

## 不動產買受人의 所有權移轉登記請求權의 法律的 性質 및 그것이 時效로 消滅하는지의 與否

大法院(全員合議部) 1976. 11. 6 判決(所有權移轉登記)..... 破棄還送  
[76 다 148]

郭 潤 直\*

### [事 實]

原告는 1962. 12. 29에 地方團體인「京畿道 金浦郡」으로부터 2筆의 土地(地目——田; 地積——148坪·216坪)를 買受하였으나, 所有權移轉登記는 이를 하지 않고 있었다. 그러던 중 위 土地들은「金浦郡」의 管轄區域에서「서울特別市」의 管轄區域으로 編入되어 그에 따른 移轉登記도 經了되었다. 그후 1975. 2. 26에 이르러 原告는「서울特別市」를 被告로 하여 所有權移轉登記節次履行請求의 訴를 提起하였다. 被告는 買受人의 登記請求權은 債權的 請求權이기 때문에 그 權利를 行使할 수 있는 날로부터 10年이 經過되면 時效로 消滅하는 바, 原告는 이 件 土地를 買受한 날로부터 10年이 지난 후에 提訴하였으므로 그의 登記請求權은 時效期間의 滿了로 消滅하였다고 抗辯하였다. 原審은 被告의 抗辯을 認定하였으며, 原告敗訴. 이에 不服하여 原告가 上告.

### [判決理由]

시효제도는 일정기간 계속된 사회질서를 유지하고 시간의 경과로 인하여 곤란하게 되는 증거보전으로부터의 구제 내지는 자기권리를 행사하지 않고 소위 권리 위에 잠자는 자는 법적 보호에서 이를 제외하기 위하여 규정된 제도라 할 것인 바, 토지나 건물 등 부동산을 매수한 자가 아직 자기명의로 그 소유권이전등기를 경료하지 못하였으나, 그 매매목적물의 인도(명도)를 받아 이를 사용 수익하고 있는 경우에는 물권변동에 있어서 형식주의를 취하는 우리의 법제상으로 보아 매수인에게 법률상의 소유권은 이전된 것이 아니므로 매수인의 등기청구권은 채권적 청구권에 불과하여 소멸시효제도의 일반원칙에 따르면 매매목적물을 인도 받은 매수인의 등기청구권도 소멸시효에 걸린다고 할 것이지만 부동산매매에 있어서 거래당사자의 채권 채무의 내용은 다른 경우와 달라서 목적물의 인도와 등기이전이라는 두 가지 형태로 나누어져 있어서 비록 부동산거래의 공시방법을 이행시킬 목적으로 규정된 법률상으로는 등기이전이 물권변동의 요건일 뿐 목적물의 인도는 그 요건이 아니라 할 것이니 매매의 목적물은 부동산 자체이고 등기는 다만 부동산의 거래상황을 공시하기 위한 등기법상의 절차에 불과하므로 부동산의 매수인으로서 그 목적물을 인도받아서 이를 사용 수익하고 있는 경우에는 위 시효제도의 존재이유에 비추어 보아 그 매수인을 권리 위에 잠자

\* 서울대학교 法科大學 教授

는 것으로 볼 수도 없고, 또 매도인의 명의로 등기가 남아 있는 상태와 매수인이 인도받아 이를 사용 수익하고 있는 상태를 비교하면 매도인명의로 잔존하고 있는 등기를 보호하기 보다는 매수인의 사용 수익상태를 더욱 보호하여야 할 것이며 만일 이러한 경우의 등기청구권도 다른 일반채권과 동일하게 소멸시효에 걸린다면 매도인의 등기이전의무가 소멸되는데 그치는 것이 아니고 더 나아가 매도하여 기히 매수인에게 인도까지 완료한 매매목적물이 매도인에게 환원되어야 하는 결과가 되어 비록 그 책임이 매수인의 등기청구권행사의 태만에 있다고는 할지라도 우리 나라 부동산거래의 현 실정에 비추어 심히 불합리하다고 아니할 수 없다. 따라서 부동산을 매수한 자가 그 목적물을 인도받은 경우에는 그 매수인의 등기청구권은 다른 채권과는 달리 소멸시효에 걸리지 않는다고 해석함이 타당하다. 그런데 원심 판결에 의하면 원고가 이 전 매매목적물을 인도받았는지 그 여부에 대하여 심리 판단하지 않고 있는 바, 원고가 이 전 토지를 인도받았다면 위 실시와 같은 이유로 이 전 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 아니한다고 할 것임에도 불구하고 원심이 위와 같이 판단한 조치는 등기청구권의 소멸시효에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이니 논지는 결국 이유있어 관여법관의 일치된 의견으로 원판결을 파기환송하기로 하였으나 대법원판사 이영섭, 주재황, 양병호, 안병수, 라길조, 김용철 및 대법원판사 홍순업, 김윤행의 각 별항과 같은 별개의견이 있으므로 이를 첨부하여 주문과 같이 판결한다.

대법원판사 이영섭, 동 주재황, 동 양병호, 동 안병수, 동 라길조, 동 김용철의 별개의견은 다음과 같다.

다수의견은 토지나 전물에 관한 매매를 할 경우에 매수인이 가지는 소유권이전등기청구권은 채권적 권리라고 실시하면서, 매수인이 이미 목적물의 인도나 명도를 받지 않고 있는 경우에는 그 등기청구권은 소멸시효의 대상인 권리가 되지마는 그 인도나 명도를 받고 있는 경우에는 그 실시와 같은 여러 이유를 들어 그 등기청구권은 소멸시효의 대상인 권리가 될 수 없다고 실시하고 있다. 그러나 우리 법제상 위와 같은 등기청구권이 매매목적물의 인도나 명도를 받은 경우와 받지 아니하고 있는 경우를 가려서 그와 같이 해석할 수 있는 법적 근거를 찾아 볼 수 없으니 위 등기청구권은 그 인도나 명도를 받은 여부에 불구하고 채권적 권리로서 모두 소멸시효의 대상이 된다고 보아야 할 것이다. 다만 매수인이 그 매매계약의 이행으로서 목적물의 인도나 명도를 받고 있으면 달리 특별한 사유가 없는 한 매도인은 매수인에 대한 위 등기의무의 존재를 승인하였고 그 승인의 상태는 계속하고 있다고 보아야 할 것이다. 그러므로 본건의 경우 매도인인 피고가 매수인인 원고에게 본건 토지를 의무의 이행으로서 인도하였고, 그 상태가 계속하고 있다면 달리 특별한 사유가 없는 한 피고는 원고에 대한 그 소유권이전등기의무의 존재를 승인하였고, 그 상태가 계속하고 있다고 보아야 할 것이니 위 인도시까지 위 등기청구권이 시효의 완성으로 이미 소멸된 것이 아니라면, 인도로써 그 청구권의 소멸시효는 중단되고 그 상태는 계속되어 있다고 보아

야 할 것이다. 따라서 원심으로서 본건 토지가 매수인인 원고에게 인도되었는지의 여부를 심리하고 아울러 위에서 말한 특별한 사유가 있는지의 여부를 심리하여 피고의 이 건 등기청구권의 소멸시효의 완성의 항변의 적부를 가렸어야 할 것이다. 요컨대 원심판결은 이 점에 있어 심리를 다하지 못함으로써 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이니 원심판결을 파기하여 원심법원에 환송하기로 하는 다수의견과 그 결론을 같이 하는 바이나 그 설시이유를 위와 같이 달리하는 바이다.

대법원판사 홍순엽, 김윤행의 별개의견은 다음과 같다.

다수의견과 위 별개의견은 다같이 부동산을 매수한 자가 가지는 소유권이전등기청구권은 원인행위인 채권행위로부터 발생하고 따라서 그 성질은 채권적 청구권이라는 전제에 서면서 다만 다수의견은 그 등기청구권은 원칙적으로 소멸시효에 걸린다고 할 것이지만 매수인이 그 매매목적물에 관하여 인도(명도)를 받은 경우에는 시효제도의 성질상 다른 채권과는 달리 소멸시효에 걸리지 않는다고 실시하고 있고, 위 별개의견은 등기청구권은 매매목적물의 인도 여부에 불구하고 당연히 소멸시효의 대상이 되지만 매수인이 매매목적물의 인도를 받고 있다면 특별한 사유가 없는 한 매도인은 매수인에 대한 등기의무의 존재를 승인하였고, 그 승인상태가 계속되고 있다고 보아 소멸시효가 중단되는 것이라고 실시하고 있다. 그러나 부동산의 매매와 같은 법률행위에 의한 경우에 있어서 매수인이 매도인에 대하여 가지는 등기청구권은 그 원인행위로부터 발생한다고 볼 것이 아니라 당사자 사이에 그 목적부동산의 소유권을 이전한다는 합의 즉 이른바 물권적 합의가 있어 이 합의로부터 당연히 소유권이전등기청구권이 발생한다고 봄이 상당할 것이고, 따라서 그 성질은 다분히 물권적인 것에 가깝다고 보아야 할 것이다. 이와 같이 등기청구권이 물권적 합의에 그 발생 근거가 있다고 본다면 적어도 시효제도에 관한 한 등기청구권은 그 자체가 독립해서 소멸시효의 대상이 될 수 없는 것이라고 생각한다. 이 점에서 다수의견과 위 별개의견에 결론을 같이 하면서 그 설시이유만을 달리하는 바이다.

#### [연구]

이 判決은 不動產買受人이 가지는 登記請求權은 일정한 경우에는 時效로 消滅하지 않는다고 함으로써 종래의 判例를 一部 變更한 매우 劃期的 內容의 것이다. 뿐만 아니라 裁判에 關與한 15人의 大法院判事 全員이 위와 같은 結論을 내리는 데 있어서 意見이 一致하고 있으나 그 說示理由에 있어서는 상당히 심한 對立을 보여주고 있으며, 別個意見이 둘이나 붙어 있어서 異色的이다. 즉 裁判에 關與한 15人 중 7人의 大法院判事만이 多數意見에 加擔하였고, 6人과 2人이 각각 多數意見과는 다른 別個意見을 提示하고 있다. 편의상 前者(6人의 別個意見)를 「別個意見 A」라 하고, 後者(2人의 別個意見)를 「別個意見 B」라고 指稱하기로 한다.

本判決이 다루는 문제의 核心은 登記請求權이 消滅時效에 걸리느냐에 있으나, 그 前提로서 登記請求權의 法的 性質도 문제되고 있다. 그러므로 이 判決을 評釋함에 있어서 論理的 順序에 따라 먼저 登記請求權의 法的 性質에 관하여 살펴보고, 이어서 登記請求權의 時效消滅 與否에 관한 判決理由를 검토하기로 한다.

## I. 登記請求權의 發生原因과 法的 性質

이 事案에서 문제가 되는 것은 이른바 「法律行爲에 의한 物權變動」에 있어서의 登記請求權에 관하여서이다. 이에 관하여는 종래 學說·判例가 歸一하지 않고 對立을 보여주고 있다. 먼저 學說을 概觀하면, 多數說은 債權行爲에서 發生한다고 보고 그 性質은 債權的 請求權이라고 하나,<sup>(1)</sup> 少數說은 物權行爲에서 發生하는 것으로 새기고 있다. 그러나 物權行爲에서 發生하는 登記請求權의 性質에 관하여는 다시 見解가 나누어지서 債權的 請求權이라는 說<sup>(2)</sup>과 物權的 請求權이라는 說<sup>(3)</sup>이 있다. 한편 종래의 判例는 위의 多數說과 마찬가지로 登記請求權은 債權行爲에서 發生하는 것으로 보고, 그 性質도 債權的 請求權이라고 하고 있다.<sup>(4)</sup> 本判決에서도 위와 같은 종래의 判例는 變함 없는 것으로 確認되고 있다.

생각컨대 物權行爲는 어디까지나 「履行行爲」 내지 「給付行爲」이다. 그러므로 物權行爲로부터 어떤 給付請求權이 發生한다는 것은 理論적으로 不當하다고 생각되며, 給付請求權의 原因은 原因行爲에 돌아가서 찾을 수 밖에 없을 것이다. 이러한 생각을 바탕으로 하여 나는 종래 登記請求權은 物權行爲가 아니라 그의 原因行爲인 債權行爲에서 發生한다고 새겨야 하며, 따라서 그 性質도 債權的 請求權으로 파악해 오고 있다. 따라서 登記請求權은 債權行爲에서 發生하는 債權的 請求權으로 理解하는 判例의 태도는 매우 妥當하다고 생각한다.

그런데 本判決에는 위와 같은 종래의 判例와는 다른 見解를 밝힌 別個意見(B)가 나와 있다. 그에 의하면 登記請求權은 物權行爲에서 發生하는 것이고, 그 性質은 「多分히 物權的인 것에 가깝다고 보아야 할 것」이라고 한다. 이 別個意見은 既述한 學說 중의 少數說에 속하는 見解라고 할 수 있다. 이 別個意見을 표시한 분은 오직 두 大法院判事뿐이어서 종래의 判例理論에 영향을 줄 정도는 아니나, 그대로 지나칠 수 없으므로 잠시 검토하고자하기로 한다. 검토한다고 하였으나, 判決文에 적혀 있는 것은 그 內容이 너무나 간결해서 충분한 검토를 거의 不可能하게 한다. 問題點을 提示하는 데 그치기로 한다. 첫째로, 이 別個意見에서는 登記請求權은 債權行爲가 아니라 物權行爲에서 發生한다고 보는 것이 相當

(1) 李英燮 「物權行爲의 獨自性」(「法曹 9卷7號 收錄」), 張庚鶴 「新物權法總論」(增補版) 233면, 崔棫 「新物權·擔保物權法」 91면, 金顯泰 「新物權法」(上) 94면 등 참조.

(2) 金基善 「韓國物權法」(改訂版) 125면 참조.

(3) 方順元 「新物權法」(全) 47면, 金曾漢 「物權法」(上) 271면 참조.

(4) 大判 1962. 5. 10 [61 民上 1232] 참조.

하다고 한다. 본래 登記는 物權行爲의 단순한 「證明方法」은 아니며, 그것은 物權行爲와 同等한 價値를 가지는 物權行爲 외에 法律이 요구하는 또 하나의 物權變動의 要件인 것이다. 兩者는 다 같이 物權變動의 要件이지 한 쪽이 다른 쪽을 強制하는 義務를 發生케 하는 關係에 있는 것은 아니다. 따라서 物權行爲에서 登記請求權의 原因을 찾는 것은 不當하며, 그것은 原因行爲인 債權行爲에서 求하여야만 한다. 둘째로, 登記請求權은 物權行爲에서 발생하기 때문에 그 性質은 「다분히 物權的인 것에 가깝다」고 한다. 이는 매우 理解하기 어려운 表現이며, 도대체 무엇을 말하려고 하였는지가 분명하지 않다. 약간의 推測이 許容된다면, 아마도 그것은 즉 物權行爲에서 발생하는 登記請求權은 物權的 請求權에 가까운 權利라는 의미가 아닌가 싶다. 物權的 請求權은 物權의 內容의 실현이 어떤 사정으로 말미암아 妨害당하고 있거나 또는 妨害당할 염려가 있는 경우에, 物權자가 妨害者에 대하여 그 妨害의 除去 또는 豫防에 필요한 일정한 行爲를 請求할 수 있는 權利를 말한다. 따라서 物權的 請求權이 발생하려면 우선 物權이 存在하여야 한다. 그런데 登記를 對抗要件으로 하고 있었던 舊民法에서는 몰라도, 登記를 物權變動의 成立要件으로 하는 現行民法 아래에서는 物權行爲만에 의하여서는 當事者 사이에서도 物權의 變動은 일어나지 않는다. 따라서 物權行爲로부터 物權的 請求權의 性質을 가진 登記請求權이 당연히 생긴다는 것은 있을 수 없다. 그렇다면 「物權的인 것에 가까운 것」이라는 表現에 미루어 物權이 아니라 「物權에 가까운 權利」가 생긴다고 보는 것일까? 「物權에 가까운 權利」란 과연 어떤 權利를 말하는가? 그러한 權利에서 왜 登記請求權이 생기는가? 이 登記請求權은 왜 「物權的」이라고 하는가? 등등 疑問은 꼬리를 물고 일어난다. 別個意見(B)에는 이러한 問題點이 있다는 것을 指摘하는 데 그치고, 보다 중요한 다음의 論點으로 넘어가기로 한다.

## II. 不動產買受人의 登記請求權은 消滅時效에 걸리는가?

어떠한 權利를 消滅時效에 걸리는 것으로 하느냐는 立法例에 따라 반드시 같지 않다. 例컨대 佛蘭西民法에서와 같이 實體權이 아닌 訴權만이 時效로 消滅하는 것으로 하는 것(따라서 債權 뿐만 아니라 所有權을)이 있는가 하면, 獨逸民法에서와 같이 請求權 또는 債權만을 消滅時效의 目的으로 하는 立法例도 있다. 그러나 대체적으로 債權에 관하여서만 消滅時效를 인정하는 것이 보통이라고 할 수 있다. 우리 民法은 이러한 一般的 立法例와는 다르게 債權뿐만 아니라 所有權을 除外한 그 밖의 財產權에 관하여서도 消滅時效를 인정하고 있으며, 이는 같은 태도를 취하였던 舊民法 내지 現行 日本 民法과 더불어 特色있는 立法이라 하겠다. 그 實質에 있어서 佛蘭西民法에 가까운 것이라고 말할 수 있다. 어떻게 우리 民法上 債權 내지 債權的 請求權이 消滅時效에 걸린다는 점에 관하여는 아무런 의문이 없으며(民法 162조 I), 民法은 각종의 債權에 관하여 자세한 規定을 두고 있다(民法 163조 내지 165조). 따라서 既述한 바와 같이 不動產買受人의 登記請求權을 債權的 請求權이라고 한다면, 그것은 당연히

時效로 消滅하는 것이고, 그 時效期間은 10年이라는 결과가 된다(民法<sub>162조 I</sub>). 종래의 判例도 이러한 결과를 인정하고 있었다.<sup>(5)</sup> 그런데 이러한 종래의 判例理論에 대한 重大한 例外를 처음으로 인정한 것이 바로 本判決이다. 즉 不動產의 買受人이 目的物을 引渡받은 경우에는 그 買受人이 가지는 登記請求權은 다른 債權과는 달라서 消滅時效에 걸리지 않는다고 한다. 바꾸어 말하면 買受人이 目的不動產을 引渡받고 있지 않은 때에는 그 買受人의 登記請求權은 消滅時效의 對象인 權利가 되지만(이 限度에서는 從前의 判例는 그대로 維持), 目的不動產을 引渡받고 있는 경우에는 買受人의 登記請求權은 消滅時效에 걸리는 權利가 아니라고 한다(從前의 判例에 대한 例外認). 이것이 이 判決의 *ratio decidendi*라고 할 수 있으나, 本判決에는 既述한 바와 같이 別個意見이 둘이나 붙어 있다. 그 중 別個意見(A)는 이 判決에서의 多數意見과 結論을 같이 하나, 다만 그 說示理由를 달리한다. 한편 別個意見(B)는 不動產買受人의 登記請求權의 性質은 債權의 請求權이 아니라 「다분히 物權的인 것에 가까운 것」으로 보아야 하며, 따라서 그것은 消滅時效의 對象이 되지 않는다고 함으로써 종래의 判例를 全的으로 反對하는 見解(다만 本件에 있어서 登記請求權이 時效로 消滅하지 않는다)를 表示하고 있다. 차례로 檢討하기로 한다.

(1) 먼저 多數意見의 說示理由를 본다면, 賣買目的物을 引渡받고 있는 不動產買受人의 登記請求權이 時效로 消滅하지 않는다는 理論的 根據로서 두 가지를 들고 있다. 첫째로 時效制度의 存在理由에서 그 근거를 찾고 있다. 즉 본래 時效制度의 存在理由는 長期間의 경과로 困難하게 되는 證據保全으로부터의 救濟와 自己權利를 行使하지 않아 이른바 權利 위에 잠자는 자는 이를 法的保護에서 除外하려는 데에 있는 것이나, 不動產의 買受人이 그 目的物을 引渡받아서 使用·收益하고 있다면 그는 결코 權利 위에 잠자고 있다고 할 수 없는 것이고, 따라서 그의 登記請求權은 時效로 消滅하지 않는다고 새겨야 한다는 것이다. 둘째로, 當事者의 利益較量을 바탕으로 해서 結論을 正當化하려고 꾀하고 있다. 즉 만일에 不動產買受人의 登記請求權은 時效로 消滅한다고 한다면, 買受人은 目的物을 賣渡人에게 返還하게 되어 賣渡人에게 큰 利益을 주게 되나, 反對로 時效로 消滅하지 않는다면 買受人이 크게 保護되는 결과가 된다. 그런데 단순히 登記名義만을 가지고 있을 뿐인 賣渡人과 登記名義는 移轉되어 있지 않으나 目的不動產을 引渡받아 占有중인 買受人을 비교할 때, 賣渡人을 보호하는 것은 不動產去來의 現實情에 비추어 매우 不合理하고 買受人을 보호할 필요가 크며, 買受人을 보호하기 위하여 그의 登記請求權은 時效로 消滅하지 않는다고 새겨야 한다는 것이다.

이들 多數意見이 들고 있는 判斷根據는 옳은 것일까? 먼저 첫째의 根據를 살펴볼 때, 一般的으로 時效制度 특히 消滅時效制度의 存在理由 내지 目的의 하나로서 오랜 期間 동안 자기의 權利를 主張하지 않은 자는 이른바 「權利 위에 잠자고 있었던 자」로서 法律의 보호

(5) 大判 1968. 11. 5 [68다 1797], 大判 1968. 11.19 [68 다 1647], 大判 1970. 3. 24 [69다 1202] 등 참조.

를 받을 價値가 없다는 것을 드는 것이 보통이다. 이 消滅時效制度의 目的 즉 「權利 위에 잠자고 있는 자」를 法的保護에서 除外하려는 目的을 실현하기 위하여 各國의 法制가 취하는 方法은 一定하지 않으나, 우리 民法은 所有權을 除外한 그 밖의 財產權에 관하여 權利者가 法律上 그의 權利를 行使할 수 있음에도 불구하고 一定期間 동안 이를 行使하지 않는 權利不行使의 狀態가 계속될 때에 그 權利의 消滅이라는 效果가 생기는 것으로 하고 있다.<sup>(6)</sup> 바꾸어 말하면 一定期間(時效期間) 동안의 權利不行使를 消滅時效完成의 要件으로 함으로써 「權利 위에 잠자고 있는 자」를 法的 保護에서 除外하려는 目的을 이루려고 하고 있다. 여기서 權利의 不行使나 함은 그 權利를 行使하는 데에 法律上의 障害가 없음에도 불구하고 行使하지 않는 것을 말한다. 그런데 大法院은 이 事案에서 不動產買受人이 目的不動產을 引渡받아서 使用·收益하고 있다면 그 買受人은 결코 權利(즉 登記請求權) 위에 잠자고 있다고 할 수 없다고 說示하고 있다. 바꾸어 말하면 不動產買受人에 의한 目的不動產의 占有를 곧 登記請求權의 行使로 보는 것이 이 判決에 나타난 多數意見인 것이다. 多數意見이 말하는 것과 같이 不動產賣買에 있어서 買受人에 의한 目的不動產의 占有는 이를 과연 그가 가지는 登記請求權의 行使로 볼 수 있는가? 民法은 第568條 I項에서 賣渡人은 賣買의 目的인 財產權을 買受人에게 移轉하여야 할 義務가 있다고 규정한다. 그 밖에 우리 民法은 많은 外國의 法制가 그러한 것과는 다르게 賣渡人의 目的物引渡義務를 특히 明定하고 있지는 않다.<sup>(7)</sup> 그러나 不動產所有權과 같이 不動產의 占有를 內容으로 하는 物權의 賣買에 있어서는 登記 외에 目的不動產의 占有도 移轉하여야 함은 물론이다.<sup>(8)</sup> 즉 不動產의 賣買에 있어서는 賣渡人은 그 不動產의 所有權을 移轉할 義務와 目的不動產의 占有를 移轉하여야 할 引渡義務라는 두 義務를 부담하는 것이나, 그리고 所有權移轉義務의 履行을 위하여서는 物權行爲를 하고 公示方法인 登記를 갖추어야 하는 것이다. 그런데 우리의 登記法上 登記申請에 관하여 이른바 共同申請主義를 그 原則으로 하고 있기 때문에 登記義務者의 協力없이 는 登記權利者가 單獨으로 登記를 申請할 수는 없게 되므로, 登記權利者가 登記義務者에게 登記申請에 協力할 것을 요구할 수 있는 權利를 인정한다는 것이 필요하며, 이것이 곧 登記請求權인 것이다. 그 具體的 內容은 登記申請에 필요한 書類를 마련해서 登記所에 出席하여 共同으로 申請할 것을 요구하거나, 또는 登記權利者가 單獨으로 申請할 수 있도록 필요한 모든 書類를 交付할 것을 요구하는 것이다. 따라서 不動產賣買의 경우에 買受人이 賣渡人에 대하여 가지는 登記請求權은 賣買目的物인 不動產의 占有나 引渡와는 아무런 關係가 없다. 그리고 보면 賣渡人이 目的物을 引渡하여 買受人이 현재 占有하고 있다고 하여도

(6) 消滅時效 完成의 效果에 관하여는 絕對的 消滅說과 相對的 消滅說이 對立하고 있으나, 絕對的 消滅說이 多數說이고 또한 判例이다. 大判 1966. 1. 31 [65다 2445] 참조.

(7) 例컨대 獨逸民法 第433條 I項·瑞西債務法 第184조 I項·佛蘭西民法 第1582條 I項 등은 모두 賣渡人의 目的物引渡義務를 明定하고 있다.

(8) 大判 1976. 4. 27 [76다 297] 참조.

그것은 어디까지나 既述한 賣渡人이 負擔하는 目的不動產引渡義務의 履行이 있는 狀態일 뿐이며, 그것이 동시에 買受人이 登記請求權을 行使하고 있는 것으로는 도저히 인정할 수 없는 것이다.

多數意見이 드는 또 하나의 論據 역시 매우 不當하다. 본래 消滅時效가 完成되면 權利는 消滅하고, 따라서 權利者는 權利를 喪失하나, 한편 義務者는 그의 義務를 免하게 된다. 이는 消滅時效의 完成으로 權利가 消滅하게 되는 法制下에서는 너무나 당연한 것이다. 그럼에도 불구하고 이러한 結果는 去來實情上 매우 不合理하다는 것은 消滅時效制度 자체를 否認하는 것 이외에 아무것도 아니다.

이상 檢討한 바와 같이 多數意見이 드는 論據 내지 說示理由는 모두가 不當하며 贊成할 수 없다. 우리 法制上 不動產買受人의 登記請求權은 그가 目的不動產을 占有하고 있느냐의 與否에 불구하고 언제나 消滅時效에 걸린다고 解釋하여야 하며, 따라서 原審의 判斷이 옳은 것으로 생각된다.

(2) 앞서서도 指摘한 바와 같이 別個意見 (A)는 이 判決에서의 多數意見과 그 結論을 같이 하나 다만 그 說示理由를 달리하고 있다. 즉 不動產의 賣買에 있어서 賣渡人이 目的不動產을 買受人에는 引渡하는 것은 時效中斷事由의 하나인 「承認」을 한 것으로 볼 수 있고, 買受人이 引渡받은 目的物의 占有를 계속하는 한, 그 承認狀態 즉 中斷狀態는 계속하고 있다고 보아야 한다고 한다. 따라서 引渡時까지 登記請求權이 時效의 完成으로 消滅하고 있지 않는 한 引渡받은 후에는 登記請求權은 언제까지나 中斷狀態가 계속되고 時效로 消滅하는 일은 없다고 한다. 이 說示理由에 관하여는 문제되는 것이 둘 있다. 하나는 賣渡人에 의한 目的不動產의 引渡가 買受人이 가지는 登記請求權을 承認한 것으로 볼 수 있겠느냐의 점이고, 다른 하나는 買受人이 引渡받은 目的物을 계속 占有하고 있으면 그것이 承認狀態의 계속이 된다고 할 수 있느냐이다.

民法 第168條는 承認을 消滅時效의 中斷事由의 하나로서 들고 있다. 時效中斷事由로서의 承認은 時效로 利益을 받게 되는 자가 時效期間이 經過하고 있는 權利의 存在에 관한 認識을 가지고 있음을 權利者에게 表示하는 것으로서, 그 法律的 性質은 이른바 「觀念의 通知」라는 데에 異說이 없다. 이 承認이 時效를 中斷하려면 相對方인 債權者에게 表示되어야 하나, 表示方法에 관하여는 우리 民法이 특히 규정하고 있지 않기 때문에 明示의으로 하는 것은 물론이고, 默示의인 承認도 中斷의 效力이 있음을 인정하는 것이 判例·通說이다.<sup>(9)</sup> 別個意見 (A)는 賣渡人에 의한 目的不動產의 引渡를 買受人의 登記請求權에 대한 默示의 承認으로 본다. 不動產의 賣渡人은 買受人에 대하여 目的物引渡義務와 所有權移轉登記協力義務를 부담하나, 이들 두 義務 중 前者의 債務의 辨濟가 있으면 後者の 債務에 대한 承認

(9) 大判 1961. 11. 9 [4293 民上 748], 大判 1969. 3. 4 [69다 3], 大判 1969. 10. 14 [69다 1497] 등 참조.



이 있다고 새기는 것은 옳은 것일까? 하나의 債權關係로부터 數個의 債務가 發生하고 그들이 각각 따로따로 辨濟 내지 履行되어야 하는 경우에, 한 쪽의 債務의 辨濟가 있다고 하더라도 債務者가 다른 쪽의 債務는 이미 辨濟되어 있다고 믿는 경우는 얼마든지 있게 된다. 예컨대 賣渡人이 登記에 필요한 書類를 모두 買受人에게 交付하여 이제는 買受人이 單獨으로 移轉登記를 申請할 수 있게 된 후에 不動產을 引渡하는 경우에는 債務者는 登記義務에 관하여는 自己債務를 履行하고 있다고 믿을 것이다. 그러므로 하나의 債權關係에서 생기는 數個의 債務가 각각 따로따로 履行되어야 할 경우에는 한 쪽의 債務의 辨濟가 있다는 치더라도 그것이 다른 債務에 대한 承認의 意味를 갖는다고는 할 수 없는 것이며, 그 다른 債務의 時效를 中斷하는 것으로 새겨서는 안된다고 생각한다. 이런 理由에서 別個意見(A)가 賣渡人에 의한 目的不動產의 引渡를 買受人의 登記請求權의 承認이 있다고 보는 것은 옳지 않다. 설사 別個意見(A)와 같이 賣渡人에 의한 不動產의 引渡가 그가 부담하는 또 하나의 義務 즉 登記移轉義務에 대한 承認으로서의 意味를 갖는다는 解釋을 하더라도, 引渡가 있을 후 買受人이 占有를 계속하던 承認狀態 따라서 中斷狀態가 계속된다는 것은 도저히 인정할 수 없는 論理이다. 앞서서도 밝힌 바와 같이 承認은 「觀念의 通知」이다. 觀念의 通知로서의 承認이 時效를 中斷하는 時期 및 中斷의 效果가 계속되는 期間은 어떻게 되는가? 民法에는 承認에 의한 時效中斷의 時期에 관하여 特別規定이 있지 않으므로, 그것은 意思表示에 관한 一般原則인 到達主義를 適用하여 相對方에게 到達된 때에 中斷의 效力이 생긴다고 새겨야 함은 당연하다. 到達에 의하여 發生하는 中斷의 效果는 계속되는가? 民法 第178條 I項에 의하면 時效가 中斷된 때에는 그 「中斷事由가 終了한 때로부터」 새로이 時效期間이 進行하게 된다. 承認에 의한 時效中斷은 언제 終了하는가? 性質上 到達과 동시에 終了한다고 하여야 한다. 만일에 到達이 있을 후에도 中斷의 效果가 계속된다면 承認이 있으면 原則적으로 時效가 完成되는 일은 없다는 이상한 결과가 되어 「中斷」의 性質에 反한다. 요컨대 時效中斷事由로서의 承認은 어느 特定の 時點에서 행하여지고 동시에 그 時點에서 完了하는 性質의 것이며, 承認에 의한 時效中斷의 效果는 계속하지 않는 것이다. 그럼에도 불구하고 別個意見(A)가 引渡에 의하여 承認한 것이 되고 買受人이 引渡받은 目的不動產을 占有하는 동안은 中斷의 效果가 계속된다는 것은 위와 같은 承認의 性質에 反하는 것으로서 인정할 수 없는 것이 분명하다.

別個意見(A)는 大法院判事 6인이 贊成하고 있으며 多數意見에 贊成하는 大法院判事 7인 보다 그 數에 있어서 1인이 적은 매우 有力한 見解이긴 하나, 위에서 본 바와 같이 이 見解도 妥當한 것이라고는 할 수 없다.

(3) 本判決에 붙어 있는 또 하나의 別個意見(B)는 主張하기를 不動產의 買受人이 가져는 登記請求權은 物權의 合意로부터 당연히 발생하는 「다분히 物權의인 것에 가깝다」고 하면서, 이와 같이 登記請求權이 物權의 合意에 그 發生根據가 있다고 한다면 그 登記請求權

은 消滅時效의 對象이 되지 않아 時效로 消滅하지 않는다고 한다. 그러나 이 說示理由는 너무나 간단해서 不動產買受人의 登記請求權이 왜 消滅時效에 걸리지 않는지를 누구나 분명하게 알 수 있을 만큼 具體的이 아닌 흠이 있다. 다만 간단히 그것은 物權의 合意에서 發生하는 것이기 때문에 消滅時效에 걸리지 않는다고 하고 있을 뿐이다. 이는 아마도 債權契約에서 發生하는 權利는 時效로 消滅하지만, 物權的 合意에서 發生하는 權利는 時效로 消滅하지 않는다는 前提에서 있는 것으로 짐작된다. 이러한 前提는 과연 유지할 수 있는 것일까? 우리 民法은 어떤 權利가 消滅時效에 걸리느냐에 관하여 규정하고 있을 뿐이고, 어떤 權利가 發生하는 根據가 되는 法律行爲가 어떤 種類의 것이냐에 따라서 그것이 消滅時效의 對象이 되느냐의 與否를 가려서 규정하고 있지 않다. 그러한 理論이나 立法이 있었던 일도 없다. 또한 物權的 合意뿐만 아니라 登記까지 갖추어서 有效하게 成立한 物權 중에서도 所有權 이외의 것에 관하여는 消滅時效를 인정하는 것이 우리 民法인데 왜 유독 不動產賣買의 경우에 그것을 原因으로 하여 행하여지는 物權的 合意에서 발생한다고 하는 登記請求權만은 消滅時效에 걸리지 않는지 그저 궁금할 뿐이다. 若干의 推測을 加하여 說示理由를 풀어본다면, 우리 法制上 消滅時效에 걸리는 것은 債權 내지 債權의 請求權이며, 物權的 請求權은 消滅時效에 걸리지 않는다. 그런데 不動產買受人이 가지는 登記請求權은 物權的 請求權은 아니지만 그것에 가까운 것이므로 역시 消滅時效에 걸리지 않는다는 것이 그 論理가 아닌가 싶다. 민일에 別個意見(B)의 說示理由가 이런 것이라면, 이것 또한 옳다고 할 수 없다. 첫째로, 物權的 請求權은 消滅時效에 걸리지 않는다는 前提 자체가 문제이다. 그러한 判例은 아직 없고, 學說은 對立하고 있다.<sup>(10)</sup> 둘째로, 買受人의 登記請求權은 「다분히 物權的인 것에 가깝다」고 하지만, 그것은 아마도 債權的 請求權이 아니라는 뜻일게다. 買受人이 그런 物權的인 權利를 갖는다고 하는 데에는 登記請求權의 性質을 論할 때에 본 바와 같이 많은 문제가 있다. 어떻든 이 別個意見(B)는 그 說示內容이 충분히 明確하지 못하여 이 이상의 論及을 할 수가 없다. 內容이 明確하지 않은 說示理由는 妥當한 理論의 根據가 될 수 없고, 그에 贊同할 수 없음은 너무나 명백한 일이며 긴 말을 필요로 하지 않을 것이다.

### III. 結論의 考察

이상에서 論한 바와 같이 本判決의 多數意見에는 贊成할 수 없고, 別個意見들의 說示理由도 역시 納得할 만한 理論을 提示하지 못하고 있다. 結論으로서는 不動產買受人의 登記請求權은 賣買契約에서 發生하는 債權的 請求權으로서 10年の 消滅時效에 걸린다고 한 原審의 判斷이 옳다고 하여야 하며, 買受人이 目的不動產을 引渡받아서 占有하고 있다고 해

(10) 物權的 請求權은 消滅時效에 걸리지 않는다는 것이 현재의 多數說이긴 하나, 制限物權에 基한 物權的 請求權은 消滅時效에 걸린다는 것이 나의 主張이며(「物權法」(全訂版) 45·46면), 이에 贊同하는 분으로는 金顯泰 「新物權法」 28면 참조.

서 이 경우에는 買受人의 登記請求權이 消滅時效의 對象이 되지 않는다는 例外를 인정할 필요는 없다고 생각한다.

그러나 여기서 우리가 생각해 볼 점이 하나 있다. 그것은 「왜 이런 大法院判決이 나오게 되었을까?」라는 점이다. 두말할 것 없이 그것은 不動產을 買受하여 目的物을 引渡받아 使用·收益하고 있으나 所有權移轉登記만은 아직 갖추지 않고 있어서 法律上 所有權者로 되지 못하는 者를 보호하여야 하겠다는 데서 法的 構成에 있어서 다소의 無理를 해서라도 그러한 者를 보호하기 위하여 이 判決이 나오게 된 것으로 생각된다. 종래 우리 大法院이 「具體的 妥當性」을 強調하고 重視하며, 그에 立脚한 判例을 많이 내고 있다는 점을 생각할 때 위와 같은 推理는 거의 틀림없는 것이라고 할 수 있을 것이다. 具體的 妥當性을 重要視하는 大法院의 태도는 높이 評價되어야 함은 물론이다. 그러나 具體的 妥當性을 強調하는 나머지 法的 構成을 無視하는 判斷을 先例로서 만드는 것은 문제이다. 아무리 보호할 필요가 있더라도 그것은 어디까지나 法體系 內에서 理論적으로 說明이 可能한 限度에서 하여야 하며, 그러한 法的 構成을 갖추지 못한 判例은 「억지」에 지나지 않고 法的 安定性을 깨게 될 것이다. 이 事案의 경우에 具體的 妥當性을 실현하기 위하여 本判決이 취한 것과는 다른 無理없는 法的 構成은 없을까?

不動產의 賣買에 의하여 目的不動產을 引渡받아 占有하고 있으나 아직 自己 앞으로 移轉登記를 하지 않고 있는 者가 所有權을 取得하게 되어 보호되는 現行法上的 制度로는 占有取得時效制度가 있다. 그러나 占有取得時效의 時效期間은 20年이다(民法<sub>245조</sub>). 만일에 登記請求權이 10년이 지나면 時效로 消滅한다고 하면, 移轉登記를 하지 않은 不動產買受人이 占有取得時效制度에 의한 보호를 받으려면 그의 登記請求權이 時效로 消滅한 후에도 占有取得時效가 完成될 때까지 그의 占有를 適法하게 계속할 수 있어야 한다. 무엇을 根據로 不動產買受人의 目的不動產의 占有의 계속을 適法한 것으로 인정하는가? 大法院은 그러한 占有의 계속을 인정할 法的 根據가 없다고 보았기 때문에, 買受人이 目的不動產을 占有하고 있는 경우에는 登記請求權은 時效로 消滅하지 않는다는 結論을 취하게 된 것이라고 생각한다. 本判決의 說示理由 가운데에 「…만일…登記請求權도 다른 一般債權과 동일하게 消滅時效에 걸린다면 賣渡人의 登記移轉義務가 消滅되는데 그치는 것이 아니고 더 나아가 賣渡하여 既히 買受人에게 引渡까지 完了한 賣買目的物이 賣渡人에게 還元되어야 하는 결과가 되어 비록 그 責任이 買受人의 登記請求權行使의 怠慢에 있다고는 할지라도 우리 나라 不動產去來의 現實情에 비추어 심히 不合理하다고 아니할 수 없다」고 하고 있는 것을 보면 위의 推測이 正當한 것임을 알 수 있다. 그러므로 문제는 登記請求權이 10년의 經過로 時效消滅한 후에도 買受人이 占有取得時效가 完成될 때까지 占有를 계속할 수 있다는 것을 인정할 수 있으면 그의 保護問題는 解決되고, 買受人이 不動產을 占有하고 있는 경우에는 登記請求權이 時效로 消滅하지 않는다는 理論을 고집할 필요는 없게 된다. 생각컨대 買受人

의 登記請求權이 時效로 消滅한 후에 法律上的 所有者인 賣渡人이 買受人에 대하여 目的物의 返還을 請求하는 法的 根據는 所有權에 基한 目的物返還請求權이다. 賣渡人이 이 請求權을 行使하는 경우에 買受人은 아무런 抗辯權도 인정되지 않는가? 그렇지 않다고 생각한다. 즉 이 경우에 買受人에게는 「로오마」의 法源에 나타나고 또한 獨逸民法의 解釋上 學說・判例가 모두 인정하고 있는 이른바 *exceptio rei venditae et traditae* 「賣却되어 引渡된 物件의 抗辯」이 인정된다고 하여야 한다. 우리의 現行法上 이 抗辯權을 인정하는 特別規定은 없으나, 다음과 같은 根據에서 인정된다고 생각한다. 즉 民法 第213條는 그 本文에서 所有者의 返還請求權을 인정하고, 그 但書에서 「占有者가 그 物件을 占有할 權利」가 있는 때에는 返還을 거부할 수 있다고 한다. 여기서 「賣渡人은 賣買目的物을 買受人에게 引渡할 義務」가 있느냐가 문제된다. 民法 第563條는 賣渡人의 財産權移轉義務를 규정할 뿐이고 目的物引渡義務는 明定하고 있지 않다. 그러나 既述한 바와 같이 賣渡人에게는 目的物引渡義務도 있다고 새기는 것이 判例・通說이며, 이에 反對하는 見解를 찾아 볼 수 없다. 이와 같이 不動產賣渡人의 財産權移轉義務에는 目的不動產의 占有移轉義務도 포함된다고 한다면 不動產의 買受人은 第213條 但書에서의 「占有할 權利」를 가지는 자라고 하여야 하며, 따라서 不動產買受人이 아직 登記를 갖추고 있지 않은 경우에 그 賣渡人이 物權的 請求權을 行使하여 返還을 請求한다면 買受人은 「賣却되어 引渡된 物件의 抗辯」(*exceptio rei venditae et traditae*)을 主張할 수 있다고 하여야 한다. 이 *exceptio*에 관하여는 이 곳에서 자세히 설명할 여유가 없으므로 筆者의 論文 「*exceptio rei venditae et traditae*의 現代的 慣用」을 參照하기 바란다.<sup>(11)</sup>

끝으로 一言해 볼 것은 이 判決에서처럼 買受人이 目的不動產을 占有하고 있는 경우에는 그가 가지는 登記請求權은 時效로 消滅하지 않는다고 하는 것과, 筆者가 주장하는 것과 같이 買受人의 登記請求權은 그가 目的不動產을 占有하고 있느냐의 興否에 불구하고 언제나 消滅時效에 걸리나, 다만 買受人이 占有하고 있으면 賣渡人의 返還請求에 대하여 「賣却되어 引渡된 物件의 抗辯」을 주장할 수 있게 된다고 하는 경우에 어떤 差異가 있게 되느냐의 점에 관하여서이다. 이미 자세히 論한 바와 같이 判例의 理論에는 여러 문제가 있으나, 筆者의 主張에 따른다면 理論上的 難點이 없다는 差異를 우선 들 수 있을 것이다. 그러나 이보다도 더 중요한 差異가 있음을 알 수 있다. 즉 判例理論에 의한다면 登記하지 않은 買受人을 보호한다는 結果를 이룰 수 있는 長點이 있게 된다고 할 수 있으나, 그러한 長點이 있는 反面에 判例理論이 招來할지도 모를 短點이 많은 면도 있다. 그것은 不動產去來者가 登記를 勵行치 않을 餘려가 있게 된다는 점이다. 舊民法時代부터 登記를 勵行치 않은 事例가 많았음은 周知의 事實이다. 現行民法은 物權變動에 관하여 登記를 對抗要件이 아닌 成立要件으

(11) 「서울대학교 法學」 第9卷 1號 (1967. 7) 收錄.

로 함으로써 登記를 보다 強力하게 強制하려고 하고 있으나, 그럼에도 불구하고 税金關係 등으로 여전히 登記를 게을리하는 경우가 적지 않다. 判例理論은 이러한 登記節次履行을 게을리하여도 별로 不利益이 없다는 결과가 되어 문제이다. 이에 反하여 筆者의 理論에 따르면 買受人은 賣渡人에 대하여 다만 引渡를 거절하고 占有를 계속할 수 있을 뿐이어서 登記를 게을리한다는 副作用은 따르지 않는다. 물론 筆者의 理論에 의하면 判例理論에서보다도 登記를 갖추지 않은 買受人의 保護가 消極的이나, 法律이 요구하는 所有權取得의 要件인 登記節次를 밟지 않고 있는 자의 보호로서는 그러한 消極的 保護를 인정하는 것만으로도 충분하다 할 것이다. 앞으로 筆者가 主張하는 바와 같은 方向으로 判例가 變更되기를 바라마지 않는다.