소위 '매각되어 인도된 물건의 항변'이론 비판

【질 문】

유효한 부동산매매계약에 따라 매수인이 매도인으로부터 목적물을 인도받아 점유, 사용하고 있으나 등기명의는 여전히 매도인에게 있는 경우에 매도인이 등기부상의 소유자임을 들어 매수인에게 소유물반환청구권을 행사할 수 있겠는가 하는 문제에 대하여 종래 학설 중에는 이를 로마법상의 '매각되어 인도된 물건의 항변(exceptio rei venditae et traditae)'을 근거로 매도인의 소유물반환청구권이 긍정되지 않는다고 주장하는 경우가 있다.

이 문제에 대한 다른 해결책은 없는가?

【응 답】

명 순 구

"유효한 부동산매매계약에 따라 매수인이 매도인으로부터 목적물을 인도받아 점유, 사용하고 있으나 등기명의는 여전히 매도인에게 있는 경우에 매도인이 등기부상의 소유자임을 들어 매수인에게 소유물반환청구권을 행사할 수 있겠는가?" 하는 문제에 대하여 종래 학설 중에는 이를 로마법상의 '매각되어 인도된 물건의 항변(exceptio rei venditae et traditae)'을 근거로 매도인의 소유물반환청구권이 긍정되지 않는다고 주장하는 경우가 있다.

이 학설의 주장자는 현행법에서도 이 항변권이 인정될 수 있다고 하는데, 그 주장이 과연 타당한가? 소유권에 기한 물권적 반환청구권을 규정하고 있는 제213조의 단서는 "점유자자 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다"고 정하고 있다. 그렇다면, 문제는 매수인에게 매매목적물을 점유할 권한이 있는가? 하는 것이 문제이다. 이 부분에 대하여 곽윤직 교수는 "563조에서 정하고 있는 매도인의 재산권이전의무에는 목적물인도의무가 포함되며, 따라서 부동산의 매수인은 제213조 단서에서 말하는 점유할 권리를 가지는 자가 된다."고 설명한다. 그러나 이러한 주장은 비판의 여지가 있다. 왜냐하면 매도인의 재산권이전의무 내지는 목적물인도의무로부터 매수인의 점유할 권리를 도출해 내는 것은 논리의 비약이기 때문이다. 민법 제213조 단서에서 말하는 점유권원이란 점유자에게 지상권, 임차권 등과 같은 사용권을 내용으로 하는 권리가 인정되는 경우를 말하는 것이기 때문이다.

매도인의 재산권이전의무는 매도인의 매수인에 대한 의무일 뿐 매도인에게 재산권이전의무가 있다는 것과 매수인이 점유할 권한이 있다는 것은 전혀 본질을 달리하는 문제로 보아야 할 것이다. 즉 공화정말기의 로마법에서 exceptio rei venditae et traditae를 인정한 것과 성립요건주의 아래에서 등기명의를 구비하지 못한 매수인의 법적 지위의 문제는 근본적인 차이를 가지고 있으므로 매도인으로부터 인도를

받은 부동산매수인의 법적 지위의 문제는 다른 방향에서 모색되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 우리 학설 중에는 다음과 같은 것이 있다: "매수인은 매매계약에 터잡아 채권자로서 급부보유력을 가지므로, 다시 말해 목적물을 점유할 권리를 가지므로, 매도인의 소유물반환청구에 대해 제213조 단서의 규정을 근거로 그 반환을 거절할 수 있는 것이다(김준호, 민법강의, 법문사, 1999, 359면)." 종래 학설과 달리 매도인의 목적물반환청구권의 근거를 매매계약의 효력 자체에서 구하고자 한 기본 방향에는 찬성이다. 그러나 그와 같은 매수인이 제213조 단서에서 말한 점유할 권원이 있다고 말하는 것은 무리이며(제213조 단서에서 말하는 점유권원이란 점유자에게 지상권, 임차권 등과 같은 사용권을 내용으로 하는 권리라는 점은 앞에서 말하였다) , 또한 굳이 그렇게 무리한 논리를 펼 필요도 없다고 본다.

매매계약에 있어서 매수인이 매도인으로부터 점유를 이전받은 경우에 점유자로서의 매수인의 지위는 두 가지 측면으로 나누어 살펴볼 필요가 있다. 첫째로, 매도인과 매수인간의 대내적 측면을 보자. 대내적 관계에서 볼 때, 매도인의 매수인에 대한 목적물인도는 매매계약의 이행으로서 실행된 것이다. 즉 매수인은 매매계약을 근거로 매도인에게 목적물인도를 요구할 수 있는 채권자의 지위에서 이 채권의 청구력에 따라 그와 같은 청구를 한 것이며, 매도인은 그 청구력에 응하여 채무를 이행한 것이므로 매수인은 그 급부를 보유할 수 있는 급부보유력에 따라 목적물을 점유할 수 있는 것이다. 둘째로, 목적물을 점유하고 있는 매수인이 매도인이 아닌 제3자에게 급부보유력을 주장할 수 있겎는가? 물론 부정되어야 한다. 왜냐하면 채권은 상대적 권리이기 때문이다. 그러므로 유효한 이중매매에 따라 매도인이 제3자에게 등기를 해 주었고 그 제3자가 목적물반환청구를 한다면 매수인으로서는 목적물을 반환하여야 한다. 소위 '매각되어 인도된 물건의 항변'에서 전제하고 있는 것은 제3자가 아니라 매수인의 직접계약상대방인 매도인과의 관계이다. 이 경우에는 채권의 본원적 효력인 급부보유력을 들어 매도인의 반환청구권이 부정된다고 하면 그것으로 필요충분하다고 생각한다.

질문의 내용 중에는 “점유이전청구권의 급부보유력이란, 채무자가 자신이 넘겨준 점유를 이유로 반환을 청구했을 때 급부보유력을 이유로 반환을 거부할 수 있다는 의미이지 소유권에 기해 반환을 청구했을 때도 반환을 거부할 수 있다는 의미로 이해될 수는 없다. 이는 민법이 점유권을 내용을 그렇게 (미약한 것으로) 정했기 때문이다. 따라서 급부보유력의 근거가 되는 채권을 단순히 점유이전청구권으로 볼 수는 없다.”는 부분이 있다. 이러한 이해태도는 다음과 같은 점에서 법리상 오류가 있다. 앞의 이해는 급부보유력은 점유물반환청구권의 차원에서만 인정되는 것이라는 식으로 문제를 바라보는 것 같다. 그러나 급부보유력은 점유의 소의 차원에서 바라본 것이 아니다. 특히 매도인이 자신의 의사에 의하여 매수인에게 점유를 이전시켜 주었다면 점유물반환청구권 자체가 성립하지 않는다. 왜냐하면 점유물반환청구권은 점유자가 자신의 의사에 의하지 않고 점유를 침탈당한 때에만 인정되는 것이기 때문이다.

요컨대, 급부보유력의 근거가 되는 채권은 매매계약으로 보면 된다.