

## <書 評>

# Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung

Bd. I : Der einfache Eigentumsvorbehalt, 1963

Bd. II: Die einfache Sicherungsübereignung— 1. Teil, 1965

von

Rolf Serick

<Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht u. Wirtschaft m b. H>

이것은 「所有權留保賣買와 讓渡擔保」라고 하는 著書이다. 所有權留保賣買 乃至 所有權留保約款附賣買와 讓渡擔保는 다 같이 所有權을 留保 또는 讓渡만저 債權擔保의 目的을 達하는 것이다.

于先 所有權留保賣買에 關하여서는 獨民 第433條 및 第320條 (韓民 第563條 및 第536條)에 依하여 原則的으로 賣渡人은 財產權移轉義務를, 買受人은 代金支給義務를 同時에 履行하여야 하나, 契約當事者는 이러한 原則과 相異한 合意를 할 수 있는 것이다. 即 賣渡人이 目的物의 占有는 移轉하나 그 所有權은 買受人의 代金支給을 停止條件으로 하여 移轉하도록 合意한다. 이 경우에 賣渡人은 所有權留保에 依하여 目的物代金債權의 擔保를 받고, 買受人은 代金を 即時支給하지 않고도 目的物을 利用할 수 있는 便宜를 갖기 때문에 契約의 兩當事者에 對하여 다른 擔保手段 特別 質權에는 없는 큰 長點이 있는 것이다. 그리하여 所有權留保賣買는 實際로 널리 利用되며, 分割拂約款附賣買(割賦賣買)에 있어서는 거의 例外없이 所有權留保賣買의 形態를 取한다. 다음 讓渡擔保는, 비록 賣買代金支給의 擔保以外에 널리 一般的 債權에 있어서 動產抵當을 可能하게 한다<sup>(1)</sup>.

이와 같이 讓渡擔保와 所有權留保賣買는 債權의 擔保手段으로서의 重要性이 增加됨에 따라 文獻에 있어서 자주 論議되고, 1955年 伯林에서 열린 第41次 獨逸法曹人大會에서는 「讓渡擔保와 所有權留保賣買에 關하여 立法에 依한 規制를 하여야 할 것인가?」라는 Thema로 討議하였다<sup>(2)</sup>. 그 後 Serick 教授는 所有權留保賣買와 50年間に 걸쳐 發達한 讓渡擔保에 關한

(1) 現在 獨逸에 있어서는 讓渡擔保는 널리 盛行하고 있는바, 그 한 例로서는 自動車製造會社는 그 子會社로서 銀行을 設立하고 (自動車賣買代金 收金만을 專擔), 그 銀行은 自動車買受人에 對하여 讓渡擔保를 設定하는 方法을 取하여 널리 自動車의 信用去來를 可能하게 한다.

(2) 이미 이 以前에 獨逸法曹人大會가 讓渡擔保를 議題로 삼은 것은 ① 1912年 Wien에서의 第31次 大會로 論題는 “Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in Bezug auf die Sicherungsübereignung?”

判例와 理論을 모다 綜合·整理하여 「所有權留保賣買의 讓渡擔保」라는 著書를 全三卷豫定으로 執筆하여 그 뒤 1963年에는 第1卷「單純所有權留保賣買」, 1965年에는 第2卷(上)「單純讓渡擔保」의 2卷의 發刊을 보게 된 것이다. 따라서 이 著書는 現在 이 分野에 있어서 가장 刷新하며 또한 尙大한 Monographie 이다.

Serick 教授는 戰前 伯林의 外國私法 및 國際私法研究所<sup>②</sup> 出身으로서 現在 Heidelberg 大學의 民·商法 및 比較私法 教授이다.

### 第1卷「單純所有權留保賣買」

第1卷은 單純所有權留保賣買만에 關하여 543面에 걸쳐 敘述하고 있다. 原則적으로 그는 通說에 따르는 立場을 取하고 있으며, 判例나 學說에서 아직 定說이 없는 경우에는 通說에 立脚하여 合理的인 解釋을 할려고 企圖한다. 內容을 章別로 보면 于先 첫 部分에서 第1節 (§1)부터 第4節까지는 全三卷에 共通한 모든 基本理論을 論究한다. 即 所有權留保賣買와 讓渡擔保의 法源, 오늘날의 이 制度 成立의 原因, 擔保契約에 있어서 一般의 行爲條件(allgemeine Geschäftsbedingungen)의 意義와 그 法的 性質 (§3), 所有權留保賣買와 讓渡擔保로 買受 또는 讓渡받은 경우에 債權法에 있어서 原因(causa)行爲에 關한 理論 (§4) 등을 敘述한다. 다음 所有權留保賣買에 關하여 5章으로 나누어 所有權留保賣買의 合意의 成立 (§5), 그것의 債權法 및 物權法에 걸친 問題, 分割拂約款附賣買에 있어서의 所有權留保賣買의 機能 (§9), 買受人的 期待權이 갖는 物權的 效力 (§§ 10-11), 第4章에 있어서 強制執行, 破産 및 和解節次<sup>④</sup>에 있어서의 留保附 所有權과 期待權의 取扱 (§12부터 §14까지), 끝으로 第5章에 있어서 所有權留保와 期待權의 消滅 (§15), 稅法에 있어서의 所有權留保賣買 (§16)를 다루고 아울러 本書에 있어서는 國際貿易에 있어서의 所有權留保賣買을 考察한다.

第1卷에 있어서 重要한 問題點에 關하여 著者が 取하는 見解와 그에 對한 批判은 大略 다음과 같다.

(1) 所有權留保賣買 및 讓渡擔保에 關한 立法의 必要性 于先 所有權留保賣買와 讓渡擔保에 關하여 現在 立法을 要하는가에 關하여서는 이 兩制度가 모니——가령 在庫商品의 讓渡擔保라든지, 公序良俗에 關하여 規定한 獨逸民法 第138條에 依한 契約의 有效性의 限界 등——지금 經濟的 必要에 따라 그 內容이 多樣하게 되고 또 判例와 學說에 따라 具體的 問

② 1921年 Bamberg 에서의 第32次法曹人大會는 動產抵當에 關한 것으로 “Empfiehl sich die Einführung der Mobiliarhypothek?” ③ 1927年 魏코에 있어서의 第3次 獨逸法曹人大會는 “In welcher Form soll die Sicherungsübereignung durch das künftige Bürgerliche Gesetzbuch geregelt werden?”

(3) 戰前은 Kaiser-Wilhelm(現在는 Max-Planck) Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht.

(4) 그러나 여기에 있어서 和解節次(Vergleichsverfahren)는 破産節次를 避하고 債權者들이 債務者의 財産으로부터 同一한 比率로 辨濟를 받는 것을 말한다.

題點이 解決되어 가는 途上에 있는 만큼 兩制度가 좀 더 充分히 發展할 수 있도록 이에 關하여는 아직 立法할 時期가 아니라고 본다(S. 7f.)<sup>(5)</sup>.

(2) 所有權留保賣買와 物權行爲의 無因性 Serick 教授는 賣渡人이 目的物에 對한 所有權을 代金의 完濟를 停止條件으로 하여 移轉하는 것으로 規定한——即 賣買代金債權의 支給과 所有權移轉은 效力에 있어서 서로 影響을 미치는 것으로 한——獨民第 455 條의 所有權留保賣買는 獨逸 物權法의 基本原則의 하나인 物權行爲의 無因性의 原則 乃至는 無因主義의 例外 또는 違反으로 본다(S. 206)<sup>(6)</sup>.

(3) 所有權留保附賣渡人의 地位 留保附買受人이 代金を 完濟할 때까지 賣渡人은 目的物에 對한 所有權을 갖는 것은 當然한 바이지만, 事實面 即 占有에 있어서는 元來 通說은 留保附賣渡人과 買受人間의 關係를 占有媒介關係로 說明하고 判例도 1903 年以後부터 賣渡人은 間接占有者이고 (RGZ 54, 396), 買受人은 「單純한 保管者이며 管理者」라는 見解를 取하였다<sup>(7)</sup>. 그러나 一方 v. Tuhr 以來로 賣渡人이 停止條件附로 一旦 所有權을 移轉한 경우에는 賣渡人은 條件의 成就時까지 단지 解除條件附의 所有權을 갖는데 不過하다는 것은 一般적으로 옳은 것으로 믿어져 왔으며 (S. 210f.), 또한 留保附賣渡人은 占有를 단순히 時間附로가 아니라, 終局的으로 내 주었다는 것을 意識하고 있고<sup>(8)</sup>, 他方 買受人은 利用을 하고 負擔(公租 및 公課)을 지고 危險負擔을 지기 때문에, 現在 有力한 小數說과 새로운 判例는 留保附買受人의 法的 地位를 單純한 保管者, 管理者로 부를 수 없는 것으로 본다. 그리하여 Blomeyer 는 所有權留保附賣渡人은 단지 一種의 質權——그러나 이경우는 勿論 無占有質——을 갖는 것으로 主張하고<sup>(9)</sup>, Raiser 는 留保附賣渡人과 買受人의 關係를 時間的으로 限定되는 所有權의 分割로 觀念, 다시 말하면 賣渡人과 買受人은 다 같이 分割所有權을 갖는 것으로 主張한다<sup>(10)</sup>.

이에 反하여 Serick 教授는 「條件附로 移轉된 權利는 아직 移轉된 것이 아닌 것으로」보고 留保附賣渡人은 條件의 成就時까지 完全한 所有權(Volleigentum)——비록 制限을 따른 것이기는 하나——을 갖는 것으로 主張한다<sup>(11)</sup>. 그에 依하면 擔保로서 留保된 所有權은 質權以上

(5) 1955年 伯林에서의 第41次 獨逸法曹人大會에서도 同一한 結論이었다.

(6) 이에 對하여 Hermann Weitnauer (Heidelberg 大學教授)는 獨逸民法은, 그에 있어 物權契約에 條件을 부칠 수도 있는 만큼, 物權契約을 債權契約의 存續에 依存하도록 하는 것을 막는 것은 아니고, 또 元來 契約自由의 原則에 따라 締結하는 契約의 內容은 自由로운 것이기 때문에 獨民第455條의 所有權留保賣買는 獨逸民法이 取하는 原則에 違背하는 것은 아니고 따라서 이것은 無因主義의 趣旨에도 符合하는 것으로 본다. Vgl. JZ 1965, 141.

(7) Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961. S. 71, 73; Westermann, Sachenrecht. § 18, 5.

(8) Raiser, a.a.O.S. 73, 74; 이에 對한 Serick의 批判은 Vgl. JZ 1965, 141 Anm. 1.

(9) a.a.O.S. 72.

(10) a.a.O.S. 69.

(11) Serick, S. 210 이 點은 特異하나 이에 對하여 Blomeyer, AcP 1963, 281 및 Weitnauer, JZ 1965, 141은 批判적이다.

의 것이며, 그에 의하여 目的物이 返還請求權을 行使할 수 있으니 留保附所有權은 그 機能에 있어서 質權과 相異하다고 본다(S. 211).

(4) 所有權留保附買受人의 地位 留保附買受人이 期待權을 갖는 것으로 보는 點은 通說과 같다. 그러나 教授는 비록 期待權이 第三者에 의한 善意取得의 경우 消滅하는 것과 같은 點에서는 制限物權에 準하여 取扱되어야 할 것이나 (S. 213, 246 ff), 期待權은 所有權, 制限物權, 物權이든 것도 아니라고 한다. 그리하여 期待權은 原因行爲인 賣買契約에 그 效力이 依存하기 때문에 「債權과 物權의 中間的 地位를 갖는 獨持한 權利」라고 主張한다<sup>(12)</sup>. 이에 對하여 Weitnauer는 獨逸民法은 動産인 賣買目的物에 對한 所有權의 移轉을 賣買契約의 有效性의 條件에 걸리게 하는 것을 禁하는 바 아니어서 이러한 點을 根據로 하여 債權과 物權의 中間的 權利라는 새로운 不明確한 概念을 創設할 必要는 없다고 反駁한다<sup>(13)</sup>.

## 第 2 卷(上) 「單純讓渡擔保」

이 著者는 上記 「單純所有權留保賣買」가 發刊된지 2年後 單純讓渡擔保만에 關하여 575 面に 亘하는 著述로서 出版되었다. 이것은 讓渡擔保에 關한 具體的 問題를 詳細히 解明하고, 判例와 學說에 依하여 形成된 理論과 銀行, 企業者, 商人의 實務를 綜合하여 敘述한 것이다. 單純讓渡擔保는 다시 下卷에 繼續된다. 第 1 卷은 商品賣買를 中心으로 한 反面에, 第 2 卷(上)은 銀行의 擔保方法으로서의 讓渡擔保를 中心으로 한 것이다. 內容은 第 1 章은 讓渡擔保의 基礎(讓渡擔保의 目的이 될 수 있는 것, 讓渡擔保設定契約, 그 信託行爲의 性格)등, 第 2 章은 動産의 讓渡擔保, 第 3 章은 債權의 擔保, 第 4 章은 其他의 權利(證券에 化現된 權利, 證券, 有限責任會社에 對한 持分, 共同相續財產에 對한 持分等)의 讓渡擔保를 다룬다.

本書는 讓渡擔保에 關하여 精緻하고 一貫性있는 理論을 展開하기 때문에 本書의 內容에 對해서는 別로 異說을 提起치 않는다. 그러나 몇가지 問題點에 關한 教授의 見解와 그에 對한 批判은 다음과 같다.

(1) 在庫商品의 讓渡擔保 오늘날 在庫商品(Warenlager)의 讓渡擔保의 有效性은 一般的으로 肯定되고 있으나, 그 理論構成은 學者에 따라 差異가 있다. 即 在庫商品은 集合物인데 基本的으로 이것을 한 物權의 客體로 認定하는 것은 一物一權主義 乃至는 特定の 原則에 背馳되기 때문에, 在庫商品의 讓渡擔保를 認定하면서도 그것이 一物一權主義 그 自體의 修正으로 보는 見解와, 集合物을 個個物로 分解하여 그 數에 應하는 物權移轉의 意思表示가 存在한다고 하여, 一物一權主義의 테두리내에서 集合物의 讓渡擔保를 認定하려는 說로 갈라져 있다. Serick는 後說을 取하고 있으며, 나아가서 追加·離脫로 變動하는 狀態에 있는 在庫

(12) Serick, S. 244 ff. 250. 이 點에 對하여 前掲 論文도 역시 批判的이나.

(13) Weitnauer는 Raiser와 Baur(Sachenrecht, 2 Aufl. S. 554)의 賣渡人, 買受人이다 같이 分割所有權을 갖는다고 하는 見解에 贊同한다.

商品の讓渡擔保도 有效한 것으로 說明한다(S. 149-199).

(2) 讓渡擔保와 善意取得 元來 獨逸大審院(RG)은 讓渡擔保에 課하고 있던 制限을 緩和하여 讓渡擔保設定者가 目的物을 善意的 第三者에 處分한 경우에 目的物所有權의 善意取得은, 비록 讓渡擔保의 경우에 있어서는 取得者가 設定者의 取得이 正當한 것인지 確實히 審査를 한 경우에만 過失이 없고 따라서 善意取得을 할 수 있도록 하여 一般의 善意取得의 要件보다는 嚴格하게 하고는 있으나<sup>(14)</sup>. 그러나 곧 一般의 善意取得에 關한 規定에 依하도록 하고 있다<sup>(15)</sup>. 그러나 讓渡擔保設定者가 事實은 全然 가지고 있지도 않는 讓渡擔保權者( 곧 所有權者)에 對한 返還請求權을 取得者에게 讓渡하는 方法으로 (獨民 第 931, 934 條)取得者에 단지 間接占有를 取得하게 한 경우에도 取得者에 善意取得을 認定하는<sup>(16)</sup> 大審院의 判例와 Serick 教授가 支持하는 見解는 (Serick §23 I 7), Weitnauer는 果然 이러한 경우에도 讓渡擔保權者의 權利를 喪失케 하고 去來의 安全을 위하여 이러한 取得者를 保護할 必要性이 있는지 疑問視하고, 이러한 경우에는 去來의 安全을 制限하더라도 社會經濟에 損害를 가져 오리라고는 생각하지 않는다고 反對한다<sup>(17)</sup>.

<서울法大 助教授·法博 黃 迪仁>

(14) NJW 1966, 960 u. Anm. 4 u. 5.

(15) RGZ 141, 130; 讓渡擔保에 있어서 目的物의 取得者가 善意取得의 要件을 가추고 있는 경우에는 善意取得의 保護를 받는다는 것은 우리나라에서도 마찬가지이다. 金曾漢 教授著 新物權法(下) 1964年 674面 參照.

(16) 이것은 一種 返還請求權의 讓渡에 依한 引渡와 占有改定이 겹친 것과 같은 경우이다. 一般 善意取得에 있어서는 返還請求權의 讓渡에 依한 引渡로도 善意取得이 可能하다는 것은 肯定된다. (金曾漢教授著 新物權法(上) 1966年 328面). 그러나 善意取得이 占有改定으로도 可能한가에 關하여서는 다툼이 있고, 金教授 前掲 929面은 否定하고, 我妻·物權法 1962年 137面은 肯定한다.

(17) JZ 1967, 382.