

物權行爲에 關하여

金 斗 熙

- 目 次 -

- | | |
|----------|-------------------|
| 一, 序 言 | 二, 物權變動에 關한 立法例 |
| 三, 學說 概觀 | 四, 各學說에 對한 批判과 私見 |
| 五, 結 語 | |

Kim Doo-hee : On Juristic Acts Affecting a Real Right

SUMMARY

The civil law now in force has abandoned the principle of "declaration of intention" and instead holds "formalism" concerning the change in a real right. The law, however, fails to define the concepts and nature of juristic acts affecting a real right and consequently evokes controversy about the relation between obligatory rights and real rights.

In this paper, the writer attempts to deal with the various theories as to the dependence of effect on cause and the effectuality of credit in real right. Also examined here are the background and the processes of foreign legislation about a real right, in contrast with the law making in Korea.

The views of foreign scholars, too, were contrasted with those of Korean jurists as to the effectuality of obligations or credit as a cause of the changes in a real right.

Finally, the writer argues the difficulty of accepting, theoretically and practically, the unassailability of a real right against obligatory right and tries to back his theory with quotations of other scholars, with his own data, and with the criticism of the opposite theories.

一. 序 言

民法은 第186條에 「不動産에 關한 法律行爲로 因한 物權의 得失變更은 登記해야 그 効力이 생긴다.」라고 하고 第187條 1項에 「動產物權의 讓渡는 그 動產을 引渡하여야 그 効力이 생긴다.」라고 規定하여 舊民法의 意思主義를 버리고 形式主義의 立法態度를 취하고 있으면서도 舊民法과 마찬가지로 物權行爲의 概念에 關하여는 立法上으로 이를 명백히 하고 있지 않다. 그

러므로 新民法를 解釋함에 있어서 特定物의 買賣, 贈與와 같은 法律行爲에 依하여 物權變動이 생길 경우에 債權行爲에 對하여 物權行爲의 獨自性を 認定할 것인가, 否定할 것인가 (獨自性의 問題) 및 債權行爲와 物權行爲와의 間에 因果的 關係를 認定할 것인가, 否定할 것인가 (有因性 無因性의 問題)에 관하여는 學說이 對立되고 있다. 現在는 物權行爲의 獨自性과 無因性を 認定하는 見解가 多數說이고 이를 否定하는 見解가 小數說이라 할 수 있다. 그러나 物權行爲의 獨自性과 無因性を 認定하는 見解에 있어서도 그 理論的 근거는 同一하지 않으며 大体로 要約하면 實定法的 立場, 實證法的 立場 政策的 立場에서 主張하고 있는 한편 이를 否定하는 學說에 있어서도 법률 行위로 인한 物權變動에 있어서는 原因行爲인 債權行爲만을 認定하고 物權行爲의 概念을 認定하지 않은 見解와 物權行爲의 獨自性を 否認하면서도 物權行爲의 概念을 認定하고 다만 그 物權行爲는 債權行爲와 同時에 行하여진다고 보는 見解로 對立하고 있다.

本稿에서는 學說上の 對立이 甚한 物權行爲의 獨自性과 無因性 問題에 關하여 外國의 입법에 檢討하고 新民法의 解釋에 關한 우리 나라 學者들의 見解를 批判 紹介함과 아울러 筆者의 見解를 적어 보려 한다.

二. 物權變動에 關한 立法例

주지하는 바와 같이 法律行爲로 인한 物權變動에 關한 입법에서는 意思主義와 形式主義로 大別할 수 있는데 前者는 佛民法와 舊民法 (現行 日本民法)이 採用하고 있고 後者는 獨民法, 日國民法 (758條, 761條 2項), 舊蘇州國民法 (177條, 181條), 舊西民法, 現行 우리 나라 民法이 取하고 있다. 이제 두 立법주의에 關한 各國의 實定法的 規定을 中心으로 하여 物權行爲의 독자성과 무인성에 關한 問題를 檢討하여 보기로 한다.

1) 意思主義

物權變動을 생기게 하는 法律行爲의 成立에는 當事者間의 意思表示만으로 足하며 이의 表示 以外에 다른 어떠한 形式을 必要로 하지 않은 主義이다. 佛民法이 採用하고 있는 主義이므로 佛法主義라고도 한다.

即, 同法에 依하면 所有權은 債權의 効力으로서 移轉된다고 規定하고 있으며 (司法 711條)¹⁾, 物件을 引渡할 債權者로 하여금 所有者가 된다고 規定하고 있다. (同法 1138條)²⁾

即, 同法에서는 物權變動을 생기게 하는 合意나, 債權을 發生시키는 合意나 다같이 convention으로서 兩者間에는 區別을 두고 있지 않으며 物權變動을 發生시키는 法律行爲는 當事者間의 合意만으로서 完成하며, 登記, 引渡와 같은 形式을 必要로 하지 않는다. 따라서 1個의 法律行爲로 債權의 發生과 物權의 變動 두個의 效果를 發生시키는 것도 可能할 뿐만 아니라 오히려 物權變動을 發生케 하는 面은 債權契約에 吸收되어서 그의 效果로서 (債權의 效力으로) 構成됨으로 物權行爲의 獨自性を 認定할 여지가 없는 것이다. 그러므로 買賣 贈與와 같은 物權

을 移轉하여야 할 債權을 發生시키는 契約을 하면 特別한 事情이 없는 限 同時에 所有權 移轉의 效果가 생기게 된다. 그리고 特別한 사정이 있는 경우에도 例를 들면 直時 物權變動을 생기게 하는데 지장이 있을 때에는 그 지장이 除去된 때에 特別한 行爲를 하지 않아도 物權變動이 생긴다. 또한 物權行爲의 독자성이 認定되지 않으므로 物權行爲의 效力을 原因關係로부터 絶緣하느냐의 問題, 卽, 物權行爲의 無因性 問題도 認定되지 않는다. 그러나 物權變動이 當事者의 意思表示만으로서 생기는 것으로 한다면 第三者에 不測의 損害를 미칠 우려가 있으므로 去來의 安全을 위하여 動產物權에 있어서는 公信의 原則을 (同法 2279條 1141條) 不動產物權에 關하여는 登記를 하지 않으면 그 變動을 가지고 不動產上의 權利를 適法하게 取得한 第三者에게 對항할 수 없는 것으로 하고 있다. (1855年 法 3條1項, 同法 49條도 參照) 舊民法 (現行 日本民法)도 意思主義를 取하여 「物權의 設定 및 移轉은 當事者의 意思表示만으로서 인하여 그 效力이 생긴다.」라고 規定하여 (舊民法 176條) 佛民法의 意思主義의 原則을 取하고 있다. 다만 物權變動을 第三者에 對항하기 위하여는 登記 (同法 177條) 또는 引渡 (同法 178條)를 필요로 하나 이것은 어디까지나 當事者間에 일어난 物權變動을 第三者에게 對항하기 위한 要件에 不適當한 것으로서 物權行爲의 성립 要件과는 아무런 關係가 없는 것이다.

舊民法이 登記 引渡가 物權變動을 생기게 하는 法律行爲의 성립 要件이 아니므로 意思主義의 原則을 採用하고 있다는 데는 異論이 없다. 그러나 物權變動을 일으키는 法律行爲가 항상 債權行爲와 別個 독립의 存在를 가지는 物權行爲로서 構成되지 않으면 안되느냐 換言하면 舊民法 176條의 意思表示라고 하는 것을 物權變動을 생기게 하는 意思表示에 限定하고, 또한 이것이 항상 독립 別개의 것으로 行하여 진다고 解釋할 것이냐, 그렇지 않고 賣買, 贈與와 같은 債權을 發生시키는 意思表示까지도 포함한 의사 표시로 해석할 것이냐의 問題 (物權行爲의 獨自性 問題)에 關하여는 이를 肯定하는 說과³⁾, 否定하는 說⁴⁾로 대립하고 있다. 그러나 別例는 一貫하여 物權變動을 目的으로 하는 의사 표시가 賣買와 같은 契約 속에 포함되어 있다는 立場을 取하여 普通 特定物의 賣買契約等에 있어서는 계약 성립과 同時에 直時 所有權 移轉의 效力이 생긴다는 態度를 견지하여 物權行爲의 독자성과 無因性을 부정하고 있는 것이다.⁵⁾

2) 形式主義

物權變動을 일으키는 法律行爲의 성립에는 當事者間의 의사표시 이외에 登記 引渡와 같은 一定의 形式을 必要로 하는 立憲주의이다. 物權變動을 目的으로 하는 의사표시를 할지라도 이러한 形式을 갖추지 않는 限, 第三者에 對한 關係에 있어서는 물론이며 當事者間에 있어서는 物權變動의 效力이 發生하지 않는다. 이 主義를 徹하게 認定한 것이 독일 민법이다. 그러므로 이 主義를 獨法主義라고도 부른다. 同法에 依하면 物權變動을 생기게 하는 의사표시는 兩當事者의

契約에 依하는 경우에 있어서도 普通의 契約과 區別하여 特別 物權的 合意(Einigung)라고 부르며 不動產 所有權 讓渡의 合意(Auflassung)에 關하여는 特別의 方式을 必要로 하지 않으며 또한 條件을 붙일 수도있다. 物權變動을 생기게 하는 法律行爲에는 物權的 合意以外에 부동산물 권에 關하여는 引渡 (同法 929條 1項)⁸⁾를 必要로 한다.

上述한 바와 같이 독일 민법은 物權變動을 생기게 하는 法律行爲 即, 不動產所有權移轉의 合意에 있어서는 恒常 債權을 발생시키는 法律行爲와는 分離하여 別個 독립적으로 行하여지기 때문에 物權行爲의 독자성이 認定된다. 뿐만 아니라 賣買 贈與와 같은 物權變動의 原因關係도 分離되며, 가령 이러한 原因行爲 (物權行爲)가 무효가 된다 하더라도 物權行爲의 效力에는 하등의 영향을 받지 아니하며, 따라서 物權行爲의 無因性도 認定된다. 그러나 特別한 方式에 따라서 하여야 하는 Auflassung에 있어서는 그 독자성이 언제나 뚜렷하지만 아무런 方式도 요구되지 않은 보통의 Einigung에 있어서는 묵시적으로 행하여지고 있는 것이 실정이며 判例 學說은 登記申請에 必要한 서류를 交付하는 때에 물권행위가 있는 것으로 解釋하고 있다.⁹⁾

한편 瑞西民法도 토지소유권을 取得하려는는 土地登記簿에 등기를 하게 되어 있어서 (同法 656條 1項) 이 민법도 이른바 형식주의를 취하고 있는 셈이다. 動產에 關하여도 마찬가지다. (同法 714條 1項) 그런데 토지 소유권의 이전등기를 할 경우에는 토지소유자의 書面에 依한 意思表示가 公證되어 있음을 要한다. (同法 936條) 즉 이나라에서는 채권계약이 공증만 되면 그것으로 곧 등기를 할 수 있게 마련이므로 明文上의 해석으로서도 채권행위와 등기와의 중간에 物權行爲라는 개념을 導入할 余地가 없다. 그러므로 瑞西民法은 형식주의를 취하고 있으면서도 입법상으로 物權行爲의 독자성을 否認하고 있다 할 것이다.¹⁰⁾

三, 學 說 概 觀

전술한 바와 같이 新民法은 형식주의를 取하면서도 독일 민법이나 瑞西民法과 같이 物權行爲의 독자성을 認定하느냐 否定하느냐에 關하여는 이를 입법상으로 明確하게 하고 있지 아니하므로 그 해석에 있어서는 학자들의 見解가 대립하고 있다. 다음에 學說의 概要를 설명하여 보기로 한다.

1. 物權行爲의 獨自性

1) 認 定 說

가) 張庚鶴 교수는 첫째로 우리 민법은 독일 민법과 같이 입법상으로 物權行爲의 독자성을 認定하고 있다고 論하고 그 근거로서 민법 第186條와 第188條 1項을 들고 있다. 即 우리 민법은 不動產 物權變動에 있어서는 채권계약 외에 物權的 合意와 登記를 合하여 物權行爲라 할 수

있기 때문에 物權行爲는 독립된 地位를 가지며, 動產物權 變動에 있어서도 物權的 合意와 引渡를 합쳐서 物權行爲가 되는 것이므로 그것은 채권행위로부터 物權行爲의 독자성을 명백히 한 것이며, 둘째로 社會 全體의 去來의 安全을 위하여 物權行爲의 독자성을 인정하여야 하며 그것은 우리의 日常生活에 있어서의 물권거래의 오랜 전통내에서는 田地 家舍等의 賣買行爲에 있어서는 賣買契約外에 대금 지불 賣買證書等의 作成 文券의 書類, 官廳의 證明等의 행위가 독립적으로 存在하기 때문에 賣買契約과는 독립된 外部的 표시 없이는 물권이전은 완성하지 못한다고 하는 法的 意識이 存在한다고 한다.

셋째로 舊民法 시행 이후에서는 從來의 법적의식이 殘存하여 特定動產의 매매에 있어서는 매매계약 이외에 대금지수 物件의 引渡라는 외부적 표시가 없이는 물권행위는 없고 소유권은 이전되지 않으며 不動產의 賣買에 있어서도 從來의 거래 慣行에 비추어 그 거래 과정의 법률사회학적구조는 부동산 소유권의 이전에 있어서 行爲의 독자성을 알고 있었으며 더구나 등기 절차가 복잡하여 書類를 보아도 有効하게 등기가 되있는 가를 판단할 수 없기 때문에 登記完了를 確認한 뒤에 대금을 지급하는 去來慣行을 육성시켰고 이러한 종래의 法的 意識은 형식주의의 채용으로 더욱 강화시켰기 때문에 물권행위의 독자성을 더욱 명백히 認定해야 한다는 것이며, 넷째로 解放前의 조선고등법원 판례는 日本의 입장과는 달리 물권행위의 독자성을 肯定하는 判例가 있다는 등을 들어 물권행위의 독자성을 認定하고 있다.¹¹⁾

나) 方順之 판사는 形式主義下에 있어서는 일정한 형식을 포함하는 법률행위가 特히 物權의 變動을 가져올 物權行爲로서 채권행위의 단계와 독립하여 認定된다고 하며 우리 민법에서의 物權行爲는 不要式行爲가 아니고 不動產物權의 得失變更은 물권적 의사표시와 登記에 의하여 된 것이고 動產物權의 讓渡는 物權的 意思表示와 引渡에 의하여 된 것이며 독립민법과 同一하게 要式行爲에 속한다고 論하고 있다.¹³⁾

다) 金曾漢 教授는 民法條文의 文字로부터는 아무런 結論을 내릴 수 없다는 것은 舊民에서와 같으나 다음과 같은 理由 中에서 물권행위의 독자성을 認定하는 것이 妥當하다고 한다. 卽 첫째로 物權行爲의 독자성을 인정하지 않으면 債權의 履行이 반드시 債權의 발생과 동시에 履行되어야 한다는 奇異한 結果가 된다는 것. 둘째로 代金이 완불되고 不動產이 明渡되었으나 아직 登記를 履行하지 않은 사람의 地位를 단순히 債權契約이 있음에 불과한 경우와는 다르게 보호하여야 한다는 것. 셋째로 물권행위의 無因性을 인정하는 前提로서 物權行爲의 독자성을 인정하여야 한다는 것등을 들고 있다.¹²⁾

라) 崔槇教授는 신민법은 형식주의를 취하였기 때문에 형식주의에서는 物權行爲는 형식을 必要로 하고 債權行爲와 合体하여 존재할 수 없다는 物權行爲의 독자성이 인정되니까 민법 第 186條의 법률행위와 第 188條의 양도는 物權行爲를 의미하는 것으로 解하여야 하며 채권행위가 無效, 取消, 解除 따위의 원인이 있다 하더라도 물권행위에는 영향을 미치지 아니하므로 去來의

安全을 도모하자면 物權行爲의 독자성을 인정해야 한다는 趣旨의 이론을 展開하고 있다.¹⁴⁾

마) 金基善 教授는 新民法이 物權行爲의 독자성을 인정하는 근거로서, 첫째로 民法 第186條의 법률행위와 第188條 1項의 양도는 物權에 關한 규정이므로 物權行爲를 가리키는 것이며 따라서 우리 민법은 物權行爲의 독자성을 成文으로 인정하고 있다. 둘째로 債權과 物權은 同一한 權利가 아니기 때문에 物權행위와 債權行爲는 當然히 區別해야 한다는 것. 셋째로 物權행위의 독자성을 인정하지 않으면 消滅時效制度에 重大한 결함이 나타난다는 것. 즉 「買受人이 매매에 의하여 當然히 그 所有權을 取得한다면 그 소유권은 消滅時效로서 소멸하는 일이 없지만, 그 반면에 매도인의 代金支給 청구권은 일정한 期間의 經過로 因하여 消滅하게 된다. 결국 消滅時效는 賣渡人의 權利에 대해서만 인정되고 買受人의 權利에 대해서는 인정하지 않는 불합리한 結果를 招來시킨다.」고 하며, 셋째로 신민법은 物權행위의 독자성을 인정하는 일반적 규정(186條 188條 1 2項) 以外에 부분적으로 인정하는 규정도 있다. 즉 타인의 권리의 賣買(560條) 非債弁濟(740條)의 규정인데 이 경우에 物權행위의 독자성을 부인한다면 他人의 권리를 賣買하는 경우에 매매계약의 當事者가 아닌 目的物의 所有者가 物件에 對한 권리를 잃게 되고 또 비채변제의 경우 辨濟자가 辨濟하는 때에 채무 없음을 알거나 모르거나 관계없이 그 返還을 청구할 수 있게 되는 불합리한 결과를 초래하게 되므로 物權행위의 독자성을 인정하여야 한다는 것이다.¹⁵⁾

바) 金顯泰教授는 物權행위의 독자성을 인정하는 이유로서 첫째로 去來의 安全을 爲해서 物權행위의 독자성을 인정하여야 한다는 것. 둘째로 物權행위의 독자성을 인정하는 法的意識이 慣行으로 되어 왔다는 것. 이점은 張庚鶴교수의 이론을 그대로 引用하고 있다.¹⁶⁾

以上에서 物權행위의 독자성을 인정하는 학자들의 見解를 紹介하였는데 여기서 이분들의 의견을 종합하여 요약하면 다음과 같다.

가) 우리 민법은 독일 민법과 같이 형식주의를 취하고 있기 때문에 민법 第186條의 「法律行爲」와 同 第188條 1項의 「양도」는 物權행위를 뜻하는 것으로 보아야 할 것임으로 이 두 규정은 物權행위의 독자성을 宣明한 것으로 해석하여야 한다. 즉 부동산물권 변동이나 動產物權 變動에 필요한 物權적 합의(Einigung)에 該當하는 이른바 物權행위가 인정되어야 한다는 것이다.

나) 物權행위의 독자성을 인정하지 아니하면 채권의 이행이 반드시 채권의 발생과 동시에 이행되어야 한다는 奇異한 결과가 된다는 것.

다) 代金を 완불하고 부동산의 명도까지 받았으나 아직 등기를 이행하지 않은 사람의 지위를 채권 계약이 있음에 불과한 사람의 지위보다는 보다 더욱 강하게 보호하여야 한다는 것.

라) 우리 나라에서는 從來로부터 物權행위의 독자성을 인정하는 법적 의식이 慣行으로 되어 있다.

마) 物權행위의 無因性を 認定하는 前提로서 독자성을 認定해야 한다는 것. 즉, 우리 法制에서는 登記에 公信력이 認定되지 않으므로 物權行爲의 無因性を 認定함으로써 去來의 안전을

도모할 수 있다는 것.

바) 物權行爲의 독자성을 認定하지 않으면 消滅時效制度에 重大한 恊결이 있다는 등을 物權行爲의 독자성을 認定하는 理由로 들고 있다.

2) 否 認 說

가) 李英燮 관사는 우리 民法은 형성주의를 取하면서도 독일 민법 第873條와 929條와 같이 明文으로 物權行爲만을 위하여 合意 (Eingungod Aatlassung)와 登記 乃至 인도가 필요하다는 것을 밝히고 있지 않기 때문에 物權變動에 있어서는 債權行爲 以外에 物權行爲가 必要하다고는 볼 수 없으며 따라서 民法 第186條의 「法律行爲」와 第188條 1項의 「양도」를 物權行爲의 독자성을 明文으로 인정한 나라의 合意와 마찬가지로 볼 수 없다고 論하고 物權行爲의 독자성을 認定하는 分들의 理論의 모순성을 指摘하고 있다. 즉 李관사는 첫째로 物權行爲의 독자성을 인정하면 原因된 채권행위와 抽象시킴으로서 確實히 去來의 第三者를 보호할 수 있다. 그러나 우리 民法에는 物權의 合意에 條件이나 期限을 붙일 수 없다는 明文의 規定을 두고 있지 않을뿐더러 物權行爲가 채권행위와 因果關係가 없다는 明文의 規定도 없으므로 독일식의 理論을 適用시키지 않으면 去來의 第三者를 보호할 수 없고 또한 우리나라의 登記부에 公信력이 없기 때문에 독자성과 無因性을 認定함으로써 去來의 第三者를 보호한다고 하나 그러나 公信力的 短點을 補하기 위하여 實定法 規定과 거리가 멀다고 볼 수 있는 物權行爲의 독자성과 無因性을 認定할 수 없으며 物權行爲를 인정하더라도 無因으로 볼 수 있는 경우는 오히려 有因의 경우에 比하여 原則과 例外의 關係에 있을 만치 救濟 範圍가 적다는 것이다.

둘째로 物權行爲의 독자성을 認定 하지 않으면 모든 채권 이행은 그 채무의 성립과 동시에 履行되는 結果가 된다고 하나 그러한 論理는 성립할 수 없으며 독자성을 부정하는 理論 하에서도 채무이행은 채무가 성립된 뒤에 이루어질 수 있다.

셋째로 物權行爲의 독자성을 인정함으로써 代金を 支給한 사람의 地位를 適切히 보호할 수 있다는 點에 대하여도 贊成한 點도 많으나 強行的 性質을 띤 物權法이 登記와 引渡를 받지 않으면 物權者로 보호할 수 없다는 規定이 있는 이상 이를 履行하지 않은 자를 보호할 바에야 차라리 처음부터 形式主義를 取할 필요는 없는 것이다.

넷째로 우리들이 독일식의 既成 觀念을 깨끗이 떠나서 民法 第185條와 第188條 1項을 解釋한다면 物權 자체의 變動만을 목적으로 하는 內容의 合意를 그 原因行爲 되는 債權行爲와 에서 理論構成한다는 것은 비법률가로서는 거의 期待할 수 없고 또한 物權행위의 독자성을 主張하는 分들의 일부분이 이른바 物權적 합의는 物權變動의 成立要件이요 登記나 引渡는 그 効力發生要件이라고 說明하나 登記와 引渡가 먼저 이루어지고 物權적합의가 나중에 이루어질 경우에 성립 要件이 갖추어지기 以前에 먼저 効力要件이 갖추어지는 기현상이 될 것이므로 그러한 理

論은 구체적인 實情을 제대로 파악 못한 느낌이 있다.

다섯째로 이렇게 보아 온다면 民法 第186條와 第188條 1項의 「法律行爲」乃至「양도」라 함은 債權行爲를 가리키는 것으로 볼 수 밖에 없다. 不動產所有權을 매도한 경우의 例를 든다면 賣買契約이 맺어지면서 매수인을 매도인에 대하여 소유권 이전등기청구권을 取得한다. 왜냐면 賣渡人은 買受人에 대하여 소유권을 移轉할 것을 約定하였기 때문이다. (民法 第563條) 적어도 형식주의 하에서는 賣渡代金과 所有權移轉登記 自体가 서로 對價的인 關係에 있다고 볼 수 있기 때문이다. 이러한 理論으로 본다면 登記請求權은 債權行爲를 원인으로 하여 發生되는 순수한 債權的 請求權이라고 봐야 할 수 없다.

여섯째로 從來 地上權 傳賃權 抵當權等의 設定契約을 물권행위로 보아 왔으나 그것은 의사표시만으로 이러한 물권이 設定될 수 있었던 舊民法下의 理論인 것이고 형식주의 하의 新民法下에서는 設定契約만으로서 물권이 곧 設定되지 않으므로 이설정 계약을 債權行爲로 보고 이 債權行爲에 依하여 制限物權設定 登記請求가 생기며 이것 역시 물권적 청구권이라고 보아야 한다.

일곱째로 우리 민법이 物權行爲의 독자성을 無視하고 있다는 증거로서 民法의 內容을 이루고 있다고 볼 수 있는 不動產登記法에서 찾아 보면 不動產登記法 第41條 5號는 登記申請書의 記載事項의 하나로서 「등기원인과 그 年月日」을 들고 있는데, 이것은 물권이 變動되는 年月日是 民法 第186條에 依하여 登記된 年月日이므로 위의 등기원인과 年月日은 아무래도 債權行爲의 日字를 記載시키는 것이라고 보아야 할 것이라는 것.

여덟째로 瑞西民法도 형식주의를 取하면서 물권행위의 독자성을 否認하고 있다는 것 등을 들어서 물권행위의 독자성과 無因性을 否認하고 있다.¹⁷⁾

(나) 郭潤直 교수는 우리 民法에 있어서는 物權行爲의 독자성을 認定할 수 없다고 論하고 이를 인정하는 분들의 尾解에 대하여 反論을 펴고 있는데 그 理由나 이론적 근거는 부인론자인 李英燮 판사의 견해와 대동소이하다. 두분의 견해의 중요한 차이점은 李 판사는 法律行爲로 인한 물권변동에 있어서는 물권행위는 債權行爲와 등기, 引渡가 있어야 성립하는 것으로 보고 民法 第186條의 「法律行爲」와 第188條 1項의 「讓渡」를 債權行爲로 보아 物權行爲의 독자성을 부인하는데 對하여 郭교수는 법률행위로 인한 物權變動에 있어서 物權行爲는 物權的 의사표시만으로 성립하나 다만 그 物權行爲는 債權行爲 속에 포함 흡수되어서 동시에 행하여 지는 것으로 보아 독자성을 부인하고 있는 것이다. 郭교수의 見解를 紹介하면 다음과 같다.

첫째로 독자성을 인정하는 견해에 의하면 民法 第186條의 「法律行爲」와 第188條 1項의 「양도」는 각각 物權行爲를 지적하는 것으로 해석하나 이를 부인하는 견해는 債權行爲를 가리키는 것으로 생각된다. 그러나 이때의 債權行爲는 物權行爲를 吸收 包含하고 있는 것으로 이해하는 까닭에 物權行爲의 독자성을 부인하는 견해를 취하더라도 第186條와 第188條 1項의 「法律行爲」나

「讓渡」의 法律要件으로서의 法律行爲는 概念上 物權行爲를 가리킨다고도 할 수 있다.

둘째로 독자성을 認定하는 견해에 의하면 物權行爲는 債權行爲와 區別되는 독립한 행위이며 原則적으로 채권행위와는 따로 이행해지게 된다. 그런데 우리 민법에서는 독일 민법과 달라서 부동산 이동의 合意 (Aultssung)에도 방식을 요구하고 있지 않으므로 어느때에 物權行爲가 행하여졌다고 보느냐가 문제이다. 일반적으로 各個의 경우에 구체적으로 檢討 판단된다고 하면 보통은 登記신청 또는 引渡를 할 때에 묵시적으로 物權行爲가 행하여졌다고 해석한다. 이에 반하여 獨自性を 부인하는 견해에 의하면 物權行爲는 보통 債權行爲속에 包含되어서 獨自性이 없는 것이 된다. 즉 채권행위를 한 때에 物權行爲도 함께 한 것으로 새기게 된다. 이와 같이 物權行爲의 獨自性を 認定하느냐, 부정하느냐에 따라 物權行爲가 행하여진 시기에 차이가 있게 된다. 그러나 이러한 차이는 佛敎主義를 채용하였던 구민법하에서는 중요한 意義가 있지만 현행 민법의 獨法주의 하에서 특별한 意義가 없다. 왜냐하면 佛敎主義에서는 物權行爲가 행해진 時期에 物權變動이 일어나게 되나 獨法主義 (郭敎수는 우리 민법을 獨法主義라 부르고 있음)에 의하면 物權的 意思表示만으로 物權變動은 일어나지 않고 그 밖에 公示方法을 갖춘 때에 발생하므로 物權行爲의 시기에 따라 物權變動의 시기가 달라지지 않는다.

셋째로 物權行爲의 獨自性を 인정한다는 것은 物權行爲의 無因性を 인정하기 위한 이론적 전제이므로 獨自性を 否認하는 견해는 동시에 無因性도 부정하는 것이 된다. 그러나 獨自性を 인정하는 견해는 동시에 무인성도 인정하는 것이 된다.

넷째로 金基善 敎수의 독자성을 인정하지 않으면 소멸시효제도에 중대한 결함이 나타난다고 주장하나 구민법하에서는 몰라도 독법주의의 現行民法 下에서는 문제가 되지 않는다. 왜냐하면 현행 민법하에서는 매매에 의하여 당연히 所有權을 취득하지 못하며 公示方法을 갖추어야 하기 때문이다.

다섯째로 거래의 실정을 본다면 거래의 실제에 있어서는 債權行爲 외에 物權의 이전만을 目的으로 하는 意思表示 (物權行爲)를 의식해서 행한다는 일은 없다. 예컨대 부동산의 賣買에 있어서 매매계약과 登記만하면 그것으로 거래는 끝나는 것으로 아는 것이 일반의 관념이다. 그밖에 매매계약과 登記와의 중간에 物權行爲를 따로 하여야 한다고 생각하지 않은 것이 거래의 실정이 아닌가 한다.

요컨대 독자성을 認定하는 분들의 주장하는 이유는 妥當할 수 없고 독자성을 인정하느냐, 부정하느냐에 따라 큰 차이가 없으며 또 거래의 실제에 있어서도 의식해서 物權行爲를 따로 이하고 있지 않으므로 物權行爲의 독자성은 이를 인정할 필요가 없다고 하여야 한다. 18)

2. 物權行爲의 無因性

現行 民法의 해석에 있어서 독자성에 對한 견해가 대립하고 있는 것과 같이 無因性에 관하여

도 하설은 대립하고 있다. 그리하여 獨自性を 인정하고 있고 부정하는 見解는 無因性도 부정하고 있다. 無因說을 主張하는 分들의 見解를 종합하여 본다면 다음과 같다.

가) 物權行爲와 債權行爲를 別個의 行爲로 생각한다면 그 有効性 여부도 따로 정해야 한다. ¹⁹⁾

나) 物權의 法律關係는 모든 사람에게 대하여 明瞭함을 理想으로 하므로 物權行爲의 効力を 當事者間에서만 効力を 가지는 原因行爲의 有効성 여부에 關하여 영향을 받게 하는 것은 不當하다. ²⁰⁾

다) 無因性を 認定함으로써 登記에 公信力을 주고 있지 않은 民法의 흠결을 補正하여 去來의 安全을 保護할 수 있다. ²¹⁾

그런데 無因性を 認定하는 分들은 또한 例外없이 이른바 相對的 無因說을 取하고 있다. 즉 物權行爲는 原則적으로 無因이지만 特히 當事者가 有因으로 하려는 意思表示를 한 때에는 (債權行爲의 有効를 物權行爲의 條件으로 하였을 때)에는 有因이 된다고 한다. 그리고 이러한 條件은 默示적으로 할 수 있다고 한다. 絕對的 無因說을 取하지 않고 相對的 無因性を 認定하는데 그치는 理由는 獨逸民法에 있어서처럼 土地所有權移轉의 合意에는 條件이나 期限을 附할 수 없다는 것 (同法 825條) 처럼 禁止規定이 없으므로 우리 民法에서는 物權行爲에는 條件이나 期限을 붙일 수 있으며 따라서 當事者의 特約으로 원인행위의 有効일 것을 條件으로 삼았을 때에는 그 원인행위가 無効로 된다면 物權行爲도 無効로 된다는 것은 當然하다는 것이다. ²²⁾

이에 반하여 有因說을 主張하는 見解는 (가) 물권행위는 債權行爲와 別個의 행위인 까닭에 그 有効性은 原因行爲인 債權行爲의 有効성과는 따로이 정하는 것이 當然하다고 하나 모든 出捐行爲는 반드시 일정한 法律原因에 基하여 행하여 지며 따라서 원인 또는 出捐의 目的이 法律上 존재하지 않은 경우에는 出捐行爲도 効力を 發生하지 않는다고 하는 것이 當事者의 意見에 合致되는 것이 된다. 이러한 意味에서 모든 出捐行爲 따라서 物權行爲는 유인이라고 세기는 것이 妥當한 견해이다.

나) 無因性を 認定함으로써 法律關係를 明瞭하게 할 수 있다는 견해에 대하여 그것은 法律上의 분쟁을 減少함으로써 法的 確信을 높여 주기는 하나 無因性を 결정한다고 하여 언제나 法律關係가 명료하지는 않는다. 確實히 유인성이 認定되는 곳에서는 登記와 實體上의 權利關係가 符合하지 않은 경우가 增加한다. 그러나 無因性を 認定하더라도 그런 경우는 있게 되며 特히 相對的 無因說을 取한다면 物權의 法律關係가 不確定한 狀態에 있게 되는 경우가 적지 않은은 부인할 수 없으므로 法律上의 다음을 減少시킨다는 意味에 있어서 法的 確實性보다도 正當한 利益을 保護한다는 것이 더 높이 평가 되어야 할 것이다.

다) 무인성을 인정함으로써 登記에 公信力을 주고 있지 않은 民法의 흠결을 補正하여 去來의 安全을 保護할 수 있다고 하나 자세히 檢討하여 보면 그 保護되는 範圍는 결코 넓은 것이 못되

며 例外的 경우에 不過한 것이다. 즉 (7) 無因性을 부정한다면 債權行爲가 取消 또는 解除되더라도 物權行爲의 効力에는 影響이 없다는 경우는 原則的으로 있지 않게 된다. 그러나 무인성을 인정한다면 債權行爲가 取消 또는 해제되더라도 物權行爲의 効力에는 影響이 없게 되는 경우가 있게 된다. 後者의 경우가 있게 되는 것은 原因행위의 취소 原因이 物權行爲에도 있는 경우이다. 그런데 債權行爲와 物權行爲가 同時에 行하여지는 경우는 勿論이며 兩行爲 사이의 時間的 間격이 그다지 멀지 않은 때에는 物權行爲에도 취소 原因이 있게 되므로 이것이 普通的 경우인 것이다. 換言하면 債權行爲가 取消되더라도 物權行爲의 効力에는 影響이 없는 경우는 例外에 속한다. 例外的인 場合に 關하여 無因性을 인정함으로써 第三者를 보호할 수 있는 것이다. 그러면 이러한 場合に 無因性을 부정한다면 언제나 第三者는 보호되지 않느냐면 그렇 지 않다. 즉 民法은 去來의 安全을 위하여 取消의 遡及効를 制限하는 경우가 있으며 (第109條 2項 第110條 3項 參照)이 때에는 無因性을 認定하더라도 善意의 第三者는 保護된다. 오히려 無因性이라고 할 때는 善意의 第三者만이 保護되나, 無因性을 認定한다면 惡意의 第三者도 保護 하는 結果가 된다. 한편 民法은 해제의 遡及効도 이를 制限하고 있다. (第548條 1項 但書參照)

ㄴ) 無因性을 認定하는 分도 債權行爲가 暴利行爲로서 無效인 때에는 그 이행으로서 行하여 지는 物權行爲는 언제나 無효가 된다고 한다. 즉 物權行爲의 效果로서 일어나는 物權變動 그 自体가 社會 질서에 반하는 때와 物權의 移轉 그 자체가 社會 질서에 반하지는 않으나 그 物權變動 으로 社會 질서에 반하는 結果를 招來하는 경우에는 物權行爲도 社會 질서 위반을 理由로 無效 가 될 수 있다고 한다.

이상과 같은 場合를 제외하고는 債權行爲의 無효는 物權行爲를 無효로 하지 않으므로 거래의 안전을 保護하는 結果가 된다. 그런데 그밖의 無효의 場合に 關하여 民法은 역시 交易의 안전 을 爲하여 無효의 절대적 效力을 制限하고 있다. (第107條 2項 第108條 2項參照) 따라서 無효 의 場合に 關하여서도 取消에서와 같은 말을 할 수 있다.

ㄷ) 物權行爲의 無因性을 認定하는 分들이 예외없이 모두 상대적 無因설을 취하고 있는데 거래의 안전을 爲하여서는 상대적 無因설은 無의미하다. 왜냐하면 交易상 第三者를 保護하기 爲하 여서는 法律 政策으로서 언제나 物權行爲를 原因行爲와 分離하여서 無효를 確信하지 않는다면 의 미가 없으며 그것을 당사자간에 슬그머니 無因으로 하는 것을 허용해서 物權행위의 效力을 있게 하는 것은 問題점을 망각한 이론이라 아니할 수 없다. 이러한 의미에서도 상대적 無因설의 근 거를 交易안전의 保護에 구하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 그런 까닭에 無因性을 認定하는 分들도 자기들의 상대적 無因설이 實益이 없음을 인정하고 있다.

결국 物權行爲의 無因性은 否定하여야 한다. 그러므로 우리 民法의 해석으로서 는 다음과 같 이 새겨야 할 것이다.

첫째 債權行爲와 物權行爲는 특별한 事정이 없는 한 하나의 行위로 行하여 지는 것이 원칙이

라고 하여야 한다. 따라서 그 행위에 관한 무효, 의사의 欠缺瑕疵等은 債權적 효력과 물권적 효력의 雙方에 영향을 미치게 된다. 그러나 이때에 物權行爲가 효력을 잃게 되는 것은 어디까지나 그 물권행위 자체에 결함이 있는 까닭이며 유인 무인과는 관계가 없다. 왜냐하면 유인 무인의 문제는 物權行爲에는 결함이 없더라도 그 원인인 기초적 法律관계에 관하여 존재하는 결함으로 말미암아 그 효력을 잃게 되느냐 안되느냐의 문제인 까닭이다. 그러므로 민법 第186條의 「法律행위」나 第188條 1項의 「양도」에 있어서의 法律행위는 各各 物權行爲를 가리키는 것이다. 다만 이 物權行爲는 보통은 債權行爲 속에 포함되어서 함께 行하여지는 것이다. 換言하면 하나의 행위가 債權行爲인 同時에 物權行爲이기도 하다는 것이다.

둘째, 債權行爲와 그것에 基하여 行하여지는 物權行爲가 따로 行하여지는 경우에는 債權行爲의 不存在 무효 또는 실효는 반대의 特約이 없는 한 원칙적으로 物權行爲의 효력에 영향을 미친다. 즉 원칙적으로 有因이다.²³⁾

四. 各學說에 關한 批判과 私見

이상에서 우리 민법의 해석에 있어서 物權行爲의 독자성과 무인성을 認定하는 학설과 否認하는 학설을 概觀하였다. 그러면 우리 민법의 해석에 있어서 物權行爲의 독자성을 認定하는 견해가 타당한 것이냐, 부정하는 견해가 타당한 것이냐? 필자는 독자성을 부정하는 견해에 따르고 싶다. 여기서 物權行爲의 독자성과 무인성을 認定하는 학설에 대하여 검토 비판하면서 私見을 밝히고자 한다.

1. 獨自性 認定說에 對한 批判

가) 우리민법은 독일 민법과 같이 형식주의를 취하고 있기 때문에 민법 제186조의 「法律行爲」와 第188條 1項의 「讓渡」는 物權行爲를 뜻하는 것으로 보아 이 두 규정은 物權行爲의 독자성을 認定하는 견해가 있으나 이 주장은 부당하다. 왜냐하면 物權變動에 관한 입법예에서도 考察한 바와 같이 독일민법은 채권계약은 이를 Vertrag라 하고 物權行爲의 요소인 물권적 합의는 Einigung라고 用言上 구별하고 있을 뿐만 아니라 특히 不動產所有權移動의 합의 (Autlassung)는 언제나 일정한 방식에 따라 行하도록 되어 있기 때문에 적어도 부동산소유권이동을 목적으로 하는 物權行爲는 그 원인인 債權行爲와 別途로 行하여 짐이 명백하며 그 시기도 명백하므로 독자성을 인정하는 것이 通說이다. 그러나 우리 민법은 형식주의를 취하고 있지만 債權行爲와 物權行爲와의 관계에 沈黙을 지키고 있으며 또한 민법 第186條에 있어서도 「法律行爲」라고 하고 있을 뿐 그 法律行爲가 物權行爲를 가리키는 것이냐를 명백히 하고 있지 않으므로 민법이 成文上으로 독자성을 인정한다고 할 수 없다. 민법 第188條 1項의 「양도」에 관하여도 마찬가지다. 그러므로 형식주의를 취하였다고 하여 독자성을 인정해야 한다는 論理는 성립할 수 없다. 또한 瑞

西民法는 형식주의를 取하면서 明文上으로 물권행위의 독자성을 否認하고 있으므로 우리 民法에 있어서 물권행위의 독자성을 認定하는 근거를 실정법적 규정에 찾는다는 것은 不當하다.²⁴⁾

나) 물권행위의 독자성을 認定하지 않으면 債權의 이행이 반드시 채권의 發生과 同時에 이행되는 것이 원칙이라는 結果가 되어 채권의 성질에 반한다는 主張이 있다. 그러나 이러한 論理는 성립할 수 없다고 본다. 왜냐하면 물권행위의 독자성을 認定하지 않는다고 하여 반드시 채무이행이 채무성립과 同時에 이루어져야 된다는 논리는 導出되지 않기 때문이다. 물권행위의 독자성을 認定하지 않는 理論下에서도 채무이행은 채무가 성립된 뒤에 이루어질 수 있기 때문이다.²⁵⁾

다) 不動產去來에 있어서 代金은 完結하였으나 아직 登記를 하지 않기 때문에 부동산을 명도 받아 使用하고 있지만 소유권을 取得하지 못한 자를 보호하기 위하여 독자성을 認定해야 한다는 견해가 있다. 그러나 이러한 견해는 不當하다. 왜냐하면 新民法은 물권변동에 있어서 舊民法의 意思主義, 對抗要件主義를 버리고 형식주의를 채택하여 부동산물권변동에 있어서는 登記, 동산물권에 있어서는 引渡를 하여야만 그 效力을 發生하도록 하고있으므로 등기나 引渡를 받지 않은 者は 物權者로서 또는 一部 學者가 認定하는 物權的 期待權 (Eine dingliche Antwatschaft)이라는²⁶⁾ 一種의 物權에 가까운 權利가 發生하여 이를 보호하기 위하여 獨自性을 인정하여야 한다는 主張은 民法의 立法趣旨에 반하는 이론이라 아니할 수 없다. 民法이 物權變動의 存否와 時期를 明確하고 거래의 安全을 取하기 위하여 法律行爲를 明白히 하고자 형식주의를 채용하였는데 그것에 따르지 않은 자를 特別히 보호할 理由가 있는지 의문이다.²⁷⁾

라) 우리 나라에서는 從來로부터 物權行爲의 獨自性을 인정하는 法的 意識이 慣行으로 존재하고 있다는 것이다. 이 점은 張庚鶴 교수가 주장하고 있는데 이 理論은 법사회학적인 面에서 考察의 對象이 될 수 있으나 그러나 그러한 법의식이 舊法下에서는 존재하였을지 모르나 現行民法下에서의 거래의 실제에 있어서는 債權行爲에 물권의 이전만을 목적으로 하는 일을 없는 것 같다. 例컨데 不動產의 賣買에 있어서 賣買契約과 등기만하면 그것으로 거래는 끝난 것으로 아는 것이 일반의 觀念이며 그 밖에 매매규약과 등기와의 중간에 物權行爲를 別途로 해야 한다고 생각하지 않은 것이 거래의 실정이 아닌가 생각된다.²⁸⁾

마) 物權行爲의 無因性을 인정하는 前提로서 獨自性을 인정하여야 한다는 見解가 있다. 그러나 물권행위의 독자성을 認定하지 않은 입장에서는 이러한 이론은 무의미하다.

바) 獨自性을 認定하지 않으면 消滅時効制度에 중대한 결함이 있다고 주장하나 이러한 主張은 意思主義下에 舊民法에서는 當事者의 意思表示만으로 所有權이 移轉되기 때문에 買收人은 매매에 依하여 소유권이 取得되므로 그 소유권은 消滅時効로서 소멸되는 일이 없으나 反面에 賣渡人의 대금청구권은 정한시기의 結過로 인하여 소멸하게 되므로 消滅時効는 賣渡人의 권리에 대해서는 認定하지 않은 불합리한 結果가 發生하므로 문제될 수 있으나 現行民法은 형식주

의를 취하였기 때문에 소유권은 當事者의 의사표시만으로는 取得하지 못하고 公示法을 갖추어야만 取得되기 때문에 문제될 수가 없는 것이다. 26)

二) 無因性 認定說에 對한 批判

物權行爲의 無因性을 認定하는 學者들의 見解를 檢討 批判하여 보기로 한다.

가) 物權行爲는 債權行爲와는 別個의 行爲인 까닭에 그 有効性은 原因行爲인 債權行爲의 有効성과는 따로 定하는 것이 妥當하다고 한다. 그러나 모든 出捐行爲는 반드시 一定한 법률원인에 행하여 지며 따라서 原因행위가 존재하지 않은 경우에는 그 結果로서 發生하는 出捐行爲로 존재하지 않는다고 하는 것이 當事者의 의사에도 合致하는 것이 된다. 이렇게 본다면 모든 出捐行爲 따라서 物權行爲는 原因행위로 보는 것이 妥當하다. 30)

나) 無因性을 認定하므로써 법률관계를 명료하게 할 수 있다는 주장이 있으나 그것은 物權法的 法律關係에 한하지 않은 모든 法領域에서 요구되는 법률제도의 理想이 하나라 할 수 있다. 그러나 無因性을 認定한다고 해서 언제나 법률관계가 明瞭化하지는 않으며 특히 상대적 無因認定說을 취한다면 物權法的 法律관계가 불확실한 狀態에 있게 되는 경우가 적지 않음은 부인할 수 없는 사실이다. 31)

다) 無因性을 認定하는 가장 중요한 理由의 하나는 등기에 公信力을 주고 있지 않은 우리 민법의 결함을 補正하여 거래의 안전을 보호할 수 있다는 견해이다. 예를 들면 原因행위인 債權行爲가 어떠한 취소 원인이 있어서 취소되더라도 그 履行行爲로서 行하여진 物權行爲에는 하등의 영향을 가져오지 않고 그대로 効力을 발생하게 되므로 이러한 意味에서는 確實히 거래의 안전은 보호할 수 있다 할 것이다. 그러나 우리 민법에서는 物權행위(물권적 합의)에 조건이나 기한을 붙일 수 없다는 명문의 규정이 없음으로 무인성을 認定하는 분들도 當事者間의 特約에 의하여 有因으로 할 수 있다는 이른바 相對的 無因說을 주장하고 있으므로 거래의 안전을 도모하려면 상대적 무인설은 무의미하다 아니할 수 없다. 왜냐하면 거래의 안전을 보호하려면 法律政策的으로 恒常 物權行爲를 原因行爲인 債權行爲와 分離하여 有効한 것으로 하지 않으면 의미가 없는 것이며 그것을 당사자간에서만 슬그머니 유인으로 하는 것을 허용하여 物權行爲의 効力을 잃게 하는 것을 認定한다는 것을 문제의 核心을 벗어난 것이라 아니할 수 없다.

독일 민법에 있어서도 物權行爲의 독자성은 明文으로 認定하면서도 無因性에 관하여 규정이 없기 때문에 무인론과 유인론이 대립하고 있다. 현재는 무인론이 압도적 다수이다. 그러나 무인성을 認定하는 근거는 거래의 안전에 있지 않고 登記公務員의 審理範圍를 제한하는데 있다고 보고 있는 것이다. 그런데 앞에서 고찰한 바와 같이 우리 민법에서는 物權행위의 독자성을 認定하는 明文의 규정이 없음으로 이를 認定하기 곤란하며 따라서 독자성을 전제로하여 무인성을 認定하는 것은 무의미할 것이다. 우리 민법에서 무인성을 주장하면서 거래의 제삼자를 보호하려

는 見解는 대부분 우리 나라의 등기에 公信力이 없음을 내세우고 있으나 그러나 公信力의 결정을 매꾸기 위하여 실정법 규정과는 거리가 멀다고 볼 수 있는 無因性을 주장한다는 것은 수긍하기 어려운 느낌을 갖지 않을 수 없는 것이다. 설사 無因性을 認定하더라도 無因으로 볼 수 있는 경우는 유인의 경우에 비하여 原則과 例外的의 관계에 있는 만치 구제되는 범위는 좁다는 것을 알아야 할 것이다. 왜냐면 債權行爲와 物權行爲가 거의 동시에 행하여 지는 경우와 양행위 사이의 시간적 간격이 그다지 멀지 않은 때에는 최소원인이 있는 것이 보통의 경우인 것이다. 독일 민법에서 物權行爲의 독자성을 認定하는 理由는 沿革的으로 보아 부동산 등기 신청에 관하여 實質的 審査主義를 취하고 있기 때문에 등기 공무원이 실질적으로 審査하여야 할 범위를 物權行爲에만 제한하여 물권거래를 簡便하게 하려는데 있음을 잊어서는 아니될 것이다.³²⁾

3) 私 見

위에서 論한 바와 같이 우리 민법의 해석에 있어서는 物權行爲의 獨自性과 無因性은 認定할 수 없는 것이다. 그러므로 필자는 독자성과 無因性을 否定하는 學說을 支持하면서 私見을 밝히고자 한다.

(가) 新民法이 物權變動에 있어서 의사주의를 버리고 형식주의를 採擇한 立法 趣旨는 物權變動의 存否와 時期를 명백히 하므로서 거래의 安全을 期하고 法律關係의 錯雜化를 避하도록 한 데 있다 할 것이다. 그러므로 민법에서의 物權行爲는 원인이 되는 債權行爲와 등기의 登記引渡가 行하여 지므로써 成立하는 것으로 보아야 할 것이며 強制法的 性質을 띤 物權法이 요구하는 등기 引渡를 받지 않은 物權의 권리로서 보호할 수 없는 것이다. 이렇게 해석한다면 민법 第186條의 「法律行爲」와 第188條 1項의 양도는 債權行爲를 의미하는 것으로 보는 것이 타당하다. 부동산 소유권을 매도 한 경우의 例를 든다면 매매 계약이 맺어지면서 買受人은 賣渡人에 대하여 所有權 移轉登記 請求權을 取한다. 왜냐면 매도인은 매수인에 대하여 소유권을 이전할 것을 約定하였기 때문이다. (民法 第563條) 적어도 형식주의하에서는 매매 대금과 소유권 이전등기 자체가 서로 對價的인 관계에 있다고 볼 수 있기 때문이다. 이러한 이론으로 본다면 등기청구권 債權行爲를 원인으로 하여 발생하는 순수한 債權的 청구권이라고 밖에 볼 수 없을 것이다.³³⁾

나) 우리 민법은 독일 민법과 같이 부동산 소유권 이전의 합의에 관하여 요구한 것과 같이 어떤 物權行爲에 관하여 특정한 형식을 요구한 것이 없으므로 物權行爲의 成立時期를 판단하기 어려우나 부동산 등기법 第41條 5號를 본다면 등기 신청의 기재사항의 하나로서 「登記原因과 그 年月日」을 들고 있다. 이것은 두말할 것도 없이 매매 贈與等 物權行爲의 原因인 債權行爲의 日字를 記載시키는 것으로 보아야 할 것이며 따라서 物權行爲는 第186條의 法律行爲 즉 債權行爲가 있고 등기가 完了되므로써 物權行爲는 성립하는 것이므로 부동산 등기법의 規定으로 본다면 할지라도 독자성은 認定할 수 없는 것이다.³⁴⁾

다) 우리의 일상생활에 있어서 물권거래는 제삼자의 이해에 중대한 영향을 미치게 되는 것이므로 국민들이 용이하게 이해할 수 있게끔 법을 해석하는 것이 법의 大衆化를 이룩하는데도 기여할 수 있는 것이다. 實定法的인 根據에서도 物權行爲의 독자성과 無因性을 認定하기 곤란한데 우리 민법과는 거리가 먼 독일법의 理論을 도입하여 독자성과 無因性 이론을 전개하므로서 法律 專門家만이 理解할 수 있게끔 법을 해석한다면 法律關係의 분생을 더욱 초래할 뿐만 아니라 그 법은 일반 국민생활과는 遊離될 것이며 그것은 오로지 概念法學的 법해석의 態度를 벗어나지 못한 結果라고 밖에 볼 수 없을 것이다.

五. 結 語

筆者는 物權行爲의 獨自성과 無因性을 否認하는 立場에 있으면서도 獨自的인 理論이 構成되어 있는 것은 아니고 否定論者인 李英燮 郭潤直 두 교수의 見解에 따르면서 若干의 卑見을 提示한데 不週하다는 것을 밝혀 둔다. 다만 부인론자의 見解에 있어서도 物權行爲의 成立時期에 관하여는 이론상의 차이가 있는데 李英燮 判事는 現行民法上 物權行爲는 債權行爲와 登記引渡가 이루어진 때 成立하는 것으로 보고 登記引渡가 이루어지기 前에는 物權行爲의 觀念은 像想할 수 없다고 보아 독자성을 부인하는데 반하여 郭潤直 교수는 物權行爲는 物權的 意思表示만으로서 成立하되 그 意思表示는 債權行爲 속에 포함 흡수되는 것이므로 物權行爲는 債權行爲와 同時에 成立하며 登記引渡는 法律이 요구하는 하나의 요건이라고 보고 있는데 견해의 차이가 있는 것이다. 필자는 이점에 있어서는 李英燮 判事의 견해에 贊同하고 있는 것이다. 그러나 이 문제는 이론상의 차이에 불과하며 實益이라는 면에서는 차이가 없는 것이다. 민법에 관한 깊은 지식이 나 이론을 가지고 있지 않은 필자가 우리 나라의 거의 대부분의 학자들이 의심 없이 우리 민법에 있어서 物權行爲의 독자성과 무인성을 인정하고 있는 것을 깊은 研究나 理論 構成도 없이 同學선배들의 學說을 批判하여 이를 부인한다는 점에 관하여는 충구스러운 마음을 표시하지 않을 수 없는 바이다. 先輩 諸賢의 惡彈없는 敎示와 비판이 있기를 바라마지 않는 것이다.

— 註 —

1) C. C. Art. 771. La Propriété des biens saçiert et se trasmet par succession, par donation entere vifs testamentare, et par L'effet des obligations.

2) C. C. Art. 1138 L' obligation be liurer lachose est partaite par le seul conrentemene des parties cont ractantes.

Elle rend Le creancier propriétaire et met la chose áses risques dés l'instant où elle a dú etre livréaencore que la lirrer; auquelcas la chose reste aux risques de ce dernier.

3) 石田文次郎·物權法論41面 同「基本的 法律行爲와 特殊的 法律行爲」動의理論 68面, 同旨·三八信三·全所物權法提要上卷 30面, 中島玉吉·民法釋義二八 32面, 勝本正晃·物權法 47, 52面 今泉孝

太郎·新物權法論 16面·林信雄 新民法概論下 18面, 永田菊四部, 新民法要義物權法 45面 吉田久 日本民法論 物權編 19面參照

4) 我妻榮. 物權法(民法講義II) 50面. 近藤英吉, 改正 物權法論 18面 舟橋諄一「物權變動」法學 Seminar 1957年6月號 18面, 中川善之助, 民法大要總則, 物權 127面, 片山金章 物權法 45面, 柚木馨, 判例物權法總論 85面, 林良 物權法 46面 47面參照

5) 日大判 明治 30年6月7日(民錄3輯6卷25面) 同 大正 2年10月25日(民錄25輯1258面), 同 大正 10年5月9日(民錄27輯1122面). 同 昭和 8年12月9日(新聞 366號 10面), 日最高判, 昭和23年2月1日(裁判集民一號73面) 同 昭和33年6月20日(民集12卷10號 1585面)參照

6) B. G. B. 925 Die Zur Übertragung des erforderliche Einigung des veräußeres und des Erwerbers(Auflassung) muß beigleizeiter Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeit bestimmung ertolgt, ist unwirksam.

7) B. G. B. 873 Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstückei zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des andern Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung in das Geseß anderes vor schreibt.

8) B. G. B. 929 Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide daüber einig sind, dass das Eigentum übegehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genüge die Einigung über den Übergang des Eigentums.

9) 郭潤直 物權法 64面, 舟橋諄一. 物權法 73面 74面 參照

10) 李英燮 法曹 第九卷 第七號 31面 參照

11) 張庚鶴 物權法總論 182面乃至 186面

12) 金曾漢 物權法上 249 * 186 *

13) 方順元 新物權法 23面乃至 26面

14) 崔 弼 新物權法 77面乃至 80面

15) 金基善 韓國物權法 86面乃至 88面

16) 金顯泰 新物權法上 57乃至 58面

17) 李英燮 法曹第九卷第七號 28面乃至 31面

18) 郭潤直 物權法 75面乃至 78面 同 法曹第十二卷第三號 44面乃至 48面

19) 金曾漢 前揭書 251面

20) 前揭書 251面乃至 252面

21) 金曾漢 前揭書 252面

22) 金曾漢 * 254面 參照 張庚鶴 前揭書 190面 參照 崔 弼 前揭書 78面 參照

金基善 " 93 " " 方順元 前揭書 16 * * 金顯泰 前揭書 64面 乃至65面 參照

23) 郭潤直 " 80面乃至 88面. 郭潤直 法曹第十二卷第九號 59面乃至 54面

24) " " 73面 " 74 " 參照. 李英燮 前揭書 31面 參照

25) " " 75 * " 76 " 參照

26) 金曾漢 " 296 " " 297面 "

27) 郭潤直 " 76 " 參照 李英燮 前揭書 27面乃至 18面 參照

28) " " 78 " "

29) " " 76 " " 郭潤直 法曹第十二卷 第三號 45面 參照

- 30) 郭潤直 前掲書 84面 參照
- 31) " 前掲書 84面 參照
- 32) " 前掲書 85面乃至 87面 參照. 李英燮 前掲書 26面乃至 29面 參照. 舟橋諄 一物權法 81面 參照. 川島武宜 所有權法의 理論 22面 以下 參照.
- 33) 李英燮 前掲書 29面 參照. 李泰, 劉敏相 編著 新民法 68面 參照. 筆者登記請求權에 關한 研究 43面乃至 44面 參照
- 34) 李英燮 前掲書 31面 參照. 金曾漢 前掲書 248面乃至 249面 參照.