

〈논 문〉

無權利者の 處分에서 權利者の 物權的 請求權과 不當利得返還請求權의 緊張關係*

梁 彰 洙**

I. 序 說

1. 大判 92.9.8, 92다15550(공보 931, 2842)은, 무권리자가 부동산을 매도하여 소유권이전등기를 경료하여 준 경우에 진정한 권리자(소유자)는 무권리처분자에 대하여 그가 상대방으로 받은 賣買代金の 반환을 청구할 수 있는가, 또는 어떠한 요건 아래서 어떠한 효과를 가지고 청구할 수 있는가 하는 흥미로운 問題에 대하여 판단하고 있다.¹⁾

부동산의 소유권이 무권리자에 의하여 처분된 경우에 그 처분은 무효이며, 상대방은 처분의 내용대로의 권리취득을 할 수 없다. 그러므로 진정한 권리자는 여전히 所有權에 기하여 처분의 상대방에 대하여 所有權移轉登記의 抹消 또는 目的物的 引渡 등을 청구하여, 「원만한 소유권상태의 實現」을²⁾ 도모할 수 있다. 그러나 그렇게 하지 아니하고, 무권리처분자에 대하여 그가 얻은 매매대금 기타 처분대가의 반환을 청구할 수는 없는가? 위 판결은 結論적으로 이러한 반환청구권을 인정하여, 그 매매대금은 不當利得으로서 소유자에게 반환되어야 한다고 판단하였다.

그런데 단지 그러한 반환의무가 인정된다는 것만으로 문제가 다 해결되지는 않는다. 위 판결은, 앞에서는 “소유자가 무권리처분의 추인을 전제로 하여 반환을 청구하는 경우”에는 매매대금이 반환되어야 한다고 하면서, 뒤에서는 “소

* 이 글은 1997학년도 서울대학교 발전기금 한수통상학술연구비의 지원을 받아 작성되었다.

** 서울대학교 法科大學 教授

1) 이 판결의 상세한 내용에 대하여는 뒤의 IV.2. 참조.

2) Ph. Heck, *Grundriß des Sachenrechts*(1930), § 66(S.271ff.)은, 소유권에 기한 물권적 청구권을 “實現請求權(Verwirklichungsanspruch)”이라고 부른다.

유자가 매매대금을 반환받게 되면” 무권리자의 처분행위를 인정하는 것이 된다고 한다. 이는, 한편으로는 追認이 있어야 매매대금의 返還義務가 발생한다고 하면서, 다른 한편으로는 매매대금을 반환받아야 追認이 있게 된다고 말하는 것처럼 보인다. 도대체 닭이 먼저인가, 달걀이 먼저인가?

2. 우리 學說은 위의 문제에 대하여 별다른 언급이 없다. 다만 무권리자의 처분이 善意取得規定에 의하여 유효한 경우에 대하여는 일치하여 처분자가 有償處分에 의하여 얻은 利益을 不當利得으로서 진정한 권리자에게 반환하여야 한다고 설명되고 있을 뿐이다.³⁾

3. 무권리자의 처분에서 처분대가의 반환청구의 可否 및 그 要件은 특히 독일에서 활발하게 論議되었다. 독일에서의 논의는 주로 독일민법 제816조의 解釋을 둘러싸고 행하여졌는데, 내용적으로 보면 이는 둘로 나누어 볼 수 있다. 하나는, 과연 무권리처분자가 얻은 대가에 대한 반환청구를 과연 위 규정에 기하여 할 수 있는가(또는 위 규정에 기하여 하여야만 하는가) 하는, 同規定의 말하자면 「問題解決適格」에 관한 점이다. 다른 하나는, 그 適格이 인정되어 위 규정에 의하여 반환청구를 할 수 있다고 하는 경우에, 어떠한 요건 아래 또는 어떠한 방식으로 이를 할 수 있는가 하는, 同規定의 말하자면 「解釋論的 細工」에 관한 점이다. 특히 후자는, 이러한 처분대가반환청구의 요건으로 권리자가 무권리자의 처분을 그대로 追認함으로써 所有權이 중국적으로 상실되어야만 한다면, 무권리자의 무자력 등으로 인하여 그 후 처분대가의 실제적 반환을 얻지 못하는 경우에는 원래의 권리자는 이것도 저것도 잃을 危險이 있다. 이 위험이야말로 여기서 문제되고 있는 「물권적 청구권(vindicatio)과 부당이득반환청구권(condictio)의 緊張」의 내용을 이루는 것이다. 이 위험에 대처하기 위하여 여러 가지 方案이 제의되고 있으나, 아직 결론이 歸一되지 않고 있는 형편이다.

4. 本稿는,⁴⁾ 앞부분에서 독일에서의 이러한 論議의 과정과 내용을 살펴보기

3) 郭潤直, 債權各論, 新訂(修正)版(2000), 436면; 李英俊, 物權法, 全訂版(1996), 277면; 民法注解[V](1992), 460면(李仁宰 집필) 등.

4) 이하에서는 논의를 단순화하기 위하여 「處分」 중에서 所有權의 讓渡만을 논하기

로 하는데, 위의 3.에서 본 관점에 따라 이를 둘로 나누어, 우선 독일민법 제 816조(보다 정확하게는 同條 제1항 제1문)에 기한 처분대가반환청구의 可否에 대하여 보고(II.), 이어서 반환청구권의 要件 내지 반환청구의 方式 등에 대하여 보기로 한다(III). 우리는 이 논의를 추적하는 과정에서 독일민법학의 —아마도 잘 알려지지 아니한— 어떠한 한 側面을 엿보게 될 수 있을 것이다.

나아가 뒷부분에서 이를 바탕으로 하여 冒頭에서 제기한 문제에 대하여 위의 대법원판결에 유념하면서 우리 민법의 解釋論으로서 일정한 提案을 하려고 하는 것이다(IV). 그런데 이 해석론적 제안은 어찌면 충분히 滿足스러운 것은 아닐지도 모른다. 그것은 아마도 보다 기본적인 문제, 즉 所有權思想 내지 所有權保護思想(Eigentums(schutz)gedanken)의⁵⁾ 限界라는 문제가 충분히 해명됨이 없이는 기대할 수 없다고 할 것이다.

5. 그런데 독일에서의 논의를 살핌에 있어서는 항상 다음과 같은 점을 염두에 둘 필요가 있다. 즉, 그 논의는 주로 動産, 그 중에서도 특히 盜品이나 遺失物과 같은 占有離脫動産(abhand gekommene Sache)의 처분의 경우를 염두에 두고 행하여진다는 것이다. 이는 다음과 같은 事情과 관계가 있다.

한편으로, 占有委託動産(anvertraute Sache)이나 不動産의 경우에는, 무권리자의 처분이 있어도 상대방이 「善意」이면 상대방은 목적물을 취득한다(독일민법 제892조, 제932조 참조). 이 경우에 소유자는 자신의 소유권을 상실하므로, 이미 물권적 청구권도 가지지 못한다. 그와 같이 애초부터 「권리자에 대하여 유효한 무권리자의 처분(eine Verfügung, die dem Berechtigten wirksam ist)」이 있는 경우야말로 의문의 여지 없이 독일민법 제816조 제1항 제1문의 적용이 있는 것으로서, 그 경우에 권리자는 所有權에 대신하여 不當利得返還請求權을 가지게 되고, 또 그 외에는 救濟手段이 있을 수 없다. 그런데 무권리자의 처분

로 한다.

5) 독일민법학에서 侵害不當利得의 「발견자」, 따라서 부당이득반환청구권의 「類型論」의 先驅者로 알려져 있는 빌부르크는, 侵害不當利得의 基礎는 所有權의 延長效(Fortwirkung)에 있다고 한다. 가령 善意取得制度에 의하여 소유자는 法秩序가 요구하는 去來安全의 이익을 위하여 소유권 그 자체를 상실하는 희생을 강요당한다. 그러나 그것은 절대적인 消滅은 아니며, 소유권은 이제 무권리처분자에 대한 처분대가의 반환청구권이라는 형태로 모습을 바꾸어 그 효력이 연장되는 것이다. 문제의 핵심은 이러한 소유권의 「연장」이 어떠한 요건 아래서 어떠한 범위에서 인정되어야 하는가라고도 할 수 있는 것이다.

이 있는 경우에 그 상대방은 원칙적으로 「善意」로 추정된다. 독일민법상으로 不動產物權에 있어서는 양수인이 등기부의 기재가 부실한 것임을 알았거나 등기부상 이미 異議登記가 행하여졌을 경우에만(제892조 제1항 제1문 단서),⁶⁾ 動產物權에 있어서는 양수인이 惡意이거나 또는 그에게 重過失이 있을 경우에만(제932조 제2항), 無權利處分者로부터의 讓受人의 권리취득이 부인된다. 그런데 이러한 事情은 양수인의 권리취득을 부인하는 쪽에서 입증하여야 함에는 異論이 없다.⁷⁾ 그러므로 점유위탁동산이나 특히 부동산의 경우에 무권리자의 처분이 있으면 그 상대방은 통상 목적물을 취득하며 따라서 대부분의 경우에 우리가 논의하려는 「vindicatio와 condictio의 緊張關係」는 처음부터 성립하지 않는다.

다른 한편으로, 占有離脫動產의 경우에는 선의취득이 성립하지 않는다(독일민법 제935조 제1항 제1문: “... 제932조 내지 제934조에 의한 소유권의 취득은 발생하지 아니한다”). 이 경우에 대하여 우리 나라에서 점유이탈동산의 선의취득에 관하여 정하는 민법 제250조를 둘러싸고 행하여지는 見解의 對立과 같은 것은⁸⁾ 독일에서는 전혀 없다. 점유이탈동산은 善意者에 의한 讓受行爲가 수 차례에 걸쳐 있다라도 여전히 원래의 권리자의 소유로 남아 있는 것이다. 그런데 도품이나 유실물과 같은 점유이탈동산은 소유자가 그 물건이 현존하는

6) 판례와 통설을 전하고 있는 MunchKomm/Wacke, § 892 BGB Rn.49(3.Aufl., 1997, S.314f.)에 의하면, 不動產의 경우에는 登記의 公信力으로 인하여 등기의 不實에 대한 積極的 認識(positive Kenntnis)만이 장애사유가 되며, 重大한 過失, 나아가서는 不實에 대한 현저한 疑心이나 심지어는 未必的 故意에 상응하는 主觀的 容態(不實의 단순한 認容)도 양수인의 권리취득을 방해하지 못한다고 한다.

7) MunchKomm/Wacke, § 892 BGB Rn.48(S.314); MunchKomm/Quack, § 932 BGB Rn.70(3.Aufl., 1997, S.816) 참조. 後者의 문헌에 의하면, 動產에 있어서는 선의취득을 부인하는 소유자는 양수인의 악의 또는 중대한 과실에 대하여 입증책임은 지는데, 讓渡行爲를 둘러싼 諸般事情이 不明이기 때문에 처분자가 진정한 권리자인가 하는 점에 대한 注意를 懈怠하였는지 여부나 그 정도를 알 수 없는 경우에도 마찬가지로, 이 점에서 증거에 근접한 자(der Beweisnähe)에게 입증책임을 부담시킨다고 하는 立證責任分配上의 原則에 대하여 例外가 된다고 한다.

8) 민법 제250조에 의하여 도품 등의 피해자 등이 반환청구를 할 수 있는 2년 동안 목적물의 소유권은 讓受人에게 속하는가 아니면 원래의 所有者에 속하는가에 대한 見解의 對立에 대하여는, 우선 郭潤直, 物權法, 新訂(修正)版(1999), 181면 참조(同所에 의하면, 우리 나라의 학설은 전자의 견해로 歸一되어 있다고 한다). 이 문제에 대하여는 詳論하지 않는데, 필자는 점유이탈물은 처음 2년 동안은 여전히 원래의 소유자에게 귀속되어 있다고 보아야 한다고 생각한다.

장소나 점유자를 알 수 없어 실제에 있어서는 그에 대한 所有物返還請求權을 실현할 수 없는 경우가 許多하며,⁹⁾ 이는 특히 占有離脫 후 수 차례에 걸친 양도행위가 이루어졌다면 더욱 그러하다. 그러므로 이 경우에는 소유자의 입장에서 무권리처분자에 대하여 그의 처분행위로 받은 대가에 대한 返還請求가 인정되는 것이 실제적으로는 거의 유일한 代案이라고 할 수 있는 것이다.

이에 대하여는 무권리처분자의 不法行爲責任을 인정함으로써 권리자를 적절하게 구제할 수 있는 것이 아닌가 하고 생각될지도 모른다. 그러나 독일민법 제993조 제1항 後段은, 提訴당하기 전의 善意占有者는 “그의 過責으로 인하여 점유물을 반환할 수 없게 된 것”(독일민법 제989조 참조)에 대하여 불법행위책임을 전혀 부담하지 않는다고 정하고 있다.¹⁰⁾ 그런데 盜者나 拾得者 자신이 처분한 경우 이외에는 무권리처분자라고 하더라도 善意占有者인 경우가 대부분일 것이므로, 실제에 있어서 무권리처분자의 불법행위책임은 대체로 부정되기가 쉽다.

나아가 무권리처분의 경우에 準事務管理를 인정함으로써 무권리처분자에 대하여 “그 事務處理로 인하여 얻은 것(was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt)”, 즉 處分對價의 返還義務(독일민법 제687조 제2항, 제681조 제2문, 제667조 참조)를 인정할 수 있다고 할지도 모른다. 그러나 준수사무관리가 인정되려면, 타인의 사무를 자신의 사무로 처리한 자가 “그렇게 할 권한이 없음을 알았음”에도 그렇게 하였어야 한다(독일민법 제687조 제2항 제1문). 그러므로 무권리처분자가 善意이어서 자신의 所有物이라고 믿고 양도한 경우에는, 준수사무관리가 성립할 여지가 없고, 오히려 독일민법 제687조 제1항(“타인의 사무를 자신의 사무로 생각하고 이를 처리한 경우에 대하여는 제677조 내지 제686조 [사무관리규정]는 적용되지 아니한다”)이 이 경우에 훨씬 더 類緣性이 있는 규

9) 독일의 학자들이 논의의 전제로 내세우는 전형적인 사례는 다음과 같은 것이다. A 소유의 그림이 盜難당하였는데 이를 畫商인 B가 제3자로부터 매수하여 전시하고 있던 중 우연히 그 점포에 들른 旅客 C(그 후 소재를 알 수 없다)에게 매도하여 인도하였다는 것이다.

10) 이에 반하여 우리 민법 제202조는 「점유물의 멸실·훼손」에 대한 책임에 관하여 善意의 自主占有者만을 優待하고 있는데, 그 우대의 내용도 책임의 전부면제가 아니라, “利益이 현존하는 限度”로 책임이 縮限됨을 인정하는 데 그친다. 물론 同條에서 정하는 「멸실·훼손」은 물리적인 멸실 등에 한정되는 것은 아니고, 처분 등 기타의 사유로 인한 返還不能의 경우를 포함한다고 해석된다. 이 점에 대하여는 우선 民法注解 [IV](1992), 405면(梁彰洙 집필) 참조.

정이라고 할 것이다.

이상과 같은 事情으로 인하여 독일에서 우리의 문제는 주로 占有離脫動産의 경우를 중심으로 하여 논하여진다. 그러나 우리의 경우는 반드시 이와 같지 않다고 하여야 할 것이다. 우리 나라에서 이 문제는 오히려, 위의 大判 92.9.8.의 事案도 그러한 것처럼, 不動産의 무권리처분의 경우를 중심에 놓고 논의하는 것이 더욱 적절하리라고 생각된다. 물론 占有離脫動産도 같은 법리에 의하여 다루어져야 할 것이나, 실제의 중요성으로서는 不動産의 무권리처분의 경우가 압도적으로 크다. 그렇다면 우리는 다음과 같은 점을 고려하지 않으면 안 된다. 즉 不動産의 경우에는, 점유이탈동산의 경우와는 달리, 진정한 권리자가 物權의 請求權을 실제로 실현할 수 있는 가능성이 부인되는 경우란 거의 없을 것이다. 왜냐하면 부동산은 그야말로 「不動」이어서, 그 所在는 항상 명확하며, 또한 무권리처분자나 그의 상대방도 登記簿의 기재를 통하여 그 同一性과 住所 등을 파악할 수 있으며, 현실의 점유자도 어렵지 않게 밝힐 수 있을 것이기 때문이다.

이러한 「事情의 相違」는 우리 민법의 解釋論을 구상함에 있어서 고려되어야 한다.

II. 無權利者의 處分의 追認과 處分代價의 返還

1. 독일민법 제816조의 立法經過

독일민법 제816조 제1항 제1항은 다음과 같이 정한다.

“無權利者가 목적물에 관하여 權利者에게 대하여 효력 있는 處分을 한 경우에는, 그는 權利者에게 그 處分에 의하여 취득한 것을 返還할 의무를 진다.”¹¹⁾

11) § 816 Abs.1 Satz 1: “Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet.”(이탈릭체에 의한 강조는 인용자가 가한 것이다) 이어서 同項 제2문은 “그 처분이 無償으로 행하여진 때에는, 그 처분에 기하여 法的 利益을 직접으로 얻은 자가 동일한 의무를 부담한다”고 정한다. 나아가 同條 제2항은, “무권리자에 대하여 권리자에 대하여 유효한 給付(eine Leistung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist)가 행하여진 때에는, 무권리자는 권리자에 대하여 그 급부받은 것을 반환할 의무가 있다”고 정한다.

이 규정은 무권리자의 처분이 예외적으로 처음부터 유효한 경우, 즉 善意取得의 경우를 예정하고 만들어진 것이다. 이 점은 그 立法過程을 살펴보면 명백하다.

(1) 독일민법 제1초안(이하 「제1초안」)은 그 제837조, 제838조에서 不動產登記簿의 기재를 신뢰한 자의 權利取得을 규정하였는데, 이어서 제839조는 그 제1문에서 “前2條의 규정에 의하여 권리를 상실당한 자는 권한 없이 처분한 자...에 대하여 그에 의하여 얻은 利得의 반환(Herausgabe der dadurch erlangten Bereicherung)을 청구할 수 있다”고 정하였다. 이는 動產의 경우에도 마찬가지이다. 즉 그 제877조 내지 제879조가 동산의 善意取得에 관하여 규정하고, 그에 이어서 제880조가 그 제1문에서 위의 제839조 제1문과 동일한 내용을 정하고 있는 것이다.¹²⁾

이 두 개의 규정이 내용적으로 不當利得의 返還을 정하는 것이라고 하는 점에는 그 문언에서 나타나는 대로 애초부터 의문이 없었다. 그런데 제1초안은 不當利得制度에 대하여 별도의 章을 두고, 거기서 제748조가 이미 “재산보유자의 의사 또는 그의 유효한 의사에 기하지 아니하고 법적 원인 없이 그의 財産으로부터 利得을 얻은(aus dessen Vermögen ... bereichert worden ist) 자”에게 그 이득을 반환할 의무를 부과하고 있다. 그렇다면 보다 일반적인 부당이득반환의무를 정하는 同條와는 별도로, 선의취득과 관련하여 위와 같은 규정들을 둘 이유는 무엇인가? 이에 대하여 『理由書』는, “선의취득의 경우에는 권리자의 재산으로부터 무권리자의 재산으로의 직접적 이전이 없어서, 제748조가 무권리자의 부당이득반환의무를 발생시키는 데 충분한가에 대하여 의문이 있을 수 있다. 그러므로 명문의 규정을 두어 제748조의 적용을 확실하게

12) 그 외에 제1초안 제2081조 제3호는 同法上の 相續回復請求權(Erbschaftsanspruch)의 對象으로, “상속재산점유자가 상속재산(Erbschaft) 또는 상속재산에 속하는 목적물에 관하여 한 법률행위, 특히 급부의 수령에 의하여 취득한 목적물(Gegenstände)로서, 그 법률행위가 상속인에 대하여 유효하거나 그에 의하여 추진된 경우”를 들고 있다. 이 규정은, 한편으로 「物件은 代價에 연장된다(res succedit in locum pretii)」는 物上代位法理의 한 발현으로 설명되면서도, 다른 한편으로, 그에 앞선 제1초안 제2080조와 합하여, 무권리자인 상속재산점유자(Erbschaftsbesitzer. 僭稱相續人)가 무권리자로서 한 처분이 善意取得에 의하여 유효한 경우에 상속재산점유자에 대하여 그 처분에 의하여 취득한 것을 상속인에게 반환할 의무를 과한 것으로 이해되었다. Motive, Bd.5, S.583 = Mugdan, Bd.5, S.312f. 참조. 우리의 문제관점에서는 그 외에 여기서 權利者가 追認한 경우가 정면으로 규정된 것이 관심을 끈다.

하는 것이 사태를 명확하게 하기 위하여(zur Klarstellung des Verhältnisses) 바람직하다”는 것이다.¹³⁾ 다시 말하자면, 거기서 입법자는 무권리자가 처분에 의하여 취득한 가령 賣買代金은 직접적으로는 「권리자의 財産으로부터」 얻어진 것이 아니라 「선의취득자의 재산으로부터」 얻어진 것이므로¹⁴⁾ 제1초안 제748조에 의하여서는 이를 권리자에게 반환할 의무가 부정될 수도 있다는 憂慮를 씻어버리기 위하여(“事態를 명확하게 하기 위하여”) 위의 규정들을 둔 것이다.

이와 같이 내용적으로는 채권관계를 규율하는 규정을 物權編에 자리잡게 하는 태도는 독일민법 제2초안(이하 「제2초안」)에서도 처음에는 그대로 유지되었다. 특히 제2초안은 不當利得에 관하여 제1초안과는 달리 하나의 一般條項(제2초안 제737조: “타인의 給付에 의하여 또는 기타의 方法으로 그의 損失로 (auf dessen Kosten) 이득을 얻은 자는 …”)으로써 규율하는 태도로 전환하였으나,¹⁵⁾ 여전히 제2초안의 原案 제812조, 제850조는 제1초안과 같이 善意取得에 관한 규정으로서 무권리처분자의 부당이득반환의무를 정하고 있다. 다만 제2초안의 이 규정들은 권리자가 “부당이득의 반환에 관한 諸規定에 의하여” 반환청구를 할 수 있다고 정함으로써 不當利得法과의 관련은 더욱 전면에서 드러나게 되었다.

(2) 그런데 제2위원회가 작업을 계속하여 가는 과정에서 변화가 일어났다. 즉, “무권리자가 목적물에 대하여 한 처분 또는 무권리자에게 행하여진 급부가 권리자에 대하여 효력 있는 때에는, 권리자는 권한 없이 처분하거나 급부를 수령한 자에 대하여 그에 의하여 얻은 것의 반환을 청구할 수 있다”는 규정을 두고, 이로써 앞서 본 제1초안의 제839조, 제880조 등에 갈음하자는 提

13) 제1초안 제839조에 대하여 Motive, Bd.3, S.224 = Mugdan, Bd.3, S.124. 한편 제880조에 대하여 Motive, Bd.3, S.350 = Mugdan, Bd.3, S.194은, “부동산법의 상응하는 규정[즉 제839조]과 마찬가지로 해석되고 판단되어야 한다”고 한다.

14) 이와 같이 일반적 부당이득반환청구권의 발생요건의 하나로 「재산이동의 직접성(Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung)」을 요구하는 見解의 그 후의 추이에 대하여는 우선 梁彰洙, “독일 不當利得理論의 歷史的 展開”, 郭潤直 교수 華甲紀念論文集(1985), 587면 이하 참조. 가령 郭潤直(註 3), 432면 이하에서 보는 것처럼, 우리의 통설이 그 요건으로, 受益과 損失 사이의 언필칭 「因果關係」를 요구하면서 이를 「직접적인과관계」(이는 무엇을 의미하는가?)에 한정되지 않는다고 말하는 것은, 이 論議의 연장선에 있는 것이다.

15) 이에 대하여는 우선 梁彰洙(前註), 585면 이하 참조.

案이 행하여지고, 이것이 採擇된 것이다.

그 제안의 이유는, 제1초안의 위 규정들의 기초에 있는 思想은 일반적으로 타당하는 것으로서, 그와 같이 명문으로 정하여진 경우 이외에도 가령 債權讓渡에 있어서 채무자가 채권양도로 인하여 이미 채권자가 아닌 讓渡人에게 변제하였으나 그 변제가 유효한 경우¹⁶⁾ 등에도 진정한 권리자의 반환청구권은 인정되어야 한다는 데 있었다. 이러한 提案은 제2위원회에서도 수긍되었다. 즉 “동일한 내용의 규정을 素材가 다른 데 따라 여럿 여기저기 분산시켜 두느니 보다 부당이득이 다루어지고 있는 맥락에서 하나의 一般的 規定을 마련하는 것이 의심의 여지 없이 타당하다”는 것이다.¹⁷⁾

2. 독일민법 제816조 제1항 제1문의 適用

(1) 독일민법이 시행된 직후에는 이 규정은 선의취득의 경우에 대하여만 적용이 있는 것으로 이해되었고, 따라서 앞의 I.5.에서 본 대로 선의취득이 인정되지 않는 점유이탈물의 경우에는 그 규정의 적용이 배제되었다고 한다.¹⁸⁾ 즉 위의 규정은 「제한된 보상기능(begrenzte Ausgleichsfunktion)」만을 가지는 것으로서, 권리자가 일반의 거래안전의 이익을 위하여 그의 의사에 반하여 법질서가 부과한 不利益(선의취득으로 인한 권리상실)에 대하여 이를 報償하기 위하여 인정된 것이어서, 그 이외의 경우에는 적용될 수 없다는 것이다.

그러나 점차로 소유자가 점유위탁물이 무권리자에 의하여 처분된 경우이면 그 처분대가의 반환을 청구할 수 있고, 그것이 점유이탈물이었으면 이를 할 수 없다는 것은 공평하지 않다는 생각이 대두되었다. 그리하여 새로운 판례는 원래는 선의취득이 인정되지 않는 점유이탈물이 무권리자에 의하여 처분된 경우도 그것이 권리자의 追認(독일민법 제185조 제2항 제1문 참조)으로 유효하게 되었으면, 그 때에는 위 규정이 적용될 수 있다는 생각이 관철되었다.¹⁹⁾ 이

16) 주지하는 대로 독일민법에서 債權讓渡는 당사자 사이의 계약만에 의하여 행하여지며 通知 등을 對抗要件으로 하지 않는다. 그리고 그에 따라 발생하는 채무자의 이중변제의 위험은 善意的 채무자가 양도인에 대하여 한 변제를 유효한 것으로 함으로써 회피하려고 한다. 독일민법 제407조 참조.

17) Mudgan, Bd.2, S.1181.

18) 우선 Heinz Bauernfeind, Herausgabe des Erlangten Zug um Zug gegen Genehmigung der Verfügung des Nichtberechtigten?, *NJW* 1961, S.109f. 참조. 그러한 태도를 취한 판례로 RGZ 7, 191; 64, 30을 들고 있다.

러한 경우는 권리자가 추인에 의하여 스스로 권리상실을 야기하였음에도 앞서와 같은 報償을 구할 수 있다는 점에 특색이 있는 것이다.

(2) 그러나 1920년대까지는 법구성적인 관점 내지 법이론적인 관점에서 이러한 해석에 대하여 강한 의문을 표시하는 견해도 적지 않았다.²⁰⁾ 그 주장을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 위 제816조 제1항 제1문의 문언이 “무권리자가 어떠한 대상에 대하여 권리자에게 대하여 유효한(*wirksam ist*) 처분을 한 때”라고 되어 있으므로, 이를 사후적으로 유효하게 된(*wirksam wird*) 경우에 적용하여서는 안 된다.

둘째, 위 규정은 원래 권리자의 의사와는 무관하게 권리상실을 당한 경우에 대한 것인데, 추인의 경우에는 권리자가 스스로 권리상실을 초래하였다.

셋째, 앞의 I.5. 말미에서 본 대로 독일민법이 제687조 제1항에서 타인의 소유물을 처분한 경우에 대하여 사무관리를 이유로 하는 처분대가반환청구권을 배제하였는데, 이제 독일민법 제816조 제1항 제1문에 기하여 그 청구권을 인정하는 것은 입법자의 결단과 모순된다.

넷째, 무권리자의 처분의 추인은 원래 사람에 관한 것이 아니라 「對象에 관한(*gegenstandsbezogen*) 행위」로서 물권적 효과만을 가지는 것이다. 그런데 위와 같은 부당이득반환청구권을 인정하면 사실상 그것이 채권적 효과도 가지게 발생시키게 되는데, 이는 추인의 성질에 반한다.

다섯째, 법률구성의 관점에서 보면, 무권리자로부터의 양수인이 이제 권리자의 추인으로 인하여 점유이탈물의 소유권을 취득하게 되는 것은 그 처분자가 그에 의하여 권리를 취득하기 때문이다. 따라서 무권리자의 처분은 권리자의 추인을 얻음으로써 이제 권리자에 의하여 행하여진 것이 된다. 그러므로 **무권리자**의 처분에 대하여 정하는 독일민법 제816조는 적용될 수 있는 기초가 없게 된다.

19) Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung*(*Handbuch des Schuldrechts*, Bd.4)(1983), § 8 I 2(S.299f.) 참조. 그러한 취지의 관례로 RGZ 106, 45; 115, 34 등을 든다. 그러나 함부르크고등법원(JW 1926, 1244; 1926, 2775; OLGE 45, 124)은 여전히 이에 반대하였다고 한다.

20) Haymann, Krawielicki, von Mayr, Siber, Heck 등이 그러하였다고 한다. Reuter/Martinek(前註), 同所 참조.

(3) 그러나 이러한 의문은 점유이탈물의 무권한처분에 대하여도 권리자의 처분대가반환청구권이 인정되어야 한다는 「실제의 필요」 앞에서 큰 설득력을 가지지 못하였다. 즉 그것을 인정하는 것은 “실제적으로 극히 중요한 의미가 있는 법리(ein praktisch eminent wichtiges Instrument)”인 것이다.²¹⁾ 그리고 앞의 (2)에서 본 반대주장에 대하여는 다음과 같이 반박되었다.

첫째, 무권리자의 처분을 권리가 추인하는 경우에 이는 소급효를 가진다. 그러므로 이 경우에 독일민법 제816조 제1항 제1문의 문언에 반한다고 쉽사리 말할 수 없다.

둘째, 추인에 의하여 처분자가 권리가 되는 것이 아니다. 추인은 무권리자의 처분행위의 하자를 치유하는 것에 불과하고, 처분자를 애초부터 권리자로 만들어주는 것은 아니다. 또 애초에 무권리자의 처분이 있었으므로 이로써 독일민법 제816조 제1항 제1문의 적용요건은 충족되는 것이고, 사후적으로 그 처분이 유효하게 되었다고 해서 그 적용이 배제되지 않는다. 선의취득의 경우도 무권리자의 처분이 있었다는 점에서는 다를 바 없다.

셋째, 특히 점유이탈물의 경우에 목적물의 소재를 알지 못하거나 그것이 소비됨으로써 권리가 사실상 이를 반환받을 수 없거나, 나아가 예를 들면 목적물의 가치가 사용에 의하여 감소되는 등으로 권리가 이를 반환받을 이익을 이익이 없는 경우에는, 소유권보호의 사상에 의하여 다른 형태로 현물에 상응하는 이익이 소유자에게 주어져야 한다.

넷째, 그러한 필요는, 한편으로 독일민법 제989조, 제990조, 제992조에 의하여 처분자나 점유자가 善意이면 損害賠償을 청구할 수 없고, 나아가 부진정사 무관리에 관한 제687조 제2항, 제677조 이하의 규정도 도움이 안 되므로, 독일민법 제816조 제1항 제1문에 의하여 충족되어야 한다.

이와 같이 오늘날의 확고한 판례와 통설은 소유자가 무권리처분자에 대하여 그가 처분대가로 받은 것의 반환을 독일민법 제816조 제1항 제1문에 기하여 청구할 수 있다는 태도를 취한다.²²⁾

21) Reuter/Martinek(註 19), § 8 I 2(S.301) 참조.

22) 판례로 BGHZ 29, 157; BGH, JZ 1968, 431; BGHZ 56, 131; BGH, DB 1876, 814 등이 있고, 한편 학설에 대하여는 Reuter/Martinek(註 19), § 8 I 2(S.299) 소재의 문헌 참조.

(4) 한때는 소유자에 대하여 독일민법 제281조상의 구제수단, 즉 代償請求權을 인정함으로써 문제를 해결할 수 있다는 견해도 제기되었다. 그 주장의 一次的인 內容은, 물권적 청구권에 대하여도 성질에 반하지 않는 한 채무불이행에 관한 규정이 적용 또는 유추적용되어야 하는데 독일민법 제281조는 그와 같이 준용되어야 할 규정의 하나이며, 이 준용의 결과로 무권한점유자의 목적물반환의무가 그의 처분에 기한 相對方에의 引渡 등에 의하여 履行不能이 된 경우에는 목적물에 갈음하여 그 代償으로 그 處分對價를 반환하여야 한다는 것이다.²³⁾ 이러한 결론이 긍정된다면, 무엇보다도 반환의무자 = 무권리처분자는, 선의의 부당이득반환의무자(독일민법 제818조 제3항 참조)와는 달리, 그 반환의무가 현존이익에 한정됨을 주장할 수 없게 된다.

그런데 近者의 通說은 독일민법 제281조를 물권적 청구권, 특히 所有物返還請求權(rei vindicatio)에 準用하는 것에 대하여 부정적인 입장을 취한다. 그 이유는 채권관계를 염두에 둔 독일민법 제281조는 물권적 청구권에 적용하기에 적절하지 않으며, 무엇보다 무권리처분자가 얻은 처분대가가 그가 소유자에게 이전하여야 하는 점유에 대하여 그 代償, 즉 경제적 등가물이라고 할 수 없다는 데 있다. 소유물반환청구권은 점유의 이전만을 내용으로 하는 것이고, 소유권의 반환을 내용으로 하는 것이 아닌 것이다.²⁴⁾

(5) 한편 이와 같이 권리자가 무권리자의 처분을 추인한 경우에 대하여 독일민법 제816조 제1항 제1문의 적용을 긍정하는 태도가 확정되자, 이와 같은 권리자 보호의 법정책은 관련 문제를 다룸에 있어서도 관철되어 갔다.²⁵⁾

23) 이 문제에 대하여 논한 수많은 문헌 중에서 우선 Hans Dölle, Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe, in: *Die reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Bd.3(1929), S.22; Horstmann, *Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche*(1938), S.38ff.; K.G.Deubner, Bemerkungen zur analogen Anwendung des § 281 BGB auf den Eigentumsherausgabeanspruch, *MDR* 1958, S.197; Reiner Jochem, Eigentumsherausgabeanspruch(§ 985 BGB) und Ersatzherausgabe(§ 281 BGB), *MDR* 1975, S.177 참조. Jochem, 同所, S.177에 의하면, 이러한 발상 자체는 예령에까지 소급되며, 독일민법 제정 후에 이러한 견해를 제시한 것은 Theodor Kipp, Über den Begriff der Rechtsverletzung, in: *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke*(1910), S.3ff., 24ff.라고 한다.

24) 무엇보다도 Werner Merle, Risiko und Schutz des Eigentümers bei Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten, in: *AcP* 183(1983), S.81ff., S.84f 참조.

우선 권리자가 무권리처분자에 대하여 불법점유자의 책임에 관한 독일민법 제989조, 제990조에 의하여²⁶⁾ 손해배상청구를 하였다고 해도 특별한 사정이 없는 한 처분대가반환청구권을 포기하였다고 할 수는 없다고 한 것은 아니다. 또 반대로 권리자가 무권리자의 처분을 추인하였다고 해도, 독일민법 제987조 이하 및 제823조 제1항에서 정한 권리가 배제되는 것은 아니다.²⁷⁾

나아가 무권리자의 처분이 연속적으로 행하여진 경우, 예를 들어 도품이 전 전 양도된 경우에, 권리자는 그 중 하나의 무권리처분자를 임의로 선택하여 그의 처분을 추인할 수 있다. 그 경우에는 이제 그의 처분이 소급적으로 유효하게 됨으로써, 추인을 받은 무권리처분자의 후자들은 목적물을 적법하게 취득하고 또 적법하게 처분한 것이 되지만, 그 전자들은 여전히 무권리처분자로서 권리자에 대하여 책임을 져야 한다.

또한 점유자가 침부에 관한 규정이나 취득시효로 인하여 소유권을 취득한 경우에도, 나아가 물건이 멸실한 경우에도, 권리자는 무권리자의 처분을 추인하여 그에 대하여 처분대가의 반환을 청구할 수 있다고 한다.²⁸⁾

III. 所有物返還請求와 不當利得返還請求의 選擇問題

1. 權利者の 딜레마

(1) 권리자가 무권리자의 처분을 추인하는 경우에, 그는 이로 인하여 무권리처분자에 대하여 처분대가의 반환청구권을 가지게 되나, 이에 몇 가지 위험

25) 이에 대하여는 Reuter/Martinek(註 19), § 8 I 2 b)(S.302f.) 참조. 이러한 방향의 법해석을 “권리자를 최대한 우대하는 정책(eine Strategie der Meistbegünstigung des Berechtigten)”이라는 표제 아래 개관하고 있다.

26) 이들 규정(우리 민법 제202조에 상응한다)은, 타인의 소유물을 점유할 권리 없이 점유하는 자에 대하여 소유권에 기한 소송이 계속된 경우(제989조) 또는 그가 악의인 경우(제990조)에는 물건의 손상이나 멸실 기타의 이유에 기한 반환불능에 대하여 소유자에 대하여 손해배상책임을 진다고 정한다. 그런데 그러한 불법점유자가 물건을 제3자에게 처분하여 인도함으로써 결국 소유자가 현재의 점유자에 대하여 자신의 소유물 반환청구권을 실현할 수 없게 된 경우도 거기서 말하는 「반환불능」에 해당한다.

27) 이에 대하여는 우선 Erman/Westermann, § 816 Rn.3(10.Aufl., 2000, S.2411) 참조.

28) 물건 멸실의 경우에 대한 판례(BGHZ 56, 131 = BGH JR 1971, 375 mit Anm. Zeiss) 참조.

이 따른다.

우선, 그는 후에 물건의 소재가 발견되는 등으로 물건에 대한 소유물반환청구권의 실현이 다시 가능하게 되는 경우에도 자신의 처분추인을 철회할 수 없다. 무권리자의 처분에 대한 권리자의 추인이 일단 행하여지면 이를 다시 철회할 수 없다는 것에 대하여는 異論이 없다.²⁹⁾

나아가, 소유자는 그 추인에 의하여 자신의 소유권을 중국적으로 상실하게 되는데, 그 반면에 그가 취득하게 되는 부당이득반환청구권은 다음과 같은 약점을 가진다.

첫째, 무권리자가 얻은 처분대가가 시가보다 적다는 등으로 목적물의 「객관적 가액」에 미치지 못하는 경우에는, 그 한도에서 경제적으로 불이익을 입게 된다.

둘째, 만일 무권리자가 선의인 경우에는 그는 이득의 소멸(Wegfall der Bereicherung)을 내세워 자신의 반환의무가 현존이익에 한정됨을 주장할 수 있다(독일민법 제818조 제3항). 물론 무권리처분자가 도둑이거나 유실물의 습득자인 경우에는 그의 선의를 인정하기 어려울 것이다. 그러나 그로부터 물건을 양수한 사람이 다시 그 목적물을 처분하는 경우에는 이 역시 무권리자의 처분임에는 변함이 없어서 소유자는 그의 무권리처분을 추인하고(즉 소유자로서는 그의 소유권을 상실하게 되고) 그로부터 그 처분대가의 반환을 청구할 수 있다(앞의 II.2.(5) 참조). 이 경우 그 무권리처분자는 오히려 선의인 경우가 적지 않을 것이다.

셋째, 이와 같이 이득의 소멸이 주장될 수 없는 경우이라도 부당이득반환청구권은 채권에 불과한 것이므로, 이제 중전의 소유자는 채무자의 無資力危險(Insolvenzrisiko)을 부담하지 않을 수 없게 된다. 즉 그는 과연 자신이 소유권을 상실하는 대신에 취득한 이 부당이득반환청구권이 실제로 만족을 얻을 것인가에 대하여 확고한 지위에 있지 아니한 것이다. 따라서 만일 소유자가 무권리자의 처분을 무작정 추인한다면, 그는 「두 의자 사이에 앉을 위험(Gefahr, sich zwischen zwei Stühle zu setzen)」,³⁰⁾ 즉 소유권을 상실하면서 그렇다고

29) 이에 대하여는 우선 MünchKomm/Schramm, § 185 BGB Rn.50; § 183 Rn.26 m.w.N.(3.Aufl., 1993, S.1584, 1559) 참조. BGHZ 40, 156 등 독일의 확고한 판례이기도 하다.

30) Esser/Weyers, *Schuldrecht*, Bd.2: Besonderer Teil, 7.Aufl.(1990), § 50 II 2 b)(S.473)의 표현. 원래 ‘두 토끼를 쫓다가 하나도 잡지 못한다’는 의미의 관용구이다.

부당이득반환청구권이 확실하게 실현되지도 않아서 중국적으로는 빈손이 될 위험을 부담하게 된다. 실제로는 이것이 가장 큰 약점이라고 할 것이다.

(2) 그런데 독일의 제국법원은, 권리자가 처분대가의 반환의 구하는 소송을 제기하는 것은 그 자체로 이미 중국적인 처분추인이 있다고 보아야 한다는 태도를 취하였다고 한다. 즉, “그가 한편으로 무권리자로부터 처분의 유효를 전제로만 가능한 처분대가[의 반환]의 청구를 하면서, 다른 한편으로 동시에 처분의 무효를 원인으로 점유자에게 반환을 청구할 권리를 유보한다는 것은 신의칙에 반하여(treuwidrig) 행위하는 것”이라는 것이다.³¹⁾

이러한 태도를 취한다면, 앞의 (1)에서 본 소유자의 딜레마는 구제할 길이 없게 된다.

2. 學說의 應對

(1) 이러한 판례의 태도는 많은 학설에 의하여 비판을 받고 있다.

우선, 소유자가 판례와 같이 서둘러 소유물반환청구를 포기하여야만 한다는 것은 일반적으로 기대될 수 없다. 특히 물건을 사후에 발견하거나 또는 처분자의 부당이득반환청구가 실효를 거두지 못한 경우에 대비하여 소유물반환청구를 중국적으로 포기하려고까지는 하지 않을 수도 있다. 이러한 사정 아래서 추인을 부당이득반환청구의 만족이 있을 때까지 유보하는 것을 신의칙에 위반하는 행태라고 할 수 없다는 것이다.

나아가, 위의 판례와 같은 태도를 취하면 무권리처분자에게 부당한 법적 이익을 줄 수도 있다. 무권리처분자는 권리자로부터 부당이득반환청구를 당하는 것으로 이미 그가 한 처분이 유효하게 되어, 그 무권리처분의 상대방으로부터 담보책임의 추급을 면하게 된다. 그런데 그는 그 상태에서는 아직 그가 얻은 처분대가를 실제로 권리자에게 반환하지 아니하고 있는 것이다.

(2) 그리하여 많은 학설은 권리자가 추인이 중국적으로 효력을 가지는 시점을 될 수 있는 한 늦춤으로써 권리자가 소유권, 나아가 소유물반환청구권을 아예 상실하는 것이 아니면서도 무권리처분자에 대한 부당이득반환청구권을

31) Bauernfeind(註 18), S.109 rechte Sp. 참조.

인정할 수 있는 가능성, 달리 표현하면 일단 어느 한편으로 선택을 하였더라도 그 선택의 변경가능성을 가능한 한 오래도록 인정할 수 있는 가능성을 매우 다양하게 모색하였다. 그 양상은 獨逸的 法技藝의 극치를 보는 것 같은 느낌이 없지 않다.

그 모색은 대체로 둘로 나누어 볼 수 있다. 하나는 실체법적 노력으로서, 주로 追認에 어떠한 모습으로든 신축성을 주려는 방향으로 나타났다. 다른 하나는 소송법적 노력으로서, 무권리자의 처분의 추인과 처분대가의 상환을 동시 이행관계로 결합하려는 것이다. 이하에서 살펴보기로 한다.

(a) 前者로서는 우선 그 경우에는 권리자에게 매매대금이 현실적으로 귀속되는 것을 停止條件으로 하는 追認이라는 입장이 있다. 예를 들면 폰 투르(von Tuhr)는 무권리자의 처분에 대한 권리자의 추인이 停止條件附로 행하여질 수 있다는 일반론을 전개하고, 그 예로 권리자가 처분자에 대하여 독일민법 제 816조에 기하여 처분대가의 반환을 청구하는 행위를 들면서, 그러한 행위 속에는 권리자의 추인이 포함되어 있다고 할 것인데 다만 그 추인은 利得이 권리자에게 실제로 반환되는 것을 停止條件으로 하는 추인이라고 설명한다.³²⁾ 그러나 이러한 입장에 대하여는 다음과 같은 의문이 제기되고 있다. 독일민법 제816조에 기한 청구권은 追認에 의하여 비로소 成立하는 것이므로, 그 추인이 효력을 발생하기 전에 위와 같은 권리의 이행을 請求하는 것은 「將來의 給付(künftige Leistung)에 대한 訴求」에 해당하여 독일민사소송법 제257조, 특히 제259조가 정하는 특별한 요건³³⁾ 아래서만 허용된다는 것이다.³⁴⁾

나아가 무권리처분자로부터 처분대가를 실제로 반환받을 수 없게 되는 것(또는 권리자의 추인이 물건을 실제로 반환받을 수 없게 되는 것)을 해제조건으로 하여 행하여진다고 하는 견해도 제시되었다. 이러한 입장에 의하면, 그

32) Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd.II/2(1918, Nachdruck 1957), S.238f.

33) 독일민사소송법 제259조는, 장래의 급부에 대한 소구는 “債務者が 適時의 給付를 하지 아니할 것이라는 憂慮가 諸般事情上 정당화되는 경우에(wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde)” 허용된다고 규정하고 있다. 우리 민사소송법 제229조에 상응한다.

34) 가령 Ulrich von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*(1952), S.67 u. Anm.48 참조. 이에 의하면 解除條件附라고 이해하는 경우에는 그러한 문제는 발생하지 않는다고 한다.

해제조건이 성취되기 전까지는 추인이 유효하므로 권리자는 무권리처분자에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있고, 또 실제로 그 반환을 받으면 이제 해제조건이 성취될 수 없는 것으로 확정되어, 추인은 종국적으로 유효하게 된다. 그런데 부당이득반환청구권이 실제로 만족을 얻지 못하면, 이제 추인은 해제조건이 성취로 인하여 효력을 상실하여 권리자는 소유권을 회복하게 된다는 것이다.³⁵⁾

이 견해에 대하여는 무권리처분의 추인은 형성적 효과를 가지는 일방행위로서 조건에 친하지 않다는(*bedingungsfeindlich*) 이유로 반대하는 입장이 다수를 점한다. 追認과 같은 상대방 있는 일방적 법률행위에 대하여 條件을 허용하게 되면 상대방은 條件이 未成就인 동안 法律關係의 不安定을 감수하지 않으면 안 된다. 그 때 그 不安定의 감수가 상대방에게 기대될 수 없는 경우에는 그 법률행위에는 條件을 붙일 수 없다고 할 것이고,³⁶⁾ 無權利者の 處分에 대한 權利者の 追認은 그러한 법률행위에 해당한다고 한다.³⁷⁾ 나아가 實際적으로도, 그러한 해제조건부 추인은 특히 그것이 物權의 處分에 대한 것일 때에는 물론 법상 제기되는 公示에의 요구를 거의 충족할 수 없다.³⁸⁾ 그러므로 가령 일단 추인이 있어서 취득자(무권리자의 처분의 상대방)를 적법한 권리자로 믿고 그로부터 이를 轉得한 제3자라도 후에 앞서와 같은 解除條件이 성취되면 그 권리를 상실하게 되는 부당한 결과가 된다. 특히 그 물건이 애초 盜品 등인 경우에는 그는 善意取得規定도 원용할 수 없다는 것이다.³⁹⁾

이러한 비판에 대하여 이 입장을 열심히 옹호하는 메를레의 주장을 들어보기로 하자.⁴⁰⁾

그는 일반적으로 單獨行爲, 특히 무권리처분의 추인과 같이 법률관계를 창설적으로 형성하는 단독행위(소위 일방적 형성행위)는 조건과 친하지 않다는

35) 예를 들면 Uwe Wilckens, *Ist der Rückgriff des Bestohlenen auf den Veräußerungserlös notwendig endgültiger Verzicht auf das Eigentum?*, *AcP* 157(1958/1959), S.399ff.; Merle(註 24), S.90ff.; Staudinger/Seuffert(10./11.Aufl., 1974), § 816 Rn.4a 참조.

36) 일반적으로 Werner Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 3.Aufl.(1979), § 38, 5(S.697) 참조.

37) Reuter/Martinek(註 19), § 8 I 2 c)(S.305).

38) Staudinger/Lorenz(12.Aufl., 1986), § 816 Rz.9; Reuter/Martinek(註 19), § 8 I 2 c)(S.305).

39) 이 점 Staudinger/Lorenz, § 817 Rz.9 참조.

40) Werner Merle(註 24), S.81ff., 특히 S.90ff. 참조.

견해에 대하여 검토한다. 그는 먼저 법률행위는 일반적으로 조건부로 행하여질 수 있음을 정하는 독일민법 제158조로부터 다른 규정이 없으면 조건이 허용된다고 추론할 수 있다고 하면서, 무권리처분의 추인과 관련하여 “제158조의 목적론적 축소해석이 가능한지는 극히 의심스럽다”고 한다. 무권리처분의 추인에 조건을 붙이면 법률관계가 장래 변경될 가능성이 있는데, 이는 조건부 법률행위 일반에서와 다를 바 없다는 것이다. 특히 거래안전을 위하여 조건을 붙이는 것이 허용되지 않는 경우에는 상계에 관한 독일민법 제388조 제2문(우리 민법 제493조 제1항 제2문 참조)과 같이 법이 이를 정면에서 정하는데, 무권리처분의 추인에 대하여는 이러한 명문이 없으며, 또 이를 정당화할 만한 실질적인 이유도 없다. 무권리처분의 상대방의 입장에서 보면, 해제조건부라도 권리자의 추인이 있으면 그의 지위에 불이익이 생기는 것이 아니라, —적어도 처음에는— 오히려 이익이다. 그는 이로써 물론 자신의 前者에 대하여 담보책임을 묻지 못하게 되지만, 자신이 계약체결에 의하여 의도하였던 바를 성취하게 되는 것이다. 한편 그 조건이 성취되면 장래를 향하여 소유권을 상실하는데, 그는 이 때 전자에 대하여 담보책임을 물을 수 있게 되며, 이는 아예 추인이 없는 경우보다 나쁜 것은 아니다. 특히 그는 추인을 얻는 것에 대하여 아무런 對價도 출연하지 않는다. 한편 무권리처분자의 입장에서 보더라도, 해제조건의 성취 여부는 그가 이익의 소멸을 주장하는가 또는 처분대가를 반환하는가의 여부에 달려 있어서, 그 자신이 하기 나름이다. 이렇게 보면 처분대가의 반환을 해제조건으로 하는 것이 처분자를 기대불가능하게(*unzumutbar*) 해친다고 할 수 없다는 것이다.

나아가 그는 해제조건부 추인을 인정하는 것이 물권의 공시성의 원칙에 반한다는 반대주장에 대하여 다음과 같이 반박한다. 조건부 추인이 공시성의 원칙에 반하는 결과를 가져온다는 것은 옳지만, 그것이 조건부 추인을 필연적으로 부인하도록 하지는 않는다. 물권변동에서 공시성의 요구는 예를 들면 점유개정이나 소유권유보거래에서 보듯이 이미 현저하게 후퇴되어 있는 것이다.

또 해제조건부 추인이 허용된다는 견해에 대하여는, 만일 이를 인정하면 일단 원고에 승소판결이 내려지고, 원고가 이 판결을 가지고 피고의 재산에 대하여 강제집행을 해 봄으로써 비로소 해제조건의 성취 여부가 확정되고, 만일 그 조건성취가 확인되면 그 원고 승소판결은 결과적으로 부당한 것이 되는데, 이와 같이 “어떠한 판결의 정당성이 집행의 결과에 따라 정하여지는 것은 절

차적으로 감수될 수 없다”는 반대주장이 있다. 이에 대하여 메를레는, 조건부 추인에서 조건이 성취되어도 이는 將來效만을 가지므로 그 판결의 부당성을 말할 수는 없으며, 실제적 청구권이 변론종결 후에 조건의 성취로 소멸하는 일은 소송법상으로 하등 특이한 일이 아니라고 반박한다.

(b) 한편 앞의 II.2.(4)에서 본 바대로, 채무의 이행불능에 인정되는 代償請求權(독일민법 제281조)을 물권적 청구권에 대하여도 적용하고, 나아가 이에 대하여 독일민법 제255조의⁴¹⁾ 규정을 類推適用하자는 견해가 있다.⁴²⁾ 즉 소유자에 대하여 반환의무를 부담하는 점유자가 그 물건을 처분하여 인도한 경우에 소유자는 所有物返還請求權의 代償으로서 처분자가 취득한 處分對價에 대하여 그 인도를 청구할 수 있는데, 상대방(무권리처분자)은 그 처분대가의 반환을 소유자가 가지는 소유물반환청구권의 양도와 相換으로 할 것을 청구할 수 있다는 것이다. 그러므로 소유자의 관점에서 보면, 그가 소유물반환청구권을 상실하는 것은 처분대가를 실제로 반환받는 경우에 한정되게 된다고 한다. 그런데 이 견해에 대하여는 앞의 II.2.(4)에서 본 대로 독일민법 제281조는 물권적 청구권에 적용될 수 없어서 그 전제가 충족되지 않는다는 비판이 가능하다.

(c) 또한 권리자가 무권리자의 처분을 추인하는 것과 처분대가의 상환을 동시이행관계로 결합하려는 입장이 있다. 이 입장은 처음에 뮐레에⁴³⁾ 의하여 제안되었다고 하는데, 오늘날에는 “거의 통설의 지위에 있다.”⁴⁴⁾

물론 동시이행의 항변권은 법률이 정한 몇 개의 경우에만 인정되며, 나아가 동시이행관계는 통상 채무자가 채권자에 대하여 반대채권을 가지는 것을 전제로 하는데 이 경우에는 무권리처분자가 권리자에 대하여 추인청구권을 가지지 않는 것이 명백하고, 또 처분대가반환청구권 자체가 권리자의 추인이 있어야 비

41) 이는 손해배상자의 대위에 관한 규정으로, “물건이나 권리의 상실에 대하여 손해배상을 하여야 하는 사람은, 배상청구권자가 물건소유권 또는 권리에 기하여 제3자에 대하여 가지는 청구권을 양도하는 것과 상환하여서만 배상의무를 부담한다”고 정한다. 우리 민법 제399조가 손해배상을 현실로 하여야만 대위가 일어나는 것과는 다르게, 배상무의 이행을 배상청구권자의 권리양도와 相換으로 일어나게 하였다.

42) 최근에 이러한 견해를 주장하는 것으로는 Deubner(註 23), S.197ff. 참조. 이 견해가 처음으로 주장된 것은 1910년대 후반으로 소급된다.

43) Dolle(註 23), S.33 참조.

44) Merle(註 24), S.82 m.w.N. 참조.

로소 발생하므로 변론종결시까지 주인이 행하여지지 아니하면 그 반환청구권의 인정될 수 없어 원고의 청구는 기각된다는, 말하자면 당연한 반론은 충분히 상정될 수 있다.⁴⁵⁾ 그러나 다수의 학설은 “법률구성상 동의할 만하고, 권리자의 딜렘마를 감소시킬 수 있다”는 이유로 동시이행관계를 긍정하는 것이다.⁴⁶⁾

이러한 「법이론상의 난점」을 구제하려는 것이 바우어른포인트의 글이다. 그에 의하면 동시이행의 항변권에 관한 법규정은 이 경우에 적용될 수는 없으나, 유추적용될 수는 있다는 것이다. 그는 우선 “동일한 이익상황에는 동일한 法思考가 관철되어야” 한다고 전제한다. 그런데 동시이행의 항변권의 기본사상은 채권자가 자기 채권과 관련된 채무를 부담하는 경우에는 자기 채무의 이행 또는 그 이행제공 없이는 채권의 만족을 구할 수는 없다는 것이다. 한편 소유자의 처분대가반환청구권은 단지 그의 주인에 달려 있다. 그런데 그 주인에 의하여 그는 소유권을 상실하고, 처분자로 하여금 담보책임에 더 이상 지지 않게 만든다. 이렇게 보면 처분대가를 반환받으려는 소유자는 하나의 급부, 즉 자신의 재산을 감소시키고 상대방에게 법적인 이익을 가져다 주는 급부를 하여야 하는 관계에 있는 것이다. 이러한 상황 아래서 그 스스로가 처분대가반환청구권의 만족을 얻지 아니한 소유자에게는, 쌍무계약의 일방당사자에서와 마찬가지로, 자신의 급부, 즉 주인으로 발생하는 소유권의 상실과 담보책임으로부터의 해방을 선이행할 것을 기대할 수는 없다. 그러므로 비록 주인이 형식적으로는 자신의 청구권의 발생요건이라고 하더라도, 변론종결 당시까지 소유자가 주인을 하도록 강요되어서는 안 된다. 그리고 바이어른포인트는 덧붙

45) Deubner(註 23)는 이 점을 들어 동시이행관계를 인정하는 데 반대한다. 또한 Ursula Kobl, *Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB*(1971), S.289f도 同旨(괴블은 이 경우에 동시이행관계를 인정하는 것은 “법구성적으로는 하나의 넌센스”라고 한다).

46) 우선 Reuter/Martinek(註 19), § 8 I 2 c)(S.306) 참조. 그 외에 Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd.II/2, § 69 II 1 c)(S.182); MünchKomm/Lieb, § 816 BGB, Rn.25(3.Aufl., 1997, S.1315f.) (“실제적인 해결이고 또 법구성적으로 동의할 만하다”); Koppensteiner/Kramer, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 2.Aufl.(1988), § 9 III 2 b)(S.94) (“이 해결책은 형식법적으로 흠이 없다고는 할 수 없으나(formalrechtlich nicht einwandfrei), 그래도 역시 채권자의 정당한 이익을 고려하여 긍정되어야 한다”); Esser/Weyers(註 30), § 50 II 2 b)(S.473); Staudinger/Lorenz, § 816 Rn.9 (“전적으로 이 해상황에 적합한 이 해결은 그러나 법이론적으로는 공고하다고 할 수 없다(dogmatisch nicht abgesichert)는 점은 감수되어야 한다”); Palandt/Thomas, § 816 Rn.9 aE(59.Aufl., 2000, S.946); Erman/Westermann, § 816 Rn.9(S.2412) 등도 이 해결에 동조한다.

인다. “추인 없이도 처분대가반환청구권이 주어져야 한다는 것은, [독일민법 제816조 제1항 제1문을 권리자의 추인의 경우에도 적용한다는] 법발전의 필연적인 결과이다. 즉 소유자에게 자유로운 의사표시에 의하여 독일민법 제816조의 청구권을 인정하는 법 발전을 긍정한다면, 위와 같은 原則破壞도 허용되어야 한다”는 것이다.

그런데 이와 같이 다수설이 지지하는 해결책도 사실은 권리자의 이익을 충분히 보장해 주지 못한다는 반론이 있다. 즉 相換履行判決에 대하여 그 집행문은 독일민사소송법 제726조 제2항에 의하여 추인의 의사 없이 바로 주어진다 고 하더라도, 채무자가 만족을 얻거나 수령지체에 있지 아니한 한 집행을 개시할 수는 없다(독일민사소송법 제756조, 제765조).⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 그러므로 소유자는 늦어도 집행개시와 함께 추인을 하여야 하고 그 추인에 의하여 소유권을 상실하게 되는데, 그 때는 집행의 결과가 불명인 상태, 그리하여 처분대가를 아직 현실적으로 반환 못한 상태라는 것이다.⁴⁹⁾

IV. 大法院 1992년 9월 8일 판결 92다15550사건⁵⁰⁾

1. 事實關係

사실관계를 대법원판결에 의하여 간추리면 대체로 다음과 같다.

47) 이 중에서 수령지체란 문제될 수 없다. 왜냐하면 수령지체란 채무자(= 무권리 처분자)에게 추인청구권이 없으므로 논리상 있을 수 없고, 만일 수령지체상태에서 집행할 수 있다고 하더라도, 아직 수령(즉 추인의 효력발생)이 없으면 소유자는 아직 추인의 효과가 발생하지 아니하였는데도(그리하여 V를 잃지 않았는데도) 대가의 만족을 얻는다는 부당한 결과가 되기 때문이다.

48) 相換履行判決의 執行節次, 특히 동시이행관계에 있는 반대급부가 적어도 집행개시시까지의 이행되어야 한다는 점은 우리 법에서도 다를 바 없다. 우리 민사소송법 제491조의2 참조.

49) Merle(註 24), S.88ff. 참조. 한편 메를레는 독일민사소송법 제259조에서 정하는 「장래의 급부」에 대한 소로써 처분대가반환청구권을 인정하는 방안을 검토한다. 이에선 정지조건부 청구권이나 법정조건부 청구권이 속하는데, 처분대가반환청구권도 권리자의 추인이라는 조건에 걸려 있으므로, 同條에서 정하는 「불이행의 우려」라는 별도의 요건은 차치하고, 그 난점은 극복될 수 있다. 그러나 이는 독일민사소송법 제726조 제1항에 의하여 이 경우에는 집행문이 부여되려면 조건의 성취가 증명되어야 한다. 그러므로 이 경우 권리자는 미리 무권리자의 처분을 추인하지 않고는 아예 집행문조차 부여받을 수 없다는 것이다.

50) 법원공보 931호 2842면.

(1) 이 사건 부동산은 원래 M와 N의 공동소유이었다(그 등기관계는 不明이다). M은 1962년 2월에 사망하였고 그의 재산은 그의 아들인 피고(상속분은 11분의 6)와 원고들(상속분은 도합 11분의 5)에게 共同相續되었다. 그런데 1971년에 A가 이 사건 부동산 전체에 대하여 허위의 서류에 기하여 A 자신과 B(N의 아들), 그리고 피고의 3인 공동명의로 「임야소유권이전등기 등에 관한 특별조치법」에 따른 소유권이전등기를 하였다. 이 사실을 후에 알게 된 피고는 A를 상대로 소유권이전등기말소청구소송을 제기하여 勝訴判決을 얻어 A 명의의 소유권등기를 말소하였다. 그리하여 등기부에 이 사건 부동산의 소유자로 피고와 B의 두 사람만이 남게 됨으로써, 결국 피고는 등기부상 2분의 1 持分을 가지는 것으로 되기에 이르렀다. 피고는 이를 기화로 이 持分 전부를 C, D에게 8천여만원에 매도하고 그 대금을 수령한 후, 1987년 12월에 그들 앞으로 持分移轉登記를 경료하였다.

이 사건에서 원고들은, 피고가 위 持分 전부를 처분하여 “그 대금을 모두 착복하였음을 이유로 불법행위로 인한 손해배상 또는 부당이득의 반환을 구한다”고 주장하여 피고에 대하여 금전의 지급을 청구하였다.

(2) 원심은 원고들의 청구를 기각하였다. 그 이유는 다음과 같다. 피고 명의의 지분등기, 나아가 C, D 앞으로의 지분이전등기에 의하여서도 원고들의 이 사건 부동산에 대한 持分權은 상실되지 아니하였다. 그러므로, 이 사건에서 원고들이 그 지분권의 상실을 전제로 하여 그 손해의 배상 또는 부당이득의 반환을 구하는 이 사건 청구는 “더 나아가 살펴볼 필요도 없이” 이유 없다는 것이다.

2. 判決趣旨

이에 대하여 대법원은 다음과 같이 판시하여 원심판결을 파기하였다.

“원고들은 법률상 그들이 상속한 각 공유지분권을 상실하였다고 볼 수 없고, 피고와 C, D를 상대로 원고들의 공유지분권에 대한 소유권이전등기의 말소를 청구하여 登記名義를 回復할 수 있을 것임은 원심이 실시하는 바와 같다고 할 것이나, 그렇다고 하더라도 피고는 위의 매매대금 중 원고들의 共有持分權에 관한 부분은 법률상 원인 없이 취득한 것으로서 원고들이 원

고들의 공유지분권매매의 추인을 전제로 하여 반환을 청구하는 경우에는 이를 반환하여야 할 것이다. ... 원고들이 피고와 C, D를 상대로 하여 위와 같은 등기의 말소를 청구하는 경우라면 원고들은 피고가 수령한 매매대금의 반환을 청구할 수 없는 것임은 당연하다고 하겠으나, 원고들이 이와 같은 말소등기청구권을 행사하지 아니하고 **피고가 수령한 매매대금 중 원고들의 지분에 해당하는 돈의 반환을 청구한다면 피고는 이를 지급하는 것이 옳고, 이렇게 하여 원고들이 피고로부터 원고들의 지분에 해당하는 매매대금을 반환받게 되면 피고의 처분행위를 인정하는 것이 되어 그 효력은 원고에게 미치고 원고들은 피고의 처분행위의 효력을 다룰 수 없게 된다고 보는 것이 상당하다.** 원심으로서 원고들이 그들의 공유지분권에 대한 소유권이전등기의 말소와 중복하여 이 사건 청구를 하는 것인지, 아니면 피고로부터 매매대금을 반환받으면 피고의 처분행위를 추인함을 전제로 하여 청구하는 것인지 여부를 밝혀서 이 사건 청구의 당부를 판단하여야 할 것이다.”(고덕체에 의한 강조는 인용자가 가한 것이다)

V. 大法院判決에 대한 說明的 試圖 — 結論에 갈음하여

1. 無權利者の 處分을 追認한 所有者의 處分代價返還請求權

(1) 이 사건의 사안에서 문제되고 있는 피고의 지분처분행위는 그 자신의 상속분에 해당하는 지분을 넘는 범위에서 무권리자의 처분임은 물론이다. 따라서 그 처분행위의 효력이 진정한 권리자인 이 사건의 원고에게 미치지 않으며, 그리하여 원고는 피고의 처분행위에도 불구하고 이 사건 부동산에 대한 그들의 지분권을 상실하지 않는다. 그렇다면 이와 같이 지분권을 상실하지 않은 원고가 그 외에 피고가 그 무효인 처분행위에 의하여 취득한 매매대금을 부당이득이라고 하여 그 반환을 청구할 수 있는 법적인 근거는 무엇인가?

(2) 위 판결의 실시 중에는 “원고들이 이와 같은 말소등기청구권을 행사하지 아니하고 피고가 수령한 매매대금 중 원고들의 지분에 해당하는 돈의 반환을 청구한다면 피고는 이를 지급하는 것이 옳고, 이렇게 하여 원고가 피고로부터 그 매매대금을 반환받게 되면 피고의 처분행위를 인정하는 것이 된다”고 판시하고 있다. 만일 이 판시부분을 쓰여진 그대로 읽으면, 원고는 —말소등기

청구권을 행사하지 아니하기만 하면— 지분권을 여전히 가진 상태에서 피고가 수령한 매매대금에 대하여 일단 부당이득반환의 「청구권」을 가지되, 다만 후에 실제로 대금의 반환을 받으면 원고가 무권리자인 피고의 처분행위를 추인하는 것으로 의사해석되어서 그 때 비로소 그 추인의 효력이 확정적으로 발생하고 이에 의하여 지분권을 상실하게 된다는 의미라고도 이해되기도 한다.

(3) 대상판결이 이와 같이 지분권을 여전히 가진 상태에서, 즉 아직 피고의 처분행위를 추인하지 않고서도 이미 피고로부터 매매대금의 반환을 받을 현실적인 권리를 가진다는 의미라고 한다면, 이는 부당하다고 할 수밖에 없다. 원고가 여전히 지분권을 가지는 상태에서 위와 같은 부당이득반환청구권을 가진다고 하면, 이것이야말로 「부당한 이득의 이득」이 된다고 할 것이다. 그것이 부당함은 가령 원고가 그 부당이득반환청구권을 제3자에게 —통상 그러한 것처럼 유상으로— 양도한 경우를 생각하여 보면(그 양도성을 부인할 이유는 무엇인가?) 바로 명백하게 된다. 그 경우에는 그 양수인이 피고로부터 매매대금을 반환받더라도, 그는 자신에 속하지 않는 권리에 대한 무권리자(피고)의 처분행위를 유효하게 추인할 수 없음은 물론이다. 그렇다면 원고는 여전히 이 사건 부동산에 대한 지분권을 가지면서, 채권양도에 따른 대가를 누리게 되는 것이다.

뿐만 아니라 이론적으로 보더라도, 원고가 여전히 지분권을 가지는 상태에서는 피고가 C, D로부터 받은 매매대금은 민법 제741조에서 정하는 “타인의 재산으로 인하여” 얻은 이익이라고 할 수 없다. 또한 그로 인하여 원고에게는 아무런 「손해」도 가하여지지 아니하였다. 그 매매대금이 “원고의 재산으로 인하여” 피고가 얻은 이익이 되는 것은, 또 그로 인하여 원고에게 「손해」가 가하여지는 것은, 원고가 피고의 무권한처분행위를 추인함으로써 자신들의 지분권을 상실하는 때인 것이다.

이렇게 보면 위의 판결에서 “원고가 말소등기청구권을 행사하지 아니하고” 피고가 받은 매매대금의 반환을 청구한다는 설시는, “말소등기청구권의 종국적 불행사, 나아가 자신의 소유권의 상실을 전제로 하여’ 즉 피고의 무권리처분의 추인을 전제로 하여 매매대금의 반환을 청구하는 경우에는”이라고 읽어야 할 것이다.⁵¹⁾

51) 한편 무권리처분자가 얻은 처분대가를 권리자에게 종국적으로 귀속시키는 것에

2. 無權利處分에 대한 追認의 法律構成

그렇다면 이 사건에서 원고가 피고를 상대로 피고가 C, D로부터 받은 매매대금을 부당이득이라고 하여 반환을 청구하려면, 언제나 먼저 피고의 無權限處分行爲를 추인하여야만 하는가.

(1) 앞의 III.1.에서 본 「권리자의 딜레마」를 염두에 둔다면, 위의 판결이 원고의 추인을 그들이 피고로부터 「현실적으로 매매대금을 반환받는 시점」과 결합시키고 있는 것(“피고로부터 원고의 지분에 해당하는 매매대금을 [현실로] 반환받게 되면” 그 때에 비로소 원래의 소유자인 원고가 피고의 처분행위를 인정하는 것이 된다고 한다)은 충분히 이해될 수 있는 바이다. 말하자면 위와 같은 진퇴양난의 상황에서 권리자를 벗어나게 하기 위하여는, 소유권의 소유권상실, 즉 무권리자의 처분에 대한 종국적인 추인을 원래의 소유자가 처분대가의 현실적 취득과 연결시켜야 하며, 그 이전에는 비록 처분대가의 반환을 구하는 소송의 제기 등이 있더라도 이를 인정하여서는 아니되는 것이다.

(2) 문제는 그러한 권리자의 보호의 필요를 우리 법에서 어떠한 법률구성에 의하여 달성할 것인가 하는 점이다. 이것이 매우 착잡한 문제임은 앞의 III.2.에서 본 대로이나, 필자에게 굳이 하나를 선택하지 않으면 안 된다면, 주저가 없는 바는 아니나, 권리자는 해제조건부로 무권리자의 처분을 추인할 수 있다고 해석할 수 있지 않은가 생각한다. 그리고 혹 이것이 위의 대법원판결의 실시를 가능한 범위 내에서 법논리적으로 보다 적절하게 설명할 수 있는 방법이

관련한 범장치로서는, 準事務管理(不眞正事務管理)를 생각할 수 있다. 즉 타인의 사무를 처리하는 자가 마치 자기의 사무인 양 자기의 이익을 위하여 사무관리를 하였을 경우에 본인은 관리자가 취득한 이익의 반환 또는 손해의 배상을 청구할 수 있다고 할 것이 아닌가 하는 문제이다. 이에 대하여는 우선 郭潤直, 債權各論, 新訂(修正)版(2000), 418면 이하 참조. 주지하는 대로 이에 대하여 학설은 긍정설(“이 경우의 구제수단인 부당이득이나 손해배상은 모두 본인의 손실을 한도로 하기 때문에, 이는 사무관리의 경우 관리자가 모든 收益을 반환하여야 하는 것에 비하여 볼 때 부당하”므로 준사무관리를 인정할 필요가 있으며, 나아가 “부정설은 [관리자가 얻은 이익의 보유를 인정하는 결과가 되어] 관리자의 침해행위를 유발시킬 수 있으며, 결과에 있어 이러한 침해행위를 보호하는 부당함을 가져올 수 있”다는 것이다)과 부정설(“특히 관리자가 「특수한 재능」이나 「기회」에 의하여 이익을 얻은 경우에는 관리자의 반환의무를 인정하는 것은 본인을 지나치게 보호하는 결과를 가져오기 때문에 부당하다”)로 나뉘어져 있다. 필자는 오히려 부정설에 기울어지나, 이에 대하여는 여기서 詳論하지 아니한다.

라고 여겨진다.

(a) 이에 대한 반대의 견해의 주장에 대하여는 앞의 III.2.(2)(a)에서 본 대로이다. 그런데 소위 일방적 창설행위는 조건에 친하지 아니하다는 법리는 혹 그 일반적 모습으로서는 타당할지 모르지만, 구체적으로 무권리자의 처분을 추인하는 것이 과연 상대방으로 하여금 「불안정」의 감수를 기대할 수 없게 할 정도인가는 보다 상세한 고찰을 요한다. 특히 상계의 의사표시에 조건을 붙일 것을 불허하는 민법 제493조 제1항 제2문과 같은 규정이 없는 터에, 앞의 II.2.(2)(a)의 후반부에서 본 메를레의 논증을 음미하면, 이 경우에도 해제조건을 붙이는 것이 그렇게 부당하다고는 말할 수 없지 않을까 하는 생각을 하게 된다.

특히 여기서 붙인 해제조건이 그 추인의 대상인 무권리처분을 행한 무권리자가 스스로 처분대가를 권리자에게 반환하는가를 내용으로 하는 것이므로, 그에게 기대할 수 없을 정도로 불리하다고 할 수 없으며, 나아가 이는 예외적으로 일방적 형성행위에도 조건을 붙일 수 있다고 학설상 인정되고 있는 隨意條件⁵²⁾에 근접한 것이다.

(b) 나아가 제3자와의 관계를 보자.

우리의 입장에서 주로 문제되는 부동산의 경우를 생각하여 보면, 이와 같이 해석하여도 그 해제조건이登記되지 않은 이상은 이를 제3자에게 대항할 수 없다고 할 것이다. 독일민법 제161조 제2항, 제1항은, 해제조건부 법률행위에 의하여 취득된 권리(따라서 해제조건이 성취되면 소멸하는 권리)가 조건미성취인 동안에 처분된 경우(소위 「中間處分」 *Zwischenverfugung*) 그 처분의 효력에 대하여 정하고 있다. 그에 의하면, 중간처분이 “그 조건에 그 발생 여부가 의존하고 있는 效果를 좌절시키거나 침해하는 한도에서” 그 중간처분은 무효라고 한다. 따라서 우리가 다루고 있는 문제의 경우에 추인 후에 취득자가 권리를 다시 양도한 경우에는 그 후에 해제조건이 성취되면 轉得者는 그 권리를 상실한다. 그러나 우리 민법에는 위와 같은 명문의 규정이 없으므로, 이를 독일에서와 전적으로 동일하게 해석할 수는 없다. 이에 대하여 大判 92.5.22, 92

52) 우선 Flume(註 36), § 38, 5(S.698) 참조. 그 외에 同旨의 文獻에 대하여는 Merle(註 24), S.94 Fn.38 참조.

다5584(공보 924, 1981)은 해제조건부 증여에 기하여 不動產所有權이 양도된 경우에 대하여, (i) 해제조건이 성취되면 등기 없이도 소유권은 복귀하며 그러한 효과는 소급하지 않는데, 다른 한편 (ii) 조건성취 전의 처분행위(中間處分)은 그 효과를 제한하는 한도에서 무효가 되나 (iii) 단 그 조건이 등기되지 않았으면 권리를 취득한 제3자에게 대항할 수 없다는 견해를 밝히고 있다. 이는 결국 해제조건이 등기된 것을 요건으로 하여 중간처분은 그 조건의 성취로 말미암아 무효가 된다는 것으로 집약될 수 있는 것이다. 그리고 실제로 그러한 등기가 행하여진 경우에는, 「법률관계의 불안정」을 쉽사리 말하기 어렵다고 할 것이다.

한편 동산의 경우에는 해제조건부 등기와 같은 공시방법이 없다. 그러나 도품이나 유실물과 같은 점유이탈물의 경우에도, 소유자는 점유이탈된 날로부터 2년이 경과하면 물건의 반환을 청구할 수 없고 그 소유권을 상실한다(민법 제 250조 본문).⁵³⁾ 독일에서는 점유이탈물의 경우에 소유자의 반환청구권에 시간적 제한이 없는 반면에, 우리 민법은 위와 같은 제한을 두고 있는 것이다. 결국 우리 민법에서 점유이탈물의 소유자에게 소유권, 나아가 그 채권적 변형물로서의 처분대가반환청구권이 보장되는 것은 그 2년 동안에 그치며, 그만큼 「법률관계의 불안정」은 영속적이 아니다. 거기다가 동산거래에서의 공시방법, 예를 들면 占有改定 등의 불완전함을 생각하여 보면, 추인에 해제조건을 붙이는 것이 가져올 새로운 불안정이란 앞서 본 「권리자의 딜레마」를 구제할 필요에 비하면 그렇게 큰 것은 아니라고 할 수 있지 않을까?

(c) 한편 독일의 다수설이 택하는 권리자의 추인과 처분대가의 반환과의 동시이행관계를 인정하자는 입장은, 그야말로 동시이행관계에 관한 지금까지의 이해틀을 「파괴」하는 것이어서(이에 대하여는 앞의 III.2.(2)(b) 참조) 쉽사리 받아들일 수 없다. 특히 그것이 동시이행판결이 내려진다고 하더라도, 권리자의 추인은 집행법상으로 집행개시시까지의 행하여지지 않으면 안 되므로 권리자의 만족을 보장할 수 없고 기껏해야 권리자의 중국적 추인의 시점을 일시적으로 늦추는 데 불과하다는 점에서 어중간한 것밖에 되지 못한다.⁵⁴⁾

53) 앞의 註 8 참조.

54) 앞의 註 48 및 그 本文의 서술 참조.

(d) 만일 권리자가 무권리자의 처분을 위와 같은 해제조건부로 추인하는 것이 허용된다고 한다면, 위 대법원판결이 “권리자가 무권리처분자로부터 그 매매대금을 반환받게 되면 그의 무권리처분행위를 추인한 것이 된다”는 설시는 매매대금, 즉 일반적으로 말하면 처분대가의 반환을 해제조건으로 하여 추인한 것으로 이해할 것이다. 그렇지 아니하고 이를 그 설시의 문언 그대로 정지조건부로 이해한다면, 사실심 종결 당시 아직 추인의 효력이 발생하지 아니하였으므로 권리자에게 무권리처분자에 대한 처분대가의 반환청구권을 인정할 수 없으므로, 이와 같은 理解는 적절하지 아니다고 할 것이다.

〈Zusammenfassung〉

Spannungen zwischen rei vindicatio und condictio bei Verfügung eines Nichtberechtigten

Chang Soo Yang*

Im Urteil vom 8. September 1992 hat das Koreanische Oberste Gericht anerkannt, daß bei Verfügung eines Nichtberechtigten der Berechtigte die Möglichkeit hat, die zunächst unwirksame Verfügung zu genehmigen und damit wirksam zu machen, und dann die Herausgabe des vom Nichtberechtigten erzielten Erlöses aus dem der Verfügung zugrunde liegenden Kaufvertrag zu verlangen. Aber nicht ganz klar aus dem Urteil ist, wann die Genehmigung als erteilt zu gelten hat.

Soll es davon aus ausgehen, wie die deutsche Rechtsprechung, daß schon in der Klageerhebung auf Herausgabe des "Erlangten" eine konkludente Genehmigung der Verfügung liege? Das ist insofern bedenklich, als zu diesem Zeitpunkt weder der Erfolg der Klage noch die tatsächliche Durchsetzbarkeit des Anspruchs feststehen. Um den Berechtigten von dieser Gefahr, sich zwischen zwei Stühle zu setzen, zu befreien, werden einige juristischen Konstruktionen in Deutschland vorgeschlagen.

Dieser Aufsatz behandelt die in Korea bisher vernachlässigte Frage unter Hinweisung auf die deutschen Literatur, und schlägt die Konstruktion der auflösend bedingten Genehmigung als nicht ganz einwandfrei, aber wenigstens einwendbar vor.

* Professor of Law, Seoul National University