

Chapter 3 The Changes in Real Rights

제2장 물권의 변동

제1절 서설

I. 물권변동의 의의 및 원인

1. 물권변동의 의의

물권이 발생, 변경, 소멸(득실변경, 186조)

일상생활은 재화의 취득하고 재화를 상실해 가는 과정을 거치면서 살아감

2. 물권변동의 종류

가. 물권의 발생, 물권의 소멸, 물권의 변경

1) 물권의 발생 : 절대적 발생과 상대적 발생

가) 원시취득(절대적 발생): 타인의 권리에 기하지 않고 독립하여 완전한 새로운 권리를 취득. 예) 무주물 선점(252조) -- 강가에서 고기를 잡아 소유권을 취득하는 것

선의취득(249조), 시효취득(245조)

나) 승계취득(상대적 발생)--- 타인이 가지고 있는 권리에 기하여 권리를 취득.

a)이전적 승계 : 매매나 상속 등 타인이 가지고 있는 물권을 승계

b)설정적 승계 : 소유자로부터 저당권이나 전세권 등의 설정을 받는 것처럼

前 권리자의 권리내용의 일부를 승계함

2) 물권의 소멸 -- 종래의 주체로부터 이탈

가) 절대적 소멸 : 물건 자체가 소멸

홍수로 건물이 유실, 화재로 건물 소실시 건물에 대한 소유권 자체가 부존재

나) 상대적 소멸 : 권리의 주체가 변경

물권의 이전을 前主의 입장에서 본 것

3) 물권의 변경

물권의 동일성을 잃지 않는 범위내에서 물권의 객체 또는 내용이 변경

예) 소유건물의 증축, 저당권의 피담보채권액의 증감, 전세권 존속기간의 연장

3. 물권변동의 원인

가. 법률행위¹⁾에 의한 물권변동 --- 실제적으로 가장 중요함

1) 의사표시를 요건으로 하는 私법상의 법률요건. 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 1개 또는 수개의 의사

- 1) 부동산물권의 변동(제186, 187조) : 등기라는 공시제도 채택
- 2) 동산물권의 변동(제188 ~ 190조) : 점유라는 공시가 있어야 효력 발생

나. 법률규정에 의한 물권변동(법률행위에 의하지 않은 물권변동)

- 1) 당사자의 의사와 관계없이 일정한 목적으로 일정한 요건이 갖추어지면 효과 발생
 예) 상속 : 상속인은 그 의사와 관계없이 피상속인의 소유재산 취득
 (817조, 997조, 특히 1005조)
- 2) 민법 --- 소멸시효(162조), 취득시효(245조), 혼동(191조), 무주물선점(252조), 유실물습득(253조), 매장물발견(254조), 침부(256조)
- 3) 민법이외의 법 -- 공용징수(공익사업을 위한 토지취득보상법 45조1항), 몰수(형법 48조), 경매(민사집행법 135조, 268조 등)
- 4) 기타 판결(187조)

II. 물권변동과 공시

1. 의의

가. 공시의 필요성

- 1) 물권의 배타성과 관념성(소유권과 저당권 등은 현실적 지배를 요소로 하지 않는 관념적 권리)을 확보하기 위해 공시력이 요청됨.
- 2) 물권은 배타성이 있으므로 동일한 물건에 동일한 내용의 물권의 중복, 병존은 허용안됨
- 3) 즉 물권 그 자체는 눈에 보이지 않는 관념적인 것
 ---> 물권의 존재를 외부에서 용이하게 인식하여
 물권변동을 목적으로 하는 거래의 안전 도모
 예) A가 B의 소유 부동산을 매수하는 계약을 체결하거나 또는 저당권이 설정된 부동산을 매수하려는 경우 ---> 제3자가 이미 B로부터 그 부동산의 소유권 또는 제한물권을 취득하면은 A는 그 소유권을 취득할 수 없거나 제한물권있는 부동산을 취득하게 됨.

나. 공시제도의 의의

- 1) 거래의 안전을 확보하기 위하여 물권이 누구에게 귀속하고 있으며 그 내용은 어떠한 것인가, 즉 물권의 현상을 외부에서 인식할 수 있는 일정한 表象, 標識을 갖추어야 함.
- 2) 이를 위해 물권의 존재(귀속과 그 내용)변동은 공시방법을 수반해야 함.

2. 공시의 방법 및 내용

가. 공부의 존재

국가가 공부를 운영하고 일반인은 자유롭게 열람 가능

우리나라 --법원관할, 등기소, 중국 --- 여러 행정기관에 분산됨

나. 공시 방법

- 1) 부동산물권의 공시방법 : 등기
- 2) 동산물권의 공시방법 : 점유 또는 현실의 인도
동산의 종류가 너무 많아 등기부에 기재하는 것이 현실적 어려움.
이에 간이인도(188조 2항), 점유개정, 목적물반환청구권의 양도 인정됨
- 3) 수목의 집단, 미분리과실의 공시방법 : 명인방법
(등기, 인도에 갈음하는 관습법상 공시방법으로 판례상 인정)
- 4) 특별법상 : 동산에 관한 등기 또는 등록 -->
선박은 20t 이상이어야 등기 대상

다. 공시의 내용

- 1) 등기 : 물권현황과 물권변동의 과정을 공시.
물권현황은 공시의 본래의 취지이나, 물권변동의 과정은
현행법상 등기에 공신력이 인정되지 않으므로 부차적인 취지로 인정됨.
- 2) 점유 : 물권현황
- 3) 명인방법 : 소유권 양도(이전)에 한하며,
저당권, 질권 등의 공시는 명인방법이 인정되지 않음.

3. 공시의 효력

가. 물권변동의 효력 --권리변동의 효력

우리나라는 성립요건주의(獨法주의 : 형식주의)를 채용하여, 법률행위로 인한 물권변동의 효력은 공시하므로 효력이 발생함이 원칙.

(예외) 법률의 규정에 의한 물권변동은 그 물권변동의 원인이 발생한 때 효력이 생긴.

나. 추정의 효력

- 1) 물권의 소지자로 공시된 자는 진실한 권리자로서 추정.
- 2) 동산의 점유에는 공신력까지 주어지므로 강력한 추정력을 가짐(제200조).
그러나 부동산의 등기에는 추정력이 인정(통설. 판례)되나 공신력이 부인되므로
동산에서 보다 약함.

다. 공신의 효력

공시방법을 신뢰하여 거래한 제3자는 보호되어야 하므로 이에 대한 공신력을 인정해야 함

동산의 점유에는 공신력이 인정되나, 부동산물권의 등기는 현행법상 공신력이 인정않됨

4. 공시제도의 적용범위와 한계

가. 적용범위

- 1) 법률행위로 인한 물권변동(취득, 소멸)
- 2) 법률규정에 의해 발생한 채무이행으로 하는 물권행위
- 3) 시효취득

나. 적용의 한계(제187조)

물권변동의 효력발생시기와 등기시기의 불일치로 법률관계(권리)의 공백상태를 방지하기 위하여 그 적용이 배제됨.

- 1) 법률규정에 의한 물권변동(취득, 소멸)
- 2) 포괄승계, 상속, 합병 등
- 3) 사실행위로 인한 원시취득

5. 공시제도의 확장

공시의 필요성에 의해 물권 이외에 공시제도를 관철하는 경우가 있다.

가. 채권양도에 있어서의 대항요건(제450조)

나. 주택임대차에 있어서의 입주와 주민등록(동법 제3조)

다. 혼인, 인지, 입양에 있어서의 신고 등

III. 물권변동의 공시원칙 및 공신원칙

1. 의의

가. 공시제도가 그 기능을 다하기 위해서는 공시의 원칙과 공신의 원칙을 인정함이 필요

나. 입법례

- 1) 독일은 동산, 부동산 모두에 공시, 공신의 원칙을 인정하며,
- 2) 프랑스는 동산에 공신의 원칙만을, 부동산에는 공시의 원칙만을 인정하고,
- 3) 우리나라는 동산에 두 원칙을, 부동산에는 공시의 원칙만 인정

다. 공시에 대한 신뢰의 태양

- 1) 공시내용에 변동이 없는 한 물권의 변동은 없을 것이라는 신뢰 --소극적 신뢰
(외형이 존재하지 않는 이상 물권 변동도 존재하지 않을 것이라는 신뢰)
예) 부동산이 A소유로 등기되어 있고 B에게 소유권의 이전등기가 되어 있지 않은 한 B에게 소유권이 이전되어 있지 않다고 하는 신뢰.
- 2) 공시가 존재하는 이상 이에 대응하는 물권이 존재할 것이라는 신뢰 --적극적 신뢰.
(외형이 존재하는 이상 물권이 존재할 것이라는 신뢰)
예) 부동산이 A소유로 등기되어 있는 이상 진실한 소유자는 A일 것이다.

2. 물권변동의 공시원칙

가. 의의

1) 물권의 존재와 내용 및 그 변동을 외부적 표상에 의하여 인식할 수 없으면, 우선적 효력 때문에 제3자에게 예기치 못한 손해를 야기할 염려가 있어 거래의 안전을 해치게 됨.

---> 물권의 권리관계를 알리는 것이 필요.

2) 물권변동에 언제나 외부에서 인식할 수 있는 일정한 형식(表象) 즉 공시방법이 수반하여야 한다는 것을 요구하는 원칙.

예) 부동산 소유권이 A로부터 B에게 이전되었다 하더라도 그 공시인 등기가 이루어지지 않은 이상 B로 소유권이전의 효과가 인정되지 않는다.

3) 물권의 배타성에 따른 위험으로부터 물권거래의 안전을 담보할 수 있게 하는 제도

나. 실현방법

1) 성립요건주의(獨法주의 : 형식주의) : 현행 우리 민법

--> 등기나 인도 등의 공시를 물권변동의 성립요건 내지 효력발생요건으로 하는 방법

2) 대항요건주의(佛法주의 : 의사주의) : 구민법

--> 등기나 인도 등의 공시를 물권변동의 대항요건으로 하는 방법 —제3자에게 대항

다. 우리나라 법제상 공시방법과 내용(성립요건주의)

1) 동산 : 인도(188조)

가) 인도는 일시적 내용의 공시에 불과하며,

또한 거래의 발달로 간이인도(188조 2항), 점유개정(189조), 반환청구권의 양도 등 관념상의 인도까지 포함하므로 '引渡'만의 공시력은 불완전하게 됨

나) 동산의 공시제도의 불완전성은 ---> 공신원칙 즉 점유에 공신력을 부여하여 보충함

다) 동산물권에 관한 공시원칙의 보정제도

a. 증권의 배서, 교부

b. 공적장부에 등기 : 선박

c. 공적장부에 등록 : 특수동산(자동차, 항공기, 중기)

2) 부동산 : 등기, 명인방법, 입목법에 의한 공시(186조)

가) 등기 : 현행법상 등기에 공신력이 없으므로 물권변동과정과 물권현황을 공시

나) 명인방법 : 수목의 집단, 미분리과실의 소유권변동에 인정되는 관습법상 판례가 확인한 공시제도.

다) 입목법에 의한 공시 : 입목법에 의해 공시되는 수목

3) 물권 이외에서도 공시원칙 인정

a. 광업권, 어업권, 지적재산권(특허법 87조1항) 등의 재산권의 등록

b. 채권양도에 있어서의 대항요건(450조)

- c. 혼인신고(812조), 인지, 입양 등 가족법상 행위의 신고
- d. 주택임대차에 있어서 입주와 주민등록(주택임대차보호법 3조1항)
--> 용익권 보호요청에 따른 공시원칙의 후퇴
- e. 비영리법인의 등기

3. 물권변동의 공신의 원칙

가. 의의

1) 공신원칙이란 공시에 대응하는 물권이 존재하지 않더라도 공시를 신뢰하여 물권거래를 한 자를 보호하여 진실한 물권이 존재한 것과 같은 효과를 인정하려는 원칙을 말함(고 49면)

2) 즉 공시방법이 진실한 권리관계에 일치하지 않더라도 공시된대로 권리를 인정하여 공시방법을 信賴하여 거래한 자를 보호해야 한다는 원칙.

예) A소유 토지의 등기를 B가 임의로 자기명의로 이전하고, 이를 B소유 토지로서 C에게 매각한 경우에 C가 B명의의 등기를 신뢰하여 거래한 경우에는---> C와의 관계에서는 B가 진실한 권리자인 것처럼 하여 C를 보호하려는 원칙.

---> 이런 경우를 등기에 공신력이 있다고 함 --현재 민법상 인정 안됨

3) 인정근거

a. 게르만법에서 기원하며 근대의 거래의 안전이라는 법원칙에서 유래한 제도.

거래의 안전과 상대방의 보호를 위해 필요한 제도로서 정적안전(권리를 잃게 되는 진정한 권리자의 보호)을 희생시켜 동적안전(거래의 안전)을 보호하기 위한 제도.

b. 공신원칙은 먼저 동산물권에 대해 채용되었으나

그 후 유통이 활발한 유가증권상의 권리에 대해서도 인정됨.

c. 독일이나 스위스에서는 부동산에 대해서도 인정됨(중국)

나. 우리나라에 있어서 공신원칙

1) 의의

a. 동산물권에 공신원칙을 채용하고, 부동산물권에는 인정 안함.

b. 공신원칙을 채택시 거래의 안전은 보호되나 진실한 권리자의 권리가 박탈됨 (靜的安全의 희생에 의하여 動的安全의 보호) --> 따라서 동적안전의 요청이 강하고

c. 정적안전을 희생하면서까지 동적안전을 보호해야 할 필요성이 있는 경우라야 됨

2) 동산물권과 공신원칙 : 선의취득(249조)

가) 동산물권의 공시방법인 인도는 불완전한 공시방법이지만,

점유에 공신력을 인정하므로써 선의취득을 인정하여 거래의 안전을 보호.

나) 인정 근거

a. 동산의 점유관계에서 점유자는 대개 권리자(소유자)라는 개연성²⁾을 기초로 인정됨

2) 필연성에 유사한 법칙성 또는 확실성을 말함. 現象의 발생, 지식의 확실한 정도, 현상적으로나 지식에 있어서나 절대적으로 확실한 필연적인 법칙성을 가지고 지배되지 않는 점이 필연성과 다름.

- b. 매매계약을 체결할 때마다 점유자가 진실한 권리자의 확인이 어려움
- c. 빈번한 동산거래에 따른 거래안전의 필요

다) 공신의 원칙과 유사한 제도(외관을 존중)

- a. 권리관계의 추단
 - ㄱ) 표현대리(125조, 126조, 129조)
 - ㄴ) 채권의 준점유³⁾자에 대한 변제(470조)

[판례] 주식회사 경리과장이 이미 사임한 그 회사 대표이사의 명판과 인장(은행에 등록 된 것)을 위조한 수표를 건네주고 돈을 빌린 경우에 그 회사의 사용자 책임을 인정하고 또 돈을 빌려 준 사람에게 과실이 없다고 인정한 것에 위법이 없다.(출처 : 대법원 1971.12.28. 선고 71다2299 판결 【손해배상】 [집19(3)민,210]) ---예금통장을 확인 안하고 지급한 경우임

--> 예금 청구서 은행은 예금청구서와 예금통장을 확인해야 함

- ㄷ) 지시채권의 소지인에의 변제(518조)
- ㄹ) 영수증 소지인에 대한 변제(471조) --변제받을 권한이 없어도 유효한 변제

b. 사실관계의 추단 : 의사표시에서의 표시주의(제107, 109조)

c. 공신원칙의 강화 : 금전, 어음, 手票 기타 유가증권

어음의 선의취득(어음법 16조)---배서연속있는 어음점유자는 적법한 소지자로 추

정
합

수표의 선의취득(수표법 21조)--수표의 소지인은 악의, 중대한 과실이 없음을 요

증권의 선의취득(상법 359조, 수표법 21조 준용)

3) 부동산의 경우 : 등기에 공신의 원칙을 부정.

가) 이유

- a. 등기의 경우 등기공무원에게 실질적인 권리관계를 심사할 권한이 없어 진실한 권리관계와 일치하지 않는 경우가 많음
- b. 부동산은 중요한 재산으로서 거래의 안전이라는 動的安全보다는 진실한 권리자의 보호라는 靜的安全이 더 중요하기 때문에 공신의 원칙을 채택하지 않음.

나) 우리 민법상 등기에 공신력을 부여하기 위하여는

- a. 등기부 자체에 목적물의 공시가 정확할 것(공시와 현실의 일치)
- b. 물권변동의 과정이 빠짐없이 등기부에 기재될 것
- c. 무권리자의 등기실행이 없도록 등기공무원에게 실질적 심사권을 부여할 것
--> 중국은 공무원과 등기소에 강력한 배상책임 제도 도입
따라서 실질심사에 많은 시간 소요

3) 재산권을 사실상 행사하는 것(210조). 점유는 물건에 대한 사실적 지배인데 대하여, 준점유는 재산권에 대한 사실적지배의 관계 이므로 권리점유라고도 함. 준점유의 대상은 물건의 소지(점유)를 본질적 내용으로 하지 않는 것에 한함. 즉 채권, 지역권, 저당권, 저작권, 특허권 등. 소유권, 지상권, 전세권, 질권, 임차권은 대상이 아님.

- d. 공신력 인정으로 희생되는 진정한 권리자에 대한
국가배상, 보상기금, 보험제도 등의 보호조치를 마련할 것 등의
제도적 보완이 이루어지면 등기에도 공신의 원칙이 적용되도록 입법 필요.

4. 공시원칙과 공신원칙과의 관계

- 가. 공시의 원칙은 물권이 있는 곳에 공시방법이 갖추어져야 한다는 원칙인 반면
공신의 원칙은 공시방법이 있는 곳에 물권이 존재한다는 신뢰를 보호한다는 원칙
(지,411)
- 나. 공시의 원칙이 확립된 후에 공신의 원칙이 발달됨.
- 다. 공시력은 확보되나 공신력은 부정되는 경우처럼 공신의 원칙은 공시의 원칙의
논리적 귀결이 아니고 거래의 안전을 위한 제도임.

제2절 물권변동의 일반이론

I. 기본적인 문제점

1. 의의

가. 법률행위에 의한 물권 변동

- 1) 물권은 다양한 원인으로 변동 -- 전형적으로 법률행위에 의한 것(계약)
- 2) 부동산물권변동의 효력 -- 법률행위에 기초한 등기(원인행위인 법률행위에 부합)
- 3) 물권변동: 일반적으로 부동산매매계약을 체결+ 소유권이전등기=소유권이전

나. 물권행위와 채권행위

1) 물권행위의 개념

- 가) 직접 물권의 변동을 목적으로 하는 의사표시를 요소로 하는 법률행위
- 나) 채권행위와 대립하는 개념으로, 법률적 처분행위의 일종

구 분	물 권 행 위	채 권 행 위
목 적	직접 물건의 지배를 목적	상대방의 일정한 행위를 목적
이행의 문제	직접 물건의 지배를 목적으로 하므로 이 행의 문제를 남기지 않는다.	청구권을 수반하므로 장래 이행의 문제를 남김
행위의 성질	처분행위	의무부담행위

다) 물권행위의 종류

- a. 물권계약 : 물권적 합의(송덕수 416면) -- 소유권이전의 합의, 저당권설정의 합의
- b. 물권적 단독행위 : 물권의 포기, 승역지 소유자의 委棄(제299조)
 - 상대방있는 단독행위 : 제한물권의 포기(이영준, 65. 상대방없는 단독행위라 함)
 - 상대방없는 단독행위 : 소유권의 포기
- c. 물권적 합동행위 : 공유물의 공유자 전원의 포기

2) 방식과 내용 -- 무방식, 무제한

3) 적용법규

- 가) 민법 총칙편의 법률행위에 관한 규정 적용
- 나) 민법 채권편의 계약의 성립에 관한 규정 준용

다. 법률행위의 의미란 -- 부동산소유권이전의 경우

- 1) 채권행위설: 물건행위를 물건변동의 요건으로 보지 않는 견해
 - 가) 부동산소유권의 이전원인(물권변동)이 되는 매매계약과 같은 채권행위의 의미(이호정 법조18.1, 43) ---> 물건행위 자체를 부인함
 - 나) 채권행위+ 등기(인도) --> 물건변동(법률효과)

2) 물권행위설 : 물건행위를 물건변동의 요건으로 보는 견해

- 가) 직접 소유권의 이전(직접 물권의 변동)을 목적으로 하는 의사표시를 요소로 하는 법률행위의 의미(다수설, 판 75면).
 - > 물건행위 그 자체로는 물건변동이 일어나지 않음
 - 나) 물건행위 + 등기(공시방법) --> 물건변동

3) 물권적 합의설 :

- 가) 다수설이 주장하는 물권행위란 등기와는 별개의 법률행위라고 하지만 원래 *물권행위란 물건변동을 직접 목적으로 하는 당사자간의 물권적 합의(또는 그 합치)와 이에 의한 등기(인도)를 구성요소로 하는 법률행위로 풀이해야 하므로, 제186조의 법률행위란 등기가 포함되지 않는 물권적 합의만을 의미한다는 견해(이영준, 70; 고상룡 63; 홍성재 65).

---> 등기를 물건행위의 한 요소로 파악함.

- 나) 물권적 합의+ 등기 = 물건행위 --> 물건변동
(물권적 합의를 포함한 채권행위) + 등기

4) 판례는

- 가) 물건행위를 물권적 합의와 등기, 인도에 의해 구성된다는 입장
- 나) 물권적 합의+ 등기 = 물건행위 --> 물건변동

[판례1]대판 1996. 6. 11. 선고 96도233 (부동산물권변동과 물권적 합의)

【공정증서원본불실기재&불실기재공정증서원본행사】

【판시사항】 매매계약에 따른 잔금을 모두 지급하기 전에 소유권이전등기신청을 위임받은 법무사를 기망하여 소유권이전등기를 경료한 경우 공정증서원본불실기재죄의 성부(소극)

【판결요지】 피고인과 매도인과의 사이에 매매계약이 이루어졌고 그 계약금과 대부분의 중도금이 지급되었으며 매도인이 법무사에게 소유권이전등기에 필요한 서류 일체를 맡기고 나중에 잔금지급이 되면 그 등기신청을 하도록 위임하였는데, 피고인이 법무사를 기망하였고 그가 피고인에게 기망당하여 잔금이 모두 지급된 것으로 잘못 알고 등기신청을 하여 그 소유권이전등기를 경료한 것이라면 위 법무사의 등기신청 행위에 하자가 있다고 할 수는 있으나(위 신청이 무효라고는 할 수 없다), 위 소유권이전등기의 원인이 되는 법률관계인 매매

내지는 물권적 합의가 객관적으로 존재하지 아니하는 것이라고는 할 수 없으니, 피고인이 위 법무사를 통하여 등기공무원에게 허위의 사실을 신고하여 등기부에 불실의 사실을 기재하게 한 것이라고는 할 수 없다.

---> 매매 내지 물권적 합의를 소유권등기 이전의 한 원인으로 봄

* 매매계약시부터 소유권이전등기 전까지의 전과정을 종합하여 객관적으로 물권적 합의의 존부를 판단함.

[판례2]대판 대법원 1991.3.22. 선고 91다70 (동산물권변동과 물권행위)

【판시사항】 가. 민법 제249조 소정의 선의, 무과실의 기준시점

나. 수탁자가 횡령한 물건이나 점유보조자 내지 소지기관이 횡령한 물건이 민법 제250조, 제251조 소정의 도품, 유실물에 해당하는지 여부(소극)

다. 민법 제251조가 무과실을 그 요건으로 하고 있는지 여부(적극)

【판결요지】 가. 민법 제249조가 규정하는 선의 무과실의 기준시점은 물권행위가 완성되는 때인 것이므로 물권적 합의가 동산의 인도보다 먼저 행하여지면 인도된 때를, 인도가 물권적 합의보다 먼저 행하여지면 물권적 합의가 이루어진 때를 기준으로 해야 한다.

나. 민법 제250조, 제251조 소정의 도품, 유실물이란 원권리자로부터 점유를 수탁한 사람이 적극적으로 제3자에게 부정 처분한 경우와 같은 위탁물 횡령의 경우는 포함되지 아니하고 또한 점유보조자 내지 소지기관의 횡령처럼 형사법상 절도죄가 되는 경우도 형사법과 민사법의 경우를 동일시 해야 하는 것은 아닐 뿐만 아니라 진정한 권리와 선의의 거래 상대방 간의 이익형량의 필요성에 있어서 위탁물 횡령의 경우와 다를 바 없으므로 이 역시 민법 제250조의 도품·유실물에 해당되지 않는다.

다. 민법 제251조는 민법 제249조와 제250조를 전제로 하고 있는 규정이므로 무과실도 당연한 요건이라고 해석하여야 한다.

---> 물권행위의 완성 = 물권적 합의와 인도를 구성요소로 함

II. 물권변동에 필요한 법률행위 —물권행위의 문제

1. 의의

권리변동은 이를 목적으로 하는 법률행위의 효과로서 생기는 경우가 대부분임.

물권변동을 일으키는 법률행위가 성립하기 위해서는 당사자의 의사표시만으로 충분한가 그 외에 일정한 형식을 필요로 하는가는 각국의 법제에 따라 다름

2. 물권행위와 공시방법(대립하는 두 입법주의)

가. 의사주의(대항요건주의, 佛法주의) :

1) 프랑스 혁명과 인간의 자유의사의 존중 그리고 자연법사상의 영향

--> 현행 일본 민법도 의사주의임(제177조)

2) 물권변동은 그것을 목적으로 하는 의사표시 즉 물권행위가 있으면 일어나고

그 밖에 공시방법이 물권변동의 요건으로 요구되지 않는다는 입법주의.

---> 프랑스 민법은 저당권설정계약, 지상권설정계약 등 물권변동을 일으키는 계약도

고용이나 조합계약 등 채권만을 일으키는 계약과 같이 의사표시만으로 성립(711

조)

예) A, B간의 부동산소유권 이전계약은 A, B간의 합의만으로 이전됨

3) 이 경우 제3자는 물권변동의 유무를 알 수 없으므로 불측의 손해를 입을 가능성

4) 이에 따라 동산물권은 공신의 원칙을, 부동산물권은 공시수단인 등기를 대항요건으로 함

---> 거래의 안전을 도모함

나. 형식주의(성립요건주의, 독법주의) :

1) 독일은 형식주의 취하여 근대화를 지향함.

이는 거래의 안전에 기여함으로써 거래의 보호를 중시하는 근대사회로 발전하는데 공헌
등기의 실질심사에 따르는 공무원들의 커다란 부담해소
저당권설정의 지연 및 개인의 사생활의 침해 등의 폐해를 해소함

2) 물권변동은 그것을 목적으로 하는 당사자의 의사표시 즉 물권행위만으로 일어나지 않고, 그 밖에 일정한 형식 즉 등기, 인도라는 공시방법을 갖추어야만 비로소 물권변동이 일어난다는 입법주의.

예1) A, B간의 부동산소유권 이전계약은 A, B간의 소유권 이전합의와 소유권이전등기를 함으로서 소유권이 B에게 이전됨(합의와 등기)

예2) 동산은 합의와 인도

3) 부동산은 등기, 동산은 인도가 없으면 당사자간 물권변동은 절대로 발생 불가
따라서 등기와 인도는 물권변동의 성립요건임

다. 우리 민법의 태도 : 형식주의 즉 성립요건주의를 채택(제186, 188조4)

1) 부동산물권 변동 : 당사자의 의사표시 및 등기(186조)

2) 동산물권 변동 : 당사자의 의사표시 및 인도(188조)

3) 입법 당시에 형식주의를 취하는데 찬반 양론이 갈림

* 학계는 형식주의 반대 ---등기에 공신력이 없고, 폐해가 발생한다는 이유

3. 물권행위의 독자성

가. 獨自性的의 문제점

1) 의의

가) 물권행위의 독자성의 문제--> 민법 제186조의 '법률행위'를

a) 부동산물권의 이전원인이 되는 매매와 같은 '채권행위'⁵⁾로 볼 것인가

b) 아니면 이와 별도의 '물권행위'로 볼 것인가

c) 더 나아가 물권행위가 인정된다면 그것이 채권행위와 별개로 행하여지는 가가
물권행위의 독자성 문제임

---> 물권의 득실변경을 목적으로 하는 법률행위, 즉 물권행위는

4) 제188조(동산물권양도의 효력, 簡易引渡) (1) 동산에 관한 물권의 양도는 그 동산을 인도하여야 그 효력이 생긴다. (2) 양수인이 이미 그 동산을 점유한 때에는 당사자의 의사표시만으로 그 효력이 생긴다.

5) 매매와 같은 재산권이전형 계약뿐만 아니라 제한물권설정계약도 이에 해당하며 특정유증과 같은 단독행위일 수도 있다.

그 원인인 채권행위와 독립한 행위인가?

나) 독자성의 두가지 의미

a) 물권행위의 독자성이 있다고 보는 경우

--> 물권행위를 채권행위와 다른 별개의 독립된 행위로 보는 입장

b) 물권행위의 독자성이 없다고 보는 경우

--> 별개의 독립된 물권행위를 인정하지 않는 입장

예) A가 B에게 소유부동산의 매각계약을 체결하는 경우

1) 채권행위로서 : 매도인A에게 소유권이전의무와 매수인B에게 대금지급의무 발생

--> 아직 소유권이 B에게 이전된 것이 아님.

2) 매수인 B는 A에게 매매대금 완결하고, A는 B에게 매매일체서류를 교부하여

--> 소유권 이전등기시 B에게 소유권 이전됨

이 경우 잔금지급과 상환하여 등기서류를 교부하는 행위를 물권행위라고 보는 견해는

--> 이러한 **교부행위**는 채권행위와 별개이므로 물권행위의 독자성이 있다고 보며,

--> 이러한 행위를 물권행위로 보지 않는 견해는 독자성을 부인함

2) 독자성과 무인성의 관계 :

가) 물권행위의 유인, 무인의 문제는 물권행위의 독자성을 인정할 때-->비로소 발생,

나) 독자성을 부인하면 --> 물권행위는 당연히 유인성을 띤다.

나. 물권행위의 독자성에 관한 학설

1) 우리 민법은 물권변동에 관하여 형식주의(성립요건주의)를 채용하면서도

독일 민법과 같은 Auflassung⁶⁾(부동산소유권 합의)제도를 취하고 있음으로서

물권행위의 독자성 문제를 논의할 해석론적 근거가 의심됨(고상룡 69).

*cf. Einigung(권리변동에 대한 권리자와 상대방의 합의)

2) 학설 : 다수설은 독자성과 무인성을 모두 인정하는 견해

가) 독자성 긍정설(인정론, 다수설)

a) 민법이 물권과 채권을 준별하는 체계를 취하고 있어 채권행위와 별도로

물권변동을 목적으로 하는 물권행위를 인정하는 것이 민법 체계에 부합함

b) 민법이 독일의 Auflassung 규정을 두지 않아 형식주의가 철저하지 못하나

우리나라 입법자들은 물권행위의 독자성을 인정하려고 하였음.

c) 민법 제186조의 “물권의 득실 변경”, 제188조의 “동산에 관한”이라고 명백히 표현하고 있으므로 이를 해석하면 제186조의 “법률행위”와 제188조 1항의 “양도”는 각각 물권행위로 보아야 하고, 이것이 실정법의 근거이다.

d) 물권행위의 독자성을 인정하지 않으면 현존하지 않는 물건의 매매(장래물매매)의 유효성을 설명하지 못함.

e) 물권행위의 무인성을 인정하는 전제로서 물권행위 독자성을 인정해야 한다.

6) 독일 민법 925조 1항은 “부동산 소유권을 양도하는데 필요한 양도인과 양수인간의 합의(“Auflassung” 부동산 소유권 이전합의)는 양당사자가 관할기관에 동시에 출두하여 이를 표시하여야 한다”고 하고 있다.

f) 거래의 관행이며, 일반의 법의식이다. -- 일상거래에서 매매계약 외에 대금 지급과 동시에 등기서류를 교부할 때에 소유권이전의 합의가 행해진다.

나) 독자성 부정설(부정론, 소수설)

---> 독자성 부정의 근거를 제시하기 보다는 주로 긍정설을 비판하는 견해(곽84)

물권행위는 인정하지만 그 행위시기는 원칙적으로 채권행위와 같이 행해짐.

a) 물권행위가 보통 채권행위속에 포함된다고 하면서 물권변동에 관한 형식주의가 독자성의 근거가 되지 못한다는 점

b) 우리 민법이 독일 민법의 Auflassung에 상응하는 명문 규정이 없다.

c) 실정법의 근거가 없다.

제186조의 “법률행위”와 제188조 1항의 “양도”는 각각 물권행위로 보아야 하는 것은 옳지만, 물권행위가 채권행위와 별도로 행해져야 한다는 법규정이 없으므로 이 조항이 물권행위의 독자성을 인정하는 근거라는 주장은 타당치 않음.

d) 채권행위를 등기원인으로 기재하는 등기의 실제⁷⁾ 및 매도증서를 교부하던 종래의 관행이 검인계약서로 대체되었다는 점 -- 채권행위 속에 물권행위도 함께 행해짐.

e) 물권행위의 무인성을 인정하는 것은 부당하므로 그 전제로서 독자성을 인정할 필요가 없다.

f) 거래의 실정을 보더라도 매매계약과 등기 사이에 물권행위가 별개로 존재한다는 의식이 없으며, 등기서류의 교부는 공시방법을 갖추기 위한 행위일 뿐이다.

다. 판례의 태도

1) 판례는 물권행위의 독자성과 무인성을 모두否認.

2) 판례는 물권행위는 물권적 합의와 등기, 인도에 의해서 구성된다는 입장을 취함 (대판 1991.3.22, 91다70, 대판 1996.6.11, 96도233)

---> 물권적 합의와 등기, 인도에 의하여 물권행위가 완성되며

물권행위가 완성되면 --> 물권변동 효력이 발생하므로 채권행위와는

별도의 물권행위가 필요하다는 독자성의 문제는 생기지 않는다.

3) 판례가 “우리의 법제가 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지 않다고 밝힌 점” (대판 1977.5.24, 선고 75다1394)

[판례] 대판 1977.5.24, 선고 75다1394(손해배상)

【판시사항】 물권도 계약의 해제로 인하여 당연히 복귀되는지 여부

【판결요지】 민법 548조 1항 본문에 의하면 계약이 해제되면 각 당사자는 상대방을 계약이 없었던 것과 같은 상태에 복귀케할 의무를 부담한다는 뜻을 규정하고 있는 바 계약에 따른 채무의 이행으로 이미 등기나 인도를 하고 있는 경우에 그 원인행위인 채권계약이 해제됨으로써 원상회복 된다고 할 때 그 이론 구성에 관하여 소위 채권적 효과설과 물권적 효과설이 대립되어 있으나 우리의 법제가 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지 않는 점과 민법 548조 1항 단서가 거래안정을 위한 특별규정이란 점을 생각할때 계약이 해제되면 그 계약의 이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복귀한다 할 것이

7) 등기를 하게 됨으로써 일어나게 될 권리변동의 원인행위가 등기원인이라는 점을 분명히 밝히고 있다(지 147) 대판 1992.2.26, 98다50999.

다.

4. 물권행위의 무인성

물권행위의 무인성의 문제 : 채권행위의 불성립, 무효, 취소, 해제에 의하여
물권행위는 아무런 영향을 받지 않는다는 것인가의 문제.

가. 의의

1) 물권행위의 무인성이란 채권행위의 불성립, 무효, 취소, 해제에 의하여 ---> 물권행위는 아무런 영향을 받지 않는다는 것을 말함

예) 매매계약(채권행위)의 이행으로 물권행위인 소유권이전행위가 있으면 채권행위는 물권행위의 법률상 원인이 됨.

--->매매계약이 무효 등이 되더라도 소유권이전행위는 아무런 영향을 받지 않고 매수인에게 이전됨.

-->매수인은 원인없이 소유권 취득하였으므로 부당이득이⁸⁾ 되어 소유자에게 반환해야 함.

2) 입법주의 : 대부분의 국가가 有因主義를 취한다. 단 독일. 터키는 무인주의.

3) 우리 민법 : 규정이 없음

나. 학설 및 판례

1) 학설

가) 물권행위의 독자성을 인정하는 견해는 물권행위의 無因性을 인정하고 있음.

--> 물권행위의 독자성을 인정하지 않는 견해는 물권행위의 무인성을 부인.

나) 무인성 긍정설(無因論) (강태성 145; 김학동 55; 김용한 91)

a) 물권행위와 채권행위는 별개, 독립된 것이므로 그 유효성도 별도로 판단해야 함

b) 물권적 법률관계는 배타성을 가지므로 (당사자간에만 효력있는 채권행위의 유효여부로) 제3자가 영향을 받는 것은 부당 ---> 법적 명확성을 기하기 위하여 필요함

c) 무인론을 인정함으로써 등기에 공신력을 대신하여 현행법상 거래 안전을 보호 가능

d) '제3자의 권리를 해하지 못한다'는 제548조 1항 단서에 관한 입법자 의사 및 부당이득규정을 근거로 물권행위의 무인성을 인정

e) 상대적 무인성론(예외적 경우) (모두 김용한 91; 김중환, 김학동 59)

① 물권행위와 채권행위가 외형상 1개의 행위로 합체되어 행해지는 경우

② 채권행위의 하자가 물권행위에도 공통된 경우

③ 채권행위의 유효를 물권행위의 조건으로 한 경우에 예외적으로 유인론 인정

다) 무인성 부정설(有因論) (다수설, 고상룡77; 박윤직54; 김상용121; 이영준80;이은영 151)

a) 독자성을 부정함에 따른 당연한 결론이라는 점

b) 원인(causa) 또는 출연의 목적이 없는 경우에는 출연행위도 효력을 잃는다고 보는 것이 당사자의 의사에 합치됨.

c) 긍정설이 법적 명확성을 들고 있으나 법적 다툼을 줄이기 위하여는 정당한 이익을

8) 제741조(不當利得의 내용)법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

보호하는 것이 더 중요함

d) 현행법상 무인론을 인정할 만한 제도적인 근거가 없고, 신뢰보호규정 등으로 무인성을 인정할 특별한 이유가 없다.

--> 제 107조2항, 제 108조2항, 제 109조2항, 제 110조 3항 등에 의하여 - 보호가치가 없는 제3자를 배제하고 - 거래안전을 보호할 수 있음.

e) 무인성을 인정하면 악의의 제3자까지도 보호한다는 결과가 되어 부당함(곽윤직 101).

2) 우리 나라의 판례 : 有因主義

--> 물권행위의 독자성과 무인성을 부정

[판례고3] 대판 1991.11.12. 선고 91다9503 (물권행위의 有因性)

【판시사항】 가. 부동산으로 대물변제한 본래의 채무가 존재하지 않았던 경우 대물변제가 무효로서 소유권이 이전되는 효과가 발생하지 않는지 여부

나. 갑이 을에 대한 채무의 대물변제로 을에 대한 채권을 갖고 있는 병에게 직접 소유권이 전등기를 경료하였지만 대물변제한 본래의 채무인 갑의 을에 대한 채무가 존재하지 아니하였기 때문에 그 부동산의 소유권이 갑으로부터 병에게 이전되는 것은 아니라고 본 사례

【판결요지】 가. 채무자가 채권자의 승낙을 얻어 본래의 채무이행에 갈음하여 부동산으로 대물변제를 하였으나 본래의 채무가 존재하지 않았던 경우에는, 당사자가 특별한 의사표시를 하지 않은 한 대물변제는 무효로서 부동산의 소유권이 이전되는 효과가 발생하지 않는다.

나. 갑이 을에 대한 채무의 이행에 갈음하여 부동산으로 대물변제하려 하자, 을은 자신도 병에 대하여 채무를 부담하고 있기 때문에 그 소유자인 갑 및 병과 사이에 갑 명의로부터 직접 병 명의로 소유권이전등기를 경료하기로 합의하여 소유권이전등기를 경료한 경우, 갑이 을에게 대물변제한 본래의 채무인 갑의 을에 대한 채무가 존재하지 않는 것이라면, 병이 을에 대하여 채권을 가지고 있었다고 하더라도, 위 부동산의 소유권이 갑으로부터 병에게 이전되는 것은 아니라고 본 사례.

---> 원인부존재의 경우 유인성을 긍정함.