

賣渡擔保의 法律構成에 관하여

郭 潤 直*

第一 序 言

民法이 物權論에서 規制하는 擔保物權으로서는 留置權·質權·抵當權의 세 가지가 있다. 그러나 이들 세 가지의 擔保物權만으로는 去來界의 必要나 要請을 충분히 만족시켜 주지 못한다. 왜냐하면 이들 擔保物權은 그 種類에 따라서 利用對象이 限定되며, 利用節次 또한 매우 번거롭기 때문이다. 뿐만 아니라 그 效力에 있어서도 충분하지 않고 不便한 것으로 여겨져왔다. 이러한 事情이 있기 때문에 去來界는 일찍부터 그러한 흠을 補完해서 자기들의 要請을 充足할 수 있는 새로운 類型의 擔保制度를 利用하게 되고 發展시켰다. 民法이 規定하는 擔保物權을 原則的 내지 典型的 擔保制度라고 부른다면, 去來界에서 發達한 擔保制度는 이를 變則的 내지 非典型的 擔保制度라고 부를 수 있을 것이다. 이러한 變則的 擔保制度로서 判例法上 인정되어 있는 것으로는 讓渡擔保와 代物辯濟의 豫約이 主要한 것이다.

一般的으로 讓渡擔保라고 할 때에 그것은 「財産權移轉에 의한 擔保」를 통틀어서 일컫는 것으로 이해하고 있다. 즉 債權擔保의 目的으로 所有權이나 기타의 財産權을 債權者에게 移轉하고, 債務者가 履行하지 않는 경우에는 債權者가 그 目的物로부터 優先辯濟를 받게 되나, 債權者가 履行을 하는 경우에는 目的物을 그 所有者에게 返還하는 방법에 의한 擔保를 널리 讓渡擔保라고 한다. 이러한 넓은 意味에 있어서의 讓渡擔保는 여러 가지의 形式으로 행하여지고 있으나 크게 나누어서 다음과 같은 두 形態가 있다.

(a) 하나는 融資를 받는 者(乙)가 融資를 하는 者(甲)에 대하여 擔保의 目的이 되는 物을 賣却하고(이 때에 賣買代金의 支給이 融資(貸金)의 交付를 의미하게 된다), 一定期間 內에 乙이 甲에게 賣買代金을 返還하면 그 目的物을 찾아 갈 수 있는 것으로 約定하는 것과 같이, 信用의 授受를 賣買의 形式으로 행하고, 當事者 사이에 따로 債權·債務關係를 남기지 않는 것이다. 따라서 이 경우에는 甲은 乙에게 대하여 融資 즉 貸金(바꾸어 말하면 賣買代金)의 返還을 請求할 權利를 가지고 있지 않다.

(b) 또 하나의 形態는 甲과 乙이 消費貸借契約을 하고, 乙이 甲에게 대하여 그 消費貸借에서 생긴 債務의 擔保로서 所有權 기타의 財産權을 移轉하는 경우와 같이, 授受를 債權·債務의 形式으로 남겨두는 것이다. 따라서 이 경우에는 甲은 乙에 대하여 債務의 辯濟를

* 서울대학교 법과대학 敎授

請求할 權利를 가지고 있는 것이 된다.

이들 두 形態의 讓渡擔保(廣義) 중 前者 즉 (a)를 「賣渡擔保」(Sicherungskauf)라고 일컫고 後者 즉 (b)는 이를 「狹義의 讓渡擔保」(Sicherungsübereignung)라 하여 區別하는 것이 一般이다. 그리고 「賣渡擔保」의 모습에도 여러 가지가 있을 수 있으나, 從來 主로 이용되어 온 두 가지를 代表的인 것으로 든다. 「還買」와 「再賣買의 豫約」이 바로 그것이다. 이들은 어떤 法的 構成을 갖는 것으로 理解하는 것이 가장 適切할까? 이것이 이곳에서 論하려는 것이다. 筆者가 특히 이 問題를 들고 나온 데에는 그만한 理由가 있다. 還買와 再賣買의 豫約의 法律構成에 관한 종래의 判例나 多數說의 理論에 대하여 筆者는 일찍부터 不滿을 表示하고 새로운 理論을 提示해오고 있다⁽¹⁾. 이 機會에 이 問題를 좀 더 깊이 있게 다루어 보려는 것이다.

以上으로서 本論文의 焦點이 밝혀졌다고 생각하나 論述에 있어서 便宜上 다음과 같은 方法을 취하기로 하였다. 첫째로, 還買나 再賣買의 豫約의 目的物에 관하여는 現行法上 아무런 制限이 없으며 財產權이면 무엇이든 좋다. 그러나 去來의 實際에 있어서 보통 이용되고 또한 중요한 것은 「不動產」에 관한 還買와 再賣買의 豫約이다. 그러므로 여기서도 不動產을 目的으로 하는 것에 관하여서만 論述하기로 한다. 둘째로, 어떤 順序로 적어 나가느냐에 관하여는, 먼저 代表的인 近代民法典의 規制內容을 살펴보고 이어서 日本民法 즉 우리의 舊民法下에서의 理論을 본 다음에, 끝으로 現行民法下에서의 判例와 多數說의 理論을 檢討하고 아울러 私見을 밝히기로 한다. 이러한 論述順序를 택한 理由는 近代民法典의 規制內容이 日本民法 즉 우리의 舊民法下에서의 判例理論과 多數說의 形成・發展의 基礎가 되었고, 舊民法時代의 判例理論과 多數說은 現行民法下에서의 判例理論이나 多數說의 母體라고 할 수 있기 때문이다.

第二 佛蘭西와 獨逸의 立法例

現行法下에서의 賣渡擔保의 主要形態로서의 還買와 再賣買의 豫約이라는 두 制度가 形成・發展해 오는 데 있어서 決定的 役割을 한 것은 佛蘭西民法의 還買制度和 獨逸民法의 再賣買制度이다.

I. 佛蘭西民法上の 制度

佛蘭西民法은 還買制度에 관하여서만 規定할 뿐이고, 再賣買의 豫約에 관하여는 전혀 規定한 바 없다. 다만 同法 第1589條에서 「賣買의 豫約」(promesse de vente)을 規定하고 있으나, 이는 우리가 생각하는 豫約과는 전혀 다른 性質의 것이어서 여기서 言及할 값어치도 없다⁽²⁾. 要컨대 佛蘭西民法에는 우리가 말하는 賣渡擔保에 관한 것으로는 還買制度만이 있

(1) 郭潤直 著, 「債權各論」 220面 以下참조.

(2) C.C. Art. 1589—La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque

을 뿐이라고 말할 수 있다. 이를 간단히 紹介하면 다음과 같다.

佛蘭西民法은 「賣買」에 관한 章(第3編 第6章) 가운데에 「還買權」(la faculté de rachat)에 관한 1개 款을 두고, 모두 15개 條나 되는 많은 規定들(第1659條 내지 第1673條)을 두어서 還買에 관하여 規制하고 있다. 그리하여 佛蘭西民法에 있어서의 「還買」(rachat ou réméré)는 賣買契約과 同時에 행하여진 特約으로 賣渡人이 그가 받은 代金 및 契約上의 附隨의인 費用(이 費用에 관하여는 同法 第1673條가 자세히 規定하고 있음)을 買受人에게 返還해서 「賣買의 目的物을 도로 찾아 오는 것」(de reprendre la chose vendue)을 말하며(第1659條)⁽³⁾, 이러한 特約이 있는 賣買를 還買約款附賣買(vente a réméré)라고 일컫는다. 還買의 目的物에 관하여는 制限이 없으나, 還買期間은 5年을 넘지 않는 범위 안에서만 約定할 수 있을 뿐이다(第1660條·第1616條). 이러한 還買의 法的 構成에 관하여는 이를 「賣買契約의 解除」로 새기는 것이 判例·通說이며, 그 根據는 다음과 같다. 즉 還買에 관한 款이 들어 있는 곳은 賣買에 관한 章(第3編 第6章) 가운데의 第6節인데, 이 節의 題目이 「賣買의 無效와 解除」(De la nullité et de la résolution de la vente)로 되어 있을 뿐만 아니라, 同節의 總則的 規定이라고 할 수 있는 第1658條는 「……賣買契約은 還買權의 行使에 의하여……이를 解除할 수 있다」(.....la contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat.....)고 規定하고 있기 때문에, 還買를 賣買契約의 解除로 構成하는 것이 一般이다⁽⁴⁾.

II. 獨逸民法上의 制度

獨逸民法은 債權擔保의 目的을 위한 이른바 賣渡擔保의 한 形態로서 同法 第497條 내지 第503條에서 Wiederkauf라는 制度에 관하여 規制하고 있다. 이 Wiederkauf는 還買라고 새길 수도 있겠으나, 概念의 混同을 피하여 여기서는 일응 「再賣買」라는 用語로 表現해서 쓰기로 한다. 한편 獨逸民法에서는 豫約에 관한 規定을 찾아 볼 수 없다. 다만 學說上으로는 契約自由를 내세워서 豫約 따라서 賣買의 豫約도 얼마든지 有效한 것으로 인정하는 것이 一般이다⁽⁵⁾. 주의할 것은 그러한 豫約이 인정된다고 하여도 우리 法制에서와 같은 이른바 一方豫約이나 雙方豫約은 이를 알지 못하며, 그들이 생각하는 豫約은 언제나 이른바 片務

des deux parties sur la chose et sur la prix. 「賣買의 豫約은 目的物과 代金에 관하여 當事者 双方의 合意가 있을 때에는 賣買의 効力이 있다」.

- (3) C.C. Art. 1659—La faculté de rachat ou de réméré est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal, et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673. 「還買權은 賣渡人이 主된 代金を 返還하고 또한 第1673條가 定하는 償還을 하여 賣買의 目的物을 도로 찾아 올 것을 保留하는 約款으로부터 생기는 것을 말한다」.
- (4) C.C. Art. 1658—Indépendamment des cause de nullité ou de résolution déjà expliquées dans ce titre, et de celles qui sont communes à toutes les convention, le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat et par la vileté du prix. 「本章에서 이미 規定된 無效 또는 取消의 原因과 모든 合意에 共通한 無效 또는 取消의 原因 以外에 賣買契約은 還買權의 行使에 의하여 및 顯著한 代金の 低廉에 의하여 解除될 수 있다」.
- (5) Vgl. Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, 10. Aufl., Bd. 2, §305 Bem. 5.

豫約 또는 雙務豫約이라는 점이다. 이와 같이 豫約의 有效性이 인정된다 하여도 獨逸民法上 Wiederkauf 이외에 이른바 再賣買의 豫約과 같은 것이 去來界에서 이용되는 慣行을 찾아 볼 수 없다. 後述하는 바와 같이 Wiederkauf가 바로 우리가 말하는 再賣買의 豫約에 해당하는 것이기 때문이다. 어نگ든 獨逸民法上の 賣渡擔保라고 할 수 있는 Wiederkauf 즉 再賣買가 어떤 制度인지를 알아 보기로 한다.

獨逸民法은 그의 債權編(第2編)의 第7章「각종의 債權關係」의 첫머리에서「賣買와 交換」에 관하여 1개節을 두고, 그 第3款「특수한 賣買」(Besondere Arten des Kaufes) 속에 Wiederkauf라는 1개 項을 따로 마련하여 7개條를 配置하고 있다(第497條 내지 第503條). 이 獨逸民法上的의 Wiederkauf는 賣渡人이 賣買契約에서 一定期間 내에 賣買目的物을 도로 買受할 수 있는 權利 즉 Wiederkaufsrecht(再買權) 내지 Rückkaufsrecht(還買權)을 保留한 경우에, 이 權利를 行使함으로써 Wiederkauf(再賣買)를 成立시킬 수 있는 制度이다(第497條 I)⁽⁶⁾. 그리고 이와 같은 再買權(Wiederkaufsrecht)의 行使로 成立하는 當事者 사이의 法律關係는 最初의 賣買의 當事者의 地位가 正反對로 되는 새로운 賣買關係로 解釋되고 있다. 이러한 Wiederkauf 즉 再賣買의 目的物에는 制限이 없다. 본래 再買權은 債權의인 것이나, 目的物이 不動產인 경우에는 假證記(Vormerkung)를 함으로써 物權的인 것으로 할 수도 있다⁽⁷⁾. 그 밖에 留意할 점은 再賣買代金은 다른 特約이 없으면 처음의 賣買代金과 같은 것으로 보게 되고(第497條 II), 再買期間에 관하여 約定이 없으면 不動產은 30年 기타는 3年 내에 行使하여야 한다(第503條).

이와 같은 獨逸民法의 再賣買 즉 Wiederkauf의 法律構成에 관하여는 見解가 對立하고 있다. 判例·通說은 最初의 賣買와 동시에 停止條件附賣買契約이 締結되는 것으로 보고, 再買權者의 再買權의 行使로 條件이 成就되어 두번째의 賣買 즉 再賣買가 效力을 發生하는 것으로 새긴다⁽⁸⁾. 이에 대하여 少數說은 再買權을 一方的 意思表示에 의하여 그 內容이 미리 定하여져 있는 再賣買를 成立시킬 수 있는 形成權으로 보고, 이 權利의 行使에 의하여 비로소 再賣買關係가 成立하는 것으로 새긴다. 즉 再買權者가 그의 權利(再買權)를 行使하기 前의 法的 地位는 마치 拘束力있는 請約을 受領한 者의 法的 地位와도 같은 것이라고 본다⁽⁹⁾. 이와 같이 Wiederkauf 즉 再賣買의 法的 構成에 관하여 見解가 對立하고는

(6) BGB §497—(1) Hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrag das Recht des Wiederkaufs vorbehalten, so kommt der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form. 「賣渡人이 賣買契約에서 再買權을 保留한 때에는 賣渡人이 買受人에 대하여 再買權을 行使하는 表示를 하는 때에 再賣買는 成立한다. 이 表示에는 賣買契約에 관하여 定하여진 方式을 필요로 하지 않는다」.

(7) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II. Bd., S. 104.

(8) Larenz, a.a.O., S. 102.

(9) Larenz, a.a.O., S. 101.

있으나, 어느 說에 의하든 再買權의 行使로 두 개의 賣買가 같은 當事者 사이에 同一한 目的物에 관하여 있었던 것이 되고, 따라서 目的物의 所有權을 最初의 賣買에 의하여 賣渡人으로부터 買受人에게 移轉하나, 두번째의 賣買 즉 再賣買에 의하여 다시 買受人(즉 最初賣買의 買受人. 그는 동시에 두번째 賣買의 賣渡人이다)으로부터 賣渡人(즉 最初賣買의 賣渡人. 그는 동시에 두번째의 賣買의 買受人이다)에게 移轉하게 되는 점에서는 같다. 바로 이 점에서 佛蘭西民法上の 還買과 크게 다르고 對照的이다.

第三 日本民法下에서의 賣渡擔保

日本民法下에서는 賣渡擔保로서 「買戻」라고 일컬어지는 還買과 再賣買의 豫約의 두 가지가 인정되고, 去來界에서 모두 이용되고 있다. 그러나 還買 즉 買戻 보다는 再賣買의 豫約이 주로 이용되어 왔다. 이들 制度가 어떻게 인정되고 規制되어 있으며, 그 法律構成이 어떤 것인지를 보기로 한다.

I. 買戻(還買)制度

日本에서는 民法典이 制定되기 훨씬 前부터 買戻特約附賣買가 널리 행하여졌고, 또한 그것은 債權擔保의 方法으로 이용되었다고 한다. 이러한 事情이 있었기 때문에 民法을 制定할 때에 買戻에 관하여 規定을 두게 되었음은 당연한 일이었다. 그러나 그 買戻를 어떻게 規制하느냐에 관하여는 傳來의 慣行만을 고려하지 않고, 既述한 佛蘭西民法의 還買(rachat; réméré)에 관한 規制를 많이 參考로 하였다. 그리하여 成立한 것이 日本民法 第579條 내지 第585條의 規定이다⁽¹⁰⁾.

日本民法上の 還買制度인 買戻는 어떤 法的 構成을 지니는 것으로 規制되었을까? 同法 第579條 本文은 다음과 같이 規定한다.

第579條 [買戻의 特約] 不動産의 賣渡人은 賣買契約과 同時에 한 買戻의 特約에 의하여 買受人이 支給한 代金 및 契約의 費用을 返還해서 그 賣買를 解除할 수 있다.

이 規定을 통해서 日本民法上の 買戻는 原賣買의 「解除」라는 法律構成을 취하고 있음을 알 수 있다. 따라서 買戻權 내지 還買權의 法律的 性質은 契約解除權이라는 것이 된다. 學說로서는 買戻라는 것이 目的物인 不動産所有權을 도로 찾아오는 것을 目的으로 하는 것이라는 점을 強調하여 買戻權은 이를 일종의 「物權取得權」으로 보아야 한다는 少數說이 있기는 하나, 判例・多數說은 위와 같이 買戻權을 契約解除權으로 새기고 있다⁽¹¹⁾. 어떻든 日本民法은 買戻를 解除로 보기 때문에 解除權의 行使의 결과 생기는 原狀回復의 문제가 있게 된다. 그러나 日本民法은 이에 若干의 修正을 加해서 買戻權의 行使에는 解除의 意思表

(10) 日本「注釋民法」(14) 303~304면.

(11) 日本「注釋民法」(14) 310~311면.

시단으로는 不足하고, 그 밖에 賣買代金과 契約費用을 提供하여야 한다든가(第583條), 買戾의 特約을 登記하면 買戾의 效力이 第3者에게도 생기는 등의 規定(第581條)을 두고 있다. 요컨대 基本的으로는 買戾를 「解除」로 보는 原則을 貫徹하되, 이를 若干 修正하고 있는 것이다. 그 밖에 買戾에 관한 規定으로서 留意할 만한 것은 買戾의 特約을 할 수 있는 것은 「不動產」의 賣買에 限하고(第579條 本文), 買戾期間은 當事者의 約定으로 定하는 경우에는 10年을 넘지 못하고, 特約이 없는 때에는 5年 내에 買戾를 하여야 한다는 制限規定이 있다(第580條).

II. 再賣買의 豫約

再賣買의 豫約은 例컨대 甲이 乙에게 不動產을 賣却하면서 將次 一定한 代金을 支給하고 그 不動產을 다시 乙로부터 甲에게 賣却할 것을 豫約하는 것이다. 이러한 再賣買의 豫約에 관하여 日本民法은 아무런 規定도 두고 있지 않다. 그러나 第556條 I項에서 「賣買의 一方의 豫約은 相對方이 賣買를 完結하는 意思를 表示한 때로부터 賣買의 效力이 생긴다」고 規定함으로써 이른바 賣買의 一方豫約에 관한 規定을 두고 있다. 바로 이 規定에 의하여 일찍부터 再賣買의 豫約도 얼마든지 可能하다는 것이 인정되었고, 실제로 있어서 去來界에서는 既述한 買戾 보다는 훨씬 빈번히 이용되고 있다. 이와 같이 日本의 去來界에서 이른바 賣渡擔保로서 買戾 보다는도 再賣買의 豫約이 훨씬 많이 이용되는 이유는, 既述한 바와 같이 買戾에 관하여는 여러 嚴重한 制約이 따르기 때문에 不便을 느끼게 되자, 그러한 制約을 받지 않는 再賣買의 豫約이 널리 이용되게 되었던 것이다. 그리하여 再賣買의 豫約이나 買戾나 모두 그 經濟的 機能은 같은 것이지만, 學說・判例에 의하여 兩者는 併存할 수 있는 것으로 인정되어 있다.

再賣買의 豫約을 한 경우에 本契約은 언제 成立하는가? 이 점에 관하여 判例와 學說은 對立하고 있다. 判例는 豫約完結權 내지 賣買完結權을 가지는 當事者의 賣買完結의 意思表示에 의하여 本契約인 再賣買는 成立하는 것으로 새긴다⁽¹²⁾. 이러한 判例에 贊成하는 見解도 상당히 有力하나, 學說로서는 再賣買의 豫約을 停止條件附賣買로 파악하는 것이 多數說이라고 할 수 있다. 이 說에 의하면 豫約完結權者의 豫約完結의 意思表示를 停止條件으로 하는 賣買가 豫約當時에 成立하는 것으로 새기는 것이다⁽¹³⁾. 말하자면 既述한 獨逸의 多數說과 少數說이 각각 日本에서도 多數說・少數說로 되어 있는 것이다. 다만 獨逸의 判例는 多數說에 加擔하나, 日本의 判例는 少數說에 따르고 있는 差異가 있다.

第四 우리의 現行民法下에서의 賣渡擔保

現行 民法上 賣渡擔保의 主要形態로서 還買와 再賣買의 豫約이라는 두 가지가 모두 인정

(12) 日本「注釋民法」(14) 94면

(13) 日本「注釋民法」(14) 94~95면

되며, 兩者는 日本民法 즉 이른바 依用民法에 있어서와 마찬가지로 併存한다는 점에 관하여는 異說이 없다. 現行民法에는 賣買의 豫約에 관하여 日本民法 第556條와 꼭 같은 內容의 規定이 第564條로서 두어져 있고, 또한 還買에 관하여서도 第590條 내지 第595條를 두어 이를 規制하고 있기 때문이다. 이들 規定에 의하여 現行法上 還買와 再賣買의 豫約은 어떤 法律構成을 갖는 것으로 되는지를 차례로 檢討하기로 한다.

I. 還買의 法律構成

還買에 관한 現行民法의 規定과 日本民法 즉 依用民法의 그것과를 비교할 때, 여러 差異를 볼 수 있다. 그 目的物에 있어서 不動產에 限하지 않고(第590條·第591條 참조), 還買代金は 原賣買의 代金과 반드시 同額이어야 하는 것은 아니며(第590條 I, II 참조), 還買期間도 依用民法에서보다 短縮되어 있다(第591條). 그러나 무엇보다도 注目할 差異點은 依用民法인 日本民法 第579條 本文에 相當하는 民法 第590條 1項의 內容이다. 이 規定은 還買의 法律構成에 있어서 決定的 意義를 갖는 것이다. 比較의 편의상 두 規定을 引用하면 다음과 같다.

韓國民法 第590條 ① 賣渡人이 賣買契約과 同時에 還買할 權利를 保留한 때에는 그 領收한 代金 및 買受人이 負擔한 賣買費用을 返還하고 그 目的物을 還買할 수 있다.

日本民法 第579條 不動產의 賣渡人은 賣買契約과 同時에 한 買戻의 特約에 의하여 買受人이 支給한 代金 및 契約의 費用을 返還해서 그 賣買를 解除할 수 있다.

가장 두드러진 差異는 日本民法은 「賣買를 解除할 수 있다」고 하고 있는 데 대하여, 우리 民法은 「目的物을 還買할 수 있다」고 定하고 있는 점이다. 法文上 이러한 差異가 있는 現行法上의 還買는 어떻게 法律的으로 構成되는가? 이에 관한 判例은 아직 찾아 볼 수 없고, 學說은 對立하고 있다.

多數說은 還買를 賣買契約의 解除로 본다. 바꾸어 말하면 還買를 解除權保留附賣買의 일종으로 보는 것이 現在의 多數說이다⁽¹⁴⁾. 위에서 살핀 바와 같이 法文上 還買를 賣買契約의 解除로 表現하고 있지 않음에도 불구하고, 日本民法의 解釋上의 多數說과 같이 還買를 解除로 보는 根據는 무엇인가? 유감스럽게도 이렇다 할 根據를 提示하고 있는 분은 없다. 다만 「……民法의 法文上으로는 分明하지 않으나, 民法이 “……還買할 權利를 保留한 때에는……還買할 수 있다”라고 하고 있는 것을, 論理的으로 理解하면, 結局 解除權의 保留라는 手段을 取하여 還買할 수 있다는 趣旨로 解하여야 한다」고 적고 있는 분이 있으나⁽¹⁵⁾, 이는 還買를 解除라고 하는 主張의 根據는 되지 못한다. 「還買할 權利」가 곧 「解除權」이라는 것은 극히 非論理的이며 飛躍에 지나지 않기 때문이다. 생각컨대 日本의 多數說이 還買

(14) 金曾漢·安二濬 編著, 「新債權各論」(上) 268면; 金顯泰 著, 新稿「債權法各論」146, 147면; 李太載 著, 「債權各論新講」202면; 金錫宇 著, 「債權法各論」208면 등.

(15) 金曾漢·安二濬 編著, 前掲書 268면.

즉 그들이 말하는 「買戻」를 賣買의 解除로 새기는 根據는, 日本民法 第579條의 法文上 분명히 賣買의 「解除」라고 表現하고 있고, 이 解除를 日本民法上의 解除(第540條 以下)라고 새기더라도 아무런 解釋上의 支障이 없기 때문이다⁽¹⁶⁾. 그러나 우리 民法 第590條 1項은 法文上 「解除」라는 用語를 전혀 쓰지 않고 있다. 그럼에도 불구하고 還買를 賣買契約의 解除라고 새기는 多數說은 日本民法 解釋上의 多數說에 盲目的으로 追從하는 것이라고 밖에 볼 수 없다. 비록 日本民法이 相當한 期間 동안 依用되었고, 또한 우리의 現行民法이 依用된 日本民法을 바탕으로 하고는 있지만, 法文上 전혀 다른 우리의 還買를 日本의 買戻에 있어서와 같이 새겨야 할 理由나 根據는 없다고 생각한다. 多數說은 不當하며, 도저히 贊成할 수 없는 것이다.

한편 少數說은 다음과 같이 主張한다. 還買는 보통의 解除와는 달라서 그 效果는 賣買契約의 解消보다는 오히려 目的物을 도로 찾는다는 데로 向하여져 있는 것이다. 民法도 舊民法과 달라서 解除라는 말을 사용하고 있지 않다. 따라서 還買權은 物權의 效力이 생기는 物權의 取得權인 性質을 갖는 것이며, 이 還買權의 行使로 賣買契約은 解消되고 舊 所有權은 賣渡人에게 復歸한다. 즉 第187條의 法律의 規定에 의한 物權變動이 일어난다고 한다⁽¹⁷⁾. 이 說은 肯認할 수 있는 것일까? 자세히 檢討해 볼 때, 이 主張은 還買의 法律構成의 問題와 還買權의 法律의 性質의 問題를 混同하고 있는 根本的 잘못에 빠져 있다. 그것은 日本의 一部の 學說에 대한 충분한 理解없이 함부로 이를 우리 民法의 解釋論으로 들고 나온 것이며, 참으로 어처구니없는 것이다. 이 점을 밝혀 보면 다음과 같다.

既述한 바와 같이 日本에서는 그들의 買戻를 賣買契約의 解除라는 法的 構成을 갖는 것으로 새기는 것이 一般이다. 이러한 立場에 선다면 買戻權은 곧 契約解除權이라는 것이 된다. 그렇다면 당연히 解除에 관한 規定을 이 買戻權에도 適用하여야 한다는 것이 된다. 바로 이 점에 不滿을 품고 나오게 된 것이 買戻權을 物權取得權이니 또는 物權의 取得權이니 하는 主張인 것이다. 買戻權에는 解除에 관한 規定을 適用할 것이 아니라, 物權을 取得할 수 있는 權利라는 意義에 있어서의 物權取得權으로서의 法理에 따르게 하여야 하며, 특히 登記된 買戻權에 관하여는 物權의 取得權으로서 物權에 관한 法則을 類推適用하여야 한다는 것이 이 主張의 要點인 것이다. 具體的으로는 買戻權의 讓渡·目的不動產의 轉得의 경우 등에서 어느 說(解除權說과 物權取得權說)을 취하느냐에 따라서 差異가 있게 된다고 한다⁽¹⁸⁾. 이와 같이 買戻權을 物權取得權 또는 物權의 取得權으로 본다고 하여도, 그것이 解除權의 一種이라는 점에는 變함이 없으며, 따라서 買戻의 法律構成을 契約解除로 보는 데는 다른이 없는 것이다. 요컨대 이 主張은 買戻의 法律構成은 解除이지만, 買戻權은 단순한

(16) 日本「注釋民法」(14) 310면.

(17) 崔 棻著, 「新債權法各論」 139, 140면; 金基善 著, 「韓國債權法各論」 154면.

(18) 日本「注釋民法」(14) 311면.

解除權이 아니라는 것이며, 따라서 그것은 買戻의 法律構成의 理論이 아니라 買戻權의 法律的 性質에 관한 것이다. 바로 이러한 日本의 學說을 가지고 우리 民法上의 還買의 法律構成을 說明하려는 것이 위에 들은 少數說이다. 이 少數說이 얼마나 잘못된 것이냐는 이 이상의 긴 설명이 필요하지 않을 것이다. 그 밖에도 잘못은 있다. 少數說은 還買權의 行使로 賣買契約은 解消되고 곧 所有權은 賣渡人에게 復歸하며, 말하자면 民法 第187條의 法律的 規定에 의한 物權變動이 일어난다고 한다. 이는 物權變動의 理論과 契約解除의 效果에 관한 認識不足을 端的으로 表現하는 主張이다. 우리 民法의 어디에도 還買權의 行使로 곧 物權變動이 일어난다는 것을 밝히는 規定은 있지 않다.

이상에서 자세히 檢討한 바와 같이 還買의 法律構成에 관하여 주장하는 여러 見解는 모두 不當하며, 그 어느 것에도 贊成할 수 없다. 還買은 이를 어떻게 法律的으로 理論構成하여야 하는가? 私見은 다음과 같다.

基本的으로 獨逸民法上의 Wiederkauf 즉 再賣買에 있어서와 같이 理論構成하는 것이 가장 妥當하다고 생각한다. 既述한 바와 같이 獨逸民法의 Wiederkauf는 再買權(還買權)의 行使로 原賣買의 當事者 사이에서 그 原賣買의 目的物에 關하여 두번째의 賣買 즉 再賣買를 成立시키는 것이다. 따라서 成立하는 再賣買에 있어서는 原賣買에 있어서의 當事者의 法的地位가 正反對로 되게 된다. 그리고 再賣買에 의하여 原賣買는 아무런 影響도 받지 않음은 물론이다. 現行法上의 還買을 이와 같이 法律構成하는 것이 가장 適切하다고 생각하는 根據는 다음과 같다. 여러번 指摘한 바와 같이 民法 第590條 1項은 舊民法이나 佛蘭西民法에 있어서와는 다르게 還買을 賣買契約을 解除한다는 表現이 전혀 없고, 다만 「還買할 수 있다」로 되어 있을 뿐이다. 還買할 수 있다는 말의 뜻은 두말할 것 없이 「다시 살 수 있다」는 뜻이며, 이는 原賣買는 아무런 影響을 받지 않고 그대로 有效한 것으로 하고, 이러한 前提下에 두번째의 賣買 즉 再賣買를 成立시킬 수 있다는 뜻으로 보아야 한다. 말하자면 還買은 原賣買를 일응 완전히 履行한 후에 다시 目的物의 所有權을 原賣買의 賣渡人에게 復歸케 하는 手段으로서 인정되는 것이다. 물론 所有權復歸의 方法은 原賣買의 解除에 의하여서도 이를 수 있으나, 이러한 構成을 하게 되면 原賣買는 완전히 그 效力을 잃게 된다. 이러한 再賣買의 構成과 解除의 構成 사이의 差異는 前者가 現行法上의 還買의 構成에 훨씬 適切한 것임을 보여준다. 이와 같이 民法上의 還買을 獨逸民法上의 Wiederkauf와 마찬가지로 構成한다면, 還買權保留附 賣買는 바로 두번째의 賣買 즉 再賣買의 豫約이라고 할 수 있다. 나는 民法의 還買은 그 性質에 있어서 再賣買의 豫約과 같으며, 그것의 특수한 것이라고 보고 싶다. 還買을 이와 같이 본다면 이른바 還買權도 일종의 賣買完結權 내지 豫約完結權의 性質을 갖는 것으로 보게 된다.

II. 再賣買의 豫約의 法律構成

우리 民法은 앞에서 본 還買 이외에는 따로 再賣買의 豫約에 關하여 規定하고 있지 않다.

그러나 民法 第564條에서 이른바 賣買의 一方豫約에 관하여 規定하고 있다. 바로 이 規定을 바탕으로 해서 再賣買의 豫約도 얼마든지 可能하다는 데 異說이 없다. 그 根據는 물론 契約自由의 原則이다.

再賣買의 豫約을 한 경우에 本契約은 언제 成立하는가? 이에 관하여는 獨逸과 日本에서 각각 多數說과 少數說이 對立하고 있음은 既述하였다. 즉 多數說은 再賣買의 豫約을 停止條件附賣買로 본다. 바꾸어 말하면 豫約完結權者의 豫約完結의 意思表示를 停止條件으로 하는 賣買가 豫約 당시에 成立하는 것으로 본다. 그리고 豫約完結의 意思表示가 있으면 條件의 成就로 本契約은 效力을 發生한다고 한다. 이에 대하여 少數說은 豫約完結의 意思表示로 비로소 本契約은 成立하는 것으로 새긴다. 現在 우리 나라에서는 停止條件附賣買로 새기는 것이 一般이다⁽¹⁹⁾. 이러한 通說에 대하여 종래 나는 다음과 같이 새기고 있었다. 즉 賣買의 一方豫約이 있더라도 本契約인 賣買는 아직 成立하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 本契約은 이미 成立하였으나, 다만 그 效力의 發生이 條件의 成就에 의하여 左右되는 停止條件附賣買와 同視하는 것은 不當하다. 豫約과 停止條件附契約과는 그 性質이 다르며, 다만 法律의 規定에 의하여 停止條件附賣買에 있어서와 같은 效果가 생기는 데 지나지 않는다. 즉 兩者는 그 性質이 같지 않으며, 다르다. 賣買의 一方豫約도 豫約의 一種이며, 다만 停止條件附賣買에 있어서와 같은 效果가 생기는 특수한 豫約인 데 지나지 않는다⁽²⁰⁾. 그러나 이러한 종래의 主張은 理論적으로 滿足할 만한 것이 못된다고 생각한다. 獨逸의 少數說과 같이 豫約完結權을 一方的 意思表示에 의하여 本契約을 成立시킬 수 있는 形成權으로 보고, 이 權利의 行使로 本契約은 成立하게 된다고 새기는 것이 옳다고 생각한다.

Ⅲ. 兩者의 關係

現行法上 還買와 再賣買의 豫約은 兩者가 併存하는 것으로 새기는 데 異說이 없다. 또한 兩者의 經濟的 機能도 같다. 그리고 위에서 檢討한 바와 같이 還買는 再賣買의 豫約으로서의 構成을 갖는 것으로 보아야 한다고 하였다. 그렇다면 兩者는 어떤 關係에 있는가? 잠시 兩者를 比較해 보기로 한다. 兩者의 差異에 관하여 생각할 수 있는 要素로서 契約의 同時性・代金の 同額性・存續期間의 制限・登記의 存否의 네 가지를 들 수 있다. 차례를 살펴 본다.

(1) 契約의 同時性

還買의 特約은 賣買契約과 동시에 하여야 한다(第590條 I). 그러나 再賣買豫約에는 그러한 制約이 없다(契約自由). 따라서 賣買契約보다 후에 행하여진 還買의 特約은 民法上의 還買로 인정될 수 없고, 再賣買豫約으로서의 效力을 가질 뿐이다. 이 점에서 兩者 사이에는

(19) 金曾漢·安二濬 編著, 前掲書 211면; 金顯泰 著, 前掲書 107면; 金基善 著, 前掲書 131면; 李太載 著, 前掲書 164면 등.

(20) 郭潤直 著, 前掲書 177면.

差異가 있는 것 같이 보이나, 賣買契約과 동시에 한 特約이 모두 民法上의 還買이라고는 할 수 없음을 留意하여야 한다. 再賣買豫約도 原賣買와 동시에 행하여지는 일이 많으며, 오히려 그것이 보통이다. 따라서 이 점에서는 兩者 사이에 根本的 差異가 있다고 할 수 없다.

(2) 代金の 同額性

還買의 代金은 原賣買의 代金에 限定되며, 다만 買受人은 그 밖의 契約費用의 返還도 인정된다(第590條 I). 그러나 民法은 還買代金の 同額性을 고집하고 있지는 않으며, 代金에 관한 特約의 效力을 인정한다(第590條 II). 再賣買의 豫約에는 처음부터 그러한 制限이 없고, 契約自由의 原則에 의하여 再賣買의 代金은 自由로이 定할 수 있다. 따라서 代金の 同額性이라는 점에서도 兩者 사이에 差異가 없다고 할 수 있다.

(3) 存續期間의 制限

還買의 期間은 不動產은 5年, 動產은 3年으로 制限되나(第591條), 再賣買豫約에 관하여는 아무런 制限規定이 없으므로 豫約完結權의 存續期間은 當事者가 自由로이 特約할 수 있다.

(4) 登記의 存否

還買에 관하여는 目的物이 不動產인 때에는 賣買登記와 동시에 還買權의 保留를 登記하는 것이 인정되나(第592條), 再賣買豫約에 관하여는 그러한 規定이 없고, 다만 一般請求權의 保全問題로서 假登記를 할 수 있을 뿐이다. 여기서 登記의 有無는 兩者 사이의 가장 主要한 差異點이라고 할 수 있다. 그러나 登記없는 不動產還買도 얼마든지 인정되기 때문에 決定的 差異라고는 할 수 없다.

이상의 比較를 통해서 우리는 還買과 再賣買豫約은 그 根幹에 있어서 같으나, 단순히 枝葉의 점에서 若干의 差異가 있을 뿐이라고 말할 수 있다. 그렇다면 立法政策의 문제로서 兩者를 統一的으로 規律하는 것이 妥當할 것이며, 또한 解釋論으로서도 統一的 方向으로 나아가는 것이 타당할 것이다. 이러한 見地에서도 民法의 還買은 再賣買의 豫約의 一種이며, 특수한 再賣買豫約이라는 主張은 是認되어야 한다. 요컨대 우리 民法은 舊民法上의 이른바 「買戻」라는 制度를 없애고, 그에 갈음하여 再賣買의 豫約을 「還買」라 하여 規定하고 있는 것이라고 할 수 있다. 다만 契約自由이기 때문에 民法이 規定하는 還買와는 枝葉的으로 다른 內容의 再賣買의 豫約을 하는 것은 상관없음은 물론이다.