

金曾漢著「物權法」(眞一社刊)

金 容 漢*

一. 法은 人間社會의 所産이다. 그러나 그것은 固定된 것일 수 없고, 具體的인 문제의 合理的인 解決을 위해서는 變化하는 社會經濟事情을 고려하여 종래의 理論構成을 再吟味하여야 할 경우가 많다. 物權法도 그 例外는 될 수 없다. 物權法은 장구한 人間歷史의 潮流 속에서 의연히 스스로를 지키면서 萬人의 經濟生活에 대한 規律을 담당하여 왔으나, 오늘날 個人生活이 지니는 意味와 內容이 主觀的·客觀的으로 變質하는 데 따라서 그 歷史性도 變質을 겪지 않을 수 없게 되었다. 그것은 우리들의 生活關係의 舞臺의 變化가 法的 規律에 있어서의 原理的 進展을 요구하고 있기 때문이다. 金曾漢教授께서 과거 20餘年에 걸쳐 우리나라 物權法學의 盤石을 이루고 있었던 「新物權法, 上·下卷」의 舊著을 완전히 벗어나서 이번에 중후하고도 치밀한 新著 「物權法」의 力作을 公刊하게 된 動機도 곧 여기에 있는 것으로 짐작된다. 著者は 우리나라 法學界의 泰斗이며, 특히 民法學分野의 理論에 있어서 일찍부터 先導的인 役割을 담당하여 왔을 뿐만 아니라 學會活動에 있어서도 언제나 求心的인 位置를 차지하고 있음은 이미 周知의 事實이다.

新著 「物權法」은 定評있는 著者の 全訂既刊 「民法總則」·「債權總論」에 뒤이어 著者が 그동안 특히 力點을 두고 研究를 거듭하여 온 物權法學의 總決算이라고도 할 수 있을 것이다. 우선 新著의 體裁를 舊著과 비교할 때, 몇가지의 현저한 差異를 지적할 수 있다.

즉,

① 舊著가 上·下 2卷으로 되어 있던 것을 新著는 單卷으로 綜合하였다. 그러나 그 內容에 있어서는 더욱 풍부함을 느낄 수 있는만치 讀者로서는 많은 不便을 들게 되었다.

② 國內의 物權法書는 물론, 獨逸을 비롯한 스위스·프랑스·日本 등의 주요한 參考文獻을 망라하고 있다. 특히 國內外의 關聯論文까지도 紹介하고 있는 점은 이 方面의 專攻研究를 위하여 좋은 資料가 될 것이다.

③ 民法施行以來의 大法院의 判例를 最大限으로 적절히 引用하고 있다. 判例理論이 重要視되고 있는 오늘날, 判例集을 달리 찾아 볼 필요조차 없게 하고 있는 新著는 讀者들로 하여금 時間과 精力을 節約하게 함에 들림있다.

④ 「物權法講義에 있어서 그 核心을 이루면서 가장 難解한 問題가 物權變動理論」이고

* 建國大學校 行政大學院長

「이것은 동시에 財産法 全體의 基底를 이루는 것이」(머리말)란 관점에서 이 문제를 占有權과 所有權에 앞서 다루고 있다.

(5) 많은 書式을 삽입하고 있다. 예컨대 「物權變動理論은 社會의 去來現實에 입각하여 立論해야 한다」(머리말)는 所信아래 賣買契約書와 賣渡證書의 書式을 첨가하고 있다. 附錄으로 제공하는 和解調書·不動產登記所一覽表·不動產登記記載例 등도 著者의 이러한 意圖의 표현이라고 할 수 있겠다.

(6) 오늘날 提訴前和解의 方法으로 많이 행해지고 있는 假登記擔保를 理論적으로 整序하고 있다. 이것은 우리나라 講義書로서는 첫 試圖로서, 「그러한 것이 빠진다면 그것은 社會現實에서 멀리 떨어진 것이 되고」(머리말) 만다고 지지하다시피 新著를 執筆함에 있어서 著者가 보인 意欲의인 姿勢를 立證하는 一例가 될 수 있을 것이다.

이하에서는 章別에 따라서 新著에서 취급되고 있는 현저한 점을 浮刻시켜 吟味해 보기로 한다.

二. 「第1章 序論」에서는 物權에 관한 일반적인 基礎理論을 펴고 있으나, 그러면서도 物權 내지 物權法制度의 現實의 意義를 機能的인 면에서 批判하는 태도를 잊지 않고 있다. 예컨대 物權主義를 近代私法의 原子論의 構造의 일면이라고 하고 「그 결과 現代에 있어서 多數人이 결합하여 하나의 單位로서 活動하고 多數의 物件이나 權利가 결합하여 하나의 經濟的 單位로서 機能을 발휘하는 것이 通常的 現象인데도 불구하고 그러한 관계를 法이 있는 그대로의 모습으로 파악하지 못하는 계단이 있다」(3면)고 함으로써 近代私法이 지니는 가장 큰 缺陷의 하나를 예리하게 관찰한다. 한편 物權法體系論과 관련해서는 物權的 請求權의 性格·物權關係와 債權關係의 結合·擔保物權의 效能·物權의 債權化·財産權의 包括化 등을 구체적으로 설명함으로써(6면) 실제에 있어서는 物權이 債權으로부터 완전히 분리되어 존재한다는 것은 거의 不可能하다는 것을 強調한다. 이 부분은 物權의 現實的 機能을 이해하는 데 도움이 될 뿐만 아니라 財産權의 全分野에 걸친 문제의 提起로서의 含蓄을 느끼게 한다.

物權의 本質에 관해서는 物權絕對性·債權相對性說과 權利不可侵性說의 對立에 있어서 前說을 지킨다. 이 문제는 특히 「第三者에 의한 債權侵害」와 관련하여 중요한 意味를 지니게 된다. 著者는 이에 관하여 獨逸의 通說을 引用함으로써 「第三者의 債權侵害가 不法行爲 내지 不當利得으로서 損害賠償義務를 발생시키는 것을 인정하나」 「絕對權이라는 概念을 모든 사람에 대하여 주장할 수 있는 權利, 相對權이라는 概念을 特定人에 대해서만 주장할 수 있는 權利로 이해한다면」 「物權은 絕對權, 債權은 相對權으로서 對比된다」(14면)고 한다. 評者로서도 第三者에 의한 債權侵害를 인정하는 理由만으로써는 物權絕對性·債權相對性說을 否定하기 위한 충분한 論據는 될 수 없는 것으로 생각한다. 物權的 請求權이 消滅時效에 걸리는가의 여부에 관해서는 否定說을 취한다. 그러나 所有權이외의 制限物權에 의

거한 物權的 請求權까지도 消滅時效에 걸릴 수 없다고 斷定한다면 贊成하기 어려운 疑問을 안겨 주게 될 것이다. 그리고 成文法上의 物權과 慣習法上의 物權과의 관계에 대해서는 제 185조를 「제 1 조에 대한 중요한 例外」라 하고 「物權에 관하여 이와 같은 例外은 인정한 것은 物權法에 있어서는 債權法에 있어서보다 傳統의 힘이 특히 강하기 때문이」(25면)라고 설명함으로써 文理에 충실한 태도를 보이고 있다.

著者が 開拓的으로 導入한 物權的 期待權의 理論이 物權의 種類에서 이미 그 모습을 드러내고 있는 점은 이에 관한 著者の 學問的 信念이라고 풀이하여도 좋을 것이다. 著者は 物權的 期待權의 形式的 段階性 내지 時間的 過程性으로서 그 本質을 파악하고, 나아가서는 假登記된 權利와의 差異를 지적하는 한편, 그 效力에 관해서도 論及하고 있다. 그리고 讓渡擔保를 讓渡擔保「權」으로 보지 않기 때문에 이를 物權의 種類에서 除外하고 있는 점은, 權利概念을 어떻게 구성할 것인가란 관점에서 關心을 기울이지 않을 수 없다.

三. 「第 2 章 物權의 變動」에서는 著者が 특히 이 부분에 力點을 두고 있는 자취가 歷然하다. 制度와 理論을 社會實際에 비추어 吟味하고 法史的 내지 比較法的인 考察에 의거하여 치밀한 分析을 펴하고 있다. 讀者로 하여금 著者の 人間과 學問을 짐작케 하는 데 不足함이 없는 부분이라고 믿는다.

우선 公信의 原則에 관하여 著者は 그것은 「일면 去來의 安全을 保護하는 利益을 가」지만, 이 利益은 본래의 眞實한 權利者의 利益을 犧牲으로 하여 획득한 것이기 때문에 「이 不利益의 反面도 看過할 수 없다. 여러가지의 法律關係에 관하여 이 兩面의 利害를 가장 調和시키도록 힘써야」(37면) 한다고 함으로써 立法論 내지 解釋論의 方向을 제시하고 있다. 그러면서도 오늘날 社會一角에서 物議를 빚고 있는 登記의 公信力에 관해서는 「우리나라의 法制에 있어서는 民法이 形式主義를 취함으로써 物權變動이 있는 경우에 이것을 登記하는 確實性은 종래보다 높아지리라 기대되지만, 아직도 登記簿 자체가 상당히 불완전할 뿐더러, 不實한 登記가 행해질 可能性도 적지 않」기 때문에 「이러한 實情 밑에서는 登記簿에 公信力을 부여하는 것은 아직도 時期尙早라고」(38면) 結論을 내린다. 또한 著者は 意思主義로부터 形式主義의 轉換이 비단 物權變動理論으로서 뿐만 아니라, 代物辨濟의 豫約·債權讓渡 등에 관한 解釋論에 대해서도 커다란 영향을 미칠 것을 示唆하고 있다.

物權變動에 관하여 學說上 가장 근본적이고도 현저한 對立을 이루고 있는 것이 物權行爲의 獨自性·無因性理論일 것은 말할 나위 없다. 著者は, 獨自性否定說이 근거로 삼는 去來實際와 登記原因에 대하여 說得力 있는 批判을 가한다. 즉 著者は 一般社會에서 慣用되고 있는 賣渡證書의 樣式을 實證的으로 제시함으로써 그 文言을 통하여 賣渡證書의 交付가 所有權移轉의 合意에 지나지 않는 것이란 意思解釋의 作業을 하는 한편, 그러한 賣渡證書의 接受가 곧 登記原因이 되는 것이라고 分析한다. 그리하여 결국 物權行爲의 獨自性은 「이것을 인정하는 것이 社會一般의 去來意識과 부합하고」 그 밖에도 「物權行爲의 無因性을 인정

하기 위하여 그 전제로서 獨自性을 인정하여야 하며, 또 「物權的 期待權論을 내세우는 데도 獨自性을 인정하는 것이 그 土臺가 된 것이」(57면)라고 明快한 理論을 展開하고 있다. 또한 物權行爲의 無因性에 관해서는 無因論・有因論의 實際的 差異를 검토하고 그 無因性을 주장하면서 國內學說이 들고 있는 理由이외에 「原因行爲가 無效이거나 取消되는 경우에 取消의 意思表示만으로 당연히 所有物이 최초의 讓渡人에게 復歸한다고 하는 것이 社會一般의 去來觀念이나, 아니면 受領한 賣買代金を 返給하고 登記名義도 최초의 讓渡人에게 되돌아가야 비로소 所有權이 復歸한다고 하는 것이 社會一般의 去來理念이나, 後者라고 생각한다」(63・64면)고 斷定함으로써 讀者로 하여금 共感을 느끼게 한다.

出捐財産의 法人歸屬문제에 관해서는 「그 移轉에 아무런 形式을 필요로 하지 않는 財産權은 法人의 成立 또는 設立者의 死亡時에 당연히 法人에 귀속되지만, 不動產物權과 같이 그 移轉에 登記를 요하는 것은」 「登記를 한 때라고 해석」(77면)함으로써 著者는 종래의 見解를 지키면서 「제48조 제1항이 出捐財産은 財團法人의 成立時에 法人에 속한다고 하는 뜻은, 不動產에 관한 한, 不動產物權의 移轉請求權과 設立者에게 信託的으로 속하고 있는 出捐不動產에 대한 受益者로서의 權利가 法人成立時에 法人에 귀속한다」(79면)고 理論構成을 한다. 이 점에 관해서는 評者로서는 異見이 있지만, 著者의 종래의 學說이 크게 補強되었다는 점은 틀림이 없다.

物權的 合意와 登記에 관한 설명에 뒤이어 物權的 期待權이 本格的으로 취급되고 있다. 著者는 여기서 「완전한 權利의 取得을 위한 要件중 一部는 이미 實現되어 있으나 아직 實現되어 있지 않은 者의 權利取得의 展望」이란 獨逸에 있어서의 期待權理論의 導入을 強調하고, 「物權的 合意까지 마쳤으나 아직 登記를 하지 않은 者의 法的 地位를 物權的 期待權으로서」 설명한 다음, 그것은 「登記를 갖추지 못하고 있다고 하는 한가지의 要件을 제외하고는 모든 要件을 갖추고 있으므로 말하자면 物權 마이너스 登記라고 표시할 수 있고, 하나의 準物權이라고도 말할 수 있다」(88면)고 한다. 그리하여 그 理論의 實益을 지적하는 동시에 地方稅法을 비롯한 不動產關係의 各種特別措置法등 많은 現行法規가운데 散在하는 이른바 「事實上的 所有權」을 物權的 期待權으로서 파악하고자 한다. 이 부분의 敘述은 物權的 期待權의 概念을 이해하는 데 도움이 될 뿐만 아니라 그 實用性을 實證한 것으로서 앞으로 學界의 支持를 強化할 수 있을 것으로 展望한다. 또한 中間省略登記의 有效性을 인정함에 있어서도 物權的 期待權의 理論을 援用할 수 있는 점을 示唆하고 있다.

動產物權變動의 効力發生要件으로서의 引渡에 관해서는 現實의 引渡를 事實行爲로 보고, 그것이 「占有權이라고 하는 하나의 權利의 讓渡인 것이냐 아니면 民法典이 占有물 하나의 物權으로 구성하고 있느냐 아니면에 의하여 左右되는 것은 아니라고」(105면) 함으로써 多數說을 批判한다. 簡易引渡에 관해서는 獨逸普通法上の 이른바 「長手引渡」를 關連시켰고 返還請求權의 讓渡에 의한 引渡에 관해서는 讓渡되는 返還請求權으로서 파악한다.

法律의 規定에 의한 物權變動에 관해서는 그것이 「일어나는 여러가지 경우가 不動產・動產의 兩者에 모두 인정되느냐 그 한편에만 인정되느냐, 또 所有權에만 관한 것이냐, 다른 物權에도 관한 것이냐를 表로 나타내」(141면)고 있는 것은 學習의 整理를 위하여 많은 도움이 될 것이다. 개별적인 原因으로서의 取得時效에 力點을 두고 설명하고 있으며, 制度의 沿革・立法例・消滅時效와의 效果上的 比較・權利取得의 溯及的 效力 등에 관해서는 他書에서는 찾아 보기 어려운 深度를 느끼지 않을 수 없다.

四. 「第3章 占有權」은 獨逸民法上の 理論을 가장 풍부하게 參照・引用하고 있는 부분이다. 우선 著者は 占有制度의 近代의인 社會의 作用을 獨逸과 日本의 學說的 傾向을 參照하면서 「社會의 平和의 維持와 動產物權의 公示」(174면)로서 強調함으로써 우리나라에 있어서의 一元說的 說明을 止揚한다. 그 歷史的 沿革에 관해서는 로마法과 게르만法上の 差異를 要領있게 浮刻시키고 있다. 占有의 概念에 관한 主觀主義와 客觀主義의 推移도 상세하게 다루었고, 특히 獨逸에 있어서의 元素概念說이나 白地概念說까지도 빠뜨리지 않고 紹介하다. 著者は 占有의 基礎理論이 이해하기 어렵다는 점을 고려하여 이 부분에서는 많은 例示고 있는 手冊을 抄錄하고 있는데, 특히 本文과 例示的 說明 사이에는 活字의 差異를 두고 있는 것이 讀者로 하여금 視角의 好感을 느끼게 한다.

占有保護請求權의 행사에 있어서의 費用負擔에 관한 問題는, 「占有物返還請求權의 內容은 역시 원칙적으로는, 相對方의 費用으로 返還할 것을 請求하는 것이라고 하는 것이 適當하다」(212면)는 基本的 立場을 취하고 약간의 例外를 첨가하고 있지만, 評者의 拙見으로서 는 오히려 그러한 例外的인 경우에 費用問題는 중요한 課題가 되지 않을까 생각된다. 그리고 著者は 間接占有者의 自力救濟權에 관하여 「제207조는 間接占有者에게 占有保護請求權이 있음을 규정할 뿐 自力救濟權에 관하여 明文의 規定이 없고, 民法의 占有者라고 하는 用語는 종종 直接占有者에게 한하는 것으로 使用되고, 또 間接占有者에게 自力救濟權을 인정하여야 할 緊要한 필요도 없」(216면)다는 理由로 否定的으로 해석하고 있지만, 評者로서 는 社會實際에서 발생할 수 있는 경우를 생각할 때 이러한 見解는 좀 더 검토되어야 할 줄 안다.

準占有에 관해서는 프랑스民法이 「物件이외에 權利 뿐만 아니라 身分關係에 있어서까지 占有의 觀念을 인정하고 있」(223면)음을 지적하고 있다. 評者로서도 종래 이에 관하여 關心을 느끼고 있는 바이지만, 그 理論構成은 別論으로 하고 著者の 比較法에의 努力을 높이 評價하지 않을 수 없다.

五. 「第4章 所有權」에 있어서는 우선 所有權의 歷史와 그 社會의 作用을 資本制의 自由主義의 立場에서 叙述하고 現行規定에 관해서는 詳實하게 充實한 解釋論을 펴고 있다. 즉 著者は 「所有權은 經濟秩序의 基礎이다」, 「私所有權은 또 社會秩序의 基礎이다」(225면)란 思考를 바탕으로 前近代의인 樂觀主義로부터 近代의인 修正主義에의 變遷過程을 制度的・

思想的으로 관찰한다. 그리하여「私所有權制度는 보다 나은 經濟秩序를 樹立하기 위한 前提이다. 그것은 私所有權制度는 個人的 利己心을 보다 合理的인 方法으로 처리하기 때문 이」(229면)라고 함으로써 現代的인 所有權의 本態를 說破하고 있다.

所有權의 制限에 관하여 農業法·産業法·都市計劃法 등 거의 모든 公法的 關聯法規에 이르기까지 枚擧하고 있는 것은 著者의 學問的 精力을 엿볼 수 있는 하나의 側面이라고도 할 수 있을 것이다. 相隣關係의 生活妨害禁止와 그 忍容과 關係해서는 公害問題를 잊지 않고 있다. 施設通過權에 關係해서는 土地收用法·電氣事業法 등에 의한 個人所有權에 대한 公法的 干涉이 있을 수 있음을 지적하는 정도로 玆에 說明을 하고 있다. 玆에 土地所有權과 關係시키는 경우, 公的 干涉의 源이라고 할 수 있는 國土利用管理法의 投影이 없는 것이 쉽다.

著者가 執筆에 있어서 특히 注力한 것은 共同所有가 아닐까 짐작된다. 學者에 따라서는 現行民法上의 共同所有制度에 關하여 그것은 時代逆行的인 것이라고 批判하기도 한다. 玆에 著者는 「우리民法이 共有의외에 合有·總有의 二形態를 규정한 것은 現代에 있어서의 무수히 많은 종류의 人的 結合體에 있어서의 所有關係를 적절히 규율하기 위한 것이고, 現代의 需要에 가장 적합한 것이다. 玆에 原子論的 構造는 近世法의 최대의 缺點의 하나인 玆에, 우리 民法이 共同所有의 三類型을 규정한 것은, 간접적으로 人的 結合體의 類型을 규정한 것으로 近世法의 原子論的 構造의 缺陷을 시정하는 의미를 가진 것이다」(266면)라고 함으로써 制度批判論에 대하여 次元 높은 反論을 제기하고 있다. 玆에 社團·組合等의 人的 結合關係를 共同所有關係와 關係시켜 理論을 展開하고 특히 後者의 史的 考察을 詳述하였으며, 나아가서는 合有를 總有와 共有의 中間形態로 보는 것은 「옳지 않고 이러한 表現은 共同所有에 관한 理解를 방해할 罣리가 있」(275면)음을 지적하고 그 理由를 밝히고 있다. 解釋論에 있어서 는 특히 總有形態의 多樣性에 미추어 수많은 判例를 引用하여 그것을 體系의 으로 整理한 것은 實務者를 위해서도 큰 도움을 주게 될 것이다.

新著에서는 用水權에 관한 問題를 別節로 하여 公有河川用水權과 源泉·水道使用權의 實相과 法的 規律를 상세하게 취급하고 있다. 著者는 玆에 前提로서 現行法의 不備를 지적하는 한편 「農耕地의 灌溉用水에 關係하여는 실제의 관계는 玆에 복잡하고 利害의 對立은 玆에 甚함으로, 慣習의 玆에 調查와 아울러 玆에 適當한 立法과 玆에 公正한 管理機關의 設立이 필요하다」(303면)고 함으로써 現實을 直視한 立法論을 주장한 것이 注目된다.

六. 「第5章 地上權」에 있어서 는 地上權最短存續期間의 明定·地上權者의 更新請求權 또는 地上物買受請求權의 認定 등에 의하여 利用權強化의 民法的 傾向을 說明하는 동시에 制度의 理解를 도우기 위해서 는 玆에 地上權과 賃借權사이의 異同을 整理하는 등의 親切을 배울기도 하고 있다.

慣習法上의 法定地上權과 墳墓基地權에 關係해서는 복잡한 判例理論의 要點을 추려 體系의

으로 설명하고 있는 점이 好感이 간다. 그리고 輕視하기 쉬운 經過規定까지도 動員하고 있는 점은, 地上權 存續의 長期性에 비추어 발생할 수 있는 紛爭解決을 위하여 參考가 될 것 이란 著者의 配慮인 것으로 생각된다.

七. 「第6章 地役權」에 있어서는 著者가 그 適用解釋을 위한 傾聽의 價値있는 理論的 方向을 제시하고 있음을 看過할 수 없다. 즉 「우리 民法은 地役權만을 받아 들이고 人役權은 받아 들이지 않았다. 그런데 그 地役權이 오늘날 별로 活用되지 못하고 있다. 그러나 土地의 利用의 調節은 現代에 있어서 가장 필요한 일이며, 生活關係가 복잡해 질수록 그 心性은 더욱 커지는 것이다. 그러므로 地役權制度라도 좀더 活用됨으로써 이 心要에 응하도록 할 것이 要望된다. 따라서 解釋論으로서도 地役權이 인정되는 範圍를 넓게 생각하는 것이 適當할 것이다」(310면). 이러한 著者의 태도는 土地所有者 사이의 관계로서 규정된 地役權을 土地利用者 사이의 관계에 擴張하고 또는 地役權 자체의 內容을 擴張하여 해석하고자 意圖하는 점에서 현저하게 나타나고 있다.

著者는 民法 제302조가 규정하는 마을, 入會權·土地收益權의 準總有·特殊地役權 등의 名稱으로 사용하지 않고 總有的 土地收益權으로 불려 그 社會的 作用·法律의 性質·效力·得失 등을 評論한다. 그러나 이 문제는 性質上 理論構成에는 限界가 있기 때문에 法社會學的인 研究없이 는 누구도 完璧을 기할 수가 없는 것으로 느껴진다.

八. 「第7章 傳賃權」에 있어서는 制度자체가 종래의 慣習上의 이른바 傳賃를 物權化한 것인만저 다른 制度와는 다른 뜻에서 學說의 浮動現象이 나타나고 있다. 著者는 이러한 特殊性을 意識한 탓인지 制度의 比較와 그 法律的 性質을 철저히 규명하고자 하는 듯한 자취가 길게 나타나고 있다. 우선 債權的 傳賃權과 物權인 傳賃權을 比較하고, 前者는 다시 舊民法上의 것과 現行民法上의 것을 比較한다. 比較의 內容은 「對抗力·存續期間·投下資本의 回收」(359면) 등에 걸쳐있는데 이것만으로도 어느 정도는 傳賃權의 性格은 이해할 수 있겠다. 그러나 著者는 이에 滿足하지 않고 「傳賃權은 不動產貸借과 金錢의 利子있는 消費貸借가 결합한 混合契約으로부터 생기는 不動產貸借人=金錢貸主의 權利가 物權的으로 強化되는 동시에 이에 擔保의 機能이 附加된 權利」(361면)라고 설명하면서 典型的인 貸借과 傳賃權에 있어서의 不動產貸借關係를 比較하여, 基本的으로 同一한 점, 傳賃이기 때문에 貸借에 관한 規定이 變容을 받는 점, 傳賃權이 物權이 됨으로써 效力이 強化되는 점을 하나하나 지적하고 있다. 특히 特色있는 分析이다.

學說上 傳賃權이 用益物權인가 擔保物權인가 다투어지고 있는 점에 관해서는, 「優先辨濟權없는 競賣權이라는 것은 전혀 무의미한 것이므로 傳賃權者에게 競賣權을 인정한 民法의 취지를 살리려면 傳賃權者에게 優先辨濟權을 인정」할 수 밖에 없다는 理由로 「질국 傳賃權은 用益物權인 동시에 擔保物權의 性質도 兼有하고 있다」(364면)고 설명함으로써 共感이 가는 理論을 展開한다.

이 밖에도 著者は 면밀한 註釋을 펴고 있는데, 특히 傳貫權消滅時의 法律關係에 있어서 競賣權・優先辨濟權과 관련하여「傳貫權者를 競賣法 제 3 조 제 3 항의 留置權者에 準하여 취급」(378면) 할 수 없다고 하고, 轉傳貫와 관련하여「轉質에 있어서의 承諾轉質과 責任轉質의 區別을 類推하여, 傳貫權設定者의 承諾이 있으면 傳貫權의 存續期間을 넘는 期間을 가진 轉傳貫權을 設定할 수 있」(382면)는 가라는 점을 否定的으로 해석하고 있는 것이 注目된다.

九. 「第 8 章 擔保物權總說」에서는 擔保制度의 必要性을 人的인 경우와 物的인 경우에 따라서 설명한 다음, 後者에 관하여 債權擔保가 投資媒介라는 作用을 經濟社會의 事象에 의거하여 관찰하고 大陸法系와 英美法系에 있어서의 物的 擔保制度의 法律的 構成에 대한 發展過程을 比較한다. 그리하여 著者は「物的 擔保制度의 法律構成에는 目的인 權利 자체를 移轉하는 구성을 취하는 것과 制限物權設定의 구성을 취하는 것과의 對立이 있」음을 지적하고, 前者의「制度 아래서는 物的 擔保權者의 權利를 對內的으로나 對外的으로나 擔保의 目的에 제한하려는 것이 制度의 中心問題를 이」루고 이에 反하여 後者에 있어서는「도리어 物的 擔保의 目的을 완전히 달성할 수 있기 위하여 어떠한 效力을 부여 할 것이냐가 制度의 中心問題로」(400·401면)된다고 지적함으로써 각각의 法律形態에 따르는 問題點을 浮刻시키고 있다. 이러한 지적은 現行制度의 立法論 내지 解釋論의 基本方向을 設定함에 있어서 示唆하는 바 큰 것으로 본다.

擔保物權의 種類와 關係해서는 舊民法上의 先取特權을 現行民法이 인정하지 않게 된 理由를 들고 있는데, 이것은 現行制度를 이해하기 위해서도 좋은 參考가 될 것이다. 擔保物權의 性質에 관하여 注目を 끄는 것은, 「債權의 存在없이 擔保物權이 存在할 수 없는 性質만을 附從性이라고 부르고, 擔保物權이 被擔保債權의 處分을 좇는 性質을 隨作性이라고 하여 이와 구별하는」多數說을, 「모든 擔保物權이 被擔保債權에 從된 地位에 있다」(407·408면)는 理由로써 批判하고 있는 점이다.

一〇. 「第 9 章 留置權」에서는 新著만이 가지는 特色이라고 할 만한 것은 별로 없다. 다만 留置權의 成立要件과 效力에 관해서는 判例理論을 상세하게 紹介하고 있는 것이 눈에 띈다.

그러나 舊著에 있어서의 見解를 마운 집이 몇 個所 있음을 유의하여야 할 것이다. 즉「제 320조는 他人이라고 할 뿐이고 商事留置權에 있어서와 같이 債務者의 所有物이어야 한다는 制限이 없을 뿐만 아니라 公平의 原則은 債權者가 취득한 物件의 所有權이 누구에게 있느냐에 따라서 달라지는 것은 아니」(418면)라는 理由로 留置權의 目的物은 債務者 이외의 者의 所有物이라도 상관없다는 多數說을 따르고 있다. 또 留置權의 행사와 關係해서는 目的物을「執達吏에게 引渡하더라도 留置權者는 이직 間接占有를 가지고 있고, 執達吏가 目的物을 留置權者에게 그대로 保管시킬 때에는 留置權者는 直接占有를, 執達吏는 間接占有를 가진다」(420면)고 해석하는 점이다.

一一. 「第10章 質權」에서는 11頭에서 質權의 意義와 그 社會的 作用을 설명하면서 質權과 抵當權을 각각 公示方法과 留置의 作用을 중심으로 하여 상세하게 對比하고 있는 점은 讀者의 知識을 더욱 기름지게 해 줄 것이다.

動產質에 관해서는 質權設定契約을 要物契約이라고 하는 見解를 예리하게 批判하는 동시에, 「質權設定契約이 動產에 관한 다른 物權契約과 다른 점은, 要物契約性에 있는 것이 아니라」 「占有改定の 禁止에 있는 것이」(437면)라고 強調한다. 그리고 質權·債權共同入質說과 單獨入質說이 對立되고 있는 轉質의 性質에 관해서는, 抵當權과의 理論的 均衡·質權의 附從性·實際去來에 있어서의 通念 등을 들어 前說을 支持하고 있다.

權利質에 관해서는 民法이 「債權質權設定契約의 效力發生要件으로서 債權證書를 質權者에게 交付하여야 할 것으로」 한 것은, 「質權의 目的인 權利에 어떠한 有形物을 수반할 때에는 이것을 交付시켜서 質權設定契約의 要物性을 관찰하려고 하는 취지」(459면)라고 하면서 要物契約性에 대한 注意를 일깨우고 있다. 그리하여 債權質은 물론, 株式 위의 質權, 無體財產權 위의 質權에 이르기까지 商法·民事訴訟法·特許法·著作權法 등의 關聯法規를 남김없이 參照하면서 明快한 論調로써 설명을 이어간다. 이 부분에 관해서는 오늘날의 經濟實情에 비추어 특히 去來界의 好評을 받을 것으로 믿는다.

一二. 「第11章 抵當權」에서는 抵當權制度의 經濟社會的 機能을 관찰하고 近代抵當權의 特色으로서 「公示의 原則·特定의 原則·順位確定の 原則·獨立의 原則·流通性の 確保」(488면) 등을 들어 外國立法例와의 比較的인 立場에서 現行制度를 면밀하게 설명하고 있다. 그러나 우리나라의 抵當權制度가 특히 獨立의 原則이나 流通性の 確保 등에 있어서 後進性을 脫皮하지 못하고 있는 現實에 있다고 지적하면서도 그 改革을 위한 立法論的 方向을 제시하지 않고 있는 점이 아쉽다.

抵當權의 設定에 있어서는 將來의 債權에 관하여 判例와 去來의 實情을 調和있는 論調로써 설명한다. 抵當權登記의 流用문제에 관해서는 舊著에 있어서의 見解를 바꾸어 判例를 支持하고 있는 점이 注目된다. 著者は 그 理由로서 그것이 理論的으로 妥當해서라기 보다는도 登記의 有效要件을 너무 엄격하게 해석하면 實際的으로 無效登記가 빈번히 생기게 될 것이고 그렇게 되면 去來의 安全을 크게 損害하게 되어 登記의 理想이 다른 구식으로부터 두너지게 될 터이기 때문이다」(498면)라고 하고 있다.

抵當權의 效力에 있어서 그것이 미치는 目的物의 範圍의 문제로서의 附合物에 관해서는 工場抵當法·水産業法 등과 같은 特別法規의 參照에 이르기까지 敘述의 周到性을 보이고 있다. 그리고 國稅優先權에 관해서는 「민약 근소한 滯納額 때문에 抵當不動產이 押留되어, 그 때문에 抵當權에 의한 競賣節次가 저지되고, 또한 抵當權者로서는 公賣處分을 촉진할 힘을 가지지 아니하는 것을 생각한다면, 國稅의 優先權에 관해서는 解釋上으로도나 立法上으로도나 改正하여야 할 많은 문제가 포함되어 있다」(518면)고 함으로써 共感이 가는 批判을

가하고 있다. 抵當權의 實行에 관해서는 競賣法上의 規定을 중심으로 詳述하고 있는데 이것은 實務節次를 이해하는 데 크게 도움을 줄 것이다. 또한 著者は「抵當權의 侵害에 대한 救濟方法을 整理」(518면)해 두는 親切조차 배풀고 있다.

끝으로 特殊한 抵當權으로서 共同抵當에 관해서는 後順位抵當權者와의 관계, 先順位抵當權者와의 관계, 設定者와의 관계, 共同抵當의 目的物이 債務者이외의 者의 所有인 경우 등을 풍부한 例示를 통하여 설명하고, 根抵當에 관해서는 그 事件性에 비추어 많은 判例를 引用하고 있다. 舊著에서 著者가 우리나라에서는 처음으로 體系化한 바 있는 包括根抵當에 관해서는 그 有效性을 중심으로 說得力있는 理論을 펴고, 그 밖에도 立木抵當·財團抵當·動產抵當에 이르기까지 關係特別法規를 검토함으로써 우리나라에 있어서의 特殊抵當의 全貌를 一覽의으로 浮刻시키고 있다.

一三. 「第12章 權利의 移轉에 의한 擔保制度」에서는 讓渡擔保와 假登記擔保를 취급하고 있다. 著者は 여기서 「民法이 質權과 抵當權이라고 하는 完備된 制度를 마련하고 있는데, 그것과 별도로 權利의 移轉에 의한 擔保方法이 행해지는 까닭은」 「한마디로 말해서 民法이 규정하는 制度만으로는 오늘날의 經濟界의 需要에 응할 수 없기 때문이」(544면)라고 前提的으로 설명하고 있다.

讓渡擔保에 관해서는 判例理論과 學說의 過去와 現在를 紹介하고 그 法律的 構成에 있어서는 解除條件附所有權移轉說을 지키면서 다음과 같이 설명한다. 즉 「核心的 問題는 어떻게 하면 지나치게 不利한 債務者의 地位를 보호할 수 있는냐에 있다. 그럴진대 債權者는 移轉받은 權利를 擔保의 目的을 위해서만 行使할 債權者의 拘束을 받을 뿐이라고 하는 것은 債務者保護에 충분하지 못하다. 債務者가 얻은 信用을 返還하고 目的物을 다시 찾는다는 期待權은, 獨逸의 多數說과 같이, 解除條件附所有權移轉說을 취함으로써 훨씬 더 보호되리라고 생각되며, 이렇게 해석하는 것이 當事者의 意思에도 더 적합하리라고 생각된다」(549면). 著者의 이러한 見解에 대해서는 우리나라의 多數說·判例라고 할 수 있는 信託의 所有權移轉說 또는 최근에 새로운 理論構成으로서 등장하고 있는 制限物權說과 比較하면서 吟味하여야 하겠지만, 어쨌든 著者는 解除條件附所有權移轉說을 뒷받침하기 위하여 獨逸·日本의 學說·判例를 놀랄만치 풍부하게 動員하고 있다. 이러한 資料는 이 방면의 專問的 研究를 위하여 好材가 될 수 있을 것으로 믿는다. 讓渡擔保의 設定·效力·消滅 등에 관한 여러가지 문제를 취급함에 있어서도 判例의 引用이 적절하게 고려되어 있고, 특히 學說에 따르는 理論的인 差異가 派生的인 事項에 이르기까지 鮮明하게 지적되고 있는 것으로 볼 수 있다.

끝으로 假登記擔保를 講義書에서 體系的으로 취급한 것은 本書가 처음이다. 著者는 「履行期에 債務의 辨濟가 없는 경우에 不動產의 所有權 등을 債權者에게 移轉할 것을 豫約하고 이 權利를 假登記에 의하여 公示하는 方法에 의한 擔保를 總稱하여 假登記擔保라고」 定義

하고, 오늘날 그것이 많이 利用되고 있는 理由는 「첫째로 假登記의 登錄稅가 本登記에 比하여 매우 少額이고, 둘째로 擔保의 目的인 不動產의 所有權이 아직 設定者에게 남아 있기 때문에 擔保價値가 남아 있는 한, 後順位의 擔保權의 設定이나 權利의 處分이 可能」(564면) 하기 때문이라고 한다. 評者로서도 우리나라의 經濟的 또는 制度的인 現實에 비추어 假登記擔保의 理論을 定着시킬 수 있는 素地는 충분히 造成되어 있는 것으로 본다. 著者가 日本判例를 吟味하면서 假登記擔保의 設定을 설명하고 根假登記擔保의 可能性까지 示唆한 것은 卓見이라 하지 않을 수 없다. 假登記擔保의 效力에 관해서는 수개의 大法院判例를 分析하면서 「바람직하기는 假登記義務者에 대한 本登記請求와 第三取得者에 대한 登記抹消의 請求를 동시에 할 수 있다고 하면 더욱 좋을 것이다」(567면)라고 함으로써 解釋論의 方向을 誘導하고 있다. 그리고 假登記擔保의 對外的 效力과 관련해서는 大法院의 判例를 批判하고, 假登記權利者와 다른 債權者와의 利害가 假登記의 效力에 의하여 解決된다는 것은, 「첫째로 假登記에 優先하는 先順位擔保權者에 의하여 競賣가 申請되는 경우에는 假登記가 無償으로 抹消되므로 假登記權利者의 利益이 극도로 侵害된다. 다음에 後順位擔保權者나 一般債權者의 申請에 의하여 競賣節次가 開始되는 경우에는 假登記權利者는 競落이 確定된 뒤에도 目的物을 追奪할 수 있으므로 競賣節次의 安定에 致命的인 沮害가 된다」(569·570면)라고 예리하게 지적하고 있다. 假登記擔保는 앞으로도 研究되어야 할 적지 않은 課題를 안고 있으나, 著者의 問題提起와 일단의 整理는 理解發展을 위한 귀중한 基盤이 될 것으로 믿어마지 않는다.

一四. 이상 新著를 通讀하면서 評者는, 著者 金曾漢教授님의 學問과 人間을 느꼈다. 아무리 技業的인 問題일지언정 그것들을 진지하게 다루었고, 文章의 表現은 물론 句讀點에 이르기까지 신중을 다한 자취가 뚜렷하다. 여기에 評讀한 바와 같은 內容을 담고 있으니 本書이야말로 우리나라 物權法學의 金字塔임을 의심치 않는다.

金教授님께서는 올해 華甲을 맞이하셨다. 막막한 學海에 몸을 던져 지칠줄 모르고 學波를 헤쳐나가는 教授님의 모습을 聯想하며 다시 한번 고개를 숙일 따름이다. 教授님께서 언제나 健寧하실 것을 빌며, 마지막 「債權各論」의 改稿版을 公刊하심으로써 名實아울러 「金曾漢民法學」을 完成하실 날이 멀지 않기를 바라는 것은 비단 評者 혼자만의 念願은 아닐 것이다. 끝으로 評者가 本書를 通讀함에 있어서 著者께서 생각하신 바를 잘못 이해한 점이 없었나 두렵다.