

점유자의 추급권

— 우리 민법개정안 제204조의2를 중심으로 —

임 형 택*

목 차

- | | |
|--------------------|-------------------|
| I. 서 론 | 4. 추급권자 |
| II. 독일민법의 입법배경 | 5. 추급권의 상대방 |
| 1. 제정과정 | 6. 생활의 안온을 배려해야 함 |
| 2. 규정목적 | IV. 점유자의 추급권의 효과론 |
| III. 점유자의 추급권의 요건론 | 1. 추급의 인용의무 |
| 1. 점유자의 지배를 벗어남 | 2. 손해보상의무 |
| 2. 타인의 부동산으로 벗어남 | V. 결 론 |
| 3. 새로운 점유의 불성립 | |

I. 서 론

우리 민법개정안 제204조의2 제1항은 “물건이 점유자의 지배를 벗어나 타인이 점유하는 부동산에 있는 경우에 그 물건에 대한 점유가 성립하지 아니한 한 그 부동산의 점유자는 그 물건의 점유자가 이를 수거하는 것을 인용하여야 한다. 그러나 물건의 점유자는 수거로 인하여 그 부동산 점유자의 생활의 안온이 방해받지 아니하도록 배려하여야 한다.”고 규정하고, 동조 제2항에서는 “제1항의 경우에 부동산의 점유자는 그 수거로 인하여 입은 손해의 보상을 청구할 수 있다.”고 규정함으로써, 점유자의

* 건국대학교 법학연구소 전임연구원

추급권(Verfolgungsrecht des Besitzes)을 인정하였다.

이러한 우리 민법개정안 제204조의2는 “물건이 점유자의 지배를 이탈하여 타인이 지배하는 부동산 위에 있게 된 경우에는, 물건이 그 사이에 점유되지 않는 한, 부동산의 점유자는 점유자에 대하여 수색 및 수거를 인용하여야 한다. 부동산의 점유자는 수색과 수거로 인하여 발생한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 그는 손해발생의 우려가 있는 때에는 담보가 제공될 때까지 용인을 거절할 수 있다. 지연으로 위험이 발생할 우려가 있는 경우에는 거절할 수 없다.”고 규정하고 있는 독일민법 제867조를 모범으로 하고 있다.¹⁾

이와 같은 우리 민법개정안 제204조의2 제1항은 본래 상린관계에 관한 규정을 현대적 현실에 맞게 정리할 필요에 의해서 검토되던 중, 독일민법 제867조를 참조하여, 이를 상린관계가 아닌 점유에 관한 문제로 입법화한 것이다.²⁾ 그러나 독일민법 제867조를 근본으로 하는 우리 민법개정안 제204조의2의 입법과정에서는 우리 민법과의 체계적 해석과 관련해서 적지 않은 논쟁이 있었다.

이와 관련되어 제기되었던 문제점은 다음과 같다. 첫째, 동 규정이 부동산 점유자의 인용의무를 규정하고 있는데, 이는 물건의 점유자의 자력구제권을 인정하는 결과가 되어 주거침입죄와의 충돌이 일어날 수 있기 때문에, 이를 부동산 점유자의 인용의무가 아닌 물건의 점유자의 인용청구권으로 규정할 필요가 있다는 문제제기가 있었다.

둘째, ‘물건의 점유자의 점유를 이탈하였다’는 문구의 의미 및 이미 점유가 이탈된 물건의 점유자가 어떠한 근거로서 점유를 추급할 수 있는지의 문제가 제기되었다.

셋째, 동 규정은 점유가 이탈된 물건에 대한 부동산 점유자의 새로운 점유가 성립하지 않은 경우에 물건의 점유자의 추급권을 인정하고 있는

1) 법무부, 『민법(재산편) 개정 자료집』, 2004, 271면 참조.

2) 위의 책, 271-3면.

데, 이러한 부동산 점유자의 점유가 성립하지 않은 경우라는 것이 물건을 사실상 지배하는 자에게 점유권이 있다는 우리 「민법」 제192조 제1항과 조화될 수 있는 것인지에 대한 문제가 제기되었다. 특히 이와 관련해서는 점유의 본질 및 점유가 성립하기 위한 의사적 요소에 대한 보다 심도 있는 연구가 선행되어야 하기 때문에, 이를 개정 대상에서 보류해야 한다는 의견이 제시되었다.

넷째, 동 규정은 물건의 점유자의 추급권만을 규정하면서 이에 관한 독일민법 제867조를 참조하고 있는데, 이와 관련해서 물건의 소유자의 추급권을 규정하고 있는 독일민법 제1005조 역시 참조할 필요가 있다는 의견이 제기되었다. 이 외에도 부동산의 점유자뿐만 아니라 동산의 점유자(예컨대 자동차의 점유자) 역시 점유가 이탈된 물건에 대한 인용의무를 부담하여야 한다는 의견이 제시되었다.

이와 같이 우리 민법개정안 제204조의2의 입법과정에서는 적지 않은 논쟁의 대상이 되는 부분이 있었기 때문에, 본고에서는 이러한 논쟁점을 중심으로, 독일민법 제867조와 제1005조의 입법이유와 현대 독일민법에서의 해석내용을 살펴봄으로써, 우리 민법개정안 제204조의2의 해석을 위한 시사점을 찾고자 한다.

II. 독일민법의 입법배경

1. 제정과정

(1) 본래 독일민법 제1초안 제867조 제1항은 “자신의 부동산에 타인의 동산이 있는 경우, 부동산의 소유자는 동산의 소유자나 종래의 소지인에게(dem Eigentümer oder bisherigen Inhaber) 수색, 획득과 수거를 위해 필요한 행위를 허용하여야 한다.”고 규정하였으며, 동조 제2항은 “동산

의 소유자나 종래의 소지인은 부동산의 소유자에게 그의 행위로부터 발생한 손해를 배상하여야 하며, 그 손해발생의 우려가 있는 때에는 미리 담보를 제공하여야 한다.”고 규정하고 있었다.

(2) 위 조항은 이후 독일민법 제2초안 제789조에서의 “물건이 점유자의 지배를 이탈하여 타인이 지배하는 부동산 위에 있게 된 경우에는, 물건이 그 사이에 점유되지 않는 한, 부동산의 점유자는 점유자에 대하여 수색 및 수거를 인용하여야 한다. 수색과 수거로 인하여 발생한 손해는 부동산의 점유자에게 배상해야 한다. 손해발생의 우려가 있는 때에는 담보가 제공될 때까지 용인을 거절할 수 있다.”는 점유자의 추급권에 관한 규정과 제917조의 “물건이 타인이 점유하는 부동산 위에 있는 경우에는 물건의 소유자는 부동산의 점유자에 대하여 제789조에 정해진 청구권을 가진다.”는 소유자의 추급권에 관한 규정으로 분화되었다.

(3) 독일민법 제2초안 제789조는 약간의 자구의 수정과 “지연으로 위험이 발생할 우려가 있는 경우에는 거절할 수 없다.”는 내용이 첨가되어 현행 독일민법 제867조로 되었으며, 제2초안 제917조는 준용의 대상이 되는 제2초안 제789조를 현행 독일민법 제867조로 변경한 것 외에는 어떠한 자구의 수정도 없이 현행 독일민법 제1005조로 되었다.

2. 규정목적

(1) 독일민법 제1초안 제867조는 독일민법 제1초안 제929조(현행 독일민법 제985조; 우리 민법 제213조 본문 참조)에서 규정하고 있는 소유자의 소유물 반환청구권(rei vindicatio)이 가능하지 않은 경우를 보충하기 위한 목적에서 규정되었다.³⁾

즉, 독일민법 제1초안 제929조에 의하면, 동산의 소유자는 타인이

자신의 동산을 소지하거나 점유하는 경우에 이를 반환해 줄 것을 청구할 수 있다. 이와 같이 소유권에 기한 반환청구권을 행사하기 위해서는 타인이 자신의 동산을 소지하거나 점유하고 있어야 하기 때문에, 타인이 동산을 소지하거나 점유하고 있지 않은 경우에는 그 반환을 청구할 수 없다. 그런데 독일민법 제1초안 제797조(독일민법 제854조 비교)는 “물건의 점유는 물건을 자신의 것으로 가지려는 소지인의 의사(점유의사)와 함께 물건에 대한 사실상의 힘을 획득함으로써 취득된다.”고 규정하고 있었기 때문에, 비록 물건을 사실상 지배하고 있지만, 점유의사(또는 소지의사)⁴⁾를 가지지 않는 자에 대해서는 그 반환을 청구할 수 없었다. 예컨대 타인의 정원을 조경하던 조경사가 다음날에 작업을 할 목적으로 조경을 위한 장비를 타인의 정원에 놓아두고 퇴근한 경우, 점유자는 여전히 점유의사를 가지고 있었지만, 타인에게는 점유의사가 존재하지 않기 때문에, 장비의 점유는 여전히 조경사에게 있는 것이었다. 따라서 이 경우에 조경사는 타인에 대해서 소유권에 기한 반환청구권을 행사할 수 없었다.⁵⁾

이와 같이 소유자에게 소유물반환청구권이 인정되지 않는 경우를 위해, 독일민법 제1초안 제867조는 로마법 D. 10. 4. 5.⁶⁾에서의 물건제시

3) Motive 3, S. 296f. = Mugdan 3, S. 164.

4) 독일민법 제1초안에서는 단순히 물건을 사실상 지배하는 것을 소지(Inhabung)라고 표현하였으며, 소유의 의사로서 물건을 사실상 지배하는 경우를 점유(Besitz)라고 표현하였다. 이때 양자는 물건을 사실상 지배하는 자에게 소지의사(Inhabungswille)가 있었을 뿐인지, 또는 (소유를 하려는 목적으로서의) 점유의사(Besitzwille; animus possidendi; animus domini — 특히 Savigny, Das Recht des Besitzes, Carl Gerold's Sohn, 7. Aufl., 1865, S. 246은 점유의사를 animus domini라고 표현하고 있는데, 여기서의 animus domini는 소유를 목적으로 점유하려는 의사로서 dominus의 의사이기 때문에, 소유의 의사를 의미하는 animus domini, 즉 dominium의 의사와는 엄격히 구별하여야 한다.)도 있었는지의 여부에 따라서 구별되었다. 이에 관해서는 Motive 3, S. 80f. = Mugdan 3, S. 44 참조.

5) 여기서의 사례와 이에 대한 설명은 Windscheid/ Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, Iurii Buddeus, 9. Aufl. 1906, S. 838 참조.

6) D. 10. 4. 5. 5는 타인의 건물의 붕괴로 인해 자신의 토지나 건물에 타인의 어떠한

소권(actio ad exhibendum)을 참조하여, 그 한 유형으로서 동산의 점유자에게 추급권을 인정하였다. 다만 로마법에서의 물건제시소권은 단지 물건의 제시에 관한 소권만을 부여하였을 뿐, 부동산의 소유자에게 수거를 인용하여야 하는 의무까지 부과한 것은 아니었지만, 독일 보통법에서의 다수설은 이러한 수거에 대한 인용의무를 인정하였다.⁷⁾

(2) 독일민법 제1초안 제867조를 독일민법 제2초안 제787조와 제917조로 개정하는 과정에서는 동산의 추급권자를 누구로 할 것이며, 추급권을 수인하여야 하는 자를 누구로 정할 것인지의 문제가 주로 논의되었다.

우선 추급권의 상대방을 정하는 문제와 관련해서는 독일민법 제1초안 제867조가 부동산의 소유자가 이를 수인하여야 한다고 정하고 있었지만, 독일민법 제2초안에서는 이를 부동산의 점유자로 개정하였다.⁸⁾ 이와 관련하여 독일민법 제1초안의 입법자는 타인이 부동산에 출입하는 것은 소유권에 대한 침해이며, 이로 인해 이를 금지하는 권리 역시 소유권으로부터 발생한다고 보았기 때문에(독일민법 제1초안 제867조와 같은), 소유권에 대한 법정제한사유로서의 수인의무 역시 부동산 소유자가 부담하는 것이라고 생각하였다.⁹⁾ 그러나 이때의 소유자는 부동산을 사실상으로 지배하는 점유자(Besitzer)나 소지인(Inhaber)으로서의 소유자를 의미하는 것이었기 때문에, 비록 독일민법 제1초안 제867조가 그 수인의무를 부동산의 소유자라고 표기하였음에도 불구하고, 이러한 수인의무가 그 부동산을 점유하고 있지 않은 소유자에게까지 발생하는 것은 아니었다.¹⁰⁾

물건이 떨어진 경우에 그 토지나 건물의 소유자는, 비록 떨어진 물건에 대해서 점유를 하지는 않았다고 할지라도(licet non possideas), 그 물건을 타인에게 제공하여야 한다(teneberis ad exhibendum)는 내용을 규정하고 있다.

7) Motive 3, S. 297 = Mugdan 3, S. 164.

8) Protokolle II(독일민법 제2초안)-3(물권법), S. 3616 = Mugdan 3, S. 606.

9) Motive 3, S. 298 = Mugdan 3, S. 165.

이에 비해 독일민법 제2초안의 입법자는 타인이 부동산에 출입하는 것을 금지하는 권리 자체가 부동산에 대한 점유권으로부터 발생한다고 생각하였다.¹¹⁾ 왜냐하면 부동산을 직접적으로 점유하고 있지 않은 소유자의 경우에는, 비록 타인이 자신의 부동산에 출입한다고 할지라도 일반적으로 이러한 사정을 알지 못하는 것이 통상적이며, 또한 점유를 하고 있지 않은 소유자로서는 타인이 자신의 부동산에 출입하였다고 하여 그 소유권을 행사하는 데에 어떠한 장애도 받고 있지 않기 때문이다. 이러한 사고를 기초로 독일민법 제2초안 제789조의 입법자들은 다수의 견으로 그 수인의무가 부동산의 점유자에게 있는 것으로 정하였다.

한편 동산의 추급권자와 관련하여, 독일민법 제2초안 제917는 소유권 편에서 소유자의 추급권을 규정하는 외에 동초안 제789조는 점유 편에서 점유자의 추급권을 규정하였다. 이 중 소유자가 동산의 추급권자가 될 수 있다는 점에 대해서는 별다른 이론이 없었지만, 점유자가 동산의 추급권자가 될 수 있는지의 여부에 대해서는 입법위원 상호간에 적지 않은 논쟁이 있었다. 이러한 논쟁은 독일민법 제1초안과 제2초안에서의 점유취득의 요건이 서로 다른 점에서 비롯되었다.

즉, 독일민법 제1초안 제797조는 점유나 소지의 취득을 위해 물건에 대한 사실상의 지배 외에 점유의사나 소지의사를 요구하였기 때문에, 비록 동산이 타인의 부동산에 있는 경우에도 점유의사나 소지의사가 없는 부동산의 점유자가 동산의 점유권을 취득하지 않았던 반면, 독일민법 제2초안 제777조(독일민법 제854조; 우리 민법 제192조 제1항 참조)는 단지 물건에 대한 사실상의 지배를 통해 점유를 취득한다고 규정하였기 때문에, 동산이 타인의 부동산에 있는 경우에는 부동산의 점유자가 동산의 점유도 취득하는 것으로 해석될 여지가 있었다.

독일민법 제2초안의 입법과정에서 소수의 견해는 이러한 문언적 해석

10) Motive 3, S. 298 = Mugdan 3, S. 165.

11) Protokolle II-3, S. 3616 = Mugdan 3, S. 606.

을 중요시하여 다음과 같은 주장을 하였다.¹²⁾ 즉, 이러한 문언적 해석에 의해 부동산을 점유하는 자가 동산에 대한 점유를 취득하게 되면, 동산의 점유를 상실한 종전의 점유자는 어떠한 권리도 주장할 수 없다. 다만 동산에 대한 종전의 점유자가 동시에 동산의 소유자라면 그는 소유자로서 독일민법 제2초안 제917조에 의한 소유자의 추급권이나 동초안 제898조에 의한 소유자의 소유물반환청구권을 행사하는 것이 검토될 수 있는데, 이 경우에 그는 단지 소유물반환청구권만을 행사할 수 있는 것이 원칙이라고 해석하였다.¹³⁾ 왜냐하면, 소유자의 추급권은 부동산의 점유자가 동산에 대한 점유를 취득하지 않을 것을 요건으로 하고 있었기 때문이다. 따라서 점유자의 추급권이나 소유자의 추급권은 원칙적으로 그 적용영역이 상당히 제한되어 있고, 단지 누구도 동산에 대한 점유를 취득하지 않은 경우에만 예외적으로 적용될 수 있을 뿐이라고 주장하였다.

이에 대하여 다수의 의견은 다음과 같았다. 즉, 점유자의 추급권이나 소유자의 추급권은 부동산의 점유자가 동산에 대한 점유를 취득하지 않은 경우에만 적용되고, 부동산의 점유자가 이를 취득한 경우에는 단지 소유물반환청구권이 행사될 수 있을 뿐이다. 다만 다수 의견은 독일민법 제2초안 제777조에서의 점유의 취득이 단지 물건에 대한 공간적 관계 (lediglich das räumliche Verhältniss zur Sache)에 의해서 결정되는 것은 아니기 때문에, 부동산의 점유자가 동산에 대한 점유를 취득하지 않는 경우가 있으며, 이 경우에 점유자의 추급권이나 소유자의 추급권을 인정할 실익이 있다고 주장하였다.¹⁴⁾

이러한 다수의 견해는 점유의 취득을 위하여 단지 물건에 대한 사실상

12) Protokolle II-3, S. 3616f. = Mugdan 3, S. 606f.

13) 점유보호청구권은 상대방이 점유를 취득하였을 뿐만 아니라, 그 점유의 취득이 금지된 사력을 통한 점유침탈의 경우에만 인정된다(독일민법 제861조 참조).

14) Protokolle II-3, S. 3617f. = Mugdan 3, S. 607.

의 지배만을 요건으로 하는 독일민법 제2초안 제777조가 단지 예외적인 경우를 위하여 그 주관적 요소를 배제하는 표현을 사용하였을 뿐, 원칙적으로는 당연히 사실상의 지배에 대한 의사(점유설정 의사) 역시 요구되었다는 점을 기초로 하고 있었다. 즉, 독일민법 제2초안의 입법자는 점유를 취득하기 위해서는 원칙적으로 물건에 대한 사실상의 지배 외에 이에 대한 의사가 당연히 필요하다고 생각하였지만, 이러한 의사를 요건으로 하는 경우에 발생할 수 있는 몇 가지의 예외적인 경우를 고려해서 그 의사요소를 명문으로 규정하지는 않았다.¹⁵⁾

여기서의 예외적인 경우로서는, 우선 물건에 대한 사실상의 지배의 시점에는 그 지배의 의사가 존재할 수 없지만, 그럼에도 점유를 인정하여야 하는 경우가 고려되었다. 즉, 우편함을 설치한 자는 그 우편함에 편지가 도착하게 되면 편지를 사실상 지배하게 되지만, 적어도 그 편지의 도달을 알기 이전에는 이에 대한 사실상의 지배의사가 있다고 보기 어렵기 때문에, 그 점유를 인정할 수 없는 문제가 발생하게 된다. 또한 이 외에도 어린이나 정신병자와 같이 의사능력이 없는 자의 경우에는 물건을 사실상 지배하고 있음에도 불구하고 그 의사능력의 결여로 인하여 이에 대한 점유를 인정할 수 없게 되는 문제점도 발생할 수 있었다. 이러한 이유로 독일민법 제2초안의 입법자는 이러한 예외적인 경우를 고려하여 점유의 취득을 위한 요건 중 물건을 사실상 지배하려는 의사를 표시하지는 않았던 것이다.

따라서 독일민법 제2초안 제777조는, 그 표현에도 불구하고, 점유의 취득을 위해서 원칙적으로는 물건에 대한 사실상의 지배 외에 이에 대한 의사 역시 요건으로 하고 있었던 것이다. 이러한 관점에 의하게 되면, 부동산의 점유자가 자신의 부동산에 있는 동산을 사실상 지배하려

15) Protokolle II-3, S. 3335 = Mugdan 3, S. 502f; 이와 관련해서는 Protokolle RJA 600f. = Beratung, Sachenrecht I, S. 128 참조; 특히 이에 관해 가장 명확하게 표현하고 있는 자료로는 Denkschrift zum Sachenrecht, S. 106 = Mugdan 3, S. 962.

고 의지하지 않는 경우에는 원칙적으로 그 동산에 대한 점유가 인정되지 않기 때문에, 그 점유를 요건으로 하지 않는 동산의 점유자나 소유자의 추급권을 인정할 실익이 있게 된다.

III. 점유자의 추급권의 요건론

1. 점유자의 지배를 벗어나

우리 민법개정안 제204조의2 제1항은 ‘물건이 점유자의 지배를 벗어나’ 타인이 점유하는 부동산에 있는 경우에 점유자의 추급권을 인정하고 있다. 본래 동 규정의 실무위 가안은 ‘물건이 점유자의 지배를 이탈하여’라고 표현하고 있었지만,¹⁶⁾ 이 경우에 점유의 이탈이라는 표현이 우리 민법의 체계와 부합할 수 있는지의 여부에 대한 문제가 제기된 후, 이를 ‘점유자의 지배를 벗어나’라는 표현으로 변경하였다.¹⁷⁾

이러한 표현의 변경은 우리 「민법」 제192조 제2항 제1문에서의 “점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 상실한 때에는 점유권이 소멸한다.”는 규정과 관련된 문제인 것으로 생각된다. 즉, 우리 「민법」 제192조 제2항 제1문에 의하면, 점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 상실한 경우(점유자의 지배를 이탈한 경우)에는 점유권이 소멸되기 때문에, 이러한 점유권을 상실한 종전의 점유자가 추급권을 행사할 수 있는 법적 근거가 무엇인지에 대한 문제가 발생하게 될 수 있다. 따라서 우리 민법개정안 제204조의2 제1항은 ‘점유자의 지배를 이탈하여’라는 표현 대신, ‘점유자의 지배를 벗어나’라는 표현을 사용함으로써, 점유자의 점유권이 상실된 것은 아니라는 것을 나타내려고 하고 있는 것이라고

16) 법무부, 앞의 책, 274면.

17) 법무부, 앞의 책, 275, 277-8면.

볼 수 있다.

이와 같은 표현상의 문제점이 발생하는 이유는 점유의 소멸에 관한 독일민법 제856조와 우리 「민법」 제192조 제2항이 명백히 다름에도 불구하고, 점유의 추급권에 관한 독일민법 제867조를 우리 민법개정안 제204조의2에서 받아들인 점에 있다. 즉, 독일민법 제856조 제1항은 “점유는 점유자가 물건에 대한 사실상의 실력을 포기하거나 또는 기타의 방법으로 이를 상실함으로써 종료한다.”고 규정하고 있으며, 동조 제2항은 “성질상 일시적인 사실상의 실력에 대한 방해로 인하여 점유가 소멸되는 것은 아니다.”고 규정하고 있다. 이 경우에 동조 제1항에서의 사실상의 실력의 포기는 점유포기의사를 전제로 하고 있으며, 여기서의 기타의 방법에는 비의도적인 점유의 상실(절도, 타인의 부동산에의 출입의 거절, 목적물의 분실이나 멸실, 또는 법률의 규정에 의한 점유의 상실 등)을 포함하고 있다.¹⁸⁾

또한 동조 제2항에서의 성질상 일시적인 사실상의 실력에 대한 방해는 방해의 시점에 방해의 제거가 기대될 수 있는 것을 의미한다. 따라서 독일민법 제856조에 의하게 되면, 비록 점유물이 점유자의 점유를 일시적으로 벗어나 있다고 하여도, 점유포기의사에 의하여 점유권이 소멸되는 것이 원칙이며, 예외적으로 점유의 회복이 불가능하거나 매우 어려운 경우에 한정하여 점유포기의사가 없는 점유권의 소멸을 인정하고 있다.

그러나 우리 「민법」 제192조 제2항 제1문에 의하면 점유자가 물건에 대하여 사실상의 지배를 상실하면 점유권이 소멸한다고 규정되어 있기 때문에, 동산이 점유자의 지배를 이탈하거나 벗어나는 경우에 점유권이 소멸한다고 볼 여지가 있게 된다. 다만 우리 민법에서의 다수설은 ① 점유자의 점유의사에 의한 상실과, ② 점유자의 의사에 의하지 않고서 물건이 제3자의 지배로 확정적으로 이전하거나 또는 사회관념상 점유자

18) Joost/Münch. Komm., § 856, 3. Aufl., 1997, Rn. 2ff.

가 물건에 대한 사실상의 지배가능성을 상실하였다고 인정되는 경우(도난, 유실, 횡령 등)에 점유가 상실된다고 함으로써,¹⁹⁾ 독일민법 제856조와 마찬가지로 점유자의 의사에 의하지 않고 점유가 상실되는 경우를 한정하고 있기 때문에, 이러한 다수설에 의하게 되면, 물건에 대한 사실상의 지배를 상실하는 것만으로는 점유권이 소멸하지 않을 수도 있게 된다.²⁰⁾

2. 타인의 부동산으로 벗어남

점유자의 추급권은 물건이 점유자의 점유를 벗어나 타인의 부동산에 있는 경우에 인정된다. 이와 관련해서는 점유를 벗어난 물건이 반드시 타인의 부동산에 있는 경우에만 점유자의 추급권을 인정할 것인지, 또는 타인의 동산에 있는 경우에도 점유자의 추급권을 인정할 것인지의 문제가 발생할 수 있다.²¹⁾ 예컨대 점유자의 물건이 타인의 자동차(동산)안으로 들어간 경우에 점유자의 추급권을 인정할 수 있는지의 여부가 문제될 수 있다. 생각건대, 이러한 경우에만 점유자의 추급권을 배제할 합리적인 이유는 없으므로, 점유자의 추급권은 물건이 타인의 부동산 위에 있는 경우뿐만 아니라, 타인의 동산 안에 있는 경우에도 인정된다고 해석하여야 할 것이다.²²⁾

19) 박윤직, 『물권법』(제7판), 박영사, 2006, 153면; 김상용, 『물권법』(전정판 증보), 법문사, 2003, 287면; 김중환·김학동, 『물권법』(제9판), 박영사, 1998, 209면; 이상태, 『물권법』(5정판), 2007, 171면; 최병조, 『민법주해 [IV]』(초판), 박영사, 1992, 302면.

20) 그러나 이영준, 『한국민법론(물권편)』(신정2판), 박영사, 2004, 335면은 점유의 소멸에 관해서는 점유종료의사를 필요로 하지 않는다고 주장한다.

21) 이러한 문제제기와 관련해서는 법무부, 앞의 책, 276면 참조.

22) Joost/Münch. Komm., § 867, 3. Aufl., 1997, Rn. 2.

3. 새로운 점유의 불성립

(1) 점유자의 추급권이 인정되기 위해서는 부동산의 점유자가 그 부동산 위에 있는 동산에 대한 점유를 취득하지 않았어야 한다. 만약 부동산의 점유자가 동산의 점유를 취득하였다면, 종전의 점유자는 민법개정안 제204조의2가 아니라, 우리 「민법」 제192조 제2항 단서(독일민법 제856조 제2항 참조)와 제204조(독일민법 제861조 참조)에 의하여 점유물 반환청구권을 행사할 수 있다. 이 외에 독일민법에서는 제1007조²³⁾에 의해 일정한 요건에 따라 종전 점유자에게 목적물의 반환청구권이 인정될 수도 있다. 한편 소유자의 경우에는 우리 「민법」 제213조(독일민법 제985조 참조)에 의해 소유물 반환청구권을 행사하여야 한다.

이와 관련해서는 우선 점유물 반환청구권이나 소유물 반환청구권 외에 점유자의 추급권을 인정할 실익이 있는지의 여부가 문제될 수 있다. 즉, 부동산의 점유자가 그 위에 있는 물건에 대한 점유를 취득하지 않은 경우에는 점유자의 추급권이 인정되고, 그 점유를 취득한 경우에는 점유물 반환청구권이나 소유물 반환청구권이 인정되지만, 그 어떠한 경우에도 목적물을 반환받을 수 있다는 점에서는 동일하기 때문이다.

이에 대해서는 우리 민법개정안의 개정과정에서 물권적 청구권은 상대방의 비용에 의한 적극적인 행위청구권으로, 수거권은 자기에 비용

23) 독일민법 제1007조 [종전점유자의 청구권, 악의시에는 배제]

제1항: 동산을 점유하였던 종전의 점유자는, 점유자가 점유취득의 시점에 선의가 아니었던 경우에는, 점유자에 대해서 그 물건의 반환을 청구할 수 있다.

제2항: 종전의 점유자가 물건을 도난당하였거나, 유실되었거나, 또는 그 밖에 점유 이탈되었던 경우에는 종전의 점유자는 선의의 점유자에 대해서도 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 물건의 소유자이거나 종전의 점유자의 점유 시점 이전에 점유자로부터 점유이탈되었던 경우에는 그러하지 아니하다. 이 규정은 금전과 무기명증권의 경우에는 적용되지 아니한다.

제3항: 종전의 점유자가 점유취득의 시점에 선의가 아니었거나 또는 점유를 포기하였던 경우에는 반환청구권이 배제된다. 이 외에 제986조 내지 제1003조의 규정이 준용된다.

에 의하고 상대방에 대해서는 인용청구권으로 구별되어, 물권적 청구권과 관련된 비용부담의 문제를 해결할 수 있지만, 그 구별의 실익은 크지 않다는 주장이 제기되었다.²⁴⁾

이러한 주장에는 동의될 수 있는 부분과 그렇지 않은 부분이 있다고 생각된다. 즉, 물권적 청구권이 행위청구권(die Anspruch auf Herausgabe; Vindikatio)인 데 비해, 점유자의 추급권은 수거에 대한 인용청구권(die Anspruch auf Duldung der Wegnahme)이라는 점에 대해서는 동의될 수 있다.²⁵⁾ 그러나 물권적 청구권이 행위청구권이기 때문에 상대방이 비용을 부담하여야 하며, 점유자의 추급권이 인용(수인)청구권이기 때문에 추급권자가 비용을 부담하여야 한다는 부분은 보다 자세한 고찰을 필요로 한다고 생각된다.

우선 독일민법 제861조 제1항에서의 점유물 반환청구권은 점유자가 ‘금지된 사력을 통해서(durch verbotene Eigenmacht)’ 점유가 ‘침탈된(Wird ... gestört)’ 경우에 인정되며, 우리 『민법』 제204조 제1항 역시 점유자가 점유의 ‘침탈’을 당한 경우에 점유물반환청구권이 인정된다. 여기서의 침탈이라 함은 점유자가 그의 의사에 기하지 않고서 사실상의 지배를 전면적으로 빼앗기는 경우를 말한다.²⁶⁾ 즉, 주로 절취나 강도를 당한

24) 법무부, 앞의 책, 277면 참조.

25) Medicus/Münch. Komm., § 985, 3. Aufl., 1997, Rn. 18.은 행위청구권과 인용청구권 및 수거청구권(die Anspruch auf Zurückgabe; 독일민법 제546조 제1항; 우리 민법 제285조 참조)을 구별하고 있다.

한편 김용환, 『물권법론』(재정정판), 박영사, 1993, 54면은 물권적 청구권의 법률적 성질을 인용청구권으로 이론 구성하는데, 이는 물건의 반환의 문제와 비용부담의 문제를 분리하려는 의도에서 주장된 견해로 이해된다. 이 이론과 관련해서 물건반환의 문제와 비용부담의 문제를 분리하는 것은 타당하다고 생각된다. 다만 이는 행위청구권 자체의 법률적 성질과 관련해서 이를 해결하여야 한다고 생각되며, 물권적 청구권의 법률적 성질이 인용청구권이라는 주장은 받아들이기 어렵다.

26)곽윤직, 앞의 책, 161면; 김상용, 앞의 책, 301면; 김중환·김학동, 앞의 책, 218면; 이상태, 앞의 책, 183면; 이은영, 『물권법』, 제4판, 박영사, 2006, 363면; 이영준, 앞의 책, 362면.

경우에 침탈이 인정된다. 따라서 대부분의 경우에 있어서 점유를 침탈한 자에게는 불법행위에 의한 손해배상의 의무가 발생할 수 있으며(우리 민법 제204조 제1항; 독일민법 제992조 참조), 이에 따라 그 반환의 비용 역시 부담하여야 할 것이다. 이에 비해 점유자의 추급권은 점유의 ‘침탈’이 없는 경우에 인정되기 때문에, 그 비용을 부담할 필요가 없을 것이다.²⁷⁾ 따라서 점유회수청구권의 경우에는 상대방이 비용을 부담하는데 비해, 점유자의 추급권의 경우에는 추급권자가 비용을 부담한다는 점은 타당하지만, 이는 행위청구권과 수인청구권의 구별에 의한 법률효과라기보다는 점유보호청구권 자체가 상대방의 위법한 행위를 전제로 하고 있는 점으로부터 파생하는 법률효과라고 생각된다.

한편 소유권에 기한 물권적 청구권(우리 민법 제213조; 독일민법 제985조 참조)의 비용부담문제와 관련해서 우리나라의 판례는 행위청구권을 행사하는 자의 상대방이 비용을 부담하여야 한다는 입장을 취하고 있기 때문에,²⁸⁾ 이를 전제로 하는 경우에는 물권적 청구권의 경우에는 청구권의 상대방이 비용을 부담하고, 추급권의 경우에는 추급권자가 그 비용을 부담한다고 할 수 있을 것이다. 그러나 물권적 청구권의 비용 부담 문제에 관해서는 매우 다양한 이론이 제기되고 있기 때문에,²⁹⁾ 판례의 타당성을 전제로 하는 이러한 구별에 대해서는 동의하기 어려운 부분이 있다. 이에 관한 자세한 고찰은 향후 다른 기회에 다루기로 하

27) Joost/Münch. Komm., § 867, Rn. 3f.에 의하면, 이 외에 부동산의 점유자가 점유를 ‘침탈’하지 않고서 점유를 취득하였다면, 독일민법에서는 제1007조에 의하여 종전 점유자의 반환청구권이 인정될 수도 있다고 한다. 다만 Medicus/Münch. Komm., § 1007, 3. Aufl., 1997, Rn. 2는 독일민법 제1007조가 적용될 수 있는 경우에는 그보다 간편한 다른 법 규정이 적용될 수 있기 때문에, 독일민법 제1007조는 ‘실무를 위한 규정’이라기보다는 이론적 공상가(Grübler)를 위한 규정’일 뿐이라고 묘사하고 있다.

28) 대판 1966. 1. 31. 65다218; 동 1968. 4. 16. 67다2778; 동 1990. 5. 8. 90다684·90다카3307.

29) 다양한 학설의 주장 내용과 이에 대한 비판적 고찰로는 이상태, 앞의 책, 27면 이하 참조; 한편 물권적 청구권이 행위청구권이라는 점과 그 비용부담의 문제를 분리해서, 비용부담의 문제는 우리 민법 제473조에 의해서 원칙적으로 채무자(반환 의무자)가 부담한다는 견해로는 이영준, 앞의 책, 47면; 이은영, 앞의 책, 70면 참조.

고,³⁰⁾ 여기서는 이 문제에 관한 독일민법에서의 논의만을 소개하고자 한다.

즉, 독일민법에서의 통설과 판례는 물권적 청구권의 비용부담문제를 반환장소의 문제와 연결하여 고찰하고 있다.³¹⁾ 물권적 청구권자의 상대방이 목적물을 어느 장소에서 반환하여야 하는지가 결정되면, 그 반환장소에서 다시 목적물을 이전하는 것은 물권적 청구권자의 부담으로 되기 때문이다. 이에 의하면, 물권적 반환청구권에 의해서 물건이 반환되어야 하는 장소는 원칙적으로 반환의무 발생시점 당시의 반환의무자(채무자)의 현주소이다(독일민법 제269조 참조³²⁾). 다만 물건을 점유한 자가 그 물건의 점유를 이전하였던 경우, 그 이전에 따라 발생하게 되는 비용의 증가와 관련해서는 독일민법 제989조 이하에 의하여, 선의의 점유자는 그 증가된 비용을 부담하지 않지만, 악의의 점유자나 제소되었던 점유자는 그 증가된 비용을 부담하여야 한다.³³⁾

30) 물권적 청구권의 비용문제를 여기서 자세히 고찰하는 것은 본고의 범위를 넘는 부분이라고 생각되기 때문에, 이에 대해서는 향후의 논문에서 다루고자 한다.

31) Motive 3, S. 399 = Mugdan 3, S. 222; Enneccerus/ Kipp/ Wolff, Sachenrecht, 4. u. 5. Aufl., N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1910, S. 244(§ 84, III. 1); Medicus/ Münch. Komm., § 985, Rn. 20; Wieling, Sachenrecht, 4. Aufl., Springer, 2001, S. 164; BGHZ 104, 304, 306 = NJW 1988, 3264.

32) 독일민법 제269조는 급부의 장소와 관련해서 추심채무를 원칙으로 하고 있는 반면, 우리 민법 제467조는 특정물의 경우에는 채권 성립 당시의 목적물이 있던 장소, 불특정물의 경우에는 지참채무를 원칙으로 정하고 있다(매매의 경우에는 제586조 참조). 따라서 독일민법과 우리 민법에서의 변제의 장소는 크게 다르다는 점을 주의할 필요가 있다.

33) Wieling, Sachenrecht, S. 164는 물권적 반환청구권(독일민법 제985조)의 급부장소와 관련하여 독일 민법 제269조가 원칙적으로 적용되지 않고, 선의의 점유자와 악의 및 제소된 점유자로 구별하여 독일민법 제989조 이하가 적용되어야 한다고 주장하고 있지만, 이는 독일민법 제989조 이하의 문제에 대한 부정확한 이해로부터 기인하는 것으로 생각된다. 즉, 독일민법 제989조 이하는 단지 점유자가 목적물의 점유를 이전한 경우에만 적용되는 것이며, 일반적으로는 독일민법 제269조를 적용하는 것이 종래의 통설이다(Motive 3, S. 399 = Mugdan 3, S. 222; Enneccerus/Kipp/Wolff, Sachenrecht, S. 244 참조).

(2) 부동산의 점유자가 새로운 점유를 취득했는지의 여부는 점유의 취득에 관한 우리 「민법」 제192조 제1항(독일민법 제854조 제1항)에 의하여 결정하게 된다. 이와 관련해서 독일민법 제854조 제1항은 비록 “물건의 점유는 물건에 대하여 사실상의 실력을 획득함으로써 취득한다.”고 규정하고 있지만, 점유의 취득을 위해서는 원칙적으로 점유설정 의사 역시 존재해야 한다는 것이 입법자의 의사였다는 점과 그 근거에 대해서는 이미 고찰하였다.³⁴⁾ 그러나 우리 민법의 입법자는 점유취득에 있어서 순객관설의 입장에서 우리 「민법」 제192조 제1항을 규정한 것으로 이해된다. 즉, 민법안 심의록은 “현행법(구민법 제180조; 일본민법 제180조)의 의사주의를 포기하고 초안이 객관주의를 취득한 것은 타당하다.”고 함으로써,³⁵⁾ 그 입법취지가 객관설에 기초하고 있었음을 보여 주고 있다.

생각건대, 점유를 하는 자는 그 점유를 통해 일정한 법적 이익을 얻기도 하지만, 의무를 부담하기도 한다. 이와 관련해서 점유를 하는 자가 그 점유에 대한 의사 없이 단순히 사실상의 지배를 통해 일정한 의무를 부담해야 한다면, 이는 점유를 하는 자에게 가혹한 결과가 될 것이다. 따라서 우리 「민법」 제192조 제1항은 그 표현방식과 입법자의 의사에도 불구하고, 최소한 점유설정의사는 필요하다고 해석하는 것이 타당할 것이다. 특히 이와 관련해서는, 우리 「민법」 제192조 제1항은 그 규정내용에 비추어 볼 때, 독일민법 제854조 제1항으로부터 영향을 받은 것으로 이해되며, 독일민법의 입법자는 동 규정의 표현방식에도 불구하고 점유의 취득을 위해서는 원칙적으로 점유설정의사가 필요하다고 생각하였다는 점을 적극적으로 해석할 필요가 있을 것이다.

이러한 해석에 의하면, 부동산의 점유자가 그 부동산 위에 있는 동산을 사실상 지배하지만 그 지배의 의사가 없는 경우에는 부동산 점유자가

34) 이에 관해서는 II. 2. (2) 참조.

35) 민의원 법제사법위원회 민법안심의회소위원회, 「민법안심의회(상권)」, 1957, 122면.

아직 동산의 점유를 취득하지는 않은 것으로 되기 때문에, 동산 점유자의 추급권이 인정될 수 있을 것이다.

4. 추급권자

(1) 독일민법 제867조에서의 추급권자는 단지 직접 점유자만을 의미한다. 그러나 간접 점유자 역시 독일민법 제869조에 의하여 동일한 내용의 추급권을 가지게 되기 때문에, 양자를 구별할 실익은 없다고 생각된다.

우리 민법개정안 제204조의2에서의 추급권자는 이를 간접점유자와 직접점유자로 구별하여 규정하고 있는 것이 아니므로, 여기서의 추급권자에는 간접점유자와 직접점유자 모두가 포함되는 것으로 해석되어야 할 것이다.

(2) 우리 민법개정안 제204조의2는 단지 동산의 점유자에 대해서만 추급권을 인정하고 있으며, 동산의 소유자의 추급권에 대해서는 규정하고 있지 않다. 이러한 이유로 우리 민법의 개정과정에서는 우리 민법개정안 제213조의2를 신설하여 동산의 소유자에 대해서도 추급권을 인정자는 주장이 제기되었다.³⁶⁾

생각건대, 우리 민법개정안 제204조의2는 점유설정의사가 없이 물건을 사실상 지배하는 자의 점유를 부정하는 것을 전제로 하는 규정이다. 그런데 우리 민법 제213조에서의 소유물반환청구권은 소유자가 그 물건의 점유자에 대해서 행사할 수 있기 때문에, — 우리 민법개정안 제204조의2의 규정취지에 따라 — 비록 물건을 사실상 지배하지만 점유를 취득하지 않은 자에 대해서는 소유물반환청구권을 행사할 수 없게 된다. 따라서 만약 소유자에게 추급권을 인정하지 않는다면, 점유설정의사

36) 이에 관해서는 법무부, 앞의 책, 280-4면 참조.

없이 물건을 사실상 지배하는 자에 대해서는 그 물건의 소유자가 어떠한 권리도 행사할 수 없게 되는 문제가 발생하게 된다. 이러한 법의 흠결을 막기 위해서는 우리 민법개정안 제213조의2를 신설하여 동산의 소유자에 대해서도 추급권을 인정하여야 할 것이다.³⁷⁾

5. 추급권의 상대방

추급권의 상대방은 추급되는 물건이 있는 부동산이나 일정한 경우에는 그 물건이 있는 동산³⁸⁾의 직접점유자이다.³⁹⁾ 이미 언급한 바와도 같이,⁴⁰⁾ 부동산을 직접적으로 점유하고 있지 않은 간접 점유자의 경우에는, 비록 타인이 자신의 부동산에 출입한다고 할지라도 일반적으로 이러한 사정을 알지 못하는 것이 통상적이며, 또한 점유를 하고 있지 않은 간접점유자로서는 타인이 자신의 부동산에 출입하였다고 하여 그 권리를 행사하는 데에 어떠한 장애도 받고 있지 않기 때문이다.

6. 생활의 안온을 배려해야 함

우리 민법개정안 제204조의2 제1항 단서는 “그러나 물건의 점유자는 수거로 인하여 그 부동산 점유자의 생활의 안온이 방해받지 아니하도록 배려하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이러한 부동산점유자의 생활안온을 배려할 의무를 규정하게 된 것은 점유자의 추급권이 점유자의 자격구

37) 이와 관련해서 점유자의 추급권이나 소유자의 추급권은 상대방이 점유나 소유를 적극적으로 침탈하거나 방해하지는 않지만, 점유나 소유의 회복이나 방해제거를 위해 적극적으로 도움을 주지도 않는 경우에 주로 적용될 수 있는 제도라는 점이 다시 한번 강조될 필요가 있을 것이다.

38) 이에 관해서는 III. 2. 참조.

39) Joost/Münch. Komm., § 867, Rn. 7.

40) 이에 관해서는 II. 2. (2) 참조.

제권으로 이해됨으로써, 주거침입죄의 위법성 조각사유로 기능하게 될 우려가 있다는 비판으로부터 기인한 것으로 생각된다.⁴¹⁾

그러나 점유자의 추급권은 상대방에게 점유의 추급을 인용할 것을 청구하는 권리일 뿐, 자력으로 타인의 부동산에 출입할 수 있는 권리를 인정한 제도가 아니다. 부동산 점유자의 의사에 반하여 추급권자가 타인의 부동산에 출입하는 것은 금지된 사력에 의한 점유의 방해로써, 부동산 점유자는 점유보호청구권(우리 민법 제205조; 독일민법 제862조)에 의해 그 방해의 제거 및 손해배상을 청구할 수 있게 된다.⁴²⁾ 추급권을 행사하는 점유자가 부동산점유자의 생활안온을 배려하여야 한다는 의무는 이를 사전에 강제할 수 있는 성격의 것이 아니라, 단지 그 침해의 경우에 사후적인 법적 구제가 문제될 수 있는 성격의 것이라는 점을 생각할 때, 생활안온의 배려의무는 그 실효성도 적고 점유보호청구권과 중복되는 규정이라고 할 수 있다. 입법론적으로는 이러한 생활안온의 배려의무를 단순히 삭제하거나 또는 부동산 점유자의 의사에 반하여 그 부동산에 출입하는 경우에는 우리 「민법」 제205조에 의한다고 규정하는 것이 보다 타당하다고 생각된다.

IV. 점유자의 추급권의 효과론

1. 추급의 인용의무

점유자의 추급권이 인정되면, 부동산의 점유자에게는 그 물건의 수

41) 법무부, 앞의 책, 273면 참조; 또한 이에 따른 입법의 변화와 관련해서는 법무부, 앞의 책, 274면(제3차 가안, 실무위 가안), 281면(제32차 전체회의 논의 결과)과 282면(제6차 가안) 참조.

42) Joost/Münch. Komm., § 867, Rn. 5; Wieling, Sachrecht, S. 70.

거에 대한 인용의무(Duldungspflicht)가 발생한다. 이러한 인용의무는 소극적으로 물건의 수거를 인용하는 의무이지만, 경우에 따라서는 추급권자가 물건을 수거하기 위하여 물건으로 도달하는 것을 가능하도록 할 의무를 포함할 수도 있다.⁴³⁾ 또한 이러한 인용의무는 반드시 소극적이어야만 하는 것이 아니라, 부동산점유자가 임의로 추급의 대상이 되는 물건을 수거하여 이를 추급권자에게 인도하는 방식에 의해서도 가능하다.

다만 추급권자의 추급권 행사에 대해서 부동산 점유자가 그 부동산으로의 출입을 거절하게 되면, 추급권을 행사하였던 점유자는 그 추급의 대상이 되는 물건에 대한 점유를 잃게 되는 것이 일반적이다.⁴⁴⁾ 이 경우에는 부동산의 점유자가 동산의 점유를 취득한 것으로 볼 여지가 있기 때문에, 동산의 소유자가 소유권에 기하여 소유물 반환청구권을 행사할 수 있는 가능성이 있다(우리 민법 제213조; 독일민법 제985조). 그러나 부동산 점유자에 의한 출입의 거절에 의해 부동산 점유자가 반드시 추급의 대상이 되는 동산에 대한 점유를 취득하는 것은 아니다. 즉, 예컨대 부동산 점유자가 추급의 대상이 되는 물건이 자신의 부동산에 있다는 사실을 알지 못하였거나, 또는 자신이 추급을 수인할 의무가 있다는 사실을 알지 못하는 등의 이유로 추급권자의 출입을 거절하였다면, 이 경우에는 추급권자가 그 물건에 대한 점유를 잃지 않게 된다. 따라서 이러한 경우에는 여전히 동산의 점유자나 소유자는 추급권을 행사할 수 있다.⁴⁵⁾

43) Medicus/Münch. Komm., § 985, Rn. 18.

44) Joost/Münch. Komm., § 867, Rn. 4; Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, S. 838.

45) Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, S. 838.

2. 손해보상의무

우리 민법개정안 제204조의2 제2항은 “제1항의 경우에 부동산의 점유자는 그 수거로 인하여 입은 손해의 보상을 청구할 수 있다.”고 규정함으로써, 부동산 점유자의 손해보상청구권을 인정하고 있다.

여기서 손해배상청구권이 아니라 손해‘보상’청구권을 규정한 이유는 그 수거로 인해 발생한 손해에 대한 청구권이 불법행위법상의 청구권이 아니라, 양 당사자의 이익관계를 조정하는 목적에서의 청구권이라는 성격으로부터 기인하는 것으로 생각된다. 독일민법 제867조 제2항 역시 이를 손해보상청구권으로 해석되고 있다.⁴⁶⁾ 동 규정에서의 청구권은 손해배상청구권이 아니라 손해보상청구권이기 때문에, 추급권자의 고의나 과실은 손해보상을 위한 요건이 아니다.⁴⁷⁾ 즉, 추급권자가 고의나 과실 없이 부동산 점유자에게 손해를 입힌 경우에도 추급권자는 그 손해를 보상하여야 한다.

V. 결 론

본고에서는 독일민법 제867조에서의 점유자의 추급권과 동법 제1005조에서의 소유자의 추급권의 입법목적과 그 해석론을 살펴봄으로써, 우리 민법개정안 제204조의2의 해석 및 그 입법적 타당성과 관련되어 제기되고 있는 문제에 대한 시사점을 찾으려 하였다.

이와 관련해서 본고에서는 우선 점유자의 추급권이나 소유자의 추급권의 입법이유를 조사함으로써, 이러한 추급권이 점유회수청구권(우리 민법 제204조; 독일민법 제861조)이나 소유물 반환청구권(우리 민법

46) Joost/Münch. Komm., § 867, Rn. 9.

47) Joost/Münch. Komm., § 867, Rn. 9.

제213조; 독일민법 제985조)의 보충적인 기능을 하고 있음을 밝혔다. 즉, 점유회수청구권은 상대방이 점유를 (금지된 사력을 통해) 침탈한 경우에 인정되며, 소유물 반환청구권은 상대방이 목적물을 점유하고 있는 경우에 인정되기 때문에, 상대방이 점유를 침탈하지도 않았고, 또한 점유하고 있지도 않은 경우에는 점유회수청구권이나 소유물 반환청구권은 인정될 수 없게 된다. 따라서 이와 같이 -일반적으로 평온하게- 상대방이 목적물에 영향을 미치고 있는 경우를 위해 점유자의 추급권이나 소유자의 추급권이 인정되게 된다.

또한 점유의 취득이나 소멸의 요건을 살펴보았다. 이에 대한 자세한 고찰은 “물건을 사실상 지배하는 자는 점유권이 있다.”고 규정하고 있는 우리 「민법」 제192조 제1항이나, “점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 상실한 때에는 점유권이 소멸한다.”고 규정하고 있는 동조 제2항 본문과 관련하여, 과연 우리 법제에서 점유자의 추급권이나 소유자의 추급권이 인정될 여지가 있는지에 대한 의문으로부터 비롯된다. 즉, 점유자의 추급권이나 소유자의 추급권은 부동산 점유자가 추급의 대상이 되는 목적물에 대한 점유를 취득하지 않은 것을 전제로 하고 있는데, 우리 「민법」 제192조 제1항과 동조 제2항 본문을 문언적으로만 해석하는 경우에는 타인이 점유하는 부동산에 있는 물건은 언제나 그 타인이 점유하게 되며, 종전의 점유자는 그 점유를 잃게 되기 때문이다. 따라서 이러한 해석에 의하면, 타인이 점유하는 부동산에 있는 물건은 항상 점유회수청구권이나 소유물 반환청구권의 대상이 될 뿐, 상대방의 점유가 인정되지 않는 경우에 발생하는 점유자의 추급권이나 소유자의 추급권의 대상이 될 여지가 없게 될 것이다.

이러한 문제와 관련해서 본고에서는 독일민법의 입법이유와 심의록에 대한 고찰을 통해, 본래 물건을 사실상 지배하는 자에게 점유권이 있다는 문구는 단지 예외적인 경우를 고려한 표현일 뿐, 원칙적으로 점유의 취득을 위해서는 점유설정의사가 필요하며, 점유의 소멸을 위해

서는 점유포기의사를 필요로 한다는 점을 밝혔다. 즉, 독일민법의 입법자는 우편함에 있는 우편물과 같이 그 도달의 시점에 현실적으로 점유설정 의사가 있다고 보기 어려운 경우나 의사무능력자의 경우에는 물건에 대한 사실상의 지배에도 불구하고 점유를 인정하기 어렵게 되는 예외적인 경우를 위해, 점유의 취득을 위한 요건에서 점유설정의사를 표시하지 않았을 뿐, 원칙적으로 점유의 취득을 위해서는 당연히 점유설정의사가 필요한 것으로 이해하였다. 따라서 이러한 입법자의 의사에 대한 역사적 해석에 따르게 되면, 목적물을 사실상 지배하지만 그 점유설정의사가 없는 자에 대해서는 점유자의 추급권이나 소유자의 추급권만이 가능하며, 점유회수청구권이나 소유물 반환청구권을 행사할 수는 없게 된다.

이 외에도 본고에서는 점유자의 추급권 외에 소유자의 추급권이 인정되어야 한다는 점과 추급권자가 부동산 점유자의 안온한 생활을 배려하여야 하는 의무는 우리 「민법」 제205조에서의 점유보호청구권으로 대체되어야 한다는 점, 및 부동산의 점유자 외에 일정한 경우(물건이 타인의 자동차 안에 있는 경우 등)에는 동산의 점유자에 대해서도 추급권이 행사될 수 있어야 한다는 점 등을 강조하였다.

이와 같이 본고에서는 점유자의 추급권을 중심으로 점유제도의 일부에 대한 내용을 고찰하였다. 이러한 고찰과정을 통해 로마법 이래로의 점유제도 전반에 대한 보다 자세한 연구가 절실히 필요하다는 점을 느낄 수 있었지만, 이는 본고의 범위를 넘어서는 부분이었다. 이에 대한 전반적인 연구는 가까운 향후의 과제로 남기고자 한다.

(투고일 2008년 5월 16일, 심사일 2008년 5월 23일, 게재확정일 2008년 5월 30일)

주제어 : 추급권, 점유자, 소지인, 소유물 반환청구권, 점유보호청구권, 물건제 시소권, 인용청구권

[Zusammenfassung]

Verfolgungsrecht des Besitzers

— Als Mittelpunkt von dem § 204 2 im KBGB zum Modernisierungsgesetz —

Hyung-Taek Lim*

Nach § 204-2 I KBGB zum Modernisierungsgesetz(zit: KBGBzM) ist der Besitzer eines Grundstücks, auf welches eine bewegliche Sache gelangt ist, verpflichtet, das Wegschaffen der Sache zu gestatten. Es geht um das Verfolgungsrecht des Besitzers von dem beweglichen Sache.

Dabei müsste sich die Frage zunächst aufdrängen, unter welchen Voraussetzungen der Besitzer das Verfolgungsrecht ausüben kann, und ob und wie das Verfolgungsrecht und der Herausgabeanspruch des Besitzers sich unterscheiden lassen. Es ist weiterhin fraglich, ob das Verfolgungsrecht auch dem Eigentümer zusteht. Schließlich kommt die Frage in Betracht, ob, wenn die bewegliche Sache nicht auf ein Grundstück sondern in eine andere bewegliche Sache gelangt, der Besitzer das Verfolgungsrecht geltend machen kann.

Für die Lösung der vorgelegten Probleme ist es unentbehrlich, genauer den § 867 BGB zu untersuchen. Denn das Verfolgungsrecht des Besitzers von dem beweglichen Sache im § 204-2 KBGBzM nimmt sich augenscheinlich dem § 867 BGB zum Vorbild. In diesem Aufsatz wird § 867 BGB deswegen mit der gramatisch-historischen, systemischen und teleologischen Auslegungsmethode eingehend untersucht.

* Dr. jur. an der Universität Konkuk; Wiss. Assistent an Institut für Rechtswissenschaft der Universitäten Konkuk

Stichwörter : Verfolgungsrecht, Besitzer, Inhaber, die Anspruch auf
Herausgabe, Besitzschutzanspruch, actio ad exhibendum,
die Anspruch auf Duldung