

民法上 第三者保護制度 및 法理에 관한 考察

—不動產物權去來 및 動產物權去來 中心으로—

申 鍾 澈

A Study on the Protection System and the Legal Principle of a Third party in Civil Law

Sin Jong Cheol

〈目 次〉	
I. 緒 論	B. 動產物權去來의 경우
1. 研究의 目的	3. 無效의 경우 第三者 保護
2. 研究의 接近法	A. 不動產物權去來의 경우
3. 第三者의 範圍	B. 動產物權去來의 경우
II. 第三者 保護法理의 類型	4. 取消의 경우 第三者의 保護
1. 外觀 信賴의 法理	A. 不動產物權去來의 경우
2. 公信의 法理	B. 動產物權去來의 경우
3. 相對效의 法理	5. 解除의 경우 第三者의 保護
4. 對抗의 法理	A. 不動產物權去來의 경우
III. 物權去來에 第三者의 保護	B. 動產物權去來의 경우
1. 物權去來의 概觀	6. 表見代理의 경우 第三者의 保護
A. 不動產物權去來의 경우	A. 不動產物權去來의 경우
B. 動產物權去來의 경우	B. 動產物權去來의 경우
2. 第108條2項의 類推適用과 第三者 保護	7. 善意取得에 의한 第三者 保護
A. 不動產物權去來의 경우	IV. 結 語

Abstract

The Legal principle on the protection for a third party in the civil transaction is classified into four types, each of them is seldom used in an exclusive and separate application, but nearly used in an overlapping application to a respective provision supplementally.

This is caused by the variety of contextual characters of transaction, by the purpose of the protection and by the balance of the interest between the static security of the right and the dynamic stability in transaction.

This paper is, thus, intended for the pursuit of how to apply these principles chiefly on transaction of real property and personal property.

As it is a current tendency to transfer from the static security of the right to the dynamic stability in transaction, I would like to place more consideration on the dynamic stability of the transaction in the study on the requisites of the protection for a third party and the responsibility of the party.

I. 緒 論

1. 研究의 目的

民法上 第三者保護制度는 個別的 規定에 散在하여 規定되어 있고 또한 그 表現에 있어서도 「善意의 第三者에게 對抗할 수 없다.」 「第三者의 權利를 해하지 못한다.」 또는 「善意로 한 行爲에 영향을 미치지 아니한다.」 등 多樣하게 規定되어 있다.

近代市民法은 무엇보다도 로마法의 영향을 받아 成立하였기 때문에 個人意思의 尊重, 所有權의 絕對性, 契約自由 等の 原理를 土臺로 構成되어 있고, 個人意思를 尊重하기 때문에 去來에 있어서 表意者를 두텁게 保護하며 所有權 尊重原則에 의하여 所有者 內至 眞實한 權利者의 靜的安全을 도모해 주는 것을 原則으로 삼았다. 그러나 資本主義의 發展으로 모든 財貨가 商品化되고 資本化됨에 따라서 權利의 靜的安全의 保護로부터 去來의 動的 안전(from the statical security to dynamic stability)의 保護에 置重하게 되었다. 여기서 物權과 債權과의 辯證法的 關聯性이 促進되어 靜으로부터 動으로 轉化하게 되었고, 去來의 安全保護는 現代私法에 있어서 最優先의 法理로 되었다. 이에 第三者保護制度는 去來의 安全(Verkehrssicherheit)의 保護를 위하여 權利外觀이 尊重되어야 하며, 外觀을 信賴하고 去來한 第三者는 保護되어야 한다는 社會的 時代的 要請에서 찾을 수 있다. 즉 去來安全을 위한 外觀尊重의 原則에서 그 根據를 구할 수 있다.

우리 民法은 第三者保護를 반드시 하나의 原則에 의하여 各異한 경우를 規律하고 있는 것은 아니며, 또한 規律할 수도 없다. 왜냐하면 去來關係 등에 있어서 第三者保護의 原理와 態樣을 달리하며 同時에 保護의 目的, 對象 및 必要性의 輕重에 따라서 保護法理의 適用을 달리하고 있기 때문이다. 이에 第三者保護에 있어서 核心的 機能을 擔當하고 있는 保護法理가 具體的 法規에서 어떻게 適用되고 있으며, 이 保護法理에 立脚한 民法上 第三者保護制度의 構造가 어떠한 가를 考察하는데 研究의 目的을 두고 있다.

2. 接近方法

上述한 바와같이 諸法理는 各種 性質의 去來關係에 있어서 그 去來關係에 따르는 利害의 調整 내지 利益衡量을 위하여 單一한 法理로써 處理되는 경우는 드물고 각 法理가 重疊的 補完的으로 適用되고 있기 때문에 去來의 性質 差異가 比較的 뚜렷한 不動產物權去來 및 動產物權去來로 大別하여 考察하기로 한다.

3. 第三者의 範圍

第三者란 一般的으로 當事者와 그 包括的 承繼人 이외의 모든 者를 意味한다. 그러나 때로는 그 範圍가 制限되는 경우도 있으며(第108條2項, 第450條2項) 또한 去來의 一方當事者 즉 相對方을 포함하는 경우도 있다. 法律關係에 있어서 實在와 外觀이 不一致하는 경우 利害關係者는 抽象的으로 三人이다. 즉 實在에 立脚하는 甲, 外觀을 保持하는 乙, 그리고 外觀에 依據하는 丙이 있는 경우 丙을 第三者(The third party)라고 하는 것은 甲을 第一者, 乙을 第二者로 보고 하는 말이다.

그러나 乙의 立場에서 丙은 去來의 相對方으로 된다. 그리고 抽象的으로 三人인 경우 언제나 具體的으로 甲, 乙, 丙의 各別한 主體로 存在하지도 않는다. 例컨데 甲, 乙, 丙이 各別한 主體인 경우 이것을 甲, 乙, 丙型이라 하며,¹⁾ 그 典型은 動產의 善意取得에서 찾을 수 있으며, (乙이 甲 所有의 動產을 빌려서 占有하고 있었는데 그를 所有者라고 誤信한 丙이 乙로부터 그 動產을 買受한 例이다.)이 경우 權利者 甲과 處分者 乙과 第三者 丙과의 사이에 三面의 法律關係가 發生한다. 그러나 甲乙이 同一人인 경우일 때 이것을 甲乙·丙型이라고 하며 그 典型은 非眞意思表示에서 찾을 수 있다.²⁾ 이 경우에는 意思者甲=表意者乙과 相對方 丙과의 사이에 三面의 法律關係가 發生하여도 위의 型과는 相異하며, 乙丙이 同一人의 경우 甲·乙丙型이라고 할 수 있고 그 典型은 時效取得에서 찾을 수 있다. 이 경우에는 自己가 保有하는 外觀에 스스로 의거하는 乙=丙과의 眞正한 權利者 甲과의 法律關係이다. 그러므로 第三者의 範圍는 去來關係의 性質, 目的에 따라 制限 또는 擴大될 수 있고 本稿에서 第三者란 去來의 相對方 및 轉得者도 포함한 廣意의 第三者를 意味한다.

Ⅱ. 第三者保護法理의 類型

法律行爲 또는 意思表示의 解釋은 法律行爲 또는 意思表示의 內容을 表意者의 內心의 意思에 適用하게 하는 것을 目標로 할 것인가, 또는 表示行爲가 가진 客觀的 意味를 分明히 하는 것을 目標로 할 것인가에 관하여 立場이 달라지고 있다. 前者를 「意思主義」라고 하며 後者를 「表示主義」라고 한다. 意思主義에 의하면 法律的 效果는 內心의 效果意思대로 發生하는 것을 原則으로 하며 內心의 效果意思의 欠缺은 原則的으로 意思表示의 無效 또는 不成立을 招來한다. 그러나 表示主義는 去來의 安全을 위하여 表意者로 하여금 表示上의 效果意思에 拘束되어야 한다고 하며 內心의 效果意思의 欠缺을 불허한다. 意思主義는 法律이 表意者의 主觀에 創造力을 인정하기 때문에 法律行爲의 效果를 발생시키는 것이라고 解하는 이상 理論的으로 當然한 歸結인것 같으나 이 主義는 表意者의 權利만을 考慮하고 外形的 行爲만을 信賴하여 去來하는 相對方의 利益을 무시하게 된다. 즉 權利의 靜的 安全을 위하여 去來의 動的 安全의 保護를 희생시키는 結果를 招來한다. 이와 反對로 表示主義는 外形的 行爲를 믿고 去來한 相對方의 利益만을 考慮하여 去來의 動的 安全에 置重하기 때문에 表意者의 權利와 利益이 희생되는 경우가 생긴다. 그러므로 各國의 立法例는 거의 두 主義를 折衷하는 主義를 採擇하고 있다. 그러나 折衷主義에서도 意思主義를 原則으로 하고 表示主義를 例外로 하는 것과 表示主義를 原則으로 하고 意思主義를 加味하는 態度를 볼 수 있다. 現行民法은 後者に 속하는 立法例라 할 수 있다.

資本主義 法秩序下의 私的 去來가 權利의 靜的 安全으로부터 去來의 動的 安全의 保護에 置重하는 傾向이 있다는 것을 생각할 때 表示行爲에 의하여 法律的 效果를 발생시키는 表示主義가 合理的인 경우가 많다. 第三者의 保護를 위하여 去來의 動的 安全이 保護되어야 한다면 表示主義가 第三者 保護法理와 密着되는 主義라고 말할 수 있으며 특히 「外觀信賴의 法理」와 「公信의 法理」는 表示主義와 더욱 關係깊은 法理이다. 이에 第三者保護에 援用되고 있는 法理를 類型別로 하면 네가지 法理

1) 喜多了祐 「私法における 外觀優越의 法理」, The Law School, No. 24 (東京: 立花書房, 1980), p. 5

2) 郭潤直, 民法總則, (서울: 博英社, 1979), p. 359.

로 分類하기도 한다.³⁾

1. 外觀信賴의 法理(The legal principle of reliance upon the external appearance)

本 法理의 基調는 外觀을 信賴한 第三者를 保護하는 데 있다. 表見代理의 相對方의 保護(第125條, 126條, 129條) 및 債權의 準占有者에 대한 辨濟者의 保護(第470條)條項이 이 法理에 해당하는 경우이며, 이 法理의 適用의 基本은 眞實한 權利者의 有責性은 程度의 差異가 있을지라도 반드시 考慮된다는 點이다.⁴⁾ 여기서 公信의 法理의 區別되는 特徵이 있다. 또한 이 法理에 의한 要件論의 特徵은 第三者側에게 保護할 만한 要因이 있는가를 重視하기 때문에 善意性 이외에 반드시 無過失性을 要求하고 있다. 그러나 對抗要件⁵⁾ 具備의 必要性은 原則적으로 要求되지 않는다.

2. 公信의 法理(The legal of public confidence)

이 法理는 眞實한 權利가 없는데도 불구하고 權利가 存在하는 것과 같은 狀態가 있는 때에 그것을 信賴하고 去來한 第三者를 保護하려는 法理이다. 無權利者의 處分에 의한 動產의 善意取得者의 保護(第249條) 또는 指名債權의 讓渡에 있어 異議를 留保하지 아니한 承諾에 의한 讓受人의 保護(第451條)와 같은 경우에 公信의 法理가 援用된다. 이 法理가 外觀信賴의 法理와 다른 特徵은 오로지 第三者側의 事情만이 考慮되고 權利者側의 態樣(有責性)은 전혀 考慮되지 않는다는 점이다. 本法理는 第三者의 善意성과 無過失性을 不可缺의 要件으로 삼고 여기에 事情에 따라서 다른 要件이 附加된다. 그리고 또 하나의 特徵은 第三者保護를 위하여 第三者에게 積極的인 權利取得이 認定된다는 점이며, 그것은 原始取得으로서의 效果가 있기 때문에 過去의 屬性이 斷絶된 狀態에서 權利를 取得하게 된다.

3. 相對效의 法理(The legal principle of relative effect)

이 法理의 構造는 當事者間에 있어서의 效果와 第三者에 대한 效果를 相對적으로 區別함으로써 第三者에 대하여 그 無權利性을 主張할 수 없게하여 第三者의 權利取得의 有效性을 保障하려는 法理이다. 虛偽表示에 의한 法律行爲와 關聯되는 第三者의 保護, 非眞意表示 및 意思無能力에 의한 第三者保護, 詐欺, 強迫, 錯誤, 行爲無能力에 의한 取消의 경우에 있어서 第三者保護, 解除의 경우에 있어서 第三者保護 또는 假裝登記를 信賴한 第三者保護 등의 경우에 있어서 이 法理가 援用된다. 이 法理에 의한 要件論의 特徵은 眞實한 權利者의 態樣 특히 有責性이 重視되며 第三者에게는 善意만이 要求되고⁶⁾ 無過失性은 保護要件으로 삼지 않는다는 데 있다. 이러한 論據에 대하여 다른 說은 外觀信賴의 法理를 援用하여 第三者에게 善意성과 無過失性을 要求하고 있다.⁷⁾ 그러나 이러한 立場

3) 伊藤進, 「法律關係における相對效と第三者保護の論理」 The Law School, No. 24 (東京: 立花書房, 1980) p. 62.

4) a. 表見代理에 있어 立證責任은 相對方에게 있지않고 本人이 相對方의 惡意, 有過失을 立證하여야 한다.
b. 第470條의 경우 立證責任은 辨濟의 有效性을 主張하는 者에게 있지않고 辨濟가 無效임을 立證하는 者에게 있다.

c. 李英燮, 新民法總則講義. p. 366 第126條의 경우 立證責任이 相對方에게 있다고 주장.

5) 大判 1971. 5. 31[71다847], 大判 1963. 10. 10[63다384]

6) 郭潤植, 前掲書, p. 364.

金容漢, 民法總則(서울: 博英社, 1973), p. 288.

大判, 1970. 9. 29[70다 466]

7) 四宮和失, 民法總則(東京: 弘文堂, 1972), p. 172~173.

은 基本的으로는 相對效의 法理에 依據하면서도 第三者保護의 範圍를 制限하기 위하여 外觀信賴의 法理를 借用한 法技術에 불과하다고 할 수 있다. 本法理에 의하여 第三者로부터의 轉得者와 轉轉得者와의 관계에 있어서는 같은 論理가 援用될 수 있기 때문에 이 論理的 歸結로 善意의 第三者로부터 다시 轉得한 者에 대하여서는 그가 轉得時에 惡意이더라도 無效를 가지고 對抗하지 못한다. 왜냐하면 이때 轉得者는 善意의 第三者의 權利를 承繼하고 있기 때문이다.⁸⁾

4. 對抗의 法理(The legal principle of opposition)

本法理는 權利의 表象(登記, 占有, 證券의 債權에 있어서의 證券, 確定日字있는 證書)을 갖추지 아니하고서는 그 權利에 관한 表象을 具備하고 있는 者에게 權利者라고 主張할 수 없다는 法理이다. 이 法理가 援用되는 경우는 二重賣買에 있어서의 第三者保護 및 債權讓渡時에 있어서 第三者保護이다. 이 法理에 있어서의 保護要件의 特徵은 第三者가 登記, 기타 對抗要件을 具備하는 것으로 충분하고 第三者의 善意, 惡意 또는 過失의 有無는 불문하는 데 있다. 다만 例外的으로 二重賣買에 있어서 背信的 惡意者인 第三者의 경우에는 對抗의 法理에 의한 保護에서 排除하고 있다.⁹⁾

以上에서 第三者保護의 法理를 類型別로 概觀함에 각 法理는 各種 去來關係의 性質, 目的에 따르는 利害의 調整 內至 利益衡量을 위하여 單一한 法理로서 處理되는 경우는 드물고 각 法理가 重疊的 또는 補完的으로 援用되고 있어서 保護要件論에 있어서는 學說의 差異가 懸隔하다. 이에 去來의 性質 差異가 比較的 뚜렷한 不動產物權去來와 動產物權去來를 對比하여 각 法理의 具體的 適用을 考察하기로 하나 不動產物權去來관계에 있어서는 權利의 靜的 安全의 保護도 尊重하고 있기 때문에 相對效의 法理 및 對抗의 法理가 比較的 뚜렷하게 作用하고 있는 反面에 動產物權去來에 있어서는 外觀信賴의 法理와 公信의 法理가 強하게 나타나고 있음을 미리 밝혀두며 諸 法理를 다음과 같이 類型化 해 보았다.¹⁰⁾

〈第三者 保護에 援用되고 있는 法理의 類型化〉

	第三者의 保護要件	權利者의 有責任性	一般의 適用 事例
公信의 法理	善意 無過失 要求	考慮되지 아니함	善意取得, 指名債權讓渡에 異議를 留保하지 않은 경우
外觀信賴의 法理	善意 無過失 要求	정도의 差異는 있어도 權利者의 有責任性은 要求된다.	表見代理·表見受領者에 대한 辨濟(債權의 占有者에 對한 辨濟)
相對效의 法理	善意 만이 要求되고 無過失은 要求되지 않음.	有責任性을 重視	虛偽表示 및 其他 無效의 경우 (錯誤 및 기타 取消, 解除의 경우)
對抗의 法理	善意 無過失 모두 要求 되지 않음.	有責任性 考慮함	二重賣買 債權讓渡

Ⅲ. 物權去來에 있어 第三者保護

1. 物權去來의 概觀

A. 不動產物權去來

- 8) a. 郭潤直, 債權總則(서울: 博英社, 1983), p. 368.
 b. 幾代通, 民法總則(東京: 青林書院新社, 1962), p. 258
 轉得者의 善意, 惡意에 따라 相對的으로 파악하는 見解이다.
 9) 大判 1970.10.23[70다 2038] 일련의 行爲들이 背信行爲에 적극 加擔함으로써 이루어졌으며 賣買는 反社會的 法律行爲에 해당되며 民法 第103條에 의하여 無效이다.
 10) 類型化에서 諸法理는 去來關係의 目的과 利害關係의 調節에 의하여 適用되기 때문에 混合重疊되는 경우가 많으므로 위의 一般의 適用事例는 絕對的인 것이 아니고 普遍的인 例示이다.

不動產物權去來에 관하여는 動產物權去來의 경우와 같이 一般的인 第三者保護의 規定(民法 第249條)은 없으며 여러가지 法理가 民法 中에 散在되어 있다.

不動產物權去來에 있어서 第三者保護가 問題되는 것은 첫째, 甲이 眞實의 權利者임에도 불구하고 乙이 登記名義人으로 되어 있어 丙이 乙의 登記名義를 信賴하고 乙과 去來關係를 맺은 경우이다. 이때에는 登記의 公信力과 關聯된 丙의 保護가 問題되는 경우이다. 둘째, 不動產物權去來가 甲→乙→丙으로 行하여 졌으나 甲 乙間의 表示行爲의 效力이 無效, 取消, 解除로 不發生, 또는 失效하여 中間者 乙이 無權利者로 됨으로써 丙에게 物權이 移轉되지 않는 경우가 發生될 수 있다. 이 때 丙의 保護가 問題되는 경우이다. 셋째, 甲·丙間의 物權去來를 無權代理人 乙이 代理하는 경우로서 代理權의 外觀을 信賴한 丙의 保護問題, 즉 表見代理에 있어서의 第三者保護問題 등이다.

B. 動產物權去來

不動產物權變動에 있어 公示方法으로 不動產登記에 公信力이 인정되지 아니하므로 不動產物權去來에 있어서 第三者保護가 미흡하나 動產物權去來에 있어서는 動產의 占有에 公信力이 인정되어 去來의 動的 安全을 위하여 權利의 外觀을 信賴하고 去來를 한 第三者는 善意取得制度에 의하여 比較的 두텁게 保護되고 있다. 그러나 善意取得制度가 動產物權去來에 있어서 第三者保護를 위하여 唯一하게 萬能의 制度는 아니다. 이에 動產物權去來에 善意取得制度가 認定되어도 不動產物權去來에서 언급된 第三者保護問題는 動產物權去來에서도 같은 問題로써 대두될 수 있으며 그 문제점들을 각각 考察하여 보기로 한다.

2. 第108條2項의 類推適用과 第三者保護

A. 不動產物權去來의 경우

不動產物權去來에 있어서 우리 民法上의 登記는 推定力이 있을 뿐이고 公信力은 인정하고 있지 않다. 公信力을 인정하지 않는 우리 民法의 態度는 去來의 動的 安全보다는 靜的 安全을 重視하는 것으로 解釋하여야 할 것이고, 이것은 去來의 動的 安全의 確保가 오늘날의 私法理論의 要求라고 한다면 우리 民法의 態度는 落後한 것이라고 할 수 있다. 그러나 公信의 原則(Grundsatz des öffentlichen Glaubens)은 原來 權利의 表象에 對한 信賴를 保護하는 것이므로 이 原則을 認定하기 위하여서는 信賴할만 한 權利關係의 公示(offenkundigkeit)가 前提되어야 한다. 이에 登記制度의 諸般 要件¹¹⁾을 감안할 때 登記에 公信力을 認定할 경우 眞正權利者의 희생이 가혹하다는 뜻에서 公信의 原則을 인정하지 않고 있는 것이다.

이러한 이유 등에 의하여 登記에 公信力이 인정되지 않으므로써 第三者保護의 問題가 提起될 수도 있다. 예컨대 眞實의 所有者 甲과 登記名義者 乙과 사이에 아무런 去來關係도 없었으나 어떤 事情으로 乙에게 登記名義가 있게 되고 丙이 이 登記를 信賴하여 乙과 去來한 경우에 登記에 公信力이 없기 때문에 丙은 保護를 받지 못한다. 이 경우에 民法 第108條2項의 規定을 類推適用하여 善意의

11) 郭潤直, 物權法(서울: 博英社, 1983), p. 540.

金曾漢, 物權法(서울: 博英社, 1983), p. 38.

金容漢, 物權法(서울: 博英社, 1981), p. 90.

第三者(丙)를 保護하자는 것이다. 이 條項의 規定은 虛僞表示에 의하여 虛僞의 外觀形成에 原因을 준 者는 그 外觀을 信賴한 第三者에 대하여 權利主張을 할 수 없다는 表見法理에 관한 規定이며 이 規定의 精神을 앞의 예와 같은 경우에 援用하려는 것이 民法 第108條2項의 類推適用의 法理이다.¹²⁾ 앞의 예와 같이 甲이 眞實한 所有者이면서 아무런 去來關係가 없이 乙의 登記名義로 된 경우로는 다음과 같은 事例를 들 수 있다. 즉 ① 乙이 虛僞의 登記申請書類에 의하여 自己名義로 登記한 경우, ② 自己所有의 不動產에 대한 債權者의 執行을 면하기 위하여 또는 税金對策을 위하여 甲의 依賴에 의하여 一時的으로 乙의 名義로 한 경우 등이 그 事例이다. 前者 ①의 경우에는 甲은 전혀 乙이 登記名義者로 된 데 관하여 意思의 關係가 없었으며, 眞實한 權利關係와 다른 外觀의 形成과 無關하므로 丙은 保護를 받을 수 없다.¹³⁾ 그러나 後者 ②의 경우에는 明白히 甲이 外觀形成의 當事者이기 때문에 甲, 乙間에 虛僞表示와 같은 外觀이 없는 경우에도 그 外觀을 信賴한 丙에 대하여 甲이 眞實한 權利主張을 하는 것이 許容되어서는 아니된다. 이리하여 甲의 外觀形成 즉 乙의 登記名義에 關한 경우에 乙의 登記에 대한 丙의 信賴를 保護하기 위하여 民法의 外觀法理 중 가장 近似한 民法 第108條2項을 援用하는 理論을 認定하게 되었다. 그리고 이 條項(第108條2項)을 類推適用하기 위한 基本的 要件으로 甲이 乙의 名義의 登記에 어떤 形態로든지 關한 것과(甲의 歸責事由) 丙의 登記信賴(保護事由)의 두 가지 事由를 要求한다. 甲의 歸責事由 유형을 보면 첫째, 甲의 意思에 따라서 乙名義로 登記한 경우에 이것을 信賴한 丙은 同條項에 의하여 保護된다.¹⁴⁾ 둘째, 外觀의 形成은 乙이 하였으나 甲이 事後 明示的 또는 默示的으로 承認하고 이 外觀을 丙이 信賴한 경우에도 同條項이 適用되어 丙이 保護된다. 그 理由는 事後的 承認에 의하여서도 甲의 歸責性을 인정할 수 있기 때문이다. 셋째, 乙이 外觀을 形成하고 甲이 이 事實을 알고도 방치한 경우에 이 條項을 適用하여 丙이 保護될 수 있을가가 問題이다. 學說은 保護될 수 있다는 肯定說과 없다는 否定說로 兩分되어 있으나 肯定說에 論者는 贊同한다. 그 理由는 事實을 알고도 방치한 甲을 保護할 必要가 없으며 또한 甲이 事實을 알고 방치한 경우에는 이 事實을 默示的으로 承認한 것으로 해석 할 수 있으며, 이렇게 볼 때 去來의 安全은 더욱 保障될 수 있기 때문이다. 넷째, 甲에게 歸責性이 인정되는 外觀形成이 있는 후 乙이 이에 기하여 第二의 外觀을 形成하고, 丙이 信賴한 경우에도 甲의 歸責性이 인정되어¹⁵⁾ 類推適用이 가능하여 丙이 保護를 받게 된다. 다섯째, 甲의 外觀形成에 대하여 乙의 承認이 없는 경우에도 類推適用이 가능한 가가 問題이다. 本 條項이 虛僞表示規定의 援用이라는 觀點에서 乙의 承諾이 必要하므로 類推適用할 수 없다고 본다.

第三者인 丙의 保護事由에 관하여는 丙의 善意만이 要求된다. 그 理由는 行爲當事者가 第三者를 誤信하도록 한 外觀을 故意로 만들었기 때문이다. 換言하면 眞實한 權利關係와 外觀形成에 關하여 假裝讓渡人의 경우처럼 積極的인 關係가 있었고 그 歸責性이 크기 때문이다. 그러므로 誤信한

12) 高多喜男「不動產物權取引と第三者保護の論理」The Law School, No. 24 (東京: 立花書房, 1980), p. 15.

13) a. 大判 1973. 10. 31 <73다628>, 위조문서에 의하여 된 所有權 移轉登記는 原因無效의 登記이다.

b. 甲의 登記가 不法하게 抹消된 경우에는 그 抹消登記는 實在關係에 符合되지 않는 것이어서 無效이다. 만일에 不法抹消로 權利變動의 效果가 생긴다면 抹消登記에 마치 公信力을 인정하는 結果가 되어 不當하다.

14) 日最判 1970. 11. 19. 民集, 24卷12號, p. 1916.

15) 日最判 1954. 8. 20. 民集, 8卷8號, p. 155.

日最判 1970. 7. 24. 民集24卷7號, p. 1116.

第三者를 保護하기 위해서는 無過失을 要件으로 할 理由가 없다.¹⁶⁾ 그러나 表見代理와 같은 法理에서 볼 때 均衡上 無過失도 要件으로 하여야 하며 이로써 本人과 第三者의 어느편을 保護할 것인가에 具體的인 衡量이 가능하다고 하는 反對說도 있다.¹⁷⁾ 다음 丙이 保護받기 위하여 登記를 必要로 하느냐가 문제다. 物權變動에 있어서 公示方法은 對抗要件主義가 아닌 成立要件主義이므로 登記를 必要로 한다.¹⁸⁾

B. 動產物權去來의 경우

前述한 바와같이 不動產物權去來의 領域에 있어서 民法 第108條2項의 類推適用法理는 登記의 外觀을 信賴하고 去來한 第三者를 保護하는데 公信력이 없는 登記에 公信力 類似의 效力을 인정함으로써 去來安全의 發展에 공헌하고 있다. 이 法理를 動產物權變動에 있어서도 第三者保護를 위하여 導入할 수 있으며 그렇게 할 必要가 있을까, 動產物權去來에 있어서 第三者保護는 善意取得制度에 의하여 一應 充分하다. 그러나 이 法理를 援用하는 경우에 第三者에게 過失이 있는 경우나 第三者에게 外形的 占有移轉이 없는 경우(占有改定에 그치는 경우)에도 保護되며 善意取得의 경우보다 要件의 으로 第三者保護는 두터워진다. 여기에 이 法理를 動產物權去來에 導入하여 더욱 去來의 安全 및 敏活性을 促進시킴이 必要한 것으로 생각된다. 그러나 一說에 의하면 本來의 權利者 歸責事由의 存在를 要求함으로써 保護範圍를 制限하고 動產物權去來에 있어서의 動的 安全과 靜的 安全의 調和를 強調하는 見解가 있다.¹⁹⁾

3. 無效의 경우 第三者保護

無效는 原則적으로 모든 자에 대한 關係에서 無效(絶對的 無效)이다. 絶對的 無效에 있어서는 甲乙間의 物權去來가 無效이면 乙과 物權去來를 한 丙에 대하여서도 無效를 主張할 수 있으며 그 結果 丙은 乙로부터 權利를 取得할 수 없다. 그 이유는 丙은 無權利者 乙로부터 承繼하였으므로 無權利者에 불과하기 때문이다. 그러나 相對的 無效일 때는 乙丙間의 去來行爲는 甲에 대한 關係에서 有效하게 되어 甲은 丙에 대하여 丙의 無權利를 主張할 수 없다. 이러한 法理는 外觀을 信賴한 者를 保護하기 위한 法的技術의 하나라고 할 수 있으며 民法 第107條2項 및 第108條2項은 無效의 效果를 一定한 第三者에 대하여 主張할 수 없는 것으로 하는 경우의 예이다. 意思無能力 기타 事由로 인한 無效에 관하여 民法은 第三者保護에 관한 直接的 規定을 두고 있지 아니하나 이 경우에도 第三者保護가 問題되며 無效의 原因別로 第三者保護法理를 考察한다.

A. 不動產物權去來의 경우

1) 虛偽表示로 인한 無效

ㄱ) 第三者의 範圍

16) 金容漢, 民法總則, p. 288. 郭潤直, 民法總則, p. 364.

17) a. 幾代通, 前掲書, p. 257.

b. 米倉明: 重過失이 있는 경우에는 保護되지 않음을 主張.

18) 大判 1962.1. 18<4294 民上 576>

大判 1962.3.8 <4294 民上 572>

19) 松本恒雄, 「動產物權取引と第三者保護の論理」, The Law School, No. 24, p. 26.

虛偽表示의 無效인 경우에 第108條2項에 의하면 善意의 第三者에게 無效로서 對抗하지 못한다고 規定하고 있다. 이때 第三者의 範圍가 問題된다. 이 경우 第三者의 범위는 原因行爲(債權行爲와 物權行爲가 同時에 이루어 질 때) 또는 物權行爲(債權行爲와 物權行爲가 時間的 間隔을 두고 이루어 질 때)가 行하여진 때로부터 抹消登記가 있을 때까지의 사이에 原因行爲 또는 物權行爲가 無效임을 알지 못하고 새로운 利害關係를 가지게 된 者를 意味한다.²⁰⁾

ㄴ) 第三者의 善意

第108條2項의 類推適用에서 언급한 바와같이 行爲當事者가 第三者를 誤信하도록 한 外形을 故意로 만들었기 때문에 善意만이 요구되고 無過失은 요구되지 않는다.

ㄷ) 善意의 立證責任.

善意의 立證責任은 第108條의 制度的 趣旨로나 善意取得, 表見代理 등 外觀을 信賴한 者의 保護를 위한 다른 制度에 있어서의 立證責任에 관한 解釋과의 均衡으로 보더라도 第三者에게 立證責任을 지우는 것은 부당하며 虛偽表示의 當事者에게 第三者의 惡意에 대한 立證責任을 인정하는 것이 타당하다.²¹⁾

ㄹ) 轉得者의 地位

第三者로부터 權利를 轉得받은 경우 第三者는 善意이고 轉得者가 惡意인 경우 轉得者가 保護되느냐 하는 것이 問題이다. 權利變動의 轉化過程 중 어느 段階에 있어서 權利의 存否의 所在가 客觀적으로 確定되면 그 후는 問題삼지 않는 것이 理想的이다. 이러한 觀點에서 保護할 만한 價値있는 第三者가 일단 나타나면 이에 의거하여 權利를 取得한 者는 善意, 惡意를 不問하고 當然히 保護되는 것이 合理的이다. 즉 轉得者는 善意의 第三者의 權利를 承繼하기 때문이다. 이에 對하여 保護받을 者의 善意, 惡意만을 考慮하여 保護與否를 決定하여야 한다는 說도 있다.²²⁾

2) 非眞意表示(mental reservation)로 인한 無效

民法 第107條1項 단서에 의하면 當事者間의 去來行爲가 非眞意表示에 의한 경우에 例外的으로 無效로 되는 경우가 있으며 이때 無效로써 善意의 第三者에게 對抗할 수 없다고 한다(第107條2項). 不動產物權去來의 경우 非眞意表示에 있어서 善意의 第三者保護法理는 虛偽表示에 관한 것과 같다. 그러나 虛偽表示에서는 第三者保護要件으로 相對方의 善意만을 要求하나, 非眞意表示에서는 無過失도 要求한다. 이것은, 表示主義 理論으로서는 勿論 折衷主義의 立場으로서도 立法論으로서 問題의 餘地가 있다.²³⁾

3) 意思無能力으로 인한 無效

甲乙間의 去來行爲가 當事者의 意思無能力으로 無效로 되는 경우에 있어서 第三者保護를 위한 직

20) 郭潤直, 物權法, p. 137.

21) 同旨 金容漢, 民法總則, p. 288.

大判 1970. 9. 29 <70 다 466>

反對 幾代通, 前掲書, p. 257.

日最判 1966. 12. 22 民集 14卷 1號, p. 36.

22) 川島武宜, 民法總則(東京: 有斐閣, 1968), p. 28.

幾代通, 前掲書, p. 253.

23) 同旨: 金容漢 民法總則, p. 281.

郭潤直 民法總則, p. 126.

접적인 規定은 民法典에 없다. 그렇기 때문에 乙이 意思無能力者인 경우에는 甲은 乙에게 無效를 主張할 수 없으며 따라서 乙과 去來한 丙에 대하여도 無效로서 對抗할 수 없다고 해야 한다. 그것은 意思無能力에 의한 無效가 意思無能力者保護의 法理이기 때문이다. 이에 대하여 甲이 意思無能力者인 경우에는 甲을 保護해야 할 理由가 강하기 때문에 甲의 意思無能力을 알지 못하고 乙과 去來한 丙을 保護하기 위하여 第108條2項의 類推適用을 認定할 수는 없다. 그러나 甲이 乙의 登記名義를 放置하였기 때문에 乙의 登記를 丙이 信賴하였다면 外觀信賴의 法理로서 第108條2項의 類推適用을 認定할 수 있는 문제가 생길 수 있으나 無能力者의 放置에는 歸責性이 否定되고 있다.²⁴⁾

4) 其他事由로 인한 無效

甲乙間의 不動產去來가 善良한 風俗 其他 社會秩序에 違反하거나 強行法規(當事자가 強行法規의 存在를 알고 있으면서 감히 그 違反行爲를 하는 것이 社會秩序의 違反으로 認定되는 경우)違反으로 無效로 되는 경우에 法律行爲가 物權行爲라면 비록 登記를 갖추고 있더라도 物權의 變動은 일어나지 않는다. 그러나 이 경우에는 同時に 不法原因給與²⁵⁾로 되어 甲은 乙로부터 不動產物權의 返還을 請求할 수 없다. 그 理由는 物權行爲의 効力은 그 原因인 債權行爲의 運命에 의하여 아무런 영향을 받지 않는다는 無因論에 의하면 原因行爲가 이른바 不法으로 無効이더라도 所有權의 移轉은 有効한 것이 된다. 따라서 所有權에 기한 返還請求權이 發生할 餘地는 없고 不當利得이 되지만 第746條에 의하여 그 返還도 請求하지 못하게 되어 있다. 物權行爲의 有因論을 취하면 原因行爲가 社會秩序에 違反하여 無効이던 物權行爲도 無効가 되고 所有權은 移轉하지 않은 것이 되어 給付者는 所有權에 기한 返還請求權을 가지게 된다. 그러나 第746條는 스스로 反社會的인 行爲를 한 者가 그 行爲의 結果를 復舊하려고 피하는 경우에 第103條가 反社會的 行爲를 無効로 한 것과 同一한 理想에서 이를 막으려는 規定이므로 不當利得을 理由로 하는 때에는 返還請求를 認定하지 않으면서 所有權을 理由로 하는 때에는 이를 認定한다면 도저히 그 目的을 達成할 수 없게 된다는 論理에서 第746條는 所有權은 終局的으로 受領者에게 歸屬한다고 解釋하므로 有因論에 의하여도 返還請求權은 發生하지 않는다. 이 結果로 不動產物權은 乙에게 移轉된다' 따라서 乙은 正當한 權利者가 되기 때문에 乙과 去來하는 第三者保護는 당연히 保障되는 것이다.

B. 動產物權去來의 경우

1) 虛偽表示(Schein erklärung)로 인한 無効

甲乙間의 動產의 讓渡行爲가 假裝讓渡의 경우와 같이 虛偽表示로서 無効가 될때 乙로부터의 轉得한 丙은 善意取得과 民法 第108條2項에 의하여 保護될 수 있다. 그러나 兩者는 要件面에 相當한 差異가 있으므로 善意取得에 의하여서는 保護할 수 없으나 民法 第108條2項에 의한 保護가 가능한 경우가 있고, 또한 兩規定에 의한 保護가 重疊的으로 適用 可能한 경우도 있다. 이 때 民法第249條

24) 高木多喜男, 前掲論文, p. 20.

25) 여기서 말하는 不法은 社會秩序의 違反란을 意味하고 強行法規의 違反은 포함되지 않는다. 그 理由는 第746條는 第103條에 대응하는 規定이고 強行法規는 주로 國家의 政策의 立場에서 定해지는 것이기 때문이다. 또 當事자가 強행법규의 存在를 알고 있으면서 社會秩序의 違反으로 認定되는 경우는 例外이다. 同旨, 郭潤直, 債權各論 p. 551. 李太載, 債權各論 p. 435. 反對, 金基善, 債權各論, p. 352~353.)

(善意取得)를 優先 適用하고 이에 의한 保護를 받을 수 없는 경우에 民法 第108條2項의 規定을 適用하는 것이 妥當하다고 본다. 이 두 規定의 具體의 事例를 보면 다음과 같다.

먼저 民法 第108條2項 規定을 適用할 경우 丙이 保護되기 위한 主觀的 要件은 丙이 甲乙間의 法律行爲가 虛偽表示임을 알지 못한 경우, 즉 丙의 善意로서 充分하고 無過失의 有無는 묻지 아니한다 또한 客觀的 要件으로서 對抗要件의 取得이 必要치 아니하므로 乙丙間에 引渡가 없는 경우, 즉 目的動産이 乙에게 그대로 있는 占有改定의 讓渡時에도 丙은 保護를 받게 되며 立證責任도 甲이 丙의 惡意를 立證하여야 한다. 善意取得의 規定을 適用할 경우에 丙이 保護받기 위한 主觀的 要件은 善意無過失이어야 한다. 이때 丙의 善意는 第197條1項에 의하여 善意로 推定되나 無過失은 推定되지 아니하므로 無過失의 立證責任이 누구에게 있느냐에 學說이 對立하고 있다. 이에 善意取得의 경우에는 第200條에 의하여 占有者는 權利가 있다는 推定을 받고 있으므로 그와 去來한 者가 前主에게 權利가 있다고 믿더라도 過失은 없다고 하여야 하므로 甲이 丙의 有過失을 立證하여야 한다.²⁶⁾

客觀的 要件으로 乙丙間에 現實의 引渡·簡易引渡·返還請求權의 讓渡 등이 있는 경우에는 丙은 保護받게 되나, 占有改定의 경우에는 丙은 保護받지 못한다. 그 理由는 占有改定은 종래의 占有者가 占有를 계속한다는 점에서 觀念的인 占有移轉 가운데서도 가장 不明確한 것이고 이를 許容하는 경우에는 外部的으로는 去來行爲의 存在를 전혀 표시하지 못하기 때문에 과연 善意取得行爲가 있었느냐 조차 判定하기가 곤란하다. 따라서 實在로는 去來行爲가 없었음에도 불구하고 있었던 것과 같이 다루어질 염려도 없지 않다. 이러한 正確하지 못한 行爲로 原權利者의 權利를 빼앗는다는 것은 아무리 去來의 安全을 위하여서라고 하더라도 原權利者에게 너무나 苛酷하며 妥當하다고 할 수 없기 때문이다.²⁷⁾ 結論的으로 第108條2項의 規定을 適用하는 것이 第249條의 適用時보다 丙의 保護가 두텁다.

2) 非眞意表示(mental reservation)로 인한 無效

前述한 虛偽表示의 경우와 같으므로 論述을 省略한다. 다만 虛偽表示에서의 第三者 保護要件과는 달리 非眞意表示에서는 善意 및 無過失을 要한다.

3) 意思無能力으로 인한 無效

甲乙間의 動產物權의 讓渡行爲가 當事者의 意思無能力으로 無效로 되는 경우 第三者保護를 위한 規定이 없으므로 無權利者로부터의 轉得者의 保護는 善意取得에 의하여 保護받을 수 밖에 없다. 즉 丙이 乙과 去來行爲할 때 甲과 乙의 어느 쪽이 意思無能力者이든간에 關係없이 丙이 善意·無過失로 平穩·公然하게 去來行爲가 行하여 졌으면 丙은 權利를 取得한다. 善意, 無過失의 要件은 虛偽表示에서 論及한 것과 같으므로 說明을 省略한다.

4) 其他事由로 인한 無效

26) 同旨 郭潤直, 物權法, p.196, 金曾漢, 物權法(서울:博英社, 1983), p.122.
 金容漢, 物權法, p.303, 張庚鶴, 新物權法總論(서울:一韓圖書), 1960, p.511.
 反對, 方順元, 物權法, p.136, 金基善, 物權法, p.262~263.
 大判 1962, 3.22(4294 民上 1174.1175), 大判 1968.9.3 (68 다 169).
 27) 同旨, 郭潤直, 物權法, p.197, 金容漢, 物權法, p.304, 金曾漢, 物權法, p.120.
 反對, 金基善, 韓國物權法(서울:法文社, 1972), p.263.

動產物權의 讓渡行爲가 善良한 風俗 其他 社會秩序에 違反하거나 強行法規違反으로서 無效로 되는 경우에 第三者保護를 위한 特別한 規定이 없다. 그러므로 第三者는 無權利者로부터 取得하는 態樣이므로 善意取得으로 保護받을 수 밖에 없다. 그러나 合法的인 節次에 의하지 않고서는 動產의 所有權의 移轉을 禁止하는 強行法規違反으로 인하여 讓渡行爲가 無效가 된 경우에는 乙丙間의 讓渡行爲도 法定의 節次를 밟지 않으면 第三者인 丙은 善意取得을 할 수 없다.

4. 取消의 경우 第三者保護

A. 不動產 物權去來의 경우

甲乙間의 不動產去來行爲에 取消原因이 있어 甲이 取消한 경우에 있어서 物權行爲의 有因性을 認定하는 경우 비록 物權行爲가 原因行爲인 債權行爲와는 따로이 獨立해서 行하여져 있고 또한 그것이 完全히 有效하다더라도 原因行爲가 取消되면 처음부터 그러한 物權變動은 없었던 것이 되어 登記를 抹消하지 않더라도 物權은 當然히 復歸하게 된다. 여기서 原因行爲가 取消되기 전에 有效한 物權變動이 있는 것으로 믿고 乙과 去來한 丙 또는 原因行爲의 取消가 있는 後 登記를 抹消하지 않은 채 그대로 남겨 두고 있는 경우에 그 登記를 믿고 乙과 去來한 丙의 保護가 問題되나 物權行爲의 無因性을 認定하는 경우 原因行爲인 債權行爲가 取消되어도 履行行爲인 物權行爲가 有效하고 그에 對應하는 登記가 또한 有效하게 成立하고 있으면 그 物權變動은 그대로 有效하다. 따라서 乙과 去來한 丙의 保護는 별 問題가 없다. 그러나 無因性을 認定하는 경우에도 物權行爲가 取消되기 前에 有效한 物權變動이 있는 것으로 믿고 去來한 丙 또는 物權行爲의 取消가 있는 후 登記를 抹消하지 않은 채 그대로 남겨 두고 있는 경우에 그 登記를 믿고 去來한 第三者의 保護가 問題된다. 여기에서 民法은 第三者保護를 위하여 詐欺, 強迫, 錯誤로 인한 取消의 경우에 取消의 溯及效의 相對效, 즉 甲은 丙에게 대하여 取消의 效果로써 對抗하지 못한다고 規定하고 있다. 이 문제와 관련하여 取消의 原因別로 考察한다.

1) 詐欺 強迫으로 인한 取消

民法 第110條3項은 詐欺, 強迫에 의한 取消의 相對效를 規定하고 있다. 여기에서 「第三者」의 範圍가 問題된다. 原因行爲(有因主義의 경우) 또는 物權行爲(無因主義의 경우)의 取消에 의하여 物權이 當然히 復歸한다고 보면 論理的으로는 取消의 意思表示가 있었던 때를 基準으로 하여 決定하므로 第三者는 그 取消의 意思表示가 있기 전에 새로운 利害關係를 가지게 된 者를 意味하게 되나²⁸⁾ 이 解釋은 妥當하지 않다. 그 理由는 어떤 法律行爲가 取消할 수 있는 것인지의 여부는 外部의 第三者가 알 수 없다. 또한 取消의 意思表示가 있었다고 하더라도 이것 또한 外部에서는 알 수 없다. 그럼에도 불구하고 取消의 意思表示가 있었다는 事實만으로 그 時期를 基準으로 해서 第三者의 範圍를 限定하는 것은 去來의 安全이라는 目的을 위하여 取消의 溯及效를 制限하는 規定을 둔 本來의 目的에 반하고 또한 去來의 安全을 保護하는데 철저하지 못하다. 그리고 이같은 解釋은 取消할 수 있는 法律行爲임을 알지 못한 者만을 保護하고 取消의 意思表示가 있었음을 알지 못한 者는 保護되

28) 日本에서는 本 理論이 通說, 判例의 立場이다.

日最判 1942. 9. 30 民集 21卷, p. 911.

지 않는다는 結果가 된다. 또한 取消할 수 있는 法律行爲가 언제나 取消되어야 하는 것은 아니기 때문이다. 이에 그러한 意思表示가 있었다는 事實은 抹消登記에 의하여 公示되는 것이므로 그 후의 第三者는 아무리 善意이더라도 保護할 必要가 없다. 이 理由에서 第三者는 原因行爲 또는 物權行爲의 取消에 의한 抹消登記가 행하여지는 時期를 基準으로 하여 그 時期까지 取消의 意思表示가 있었음을 알지 못하고 새로운 利害關係를 맺은 者를 意味한다고 解釋하는 것이 妥當하다고 생각한다.²⁹⁾ 同 條項에 의한 第三者保護要件은 첫째로, 第三者는 甲, 乙間의 去來가 詐欺 強迫에 의한 것임을 알지 못하여야 한다. 즉 善意이어야 한다. 過失의 有無에 관하여 法條項에서는 直接規定이 없기 때문에 過失을 要하지 아니 한다. 그러나 虛偽表示에서 無過失을 要求하는 立場은 이 경우에도 無過失을 要求하고 있다. 둘째로, 立證責任은 虛偽表示의 解釋의 경우와 같으며, 세째로, 第三者가 保護되기 위하여 登記를 必要로 하는가에 關하여 登記는 必要하다. 登記는 物權變動의 成立要件 內至 效力發生要件이며, 權利保護要件도 檢한다고 할 수 있기 때문이다. 네째로, 第三者로부터 轉得者의 保護는 虛偽表示의 경우와 同一하게 해석된다.

2) 錯誤로 인한 取消

民法 第109條2項의 規定에서 第三者의 範圍, 保護要件으로서 善意 過失의 有無, 立證責任, 登記의 必要性 등은 詐欺強迫에 설명한 해석과 同一하다.

3) 行爲無能力으로 인한 取消

現行民法上 行爲無能力으로 인한 法律行爲의 取消의 경우에는 第三者保護의 規定은 없다. 이때 取消는 無能力者를 保護하기 위한 制度이고 第三者保護가 目的이 아니기 때문이다. 그러나 無能力者 相對方의 保護制度가 同時에 第三者保護와 관련되기도 하여 無能力者의 相對方을 保護하는 制度 즉 法定追認, 取消權의 短期消滅時效, 催告權, 撤回權, 取消權의 排除들이 結果적으로는 第三者保護를 위한 것이기도 하지만 無能力者相對方의 保護制度 自體가 相對方의 保護를 위하여 充分하지 못하여 去來의 安全이라는 理想下에서 無能力者制度를 適當히 制限할 必要가 있다고 생각되어지며 第三者保護를 위하여 民法 第108條2項의 類推適用을 하여 去來의 安全을 도모함이 옳지 않을까한다.³⁰⁾

B. 動產物權去來의 경우

1) 詐欺 強迫으로 인한 取消

甲, 乙間의 讓渡行爲가 詐欺 強迫을 理由로 取消된 경우³¹⁾에 甲, 乙間의 行爲가 溯及的으로 無效力로 되어 讓渡된 動產의 所有權은 甲에게 溯及的으로 復歸된다. 이때 乙로부터 轉得한 第三者인 丙의 保護要件이 問題이다. 甲, 乙間의 讓渡行爲에 取消가 있기전에 丙이 乙로부터 轉得한 경우에는 丙이 善意이면 甲은 讓渡行爲의 取消로 丙에게 當該 動產의 返還을 請求할 수 없고 丙이 善意인 것

29) 同旨, 郭潤直, 物權法, p. 136.

大判 1975. 12. 23 (75 다 533)

30) 同旨, 李根植, 「無能力者 制度와 去來의 安全」, 司法行政, 1967. 8. p. 7.

幾代通, 民法學의 基礎的 課題(東京: 有斐閣, 1971), p. 62~64.

31) 乙이 甲에게 詐欺, 強迫을 당한 경우 取消權者는 乙이며, 乙이 甲과의 讓渡行爲를 取消할 수 있는데도 불구하고 丙과 去來한 경우, 甲과의 양도행위를 追認한 結果가 되어 별 問題가 없으나 乙이 甲에게 詐欺強迫을 하여 甲이 取消權者인 경우이다.

으로 充分하고 無過失은 第110條3項에 의거하여 필요하지 않는 것이다. 또한 乙, 丙間의 去來에서 丙은 占有改定에 의하지 않은 現實 引渡가 있어야 한다. 甲이 取消의 意思表示를 한 후에도 取消의 意思表示를 알 수 없으므로, 取消前과 같이 差異를 둘 必要없이 第110條3項과 善意取得에 의하여 선택적으로 보호될 수 있다. 그런데 丙의 詐欺, 強迫에 의하여 甲이 乙에게 讓渡하고 다시 丙이 乙로부터 引渡받은 경우에 丙은 保護받지 못한다. 그 理由는 丙은 善意, 無過失을 立證하기가 곤란하기 때문이다. 또한 乙이 甲으로부터 強迫으로 取得한 경우 그 強迫이 抗拒不能으로 評價되어 民法 第250條가 適用된다는 見解도 있다.³²⁾ 이 見解는 原權利者의 意思에 의한 것이기는 하나 抗拒不能 일 때는 原權利者에 기한 것으로 볼 수 없고 原權利者保護를 위하여 第250條를 適用하여야 한다고 주장하지만 이는 비록 強迫의 強度에 差異가 있을지라도 原權利者의 意思에 基한 것이므로 去來의 安全을 위해서 贊同할 수 없다.

2) 錯誤로 인한 取消

甲, 乙間의 讓渡行爲가 錯誤로 인하여 取消될 경우 甲, 乙間의 讓渡行爲에 取消가 있기 전에 第三者인 丙이 乙로부터 轉得했을 때 甲은 取消로 丙에게 當該 動産의 返還을 請求할 수 없고 甲의 取消 후에도 丙이 乙과 去來한 경우에도 詐欺 強迫의 경우와 다를 바 없으므로 같은 法理에서 丙은 보호받으며 이때 丙은 第109條2項 또는 善意取得과 선택가능하다.

3) 行爲無能力으로 인한 取消

行爲無能力에 의한 取消의 경우 第三者保護의 직접적 規定이 없으므로 第三者가 善意인 경우에도 保護되지 않으며 다만 善意取得에 의하여 保護받을 수 있다. 물론, 이때 丙은 善意, 無過失이어야 한다.

5. 解除의 경우 第三者保護

A. 不動產物權去來의 경우

民法 第548條1項은 「契約을 解除한 때에는 各 當事者는 그 相對方에 對하여 原狀回復의 義務가 있다. 그러나 第三者의 權利를 害하지 못한다.」고 하여 契約解除의 경우에 있어 第三者保護를 規定하고 있다. 그러나 第三者의 保護는 解除의 效果에 대한 見解에 따라 解釋을 달리 한다. 解除의 效果에 관하여서는 間接效果說, 折衷說 및 直接效果說 등이 主張되고 있으며, 間接效果說에 의하면 契約의 溯及的 消滅效는 否定되고 未履行의 債務에 관하여서는 履行을 拒絶할 수 있는 抗辯權을 발생케 하고 이미 履行한 것에 관하여서는 原狀回復을 위한 새로운 返還請求權이 發生할 뿐이다. 또한 折衷說에 의하면 契約의 溯及的 消滅效는 부정되며 債權自體가 당연히 消滅하므로 아직 履行되지 않은 債務는 당연히 消滅하고 이미 履行한 것에 관하여서는 原狀回復을 위한 새로운 返還請求權이 發生한다. 따라서 間接效果說과 折衷說에 의하면 이미 發生한 物權變動은 解除에 의하여 영향을 받지 않게 되므로 第三者保護問題는 發生할 餘地가 없으므로 民法 第548條1項 단서는 단순한 注意規定에 불과하게 된다. 그러나 直接效果說에 의하면 甲 乙間의 物權變動은 溯及的으로 消滅하기 때

32) 好美清光, 注釋民法(7)(東京:有斐閣, 1966), p. 147.

문에 乙과 去來한 第三者의 保護가 問題이다. 이에 따라 解除는 契約上의 債權, 債務를 消滅시킬 뿐이고 이미 發生한 物權變動은 效力을 잃지 않는다는 債權的 效果說에 의하면 第三者保護를 위한 溯及效의 制限은 문제가 되지 아니하며 따라서 民法 第548條1項 단서는 당연한 것을 規定한 注意規定에 불과하다. 그러나 物權的 效果說에 의하면 第三者인 丙을 害할 수 있으므로 第三者保護를 위하여 溯及效制限의 特別規定이 必要하게 된다. 따라서 民法 第548條1項 단서는 이러한 規定인 것이다. 本條項의 第三者란 一般的으로는 解除의 意思表示가 있기 전에 解除된 契約에서 생긴 法律效果를 기초로 하여 새로운 權利를 取得한 者를 가리킨다고 하나 解除의 意思表示의 有無는 第三者로서는 알기 어려우므로 解除의 事實을 알지 못하고 乙의 權利表象만 믿고 去來한 者는 保護할 必要가 있다. 이런 觀點에서 第三者의 概念을 擴大解釋하여 解除의 意思表示가 있는 후 그 解除에 의한 抹消登記가 있기 전의 去來者도 포함하여야 한다.³³⁾ 다만 이때 第三者란 善意의 者에 한한다. 日本의 通說 判例는 解除 前後로 나누어 解除前에 去來한 第三者는 本條項 단서에 의하여 保護하고 解除後에 去來한 第三者는 乙→甲, 乙→丙의 二重讓渡의 關係가 成立한다고 하여 第三者인 丙이 甲보다 먼저 登記할 때, 保護받는 것으로 한다.³⁴⁾

B. 動產物權去來의 경우

動產物權去來에서는 不動產物權去來와는 달리 第三者는 善意取得에 의하여 保護되므로 要件을 充足하면 保護받을 뿐만 아니라 民法 第548條1項 단서에 의하여서도 保護받을 수 있다. 따라서 第三者는 어느 쪽이든 自己가 원하는 쪽의 保護를 받을 수 있음은 물론이다. 그러나 善意取得과 民法 第548條1項 단서에 있어 保護要件이 相異하여 善意取得에서는 善意無過失이 要求되지만 第548條1項 단서에서는 善意만이 要求되기 때문에 第三者保護가 두렵다. 이에 民法 第548條1項 단서의 第三者保護 法理를 考察하여 보면 解除의 溯及效 認定에 관한 學說의 見解에 따라서 그 解釋이 달라진다. 例컨데 甲, 乙間의 契約이 解除되기 前에 乙로부터 物權을 取得한 丙은 契約 解除의 溯及效를 認定하지 않은 間接效果說이나 折衷說에 의하면 契約에 의하여 이미 發生하고 있는 物權變動은 解除에 의하여 영향을 받지 않는다. 그러므로 第三者保護의 問題는 생기지 아니한다. 그러나 解除의 溯及效를 認定하는 直接效果說에 의하면 權利의 溯及的 復歸가 생기게 되므로 丙의 保護가 필요하다. 그러나 解除의 溯及效가 債權的 效果를 發生시키는데 불과하다고 보는 債權的 效果說에 의하면 이미 發生한 物權變動은 效力을 잃지 않으므로 第三者保護는 問題가 되지 않는다. 이에 반하여 解除의 溯及效에 관한 物權的 效果說에 의하면 第三者保護의 問題가 생기게 되며 同條項의 단서가 뜻을 지니게 된다. 이 規定에 의하여 保護되는 第三者는 引渡라는 公示方法을 갖추고 있어야 하므로 現實의 引渡 또는 簡易의 引渡方法에 의하여 占有取得이 있어야 한다. 그리고 甲이 解除의 意思表示가 있는 후³⁵⁾ 乙과 去來한 丙의 保護問題는 解除전의 法理的 論據와 같으나, 다만 丙이 乙로부터 占有 改定에 의한 取得을 한 경우에는 丙은 甲에게 善意取得을 理由로 權利를 주장하지 못한다.

33) 大判 1971.11.30 (71 다 1995).

34) 日最判 1960.11.29 民集, 14卷 13號, p.2869.
鈴本, 債權法讓渡(東京:倉文社, 1974), p.108.

35) 金容漢, 物權法, p.176.

法律行爲의 解除로 因한 動產所有權의 復歸에 있어서는 引渡가 必要없다.

그 理由는 占有改定에 의한 善意取得은 否定되기 때문이다. 이에 占有改定도 다른 引渡와 같이 物權變動의 成立要件인데 善意取得에서 制限하는 것은 否當하다는 주장이 있지만, 그러나 占有의 公信用에 관한 것과 物權變動의 成立要件에 관한 경우 引渡를 同一하게 解釋하여야 할 必要性은 없다고 본다.³⁶⁾

6. 表見代理의 경우 第三者保護

代理란 代理人이 本人의 이름으로 法律行爲를 하거나 또는 意思表示를 受領함으로써 그 法律效果가 直接 本人에 관하여 發生하는 制度를 말한다. 近代法에 있어서 法律行爲의 效果는 行爲者 自身에 대하여 發生하는 것이 原則인데 代理는 行爲者와 法律效果의 歸屬主體가 分離된다는 점에서 變則的인 制度라고 할 수 있다. 代理制度에서 代理의 法的構造를 어떻게 理解하느냐 하는 것은 第三者를 어떻게 保護하느냐 하는 것과 直結되는 問題이다. 따라서 代理權構成의 法理에 對應하여 相對方保護의 論理가 여러가지로 變化한다. 즉 代理制度에서 代理權 發生의 原因이 되는 委任과 같은 內部關係와 絶緣되어 第三者에 대하여 他人의 權利를 代理行使할 수 있는 權能 또는 資格이 獨自, 無因으로 認定되며 代理人에게 아무런 利益이나 不利益을 주는 것이 아니므로 代理人이 될 者의 承諾을 必要로 할 理由가 없고 本人과 代理人 간의 内部的 事情으로 代理行爲의 相對方인 第三者에게 影響을 미친다는 것을 되도록 피하고 去來의 安全을 피한다는 見地에서 또는 民法 第117條 및 第128條 後段의 解釋으로부터 代理權의 授與行爲는 相對方의 受領을 要하는 單獨行爲로 보며 本人과 代理人 간의 內部關係의 瑕疵에 影響을 받지 않는 無因性和 獨自性を 認定하는 法理를 構成할 때와 契約說 및 有因性, 또는 單獨行爲說과 有因性의 法理를 構成할 때 相對方의 保護 論理가 相異하다는 뜻이다. 이에 相對方保護를 위한 代理權構成의 法理에서는 單獨行爲說 및 無因性和 獨自性を 認定할 때 相對方이 더욱 保護되고 去來安全을 促進시키는데도 合理的이다. 代理權은 本人의 意思에 의하여 成立하는 것이 原則이지만 代理權의 發生, 存續, 範圍는 抽象的 事實이기 때문에 本人의 意思를 推定하기 어렵다. 여기에서 代理權에 관한 本人의 意思의 不確實性으로부터 發生하는 危險을 누구에게 어떻게 負擔시키느냐 하는 것이 問題이다. 이에 관하여서는 無權代理人에게 責任을 集中시키는 立場, 本人에게 危險을 負擔시키는 立場, 無權代理人과 法律行爲를 하는 相對方에게 危險을 負擔시키려는 立場 등을 想定할 수 있다. 그 중에서 代理權이 없는 경우의 危險을 去來의 相對方만이 負擔한다는 一方的인 危險의 配分은 去來의 法的 安定을 癡痺시키게 되며 또 相對方에게 代理權의 有無에 관한 高度의 注意義務가 要求된다면 直接 本人과 去來하는 것이 오히려 安全하게 되어 그 結果 任意代理의 制度的 機能이 無意味하게 된다. 이리하여 代理에 있어서의 危險負擔을 本人과 相對方에 어떻게 分配할 것이냐 즉 去來의 相對方保護를 어떻게 할 것이냐가 問題이다. 例컨대 甲의 不動產物權을 無權代理人 乙이 甲을 代理하여 處分한 경우에 丙은 어떻게 保護되는가 이경우의 去來는 甲→乙→丙이라는 去來 過程을 거치지 아니하였기 때문에 丙은 乙의 去來의 相對方이며 正確한 意

36) 우리 나라의 경우, 占有改定에 의한 善意取得은 否定하는 것이 通說, 判例의 立場이다. 그러나 丙은 現實의 引渡가 있을 때까지 不確定的 善意取得을 보유하고 甲과 對抗관계로 보아 먼저 現實의 引渡를 받는 자에게 目的物을 取得하게 하는 것이 어떠한지, 특히 二重讓渡擔保에서 빈번히 일어나고, 去來의 安全을 위하는 立場에서.

日本의 경우 解除의 意思表示 以後에는 甲과 丙을 對等關係로 보는 것이 判例·通說의 立場이다.

味에서 第三者라고 할 수 없다. 그러나 이 경우에는 非權利者에 의한 他人의 不動產物權의 處分의 一形態로 보고 丙을 保護하는 法的制度는 一種의 「第三者保護法理」라고 할 수 있다. 이러한 第三者保護法理의 하나로써 表見代理制度가 있다. 이 制度는 일종의 無權代理이기 때문에 有權代理의 論理로서는 保護될 수 없고 相對方을 外觀法理에 의하여 保護하려는 法理라고 보아지며 本人과 代理人 간에 特殊한 關係가 있을때에 無權代理人을 眞實한 代理人으로 誤信하고 去來한 相對方을 保護하고 去來의 安全을 도모하기 위하여 無權代理行爲를 마치 진정한 代理行爲의 경우와 같이 本人에 대하여 效力을 發生시키는 制度이다.

A. 不動產物權去來의 경우

表見代理에는 代理權授與의 表示에 의한 表見代理(第125條), 代理權限을 넘는 表見代理(第126條), 代理權消滅後의 表見代理(第129條)가 있다. 이러한 表見代理가 成立하기 위하여는 本人의 事情 내지 歸責事由와 相對方의 保護事由가 갖추어져야 한다.³⁷⁾ 첫째 本人의 歸責事由의 要件으로써 어떠한 形態로서든지 진실한 權利者인 本人이 無權代理와 關聯되어 있어야 한다. 즉 任意代理의 경우 民法 第125條의 경우에는 代理權을 주고 있지는 않지만 本人이 他人에게 代理權을 授與하였다고 表示를 했다는 事實이 필요하며 民法 第126條의 경우에는 本人이 越權代理를 한 無權代理人에게 基本代理權을 授與했다는 事實이 있어야 한다. 그리고 民法 第129條의 表見代理의 경우에는 消滅된 代理權을 行使한 者에게 代理權을 授與했던 事實등에 의하여 本人의 歸責性이 認定된다. 그러나 基本代理權이 法定代理人 경우에도 歸責性을 認定할 것인가가 問題가 된다. 民法 第125條의 경우에는 法定代理人은 本人이 選任하는 것이 아니므로 어떤 者에게 法定代理權을 주었다는 뜻을 通知한다는 것은 無意味하다는 점에서 本人의 歸責性을 否認하는 것이 通說이며 이 說이 妥當하다.³⁸⁾ 그러나 第126條와 第129條의 表見代理에서는 法定代理에도 適用된다. 그리고 本人의 歸責性이 各條文의 要求에 未達하는 경우에 各條文의 複合함으로써 要件을 充足할 수 있는 경우가 있을때 이러한 複合適用을 認定하여 表見代理法理의 適用範圍를 擴大하자는 學說도 있다.³⁹⁾ 또한 第三者의 保護事由로써 善意, 無過失이 要求된다. 善意, 無過失의 保護要件에 관하여 各 表見代理의 경우에 法文上 表現을 달리하고 統一性은 없으나 學說과 判例는 各 表見代理의 경우 要求하고 있다. 또한 善意, 無過失의 立證責任은 세 경우에 있어서 모두 本人에 立證責任이 있으므로 本人이 相對方의 惡意, 有過失을 立證할 責任이 있다.⁴⁰⁾ 表見代理에 의하여 直接的으로 保護되는 者는 法文上으로는 「第三者」로 無限定的으로 表示되어 있으나 解釋上으로는 代理關係에 있어서의 第三者, 즉 本人과 代理人이외의 者 따라서 代理行爲에 있어서의 相對方을 意味하는 것이 通說이다. 通說에 따르면 相對方과 去來한 第三者(轉得者)는 相對方에게 表見代理의 要件이 充足되는 경우에는 당연히 間接적으로 表見代理의 혜택을 받게 되지만 相對方에게 表見代理의 要件이 缺如되어 있는 경우에는 保

37) 高木多喜男, 前掲論文, p. 24.

38) 反對, 金容漢, 民法總則論, p. 368.

大判 1967. 3. 28 [64 다 1978], 大判 1970. 10. 30 [70 다 1812], 大判 1975. 1. 28 [74 다 1199]

39) 金容漢, 民法總則論, p. 374~375, 幾代通, 前掲書, p. 395.

40) 同旨, 郭潤直, 民法總則, p. 439. p. 442.

金容漢, 民法總則論, p. 371. p. 373.

反對, 李英燮, 新民法總則講義, p. 366. p. 367. 幾代通, 前掲書, p. 385.

護되지 않는다. 이 점에 있어서 公信의 原則이 適用되고 있지 않은 不動產去來에 있어서는 第三者保護가 소홀하게 되어 문제가 있으나, 일반적으로 다른 第三者保護와의 權利的 均衡上 第三者의 범위를 널리 轉得者에게까지 擴大하는 立場에는 消極的이다. 그러나 第125條의 表見代理에서는 民法 第107條2項이 類推되어 廣意의 第三者一般을 保護한다는 것은 가능 할 것으로 본다. 代理權의 濫用은 外形的 形式的으로는 代理權의 범위內의 代理行爲이지만 代理人의 内心에 있어서 自己 또는 他人의 利益을 도모하여 内部的 義務에 違反하는 경우이다. 代理權의 濫用은 代理權을 넘는 表見代理와 區別되나 그것이 代理權限內의 行爲이고 代理意思도 있기 때문에 代理의 效果는 有效하게 發生하므로 相對方保護에는 별 問題가 없다. 다만 代理人의 그러한 背任의 意思를 相對方이 알았거나 또는 알 수 있었을 때에는 第107條1項단서의 趣旨을 類推하여 代理行爲의 效力이 否定될 때 相對方은 保護받지 못한다.⁴¹⁾ 그러나 去來保護의 要請으로부터 相對方保護의 範圍를 擴大하는 것이 現代 私法秩序의 추세이고 信義側에 반하여 權利를 濫用한 경우이므로 相對方이 惡意이더라도 代理의 效果를 주장 할 수 있는 權利濫用說이 더욱 妥當하다고 본다.⁴²⁾

B. 動產物權去來의 경우

動產物權去來에 있어서의 表見代理에 의한 第三者保護의 法理는 基本的으로 不動產物權去來의 경우와 다를 것이 없다. 그러나 動產物權去來에서 다음과 같은 점이 특히 문제된다. 甲이 無權利者이고 乙이 甲의 有權代理人으로서 丙에게 動產을 讓渡한 경우에 丙이 善意 無過失로 甲이 正當한 權利者라고 信賴하였다면 丙의 善意取得이 認定된다. 또한 代理人으로서가 아니고 他人의 動產을 自己의 이름으로 處分할 權限이 있는 委託販賣業者 등이 當該 動產을 處分할 權限이 없는 경우도 處分權限이 있다고 信賴한 相對方은 善意取得으로 保護된다. 乙이 甲 所有의 動產을 甲의 代理人으로서 丙에게 讓渡하였으나 甲은 乙에게 處分에 관한 代理權을 부여하지 않은 경우에 丙이 保護되는 것은 乙의 代理行爲가 表見代理의 要件을 充足한 경우에 한한다. 丙이 代理權의 存在에 관하여 善意로 誤信한 경우에도 善意取得에 의하여 保護받지 못한다. 그러나 表見代理가 成立되지 않은 경우 丙으로부터 다시 轉得한 丁이 善意, 無過失인 때에는 無權利者 丙으로부터의 丁은 善意取得으로 保護된다. 이와 반대로 善意取得者 丁으로부터 다시 讓渡받은 丙은 保護받지 못한다.

7. 善意取得制度에 의한 第三者保護

오늘날 動產物權의 去來는 繼續的 多量的 反復的으로 이루어지고 있으나 去來가 있을 때 마다 動產所有權의 有無를 認定하여야 한다면 그것은 容易한 일이 아닐 뿐 아니라 많은 時間과 費用을 요하는 去來의 安全과 迅速을 阻害하게 된다. 그러므로 動產去來의 轉轉성과 公示의 困難을 考慮함과 동시에 去來의 動的安全과 迅速을 實現하기 위하여는 所有權의 有無를 일일이 確認하지 않더라도 前主의 占有 즉 權利外觀(Rechtsschein)을 信賴하고 去來한 者를 保護하는 制度가 必要하게 되는데

41) 이 說은 民法 第107條 1項 但書 類推說 우리의 通說이며 日本의 通說, 判例의 立場이다.

이 說 以外에 權利濫用說, 代理權濫用說, 民法 第60條 準用說, 表見代理說 등이 있다. 그러나 諸說들은 相對方이 惡意인 경우에 어떠한 法理에 의하여 代理의 效果를 否定할 것인가 하는 視角에서 理論構成을 하였다.

42) 同旨, 四宮和夫, 民法總則(新版), p.113' 高森八四郎, 「代理權限의 濫用」, 法學 세미나, 267號, p.101.

이러한 制度의 하나가 善意取得制度이다. 이 制度는 去來의 安全과 迅速을 기하기 위하여 動產의 占有에 公信력을 認定하는 制度이며 權利外觀을 信賴하고 無權利者로부터 權利를 讓受받은 第三者를 保護하는 制度中에 代表的인 制度라 할 수 있다. 그러나 이 制度가 第三者保護를 위한 唯一하고 萬能의 制度는 아니다. 이에 善意取得에 관하여 특히 문제가 있는 部分을 考察하기로 한다. 善意取得에 의한 保護를 받기 위하여는 占有의 取得이 必要하지만 이것을 成立시키는 根據를 前主의 占有에 대한 信賴에 둘 것이냐 또는 前主로부터의 占有의 取得에서 구할 것이냐 하는 것은 根據의 核心을 어느 立場에서 찾느냐에 따라 善意取得을 成立시키는 占有取得의 要件으로서의 占有改定을 肯定하느냐 또는 否定하느냐가 문제된다. 즉 前主의 占有에 信賴를 두면 肯定說을 취하는 것이 되고 前主로부터의 占有의 取得에서 구하면 否定說의 立場에 서게 된다. 肯定說⁴³⁾의 論據는 첫째, 沿革的으로는 善意取得은 占有改定을 排斥하는 것이지만 沿革的인 根據는 타당성이 없다. 둘째, 民法에 있어서 動產物權變動의 效力發生要件으로서 動產의 引渡에 占有改定으로서도 족한 것으로 認定하고 있는 한 善意取得에 있어서 第三者의 占有取得에 있어서도 占有改定으로 족하다고 하는 것이 理論上 一貫性이 있다. 즉, 善意取得은 動產의 占有者를 信賴하여 去來한 第三者를 保護하는 것이 目的이므로 取得者의 占有取得의 方法에 따라 差異를 둘 것이 아니라 差異를 두면 第三者保護를 하지 못하고 去來의 安全을 害한다. 따라서 代金を 支給하고 買受하는 者 또는 그 動產을 讓渡擔保하여 金融을 하는 者 등이 그 動產의 所有權을 確保할 수 있게 하여 安心하고 去來할 수 있도록 하여야 한다. 셋째, 無權利者로부터 動產所有權을 讓受하고도 이를 信賴하고 계속 占有시키는 者를 保護할 必要가 있는 것이고 他人의 物件을 處分하는 者를 信賴한 損失은 오히려 原所有者가 져야 마땅하다. 즉 믿을 수 없는 者를 믿은 不察은 原所有者가 責任져야 한다. 넷째, 占有改定에 있어서 善意取得을 認定하는 實際上的 必要는 特別히 動產의 讓渡擔保에 현저하다. 그런데 否定說을 취하면 讓渡擔保한 者를 심하게 害하는 結果가 되어 讓渡擔保에 의한 金融의 길이 막히게 된다. 이에 대한 否定說⁴⁴⁾의 主張은 첫째, 民法이 引渡의 方法으로써 占有改定을 認定하고 있는 이상 善意取得의 要件으로써 占有의 取得에는 占有改定도 무방하며 占有取得의 方法에 差異를 두는 것은 適當치 않다는 肯定說에도 一理가 있으나 動產物權變動의 效力發生要件으로서의 引渡와 善意取得의 要件으로서의 占有의 取得을 同一하게 해석하는 것은⁴⁵⁾ 兩制度의 趣旨로 보아 適當하지 않다. 둘째, 占有改定은 종래의 占有者가 占有를 계속한다는 점에서 觀念的인 占有移轉중에서도 가장 不明確하여 外觀上 종래의 狀態에 아무 變動이 없으므로 그러한 占有改定으로써 善意取得의 要件인 占有를 取得하였다고 하여 原權利者의 權利를 褫奪하는 것은 妥當치 아니하다.⁴⁶⁾ 셋째, 肯定說이 善意取得의 根據를 取得된 占

43) 金基善, 前掲書, p. 264.

玄勝鍾, 「動產의 善意取得」, 法政, 1964. 9, p. 16.

金山正信, 物權法總論(東京:有斐閣, 1969), p. 366.

柚木馨, 判例物權法總論(東京:有斐閣, 1961), p. 348.

松坂佐一, 民法提要, 物權法(東京:有斐閣, 1974), p. 62.

44) 金曾漢, 前掲書, p. 119, 金容漢, 物權法, p. 304.

郭潤直, 物權法, p. 197, 金顯泰, 新物權法(서울:一潮閣, 1973).

45) 金容漢, 物權法, p. 304.

崔斌, 新物權, 擔保物權(서울:博英社, 1960), p. 112~113.

46) 郭潤直, 物權法, p. 197, 金容漢, 物權法, p. 304.

鈴木祿彌, 擔保制度の研究(東京:一粒社, 1978), p. 420~431.

有로부터 權利外觀에 대한 信賴에서 求하여야 한다는 주장에도 一理가 있으나 善意取得의 要件인 占有의 取得은 物件에 대한 事實의 支配關係가 原占有者의 支配를 벗어나서 取得者의 支配를 옮겨 오는 것을 意味한다. 그렇다면 아직 原占有者의 支配圈內에 머물고 있는 物件에 대하여 第三者의 所有權을 認定하는 것은 不當하다. 넷째, 占有改定에 의한 善意取得을 認定하면 動產은 占有者에 存在하므로 이를 權利者로 誤信하는 者가 多數 나타나서, 그 者로부터 占有改定の 意思表示를 받는 者는 모두 善意取得이 成立하므로 一物에 많은 所有權이 併存하는 이상한 結果가 되어 去來의 安全을 오히려 害한다. 다섯째, 原所有者가 현재 目的物의 占有所有者에 대하여 그 動產의 返還을 請求하더라도 所持者는 그 物件을 이미 第三者가 善意取得하였음을 이유로 이를 拒絕할 수 있고 또한 原所有者가 返還을 받아서 현재 占有하고 있어도 占有改定에 의한 善意取得者가 引渡를 請求하는 경우에는 原所有者는 引渡에 응하지 않으면 안되게 되므로 不當하다. 上述한 바와같이 否定說이 肯定說에 비하여 보다 妥當하기는 하나 否定說에도 短點은 있다. 즉 二重讓渡擔保의 경우 第三者가 目的物을 引渡받은 때에도 目的物을 取得할 수 없어 不合理하고 讓渡擔保의 길을 막게 한다. 折衷說은 占有改定에 의하여 善意取得을 할 수는 있으나 所有權의 取得은 確定的이 아니고 후에 取得者가 現實의 引渡를 받으므로써 確定的으로 所有權을 取得하는 것이고 그때까지는 原權利者도 또한 確定的으로 所有權을 잃지 않으나 먼저 現實의 引渡를 받으면 善意取得의 效果는 喪失된다는 說이다. 결국 먼저 現實의 引渡를 받은 者가 所有權을 取得한다는 것이다. 이 說에 대하여 占有改定은 引渡로써 效果가 있는데도 불구하고 善意取得의 경우에 限하여 그 效果를 制限하는 것은 不合理하다는 批判은 있다. 그러나 去來關係 敏活性을 위하여서는 現實의 理論이 아닐까 생각된다.

이에 去來의 安全과 敏活性을 위하여 信賴하는 表象은 觀念의 占有라도 무방하나, 權利取得을 위한 權利表象으로서의 現實의 占有가 必要하다고 解釋함이 合理的이 아닐까 생각한다.⁴⁷⁾

民法 第250條規定은 善意取得에 관하여 去來의 安全, 保護의 必要도와 原權利者의 既得權保護의 必要度を 相關의 程度로 較量하여 그 調和를 기하여야 한다는 立場에서는 妥當하다고 할 수 있으나 善意取得의 制度의 意義가 近代法의 理想의 하나인 去來의 安全과 敏活을 實現하는데 있다고 보는 立場에서는 制度의 目的에 踰越하지 못한 것이라 할 것이다. 그러므로 第250條의 規定은 目的物을 盜品이나 遺失物 以外の 物件에 확장해서는 안된다. 그러나 金錢, 有價證券 또는 詐欺, 喝取, 橫領된 物件은 盜品 遺失物이더라도 除外된다. 取得者 속에는 拾得者로부터 直接, 善意로 取得한 者와 惡意取得者로부터의 善意取得者가 포함되는 것은 勿論이며 일단 善意取得의 要件을 갖춘 者로부터의 轉得者는 그 善意, 惡意를 不問하고 이에 포함된다. 그러나 競賣 또는 商人으로부터 善意로 買受한 者로부터 다시 轉得한 者에 대하여서는 回復請求할 수 없다고 해석하는 것이 좋다고 생각한다. 그 理由는 原權利者의 保護의 必要性 및 返還請求權을 認定하여도 轉得者에게 轉得者가 買受시에 支給한 代價의 辨償을 하여야 하므로 現實의 去來의 빈번성을 감안할 때 신속성을 阻害하기 때문이다.

IV. 結 語

以上과 같이 第三者保護制度와 그 法理를 去來關係의 性格에 따라 法理의 適用이 비교적 뚜렷한 47) 同旨, 於保不二雄, 物權法(上)(東京:有斐閣, 1964), p. 213.

不動產物權去來와 動產物權去來를 對比하여 考察한 바 私法的 去來秩序에 있어서 去來의 動的安全의 保護와 權利的 靜的 安全의 保護는 擇一的인 것일 수 없고 各自 獨自的인 存在理由와 機能을 가지고 있기때문에 利益衡量的 調節이 不可避하게 된다. 따라서 保護法理가 衡量的 調節立場에서 相互補完的으로 混合하여 規定될 수 밖에 없다. 그렇기때문에 個個의 第三者保護條項을 통하여 混用된 法理를 가려내는 것이 곤란할 뿐 아니라, 諸法理는 그것이 先在하여 각종 去來에 適用된다기 보다는 오히려 각종 去來關係에 密着된 目的과 利害關係 調節에 관한 具體的 適用을 통하여 歸納的으로 얻어진 法理라고 할 수 있다. 이리하여 去來關係 중심으로 諸法理를 考察하였고 動產物權去來에서는 公信의 法理와 外觀信賴의 法理가 強하게 支配하나 二重讓渡擔保에서는 對抗의 法理와 相對效의 法理가 주장되어지고 있는 것이다. 그리고 第三者保護要件에서는 本人의 歸責性과 第三者保護要件 配分問題 및 立證責任問題 등에 있어서 私法的 去來秩序의 現實狀況을 考慮하여 可能限한 去來의 動的安全을 促進시킨다는 立場에서 解釋을 試圖해 보았다.

參 考 文 獻

1. 郭潤直, 民法總則, 서울, 博英社, 1979.
物權法, 서울, 博英社, 1983.
2. 金容漢, 民法總則, 서울, 博英社, 1983.
物權法, 서울, 博英社, 1981.
3. 黃迪仁, 現代民法論Ⅱ, 서울, 博英社, 1983.
4. 金曾漢, 物權法, 서울, 博英社, 1983.
5. 金基善, 韓國物權法(改訂版), 서울, 法文社, 1972.
6. 郭潤直 物權法(判例教材) 서울, 法文社, 1980.
7. 幾代通 民法總則, 東京, 青林書院新社, 1962.
8. 四宮和夫, 民法總則, 東京, 弘文堂, 1972.
9. 柚木馨, 判例物權法總論, 東京, 有斐閣, 1969.
10. 金山正信, 物權法總論, 東京, 有斐閣, 1969.
11. 鈴木祿彌 物權法講義, 東京, 倉文社, 1965.
12. 於保不二雄 物權法(上), 東京, 有斐閣, 1964.
13. 喜多了祐 外觀優越의 法理, 東京, 千倉書房, 1973.
14. 福永禮治, The Law School, 30號, 東京, 立花書房, 1981.
15. The Law School, 24號, 東京, 立花書房, 1980.
16. The Law School, 29號, 34號, 東京, 立花書房, 1981.
17. 石田喜久夫, 民商法雜誌, 第50卷2號, 東京, 有斐閣, 1964.
18. 大法院民事判例集, 서울, 語文閣, 1968.

