

# 民法上 第三者保護制度 및 法理에 관한 考察

## - 債權去來 및 身分關係 中心으로 -

申 鍾 澈

A Study on the protection System and the Legal Principle  
of a Third Party in Civil Law

*Shin-Jong Cheol*

目 次	次
I. 序 論	1. 相續에 있어서 第三者 保護
II. 債權去來에 있어서 第三者 保護	1) 相續財產分割의 遡及效와 第三者 保護
1. 債權讓渡禁止의 特約과 第三者 保護	2) 相續回復請求權과 第三者 保護
1) 債權讓渡의 法的性格	2. 家事代理權과 第三者 保護
2) 第三者 保護要件	3. 夫婦間의 契約의 取消와 第三者 保護
2. 指名債權讓渡에 대한 異議를 保留 하지 아니한 承諾과 第三者 保護	4. 認知의 遡及效와 第三者 保護
3. 相計禁止特約과 第三者 保護	IV. 民法上 기타 第三者 保護
4. 債務引受에 있어서 第三者 保護	1. 失蹤宣告取消의 效果의 制限
5. 更改에 있어서 第三者 保護	2. 失蹤宣告取消時 返還財產의 範圍
6. 免除에 있어서 第三者 保護	3. 無權代理追認의 遡及效制度
7. 外觀을 信賴한 辨濟者의 保護制度	4. 理事代理權에 관한 制限
1) 債權의 準占有者에 대한 辨濟	5. 無能力者 相對方保護
2) 領收證 所持者에 대한 辨濟	6. 賣渡人의 瑕疵擔保責任
III. 相續 기타 身分關係에 있어서 第三者 保護	V. 結 語

### Abstract

The legal principle on the protection for a third party in the civil transaction is classified into four types, each of them is not used in an exclusive and separate application but ne-

arly used in an overlapping and supplemental that of a respective provision .

This is caused by the variety of contextual characters of transaction, by the purpose of the protection and by the balance of the interest between the statical security of the right and the dynamic stability in the transaction.

This paper is , thus, intended for the pursuit of how to apply these principles on the transaction of obligation, succession, and conjugal life .

Also this is the study on the protection of the third party related to the protection of the other party .

As it is a current tendency to transfer from the statical security of the right to the dynamic stability in transaction, I would like to emphasize the dynamic stability of the transaction in the study on the requisites of the protection for a third party .

## I. 序 論

民法上 第三者保護制度는 個別的 規定에 産在하여 規定되어 있고 또한 그 表現에 있어서도 「善意의 第三者에게 對抗할 수 없다」 「第三者의 權利를 害하지 못한다」 또는 「善意로 한 行爲에 影響을 미치지 아니한다」 등 多樣하게 規定되어 있다.

近代民法은 무엇보다도 로-마法の의 影響을 받아 成立하였기 때문에 個人意思의 尊重, 所有權의 絕對性, 契約自由 등의 原理를 토대로 構成되어 있고 個人意思를 尊重하기 때문에 去來에 있어서 表意者를 두텁게 保護하며 所有權尊重原則에 의하여 所有者 內至 眞實한 權利者의 靜的安全을 도모해 주는 것을 原則으로 삼았다. 그러나 資本主義의 發展으로 모든 財貨가 商品化되고 資本化됨에 따라서 權利의 靜的安全의 保護로부터 去來의 動的安全의 保護에 置重하게 되었다. 그리하여 去來의 安全保護는 現代私法에 있어서 最優先의 原理로 되었다.<sup>1)</sup> 이에 第三者保護制度는 去來의 安全(Verkehrssicherheit)의 保護를 위하여 權利外觀이 尊重되어야 하며 外觀을 信賴하고 去來한 第三者는 保護되어야 한다는 社會的 時代的 要請에서 찾을 수 있다. 즉 去來安全을 위한 外權尊重의 原則에서 그 根據를 구할 수 있다.<sup>2)</sup>

1) 張庚鶴, 「民法上 去來安全의 保護制度」, 司法行政, 1966. 4, p. 31.

2) Germhuber, Bürgerliches Recht. Ein Systematischer Leitfaden in 50 übersichten, 1976.s. 29.  
喜多了祐, 「私法における外觀優越の法理」, Law School, 24 號 1980. 11, p. 5

우리民法은 第三者保護를 반드시 하나의 原則에 의하여 各異한 경우를 規律하고 있는 것은 아니며 또한 規律할 수도 없다. 왜냐하면 去來關係 등에 있어서 第三者保護의 原理와 態樣을 달리하며 同時에 保護의 目的, 對象 및 必要性의 輕重에 따라서 保護法理의 適用을 달리하고 있기 때문이다.<sup>3)</sup> 이리하여 第三者保護에 있어서 核心的 機能을 擔當하고 있는 保護法理가 具體的 法規에서 어떻게 適用되고 있으며 이 保護法理에 立脚한 民法上 第三者保護制度의 構造가 어떠한가를 債權去來 및 身分關係 中心으로 고찰함과 아울러, 기타 第三者保護制度 즉 相對方保護가 間接的으로 第三者를 保護하는 制度도 考察하는 데 研究의 目的을 두고 있다.

## II. 債權去來에 있어서의 第三者保護

債權關係에 있어서의 第三者保護는 善意의 第三者保護를 위한 制度를 意味하며 이 保護制度는 債權總論의 領域뿐만 아니라 債權各論의 分野에도 存在한다. 그러나 債權各論의 領域에서는 本人이나 相對方保護의 規定이 많고 第三者保護를 目的으로 하는 制度는 거의 찾아볼 수 없다. 그러므로 本稿에서는 債權總論 領域에 있어서의 第三者保護制度를 中心으로 그 制度의 意義, 目的 및 保護法理의 構成을 검토하기로 한다.

### 1. 債權讓渡禁止의 特約과 第三者保護

우리 民法 第 449 條 1 項에서는 去來社會에 있어서 債權의 讓渡(Übertragung der Forderung) 性을 基本的으로 承認하고 同條 2 項은 그 讓渡性을 制約하는 當事者間의 合意의 有效性을 認定함과 同時에 讓渡性을 制約하는 當事者의 意思表示는 이러한 特約의 存在를 알지 못하는 善意의 第三者에게는 對抗할 수 없다고 아울러 規定함으로써 第三者의 去來의 安全을 保護하려고 하고 있다. 그러나 債權讓渡 禁止特約의 性格, 效力 및 第三者保護要件에 관하여서는 學說에 따라 그 理解를 달리하고 있으므로 먼저 債權讓渡의 法的性質이 어떠한 가를 意味한 다음 債權讓渡 禁止特約에 관하여 論議하기로 한다.

#### 1) 債權讓渡의 法的性格

3) 伊藤進 「法律關係における 相對效の 第三者保護の 論理」, Law school, 24 號 1980. 9, p. 62

債權讓渡 (Übertragung der Forderung)는 債權의 同一性을 維持하면서 契約에 의하여 債權을 移轉하는 것을 말한다. 그러므로 債權의 同一性을 維持하는 점에 있어서 債權者의 交替에 의한 更改와 相異하고 契約에 의하여 債權이 移轉하는 경우만을 意味하므로 첫째 遺言 (1055條, 참조) 또는 出損行爲 (47條 1項참조)와 같은 單獨行爲에 의하는 債權의 積轉 둘째 相續 또는 여러가지 경우의 代位 (賠償者代位, 辨濟者代位)와 같은 法律規定에 의하는 債權의 移轉, 세째 法院의 命令 (民所 563條 참조)에 의하는 債權의 移轉, 네째 從된 債權의 附隨的인 移轉 (元本 債權에 따르는 利子債權의 移轉) 다섯째, 會社의 合併 (상법 522條以下, 600條以下 참조)으로 말미암아 權利·義務의 包括的인 承繼가 있으므로 일어난는 債權의 移轉 등과 같은 것은 債權讓渡에 해당되지 않는다.<sup>4)</sup>

#### 가) 準物權契約性 (處分行爲性)

債權讓渡는 讓渡人과 讓受人 사이의 債權의 移轉을 內容으로 하는 契約이며 債權者는 契約의 當事者가 아니다. 따라서 債權에 讓渡性이 있는 이상 債權者의 意思에 反하는 讓渡도 有効하다. 이에 契約에 의하여 債權의 歸屬主體에 變更이 생김으로써 그 債權은 직접으로 讓渡人으로부터 讓受人에게 移轉되고 履行의 문제를 남기지 않는다. 이리하여 그것은 義務負擔行爲 (Verpflichtungsgeschäft)가 아니라 處分行爲 (Verfügungsgeschäft)이므로 準物權契約이다.<sup>5)</sup>

#### 나) 要式性의 問題

指名債權의 讓渡인 경우에는 讓渡人과 讓受人 사이의 諾成·不要式의 契約이다. 그러나 證券의 債權의 讓渡에 있어서는 當事者 사이의 讓渡契約만으로서 債權은 移轉되지 않으며 그 밖에 證書의 背書交付 (民 508條) 또는 단순한 證書의 交付 (民 523條)가 있어야 한다. 그런데 이러한 背書, 交付 또는 단순한 交付의 性格을 어떻게 理解하는가에 따라서 要式契約說<sup>6)</sup>과 不要式契約說<sup>7)</sup>이 對立되고 있다. 즉 前說은 背書, 交付를 讓渡契約 이른바 讓渡의 合意의 方式으로 規定하고 後說은 背書, 交付는 讓渡에 대한 合意의 方式은 아니며 法律에 의하여 특별히 要求되는 讓渡의 合意 이외의 또 하나의 讓渡의 要件으로 보는 점이다. 要式契約說의 주장에 의하면 不要式契約說은 證券의 債權의 背書, 交付는 단순한 對抗要件으로 볼 수 밖에 없다고 한다. 그 理由는

- 4) 郭潤直, 債權總論, 博英社, 1983, p. 351.  
金容漢, 債權法總論, 博英社, 1983, p. 424.
- 5) 郭潤直, 前揭書, p. 355.  
金容漢, 前揭書, p. 425.  
黃迪仁, 現代民法論Ⅲ, 博英社, 1981, p. 195.
- 6) 金曾漢, 債權總論, 博英社, 1981, p. 232. 玄勝鍾, 債權總論, 日新社, 1975, p. 303.  
金容漢, 前揭書, pp. 425 ~ 426.
- 7) 郭潤直, 前揭書, p. 355. 金錫宇, 債權法 總論, 博英社, 1978, p. 312.

要式契約임을 否定하는 以上 背書, 交付를 對抗要件으로 볼 수 밖에 없는 것은 당연하다고 한다. 이리하여 證券으로 化體된 債權이 合意만으로써 그 證券을 離脫하여 讓渡人에게 移轉할 수 있다는 理論이 되기 때문에 證券의 債權의 本質과 正面으로 違背되는 것이라고 批判하고 있다.<sup>8)</sup> 그러나 不要式契約說을 취한다 하여 背書, 交付를 對抗要件으로 보는 것은 不當하다. 왜냐하면 背書, 交付는 讓渡의 合意 이외의 단 하나의 讓渡의 要件이기 때문에 對抗要件이 아니고 債權讓渡의 成立要件 및 効力發生要件이므로 證券의 債權의 本質과 背馳되지 않으며 不要式契約說이 妥當하다.<sup>9)</sup>

다) 獨自性과 無因性의 問題

債權讓渡는 債權의 移轉을 目的으로 하는 契約이므로 보통 動産, 不動産의 讓渡에 있어서와 마찬가지로 債權의 賣買 또는 贈與 등을 原因으로 하여 행하여 지는 경우가 많다. 그런데 이러한 原因行爲는 債權移轉의 債務를 發生시키는데 지나지 않고 債權讓渡 自體를 目的으로 하는 것은 아니다. 이리하여 債權讓渡와 그 原因行爲인 債權契約과는 理論上 별개의 것이라고 할 수 있다. 그것은 마치 物權讓渡를 目的으로 하는 物權契約이 그 原因을 이루는 賣買, 贈與등과 같은 債權契約과는 별개의 것이라는 것과 같다. 이리하여 債權契約을 「準物權契約」 또는 「準物權行爲」 라고 부르는 이유도 여기에 있으며 物權行爲의 獨自性, 無因性이 문제되는 것과 같이 準物權行爲로서의 債權讓渡에 관하여서도 그 獨自性과 無因性의 認定, 여부가 문제된다.

債權讓渡의 獨自性과 無因性에 關한 學說로는 指名債權과 證券의 債權을 區別함이 없이 一元論의 태도로 獨自性肯定과 相對的無因性을 주장하는 學說<sup>10)</sup>과 兩者를 區別하여 指名債權에 關해서는 獨自性否定, 有因性을 취하고 證券의 債權에 關해서는 獨自性肯定, 絕對的無因性을 취하는 學說로 나누어 진다. 우선 어느 見解<sup>11)</sup>에 의하더라도 證券의 債權에 있어서의 債權讓渡에 대하여 獨自性과 無因性을 認定하는 데는 異論이 없고 指名債權의 債權讓渡에 異見이 있으나 後說이 妥當하다. 그 理由는 指名債權의 讓渡行爲는 그것이 不要式行爲이기 때문에 社會實際에 있어서는 債權讓渡와 그 原因行爲는 合體되어 한개의 行爲로서 行하여지는 것이 一般的이며 一般意識도 兩者의 區別獨立을 느끼지 못하기 때문에 獨自性否定과 有因性을 認定하여야 한다. 다만 當事者가 특히 債權移轉의 效果發生을 留保한 경우라든가 目的債權이 現存하지 않거나 또는 特定되지 않을 경우에는 後日에 債權讓渡라는 準物權行爲를 하든가 現存 特定の 實現이란 條件의 成就로써 債權移轉의 效果가 發生하므로 이때는 無因性을 認定하여야 한다.<sup>12)</sup> 證券의 債權에 있어서는 成立, 効力發

8) 金容漢, 前揭書, p. 425

9) 同旨, 郭潤直, 前揭書, p. 355.

金錫宇, 前揭書, p. 312.

10) 金基善, 韓國債權法總論, 法文社, 1975. p. 246.

11) 郭潤直, 前揭書, p. 357. 金容漢, 前揭書, p. 427. 金曾漢, 前揭書, p. 233.

金錫宇, 前揭書, p. 313. 李太載, 債權總論新講 進明文化社, 1964. p. 321.

12) 郭潤直, 前揭書, p. 357.

金容漢, 前揭書, p. 428.

生의 時期가 極히 明白할 뿐만 아니라 (背書, 交付의 時期) 有價證券에 관한 原則 내지 理論이 그대로 適用되기 때문에 後說이 妥當함은 多言을 要하지 않는다. 따라서 指名債權의 債權讓渡時 原因行爲가 不存在, 無效, 取消, 解除되면 債權讓渡의 效力은 發生하지 않으며 證券的債權에서는 讓渡契約自體가 有效한 것인 이상 그 原因行爲가 不存在, 無效, 取消, 解除되어도 讓渡에는 影響을 미치지 않는다.<sup>13)</sup>

## 2) 第三者保護 要件

指名債權讓渡에 禁止의 特約을 할 수 있는 것은 勿論이지만 證券的債權도 讓渡性을 그 本質로 하나 記名債權은 流通性이 적을 뿐만 아니라 讓渡禁止의 特約을 붙일 수 있고 또한 指名債權에는 背書禁止가 許容된다. 그러므로 이때의 指名債權은 記名債權이 된다. 그렇기 때문에 讓渡禁止의 特約이 可能하다고 할 수 있다.<sup>14)</sup> 단 商法 기타 特別法에서 認定되어 있는 證券的債權에 관하여는 指名債權의 讓渡方法에 의한 보통의 讓渡性까지도 박탈하는 것은 許容하지 않는다. 이에 債權讓渡禁止特約의 性格, 效力 및 第三者保護要件에 관하여서는 學說에 따라 그 理解를 달리하기 때문에 諸 學說을 概觀하기로 한다 (商法 335條, 어음법 11條, 수표법 14條 참조).

### 가) 物權의 效果說

이 說에 의하면 民法 第449條 2項은 債權創造에 있어서의 當事者間의 特殊事情을 尊重하는 同時에 去來安全을 保護하려는 規定이며 또한 當事者間의 個別性을 無視하면서까지 讓渡性을 認定하려는 것은 本條項을 無意味하게 하는 것이므로 讓渡禁止의 特約은 物權의 效力이 있다고 한다.<sup>15)</sup> 그리하여 特約에 違反하여 讓渡하는 경우에는 債務者의 義務違反이 있을 뿐 아니라 讓渡의 效力도 發生하지 않는다. 다만 善意의 第3者만은 이를 保護하고 去來의 安全을 保護하는 意味에서 債務者가 讓渡禁止의 特約으로서 第3者에게 對抗하기 위하여는 第3者의 惡意를 立證하여야 한다.<sup>16)</sup> 그러나 讓渡人이 保護를 받기 위해서는 無過實을 要하며 讓渡禁止의 記載가 있는 경우에는 過失로 推定되어 保護받지 못한다.

### 나) 債權의 效果說

이 說은 債權讓渡禁止의 特約은 債權의 財產化傾向 및 物權의 效果說로부터 招來되는 去來安全의 저해 등을 無視하고 物權의 效果를 認定해야 할 정도로 강한 效力이 있다고 할 수 없으며 債權의 效力을 가지는 것으로 보아야 한다는 說이다. 다만 同項但書는 第3者에 대한 惡意의 抗辯을 認

13) 郭潤直, 前揭書, p. 357.

金容漢, 前揭書, p. 429.

14) 郭潤直, 前揭書, p. 382.

金容漢, 前揭書, p. 456.

15) 我妻榮, 新訂債權總論(民法講義Ⅳ), 東京, 岩波書店, 1958, p. 524.

16) 抽木馨, 高木多善男, 判例債權法總論(增補版), 東京, 有斐閣, 1966, p. 351.

定한 것으로 해석할 수 있다고 한다.<sup>17)</sup>

다) 特約效力制限說

債權讓渡는 自由로와야 하는 것이기 때문에 禁止特約의 拘束力은 되도록 制限的으로 해석하여 債權去來의 安全을 保護할 필요가 있으므로 讓渡禁止의 特約은 第3者가 惡意인 경우에도 債權去來保護의 重要性을 고려한다면 第3者에게 당연히 對抗할 수 있다고 할 것이 아니고 特約으로써 追求되고 있는 利益과 惡意의 讓受人側의 債權去來의 確實性의 利益과 比較衡量하여 特約의 對抗의 可否를 決定하여야 한다고 하며 特約의 效力은 既存의 見解보다 制限되어야 하고 또한 特約은 惡意者에 대하여서도 언제든지 對抗할 수 있다고 할 수 없다는 說이다.<sup>18)</sup> 이러한 立場에서 讓受人의 保護要件으로 無過失을 要求하는 경우에는 그 過失은 重過失을 意味하며 輕過失의 경우에는 讓受人은 보호되어야 한다고 한다.<sup>19)</sup>

라) 相對的效果說

이 說은 民法 第449條2項但書의 規定은 個別的으로 創造되는 債權의 具體的的特殊性(債權은 원래 讓渡性을 지닌다는 性格)과 去來의 安全(債權을 善意로 讓受하거나 또는 그 위에 質權을 取得한 第3者에게 不測의 損害를 주지 않게 하는 것)과의 調和를 도모하고자 하는 趣旨이므로 讓渡禁止特約이 있는 경우 債權의 讓受人이 善意인 경우에는 債權移轉의 效果는 생기고 다만 讓渡人이 債務者에 대하여 契約不履行의 責任을 부담할 뿐이며 讓受人이 惡意인 경우에는 債權移轉의 效果가 發生하지 않을 뿐더러<sup>20)</sup> 契約不履行의 責任까지 부담하여야 한다는 說이다.<sup>21)</sup> 그리하여 讓受人이 有效하게 債權을 取得하기 위해서는 善意 및 無過失도 要求되며 따라서 讓受人이 讓渡禁止의 特約이 있음을 알지 못하였다 하더라도 그것을 알 수 있었던 상태(債權證書에 讓渡禁止의 記載가 있는 경우)에 있는 경우에는 讓受人은 惡意로 推定되어야 하며<sup>22)</sup> 善意의 第3者는 制限的으로 해석할 필요는 없으며 惡意의 讓受人으로부터 다시 轉渡받은 善意의 轉受者도 이에 포함된다고 한다. 그리고 讓渡禁止에 관한 意思表示의 存在 및 第3者의 惡意에 대한 立證責任은 債務者가 부담하여야 한다. 이상의 學說에서 債權讓渡自由의 要請과 意思自治의 原則과를 衡量하면서 第3者의 保護基準을 定한 相對的效果說이 가장 妥當하며 讓渡禁止의 特約은 任意의 讓渡는 制限할 수 있을 뿐이고 債權의 押留까지도 制限할 수 있는 것은 아니다(독일 民訴法 第851條2

17) 中井美雄, 「債權關係におはる第3者保護の論理」, Law School, 24號 1980. 11, p. 39.

18) 米念明, 債權讓渡禁止特約の第3者效, 東京, 學陽書店, 1976. p. 60 이하

19) 水本浩, 民法セミナー債權總論, 東京, 一粒社, 1976, p. 150.

20) 大法判例 1963.11.28 [ 63다 654 ] 에 의하면 「惡意의 讓受人은 債權者가 아니므로 그가 裁判上 請求를 하였다 하더라도 時效中斷의 效力은 發生하지 않음」

21) 郭潤直, 前掲書, p. 367. 金容漢, 前掲書, pp. 437 ~ 438.  
於保不二雄, 債權總論(新版), 東京, 有斐閣, 1974, p. 351.

22) 郭潤直, 前掲書, p. 367.

金容漢, 前掲書, p. 438.

我妻榮, 前掲書, p. 524. 大法判, 1963.11.28 [ 63다 654 ]

項은 明文으로 規定) 債權讓渡禁止의 特約에 適用되는 法理는 對抗의 法理, 相對效의 法理 및 外  
觀信賴의 法理가 중첩되어 있다.

## 2. 指名債權讓渡에 대한 異議를 保留하지 아니한 承諾과 第三者保護

우리 民法 第451條 1項은 債務者가 移讓을 保留하지 아니하고 指名債權讓渡를 承諾한 경우에  
는 讓渡人에게 對抗할 수 있는 事由로써 對抗하지 못한다고 規定하고 있다. 이 規定은 債務者의  
異議를 保留하지 않은 承諾이라는 事實에 公信用을 인정하여 讓受人을 保護하며 指名債權의 讓渡  
의 安全을 꾀하는 規定이다.<sup>23)</sup>

그러나 이 承諾의 性質에 관하여는 學說的 見解가 갈라지고 있다. 즉 ① 異議를 保留하지 않  
은 承諾은 讓受人에 對한 새로운 債務를 負擔한다는 意思表示 이든바 無因의 債務의 承認이라고  
하는 債務承認說, ② 異議를 保留하지 않은 承諾은 債務者의 희생으로 讓受人을 保護하는 것이  
기 때문에 公信說과 같이 단순한 觀念通知로서는 不完全하고 보다 積極的으로 債權者가 指示하는  
債權內容을 承認하는 特殊한 意思表示로 보아야 한다는 指示引受說<sup>24)</sup> 과 ③ 債務者가 異議를 保  
留하지 않고 指名債權讓渡를 承諾하는 경우에는 讓受人이 이것을 信賴하는 것이 보통이므로 承諾  
에 公信用을 부여하여 讓受人의 信賴를 보호하고 債權去來의 安全을 보호하려는 制度라고 보는 公  
信說<sup>25)</sup> 등으로 區別된다. 따라서 ①의 債務承認說과 ②의 指示引受說은 讓受人의 善意·惡意  
를 不問하고 보호받게 하여 부당할 뿐만 아니라 承諾은 觀念의 通知이지 意思表示가 아니다. 즉 債  
權讓渡의 通知에 대한 承諾이 아니므로<sup>26)</sup> 讓渡의 效力을 發生시키기를 원하는 意思表示가 아니  
다. 따라서 公信說이 妥當하다. 公信說에 의하면 讓受人은 善意인 경우에만 保護되지만 善意의 讓  
受人에 의하여 다시 讓渡받은 轉得者가 惡意라 하더라도 債務者는 그 抗辯事由로써 轉得者에게  
對抗하지 못하며 讓受人이 惡意라 하여도 轉得者가 善意이면 또한 對抗하지 못한다.

### 1) 第三者保護關係

債務者가 異議를 保留하지 않고 承諾을 한 경우에도 그 債權이 第三者에게 讓渡됨으로써 確定

23) 郭潤直, 前揭書, p. 376.

金容漢, 前揭書, p. 449.

黃迪仁, 前揭書, p. 198.

我妻榮, 前揭書, p. 537.

24) 中井美雄, 前揭論文, p. 41.

25) 郭潤直, 前揭書, p. 376. 金容漢, 前揭書, p. 449.

黃迪仁, 前揭書, p. 198. 我妻榮, 前揭書, p. 537. 水本浩, 前揭書, p. 158.

26) 大法判, 1978. 3. 28 [ 77 다 2513 ]



日字있는 證書로서 通知된 때에는 債務者 以外の 第三者 사이의 優劣은 오직 確定日字에 의하여 決定되어야 하므로 二重으로 讓渡되었다는 異議를 주장할 수 있다.<sup>27)</sup> 그리고 第三者의 범위는 債務者 以外の 모든 第三者를 의미하지 않으며 일정한 범위의 第3者만을 意味한다.<sup>28)</sup> 즉 그 「債權에 관하여 讓受人의 地位와 兩立하지 않은 法律上的 地位를 取得한 者」 또는 「그 債權에 대하여 法律上的 利益을 가지는 者」만을 意味하며 예컨대 그 債權의 讓渡人으로부터 二重으로 讓受한 者, 그 債權위의 質權者, 그 債權을 押留한 讓渡人의 債權者, 그 債權의 讓渡人이 破産한 경우의 破産債權者등을 말한다. 이에 反하여 그 債權의 讓渡로 인하여 間接적으로 影響을 받은 者는 債權自體에 대하여 法律上的 利益을 가지는 者가 아니기 때문에 이른바 第三者에 해당되지 않는다.<sup>29)</sup> 債權의 二重讓渡時 讓渡人이 第1의 讓渡에 관하여는 단순한 通知를 하고 第2의 양도에는 確定日字있는 通知를 한 경우 第2의 讓渡가 效力이 생기며 모두가 確定日字있는 通知를 한 경우에는 日字가 앞에 있는 것이 效力이 發生한다. 이 때에 效力이 發生하는 이외의 讓渡에는 債務辨濟의 義務가 없다.<sup>30)</sup> 따라서 債權讓渡의 對抗關係는 債權이 存在하고 그 債權위에 兩立할 수 없는 權利關係가 생긴 경우에만 發生하며 債權이 消滅한 후에는 發生할 여지가 없다.<sup>31)</sup>

### 3. 相計禁止特約과 第三者保護

相計 (Aufrechnung) 는 當事者가 서로 同種의 債權, 債務를 가지고 있는 경우에 債權, 債務를 對等額 내지 對等한 評價額으로써 消滅시키는 一方的意思表示 (單獨行爲) 또는 契約에 의하여 이루어진다. 특히 相計契約은 契約自由의 原則에 비추어 有效함은 勿論이며 當事者 사이의 合意에 의하는 것이기 때문에 民法이 定하는 相計의 要件에 따라야 할 필요는 없다. 그러므로 當事者間의 特約에 의하여 相計禁止를 하는 것은 社會秩序에 반하지 않는 한 有效하다. (民法 492條 2項) 그러나 그것은 基本的으로는 當事者間의 效果 (債權讓渡禁止의 效果와 같은 趣旨)이며 意思表示에 의한 相計禁止特約으로서 善意의 第3者에게 對抗할 수 없다. (民法 492條 2項但書) 따라서 甲의 乙에 對한 債權이 受動債權으로 되는 것이 禁止되어 있는 경우에도 乙의 債務를 讓渡한 善

27) 郭潤直, 前揭書, P. 377

金容漢, 前揭書, P. 450

黃迪仁, 前揭書, PP. 198 ~ 199

金曾漢, 前揭書, P. 243 玄勝鍾, 前揭書, P. 320

28) 郭潤直, 前揭書, P. 379 金錫宇, 前揭書, P. 326

金容漢, 前揭書, P. 452 金基善, 前揭書, P. 255

金曾漢, 前揭書, P. 245 玄勝鍾, 前揭書, P. 322

29) 이러한 者들에 대해서는 對抗要件이 없더라도 確定日字있는 證書에 의하지 않고서도 對抗할 수 있다.

30) 郭潤直, 前揭書, P. 380 金容漢, 前揭書, P. 454 大法判 1972.1.31 (71 다 2697)

31) 서울 高判, 1963.5.13 (62 다 304)

意의 丙은 自己의 甲에 對한 債權으로서 相計할 수 있으며 (그러나 乙이 甲에게 가지는 債權으로서는 相計하지 못한다. 그것은 他人의 財産을 處分하는 것이기 때문이다). 또 그 債權이 自動債權이 되는 것이 禁止되어 있는 경우에는 甲으로부터 그 債權을 讓受한 善意의 丙은 自己의 乙에 대한 債務와 相計할 수 있다. 그리고 保護法理에 있어서도 債權讓渡와 趣旨를 같이 한다.

#### 4. 債務引受에 있어서 第三者保護

##### 가) 債務引受의 法的性質

債務引受 (Shuld übernahme)는 契約에 의하여 債務가 직접으로 引受人에게 移轉하여 履行의 問題를 남기지 않으므로 즉, 處分行爲이므로 債權讓渡처럼 準物權行爲이다. 그러나 債務者와 引受人만이 契約當事者인 경우에는 債務者와 引受人의 引受契約은 債權行爲이며 債權者의 承諾이 있을 때에 비로소 準物權行爲가 된다.<sup>32)</sup>

그리고 準物權行爲로서의 債權引受는 原因行爲와 有因關係에 있다.<sup>33)</sup> 다만 債務者와 引受人 사이의 契約에 의한 引受의 경우에는 準物權行爲를 형성하게 되는 債權者의 承諾은 無因性을 가진다. 債務引受는 債務의 그 同一性을 유지하면서 그대로 引受人에게 이전하는 것을 目的으로 하는 契約이므로 新債務와 舊債務와의 사이에 同一性이 없는 債務者 變更으로 인한 更改와 相異하다. 그리하여 引受人은 自己 固有의 抗辯事由가 있는 경우에는 그 抗辯事由로서 債權者에게 對抗할 수 있는 것은 勿論이지만 前債務者가 가졌던 모든 抗辯權으로써 債權者에게 對抗할 수 있다. 그러나 債務自體를 發生시킨 契約에 관한 取消權, 解除權은 그 契約의 當事者만이 가지는 權利이기 때문에 債務의 特定承繼人에 지나지 않는 引受人에게는 移轉되지 않는다. 또한 從된 債務도 移轉하지만, 이미 發生하고 있는 利子は 獨立性이 있으므로 당연히 移轉하지 않으며, 法定擔保權은 特定의 債權을 保全하기 위하여 法律이 政策的으로 認定한 것이기 때문에 또한 移轉되지 않는다. 그리고 債務引受時 그 債務에 대한 消滅時效는 引受 當時에 承認이 있는 것으로 됨으로서 時效의 中斷事由가 되는 것으로 보아야 한다.<sup>34)</sup>

##### 나) 第三者 保護關係

債權者, 債務者, 引受人의 三者를 當事者로 하거나 또는 단순히 債務者, 引受人만을 當事者로 하는 債務引受에 있어서는 當事者 사이에 특별한 意思表示가 없는 이상 引受의 效力은 引受契約의 成立과 同時에 發生한다. 이에 대하여 債務者, 引受人을 當事者로 하는 債務引受에 있어서는 債權

32) 郭潤直, 前掲書, P. 392      金錫宇, 前掲書, P. 339

    金曾漢, 前掲書, P. 254      玄勝鍾, 前掲書, P. 327

33) 金容漢, 前掲書, P. 469      金曾漢, 前掲書, P. 255      玄勝鍾, 前掲書, P. 337

34) 大法判, 1969.10.14 [ 69다 1497 ] 참조

者의 承諾에 의하여 그 效力이 생기지만 이러한 債權者의 承諾은 다른 意思表示가 없으면 債務를 引受한 때에 소급하여 그 效力이 생긴다.(民法 457條) 따라서 債務는 債務者와 引受人 사이의 引受契約이 成立한 때에 移轉하지만 그 溯及效로 말미암아 第3者의 權利를 侵害할 수 없다고 規定하여(民法 457條) 第3者를 保護하고 있다. 여기에서 第3者란 그 債務引受에 法律上 利害關係를 가지는 者를 意味한다. 그리고 債權者와 債務者가 미리 引受禁止의 特約을 하고 있는 경우에는 그 特約은 有效하지만 善意的 第3者에게 對抗하지는 못한다. 따라서 第3者保護要件으로서는 善意, 無過失이 要求되며 引受人이 禁止의 特約이 있음을 알지 못하였다 하더라도 그것을 알 수 있었던 상태에 있는 경우에는 引受人은 惡意로 推定되어야 하며 善意的 轉受人도 이에 포함된다. 그리고 第3者의 惡意的 立證責任은 債權者에게 있다. 여기에 適用되고 있는 保護法理는 債權讓渡의 경우처럼 중첩현상을 보이고 있다.

### 5. 債權者變更에 의한 更改와 第三者保護

更改(Schuldumwandlung)는 債務의 要素를 變更함으로써 新債務를 成立시키는 同時에 舊債務를 消滅케 하는 有價契約이므로 舊債權의 消滅과 新債權의 成立은 서로 因果關係를 가지므로 舊債權이 消滅하지 않는 때에는 新債權이 成立하는 일은 없고 반대로 新債權이 成立하지 않은 때에는 舊債權은 消滅하지 않으므로 이러한 意味에서 有因契約이다. 이에 更改는 本來의 給付와 다른 給付가 現實的으로 행하여지는 경우는 없고 단순히 給付하여야 할 새로운 債務가 成立하는 데 지나지 않은 점에서 代物辨濟와 다르고 債務者의 意思와 關係없이 행해지는 債權讓渡와도 相異하다. 이러한 更改의 한 種類로서 債權者變更에 의한 更改는 新·舊債權者와 債務者의 3面契約으로서 행해지며 債務者도 반드시 契約當事者가 되어야 하는 점에서 債權讓渡와 相異하지만 그 結果에 있어서는 거의 差異가 없다. 따라서 第三者保護關係는 債權讓渡에 있어서 保護關係와 같다.

그리하여 第3者에게 對抗하기 위해서는 確定日字있는 證書로 하여야 한다.(民法 502條) 즉 第2의 更改契約當事者가 通謀하여 日字를 앞세움으로써 第1의 更改契約의 新債權者를 害하는 것을 防止하고자 하는 趣旨이다.

### 6. 免除에 있어서 第三者保護

免除는 債權者의 單獨行爲로서 處分行爲에 속한다. 따라서 免除에 의하여 債權은 消滅하며 이에 수반하는 擔保權, 保證債務 등 從된 權利도 消滅된다. 그러나 이때에는 債權者는 處分權限을 가지지 않으면 안된다. 免除되는 債權의 存續에 대하여 正當한 이익을 가진 第3者에게는 免除로서 對抗하지 못한다.(民法 506條但書) 예컨대 第3者의 抵當權의 目的이 된 地上權을 포기하더라도

이로써 抵當權者에게 對抗할 수 없으므로 利害關係있는 第3者는 保護받는다.

### 7. 外觀을 信賴한 辨濟者의 保護制度

債權關係에 있어서 善意者保護의 制度는 債權去來의 自由性, 敏活性, 安定性의 確保를 위하여 債權의 存在에 대한 信賴를 保護하려는 制度이므로 債權者의 外觀에 關여한 債權者의 歸責性을 別로 문제시하지 않고 去來의 敏活과 安全保護를 증시하는 制度가 表見受領權者에 대한 辨濟制度이다. 여기에 適用되는 法理는 外觀信賴의 法理이다.

#### 1) 債權의 準占有者에 대한 辨濟

債權의 準占有者에 대한 辨濟는 辨濟者가 善意, 無過失인 경우에 한하여 辨濟의 效力이 있다. (民法 第470條) 債權의 準占有者란 眞實한 債權者는 아니지만 去來觀念上 眞實한 債權者라고 認爲한 한 外觀을 가지는 者를 意味한다. 예를 들어 債權讓渡가 無效 또는 取消된 경우의 債權의 事實上의 讓渡人, 表見相續人, 豫金證書와 印章을 所持하는 者, 無效인 轉付命令을 얻은 債權者 등이다. 債權의 準占有者에는 債權者의 代理人이라고 稱하고 債權行爲를 하는 者도 포함한다.

왜 나하면 準占有에 關해서도 直接占有, 間接占有 關係의 成立을 否定하여야 할 理由가 없고 또 한 證書와 印章을 竊取한 者가 本人이라고 詐稱하는가, 代理人이라고 詐稱하는가에 따라서 債務者의 保護를 달리하여야 할 理由가 없기 때문이다.<sup>35)</sup> 이 制度는 日常적으로 屢번히 行하여지는 辨濟라는 去來行爲의 安全과 敏活을 보호하려는 것으로 權利外觀信賴의 保護에 重點을 둔 制度이다. 準占有者에 대한 辨濟가 有效하기 위해서는 辨濟者는 外觀을 信賴했을 것 즉, 善意, 無過失이어야 한다. 舊民法에 있어서는 法條文上 善意만이 規定되어 있었기 때문에 無過失의 與否가 問題되었으나 新民法은 無過失을 保護要件으로 追加함으로써 辨濟者의 去來安全이라는 動的安全의 保護와의 調整을 기하고 있다. 따라서 예컨대 銀行이 手票 또는 어음의 金額欄에 偽造 또는 變造된 것을 過失로 알지 못하고 支給하였을 경우에는 그 辨濟는 無效이며 따라서 그 損害는 銀行이 부담하고 債權者의 豫金債權에 는 影響이 없다.<sup>36)</sup> 따라서 辨濟者는 準占有者에 대하여 辨濟한 것의 返還을 請求할 수 없고 (非債辨濟가 아니기 때문) 眞正한 債權者만이 受領者에 대하여 不當利得의 返還請求를 할 수 있다.

35) 同旨, 郭潤直, 前掲書, P. 418    金容漢, 前掲書, P. 524    金曾漢, 前掲書, P.124  
金錫宇, 前掲書, P. 362    玄勝鍾, 前掲書, P. 367    我妻榮, 前掲書, P.298  
崔 棻, 「民法上 外觀을 信賴한 者의 保護」 司法行政, 1965.3, P. 17

36) 大法判, 1969.10.14 [ 69다 1237 ]  
大法判, 1965.12.21 [ 65다 1990 ]  
大法判, 1971.3.9 [ 71다 2895 ]에 의하면 「印章을 위조하여 作成한 偽造手票는 無效이며, 이러한 無效의 手票에 대한 辨濟가 有效로 되는 것은 特別法規, 免責約款, 또는 商慣習이 있는 경우에 한한다고 할 것

다만 眞正한 辨濟者에게 다시 2重으로 辨濟한 경우에는 例外的으로 返還請求權은 있다.

## 2) 領收證所持者에 대한 辨濟

民法 第 471 條는 「領收證을所持한 者에 대한 辨濟는 그 所持者가 辨濟를 받을 權限이 없는 경우에도 效力이 있다」고 規定하고 있다. 領收證을 所持하고 債務의 辨濟를 要求하는 者는 辨濟 受領의 權限을 授與받고 領收證이 交付된 것으로 推定할 수 있다. 그러므로 이러한 外觀을 信賴 하고 善意, 無過失로 領收證所持者에게 辨濟한 경우에는 債務者를 보호하고 去來의 安全을 위하여 辨濟로서의 效力이 認定된다는 것이 同條의 趣旨이다. 그러나 第 471 條와 第 470 條 關係를 어떻게 보느냐에 따라 學說이 나누어져 있다. 第 1 說은 第 470 條는 債權者의 外觀에 대한 信賴保護의 規定이나 第 471 條의 경우에는 受領權限이 授與된 것과 같은 外觀을 가지는 者에 대한 辨濟의 保護 즉 受領權限에 대한 信賴保護의 規定이라고 하며<sup>37)</sup> 第 2 說은 第 470 條의 準占有規定은 權利 歸屬面에 있어서의 權利存在의 外觀을 대상으로 하지만 第 471 條는 權利受領의 外觀 즉, 權利行使 面에 있어서의 辨濟請求行爲의 外觀을 保護하는 規定이란 점에서 區別된다고 한다.<sup>38)</sup> 第 3 說은 第 471 條의 規定을 第 470 條의 特則 내지 例外로 보는 說이다.<sup>39)</sup> 이에 上述한 3 說 中 第 1 說과 第 2 說은 兩條를 峻別하는 說로 妥當性은 있으나 어느說에 의하여도 같은 結果를 招來하기 때문에 區別의 實益이 없다. 따라서 어느說에 의하여도 本條의 適用要件으로서 善意, 無過失 이외에 眞實한 債權者의 靜的安全과 去來의 安全이라는 兩面의 理想을 調和시키기 위하여 領收證은 眞正한 것이어야 한다고 한다.<sup>40)</sup> 眞正한 領收證이란 領收證을 作成할 正當한 權限이 있는 者가 作成한 領收證을 말한다. 따라서 代理權있는 者가 代理權으로써 作成한 것은 勿論이며 權限이 없는 者가 作成한 領收證이라도 그 作成에 關하여 表見代理의 要件을 具備한 경우에는 그 領收證은 眞正한 것으로 認定하여야 한다.( 偽造된 領收證이라도 다른 事情과 종합하여 債權의 準占有者라고 認定되는 경우에는 債權의 準占有者에 대한 辨濟로서 有限辨濟가 되고 ) 眞正한 領收證이면 그것을 入手한 理由는 不問이다. 그리하여 領收證이 盜品이거나 拾得物이라 하더라도 辨濟者가 善意, 無過失인 以上 그 辨濟는 有效한 것이 된다. 그리고 偽造된 領收證이라도 다른 事情과 종합하여 債權의 準占有者라고 認定되는 경우에는 債權의 準占有者에 대한 辨濟로서 有效한 辨濟가 된다. 그러므로 眞正債權者는 債務者(辨濟者)에 대하여 그 履行을 請求할 수 없는 대신에 受領者에 대하여 不當利得의 返還請求를 할 수 있다.<sup>41)</sup>

이며 債權의 準占有者에 대한 辨濟의 法理는 적용될 수 없다고 한다.

37) 來栖三郎, 「債權의 準占有と 免責證券」, 民商法雜誌, 33卷4號, P. 482

38) 內池, 「債權의 準占有と 受取證書」, 慶應法學研究, 34卷1號, P. 65

39) 磯村哲編, 注釋民法(12), 東京, 有斐閣, 1961, P. 120

40) 郭潤直, 前掲書, P. 421      金容漢, 前掲書, P. 526

金曾漢, 前掲書, P. 126      玄勝鍾, 前掲書, P. 368

41) 郭潤直, 前掲書, P. 421      金容漢, 前掲書, P. 526

### Ⅲ. 相續 기타 身分關係에 있어서 第三者保護

「家」制度下에서는 家の 번영이 至上命令이며 家の 번영은 모든 것에 우선하여 保護 維持되어야 한다. 家の 保護는 곧 家の 相續 내지 相續人의 保護이다. 그러므로 自本主義經濟社會에 있어서도 第三者保護보다 相續人保護에 傾斜하는 면이 나타나고 있다. 그러나 現代社會의 法秩序에 있어서 去來의 保護 즉 第三者保護는 財產法一般의 基盤으로 되고 있으며 相續法도 엄밀한 意味에서는 財產法의 범주에 속할 수도 있다고 본다면 相續人保護에만 치중할 것이 아니고 去來의 安全을 위한 第三者保護도 동시에 고려되어야 한다. 다음에서 相續關係 및 夫婦關係와 關連되는 去來關係에 있어서의 第三者保護制度에 관한 주요한 것을 살펴본다.

#### 1. 相續에 있어서 第三者保護

##### 1) 相續財產分割의 遡及效와 第三者保護

相續財產의 分割은 相續이 開始된 때에 遡及하여 그 效力이 發生한다.(民法 1015條 本文) 이것은 相續財產을 分割하면 各 共同相續人에 귀속되는 財產은 相續 開始當時에 이미 被相續人으로부터 직접 分割을 받은 者에게 移轉하여 承繼된 것으로 보는 것을 意味한다. 즉 이것은 相續財產의 分割의 效力에 대하여 이른바 移轉<sup>42)</sup>主義에 의하지 않고 宣言<sup>43)</sup>主義에 입각하고 있다. 따라서 相續財產은 分割時까지 相續人의 1人이 個個의 財產에 대하여 한 處分은 分割에 의하여 그 財產이 處分한 相續人의 所有가 되지 않는 이상 無效가 되므로 結果적으로 共同相續人의 保護에 有利하게 된다. 즉 相續財產의 分割前에 共同相續人 중의 1人이 相續分을 第三者에게 讓渡하고 後에 分割에 의하여 그 財產이 讓渡人 이외의 相續人에게 歸屬되는 경우에는 第三者는 無權利者로부터 權利를 讓受한 것이 되어 第三者에게는 不利하다. 그리하여 去來의 安全 즉 第三者의 去來上의 地位를 保護하기 위하여 相續財產의 分割에 原則적으로 遡及效를 認定하면서도 第三者의 權利를 害할 수 없게 하기(民法 第1015條 단서) 위하여 第1015條 但書條項을 두고 있다.<sup>44)</sup> 이리하여 宣言의 效力은 實效性이 없고 그 結果로 相續分의 讓渡行爲에 加擔하지 않은 기타의 相續人이

42) 金容漢, 親族相續法論, 博英社, 1984, P. 369

金麟洙, 親族相續法, 法文社, 1964, P. 406 立法例, 프랑스와 일본(佛民 883條, 日民 909條)

43) 鄭光鉉, 新親族相續法要論, 法文社, 1961, P. 357

立法例, 독일과 스위스(獨民 2033條 2項, 瑞民 602條 2項)

44) 이 但書條項에 의하여 민법 第1000條에서의 相續財產은 合有的 性質로 볼 수 없고 共有로 보아야 한다.

同旨, 郭潤直, 物權法, 1983, P. 336 金曾漢, 物權法(上), P. 184

反村, 鄭光鉉, 前掲書, P. 357

第三者에 대하여 讓渡의 目的으로 된 相續持分の 返還을 請求할 수 없게 된다.<sup>45)</sup> 第三者의 善意 惡意의 有無에 관하여서는 舊民法上 善意이어야 한다는 해석도 있었으나 現行民法上 法文上 明文의 規定이 없을 뿐 아니라 善意·惡意를 區別하는 것은 二重賣買의 買受人의 경우와 均衡을 잃게 되므로 善意·惡意를 묻지 않고 보호되어야 한다.<sup>46)</sup>

## 2) 相續回復請求權과 第三者保護

相續은 일정한 우연한 사실에 의하여 開始되기 때문에 相續人은 왕왕 자기가 相續하였다는 것을 모르는 경우도 있고 또 相續財産에 대하여 現實的 支配를 하고 있지 않은 경우도 있다. 이러한 경우에는 相續人이 아닌 者가 故意로 相續財産을 占有하거나 戶籍上의 錯誤로서 善意로 事實上의 相續을 하고 있는 경우도 있다. 이러한 경우에 眞正相續人이 僭稱相續人을 상대로 相續回復訴를 提起(家審 2조1항乙아)하여 勝訴의 確定判決을 받은 경우 眞正相續人은 相續이 開始된 때에 遡及하여 相續人의 地位를 回復하게 되고(民法 982, 999條) 僭稱相續人은 眞正相續人에게 그가 占有한 相續財産을 返還하여야 한다. 이 경우 僭稱相續人이 이미 相續財産을 讓渡한 경우에 이를 讓渡한 第三者의 保護가 문제된다. 첫째 相續回復의 效果는 僭稱相續人으로부터 相續財産을 讓受한 第3者에게도 미친다.

왜냐하면 眞正相續人의 地位는 相續이 開始된 때도 遡及하기 때문이며 僭稱相續人의 處分行爲는 處分權限없는 者의 處分行爲이므로 無效이다. 그러나 僭稱相續人으로부터 讓受한 財産이 動産, 指示債權, 無記名債權, 指名所持人出給債權 等 有價證券이면 善意取得의 法理(民法 第249條)에 의하여 保護되나 不動産인 경우에는 相續登記도 公信力이 없기 때문에 救濟받지 못하게 된다. 이것은 分明히 立法的 不備이다.<sup>47)</sup> 그럼에도 불구하고 第三者에게 物權的請求權(民法 第201條 203條)만을 類推適用한다면<sup>48)</sup> 保護가 미흡하다. 이리하여 救濟策으로 民法 第1015條但書의 類推適用에서 求하려는 見解도 있으나<sup>49)</sup> 民法 第108條2項의 類推適用의 法理<sup>50)</sup> (虛僞表示에 의하여 虛僞의 外觀形成에 原因을 준 者는 그 外觀을 信賴한 第三者에 대하여 權利主張을 할 수 없다는 表見法理에 관한 規定의 정신을 授用하려는 法理)를 授用하는 것이 理想的이 아닐까 한다.

45) 金疇洙, 前掲書, P. 406 金容漢, 前掲書, PP. 319 ~ 370

46) 同旨, 金容漢, 「民法上 善意 第三者保護」, 法政, 1969.1, P. 44

立石芳枝, 「相續と 第三者保護」, Law School, 24號 1980.11, P. 49

47) 獨逸에서는 中世 이래 外部的 表象을 信賴한 者의 保護制度를 마련하여 이른바 相續證書(Erbschein)의 制度가 채용되어 있고(獨民 2018條以下) 프랑스에서도 普通 一般의 錯誤는 權利를 만든다(error communis facti)는 原則이 判例法으로서 確認되어 善意의 第三者는 保護된다.

48) 金容漢, 前掲書, 親族相續法論, P. 328

49) 金疇洙, 前掲書, P. 380

50) 高多善男, 「不動産 物權取引と 第三者保護の 論理」 The Law School, 24號 東京, 立花書房, 1980, P. 15

왜냐하면 第1015條但書의 類推適用은 惡意의 第三者도 保護되기 때문에 眞正相續人에 너무 가혹하고 第108條2項의 類推適用에서는 眞正相續人의 歸責事由와 第三者의 保護事由(登記信賴事由)의 두가지 事由를 要求하기 때문에 僭稱相續人이 善意이고 第三者가 善意, 無過失(眞正相續人이 적극적 関여가 없었기 때문에 善意만은 부족하고 無過失도 요구 됨)<sup>51)</sup> 일때는 第三者를 保護하는 것이 去來의 安全을 위하여 妥當하다고 생각한다.

## 2. 家事代理權과 第三者保護

夫婦間에 日常家事에 관한 法律行爲를 하는데 夫婦의 一方이 地方을 代理하는 경우가 있기도 하고 代理權이 범위를 넘는 경우도 있다. 이러한 경우에 代理法理에 의하여 代理權의 有無를 문제삼은 것은 家事關係와 같이 빈번히 일어나는 法律關係에 관하여서는 적당치 않다. 그러므로 民法은 共同生活을 영위하는 夫婦生活의 特質에 비추어 즉 夫婦의 本質的 平等이라는 婚姻法의 思想을 실현하고 內部的으로는 婚姻生活의 평온과 去來의 편의를 위하여 外部的으로는 去來의 相對方을 保護한다는 취지에서 日常家事에 관하여서는 夫婦間에 家事代理權(相互代理權)이라는 基本的 代理權을 인정하고 있다.<sup>52)</sup> (民法 827條) 그러나 어떤것이 日常의 家事에 속하는 것인가에 대하여 아무런 規定도 없으며 또한 日常家事代理權의 性格을 어떻게 理解할 것이냐도 문제이다. 따라서 日常家事의 範圍 및 日常家事代理權의 性格을 學說과 判例를 통하여 求할 수밖에 없고 日常家事의 範圍를 정함에 있어 具體的인 法律行爲를 한 夫婦의 共同生活의 內部的인 事情이나 그 行爲의 個別的인 目的만을 重視하여 判斷할 것은 아니고 다시 客觀적으로 그 法律行爲의 種類, 性質 등도 충분히 고려하여 決定하여야 한다. 왜냐하면 夫婦間의 「家事代理權」 및 「家事로 인한 債務의 連帶責任」規定이 夫婦의 一方과 去來關係에 있는 第三者의 保護를 目的으로 하기 때문이다. 따라서 예컨대 借財는 日常生活費로서 客觀적으로 妥當性이 있는 額數라면 日常家事범위내에 들어가고<sup>53)</sup> 地方 名義의 不動產에 대한 賣却行爲나 低當權設定行爲는 아무리 부득이하고 궁박한 사정으로 인한 것이라고 하더라도 民法上 別產制의 趣旨로 보아 範圍內로 볼 수 없다.<sup>54)</sup> 基本的 代理權의 性格에 대하여서는 많은 見解로 나누어져 있으나<sup>55)</sup> 家事代理權은 本人들의 意思에 根

51) 四宮和夫, 民法總則, 東京, 弘文堂, 1972, P. 172 이하.

幾代通, 民法總則, 東京, 青林書院新社, 1962, P. 257.

奧田倉直, 「民法 94條2項의 類推適用」, 判例演習, 民法總則, 東京, 有斐閣, 1968, P. 284.

52) 金嘯沫, 「日常家事代理權의 範圍와 表見代理의 適用與否」, 法曹, 1967.12 (通卷 16卷 12號).

1968.1 (通卷 17卷 1號) 合併號, P. 56 金容漢, 前揭親族相續法論, P. 186.

53) 同旨, 金嘯沫, 前揭書, p. 143 鳥律一郎, 前揭書, p. 176 青山道夫, 前揭書, p. 395

反, 서울民地判(1971. 7. 29 71가 합 2177)에서는 金額을 借用함과 같은 財産上 重要한 法律行爲는 日常家事에 속하는 行爲라 볼 수 없다.

54) 金嘯沫, 註釋判例家族法, 三英社, 1978, P. 174 참조.

55) 代表說, 金嘯沫, 前揭親族相續法, P. 147.

任意代理說: 高翔龍, 表見代理와 基本權의 代理權의 存否, 考試界, 1981.12 (通卷 298號), PP. 65 ~ 66.



거를 두고 發生한 것이 아니라 夫婦라는 身分關係로 인하여 法律上 당연히 代理權이 發生하는 法定代理로 보는 것이 妥當하다.<sup>56)</sup> 그리고 基本的代理權을 信賴하고 이에 대한 制限을 알지 못하고 去來한 第三者의 保護를 위하여 民法 第 827 條 2 項은 夫婦家事代理權에 가한 制限은 去來의 安全上 善意의 第三者에게 對抗하지 못하게 規定하고 있다. 이 條項의 趣旨는 夫婦中 一方이 家事에 대하여 經驗이 없든가 無思慮의 浪費者일 경우와 같은 때에 그러한 配偶者에게 家事代理權을 그대로 認定한다면 다른 一方의 配偶者에게 심한 不利를 가져올 우려가 있기 때문에 家事代理權을 制限할 수 있도록 하였다. 그러나 家事代理權 전부를 否認하는 것은 許用되지 않으며 第三者가 그 制限을 알지 못하는 경우에는 制限을 한 配偶者는 그 制限으로써 이를 第三者에게 對抗할 수 없게 하였다(民法 第 827 條 2 項). 이것은 表見代理의 趣旨를 類推適用하여<sup>57)</sup> 日常家事의 범위내라고 믿을 만한 正當한 事由가 있는 경우에는 第三者를 保護하는 規定이며 去來의 安全을 기하는 條項이다. 第三者保護要件은 善意·無過失을 요하며 惡意 또는 有過失의 立證責任은 相對方이 진다.<sup>58)</sup> 그리고 夫婦가 져야 할 責任은 連帶責任(民法 第 832 條 本文) 原則으로 하지만 第三者에 대하여 他方의 責任없음을 明示한 때에는 連帶責任을 지지 않는다.(民法 第 832 條 但書) 여기에 適用되는 法理는 外觀信賴의 法理라고 할 수 있다.

### 3. 夫婦間的 契約의 取消과 第三者保護

夫婦사이의 契約은 婚姻中 언제든지 夫婦의 一方이 이를 取消할 수 있다(民法 第 828 條). 이는 夫婦사이의 契約은 愛情에 빠져서 또는 壓力에 의하여 체결된 眞意아닌 意思表示가 많을 뿐더러 그 履行을 法律問題로 삼는다는 것보다 人情에 맡기는 것이 더 좋다는 趣旨에서 이다. 여기서 取消權은 婚姻의 效力으로서 夫婦사이에 생기는 것이므로 婚姻前의 契約에는 適用되지 않으며 여기서 夫婦는 法律上의 夫婦를 意味하므로 事實婚에는 適用되지 않는다. 取消의 方法에는 아무런 制限이 없고 따라서 相對方 配偶者에 대한 意思表示로 하면 된다. 取消의 效果는 溯及效를 가지지만 第三者의 權利를 害하지 못한다하여 第三者를 保護하고 있다.<sup>59)</sup> 여기서 第三者는 夫婦 以外

代理權否認說：島津一郎，判例 ユンメール 6 民法 IV (親族)，三省堂，1978，P. 182

青山道夫，注釋民法(20) 親族(1)，有斐閣，1983，P. 396

56) 同旨：郭潤直，民法總則，經文社，1983，P. 449

金容漢，「日常家事代理關係」(判例研究)，司法行政，1968.2，P. 57

鄭範錫，代理權에 관한 問題點(夫婦間的 日常家事代理權에 관하여 司法行政，1974.8，P. 25)

57) 原田純孝，「日常의 家事의 範圍と 表見代理의 類推適用」デユリスト，772 號(1982.8)，P. 213

58) 同旨，郭潤直，前揭民法總則，P. 433

金容漢，民法總則論，博英社，1983，PP. 371~377

反對，李英燮，新民法總則講義，博英社，1959，PP. 366~367

幾代通，民法總則，青林書院新社，1962，P. 385

59) 金顯泰，「去來의 安全을 위한 民法上의 制度」，考試界，1962.2，P. 70

의 者를 가리키며 第三者의 保護要件으로서 善意, 惡意를 묻지 않는다.

#### 4. 認知的 遡及效와 第三者保護

父의 認知가 있으면 認知된 子와 認知者와의 사이에 父子關係는 子의 出生時에 遡及하여 效力이 發生한다<sup>60)</sup> 고 民法 第860條에 規定하고 있다. 이리하여 遡及效에 의하여 發生하게 되는 法律關係의 이해조정을 위하여, 즉 去來의 安全을 위하여 遡及效는 第三者가 이미 취득한 權利를 해칠 수 없다고 同 但書에 明文化하고 있다. 여기에서 被相續人의 兄弟姊妹는 第三者의 範圍에 서 제외된다.<sup>61)</sup> 이리하여 認知的 遡及效는 認知前에 開始된 相續으로 인하여 第三者가 취득한 權利와 충돌되는 경우가 많겠지만 立法的으로 問題의 解決을 보고 있다. 즉 相續開始後 認知에 의하여 相續人이 된 者가 相續財産을 請求한 경우에 다른 共同相續人이 이미 分割, 그 밖의 處分을 한 때에는 그 相續分에 상당한 價格의 支給을 請求할 權利가 있다(民法 第1014條)고 하여 문제를 해결하고 있다. 그리하여 現行法 아래서는 適用될 경우가 드물다.

### IV. 民法上 其他 第三者保護

民法에는 相對方保護와 第三者保護가 중첩된 경우 또는 相對方保護가 間接的으로 第三者保護와 관련되는 경우가 許多하다. 예컨대 失蹤宣告取消의 效果의 制限(民法 第29條 1項 但書), 無權代理追認의 遡及效의 制限(民法 第133條 但書), 理事의 代表權에 대한 制限의 對抗要件에 관한 規定(民法 第60條) 그리고 「現存의 利益의 범위」에서라는 表現으로 第三者保護를 기하는 規定으로서 失蹤宣告取消로 인한 返還財産의 범위(民法 第29條 2項 但書), 取消의 遡及效(民法 第141條) 등이 있다. 그 외에 相對方의 保護가 同時에 第三者保護와 관련되는 경우로는 無能力者의 相對方의 保護(民法 第15條 내지 第17條) 意思欠缺의 경우가 있고 賣渡人의 擔保責任도 이에 포함시킬 수 있다. 여기서는 物權去來 中心으로 第三者保護制度를 論할 때 言及하지 않은 부분만 論하기로 한다.

#### 1. 失蹤宣告取消의 效果의 制限

60) 判決에 의한 認知도 遡及效가 있음, 大法判 68.11.26 [ 68 다 1675 ]

61) 大法判 74. 2. 26 [ 72 다 1739 ]

失蹤宣告取消 (Aufhebung der verschollen heitserkarung)의 審判 (家審 2條 1甲다, 家審規 62 ~ 72條 참조)이 確定되면 失蹤宣告는 당초부터 없었던 것과 같은 效果가 發生한다. 즉 失蹤宣告로 인하여 생긴 法律關係는 소급적으로 無效가 된다. 따라서 消滅된 婚姻關係는 해소되지 않고 存屬한 것이 되고 相續은 전혀 개시되지 않았던 것이 되며 기타 死亡을 原因 내지 前提로 한 여러가지 權利變動은 모두 遡及하여 存在하지 않았던 것이 되고 現實로 이동된 財貨는 모두 복귀되어야 한다. 그러나 이와같이 失蹤宣告로 말미암아 일단 생긴 效果를 遡及的으로 예외없이 환원시킨다면 利害關係를 가지게 된 者는 불측의 혼란과 損害를 입게 될 염려가 있다. 이리하여 取消의 效果의 制限을 두어 原狀回復의 原則에 例外를 認定하게 되었다. 이 例外의 하나가 失蹤宣告後 그 取消 前에 善意로 한 行爲의 效力에 영향을 미치지 않는다고 第 29條 1項但書에 規定하고 있다. 그리하여 失蹤期間滿了 후 宣告前에 行한 行爲에 관해서는 宣告取消의 遡及效에 영향을 받아 善意惡意를 不問하고 保護받지 못한다. 여기서 善意라 함은 失蹤宣告가 사실에 반함을 알지 못하는 경우이고 단독행위에 있어서는 行爲者만의 善意로 충분하지만 契約에 있어서는 當事者 쌍방이 모두 善意이어야 한다는 說<sup>62)</sup>과 모든 當事者에 대하여 法律關係를 確立적으로 결정할 것이 아니라 善意에 대한 關係에 있어서는 物權移轉등 權利處分의 效力을 認定하고 惡意者에 대해서는 無效로 하여 關係 各 當事者에 따라 個別的 相對的으로 그 效力을 決定해야 한다는 說<sup>63)</sup>로 나누어져 있다. 兩 當事者의 善意를 要求하는 前說의 주장은 契約當事者 一方만이 善意이면 되는 것으로 본다면 惡意者의 通謀로 善意를 조작함으로써 善意者가 財產을 保有할 수 있게 되어 결국 生存失蹤者에게 損害를 주게 되고 또한 後說이 주장하는 善意者를 保護하여 去來의 安全을 기한다는 趣旨도 없기때문이라고 한다. 善意者保護라는 意味가 없다는 理由는 善意로 取得한 者가 문제의 財產을 保有하고 있는 동안은 좋으나 그 者가 다시 惡意者에게 讓渡하였다면 그 惡意의 讓受人은 문제의 財產을 剝奪당하게 된다. 이때에 그 讓渡人(善意者)은 擔保責任(民法 第 569條以下)을 지게 될 것이므로 善意者保護의 意味가 없다는 뜻인 것 같다. 그러나 讓渡人(善意者)이 擔保責任에 의하여 損害賠償責任까지 지는 것은 아니고(民法 第 569條以下 참조) 解除權은 있지만 그 후 不當利得의 返還請求는 現存利益에 한하는 것이고(民法 第 748條 1項) 去來의 安全이라는 趣旨에서 後說이 妥當하다고 생각한다. 身分行爲에 있어서는 새로운 婚姻當事者의 쌍방이 善意인 경우에는

62) 郭潤直, 前掲民法總則, P. 182      李英燮, 前掲書, P. 154  
 金曾漢, 民法總則, 眞一社, 1972, P. 157      張庚鶴, 新民法總則, 三省文化社, 1978, P. 221  
 金基善, 韓國民法總則, 法文社, P. 197  
 日本判, 昭和 13年 . 2. 7 民集 P. 59

63) 金容漢, 前掲民法總則論, PP. 148 ~ 149  
 黃迪仁, 現代民法論 I, 博英社, 1981, P. 77  
 金容熙, 民法總則, 進明文化社, 1980, P. 135  
 金顯泰, 民法總則, 教文社, 1973, P. 140  
 李太載, 民法總則, 法文社, 1978, P. 113

舊婚姻은 復活하지 않는다. 다만 쌍방 또는 一方이 惡意인 경우에는 前婚이 復活하여 後婚과 重婚이 되어 前婚에 관해서는 離婚原因이 생기고(民法 第 840條 1號) 後婚은 取消할 수 있게(民法 第 810條, 第 816條, 第 818條) 해석하는 것이 妥當하다.<sup>64)</sup> 따라서 ① 殘存配偶者가 惡意이고 殘存配偶者와 婚姻한 相對方도 惡意인 경우 生存失蹤者가 離婚을 원하지 않은 경우 後婚의 取消을 請求할 수 있다.(民法 第 818條 참조) 그리하여 계속 婚姻生活을 영위할 수는 있다. (그러나 婚姻의 人的結合에서 오는 事實問題는 어찌할 수 없다.) ② 殘存配偶者가 善意이고 再婚한 相對方이 惡意인 경우 生存失蹤者가 같이 婚姻生活을 원할 때는 後婚을 取消하면 되고(民法 第 818條) 아니면 殘存配偶者가 後婚을 取消(民法 第 816條 3號)하여 前婚을 부활할 수도 있다. 만일 生存失蹤者가 離婚을 원할 때는 殘存配偶者는 後婚을 取消하지 않으면 될 것이다. ③ 殘存配偶者가 惡意이고 再婚한 相對方이 善意인 경우 善意的 再婚相對方은 그 婚姻을 取消할 수 있고 前婚 配偶者가 받아 주지 않고 離婚을 원할 때 惡意的 殘存配偶者는 保護해 줄 價値가 없기 때문에 별 문제없다. ④ 善意的 再婚相對方이 婚姻을 取消하지 않고 再婚生活의 계속을 원하나 生存失蹤者도 離婚을 원치않고 殘存配偶者와 婚姻生活을 계속하고자 할 때 前婚 配偶者(生存失蹤者)의 權利가 우선한다(民法 第 818條)고 해석할 수 있다. 결국 上述한 바와같이 해석되지만 婚姻은 人的結合의 特性때문에 當事者의 意思에 반하여 婚姻生活의 계속적 영위를 구하기는 힘들 것이다.

## 2. 失蹤宣告取消時 返還財産의 範圍

失蹤의 宣告를 직접 원인으로 하여 財産을 取得한 者가 善意인 경우에는 그 받은 財産이 現存하는 한도에서 반환할 의무가 있고 惡意인 경우에는 그 받은 利益에 利子를 붙여서 반환하고 損害가 있으면 그것을 賠償하여야 한다(民法 第 29條 2項). 여기서 「직접 財産을 취득한」 者란 相續人, 受遺者, 生命保險金受益者 等이며 이러한 者로부터 다시 별개의 行爲에 의하여 財産을 取得한 者는 포함되지 않는다. 轉得者의 保護關係는 前述한 바와 같이 個別的, 相對的으로 그 效力을 決定하여야 한다. 결국 返還義務는 성질상 不當利得의 返還이며 그 返還範圍도 不當利得에 있어서의 受益者의 返還範圍와 같다.<sup>65)</sup> 이리하여 生存失蹤者의 財産返還請求權은 不當利得返還의 성질로 보아야 하므로 宣告取消時로부터 10年의 消滅時效에 걸리는 것이며 만약 有體財産이 原形대로 受益者의 손에 있는 경우에는 所有權에 의거한 返還請求權도 가능하다. 이 경우에는 消滅時效에 걸리지 않는다(民法 第 162條 2項). 그러나 受益者를 위한 取消時效(民法 第 245條, 第 248條)

64) 同旨, 金容漢, 前揭民法總則論, P. 149

反對, 郭潤直, 前揭民法總則, P. 183

65) 郭潤直, 前揭民法總則, P. 184

金容漢, 前揭民法總則論, P. 147

黃迪仁, 前揭書, P. 78

의 完成이 있을 수 있으므로 物權的 또는 債權的 回復請求權 모두다 時間的으로 限界가 있다.<sup>66)</sup>

### 3. 無權代理 追認의 溯及效 制限

民法 第33條에서는 無權代理의 追認은 다른 意思表示가 없을 때에는 契約時에 溯及하여 그 效力이 생긴다. 그러나 第三者의 權利를 害하지 못한다고 規定하고 있다. 上述한 同 但書規定은 無權代理行爲후 追認이 있을때까지의 사이에 행하여진 本人과 第三者사이에서 行爲가 追認의 溯及效로 無效가 되고 第三者가 正當하게 취득한 權利를 잃게 되는 것을 막으려는 趣旨이다. 그러나 無權代理行爲의 相對方이 취득한 權利가 排他的效力을 가지지 않는데 대하여 第三者가 취득한 權利는 排他的效力을 가진다면 追認으로 第三者의 權利를 害할 수 없음은 당연한 것이고 또한 第三者가 취득한 權利도 역시 排他的效力이 없는 것이면 相對方의 權利와 第三者의 權利 中에서 어느 것이 우선하느냐는 그 취득한 權利를 排他的인 것으로 하는 要件 즉 物權變動에 있어서는 登記나 引渡, 그리고 債權讓渡에 있어서는 通知나 承諾의 要件을 갖추는 時期의 前後에 의하여 決定되므로 第三者가 追認이 있을때까지 취득한 權利가 排他的效力을 가지지 않는 이상 民法 第133條 但書에 의하여 언제나 保護된다고 할 수 없다.<sup>67)</sup> 다만 本但書가 現實로 作用할 수 있는 경우는 相對方이 취득한 權利와 第三者가 취득한 權利가 모두 排他的效力을 가지는 경우에 한한다. 例컨대 二重讓渡에 있어서의 引渡의 競合(民法 第196條以下 참조) 및 確定日字있는 通知의 競合 등이다.

### 4. 理事의 代表權에 대한 制限

理事의 代表權은 制限할 수 있다.(民法 第59條 1項 但書) 그 制限은 반드시 定款에 記載하여야 하며 定款에 記載하지 않은 代表權의 制限은 無效이다(民法 第41條). 그리고 定款에 기재한 경우에도 이를 登記하여야 第三者에게 對抗할 수 있다(民法 第60條). 이에 第60條는 登記없이 對抗할 수 없는 第三者를 善意의 第三者에 한정하고 있지 않으므로 惡意의 第三者에게 對抗하기 위하여서도 理事의 代表權에 대한 制限은 登記되어 있어야만 한다는 說<sup>68)</sup>과 惡意의 第三者는 保護할 理由가 없으므로 登記되어 있지 않더라도 惡意의 第三者에게는 對抗할 수 있다고 하는 說<sup>69)</sup>

66) 郭潤直, 前揭書, P. 184      金容漢, 前揭書, P. 147

67) 同旨, 郭潤直, 前揭書, P. 446  
 金容漢, 前揭書, P. 359

68) 金曾漢, 前揭民法總則, P. 209  
 金容漢, 前揭民法總則論, P. 189  
 李英燮, 前揭書, P. 206

69) 郭潤直, 前揭民法總則, P. 238

로 나누어져 있다. 論者는 다음과 같은 理由에서 前說이 妥當하다고 생각한다. 첫째, 理事의 代表權의 制限을 登記事項으로서 規定하고 있는 이상(民法 第49條 2項 9號) 그 登記를 강제하는 意味에서, 둘째 法人에 관한 다른 登記를 善意, 惡意를 不問코 第三者에 대한 對抗要件으로 하고 있는 경우(民法 第50條, 第52條, 第54條)와 均衡을 위하여 세째 登記를 對抗要件으로 한 것은 制限을 登記하지 않으면 第三者가 알 도리가 없기 때문이므로 第三者의 善意·惡意 이전에 代表權制限이 先行要件이므로 이 要件을 구비하지 않았음에도 第三者가 惡意라도 보호하는 것은 均衡이 맞지 않기 때문이다.

### 5. 無能力者의 相對方의 保護

無能力者制度는 第一次的으로는 無能力者 本人을 保護하는데 奉仕하기 위한 制度임과 同時에 第二次的으로는 社會의 一般人(無能力者의 相對方)이 意思能力理論으로 말미암아 받게 되는 損害를 어느 정도 緩和하는데 기여하는 制度이기도 하다. 그러므로 無能力者制度 自體가 이미 去來에 있어서의 相對方保護의 機能을 發揮하는 것이라고 할 수 있다. 그러나 이 制度는 역시 去來의 安全이라고 하는 法律理想을 희생해가면서 認定된 制度라는 것을 否認할 수 없다. 여기서 無能力者의 保護에 支障을 안주는 범위내에서 無能力者의 法律行爲의 效力을 確定하는 方途를 강구하여 相對方 및 第三者의 不安定한 狀態를 해소하여 去來의 動的安全을 꾀하는 制度가 相對方保護制度이다. 이 制度에는 取消權의 短期消滅期間(民法 第146條)과 法定追認制度(民法 第145條) 등이 있지만 取消權의 短期消滅期間은 비교적 長期的이어서 역시 無能力者의 相對方은 상당히 오랫동안 不確定한 狀態에 놓이게 되고 法定追認制度도 그 規定되어 있는 것이 例外的 現狀이기 때문에 그렇게 實效性이 있는 것은 아니다.<sup>70)</sup> 그리하여 相對方을 좀 더 두텁게 保護할 必要에서 相對方의 催告權(民法 第15條), 相對方의 撤回權, 拒絕權(民法 第16條) 및 일정한 경우에는 無能力者에 대한 取消權을 剝奪(民法 第17條)하는 特例를 規定하고 있다. 이에 3種의 制度중에서 取消權의 剝奪制度가 다소 吟味를 要한다. 즉 無能力者가 相對方으로 하여금 자기가 能力者임을 誤信케 하거나 또는 法定代理人의 同意가 있는 것으로 誤信케 하기위하여 詐述을 쓴 경우에 이러한 無能力者를 保護할 必要가 없다. 이러한 경우에는 相對方은 詐欺를 理由로 해서 取消權(民法 第

69) 金顯泰, 前掲書, P. 189

方順元, 新民法總則, 韓一文化社, 1959, P. 116

同旨, 大法官, 1962. 1. 11 [ 4294 民上 73 ] 大法官, 1963. 2. 28 [ 63 다 19 ]

大法官, 1964. 5. 26 [ 63 다 796 ]

70) 同旨, 郭潤直, 前掲民法總則, P. 157

金容漢, 前掲民法總則論, P. 126

黃迪仁, 前掲現代民法 I, P. 56

110條) 또는 不法行爲를 理由로 해서 損害賠償請求權을 가지는 경우도 있겠으나 相對方이 法律效果發生을 원하는 경우에는 이러한 方法만으로는 相對方의 保護에 充分하지 못하므로 無能力者로부터 取消權을 剝奪하여 去來의 安全을 기했다(民法 第17條). 그리고 여기에서는 「詐術이 무엇이냐가 중요한 문제이며 學說, 判例도 對立하고 있다. 즉 對立의 論點은 어떠한 欺罔手段을 詐術로 볼 것인가에 있으며 積極的인 欺罔手段이 詐術이라고 보는 學說 및 判例<sup>71)</sup>와 積極性은 必要하지 않는다는 學說<sup>72)</sup>로 對立하고 있다. 이에 詐術의 범위를 넓게 해석함으로써 去來의 安全과 善意者를 좀 더 保護할 수 있는 後說이 妥當하다. 그리고 相對方이 이미 誤信하고 있는 경우에 침묵으로 그 誤信을 더욱 강하게 한 경우의 침묵은 詐術이 될 수 있다.<sup>73)</sup>

## 6. 賣渡人의 擔保責任

賣買에 의하여 買受人이 取得하는 權利 또는 權利의 客體인 物件에 瑕疵 내지 不實한 점이 있는 때에 賣渡人이 買受人에 대하여 부담하는 責任을 賣渡人의 擔保責任이라고 한다. 賣渡人이 이와 같은 擔保責任을 지는 것은 賣渡人의 義務는 賣買目的物의 引渡로 履行은 끝나는 것이고 賣渡人이 目的物에 瑕疵가 있어서 지는 責任은 履行이 끝난 후 지는 責任이기 때문에 擔保責任을 契約責任에서 分離하여 賣買의 有償性에 기하여 賣渡人에게 그와같은 責任을 認定하는 것이 公平의 觀念에 適合하기도 하고 또 去來의 安全과 信用을 保護함으로써 買受人의 保護를 위하여 法律이 特別히 認定한 責任(gesetzliche Gewähr) 즉 一種의 無過失責任인 것이다.<sup>74)</sup> 그러나 賣渡人의 擔保責任을 인정하는 根據를 上述한 바와같이 法定責任으로 보지 않고 二分하여 目的物인 物件에 瑕疵가 있는 경우에는 債務不履行責任으로 보는 說<sup>75)</sup>과 擔保責任의 根據 또는 本質을 法定責任으로 인식하지 않고 債務不履行責任으로 보는 說<sup>76)</sup>로 大別할 수 있다. 論者는 다음과 같은

71) 方順元, 前掲書, P. 67, 프랑스民法 1307條, 明文규정을 둠  
日大判, 1923. 8. 2 民集, P. 577

大法判, 1955. 3. 31 [ 4287 民上 77 ]

大法判, 1971. 12. 14 [ 71 다 2045 ]

72) 金基善, 前掲書, p. 107, 金容漢, 前掲總則, p. 131, 郭潤直, 前掲總則, p. 163

73) 金容漢, 前掲書, p. 131, 郭潤直, 前掲書, p. 163

74) 金曾漢, 安二濬, 新債權各論, 博英社, 1961, P. 224

金基善, 韓國債權法各論, 法文社, 1968, P. 137

金顯泰, 新稿債權各論, 一潮閣, 1969, P. 117

75) 崔 杓, 新債權法各論, 1961, P. 99 鳩山, 增訂日本債權法各論(上) 1932, P. 301 以下

76) 郭潤直, 前掲債權各論, P. 189, 黃迪仁, 現代民法論Ⅳ, 博英社, 1980, P. 191

美統一商事法 2-315條 및 國際物品賣買契約에 관한 協約, 제 35조 2항(a)(b)호에서 物件의 瑕疵責任을 모두 契約에 適合한 物件의 引渡義務를 違反한 效果로 하여 物件의 適合性(Conformity of the goods)을 賣渡人의 순수한 契約責任自體로 構成하고 있다. 따라서 만일 賣渡人이 瑕疵있는 物件을 給付하면 契約과 별개의 保證違反(breach of warranty)이 아니고 契約違反(breach of contract)이 된다.

理由에서 債務不履行責任이 妥當하다고 생각한다. ①法定責任說보다 債務不履行說을 취하는 편이 買受人을 보다 넓고 두텁게 保護할 수 있기 때문이다. 왜냐하면 擔保責任에 기한 損害賠償은 買受人의 善意를 前提로 하는데 대하여 債務不履行의 責任은 買受人의 善意·惡意를 불문하기 때문이다. ②로오마法 以來의 沿革의 유래에서 賣渡人은 買受人에 대하여 目的物의 引渡를 하고 그 物件의 占有를 계속하게 할 義務는 지지만 買受人으로 하여금 所有權을 취득케 할 義務는 지지 않는다는 觀念에서 賣渡人의 瑕疵責任을 특수한 責任으로 보지만 오늘날 賣買의 觀念은 賣渡人에게 단순한 占有移轉義務가 아니라 目的物의 所有權을 移轉할 義務를 부담하는 것으로 해석함에 瑕疵責任은 특수한 責任이 아니고 債務不履行責任으로 보아야 한다. ③瑕疵擔保責任은 理論上 원래 特定物에 대하여서만 인정되는 것인데 우리 民法 第58條2項은 不特定物에도 瑕疵擔保規定을 適用하여 代物請求權을 規定하고 있다. 그러나 이것은 債務不履行說에 의해서만 理論的 說明이 可能하다. 원래 特定物에 대하여서만 瑕疵擔保責任이 認定되는 理由는 特定物賣買에 있어서는 賣渡人의 債務는 그 物定物이 引渡에 의하여 履行이 完了되므로(民法 第462條) 비록 目的物에 瑕疵가 있더라도 債務의 履行은 끝난 것이기 때문에 앞으로 債務不履行은 되지 않는다. 그러나 有價契約의 賣買에 있어서 瑕疵있는 特定物을 引渡받은 買受人은 보호되어야 하므로 法律이 특히 賣渡人의 責任을 規定하고 兩當事者의 利益의 均衡을 꾀한 것이 瑕疵擔保責任의 制度라는 것이기 때문이다.

이와같은 論理는 不完全한 物件이라도 引渡하면 法律적으로 賣渡人의 義務를 다했다고 하는 것이 되는데, 이것은 常識에도 맞지 않으며 瑕疵없는 物定物을 給付하는 것을 履行義務의 內容으로 하여야 함이 온당하다. 不特定物에 代物請求權이 認定되는 것은 이 責任의 本質이 不完全履行이므로 債務不履行이 되어 發生하기 때문이다. 擔保責任의 內容은 一定한 條件下에 買受人에게 契約의 解除權, 損害賠償請求權, 代物請求權, 代金減額請求權(民法 第570條以下)을 주고 있으며 이 賣渡人의 擔保責任에 관한 規定은 다른 有價契約에도 準用된다.

## V. 結 語

第三者保護制度和 그에 따른 法理를 債權去來와 身分關係에서 考察한 바 私法的 去來秩序에 있어서는 去來의 動的安全의 保護와 權利의 靜的安全의 保護는 擇一의인 것일 수 없고 各自存在理由 내지 機能을 가지고 있기때문에 利益衡量的 調節이 不可避할 수 밖에 없다. 그렇기 때문에 個個의 第三者保護條項을 통하여 混用된 法理를 가려내는 것이 곤란할 뿐만 아니라 諸法理는 그것이 先在하여 각종 去來에 適用된다기 보다는 오히려 각종 去來關係에 밀착된 目的과



利害關係 調節에 관한 具體的 適用을 통하여 歸納的으로 얻어진 法理라고 할 수 있다. 이리하여 一般原理를 體系的으로 파악하기는 곤란하였다. 債權去來에 있어서는 去來의 安全과 敏活性이 보장되어야 할 必要가 크기때문에 外觀信賴의 法理, 公信의 法理, 경우에 따라서는 對抗의 法理가 강하게 作用하고, 相續關係에 있어서는 「家」의 維持, 保護를 基本으로 하면서 利益衡量上 第三者의 保護가 고려되고 夫婦의 一方과의 去來關係에 있어서는 外觀信賴의 法理가 作用하고 있었다. 그리고 相對方保護와 第三者保護가 중첩된 경우가 많기때문에 相對方保護가 間接的으로 第三者保護와 관련되는 경우도 고찰의 대상으로 하였으며 可能한 한 現實狀況을 고려하여 去來의 動的安全을 促進시킨다는 立場에서 解釋하였다.

## 參 考 文 獻

- 郭潤直 民法總則，博英社，1979 物權法，博英社，1983  
債權總論，博英社，1983 債權各論，博英社，1983
- 金容漢 民法總則論，博英社，1983 物權法論，博英社，1981  
債權總論，博英社，1983 親族相續法論，博英社，1984
- 黃迪仁 現代民法論Ⅰ，博英社，1981 現代民法論Ⅱ，博英社，1983  
現代民法論Ⅲ，博英社，1981 現代民法論Ⅳ，博英社，1985
- 金曾漢 民法總則，眞一社，1980 物權法，博英社，1983  
債權總論，博英社，1981
- 金曾漢 安二潁，新債權各論，博英社，1961
- 金基善 韓國民法總則，法文社，1980 韓國債權法總論，法文社，1975  
韓國債權法各論，法文社，1973
- 金龍熙 民法總則，進明文化社，1980
- 張庚鶴 新民法總則，三省文化社，1958
- 李英燮 新民法總則講義，博英社，1959
- 玄勝種 債權總論，日新社，1975
- 金錫宇 債權法總論，博英社，1978  
債權法各論，博英社，1978
- 李太載 債權總論新講，進明文化社，1964  
債權各論新講，進明文化社，1977
- 金顯泰 新稿債權各論，一潮閣，1969
- 崔 栻 新債權法各論，博英社，1961
- 金疇洙 親族相續法，法文社，1964
- 鄭光鉉 新親族相續法要論，法文社，1961
- 黃迪仁 「統一國際買賣法上の 瑕疵擔保」，法律新聞 940，941號 1971，11,15,22
- 李英煥 「民法 第126條의 適用範圍」，司法行政，1977·4（通卷 196號）
- 金顯泰 「去來의 安全을 위한 民法上の 制度」，考試界，1962.2
- 崔 栻 「民法上 外觀을 信賴한 者의 保護」，司法行政，1965.3
- 金容漢 「民法上 善意의 第三者의 保護」，法政，1969

- 金崎洙 「日常家事代理權의 範圍와 表見代理의 適用與否」, 法曹, 1967 (通卷 16 卷 12 號)  
1968, I (通卷 17 卷 1 號), 合併號
- 金容漢 「日常家事代理關係」(判例研究), 司法行政, 1982.2
- 高翔龍 「表見代理와 基本權代理權의 存否」, 考試界, 1981.12
- 鄭範錫 「代理權에 관한 問題點」(夫婦間의 日常代理權에 관하여), 司法行政, 1974.8
- 我妻榮 新訂民法總則, 東京, 岩波書店, 1965  
債權總論, 東京, 岩波書店, 1970  
債權各論, 上卷, 東京, 岩波書店, 1964  
債權各論, 下卷, 東京, 有斐閣, 1983
- 幾代通 民法總則, 青林書院新社, 1962
- 四官知夫 民法總則, 東京, 弘文堂, 1972
- 於保不二雄, 新版債權總論(法律學全集, 第 20 條), 東京, 有斐閣, 1972
- 末川博 契約法(上)(下), 東京, 岩波書店, 1975
- 柚木馨 注釋民法(14), 東京, 有斐閣, 1980
- 磯村哲論, 註釋民法(12), 東京, 有斐閣, 1961
- 米倉明 債權讓渡, 東京, 學陽書房 1976
- 喜多了祐, 外觀優越の法理, 東京, 千倉書房 1973
- 島律一郎, 判例 コンメール 民法Ⅳ(親族), 三省堂, 1978
- 青山道夫, 注釋民法(20) 親族(1), 有斐閣, 1983
- 喜多了祐, 「私法における 外觀優越の法理」, Law School, 24 號, 1980.11
- 伊藤進 法律關係 における 相對效 と 第三者保護, Law School, 24 號, 1980.9
- 水本浩 民法 セミナール 債權總論, 東京, 一粒社, 1976
- 米倉明, 債權讓渡禁止特約 の 第三者效, 東京, 學陽書店, 1976
- 中井美雄 「債權關係 における 第三者 保護 の 論理」, Law School, 24 號, 1980
- 來栖三郎 「債權 の 準占有と 免責證券」 民商法雜誌, 33 卷 4 號
- 石田喜久夫 「對抗問題 と 第三者」 Law School, No 34, 東京, 立花書房, 1981.7
- 內池 「債權 の 準占有と 受取證書」, 慶應法學研究, 34 卷 1 號
- 本田純一 「債權讓渡 における 對抗問題」, Law School, 1981.7
- 立石芳枝 「相續 と 第三者保護」, Law School, 24 號, 1980
- 高多喜男 「不動産 物權取引 と 第三者保護 の 論理」 Law School, 24 號,  
東京, 立花書房, 1980
- 奧田昌直 「民法 94 條 2 項 の 類推適用」, 判例演習, 民法總則, 東京, 有斐閣, 1968

28 1986年7月 韓國海洋大學 海運研究所 論文集 第5輯

原因純孝, 「日常の家事の範圍と表見代理の類推適用, ミュリスト, 77號, 1982.8

矢澤惇 「代表取締役の代理權の限界」, 法學セミナ, 30號

Larenz, Allgemeiner Teil des deutschenbürgerlichen Rechts, 1, Aufl, 1967

Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil, 13. Aufl, 1982

Esser, Lehrbuch des Schuldrechts, 3, Aufl., 1969

Westermann, BGB, Allgemeiner Teil, 1. Aufl, 1968