

타인 토지 위의 불법 건물 미등기매수인이 있는 경우 부당이득반환청구의 대상
- 대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다243133,243140 판결에 대한 평석을 곁하여 -

김동현 · 김지훈 · 최용석

<목 차>	
I. 서론	3. 매도인 단독점유설의 문제점 - 등기된 매수인과의 비교를 중심으로
II. 미등기매수인의 법적 지위에 대한 종전 판례 검토	4. 매도인 단독점유설의 문제점 - 법정책적 접근
1. 매도인 및 제3자와의 관계	5. 기존의 법형성과의 비교: 양도담보의 경우
2. 토지와 건물의 점유관계에 대한 법리	6. 소결
III. 공동점유를 부정하는 경우	IV. 공동점유를 긍정하는 경우
1. 공동점유설의 문제점 - 점유의 개념과 미등기매수인의 법적 지위에 근거한 논증	1. 문제의 소재
2. 공동점유설의 문제점에 기반한 논증 - 점유취득시효 제도를 중심으로	2. 침해부당이득의 이득 요건에 따른 검토
	V. 결론

〈국 문 초 록〉

대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다243133,243140 판결은 타인 토지 위의 불법건물이 미등기 상태로 전전 매수된 경우에, 해당 건물의 법률상 소유권자인 원시취득자와 미등기매수인이 모두 부당이득반환책임을 부담하며, 이 둘의 관계는 부진정연대채무라고 명시한 바 있다. 본고는 이에 반대하여 미등기매수인만이 단독으로 부당이득반환책임을 부담하여야 한다는 입장에서, 다음과 같이 논리를 전개하였다.

우선적으로 해당 판결의 논리는 미등기매수인과 법률상 소유권자가 해당 토지를 공동으로 점유하고 있다는 주장에 근거하고 있는바, 본고에서는 ‘건물의 소유를 통해 토지를 점유한다’라는 법리에 대한 분석을 통하여 해당 주장을 탄핵하는 것을 시도하였다. 나아가, 공동점유를 인정하는 것은 단지 점유의 개념에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 민법이 예정하고 있는 점유를 매개로 하는 다른 제도들(대표적으로 점유취득시효)과의 충돌을 불러일으킨다는 점도 살펴보았다. 나아가 미등기매수인에게만 반환책임을 부여하는 것이 법정책적으로도, 또 구체적 타당성의 측면에서도 타당하다는 것을 살펴보면, 부동산 양도담보라는 비슷한 이익상황에서 이미 판례가 본고의 입장과 동일한 결론을 내렸음을 확인하였다.

또한, 미등기매수인이 아닌 법률상 소유권자가 부당이득반환책임을 단독으로 부담하여야 한다는 입장을 배격하기 위하여, 본고는 등기된 매수의 상황과의 비교를 통하여 해당 입장이 부당한 결론으로 이어진다는 것을 논증하였다. 보다 구체적으로, 법률상 소유권자가 부당이득반환책임을 단독으로 부담할 시, 미등기매수인은 매매계약에서 자기가 이미 위험을 부담하였음에도 불구하고 해당 위험을 법률상 소유권자인 매도인에게 귀속시킬 수 있게 되기 때문이다.

여기에 더해, 설령 공동점유의 개념을 인정한다고 하더라도, 부당이득의 고유한 법리에 비추어 볼 때 법률상 소유권자가 아닌 미등기매수인만이 단독으로 부당이득반환책임을 부담하는 것이 타당하다는 것도 살펴보았다. 특히 여기에서 법률상 소유권자가 얻고 있는 ‘이득’은 판례가 부당이득반환책임의 귀속을 위하여 요구하고 있는 ‘실질적 이득’에 해당하지 않음을 논증하였다.

이를 통하여 본고는 대상판결과 같은 상황에서, 양자의 책임 모두를 인정했던 대법원, 그리고 법률상 소유권자의 책임만을 인정했던 원심과는 달리, 미등기매수인의 부당이득반환책임만 인정되어야 함을 주장하였다. 이는 특히 대상판결과 같이 형식과 실질이 분리될 수밖에 없었던 상황에서는, 법형식을 철저히 관철시키기보다는 해당 법현상의 실질에 보다 부합하는 방향으로 법리를 전개하는 것이 구체적 타당성의 측면에서 더 바람직할 것이라는 것을 함의한다.

주요어 : 미등기매수인, 침해부당이득, 점유, 실질적 이득론

I. 사실관계

1. 이 사건 상가의 신축 및 미등기 경위

원고의 부친인 망 소외 1 소유였던 서울 영등포구 C대 36.7㎡(이하 ‘이 사건 토지’)를 포함한 서울 영등포구 일대 82필지 지상 00시장의 대지소유자들은, 1969년 △△△상가운영회(이하 ‘상가운영회’)를 구성하여 상가운영회 주도 아래 1970년 말까지 기존 상가건물을 철거하고 새로운 상가(이하 ‘이 사건 상가’)를 건축하였다. 당시 신축 상가의 부지에는 기존 상가의 통행로로 사용되던 국유지가 일부 포함되었고, 상가운영회는 장차 국유지를 불하받을 것을 예정하여 사업을 진행하였다.

상가운영회 소속 회원들은 자신들의 토지 위에 3층짜리 신축 건물을 연쇄적으로 건축하는 방식으로 사업을 진행하였고, 망인도 자기 소유의 이 사건 토지 위에 3층 짜리 점포(이하 ‘원고 점포’)를 신축하였다. 한편 상가운영회는 원고 점포 좌측으로 벽면을 공유하여 국유지 일부에 상가운영회 소유의 공유 점포를 신축하였다.

상가운영회는 이 사건 상가 부지에 포함된 국유지에 대한 불하대금을 지급하지 못하여 이 사건 상가 전체에 대하여 건축허가를 받지 못했고, 현재까지 이 사건 상가는 미등기 상태이다.

2. 피고 점포의 매매 경위

상가운영회는 1973. 6. 4. 위 공유 점포 및 대지를 소외 2에게 공사대금 지급을 위한 대물변제로 양도하였고, 이후 소외 2는 소외 3에게, 소외 3은 1998. 1. 22. 피고에게 순차적으로 위 공유 점포(이하 ‘피고 점포’) 및 대지를 매도하고 인도하였다. 피고는 소외 3에게 피고 점포에 대한 매매대금을 완납한 후 점포를 인도받아 현재까지 이를 배타적으로 점유·사용하고 있다.

3. 원고의 청구 경위

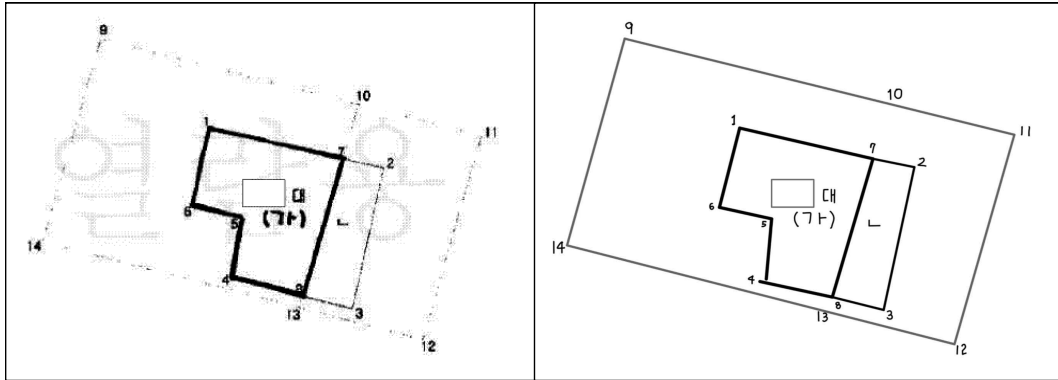
서울시는 2003. 3.경 이 사건 상가 부지를 포함한 토지 일대에 대하여 국유재산 현황측량을 실시하여 관련 고시를 하였고, 서울시 영등포구청장은 ‘국유재산점유 실태조사계획’을 수립한 후, 2004. 1. 19.부터 2004. 2. 18.까지 관할지역에 대한 관련공부확인 및 현장조사 등을 실시하였다. 그 과정에서 원고는 ① 원고 점포가 이 사건 토지 위에 온전히 위치하지 못하고 우측으로 치우쳐 일부 국유지 위에 축조된 사실을 알게 되었고, ② 이 사건 토지 중 아래 <그림 1>의 별지 도면 표시 1, 7, 8, 4, 5, 6, 1의 각 점을 순차로 연결한 선내 (가) 부분 25.6㎡(이하 ‘이 사건 (가) 부분’) 지상에 피고 점포의 일부가 침범되어 축조된 사실이 확인되었다.

한편, 원고의 부친인 소외 1은 1965. 11. 12.부터 이 사건 토지를 소유하여 왔는데, 소외 1이 1999. 9. 3. 사망함에 따라 망인의 상속인들에게 법정상속분에 따라 상속되었고, 원고의 상속지분은 1/4이다.

이에 원고는 이 사건 (가) 부분 토지에 관한 1/4 공유지분권자로서, 피고에 대하여 이 사건

(가) 부분 지상 건물의 철거 및 (가) 부분 토지인도와, 이 사건 (가) 부분 토지에 대한 지료 상당의 부당이득금 반환을 청구하였다.

<그림 1> 별지 도면



이 사건 토지 및 이 사건 (가) 부분, 원고 점포의 대지 점유 부분, 피고 점포의 대지 점유 부분의 경계와 그 소유자를 정리하면 아래 표 1과 같다.

<표 1> 이 사건 토지 소유 현황

	경계	소유자
이 사건 토지	1, 2, 3, 4, 5, 6, 1의 각 점을 이은 대지로 추정 ¹⁾	원고 소유
이 사건 (가) 부분	1, 7, 8, 4, 5, 6, 1의 각 점을 이은 대지	원고 소유
원고 점포의 대지 점유 부분	10, 11, 12, 13, 10의 각 점을 이은 대지	이 사건 토지의 일부인 7, 2, 3, 8, 7의 각 점을 이은 부지는 원고 소유, 그 외 나머지 부분은 국유지로 추정
피고 점포의 대지 점유 부분	1, 7, 8, X ²⁾ , 1의 각 점을 이은 대지로 추정	이 사건 (가) 부분은 원고 소유, 그 외 나머지 부분은 국유지로 추정 ³⁾

- 1) 제1심은 “서울 영등포구 C대 36.7㎡” 을 이 사건 토지라고 하고 있고, 그 중 이 사건 (가) 부분의 면적을 25.6㎡ 이라고 하고 있는데, 별지 도면 표시 중 “ㄴ” 부분의 면적이 11.1㎡로 표시되어 있는 것으로 보아, 이 사건 토지를 점 1, 2, 3, 4, 5, 6, 1의 점을 이은 부지로 볼 수 있다.
- 2) 이때 X는 8, 4를 이은 직선을 연장하고, 1, 6을 이은 직선을 연장했을 때 각 두 직선이 만나는 점을 말한다. 피고 점포에 대하여 제1심은 “원고의 점포 좌측으로 벽면을 공유하여 축조된 지상 3층 규모의 미등기 점포로, 별지 도면 9, 10, 13, 14, 9의 각 점을 연결한 상가 건물의 절반 정도의 크기로, 점 10, 13을 연결한 선을 우측 경계로 하고, 점 1, 6을 연결하여 연장한 선 정도를 좌측 경계로 하여 나란히 축조된 3개의 점포 중 가운데 끼어 있는 점포” 라고 기술하고 있다.
- 3) 원심의 표현에 따르면 피고가 양도받은 공유 점포는 “이 사건 (가) 부분과 국유지 일부가 포함된 토지상에 상가 운영회의 공유점포”로서, 공유 점포의 대지는 국유지 일부와 이 사건 (가) 부분으로 구성된 것으로 보인다.

II. 판결의 요지

1. 제1심의 판단: 서울남부지방법원 2017. 11. 8. 선고 2016가단9777(본소), 2016가단238445(반소) 판결⁴⁾

제1심은 원고의 건물철거 및 토지인도 청구에 관하여, 이 사건 토지의 공유자 중 1인인 원고는 공유물의 보존행위로서 피고를 상대로 이 사건 (가) 부분 위에 위치한 지상 건물의 철거 및 이 사건 (가) 부분 토지의 인도를 구할 수 있을 것으로 일응 보이나, 이는 신의성실에 위반한 권리의 남용으로서 허용될 수 없다고 판단하였다.

그 구체적인 근거로는, ① 이 사건 상가의 소유주들은 각 점포가 각자가 소유하는 부지 위에 정확히 일치하여 축조되지 않은 불일치를 어느 정도 용인하면서 자신들이 분양받은 점포와 부지를 점유·사용해왔던 것으로 보이는 점, ② 이 사건 상가 부지는 재개발이 예정되어 있고, 피고 점포가 원고 점포와 우측으로 벽체를 공유하고 있어, 축조된 지 이미 40년 이상 지난 피고 점포를 철거할 경우 원고 점포의 안전에도 문제가 발생할 수 있는 점, ③ 망인은 이 사건 상가 축조 당시 운영위원회 회장직을 맡고 있던 자로서 공유점포였던 피고 점포의 처분에 직접적으로 관여하였는데, 망인을 포괄승계한 원고가 피고 점포의 철거를 구하는 것은 망인의 선행행위에 반하는 점, ④ 이 사건 상가는 집합건물과 유사한 형태의 연쇄상가인바, 원고의 철거청구를 인용하면 결국 전체 점포에 대한 연쇄 철거가 발생하고, 이는 사회경제적 관점에서 바람직하지 않은 점, ⑤ 원고 또한 원고 점포가 점유하고 있는 국유지 부분에 대하여 지료에 상응하는 변상금을 납부함으로써 원고 점포를 온전한 형태로 사용하고 있는바, 차임 상당 금원을 지급받는 것으로 이해관계를 조절하는 것이 합리적이고 형평의 관념에도 부합하는 점을 제시하였다.

다음으로 원고의 지료 상당 부당이득금 청구에 관하여, 피고가 이 사건 (가) 부분 토지 위에 피고 점포를 소유함으로써 이 사건 (가) 부분을 점유·사용하고 있으므로, 피고는 이 사건 토지의 공유자인 원고에게 점유·사용에 따른 지료 상당액 중 원고의 공유지분에 상응하는 금원을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

요컨대, 제1심은 피고가 당해 건물의 법률상 소유권자는 아닌 미등기매수인이라는 점을 간과하고, 피고에게 법률상 소유권이 있음을 전제로 문제된 토지를 점유·사용하고 있는 피고의 원고에 대한 부당이득반환의무를 인정하였다.⁵⁾

2. 원심의 판단: 서울남부지방법원 2018. 5. 31. 선고 2017나64932(본소), 2017나64949(반소) 판결⁶⁾

4) 원고의 청구에 대하여 피고는 이 사건 (가) 부분 토지에 관하여 취득시효완성에 기한 소유권이전등기를 청구하는 반소를 제기하였으나, 피고의 점유가 성질상 타주점유로 판단되어 위 청구는 기각되었다. 해당 쟁점은 본 평석의 대상에 포함되지 않으므로, 판결의 요지에서 소개하지 않는다.

5) 참고로, 제1심 판결에서는 원시취득자이자 법률상 소유권자인 상가운영회에 대한 원고의 부당이득반환청구에 관한 쟁점은 등장하지 않는다.

6) 원고의 청구에 대하여 피고는 이 사건 상가 내 각 점포의 구분소유자들은 그 전유부분을 소유하기 위한 이 사건 상가의 전체 대지에 대한 사용권도 전유부분 비율에 따라 함께 취득하였다고 주장하였으나, 이 사건 상가가 그 대지로 사용하고 있는 전체 토지에 대하여 이 사건 상가 건물의 원시취득자가 그에 대한 사용권을 취득하였는지에 관하여는 제출된 증거만으로 인정하기에 부족하다고 하여 위 주장은 받아들여지지 않았다. 해당 쟁점은 본 평석의 대상에 포함되지 않으므로, 판결의 요지에서 소개하지 않는다.

원심은 피고 점포의 ‘법률상 소유권자’ 만을 대상으로 부당이득반환청구를 해야 한다는 전제 아래, 피고 점포를 전전매수하여 실제로 이 사건 점포를 점유·사용하고 있으나 소유권이전등기를 경료받지 못한 피고(이른바 ‘미등기매수인’)는 ‘법률상 소유권자’가 아니며, 이에 원고의 부당이득반환청구는 이유 없다고 판단하였다. 아울러, 원심은 피고 점포의 원시취득자인 ‘상가운영회’가 법률상 소유권자임을 명시하며, 원고는 원시취득자인 ‘상가운영회’만을 상대로 부당이득반환청구를 해야 한다고 결론지었다.

구체적으로, 원심은 그 논거로서 “**타인 소유의 토지 위에 권한 없이 건물을 소유하는 자는 그 자체로써 건물부지가 된 토지를 점유하고 있는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 인하여 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 할 것**”이며, “**이는 건물 소유자가 미등기건물의 원시취득자로서 그 건물에 관하여 사실상의 처분권을 보유하게 된 양수인이 따로 존재하는 경우에도 다르지 않다.**”라는 법리를 설시하였다.

추가로, 원심은 공평설의 관점에서 원시취득자인 ‘상가운영회’만을 대상으로 부당이득반환청구를 하는 것이 타당하다는 점도 지적하였다. 구체적으로, 원심은 피고가 매매계약상 자신의 의무를 모두 이행한 점, 원시취득자인 상가운영회가 피고에 대한 소유권이전 의무를 이행하지 않고 있는 점 등에 주목하여, 이 사건 지료 상당의 부당이득금은 이 사건 공유점포의 원시취득자나 상가운영회로 하여금 부담하게 함이 공평하다고 설시하였다.

요컨대, 원심은 법률상 소유권자인 상가운영회의 원고에 대한 부당이득반환의무를 인정하였다.

3. 대법원의 판단: 대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다243133(본소), 2018다243140(반소) 판결

대법원은 원심과 달리, 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 그 양수인이 건물 부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 경우, 미등기건물에 관한 사실상의 처분권자도 건물 부지의 점유·사용에 따른 부당이득반환의무를 부담한다고 보았다.

구체적으로는, ① 건물의 부지가 된 토지는 그 건물의 소유자가 점유하는 것으로 볼 것이고, 이 경우 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 부지를 점거하고 있지 아니하고 있더라도 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유한다고 보아야 하며, ② 타인 소유의 토지 위에 권한 없이 건물을 소유하는 자는 그 자체로써 건물 부지가 된 토지를 점유하고 있는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 인하여 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 할 것이고, ③ 이는 건물 소유자가 미등기건물의 원시취득자이고 그 건물에 관하여 사실상의 처분권을 보유하게 된 양수인이 따로 존재하는 경우에도 다르지 아니하므로, **미등기건물의 원시취득자는 토지 소유자에 대하여 부당이득반환의무를 진다는 것이다.** 대법원은 이에 더해, ④ 한편 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 그 양수인이 건물 부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 경우에는 미등기건물에 관한 사실상의 처분권자도 건물 부지의 점유·사용에 따른 부당이득반환의무를 부담한다는 법리를 설시하였다. 그리고 이러한 경우 미등기건물의 원시취득자와 사실상의 처분권자가 토지 소유자에 대하여 부담하는 부당이득반환의무는 동일

한 경제적 목적을 가진 채무로서 부진정연대채무관계에 있다고 보았다.

요컨대 대법원은 원심과 달리 피고점포의 원시취득자인 ‘상가운영회’와 미등기매수인인 피고 모두가 부당이득반환의무를 부담한다고 결론을 내렸다.

부당이득반환의무를 지는 상대방에 대한 제1심, 원심, 대법원의 판단을 표로 정리하면 아래와 같다.

<표 2> 심급별 부당이득반환청구 상대방에 대한 판단

	제1심	원심	대법원
원시취득자 (법률상 소유권자)	언급 없음	O	O
미등기 매수인 (사실상 처분권자)	O	X	O

[연구]

I. 서론

우리 민법은 제186조에서 “부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다.” 라고 규정하여, 부동산의 물권변동에 대해 의사주의(내지는 대항요건주의)를 취하였던 의용민법 시절과는 달리 형식주의(내지는 성립요건주의)를 취하고 있음을 명백히 밝히고 있다. 이에 따르면 부동산의 물권변동 과정에 있어서 등기가 양수인에게로 이전되거나, 적어도 양수인의 명의로 보존등기라도 경로받지 않는 이상 양수인은⁷⁾ 법률적·형식적으로 온전한 소유권을 취득할 수는 없게 된다.⁸⁾ 즉, 매매계약에서의 매수인이 대금지급을 끝마치고 해당 부동산을 인도받아 그를 자기 마음대로 사용·수익하더라도, 적어도 법률상으로는 소유자가 아닌 것으로 취급되고, 따라서 모든 법률관계는 법률상 소유자인 원시취득자를 기준으로 형성되는 것이 원칙이라는 것이다.

이렇듯 미등기매수가 이루어지는 경우는 많은 판례들에서 드러나듯이 매수인이 모종의 이유로 - 대상판결에서는 건축허가를 받지 못하였기 때문에 - 등기를 받지 않은 상태로 오랜 기간 해당 부동산을 점거하고 있다가 이후에야 비로소 문제가 되는 상황들이 대다수로서, 매수인과 매도인은 오랫동안 별다른 문제 없이 매매계약을 무사히 마쳤다고 생각하고 지내다가 불측의 타격을 받는 경우가 많다. 그렇기에 후술하듯(II), 판례는 오랜 기간 부동산의 미등기매수인이 ‘사실상·법률상 처분권자’라는 명목 하에 여러 예외적인 법리를 인정하여, 구체적 타당성에 보다 부합하는 판결들을 내려온 바 있다.

대상판결은 이와 같이 형식적·법률적 소유권자를 기준으로 모든 법률관계를 판단해야 한다는 형식주의와 그에 반대하는 입장이 치열하게 대립하는 지점에서, 그 둘을 절충하는 입장을 택하고 있다. 앞서 살펴보았듯, 이 판결의 핵심적인 쟁점은 타인의 토지 위에 토지소유자의 의사 관여 없이 불법적으로 지어진 건축물이 미등기상태로 전전매수⁹⁾된 경우, 토지소유자가 민법 제741조의 부당이득반환청구권을 행사할 수 있는 상대방이 누구인지로 요약될 수 있다. 이 경우 형식주의를 따른다면 건물을 원시취득하여 법률상 소유권을 보유하고 있는 매도인이 부당이득반환의무를 지게 되는 반면, 미등기매수인이 해당 건물을 오랜 기간 실제로 점거하여 사용하고 있었다는 사실에 좀 더 집중하는 입장을 취한다면 미등기매수인이 부당이득반환의무를 지게 될 것이다. 주지하다시피 대상판결은 이 두 입장 사이의 절충설을 택하여, 둘 모두에게 부당이득반환의무를 인정하였다.

그렇다면 이 문제를 해결하는 방안은 매도인과 매수인 중 누구에게도 부당이득의 반환을 구할 수 없다는 선택지를 제외한다면 아래의 표 3과 같이 세 가지의 가능성으로 정리할 수 있

7) 반면 건물을 최초로 건축한 자는 제186조가 아니라 제187조에 의해, 온전한 소유권을 원시취득할 수 있다.

8) 부동산 미등기매수는 i) 보존등기는 된 건물이 미등기 매수된 경우와, ii) 보존등기조차 되지 않은 건물이 미등기 매수된 경우의 두 가지를 생각해볼 수 있을 것이다. 둘 모두 물권법상의 형식적 소유자는 최초 건축자(매도인)이지만, 그것을 등기만 하지 않은 채로 매수하여 사용·수익하는 미등기매수인이 있다는 측면에서는 동일하므로, 여기에서는 문맥상 필요한 곳을 제외하고는 특별히 구분하여 논하지는 않기로 한다.

9) 대상판결에서는 전전 매수인이 여러 명 존재하였지만, 논의를 간결하게 하기 위하여 본고에서는 최초 건축자와 미등기매수인 1인만 존재한다고 상황을 단순화하여 이를 둘러싼 법률관계를 논하기로 한다. 이후 전전 매수인이 여러 명 존재하는 상황에서는, 전체 불법점유기간을 각 매수인이 매수하여 점유하고 있던 기간들로 분할한 후 본고에서 논의된 법률관계를 각각에 적용하기만 하면 되므로, 별도로 지면을 할애하여 논의할 필요는 없을 것으로 사료된다.

다.¹⁰⁾ 주지하다시피 이 중에서 대상판결이 택한 선택지는 1안이고, 원심이 택한 선택지는 2안이며, 이에 대비하여 본고가 최종적으로 옹호하고자 하는 입장은 3안, 즉 전적으로 미등기매수인에게만 부당이득반환청구를 하여야 한다는 입장이다.

<표 3> 부당이득반환청구의 대상에 대한 세 가지 가능성

부당이득반환청구의 대상	매도인	미등기매수인
1안(대상판결)	O	O
2안(원심)	O	X
3안(본고)	X	O

대상판결은 1안을 택함에 있어서, 다음과 같은 논리구조를 취하였다.

- i) 별다른 권원 없이 타인의 토지를 점유하는 자는 토지소유자에 대해 부당이득반환책임을 부담한다.
- ii) 건물의 소유자는 현실적으로 건물이나 부지를 점거하고 있는가의 여부와는 상관없이, 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유한다.
- iii) 건물의 미등기매수인은 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유함으로써 그 건물 부지 역시 아울러 점유한다.
- iv) 건물의 소유자와 미등기매수인은 모두 부당이득반환책임을 부담하며, 이는 동일한 경제적 목적을 가진 채무이므로 부진정연대채무 관계에 있다.

즉, 대상판결은 매도인과 미등기매수인이 각각 부당이득반환의무를 지는 근거로서, 둘 모두 해당 부지를 공통적으로 점유하고 있다는 주장을 들고 있다. 즉, 매도인과 매수인이 토지에 대해 하는 점유가 “수인의 사람들이 공동으로 물건을 점유하는 것”으로서, 강학상 공동점유¹¹⁾에 해당하며, 따라서 토지소유자는 둘 중 누구에게든 부당이득반환청구를 할 수 있다는 주장이다.

본고는 위의 3안을 지지하기 위하여, 우선 점유의 개념과 ‘건물을 소유하는 자는 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유하고 있다’라는 범명제를 분석함으로써, 이 공동점유 주장에 대한 반박을 시도할 것이다. 나아가, 공동점유 주장을 반박한 후에는 형식적 소유권자인 매도인이 아닌 사실상, 법률상 처분권자인 매수인이 단독으로 점유를 하고 있으며, 그러므로 부당이득반환책임도 단독으로 부담한다는 주장을 지지하는 것을 논증하고자 한다(Ⅲ).

또한, 가사 공동점유 주장이 타당하다고 하더라도, 그것만으로 부당이득반환책임을 매도인과 매수인 양쪽 모두에게 부담시킬 수는 없다는 점 또한 추가적으로 논증할 것이다(Ⅳ). 후술하겠지만, 공동점유를 하고 있다고 하더라도 부지 점유로 인한 ‘실질적 이득’은 미등기매수인에게만 귀속되므로 미등기매수인에게만 부당이득반환의무가 인정된다. 즉, 공동점유 주장을

10) 물론 1안에서는 불가분채무/부진정연대채무 등으로 또 세부적으로 가능성이 나뉠 것이지만, 큰 틀에서는 매도인 및 매수인에게 둘 다 책임을 물을 수 있다는 점에서는 동일하므로 하나의 안으로 처리하였다.

11) 매도인은 매수인에게 아무런 반환청구권도 없으므로, 이는 간접점유-직접점유의 관계에 해당하지는 않는다. 따라서 특정 물건에 간접점유와 직접점유가 둘 다 있는 경우에 부당이득반환의무를 각 점유자들에게 부진정연대채무로 부여했던 대법원 2019. 10. 18. 선고 2019다14943 판결은 이 사안에 적용될 여지가 없음을 밝혀 둔다. 간접점유의 점유매개관계 요건에 대해서는 김용덕, 주석민법 물권(1), 제5판, 한국사법행정학회, 2021, 398면(김형석 집필) 참조. 건물점유자와 건물소유자가 다른 경우, 건물소유자가 토지에 대해 간접점유를 하고 있지 않다는 입장으로는 김병진, “건물의 소유자와 점유자가 다른 경우에 있어서 대지의 점유관계”, 홍익법학 제10권 제1호(2009), 172면 참조.

인정하든, 인정하지 않든 간에 부당이득반환책임은 미등기매수인에게 귀속되는 것이 타당하다는 것이 본고의 주된 논지이다. 이를 위해 우선 미등기매수인의 법적 지위와 토지-건물의 점유 관계에 대한 일반론을 각각 살펴본 뒤(II), 각 주장을 순서대로 논하고자 한다.

II. 미등기매수인의 법적 지위에 대한 종전 판례 검토

우선 대상판결이 설시한 법리에 대한 검토로 나아가기에 앞서, 미등기매수인의 법적 지위가 어떻게 인정되어 왔는지를,¹²⁾ ① 매도인 및 제3자와의 관계와, ② 미등기매수된 건물과 해당 부지의 점유관계를 중심으로 살펴볼 필요가 있다.

1. 매도인 및 제3자와의 관계

가. 매도인과의 관계에서의 법적 지위

우선 미등기매수인은 매도인과의 관계에서는, 건물 매매계약상의 급부보유력에 의거하여 해당 건물을 계속하여 점거할 수 있으며, 이를 마음대로 사용·수익하더라도 건물의 법률상 소유자(매도인)에게 아무런 부당이득반환의무를 지지 않는다. 또한 미등기매수인이 대금을 완납한 이상 법률상 소유자는 소위 ‘배신적 처분’을 할 것이 아니라면, 미등기매수인을 상대로 취할 수 있는 법적 수단이 아무것도 없다는 점도 유의하여야 한다. 매수인은 자신의 모든 채무를 이행했으므로 매도인은 채무불이행을 이유로 하는 해제를 할 수 없고, 매수인에게 ‘점유할 권리’가 있으므로 민법 제213조 소정의 소유물반환청구권을 행사하는 것도 불가하며, 심지어는 미등기매수인이 제3자에게 목적물을 양도 및 인도하더라도 그 처분은 타인권리매매 내지는 등기청구권의 양도¹³⁾로서 유효하여, 해당 제3자에게 반환청구를 할 수 없다는 것이 판례¹⁴⁾이기 때문이다. 심지어 매도인은 매수인에게 이미 대가위험조차도 다 이전한¹⁵⁾ 상태이므로, 이 둘 사이의 법률관계는 순전히 등기청구권¹⁶⁾ 딱 하나만 남아있는 상태이고, 나머지는 모두 정리되었다고 보아도 무방하다.

나. 제3자와의 관계에서의 법적 지위

나아가 제3자와의 관계에서도, 미등기매수인이 단순한 채권적 지위에 머무르지는 않는다.

12) 미등기매수인의 법적 지위에 대한 자세한 고찰은 류창호, “미등기매수인의 법률상·사실상 처분권에 관한 연구”, 부산대학교 법학연구 제58권 제2호(2017), 83-106면 참조.

13) 둘 중 무엇인지에 대해서는 판례의 입장이 일관되어있지 않다. 타인권리매매라고 판시한 판례로는 대법원 1982. 1. 26. 선고 81다528 판결 등이 있고, 그를 부정한 판례로는 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다55245 판결 등이 있다.

14) 물론 이는 등기를 필요로 하기는 하며(대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다105215 판결 참조), 중간생략등기의 문제를 낳기는 한다. 이에 대한 자세한 논의는 서호정, “미등기전매에 의한 매수인의 법적 지위”, 토지법학 제36권 제2호(2020), 1-23면 참조.

15) 부동산은 소유권이전등기 또는 인도가 있는 때에 위험이 이전한다고 보는 것이 다수설이며, 이에 따르면 미등기매수인의 경우에는 인도를 받았으므로 위험이 이전한다. 송덕수, 신민법강의, 제16판, 박영사, 2023, 1119면; 박규용, “매매에 있어서의 위험부담과 위험이전”, 일감법학 제32호(2015), 51-76면 참조.

16) 심지어 이는 판례에 의하면 소멸시효에조차 걸리지 않는다. 대법원 1976. 11. 6. 선고 76다148 판결 참조.

우선 판례¹⁷⁾는 미등기매매된 건물에 토지 사용권한이 없는 경우, 토지 소유자가 이 건물의 철거를 구할 때 ‘소유자로부터 건물을 매수하여 인도받아 법률상·사실상 처분권을 가진 자’, 즉 미등기매수인을 상대방으로 할 수 있다는 입장이다. 즉, 판례는 “건물철거는 그 소유권의 종국적 처분에 해당되는 사실행위이므로 원칙으로는 그 소유자(민법상 원칙적으로는 등기명의자)에게만 그 철거처분권이 있다 할 것이고, 예외적으로 건물을 전소유자로부터 매수하여 점유하고 있는 등 그 권리의 범위 내에서 그 점유중인 건물에 대하여 법률상 또는 사실상 처분을 할 수 있는 지위에 있는 자에게도 그 철거처분권이 있다.” 라고 하여, 현실적으로 건물철거에 관한 이해관계를 가진 사실상의 소유자로 하여금 다투도록 하는 동시에, 대지 소유자에게 건물의 현재 법률상 소유권자를 탐색해야 할 부담을 경감시키고 있다.

또한 토지 소유주에게서 토지를 임차한 후 미등기건물을 건축하여 원시취득한 자에게서 건물을 양수한 미등기매수인의 경우에는, 위와 같은 **소극적인 사실적 처분권**을 넘어, 해당 토지 임대차계약이 종료되었을 때에 토지 소유주에게 건물의 매수청구(민법 제643조)를 할 수 있는 **적극적인 법률적 처분권**까지 인정된 바 있다.¹⁸⁾ 나아가, 미등기매수인은 소유권에 기한 물권적 청구권은 행사할 수 없지만, 독자적인 점유권에 기한 물권적 청구권을 행사하거나, 매도인의 법률상 소유권에 기한 물권적 청구권을 대위행사하는 방법으로 당해 건물에 대한 불법적 침해에 대응할 수 있다. 이 외에도 미등기매수인이 주택임대차보호법 제3조 상의 ‘임대주택의 양수인’으로서 임대인의 지위를 승계한다고 본 판례¹⁹⁾도 있는 등, 판례는 건물 소유권의 온전한 처분권능까지는 아니더라도 거의 대부분의 처분권한을 미등기매수인에게 귀속시키고 있다는 것을 확인할 수 있다.

2. 토지와 건물의 점유관계에 대한 법리

점유란 물건에 대한 사실상의 지배²⁰⁾를 말하는 것으로서, 해당 물건에 대한 법적인 권리(내지는 본권) 보유 여부와 상관없이 사실적인²¹⁾ 지배상태 그 자체로써 성립되는 것이 원칙이다. 하지만 우리 민법은 “지상물은 토지에 따른다(superficies solo cedit).” 라는 로마법의 원칙을 따르는 독일, 프랑스와 같은 대부분의 대륙법 국가들과는 달리, 건물과 토지를 별개의 부동산으로 보아²²⁾ 토지와 건물의 점유관계에 대해서 다소 복잡한 법리를 취하고 있기 때문에, 이를 먼저 명확히 살펴보아야 논의의 지형을 명확히 할 수 있다. 지금껏 형성되어온 판례의 법리들을 개괄하면 아래와 같다.

① 건물을 소유하는 자는 원칙적으로 그 소유로써 건물 부지를 점유한다. 이는 건물 소유자가 건물을 현실적, 사실적으로 점거하고 있는가와는 무관하며, 오직 건물의 소유자라는 사실 자체만으로 그 부지에 대한 점유가 인정된다.²³⁾

17) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다61521 판결.

18) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다48364,48371 판결.

19) 대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카164 판결.

20) 송덕수(주 15), 450면.

21) 이는 꼭 ‘물리적인’ 지배를 일컫는 것에 한정되지는 않는다. 즉, 사회관념상의 객관적 지배 속에 있으면 충분한 것으로서, 규범적인 측면에서 - 이는 본권관계를 포함하지만 한정되지는 않는다 - 의 지배도 일정 부분 포함된다.

22) 일본도 마찬가지로 법리를 취하고 있다. 구체적인 것은 이흥렬, “토지소유권과 건물소유권의 이원적 체계에 대한 재검토”, 부동산법학 제23권 제1호(2019), 41-65면 참조.

23) 대법원 1981. 11. 10. 선고 80다2712 판결; 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다2483 판결; 대법원 2003. 11. 13. 선고 2002다57935 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다28462 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다39157 판결 등 참조.

② 건물소유자가 아닌 제3자가 건물을 점거하고 있는 경우, 이 자가 건물의 부지를 점유하고 있는가에 대해서는 학설의 대립이 존재한다.²⁴⁾ 이 중 점유설은 해당 제3자(대표적으로 건물임차인, 건물 불법점유자 등)가 법률상의 건물소유자와 **함께** 그 건물 부지를 **공동으로** 점유하고 있다고 보며, 비점유설은 건물을 점거한 제3자의 토지 점유는 단순한 사실적 차원의 반사작용에 불과할 뿐, 토지에 대해서 어떠한 법적인 의미를 갖는 점유를 하고 있는 것은 아니라고 파악한다. 요컨대, 점유설은 건물소유자와 건물점유자의 공동점유, 비점유설은 건물소유자의 단독점유라는 결론으로 이어진다.

초기²⁵⁾에 판례는 점유설의 입장을 취하기도 했다가, 대법원 2003. 11. 13. 선고 2002다57935 판결 등에서는 “미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 그 양수인이 건물부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 건물의 소유명의자가 아닌 자로서는 실제로 그 건물을 점유하고 있다고 하더라도 그 건물의 부지를 점유하는 자로는 볼 수 없다.” 라고 판시하여 비점유설의 입장을 확고하게 취하였다. 다만 여기에서 미등기매수인에 대해서는 단서를 달아둬으로써, 미등기매수인은 예외적으로 건물의 부지를 점유하고 있음을 명확히 하였다는 점은 특기하여야 한다. 즉, 일반적인 임차인이나 불법 건물점유자의 경우 등에만 비점유설을 택하였고, 미등기매수인은 부지의 점유자로 인정된 것이다.

③ 그렇다면 미등기매수인의 점유가 인정되는 예외적인 상황의 경우, 건물의 법률적 소유자의 점유도 계속해서 유지되는지의 문제가 제기된다. 이에 대해서는 i) 법률상 소유자에게 원칙적으로 귀속되던 점유가 미등기매수인에게 아예 이전된다는 가능성과, ii) 예외적으로 점유설을 인정하여 법률상 소유자 및 현실적 점거자인 미등기매수인 모두의 점유를 인정한다는 가능성이 존재한다. 판례는 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다76522,76539 판결에서, 미등기매수인의 점유를 인정한 위의 판례를 정정하지 아니한 채 아래와 같은 판시를 함으로써 후자의 입장을 택하였음을 명확하게 표명한 바 있다(후술하겠지만, 본고는 이 판결에 대해 반대하고, 미등기매수인의 단독점유만 인정해야 한다고 주장할 것임을 미리 밝혀두는 바이다).

“타인 소유의 토지 위에 권한 없이 **건물을 소유하는 자는 그 자체로써 건물 부지가 된 토지를 점유하고 있는 것이므로** 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 인하여 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 할 것이고(대법원 1962. 5. 31. 선고 62다80 판결, 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다21856, 21863 판결 등 참조), 이는 건물 소유자가 미등기건물의 원시취득자로서 그 건물에 관하여 사실상의 처분권을 보유하게 된 **양수인이 따로 존재하는 경우에도 다르지 아니하다.**” (강조는 필자 표시)

Ⅲ. 공동점유를 부정하는 경우

서론에서 살펴보았듯 대상판결의 핵심적인 논거는 매도인과 매수인이 건물을 매개로 하여 공동으로 해당 토지를 점유하고 있다는 것이므로, 이를 부정한다면 대상판결의 결론인 부진정 연대채무설은 자연스럽게 부정된다. 하지만 공동점유를 부정하더라도 원심이 택했던 입장과 같

24) 이와 관련한 구체적 논의는 김병진(주 11), 169-179면 참조.

25) 대법원 1965. 9. 28. 선고 65다1571 판결; 대법원 1968. 4. 16. 선고 67다2779 판결 등 참조.

이 법률상 소유권자인 매도인에게 점유와 부당이득반환책임을 모두 온전히 귀속시킨다는 선택지(이를 이하 ‘매도인귀속설’이라 한다. 반면 매수인 단독점유설은 ‘매수인귀속설’이라 한다)는 여전히 남아있으므로, 이를 논박하는 것도 이 절의 핵심적인 과제 중 하나이다. 이에 아래에서는 대상판결과 원심을 각 비판하여 본고의 주장이 타당함을 논증할 것이며, 나아가 유사한 이익상황에서의 법형성과 비교하여 볼 때에도 본고의 주장이 타당함을 보일 것이다.

1. 공동점유설의 문제점 - 점유의 개념과 미등기매수인의 법적 지위에 근거한 논증

가. “건물을 소유함으로써 그 부지를 점유한다”라는 법리에 대한 분석

대상판결의 논리 설시를 자세히 살펴보면, 위의 II. 2.에서 살펴본 기존의 법리들이 그대로 조합된 결과물일 뿐이라는 것을 알 수 있다. 하지만 본고는 대상판결과 같은 미등기매매의 상황에서, 미등기매수인이 토지를 점유하고 있다는 것이 인정될 때에도 법률상 건물소유자의 부지점유를 아울러 인정한 것에 대해서는 의문을 제기하고자 한다. 이와 같은 결론은 “건물을 소유함으로써 그 부지를 점유한다”라는 범명제를 그저 도그마적으로 받아들인 결과물에 불과하고, 보다 온당한 결론을 내기 위해서는 이 명제를 면밀히 분석할 필요가 있기 때문이다.

그렇다면 “건물을 소유함으로써 그 부지를 점유한다”라는 명제는 과연 무엇을 의미하는가? 이와 같은 법리가 최초로 등장한 것은 대법원 1967. 9. 19. 선고 67다1401 판결로서,²⁶⁾ 대법원은 해당 판시에서 “건물의 소유자는 현실로 건물이나 그 대지를 점거하고 있지 않다 하더라도, 건물의 부지를 점유하고 있는 것”이라는 논거를 설시하였다. 즉, 점거 여부와 무관하게 건물의 존재 자체만으로도 필연적으로 그 부지를 사실상으로 지배하게 된다는 것을 전제하고 있는 것이다. 이는 건물 소유주가 건물이 물리적으로 그 자리에 존재하여, 해당 부지를 다른 용도로는 사용하거나 수익할 수 없게끔 만들고 있기 때문에 그 부지를 사실상으로 지배한다고 평가된다는 것을 의미한다.

그렇다면 우리는 “건물의 물리적 현존에 대한 지배권이 있는 자가 토지에 대해서도 사실상의 지배를 행사한다”라고, 위 명제를 보다 구체화할 수 있다. 판례가 일반적인 제3자(예컨대 임차인, 불법점유자 등)에게는 비점유설을 따라서 점유를 인정하지 않는 것도 이러한 관점에서 보면 이해할 수 있다. 이들은 해당 건물을 실질적으로 점거하여 사용·수익하기는 하지만, 그 건물이 그 부지에 물리적으로 존재한다는 사실 자체에 관여할 수 있는 어떠한 지배 권한도 갖고 있지 않으며, 그러므로 이들의 건물 점거는 단순한 ‘반사작용’²⁷⁾에 불과한 것으로 평가될 수 있다. 반면 건물소유자는 실제로 그 건물을 점거하고 있든, 점거하고 있지 않든 간에 (적법한 임차인 등이 있지 않은 한) 언제든지 원할 때 해당 건물을 철거해버릴 수 있으므로, 그 현존을 지배한다고 평가할 수 있고, 따라서 부지의 점유자로도 인정할 수 있는 것이다.

다만 이와 같은 ‘물리적 현존에 대한 지배권’이 순수한 사실상태의 분석은 아님에 주의하여야 한다. 이는 현실적인 점거 여부와 무관하게, **규범적으로** 그 물리적 현존을 지배할 ‘권한’이 누구에게 있는지에 대한 물음이기 때문이다. 물론 건물에 대한 규범적인 차원에서의 지배권은 법률적 처분권으로 표상되는, 법이론적 차원에서의 지배와, 사실적 처분권으로 표상되는, 현실적 차원에서의 지배로 대별될 수 있겠지만, 후술하듯 이 중 후자가 부지의 점유와 긴

26) 양창수, 민법연구 제5권, 박영사, 1999, 388면.

27) 위의 책, 392면.

밀하게 연관되는 ‘물리적 현존의 지배’에 보다 부합하는 지배권에 해당한다. 요컨대, i) 현실적 점거, ii) 법률상의 건물처분권, iii) 사실상의 건물처분권이라는 세 가지 국면 중에서, 부지의 ‘사실적 지배’와 긴밀하게 연결되는 것은 오직 ii)일 뿐이라는 것이 본고의 견해이다.

나. 미등기매수인의 경우

대금을 완납한 미등기매수인은 단순한 불법점유자나, 임차인 등의 건물점유자와는 사정이 다르다. 물론 미등기매수인이 우리 물권법상의 성립요건주의에 의거하여, 해당 건물의 소유권을 취득하지는 못했다는 것은 부정할 수 없는 사실이다. 하지만 미등기매수인은 상술하였듯, 단순한 채권자의 지위보다는 훨씬 더 강화된 지위 - 법률상·사실상 처분권 - 를 누린다는 것을 주지하여야 한다. 미등기매수인은 해당 건물에 대해서 형식적인 소유권만 보유하지 못했을 뿐, 그 외의 대부분의 권한 - 사용·수익권, 사실적 처분권, (특정 범위 내에서) 법률적 처분권 - 을 모두 보유하고 있는 자이기 때문이다. 즉, 그는 해당 건물을 마음대로 사용할 수 있고, 타인에게 임대하거나 처분할 수도 있으며, 결정적으로 건물 자체를 철거해버릴 수도 있는 자로서, **건물의 물리적 현존에 대한 지배권을 보유한 자**로 평가할 수 있다. 실제로 판례가 미등기매수인의 부지 점유를 인정하고 있는 것도 이러한 맥락에서이다. 문제는 이런 경우에도, **건물의 법률상 소유권자가 갖고 있던 점유가 유지된다고 볼 수 있는지**이다. 이는 미등기매수인의 경우와 같이, 법률상·사실상 처분권의 측면에서 검토하여야 할 것이다.

우선적으로, 미등기매수인이 존재하는 경우에도, 건물의 법률상 소유자에게 건물의 철거라는 사실상 처분권이 여전히 존속하는지, 즉 토지소유자의 물권적 청구권의 상대방이 될 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 상술하였듯 원칙적으로 철거처분권은 건물소유자에게만 인정되고, 예외적으로 미등기매수인에게도 이 철거처분권이 인정되지만, 이 예외의 상황에서 철거처분권이 미등기매수인에게로 이전되어 미등기매수인을 상대로만 철거를 구할 수 있다는 것인지, 혹은 그러한 미등기매수인과 아울러 등기명의자에게도 철거를 구할 수 있다는 것인지가 여전히 문제되기 때문이다.²⁸⁾

물론 판례(주 17)의 문언상 “(…) 지위에 있는 자에게도”라고 하고 있으므로 후자라고 볼 여지도 있는 것은 사실이다. 하지만 매도인은 건물을 철거하려고 하여도, 현재 건물을 점거하고 있는 매수인과의 계약관계가 있는 이상 이를 관철할 수가 없다는 것을 고려하여야 한다. 즉, “법률상 소유자인 매도인은 매수인과의 관계에서 법률상 건물을 철거할 수 없는 위치에 있으므로, 그의 방해배제 의무는 이행불능으로 소멸”되고, “건물의 매수인만이 방해제거 의무가 있다고 해석하여야”²⁹⁾ 한다.

나아가, 법률상 소유권자는 이미 건물을 양도하고 대가까지 취득하여, 해당 건물에 대해 절박한 이해관계를 가지지 않기 때문에,³⁰⁾ 그를 대상으로 건물 철거의 소를 제기하는 것은 무의하다는 점도 고려하여야 한다. 특히 법률상 소유권자를 설령 피고로 삼아 승소판결을 받는다고 하더라도, 이 집행권원으로써는 건물의 사실상 처분권자가 엄연히 있는 한 집행을 할 수 없다³¹⁾는 점을 고려한다면 더더욱 그러하다. 목적물을 채무자가 아닌 제3자가 점유하고 있는 경

28) 피고적격의 차원이 아닌, 의무의 존부 차원에서의 논의임을 밝혀둔다.

29) 김형석, “소유물방해배제청구권에서 방해의 개념 - 대법원 2003.3.28. 선고, 2003다5917 판결의 평석을 겸하여”, 서울대학교 법학 제45권 4호(2004), 416면.

30) 양창수(주 26), 391면.

31) 김용덕, 주석민법 물권(1), 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 632면(이계정 집필).

우에는 인도집행을 할 수 없으며,³²⁾ 건물소유자는 점유자인 미등기매수인을 상대로 아무런 인도청구권을 갖지 않으므로 민사집행법 제259조에 따라 채무자(건물소유자)가 점유자에게 갖는 인도청구권에 대해 압류 및 이부명령을 받는 것조차 불가하기 때문이다.

실제로 대법원 1987. 11. 24. 선고 87다카257,258 판결에서도, 비슷한 이익상황에서 “[타인 토지 위의 불법건물을 미등기로] 매수하여 점유하고 있는 소외인이 이에 대하여 법률상, 사실상 처분할 수 있는자라 할 것이고 **피고 1 [원시취득자로서, 법률상 소유권자]**은 이를 처분할 수 있는 지위에 있지 아니[하]므로 설시부분에 건립된 건물부분을 철거할 의무가 없다(대판호안은 필자 작성)” 라고 판시하여, 이를 명확히 한 바 있다. 따라서 건물철거의무의 측면에서는, 오직 미등기매수인에게만 사실적 처분권이 있다고 보아야 한다.

반면 법률적 처분권의 측면에서는, 법률상 소유권자에게 소유권에 따르는 법률상 처분권능이 존속하고 있음은 부정할 수 없다. 소유권자는 물론 미등기매수인을 상대로 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하거나, 해당 건물을 사용·수익할 수는 없지만, 그럼에도 불구하고 우리 판례는 제2매매의 상대방인 제3자가 매도인의 배임행위에 적극적으로 가담하는 등의 사정으로 반사회적 법률행위에 해당하지 않는 이상 이중매매의 법적 효력을 부인하고 있지는 않으므로,³³⁾ 해당 건물을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 가능성이 남아있기는 하기 때문이다. 그렇다면 건물의 법률상 소유권자도 아직까지는 대상 건물에 대한 법률상 처분권을 가지는 자로서, ‘사실상의 지배’를 하고 있다는 의견이 제시될 수 있다.

하지만 이와 같은 처분은 그 유효성에도 불구하고 **결국 불법적인 처분**이라는 점을 고려하여야 한다. 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결은 아직까지 부동산의 이중매매는 그 사회·경제적 의미를 고려할 때 원칙적으로 제1매수인에 대한 배임행위를 구성한다고 보고 있기 때문이다. 이는 위와 같은 이중매매가 원칙적으로 가능할지는 몰라도, 이는 해당 거래 상대방의 신뢰를 보호하기 위해 어쩔 수 없이 인정되는 것이지 적극적으로 매도인의 처분권능을 인정하려는 취지는 아니라고 해석해야 함을 의미한다.

이는 이와 같이 이중매매를 하는 경우, 매도인이 부담하는 이행불능에 따른 대상청구권의 범위를 보면 더더욱 명확하다. 이 청구의 범위에 대해 ‘급부에 갈음하는 이익(commodum ex re)’ 뿐만 아니라, ‘법률행위에 의한 이익(commodum ex negotiatione)’도 포함된다고 보는 것이 다수설³⁴⁾이자, 판례³⁵⁾이기 때문이다. 즉, 매도인이 설령 이중매매를 한다고 하더라도 그 매매대금의 취득조차 대상청구권에 의해 부정된다는 것으로서, 매도인의 처분권능이 ‘적극적’으로 인정되는 것은 아니라는 것을 여실히 보여준다(이에 반해, 미등기매수인이 건물매수청구권을 행사하는 경우에는, 그 대금을 오롯이 자신이 취득할 수 있다).

또한 더 결정적으로는, 애초에 사실상 처분권이 배제된 법률상 처분권능만으로는 ‘건물의 물리적 현존에 대한 지배’와 큰 연관을 갖지는 않는다는 점을 고려하여야 한다. **법률상의 처분권능은 단순히 그 교환가치만을 지배할 뿐, 이를 매매하여 봤자 소유자만 바뀌고 건물의 현존은 그대로이기 때문이다.** 그렇다면 결국 매도인의 법률적 처분권능은 유효하게 존속하기는 하지만, 법체계 전반적으로 보았을 때 이는 다소 불가피하게 인정되는 것일 뿐, 사회통념상 건물의 물리적 현존을 지배한다고 보기에는 어렵다고 평가할 수 있다.

32) 대법원 2022. 6. 30.자 2022그505 결정.

33) 대법원 1981. 1. 13. 선고 80다1034 판결, 대법원 1989. 11. 28. 선고 89다카14295,14301 판결 등 참조.

34) 김용덕, 주석민법 채권총칙(1), 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 696면(김상중 집필).

35) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2013다7769 판결.

요컨대, 이는 미등기매수인의 법률적·사실적 처분권이 매도인의 (명목상의) 법률적 처분권보다 합목적성 등의 측면에서 논리적 우위에 선다는 것을 의미한다. 법이론과 현실의 간극이 있을 때 실질적인 측면을 고려하는 것이야말로 가장 법률적인 것이기 때문이다. 그렇다면 다시 살펴건대, 해당 토지에 대한 ‘사실적인 지배’를 행사하고 있는 사람은 매도인이 아니라 미등기매수인이라고 봄이 합리적이며, 따라서 공동점유가 아닌 매수인의 단독점유라고 보는 매수인 귀속설이 타당하다.

2. 공동점유설의 문제점에 기반한 논증 - 점유취득시효 제도를 중심으로

또한 대상판결의 결론과 같이 매도인과 미등기매수인이 공동점유를 한다고 가정했을 시에는, 점유를 요건으로 하는 민법상의 다른 제도들과 연관하여 적잖은 이론적인 난점들이 추가로 제시된다. 점유를 인정한다는 것은 한편으로는 부당이득반환의무라는 ‘책임’을 가져다주기도 하지만, 다른 한 편으로는 취득시효라는 ‘권리’도 발생시키기 때문이다. 즉, 대상판결과 같은 상황에서 공동점유를 인정하기 위해서는 부당이득의 측면만 바라볼 것이 아니라, 취득시효라는 그 반대편의 제도까지 살펴본 후 부당한 결론으로 이어지는 것이 없어야 법제도의 통일성을 도모할 수 있는 것이다. 하지만 이 상황에서 공동점유를 인정한다면, 취득시효에서 다음과 같은 문제들이 발생한다.

가. 등기청구권의 공동취득에 있어서 비율의 문제

공동점유를 인정한다면 등기청구권도 공동으로 취득해야 하는바, 그 지분 관계는 어떻게 되는가? 예컨대 건물을 공유함으로써 그 부지에 대한 공동점유를 하는 경우에는 그 건물 공유지분의 비율대로 토지에 대한 이전등기청구권을 공동으로 취득한다.³⁶⁾ 하지만 이 사안에서는 참조가 될 만한 어떠한 명시적인 비율도 없다는 점이 문제이다. 물론 등기청구권도 재산권이므로 민법 제278조 준용규정을 따라, 민법 제262조 제2항의 지분 균등 추정을 받는다는 주장을 해볼 수 있을 것이다. 하지만 대상판결과 같이 매도인이 원시취득하여 단독으로 소유하고 있던 기간보다, 매도 이후의 기간이 훨씬 긴 경우에도 등기청구권을 균등하게 분배한다는 것은 과연 합당한가? 특히 매도인의 단독소유기간만으로는 20년을 채우지도 못하는 경우들에는, 매도인이 등기를 하였다면 토지에 대한 취득시효를 완성시키지 못하였을 것인 반면, 등기를 하지 않는다면 등기청구권을 나누어 받게 된다는 이득을 얻게 되는 평가모순적 상황이 발생한다.

물론 여기에서 지분의 비율이 명시적으로는 존재하지 않더라도, 당사자 사이의 매매계약의 내용을 참고하여, 해당 토지에 대한 경제적 부담을 지는 비율에 따라 지분이 정해진다고 볼 수도 있을 것이다. 하지만 이렇게 보더라도 아래 3. 가.에서 서술할 것과 같이 원칙적으로 해당 토지는 매수인이 전적으로 경제적인 부담을 지게 된다는 것을 감안할 때, 매수인귀속설과 동일하게 매수인 단독취득이라는 결론이 나온다. 그렇다면 취득시효의 측면에서 공동점유를 인정하는 실익이 없고, 오히려 매수인의 지배 하에 있다는 것을 강화하는 논거로서 작용할 뿐이다.

36) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2002다57935 판결.

나. 점유의 성질에 따르는 문제점

또한, 두 점유를 단순히 공동점유로 파악하기에는 각 점유의 성질이 다를 수 있음을 고려하여야 한다. 점유취득시효의 요건은 20년간의 평온, 공연한 자주점유³⁷⁾이기 때문이다. 그렇다면 이러한 경우 자주·타주점유를 판단함에 있어서, 누구를 기준으로 판단해야 하고, 또 그 등기 청구권의 취득은 누가 해야 하는가? 현재 사안은 매매계약 - 인도(- 등기)의 순으로 이루어지고 있고, 문제되는 시점은 매수인에게 해당 건물이 인도된 후부터이다. 일단 인도한 것만으로 건물에 대한 점유는 상실하는 것³⁸⁾이므로, 이 시기의 매도인의 토지에 대한 점유의 성질을 중심으로 검토한다.

우선 판례는 토지 매매 및 인도 후 등기하지 않은 상태에서 점유취득시효를 주장한 매도인에 대하여, 부동산을 매도한 매도인의 점유는 권원상 타주점유가 되고, 그 기산점을 ‘매도한 날 또는 소유권이전등기를 경료한 날’ 이라고 판시하여 그 시효취득을 부정한 바 있다.³⁹⁾ 그렇다면 이 판례의 취지를 받아들여, 이미 매도한 건물로써 그 부지를 점유하는 것도 권원상 타주점유가 되고, 그 기산점은 매매계약일 또는 소유권이전등기 경료일이라고 볼 수 있다.

이 중 전자로 보게 된다면 미등기매매의 매도인은 언제나 타주점유일 것이고, 후자로 보게 된다면 자주점유의 가능성이 남아있게 된다(건축자인 매도인의 경우에는 판례⁴⁰⁾에 의하면 자주점유의 추정이 복멸되는 악의의 무단점유를 상정하는 것이 일반적이겠지만, 대상판결과 같이 토지 측량 오류에 기인한 점유라면 자주점유인 경우도 적지 않을 것⁴¹⁾이다). 당연하지만 미등기매수인의 경우에는 타주점유일 수도, 자주점유일 수도 있으므로, 모든 가능성을 다 종합적으로 고려하여야 한다.

<표 4> 둘 중 한 명의 자주점유로 충분한 경우

매도인 OR 매수인				
매도인	매수인	1설	2설	3설
자주	자주	공동취득	공동취득	공동취득
자주	타주	매도인 전부취득	매도인 부분취득 ⁴²⁾	공동취득
타주	자주	매수인 전부취득	매수인 부분취득	공동취득

37) 여기에서는 편의상 자주점유와 타주점유로만 구분하여 논의하지만, 취득시효의 다른 요건들(20년의 점유, 공연성, 평온성)이 흠결된 것도 타주점유와 동일하게 처리할 수 있을 것이다.

38) 사실 그렇기에 간접점유조차도 하지 않고 있는 건물의 법률상 소유자에게 토지점유를 인정하는 것이 어색한 것이라고 할 수 있겠지만, 여기에서는 귀류법적인 논증을 사용하려고 하는바, 일단 토지 점유가 인정된다고 가정하고 그 결론이 문제적임을 확인한다.

39) 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다26468,26475 판결.

40) 대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 판결.

41) 물론 대상판결은 토지 측량오류를 논외로 하더라도, 피고 점포 부지인 국유지에 대해 악의의 무단점유를 한 것으로서 타주점유이기는 하다.

42) 이 중 ‘부분취득’은 공동취득 시 얻었을 비율만큼의 취득만 인정하겠다는 것을 의미한다.

우선 자주점유의 판단기준으로 매도인의 자주점유를 요구한다면, 매도인이 타주점유인 경우 토지가 시효취득될 가능성은 완전히 봉쇄된다. 하지만 이는 ‘상당기간 지속된 사실적 상태를 법률관계로 승화시켜 법적 안정성을 도모’⁴³⁾하겠다는 취득시효 제도의 목적에 반하는 결론으로 이어져 부당하다. 실제로 매도인은 건물을 인도하고 떠나 미등기매수인만이 수십 년간 거주하고 있더라도, 매도인의 점유가 타주점유였다면 매수인의 점유가 아무리 20년의 자주점유 요건을 채우더라도 시효취득을 절대로 인정하지 않는다는 결론이 나오기 때문이다.

그렇다고 하여 매도인 또는 매수인 중 한 명만 자주점유의 요건을 채우더라도 취득시효의 완성을 인정하는 것은 또 다른 난관에 봉착하게 된다. 이 경우 등기청구권을 어떻게 부여할지에 대해서, 위 표와 같은 세 가지 가능성을 생각해볼 수 있다. 이중 3설은 타주점유인 자에게도 토지 소유권 지분을 부여할 수 있다는 점에서 문제적이라는 점에서 쉽게 배제할 수 있다. 이는 소유의 의사가 없는 자까지 시효취득을 시켜주지는 않겠다는 민법 제245조 제1항의 규범 목적에 반하는 결론이기 때문이다.

1설과 2설도 매도인의 자주점유가 상정될 수 있다면 문제적이게 된다. 매도인은 토지소유권의 지분에 근거하여, 미등기매수인에게 건물철거청구를 공유물의 방해배제 명목으로 청구⁴⁴⁾할 수 있게 되거나, 그렇지 않더라도 차임을 청구할 수 있게 될 것이다. 하지만 이는 자신이 매도한 바로 그 건물에 대한 철거청구, 내지는 차임의 청구라는 점에서 부당하다. 특히 이 상황에서는 심지어 관습상의 법정지상권도 성립하지 않기 때문에, 건물철거청구가 이루어진다면 미등기매수인이 이를 막을 수 있는 방법은 ‘신의칙으로의 도피’ 밖에 남지 않는다. 하지만 신의칙은 언제나 최후의 수단이며, 구체적 사정에 따라 인정되어야 할 것이지 일반적으로 적용될 수 있는 구체수단이라고는 볼 수 없다는 점에서, 이는 더더욱 부당하다.

물론 매도인이 부지에 대해 타주점유만 하게 된다(즉, 타주점유로 전환되는 기산점을 매매계약 시로 보는 경우)고 볼 수도 있을 것이다. 이 경우에는 2설은 매수인의 부분취득만을 인정하게 될 텐데, 그 경우 토지소유자가 나머지 지분을 그대로 가지고 있을 것이므로 그를 기반으로 건물철거청구를 할 수 있어 취득시효를 인정하는 실익이 없게 되어 부당하다. 그렇다면 1설만 남게 되는데, 이는 결국 취득시효의 판단에 있어 매도인이 완전 배제된다는 뜻이므로, 매수인귀속설과 실질적으로 다를 바가 없게 된다.

따라서 매수인만을 점유자로 인정하여, 그를 기준으로 자주/타주를 파악하고, 또 그 등기청구권을 매수인에게만 부여해야 한다. 그래야만 위 설들과는 달리 오랜 기간 이어진 사실상태를 그대로 존중할 수 있으며, 불필요한 건물철거청구가 가능하지 않게 되고, 타주점유인 자에게 토지소유권을 부여하는 불상사가 발생하지 않기 때문이다.

다. 소결

이처럼, 공동점유설을 따르면 민법이 예정하고 있는 다른 제도들과 혼선이 생긴다는 점에서 문제적이다. 결국 합리적인 방안을 택하자니 상술한 바와 같이 매수인의 단독점유를 인정하는 것과 동일한 결론이 된다면, 그냥 처음부터 매수인의 단독점유를 인정하는 방향으로 이론을 구성하는 것이 더 간결하고 합리적일 것이다. 애초에 점유취득시효 제도의 목적이 ‘있는 그대로의 사실상태’를 존중하여 ‘법률관계’로 승화시키는 것일진대, 이 ‘사실상태’의 분석에 있

43) 김용덕, 주석민법 물권(1), 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 819면(김진우 집필).

44) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 판결.

어 과도한 ‘법률관계’의 분석을 끌고 들어오는 순간부터 제도의 취지와는 맞지 않는 결론이 나올 수밖에 없는 것이다.

3. 매도인 단독점유설의 문제점 - 등기된 매수인과의 비교를 중심으로

물론 공동점유설을 위와 같은 이유로 부정한다고 하더라도, 어차피 단독점유이기만 하면 되는 것이라면 대상판결의 원심과 같이, 매수인이 아니라 매도인의 단독점유를 인정하면 되는 것 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 해당 판결은 미등기매수인이 있는 상황에서도 매도인만이 해당 건물의 법률상 소유자이기 때문에 부지를 점유하는 것은 매도인 혼자이고, 따라서 부당이득반환의무도 단독으로 부담한다고 판시하였다. 또한 원심은 “공평의 원칙”에 입각하여, i) 미등기매수가 이루어질 당시 토지소유자가 이에 대해 알고 있었던 점(이는 토지소유자가 해당 건물의 원시취득자를 알 수 있었으므로, 토지소유자에게 해당 건물의 법률상 소유권자 탐색이 특별히 부담스럽지는 않았다는 취지로 파악된다), ii) 매도인은 매매계약상의 소유권이전의무를 모두 이행하지는 않은 반면, 매수인은 자신의 의무를 모두 이행한 점 등을 매도인이 단독으로 부당이득반환의무를 져야 한다는 근거로 들고 있다.

요컨대, 이는 일반적인 임차인이나 불법점유자의 경우와 같이 미등기매수의 상황에서도 비점유설을 엄격하게 관철하는 입장으로서는, 우리 물권법의 형식주의를 준수하는 입장이다. 이 입장에 따르면 ‘건물을 소유함으로써 그 부지를 점유한다’라는 법명제를 단순한 ‘현상에 대한 분석’이 아니라 보다 적극적인 ‘의제’의 수준으로까지 격상하게 된다고 평가할 수 있으며, 실제로 이 입장을 따른다면 상술했던 공동점유설을 따랐을 때의 이론적 난점들은 해결될 수 있다. 이것이 결국 우리 민법상의 대원칙을 그대로 고수하는 입장이기 때문이다.

문제는 이 일관성이 타당한 결론으로 이어지느냐는 것이다. 이를 점검하기 위해서는 부당이득반환책임이 오롯이 매수인에게 귀속되는, 등기까지 마쳐 소유권을 온전히 이전받은 매수인⁴⁵⁾의 이익상황과 비교하여, 등기의 여부에 따라 이익상황이 이렇게 달라지는 것이 정당화될 수 있는지를 검토하여야 한다. 이에 아래에서는, 토지소유자의 구제수단과 매도인-매수인 간의 사후적 법률관계를 중심으로 이익상황을 점검하고, 원심 판결의 이유 설시가 타당한지를 구체적으로 살펴본다.

가. 이익상황의 점검: 등기된 매수 상황과의 비교

대상판결에서 문제가 된 건물은 불법건물에 해당하므로 토지소유자와 매도인/매수인 사이에는 아무런 계약도 없었을 것이기에, 생각할 수 있는 구제수단은 i) 불법행위로 인한 손해배상 청구(민법 제750조) ii) 부당이득반환청구(민법 제741조)에 국한된다.

45) 예컨대 건물 부지 매매계약이 건물 원시취득자의 고의에 의한 채무불이행으로 인해 소급적으로 해제된 경우 등을 생각해볼 수 있을 것이다. 이 경우 건물 원시취득자가 제3자에게 건물소유권과 등기를 넘겼다면, 타인 토지 위 불법건축물의 등기된 매수인이라는 상황이 성립한다.

<표 5> 등기된 매수/매수인귀속설과 매도인귀속설의 비교

① 등기된 매수인의 경우(매수인 귀속설의 경우)	매도인을 상대로 한 청구	매수인을 상대로 한 청구
불법행위로 인한 손해배상청구(민법 제750조)	고의·과실 있을 시, 차임 해당액.	
부당이득반환청구 (민법 제741조)	불가능	선의일 시: 불가능
		악의일 시: 차임 해당액. 특별한 성상 합의가 없었을 시, 매수인은 매도인에 대해 담보책임(민법 제580조46)) 청구 불가.
② 미등기매수인의 경우(매도인 귀속설 따를 시)	매도인을 상대로 한 청구	매수인을 상대로 한 청구
불법행위로 인한 손해배상청구(민법 제750조)	고의·과실 있을 시, 차임 해당액.	
부당이득반환청구 (민법 제741조)	선의일 시: 불가능	불가능
	악의일 시: 차임 해당액. 매도인은 계약상 조항 없으면 매수인에게 구상할 수 없음.	

i) 전자부터 살펴보자면, 절대적 법익인 토지 소유권에 대한 침해행위는 기본적으로 위법하므로 매도인이든 매수인이든 각각 건축 및 매도행위·매수행위라는 ‘행위’를 한 이상 각각 고의·과실의 요건만 충족된다면 손해배상청구권이 성립한다(양자에게 불법행위책임이 인정된다면, 이는 객관적으로 관련공동성 있는 행위들이므로 공동불법행위책임도 성립할 것이다. 즉, 매도인과 매수인은 부진정연대책임을 진다).⁴⁷⁾ 하지만 주지하다시피, 이 중 불법행위 손해배상청구의 손해액은 기본적으로 차액설에 따라 산정된 후 민법 제763조에 의해 준용되는 민법 제393조에 의해 그 범위가 통제되는 것이고, 부당이득반환책임과 같이 ‘현재 누가 침해를 하고 있는가’에 의해서 결정되지 않는다. 즉, 여기에서는 어차피 사실행위의 결과를 참조하여 차액설을 통해 손해액이 산출되므로, **등기의 여부에 따라 결과가 달라질 여지가 없다.**

ii) 나아가 부당이득반환책임도 문제된다. 앞서 살핀 바와 같이 대상판결의 상황은 전형적인 침해부당이득이므로 그 요건을 검토한다. 우선 ① 토지소유권은 법질서에 의해서 토지소유자에게 배타적으로 할당된 이익, 내지는 권리임을 부정할 수는 없으며, ② 건물을 온전히 소유함으로써 그 부지를 점유한 매수인은 당연히 부당이득반환책임을 전적으로⁴⁸⁾ 부담한다.

여기서 문제는, 부당이득반환의 상대방은 매수인이 확실하더라도, 그 반환의 범위는 매수인의 선의·악의에 따라 달라진다는 것이다. 우리 민법 제201조 제1항은 “선의의 점유자는 점유

46) 미등기매수의 법적 성질을 타인권리매매(민법 제570조)로 보는지, 자기권리매매(민법 제580조)로 보는지에 따라 담보책임 규정은 달라질 것이다. 하지만 어느 것으로 보든, 악의의 매수인은 손해배상을 청구할 수는 없기 때문에 별다른 합의가 없었던 이상 매수인은 그 경제적 부담을 단독으로 부담하여야 한다.

47) 다만 여기에서는 민법 제766조를 따라, 3년간의 단기 소멸시효가 적용된다는 점은 특기할 만하다.

48) 여기서 ‘전적으로’라는 표현의 시적 범위는 등기된 매수인의 매수 시점 이후이다. 당연히 원시취득부터 매도까지의 시점은 매도인이 단독으로 부당이득반환책임을 부담할 것이다.

물의 과실을 취득한다.” 라고 규정하고 있고, 사용이익은 과실수취권의 맥락에서는 법정과실에 준하는 것으로 취급되므로 선의의 매수인은 토지의 차임을 반환할 필요가 없게 되기 때문이다.⁴⁹⁾ 물론 원시취득자인 매도인도 선의의 점유자일 가능성이 있지만(예컨대 대상판결에서와 비슷하게, 측량오류가 있었던 경우 등이 있을 것이다), 매수인이 선의일 경우가 더 많을 수밖에 없기 때문에,⁵⁰⁾ 미등기매수의 상황에서 매도인에게 부당이득반환책임을 부담시킬 시 등기된 매수의 이익상황과 대비하여 토지소유자가 구제받을 가능성은 ‘현실적으로’ 더 넓어지게 된다.

또한 등기된 악의의 매수인이 실제로 부당이득반환책임을 부담했을 경우에는, 이는 민법 제 580조⁵¹⁾의 물건의 하자에 해당할 것이므로⁵²⁾ 매도인에 대한 담보책임을 검토할 수 있다. 하지만 제척기간 등의 요건을 논외로 하더라도, 매수인이 하자담보책임을 묻기 위해서는 해당 하자가 숨은 하자(vice caché)여서 매수인이 선의, 무과실일 것을 요한다는 점에 주목하여야 한다. 즉, 부당이득반환책임을 부담하는 매수인은 악의의 매수인에 한정되므로, 매도인과 매수인이 특별히 토지 이용권 문제 해결에 대한 성상 합의를 사전에 거치지 않는 이상 이 부당이득반환책임을 오히려 악의인 매수인이 부담하는 것으로 민법이 예정하고 있다는 것이다.

반면 미등기매수인의 경우에 매도인이 모든 부당이득반환의무를 부담하도록 한다면, 위와 같이 계약법상 예정된 부담이 우회된다. 매도인이 이 경제적 부담을 매수인에게 구상할 수 있기 위해서는 비용부당이득이나 사무관리의 요건만 검토할 수 있을텐데, 우선 이를 매도인의 의무라고 한 이상 비용부당이득의 요건⁵³⁾인 ‘타인의 채무’, 혹은 ‘타인 소유의 물건’에 해당하지 않을뿐더러, 마찬가지로 사무관리의 요건인 ‘타인의 사무’에도 해당하지 않아 구상하는 것이 불가능하기 때문이다. 따라서 계약 법리에 따른 조정에도 불구하고, 매도인은 해당 건물에서 기인하는 이 부담을 전액 홀로 떠안게 된다.

나. 등기 여부에 따른 이익상황의 변화가 정당화될 수 있는지 여부

물론 위와 같은 미등기매수의 상황에서 매도인에게 부당이득반환책임을 귀속시켰을 시의 두 가지 차별점, 즉 ① 토지소유자의 구제수단이 현실적으로 넓어지는 현상과 ② 매도인이 법률상 하자에 따른 모든 부담을 경제적으로 떠안고, 매수인은 이를 회피하는 현상이 왜 부당한지에 대해서는 추가적으로 논증이 필요하다. 저 현상들이 그 자체로 ‘등기 여부라는 우연한 사정에 의해 취득한 망외의 이득’ 등에 해당하여 부당하다고 평가하기에는, 무엇이 ‘우연한 사정’ 이고, 무엇이 ‘망외의 이득’ 인지가 자명하게 주어지는 것이 아니기 때문이다. 그러므로 이러한 상황에서 우리는, 매도인귀속설과 매수인귀속설이라는 양쪽 입장 중 어떤 입장의 손을 들어주는 것이 바람직한지를 제도의 취지와 연관지어 검토하여야 한다.

49) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다44290 판결.

50) 매도인이 선의이면 당연히 매수인도 대개 선의일 것이고, 매도인이 악의여도 물건에 대한 정보를 매도인에게서 얻어야 하는 매수인은 선의일 가능성이 높다. 부당이득에서 과실은 불문하므로, 매수인이 등기를 확인하지 않았다는 등의 과실이 있더라도 매도인이 토지 문제는 해결해주겠다고 했다는 등의 사정을 입증한다면(침해부당이득에서 입증책임은 침해자에게 있으므로) 매수인의 선의는 여전히 유지될 수 있을 것이기 때문이다.

51) 다만 현재 대상판결과 같이 건물과 토지를 함께 매도했는데 건물이 타인의 토지를 ‘경계침범’ 한 경우에는 민법 제572조(일부타인권리매매시의 담보책임)가 유추적용된다(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009다33570 판결 참조). 다만 이 경우에도 선의의 매수인만 손해배상을 청구할 수 있음은 같으므로, 아래에서는 보다 일반적으로 제580조를 기준으로 서술한다.

52) 물건의 법률상 하자도 하자담보책임을 대상이 될 수 있다. 대법원 2000. 1. 18. 선고 98다18506 판결 참조.

53) 김용덕, 주석민법 채권각칙(5), 제5판, 한국사법행정학회, 2021, 895-896면(이계정 집필).

i) 우선 토지소유자의 구제수단이 현실적으로 넓어진다는 것은, 악의의 매도인이 부당이득 반환책임에서 벗어날 여지를 줄인다는 측면에서 보면 바람직한 것이 아니냐는 견해가 있을 수 있다. 매우 ‘직관적’으로 판단한다면, 건물 부지가 자기 땅이 아니라는 것을 알고 있던 매도인이 이를 선의의 매수인에게 떠넘겨버림으로써 ‘부당하게’ 회피하므로, 이를 다시 매도인에게 부당이득반환의무를 물려 책임질 수 있도록 해야 하지 않느냐는 것이다. 하지만 이와 같은 ‘반사회성에 대한 비난가능성’의 영역은 **부당이득반환책임이 아니라 불법행위책임이 규율하는 영역**이라는 점에서 이는 설득력이 떨어진다. 특히 불법행위책임은 상술하였듯 양 경우에 있어서 동일하게 적용된다는 점을 고려할 때 더더욱 그러하다. 위와 같은 ‘악의의 매도인 제재론’에서 상정하는 ‘부당한 회피’는 매수인귀속설을 따르더라도 어차피 불법행위책임으로써 규율할 수 있기 때문이다.

심지어 대상판결은 원시취득자 매도인이 선의였던 상황에서 미등기매수인에게 건물을 양도하였고, 그 이후에 측량을 다시 하는 과정에서 해당 건물이 토지 소유주의 토지를 침범하고 있다는 사실이 밝혀진 상황이다. 즉, 매도 시점까지는 매도인은 선의였으며, 그 이후에서야 타인 토지임에 대해 악의가 된 것이다. 이런 경우는 위의 ‘비난가능성’이 높지도 않다는 점에서 매도인의 ‘책임’을 확대할 이유가 더더욱 없다. 요컨대, 부당이득은 ‘비난가능성’이 아니라 단순히 ‘법률상 원인 없는 이익’이 제자리를 찾아갈 수 있도록 만드는 제도라는 점에서, 제재의 필요성에 근거한 논증은 설 자리가 없다.

ii) 반면 매도인이 모든 손해를 부담하게 되는 것은 문제적이라고 평가할 수 있다. 이는 당사자들이 계약에서 합의한 바를 완전히 무시하게 되는 일이기 때문이다. 하자에 대해서 악의인 매수인이 담보책임에 의거한 손해배상청구를 할 수 없게 하는 것은, 그것이 이미 쌍무계약상의 합의에 편입되었기 때문이다. 다시 말해, 하자(자신이 구매하는 건물에 토지이용권이 없다는 사실)라는 리스크를 이미 알고 있는 매수인은 그에 기초하여 매매대금을 더 낮추는 방법 등으로 이를 계약내용에 편입시켰을 것이므로, 매도인이 무과실책임으로써 이를 보전해줄 필요는 없는 것이다. 즉, 이는 매수인이 온전히 감수한 리스크라는 점에 주목하여야 한다. 여기에서 매도인귀속설과 같이 매도인에게 온전히 차임에 해당하는 경제적 부담을 귀속시키고, 이를 구상할 방법조차 주지 않는다면⁵⁴⁾, 매수인은 자신이 사전에 리스크를 떠안기로 **합의했음에도 불구하고** 이를 우회하는 이득을 얻어가게 되는 것이고, 이는 비로소 망외의 이득이라고 평가할 만하게 되고, 따라서 부당하다. 특히 해당 건물에 대한 대가위험도 이미 매도인(채무자)에서 매수인(채권자)으로 이전되었다는⁵⁵⁾ 측면에서 보면 더더욱 그렇다. 이는 목적물의 과실 없는 멸실이나, 기타 감가상각 등의 비용은 이제 매수인이 부담하여야 함을 의미하는데, 굳이 이 ‘비용’만은 매도인이 부담하여야 한다는 것은 평가모순이라고 할 수 있기 때문이다.

나아가 물론 담보책임과 부당이득은 선의·악의의 기준시점이 다르지만, 대상판결과 같이 매수인이 매매시점에는 선의였다가, 이후에 악의가 된 경우에도 결론은 마찬가지이다. 이때는

54) 이 지점에서 이론적 어색함은 감수하더라도 대상판결의 입장과 같이 공동점유를 인정하여 구상할 길을 열어둔다면, 당면한 문제의 해결이라는 측면에서는 타당하지 않은가 하는 의문이 있을 수 있다. 부진정연대채무로 보든(대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다19378 판결), 기존 주류 판례와 같이 불가분채무(홍승면 외, 판례공보스터디 민사판례해설(2019. 7. 1.자 공보-2023. 6. 15.자 공보), 서울고등법원(2023), 2608-2609면)로 보든(민법 제411조), 공동점유를 인정한다면 매도인이 미등기매수인에게 자신이 부담했던 부당이득반환채무를 구상할 수 있기 때문이다. 하지만 이렇게 구상할 수 있게 된다고 하더라도 결국 둘 간의 계약에서 예정되어 있던 것보다 과다한 **무자력위험**을 매도인이 부담해야 한다는 점에서, 결론이 달라지지 않는다. 원래 매도인은 아무것도 내지 않아도 되었음에도, 부당이득반환채무 변제 후 구상하는 상황에서는 매수인의 무자력위험을 추가로 부담하게 되기 때문이다.

55) 주 15 참조.

매수인이 우선 부당이득반환책임을 부담한다고 하더라도 어차피 담보책임으로 매도인에게 부담을 다시 전가할 수 있으므로, 매수인이 리스크를 미리 알고 있었다는 위의 상황과 다르기는 하다. 하지만 그런 상황에서도, 원래 등기된 매수의 상황에서는 매수인이 우선 부담한 후, 매도인에게 담보책임을 묻는 구조가 됨으로써 매수인이 매도인의 무자력위험 및 제척기간이라는 위험을 부담하고 있었다는 점에 주목하여야 한다. 즉, 이를 처음부터 매도인이 부담시킨다면 매수인은 자기가 계약에서 부담한 무자력위험을 회피할 수 있게 된다는 부당한 결론으로 이어진다.

iii) 심지어 **매도인은 이를 회피할 방법조차도 마땅치 않다**는 것이 문제이다. 물론 매도인귀속설을 따르더라도, 매도인은 매수인에게 등기를 수령하라고 청구할 수 있는 등기인수청구권을 행사하여 매수인에게 그때부터 부당이득반환책임을 귀속시킬 수 있다.⁵⁶⁾ 하지만 매매계약에서, 수령의무는 채무가 아니고 단순히 빨리 수령하지 않으면 각종 법적인 불이익이 발생할 뿐인 자기의무(Obliegenheit)에 불과하다는 판례⁵⁷⁾의 평가를 떠올려보면, 매수인은 어차피 수령을 늦춰도 손해배상책임을 지지 않으므로 이 수령을 최대한 늦출 인센티브를 보유하게 된다.⁵⁸⁾ 이는 매수인이 등기인수청구 소송을 최대한 지연시키려는 행동으로 이어질 수 있다는 점에서, 정책적으로도 바람직하지 않다.

이러한 점에서 볼 때 원심이 들었던 근거인 “매수인은 자신의 채무를 다 이행한 반면, 매도인은 자신의 채무를 다 이행하지 않았으므로 매도인이 부당이득반환의무를 부담하는 것이 타당하다.” 라는 것은 다소 적절하지 않다. 이는 매도인이 자신의 계약상 채무를 불이행한 것에 대한 일종의 페널티, 내지는 디스인센티브(disincentive)로서 부당이득반환책임을 부담하여야 한다는 주장인데, i) 우선 채무불이행과 제3자에 대한 부당이득반환책임을 서로 지도이념과 요건·효과를 달리하는 별개의 문제일뿐더러, ii) 계약법의 원리상 매수인이 어차피 부담하던 위험이었음에도 이를 매도인에게 이전시키는 것은 적절치 못하며, iii) 매도인이 이를 적절히 회피할 수도 없기 때문이다.

4. 매도인 단독점유설의 문제점 - 법정책적 접근

나아가 꼭 위의 현상들에 국한되지 않고도, 법정책적으로 매수인귀속설이 매도인귀속설보다 우위인 점은 여러 군데에서 발견된다. 이는 타인 토지 위의 불법건물에 대한 토지 소유권자의 방해배제청구 상대방이 누구인가라는 문제와도 긴밀히 연관되어있고, 따라서 기존의 연구가 매우 풍부한 분야이므로, 여기에서는 간략하게만 소개하고 넘어가도록 한다.

먼저 토지소유자의 권리 실현 가능성의 측면에서 상황을 검토할 수 있다. 특히 타인 토지 위의 불법건축물 미등기매수인에 대한 소유물방해배제청구가, 우리 물권법상의 성립요건주의에도 불구하고 받아들여지는 이유를 떠올려보자. 이와 같은 상황에서 “[미등기매수인에 대한 철거청구를 인정하지 아니하면] 첫째, 대지소유자로서는 등기명의자의 현재의 소재를 탐색하여야 하는 등 경우에 따라서는 소유권의 실현에 과도한 부담을 질 수 있고, 둘째, 또한 그 건물의 존속 여부에 대하여 현실적으로 가장 첨예한 이해관계를 가지는 현재의 점유자가 아니라, 이미

56) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다60708 판결.

57) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2019다293036 판결. 채권자지체를 채무불이행설이 아니라 법정책임설에 따라 평가한 판례이다.

58) 물론 민법 제403조에서 채권자지체로 인해 변제비용이 증가된 때에는 증가액을 채권자의 부담으로 한다는 조항을 두고 있지만, 위와 같은 부당이득반환책임을 엄밀한 의미에서의 ‘변제비용’이라고 보기는 어려울 것이다.

그것을 양도하고 대부분의 경우에는 그 대가를 취득하여 절박한 이해관계를 가지지 않는 등기 명의자[내지는 법률상 소유자]를 상대로 하여야 한다면, 그 소송상의 공방이 형식에 흐를 위험이 있” 59)으므로 학설과 판례⁶⁰⁾는 일치하여 미등기매수인에게 상술한 ‘사실상의 처분권’을 인정하여 미등기매수인에게 철거의무를 인정하고 있다. 마찬가지로 토지소유자가 법률상 소유권자인 원시취득자를 상대로 하여 부당이득반환청구를 하여야 한다고 하면, 토지소유자는 원시취득자가 누구인지, 또 현재의 소재는 어디인지 등을 알아보아야 하는 부담을 갖게 된다.⁶¹⁾ 특히 대상판결과 같이 매매한 후 오랜 시간이 지난 경우에는 이것이 사실상 어려운 경우가 많을 것이므로, 토지소유자는 자신의 권리를 행사함에 있어 매우 큰 난관을 맞이하게 된다.

물론 원심은 “망인이 이 사건 (가) 부분이 자신의 소유인 것을 알고 있었을 가능성이 높은 점”을 들어, 당해 사안에서 특별히 위와 같은 탐색의 부담이 들지는 않는다는 점을 고려할 때 매도인에게 부당이득반환의무를 귀속시키더라도 부당하지는 않는다는 점을 역설한다. 하지만 애초에 원심이 이러한 점을 변명으로서 설시한다는 것 자체가 탐색의 부담이 마땅히 고려해야 할 사유임을 오히려 방증하고 있다고 할 것이다. 또한 판례는 구체적 사안에 대해서 답을 내리는 것 이외에도, “향후에도 동일한 사안에서 모두 차별 없이 타당하게 될 것이라고 자신”하는 “보편화능력(Verallgemeinerungsfähigkeit)을 지니고 있어야 한다.”⁶²⁾는 점을 고려할 때, 이와 같이 예외적으로 탐색의 부담이 없는 사안 하나를 가지고 모든 사안으로 일반화할 수는 없는 노릇이라고 할 것이다. 따라서 원심의 이유 제시는 다소 부당한 면이 있다.

나아가, 구체적 타당성을 고려할 때 대상판결과 같이 매도한 지 수십 년은 지났음에도, 경제적 실질이 아닌 형식주의를 따라 부당이득을 매도인에게 귀속시키는 것이 타당한지에 대해서는 근본적 의문을 제기하지 아니할 수 없다. 특히 대가위험을 넘겼다는 것은 해당 건물이 매수인의 지배영역(Herrschaftsbereich)에 들어갔다는 것을 의미⁶³⁾하는데, 다른 사실적 불이익 - 건물의 멸실, 훼손 등등 - 은 미등기매수인이 모두 떠안으면서도 굳이 이 불이익만은 매도인이 부담해야 한다는 것은 일관성이 없다. 또한 대상판결은 매도인이 임의적으로 등기를 넘겨주지 않은 상황이 아니라, 매도인이 등기를 받을 방법이 없어서 불가피하게 등기를 이전해주지 못하는 상황⁶⁴⁾이라는 점에서 원심과 같이 ‘매매계약상의 의무를 다하지 않고, 등기이전을 지체하고 있는 매도인’에 대한 제재론을 역설하는 것 역시 타당하지 않다.

5. 기존의 법형성과의 비교: 양도담보의 경우

이러한 법리는 단지 본고의 독자적인 견해에 불과한 것이 아니라, 최근 대법원이 비슷한 이의상황에서 내린 판결들과도 궤를 같이 하고 있다. 특히 최근의 판결 중 하나로, 동산 양도담보의 경우(대법원 2018. 5. 30. 선고 2018다201429 판결)와 같이 형식적 소유자와 실질적 사용

59) 양창수(주 26), 391면. 대판호 안은 필자 작성 부분.

60) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다61521 판결.

61) 물론 처음부터 보존등기조차 되지 않은 건물의 미등기매수인이 아닌, 단순히 이전등기만 받지 못한 매수인의 경우에는 등기에 원시취득자가 누구인지와 그 소재가 나와있기에 괜찮다고 말할 수도 있겠으나, 대법원 1986. 12. 23. 선고 86다카1751 판결은 그러한 경우에도 미등기매수인에게 철거처분권을 인정하고 있다.

나아가 보존등기의 여부에 따라 같은 미등기매수인임에도 실체법적 법률효과가 달라지는 것은, 등기의 공신력을 인정하지 않는 우리 실체법을 고려할 때 타당하지 않다.

62) 박정훈, “행정법에 있어 판례의 의의와 기능”, 행정법학 제1호(2011), 45면.

63) 박규용(주 15), 73면.

64) 홍승면 외(주 55), 2608면.

수익권자가 분리된 상황에서, 대법원은 후자를 기준으로 점유와 부당이득반환책임을 귀속시킨 바 있다. 필요한 범위 내에서 사실관계를 요약하면 아래와 같다.

갑은 을의 토지 위에 ‘수조식 육상종포배양시설’을 설치하였고, 이를 병에게 양도담보의 명목으로 제공하였다. 즉, 해당 시설물의 소유권은 병에게 있고, 시설물을 점유·관리·수익할 권한은 갑에게 있었다. 이후 을에게서 토지를 양수한 정이 병을 상대로 토지 차임 상당의 부당이득반환을 구하였다. 이 경우 원심은 형식적 소유자인 병이 “시설물의 소유자로서 부지로 사용되는 토지를 점유·사용하고 있음을 전제로 병에게 차임 상당의 부당이득반환의무가 있다”고 보았지만, 대법원은 “갑이 자신의 채무를 담보하기 위해서 시설물을 병에게 양도하면서 양도담보 기간 동안 시설물에 대한 사용·수익권을 갖고 있었던 이상, 양도담보 설정자인 갑이 시설물이 설치된 토지를 점유·사용하고 있다고 보아야 하고, 채권자인 병이 토지를 점유·사용하고 있다고 볼 수 없[다]”고 판시하며 실질적 사용수익권자인 갑이 부당이득반환청구의 상대방이라는 취지로 판시하였다.

이는 대상판결과 동일하게 형식상 소유자와 실질적 사용수익권자 내지는 사실상, 법률상 처분권자가 분리되어 있는 상황에서 후자에게 부당이득반환의무를 귀속시킨 것으로서, 양도담보의 목적물이 된 동산에 부합이 발생한 경우 부당이득반환의무를 부담하는 사람이 실질적 사용수익권자인 양도담보권설정자라는 취지로 판시한 대법원 2016. 4. 28. 선고 2012다19659 판결의 맥을 잇는 법리라고 평가할 수 있다.⁶⁵⁾

이 판결은 동산 양도담보에 관한 판결이기는 하지만, 부동산 양도담보에서도 비슷한 법리가 발전되어 오고 있음을 관찰할 수 있다. 부동산 양도담보는 가등기담보 등에 관한 법률(이하 ‘가등기담보법’으로 약칭)의 적용을 받는다면 별도의 담보물권으로 취급되므로 그에 따라 해결되며,⁶⁶⁾ 가등기담보법이 적용되지 않는 단순 양도담보의 경우가 본고의 대상판결과 이익상황이 유사하다. 이 경우에는 신탁적 소유권이전설에 따라 등기부상 소유권은 양도담보권자에게 있는 반면, 양도담보약정으로 인한 사용·수익권은 양도담보설정자에게 있기 때문이다.⁶⁷⁾

이러한 가등기담보법이 적용되지 않는 부동산 양도담보에 대해서는, 판례가 일관적인 태도를 보이지 않고 있기는 하다. 예컨대 60년대에는 “설령 피고 주장과 같이 위 건물들이 실체는 각 입주자들의 소유인데 피고의 입주자들에 대한 채권을 담보하기 위하여 신탁적으로 보존등기를 한 것이라 하더라도, 제3자에 대한 관계에 있어서는 피고는 위 건물들의 소유자라 할 것이고, 따라서 그 건물의 소유자로서 본건 토지를 점유하고 있는 것이라는 취지로 설시한 것은 정당한 판단”이라고 하여, 양도담보권자에게 토지 점유로 인한 손해배상의무를 부담시켜야 한다는 판례⁶⁸⁾가 있다.

하지만 보다 최근의 판례⁶⁹⁾는 부동산 양도담보의 경우에도 “채권담보목적으로 부동산을 양도한 경우 특별한 사정이 없는 한 목적 부동산에 대한 사용수익권은 채무자인 양도담보설정자에게 있을 뿐인바(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다40213 판결 등 참조), 양도담보권자가 담보목적으로 양도받은 건물의 소유권자로 등재되어 있다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 양도담보권자는 그 건물에 대한 사용수익권이 없고 여전히 양도담보설정자에게 사용수익권이

65) 김용덕(주 54), 838면.

66) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다263519 판결.

67) 물론 양도담보에서는 이와 같은 약정이 담보 목적에서 이루어지지만, 어쨌든 법률상 소유자와 ‘실질적 소유자’가 분리된다는 점에서 이익상황이 기본적으로 동일하다.

68) 대법원 1967. 9. 19. 선고 67다1401 판결.

69) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다36083 판결.

있으므로 그 건물의 소유로 인한 **부지의 점유·사용 역시 양도담보설정자가 하고 있는 것으로 보아야** 할 것이다.(강조는 필자 표시)” 라고 하여, 부당이득반환의무도 양도담보권자가 아닌 양도담보설정자에게 부담시키고 있다. 즉, 가등기담보법을 적용받지 않는 부동산양도담보에 있어, 양도담보권자의 법률상 소유권을 인정하면서도 양도담보설정자의 단독점유 및 단독 부당이득 반환책임을 인정한 것이다. 이는 특히, 양도담보설정자에 대한 부당이득반환청구를 단순히 인용하는 과정에서 나온 판시가 아니라 양도담보권자에 대한 부당이득반환청구를 부정하면서 아울러 나온 판시이므로, **그 전제로서 양도담보권자가 ‘건물을 (법률상으로) 소유함으로써 그 부지를 점유한다’는 명제를 부정할 것을 요한다**는 점을 특기하여야 한다.

물론 이 과정에서 앞선 판결을 정정하지는 않았지만, 그럼에도 불구하고 위 동산 양도담보 판례가 이 부동산 양도담보 판례를 인용하며 나온 것이라는 것을 고려할 때, 최근 판례의 경향은 이와 같이 실질적 사용수익권자에게 부당이득반환책임을 부담시키는 것이라고 평가할 수 있다. 이는 대법원이 점점 ‘건물을 소유함으로써 그 부지를 점유한다’라는 도그마에서 벗어나고 있다는 것을 의미하며, 보다 사안의 구체적 실질에 부합하는 판시라는 점에서 의의가 있다. 특히 양도담보권자는 부동산 미등기매매에서의 매도인보다 법적으로 훨씬 유의미한 지위를 가지고 있음에도 그에 대한 부당이득반환청구가 부정되었다는 점은, 미등기 매도인에 대한 부당이득반환청구를 부정할 여지가 더욱 크다는 것을 의미한다.

6. 소결

따라서 본고는 미등기매수의 상황에서 “타인 소유의 토지 위에 권한 없이 미등기 건물을 원시취득하여 소유하는 자가, 비록 그 건물에 관하여 사실상 처분권을 보유하게 된 양수인이 따로 존재하는 경우에도, 토지 차임에 상당하는 부당이득을 얻고 있”다는 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다76522,76539 판결, 그리고 이를 그대로 원용한 대상판결의 오류가 매수인의 부당이득반환의무를 인정하는 방향으로 정정되어야 함을 주장하고자 한다. 이는 모두 ‘건물을 소유함으로써 그 부지를 점유한다’라는 법명제를 지나치게 형식적으로, 또 도그마적으로 받아들인 결과물이며, 다른 제도와와의 충돌 및 실질적 이익상황 등을 고려할 때 미등기매수인의 부지 단독점유 및 부당이득반환책임의 단독부담설이 더 합당한 결론으로 이어진다.

특히 이와 같은 결론은 이미 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007다75099 판결에서, “다른 사람의 토지 위에 권한없이 건물을 소유함으로써 그 토지를 점유하는 경우에, 그 토지에 대한 점유는 그 건물에 대한 소유권을 **사실상** 상실하거나 그 건물이 철거되는 등으로 그 토지에 대한 사용수익이 종료될 때까지 계속되는 것으로 볼 것이다.”⁷⁰⁾라고 판시한 것에서 이미 예정되었다고 볼 수 있다. 구태여 “**사실상**”이라는 말을 넣었다는 것 자체가, 형식적인 판단이 아니라 실질에 따른 판단을 해야 함을 암시하고 있기 때문이다.

70) 강조는 필자에 의한 것임.

IV. 공동점유를 긍정하는 경우

1. 문제의 소재

종래 대법원은 별다른 이유를 설시하지 않으면서도 미등기건물의 소유자와 그 건물에 관하여 사실상의 처분권을 보유하게 된 양수인의 토지에 대한 공동점유를 인정하여 왔다.⁷¹⁾ 이러한 판례의 태도는 상술하였듯 점유라는 사실적 개념을 과도하게 형식논리적으로 적용한 결과이다. 그러나 그럼에도 불구하고 사안의 구체적 해결을 위해서는 공동점유를 인정하는 쪽이 더욱 타당하다는 견해가 있을 수 있다.

이에 이하에서는 부당이득 법리에 대한 면밀한 분석을 통하여, 공동점유를 인정하더라도 미등기양수인에게만 부당이득반환책임을 지우는 것이 타당함을 논증할 것이다. 대상판결의 상황은 침해부당이득의 상황이므로 ① 특정인에게 배타적으로 할당된 이익이 있을 것, ② 그 이익이 다른 사람에게 귀속되어 있을 것, ③ 타인의 권리를 이용할 수 있는 권원이 없을 것이 요구된다. 이때, 침해부당이득을 주장하는 자는 ① 자신에게 배타적 이익이 할당된 권리가 있다는 점, ② 상대방이 그 배타적 이익을 보유하고 있다는 점을 청구원인으로 주장·입증하면 족하고, 상대방은 권리를 이용할 수 있는 권원이 있다는 점을 항변사항으로 증명해야 한다.⁷²⁾ 특히 상당인과관계라는 개념을 통해 손해의 개념을 구체적으로 파악하는 불법행위법과는 달리, 정당하지 않은 이득의 회수를 목적으로 하는 침해부당이득의 경우 손해를 추상적인 차원에서 침해자가 얻은 이득에 대한 상대적 개념에 불과한 것으로 파악한다.⁷³⁾ 이는 수익자의 이득과 손실자의 손해 사이의 인과관계에 대하여는 자연스레 논하지 않는다는 결론으로 이어진다.

본고는 이 지점에서, 침해부당이득의 이익 요건을 집중적으로 논하고자 한다. 즉 종래의 판례 법리를 검토하여, 원배도인은 반환할 ‘이익’을 취득하지 않았으므로 이로 인한 부당이득반환의무를 부담하지 않음을 확인할 것이다. 이러한 논증에 성공하였을 때, 공동점유를 인정하더라도 미등기양수인의 부당이득반환의무만이 인정되는 것이 타당하다는, 앞서 살펴본 바와 동일한 결론에 이르게 된다.

2. 침해부당이득의 이득 요건에 따른 검토

가. 개관

종래 판례는 부당이득 법리의 ‘이득’에 관하여 공평설과 차액설의 입장에서 “부당이득은 그 수익의 방법에 제한이 없음은 물론 그 수익에 있어서도 그 어떠한 사실에 의하여 재산이 적극적으로 증가하는 재산의 적극적 증가나 그 어떠한 사실의 발생으로 당연히 발생하였을 손실을 보지 않게 되는 재산의 소극적 증가를 가리지 않는 것”이라고 판시하여 왔다.⁷⁴⁾ 그런데 중요한 점은 바로 판례가 여기서 더 나아가 **부당이득의 반환에 있어 이득이라 함은 실질적인 이익을 의미한다**는 판시를 반복하여 오고 있다는 것이다(이른바 ‘실질적 이득론’).⁷⁵⁾ ⁷⁶⁾

71) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2002다57935 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다39157 판결 등 참조.

72) 김용덕(주 54), 828-829면.

73) 제철웅, “등기청구권과 침해부당이득 새로운 법리의 형성과정에 관한 고찰”, 민사법학 제93호(2020), 288면.

74) 대법원 1995. 12. 5. 선고 95다22061 판결.

75) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다240424,240431 판결 등 참조.

침해부당이득 법리는 피침해자의 손해를 침해자가 얻은 이득에 대한 상대적 개념에 불과한 것으로 파악하고, 피침해자의 할당내용에 관한 이익이 침해자에게 귀속되어 있다면 피침해자에게 손해가 있는 것으로 의제하여 이익 요건을 손해 요건과 완전히 연동시킨다. 반면 실질적 이득론에 따르면, 침해부당이득의 성립을 위해서는 법질서에 의하여 권리자에게 배타적으로 할당된 이익이 침해되어 다른 사람에게 그 이득이 **실질적으로** 귀속되어야 한다. 즉, 침해가 발생하여 침해자가 일응 이득을 취하고 권리가 손해를 입은 것으로 보이더라도 해당 이득이 실질적인 이익이 아니라면 부당이득반환책임을 인정할 수 없게 되는 것이고, 이로써 위의 이익-손해의 연동에서 벗어나게 되는 것이다.

나. 이른바 ‘실질적 이득론’의 등장

실질적 이득론은 민법상 부당이득반환책임이 성립하려면 수익자가 얻은 이익이 ‘실질적 이익’이어야 한다는 판례이론이다. 실질적 이득론에 따르면 수익자가 점유 등을 하였더라도 실질적인 이득을 얻지 못하였다면 수익자의 부당이득반환의무는 부정된다.

실질적 이득론은 임대차계약 종료 후 임차인의 부당이득반환의무에 관한 판례에서 주로 사용되었다.⁷⁷⁾ 대법원은 임대차 종료 후 임대차보증금을 반환받지 못한 임차인이 **동시이행의 항변권을 행사**하여 목적물을 계속 점유하였으나 사용, 수익은 하지 아니한 사안에서 “법률상의 원인없이 이득하였음을 이유로 한 부당이득의 반환에 있어서 이득이라 함은 실질적인 이익을 가리키는 것이므로 법률상 원인 없이 건물을 점유하고 있다 하여도 이를 사용, 수익하지 않았다면 이익을 얻은 것이라고 볼 수 없는 것인바, 임차인이 임대차계약 종료 이후에도 임차건물 부분을 계속 점유하기는 하였으나 이를 사용, 수익하지 아니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없는 경우에는 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립될 여지가 없다.”고 판시하였다.⁷⁸⁾

위의 실질적 이득론은 임대차 계약에 관한 사안에서 다양하게 활용되었다. **임대인이 임차인의 영업을 방해**한 사안에서, 대법원은 “설사 피고가 임차한 이 사건 방실을 점거하였다고 하더라도, 그 점거로 인하여 원·피고 간의 임대차계약상의 목적에 따른 실질적인 이익은 얻은 바 없다고 보아야 할 것이요, 따라서 부당이득한 바도 있을 수 없다고 보아야 할 것”이라고 판시하여 임대인 측의 방해로 영업을 중지당한 점포 임차인이 영업용 객실 점거를 하였더라도 부당이득반환책임을 인정하지 않았다.⁷⁹⁾

심지어 판례는 임차인의 사정으로 사용, 수익을 하지 않은 것으로 임차인에게 **동시이행의 항변권이나 유치권이 없었던 경우**에도 실질적 이득론을 원용하기에 이르렀다. 대법원은 임대인 스스로 임차인이 경영하는 지하실다방에 관한 휴업신고를 관할세무서장에게 제출하고 임차인은 그 이후 지하실에서의 다방영업을 중단하여 출입문에 시정을 한 채 사용, 수익을 하지 않은 사안에서, “법률상 원인없이 이득하였음을 이유로 한 부당이득반환에 있어서 이득이라 함은 실질적인 이익을 가리키는 것이므로 법률상 원인없이 건물을 점유하고 있다고 하여도 이를 사용수익하지 못하였다면 실질적인 이익을 얻었다고 볼 수 없는 것이다”고 판시하였다.⁸⁰⁾⁸¹⁾

76) 김용덕(주 54), 755-757면.

77) 최준규, “임대차계약 종료 후 임차인의 목적물계속점유와 실질적 이득”, 저스티스 제174호(2019), 345면.

78) 대법원 1990. 12. 21. 선고 90다카24076 판결.

79) 대법원 1979. 3. 13. 선고 78다2500,2501 판결.

80) 대법원 1984. 5. 15. 선고 84다카108 판결.

나아가, 실질적 이득론은 다른 유형의 부당이득 사건에도 사용되기 시작하여 현재는 적용범위가 광범위하게 확장되었다. 가령 대법원은 무권대리로 인해 계약이 무효가 된 경우 본인이 부당이득반환의무를 지는지 문제된 사안에서, “부당이득제도는 이득자의 재산상 이득이 법률상 원인을 갖지 못한 경우에 공평·정의의 이념에 근거하여 이득자에게 반환의무를 부담시키는 것이므로, 이득자에게 실질적으로 이득이 귀속된 바 없다면 반환의무를 부담시킬 수 없다.”고 판시하여 피고의 부당이득반환의무가 성립하지 않는다고 판단하였다.⁸²⁾

위와 같이 실질적 이득론은 판례의 확고한 태도로 굳어져 실질적 이득의 존부, 실질적 이득이 누구에게 귀속되는지는 부당이득 법리가 적용되는 사안의 해결에 있어 결정적 판단기준으로 작용하고 있다.⁸³⁾ 최근에도 판례는 임차인이 임대차계약 종료 후 임대차건물을 계속 점유하였으나 본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용, 수익하지 않은 경우, 임차인의 부당이득반환의무는 성립하지 않으며, 이는 임차인의 사정으로 인하여 임대차건물 부분을 사용·수익하지 못하였거나 임차인이 시설물을 반출하지 않은 경우에도 마찬가지라고 판단한 바 있다.⁸⁴⁾

다. ‘실질적 이득론’에 대한 비판적 견해들

실질적 이득론에 대해서는 크게 아래와 같은 두 가지의 비판이 존재한다.

i) 우선 실질적 이득론이 발생한 배경을 고려할 때 임대차계약의 종료에 있어 임차인에게 동시이행의 항변권이나 유치권이 존재하는 경우에 한정되었어야 하는데, 이것이 “그 발생사적 근거를 박차고, 자기운동을 시작”⁸⁵⁾하여 남용되고 있다는 주장이 있다. ‘실질적 이득’이 처음 언급된 판례⁸⁶⁾는 유치권이 있는 임차인의 사용수익에 대해서 ‘이익의 존재 여부’가 아니라 오히려 그 ‘법률상 원인’을 문제삼고 있는 판시였으며, 이를 인용한 두 번째 판례⁸⁷⁾는 임대인이 임차인의 영업을 폭력적으로 방해하였다는 특수한 사실관계에 기인한 판시였다는 점에서, 이를 무분별하게 확장할 근거는 없었다는 것이다. 특히 세 번째 판례⁸⁸⁾에서는 임차인에게 동시이행의 항변권이나 유치권 등도 존재하지 않았는데, 그럼에도 ‘실질적 이익’을 관철함으로써 부당한 결론으로 이어졌다는 것⁸⁹⁾이다.

특히 이 견해는 이와 같이 한번 확장된 ‘실질적 이득론’이 상술하듯 임대차종료시의 점유관계를 벗어난 상황 - 예컨대 금원 수령을 원인으로 한 부당이득 상황이나 아래 판시와 같이 양도담보에서 부합이 일어난 경우의 부당이득 상황 - 에도 적용되고 있으며, 이것은 병리적이라고 진단한다. 실질적 이득론이 부당이득제도의 전반에 걸쳐 ‘이익’요건을 부정하기 위한 도구로서 사용되는 것은, “이질적인 문제에까지 합리적 논거 없이 일반론을 확대 적용”⁹⁰⁾하

81) 김용덕(주 54), 853-854면.

82) 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다213838 판결.

83) 최준규(주 76), 345면.

84) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다240424,240431 판결.

85) 양창수, “임대차종료후 임차인의 목적물 계속점유와 부당이득”, 서울대학교 법학 제27권 제1호(1986), 205면.

86) 대법원 1963. 7. 11. 선고 63다255 판결. 이 문단에서 언급되는 판례들은 주 84에서 재인용하는 것임을 밝힘.

87) 대법원 1979. 3. 13. 선고 78다2500,2501 판결.

88) 대법원 1981. 10. 11. 선고 81다378 판결.

89) 특히 이 견해는 임대차계약에서 이루어지는 급부가 단순히 ‘점유’가 아니라 ‘점유 및 목적물의 이용가능성’이라는 전제(양창수(주 84), 206면; 이계정(주 89), 572면) 위에서, 즉, 임차인에게 반환거부를 정당화할 동시이행의 항변권 등이 있지 않은 이상, ‘이용가능성’ 자체를 반환해야 하므로, 임차인이 실질적으로 사용·수익하지 않았더라도 차임 상당의 금액을 부당이득으로서 반환해야 한다고 주장한다.

90) 이계정, “송금된 금원에 대한 예금 명의인의 부당이득반환의무 유무의 판단기준”, 민사판례연구 제35호(2013), 573면.

는 것으로서 문제적이라는 것이다.

ii) 나아가 ‘실질적인 이익’이라는 개념은 모호하다는 이유로도 비판을 받고 있다. 판례가 ‘형식적 이익’과 ‘실질적 이익’이 무엇을 의미하는지를 밝히는 구별기준을 제시하지 않은 채 판시를 반복하고 있으며, ‘실질적인 이익’은 결론을 정해놓았으나 법적인 이유 제시가 마땅치 않을 때 활용하는 가장이유(Scheinbegründung)에 지나지 않는다는 것이다. 이러한 견해에 따르면, 판례는 일응 부당이득이 성립하는 것처럼 보이는 사안에서 결과적으로 그 성립을 부정하기 위하여 ‘실질적인 이익’을 명분 삼아 악용하고 있을 뿐이다.⁹¹⁾

예컨대 A조선이 원고에게 카고펌프를, 피고에게 선박을 각각 양도담보로 제공하였는데 카고펌프가 선박에 부합되어 원고가 카고펌프에 대한 양도담보권을 상실한 사안에서, 원고는 선박의 양도담보권자인 피고가 카고펌프 상당액의 부당이득을 하였다고 주장하며 그 반환을 구하였다.⁹²⁾ 대법원은 이에 대하여 “부당이득반환청구에 있어 이득이라 함은 실질적인 이익을 의미하는바 …, 양도담보권의 성격에 비추어 보면, 양도담보권의 목적인 주된 동산에 다른 동산이 부합되어 부합된 동산에 관한 권리자가 그 권리를 상실하는 손해를 입은 경우 주된 동산이 담보물로서 가치가 증가된 데 따른 실질적 이익은 주된 동산에 관한 양도담보권설정자에게 귀속되는 것이므로, 이 경우 부합으로 인하여 그 권리를 상실하는 자는 그 양도담보권설정자를 상대로 민법 제261조의 규정에 따라 보상을 청구할 수 있을 뿐 양도담보권자를 상대로 그와 같은 보상을 청구할 수는 없다.”고 판시한 바 있다.⁹³⁾

위 판시에 대하여 실질적 이득론을 비판하는 견해는, 실질적 이득론이라는 명목 하에 부합에 따른 직접적 이득을 받은 양도담보권자인 피고가 아닌, 장래의 불확실한 기대이익을 얻게 된 양도담보설정자에게 부당이득반환의무를 지게 하는 것은 부당하다고 지적한다.⁹⁴⁾ 즉, 담보가치 보존과 우선변제에 따른 교환가치 보장이라는 “양도담보권의 성격에 비추어” 왜 갑자기 양도담보 목적물의 부합에 따라 “주된 동산이 담보물로서 가치가 증가된 데 따른 실질적 이익은 주된 동산에 관한 양도담보권설정자에게 귀속”되는지에 관하여 아무런 설득력 있는 논리적 연결고리도 발견할 수 없다는 의문을 제기한다.⁹⁵⁾ 임대차 종료 후의 법률관계에서 실시된 ‘실질적 이득’에 대해서도 마찬가지로 비판이 제기되는바,⁹⁶⁾ 이러한 ‘모호함’에 대해서는 항을 바꾸어 추가적으로 논하도록 한다.

라. 검토

1) 이득이 ‘실질적’이어야 하는 이유

가장 근본적인 질문으로서, 애초에 이득이 ‘실질적’이어야 하는 이유는 무엇인가? 또한, 종래 급부부당이득에서 주로 논의되던 ‘실질적 이득론’을 침해부당이득인 본 사안에도 적용할 수 있는가?

91) 김형석, “양도담보 목적물 사이의 부합과 부당이득”, 서울대학교 법학 제60권 제3호(2019), 104-106면.

92) 권영준, “[2016년 분야별 중요판례분석] 4. 민법下(채권법)”, 법률신문, 2017. 3. 9, <https://www.lawtimes.co.kr/news/108584> (최종접속일 2023. 11. 12.).

93) 대법원 2016. 4. 28. 선고 2012다19659 판결.

94) 김형석(주 90), 106-111면.

95) 김형석(주 90), 104-106면.

96) 양창수(주 84), 202면.

이에 답하기 위해서는 부당이득 제도의 목적으로 돌아가야 한다. 독일에서 사비니와 빈트사이트가 각각 ‘법적 원인 없이 다른 사람의 손해로 이득을 얻어서는 안 된다’와 ‘반환범위는 현존이익으로 제한’ 되어야한다는 부당이득법의 일반원칙을 수립⁹⁷⁾한 것은, 법적 원인이 없는 이득을 교정할 필요는 인정되지만, 수익자에게 고의·과실이라는 귀책사유가 없는 이상 그 이득을 넘어서는 범위의 손해를, 적어도 부당이득이라는 명목으로서 입혀서는 안된다는 고려에서였다. 이는 부당이득이 무과실책임으로 규정된 이상, 수익하기 전의 상태보다 나빠져서는 안된다는 것이고, 그 이상의 책임을 묻기 위해서는 다른 수단들 - 대표적으로 채무불이행책임이나 불법행위책임 - 을 동원해야 한다는 취지로 이해할 수 있다.

그렇다면 이익이 ‘실질적’ 이어야 하는 이유는, 이익을 단지 형식적으로만 파악하게 된다면 별다른 귀책사유 없이도 수익하기 전의 상태보다 나빠지는 경우가 생기게 된다는 고려에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 특히 이는 ‘이익’의 개념에 대해서는 구체적 대상설을 취하면서도, 그 반환에 있어서는 명목상의 가액을 반환할 것을 쉽게 인정한다는 점에서 더더욱 그 필요성이 인정된다. 이익의 반환도 단지 ‘형식상의 이익’에 대해서만 이루어진다면 이는 당연히 별다른 문제가 없을 것이지만, 이익을 취득할 때에는 그저 형식적인 차원이었는데 반환할 때에는 ‘실질적’ 일 수밖에 없는 가액반환의 방식으로 이루어져야 한다면 이는 수익하기 전의 상태보다 더 나빠지는 것으로서, 부당이득법의 기본 원리에 반하게 되기 때문이다. 따라서 이는 단지 임대차가 종료되었을 때의 법률관계에 한정되어서는 아니되고, 부당이득 전반으로 확대하는 것이 오히려 더 부당이득의 근본 원리에 부합하는 것으로 볼 수 있다.

이는 특히 부당이득이 계약이나 사무관리 등 다른 법 도구들로 해결되지 않는 재산조정 문제를 중국적으로 해결하는, 보충적인 법 제도라는 점을 고려할 때 더더욱 그러하다. 애초에 ‘형식적’인 차원에서의 해결이 되지 않기 때문에 최후의 선택으로서 부당이득을 검토하게 되는 것이므로, 이 법리가 동원되는 지점에 이르게 되면 누구에게 재산적 가치가 중국적으로 귀속되어야 하는가 하는 실질적이고 형평에 맞는 중국적 판단이 요구되고, 법 형식으로부터 탈피할 것을 요청받게 된다.⁹⁸⁾ 즉, 실질적 이득론은 부당이득 제도의 취지에 부합한다.

특히 이는 주로 급부부당이득의 상황에 주로 적용되던 법리였지만, 침해부당이득의 상황에서도 적용되지 않을 이유는 없다고 할 것이다. 위 사안이 대표적으로 임대차관계가 종료된 이후, 임차인에 대한 차임 상당액의 부당이득 청구와 관련하여 주로 나타난 것은, 후술하겠지만 그것이 우리 민법이 예정하고 있는 ‘단순점유’와 ‘사용·수익을 수반한 점유’의 구별이라는 법현상이 가장 명시적으로 드러날 수 있는 상황이었기 때문이고, 침해부당이득에서는 단지 이득이 ‘실질적’이지 않은 상황을 상정하기가 쉽지 않았기 때문이다. 하지만 위 카고팜프 판례만 보아도, 원고(원 소유자)는 자신에게 ‘급부’한 A조선이 아니라, 소유권을 ‘침해’한 피고(선박을 양도담보로 취득한 자)에게 침해부당이득을 청구하고 있다는 점에서, 판례 또한 이를 침해부당이득 상황에도 자연스럽게 적용하고 있음을 파악할 수 있다. 애초에 ‘이익’이라는 요건이 급부·침해부당이득을 가리지 않는 공통 요건인 이상, 이는 당연하다고 할 것이고, 침해부당이득 법리 역시 중국적으로는 재산적 관점에서의 공평한 상태를 지향하기 때문이다.

97) Schafer F. L., Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 1. Aufl., Tübingen 2013, §§812-822 Rn. 11., 김용덕(주 54), 698면(이계정 집필)에서 재인용.

98) 권영준, “2016년 민법 판례 동향”, 민사법학 제78호(2017), 501-502면. 다만, 저자는 실질적 이득론의 타당성에 대하여 의문을 가지고 있으며 해당 부분은 판례의 취지를 선택한 부분이다.

2) ‘단순점유’와 ‘사용·수익을 수반한 점유’의 구별

그렇다면, ‘실질적’이라는 개념표지가 불명확하고 모호하다는 비판에 대해서는 어떻게 평가할 수 있는가? 이런 견해를 취하는 입장에서는, “가령 점유 그 자체, 즉 물건의 사실적 지배는 왜 실질적 이익이라고 할 수 없는가”라는 비판을 제기하며, 실질적 이득론은 사실상 동어반복에 불과하여 별다른 구별기준이 되지 못한다는 것을 지적한다. 하지만 이는 결국 판례들이 집적되면서 그 판단례들이 축적되다 보면 확립된 해석론을 마련할 수 있기 때문에, 본질적인 비판은 아니라고 보인다. 이는 특히 ‘임대차관계 종료’라는 상황을 넘어서 다른 상황에 ‘실질적 이득론’을 적용한 판단례들을 보면, 보다 명확해진다.

예컨대 판례는 회삿돈을 횡령한 자가 돈을 자신의 계좌가 아닌 아내의 계좌로 송금한 후, 아내에게서 다시 자기의 계좌로 송금받은 경우, 아내에 대한 부당이득 반환청구를 부정하며, “[아내가] 이 돈을 영득할 의사로 송금받았거나, [횡령자인 남편]으로부터 이를 증여받는 등으로 위 돈에 관한 처분권을 취득하여 실질적인 이득자가 되었다고 볼 만한 사정이 인정”⁹⁹⁾ 되지 않는다고 보았다. 이는 결국 ‘실질적 이득’이 의미하는 바는, ‘경제적으로 그 이익이 귀속된다’라는 의미에서의 실질이라는 것을 뜻한다. 유사하게, 판례는 위 카고팜프 판례에서도, 담보물의 경제적인 가치가 증가한 것이 최종적으로 누구에게 귀속될 것인가를 기준으로 판단한 것으로 보인다. 즉, 양도담보권자는 정해진 가치(채권액)만큼만 귀속받고, 남은 돈은 양도담보설정자에게 반환되므로, 그 증가된 경제적 가치는 양도담보설정자에게 귀속된다는 것이다. 이와 같은 법리는 결국 이득에 대해서 ‘구체적 대상설’을 취한 것에 대한 보완의 의미라고 봄이 타당하다. 상술하였듯 ‘이득’의 판단에 있어서는 구체적 대상설을 취하면서도, 그 반환에 있어서는 가액반환 또한 인정하는 것에서 오는 괴리를 해결할 필요가 있기 때문이다.

그렇다면, 대상판결과 같은 ‘점유’의 상황에서 ‘실질적 이득’이라는 것은 어떻게 판단되어야 하는가? 이에 대해, 우리는 ‘실질적 이득론’은 기능적 측면에서 사실상의 지배라는 추상적인 개념으로 이루어진 점유를 ‘단순점유’와 ‘사용·수익을 수반한 점유’로 구분짓는 기능을 수행한다고 답할 수 있다. 특히 이는 우리 민법이 제324조 제2항에서 이미 유치물의 ‘점유’ 자체는 인정하면서도 ‘사용·수익’은 부정하고 있다는 점에서, 민법 자체에서도 예정된 개념이라고 할 수 있으므로 중요하다. 즉, ‘단순점유’는 일견 외형상으로는 수익자가 이득을 취하고 있는 것으로 보이나 실질적으로는 어떠한 이득도 취하지 않는 점유 상태를 의미하며, ‘사용·수익을 수반한 점유’는 점유자가 외형상으로도 실질적으로도 모두 이득을 취하고 있는 점유 상태를 의미한다.

이렇게 구별해야 하는 이유는 무엇인가? 결국 침해부당이득은 할당이익에 대한 침해를 교정하는 제도이므로, 침해된 할당이익이 무엇이었는지 살펴보면 이에 답할 수 있다. 여기에서 토지소유자가 침해받은 것은 ① 점유 그 자체, ② 그리고 그 점유로 인하여 토지를 사용·수익할 수 있었던 가능성이라는 두 가지 요소이다. 그리고 대상판결에서 문제되고 있는 ‘차임 상당액’은, ②에 대한 교정에 해당한다는 점에서, 사용·수익을 수반하지 않은 단순 점유에 대해서는 ②를 반환할 의무가 없다고 봄이 당연하다.

여기서 사용·수익을 단순히 ‘실제로 사용·수익을 하였는가’라는 기준으로 판단할 수는 없을 것이다. 이렇게 된다면 타인 토지 위에 불법건물을 건축한 후, 아무런 사용·수익도 하지

99) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결.

않고 방치해둔 건축주의 사례에 대해서까지도 부당이득반환청구가 부정된다는 불합리한 결론으로 이어지기 때문이다.¹⁰⁰⁾ 따라서 사용·수익이 수반되는지의 여부는, 사용·수익의 ‘가능성’이 있었는지를 중심으로 검토하여야 한다. 이는 실질적 이득론이 인정된 판례들과 비교해 보면 더더욱 명확해진다. 위 사례에서는 건축자가 사용·수익을 할 수 있었는에도 하지 않은 것이므로 부당이득반환책임을 부담함이 마땅한 반면, 임대인이 임차인의 영업을 불법적으로 방해함으로써 임차인의 단순 점유는 가능했는지 몰라도 임차인이 그를 사용·수익하지는 못하였던 판례에서는 부당이득반환책임이 부정되었기 때문이다.

물론 일반적으로 점유에 대해서는 사용·수익의 가능성이 수반되는 경우가 많겠지만, 어떤 이유에서든 점유자의 사정이 아닌 다른 이유에서 **사용·수익하는 것이 원천적으로 불가능하게 되었다면**, 그로 인하여 점유자에게 ‘점유 그 자체’를 넘어서는 어떤 ‘이익’이 있다고 보는 것은 불합리하다. III. 5.에서 살펴보았던 양도담보 상황에서 양도담보권자가 아닌 양도담보설정자에게만 부당이득반환의무를 인정한 것도, 비록 명목적인 이유는 달리하지만 - 해당 상황에서는 양도담보설정자의 단독점유를 인정하였다 - 같은 고려에서 이루어진 판결이라고 평가할 수 있으며, 심지어 아예 명시적으로 ‘현실적인 점유를 수반하지 아니하는’ 경우에는 ‘현실적인 이익’의 취득을 부정한 판결¹⁰¹⁾도 존재한다.

나아가 이러한 의미에서 본고는 대법원 1981. 10. 11. 선고 81다378 판결, 즉 임차인에게 동시이행의 항변권과 유치권이 없는 상태에서, 단순점유만 하되 사용수익하지 않은 경우에 부당이득반환의무를 부정한 판례의 결론에 동의하지 않음 - 위 비판론들과는 다른 이유에서 - 을 밝혀둔다. 이는 계약 종료시에 이미 임대인에게 복귀된 사용수익권에 대한 침해이므로 침해부당이득을 따져야 하지만, 침해자가 사용·수익을 ‘할 수 있었는에도 하지 않은’ 경우에 해당하여 실질적 이득이 인정되기 때문이다.¹⁰²⁾

요컨대, ‘**실질적 이득론**’은 **점유라는 개념을 세분화하여 부당이득의 요건을 충족하는 점유를 준별하는 데에 기여한다**. 가령 임대차 종료 후 임대차보증금을 반환받지 못한 임차인이 동시이행의 항변권을 행사하여 목적물을 계속 점유하였으나 임대차계약의 본래 목적에 따라 사용·수익은 하지 아니한 사안의 경우, 임차인은 단순점유를 한 자에 불과하고, 이 범위까지는 법률상 원인이 있어 부당이득반환책임을 지지 않는다는 설명이 가능하다.

‘실질적 이득론’은 특히 본 사안과 같은 건물 소유자 내지 점유자의 부지 점유 사안에서 중대한 의의를 가진다. 종래 판례는 “사회통념상 건물은 그 부지를 떠나서는 존재할 수 없는 것이고, 건물의 소유자는 현실로 건물이나 그 대지를 점거하고 있지 않더라도 그 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유한다고 보아야 한다”¹⁰³⁾라고 판시함과 동시에 “타인 소유의 토지

100) 판례는 이런 경우에는 (타당하게도) 부당이득의 성립을 인정한다. 대법원 1998. 5. 8. 선고 98다2389 판결 참조.

101) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다223269 판결. 여기서 양도담보권자의 점유 자체를 부정하지는 않았다는 점은 유의하여야 한다(간접점유를 인정하였다).

102) 물론 ‘사용·수익의 가능성’을 중심으로 따진다면, 위의 유치권이나 동시이행의 항변권이 있던 판례들에서도 실제로 사용·수익하지 않았어도 그 가능성은 침해된 것이 아닌가 - 따라서 부당이득반환을 해야 하는 것이 아닌가 - 하는 의문이 있을 수 있다. 하지만 이런 경우들은 동시이행의 항변권의 내용상이나, 법률상(민법 제324조 제1항)으로 이미 점유와 사용·수익의 가능성이 분리될 것이 예정되어 있었기 때문에 그렇게 볼 수는 없다. 하지만 일반적으로는 점유와 사용수익의 가능성이 긴밀하게 연동되기 때문에(사실상의 지배는 그 개념상 권리자의 지배를 배제하는 것을 내포하므로), 점유만 하고 있다고 하더라도 사용·수익의 가능성도 동시에 침해하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

한편 이와 같은 ‘점유와 사용·수익 가능성의 분리’는 결국 손해와 이익을 동전의 양면과 같이 연동시키는 침해부당이득의 중요 전제에 대해, 우리 민법이 예정하고 있는 중대한 균열이라고 평가할 만하다. 유치권에 기한 점유는 사용·수익 가능성이라는 ‘이익’이 없지만, 필연적으로 소유자의 사용·수익가능성을 제한하는 ‘손해’를 입히기 때문이다. 하지만 이는 본고의 범위를 벗어나는 주제이므로, 별도로 더 논하지는 않도록 한다.

위에 권한 없이 건물을 소유하고 있는 자는 그 자체로써 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 인하여 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 보아야 한다” 104)는 태도를 확고하게 취하여 왔다.

그러나 단순점유와 사용·수익이 수반된 점유의 개념을 분리하지 않고 뭉뚱그리면서 건물 소유에 기하여 그 부지를 점유하고 있다는 이유만으로 토지에 대한 사용·수익을 간주하여 부당이득반환의무를 지우는 판례의 태도는 부당하다. 이는 진중한 고려 없이 종래 점유설과 비점유설의 견해 대립 속에서, 판례가 건물점유자가 아닌 건물소유자에게만 부지점유를 인정하는 과정에서 나온 산물에 불과하며, 미등기매수인과 같이 부지의 공동점유를 인정하는 경우를 미처 상정하지 못한 결과이다. ‘실질적 이득론’을 수용한다면 이와 같은 예외적 상황 속에서도, 우리 부당이득 제도가 추구하는 재산적 상태에서의 공평에 다가갈 수 있게 된다.

3) 사안의 해결

그렇다면 결국 문제는 매도인이 경제적으로 토지를 사용·수익할 수 있는 가능성을 갖고 있다고 볼 수 있는가의 문제로 귀결된다. 하지만 이에 대해, “건물의 소유자는 현실로 건물이나 그 대지를 점거하고 있지 않더라도 그 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유한다고 보아야 한다” 105)는 기존의 판례 법리를 가져오는 것은 우선 결론을 전제한 논증일 뿐더러, 경제적 이익을 곧 법적 이익으로 환원·동치시키는 지나친 단순화의 오류를 범할 우려도 크다.

이를 해결할 실마리를 잡기 위해서는, 토지를 사용·수익한다는 것이 무엇을 의미하는지를 살펴볼 필요가 있다. 무언가를 사용·수익한다는 것은 그 물건을 그 경제적 용법에 따라 이용하여 가치를 취득하는 것을 의미하는바, 토지의 경우에는 전형적으로 농작물을 경작한다거나, 건물과 같은 정착물의 기반이 되어 그 경제적 가치를 취득하는 등의 형태로 이루어질 것이다. 이 중 전자의 경우에는 농작물을 최종적으로 취득하는 자가 그 부지의 사용·수익도 하고 있다고 볼 수 있는 것처럼, 후자의 경우에도 결국 토지에 건물을 건립하는 것은 그 건물로부터 경제적 가치를 취득하기 위함이라는 점에서, 그 건물이 그 자리에 존재한다는 사실로부터 중국적으로 경제적 이익을 얻는 사람이 그 부지를 사용·수익한다고 보아야 할 것이다.

그렇다면 대상판결의 상황에서는 앞서 살펴본 바와 같이 원매도인이 원시취득자로서 형식적으로는 건물의 소유권자이나, 매매계약을 통하여 건물의 사용·수익권을 중국적으로 일체 양도하였다는 점에서, 부지를 사용·수익하고 있지는 않다는 결론이 도출된다. 원매도인은 건물이 그 위치에 물리적으로 현존한다는 사실로부터 아무런 경제적인 이익 - 예컨대 건물에서 특정 영업을 영위하는 이익 - 을 얻은 바가 없으며, 또 심지어 그 건물이 멸실되더라도 아무런 경제적인 손실을 입지도 않기 때문이다.

나아가 상술하였듯 원매도인은 유일하게 남은 권능인 처분권능을 행사하여, 해당 건물을 제3자에게 이중매도한다고 하더라도 대상청구권으로써 그 경제적 이익조차 박탈당할 지위에 있는 자이다. 이는 원매도인이 정말로 그 건물에 대해서는 아무런 ‘경제적’ 이해관계가 존재하지 않고, 단지 등기만을 외피로 가지고 있는 것에 불과하다는 것을 의미한다. 이는 대금을 완납받은 매도인과 미등기매수인이라는 당사자들의 의사에 합치하는 결과이기도 하다.

103) 대법원 1991. 6. 25. 선고 91다10329 판결.

104) 대법원 1998. 5. 8. 선고 98다2389 판결.

105) 대법원 1991. 6. 25. 선고 91다10329 판결.

그렇다면 비록 원매도인과 미등기매수인 모두 건물을 통하여 그 부지를 공동점유하는 관계라고 하더라도 원매도인은 부지를 ‘단순점유’ 하고 있는 것에 불과하고, 미등기매수인은 ‘사용·수익을 수반한 점유’를 하고 있는 것으로 평가된다. 원매도인은 건물과 관련하여 어떠한 경제적 이해관계도 없으므로 건물 소유에 기한 토지 점유를 통하여 실질적인 이득을 전혀 향유하지 않고 있다. 반면에 미등기매수인은 건물에 관련한 계산의 주체로서 경제적 손익이 모두 미등기매수인에게 귀속된다. 즉, 미등기매수인은 건물을 통한 토지 점유를 통하여 실질적인 이득을 온전히 독차지하고 있다.

따라서 침해부당이득의 이득 요건의 측면에서, 원매도인은 부당이득반환책임을 부담하지 않으며, 미등기매수인만이 부당이득반환책임을 진다고 보아야 한다. 원매도인은 일응 토지 소유자의 소유권에 대한 침해행위를 한 것으로 보이나, 실질적으로 어떠한 이득도 취한 바가 없으므로 부당이득반환책임을 지지 않는다고 평가함이 타당하다.

V. 결론

대상판결은 매도인과 미등기매수인이 각각 부당이득반환의무를 부담한다고 판시하면서, 그 이유를 설시함에 있어 그저 기존의 판례 이론을 무비판적으로 답습하였다. 기존의 판례 이론은 점유의 개념을 면밀하게 분석하지 않은 채 ‘건물을 소유하는 자는 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유하고 있다’라는 범명제를 맹목적으로 추종하며 매도인과 미등기매수인의 공동점유를 전제로 논리를 전개하여 왔다.

이에 본고는 본 사안에서 공동점유는 부정되어야 하며, 그 귀결로서 매수인의 단독 점유가 긍정되어야 함을 전제로 매수인이 단독으로 부당이득반환책임을 부담하는 것이 타당함을 논증하였다(Ⅲ). 또한, 가사 공동점유 주장이 타당하다고 하더라도, 침해부당이득의 요건으로서의 이득의 실질성을 고려할 때, 그것만으로 부당이득반환책임을 매도인과 매수인 양쪽 모두에게 부담시킬 수는 없다는 점 또한 추가적으로 논증하였다(Ⅳ). 이로써 공동점유 주장을 인정하든, 인정하지 않든 간에 부당이득반환책임을 미등기매수인에게 귀속되는 것이 타당하다는 점을 밝혔다.

이는 최근 부당이득반환청구의 상대방을 정함에 있어 ‘실질적인 소유권의 귀속’을 염두에 두는 판례들(대법원 2016. 4. 28. 선고 2012다19659 판결, 대법원 2018. 5. 30. 선고 2018다201429 판결)의 연속선상에 있는 결론이라고 할 것인바, 본고의 논의가 형식과 실질의 긴장을 해소하는 데에 조금이나마 도움이 되길 기대한다.

〈참 고 문 헌〉

〈국내 문헌〉

단행본

송덕수, 신민법강의, 제16판, 박영사, 2023.

논문

권영준, “2016년 민법 판례 동향”, 민사법학 제78호(2017).

김병진, “건물의 소유자와 점유자가 다른 경우에 있어서 대지의 점유관계”, 홍익법학 제10권 제1호(2009).

김형석, “소유물방해배제청구권에서 방해의 개념 -대법원 2003.3.28. 선고, 2003다5917 판결의 평석을 곁하여”, 서울대학교 법학 제45권 제4호(2004).

김형석, “양도담보 목적물 사이의 부합과 부당이득”, 서울대학교 법학 제60권 제3호(2019).

류창호, “미등기매수인의 법률상·사실상 처분권에 관한 연구”, 부산대학교 법학연구 제58권 제2호(2017).

박규용, “매매에 있어서의 위험부담과 위험이전”, 일감법학 제32호(2015).

박정훈, “행정법에 있어 판례의 의의와 기능”, 행정법학 제1호(2011).

서호정, “미등기전매에 의한 매수인의 법적 지위”, 토지법학 제36권 제2호(2020).

양창수, “임대차종료후 임차인의 목적물 계속점유와 부당이득”, 서울대학교 법학 제27권 제1호(1986).

이계정, “송금된 금원에 대한 예금 명의인의 부당이득반환의무 유무의 판단기준”, 민사판례 연구, 제35호(2013).

이홍렬, “토지소유권과 건물소유권의 이원적 체계에 대한 재검토”, 부동산법학 제23권 제1호(2019).

제철웅, “등기청구권과 침해부당이득 새로운 법리의 형성과정에 관한 고찰”, 민사법학 제93호(2020).

최준규, “임대차계약 종료 후 임차인의 목적물계속점유와 실질적 이득”, 저스티스 제174호(2019).

주석서

김용덕, 주석민법 물권(1), 제5판, 한국사법행정학회, 2019.

김용덕, 주석민법 채권총칙(1), 제5판, 한국사법행정학회, 2019.

김용덕, 주석민법 채권각칙(5), 제5판, 한국사법행정학회, 2021.

기타 자료

판례

대법원 1963. 7. 11. 선고 63다255 판결.

대법원 1965. 9. 28. 선고 65다1571 판결.

대법원 1967. 9. 19. 선고 67다1401 판결.

대법원 1968. 4. 16. 선고 67다2779 판결.

대법원 1976. 11. 6. 선고 76다148 판결.
대법원 1979. 3. 13. 선고 78다2500(본소),2501(반소) 판결.
대법원 1981. 1. 13. 선고 80다1034 판결.
대법원 1981. 10. 11. 선고 81다378 판결.
대법원 1981. 11. 10. 선고 80다2712 판결.
대법원 1982. 1. 26. 선고 81다528 판결.
대법원 1984. 5. 15. 선고 84다카108 판결.
대법원 1986. 12. 23. 선고 86다카1751 판결.
대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카164 판결.
대법원 1987. 11. 24. 선고 87다카257,258 판결.
대법원 1989. 11. 28. 선고 89다카14295,14301 판결.
대법원 1990. 12. 21. 선고 90다카24076 판결.
대법원 1991. 6. 25. 선고 91다10329 판결.
대법원 1992. 12. 24. 선고 92다26468,26475 판결.
대법원 1996. 1. 26. 선고 95다44290 판결.
대법원 1993. 10. 26. 선고 93다2483 판결.
대법원 1995. 12. 5. 선고 95다22061 판결.
대법원 1996. 4. 12. 선고 95다55245 판결.
대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 판결.
대법원 1998. 5. 8. 선고 98다2389 판결.
대법원 2000. 1. 18. 선고 98다18506 판결.
대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다60708 판결.
대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다61521 판결.
대법원 2003. 11. 13. 선고 2002다57935 판결.
대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다36083 판결.
대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다19378 판결.
대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다39157 판결.
대법원 2009. 7. 23. 선고 2009다33570 판결.
대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다28462 판결.
대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다76522,76539 판결.
대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다48364,48371 판결.
대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다105215 판결.
대법원 2016. 4. 28. 선고 2012다19659 판결.
대법원 2016. 10. 27. 선고 2013다7769 판결.
대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다213838 판결.
대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결.
대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다223269 판결.
대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다240424(본소),240431(반소) 판결.
대법원 2019. 10. 18. 선고 2019다14943 판결.
대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 판결.

대법원 2021. 10. 28. 선고 2019다293036 판결.
대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다263519 판결.
대법원 2022. 6. 30.자 2022그505 결정.
대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다243133,243140 판결.
서울남부지방법원 2017. 11. 8. 선고 2016가단9777,238445 판결.
서울남부지방법원 2018. 5. 31. 선고 2017나64932,64949 판결.

신문

권영준, “[2016년 분야별 중요판례분석] 4. 민법下(채권법)”, 법률신문, 2017. 3. 9,
<https://www.lawtimes.co.kr/news/108584> (최종접속일 2023. 11. 12.).

그 밖의 기타 자료

서울고등법원 판례공보스터디, 판례공보스터디 민사판례해설 종합본, 2023.

<국외 문헌>

논문

Schafer F. L., Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 1. Aufl., Tübingen 2013,
§ § 812-822 Rn. 11.