

Chapter 2 Effect of Real Rights

제4절 물권의 효력

- * 所有權, 用益物權 : 使用, 收益을 목적
- * 擔保物權 : 交換價値를 把握
- * 物權의 本質的 效力 : 對物的 支配性과 排他性으로 後發하는 同一物權을 排擊

물권의 효력의 본체는 목적물을 직접 지배해서 각각 그 권리의 내용을 실현하는 것을 사회적으로 용인하고 있는 점에 있음. 이러한 직접적, 배타적 지배력으로부터 파생되는 두가지의 효력이 물권에 인정됨.

- 1) 물권의 객체 그 자체와 관련되는 여러 권리와 관계에서 이에 우선하는 효력인
--> 우선적 효력
- 2) 권리 내용의 실현과정에서 직접 객체에 대한 타인의 방해를 배제하는 효력인
--> 물권적 청구권

I. 우선적 효력(배타성의 결과)

1. 의의

가. 물권과 채권관계: 동일한 물건에 대한 동일한 내용의 물권과 채권이 존재할 경우 그 성립시기에 관계없이 물권이 우선한다는 효력과

나. 물권과 물권관계: 먼저 성립한 물권이 뒤에 성립한 물권에 대하여 우선하며 그 내용을 배타적으로 실현할 수 있다는 효력을 말함.

2. 債權에 대한 물권의 優先的 效力

가. 物權優先의 原則

1) 채권의 목적물이 되고 있는 특정물에 대하여 물권이 성립한 경우에는 물권이 우선함.

예1) 賣買는 賃貸借를 깨뜨린다.

A가 자기소유의 동산을 B에게 임대한 후 그것을 C에게 매각한 경우

C의 소유권은 B의 임차권에 우선하여 임차권없는 소유권을 취득함.

예2) 지상권과 임차권

A가 먼저 토지에 임차권을 취득한 후 사용 중

A는 그 뒤에 지상권을 취득한 B에 대하여 임차권에 기한 사용 주장 불가함.

2) 담보물권과 일반채권(優先的 效力의 確保)에서 두드러짐

가) 물권과 채권의 우열은 책임재산(일반재산)과의 관계에서 나타남

예) B는 A에 대해 1억원의 매매대금 채권을 가지고 있고, C는 A에 대해 유일한 재산인 시가 2억2천만의 짜리 주택을 담보로 저당권을 설정하고 2억을 빌린 경우
--> B와 C가 일반채권자로서 A의 주택을 강제집행한다면 B와 C는 채권자평

등의 원칙에 따라 1:2의 비율로 배당요구 가능함

그러나 이 경우 C는 저당권자이므로 저당권을 실행하여 주택 경락대금으로부터

일반채권자 B에 우선하여 우선변제를 받을 수 있음.

03-080326-1

나) 특히 채무자가 강제집행을 당하거나 파산한 경우 물권자는 채무자의 일반채권자에 대하여 강하게 나타남.

a) 물권의 점유자가 파산을 하거나 강제집행을 받은 경우 소유권자는 還取權¹⁾(채무자 회생및파산에관한법률407조이하) 및 제3자 異議의 訴(민집법 제48조)를 제기할 수 있고,

b) 담보물권을 가진 자는 別除權²⁾(채무자회생및파산에관한법률411조이하) 및 강제집행시 우선변제를 받을 수 있음(민사집행법 88조, 145조, 148조, 217조, 218조).

나. 예외(시간적으로 먼저 성립한 채권이 나중에 성립된 물권에 우선적 효력)

1) 부동산임차권의 경우

a) 공시방법을 갖춘 임대차 : 부동산임차권이 등기를 갖추고 있을 때에는 그 때부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다(621조②)

예) 토지임차권을 등기한 경우에 그 후에 지상권을 취득하더라도 대항력 취득함

b) 건물의 소유를 목적으로 한 土地賃借權은 그 지상건물을 보존등기한 때에는 그 후 토지승계인에 대항할 수 있다(제622조).

c) 주택임대차보호법의 보호를 받는 주택임차권(주택임대차보호법3조의2, 12조)

--> 임차인이 당해 주택에 입주하고, 주민등록을 마친 때 후 순위자에 주장 가능

2) 가등기제도에 의한 수정

a) 不動產物權의 변동을 목적으로 하는 청구권인 債權이 순위를 보전하기 위하여 가등기가 되었을 경우 뒤에 성립하는 물권에 대하여 결과적으로 우선함(부동산등기법3조)

3) 법률상 특수한 우선순위(지원팀, 광윤직 교수)

a) 임대차에서 確定日字있는 賃借保證金 및 少額保證金에 대한 우선특권(주택임대차보호법 8조, 상가건물임대차보호법 13조)

b) 근로자의 임금 등의 채권의 우선특권(근로기준법 337조②, 근로자퇴직급여보장법 11조)

c) 조세우선특권(국세기본법 제35조①3호, 지방세법 31조②제3호)

3. 物權 相互間의 優先的 效力

가. 물권은 물건에 대하여 배타적인 지배권이다.

1) 동일한 물건 위에 같은 내용(성질, 범위, 순위)이 동시 성립 불가능

예) 하나의 토지에 두 개의 소유권이나 두 개의 보통 지상권 성립 불가

2) 내용이 다른 물권은 병존 가능

예) 동일한 토지위에 소유권과 제한물권, 지상권과 저당권, 저당권과 저당권 병립가능

1) 파산재단에 들어 있는 재산을 제3자가 되찾아 오는 권리

2) 다른 채권자에 우선하여 변제받을 권리

나. 先行主義가 支配

1) 원칙 : 물권 상호간에는 先行主義의 지배로 인하여 먼저 성립한 물권이 우선하는 물권의 성립순위에 따라 배타성이 확보됨.

2) 예외

a) 占有權 : 排他性이 없는 物權(現存하는 사실상 지배관계를 기초한 권리이므로 우선적 효력이 인정될 여지 없음) -- 배타성이 배척됨

b) 留置權 : 목적물이 유치로 인한 사실상 優先辨濟權이 확보

c) 법률에 의해 순위가 정해짐 : 特殊한 물권을 보호하기 위한 경우(송덕수 교수)

상법상 優先特權(상법 제468, 866, 872조)

근로기준법의 임금우선평권(근기법 제 302조 2항)

住宅賃貸借保護法의 소액보증금(동법 제 8, 12조) 등은 먼저 성립한 물권에 優先함

다. 所有權과 制限物權과의 關係

제한물권이 소유권에 우선하여 효력이 확보된다.

① 소유권과 用益物權 : 소유권의 행사를 제한하여 용익물권이 확보된다.

② 소유권과 擔保物權 : 소유권을 침해, 交換價値를 파악하여 담보물권이 실행된다.

* 追及的 效力(대세적 효력)

가. 意義

물권은 직접 물건을 지배하는 권리이므로 언제나 그 객체에 붙어서 이동한다. 따라서 그 所在에 追及하여 물권을 행사할 수 있는 효력을 물권의 追及力³⁾이라고 한다.

그러나 물권의 追及力을 무제한 인정하면 선의의 제3자와 거래의 안전을 해할 우려가 있으므로 법률은 일정한 제한을 가하고 있다(제249조⁴⁾, 민사집행법 제136조⁵⁾).

(1) 所有權 : 現存 점유자에 追及하여 목적물의 반환 可

(2) 擔保權 : 목적물이 제3자에 양도된 경우에도 행사 可

나. 理論的 根據

1) 물권의 우선적 효력 또는 물권적 청구권에 포함한다(종래의 통설).

2) 貨物支配를 중시한 독립적 효력이라는 견해(다수설).

① 물권의 우선적 효력 : 그 本質的 特質 또는 對物權性에서 근거

② 물권적 청구권 : 권리의 불가침성에 근거

③ 물권의 追及力 : 대물지배를 중시한 독립된 효력으로서 그 물건의 소재에 추급하여 효력이 발생한다.

3) 추급력이란 물권자가 반환청구권을 행사하여 빼앗긴 물건을 되찾아 올 수 있는 힘을 말하는 바 결국 물권적 청구권의 한 유형인 반환청구권의 문제로 귀착된다.(지원림, 402면)

4) 민법 제249조(善意取得) 평은. 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며, 과실없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다.

5) 민사집행법 제136조 (부동산의 인도명령 등) 구민소법 제647조 ① 법원은 매수인이 대금을 낸 뒤 6월 이내에 신청하면 채무자·소유자 또는 부동산 점유자에 대하여 부동산을 매수인에게 인도하도록 명할 수 있다. 다만, 점유자가 매수인에게 대항할 수 있는 권원에 의하여 점유하고 있는 것으로 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

II. 물권적청구권

1. 서설

가. 의의

물권내용의 완전한 실현이 어떤 사정으로 인하여 방해당하고 있거나 방해당할 염려가 있는 경우에 물권자가 그 방해자에 대해서 그 방해의 제거 또는 예방에 필요한 일정한 행위(작위, 부작위) 또는 受忍을 청구할 수 있는 권리 즉 물권내용의 완전실현을 청구할 수 있는 권리를 말하며 物上請求權이라고도 함.

* 금전 : 물권의 객체가 금전인 경우 점유가 인정되면 소유가 인정되는 금전의 특수성으로 인하여 된다는 점에서 물권적 청구권은 인정되지 않고, 부당이득반환청구권이 문제됨.

나. 物權的 請求權을 인정하는 근거

1) 실정법적 근거

* 제213조(소유물반환청구권) 소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

* 제214조(소유물방해제거, 방해예방청구권) 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있고 소유권을 방해할 염려가 있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

2) 이론적 근거

* 물권으로서의 實效性 즉 목적물에 대한 직접의 지배권의 절대적 확보에서 기인한다.

a) 自力救濟가 원칙적으로 許容되지 않는 경우 --> 自力救濟權을 보충해 주고

b) 不法行爲로 인한 損害賠償請求權이 성립되지 않는 경우-->강력한 물권보호가 필요함

c) 實定法的 根據 --- 소유권과 점유권에 규정하고 다른 물권에 준용한다. 단 질권의 경우 명문의 규정이 없으나 인정하는 것이 바람직하다고 본다.

* 물권에 준하는 권리(광업권, 지적재산권), 대항력을 갖춘 부동산임차권도 인정할 필요

2. 물권적 청구권의 종류

가. 기초가 되는 물권에 의한 분류

1) 점유권에 의한 물권적 청구권 --- 현실의 지배상태 그 자체를 보호목적

2) 본권에 의한 물권적 청구권 --- 미래상태의 회복을 목적으로함

나. 침해의 모습에 의한 분류 (본권에 의한 물권적 청구권)

1) 目的物 返還請求權(213조) : 목적물에 대한 지배, 즉 점유가 전부 침탈당하고 있는 경우 그 반환을 청구할 수 있는 권리.

예1) A의 토지를 B가 불법점거하여 그 전부 위에 건물을 짓고 사는 것처럼 점유의 침탈

2) 임대차기간 만료후 임차인이 토지를 반환하지 않는 경우처럼 --> 적법 점유에서

점유권원이 없어진 경우 포함.

2) 妨害除去請求權(214조 전단) : 목적물에 대한 지배가 부분적으로 침해된 경우 그 방해의 제거를 청구할 수 있는 권리--보통 부동산에서 발생.

예) 일부분 점유 :자신의 토지의 경계를 넘어서 옆 토지의 일부까지 건축을 하는 경우

남의 토지를 통행하는 방법으로 방해

일부 자재를 방치하는 경우 --건자재 제거청구

건축중 펜스를 쳤으나 무너져서 이웃을 방해하는 경우

실제의 권리관계와 일치하지 않는 등기가 존재시---이미 소멸한 선순위등기

3) 妨害豫防請求權(214조 후단) : 목적물에 대한 지배가 장차 침해될 우려가 있는 경우 그 원인상태 또는 제거를 청구할 수 있는 권리 ---주로 부동산에서 발생.

예) 특히 큰비가 내리는 경우 옆집 A가 토지를 깊게 파서 인접한 B의 토지가 무너져 려고 하는 때

3. 물권적 청구권의 일반적 성립 요건

가. 目的物 返還請求權(213조) :

1)의의 : 목적물의 점유를 상실한 물권자가 법률상 정당한 권한없이 불법점유자에게 그 목적물의 반환을 청구하는 것을 내용으로 하는 권리를 말함.

---> 저당권은 목적물의 담보가치를 지배하는 물권이므로 저당권자는 불법점유자에게 저당목적물의 반환을 청구할 수 없고 목적물의 소유자에게 인도청구 가능

2) 요건

가) 점유하고 있는 물권자에게 목적물의 점유가 없을 것

직접점유나 간접점유 무관

점유가 없는 상태이면 그 상실사유를 묻지 않음

예) 점유침탈 : 물리적 사유이든 법률적 사유(목적물 인도 후 계약 취소, 무효) 무

관

공유물 : 공유자 지분을

나) 법률상 정당한 권한없이 목적물을 점유하고 있는 자(불법점유자)가 있을 것

a) 불법점유자(반환청구의 상대방)가 변경된 경우

점유자가 변경되면 점유방해도 변한다

예1) 토지의 불법점유자로부터 그가 소유하는 지상 건물을 양수받은 자는

소유권이전등기 유무에 관계없이 물권자의 반환청구, 즉 건물철거 및 토지 명도 청구의 상대방임(대판 1987.11.24, 87다카257)

예2) 컴퓨터 매매계약이 취소됐으나 전매된 경우 구두변론종결시 현재 점유자(최후의 양수인 또는 임차인)가 반환청구의 상대방임(대판 1970.9.29, 70다1508)

b) 無斷轉借人인 경우

정당한 점유자로부터 점유승계하였으나 소유자에 대해서 대항할 수 없으면 불법점유자가 됨.

예1) 건물임차인으로부터 무단전차한 경우 소유자가 무단전대를 이유로 임대차계약 해지시(629조) --> 불법점유자는 임차인과 무단전차인 쌍방임.
임대차계약 미해지시 --> 임차인에게 반환청구 가능

다) 효과

물권적 청구권이 인정되면 직접강제방법에⁶⁾ 의하여 목적물을 압류하여 점유회복

나. 妨害除去請求權(214조 전단)

1) 의의 : 물권자가 목적물에 대한 직접지배를 부분적으로 방해받을 경우 그 방해의 제거를 청구할 수 있는 권리--보통 부동산에서 발생.

--> 부동산에 대한 점유의 침해가 전부인가 또는 일부인가에 대한 구별이 명백하지 않으므로 방해제거 및 반환청구를 동시에 행하는 것이 일반적임.

2) 요건

가) 물권의 방해상태가 존재할 것

방해제거의 구체적인 내용은 방해의 모습이나 물권의 종류에 따라 방해행위의 정지, 방해상태의 제거나 원상회복 등 다양함

a)원래상태에 반하는 방해, 계속적인 방해 존재해야 --이웃 건축이 담을 넘은 경우 예외) 이웃 대지내 통과나 출입이 1회인 경우, 위법하지 않은 경우

b) 폐기물의 불법투기시에도 소유권 침해

c) 저당권 : 목적물의 사용을 방해하는 것은 방해가 있다고 할 수 없음

다만, 저당물의 담보가치를 감소시키는 행위

예) 산림저당권설정자가 부당하게 산림을 벌채, 반출하는 행위에 대해 저당권자는 벌채의 배제, 반출정지 청구 가능

나) 방해상태가 정당한 권한에 의하지 아니할 것

반환청구의 상대방은 권한없이 현재 방해를 발생케 하는 자이며, 방해자의 고의, 과실 기타 귀책사유 불필요.

방해가 제3자에 의해 발생한 경우에도 방해물의 현소유자가 상대방

예) 빌린기계를 임대차종료후에 방치한 후 퇴거한 경우에

임차인은 물론 그 기계소유자를 상대로 철거청구 가능

방해물 소유자가 방해제거의무를 면하기 위해 소유권을 포기하는 것은 허용 안 됨.

다) 효과

방해의 내용에 따라 방해제거의 방법이 다름.

대체집행을⁷⁾ 할 경우 법원의 수권결정을 얻어서 행사함(389조 2항 후단, 3항)

라) 방해제거청구권과 권리남용

방해제거청구권의 행사시에 권리남용이 되어 부정되는 경우가 적지 않음.

예1) 학교부지를 권한없이 30년간 건물 등을 지어 사용하였는데 그 후 토지소유자

6) 금전채무의 강제집행에 있어서, 채무자의 재산을 압류, 경매하여 채권자에게 만족을 줌.

7) 채무를 이행하지 않을 때 채권자가 법원에 청구하여 그 재판에 따라서 채무자 또는 제3자로 하여금 의무내용을 실현케 하고 그 비용을 채무자로부터 금전으로 추심하는 것

가 건물철거 및 토지인도 청구시 권리남용 인정(대판 1978.2.14, 77다2324, 2325)

예2) 병원 확장 공사를 하려는 중 앞 건물 소유자가 매도하지 않자 그 앞 건물이 병원의 부지 0.3평방미터 침범한 데에 대하여 건물철거 및 대지인도 청구는 권리남용으로 인정(대판 1993.5.14, 93다4366)

다. 妨害豫防請求權(214조 후단)

1) 의의 : 목적물에 대한 직접지배를 장차 방해할 우려가 있는 경우 그 방해의 위험 원인상태 또는 제거를 청구할 수 있는 권리 ---주로 부동산에서 발생.

--> 방해가 구체적으로 발생한 후에 방해제거 청구시 물권의 보호가 불충분

2) 요건

가) 방해발생 가능성은 객관적으로 존재할 것--- 가능성이 명백하고 큰 경우 인정

나) 상대방의 고의, 과실을 요하지 않음.

3) 효과

妨害豫防請求權은 상대방의 비용부담으로 물권방해를 예방하기 위한 적절한 조치를 취할 것을 내용으로 하는 권리

4. 물권적 청구권의 성질

가. 법적 성질

물권적 청구권은 특정인(방해자)에 대하여 방해의 제거를 청구하는 권리로 구성

--> 이 권리는 물권의 내용을 이루는 것이 아니고

물권의 내용(지배권)을 실현하기 위하여 인정되는 권리이며, 방해의 발생이 필요함

1) 물권적 청구권은 물권으로부터 독립된 청구권이지만 순수한 채권은 아니라는 견해(김증한, 19면)

2) 물권적 청구권은 물권의 효력으로써 발생하는 청구권 또는 물권으로부터 파생, 의존하는 청구권이라는 견해(김용한 48면)

3) 물권적 청구권은 물권의 효력으로써 발생하는 청구권이지만 채권에 준하는 특수한 특수한 청구권이라는 견해(방순원 8면)

4) 물권적 청구권의 성질에 대하여 학설은 표현은 다르지만 실질적으로 일치하여 물권의 효력으로써 발생하는 청구권이라고 한다(곽 44, 김상용44)

나. 특성

1) 特定人에 대한 일정한 行爲를 청구하는 권리이므로 지배적인 물권과는 다르고 채권과 비슷하다.

2) 物權에 依存하는 권리이므로 물권과 함께 移轉. 消滅한다.

3) 債權的 請求權에 우선하는 청구권이다.

다. 물권적 청구권과 소멸시효

물권적 청구권이 물권으로부터 독립하여 소멸시효에 걸리는 지가 문제됨

1) 학설

가) 긍정설 : 물권적 청구권은 소유권에 기한 것이라도 민법 162조 2항에 규정하는 재산권에 해당하므로 20년의 시효에 걸림(이영준, 51면)

나) 부정설 : 물권적 청구권은 그 기초가 되는 물권과 독립하여 소멸시효에 걸리지 않는다는 견해(김상용, 이은영, 김준호)

a) 물권이 존재하는 데에도 물권적 청구권이 소멸시효에 걸린다고 하면 물권은 실질을 상실하게 되며

b) 물권의 침해상태가 계속되고 있는 동안 물권적 청구권이 무단히 발생하여 시효가 완성될 여지가 없으며

c) 물권적 청구권이 소멸시효에 걸리는가를 그것이 기초하고 있는 물권에 따라 달리 하는 것은 타당하지 않다는 근거를 든다.

다) 제한적 긍정설(고상룡, 박윤직) : 소유권에 기한 물권적 청구권은 소멸시효에 걸리지 않으나 제한물권에 기한 물권적 청구권은 소멸시효에 걸림

① 소유권에 기한 물상청구권은 소멸시효의 대상이 되지 않는다.

② 제한물권에 기한 물상청구권은 소멸시효의 대상이 된다.

2) 판례

판례는 제한물권에 기한 물권적 청구권은 판단한 적이 없으나

소유권에 기한 물권적 청구권은 소멸시효의 대상이 아님(대판 1993.12.21, 91다41170)

5. 물권적 청구권 행사의 내용

가. 物權侵害原因의 除去

- 1) 목적물의 반환
- 2) 방해제거
- 3) 방해예방

나. 費用負擔의 問題 :

物權的 請求權의 내용은 방해원인의 제거이다. 그 비용을 누가 부담하느냐와 반환청구권과 방해제거청구권이 충돌하는 경우에 문제 됨

1) 行爲請求權說(相對方負擔) : 物權的 請求權은 근본적으로 목적물의 반환이나 방해제거를 청구하는 권리이므로 妨害物의 所有者인 상대방에게 妨害除去에 책임이 있다는 설로, 所有者責任主義에 근거하고 있다(이은영 67~68, 대판 1968.4.16, 67다2778).

다만, 상대방에게 歸責事由가 없을 때에는 부당하다.

2) 行爲請求權修正說(所有者責任說) : 행위청구권설에 따르면, 반환청구권과 방해제거청구권이 경합, 충돌하는 경우에, 청구권을 먼저 행사한 자가 상대방에게 비용을 부담시킬 수 있다는 불합리한 결과를 낳을 수 있으므로, 返還請求의 경우 예외를 인정하자는 견해(김중환 210). 상대방의 의사에 기하지 않은 때에는 상대방은 단지 반환행위를 忍容하면 된다(忍容請求).

3) 忍容請求權說(不法行爲說) : 物權的 請求權이 객관적 위법상태를 배제하기 위하여 상대방에 대한 忍容請求權⁸⁾이지만, 그 비용은 불법행위, 계약법, 기타 책임원리에 의해 결정되어야 한다(김용한 54). 다만, 상대방의 不法行爲인 경우는 제외.

4) 責任說 : 방해상태가 상대방의 귀책사유로 인한 것이라면 상대방에 대하여 방해의 제거행위와 비용을 청구할 수 있지만, 그렇지 않은 경우(친재지변, 제3자의 행위로 인한 경우)에는 물권자 자신이 그 배제를 구하는 것을 상대방에 대하여 인용하도록 하는데 그치고, 그 비용도 물권자가 부담하여야 한다(곽24, 25). 忍容請求權이라 보며 費用負擔은 상대방의 歸責事由 有無에 의한다.

다. 目的物返還時 占有者와 回復者와의 관계(제201조 이하)

제201조의 果實의 취득(선의의 점유자), 반환(악의의 점유자)

제202조의 점유물의 멸실. 훼손에 대한 배상책임(선의의 점유자--이익현존한도내)

(악의의 점유자 ---손해배상 전부)

제203조의 점유자의 비용상환청구권(보존에 필요한 지출금액 등)

라. 행사의 제한

(1) 상대방의 정당한 權原에 의한 경우 목적물반환청구권이 제한된다.

(2) 相隣關係, 特別法의 규정이 있는 경우 제한을 받는다.

(3) 권리의 남용이 되는 경우 제한을 받는다.

6. 다른 청구권과의 관계

가. 물권적 청구권은 補充的 청구권이 아니므로 競合이 발생.

나. 不法行爲로 인한 損害賠償請求權과의 關係

1) 비경합의 경우

8) 물권의 회복행위를 상대방에게 受忍시키는 권리, 즉 청구자가 자기의 노력과 비용으로 방해를 물리쳐서 치워내는 것을 상대방이 참고 인정할 것을 청구할 수 있는 권리. 곽, 24면; 소극적으로 상대방이 이를 忍容할 것을 청구할 수 있는 권리. 고상룡 35면; 물권자는 스스로 물건을 회수하거나 방해를 제거하고 다만 피청구인에 대하여 그러한 권리행사로 인한 불편이나 권리침해를 참아달라고 할 수 있을 뿐인 권리. 이은영 66면; 물권의 본질은 물건에 대한 직접지배에 있는 점에서 물권자 스스로 본래의 물권의 상태로 회복하고 상대방은 소극적으로 인용할 것을 청구하는 권리. 김준호 29면; 권리자의 권리행사를 방해하지 않을 것을 요구하는, 즉 소극적인 인용을 요구하는 권리로서 비용은 권리자가 부담하는 권리. 홍성재 27면.

가) 물권적 청구권이 발생하려면 방해자의 방해 행위가 있어야 하는데 그런 경우 불법행위가 되는 경우가 많아 피해자인 물권자에게 손해배상청구권을 발생케 함(비용부담 불포함).

예1) A소유의 컴퓨터를 B가 훔쳐간 경우 A는 B에 대하여 소유물반환청구권과 불법행위에 기한 반환청구권이 경합

---> 불법행위책임법은 금전배상주의를(763조, 394조) 취하고 원상회복을 인정하지 않기 때문에 A가 목적물인 컴퓨터의 반환을 청구하기 위하여는 소유물반환청구권만 가능

예2) A토지에 B가 부주의로 담을 넘어지게 한 경우 A는 B에 대하여 방해제거청구권과 불법행위에 기한 반환청구권이 경합

---> 마찬가지로 A는 B에 대해 넘어진 담을 수거하도록 하기 위해서는 방해제거청구권의 행사만 가능함.

나) 구별 : 물권적청구권은 귀책사유를 요하지 않으며,

불법행위책임법은 금전배상주의를(763조, 394조) 취하고 원상회복을 인정하지 않음 즉 손해배상청구권은 손해배상만 인정되는 면에서 구별됨

다) 비용부담이 포함된 경우에는 불법행위를 이유로 하는 손해배상청구권도 가능하다고 할 수 있다.

2) 경합이 발생하는 경우

계약불이행에 기한 손해배상청구권은 불법행위에 기한 손해배상청구권과 병존

3) 두 권리는 要件, 效果가 다르므로 요건이 갖추어지면 병존할 수 있다.(통설).

다. 契約에 기한 返還請求權과의 關係

물권의 침해가 계약(정당한 權原 : 賃借權, 傳賃權 등)에 기인한 때는 발생하지 않는다. 그러나 契約이 종료되면 계약에 기한 返還請求權과 물권적 청구권이 競合하게 된다.

예1) A소유의 주택임차인인 B가 임대차기간 만료 후에 목적물을 반환하지 않기 때문에 A가 B에 대하여 주택반환을 청구할 경우 A의 B에 대한 반환청구권으로는 임대차계약에 의한 반환청구권과 소유권에 기한 반환청구권이 병존

1) 통설 : 청구권경합설에 의하면 : 소유자의 선택에 따라 행사 가능

이 경우 임대차계약에 의한 반환청구권에서 패소시 소유권에 기한 반환청구소송 가능

2) 청구권비경합설(법조경합설)⁹⁾ : 물권관계는 특수한 관계가 없는 일반법이므로 밀접, 특별한 관계에 있는 자 상호간에는 계약이 물권법의 규정을 배제하여 적용됨

예1)에서 A는 임대차계약에 의해서만 B에 대하여 주택반환을 청구할 수 있다는 이론

3) 실제 소송에서는 먼저 소유권을 주장하여 반환을 청구하고

만일, 상대방이 임대차계약의 존속을 주장하면 그 소멸을 주장하는 것이 상식적임.

[판례2] 저당부동산의 소유권이 양도된 경우의 양도인의 말소등기청구

근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 현재의 소유자

9) 内田 貴,

가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론이지만, 근저당권설정자인 종전의 소유자도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권소멸에 따른 원상회복으로 근저당권자에게 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 계약상 권리가 있으므로 이러한 계약상 권리에 터잡아 근저당권자에게 피담보채무의 소멸을 이유로 하여 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다고 봄이 상당하고, 목적물의 소유권을 상실하였다는 이유만으로 그러한 권리를 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다.

(출처 : 대법원 1994.1.25. 선고 93다16338 판결 【근저당권말소】 [공 1994.3.15.(964),798])

라. 부당이득반환청구권과의 관계

1) 점유할 권리가 없는데도 타인의 물건을 점유하는 경우에는 물권적 청구권과 동시에 부당이득반환청구권이 발생(741조)

예1) 매도인 A가 매매계약에 기하여 목적물을 매수인 B에게 급부한 후 어떤 원인에 의하여 그 계약이 무효가 되었으나 B가 목적물을 반환하지 않아 A가 B에 대하여 주택반환청구시 ---> 계약의 무효에 따라 A의 B에 대한 부당이득반환청구권 발생

매도인 A가 여전히 소유자라는 측면에서 소유물반환청구권이 병존

2) 물권적 청구권의 특수한 경우이므로 경합을 인정할 필요가 없으나, 惡意의 不當利得 경우는 반환범위가 확대되므로 경합을 인정한다.(지원림, 401; 송덕수교수는 부정)

3) 제103조 위반인 무효인 계약에 의한 급부가 불법원인급여가 되는 경우에는 반환청구 부정(746조)

[판례3-1] (대판 1979.11.13, 79다483) --두개의 청구권 모두 부정하는 입장

민법 제746조는 단지 부당이득제도만을 제한하는 것이 아니라 동법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로서, 결국 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 스스로 불법한 행위를 주장하여 복구를 그 형식 여하에 불구하고 소구할 수 없다는 이상을 표현한 것이므로, 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없음은 물론 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없고 따라서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다.

(출처 : 대법원 1979.11.13. 선고 79다483 전원합의체 판결 【토지소유권가등기말소등기】 [집27(3)민,140;공1980.1.1.(623),12338])

마. 점유권에 기한 물권적 청구권과 본권에 기한 물권적 청구권과의 관계에도 경합이 발생한다(제208조).

7. 다른 재산권에의 확장

1. 特許權, 無體財產權 : 특별법상 손해제거 또는 停止請求 등 일정한 범위안에서 인정한다.
2. 人格權 : 물권적 청구권에 유사한 보호를 인정한다.

3. 不動産賃借權 : 對抗力を 취득하면(등기) 물권처럼 임차권에 기한 방해제거, 예방청구권의 행사가 인정된다. 또한 임차인의 債權者代位權에 의한 賃貸人의 物權的 請求權을 代位行使할 수 있다.