

민 법

(2021년 예비학습)

- 물권법 -

- 목 차 -

제1장 물권법 개설.....	1
제2장 점유제도	
I. 占有法 總說.....	4
II. 占有의 概念과 種類.....	4
III. 占有(權)의 效力	6
제3장 소유권	
I. 所有權의 一般的 意味	8
II. 取得時效	9
III. 善意取得.....	11
제4장 채권담보제도 개관	
I. 人的 擔保 : 보증채무와 연대채무.....	13
II. 物的 擔保.....	14
III. 擔保物權의 특징.....	15
제5장 저당권	
I. 抵當權制度의 概要.....	17
II. 抵當權의 成立.....	18
III. 抵當權의 效力 : 競賣申請과 優先辨濟.....	20
제6장 유치권과 질권	
I. 留置權.....	23
II. 質權.....	25

제1장 물권법 개설

1. 物權의 客體

물권의 객체가 되는 것은 원칙적으로 특정된 독립한 물건이다. 물권의 객체는 원칙적으로 물건(제98조)이어야 하지만, 예외적으로 권리를 객체로 하는 경우도 있다. 민법은 채권을 사실상 행사하는 경우에 준점유권을 인정하여 점유권과 동일한 법률효과를 인정하며(제210조), 채권은 권리질권의 목적이 되기도 하고(제345조), 지상권이나 전세권을 목적으로 하는 저당권(제371조)도 인정된다.

2. 物權의 種類 : 物權法定主義

물권법정주의란 '물권의 種類와 內容은 법률이 정하는 것에 한정되며, 당사자들이 임의로 이와 다른 물권을 창설하는 것이 금지된다는 원칙'을 말한다(제185조). 첫째, 당사자간의 합의나 사적 규정에 의하여 어떤 種類의 물권 성립이 불가능하다. 둘째, 물권의 內容도 마찬가지이다. 즉 당사자간에 소유권의 내용을 바꿀 수 없다. 예를 들어, 당사자간의 합의로 처분권 없는 소유권을 만들 수는 없다던가, 인도만으로 부동산소유권을 이전하기로 한다면 저당권의 효력 범위 확장 또는 제한에 관한 합의를 허용할 수는 없을 것이다.

민법상 물권에는 점유권, 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 유치권, 질권, 저당권 등 8종이 있다. 이를 여러 가지 기준으로 분류할 수 있는바, ①본권(물건을 지배할 수 있는 권리)과 점유권(물건을 사실상 지배하고 있는 상태 그 자체를 보호하는 권리), ②소유권(전면적 권리)과 제한물권(소유권에 대한 제한), ③용익물권(사용가치의 지배)과 담보물권(교환가치의 지배), ④부동산물권(점유권, 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 유치권, 저당권)과 동산물권(점유권, 소유권, 유치권, 질권) 등의 분류가 있을 수 있다.

3. 物權의 效力

물권의 효력은 마치 채권도 그 개별 내용에 따라 여러 내용을 갖고 있듯이, 소유권의 경우 물건의 사용, 수익, 처분의 전면적 지배권을, 담보권의 경우 (담보목적물로서의) 물건의 교환가치의 지배(즉, 경매와 환가)를, 그리고 용익권의 경우 물건의 사용, 수익을 그 내용으로 하고 있다. 그런데 이때 사용·수익, 또는 환가상의 지위에서 해당 물권자가 다른 권리자 또는 제3자와의 관계를 표현하기 위하여 우선적 효력, 물권적 청구권의 효력을 강조하고 있다.

(1) 優先的 效力

우선적 효력이란, 하나의 물건 위에 수 개의 권리가 경합하는 경우에 그 중 한 권리가 다른 권리에 우선하는 효력을 말한다. 물건에는 그 효력상 先後가 있다는 취지이며, 이는 채권 상호간에는 債權者 平等의 原則(=강제집행과정상의 원칙)이 적용되는 점과 다르다.

서로 양립할 수 없는 물건 상호간에는 시간적으로 먼저 성립한 물건이 나중에 성립한 물건에 우선한다. 예를 들어 하나의 물건에 대해 수개의 소유권이 경합하면 먼저 성립한 소유권만이 성립한다. 그러나 하나의 물건 위에 여러 개의 저당권이 성립할 수 있는바, 이러한 경우에는 시간적으로 먼저 성립한 물건이 우선한다. 예를 들어 선순위저당권자가 우선변제를 받은 후 나머지가 있어야 후순위저당권자가 변제를 받을 수 있다. 그리고 소유권과 제한물권 사이에서는 성질상 제한물권이 소유권에 우선한다.

(2) 物權的 請求權

물권자가 물권의 내용을 실현하는 과정에서 타인의 침해를 받는 경우 그로부터 물권자를 보호하기 위해 침해자에게 갖는 일정한 행위(작위, 부작위)를 청구할 수 있는 권리를 말한다. 이것은 물권의 실효성을 확보하기 위해 인정된 권리이다. 그 종류로서 (a) 返還請求權, 즉 타인의 권원 없이 물권의 목적물을 점유하는 경우에 그 반환을 청구하여 빼앗긴 점유를 회복하는 권리이다(제213조, 제204조). (b) 妨害除去請求權으로서 물권자가 점유침탈 외의 형태로 물권의 실현을 방해받는 경우에 그 방해의 제거를 청구하는 권리이다(제214조, 제205조). (c) 妨害豫防請求權로서 현재 물권의 실현이 방해받고 있지는 않지만 장래 방해가 생길 염려가 있는 경우에 그 예방을 청구하는 권리이다(제214조, 제206조).

현행 민법은 물권적 청구권에 관하여 소유권(제213조, 제214조) 및 점유권(제204조, 제205조, 제206조)에서 규정하고 다른 물권은 성질에 따라 이를 준용한다. 예를 들어 소유권에 기한 물권적 청구권에 관한 규정은 지상권(제290조), 지역권(제301조), 전세권(제319조), 저당권(제370조)에 각각 준용된다. 다만 지역권과 저당권은 점유를 요소로 하지 않기 때문에 물권적 반환청구권은 인정되지 않는다. 또한 유치권의 경우에는 민법 제328조가 유치권 자체에 기한 물건반환청구권이 발생하지 아니함을 명백히 하고 있다. 그러나 점유권에 기한 물권적 청구권은 얼마든지 인정된다.

물권적 청구권의 시효로 인한 소멸 여부와 관련해, 점유, 소유권, 그리고 그 외 제한물권을 구별하여, 일단 소유권의 경우에는 소유권 내용이 공허하게 됨을 방지하기 위하여 소멸시효의 적용이 없다고 할 것이다. 점유의 경우에는 물건의 사실상 지배라는 성질에 비추어 권리행사가 없는 시효의 진행이 따로이 문제될 소지가 없

을 것이다.

4. 物權의 變動과 公示

물권은 배타성 또는 우선적 효력을 가지기 때문에 동일한 물건 위에 동일한 내용의 물권이 두 개가 병존할 수 없기 때문에 그 내용을 모르고 거래를 한 제3자는 예상하지 못한 손해를 입을 수 있다. 이를 해결하기 위해 외부에서 물권의 존재와 내용을 알 수 있도록 알리는 것이 필요하며, 이것이 공시제도이다.

현행법상의 공시방법으로, 부동산물권에 관한 登記, 동산물권에 관한 引渡(=점유의 이전), 기타 관습법상 공시방법으로서 수목의 집단이나 미분리의 과실 등에 관한 明認方法(꽃말, 게시판 등)이 있다. 다만 공시의 원칙은 法律行爲에 의한 물권의 득실변경에만 적용되고, 법률의 규정에 의한 물권변동에는 적용되지 않는다. 그리고 등기는 물권의 효력발생요건일 뿐, 存續要件인 것은 아니다. 따라서 등기가 불법말소된 경우에 소유권을 상실하는 것은 아니다.

한편, 공신의 원칙이란 공시방법을 신뢰하여 거래한 자에게 그 공시의 내용이 실제관계와 일치하지 않더라도 그 신뢰를 보호한다는 원칙을 말한다. 공신의 원칙을 인정할 것인지 여부는 기본적으로 입법정책결정에 속하는 사항이다. 현행 민법은 물권변동에서 발생하는 진정한 권리자의 보호와 선의의 제3자 보호 사이의 갈등문제를, 그 대상이 부동산물권이나 아니면 동산물권이나에 따라 달리 취급하고 있다. 즉, 동산의 경우 공신의 원칙을 일정한 요건 하에 인정하고(선의취득, 제249조), 부동산의 경우 이를 인정하지 않는다. 따라서 잘못된 등기를 믿고 부동산을 취득한 경우에도 보호되지 않음이 원칙이다. 이를 “우리나라는 부동산 등기의 공신력을 인정하지 않는다.”고 표현한다.

[물권행위의 인정 여부] ① 등기가 실제적 권리관계에 부합한다 함은, 등기 절차에 어떤 하자가 있더라도 진실한 권리관계와 합치되는 것을 말하는 것으로, 등기 목적물이 당사자 사이에서 매매 목적물이 된 일이 있다고 하더라도 약정 매매대금 전액이 지급되었다거나 등기의 선이행의 약정이 있다고 할 수 없다면 그 등기는 매도인의 의사에 반하는 것임이 분명하고 또 실제적 권리관계에 부합한다고 할 수도 없다. ② 민법 제548조 1항 본문에 의하면 계약이 해제되면 각 당사자는 상대방을 계약이 없었던 것과 같은 상태에 복귀케 할 의무를 부담한다는 뜻을 규정하고 있는 바 계약에 따른 채무의 이행으로 이미 등기나 인도를 하고 있는 경우에 그 원인행위인 채권계약이 해제됨으로써 원상회복된다고 할 때 그 이론구성에 관하여 소위 채권적 효과설과 물권적 효과설이 대립되어 있으나, (...) 계약이 해제되면 그 계약의 이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복귀한다 할 것이다.

제2장 점유제도

I. 占有法 總說

(1) 占有制度는 사실적 지배상태를 법적으로 보호하기 위하여 물건을 사실상 지배하고 있는 경우에, 本權(즉 그 지배를 정당화할 수 있는 법률상의 권원)이 있는지 여부 및 그 원인이 무엇인지(가령 소유자로서의 지배인지, 임차인으로서의 지배인지 아니면 훔친 물건에 대한 지배인지)를 불문하고 사실상의 지배상태(즉 占有)에 대하여 일정한 법률효과(예: 점유보호청구권, 권리의 추정)를 부여하는 제도를 말한다.

(2) 占有權은 점유할 수 있는 권리, 즉 本權과 구별되어야 한다. 점유할 권리는 점유를 법률상 정당화하는 권원으로서 「있어야 할 상태」를 지향하지만, 점유권은 「있는 상태」를 그대로 보호하기 위한 잠정적인 것이다. 즉 점유권은 원칙적으로 점유를 취득하면 발생하고, 점유를 상실하면 소멸한다.

(3) 점유에 대하여는 여러 법률효과가 연결되어 있는데, ① 소유권 등의 물권과 같이 점유 자체에 대하여 점유물의 반환청구권, 점유상태의 방해배제청구권과 같은 효력이 인정되는가 하면(제204조, 제205조), ② 점유자가 물건에 대한 지배를 하면서 과실을 수취한 경우 등에 관한 보호를 정해두고 있으며(제201조, 제203조), 그리고 ③ 점유에 대하여는 물건의 지배를 정당화할 권리를 가졌을 것이라는 개연성이 인정된다는 전제 하에서 권리의 적법추정, 자주점유의 추정 등이 인정된다.(제197조, 제200조)

II. 占有의 개념과 종류

1. 占有의 概念 : 물건의 사실적 지배와 점유취득의 의사

[점유보조자] 占有補助者란 물건에 대하여 직접적으로 실력을 행사하면서도 占有를 인정받지 못하는 자를 말한다(제195조). 점유보조자에게 점유권이 인정되지 않는 이유는 사회관념상(특히 점유주에 대한 관계에서) 점유보조자의 점유를 보호할 가치가 없기 때문이다.

[間接占有] 間接占有란 점유자와 물건 사이에 타인이 개재하여 그 타인의 점유를 매개로 하여 점유하는 것을 말하는데(제194조), 점유가 관념화된 형태이다. 가령 A 소유의 아파트를 B가 임차하여 점유하는 경우에, 그 아파트를 사실상 지배하는 것은 B(直接占有者)이지만, 위 아파트를 직접 지배하고 있지 않은 A에게도 B의 점유

를 매개로 하여 점유를 인정하는 것이 간접점유제도이다.

2. 占有의 모습

(1) 自主占有와 他主占有 (취득시효제도의 요건)

“所有의 意思”를 가지고 하는 점유가 自主占有이고, 그렇지 않은 점유가 他主占有이다. 여기서 소유의 의사란 물건에 대하여 소유자가 할 수 있는 것과 같은 배타적 지배를 사실상 행사하려는 의사를 말하며, 사실상 소유할 의사로 족하다.

소유의 의사 유무는 점유취득시를 기준으로 그 지배를 하게 된 권원의 성질에 의하여 객관적으로 결정된다는 것이 판례의 입장이다. 즉 점유자가 점유하게 된 권원의 객관적 성질에 의하고(가령 매매에 따른 매수인의 점유는 소유의 의사를 갖는 점유라고 파악되는 반면, 수치인으로서의 점유와 같이 권원의 성질상 점유자에게 소유의 의사가 없음이 객관적으로 분명하다면 타주점유이다), 점유권원이 불명확한 경우에는 점유와 관련되는 모든 사정(가령 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 않았을 태도를 보이거나 진정한 소유자라면 당연히 취했을 조치를 취하지 않은 등의 사정)에 의하여 외형적·객관적으로 결정하여야 한다.

이상의 기준에 의하여 자주점유인지 여부가 판단되지 않는 경우에, 점유자는 所有의 意思로 점유하는 것으로 추정된다(제197조 제1항). 따라서 점유자에게 적극적으로 그 점유권원이 자주점유임을 주장·입증할 책임이 있는 것은 아니고, 점유자의 점유가 타주점유임을 주장하는 자가 그에 대한 증명책임을 진다.

(2) 善意占有와 惡意占有

점유할 수 있는 권리, 즉 本權 있음을 확신한 점유가 선의점유이고, 본권 없음을 알았거나 본권의 유무에 관하여 의심을 품으면서 하는 점유가 악의점유이다. 여기서의 선의는 일반적인 선의보다 그 범위가 좁은데, 선의점유자에 대한 보호가 가치 있는 경우에만 정당화됨을 고려한 것이다.

양자의 구별은 취득시효(제245조), 과실수취권(제201조), 점유자의 책임(제202조) 및 선의취득(제249조) 등과 관련하여 실익을 가진다.

점유자는 선의로 점유한 것으로 추정된다(제197조 제1항). 그런데 선의의 점유자라도 本權에 관한 訴에서 패소한 경우에, 그 訴가 제기된 때부터 악의의 점유자로 간주된다(제197조 제2항). 여기서 본권에 관한 소는 소유권에 기하여 제기된 일체의 소를 의미한다.

[점유취득의 여러 방식]

① 현실인도 : 물건에 대한 사실적 지배가 현실로 양도인으로부터 양수인에게 이전

됨(예: 아파트열쇠의 교부)으로써 점유권의 승계취득이 일어난다. ② 簡易引渡 : 양수인이 이미 물건을 점유하고 있는 경우에, 의사의 합치만으로 점유 및 점유권이 이전된다. ③ 점유개정에 의한 간접취득 : 가령 양도인이 양수인에게 담보권(또는 소유권)을 설정해 주면서 목적물에 대한 사용, 수익을 자신에게 유보하는 경우와 같이, 양도인이 양수인에게 물건을 양도함과 동시에 목적물의 사용을 위한 점유매개관계를 형성하여, 양수인에게 간접점유를 취득케 하고 스스로 직접점유를 계속하는 경우가 이에 해당한다. ④ 목적물반환청구권의 양도에 의한 점유취득

III. 占有(權)의 效力

1. 占有의 推定的 效力 (제197조, 제200조)

2. 占有者와 回復者의 關係

본권에 기하여 타인의 물건을 점유하던 자가 그 물건을 반환하는 경우에, 그들 사이의 관계는 본권을 발생시킨 법률관계에 따라 청산되어야 한다. 반면 그들 사이에 기본적 법률관계가 부존재하거나 무효인 경우에, 소유자와 본권 없는 점유자 사이의 이해관계의 조절은 불법행위 또는 부당이득의 법리에 의하여야 할 것이지만, 민법은 善意占有者를 보호하기 위한 특칙으로 제201조 내지 제203조를 규정한다(정확하게는 제203조는 선의점유자의 보호와 무관하다). 따라서 제201조 내지 제203조는 —점유자와 회복자 사이에 계약관계 등 적법한 법률관계가 있는 경우에는 적용되지 않으므로 — 소유자가 본권(점유할 권리. 제213조 단서 참조) 없이 물건을 점유하는 자(또는 점유하였던 자)를 상대로 소유물반환을 구하는 과정에서 그들 사이의 이해관계를 조정하는 기능을 담당한다.

[점유자와 회복자의 관계에 관한 규정의 유효범위] “민법 제203조 제2항에 의한 점유자의 회복자에 대한 유익비상환청구권은 점유자가 계약관계 등 적법하게 점유할 권리를 가지지 않아 소유자의 소유물반환청구에 응하여야 할 의무가 있는 경우에 성립되는 것으로서, 이 경우 점유자는 그 비용을 지출할 당시의 소유자가 누구이었는지 관계없이 점유회복 당시의 소유자 즉 회복자에 대하여 비용상환청구권을 행사할 수 있는 것이나, 점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 적법한 점유의 권원을 가진 경우에 그 지출비용의 상환에 관하여는 그 계약관계를 규율하는 법조항이나 법리 등이 적용되는 것이어서, 점유자는 그 계약관계 등의 상대방에 대하여 해당 법조항이나 법리에 따른 비용상환청구권을 행사할 수 있을 뿐 계약관계 등의 상대방이 아닌 점유회복 당시의 소유자에 대하여 민법 제203조 제2항에 따른 지출비용의 상환을 구할 수는 없다”(하선은 필자)고 하였는바, 제201조나 제202조의 적용에서도 마찬가지로 보아야 한다.

(1) 占有者の 果實取得 (민법 제201조)

자기에게 과실수취권이 있다고 오신한 원물점유자, 즉 善意占有者는 果實을 수취하여 소비하는 것이 보통인데, 나중에 수취(및 소비)한 과실을 부당이득으로 반환하여야 한다면 결과적으로 점유자에게 지나치게 가혹하게 되므로, 선의점유자를 보호할 필요가 있다. 그래서 선의수익자의 반환범위에 관한 제748조 제1항에 대한 특칙으로 제201조가 선의점유자의 과실취득권을 인정하고 있다(다만 타인의 토지에 무단으로 경작한 농작물의 경우에는 제201조가 적용되지 않고, 언제나 경작자가 농작물의 소유권을 취득한다). 반면 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 한다(제201조 제2항 전단). 악의수익자가 반환하여야 할 범위는 민법 제748조 제2항에 따라 정하여지는 결과 그는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 하며, 위 이자의 이행지체로 인한 지연손해금도 지급하여야 한다.

(2) 占有物の 滅失·毀損에 대한 責任 (민법 제202조)

점유물이 점유자(또는 점유자이었던 자)에게 책임 있는 사유로 멸실 또는 훼손된 경우에, 회복자와의 사이에 계약관계(가령 제654조, 제615조) 등이 없다면 일반원칙으로 돌아가 불법행위로 인한 손해배상이 문제된다. 그런데 제202조는 제201조 제1항과 같은 취지에서 소유권이 있다고 오신한 자의 책임을 경감한다. 즉 제202조는 손해배상범위에 관한 제750조의 특칙이다.

善意의 自主占有인 경우에 점유물이 멸실 또는 훼손된 데 대한 배상책임은 - 부당이득법에 특유한(제748조 제1항 참조) - 현존이익의 한도로 제한된다(제202조 전문 후단). 반면 善意이지만 他主占有인 경우에 점유물의 멸실·훼손에 대한 배상책임은 전 손해에 미친다(제202조 후문). 또한 악의점유자는 자주점유인가 타주점유인가를 묻지 않고 멸실·훼손에 따른 손해 전부를 배상할 책임을 진다(제202조 전문 전단).

(3) 占有者の 費用償還 (민법 제203조)

점유자와 회복자 사이의 비용상환에 관한 문제는 그들 사이에 법률관계가 존재하는 경우에 그에 의하여(예: 전세권에 관한 제310조, 임대차에 관한 제626조 등) 정하여지고(대법원 2003.7.25. 선고 2001다64752 판결 참조), 그 밖의 경우에는 사무관리(제734조 이하)나 부당이득(제741조 이하)의 규정에 의하여야 한다. 그런데 이때 관리자의 의사 또는 점유자의 선·악의 등에 따라 상환의무의 存否나 범위가 달라지기 때문에, 점유자의 선·악의 또는 소유의 의사 유무를 구별하지 않는 특별한 부당이득반환청구권을 제203조가 규정하는 것이다.

반환관계의 당사자는 반환청구 시점에서의 점유자와 소유자 사이에 문제된다. 점유자가 비용을 지출한 후 소유자가 변경된 경우에도 견해대립이 있기는 하나 비용지출의 결과가 물건에 부착해 있다고 여길 수 있으며, 점유이전 시에 대체로 점유이전의 당사자 사이에서 그 지출비용에 대한 대가지급이 있었다고 할 수 있으므로, 반환청구 시점의 당사자로 해석함이 적절하다.

3. 占有의 保護 : 점유보호청구권과 점유방해배제청구권, 예방청구권

제3장 소유권

I. 소유권의 일반적 의미

(1) 일반적 의미

소유권이란 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리를 말한다(제211조). 소유권은 사실상 지배와는 무관하게 물건을 지배할 수 있는 관념적인 권리이며, 물건의 사용가치와 교환가치 모두를 전면적으로 지배하는 권리이다.

(2) 法律行爲에 의한 不動產物權의 變動 (민법 제186조)

민법 제 186조에서는 부동산에 관한 법률행위(가령 매매계약)로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 효력이 생긴다고 규정하여 成立要件主義를 택하고 있다. 따라서 당사자간에도, 제3자에게도 물권적 합의외에 등기가 있어야 물권변동의 효력이 발생한다. 그렇지만 예를 들어 原因行爲의 失效에 의한 物權의 복귀 등의 경우에는 제186조의 적용을 받지 않는다.

등기가 물권변동의 효과를 가지려면 등기의 형식적·실질적 유효요건을 갖추어야 한다. (1) 登記의 形式的 有效要件이란 등기가 존재해야 한다는 것을 의미하며(등기는 관할 등기소에서 하여야 하며, 등기할 수 있는 것이어야 한다. 등기는 1부동산1등기용지의 원칙에 따라 편성되어야 하며, 부동산등기법이 정한 절차에 따라야 한다), (2) 登記의 實質的 有效要件이란 법률행위로 인한 물권변동은 물권적 합의와 등기를 필요로 한다. 따라서 등기는 물권적 합의와 그 내용에 있어서 일치하여야 유효하다. 따라서 매매계약이 무효임에도 불구하고 소유권이전등기가 되어 있다고 하여 그 소유권변동의 효력이 발생하지는 않는다. 다만 비록 실제와 다른 원인에 의해 등기가 이루어진 경우에도 판례는 등기를 유효한 것으로 본다. 즉 실제 증여에 기한 이전이었으나 이를 매매로 등기한 경우, 매매날짜를 실제와 다르게 등기한 경우 등에도 ‘소유권 이전’이라는 실체에는 부합한다면 그 효력을 인정한다.

이러한 등기를 경료하기 위하여 매수인과 같은 등기관리자가 매도인인 등기의무자에게 등기신청에 협력할 것을 청구하는 권리를 등기청구권이라고 한다. 이때 법률행위로 인한 물권변동을 위한 등기청구권은 다수설과 판례에 따르면 매매계약 등 원인행위에 따른 채권적 청구권설로 이해되고 있다 (다만 판례와 다수설에 따르면 매수인의 보호를 위하여 목적물을 인도받아 이를 점유하고 있거나 제3자에게 매매등으로 계속 처분해 둔 경우 그 소유권이전등기청구권은 소멸시효의 대상이 되지 않는다고 한다).

[보론] 실체관계와 등기가 일치하지 않는 경우, 다수설과 판례는 등기청구권은 물권의 효력으로서 발생하는 물권적 청구권이라고 본다. 예를 들어 A소유의 부동산에 관하여 무권리자 B의 명의로 소유권이전등기가 된 경우, A에게는 실체적 권리관계에 일치하지 않는 B명의를 말소하기 위하여 등기청구권이 인정되어야 하고, 이때의 등기청구권은 물권의 효력으로서 발생하는 일종의 물권적 청구권이라고 한다.

II. 取得時效

1. 제도의 취지

시효제도란 진실한 권리관계와 상관없이 일정기간의 시간의 경과를 핵심요건으로 하여 권리를 인정해 주는 제도를 말하는데, 그 중 취득시효란 일정한 시간의 경과라는 법률요건이 권리의 취득이라는 법률효과로 나타나는 제도를 말한다.

[헌재판결] 민법 제245조 제1항은 부동산에 대한 소유권자이면서 오랜동안 권리행사를 태만히 한 자와, 원래 무권리자이지만 소유의 의사로서 평온, 공연하게 부동산을 거의 영구적으로 보이는 20년 동안 점유한 자와의 사이의 권리의 객체인 부동산에 대한 실질적인 이해관계를 취득시효제도의 필요성을 종합하고 상관적으로 비교형량하여 형평의 견지에서 실질적 이해관계가 보다 두터운 점유자가 원소유자에게 이전등기청구권을 취득하게 한 것이고, 그 반사적 효과로서 아무런 보상이나 배상이나 부당이득의 반환이 없이 원소유권자의 소유권을 상실케 하는 결과를 낳게 한 내용으로, 헌법이 보장하는 재산권인 부동산소유권의 득실에 관한 내용과 한계를 구체적으로 형성한 것으로서, 헌법 제23조 제1항에서 정한 재산권의 보장의 이념과 한계에 위반되거나, 기본권 제한의 한계를 규정한 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 할 수 없다.

우리 민법은 부동산물권변동에 있어서 형식주의를 취하면서 부동산의 점유취득시효

(제245조 제1항)와 등기부취득시효(제245조 제2항)를 인정하고 있다. 점유취득시효에 있어서 우리 민법의 특징은 다음과 같다: ① 점유취득시효에 의하여 소유권을 취득하기 위해서는 등기를 하여야 한다; ② 이미 등기되어 있는 부동산도 점유취득시효의 대상이 된다. 한편 등기부취득시효는 선의·무과실을 요건으로 하고 하면서 시효기간을 짧게 하고 있다.

2. 占有取得時效

(1) 요건

① 점유취득시효가 완성되기 위하여 필요한 점유는 소유의 의사로 하는 자주점유이어야 하고, 평온·공연한 점유이어야 한다.

[악의의 무단점유에 대한 판례] 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 입증된 경우, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어졌다고 할 것이다.

[등기하지 않은 매수인의 자주점유] 토지 매수인이 매매계약에 의하여 목적 토지의 점유를 취득한 경우, 가령 그 계약이 타인의 토지의 매매에 해당한다든가 혹은 등기를 수반하지 아니한 점유임이 밝혀졌다고 해도 자주점유의 추정은 깨지지 않는다.

② 시효취득을 하기 위해서는 20년 이상 점유하여야 한다. 이와 관련해 주의할 바를 도해하면 다음과 같다.

상황 1) A가 부동산을 B의 취득시효기간 만료 **이전에** C에게 양도한 경우

[판례] 취득시효 기간 완성 후 아직 그것을 원인으로 하여 소유권이전등기를 경료하지 아니한 자는 종전 소유자로부터 그 부동산에 대한 등기부상 소유명의를 넘겨 받은 제3자에 대하여 시효취득을 주장할 수 없다 할 것이나, 취득시효 기간 만료 전에 등기명의를 넘겨 받은 경우에는 시효취득자는 그 취득시효 기간 완성 당시의 등기명의자에 대하여 그 소유권취득을 주장할 수 있다.

상황 2) A가 부동산을 B의 취득시효기간 만료 **이후에** C에게 양도한 경우

[판례] 취득시효이 만료된 날짜 이후에 그로 인한 소유권이전등기를 하지 아니하고 있는 사이에 제3자가 등기명의인 (취득기간 경과로 인한 소유권이전등기의무자)으로부터 매매로 인한 소유권 취득등기를 경유하였을 경우에는 이 제3자는 취득기간의 만료로 인한 권리의무의 변동의 당사자라 할 수 없으므로 이 자를 상대로 하여서는 취득기간이 만료된 사람은 소유권등기를 취득하지 아니하는 한 시효취득을 주장할 수 없다.

③ 취득시효에 의한 소유권 취득은 법률행위에 의한 물건변동이 아니다. 그러므로 등기를 요하지 않는 것으로 보는 것이 논리적이다. 그러나 제245조 제1항은 등기를 함으로써 소유권을 취득하는 것으로 규정하고 있다.

(2) 점유험득시효 완성의 효력

점유험득시효의 기간이 만료되었다 하더라도 등기를 해야만 비로소 소유권을 취득할 수 있다. 이때 시효기간의 완성을 원인으로 한 등기청구권의 본질은 다수설과 판례에 의하면 채권적 청구권으로 해석된다. 따라서 등기명의인이 취득시효기간만료 후 등기 전에 해당 부동산을 제3자에게 처분한 행위는 유효하며, 그 제3자에게 시효취득을 가지고 대항할 수 없다.

3. 등기부취득시효 : 登記簿取得時效의 要件

① 등기부취득시효에 의하여 부동산소유권을 취득하기 위해서는 소유자로 등기가 되어 있어야 한다(제245조 제2항). 여기에서 말하는 등기가 실질적 유효요건을 갖추고 있어야 할 필요는 없다.

② 등기부취득시효의 요건으로서의 점유는 점유험득시효의 요건인 평온·공연한 자주점유 외에 점유자의 선의·무과실까지 요구된다(제245조 제2항). 선의는 추정되지만(제197조 제1항) 무과실은 추정되지 않아 시효취득을 주장하는 자가 증명해야 한다.

③ 등기부취득시효가 완성되기 위해서는 소유자로 등기된 기간과 점유기간이 각각 10년이어야 한다. 점유의 경우에는 승계가 인정되는데(제199조) 등기의 승계도 인정하는가? 종래 대법원은 부동산의 소유자로 등기된 기간과 점유기간이 때를 같이 하여 다같이 10년이어야 한다는 입장이었지만 1989년의 전원합의체판결은 이를 변경하여 등기의 승계를 인정하였다.

III. 善意取得

평온, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다(제249조). 이 규정에 의하여 동산물권의 공시방법인 점유에 공신력을 인정하는 결과가 된다. 이러한 동산 선의취득제도는 동산을 점유하는 자의 권리외관을 중시하여 이를 신뢰한 자의 소유권 취득을 인정하고 진정한 소유자의 추급을 방지함으로써 거래의 안전을 확보하기 위한 제도이다.

(1) 선의취득의 목적물

점유이전이 공시방법인 동산을 그 대상으로 하는 관계로, 점유 이외의 방법으로 공시되는 물건, 가령 선박, 자동차, 항공기와 같이 등록에 의해 공시되는 물건은 해당하지 않는다. 또한 금전의 경우 가치의 상징이라는 특성에 따라 제249조의 선의취득의 대상이 되지 않는다고 한다(민법 제250조 참고)

(2) 讓渡人에 관한 要件

선의취득제도는 양도인의 점유에 공신력을 부여하는 제도이다. 그러므로 양도인은 동산을 점유하고 있어야 한다. 그 점유가 직접점유이든 간접점유이든, 자주점유이든 타주점유이든 문제되지 않는다.

(3) 去來行爲에 관한 要件: 有效한 承繼取得

선의취득은 처분권이 없는 양도인과의 거래행위에 의하여 동산물권을 취득한 자의 신뢰를 보호하는 제도이다. 그러므로 선의취득이 성립하기 위해서는 양도인과 양수인 사이에 거래행위가 존재하여야 하며 양도인이 무권리자라고 하는 점을 제외하고는 아무런 흠이 없는 거래행위이어야 한다. 따라서 양도인이 가령 권한없는 대리행위를 행한 경우, 또는 양수인과의 법률행위가 무효의 원인을 갖춘 경우에는 선의취득의 규정은 적용되지 않고, 다만 이 경우 양수인의 보호는 해당 규정에 따른다. 또 선의취득은 거래행위에 의하여 권리를 개별적으로 승계취득하는 경우(즉 특정승계)에 거래안전을 보호하기 위한 제도이다. 그러므로 상속·회사합병과 같은 포괄승계라든가 사실행위에 의한 원시취득에 대해서는 선의취득이 인정되지 않는다.

(4) 讓受人에 관한 要件

양수인은 평온·공연하게 선의로 과실없이 점유를 취득하여야 한다. 이 중 선의·평온·공연은 추정되지만(제197조), 무과실의 추정 여부에 대해서는 다툼이 있다. 또한 선의취득이 성립하기 위해서는 물권변동에 관한 형식주의의 원칙에 따라 양수인이 동산을 인도받아야 한다. 인도의 방법에는 현실인도 외에도 간이인도, 점유개정 및

반환청구권의 양도가 있는데 이 중 현실인도, 간이인도 및 목적물반환청구권의 양도에 대해서는 대부분 이를 선의취득의 요건으로서의 인도로 인정한다 (점유개정의 경우 인정되지 않음).

선의취득에 의하여 양수인은 동산물권(구체적으로는 소유권 혹은 질권)을 취득한다. 유치권과 점유권도 동산물권에 해당하나 선의취득의 대상이 되지는 못한다. 점유권은 사실상의 지배에 의하여 당연히 취득하는 것이고, 유치권은 법정요건이 되면 성립하는 것이지 거래행위에 의하여 취득되는 것이 아니기 때문이다. 선의취득의 성질에 대해서는 원시취득으로 보는 것이 일반적이다. 그 결과, 양수인은 당해 동산에 대한 진정한 권리자의 권리내용과 상관없이 자신과 양도인과의 거래행위의 내용이 된 권리를 취득한다. 즉 양수인이 선의취득을 하기 전에 당해 동산에 관하여 존재하였던 제한은 소멸하게 된다.

선의취득의 효과와 관련하여 물권을 무상으로 취득한 선의취득자는 원권리자에게 부당이득반환의무를 부담하는가와 관련하여, 통설은 제249조의 취지는 거래의 안전을 위하여 선의취득자에게 물권은 물론이고 이득까지 보유시키는 데에 있으므로 원권리자의 부당이득반환청구권은 부정되어야 한다고 한다.

4. 盜品 및 遺失物에 관한 特則

선의취득의 성립요건이 갖추어진 경우라 하더라도 거래의 대상인 물건이 도품 또는 유실물인 경우에 대해서 민법은 특별규정을 두고 있다. 선의취득한 동산이 도품 또는 유실물인 때에는 피해자나 유실자가 2년의 기간 동안 반환청구를 할 수 있도록 하고(제250조), 일정한 경우에는 피해자에게 물권의 대가에 대한 변상의무를 부과하고 있다(제251조). 특칙의 취지는 일정한 한도 내에서 진정한 권리자의 권리와 거래안전 사이의 조화를 도모하자는 것이다.

제4장 채권담보제도 개관

I. 人的 擔保 : 보증채무와 연대채무

인적담보는 채무자의 채무불이행시 채권자가 강제집행차여 변제받을 수 있는 책임재산의 범위를, 채무자 이외의 제3자의 일반재산에까지 확장함으로써 채권을 강화하는 수단을 말한다.

보증채무는 주된 채무자가 그 채무를 이행하지 않는 경우, 보충적으로 보증인이 이를 이행해야 하는 채무를 말한다(제428조 1항). 특히 이러한 보충성이 없는 보증채무를 연대보증(채무)이라고 한다. 연대채무는 수인의 채무자가 채무 전부를 각자

이행할 의무가 있고 채무자 1인의 이행으로 다른 채무자도 그 의무를 면하는 채무를 말한다(제413조). 특히 연대채무자 1인에게 발생한 사유가 다른 채무자에게 미치는 영향 내지 이러한 절대적 효력을 최소화한 연대채무를 부진정 연대채무라고 한다. 그 외에도 의사표시에 의한 불가분채무는 그 성질로는 각 채무자가 안분하여 이행하여야 하는 채무이지만(제408조 참조), 각 채무자가 불가분적으로 전부 이행하기로 당사자가 합의하였기 때문에 그 중 1인이 채무 전부를 이행해야만 다른 채무자도 채무를 면하게 되는 채무를 말한다(제411조). 또한 중첩적(또는 병존적) 채무인수는 제3자가 기존의 채무관계에 개입해서 기존 채무자와 함께 새로이 동일한 내용의 채무를 부담하기로 하는 기존 채무자와 인수인 사이의 계약을 말한다.

II. 物的 擔保

물적담보는 어느 특정채권자가 채무자 또는 제3자의 소유에 속하는 특정재산의 가치로부터 다른 (일반 또는 후순위) 채권자보다 우선하여 변제받도록 함으로써 채권의 만족을 보장 내지 강화하는 담보제도를 말한다. 물적담보(권)를 가진 채권자가 그렇지 않은 일반채권자와 달리 취급되는 점은 다음과 같다. i) 채무자의 채무불이행시 물적담보권자는 집행권원에 집행문을 부여받은 이른바 ‘집행력 있는 정본’(민사집행법 제28조 1항) 없이, 담보권의 존재를 증명하는 서류만으로(동법 제264조 1항) 담보물에 대한 강제매각절차를 밟아 채권의 만족을 얻을 수 있으며, ii) 담보권 설정 후 그 목적물의 소유권이 제3자에게 이전되더라도 담보물권의 추급력에 기하여 강제매각절차를 취할 수 있을 뿐만 아니라, iii) 그 매각대금으로부터는 다른 일반 채권자보다 우선 변제를 받을 수 있다.

물적담보제도는 채무자 또는 제3자 소유의 특정재산의 객관적 교환가치를 현재의 시점에서 포착하여 물권을 설정하고 권리순위에 따라 독점적으로 채권의 만족을 확보하기 때문에 담보가치가 객관적일 뿐만 아니라, 담보물의 교환가치(時價)가 급락하지 않는 한 확실한 채권담보제도이다. 반면 그 설정의 절차가 복잡하여 시간과 비용이 든다는 단점이 있다.

물적 담보의 방법 중에는 (1) 制限物權의 法理에 의한 것, 유치권, 질권, 저당권 등이 해당하며, (2) 所有權移轉法理에 의한 것, 즉 소유권을 채권자에게 이전하되, 그 소유권에 기한 권리행사는 담보목적에 의하여 제한된다. 채무자가 채무를 변제하면 소유권은 복귀하게 되지만, 채무를 변제하지 못하면 채권자의 소유권취득이 확정되거나, 또는 목적물을 환가하여 정산하지 않으면 안 된다. 여기에는 환매(제590조-제595조), 재매매예약(제564조 참조), 양도담보, 대물변제예약(제607조, 제608조), 소유권유보부매매 등이 있다.

물상보증은 제3자가 타인의 채무를 담보하기 위하여, 자신의 특정재산에 채권자를

권리자로 하는 담보권을 설정하는 것이며, 이때 담보를 제공하는 제3자가 물상보증인이다. 물상보증인은 자신이 담보를 제공한 피담보채권에 상응하는 채무를 채권자에 대하여 부담하지는 않기 때문에 채무자가 채무이행을 하지 않더라도, 채권자가 물상보증인에게 채무의 이행을 요구할 수는 없다. 즉, 물상보증인은 피담보채무를 임의로 변제할 의무는 없으나, 담보권의 실행을 저지하여 자신 소유의 특정재산을 보전하기 위하여 임의로 변제할 수는 있다(제469조 참조). 한편 물상보증인은 채무자가 채무를 임의로 이행하지 않는 경우, 담보권자로서 채권자가 자신이 담보로 제공한 특정재산을 강제매각하여 그 매각대금으로부터 채권변제에 (우선적으로) 충당하는 것을 용인할 의무를 부담한다. 물론 이때 채권자가 특정재산의 매각대금으로부터 채권 전액을 변제받지 못하더라도, 채권자는 (일반채권자의 지위에서) 물상보증인의 다른 일반재산에 대하여 강제집행을 하지 못한다. 이러한 물적 유한책임이 물상보증의 특징이다.

III. 擔保物權의 특징

1. 價値權으로서 物權

담보물권은 목적물의 교환가치로부터 담보목적의 달성을 가치권인 점에서, 목적물을 직접 사용·수익하여 그 사용가치를 지배하는 이용권으로서 용익물권과 구별된다. 담보물권은 물건이 갖는 교환가치를 직접 지배하는 권리로서 물권의 성질을 갖는다. 즉, 담보물권도 물권으로서의 배타성과 우선적 효력을 갖추고 있으며 공시의 원칙이 적용된다는 점에서 다른 물권과 동일하다.

2. 通有性(공통된 속성)

(1) 附從性

담보물권은 피담보채권의 존재를 전제로 하여서만 성립할 수 있다. 즉, 채권이 성립하지 않으면 담보물권이 성립할 수 없고, 채권이 소멸하면 담보물권도 소멸한다.

(2) 隨伴性

피담보채권이 그 동일성을 유지하면서 상속·양도 기타의 이유로 이전하게 되면 담보물권도 역시 그에 따라서 이전한다.

(3) 物上代位性

담보물권의 목적물이 멸실, 훼손되거나 또는 공용정수됨으로써 그 목적물에 갈음하는 금전 기타의 물건으로 변하여 목적물의 소유자에게 귀속하게 된 경우에, 담보물권은 그 목적물에 갈음하는 금전 기타의 물건에 대해서도 역시 존속하게 된다. 이러한 성질은 우선변제적 효력이 있는 담보물권에 대하여 인정되므로, 유치권 등에는 적용되지 않는다.

(4) 不可分性

담보물권자는 피담보채권의 전부의 변제를 받을 때까지 목적물 전부에 대하여 권리를 행사할 수 있다(제321조, 제343조, 제370조 참조). 즉, 피담보채권의 일부가 변제·상계·혼동·경개·면제의 사유로 소멸하더라도 잔액이 있는 한, 담보물의 전부에 담보물권의 효력이 미친다. 또한 담보물이 분할되어도 분할 후의 각 담보물 위에 채권액 전부에 대하여 담보권의 효력이 있고, 공유지분 위에 담보권이 설정된 후 공유물이 분할되어도 지분의 범위 내에서 담보물권이 존속한다. 그리고 담보목적물이 수개인 경우 목적물 전부 또는 일부를 분리하여 채권 전액에 대하여 담보권(저당권)을 실행할 수 있다(후순위저당권자가 있는 경우 그 자의 대위가 발생할 수 있음에 유의할 것, 제368조 2항).

3. 效力

(1) 優先辨濟的 效力

질권·저당권에 인정되는 효력으로서, 채권자가 채권의 변제를 받지 못한 때에 목적물을 환가해서 다른 일반 채권자에 우선하여 변제받을 수 있다. 유치권은 이러한 효력을 가지지 않는다.

(2) 追及力

담보권자가 담보물권을 설정한 후 담보물의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에도 신소유자인 제3자에 대하여 담보권의 효력이 미치는 것을 담보물권의 추급력이다. 담보물권 중 질권이나 저당권과 같은 약정담보물권의 경우는 그 성질상 당연히 추급력이 있다. 그러나 법정담보물권 중 추급력이 인정되는 것은 유치권이나 주택임차인 또는 상가건물임차인의 우선변제권과 같이, 그 존재를 공중에게 알리는 특별한 공시방법이 마련되어 있거나, 선박우선평권과 같이 법률에 그 추급력을 인정하는 특별규정(상법 제869조)이 있는 경우에 한정된다.

한편 추급력이 인정되더라도 담보목적물이 동산인 경우 제3자가 그 소유권을 선의 취득(제249조 내지 제251조)하면 담보물권의 추급력은 소멸한다.

(3) 留置的 效力

채권담보를 위해서 목적물을 유치하여 채무변제를 간접적으로 강제하는 효력으로 서, 유치권·질권에 인정된다. 그러나 저당권과 같이 목적물의 점유를 요소로 하지 않는 담보물권에서는 유치적 효력이 문제되지 않는다.

(4) 收益的 效力

채권자가 목적물로부터 얻는 수익으로 변제에 충당하는 것이다. 이러한 수익적 효력은 현행민법이 규정하는 담보물권에는 인정되지 않는다. 그러나 전세권은 그 실질에 있어서 수익적 효력이 있는 일종의 부동산질권으로서의 담보물권이라고 볼 수 있다. 전세권자는 목적물을 수익하면서 전세금반환채권에 관해서는 우선변제권을 가지기 때문이다(제303조 1항 참조).

4. 順 位

동일 목적물 위에 두 개 이상의 담보물권이 존재하는 경우 그 담보물권 상호간의 순위가 문제된다. 우리 민법과 같이 담보물권을 주로 채권담보의 목적을 위하여 이용하는 입법례에서는, 순위의 문제는 동일 목적물 위의 각 담보물권의 상대적 우열의 문제에 지나지 않는다. 즉 선순위의 담보물권이 소멸하면 후순위의 담보물권의 순위는 승진하게 된다. 즉, 순위승진이 원칙이다.

제5장 저당권

I. 저당권제도의 개요

저당권은 채무자 또는 물상보증인으로서 제3자가 채무의 담보로 제공한 부동산 기타의 목적물을 채권자가 이들로부터 인도받지 않고서도 채무의 변제가 없는 경우에 그 목적물로부터 우선변제를 받을 수 있는 담보물권이다(제356조). 저당권이 설정되더라도 저당목적물에 대한 점유 및 사용·수익은 저당권자에게 있지 않고 여전히 저당권설정자(소유자)에게 있다는 점에서, 목적물에 대하여 유치적 효력이 인정되는 질권과 다르다.

[저당권의 특징] 첫째, 저당권의 존재는 반드시 등기·등록에 의하여 공시되어야 한다(공시의 원칙). 우리 민법이 이를 관철하고 있음은 주지의 사실이며, 극히 제한된 경우에 한하여 법정저당권이 인정되고 있을 뿐이다(제649조). 둘째, 저당권은 특정·

현존의 목적물 위에만 성립할 수 있다(특정의 원칙). 이는 담보물권의 물질적 기초를 확정함으로써 저당권에 의하여 파악되는 가치에 대해서 객관성을 부여함과 동시에 채무자의 전 재산 위에 인정되는 일반저당권을 배척하기 위한 것이다. 셋째, 동일한 목적물 위에 여러 개의 저당권이 존재할 때에는 각 저당권은 확정된 순위를 가지고 있어 서로 침범하지 않는다는 원칙이다(순위확정의 원칙). 넷째, 독립의 원칙은 저당권을 특정채권의 담보라는 종된 지위에서 해방시켜 재화의 교환가치를 지배하는 가치권으로서, 금융거래의 객체로서의 독자적인 지위를 확보하게 하려는 것이다. 그러나 우리 민법에서는 저당권이 그 피담보채권과 분리되어 타인에게 양도되거나 다른 채권의 담보로 제공되는 것이 금지되고(제361조), 피담보채권의 소멸로 저당권도 당연히 소멸하므로(제369조) 이러한 의미에서 독립의 원칙을 취하지는 않는다.

II. 抵當權의 成立

저당권은 당사자 사이의 저당권설정계약과 등기에 의하여 성립하는 것이 원칙이지만(제186조), 법률규정에 의하여 인정되는 경우도 있다(민법 제666조, 제649조).

1. 抵當權設定契約의 당사자

당사자는 저당권을 취득하는 저당권자와 저당권설정자로서 저당목적물인 부동산의 소유자이다. 소유자저당권을 인정하지 않는 우리 법제하에서는 일방적 설정행위에 의한 저당권자는 있을 수 없다.

이때 저당권자는 원칙적으로 피담보채권의 채권자에 한한다. 다만, 채권자와 채무자 및 제3자의 합의가 있고 제3자에게 채권이 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정(가령 채권양도, 불가분적 채권관계의 형성, 제3자를 위한 계약 등)이 있다면 제3자의 명의로 (근)저당권등기를 하는 것도 가능하다.

저당권설정자는 피담보채권의 채무자인 것이 보통이지만, 제3자라도 무방하다. 저당권설정은 처분행위에 해당하므로, 저당권설정자는 목적물에 관하여 이를 처분할 권리나 권한(대리권, 관리권 등)을 가지고 있어야 한다. 따라서 타인 소유의 물건 위에 저당권을 설정할 수 없다.

또한 목적부동산의 소유자라도 법률상 처분권능을 제한당하고 있는 자, 예컨대 파산선고를 받은 자, 압류 또는 가압류를 당한 자 등은 저당권을 설정할 수 없다.

2. 抵當權의 設定登記

저당권은 저당권설정의 물권적 합의 이외에 등기를 하여야 성립한다. 즉, 저당권설정의 등기는 저당권의 성립요건이다(제186조). 그리고 동일목적물 위에 성립한 저

당권과 다른 물권(예컨대 전세권 등)의 우열관계는 등기의 선후에 의하여 결정된다.

저당권설정등기가 유효하게 경료되었으나 불법으로 말소 또는 탈루된 경우, 일반적인 등기의 불법말소 또는 후발적 탈루의 경우와 마찬가지로, 저당권이 소멸하는 것은 아니며, 저당권자는 말소된 등기의 회복등기를 청구할 수 있으며, 회복등기는 말소된 종전의 등기와 동일한 효력을 가진다. 그러나 저당목적물이 경매로 매각된 경우에 저당권은 그 순위에 상관없이 모두 항상 소멸하기 때문에(민집법 제91조 2항, 제268조) 그러한 한도에서 저당권등기는 회복될 수 없다.

저당권의 설정등기가 행하여진 후에 피담보채권이 무효가 되거나 소멸하게 되면 저당권은 부종성으로 말미암아 당연히 소멸한다(제369조). 그러나 피담보채권의 소멸로 효력을 잃고 무효가 된 저당권의 등기가 말소되지 않고 그대로 남아 있는 경우에, 당사자 사이의 약정으로 이 무효로 된 등기를 다른 저당권을 위한 등기로서 이용하여도 이를 유효한 것으로 볼 수 있는가의 문제가 '무효인 저당권등기의 유용'에 관한 문제이다. 판례는 등기가 무효로 된 후 당사자가 그 무효등기를 유용하기로 합의할 때까지의 사이에 등기부상 이해관계 있는 제3자가 나타나지 않는 한 유효하다고 보고 있다.

3. 被擔保債權

저당권에 의하여 담보할 수 있는 채권, 즉 피담보채권은 금전채권인 경우가 보통이지만, 금전의 지급 이외의 급부를 목적으로 하는 채권도 피담보채권이 될 수 있다. 예컨대 목적물인도청구권을 담보하기 위해서도 저당권을 설정할 수 있다. 다만 저당권은 목적물의 교환가치로부터 우선변제를 받는 것을 목적으로 하기 때문에, 그 담보적 작용을 발휘할 때에는 피담보채권이 금전채권으로 될 것을 필요로 한다.

저당권은 그 발생 및 소멸에 관하여 피담보채권에 부종한다. 현행민법상 저당권은 특정의 채권담보를 유일의 목적으로 하여 존재하기 때문이다. 따라서 피담보채권이 무효인 경우에는 저당권도 그 효력이 발생하지 않는다. 따라서 공서양속에 반하는 계약에 의해서 발생한 채권을 담보하는 저당권설정은 무효이다. 한편 피담보채권이 장래에 성립할 것으로 되어 있는 경우에도 저당권을 설정할 수 있다는 것은 특히 순위보전에 있어 중요한 의의를 가진다. 민법은 장래의 불특정의 채권을 담보하는 근저당에 관하여 규율(제357조)하는 이외에도 여러 곳에서 장래의 채권의 담보를 인정하는 규정(제206조, 제443조, 제588조, 제639조 2항, 제662조 2항, 제918조 4항 등)을 두고 있다. 장래의 특정한 채권을 담보하는 저당권에 관하여는 민법에 명문으로 정한 바 없으나, 저당권의 실행 당시에 채권과 저당권이 함께 존재하면 저당권의 부종성은 충족되는 것이므로 장래에 발생할 특정의 채권을 위해서 저당권을 설정할 수 있다는 데에 학설은 일치한다. 판례도 장래 발생할 특정의 조건부채

권을 피담보채권으로 한 저당권설정도 유효하다고 판시한 바 있다.

소멸에 관한 부종성은 발생에 관한 부종성보다 엄격하다. 피담보채권의 전부 또는 일부가 변제 기타의 사유로 소멸한 때에는 저당권은 이에 상응하여 당연히 소멸하는 것이 원칙이다.

III. 抵當權의 效力：競賣申請과 優先辨濟

1. 抵當權의 效力範圍

(1) 被擔保債務의 範圍

저당권은 원본·이자·위약금·채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보하되, 지연배상에 대하여는 저당권의 행사범위가 제한된다(제360조). 그러나 지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다(단서).

[판례] 저당권의 피담보채무의 범위에 관하여 민법 제360조가 지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다고 규정하고 있는 것은 저당권자의 제3자에 대한 관계에서의 제한이며 채무자나 저당권 설정자가 저당권자에 대하여 대항할 수 있는 것이 아니고, 민법 제360조가 양도담보의 경우에 준용된다고 하여도 마찬가지로 해석하여야 할 것인 만큼, 양도담보의 채무자가 양도담보권자에 대하여 민법 제360조에 따른 피담보채권의 제한을 주장할 수는 없는 것이다.

(2) 抵當目的物의 範圍

(가) 附合物(제358조)

저당권의 효력은 저당부동산의 부합물에도 미친다. 부합된 시기는 저당권설정 전이나 후이냐를 묻지 않는다. 예를 들어 명인방법을 한 수목이나 입목은 거래상 토지와 독립된 물건이므로 토지에 관한 저당권은 이에 효력을 미치지 아니하나, 그렇지 않은 토지에 식재된 수목은 토지의 부합물이므로 토지저당권의 효력이 미친다.

(나) 從物(제358조)

저당권의 효력은 저당부동산의 종물에도 미친다. 종물이 동산이든 부동산이든 상관 없으며, 저당권설정 전에 생긴 것이든 후에 생긴 것이든 무관하다. 종된 권리 역시

제358조의 종물에 포함되는 것으로 취급된다. 따라서 건물에 대한 저당권의 효력은 그 대지이용권인 지상권·전세권·임차권에도 미친다.

[판례] ① 종물은 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 자기 소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 것을 말하므로(민법 제100조 제1항) 주물과 다른 사람의 소유에 속하는 물건은 종물이 될 수 없다. ② 저당권의 실행으로 부동산이 경매된 경우에 그 부동산에 부합된 물건은 그것이 부합될 당시에 누구의 소유이었던지를 가릴 것 없이 그 부동산을 낙찰받은 사람이 소유권을 취득하지만, 그 부동산의 상용에 공하여진 물건일지라도 그 물건이 부동산의 소유자가 아닌 다른 사람의 소유인 때에는 이를 종물이라고 할 수 없으므로 부동산에 대한 저당권의 효력에 미칠 수 없어 부동산의 낙찰자가 당연히 그 소유권을 취득하는 것은 아니며, 나아가 부동산의 낙찰자가 그 물건을 선의취득하였다고 할 수 있으려면 그 물건이 경매의 목적물로 되었고 낙찰자가 선의이며 과실 없이 그 물건을 점유하는 등으로 선의 취득의 요건을 구비하여야 한다.

(다) 果實(제359조)

저당권은 본래 목적물의 사용·수익권을 저당권설정자에게 남겨두는 권리이기 때문에 과실에는 그 효력이 미치지 않으나, 예외적으로 저당부동산에 대한 압류가 있는 후에 저당권설정자가 목적부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에는 저당권의 효력이 미친다. 여기서 주의해야 할 점은 과실 자체를 압류하는 것이 아니라는 점이다.

2. 競賣申請權과 優先辨濟權

(1) 擔保權實行競賣

저당권자가 저당권의 목적물을 매각하여 그 대금에서 채권을 변제받는 것을 저당권의 실행이라고 한다. 저당권의 실행은 원칙적으로는 민사집행법이 정하는 담보권실행경매에 의하게 되나, 그 밖에 당사자의 약정에 의하여 행하여질 수도 있다. 담보권실행경매는 일반채권자에 의한 경매, 즉 통상의 강제경매와 달리 확정판결과 같은 집행권원을 요하지 않는다. 저당권자는 변제기 도래 후에 경매신청이 가능하다.

(2) 優先辨濟權(제356조)

채무자가 변제기에 변제하지 않으면, 저당권자는 저당목적물을 현금화하여 그 대금으로부터 다른 채권자에 우선하여 피담보채권의 변제를 받을 수 있다. 저당권자가 스스로 저

당권을 실행하여 우선변제를 받는 것이 그 전형적인 방법이지만, 저당부동산에 대하여 일반채권자, 전세권자 또는 후순위저당권자의 집행을 막지 못하며, 우선순위에 따라 매각 대금으로부터 변제받게 된다(민집법 제268조, 제145조).

우선변제권에 의하여 피담보채권이 완전히 변제되지 않은 경우에, 저당권자는 일반채권자로서 채무자의 일반재산에 대하여 집행하거나 배당에 참가할 수 있다. 한편 저당권자가 자기의 저당권을 실행하지 않은 채 채무자의 일반재산을 집행하는 경우에, 제370조에 의해 준용되는 제340조의 제한을 받는다.

3. 抵當權과 擔保物의 用益關係

(1) 제3자의 用益關係에 미치는 영향

① 저당권의 실행으로 인해 저당권은 무조건 소멸한다(민집법 제91조 2항). 즉 후순위저당권자가 경매신청한 경우에 선순위저당권은 소멸한다. 왜냐하면 저당권은 우선변제 받으면 그만이기 때문이다.

② 최우선순위의 저당권 설정 전의 선순위 용익물권은 소멸하지 않는다(민집법 제91조 4항). 왜냐하면 우선변제가 아니라 사용이 목적이기 때문이다.

③ 최우선순위의 저당권 설정 후의 후순위 용익물권은 소멸한다(민집법 제91조 3항). 순위 비교는 실행된 저당권과 비교하는 것이 아니라, 언제나 최우선순위저당권과 용익권의 순위를 비교한다. 후순위저당권이 실행되어도 선순위저당권이 소멸되기 때문이다.

④ 전세권의 경우에는 특칙이 있다(민집법 제91조 4항). 전세권보다 후순위자가 경매신청한 경우에, 전세권은 소멸하지 않으나 전세권자가 배당요구하면 소멸한다.

⑤ 유치권은 소멸하지 않는다(민집법 제91조 5항). 유치권은 우선변제권이 없음에 유의해야 한다.

(2) 법정지상권

(가) 제366조는 “저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다(...)”고 규정함으로써, 동일인에게 속하던 토지와 지상건물 중 어느 하나 위에 또는 양자 위에 설정된 저당권의 실행으로 말미암아 그 소유자를 달리하게 된 경우에 건물의 소유자를 위하여 대지에 대한 지상권의 성립을 법률상 인정하는 제도를 두고 있다. 가령 A는 자신의 토지 위에 건물을 완성해 가던 중 자금이 부족하여 토지 위에 저당권을 설정하였으나 그 후 경매로 인하여 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우에 문제될 수 있다.

이는 토지와 건물의 별개 부동산 취급의 법제도에 따른 제도로써 제366조 이외에

도 건물의 전세권에 관한 제305조 1항; 저당권에 관한 제366조; 가등기담보 등의 경우 가담법 제10조 ; 관습법상의 법정지상권이 있다.

이 같은 규정은 ① 건물철거에 따른 사회경제적 손실의 방지, ② 관련 당사자의 의사와의 합치에 근거한다고 이해되는데, 담보제공자 입장에서는 토지 또는 건물 어느 하나를 제공한 경우 다른 부동산 활용/부담을 전제한다고 할 것인 반면, 담보권자 (경낙인) 입장에서는 다른 부동산에 대한 편익 또는 부담을 전제할 수 있기 때문이다.

결론적으로 법정지상권은 그 부담을 통한 토지소유권의 제한으로서 가치권으로서의 저당권과 용익적 가치 사이의 조화를 필요로 하며, 토지에 대한 저당권자 (내지 지상권의 부담을 안은 채 토지소유권을 경락받게 되는 자) 의 이익 vs. 건물에 대한 소유권 (취득)자 사이의 이해관계의 조절이 가장 중요하며, 이는 법정지상권의 인정요건을 통해 표현되고 있다.

(나) 그 성립요건은 ① 토지 저당권자 및 경낙인의 부담 / 희생 정당화를 위한 근거, 그리고 ② 법정 지상권이라는 점에서 보충적 성격을 갖고 있다는 점에서, ① 저당권설정 당시의 건물 존재, ② 저당권 설정 당시의 소유자 동일성, ③ 저당권의 설정 및 ④ 임의경매에 의한 소유자가 달라질 것을 요건으로 하고 있다.

(다) 법정지상권은 건물의 유지와 사용에 필요한 범위에 따른 토지의 사용에 한정되며, 토지와 지상건물이 경매로 인하여 서로 다른 소유자에게 속하게 되는 때에 등기없이 (§ 187) 법률규정에 따라 지상권의 취득이 인정된다. 지료에 관련하여 당사자의 협의 또는 협의가 되지 않을 경우 당사자의 청구에 따른 법원의 결정에 의한다.

제6장 유치권과 질권

I. 留置權

1. 의의와 성질

타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자가 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권을 가지는 경우에, 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치함으로써 채무자의 변제를 간접으로 강제하는 담보물권이다(제320조). 예를 들어, 타인의 물건을 수선한 자는 수선비의 지급을 받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있는 권리이다.

유치권은 법정 담보물권으로서 당사자간의 합의에 의해서 성립하는 것이 아니라 일정한 요건이 존재하는 경우 법률로서 당연히 인정되는 권리이다. 유치권은 담보물

권으로서 공통된 특성, 즉 강한 부종성과 수반성, 불가분성이 있다(제321조). 그러나 유치권은 가치 담보가 아닌 반환의 거부의 의미만을 지니므로, 우선변제적 효력이 인정되지 않으며, 이를 보존하기 위한 물상대위권도 인정되지 않는다. 따라서 유치권자는 경매권은 있어도 우선변제적 효력은 없다.

2. 成立要件

(1) 目的物

유치권의 목적이 될 수 있는 것은 물건, 즉 동산, 부동산, 유가증권이다. 법률규정에 의한 물권변동이므로 부동산 유치권의 경우에는 등기를 필요로 하지 않는다. 자기 물건에는 유치권이 성립할 수 없으므로 목적물의 타인성을 요한다.

(2) 債權과 目的物과의 牽聯關係

채권이 유치권의 목적물에 관하여 생긴 것이어야 한다. ‘관하여 생긴 것’이 무엇을 의미하는지 문제되는데, 債權이 目的物 자체로부터 발생한 경우(가령 목적물에 지출한 비용의 상환청구권, 목적물로부터 받은 손해에 대한 손해배상청구권 등이 성립한 경우에 인정된다. 그러나 채권이 목적물 그 자체를 목적으로 하는 경우, 주택 임대차에서 보증금채권에 대해서 유치권이 인정되지 않는다)가 문제된다.

[판례] 부동산 매도인이 매매대금을 다 지급받지 아니한 상태에서 매수인에게 소유권이전등기를 마쳐주어 목적물의 소유권을 매수인에게 이전한 경우에는, 매도인의 목적물인도의무에 관하여 동시이행의 항변권 외에 물권적 권리인 유치권까지 인정할 것은 아니다.

(3) 債權이 辨濟期에 있을 것

(4) 占有가 不法行爲로 인한 것이 아닐 것

점유는 적법해야 하며, 불법행위로 인하여 취득한 것이 아니어야 한다(제320조 2항). 불법행위에 의하여 점유를 취득한 자에게까지 유치권을 인정하여 그의 채권을 보호할 필요나 이유가 없기 때문이다.

4. 留置權의 效力

(1) 留置權者의 權利

유치권자는 그의 채권의 변제를 받을 때까지 목적물을 유치할 수 있다(제 320조 1항). 유치한다는 것은 목적물의 점유를 계속하면서 그 인도를 거절하는 것을 뜻한다. 유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 담보권의 실행을 위한 경매의 예에 따라 목적물을 경매할 수 있다(제322조 1항). 이 경우 경매에 의한 배당절차에서 유치권자는 담보물권자와 달리 우선변제권을 갖지 못하지만, 채무자나 제3채무자가 목적물을 인도받으려면 유치권자에게 변제해야 하므로 실제로는 우선변제권이 있는 것과 마찬가지로 된다고 설명되고 있다.

유치권자는 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권자보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있다(제323조 1항). 유치권은 유치물을 점유하는 권리에 불과한 것이지만, 유치권자에게 과실수취권을 인정하는 이유는 유치권자가 선관주의의무를 가지고 유치물을 점유·보존하여야 하므로(제324조 1항), 그 노무에 대한 보수로서 이러한 과실을 인정하는 것이 공평할 뿐만 아니라, 수취한 과실을 채권의 변제에 충당하여도 채무자의 이익을 해하지 않기 때문이다. 이때 과실은 천연과실과 법정과실을 모두 포함한다. 수취한 과실은 먼저 채권의 이자에 충당하고, 나머지가 있으면 원본에 충당하여야 한다(제 323조 2항).

유치권자는 채무자의 승낙이 있는 때에는 유치물의 사용·대여 또는 담보제공을 할 수 있다(제324조 2항 본문). 한편 유치권자는 승낙을 얻지 않더라도 보존에 필요한 범위 내에서 유치물을 사용할 수 있다(제324조 2항 단서).

(2) 留置權者의 義務

유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 한다(제324조 1항). 또한 유치권자는 채무자(소유자)의 승낙 없는 유치물의 처분(사용, 대여, 담보제공)을 하지 못한다(제324조 2항). 유치권자가 위 의무를 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(제324조 3항).

II. 質權

질권이란 채권자가 그의 채권의 담보로서 채무자 또는 제3자로부터 받은 물건 또는 재산권을 채무의 변제가 있을 때까지 유치함으로써 채무의 변제를 간접적으로 강제하는 동시에(유치적 권능) 변제가 없을 때에는 그 목적물로부터 우선적으로 변제를 받는 권리이다(우선변제권능). 원칙적으로 약정담보물권이며 예외적으로 법정질권이 인정된다(제648조). 점유를 수반하며, 개념상 부동산질권도 가능하기는 하나, 우리 민법은 인정하지 않는다.

질권은 부동산이 아닌 경우, 즉 동산과 권리에 대한 대표적인 담보제도이다. 다만 동산질권의 경우 물건의 인도에 따른 불편함으로 인하여 종래의 양도담보제도 또는 (신설된) 동산양도담보권이 자주 활용되어 왔으며, 따라서 질권은 현실적으로 채권, 주식 등을 목적으로 하는 권리질권의 형태로 주로 활용된다.

동산질권이란 채무자 또는 제 3자가 제공한 동산을 점유하고 그 동산에 대하여 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리를 의미한다(제329조). 질권의 설정은 질권설정계약과 목적동산의 인도로서 성립한다(제330). 질권자는 설정자로 하여금 질물의 점유를 하게 하지 못하므로(제 332조), 점유개정은 금지되며, 이는 공시의 원칙 관철과 유치적 효력의 확보를 위함이다.

권리질권이란 동산 이외의 재산권을 목적으로 하는 질권을 말한다(제345조 본문). 권리질권의 설정은 법률에 다른 규정이 없으면 그 권리의 양도에 관한 방법에 의하여야 한다(제 346조). 즉, 당사자 간의 합의와 그 권리의 양도방법에 의한 공시를 필요로 한다. 따라서 지명채권인 경우 통지 등의 요건구비를 필요로 한다(제349조). 채권질권에서 유치적 권능을 설명하면, 채권질권자는 교부받은 채권증서를 점유하고, 피담보채권의 전부를 변제받을 때까지 이를 유치할 수 있다(제355조, 335조). 채권질권의 설정자 및 제3채무자는 채권질권자의 추심권능과 환가권능을 해하는 행위를 하지 못하며, 질권설정자는 질권자의 동의 없이 질권의 목적이 된 권리를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다(제352조. 따라서 질권설정자는 질권의 목적인 채권을 추심해서는 안되며, 이를 포기, 면제해서도 안되고, 다른 채무와 상계할 수 없다). 이렇게 입질된 채권의 실행을 위하여 민사집행법이 정하는 집행방법 이외에 그 채권의 직접청구가 인정되고 있다.

[판례] 질권의 목적이 된 채권이 금전채권인 때에는 질권자는 자기채권의 한도에서 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있고, 채권질권의 효력은 질권의 목적이 된 채권의 지연손해금 등과 같은 부대채권에도 미치므로 채권질권자는 질권의 목적이 된 채권과 그에 대한 지연손해금채권을 피담보채권의 범위에 속하는 자기채권액에 대한 부분에 한하여 직접 추심하여 자기채권의 변제에 충당할 수 있다.