

민법 제197조 제1항에 대한 비판적 검토

이 동 형*

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 민법 제197조 제1항의 의미 및 문제점
- III. 소유의 의사와 민법 제197조 제1항
- IV. 선의 점유자의 과실수취권과 관련된 검토
- V. 선의취득과 관련된 검토
- VI. 결론

I. 서론

점유는 물건에 대한 사실상의 지배로, 사회관념상 물건이 어떤 사람의 지배하에 있다고 인정되는 객관적인 관계를 의미한다.¹⁾ 점유에 대해서는 일정한 법적 효과가 인정된다. 선의의 점유자는 점유물의 과실(果實)을 취득할 수 있고(민법 제201조 제1항), 점유물이 멸실 또는 훼손된 경우에는 그로 인하여 이익이 현존하는 한도에서 배상하도록 하여 선의의 점유자의 경우에는 그 책임이 경감된다(민법 제202조). 또한 일정한 기간 동안 타인의 부동산 또는 동산을 점유할 경우에는 그 소유권을 취득할 수도 있으며(민법 제245조 및 제246조), 거래행위로

* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

1) 점유의 성립에 대하여는 주관설과 객관설이 있다. 주관설이란 물건에 대한 사실상의 지배와 어떤 의사(意思)가 있어야 점유가 성립한다는 이론이다. 여기서 의사란 소유자로서 물건을 지배할 의사이어야 한다는 견해와 물건을 소지(所持)함에 따른 사실상의 이익을 자기에게 귀속시키려는 의사가 있으면 된다는 견해가 있다. 객관설은 물건에 대한 사실상의 지배만으로 충분하며 다른 특별한 의사를 필요로 하지 않는다는 견해이다. 우리나라 민법은 객관설에 따라 물건을 사실상 지배하는 자에게 점유권을 인정하며(민법 제192조 제1항), 다른 특별한 의사를 필요로 하지 않는다.

동산을 양수한 자는 그 즉시 소유권을 취득하기도 한다(민법 제249조).

이러한 시효취득 등이 인정되기 위해서는 소유의 의사, 선의, 평온, 공연 등의 요건을 갖추어야 하는데, 이는 민법 제197조에 의하여 추정된다. 그러나 민법 제197조 제1항에 대해서는 주로 민법 제245조(점유취득시효)와 관련하여 삭제되어야 한다는 주장,²⁾ 자주점유의 추정 규정인 제197조 제1항은 그대로 두고 “점유자는 제245조의 소유의 의사로 점유한 것으로 추정하지 않는다.”는 단서(但書)를 두자는 제안³⁾ 등의 논의가 제기되고 있다.

아래에서는 민법 제197조 제1항의 문제점 및 점유취득시효(민법 제245조 제1항), 선의 점유자의 과실수취권(민법 제201조 제1항), 선의취득(민법 제249조)과 관련하여 검토하기로 한다.

II. 민법 제197조 제1항의 의미 및 문제점

1. 서언

민법 제197조 제1항은 “점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정된다.”는 것을 내용으로 한다. 추정은 어떠한 요건사실을 증명하고자 할 경우에 그 전제되는 사실의 증명 및 인과의 법칙, 논리칙·경험칙을 이용하는 것이다. 민법 제197조 제1항의 추정은 일반적으로는 법률상 추정의 범주에 포함되지만, 엄격한 의미에서는 진정한 의미(좁은 의미)에서의 법률상의 추정보다도 강력한 의미를 가지는 것으로 해석된다. 여기서는 민법 제197조 제1항의 추정이 진정한 의미에서의 추정과 어떻게 다른지, 그리고 민사소송에서 증명책임의 분배와 관련하여 어떤 기능을 하는지를 검토하고 관련되는 문제점을 지적해 보기로 한다.

2) 송덕수, “시효에 관한 2011년 민법개정안 연구”, 『법학논집』 제15권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2011. 6., 41면. 이에 따르면 2011년 6월 14일 국무회의에서 의결된 민법개정안에서는 민법 제197조 제1호에서 자주점유의 추정을 삭제하고, 민법 제245조 제1항 부동산 취득시효의 요건을 강화하여 선의, 무과실을 추가하는 안이 제시되기도 하였다.

3) 송덕수, 앞의 논문, 41면 참조.

2. 법률상 추정의 의미 및 증명책임

추정은 사실상 추정과 법률상 추정으로 나누어진다. 사실상 추정은 경험법칙에 의하여 인정되는 추정으로, 재판에서는 법관이 자유심증의 과정에서 이른바 증빙(徵憑) 또는 간접사실에 의하여 주요사실을 추인하는 방식으로 이루어진다. 특고의·과실, 선의·악의와 같은 내심적 의사와 인과관계 등은 직접증거에 의해서 인정되기는 어려운 것으로, 추정을 통해서 그 존부를 인정할 수밖에 없다.

법률상 추정은 어떠한 전제사실이 있는 경우에는 다른 어떤 것을 추정한다는 법률상의 규정을 적용하여 행해지는 추정이다. 법률상의 추정은, 예외적으로 법해석을 통하여 인정되는 경우도 있으나,⁴⁾ 원칙적으로 법률의 규정에 의하여 인정되는 것이다. 법률상의 추정에는 법률상 사실추정과 법률상 권리추정이 있다. 법률상 사실추정은 일정한 사실(전제사실)이 인정되는 경우에 다른 ‘사실’을 추정하는 것이며⁵⁾, 법률상의 권리추정은 일정한 사실에서 일정한 권리를 ‘추정’하는 것⁶⁾이다.

법률상 추정은 추정되는 사실을 직접 증명하지 않고 법률이 전제사실로 삼고 있는 사실을 증명함으로써 요건사실을 증명하는 것이 가능하도록 하여 증명책임을 완화해 주는 역할을 한다.⁷⁾ 예를 들어서 일정 기간 점유가 계속되었다는 사실을 증명하기 위해서 점유기간 동안 계속해서 점유했다는 사실을 증명할 수도 있지만, 민법 제198조의 “전후 양시에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것으로 추정한다.”라는 규정을 이용하여 최초의 점유사실과 최후의 점유사실을 증명하는 것으로써 그동안의 점유가 계속되었다는 추정을 받을 수

-
- 4) 등기의 추정력이 대표적인 것이라고 할 수 있다. 독일 민법은 제891조에 등기의 추정력을 명시적으로 규정하고 있으나, 우리 민법에는 등기의 추정력에 관한 규정이 없다. 그러나 판례는 등기의 추정력을 인정하고 있다(대법원 1979. 6. 26. 선고 79다741 판결; 대법원 1983. 11. 22. 선고 83다카894 판결; 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다72029 판결 등). 학설도 대체로 이를 인정하고 있다. 허정인, “부동산등기의 추정력과 증명책임: 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다72029 판결을 중심으로”, 『고려법학』 제92권, 고려대학교 법학연구원, 2019. 3., 341면 이하 참조.
- 5) 일정한 전제사실이 있으면 법률상 다른 일정한 사실이 추정되는 것이다. 동시사망의 추정(민법 제30조), 전후 양시에 점유한 사실이 있으면 점유가 계속된 것으로 추정되는 것(민법 제198조), 부의 친생자추정(민법 제844조) 등이 여기에 해당한다.
- 6) 점유자의 권리의 적법 추정(민법 제200조), 경계표 등의 공유의 추정(민법 제239조), 공유지분의 균등 추정(민법 제262조 제2항), 부부의 특유재산의 추정(민법 제830조) 등.
- 7) 김홍엽, 『민사소송법』 제10판, 박영사, 2021, 760면; 정동윤, 유병현, 김경욱, 『민사소송법』 제9판, 법문사, 2022, 599면.

있다. 이때 상대방이 점유계속의 추정을 부정하려면 그동안 점유가 단절되었다는 사실을 증명해야 한다. 이처럼 법률상 추정 규정이 있는 경우에 추정되는 사실의 전제사실을 증명함으로써 요건사실을 증명할 수 있지만, 그 증명책임은 그 사실을 주장하는 자에게 있다.⁸⁾ 전제사실이 증명됨으로써 법률상의 추정이 이루어진 경우에 상대방은 전제사실에 대한 반증을 통하여 애당초 추정이 일어나지 않도록 하거나, 추정된 사실이 진실이 아니라는 사실 즉 법률상 추정되는 사실과 반대되는 사실을 본증으로 증명하여야만 그 추정이 번복될 수 있다.⁹⁾

3. 민법 제197조 제1항과 증명책임

법문상 ‘추정’이라고 되어 있지만 엄격한 의미에서는 법률상 추정이라고 볼 수 없는 경우가 있다. 이를 유사적 추정이라고 한다. 여기에는 의사추정,¹⁰⁾ 증거법칙적 추정¹¹⁾ 및 잠정적 진실이 있는데, 잠정적 진실은 전제사실의 존재가 없이 무조건으로 일정한 사실을 추정하는 무전제의 추정¹²⁾ 또는 다른 요건사실

8) 법률상의 사실추정은 요건사실이 별개의 전제사실로부터 추정되는 것으로, 요건사실인 추정되는 사실을 증명하고자 하는 자는 요건사실 그 자체를 증명할 수도 있지만, 별개의 전제사실을 증명함으로써 요건사실 자체에 대한 증명책임에서 벗어날 수 있다. 예를 들어 점유가 계속되었다는 요건사실을 증명하기 위해서 원래는 점유가 끊어지지 않고 지속되었다는 것을 증명해야 하지만, 최초의 점유와 최후의 점유가 증명되면 점유의 계속이 추정되므로(민법 제198조), 최초의 점유사실과 최후의 점유사실만 증명하면 된다. 이 경우 상대방이 점유계속의 추정을 부인하기 위해서는 점유자가 그 기간 내에 점유를 상실한 적이 있다는 사실을 증명하여야 한다. 이처럼 법률상의 사실추정의 경우는 소위 증명주체를 선택하거나 변경할 수 있어서 증명책임이 완화되는 것일 뿐, 요건사실에 대한 증명책임이 상대방에게 이전되는 것은 아니다.

9) 김홍엽, 앞의 책, 757-758면.

10) 일정한 사항에 관해서는 일정한 의사가 존재한다고 추정하는 것이다. 예컨대 기한을 채무자의 이익을 위한 것으로 추정하거나(민법 제153조 제1항), 위약금약정을 손해배상액의 예정으로 추정하는 것(민법 제398조 제4항) 등.

11) 사실에 관한 것이 아니라 증거의 증거력이나 증거가치에 관한 사실, 즉 보조사실을 추정하는 것을 말한다. 예컨대 문서는 본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인(拇印)이 있는 때에는 진정한 것으로 추정한다(민사소송법 제358조); 문서의 작성방식과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것으로 인정할 때에는 이를 진정한 공문서로 추정한다(민사소송법 제356조 제1항).

12) 석현수, “민법상 요건사실에 관한 소고”, 『법학연구』 제27권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2017. 6., 169-170면; 김홍엽, 앞의 책, 760면 등. 다만 이 경우에도 엄격한 의미에서 파악해 보면 전제가 전혀 없는 것은 아니다. 예를 들어 소유의 의사 등 잠정적인 진실로 인정되는 사실은 ‘점유’라는 전제사실을 전제로 하는 것이다. 다만 여기서 전제되는 사실인 ‘점유’는 이미 다른 요건사실로서 당연히 인정되어야 하는 것이므로 그 전제사실을 별도로 증명할 필요가 없다.

에 기하여 다른 일정한 사실이 추인되는 것을 말하며, 이는 추정된 사실의 부존재에 대한 증명책임을 상대방에게 부담시키는 취지를 간접적으로 표현한 것이다.¹³⁾ 민법 제197조 제1항은 ‘잠정적 진실’의 대표적인 예이다.¹⁴⁾

민법 제197조 제1항에 의한 추정은 점유를 요건으로 하는 경우에 적용되므로, 점유사실이 인정되면 바로 점유자의 선의 또는 소유의 의사가 추정되어 점유자는 별도로 이를 증명할 필요가 없다. 따라서 이 경우 상대방(소유자)은 점유자의 점유가 악의에 의한 것이라거나 타주점유라는 것을 증명해야 한다.¹⁵⁾ 이 경우의 반대사실의 증명은 본증에 해당한다. 이처럼 민법 제197조 제1항에 의한 추정은 처음부터 상대방이 그 추정되는 사실과 반대되는 사실을 증명해야 하므로 증명책임을 상대방에게 이전되는 효과를 가져오는데, 이를 ‘증명책임의 전환’이라고 한다.¹⁶⁾

4. 민법 제197조 제1항의 문제점

민법 제197조 제1항에 의한 추정은 민법 제245조 및 제246조의 취득시효, 선의 점유자의 과실수취권(민법 제201조), 선의취득(민법 제249조) 등의 경우에 적용된다. 이 추정은 대체로 소유자가 점유자를 상대로 반환청구, 방해배제청구, 부당이득반환청구 등을 하는 경우에 점유자가 그 항변으로서 선의 점유자의 과실수취권, 선의취득, 시효취득 등을 주장하는 경우에 적용된다.

이 규정의 문제점은 다음과 같다. 일반적으로 아무런 권원 없이 타인의 물건을 점유하는 것은 그러한 사실만으로도 점유자의 점유의 위법성을 강하게 추측하게 하는 것이다. 소유자가 반환청구권을 행사하면, 그것이 소유자의 것이라고 증명된 경우라면 당연히 점유자가 자신의 점유가 일정한 권원에 의한 것이라는 등 점유의 정당성을 밝혀야 한다. 예를 들어서 소유자의 반환청구권 행사에 대

13) 김홍엽, 앞의 책, 760면; 정동윤, 유병현, 김경욱, 앞의 책, 599면.

14) 잠정적 진실의 다른 예로 상법 제47조 제2항(상인의 행위를 영업 목적으로 추정하는 것), 어음법 제29조 제1항(어음법상 인수기재 말소를 어음반환 전의 행위로 추정하는 것)을 들 수 있다.

15) 정재훈, “占有者의 所有 意思의 推定과 翻覆”, 『사법논집』 제29집, 법원도서관, 1998. 12., 73면; 최영룡, “법률상 추정에서의 주장책임 및 부인·항변”, 『사법연수원논문집』 제2집, 사법연수원, 2004, 54면.

16) 정재훈, 앞의 논문, 72-73면; 이 경우 반대사실에 관한 소유자의 증명은 본증이 되고, 이 증명이 성공하지 못하도록 방해하기 위하여 점유자가 제출하는 것은 반증이 된다.

해서 점유자가 임차권, 전세권, 양도담보권 또는 동시이행의 항변권을 주장해야 하는 것이다. 선의취득이나 시효취득 등을 인정받기 위해서도 점유자는 그 물건을 적법한 방법으로 또는 적어도 외관상 적법하거나 정당하다고 인정될 수 있는 방법이나 절차에 따라서 점유하게 되었다는 것을 밝혀야 하는 것이 당연하나, 이 경우에는 민법 제197조의 추정규정에 의하여 소유자가 점유자의 점유가 타주점유라거나 악의의 점유라는 것을 밝혀야 하게 된다.

증명의 가능성 또는 편의라는 점에서도 이 규정은 문제가 있다. 점유가 선의에 의한 것인지 또는 자주점유인지는 점유취득의 경위를 통하여 밝혀질 수 있다. 예를 들어서 점유자가 그 물건을 상인 등에게 또는 믿을 만한 거래처로부터 시세에 부합하는 대가를 지불하고 매수하였다면 그 과정에 착오가 있었다는 것이 밝혀질 수 있고 그렇다면 선의취득은 인정될 수 있다. 점유자는 점유취득의 당사자이므로 점유취득의 과정을 잘 알 수밖에 없다. 이에 비하여 소유자는 이처럼 자신의 소유물이 어떤 경위로 어떻게 상대방의 점유하에 놓이게 되었는지 그 경위를 알 수 없는 것이 일반적이다. 이러한 점을 고려하면 적어도 소유의 의사와 선의는 점유자로 하여금 그 경위를 증명하게 해야 하는 것이 옳으며, 소유자에게 이를 증명하게 해서는 안 되는데, 민법 제197조 제1항은 이와 반대로 규정되어 있는 것이다.

Ⅲ. 소유의 의사와 민법 제197조 제1항

1. 소유의 의사의 의미 및 인정 기준

(1) 소유의 의사의 의미

소유의 의사는 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 말한다. 이와 구별되는 개념으로 ‘알지 못한다’는 것을 의미하는 ‘선의’와 구별된다. 소유의 의사에 관하여 주로 문제가 되는 민법 제245조의 부동산 취득시효와 관련해서 보면,¹⁷⁾ 선의는 자신에게 물건에 대한 소유권이

17) 소유의 의사를 요건으로 하는 것으로는 민법 제202조 후단의 점유자의 회복자에 대한 책입, 민법 제245조 제1항의 점유취득시효, 동조 제2항의 등기부취득시효, 민법 제246조의

없음에도 불구하고 소유권이 있다고 믿는 오신을 말한다. 판례도 자주점유는 ‘소유자와 동일한 지배를 하려는 의사를 가지고 하는 점유’를 의미하는 것이지, 법률상 그러한 지배를 할 수 있는 권한 즉, 소유권을 가지고 있거나 소유권이 있다고 믿고서 하는 점유를 의미하는 것은 아니라고 한다.¹⁸⁾

(2) 자주점유 인정의 기준

소유의 의사에 의한 점유(자주점유)인지를 결정하는 기준에 관해서 학설 대립이 있다. 소유의 의사의 인정여부는 점유자의 내심에 의하여 결정된다는 주관설과, 소유의 의사는 외형적·객관적으로 결정된다는 객관설이 그것이다. 객관설의 논거는, 주관설에 의하면 소유의 의사 유무가 자의적으로 된다는 문제가 있으므로 소유의 의사의 존부는, 점유자의 내심의 의사가 아니라, 점유취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되어야 한다는 것이다. 이를 구체적 객관설이라도 하며, 판례가 이를 따르고 있다.¹⁹⁾

생각건대, 소유의 의사는 점유자의 내면적 심리 상태를 말하는 것이므로, 자주점유인지 여부는 점유자의 내심이 기준이 될 수밖에 없으므로 주관설이 타당하다. 주관설은 판단의 기준과 판단의 방법을 혼동한 것으로 보인다. 고의가 심리 상태를 말하는 것처럼²⁰⁾ 소유의 의사 역시 심리 상태에 관한 것이다. 고의를 인정할 직접적인 증거가 없는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없으며, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 사실관계의 연결상태를 논리와 경험칙에 의하여 합리적으로 판단하여야 한다.²¹⁾ 예를 들어서 피고인에게

동산의 점유취득시효, 제252조의 무주물의 귀속이 있다.

18) 대법원 1987. 4. 14. 선고 85다카2230 판결; 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다18838 판결; 대법원 1992. 6. 23. 선고 92다12698, 92다12704 판결 등. 그러나 뒤에서 보는 것처럼 실제로는 ‘선의’에 해당하는 것을 소유의 의사라고 한 예도 다수 있다[본장(III)의 2. (3) 참조].

19) 대법원 1990. 11. 13. 선고 90다카21381, 21398 판결; 대법원 1998. 6. 23. 선고 98다10618 판결; 대법원 2002. 2. 26. 선고 99다72743 판결; 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다360·377 판결 등.

20) ‘고의’는 자신의 행위에 의하여 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 이를 행하는 심리 상태를 말한다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97다24276 판결).

21) 대법원 2001. 3. 9. 선고 2000다67020 판결. 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결(경영상의 판단을 이유로 배임죄의 고의를 인정할 수 있는지는 문제 된 경영상의 판단에 이

살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도, 범행 후에 있어서의 결과회피행동의 유무 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다.²²⁾ ‘소유의 의사’도 점유취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정을 종합하여 판단해야 하는 것이다. 점유의 권원이 임차권, 지상권 등과 같이 소유권을 전제로 하지 않는 경우, 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 아니할 태도를 나타낸 경우, 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 아니한 경우 등은 외형적·객관적으로 점유자가 타인의 소유권을 배척하고 배타적으로 점유할 의사를 가지고 있지 않았다고 볼 만한 사정으로서 타주점유를 추인하게 하는 간접사실 또는 정황증거이다. 고의 또는 선의의 판단기준이 내심의 의사인가 아닌가가 논의되지 않는 것처럼 소유의 의사의 판단기준이 내심의 의사인가 아니면 외형적·객관적인 것인가는 논할 필요조차 없다. 소유의 의사가 있는지는 점유자의 내심이 기준이며, 그 ‘판단방법’에서 외형적·객관적 사정을 고려하는 것이다.

2. 소유의 의사의 증명

(1) 자주점유의 추정이 유지되는 사례

부동산 점유취득시효 사건에서 판례는 민법 제197조 제1항을 충실하게 따르

르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우인지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.); 대법원 2023. 1. 12. 선고 2022도11245, 2022보도52 판결(피고인이 범행 당시 살인의 고의는 없었고 단지 상해 또는 폭행의 고의만 있었을 뿐이라고 다투는 경우에, 피고인에게 범행 당시 살인의 고의가 있었는지는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격 부위와 반복성, 사망의 결과 발생 가능성 정도, 범행 후 결과 회피 행동의 유무 등 범행 전후의 객관적 사정을 종합하여 판단해야 한다.)

- 22) 대법원 2000. 8. 18 선고 2000도2231 판결(무술교관출신으로서 인체의 급소를 잘 알고 있으면서도 무술의 방법으로 피해자의 울대를 가격하여 피해자를 사망케 한 행위에 살인의 범의가 있다고 판단한 사례); 대법원 2001. 3. 9. 선고 2000도5590 판결(건장한 체격의 군인인 피고인이 키 150cm, 몸무게 42kg의 왜소한 피해자를 상대로 폭력을 행사하였고 특히 급소인 목을 15초 내지 20초 동안 세게 쫓아 피해자의 설골이 부러져 사망한 사건에서 이러한 폭력의 태양 및 정도에 비추어 보면 범행 당시 피고인에게 최소한 살인의 미필적 고의는 있었다고 판단한 사례).

고 있다. 민법 제197조 제1항에 의하여 자주점유가 추정되므로 점유자는 적극적으로 그 점유의 권원의 성질에 따라 그 점유가 자주점유임을 주장·입증할 책임이 없고, 타주점유임을 주장하는 상대방에게 그에 관한 입증책임이 있다고 한다.²³⁾ 점유자 스스로 매매 또는 증여와 같은 자주점유의 권원을 주장하였으나 이것이 인정되지 않는 경우에도, 원래 자주점유에 관한 입증책임이 점유자에게 있지 아니한 이상, 그 점유권원이 인정되지 않는다는 사유만으로 자주점유의 추정이 반복되어 타주점유가 된다고 볼 수 없다고 한다.²⁴⁾

점유자가 소유자에게 그 점유하는 토지의 매수를 제의한 일이 있다고 하더라도 점유자의 점유를 타주점유라고 볼 수 없다.²⁵⁾ 일반적으로 점유자는 취득시효가 완성된 후에도 소유권자와의 분쟁을 간편히 해결하기 위하여 매수를 시도하는 경우가 많기 때문이라는 것이 판례이다. 토지의 임차인이 소유권에 관한 이익을 내세워 임대인에게 임대료를 지급하지 않았다고 하더라도 토지를 매수하여 임대한 자의 자주점유의 추정은 반복되지 않으며,²⁶⁾ 토지를 점유 사용하면서 세금 납부 사실이 없다는 것만으로 타주점유라고 할 수 없다.²⁷⁾

(2) 자주점유의 추정이 깨어진 경우

(가) 점유권원에 따른 판단

지상권, 전세권, 임차권 등과 같은 타주점유의 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되면 자주점유의 추정이 깨어진다. 자주점유는 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것을 의미하므로, 타주점유의 권원에 바탕을 둔 점유에 대해서 소유의 의사를 인정할 수 없는 것은 당연하다. 임차인²⁸⁾ 또는 관리인의 점유,²⁹⁾ 소작계약에 의한 점유,³⁰⁾ 명의수탁자의 점유,³¹⁾ 토지공유자 중의 1인이 전부를 점유하

23) 대법원 1983. 7. 12. 선고 82다708,709, 82다카1792,1793 전원합의체 판결.

24) 대법원 1984. 1. 31. 선고 83다615 판결 등.

25) 대법원 1983. 7. 12. 선고 82다708,709, 82다카1792,1793 전원합의체 판결.

26) 대법원 1988. 11. 22. 선고 88다1 판결.

27) 대법원 1971. 3. 23. 선고 71다281 판결.

28) 대법원 1965. 9. 21. 선고 65다1427 판결.

29) 대법원 1966. 10. 18. 선고 66다1256 판결.

30) 대법원 1976. 1. 27. 선고 75다236 판결.

31) 대법원 1975. 9. 23. 선고 74다2091,2092 판결; 대법원 1996. 6. 11. 선고 96다7403 판결.

는 경우에 다른 공유자의 지분비율 부분에 대한 점유³²⁾ 등은 타주점유이다.

(나) 객관적·외형적 사정으로 자주점유의 추정이 깨어진 경우

타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정이 증명된 경우에는 자주점유의 추정이 깨어진다. 점유자가 토지를 점유하기 시작할 무렵에 그 토지가 타인 소유라는 사실을 알고 있었다고 인정되고 점유자가 주장하는 토지매수 사실이 인정되지 않은 경우가 이에 해당한다.³³⁾ 점유자가 진정한 소유자로서의 태도를 보이지 않은 경우에도 자주점유의 추정은 깨어진다. 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법이 여러 차례 시행되어 등기할 기회가 있었음에도 불구하고 소유권이전등기를 마치지 않고, 오히려 토지소유자가 그 임야에 관하여 위 특별조치법에 의하여 그 명의의 소유권보존등기를 마친 후에도 별다른 이의를 하지 않은 경우,³⁴⁾ 소유권등기 명의자가 토지소유자로서 토지점유자를 상대로 임료상당 부당이득반환 또는 손해배상을 청구한 소송에서 점유자가 토지 소유권의 귀속을 다투지 아니하고 자백한 경우³⁵⁾에도 자주점유의 추정은 깨어진다.

(3) 실질적으로 선의의 점유에 해당하는 경우

실질적으로는 선의의 점유에 해당하는 것에 대해서 자주점유를 인정한 판례가 다수 있다. 상속권 없는 자가 자신을 상속인이라고 믿고 점유를 개시한 경우,³⁶⁾ 점유취득의 원인이 되는 매매 등의 법률행위가 무효인 경우³⁷⁾ 기타 오상권원에 의한 점유³⁸⁾ 등의 경우이다. 토지의 매도인이 그 매도한 토지를 인점토

32) 대법원 1988. 12. 13. 선고 87다카1418 판결; 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008다31485 판결.

33) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2001다23225·23232 판결.

34) 대법원 2000. 3. 24. 선고 99다56765 판결.

35) 대법원 1990. 11. 13. 선고 90다카21381·21398 판결.

36) 대법원 1982. 7. 27. 선고 81다1174·1175 판결(피상속인의 장조카가 자기가 그 상속인 또는 권리귀속자인 것으로 믿고 점유를 개시하여 관리 및 수익을 독점해 왔다면, 타주점유 중 자기에게 권리귀속된 것으로 믿는 경우와 달리 그 점유의 시초에 있어 권원의 성질상 자주점유라고 한 예)

37) 대법원 1972. 12. 12. 선고 72다1856 판결; 대법원 1978. 11. 14. 선고 78다991 판결; 대법원 1979. 12. 26. 선고 79다1806 판결; 대법원 1992. 5. 8. 선고 91다37751 판결; 대법원 1995. 11. 24. 선고 94다53341 판결; 대법원 1996. 11. 8. 선고 96다29410 판결 등.

38) 점유자가 실제로는 소유자 등으로부터 양수한 일이 없음에도 불구하고 양수하였다고 믿는 경우: 대법원 1973. 7. 24. 선고 73다559 판결; 대법원 1980. 11. 11. 선고 80다2170 판결; 대법원 1984. 2. 14. 선고 83다카587 판결; 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다32878 판결;

지의 일부로 알고 종전과 같이 계속 점유한 경우는 자주점유이다.³⁹⁾ 토지를 매수 취득하여 점유를 개시함에 있어서 착오로 인접토지의 일부를 매수·취득한 토지에 속하는 것으로 믿고서 점유하고 있다면 인접토지의 일부에 대한 점유는 소유의 의사에 기한 것으로 본다는 것이 판례인데,⁴⁰⁾ 이는 자주점유라기 보다는 오히려 선의의 점유에 해당하는 것이다. 판례는 매매대상 대지의 면적이 등기부상의 면적을 상당히 초과하는 경우는 타주점유로 보고⁴¹⁾ 그 이유에 대해서는 특별한 사정이 없는 한 계약 당사자들이 이러한 사실을 ‘알고 있었다고 보는 것이 상당하기 때문’이라고 하는데, 이 경우의 점유는 악의의 점유이지 순수하게 ‘소유자처럼 타인을 배척하고 독점적으로 점유할 의사’가 없는 경우라고 말하기는 어려운 경우이다.

(4) 타주점유의 자주점유로의 전환

타주점유가 자주점유로 전환하는 데에는 그 명의로 소유권이전등기를 마쳤다는 사실만으로는 부족하고 그 점유자가 자기에게 점유를 시킨 자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로서 점유를 시작하지 아니하면 점유는 그 성질이 변하지 않는다.⁴²⁾ 권원의 성질상 타주점유라고 하더라도 점유자가 소유의 의사를 소유자에게 표시했다면 그 이후부터의 점유는 자주점유로 전환될 수 있다는 것이다.

그렇지만 타주점유자가 소유의 의사를 표시한 것을 이유로 하여 자주점유로 인정한 판례는 없는 것으로 보인다. 타주점유자가 자신의 명의로 소유권보존등기나 회복등기를 경료한 경우,⁴³⁾ 타주점유자가 자신의 명의로 소유권이전등기를 경료한 경우,⁴⁴⁾ 소유권관계 공부(公簿)가 멸실된 것을 기화로 허위내용의 관계 서류를 이용하여 그 아들 명의로 소유권회복등기를 경료한 경우,⁴⁵⁾ 타인 소

대법원 1999. 6. 25. 선고 99다5866·5873 판결; 대법원 2007. 6. 14. 선고 2006다84423 판결 등.

39) 대법원 1995. 5. 23. 선고 94다51871 판결.

40) 대법원 1992. 5. 26. 선고 91다2851·2868·92다2844 판결; 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다32878 판결; 대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다5913 판결

41) 대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다5913 판결; 대법원 2004. 5. 14. 선고 2003다61054 판결 등.

42) 대법원 1966. 10. 18. 선고 66다1256 판결.

43) 대법원 1975. 9. 23. 선고 74다2091,2092 판결; 대법원 1997. 5. 30. 선고 97다2344 판결.

44) 대법원 1993. 7. 16. 선고 92다37871 판결.

45) 대법원 1983. 3. 8. 선고 80다3198 판결.

유의 토지를 소유의 의사 없이 점유하던 자가 그 지상에 건물을 건축한 경우,⁴⁶⁾ 타주점유하던 토지 위에 과수원을 만든 경우⁴⁷⁾ 모두 자주점유로의 전환이 부인되었다.

3. 악의의 무단점유와 소유의 의사의 추정

대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결 이후 점유자가 타인의 부동산을 악의로 무단점유한 경우에는 자주점유의 추정이 깨어진다. 위 판결에서 대법원은 “점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 입증된 경우, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어졌다.”고 하였다. 이 판결로서 그 이전에 “점유자가 타인 소유의 토지를 무단으로 점유하여 왔다면 특별한 사정이 없는 한 권원의 성질상 자주점유에 해당한다.”는 취지의 과거 판례⁴⁸⁾는 변경되었다.

‘악의의 무단점유가 입증된 경우 자주점유의 추정이 깨어진다’고 한 것은 악의의 무단점유자, 특히 부동산 침탈자에 대하여 시효취득을 부정해야 한다는 당위성에서 비롯된 것으로,⁴⁹⁾ 현실적으로 납득할 만한 점이 있다.⁵⁰⁾ 그러나 ‘악의’와 ‘소유의 의사’는 양립 가능한데도 불구하고⁵¹⁾ ‘악의’의 존재로 인하여 소유의 의사가 깨어진다고 본다는 것은 문제가 있다. 위 판례는 우리 민법의 명

46) 대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카2317 판결.

47) 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다34520 판결.

48) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다43654 판결; 대법원 1994. 4. 29. 선고 93다18327, 18334 판결, 대법원 1994. 10. 21. 선고 94다17475 판결; 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다863, 870 판결 등.

49) 같은 취지로 최문기, “민법 제245조 소유의 의사의 의미의 판례이론에 관한 일고찰”, 『재산법연구』 제35권 제2호, 한국재산법학회, 2018. 8., 106면(“일부 학설과 판례가 악의의 무단점유를 자주점유가 아니라고 한 것은 오직 그러한 점유를 한 자로 하여금 시효취득을 할 수 없도록 하기 위하여서 이다.”).

50) 위 전원합의체 판결에서 문제된 사안과 같이 상대적으로 관리가 허술한 국·공유지의 잠식 등이 문제될 수 있기 때문이다(최문기, 앞의 논문, 104-105면 참조).

51) 최문기, 앞의 논문, 107면(“악의의 무단점유자도 자주점유일 수 있다.”), 같은 논문 108면(“악의의 무단점유는 ‘개념상’ 타주점유가 아니지만, 적어도 우리 부동산점유취득시효의 법률요건을 충족한 자주점유는 아닌 것으로 생각된다.”).

문 규정에 비추어 보아도 부당하며,⁵²⁾ 현행 민법의 해석론으로 소유의 의사를 부정하는 것은 법률변경적 법형성이라는 비판이 있다.⁵³⁾

4. ‘소유의 의사’ 개념에 관한 재검토의 필요

‘소유의 의사’와 ‘선의’는 서로 구별되는 다른 개념이다.⁵⁴⁾ 판례도 자주점유는 ‘소유자와 동일한 지배를 하려는 의사를 가지고 하는 점유’를 의미하는 것이지, 법률상 그러한 지배를 할 수 있는 권한 즉, 소유권을 가지고 있거나 소유권이 있다고 믿고서 하는 점유를 의미하는 것은 아니라고 하여 양자를 구별하고 있다.⁵⁵⁾ 그러나 앞에서 본 것처럼 ‘선의’라는 것을 이유로 ‘자주점유’를 인정한 판례가 다수 있다.⁵⁶⁾

타인의 소유물을 일정기간 점유했다는 사정만으로 점유가 법적인 보호를 받고 그로 인하여 점유자가 소유권 취득을 할 수 있게 되어서는 안 된다. 정당한 권원이 없음에도 불구하고 ‘타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사’가 있었다는 이유로 일정한 요건 하에서 소유권취득 등이 가능하게 하면서 소유자가 점유자에게 그러한 의사가 없었음을 증명하도록 하는 것은 상식에 비추어서 납득하기 어려운 일이다.

‘타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사’는 점유자가 그럴 수 있는 정당한 권원이 있다고 믿은 경우에 한하여 인정되어야 한다. 시효취득 등의 요건인 소유의 의사는 단순히 ‘타인의 소유임에도 불구하고 그 타인을 배척하고 소유자로서의 권리를 행사하려는 의사 또는 의지’만으로는 안 되며, 적어도 ‘자신에게 소유권이 귀속되는 것으로 잘못 알게 됨으로

52) 최문기, 앞의 논문, 106면.

53) 김진우(집필대표 김용덕), 『주석 민법[물권1]』 제5판, 한국사법행정학회, 870-871면 참조. 위 전원합의체 판결과 같은 해석은 입법론으로는 몰라도 해석론으로서는 바람직하지 않다. 비록 법률에 문제가 있다고 하더라도 법해석 또는 판례의 변경만으로 이와 같이 법형성에 해당하는 결과를 가져오는 것은 바람직하지 않다. 법해석상 문제가 있는 부분은 가능한 한 빨리 개정하는 것이 바람직하다.

54) 민법 제245조 제2항 및 민법 제246조 제2항 등에서 선의와 소유의 의사가 병렬적으로 나열되어 있는 것을 보더라도 소유의 의사와 선의는 별개의 개념이다. 최문기, 앞의 논문, 107면은 “특히 민법 제202조 제2문은 자주점유가 선의점유와 별개의 것임을 분명히 보여주고 있다.”고 한다.

55) 대법원 1987. 4. 14. 선고 85다카2230 판결; 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다18838 판결; 대법원 1992. 6. 23. 선고 92다12698, 92다12704 판결 등.

56) 본장(Ⅲ)의 2. (3) 부분.

인하여 소유자로서 배타적 지배를 행사하려는 의사'에 한정되어야 한다.

이런 의미에서 위 전원합의체 판결의 정당성은 인정되지만, 소유의 의사와 선의의 개념이 명확하게 구별되어 있는 현행법의 해석상 무리가 있다. 이 때문에 입법론으로 민법 제197조 제1항을 삭제해야 한다는 의견⁵⁷⁾ 민법 제197조 제1항에서 “소유의 의사로” 부분을 삭제하고⁵⁸⁾ 민법 제245조 제1항에 선의 및 무과실을 추가해야 한다는 의견⁵⁹⁾ 등이 전개되고 있다.

이와 달리, 증거보전의 곤란으로부터 점유자를 보호한다는 시효제도의 목적을 강조하면서 자주점유의 추정을 폐지할 경우 부동산 물권을 취득한 자가 매수나 증여 등과 같은 점유권원을 입증하지 못하여 소유의 의사를 입증할 수 없는 경우가 발생할 수 있음을 유의할 필요가 있다는 이론도 있다.⁶⁰⁾ 그러나 실제 적법한 매매 등에 의하여 소유권을 취득한 자가 그 증거를 상실하여 그 소유권을 입증하지 못하는 경우가 얼마나 되는지는 알 수 없다. 더구나, 부동산 거래를 하고도 등기를 하지 않는 것은 현행법체계상 바람직하지 않고, 이들을 따로 보호하지 않아야만 등기이용을 사실상 강제하고 그 효과로서 법적 안정성을 도모할 수 있다는 이익이 더 크다는 정책적 고려라는 차원에서라도 부동산 거래를 하고도 등기를 하지 않은 자를 증거보전의 곤란으로부터 보호해 주어야 할 필요는 없다고 본다.

57) 송덕수, 앞의 논문, 41면.

58) 김성수, “시효 및 제척기간에 관한 민법 개정시안: 2010년 1월 29일 확정안의 조문 내용과 개정 이유를 중심으로”, 『민사법학』 제50권, 한국민사법학회, 2010, 203면. 그 이유로 자주점유의 추정은 당연한 것이 아니라는 것, 현행법처럼 20년의 점유만 입증하면 반대입증이 없는 한 취득시효를 하도록 하는 것은 진정한 권리자(소유자)의 희생 하에 시효취득자를 지나치게 보호하는 것이고 점유자 가운데는 타주점유자도 적지 않다는 것 등을 제시하면서 취득시효에 의하여 보호되려는 자는 자주점유를 스스로 입증함이 타당하다고 함.

59) 김성수, 앞의 논문, 204면. 그 이유로 종래 판례가 인정하여 온 악의의 무단점유에 관한 판결에 비추어 볼 때, 부동산 점유취득시효의 요건은 강화되어야 한다는 것, 적어도 남의 부동산인 줄 알면서 그 부동산을 점유하는 자에게 취득시효를 부인하기 위하여서라도 이를 요건으로 추가하여야 한다는 것, 악의의 무단점유가 입증되면 자주점유의 추정을 반복하는 방법으로 점유취득시효를 배제하는 판례는 이론상 문제가 있는 것으로 선의라는 요건이 추가되면 결과적으로 현재의 판례와 같은 결과가 되면서 이론적으로 문제가 없게 된다는 것 등을 들고 있다.

60) 이종구, “점유취득시효의 개정에 관한 연구: 자주점유와 무과실을 중심으로”, 『외법논집』 제36권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012. 2., 147면.

5. 비교법적인 검토

점유취득시효는 등기의 권리추정력을 가지고 있지 않은 법제에서 소유권 입증의 수단으로서 중요한 기능을 한다고 말해진다.⁶¹⁾ 우리나라에서는 등기의 권리추정력이 명문으로 규정되어 있지는 않지만⁶²⁾ 판례가 법률상 추정이라고 인정하고 있으므로,⁶³⁾ 특히 민법 제245조 제1항의 점유취득시효제도는 법체계상 정당성을 인정받기 어렵다.⁶⁴⁾ 거기에 우리 민법은 한 걸음 더 나아가 아무런 합리적 근거도 없는 민법 제197조 제1항을 두고 있다.⁶⁵⁾ 참고로 등기를 부동산 물권변동의 성립요건으로 하고 있는 독일 민법에서는 등기부취득시효의 경우에도 시효기간이 30년이며⁶⁶⁾ 우리 민법 제197조 제1항과 같은, 자주점유를 추정하는 규정은 없다.

민법 제245조 제1항의 점유취득시효는 일본 민법 제162조 제1항과 내용이 같고,⁶⁷⁾ 일본 민법 제186조 제1항은 우리 민법 제197조 제1항과 내용이 같다. 그러나 일본 민법은 부동산 물권의 변동에 관하여 의사주의를 취하여 등기가 물권변동의 요건이 아니라 단지 대항요건이므로⁶⁸⁾ 민법 제197조 제1항과 같은 규정이 있어야 할 이유가 없다.

61) 김형석, “법에서의 사실적 지배: 우리 점유법의 특성과 문제점”, 『우리 민법학은 지금 어디에 서 있는가?: 한국민사법학 60년 회고와 전망』, 『민사법학』 제36호, 한국민사법학회, 2007, 176면.

62) 참고로 독일 민법은 등기의 법률상 추정을 명문으로 두고 있다(독일 민법 제891조).

63) 대법원 1979. 6. 26. 선고 79다741 판결; 대법원 1992. 4. 24. 선고 91다26379·26386 판결 등.

64) 점유취득시효는 등기주의를 취하지 않는 국가에서만 일반적으로 인정되고 중요한 기능을 수행하고 있고, 등기주의를 취하는 국가에서는 미등기부동산이나 등기된 소유자의 실존이 불분명한 경우에 대해서만 인정되는 등 매우 제한적인 경우에만 인정되고 있어 적어도 등기된 부동산에 관한 한 점유취득시효는 우리 민법의 체계에 부합하지 않는 이물(異物)로서 평가되어야 한다고 한다(김형석, 앞의 논문, 176면 이하).

65) 김형석, 앞의 논문, 178면.

66) 독일 민법 제900조 참조. 독일에도 우리나라의 점유취득시효제도와 유사하다고 할 수 있는 것으로 ‘제권판결에 의한 소유권취득’이 있으나 공시최고절차를 거쳐야 하는 등 요건상 많은 차이가 있다(독일민법 제927조 제1항). 상세한 내용은 김대정, “부동산취득시효에 관한 비교법적 고찰”, 『토지법학』 제35권 제1호, 한국토지법학회, 2019. 6., 120면 참조.

67) 일본 민법 제162조 제1항은 “20년간 소유의 의사로 평은, 공연하게 타인의 물건을 점유한 자는 그 소유권을 취득한다.”고 하고, 제2항은 “10년간 소유의 의사로 평은, 공연하게 타인의 물건을 점유한 자는 점유개시 시에 선의이며 과실이 없었던 때는 그 소유권을 취득한다.”라고 하여 선의의 점유인 경우를 그렇지 않은 경우에 비해서 더욱 단기간의 취득시효를 인정하고 있다.

68) 일본 민법 제177조: 부동산에 관한 물권의 득실 및 변경은 부동산등기법과 그 밖의 등기에 관한 법률이 정하는 바에 따라 등기하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다.

Ⅳ. 선의 점유자의 과실수취권과 관련된 검토

1. 문제의 소재

소유자가 자신의 물건을 권원없이 점유하는 자를 상대로 소유물반환청구권(민법 제213조) 등의 권리를 행사할 경우, 소유자는 점유를 상실한 기간 중에 발생한 과실 및 사용이익, 손괴 및 훼손으로 인한 가치의 하락 등을 보전받아야만 그 손해를 온전히 보전받는 것이 된다. 이 경우 소유자는 부당이득반환청구나 불법행위로 인한 손해배상청구로 손해보전을 받을 수 있으나, 현행 민법상 제201조 내지 203조에 의하여 특별히 선의의 점유자는 보호 받을 수 있다.

특히 선의의 점유자는 민법 제201조 제1항에 의하여 점유물의 과실을 취득할 수 있는데,⁶⁹⁾ 여기서의 ‘선의’는 ‘과실수취권을 포함하는 본권이 있다고 오신하는 것’ 즉 적극적 오신을 의미하는 것으로 해석된다.⁷⁰⁾ 본권은 ‘점유할 권리’를 의미하므로, ‘과실수취권을 포함하는 본권’이란 소유권, 지상권, 전세권, 임차권 등을 의미한다. 또한 판례는 ‘오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다’고 한다.⁷¹⁾

민법 제197조 제1항과 관련한 문제로는 민법 제201조 제1항의 선의에 무과실이 추정되는가 하는 것과 ‘오신할 만한 정당한 근거’의 주장 및 증명이 문제된다.

2. 민법 제201조 제1항의 선의와 그 무과실

민법 제201조 제1항에는 점유자의 무과실이 요건으로 되어 있지 않지만, 무과실이 필요한지에 대해서 학설대립이 있다. 주로 과실(過失)로 타인의 물건을 점유한 자에 대해서도 과실(果實) 수취권을 인정하는 것이 타당한가 하는 것과 ‘오신할 만한 정당한 근거’의 의미가 문제된다.

무과실필요설은 선의의 점유자가 과실수취권이 있는 본권이 있다고 오신한 데 대해서 과실이 없어야 한다는 이론이다. ‘선의’의 의미에 관하여 판례가 ‘오

69) 김성욱, “목적물의 점유와 관련한 몇 가지 법적 문제”, 『법과 정책』 제27권 제1호, 제주대학교 법과 정책 연구소, 2021. 3. 30., 63면 참조.

70) 대법원 1995. 8. 25. 선고 94다27069 판결; 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다63350 판결 등.

71) 대법원 1995. 8. 25. 선고 94다27069 판결; 대법원 1981. 8. 20. 선고 80다2587 판결 등.

신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다'고 하는 의미를 '선의에 과실이 없어야 한다'는 의미로 이해하여,⁷²⁾ “민법 제201조의 선의라고 하려면 단순히 자신에게 과실수취권이 있음을 확인하는 것만으로는 부족하고 그러한 확신에 근거가 있을 것, 즉 그러한 확신을 하는 데 과실이 없을 것도 요구된다.”고 한다.⁷³⁾ 그리하여 이 견해는 판례가 선의에 무과실을 요한다고 보아, “판례가 선의의 의미를 제한하고 있다.”⁷⁴⁾ 또는 “판례가 선의의 범위를 좁혔다.”고 말하기도 한다.⁷⁵⁾

생각건대, 선의의 점유자의 과실수취권의 인정요건으로 그 선의가 무과실이 있어야 한다고 할 이유는 없다. 점유자가 선의인 점에 대해서 과실이 있어도 과실수취권이 인정된다고 보아야 한다. 우선 그것이 문리해석상으로도 타당하다. 과실수취권을 규정한 제201조 제1항은 ‘무과실’을 요건으로 하고 있지 않기 때문이다. 민법상 ‘선의’와 ‘무과실’은 별개이며, 무과실을 요건으로 정한 민법 제245조 제2항, 제246조 제2항 등의 경우와 달리 무과실을 요건으로 하고 있지 않은 민법 제201조 제1항에 무과실을 요건으로 한다고 볼 근거가 없다.

선의의 개념과 관련하여 판례가 ‘오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다’고 하는 것은, ‘선의인 데 대하여 과실이 없어야 한다’는 말이 아니다. 판례가 말하는 ‘오신할 만한 정당한 근거’는 ‘점유 사용할 권원이 있다고 믿은 근거’⁷⁶⁾, ‘점유 사용할 권원이 있다고 믿을 만한 사실’⁷⁷⁾, ‘과실수취권이 있는 것으로 믿을 만한 객관적인 사정’ 등을 의미하는 것으로,⁷⁸⁾ 이는 다시 말하면

72) 대법원 1981. 8. 20. 선고 80다2587 판결과 대법원 1988. 12. 20. 선고 88다카6709 판결에 관하여 “민법 제201조 제1항의 보호를 받으려면 점유자의 단순한 오신만으로는 부족하고, 그 오신이 ‘근거 있는’ 오신이어야 한다. 따라서 점유자가 그렇게 믿은 데 대하여 過責이 없는 誤信이어야 한다는 것이다.”라고 한다(양창수(집필대표 박윤직), 『민법주해Ⅳ. 물건(1)』, 박영사, 2005, 382면).

73) 선의와 선의·무과실이 엄격하게 구별된다는 것을 인정하면서도 민법에서 단지 「선의」라고만 규정되었다고 해서 이에는 過失이 있는 「선의」도 포함된다고 해석해야만 하는 것은 아니라고 한다. 양창수, 앞의 책, 382-384면.

74) 김재형, “소유자의 점유자에 대한 부당이득반환범위: 민법 제201조와 제748조의 관계를 중심으로”, 『법조』 제52권 제6호, 법조협회, 2003. 6., 67면.

75) 지원림, 『민법강의』 제10판, 홍문사, 2012, 550면(“소유자의 이익을 희생하면서까지 점유자에게 과실취득권을 부여하기 위하여 점유자의 주관적 인식 외에 별도의 근거가 있어야 한다는 점을 고려하면, 판례의 입장이 정당하다.”고 한다.).

76) 대법원 1981. 8. 20. 선고 80다2587 판결. 대법원 1969. 9. 30. 선고 69다1234 판결은 “점유 사용할 권원이 있다고 믿은 점유자로 인정할 근거”라고 한다.

77) 대법원 1979. 11. 27. 선고 79다547 판결.

78) 대법원 1988. 12. 20. 선고 88다카6709 판결에서는 ‘과실취득권이 있는 것으로 믿을 만한

‘매매’, ‘임대차’ 등 점유취득의 원인이 되는 사실이다. 이러한 점유취득의 원인 사실이 있다면 ‘오신할 만한 정당한 근거’가 인정된다는 것이다. 여기서 판례는 점유취득의 원인이 된 매매, 임대차 등의 과정에서 매수인이나 임차인이 매도인이나 임대인의 적법한 권원을 확인하지 않은 과실(過失)이 있었는지를 고려하지 않는다.⁷⁹⁾ 이처럼 ‘오신할 만한 정당한 근거가 있다’는 말은 ‘임차인 또는 매수인으로서 필요한 주의의무를 다하였다는 의미’ 즉 무과실을 의미하는 것이 아니다.⁸⁰⁾

이는 판례가 선의의 인정에 관하여 ‘오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다’고 하면서도 선의에 과실이 있는 경우에 불법행위책임을 인정하는 것⁸¹⁾에서도 확인된다. 무과실 필요설은 판례가 선의의 점유자로 인정되는 자에 대해서 불법행위책임을 인정하는 것은 모순적이라고 비판하나,⁸²⁾ 앞에서 본 것처럼 매매, 증여, 임대차 등에 의하여 물건을 점유하는 것은 오신할 만한 정당한 근거가 있는 것으로서 선의가 인정되고, 다만 매매계약 등의 체결 등의 과정에서 매도인 등이 정당한 소유자인지를 확인하지 않은 과실이 있다면 과실(過失)로 권원 없이 타인의 물건을 점유하는 것이기 때문에 선의의 점유자로서의 과실수취권과는 관계없이 불법행위책임을 질 수 있다는 것이므로 이를 결코 모순적이라고 할 수 없다.

3. 민법 제201조 제1항과 민법 제197조 제1항의 추정

민법 제201조 제1항의 적용과 관련해서도 민법 제197조 제1항의 규정이 적용될 수 있다. 다만 이 경우에 문제되는 것은 ‘점유할 권원이 인정되지 아니하는 경우’에 점유자의 ‘선의’를 인정할 것인가 하는 것이다. 판례는 크게 아래의 세

객관적인 사정’이라고 하고, 대법원 1981. 8. 20. 선고 80다2587 판결에서는 ‘점유 사용할 권원이 있다고 믿은 근거’라고 하였다.

79) 대법원 1976. 7. 27. 선고 75다1824 판결; 대법원 1969. 9. 30. 선고 69다1234 판결; 대법원 1979. 11. 27. 선고 79다547 판결 등 참조.

80) 이와 관련하여 어떤 것의 존재를 인정하려면 그것을 뒷받침하는 (정당한)근거가 있어야 하므로 오신함에는 오신할 만한 (정당한)근거가 있어야 한다는 판례도 이런 뜻에 불과하며, 판례는 결국 오신을 요한다는 뜻을 강하게 표한 것(즉, 선의의 인정을 엄격히 하겠다는 것)에 불과하다고 해석될 수 있다는 견해도 있다(강태성, 「물권법」 제10판, 대명출판사, 2020, 421면).

81) 대법원 1966. 7. 19. 선고 66다994 판결.

82) 김성욱, 앞의 논문, 64면 등.

가지 유형으로 나누어 진다.

첫째는 점유자가 물건을 점유·사용할 권원이 있다고 믿었음을 인정할 근거가 없으면 선의의 인정할 수 없다는 것이다.⁸³⁾ 즉 ‘오신할 만한 정당한 근거’가 인정되어야만 민법 제197조 제1항에 의한 추정이 인정된다는 것이다.

둘째는 점유자가 물건을 점유 사용할 권원이 있었다는 증거가 없는 경우에 선의의 추정이 반복된다는 것이다.⁸⁴⁾ 일단 점유자에게 민법 제197조 제1항에 의한 추정을 인정하지만 ‘물건을 점유 사용할 권원이 있다는 증거’가 없으면 추정이 반복된다고 본다는 것이다.

셋째는 과실수취권은 본권의 존부와 관계없이 점유권의 효력 자체에 의하여 인정되는 권리라는 것으로,⁸⁵⁾ 민법 제197조 제1항의 ‘점유에 의한 선의의 추정’을 그대로 적용하는 것이다. 선의의 점유자의 과실수취권과 관련하여 “점유 사용할 권원이 없다는 이유만으로 과실수취권을 부정해서는 안 된다.”⁸⁶⁾ 또는 “단지 선의에 대한 아무런 증거가 없다는 이유로 선의라는 주장을 배척할 수는 없다.”는 판결⁸⁷⁾도 같은 취지라고 할 수 있다.

학설로는 첫째와 둘째 유형의 판례는 민법 제197조 제1항에 정면으로 배치되거나 민법 제197조 제1항을 민법 제201조 제1항에 적용하지 않는 것으로서 타당하지 않고,⁸⁸⁾ 세 번째 유형처럼 선의의 추정에 관한 민법 제197조 제1항을

83) 대법원 1969. 9. 30. 선고 69다1234 판결: “피고가 본건 대지를 점유 사용할 권원이 있다고 믿은 점유자로 인정할 근거가 없음에도 불구하고 … 선의의 점유자로 인정하였음은 그 이유에 불비 있음이 아니면, 판결이유에 모순이 있다.” 대법원 1981. 8. 20. 선고 80다 2587 판결, 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다22114 판결, 대법원 1995. 8. 25. 선고 94다27069 판결도 같은 취지이다.

84) 대법원 1979. 11. 29. 선고 79다547 판결(“피고는 이 건 대지를 점유·사용할 권원이 있었다는 증거가 없으므로 이로써 피고가 선의로 점유하여 왔다는 추정은 반복되었다.”고 한다).

85) 대법원 1967. 11. 28. 선고 67다2272 판결; 대법원 1976. 7. 27. 선고 76다661 판결; 대법원 1987. 9. 22. 선고 86다카1996·1997 판결; 대법원 1995. 5. 12. 선고 95다573·580 판결; 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다44290 판결 등.

86) 대법원 1974. 6. 25. 선고 74다299판결: “…점유자라는 사실을 주장하였음에도 이에 대하여 아무런 심리판단도 없이 위 농지를 점유 사용할 권원이 없다는 이유만으로 그 농지를 점유사용함으로써 인하여 얻은 이익을 반환할 의무가 있다고 판단하였음은 심리미진의 위법이 있다.”

87) 대법원 1978. 5. 23. 선고 77다2169 판결: “민법 제197조에 의하면 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공언하게 점유한 것으로 추정하고 있으며 단지 선의의 점유자라고 하더라도 본건에 관한 소에서 패소한 때에는 제소시부터 악의의 점유자로 보고 있으므로 피고의 위 대지부분에 대한 점유 역시 선의인 것으로 추정되는 것이라고 할 것이니 단지 선의에 대한 아무런 증거가 없다는 이유로서 곧 피고의 위 주장을 배척할 수는 없는 것…” 같은 취지로 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다63350 판결 등이 있다.

민법 제201조 제1항에 그대로 대입하여야 한다는 견해가 있다. 또한 둘째 유형의 판결을 타당하다고 보아 “물건을 점유 사용할 권원이 있었다는 증거가 없으면 선의의 추정은 반복된다.”는 이론은 실무상 지극히 당연한 것으로 아무런 의문 없이 받아들여지고 있다고 하는 견해⁸⁹⁾도 있다. 위 첫째와 둘째 유형의 판결은 근거는 다르지만, ‘오신할 만한 정당한 근거’가 인정되지 않거나 ‘점유할 권원’이 인정되지 않는 경우에는 선의를 부정함으로써 과실수취권을 부정한다는 점에서 공통점이 있다. 셋째 유형의 판결은 민법 제197조 제1항에 의한 선의의 추정에 의하여 소유자가 ‘점유자의 악의’를 증명하지 못하는 한 점유자의 과실수취권을 인정해야 한다는 것이다.

생각건대, 선의의 추정은 ‘과실수취권이 있는 점유권을 가지는 것으로 오신할 만한 정당한 근거가 있는 경우’에 한하여 인정되어야 하므로 첫째 및 셋째 유형의 판결이 타당하다. 둘째 유형의 판결은 선의를 부인한다는 점에서는 차이가 없지만 그 이유에 논리적인 문제가 있고, 내용의 실질을 보면 첫째 유형의 판결처럼 점유자에게 점유권원이 있다고 오신할 만한 정당한 근거가 인정되지 않는 경우에 해당한다.

민법 제201조 제1항이 문제되는 경우는 점유자에게 점유할 권원이 없는 경우인데, 이러한 경우에 점유자의 선의가 추정되어서는 안 된다. 그런데 민법 제197조 제1항이 그대로 적용되면 점유자는 자신의 선의를 증명하기 위하여 점유 개시 경위 등을 밝혀야 할 아무런 이유가 없으므로 점유자가 이에 관하여 침묵한다면⁹⁰⁾ 소유자의 부당이득반환청구 등의 경우, 소유자가 점유자의 점유과정을 알 수 있는 특수한 상황이 아닌 한, 점유자의 악의 증명은 불가능할 것이다.⁹¹⁾ 원칙적으로는 과실(果實)은 소유자의 몫이 되어야 하는 것이므로 이는 합리적이지 못하다.

88) 양창수, 앞의 책, 385-386면 참조. 이들 판례에 대하여 선의의 점유자의 경우에 이와 같이 특별하게 취급할 필요가 없다고 한다.

89) 정귀호, “善意의 占有者의 果實取得에 있어서 善意의 推定이 翻覆되는 경우”, 『대법원판례해설』 제2권 제1호, 1980. 8., 64-65면. 다만 이론적 근거는 제시하지 않고 있다.

90) 실무적으로는 소유자가 점유자를 상대로 소유물반환청구권 행사와 함께 과실반환청구권을 행사하고, 점유자는 이에 대한 방어방법으로 자신의 점유의 적법성을 밝히기 위해서 점유취득의 원인사실을 밝힐 것이기 때문에, 점유자가 민법 제197조 제1항을 근거로 선의를 주장하기만 하는 경우는 흔치 않을 것이다. 그러나 그럴 가능성을 완전히 배제할 수도 없을 것이다.

91) 자주점유에 관한 설명으로서 점유자가 주장하는 점유취득원인을 부인하는 사실을 소유자가 밝히기 어렵다는 취지로 정재훈, 앞의 논문, 123-124면 참조.

4. 선의 점유자에 관한 민법 제197조 제1항의 적용

민법 제197조 제1항의 추정은 ‘특별한 사정’이 있는 경우에 한하여 인정되어야 한다. 즉 점유자가 오신할 만한 정당한 근거, 즉 매매, 증여, 임대차, 전세권 설정계약 등 ‘과실취득권이 있다고 믿고 점유를 취득하게 된 원인사실’을 증명하는 경우에 한하여 민법 제197조 제1항의 추정이 인정된다.

점유에 ‘오신할 만한 정당한 근거’의 존재가 인정된 경우에는 민법 제197조 제1항의 추정규정에 의하여 선의가 인정된다. 이때는 설사 점유할 권원이 없는 것이라고 밝혀졌다고 하더라도 소유자가 점유자의 악의를 증명하지 못하는 한 추정은 깨어지지 아니한다. ‘오신할 만한 정당한 근거’는 법률적·사실적 근거를 가진 것이어야 하며, 단순히 소유자가 이의를 제기하지 않았다는 소극적인 것만으로는 충분하지 않다.⁹²⁾ 점유자는 ‘오신할 만한 정당한 근거’라고 할 수 있는 점유취득의 원인사실이 있다는 것을 증명하는 것으로 충분하다.

판례가 오신할 만한 정당한 근거의 존재를 인정하여 선의를 인정한 경우로, 소유자처럼 행세하는 토지 관리인으로부터 토지를 매수하고 점유한 경우,⁹³⁾ 잘 못된 토지 측량결과를 믿고 점유한 경우,⁹⁴⁾ 실질적 소유권자를 오인하여 소유자 아닌 자로부터 양수하여 점유한 경우,⁹⁵⁾ 토지와 그 위의 건물을 함께 매수할 때 그 건물이 타인(원고, 소유자)의 토지 일부를 침범하고 있는 것을 알지 못하고 매수한 경우,⁹⁶⁾ 점유자가 토지와 그 위의 건물을 함께 매수하였는데 전 소유자의 점유 당시 토지개량사업으로 인한 환지 및 감보로 인하여 그 건물이 원고 소유 토지의 일부를 침범하게 된 것을 알지 못하고 매수한 경우,⁹⁷⁾ 점유취득원인사실로서 피고가 소유자 아닌 타인으로부터 토지를 매수한 경우 등을 들 수 있다. 점유할 권원이 없는 점유라는 것이 밝혀졌다고 해서 곧 그동안의 점유에 대한 선의의 추정이 깨어졌다고 보지는 않는다.⁹⁸⁾

92) 대법원 1995. 8. 25. 선고 94다27069 판결. 아무런 근거도 없이 주장만 내세우는 경우 또는 점유자가 소유자 몰래 점유함으로써 소유자로부터 이의를 제기당하지 아니한 경우 등에 대해서까지 오신할 만한 정당한 근거가 있다고 인정해 줄 수는 없기 때문이다.

93) 대법원 1987. 9. 22. 선고 86다카1996·1997 판결.

94) 대법원 1995. 5. 12. 선고 95다573·95다580 판결.

95) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다44290 판결.

96) 대법원 1978. 5. 23. 선고 77다2169 판결; 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다63350 판결. 이 경우는 소유자가 아닌 자를 소유자로 오신하여 매수한 경우에 포함될 수 있을 것이다.

97) 대법원 1978. 5. 23. 선고 77다2169 판결.

그 반면 점유자가 오신할 만한 정당한 근거의 증명에 실패한 경우에는 선의가 부인된다.⁹⁹⁾ 이러한 사례로 점유자(국가)가 징발절차는 물론, 그 이외에도 아무런 점유취득의 원인 사실을 증명하지 못한 경우,¹⁰⁰⁾ 타인 소유의 토지 위에 아무런 권원 없이 건축된 건물을 매수하여 점유하고 있었으나 타인 소유의 토지에 관한 점유취득의 원인사실(적어도 소유자 아닌 제3자로부터 매수하였다든지 하는 사정)이 인정되지 않는 경우¹⁰¹⁾ 등을 들 수 있다.

5. 판례의 타당성

판례가 ‘선의’를 ‘과실수취권을 포함하는 본권이 있다는 오신’이라고 하고, ‘오신을 함에 있어서는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다’고 함으로써 바로 선의의 추정을 인정하지 않는 것은 타당하다. 민법 제201조가 선의의 점유자를 보호하기 위한 규정이라고 하더라도 보호받을 만한 사정이 있는 점유자를 보호해야 하며, 그렇지 않은 경우에까지 보호할 필요는 없다.

부당이득반환에 관한 민법 제201조 제1항의 일반규정이라고 할 수 있는, 부당이득에 있어서 선의의 수익자의 반환범위에 관한 민법 제748조 제1항에서는 선의에 무과실을 요건으로 하지 않다는 것을 보더라도 무과실을 요건으로 한다고 할 수 없다. 민법 제748조 제2항의 ‘악의의 수익자’에 선의에 과실 또는 중과실이 있는 선의의 점유자를 포함시키는 것은 문언의 한계를 벗어나는 것이다.

6. 입법례

일본 민법 제189조 제1항은 우리 민법 제201조 제1항과 내용이 같다. 독일민법은 제955조 제1항에 “물건을 자주점유하는 사람은 산출물 및 물건의 과실에 속하는 그 외의 구성부분에 대한 소유권을 분리와 동시에 취득한다.··· 자주점유자가 자주점유를 할 권리가 없거나 그 이외의 사람이 물건에 대한 권리에 기하여 과실수취권이 있고 또한 자주점유자가 자주점유의 선의취득시에 선의가

98) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다63350 판결 등.

99) 대법원 1969. 9. 30. 선고 69다1234 판결 등.

100) 대법원 1969. 9. 30. 선고 69다1234 판결.

101) 대법원 1981. 8. 20. 선고 80다2587 판결.

아니었거나 분리전에 권리 흠결을 알게 된 경우에는 그 취득을 할 수 없다.”고 하며, 같은 조 제2항은 “물건에 대한 수익권을 행사할 목적으로 물건을 점유하고 있는 사람은 자주점유자와 동일시된다.”고 하는 등 자주점유도 요건 중의 하나로 하고 있다. 특히 독일민법 제957조는, 타인의 수취를 허용할 권리가 없는 사람으로부터 점유를 이전받은 자도 선의인 경우에는 과실을 취득한다는 취지로 규정되어 있어 무과실을 별도의 요건으로 하고 있지 않다. 선의의 점유자의 과실수취권을 인정하는 이상 무과실을 요건으로 할 필요는 없는 것이다.

V. 선의취득과 관련된 검토

1. 문제의 소재

평은, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다(민법 제249조).¹⁰²⁾ 선의취득제도는 거래의 안전을 보호하기 위한 제도의 대표적인 것이라고 할 수 있다.¹⁰³⁾

선의취득 규정과 관련해서도 민법 제197조 제1항의 타당성 및 민법 제197조 제1항에 명시되어 있지 않은 무과실의 추정이 인정될 것인가 하는 것이 문제된다.

2. 선의취득 관련 민법 제197조 제1항의 부당성

민법 제197조 제1항이 민법 제249조의 점유취득에도 유추적용된다고 본다.¹⁰⁴⁾ 따라서 평은, 공연 및 선의는 추정되고, 점유자(취득자. 이하 이 장에서는 같음)의 선의취득을 부정하는 자가 그 반대사실인 강포, 은비, 악의를 증명해야 한다. 그러나 앞에서 본 것처럼 민법 제197조 제1항은 타당하지 않다.

102) 이 규정은 동산질권의 경우에도 준용된다(민법 제343조).

103) 대법원 1998. 6. 12. 선고 98다6800 판결.

104) 민법 제197조 제1항은 현재의 점유자인 취득자 자신의 점유에 관한 것이며, 양도인의 권리에 관한 것은 아니므로, 엄격하게 말하면, 이 규정으로부터 양도인이 무권리자였다는 것을 취득자가 알지 못했다는 것이 추정되지는 않지만 학설과 관례는 이 규정을 선의취득의 규정에도 유추적용한다. 강태성, 앞의 책, 313면; 지원립, 앞의 책, 525면.

선의취득은 진정한 소유자를 희생시키면서 점유자(취득자)에게 일정한 권리(소유권 및 질권)를 인정해 주는 것이다. 그렇다면 진정한 소유자로부터 반환청구권을 행사당한 점유자의 점유(권리취득)이 과연 정당한 것인지는 점유자가 그 경위를 밝히는 것이 마땅하다. 그리고 현실적인 증명의 가능성 또는 편의성을 보더라도 점유자에게 증명책임을 지우는 것이 타당하다.

선의취득은 도품 또는 유실물에 대해서는 인정되지 않고, 양도·양수를 거친 경우에 인정될 수 있으므로 점유자의 양수사실이 밝혀져야 하므로 그 과정에서 점유자의 선의 여부는 자연스럽게 밝혀질 가능성이 높다. ‘점유 취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관련된 모든 사정에 따라’ 선의인지 여부가 판단될 것이기 때문이다. 그리고 이런 경위를 설명할 수 있는 자료(증거방법)는 모두 점유자의 생활영역 내에 있는 것으로 진정한 소유자로서는 알기 어려운 경우가 많다. 이러한 점을 고려하면 민법 제197조 제1항은 그 정당성에 의문이 있다.

3. 무과실의 추정에 관한 학설 및 판례

선의취득에 관하여 민법 제249조는 무과실을 요건으로 하고 있고, 민법 제197조 제1항은 무과실에 대해서는 추정하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 선의취득의 경우에 무과실이 추정되는가에 관해서 학설대립이 있다.

이에 대해서는 비록 무과실이 민법 제197조 제1항에서 추정의 대상으로 규정되어 있지 않지만 추정이 인정되어야 한다는 이론이 있다(긍정설 또는 무과실추정설). 이 이론은 거래의 안전이라는 제도의 목적을 강조하여 선의취득을 폭넓게 인정하여야 한다는 것으로, 동산을 점유하고 있던 양도인은 민법 제200조에 의하여 처분권이 있는 것으로 추정되므로, 양수인이 그를 권리자로 믿더라도 과실이 없는 것으로 추정되며, 그 결과 양수인의 무과실은 선의취득을 부정하는 원권리자 측에서 이를 입증할 책임이 있다는 것을 근거로 한다.¹⁰⁵⁾

판례는 그 논거를 구체적으로 제시하고 있지는 않지만, 일관하여 양수인(점유자)이 무과실에 대한 입증책임을 부담해야 한다고 하여¹⁰⁶⁾ 부정설을 따르고 있다.

105) 강태성, 앞의 책, 313면의 주38 참조.

106) 대법원 1962. 3. 22. 선고 61다1174·1175 판결; 대법원 1968. 9. 3. 선고 68다169 판결; 대법원 1981. 12. 22. 선고 80다2910 판결; 대법원 1995. 11. 14. 선고 95다20416 판결; 대법원 1999. 1. 26. 선고 97다48906 판결.

생각건대 선의취득의 요건으로서 무과실은 추정되지 않는다고 보아야 한다. 실정법상 추정규정이 없음에도 불구하고 이를 인정할 근거가 없다. 선의취득제도의 취지는 거래안전을 도모하기 위한 것이지만 진정한 권리자의 희생 위에서 인정되는 것이고, 이는 헌법이 보장하는 재산권보장의 대원칙에 반하는 예외적인 것이므로 그 인정범위를 최소화하는 것이 마땅하다. 또한 민법 제200조의 권리추정은 점유 상태에 대한 법률상의 추정일 뿐이므로 그것으로부터 권리가 있다고 믿은 것을 무과실이라고 추론할 수는 없다.¹⁰⁷⁾ 민법 제200조는 동산의 점유자를 소유자로 추정한다는 것으로, 이 규정을 근거로 양수인의 점유취득에 대해서 무과실까지 추정하는 것은 무리가 있다.¹⁰⁸⁾ 소유자와 양수인 사이의 형평이라는 관점에서 보더라도 원소유자는 일반적으로 양도의 과정을 알 수 없으므로 취득자의 악의나 과실을 입증하는 것이 극히 어려운 반면, 선의취득을 주장하는 자는 과실유무의 판단전제가 되는 자신의 취득과정을 용이하게 주장·입증할 수 있고,¹⁰⁹⁾ 나아가 소유자로 하여금 점유자의 악의를 증명해야 하는 불리한 위치에 놓이게 하는 것은 불법적 또는 탈법적일 가능성이 있는 점유마저도 보호하는 부당한 결과를 초래할 우려가 있으므로¹¹⁰⁾ 선의취득을 주장하는 자로 하여금 무과실의 증명책임을 부담하게 하는 것이 타당하다.

민법 제249조의 ‘무과실’ 요건은 민법 제197조 제1항의 기능 또는 역할을 무력화하는 기능을 하고 있다. 민법 제197조 제1항의 문제점과 관련하여 ‘선의의 추정’이 ‘소유의 의사 추정’에 비하여 별로 심각하게 논의되지 않고 있는 원인이 바로 여기에 있는 것으로 보인다.

4. 입법례

일본민법은 ‘즉시취득(即時取得)’이라는 제목하에 “거래행위에 의하여 평은, 공연하게 동산의 점유를 시작한 자는 즉시 그 동산에 대하여 행사하는 권리를 취

107) 송덕수, 「물권법」 제5판, 박영사, 2021, 212면. 민법 제200조로부터 무과실을 추론하는 것은 논리의 비약이라고 본다.

108) 김진우, “점유법에서의 무과실과 그 입증책임: 취득시효와 선의취득을 중심으로”, 「성균관법학」 제21권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2009. 12., 72면.

109) 이러한 시각은 독일 민법전의 입안을 위한 제1초안 제877조(현재의 제932조에 상당하는 규정)를 마련함에 있어서도 기초가 되었던 발상이라고 한다. 김진우, 앞의 논문, 72면 참조.

110) 민법은 이런 취지에서도 무과실의 추정규정을 두지 않은 것으로 보아야 한다는 견해로 송덕수, 앞의 책, 213면.

득한다.”라는 규정을 두고 있다. 이는 우리 민법 제249조와 별다른 차이가 없다.

독일민법은 제932조 제1항에 “물건이 양도인에게 속하지 않은 경우에도 양수인은 양도와 소유권 이전의 합의에 의하여 소유자가 된다. 다만 그가 소유권을 취득하였을 시점에서 선의가 아닌 때에는 그러하지 않다.”라고 하고, 제2항은 “물건이 양도인에 속하지 아니함을 알았거나 중과실로 인하여 알지 못한 때에는 양수인은 선의가 아니다.”라고 한다. 이처럼 독일 민법은 우리 민법과 달리 양수인의 경과실의 경우에는 선의취득을 인정하며, 선의의 추정에 관해서는 규정하고 있지 않다. 증명책임의 분배와 관련하여 형식상 독일 민법 제932조 제1항이 선의취득자의 소유권취득에 관하여, 제2항이 악의·중과실을 선의취득의 소극적 요건으로 규정하고 있기 때문에 상대방이 증명책임을 부담해야 한다고 해석하는 견해가 있다.¹¹¹⁾ 그러나 이러한 해석은 타당하지 않은 것으로 보인다. 법률요건분류설에 의하더라도 악의 또는 무중과실은 선의취득이라는 권리발생의 요건의 하나로 이해되어야 하므로¹¹²⁾ 그 증명책임을 상대방에게 부담시킬 수 없다. 독일민법상으로도 선의취득을 주장하는 자가 자신의 무과실을 주장해야 한다고 해석되어야 한다고 본다. 악의·중과실을 조항을 달리하여 선의취득의 소극적 요건으로 규정하고 있다는 이유로 증명책임이 상대방에게 있다고 해석할 수는 없기 때문이다.

VI. 결론

민법 제197조 제1항은 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정하는 것을 내용으로 한다. 이 규정으로 인하여 점유취득시효, 선의 점유자의 과실수취권, 선의취득 등 물건의 정당한 소유자와 점유자 사이의 법적 분쟁이 있는 경우에 점유자의 점유 태양이 타주점유, 악의의 점유, 강포

111) 김상용, “動產物權의 善意取得에 관한 韓·獨 比較”, 『법학연구』 통권 제40호, 연세대학교 법학연구원, 2008. 12., 7면.

112) 법률요건분류설에 의하면 권리취득을 주장하는 자는 권리취득의 발생요건사실을 주장해야 한다. 상대방이 주장해야 하는 항변사실은 권리취득의 발생요건사실을 인정하면서 권리장애사실, 권리소멸사실, 권리행사저지사실을 주장·증명해야 하는 것이다. 선의취득의 경우에 선의, 무과실(독일 민법상은 무중과실) 등은 선의취득을 주장하는 자가 권리취득의 발생요건사실로서 증명해야 하는 사실로 보아야 한다.

또는 은비에 의한 점유라는 것을 소유자가 부담하게 된다.

이것은 규범적인 면에서나 현실적인 면에서 모두 부당하다. 적법한 소유자가 자신의 물건을 점유하는 자를 상대로 반환청구 등을 하는 경우라면 점유자가 자기 점유의 정당성을 주장·입증해야 하는데 민법 제197조 제1항은 이와 반대이다. 점유의 태양 중에서도 특히 자주점유와 선의의 점유는 점유취득의 구체적 경위를 통해서 비로소 판단할 수 있는 것으로, 점유자의 점유취득 경위에 대한 정보나 증거는 점유자의 지배영역에 속하는 것으로, 소유자는 이에 대한 접근이 어렵거나 불가능하다. 그럼에도 불구하고 민법 제197조 제1항은 소유자로 하여금 그 증명책임을 부담하게 하여 소송상 불리한 지위에 놓이게 하는 문제가 있다. 이러한 점은 점유취득시효의 경우에 가장 확연하다. 점유취득시효제도는 점유자가 타인의 부동산을 장기간 점유·사용하는 경우에 소유권을 취득할 수 있게 하는 경우로, 그 점유가 거래를 통하지 않고 소유자 몰래 일어날 수도 있는 것임에도 불구하고 민법 제197조 제1항에 의하여 소유자가 증명책임을 부담하는 부당한 결과가 초래된다.

민법 제197조 제1항은 선의 점유자의 과실수취권(민법 제201조 제1항)과 선의취득(민법 제249조) 등의 경우에도 적용되지만 점유취득시효의 경우 보다는 문제가 덜 심각하다고 할 수 있다. 전자의 경우에 관해서는 판례가 선의의 의미를 ‘과실수취권을 포함하는 본권이 있다’는 적극적 오신의 개념으로 이해하고, ‘오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다’고 하며, 나아가 오신할 만한 정당한 근거가 있다고 인정되면 비로소 선의를 추정함으로써 민법 제197조 제1항에 따른 추정이 결정적인 역할을 하지 못하도록 해석하고, 후자의 경우에는 선의취득의 요건의 하나인 무과실이 민법 제197조 제1항에 추정되지 않고 판례 또한 규정에 충실하게 선의취득을 주장하는 자로 하여금 무과실을 증명하도록 해석하고 있기 때문이다.

민법 제197조 제1항은 그 자체적으로 합리성과 정당성이 결여되어 있는 것이고, 특히 부동산점유취득시효(민법 제245조 제1항)와 관련하여 실무적으로나 이론적으로 어려운 문제를 야기하고 있는 것이므로 마땅히 삭제되어야 한다.

[참고문헌]

- 강태성, 「물권법」 제10판, 대명출판사, 2020.
- 김홍엽, 「민사소송법」 제10판, 박영사, 2021.
- 송덕수, 「물권법」 제5판, 박영사, 2021.
- 양창수(집필대표 곽윤직), 「민법주해Ⅳ. 물권(1)」, 박영사, 2005.
- 정동윤, 유병현, 김경욱, 「민사소송법」 제9판, 법문사, 2022.
- 지원림, 「민법강의」 제10판, 홍문사, 2012.
-
- 김대정, “부동산취득시효에 관한 비교법적 고찰”, 「토지법학」 제35권 제1호, 한국토지법학회, 2019.
- 김상용, “動產物權의 善意取得에 관한 韓·獨 比較”, 「법학연구」 통권 제40호, 연세대학교 법학연구원, 2008.
- 김성수, “시효 및 제척기간에 관한 민법 개정시안: 2010년 1월 29일 확정안의 조문 내용과 개정 이유를 중심으로”, 「민사법학」 제50권, 한국민사법학회, 2010.
- 김성욱, “목적물의 점유와 관련한 몇 가지 법적 문제”, 「법과 정책」 제27권 제1호, 제주대학교 법과 정책 연구소, 2021.
- 김재형, “소유자의 점유자에 대한 부당이득반환범위: 민법 제201조와 제748조의 관계를 중심으로”, 「법조」 제52권 제6호, 법조협회, 2003.
- 김진우, “점유법에서의 무과실과 그 입증책임: 취득시효와 선의취득을 중심으로”, 「성균관법학」 제21권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2009.
- 김형식, “법에서의 사실적 지배: 우리 점유법의 특성과 문제점”, 「우리 민법학은 지금 어디에 서 있는가?: 한국민사법학 60년 회고와 전망」, 「민사법학」 제36호, 한국민사법학회, 2007.
- 석현수, “민법상 요건사실에 관한 소고”, 「법학연구」 제27권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2017.
- 송덕수, “시효에 관한 2011년 민법개정안 연구”, 「법학논집」 제15권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2011.
- 이종구, “점유취득시효의 개정에 관한 연구: 자주점유와 무과실을 중심으로”, 「외법논집」 제36권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012.
- 정귀호, “善意의 占有者의 果實取得에 있어서 善意의 推定이 翻覆되는 경우”, 「대법원판례해설」 제2권 제1호, 1980.

- 정병석, “어음·수표 선의취득 제도의 본질론과 선의취득의 요건”, 『법학연구』 제48권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2007.
- 정재훈, “占有者의 所有 意思의 推定과 飜覆”, 『사법논집』 제29집, 법원도서관, 1998.
- 최명구, “자주점유 추정의 삭제에 대한 검토: 판례를 중심으로”, 『토지법학』 제30권 제1호, 한국토지법학회, 2014.
- 최병조, “부동산의 점유취득시효와 점유자의 소유의사의 추정”, 『서울대학교 법학』 제37권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1996.
- 최영룡, “법률상 추정에서의 주장책임 및 부인·항변”, 『사법연수원논문집』 제2집, 사법연수원, 2004.
- 허정인, “부동산등기의 추정력과 증명책임: 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다72029 판결을 중심으로”, 『고려법학』 제92권, 고려대학교 법학연구원, 2019.

[국문초록]

민법 제197조 제1항에 대한 비판적 검토

이 동 형*

민법 제197조 제1항은 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정하는 것을 내용으로 한다. 이 규정으로 인하여 점유취득시효, 선의 점유자의 과실수취권, 선의취득 등 물건의 정당한 소유자와 점유자 사이의 법적 분쟁이 있는 경우에 점유자의 점유 태양이 타주점유, 악의의 점유, 강포 또는 은비에 의한 점유라는 것을 소유자가 부담하게 된다.

이것은 규범적·현실적 모든 면에서 부당하다. 적법한 소유자가 자신의 물건을 점유하는 자를 상대로 반환청구 등을 하는 경우라면 점유자가 자기 점유의 정당성을 주장·입증해야 하는데 민법 제197조 제1항은 이와 반대이다. 점유의 태양 중에서도 특히 자주점유와 선의의 점유는 점유취득의 구체적 경위를 통해서 비로소 판단할 수 있는 것으로, 점유자의 점유취득 경위에 대한 정보나 증거는 점유자의 지배영역에 속하는 것으로, 소유자는 이에 대한 접근이 어렵거나 불가능하다. 그럼에도 불구하고 민법 제197조 제1항은 소유자로 하여금 그 증명책임을 부담하게 하여 소송상 불리한 지위에 놓이게 하는 문제가 있다. 이러한 점은 점유취득시효의 경우에 가장 확연하다. 점유취득시효제도는 점유자가 타인의 부동산을 장기간 점유·사용하는 경우에 소유권을 취득할 수 있게 하는 경우로, 그 점유가 거래를 통하지 않고 소유자 몰래 일어날 수도 있는 것임에도 불구하고 민법 제197조 제1항에 의하여 소유자가 증명책임을 부담하는 부당한 결과가 초래된다.

민법 제197조 제1항은 선의 점유자의 과실수취권(민법 제201조 제1항)과 선의취득(민법 제249조) 등의 경우에도 적용되지만 점유취득시효의 경우 보다는 문제가 덜 심각하다고 할 수 있다. 전자의 경우에 관해서는 판례가 선의의 의미를 ‘과실수취권을 포함하는 본권이 있다’는 적극적 오신의 개념으로 이해하고, ‘오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다’고 하며, 나아가 오

* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

신할 만한 정당한 근거가 있다고 인정되면 비로소 선의를 추정함으로써 민법 제197조 제1항에 따른 추정이 결정적인 역할을 하지 못하도록 해석하고, 후자의 경우에는 선의취득의 요건의 하나인 무과실이 민법 제197조 제1항에 추정되지 않고 판례 또한 규정에 충실하게 선의취득을 주장하는 자료 하여금 무과실을 증명하도록 해석하고 있기 때문이다.

민법 제197조 제1항은 그 자체적으로 합리성과 정당성이 결여되어 있는 것이고, 특히 부동산점유취득시효(민법 제245조 제1항)와 관련하여 실무적으로나 이론적으로 어려운 문제를 야기하고 있는 것이므로 마땅히 삭제되어야 한다.

주제어 : 민법 제197조 제1항, 법률상 추정, 소유의 의사, 자주점유의 추정, 선의의 추정, 취득시효

[Abstract]

Critical Study on Civil Act Article 197 Paragraph (1)

Dong-Hyong Lee*

Paragraph 1 of Article 197 of the Civil Code states that the occupier is presumed to have occupied the possession in good faith, in peace and in good faith. As a result of this provision, in the event of a legal dispute between the rightful owner and the occupier of a property, such as the statute of limitations for acquiring possession, the right of the occupier to take possession in good faith, or the acquisition of good faith, the owner shall bear the responsibility that the occupier's occupancy is an out-of-state occupation, a malicious occupation, a violent or a breach of interest.

This is unfair in both normative and practical terms. In cases where the lawful owner makes a claim for return of the property against the person who possesses it, the possessor must claim and prove the legitimacy of his or her possession, but Article 197, Paragraph 1 of the Civil Act is the opposite of this. Among the occupying types, self-occupancy and bona fide occupancy can only be judged through the specific circumstances of the acquisition of possession, and the information or evidence on the circumstances of the occupier's acquisition of possession belongs to the domain of the occupier, and it is difficult or impossible for the owner to access it. Nonetheless, Article 197, paragraph 1 of the Civil Code is absurd in placing the owner in a disadvantageous position of bearing the burden of proof. This is most evident in the case of the statute of limitations. The statute of limitations for acquiring possession allows the occupier to acquire ownership in the case of long-term occupancy and use of another person's real estate, and although the occupancy in this case may occur without the owner's knowledge and not through a transaction, the owner must prove that the occupier's occupation is an out-of-state

* Professor of Yeungnam University Law School.

possession in accordance with Article 197(1) of the Civil Code.

It also applies to cases such as the right of the occupier in good faith (Article 201, paragraph 1 of the Civil Code) and the acquisition of good faith (Article 249 of the Civil Code), but it is not as seriously a problem as in the case of the statute of limitations. This seems to be because in the former case, the judicial precedents understand the meaning of good faith as the concept of positive misrepresentation that "there is a right to receive fault", and that "there must be a justifiable basis for making a mistake", and furthermore, it is interpreted so that the presumption under Article 197(1) of the Civil Code does not play a decisive role by presumption of good faith only when it is recognized that there is a justifiable basis for misrepresentation, and in the latter case, which is one of the requirements for acquiring good faith, is not presumed in Article 197(1) of the Civil Code.

Paragraph 1 of Article 197 of the Civil Code should be abolished because it lacks rationality and justification in itself and raises difficult problems in terms of interpretation, especially with regard to the statute of limitations for acquiring possession of real property (Article 245, paragraph 1 of the Civil Code).

Key words : Civil Act §197 ①, Legal Presumption,
 Intention of holding as owner,
 Presumption of the intention of holding as owner,
 Presumption of bona fide,
 Period for Acquiring Ownership of Immovables by Possession

