

不動產物權變動의 研究

—民法第186條의 解釋을 中心으로—

郭 潤 直 著

博英社 刊 1968年

郭潤直教授의 博士學位論文, 民法第186條의 解釋을 中心으로, 라는 副題가 붙은 「不動產物權變動의 研究」가 今般 博英社에서, 菊版 266面の 書冊의 形式으로 出刊되게 되었다.

이 책의 內容을 概言하면, 民法第186條의 意思表示에 의한 不動產物權變動에 관한 規定이 가지는 原則을 모색하고자, 이에 관한 佛法主義와 獨法主義를 比較하면서 결국 民法第186條는 獨法主義에 따른 것으로 斷定하고, 不動產物權變動의 2要件인 物權行爲와 登記와의 關係에 관한 獨逸이나 國內에 있어서의 學說을 紹介하고 批判을 하고 있다. 나아가서 獨法主義에서의 物權行爲의 獨自性과 無因性에 관해서 論述하고 우리 民法에서의 物權行爲에 獨自性과 無因性을 인정할 수 없다는 것을 力說하고 있다. 다음에 登記請求權과 登記의 公信力의 問題에 言及하고 中間省略登記의 效力을 中心으로 物權行爲와 登記의 關係를 다루고 있다. 다음으로는, 民法第186條의 適用範圍로서 問題가 있는 物權行爲의 取消, 解除, 財團法人設定에 있어서의 出捐된 不動產物權의 歸屬時期와 制限物權의 消滅請求 등에 관해서 詳論을 하고, 끝으로 登記를 갖추지 않은 不動產物權과 取得者의 法的地位에 관해서, 所謂 物權의 期待論을 批判하고, *exceptio rei venditae et traditae* 를 現行法의 解釋에도 利用하자는 獨特한 見解를 披瀝하고, 또 民法附則第10條의 違憲性을 強調하고 있다.

物權變動에 관한 理論은, 物權法分野에 있어서 뿐만 아니라 民法의 全分野에 있어서 극히 難解한 部分이라고 할 수 있는데, 더구나 民法은 舊民法의 佛法主義로부터 180度를 轉換하여 獨法主義를 採擇하면서 거기에 따르는 細心한 措置의 立法도 모르고 그저 獨法主義라는 큰 原則만을 내던져 놓았다. 그래서 民法施行後 今日까지, 우리 民法學界에서는 이 分野에 관해서 各樣各色의 學說이 亂舞하는 現象을 자아내고 말았다. 民法學者들 뿐만 아니라 法曹人이나 學生들에 있어서도 指向할 곳을 모를 程度로 混亂狀態에 있었다고 하면 過言일가. 或者是 너무나 獨法에 기울어진 說을, 或者是 瑞西民法을 加味한 獨法主義的인 見解를 또 어떤 사람은 理論的인 根據가 薄弱한 自己대로의 見解를 主張한다는 各者 各異의 學說이 獨

立되고 論爭이 벌어졌다.

郭教授의 이 論文은, 이러한 分野에서의 學說·論點을 總網羅하여, 郭教授自身이 말하듯이, 「비록 民法이 獨逸民法 또는 그와 같은 系列에 속하는 民法典에서와 같이 이른바 形式主義 내지 獨法主義를 취하고 있다고 하지만, 그것은 어디까지나 原則에 있어서 그렇다는 것 뿐이고, 실제의 立法에 있어서는 獨逸民法과는 여러 점에서 다르다. 또한 登記制度에 있어서도 獨逸이나 瑞西의 그것과는 다른 점이 적지 않다」라는 確固한 立場에 서서 各學說을 批判하고 自身の 見解를 始終 見持하고 그러한 態度가 論文 全體를 貫徹하고 있다. 그리고 그러한 主張에 대해서는, 많은 獻言을 引用하고 多數의 學說을 紹介·分析함으로써 理論的인 뒷받침을 주고자 努力을 하고 있다.

이 論文은 取扱하는 問題가 相當히 많고 그 量에 있어서도 龍大한 것이다. 이것은 짧은 時日로서는 到底히 完成하기 힘들 것이다. 이것은 郭教授가 數年을 두고 기울인 熱誠과 研究 努力의 結晶으로 생각된다. 듣건대, 數年來 一篇一篇씩 두고두고 모은 研究結果가 累積한 것을, 「不動產物權變動의 研究」라는 題目으로 묶은 것이라고 한다. 그러한 意味에서 學者로서 研究에 沒頭하는 郭教授의 不斷한 數年에 걸친 貴重한 成果라고 할 수 있고 大端한 精力을 기울였다는 것을 알 수 있다.

물론 이 論文에 대해서 여러 모로 批判을 加할 수 있을 것이다. 그러나 그것은 다른 어떠한 著述에 대해서도 可能한 것이고 우리들의 일에는 完璧이라는 것은 없는 까닭이다. 이 著述에서 特記할 것은 郭教授의 獨創性이다. 하나의 問題를 取扱하는데 있어서 蒐集할 수 있는 資料를 可能한 한 모아서 分析하고 綜合하고 比較檢討한 後에 自己가 가장 妥當하다고 생각하는 結論을 내리고 있다는 點이다. 他的 學說이나 見解는 自己의 見解의 樹立에 하나의 資料로 될 뿐이고 그 以上の 것은 아니다. 따라서 그의 見解는 他에 追從한다는 식의 것이 아니고 郭教授 自身の 것이라는 것이다.

이 책은 民法學界에 貢獻하는 바가 될 것이다. 왜냐하면, 이 分野는 民法中에 서도 難澁한 部分인데 아직도 學說이 亂立狀態인데, 이러한 獨創性을 띤 體系的이고 各種의 理論의 뒷받침을 얻은 著述은, 民法學者는 물론 其他의 法曹人, 法學徒들에게 넓은 知識과 多大한 研究의 便益을 提供할 것이고 따라서 結局에는 民法學界의 所得으로 되리라는 것이다.

다음에서 이 論文의 核心을 이루고 있는 民法第186條에 관한 郭教授의 見解를 紹介하고 本稿를 마치기로 한다.

民法第186條의 原則은, 「法律行爲에 의한 不動產物權의 變動은 物權行爲와 登記의 두 要件을 갖추었을 때에 일어난다」는 것이다. 그러면 物權行爲는 物權의 意思表示와 登記를 합한 것이냐 또는 物權의 意思表示만으로 物權行爲를 이룬다고 하느냐라는 學說에 대해서는, 「物權行爲와 登記와의 관계에 관하여는 物權의 意思表示만이 物權行爲를 이룬다는 見解가 妥當하

다」고 하고, 그러나 登記를 物權行爲의 效力發生要件이라고 하는 見解에는 反對를 하여, 「생각컨대 登記는 物權行爲의 形式은 아니며, 物權行爲의 證明이나 公證도 아니다. 登記는 物權行爲와 꼭 같은 價値를 갖는 또한 그것으로부터 獨立한 것이다. 兩者가 결합해서 비로소 物權變動이라는 法律效果를 發生케 한다. 이러한 意味에서 나는 登記는 物權行爲 이외에 法律에 의하여 요구되는 物權變動의 또 하나의 要件이라고 새기는 것이 正當하다고 생각한다」고 한다.

物權行爲에서 가장 問題가 되는 物權行爲의 獨自性和 無因性에 관해서도 郭教授의 見解는 特異한 것이 있다. 「物權行爲의 獨自性은 獨法主義를 취하느냐 또는 佛法主義를 採用하느냐에 따라서 당연히 認定 또는 否定되어야 하는 것은 아니며, 現行民法이 獨法主義에 따르고 있다고 해서 곧 物權行爲의 獨自性이 인정된다는 주장은 正當할 수 없는 것이다», 「獨自性을 인정하는 때와 인정하지 않는 때에 생기는 차이점을 검토하여도, 이른바 物權行爲의 無因性을 인정할 수 있느냐 없느냐의 점을 빼놓고는 이렇다 하고 내세울 만한 것이 없다. 物權行爲의 無因性은 이를 인정할 필요가 없다는 見解를 取한다면, 결국 獨自性을 인정하든 또는 否定하든 큰 차이 없다는 것이 된다」고 하고 그러나 그것만으로는 獨自性을 否定할 根據로는 삼을 수 없다고 하고, 그것은, 「우리나라에서의 不動產去來의 실제에 있어서 物權行爲의 獨自性이 인정될 수 있느냐 없느냐에 있다고 생각한다」고 하고, 「去來의 실제에 있어서도 意識해서 物權行爲를 하고 있지 않음으로 物權行爲의 獨自性을 인정할 필요가 없다」고 結論하고 있다.

物權行爲의 無因性에 관해서도, 「去來의 보호를 위하여서는 이른바 『公信의 原則』을 인정하는 것이 正道이다. 즉 公信의 原則이 인정되어 있으면 去來의 安全도 그것에 의하여 보장되고, 특히 無因性을 주장할 實益이 없다. 物權行爲의 無因性을 인정하여서 去來의 安全을 확보하려는 것은 너무나 primitiv한 방법이다. 특히 惡意의 第三者까지도 보호하는 결과가 되는 것은 어느 모로 보나 不當하다」 「比較法的으로 보더라도 無因性이 인정되는 것은 獨逸民法에서 뿐이다. 그 獨逸에서도 民法典 制定 당시부터 無因論에 대한 反對가 있었을 뿐만 아니라 그 후 계속해서 無因論에 대한 反對論이 높아져 왔으며 오늘날에 있어서는 獨逸에서도 有因論의 正當性이 強力하게 주장되고 있다. 獨逸民法은 立法的으로도 有因論에 접근하는 경향이 있다」고 하여 物權行爲의 無因性을 否定하고, 結果적으로 民法의 解釋으로서는 다음과 같이 解釋해야 된다고 한다.

(a) 債權行爲와 物權行爲는 특별한 사정이 없는 限 하나의 行爲로 행하여지는 것이 原則이다. 즉 物權行爲의 獨自性은 인정되지 않는다. 따라서 그 物權行爲를 包含하는 債權行爲에 관한 無能力·意思의 欠缺·瑕疵 등은 債權의 效力과 物權의 效力의 雙方에 영향을 미치게 된다. 그러나 이 때에 物權行爲가 效力을 잃게 되는 것은 어디까지나 그 物權行爲 自體에 缺

陷이 있는 까닭이며, 有因·無因과는 관계가 없다. 왜냐하면 有因·無因의 문제는 物權行爲에는 결함이 없더라도 그 原因인 基礎的法律關係에 관하여 存在하는 결함으로 말미암아 그 效力을 잃게 되느냐 않느냐의 문제인 까닭이다. 그러므로 民法第 186 條의 「法律行爲」나 第 188 條 1 項의 「讓渡」에 있어서의 法律行爲는 각각 物權行爲를 가리키는 것이다. 다만 이 物權行爲는 보통은 債權行爲 속에 포함되어서 함께 행하여지는 것이다.

(b) 債權行爲와 그것에 基하여 행하여지는 物權行爲가 따로따로 행하여지는 경우, 例컨대 賣買契約을 맺은 후에 그 債務의 履行으로서 物權의 移轉만을 目的으로 하는 法律行爲를 따로 이 한다면, 또는 消費貸借契約에 基하여 借主가 부담하고 있는 債務를 辨償하기 위하여 物權을 移轉하는 行爲를 한다면 하는 때에는, 債權行爲의 不存在·無效 또는 失効는 反對의 特約이 없는 限 原則적으로 物權行爲의 效力에 영향을 미친다. 즉 原則적으로 有因이다.

<崔 棡·成均館大學校 教授>