

物權制度의 整備에 관한 研究

- 民法改正案 中 物權法을 中心으로 -

崔 鎮 求*

차 례

- I. 총 설
 - 1. 민법 개정 및 개정안 준비과정
 - 2. 민법 개정안의 의의
- II. 물권법개정안의 주요 내용
 - 1. 물권총칙
 - 2. 점유권
 - 3. 소유권
 - 4. 지상권
 - 5. 질 권
 - 6. 저당권
- III. 물권법개정안에 관한 주요 의견
 - 1. 개정시안공청회에서의 의견
 - 2. 기타 개정의견
- IV. 개정안에 관한 입법제안
 - 1. 물권총칙
 - 2. 점유권
 - 3. 소유권
 - 4. 용익물권
 - 5. 담보물권
- V. 결 론

* 檀國大 法學科 講師, 法學博士

I. 총 설

1. 민법 개정 및 개정안 준비과정

(1) 재산법분야의 개정연혁

우리 민법은 1958년 제정되어 1960년 1월 1일부터 시행되었던바, 그동안 재산법분야의 경우 부분적인 개정만이 이루어졌다. 재산법분야에 관한 개정은 1984년 개정과 2002년 개정 두 차례 뿐으로 사실상 현행 민법상 재산법분야의 전반적 보완은 이번이 처음이라 해도 과언이 아니다.¹⁾

1984년 민법개정의 주요 내용은 ① 특별실종기간의 단축(3년에서 1년; 제27조 2항), ② 특별실종에 항공기실종을 포함(제27조 2항), ③ 구분지상권제도의 신설(제289조의2, 제290조 2항), ④ 전세권에 대한 우선변제적 효력의 인정(제303조 1항), ⑤ 건물전세권의 최단존속기간(1년; 제312조 2항), ⑥ 건물전세권의 법정갱신신설(제312조 4항), ⑦ 전세금증감청구권인정 및 증액기준 유보규정(제312조의2) 등이 있다.

2002년 민법개정에서는 상법규정에 맞추어 법인에 있어서 이사의 직무집행 정지 또는 직무대행자 선임의 가처분에 관한 등기와 직무대행자의 권한에 관하여 제52조의2와 제60조의2를 신설하였다.

이렇듯 우리 민법에서의 재산법분야의 개정은 극히 미미하게 이루어진 것으로 이것은 우리 민법의 제정 당시 근대 민법질서하에서의 주요 내용을 전제로 한 것에 비추어 현행 민법의 현대화작업이 시급하였던바, 이에 1999년 2월 5일 민법개정특별분과위원회를 구성하여 재산법분야에 대한 정비를 시작하게 되었다.

(2) 민법개정특별분과위원회의 구성 및 개정안준비작업

법무부는 1999년 2월 5일 민법개정특별분과위원회(위원장 이시윤; 이하 위원회)를 구성하여 재산법 전반에 걸친 개정작업에 착수하였다. 물론 위원회 구성 이전에도 민사법학회 등을 중심으로 민법개정을 위한 준비작업이 진행되었고,

1) 민법제정과정에서의 재산편 관련 주요 내용에 관하여 양창수, “민법안의 성립과정에 관한 소고”, 『민법연구』 제1권, 박영사, 1991, 100~110면 참조; 이에 의하면 장후영, 『현대 민법총론』, 1950, 307~327면에서 우리 민법의 재산편에 관한 요강으로 112개에 걸쳐 민법전편찬요강을 마련하였다고 설명하고, 그 주요 내용에 관해 설명하고 있다.

이러한 노력의 산물로 재산법 분야에 관한 개정안의 준비는 빠르게 진행되었다.

위원회는 개정작업을 나누어 제1소위원회(위원장 이영준)에서는 민법총칙 및 물권법분야를 제2소위원회(위원장 서민)는 채권법을 담당하여 개정안마련을 위한 준비에 착수하였다.²⁾ 이후 위원회는 전체회의 66회, 분과별 소위원회 회의의 75회 총 141회에 걸치는 회의를 거쳐 2004년 6월 2일 제66차 전체회의를 끝으로 재산법분야 총 766개 조항 중 주요 부분으로 130여개의 조항을 개정 내지 신설하는 민법개정안을 마련하였는바, 사실상의 제정에 준하는 재산법 전반에 걸친 전면개정을 하게 되었다.

2. 민법 개정안의 의의

이번 민법개정안은 우리 민법이 제정 당시의 시대적 상황에 비추어 그 시기는 비록 1950년대 후반이지만, 사실상 민법전에서의 지도원리는 근대 민법이념이 지배하는 것으로 파악된다. 구 민법(의용민법)을 민법전 편찬의 모체로 삼은 것은 부인할 수 없는 사실로 민법전을 편찬하기 위한 인적 구성 및 입법자료가 별로 없는 상황하에서 현대적 민법전의 제정은 난망한 사실이었다.³⁾

이러한 민법전이 제정된 후, 시행되는 과정에서 재산편에 관한 개정작업이 거의 없었다는 것은 근대 시민법질서하에의 민법을 현대에 그대로 사용하는 것으로 그 문제점이 학계를 중심으로 꾸준히 제기되었다.

특히 국제적 사법통일을 위한 추세가 『사법통일을 위한 로마기구(UNIDROIT)의 상사계약의 원칙』, 『UN통일매매법』 등을 중심으로 지속적으로 추진되고 있고, 아울러 세계경제의 블록화에 따른 채권법분야의 국제화가 시급히 요청되었으며, 또한 문명의 발달로 인터넷의 활성화, 컴퓨터의 보편화 등에 따른 근대 민법에서 예정하지 못하였던 새로운 조류가 등장하였는바, 이에 따라 개정의 시급성은 더욱 강조되었다.

따라서 이번 민법개정안은 현행 민법이 미처 예상치 못하였던, 새로운 사회현상 및 경제현상에 관한 기본적 사항을 규율하고, 아울러 학계와 실무가, 관련 단체의 의견을 청취하여 전면적인 재산법 개정안을 작성한 것으로, 2004년 10월 12일 국무회의를 통과하여 정부안으로 확정하고, 공포 후 1년의 준비기

2) 법무부, 『민법(재산편) 개정 공청회 자료』, 법무부, 2001. 12, 민법개정 추진경과 참조.

3) 민법제정과정에서의 문제점에 관하여는 정중휴, 『한국민법전의 제정과정』, 박영사, 1985, 5~37면 참조.

간을 거쳐 2006년 1월 1일부터 시행하도록 하고 있다.⁴⁾

II. 물권법개정안의 주요 내용

물권법 분야에 관한 개정안 제1소위원회에서 담당하였던바, 특히 대폭적인 개정이 진행된 것은 근저당에 관한 것이라 할 수 있다. 즉, 근저당권에 관한 개정은 기존 조문의 수정이 아닌 11개의 조문신설을 통해 이루어진바, 근저당권의 법률관계의 명확화 등에 초점을 맞추고, 아울러 현실적 금융거래에서의 의견을 많이 반영하였다고 평가된다.⁵⁾

본 장에서는 물권법분야에 관한 주요 개정내용 중 단순용어정비를 제외하고 각 조문별 개정이유를 살펴보기로 한다.⁶⁾

1. 물권총칙

제187조의 2 [가등기의 효력] 가등기 이후에 이루어진 목적물에 대한 처분은 그 가등기에 의하여 보전되는 권리를 침해하는 한도에서 효력이 없다.

가등기의 효력에 관한 실체법적 근거규정으로 신설된 것으로 청구권보전을 위한 가등기 이후에 이루어진 처분행위에 대하여 가등기권리자를 보호하기 위한 규정이다.

2. 점유권

제204조의2 [점유물수거의 인용] ① 물건이 점유자의 지배를 벗어나 타인이 점유하는 부동산에 있는 경우에 그 물건에 대한 점유가 성립하지 아니한 한 그 부동산의 점유자는 그 물건의 점유자가 이를 수거하는 것을 인용하여야 한다. 그러나 물건의 점유자는 수거로 인하여 그 부동산점유자의 생활의 안온이 방해받지 아니하도록 배려하여야 한다.

② 제1항의 경우에 부동산의 점유자는 그 수거로 인하여 입은 손해의 보상을 청구할 수 있다.

4) 민법개정시안(공청회자료 참조)와 최종개정안(정부안)의 경우, 주요 부분에서 변경이 있는바, 본고에서는 최종개정안을 중심으로 필요에 따라 개정시안의 규정에 대한 논설을 가미하도록 한다.

5) 물권법개정안에 관한 기본방침은 법무부, 전제자료(이은영 집필부분), 80~81면 참조.

6) 이하 개정의 자세한 이유는 위원회의 제안설명 참조; 법무부, 전제자료, 83~114면.

점유자의 점유물이 우연한 사정에 의해서 타인의 부동산에 놓이게 된 경우 점유자가 그 점유물의 수거를 위해서 그 부동산을 수색하고, 자기 점유물을 수거하는 것을 부동산점유자에게 인정할 필요성이 있어 이를 신설하였다.⁷⁾

3. 소유권

(1) 생활방해의 금지

제217조 [생활방해의 금지] ① 토지소유자는 열기체, 먼지, 매연, 악취, 폐수, 소음, 진동, 그 밖에 이와 유사한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무가 있다.

② 이웃 거주자는 제1항의 사태가 그 토지의 통상의 용도에 적당하고 사회통념상 상당한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다.

③ 이웃거주자는 생활의 방해를 받을 염려가 있는 때에는 토지소유자에 대하여 그 예방을 위하여 특정한 행위를 하지 아니할 것을 청구할 수 있다.

이른바, 안온방해 내지 생활방해의 금지에 관한 현행 민법의 규정을 보완하여 생활방해조치의무자로 토지소유자와 토지점유자를 포함하고, 아울러 인용의무자 및 수인한도의 설정을 합리적으로 조절하고자 하였다.

(2) 경계를 침범한 건축

제242조의2 [경계를 침범한 건축] ① 건축된 건물이 그 건축시행자 또는 그 건물의 소유권을 취득하는 자의 고의 또는 과실없이 이웃 토지의 경계를 침범한 경우에 이웃 토지의 소유자 그 밖의 권리자는 경계가 침범된 사실을 안 날부터 3년 또는 경계가 침범된 날로부터 10년 내에 그 침범에 대하여 이의를 제기하지 아니한 때에는 이를 인용하여야 한다. 그러나 그 건물의 완성 후 제280조 제1항 1호 또는 제2호의 규정에 의한 기간이 경과한 때에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 본문의 경우에 이웃 토지의 소유자는 건물의 소유자에게 경계가 침범된 토지부분에 대하여 치료상당의 보상 또는 그 매수를 청구할 수 있다.

현실적 토지상황과 지적도의 불일치가 빈번하게 발생하고 있는 현실에서 토지소유자의 과실 없이 이루어진 경계침범에 대하여 철거를 요구하는 것이 사회경제적으로 보아 자원의 낭비 및 부당한 결과를 초래하고 있으므로, 이에 대하여 경계를 침범한 건축에 대한 철거제한규정을 신설하였다.⁸⁾

7) 백태승, “민법(물권법)개정안의 주요 내용(II)”, 『고시계』, 고시계사, 2004. 7. 6면.

8) 독일 민법 제912조에서는 이에 대하여 “고의 또는 중과실없이”라고 규정하고 있는바, 개정시안에서는 독일민법의 태도를 따랐으나, 최종안에서 넓게 규정하여 고의·과실을 요

(3) 공유지분의 처분금지약정

제263조 [공유지분의 처분과 공유물의 사용, 수익] ① 공유자는 그 지분을 처분할 수 있고, 공유물 전부를 지분의 비율로 사용, 수익할 수 있다.

② 공유자는 5년 내의 기간으로 지분을 처분하지 아니할 것을 약정할 수 있다. 그 계약을 갱신한 때에는 그 기간은 갱신한 날로부터 5년을 넘지 못한다.

③ 공유자가 제2항의 계약을 하는 때에도 공유자 상호간에는 지분의 처분을 허용하는 약정을 할 수 있다.

공유지분처분금지특약의 영구성을 제한하기 위하여 5년 내의 기간으로 지분 처분금지약정을 가능하게 하고, 갱신의 경우, 5년을 넘지 못하도록 하여 사실상 영구적 지분처분금지의 특약을 제한하였다.⁹⁾

4. 지상권

제279조의2 [지상권의 설정] ① 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 법률행위에 의하여 그 소유자를 달리하게 되는 때에는 그 건물소유자를 위하여 존속기간을 정하지 아니한 지상권설계계약이 체결된 것으로 추정한다.

② 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 저장물의 경매 이외의 경매로 인하여 그 소유자를 달리하게 되는 때에는 제366조를 준용한다.

토지와 건물이 별개의 부동산인 우리 법제의 특성상 나타나는 문제점으로 관습법상의 법정지상권문제가 제기되는바, 이에 대하여 학설과 판례가 나뉘고 있다. 즉, 판례¹⁰⁾는 관습법상의 법정지상권을 제한적으로 인정하고 있지만, 학설의 경우 확대적용을 반대하고 있는 것이 현실이다. 이에 동일한 소유자에게 속하는 토지와 건물이 소유자를 달리하게 되는 경우 법정지상권의 성립을 추정하는 규정을 신설하였다.

5. 질 권

제343조 [준용규정] 제213조, 제214조, 제249조 내지 제251조, 제321조 내지 제326조의

건으로 하고 있다.

9) 이에 대하여 절차법상 부동산등기법의 개정을 통한 공시방법의 입법화가 필요하다; 법무부, 전개자료, 90면 참조.

10) 토지와 지상건물이 동일인의 소유에 속해 있다가 각각 그 소유자를 달리하게 되는 경우에 성립하는 관습상의 지상권은 그 경우 당사자 사이에 건물을 철거하기로 하는 등의 특별조건이 없으면 토지소유자는 건물소유자에게 그 건물소유를 위한 지상권을 설정하여 주기로 한 의사가 있었던 것으로 해석하여 인정되는 권리이다; 대판 1986. 5. 27, 86 다카 62.

규정은 동산질권에 관하여 준용한다.

질권에 대하여 이론상 인정되었던 물권적 청구권을 민법규정화하기 위하여 준용규정을 수정하여, 제213조와 제214조를 추가하였고, 질권의 경우에 점유를 수반하므로 유치권과 같이 질권의 행사로 담보채권의 소멸시효진행에 영향이 없다는 것을 입법화하였다.

제347조 [설정계약의 요물성] 삭제

권리질권의 설정에서의 요건으로 권리의 양도방법을 우리 민법 제346조에서 규정하고 있는바, 따라서 권리질권설정의 모순을 방지하기 위하여 방안으로 제347조를 삭제하였다.¹¹⁾

6. 저당권

근저당권의 경우, 이번 민법개정안 중 물권편에서 조문을 가장 많이 신설하게 되었다. 현행 민법에서 근저당권과 관련하여 제357조만을 두고 있음으로 인하여 발생하는 문제를 학설과 판례에 의존할 수밖에 없는 현실에서 실제 거래상황 등을 참작하여 금융상의 편의도모 및 채무자보호를 위한 방향으로 조문을 정비하였다.¹²⁾

(1) 근저당권의 피담보채권

제357조의2 [근저당권의 피담보채권] 근저당권에 의하여 담보되는 채권의 범위는 특정한 계속적 거래계약 그 밖의 일정한 종류의 거래로부터 발생하는 채권 또는 특정한 원인에 기하여 계속적으로 발생하는 채권에 한정된다.

11) 일본민법의 경우 2003년 개정에서 채권질권의 설정요건을 완화할 수 있도록 채권양도에 증권교부를 요하는 경우에만 채권증권의 교부가 요청되고, 단순증거방법으로의 채권증서는 교부없이 채권질권을 설정할 수 있도록 요건을 완화하였던바, 개정시안에서는 일본민법과 같은 입법방법을 취했으나 최종안에서 삭제로 결론지워졌다; 일본민법의 개정에 관해 자세한 것은, 양창수, “최근의 일본민법 개정 - 우리 민법에의 시사에 덧붙여 -”, 『저스티스』 제77호, 한국법학원, 2004. 2.; 류창호, “일본의 개정 담보법과 우리 담보법개정의 과제 - 민법개정안 중 담보권규정을 중심으로 -”, 『법제연구』 통권 제25호, 한국법제연구원, 2003. 270~300면 참조.

12) 근저당권의 경우, 특히 금융기관 등의 이해관계와 거래현실이 직접적으로 연관되는 것으로, 이에 대하여 금융계의 개정의견을 적극적으로 개진할 수 있도록 하는 조치를 필요로 한다는 견해도 있다; 류창호, 전제논문, 297면.

금융거래관행에 있어서 포괄근저당은 한정근저당과 특정근저당의 형태로 활용되고 있는바, 피담보채권적격의 범위를 양당사자가 예측가능한 범위 내의 거래나 원인으로부터 발생하는 채권까지 한정하여 순수한 포괄근저당을 금지하고,¹³⁾ 이를 통하여 피담보채권의 범위를 제한하였다.¹⁴⁾

(2) 피담보채권의 범위 등의 변경

제357조의3 [피담보채권의 범위 등의 변경] ① 근저당권에 의하여 담보되는 채권의 범위는 원본의 확정 전에는 이를 변경할 수 있다. 채무자의 변경에 관하여도 또한 같다.
② 제1항의 변경을 함에는 후순위권리자 그 밖의 제3자의 승낙을 요하지 아니한다.

근저당권자와 근저당권설정자간의 사적자치의 원칙에 의해 피담보채무의 범위와 채무자를 원본 확정 전에 변경할 수 있도록 하였다. 이는 기본계약의 변경에 관한 당사자의 합의를 자유롭게 허용하고 그 변경사항에 대한 공시의 길을 열어주었다는 데 의의가 있다.¹⁵⁾

(3) 채권최고액의 변경

제357조의4 [채권최고액의 변경] 근저당권의 채권최고액은 이해관계인의 승낙을 얻어 변경할 수 있다.

근저당권의 채권최고액은 사적 자치에 의해 스스로가 변경할 수 있지만, 이에 대해 채권최고액의 변경으로 인하여 이해관계인에게 미치는 영향이 지대하므로 당사자와 모든 이해관계인의 이익을 고려하여 승낙을 요건으로 하였다.

(4) 근저당권의 양도

제357조의5 [근저당권의 양도] ① 근저당권자는 원본의 확정 전에 그 담보할 채권과 함께 근저당권 또는 그 지분을 양도할 수 있다.
② 근저당권자는 원본의 확정 전에 그 담보할 채권과 함께 근저당권을 2개 이상의 근저당권으로 분할하여 양도할 수 있다.

근저당권의 양도에 관한 법률관계를 명확히 하기 위한 것으로, 피담보채권과 함께 이루어지는 근저당권의 양도에 한해서 이를 허용하고 있다. 이것은 근저당

13) 무제한적 포괄근저당에 관해 판례는 약관에 구속되지 않고, 당사자의 개별적 합의에 따라 피담보채무의 범위를 결정해야 한다고 판시하고 있다; 대판 1996. 4. 26, 96 다 2286.

14) 법무부, 전게자료(이은영 집필부분), 96~97면 참조.

15) 법무부, 전게자료(이은영 집필부분), 97~98면.

권이 물권으로 양도의 자유가 인정되나, 계속적 거래관계에 의해 발생하는 불특정채권을 담보하는 특성상 피담보채권의 양도를 수반할 것을 요구하고 있다.¹⁶⁾

(5) 근저당권의 공동귀속

제357조의6 [근저당권의 공동귀속] ① 근저당권이 수인에 속하는 경우에 근저당권자는 그 채권액의 비율에 따라 변제를 받는다. 그러나 원본의 확정 전에 다른 비율을 약정 하거나 근저당권자 중 일부가 먼저 변제를 받기로 약정한 때에는 그 약정에 따른다.
② 근저당권자이 수인에 속하는 경우 각 근저당권자는 다른 근저당권자의 동의를 얻 어 제357조의5 제1항의 규정에 따라 그 권리를 양도할 수 있다.

근저당권의 공동귀속에 있어서 일부양도에 의한 경우가 가장 빈번하게 이루어지는바, 이에 대하여 공동귀속의 법률관계를 규정하였다. 그러나 공동귀속되어 있는 근저당권의 처분에 관해 민법 제264조의 공유물의 처분·변경에 관한 규정이 적용되기에 별도의 규정을 두지 않았다.¹⁷⁾

(6) 채권양도, 채무인수 등과 근저당권

제357조의7 [채권양도, 채무인수 등과 근저당권] ① 원본의 확정 전에 근저당권자로부터 개별채권을 취득한 자는 그 채권에 관하여 근저당권을 행사할 수 없다. 원본의 확정 전에 채무자를 변제하여 채권자를 대위하는 자도 또한 같다.
② 원본의 확정 전에 개별채무의 인수가 있는 때에는 근저당권자는 인수인의 채무에 관하여 근저당권을 행사할 수 없다.

근저당권의 확정 전 개별피담보채권이 채권양도되거나, 채무인수되는 경우 근저당권에 미치는 효력과 관련하여 수반성을 부정하는 것으로 입법하였다. 이는 종래 저당권과 같이 수반성을 인정할 수 있는가에 대한 학설의 대립을 입법을 통해 해결한 것이라 할 수 있다.¹⁸⁾

(7) 상속과 근저당권

제357조의8 [상속과 근저당권] ① 원본의 확정 전에 근저당권자에 대하여 상속이 개시

16) 일본 민법 제398조의12에서는 근저당권을 피담보채권과 별도로 양도할 수 있도록 하고 있고, 제398조의13에서 근저당권의 일부양도에 관해 개정안의 지분과 달리 일부양도라는 용어를 채택하고 있다.

17) 공유지분이 양도에 관한 요건으로 다른 공유자의 동의, 근저당권 확정 전 지분양도의 등기, 공유지분과 피담보채권처분의 수반, 공유자권리양도에 있어서 분할양도의 금지가 있다.

18) 피담보채권이 채무인수되는 경우에 있어서 면책적 채무인수의 경우에 해당하는 것이다.

된 때에는 근저당권은 이미 존재하는 채권을 담보한다. 상속인과 근저당권설정자는 상속인이 상속개시 후에 취득하는 채권도 담보하는 것으로 약정할 수 있다.

② 원본의 확정 전에 채무자에 대하여 상속이 개시된 때에는 근저당권은 이미 존재하는 채무를 담보한다. 근저당권자와 근저당권설정자는 상속인이 상속개시 후에 부담하는 채무도 담보하는 것으로 약정할 수 있다.

③ 제357조의3 제2항의 규정은 제1항 및 제2항의 규정에 의한 약정에 관하여 이를 준용한다.

④ 제1항 및 제2항의 약정에 관하여 상속개시 후 6개월 내에 이를 등기를 하지 아니한 때에는 담보할 원본은 상속개시시에 확정된 것으로 본다.

상속에 의한 근저당권의 법률관계를 입법을 통해 해결한 규정으로 원본확정 전에 근저당권자 또는 채무자가 사망한 경우, 근저당권의 피담보채권의 운명에 관해 이를 그대로 존속시키는 것으로 하였고, 다만, 당사자의 약정에 의해 피담보채권이 상속개시 후에 취득하는 채권의 경우에도 확장할 수 있도록 하고 있다.

(8) 합병과 근저당권

제357조의9 [합병과 근저당권] ① 원본의 확정 전에 근저당권자 또는 채무자인 법인에 합병이 있는 때에는 근저당권은 이미 존재하는 채권 또는 채무 외에 합병 후 존속하는 법인 또는 합병에 의하여 설립되는 법인이 취득하는 채권 또는 부담하는 채무를 담보한다.

② 제1항의 경우에 근저당권설정자는 담보할 원본의 확정을 청구할 수 있다. 그러나 채무자인 근저당권설정자의 합병이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제2항의 청구가 있는 때에는 담보할 원본은 합병시에 확정된 것으로 본다.

④ 제2항의 청구는 근저당권설정자가 합병이 있었음을 안 날로부터 2주가 경과한 때에는 이를 할 수 없다. 합병이 있는 날부터 1월이 경과한 때에도 또한 같다.

회사합병은 상속의 효과를 가져 올 수 있는 포괄승계로 합병시 근저당권의 확정문제와 피담보채무의 범위에 관한 문제가 발생하는바, 이를 해결하기 위하여 피담보채권관계와 근저당권의 존속을 인정하였다.¹⁹⁾

(9) 원본의 확정청구

제357조의10 [원본의 확정청구] ① 근저당권설정자는 근저당권을 설정한 날부터 3년이 경과한 때에는 담보할 원본의 확정을 청구할 수 있다. 그러나 담보할 원본의 확정시기를 약정한 경우에는 그러하지 아니하다.

19) 합병과 근저당권규정에 관해 법인합병에 관한 민법규정이 없음에 비추어 이의 신설의 타당성에 대해 견해의 대립이 있다.

② 제1항의 청구가 있는 때에는 담보할 원본은 그 청구를 한 날부터 2주가 경과함으로써 확정된다.

원본확정청구권과 이에 따른 원본의 확정시기를 규정하여 근저당권설정자가 장기간동안 근저당권에 의해 소유권이 제한되는 불이익을 구제하도록 하였다.²⁰⁾

(10) 원본의 확정사유

제357조의11 [원본의 확정사유] ① 근저당권이 담보할 원본은 다음 각호의 경우에 확정된다.

1. 담보할 원본이 더 이상 발생하지 아니하게 된 때
2. 근저당권자가 저당부동산에 대하여 경매 또는 제370조의 규정에 의하여 준용되는 제342조의 규정에 의한 압류를 신청한 때. 그러나 경매절차의 개시 또는 압류가 있는 때에 한한다.
3. 근저당권자가 저당부동산에 대하여 체납처분으로 인한 압류를 한 때
4. 근저당권자가 저당부동산에 대한 경매절차의 개시 또는 체납처분으로 인한 압류가 있었음을 안 날부터 2주일이 경과한 때
5. 채무자 또는 근저당권설정자가 파산선고 또는 회사정리절차의 개시결정을 받은 때

② 제1항 제4호의 경매절차의 개시 또는 압류나 제5호의 파산선고 또는 회사정리절차의 개시결정이 그 효력을 잃은 때에는 담보할 원본은 확정되지 아니한 것으로 본다. 그러나 원본이 확정된 것으로 하여 그 근저당권을 취득한 자가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

근저당권의 경우 우선변제권을 주요 내용으로 하는 것으로, 원본확정사유에 관해 열거주의를 취함으로써 입법불비에 따른 학설대립 및 실무에서의 곤란을 해결하였다.²¹⁾

(11) 채권최고액의 감액청구

제357조의12 [채권최고액의 감액청구] 근저당권설정자는 원본이 확정된 후에는 근저당권자에 대하여 채권최고액을 현존하는 채무액과 이후 1년간 발생한 이자, 위약금 및 채무불이행으로 인한 손해배상액의 범위로 감액하여 줄 것을 청구할 수 있다.

20) 부칙 제7조에서는 원본의 확정청구에 관한 경과조치로 법시행 전 체결된 근저당설정계약에서 담보할 원본의 확정시기를 정하지 않은 경우, 시행일로부터 3년이 경과한 때 근저당권설정자는 제357조의10 규정에 의하여 원본의 확정을 청구할 수 있도록 하고 있다.

21) 특히 제357조11 제1항 제4호에서 근저당권설정자가 저당부동산에 관한 경매절차의 개시 또는 체납처분으로 인한 압류가 있었음을 안 날부터 2주일이 경과한 때 원본이 확정된 것으로 규정하여, 기존의 판례가 경락대금을 완납한 때라고 해석되어 온 것에 대해 근저당권자에게 그 사실을 안 날부터 2주의 유예기간을 부여하여 양자간의 조화를 꾀하였다; 대판 1999. 9. 21, 99 다 26085; 2002. 7. 12, 2002 다 21868 등.

근저당권자의 경우 확정된 피담보채권이 최고액에 미달하는 경우 이자수익 등을 위해 근저당권설정자에게 불이익을 줄 우려가 발생하는바, 채권최고액감액청구를 통하여 근저당권설정자의 이익을 보호하고자 하였다. 하지만, 근저당권자와의 균형을 위해 원본확정 후 채권최고액의 감액청구를 인정하도록 하여 양자간의 조화를 꾀하였다.

(12) 전세권을 목적으로 하는 저당권

- 제371조 [지상권, 전세권을 목적으로 하는 저당권] ① 본장의 규정은 지상권 또는 전세권을 저당권의 목적으로 한 경우에 준용한다.
- ② 지상권 또는 전세권을 목적으로 저당권을 설정한 자는 저당권자의 동의없이 지상권 또는 전세권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못한다.
- ③ 전세권을 목적으로 하는 저당권에 있어서 저당권자는 우선변제권의 범위안에서 전세금반환채권을 직접 청구할 수 있다. 이 경우에는 제353조 제3항의 규정을 준용한다.

전세권에 관해 저당권을 설정한 경우, 이를 용익물권으로 파악할 것인지, 존속기간 만료 후 전세금반환채권에 영향을 미치는가에 관하여 학설과 판례²²⁾가 대립되었던바, 전세권에 관한 가압류는 전세금반환채권에도 영향을 미치므로 전세권에 대한 저당권에 관해서도 동일하게 해석하는 것이 학설과 실무에서의 태도이다. 이에 따라 전세권을 목적으로 하는 저당권에 관하여 그 효력범위를 명확히 하기 위하여 개정하였다.

Ⅲ. 물권법개정안에 관한 주요 의견

1. 개정시안공청회에서의 의견

물권법 개정시안은 이후 의견수렴과정에서 최종적으로 부분적인 수정이 이루어져 최종안이 작성되었다. 2001년 12월 13일부터 이틀간 이루어진 민법(재

22) 판례는 전세권에 대하여 설정된 저당권은 민사소송법 제724조 소정의 부동산경매절차에 의해 실행하는 것이나 전세권존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하여 더 이상 전세권 자체에 대해 저당권을 실행할 수 없고, 이 때 전세권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 관해 추심명령 또는 전부명령을 받거나, 제3자가 전세금반환채권에 대해 실시한 강제집행절차에서 배당요구의 방법으로 자신의 권리를 행사할 수 있을 뿐이라고 판시하고 있다; 대판 1999. 9. 17, 98 다 31301 등.

산편) 개정 공청회에서는 그 당시의 개정시안에 관하여 각계의 의견이 제시되었다. 특히 물권법분야에서는 한상호 변호사, 이동명 부장판사, 이정대 농협지점장, 김남근 변호사, 서울대 김재형 교수 등이 토론자로 나서 개정시안에 관한 의견을 피력하였다.

그 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 물권변동에 관한 견해

물권법개정의 기본방침에 관해 충분한 연구와 중지가 모아지지 않은 부분에 관한 논의를 후일로 미룸으로써 보수적 수준에서의 개정에 그치지 않았다는 비판이 제기되었다. 특히 등기의 공신력인정, 대장과 등기부의 일원화, 등기원인증서공증, 등기관의 실질적 심사권 부여 등 부동산물권변동 및 공시제도의 근본적 개혁을 후일로 미룸에 대한 비판이 많고,²³⁾ 또한 특별법규정의 민법내 수용 역시 부진한 점이 지적되었다.

아울러 자산유동화에 관련하여 저당권유동화제도에 관한 수용문제 역시 장기과제로 넘어감으로써 시대적 상황에 맞는 민법의 개정이 미흡하다는 비판이 제기되었다.

(2) 가등기의 효력

가등기의 효력에 관하여 본등기 후 가등기의 효력에 관해서 현재 부동산등기법의 내용을 민법전으로의 흡수를 주장하는 견해가 제기되었다.²⁴⁾ 즉, 법체계상 물권행위의 효력에 관한 것으로 공시에 관한 절차법인 부동산등기법의 내용으로 할 것이 아니라 실체법으로서의 민법에 물권행위의 효력규정을 두는 것이 타당한 것이라 할 수 있다.

(3) 점유제도

점유양태와 관련하여 대법원전원합의체 판결을 입법화하는 개정시안에 관하여 견해가 대립되었다. 실무자들의 경우 이에 관해 대법원판례의 입법화를 통한 문제해결이라 하여 그 타당성을 인정하였고, 학계의 경우 악의의 무단점유에 관한 해석론에서 견해가 대립되었다. 즉, 악의의 무단점유를 타주점유로 보아야

23) 법무부, 전계자료(한상호 집필부분), 114~116면 참조.

24) 법무부, 전계자료(김재형 집필부분), 146면.

하는지 여부 등이 그것으로 점유양태에 관한 입법에 의문을 제기하였다.²⁵⁾

(4) 소유제도

생활방해금지와 관련하여 작위의무와 대체적 작위의무의 위반시 비용청구권의 신설을 제안하고,²⁶⁾ 또한 인용의무의 요건을 규정함에 있어 폭 넓게 인정하고 있는바, 인용의무를 부과하더라도 이에 대한 손실보상의 필요성이 제기되었다.²⁷⁾ 이와 함께 사전구제책인 유지청구와 사후구제인 손해배상청구에 있어서 특히 공사금지가처분 등 다양한 유지청구권의 경우 그 권원의 근거와 인용여부에 논란여지를 제기하고 있다.²⁸⁾ 그리고 공유지분의 처분금지약정에 관한 규정에 관해 부동산공시법상의 규정미비로 실효성에 의문을 제기하고, 이에 따른 후속입법으로 부동산등기법상의 공시방법신설을 제안하였다.²⁹⁾

(5) 지상권

관습법상의 법정지상권에 관한 입법에 관하여 근본적으로 찬성하면서도 토지와 지상건물이 소유자를 달리하는 원인에 관하여 인정범위에 대한 의문이 제기되었다. 즉, 당사자간 지상권설정에 관한 의사의 합치과정이 있을 수 없는 경매를 달리 볼 이유가 없다는 것이 그것이다.³⁰⁾ 아울러 판례이론³¹⁾의 입법화에 있어서 그 내용에 대한 수정에 이의를 제기한 바, 신설규정과 제366조와의 충돌가능성 등 입법의 신중성을 제기하였다.³²⁾

지상권의 존속기간에 관한 규정에 관해서도 관습법상의 지상권은 지상권설정시 건물이 존재해야 한다는 문제가 제기되어 최단존속기간이 보장되지 않는 등 혼란이 야기될 수 있다는 의견이 제시되어 입법에 부정적 견해를 나타내었다.³³⁾

아울러 담보지상권에 관한 내용을 신설할 필요성도 제기되었다. 즉, 실무상 나대지에 대한 담보가치를 보존하기 위한 방법으로 근저당권설정과 동시에 지

25) 법무부, 전계자료(김재형 집필부분), 146~147면 참조.

26) 법무부, 전계자료(김남근 집필부분), 144면.

27) 법무부, 전계자료(김재형 집필부분), 150면.

28) 법무부, 전계자료(김남근 집필부분), 143면.

29) 법무부, 전계자료(이동명 집필부분), 129면.

30) 법무부, 전계자료(이동명 집필부분), 130면.

31) 대판 1986. 5. 27, 86 다카 62.

32) 법무부, 전계자료(김재형 집필부분), 152~153면.

33) 법무부, 전계자료(김재형 집필부분), 153면.

상권을 설정하는바, 이를 담보지상권이라 하고, 이러한 실무관행에 관한 입법적 해결이 필요하다고 제안하고 있다.³⁴⁾

(6) 근저당권

가장 많은 조문이 신설된 근저당권에 관하여 금융거래관행에 의한 실무담당자와 학계의 견해가 대립되었다. 특히 2003년 일본의 담보법이 개정되었던바, 우리 민법의 개정에 있어서 많은 점을 시사하였다. 하지만 외국의 입법을 참조하였지만, 이를 맹종하지 않는 개정기본방침에 따라 신설된 11개 조문에 관해 많은 의견이 제시되었다.

1) 근저당권의 피담보채권

근저당권의 설정에 있어서 이미 발생한 개별특정채권에 관하여 근저당권의 설정가능여부와 기본계약이나 기본거래로부터 발생하는 채권과 동일성을 유지하는 범위내에서의 급부적 부당이득이나 거래적 불법행위로 인한 손해배상청구권이 근저당권의 피담보채권에서 배제되는가 하는 문제가 있을 수 있다는 지적이 있다. 아울러 기본거래가 직접 채무자와 거래하는 것이라 한다면 근저당권자가 제3자의 채무자에 대한 채권을 양수한다고 할 때 피담보채무에 포함할 수 있는가 문제를 제기하고 있다.³⁵⁾ 또한 현행 부동산등기법상 등기사항으로 근저당권설정계약, 채권최고액, 채무자가 인정되고, 기본계약이나 채권범위는 등기사항이 아니므로 이에 따른 부동산등기법 개정의 필요성을 제기하고 있다.³⁶⁾

그리고 포괄근저당의 인정이 경제적 약자인 채무자 또는 근저당권설정자에게 지나친 불이익을 야기한다고 하는바, 이는 피담보채권의 범위결정에서 해결하면 되는 것으로 본 규정의 삭제 또는 거래포괄근저당의 허용으로의 전환을 제시하였다.³⁷⁾

2) 근저당권의 피담보채권의 범위 등의 변경

기존의 학설에 의해 일관되게 인정되어 온 근저당권의 피담보채권범위에 관

34) 법무부, 전계자료(이정대 집필부분), 138면 참조.

35) 법무부, 전계자료(한상호 집필부분), 116~117면.

36) 일본의 경우 이를 등기사항으로 하고 있다; 법무부, 전계자료(이동명 집필부분), 132~133면.

37) 법무부, 전계자료(김재형 집필부분), 156면.

하여 민법개정을 통한 입법화의 필요성에 대한 의문을 제기하고,³⁸⁾ 입법기술적으로 제357조의3과 제357조의4의 통합필요성을 제시하였다.³⁹⁾

3) 근저당권의 채권최고액의 변경

채권최고액의 변경에 있어서 증액과 감액을 모두 포함하는 것으로 인정하고, 이해관계인의 범위에 대한 의문을 제기하였다. 즉, 이해관계인에 대한 열거주의를 제안하고, 아울러 모든 이해관계인의 승낙을 입법상 명확히 할 것을 지적하고 있다.⁴⁰⁾ 또한 채권최고액변경에 있어 이해관계인 전원의 승낙이 없는 경우 독립등기에 의한 변경등기가 불가능한 것인지, 전원승낙의 경우에만 부기등기에 의한 것인지 명확하지 않고, 독립등기에 의한 변경등기도 불가능하다는 경우 현재의 등기실무에 비해 후퇴한 입법이라는 지적이 있다.⁴¹⁾

4) 근저당권의 양도

개정시안에 있어서 근저당권의 양도시 근저당권설정자의 승낙여부가 해석론상 문제가 될 수 있다고 하고, 아울러 일본과 우리나라의 비교에 있어서 물권 처분에 대한 해석의 차이에 대해 그 이유가 없다고 하여 근저당권자가 설정자의 승낙없이 임의로 양도할 수 있는 것으로 해석하여야 한다고 하고 있다.⁴²⁾

또한 근저당권을 피담보채권과 함께 양도하도록 하여 채무자의 동의를 요하는 것으로 해석되는바, 이에 대해 자산유동화를 위해 확정 전 근저당권부채권을 양도하려는 거래계의 요구를 외면하는 결과를 초래할 수 있다는 지적이 있다.⁴³⁾

5) 근저당권의 공유

근저당권의 공유에 있어서 다른 공유자의 동의를 통해 양도가 가능하다고 함에 있어서 공유자 전원인지 과반수이상인지에 관한 명확한 규정이 필요한

38) 일본의 경우 1971년 포괄근저당을 부정하였으나, 우리나라의 경우 오히려 등기실무 또는 경매실무에 있어서 포괄근저당의 유효를 전제로 하고 있다.

39) 등기실무상 채무자의 변경은 피담보채무의 인수만으로 불가능하고, 근저당권의 기초가 되는 기본계약상 채무자의 지위전부 또는 일부를 제3자가 인수하는 경우에만 가능하다고 하고 있다; 법무부, 전계자료(이동명 집필부분), 133면; 동 한상호 집필부분, 117면 참조.

40) 법무부, 전계자료(한상호 집필부분), 118면.

41) 법무부, 전계자료(이동명 집필부분), 133면.

42) 법무부, 전계자료(한상호 집필부분), 118~119면.

43) 법무부, 전계자료(김재형 집필부분), 160면.

바, 전원의 동의를 통한 근저당권 지분의 처분을 인정해야 한다는 견해가 제기되었다.⁴⁴⁾ 아울러 근저당권 공유자 중 1인이 근저당권실행을 원하는 경우 이를 근저당권의 처분으로 볼 것인지, 자기 지분 범위 내에서의 근저당권실행에 따른 채권만족이 가능한지 문제된다고 하여 이에 대한 입법의 명확화를 요구하였다.⁴⁵⁾

6) 채권양도·채무인수 등과 근저당권

제357조의7 규정의 신설에 대한 근본적 의문의 제기로 피담보채권의 양수시 당사자간 피담보채권과 함께 근저당권 자체의 양도의사가 있는나 여부에 관한 해석문제로 이는 제357조의5 제1항에 의해 문제해결이 가능한 바, 제357조의7 규정의 신설로 규정의 충돌소지가 있다고 하고 있다. 또한 실무에 있어서 원본확정 전 채무인수의 경우 채무자에 관한 변경등기를 허용하여 근저당권유지를 도모하고 있는데 신설규정에 의해 기존실무의 변경에 의문을 제기하여 실무상의 관행과 반대되는 입법에 문제점을 지적하고 있다.⁴⁶⁾

7) 상속과 근저당권

상속인과 근저당권설정자가 상속개시 후 취득하는 채권에 관해 담보약정을 할 수 있도록 하고 있는바, 이 때 상속인 전원 또는 일부의 합의여부에 대한 문제와 일부합의의 경우 상속지분에 관한 근저당권의 존속여부, 등기방법 등에 대해 문제를 제기하였다.⁴⁷⁾

8) 합병과 근저당권

상법개정에 있어서의 분할, 분할합병을 규정할 것인지에 대한 논의를 제기하고 있다.⁴⁸⁾

9) 원본의 확정청구

근저당권자와 근저당권설정자간에 확정청구권을 사전에 포기하는 특약을 체

44) 법무부, 전계자료(한상호 집필부분), 119면 참조.

45) 법무부, 전계자료(한상호 집필부분), 119면.

46) 법무부, 전계자료(한상호 집필부분), 120면.

47) 법무부, 전계자료(한상호 집필부분), 121면.

48) 법무부, 전계자료(김재형 집필부분), 161면.

결한 경우, 제357조의10은 해석상 강행규정으로 보아 특약의 효력에 관해 무효로 봄이 당연하지만 이를 입법을 통해 해결하는 것이 바람직하고, 아울러 원본확정청구에 있어서 신의칙에 의한 확정도 입법을 통해 해결해야 한다고 하고 있다.⁴⁹⁾

10) 원본의 확정사유

원본의 확정시기에 관해 학설과 판례가 대립되고 있는바, 근저당권자에게 2주간의 짧은 유예기간을 부여함으로써 원본확정의 합리성에 비추어 근저당권자의 지위를 위협하고 불이익한 결과를 초래할 수 있다는 지적이 있다.⁵⁰⁾ 이는 집행법 실무상에 있어서도 문제가 제기되는바, 경매기일을 정하기 전 계산서를 제출받아 잉여유무를 판단하기 위해서는 최고서가 상대방에게 도달하는 소요일수를 참작하여 예상도달일로부터 2주 뒤를 제출시한으로 특정하여 최고하고 있음에 비추어 2주간의 유예기간에 대한 의문을 나타내고 있다.⁵¹⁾

또한 후순위근저당권자를 비롯한 제3자가 경매신청을 한 경우 선순위근저당권의 피담보채권은 선순위근저당권로 하여금 자신의 근저당권을 제대로 활용할 수 있고, 후순위근저당권자 등 경매신청 채권자의 이익과 신뢰를 보호하며, 거래안전을 도모할 수 있는 선순위근저당권자가 경매절차의 개시를 안 날의 다음날로 확정하도록 하는 것이 바람직하다는 견해가 제시되었다.⁵²⁾

11) 채권최고액의 감액청구

채권최고액의 감액청구권행사의 효과로 감액된 경우, 실무상 이를登記해야 하는가 여부에 혼란이 야기될 수 있고,⁵³⁾ 이에 관해 근저당권의 양도를 허용하고, 근저당권에 대한 이해관계인보호를 위해 등기를 대항요건으로 할 것을 제안하고 있다.⁵⁴⁾

또한 채권최고액의 확정에 있어 근저당권자가 근저당권실행의 지연의사가 없

49) 법무부, 전계자료(한상호 집필부분), 123면 참조.

50) 법무부, 전계자료(한상호 집필부분), 124면.

51) 법무부, 전계자료(이정대 집필부분), 142면.

52) 법무부, 전계자료(이정대 집필부분), 140~141면.

53) 이에 대해 감액청구를登記하지 않아도 효력이 발생한다고 할 경우,登記된 채권최고액을 믿고 거래하는데 어려움이 있다고 하고, 이에 따라 삭제를 요구하는 견해도 있다 ; 법무부, 전계자료, 김재형 집필부분, 162면.

54) 법무부, 전계자료(한상호, 집필부분), 124면.

고, 실무 및 거래관행상 1년이라는 단기간을 기준으로 하여 근저당권자의 이익을 해할 우려가 있다고 하여 근저당권자와 근저당권설정자의 이익균형에서 근저당권자의 심각한 불이익을 방지하기 위한 입법필요성을 제기하고 있다.⁵⁵⁾

2. 기타 개정의견

민법개정과 관련하여 민법개정시안 작성 전 민사법학회를 중심으로 민법개정론이 폭 넓게 논의되었고, 이후에도 민법개정안연구회, 개별연구논문 등을 통해 민법개정에 관한 많은 연구가 발표되었다.

본절에서는 이러한 논의에서 주요한 것을 살펴보기로 한다.⁵⁶⁾

(1) 물권총칙

물권변동에 있어서 가장 근본적 과제라 할 수 있는 공신력의 인정문제가 지속적으로 제기되었다. 공신력인정과 함께 대장과 등기부의 일원화, 등기원인증서의 공증, 등기관의 실질적 심사권의 부여, 부동산 관련 기초자료의 정비를 위한 지적재조사 등 물권법의 기초적 토대가 되는 사안에 대한 논의가 민법 제정 이후 많은 연구결과를 가져왔다.⁵⁷⁾

이러한 물권법의 기초이론은 현대화된 담보물권제도의 확립에도 근간을 이루는 것으로 현행 개정안에는 포함되지 않았으나, 장기과제로 꾸준히 추진해야 할 문제라 할 수 있다.

이는 개정시안에서 밝히고 있듯이 집단적 이해관계의 충돌을 야기할 수 있는 문제로 보다 신중성을 가지고 접근할 문제이나⁵⁸⁾ 현행 민법의 현대화를 목적으로 하는 개정안에서 이에 대해 지나치게 보수적이고 신중하게 접근하는 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 물론 학설의 대립으로 인해 한 학설에 의한 입법에 따른 문제가 발생할 수 있지만, 현재 축적된 연구결과를 바탕으로 부동산물권변동에 관한 입법적 명확화는 다른 제도에의 파급효과에 비추어 빠른 입법이 필요한 것이다.

55) 법무부, 전계자료(한상호 집필부분), 125~126면 참조.

56) 특히 근저당권에 관한 논의는 『법제연구』 통권 제25호(2003) 류창호, “일본의 개정 담보법과 우리 담보법개정의 과제”에서 주요 내용에 대한 검토가 있었던바, 이후의 논의에 대해서만 논설하기로 한다.

57) 우리나라의 부동산물권법의 연혁적 고찰 및 변천과정에 관하여 자세한 것은 이은영, “한국의 부동산물권법의 변천”, 『저스티스』 제78호, 한국법학원, 2004. 4 참조.

58) 법무부, 전계자료(이은영 집필부분), 82면.

가등기의 효력과 관련하여 개정안의 경우 청구권보전에 관한 효력인정이나 상대적 무효의 입법은 물권의 상대성에 반하는 것으로, 독일 민법의 가등기에 관한 내용을 계수하면서도 상대적 무효에 관한 독일 민법의 규정을 계수하지 않은 입법자의 의도로 볼 때 그 부당성을 지적하는 견해가 제기되었다.⁵⁹⁾

(2) 점유제도

점유물에 관한 수거권에 관하여 현재 이를 인정하는 명문규정이 없으나, 제204조의2 신설을 통해 이를 명문화하고자 개정안이 마련되었다. 이에 학설은 수거권에 관하여 물권적 청구권으로 해석하는 다수의 견해⁶⁰⁾와 물권적 청구권을 인정하지 않고 수거인용청구권 내지 수거권을 인정하는 소수의 견해로 나뉘고 있다.⁶¹⁾

물권적 청구권으로서의 요건은 타인의 방해나 방해염려를 전제로 하지만 수거권은 이러한 제한이 없고, 이에 따라 수거나 수색을 인정함으로써 물권의 실효성이 확보될 수 있다고 하고, 이에 따른 비용부담 및 보상, 행사기간에 대한 제한을 상세히 규정할 것을 제안하고 있다.⁶²⁾

수거권의 성질을 물권의 효력으로 파악할 때 수거권의 원인이 되는 물권과 그 운명을 같이 하고, 아울러 수거권만의 양도, 소멸을 인정하지 않으며, 비용부담 및 보상에 있어서 책임 있는 당사자가 비용을 부담하고, 그렇지 않은 경우 수거권행사를 담당하는 물권자가 비용을 부담하고, 독일민법에서의 예와 같이 수거권자의 수거·수색으로 인한 손해발생시 이를 보상하고, 일정 요건 하에서 거부를 인정할 수 있도록 하여야 한다.⁶³⁾

(3) 소유권

총유에 관한 민법규정의 삭제를 제안하는 견해가 제시되었고,⁶⁴⁾ 아울러 개정안에서의 생활방해와 관련하여 불가량물 등에 의한 침해가 경미한 경우 이

59) 강태성, “민법개정에 있어서의 수거권·총유·가등기에 관한 입법론”, 『비교사법』 제7권 제2호, 한국비교사법학회, 2000. 12, 445~446면.

60) 광운직, 『물권법』, 박영사, 2004, 38면; 권용우, 『물권법』, 법문사, 2000, 43~44면.

61) 서광민, “물권적 청구권에 관한 일고찰”, 『민사법학』 제17호, 한국민사법학회, 1999, 106면.

62) 강태성, 전계논문, 430~433면.

63) 강태성, 전계논문, 431면.

64) 즉, 독일민법과 스위스민법, 일본민법의 입법예에 비추어 우리 민법에서 제275조 내지 제277조는 사문화되어 이를 삭제해야 한다고 근거를 제시하고 있다; 강태성, 전계논문, 434~439면.

를 인용하고, 중대한 침해인 경우 적당한 조치를 강구할 수 있도록 하도록 제안하고 있다. 즉 현행 민법 제217조는 1959년 개정 전 독일 민법 제906조와 유사한 구조를 가지고 있는 것으로, 제217조의 활용가능성에 비추어 적극적으로 개정을 요구하고 있다.⁶⁵⁾

독일은 1994년 9월 21일 개정을 통해 “법률이나 법규명령에 규정된 한계치나 기준치가 이 규정에 따라서 조사되거나 평가된 침해에 의해 초과되지 않는 경우 일반적으로 비본질적 침해에 해당한다. 연방 임깃시온방지법에 의해 만들어지거나 기술의 수준을 반영하는 일반적인 행정규칙상에서의 수치도 마찬가지다”라고 개정하여 그 기준에 관한 논란을 야기시켰다. 우리의 경우 이러한 독일의 태도와 달리 그 요건의 완화가 요구되고, 환경침해로 인한 사회문제가 빈번하게 발생하는 바, 사법적 구제수단의 근거규정으로서의 중요성에 비추어 이에 대한 명확하고 상세한 입법을 제안하고 있다.⁶⁶⁾

(4) 용익물권

1) 관습법상의 법정지상권

관습법상의 법정지상권의 규정신설에 관해 원칙적 찬성론이 대세를 이루는 가운데, 개정시안에 관한 수정요구가 제시되었다. 즉, 지상권설정계약의 성질에 대한 의문과 함께 규정신설의 위치에서 제289조의3으로 신설하여 특수한 지상권 형태로의 입법방식을 취하는 것이 바람직하다는 것이 그것이다.⁶⁷⁾

또한 개정시안의 법정지상권이 지상권설정계약이 설정된 것으로 추정하는 규정을 둠으로써 약정지상권으로 전환을 지적하는 견해⁶⁸⁾와 관습법의 규범성⁶⁹⁾을 바탕으로 이미 해석론상 인정되고 있는 사안에 관해 경직된 성문규정으로의 전환은 부당한 결과를 초래할 수 있다는 지적이 있다.⁷⁰⁾

65) 전경훈, “민법 제217조의 의미와 개정방향에 대한 소고”, 『비교사법』 제7권 제1호, 한국 비교사법학회, 2000. 6, 220~224면 참조.

66) 전경훈, 전계논문, 244면.

67) 한국민사법학회, 『춘계학술대회 자료집(강태성 집필부분)』, 2002. 4. 27, 53~54면.

68) 한국민사법학회, 전계자료(윤철홍 집필부분), 38~39면.

69) 관습법상의 법정지상권은 조고판 1916. 9. 29, 민집 3, 722 이후 대판 1960. 9. 29, 4292 민상 944로 인정된 확고한 관습법의 내용이다; 강태성, 전계논문, 180면.

70) 민법개정안의견서에서는 삭제의견이 지배적이다; 황적인 외 29인, 『민법개정안의견서(고상룡 집필부분)』, 삼지원, 2002, 38면; 이에 대해 김진현 교수의 경우 삭제 내지는 개정시안에 대한 추정을 간주로 전환함이 타당하다고 하고 있다; 전계자료, 71~72면.

2) 지상권의 존속기간

지상권의 존속기간에 관한 개정시안의 경우, 용익물권인 지상권의 효력을 위협하는 것으로 타인의 토지를 안정적으로 사용하기 위한 권리에 대한 근본적 위협을 초래할 수 있다는 문제 등에 의해 반대의견이 주류를 이루었고, 최종개정안에서 삭제되었다.⁷¹⁾

3) 전세권

담보물권의 내용으로서의 전세권을 목적으로 하는 저당권과 관련하여 개정시안에서의 전세권설정자에 대한 통지나 승낙을 전세권의 목적으로 하는 저당권의 성립요건을 규정할 것을 제안하는 견해가 있다. 즉, 전세권에 관한 저당권의 객체는 전세권과 전세금반환채권이므로, 지명채권양도와 같이 사후통지 또는 승낙을 대항요건으로 하는 경우 전세권을 객체로 하는 저당권의 법적 성질에 반한다고 설명하고 있다.⁷²⁾ 또한 전세권을 목적으로 하는 저당권은 등기에 의해 공시되어도 전세권자의 전세금반환채권을 저당권자가 직접 행사하기 위해서는 전세권자가 전세권설정자에게 저당권을 통지하고 이를 전세권설정자가 승낙한 때 인정해야 한다고 한다.⁷³⁾

IV. 개정안에 관한 입법제안

1. 물권총칙

앞서 논술했듯이 물권법개정에 있어서 그 개정범위에 대한 확정에 있어서 출발부터 제도개혁을 제외시키기로 합의하여 이를 대상으로 하지 않았다는 것에 문제가 지적된다.

물권법의 근간을 이루는 근본적 제도개혁은 많은 이해당사자의 관계를 고려하고, 지적정리 등 입법을 위한 준비작업이 선행되어야 할 문제이지만 이를 장기과제로 돌릴 경우 현재의 상태가 고착되어 개정이 더욱 난망해질 우려가 제기된다.

71) 황적인 외 29인, 전게서 79~81면 참조.

72) 한국민사법학회, 전계자료, 42~43면.

73) 황적인 외 29인, 전게서, 85~86면.

특히 등기의 공신력의 인정은 그 파급효과가 여타 물권제도에 미치는 파괴력이 지대하기에 앞으로도 많은 논의가 요구되는바, 현행 민법의 제정에 있어서 독일 민법의 형식주의를 취하는 현행 민법의 구조로 볼 때, 외국의 입법례에 관한 맹종의 사례로 볼 수는 없다고 할 것이다.

이는 부동산물권변동의 효력과 함께 물권법의 근본이론으로 이에 대한 기존의 학설대립 등으로 개정후순위로 밀려났으나, 각종 특별법의 제정(부동산등기특별조치법 등)으로 점차 그 내용의 복잡화⁷⁴⁾가 진행되는 등 시급한 입법에 의한 해결이 필요하다고 사료된다.

또한 실체법인 민법에 필요한 규정이 부동산등기법, 부동산실권리자명의등기에관한법률(이하 부동산실명법) 등에 산재하여 있는바, 이에 대한 민법규정으로의 흡수가 요청된다. 예컨대, 부동산등기법 제6조 제2항의 경우 본등기 후의 가등기효력의 경우 최종개정안과 연관이 있는 것으로 법체계의 통일성 유지 및 물권행위의 효력규정이라는 실체법적 특성에 비추어 민법개정에 이를 반영하여야 한다.⁷⁵⁾

2. 점유권

최종개정안에 있어서 점유물수거의 인용에 관한 제204조의2 제1항의 생활안온을 보호하기 위한 배려의무의 경우, 그 해석론상 물건점유자의 신의칙상 의무를 내용으로 하는 것인지 여부에 관한 논란이 발생할 우려가 있다. 최종개정안의 내용에서의 배려의무를 기존의 개정시안에서의 수거거절을 명백히 함이 타당하다고 할 것이다. 즉, 독일민법 제867조의 예에서 나타나듯이 수거권자의 수색·수거로 인하여 상대방에게 손해가 발생할 경우 보상을 규정하고 있는 최종안 제204조의2 제2항과 함께 손해발생의 염려, 또는 상대방의 담보제공 등이 필요한 경우 거부할 수 있도록 그 요건을 명확히 할 것을 제안한다.⁷⁶⁾

74) 기존의 물권행위의 독자성, 무인성·유인성론의 대립이 부동산등기특별조치법의 시행(검인계약서)으로 내용의 변경을 초래하였고, 일반사법이 아닌 특수목적을 띤 특별법의 성격에 비추어 이를 제한하는 견해 등 점차 이론전개에 있어 다양한 견해가 제시되고 있다.

75) 동지: 김재형, “물권법개정에 관한 의견(1) - 2001년 민법개정시안을 중심으로 -”, 『JURIST』, 2002. 2, 36면.

76) 이에 대하여 상대방의 수거거부에 실익이 인정되지 않는다하여 반대하는 견해가 있다; 서광민, 전계논문, 485면.

3. 소유권

(1) 생활방해의 금지(제217조)

최종개정안과 개정시안과의 차이에서 개정시안에서의 “토지의 점유자도 그가 스스로 그 조치를 취할 수 있는 경우에는 전문에서 정하는 의무를 진다”고 규정하였던 것을 삭제하였다. 현행 민법 제217조의 구조는 해석론에 의해 중대한 침해에 대한 방지 및 보상청구를 인정할 수 있는바, 해석론이 아닌 명문규정에 의해 법률관계를 명확히 하겠다는데 제217조의 개정의의가 있다고 할 것이다.

하지만 생활방해가 재산권성과 함께 인격권성을 함께 가지고 있는 성질상의 특성에 의해 예방조치 및 보상청구권자의 범위에 대한 확대 필요성이 제기될 수 있다. 즉, 현재의 토지소유 및 이용관계에 비추어 정당한 권원에 의한 소유자 및 용익권자, 임차권자 및 일시적 사용관계에 놓이는 자에게까지 청구권을 인정할 것인가가 문제인바, 이를 일반법인 민법이 아닌 기타 특별법에 의해 해결할 것인가, 그 범위를 어디까지 확정할 것인가를 결정할 필요성이 있다.⁷⁷⁾

또한 토지소유권에 기한 물권적 청구권과 생활방해의 구분의 모호성이 제기될 수 있으므로, 독일민법의 태도와 같이 손해배상의 담보제공, 예방청구 등을 규정하여 침해상대방의 보호를 꾀할 필요가 있다.⁷⁸⁾

(2) 경계를 침범한 건축

개정시안에서 지적되었던 이의제기기간에 대한 문제와 요건에서의 고의 또는 중과실의 문제를 고의 또는 과실 및 경계침범된 사실을 안 날부터 3년 또는 경계가 침범된 날로부터 10년으로 변경하여 최종안을 작성하였다. 타당한 입법으로 사료된다.

4. 용익물권

(1) 관습법상의 법정지상권

개정안에서의 관습법상 법정지상권의 명문화가 의하여 지상권설정계약을 추

77) 이에 대하여 전경훈, 전계논문, 223면에서는 청구권자에 관한 논의는 민법 내에서의 문제가 아닌 특별법 및 구제방안과 함께 논의되어야 한다고 한다.

78) 김재형, 전계논문, 39면.

정하는 것에 의하면 이에 따라 토지소유자의 선택에 의해 법정지상권설정계약의 체결을 다투는 분쟁의 발생이 예상될 수 있다. 즉, 토지와 건물이 동일소유자에게 속하여 있다가 건물소유자가 제3자에게 토지소유권만을 이전한 경우, 법정지상권의 성립이 부정될 수 있게 되는 결과를 초래한다. 이러한 문제를 예방하기 위해서는 향후 관습법상의 법정지상권의 성립에 있어서 법률행위의 경우 이를 부정하는 것으로 법률관계를 명쾌히 해결함이 타당하다고 사료된다.⁷⁹⁾

5. 담보물권

근저당권의 경우 이번 민법개정안 중 물권편에서 가장 많은 조문이 신설된바, 기존의 민법 제357조만을 두었던 입법적 불비를 현재의 거래관행과 학설, 판례를 종합하여 입법하였다는데 그 의의가 있다. 물론 2003년 일본의 담보법 개정이 우리에게 많은 시사점을 던져 주었던바, 일본과 우리나라의 거래관행 및 법제차이에 의해 전면적 수용은 부인되고, 선별적 수용을 한 것으로 판단된다.⁸⁰⁾

개정시안에 대한 학계 등의 문제제시에 관하여 최종안에서는 아직 실무관행의 반영이 미흡하다는 것을 지적하고 있는바, 이에 대하여 거래계의 실무자를 개정준비작업에 적극적으로 참여시켜야 한다는 견해가 제기된다.⁸¹⁾

근저당권의 경우, 현재의 개정으로 만족할 것이 아니라 물권제도와 함께 저당권의 유통성확보 및 담보법 통일을 위한 국제적 노력에 맞추어 동산담보물권, 부동산담보물권에 관한 지속적인 논의 및 개정준비작업이 요구된다. 즉, 우리의 관습법 및 거래관행의 조사를 바탕으로 학설에 의해 해결되고 있는 제반 문제에 관해 입법을 통한 명확화 작업을 수행하고, 이와 함께 각종 특별법상 담보제도의 민법전으로의 유입을 위한 작업도 병행되어야 할 것이다.⁸²⁾

이러한 장기적 과제를 위한 중간단계로서의 개정안은 현재 제357조에 의한 규정의 의해 학설과 판례에 의해 인정되던 것을 명확화하기 위한 과도기로 판단되고, 다시금 물권제도 전반에 대한 검토와 함께 담보제도의 제도적 개혁을 위한 작업이 요청된다.

79) 동지: 이상태, “용익물권에 관한 민법개정논의”, 『토지법학』 제19호, 한국토지법학회, 2003. 12, 182면.

80) 일본의 담보법 개정에 관한 주요 내용 및 의의에 관해서는 주) 11 양창수, 전계논문, 류창호, 전계논문 등 참조.

81) 류창호, 전계논문, 297면.

82) 류창호, 전계논문, 298~299면.

V. 결 론

현행 민법개정안의 형성과정에 있어서 법기술적 문제와 함께 절차적 문제, 선행연구의 부족(관습에 대한 조사) 등이 지적되고 있다.

민법의 경우, 사회의 기본법으로서 그 개정에 따른 효과는 지대하다고 할 수 있는바, 우리의 경우 현재 우리 사회에서 통용되고 있는 관습에 대한 전면적 조사가 이루어지지 못하고, 부분적인 관습에 대한 조사가 이루어지고 있다는 것은 입법방식에 있어서 현실의 반영 노력의 일부분이 유탈된 것이라 할 수 있다.

1999년 설치되었던 민법개정특별위원회를 1회성이 아닌 상설화하고, 위원회 활동과 함께 한국민사법학회 등 관련 학회 및 실무자와의 폭 넓은 의견교환을 통해 현실적이고, 미래지향적인 민법전의 형성을 꾀해야 할 것이다.

향후 물권법의 개정작업을 위한 사전 준비작업으로서의 필요 요소를 다음과 같이 제안한다.

첫째, 앞서 언급하였듯이 개정위원회의 상설화를 제안한다. 민법개정의 위한 논의가 학회 및 연구논문 등을 통해 이루어지는 것을 보다 체계적이고, 통일적으로 진행될 수 있도록 위원회를 상설화하여 제1소위, 제2소위로 구성되었던 것과 달리 각 영역별 소위를 구성하고, 구성원의 참여 또한 확대하여 학계, 거래계, 실무가를 각 일정비율로 하도록 하는 위원회 설치 및 운영에 관한 규정을 제정하도록 한다.

둘째, 민법의 특성상 사회 전반에 걸친 관습을 망라적으로 조사할 수 있는 조사위원회를 설치하여 민법 각 조문에 따른 관습내용의 정리작업을 병행한다. 특히 조사위원회⁸³⁾를 법제처 산하 기관 또는 관련 출연연구소의 산하 기관으로 하거나 민법개정위원회 산하 특별위원회로 하여 개정작업과 함께 병행할 수 있도록 하여 개정작업의 효율성을 극대화할 필요가 있다.

셋째, 사법의 국제화에 따른 적극대응방안으로 이 역시도 앞서의 관습조사 위원회와 같은 기구의 설치하여 사법국제화대책을 수립함으로써 선진제국의 입법을 따라가는 형식이 아닌 적극적 참여를 꾀할 수 있을 것이다.

83) 관습조사위원회의 설치가 예산상, 조직의 방대화 등에 의해 난망한 경우, 이를 다수의 연구기관이 공동으로 참여하는 장기 연구용역으로 발주하는 방안도 제안될 수 있다.

넷째, 민법개정에 있어서 단순한 용어정비 및 언어순화작업⁸⁴⁾을 병행하여, 법체계 내에서의 통일성을 유지할 수 있도록 하여야 한다.⁸⁵⁾

이러한 절차상의 모든 사안은 각각 분리하여 운영될 내용이 아니라 수평적 교류를 통한 일체화된 작업을 필요로 하는 것으로 이번 민법개정과정에서의 논의의 합의점도출과정에서와 같이 꾸준한 논의를 통해 합리적 귀결점을 찾을 수 있으리라 판단된다.

84) 언어순화작업은 민법뿐만 아니라 모든 법영역에 있어서 법률전문가만의 작업이 아닌 국어전문가와의 공동작업이 요청된다.

85) 개정안 제357조10 제2항 “... 2주가 경과함으로써 확정된다”와 제357조11 제1항 제4호에서 “... 2주일이 경과한 때”의 경우 다른 규정과 같이 2주일이 경과한 때“ 등에 있어서 해석론상 차이가 없음에도 불구하고 그 규정을 달리함은 보완해야 할 사항이다.

A Study on Improvement of Real Right System : Adjust the Focus of Real Right Law on a Revised Bill of Civil Law

Choi, Jin-Goo*

South Korean Civil Law will be enacted in 1958 [1960 enforcement], revision concerning a law-of-property field since was trifling.

While 44 years had passed since it was enforced, the necessity for modernization stated continuously present Civil Law formed on the foundation of modern Civil Law.

The present law-of-property revision arranges and legislates the Civil Law revised direction discussed in the meantime.

It is evaluated by having reflected appropriately the revised direction discussed in the meantime although revision advanced even if recently at the short time of five years.

However, the revised efforts to which lobbying for the Civil Law revision does not flag through permanent-installation of a committee rather than stops to throwing away are required.

The foundation can be accomplished by Civil Law as a social organic act investigating systematically the upper theory, a judicial precedent and custom, and business of the characteristic, and inquiring.

Change of basic order will not become, if legislation preparation work is not fullness beforehand with a social shock wave appearing greatly.

The comprehensive-like examination which leads a standing committee to the investigation, the all-out theory and all-out judicial precedent theory to custom, business, etc. for continuous modernization of Civil Law conclusively is proposed.

* Lecturer at Dept. of Law, Dankook Univ., Ph. D in Law