

## 不動產物權變動에 있어서의 이른바 「物權的 期待權」에 관한 西獨聯邦大法院의 判決

郭 潤 直\*

〔判示事項〕 登記申請却下 후의 Aufassung 受領者<sup>(1)</sup>의 法的地位

〔判決要旨〕 Aufassung 受領者의 法的地位는 그의 登記申請이 登記所에 의하여 却下되  
어 있는 경우에는 BGB 第 823 條 I 項<sup>(2)</sup>에서 말하는 「기타의 權利」는 아니다.

〔BGH (Bundesgerichtshof—西獨聯邦大法院), 1966. 2. 25. 判決〕

〔事 實〕 登記簿上 被告所有로 되어 있는 土地 위에 原告를 위하여 6,000 DM(Deutsche Mark,  
西獨의 貨幣單位)의 土地債務(Grundsuld)<sup>(3)</sup>가 登記되어 있다. 原告는 辯護士인 Dr. F 와 S 의 共同  
事務所管理人이다. 위의 土地債務登記가 行하여지게 된 經過 및 그로부터 일어난 本件 訴訟은 다음  
과 같은 事實에 由來한다.

前記 土地債務를 負擔하고 있는 被告所有의 土地는 元來는 K(言論人)의 것이었다. K는 그의 土  
地 위에 設定되어 있었던 어떤 物權의 負擔 때문에 目前에 當到한 強制競賣<sup>(4)</sup>를 피하고자 이 土地  
를 1958 年 11 月 12 日附 公正證書로 25,000 DM 에 被告에게 賣却하고,<sup>(5)</sup> 同時에 被告와 所有權移轉  
의 合意 즉 Aufassung 을 하였다. 그리하여 被告는 所有權移轉의 登記를 登記所에 申請하고,<sup>(6)</sup> 한편

\* 서울大學校法科大學 副教授

- (1) 不動產所有權移轉에 관한 物權의 合意를 BGB는 특히 Aufassung 이라고 한다. Aufassung 受領  
者 즉 Aufassungsempfänger 라 함은 讓渡人과 所有權移轉의 合意를 하였으나 아직 移轉登記를 하  
고 있지 않은 讓受人을 말한다.
- (2) BGB 第 823 條 1 項—「故意 또는 過失로 他人의 生命·身體·健康·自由·所有權 또는 기타의  
權利를 違法하게 侵害한 者는 그 他人에 대하여 이로 因하여 생긴 損害를 賠償할 義務가 있다」.
- (3) BGB가 인정하는 抵當權 以外の 또 하나의 不動產擔保物權이다. 土地債務는 債權을 前提로 하지  
않고, 債權으로부터 獨立하여 있는 점에서 抵當權과 다르다. 이와 같이 法律的으로는 債權과  
無關係하나 經濟的으로는 債權의 不成立 또는 消滅의 경우에 成立하는 所有者土地債務를 除外하  
고는 債權을 擔保할 目的로 設定된다. BGB 第 1191 條 以下 參照.
- (4) 獨逸法上 不動產擔保權者가 優先辨濟를 받으려면 強制執行節次에 의하여야 하는 것이 原則이다.  
그리고 強制執行은 強制競賣(Zwangsvorsteigerung) 또는 強制管理(Zwangsverwaltung)에 의하는  
것이 原則이다 (ZPO 860·866條 參照).
- (5) BGB 第 313 條—「當事者一方이 不動產所有權을 讓渡하는 義務를 負擔하는 契約은 裁判上 또는  
公證上의 證書作成을 要한다……………」.  
BGB 第 925 條a.—「Aufassung의 表示는 第 313 條前段에 의하여 요구되는 契約證書를 提示  
하거나 또는 同時에 作成하는 경우에 限하여 接受된다」.
- (6) 獨逸法上 登記의 形式의要件으로서는 申請과 登記許諾書(Eintragungsbewilligung)가 있다. 申請  
은 受動的當事者(登記함으로써 權利를 잃게 되는 者)와 能動的當事者(登記함으로써 權利를 얻는  
者) 중의 一方이 文書로써 한다(GBO § 13 參照). 즉 獨逸登記法은 「單獨申請主義」를 취하고  
있다. 한편 登記許諾書는 受動的當事者가 登記所에 대하여 登記하는 것을 許諾하는 一方의 意思  
表示로서 一定한 方式에 따라 作成하여야 한다(GBO § 29 參照).

賣買代金を 一部는 供託하고 一部는 銀行證書로 그리고 一部는 現金으로 支給하였는데, 그 후 契約當事者(즉 K와 被告) 사이에서 前記 賣買契約書와 Auflassung의 有效性에 관한 다툼이 생겨 訴訟問題가 되었다. 被告는 이에 應訴하는 한편 賣買代金으로서 提供하였던 것을 모두 回收하였다. 한편 K는 그로 하여금 土地를 賣却하지 않을 수 없게 하였던 物權의負擔 때문에(즉 이를 消滅케 하기 위하여) W銀行으로부터 20,000 DM의 信用을 얻고, 이 銀行債權의 擔保를 위하여 그의 土地 위에 不動產擔保權을 設定해 주었다.

1959年 8月 28日 登記所는 賣渡人 K를 代理하는 F辯護士가 賣買契約를 解除한다는 內容의 K의 書面을 提出하였다는 理由로 被告의 所有權移轉登記申請을 却下하였다.<sup>(7)</sup> 被告는 이에 대하여 異議를 申請하고, 登記申請却下の 決定을 當分間 保留해줄 것을 要請하였다.

1960年 4월에 K의 辯護人 F는 그때까지 無擔保債權으로서 存續하고 있었던 그의 報酬請求權과 및 다른 辯護人들의 報酬請求權을 위하여 擔保權을 設定해줄 것을 K에게 要求하였다. 이 要求를 받은 K는 그의 辯護人들의 受託者로서의 原告를 위하여 6,000 DM의 不動產擔保權을 設定하는데 同意하였다. 그리하여 1960年 5月 6日 문제의 土地債務가 登記되었다.

1960年 10月 29日 登記所는 被告의 所有權移轉登記申請을 再次 却下하였다. 그러나 被告는 抗告節次를 거쳐 1960年 11月 11日에 同土地의 所有者로서 登記하는데 成功하였다.

賣渡人 K와 被告 사이에는 아직도 訴訟이 繫屬되어 있으며, 同訴訟에서 K는 反訴를 提起하고 被告에게 문제의 土地의 所有者로서의 被告의 登記를 抹消하는데 필요한 登記許諾書를 請求하고 있다. 第一審에서 이 反訴는 아무런 成果가 없었다.

原告는 6,000 DM의 土地債務에 基한 土地에 대한 強制執行을 被告는 認容하여야 한다는 判決을 請求하였다.

被告는 所有權移轉登記의 申請을 提出한 후에 賣買契約와 Auflassung으로부터 被告를 위하여 成立하고 있는 여러 權利가 있음에도 不拘하고 原告가 K로 하여금 문제의 擔保(즉 土地債務)를 提供케 한 것은 故意의 善良한 風俗에 反하는 行爲라고 非難하고 있다.

이에 대하여 原告는 土地債務가 設定되고 登記되었을 때에 K와 被告 사이의 여러 契約의 合意는 無效라고 믿었고, 또한 그렇게 믿을 수 있었다고 主張하였다. 특히 이 推測은 被告의 所有權移轉登記申請이 却下되었다는 事實에 의하여 더욱 強化되었다고 主張하였다.

第一審法院인 Landgericht (地方法院)는 原告의 請求를 棄却하였고, 抗訴法院인 Oberlandesgericht (上級地方法院)는 原告의 請求를 認容하였다. 被告는 이에 不服, 上告하였으나 다음과 같은 理由로 上告는 棄却되었다.

[判決理由] 抗訴法院은 그 抗訴審에서 被告가 提出한 抗辯, 즉 原告는 문제의 土地債務를 抹消할 義務가 있으며 또한 따라서 그 土地에 대한 強制執行을 認容할 것을 請求할 수 없다는 抗辯은 BGB 第 823條 I項에 依據하거나 또는 BGB 第 826條<sup>(8)</sup>에 依據하거나 결코 根據있는 것이 못된다고 인정하였다.

첫째의 責任根據에 관하여 抗訴法院은 1958年 11月 12日附 公正證書에 表示된 Auflassung에 의하여 被告가 保有하게 된 法的地位는 期待權(Anwartschaftsrecht) (비록 이 概念이 明白히 使用되어 있지는 않지만)을 인정하는 方向에서 이를 BGB 第 823條 I項의 意味에 있어서의 「기타의 權利」로 볼 수 없겠는가와 문제, 따라서 또한 原告가 문제의 土地債務를 登記하게 함으로써 被告의 이 權利가 侵害되었느냐의 문제를 正當하게 吟味하였다. 抗訴法院은 이 問題를 法律的錯誤없이 否定하였다.

(7) 註 (5) 參照.

(8) BGB 第 826條—「善良한 風俗에 反하는 方法으로 他人에게 故意로 損害를 加한 者는 그 他人에 대하여 損害를 賠償할 義務가 있다」.

當院의 判決에 의하면, 설사 어떤 無制限의 따라서 그의 實際的使用이 문제가 되는 擴大를 알지는 못한다고 하더라도, 期待權의 概念은 다음과 같은 事實에 制限되어 있다. 즉 어떤 權利의 多數의 成立要件 가운데서 이미 많은 要件이 充足되어서 取得者의 安全한 法的地位를 이야기할 수 있고, 그 法的地位를 그 權利의 成立에 關與한 다른 當事者가 이제는 어떤 一方의인 意思表示로 그것을 破壞할 수 없게 된 경우에 限하고 있다(1958年 5月 30日 判決, V ZR[民事第五部] 296/56, BGHZ 27, 360, 368 [西獨聯邦大法院民事判決集 第27卷 360·368面] 및 1962年 7月 4日 判決, V ZR 14/61, BGHZ 37, 319, 321).

이러한 意味에 있어서의 保障된 法的地位를 Reichsgerichtshof<sup>(9)</sup>는 所有者로부터 占有와 使用·收益權을 取得하고 또한 所有權을 取得할 期待를 가지는 動產의 所有權留保附買受人(Vorbehaltskäufer)에게 인정하였으며(BGB 第455條),<sup>(10)</sup> 또한 이에 立脚하여 留保附買受人의 法的地位를 BGB 第823條 I項의 意味에 있어서의 기타의 權利로서 인정하였다(RGZ 170, 1, 6[獨逸聯邦大法院(二次大戰前의)民事判決集 第170卷 1·6面]). Bundesgerichtshof<sup>(11)</sup>의 民事 第六部는 1957年 1月 25日의 判決(319/55)에서 前記 Reichsgerichtshof의 判決을 引用하고 있다. 그러나 이 判決(즉 Bundesgerichtshof의 判決)의 기초가 된 事件은, RGZ 170, 1에서 다루고 있는 그것과는 다르며, 物件을 占有하고 있지 않은 留保附買受人에 관한 것이었다. 이 경우에 第三者가 善意取得할 可能性이 있음에도 不拘하고 留保附買受人의 法的地位는 역시 BGB 第823條 I項의 意味에 있어서의 기타의 權利로 解하여야 한다는 見解에 따라야 하나에 관하여는 여기서는 論及하지 않는다. 왜냐하면 本件에서 判斷되어야 하는 것은 오직 Aufassung 受領者의 法的地位인 까닭이다. 따라서 또한 위에 들은 BGH(西獨聯邦大法院)의 判決을 攻擊하는 上告責問(Revisionsrügen)에 論及할 필요는 없을 것이다.

抗訴法院은 Aufassung 受領者의 法的地位는 物件을 占有하는 動產의 留保附買受人의 地位보다도 確實하지 못함을 인정하고 있다. 즉 抗訴法院은 스스로 明白히 하고 있는 바와 같이 Aufassung 受領者의 法的地位는 目的動產을 占有하는 留保附買受人의 法的地位에 比하여 顯著한 弱點을 보여준다고 한다. 이와 같은 抗訴法院의 態度와 見解는 正當하며, 當院도 이에 贊成하는 바이다(vgl. Palandt, BGB, 25. Aufl., §823 Anm. 6 b; Hoche, NJW 55, 652; Röwer, NJW 61, 539). 目的動產을 占有하는 留保附買受人의 期待權이 所有權으로 移行하는 것은 賣買代金の 支給 또는 殘金の 支給이라는 條件의 成就에 의하여 全的으로 左右된다. 그의 所有權取得은 賣渡人에 의하여 一方의으로 妨害당하지 않으며, 또한 條件成就時에 비록 賣渡人의 所有權移轉意思가 存在하지 않는다고 하더라도 留保附買受人은 所有權을 承繼하게 된다. 따라서 또한 賣渡人의 一方의撤回은 不可能하며, 賣渡人이 설사 一方의으로 撤回하더라도 그 撤回은 無效인 것이다. 目的動產을 占有하는 留保附買受人은 賣渡人의 處分에 대하여 BGB 第161條<sup>(12)</sup>의 規定에 의하여 보호되고, BGB 第931<sup>(13)</sup>條에 따라 返還請求權을 讓渡받은 第三者의 善意取得에 대하여서는 BGB 第936條 I項<sup>(14)</sup>의 規定에 의하여 보호된다. BGB 第936條 I

(9) 第二次世界大戰前의 獨逸聯邦大法院.

(10) BGB 第455條——「動產의 賣渡人이 代金の 支給이 있을 때까지 所有權을 留保한 경우에 있어서 疑心스러운 때에는 所有權의 移轉은 代金の 完給을 停止條件으로 하여 발생하는 것으로 解하며 買受人이 支給을 遲滯하고 있는 때에는 賣渡人은 契約을 解除할 수 있는 것으로 解한다」. 이 所有權留保附買買에 있어서의 買受人이 즉 留保附買受人(Vorbehaltskäufer)이다.

(11) 現 西獨聯邦大法院.

(12) BGB 第161條——「第 I 項: 停止條件附로 어떤 目的을 處分한 者가 條件의 成否가 아직 未定인 동안에 이 目的에 관하여 다시 행한 다른 處分은 條件이 成就된 경우에 이 處分이 條件에 의하여 左右되는 效果를 滅失 또는 毀損케 하는 限度에서 그 效力이 생기지 않는다. ……………」.

(13) BGB 第931條——「第三者가 現在物件을 占有하고 있는 경우에는 所有者가 取得者에게 그 物件의 返還請求權을 讓渡함으로써 物件의 引渡에 갈음할 수 있다」.

(14) BGB 第936條 I項——「第931條의 경우에 權利가 第三占有者에게 속하는 때에는 그 權利는 善意取得者에 대하여서도 消滅하지 않는다」.

項은 이 경우에도 適用이 있는 것이다(그 詳細에 關하여는 vgl. BGH, NJW 54, 1325; Hoche, a a O; Röwer, a a O; Erman, BGB, 3. Aufl., §823 Anm. 7 d).

이에 대하여 Aufassung 受領者의 法的地位는, 萬一에 그가 그의 土地所有權移轉請求權을 保全하기 위하여 BGB 第883條<sup>(15)</sup>에 따라 假登記를 하지 않았다면, 훨씬 더 不確實하다. 물론 賣渡人은 BGB 第873條Ⅱ項<sup>(16)</sup>에 의하여 Aufassung에 拘束되며, 따라서 一方的으로 撤回하지는 못한다. 그러나 이 拘束力은 오직 當事者 사이에만 存在하는 것이며, 賣渡人의 處分의 制限을 招來하는 것은 결코 아니다. 그러므로 BGB 第892條Ⅰ項後段<sup>(17)</sup>의 規定이 第三者의 取得을 막는 것은 아니며(RGZ 55, 340, 342; 81, 64, 68), 終局的取得者가 最初의 Aufassung의 存在를 알고 있었다고 하더라도 最初의 Aufassung 受領者의 法的地位는 喪失되고 만다. 따라서 賣渡人은 그의 土地에 關하여 다시 所有權移轉의 物權的合意를 하거나 또는 物權을 그 위에 設定하고 登記簿에 登記함으로써 Aufassung 受領者의 法的地位를 消滅케 하거나 또는 侵害할 수 있다. 그 뿐만 아니라 賣渡人은 또한 Aufassung 受領者를 위하여 提出한 그의 登記申請을 언제든지 撤回할 수도 있다(Erman, a a O §925 Anm. 6 e).

萬一에 Aufassung 受領者 自身이 登記申請을 提出하였다고 한다면 물론 이 경우에는 다른 法律狀態가 展開된다. 이 경우에는 Aufassung 受領者의 法的地位는 훨씬 強力하다. 왜냐하면 이 경우에는 Aufassung 受領者는 그가 提出한 登記申請을 그대로 維持함으로써 自己와의 Aufassung과 矛盾되는 賣渡人의 그 후의 同一土地에 關한 어떤 處分에 基한 다른 登記申請들을 對象없는 것으로 할 수 있게 되는 까닭이다. 즉 이들 후에 申請된 登記들은 GBO (不動產登記法) 第17條<sup>(18)</sup>에 의하여 먼저 提出된 登記申請을 處理하기 前에는 行하여지지 않는 까닭이다. 이러한 점을 고려하여 文獻에서도 Aufassung 受領者의 期待權은 그 受領者 自身이 登記申請을 한 때에만 成立한다는 見解가 主張되고 있는 것이다(Erman, a a O §925 Anm. 6 e). 물론 이러한 見解에 대하여는 GBO 第17條는 단순한 秩序規定에 지나지 않으며(Horber, GBO, 8. Aufl., §17 Anm. 5), 그 결과 同條에 違反하여 第三者가 賣渡人의 후의 어떤 處分에 基하여 最初의 取得者의 權利를 害하는 權利를 取得하는 것이 可能하다는 反對가 主張될 수 있다. 이로 말미암아 Aufassung 受領者의 法的地位는 充分히 保障된 것으로 看做될 수 없느냐의 문제에 關하여는(이 점에 關하여는 vgl. Forkel, Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, 1961, S. 157ff.) 抗訴法院은 言及하고 있지 않다. 同法院은 이 문제를 判斷하지 않을 수도 있을 것이다. 왜냐하면 K가 문제의 土地債務의 登記를 申請하기 前에 이미 被告의 登記申請은 登記所에 의하여 却下되어 있었기 때문이다. 이 却下에 의하여 登記申請은 GBO 第17條가 規定하는 바와 같이 處理된 것이 되었으며, 후에 申請된 登記는 그대로 간단히 行하여질 수 있었다. 被告가 그의 登記申請却下에 대하여 異議를 申請하였다고 해서 同條의 規定에 違反한 것

- (15) BGB 第 883 條——「第Ⅰ項：不動產物權 또는 不動產에 設定된 權利 위의 權利의 讓渡나 消滅의 請求權 또는 이들 權利의 內容이나 順位의 變更에 關한 請求權을 保全하려는 때에는 不動產登記簿에 假登記할 수 있다. 假登記는 將來의 請求權 또는 條件附請求權의 保全을 위하여서도 이를 할 수 있다. 第Ⅱ項：假登記후 不動產 또는 權利에 關하여 行한 處分은 前項의 請求權의 全部 또는 一部를 侵害하는 限度에서 이를 無效로 한다.……. 第Ⅲ項：請求權이 權利의 讓渡에 關한 때에는 그 權利의 順位는 假登記의 順位에 의하여 이를 定한다」.
- (16) BGB 第 873 條Ⅱ項——「物權의 合意는 그것이 裁判上 또는 公證上의 證書로 行하여지거나 不動產登記所에서 意思表示를 하거나 또는 이에 意思表示를 提出하였거나 또는 不動產登記法이 定하는 登記許諾書를 權利者가 相對方에게 交付한 때에는 登記前이라 하더라도 當事者는 이 物權의 合意에 拘束된다」.
- (17) BGB 第 892 條Ⅰ項後段——「不動產登記簿에 登記된 權利의 處分에 關하여 權利者가 特定人의 利益을 위하여 制限되어 있는 경우에 그 制限은 그것이 不動產登記簿上: 명백하거나 또는 取得者가 이를 안 때에 限하여 取得者에 대하여 그 效力이 있다」.
- (18) GBO 第 17 條——「같은 權利에 關한 多數의 登記가 申請되어 있는 경우에는 후에 申請된 登記는 먼저 提出된 申請이 處理되기 前에 行하여질 수 없다」.

이 되지는 않는다. 이 異議의 申請으로 眞正한 意味에 있어서의 處理의 事實이 없었던 것으로 되지는 않는다. 登記申請却下의 決定이 登記所 또는 抗訴法院에 의하여 失效되는 경우에 비로소 먼저 提出된 登記申請은 GBO 第17條가 規定하는 바와 같은 意味에 있어서의 處理를 하지 않은 것으로 看做될 뿐이다(Horber, a. a. O. §17 Anm. 3Ac und §18 Anm. 3Cb). 그러나 이는 그 中間 동안에 행하여진 登記의 存立에 관하여는 아무런 影響이 없다(vgl. RGZ 135, 378, 385).

여기서 Aufassung 受領者의 登記申請이 撤回되었거나 또는 本件에 있어서와 같이 却下되어 그의 有效한 登記申請이 存在하지 않는 경우에는 Aufassung 受領者의 法的地位는 이를 當院의 判決에서 말하는 期待權으로 볼 수 없음이 명백하다. 그리고 이러한 경우에는 Aufassung 受領者는 完全한 所有權과 그 本質에 있어서 비슷한 어떤 權利를 缺하고 있기 때문에 그의 法的地位는 BGB 第823條 I 項에서 말하는 기타의 權利로 評價될 수는 없을 것이다.

抗訴法院이 드는 그 밖의 여러 根據를 再檢討하여도 그들은 法律的으로 모두 妥當하다.

萬一에 Aufassung 受領者에게 BGB 第823條 I 項의 보호를 인정하려고 한다면, 그는 無權利者인 登記簿上의 所有者가 어떤 處分을 한 경우에 있어서의 登記되어 있지 않은 眞正한 所有者보다도 좋은 地位에 놓여지게 될 것이다. 이 경우에 그 登記되어 있지 않은 眞正한 所有者는 取得者가 登記簿의 不眞正을 알고 있었던 때를 除外하고는 BGB 第892條에 의하여 그의 所有權을 喪失하게 될 것이며, 또한 그의 所有權에 대한 重大한 過失에 因한 侵害가 있는 경우에 있어서조차도 그의 所有權의 喪失을 BGB 第823條 I 項 및 第249條<sup>(19)</sup>를 理由로 막지 못하게 될 것이다. 따라서 Aufassung 受領者에게 그의 所有權에 대한 過失에 의한 剝奪이나 侵害가 있는 경우에 前記의 規定에 따라 損害賠償請求權을 인정하는 것은 옳지 않다고 한 抗訴法院의 判斷은 正當하며, 이에 贊同하는 바이다. 이 矛盾은 文獻에서도 인정되어 있다. 그러나 그렇다고 해서 이로부터 Aufassung 受領者의 期待權을 BGB 第823條 I 項의 意味에 있어서의 기타의 權利로서 인정하여서는 아니 된다는 結論이 내려지는 것은 아니며, 이들 規定에 의한 損害賠償請求權은 第三取得者가 (BGB 第892條에 따라서) 그 土地가 이미 前에 다른 者에게 所有權移轉이 合意되어 있음을 積極的으로 알고 있는 경우에만 Aufassung 受領者에게 承認되어야 한다는 結論이 나올 뿐이다. 그러나 이는 BGB 第823條 I 項의 規定을 加害者의 故意있는 行爲에 制限하는 不當한 것이다.

다시 나아가서 Aufassung 受領者의 期待權을 BGB 第823條 I 項에 依據하여 保護하여야 할 實質的인 필요가 存在하지 않는다는 抗訴法院의 判斷에 贊同하는 바이다. 왜냐하면 Aufassung 受領者는 所有權移轉에 관한 그의 債權의 請求權을 BGB 第883條에 따라 假登記함으로써 그에 矛盾되는 土地所有者의 處分에 대하여 確保할 수 있는 可能性이 있는 까닭이다. 元來 法律에서 規律되어 있지 않은 期待權의 概念은 그럼에도 不拘하고 어떤 필요가 있다는 데서 발달한 것이기 때문에 必要性의 有無라는 문제가 고려되어야 한다.

以上 본 바와 같이 抗訴法院은 Aufassung 受領者로서의 被告의 法的地位를 BGB 第823條 I 項의 意味에 있어서의 기타의 權利로서 인정하기를 法律的錯誤없이 拒絕하였다.

## 〔研 究〕

### 1. 序 言

外國의 判決을 評釋한다는 것은 보통의 일이 아니다. 특히 筆者와 같이 獨逸의 法制에

(19) BGB 第249條—「損害賠償義務를 負擔하는 者는 賠償義務를 發生케 한 事情이 없었더라면 存在하였을 狀態를 回復하여야 한다. 身體의 傷害 또는 物件의 毀損에 基하여 損害를 賠償하여야 할 때에는 債權者는 原狀回復에 相當하여 必要한 金額을 請求할 수 있다」.

관하여 깊이 알고 있지도 않은 자가 함부로 그 나라 最高法院의 새 判決을 論評한다는 것은 어느 모로 보나 온당치 않다. 이 判決에 관하여 獨逸의 學者들이 발표한 評釋이나 研究조차도 入手치 못하고 보니, 더욱 그러하다. 그럼에도 불구하고 감히 本誌의 判例研究欄에 寄稿한 데에는 다음과 같은 理由가 있다.

筆者는 1965年 8月부터 1966年 8月까지 Alexander von Humboldt Stiftung의 초청으로 Hamburg大學의 Max Kaser教授의 指導下에 同教授의 두 研究所(Seminar für Römisches Recht und Vergleichende Rechtsgeschichte; Seminar für Bürgerliches Recht und Allgemeine Rechtswissenschaft)에서 로마法과 民法에 관하여 研究할 수 있는 機會를 가졌었다. 이 滯獨中 筆者가 특히 觀心을 갖고 研究한 것이 몇 가지 있는데, 그 하나가 이른바 「物權的期待權論」이다. 이에 관한 著名한 學者들의 論文과 判例를 뒤지다가 마침내 이 곳에 紹介한 判決을 찾게 되었다. 이 判決은 不動產物權變動에 있어서의 物權的期待權을 다룬 Bundesgerichtshof(西獨聯邦大法院)의 最初의 判決이다. 그런데 周知하는 바와 같이 獨逸 學者들의 期待權理論을 서울大學校法科大學의 金曾漢教授께서 紹介導入한 以來로 우리나라에서도 이 理論이 많이 論議되고 있다. 특히 金曾漢教授는 단순한 紹介에 그치지 않고 그 理論을 우리 民法에 있어서의 物權變動理論에 實際로 適用하고 있다.<sup>(20)</sup> 筆者는 金曾漢教授의 理論에 反對하는 立場을 취해오고 있으며, 독일에서는 몰라도 우리나라에서는 이 理論은 적어도 不動產物權變動에 관하여는 인정할 수 없다는 立場에 서고 있다.<sup>(21)</sup> 筆者가 滯獨中 특히 이 문제에 관하여 觀心을 가졌던 것도 물론 이러한 理由에서이다. 여기서 이 判決을 우리 學界에 紹介하는 것은 적지 않은 意義가 있다는 생각에서 寄稿하기에 이른 것이다. 따라서 나의 目的은 어디까지나 紹介에 있는 것이지 評釋에 있지 않음을 명백히 해두는 바이다.

앞에 번역·소개한 判決은 Neue Juristische Wochenschrift(NJW)의 1966年度 第22卷 1019·1020面に 掲載된 것이다.

## 2. 獨逸의 物權的期待權論概觀

(1) 앞에서 紹介한 判決을 理解하는 데 필요한 限度에서 現在 獨逸에서 論議되는 期待權理論이 어떠한 것인가를 먼저 간단히 살펴보기로 한다.

BGB를 비롯하여 現行獨逸法에서 「期待」(Anwartschaft) 또는 「期待權」(Anwartschaftsrecht)이라는 概念이 使用되어 있지는 않다. Anwartschaft라는 法律概念을 발전시킨 사람은 Zitelmann이며<sup>(22)</sup> 그 후 이 概念은 A. von Tuhr의 BGB總則教科書<sup>(23)</sup>를 비롯하여 B

(20) 金曾漢著 「新物權法」(上卷) 46面, 특히 291面以下 參照.

(21) 拙著 「物權法」 76, 108 ff, 115 ff 등 參照.

(22) Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, II. Band, 1. Hälfte(1898) S. 50 ff.

(23) von Tuhr, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* I. Band(1900) S. 180 ff.

GB의 Lehrbücher(體系的教科書)에서 빠짐없이 나타나고 있다. 그러나 「期待」乃至 「期待權」이 무엇을 의미하느냐에 관하여는 學說이 一致하지 않으나, 通說은 von Tuhr의 段階說이라고 할 수 있는 것이다. 이에 의하면 權利取得의 構成要件(法律要件)이 數個의 事實(Tatsache, 즉 法律事實)로서 되어 있는 경우에 그 權利를 取得하는데 필요한 法律事實이 全部 存在하고 있지는 않으나 이미 몇 個의 事實이 成立하고 있으면 그 權利의 前段階(Vorstufe des subjektiven Rechts)에 到達한 것이라고 할 수 있다. 아직 발생하지 않은 法律事實이 적으면 적을수록 그러한 前段階는 더욱 더 完全한 權利에 接近하게 된다. 이와 같이 完全한 權利(Vollrecht)로 발전하고 있는 過程에 있는 法的地位가 즉 Anwartschaft 「期待」라고 한다. 특히 權利의 成立에 필요한 事實(Entstehungstatsache)만이 아직 있지 않은 때에 이러한 「期待」는 있게 된다고 하며, 그러한 아직 成立하지 않은 事實은 이를 條件의 內容으로 삼을 수도 있는 것이고, 또한 形成權의 行使, 時間의 經過, 不確定한 事件 또는 第三者의 行爲 등일 수도 있다고 한다.<sup>(24)</sup>

위에서 설명한 바와 같이 「期待」를 法律概念으로서 使用하는 것이 通說이나, 學者에 따라서는 Anwartschaft 외에 Anwartschaftsrecht 즉 「期待權」의 概念을 인정하는 분이 있다. Würdinger 教授는 主張하기를 Anwartschaft와 Vollrecht 사이의 根本的差異는 後者에게 附與되는 「法律的 힘」(Rechtsmacht)이 前者에게는 없다는데 있다고 한다. 따라서 Anwartschaft를 가지는 者의 法的地位는 Vollrecht의 所有者의 地位에 比하여 當然히 弱한 것이다. 그러나 이 事實은 Anwartschaft에 대하여 完全한 權利 즉 Vollrecht로 발전하는 中間段階라는 그의 本質에 符合하는 어떤 制限된 法的 힘(Rechtsmacht)을 주어서는 아니 된다는 것을 의미하지는 않으며, 個個의 Anwartschaft를 具體적인 경우에 검토하여 그에 符合하는 Rechtsmacht를 인정하여야 한다고 한다.<sup>(25)</sup> 이러한 見解에 의하면 Anwartschaft와 Anwartschaftsrecht는 區別되어야 하는 概念이며, 法律的으로 意義가 있는 것은 後者라는 結果가 될 것이다. 그러나 通說은 兩者를 區別하지 않고, Anwartschaft를 Würdinger 教授가 말하는 Anwartschaftsrecht의 경우를 포함하는 보다 包括적인 概念으로서 使用하고 있다.<sup>(26)</sup>

우리나라에서는 위와 같은 Anwartschaft와 Anwartschaftsrecht를 區別함이 없이 이를 모두 「期待權」으로서 使用하고 있다. 물론 이는 反省되어야 할 점이나, 이 곳에서는 便宜上 期待權이라는 用語를 使用하기로 한다.

(2) 위와 같은 權利의 前段階로서의 期待權은 그 權利가 어떠한 것이냐에 따라서 債權

(24) von Tuhr, a.a.O.S. 144 ff; Wolff-Raiser, *Sachenrecht* 10. Aufl.(1957) S. 11 ff.

(25) Würdinger, *Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff*, Diss. München (1928); Raiser, *Dingliche Anwartschaften*(1961) S. 3, 10.

(26) Raiser, a.a.O.S. 10 ff.

的期待權, 物權的期待權, 無體財產權的期待權 등등으로 나누어진다. 물론 모든 權利에 관하여 이러한 期待權이 언제나 인정된다거나 또는 인정되어야 하는 것은 아니다. 바꾸어 말하면 期待權이 모두 法律的保護를 받을 價値가 있는 것으로서 一般的으로 인정되어 있는 것은 아니다. 그것은 元來가 將來의 權利者(즉 期待權者) 또는 그의 債權者의 經濟的利益을 法律的으로 보호할 필요가 있는 경우에 限하여 學說·判例를 통하여 漸次로 徐徐히 發展하고 또한 인정되기에 이른 것이다. 그렇다면 이른바 「物權的期待權」(dingliche Anwartschaft 또는 dingliches Anwartschaftsrecht)이 인정되는 경우는 어떠한 경우일까? 學者에 따라서 多少 그 分類에 差가 있기는 하나 가장 문제가 되는 것은 다음의 두 경우이다. 첫째로는, 動產의 所有權留保附賣買에 있어서의 留保附買受人 즉 Vorbehaltskäufer 의 法的地位이고, 둘째로는 不動產賣買에 있어서 所有權移轉의 物權的合意(Aufassung)를 하였으나 아직 移轉登記를 畢하지 않은 이른바 Aufassung 受領者 즉 Aufassungsempfänger 의 法的地位이다.<sup>(27)</sup> 이 두 경우에 成立한다는 物權的期待權에 관하여 學說·判例가 반드시 一致하고 있지는 않다. 첫째의 경우 즉 動產의 留保附買受人이 物權的期待權을 가진다는 점에 관하여는 일찍부터 判例가 이를 인정하고 있을 뿐만 아니라<sup>(28)</sup> 學說도 別로 對立이 없다. 그러나 둘째의 경우 즉 Aufassung 受領者의 物權的期待權에 관하여는 學說이 對立하고 있을 뿐만 아니라<sup>(29)</sup> 判例가 또한 이를 인정하지 않음은 紹介한 判決에서 보는 바와 같다. 結局 物權的期待權에 관한 문제의 焦點은 Aufassungsempfänger 에게 이를 인정할 것이냐에 있다고 할 것이다. 既述한 바와 같이 期待權의 認定與否가 문제되는 것은 期待權者의 經濟的利益을 보호할 필요가 있는 경우에 관하여서이다. Aufassung 受領者에게도 그러한 필요가 있는가? Aufassung 受領者의 物權的期待權을 인정하려는 學者들은 그러한 필요가 있다고 主張한다. 즉 Aufassung 受領者에게 物權的期待權을 인정함으로써 그는 이를 讓渡할 수 있고 또한 擔保에 提供할 수도 있다고 한다. 특히 讓渡할 수 있다는 점에서 Aufassung 受領者의 經濟的利益이 크게 關係된다고 한다. 바꾸어 말하면 Aufassung 受領者는 아직 自己앞으로 移轉登記가 되어 있지 않으나, 그 移轉登記를 하기 前에 Aufassung 을 한 不動產을 다시 讓渡하기를 願하는 경우가 적지 않으며, 이는 특히 最近에 登記를 하려면 各種의 公法上的 義務를 履行하여야 하는 것으로 되어 있어서 Aufassung 과 그에 基한 登記와의 사이의 時間的間隔이 벌어져감에 따라 所有權移轉登記前의 Aufassung 受領者의 法的地位 즉 物權的期待權을 移轉할 수 있도록 할 필요

(27) Raiser, a.a.O.S. 13 ff.

(28) RGZ 170, 1, 6; BGHZ 27, 360, 368.

(29) Raiser, a.a.O.S. 51 ff.



가 增大하고 있다는 것이다.<sup>(30)</sup> 말하자면 우리가 말하는 이른바 「中間省略登記」를 인정하기 위하여 中間者에게 物權의期待權을 인정하자는 것이다. 아마도 이 점이 *Aufassung* 受領者에게 物權의期待權을 인정하려는 學者들의 努力의 焦點이 있는 것으로 생각된다. 이 점에 관한 判例의 態度는 어떠한가? 從來의 判例는 이 문제를 특별한 理論으로 解決하고 있다. 즉 中間者는 그가 가지는 物權的期待權을 讓渡하는 것이 아니며, 바로 所有權 自體를 讓渡하는 것이라는 理論構成을 하고 있다.<sup>(31)</sup> 이를 例를 들어 說明하면, 어떤 不動產이 A로부터 B에게, B로부터 C에게 順次로 讓渡되는 경우에 A로부터 直接 C에게 移轉한 것과 같이 中間者 B는 빠지고 A로부터 C에게 直接 移轉登記를 할 수 있으며, 이는 有效하다고 한다. 그 理論構成은 B가 가지는 物權的期待權을 C에게 양도한 것으로 보지 않고, B는 無權利者로서 A의 所有權을 C에게 讓渡한 것으로 본다. 그런데 *BGB* 第185條에 의하면 그 第 I 項은 「非權利者가 어떤 目的에 관하여 행한 處分이 權利者의 同意를 얻어 행한 것일 때에는 그 處分은 有效하다」고 規定한다. 判例는 B의 C에 대한 處分은 이 第185條의 規定에 따라 所有者인 A의 授權을 얻어서 A의 所有權을 自己의 이름으로 한 處分으로서 有效하다는 것이다. 이는 *Reichsgerichtshof*의 判例이며, *Bundesgerichtshof*는 아직 이 문제를 다룬 判決을 내놓고 있지 않다.

(3) 以上 설명한 것이 獨逸에서의 이른바 物權的期待權論이다. 눈을 돌이켜 앞에서 紹介한 判決을 볼 때에, 西獨聯邦大法院이 判斷한 문제점은 두 가지이다. 첫째로는 登記申請이 却下된 *Aufassung* 受領者의 法的地位를 物權的期待權으로 볼 수 있느냐이고, 둘째로는 *Aufassung* 受領者의 法的地位로서의 物權的期待權을 *BGB* 第823條 I 項에서 말하는 「기타의 權利」로서 인정할 수 있느냐이다. 西獨大法院은 이들 두 가지를 모두 否定하였다. 물론 이들 判斷은 앞에서 설명한 바와 같은 獨逸에서 가장 문제가 되는 物權的期待權의 讓渡라는 문제와는 直接的인 關聯이 없다. 그러나 그러한 문제를 다루는데 있어서 적지 않은 시사를 주는 判決이라고 생각된다. 특히 判決의 初頭에서 무엇이 期待權이나를 밝히고 있는데, 通說과 같이 段階說을 취하면서 通說보다도 嚴格한 要件을 요구하고 있는 것은 注目할만 하다.

### 3. 우리 民法의 解釋論과 物權的期待權

끝으로 우리 民法의 解釋論에 있어서의 物權的期待權에 관하여 간단히 言及하려고 한다. 우리 民法의 解釋上 역시 物權的期待權을 인정하고 있는 분은 既述한 바와 같이 金曾漢教授이다. 同教授께서 특히 이 期待權理論을 適用하여 理論構成하는 重要部分은 登記請求權理論과 中間省略登記에 관하여서이다. 前者에 관한 金曾漢教授의 理論이 妥當하

(30) Raiser, a.a.O.S. 15.

(31) RGZ. 129, 150, 153; 135, 378, 382ff.

지 않음은 이미 本誌를 통하여 指摘한 바와 같으며,<sup>(32)</sup> 後者 즉 中間省略登記에 관하여는 반드시 物權的期待權論을 展開하지 않더라도 그의 理論的說明이 可能하다는 것이 私見이다.<sup>(33)</sup> 앞에서 紹介한 바와 같은 Reichsgerichtshof의 理論構成은 우리 民法의 解釋에 있어서도 適用할 만한 것이 아닐까? 이 점에 관하여는 다음 機會에 詳論하기로 한다.

---

(32) 筆者「法律行爲로 인한 物權變動에 있어서의 登記請求權」, 「法學」第3卷1號 收錄.

(33) 拙著「物權法」109. 110面 參照.