

〈논문〉

점유자와 회복자의 법률관계와 부당이득의 경합*

金炯錫**

… was können wir denn unser Eigenes nennen, als die Energie, die Kraft, das Wollen! — Wenn ich sagen könnte, was ich alles großen Vorgängern und Mitlebenden schuldig geworden bin, so bliebe nicht viel übrig.***

I. 序 論

1. 民法 제201조 내지 제203조¹⁾는 점유자가 점유하고 있는 물건을 그 소유자에게 반환함에 있어서 발생하는 부수적 이익의 조정문제에 대하여 규율하고 있다. 즉 소유물반환의 경우 발생할 수 있는 문제인 점유하고 있는 동안 수취한 果實의 반환, 물건의 멸실·훼손의 경우 손해배상, 물건에 대하여 지출한 비용의 상환의 문제에 대하여, 민법은 기본적으로 점유자의 善意·惡意를 기준으로 하여—부수적으로는 他主占有性을 고려하여(제202조 제2문 참조)— 점유자의 책임을 정하는 규범을 두고 있는 것이다.

종래 우리 문헌에서 占有者와 回復者 관계(제202조 표제 참조)에 관한 이 규정들은 부당이득법에 대한 특칙으로 이해되었고, 그 한도에서 제741조 이하의 규정은 적용이 없는 것으로 해석되고 있었다. 그러나 최근에는 이러한 종래의 통설에 대하여 새로운 견해들이 대두하고 있으며, 또한 재판례에서도 제201조와 부당

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2008학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 법과대학 조교수.

*** Eckermann, *Gespräche mit Goethe*, Stuttgart, 1994, S. 167 (1825. 5. 12.).

1) 이하에서 법률의 명칭 없이 인용하는 조문은 민법의 조문이다.

이득법의 경합에 관하여 흥미로운 판결들이 발견된다. 그리고 이러한 학설 대립을 배경으로 하여 문헌에서는 경정할 만한 입론과 논거를 개진하는 연구들이 다수 공간되고 있다.

이러한 학설 상황에 비추어 볼 때 기존의 논의를 비판적으로 조명하고 개관할 필요성이 제기된다. 즉 문헌에서 제기되어 온 주장과 논거를 검토하고 논의 상황을 개괄함으로써 이후의 논의 전개를 준비하는 일이 필요하다고 생각되는 것이다. 이 글은 이러한 학설과 판례의 현황에 대하여 비판적인 개관을 제시하고자 한다. 이 글에서는 무엇보다도 각 견해의 논거들을 비판적으로 검토함으로써 점유자·회복자 관계 특히 제201조의 규정과 부당이득법의 경합에 관하여 진행되고 있는 논의에 기여하고자 한다.

2. 제201조 내지 제203조의 규정이 부당이득법과 경합하는 사안은 여러 가지 모습으로 나타날 수 있다. 우선 계약의 무효·취소로 인한 부당이득반환(給付利得返還)과 소유물반환이 경합하는 경우가 있을 수 있다. 그러나 더 나아가 예컨대 실체관계에 부합하지 아니하는 등기를 신뢰하여 그 명의인으로부터 양수한 점유자에 대하여 소유자가 소유물반환을 하는 경우와 같이 계약관계의 원상회복과 관계없이 제201조 내지 제203조가 부당이득(侵害利得返還)과 경합하는 경우가 있을 수 있다. 이들 두 사안유형을 구별할 필요가 있는지 아니면 구별하지 않고 동일한 법리를 적용해야 하는지 여부는 논의의 출발지점에서 미리 결정할 수는 없다. 오히려 두 사안유형의 구별을 전제로 하여 이익형량에 비추어 각각의 유형에 적절한 결론을 탐구한 다음에야 비로소 그러한 구별이 정당한 것인지 아니면 구별을 부인하고 동일한 법리에 따르도록 하는 것이 적절한지를 판단할 수 있을 것이다. 따라서 아래의 서술은 부당이득법의 유형론에 좇아 제201조 내지 제203조의 규정이 급부이득반환과 경합하는 경우와 침해이득반환과 경합하는 경우를 나누어서 문제에 접근하기로 한다.

II. 점유자·회복자 관계와 급부이득반환의 경합

1. 반환청구권 자체의 경합 문제

(1) 제201조 내지 제203조와 부당이득법의 경합 문제를 언급하기 전에, 그 전

제로서 소유물반환과 급부이득반환이 경합하는 경우 반환청구권 자체의 경합(제213조, 제741조)에 대하여 간단히 언급할 필요가 있다. 왜냐하면 이러한 경합을 인정하지 않는 입장을 취하는 경우, 서론에서 언급한 제201조 내지 제203조와 부당이득법의 경합이라는 문제는 처음부터 발생하지 않을 것이기 때문이다. 즉 이 쟁점은 소유물반환청구권과 부당이득반환청구권의 경합을 인정하는 입장을 채택할 때에 비로소 제기될 수 있는 것이다.

(2) 우리 통설은 청구권경합의 입장에서 제213조에 기한 소유물반환청구권과 제741조에 기한 급부이득반환청구권의 경합을 인정하고 있다.²⁾ 그 결과 부수이익의 조정에 있어 제201조 이하와 부당이득의 규정의 충돌이 존재함을 인정하고, 이들 規範群에서 어느 것을 적용할 것인지 여부에 관하여 논쟁이 진행되고 있다.

그러나 소수설로서 물건에 관한 반환청구권 자체에 관해서 경합을 부정하는 입장도 존재한다. 이에 의하면 계약관계의 청산에 따른 물건반환은 부당이득반환청구권에 의해야 하며, 소유물반환청구권은 계약관계의 청산을 위한 제도가 아니라고 한다.³⁾ 이 견해에 따르면 원상회복관계에서는 당사자들은 부당이득반환청구권만을 가지게 되므로, 부당이득법과 제201조의 경합문제는 처음부터 발생하지 않게 된다.

(3) 이러한 견해 대립에 대하여 먼저 지적해야 할 점은 목적물 반환의 당사자들 사이에서는 청구권경합을 인정하든 부당이득만을 인정하든 청구의 내용에 있어서 실질적 차이는 없다는 점이다. 소유물반환청구권이 채권적 반환청구권과 다른 결과를 가져오는 이유는 그것이 물권적 청구권으로서 대세적인 권리이기 때문이다. 그러므로 소유물반환청구권이 부당이득반환청구권과 결정적인 차이점을 나타내는 사안은 청구권자와 상대방 사이에 목적물의 귀속에 관한 법률관계가 존재하지 않는 사안이다(제213조, 민사집행법 제48조). 반면 당사자들 사이에 채권관계에 기한 반환청구권이 존재하는 경우 소유물반환청구권은 채권적 반환청구권과 동일한 목적을 추구한다. 즉 부당이득반환청구권과 소유물반환청구권이

2) 이른바 ‘점유의 부당이득’으로 논의되는 내용이다. 郭潤直, 債權各論, 第6版(2003), 349-350면 참조. 我妻榮, “法律行爲の無效取消の效果に關する一考察 —民法における所有物返還請求權と不當利得との關係—” (1931; 民法研究 II(1966), 165면 이하 수록) 이래 일본과 우리나라의 통설적 견해이다.

3) 예컨대 李銀榮, 債權各論, 第5版(2005), 683면.

경합하는 경우 두 청구권은 모두 물건의 반환을 구하는 권리이므로 어느 것에 의하더라도 같은 결과에 도달하며, 이 한도에서는 부당이득반환청구권만을 인정하든 아니면 소유물반환청구권과 경합을 인정하든 청구의 내용에 있어 차이는 존재하지 않으며 입증의 대상도 실질적으로 동일하게 된다. 또한 청구권자가 소유권자로 인정되는 이상 파산절차에서 還取權(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제407조)의 행사에도 장애가 없다고 해석된다.

그러나 이러한 사실에도 불구하고 계약의 원상회복에 있어서도 소유물반환청구권과 부당이득반환청구권의 경합은 인정하는 것이 타당하다고 생각된다. 청구의 실질적 내용에는 차이가 없더라도 그 효력의 작용방식에 있어서 적지 않은 차이가 존재하며, 그 결과 청구자에게 소유물반환청구권을 인정하는 것이 의미를 가지는 사안이 있을 수 있기 때문이다. 그러한 경우 유인적 물건변동을 전제로 하여 청구자가 소유권을 회복하는 것을 인정하는 이상 그에게 소유권으로부터 발생하는 이익을 부정할 이유는 없다. 예컨대 부당이득반환청구권의 시효가 완성한 경우, 소유물반환청구권을 추가로 행사하는 것은 청구권자의 입장에서 결정적인 의미를 가지게 된다(제162조).⁴⁾ 더 나아가 변론종결한 뒤의 승계인에게 기판력이 미치는지 여부를 판단함에 있어서(민사소송법 제218조 제1항) 판례는 소송상 반영되는 청구권이 채권적 청구권인지 아니면 물건적 청구권인지에 따라 승계인의 범위를 정한다. 즉 전소의 소송물이 채권적 청구권인 경우에는 변론종결 후의 승계인에게 기판력이 미치지 아니한다는 것이다.⁵⁾ 유사한 문제가 소송승계의 경우에도 나타난다(민사소송법 제81조, 제82조).⁶⁾ 이러한 사안에서 원고가 보유하고 있는 소유권의 대세적 효력이 유의미한 기능을 수행하게 된다. 유인적 물

4) 독일에서는 2002년 개정 이전 부당이득반환청구권 및 소유물반환청구권 모두 30년의 소멸시효에 걸렸으므로(개정전 동법 제195조), 두 청구권의 경합시 부당이득반환청구권만이 성립한다고 해석하는 견해가 주장되는 경우에도 우리 민법에서와 같은 현저한 결과를 발생시키지는 않았다. 소수설은 이 점을 고려하지 않은 것으로 보인다.

5) Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1983, S. 668ff. 예컨대 大判 1969. 10. 23., 69사80, 집 17-3, 215; 1991. 1. 15., 90다9964, 집 39-1, 24 등 참조. 이러한 판례의 입장을 실체법적 소송물이론에 입각한 것으로 설명하는 견해도 있으나(李時潤, *新民事訴訟法*, 제2판(2004), 545-546면), 이는 타당하지 않다(호문혁, *민사소송법*, 제4판(2005) 634면 주 56). 소송법설이 통설인 독일에서도 우리 판례와 같은 취지의 설명을 발견할 수 있는 것이다. Schumann in Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Aufl., 1997, § 265 Rn. 11; Reichold in Thomas/Putzo, *Zivilprozessordnung*, 24. Aufl., 2002, § 265 Rn. 3 등 참조.

6) 호문혁(주 5), 836-837면 참조.

권변동을 전제하는 이상 원인행위가 실효한 경우 원고에게 부당이득반환만을 인정하여 소유자로서 가지는 이러한 권능을 상실하게 할 이유는 없다고 생각된다.

그러므로 소유물반환청구권과 급부이득반환청구권의 경합은 인정하는 것이 타당하다. 다만 주의할 것은 근거규범의 취지에 따라서는 일방 청구권에 대한 대항사유를 타방 청구권에도 주장할 수 있도록 하는 조정이 필요한 사안유형이 존재할 수 있다는 사실이다. 불법원인급여를 이유로 하는 제746조를 소유물반환청구권에도 적용하는 판례가 그러한 예가 될 것이다.⁷⁾

2. 제201조 내지 제203조의 부수청구권과 급부이득반환청구권의 경합

소유물반환청구권과 급부이득반환청구권의 경합이 가능하다고 인정되는 경우, 물건의 반환에 부수하여 발생하는 부수적 이익조정과 관련하여 제201조 내지 제203조의 규정과 부당이득법의 규정(제747조, 제748조)의 내용이 충돌하는 문제가 발생한다.

(1) 제201조와 제203조가 급부이득반환청구권과 경합하는 경우에, 과실반환과 비용상환은 어느 편의 규범에 의해 행해져야 하는가? 계약의 무효·취소로 원상회복이 일어나는 사안을 상정해 보기로 한다. 예컨대 갑이 을에게 자전거를 매도하고 양측이 이행을 종료하였으나 이후 매매계약이 무효임이 밝혀지거나 취소되는 경우, 갑은 을에게 자전거의 반환 외에(제213조, 제741조) 자전거의 사용이익을 과실에 상응하여 청구할 수 있는가(제747조 제1항) 아니면 오히려 무효·취소의 원인을 알지 못했던 선의의 을은 이를 보유할 수 있는가(제201조 제1항)? 만약 선의의 을이 자전거에 통상의 필요비를 지출하였다면, 그는 이를 현존이익 상실로서 갑에게 주장할 수 있는가(제748조 제1항) 아니면 스스로 부담해야 하는가(제203조 제1항 단서)?

이들 규정은 서로 다른 요건과 효과를 규정하고 있을 뿐만 아니라, 그대로 적용하는 경우 청구권자는 소유권을 소급적으로 회복함에 의하여 그렇지 않은 경우보다 불리한 지위에 있게 된다는 이유로(예컨대 果實에 관하여 제201조 제1항과 제747조 제1항 참조), 경합을 부정하고 어느 한편의 규정에 의하여 부수적 이

7) 大判(全) 1979. 11. 13., 79다483, 집 27-3, 140. 이는 제746조의 취지를 일반적 권리보호 근거부호 해석함으로써 인정되는 결론이다. 물론 그 당부에 관해서는 여전히 논의의 여지가 있다. 정상현, **불법원인급여제도론**(2002), 328면 이하 참조.

익조정이 행해져야 한다는 점에는 현재 견해가 일치되어 있다. 다만 어느 편의 규범이 적용되어야 하는지 여부에 관하여 견해가 대립한다.⁸⁾ 종래의 다수설은 급부이득반환의 경우에도 제201조가 적용된다는 입장을 취하고 있다. 이에 의하면 점유자는 소유물반환의무와 동시에 점유의 부당이득을 반환할 의무도 부담하게 되지만, 제201조 내지 제203조의 규정은 이러한 부당이득의 특칙이므로 과실·비용 등의 문제는 오로지 제201조 내지 제203조의 규정에 의해야 한다고 한다.⁹⁾ 그러나 최근에는 당사자들의 사이에 급부관계가 존재하는 이상 당사자들 사이의 과실반환이나 비용상환 등의 처리는 보다 특별한 법률관계라고 할 수 있는 부당이득의 법리에 의한 해결을 제안하는 견해¹⁰⁾가 유력하게 제기되고 있다.

(2) 대법원은 종래 다수설에 따라 당사들 사이에 급부이득반환관계가 존재하는 경우에도 과실수취와 관련해서 부당이득이 아닌 제201조에 의하여 해결하는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 예컨대 無權代理에 의한 토지매매가 있었던 경우 매수인에 대하여 “자기가 이 사건 토지의 적법한 매수자라 믿고 이를 점유사용하여 왔다는 것인바, 그렇다면 원심으로서는 [...] 선의의 점유자인지 악의의 점유자인지, 또는 언제부터 악의의 점유자가 되었는지 알아보고 그에 따를 점유자로서의 책임을 물었어야 할 것”¹¹⁾이라고 하거나, 토지의 매매계약이 착오를 이

8) 문헌의 개관으로 閔裕淑, “부당이득반환청구권과 점유자에 대한 회복자의 과실반환청구권의 관계”, **대법원판례해설**, 제46호(2004), 592-598면 참조.

9) 高翔龍, **物權法**(2001), 220면; 郭潤直 (주 2), 349-350면; 金基善, **韓國債權法各論**, 第三全訂版(1988), 361면; 李太載, **債權各論**, 改訂版(1985), 415-416면; 金相容, **債權各論**, 改訂版(2003), 543면; 朴駿緒 編輯代表, **註釋 民法 債權各則(5)**(1999), 439면(任漢欽); 宋德洙, **民法講義(下)**(2007), [1164]; 이진기, “意思表示의 取消의 效果”, **金旭坤 教授停年紀念 契約法の 課題와 展望**(2005), 296-297면. 특히 쌍무계약과 관련하여 김상중, “쌍무계약의 무효·취소에 따른 과실·사용이익의 반환”, **民事法學**, 제37호(2007), 163면 이하.

10) 郭潤直 編輯代表, **民法注解[IV]** (1992), 361-363면(梁彰洙); 金載亨, “占有者の 所有者에 대한 不當利得返還範圍”, **法曹**, 제561호(2003), 65-66면 = **民法論 I**(2004), 187-188면(이 문헌은 후자에 의하여 인용한다); 金疇洙, **債權各論**, 第2版, 575면; 金曾漢·金學東, **債權各論**, 제7판(2006), [689]; **註釋 民法 債權各則(5)** (주 3), 542면(玄炳哲); 李英俊, **韓國民法論[物權編]**, 新訂2版(2004), 355면; 李銀榮 (주 3), 683면 및 주 5.; 裴炳日, “占有者の 果實取得과 不當利得返還請求”, **判例實務研究[VII]**(2004), 225면; 崔相鎬, “善意占有者の 果實取得權”, **民法學의 回顧와 展望(民法典施行三十周年紀念論文集)**(1993), 222면 이하; 최수정, **급부장애와 위험부담**(2003), 332-333면.

11) 大判 1987. 9. 22., 86다카1996, 1997, 공보 1987, 1622. 이하 [] 안의 생략·보충은 인용자에 의한 것이다.

유로 취소된 사안에서 대법원은 매도인과 매수인의 원상회복의무가 동시이행관계에 있음을 전제로 하면서, “쌍무계약이 취소된 경우 선의의 매수인에게 민법 제201조가 적용되어 과실취득권이 인정되는 이상 선의의 매도인에게도 민법 제 587조의 유추적용에 의하여 대금의 운용이익 내지 법정이자에의 반환을 부정함이 형평에 맞는 것”이라고 하여 쌍방의 과실 내지 이자의 반환의무를 부인하였던 것이다.¹²⁾ 이러한 판례는 이후에도 유지되고 있는 것으로 보인다. 예컨대 무권대리로 인하여 무효인 부동산 임대차계약의 원상회복에 있어서도 제201조가 적용되어 선의의 점유자는 사용이익을 보유할 수 있음을 시사하거나, 사업의 양도가 이사회결의부존재에 의하여 무효인 경우에 “이사회결의부존재확인 소가 확정된 이후에도 [...] 부동산에 관한 피고의 점유를 선의의 점유라고 보아 과실반환의무가 없다고 한 원심판결에는 점유자의 과실반환의무에 관한 법리오해 등으로 인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다”¹³⁾고 하여 역시 제201조의 적용을 전제로 하고 있다.¹⁴⁾

(3) 이러한 견해의 대립은 제201조 내지 제203조가 급부이득에 대해서 특칙으로 기능하는 규범인지의 여부에 관하여 서로 달리 이해하고 있기 때문에 발생하는 것이다.

종래 다수설은 계약이 무효이거나 취소된 경우 원상회복이 기본적으로 부당이

12) 大判 1993. 5. 14., 92다45025, 공보 1993, 1698.

13) 大判 2002. 11. 22., 2001다6213, 공보 2003, 141(그러나 판결에서는 그러한 무권대리 여부 및 제소시점 이후 악의간주에 관한 심리미진을 이유로 원심이 파기되었다. 따라서 본문의 법리가 직접 적용된 사건이라고 말할 수는 없다); 2003. 2. 11., 99다66427, 73371, 공보 2003, 765.

14) 판례의 입장과 관련하여 김상중(주 9), 171면은 大判 1997. 11. 28., 97다26098, 집 45-3, 337이 과실반환을 명하는 판결로 이해할 수 있는 가능성이 있다고 지적한다. 여기서는 리스회사가 기망을 이유로 리스물건 공급자와의 리스물건 매매계약을 취소한 사안이 문제되었는데, 리스회사가 이미 리스이용자로부터 수회 리스료를 지급받고 리스료 연체로 인한 리스계약의 해지로 리스물건을 회수한 경우, 매매계약의 취소로 인한 리스물건 공급자의 매매대금 반환 범위를 판단함에 있어서는 리스회사가 매매대금을 지급한 후에 추가로 지급받은 리스료 및 리스물건을 회수하여 얻은 이익에 상당하는 금액을 공제해야 한다고 한다. 여기서 지급받은 리스료 등을 공제하는 근거가 바로 부당이득(제747조 제1항)에 의한 과실반환일 수 있다는 것이다. 대법원이 이러한 문제를 의식하고 판결을 한 것으로 보이지는 않지만, 이 판결을 이러한 관점에서 이해할 가능성은 충분히 존재할 것이다. 그렇다면 이 판결은 판례의 흐름에서 다소 예외적인 가치를 가지게 될 것이다.

특별적 성질을 가지고 있다는 것을 인정하면서도, “그 조질이 현물의 반환이라는 형식으로 행하여지는 한도에서 物權의 請求權이라는 특수한 제도에 따르고, 이에 반하여 그 조질이 가격반환이라는 형식으로 행해지는 경우에는 不當利得의 일반 원칙에 따라야 한다”고 하고, 그 결과 제201조 내지 제203조의 규정은 “특수한 不當利得返還의 내용을 규정한 것”이라고 한다.¹⁵⁾ 즉 적어도 원물반환이 문제되는 한에서는 소유물반환청구권과 제201조 내지 제203조의 규정이 급부이득반환에 대해서 특칙을 구성한다는 것이다. 반면 부당이득법의 적용을 주장하는 견해는 급부부당이득은 계약법의 보충규범으로써 오히려 일반적 소유물반환관계에 비하여 특수한 법률관계라는 것을 전제한다.¹⁶⁾ 따라서 두 견해는 기본적으로 제201조 내지 제203조와 급부부당이득의 일반규범/특별규범 관계에 대하여 서로 상이한 이해를 전제함으로써 다른 결론에 도달하고 있는 것이다. 그러나 두 견해 모두 어떠한 의미에서 제201조 내지 제203조 또는 급부부당이득법이 특칙인지에 관하여 충분한 논증을 제시하고 있지는 않다. 예컨대 어떠한 의미에서 현물반환의 경우 물권적 청구권이 부당이득반환청구권의 특칙이라고 이해될 수 있는 것인지에 대한 설명은 쉽게 발견되지 않는다. 또한 급부이득반환관계가 소유물반환관계보다 “특수한 관계”라는 논거나 소유물반환관계는 물적 지배질서에 대한 규율로서 일반법적 질서에 속한다는 지적도 각각의 규정들의 규범목적과 적용범위의 분석 없이 그 자체만으로는 먼저 논증되어야 할 선결문제에 다름 아니다.

그러므로 이 문제에 대한 해답을 제시하기 위해서는 제201조 내지 제203조의 취지 및 그 적용범위를 급부부당이득과 관련하여 고찰하고, 이를 현재의 민법이론에 비추어 이해할 필요가 있다고 생각된다.

3. 제201조 내지 제203조의 입법목적과 적용범위

(1) 제201조 내지 제203조는 연혁상 로마법으로 소급되며, 이후 유럽 각국의 민법전에 계수되어 유사한 형태로 규정되었다고 한다.¹⁷⁾ 그런데 주요 근대민법전의 규정의 내용과 그 성립과정을 일별해 보면, 이들은 점유자가 점유를 소유자가 아닌 제3자로부터 취득한 사안을 전제로 하여 규정을 마련하고 있음을 관찰할

15) 郭潤直(주 2), 350면.

16) 民法注解[IV] (주 10), 361-363면(梁彰洙); 崔相鎬(주 10), 230-231면; 최수정(주 10), 332-333면.

17) 民法注解[IV] (주 10), 353-354면(梁彰洙).

수 있다.

(a) 프랑스 민법에서 점유자와 회복자의 관계를 정하는 규정으로는 점유자의 과실수취에 관한 제549조를 들 수 있다(반면 손해배상과 비용의 문제는 해석에 의하여 처리되고 있다). 이에 의하면 단순한 점유자는 선의점유의 경우에 한하여 과실을 취득하며, 악의의 경우에는 점유물과 함께 과실을 반환청구를 하는 소유자에게 인도할 의무가 있다. 주의할 것은 프랑스 민법상 점유는 소유의 의사를 요건으로 하므로(동법 제2228조 이하 참조), 여기서 말하는 점유자는 우리 민법의 自主占有者에 해당한다는 사실이다. 즉 동법 제549조는 선의의 자주점유자에게 과실수취권을 인정하고 있는 것이다.

同條에 대한 이유서를 작성한 포르탈리스(Portalis)는 특별한 이유 설명 없이 이러한 결론을 자명한 것으로 제시하고 있다.¹⁸⁾ 이는 종래 프랑스 舊法에서 인정되던 법리를 그대로 수용하는 것이었기 때문이다.¹⁹⁾ 그렇다면 이러한 규율이 당시의 통설적 견해에 의하여 어떻게 이해되고 있었는지가 문제된다. 이에 대하여 프랑스 민법전의 배후에서 그 이론적 기초를 부여한 것으로 평가되고 있는 포티에(Pothier)는 선의점유자의 과실수취권에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다.

“물건이 자신에게 귀속하지 않는다는 사실을 알고 있는 악의의 점유자는 마찬가지로 자신이 그 물건으로부터 수취한 과실도 자신에게 귀속하지 않는다는 사실을 알고 있다. 그리고 이러한 인식에 의하여 그는 과실이 귀속하게 되는 물건의 소유자에게 이를 반환할 의무를 부담한다. [...] 반대로 정권원에 의하여(en vertu d'un juste titre) 물건을 보유하고 있어 그것이 자신에게 귀속한다고 믿을 정당한 이유가 있는 선의의 점유자는 소유자에 대하여 이를 반환할 의무를 부담하지 아니하며 과실반환의무도 부담하지 아니한다. 이 의무는 점유자가 그 물건이 자신에게 귀속하지 않음을 인식함에 의하여 비로소 발생한다.”²⁰⁾

여기서 포티에는 善意의 占有者가 正權原에 의하여 점유를 취득한 것으로 전제하여 설명을 진행하고 있다. 그런데 정권원은 양도인이 無權利者라는 사정이

18) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 11, 1827, p.123.

19) 예컨대 Dupin et Laboulaye, *Institutes coutumières*, tome 2, 1846, p.134-135 참조.

20) Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, n° 337 = *Oeuvres de Pothier*, éd. par Bugnet, tome 9, 1846, p.218.

없었다라면 양수인에게 소유권을 이전할 수 있었을 내용을 가지는 법률행위를 말한다(프랑스 민법 제2265조 참조).²¹⁾ 즉 여기서 선의의 점유자는 무권리자와 소유권 이전을 내용으로 하는 유효한 법률행위를 체결하였고 이에 기초하여 자신의 소유권 있음을 믿고 있는 자주점유자를 의미한다. 이러한 상황은 계약의 무효·취소로 인한 원상회복관계에서는 나타날 수 없다. 왜냐하면 정권원이라는 전제 자체가 소유권 취득이 원인행위의 무효·취소가 아니라 양도인의 무권리에 기인한 것임을 지시하고 있기 때문이다.

그러므로 포티에가 전제한 사안은 무권리자로부터 정권원에 기하여 점유하고 있는 양수인에 대하여 진정한 소유자가 나타나서 소유물반환청구를 하는 경우라고 말할 수 있는데, 이러한 관점이 영향력 있는 한 사람에만 한정된 것이라고 말할 수는 없다. 이전의 보통법에서도 같은 태도가 확인되기 때문이다(Inst. 2, 1, 35 참조).²²⁾ 더 나아가 포티에와 마찬가지로 프랑스 민법의 성립에 결정적인 영향을 미친 도마(Domat) 역시 같은 사안유형을 염두에 두고 과실수취권을 해명하고 있다는 점도 언급되어야 할 것이다. 그 역시 선의점유자가 자신의 소유라고 신뢰하고 있는 물건이 이후에 진정한 소유자에 의하여 追奪된(évincé) 사안을 전제로 선의점유자의 과실수취권을 정당화하고 있었던 것이다.²³⁾ 그러므로 선의점유자의 과실수취권과 관련하여 프랑스 민법의 제정 당시의 통설적 견해는 無權利者로부터 물건을 취득하였으나 진정한 소유자로부터 추탈당한 선의점유자의 사안을 전제하고 있었다고 할 수 있고, 이러한 태도가 프랑스 민법 제549조의 배후에 있었다고 생각된다.

그런데 善意의 定義와 관련하여 프랑스 민법 제550조 제1항은 점유자가 “자신이 그 흠을 알지 못하는 소유권 이전권원에 의하여”(un vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices) 소유자로서 점유하는 경우 선의점유라고 규정한다. 이는 일견 正權原 요건을 부연하여 규정한 것으로 볼 수도 있지만, 반드시 그 의미가 명백한 것은 아니다. 즉 점유자가 알지 못하는 흠은 소유권에 관한

21) Cornu, *Droit civil. Les biens*, 13^e éd., 2007, n° 112 참조.

22) 예컨대 Heineccius, *Elementa juris civilis secundum ordinem institutionum*, 1789, § 376 은 로마法源에 좇아 “타인의 물건을 중단 없이 선의 및 정권원으로 점유하는 자”(is, qui rem alienam bona fide non interrupta et justo titulo possidet)는 소유자에 같음하여 수취한 과실을 취득한다고 하면서, 정권원을 명시적으로 요건으로 들고 있다.

23) Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Liv. III, Tit. VII, Sect. III 5 = *Oeuvres complètes de J. Domat*, éd. par Remy, tome 2^e, 1835 p.205-206.

欠缺(즉 양도인의 무권리)로 읽을 가능성도 있지만, 동시에 權原의 瑕疵(예컨대 무효·취소사유)로 읽을 가능성도 존재하는 것이다. 전자에 의하면 이는 정권원 요건에 다름 아니지만, 후자에 의하면 선의의 점유자는 양도인의 무권리 외에도 원인행위의 무효·취소로 인하여 권리를 취득하지 못하였음에도 불구하고 선의인 점유자도 포함하게 된다. 후자의 해석에 의할 경우 제549조는 급부이득반환에도 적용될 가능성을 가지게 될 것이다.

실제로 이후 프랑스의 통설은 후자의 해석을 채택하여 정권원의 경우뿐만 아니라 권원의 하자의 경우에도 선의점유가 가능하다고 해석하게 되었다.²⁴⁾ 동시에 제549조를 급부이득반환의 경우에도 적용하고자 하는 견해가 우세하게 되어,²⁵⁾ 현재의 통설에 이르고 있다.²⁶⁾ 그러나 이러한 이후 학설의 전개에도 불구하고 원래 제549조가 기본적으로 전제하고 있는 사안유형이 급부이득반환이 아니라는 점은 앞서의 서술에서 분명하다고 생각된다.

(b) 오스트리아 민법에 의하면 善意의 占有者(역시 소유의 의사를 가지는 自主 占有者를 의미한다, 동법 제309조)는 점유물의 멸실·훼손에 대하여 책임을 부담하지 않고(제329조) 과실수취권(제330조)과 유리한 내용의 비용상환청구권을 가진다(제331조, 제332조). 반면 惡意의 占有者는 소유자에게 모든 이득의 반환 및 모든 손해에 대한 책임을 부담하며(제335조), 비용상환은 사무관리의 규정에 의하도록 하고 있다(제336조).

오스트리아 민법의 기초자인 프란츠 폰 차일러(Franz von Zeiller)는 취지를 다음과 같이 설명한다. 악의의 점유자는 자신에게 권리가 없음을 알고 있으므로 과실의 수취나 물건의 훼손 등은 소유자에 대하여 違法行爲로 평가되지만, 선의의 점유자의 경우는 그렇게 볼 수 없다고 한다. 이는 “한편으로는 소유자의 권리 및 이에 상응하는 의무가 그[점유자]에게 알려져 있지 않았고 따라서 그에게는 존재하지 않는 것이었다”는 사정 및 “다른 한편으로 물건은 소유자의 실수, 우연 또는 소유자가 책임을 물을 수 있을 제3자의 過責에 의하여 점유자에게 이르게 된 것”을 고려할 때 그러하다고 한다.²⁷⁾ 즉 차일러는 소유자가 우연히 또는 실수로

24) Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II: Biens, 8^e éd., 1994, n^o 1448 참조.

25) Zachariä/Crome, *Handbuch des französischen Civilrechts*, 1. Band, 8. Aufl., 1894, S. 566 Fn. 2.

26) 프랑스 통설에 대한 개략적 설명으로 김상중(주 9), 152-153면; 民法注解[IV] (주 10), 370면 이하(梁彰洙) 참조.

물건을 상실하거나, 제3자에게 물건을 위탁하였으나 이 제3자가 물건을 횡령하는 경우를 전제로 하여 선의점유자의 권리를 설명하고 있는 것이다. 이는 그가 집필한 오스트리아 민법의 주석서에도 마찬가지로 나타난다. 그에 의하면 새로운 입법들은 다음과 같은 점을 고려하고 있다고 한다.

“대부분의 경우 점유의 상실에 책임이 있는 것은 바로 소유자 자신이며, 특히 자신의 거래행위와 취득행위에 있어 주의를 다하여 선의로 행동하는 점유자가 자신이 물건을 취득하기 위하여 지급한 代價의 喪失 이외에도 수취한 受益 (Nutzungen)을 [...] 반환해야 한다는 것을 항상 걱정해야만 한다면, 국가에 매우 유익한 거래의 안전은 상당한 위험에 직면하게 된다.”²⁸⁾

즉 차일리에 의하면 선의점유자에게 제공되는 특혜는 그가 물건의 권리를 취득하기 위하여 제3자에게 대가를 지급하였음에도 불구하고 소유자에게 반환청구를 당함으로써 제3자에 대한 관계에서 대항사유 상실 및 무자력 위험을 부담하게 되는 상황에 대한 간소한 보상으로 구상된 것이다.²⁹⁾ 즉 선의의 점유자는 적어도 점유기간 동안의 果實受取에 대해서는 권리자였던 것과 같이 취급되는 것이다. 여기서 차일리 역시 —도마나 포티에와 마찬가지로— 선의점유자가 제3자로부터 점유를 취득하였으나 이후 소유자로부터 반환청구를 당하는 사안을 전제로 하여, 그러한 경우 점유자의 선의를 보호하는 의미에서 오스트리아 민법 제 329조 이하를 이해하고 있다. 그러므로 오스트리아 민법에서도 우리 제201조 내지 제203조에 상응하는 규정들이 기본적으로 제3자로부터 점유를 취득하는 사안을 전제로 하여 입안되었다는 사실이 확인된다.³⁰⁾

(c) 독일 민법전의 제987조 이하의 규정이 점유자가 점유를 소유자가 아닌 제3

27) Franz von Zeiller, *Das natürliche Privat-Recht*, 1819, § 82.

28) Franz von Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, 2. Band, 1. Abteilung, 1812, S. 69f.

29) Wilburg in Klang, *Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Band VI, 1951, S. 474f., Binder/Reidinger in Schwimann, *ABGB. Praxiskommentar*, 3. Aufl., 2006, § 921 Rn. 22에서 재인용.

30) 물론 현재의 학설에서는 이들 규정과 급부부당이득의 결합에 관하여 견해의 대립이 존재한다. Schwimann/Binder/Reidinger (주 29), § 921 Rn. 22; 김상중(주 9), 154-155면 참조.

자로부터 취득한 사안을 상정하여 입안된 것이라는 점은 이미 독일의 문헌에서도 여러 차례 지적된 바 있으며,³¹⁾ 이는 부분적으로는 규정의 문언에서도 추측할 수 있는 바이기도 하다(예컨대 동법 제991조 제1항 참조). 더 나아가 입법과정에서 기초자들이 그러한 사안을 상정하고 있었다는 사실도 관찰된다. 예컨대 선의의 점유자의 행위는 불법행위를 구성하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다(제1초안 제930조 참조). 왜냐하면 그에게는 자신이 점유를 취득하는 물건의 소유권이 타인에게 귀속하는지 여부를 심사할 일반적 의무는 없는 반면, 점유와 등기로 자신의 권리의公示에 대하여 배려하는 것은 바로 소유자 자신의 일이기 때문이다.³²⁾ 여기서 부실한 공시로 인한 무권리자로부터의 취득이 전제되어 있음은 명백하다. 더 나아가 선의점유자에게 과실수취권이 인정되는 결과(제1초안 제900조 참조)는 분리된 과실과 관련하여 점유자에게 동산 선의취득에서 인정되는 것과 유사한 지위를 인정하는 것으로 설명되고 있었다.³³⁾ 그러므로 독일 민법의 구상에 따르면 선의의 점유자는 자신의 계약상대방이 적법한 권리자임을 신뢰하여 유상으로 계약을 체결하였으나(동법 제988조 참조) 이후 진정한 소유자로부터 반환청구를 당하게 되는 사안을 전제로 하여, 그러한 선의점유자의 신뢰를 보호하기 위하여 책임의 경감과 과실의 선의취득적 귀속을 정하는 입장을 취하는 것이다.³⁴⁾ 이러한 태도³⁵⁾는 앞서 살펴 본 프랑스 민법이나 오스트리아 민법과 일치하는 내용의 것이라고 말할 수 있다.

(2) 이상의 간략한 개관으로부터 유럽의 주요 민법전에서 점유자·회복자의 법률관계를 규율하는 규정들이 점유자가 소유자가 아닌 제3자로부터 점유를 취득

31) 예컨대 von Caemmerer, “Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb”, *Festschrift für Gustav Boehmer*, 1954, S. 154 Fn. 42. Wieling, “Zur Dogmatik des Schadensersatzes im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis”, *MDR* 1972, 645, 646도 참조.

32) Motive III, 394f. = Mugdan III, 219f.

33) Motive III, 365 = Mugdan III, 203. 이유서는 “점유는 권원의 가치가 있다”(possession vaut titre)는 프랑스 민법의 규정(제2279조 제1항)을 인용한다.

34) Wieling (주 31), 646 참조. 물론 독일 민법의 입법관여자들이 부분적으로 이러한 태도를 수미일관하게 유지하지 않아 규정의 문언상 오해의 여지가 발생하였다는 사실도 지적되고 있다.

35) 제1초안의 규정의 실질적인 내용은 제2위원회에서 변경되지 않았으며(Mugdan III, 651, 677f. 등), 따라서 현행 독일 민법에 대한 설명으로 타당하다. 독일 민법 제987조 이하의 입법과정에 관해서는 Wieling, *Sachenrecht*, Band 1, 2. Aufl., 2006, § 12 II 2 (S. 556ff.) 참조.

하는 사안을 전제로 입안되었음을 확인할 수 있었다. 즉 이들 규정은 점유자가 소유자가 아닌 제3자로부터 권리를 취득하는 거래를 하였고, 따라서 자신이 적법한 권리를 취득하였다고 신뢰하는 사안에서 출발한다. 그러한 경우 물건의 멸실 등을 이유로 점유자에게 책임을 부담하게 하는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 그는 자신을 권리자로 간주하고 있었고 따라서 그가 ‘권리자로서’ 물건을 소비하거나 멸실시키는 행위에 의하여 책임을 부담하게 한다면 거래의 안전이 저해되기 때문이다.

과실수취권의 경우도 마찬가지이다. 폰 캐머러(von Caemmerer)가 적절하게 지적하는 바와 같이, 이들 규정은 “소유자와 점유자 사이에 계약관계가 없음을 전제하고 있다.” 즉 점유자가 계약관계에 있지 않은 소유자로부터 반환청구를 하는 경우, 점유자는 쌍무계약관계나 그 원상회복관계에서라면 계약 상대방에 대하여 행사할 수 있었을 구제수단(예컨대 계약상 급부의 동시이행(제536조)이나 원상회복 급부의 동시이행³⁶⁾ 등의 대항사유)을 소유자에 대하여 주장할 수 없는 불리한 상황에 빠지게 된다. 더 나아가 그는 이제 자신에게 점유를 이전한 계약상대방에 대해서 담보책임 기타 계약책임을 물어야 하지만, 그와의 계약관계에서는 실질적으로 先履行을 한 결과에 도달하게 되어 상대방의 無資力 危險을 부담하게 된다. 요컨대 이 경우 계약관계를 가로지르는 直接請求(Durchgriff)가 발생시킬 수 있는 모든 위험이 현실화한다.

오스트리아 민법과 독일 민법의 제정과정에서 지적된 바와 같이, 바로 이러한 경우 점유자의 권리취득에 대한 신뢰를 일정한 한도에서 보상하기 위하여 인정된 권리가 과실수취권 기타 점유자·회복자 관계규정이라고 할 수 있다. 이들 규정에 의하여 선의점유자는 물건의 반환청구를 받은 시점까지의 법상황에 있어서는 적어도 권리자였던 것과 같은 상태로 취급되고, 그러한 한도에서 “과거”의 법률관계에 있어서는 신뢰를 보호받게 된다. 이러한 결과를 특히 果實과 관련시켜 말한다면, 점유자가 물건을 소유자에게 반환하더라도 점유할 동안 자신에게 권리가 있다고 믿고서 수취한 과실은 그대로 보유할 수 있다는 의미에서, 果實에 한정된 善意取得 내지 선의점유기간 동안에 한정된 用益權의 善意取得이라고 말할 수 있게 된다.³⁷⁾ 이 경우 소유자가 부담하게 되는 불이익도 이해할 수 있게 된

36) 大判 1976. 4. 27., 75다1241, 집 24-1, 273.

37) 이는 특히 제201조의 해석상 선의 요건을 선의·무과실로 해석하는 경우에 특히 그러하다(民法注解[IV] (주 10), 381면 이하(梁彰洙) 참조). 물론 우리 민법 제201조의 규정

다. 물건이 선의의 점유자에게 도달하게 된 원인은 “소유자의 실수, 우연 또는 소유자가 책임을 물을 수 있을 제3자의 과책”에 있으며 “자신의 권리의公示에 대하여 배려하는 것은 바로 소유자 자신의 일”이기 때문이다.

그러나 이러한 고려들은 점유자가 소유자로부터 급부관계에 의하여 점유를 이전받은 경우에는 맥락을 상실한다. 이러한 경우 점유자는 앞서 언급한 대항사유 상실이나 무자력 위협의 인수와 같은 불이익에 직면하지 않는다. 그는 여전히 자신의 계약상대방과 상대하고 있으므로, 계약 당사자들 사이의 원상회복관계에 기한 대항사유는 그대로 유지된다. 계약 상대방의 무자력 위협을 스스로 부담해야 한다는 것은 계약법의 기본적인 원칙으로, 점유자는 계약상대방인 소유자의 무자력에 대해서 보호를 받을 이유가 없다. 더 나아가 소유자는 급부관계상의 합리적인 (그러나 좌절된) 고려에 의하여 점유를 포기하였던 것으로, 그에게는 “실수, 우연 또는 소유자가 책임을 물을 수 있을 제3자의 과책”이 있다고 하기 어렵다. 요컨대 계약관계의 청산의 영역에서 제201조 이하가 추구하는 입법목적은 의미를 가질 수 없으며,³⁸⁾ 그러므로 이들 규정의 취지는 “기타의 선의취득에서와 마찬가지로 소유자가 계약 외부의 제3자인 경우에는 타당하지만, 물건을 법률상 원 없이 스스로 공여한 양도인에 대해서는 타당하지 아니하다”³⁹⁾고 말할 수 있는 것이다.

(3) 그러나 이러한 설명에 대해서는 다음과 같은 반론도 제기될 수 있다. 제 201조 내지 제203조의 규정이 주로 염두에 두고 있는 사안이 소유자가 아닌 제3자로부터 점유를 취득하는 경우라는 사정은 인정하더라도, 이들 조문에 표현되어 있는 선의점유자 보호의 취지가 급부이득반환의 경우에도 전용될 수 있다면 그 적용을 부정할 이유는 없지 않을까? 적어도 그 문언에 포섭이 가능한 이상 계약

은 예컨대 독일 민법에서와 달리 무상취득의 경우에도 과실수취권을 인정하고 있어 점유자에게 지나친 특혜가 아닌지 의문이 제기되지만, 우리 민법이 무상의 양수인에게 선의취득을 인정하고 있는 이상 체계상 불균형이 있다고 하기는 어려울 것이다. 다만 제201조 제1항이 입법정책적으로 타당한 것인지의 문제는 여전히 남게 된다(民法注解 [IV] (주 10), 375-376면(梁彰洙) 참조). 물론 무상취득의 경우 선의취득자에게 부당이득 반환의무를 인정하고자 하는 견해는 여기에서도 무상취득의 경우 과실반환의무를 인정하게 될 것이지만(李英俊(주 10), 349면; 崔相鎬(주 10), 244면도 참조), 이를 법률의 근거규정 없이 인정하는 것은 해석론상 無理라고 생각된다.

38) 이러한 한도에서 김상중(주 9), 161-162면 참조.

39) von Caemmerer (주 31), 同所. 동일한 취지의 설명으로 崔相鎬(주 10), 243-244면 참조.

의 원상회복의 경우에도 자신의 권리취득을 신뢰한 선의점유자를 보호할 수 있지 않을까?

그러나 이는 타당하지 않다고 생각된다. 계약이 무효·취소된 경우에 선의의 점유자는 —점유를 이전한 계약상대방이 權利者라는 외관이 아니라— 계약이 확정적으로 유효하게 성립하였다는 외관을 신뢰하였기 때문에 자신이 점유할 권리가 있다고 믿고 있고, 그러한 의미에서만 善意의 占有者이다. 따라서 만약 이러한 경우 제201조 등의 적용으로 그의 선의를 보호하는 입장을 취한다면, 이는 확정적으로 유효하게 성립한 계약의 존재에 대하여 점유자가 가지는 신뢰를 보호하는 것이다. 그러나 우리 민법상 자신이 체결한 계약의 有效性에 대한 신뢰는 보호되지 아니한다.⁴⁰⁾ 예컨대 매도인이 행위능력자라는 것, 취소할 수 있는 착오가 없다는 것, 숨은 불합의가 없다는 것 등의 외관을 신뢰하고 계약을 체결하였지만 이후에 상대방의 행위무능력, 착오나 불합의의 존재가 밝혀진 경우, 매수인은 자신의 신뢰를 원용하여 목적물에 대한 선의취득을 주장할 수 없으며, 마찬가지로 “과거”의 법률관계에 대한 현상유지를 주장할 수도 없다(제141조 본문 참조). 선의의 점유자가 占有라는 외관으로부터 추단할 수 있는 것은 계약상대방이 권리자라는 사실이며,⁴¹⁾ 따라서 점유자는 상대방을 권리자라고 믿은 한도에서만 ‘善意’의 점유자로서 보호를 받을 뿐이다. 요컨대 계약의 유효성에 대한 신뢰는 보호받지 못하며, 그 결과 선의취득은 정당화될 수 없다. 그리고 무효·취소의 효과는 처음부터 법률효과의 제거를 목적하므로, 신뢰의 대상인 법률관계를 “과거”에 한하여 유지하는 결과(제201조, 제202조 참조)도 허용되지 않는다. 결국 계약의 유효성에 대한 신뢰가 선의취득이나 소급효 배제를 정당화할 수 없다면, 과실취득은 더욱 정당화할 수 없다.

더 나아가 일반적으로 문제가 발생하는 쌍무계약의 원상회복을 배경으로 하여 고찰해 보더라도 마찬가지로의 결과가 정당화된다. 쌍무계약의 원상회복 관계에서 계약의 유효한 성립·존속에 대한 당사자들의 신뢰는 원칙적으로 보호되지 않는다는 것이 현재 일반적인 견해이기 때문이다. 쌍무계약의 원상회복에 있어서 계약의 유효함(그 결과 자신이 권리자임)을 신뢰하여 급부로 수령한 물건을 소비·훼손한 당사자는 그러한 신뢰의 보호를 주장하면서 현존이익 상실(제748조 제1

40) Wieling (주 31), 646 참조.

41) 이는 동산에 대해서는 일반적으로 타당하며(제200조, 제249조), 부동산에 대해서는 일정한 제한 하에서 타당하다(제245조).

항)을 항변할 수 없다. 원상회복관계의 견련성에 비추어 자신의 의무를 면하면서 상대방에게 반환청구를 하는 것은 허용되지 않기 때문이다.⁴²⁾ 쌍무계약의 원상회복에서는 상대방의 급부를 보유하기 위해서 자신의 급부를 포기해야 한다는 견련성에 대한 인식만으로(이는 쌍무계약을 체결하는 한 항상 인정된다) 약의 수익자에 준해서 취급되어 현존이익 상실의 항변을 상실하게 되는 것이다.⁴³⁾ 그 결과 쌍무계약의 원상회복에 있어서 계약의 유효성에 대한 신뢰는 원칙적으로 보호되지 않는다. 쌍무계약의 무효를 이유로 하는 급부이득반환에서 자신이 권리자임을 신뢰하였다는 善意를 원용하여 급부의 원상회복을 거절할 수 없다.

그러므로 급부의 운명에 대해서 그러한 신뢰가 보호되지 않는다면, 그로부터 발생한 과실의 운명에 대해서 동일한 신뢰가 보호될 이유는 없다고 생각된다. 무효인 계약에 기하여 점유하는 점유자의 ‘신뢰’를 보호하기 위하여 제201조 이하의 규정을 적용하는 것은 급부이득반환이나 쌍무계약 청산에 관하여 일반적으로 인정되는 법리에 부합하지 아니하며, 제201조가 목적으로 하는 거래의 안전과는 무관한 영역에 민법의 해석상 인정되지 아니하는 신뢰보호를 도입하는 것에 다름 아니다.

4. 쌍무계약 청산의 법리와의 관련성

(1) 그러므로 제201조 내지 제203조는 급부이득반환을 상정하여 만들어진 규범이 아니며, 따라서 급부이득반환에는 적용되기 어렵다는 점이 확인된다. 특히 이와 관련해서 쌍무계약의 원상회복관계에서는 계약의 유효성에 대한 신뢰는 보호되지 아니하고, 따라서 선의점유자의 과실수취권도 같은 이유에서 인정되기 어렵다는 것을 지적하였다.

그런데 제201조 내지 제203조가 소유자와 점유자 사이에 계약관계가 없는 사안을 전제로 한다는 것을 인정하면서도, 오히려 쌍무계약 청산의 특수성에 기하여 과실수취권은 점유자에게 귀속되어야 한다는 견해도 유력하게 제시되고 있다.

42) 최수정(주 10), 333면 이하 참조.

43) 우선 Schermaier, “‘Performance-Based’ and ‘Non-Performance-Based’ Enrichment Claims: The German Pattern”, *European Review of Private Law*, 3-2006, p.381 et seq. 및 아래 주 52에 인용된 문헌 참조. 同所의 인용문헌에서 간취할 수 있는 바와 같이, 이 점은 현재 독일에서 쌍무계약의 원상회복과 관련하여 가장 영향력 있는 견해들이 일치하여 인정하는 결론이다. 다만 그러한 견련성에 대한 인식에 의한 재산이동을 귀속시킬 수 없는 경우(예컨대 행위무능력)의 경우에는 예외가 인정된다.

이 견해는 쌍무계약 청산의 법리를 과실의 문제에도 다음과 같은 내용으로 적용하려고 한다. 쌍무계약에서 각 당사자들은 서로의 급부를 동일한 가치로 평가하면서 (객관적 가치가 서로 다른 경우에도) 자신의 급부의 사용가능성을 포기함으로써 상대방의 급부의 사용가능성을 취득할 수 있게 되는데, 이러한 한도에서 각 당사자는 상대방으로부터 수령한 급부에 대한 활용위험을 부담하게 된다고 한다. 즉 원상회복이 일어나기 이전 기간 동안에는 사실상 교환의 의사를 실현시키고 있으므로, 상대의 급부취득을 위해 자신이 공여한 급부에 대하여 상대방이 어떤 식으로 과실을 취득하고 사용이익을 가지는지는 급부자에게 아무래도 상관없는 사유라는 것이다. 이러한 사정은 과실반환에도 영향을 미치게 되는데, 무효인 쌍무계약에서 당사자들은 급부의 주관적 등가성에 기하여 실현된 의사에 의하여 계약의 무효에도 불구하고 반환시점까지 취득한 과실을 보유하는 동시에 활용위험을 부담해야 하며, 그 한도에서 제201조 제1항이 과실수취의 법률상 근거가 될 수 있다고 한다.⁴⁴⁾ 다만 이러한 과실수취는 당사자들의 실현된 사실상 의사에 기초하므로, 무효·취소의 원인이 錯誤나 詐欺·強迫 등인 경우나 일방이 급부를 先履行한 경우에는 부당이득법에 따라 과실을 반환하는 것이 타당하다고 한다.⁴⁵⁾

(2) 이 견해는 종래의 해석론에 대하여 쌍무계약 청산의 법리를 원용하여 새로운 해석을 제시하고 있으며,⁴⁶⁾ 그 결론이나 논거 모두 상당한 설득력을 가지고 있음을 부정할 수 없다. 특히 이 견해가 쌍무계약이 무효이거나 취소된 경우 과실반환 문제를 일반적인 급부부당이득이나 제201조 내지 제203조의 문제가 아니라 쌍무계약 원상회복의 법리에 의하여 접근하는 태도는 동의를 받을 가치가 있다. 그러나 이 견해가 제시하는 결론에는 선뜻 동의하기 어렵다. 오히려 쌍무계

44) 김상중(주 9), 164-167면. 같은 견해를 취하는 외국의 문헌으로 Wieling, “Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere in fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen”, *AcP* 169 (1969), 137, 148ff.; Marie Malaurie, *Les restitutions en droit civil*, 1991, p.167 et seq. 등 참조.

45) 김상중(주 9), 171면. 이 견해는 大判 1997. 11. 28. (주 14)을 이러한 맥락에서 이해한다.

46) 이전에 이와 유사한 해석의 가능성을 시사한 지적으로 民法注解 [IV] (주 10), 375면 (梁彰洙) 참조: “이 이론[Saldotheorie]을 한 걸음 밀고 나가서 有償의 善意占有者가 취득한 果實에 대하여 적용하여 보면, 이 果實은 대부분 그 점유자가 지급한 反對給付의 果實과 상쇄되는 것이어서, 애초에 반환의무가 없게 된다.” 그러나 이 문헌은 이러한 해석의 가능성을 시사하였을 뿐이고, 원칙적으로 급부이득반환에 의하여 과실반환 문제를 해결하고자 한다(361-363면 참조).

약 청산의 법리를 적용하는 경우, 원칙적으로 당사자들은 급부이득반환의 법리에 의하여 과실을 반환할 의무가 있고(제747조 제1항), 단지 예외적으로만 과실보유가 정당화된다고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.

(3) 우선 이 견해는 계약이 무효이더라도 당사자들이 견련적으로 실현시킨 의사에 기초해서 과실은 점유자에게 귀속하는 것이 타당하다고 하면서도, 동시에 그러한 의사를 귀속시킬 수 없는 착오나 사기·강박의 사례 또는 일방만이 그러한 의사를 실현시킨 선이행의 사례에서는 부당이득법적 해결을 지지한다. 그러나 이러한 예외는 이들 사례에만 한정될 수 없다. 무효·취소의 원인을 정하는 규범의 목적에 따라서 급부의 반환과 함께 과실의 반환도 행해져야 하는지 여부가 결정되어야 하기 때문이다.⁴⁷⁾

(a) 예컨대 虛僞表示(제108조 제1항)나 非眞意表示(제107조 제1항 단서)로 무효인 경우에는 과실귀속에 관한 당사자들의 사실상 의사자체도 결여하므로, 과실반환은 급부이득반환에 의할 수밖에 없을 것이다. 더 나아가 強行法規違反의 경우(良俗違反의 경우는 제747조에 의하여 견련적 원상회복이 있을 수 없다)에도 당사자들의 사실상 실현된 의사에 기하여 과실귀속을 인정할 수 없을 것이다. 왜냐하면 강행법규위반의 경우 법질서가 계약 당사자들의 효과의사에 대하여 효력을 부여하기를 거부하고 있기 때문이다. 법질서가 효과의사에 효력을 인정하기를 거부하였다면, 단순한 사실상의 의사에 기한 위험배분이 존중을 받을 이유는 더욱 없다고 해야 한다. 그렇지 않으면 강행법규의 금지목적은 달성될 수 없다.

예컨대 국유재산법 제14조 제1항에 의하면 국유재산에 관한 사무에 종사하는 직원은 그 처리하는 국유재산을 취득하거나 자기의 소유재산과 교환할 수 없다(제14조 제1항 본문, 제2항). 이를 위반하거나 잠탈하는 행위는 강행법규에 위반하여 무효이다.⁴⁸⁾ 이러한 경우 국가가 국유재산을 매매·교환 등으로 취득한 직원에 대하여 급부의 원상회복을 구하는 경우, 국유재산으로부터 발생한 과실 기타 사용이익도 반환되는 것이 당해 규정의 입법취지에 부합할 것이다. 실제로 국

47) 崔相鎬, “雙務契約의 無效·取消된 경우의 返還請求上의 諸問題”, **民事法學**, 제13·14호(1996), 104면 참조.

48) 大判 1996. 4. 26., 94다43207, 공보 1996, 1677 참조. 이 판결에서는 국유재산이 전매된 사안이 다루어졌으며, 따라서 급부이득반환과의 경합은 문제되지 않았다.

가나 직원은 각자 수령한 급부에 만족하면서 상대방이 자신이 제공한 급부로부터 어떠한 과실이나 사용이익을 얻는지 무관심할 수 있다. 그러나 강행규정의 취지는 직원의 우월한 정보력을 고려할 때 不正의 가능성이 있는 去來를 금지하는 것이다. 그러므로 당사자들의 실현된 사실적 의사에 효력을 인정하는 것은 금지된 계약에 일정기간 동안 사실적인 효력을 부여하는 것으로 강행규정의 취지에 부합하지 아니한다. 법질서는 국유재산의 일탈로부터 나타나는 법률적 귀결을 제거하고자 하며, 그 귀결에 과실이나 사용이익의 문제가 제외될 이유가 없다(예컨대 국가에 현저히 불리한 내용의 교환계약이 있었던 경우를 상정해 보라). 그러한 이익은 바로 국유재산이 귀속되어야 할 국가에게 돌아가야 한다는 것이 법질서가 금지규범을 설정한 취지로부터 도출되기 때문이다.

(c) 行爲無能力을 이유로 계약이 취소된 경우에도 그러한 의사의 귀속이 인정될 수 없다. 행위무능력을 이유로 계약이 취소된 경우, 민법은 무능력자의 보호를 위하여 거래의 안전을 희생하며, 그 결과 이 영역에서 쌍무계약 청산의 법리는 적용되지 않는다고 인정되고 있다.⁴⁹⁾ 따라서 행위무능력자는 수취한 과실·사용이익의 현존이익만 반환하면 되지만(제141조 단서), 상대방은 제747조 제1항, 제748조에 따라 과실반환의 의무를 부담한다고 해석해야 한다.

無權代理에서도 마찬가지이다. 본인은 자신이 수권에 의하여 관여하지 아니한 무권대리인의 행위에 의하여 법적으로 또는 사실적으로 구속될 이유가 없으며, 자신이 관여하지 않은 재산이동에 의하여 발생한 과실과 관련하여 이를 서로 “교환”할 것을 수인할 이유도 없다(주 11, 13 참조). 그렇지 않으면 무권대리인은 일정기간 본인에 대하여 사실상의 계약효과를 강제할 수 있게 되는데, 이는 인정하기 어렵다. 이사회결의부존재 등 적법한 의사형성이 없이 대표에 의하여 계약에 체결된 경우에도 마찬가지의 내용이 타당하다(주 13 참조).

(e) 그러므로 무효·취소의 근거규범의 규범목적을 고찰해 본다면, 민법상 대부분의 무효·취소 사유가 있는 경우에 기본적으로 부당이득에 따른 과실반환이 이루어져야 한다는 결론이 타당하다고 생각된다.

물론 무효·취소의 원인 및 당사자들이 무효인 계약에서 사실적으로 실현한

49) 최수정(주 10), 336면. Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2, 13. Aufl., 1994, S. 329f. 참조.

의사에 따라서는 예외적으로 당사자들이 각자 수령한 급부의 과실을 보유하는 것이 타당한 것으로 나타나는 사안이 존재할 수도 있을 것이다. 예컨대 주된 급부 이외의 사정에 대한 숨은 불합의로 인하여 계약이 무효가 되는 사안이나 방식위반의 사안의 일부에서 그러할 것으로 생각된다. 그러나 이러한 사안들은 극히 예외적으로 실무상 유의미한 예라고 보기 어렵다. 그렇다면 기본적으로 부당이득반환을 원칙으로 하면서, (극히) 예외적으로 쌍무계약 청산의 취지를 고려하여 점유자가 과실을 보유할 수 있는 사안이 있을 수 있다고 해석하는 것이 온건한 결론일 것이다.

(4) 더 나아가서 쌍무계약을 원상회복하는 부당이득반환의 경우 그 이익상황이 기본적으로 解除와 유사하며 해제의 법리에 비추어 조정이 행해져야 한다는 점은 학계에서 지적되어 오는 바이다.⁵⁰⁾ 그런데 우리 민법은 계약 해제시 금전이 급부되었다면 “반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가하여야 한다”고 정하며(제548조 2항), 이에 따라 통설은 계약해제시 당사자들의 과실반환의무를 인정하고 있다.⁵¹⁾ 정상적으로 성립한 계약이 사후적으로 해제되는 경우(당사자들의 실현된 사실적 의사에 전혀 하자가 없는 경우이다)에 과실반환 의무가 인정된다면, 계약의 성립 자체에 흠이 있어 부당이득적 원상회복이 행해지는 경우에 더욱 다른 결론이 인정될 수 없다고 생각된다.⁵²⁾ 우리 민법이 유사한 이익상황을 가지고 있는 해제의 경우에 양당사자의 과실반환의무를 부여하고 있다면, 동일한 법리가 쌍무계약의 원상회복에서도 인정되는 것이 타당할 것이다.⁵³⁾

(5) 쌍무계약의 청산에 있어 원상회복 급부의 건련성을 인정하는 전제로부터 과실의 보유라는 결론이 논리필연적으로 도출되는 것은 아니다. 한편으로는 사실

50) 최수정(주 10), 333-334면. 독일 문헌으로 예컨대 Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag*, 1975, S. 116 및 同所 주 56에 인용된 문헌들 참조.

51) 郭潤直(주 2), 105면 참조.

52) 同旨: 崔相鎬(주 10), 223-224면. 김상중(주 9), 161면은 제548조 제2항에 대해 주목하고 있으나, 이를 쌍무계약의 원상회복과 관련짓지 않는다.

53) 예컨대 프랑스의 경우 무효·취소로 인한 원상회복의 경우 점유자에게 과실수취권을 인정하지만 동시에 해제의 경우에도 같은 법리를 적용하므로(Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Les obligations*, 2^e éd., 2005, n° 879), 해제와 쌍무계약 청산을 동일하게 취급하고 있으며, 그러한 한도에서 우리 민법과 결론만을 단순비교하는 것은 타당하지 않다.

적 쌍무관계상 실현된 당사자의 사실적 의사를 고려하여 과실을 수취할 권리가 있다고 생각할 수도 있겠지만, 다른 한편으로는 양측이 수령한 급부 및 과실을 모두 반환하게 하면서도 그 과정에서 견련성에 위반되는 행태(자신의 청구권을 행사하면서 상대의 청구에 대하여 현존이익 상실의 항변을 하는 행위)만을 배척하는 결론도 동일한 전제로부터 설명될 수 있다. 후자의 해석이 바로 쌍무계약 청산에서 당사자는 원칙적으로 악의의 수익자에 준해서 취급되며 따라서 과실반환의무가 있다는 서술(위 II. 3. (3) 끝부분)의 전제이다.⁵⁴⁾ 요컨대 원상회복관계의 견련성의 관점에서 본다면 쌍방의 완전한 과실보유와 쌍방의 완전한 과실반환 모두가 정당화된다. 쌍무계약 청산에서 인정되는 견련성은 선행행위에 모순되는 행태(*venire contra factum proprium*)의 금지에 기초하는 것인데,⁵⁵⁾ 이러한 모순되는 행태를 ‘사실상 실현된 교환의사에 반하여 상대방이 수취한 果實을 청구하는 행위’로 볼 것인지 아니면 ‘스스로 果實을 청구하면서도 상대방의 과실청구에 대하여 현존이익 상실을 주장하는 행위’로 볼 것인지에 따라 발생하는 결론의 차이인 것이다.

문제는 어느 견해가 보다 법률의 체계에 보다 부합하는가의 여부이다. 여러 가지 고려가 있을 수 있겠지만, 전술한 바와 같이 무효·취소 규범의 취지와 해제와의 균형을 생각한다면, 후자의 견해가 우리 민법의 해석으로 보다 타당하다고 생각된다.

5. 小 結

그러므로 쌍무계약의 청산을 포함하여 급부이득반환의 사안에서 제201조 내지 제203조의 규정은 원칙적으로 적용되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다. 이 규정은 급부이득반환에 타당한 규범으로 평가될 수 없다. 오히려 급부이득반환의 경우에는 부당이득의 법리에 의하여 당사자들의 부수이익조정을 수행하는 것이 타당하다. 다만 예외적으로 쌍무계약이 원상회복되는 경우에는 금지규범의 취지 및 계약의 성질상 과실 보유가 인정되는 경우가 존재할 수도 있

⁵⁴⁾ Flume, “Die Unterschiedlichkeit des römischen Konditionenrechts und des modernen Bereicherungsrechts am Beispiel des Wegfalls der Bereicherung”, *Festschrift für Hans Niedermeyer*, 1953, S. 169f. 참조.

⁵⁵⁾ Flume (주 54), S. 154f., 164ff.; Wieling (주 44), 149ff., 163f. Larenz/Canaris (주 48), S. 324도 참조.

으며, 이는 개별적인 사안으로부터 정당화되어야 한다.⁵⁶⁾

Ⅲ. 점유자·회복자 관계와 침해이득반환의 경합

1. 반환청구권 자체의 경합 문제

당사자들 사이에 급부관계가 존재하지 않는 경우에 물건의 반환은 통상 소유물반환청구권에 의한다. 예컨대 소유자가 분실한 물건을 타인이 점유할 권리 없이 점유하고 있는 경우, 소유자는 그 점유자로부터 물건의 반환을 청구할 수 있다(제213조). 그런데 이 경우 소유자는 자신의 소유권에 기하여 점유할 수 있는 권능에 있어서 침해를 받고 있고, 점유자는 정당화할 법률상 원인이 없이 소유자의 권능을 침해하고 있으므로, 일견 소유자는 부당이득의 규정에 의해서도 점유자에 대해서 물건의 반환을 청구할 수 있는 것으로 볼 수 있는 여지도 없지 않다. 그러므로 급부관계가 존재하지 않는 경우 부당이득에 기하여 물건의 반환을 청구할 수 있는지 여부가 문제될 수 있으며, 이 역시 종래 占有의 不當利得의 문제로 논의되어 왔다.

그러나 현재 통설적 견해는 이러한 경우 침해이득반환청구권의 성립을 부정하고, 물건의 반환은 오로지 소유물반환청구권에 의하여 해결된다고 해석하고 있으며,⁵⁷⁾ 타당하다고 생각된다. 점유 자체는 사실상의 지배로서 재산상 이익의 귀속을 내용으로 하는 독자적인 割當內容(Zuweisungsgehalt)을 가지고 있지 않으므로

56) 청산되는 쌍무계약의 성질에 비추어 과실의 보유가 정당화되는 경우, 김상중(주 9), 166-167면은 이 결과를 제201조에 포섭될 수 있다고 이해한다. 그러나 그러한 결과는 사실적 쌍무관계에 실현된 당사자들의 의사에 기하여 인정되는 것으로, 제201조를 근거규범으로 삼는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 무엇보다도 쌍무계약이 원상회복되는 경우, 당사자들은 급부와 반대급부의 견련성에 대한 인식만으로 약의 수익자로 취급되는 것이고, 따라서 선의·악의 여부는 그들의 법률관계에서 의미를 상실한다(위의 II. 3. (3) 참조). 따라서 과실보유는 금지규범의 취지 및 계약에 실현된 의사에 의하여 결정되고, 점유자의 선의·악의는 중요하지 않다고 해석된다. 따라서 과실보유가 정당화되는 예외적인 경우에도 제201조를 근거규정으로 들 수는 없다(Wieling (주 44), 161f.). 예컨대 Malaurie (주 44), p.170: “원상회복은 ‘견련적’(‘逆의 견련관계’)이다. 따라서 과실과 이자의 상관관계는 균형(équilibre)에 근거하는 것이고, 선의·악의 여부와는 무관하다.”

57) 金曾漢·金學東(주 10), [688]; 金亨培, 事務管理·不當利得(2003) 167면; 李銀榮(주 3), 683-684면; 郭潤直 編輯代表, 民法注解 [XVII] (2005), 550-551면(梁彰洙).

점유 자체의 침해상태만으로는 침해이득반환이 성립하는 것으로 보기 어렵고, 점유의 반환에 관해서는 소유물반환청구권이나 점유보호청구권이 배타적인 구체수단으로 상정된 것으로 해석되기 때문이다.⁵⁸⁾

2. 제201조 내지 제203조의 부수청구권과 침해이득반환청구권의 경합

(1) 그러므로 급부관계가 존재하지 않는 당사자들 사이에서 소유자는 점유를 소유물반환청구권에 의하여 회복해야 하며, 그 결과 부수적 이익조정을 위하여 제201조 내지 제203조가 적용된다. 이들은 소유물반환이 행해지는 경우에 발생하는 과실반환·손해배상·비용상환 등의 문제를 선의의 점유자에게 책임을 면제하거나 감경하는 방법으로 해결하기 위한 규정으로, 침해이득반환의 특칙을 구성한다. 그러므로 소유물반환의 경우 과실반환과 관련해서는 제201조가 배타적인 규정이며, 그 한도에서 침해이득반환을 내용으로 하는 부당이득은 성립하지 않는다고 해석해야 한다.⁵⁹⁾ 예컨대 소유물의 점유를 회복하는 소유자는 선의의 점유자에 대하여 침해이득반환을 이유로 과실의 반환을 청구할 수 없다. 제201조 제1항이 이미 선의의 점유자에게 과실수취에 대한 법률상의 원인을 제공하고 있는 것이다.⁶⁰⁾

(2) 그런데 대법원은 제201조 제2항과 부당이득법의 경합을 인정하는 것으로 보이는 취지의 판결을 한 바 있다. 악의의 수익자의 과실반환이 문제된 사안에서 대법원은 “악의 점유자는 과실을 반환하여야 한다고만 규정한 민법 제201조 제2항이, 민법 제748조 제2항에 의한 악의 수익자의 이자지급의무까지 배제하는 취지는 아니기 때문에, 악의 수익자의 부당이득금 반환범위에 있어서 민법 제201조 제2항이 민법 제748조 제2항의 특칙이라거나 우선적으로 적용되는 관계를 이루는 것은 아니다”는 이유로, “타인 소유물을 권원 없이 점유함으로써 얻은 사용이

58) 이는 빌부르크(Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, 1934, S. 37f.)의 설득력 있는 논증 이래에 독일과 일본의 통설적 견해이다. Larenz/Canaris (주 48), S. 174; 四宮和夫, *事務管理·不當利得·不法行爲*, 上卷(1981), 183면 등 참조.

59) 金曾漢·金學東, *物權法*, 제9판(1997), [332]; 李英俊(주 10), 355-356면; 李銀榮(주 3), 684면; 金相容, “不當利得으로서의 果實의 返還範圍에 관한 民法 第201條와 第748條와의 關係”, *民事判例研究 [XXVII]* (2005), 433-434면; 崔相鎬(주 10), 240-241면. 독일과 일본의 일반적 견해이다. Larenz/Canaris (주 48), S. 345; 四宮(주 58), 183면 등 참조.

60) 大判 1967. 11. 28., 67다2272, 집 15-3, 338.

익을 반환하는 경우 민법은 선의 점유자를 보호하기 위하여 제201조 제1항을 두어 선의 점유자에게 과실수취권을 인정함에 대하여, 이러한 보호의 필요성이 없는 악의 점유자에 관하여는 민법 제201조 제2항을 두어 과실수취권이 인정되지 않는다는 취지를 규정하는 것으로 해석되는데, 따라서 악의 수익자가 반환하여야 할 범위는 민법 제748조 제2항에 따라 정하여지는 결과 그는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 한다”고 한다.⁶¹⁾

이 판결을 지지하는 견해는 제201조에 의하여 악의의 점유자가 보호될 필요는 없으므로 제201조와 제748조를 중첩적으로 적용할 수 있고 두 규정의 내용이 충돌하는 경우에 한하여 제201조를 적용한다고 하거나,⁶²⁾ 제201조 제2항의 내용은 기본적으로 부당이득의 일반원칙을 선언한 것으로 제748조 제2항을 배제하는 것은 아니라고 한다.⁶³⁾ 반면 제201조는 특칙이므로 제748조는 적용되지 않는다고 하여 출발점은 달리하지만, 악의점유자는 불법행위 책임에 준하여 과실의 취득과 동시에 이행지체에 빠지고 그 결과 이자지급의무가 있다고 하여 결론을 같이하는 견해도 있다.⁶⁴⁾ 그러나 제201조 제2항도 부당이득법과 비교할 때 (過失 없이 과실이 훼손된 경우에는 반환의무가 소멸한다는 점에서) 악의의 점유자에게도 일정한 특혜를 포함하고 있으므로 제748조 제2항에 대한 특칙이고, 따라서 제201조 제2항이 적용되며 과실반환의무도 발생하지 않는다는 반대 견해도 존재한다.⁶⁵⁾

(3) 악의점유자의 과실반환의무에 이자를 가산해야 한다는 대법원의 결론은 타당하다고 생각되지만, 이를 부당이득법의 경합에 의하여 정당화할 수는 없다고 생각된다. 오히려 이자반환의무는 —확장해석 내지 범형성에 의한— 제201조 제2항의 해석문제로 접근하는 것이 적절할 것이다.

대법원이 말하는 것처럼 악의점유자가 악의의 수익자로서 “반환하여야 할 범위는 민법 제748조 제2항에 따라 정하여지는” 것이라면, 제201조 제2항은 (過失로 果實이 훼손된 사안을 제외하고는) 적용이 없는 규범으로서 제748조 제2항을 지지하는 자명하면서 불필요한 준용규정에 다름 아니게 된다. 더 나아가 이러한

61) 大判 2003. 11. 14., 2001다61869, 공보 2003, 2327.

62) 金載亨(주 10), 193면. 閔裕淑(주 8), 603면 참조.

63) 閔裕淑(주 8), 605면.

64) 金相容(주 59), 433-435면. 金載亨(주 10), 194면도 불법행위 책임과의 균형을 고려한다.

65) 裴炳日(주 10), 237면.

형식적인 이유는 別論으로 하더라도, 이자반환의무가 청구권경합이 아니라 제201조 제2항의 해석에 의하여 인정될 필요가 있다는 사정은 예컨대 暴力占有나 隱秘占有의 경우를 살펴보면 쉽게 이해할 수 있다. 제201조 제3항은 폭력점유자나 은비점유자가 자신에게 점유를 정당화할 법률상 원인이 있다고 믿어 善意인 경우를 전제로 하여,⁶⁶⁾ 그들에게 악의점유자와 마찬가지로 과실반환의무를 부담하도록 하고 있다. 여기서 폭력·은비점유자의 과실반환범위가 제748조 제2항에 의해 결정되며, 특히 그 중첩적 적용에 의해 이자지급의무도 발생한다는 설명은 불가능하다. 그를 선의의 수익자로 보아 현존이익 한도에서 책임을 진다는 결론을 내릴 수도 없지만(이는 제201조 제3항이 명시적으로 부정하고 있다), 동시에 그는 악의의 점유자가 아니므로 제748조 제2항을 적용하여 과실반환 및 이자지급을 명할 수도 없다. 따라서 경합 내지 중첩적 적용에 의하여 이자지급의무를 설명하고자 하는 시도는 여기서 실패한다. 그러한 경우 폭력점유자나 은비점유자의 과실반환 및 이자지급의 의무가 발생하는 법률상 근거는 제201조 제2항 및 제3항일 수밖에 없는 것이다.⁶⁷⁾ 따라서 이자지급의무는 제201조 제2항의 반환해야 할 ‘과실’에 과연 이자도 포함된다고 해석될 수 있는지 여부를 묻는 규범해석의 문제로 접근해야 한다.

(4) 악의점유자의 이자지급의무를 제201조 제2항의 해석 문제로 접근하는 경우에도 우선 악의의 점유자를 특별히 우대할 필요가 없다는 논거가 제기될 수 있다. 대법원이 “보호의 필요성이 없는 악의점유자에 관하여는 민법 제201조 제2항을 두어 과실수취권이 인정되지 않는다는 취지를 규정하는 것”이라고 하면서 제748조 제2항의 적용을 긍정하는 것도, 보호를 받을 필요가 없는 악의점유자가

66) 예컨대 民法注解[IV] (주 10), 399면(梁彰洙)이 드는 사례 참조.

67) 물론 여기서 제201조 제3항을 “폭력 또는 은비에 의한 점유자는 악의의 점유자와 같은 책임을 진다”는 내용으로 읽어 이러한 난점을 피하고자 하는 시도도 있을 수 있다. 그러나 제201조 제3항은 어디까지나 “전항의 규정”을 준용하고 있으며, 이에 따르면 제201조 제3항은 “폭력 또는 은비에 의한 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다”는 문언일 수밖에 없다. 만일 제201조 제2항의 문언에서 이자지급의무가 도출되지 않는다면(그 결과 제748조 제2항의 적용이 필요하다면), 이는 제201조 제3항에서도 마찬가지이다. 그러므로 제201조 제3항에서 제748조 제2항이 적용될 수 없는 것이 자명한 이상, 경합에 의하여 악의점유자의 이자지급의무를 이해하는 견해는 폭력점유나 은비점유 경우 이자지급의무를 설명할 수 없다.

제201조 제2항이 없었더라면 적용되었을 제748조 제2항의 책임으로부터 경감될 이유가 없다는 사고를 배경으로 하고 있다고 생각된다.

그러나 이 논거는 그 자체만으로는 아직 충분하지 않다. (제748조 제2항과는 달리) 제201조 제2항이 이자지급에 관해 침묵한다는 사실이 과연 악의점유자를 위한 특혜인지가 문제되는 상황에서, 단순히 그러한 악의점유자에게는 특혜를 부여할 필요가 없다고 답하는 것이기 때문이다. 과실을 반환해야 한다는 명제와 이자지급의무가 있다는 명제가 반드시 논리필연적으로 연결되는 것은 아니다. 독일 민법에서와 같이 과실을 반환해야 하는 악의점유자의 이자지급의무에 관해서는 일반적인 민법 규정에 의하도록 할 수도 있는 것이다.⁶⁸⁾ 이자지급의무를 부정하

68) 독일 민법에 의하면 ① 부당이득법상 惡意의 受益者는 訴가 제기된 受益者와 동일하게 취급되는데, 이 경우 받은 이익으로부터 발생한 受益(Nutzungen; 과실과 사용이익)을 포괄하는 개념이다, 동법 제100조)을 반환해야 하며(제819조 제1항, 제818조 제4항, 제292조 제2항, 제987조), 반환채무가 금전채무인 경우 이자지급의무가 있다(제819조 제1항, 제818조 제4항, 제291조). 이는 부당이득반환의무가 가액반환의무로 존재하는 경우에도 그러하다(Lorenz in Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1994, § 818 Rn. 50 참조). 반면 ② 점유자·회복자 관계에서 惡意占有者는 반환할 물건의 受益을 반환할 의무를 부담하는데(제990조 제1항), 그 세부적인 내용을 구별해서 살펴볼 필요가 있다(Ebbing in Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Aufl., 2004, § 987 Rn. 17ff.). ㉠ 惡意의 占有者가 果實을 수취하는 경우, 그 과실의 소유권은 원물의 소유자에게 귀속한다(제953조). 따라서 과실반환청구권은 소유물반환청구권의 성질을 가지고(제985조, 제987조 제1항), 果實로부터 발생하는 受益返還이나 滅失 등과 관련해서는 다시금 제987조 이하의 규정에 의해 해결된다. ㉡ 그러나 善意의 占有者는 果實에 대하여 소유권을 취득하므로(제955조 제1항, 제2항) 소가 제기된 선의의 점유자에 대한 受益返還請求權(제987조 제1항)은 소유권이전과 인도를 내용으로 하는 채권적 청구권이다. 이 반환청구권의 법적 운명은 일반적인 채무불이행의 법리에 의하는 것으로 해석된다(Wilhelm, *Sachenrecht*, 3. Aufl., 2007, Rn. 1271; Gursky in Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2006, § 987 Rn. 15; Schanbacher in *Anwaltkommentar-BGB*, 2004, § 987 Rn. 25 등 참조). 즉 멸실의 경우 不能의 법리가 적용되고(제275조, 제276조, 제280조 이하), 이행지체가 성립하면 지연배상의 의무가 발생하면서(제280조, 제286조) 반환의무자는 過責이 없어도 멸실에 대하여 책임을 지게 된다(제287조). 그 밖에 果實返還에 대한 訴가 제기된 경우에는 당해 목적물에 대해 제987조 이하에 따른 책임도 부담하게 될 것인데(제292조; Staudinger/Gursky, § 987 Rn. 31 참조), 이 한도에서는 ㉠와 같은 법률적 취급을 받게 된다. ㉢ 악의점유자나 소가 제기된 선의점유자가 사용이익을 수취한 경우, 성질상 물리적 반환이 불가능하므로 반환청구권은 가액보상을 내용으로 하며 채권적 청구권이다(제990조 제1항, 제987조 제1항). 利자의 부가 여부는 여기서 문제가 될 것인데, 이에 대해서 법률의 규정은 없다. 따라서 여기서도 일반적인 이행지체의 법리에 따라 지연이자가 부가되는 것으로 보인다. 즉 가액청구권에 대하여 이행지체의 요건을 충족하면 지연이자의 지급의무가 발생할 것이고(제288조), 이행지체가 없더라도 지급의 訴가 제기된 경우에는

는 소수설도 이러한 관점에서 있는 것으로 생각된다. 그러므로 악의의 점유자가 이자지급과 관련하여 악의의 수익자보다 우대되어서는 안 된다면, 그러한 취지의 평가를 법률의 규정—여기서는 제201조 제2항—으로부터 도출할 필요가 있다.

(5) 제201조 제2항에 의하면 악의의 점유자는 ① 수취한 과실을 반환하고, ② 소비한 과실의 대가를 보상하고, ③ 過失로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 과실의 대가를 보상해야 한다. 필립 헤크(Philipp Heck)는 적절하게도 이 규정에서 악의점유자가 부담하는 책임의 내용이 위임이나 사무관리에 의하여 타인의 물건을 관리하는 자의 책임에 상응하여 구성되어 있음을 지적한 바 있다.⁶⁹⁾ 즉 악의의 점유자는 자신에게 물건을 점유할 권리가 없다는 사실을 인식하고 있으므로, 민법은 소유자에게 물건을 반환할 때까지 물건과 관련하여 선량한 관리자의 주의의무에 상응하는 객관적 주의의무로 물건을 관리할 것을 점유자에게 명하고 있는 것이다.⁷⁰⁾ 이는 과실로 훼손 또는 수취하지 못한 과실의 대가를 보상할 의무를 부담한다(③)는 법문에서 명백하다. 악의점유자는 단순히 소유자에게 귀속하고 있는 과실 내지 그 대가를 반환할 의무만을 부담하는 것이 아니라, 물건을 적

소송상 이자가 부가될 것이다(제291조; Staudinger/Gursky, § 987 Rn. 31).

그러므로 독일 민법에서 사용이익의 가액을 반환하는 사안에 부당이득법이 적용된다면 악의수익자는 처음부터 이자를 지급해야 하지만, 같은 경우 점유자·회복자 관계규정에 의하면 악의점유자는 가액반환에 관하여 이행지체에 빠진 시점부터 이자지급의무를 부담하게 될 것으로 보인다. 일견 유사한 규정방식에도 불구하고 부당이득법과 점유자·회복자 관계 사이에 이러한 차이가 발생하는 이유는 부당이득법에서는 반환해야 할 이익 전체에 대하여 惡意와 訴提起를 동등하게 취급함에 반하여(제819조 제1항), 점유자·회복자 관계에서는 반환할 소유물 자체에 대해서만 惡意와 訴提起를 동등하게 취급하고(제990조 제1항) 과실 등에 대해서는 이러한 규정을 별도로 두지 않고 있기 때문이다. 이러한 의미에서 독일 민법에서 “악의의 점유자인 경우에 관해서는 부당이득과 소유물반환책임이 통일적으로 규정되어 있다”는 지적(金載亨(주 10), 195면)에는 의문이 있다.

69) Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930, § 68 3(S. 283: “관리책임”). 우리 민법 제681조, 제684조 제1항, 제685조, 제734조, 제738조 등 참조.

70) 이러한 점에서 악의의 수익자가 사용이익을 제때 돌려주었다면 소유자가 이자를 수취할 것이었다는 사정으로부터 이자지급의무를 정당화하는 설명(金載亨(주 10), 194면)은 부분적으로만 타당성을 가진다. 왜냐하면 예컨대 동산이나 미등기 부동산과 같은 물건에서 악의의 수익자가 자신에게 점유할 권리가 없음은 알지만 진정한 권리자가 누구인지는 알지 못하는 사안도 충분히 존재하기 때문이다(Heck(주 69), § 68 3 a 참조). 이러한 경우에 악의의 수익자에게 요구되는 행위는 권리자가 등장할 때까지 물건을 적절하게 관리하는 것일 수밖에 없다.

절하게 관리하여(즉 “過失” 없이) 그 물건으로부터 통상 객관적으로 발생하였을 이익도 소유자에게 돌리도록 할 의무도 부담하고 있는 것이다.⁷¹⁾

그렇다면 악의점유자가 물건과 관련하여 사용이익을 수취한 경우, 악의점유자가 그에 대하여 이자를 부담하는 것은 제201조 제2항의 취지에 비추어 타당한 것으로 평가된다. 악의점유자가 물건과 관련하여 통상 객관적으로 발생하였을 果實을 수취해야 한다면, 이는 반환을 위해 관리하고 있는 과실에 대해서도 다르지 않다. 즉 수취한 과실은 소유자에게 귀속하는 것이고(제102조 참조), 악의점유자는 반환해야 할 과실에 대해서도 원물과 마찬가지로 적절한 관리를 행할 의무가 있다(주 64 ② a, b 참조). 이는 예컨대 수취한 과실로부터 추가적인 과실이 발생할 수 있다면 이를 적절하게 수취해야 할 의무가 있음을 의미한다. 그리고 여기서 사용이익이 천연과실 및 법정과실과 동등하게 취급되어야 하는 이상, 악의점유자는 사용이익의 대가에 관하여 법정과실을 수취한 것과 마찬가지로 그 금액을 적절하게 관리하였다면 그로부터 통상 객관적으로 발생하였을 이익인 法定利子 상당의 이자도 함께 지급할 의무를 부담하는 것이 타당할 것이다. 법정과실로 금전을 수취하였다면 이를 적절하게 관리하여 객관적인 이익을 소유자에 돌려야 할(제201조 제2항 참조) 점유자가 자신이 사용·수익하였다는 이유로 그러한 의무에서 벗어나는 결과는 이해할 수 없는 것이기 때문이다(비교를 위하여 제 685조 참조).

이는 이자와 관련하여 제748조 제2항이 적용되는 것과 같은 결과이며, 따라서 악의의 점유자는 악의의 수익자와 비교할 때 이자와 관련해서 보다 우대될 필요가 없다는 대법원의 지적은 결론에 있어 타당하다고 할 것이다. 그러나 이를 이유로 제748조 제2항이 경합적으로 적용된다고 말할 필요는 없다. 그러한 결론을 뒷받침하는 가치평가는 이미 제201조 제2항이 포함하고 있기 때문이다.

(6) 반면 악의점유자는 불법행위 책임에 준하여 과실의 취득과 동시에 이행지체에 빠지고 그 결과 이자지급의무가 있다는 설명은 타당하다고 보기 어렵다. 이는 무엇보다 이 견해가 특칙이라고 인정하고 있는 제201조의 문언과 부합하지

71) 그리고 제201조 제3항은 동일한 의무를 폭력점유자 및 은비점유자에게 부과하고 있다. 이는 악의점유자에 비할 때 폭력점유자나 은비점유자가 진정한 소유자의 권리행사에 보다 장애가 된다는 정책적 이유에서 그러한 것이었다. *Code civil de l'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs*, tome 2, 1891, p.200 참조.

않는다. 이 견해는 악의점유자가 불법행위자로서 과실수취와 동시에 이행지체에 빠지는 것으로 전제하지만, 제201조 제2항은 오히려 그와는 반대의 태도를 취하여 “過失로 인하여 훼손한 果實”에 대해서만 대가보상을 명하고 있다. 이는 악의점유자는 이행지체 상태에 있지 않다는 법률의 평가를 명백하게 보여주는 것이다. 만일 악의점유자가 과실반환과 관련하여 이행지체에 빠지는 것이라면 악의점유자는 과실이 없더라도 그 가치를 배상해야 할 것이기 때문이다(제392조).

원래 불법행위자가 손해배상의무의 성립과 동시에 이행지체 상태에 들어가게 된다는 법리는 그 이후 물건의 훼손·멸실과 관련해서 무과실책임을 지우게 하기 위한 것이었다.⁷²⁾ 그런데 제201조 제2항은 바로 가장 핵심적인 이 쟁점에서 정반대의 태도를 취하고 있다. 따라서 악의점유자가 처음부터 이행지체 상태에 있다는 설명은 동의하기 어려우며, 이자지급의무를 불법행위 책임에 준하여 설명하고자 하는 것은 설득력이 없다고 생각된다.

3. 물건 자체에 침해가 있는 경우 침해이득반환청구권의 성립

그러므로 물건으로부터 발생한 과실·사용이익의 반환은 제201조의 규정에 의하여 행해지고, 악의의 점유자는 이자지급의무를 부담하게 된다(同條 제2항). 그 한도에서 침해이득반환청구권은 성립할 여지가 없다(법조경합).

72) 불법행위의 경우에 채권자의 최고 없이도 손해배상채무의 발생시점부터 법정이율에 의한 지연이자가 부가된다는 법리는 연혁적으로는 절도(*furtum*; 이는 로마법상 우리의 절도보다 현저히 넓은 개념이다; Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 18. Aufl., 2005, § 51 Rn. 1ff. 참조)를 행한 자에 대하여 이행지체에 있는 상태와 마찬가지로 책임을 부담시키던 로마법으로 소급된다. 이에 의하면 로마법상 절도의 요건을 충족하는 자는 그 반환의무에 관하여 항상 이행지체 상태에 있는 것으로 간주되었고(*fur semper in mora* 또는 *fur semper moram facere videtur*), 그 결과 예컨대 과책이 없는 경우에도(제392조 참조) 물건의 멸실 등에 대하여 손해를 부담해야 했다(이에 관해서는 Wacke, “Gefahrerhöhung als Besitzverschulden”, *Festschrift für Heinz Hübner*, 1984, S. 681ff. 참조). 이에 기하여 19세기의 독일 보통법에서는 불법행위 책임을 부담하는 자는 권리자의 최고 없이 이행지체 상태에 있다는 견해가 일반적이었다(Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band 2, 9. Aufl., 1906, § 278 2.). 우리 통설과 판례의 입장은 이러한 종래의 법원칙을 반드시 물건에 대한 불법행위에 한정할 필요가 없다는 이유로 일반적으로 확대한 것으로 설명되고 있다(四宮和夫, *事務管理·不當利得·不法行爲*, 中·下卷(1985), 634-635면). 그런데 이러한 법리가 연원한 보통법의 해석으로도 이는 단순한 악의점유자의 책임에는 적용될 수 없다는 지적이 행해지고 있다는 점을 주의할 필요가 있다(Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, 3. Abteilung: Die Lehre von der Mora, 1855, S. 78f. 참조).

그러나 점유자가 물건 그 자체를 처분하여 선의취득을 시키거나, 물건 자체를 소비하여 버리거나, 물건에 대한 부합·가공 등에 의하여 권리를 상실시키는 경우에는 침해이득반환청구권이 성립한다고 해석된다(제261조, 제741조).⁷³⁾ 제201조는 과실반환에 한정되는 규범이므로 이를 넘어서서 물건의 실체(Substanz)에 대한 침해가 있는 경우, 그로부터 발생하는 재산이동의 조정은 침해이득반환청구권에 의하여 처리해야 하는 것이다. 그러므로 이 한도에서 경합의 문제는 발생하지 않으며, 부당이득법이 적용된다.

IV. 結 論

이 글의 결론을 간략하게 요약하면 다음과 같다.

1. 계약의 무효·취소로 발생하는 원상회복관계에서 당사자들은 소유물반환청구권과 부당이득반환청구권을 동시에 보유한다. 다만 과실·비용과 관련되는 부수적 이익조정과 관련해서는 원칙적으로 부당이득법에 의한다. 이는 쌍무계약의 원상회복에 있어서도 마찬가지이다.

2. 소유물반환청구권과 점유의 반환만을 구하는 침해이득반환청구권은 경합하지 아니하며, 오로지 전자에 의하여 법률관계가 처리된다. 부수이익의 조정도 제201조 이하의 규정에 의하며, 부당이득과의 경합은 인정되지 아니한다. 제201조 제2항의 해석상 악의점유자는 이자지급의무를 부담한다.

주제어: 점유자와 회복자 관계, 청구권경합, 쌍무계약의 원상회복, 과실수취권

⁷³⁾ 金載亨(주 10), 190면 참조.

<Abstract>

Die Konkurrenz des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses mit dem Bereicherungsrecht

Hyoung Seok Kim*

Es kann im Rechtsverkehr die Fallkonstellation vorkommen, in welcher für den vindizierenden Eigentümer zugleich eine Kondiktion in Betracht kommt. Daraus ergibt sich die im Schrifttum umstrittene Frage nach Anspruchskonkurrenz, insbesondere Konkurrenz des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§§ 201-203 des koreanischen bürgerlichen Gesetzbuchs [KBGB]) mit dem Bereicherungsrecht (§§ 747, 748 KBGB). In diesem Aufsatz beschäftigt sich der Verfasser damit, den heutigen Meinungsstand kritisch zu würdigen und eigene Konstruktionen vorzuschlagen.

Als Ergebnis der Untersuchung läßt sich feststellen, daß die Leistungskondiktion mit der Vindikation konkurriert, im Hinblick auf die Nutzungen jedoch in der Regel §§ 201-203 KBGB ausschließt, da diese Regelungen auf den Fall abstellen, in welchem der Beklagte von einem Nicht-Eigentümer seinen Besitz erhält; daß an diesem Resultat auch bei der Rückabwicklung des gegenseitigen Vertrags festzuhalten ist; daß die Vindikation die *condictio possessionis* (Eingriffskondiktion) verdrängt mit der ausschließlichen Anwendung der § 201 KBGB in bezug auf die Nutzungen; daß der unredliche Besitzer aus § 201 Abs. 2 KBGB bei der Nutzungsherausgabe auch zur Zahlung der Zinsen verpflichtet ist.

Key words: Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Anspruchskonkurrenz, Rückabwicklung des gegenseitigen Vertrags, Recht zur Fruchtziehung

* Assistant Professor, College of Law, Seoul National University.