

〈논문〉

양도담보 목적물 사이의 부합과 부당이득*

김 형 석**

절대자 속에서는 모든 것이 동일하다는 이러한 하나의 지식을 가지고, [이미] 실현되었거나 실현을 찾으며 요구하는 구별하는 인식에 반대하는 것 요컨대 자신의 절대자를 흔히 말하듯 모든 소들이 겹게 보이는 밤으로서 내세우는 것은 순진하게 인식을 결여하고 있음을 의미한다.***

요 약

본고는 大判 2016.4.2., 2012다19659 (공보 2016, 667)이 제기하는 부당이득 쟁점에 대해 살펴보고자 하는 시론이다. 원고에게 양도담보로 이전된 동산을 그의 채무자인 설정자가 다른 채권자인 피고에게 양도담보로 이전한 동산에 부합시킨 사례에서, 원고는 피고를 상대로 부당이득 반환을 청구할 수 있는가? 대법원은 실질적 이득이 피고가 아닌 설정자에게 있다는 이유로 청구를 부정하였다. 일부 학설도 대법원이 부당이득에서 형식에 좌우되지 않은 형평적인 고려를 강조하는 것이라고 이해하면서, 소유권이라는 형식에도 불구하고 담보로서 활용되는 양도담보의 특수성을 반영하는 것으로 이해한다. 그러나 필자는 이러한 대법원의 결론과 일부 학설의 이해에 반대한다. 이 글은 다음의 내용을 보인다. 대상판결의 사안에서, 양도담보의 성질과 부당 이득 법리를 고려할 때 설정자가 아니라 피고가 수익자에 해당한다. 이는 양도담보를 일종의 담보권이라고 파악하더라도 다를 바 없다. 종래 양도담보의 「담보로서의 실질」을 이유로 설정자로 수익자로 해석하는 견해는, 한편으로 법률에 근거하고 있지 못할 뿐만 아니라, 다른 한편으로 양도담보의 「담보로서의 실질」에도 부합하지 않는다. 그리고 이러한 결론은 소유권 상실을 이유로 하는 침해이득 반환청구권이 소유물 반환청구권에 갈음하는 구체수단이라는 점을 고려해도 정당화된다.

주제어: 양도담보, 담보권, 부합, 부당이득, 실질적 이득

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2019학년도 학술연구비 보조를 받았다.

** 서울대학교 법학전문대학원 교수.

*** Hegel, *Phänomenologie des Geistes in Werke*, Band 3, Suhrkamp, 1987, S. 22.

I. 문제의 제기

1. 본고는 大判 2016.4.2., 2012다19659¹⁾이 제기하는 부당이득 쟁점에 대해 살펴보고자 하는 시론이다. 이 판결(이하 ‘대상판결’이라고 한다)의 사실관계는 이미 선행 평석에서 상세하게 소개되었으므로²⁾ 여기서 이를 반복해 서술할 필요는 없다고 보인다. 따라서 판결에 확정된 사실 및 그 밖의 쟁점에 대해 원심³⁾과 대법원의 판단을 전제로 하여 문제의 제기에 충분한 정도로 요약하면 다음과 같다.

조선회사 甲의 선박건조 채권자에 대한 선수금반환 채무에 대해 피고 乙이 보증을 하였고, 구상금 채권의 담보로 사업장 내의 건조 중 선박 및 원자재 일체에 대해 집합동산 양도담보를 설정받았다. 그런데 甲은 다른 거래에 기초한 채무의 담보로 선박에 장착할 카고펌프의 소유권을 그것이 사업장 내에 반입되기 전에 선하증권에 의해 원고 丙에게 양도하였다. 이후 카고펌프는 사업장에 반입되었으나, 이미 원고가 소유권을 취득한 물건이므로 피고는 그에 소유권을 취득할 수 없었다.⁴⁾ 그러나 카고펌프는 피고에게 담보로 양도된 선박의 건조과정에서 선박에 부착되었다. 원고는 선박의 양도담보권자인 피고에게 부합을 이유로 부당이득의 반환을 청구한다(민법⁵⁾ 제261조).

이러한 원고의 청구는 정당한가? 대상판결의 원심은 “이 사건에서 원고가 이 사건 각 카고펌프에 관하여 먼저 양도담보권을 취득하였음에도, 뒤의 양도담보권자인 피고가 위 각 카고펌프를 이 사건 선박에 부착하여 용이하게 분리할 수 없게 하여 원고로 하여금 양도담보권을 실행할 수 없도록 하는 행위는 원고의 양도담보권을

1) 공보 2016, 667.

2) 이진기, “부합과 양도담보의 효력”, **법조 최신판례분석**, 제718호, 2016, 522면 이하; 이새롬, “집합양도담보물에 제3자 소유물이 반입·부합된 경우 부당이득의 문제”, **민사판례연구**[XL], 2018, 583면 이하; 손호영, “서로 다른 동산양도담보권 각 담보목적물이 부합된 경우 부당이득반환 의무자”, **저스티스**, 제157호, 2016, 401면 이하; 권준범, “집합물 양도담보의 효력과 부합이 발생하는 경우 민법 제261조에 따른 부당이득반환 의무자”, **재판과 판례**, 2017, 223면 이하; 윤진호·김제완, “양도담보 목적물에 부합이 발생한 경우 부당이득의 주체”, **저스티스**, 제172호, 2019, 204면 이하. 또한 권영준, “2016년 민법 판례 동향”, **민사법학**, 제78호, 2017, 498면 이하; 지원림, “2016년 민사판례 일별”, **동북아법연구**, 제10권 제3호, 2017, 385면 이하도 참조.

3) 서울高判 2012.1.19., 2011나47031, 중합법률정보.

4) 이 쟁점에 대해서는 본고에서 별도로 논의하지 않는다. 이새롬(주 2), 599면 이하 참조.

5) 아래에서 별도의 범명 지시 없이 인용하는 조문은 민법의 조문이다.

침해하는 위법한 행위이므로, 피고는 원고에게 민법 제261조에 의하여 부당이득을 반환할 의무가 있다”고 하여 청구를 긍정하였다. 반면 대법원은 다음과 같이 판시하여 청구를 배척하였다. “부당이득반환청구에 있어 이득이라 함은 실질적인 이익을 의미하는바[...], 동산에 대하여 양도담보권을 설정하면서 양도담보권설정자가 양도담보권자에게 담보목적인 동산의 소유권을 이전하는 이유는 양도담보권자가 양도담보권을 실행할 때까지 스스로 담보물의 가치를 보존할 수 있게 함으로써 만약 채무자가 채무를 이행하지 않더라도 채권자인 양도담보권자가 양도받은 담보물을 환가하여 우선변제받는 데에 지장이 없도록 하기 위한 것이고, 동산양도담보권은 담보물의 교환가치 취득을 그 목적으로 하는 것이다[...]. 이러한 양도담보권의 성격에 비추어 보면, 양도담보권의 목적인 주된 동산에 다른 동산이 부합되어 부합된 동산에 관한 권리가 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.”⁶⁾

2. 대상판결은 부당이득의 요건으로서 이득은 ‘실질적 이익’을 말한다고 전제하고, 양도담보에 기초해 원고의 소유인 카고팜프가 피고의 선박에 부합되어 피고의 소유가 되었다고 하더라도, 담보수단으로서 양도담보의 성격에 비추어 담보물 가치의 증가에 따른 실질적 이익은 선박 소유자인 양도담보설정자에게 있다고 설명한다.

그런데 종래 판례에서 사용되고 있는 이 설명 즉 부당이득 성립에 ‘실질적 이익’이 요구된다는 판시는, 이미 학설에서 여러 차례 지적되고 있는 바와 같이,⁷⁾ 가장 이유(Scheinbegründung)에 지나지 않는다. ‘형식적 이익’과 ‘실질적 이익’이 무엇을 의미하는지를 밝히는 구별기준을 제시하지 않는 한, 이는 아무런 내용이 없는 개념을 들어 결론을 정당화하는 것에 지나지 않기 때문이다. 법적인 이유제시에서 “실질적” “직접적” “사실상” 등의 표지를 사용하는 법 개념은 실은 많은 경우 모호한 백지개념으로서 적용자의 평가적 관점을 은폐한다. 실제로 종래 선례에서

6) 생략은 필자의 것이다. 이하 같다.

7) 양창수, “임대차종료 후 임차인의 목적물 계속점유와 부당이득”, **민법연구**, 제2권, 1986, 336면; 오대석, “제3채무자가 질권자에게 질권의 피담보채권액을 초과하여 지급하고 질권자가 초과 지급된 금액을 질권설정자에게 반환한 경우 부당이득반환의무자”, **민사판례연구**[XXXIX], 2017, 683-684면. 권영준(주 2), 501면도 참조.

‘실질적 이익’이라는 개념은 제741조가 적용되어 부당이득 성립하는 것처럼 보이는 몇몇 사안유형에서 결과적으로 그 성립을 부정하기 위해 요건의 하나인 이득을 배척하는 수단으로 사용되고 있으나, 그것이 무엇을 의미하는지는 명확히 설명되지 않고 있다.⁸⁾ 그리고 이는 대상판결에서도 마찬가지이다. 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 아무런 설득력 있는 논리적 연결고리도 발견할 수 없는 것이다.

물론 대상판결의 공간 이후 대법원이 ‘실질적 이익’이라는 개념으로 감추고 있는 평가적 요소를 드러내고자 시도하는 평석들이 존재한다. 이들은 ‘실질적 이익’이라는 개념을 사용함으로써 대법원이 부당이득에서 형식에 좌우되지 않은 형평적인 고려를 강조하는 것이라고 이해하면서,⁹⁾ 소유권이라는 형식에도 불구하고 담보로서 활용되는 양도담보의 특수성을 반영하는 것으로 이해한다.¹⁰⁾

3. 아래에서는 이러한 평석들을 배경으로 대상판결이 종래 부당이득과 양도담보의 법리에 비추어 정당화될 수 있는지를 검토하고자 한다. 이는 한편으로는 과연 양도담보가 가지는 담보로서의 실질을 고려할 때 대상판결이 정당화될 수 있는지를 검토하고(아래 II.), 이어서 부당이득의 관점에서 대상판결과 이전 선례와의 관계를 살펴본다(아래 III.). 마지막으로 결론을 요약하고, 양도담보 및 부당이득과 관련된 최근 학설·판례의 동향에 대해 회고하며 마무리한다(IV.).

II. 양도담보의 「담보적 실질」의 고려?

1. 수익자의 이득?

(1) 일부 학설은 양도담보가 형식은 소유권이지만 그 실질은 담보라는 사실에 대한 고려로부터 대상판결의 태도가 정당화될 수 있다고 생각한다(아래에서 편의상

⁸⁾ 전거와 함께 오대석(주 6), 680면 이하 참조.

⁹⁾ 권영준(주 2), 502면; 이새롭(주 2), 615면.

¹⁰⁾ 권영준(주 2), 502면 이하; 이새롭(주 2), 629면 이하; 지원림(주 2), 388면; 이원석, “집합물 양도담보와 타인 소유 물건의 반입”, 대법원 판례해설, 제107호, 2016, 112면.

대상판결의 결론을 지지한다는 의미에서 ‘설정자 반환설’이라고 명명하기로 한다). 즉 양도담보는 형식적으로는 소유권이기는 하지만, 피담보채권의 범위 내에서만 교환가치를 지배하는 담보수단이므로, 분쟁해결에서 그러한 실질이 고려되어야 한다는 것이다. 그래서 대상판결의 사안에서 피고의 경우, 담보 목적물의 가치가 증가한다고 해서 피담보채권이 증가하는 것은 아니어서 만족받는 액이 증가하는 것도 아니며, 다만 원래 양도담보 목적물인 선박의 가치가 피담보채권에 미달했을 때에만 가치증가분이 그에게 이익이 될 뿐이다.¹¹⁾ 그의 이익은 변제기까지만 존속하는 잠정적인 성질이다.¹²⁾ 반면 설정자의 경우 채무를 이행하면 증가된 가치를 포함하는 담보 목적물을 돌려받게 되는 지위를 가지고, 채무불이행으로 정산이 이루어지면 증가된 가치만큼 변제가 이루어져서 채무에서 벗어나거나 그 부분만큼 되돌려 받게 된다.¹³⁾ 이러한 이익은 양도담보권자인 피고의 이익과는 달리 어느 경우나 받게 되는 혜택이다. 그러므로 선박의 가치 증가로 모두 혜택을 입게 되더라도 수익자를 결정한다면 설정자 쪽이 되어야 한다는 것이다.

그러나 이러한 설명은 우선 적용의 전제가 되어 있는 부당이익 법리에 비추어 의문이다. 설정자 반환설의 문제는 법률해석임에도 불구하고 전혀 자신의 결론을 부당이익의 요건인 「이득」의 확립된 해석론에 비추어 정당화하고 있지 않다는 점이다. 종래 제741조가 정하는 「이득」은 이윤 없이 적극재산의 증가 또는 소극재산의 감소라고 해석되고 있다.¹⁴⁾ 그런데 설정자 반환설의 설명은 이러한 법리에 따라 설명될 수 없다.

이 사안에서 피고는 자신의 양도담보 목적물인 선박의 가치가 증가함으로써 양도담보 목적물이라는 적극재산의 증가를 받았다.¹⁵⁾ 여기서 피고가 만족 받을 수

11) 권영준(주 2), 503-504면; 이새롬(주 2), 631면; 권준범(주 2), 245면.

12) 이새롬(주 2), 631면.

13) 권영준(주 2), 504면; 이새롬(주 2), 632면.

14) 박윤직, **채권각론**, 제6판, 2003, 351-352면; 김중환·김학동, **채권각론**, 제7판, 2006, 709-710면; 김형배, **사무관리·부당이익**, 2003, 89, 169면; 송덕수, **채권법각론**, 제4판, 2019, 449면 등. 물론 그러한 「이득」이 반드시 재산차액으로 표현될 수 있는 경제적 가치를 가지고 있어야 할 필요는 없다. 부당이익 반환객체인 이득을 대상으로 파악하는 견해에 따라(박윤직 편집대표, **민법주해**[XVII], 2005, 536-537면(양창수) 참조), 재산적인 의미를 가질 수 있는 지위가 획득되는 이상 적극재산 증가에 따른 이득이 있다고 말할 수 있기 때문이다. Lorenz in Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2007, § 812 Rn. 65 참조.

15) 같은 취지로 손호영(주 2), 423면. 양도담보의 형식을 강조하여 소유권으로 보든 아니면 담보의 실질을 강조하여 담보에 준하여 취급하든 본문의 맥락에서 이러한 관점의 상이는

있는 금액이 불변이라는 사정은 그에게 이득이 발생하였다는 판단에 아무런 영향을 주지 않는다. 그의 이득은 양도담보로 취득한 선박의 가치가 증가하였다는 사정에 있기 때문이다. 물론 이는 나중에 정산이 행해지면 설정자에게 반환해야 할 가치일 수도 있다. 그러나 그렇게 반환되어야 한다는 사정은 장래에 발생할 불이익으로서 현재 적극재산의 증가를 부정하는 요소가 될 수 없다. 예컨대 갑이 을에게, 을이 병에게 토지를 순차적으로 매도한 상태에서 갑이 을에게 이를 인도하였으나 갑과 을 사이의 매매가 무효임이 밝혀진 경우, 을이 병에게 인도의무가 있어 점유를 넘겨주어야 하는 상황이라고 하더라도 을이 갑으로부터 점유를 이득하였다는 사실은 누구도 부정하지 않는다. 수익자가 받은 이익에 기초하여 장래 발생하게 될 불이익을 그 이익으로부터 공제함으로써 「이득」을 부정할 수 있다면, 도대체 법률은 무엇 때문에 현존이익의 상실이라는 법형상(제748조 제1항)을 규정하고 있다는 말인가?

반면 설정자로서는 부합 당시에는 아직은 아무런 적극재산의 증가 또는 소극재산의 감소를 받은 바가 없다. 설정자 반환설이 자인하듯, 설정자가 무엇인가 얻은 것이 있다면 그것은 장래에 반환받을 목적물의 가치가 증가된다는 가능성 또는 자신의 채무가 증가된 가치만큼 소멸할 가능성 즉 장래에 대한 기대에 지나지 않는다. 그러나 부당이득은 장래의 가능성을 미리 청산하는 제도가 아니라, 과거에 현실적으로 발생한 재산이동을 교정하는 제도이다. 설정자 반환설이 말하는 것 같은 장래의 기대는 - 적어도 종래의 해석에 따르면 - 부당이득이 요건으로 정하는 이득에 해당하지 않는다. 물론 그러한 장래의 기대가 현재의 시점에서도 확고하다고 인정되어 재산적 가치를 가지고 처분·집행가능한 지위에 해당하는 경우 이른바 물권적 기대권에 해당하여 부당이득법상 이득으로 고려될 수 있을지도 모른다.¹⁶⁾ 그러나 대상판결의 사안에서 설정자의 기대가 그러한 수준에 이르지 못하였다는 점은 부정할 수 없다. 여기서 설정자의 기대는 가치증가된 목적물의 반환 또는 보다 많은 면책이라는 택일적인 형태로 나타나므로 확고한 내용도 가지고 있지 않으며

결과에서 아무런 차이를 가져오지 않는다.

¹⁶⁾ Schwab in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6, 7. Aufl., 2017, § 812 Rn. 6. 과거 일시적으로 이러한 기대권적 지위를 “사실상의 확고한 취득기대”라고 표현하는 문언도 있었으나(Heimann-Trosien in *Das Bürgerliche Gesetzbuch. RGR-Kommentar*, Band II, 5. Teil, 12. Aufl., 1989, § 812 Rn. 5), 이는 설정자 반환설이 말하는 바와 같은 장래 가능성이 아니라 현재 독일 통설이 말하는 의미의 기대권을 지칭하는 것이다(Staudinger/Lorenz(주 14), § 812 Rn. 65 참조). 기대권 아닌 장래 사실상의 가능성을 이득으로 파악하는 것에 비판적으로 MünchKomm/Schwab(주 16), § 812 Rn. 17.

(피고의 피담보채권액에 따라 액수도 가변적이어서 할당내용을 인정할 수 없다), 처분이나 집행도 가능하지 않다(장래에 보다 많은 면책을 받을 이익을 어떻게 처분하고 압류할 수 있겠는가?).

또한 설정자 반환설과 같이 장래의 기대를 이득으로 인정하면 부당이익 금액의 산정과 관련해서도 난점에 직면한다. 대상판결의 사안과 같이 부합으로 인해 처음부터 원물반환이 고려되지 않은 경우, 부당이익은 그 부합 시점의 객관적 가치에 따른 가액반환을 내용으로 한다(제747조 제1항). 그런데 설정자 반환설이 설정자에게 인정하는 이득은 장래의 이득 발생에 대한 불확실한 기대에 불과하여, 그것이 이득 개념으로 파악될 수 있을지 여부부터 불분명함은 별론, 부합의 시점에 그 객관적 가치를 확정적으로 산정할 수가 없다. 설정자 반환설은 부합된 카고펌프의 가치가 당연히 설정자가 장래 취득할 이익에 대한 기대의 가치로 통용된다고 전제하고 있으나, 추가적 논증 없이 그러한 설명은 부당전제(*petitio principii*)에 지나지 않는다. 그리고 바로 이어서 살펴보듯, 그러한 설명은 전혀 가능하지 않다.

(2) 설정자 반환설은 설정자가 받을 장래 이익의 확실하다는 것 그리고 그 가치가 카고펌프의 가치와 동일하다는 주장을 다음과 같은 서술로 정당화하고 있는 것으로 보인다. 즉 설정자가 부합의 순간에 받는 것은 장래 이익의 가능성뿐이기는 하다. 그러나 나중에 이행기에 이르면 카고펌프 가액만큼 가치가 증가된 목적물을 돌려받을 이익 아니면 가치증가에 따라 채무면책이 증대될 이익 둘 중 하나는 반드시 발생하므로, 그 확실성에 비추어 현재의 이득으로 보아도 무방하다고 말이다.¹⁷⁾ 그러나 이러한 설명은 부당하다.

우선 카고펌프의 부합 당시 가치가 설정자의 이익으로 온전히 실현될 것이라는 점은 경제적으로 전혀 자명하지 않다. 거래에 제공되는 물건의 가치는 시세에 따라 변동할 수 있고 또 변동하는 것이 일반적이므로, 카고펌프가 부합되었다고 하더라도 피고에게 양도담보로 제공된 선박의 가치가 이후 카고펌프의 가치를 온전히 반영하여 산정될 수 있을지 여부는 미리 단정할 수 없다. 만일 선박의 수요·공급에 기초한 시장의 평가에 따라 카고펌프 부합에도 불구하고 선박의 가치가 증가되지 않거나 하락한 것으로 평가되는 경우(사건 당시 해운·조선업계의 불황을 고려할 때 충분히 가능한 일이다), 설정자 반환설에 따른다면 설정자에게 발생한 이득인 장래 기대는 무가치하고 설정자는 피고와의 관계에서 반환이나 면책의

17) 권영준(주 2), 504면: “어떤 경우이건 받게 되는 혜택”. 이새롬(주 2), 632면도 참조.

형태로 아무런 이득도 받지 못할 것이다. 그렇다면 사후적인 관점에서 원고는 피고와 설정자 중 아무에게도 부당이득을 청구할 수 없는 상태였다는 터무니없는 결과에 도달하게 된다. 이러한 해석이 타당할 수는 없을 것이다.

더 나아가 설령 선박의 가치가 카고펌프의 가치를 그대로 반영하면서 동일하게 유지된다고 하더라도, 설정자 반환설이 말하는 이득은 결코 확고하다고 말하기 어렵다. 예컨대 피고가 양도담도를 실행하기 위해 선박의 인도를 받은 다음 선량한 관리자의 주의를 다하지 않고 염가로 환가를 하거나 아예 청산의무의 이행을 거부하는 경우를 생각해 보라. 이 경우 설정자는 피고를 상대로 손해배상청구권 또는 청산금반환청구권을 가지게 되겠지만, 이들 권리는 일반채권에 불과하다. 설정자는 피고의 다른 채권자와 경쟁해 그의 무자력 위험을 부담해야 한다. 이 경우 손해배상청구권이나 청산금반환청구권의 가치는 피고의 재산상황에 따라 카고펌프의 가치를 반영하지 못할 수 있다. 요컨대 대상판결의 사안에서 설정자가 “어떤 경우이건 받게 되는 혜택”은 결코 그 존재와 크기를 단정할 수 없다.

그러나 결정적으로, 설정자 반환설을 유지하기 위해 백번 양보하여 선박의 가치가 일정하고 피고가 청산의무를 정상적으로 이행한다고 가정하더라도, 수익자의 이득을 주장하는 결론은 논리적으로 또 하나의 부당전제에 해당하기 때문에 설득력이 없다. 이미 본 대로(앞의 II. 1. (1) 참조), 설정자 반환설은 설정자가 피고와의 관계에서 이행기에 이르면 가치증가된 목적물을 반환받거나 보다 많은 면책을 받는 결과를 이득으로 파악한다. 그런데 이는 피고를 상대로 하는 원고의 부당이득 반환청구가 허용되지 않아 카고펌프의 가치가 종국적으로 피고에게 귀속하는 결과를 당연한 전제로 한다. 그래야만 설정자가 피고와의 관계에서 반환 또는 청산을 통해 그러한 「이득」을 받을 수 있기 때문이다. 만일 원고의 부당이득 반환청구가 인정된다면, 피고는 아무런 가치증가를 받지 못해 설정자는 피고와의 관계에서 설정자 반환설이 말하는 아무런 이득도 얻을 수 없을 것이다. 이 지점에서 설정자 반환설이 자신이 정당화하고자 하는 결론(원고의 부당이득 반환청구의 배척)을 암묵적으로 자신의 논거의 필수적 전제로 사용하고 있다는 사실이 명백히 드러난다. 이는 자신의 결론을 선결문제로 전제하는 오류 논증(fallacy of begging the question)에 다름 아니다.

설정자 반환설의 논증이 부당전제임은 부당배당에 관한 판례와 비교해 보아도 잘 나타난다. 예컨대 강제집행의 배당절차에서 착오로 선순위자에게 배당될 금액이 후순위자에게 배당되었거나,¹⁸⁾ 배당요구를 한 일반채권자가 부당하게 배당표에서

제외된 경우,¹⁹⁾ 배당에서 제외된 채권자는 부당하게 배당을 받은 채권자를 상대로 받은 이익의 반환을 청구할 수 있다(제741조). 이들 사안에서 배당채권자는 배당의 결과 채무자가 채무 소멸의 이익을 받았으므로 자신이 아니라 채무자가 수익자라는 항변을 할 수 없다. 왜냐하면 그러한 주장은 암묵적으로 행해진 배당이 유효하고 그래서 배당받은 채권자 자신의 채권이 적법하게 변제되었음을 전제로 할 것인데, 이는 부적법한 배당이라는 출발점과 충돌하기 때문이다. 마찬가지로 설정자 반환설의 설명에 따라 설정자를 수익자로 본다면, 이는 원고의 청구가 배척됨을 전제로 한다. 그리고 이러한 전제는 원고 청구의 당부를 따져보아야 한다는 우리의 출발점과 충돌한다.

(3) 그러므로 –적어도 그 동안– 확립된 부당이익 해석론에 따를 때, 대상판결의 부합에 따른 수익자는 피고이지 설정자일 수는 없다고 생각된다. 이러한 결론을 「담보의 실질」이라는 논거로 번복하고자 하더라도, 부당이익 규정의 적용이 문제되는 이상, 무슨 근거로 현실적인 소유권 취득에 따른 가치증가가 아니라 그 실현이 전혀 확실하지 않을 뿐만 아니라 비현실적 가정과 오류 논증에 의해서만 상정할 수 있는 장래 이익 기대가 부당이익법상 이익으로 파악되어야 하는지에 대한 추가적인 설명이 필요할 것이다. 그리고 그러한 설명은 –그것이 만일 가능하다면– 전통적인 이익 개념에 대한 근본적인 문제제기를 불가피하게 할 것이라고 예상한다.²⁰⁾

2. 소유권과 담보권의 차이?

관련해 설정자 반환설은 양도담보가 실질적으로 소유권이 아닌 담보권으로 취급될 수 있다는 관점에 기초해 결론을 정당화하고자 하며, 여기서 「실질」에 대한 고려를 찾고자 하는 것으로 보인다.

(1) 설정자 반환설은 양도담보의 담보수단으로서의 성질을 강조하여, 부당이익의 맥락에서는 피고는 담보물권을 가진 것에 그치고 설정자가 소유자인 것처럼 취급

18) 大判 1964.7.14., 63다839, 집 12-2, 15; 1988.11.8., 86다카2949, 공보 1988, 1522; 2000.10.10., 99다53230, 공보 2000, 2299.

19) 大判 2001.3.13., 99다26948, 공보 2001, 863.

20) 그러나 설정자 반환설에서는 자신의 설명이 기존 이익 개념과 잘 들어맞지 않을 수도 있고 그래서 추가적인 정당화가 필요할 것이라는 의식은 발견되지 않는 것으로 보인다. 설정자 반환설에 속하는 문헌에서 이익 개념과 관련해 어떤 문헌도 인용되지 않고 있다.

해야한다고 전제하고, 그 결과로 설정자를 수익자로 해석하려는 설명도 제시한다. 즉 저당부동산이나 「가등기담보 등에 관한 법률」이 적용되는 양도담보의 목적물에 동산이 부합된 경우 부당이득의 상대방이 저당권자나 부동산 양도담보권자가 아니라 설정자인 것과 마찬가지로, 대상판결의 사안에서도 양도담보의 담보로서의 실질을 고려할 때 달리 해석할 이유는 없다는 것이다.²¹⁾

그러나 이러한 설명은 설득력이 부족하다고 생각된다. 대상판결이 통설²²⁾ 및 선례²³⁾에 따라 밝히는 대로 제261조는 법률효과만이 아니라 법률요건도 부당이득에 관한 규정이 정하는 바에 따른다는 의미이다. 그러므로 보상청구권의 상대방은 부합에 따른 “권리변동으로 직접 이익을 받는 사람”(독일 민법 제951조 제1항 참조) 즉 부당이득 일반 법리에 따라 이득을 받는 자로 지정되지 반드시 부합에 따라 권리를 취득한 소유자에 한정되는 것은 아니다. 그래서 예컨대 건물이 독립된 부동산이 아니어서 토지에 부합하는 독일 민법에서, 타인의 토지에 건물을 건축한 경우 통상이라면 토지 소유자가 부당이득의 상대방이겠지만, 그 토지에 장기의 용익권(Nießbrauch)이 설정되어 건물의 이익이 용익권자에게 귀속한다면 토지 소유자가 아닌 용익권자가 상대방이 된다.²⁴⁾ 그러므로 부당이득에 따른 보상청구권의 상대방을 정하는 기준은 부당이득법에 따라 이득이 누구에게 귀속하였는지 여부이지, 상대방이 소유권자인지 제한물권자인지 여부에 따라 좌우되지 않는다.

예컨대 저당부동산에 동산이 부합된 경우, 보상청구권의 상대방은 저당권자가 아니라 저당부동산 소유자이다. 부합의 시점에 저당부동산 소유자는 적극재산 증가의 형태로 이득을 받았지만, 저당권자는 장래의 만족가능성이 높아질 기대를 가지는 것에 그치기 때문이다. 그러나 반대로 대상판결의 사안에서는 그렇지 않다. 부합의 시점에 피고는 양도담보로 제공된 선박에 카고펌프가 부합됨으로써 적극재산의 증가를 받았지만, 설정자는 —설정자 반환설이 자인하는 바에 따르면— 피고

21) 권영준(주 2), 504면; 이새롬(주 2), 633-634, 637-638면; 이원석(주 10), 113, 115-116면.

22) 전거와 함께 박윤직 편집대표, **민법주해**[V], 1992, 509-510면(권오곤) 참조. 이진기(주 2), 542-543면은 제261조가 무의미하게 된다는 이유로 반대한다. 그러나 제261조와 동일한 취지인 독일 민법 제951조와 관련해 살펴보다도, 이 규정은 입법과정에서 당연히 부당이득이 적용됨을 전제로 침부가 법률상 원인이 아니라는 점을 밝히는 확인적 규정으로 의도된 것이었다(Wieling, *Sachenrecht*, Band 1, 2. Aufl., 2006, S. 450 참조). 그 결과 학설에서도 이 조문이 법률요건 준용이라는 것이 일반적인 견해이다. 전거와 함께 Füller in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7, 7. Aufl., 2017, § 951 Rn. 3.

23) 大判 2009.9.24., 2009다15602, 공보 2009, 1743.

24) Wieling(주 22), S. 451.

와의 관계에서 가치가 증가된 목적물을 반환받거나 보다 많은 면책을 받을 장래 기대를 가지는 것에 그친다. 그러므로 부당이득 법리에 비추어 설정자를 수익자로 볼 수는 없다. 이미 살펴본 대로(앞의 II. 1. 참조), 그러한 기대만으로는 확립된 이득 개념에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 부당전제의 오류 논증으로 귀결하기 때문이다.

여기서 설정자 반환설이 제시하는 설명이 제261조의 규율 내용에 주의하고 있지 않을 뿐만 아니라, 저당권과 양도담보가 담보수단으로서 가지는 기능 차이도 고려하고 있지 않다는 사실이 나타난다. 민법이 저당권에 부여하는 할당내용은 우선변제를 위한 환가권능이지만, 다른 채권자들과의 관계에서 환가주도권은 보장되지 않는다(민사집행법 제91조 제2항). 이에 반해 계약관행이 창설하고 우리 법질서가 승인한 양도담보는 단순히 우선변제만을 내용으로 하는 것이 아니라 양도담보권자가 환가시기·환가방법의 주도권을 확보하는 것도 포함하고 있고, 바로 이러한 목적을 위해 책임재산 귀속의 변경 즉 소유권 이전이라는 형식을 갖추는 것이다. 이는 설정자의 다른 채권자가 간섭하는 것을 배제하기 위해 소유권 양도라는 형식을 통해 목적물을 설정자의 책임재산으로부터 양도담보권자의 책임재산으로 이전함을 의미한다. 이러한 측면은 저당권에서는, 그리고 동산 등록담보권에서도, 존재하지 않는다.²⁵⁾ 대상판결도 “동산에 대하여 양도담보권을 설정하면서 **양도담보권설정자가 양도담보권자에게 담보목적인 동산의 소유권을 이전하는 이유는 양도담보권자가 양도담보권을 실행할 때까지 스스로 담보물의 가치를 보존할 수 있게 함으로써 만약 채무자가 채무를 이행하지 않더라도 채권자인 양도담보권자가 양도받은 담보물을 환가하여 우선변제받는 데에 지장이 없도록 하기 위한 것이고, 동산양도담보권은 담보물의 교환가치 취득을 그 목적으로 하는 것**”(강조는 인용자; 이하 같다)이라고 밝혀 이 점을 분명히 한다. 이렇게 담보수단이더라도 그 기능과 내용에 차이가 있기 때문에, 대상판결에서와 같이 동산이 부합되는 경우 어느 당사자에게 적극재산의 증가가 발생하고 어느 당사자에게 단순한 장래 기대가 발생하는지 여부가 달라질 수밖에 없다. 그리고 이는 양도담보를 일종의 담보물권으로 파악한다고 하더라도 마찬가지이다. 그렇게 이해할 경우 양도담보권이라는 담보물권은 담보권자의 환가주도권 보장을 위해 목적물과 관련해 책임재산 귀속의 변경이라는

25) 김형석, “강제집행·파산절차에서 양도담보권자의 지위”, **저스티스**, 제111호, 2009, 82-83, 84-85면; 김형석, “「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 동산담보권과 채권담보권”, **서울대학교 법학**, 제52권 제3호, 2011, 212면 참조.

효과를 담보물권의 할당내용으로 하므로,²⁶⁾ 담보 목적물에 대한 부합은 — 그러한 측면이 결여하는 저당권과 등록담보권에서와는 달리— 양도담보권자의 책임재산 증가 즉 그의 적극재산 증가로 나타나기 때문이다. 설정자 반환설은 이러한 차이를 고려하지 않는 것으로 보인다. 이른바 담보로서의 실질을 강조하는 견해들이 “담보의 실질”이라는 모호한 주문에 전적으로 의지하여, 담보로 기능하기만 하면 정작 그 실질의 차이를 진지하게 고려하지 않는다는 사실²⁷⁾이 여기서도 확인된다.

(2) 한편 설정자 반환설은 부합으로 소멸한 권리가 소유권인 경우와 담보권인 경우가 다른 결론에 이를 것이라는 점도 암묵적으로 전제한다. 즉 이 사안에서 원고가 소유자라는 사정을 강조한다면 당연히 그에게 부당이득 반환청구권이 인정될 것이지만, 양도담보가 형식은 소유권이지만 실질은 담보권이라는 사실을 고려한다면 그렇지 않다고 서술하기 때문이다.²⁸⁾ 그래서 예컨대 원고가 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 등록담보권을 사용하였는지 아니면 양도담보를 사용하였는지에 따라 수익자가 달라져서는 안 된다고 한다.²⁹⁾

그러나 과연 그러한가? 이는 우리 민법 규정을 살펴보면 그렇지 않은 것으로 나타난다. 민법은 부합과 관련해 소유권 상실을 제256조, 제257조에서 규정하고, 이어서 제260조 제1항에서 “전4조의 규정에 의하여 동산의 소유권이 소멸한 때에는 그 동산을 목적으로 한 다른 권리도 소멸한다”고 정한다. 그리고 이어서 제261조는 “**전5조의** 경우에 손해를 받은 자는 부당이득에 관한 규정에 의하여 보상을 청구할 수 있다”고 밝힌다. 이들 규정에서 명백하지만, 동산의 부합으로 소유권을 상실하는 경우와 그 동산을 목적으로 하는 다른 권리가 소멸하는 경우는 어떠한 구별 없이 평행하게 규율되어 있다. 그러므로 이들 규정에 따르면 동산 부합으로 소유권을 상실한 자이든 아니면 동산에 존재하던 질권 또는 등록담보권을 상실한 자이든 그 부합으로 이득을 받은 자를 상대로 보상을 청구할 수 있다. 즉 민법의 문언에 따를 때 원고의 지위가 소유권인지 담보권인지에 따라 상대방이 달라질 이유는

26) 바로 그렇기 때문에 판례는 설정자에 대한 강제집행의 경우 양도담보 목적물이 설정자 책임재산에 속하지 않음을 주장할 수 있도록 양도담보권자에게 제3자 이의의 소를 허용하고 있는 것이다(大判 1971.3.23., 71다225, 집 19-1, 243; 1994.8.26., 93다44739, 공보 1994, 977; 주 24 참조).

27) 양도담보와 단순 소유권유보의 기능상 차이와 관련해 이미 김형석, “우리 담보제도 발전의 회고”, **우리 법 70년 변화와 전망(청헌 김증한 교수 30주기 추모논문집)**, 2018, 437면.

28) 지원립(주 2), 388면.

29) 권영준(주 2), 504면.

전혀 발견할 수 없다. 그리고 이미 보았지만(앞의 II. 1. 참조), 그 상대방이 설정자일 수는 없다.

예컨대 대상판결의 사안에서 원고가 카고팸프에 양도담보가 아닌 질권이나 등록담보권을 취득한 경우를 상정해 보자. 이 카고팸프가 피고에게 양도담보로 제공된 선박에 부합됨으로써 질권 또는 등록담보권은 소멸한다. 이때 질권자나 등록담보권자는 부합으로 권리를 상실했으므로, 제260조 제1항, 제261조에 따라 부당이득에 따른 보상청구권을 가진다. 그리고 그 상대방은 이미 살펴본 바와 같이(앞의 II. 1. 참조) 설정자일 수는 없으며, 따라서 선박의 양도담보권자인 피고이다. 민법은 보상청구권과 관련해 소멸하는 권리의 종류를 구별하지 않고 있기 때문이다(제261조: “전5조의 경우”). 이후 법률관계는 원고의 피담보채권의 변제기가 도래하였는지 여부에 따라 달라진다. 부당이득 반환청구의 시점에 원고의 피담보채권의 변제기가 도래하였다면, 그는 그 범위에서 부당이득의 반환을 청구할 수 있다(제353조 제1항, 제2항 참조).³⁰⁾ 나머지 액수가 존재한다면 이는 설정자에게 귀속할 것이다. 반면 원고의 피담보채권의 변제기가 도래하지 않았다면 해석상의 문제가 발생한다. 원고에게 바로 만족을 주지 않으면서도 담보를 가지는 상황을 창출해 주어야 하기 때문이다. 우리 민법의 해석으로는³¹⁾ 동일한 이익상황을 규율하는 제353조 제3항을 유추하는 방법이 적절하다고 생각된다. 즉 권리를 상실한 질권자 또는 등록담보권자는 선박 양도담보권자를 상대로 부당이득에 해당하는 금액의 공탁을 청구할 수 있고, 질권 또는 등록담보권은 그 금전에 존재한다고 해석해야 한다.

그리고 이러한 해석은 기본적으로 양도담보권자에 대해서도 다르지 않다. 양도담보권자 역시 질권자나 등록담보권자와 마찬가지로 우선변제를 위한 환가권을 가지고 있는 지위이기 때문이다. 다만 변제기에 따른 구별을 그대로 유지할 것인지의 문제는 남는다. 양도담보의 소유권 이전이라는 형식을 강조하는 경우, 대외적으로 소유자인 원고는 변제기 이전이더라도 일단 카고팸프 가치 전액에 대해 부당이득을 청구하고 담보목적을 초과하는 부분은 설정자와의 사이에서 정산을 해야 한다고 불여지도 없지 않다. 그러나 담보수단으로서 기능을 강조하여 질권 또는 등록담보권에서와 동일하게 해석하는 것도 충분히 가능한 해법이다. 어쨌든 대상판결의 사안에서는, 반드시 명백한 것은 아니지만 적어도 사실심 변론종결시까지 변제기가

30) 규정 형식이 유사한 독일 민법에서도 마찬가지로 해석된다. Gursky/Wiegand in Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2017, § 951 Rn. 21.

31) 독일 학설에서 제안된 해석에 대해서는 Gursky/Wiegand(주 30), § 951 Rn. 21 참조.

도래하였을 가능성이 매우 높으므로, 원고는 제261조에 따른 보상청구권을 피담보채권의 범위에서 직접 피고를 상대로 행사할 수 있을 것으로 보인다.

요컨대 양도담보를 소유권이 담보기능에 따라 제약을 받는다고 이해하든 아니면 그러한 할당내용을 가지는 담보물권이라고 이해하든 대상판결에서 부당이득 반환의 상대방은 달라지지 않는다. 이는 양자를 평행하게 규율하는 제260조, 제261조에서 명백하다. 원고 피담보채권의 변제기 도래에 따라 구별을 할 것인지 여부에 차이가 발생할 여지는 있으나, 아마도 대상판결에서는 결론에 영향을 미치지 않을 것이다. 설정자 반환설의 주장은 타당하지 않다.

3. 형평과 실질의 고려?

(1) 지금까지 살펴본 바에 따르면, 설정자 반환설은 법률 및 그에 대해 확립된 해석론에 의지하여 논의를 전개한다기보다는 「형식은 소유권이지만 실질은 담보」라는 표어에 의지해 형평감각에 호소하는 논거들을 개진하고 있는 것으로 보인다. 이러한 태도는, 이미 인용한 바 있지만(앞의 주 9, 10의 본문 참조), 설정자 반환설이 부당이득을 형평적 구제수단으로 이해하는 입장과 일맥상통한다. 그러나 실제로 대상판결의 사실관계를 배경으로 이익상황을 살펴보면, 설정자 반환설의 결론이 과연 「형평」의 관점에서 적절한 것인지 여부에 대해서도 의문이 제기된다.

부합 직전의 상황으로 되돌아가 보기로 한다. 이 상황에서 피고는 건조 중인 선박에 양도담보를 확보하고 있고, 원고는 카고펌프에 양도담보를 확보하고 있다. 이 순간에 채무자인 설정자가 무자력이라면, 피고는 선박으로부터 그리고 원고는 카고펌프로부터 만족을 받게 될 것이고 부족한 부분의 무자력은 각자 부담하게 될 것이다. 그런데 이제 카고펌프가 선박에 부합되었다. 이 경우 원고에게 피고를 상대로 하는 부당이득 반환을 허용한다면, 피고는 선박에 양도담보를 동일한 가치로(증가된 가치에서 부당이득 반환이 공제되므로) 보유하고, 원고로서는 피고에 대한 부당이득 반환청구권이 카고펌프에 갈음해 담보로서 기능할 것이며(채권양도담보를 받은 것과 비슷하게 된다), 각자 자신의 담보로부터 만족 받지 못하는 부분의 설정자 무자력은 스스로 부담하게 될 것이다. 그러므로 원고의 청구가 받아들여지는 경우, 부합이 있더라도 당사자들의 이익상황은 그대로 유지된다. 반면 대상판결과 같이 원고의 청구를 배척한다고 상정해 보자. 그렇다면 피고는 가치가 증가된 양도담보를 보유하게 되고, 원고는 설정자에 대해 부당이득 반환청구권을 취득한다. 그런데 채무자인 설정자는 매우 높은 개연성으로 무자력일 것이므로, 원고는 무자력인 설정자에 대해

피담보채권에 더해 부당이익 반환청구권을 취득한다고 해도 아무런 이익을 덧붙이지 못한다. 반면 피고로서는 부합에 의해 원래 자신에게 파악되지 않았던 담보가치를 확보하여 피담보채권이 부합 전 선박의 가치를 초과하는 경우 망외의 추가적 만족을 받게 된다.³²⁾ 원고에게 부당이익 반환청구권이 존속하여 담보로서 기능해야 한다는 측면을 무시하고 미리 담보를 확보하였음에도 그 이익을 박탈함으로써, 원래 피고가 부담해야 하는 무자력 위험 부분을 원고에게 전가하는 해석이 어떤 의미에서 『담보의 실질』에 충실한 해석일 수 있다는 말인가?

설정자 반환설은 설정자가 담보목적물을 점유하에 두고 관리·지배하므로 법정 제하적으로 위험을 쉽게 부담할 수 있는 자로서 그를 상대로 하는 것이 적절하다고 설명한다.³³⁾ 그러나 담보와 부당이익을 배경으로 하는 무자력 위험 분배라는 관점을 고려하지 않은 이러한 설명은 사안의 핵심에서 벗어나기에 설득력이 없다고 생각된다. 대상판결을 원고로부터 부당이익 청구를 당할 위험을 두고 피고와 설정자 사이에 다투는 경우로 파악한다면 이는 경제적 실질을 간과하는 것이다. 부당이익 반환의무를 부담하더라도 설정자는 결국 자신이 이행해야 할 바를 이행하는 것뿐이어서 새로운 위험을 부담한다고 말할 수 없을 뿐만 아니라, 피고 역시 반환의무를 부담하게 되더라도 그 “위험”이란 경제적으로 부합 이전 상태로 회귀하는 것에 불과하다. 누구에게 반환의무를 지우더라도, 경제적으로는 부합 이전 상황과 다르지 않다. 그러한 상황에서 이들 사이 “위험”의 분배를 운위하는 것이 과연 적절한가? 오히려 경제적으로 진지하게 평가되어야 하는 “위험”은 설정자의 무자력 위험이고, 바로 그 분배를 둘러싸고 원고와 피고가 다투고 있는 것이다. 따라서 질문은 다음과 같이 제기되어야 한다. 설정자의 무자력 위험은 원고와 피고 사이에서 어떻게 분배되어야 하는가? 그런데 주지하는 바와 같이 무자력 위험의 분배는 계약으로 먼저 우선적 담보를 확보한 자에게 우선권을 부여하고 나머지 채권자에게 평등하게 배당하는 것을 통해 효율적으로 작동한다는 것이 경제적 분석이 확인해 주는 결과이며,³⁴⁾ 우리 도산법의 기본적 태도이기도 하다. 이는 원고와 피고가 각자 먼저 파악한 담보 범위에서 만족을 받아 무자력 위험을 회피하고, 그것으로 흡수되지 않은 설정자의 무자력은 남은 채권액에 안분하여 부담하는 결과가 적절함을 의미한다. 그렇다면 카고펌프에 대해 계약으로 먼저 양도담보권을 확보한

³²⁾ 손호영(주 2), 423면도 참조.

³³⁾ 권영준(주 2), 504면; 이새롬(주 2), 635-636면.

³⁴⁾ Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl., 2012, S. 636ff.

원고에게 바로 그 목적물에 대한 무자력 위험을 전가하는 해석이 어떻게 정당화될 수 있는지 — 적어도 필자로서는 — 쉽게 이해하기 어렵다. 그리고 이러한 의문은 설정자 반환설 자신이 언급하는 기준에 따르더라도 마찬가지로 제기된다. 설정자의 채권자인 원고와 피고는 사전에 담보를 확보하지 못한 채권 부분에 대해서는 채권자평등주의를 감수해야 하는데, 왜냐하면 채권 만족을 대비하는 사전 조치는 원·피고 모두 자신의 계약 상대방인 설정자와의 관계에서 보다 쉽게 할 수 있는 지위에 있었기 때문이다(superior risk bearer!). 법경제학적인 논거를 원용하는 설정자 반환설은 경제적인 실질을 도외시하고 있다고 생각된다.³⁵⁾

관련해 설정자 반환설에서는 이 사건에서 원고는 카고펌프가 작업장 내에서 부합될 것이라는 사정을 예견하면서 양도담보를 설정받았으므로 보호가치가 없으나, 피고로서는 그것이 원래 담보로 삼으려던 목적이었으므로 망외의 이익이라고 볼 수 없다는 지적도 행해진다.³⁶⁾ 그러나 이러한 설명 역시 타당하지 않다. 원고가 실제로 그러한 부합을 예견하였다고 하더라도, 그러한 사정은 원고의 보호가치를 결코 줄이지 않는다. 원고가 만일 그러한 부합을 예견하면서도 양도담보를 설정 받았다면, 이는 왜 그러한가? 원고는 설정자가 정상적인 영업을 통해 선박을 건조하고 매각해야만 자금이 순환하고 그 결과 자신의 채권이 변제될 것임을 알고 있기 때문이다. 따라서 그는 정상적인 영업을 전제로 부합되는 결과를 감수하지만, 그러나 만일의 경우 설정자에게 정상적인 영업이 어려워 무자력에 이르는 상황이 발생할 경우를 대비해 부합이 예정된 물건이더라도 담보의 설정을 받는 것이다(예견된 부합을 이유로 담보가 무의미하다면 원고가 현실에서 왜 굳이 양도담보를 설정 받았겠는가 생각해 보라). 그리고 대상판결의 사안에서 원고가 양도담보로 대비하고자

35) 이 맥락에서 흥미로운 사실은 법경제학적 논거를 개진하는 설정자 반환설이 서술에서 모두 원용하고 있는 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, **서울대학교 법학**, 제55권 제3호, 2014, 131면 이하는 정작 이 문제를 카나리스의 유명한 분석(Canaris, “Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis”, *Festschrift für Larenz*, 1973, S. 802ff.)과 관련지으며 — 필자와 마찬가지로 — 명시적으로 중간자 무자력 위험 분배의 문제로 서술하고 있다는 점이다. 이러한 접근은 사실 너무나 당연한 것인데, 다수당사자 관계에서 부당이득 당사자의 확정 은 기본적으로 중간자 무자력 위험의 분배 문제에 다름 아니기 때문이다(Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 2. Aufl., 2. Teilband, 2016, S. 23 참조). 그러나 이러한 기본적 인식은 설정자 반환설에서 완전히 간과되어 있는 것 같다. 필자가 관찰하기에 최근 우리 문헌에서 (그리고 일부 재판례에서도) 법률이 전제하는 이익상황과 가치평가에 대한 숙고 없이 피상적으로 법경제학적 인식을 원용하는 서술이 드물지 않게 눈에 띄이는데, 본문의 예도 그에 해당할 수 있다고 보인다.

36) 이새롭(주 2), 635면.

하였던 상황이 도래하였음은 부정할 수 없을 것이다. 자신이 예방하고자 한 상황에 직면해 이를 위해 미리 확보한 담보를 행사하려는 원고에게 무슨 근거로 보호 가치가 없다고 쉽게 단정할 수 있겠는가? 실제로 그러한 부합·가공·처분이 예정되는 집합동산 양도담보나 소유권유보의 경우에 그러한 사정을 예견하였다는 이유로 담보권자의 보호가치가 없다는 설명은 행해지지 않는다.³⁷⁾ 반면 피고의 경우 설령 반입된 카고펌프에 대해 자신이 담보로 취득하고자 하는 의도가 있었다라고,³⁸⁾ 그것이 타인의 소유에 속하여 소유권을 양도받지 못한 이상 나중에 그 가치를 취득하는 것은 본인의 주관적 관점에서는 아니더라도 총채권자의 객관적 관점에서는 당연히 우연적인 망외의 이익이다. 그리고 무자력 위험의 분배에서 유의미한 관점이 전자가 아니라 후자임은 굳이 부연할 필요가 없을 것이다.

(2) 지금까지 살펴본 내용은 설정자 반환설이 출발점으로 삼는 관점 즉 부당이익은 다른 구제수단으로 해결되지 않는 문제를 해결하는 법제도로써 실질적이고 형평에 맞는 판단이 요구된다는 관점에 대한 의문으로도 나아간다.

주지하는 바와 같이 부당이익이 형식적으로는 정당하지만 실질적으로는 부당한 재산이동에서 발생하는 모순을 제거하려는 형평적 구제수단이라는 관점은 20세기 초반 독일의 학설을 일본의 학설이 공평설이라는 모습으로 수용하면서³⁹⁾ 우리에게도 전해졌다. 그러나 이러한 관점에 대해 그 추상성과 모호성으로 실제 해결에 도움이 되지 못한다는 비판이 행해지고 있음은 주지하는 바이다.⁴⁰⁾ 폰 캐머러는 그의 고전적인 서술에서 형식적으로 정당하나 실질적으로 부당한 재산이동의 교정이라는 관점은 형식주의에 지배되던 법발전 초창기 부당이익법이나 타당한 서술이며, 현대 법질서의 상황에는 더 이상 부합하지 않는다고 지적한다. “부당이익법은 보다 높은 단계의 법이 아니다. 잘못된 수령자에게 공급하였거나 청구서를 두 번 지급하였거나 성립하지 아니한 계약에 선급을 한 자의 반환청구권은 소비대차나 담보채권을 이유로 하는 해제로부터 발생하는 반환청구권과 다른 존엄성을 가지고

37) 그러한 경우 담보권자의 보호가치가 부정되기는커녕, 오히려 설정자의 정상적인 영업과 이를 전제로 하는 채권자의 담보이익을 조화시키는 과제가 제기된다. 양창수·김형석, **민법 III: 권리의 보전과 담보**, 제3판, 2018, 539면 참조.

38) 손호영(주 2), 424면은 이 점에도 의문을 제기하며, 피고와 설정자의 양도담보 계약은 설정자 소유의 물건에만 양도담보를 설정할 의사였다고 해석한다.

39) 我妻榮, **事務管理・不當利得・不法行爲**, 1937, 27면 이하. 기르케, 헤데만, 슈탐플러 등이 원용된다.

40) 민법주해[XVII](주 14), 162면 이하(양창수) 참조.

있는 것은 아니다. 타인이 소비한 재화 소유자의 부당이득 반환청구권은 독일 민법 제823조 제1항에 기한 손해배상청구권과 동등한 차원에 존재한다.”⁴¹⁾ 그리고 빌부르크가 지적하듯, “부당이득 반환청구권이 항상 그것이 없었더라면 존속하였을 법상태에 대해 작용한다는 사정은 부당이득의 고유한 특성이 아니라, 모든 청구권에 공통적이다. [...] 부당이득 반환청구권은 현행법 자체에 근거를 두고 있으며, 그에 반하거나 그 위로 고양될 수는 없다”⁴²⁾

대사판결로 되돌아가, 만일 설정자 반환설이 부당이득(제741조)의 이득 개념이나 부합에 따르는 보상(제261조)에 대해 기존에 확립된 해석을 실질과 형평만을 이유로 번복하고자 하는 것이라면, 앞서의 서술에 비추어 그러한 태도는 받아들일 수 없다. 이는 법률에 반하여 법적 안정성을 위태롭게 하려는 시도로 해석론의 과제를 넘어선다고 생각되기 때문이다. 그러나 그것이 아니라 단지 법률을 적용하는 과정에서 실질과 형평을 고려해야 한다는 주장에 그친다면, 이에 반대할 이유는 전혀 없다. 그러나 법률해석에서 실질과 형평을 고려해야 하는 것은 부당이득에 고유한 작업이 아니라 모든 법률해석에서 마찬가지이다. 그렇다면 설정자 반환설은 단순히 담보로서의 실질을 표어로 언급하는 것에 그치지 않고 제261조, 제741조 요건의 해석에서 실질과 형평이 어떻게 반영되는지를 구체적으로 보여야 할 것이다.

4. 사후적 사정에 따른 예외 인정?

한편 원칙적으로 설정자가 수익자라는 설정자 반환설의 주장을 출발점에서는 공유하면서도, 피고의 현실적인 만족을 고려하여 예외를 설정하려는 견해도 주장된다. 우선 이 견해는 대사판결의 사안에서 부합에 의해 원칙적으로 설정자에게 이득이 발생한다고 설명한다는 점에서 이미 타당하지 않다. 설정자에게 이득이 발생한다는 주장의 문제점은 앞서 설정자 반환설을 비판하며 상세히 살펴보았다(위의 II. 1., 2., 3. 참조). 그러므로 아래에서는 이 견해가 예외로 설정하는 내용이 타당할 수 있는지를 살펴본다.

이 견해는 부합 이후 피고가 양도담보를 실행함으로써 받게 되는 만족의 모습을 고려하여 피고가 반환의무자가 될 수 있음을 긍정한다는 특징을 가진다. 그중 하나의 견해는, 부합 후 양도담보권자인 피고가 담보목적물인 선박을 환가하여 채권의

⁴¹⁾ von Caemmerer, “Bereicherung und unerlaubte Handlung”, *Gesammelte Schriften*, Band I, 1968, S. 216f.

⁴²⁾ Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, 1934, S. 21.

만족을 받는 단계에서, 카고펌프가 이 사건 선박에 부합되기 전 이 사건 선박의 가액이 피고의 채권액에 미치지 못하는 상태에서(①) 부합으로 인하여 증가된 가치 상당액만큼 피담보채권을 추가로 변제받은 경우에는(②, ③), 피고가 우선변제를 받아 실질적 이익을 받았으므로 피고가 부당이득의 상대방이 된다고 주장한다.⁴³⁾ 다른 견해도, 원칙적인 반환의무자는 설정자이지만, 피담보채무가 부합 이전의 양도담보물의 담보가치를 초과하고 있었고(①), 부합으로 인하여 담보가치가 증가하였으며(②), 그 실행으로 인하여 양도담보권자가 추가적인 만족을 얻었고(③), 채무자로서는 다른 책임재산이 없는 경우에는(④) 피고가 실질적인 이익을 받았으므로 반환의무자가 되며, 이러한 경우는 민법 제578조와 상황이 유사하므로 이를 유추하여 설정자가 1차적 책임을 부담하되 그가 무자력인 경우 보충적으로 피고를 상대로 청구할 수 있다고 주장한다.⁴⁴⁾ 위의 견해가 설정자의 무자력을 요구하면서 제578조의 유추를 고려한다는 점을 제외하면 두 주장의 기본적인 발상은 동일하다.

우선 이 견해가 양도담보 실행의 결과 추가적인 만족을 받은 피고를 상대로 원고가 가지게 되는 부당이득 반환청구권이 제257조, 제260조, 제741조를 근거로 성립하는 청구권이라고 이해한다면, 이는 명백히 부당하다. 왜냐하면 그러한 설명에 따르는 경우 부합의 결과 원고가 가지는 부당이득 반환청구권은 카고펌프의 부합 시점에 유효하게 성립하였음에도 불구하고 피고의 양도담보 실행 시점까지는 그 상대방을 확정할 수 없다는 불합리한 결과가 발생하기 때문이다. 예컨대 원고가 피고의 양도담보 실행 이전의 시점에 부당이득을 청구하는 경우, 장래 피고의 피담보채권이 얼마만큼 미리 변제될 것이고 그 결과 피고가 양도담보 실행으로 어느 정도의 이익을 받게 될지(또한 목적물의 시세변동 가능성에 대해서 앞서 II. 1. (2)도 참조) 그리고 과연 그 시점에 설정자가 무자력일지 여부 등이 불확실하기 때문에 청구의 상대방이 될 반환의무자를 확정할 수 없는 것이다. 물론 이 견해는 「원칙적」으로는 설정자가 수익자라고 하므로 피고의 실행 전까지는 설정자가 상대방이라고 주장할 지도 모른다. 그러나 그렇게 해석한다면, 부합의 시점에 이미 유효하게 성립한 부당이득 반환청구의 상대방이 이후 피고의 양도담보 실행의 결과에 따라 설정자에서 피고로 변경될 수 있으며, 그에 상응하여 원고의 청구 시점이라는 우연한 사정에 따라 동일한 부당이득 반환청구권의 의무자가 달라질 수 있다는 이해하기 어려운 결론이 도출된다.⁴⁵⁾ 이러한 내용이 타당하다고 말할 수는 없을 것이다.

43) 권준범(주 2), 246면.

44) 윤진호·김제완(주 2), 221면 이하.

그러나 이 견해를 다음과 같이 이해할 여지도 없지 않다. 즉 원고는 피고의 양도 담보 실행 이후에도 설정자에 대해 여전히 제257조, 제260조, 제741조에 따라 부당이득 반환청구권을 가지고 있으나, 설정자가 무자력인 경우 원고에게 그 이익을 반환할 수 없는 상황이므로 원고는 그 반환불능으로부터 이득을 받은 피고를 상대로 또 하나의 부당이득 반환청구권을 취득한다고 말이다.⁴⁶⁾ 이렇게 이해할 경우, 이 견해가 원고에게 인정하는 부당이득 반환청구권은 일종의 전용물소권이며, 따라서 그 정당화에 각별한 이유제시가 필요하다. 그런데 부당이득이 무자력을 포함하여⁴⁷⁾ 수익자의 반환불능으로 좌절되는 경우 그로부터 이득을 받은 자에 대한 추가적인 부당이득 청구에 대해서는 이미 제747조 제2항이 지침을 제공하고 있다는 사실을 기억해야 한다. 동항이 바로 부당이득 반환이 좌절되는 경우 특별히 인정되는 전용물소권에 관해 정하는 규정이기 때문이다.⁴⁸⁾ 이 규범을 고려한다면, 대상판결에서는 피고가 부합으로 증가된 가치에 해당하는 이익을 설정자의 부당이득 사실을 알면서 무상으로 취득하는 경우에만 그러한 전용물소권이 정당화될 여지가 있다. 그러나 이 사안에서 피고가 실행으로 받게 되는 이익이 유상임은 의문의 여지가 없으며, 따라서 그러한 전용물소권은 선불리 인정되어서는 안 된다. 그리고 이 맥락에서는 앞서의 견해가 주장하는 것처럼 경매라는 특수한 사안에 적용될 제578조의 유추를 고려할 수도 없다고 할 것이다. 문제의 사안에 직접적인 관련성을 가지는 제747조 제2항의 존재에 비추어 법률의 흠결을 인정할 수 없기에 유추는 가능하지 않고 보아야 하기 때문이다. 특히 중간자가 무자력이라는 이유로⁴⁹⁾ 경매라는 핵심적 요건을 도외시하고서 제578조를 유추할 수 있다면, 많은 유형의 삼면관계에서 직접청구와 전용물소권을 일반적으로 인정하게 되는 체계파괴적 결과로 나아갈 위험이 매우 크다. 왜냐하면 삼면관계에서 직접청구와 전용물소권의 문제는 거의 예외 없이 중간자의 무자력을 전제로 해서만 제기되기 때문이다(주 35 참조).

요컨대 예외적으로 인정되는 부당이득 반환청구권이 제260조, 제741조에 근거한다고 이해하는 경우, 그 전제가 되는 이득이 누구에게 발생하였는지의 문제는

45) 윤진호·김제완(주 2), 210면 주 14 참조.

46) 특히 권준범(주 2), 246면을 비판하면서(주 23 참조) 제578조의 유추를 언급한다는 점에서 윤진호·김제완(주 2), 221면 이하가 이러한 태도라고 보인다.

47) 김용담 편집대표, **주식 민법 채권각칙(5)**, 제4판, 2016, 704-705면(민중기) 참조.

48) 제747조 제2항의 입법에 참고가 되었던(민법주해[XVII](주 14), 571면(양창수) 참조) 독일 민법 제822조에 대해 Wieling, *Bereicherungsrecht*, 4. Aufl., 2007, S. 84; MünchKomm/Schwab (주 16), § 822 Rn. 1 등 참조.

49) 윤진호·김제완(주 2), 223면.

청구권이 성립하는 시점에 이미 확정되어 있어야 함에도, 이 견해는 청구권 성립 이후의 사정을 고려하여 반환의무자를 정하려고 한다는 점에서 타당하지 않다. 반면 예외적으로 인정되는 부당이득 반환청구권이 피고의 양도담보 실행에 따른 이익의 이동을 근거로 추가적으로 인정되는 부당이득 반환청구권이라면, 이는 일종의 전용물소권으로 바로 그러한 사안유형에 대해 규율하고 있는 제747조의 제2항의 가치평가에 비추어 쉽게 인정할 수 없다. 이 견해는 원칙적인 경우에 설정자 반환설을 따른다는 점에서도 따를 수 없지만, 그에 대해 설정한 예외도 설득력이 있다고 하기는 어렵다. 결론적으로 설정자 반환설을 원칙으로 하여 출발하는 이상 예외적으로도 피고의 반환이라는 해결에는 도달할 수 없다.

III. 동산 부합과 부당이득

지금까지는 대상판결을 지지하는 평석이 제시하는 논거를 비판적으로 검토하면서 그것이 지지되기 어렵다는 것을 보았다. 아래에서는 다른 관점에서 수익자가 아닌 피고가 부당이득의 상대방이 되어야 한다는 것을 살펴보고자 한다. 이는 무엇보다 부합과 부당이득의 문제를 다루고 있으며 대상판결도 인용하고 있는 선례인 大判 2009.9.24.(주 23)과 대상판결의 관계에 대한 검토를 포함한다. 이 선례와 대상판결의 결론은 충돌한다고 볼 여지가 크기 때문이다.⁵⁰⁾

1. 한 선례의 태도

(1) 大判 2009.9.24.(주 23)은, 원고가 소유권유보하에 철강제품을 수급인에게 공급하였고, 수급인이 이를 도급인의 공장 건물 증축에 사용하여 부합시킨 사안을 배경으로 한다. 원고가 피고에 대해 부당이득을 청구하는 것에 대해, 원심은 제261조를 적용하여 이를 긍정하였으나, 대법원은 다음과 같은 이유로 이를 파기하였다. 대법원은 우선 제261조가 침부에 의한 소유권 취득의 경우 부당이득 반환을 지시하는 것은 법률효과만 준용하는 것이 아니라 법률요건까지 준용하는 의미임을 밝히고, 이어서 선례⁵¹⁾를 인용하여 “계약 당사자 사이에 계약관계가 연결되어 있어서 각각의 급부로 순차로 소유권이 이전된 경우 계약관계에 기한 급부가 법률상의

⁵⁰⁾ 이진기(주 2), 543면; 손호영(주 2), 424-425면.

⁵¹⁾ 大判 2003.12.26., 2001다46730, 집 51-2, 375.

원인이 되므로 최초의 급부자는 최후의 급부수령자에게 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다”고 한다. 그러나 이 사안의 경우에는 추가적인 고려사항이 있음을 판시한다.

“이와 달리, 매매 목적물에 대한 소유권이 유보된 상태에서 매매가 이루어진 경우에는 대금이 모두 지급될 때까지는 매매 목적물에 대한 소유권이 이전되지 않고 점유의 이전만 있어 매수인이 이를 다시 매도하여 인도하더라도 제3자는 유효하게 소유권을 취득하지 못하므로[...], 위와 같은 계약관계에 의한 급부만을 이유로 제3자는 소유자의 반환 청구를 거부할 수 없고, 부합 등의 사유로 제3자가 소유권을 유효하게 취득하였다면 그 가액을 소유자에게 부당이득으로 반환함이 원칙이다. 다만, 매매 목적물에 대한 소유권이 유보된 경우라 하더라도 이를 다시 매수한 제3자의 선의취득이 인정되는 때에는, 그 선의취득이 이익을 보유할 수 있는 법률상 원인이 되므로 제3자는 그러한 반환의무를 부담하지 않는다고 할 것이다.

[...] 그리고 매도인에 의하여 소유권이 유보된 자재를 매수인이 제3자와 사이의 도급계약에 의하여 제3자 소유의 건물 건축에 사용하여 부합됨에 따라 매도인이 소유권을 상실하는 경우에, 비록 그 자재가 직접 매수인으로부터 제3자에게 교부된 것은 아니지만 도급계약에 따른 이행에 의하여 제3자에게 제공된 것으로서 거래에 의한 동산 양도와 유사한 실질을 가지므로, 그 부합에 의한 보상청구에 대하여도 위에서 본 선의취득에서의 이익보유에 관한 법리가 유추적용된다고 봄이 상당하다. 따라서 매도인에게 소유권이 유보된 자재가 제3자와 매수인과 사이에 이루어진 도급계약의 이행에 의하여 부합된 경우 보상청구를 거부할 법률상 원인이 있다고 할 수 없지만, 제3자가 도급계약에 의하여 제공된 자재의 소유권이 유보된 사실에 관하여 과실 없이 알지 못한 경우라면 선의취득의 경우와 마찬가지로 제3자가 그 자재의 귀속으로 인한 이익을 보유할 수 있는 법률상 원인이 있다고 봄이 상당하므로 매도인으로서에는 그에 관한 보상청구를 할 수 없다고 할 것이다.”

(2) 이 판결의 이유제시는 타당하다고 생각된다. 이 판결에 대해서는 이미 그 의미를 해명하고 있는 평석들이 존재하므로,⁵²⁾ 이를 다시 상세히 재론할 필요는 없다고 보인다. 아래에서 대상판결과의 관계를 살펴보기 위해 필요한 범위에서 이를 부연하면 다음과 같다.

52) 이병준, “소유권이 유보된 재료의 부합과 부당이득반환청구”, **자유와 책임 그리고 동행 (안대희 대법관 재임기념)**, 2009, 103면 이하; 안병하, “부합과 부당이득”, **연세대 법학연구**, 제25권 제1호, 2015, 157면 이하; 김우진, “소유권유보부매매 목적물의 부합과 부당이득”, **민사판례연구**[XXX-1], 2011, 455면 이하.

대법원의 전용물소권에 관한 판례에 따른다면, 계약상의 급부가 계약의 상대방 뿐만 아니라 제3자의 이익으로 된 경우에 급부를 한 계약당사자가 계약 상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있는 이외에 그 제3자에 대하여 직접 부당 이득반환청구를 할 수는 없다.⁵³⁾ 또한 지급지시에 관한 선례에 비추어, 여러 당사자들 사이에 계약의 연쇄에 따라 각각의 급부로 순차로 소유권이 이전되는 경우 계약관계에 기한 급부가 법률상의 원인이 되므로,⁵⁴⁾ 최초의 급부자는 최후의 급부 수령자에게 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득 반환청구를 할 수도 없다. 이러한 원칙에 따른다면, 이 사건에서 원고는 중간자인 수급인에게 매매계약의 이행으로 철강제품을 공급한 것이고 피고인 도급인은 중간자인 수급인 으로부터 도급계약의 이행으로 철강제품의 소유권을 취득한 것이므로, 원고는 피고를 상대로 부합을 이유로 하는 부당이득의 반환을 청구할 수 없는 것처럼 보일 수도 있다. 수급인이 도급인에게 소유권을 이전하는 결과가 법률행위에 의한 것인지 아니면 법률 규정에 의한 것인지 여부와 무관하게 소유권 이전이라는 결과로 수급인은 도급인에 대한 의무를 이행한 것으로 볼 수 있을 것이기 때문이다.⁵⁵⁾ 대법원이 설명하는 대로, 철강제품은 “도급계약에 따른 이행에 의하여 제3자에게 제공된 것으로서 거래에 의한 동산 양도와 유사한 실질을 가지”는 것이다.

그러나 이상의 설명은 철강제품의 소유권이 원고→수급인→피고의 순서로 순차적으로 유효하게 이전된 경우를 전제로 한다. 그렇지 않은 경우 예컨대 이 사안에서 처럼 원고가 소유권유보에 기해 철강제품의 소유권을 가지고 있는 경우에는, 원고는 부합 이전까지는 철강제품의 소유물반환을 청구할 수 있었을 것이다. 그런데 원고가 이렇게 소유물반환을 청구하는 경우, 자재를 공급받아 점유하는 도급인인 피고는 중간자인 수급인과의 도급계약에 기초해 목적물을 수령하였다는 이유로 반환을 거부할 수 없다. 도급계약은 그들 사이의 채권관계에 불과해 소유자인 원고와의 관계에서 점유할 권리(제213조 단서)를 부여할 수 없기 때문이다. 소유권은 계약관계를 가로질러 그 이익을 주장할 수 있게 하는 으뜸패인 것이다. 그렇다면

53) 大判 2002.8.23., 99다66564,66571, 집 50-2, 40.

54) 大判 2003.12.26.(주 51).

55) 이는 예컨대 매매와 관련해 매도인이 매수인으로 하여금 선의취득으로 소유권을 취득하게 한 경우에도 재산권이전의무를 적법하게 이행한 것으로 취급되는 결과와 비교해도 그러하다(Beckmann in Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2014, § 433 Rn. 120 참조). 요컨대 계약내용에 따라 소유권이전이라는 급부결과가 중요하며, 채무자가 권리자였는지 여부 그리고 취득의 근거가 무엇인지는 결정적이지 않다.

이 철강제품이 피고의 건물에 부합해 피고가 그 소유권을 취득한다고 해서 원고의 부당이득 반환청구가 배제되어서는 안 된다. 철강제품의 가치는 소유물반환에 의해 원고에게 귀속될 것이었고, 부합으로 그러한 결과가 새삼 달라질 이유는 없기 때문이다. 만일 그렇지 않고 부합에 의해 철강제품의 가치가 피고에게 귀속된다면, 부합은 부당이득에 대해 법률상 원인으로 기능하게 된다. 그런데 이는 법률이 배척하는 바이다. 바로 제261조가 부합이 법률상 원인이 아님을 명시적으로 정하고 있기 때문이다(주 22도 참조). 그러므로 원고가 소유권을 추급할 수 있는 한도에서, 소유물의 가치는 그에게 귀속되어야 하고 부합은 이를 변경할 수 없다. 요컨대 “원인관계의 흠결은 그 당사자들 사이에서 – 그리고 그 당사자들 사이에서만 – 부당이득 반환을 발생”시키지만, “물권적 차원에서의 흠결이 있는 경우 원칙적으로 계약연쇄를 가로지르는 ‘직접청구’가 고려된다.”⁵⁶⁾

다만 이 사안유형에서는 부합의 객체가 동산이므로 선의취득의 가치평가를 고려해야 하는 문제는 남는다. 이는 앞서도 지적하였지만(주 55 및 그 본문 참조), 재산권이전의무의 이행이라는 맥락에서 법률행위에 따른 이전과 법률 규정에 따른 이전은 실질에서 유사하여 평행하게 취급될 필요가 있기 때문이다. 그렇다면 “법률행위에 따른 양도행위가 있었는지 아니면 [...] 법률의 규정에 따라 소유권이 이전되었는지 여부에 따라 구별한다면, 실제로 극단적인 평가모순을 발생시킬 것이다. 예컨대 공급된 건축자재가 건축주에게 먼저 양도되었는지 아니면 그러한 중간 단계 없이 [바로] 건축에 사용되었는지 [...] 여부에 따라 서로 상이한 결과에 이르게 될 것이다. 이러한 사안유형에서 정반대로 판단할 실질적 이유를 발견할 수 없기 때문에, 법률행위에 따른 취득이라는 규율모델을 기준으로 해야 한다.”⁵⁷⁾ 그러므로

⁵⁶⁾ Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2, 13. Aufl., 1994, S. 200f. 비교법적으로 König, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1985, S. 210ff., 219f.도 참조.

이러한 관점에서 볼 때 피고가 도급계약에 기초해 급부로 철강제품의 소유권을 취득하였다는 이유만으로 원고의 부당이득 반환을 부정하는 견해(예컨대 박영규, “제3자에 의한 부합과 부당이득 반환의무자”, *서울법학*, 제18권 제1호, 2010, 227면 이하; 결과적으로 김재형, *민법판례분석*, 2015, 293-294면)은 양자의 차이를 간과하고 있다고 보인다. 이렇게 새긴다면 – 이미 본문에서 서술한 대로 – 부합은 그 자체로 법률상 원인이 될 것이나, 이는 제261조가 명시적으로 부정하는 바이다. 그리고 박영규, 同所는 직접청구가 차단되는 근거로 제747조 제2항을 근거로 들고 있으나, 이 규정은 카나리스의 구별에 따른 때 전자 즉 물권관계는 유효하나 원인관계에는 흠결이 있는 경우를 전제로 적용되는 규정이다. 독일 민법 제822조와 관련해 MünchKomm/Schwab(주 16), § 822 Rn. 9 참조(“제822조의 수익자는 권리자로서 처분”). 또한 앞의 II. 4.도 참조.

⁵⁷⁾ Larenz/Canaris(주 56), S. 213. 따라서 그러한 구별을 하려고 하는 박세민, “양도에 의한

이 사안에서 피고는 부합으로 소유권을 취득하였지만, 부합 전에 수급인이 그에게 철강제품의 소유권을 이전한 다음 부합한 경우와 동등하게 판단되어야 한다. 즉 부합 시점에 피고가 먼저 소유권을 이전 받은 다음 부합이 이루어졌다고 가정할 때, 그가 선의취득의 요건을 충족할 수 있었다면 철강제품의 소유권을 취득하였을 것이다(제249조). 그렇다면 원고의 소유물 반환은 불가능하며, 원고는 이를 부당이득으로도 반환청구할 수 없다고 해야 한다. 선의취득이 법률상 원인에 해당한다는 점에는 의문이 없기 때문이다. 그리고 이익상황에 비추어 이는 양도행위 없이 바로 부합이 바로 행해진 경우에도 다를 바 없어야 한다.⁵⁸⁾

(3) 소유권유보 목적물의 부합에 관한 대법원 판결을 이상과 같이 이해한다면, 그 배후에 있는 법리는 다음과 같이 일반화할 수 있다. 즉 소유물 반환을 청구할 수 있었던 자는, 나중에 침부에 의하여 소유권을 상실하더라도, 침부로 소유권을 취득해 그 가치를 귀속 받은 자를 상대로 부당이득의 반환을 청구할 수 있다. 그렇지 않으면 침부 규정이 법률상 원인으로 기능할 것인데, 이는 제261조가 부정하고 있는 바이기 때문이다. 이상의 내용은 소유권이 소멸하는 경우 이를 이유로 하는 침해이득 반환청구권은 소유물 반환청구권을 갈음하는 구제수단(이른바 Vindikationsersatz)임을 의미한다.⁵⁹⁾ 즉 소유권으로 추급이 가능하였던 범위에서 부당이득에 따른

선의취득과 선의취득자의 부당이득”, **비교사법**, 제18권 제4호, 2011, 1159면의 서술은 이익상황에 비추어 의문이다.

⁵⁸⁾ 김재형(주 56), 294면은 선의취득 규정을 유추하는 것을 문제 삼으면서, 그렇게 해석할 경우 건축주에게 소유권유보 여부를 조사해야 할 주의의무를 부과하게 될 것인데 이는 현실과 부합하지 않는다고 한다. 그러나 이는 그렇지 않다. 종래 동산 선의취득에서 무과실의 증명책임 소재에 대해서 논의가 있는 바이기는 하다(곽윤직 편집대표, **민법주해** [V], 1992, 461-463면(이인재)). 그러나 이 견해도 시인하는 바와 같이(곽윤직 · 김재형, **물권법**, 제8판 보정, 2015, 165면) 건축주가 건설회사의 점유를 신뢰하는 이상 그의 선의 · 무과실은 추정되는 것이고(제200조), 이를 의심할 만한 특별한 사정이 있는 때에만 주의의무가 발생한다고 해석하는 입장이 타당하다. 판례도 일반론으로는 무과실이 추정되지 않는다고 판시하지만(大判 1966.3.22., 61다1174,1175, 집 10-1, 244), 실제로 개별 사건에서 과실을 인정할 때에는 주의의무를 성립시킬 사정들을 적극적으로 고려하고 있어(예컨대 大判 1999.1.26., 97다48906, 공보 1999, 342 참조) 실질에서 크게 다르지 않다. 한편 김재형은 同所; 박세민(주 57), 1160면은 피고가 도급계약에 기해 중간자인 수급인에게 대가를 지급했으므로 이득이 없다는 이유로 든다. 그러나 이 설명 역시 타당하지 않다. 소유권 상실을 이유로 하는 침해이득 반환청구에 대해 수익자 자신이 그 이익을 취득하기 위해 지급한 대가는 현존이익 상실로 주장할 수 없다고 해석하는 것이 일반적이기 때문이다. 민법주해[XVII](주 14), 584-585면(양창수) 참조.

⁵⁹⁾ 이에 대해 von Caemmerer(주 41), S. 262; Jakobs, *Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung*,

반환청구권도 미친다. 그래서 예컨대 앞서 사안에서 만일 수급인이 철강제품을 원고로부터 소유권유보부 매매로 공급을 받아 부합시킨 것이 아니라 원고로부터 절취하여 부합시킨 것이라면, 피고는 절취 시점부터 2년 동안은 비록 부합 시점에 선의·무과실이었던라도 부당이득 반환의무를 부담해야 한다. 왜냐하면 2년 동안 원고는 피고로부터 철강제품의 반환을 청구할 수 있었고(제213조, 제249조, 제250조), 부합이 있다는 사정만으로 새삼 그 가치가 피고에게 종국적으로 귀속할 이유는 없기 때문이다.⁶⁰⁾

2. 대상판결의 경우

(1) 이러한 인식을 대상판결에 적용하면 어떠한가? 원고는 카고펌프가 설정자의 조선소에 반입되기 전에 담보목적으로 그 소유권을 양도받았다. 그리고 그는 카고펌프가 조선소에 반입되었더라도, 그 소유권을 상실하지 않는다. 설정자는 무권리자로서 피고에게 양도하는 것이므로 그 처분은 무효이고, 인도가 점유개정에 의해 이루어졌기 때문에 피고의 선의취득도 성립하지 않기 때문이다.⁶¹⁾ 물론 이후 카고펌프의 부합에 의해 원고는 소유권을 상실한다. 이 지점에서 피고가 선의취득의 취지에 부합하여 부당이득법상 보호를 받을 수 있는지 여부의 문제가 등장하나, 이는 가능하지 않다. 설정자가 피고에게 먼저 카고펌프의 소유권을 양도하는 행위를 한 다음에 이를 선박에 부합하였다고 하더라도, — 바로 지적인 바와 같이 — 그러한 양도행위는 무권리자의 처분으로 무효일 뿐만 아니라 점유개정을 인도방법으로 하므로 선의취득의 요건도 충족하지 못한다. 따라서 피고는 선의취득이 부여하는 보호를 받을 위치에 있지 않다. 소유물 반환을 청구할 수 있었을 원고는 상실된 소유물 반환청구권에 갈음하여 부합으로 적극재산의 증가를 받은 피고를 상대로 침해이득 반환청구권을 취득한다. 그러므로 부합과 부당이득에 관한 선례인 大判 2009.9.24.(주 23)의 법리를 대상판결의 사안에 적용한다면 원고는 피고에게 부당이득 반환을 청구할 수 있어야 한다.

그리고 이러한 결론은 원고의 지위를 소유자가 아닌 담보권자로 취급한다고 해도 달라질 바가 없다. 현재 일반적으로 인정되는 바와 같이 양도담보권이 대외적인 관계에서 설정자가 아닌 양도담보권자에게 목적물반환청구권이 인정되는 이상,

1964, S. 168 등 참조.

60) 절취된 동산이 매도되어 가공된 경우에 대해 유명한 BGHZ 55, 176 (“황소 사건”) 참조.

61) 전거와 함께 박윤직·김재형(주 58), 166면 참조.

그가 목적물을 추급할 수 있는 범위에서 목적물의 가치는 그에게 귀속해야 하기 때문이다. 그가 담보권자의 지위에 있다는 사실은 이미 살펴본 대로 이행기 도래 여부에 따른 취급에 대해서만 영향을 미친다(앞의 II. 2. (2) 참조). 요컨대 중요한 점은 원고가 소유물 반환청구권을 행사하여 목적물을 회수할 수 있는 지위에 있는지 여부이며, 그가 소유자인지 담보권자인지 여부는 부당이익을 소유물반환의 연장효로 파악하는 大判 2009.9.24.(주 23)의 관점에서 전혀 결정적이지 않다.

(2) 이에 대해 대상판결을 지지하는 입장에서는, 한편으로 大判 2009.9.24.(주 23)에서는 부합으로 피고가 확정적으로 소유권을 취득한 반면 대상판결의 경우는 양도 담보권자로서 통상적인 소유권자와 동일한 이익상황이 아니고, 다른 한편으로 양도 담보는 점유개정으로 이루어지므로 도급계약의 이행으로 이루어진 부합과는 달리 거래행위라고 볼 수 없고 선의취득 규정의 유추도 문제될 수 없다고 지적한다.⁶²⁾

그러나 우선 뒤의 비판은 개념의 혼동에 지나지 않는다. 점유개정의 경우 선의 취득이 배제되는 것은 거래행위가 없어서가 아니라 선의취득을 정당화하는 점유의 이전이 결여되어서이다. 선의취득의 전제로서 거래행위가 의미하는 바는 법률행위에 의한 양도가 전제가 된다는 것 내지 신뢰보호라는 취지상 양도인과 양수인이 경제적으로 중첩되지 않는 당사자여야 한다는 것을 의미하며, 점유개정이 선의취득을 가능하게 하는지 여부와는 완전히 다른 목적과 기능으로부터 파악되는 쟁점이다.⁶³⁾ 실제로 종래 어떠한 견해에 따르더라도 대상판결에서 설정자의 피고에 대한 양도담보 제공행위를 거래행위가 아니라고 볼 수는 없다. 더 나아가 경제적으로 관찰하거나 일상적인 용어법에 비추어 보더라도, 과연 대상판결에서 설정자의 담보설정행위를 과연 “거래행위”가 아니라고 볼 수 있는지 의문이다. 그리고 大判 2009.9.24.(주 23)이 가지는 의미를 정리하며 보았지만(앞의 III. 1. (3) 참조), 피고가 점유개정으로 카고펌프를 취득하려고 했다는 사정은 부당이익을 배제할 사정이 아니라 오히려 바로 긍정해야 할 사정이다. 점유개정으로 동산을 취득하려는 자는 양도인이 무권리자인 경우 비록 자신이 선의·무과실이더라도 목적물을 반환해야 하는 결과를 감수해야 하며, 새삼 부합이 있었다는 이유로 그 목적물의 가치를 보유하게 될 이유가 없다.

한편 확정적으로 소유권을 취득한 大判 2009.9.24.(주 23)의 피고와 달리 대상

⁶²⁾ 이새롭(주 2), 639-640면.

⁶³⁾ 제철웅, 동산 선의취득에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1995, 112면 이하 참조.

판결의 피고는 양도담보권자로서 통상적인 소유자와는 다르다는 비판이 부당이득의 맥락에서 타당하지 않음은 이미 상세하게 살펴보았다(앞의 II. 1., 2. 참조). 물론 양도담보권자가 통상적인 소유자와 달리 취급되어야 할 경우는 존재한다.⁶⁴⁾ 그러나 대상판결의 법률관계에서는, 양도담보권자를 소유자가 아닌 담보권자라고 파악한다 하더라도, 우리 판례가 인정하는 바의 양도담보권의 내용을 전제로 하고 종래 학설·판례가 이해하는 바의 부당이득 법리를 적용하는 이상 부당이득 반환의 상대방은 설정자가 아닌 피고이다. 이익상황의 차이가 어떻게 법률 규정의 해석에 반영되는지를 설명하지 않고 단순히 이익상황이 다르다고만 말하는 언명은 실은 자신의 결론을 이유제시 없이 반복하는 것에 불과하다.

(3) 그러므로 대상판결의 사안에서 피고는 원고에게 부당이득 반환의무를 부담한다. 원물반환은 처음부터 고려되지 않으므로, 부합 당시의 객관적 가치에 따른 가액반환의무가 성립한다(제747조 제1항; 앞의 II. 1. (1) 참조). 피고는 결과적으로 설정자의 유책한 선행 양도담보 제공에 의하여 원고에 대해 금전지급의무를 부담하게 되었으므로, 담보계약의 불이행에 따라 설정자를 상대로 카고펄프의 가치에 상응하는 손해배상청구권을 취득하게 될 것이다(제390조). 이 손해배상청구권이 기존 양도담보의 피담보채권에 포함되는지 여부는 담보계약의 의사해석 문제이나, 통상 긍정될 것으로 생각된다. 그렇다면 적어도 부합의 시점에는, 피고는 가액반환의무와 동일한 가치의 카고펄프가 자신의 양도담보 목적물에 부합되었으므로, 부합 이전 상황과 비교할 때 특별히 불이익하다고 말하기는 어렵다(앞의 II. 3. (1) 참조).

물론 이후 시장의 상황에 따라 카고펄프의 가치가 하락하거나, 카고펄프의 부합에도 불구하고 선박의 가격이 하락하는 등의 사태가 발생하는 경우, 피고로서는 불리한 상황에 직면할 수는 있다. 그러나 이러한 사정이 발생하여도 일단 성립한 가액반환의무는 그대로 유지된다. 당사자 사이의 계약이나 법률이 정하는 바가 없는 한, 일단 확정된 금전채권의 명목액이 외부적 사정에 따라 변화하는 것은 우리 민법이 인정하지 않는 바이기 때문이다(예컨대 불법행위로 손괴된 물건의 시가가 나중에 하락하였다고 이미 성립한 손해배상액이 바뀌지는 않는다). 이 경우 피고는 현존이익의 상실(제748조 제1항)을 원용할 수도 없다. 현존이익 상실은 수익자가 이득의 보유를 신뢰하여 자신의 재산 상태를 변경하는 처분을 함으로써 재산을 감소시킨 경우에 그의 신뢰를 보호하기 위한 수단인데, 단순히 담보목적물의 가치

64) 김형석(주 25), 76면 이하 참조.

하락을 겪는 피고의 경우 그러한 신뢰보호의 사정은 전혀 찾을 수 없기 때문이다.⁶⁵⁾ 오히려 자신이 선택한 담보목적물의 가치 하락의 위험은 피고가 자신의 계약상대방인 설정자의 관계에서 부담해야 하며, 다른 채권자인 원고에게 전가해서는 안 된다는 점이 기억되어야 한다(앞의 II. 3. (1) 참조). 물론 카고펌프는 원고에게도 담보로 제공되었으므로 그 불이익을 그도 부담해야 한다고 생각할지도 모르지만, 이는 그렇지 않다. 부합의 시점에 카고펌프의 가치는 당시의 시가로서 피고의 재산에 통합되었고, 그 등락의 위험은 이제 그 재산 소유자에게 귀속하는 것이 원칙이기 때문이다(*casum sentit dominus*).

IV. 마무리

이 글의 내용을 요약하면 다음과 같다.

대상판결의 사안에서, 양도담보의 성질과 부당이득 법리를 고려할 때 설정자가 아니라 피고가 수익자에 해당한다(II.). 이는 양도담보를 일종의 담보권이라고 파악하더라도 다를 바 없다. 종래 양도담보의 「담보로서의 실질」을 이유로 설정자를 수익자로 해석하는 견해는, 한편으로 법률에 근거하고 있지 못할 뿐만 아니라(II. 1., 2.), 다른 한편으로 양도담보의 「담보로서의 실질」에도 부합하지 않는다(II. 3.). 그리고 이러한 결론은 소유권 상실을 이유로 하는 침해이득 반환청구권이 소유물 반환청구권에 갈음하는 구제수단이라는 점을 고려해도 정당화된(III.).

투고일 2019. 5. 21	심사완료일 2019. 8. 16	게재확정일 2019. 8. 23
-----------------	-------------------	-------------------

⁶⁵⁾ 그래서 예컨대 받은 이득으로부터 손해가 발생하였다고 하더라도 원칙적으로 현존이익 상실은 주장할 수 없다고 해야 한다. Stadler in Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 17. Aufl., 2018, § 818 Rn. 33 참조.

참고문헌

- 곽윤직, **채권각론**, 제6판(2003).
- 곽윤직 편집대표, **민법주해[M]**(1992).
- _____, **민법주해[XVII]**(2005).
- 곽윤직·김재형, **물권법**, 제8판 보정(2015).
- 권영준, “2016년 민법 판례 동향”, **민사법학**, 제78호(2017).
- 권준범, “집합물 양도담보의 효력과 부합이 발생하는 경우 민법 제261조에 따른 부당이득반환 의무자”, **재판과 판례**(2017).
- 김용담 편집대표, **주식 민법 채권각칙**, 제4판(2016).
- 김우진, “소유권유보부매매 목적물의 부합과 부당이득”, **민사판례연구[XXX-1]**(2011).
- 김재형, **민법판례분석**(2015).
- 김증한·김학동, **채권각론**, 제7판(2006).
- 김형배, **사무관리·부당이득**(2003).
- 김형석, “강제집행·파산절차에서 양도담보권자의 지위”, **저스티스**, 제111호(2009).
- _____, “『동산·채권 등의 담보에 관한 법률』에 따른 동산담보권과 채권담보권”, **서울대학교 법학**, 제52권 제3호(2011).
- _____, “우리 담보제도 발전의 회고”, **우리 법 70년 변화와 전망(청한 김증한 교수 30주기 추모논문집)**(2018).
- 박세민, “양도에 의한 선의취득과 선의취득자의 부당이득”, **비교사법**, 제18권 제4호(2011).
- 박영규, “제3자에 의한 부합과 부당이득 반환의무자”, **서울법학**, 제18권 제1호(2010).
- 손호영, “서로 다른 동산양도담보권 각 담보목적물이 부합된 경우 부당이득반환 의무자”, **저스티스**, 제157호(2016).
- 송덕수, **채권법각론**, 제4판(2019).
- 안병하, “부합과 부당이득”, **연세대 법학연구**, 제25권 제1호(2015).
- 양창수, “임대차종료 후 임차인의 목적물 계속점유와 부당이득”, **민법연구**, 제2권(1986).
- 양창수·김형석, **민법 III: 권리의 보전과 담보**, 제3판(2018).
- 오대석, “제3채무자가 질권자에게 질권의 피담보채권액을 초과하여 지급하고 질권자가 초과 지급된 금액을 질권설정자에게 반환한 경우 부당이득반환의무자”, **민사판례연구[XXXIX]**(2017).

- 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, **서울대학교 법학**, 제55권 제3호(2014).
- 윤진호·김제완, “양도담보 목적물에 부합이 발생한 경우 부당이득의 주체”, **저스
티스**, 제172호(2019).
- 이병준, “소유권이 유보된 재료의 부합과 부당이득반환청구”, **자유와 책임 그리고
동행(안대희 대법관 재임기념)**(2009).
- 이세룡, “집합양도담보물에 제3자 소유물이 반입·부합된 경우 부당이득의 문제”,
민사판례연구[XL](2018).
- 이원석, “집합물 양도담보와 타인 소유 물건의 반입”, **대법원 판례해설**, 제107호(2016).
- 이진기, “부합과 양도담보의 효력”, **법조 최신판례분석**, 제718호(2016).
- 제철웅, 동산 선의취득에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문(1995).
- 지원림, “2016년 민사판례 일별”, **동북아법연구**, 제10권 제3호(2017).
- 我妻榮, **事務管理・不當利得・不法行爲**(1937).
- Canaris, “Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis”, *Festschrift für Larenz*
(1973).
- von Caemmerer, “Bereicherung und unerlaubte Handlung”, *Gesammelte Schriften*,
Band I (1968).
- Das Bürgerliche Gesetzbuch. RGR-Kommentar*, Band II, 5. Teil, 12. Aufl. (1989).
- Hegel, *Phänomenologie des Geistes in Werke*, Band 3, Suhrkamp (1987).
- Jakobs, *Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung* (1964).
- Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 17. Aufl. (2018).
- König, *Ungerechtfertigte Bereicherung* (1985).
- Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2, 13. Aufl. (1994).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6, 7. Aufl. (2017).
- _____, Band 7, 7. Aufl. (2017).
- Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 2. Aufl., 2. Teilband (2016).
- Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl. (2012).
- Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (2007/2014/2017).
- Wieling, *Bereicherungsrecht*, 4. Aufl. (2007).
- _____, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung* (1934).
- _____, *Sachenrecht*, Band 1, 2. Aufl. (2006).

<Abstract>

Unjust Enrichment Resulting from Combination of Movables Transferred for Security

Kim, Hyoung Seok*

This article attempts to clarify the unjust enrichment questions raised by a decision handed down by the Supreme Court on April 2 2016. In the case, a cargo pump transferred to the claimant for security was combined to a ship in the making which was transferred to the defendant for security. May the claimant demand a compensation from the defendant based on unjust enrichment? The Supreme Court denies it on the ground that the “real enrichment” did not accrue to the defendant, but to the debtor who had transferred the defendant the ship’s ownership for security. Some commentators support the decision, insisting the ownership transferred for security should be treated not as ownership *per se*, but as security interest. The author disagrees with the explanation and shows the opposite is true. The defendant was enriched by the combination, if one follows the established doctrine of unjust enrichment and ownership transferred for security. The result is the same, even though the ownership transferred for security is to be treated as security interest. The opinion supporting the Supreme Court can not only base itself on the Civil Code, but ignores the security function of the transferred ownership. The conclusion is also justified by the Supreme Court’s precedent, according to which the unjust enrichment claim due to lost ownership should be a replacement remedy for the lost *rei vindicatio*.

Keywords: ownership transferred for security, security interest, combination, unjust enrichment, real enrichment

* Professor, School of Law, Seoul National University.