종류의 물건을 판매하는 상인에게서 선의(무과실)하게 매수한 때에는 종전의 소유자는 그 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있는 제도에 관한 규정인바”라고 명시적으로 언급함으로써 우리 민법 제250조에 기하여 선의의 양수인은 점유이탈물의 소유권을 선의취득하는 것임을 인정하고 있다.

(2) A의 B에 對한 民法 第250條에 規定된 返還請求權의 法的 性質

① 學說

ⓐ 請求權說

㉮점유회수와 원상회복을 위한 청구권설: 다수견해는 소유권귀속과 관련하여 통설인 제1설을 따르는 견해로 피해자, 유실자가 행사는 청구권의 법적 성질은 형성권이 아니고, 점유의 회수(점유회수청구권)와 도난・유실시의 본관관계를 부활하는 청구권(원상회복청구권)이라는 점에 견해를 같이한다.[108]

㉯법정의 특별한 원상회복청구권설: 소유권귀속과 관련하여 앞의 제1설을 따르면서 “청구권”이라는 용어를 사용하지만, “법정의 특별한 원상회복청구권”이라는 표현을 하는 견해가 있다. 이 견해는 민법 제250조의 반환청구권은 단순히 점유보호청구권에 유사한 물건의 인도청구권 또는 소유권에 기한 반환청구권이 아니라 그 물건의 인도와 함께 선의취득자가 취득한 권리를 소

107) 대법원 1991. 3. 22. 선고, 91다70 판결.

108) 곽윤직, 앞의 책(각주 104), 225면; 같은 견해 고상룡, 앞의 책(각주 104), 165면; 김상용, 앞의 책(각주 104), 223면; 김용한, 앞의 책(각주 104), 293면; 김증한/김학동, 앞의 책(각주 104), 129면; 양형우, 앞의 책(각주 104), 460면; 홍성재, 앞의 책(각주 104), 311~312면.

멸시키고 도난·유실 당시의 법률관계를 부활시키는 기능을 가지는 법정의 특별한 원상회복청구권이라는 견해다.[109]

㈏점유회복청구권설: 앞의 제2설은 "반환을 청구할 수 있다"는 규정을 통설과 같이 점유의 회수청구권과 도난 또는 유실시의 본권관계를 부활시키는 기능을 가지는, 즉 소유권의 회복도 포함하는 법정의 특별한 원상회복청구권의 내용까지 담고 있는 것으로 해석할 수 없다면서 통설을 비판한다. 민법 제250조의 반환청구권을 게르만법에 맞게 직접점유자와, 간접점유자 모두에게 그 내용이 동일한 점유회복청구권으로 해석하는 것이 타당하다면서, 간접점유의 사례에서 간접점유자와 직접점유자에게 이러한 권리의 내용이 다르게 해석되어서는 안 된다는 견해다.[110]

㈐물권적 청구권설: 앞의 제3설은 소유자의 물권적 반환청구권을 소유자, 피해자, 유실자 모두가 행사할 수 있다면서, 종전 법률관계의 부활이라는 형성적 법권능을 아무리 법정의 특별한 청구권이라고 하여도 청구권에 인정하는 것은 법논리상으로 무리라고 주장한다. 또한 소유자는 여전히 자신이 보유하는 소유권에 기하여 물건의 반환을 청구할 수 있는 반환청구권으로서 물권적 반환청구권(민법 제213조)의 성질을 가진다면서, "피해자 또는 유실자"는 자신이 소유자가 아닌 경우에도 자신에게 보다 용이하게 종전의 점유상태의 회복을 달성하기 위하여 예외적으로 소유자의 물권적 반환청구권을 점유이탈 당시의 직접점유자에게도 부여한 것으로 설명하고 있다.[111] 앞의 제5설은 민법 제250조에 의하여 권리의 행사가 2년으로 제한되는 점유의 회복을 구하는 원소유자의 "물권적 반환청구권"의 법적 성질을 갖는다고 한다.[112]

---

109) 이영준, 앞의 책(각주 104), 297면(홍성재 교수는 형성권으로 분류함); 같은 견해, 강태성, 『물권법』(대명출판사, 2000), 300면(소유권귀속과 관련하여 앞의 제1설을 따르는 것으로 밝히지는 않음); 이상태, 앞의 책(각주 104), 139면; 이은영, 앞의 책(각주 104), 332면.

110) 송덕수, 앞의 책(각주 105), 214면.

111) 양창수/권영준, 앞의 책(각주 105), 163면.

112) 지원림, 앞의 책(각주 105), 507면.

ⓑ 形成權說

㉮소유권회복 및 점유회복을 위한 형성권설(소유권귀속과 관련하여 앞의 통설인 제1설을 따름): 이 견해는 피해자나 유실자는 반환청구에 의하여 이미 소유권을 회복하고 실제로 점유자로부터 목적물을 반환받을 때에 점유도 회복하는 것으로 입론하여야 한다면서 형성권을 취하고 있다. 만약 을이 갑 소유의 도자기를 훔쳐 자신의 가보라고 하면서 이를 병에게 매각하고 현실인도하였는데, 이를 알게 된 갑이 병에 대하여 제250조에 기한 반환청구를 하였고, 갑이 반환을 받지 못한 채 2년을 경과한 경우, 형성권설에 의하면 갑의 병에 대한 반환청구는 곧 형성권행사가 되므로, 갑이 목적물을 상실한 때로부터 2년 이내에 반환을 청구하였으나 반환받지 못한 채 2년이 경과하더라도 병이 시효취득할 때까지는 병에게 그 반환을 청구할 수 있게 될 것라고 주장한다. 즉 형성권행사로 인하여 소유권은 갑에게 회복된 것이므로 갑의 소유물반환청구권은 2년의 기간에 의하여 제한받지 않는다는 입장이다. 또한 소유권은 반드시 소유자의 직접점유가 있어야 성립하는 권리가 아니고, 제250조에 기한 소유권의 회복에 역시 직접점유를 요하는 것으로 새겨야할 이론적 필연성은 없다면서, 제250조는 2년이라는 비교적 단기간 내에 반환여부를 확정함으로써 권리관계의 안정을 기하려는 데 객관적 입법취지가 있다고 볼 수 있으나, 이것은 피해자 또는 유실자의 반환청구권의 행사 여부 그 자체에 관한 것이어서, 피해자 또는 유실자가 이미 반환청구를 하였으나 아직 반환을 받지 못한 경우와는 사정이 다르다는 견해다.[113]

㉯환취권설(소유권귀속과 관련하여 앞의 제1설을 따름): 이 견해는 반환청구권을 환취권이라고 하는 형성권으로 이해하는 것이 타당하다 주장한다. 이 견해는 피해자 또는 유실자가 2년 내의 기간 동안에 환취권을 행사하면 선의취득은 장래에 향하여 소멸하고, 소유권은 피해자 또는 유실자에게 복귀되어 그는 소유권에 기하여 도품·유실물의 반환을 청구할 수 있는 것으로 해석할 것이고, 2년이라는 기간은 제척기간으로 보는 것이 타당하다고 주장

113) 김진우, 앞의 글(각주 104), 827~828면.

한다. 따라서 원소유자는 또는 유실한 날로부터 2년 내의 기간에 형성의 의사표시로서 환취권을 행사하면 법률의 규정에 의하여 소유권이 선의취득자로부터 원소유자에게 복귀하고, 그에 기하여 원소유자는 선의취득자에 대하여 점유물의 반환을 청구할 수 있다고 하며, 2년 내의 기간 동안은 소유권이 이전하지 않는다는 견해에 따르면, 이 경우 반환청구권은 당연히 소유권에 기한 것으로 이해할 수 있다고 주장한다.[114]

② 判例

민법 제250조는 목적물이 진정한 권리자의 의사에 반하거나 의사에 의하지 않고 그 점유를 이탈한 도품, 유실물인 때에 피해자, 유실자는 선의취득자에 대하여 2년간 그 물건의 반환을 청구할 수 있는 제도에 관한 규정이라면서, "반환을 청구한다"고만 언급할 뿐, 반환청구권의 법적 성질을 명시적으로 언급하지 않고 있다.[115]

2) 事例解決

우리의 통설(다수설, 판례)에 따르면 피해자인 A가 민법 제250조에 따라서 소들을 도난당한 날부터 2년 내에 B에게 소들의 반환을 요구하지 않는 이상 소들의 소유권은 B가 민법 제249조의 요건을 충족함을 전제로 하여 선의취득한다. 그러나 사안에서 B는 D로부터 소들을 현실인도 받은 후에 자기 소유의 소들을 가공하였는바, 민법 제259조에서 규정하고 있는 가공을 한 것은 아니다. 이 "가공"의 의미는 "타인"의 동산을 가공하는 것을 전제로 하므로, "자기" 소유의 소들을 가공한 것은 민법 제259조에서 말하는 가공이 아니다. 결국 B는 자기 소들을 소세지로 만들었으므로, 그 소세지의 소유권자가 된다. 이 경우에 A는 B에게 민법 제250조, 제213조에 따라서 소유물반환청구권을 행사할 수도 없고, B가 민법 제259조에서 규정한 "가공"을 통하여 소세지를 만든 것이 아니기 때문에 민법 제261조 및 동법 제741조에 따라서

114) 홍성재, 앞의 책(각주 104), 311~312면.
115) 대법원 1991. 3. 22. 선고, 91다70 판결 참조.

소들의 가치에 대한 보상을 요구할 수도 없다.

그러나 우리의 소수설을 따르면 B가 가공 전 소들의 소유권을 선의취득하지 못하며, "타인" A 소유의 소들을 인도받아 점유하고 있을 뿐이다. 사례에서와 마찬가지로 이후에 B가 "타인" A 소유의 소들을 민법 제259조에서 규정하고 있는 "가공"을 통하여 소세지를 만들었으므로, 만약 소세지의 가액이 소들의 원재료가격보다 현저히 다액인 경우 동조에 따라서 소세지의 소유권을 B가 취득한다. 따라서 A는 민법 제213조에 기한 소유물반환청구권을 행사하지 못하지만, 민법 제261조 및 동법 제741조에 기한 보상청구권을 B에 대하여 행사할 가능성이 있다.

Ⅳ. 우리의 盜品·遺失物에 對한 特則의 再構成

1. 民法 第250條의 解釋을 通한 所有權歸屬 判斷

민법 제250조의 2년의 반환기간 내에 선의의 양수인이 소유권을 일단 취득한다는 다수설과 판례의 입장에 대하여 면밀한 검토가 필요하다. 이 견해에 의하면 피해자 또는 유실자가 민법 제249조의 선의취득의 요건을 갖춘 선의의 소유권취득자에게 민법 제250조에 의하여 도품·유실물의 반환을 요구할 수 있다. 원소유자가 소유권을 상실하여 피해자, 유실자가 되었든, 직접점유자가 그러하였든 상관이 없다. 이러한 구성을 가능하도록 하려면 민법 제250조를 통하여 피해자, 또는 유실자가 물건을 반환받음으로써 선의취득자의 소유권을 박탈하여야만 하는바, 물건의 반환을 청구할 수 있다고만 규정하고 있는 민법 제250조를 어떻게 선의취득자의 소유권박탈조문으로 해석할 수 있는지 의문이 든다. 도품·유실물이기 때문에 예외적으로 소유권을 박탈할 수 있다고 하더라도 소유권절대주의 원칙에 반할 우려가 높으며 선의의 제3자가 법률규정에 따라 취득한 소유권을 아무런 제약 없이 박탈하는 점에 있어서는 문제가 있다. 우리 민법은 동산, 부동산 소유권취득에 관한

엄격한 요건들을 제시하고 있으므로, 이러한 요건을 충족하여 소유권을 취득한 자로부터 소유권을 박탈하여 원소유자에게 돌려주기 위해서는 헌법과 민법의 가치와 기본이념(소유권절대주의)에 반하지 않아야 한다.

그리고 견해차 때문에 다음과 같은 차이점이 발생함을 주목할 필요가 있다. 만약 2년의 기간 내에 선의의 양수인(제3자)이 선의인 제4자와 매매계약을 체결하고, 그 물건의 소유권을 이전해 주는 경우가 문제가 된다. 다수설과 판례에 의하면 피해자 또는 유실자가 2년 내에 제3자에게 반환을 요구하지 않으면, 제3자는 그 도품·유실물의 소유권을 취득한다. 제3자가 제4자와 매매계약을 체결하고 소유권을 이전하여 주면 제4자는 소유권을 취득한다. 그러나 만약 2년의 기간 내에 피해자 또는 유실자가 제4자에게 그 물건의 반환을 요구하면 제4자는 물건을 반환하여야 한다. 제3자는 민법 제568조 제1항의 매매계약상의 재산권(소유권)이전 의무를 이행하였으므로, 제4자는 자신의 소유권을 피해자 또는 유실자에게 빼앗겼음에도 불구하고 제3자에게 책임을 물을 수 없다. 오로지 제4자의 부담이 될 뿐이다.

그러나 소수설에 의하면 원소유자에게 소유권이 남아 있기 때문에, 제3자는 무권리자로서 제4자에게 매매계약체결과 함께 물건을 인도한 것에 불과하다. 2년의 반환기간 내에 피해자 또는 유실자가 물건을 반환받으면, 제4자는 제3자가 소유권을 취득하여 자신에게 이전하여 주지 못한 점을 근거로 민법 제570조에 기한 담보책임을 제3자에게 물을 수 있다. 이러한 결과는 다수설과 판례의 견해와 분명하게 구별되는 특징이다.

또한 우리의 도품·유실물에 대한 특례제도의 계수에 참고 되었던 프랑스는 3년의 반환기간을, 스위스는 5년의 반환기간을 정하고 있음을 유념할 필요가 있다. 프랑스와 스위스에서는 선의의 양수인에게 소유권을 귀속시키지 않고, 반환기간이 지난 다음에 소유권귀속을 인정하는 태도를 보이고 있다. 원소유자에게 소유권을 보유하도록 하면서, 그 정한 기간을 소유권이전의 유예기간 혹은 반환청구권의 실권기간으로 이해하고 있는 점을 고려할 필요가 있다.

더욱이 서구에서 유래한 동산선의취득제도, 도품·유실물에 대한 특례에

관한 규정을 계수한 우리가 이 제도와 규정들의 연원, 발전과정 및 일반적인 해석기준을 임의로 판단하고 이해하는 경우, 이러한 제도와 규정의 본래의 취지와 목적에 부합하지 않는다면, 그에 대한 비난을 감수하여야만 할 것이다.[116]

2. 民法 第250條에 따른 返還請求權의 法的 性質

1) 多數說, 判例의 立場(善意取得可能說)

(1) 形成權?

다수설과 판례의 입장에 의하면 민법 제250조의 반환청구권은 점유의 회수, 본권관계의 회복을 목적으로 하므로, 피해자 또는 유실자가 반환을 요구하여 그 물건을 반환받아야 비로소 그 목적이 달성된다. 이 반환청구권을 일부에서 형성권으로 해석하고 있는데, 이러한 해석은 다음과 같은 문제를 발생시킨다.

형성권은 표의자가 발신한 일방의 의사표시가 상대방에게 도달함과 동시에 즉시 그 효력이 발생되는 권리인바, 만약 피해자 또는 유실자가 형성권인 반환청구권을 행사하면 원소유자가 소유권을 법규정에 따라서 즉시 회복하는 것으로 설명할 수는 있다. 그러나 법적 성질이 事實인 占有가 형성권의 행사로 인하여 피해자 또는 유실자에게 형성권 행사 즉시 복귀될 수는 없는 것이므로, 다수설과 판례가 말하는 점유의 회수, 본권관계의 회복이라는 두 가지 목표를 동시에 달성하도록 할 수 없다. 형성권에 관한 주장은 본권관계의 회복에만 초점을 맞추어 점유의 회수문제를 간과한 문제가 있다.

또한 다른 시각에서 형성권을 행사하여 원소유자가 소유권을 회복하고, 그 결과 점유의 회수를 청구할 수 있도록 하는 점에도 의문이 든다. 법률규정에 의하여 선의의 양수인이 소유권을 취득한 것으로 해석하면서, 피해자 또는 유실자가 2년의 기간 내에 형성권을 행사하여 갑자기 소유권을 회복할 수

116) 제철웅, 앞의 책(각주 105), 261면. 일본의 입장을 보면 일본에서 오해한 부분을 우리가 무비판적으로 수용하였음을 확인할 수 있다. 다수설과 판례의 입장은 이러한 일본의 오해에 근거를 두고 있다.

있다고 한다면, 소유권 得失變更에 관한 엄격한 요건(登記: 민법 제186조 혹은 引渡: 민법 제188조 이하)을 요구하는 민법의 각종 규정들, 이에 관한 개념과 이론 등에도 맞지 않고, 특히 법적 안정성을 크게 해칠 염려가 있다.

민법 제250조의 반환청구권이 형성권일 수 없다는 점은 표현에서도 확인할 수 있다. 민법 제250조와 제251조에서는 "返還을 請求할 수 있다"라는 표현을 사용하고 있다. 그러나 우리 민법에서의 대표적인 형성권을 규정하는 민법 제140조에서는 "취소할 수 있다", 그리고 민법 제544조~제546조에서는 "解除할 수 있다"라고 표현하고 있다. 청구할 수 있다는 표현을 형성권으로 파악하기는 어려운 것으로 판단된다.

⑵ 所有物返還請求權(民法 第213條)?

피해자 또는 유실자는 도둑으로부터 도품·유실물을 인도 받은 선의의 양수인에게 소유권을 상실하였으므로 그가 행사하는 반환청구권의 속성은 민법 제213조에 기한 소유물반환청구권의 속성을 갖지 못한다.

⑶ 占有物返還請求權(民法 第204條)?

앞의 수소사례에서 A는 점유를 침탈당한자로서 D가 현재 도품을 점유하고 있다면 D에 대하여 민법 제204조 제1항의 점유물반환청구권을 행사할 수는 있으나, D로부터 도품을 인도받아 직접점유하고 있는 선의의 특정승계인 B(침탈자의 특정승계인)에 대하여는 동조 제2항 본문에 따라서 점유물반환청구권을 행사할 수 없다. 만약 B가 악의라면 A가 B에게 동조 제2항 단서에 따라서 점유물반환청구권을 행사할 수 있으며, A는 침탈을 당한 날로부터 1년 내에 점유물반환청구권을 행사하여야 한다(동조 제3항).

그러나 민법 제250조에 기한 반환청구권의 경우, 피해자인 A가 선의인 B에 대하여도 물건의 반환을 요구할 수 있으므로, 민법 제250조에 기한 반환청구권이 민법 제204조에 기한 청구권과 일치하지 않는다.

(4) 從前占有者의 返還請求權

민법 제250조의 반환청구권은 종전점유자의 반환청구권으로 봐야한다. 종전점유자의 반환청구권은 비자발적으로 점유를 상실한 자가 현점유자에 대하여 일정한 요건 하에 점유의 반환을 요구할 수 있도록 하는 반환청구권으로서, 앞에서 설명한 로마의 *actio publiciana*에 기원을 두고 있는 청구권이다. 다수설에 따르면 민법 제249조의 요건을 갖춘 선의의 양수인이 일단 점유이탈물의 소유권을 취득하는 것이므로, 민법 제250조에 규정된 피해자 또는 유실자가 민법 제204조의 점유물반환청구권 조차 행사할 수 없는 경우라면, 민법 제250조의 반환청구권을 종전점유자의 반환청구권으로 해석하여 물건의 반환을 요구할 수 있을 것이다.[117]

2) 少數說의 立場(原所有者에게 所有權殘存說)

(1) 被害者 또는 遺失者 = 原所有者 및 直接占有者

① 形成權?

원소유자에게 소유권이 있는 이상 민법 제250조를 형성권으로 파악하여 피해자 또는 유실자가 본권관계를 회복할 필요도 없으며, 물건을 반환받은 상태로 설명할 수 없으므로 형성권이라는 주장은 성립하지 않는다.

117) 참고로 앞의 수소사례에서 독일민법 제1007조 제2항 1문에 의하면 B가 선의더라도 A는 종전의 점유자로서 도품, 유실물의 점유를 취득한 B에게 그 물건의 반환을 요구할 수 있다. 독일민법에 따르면 B는 영구히 점유이탈물의 소유권을 취득하지 못하기 때문이다. 그러나 우리의 다수설과 판례에 의하면 민법 제249조의 요건을 갖춘 B가 점유이탈물의 소유권을 취득 할 수 있기 때문에 만약 A가 독일민법 제1007조 제2항 1문을 전제로 하는 종전점유자의 반환청구권을 행사한다고 가정하더라도, 동조 제2항 1문 단서에 의하여 A는 B에게 그 물건의 반환을 요구할 수 없다.
독일민법 제1007조: [제1항] 동산을 점유하였던 사람은, 현점유자가 점유취득시 선의가 아니었던 경우, 그 점유자로부터 물건의 반환을 요구할 수 있다.
[제2항] 물건이 종전의 점유자로부터 도난당하거나, 유실되거나 혹은 점유이탈한 경우라면, 종전의 점유자는 역시 선의의 점유자로부터도 반환을 요구할 수 있다, 만약 선의의 점유자가 물건의 소유자이거나 종전의 점유자가 점유한 시점 전에 선의의 점유자로부터 물건이 점유이탈한 경우에는 그러하지 아니하다. 돈과 무기명증권에 대하여 이 규정을 준용하지 아니한다.
[제3항] 종전의 점유자가 점유취득시 선의가 아니었거나 혹은 종전의 점유자가 점유를 포기하였다면, 청구권은 배제된다. 그 밖에 제986조부터 제1003조까지의 조문을 준용한다.

② 所有物返還請求權(民法 第213條)

피해자 또는 유실자가 원소유자이므로 민법 제250조의 반환청구권은 민법 제213조의 소유물반환청구권의 성질을 가질 수 있다.

③ 占有物返還請求權(民法 第204條) 및 從前占有者의 返還請求權

앞의 다수설과 판례의 입장과 같다. 참고로 소수설은 원소유자의 소유권 존속을 인정하고 있어서 원소유자의 소유물반환청구권이 종전점유자의 반환청구권과 경합할 수 있겠다.

(2) 被害者 또는 遺失者 = 原所有者인 間接占有者, 無所有者인 直接占有者

앞의 수소사례를 약간 변형하여 A가 원소유자이며, 간접점유자이고 점유매개관계를 근거로 X가 직접점유자라고 가정하면, D가 X로부터 소들을 절도하여 선의의 B에게 매도하고 인도한 경우, A는 B에 대하여 소유물반환청구권(민법 제213조)을 행사할 수 있다.

이와 함께 A는 간접점유자로서 B에 대하여 도품의 점유를 직접점유자인 X에게 반환하라고 요구할 수 있으나 B가 악의인 경우에만 가능하다(민법 제207조, 제204조 제1항, 제2항). 나아가 A는 B에 대하여 위에서와 마찬가지로 종전점유자의 반환청구권도 행사할 수 있다.

그리고 무소유자이며 직접점유자인 X는 앞에서와 마찬가지로 제한적으로 민법 제204조에 기한 점유물반환청구권을 행사할 수 있고, 종전점유자의 반환청구권을 행사할 수 있다.

3) 小結

다수설, 소수설 및 판례의 입장의 교집합적 관계에 놓여 있는 청구권의 법적 성질은 점유를 반환받는 청구권으로 보아야 한다. 민법 제204조의 점유물반환청구권은 행사에 제한이 있으므로, 우리 민법 제250조의 반환청구권을 종전점유자의 반환청구권으로 해석하는 것이 무리가 없는 해석이라고 판단된다.

3. 民法 第251條의 辨償請求權

민법 제249조의 요건을 갖춘 선의의 양수인이 동산소유권을 선의취득하며, 제250조의 사례에서 그 양수인이 점유이탈물을 취득하더라도 일단 소유권을 취득할 수 있는 것으로 다수설과 판례가 해석하고 있고, 나아가 2년의 반환기간이 지나면 양수인이 소유권을 확정적으로 취득할 수 있다. 심지어 민법 제251조에 의하면 그 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 있게 되어 있어서 그 양수인은 자신의 물건을 반환하더라도 그 대가를 변상받을 길이 열려 있다.

Ⅴ. 맺음말

민법 제250조, 제251조의 반환청구권의 성질은 종전점유자의 반환청구권의 성질을 갖는 것으로 파악하여야 하며, 그 기원은 로마의 *actio publiciana*에서 찾을 수 있다. 도품 및 유실물의 소유권을 선의의 양수인이 취득할 수 있도록 하는 입법례들과 견해들은 다양한 개념상, 이론상의 문제를 내포하고 있다. 더욱이 소유자 보호와 거래의 안전 사이의 균형을 깨뜨리는 상황을 야기하고 있다.

오스트리아民法의 경우 선의취득을 원칙적으로 부정하면서, 예외적으로 일정한 경우에 선의취득을 인정하되, 양수인에게 변상청구권을 주지 않는 대신에 선의취득조문에 의하여 도품 및 유실물의 소유권을 양수인이 취득할 수 있도록 하고 있다. 독일의 경우 도품 및 유실물의 선의취득을 영구히 부정함으로써 거래의 안전과 소유자보호 사이의 타협점을 찾고 있다. 주목할 만한 점은 독일민법 제932조 이하의 선의취득규정은 양수인의 선의가 양도인이 소유권자임에 대한 선의를 규정하지만, 獨逸商法([Deutsches] Handelsgesetz

buch, 1897) 제366조는 양도인이 처분권한을 갖고 있음에 대한 양수인의 선의를 규정하고 있어서, 경우에 따라서는 도품 및 유실물에 대한 상법상의 선의취득이 인정될 가능성이 있다. 그러나 이러한 사례는 상거래라는 특수한 상황에서 발생될 수 있는 것이므로 독일민법이 취하고 있는 타협점에 영향을 주는 것은 아니다. 따라서 입법적으로 별도로 변상청구권을 규정할 필요가 없는 상황이다. 그러나 프랑스民法과 스위스民法은 우리의 입법례와 유사하다. 다만, 도품 및 유실물의 소유권취득을 일정기간동안 양수인이 취득하지 못하도록 하는 해석에 있어서는 우리의 다수설 및 판례와 구별된다.

법사학적, 비교법적 연구결과를 통하여 앞에서 언급한 서구의 입법례들을 우리법과 비교하여 볼 때에, 우리의 선의취득제도가 善意의 讓受人保護에 지나치게 置重하고 있다는 점을 확인하였다. 盜品, 遺失物에 對한 特例를 규정하는 민법 제250조가 특히 이러한 문제점을 야기하는 원인으로 판단된다. 이후 原所有者保護(原所有者의 所有權保護)와 讓受人保護(去來의 安全保護) 사이의 균형잡힌 민법개정을 함에 있어서, 본 연구에서 논의된 내용을 고려할 필요가 있다고 생각된다.

▌참고문헌

1. 국내문헌
강태성, 『물권법』, 대명출판사, 2000.
고상룡, 『물권법』, 법문사, 2001.
곽윤직, 『물권법』, 박영사, 1998.
김상용, 『물권법』, 화산미디어, 2016.
김용한, 『물권법론』, 박영사, 1996.
김진우(작성자), 『주석 민법[편집대표: 김용담], 물권(1): § 185~§ 261』, 한국사법행정학회, 2011.
김증한/김학동, 『물권법』, 박영사, 2004.
송덕수, 『물권법』, 박영사, 2017.
양창수/권영준, 『민법 II[권리의 변동과 구제]』, 박영사, 2012.
양형우, 『민법의 세계－이론과 판례－』, 진원사, 2013.

이상태, 『물권법』, 법원사, 2011.
이영준, 『물권법』, 박영사, 2009.
이은영, 『물권법』, 박영사, 2006.
정태윤, 「프랑스에서의 동산의 선의취득」, 『이화여자대학교 법학논집』 제17권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2013.6, 29면~69면.
제철웅, 『동산 선의취득법에 관한 연구』, 서울대학교 대학원, 1995.
지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2017.
최윤석, 「동산선의취득의 문제에 관한 연구」, 『민사법학』 제68호, 한국민사법학회, 2014, 737~793면.
홍성재, 『물권법』, 동방문화사, 2004.

2. 외국문헌

Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 4. Bd.: Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 1. Teilband: Der Besitz, 3. Aufl., Bern (Stämpfli) 2001.

Brauer, Johann Nikolaus Friedrich: Erläuterungen über den Code Napoléon und die Groß herzoglich Badische bürgerliche Gesetzgebung, 4. Bd.: Von den Schüzenden Rechtsgeschäften und dem Handelsrecht oder über Saz 2011. bis zu Ende sammt Register, Karlsruhe 1810.

Büchler, Andrea/Jakob, Domique (Hrsg.): Kurzkommentar ZGB, Basel (Helbing & Lichtenhahn) 2012.

Coing, Helmut: Europäisches Privatrecht, 2. Bd.: 19. Jahrhundert－Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, München (Beck) 1989.

Erhard, Christian Daniel (Hrsg.): Napoleons I－Kaisers der Franzosen, Königs von Italien und Protectors des Rheinbundes－bürgerliches Gesetzbuch, Dessau und Leipzig (Georg Voß) 1808, Nachdruck, Goldbach (Keip) 2001.

Erler, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard (Hrsg.): Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Bd.: Aachen-Haussuchung, Berlin (Erich Schmidt) 1971.

Ferid, Murad/Sonnenberger, Hans Jürgen (Bearbeiter): Das Französische Zivilrecht, 2. Bd.: Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse－Sachenrecht, 2. Aufl., Heidelberg (Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft) 1986.

Goldschmidt, Levin: „Ueber den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigenthümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen. B. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch Art. 305-308.“ in: Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht [= ZHR], 9. Bd., 1866, S. 1-74.

Honsell, Heinrich: Römisches Recht, 8. Aufl., Berlin・Heidelberg (Springer) 2015.

Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Perter/Geiser, Thomas (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT

ZGB), 2. Aufl., Basel · Genf · München (Helbing & Lichtenhahn) 2003.

Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner (Hrsg.): Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I, § § 854-1017, Berlin · New York (De Gruyter) 1985.

Kaser, Max: Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., München (Beck) 1971.

Kaser, Max/Knütel, Rolf: Römisches Privatrecht, 20. Aufl., München (Beck) 2014.

Klang, Heinrich (Hrsg.): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd.: § § 285-530, 2. Aufl., Wien (Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei) 1950.

Koch, Christian Friedrich: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1. Theil, 2. Bd., 3. Aufl., Berlin (I. Guttentag) 1862.

Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund (Hrsg.): Kurzkommentar zum ABGB, 3. Aufl., Wien · New York (Springer) 2010.

Lohsse, Sebastian: Gutgläubiger Erwerb, mittelbarer Besitz und die Väter des BGB - Die Entstehung des Wertungswiderspruchs zwischen § 933 und § 934 BGB, in: Archiv für die civilrechtliche Praxis [= AcP], 206. Bd., 2006, S. 527-554.

Lutz, Johann von (Hrsg.): Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, IX. Theil: Protokoll DXLVIII-DLXXXIX (3. Lesung des Handelsgesetzbuches), nebst Zusammenstellung der Erinnerungen zum Entwurf II. Lesung, Würzburg (Stahel'schen Buch- und Kunsthandlung) 1861.

Ders.: Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Beilagenband, I. Theil: Preuß. Entwurf. Oesterr. revid. und minister. Entwurf. Entwurf aus erster und zweiter Lesung. Entwurf eines österr. Privatseerechts. Entwurf zum Handelsgesetzbuch V. Buch (Seerecht 1. Lesung). Würzburg (Stahel'schen Buch- und Kunsthandlung) 1861.

Schubert, Werner: Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung - Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, Berlin (De Gruyter) 1966.

Schubert, Werner (Hrsg.): Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, Teil 1: Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum, Verfasser: Reinhold Johow, Berlin · New York (De Gruyter) 1982.

Sonnenberger, Hans Jürgen/Classen, Claus Dieter (Hrsg.): Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., Frankfurt am Main (Fachmedien Recht) 2012.

Wieling, Hans Josef: Sachenrecht, 1. Bd.: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Aufl., Berlin · Heidelberg (Springer) 2006.

Zachariä von Lingenthal, Carl Salomo: Handbuch des Französischen Civilrechts, 1. Bd., 6. Aufl., Heidelberg (Ernst Mohr's Verlag) 1875.

〈Abstract〉

Study on the Special Provision on Stolen or Lost Articles regarding *bona fide* Acquisition

Choi, Youn Seok*

"If a person who peaceably and openly was assigned a movable, had possession of it in good faith and without negligence, he shall acquire its ownership immediately even if the assigner is not a legal owner." This section 249 of the Korean Civil Code admits the so called *bona fide* acquisition of movables. However, if the movable mentioned in section 249 of the Korean Civil Code is a stolen or lost article, the injured party or loser may demand the return of the article within two years from the time when the article was stolen or lost (section 250 of the Korean Civil Code). According to the prevailing opinion in Korean law the *bona fide* purchaser acquires the ownership of a stolen or lost article. In case of a claim for return of the injured party or loser within these two years the *bona fide* purchaser loses the ownership. In addition, if the assignee has bought the stolen or lost article in good faith at a sale by auction, in a public market, or from a merchant selling articles of the same kind, the injured party or loser may demand the recovery of the article after he reimburses the assignee for the price paid for it (section 251 of the Korean Civil Code).

The special provisions on stolen and lost articles in the Korean Civil Code

* University Lecturer, University of Seoul Law School.

are similar to the regulations in the French Civil Code and Swiss Civil Code. The German Civil Code admits the good faith acquisition from a person not entitled, unless the article is stolen from the owner, missing or has been lost in any other way.

This study clarifies the origin as well as the historical development of the good faith acquisition in order to understand the intention of the legislator and interpret the regulations accordingly. Furthermore, the research with respect to the above mentioned foreign legislations enables a comparative analysis of the Korean provisions. The author questions and does not agree with the prevailing opinion in Korean law. He proposes to consider the results of the historical and comparative research results of this study in case of an amendment of the Korean Civil Code.

[Key Words] special provision on stolen and lost articles, *bona fide* acquisition of movables, good faith acquisition of movables, claim for reimbursement, claim for return

접수일 : 2018. 3. 15. ‖ 심사개시일 : 2018. 3. 23. ‖ 게재확정일 : 2018. 4. 10