

不動產物權變動에 있어서의 登記請求權

金 斗 熙
許 承 喆

차 례

- I 序 言
- II 物權變動에 關한 立法例와 登記請求權
- III 學說의 概觀
- IV 各學說에 對한 批判과 私見
- V 結 言

I 序 言

新民法은 物權變動에 關하여 舊民法의 意思主義를 버리고 形式主義를 取하여 「法律行爲로 因한 不動產物權의 變動은 登記하여야 그 效力이 생긴다.」(民法186條)라 하고 「相續 公用徵收, 判決, 競賣, 其他法律의 規定에 依한 不動產에 關한 物權의 取得은 登記를 要하지 아니한다.」 그러나 登記를 하지 아니하면 處分하지 못한다.」(民法187條)라고 規定하고 있다. 한편 不動產 登記法 第28條에 依하면 「登記는 登記權利者와 登記義務者 또는 그 代理人이 登記所에 出席하여 이를 申請하여야 한다」고 規定하고 있기 때문에 登記는 原則적으로 登記權利者와 登記義務者와 協力에 依하여서만 可能하도록 되어 있는 것이다. 勿論 이 原則에 대하여는 例外가 認定되고 있다. 判決 또는 相續으로 因한 登記(不動產 登記法 29條) 登記名義人의 表示의 變更登記(同法 13條) 登記가 滅失한 때의 回復登記(同法 79條) 土地收用으로 因한 所有權移轉의 登記(同法 115條) 土地 또는 建物の 保存登記(同法 130條) 登記한 權利가 어느 사람의 死亡으로 消滅한 때의 그 抹消登記(同法 166條) 登記義務者가 行方不明 인때(同法 167)其他 囑託登記등은 그 例이다」 그러나 이들은 모두 特別한 理由에 基한 例外이며 우리 不動產 登記法에 있어서는 登記를 함에 있어서 共同申請의 原則을 採用하고 있으므로 登記權利者가 登記를 함에 際하여 登記義務者가 協력을 하지 않으면 登記申請은 不可能하게 되며 따라서 不動產物權變動의 效力은 생기지 않는다. 이 경우에 登記權利者가 登記義務者에 對하여 登記申請에 協力할 것을 要求할 수 있는 權利가 登記請求權인 것이다.

그런데 여기서 말하는 登記請求權은 登記申請權과 混同해서는 아니된다. 登記申請權은 國家機關인 登記所에 대하여 登記의 申請을 할 수 있는 權利로서 말하자면 公法上的 權利인 것이다. 이에 反하여 登記請求權은 特定인이 特定인에 對하여 登記의 申請에 協力할 것을 請求하는 權利로서 私法上的 權利인 것이다.¹⁾ 이러한 點에 있어서 兩者間에는 根本的인 差異가 있으며 兩者의 關係는 마치 民事訴訟法上的 訴權과의 關係에 比較할 수 있는 것으로 생각된다.²⁾

이러한 登記請求權은 民法이나 不動產登記法에 직접 規定하고 있지 않으나 登記法上 가장 重要하며 그 本質을 어떻게 보느냐에 따라 登記法上 또는 實體法上的 諸關係에 影響을 미치는 경우가 많은 것이다. 그런데 이 登記請求權의 發生原因과 性質에 關하여는 新民法에 있어서도 舊民法에 있어서나 마찬가지로 많은 學說이 對立하고 있다. 이 登記請求權의 問題에 關하여는 여러 方面으로 考察할 수 있으나 本稿에서는 主로 學說上의 對立이 甚한 法律行爲로 因한 不動產物權變動의 경우와 그 法律行爲가 無效 또는 取消된 경우에 있어서의 登記請求權의 發生原因과 그 法律的 性質에 關한 問題를 論究함과 아울러 登記請求權에 關聯되는 問題 即 中間省略登記의 경우에 있어서의 登記請求權과 登記請求權의 消滅時效 등에 關한 問題에 대하여 私見을 밝혀 보려는데 그 目的이 있는 것이다.

II 物權變動에 關한 立法例와 登記請求權

新民法에 있어서의 法律行爲로 因한 不動產物權變動에 있어서의 登記請求權의 發生原因과 그 性質을 論함에 있어서는 優先 物權變動에 關한 立法例와 登記請求權의 關係를 考察함이 必要하다.

그런데 周知하는 바와 같이 物權變動에 關한 立法例로서 意思主義와 形式主義가 있는데 前者는 佛蘭西民法과 舊民法이 取하고 있고 後者는 獨逸民法과 現行民法이 取하고 있다. 여기서 는 意思主義 特히 舊民法下에 있어서의 登記請求權의 發生原因과 性質에 關한 學說判例와 典型的인 形式主義를 取하고 있는 獨逸民法에 있어서의 登記訂正請求權의 發生原因과 性質에 關한 問題를 考察하려 한다.

1. 意思主義와 登記請求權

物權變動에 있어서의 意思主義라 함은 物權變動을 생기게 하는 法律行爲의 成立에는 當事者

1) 張庚鶴, 增訂新物權法總論 p. 219 方順元, 新物權法 p. 47 崔斌, 新物權法 p. 90 郭琦直, 物權法 p. 114 金基善, 韓國物權法 p. 110 淺井清信, 研究 p. 38 末川博, 物權法 p. 139 幾代通, 不登法 p. 31등 參照

2) 淺井清信, 法と經濟 第6卷 第4號 p. 38

間의 意思表示만으로서 足하며 이 意思表示 以外에 다른 어떠한 形式을 必要로 하지 않은 主義이다. 佛蘭西民法이 採用하고 있는 主義임으로 佛法主義라고도 한다.³⁾

同法에 依하면 所有權은 「價權의 効力으로서」 移轉된다고 規定하고 있으며(同法 711條) 物件을 引渡할 債務者로 하여금 所有者가 된다고 規定하고 있다. (同法 1138條) 即 同法에서는 物權變動을 이끄는 合意나 다같이 Convention으로서 兩者間에는 區別을 두지 않고 있으며 또 物權變動을 發生시키는 法律行爲는 當事者의 合意만으로서 完成하여 登記 引渡와 같은 形式을 必要로 하지 않는다. 그러나 이와같이 物權의 變動이 當事者의 意思表示만으로서 그 効力이 생기게 된다면 第三者에 對하여 不測의 損害를 끼칠 念慮가 있기 때문에 去來의 安全을 保護하기 爲하여 動產物權에 있어서는 公信의 原則에 依하여 保護하고(同法 2279條·1141條) 不動產에 關하여는 臆記(transcription) 抵當權에 關하여는 登記(inscription)를 하지 않으면 그 變動을 가지고 不動產上의 權利를 適法하게 保有하는 第三者에 對抗할 수 없는 것으로 하고 있다.

우리 舊民法도 「物權의 變動은 當事者의 意思表示만으로 因하여 그 効力이 생긴다」고 規定하고(舊民法 176條) 物權變動을 第三者에 對抗하기 위하여 登記(同法 177條) 또는 引渡(同法 178條)를 要한다고 規定하여 佛法式의 意思主義를 採擇하고 있으며 한편 舊不動產登記法 第26條에는 登記는 登記權利者 및 登記義務者 또는 그 代理人이 登記所에 出頭하여 이를 申請하도록 規定하여 共同申請의 原則을 採用하고 있기 때문에 登記義務者가 登記의 申請에 協力하지 않으면 登記를 할 수 없게 됨으로 登記義務者가 任意로 登記申請에 協力하지 않은 경우에는 法律上 登記權利者가 登記義務者에 대하여 그의 協力を 請求할 수 있는 權利 即, 登記請求權이 認定되었다. 다음에 舊民法下에 있어서 登記請求權이 發生하는 原因과 그 性質에 關한 學說과 判例를 概觀해 보기로 한다. 登記請求權의 發生原因에 關한 學說은 區區하나 大概 두가지로 나눌 수 있는데 그 하나는 그 原因을 一元的으로 보려는 見解이고 다른 하나는 그것을 多元的으로 보려는 見解이다.

一元說, 一元說에도 두개의 相異한 學說이 있다. 其一은 登記請求權의 發生原因을 직접 登記法 自体에서 求하고 있는데, 즉 이 說에 依하면 登記請求權은 當事者의 意思나 또는 物權에 基因하는 것이 아니고 登記와 登記能力 있는 實質上의 權利關係와 一致하지 않음다는 事實을 法律要件으로 하여 직접 法律에 根據하여 發生한다는 것이다. 그리고 事實上의 權利關係 그것을 登記請求權의 唯一한 原因으로 보는 說을 排斥하는 理由를 「登記請求權의 行使에는 事實上의 權利關係의 立證만으로는 不充分하며 반드시 또한 同時に 登記가 事實과 一致하지 않음다는 것을 證明하여야 한다」는데 그 理論的 根據를 두고 있다.⁴⁾ 其二는 現在의 實質上의 不動產物 自

3) 郭潤直 物權法 pp. 59~61 참조

4) 末弘嚴太郎, 物權法上 p. 141 以下
中島玉吉, 民法論文集 p. 382

表中에서 登記請求權의 發生原因을 찾으려는 說이다. 즉 이 說은 實質上의 權利關係와 登記簿上의 權利關係가 合致하지 않은 경우에 이 不合致를 排除하여 實質上의 權利關係와 登記와를 合致시킴으로 因하여 利益을 받는 者가 이로 因하여 不利益을 받는 者에 對하여 實質上의 權利의 效力으로서 法律上 當然히 發生한다는 것이다. 그리고 이 登記請求權의 性質은 一種의 物權的 請求權이라 한다.⁵⁾

多元說, 이 說에 屬하는 諸學說도 그 間에 理論構成을 달리하고 있는데, 즉 어떤 學者는 物權變動에 基因하는 경우의 登記請求權과 登記原因의 無效 또는 取消로 因한 既存登記의 抹消 또는 回復의 登기를 申請하는 경우에 있어서의 登記請求權과를 區別하여 前者는 登記請求權의 發生에 關하여 아무런 特約이 없다 할지라도 不動產物權이 變動하였다는 事實 그것에 基하여 法律上 當然히 發生하며 後者는 登記簿上의 權利狀態와 實質的 權利狀態와의 不合致를 原因으로 하여 實體的 物權 自体로부터 派生한다고 說明한다.⁶⁾ 이에 對하여 어떤 學者는 一面에 있어서는 登記請求權의 發生原因을 物權自体에 求하고 他面에 있어서는 物權變動을 수반하는 債權契約自体 가운데서 그것을 求하여 이 경우에 發生하는 登記請求權은 이를 債權的인 것으로 論斷하려는 것이다.⁷⁾

舊民法에 있어서의 登記請求權의 發生原因에 關한 主要學說의 概要는 上述한 바와 같은 것이다. 그러면 다음에 判例를 紹介해 보기로 한다.

判例의 其一은 債權契約에 수반하여 不動產物權變動이 行하여진 때에는 그 當事者間에 特約의 有無에 關係없이 登記請求權이 發生한다고 하고 그 理論的 根據를 特히 賣買契約에 關하여 「賣主는 買主로 하여금 完全한 所有權을 取得케 하는 義務을 負擔한다」는데 求하고 있다.⁸⁾ 따라서 判例의 立場에 있어서는 그러한 登記請求權은 賣買契約으로부터 生기는 債權的請求權이며 이것에 대한 登記義務는 債權的 義務이며 그 不履行은 債務의 不履行으로서 論하여야 할 것으로 보고 있다.⁹⁾ 또한 買主는 가령 不動產을 轉買하여 그의 所有權을 喪失한다 할지라도 前述한 意味에 있어서의 登記請求權은 喪失되는 것은 아니므로 이를 行使함으로써 轉買로 因하여 새로 發生한 그 自体의 登記義務를 轉得者에 對하여 履行하여야 한다는 것이다.¹⁰⁾

判例의 其二는 登記請求權의 發生原因을 不動產物權自体에 求하여 登記請求權에 關하여 物權的 請求權의 性質을 認定하고 있다. 이러한 근거에서 實質的物權關係가 無效 取消 또는 辨濟등에 依하여 消滅하고 그 때문에 登記簿上의 權利關係와 實質的權利關係와가 齟齬되어 그의 抹消

5) 我妻榮, 物權法 p. 81 以下 柚木馨 判例物權法總論 p. 163 以下 淺井清信, 研究 p. 15 土生, 物權法概說 p. 61 勝本正見, 物權法 p. 85

6) 石田文次郎, 物權法論 p. 192 以下

7) 柚木馨, 物權法總論 p. 94 以下

8) 日大判大正 9. 11. 22, 民錄26輯 p. 1857 參照

9) 日大判明治 44. 11. 14, 民錄 17輯 p. 710 參照

10) 日大判大正 5. 4. 1, 民錄22輯 p. 677 參照

를 求하는 경우와 買主의 移轉登記請求權이 消滅時效에 걸리지 않는다고 하는 것은 주로 이 理論에 依하고 있는 것이다.¹¹⁾

上述한 바와 같이 判例는 大體로 多元說에 立却하고 있다 할 것이다. 그리고 判例는 當事者 間의 特約에 依하여 發生하는 債權的 請求權으로서의 登記請求權을 認定하고 있다. 所謂 中間 省略의 登記의 경우이다. 즉 甲·乙·丙 順次로 所有權이 移轉된 경우에는 登記名義人 甲 現所有者, 丙 및 中間者 乙 全部가 同意있는 경우에 限하여 有效로 한다고 判示하고 있다.¹²⁾

以上 意思主義下의 舊民法에 있어서의 登記請求權의 發生原因과 性質에 關한 學說과 判例의 概要를 概觀하였는데 여기서 一般的인 見解라고 볼 수 있는 것은 摘記한다면 첫째로 登記請求權은 物權 그 自体의 效力으로서 發生하며 그 性質은 一種의 物權的 請求權이라는 것이고 둘째는 登記請求權은 不動產의 所有權과 運命을 같이하며 그 性質은 一種의 物權的 請求權이라는 것이고 셋째는 登記請求權은 不動產의 所有權과 運命을 같이하며 獨立하여 消滅時效에 걸리지 않는다고 보는 것이며 넷째는 所有權이 甲에게서 乙로 乙에게서 丙으로 順次로 轉買된 경우에 甲 乙 丙 全員이 合意한 때에는 丙은 직접 甲에 대하여 登記請求權을 行使할 수 있다는 것이다.

2. 形式主義와 登記請求權

形式主義라 함은 物權變動을 生케 하는 法律行爲의 成立에는 當事者의 意思表示外에 登記 引渡와 같은 一定의 形式을 必要로 하는 立法主義이다. 즉 物權變動을 目的으로 하는 意思表示를 할지라도 登記 引渡와 같은 形式을 取하지 않은 限, 當事者間에서도 物權變動의 效力이 생기지 않는다. 이 主義를 철저하게 認定하고 있는 것이 獨逸民法이므로 이를 獨法主義라고도 한다.¹³⁾ 同法에 依하면 物權變動을 生케 하는 意思表示는 兩當事者의 契約에 依하는 경우에 있어서도 債權만을 發生시키는 普通의 契約(Vertrag)과 구별하여 特히 物權的 合意(Einigung)라고 부르며 不動產所有權의 讓渡의 合意(Auflassung)에 關하여는 特別의 方式을 必要로 하며 또한 期限이나 條件을 부칠 수 없다. (同法295條) 其他의 경우에는(法律의 規定에 依하는 경우등) 아무런 方式은 必要로 하지 않으며 또한 條件을 부칠 수도 있다. 物權變動을 發生시키는 法律行爲에는 前述한 合意外에 不動產에 關하여는 登記(Eintragung)(同法873條 1項) 動產에 關하여는

11) 日大判 明治 43. 5. 24. 民錄 16輯 p. 425

〃 大正 7. 5. 13. 民錄 24輯 p. 957

12) 日大判 大正 8. 5. 16. 民錄 25輯 p. 776

〃 〃 8. 10. 20. 民錄 25輯 p. 1828

〃 〃 11. 3. 25 民集 1卷 p. 130

〃 昭和 12. 5. 21 判決全集 4輯10號 p. 508

柚木馨 判例物權法總論 p. 173

朝高判 大正 7. 3. 5 同大正 10. 5. 3

13) 郭潤直, 物權法 pp. 59~61 참조

引渡를 必要로 한다. 不動産에 關해서의 上述의 原則을 登記主義乃至 登錄主義(Eintragungsringzip)라고 한다.¹⁴⁾ 즉 등기를 不動産物權變動의 成立要件으로 하고 있다. 그러나 이 原則은 法律行爲로 因한 物權變動의 경우에 限定되는 것이며 非法律行爲의 物權變動에 關하여는 이 原則은 適用되지 않는다.

上述한 바와 같이 物權變動을 生케 하는 法律行爲는 恒常 債權을 發生시키는 法律行爲와는 別個로 獨立하여 行하여지는 것이며 獨逸學者들은 이것을 가르켜 物權行爲의 獨自性이라고 稱하고 있는 것이다.¹⁵⁾

한편 獨逸의 不動産登記法(Grundbuchordnung)에 依하여 登記의 節次를 概觀한다면 등기를 함에는 두 要件을 必要로 한다. 첫째는 職權으로서 登記가 行하여지는 一定한 경우의 例外를 除外하고는 登記는 登記申請權者의 申請이 있을 때 行해지는 것이 原則이다. 즉 申請主義(Antragungsprinzip)를 採用하고 있다. (同法13條) 登記申請權者는 能動的當事者(Aktivbeteiligte) 또는 受動的當事者(Passivbeteiligte)이다. (同法13條 2項) 登記를 하므로 因하여 權利를 取得하게 되는 者가 能動的 當事者이고 權利를 喪失하게 되는 者가 受動的 當事者이다. 그러므로 登記는 原則적으로 申請權者 한 사람의 申請만 있으면 可能한 것이다. 즉 單獨申請主義를 採擇하고 있는 것이다. 둘째로는 受動的 當事者의 登記許諾書(Eintragungsbeyrilligung)가 있어야 한다. 이는 登記所에서 登記公務員의 筆記에 依하든가 또는 公文書나 公的 認證있는 文書로서 立證하여야 한다 (同法 119條) 따라서 登記許諾은 반드시 書面에 依하여 하는 것이다. 要컨데 獨逸에 있어서는 共同申請主義를 取하는 우리 登記法에 있어서와는 달리 등기에 關係되는 두 當事者가 登記를 申請할 必要는 없으며 다만 一方 當事者만이 登記를 申請하고 他方當事者는 이를 許諾하는 것으로 되어 이 點에 있어서 兩法制間에는 큰 差異가 있는 것이다.

前述한 바와 같이 獨逸民法에 있어서는 形式主義를 取하면서 不動産物權變動에 따르는 登記에 關하여는 單獨 申請主義를 採用하고 있기 때문에 法律行爲로 因한 不動産物權變動에 있어서는 原則적으로 登記請求權이 發生할 余地가 없는 것이다. 다만 問題가 되는 것은 獨逸登記法에서 單獨 申請主義를 採用하고 있다 할지라도 受動的 當事者가 등기허락을 하지 않은 경우에는 登記申請은 不可能하게 되는데 이 경우에 受動的 當事者에 對하여 登記許諾(Beyrilligung)할 것을 要求하는 權利가 發生하는 것이나 이것은 登記請求權과는 그 本質에 있어서 差異가 있는 것이다. 즉 이 登記허락은 受動的 當事者가 登記公務員에 對하여 行하는 意思表示로서 登記를 不能하게 하는 것으로 해석되고 있는 것이다. 그러므로 이 許諾은 一方的으로 受領을 要하는 無因的인 登記節次法上的 行爲이며 實體法的 意思表示 즉 物權의 法律行爲와는 全然 別個의 것이

14) 우리나라의 大部分의 學者들은 物權變動에 關한 獨逸의 立法主義를 形式主義라고 부르고 있으나 獨逸學者들은 이를 登記主義乃至 登錄主義(Eintragungsprinzip)라고 부르고 있다.

15) 獨逸의 形式主義에 關하여는 山田 物權法 p. 150~164 p. 191 以下 p. 279 以下, 山田物權法概說 上卷 p. 163~164 參照

라고 하여야 할 것이다.¹⁶⁾

그러면 獨逸法制에 있어서는 登記請求權이 發生하는 경우는 全然 없을 것인가? 既述한 바와 같이 法律行爲로 인한 不動產物權變動의 경우에는 登記가 없으면 物權變動이 行해질 수 없는 것임으로 實質的 物權變動과 登記簿上의 物權變動이 齟齬할 余地가 없을 것 같이 생각된다. 그러나 法律行爲로 인한 物權變動은 登記만에 依하여 行하여지는 것이 아니고 登記 以外에 物權의 合意를 必要로 한다. 그런데 法律行爲로 因하여 物權變動이 있고 登記가 行하여 졌는데 그 物權的合意가 意思表示의 하자¹⁷⁾ (例를 들면 無能力錯誤등) 때문에 無效, 取消 등에 依하여 처음부터 無效가 되는 경우에는 그 登記는 實質的 物權變動과 齟齬되는 것이며 그 登記는 不正(Unrichtigkeit)한 것이 된다. 이 경우에 있어서 獨逸法制에 있어서는 法律行爲로 因한 物權變動의 경우에는 原則적으로 登記請求權이 發生하지 않으나 例外로서 上述한 登記의 不正이 있는 경우에 所謂 登記訂正請求權(Brichtigungsanspruch)이 發生하는 것이다.¹⁸⁾

이 登記訂正請求權의 法律上의 意義는 不正登記라 할지라도 그것에 依하여 表示되는 권리는 表見上 正當한 것으로 推定되며(獨民法 891條 1項) 公信의 原則에 依하여 그 권리의 善意得者에 對하여는 正當한 것으로 看做되는 것이다. (同法 892條·893條) 또한 「土地의 所有權을 取得하지 않고 土地登記簿에 登記된 者는 그 登記가 30年間 成立하고」 또 「그 기간내 自己를 爲하여 그 土地를 占有하였을 때에는 所有權을 取得한다」(同法 900條 1項)는데 있다. 그러므로 不正登記의 登記訂正請求權이 重要한 意味를 가지는 것은 이러한 事實에 依하여 보드래도 明白히 理解될 수 있는 것이다.

獨逸에 있어서 이 登記訂正請求權은 物權의 效力으로서 發生하며 그 性質은 一種의 物權請求權이라고 보는 것이 一般的 通說이다. 그 理論의 根據는 즉 物權的 權利者가 正當하게 登記할 權利가 法律上으로 保護되고 있는 것이다. 所有權者에 物件이 占有가 許容되어 있는 것과 같이 登記簿上에 있어서의 地位가 物權的 權利者에게 許容되고 있는 것이다. 物權은 그 自体에 따르는 登記할 수 있는 權利를 包含하고 있는 것이다. 第三者가 이 地位를 侵害하고 또 正當한 登記를 妨害할 때에는 占有侵害가 所有權侵害가 되는 것과 같이 保護되고 있는 權利의 客觀的 侵害를 惹起시키게 되는 것이다. 所有權者가 獨民法 第1004條에 依하여 侵害者에 對하여 侵害

16) 獨逸民(Ⅱ) 物權法, 現代外國法典叢書(3) p. 38 參照
Heck, Grundriss des Sachenrecht S. 150 f.

이 問題에 關하여는 異論이 없는 것은 아니나 記述한 바와 같이 區別을 認定하는 說이 압도적이 다. 그 代表的 學者로서 Heck는 物權的 合意를 내용으로 하는 法律行爲와 比較할 때에 特히 明確하게 그 區別을 할 수 있는 것이다. 即 그 合意는 當事者 雙方의 意思表示로서 成立하고 있으나 登記 官廳에의 表示는 그 合意의 成立要素가 아니라고 論하고 있다.

17) 獨逸民法에 있어서도 物權行爲의 獨自性, 無因性을 認定하는 것이 通說이나 物權行爲도 法律行爲의 一種에 틀림없으므로 그 行爲自体에 無能力, 錯誤, 詐欺強道の 하자가 있을 때에는 역시 完全한 效力이 發生하지 않는다.

18) Heck, Grundriss des Sachenrecht S. 169. 同說 Hedemann, Schenrecht des bürgerl. Gesetzbuches S. 289f. Biermann Sachenrecht S. 88

除去를 請求할 수 있을 때에는 이미 이 規定으로부터 獨民法 第894 乃至 896條의 登記請求權이 發生할 것이다. 勿論 이렇게 보는데 對하여는 異論이 없는 것은 아니나 그것이 物權的이라는 데 對하여는 獨逸學者들 間에 異論이 없다. 그러나 訂正登記請求權이 物權自体에 基因하여 所謂 物上請求權(所有權에 基한 侵害除去 請求權과 같은)의 一種으로 볼 것이냐에 關하여는 적지 않은 異論이 있는 것이다.¹⁹⁾

以上 典型的인 形式主義를 採擇하고 있는 獨逸法制에 있어서의 登記請求權이 發生하는 경우와 그 性質에 關하여 考察하였다. 여기서 登記한 內容을 要約하면 첫째로 獨逸民法에 있어서의 不動產物權行爲에 一定의 形式을 必要로 하고 있기 때문에 原因되는 債權行爲와는 別個 獨立한 物權行爲, 즉 物權行爲의 獨自性을 認定할 수 있고 둘째로 獨逸不動產登記法은 登記申請에 있어서 우리 不動產登記法의 共同申請主義와는 다르게 單獨申請主義를 採用하고 있기 때문에 法律行爲로 因한 物權變動에 있어서는 原則적으로 登記請求權이 發生할 수 없다는 點이고 등기가 된 경우에 이를 訂正하기 爲하여 物權의 效力으로서 登記訂正請求權이 發生하며 그 性質은 一種의 物上請求이라고 보는 點이다.

II 學說의 概觀

新民法에 있어서 法律行爲로 因한 不動產物權變動에 있어서의 登記請求權의 發生原因에 關하여는 學說이 區區하나 大別한다면 大體로 5개의 學說로 分類할 수 있는 것이다. 즉 第一說·第二說은 物權行爲의 獨自性을 否定하고 登記請求權은 原因行爲인 債權行爲에서 發生한다는 說이고 第三說은 物權行爲의 獨自性을 認定하고 登記請求權은 原因行爲인 債權行爲에서 發生한다는 說이고 第四說은 物權行爲의 獨自性을 認定하고 登記請求權은 物權的 合意에서 發生한다는 說이며 第五說은 物權行爲의 獨自性을 認定하고 物權的 合意의 效果로서 物權的 期待權이 생기고 登記請求權은 이 期待權의 效力으로서 發生한다고 하는 說이다. 以下 上述한 順序에 따라 각 學說을 紹介하면 다음과 같다.

第一說: 李英燮 判事は 우리가 獨逸式의 既成觀念을 떠나서 우리 民法을 解釋한다면 債權行爲에서 分離 獨立한 物權行爲의 觀念, 즉 物權行爲의 獨自性을 認定할 수 없다고 論하고²⁰⁾ 「民法 第186條와 第188條의 「法律行爲」乃至 「讓渡」라 함은 債權行爲를 가리키는 것임으로 不動產 所有權을 賣渡한 경우의 例를 든다면 買賣契約이 맺어지면서 買受人은 賣渡人에 對하여 所有權

19) Vgl. Wolff, Sachenrecht S. 88. Vgl. Schilde Die unrichtigkeit des Grundbuchs nach neun deutschen Reichrecht S. 51 f.

20) 李英燮 法曹 第1卷 第7號 p. 28

移轉登記請求權을 取得한다. 왜냐하면 讓渡人은 買受人에 對하여 所有權을 移轉할 것을 約束하였기 때문이다. (民法 563條) 적어도 形式主義下에서는 賣買代金과 所有權移轉登記自体가 서로 對價的인 關係에 있다고 볼 수 있기 때문이다. 이러한 理論으로 본다면 登記請求權은 債權行爲를 原因으로 하여 發生한다는 純粹한 債權的 請求權이라고 볼 수 밖에 없을 것이다」라고 論하고……從來 地上權 傳貰權 抵當權등의 設定契約을 物權行爲로 보아 왔으나 그것은 意思表示만으로 이러한 物權이 設定될 수 있었던 舊民法下에서의 理論인 것이요 形式主義下에서는 設定契約만으로는 物權이 곧 設定되지 않은 것이므로 이 設定契約을 債權行爲로 보고 이 債權行爲에 依하여 制限物權設定契約이 생긴다고 보아야 할 것이다. 따라서 이러한 경우의 登記請求權도 物權的인 請求權이 아니라 債權的인 請求權이라고 보아야 될 줄로 믿는다」고 主張한다.²¹⁾

第二說：郭潤直教授도 現行民法에 있어서의 物權行爲의 獨自性을 否認하고 登記請求權의 發生原因은 原因行爲인 債權行爲에서 發生하며 그 性質은 債權的 請求權이라는데 李英燮判事와 見解를 같이 하고 있다. 그러나 그 理論構成에 있어서는 見解를 달리하고 있다. 즉 李判事는 우리 民法 第186條의 「法律行爲」와 第188條1項의 「讓渡」는 債權行爲라고 보는데 對하여 郭教授는 이는 物權行爲를 가르키는 것이라고 보고 있는데 根本的인 差異가 있다. 또 郭教授는 우리 民法에서 物權行爲의 獨自性을 認定하고 登記請求權의 發生原因을 物權的合意에 찾고 그 性質은 物權的請求權이라고 主張하는 分들의 學說에 對하여 理論的이며 論理的인 批判을 加하고 物權的 合意에서, 登記請求權의 근거를 찾으려는 見解는 많은 難點을 포함하고 있어서 우리 民法의 해석상 이를 取하기가 어렵다고 論하고 있다.²²⁾ 郭教授의 學說中 注目할 만한 것은 物權行爲의 獨自性을 否認하는 근거로서 去來의 實情을 들고 있다. 即「去來의 實際에 있어서는 債權行爲外에 物權의 移轉만을 目的으로 하는 意思表示(物權行爲)를 意識해서 行한다는 일은 없는 것 같다. 例컨대 不動產의 賣買에 있어서 賣買契約과 登記만 하면 그것으로 去來는 끝난 것으로 아는 것이 一般의 觀念이며 그 밖에 賣買契約과 登記와의 中間에 物權行爲를 別途로 하여야 한다고 생각하지 않은 것이 去來의 實情이 아닌가 싶다. ………去來의 實際에 있어서도 意識해서 物權行爲를 하고 있지 않으므로 物權行爲의 獨自性을 認定할 必要가 없다. 즉 物權行爲의 獨自性은 否定하여야 한다」고, 論하고²³⁾ 登記請求權의 근거는 原因行爲인 債權行爲에서 찾아야 한다고 다음과 같이 論하고 있다. 「즉 物權的合意는 어디까지나 履行行爲다. 그것은 給付行爲인 것이다. 그러므로 物權的合意로부터 어떤 給付請求權이 發生한다는 것은 理論的으로 있을 수 없으며 給付請求權의 原因은 原因行爲에로 돌아가서 찾을 수 밖에 없을 것이다. 또한 登記

21) 李英燮 法曹 第1卷 第7號 pp. 29~30

22) 郭潤直 物權法 pp. 75~78 參照

〃 不動產物權變動의 研究 參照

23) 郭潤直 物權法 p. 76

〃 不動產物權變動의 研究 參照

는 物權的 合意의 證明方法은 아니며 그것은 物權的 合意와 同等한 價値를 가지는 物權的 合意의 또 하나의 物權變動의 要件인 것이다. 이와 같이 合意와 登記는 兩者가 모두 物權變動의 要件이지 한 쪽이 다른 쪽을 強制하는 義務를 발생케 하는 關係에 있는 것은 아니다. 登記請求權의 發生原因을 物權的 合意에서 찾으려는 것은 不當하며 그것은 原因行爲인 債權行爲에서 求하여야 한다. 그러므로 物權行爲의 獨自性を 인정하든 부정하든 어떠한 見解를 取하든 登記請求權은 原因行爲인 債權行爲에 그 根據가 있다고 하여야 한다. 즉 어떤 物權의 變動을 목적으로 하는 債權行爲가 있으면 그 債權行爲에서 登記請求權은 當然히 發生하여야 한다. 따라서 또한 그 性質은 債權的 請求權이라고 하여야 한다²⁴⁾고 論하고 있다.

第三說 : 이 說에 屬하는 學者로서는 張庚鶴教授, 崔棻教授의 두 분이다. 이 두 분의 學說을 紹介하면 다음과 같다.

張庚鶴教授는 우리 民法 第186條는 그 解釋에 있어서 獨逸民法 第873條와 같이 解釋하여야 할 것이므로 債權行爲로부터 獨立된 物權行爲 即 物權行爲의 獨自性を 認定하여야 한다고 論하고²⁵⁾ 「形式主義下에서는 登記를 完了하기 前에는 所有權者가 되지 못함으로 所有權을 土台로 하는 登記請求權이 생긴다는 길은 全然 없게 되었다. 그러므로 新法下에서는 法律行爲로 因한 物權變動의 경우에는 物權的인 請求權으로서의 登記請求權은 생각할 수 없다. 그럼 이때 形式主義下에서는 登記請求權은 全然 생각할 수 없을가? 그렇지 않다. 여기에서 物權行爲의 構成要件인 登記를 賣渡人이 해주지 않을 때에는 어떻게 買收人은 登記를 強制할 수 있는가 民法 第568條에서 賣買의 効力으로 賣渡人은 權利移轉義務를 負擔한다고 하였는데 그 權利가 不動產일 때에는 登記를 하는 것은 原因行爲인 債權契約의 効力이라 할 것이다. 그러므로 이 경우에는 登記를 請求하는 權利는 物權行爲 以前の 債權契約의 効力에서 發生한다 할 것이다. 이 단계에 있어서는 債權的인 請求權으로서의 登記請求權이 생긴다」고 論하고 「……그 밖의 경우중에서 主要한 것은 無効, 取消, 契約의 解除등에 있어서 原則적으로 物權行爲의 獨自性を 認定하는 立場에서는 不當利得으로 因한 利得返還義務가 생기는 만큼 이 때에는 登記請求權이 거기에 包含된다고 할 것인바 이것도 債權法上의 登記請求權이라 할 것이다. (다만 無効, 取消의 原因이 原因行爲에 限하지 않고 例를 들면 社會性 및 不公正性を 띤 닛으로 物權行爲 自体가 無効로 될 때에는 債權法上의 것이 아니라 物權法上의 登記請求權이 問願이다)라고 主張한다.²⁶⁾

崔棻教授도 新民法에 있어서의 物權行爲의 獨自性を 認定해야 한다는 理論은 前述한 張庚鶴

24) 郭潤直 物權法 pp. 115~116 參照
 “ 不動產物權變動의 研究 參照
 “ 서울대학교法學 pp. 35~58 參照
 25) 張庚鶴 物權法總論 p. 183
 26) 張庚鶴 “ pp. 233~235

과 同一하나 登記請求權에 關하여는 「實體的 物權關係와 登記簿와의 不符合에 依하여 發生하는 것이 아니고 當事者間의 特約에 依하여 發生하는 債權的 請求權을 생각할 수 있다. 賣買 등의 債權契約의 內容으로서 登記移轉義務를 約定했을 때에 發生하는 登記請求權이 그것이다. 普通 物權契約을 約定하는 債權契約에는 明示가 없더라도 그러한 約定이 包含되어 있다고 解釋한다」고 論하고 또 登記原因의 不成立 無効 取消 등에 依하여 物權的 合意(債權行爲의 有効를 條件으로 했을 때)가 影響을 받을 경우와 物權的 意思表示 그 自体의 不成立 無効 取消 등의 경우에 發生하는 登記請求權은 登記와 實質關係와의 不一致를 排除함으로써 利益을 받는 實體法上の 權利者가 不利益을 받는 登記簿上の 名義人에 對하여 抹消 變更 등의 申請에 協力할 것을 請求할 수 있는 權利이고 物權保全을 目的으로 하는 物權的 請求權이다. 따라서 登記請求權은 物權行爲의 當事者에 限定되지 않는다. 또 登記請求權은 物權과 運命을 같이 할 것이고 單獨으로 消滅時効에 걸리지 않는다.」²⁷⁾고 主張한다.

第四說：이 說을 主張하는 分으로는 方順元 前大法院判事와 金基善教授 두 分인데 方順元判事は 形式主義下에서는 法律行爲로 因한 物權變動을 가져오는 物權行爲로서 그 前提가 되는 債權行爲와는 獨立한 物權的 法律行爲가 存在한다고 主張하고²⁸⁾ 「……登記請求權은 契約上 또 는 物權的 効力으로서 發生한다. 例컨데 不動産所有權의 讓受人은 自己 所有名義로 登記를 取得하기 前에는 아직 不動産所有權을 取得하지 못한다 할지라도 當事者間에 所有權讓渡의 合意가 있는 以上 不動産所有權 讓受人은 物權的 合意의 內容으로서 讓渡人에 對하여 登記에 協力시킬 權利를 가지며 讓渡人은 이러한 義務를 負擔한다, 이 경우의 登記請求權의 性質이 債權的 請求權이라는 見解가 있으나 原因關係가 債權關係라 하여 登記請求權이 債權이라고 볼 수 없으며 物權的 合意에서 發生하는 債權에 準하는 權利로 보는 것이 妥當하다고 생각한다. 形式主義下의 民法에 있어서 物權變動의 效果가 發生하려면은 物權的 合意와 登記가 있어야 함을 要함으로 登記請求權이 物權的 法律行爲의 原因行爲가 되는 債權契約에 있다고 보는 適切치 않으며 登記가 物權變動의 一要素임을 생각할 때 登記에 協力할 義務가 發生함은 物權的 意思表示에 內在하고 있다고 봄이 妥當할 것이다.

一面 不動産上の 物權을 取得하자면 그 物權의 圓滿한 狀態를 確保하기 爲하여 物權的 請求權으로서 相對者에 對하여 登記에 必要한 協力을 請求할 수 있다. 例컨데 登記簿上の 權利狀態와 實體法上の 權利狀態가 一致하지 아니하므로 그 不一致를 是正하기 爲하여 既存登記의 抹消 變更을 登記義務者에 對하여 請求할 수 있는 경우와 같다. 物權的 效力으로서의 登記請求權은 物權的 效力이므로 物權과 始終하여 物權과 運命을 같이 한다. 物權이 存在하는 限 登記請求權도 반드시 存在하며 物權과 分離하여 消滅時効에 걸리지 않는다. 일단 物權的 合意와 登記에 依

27) 崔槭 新物權法 p. 91

28) 方順元 新物權法(全)p. 23~26

하여 物權을 取得한 者 또는 現存의 權利狀態에 符合하는 登記名義를 取得한 者는 悉족 登記名義가 不法한 方法에 依하여 喪失한 경우라도 그 保有하던 物權을 喪失하는 것이 아니므로 登記回復請求權이 物權的 請求權으로서 永久性을 가진다고 보아야 할 것이다.

登記義務者가 登記申請에 協力하지 아니할 때에는 登記權利者는 그 意思表示를 求하는 訴訟를 提起하여 (民法 389條2項)판결을 얻어 登記權利者 單獨으로 登記를 申請할 수 있다. 物權的 合意로 인한 登記請求權은 아직 物權의 存在를 前提를 하는 것이 아니므로 上述한 바와 같은 物權的 효력으로서의 登記請求權과 같은 性格을 가진 것으로 볼 수 없으며 特殊한 財產權으로서 20年の 消滅時効에 걸린다고 보는 것이 妥當하다(民法 162條 參照)고 主張한다.²⁹⁾

다음에 金基善教授는 不動產物權變動의 효력을 規定한 新法 第186條의 「法律行爲」 動產物權變動의 효력을 規定한 新法 第188條 1項의 「讓渡」는 物權行爲를 指稱하는 것으로서 妥當하므로 우리 新法은 物權行爲의 獨自性을 成文法上으로 認定하고 있다고 論하고³⁰⁾ 「法律行爲로 인한 物權變動의 경우에는 物權的 合意가 있으면 이로부터 그 意思表示의 효력으로서 登記請求權이 發生한다. 物權的 意思表示는 직접 物權의 變動을 目的으로 하는 것인데 物權的 變動이 생기려면 登記가 있어야 하기 때문에 이 意思表示 가운데는 登記意思가 包含된 것이다. 이 경우의 登記請求權의 性質은 物權的 請求權이 아니고 純粹한 債權이다」라고 論하고 「……登記原因의 無効, 取消, 不成立等에 依하여 實質上의 權利와 登記가 不一致하게 된 경우의 登記請求權은 物權的 効力으로서 나타나는 것이다. 그러므로 이 경우의 登記請求權의 性質은 純粹한 債權이 아니고 物權的 請求權이라고」 主張한다.³¹⁾

第五說 : 이 說을 主張하는 분은 金曾漢教授인데 金教授는 우리 民法에 있어서는 物權行爲의 獨自性을 認定할 만한 明文의 規定은 없다 할지라도 不動產去來의 實地面에 비추어 볼 때 物權行爲의 獨自性을 認定하지 아니할 수 없다고 論하고³²⁾ 登記請求權이 發生하는 경우를 創設의 登記에 있어서의 경우와 訂正의 登記에 있어서의 경우로 나누고 創設의 登記의 경우에 있어서의 登記請求權은 物權的 期待權의 効力으로서 發生한다고 보는 것이 妥當하다고 그 理論的 根據로서 「……物權的 合意의 效果로서 取得者에게 物權的 期待權이 생기고 登記請求權은 이 物權的 期待權의 効力으로서 생기는 것이라고 解決하는 것이 가장 適切한 것이다. 이렇게 解하면 創設의 登記에 있어서의 登記請求權도 物權的인 性質을 가진 것으로 되는 셈이다. 이 見解에 對하여는 다음과 같은 의문이 생길 수 있다. 登記請求權이 物權的 合意의 效果로서 생기는 物權的 期待權의 効力이라고 한다면 物權的 合意가 있기 前에는 登記請求權이 생기지 않느냐 萬若에 그렇다면 賣渡人이 物權的 合意에 應하지 않은 경우에는 登記請求權은 생기지 않은 것으로 되

29) 方順元 新物權法(全) pp. 47~48

30) 金基善 韓國物權法 pp. 86~88

31) 金基善 韓國物權法 p. 111

32) 金曾漢 新物權法上 pp. 248~249

지 않겠느냐 그러나 買受人의 履行을 訴求하여 賣渡人は 買受人에게 目的物의 所有權을 移轉하라는 趣旨의 判決을 얻으면 이 判決은 物權的 合意에 가름하는 구실을 할 뿐만 아니라 賣渡人의 登記申請에 가름하는 구실까지를 겸하게 된다. 따라서 위의 疑問과 같은 不合理는 없다.

物權行爲의 取消 또는 解除의 경우에도 마찬가지로 解하면 될 것이다. 即 取消 또는 解除의 意思表示를 物權의 意思表示라고 생각한다면, 그 意思表示의 效果로서 物權의 復歸에 對한 物權의 期待權이 생긴다고 생각할 수 있을 것이다. 權利의 內容의 變更(權利의 存續期間의 伸縮, 地料借賃의 增減 또는 支給時期의 變更 被擔保債權의 元本額 또는 利率의 變更 등)도 法律行爲로 인한 物權變動이므로 그 경우 이 登記請求權도 같은 理致로 되는 것은 勿論이다.

原因行爲의 無効, 取消의 경우에 不當利得返還請求에 依하여 物權이 復歸하는 경우에는 어떠한 例컨대 甲이 不動產을 乙에게 賣渡하고 그 履行으로서 移轉登記를 한 후에 原因인 賣買契約이 取消되더라도 그 때문에 그 履行으로서 한 物權行爲는 영향을 받지 않는다. 그러나 所有權이 아직 乙에게 있는 경우에 乙의 所有權은 法律上의 原因 없이 얻은 利益이므로 甲은 乙에 對하여 그 不當利得의 返還을 請求할 수 있다 그러면 이 경우에 그 所有權의 復歸를 위한 登記請求權과의 關係는 어떤 것이냐, 乙의 不當利得返還義務는 債務이고 그 債務를 履行하여 所有權이 도로 甲에게 復歸하기 위하여서는 賣買契約의 履行으로서 所有權이 移轉되는 경우와 마찬가지로 物權的 合意과 登記가 必要한 것이다. 따라서 登記請求權의 問題도 普通의 法律行爲로 인한 物權變動과 꼭 마찬가지로」라고 主張한다.³³⁾

以上에서 登記請求權의 發生原因과 그 性質에 關한 學說을 概觀하였다. 여기서 各 學說의 內容을 要約한다면 第一說과 第二說은 法律行爲로 인한 不動產物權變動의 경우에 物權行爲의 獨自性을 否認하고 登記請求權은 債權行爲에서 發生하는 債權的 請求權이라고 보는 것이며 第三說은 物權行爲의 獨自性을 認定하면서 登記請求權은 原因行爲인 債權行爲에서 發生하고 그 性質은 債權的 請求權이라고 보는 것이며 第四說은 物權行爲의 獨自性을 認定하고 登記請求權은 物權的 合意에서 發生하나, 그 性質은 物權的 請求權이라고 보는 見解와 債權에 準하는 一種의 特殊한 財產權이라고 보는 見解 純粹한 債權이라고 보는 見解이다. 第五說은 物權行爲의 獨自性을 認定하고 物權的 合意가 있으면 取得者에게 物權의 期待權이 생기며 登記請求權은 이 期待權의 效力으로서 發生하며 그 性質은 物權的인 權利로 보는 見解이다.

33) 金曾漢 新物權法上 pp. 296~298

IV 各學說에 대한 批判과 私見

以上에서 紹介한 各學說에 대하여 약간의 批判을 加함과 同時에 登記請求權의 發生原因과 그 性質 및 中間省略의 登記에 있어서의 登記請求權과 登記請求權의 消滅時効에 관하여 私見을 적어 보려 한다. 筆者는 前述한 諸學說中 物權行爲의 獨自性を 否認하고 登記請求權은 原因行爲인 債權行爲에서 發生하는 債權의 請求權이라는 說에 贊同하고 있기 때문에 以下에서는 第三說, 第四說, 第五說을 批判하여 나가면서 第一說과 第二說의 肯定的인 根據를 밝히고자 한다.

第三說에 對한 批判: 前述한 바와 같이 이 說은 現行民法에 있어서 物權行爲의 獨自性を 認定하면서 登記請求權은 原因行爲인 債權行爲에서 發生하는 債權的 請求權이라고 보는 見解이다. 그런데 이 說은 다음과 같은 點에서 批判의 對象이 되지 않을까 생각된다.

첫째로 이 說을 主張하는 分들이 新民法에 있어서의 物權行爲의 獨自性を 認定하는 理論的 根據로서 形式主義民法인 獨逸民法의 理論을 適用하고³⁴⁾ 또 우리나라에서는 登記에 公信力이 없으므로 去來의 安全을 爲하여 政策的인 見地에서 이를 認定하여야 한다고 主張하나³⁵⁾ 周知하는 바와 같이 獨逸民法과 우리 民法은 法律行爲로 因한 物權變動에 있어서 形式主義를 採擇하고 있는 點은 同一하나 不動產物權變動의 形式에 關하여는 兩者間에 根本的으로 다르게 規定하고 있는 것이다. 卽 獨逸民法은 不動產物權變動에 關하여 同法 第873條와 第925條를 두어 있으므로 債權行爲와는 別個로 物權行爲가 獨立하여 存在할 수 있기 때문에 獨逸學者들 사이에는 不動產物權變動에 있어서는 物權行爲의 獨自性を 認定하는데 거이 異論이 없는 것이다.³⁶⁾ 그러나 우리 民法은 다만 第186條에 「不動產에 關한 法律行爲로 因한 物權의 得失變更은 登記하여야 그 効力이 생긴다」라고 하고 第188條 1項에는 「動產에 關한 物權의 讓渡는 그 動產을 引渡하여야 効力이 생긴다」라고 規定하고 있을 뿐이며 그 以外에 債權行爲와 物權行爲를 區別할 단한 明文의 規定을 두고 있지 않은데 위 第186條와 第188條 1項中의 「法律行爲 乃至 引渡가 物權行爲의 獨自性を 認定하고 있는 獨逸民法에 있어서의 不動產所有權移轉의 合意(Auflassung)나 物權的 合意(Einigung)와 同一視할 수 없다는 것은 明白한 事實이다. 그리고 이 說을 主張하는 分중에는 形式主義下의 民法에서는 當然히 原因行爲인 債權行爲와 物權行爲는 合體하여 存在할 수 없으며 따라서 物權行爲의 獨自性を 認定하여야 한다고 論하고 있으나³⁷⁾ 이러한 主張은 正當한 것이라고 할 수 없다. 왜냐하면 瑞西民法은 物權變動에 關하여 形式主義를 取하여 登記 引渡를 効力發生要件으로 하고 있으면서도(同法 656條 1項 · 714條 1項) 物權行爲의 獨自

34) 張庚鶴 新物權法總論 p. 183

35) 金會漢 新物權法上 p.

36) Planck Staudinge Westermann S. 76. 13

37) 崔斌 新物權法 p. 76

성을否認하고 있다. 卽 同法은 土地所有權의 移轉登記를 할 경우에는 土地所有者的 書面에 依한 意思表示가 公證되어 있을 것을 要求한다. (同法963條 1項·657條 1項) 卽 債權契約이 公證만 되면 그것으로 곧 登記할 수 있게 되어 있으므로 明文上的 解釋으로서도 物權行爲라는 觀念을 認定할 必要가 全然 없는 것이다. 그러므로 形式主義를 取한다고 하여 物權行爲의 獨自性を 認定한다는 結論은 나올 수 없는 것이다. 다음에 우리 法制에서는 登記에 公信力이 없기 때문에 去來의 安全을 爲하여 政策的인 見地에서 物權行爲의 獨自性を 認定하여야 한다고 論하더 있으나 우리 民法이 舊民法의 意思主義를 버리고 形式主義를 採擇한 理由는 物權變動에 存否와 時期를 明白히 함으로서 去來의 安全을 도모하고 當事者間의 關係와 第三者間의 關係를 다르게 取扱하여 法律關係의 複雜化를 피하도록 하는데 그 立法趣旨가 있다할 것이다.³⁸⁾ 그렇다면 新民法에 있어서는 不動產物權變動을 爲한 債權契約과 登記와의 中間에 物權的 合意라는 觀念을 認定할 必要가 없으며 登記나 引渡를 하기 前에 있어서의 物權을 取得할 相對方의 地位는 債權者로서의 債權을 取得할 수 밖에 없을 것이다.

둘째로 登記原因이 無効 또는 取消되는 경우에 있어서의 登記請求權의 發生原因과 性質을 一元的으로 說明하지 못하는 短點을 內包하고 있는 것이다. 卽 이 說은 物權行爲의 獨自성과 無因性を 認定하는 結果 甲 乙 間의 賣買가 無効 또는 取消되어서 乙에게 移轉된 登記를 甲이 回復하려면은 無効 取消 原因이 原因行爲인 債權行爲에만 存在하는 경우에는 登記請求權은 不當利得으로 因하여 發生하며 그 性質은 債權의 請求權이라 하고 그 原因이 物權行爲에도 共通되는 경우에는 物權의 効力으로서 發生하며 그 性質은 物權的 請求權이라고 論하고 있는데 既述한 바와 같이 우리 新民法下에서는 物權行爲에 關하여 一定한 形式을 要求하고 있지 않을 뿐만 아니라 우리 不動產登記法에 있어서도 登記原因으로서 賣買贈與 등의 債權契約을 記載하도록 되어 있으므로 때로 債權行爲와 物權行爲가 獨立되어 있다고 볼 수 없으며 따라서 登記原因이 無効 또는 取消가 된 경우에 있어서의 登記請求權은 物權의 効力으로서 發生하며 그 性質은 物權的 請求權으로 보아야 할 것이다. 이 登記請求權은 前述한 獨逸民法에 있어서 物權的 合意의 意思表示가 無効 또는 取消되어서 不正登記가 된 경우에 發生하는 登記訂正請求權에 比할 수 있는 것이다. 이와 같이 物權行爲의 獨自성과 無因성을 否認한다면 登記請求權의 發生原因과 性質을 一元的으로 說明할 수 있는 것이다.

以上에서 論究한 바와 같이 第三說은 理論的 또는 實定法的 근거에 비추어 보아 妥當한 見解라고 볼 수 없는 여러가지 難點이 內包되어 있다는 것을 알 수 있는 것이다.

第四說에 對한 批判: 이 說은 登記請求權의 發生原因을 物權的 合意에서 求하고 있는데 이 說亦是 贊同할 수 없는 것이다. 왜냐하면 物權行爲의 獨自성을 認定하는 理論에서는 普通 物權行

38) 李泰俊 劉敏相 註釋 新民法 p. 63 參照

爲는 代金を 完給하고 登記에 必要한 文書를 買受人에게 交付하는 때에 物權的 合意가 있다고 보고 있는데 그렇다면 登記文書를 交付받은 단계에서는 登記申請에 必要한 協力을 登記義務者로부터 받고 登記權利者가 單獨으로 登記를 할 수 있는 狀態이므로 登記請求權을 行使할 必要는 없는 것이다.³⁹⁾ 그뿐만 아니라 우리 不動產登記法 第40條3號에서 「登記原因을 證明하는 書面」 同法 第41條5號에서 「登記原因과 그 年月日」이라고 規定하고 있는데 여기서 登記原因이라 함은 債權契約을 意味하는 것이며 따라서 登記請求權의 發生原因도 이 債權契約에 內在하고 있다고 보아야 할 것이다. 또한 登記請求權의 發生原因을 物權的 合意에 求하면서도 그 性質을 論함에 있어서 方順元判事는 登記請求權의 性質은 債權이라고 볼 수 없으며 物權的 合意에서 發生하는 債權에 準하는 權利로 보아 特殊한 財産權으로서 20年の 消滅時効에 걸린다고 보는데⁴⁰⁾ 대하여 金基善教授는 純粹한 債權이라고 보고 있는 것이다.⁴¹⁾

이와같이 第四說이 登記請求權의 發生原因을 物權的 合意에 求하므로 말미아마 그 性質을 債權에 準하는 權利 或은 純粹한 債權이라고 論하고 있음은 어딘가 理論的 모순을 內包하고 있다고 아니할 수 없다. 以上 論評한 바와 같이 物權行爲의 獨自性을 認定하고 登記請求權의 근거를 物權的 合意에 求하려는 第四說 역시 合理性이 缺如되어 있다고 보지 아니할 수 없는 것이다.

第五說에 對한 批判: 앞에서 紹介한 바와 같이 金曾漢教授는 新民法에 있어서 物權行爲의 獨自性을 認定하는 前提下에 物權的 合意의 效果로서 取得者에게 物權的 期待權이 생기고 登記請求權은 이 物權的 期待權의 効力으로 發生하며 創設的 登記⁴²⁾에 있어서의 登記請求權은 物權的인 性質을 가지고 있다고 論하고 있다. 以下에서 金教授의 理論을 論評해 보기로 한다.

첫째로 金教授는 新民法에 있어서도 舊民法에 있어서와 같이 民法의 解釋이나 條文의 文字로부터는 物權行爲의 獨自性을 認定할 만한 근거를 發見할 수 없으나 去來의 實際面에 비추어 본다면 이를 認定하는 것이 妥當하다고 論하고 賣買契約이 있을 뿐만 아니라 代金を 完拂하고 登記書類의 交付를 받고 또 明渡까지 받았는데 다만 登記라는 要件만이 갖추어지지 못한 단계에 있을 때에 그 取得者의 權利를 物權的 期待權으로 보고 創設的 登記에 있어서의 登記請求權은 이 期待權의 効力으로서 생긴다고 한다. 이 物權的 期待權은 物權的 性質의 權利이기 때문에 그 効力으로서 생기는 登記請求權도 物權的 性質을 가진 것이고 따라서 그 讓渡에 債權讓渡의 對抗要件을 必要로 하지 않는다고 한다.⁴³⁾

생각컨대 新民法上의 不動產物權變動에 있어서 物權的 合意만 있고 登記가 있기 前에 있어서

39) 郭潤直 物權法 pp. 115~116 參照

40) 方順元 新物權法 pp. 47~48

41) 金基善 韓國物權法 p. 111

42) 金曾漢 新物權法 p. 226

43) 金曾漢 新物權法 pp. 292~293

의 權利取得者의 地位를 物權의 權利者로서 保護될 수 있느냐 하는 上述한 物權의 期待權論에 대하여는 疑問을 갖지 않을 수 없다. 왜냐하면 物權의 合意 하나만으로서는 아직 아무런 權利變動도 생길 수 없는 것이기 때문이다. 적어도 登記나 引渡를 効力發生要件으로 하는 形式主義下의 新民法에 있어서는 登記나 引渡를 하기 前에 있어서의 權利는 純粹한 債權關係로 밖에 볼 수 없고 物權의 權利를 가지는 者로서 保護될 수 없다는 것은 再言을 요치 않는다. 그러므로 登記請求權의 發生原因을 物權의 期待權의 効力으로서 發生하고 그 性質을 物權의인 權利로 보는 것은 理解하기 困難하다 아니할 수 없다.

둘째로 金教授는 中間省略의 登記에 關하여 物權의 期待權의 理論을 適用하고 있다. 卽 이 物權의 期待權은 物權의 權利와 마찬가지로 讓渡性이 있으므로 不動產 所有權은 甲·乙·丙으로 轉轉讓하는 경우에 登記를 하지 않은채 物權의 期待權만을 讓渡할 수 있고 最終者 丙은 甲에 대하여 登記의 移轉을 請求할 수 있다고 論하고 있다.⁴⁴⁾ 그러나 이 理論은 妥當할 수 없다. 왜냐하면 當事者間의 意思表示만으로 物權變動의 効力이 發生했던 舊民法下에 있어서도 中間省略登記가 有効하기 爲하여는 當事者 全員의 合意가 있는 경우에 限하여서만 可能하였던 것인데⁴⁵⁾ 形式主義를 取하는 現行 民法下에서는 賣買契約에 依하여서는 物權이 讓渡 取得될 수 없으므로 前例에 있어서 乙이 登記前에 다시 丙에게 轉買한다는 것은 不可能한 것이다. 다만 新民法下에서도 甲에게서 乙로 乙에게서 丙으로 所有權을 移轉한 債權契約이 順次的으로 存在할 수 있음은 勿論 可能한 것이며 이 경우에 있어서는 債權契約의 効力으로서 發生한 登記請求權을 丙은 乙로부터 讓渡받은 것이므로 債權讓渡의 對抗要件을 갖추지 않은 限 그 効力은 發生할 수 없는 것이다. 그럼에도 不拘하고 金教授는 甲·乙의 合意에 依하여 物權의 期待權이 생기므로 乙은 그 期待權을 다시 丙에게 양도할 수 있고 丙은 그가 取得한 物權의 期待權에 依據하여 甲에 대하여 直接 登記請求權을 갖는다는 것은 首肯하기 어려운 理論이라 아니할 수 없는 것이다.

以上에서 各 學說에 대하여 論評한 바와 같이 現行民法에 있어서 物權行爲의 獨自性を 認定하면서 登記請求權의 發生原因을 原因行爲인 債權行爲에 求하고 或은 物權의 合意 또는 物權의 期待權에 求하려는 學說은 理論的 實定法的 面에서 보아 首肯하기 困難하며 또한 그 妥當性を 主張하기에는 根本的인 缺陷을 가지고 있다고 하지 않을 수 없다.

그러므로 筆者는 物權行爲의 獨自性を 否認하고 登記請求權은 原因行爲인 債權行爲에서 發生하여 그 性質은 債權의 請求權이라는 第一說과 第二說에 贊同하고 싶다. 그러나 第一說과 第二說은 理論構成에 있어서 差異가 있는데 筆者는 第一說이 妥當하다는 것을 前提로 하여 第二說에 대한 약간의 論評과 아울러 筆者의 見解를 밝히고자 한다.

44) 金晉漢 新物權法 p. 293

45) 註11 參照

① 우리 民法은 形式主義를 取하면서도 前述한 獨逸民法과 같이 明文으로도 所有權移轉의 合意(Auflassung) 또는 物權의 合意(Einigung)와 債權契約(Vertrag)을 區別하고 있지 않기 때문에 物權行爲의 獨自性을 認定할 수 없으며 따라서 民法 第186條의 法律行爲와 第188條 1項의 讓渡는 債權行爲를 가르키는 것으로 보는 것이 妥當하다. 郭潤直教授는 物權行爲의 獨自性을 否定하면서도 第186條의 法律行爲와 第188條 1項의 讓渡를 物權行爲로 보고 이 物權行爲는 原因行爲인 債權行爲와 同時에 物權行爲가 行하여진다고 論하고 있다. 그러나 筆者는 우리 民法의 不動產物權變動을 爲한 法律行爲에 있어서는 物權變動을 爲한 債權的 意思表示 即 債權契約과 그의 履行 行爲로 行하여지는 登記를 合한 것이 物權行爲라고 보며 登記가 行하여지기 前단계에 있어서의 物權行爲의 觀念을 認定할 必要가 없다고 보는 것이 妥當하다고 생각한다. 뿐만 아니라 우리 不動產登記法 第40條 3號와 同法 第41條 5號의 登記原因을 證明하는 書面 또는 登記原因과 그 年月日이라 함은 債權契約을 證明하는 書面은 債權契約을 체결한 年月日을 意味하는 것으로 볼 수 밖에 없으므로 物權行爲의 獨自性을 認定할 수 없으며 또한 郭潤直教授도 指摘한 바와 같이 去來의 實際에 있어서도 物權의 移轉만을 目的으로 하는 物權行爲를 意識해서 行한다는 일은 稀박한 것 같다. 筆者가 濟州市의 부덕방을 對象으로 物權去來에 있어서의 法意識을 調査한 바에 依하면 90%가 完了하기 前에 있어서는 物權的인 權利意識을 갖고 있지 않으며 오직 債權債務關係로서만 意識하고 있다는 것이 나타났음을 보아도 登記를 하기 前단계에 있어서의 物權行爲나 物權의 合意 또는 物權的 期待權이라는 觀念을 認定할 수 없으므로 法解釋學的인 面에서나 法社會學的인 面에서도 上述한 바와 같이 해석하는 것이 妥當하다. 勿論 物權去來의 實際에 있어서 法意識에 關하여는 筆者의 見解와 正反對로 보는 見解가 있다.⁴⁶⁾ 또한 郭教授도 지적한 바와 같이 物權行爲의 獨自性을 認定하든 否定하든 登記가 이루어지기 前에는 物權變動의 시기가 달라지는 것은 아니며 法律上的 實益이 없으므로 物權行爲의 獨自性을 否定하고 登記請求權은 原因行爲인 債權行爲에서 發生하며 그 性質은 純粹한 債權的 請求權이라고 보는 說이 妥當하다고 생각된다. 또한 大法院 判例도 債權契約에 登記 또는 請求權의 發生原因을 求하고 있는 것 같다.⁴⁷⁾

② 登記原因의 無効 取消된 경우에도 그 不一致를 除去하기 위하여 登記請求權은 物權의 效力으로서 發生하는 一種의 物權的 請求權이라고 보는 것이 通說이며 筆者도 通說에 贊同한다. 그러나 그 理論構成에 있어서는 通說은 物權行爲의 無効 取消 또는 不成立등으로 物權이 法律上 當然히 原所有者에게 復歸한다고 하나 筆者는 登記前에 있어서의 物權行爲의 觀念을 認定하지 않으므로 原因行爲인 債權行爲의 無効 取消 不成立등으로 物權이 當然히 原所有者에 復歸

46) 崔鍾吉 司法行政 6月號 p. 73

47) 大法判 1962. 5. 10 (부동산 소유권 이전등기 말소 4294 民上 1232 파기환송)
李英燮 法曹 第9卷 第7卷 p. 28

하며 登記請求權은 物權의 効力으로서 發生하며 그 効力은 物權的 請求權이라고 본다. 勿論 上述한 通說에 대하여는 有力한 反對說이 있다.⁴⁸⁾

③ 現行民法上 登記請求權과 關聯되는 問題로서 所謂 中間省略登記가 可能하나 如否에 關한 問題이다. 意思主義下의 舊民法에 있어서는 不動産物權이 甲으로부터 乙로 乙로부터 丙으로 轉매된 경우에 三者 合意에 依하여 丙은 直接 甲에 대하여 所有權移轉登記를 請求할 수 있었다. 意思主義下에서는 登記없이 所有權이 甲·乙·丙으로 順次로 移轉할 수 있었으며 또 이러한 中間省略登記가 丙의 現在의 所有權을 公示하는 것으로서 充分한 까닭에 學說 判例가 모두 이러한 中間省略登記를 法律上 効力있는 것으로 보아 왔다.⁴⁹⁾ 그러나 新民法下에 있어서는 登記를 不動産物權變動의 効力發生要件으로 하는 形式主義를 採擇하고 있는 까닭에 登記없이 所有權이 甲으로부터 乙로 乙로부터 丙으로 移轉된다는 것은 理論上 있을 수 없기 때문에 新民法下에서는 中間省略登記의 問題가 發生할 余地가 없다는 見解가 있다.⁵⁰⁾ 그러면 果然 新民法下에서는 中間省略登記가 發生할 余地가 全然 없을 것인가?

생각컨대 中間省略登記라고 하는 便法을 認定한다는 것은 新民法下에 있어서나 或은 우리 登記制度 本來의 立法趣旨에서 볼 때는 不可能하다고 보아야 할 것이다. 그러나 登記稅 其他의 稅負擔을 輕減하며 其他 登記節次와 費用을 節約하기 爲하여 이러한 便法은 新民法 施行後에도 繼續的으로 行하여지고 있으며 判例도 間接的으로 이를 認定하고 있다.⁵¹⁾ 또한 우리 登記法은 登記公務員에 實質的 審査權이 없다는 것은 이 慣行을 더욱 誘發하고 있다고 볼 수가 있는 것이다. 따라서 現在 이것을 無効로 한다는 것은 去來의 安全을 害하게 될 것이다. 이러한 點을 念頭에 두고 생각할 때에 우리 新民法上에 있어서는 登記없이 所有權이 當事者間에 移轉될 수 없으나 甲으로부터 乙로 乙로부터 丙으로 所有權을 移轉할 債權契約이 順次的으로 存在할 수 있는 것은 얼마든지 있을 수 있으며 이 경우에 乙은 甲으로부터 債權契約의 効力으로서 發生한 登記請求權을 丙에게 讓渡하는 것이 되고 丙이 이 讓受를 가지고 甲에게 對抗하려면 債權讓渡의 對抗要件으로서 乙로부터 甲에게의 通知 또는 承諾을 얻어야 그 効力이 發生한다고 보아야 할 것이다. 結局 新民法下에서도 甲·乙·丙 三者가 合意한 경우에 있어서는 債權的 請求權으로서의 登記請求權이 생긴다고 보는 것이 妥當하다고 생각된다.

④ 끝으로 登記請求權 消滅時効의 問題에 關하여 一言코자 한다. 既述한 바와 같이 舊民法下

48) 郭潤直 物權法 p. 117

49) 日大判 昭和 5. 4. 12

日大判 大正 7. 3. 5

朝高判 大正 10. 5. 10

朝高判 大正 10. 6. 3

50) 張庚鶴 新物權法總論 p. 231 參照

金基善 韓國物權法 p. 109

石田文次郎 物權法總論 p. 218~219 參照

51) 大法判 1965. 3. 23 (과기판송 64다. 1742. 부동산 소유권 이전등기)

에 있어서의 登記請求權은 現在의 物權關係와 登記가 一致하지 않을 경우에 이 不一致를 除去하기 爲하여 法律上 物權의 効力으로서 發生하는 物權的 請求權이라고 보는 것이 一般的 通說이므로 買主의 移轉登記請求權은 獨立하여 消滅時効에 걸리지 않는다고 보아왔다.⁵²⁾ 다만 舊民法下에 있어서도 當事者間의 特約에 依하여 發生하는 경우에 있어서 登記請求權은 債權的 請求權으로 보아 普通 債權과 마찬가지로 一般債權과 같이 消滅時効에 걸린다고 보아왔다.⁵³⁾

그러나 前述한 바와 같이 筆者는 新民法에 있어서의 法律行爲로 因한 不動產物權變動에 있어서 發生하는 登記請求權은 純粹한 債權的 請求權이라고 보는 것이므로 이 請求權은 普通 債權과 같이 一般채권의 消滅時効規定의 適用을 받아야 할 것으로 보는 것이다. 그리고 中間省略 登記에 있어서의 登記請求權도 債權的 請求權으로 보는 것이므로 이것도 一般 채권의 消滅時効規定에 依하여 소멸한다고 보는 것이다. 다만 例外로서 登記原因의 無効 또는 取消로 因하여 發生하는 登記請求權은 物權的 請求權으로 보는 것이므로 獨立하여 消滅時効에 걸리지 않는다고 보아야 할 것이다. 여기서 登記請求權과 消滅時効에 關한 問題로서 한가지 더 附言할 것은 民法 附則 第10條 1項의 解釋 問題이다. 同條에 限하면 「本法 施行日前的 法律行爲로 因한 不動產에 關한 物權의 得失變更은 本法 施行日로부터 6年內에 登記하지 아니하면 그 効力を 잃는다」라고 規定하고 있는데 이 條文의 立法趣旨은 物權取得者는 6年이 경과하면 絶對적으로 物權을 상실하며 모든 권리가 소멸된다는 뜻은 아니고 다만 舊民法의 意思主義下에 있어서의 物權變動에 關한 債權契約을 하였으나 아직 移轉登記를 하지 아니한 者와 同一한 法律上의 地位에 서게 된다고 보아야 할 것이다. 그러므로 新民法施行後 附則 第10條 1項에 依하여 6년 이 경과되면 物權을 取得할 者는 相對方에 대하여 債權的 請求權인 登記請求權을 가지게 되며 그 性質은 債權的 請求權이며 역시 一般債權과 마찬가지로 民法 第162條 1項의 消滅時効 規定의 適用을 받는다고 보는 것이 妥當하다고 본다.

V 結 言

上述한 바와 같이 筆者는 新民法에 있어서의 物權行爲의 獨自性を 否定하고 法律行爲로 因한 不動產物權變動에 있어서의 登記請求權은 原則上 原因行爲인 債權行爲에서 發生하는 純粹한 債

52) 末川博 物權法 p. 146 以下
 日大判 大正 7. 5. 13 民錄 24집 p. 921
 " " 5. 4. 1 " 22집 p. 647
 " " 9. 8. 2 " 26집 D. 1293
 舟橋淳一 物權法 p. 132
 朝高判 昭和 12. 10. 5

53) 舟橋淳一 物權法 p. 132

權的 請求權이라고 보며 다만 例外서 法律이 無効 取消된 경우에 있어서의 登記請求權은 物權의 效力으로서 發生하는 物權的 請求權이라고 보는 것이 妥當하다는 것을 밝혔다. 登記請求權의 發生原因과 그 性質을 이렇게 보면 登記請求權에 關聯되는 諸問題 即 中間省略登記에 있어서의 登記請求權의 發生原因과 性質 그리고 登記請求權의 消滅時効에 關한 問題도 明確하게 解決될 수 있는 것이다. 그러나 우리 나라의 거의 大部分의 學者들이 疑心없이 新民法에 있어서 物權行爲의 獨自性を 認定하고 있는 것을 充分한 研究나 理論構成도 없이 이를 否定한다는 點에 關하여는 同學先輩 여러 教授님에 대하여 송구스러운 마음을 表示하지 아니할 수 없다. 筆者는 原來 民法에 關한 깊은 研究나 理論을 가지고 있는 사람은 아니기 때문에 여러 學說을 論評함에 있어서도 理論的 또는 論理的인 面에서 많은 誤謬를 犯하고 있다는 것을 自認하면서 先輩諸賢들의 忌彈없는 教示와 批判이 있기를 바라마지 않는다.

끝으로 登記請求權에 關聯되는 問題가 前述한 것 以外에 大端히 많으나 나머지 問題들에 대하여는 後日에 機會를 擇하여 論하기로 하고 이것으로 끝을 맺는다.

— Summary —

A Study on the claims of Registration in the Transfer
of the right of Real Estate

by

Kim Doo-hee · Her Sung-chul

In the New Civil Law of Korea there are many different doctrines on the claims of Registration in the transfer of the right of real estate.

Therefore, it is the purpose of this study to introduce and study the legislative example of the foreign countries about the cause and the Nature of the claims of registration by means of legal acts in the Civil Law and also to study and criticize the doctrines and the court decisions.

So, this study asserts that the New Civil Law of Korea does not admit the individuality of the act of real right in the transfer of the right of real estate, and the claims of registration in the pure claims of credit raised in the claim acts that are the cause acts.