

물권적 청구권의 이행불능의 효과

— 대법원 2012. 5. 17. 선고 2010다28604 전원합의체 판결* —

Die Rechtsfolgen wegen Unmöglichkeit der Erfüllung des Dinglichen Anspruchs

김 병 선**

Kim, Byung-Sun

목 차

- | | |
|---|--------------------|
| I. 서론 | III. 물권적 청구권의 이행불능 |
| II. 물권적 반환청구권에 대한 채권법 규정
“특히 의무위반(Pflichtverletzung)관련규
정”의 적용가능성에 관한 독일에서의
논의 | IV. 결론 |

대사판결의 중요한 논점은 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상청구권이 인정되는지 여부에 관한 것이다. 다수의견은 소유자가 소유권을 상실함으로써 물권적 청구권인 등기말소청구를 할 수 없게 된 경우 이행불능으로 인한 전보배상을 청구할 수 없다는 입장이며, 별개의견은 물권적 청구권의 경우에도 그에 기한 이행의무가 불능으로 되면 전보배상을 구할 수 있다는 입장이다.

대사판결에 대하여는 이미 다수의견을 지지하고 별개의견에 반대하는 취지의 평석들이 발표된 바 있다. 즉 소유자가 소유권을 상실함으로써 물권적 청구권을 행사할 수 없게 되었다면 불법행위를 이유로 소유권상실로 인한 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 하고 등기말소소유의 이행불능으로 인한 채무불이행책임을 논할 여지는 없다는 것이다. 이 글도 기본적으로는 다수의견을 지지하는 종래의 평석들과 의견을 같이 하지만 다소 방향을 달리하여 대사판결을 분석해보고자 시도하였다. 종래 물권적 청구권에 대하여 채권법 규정 특히 채무불이행 관련규정을 적용할 수 있는가에 관하여는 그다지 많은 논의가 이

투고일 : 2015. 12. 31. / 심사외뢰일 : 2016. 2. 3. / 게재확정일 : 2016. 2. 12.

* 판례공보 2012 하, 1064쪽.

** 이화여자대학교 법학과/법학전문대학원 부교수, 법학박사

Professor, School of Law, Ewha Womans University

루어지지 않았던 점을 고려하여, 이에 관한 독일에서의 논의를 살펴본 다음 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상 인정여부에 관한 문제를 검토하였다.

소유자가 실체관계에 부합하지 아니하는 등기의 명의인을 상대로 물권적 청구권을 행사하여 그 등기말소를 구하는 경우 소유자가 소유권을 상실하게 된 때에는 물권적 청구권의 이행불능을 이유로 하는 전보배상청구권을 인정할 수 없다는 대상판결의 결론은 논리적으로 타당하다. 물권적 청구권은 그 권리자인 소유자가 소유권을 상실하면 그 발생의 기초가 사라지게 되어 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 않기 때문이다.

다만 이 경우 소유자의 권리구제를 위하여 침탈자에 대한 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권을 인정하면 족하다는 취지는 그다지 정교한 이론이나 논리에 기반을 두고 있다고 생각되지 않는다. 오히려 민법 제202조에 의한 손해배상청구권을 인정하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 그리고 물권적 청구권에 대하여 채무불이행에 관한 규정을 일반적으로 적용할 수는 없다고 하더라도, 전보배상청구권을 유추적용하거나 원물반환의 불능에 의한 가액배상 또는 대상청구권을 인정하는 것이 논리적인 이론구성이라고 할 것이다.

[주제어] 물권적 청구권, 물권적 청구권의 이행불능, 전보배상, 대상청구권, 점유자의 회복자에 대한 책임

[사실관계]

원고(A)의 선대가 사정받은 것으로 추정되는 토지에 관하여 1974년 6월 26일 피고(대한민국, B) 앞으로 소유권보존등기가 경료 되었고, 위 토지에 관하여 매매를 원인으로 하여 1998년 1월 22일 C 앞으로 각 소유권이전등기가 경료 되었다. 재산을 최종적으로 단독상속 한 원고(A)가 피고(B)를 상대로 위 소유권보존등기의 말소를, C를 상대로 위 소유권이전등기의 말소를 청구한 사건(서울중앙지방법원 2008가합94375)에서 법원은 위 소유권보존등기가 원인무효라는 이유로 피고(B)에 대한 청구는 인용하고, C의 소유권이전등기는 등기부취득시효가 완성되었다는 이유로 C에 대한 청구는 기각하였으며, 이 판결은 확정되었다.

[소송의 경과]

원고(A)는 다시 피고(B)를 상대로 손해배상을 구하는 이 사건 소를 제기하였다. 제1심(서울중앙지방법원 2009. 8. 18. 선고 2009가합51498 판결)과 원심(서울고등법원 2010. 3. 18. 선고 2009나85122 판결)은 모두 C 등의 소유권이전등기가 유효한 것으로 인정됨에

따라 피고의 말소등기절차이행의무는 이행불능으로 되었으므로 피고는 원고에게 이행 불능으로 인한 손해를 배상할 의무가 있고 B는 A의 C 등에 대한 소송에서 A패소판결이 확정된 당시의 위 토지의 시가 상당액을 지급하라는 판결을 하였다. 이에 대하여 대법원은 다음과 같이 판단하여 원심판결을 파기환송 하였다.

[대법원의 판결이유]

“소유자가 자신의 소유권에 기하여 실체관계에 부합하지 아니하는 등기의 명의인을 상대로 그 등기말소나 진정명의회복 등을 청구하는 경우에, 그 권리는 물권적 청구권으로서의 방해배제청구권(민법 제214조)의 성질을 가진다. 그러므로 소유자가 그 후에 소유권을 상실함으로써 이제 등기말소 등을 청구할 수 없게 되었다면, 이를 위와 같은 청구권의 실현이 객관적으로 불능이 되었다고 파악하여 등기말소 등 의무자에 대하여 그 권리의 이행불능을 이유로 민법 제390조상의 손해배상청구권을 가진다고 말할 수 없다. 위 법규정에서 정하는 채무불이행을 이유로 하는 손해배상청구권은 계약 또는 법률에 기하여 이미 성립하여 있는 채권관계에서 본래의 채권이 동일성을 유지하면서 그 내용이 확장되거나 변경된 것으로서 발생한다. 그러나 위와 같은 등기말소청구권 등의 물권적 청구권은 그 권리자인 소유자가 소유권을 상실하면 이제 그 발생의 기반이 아예 없게 되어 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 아니하는 것이다. 이러한 법리는 선행소송에서 소유권보존등기의 말소등기청구가 확정되었다고 하더라도 그 청구권의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌지 아니하므로 마찬가지이다.”

[연 구]

I. 서론

대상판결의 중요한 논점은 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상청구권이 인정되는지 여부에 관한 것이다. 다수의견은 이를 부정하였으며, 종래 물권적 청구권인 말소등기청구권의 이행불능으로 인하여 전보배상청구권이 인정됨을 전제로 한 대법원

2008. 8. 21. 선고 2007다17161 판결, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다53638 판결 등을 변경하였다. 이 판결에는 종래 판례를 변경할 필요가 없다는 별개의견 및 다수의견에 대한 보충의견이 있었다.

다수의견은 소유자가 소유권을 상실함으로써 물권적 청구권인 등기말소청구를 할 수 없게 된 경우 이행불능으로 인한 전보배상을 청구할 수 없다는 입장이며, 별개의견은 물권적 청구권의 경우에도 그에 기한 이행의무가 불능으로 되면 전보배상을 구할 수 있다는 입장이다.

대상판결에 대하여는 이미 여러 차례 평석이 발표된 바 있다.¹⁾ 대부분 판결의 다수의견을 지지하며 별개의견에 반대하는 내용이다. 즉 소유자가 소유권을 상실함으로써 물권적 청구권을 행사할 수 없게 되었다면 불법행위를 이유로 소유권상실로 인한 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 하고 등기말소의무의 이행불능으로 인한 채무불이행책임을 논할 여지는 없다는 것이다.

이 글도 기본적으로는 다수의견을 지지하는 종래의 평석들과 의견을 같이 하지만 다소 방향을 달리하여 대상판결을 분석해 보고자 한다.

종래 물권적 청구권에 대하여 채권법 규정 특히 채무불이행 관련규정을 적용할 수 있는가에 관하여는 그다지 많은 논의가 이루어지지 않았다.²⁾ 따라서 이에 관한 독일에서의 논의를 살펴본 다음 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상 인정여부에 관한 문제를 검토해 보기로 하겠다.

II. 물권적 반환청구권에 대한 채권법 규정 “특히 의무위반(Plichtverletzung)관련규정”의 적용가능성에 관한 독일에서의 논의

1. 서설

소유자와 물권적 청구권의 상대방 사이의 법률관계에 대하여 채권법 규정이 적용될

1) 윤진수, “소유물반환의무 위반으로 인한 손해배상책임의 법적 성질”, 법률신문 제4055호, 2012.8.13; 지원림, “물권적 방해배제청구의 이행불능과 전보배상”, 법률신문 제4038호, 2012.6.11.

2) 이에 관한 우리나라에서의 논의는 민법주해(V), 188-190쪽(양창수 집필부분) 참조.

수 있는가에 관한 문제는 많이 논의되는 것인바, 위법한 침해로 인하여 발생하는 청구권인 물권적 청구권의 법적 성질에서부터 그 논의를 시작해야 한다. 특히 독일민법 제398조, 제275조, 제285조, 제281조 제1항 그리고 제985조에 따른 반환청구권에 대하여 지체책임을 적용할 수 있는가에 대하여 논의되어 왔다.³⁾

소유물반환청구상황에서는 소유자와 반환의무를 부담하는 점유자 사이에 채권관계에 유사한 특별관계가 존재한다. 따라서 원칙적으로 채권법 규정들의 적용이 가능하다. 다만 물권적 청구권의 특성과 제987조 이하의 규정들에서 차이점이 생길 수 있다.⁴⁾ 즉 소유물 반환청구상황에서는, 원상회복원칙(제985조⁵⁾)이 제987조 내지 제1003조의 추가적인 요건 하에, 소유물반환청구의 실행을 넘어 직접 보상청구권을 근거지을 수 있다는 점에서, 소유자와 반환의무를 부담하는 점유자 사이에 채권법적인 특별구속-그것은 법률에 의하여 발생한다-이 존재한다. 소유물반환청구 자체는 채권법적인 특성이 아니다. 따라서 채권법 규정들은 소유물반환청구권 자체에 대하여는 ‘유추’ 적용될 수 있고, 소유자-점유자 관계에 대해서는 ‘직접’ 적용될 수 있다. 다만 이에 대한 전제조건은 언제나 물권적 청구권(제985조) 및 제987조 이하의 특별규범과 충돌하지 않아야 한다는 것이다.⁶⁾

요컨대 소유물반환청구권은 물권법에 의하여 규율되는 물권적인 청구권으로서, 채권법상의 청구권에 대하여 적용되는 규정들은 물권법상 특별규정이 없는 경우에 한하여 그리고 그 적용이 물권법의 원칙과 모순되지 않는 경우에만 고려될 수 있다.⁷⁾

2. 이행불능

제275조,⁸⁾ 제285조, 제281조 등은 급부의 불능으로 인한 일정한 법률효과를 규율한다.

3) Jan Wilhelm, Sachenrecht 4., völlig neu bearb. Aufl. (2010) Rdnr. 1183.

4) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854-1296 · Wohnungseigentumsgesetz · Erbbaurechtsverordnung · Sachenrechtsbereinigungsgesetz · Schuldrechtsänderungsgesetz, 4. Aufl. (2004) §985 Rdnr. 34. (Medicus)

5) 제985조 소유자는 점유자에 대하여 물건의 반환을 청구할 수 있다. 이하 독일민법전의 규정은 양창수 역, 독일민법전, 박영사, 2008에서 인용하였다.

6) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854-1296 · Wohnungseigentumsgesetz · Erbbaurechtsgesetz, 5. Aufl. (2009) §985 Rdnr. 51.(Baldus)

7) Jürgen F. Baur/Rolf Stürmer, Sachenrecht 18., neubearb. Aufl. (2009), §11 C I Rdnr. 43.

8) 제275조 ① 급부가 채무자 또는 모든 사람에게 불능인 경우에는 그 급부에 대한 청구권은 배제된다. ② 급부가 채권관계의 내용과 신의성실의 요청에 비추어 채권자의 급부이익에 대하여 현저한 불균형을 이루는 비용지출을 요구하는 경우에는 채무자는 급부를 거절할 수 있다. 채무자에게 기대될 수 있는 노력을 정함에

여기서는 급부를 이행하여야 한다는 것 특히 약속한 것을 하여야 한다는 것 또는 그와 같은 의무를 부담한다는 것이 문제인데, 이는 두 가지를 의미한다. 우선 이행불능의 경우에 손해배상청구권이 이행청구권을 대체하게 된다는 점은, 채무자는 급부의무에 근거하여 급부에 관한 이익을, 일차적으로는 이행의 형태로 이차적으로는 손해배상의 형태로 제공할 의무를 부담한다는 것을 보여준다. 그리고 특히 손해배상의무는, 채무자가 의무의 불이행의 경우에 책임을 져야한다는 점에 근거를 두고 있다. 그런데 물권적 청구권에 있어서는 이는 모두 적합하지 않다. 왜냐하면 물권적 청구권이 문제되는 경우에는 의무자에게는 그 위법한 침해로 종료하는 것만이 문제되기 때문이다. 즉 위법한 침해가 계속되고 있다면(점유자가 타인의 물건을 가지고 있거나 또는 이웃사람이 다른 사람의 소유권을 방해하고 있는 경우), 소유자는 소유권의 귀결로서 그 침해를 종료할 것을 청구할 수 있다(제985조 또는 제1004조). 제275조 제2항에 따른 기대불가능성으로 인한 제한은 있을 수 없다. 만일 위법한 침해를 이미 종료되었다면, 점유자는 더 이상 타인의 물건을 차지하고 있는 것이 아니며, ‘이행불능이 존재’하는 것이 아니라 ‘물권적 청구권의 기초가 탈락’한 것이다. 점유자가 그 물건을 도로 찾아올 수 있는지 그렇다면 불능이 아니라고 할 수 있는지는 중요하지 않다. 점유자가 타인의 소유권을 침해하였거나 또는 그가 타인의 물건을 차지하고 있다는 사실을 알고 있다는 점에서 발생하는 점유자에 대한 청구권만 고려되는 것이다. 그것은 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 청구권이 아니다. 그리하여 제275조에 대해서는 제985조의 소유물반환청구권에 이를 적용할 수 없다는 점이 일반적으로 인정되고 있다.⁹⁾

일반 급부장애법의 의미에서 불능과 주관적 이행불능은 물권법상 실행청구권으로서 소유물반환청구권에 대해서는 적합하지 않기 때문에, 급부의 후발적 불능에 관한 규정들(제275조 이하)은 소유물반환청구권에 대해서는 이미 구성요건상-개념상 직접 적용할 수 없다. 소유물반환청구의 상대방인 점유자는, 그가 점유를 통하여 소유권을 침해, 따라서 사실상 소유자 권능 일부를 찬탈하기 때문에만 그리고 그러한 한에서만 제985조에 따라서 책임을 지는 것이다. 그러므로 소유물반환청구의 상대방이 점유를 상실하고 그리하여 더 이상 소유권을 ‘침해’하고 있지 않다면, 그가 점유상실로 인하여 소유자에게 물건을 반환할 수 없게 되었는지 또는 어렵지 않게 점유를 다시 획득할 수 있을 것인지에 관계없이 제985조의 청구권은 당연히 탈락한다. 소유물반환청구권은 조달청구권

있어서는 채무자가 그 급부장애에 대하여 책임 있는지 여부도 고려되어야 한다.

9) Wilhelm, a.a.O., Rdnr. 1186; Münchener/Baldus, a.a.O., Rdnr. 56

(Verschaffungsanspruch)이 아니라 단순한 ‘반환’청구권(Auskehrungsanspruch)이다.

그렇다고 해서 점유상실로 인한 소유물반환청구권의 소멸의 경우에, 제275조 이하의 개별적인 규정들을 적절하게 수정하여 적용하거나 또는 규정의 틈(不備)을 보충하기 위하여 일반 불능법의 근본사상을 원용하는 것이 반드시 불가능한 것은 아니다. 왜냐하면 점유상실은 논리적으로 당연히 소유물반환청구권의 좌절 즉 급부불능과는 구별되어야 하지만 그러나 어쨌든 서로 유사하고 그리하여 결과적으로 급부장애와 같은 가치를 가지는 종류로서 다루어질 수 있기 때문이다. 다만 소유물반환청구권에 관하여는 제989조 이하에서 소유물반환청구권의 급부장애에 고유한 특별규정들을 두고 있기 때문에 그러한 원용의 필요성은 매우 적다. 그리고 그러한 소유물반환청구권에 관한 특별규정들을 보충하기 위해서는 실제로 제276조,¹⁰⁾ 제278조,¹¹⁾ 제280조¹²⁾ 제1항 2문만 원용하면 충분하다. 그리하여 제280조는 이미 소유물반환청구권에는 적용할 수 없다. 왜냐하면 그에 의하여 소유자-점유자 관계 특유의 이익평가가 부인되게 될 것이기 때문이다. 또한 제281조는 그 2차적인(보조적인) 성질 때문에 소유물반환청구결과규정의 평가의 안정성을 해치게 될 것이므로, 소유물반환청구권에 대해서는 적합하지 않다.¹³⁾

그리하여 소유물반환청구 상대방의 급부의무의 제한된 내용을 고려하는 때에만 불능의 개념을 인정할 수 있을 것이다. 그는, 필요한 경우 제3자의 수중에서 점유를 재조달할 의무를 부담하는 것이 아니라, 그가 현재 청구권자의 소유권을 침해하여 스스로 차지하고 있는 그 점유를 이전할 의무만을 부담하는 것이다. 소유물반환청구 상대방이 점유를 계속하고 있으면서도 예외적으로 어떤 다른 법적 근거로 인하여 소유자에게 반환할 수 없는 경우에는, 이론적으로 “불가능한 일을 할 의무는 존재하지 아니한다(impossibilia nulla obligatio est)”는 원칙이 적용되어, 소유자는 그 반환청구를 할 수 없다. 즉 점유상실과는 다른 이유로 예를 들면 관청의 금지에 의하여 반환할 수 없게

10) 제276조(채무자의 유책성) ① 보다 엄격한 또는 보다 완화된 책임에 대하여 정함이 없고, 또한 그러한 책임이 채권관계의 다른 내용, 특히 보장이나 조달위험의 인수부터 인정되지도 아니하는 경우에는, 채무자는 고의와 과실에 대하여 책임 있다. 제827조 및 제828조는 이에 준용된다. ② 사회생활상 요구되는 주의를 게을리한 사람은 과실로 행위 하는 것이다. ③ 채무자의 고의로 인한 책임은 미리 면제될 수 없다.

11) 제278조(제3자로 인한 채무자의 유책성) 채무자는 법정대리인 및 채무의 이행을 위하여 사용하는 사람의 과실에 대하여 자신의 과실에 대하여와 마찬가지로 책임이 있다. 제276조 제3항은 이에 적용되지 아니한다.

12) 제280조(의무위반으로 인한 손해배상) ① 채무자가 채권관계상의 의무를 위반하는 경우에는 채권자는 그로 인하여 발생한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 채무자가 그 의무위반에 대하여 책임 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

13) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 3 Sachenrecht §§985-1011 (Eigentum 3) Neubearbeitung 2006 §985 Rdnr. 7 (Gursky).

된 경우에는 제275조를 적용할 수 있을 것이다.¹⁴⁾ 무기(武器)를 반환하여야 하는 경우에 무기휴대허가증을 지니지 않은 소유자가 자기에게 직접 반환할 것을 요구하는 때에는 불능을 인정할 수 있을 것이다. 반면 예술작품을 반환하여야 하는 경우에 이를 반환받아 외국으로 가져가려고 하는 소유자가 ‘독일문화재의 외국으로의 이전으로부터의 보호를 위한 법률(KultSchG)’ 제1조 제4항에 의한 허가를 받지 않았다고 하더라도 그 때문에 불능으로 되는 것은 아니다.¹⁵⁾

반환청구 되는 물건의 광범위한 변형, 예를 들면 반환하여야 하는 토지에 건축을 한 경우에도 불능이 존재하는 것은 아니다(제946조 참조). 어떤 물건이 아직 반환청구 상대방의 수중에 있는 것은 확실하지만 이를 찾아내는 데에 이례적으로 많은 비용이 드는 경우라고 하더라도 제275조 제2항은 유추적용 될 수 없다. 심각한 불균형이 존재하는 때에는 권리남용의 관점으로 비용문제를 해결할 수 있을 것이지만, 이때 권리남용에 대한 기준은 제275조 제2항의 경우보다는 더 높아야 한다. 그리고 권리남용의 항변은 점유자가 상당한 방법으로 소유권을 침해하였다는 점을 전제로 하여야 할 것이다.¹⁶⁾

3. 대상청구권

통설에 의하면 대상청구권에 관한 제285조17)의 규정도 적용되지 않는다. 제985조의 소유물반환청구권에 있어서 점유상실은 점유자에게 이행이 가능했던 것이 불가능하게 되었고 그리하여 본래 반환의무를 부담하던 목적물 대신 대위물을 취득하였다는 것을 의미하는 것이 아니라, 점유를 상실함으로써 점유자에 대한 소유물반환청구 상황이 사라졌고, 그 결과 청구권의 기초도 탈락하였다는 것을 의미하는 것이다. 물건이 제3자에게 있는 경우 소유물반환청구권은 그 제3자에 대해서 존재하게 된다. 점유자가 점유가 상실되는 데 있어서 불성실하였거나 또는 점유상실 전에 소송계속이 발생한 경우에는 이행의 무 즉 보관의무와 제공의무는, 물론 종전의 점유자가 부담한다. 이 점에 있어서 대상청구권 관련하여 목적물에 대한 대위물에 관하여 생각해볼 수 있을 것이다.¹⁸⁾

14) Staudinger/Gursky, a.a.O., Rdnr. 8.

15) Staudinger/Gursky, a.a.O., Rdnr. 8.

16) Münchener/Baldus, a.a.O., §985 Rdnr. 56; Staudinger/Gursky, a.a.O., Rdnr. 9.

17) 제285조(代償의 인도) ① 제275조 제1항 내지 제3항에 의하여 채무자로 하여금 급부를 이행할 필요가 없게 하는 사유에 기하여 채무자가 채무의 목적물에 관하여 대상(代償, Ersatz)이나 대상청구권(Ersatzanspruch)을 취득한 경우에, 채권자는 대상으로 수령한 것의 인도 또는 대상청구권의 양도를 청구할 수 있다.

점유자가 유상으로 처분한 경우 그 대가가 점유자에게 남아 있다면, 즉 양도가 유효한 때에는 그 대가는 점유에 대한 대위물이 아니라 소유권에 대한 대위물이다. 이와 관련하여 소유자는 제816조 제1항 1문¹⁹⁾에 따라 반환청구권을 갖게 되며 그것은 처분의 유효 여하에 달려있다.²⁰⁾

양도가 무효인 경우에는, 소유자는 새로운 점유자에 대하여 소유물반환청구권을 가지고 있으므로 추가로 대금을 청구하는 것은 허용되지 않는다. 이 대금은 반환의무가 부과된 점유를 대신하는 것도 아니며 소유권을 대신하는 것이다. 그에 비하여 양도가 유효한 경우에는, 제816조 제1항 1문이 적용된다. 처분이 제932조(무권리자로부터의 선의취득)에 의하여 유효하지 않은 경우, 소유자는, 그가 새로운 점유자에 대한 물건반환청구보다 대금에 대한 청구권을 높게 평가하는 때에는, 우선은 무효인 양도를 추인(제185조 제2항)함으로써 유효하게 만들 수 있다. 이때 소유자는 처분에 대한 추인과 교환적으로 반환청구권을 행사할 수 있다.²¹⁾

점유자에 대한 손해배상에 있어서는, 동산에 대하여 우선 특히 제851조²²⁾에 의하여 결정되어야 하는 선결문제가 발생한다. 즉 이러한 급부가 배상채무자를 면책시키는가 하는 점이다. 채무자가 면책되지 않는 경우에는 소유자는 손해배상청구권을 가지고 있으며, 그 때문에 제285조의 권리를 주장할 수 없다. 그에 비하여 채무자가 면책되는 때에는 제816조 제2항²³⁾이 적용된다.²⁴⁾

18) Wilhelm, a.a.O., Rdnr. 1187.

19) 제816조(무권리자의 처분) ① 무권리자가 목적물에 관하여 권리자에 대하여 효력 있는 처분을 한 경우에는, 그는 권리자에게 처분으로 인하여 취득한 것을 반환할 의무를 진다. 처분이 무상으로 행하여진 때에는, 처분에 기하여 직접 법적 이익을 취득한 사람이 동일한 의무를 진다.

20) Wilhelm, a.a.O., Rdnr. 1187.

21) Münchener/Baldus §985 Rdnr. 57.

22) 제851조(무권리자에의 배상) 동산의 침탈 또는 훼손으로 인하여 손해배상의 의무를 지는 사람이 침탈 또는 훼손 당시 물건을 점유하고 있던 사람에게 배상을 한 때에는, 제3자가 물건의 소유자이었거나 그 물건에 기타의 권리를 가지고 있었던 때에도, 그 급부에 의하여 면책된다. 그러나 그가 제3자의 권리를 알았거나 중대한 과실로 이를 알지 못하였던 때에는 그러하지 아니하다.

23) 제816조 ② 무권리자에게 실행된 급부가 권리자에 대하여 효력이 있는 경우에는, 무권리자는 권리자에게 급부받은 것을 반환할 의무를 진다.

24) Münchener/Baldus §985 Rdnr. 58.

4. 이행지체

불능에 대한 규율과는 다른 근거에서, 소유물반환청구권(제985조)의 물권적 책임과 관련하여 이행지체에 관한 규율은 적용할 수 없다. 합목적성근거에서 점유자에게 부과되는 반환책임 자체도 지체될 수 있다. 그러나 소유물반환청구권에 관한 제987조 이하의 특별규정들이 이미 이행지체 규정의 적용과 모순된다. 선의점유자는, 반환청구권에 근거한 소송의 계속 중에도 여전히 점유권이 자기에게 속한다는 주장을 고수할 수 있다. 물건의 귀속에 관해서는 소송에서 판단되어야 하는 것이다.²⁵⁾

제281조²⁶⁾(기간을 정하였으나 그 기간이 도과된 경우 급부에 갈음하는 손해배상)는 소유물반환청구권에 대해서 적절하게 적용되어야 한다. 즉 소유물반환청구자는 “제280조 제1항의 요건 하에” 기간을 정하였으나 그 기간이 도과된 경우 원칙적으로 그 물건 대신 적극적 이익을 청구할 수 있어야 할 것이다. 그런데 그것은, 소송계속 후에만 또는 악의인 경우에만 점유자의 손해배상의무를 인정하는 제987조, 제989조, 제990조, 제993조 제1항과 충돌한다. 제987조, 제989조, 제990조는 고유한 청구권 근거이므로, 제280조 제1항의 요건을 적용하도록 하는 것은 적절하지 않다. 그러므로 제281조에 관해서는 대체로 다음 두 가지 결론이 타당하다. (1) 반환을 위하여 점유자에게 기간을 정하였으나 그 기간이 도과된 때에는, 물론 제281조 제2항에 따른 예외가 있긴 하지만, 소유자는 반환에 대한 점유자의 주관적 불능(Unvermögen)을 인정하고 결국 제989조²⁷⁾에 따라 반환에 갈음하여 손해배상을 청구할 수 있다. (2) 일부반환에도 불구하고, 소유자는 그가 일부반환에 대하여 이익이 없는 때에는, 물건 전부의 반환이 없음을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다(제281조 제1항 2문). 물론 손해배상은 제255조를 유추하여 물건의 양도에 대해서만 의무를 부담한다. 그밖에는 제281조는 소유물반환청구권의 경우에 전혀 적합

25) Wilhelm, a.a.O., Rdnr. 1192.

26) 제281조(급부의 이행기 또는 채무에 좇지 아니한 이행으로 인한 전보배상) ① 채무의 이행기가 도래한 급부를 실행하지 아니하거나 채무에 좇아 실행하지 아니한 경우에, 채권자가 채무자에 대하여 급부 또는 추인을 위하여 상당한 기간을 정하였으나 그 기간이 도과된 때에는, 그는 제280조 제1항에서 정하는 요건 아래서 급부에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다. 채무자가 일부급부를 실현한 경우에는, 채권자는 일부급부에 대하여 이익이 없는 때에만 급부 전부에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다. 채무자가 채무에 좇지 아니한 급부를 실현한 경우에, 그 의무위반이 경미한 때에는, 채권자는 급부 전부에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 없다.

27) 제989조(소송계속 후의 손해배상) 점유자는 소송계속시로부터 자신의 과책으로 인하여 물건이 손상되거나 멸실하거나 또는 다른 이유로 물건을 반환할 수 없게 됨으로써 발생하는 손해에 대하여 소유자에 대하여 책임을 진다.

하지 않다.²⁸⁾

특히 제281조 제4항²⁹⁾에 관하여는 여전히 의문이 제기된다. 위 규정은 논리적으로 급부청구권과 급부에 갈음한 손해배상청구권을 양자택일로 제시하고 있다. 이러한 의미에서 1차적 청구권(Primäranspruch)이, 소유자가 소유권을 잃어버리거나 또는 점유를 되돌려받음 없이, 어떻게 소멸할 수 있는가? 그리고 손해배상을 청구할 때까지 부담하게 된 급부의 가치는 과연 얼마인가? 여기서 제281조는 채권적 청구권의 채권자에게, 물권적 권리실현을 위해서는 의미가 없는 가능성을 주고 있다. 뿐만 아니라 선의이지만 제소된 점유자는, 법적 지위에 관한 분쟁이 해결될 때까지의 시간에 대해서 지체손해를 배상할 위험을 부담하지 않게 된다. 그 때문에 제281조가 적용될 가능성은 원칙적으로 열려있지 않다. 이는 소유물반환청구권(제985조)에 의하여 점유자에게 요구되는 행동을 전혀 급부라고 해석하지 않는 극단적인 입장을 취하지 않더라도 마찬가지이다.³⁰⁾

한편 제990조³¹⁾ 제2항은 악의(惡意, Bösgläubig)점유자의 책임에 관하여 지체규정에 의하도록 하고 있으나, 그렇다고 해서 제990조 제2항이 제281조가 적용될 가능성을 개별적으로 인정하고 있다고도 할 수 없다. 채권법규정이 아닌 제985조 자체에 대해서는 그로부터 아무런 결론도 나오지 않는다. 추상적이거나 또는 허구로 꾸며낸 청구권 “본질”이 아니라, 물권적 청구권과 물권적이지 않은 청구권 사이의 기능의 차이가 문제인 것이다. 나아가 제281조의 적용가능성은 채권자 지위의 강화를 의미하게 되는데, 물권법상의 채권자의 지위는 채권법상의 채권자의 지위와는 달리, 물건의 점유만 인정된다면 그의 지위는 강화될 필요는 없는 것이다.³²⁾

요컨대 이행지체에 관한 규정, 특히 제280조 제2항,³³⁾ 제286조³⁴⁾는 소유물반환청구권

28) Münchener/Medicus §985 Rdnr. 40.

29) 제281조 ④ 채권자가 급부에 갈음하여 손해배상을 청구하면 바로 급부청구권은 배제된다.

30) Münchener/Baldus §985 Rdnr. 54.

31) 제990조(악의점유자의 책임) ① 점유자가 점유취득시에 선의가 아니었던 경우에는 그는 소유자에 대하여 점유취득시로부터 제987조, 제989조에 따라 책임을 진다. 점유자가 나중에 자신에게 점유할 권리가 없음을 알게 된 경우에는 안 때로부터 이와 동일한 책임을 진다. ② 지체로 인한 점유자의 그 밖의 책임은 영향을 받지 아니한다.

32) Münchener/Baldus §985 Rdnr. 55.

33) 제280조 ② 채권자는 제286조에서 정하는 추가적 요건을 충족하는 경우에만 급부의 지연으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.

34) 제286조 (이행지체) ① 채권자가 이행기 도래 후 최고를 하였음에도 채무자가 급부하지 아니한 경우에는 채무자는 최고로 인하여 지체에 빠진다. 이행소송의 제기 또는 독촉절차에서의 독촉결정의 송달은 최고와 동시된다. ④ 급부가 채무자에게 책임없는 사유로 행하여지지 아니한 경우에는, 채무자는 지체에 빠지지

에 대해서는 적용할 수 없다고 할 것이다. 다만 제990조 제2항은 악의점유자에 대해서 위 규정들의 적용가능성을 전제하고 있으며, 그러므로 선의점유자에 대해서는 제280조 제2항, 제286조에 의한 배상의무나 제287조³⁵⁾에 의한 책임가중 등은 적용될 수 없다.³⁶⁾

5. 채권자지체

수령지체는 이행할 준비가 되어 있는 채무자의 면책과 권리에 관한 것이며, 그의 이행책임 또는 이익책임(Interessehaftung)에 관한 것이 아니다. 따라서 수령지체는 반환 의무자에 대해서도 적용될 수 있다. 그 요건은, 소유자가 물건적 청구권의 이행에 있어서 협력하여야 하는 경우 그리하여 특히 점유자가 소유자에 대한 인도를 통해서만 손해배상 없이 자기의 책임을 이행할 수 있는 경우에, 물건의 반환에 있어서 고려된다. 채권자지체에 관한 제293조 이하의 규정들은 점유자에게 불이익이 아니라 이익만을 주는 것이기 때문에, 제987조³⁷⁾의 내용과 충돌하지 않을 수 있으며, 따라서 원칙적으로 소유물반환청구권에 대해서도 적용될 수 있다. 반환채무는 추심채무이기 때문에, 소유자에 대한 점유자의 반환의 구두제공이 있으면 이미 제295조³⁸⁾에 의하여(다만 제299조(일시적 수령장애)의 예외 있음) 채권자지체가 발생한다. 또한 소유자가 물건은 반환받으면서 비용은 배상하지 않으려고 하는 경우에도 채권자지체가 발생한다(제1000조,³⁹⁾ 제298조.⁴⁰⁾ 여기

아니한다.

- 35) 제287조(지체 중의 유책성) 채무자는 지체 중에는 모든 과실에 대하여 책임 있다. 그는 우연에 대하여도 급부에 관하여 책임을 진다. 다만 급부가 적시에 행하여졌어도 손해가 발생하였을 것인 경우에는 그러하지 아니하다.
- 36) Münchener/Baldus §985 Rdnr. 61. Baur/Stürmer, a.a.O., §11 C I Rdnr. 45는 반환청구자가 최고에 의하여 점유자를 이행지체에 빠뜨렸다면(제286조 제1항 1문), 점유자는 제990조 제2항, 제287조 2문에 따라 우연한 사고에 대하여도 책임을 지게 된다고 한다(BGHZ 85, 11).
- 37) 제987조(소송계속 후의 수익) ① 점유자는 소송계속 후에 수취한 수익을 소유자에게 반환하여야 한다. ② 점유자가 소송계속 후에 정상적인 경영의 규칙에 따라 수취할 수 있었던 수익을 수취하지 아니한 경우에는, 그에게 과책이 있는 한, 소유자에 대하여 상환의 의무를 진다.
- 38) 제295조(구두제공) 채권자가 급부를 수령하지 아니할 뜻을 채무자에게 표시한 경우 또는 급부의 실행에 채권자의 행위가 필요한 경우, 특히 채권자가 채무의 목적물을 추심하여야 하는 경우에는, 채무자의 구두제공으로 족하다. 채권자에 대하여 그 필요한 행위를 할 것을 요구하는 것은 급부제공과 동일시된다.
- 39) 제1000조(점유자의 유치권) 점유자는 상환받아야 할 비용이 결제될 때까지 물건의 반환을 거절할 수 있다. 점유자가 고의의 불법행위에 의하여 물건을 취득한 경우에는 그는 유치권을 가지지 못한다.
- 40) 제298조(동시이행급부) 채무자가 채권자의 급부와 상환으로만 급부할 의무를 지는 경우에, 채권자가 제공된 급부를 수령할 자세를 갖추었다더라도 청구받은 반대급부를 제공하지 아니한 때에는, 그는 지체에 빠진다.

의 “반대급부”는 제320조(동시이행의 항변권) 이하의 규정들에서와 그 의미가 다름).⁴¹⁾

채권자지체의 법률효과에 관해서는, 제300조⁴²⁾ 제2항, 제301조(이자발생의 중단)는 소유물반환청구에 대해서는 적합하지 않다. 그에 비하여 그 밖의 규정들은 유추적용될 수 있다.

그 법률효과는 점유가 제989조 이하에 따라 책임이 있는 경우에, 제300조 제1항, 제302조⁴³⁾에 의한 책임경감이다. 또한 제304조⁴⁴⁾(증가비용의 상환, 즉 점유자의 소유자에 대한 비용상환청구권에 관한 제994조 이하의 규정과 무관한 일정한 비용의 상환)도 적용될 수 있으며, 제303조⁴⁵⁾는 특히 토지의 반환에 관한 것이지만, 소유물반환청구권에 대해서도 적용될 수 있을 것이다.⁴⁶⁾

예를 들어 B가 장물아비에게서 E로부터 절취한 자동차를 “선의로” 샀다. E가 소유자로서 신고하였기 때문에 B는 자동차를 반환하려고 하였으나, E는 그 사이에 자동차가 불품없게 되었다는 이유로 부당하게 수령을 거절하고 금전으로 손해배상을 요구하였다. 그러는 사이에 자동차가 B의 경과실로 야기된 화재로 인하여 파괴되었다면, B는 책임이 없다. 제990조 제1항 2문, 제989조에 따라 정해진 모든 종류의 책임은, 채권자지체의 경우에 제300조 제1항에 의하여 고의와 중과실의 경우로 제한된다.⁴⁷⁾

6. 불완전이행 기타

특별구속관계에서 손해배상의 기본적 구성요건으로서 제280조에 있어서, 부수의무는 경우에 따라서는 유추되거나, 특별규정에서 적합한 해결이 도출될 수 없는 때에는 제280

41) Münchener/Baldus §985 Rdnr. 62.

42) 제300조(채권자지체의 효력) ① 채무자는 채권자지체 중에는 고의와 중과실에 대하여만 책임이 있다. ② 종류만으로 정하여진 물건이 채무의 목적인 경우에는, 채권자가 제공된 물건을 수령하지 아니함으로써 지체에 빠지는 시점에서 위험은 채권자에게 이전한다.

43) 제302조(수익) 채무자가 목적물의 수익을 반환하거나 상환할 의무를 지는 경우에, 그의 의무는 채권자지체 중에는 그가 수취한 수익에 한정된다.

44) 제304조(증가비용의 상환) 채권자지체의 경우에 채무자는 제공이 무위로 돌아감으로써 또한 채무의 목적물을 보관하고 유지함으로써 지출하여야 했던 증가비용의 상환을 청구할 수 있다.

45) 제303조(점유포기의 권리) 채무자가 토지 또는 등기된 선박 또는 건조 등의 선박을 인도할 의무를 지는 경우에, 그는 채권자가 지체에 빠진 후에는 점유를 포기할 수 있다. 포기는 미리 채권자에게 예고되어야 한다. 그러나 예고할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

46) Wilhelm, Rdnr. 1193; Münchener/Baldus §985 Rdnr. 63.

47) Baur/Stürmer, a.a.O., §11 C I Rdnr. 45.

조에 의하여 인정될 수 있다.

가령, 점유자가 물건을 반환할 때, 그 사이에 물건에 발생한 위험성에 대하여 소유자에게 책임 있는 사유로 설명하지 않았고, 그로 인하여 소유자가 후속손해를 입는 경우를 생각할 수 있다. 예를 들어 반환된 자동차의 브레이크에 결함이 있거나 또는 반환된 소가 병들어 있었기 때문에 소유자의 건강한 다른 소들을 전염시킨 경우에 그러하다.

이때 틈이 존재하는 한, 부수손해(Begleitschäden)에 대해서는 제280조, 제282조⁴⁸⁾가 적용되어야 한다. 점유자는 반환할 때 자기가 점유할 권리가 없다는 것을 알고 있었고, 따라서 제990조에 의하여 원칙적으로 일반적인 과실책임(Verschuldenshaftung)의 지배를 받기 때문에 제987조 이하 규정들의 목적은 이와 모순되지 않는다. 사례에서 언급된 규율필요성은 대부분 이미 불법행위법에 의하여 해결되기는 하지만, 개개의 차이는 존재한다(예를 들어 이행보조자책임). 또한 소유물반환청구관계에 있어서 점유자의 일반적인 정보제공의무는 존재하지 않는다.⁴⁹⁾

III. 물권적 청구권의 이행불능

1. 서설

논의의 대상인 법률관계의 기본적인 구조는 소유권을 침해당한 소유자 A가 침탈자 B(대상판결 사안에서 대한민국)에 대하여 물권적 청구권인 소유물반환청구권 및 방해배제청구권을 행사하는 것이다. 그리고 B는 그 목적물을 C(전득자, 대상판결 사안에서 취득시효완성자)에게 처분하여 그 점유와 등기명의를 이전하여 현재 이를 보유하고 있지 않다. 그 후 C가 목적물에 대하여 등기부취득시효의 요건을 갖추어 이를 시효취득함으로써 결과적으로 A는 소유권을 상실하였다.

48) 제282조(제241조 제2항의 의무의 위반으로 인한 전보배상) 채무자가 제241조 제2항에서 정한 의무에 위반한 경우에 채권자가 채무자에 의한 급부를 더 이상 기대할 수 없는 때에는 제280조 제1항에서 정하는 요건 아래서 급부에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다.

제241조(채권관계에 기한 의무) ① 채권관계에 기하여 채권자는 채무자에 대하여 급부를 청구할 수 있다. 급부는 부작위일 수도 있다. ② 채권관계는 그 내용에 좇아 각 당사자에 대하여 상대방의 권리, 법익 및 이익에 배려할 의무를 지을 수 있다.

49) Münchener/Baldus §985 Rdnr. 53.

대상판결은 이와 같이 소유자(A)가 소유권을 상실한 경우 등기말소청구권 등 물권적 청구권은 그 존재 자체가 인정되지 않으며 그 이행불능을 이유로 손해배상청구권을 행사할 수는 없다고 하였다. 반면 별개의견은 소유물이 멸실되어 소유권이 절대적으로 소멸하는 경우나 소유권이 다른 사람에게 귀속되어 원소유자의 소유권이 상대적으로 소멸하는 경우 모두 침해자의 소유물반환의무는 이행불능으로 되고 이에 따른 전보배상이 인정된다고 한다(4. 나. 부분). 한편 반면 보충의견은 물건이 멸실하거나 그 소유권이 제3자에게 이전되어 종전 소유자가 소유권을 상실하는 경우 모두 소유권은 소멸하며 물권적 청구권도 바로 소멸하고, 이는 소유물반환의무의 이행불능이 아니라 그 의무 자체가 아예 없어진 것이라고 한다. 보충의견은 나아가 불법점유자가 그 점유를 제3자에게 이전함으로써 점유를 상실한 경우에도 마찬가지로 소유물반환청구의 이행불능이 아니라 소유물반환의무 자체가 요건을 갖추지 못하여 없어지는 것이라고 한다(5. 나. 부분).

물권적 청구권인 소유물반환청구권이나 등기말소청구권·방해배제청구권에 해당하는 다른 현재 소유권을 가지고 있는 자가 ‘현재’ 소유권을 침해하고 있는 자 즉 현재 점유하고 있거나 등기명의를 가지고 있는 자에 대하여 행사할 수 있는 권리이다. 과거 소유자였으나 현재 소유권을 상실한 자는 물권적 청구권자가 될 수 없고, 과거 타인의 소유권을 침해하였지만 현재 침해하고 있지 않은 자는 그 상대방이 될 수 없는 것이다. 따라서 청구권자의 소유권상실과 상대방의 점유 또는 등기명의 상실은 모두 물권적 청구권을 좌절시키는 사유에 해당하게 된다.

대상판결의 사안에서 문제가 되는 것은 B의 “점유 및 등기명의 상실”이 아니라 C의 등기부취득시효완성으로 말미암은 A의 “소유권 상실”이다. 물론 이 사안의 사실관계를 전체적으로 보면 B의 ‘점유상실’과 A의 ‘소유권상실’이라는 두 요소가 존재하고 있으며, 이는 별개의견의 관점에서는 어느 것이나 소유물반환의무의 이행불능을 야기하는 것인 반면 보충의견의 관점에서는 어느 것이나 소유물반환청구권 자체의 소멸을 야기하는 것이다.

필자는 기본적으로 대상판결의 결론을 지지한다. 물권적 청구권의 개념에 입각하여 볼 때 위와 같은 “소유권 상실”이나 “점유상실”을 이유로 물권적 청구권의 이행불능 및 그로 인한 전보배상청구권을 이론상 인정하기 곤란하다는 점은 수긍할 만하다.

다만 대상판결에서 “A의 소유권 상실 따라서 물권적 청구권 소멸 그러므로 전보배상 인정 불가”라는 결론이 내려지는 과정이 지나치게 단순하지 않았는가라는 아쉬움을

떨칠 수가 없다. 이하에서는 A의 물권적 청구권의 좌절로 인한 전보배상을 인정하는 것이 정말 이론적으로 불가능한 것인지, 그렇다면 민법상 A에 대하여 어떠한 구제방법을 줄 수 있는지 몇 가지 가능성을 검토해보고자 한다. 보충의견에서는 A는 B에 대하여 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구함으로써 구제될 수 있다고 하였다. 이 부분도 포함하여 검토할 것이다. 대상판결의 결론에 이르는 과정에서는 적어도 이 글에서 제기하는 여러 가지 가능성과 의문 전부가 배척될 수 있다는 숙고와 확신이 필요하다고 생각한다.

2. 불법행위를 원인으로 한 손해배상

대상판결의 사안에서는 침탈자(B)가 목적물을 전득자(C)에게 양도하여 취득시효가 완성됨으로써 최초 소유자(A)가 소유권을 상실하게 되었다. 이때 A는 소유권을 상실하고 따라서 물권적 청구권도 소멸한다는 것이다. 그리하여 A는 B에 대해서는 물론 C에 대해서도 소유물반환청구권을 행사할 수 없으며, 단지 B에 대하여 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.

일반적으로 무권리자(B)가 위법한 방법으로 그의 명의로 소유권보존등기나 소유권이전등기를 경료 한 경우, i) 그는 등기명義와 함께 목적물을 점유하고 있을 수도 있고, 그 목적물을 다시 제3자(C)에게 처분하여 인도와 소유권이전등기를 마쳤을 수도 있다. 목적물을 제3자(C)에게 처분한 경우에는 B는 목적물에 대한 점유관계에서 완전히 이탈한다. 그 후 C가 목적물을 점유하고 있는 상태에서 A로부터 소유물반환청구를 당하는 경우, ii) C는 이를 반환하여야 할 수도 있고, iii) 사정 여하에 따라서 C가 등기부취득시효에 의하여-목적물이 동산인 경우 선의취득도 가능할 것이다-완전히 소유권을 취득하고 그리하여 A의 소유권이 상실되는 경우도 있을 수 있다.

판례는 위 iii)의 경우 B의 불법행위책임을 인정한바 있다. 즉 “무권리자가 위법한 방법으로 그의 명의로 소유권보존등기나 소유권이전등기를 경료한 후 그 부동산을 전전 매수한 제3자의 등기부 시효취득이 인정됨으로써 소유자가 소유권을 상실하게 된 경우, 무권리자의 위법한 등기경료행위가 없었더라면 소유자의 소유권 상실이라는 결과가 당연히 발생하지 아니하였을 것이고 또한, 이러한 소유권 상실은 위법한 등기 경료행위 당시에 통상 예측할 수 있는 것이라 할 것이므로, 무권리자의 위법한 등기 경료행위와 소유자의 소유권 상실 사이에는 상당인과관계가 있다”는 것이다.⁵⁰⁾

위 판례에서 “무권리자의 위법한 등기 경로행위와 소유자의 소유권 상실 사이”에 상당인과관계가 있다고 한 것은 타당하지 않다. 위의 i), ii), iii)의 경우 모두 무권리자의 위법한 등기경로행위가 있었지만 그로 인하여 소유자의 소유권상실이라는 결과를 초래한 것은 iii)의 경우 뿐이다. 등기의 공신력이 인정되지 않는 우리 민법에서 무권리자의 처분, 특히 무권리자의 위법한 등기 경로가 일반적으로 소유자의 소유권상실을 야기한다고 단정하기는 어렵다.

나아가 ii)의 경우와 iii)의 경우에 있어서 B가 한 행위는 동일하다. 그런데 iii)의 경우 일찍이 목적물을 처분하고 그 법률관계에서 이탈한 B에게-결과적으로-A의 소유권상실에 대한 불법행위가 성립한다는 것은 쉽게 납득되지 않는다. 물론 ii)의 경우에도 불법행위가 성립하고 다만 iii)의 경우와 그 손해배상액만 달라진다고 할 수도 있을 것이다.

iii)의 경우 B가 A에게 그 물건의 가액 상당의 손해를 배상하여야 한다는 점에 대하여는 누구나 동의할 것이다. 그런데 이를 불법행위책임으로 이론구성 하는 것이 과연 논리적으로 옳은가 하는 의문이 남는 것이다. B의 행위가 A의 소유권 상실에 대하여 불법행위의 성립요건을 갖춘다고 하기 어렵기 때문이다. 더구나 B는 선의일 수도 있으며, 나아가 만일 그가 선의라면 또는 과거 악의의 무단점유에 의한 취득시효를 인정하던 판례의 입장에 의하면 악의라 하더라도 스스로 시효취득을 할 가능성도 있었던 자라는 점을 고려하면, B의 불법행위책임을 선뜻 인정하기가 주저되는 것이다.

보충의전에서는 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상을 인정하는 것은 “애초 채권관계가 없었던 사람에게 채무자에 대한 관계에서만 인정되는 특별한 법적 구제수단을 인정하는 것은 오히려 일시적으로 소유권을 객관적으로 침해한 사실이 있었다고 하는 것만으로 부당하게 엄격한 책임에 처하게 하는 가혹한 결과가 된다”고 하였는데(5. 라. 부분), ‘일시적으로 소유권을 객관적으로 침해한 사실’-위 i), ii), iii) 모든 경우에 그 요건은 충족된다-그 후에 전개되는 모든 결과-극단적으로 소유자의 소유권 상실-에 대해서 불법행위책임을 인정하는 것 역시 가혹할 뿐만 아니라 논리적으로도 타당하지 않다. 또한 이행불능으로 인한 전보배상책임과 불법행위로 인한 손해배상책임은 그 요건을 달리하는 별개의 제도이므로 불법행위책임을 성립될 수 있다는 점이 전보배상책임 인정여부 판단에 영향을 미친다는 것은 타당하지 않다.

3. 민법 제202조에 의한 손해배상

민법은 소유물반환관계에 있어서 물건의 반환 외에 그에 뒤따르는 문제들 즉, 점유자가 점유 중에 과실을 취득할 수 있는가, 점유 중에 물건을 멸실·훼손한 경우에 어떤 범위에서 책임을 지는가, 점유 중에 그 물건에 비용을 지출한 경우에 본권자에게 그 상환을 청구할 수 있는가 등을 해결하기 위하여 제201조 내지 제203조를 두고 있다.

점유물이 점유자의 책임 있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손된 경우에 본권 없는 점유자는 회복자에 대하여 손해배상의무를 진다(민법 제750조). 그런데 민법은 그 배상 범위에 관하여 제202조의 특칙을 두고 있는 것이다. 그에 의하면 점유자가 선의인지 악의인지에 따라 배상범위가 달라진다. 즉 “점유물이 점유자의 책임 있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손한 때에는 악의의 점유자는 그 손해의 전부를 배상하여야 하며 선의의 점유자는 이익이 현존하는 한도에서 배상하여야 한다. 소유의 의사가 없는 점유자는 선의인 경우에도 손해의 전부를 배상하여야 한다.”(제202조).

여기서 “책임 있는 사유”라 함은 “자기 재산에 대하여 베푸는 것과 동일한 주의”(제695조 참조)를 게을리한 것이라고 해석된다.⁵¹⁾

그리고 “멸실”은 물건의 물리적 멸실 뿐만 아니라 제3자에게 양도하여 그 반환이 불가능하게 된 경우도 포함한다.⁵²⁾ 즉 물리적인 파손에 한정되는 것이 아니라, 넓게 반환불능 일반을 의미한다는 것이다. 독일민법 제989조는 “손상되거나 멸실하거나 또는 다른 이유로 물건을 반환할 수 없게 됨으로써 발생하는 손해”라고 하여 이 점을 명문으로 인정하고 있으나, 우리 민법에 있어서도 해석상 그와 같이 인정되고 있다. 점유물을 분실하거나 ‘소재를 알 수 없는’ 제3자에게 양도하여 소유자가 그 물건의 반환청구권을 실제로 관철할 수 없는 경우도 이에 해당한다.⁵³⁾ 그리고 ‘소재를 알 수 있는 제3자’에게 양도한 경우도 포함된다.

나아가 제3자에게 물건의 소유권을 이전함에 의한 반환불능도 여기의 멸실에 포함된다고 하여야 한다.⁵⁴⁾ 여기의 손해배상청구권은 반환청구권관계의 존재를 요건으로 한다. 즉 소유자와 점유자 사이에 소유권에 기한 반환청구와 의무의 관계가 ‘멸실·훼손

51) 송덕수, 물권법, 박영사, 2014, 248쪽; 이영준, 한국민법론[물권편], 박영사, 2004, 351쪽; 민법주해[IV], 405쪽(양창수 집필부분).

52) 박윤직, 물권법, 박영사, 2001, 217쪽; 송덕수, 위의 책, 248쪽.

53) 김중환/김학동, 물권법, 박영사, 2004, 233쪽; 민법주해[IV], 405쪽(양창수 집필부분).

54) 이영준, 앞의 책, 351쪽; 이은영, 물권법, 박영사, 2006, 375-376쪽.

당시'에 존재하여야 한다. 따라서 멸실·훼손 당시에 이미 소유권을 타인에게 이전한 자는 이러한 손해배상청구권을 갖지 않는다.⁵⁵⁾

결국 '멸실 당시' 또는 '제3자에의 소유권이전 당시'에 그 물건을 반환받을 수 있는 권리를 갖고 있었어야 하며, 그렇다면 현재는 물건이 멸실되거나 제3자가 소유권을 취득함에 의하여 그 소유권이 소멸하였더라도 여기의 손해배상청구권은 인정된다고 하여야 한다.

대상판결의 사안에서와 같이 점유자(B)가 반환대상이 되는 물건을 제3자(C)에게 양도하였고 그 후 제3자가 그 물건에 대하여 소유권을 취득함으로써 원래의 소유자(A)의 소유권이 소멸한 경우에도 제202조를 적용하는 것이 논리적으로 타당하다.

여기서 손해배상의 내용으로 되는 것은 악의의 점유자의 경우 멸실·훼손으로 생긴 손해의 전부이다. 즉 멸실 내지 처분으로 인하여 반환할 수 없게 된 목적물 자체의 가치를 의미한다. 점유의 침탈로 인한 사용이익 등은 제201조의 과실수취권에 관한 규정으로 해결하여야 한다.

독일민법 제989조는 “점유자는 소송계속시로부터 자신의 과책으로 인하여 물건이 손상되거나 멸실하거나 또는 다른 이유로 물건을 반환할 수 없게 됨으로써 발생하는 손해에 관하여 소유자에 대하여 책임을 진다”고 규정하고 있다. 이와 관련하여 소유물반환청구의 상대방(점유자, B)에게 그 청구를 좌절시킨 점유상실의 경우도 동조에 포함되며, 이때 중전의 점유자가 소유자에게 물건을 반환하는 것이 독일민법 제275조의 의미에서 객관적으로 또는 주관적으로 불능으로 되었는지 혹은 점유자가 물건의 점유를 어려움 없이 회수할 수 있을 것인지는 문제되지 않는다고 해석되고 있다.⁵⁶⁾

물건의 처분목적으로 점유가 전전 이전된 경우에도 결국 제989조가 적용된다. 제3자의 선의로 인하여 그 처분이 유효한 경우에도 마찬가지인데, 이 경우에는 제989조의 손해배상 의무는 제816조 제1항 1문의 대금반환청구권과 경합한다. 이때 소유자는 제816조 제1항에 따라 점유자가 받은 대금을 청구할 수 있고 그밖에 제989조에 따라 포괄적인 손해의 배상을 청구할 수도 있으며, 또는 제989조에 근거한 청구권만을 행사할 수도 있다.⁵⁷⁾

독일에서는 소유물반환청구권에 관하여 제989조 이하에서 소유물반환청구의 급부장

55) 이영준, 앞의 책, 351쪽, 이은영, 앞의 책, 376쪽.

56) Staudinger/Gursky, §989 RdNr. 10.

57) Staudinger/Gursky, §989 RdNr. 12.

애의 경우의 손해배상 기타 효과에 관하여 상세한 특별규정을 두고 있기 때문에 그에 의하여 해결되면 충분하다고 보아 채권법규정의 적용을 인정하지 않고 있다. 우리는 그 규정의 정비가 충분하지 않고 그에 관한 해석론도 축적되어 있지 않은 상황이기 때문에, 채권법규정 적용에 대한 필요를 한층 느끼는 것일지도 모른다.

제202조와 불법행위책임의 관계에 관하여 학설은 제202조는 점유물에 대하여 발생한 손해 만에 관한 것이므로 불법행위 규정의 적용을 배제하지 않는다는 견해⁵⁸⁾와 제202조는 불법행위에 관한 제750조의 특칙으로서 그것이 규정하는 범위를 초과하는 점유자의 책임-선의점유자의 책임에 관하여 특히 의미가 있음-을 배제하는 데에 그 취지가 있으므로 제202조에 의한 청구권과 병행하여 불법행위에 의한 손해배상청구권을 행사할 수 없다는 견해⁵⁹⁾가 주장되고 있다. 의용민법 하에서의 대법원판례는 두 권리를 선택적으로 행사할 수 있다고 한바 있다(대법원 1961. 6. 29. 선고 4293민상704).

그러나 선의의 점유자라 하더라도 선의인 데 과실이 있는 경우에는 불법행위의 성립요건이 충족될 수 있을 것이다. 그렇다고 해서 선의점유자에게는 언제나 과실이 인정된다고 단정할 수는 없다. 그렇다면 제202조의 손해배상책임과 불법행위책임은 그 성립요건과 효과가 다른 별개의 책임이며 어느 한 편의 책임은 인정되지만 다른 한 편의 책임은 인정되지 않는 경우도 있을 수 있다. 따라서 이 두 책임은 병존할 수 있고 소유자로서는 그 성립요건이 충족되는 책임을 선택하여 물을 수 있다고 하여야 한다. 요컨대 제202조의 손해배상책임은 불법행위책임의 특칙이라고 할 수 없다.

독일에서도 독일민법 제989조에 의한 손해배상청구권은 물권적 청구권의 급부장으로 인한 손해배상으로 개념상 불법행위 손해배상청구권과 구별하고 있는 것으로 생각된다(채무불이행에 관한 이행보조자 규정 적용).

4. 전보배상 및 가액배상

① 다수의견과 보충의견 그리고 위에서 언급한 대상판결에 대한 평석들은 대체로 물권적 청구권에 대하여 이행불능을 원인으로 한 전보배상에 관한 채권법의 규정을 적용하는 것은 적절하지 못하다는 입장을 취하고 있다.

58) 김용한, 물권법론, 박영사, 1996, 204쪽; 장경학, 물권법, 법문사, 1988, 330쪽.

59) 송덕수, 앞의 책, 248쪽; 이영준, 앞의 책, 354-355쪽; 이은영, 앞의 책, 377-378쪽; 민법주해[IV], 405쪽, 407쪽(양창수 집필부분).

그러나 점유상실이나 소유권상실로 인한 소유물반환청구권의 소멸의 경우에 이행불능에 관한 채권법의 규정이나 일반 채무불이행법의 근본사상을 원용하는 것이 반드시 불가능하다고 할 것은 아니다. 왜냐하면 점유상실은 논리적으로 소유물반환청구권의 급부불능과 구별되어야 하지만 서로 유사하고 결과적으로 급부장애와 같은 가치를 가진다고 볼 수 있기 때문이다.⁶⁰⁾

소유자가 그 소유물에 대하여 방해를 받고 있는 상황에서 제3자에게 소유물을 양도함으로써 소유권을 상실한 경우에는, 새로운 소유자가 자신의 소유권 행사에 대한 방해의 금지 또는 예방을 구하면 되므로, 종전의 소유자에게 물권적 청구권을 인정할 필요는 없다(68다72 등). 그러나 침해자의 행위로 인하여 목적물의 점유 또는 등기가 제3자에게 이전됨으로 말미암아 결국 원소유자의 소유권이 소멸된 경우는 이와는 다르게 보아야 한다. 이때에는 종전 소유자로서는 여전히 그 물건에 대한 점유나 등기명의를 반환을 구할 필요성이 인정되고, 오히려 침해자로 하여금 그 물건을 다시 취득하여 반환하도록 하여야 하며, 침해자가 그의 귀책사유로 반환의무를 이행할 수 없게 되었다면 그 의무불이행에 대해 법적 책임을 지도록 하는 것이 타당하다(별개의견 4. 다. 부분 참조).

물권적 청구권의 이행불능책임을 물을 수 없다고 한다면, 반환청구의 상대방(B)이 점유하고 있던 물건을 제3자(C)에게 처분하여 소유자(A)의 물권적 청구권 행사를 무력화시키고, A가 C에 대하여 다시 물권적 청구권을 행사하면-A가 소유권을 상실하지 않은 경우에-C는 다시 제4자(가령 D)에게 물건을 처분하여 A의 물권적 청구권을 행사를 무력화시키는 식으로 권리행사를 방해하는 극단적인 경우도 상정할 수 있다. 이러한 소송의 반복을 피하고 싶다면 점유이전금지가처분 등 다른 구제수단을 강구하면 족하다는 보충의견의 설시는(보충의견 5. 다. 부분) 물권의 대세적 성질이나 권리보호요청에 부합하지 않는다고 할 것이다.

Medicus의 언급처럼 소유물반환청구상황에서는 소유자와 반환의무를 부담하는 점유자 사이에 채권관계에 유사한 어떤 특별관계가 존재⁶¹⁾한다고 할 수 있다.

가령 침탈자(B)가 소유자(A)의 소유권을 침해하고 있는 상황에서 목적물의 점유 또는 등기를 제3자(C)에게 이전하는 경우에, 침탈자(B)는 소유자(A)에 대한 물권적 반환의무를 부담하고 있는 상태에서 제3자(C)에 대하여 매매 등 계약에 의하여 이를 이전할 채권적 의무를 부담한다. 이때 B가 목적물에 대한 권리를 A가 아니라 C에게 이전하여 준다면,

60) Staudinger/Gursky, a.a.O., Rdnr. 7.

61) Münchener/Medicus §985 Rdnr. 34.

마치 이중매매에서 어느 한 매수인에게 권리를 이전하고 나머지 한 매수인에게 이행불능을 원인으로 한 손해배상의무를 부담하게 되는 경우와 유사한 상황이 발생한다. 그렇다면 B는 A에 대하여 물권적 청구권의 이행불능을 이유로 전보배상의무를 부담한다고 할 수는 없는지 의문이다.

그리고 B에 대하여 물권적 청구권의 이행불능을 원인으로 한 전보배상의무를 인정하는 경우에는 B에게 손해배상자 대위에 의한 소유권 취득을 인정하여야 한다. A가 물권적 청구권의 이행불능을 원인으로 전보배상을 받은 후에 여전히 당해 물건에 대한 권리를 주장하는 것은 타당하지 않기 때문이다. B에게 불법행위책임이 성립한다고 보는 입장에서는 이 경우 A의 전보배상청구권과 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권은 서로 경합하며 양자를 선택적으로 행사할 수 있음은 물론이다.

② 여기서 한 가지 참조할 수 있는 것은 민법상 반환의무와 관련하여 일반적으로 인정되는 원물반환과 가액반환의 원칙이다.

민법은 부당이득반환의무에 관하여 원물반환을 원칙으로 하면서 다만 수익자가 그 받은 목적물을 반환할 수 없는 때에는 가액반환을 하도록 규정하고 있다(제747조 제1항).

해제의 효과에 관한 제548조 제1항 본문은 원상회복의무를 규정하고 있으며, 통설은 이 경우 급부된 물건이 남아 있으면 그 물건을 반환하여야 하고 수령한 물건이 멸실·훼손·소비되어 원물반환이 불가능한 때에는 가액반환을 하여야 한다고 새기고 있다.

채권자취소권의 본질적 내용에 관련하여 논란이 있으나 민법은 제406조 제1항에서 “... 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다”고 규정하여 결합설의 견지에 있으며, 판례와 다수설은 사해행위를 취소하고 일탈한 재산의 반환을 청구하는 권리라고 새기고 있다. 이와 관련하여 판례는 채권자취소권이 행사되면 원칙적으로 원상회복으로서 사해행위의 목적물을 채무자에게 반환하여야 하고, 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 때에는 목적물의 가액을 배상하여야 한다고 하며,⁶²⁾ 학설도 이러한 효과를 인정하고 있다.

유류분반환청구권 행사의 효과에 관하여 판례는 유류분권자는 증여 또는 유증된 원물 자체의 반환을 청구하는 것이 원칙이나 원물반환이 불가능한 경우에는 그 가액 상당액을 반환청구 할 수 있다고 하며,⁶³⁾ 통설도 이에 따르고 있다.

62) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결; 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다40286 판결; 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결; 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결 등.

63) 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다51887 판결; 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005다71949 판결; 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624·42631 판결.

이와 같이 민법상 반환의무가 인정되는 경우에 그 원물반환이 불가능한 경우에는 가액배상을 하여야 한다는 점이 일반적으로 인정되고 있다. 이는 제747조 제1항과 같은 명문규정이 없는 경우에도 널리 인정되고 있다. 만일 이와 같은 원물반환-가액반환에 관한 원칙을 물권적 청구권의 불능에서도 인정할 수 있다면, 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상이 아니라 하더라도 원물반환의 불능을 이유로 한 가액배상을 인정할 수 있지 않을까 생각한다.

5. 대상청구권

① 대상청구권 관련하여 “대상청구권은 그 발생의 기초가 되는 채권관계가 원칙적으로 후발적 불능에도 불구하고 소멸하지 않는 것을 전제로” 한다고 한다. 그러나 우리의 통설과 판례는 채무가 채무자의 귀책사유 없이 불능으로 되어 소멸하는 경우 그리하여 쌍무계약에서 위험부담이 문제되는 사안에서도 대상청구권을 인정하고 있다.

다만, 문제는 앞서 독일에서의 논의에서 살펴본 것처럼 무권리자인 점유자가 얻은 처분대가는 소유권을 대신하는 것이지, 그가 소유자에게 이전하여야 하는 점유에 대한 대가, 즉 경제적 등가물이 아니라는 점이다.⁶⁴⁾

② 독일민법 제816조 제1항 1문은 “무권리자가 목적물에 관하여 권리자에 대하여 효력 있는 처분을 한 경우에는, 그는 권리자에게 처분으로 인하여 취득한 것을 반환할 의무를 진다.”고 규정하고 있다. 이 규정과 관련하여 독일에서 무권리자의 처분에서 처분대가의 반환청구의 가부(可否) 및 그 요건에 관하여 활발한 논의가 전개되고 있는바, 우리의 논의에 필요한 범위에서 독일에서의 논의의 대강을 여기에 인용하기로 한다.⁶⁵⁾

점유위탁동산이나 부동산의 경우에는 무권리자의 처분이 있어도 상대방이 선의이면 상대방은 목적물을 취득한다(독일민법 제892조, 제932조 참조). 이 경우 소유자는 자신의 소유권을 상실하므로 이미 물권적 청구권도 가지지 못한다. 이와 같이 “권리자에 대하여 유효한 무권리자의 처분”이 있는 경우 바로 제816조 제1항 제1문이 적용되며, 권리자는 소유권에 대신하여 부당이득반환청구권을 가지게 된다.

다른 한편 점유이탈동산의 경우에는 선의취득이 성립하지 않는다(“물건이 소유자로

64) Wilhelm, a.a.O., Rdnr. 1187.

65) 이하의 내용은 양창수, “무권리자의 처분에서 권리자의 물권적 청구권과 부당이득반환청구권의 긴장관계”, 법학 119, 서울대학교 법학연구소, 2001, 211-214쪽의 내용을 발췌한 것이다.

부터 도난당하거나 유실되거나 그밖에 점유이탈 하였던 경우에는, 제932조 내지 제934조에 의한 소유권의 취득은 발생하지 아니한다.”, 독일민법 제935조 제1항 제1문). 그리하여 점유이탈동산은 선의자에 의한 양수행위가 수차례에 걸쳐 있더라도 여전히 원래의 권리자의 소유로 남아 있는 것이다. 그런데 도품이나 유실물과 같은 점유이탈동산은 소유자가 그 물건이 현존하는 장소나 점유자를 알 수 없어 실제로는 그에 대한 소유물반환청구권을 실현할 수 없는 경우가 허다하며 이는 특히 점유이탈 후 수 차례에 걸친 양도행위가 이루어졌다면 더욱 그러하다. 그러므로 이 경우 소유자 입장에서는 무권리 처분자에 대하여 그의 처분행위로 받은 대가에 대한 반환청구가 인정되는 것이 실제로 거의 유일한 대안이라고 할 수 있다.

그리하여 근래의 통설과 판례는 원래는 선의취득이 인정되지 않는 점유이탈물이 무권리자에 의하여 처분된 경우에도 그것이 권리자의 추인(독일민법 제185조 제2항 제1문 참조)으로 유효하게 되었으면, 위 규정에 따라 소유자가 무권리자에 대하여 그의 처분대가로 받은 것의 반환을 청구할 수 있다고 한다.

③ 대법원 1992. 9. 8. 선고 92다15550 판결⁶⁶⁾은, “타인의 권리를 자기의 이름으로 처분하거나 또는 자기의 권리로 처분한 경우에 본인이 후일 그 처분행위를 인정하면 특별한 사유가 없는 한 그 처분행위의 효력이 본인에게 미친다.”고 하여, 추인을 전제로 처분행위의 대가인 매매대금의 반환을 청구할 수 있다고 판시하고 있다.⁶⁷⁾ 그리고 이 매매대금반환청구권의 성질을 부당이득으로 보고 있다.

여기서 우리의 논의와 관련하여 제기되는 의문은, 그 매매대금에 대한 반환청구권을 대상청구권으로 이론구성 할 수는 없을까 하는 점이다.

우리의 사안에서 침탈자 B는 C에게 목적물을 처분하였고 C가 이를 시효취득 하였다. 그리하여 A의 B에 대한 소유물반환청구권은 불능으로 되었고, 그와 동일한 원인에 의하여 B는 매매대금을 취득하였다. 독일 문헌들의 지적하는 바와 같이 그 매매대금은 B가 반환의무를 부담하는 점유의 대가가 아니라, 소유권의 대가이다. 그런데 처음에는 B는 권한 없이 점유하는 자였지만 그의 C에 대한 처분에 의하여 결과적으로 C는 목적물을 시효취득하게 되었고, 그에 따라 A의 소유권이 상실되었지만 동시에 B 역시 C로부터 담보책임을 추궁당하여 그 매매대금을 환수당할 위험에서 벗어나게 된 것이다. 그렇다면 B의 행위와 A의 소유권상실 사이에 대상청구권의 요건으로서의 인과관계를 인정할

66) 법원공보 1992, 2842쪽.

67) 이 판결에 대한 평석은, 양창수, 앞의 글 참조.

수 있지 않을까 생각한다.

IV. 결론

소유자가 실체관계에 부합하지 아니하는 등기의 명의인을 상대로 물권적 청구권을 행사하여 그 등기말소를 구하는 경우 소유자가 소유권을 상실하게 된 때에는 물권적 청구권의 이행불능을 이유로 하는 전보배상청구권을 인정할 수 없다는 대상판결의 결론은 논리적으로 타당하다. 물권적 청구권은 그 권리자인 소유자가 소유권을 상실하면 그 발생의 기초가 사라지게 되어 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 않기 때문이다.

다만 이 경우 소유자의 권리구제를 위하여 침탈자에 대한 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권을 인정하면 족하다는 취지는 그다지 정교한 이론이나 논리에 기반을 두고 있다고 생각되지 않는다. 오히려 민법 제202조에 의한 손해배상청구권을 인정하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 그리고 물권적 청구권에 대하여 채무불이행에 관한 규정을 일반적으로 적용할 수는 없다고 하더라도, 전보배상청구권을 유추적용하거나 원물반환의 불능을 이유로 한 가액배상 또는 대상청구권 이론을 인정하는 것이 논리적인 이론구성이라고 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

민법주해(IV), 박영사, 2007.

민법주해(V), 박영사, 2007.

곽윤직, 물권법, 박영사, 2001.

김용한, 물권법론, 박영사, 1996.

김중환/김학동, 물권법, 박영사, 2004.

송덕수, 물권법, 박영사, 2014.

이영준, 한국민법론[물권편], 박영사, 2004.

이은영, 물권법, 박영사, 2006.

장경학, 물권법, 법문사, 1988.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 3 Sachenrecht §§985-1011 (Eigentum 3) Neubearbeitung 2006.

Jan Wilhelm, Sachenrecht 4., völlig neu bearb. Aufl, Rdnr. 1183, 2010.

Jürgen F. Baur/Rolf Stürmer, Sachenrecht 18., neubearb. Aufl, §11 C I Rdnr. 43, 2009.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854-1296 · Wohnungseigentumsgesetz · Erbbaurechtsverordnung · Sachenrechtsbereinigungsgesetz · Schuldrechtänderungsgesetz, 4. Aufl. 2004.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854-1296 · Wohnungseigentumsgesetz · Erbbaurechtsgesetz, 5. Aufl. 2009.

2. 학술지

김제완, “계약취소시 소유권이전등기 말소의무의 이행불능으로 인한 전보배상청구권의 소멸시효 기산점”, 민사재판의 제문제 제15권, 사법발전재단, 2006.12, 92-120쪽.

양창수, “무권리자의 처분에서 권리자의 물권적 청구권과 부당이득반환청구권의 긴장관계”, 법학 119, 서울대학교 법학연구소, 2001, 209-237쪽.

3. 기타자료

윤진수, “소유물반환의무 위반으로 인한 손해배상책임의 법적 성질”, 법률신문 제4055호, 2012.8.13.

지원림, “물권적 방해배제청구의 이행불능과 전보배상”, 법률신문 제4038호, 2012.6.11.

[Abstract]

Die Rechtsfolgen wegen Unmöglichkeit der Erfüllung des Dinglichen Anspruchs

Kim, Byung-Sun*

Aus der Rechtsnatur der dinglichen Ansprüche als Ansprüche aus widerrechtlichem Haben beantwortet sich die viel behandelte Frage nach der Anwendung schuldrechtlicher Vorschriften auf die Rechtsbeziehungen zwischen Inhaber und Gegner eines dinglichen Anspruchs. Während der Vindikationslage besteht zwischen dem Eigentümer und dem herausgabepflichtigen Besitzer eine schuldrechtsähnliche Sonderverbindung. Daher sind die schuldrechtlichen Vorschriften in der Regel anwendbar. Doch ist die Vindication selbst nicht schuldrechtlichen Charakters. Daher können schuldrechtliche Vorschriften auf den Vindicationsanspruch selbst nur analog, auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auch direkt anwendbar sein. Voraussetzung dafür ist jedoch immer, dass kein Konflikt mit Eigenarten des dinglichen Anspruchs auftritt.

Sodann beruht die Schadensersatzpflicht wegen Unmöglichkeit der Leistung darauf, dass der Schuldner sich bei Nichterfüllung der Pflicht verantworten muss. Davon Beidem kann bei den dinglichen Ansprüchen nicht die Rede sein. Ist das rechtswidrige Haben beendet, hat etwa der Besitzer die fremde Sache nicht mehr inne, ist nicht etwa Unmöglichkeit gegeben, sondern entfällt die Grundlage des dinglichen Anspruchs. Ob der Besitzer sich die Sache zurückholen und insofern die Unmöglichkeit zu verneinen sein könnte, ist irrelevant. Es kommen nur noch Ansprüche gegen den Besitzer in Betracht. Das sind keine Ansprüche wegen Unmöglichkeit der Erfüllung des dinglichen Anspruchs.

Doch enthält die Vindication in den §202 eigenes und als abschliessende Sonderregelung gedachtes Leistungsstörungenrecht. Auch “die Herausgabe des Ersatzes” wird überwiegend abgelehnt. Man sieht, dass im Rahmen der Vindikation ein Besitzverlust nicht bedeutet, geschuldeten Gegenstands Surrogate erlangt hat, die er nunmehr ersatzweise schuldet, sondern

* Professor, School of Law, Ewha Womans University

dass mit Besitzverlust die Vindikationslage gegen den Besitzer wegfällt und damit die Grundlage des Anspruchs. Hat der Besitzer entgeltlich verfügt, so ist das Entgelt, wenn es dem Besitzer verbleibt, dh bei Wirksamkeit der Veräußerung, kein Ersatz für seinen Besitz, sondern für das Eigentum. Ist die Veräußerung unwirksam, so hat der Eigentümer eine Vindication gegen den neuen Besitzer erlangt und kann schon deshalb nicht auch noch zusätzlich den Erlös beanspruchen dürfen.

[Key Words] der dingliche Anspruch, Vindikation, Unmöglichkeit der Erfüllung des dinglichen Anspruchs, die Schadensersatzpflicht wegen Unmöglichkeit der Leistung, die Herausgabe des Ersatzes