

타인권리매매와 담보책임*

이 동 진**

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 타인권리의 「이전불능」(1) - 추탈원칙과 권리조달원칙
- III. 타인권리의 「이전불능」(2) - 재판에 의한 추탈과 소송고지의 해태
- IV. 매수인의 「선의」
- V. 결론

I. 서론

민법 제569조 이하는 타인권리매매에 관하여 일련의 규정을 두고 있다. 이들 규정은 매도인의 담보책임에 관한 규정을 여는 규정이지만, 그동안 물건의 하자에 대한 담보책임처럼 많은 이론적 관심을 받지는 못하였다. 그러나 재판실무상으로는 물건의 하자에 대한 담보책임보다 오히려 더 빈번하게 문제 되고 있고, 특히 부동산거래의 경우 우리 거래현실과도 맞물려 몇몇 독특한 판례법리가 형성된 영역이기도 하다. 근래에는 새로운 쟁점이 제기되거나 판례·학설상 논의가 전개된 바도 있다.

이 글에서는 타인권리매매의 몇 가지 문제점을 오늘날의 관점에서 검토해보고자 한다. 이를 위하여 한편으로는 우리 판례에서 제기된 문제를 규명하는 데 목적을 두되 다른 한편으로는 역사적·비교법적 측면을 시야에 넣고 타인권리

* 이 글은 2021. 5. 28.(금) 영남대학교 법학연구소 개최 정년기념학술대회 “민법학의 쟁점과 세대 간 대화”에서 발표한 원고를 수정, 보완한 것이다. 유익한 논평을 해준 지정토론자 김대경 교수와 익명의 심사위원들에게 감사드린다.

** 서울대학교 법학전문대학원 교수.

매매로 인한 담보책임을 조망한다. 담보책임법 자체가 역사의 산물로서의 성격이 강하여, 역사적·비교법적 고찰이 오늘날 제기되는 문제의 기원과 맥락을 파악하는 데에도 유용하기 때문이다.

먼저, 타인권리매매의 요건 중 첫 번째인 「이전불능」을 중심으로 이 법리의 역사적·비교법적 측면에 비추어 여러 해석상의 문제를 검토한다(아래 II, III). 구체적으로 이전불능과 추탈의 관계, 매도인 또는 매수인의 독자적 방어수단의 고려 여부가 다루어진다. 이어 두 번째 요건인 매수인의 「선의」와 관련하여 제 570조와 제576조의 경계획정 등 해석상의 문제를 검토한다(아래 IV). 효과에 관한 쟁점은 각각 관련된 요건과 관련하여 함께 다룬다. 가령 추탈 전 해제한 경우의 반환문제는 이전불능과 관련하여(아래 II), 일반 채무불이행책임, 미등기 전매는 선의와 관련하여(아래 IV) 다룬다.

이 글은 매매목적물이 물건, 즉 동산·부동산이고 그 전부가 타인에게 속하는 경우를 전제한다. 민법은 제572조 이하에서 매매목적물의 일부가 타인 소유인 경우의 특칙을 두고 있고, 이는 그 나름 많은 문제를 갖고 있으나, 이들은 이 글이 염두에 둔 역사적·비교법적 측면에 더 잡은 타인권리매매의 기본문제의 재검토와는 거리가 있는, 일본과 우리 특유의 문제이므로 일단 이 글의 논의에서는 제외한다.

II. 타인권리의 「이전불능」(1) - 추탈원칙과 권리조달원칙

1. 역사적·비교법적 고찰

(1) 타인권리매매로 인한 담보책임을 로마법상 추탈담보책임(actio evictionis)에 연원한다는 데는 오늘날 별 의문이 없다. 로마법상 매수인은 (첫째) 목적물을 인도하고 (둘째) 매수인을 기망하지 아니하며 (셋째) 추탈에 대한 (담보)책임을 지면 족하였다.¹⁾ 그중 이 글의 맥락에서 우선 중요한 것은 첫째와 셋째, 즉 목적물을 인도하는 이외에 추탈에 대한 책임을 인수하면 족하고 목적물에 대한 소유권이전의무는 문제 되지 아니하였다는 점이다. 그 결과 타인권리로

1) Paulus D. 19,4,1 pr. “[...] venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: [...]”

이행하여도 인도한 이상 불이행이라고 할 수는 없고, 담보책임만이 남았다.²⁾ 이를 추탈원칙(Eviktionsprinzip)이라고 할 수 있다.

추탈원칙, 즉 매매목적물을 추탈당하여야 담보책임을 진다는 접근은 이후 여러 근대사법전(近代私法典)에 수용되었다. 프랑스민법(code civil) 제1626조는 “매매시 담보(garantie)에 대하여 약정한 바 없다 하더라도 매도인은 매수인에 대하여 매매목적물의 전부 또는 그 일부의 추탈(éviction) 또는 그에 대하여 주장되었고 매매시 표현되지(déclarée) 아니한 부담(charge)에 대하여 담보할(garantir) 의무가 있다”고 규정하고, 스위스채무법(OR) 제192조 제1항은 “매도인은 제3자가 계약체결 당시 이미 존재하였던 법적 근거에 더 잡아 매매목적물을 매수인에게서 전부 또는 일부 추탈하지 아니하는 데 대한 담보를 급여하여야 한다”고 정하여 「추탈」을 담보책임의 요건으로 삼고 있다.

그러나 오스트리아일반민법(ABGB) 제923조는 “[...] 너는 존재하지 아니하거나 타인의 물건을 자신의 것으로 양도한 사람, [...] 부담(Lasten)이 없다고 그릇되게 주장한(vorgibt) 사람은, 그로 인하여 이익(Widerspiel)가 제기(hervorkommt)되었을 때에는, 그에 대한 책임을 져야 한다”고 규정하여 권리하자 자체로 담보책임을 지우고 추탈을 요구하지 아니하였고,³⁾ 2002년 개정 전 독일민법(BGB) 제433조 제1항 제1문은 “매매계약에 의하여 물건의 매도인은 매수인에게 물건을 인도하고 그 물건에 대한 소유권을 조달(verschaffen)할 의무를 진다”고 정하고, 제434조가 “매도인은 매수인에게 매도된 대상을 제3자가 매수인에게 주장할 수 있는 권리가 없도록 조달하여야 한다”고 정하며, 제440조 제1항이 “제433조 내지 제437조, 제439조에 더 잡아 매도인이 지는 의무가 이행되지 아니한 때에는 매수인의 권리는 제320조 내지 제327조의 규정에 따른다”고 정함으로써 역시 추탈 없이 일반계약책임에 준하는 담보책임을 진다는 접근을 채택하였다.⁴⁾ 이를 권리조달원칙(Rechtsverschaffungsprinzip)이라고 할

2) Wacke, “Die verschuldete Eviktion. Dogmengeschichtes und Rechtsvergleichendes zu §440 2 Abs. und Abs. 3 BGB”, FS Niederländer, 1991, S. 148.

3) Klang/Gschnitzer, 2. Aufl., 4. Bd., 1. Hb., 1968, §§922, 923, S. 498 f. 이는 프로이센일반란트법(ALR) 이래의 발전의 결과이다. Wenger, Rechtsmängelhaftung beim Kauf in historischer Sicht, insbesondere in der Zeit des Vernunftrechts, 2011, S. 25 ff.

4) Bergmann, “Die Theorie der Rechtsmängelhaftung - Rechtsverschaffungsprinzip, habere licere und Eviktionshaftung -”, RabelsZ 74 (2010), 27 f. 다만, 그곳이 독일민법 이전에는 이러한 입장을 채택한 예가 없다고 설명한 점은 본문에서 본 바와 같이 의문이다. 이 문헌은 오스트리아일반민법에 대하여는 언급하지 아니하고 있다.

수 있다.

오늘날에는 후자가 점차 유력해지고 있다. 미국 계약법에서는 권원(權原; title)에 대한 묵시적 보증(implied warranty)이 인정되어 타인권리매매에 대하여 계약책임을 물을 수 있는데, 이때는 책임을 묻는 데 권원에 대한 진지한 의문으로 족하다.⁵⁾ 국제연합의 통일매매법(CISG) 제30조, 제41조, 제45조, 유럽연합의 공통참조기준(DCFR) IV.A.-2:101 (a), (d), 2:301 (d), 2:305, 유럽매매법원칙(PELS) 제2:001조 (a), (d), 제2:201조 (d), 제2:205조도 권리조달원칙에 터 잡고 있다.

이러한 변화는 어떻게 보면 자연스러운 것이다. 먼저, 매도인에게 인도의무와 담보의무만 지우고 소유권이전의무, 즉 권리조달의무를 지우지 아니하는 것은 논리적으로 선뜻 납득하기 어려운 일이다. 실제로 근대에 이르면, 부분적으로는 자연법적 사고의 영향 아래에, 대부분의 나라에서 매도인의 권리조달의무를 인정하게 된다. 자연법론에 철저하게 물권변동에 관하여 의사주의를 채택하면서 그 논리적 귀결로 타인권리매매를 아예 무효로 한⁶⁾ 프랑스민법 정도에서만 타인권리매매의 경우 계약이 무효가 되어 소유권이전의무 내지 권리조달의무까지 부정되었을 뿐이다.⁷⁾

좀 더 중요한 문제는 추탈원칙이 매수인을 법적으로 불안한 상태로 둔다는 점이다. 두 원칙의 차이는 무엇보다도 매수인이 실제로 추탈을 당하여야 비로소 담보책임을 물을 수 있는지와 관련하여 나타난다. 추탈원칙을 취하면 어떤 형태로든 추탈을 당하여야 담보책임을 물을 수 있는 반면, 권리조달원칙을 취하면 추탈을 당하지 아니하여도 권리가 이전되지 아니하였음을 들어 담보책임을 물을 수 있는 것이다. 추탈원칙을 채택하는 경우 매수인은 추탈당할 때까지 매매계약에 구속된다. 그러나 그 결과 특히 제3자가 권리를 주장하고 있음을 아는 매수인이 매매목적물에 투자하거나 이를 재처분하는 것을 꺼리게 되어 자원의 효율적 사용을 저해한다. 매매는 매수인에게 완전한 권리를 넘기는 것을

5) Bourdeau et al., 67A Am.Jur.2d Sales §708 (February 2021 Updates, “substantial cloud or shadow on title”).

6) 그 이외에 「무효주의」를 취한 예로는 프로이센일반관트법(ALR), 이탈리아구(舊)민법(codice civile), 스페인구(舊)민법(código civil), 네덜란드구(舊)민법(BW)이 있다. 潮見佳男, 「契約各論 I」, 2002, 89頁.

7) 오늘날 프랑스에서도 무효주의에 비판적이거나 아예 추탈담보책임을 계약책임으로 재구성하려는 시도가 행해지고 있다. 우선, Hochart, La garantie d'éviction dans la vente, 1993, n° 312 et suiv.

「목적」으로 하므로,⁸⁾ 법이 매도인에게 소유권이전의무를 지우지 아니한다 하더라도 매수인은 소유권이 이전되는 것을 염두에 두고 매매에 응하게 마련이다. 이러한 상황에서 그 목적물을 소유자처럼 쓰지 못한다면, 그에게는 계약의 구속력에서 벗어날 기회라도 주어져야 하는 것이다.⁹⁾

물론 추탈원칙하에서도 이러한 사정이 전혀 고려되지 아니한 것은 아니다. 로마법에는 이른바 임박한 추탈의 항변(*exceptio evictionis imminetis*)이 있어 매매대금 지급 전 제3자의 권리주장이 있으면 매수인이 매매대금의 지급을 거절할 수 있었다.¹⁰⁾ 이는 추탈원칙을 채택한 프랑스민법 제1653조, 제1654조에 수용되었다.¹¹⁾ 그러나 매매대금을 지급한 뒤에는 추탈을 당하여야 비로소 계약의 구속력에서 벗어날 수 있으므로 이러한 대응만으로는 충분하지 아니하였다. 권리조달원칙으로의 전환이 원칙적으로 타당한 이유이다.

그러나 전환이 모든 면에서 적절한 것인가 하는 점은 좀 더 생각해보아야 한다. 이 점에서는 이미 다른 맥락에서는 소유권이전의무를 인정해왔던 로마법이 매매에서 이를 부정한 진정한 의도가 무엇인가 하는 점을 생각해볼 필요가 있다. 이와 관련하여서는 이것이, 흔히 드는 로마법상 물건양도 법리의 복잡성이나 선의취득의 부재가 아닌, 추탈 없이 담보책임을 물을 수 있다면 한편으로는 매도인에게 담보책임을 물어 매매대금 등을 반환받고 다른 한편으로는 매매목적물을 계속 점유 사용하여 이중이득을 얻는 일이 생길 수 있다는 점을 우려한 것이라는 주장이¹²⁾ 주목된다. 다른 관점에서 보면 추탈 없이 담보책임으로 인한 손해배상에서 「손해」가 구체화되었다고 할 수 없다고도 할 수 있다.¹³⁾ 매매대금의 배액배상 대신 실손해를 배상하게 하는 오늘날 이는 손해액 산정이 불가능하거나 매우 곤란하다는 뜻이기도 하다.¹⁴⁾ 권리하자는 물건하자와 달리 관

8) 소유권이전은 로마법상으로도 매매계약의 급여의무는 아닐지언정 여전히 '목적'이었다. Peters, "Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer", SZ 97 (1979), 173 ff.

9) Bergmann(주 4), S. 59 ff. 또한, 같은 곳이 독일민법이 권리조달원칙으로 전환한 데 기여한 연구로 인용한 Eck, Die Verpflichtung des Käufers zur Gewähr des Eigentums nach römischem und gemeinem Recht, 1874, S. 28 ff.도 참조.

10) Kunkel/Honsell, Römisches Recht, 4. Aufl., 1986, S. 314.

11) Hochart(주 7), n° 285 et suiv.

12) Bergmann(주 4), S. 61 f. 이와 관련하여서는 추탈원칙을 채택하는 경우 담보청구권이 손해배상에 국한되고, 계약해제는 문제 되지 아니하였다는 점에 유의할 필요가 있다. 근대 사법전도 추탈원칙을 채택하는 경우에는 별도의 해제를 규정하지 아니하거나 추탈이 이루어지면 해제된 것처럼 취급하는 것이 보통이다. 물론 오늘날에도 계약해제 없이 손해배상을 구하는 경우에는 같은 문제가 발생한다.

13) Bergmann(주 4), S. 47 f.

넘적이어서 그 자체로 당연히 현실적 손해를 징표하지는 아니한다. 그러한 사정만으로도 계약의 구속력에서 벗어나게 해줄 수는 있으나, 손해배상까지 인정하기는 어렵다. 2002년 개정 전 독일민법 제440조 제2항이 동산매매의 경우 추탈이 이루어져야 손해배상을 구할 수 있다고 정한 이유가 여기에 있다.¹⁵⁾

(2) 다른 한편, 추탈원칙에서 권리조달원칙으로의 전환은 새로운 문제를 제기한다. 추탈원칙을 채택하는 경우 담보책임을 추궁할 때 매수인은 이미 매매목적물을 빼앗긴 상태이므로 매매대금의 반환과 손해배상을 구하는 문제만이 남는다. 실제로 로마법에서는 문답계약(問答契約; stipulatio)으로 추탈당하면 매매대금의 배액을 배상하기로 약정(stipulatio duplae)하였다.¹⁶⁾ 그러나 여기에도 여러 구체적인 정산문제가 있다. 프랑스민법은 추탈시 매매대금의 반환 외에 추탈한 소유자에게 반환할 과실(fruit) 상당 및 담보책임을 묻는 데 드는 비용과 손해배상 및 계약비용을 청구할 수 있는데(제1630조), 이때 목적물이 매수인 과실 또는 불가항력으로 훼손되었다 하더라도 매매대금반환의무에는 영향이 없으나(제1631조), 그로 인하여 매수인이 이득한 때에는 매도인은 그 이득상당액을 보유할 수 있으며(제1632조), 추탈 당시 매매목적물의 가치가 매수인과 관계없이 증가하였다면 매도인은 그 증가분을 지급하여야 하고(제1633조), 매수인이 토지(fond)에 대하여 한 수리 및 개량비, 만일 매도인이 악의라면 사치비까지 모든 지출비용을 매수인에게 상환하여야 한다고(제1634조, 제1635조) 정한다. 스위스채무법은 매매대금 및 그에 대한 이자에서 수취하였거나 수취를 게을리한 과실(果實) 기타 수익을 공제한 것을 반환하고, 물건에 대한 지출비용으로 제3의 권리자로부터 보상받지 못한 것을 상환하는 외에, 소송으로 인한 재판상 및 재판외 비용 중 소송고지로도 회피할 수 없었을 부분을 상환하여야 한다고 정하는 한편(제195조 제1항 제1호, 제2호, 제3호), 추탈이 있으면 매매계약이 해소된 것으로 본다고 규정한다(제195조 제1항).¹⁷⁾

14) Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 135.

15) Wacke(주 2), S. 141.

16) 낙성계약으로서 매매(emptio venditio)에 대한 담보책임이 발전하기 전에는 약취행위로부터 추탈시 대금의 배액의 속죄금을 구할 수 있는 소권(actio auctaritatis)이 인정되었다. Kunkel/Honsell(주 10), S. 312 f.

17) 프랑스민법 제1637조는 일부타인권리매매에서는 매매계약이 해제되지(résiliée) 아니한다고 규정하여 전부타인권리매매에서는 매매계약이 해제된 것으로 간주됨을 시사한다.

반면 권리조달원칙을 채택하면 계약해제와 매도인·매수인 상호 청산이 문제 되는 경우가 생긴다. 이때에는 아직 추탈 전이므로 당연히 계약이 해소된 것처럼 볼 수는 없고 해소 여부를 정할 수 있어야 하며, 매매대금반환 외에 매매목적물의 반환도 문제 되는 것이다. 2002년 개정 전 독일민법 제440조는 여기에 일반계약책임법을 준용하면서도, 동산의 경우 매수인이 권리 있는 제3자에게 반환하였거나(제2항 첫 번째 경우), 매도인에게 반환하였다면(제2항 두 번째 경우) 손해배상을 청구할 수 있다고 한다. 제3의 권리자에 대한 반환과 매도인에 대한 반환 모두 인정하는 것이다. 이처럼 이른바 물건적 청구권과 (계약해제로 인한) 채권적 청구권이 「충돌」할 때 어느 쪽을 우선해야 하는가에 대하여는 명문 규정이 없고, 학설은 갈린다.¹⁸⁾

2. 민법의 해석

(1) 민법은 제569조에서 타인권리매매라 하여도 매도인이 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 의무가 있음을 선언하고,¹⁹⁾ 제570조 제1항도 “매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때”, 즉 「이전불능」을 담보책임의 요건으로 할 뿐, 추탈을 요구하지 아니한다. 이는 역사적으로 추탈담보책임의 한 유형인 제576조의 담보책임에서도 같다. 제576조 제1항은 매매의 목적이 된 부동산에 설정된 저당권 등의 행사로 인하여 취득한 소유권을 “잃은” 때 이외에 “그 소유권을 취득할 수 없”는 때에도 담보책임을 물을 수 있게 하는 것이다.

판례는 매매목적물에 대한 매수인을 상대로 한 소유권이전등기말소청구소송에서 인용판결이 확정되면 매매계약은 이전불능이 된다고 한다.²⁰⁾ 추탈의 전형

18) Bergmann(주 4), S. 67 ff. 또한, Müller-Laube, “Herausgabepflicht und Rückgewährschuld”, AcP 183 (1983), 215, 219 ff.

19) 이 규정은 ① 타인권리매매에 관하여 원시적 불능 급여를 목적으로 하는 계약의 무효를 전제한 민법 제535조의 적용을 배제하고 ② 민법 제570조 이하의 담보책임을 채무불이행 책임으로 이르기성하는 데 또는 위 담보책임의 전제가 되는 데 의의가 있다고 설명되고 있다. 좌윤직 편집대표, 「민법주해 XIV 채권(7)」, 박영사, 1997, 299-304면(남효순); 김용담 편집대표, 「주석 민법 채권각칙(3)」 제4판, 한국사법행정학회, 2016, 36면(김대정). 그러나 이 규정은 의용민법 제560조를 그대로 계수한 것으로, 2017년 개정 전 일본민법의 맥락에서는 물건변동에 관한 의사주의에도 불구하고 타인권리매매가 무효가 되지 아니함을 선언하는 취지의 규정이었다. 潮見佳男, “民法五六〇條・五六一條・五六三條~五六七條・五七〇條(賣主の担保責任)”, 廣中俊雄・星野英日 編, 「民法典の百年 III 個別的觀察(2)債權編」, 1998, 338-340頁. 이 규정은 같은 취지의 벨기에민법초안을 참조한 것이었다고 한다. 潮見佳男(주 6), 90頁.

적인 예이다. 그러나 이전불능인 이상 추탈 전에도 담보책임을 물을 수 있다는 데 의문이 없다. 별 논의는 없으나 매매목적물 위의 저당권 등의 실행이 임박하였고 이를 저지할 수 없으리라고 판단될 때에는 저당권 실행 전이어도 제576조의 담보책임을 인정할 수 있을 것이다.

그런데 판례는 제570조의 이전불능은 “채무불이행에 있어서와 같은 정도로 엄격하게 해석할 필요는 없고, 사회통념상 매수인에게 해제권을 행사시키거나 손해배상을 구하게 하는 것이 형평에 타당하다고 인정되는 정도의 이행장애만 있으면 족하고 반드시 객관적불능에 한하는 엄격한 개념은 아니”라고 하고,²¹⁾ 다수설도 이에 동조한다.²²⁾ 예컨대 대법원 1977. 10. 11. 선고 77다1283 판결은 매매목적물 중 일부가 도시계획상 도로에 편입된 사안에서, “2049의8 전589평에 관하여는 그 매도인인 피고 ○○○은 그 소유명의자인 소외 망 □□□의 2남이라는 것뿐이고, 더 나아가 피고들이 위 2049의8 전589평 전부에 관하여 그 소유권을 원고에게 이전하여 줄 수 있는지의 여부가 불분명하고, 한편 위 2049의9 전691평에 관하여는 그 2분지1의 지분의 소유명의자인 △△△이 중증을 표시하고 위 중증으로서도 적법하게 그 지분이전에 관한 결의를 하였다 하더라도 그 소유권이전등기가 김녕김씨 노곡과 대중중 명의로 경료되어 있는 것이 아닌 이상 피고들이 위 중증으로부터 용이하게 원고앞으로 위 지분 소유권이전등기를 경료할 수 있다고는 단정할 수 없다”면, 나아가 “소유권이전등기가 가능한지를 심리하여 해제권 행사의 당부를 판단하여야 한다”면서, 이를 가려보지 아니한 채 이전불능을 부정하고 청구를 기각한 원심을 파기하고 있다.²³⁾

이에 대하여는 채무자 또는 채권자의 관점에서 최고 없이 계약을 해제하거나 전보배상을 구하는 것을 정당화할 정도인지가 문제 된다는 점에서 이전불능과 채무불이행에서 이행불능의 판단기준에 차이가 없다는 지적이 있다.²⁴⁾ 그러나

20) 대법원 1977. 12. 13. 선고 77다1048 판결, 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다3122 판결, 대법원 1982. 12. 28. 선고 80다2750 판결, 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다25946 판결 등 다수.

21) 대법원 1977. 10. 11. 선고 77다1283 판결.

22) 박윤직, 「채권각론」 제6판, 박영사, 2014, 140면; 김중환/김학동, 「채권각론」 제7판, 박영사, 2006, 249면. 이는 기본적으로 같은 취지의 일본 학설을 따른 것이다. 柚木馨·高木多喜男 編集, 「新版注釋民法(14)」, 1993, 202頁(高橋眞).

23) 이후 이러한 판시는 대법원 1982. 12. 28. 선고 80다2750 판결에 다시 원용되었으나, 당해 사안은 전형적인 추탈 사안으로 어떤 관점에서 보아도 불능이 인정되므로 이 부분 판시가 결론에 영향을 준 것은 아니고, 선례를 인용한 것에 불과하다.

24) 가령 김학동, “타인의 권리의 매매에서의 담보책임에 관한 고찰”, 「저스티스」 제66호, 한국법학원, 2002, 104-106면; 서민, “매도인의 담보책임과 채무불이행 책임의 경합”, 「민사

권리자인 타인의 의사에 달려 있게 마련인 타인권리조달이 채무내용이라는 타인권리매매 특유의 사정으로 인하여 구체적 판단이 좀 더 미묘해졌다는 점은 부정하기 어렵고, 특히 이행불능은 한편으로는 채무자의 면책, 다른 한편으로는 채권자의 최고 없는 해제나 전보배상청구에 관계하나, 이전불능은 최고 없이 계약해제를 허용할 것인지에만 관계한다는 점을²⁵⁾ 유념할 필요가 있다. 판례와 다수설이 이전불능이 이행불능보다 다소 너그럽다고 설명하는 것을 이러한 측면에서 이해할 수 있다.²⁶⁾

한편, 민법은 제571조에서 선의의 매도인에게도 이전불능을 전제로 해제권을 부여한다. 이는 의용민법 제562조를 따른 것으로, 역사적·비교법적으로는 유례가 거의 없다. 여기에서는 매도인의 일방적 해제가 문제 되므로, 이전불능이 객관적으로 확정될 필요가 있다. 즉, 권리자가 이전해줄 의사가 없음이 객관적으로 확인되어야 하고, 단지 매도인이 이전을 위하여 노력할 의사가 없다는 것만으로 이전불능이라고 할 수는 없을 것이다.²⁷⁾

반면 손해배상에서는 원칙적으로 추탈이 필요하다. 특히 동산의 경우 권리가 이전되지 아니하였다 하더라도 진정한 권리자가 권리를 행사하지 아니하고 있는데 손해배상을 구하는 것은 이중이득으로 부당할 뿐 아니라 손해액을 확정하기 어렵다는 문제도 있기 때문이다.²⁸⁾ 판례가 일반적으로 이전불능이 된 때, 특

판례연구」XVII, 민사판례연구회, 1995, 135면; 양창수/김재형, 「민법 I. 계약법」 제2판, 박영사, 2015, 509-510면; 박윤직 편집대표, 「민법주해 IX 채권(2)」, 박영사, 1997, 284면(양창수); 남효순(주 19), 331면.

25) 이행불능의 두 기능과 그 사이의 긴장에 대하여는 이동진, “채무불이행법의 과거, 현재, 미래”, 「청헌 김증한 교수 30주기 추모논문집 간행위원회 편 우리 법 70년 변화와 전망 - 사법을 중심으로 -」, 법문사, 2018, 457-458면 참조.

26) 高橋眞, “權利の担保責任と權利移轉の「不能」について”, 「林良平先生獻呈論文集 現代における物權法と債權法の交錯」, 1998, 243頁 以下가 ① 매도인에게 이행의사나 성의가 보이지 아니하고, 매도인에 의한 권리가전이 기대될 수 없는 경우에는, 권리자의 의사의 확인을 거치지 아니하더라도 불능이고, ② 매도인이 권리를 이전하려고 노력하고 있는 경우에도, 긴 시간이 지나는 등 매수인을 불안한 상태에 구속시키는 것이 부적절한 경우에는 불능이나, ③ 이 기간 경과와 관련하여서는 매수인 측이 보아 매도인에 의한 권리가전을 기대할 수 있는지, 직접 목적물을 취득하여도 좋은지를 고려하여야 하고 단지 시간의 경과만으로 불능을 인정하여서는 안 된다고 한 것이 주목된다. 이러한 기준은 우리 법에도 참고할 만하다고 보인다.

27) 高橋眞(주 26), 261頁. 김대정, 「계약법」, 청목출판사, 2019, 229면은 “성실한 노력에도 불구하고” 이전이 불능일 것을 요한다고 한다.

28) 부동산의 경우 결국은 추탈이 이루어지리라고 예상할 수 있으나 동산의 경우 매수인이 권리를 취득하지 아니하였음에도 사실상 소유자로서의 이익을 다 누리는 경우도 생각할 수 있다. 2002년 개정 전 독일민법이 동산에서만 손해배상의 전제로 추탈을 요구한 것을

히 권리자의 추탈에 의하여 이전불능이 된 경우에는 매수인 패소판결이 확정된 때의 시가를 기준으로 전보(填補)배상액을 산정하되,²⁹⁾ 계약이 해제된 때에는 해제 당시의 시가를 기준으로 손해액을 산정하여야 한다는 입장을³⁰⁾ 취하는 것을 이러한 점에서 이해할 수 있다. 특히 판례 중에는 본조의 손해배상청구권은 “이전불능임을 매수인이 안때로부터 행사할 수 있다”면서 그때부터 소멸시효가 진행한다고 한 것이 있는데,³¹⁾ 당해 사안은 구체적으로 등기가 말소된 때부터 소멸시효가 진행한다는 취지로서, 매수인의 주관적 인식을 문제 삼은 것이라기 보다는, 이 글의 주장과 같이, 손해가 발생하였을 때를 기준으로 한 것이라고 볼 여지가 있다.

(2) 추탈 후 계약을 해제하거나 해제하지 아니한 채 손해배상을 구할 때에는 매수인이 매매목적물에 지출한 비용과 매수인이 수취한 과실의 청산이 문제 된다. 제548조 이하의 해제법이 경제적으로 계약이 체결되지 아니한 것처럼 소급하여 청산할 것을 요구하고 있으므로, 매수인이 지출한 비용은 진정한 권리자로부터, 가령 제203조에 의하여, 상환받지 못한 범위에서는 매도인에게 상환을 구할 수 있고, 매수인이 수취한 과실은 진정한 권리자에게, 가령 제201조에 터 잡아, 반환하지 아니한 범위에서는 매도인에게 반환하여야 할 것이다. 그러나 매수인이 제251조의 항변(Lösungsrecht)을 행사하여 매매대금과 상환으로 제3

그러한 관점에서 이해할 수 있다.

29) 대법원 1973. 3. 13. 선고 72다2207 판결, 대법원 1975. 5. 13. 선고 75다21 판결, 대법원 1976. 4. 27. 선고 75다2322 판결, 대법원 1980. 3. 11. 선고 80다78 판결, 대법원 1980. 3. 11. 선고 80다117 판결, 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다3122 판결, 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다25946 판결 등 다수. 판례는 그 결과 타인권리매매가 순차로 이루어져 다수의 전전매수인을 상대로 등기말소청구의 소가 제기되고 각자 불복 여부 및 판결정분송달시점의 차이로 인하여 패소판결확정시가 달라졌다면 손해액의 산정시기도 달라진다는 입장이다. 가령 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다25946 판결. 그밖에 대법원 1975. 6. 24. 선고 75다456 판결(집 23-2, 155)은 매매목적물에 대하여 환지에정지 지정처분이 있었던 경우 불능 당시를 기준으로 하여 환지에정지로 지정된 토지의 위치와 면적에 의하여 산출된 금액이 손해배상액이 된다고 한다. 한편 대법원 1977. 12. 13. 선고 77다1048 판결은 말소등기가 이루어진 때 권리가전이 불능이 되었다는 취지로 임할 소지가 있으나, 당해 사안의 쟁점은 소멸시효의 기산점이었다.

30) 대법원 1967. 5. 18. 선고 66다2618 전원합의체 판결.

31) 대법원 1977. 12. 13. 선고 77다1048 판결. 이에 (별다른 근거를 제시하지 아니한 채) 찬성하는 것으로, 김대정(주 27), 230면. 반면 이전불능이 된 때, 가령 추탈의 경우 패소판결이 확정된 때 시효가 기산한다는 견해로, 김중환/김학동(주 22), 252면(다만, 이는 시효의 기산점이 객관적으로 권리행사가 가능한 때이고 권리자의 주관적 사정은 고려되지 않는다는 원칙이 반드시 타당하지는 아니함을 보여주는 것이라고 한다).

의 권리자에게 목적물을 반환한 경우에 매수인은 매도인에게 매매대금의 반환을 구하지 못한다.³²⁾

좀 더 흥미를 끄는 상황은 매수인이 아직 추탈당하기 전 계약을 해제하였을 때이다. 민법은 이러한 경우를 예정하지 아니하였다. 이는 추탈원칙을 채택하였을 때에만 볼 수 있는 임박한 추탈의 항변, 즉 제588조를 두고 있고, 특히 제583조에서 동시이행의 항변권을 인정하면서도 전부타인권리매매에 관한 제570조, 제571조에 이를 준용하지 아니한 데서도 확인된다.³³⁾ 이때 우선 문제 되는 것은 매수인이 제3의 권리자에게 반환하여야 하는가, 아니면 매도인에게 반환하여야 하는가이다. 학설로는 매도인은 매수인에게서 반환받더라도 다시 권리자에게 인도하여야 하므로 매수인이 (권리자 이외에) 매도인에 대하여도 반환의무를 지는 것은 의문이고, 동시이행의 항변권도 인정할 수 없다는 견해가 있다.³⁴⁾ 그러나 매수인은 제3의 권리자의 물권적 반환청구(제213조)에 응하여 권리자에게 인도하는 것과 계약해제로 인한 채권적 원상회복청구권자인 매도인에게 인도하는 것 중 선택할 수 있고 이를 막는 법리는 존재하지 아니한다. 원칙적으로 어느 하나를 이행하면 다른 청구권자에 대하여도 의무를 면하며, 매도인도 매수인에게서 반환받아 자기가 (필요하다면 권리자에 대한 항변을 관철하면서) 권리자에게 반환할 수 있도록 매수인에 대하여 반환을 구할 이익이 있다고 봄이 옳다. 이때에는 동시이행의 항변도 당연히 인정되어야 한다.³⁵⁾ 제583조의 제536조 준용범위에서 제570조, 제571조를 제외한 것은 입법적 과오인 셈이다.

또한, 매수인은 원칙적으로 매도인에게 과실(果實) 및 사용이익도 반환하여야 한다.³⁶⁾ 사용이익은 (물권법적으로) 권리자에게 속하므로 그만 사용이익의 반환을 구할 수 있고, 매도인은 사용이익반환을 구할 수 없다는 견해가³⁷⁾ 있으나,

32) 프랑스에서도 그렇게 해석되고 있다. Cass. civ. 26. novembre 1956, J.C.P., 1957, II, n° 9919 et note par Voirin.

33) 潮見佳男(주 6), 245頁.

34) 김학동(주 24), 119-120면; 정길용, “타인의 권리의 매매계약이 해제된 경우의 법률관계”, 『토지법학』 제23-2호, 한국토지법학회, 2007, 271면 이하.

35) 이양희, “타인권리 매매 해제 시 원상회복의무”, 『대법원판례해설』 제111호, 법원도서관, 2017, 100면. 또한, 김대정(주 26), 226면. 물권적 반환청구권자와 채권적 반환청구권자가 서로 다른 경우 양자의 우열 일반에 대하여는 이동진, “보호예수유가증권의 반환관계와 증권예탁결제원의 공탁권”, 『저스티스』 제127호, 한국법학원, 2011, 477면 이하. 그러나 Bergmann(주 4), S. 70 ff는 물권적 반환청구권자가 우선한다고 한다.

36) 민법 제548조 제2항은 ‘이자의 가산’만 규정하고 있으나, 판례·통설은 그에 대응하여 사용이익도 반환하여야 한다고 본다. 대법원 2000. 2. 25. 선고 97다30066 판결, 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다26328, 26335 판결.

계약해제로 인한 매수인의 매도인에 대한 원상회복의무는 부당이득이라 하더라도 침해부당이득이 아닌 급여부당이득으로서, 매수인이 매도인의 급여로 사용이익을 받게 된 이상 매도인에게 반환하는 것이 부당하다고 할 수 없고 그러한 해석이 받은 날부터 이자를 가산하여 반환하는 것과는 균형이 맞다. 다만, 매수인이 권리자로부터 이미 추탈을 당하면서 그에게 사용이익을 반환하였다면, 그 범위에서 매도인에 대한 사용이익반환의무는 면한다고 봄이 옳다. 판례도 “민법 제570조에 따라 매매계약이 해제되는 경우 [...] 매수인 역시 특별한 사정이 없는 한 매도인에게 목적물을 반환할 의무는 물론이고 목적물을 사용하였으면 그 사용이익을 반환할 의무도 부담”하며, 이는 “매도인이 목적물의 사용권한을 취득하지 못하여 매수인으로부터 반환받은 사용이익을 궁극적으로 정당한 권리자에게 반환하여야 할 입장이라 하더라도 마찬가지”라면서, “다만, 매수인이 진정한 권리자인 타인에게 직접 목적물 또는 사용이익을 반환하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 매수인은 적어도 그 반환 등의 한도에서는 매도인에게 목적물 및 사용이익을 반환할 의무를 부담하지 않는다”고 한다.³⁸⁾ 매도인과 매수인 사이에는, 해제 전에는, 목적물반환관계가 존재하지 아니하나, 제3의 권리자로서는 (다소 의제적이기는 하나) 매도인을 간접점유자 겸 수익자, 매수인을 직접점유자 겸 수익자로 보아 누구에게든 (그 선·악의에 따라) 과실(果實) 내지 수익반환을 구할 수 있고,³⁹⁾ 매도인·매수인은 그 책임이 중첩되는 범위에서 부진정연대책임을 진다고 보아야 한다.

Ⅲ. 타인권리의 「이전불능」(2) - 재판에 의한 추탈과 소송고지의 해태

1. 역사적·비교법적 고찰

37) 김성룡, “타인의 권리의 매매를 둘러싼 당사자들의 책임의 요건과 범위”, 『인권과 정의』 제213호, 대한변호사협회, 1994, 79면 이하. 일본에서도 비슷한 주장이 제기되고 있다. 우선, 潮見佳男(주 6), 110-112頁.

38) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016다240 판결. 해설: 이양희(주 35), 94면 이하. 일본 판례도 같다. 日最判 1976(昭和51). 2. 13. 民集30卷1号1頁, 독일에서도 그렇게 본다. Bergmann(주 4), S. 73 f.

39) Bergmann(주 4), S. 73 f.

로마법상 추탈담보책임은 당초 매매목적물에 대한 악취행위(握取行爲; *mancipatio*)의 효력으로 인정되었다(*actio auctaritatis*). 당시 효력은 매도인에 대하여 추구하는 제2차적 책임이 아니라 제3의 권리자의 매수인에 대한 추탈소송에서 매도인이 매수인 대신 소송대리인 또는 보조참가인으로 방어하게 하는 것이었다. 추탈소송을 당한 매수인은 매도인에게 소송고지(*litem denutiare*, *auctorem laudare*)를 하고, 이때 매도인은, 사용취득(*usucapio*) 기간이 경과하지 아니한 이상, 매수인 대신 소송을 수행하여야 하였다. 즉 소송은 매도인(양도인)에게 이전되어 그만이 당사자로 자기 위험으로 소송을 수행하였어야 하였던 것이다. 이후 매매가 낙성계약이 되면서 매매의 효력으로, 추탈담보의 문답계약과 결합하여, 추탈담보책임이 인정되게 되었다. 매도인이 소송에 참여하면 그에게 판결의 효력이 미쳤다.⁴⁰⁾ 매도인의 매수인에 대한 속죄금, 배액배상 또는 전손배배상의무는 매도인이 이러한 의무를 이행하지 아니하거나 결국 제3자로부터 매수인을 방어하는 데 실패하였을 때 인정되었다.⁴¹⁾ 소송고지를 하지 아니하였다 하여 당연히 책임을 못 묻는 것은 아니었으나, 소송고지를 게을리하면 사실상 매수인 악의(*dolus*)로 간주되어 담보책임을 묻지 못하였다.⁴²⁾

그러나 제3의 권리자의 주장이 타당하다면, 굳이 추탈소송의 패소를 기다려 반환하는 것은 종종 지나치고, 또 소송이 아닌 방법으로 추탈되어도 좋다면 소송고지와 매도인의 소송참여를 일률적으로 요구하기도 어려워진다. 로마법은 판결이 아닌 중재나 화해는 담보청구의 사유로 인정하지 아니하였으나 제3의 권리자에게 보상하고 매매목적물을 보유한 경우에는 추탈에 준하는 사유로 인정하였고,⁴³⁾ 이러한 점과도 관련하여 당초 매도인의 의무였던 매수인 방어가 이제 매도인의 권리로, 그리고 추탈소송에서의 방어가 중심이었던 담보책임은 매도인에 대한 제2차적 책임추궁 중심으로 변화하였다.⁴⁴⁾

사정은 추탈원칙을 채택한 근대사법전에서도 비슷하였다. 프랑스민법 제1640조는 매수인이 매도인을 소환하지 아니한 채 패소판결이 확정된 경우에는 추탈

40) 가령 매수인이 추탈 대신 가액배상판결을 받는다면 (이러한 것도 추탈에 준하는 것으로 인정되었다) 그 효력이 매도인에게 미친다.

41) Kunkel/Honsell(주 10), S. 312; Wenger(주 3), S. 12 ff.

42) Wacke(주 2), S. 164 f. Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, 1. Teil. *Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg*, 1902, S. 5 ff., 특히 75는 소송고지가 추탈담보책임의 사실상(*quasi*)의 요건이었다고 한다.

43) Pomponius/Celsus, D. 21,2,29.

44) Bergmann(주 4), S. 50 f.

담보책임을 묻지 못한다고 정하고 있으나, 실제로 추탈이 이루어지기 전이라 하더라도 추탈의 위험이 임박한 때에는 담보책임을 물을 수 있다고 해석되고 있다.⁴⁵⁾ 스위스채무법 제193조는 매도인의 책임 없이 소송고지를 하지 아니한 채 추탈당한 경우, 적시에 소송고지를 하였다면 더 유리한 결과를 얻었을 것임이 증명되면 매도인은 그 한도에서 담보책임을 면한다고 정하여, 소송고지를 하지 아니한 데서 더 나아가 그로 인하여 추탈소송에서 패소하였음을 증명할 것을 요구하고, 제194조에서는 추탈소송에서 패소판결 전에 매수인이 선의로 제3자의 권리를 승인하거나 중재/화해에 응하였다 하더라도, 제3자의 권리주장을 매도인에게 적시에 알렸음에도 그가 소송을 수행하지 아니하였던 것이라면 담보책임을 물을 수 있고(제1항), 매수인이 물건의 반환의무를 지고 있음을 증명한 경우에도 담보책임을 물을 수 있다고(제2항) 정한다. 재판에 의한 추탈은 더는 엄격하게 요구되지 아니하고, 소송고지도 더는 절대적 요건이 아닌 것이다.

다른 한편 권리조달원칙을 채택한 경우에도 소송고지 등을 통하여 매도인에게 방어할 기회를 주어야 한다는 점은 인정되고 있다. 가령 오스트리아일반민법 제931조는 양수인이 물건에 대하여 제3자에 의하여 제기된 청구를 이유로 담보청구를 하고자 한다면 전자(前者)에게 소송을 고지하여야 하고, 이를 하지 아니한 경우 담보청구권을 잃지는 아니하나 그 전자는 제3자에게 제기되지 아니한 채 남은 항변으로 양수인에게 대항할 수 있고, 이들 항변이 적절하게 행사되었더라면 제3자에 대하여 다른 재판에 이르렀을 것인 때에는 그 한도에서 보상책임을 면한다고 정한다. 미국 계약법에서도 소송고지를 하지 아니하면 권원에 대한 담보책임을 사실상 묻지 못한다.⁴⁶⁾ 독일민법에서도 명문 규정이 없는 한 소송고지의무를 인정할 수는 없으나, 이는 매수인청구의 법적 요건이 아니라는 뜻일 뿐, 매수인의 과실 또는 신의위반(treuwidrig)을 이유로 담보책임을 부정할 수 있다고 해석되고 있다.⁴⁷⁾

나아가 매수인 고유의 방어방법이 있다면 매수인은 성실하게 방어하여야 한

45) Barret, Vente. 3^o effet, rép.dr.civ., 2015, n^o 424 et suiv. 매매목적물 위의 지당권의 실행 위험이 그러한 경우에 속한다. 그러나 소제기를 요하는 것은 아니다. 이미 Pothier, Traité du contrat de vente, 1818, n^o 95.

46) Bourdeau et al.(주 5), §§704, 721.

47) Bergmann(주 4), S. 81 f.; Wacke(주 2), S. 142. 또한, BGHZ 5, 337 [매수인이 도품(盜品)이라며 반환을 구하는 소유자에게 매매목적물인 차를 반환하고 매매계약을 해제하였는데, 그때가 매도인과 소유자 사이에 매도인이 대가를 지급하고 차의 소유권에 관하여 화해가 이루어지려던 시점이었다면, 매수인의 성급한 행위는 신의에 반한다고 한 사안].

다. 로마법에서도 사용취득이 가능함에도 방어를 게을리하여 추탈소송에서 패소하거나 영구적 유치권이 인정되는 때에도 그 주장을 게을리하여 추탈소송에서 패소하면 추탈담보책임을 물을 수 없었고,⁴⁸⁾ 오늘날에도 비교법적으로 선의 취득, 취득시효 등 항변이 있거나 매수인이 소유자를 상속하는 등의 사정이 있으면 담보책임을 물을 수 없다는 데 일치한다.⁴⁹⁾

2. 민법의 해석

민법은 매수인의 소송고지나 권리주장에 대한 통지의무를 명문화하지 아니하였다. 수치인이 제3의 권리주장자가 소를 제기하거나 임치물을 압류한 때에는 지체없이 임치인에게 통지하게 한 것(제696조)과 대비된다. 그러나 매수인의 귀책사유로 이전불능이 된 경우에는, 담보책임을 묻지 못한다고 해석되고 있다.⁵⁰⁾ 매수인이 직접 권리자로부터 목적물을 매수한 경우가 그 예이다. 판례도 일반적으로 “매도인이 그 타인의 권리를 매수인에게 이전하기 전에 어느 사유로 인하여 이행불능이 된 경우에는 매도인은 이전의무를 이행할 수 없는데에 따른 하자담보책임을 져야 함은 물론이나, 그 하자 즉, 이행할 수 없는 사유가 오직 매수인의 책임으로 인한 것이라면, 매수인은 자기의 귀책사유는 체쳐놓고, 이행불능된 사실만을 앞세워 매도인에게 하자담보책임을 물을 수는 없”다면서, 미등기전매의 매도인이 (원)매도인으로부터 인감증명, 매도증서 등 소유권이전에 필요한 서류를 교부받아 이를 자신의 (전)매수인에게 교부하였으나 전매수인이 소유권이전등기절차를 밟고 있지 아니하다가 인감증명의 유효기간을 넘겨 원매도인에게 재교부를 요구하였으나 원매도인이 세금관련으로 이를 미루던 중 원매도인의 채권자가 목적물을 경매하여 이전이 불능이 되었다면 이전받지 못한 책임은 오직 매수인에게 있다고 한바 있다.⁵¹⁾ 반면 매수인이 정당한 추탈을 저

48) Wacke(주 2), S. 166 ff. 가령 “retinere posse” 주장이나 usucapio 주장이나 매수인의 과실(culpa)로 간주되어 추탈담보책임을 물을 수 없었다.

49) 가령 Staudinger/Köhler, 13. Aufl., 1995, §434 Rz. 5 (독일); Basler/Honsell, 6. Aufl., 2015, Art. 192 OR, N. 3 (스위스).

50) 박윤직(주 22), 141면; 김대정(주 27), 225면; 김중환/김학동(주 22), 250면; 김학동(주 24), 102-103면; 남효순(주 19), 338면(신의칙상 당연하다고 한다).

51) 대법원 1979. 6. 26. 선고 79다564 판결. 미등기전매를 타인권리매매로 본 판례 중 하나이다. 평석으로, 최휴섭, “타인의 권리의 매매에 있어서 귀책사유 있는 매수인에 대한 매도인의 담보책임”, 『법조』 제29권 제2호, 법조협회, 1980, 특히 80-81면[매수인(채권자)의 협

지하기 위하여 매도인으로부터 권리를 취득한 때에는 매수인에게 귀책사유가 있다고 할 수 없다.⁵²⁾

한편, 판례는 매수인이 등기부취득시효를 주장하여 추탈을 막을 수 있었음에도 이를 게을리하여 패소판결을 받았다 하더라도 그 기판력은 말소등기청구권에만 미칠 뿐 소유권 자체에는 미치지 아니하므로, 매수인은 소유권을 회복할 수 있어 소유권을 상실하였다고 할 수 없다는 매도인의 주장을, 원고 매수인이 “이 사건 대지의 소유권을 상실하는 손해는 원고가 위 소송에서 패소확정됨으로써 구체적·확정적으로 발생하였고, 원고가 현재 피고 주장과 같은 소유권회복방법을 취하지 않고 있을 뿐더러 가사 이러한 조치를 취하더라도 향후 판결이 어떻게 될지 확실히 예측할 수 없는 이상 위 손해가 없다고 할 수 없다는 이유로 이를 배척한 원심의 판단은 옳다”고 한 바 있다.⁵³⁾ 그러나 학설로는 점유취득시효는 별론으로 하더라도, 선의취득이나 등기부취득시효의 경우 주장하지 아니하여 추탈당하였다면 권리이전의무를 이행하였다고 보아야 한다는 견해가⁵⁴⁾ 주장되고 있고, 또 타당하다. 매도인이 선의취득을 하였거나 등기부취득시효를 완성하여 매도한 경우에는 타인권리매매가 아니고, 매도인이 매수인에게 선의취득시켜준 경우에도 이전불능이 아니다. 그러나 이러한 경우에도 절차적으로는, 즉 추탈소송에서는 제3자가 자기에게 속한 물건으로 양도된 바 없음을 주장, 증명하면 매수인이 선의취득이나 등기부취득시효를 항변하여 증명하여야 한다. 이를 위하여 매수인은 매도인에게 문의하거나 경우에 따라서는 그 협력을 구할 필요가 있다. 그러한 책무가 인정되는 한, 매수인이 취득한 뒤 일정기간이 지나 비로소 등기부취득시효가 완성되거나 점유취득시효가 완성된 경우도 달리 볼 이유가 없을 것이다. 매수인 협력의 필요성과 작용은 이들 모두에서 다르지 아니하기 때문이다. 연혁적으로도 추탈담보책임을 묻기 위해서는 사용취득(usucapio)이 배제되어야 했다. 매수인에게는 추탈을 저지할 수 있는 고유의 항변을 제기하여 성실히 방어할 책무가 있음은 물론, 매도인에게 추탈을 저지할 항변이 있는지를 확인할 책무도 있는 것이다.

나아가 매수인이 제3자의 권리주장이 적법하고 확고하다고 판단하여 자발적

력의무 위반이라고 한다].

52) 대법원 1982. 12. 28. 선고 80다2750 판결.

53) 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다25946 판결.

54) 김성룡(주 37), 77-79면.

으로 권리자에게 목적물을 반환하였다면 추탈당하지 아니하였다 하더라도 이전 불능으로 보아야 한다.⁵⁵⁾ 매수인이 권리자의 추탈을 막기 위하여 출재(出財)하여 권리를 취득하였을 때에도 매도인은 책임을 진다.⁵⁶⁾ 판례도 “국가가 앞서 본 바와 같은 이유를 들어 원·피고 등을 상대로 제기한 소유권이전등기의 말소를 구한 위 소송에서 원고가 그 주장과 같은 사정으로 부득이 확정판결이 있기 전에 미리 국가와의 사이에 위와 같은 내용의 법정화해를 하고 이에 따라 원고 명의의 소유권이전등기의 말소에 갈음하여 국가 앞으로 소유권이전등기를 경료하여 주기에 이름으로써 원고는 피고와의 매매계약에 기하여 일단 이전받은 그 소유권을 진실한 소유자로부터 추탈당하였고 이로써 타에 특별한 사정이 없는 한 매도인인 피고는 그 권리를 매수인인 원고에게 이전하는 것이 사회통념상 불능한 상태에 이른 경우에 해당한다고 볼 수 있다 할 것이며, 비록 원고가 그 주장과 같이 다시 국가로부터 이 사건 토지를 매수하기로 하는 내용의 법정화해를 하였고, 이에 따라 그 후 이 사건 토지를 다시 매수하였다” 하더라도 여전히 담보책임을 물을 수 있고,⁵⁷⁾ 매수인이 권리자로부터 토지를 다시 매수한 경우 권리이전의무는 매수시 이행불능이 되었다고⁵⁸⁾ 한다. 제576조 제2항이 매수인의 출재(出財)로 소유권을 보존한 경우에 매도인에 대하여 구상할 수 있다고 정한 것은 이러한 일반법리의 실정화라고 할 수 있다.

IV. 매수인의 「선의」

1. 역사적·비교법적 고찰

로마법상 매도인은 권리조달의무를 지지 아니하였고, 방해받지 아니하는 점유·사용을 담보할 의무(habere licere)를 질뿐이었다. 매도인이 지는 악취행위 의무는 결과채무(rem dare; Erfolgspflicht)가 아닌 행위채무(facere; Handlungspflicht)였다.⁵⁹⁾ 그리하여 담보책임 고유의 효과로는 손해배상이 인정되지 아니하였으나,

55) 김대정(주 27), 225(매수인에게 귀책사유가 없는 경우라고 한다); 김학동(주 24), 101면; 남효순(주 19), 332-333면(자발적 권리추탈이라고 한다).

56) 김학동(주 24), 101면; 남효순(주 19), 333면(권리보전이라고 한다).

57) 대법원 1982. 12. 28. 선고 80다2750 판결.

58) 대법원 1980. 3. 11. 선고 80다78 판결.

매도인이 타인권리임을 알면서(dolus) 매도한 때에는 매수인소권(actio empti)으로 소유권을 취득하지 못한 데 대하여 전손해배상을 구할 수 있었다. 이는 추탈을 전제하지 아니하였으나, 계약상 권리조달의무 위반에 대한 책임이 아닌, 앞서 본 매도인의 세 의무 중 두 번째, 즉 사기금지 위반에 대한 책임이었다.⁶⁰⁾ 다만 매수인이 악의일 때에는 매도인에게 사기/악의가 있다고 할 수 없으므로 매수인소권에 의한 책임을 물을 수 없었다.⁶¹⁾ 이후 매도인 악의 요건은 점차 완화되었으나, 매수인 선의 요건은 오늘날까지 다수의 입법례에 반영되어 있다.

오늘날에는 타인권리매매에서 비교법적으로 예외 없이 손해배상을 인정하는데, 그 대부분은 일정한 손해배상청구에는 매수인의 선의를 요구하고 있다. 그러나 그 구체적 범위에는 상위(相違)가 있다. 가령 프랑스민법 제1630조 제4호는 손해배상을 인정하면서, 제1599조 제2항은 매수인이 선의라면 손해배상을 구할 수 있다고 규정한다. 다만, 이 규정이 물적 제한이 있는 경우에도 적용되는지, 또 악의의 타인권리매매에서도 손해배상을 인정해야 하는 것 아닌지가 다투어진다.⁶²⁾ 2002년 개정 전 독일민법 제440조 제1항, 제326조는 권리하자에 계약책임법에 따른 손해배상을 인정하는데, 제439조 제1항은 매도인은 매수인이 계약체결시 하자를 알았을 때에는 권리하자에 대한 책임을 지지 아니한다고 일반적으로 규정하면서, 제2항에서 저당권·토지채무, 가등기 등은 알았을 때에도 말소하여야 한다고 하고 있었다.⁶³⁾ 오스트리아일반민법의 경우 손해배상은 2002년 개정으로 신설된 제933조a에서 양도인에게 하자에 대하여 과실이 있을 때에 인정하는 것으로 하였는데, 다른 한편 제929조는 타인의 물건임을 알면서 인수한 사람은 명시적 포기와 함께 담보청구권을 가지지 아니한다고 한다. 스위스채무법 제195조도 매수인은 추탈로 직접 야기된 손해의 배상 이외에(제1항 제4호), 매도인에게 과실이 없음을 증명하지 못하는 한 기타의 손해배상도(제2항) 구할 수 있게 하는데, 제192조 제2항은 매수인이 매매계약체결 당시 추탈

59) Kaser, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., 1971, §130 V und §131 I; Peters(주 8), S. 181; Wacke(주 2), S. 143 f.

60) Wacke(주 2), S. 159.

61) Kaser(주 59), §131 I 1; Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 20. Aufl., 2014, §41 Rz. 26; Rabel(주 42), S. 94-95, 105.

62) Barret(주 45), n° 457-462 et 509 (전손해배상).

63) Staudinger/Köhler, 13. Aufl., 1995, §439 Rz. 9 (제2항은 다른 경우에 유추되지 아니함), §440 Rz. 37 f. (이행이익을 포함한 전손해배상).

위험을 알았다면 매도인은 명시적으로 담보한 경우에 한하여 담보책임을 진다고 정하여, 이를 제한한다.⁶⁴⁾ 그러나 위 규정은 타인권리매매가 아닌 물적 제한에는 적용되지 아니한다고 해석되고 있다.⁶⁵⁾ 미국 계약법에서는 담보(warranty) 위반에 대하여 계약책임을 물을 수 있으나, 계약시 매수인이 알았던 물적 제한/부담에는 담보(warranty)가 미치지 아니한다고 한다.⁶⁶⁾

2. 민법의 해석

(1) 제570조 제1항 제2문은 악의의 매수인은 손해배상을 청구할 수 없다고 규정한다. 같은 규정은 선의 매수인의 손해배상청구권을 정면에서 규정하지는 아니한다. 그러나 일반적으로 독자적인 손해배상을 인정·전제한 규정으로 이해되고 있다. 제572조, 제573조는 선의 매수인이 손해배상을 구할 수 있음을 정면에서 밝히고 있다.

제570조 제1항의 손해배상을 구하려면 매수인은 계약체결 당시 타인권리라는 점을 알지 못하였어야, 즉 선의여야 한다.⁶⁷⁾ 악의의 매수인은 이전불능 가능성을 예상하였으므로 보호할 필요가 없기 때문이라고 한다. 그러나 본조의 책임은 매수인의 전형적 의사 추정에 기초한다. 그러므로 악의의 매수인은 이전불능 가능성을 염두에 두었으므로 매도인에게 손해배상에까지 미치는 높은 수준의 보증의사를 귀속시킬 필요가 없거나 그러한 의사를 귀속시키는 것이 대개 부적절하다고 하는 것이 나은 설명이다. 나아가 본조의 선의 요건은 의사 추정의 한 단서에 불과하므로 더 유력한 단서가 있다면 추정이 반복될 수 있다. 판례가 매도인과 매수인이 특약으로 권리귀속의 흠을 문제 삼지 아니하기로 한 경우에는 악의에 준하여 본조의 책임을 물을 수 없다고 한 이유이다.⁶⁸⁾ 한편

64) 이들 규정은 동산매매에 관한 것이지만, 스위스채무법 제221조에 의하여 부동산매매에 준용된다.

65) Honsell(주 49), N. 5-6.

66) Bourdeau et al.(주 5), §717.

67) 박윤직(주 22), 141면; 김대경(주 27), 227면; 김중환/김학동(주 22), 252면. 그러나 제570조 제1항의 손해배상책임은 매도인이 권리이전을 위하여 상당한 행위를 한 경우를 전제한 것으로, 매도인이 상당한 행위를 하면 권리를 이전할 수 있는데도 이를 행하지 아니한 경우에는 매수인은 악의라 하더라도 책임을 진다는 견해로, 김주수, 「채권각론」 제2판, 삼영사, 1997, 203면. 이때에는 본조의 손해배상책임이 아닌 일반 채무불이행책임을 물을 것이다. 그밖에 악의 요건을 삭제하자는 입법론으로, 오종근, “민법 담보책임법 개정안”, 「법학논집」 제17권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2012, 62면 이하.

매수인이 타인소유임을 알고 있었어도 매도인이 권리이전을 보증하고 그 위반에 대한 책임을 인수할 수 있음은 물론이다.⁶⁹⁾

반면 제576조 제1항은 매수인의 선·악의를 문제 삼지 아니한다. 이러한 차이는 제576조가 열거하는 (비점유)담보권은 그 존재만으로는 매수인의 사용·수익에 별다른 방해가 되지 아니하므로 추후 매도인이 말소시켜주리라고 것으로 기대하고 그 존재를 알면서도 매수할 수 있을 것이라는 고려에 근거한다.⁷⁰⁾ 즉, 이 경우에는 매수인이 악의라는 점만으로 저장권 등의 부담을 인수할 의사였으리라고 추정할 수 없고 오히려 원칙으로 돌아와 저장권 등을 말소하여 줄 의사라고 추정하여야 한다는 것이다. 판례·통설이 점유를 수반하지 아니하는 물적부담 일체, 즉, 가등기담보 등에 관한 법률에 따른 담보가등기, 청구권보전을 위한 가등기와 가처분·가압류에 제570조가 아닌 제576조를 유추하는 까닭이 여기에 있다.⁷¹⁾

비교법적 고찰에서도 간취할 수 있듯이, 이러한 구분이 논리필연적인 것은 아니다. 그러나 모든 정형화에 한계가 있음에 비추어볼 때 제3자의 권리의 종류와 매수인의 선·악의에 따른 이러한 구분은 입법적 선택으로 일응 납득할 수 있다. 그로 인한 불합리는 필요한 경우 묵시적 보증 또는 면책의사를 적극적으로 인정함으로써 대응함이 옳다.

(2) 나아가 타인권리매매라는 점에 대하여 매수인이 악의일 때, 담보책임이 미치지 아니하는 것과 별개로, 일체의 손해배상을 부정하여야 하는지도 생각해 볼 필요가 있다. 로마법과 같이 소유권이전의무를 부정하는 입장에서는 그러한 태도가 오히려 자연스러운 것이나, 오늘날에는 악의의 매수인도 매매를 의도한

68) 대법원 1994. 6. 14. 선고 93다29631 판결(부동산매매계약서상 특약조건으로 “매수인은 매도인이 대리매매한 데 대하여 차후 민·형사사건을 제기치 안하기로 한다”고 되어 있는 경우, 매도인이 실질적인 소유자가 아니어서 매수인이 토지 소유권을 유효하게 취득하지 못하는 경우에도 매수인이 책임을 묻지 아니하고 원상회복으로 만족하겠다는 취지로서, 매수인이 그 토지가 매도인의 권리에 속하지 아니함을 안 경우와 같이 취급받겠다는 의미라고 봄이 상당하다고 한다).

69) 高橋眞(주 22), 199-200頁. 스위스채무법 제192조 제2항은 이를 명문으로 정한다.

70) 우선, 남효순, “가등기에 기한 본등기경료로 인한 매도인의 담보책임에 있어서 적용규정과 손해배상의 범위”, 『민사판례연구』 XVI, 민사판례연구회, 1994, 92-93면. 또한, 곽윤직(주 22), 145-147면; 김대정(주 27), 266면; 양창수/김재형(주 24), 524면.

71) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다21784 판결(청구권보전을 위한 가등기), 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011다1941 판결(가압류). 김증한/김학동(주 22), 265면; 양창수/김재형(주 24), 525면.

것이고 그러한 매매계약도 유효하므로 담보책임은 별론, 계약책임을 물을 가능성은 열어두어야 하는 것 아닌가 하는 점이다.

판례도 같은 취지에서 제570조 제1항의 손해배상책임과 일반계약책임(제390조)의 경합을 인정한다. 문제는 이때 채무자 과실의 증명책임이다. 대법원 1970. 12. 29. 선고 70다2449 판결은 “원고는 이 사건 매매계약 당시 이 사건 토지의 소유권이 피고에게 속하지 아니함을 알고 있었으므로 원고는 민법 제570조 단행에 의하여 피고에게 대하여 이 사건 이행불능을 원인으로 하여 손해배상을 청구할 수 없는 것이고 다만 이 사건 이행불능이 피고의 귀책사유로 인하여 이루어진 것인 때에 한하여 원고는 피고에게 대하여 이로 인한 손해배상을 청구할 수 있는 것이므로 이 사건 이행불능이 피고의 귀책사유로 인한 것인가 아닌가의 점은 원고가 이를 주장·입증하여야 할 것이고, 이행불능이 있었다고 하여 만연 이는 피고의 귀책사유로 인한 것이라고 추정을 할 수는 없”다고 한다. 이때 일반계약책임에서 채무자 과실의 증명책임을 전환하는 것이다. 통설은 채무불이행책임에서 귀책사유가 없음은 채무자(매도인)가 주장·증명하는 것이 원칙(제390조 참조)이라면서 이에 비판적이다.⁷²⁾

그러나 위 판례는 타인권리매매 일반이 아닌 매수인 악의인 경우에 대한 것임에 유의하여야 한다.⁷³⁾ 제570조 제1항 제2문이 이때 담보책임의 효과로서 손해배상을 배제하는 것은 매수인이 악의인 경우 매도인이 권리이전을 보증(Garantie)할 의사를 귀속시킬 수는 없다는 평가를 전제한다. 그러므로 매도인의 권리조달의무(제569조)도 이때에는 행위·수단채무(obligation des moyens), 즉, 권리이전을 위하여 합리적인 노력을 하겠다는 정도의 의무로 「해석」함이 상당하다. 의무위반, 즉 과실을 매도인(채권자)이 적극적으로 주장·증명하여야 한다는 판례는 결과적으로 이러한 취지를 실현한다.⁷⁴⁾ 판례가 결론에 있어서

72) 김재형, “부동산의 미등기전매가 타인의 권리매매에 해당하는지 여부”, 『인권과 정의』 제260호(1998), 대한변호사협회 = 민법론(2), 박영사, 2004, 136면; 김학동(주 24), 109면; 남효순(주 19), 345면; 서민(주 24), 137면; 양창수/김재형(주 24), 511면. 한편, 장재현, 「채권법각론」, 경북대학교 출판부, 2012, 239면은 ‘매수인이 매도인의 귀책사유를 입증하여 채무불이행에 의한 계약의 해제와 손해배상을 청구할 수 있다’는 ‘판례의 견해에 동의한다’고 하는데, 증명책임에 대하여도 동의한다는 취지인지 반드시 분명하지는 아니하다.

73) 판례·통설은 제570조 제1항에 따라 이행이익배상을 구할 수 있다고 보므로, 일반계약책임을 물을 실익이 있는 것은 사실상 매수인이 악의일 때뿐이다.

74) 같은 취지로, 김형석, “권리의 하자를 이유로 하는 담보책임의 성질”, 『법학논총』 제35집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2018, 289면(다만, 수단채무에서도 불이행과 과실은 개념적으로는 구별된다는 전제하에 통설이 이론적으로는 타당하다고 한다). 나아가 森田宏樹,

부당하다고 하기는 어렵다.

다른 한편 판례는, 미등기전매에서 전매나 (부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률이 적용되지 아니하는) 명의신탁에서 신탁자의 매도에 대하여 “사실상으로 처분할 수 있을 뿐 아니라 법률상으로도 처분할 수 있는 권원에 의하여 매도한 것이므로” 이를 타인권리매매라고 할 수 없다고 한다.⁷⁵⁾ 이번에도 학설은 대체로 이에 비판적이다. 매매계약체결 당시에 권리가 타인에게 귀속하였고 결과적으로 그로 인하여 (전)매수인에게 권리를 이전해주지 못하였다면 이를 타인권리매매로 보아야 한다는 것이다.⁷⁶⁾

논리적으로 미등기전매가 타인권리매매에 해당한다는 데는 의문의 여지가 없다. 그러나 이들 판례는 앞서 본 매수인 악의의 타인권리매매의 경우 일반 채무불이행책임을 묻기 위해서는 채권자(매수인)가 채무자의 귀책사유를 주장·증명하여야 한다는 판례법리를 전제하여야 이해할 수 있다.⁷⁷⁾ 미등기전매의 매수인은 매매목적물이 매도인 앞으로登記되어 있지 아니하므로 권리가 타인에게 속함을 알고 있었을 가능성이 높다.⁷⁸⁾ 그런데 이를 타인권리매매라고 하면 제570조 제1항에 의하여 손해배상책임을 묻지 못할 뿐 아니라 일반계약책임을 물으려 해도, 판례에 따르는 한, 매수인(채권자)이 귀책사유를 증명하여야 하므

“買主が惡意の場合における他人の權利の賣主の責任-「手段債務」としての權利移轉義務”, 『債權法改正を深める』, 2013, 3頁 以下. 한편, 김주수(주 67), 203면은 매수인이 악의인 경우에도 매도인이 권리이전을 위하여 상당한 행위를 하는 것을 기대하고 있는 것이 보통이고 본조 단서는 매도인이 그러한 행위를 하는 것을 전제하고 있다고 한다. 별 논거 제시 없이 판례를 지지하는 것으로 박원철, “타인의 권리매매와 이행불능”, 『사법논집』 제5집, 대법원 법원행정처, 1994, 173면.

75) 대법원 1972. 11. 28. 선고 72다982 판결, 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다55245 판결, 대법원 1996. 8. 20. 선고 96다18656 판결.

76) 박윤직(주 22), 140-141면; 김대정(주 27), 224-225면; 김주수(주 67), 201-202면; 김학동(주 24), 109-111면; 남효순(주 19), 307면; 박송하, “부동산의 미등기 전매가 타인의 권리의 매매에 해당하는지의 여부”, 『대법원판례해설』 제6호, 법원도서관, 1987, 80면; 박원철(주 74), 158면 이하; 배기원, “매도인의 담보책임 - 대지매매를 중심으로 -”, 『사법논집』 제7집, 대법원 법원행정처, 1976, 219면; 서민(주 24), 135면; 양창수/김재형(주 24), 509면. 한편, 박동진, 『계약법강의』, 법문사, 2016, 639면은 매매대금을 전부 지급하고 등기에 필요한 서류도 모두 인도받은 때에는 사실상 처분권이 있어 타인권리매매가 아니라고 한다. 한편, 제570조의 담보책임은 원시적 불능에 한하여 인정된다는 이유에서 위 판결에 찬성하는 견해로, 윤기택, “타인의 권리의 매매의 경우에 있어서의 법률관계”, 『청주대 법학논집』 제12권, 청주대학교 출판부, 1997, 242면 이하.

77) 김재형(주 72), 171-136면.

78) 박윤직(주 22), 141면도 “매도인이 타인으로부터 권리를 매수하였으나 아직 등기를 이전하고 있지 않음을 알고 있는 매수인은, 악의”라고 한다.

로⁷⁹⁾ 손해배상책임은 묻지 못할 가능성이 높다. 판례는 이러한 경우는 아예 타인권리매매가 아니라고 함으로써 귀책사유 증명책임 전환을 피하고 일반 채무불이행책임을 물을 가능성을 확보한 것이다.⁸⁰⁾

미등기전매의 경우 타인소유이기는 하나 매도인이 이미 소유권을 조달할 수 있는 법적 권한(채권적 권리)을 확보해둔 상태라는 점에서 다른 타인권리매매와 다르다. 말하자면 이는 다른 타인권리매매와 자기권리매매의 중간영역에 해당한다. 그러므로 이러한 사안에 대하여 매수인(채권자)이 악의라 하더라도 행위 내지 수단채무가 아닌 결과채무로 구성하는 것은 그 나름 합리적인 측면이 있다. 매도인이 결과채무를, 즉 실체법적 보증은 아니라 하더라도 증거법적 보증은 인수하였다고 봄이 옳을 수 있다는 것이다. 다만, 그러한 결론은 미등기전매에서 권리취득·이전의무의 (추정적 의사와 전형적 이익상황을 고려한) 내용「해석」 자체에서 도출되면 족하고, 이를 위하여 아예 타인권리매매가 아니라거나 본조가 적용되지 아니한다고 볼 이유는 없을 것이다.

V. 결론

권리하자는 그 자체로는 매수인의 사용·수익을 방해하지 아니한다. 역사적·비교법적으로 추탈을 요건으로 담보책임을 인정한 이유이다. 그러나 매수인이 법적 불안에서 적시에 벗어날 수 있게 하는 것 또한 중요한 이익이다. 오늘날 권리조달원칙이 승리한 까닭이다. 다만 후자는 주로 계약의 구속에서 벗어나는 국면에, 전자는 주로 손해배상에 관계한다는 점에 주의할 필요가 있다. 매수인이, 특히 동산매매에서, 추탈 없이 담보책임을 물음으로써 이중의 이득을 취하게 해서는 안 되고, 추탈에 이르러야 매수인의 손해가 구체화되어 손해액 산정이 가능해진다는 점도 고려하여야 하는 것이다. 민법은 이전불능을 요건으로 할 뿐이나, 매수인의 해제의 요건으로서 이전불능과 매도인의 (제571조에

79) 민법 제390조에서 채무자의 귀책사유 추정의 근거와 적용범위에 대하여는, 이동진, “위험 영역설과 증거법적 보증책임: 증명책임 전환의 기초와 한계”, 『저스티스』 제138호, 한국법학원, 2013, 180 이하.

80) 실제로 대법원 1972. 11. 28. 선고 72다982 판결은 타인권리매매가 아니라는 점으로부터 “의무이행불능이 자기의 귀책사유에 의한 것이 아니라는 주장과 입증을 하지 않는 한 매도인은 그 손해를 배상할 의무가 있다”는 결론을 끌어내고 있다.

따른) 해제의 요건으로서 이전불능을 같이 볼 수 없고, 손해배상과 관련하여서는 원칙적으로 추탈이 필요하다고 보아야 한다. 판례 중에는 손해배상청구권의 소멸시효의 기산점을 사실상 추탈을 안 때로 한 것이 있는데, 이를 이러한 관점에서 이해할 수 있다. 다른 한편 추탈 없이 담보책임을 물을 수 있게 한 결과 매수인도 매매목적물과 과실(果實) 등을 반환하여야 하는 문제가 생겼는데, 민법은 이를 배려하고 있지 아니하나 제3의 권리자는 물론 매도인에게도 반환할 수 있다고 해석함이 옳을 것이다.

타인권리매매로 인한 담보책임을 역사적으로 소송고지를 통하여 추탈소송에 매도인을 참여시키는 데서 매도인에게 제2차적 책임을 묻는 것으로 발전하였다. 이때에도 매수인은 최선의 방어를 하여야 하고 필요한 경우 매도인의 도움을 받아야 하나, 그 판단은 더는 형식적이지 아니하고 실질화·유연화하였다. 그리고 이때 매도인을 통하여 할 수 있거나 매수인이 하여야 하는 항변에는 취득시효(사용취득) 등이 포함되었다. 이는 소송고지를 요구하지 아니하고 추탈판결도 요구하지 아니하는 민법에서도 같다. 판례 중에는 취득시효주장을 할 수 있었음에도 하지 아니한 것을 담보책임배제의 사유로 고려하지 아니한 것이 있으나, 의문이다.

타인권리매매로 인한 담보책임 중 손해배상에는 매수인의 선의를 요구한다. 이는 역사적·비교법적으로 상당한 전거가 있는 요건이지만, 그 구체적인 형태에는 나라마다 다소의 상위가 있다. 무엇보다도 이 요건이 전형적인 의사를 추정하는 것으로, 정형화의 한계로 인하여 어느 곳에서 경계선을 그을지 하나의 정답이 있다고 하기 어렵기 때문이다. 그러나 타인권리매매와 달리 비점유담보권 등에 대하여는 매수인의 선의를 요구하지 아니하는(제576조 제1항) 민법의 결정은 나름 설득력이 있고, 존중되어야 한다. 가압류·가처분·가등기 등에 제570조가 아닌 제576조를 유추하여야 하는 까닭이다. 그 결과 구체적 사안에서 생길 수 있는 불합리는 묵시적 담보 또는 면책약정을 다소 유연하게 인정하여 대응하여야 한다. 이러한 점에서 매수인이 악의인 경우 담보책임은 부정하면서도 일반계약책임은 긍정하고 채무자, 즉 매도인의 과실을 채권자, 즉 매수인으로 하여금 주장·증명하게 한 판례는 설득력이 있다. 이때 매도인은 전형적으로 수단·행위채무만 인수한다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 미등기전매의 경우 매도인에게 취득 및 이전의 법적 권능이 있었다는 점에서 단순한 수단·행위채무는 당사자의 전형적 의사와 어긋날 수 있다. 미등기전매는 ‘타인권리매

매가 아니'라는 판례는, 그 논리적 흠에도 불구하고, 이러한 문제를 해결하기 위한 구성으로 이해된다.

투고일 : 2021.5.14. / 심사완료일 : 2021.6.8. / 게재확정일 : 2021.6.10.

[참고문헌]

- 곽윤직, 「채권각론」 제6판, 박영사, 2014.
- 편집대표, 「민법주해 IX 채권(2)」, 박영사, 1997.
- 편집대표, 「민법주해 XIV 채권(7)」, 박영사, 1997.
- 김대정, 「계약법」, 청목출판사, 2019.
- 김용담 편집대표, 「주식 민법 채권각칙(3)」 제4판, 한국사법행정학회, 2016.
- 김주수, 「채권각론」 제2판, 삼영사, 1997.
- 김증한/김학동, 「채권각론」 제7판, 박영사, 2006.
- 박동진, 「계약법강의」, 법문사, 2016.
- 양창수/김재형, 「민법 I. 계약법」 제2판, 박영사, 2015.
- 장재현, 「채권법각론」, 경북대학교 출판부, 2012.
- 김성룡, “타인의 권리의 매매를 둘러싼 당사자들의 책임의 요건과 범위”, 「인권과 정의」 제213호, 대한변호사협회, 1994.
- 김재형, “부동산의 미등기전매가 타인의 권리매매에 해당하는지 여부”, 「인권과 정의」 제260호(1998), 대한변호사협회 = 민법론(2), 박영사, 2004.
- 김학동, “타인의 권리의 매매에서의 담보책임에 관한 고찰”, 「저스티스」 제66호, 한국법학원, 2002.
- 김형식, “권리의 하자를 이유로 하는 담보책임의 성질”, 「법학논총」 제35집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2018.
- 남효순, “가등기에 기한 본등기경료로 인한 매도인의 담보책임에 있어서 적용규정과 손해배상의 범위”, 「민사판례연구」 XVI, 민사판례연구회, 1994.
- 박송하, “부동산의 미등기 전매가 타인의 권리의 매매에 해당하는지의 여부”, 「대법원판례해설」 제6호, 법원도서관, 1987.
- 박원철, “타인의 권리매매와 이행불능”, 「사법논집」 제5집, 대법원 법원행정처, 1994.
- 배기원, “매도인의 담보책임 - 대지매매를 중심으로 -”, 「사법논집」 제7집, 대법원 법원행정처, 1976.
- 서 민, “매도인의 담보책임과 채무불이행 책임의 경합”, 「민사판례연구」 XVII, 민사판례연구회, 1995.
- 오종근, “민법 담보책임법 개정안”, 「법학논집」 제17권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2012.
- 윤기택, “타인의 권리의 매매의 경우에 있어서의 법률관계”, 「청주대 법학논집」

- 제12권, 청주대학교 출판부, 1997.
- 이동진, “보호예수유가증권의 반환관계와 증권예탁결제원의 공탁권”, 『저스티스』 제127호, 한국법학원, 2011.
- , “위험영역설과 증거법적 보증책임: 증명책임 전환의 기초와 한계”, 『저스티스』 제138호, 한국법학원, 2013.
- , “채무불이행법의 과거, 현재, 미래”, 『청헌 김증한 교수 30주기 추모논문집 간행위원회 편 우리 법 70년 변화와 전망 - 사법을 중심으로 -』, 법문사, 2018.
- 이양희, “타인권리 매매 해제 시 원상회복의무”, 『대법원판례해설』 제111호, 법원도서관, 2017.
- 정길용, “타인의 권리의 매매계약이 해제된 경우의 법률관계”, 『토지법학』 제23-2호, 한국토지법학회, 2007.
- 최휴섭, “타인의 권리의 매매에 있어서 귀책사유 있는 매수인에 대한 매도인의 담보책임”, 『법조』 제29권 제2호, 법조협회, 1980.

Barret, Vente. 3^o effet, rép.dr.civ., 2015.

Bergmann, “Die Theorie der Rechtsmängelhaftung - Rechtsverschaffungsprinzip, habere licere und Eviktionshaftung -”, RabelsZ 74 (2010), 27.

Bourdeau et al., 67A Am.Jur.2d Sales (February 2021 Updates).

Eck, Die Verpflichtung des Käufers zur Gewähr des Eigentums nach römischem und gemeinem Recht, 1874.

Hochart, La garantie d'éviction dans la vente, 1993.

Honsel/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht, aufgrund des Werkes von Jörs/Kunkel/Wenger, 4. Aufl., 1986.

Honsel/Vogt/Wiegand (hrsg) Basler Kommentar zum OR, 6. Aufl., 2015.

Kaser, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., 1971.

Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 20. Aufl., 2014.

Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972.

Klang (hrsg) Kommentar zum ABGB, 2. Aufl., 4. Bd., 1. Hb., 1968.

Müller-Laubé, “Herausgabepflicht und Rückgewährschuld”, AcP 183 (1983), 215.

Peters, “Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer”, SZ 97 (1979), 173.

Pothier, Traité du contrat de vente, 1818.

Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, 1. Teil.
Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg, 1902.

Staudinger Kommentar zum BGB, 13. Aufl., 1995.

Wacke, “Die verschuldete Eviktion. Dogmengeschichtes und Rechtsvergleichendes
zu §440 2 Abs. und Abs. 3 BGB”, FS Niederländer, 1991.

Wenger, Rechtsmängelhaftung beim Kauf in historischer Sicht, insbesondere in
der Zeit des Vernunftrechts, 2011.

柚木馨・高木多喜男 編集, 「新版注釋民法(14)」, 1993.

高橋眞, “權利の担保責任と權利移轉の「不能」について”, 「林良平先生獻呈論文集
現代における物權法と債權法の交錯」, 1998.

潮見佳男, 「契約各論 I」, 2002.

———, “民法五六〇條・五六一條・五六三條～五六七條・五七〇條(賣主の担保責任)”,
廣中俊雄・星野英日 編, 「民法典の百年 III 個別的觀察(2)債權編」, 1998.

森田宏樹, “買主が惡意の場合における他人の權利の賣主の責任-「手段債務」としての
權利移轉義務」, 「債權法改正を深める」, 2013.

[국문초록]

타인권리매매와 담보책임

이 동 진

타인권리로 인한 담보책임은 로마법에서 유래하고 비교법적으로도 여러 대륙 법계 민법전에서 찾아볼 수 있는 역사적 제도이자, 재판실무에서는 우리 부동산 거래 현실과도 맞물려 빈번하게 문제 되고 있는 제도이기도 하다. 이 글에서는 역사적 및 비교법적 고찰을 바탕으로, 제570조의 책임의 요건으로서 이전불능이 해제와 손해배상의 맥락에서 달리 해석되어야 하고, 특히 추탈 전 해제된 경우에는 복잡한 반환관계가 생길 수 있으며, 매수인에게는 소송고지의무는 없으나 매도인에게 적절히 문의하여 매도인이 할 수 있었던 항변과 자기 고유의 항변을 모두 다 하여야 책임을 물을 수 있고, 매수인이 권리의 타인귀속에 관하여 악의일 때 일반계약책임과 관련하여 채무자의 귀책사유의 증명책임을 전환한 판례 및 미등기전매는 타인권리매매가 아니라고 함으로써 미등기전매에서 위와 같은 증명책임전환을 피한 판례가, 결론에 있어서는, 건전한 것이었음을 보인다.

주제어 : 타인권리매매, 추탈, 이전불능, 소송고지, 미등기전매

[Abstract]

Guaranty Liability for the Defect in Title

Dongjin Lee*

Guaranty liability for the defect in title originates from roman law and has been received in one form or another in many civil law codifications. It is also an institution frequently invoked in today's court practice in South Korea partly due to the real estate transaction practices therein. In this article, based on the analysis of historical as well as comparative aspects of this institution, issues thereabout would be illuminated: The impossibility to convey as a prerequisite for the liability should be interpreted according to the various contexts where this requirement matters, seller's termination, buyer's termination, and damages; There is a complex legal relationship to return the object and the fruits either to the seller or the third party owner especially when the sales contract is terminated; The buyer's duty to notify the seller of the owner's claim to evict (*litis contestatio*) has been abolished while he/she still is obliged to submit his/her own as well as the seller's defences in order to have the seller liable for the eviction; The precedents of the Korean Supreme Court that the burden of proof of seller's fault shall be on the buyer when the seller sold other's without authority to do so and that the sales of real estate, the seller of which is not yet the owner thereof but has an obligatory claim against the owner, does not constitute sale of other's are agreeable at least in terms of the result derived from those rulings.

Key words : defect in title, eviction, impossibility to convey, *litis contestatio*, resale of real estate without completion of registration

* Professor, Seoul National University School of Law.