

# 抽象性原則\*

## — 법사학적, 법이론적 연구 —

이진기\*\*

### 목 차

- I. 문제의 제기
- II. 물권변동이론의 발달과정
- III. 물권변동에 관한 로마法源의 검토
- IV. 추상적 물권변동이론
- V. 추상적 물권변동이론에 대한 비판
- VI. 마치는 말

### [국문요약]

원인행위로부터 처분행위의 독립성을 법이론으로 구성하는 추상성원칙은 독일법에서 발전하여 독일법에 전유한 법제도라고 할 수 있다. 이 원칙은 의무부담행위와 처분행위의 분리를 필연적인 전제조건으로 한다.

이미 추상성원칙의 흔적은 로마법에서부터 중세에 이르기까지 찾아볼 수 있으나, 이를 바탕으로 하는 물권양도이론의 형성은 19세기에 이르러 Fr.C.v.Savigny에 의하여 본격적으로 이루어졌다. 순수변동계약론의 대표자인 v.Savigny는 사법에서 당사자의 의사가 귀널변동의 결정적 요건임을 강조하는 한편 물권행위는 원인에 대한 당사자의 합의를 요건으로 하지 않음을 강조했다. 이로 인하여 물권계약의 추상적 성질이 필연적으로 강조되어야 한다.

\* 이 논문은 2002년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2002-003-B00278).

\*\* 숙명여자대학교 법과대학 교수

추상성원칙은 격렬한 반대에도 불구하고 독일민법의 입법과정에서 채용되어 오늘날 독일물권법, 물권변동제도의 핵심개념으로 자리잡게 되었다.

추상성원칙은 일반인의 생활과 괴리된다는 흠이 있으며, 법이론적으로도 우리 민법의 기본태도와 합치하지 않는다. 그럼에도 불구하고 분리원칙과 추상성원칙은 법적사고의 핵심을 구성한다. 추상성원칙은 물권변동만이 아니라 대리, 채권양도, 채무인수, 부당이득제 등에도 적용된다. 따라서 추상성원칙은 기본법이론이라고 할 것이다. 뿐만 아니라 이 원칙은 법학의 본질을 반영할 뿐만 아니라 법학교육에서 법적사고의 형성을 위하여 가장 중요한 법적 수단이 된다. 민법학, 나아가 법학 전체의 관점에서 본다면 물권변동론과 관련한 추상성원칙의 거부는 오히려 예외적인 현상일고 할 것이다.

[주제어] 추상성원칙, 분리원칙, 통일원칙, 유인성원칙, 원인행위, 채권행위, 출연행위, 물권적 합의, 현실행위, 의사표시론

## I. 문제의 제기

### 1. 抽象性原則의 意義

흔히 물권변동의 법리와 관련하여 언급되는 抽象性原則(Abstraktionsprinzip)은 독일민법학에 뿌리를 둔 제도이다. 이는 원인이 되는 의무부담행위의 효과와 이에 의하여 부담한 의무의 이행행위로서 처분행위의 효과를 분리하는 원칙이라고 정의할 수 있다. 추상성원칙은 특히 물권변동이론과 관련하여 중요한 가치를 가지는 것으로 인식되며, 이것이 우리 민법학에서 언급되는 소위 物權行為의 獨自性和 無因性理論이다.

### 2. 抽象性原則의 內容—개념확정의 필요성

그런데 추상성원칙을 고찰하기에 앞서 먼저 의무부담행위와 처분행위의 개념을 살펴보고 그들의 상호관계를 구명할 필요가 있다. 추상성원칙을 인정하기 위해서는 의무부담행위와 처분행위의 개념상의 구분이 선행되어야 함이 당연하다. 다시 말하면 추상성원칙을 인정하기 위한 출발점은 의무부담행위

와 처분행위의 분리라고 할 것이다. 이를 현행 민법학의 표현으로 전환하면, 抽象性原則, 즉 無因性理論은 물권행위의 독자성을 전제요건으로 한다. 다음에서는 먼저 추상성원칙의 전제요건이 되는 의무부담행위와 처분행위의 관계에 관한 이론의 현황을 살펴보고, 이를 기초로 하여 추상성원칙의 의의와 기능을 개관한다.<sup>1)</sup>

### 1) 統一原則(Einheitsprinzip)과 分離原則(Trennungsprinzip)

통일원칙에 따르면 권리는 의무부담의 의사표시와 처분의 의사표시가 결합된 合意만으로써 변동한다. 통일원칙에 따르면 의무부담행위와 처분행위는 전체로서 합의를 구성하는 행위라고 할 것이므로 의무부담행위와 처분행위의 효과에 관한 다른 원칙과 결합될 여지가 없다. 여기에서 처분의 효과가 등기 또는 인도와 같은 공시행위(Kundgabeakt)를 완성한 경우에만 발생할 것인가는 다른 차원의 문제라고 할 것이다.<sup>2)</sup>

이와는 달리 分離原則은 의무부담의 의사표시와 처분의 의사표시를 분리하여 개념의 독립성을 긍정하는 이론을 의미한다. 여기에서 분리의 본질은 원인행위와 처분행위의—관념적인—時間的 分離라고 할 수 있다.<sup>3)</sup> 의무부담행위에 의하여 그의 합의의 효력으로 수령한 급부를 보유할 수 있는 법적 기초가 성립한다. 그럼에도 불구하고 分離原則의 기능과 내용에 관하여는 견해가 나누어진다.

첫번째로 分離原則을 抽象性原則을 도입하기 위한 필수요건으로 이해하

1) 개념정의에 관하여 특히 O.Jauernig, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, JuS 1994, 721~727 참조

2) 한편 소유권이전행위의 요건성과 관련하여 독일민법계의 '引渡原則'(Traditionsprinzip), 또는 公示性原則(Publicitätsprinzip)과 프랑스민법계의 '合意原則'(Konsensprinzip)을 들 수 있다. 이에 관하여 특히 E.v.Caemmerer, Rechtsvgl. und Reform der Fahrnistübereignung, RabelsZ 12 (1938/39) 675~713(…), daß sich auch hier die Lösungen beider Prinzipien im Ergebnis einander sehr stark nähern); Th.Süss, Das Traditionsprinzip - Ein Atavismus des Sachenrechts, in: FS f. M.Wolff, hrsg. von v.Caemmerer/Hallstein/Mann/Raiser, 1952, 141~165(Übergabe als publizistischer Realakt bei Mobilien unbrauchbar und überflüssig) 참조

3) S.Habermeier, Das Trennungsgedanken, AcP 195 (1995) 283~294, 284.

고,<sup>4)</sup> 추상성원칙을 분리의 원칙의 履行인 동시에 完成으로 파악하는 주장이 있다.<sup>5)</sup> 이에 따르면 분리원칙과 추상성원칙은 별개의 개념으로 “분리 없이 추상화 없다”(Keine Abstraktion ohne Trennung).

이에 대하여 독일민법은 분리원칙과 추상성원칙을 동일시하며, 이를 구분하는 것은 초급학생에게 혼란을 야기할 위험성이 있다는 주장이 있다.<sup>6)</sup> 그러나 이러한 주장도 “독일민법에서 물권적 처분행위의 효력이 채권행위의 효력으로 부터 독립하여 판단된다는, 분리와 결합된 결과만이 의미가 있다”고 함으로써 실질적으로는 분리원칙과 추상성원칙을 별개로 취급하는 태도와 견해를 같이 한다. 이와 유사하게 분리원칙과 추상성원칙을 구분하지 않으면서, 분리원칙은 서로 다른 채권적·물권적 효과가 있고, 이 효과에 적용되는 서로 다른 구성요건을 필요로 한다는 견해가 있으나, 양자는 결론에 있어서 다르지 않다.

마지막으로 추상성원칙을 상위개념으로 사용하면서 이를 개념의 분리를 의미하는 양도의 ‘내부적 추상성’(innere Abstraktion)과 원인합의의 목적달성과 물건 이전의 유효성을 분리하는 ‘외부적 또는 기능적 추상성’(äußere oder funktionale Abstraktion)으로 분류하는 시도가 있다.<sup>7)</sup> 이는 분리원칙과 추상성원칙을 인정하는 주장과 실질적인 차이가 없다 하겠다.

## 2) 有因性原則(Kausalprinzip)과 抽象性原則(Abstraktionsprinzip)

유인성원칙은 처분행위가 유효하기 위하여 그의 실행(Vornahme)인 물권적 합의에 原因(causa)이 포함되어야 하고, 처분행위는 의무부담행위의 흠결 또는 무

4) W.Flume, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. (Das Rechtsgeschäft), 4. Aufl., 1992, § 12, I, III. 의 의무부담행위는 당사자의 행위능력을 요건으로 하며, 처분행위는 행위능력 외에 처분자의 처분능력을 부가적인 요건으로 한다(Habermeier, 290).

5) 마찬가지로 K.Larenz, BGB AT, 7.Aufl., 1989, §§ 22 III (449 ff.), 23 II (459 f.).

6) M.Martinek, JuS 1993, 615 f. (Replik zu Jauernig, JuS 1993, 614 f.); 유사하게 Habermeier, AcP 195 (1995) 283 ~ 294.

7) 예를 들면 F.Ranieri, Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jh., in : Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jh. II, hrsg. von H.Coing/W.Wilhelm, 1977, 90 ~ 111, 104 ff.

효로 인하여 효력을 상실함을 내용으로 한다(inhaltlich wie äußerlich kausal). 그러므로 이는 처분의 원인이 되는 실재적 법률관계가 객관적으로 존재하여야 함을 말한다. 유인성원칙이 분리원칙과 결합될 경우 이는 통일원칙을 적용하는 것과 마찬가지로의 결과에 이르게 된다.

이와 비교하여 추상성원칙은 內容의 抽象性和 外形의 抽象性으로 구성된다(inhaltlich und äußerlich abstrakt). 여기에서 내용의 추상성은 원인적 목적결정이 처분행위에 내포되어 있지 않음을 말하고, 외형의 추상성은 처분행위의 유효성이 의무부담행위의 유효성으로부터 독립하여 있음을 의미한다.

그런데 분리원칙과는 달리 추상성원칙은 단절될 수 있다. 이러한 의무부담행위와 처분행위의 斷切(Durchbrechung)은—당사자의 意思를 기준으로—추상성원칙을 통일원칙으로 代替함을 의미한다. 그러나 여기에서 유인성원칙에 의한 추상성원칙의 해체는 문제될 여지가 없다. 왜냐하면 단절은 의무부담행위와 처분행위의 분리상태를 전제로 하는, 다시 말하면 분리원칙을 바탕으로 하는 개념이기 때문이다. 그리고 분리원칙의 단절은 독일민법의 입법태도와도 상충한다.<sup>8)</sup>

### 3. 법률개념으로서 추상성원칙

대법원은 채권행위(원인행위)와 물권행위(처분행위)를 개념상 구분하므로 적어도 분리의 원칙을 전제하는 것으로 판단된다.<sup>9)</sup> 그리고 ‘物權의 合意’도 대법

8) Jauernig, 726.

9) 예를 들면, 대판 2001.10.19, 2000다51216 부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 물권의 이전을 목적으로 하는 매매의 효과로서 매도인이 부담하는 재산권이전의무의 한 내용을 이루는 것이고, 매도인이 물권행위의 성립요건을 갖추도록 의무를 부담하는 경우에 발생하는 채권적 청구권으로 … ; 1997.11.28, 95다43594 무허가건물의 신축은 … 신축자가 등기 없이 소유권을 원시취득한다고 할 것이지만, 이를 양도하는 경우에는 등기 없이 물권행위 및 인도에 의하여 소유권을 이전할 수 없다 … ; 1991.3.22, 91다70 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. 비교 다만 대판 1977.5.24, 75다1394(… 우리의 법제가 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지 않은 점과 …)는 물권행위의 개념을 전

원에게는 생소하지 않은 개념이다.<sup>10)</sup> 이를 표현하는 강학상의 개념이 소위 물권행위의 獨自性이다. 다만 대법원은—민법의 물권변동과 관련하여서는—추상성원칙의 적용을 부인한다. 왜냐하면 추상성원칙은 현행민법의 입법태도와 합치하지 않음이 명확하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 대법원은 특별법인 어음·수표법상의 법률행위 또는 보증계약의 경우 분리의 원칙을 전제로 하는 추상성원칙을 채용한다. 이는 “[독립적] 은행보증[first demand bank guarantee]은 수익자와 보증의뢰인과의 원인관계와는 단절된 추상성 내지 무인성을 가진다”고 판시한 대판 1994.12.9, 93다43873에서 확인된다.

법학에서 ‘抽象’은 규범의 추상화, 추상적 규범 등과 같이 ‘一般化’ 또는 ‘普遍化’를 뜻할 수 있으며, 한편 행위주체와 주의의무의 판단기준을 분리하는 추상적 경과실이나 물권(권리)변동이론에서는 ‘分離’(abstraho, trennen)의 의미로 사용되기도 한다.<sup>11)</sup> 추상성원칙에서 추상성은 후자의 의미로 보아야 할 것이다. 이와 같이 원인행위와 처분행위의 효과의 분리를 내용으로 하는 추상성의 문제는 특히 물권변동이론에서 흔히 채권행위의 유효 여부에 의하여 물권행위의 효력이 영향을 받지 않는다는 소위 無因性理論으로 표현된다. 앞에

---

면적으로 부정한다. 이와는 달리 법이론적, 현실적인 필요성에도 불구하고 물권행위의 개념을 전면적으로 부인하는 주장으로 박영규, 물권행위론 비판, 법률행정논집 제10권, 2003, 1-34: “결론적으로 말하면 ‘우리의 법제가 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지 않는 것이 아니라, 우리 법제는 물권행위의 개념을 전제로 하고 있지 않다는 것이다.’” 한편 윤진수, 「물권행위 개념에 대한 새로운 접근」, 『민사법학』 제28호(2005), 3~56, 49는 물권행위 개념을 물권행위과정을 설명하는 기술적 개념으로 이해한다.

10) 대판 2005.6.10, 2002다15412, 15429 … 저당권의 양도에 있어서도 물권변동의 일반원칙에 따라 저당권을 이전할 것을 목적으로 하는 물권적 합의와 등기가 있어야 저당권이 이전된다 …(동지. 1994.9.27, 94다23975); 1999.9.7, 99다30534 … 소유권유보의 특약을 한 경우, 목적물의 소유권을 이전한다는 당사자 사이의 물권적 합의는 매매계약을 체결하고 목적물을 인도한 때 이미 성립하지만 대금이 모두 지급되는 것을 정지조건으로 하므로, … 외 참조

11) Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. I (A-C), hrsg. von J.Ritter, 1970, s.v. Abstrakt/konkret und Abstraktion. 이와는 달리 서봉석, 「민법체계와 Abstraktionsprinzip」, 『사법행정』 제43권 제2호(2002), 13~25, 18은 ‘일반화’의 의미에서 추상성이 “법조문의 자구의 내용 그대로 풀이한다는 것”을 뜻한다고 주장한다.

서 제시한 판결에서 대법원도 抽象성과 無因성은 동일한 사실에 대한 상이한 개념표지로 보면서 이의 본질이 ‘단절’ 즉 ‘분리’에 있다고 한다. 또한 추상성 원칙은 물권변동에만 적용되는 특유의 이론이 아니라 민법학 뿐만 아니라 법학의 기본이론인 동시에 분리·고립적인 법적 사고방식의 요구라고 할 것이다. 이런 점에서 굳이 ‘무인성’을 개념표지를 고수하여야 할 당위성이 없다고 할 것이다. 이와 같은 이유에서 이 글에서는 “抽象性原則”을 일반개념으로 사용한다.

#### 4. 연구의 목적

그런데 추상성원칙은 물권법의 영역에서만 적용되는 법이론이라고 하기는 어렵다. 왜냐하면 이는 처분행위로 대표되는 出捐行爲(Zuwendungsgeschäfte)를 규율하는 물권법 분야만이 아니라 법률행위론의 핵심분야인 대리제도,<sup>12)</sup> 채권 양도와 채무인수제도,<sup>13)</sup> 부당이득제도 등을 비롯하여 민법 전체에 적용되는 基本法理論이기 때문이다.<sup>14)</sup> 여기에서 처분행위는 권리의 이전, 부담설정, 내용상의 변경 또는 제거를 효과로 가지는 행위를 말한다. 이와 같이 이 원칙은 모든 형식의 처분행위를 중심으로 민법 전체를 통하여 일관성 있게 적용되는 法理論이라고 하겠다. 나아가 추상성원칙은 어음·수표행위의 본질을 구성한다.

이와 같이 추상성원칙은 민법의 체계성을 유지하는 중대한 기능을 담당한다. 이점에서 물권변동이론과 관련하여 언급되는 추상성원칙의 논의는 민법을 형

12) 예를 들면 W.Müller-Freienfels, Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19. Jh., in : Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jh. II, hrsg. von H.Coing/W.Wilhelm, 1977, 144~212. 비교 원칙적으로 추상성원칙의 적용을 부인하는 견해로 V.Beuthien, Gilt im Stellvertretungsrecht ein Abstraktionsprinzip? - Zum Verhältnis von Auftrag, Amt und Vollmacht -, in : 50 Jahre Bundesgerichtshof, FG aus der Wissenschaft, Bd. 1, 2000, 81~109 참조.

13) 예를 들면 K.Luig, Zession und Abstraktionsprinzip, in : Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jh. II, hrsg. von H.Coing/W.Wilhelm, 1977, 112~143.

14) G.Landwehr, Abstrakte Rechtsgeschäfte in Wissenschaft und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, in : Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, hrsg. von Karsten Schmidt, 1990, 173~219, 173; 서봉석, 『사법행정』 제43권 제2호(2002), 13~25쪽.

성하는 전체적인 법이론(추상성원칙)의 관점에서 바라볼 때 오히려 예외적인 현상에 해당한다고 하지 않을 수 없다. 그리고 원인행위와 처분행위를 구분하는 태도는 근본적으로 분리·절단의 孤立的 思考를 요구하는 法的 思考의 기본방향의 반영이라고 할 수 있다. 따라서 物權變動理論에 관한 研究도 전체 民法體系(System)의 테두리 안에서 추상성원칙을 고찰함으로써 보다 완전하게 될 것이다.

다음에서는 추상성원칙을 이해하기 위한 선결문제로서 먼저 물권변동이론의 역사적 전개과정을 고찰하고, 이와 더불어 추상성원칙을 평가하고 이의 수용을 위한 전제요건을 검토한다. 물권변동이론을 연구의 대상으로 하는 이유는 물권양도행위가 가장 대표적인 처분행위의 예라고 할 것이기 때문이다. 그리고 추상성원칙에 관한 논의가 실제 물권법영역에서 활발하게 이루어지고 있을 뿐 아니라 물권변동이론이 실제에 있어서도 이 원칙을 이해하는 중추적인 기능을 수행한다고 판단된다.

## II. 물권변동이론의 발달과정

물권변동은 당사자의 의사, 물권적 합의와 인도라는 이질적이나 일체를 구성하는 意思(animus)와 現實行爲(Realakt)로 성립한다.

모든 법은 구체성에서 추상성으로 발전하며, 이 과정에서 추상화의 능력이 요구된다. 고대법에서 소유권양도는 채권행위와 물권행위의 二元主義(Dualismus)와는 무관하게 엄격한 방식과 요식문언과 결합된 구체적인 象徵行爲로 형성되었다. 따라서 모든 권리이전행위는 神聖하며 儀式的이고 방식적이며 구체적이었다. 여기에서 상징적 행위는 추상(일반화)의 視覺化와 다름이 없다고 하겠다.

로마법에서 요식적 소유권양도행위인 掌握行爲(mancipatio)와 假裝行爲인 法廷讓渡(in iure cessio)가 원인행위와 분리된 추상적 처분행위였음은 부인할 수 없다.<sup>15)</sup> 이러한 추상적 소유권양도제도로 인하여 먼저, 소유물반환청구소송(rei



vindicatio)에서 증명의 간이화를 달성할 수 있었고 양도원인이 흠결된 경우에 소유권의 귀속관계에 영향이 없이 당해 행위에 직접 관련된 자에 대한 인적 소송, 즉 수령자에 대한 부당이득반환청구소권(condictio ob causam datorum)을 인정함으로써 소유권을 보장할 수 있었다. 그러나 이와 같은 소유권양도를 위한 形式行爲는 이미 로마의 고전기말에 소멸했고 유스티니아누스황제도 이를 원전에서 삭제하였으므로<sup>16)</sup> 현대민법이 규정하는 소유권이전이론의 형성에 전혀 영향을 미칠 수 없었다. 다만 이러한 이론적 구성이 인도에 의한 소유권양도의 경우 변함없이 유지되어 현실적인 점유의 이전을 요구하고 있다.<sup>17)</sup>

그런데 사실상의 점유이전으로 성립하는 引渡(traditio)는 장악행위나 법정양도와는 달리 유인적 행위로서, 이는 소유권의 창설을 목적으로 하는 유효한 목적합의를 실현할 경우에만 효력이 있었다. 여기에서 인도의 原因(causa)은 소유권양도를 정당화하기 위하여 인도에 부가적으로 요구되는 독자적인 법률관계가 아니라 권리의 창설적 요소인 物權的 出捐行爲라고 할 것이다.

중세 주석학파의 시기에 물권이전의 합의를 의미하던 게르만법의 sala<sup>18)</sup>와

15) R.v.Jhering(Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, III. Teil 1. Abt., 6. und 7. Aufl., 1924, § 55. [210 ff.])은 장악행위가 여전히 가장대매(Gai.Inst.2.119 ‘*eaque mihi emta est hoc aere aenaque libra*’)의 흔적으로서 원인적 요소를 포함하는 소유권양도행위인 반면 후기에 생성된 법정양도는 순수한 소유권양도행위임을 지적한다(이미 Fr.C.v.Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, 2. Bd., 1853, 259 f.).

16) 자세한 내용은 특히 M.Kaser, Das römische Privatrecht (RP), 1. Abschn. (Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht), 2. Aufl., 1971, § 100 II, III : “... (Die mancipatio wirkt, ..., abstrakt. ... Auch sie [in iure cessio] wirkt abstrakt, ihre Wirkung ist also von der Gültigkeit der causa, die in ihrem Ritual nirgends einen Platz hat, unabhängig).

17) v.Jhering, § 55 (210 ff.).

18) sala에 관하여 자세한 내용은 현승중/조규창, 『게르만법』 제3판(2001), 273 이하 참조. 이와는 달리 K.-H.Schindler, Kausale oder abstrakte Übereignung, in: FS f. K.Kroeschell, hrsg. von Köbler/Nehlsen, 1997, 1033~1042, 1035 : “중세초에 sala는 investitura(현실적 양도행위)를 구성부분으로 하는 다층적인 법률행위이며 전체로서 인도(traditio)를 형성한다.” Schindler는 대부분의 국가에서 유인적 양도행위를 내용으로 하는 로마법상의 인도주의(Traditionsprinzip)가 고유법상의 등기와 결합되었다고 하면서, 다만 여기에서 등기는 소유권취득이 아니라 부담설정을 위한 수단이었다고 주장한다.

로마법적 요소인 인도(traditio)의 이론적인 결합이 이루어졌다.<sup>19)</sup> 당시의 법학자는 물권적 기대권과 함께 정당한 게베레취득의 효력이 있는 sala를 채권과 물권의 중간에 위치하는 ‘物件에 대한 權利(ius ad rem)’로 구성하였다. 그후 로마법의 우월성이 압도하고 아리스토텔레스철학이론(causa efficiens proxima와 remota)을 계승한 스콜라철학의 영향이 점증함에 따라 ‘物權(ius in re)’과 ‘물건에 대한 권리’와의 관계를 “實在에 대한 可能性의 관계”로 이해하게 되었다. 그 결과 점유의 이전을 近因(causa efficiens proxima)으로, 그리고 채무를 遠因(causa efficiens remota)으로 이론구성하고, 권리양도를 위한 점유이전을 제외한 모든 요건을 후자에 포섭하였다. 이러한 近因과 遠因範疇의 도입은 양 요소를 권리취득을 위한 일반요건으로 파악할 수 있는 계기를 마련하였다.

그후 독일법학은 ‘로마法の 現代的 慣用’(Usus modernus Pandectarum)을 기초로 하여 이 이론을 titulus와 modus理論으로 승계하였다. 여기에서 titulus는 iusta causa(正當한 原因)에, 그리고 modus는 traditio(인도)에 상응한다.<sup>20)</sup> 법적 준비단계에 대한 합의와 사실상의 지배의 창설을 대비하는 물권법적 이론은 Apel(1486~1536)에 의하여 정립되었다.<sup>21)</sup> Apel에 의하면 近因은 인도, 선점 등과 같이 소유권취득을 위한 직접적인 법률과정(Rechtsvorgang)으로서 modus acquirendi dominium이며, 遠因은 존재하여야 하는 부가적인 법률요건으로서 특히 인도와 인과관계(Kausalkette)에 있는 인도의 정당한 原因이라고 할 것이다.

이와 같이 봉건법과 교회법이론과도 합치하는 法律行爲의 분류는 遠因을 titulus와 정당한 원인개념과 동일시함으로써 달성되었다.<sup>22)</sup> 당시의 학자들은 이러한 분류의 정당성을 로마법원전에 기술된 유명한 Iulianus(D.41.1.36)와

19) U.Eisenhardt, Die Entwicklung des Abstraktionsprinzips im 20. Jahrhundert, in: FS f. K.Kroeschell, hrsg. von Köbler/Nehlsen, 1997, 215~232, 216. 비교 Th.Stüß, FS f. M.Wolff, 146: “Das Traditionssystem war Eigenümlichkeit Roms und des deutschen Rechts.”

20) H.Coing, Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800, Bd. I [Älteres Gemeines Recht], 1985, §30 (178 ff.). 이하에서 titulus와 modus는 번역 없이 원어를 사용한다.

21) J.Apel, Methodica dialectica ad jurisprudentiam accomodata, Königsberg, 1533(이에 관하여 자세한 내용은 H.Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I, §30 [178 ff.] 참조).

22) 로마법상 titulus는 인도와 무관하게 사용취득(usucapio)과 관련하여 사용될 뿐이다.

Ulpianus(D.12.1.18 pr.)의 불일치에서 구하였다. 인도에 갈음하는 인위적 개념인 원인행위, 즉 인도행위에 대한 *titulus*는 17세기 후반의 문헌에서 흔히 찾아볼 수 있으나 여전히 일반적으로 승인된 개념에 이르지 못하는 못했다. 이와 같이 보통 법에서는 추상적 물권행위개념의 이론은 존재하지 않았으며, *titulus-modus*론은 소유권이전행위(Übergangsgeschäft)가 원인행위와 유인적으로 결합되었음을 의미한다. 따라서 현대적인 의미의 처분개념은 있을 수 없었다.<sup>23)</sup>

마지막으로 *titulus*와 *modus*를 요건으로 하는 물권취득이론을 계승한 근대의 자연법학파는 승계취득에서 외형적으로 인도의 모습으로 표현되는 *titulus*를 물권적 효력이 있는 양도인과 양수인간의 채권계약이라고 정의하는 한편 *titulus*와 *modus*의 분리를 모든 물권취득방법에 대하여 확장·적용했다.<sup>24)</sup> 여기에 普通法學은 Paul.D.41.1.31 pr.의 *iusta causa praecedens*를 중심으로 하는 연구를 보충하여 *modus*에 해당하는 인도 외에 매매와 같은 정당한 원인이 필요함을 역설했다.<sup>25)</sup>

D.41.1.31 pr. (Paul. 31 ad ed.) Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua *iusta causa* praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

단순한 인도는 결코 소유권을 이전하지 않으며, 매매 또는 다른 정당한 원인이 선행되는 그러한 경우에 이로 인하여 인도가 이루어진다.

자연법학파의 법학자인 H.Grotius(1583~1645)는 매매계약의 성립시기와 소유권이전시기에 관하여 언급하면서, 인도가 없을 경우에도 계약체결과 함께 소유권이 이전될 수 있으며 이것이 가장 명료하다는 소위 契約主義(Vertragsprinzip)

23) H.Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, §30 (180).

24) 자연법학파는 선점과 같이 *titulus*의 근거가 있을 수 없을 경우 “*res nullius cedit occupanti*”를 *titulus* 또는 *iusta causa*로 본다.

25) M.Kaser, *Zur <iusta causa traditionis>*, *BIDR* 64 (1961) 61-97, 66 f. (nachklassisch).

를 대변했다.<sup>26)</sup> Ch.Wolff(1679~1754)도 “titulus로 체화된 법적 가능성이 유형적 행위인 점유이전에 의하여實在가 된다”는 Heineccius(1681~1741)의 견해<sup>27)</sup>를 수용하여 近因(causa proxima)과 遠因(causa remota)을 가능성(possibilitas)과 실제(actualitas)의 관계로 보았다. 이에 따르면 순수한 점유이전인 modus를 포함하는 개념으로서 인도를 위한 titulus는 계약이며, 인도는 그의 결과인 동시에 변제에 해당한다.<sup>28)</sup>

이러한 일반화에 반대하여 G.Hugo(1764~1844)는 titulus와 modus에 관한 논쟁에서 인도를 명시적으로 배제하고자 시도하였다. 그는 Inst.2.1.40<sup>29)</sup>에서 Theophilus가 인도에 관하여 iusta causa를 전혀 언급한 바 없음을 들어 titulus와 modus의 관계를 청구권과 변제의 관계로 파악했다. 19세기 초반에 이르러 titulus와 modus acquirendi를 전점유자와 취득자 간의 계약관계를 전제로 하는 개념으로 수용하고 전자를 인도청구의 정당한 원인으로, 그리고 후자를 물권취득의 실현으로 이해한 Glück은 Iulianus의 견해를 부당이득반환청구권에 관한 유일한 예외로 인정했다.<sup>30)</sup>

이와 같이 형성·발달한 자연법학파의 이론은 18, 19세기에 근대민법전의

26) De iure belli ac pacis libri tres, 1625, II 12 § 15 : “De venditione et emtione notandum, etiam sine traditione, ipso contractus momento transferri dominium posse, .... atque ite esse simplicissimum.”

27) Joh.G.Heineccius, Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum, Editio V, Göttingen, 1806, § 293, S.109 : Requiritur nempe, si quidem jus in re acquirere velis, ordinario: titulus et acquirendi. Est autem titulus ratio quaedam legalis, qua adquisitio iuris in re possibilis fit. Modum contra acquirendi vocamus factum corporeum, acquisitionem reddens existentem(W.Felgentraeger, Friedrich Carl v. Savigny's Einfluß auf die Übereignungslehre, 1927, 16 m.Fn.2에서 재인용).

28) Ch.Wolff, Jus Naturae pars III, 1743, § 1084, S. 717 : “Titulus justus est, qui infert nudam possibilitatem juris acquisiti, veluti domini, non vero ipsam ejus actualem acquisitionem. Unde Titulum justum habere dicitur possessor, qui possessionem acquisivit istiusmodi facto, quo dominium a domino transferri posse lex declarat.”(Felgentraeger, 17 m.Fn.1에서 재인용)

29) Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. et ideo cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur. ...

30) Chr.Fr.Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Ein Kommentar, 8. Theils, 1. Abt., 1807, 83 ff., 113, 120~123. 최근에 이르러 Schindler, 1040 이하는 입법론상(de lege ferenda) 로마법상의 인도주의로의 회귀를 주장한다.

제정으로 결실을 맺었다. 자연법적 입법은 Wolff와 Glück에 의하여 대변되는 보통법상의 양도이론을 수용하였으며, titulus-modus체계와 원인행위를 양도행위에 포섭하는 태도는 19세기 중반에 이르기까지 독일법학을 지배하였다. 마지막으로 v.Savigny는 ‘정당한 원인’을 양도의사를 인식할 수 있는 출발점으로 보았다.<sup>31)</sup> 여기에서 ‘정당한 원인’은 객관적으로 요구되는 원인행위로 이해된다.

### Ⅲ. 물건변동에 관한 로마法源의 검토

앞에서 본바 추상적 양도행위개념에 관한 연구는 의견상 서로 합치할 수 없는 것으로 나타나는 유명한 Iulianus와 Ulpianus의 전승을 중심으로 이루어졌다.

D.41.1.36 (Iul. 13. dig.) Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.<sup>32)</sup>

우리가 인도되는 물건에 대하여는 합의했으나, 예를 들면 내가 유언에 의해 내가 너에게 토지를 인도할 의무가 있다고 믿고 너는 토지가 문답계약의 효력으로 너에게 귀속된다고 생각한 경우와 같이 원인에 관하여 불합의가 있는 경우 나는 왜 인도가 무효인지를 인정하지 않는다. 왜냐하면 내가 너에게 금전을 증여의 목적으로 인도하고 내가 이를 소비대차로 수령한 경우에 소유권이 너에게 이전되며 교부와 수령의 원인에 관하여 우리가 합의하지 않았다는 것이 장애가 되지 않는다는 것이 확실하기 때문이다.

31) Vorlesungsniederschrift von einem Unbekannten (1827), in ; Felgentraeger, 36.

32) 자세한 내용은 W.Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis (Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken), 1990, 53 ff.

D.12.1.18 pr. (Ulp. 7. disput.) Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuum accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuum esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet condicione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

내가 너에게 증여로서 금전을 주고 내가 이를 소비대차로 수령한 경우에 Iulianus는 증여는 성립하지 않으나 소비대차가 성립하는지 판단하여야 한다고 서술했다. 나(Ulpianus)는 내가 다른 의미로 수령하였으므로 소비대차는 성립하지 않으며, 더욱이 금전소유권의 이전이 이루어지지 않은 것으로 보아야 한다고 생각한다. 그러므로 내가 금전을 소비하면 부당이득반환청구의 소에 의하여 너에게 책임이 인정되지만, 교부자의 의사에 따라서 금전이 소비된 것이므로 악의의 항변을 제기할 수 있다.

양도인이 그가 유언처분에 의하여 의무를 부담한다고 믿고 토지를 양도한 반면 수령인은 문답계약상의 권리를 근거로 수령한 ‘변제를 원인’(solvendi causa)으로 하는 Iul.D.41.1.36의 전반부의 사안은 본래 무인행위인 장악행위에 관한 전승이었을 것으로 보인다. 그러므로 여기에서 원인의 존재가 문제되지 아니한다. 그리고 D.41.1.36은 후대에 변경되었으며, 특히 Cum-deberi의 부분은 본래 장악행위(mancipatio)와 관련된 내용을 수록하였을 것이라고 추측되므로<sup>33)</sup> 본節의 후반부의 사안은 원칙적으로 전반부와 무관한 내용을 담고 있었으리라고 생각된다. 그리고 nam et 이하에서 Iulianus는 양도인은 증여를 원인(donandi causa)으로 금전을 인도했으나 수령인이 소비대차를 원인(credendi causa)으로 이를 수령한 사안에 관하여 원인의 흠결에도 불구하고 인도의 유효

33) 특히 O.Lenel, Quellenforschungen in den Edictcommentaren, SZ 3 (1882) 177~197, 176. 본질의 변경, 수정에 관하여 자세한 내용은 특히 G.Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, 3. Heft, 1913, 56 f.(시민법대전의 편찬자가 D.41.1.36에서 장악행위를 인도로 대체하고 constat-dissenserimus를 삽입; 마찬가지로 H.H.Pfütger, Zwei Digestenstelle, in: Bonner FG f. E.Zittelmann, 1923, 43-48, 45): Index Interpolationum, Tomus I, 1929, Sp. 161; Supplementum I, 1929, Sp. 178 f.; Tomus III, 1935, Sp. 169 (hrsg. von Levy/Rabel); E.Bund, Untersuchungen zur Methode Julians, 1965, 190 참조.

성을 인정한다.

그런데 유사한 사안을 다룬 D.12.1.18 pr.에서 Ulpianus는 Iulianus와 달리 소비대차의 합의가 결여되므로 금전소유권이 이전되지 않는다고 한다. 기존의 연구 결과에 의하면 수정의 의혹에도 불구하고 D.12.1.18 pr.은 Ulpianus의 전승을 담고 있다고 인정된다.

이와 같이 서로 모순되는 로마법학자의 견해를 두고 이를 극복하기 위한 다양한 해석이 전개되었다.

v.Savigny는 D.41.1.36에서 소유권의 이전이 쟁점사항이며, 반면에 Ulpianus는 D.12.1.18 pr.에서 소비대차의 유효성을 판단하는 과정에서 부수적으로 소유권의 운명을 취급하고 있다고 하면서 Iulianus와 Ulpianus는 원천적으로 유효한 증여(와 소비대차)의 성립을 부인한다는 점에서 일치하므로 양자의 견해가 대립관계에 있다고 할 수 없다고 주장하였다.<sup>34)</sup> v.Savigny와 판데텐법학자는 D.41.1.36의 후반부에서 선진적 법발전의 표현으로서 추상적 양도행위의 근거를 구하려고 시도하였다. 그러나 인도의 정당한 원인이 소유권을 창설한다면, 이는 법률행위와 이에 의하여 설정된 법률관계의 결합이 아니라 인도와 법률행위(Rechtsakt)의 결합이라고 하여야 한다.<sup>35)</sup>

한편 일부 학자는 원전을 문리적으로 수용하여 이를 로마법학자 상호 간의 견해의 대립으로 파악하였다. 예를 들면 Kunkel은 Iulianus와 Ulpianus의 견해의 대립을 받아들이면서 ‘추상적인 효력을 갖는 물권적 법률행위로서 인도’를 인정하려는 경향이 명백하다고 한다.<sup>36)</sup>

Iulianus의 사안에서 의무의 원인이 될 수 있는 유언 또는 문답계약에 관하여 양수인과 양도인의 합의가 없으므로 의무도 발생하지 않는다. 그러나 변제를

34) Fr.C.v.Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 4. Bd., 1841, § 161. (156~165) 참조.

35) G.Jahr, Zur iusta causa traditionis, SZ 80 (1963) 141~174, 162: “Sie[iustae causae] sind, ..., nicht etwa außerhalb des Übergangsgeschäftes Stehendes, sondern sie sind selbst Übergangsgeschäfte” mit Hinweis auf Kaser, BIDR 64 (1961) 61 f., 64 zu Anm.12.

36) Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Recht(RR), 3. Aufl., 1949, §71 (128 f.).

목적으로 인도할 경우 소유권을 취득하기 위한 의무의 존재는 문제되지 않는다. 왜냐하면 의무부담을 내용으로 하는 遺言과 問答契約은 인도와 관련하여 소유권취득의 원인이 될 수 없기 때문이다. 다시 말하면 양도인과 양수인이 변제의 원인에 합의할 경우에만 인도는 정당한 원인이 되고, 수령인이 소유자가 되기 때문이다.

이와는 달리 후반부의 사안에서 증여나 소비대차와 같은 현실행위는 수령인이 인도에 의하여 소유자가 됨을 내용으로 한다. 이때 인도는 변제가 아니라 증여 또는 소비대차를 원인으로(*donandi sive credendi causa*) 이루어진다. 그 결과 D.41.1.36의 후반부에서 증여 또는 소비대차의 성립 여부가 문제된다. 여기에서 *Iulianus*는 증여 또는 소비대차의 성립과 무관하게 양도인과 수령인이 소유권취득을 정당화하는 원인에 합치한다는 점에서 소유권취득을 인정하였다.<sup>37)</sup> 왜냐하면 의무부담행위인 증여와 소비대차에 관한 불합의에도 불구하고 최소한 변제를 원인(*causa solutionis*)으로 하는 소유권이전의 합의가 내재되어 있다고 해석할 수 있기 때문이다. 나아가 *Iulianus*가 적어도 소비대차의 성립을 인정하였을 가능성도 부인할 수 없다. 이는 “큰 것 내에 작은 것이 존재한다”(in maiore minus est)는 법언<sup>38)</sup>의 반영으로서, 증여의 의사가 소비대차의 의사를 충족한다고 해석할 수 있고 따라서 소비대차의 목적이 보충적으로 인정될 수 있을 것이다.<sup>39)</sup> 다시 말하면 금전을 증여하고자 하는 자는 금전의 소비대차도 당연히 준비하고 있으리라는 관념이 전제되어 있다고 하겠다.<sup>40)</sup> 그러나 이를 근거로 *Iulianus*가 추상적 물권양도이론을 표명했다고 하기는 어려울 것이다.

37) *Gai.Inst.*3.91 ; *Inst.*3.14.1. 그 결과 소유물반환청구가 아니라 부당이득반환의 소의 의하여 반환을 청구할 수 있다.

38) D.50.17 110 pr. (Paul. 6 ad ed.) In eo, quod plus est, semper inest et minus.

39) H.Kreller, *Römische Rechtsgeschichte (RRG)*, 2. Aufl., 1948, 109 ; A.Ehrhardt, *Iusta causa traditionis*, 1930, 139 ; Kaser, *RP*, 1. Bd., § 100 (417 m.Fn.41) ; jetzt M.Kaser/R.Knüttel, *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl., 2003, § 24 IV (152 f.), im wesentlichen W.Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, 1990, 53 ff. folgend.

40) Kaser, *RP* I, § 100 IV 2 m. Fn. 41.



그러나 Ulpianus는 Iulianus와 달리 D.12.1.18 pr.의 후반부(et puto...)에서 증여 또는 소비대차계약의 성립을 부인하고 금전소유권이 이전하지 않는다고 판단한다. 여기에서 그의 관심은 증여와 소비대차의 성립에 있으며, 이 과정에서 수령인의 소유권취득을 부수적으로 다루고 있을 뿐이다. 여기에서 Iulianus가 유효한 소비대차의 성립을 긍정하였다고 해석할 수도 있고<sup>41)</sup> 한편 Iulianus가 소비대차의 유효성과 관계없이 소유권취득을 긍정하였을 가능성을 배제할 수 없다.<sup>42)</sup> 이와 같이 다양한 해석가능성을 제시하는 Iulianus에 관한 서술에서 적어도 그의 견해가 Ulpianus에게 생소하지 않았을 것이라고 어렵지 않게 짐작할 수 있다.

Pfütger는 Ulpianus가 Iulianus의 견해를 “心臟이 아니라 理性으로” 수용하였다고 비판하면서 Iustinianus皇帝는 感情에 쫓아 증여자의 부당이득반환청구에 대항하여 수령인에게 악의의 항변을 부여함으로써 증여의 법률행위가 후발적으로 추원될 수 있는 가능성을 제시했고, 이 점에서 Ulpianus와 Iulianus의 견해는 차이가 없다고 주장한다.<sup>43)</sup> 한편 법률행위의 역사적 존재시기에 착안하여, 시민법의 문답계약 또는 채권유증과 같은 법률행위에서 급부의 채무해방적 성질에 관한 합의가 원인이고 변제의 원인만이 법적 의미를 가진다는 관점에서 Iulianus의 전승을 이해하려는 해석이 있다.<sup>44)</sup> 그리고 Flume는 “금전소유권의 이전이 이루어지지 않았다”는 Ulpianus의 판단은 명백하게 원인과 원인에 대한 合意의 不在를 의미하며, 이는 법률행위로서 소비대차가 문제되기 때문이라고 한다.<sup>45)</sup>

41) 같은 의미에서 이미 Pfütger, 45.

42) 예를 들면 합의의 흠결로 소비대차가 성립하지 않는 경우를 예상하면서 Iulianus의 주장을 선호하였다는 태도로써 H.Dernburg, Pandekten, 1. Bd., 7. Aufl., 1884, § 213 Fn.9 (495): “Die Ansicht des Julian verdient den Vorzug.”

43) Pfütger, 47 f. 유사하게 이미 E.Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Jher. Jb 26 (1889) 335~462, insbes. 363~382; 또한 E.Schönbauer, Die causa beim Eigenuserwerbe durch traditio, Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 25 (1932) 136-218, vor allem 169 f.: “... deutlich, daß die Handhabung des Rechtsschutzes seit langem eine ständige Praxis hiebei angewendete. ...; freilich war das theoretisch keine Übereignung ex causa donationis, noch ex mutuo.”

44) 예를 들면 Kunkel/Mayer-Maly, Römisches Recht, 4. Aufl., 1987, 157 f.; Schindler, 1037 f.

45) Flume, 56.

결론적으로 Iulianus의 판단은 금전의 경우 소유물반환청구소권의 행사를 위한 증명의 어려움을 극복할 수 있다는 점에서 현실적 理性(praktische Vernunft)의 요구에 합치하는 결정이라 하겠다. 그리고 Ulpianus는 소비대차의 합의를 부인함으로써 소유권의 취득을 허용하지 않으나, 양도인의 부당이득반환청구에 대하여 양수인에게 惡意의 抗辯을 인정함으로써 금전반환을 배제한다는 사실에서 그의 주장은 결론에 있어서는 Iulianus의 논의와 대립하지 않는다고 하겠다. 이는 法理論의 完結性を 증시한 결과로 생각된다. 그러나 이러한 Iulianus의 논의는 의사표시의 해석에 관한 문제로서 추상적 물권변동(소유권이전)이론과 직접적인 관련성이 있다고 할 수 없을 것이다. 그러므로 이와 같이 외형적으로 모순되는 전승은—끊임없는 법학자의 관심에도 불구하고—추상적 물권행위이론의 형성과정에 대한 결정적인 영향을 주었다고 평가하기는 어렵다.<sup>46)</sup>

## IV. 추상적 물권변동이론

### 1. 引渡(traditio)에 관한 v.Savigny의 이론과 그 전개

로마법 이래 인도에 의한 소유권이전에 正當한 原因(iusta causa 또는 iustus titulus)이 요구되었는가는 지속적으로 논란의 대상이 되었다. 그럼에도 불구하고 BGB의 입법자가 수용한 독자적인 물권계약론으로서 소유권양도이론은 19세기 초반 v.Savigny에 의하여 최초로 본격적으로 제기되었음을 부인할 수 없다.<sup>47)</sup> 그런데 지배적인 견해에 의하면 고전기로마법에서 인도는 v.Savigny의 의

46) Ranieri, 99 m.Fn.55.

47) W.Flume, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. (Das Rechtsgeschäft), 4. Aufl., 1992, §12 III 2 (174 f.); Landwehr, 174 ff. iusta causa에 관하여 자세한 내용은 O.Karlowa, Römische Rechtsgeschichte(RRG), 2. Bd., 1901, 417 ff.; A.Ehrhardt, Justa causa traditionis, 1930; Joh.G.Fuchs, Justa causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft, 1952; Kaser, BIDR 64 (1961), 61~97; Jahr, SZ 80 (1963), 141~174 등 참조

미에서 추상적 계약이 결코 아니었다고 한다.<sup>48)</sup> 이와 관련하여 다음에서는 먼저 v.Savigny의 물권변동이론을 개관한다.

### 1) 추상적 물권변동이론의 성립

권리주체의 자유를 바탕으로 하는 意思理論을 대변하는 v.Savigny<sup>49)</sup>는 契約을 “법률관계를 결정하는 합치된 의사표시에 대한 다수의 合意”로 정의한다. 그에 의하면 계약은 -주관적- 권리를 설정하고 양도하는 법적 자기결정수단으로서 가장 중요하고 포괄적인 의사표시의 종류라고 한다.<sup>50)</sup> 이와 같은 전제하에 그는 Ulp.D.2.14.1.1과 25<sup>1)</sup>를 근거로 제시하면서 種概念인 계약을 무의식적으로 채권계약으로 제한해석하는 것은 옳지 않다고 주장한다. 그러므로 계약은 一般概念이며, ‘私法契約’은 채권관계의 성립·소멸을 목적으로 하는 계약을 비롯하여 물권법과 가족법에서의 계약으로 구성된다.<sup>52)</sup> 그리고 점유와 소유권의 이전을 목적으로 하는 의사표시를 내용으로 하고 이를 통해 행위자간의 법률관계를 새로이 결정하는 引渡(Tradition)는 당사자의 合意에 의하여 소유권을 이전하는 행위이며, 이러한 의미에서 계약개념의 표지를 충족하는 ‘진정한 의미의 계약(ein wahrer Vertrag)’이라고 할 수 있다. 이와 같이 인도는 소유권양도의 정당한 원인(iusta causa)으로 채권의 존재를 요구함이 없이 점유의 이전과 소

48) 예를 들면 Kreller, RRG, 1948, 109 f.: “Sie[traditio] wirkte nur in Verbindung mit einer iusta causa, d.h. nur wenn die Rechtsübertragung in Innenverhältnis(Rechtsgrundverhältnis) zwischen Veräußerer und Erwerber als gerechtfertigt anerkannt konnte”; Ph.Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, 1937, 45 (Erst die Byzantiner hätten zu geneigt); Jörs/Kunkel/Wenger, RR, § 71 (127).

49) v.Savigny, System, 3. Bd., 1840, 307~321 (§§. 140, 141); ders., Obligationenrecht, 2. Bd., 255 ff. 참조. v.Savigny의 소유권양도론과 이에 대한 평가, 후대의 영향에 관하여 자세한 설명은 특히 Felgentraeger, 24 ff. 참조.

50) v.Savigny, System, 3. Bd., §§. 140, 141 (307~321).

51) Ulp. 4 ad ed. Pactum autem et pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.

52) v.Savigny, System, 3. Bd., 354 ff. (Beylage VIII): “... die Rechtsgeschäfte des täglichen Verkehrs, und namentliche die Verträge; sowohl die obligatorischen, als die Tradition, die ihrem eigensten Wesen nach auch ein Vertrag ist. ...”; ders., Obligationenrecht, 2. Bd., 257 m.Fn.(m); 또한 Felgentraeger, 33 ff. mit Begelen.

유권의 양도·양수를 목적으로 하는 物的 契約이다. 여기에서 채무행위가 아니라 “인도로써 소유권을 이전하려는 소유권자의 意思(Absicht)”가 소유권취득의 요건인 正當한 원인이 된다.<sup>53)</sup> 이는 결과적으로 *modus acquirendi*와 *titulus*의 분리를 뜻한다. 여기에서 매매계약은 소유권의 취득을 지향하는 목적을 가진 채권적 법률행위에 지나지 않는다고 하겠다.<sup>54)</sup> 그리고 소유권을 취득하기 위하여 물권이전의 의사표시 외에 부가적으로 외부적인 행위인 점유취득이 이루어져야 한다는 사실은 (물권이전)행위의 契約性을 저해하거나 배제하지 않는다. 소유권이전행위 이외에 이러한 성질을 가진 행위로 역권(*servitudes*), 종신용익권(*emphytheus*), 지상권(*superficies*)과 질권설정행위를 들 수 있다.

이와 같이 v.Savigny는 물권양도를 직접 목적으로 하는 행위와 이를 준비하고 수반하는 채권계약을 구분하지 않아 물권양도행위의 계약성이 일반적으로 도외시되어 왔음을 지적하고 물권법적 계약개념을 일반개념으로서 계약 내로 포섭했다. v.Savigny는 결인에 대한 現實贈與(*Bargeschenk*)가 채권이 없이 합의와 이에 따르는 교부와 수령이 이루어지는 진정한 계약으로서 증여자의 의사(*Absicht*)에 의하여 수증자가 소유권자가 된다는 사실과 비점유질(*hypotheca*)설정 계약에 의하여 채권이 아닌 質權이 성립함을 물권계약의 계약성에 대한 증거로 제시하였다.<sup>55)</sup>

그런데 v.Savigny는 -그의 추종자도 마찬가지이다- 로마법원전의 중요성을 특별히 강조하지 않았을 뿐 아니라 원전을 인용하지 않고 “原因의 錯誤(*error in causis*)는 소유권양도를 방해하지 않는다”는 기본원칙을 제시했다. 최근에 Ranieri도 v.Savigny가 순수한 로마법적인 요소를 도외시하면서 원전에 대한 先理解(*Vorverständnis*)를 통하여 체계적, 방법론적 관점에서 새로운 인도이론을 구성한 것으로 보인다고 평가한다.<sup>56)</sup>

53) Vorlesungsniederschrift von G.C.Burchardi (1815/16), in ; Felgentraeger, 31 ff., 34. 이점에서 이는 양도의사를 인식하기 위한 출발점이라고 할 수 있다(Ranieri, 91).

54) v.Savigny, System, 1. Bd., 1840, 339, 3. Bd., 313.

55) 또한 v.Savigny, Obligationenrecht, 2. Bd., 256 f.: “결인에게 자선품이 주어졌을 경우 의문의 여지가 없이 인도로써 동전의 소유권이 이전되며, 여기에서 채무는 전혀 언급되지 않는다.”

“純粹變動契約論(die Theorie der reinen Änderungsvertrags)”이라고 명명할 수 있는 v.Savigny의 주장은 私的自治의 도그마, 즉 당사자의 법률행위의사가 권리 변동을 목적을 한다는 사실을 기초로 하며, 소유권양도를 物權契約, 즉 합의와 인도로 성립하는 법률행위로 파악한다. 이를 정당화하기 위하여 v.Savigny는 장악행위와 인도의 비교를 통하여 正當한 原因은 소유권양도를 위한 징표의 총체라고 주장하고<sup>57)</sup>—제한적으로 착오로 인한 계약의 취소에 관하여—인도의 추상성을 “去來를 무제한의 不安定과 恣意로부터 구제하는 유일한 방법”이라고 예외적으로 자평하였다.<sup>58)</sup> 이와 같이 v.Savigny의 위대성은 물건변동에 흠결 없는 이론적 완결성을 이루었다는 점에서 찾아볼 수 있다.

그럼에도 불구하고 v.Savigny의 이론이 새롭다거나 전대미문의 견해라고 보기는 어렵다. 왜냐하면 이미 물건적 효력이 있는 계약개념이 알려졌으며 誤想條件(causa putativa)法理의 도입으로 원인행위와 분리된 引渡의 효력이 논의되고 있었기 때문이다. 어느 경우를 막론하고 Donellus(1527~1591)와 그에게 학문적으로 영향을 미친 Accursius(1181/85-1259/63)의 이론을 토대로 이를 보완·집대성함으로써 所有權讓渡理論을 완성한 사실에서 v.Savigny의 위대성을 찾아볼 수 있다.<sup>59)</sup> 뿐만 아니라 v.Savigny의 장점은 항상 그의 이론을 현실사례에 비추어 정립하였음에 있다. 이러한 v.Savigny의 능력은 독자적인 물건행위개념을 구성하기 위하여 “로마법에서 명쾌한 所有權概念의 등장”을 소개하고 이를 통하여 물건법과 채권법을 구분한 사실에서 확인될 수 있다.

그후 R.v.Jhering는 “후기로마법이 인도에 의한 소유권양도를 위하여 본질적

56) Ranieri, 101 f.

57) v.Savigny, Obligationenrecht, 2. Bd., 259 f.

58) v.Savigny, System, 3. Bd., 354 f. (Beylage X): “In dieser regelmäßigen Unwirksamkeit des Irrthums liegt sogar die einzige Rettung des Verkehrs gegen gränzenlose Unsicherheit und Willkür.” 한편 Heck, 45 f.는 거래이익의 보호가 추상적 이론형성(Gestaltung)을 정당화하기 위하여 추후에 부가되었음을 적절하게 지적한다.

59) Felgentraeger, 37 ff. mit Hinweis auf E.Landsberg, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum, 1883, 111 Fn.3(그리고 v.Savigny가 Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 6 Bde., 1815~1831에서 직접 Accursius의 이론을 접하였을 개연성을 배제할 수 없다).

으로 유지한 제도는 아마도 가장 효과적인 로마법사상의 하나로서 소유권을 보호하는 확고한 닻(Anker)”이라고 한다.<sup>60)</sup> 왜냐하면 원인을 결여한 소유권취득이 부당이득반환의 목적이 된다는 사실로 인하여 소유권의 순수성과 안정성, 그리고 활동성이 보장될 수 있기 때문이다. 따라서 인도의 추상성은 권리추급을 경감하는 목적을 가지는 인위적 장치(Mechanismus)라고 할 것이다.

19세기 후반에 이르러 v.Savigny의 물권양도론은 그의 법적 안정성과 명료성으로 인하여 當代의 大勢(Zug der Zeit)로서 로마니스텐의 共同資產이 되었으며, 독일민법(BGB)의 입법자도 이를 물권양도의 기본이론으로 채용하기에 이르렀다. 예를 들면 Windscheid도 그의 판덤펜교과서에서 소유권의 이전을 위해서 소유권이전의 의사표시로 충분하지 않고 소유권양도계약과 소유권취득방식으로 인도(traditio, Eigentmserwerbart)라는 일정한 방식이 있어야 한다고 기술한다.<sup>61)</sup>

## 2) v.Savigny이론의 평가

v.Savigny는 그의 이론에 추상성원칙이 법적 안정성과 명료성을 담보한다는 법정채적인 근거를 제시하지 않았다. 이러한 v.Savigny의 의사주의는 권리주체의 자유에 기초하는 법이론의 당연한 산물이라고 할 수 있다.<sup>62)</sup>

v.Savigny이론을 종합적으로 요약·정리하면<sup>63)</sup>

(i) 引渡(traditio)는 그 자체로서 (물권)계약이며, 따라서 계약의 일반규정이 물권계약에

60) v.Jhering, § 55. (210 ff.): “einer der glücklichsten Gedanken des römischen Rechts, jedenfalls einer der festesten Anker für die Sicherheit des Eigentums.”

61) B.Windscheid, Lehrbuch des Pandekten, 1. Bd., 9. Aufl., bearb. v. Th.Kipp, 1906, §§171, 172 m.Fn.16a. 이미 L.A.Warckoenig, Institutiones juris romani privati, 1834, §§. 341 ff., §. 345 (123 ff.): “Nunquam nuda traditio transfert, dominium sed ita, si aliqua justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur.”

62) Landwehr, 178 f.

63) Felgentraeger, 40 f. 참조.

도 유추적용된다.

(ii) 법이론적인 측면에서 물권계약도 채권계약과 마찬가지로 독자적이며, 이것이 모든 물권법률행위의 기초이다. 물권계약의 목적은 채권계약과 달리 물권의 득실변경이다. 인도는 승계취득의 의미에서 물권인 소유권의 이전을 목적으로 한다.

(iii) 물권계약과 그의 원인행위(Grundgeschäft)는 급부와 동기(Motiv) 또는 인식수단(Erkennismittel)의 관계에 있다. 따라서 원인행위의 하자 또는 흠결로 인하여 물권적 이행행위는 영향을 받지 않으며, 다만 부당이득반환의 방법으로 형평성의 조정이 이루어질 뿐이다. 다시 말하면 물권계약은 그의 경제적 원인행위로부터 독자적이다.

(iv) 로마법원전에서 *iusta causa traditionis*는 소유권이전의사의 합의가 확정될 수 있는 모든 요인의 총체로 볼 수 있다.

이와 같이 v.Savigny는 사법질서의 목적을 우선적으로 人間自由, 그에 대한 상호승인과 법률관계에 의한 안정의 실현에서 구했으며, 인도를 물권적 법률행위로 파악한 것은 자유, 즉 법적 자기결정권을 보장하는 기능을 수행한다. 의사이론을 기반으로 한 v.Savigny의 이론은 결과적으로 자본주의사회의 이익을 위한 “개인적 법률원인관계와 이익취득행위(Umsatzakt)의 분리”의 요구에 합치한다. 그러나 이미 지적한 바와 같이 이 이론에서 거래보호를 위한 목적적 배려는 전혀 찾아볼 수 없다.<sup>64)</sup> 사적자치의 실현이 아니라 제3자(거래안전)의 보호를 목적으로 하는 추상적 물권계약의 중요성은 1861년에 제정된 一般獨逸商法典(ADHGB)에서 보통법에는 생소하였던 상인에 의한 동산양도에 善意取得制度를 입법화한 19세기 중반에 이르러 비로소 강조되기 시작했다.<sup>65)</sup>

이러한 이론구성에 대하여 Karlowa<sup>66)</sup>는 인도는 소유권양도계약의 실현으로서 사실상의 집행에 지나지 않고 “소유권은 소유권양도행위가 취득자에게 소

64) Ranieri, 103 mit Hinw. auf F.Wieacker, Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, Juristen Jb. 9 (1968~1969), 1~28, 15~16; Landwehr, 178, 180.

65) Landwehr, 181.

66) Karlowa, RRG, 2. Bd., 416 ff.

유권의 실제성(Thatsächlichkeit), 즉 완전한 소유권행사의 가능성이 부여된 때에만 법률상 성립”하기 때문이라고 주장한다.<sup>67)</sup> 이를 정당화하기 위해 Karlowa는 장악행위나 법정양도에도 불구하고 목적물을 현실적으로 인도받지 못한 소유자는 소유권을 행사할 수 없고, 인도를 통하여 비로소 소유권 내용의 행사가능성이 마련됨을 지적한다.

## 2. 소유권양도에 관한 諸 民法典의 立法

### 1) 소유권양도에 관한 근대민법전의 규정

먼저 독일민법(BGB)이 시행되기 전 독일제국의 각 분방국에서 제정·시행된 민법전은 일반적으로 매매, 교환과 같이 통상 원인이 되는 채권적 의무부담행위를 형성하는 취득원인(titulus)과 물건의 인도(traditio)를 비롯한 특별한 취득구성요건(modus acquirendi)을 구분하는 보통법상의 소유권양도론을 채용했다. 이에 따라 유효한 원인행위가 없을 경우 소유권의 이전효는 발생하지 않는다. 예를 들면 1756년 W.X.A.Kreittmayr(1705~1790)에 의해 주도적으로 입법화된 바이에른왕국의 Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis는 ‘적법한 인도’와 ‘소유권이전원인’<sup>68)</sup>을 규정하였으며, 이러한 내용의 규정은 또한 1794년의 프로이센일반국가법(ALR),<sup>69)</sup> 1811년의 오스트리아일반민법전(ABGB) 제380조<sup>70)</sup>와 1845년과

67) Karlowa, RRG, 2. Bd., 416; ders., Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877, 182 ff., 특히 217 (Besitz und Eigenthum stehen dann gleichzeitig).

68) 2. Theil 3. Kap. § 7. Eine rechtmäßige Uebergabe oder Einräumung, wodurch das Eigenthum von einem auf den anderen gebracht wird, erfordert erstens, da der Uebergeber zur Auslieferung und der andere Theil zur Acceptation befugt sei, daher z.B. Kinder, Unsinnige und dergleichen keine Uebergab thun oder annehmen können. Zweitens soll ein Titulus Domini translativus, das ist eine solche Ursache, wodurch man das Eigenthum auf andere zu bringen pflegt, z.B. ein Tausch, Kauf, Darlehen, Schenkung etc. vorhanden sein. (…)

69) 1. Th. 9. Titel. §.1. Die äußern Handlungen, durch welche das Eigenthum erworben wird, bestimmen die verschiedenen Erwerbunsarten.(Modus acquirendi). §.2. Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese äußeren Handlungen die Kraft haben, daß dadurch das Eigenthum erworben werden kann, wird der Titel des Eigenthums genannt. (…)

70) §380. Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden.



1853년의 헤센민법<sup>71)</sup>에서 찾아볼 수 있다. 독일諸國에서 제정된 자연법적 민법전의 소유권양도론을 “유효한 原因關係 없이 所有權은 移轉되지 않는다”로 정의할 수 있다.

이와는 달리 프랑스민법<sup>72)</sup>과 이를 계수한 바덴국가법(Badisches Landrecht)를 비롯하여 라인강의 좌안영역에서 제정·시행된 민법전은 “채권계약의 체결과 동시에 소유권이 이전한다”고 규정함으로써 별도의 인도요건을 규정하지 않았다.

## 2) 추상적 물권양도이론의 입법화

### (1) 독일민법 제1초안 공포 이전의 물권양도이론의 전개(1874~1888)

19세기 중반에 이르러 1864년의 바이에른민법초안(Entwurf eines Bayerischen BGB)<sup>73)</sup>과 1865년의 작센민법(Sächsisches BGB)<sup>74)</sup>은 v.Savigny의 물권변동이론에 따라 ‘소유권의 변경은 양도인과 양수인간에 이를 목적으로 하는 합의와 이에 따르는 양도의 방법으로 성립하며, 이때 원인이 되는 원인관계의 유효성 또는 존재는 문제되지 아니한다’는 제3의 소유권이전론을 채용하였다.

이러한 입법사례를 배경으로 독일민법 제1초안(EI)의 물권법 기초자인 R.Johow는 물권법 영역에서 권리자와 취득자간의 이익분쟁을 용이하게 해결하기 위한 수단으로서 公示의 原則(Publizitätsgrundsatz)의 지배를 선언하고 프랑스법의 순수한 合意主義(Konsensprinzip)와 로마법의 引渡主義(Traditionsprinzip)를

71) 2. Abt. Titel III Art. 53. (1) Das Eigenthum an Sachen wird erworben durch Uebertragung im Gefolge eines rechtmäßigen Erwerbstitels. (2) Der Erwerbstitel kann in einem Verträge, in einem Vermächnisse oder in einem richterlichen Urtheile bestehen.

72) 예를 들면 Art. 1583 Elle[la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

73) Art. 94. (1) Durch die Meinungsverchiedenheit des Gebers Empfängers hinsichtlich des Grundes der Übertragung oder durch die irrigte Voraussetzung eines zur Eigenthumsübertragung verpflichtenden Rechtsgeschäftes wird der Eigenthumsübergang nicht gehindert.

74) §256. Irrthum über die Art des Geschäfts hindert den Uebergang des Eigenthums nicht, wenn Uebereinstimmung darüber vorhanden ist, daß Eigenthum übergehen soll.

포기하였다.<sup>75)</sup> 특히 Johow는 소유권관계의 지속적인 인식가능성을 보장하는 부동산등기제도 하에서 소유권은 등기에 의하여 이전되며, 여기에서 등기의 법률원인(Rechtsgrund der Eintragung)이 문제됨을 지적한다.<sup>76)</sup> 그러므로 등기공무원의 실질적 심사권주의(Legalitätsprinzip) 하에서 등기의 원인이 되는 채권관계를 심사하게 되면 결국 거래가 지체되고 불안정하게 되므로 부동산물권양도행위(Auflassung)는 당사자의 채권적 관계로부터 엄격하게 분리되어야 한다고 주장하고<sup>77)</sup> 이의 적용을 동산물권법으로 확대했다.<sup>78)</sup>

나아가 Johow는 법제사적인 측면에서 :

“로마법이 독일법학을 압도하기 전 부동산소유권의 취득방법이었던 물권양도행위(Auflassung)는 당사자의 채권적 관계로부터 물권법의 엄격한 구분을 요구하였고, 사람들은 양도인이 장래에 타인에게 소유권을 이전하는 의무를 부담하는 법률행위와 행위시에 양도인이 그의 물권을 타인에게 양도할 것을 표시하는 행위를 구분했다.<sup>79)</sup> 그럼에도 불구하고 로마법의 계수로 인하여 수용된 로마법이론은 固有法秩序와 충돌하지 않았다. 왜냐하면 물건에 대한 절대적 지배권으로서 소유권과 이러한 지배권의 체화인 점유가 결합되어 있었기 때문이다. 그러나 물권, 특히 소유권의 취득은 이를 목적으로 하는 titulus와 물건의 인도에 해당하는 modus를 요건으로 한다는 종래의 견해는 극복되었다.<sup>80)</sup> 소유권이전은 필연적으로 양수인에게 소유권의 이전을 지향하는 양도인의 의사와

75) R.Johow, Vorlage I, zit. nach H.H.Jakobs/W.Schubert(Hrsg.), Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I(=Beratung des SachenR.), 1985, 30 f.

76) Johow, Vorlage II, zit. nach Jakobs/Schubert, Beratung des SachenR., 37. Johow는 등기원인을 표현하는 개념으로 양도계약(Veräußerungsvertrag)이 아닌 채권적 법률행위와 분리된 ‘물권계약(dinglicher Vertrag)’을 일관되게 사용한다.

77) Johow, Vorlage II, zit. nach Jakobs/Schubert, Beratung des SachenR., 38 ff., 41.

78) Johow, Vorlage IV, zit. nach Jakobs/Schubert, Beratung des SachenR., 58 f.

79) Johow, Vorlage II, zit. nach Jakobs/Schubert, Beratung des SachenR., 41.

80) C.2.3.20 Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. in Zusammenhang mit Paul.D.41.1.31 pr. 자세한 것은 Johow, Vorlage IV, zit. nach Jakobs/Schubert, Beratung des SachenR., 58 ff. 참조.

(명시적 또는 묵시적) 의사표시를 양도인과 양수인에게 요구한다”고 주장했다. 그리고 Johow는 D.41.1.36가 D.12.1.18와 합치하지 않음을 시인하면서 별도의 근거를 제시하지 않고 다만 이러한 결정이 그 자체의 원리를 가진다는 이유로 Iulianus의 견해를 채용하였다.<sup>81)</sup>

그런데 이와 같은 Johow의 주장에 대하여 1875년 민법제정 1차위원회회의 심의과정에서 위원인 v.Weber는 소유권양도는 채권법에 뿌리를 둔 유효한 원인(causa), 즉 유효한 양도행위와 분리될 수 없는 급부로서 법률행위에 의한 모든 소유권양도행위에는 그러한 원인이 있어야 함을 강조했으나 성과가 없었다.<sup>82)</sup> 이밖에도 동산소유권의 양도에 대하여 제한적으로 프랑스민법의 입법례를 수용하자는 제안이 있었으나 이 또한 실정법과의 관련성을 고려하여야 하며 동산과 부동산물권양도의 동질성(Homogenität)을 유지하여야 한다는 이유로 거부되었다.<sup>83)</sup>

1880년의 물권법일부초안(Teilentwurf des Sachenrechts, TE)에서 Johow는 (1) 최초로 추상성원칙에 대한 실정법상의 근거를 마련하였고 (2) 추상성원칙에 대한 법사학적, 법이론적 근거를 제시하였다는 점에서 법제사와 추상성원칙의 이해에 전기를 마련하였다. 여기에서 판례와 현행민법학이 의무부담행위와 처분행위의 분리·고립적 이론구성에 대한 정당성의 증거로 논의하는 거래보호사상<sup>84)</sup>이 전혀 언급되지 않았음을 주목할 필요가 있다.

현실증여(Handschenkung)와 관련하여 Johow는 v.Savigny와 Windscheid<sup>85)</sup>와 견해

81) “die Entscheidung hat aus dem Prinzip für sich”, so Johow, Vorlage IV, zit. nach Jakobs/Schubert, Beratung des SachenR., 58 ff.

82) v.Weber, Antrag, zit. nach Jakobs/Schubert, Beratung des SachenR., 66; Prot. I, Sitzung vom 15.10.1875, zit. nach Jakobs/Schubert, Beratung des SachenR., 69.

83) Prot. I, Sitzung vom 18.10.1875, zit. nach Jakobs/Schubert, Beratung des SachenR., 69, 72.

84) 예로서 B.Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3 (Sachenrecht), 1899, 4 = Mot. III, 7: “... so muß die Gesetzgebung es (das Erforderniß des Titels) fallen lassen, wenn sie nicht Gefahr laufen will, das Wesen der Rechtsverhältnis zu verdunkeln und die Sicherheit im Verker zu gefährden”; W.Flume, AT, §12 III 3 (176 f.).

85) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Buch : Sachenrecht, Vorlage des Redaktors R.Johow in 3 Bdn, 1880(=Johow, Begründung), 637(v.Savigny, System, 3. Bd., 309 ff., 313을 직접 인

를 같이 하여 인도의 원인은 오직 양도의사(Uebertragungswillen)에서만 찾아볼 수 있고 이점에서 인도는 당사자의 채권적 관계(von den obligatorischen Beziehungen der Beteiligten)로부터 분리되어 있다고 주장한다.<sup>86)</sup> 이에 따르면 소유권자에게 인도를 결정하는 법률원인(Rechtsgrund)과 인도(Übergabe)의 방식으로 소유권을 이전하는 양 당사자의 의사의 합치인 양도는 명확하게 분리되어야 하며, 권리 변동을 완결하는 공시행위는 물건계약의 외부적 형식(Form), 즉 물건양도행위에 해당한다.<sup>87)</sup>

마지막으로 E1에서 물건법적 처분행위가 추상적이라는 표현은 처분행위가 원인적 목적결정(예를 들면 채무이행의 목적으로, solvendi causa)을 표상하지 않는다는 사실(내용적 추상성, inhaltliche Abstraktheit)과 그의 유효성이 유효한 원인관계(예를 들면 매매)의 존재를 전제로 하지 않는다는 사실(외부적 추상성, äusserliche Abstraktheit)을 동시에 의미한다.<sup>88)</sup>

Johow의 추상적 물건변동론은 E1의 심의과정에서도 이론의 명확성과 법적 안정성으로 인하여 변함없이 유지되었다.<sup>89)</sup>

## (2) 독일민법제정 제2차위원회 이후의 물건변동이론

제2차위원회는 물건계약의 추상적 성질이 별도의 규정이 없더라도 당연히 인정되므로 “단순히 교육적인 목적(rein lehrhafter Zweck)”만을 가진 §829 E1<sup>90)</sup>을

용); B.Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 9. Aufl., bearb. v. Th.Kipp, 1906, 588 f.

86) Johow, Begründung, 636, 639.

87) Johow, Begründung, 636, 639. Johow는 로마법상 물건법률관계의 인식가능성이 없어 결국 대토지소유제가 몰락하게 되었다고 한다(98, 160).

88) Johow, Begründung, 636. 그리고 Johow는 『저당법초안에 관한 함부르크시민보고서(Bericht der Hamburgischen Bürgerschaft über den Entwurf eines Hypothekengesetzes von 1866)』를 모델로 하여 “Abstraktion”이라는 표현을 채택하였다고 기술한다(633).

89) Prot. I, 3467 ff., zit. nach Jakobs/Schubert, Beratung des SachenR., 231.

90) §829. (1) Zur Wirksamkeit des im §828 bezeichneten Vertrages ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Vertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Vertragsschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war.

불필요한 것으로 삭제했다.<sup>91)</sup> 1차위원회와 달리 2차위원회는 법이론이 아닌 실용적인 기능을 중시하여 “이러한 이론적 구성이 명확하고 단순한 방법으로 소유권을 이전하고 동시에 거래의 안전에 기여한다”고 하는 한편 추상적 물건변동론을 대부분의 독일제국에서 적용되는 실정법이라고 인정하여 BGB에 수용할 것임을 선언했다.<sup>92)</sup> 그리고 물건적 법률행위의 효력이 당사자간에 의사의 합치와 동시에 발생하지 않고 등기공무원에게 통지하기 전에는 일방적 철회가 가능함을 규정했다(§873 II BGB). 이와 같이 2차 위원회는 법이론과 입법을 반드시 일치하게 할 수 없다는 이유에서 당사자의 합치된 의사표시만을 규정하고 이를 넘는 법이론의 구성은 법학에 맡겼다. 이와 같은 BGB의 물건변동이론은 후기 판례법학자의 법이론을 계승한 것이라고 평가할 수 있겠다.<sup>93)</sup>

## V. 추상적 물건변동이론에 대한 비판

19세기 초반 v.Savigny에 의하여 전개되고 독일민법에 수용된 추상적 물건양도론은 독일민법의 제정과정에서 오늘에 이르기까지 지지와 동시에 비난의 대상이 되었다. 다음에서는 이에 대한 비판을 개관한다.

### 1. 독일민법 제정과정에서의 비판

대표적인 예로서 v.Gierke와 Strohal의 주장을 간략히 보면 :

먼저 v.Gierke는 추상적 물건양도론은 통일적인 법률행위에 대한 이원적 사고 형식으로 실질적인 과정을 전도할 뿐 아니라 형식적인 사고로 인하여 실정법을

91) Prot. II, Bd. 3, 58, 137 (이밖에도 Vertrag을 채권적 계약과 혼동할 가능성이 있다).

92) Prot. II, Bd. 3, 53 f.

93) H.Brandt, Eigentum und Austauschgeschäft (Der abstrakte dingliche Vertrag und das System des deutschen Umsatzrechts im Licht der Rechtswirklichkeit), 1940 (Habilschr.), 121.

침해한다고 주장하면서, 이 이론이 일상생활에 대한 법이론적 침탈'(doktrinäre Vergewaltigung des Lebens)로서 擬制(Fiktion)에 지나지 않는다고 비난하였다.<sup>94)</sup>

그리고 Strohal은 독일민법의 제정과정에서—동산취득론을 중심으로—입법이 유(Mot., Bd. 3, 6 f.)를 검토하였다.<sup>95)</sup> Strohal은 로마법에 근거하는 추상적 물권 계약주의가 실제거래에서 권리양도의 요건과 원인행위의 요건이 불가분의 관계에 있음을 반영하지 않으며,<sup>96)</sup> 민법제정위원회는 실제적인 문제를 고려함이 없이 사변적이고 법이론적인 관점에서 입법론을 전개하였다고 비판하였다. 한편 Strohal은 거래안전의 보호를 목적으로 또는 거래당사자의 사적인 사정으로 인한 채권적 원인으로부터 소유권이전을 분리하는 법리구성을 배제하지는 않았고 다만 이를 이유로 추상적 물권양도론을 구성하게 되면 이는 '例外의 一般化'에 해당함을 적시하였다.<sup>97)</sup> Strohal은 완전한 추상적 물권변동론의 입법화는 과잉이고(superfluum) 의제적이며 자의적인 "人爲的인 가공물(etwas Künstliches)"에 지나지 않는다고 비난한다.

## 2. 20세기의 비판적 논의

1922년 Spengler는 그의 「서구몰락사」에서 시민법대전의 재발견을 불행한 사건으로 규정하고 로마법은 서구법학자를 '개념의 노예'(Sklaven von Begriffen)로 전락하게 하였다고 비난하였다.<sup>98)</sup> 이와 병행하여 원칙적으로 로마법에 뿌리를 두고 개인주의와 자유주의를 기반으로 하는 독일민법에 대한 전방위의 공격이 개시되었으며, 물권변동이론도 예외가 아니었다.

독일법에서 독일 보통법(Gemeines Recht)으로써 "유물론적 세계질서에 기여하

94) O.v.Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, 336.

95) Strohal, Jher. Jb. 27 (1889) 335-462.

96) Strohal, Jher. Jb. 27 (1889) 343 ff., 395.

97) Strohal, Jher. Jb. 27 (1889) 396 ff., 441. 또한 그는 완전한 추상적 물권변동론을 위해서는 동산 뿐만 아니라 부동산의 경우에도 서증이 필요하다고 주장한다 (396 ff.).

98) O.Spengler, Der Untergang des Abendlandes (Sonderausgabe), 1980, 644 ff.

는” 로마법을 대체할 것을 과제로 설정한 국가사회민주당(NSDAP)시대의 독일민법학은 추상적 물권변동론을 현실생활과 괴리된 관념적 제도에 지나지 않는다고 비난하고 유인적 물권변동론으로의 회귀를 주장하는 경향이 현저했다.<sup>99)</sup>

먼저 利益法學의 주장자인 Ph.Heck은 추상성원칙은 概念法學의 산물이며, 추상적 물권변동론은 生活利益(Lebensinteresse)에 반한다고 주장한다. 왜냐하면 추상적 물권행위개념은 생활관계와 괴리되며(Argument der Lebenseinheit) 거래안 전보호의 목적은 선의의 보호로써 달성될 수 있기 때문이다. 다시 말하면 추상적 구성은 법정책적으로 제3자의 이익을 우선하나 유인적 구성은 진정한 권리자(Kausalgeschädigter)를 보호함과 동시에 제3자의 이익을 고려할 수 있다.<sup>100)</sup> 나아가 물권변동에 관한 독일민법의 입법은 개인주의적이고 개념법학적인 세계관에서 출발하나 사적자치는 추상적 권리변동권한을 자기목적으로 하지 않으며, 순수한 변동계약의 유효성은 개념적 필연성이 아니라 입법적 평가의 산물에 지나지 않는다.<sup>101)</sup>

Heck은 유인적 물권변동론을 거래이익(Verkehrsinteresse), 명확성이익(Klarheitsinteresse)과 증거이익(Beweisinteresse)에 비추어 검토한 다음 추상적 물권양도론은 법정책적인 측면에서 이론적 명확성은 있으나 이를 이유로 규범의 생활적합성을 추구하려는 理想을 희생할 수 없음을 강조한다. 또한 Heck은 유인적 물권변동론의 생활적합성은 경험에 의하여 검증될 수 있다고 하여 물권양도론의 개정필요성을 역설한다.<sup>102)</sup> 또한 Lange도 추상성원칙은 로마법의 유산으로서 법률적인 근거가 없이 양도인의 권리를 도의시한다는 점에서 반민중적일 뿐 아니라, “어느 누구도 자기 자신이 가진 권리 이상을 타인에게 양도할 수 없

99) 특히 H.Lange, Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden und Fahrnisrecht, AcP 146 (1941) 28-49, 28 f.: “Als jedoch mit der nationalsozialistischen Revolution im Ringen um ein neues Recht der Kampf gegen das alte einsetzte, war einer der Hauptangriffspunkte das Abstraktionsprinzip des BGB., dessen Mängel scharf betont und dessen Beseitigung gefordert wurde.”

100) Heck, 3 ff., 11 f.

101) Heck, 13 f.

102) Heck, 17 ff., 67 f., gefolgt von H.Krause, Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, AcP 145 (1939) 312-326, 313 ff.; Lange, AcP 146 (1941) 28-49.

다”(nemo plus iuris ad alium transferre quam ipse habet)는 원칙이 적용된 원시적 법 상태 하에서는 거래안정의 보호를 위하여 추상성원칙을 적용할 실익이 있었으나, 독일민법이 제정된 이후에는 더이상 이러한 필요성이 없음을 역설하였다.<sup>103)</sup> 그는 유인성원칙을 동산법에 도입하는 한편 부동산법에서 물권적 합의를 존치하는 것이 입법론적으로 최선의 해결방안임을 역설하였다.<sup>104)</sup>

한편 현실행위인 인도에도 불구하고 소유권이 이전하지 않는 경우가 있을 뿐 아니라 청구권과 같은 상대적인 권리가 채무자의 물건에 대한 권리보다 채권자에게 상대적으로 중요하지 않다는 증거가 없음이 추상적 물권양도이론의 약점이라는 지적도 있다.<sup>105)</sup>

H.Brandt<sup>106)</sup>는 추상적 물권계약의 불필요성에 대한 증명을 교수자격논문의 과제로 설정하고 이를 위하여 제국법원(RG)의 판결에 대한 실증적 검토를 시도하였다. 그는 추상적 물권계약에 대한 증거로 볼 수 있는 판결이 거의 없고, 원인행위와 결합된 물권계약이 일반적이며 추상적 물권계약이 오히려 예외적 현상임을 지적하였다. 나아가 그는 법현실에 비추어 보면 물권계약은 추상적이 아니라 유인적이며, 심지어 유인적 물권계약으로서 물권계약의 모습도 법현실과 합치하지 않고<sup>107)</sup> 또 계약의 체결과 동시에 물권적 청구권이 성립하므로 물권법과 채권법에 대한 종래의 구분은 더 이상 유지될 수 없다고 주장한다.

그런데—특히 현실생활과의 괴리를 이유로—분리의 원칙과 추상성원칙의 철폐를 정당화하는 논거는 이전부터 있었으므로 이점에서 전혀 새로운 시도라고 할 수 없을 것이다. 따라서 이 시기에도 추상성원칙을 포기하자는 견해와 시대의 理念과의 구체적인 견련성을 찾아보기 어렵다. 그리고 Brandt의 연구가 19세기

103) Lange, AcP 146 (1941) 29 ff.

104) Lange, AcP 146 (1941) 48 f.

105) Stüb, 156, 163. 이미 Stüb, JW 1934, 3124 ff.

106) Brandt, vor allem 129 ff.

107) Brandt, 151 ff. (“물권계약의 추상성은 BGB제정 이래 이미 극복된 이론이다, 부동산법에서 원인행위와 물권적 합의[Auflassung]가 서로 근접하게 되었으므로 추상성원칙은 실질상 포기되었다”), 155 ff.



법학의 성과를 적대시한 당시의 정치적 산물이라는 사실에도 불구하고 그의 학문적 가치를 부인하기는 쉽지 않다.<sup>108)</sup> 이는 오히려 현실생활관계를 반영하지 못하고 이로 인하여 이해가 곤란한 제도를 폐지함으로써 법에 대한 이해를 증진하고 보다 시민에 친숙한 법을 가지려는 시도라고 할 수 있을 것이다.<sup>109)</sup>

마지막으로 비교법적으로 추상적 물권변동론에 접근한 Kegel은 합의된 목적(Zweck)이 곧 原因(causa)이며 이를 실현하기 위하여 처분, 의무부담 또는 사실상의 급여와 같은 이행급부(Erfüllungsleistung)를 위한 手段(Mittel)이 적용된다고 하면서, 여기에서 이행급부의 원인은 원인행위로서 의무부담행위가 아니라 별도로 합의된 이행급부의 목적이라고 한다. Kegel에 의하면, 합의된 수단으로서 처분은 처분자의 목적에 기여하여야 하고 목적합의 또는 합의된 목적이 결여된 경우 수단과 목적의 분리는 가능하지 않다. 그러므로 처분은 유인적이어야만 하며, 거래보호의 이익, 법률관계의 명확성과 증명책임은 처분의 유인성과 충돌하지 않는다. 오히려 처분의 추상성은 악의의 제3자에게 유리할 뿐 아니라 양수인과 악의의 제3자에게 부당한 이익을 보장하는 결과를 초래한다. 이와 같은 이유에서 Kegel은 비교법적으로 처분의 추상성을 독일법의 “법정책적 瑕疵”(Mangel)라고 평가하고 이를 포기할 것을 제안하였다.<sup>110)</sup>

이와 같이 현실생활의 법감정을 중시하거나 법이론적으로 추상적 물권변동론을 반대하는 법학자의 주장도 나름대로 합리적인 근거가 있다. 법이론이 현실생활의 법감정을 반영하여야 한다는 당위성은 부인할 수 없으나 이것이 추상성원칙을 부인하는 결정적인 단서는 될 수 없고, 가급적 현실생활의 법감정에 근접하는 법이론을 구성하여야 한다는 의미로 받아들여야 할 것이다. 예를 들면 의사표시를 효과의사, 표시의사와 표시행위로 구분하는 意思表示論에서 이에 대한 대표적인 증거를 분명히 볼 수 있다. 왜냐하면 법감정과 괴리가 있

108) Brandt, 296 ff.(그의 학문적 평가로 특히 U.Eisenhardt, FS f. Kroeschell, 215~232 참조).

109) Eisenhardt, FS f. Kroeschell, 231 f.

110) G.Kegel, *Verpflichtung und Verfügung - Sollen Verfügungen abstrakt oder kausal sein?*, in: FS f. F.A.Mann, 1977, 57~86, insbes. 85 f.

음에도 불구하고 하자 있는 의사표시로 인하여 발생하는 현실의 법률문제에 대하여 타당한 결론을 부여하기 위하여 의사표시론을 관념적으로 구성할 수밖에 없기 때문이다. 한편 추상적 물권변동론을 부정하는 것은 세계적인 입법의 경향과 부합하여 사법의 통합을 추구하는 현대사법학의 조류에 역행하지 않는 방법이 될 수 있겠다. 그러나 이 또한 추상적 물권변동론을 명문으로 규정한 독일민법의 해석론이 될 수 없으며, 입법론적인 주장에 지나지 않는다고 하여야 한다. 왜냐하면 이는 현행 독일민법의 입법태도에 명백하게 반하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 사적자치의 테두리 안에서 채권행위와 물권행위를 통합하는 당사자의 意思에 優越性이 인정되어야 함은 당연하다 할 것이다.<sup>111)</sup>

## VI. 마치는 말

지금까지 추상성원칙을 중심으로 추상적 물권변동이론의 성립과 전개과정을 간략하게 살펴보았다. 이미 지적한 것과 같이 추상성원칙은 법이론적 논쟁의 산물로서 거래의 안정성은 그 성립과정에서 고려되지 않았다.

그럼에도 불구하고 추상적 물권변동이론의 정당성에 관한 논의를 단순히 법이론적 논쟁으로만 받아들이는 태도는 바람직하지 않은 것으로 보인다. 왜냐하면 이는 국민의 법감정, 법률생활의 실재와 선결된 법제도의 존부 등 제반 사정을 반영하여 판단하여야 할 문제인 동시에 입법정책의 문제라고 할 수 있기 때문이다. 물론 현행민법이 이 원칙을 수용하지 않음은 주지의 사실이다.

다른 한편 추상적 물권변동이론의 수용과 관련된 법이론적 논의와 관계 없이, 이 이론이 법기술적, 법학교육적인 측면에서 더욱 결정적인 가치가 있다는 사실을 간과할 수 없다. 왜냐하면 추상적 물권행위이론이 본질적 속성으로 하는 분리·절단의 고립적 사고는 法的思考의 기초가 되며, 이는 법제도-예를

111) U.Eisenhardt, Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionsprinzips, JZ 1991, 271~277.

들면 대리제도, 채권양도와 채무인수, 부당이득반환제도를 비롯한—전반에 적용되는 보편적이고 일반적인 법기술임을 확인할 수 있기 때문이다. 이점에서 추상성원칙을 법학 전반에 적용되는 一般理論으로 평가하여야 하며, 이에 대한 물권법영역에서의 논의는 오히려 제한적인 의미만이 있을 뿐이다. 법적사고의 측면에서 보면, 추상성원칙을 거부하는 우리 물권법의 태도가 오히려 예외에 해당한다고 할 것이다. 특히 法體系(Rechtssystem)의 관점에서 私法을 조명할 경우 추상성원칙은 지극히 당연한 법이론임에도 우리는 이를 추상성원칙이라는 특별한 이름으로 부르지 않을 뿐이다.

이와 관련하여 Zitelmann<sup>112)</sup>은 우리에게 중요한 사실을 시사한다.

“법적인 수단과 목적의 실존(Existenz)의 분리는 가장 위대하고 영향력이 강한 법적 정신의 업적으로서 이 업적이 없었더라면 우리의 현대적 재산거래행위는 불가능하다고 말할 수 있을 것이다. 이러한 규율의 합목적성은 의심의 여지가 없고 모든 국민에게 동시에 적용되므로 각국의 법은 시간적인 차이는 있을 수 있으나 동일한 결정을 내릴 수밖에 없다.”

112) E.Zitelmann, Die Möglichkeit eines Weltrechts, Allg. Österr. Gerichtszeitung, 1888, 210 (Wiedergedr. 1916, 33) (Ph.Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, 1937, 3에서 재인용).

## Die Entwicklung des Abstraktionsprinzips und seine Auswirkung in unsere heutige Rechtswissenschaft

Lee, Jin-Ki\*

Das Abstraktionsprinzip, die Lehre von der Verselbständigung des Verfügungsgeschäfts, ist ein deutschrechtlich entwickeltes und der deutschen Rechtswissenschaft eigentümliches Rechtsinstitut. Das Trennungsprinzip, die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, ist dabei als notwendige Voraussetzung einer "Abstraktion" verstanden.

Eine regelrechte abstrakte Gestaltung der Übereignungslehre wurde Anfang des 19. Jh. durch das Eingreifen von Fr.C.v.Savigny, dem Vertreter der "Theorie des reinen Änderungsvertrags", aufgenommen. Der Parteiwille sei danach für das Privatrecht entscheidend und habe die "Änderung der Rechte" zum Inhalt. Die Kausalabreden seien nicht Inhalt des dinglichen Geschäftswillens, des *animus domini transferendi*. Deshalb habe man die abstrakte Natur des dinglichen Vertrags begrifflich für notwendig zu bezeichnen.

Trotz der heftigen, und manchmal nicht grundlosen Kritik hat sich die Abstraktheit der Verfügungsgeschäfte gesetzgeberisch durchgesetzt und vor allem das Sachenrecht des BGB charakterisierendes Rechtsinstitut geworden.

Das Abstraktionsprinzip ist inzwischen vorgeworfen insbes. als lebensfremd. Dazu kommt, daß es nicht im geringsten der Grundlinie des Koreanischen BGBs entspricht.

---

\* Prof. Dr.iur.

Trotzdem ist nicht zu übersehen, daß die Trennungs-oder Scheidekunst das Kernstück des Rechtsdenkens, bzw. legal mind ist. Das Abstraktionsprinzip spiegelt das Wesen der Rechtswissenschaft und kann gleichzeitig der Juristenausbildung als eins der wichtigsten juristischen Lehrmittel dienen. In dieser Hinsicht hat man in Bezug auf Koreanisches BGB anzunehmen, daß die Ablehnung des Abstraktionsprinzips nur im Bereich der Übereignungslehre eher eine wichtige Ausnahme in der Rechtswissenschaft bildet.

[Key Words] Abstraktionsprinzip, legal mind, Trennungsprinzip, Einheitsprinzip, modus, titulus, causa, traditio, Übereignungslehre