

[I] 제55회 2차 민법 총평

1. 사법시험과 변호사시험의 경계를 허물다?

조심스럽게 예상하긴 했지만 올해 사법시험 2차 민법의 가장 큰 특징은 ‘문제형식’에 있어 변호사시험과 유사하게 출제되었다는 점이다. 이른바, 변호사시험의 전형적인 질문형식인 “…… 각기 결론과 논거를 제시하시오”로 출제된 것이다. 최근 사법시험이 분설형(쟁점제시형 및 쟁점추출형)의 문제로 바뀌었고 그 ‘주제’ 또한 학설 논의가 첨예한 부분보다는 ‘판례’가 많이 나오는 주제, 이른바 실무적으로 중요한 주제들이 출제되고 있었는데 이제 ‘문제내용’ 뿐만 아니라 ‘문제형식’ 측면에서도 변호사시험과 유사하게 출제된 것이다.

2. 민법의 기초가 얼마나 튼튼한가?

진부한 얘기처럼 들릴지 몰라도 해마다 그러하였듯이 민법은 기초가 튼튼해야 제대로 문제를 풀 수 있는 문제들이 출제되고 있다. 물론 그 기초라는 것이 때때로 수험생 입장에서 중요하지 않은 쟁점, 예를 들어 상속재산분할과 상속포기의 본질적인 차이점(제52회), 대위권 불행사의 특약(제53회), 상속재산분할에 있어 담보책임(제54회), 연대채무와 상속(제55회) 등을 묻기도 하지만 대체적으로는 ‘중요쟁점’에 대한 가장 기초적인 내용을 ‘정확히’ 숙지하고 있느냐를 테스트하고 있다. 예를 들어 올해 제55회만 살펴보더라도 채권의 이종양도 및 임대차에 있어서 지상물매수청구권과 부당이득반환청구권(제1문), 부동산의 이중매매와 상속재산분할협의(제2문), 전세권과 관습법상 법정지상권(제3문), 그 어느 주제도 불의타는 없었다.

3. 반복해서 출제되고 예상되는 ‘전형적인 주제’ 들, 하지만 세부적으로는 ‘비전형적인 쟁점’ 들이 다수 포함(최근 사법시험 2차 민법의 가장 큰 특징)

올해 55회의 경우 주제와 관련해서는 기존 사법시험 사례형 문제에서 단 한번도 출제되지 않아 어느 정도 출제가 예상되었던 ‘전세권’이나 최근 출제가 되지 않아 역시 예상되었던 주제인 ‘관습법상 법정지상권’이 전면적으로 출제되었지만, 동시에 최근 계속 출제되었던 주제인 채권양도, 임대차, 상속재산분할협의, 채권자취소권 등이 올해도 출제되었다.

하지만 ‘세부적’으로는 기존 사례집에 나오는 전형적인 쟁점이 아니라 ‘비전형적인 쟁점’들도 다수 포함된 바, 예를 들어 올해 제55회만 살펴보더라도 양도금지의 특약이 있는 채권의 사후승낙(제1문의 설문1), 임대차보증금반환채권이 양도된 경우 ‘양도 통지 후에 생긴 임대인의 채무’도 공제 대상에 포함되는지 여부(제1문의 설문3), 제1양도, 제2양도 중 하나만이 확정일자 있는 증서에 의한 대항력을 갖춘 경우(제1문의 설문4), 차임연체와 지상물매수청구권(제1문의 설문5), 부동산의 이중매매가 제1매매는 대리인에 의한 행위, 제2매매는 본인 자신에 의한 행위(제2문의1), 연대채무와 공동상속(제2문의2), 전세권과 비용상환청구권(제3문의 설문2), 전세권의 법정갱신 및 전세권의 소멸통고(제3문의 설문3) 등은 대부분 판례가 있는 쟁점이지만 주로 객관식에서만 다루던 판례들이지 주관식 사례집에서 전형적으로 다루고 있는 중요판례는 아니었다. 결국 전체적으로는 ‘전형적인 주제’들이지만 세부적으로는 ‘비전형적인 쟁점’이 다수 포함 된 것이 최근 사법시험 2차 민법의 가장 큰 특징이라고 할 수 있다.

[Ⅱ] 앞으로의 출제방향 및 일반적인 공부방향

1. 조문 ⇒ 판례

질문의 배점이 10점, 15점 등 세분화되는 경우 사실 제한된 분량에 학설내용까지 써줄 여력은 거의 없다. 그리고 최근 출제경향에 비추어 보면 단순히 학설상으로만 논의되는 쟁점은 사례로 거의 출제되지 않고 있다. 그렇다면 결국 판례가 관건이나 결국 판례도 민법조문에 관한 해석론임에 비추어 항상 민법공부의 시작은 조문이어야 한다(이는 답안작성에 있어서도 마찬가지이다). 그리고 판례의 경우 분설형 문제로 바뀐 최근에는 객관식용의 구석진 판례까지는 아니더라도 상당히 광범위한 범위에서 출제되고 있으므로, 각 주제별 리딩판례를 철저히 분석하되 ‘웬만한’ 중요판례는 모두 ‘소화’ 하고 있어야 하겠다. 수험생 입장에서는 상당히 부담이 되는 부분이 아닐 수 없다. 그만큼 판례에 대한 강약조절도 매우 중요하다.

2. 판례 ⇒ 문제해결능력(법리의 적용)

그러나 판례공부를 절대 1차때처럼 해서는 안된다. 판례를 많이 아는 것이 중요한 것이 아니다. 제대로 알아야 하고, 중요판례들은 문제화된 형태로 공부해야 하며 그것이 어렵다면 최소한 기본적 사실관계를 파악하고 있어야 한다. 이 또한 수험생 입장에서는 상당한 부담이다. 예를 들어 보자. 작년 제54회 때 많은 수험생들이 어려워했던 제1문의 2의 경우 대판 1993.3.26, 91다14116 판례사안이다. 본 강사가 당해 판례를 작년 2순환 모의고사문제로 출제했을 때 많은 수험생들이 “이런 판례도 있었는가?” 했다. 그러나 당해 판례는 교과서에서 보통 5곳 이상씩 소개되는 중요판례였다(예를 들어 지원림, 민법강의(11판), 3-137, 3-293, 5-68, 5-198, 5-279). 그럼에도 수험생들에게 생소하게 느껴졌던 것은 교수 기본서에서 소개된 대로 각 쟁점별로 따로 공부했지 문제화된 형태로 풀어보거나 사실관계를 확인해 본 적이 없었기 때문이었다.

3. 문제해결능력 ⇒ 기본서

여기서 우리의 마지막 딜레마가 나온다. 그럼 결국 기본서냐 사례집이냐? 결과적으로 본 강사가 생각하는 올바른 민법공부의 방향은 한마디로 ‘사례문제풀이를 통한 끊임없는 기본서의 확인’ 해 있다고 생각한다. 과거의 사례문제와 같이 몇 가지 유력한 판례들이 통합적으로 연결되어 민법의 큰 틀을 제대로 이해하고 있느냐를 테스트할 때에는 사례집만 집중적으로 공부하더라도 어느 정도 선방할 수 있었으나, 민법 150점 시대의 도래와 함께 분설형으로 출제되는 현재의 출제경향에 비추어 보았을 때에는 2차용 기본서를 통해 민법의 기초지식 확립과 함께 웬만한 유력한 판례들은 모두 살펴야 하며, 동시에 사례문제풀이를 통해 문제해결능력을 길러야 한다. 즉, 기본서가 초이며, 사례집은附中 되어야 한다.

〈공통 사안〉

甲은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 ‘토지거래계약에 관한 허가’(아래에서는 ‘거래허가’라고 약칭함) 대상인 자신 소유의 X토지를 乙에게 2억 원에 매도하면서 계약금을 2천만 원, 잔금을 1억 8천만 원으로 약정하였다. 위 매매계약 당시 甲은 계약금 중 1천만 원을 받으면서 나머지 계약금의 지급을 1주일간 유예해 주었다. (아래의 각 문항은 독립된 사항임)

1. 위 매매계약이 있는 다음 날 X토지가 거래허가 대상에서 제외되고 거래가격이 4억 원으로 급등하자, 甲은 乙에게 2천만 원을 제공하면서 위 매매계약의 해제를 통고하였다. 그러나 乙은 甲의 통고를 무시하고 즉시 나머지 계약금 1천만 원을 甲의 계좌로 송금하였다.

甲, 乙 사이의 법률관계를 논하라. (10점)

2. 위 매매계약 당시 乙은 “X토지가 거래허가 대상이 아니다.”는 甲의 말에 속아 계약을 체결하였고, 만일 乙이 사실을 알았더라면 계약을 체결하지 않았을 것이라고 전제한다. 乙은 위 계약의 3일 후 위 기망행위를 알고서 甲에게 위 매매계약을 취소한다는 의사를 표시하면서 1천만 원의 반환을 청구하였다. 그 직후 甲은 丙으로부터 丙의 乙에 대한 1천만 원의 대여금반환채권을 양도받았고, 丙은 乙에게 적법한 채권양도통지를 하였으며, 甲은 乙에게 위 두 채권의 상계 의사표시를 하였다.

甲, 乙 사이의 법률관계를 논하라. (15점)

사례A-12 토지거래허가와 유동적 무효, 계약금계약, 사기·착오, 제496조¹⁾

I. 甲과 乙의 법률관계 - 설문 1.

1. 토지매매계약의 효력

토지거래허가를 받아야 하는 매매계약의 효력은, 토지거래허가를 받기 전에는 무효이나 허가를 받으면 계약 성립시에 소급하여 유효하게 되는 유동적 무효라는 것이 判例의 입장이 다(대판 1991.12.24, 전합90다12243).²⁾ 다만 그 후에 토지거래허가구역 지정이 해제되면 매매계약은 확정적으로 유효하게 된다. 사안에서 甲과 乙의 매매계약은 당초 유동적 무효의 상태였으나 X토지가 거래허가 대상에서 제외됨에 따라 확정적으로 유효하게 되었다.

2. 甲의 해제통고가 적법한지 여부

(1) 제565조 1항에 의한 계약해제권

甲이 乙에게 2천만 원을 제공하면서 해제를 통고하였으므로 제565조 1항에 의한 계약해제권의 행사로서 적법한지 문제된다.

1) 계약금계약의 성립여부

계약금계약은 요물계약³⁾으로서 약정한 계약금이 현실적으로 교부되어야 성립한다. 사안에서 甲과 乙은 계약금을 2천만원으로 약정하였으나 매매계약 당시에는 계약금 1천만원만 교부되었으므로 아직 계약금계약이 성립하지 않았다.

2) 계약이 해제되었는지 여부

계약금이 교부된 경우 다른 약정이 없는 한 당사자 일방이 실행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다(제565조 1항). 그러나 이는 계약금계약이 유효하게 성립되었음을 전제로 하는 것이다. 따라서 사안의 경우 계약금계약이 성립되지도 않은 상태에서 甲이 乙에게 수령한 1천만원의 배액인 2천만원을 제공했다고 하더라도 매매계약은 해제되지 않는다. 判例도 교부자가 계약금의 잔금 또는 전부를 지급하지 아니하는 한 계약금계약은 성립하지 아니하므로 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수는 없다고 한다(대판 2008.3.13, 2007다73611).⁴⁾

1) 2012년 제54회 사법시험 2문의 2.

2) “허가가 있기 전에는 채권계약 자체도 무효이지만 허가를 받을 것을 전제로 한 계약은 유동적 무효로 보아 허가가 있으면 소급적으로 유효한 계약이 된다”

3) 주의할 것은 계약금계약이 요물계약일 뿐 매매계약이 요물계약인 것은 아니므로 매매계약을 할 때 계약금을 교부하여야 매매계약이 성립한다는 의미는 아니다. 따라서 계약금이 교부되지 않으면 계약금계약으로서의 효력의 하나인 해약금으로서의 효력을 인정할 수 없다는 것일 뿐, 매매계약 자체가 구속력이 없는 것은 아니므로 계약금이 교부되지 않았다고 해서 임의로 매매계약을 해제할 수 있는 것은 아니다.

4) “계약이 일단 성립한 후에는 당사자의 일방이 이를 마음대로 해제할 수 없는 것이 원칙이고, 다만 주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 경우에는 민법 제565조 1항의 규정에 따라 임의 해제를 할 수 있기는 하나, 계약금계약은 금전 기타 유가물의 교부를 요건으로 하므로 단지 계약금을 지급하기로 약정만 한 단계에서는 아직 계약금으로서의 효력, 즉 위 민법 규정에 의해 계약해제를 할 수 있는 권리는 발생하지 않는다고 할 것이다. 따라서 당사자가 계약금의 일부만을 먼저 지급하고 잔액은 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우, 교부자가 계약금의 잔금이나 전부를 약정대로 지급하지 않으면 상대

(2) 사정변경의 원칙을 이유로 한 계약해제권

최근 判例 중에는 “사정변경으로 인한 계약해제는 계약준수 원칙의 예외로서 인정된다”고 판시한 판결이 있으나, 토지는 다른 부동산과 마찬가지로 항상 가격변동을 수반하므로 특정원인에 의한 2배 정도의 가격상승을 현저한 사정변경이라고 볼 수는 없으므로 이를 이유로 계약을 해제할 수도 없다.

3. 甲이 계약을 해제할 수 있는 방법

사안에서 乙이 甲에게 나머지 계약금 1천만원을 송금함으로써 비로소 계약금계약이 성립되었다. 따라서 매도인 甲이 계약을 임의로 해제하고자 한다면, 제565조 1항에 따라 당사자 일방이 이행에 착수하기 전 계약금의 배액인 4천만 원을 상환하고 계약을 해제할 수 있을 것이다.

II. 甲과 乙의 법률관계 - 설문 2.

1. 문제점

먼저 매매계약이 적법하게 취소되었는지에 관하여 유동적 무효인 계약도 취소할 수 있는지, 그렇다면 착오 또는 사기에 의한 취소로서 적법한지 문제된다. 취소가 적법하여 매매계약이 무효로 된 경우에는 乙의 1천만원 반환 청구에 대해 甲이 丙으로부터 양수한 채권으로써 상계한 것이 적법한지가 제496조와 관련하여 문제된다.

2. 취소의 적법여부

(1) 유동적 무효인 계약의 취소 가부

설령 토지거래허가를 받지 못하여 효력이 없는 계약일지라도 장차 허가를 받아서 유효하게 될 수 있다는 점에서 취소의 필요성과 가능성이 인정된다. 무효와 취소의 이중효의 이론적 측면에서도 그러하다.

(2) 사기로 인한 취소 가부(제110조)

사기에 의한 의사표시가 성립하기 위해서는 i) 사기자의 2단의 교의, ii) 기망행위(사기) iii) 기망행위의 위법성, iv) 기망행위와 착오 사이에 그리고 착오와 의사표시 사이에 인과관계가 존재하여야 한다(제110조).

사안에서 甲은 乙로 하여금 X토지가 거래허가 대상이 아니라는 착오에 빠져 매매계약을 체결하게 할 고의로 乙을 속였고 그에 따라 乙이 매매계약을 체결했으므로 요건을 모두 충족하는바, 乙은 제110조 1항에 따라 매매계약을 적법하게 취소할 수 있다.

(3) 착오로 인한 취소 가부(제109조)

착오를 이유로 취소할 수 있기 위해서는 i) 의사표시에서 착오의 존재, ii) 법률행위내용의 중요부분에 착오가 있을 것, iii) 표의자에게 중대한 과실이 없을 것을 요한다(제109조).

방은 계약금 지급의무의 이행을 청구하거나 채무불이행을 이유로 계약금약정을 해제할 수 있고, 나아가 위 약정이 없었더라면 주계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정이 인정된다면 주계약도 해제할 수도 있을 것이나, 교부자가 계약금의 잔금 또는 전부를 지급하지 아니하는 한 계약금계약은 성립하지 아니하므로 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수는 없다 할 것이다”

사안에서 X토지가 거래허가 대상이 아니라는 것은 법률행위의 내용이 아닌 동기에 관한 착오에 불과한 것이지만, 그것이 乙에 의해 적극적으로 유발된 것이라는 점에서 乙의 보호가치가 부정되므로 判例가 판시하는 바와 같이⁵⁾ 착오 취소의 가능성이 인정된다. 그리고 X토지가 거래허가 대상인 것을 乙이 알았더라면 계약을 체결하지 않았을 것이므로 중요부분에 관한 착오이고 그에 대해 乙의 중대한 과실이 있는 것으로 보이지 않는다. 따라서 乙은 제109조 1항에 따라 매매계약을 적법하게 취소할 수 있다.

3. 상계의 적법여부

(1) 불법행위에 기한 손해배상청구권의 경우

乙은 甲의 기망으로 인한 불법행위를 이유로 손해배상청구를 할 수 있다. 구체적으로 손해액은 X토지가 거래허가대상이 아닐 때의 거래가격에서 X토지가 거래허가대상일 때의 거래가격을 뺀 금액과 이미 지급한 1천만 원을 합한 금액이 될 것이다. 그러나 제496조는 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권을 수동채권으로 하는 상계를 금하고 있는데, 이는 피해자 보호를 위한 취지이다. 따라서 제496조에 따라 甲은 丙으로부터 적법하게 乙에 대한 채권을 양수했다 하더라도 乙에 대한 손해배상채무를 수동채권으로 하여 상계할 수 없다.

(2) 부당이득 반환청구의 경우

매매계약이 소급하여 무효로 됨에 따라 乙이 甲에게 지급한 1천만원은 법률상 원인 없는 것이 되어 乙은 그 반환을 청구할 수 있다(제741조). 이 때 甲이 손해배상채무가 아닌 부당이득반환채무를 수동채권으로 하여 상계를 할 수 있는지 문제된다. 判例는 이를 부정하면서, 부당이득의 원인이 고의의 불법행위로 인한 것인 이상 불법행위로 인한 손해배상청구를 하는 경우와 실질적으로 다르지 않으므로 제496조를 유추적용해야 한다고 판시하였다(대판 2002.1.25, 2001다52506). 생각건대 제496조의 취지에 비추어 判例의 태도가 타당한바, 甲은 乙에 대한 부당이득반환채무를 수동채권으로 해서도 상계를 할 수 없다.

(3) 소 결

甲의 상계가 부적법하므로 甲은 乙에 대하여 1천만원을 반환해야 하고, 乙 역시 자신에 대한 채권의 양수인인 甲에게 채무를 이행해야 한다.

5) 즉 동기가 상대방으로부터 제공되거나 유발된 경우 判例는 동기의 표시 여부를 묻지 않고 대부분 법률행위의 중요부분을 인정하여 취소를 인정한다(대판 1978.7.11, 78다719 ; 대판 1990.7.10, 90다카7460 ; 대판 1991.3.27, 90다카27740 등)

제54회 기출문제

甲은 2011. 1. 5. 乙로부터 1억 원을 차용하면서 같은 날 甲 소유의 유일한 재산인 X토지(시가 7억 원)에 채권최고액 1억 5천만 원인 근저당권을 설정해 주었다. 甲은 2011. 2. 3. 다시 丙으로부터 2억 원을 차용하였고, A와 B는 甲의 丙에 대한 채무에 대하여 각각 丙과 보증계약을 체결하였다. 甲은 2011. 2. 17. 己로부터 1억 원을 차용하면서 같은 날 X토지에 채권최고액 1억 5천만 원인 근저당권을 설정해 주었다. 그리고 甲의 己에 대한 채무에 대하여 C와 D가 연대보증을 하였다. 甲은 2011. 3. 4. 乙, 丙 및 己로부터 차용한 금전을 갚지 못할 것을 예상하여 강제집행을 면하기 위해 이러한 본인의 어려운 사정을 잘 알고 있는 丁에게 X토지를 3억 원에 매도하고 같은 날 소유권이전등기를 해주었다. 그 후 丁은 2011. 5. 12. 戊에게 X토지를 4억 원에 매도하고 같은 날 소유권이전등기를 해주었다. (이자 및 비용은 고려하지 말 것)

※ 아래 각 문항은 별개의 사안임.

1. 丁은 2011. 4. 7. 乙에 대하여 1억 원을 변제하였고, 이에 따라 乙은 같은 날 자신의 근저당권 등기를 말소해 주었다. 한편 丙은 2011. 2. 25. X토지가 甲 소유의 유일한 재산이라는 사정과 己 명의의 근저당권 등기가 마쳐진 사실을 알게 되었다. 丙은 2011. 5. 1. X토지에 관하여 丁 명의로 소유권이전등기가 된 사실을 알았다. 丙은 2012. 4. 12. 채권자취소권을 행사하고자 한다.

(가) 丙의 채권자취소의 소에서 그 제척기간이 지났는지 여부, 제척기간이 지나지 않았다면 그 상대방 및 취소를 구할 수 있는 법률행위를 밝히고, 각 논거를 서술하시오. (15점)

(나) 위 경우 丙이 채권자취소권을 행사하면서 구할 수 있는 원상회복의 방법을 밝히고, 그 논거를 서술하시오. (5점)

2. 甲의 행위가 乙에 대하여 사해행위가 성립하는지 여부를 밝히고, 그 논거를 서술하시오. (10점)

3. A가 丙에게 1억 5천만 원을 변제한다면, A는 B에게 어떠한 권리를 가지는가? (5점)

4. C가 己에게 5천만 원을 변제한다면, C는 누구에게 어떠한 권리를 가지는가? (다만, 채권자취소권은 고려하지 말 것) (15점)

사례 B-01 채권자취소권, 구상권과 변제자대위권¹⁾I. 1-(가)의 해결⁽¹⁵⁾

1. 丙의 채권자취소의 소에서 제척기간 도과여부

(1) 채권자취소권의 제척기간

채권자취소소송은 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기해야 한다(제406조 2항). 여기서 '취소원인을 안 날'이라 함은 단순히 채무자의 법률행위가 있었다는 사실을 아는 것만으로는 부족하고 그 법률행위가 채권자를 해하는 행위라는 것, 즉 그에 의하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 된다는 것까지 알아야 하며, 나아가 '채무자'에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요한다(대판 2003.7.11, 2003다19435).

사안에서 5년이 경과하지 않았음은 명백하다. 다만 취소원인을 안 날로부터 1년이 경과한 것인지가 문제된다.

(2) 2011. 2. 25.이 취소원인을 안 날인지 여부

채무자 甲의 유일한 재산인 X토지의 시가가 7억원 상당이고, 乙의 근저당권은 소멸되었으며, 丙 자신의 채권액이 2억원임을 고려한다면 己에게 채권최고액이 1억 5천만 원인 근저당권이 설정되더라도 공동담보에 부족이 생기는 것은 아니다. 따라서 丙이 2011. 2. 25.에 X토지가 甲 소유의 유일한 재산이라는 사정과 己 명의의 근저당권 등기가 마쳐진 사실을 알았다는 것만으로는 위의 취소원인을 안 날에 해당하지 않는다.

(3) 2011. 5. 1.이 취소원인을 안 날인지 여부

사해행위의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소의 원인을 알았다고 추정할 수는 없으나(대판 2006.7.4, 2004다61280), 채무자가 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 경우에는 채무자의 사해의사는 추정되므로, 채무자가 유일한 재산인 부동산을 매도한 경우 그러한 사실을 채권자가 알게 된 때에 채권자가 채무자에게 당해 부동산 외에는 별다른 재산이 없다는 사실을 알고 있었다면 그 때 채권자는 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 한 사실을 알게 되었다고 보아야 한다(대판 1999.4.9, 99다2515).

따라서 丙이 2011. 5. 1.에 丁 명의로 소유권이전등기가 된 사실을 알았을 때 비로소 취소원인을 안 날로 보아야 한다. 그러므로 2012. 4. 12. 당시에는 아직 1년이 경과하지 않았으므로 제척기간 내이다.

2. 취소를 구할 수 있는 법률행위

(1) 채무자가 법률행위를 하였을 것

1) 2012년 제54회 사법시험 3문.

채권자취소소송에서 취소의 대상이 되는 법률행위는 취소의 상대방이 수익자이든 전득자이든 언제나 채무자와 수익자 간의 법률행위이다. 전득자가 존재하는 경우 수익자와 전득자 사이의 법률행위는 사해행위취소의 대상이 되지 않는다(대판 2004.8.30, 2004다21923). 따라서 丁의 乙에 대한 1억 원의 변제행위나 丁의 戊에 대한 X토지 매도행위는 채권자취소의 대상이 되지 않는다.

(2) 채권자를 해하는 법률행위(사해행위)일 것

1) 일반적인 기준

채권자를 해한다 함은 채무자의 재산행위로 그의 일반재산이 감소하여 '채권의 공동담보에 부족'이 생기게 되는 것, 즉 채무초과상태에 이르거나 이미 이른 채무초과상태가 심화되어야 한다(즉, 채무자의 무자력).

2) 己에게 근저당권을 설정해 준 행위

'채무초과 상태'에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 채권담보로 제공하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다고 할 것이나, 앞서 검토한 바와 같이 己에게 채권최고액이 1억 5천만 원인 근저당권이 설정되더라도 공동담보에 부족이 생기는 것은 아니므로 이는 丙에 대한 사해행위가 될 수 없다.

3) 丁에게 헐값에 판 행위

判例에 따르면 채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매각하여 '소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위'는 그 매각이 일부 채권자에 대한 '정당한 변제에 충당'하기 위하여 '상당한 매각'으로 이루어졌다던가 하는 특별한 사정이 없는 한 항상 채권자에 대하여 사해행위가 된다(대판 1966.10.4, 66다1535).²⁾

검토하건대 사안의 경우 甲은 강제집행을 면하기 위해 丁에게 시가 7억 원의 X토지를 헐값인 3억 원에 매도한 것이므로 형식적으로 책임재산의 가액이 6억(7억-乙에게 우선변제권이 확보된 1억)³⁾에서 3억원으로 감소된 것일 뿐만 아니라, 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위는 실질적으로도 사해행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

3. 취소의 상대방

(1) 채무자 甲의 피고적격

채권자취소소송의 상대방은 채권자 취소권의 법적 성질과 관련되어 있다. 현행법상 채권자 취소권은 채무자의 사해행위를 '취소'하고 아울러 채무자의 일반재산으로부터 일탈된 재산의 '원상회복'을 구하는 권리이다. 취소의 효과에 대하여는 상대적 무효설, 절대적 무효설, 책임설의 대립이 있으나, 채권자취소권의 행사는 '거래안전의 영향'이 크므로 수익자나 전

2) 判例에 의하면 염가매각의 경우(예컨대 사안과 같이 시가 7억 원의 부동산을 3억 원에 매도)에도 매매계약 전부가 사해행위가 되는 것이지, 나머지 3억 원 부분만 사해행위가 되는 것은 아니다.

3) "채무자가 양도한 목적물에 담보권이 설정되어 있는 경우라면 그 목적물 중에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이라 할 것이고, 그 피담보채권이 목적물의 가격을 초과하고 있는 때에는 당해 목적물의 양도는 사해행위에 해당한다고 할 수 없는바, 여기서 피담보채권액이라 함은 근저당권의 경우에 채권최고액이 아니라 실제로 이미 발생하여 있는 채권금액이다"(2003.11.13, 2003다39989).

득자로부터 일탈재산의 반환을 청구하는 데 필요한 범위에서만, 즉 채권자와 그들에 대한 상대적 관계에서만 발생한다고 보는 상대적 무효설이 통설과 判例의 견해로서 타당하다. 이러한 상대적 무효설에 의하면 악의인 수익자 혹은 전득자만이 피고가 되며, 채무자는 피고적격이 없다.

(2) 수익자 丁 또는 전득자 戊의 피고적격

채권자가 수익자 혹은 전득자를 피고로 채권자취소의 소를 제기하더라도 수익자 혹은 전득자 뿐만 아니라 채무자의 사해의사가 필요한바(제406조 1항 본문), 사안에서 강제집행을 면할 목적으로 자신의 유일한 X토지를 염가로 매각한 채무자 甲에게 사해의사가 있음은 특별히 문제되지 않는다.⁴⁾ 그리고 수익자 또는 전득자가 선의라는 점에 관하여는 증명책임이 수익자 또는 전득자에게 있는바(대판 1997.5.23, 95다51908),⁵⁾ 다른 특별한 사정이 없는 한 사해의사가 추정되어 수익자 丁 또는 전득자 戊는 채권자취소의 상대방이 된다.

II. 1-(나)의 해결(5)

1. 채권자취소소송에서 원상회복의 방법

채권자취소소송에서 원상회복은 원칙적으로 그 목적물의 반환(원물반환)을 청구하여야 한다. 그러나 i) 원물반환이 불가능하거나, ii) 현저히 곤란한 경우에는 예외적으로 원물반환에 갈음하여 가액반환이 허용된다. 가액상환을 하여야 하는 경우란 사회생활상 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 원물반환을 기대할 수 없는 경우를 말한다.

2. 수익자 丁을 상대로 취소하는 경우

丁을 상대로 사해행위를 취소하는 경우 丁은 이미 X토지의 소유권을 戊에게 이전하였으므로 가액반환을 구할 수밖에 없다. 이 때 丙은 설문에서 이자는 고려하지 말라고 하였으므로 원칙적으로 피보전채권 2억원의 범위 내⁶⁾에서 사해행위를 취소하고 丁에게 2억원의 반환을 구하되, 직접 자신이 교부받아 甲에 대한 채권과 상계함으로써 사실상 우선변제의 효과를 누릴 수 있다.

3. 전득자 戊를 상대로 취소하는 경우

사안에서 戊를 상대로 사해행위를 취소하는 경우에도 저당권부 부동산이 사해행위로 양도된 후 수익자의 변제에 의하여 저당권이 소멸하였으므로 원물반환은 불가능하다. 원물반환으로서 X토지의 등기를 甲에게 이전할 경우 종전 乙에 의해 담보가치로 파악되어 일반채권자의 책임재

4) 이 사해의사는 적극적인 의욕이 아니라 '소극적인 인식'으로써 충분하다. 이러한 채무자의 악의의 증명책임은 채권자에게 있으나, 사안과 같이 채무자가 그의 유일한 재산을 매도한 경우에는 이로써 채권자들의 공동담보에 부족이 생길 것이라는 사실을 알았다고 봄이 상당하다(사실상 추정)(대판 1997.5.9, 96다2606).

5) "사해행위취소소송에 있어서 채무자의 악의의 점에 대하여는 그 취소를 주장하는 채권자에게 입증책임이 있으나 수익자 또는 전득자가 악의라는 점에 관하여는 입증책임이 채권자에게 있는 것이 아니고 수익자 또는 전득자 자신에게 선의라는 사실을 입증할 책임이 있다"

6) 취소의 범위는 취소권을 행사하는 채권자의 채권액을 표준으로 한다. 그 채권액은 사해행위 당시를 표준으로 한다. 다만 사해행위 이후 사실심 변론종결시까지 발생한 이자나 지연손해금이 포함된다(대판 2003.7.11, 2003다19572).

산이 아니었던 부분마저 책임재산으로 회복되는 결과가 되기 공평에 반하기 때문이다(대판 2001.12.11, 2001다64547).⁷⁾ 그러므로 戊를 상대로 취소하는 경우에도 丙은 자신의 채권 2억원을 한도로 하여 가액의 반환을 구할 수 있다. 이 경우에도 직접 수령하여 상계함으로써 사실상 우선변제를 받을 수 있다.

Ⅲ. 2.의 해결(10)

1. 사해행위의 의미

앞서 검토한 바와 같이, 채권자를 해한다 함은 채무자의 재산행위로 그의 일반재산이 감소하여 '채권의 공동담보에 부족'이 생기게 되는 것, 즉 채무초과상태에 이르거나 이미 이른 채무초과상태가 심화되어야 한다(즉, 채무자의 무자력).

2. 己에 대한 저당권설정행위

앞서 검토한 바와 같이 己에게 채권최고액이 1억 5천만 원인 근저당권이 설정되더라도 공동담보에 부족이 생기는 것이 아니고, 乙은 己보다 선순위담보권자이므로 이에 甲이 己에 대해 저당권을 설정한 행위는 乙에 대하여 사해행위가 될 수 없다.

3. 丁에 대한 매도행위

(1) 담보물권이 설정된 경우

담보물권이 설정된 경우에는 담보 목적물의 소유권이 이전되더라도 '담보물권의 추급효'로 인해 여전히 당해 목적물에 대해 강제집행을 할 수 있고 채권자는 목적물의 이전으로 손해를 보는 것이 없다. 다만 피담보채권보다 실제 채권액이 큰 경우에는 담보되지 않은 초과부분에 대하여는 사해행위가 성립할 수 있고 이를 피보전채권으로 하여 채권자취소소송도 제기할 수 있다. 그러나 그렇지 않은 경우에는 담보 목적물의 이전은 피담보채권을 해하는 것이 아니다.

(2) 사안의 경우

乙의 甲에 대한 채권은 1억원이고 이를 담보하기 위해서 채권최고액 1억 5천만원의 근저당권을 설정하였다. 이 근저당권은 甲이 X토지의 소유권을 丁에게 이전하여도 여전히 존속하며 만약 甲이 변제를 하지 않을 경우 乙은 X토지에 대해 강제집행을 하여 채권의 만족을 충분히 얻을 수 있다. 그러므로 甲이 丁에게 매도한 행위는 근저당권을 가진 乙에 대하여는 사해행위가 성립되지 않는다.⁸⁾

7) "근저당권이 설정되어 있는 부동산을 증여한 행위가 사해행위에 해당하는 경우, 그 부동산이 증여된 뒤 근저당권설정등기가 말소되었다면, 증여계약을 취소하고 부동산의 소유권 자체를 채무자에게 환원시키는 것은 당초 일반 채권자들의 공동담보로 제공되지 아니한 부분까지 회복시키는 결과가 되어 불공평하므로, 채권자는 그 부동산의 가액에서 근저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도 내에서 증여계약의 일부 취소와 그 가액의 배상을 청구할 수밖에 없다"

8) [주의해야 할 판례] "채무자가 양도한 목적물에 담보권이 설정되어 있는 경우라면 그 목적물 중에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이라 할 것이고, 그 피담보채권이 목적물의 가격을 초과하고 있는 때에는 당해 목적물의 양도는 사해행위에 해당한다고 할 수 없는바, 여기서 피담보채권액이라 함은 근저당권의 경우에 채권최고액이 아니라 실제로 이미 발생하여 있는 채권금액이다"(2003.11.13, 2003다39989). 당해 判例는 앞서 살핀바와 같이 甲이 丁에게 목적물을 처분한 행위가 채권자 丙 또는 己에게 사해행위가 될 것인지와 관련해서 언급해야 할 판례이지, 우선변제권이 확보된

IV. 3.의 해결(5)

1. A, B의 보증의 형태

A와 B는 甲의 丙에 대한 채무에 대해 각자 보증계약을 체결하였는바, 공동보증인에 해당한다. 사안에서 연대보증을 했다가 A와 B가 보증연대를 했다는 사정은 보이지 않으므로 A와 B는 통상의 공동보증인으로서 분별의 이익을 갖는다(제439조, 제408조). 그러므로 A와 B는 각자의 부담부분에 대해서만 보증채무를 부담하는데, 별다른 약정이 없는 경우 보증인 간의 부담부분은 균등한 것으로 추정하므로 A와 B는 주채무 2억원을 균등하게 나누어 각 1억원의 보증채무를 부담한다.

2. A의 B에 대한 구상권 및 변제자대위권

(1) 구상권

공동보증인 중 1인이 '자신의 부담부분을 넘어' 변제한 경우에는 제444조의 규정을 준용하여 다른 공동보증인에 대하여 구상권을 가진다(제448조 1항). 이 때 구상의 범위는 부탁받지 않은 보증인에서와 같다(제444조). 따라서 A가 1억 5천만원을 변제한 것은 자신의 부담부분 1억원을 초과한 것으로서 A는 B에 대하여 변제 당시 이익을 받은 한도, 즉 5천만원에 대하여 구상권을 가진다.

(2) 변제자대위권

보증인은 변제할 정당한 이익이 있는 자이므로 A가 丙에게 변제함으로써 당연히 丙을 대위하게 된다(제481조). 이에 따라 A는 자기의 부담부분을 넘는 5천만원을 한도로 丙의 B에 대한 보증채권을 대위행사 할 수 있다.

(3) 구상권과 변제자대위권의 관계

A가 B에 대해 직접 갖는 구상권과 변제자대위로 행사하는 丙의 B에 대한 채권은 별개의 독립된 권리이다.

V. 4.의 해결(15)

1. 문제점

己에게 변제한 것에 따른 C의 권리는 우선 주채무자 甲에 대한 구상권과 다른 연대보증인 D에 대한 구상권이 문제된다. 또한 변제자대위에 따라 C가 己의 채권 및 근저당권을 대위행사할 수 있는지 검토해야 한다.

2. 甲에 대한 구상권

사안에서 C가 甲의 부탁을 받았는지는 불명확하나, 부탁을 받는 것이 일반적이므로 수탁보증인으로 전제한다. 수탁보증인의 주채무자에 대한 구상권이 발생하려면, 과실없이 변제

乙에게 당해 행위(甲이 丁에게 목적물을 처분행위)가 사해행위가 될 것인지와 관련해서 언급해야 할 판례가 아니다.

기타 출제로 주채무를 소멸하게 해야 한다(제441조).

사안에서 C는 5천만원을 변제하였고 그에 대해 과실은 없으며 이로 인해 甲의 주채무가 5천만원 감축되었으므로, C는 甲에 대해 구상권을 가진다. 그 범위는 5천만원에 면책된 날 이후의 법정이자 및 피할 수 없는 비용 기타 손해배상을 포함한다(제441조 2항, 제425조 2항).

3. D에 대한 구상권

C와 D 간의 보증연대는 없지만 각기 연대보증을 했으므로 분별의 이익은 없다. 단, ‘자기 부담부분을 넘는 변제’를 했을 경우에는 연대채무에 관한 규정에 따라 상호 간의 구상권이 있다(제448조 2항). 특약이 없는 한 부담부분은 균등한 것으로 추정하므로 C와 D는 각기 5천만원을 부담한다. 그런데 사안에서 C는 5천만원을 변제한 것으로 자기의 부담부분을 넘지 못했으므로 D에 대한 구상권은 성립하지 않는다.

4. 변제자대위에 따른 권리

C는 자신의 출제로 甲을 면책시켰고, 연대보증인으로서 변제할 정당한 이익이 인정되므로 원칙적으로 변제로써 당연히 채권자 己의 甲에 대한 채권과 근저당권을 대위한다(제482조 1항).⁹⁾

(1) 특정채권을 담보하기 위한 근저당권 설정이 설정된 경우

己로부터 특정채권인 1억원을 차용하면서 근저당권 설정이 가능한지 문제되나, 원칙적으로 특정한 채권을 담보하기 위해서는 보통의 저당권만 설정할 수 있을 뿐 근저당권은 설정할 수 없다. 다만 통설과 判例¹⁰⁾는 특정한 채권을 담보하기 위하여 근저당권설정등기가 마쳐진 경우에도 이를 무효로 보지는 않고, 보통의 저당권으로서 효력을 갖는다고 한다.¹¹⁾ 따라서 사안의 경우에는 근저당권이지만 특정채권을 담보하기 위한 것으로서 보통의 저당권과 같은 성질을 가지므로 근저당권 확정의 문제는 생기지 않는다. 그렇다면 C는 피담보채권액의 확정과 상관없이 己의 근저당권을 당연히 대위한다.¹²⁾

(2) 일부변제의 경우 변제자 대위

C는 일부 대위변제를 한 것인데, 이때에는 대위자는 그 변제한 가액에 비례하여 채권자와 함께 그 권리를 행사한다(제483조 1항).

9) 즉 자신의 부담부분인 5천만원을 변제한 C는 D에 대한 己의 보증채권을 대위할 수 없으나, 甲에 대한 己의 채권과 X토지의 근저당권은 대위행사할 수 있다.

10) 이에 관하여 명시적으로 판단한 判例는 없으나, 특정한 채권을 담보하기 위한 근저당권 또한 유효함을 전제로 판단한 사례는 많이 있다. 하급심 및 경매 실무상으로도 특정 채권을 담보하기 위한 근저당권을 통상의 근저당권과 마찬가지로 취급하고 있다.

11) 이에 대해 만일 이를 보통의 저당권으로 보게 되면 특정채무의 원본, 이자, 위약금(또는 1년분의 지연손해금)의 합계가 등기된 최고액을 초과하는 경우 후순위 저당권자가 불측의 손해를 입게 될 우려가 있기 때문에 ‘특정한 채권을 담보하기 위해서도 근저당권을 설정할 수 있다’는 견해도 있다(김재형).

12) [참고판례] “근저당 거래관계가 계속중인 경우 즉, 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제한 경우 근저당권이 양수인이나 대위변제자에게 이전할 여지는 없다 할 것이나, 그 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권이 확정되게 되면, 그 피담보채권액이 그 근저당권의 채권최고액을 초과하지 않는 한 그 근저당권 내지 그 실행으로 인한 경락대금에 대한 권리 중 그 피담보채권액을 담보하고 남은 부분은 저당권의 일부이전의 부기등기의 경료 여부와 관계없이 대위변제자에게 법률상 당연히 이전된다”(대판 2002.7.26, 2001다53929).

- ① ‘변제한 가액에 비례하여’의 의미에 대해서는 견해가 대립하는데, 문리대로 변제가액에 비례하여 행사할 수 있다는 견해도 있으나, 변제자대위는 대위변제자의 구상권을 확보하기 위한 것으로서 채권자를 희생시키면서까지 인정할 수는 없으므로 채권자 우선설이 타당하다. 判例도 같은 태도이다(대판 1988.9.27, 88다카1797).¹³⁾
- ② 그리고 ‘함께’ 행사한다는 의미에 대해서도 견해가 대립하는데, 대위변제자가 단독으로 담보권을 행사할 수 있다는 견해도 있으나, 담보물권의 불가분성을 고려할 때 채권자와 공동으로 행사해야 한다는 견해가 타당하다.

13) “변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제할 경우에 대위변제자는 변제한 가액의 범위내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 취득하게 되고 따라서 채권자가 부동산에 대하여 저당권을 가지고 있는 경우에는 채권자는 대위변제자에게 일부 대위변제에 따른 저당권의 일부이전의 부기등기를 경료해 주어야 할 의무가 있다 할 것이나 이 경우에도 채권자는 일부 대위변제자에 대하여 우선변제권을 가지고 있다”

제55회 기출문제

甲은 2011. 6. 20. 자기 소유인 X부동산을 乙에게 매도하고, 그 무렵 乙에게서 계약금과 중도금을 수령하였다. 그 후 丙의 대리인 A는 甲과 乙 간의 위 매매계약 체결사실을 알면서도, X부동산의 매도를 주저하는 甲에게 적극적으로 더 높은 가격의 지급을 약속하여 甲과 X부동산의 매매계약을 체결하였다. 2011. 10. 10. 甲으로부터 소유권이전등기를 마친 丙은 X부동산을 2013. 3. 10. 丁에게 매도하고 그의 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다. 丙과 丁은 甲과 乙 간의 위 계약체결 사실을 알지 못했다.

1. 이 경우 누구를 피고로 삼아 어떤 청구를 하여야 乙이 자신의 명의로 X부동산에 대한 소유권이전등기를 마칠 수 있는지 근거를 제시해서 설명하십시오. (20점)
2. 만약 위 소송에서 丁이 피고가 되었고 또 패소하였다면, 丁은 누구로부터 어떤 방법으로 권리를 구제받을 수 있는지 그 근거를 제시해서 설명하십시오. (10점)

사례 B-04 부동산의 이중매매¹⁾

I. 설문 1

1. 문제점

X부동산과 관련한 ‘매수인’에 지위에 있는 乙이 자신의 명의로 당해 부동산에 대한 소유권이전등기를 마칠 수 있는 법적근거와 관련해서는 선결적으로 하여 甲과 丙 사이의 매매계약이 반사회질서에 해당하여 무효는 아닌지 검토할 필요가 있다(제103조). 왜냐하면 만일 甲과 丙 사이의 매매계약이 무효라면 丙과 丁 앞으로의 등기가 원인무효의 등기가 되어 乙이 丙 또는 丁을 피고로 채권자대위권(제404조), 채권자취소권(제406조), 제3자의 채권침해에 따른 원상회복청구권의 행사를 통해 소유권을 취득할 가능성이 생기기 때문이다.

2. 甲과 丙 사이의 매매계약 및 丙, 丁 등기의 유효성 여부

(1) 판례의 태도

判例가 판시하는 바와 같이 부동산의 이중매매는 자유경쟁의 원칙상 유효하나, 제2매수인이 부동산의 매도인에게 이중매매를 중용한 것과 같이 ‘매도인의 배임행위에 적극가담’한 경우에는 반사회질서 행위로서 무효가 된다(대판 1994.3.11., 93다55289).

(2) 사안의 경우

사안에서 丙의 대리인 A는 甲과 乙간의 매매계약 체결사실을 알고 甲의 배임행위에 적극적으로 가담하였는바, 丙의 주관적 의사는 대리인을 표준하여 결정하므로(제116조), 비록 丙이 甲과 乙의 계약체결사실을 알지 못하였다고 하더라도 丙은 악의로서 적극가담한 것이 된다. 따라서 甲과 丙의 제2매매계약은 반사회질서인 법률행위에 해당하여 무효이다(제103조). 그렇다면 ‘등기의 공신력’을 인정하지 않는 현행 민법하에서 다른 특별한 사정이 없는 한 丙명의 등기는 물건행위의 유인성에 따라 무효이며, 丁명의 등기 또한 무권리자 丙의 처분행위에 따라 무효이다.

3. 채권자대위권 행사가부

(1) 문제점

사안에서 채권자대위권의 다른 요건은 특별히 문제되지 않으나, 甲과 丙의 매매계약이 제103조 위반으로 무효인 경우 甲의 丙 또는 丁에 대한 등기말소청구권(제741조, 제214조)이 제746조의 불법원인급여에 해당하여 피대위권리가 존재하지 않는 것은 아닌지 문제된다.

(2) 판례

判例는 丙 또는 丁명의 등기가 확정판결에 기한 것이 아닌 한(대판 1975.8.19, 74다2229)²⁾ 제1매

1) 2013년 제55회 사법시험 2문의 1.

2) “부동산을 매수한 자가 소유권이전등기를 하지 아니하고 있던 중 제3자가 같은 부동산을 자기가 매수한 것임을 이유로 하여 매도인을 상대로 제소하여 소유권이전등기절차이행의 확정판결을 받아 소유권이전등기를 경료한 경우에는 위의 확정판결이 당연무효라거나 또는 그것이 제3자의 소에 의하여 취소되기 전에는 매수인은 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위

수인 乙이 매도인 甲을 대위하여 丙 및 丁에게 등기말소를 청구할 수 있다고 한다(대판 1983.4.26, 83다카57).³⁾ 그러나 구체적인 논거는 제시하지 않았다. 그리고 乙이 丁에게 직접 이전등기(진정명의의 회복을 위한 소유권이전등기)를 청구할 수는 없다고 한다. 왜냐하면 진정명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 현재 소유권을 가지고 있는 자이어야 가능한데, 乙은 대위청구만 가능할 뿐 아직 소유권을 취득한 것이 아니기 때문이다(대판 2003.5.13, 2002다64148 참고).⁴⁾

(3) 판례의 검토

학설도 대체로 매도인의 등기말소청구권을 인정하고 있으나, 그 근거에 대해서 ① 불법성 비고론 ② 선량한 풍속 위반 한정설 ③ 법질서 자기모순금지의 원칙에 의한 이론 등이 다양하게 제시되고 있다. 검토하건대, 제746조는 이중매매의 제1매수인과 같이 부동산 소유권이 궁극적으로 귀속되어야 할 제3자가 존재하는 경우에는 적용되지 않는다고 보아야 한다. 즉 말소등기가 금지되는 것은 甲의 반사회성 때문인바, 이와 무관한 乙은 제746조의 적용을 받지 않는다고 보는 것이 타당하다.

(4) 사안의 경우

결국 乙은 丙과 丁을 ‘공동피고’로 하고, 甲에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여 甲의 丙과 丁에 대한 말소등기청구권을 대위행사할 수 있다. 그 후 乙은 甲에 대해 유효한 매매계약에 따라 소유권이전등기청구권을 행사하여 X부동산에 대한 소유권을 취득할 수 있을 것이다. 그러나 앞서 살핀바와 같이 乙이 丁을 피고로 직접 자신에게 등기를 청구(진정명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구)하는 것은 허용되지 않는다.

4. 채권자취소권 행사 가부

(1) 문제점

사안에서 X부동산이 甲의 유일한 재산이라는 등 甲의 丙에 대한 매도행위로 무자력이 된다면 乙은 丙을 피고로 채권자취소권(제406조)을 행사하여 甲의 책임재산을 원상회복한 후 궁극적으로 X부동산에 대한 소유권을 취득할 수 있는지 문제된다.

(2) 채권자취소권의 행사가부

무효인 법률행위도 채권자취소권의 대상이 되는 ‘법률행위’에 해당하고(대판 1984.7.24, 84다카68), 채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매각하여 ‘소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위’는 특별한 사정이 없는 한 사해행위가 되나(대판 1966.10.4, 66다1535), 判例가 판시하는 바와 같이 ① 채권자취소권은 총채권자를 위한 책임재산의 보전제도이므로(제407조) ‘소유권이

하여 매도인을 대위하여 위 확정판결의 기판력에 저촉되는 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소청구를 할 수 없고 매도인의 매수인에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이다”

3) “반사회적인 이중매매의 경우에 제1매수인은 매도인을 대위하여 제2매수인에 대해 등기의 말소를 청구할 수 있다”

4) “진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 자기 명의로 소유권의 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 진정한 소유자가 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하여 소유권에 기하여 진정한 등기명의의 회복을 구하는 것이므로, 자기 앞으로 소유권의 등기가 되어 있지 않았고 법률에 의하여 소유권을 취득하지도 않은 사람이 소유권자를 대위하여 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 청구할 수 있을 뿐인 경우에는 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구를 할 수 없다”

전등기청구권'과 같은 특정채권을 보전하기 위하여는 행사될 수 없으며, ② 제1매수인이 매도인에게 가지는 '손해배상청구권'⁵⁾은 매도인이 이중양도하면서 그 이후에 비로소 발생한 것으로 보아야 하므로 채권자취소권은 행사할 수 없다(대판 1999.4.27, 98다56690).

※ 보론 - 소유권취득방안으로서 채권자취소권 행사의 실효성

설령 손해배상청구권의 기초는 사해행위 이전에 발생했다고 보아 채권자취소권의 대상이 된다는 견해에 따르더라도 제407조에 따라 제1매수인 乙은 매도인 甲에게 제1매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수는 없으며,⁶⁾ 사안에서 대리인이 악의인 丙과 달리 丁은 甲과 乙간의 매매계약체결 사실을 알지 못하였으므로 '사해의사'가 있다고 볼 수 없어 전등자인 丁을 피고로 채권자취소권을 행사할 수는 없다. 그렇다면 수익자인 丙을 피고로 하는 가액반환은 乙의 소유권취득방안으로는 적절하지 않다.

5. 불법행위로 인한 원상회복 청구권 인정여부

(1) 제3자의 채권침해 여부 및 불법행위책임 성립여부

사안은 계약의 목적인 '금부를 침해'하는 경우로 제3자의 채권침해에 해당한다.⁷⁾ 다만 제750조의 요건 충족과 관련하여 判例가 판시하는 바와 같이 '단순악의'만으로는 고의 및 위법성을 인정할 수 없고 채권자를 해할 의사로 채무자와 계약을 체결하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 이를 인정할 수 있는바(대판 2001.5.8, 99다38699),⁸⁾ 선의인 丁은 이에 해당할 수 없고 매도인의 배임행위에 적극가담한 丙은 대리인인 A로 인해 불법행위로 인한 손해배상책임을 질 수 있다.

(2) 손해배상으로 원상회복을 구할 수 있는지 여부 및 실효성

문제는 乙의 소유권취득방안으로서의 손해배상청구의 실효성인바, 判例⁹⁾가 판시하는 바와 같이 입법론은 별론으로 하더라도 현행법의 해석상 다른 의사표시가 없으면 손해배상으로 원상회복을 구할 수는 없다(제394조). 아울러 설령 긍정한다고 하더라도 사안에서 등기의 원상회복이 문제되는 것은 현재의 등기 명의자인 丁인바, 선의인 丁에게는 불법행위책임을 물

5) 제2매매가 반사회적 법률행위여서 무효인 경우, 제1매수인은 채권자대위권의 행사로써 제2매수인 명의의 소유권등기를 말소하고, 이를 다시 자기 앞으로 이전하게 할 수 있기 때문에, 매도인의 제1매수인에 대한 채무는 사회통념에 비추어 보면 아직 이행불능된 것이 아니다(따라서 대상청구권도 행사할 수 없다). 다만 제2매수인이 기판력 있는 판결에 의해 소유권이전등기를 한 경우에는 제1매수인이 채권자대위권을 행사하여 제2매수인의 등기를 말소할 수 없으므로 매도인의 제1매수인에 대한 이전 등기의무는 이행불능이다(지원림·제철웅, 민법연습(2판), p.121~p.122 참고).

6) 제1매수인은 매도인에게 원상회복된 부동산에 대하여 위 손해배상채권을 집행권원으로 하여 강제집행을 할 수 있을 뿐, 다시 매도인에게 제1매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수는 없다. 즉 채권자가 회복된 재산으로부터 우선변제를 받을 권리는 없다(제407조). 따라서 위와 같은 채권자취소권의 행사는 제1매수인이 당해 부동산에 관한 소유권을 취득할 수 있는 방법으로는 실효성이 없다고 할 것이다.

7) 다만 이 경우 채권자는 채무자에 대한 손해배상청구권을 가지므로 이하의 불법행위책임을 인정할 때는 보다 신중하여야 한다.

8) "독립한 경제주체 간의 경쟁적 계약관계에 있어서는 단순히 제3자가 채무자와 채권자 간의 계약내용을 알면서 채무자와 채권자 간에 체결된 계약에 위반되는 내용의 계약을 체결한 것만으로는 제3자의 고의·과실 및 위법성을 인정하기에 부족하고, i) 제3자가 채무자와 적극 공모하였다거나 또는 ii) 제3자가 기망·협박 등 사회상규에 반하는 수단을 사용하거나 iii) 채권자를 해할 의사로 채무자와 계약을 체결하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 제3자의 고의·과실 및 위법성을 인정하여야 한다"

9) "법률에 다른 규정이 있거나 당사자가 다른 의사표시를 하는 등 특별한 사정이 없는 이상 불법행위자에 대하여 원상회복청구는 할 수 없다"(대판 1997.3.28, 96다10638).

을 수 없어 乙의 소유권취득방안으로 제3자의 채권침해로 인한 원상회복청구는 효과적인 구제수단이 될 수 없다.

6. 사안의 해결

乙은 丙과 丁을 ‘공동피고’로 하고, 甲에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여 甲의 丙과 丁에 대한 말소등기청구권을 대위행사한 후, 甲에 대해 유효한 매매계약에 따라 소유권이전등기청구권을 행사하여 X부동산에 대한 소유권을 취득할 수 있을 것이다.

II. 설문 2

1. 丙에 대한 구제수단

(1) 문제점

사안에서 丙의 丁에 대한 처분행위는 무권리자의 처분행위로서 무효이나, 채권행위인 매매계약은 타인권리매매로서 유효하다(제569조). 따라서 丁이 패소하여 X부동산에 대한 소유권을 잃게 되었다면 매수인 丁의 매도인 甲에 대한 권리구제수단으로 i) 타인권리매매로 인한 담보책임(제570조), ii) 채무불이행책임(제390조) 및 불법행위책임(제750조), iii) 착오를 이유로 한 취소권(제109조) 등이 문제된다.

(2) 담보책임 추궁가부 및 그에 따른 효과

매수인이 타인권리매매에 따른 담보책임을 묻기 위해서는 i) 타인권리매매일 것, ii) 권리의 취득·이전이 불가능할 것을 요건으로 한다(제570조). 사안에서 乙의 채권자대위권 행사로 인해 丙의 등기가 원인무효로 말소되면, 丙은 처음부터 X부동산의 권리자가 아니었던 것이 되고, 소유권을 취득하여 丁에게 이전할 수 없으므로 타인권리매매에 따른 담보책임을 진다(제570조).¹⁰⁾

따라서 丁은 丙과의 매매계약을 해제하고 매매대금의 원상회복을 청구할 수 있고(제570조 본문, 제548조 2항),¹¹⁾ ‘선의’인 丁은 乙의 채권자대위소송에서 ‘패소한 때의 X부동산 시가상당액’을 손해배상¹²⁾으로 청구할 수도 있다(제570조 단서). 만약 계약해제와 함께 손해배상을 청구한다면 이때 손해는 원상회복을 통해 전보되지 못한 추가적인 손해를 의미한다(제551조).¹³⁾

10) 매매의 목적인 권리가 타인에게 속하는지 여부는 ‘법률적 관점’에서 ‘실질적’으로 판단되어야 한다. 따라서 매매 당시 형식적으로는 매도인이 권리자였으나 매도인이 전권리자로부터 권리를 취득하였던 원인이 무효이어서 매수인이 권리를 추탈당하는 경우에, 권리는 처음부터 매도인이 아니라 타인에게 귀속하였던 것이 되어 타인권리매매에 해당한다(대판 1982.12.28, 80다2750 ; 실질적 판단).

11) 담보책임에 의한 계약해제에 따른 원상회복의 범위에 대해서는 해제의 일반규정인 제548조 2항이 적용된다(대판 1974.3.26, 73다1442).

12) 통설 및 판례는 타인권리의 매매의 경우 이른바 원시적 하자가 있었던 것이 아니라 제569조에 의한 권리취득이전의무의 위반, 즉 채무불이행이 있었다고 할 수 있으므로 이행이익을 배상하여야 한다고 한다(대판 1967.5.18, 전합66다2618). 대법원은 “매도인이 매수인에 대하여 배상하여야 할 손해액은 원칙적으로 매도인이 매매의 목적이 된 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없게 된 때의 이행불능이 된 권리의 시가, 즉 이행이익상당액”(대판 1993.1.19, 92다37727)이라고 하며, “부동산을 매수하고 소유권이전등기까지 넘겨받았지만 진정한 소유자가 제기한 등기말소청구소송에서 매도인과 매수인 앞으로 된 소유권이전등기의 말소를 명한 판결이 확정됨으로써 매도인의 소유권이전이전의무가 이행불능된 경우, 그 손해배상액 산정의 기준시점은 위 판결이 확정된 때이다”(대판 1993.4.9, 92다25946)라고 한다.

(3) 채무불이행책임 또는 불법행위책임 추궁가부

사안에서 丙은 甲으로부터 X부동산의 소유권을 취득하여 이전해줄 수 없으므로 丙의 丁에 대한 소유권이전의무는 이행불능이 되었다. 문제는 丙의 귀책사유인바, 제116조 1항에 따라 丙이 악의(고의)로 평가되는 것은 A의 대리행위가 있었던 甲과 丙 사이의 매매계약에 한정된다고 할 것이다. 따라서 설문에서 명확하지는 않지만 丁과의 매매계약은 丙이 직접 한 것이라고 보여지므로 이에 관해 제116조 1항이 적용될 수는 없다. 그렇다면 丙에게 소유권이전의무의 불능에 관해 귀책사유가 있다고 할 수 없어 丁은 丙에게 이행불능에 따른 계약해제(제546조) 및 전보배상(제390조)을 청구할 수는 없다. 또한 丁은 丙에게 불법행위에 기한 손해배상을 청구할 수도 없다(제750조).

(4) 착오취소 가부

判例에 따르면 법률행위의 목적물이 누구에게 속하는가의 문제는 중요부분의 착오라고 하나(대판 1975.1.28, 74다2069), 제570조와 제571조는 제109조의 특별규정이라 할 것이다.¹⁴⁾ 하급심 판결도 그러하다.¹⁵⁾ 따라서 丁은 丙과의 매매를 착오를 이유로 취소할 수 없다.

2. 대리인 A에 대한 구제수단

대리인 A는 甲과 乙의 매매계약 체결사실을 알면서도 甲에게 적극가담하여 무효가 되는 매매계약을 체결하였고, 이로 인하여 丁의 소유권취득이 좌절되었다. 따라서 A의 고의·과실 및 위법성이 인정되므로 丁은 A에게 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다(제750조).

3. 매도인 甲에 대한 구제수단

매도인 甲 또한 무효가 될 매매계약을 체결함으로써 丁의 소유권취득을 좌절케 하였으므로 고의·과실 및 위법성 인정되며, 丁에게 손해가 있으므로 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다(제750조).

4. 사안의 해결

丁은 丙에 대하여 타인권리매매로 인한 담보책임을 추궁하여 계약을 해제하거나 손해배상을 청구할 수 있고, A와 甲에게 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있는바 결국 丙, A, 甲의 채무는 부진정연대채무의 관계에 있다.

13) 왜냐하면 제551조의 취지는 해제로 인하여 기이행된 급부를 반환함으로써 이루어지는 원상회복만으로 계약이 해제될 때까지 당사자 일방이 입은 손해가 제거되는 것은 아니므로, 실질적 공평의 관점에서 법이 해제와 손해배상의 양립을 인정하는 것이기 때문이다.

14) 고상룡, 백태승, 이영준

15) “민법상 타인의 권리의 매매로 인한 매도인의 담보책임에 관한 규정이 민법 총칙의 착오에 관한 규정보다 우선 적용되어야 할 성질의 것이므로 이 사건에서 매도인인 피고는 착오에 기한 취소를 주장할 수 없다”(서울고법 1980.10.31, 80나2589).

제55회 기출문제

I. 甲은 2008. 5. 1. 乙 소유의 X토지 위에 건물을 지어 식당을 운영할 목적으로 乙과 X토지에 관하여 임대차보증금 3억 원, 차임 월 200만 원, 기간 2011. 4. 30.까지로 한 임대차계약을 맺고 같은 날 위 보증금을 지급하고 X토지를 인도받았다. 그 뒤 甲은 3억 원을 들어 X토지 위에 Y 건물을 완공하였고 2008. 7. 1. 자신의 이름으로 소유권보존등기를 마치고 그 곳에서 식당업을 시작하였다.

II. 위 임대차계약의 계약서에는 “甲은 이 계약에 의하여 갖게 되는 일체의 권리와 의무를 제3자에게 양도할 수 없다. 甲은 임대차종료 시에 지상 건물을 철거하여 X토지를 원래의 상태대로 반환한다.”는 내용이 들어있다.

III. 甲은 2008. 7. 1. 丙과 丁에게서 각 2억 원(합계 4억 원)을 빌리면서 그 채무 담보를 위하여, Y건물에 관하여 丙·丁을 공동매수인으로 하는 매매예약을 체결하고 丙·丁 공동명의로 가등기(지분은 균등)를 마쳐 주었다. 또한 甲은 같은 날 乙에 대한 임대차보증금 반환채권을 丙·丁에게 양도하면서 채권양도서류와 함께 임대차계약서 원본을 교부하고(丙·丁은 위 계약서를 충분히 검토하였다.), 甲을 대리하여 채권양도를 통지할 권한도 丙·丁에게 위임하였다. 丙·丁은 2008. 7. 3. 甲을 대리하여 乙에게 내용증명 우편으로 위와 같은 채권양도를 통지하면서 임대차계약서 사본을 함께 보냈고, 이는 2008. 7. 5. 乙에게 도달하였다.

IV. 甲은 2011. 4. 30. 후에도 X토지에서 영업을 계속하였고, 乙도 아무런 이의를 하지 않았다. 甲은 영업 부진을 이유로 같은 해 5월에 100만 원, 7월과 10월에 각 50만 원, 11월과 12월에 각 100만 원의 차임 지급을 연체하였고, 2012. 1. 1. 식당을 폐쇄하고 이후 차임을 전혀 지급하지 않았다. 그러자 乙은 2012. 1. 30. 甲을 상대로 ‘Y건물의 철거’와 ‘X토지의 반환’을 각 청구하는 소송을 제기하였다.

V. 丙·丁이 2012. 3. 1. 乙에게 임대차보증금의 반환을 요구하자, 乙은 임대차보증금 반환채권의 양도가 무효라는 이유로 지급을 거절하였다가, 2012. 3. 10. 임대차보증금 반환채권의 양도를 승인한다고 丙·丁에게 전화로 통지하였다. 乙은 아직 임대차보증금을 지급하지 않았다.

VI. 甲의 채권자인 戊는 2012. 6. 20. 위 임대차보증금 반환채권에 대한 압류·전부명령을 받았고 위 명령은 2012. 6. 25. 乙에게 송달되었다.

※ 위 사안을 토대로 다음의 질문에 대하여 각기 결론과 논거를 쓰시오.

1. 甲의 丙·丁에 대한 2008. 7. 1.의 채권양도는 유효한가? (10점)
2. 丙은 자기 지분에 관한 매매예약완결권을 단독으로 행사할 수 있는가? (10점)
3. 乙은 부당이득을 근거로 甲의 식당 폐쇄일부터 X토지의 인도 완료일까지의 차임 상당액을 위 임대차보증금에서 공제할 수 있는가? (10점)
4. 임대차보증금은 戊와 丙·丁 중에서 누구에게 지급되어야 하는가? (5점)
5. 위 IV.항의 소송에서 乙의 청구들은 받아들여질 수 있는가(甲과 乙이 제기할 수 있는 모든 민사법상의 주장을 논한 뒤 결론을 도출할 것)? (15점)

사례 B-05 임대차와 채권양도¹⁾

설문 1

I. 결 론

甲의 丙과 丁에 대한 2008. 7. 1. 채권양도는 원칙적으로 乙이 무효라고 주장할 수 있었으나, 2012. 3. 10. 乙의 승인시부터 유효하게 된다.

II. 논 거

1. 甲의 임대차보증금반환채권의 양도 가부

(1) 문제점 및 판례의 태도

임대차보증금반환채권은 임대차기간이 종료해야 비로소 발생하며 그 액수도 임차목적물을 반환할 때까지의 임대차와 관련된 모든 손해를 공제한 것이 되므로 과연 '장래'에 발생할 임대차보증금반환채권을 '현재' 양도할 수 있는지가 문제된다(제449조 1항 단서). 이에 대해 判例는 "장래의 채권도 양도 당시 i) 기본적 채권관계가 어느 정도 확정되어 있어 그 권리의 특징이 가능하고, ii) 가까운 장래에 발생할 것임이 상당한 정도 기대되는 경우에는 이를 양도할 수 있다"(대판 1996.7.30, 95다7932)²⁾고 한다.

(2) 검토 및 사안의 경우

'가까운 장래'나 '상당한 발생가능성'을 요구하는 것은 지나치게 그 기준이 모호하여 법적 안정성을 해할 수 있으나,³⁾ 判例에 따르면 임대차보증금반환채권은 임대차계약의 종료시에 임차목적물을 반환할 때까지 임대차에 관해 생긴 임대인의 손해를 공제하고 발생하므로 그 발생의 기초가 특정되어 있고, 임차보증금의 수액이 불확정하다는 사정은 그 양수인이 이를 감수했다고 보아야 할 것이므로 임대차보증금반환채권은 자유롭게 양도할 수 있다고 할 것이다.

1) 2013년 제55회 사법시험 1문.

2) 그 외에도 "채권양도에 있어 사회통념상 양도 목적 채권을 다른 채권과 구별하여 그 동일성을 인식할 수 있을 정도이면 그 채권은 특정된 것으로 보아야 할 것이고, 채권양도 당시 양도 목적 채권의 채권액이 확정되지 아니하였다 하더라도 채무의 이행기간 지이를 확정할 수 있는 기준이 설정되어 있다면 그 채권의 양도는 유효한 것으로 보아야 한다"(대판 1997.7.25, 95다21624)고 한다. 참고로 이러한 법리는 장래의 채권에 대한 채권압류 및 전부명령이 유효하기 위한 요건으로도 통용되고 있다(대판 2002.11.8, 2002다7527). 즉 우리 판례는 장래 채권의 압류·전부 문제와 장래 채권의 양도 문제를 동일선상에서 이해하고 있다.

3) 양창수, '장래채권의 양도', 민법연구(제7권), p.233~265; 또한 이러한 태도는 장기간에 걸쳐 발생하는 장래의 채권을 유동화하거나 집합채권양도담보의 형식을 통하여 금융의 편의를 도모하는 현대적인 흐름을 규범적으로 뒷받침하지 못하는 문제도 있다. 그러므로 이러한 判例의 태도는 재고되어야 한다. 다만 당사자 사이의 자유로운 약정에 따라 이루어지는 채권양도의 경우와 달리 강제집행의 일환으로 이루어지는 채권의 압류전부에 대해서는 여전히 현재 판례의 태도처럼 일정한 제한이 필요하다고 생각된다. 채권 발생 여부가 확정될 때까지 집행절차가 장기간 불확정한 상태에 빠져 집행의 신속성과 확정성을 해칠 우려가 있고, 제3채무자로서는 그에 비례하여 장기간 압류채권의 발생 여부나 압류의 유효 여부 등을 확인하여 채무를 이행하여야 한다는 점에서 제3채무자에게 부당하게 부담을 강요하는 결과가 되기 때문이다(양창수 권영준, '권리의 변동과 구제'(민법 II), p.170).

2. 양도금지의 특약과 丙, 丁의 임대차보증금반환채권의 취득 여부

(1) 문제점 및 판례의 태도

지명채권은 당사자의 의사에 의하여 양도성이 제한하거나 배제될 수 있다(제449조 2항). 사안에서 임차인 甲은 乙과 '이 계약에 의하여 갖게 되는 일체의 권리와 의무를 제3자에게 양도할 수 없다'고 약정한 이상 원칙적으로 이에 위반한 甲의 임대차보증금의 양도행위는 효력이 없다(물권적 효력설).⁴⁾ 다만 제449조 2항 단서에서 양도금지특약에 위반하여 채권이 양도된 경우에 선의의 제3자에 대하여서는 대항할 수 없도록 하고 있으므로, 사안에서 丙과 丁이 여기서 말하는 선의의 제3자에 해당하는지 문제된다. 이에 대해 判例는 제한설⁵⁾의 입장에 따라 선의의 양수인이 보호받기 위해서는 선의이며, 중과실이 없어야 한다고 한다(대판 1999.12.28. 99다8834).⁶⁾

(2) 검토 및 사안의 경우

채권의 양도성은 법률상 대원칙이며, 양도금지특약은 예외적으로 양도성을 제한하는 것이므로 제한적으로 해석할 필요가 있다는 점에서 判例의 태도는 타당하다. 사안에서 丙과 丁은 甲으로부터 채권양도서류와 함께 임대차계약서 원본을 교부받아 이를 충분하게 검토하였으므로, 채권양도금지특약에 대해 악의이거나 최소한 중과실은 있다. 따라서 원칙적으로 乙은 丙과 丁에게 양도금지특약으로 대항할 수 있다.

3. 채무자 乙의 사후승낙(사후승인)

양도금지의 특약이 있는 채권을 제3자가 악의(중과실 포함)로 양수한 후에 채무자가 이를 승낙하면 유효한 채권양도가 된다는 점에 대해서는 다툼이 없다. 다만 이 경우 判例가 판시하는 바와 같이 다른 약정이 없는 한 소급효가 인정되지 않고 양도의 효과는 승낙시부터 발생한다고 할 것이다(대판 2000.4.7. 99다52817 ; 대판 2009.10.29. 2009다47685⁷⁾).⁸⁾ 따라서 甲의 丙과 丁에 대한 2008. 7. 1. 채권양도는 원칙적으로 乙이 무효라고 주장할 수 있었으나, 2012. 3. 10. 乙의 승인시부터 유효하게 된다.

-
- 4) 채권의 양도성을 배제하는 특약을 한 경우 이를 법적으로 어떻게 구성하느냐에 관하여 ① 양도금지의 특약을 한 경우 당사자 사이에 상대적으로 양도할 수 없는 채권을 발생시켜 채권자는 채무자에 대하여 양도하지 아니할 의무를 부담하는데 그치는 효력을 가질 뿐이라는 채권적 효력설도 있으나, ② 양도금지의 특약에 관하여 직접적인 법형성력을 인정하여 채권의 양도성을 물권적으로 박탈하는 효력을 인정하는 물권적 효과설이 타당하다(통설, 대판 2000.4.7. 99다52817). 당해 판결은 "당사자의 양도금지의 의사표시로써 채권은 양도성을 상실하며"라는 표현을 쓰고 있는데, 이는 '물권적 효력설'을 취하고 있는 것으로 평가된다.
- 5) 학설은 제449조 2항 단서의 선의의 제3자의 범위에 관하여 무과실까지 요구되는지에 관하여 학설은 ① 무과실이어야 한다는 견해(필요설), ② 이를 제한적으로 해석하여 중과실이 없으면 족하다는 견해(제한설), ③ 선의이면 충분하고 무과실은 필요로 하지 않는다는 견해(불요설)로 나누어진다.
- 6) 判例는 양수인의 선의 또는 중과실에 대한 입증책임은 채권양도금지특약으로 채권양수인에게 대항하려는 자가 부담한다고 한다(대판 2003.1.24. 2000다5336, 5343).
- 7) "당사자의 양도금지의 의사표시로써 채권은 양도성을 상실하며, 양도금지의 특약에 위반해서 채권을 제3자에게 양도한 경우에 악의 또는 중과실의 채권양수인에 대하여는 채권이전의 효과가 생기지 아니하나, 악의 또는 중과실로 채권양수를 받은 후 채무자가 그 양도에 대하여 승낙을 한 때에는 채무자의 사후승낙에 의하여 무효인 채권양도행위가 추인되어 유효하게 되며, 이 경우 다른 약정이 없는 한 소급효가 인정되지 않고 양도의 효과는 승낙 시부터 발생한다고 할 것이다. 이른바 집합채권의 양도가 양도금지특약에 위반해서 무효인 경우, 채무자는 일부 개별채권을 특정하여 추인하는 것이 가능하다"
- 8) 즉, 양도금지특약에 대한 물권적 효과설에 따르면 사후승낙은 무효행위의 추인이고, 무효행위의 추인은 새로운 법률행위로 보므로(제139조 단서) 소급효가 발생하지 않는다.

설문 2

I. 결 론

丙은 자기지분에 관한 매매예약완결권을 단독으로 행사할 수 있다.

II. 논 거

1. 문제점

2. 종래 판례의 태도

종래의 判例는 “복수의 채권자 丙과 丁은 A는 예약완결권을 준공유하는 관계에 있고 복수채권자가 매매예약 완결권을 행사하는 경우는 매매예약 완결권의 처분행위라 할 것이므로, 매매예약의 의사표시 자체는 복수채권자 전원이 행사하여야 하며(제264조), 채권자가 채무자에 대하여 예약이 완결된 매매목적물의 소유권이전의 본등기를 구하는 소는 필요적 공동소송으로서 복수채권자 전원이 제기하여야 할 것이다”라고 하였다(대판 1984.6.12, 83다카2282).

3. 최근 판례의 태도

변경된 判例에 따르면 “수인의 채권자가 각기 채권을 담보하기 위하여 채무자와 채무자 소유의 부동산에 관하여 수인의 채권자를 공동매수인으로 하는 1개의 매매예약을 체결하고 그에 따라 수인의 채권자 공동명의로 그 부동산에 가등기를 마친 경우, 수인의 채권자가 공동으로 매매예약완결권을 가지는 관계인지 아니면 채권자 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약완결권을 가지는 관계인지는 매매예약의 내용에 따라야 하고, 매매예약에서 그러한 내용을 명시적으로 정하지 않은 경우에는 수인의 채권자가 공동으로 매매예약을 체결하게 된 동기 및 경위, 매매예약에 의하여 달성하려는 담보의 목적, 담보 관련 권리를 공동 행사하려는 의사의 유무, 채권자별 구체적인 지분권의 표시 여부 및 지분권 비율과 피담보채권 비율의 일치 여부, 가등기담보권 설정의 관행 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”(대판 2012.2.16, 전합2010다82530)⁹⁾고 한다.

4. 검토 및 사안의 경우

설문에서 매매예약완결권의 공동행사 여부가 명시적으로 정해지지 않았으나, 丙과 丁은 각 별개의 채권자로서 담보목적으로 甲소유 Y건물에 관하여 각자의 채권액 비율에 따라 지분

9) 그 외에도 종래 判例는 ① “공유자가 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 처분할 수는 없으나 그 지분은 단독으로 처분할 수 있으므로, 복수의 권리자가 소유권이전청구권을 보존하기 위하여 가등기를 마쳐 둔 경우 특별한 사정이 없는 한 그 권리자 중 한 사람 자신의 지분에 관하여 단독으로 그 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 있고, 이는 명의신탁해지에 따라 발생한 소유권이전청구권을 보존하기 위하여 복수의 권리자 명의로 가등기를 마쳐 둔 경우에도 마찬가지이며, 이 때 그 가등기 원인을 매매약으로 하였다는 이유만으로 가등기 권리자 전원이 동시에 본등기절차의 이행을 청구하여야 한다고 볼 수 없다”(대판 2002.7.9, 2001다43922, 43939)고 판시하였으며, ② “복수의 권리자가 소유권이전청구권을 보존하기 위하여 가등기를 마쳐 둔 경우 특별한 사정이 없는 한 그 ‘가등기의 말소청구소송’은 권리관계의 합일적인 화정을 필요로 하는 필수적 공동소송이 아니라 통상의 공동소송이다”(대판 2010.9.30, 2009다46873)라고 판시한 바 있다.

을 표시하여 (담보)가등기를 하였고, 지분권 비율과 피담보채권 비율도 일치하는 점에서 각자의 지분별로 독립적인 매매예약완결권을 갖는 것으로 볼 수 있다. 따라서 丙은 자기 지분에 관한 매매예약완결권을 단독으로 행사할 수 있다.

설문 3

I. 결 론

임대인 乙은 부당이득을 근거로 2012.1.30.부터 X토지의 인도완료일까지의 차임상당액을 임대차보증금에서 공제할 수 있다. 그러나 식당폐쇄일인 2012. 1. 1.부터 2012. 1. 29.까지는 목시의 갱신으로 인하여 임대차계약이 유효하게 존속하므로, 차임채권으로서 당연히 공제되나, 이는 부당이득을 근거로 한 채권은 아니다.

II. 논 거

1. 乙의 부당이득반환청구권 성립여부

(1) 문제점

부당이득이 성립하기 위해서는 i) 법률상 원인이 없을 것, ii) 타인의 재산 또는 노무에 의하여 이익을 얻었을 것, iii) 타인에게 손해를 가했을 것, iv) 수익과 손실 사이에 인과관계가 있을 것을 요한다(제741조). 사안에서는 i) 법률상 원인 유무 및 ii) 이익취득여부가 문제된다.

(2) 법률상 원인 유무

- ① 식당폐쇄일인 2012. 1. 1.부터 1. 29.까지는 목시의 갱신(제639조)으로 인하여 임대차관계가 유효하게 존속하므로 甲의 점유는 법률상 원인이 있다.
- ② 그러나 2013. 1. 30. 乙이 甲을 상대로 'Y건물 철거'와 'X토지 반환'을 청구하는 소송을 제기한 것은 차임연체로 인한 임대차계약해지(제640조, 제641조)의 의사표시로 해석할 수 있는바, 제641조의 해지는 제635조 해지통고와는 달리 즉시 해지의 효력이 발생한다. 따라서 2013. 1. 30.부터 X토지 인도완료일까지의 甲의 점유는 법률상 원인이 없다.

(3) 이익의 취득

判例는 '실질적 이득론'¹⁰⁾에 근거하여 ① 타인소유의 '건물'을 법률상 원인 없이 점유하고 있는 경우에는 이를 사용·수익하지 못하였다면 실질적인 이익을 얻었다고 볼 수 없다(대판 1992.4.14, 91다45202,45219)¹¹⁾고 하나, ② 타인소유의 '토지'를 법률상 원인 없이 점유하고 있는

10) 양창수, 민법연구 제2권, p.329이하 참고

11) "법률상 원인 없이 이득하였음을 이유로 하는 부당이득반환에 있어서 이득이라 함은, '실질적인 이익'을 가리키는 것이므로 법률상 원인 없이 건물을 점유하고 있더라도 이를 사용·수익하지 못하였다면 실질적인 이익을 얻었다고 볼 수 없다"

경우, 건물을 사용·수익하지 않더라도 ‘부지’에 관한 부당이득은 성립한다고 한다(대판 1998.5.8, 98다2389).¹²⁾

설문에서 甲은 Y건물을 지어 소유권을 원시취득한 자로서, 비록 2012. 1. 1.부터는 식당을 폐쇄하고 사용·수익하지 않았더라도 건물의 존재자체로 X토지를 점유하고 있으므로 차임 상당액의 이익의 취득이 인정된다.

2. 임대차보증금에서 공제가부

(1) 부당이득반환채권 등을 보증금에서 공제할 수 있는지 여부

判例가 판시하는 바와 같이 임대차보증금은 임대차계약이 종료된 후 임차인이 목적물을 인도할 때까지 발생하는 차임 및 기타 임차인의 채무를 담보하는 것으로서 그 피담보채무액은 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 임대차보증금에서 당연히 공제된다(대판 2007.8.23, 2007다21856, 21863).¹³⁾ 이 때 임대차계약에 기한 차임채권 뿐만 아니라, 부당이득반환채권 및 손해배상채권 등 임차인이 임대인에 대하여 부담하는 임대차에 관한 모든 채권이 공제의 대상이 된다.

(2) 임대차보증금반환채권이 양도된 경우 ‘양도 통지 후에 생긴 임차인의 채무’ 도 공제 대상에 포함되는지 여부

判例(대판 1988.1.19, 87다카1315)¹⁴⁾가 판시하는 바와 같이 임대인(채무자)과 양수인의 이익형량을 고려할 때 임대차보증금반환채권의 양수인은 그 채권이 불확정한 채권이라는 사정을 감수하고 양수받은 것이라는 점(임차인의 채무는 보증금에서 공제되는 것이 처음부터 예정되어 있다)에서 비록 양도 통지 후에 생긴 임차인의 채무라 하더라도 임대보증금에서 공제할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다(제451조 2항 참조)

12) 임대차계약에 있어서 임대인이 임차인에게 급부한 것은 ‘이용가능성’이고, 임차인이 이러한 이용가능성을 살려서 실제로 경제적 효과를 얻을 것 등의 위험은 임차인이 부담하여야 한다. 그리고 이러한 설명은 임대차 계약이 종료된 후 그 목적물을 반환해야 하는 관계에 있어서도 그대로 관찰시켜야 하는 것이다. 그러므로 ① 임차인이 동시이행항변권과 같은 인도거절권능이 있다면 당해 목적물의 점유 자체가 동시이행항변권의 행사방법으로 인정될 수 있으므로 실질적인 이익유무를 검토해야 하지만, ② 이러한 권능이 없는 경우에는 실질적인 이익유무에 상관없이 부당이득을 인정해야 한다는 견해가 있다(양창수, 민법연구 제2권, p.329이하 참고)

13) 임대보증금이 전부명령에 의해 타인에게 이전된 때에도 임차인의 임대차상의 채무가 공제된다. 임차인의 채무는 보증금에서 공제되는 것이 처음부터 예정되어 있었기 때문이다(대판 1988.1.19, 87다카1315). 마찬가지로 차임채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있는 경우에도 임대차종료시까지 추심되지 않은 차임은 보증금에서 당연히 공제된다(대판 2004.12.23, 2004다56554).

14) “임차보증금을 피전부채권으로 하여 전부명령이 있을 경우에도 제3채무자인 임대인은 임차인에게 대항할 수 있는 사유로서 전부채권자에게 대항할 수 있는 것이어서 건물임대차보증금의 반환채권에 대한 전부명령의 효력이 그 송달에 의하여 발생한다고 하여도 위 보증금반환채권은 임대인의 채권이 발생하는 것을 해제조건으로 하는 것이므로 임대인의 채권을 공제한 잔액에 관하여서만 전부명령이 유효하다.”

또한 判例는 “차임채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있었다 하더라도, 당해 임대차계약이 종료되어 목적물이 반환될 때에는 그 때까지 추심되지 아니한 채 잔존하는 차임채권 상당액도 임대보증금에서 당연히 공제된다”고 한다(대판 2004.12.23, 2004다56554). [판례검토] 생각건대, 금전채권에 대한 압류 및 추심명령의 경우 추심채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권의 추심권능만 부여할 뿐, 채권의 귀속에 변동이 생기는 것은 아니라는 점에서, 判例의 태도는 타당하다.

설문 4

I. 결 론

임대차보증금은 戊에게 지급되어야 한다.

II. 논 거

1. 채권양도의 제3자에 대한 대항요건

채권에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상의 지위를 취득한 제3자에 대항하기 위해서는 확정일자 있는 증서에 의한 통지·승낙을 요한다(제450조 2항). 이 때 ‘확정일자 있는 증서’란 민법부칙 제3조 소정의 증서를 말하며, 압류·전부명령이 기재된 서면은 확정일자 있는 증서에 해당한다.

2. 채권의 이중양도와 제3자간의 우열의 기준

(1) 제1양도, 제2양도 중 하나만이 확정일자 있는 증서에 의한 대항력을 갖춘 경우

확정일자 있는 통지·승낙을 갖춘 양수인만이 채무자 및 다른 이중 양수인과의 관계에서 채권자임을 주장할 수 있다.¹⁵⁾ 따라서 확정일자 있는 증서에 의한 통지가 그 일자 및 도달시기에 있어서 단순통지된 양도보다 늦은 경우도 마찬가지이다(대판 1972.1.31, 71다2697).

(2) 사안의 경우

설문에서 甲의 丙과 丁에 대한 2008. 7. 1. 채권양도는 2012. 3. 10. 乙의 승인시부터 유효하게 되며, 乙의 승인은 채권양도의 대항요건으로서 ‘승낙’에 해당하므로 대항요건도 구비하였다. 그러나 乙의 승낙은 ‘전화로’통지한 것이므로 확정일자 있는 증서에 의한 승낙에 해당하지 않아 채무자 이외의 제3자에게 대항할 수 없다. 반면에 戊는 임대차보증금 반환채권에 대한 압류·전부명령을 받았으며 이 명령이 2012. 6. 25. 乙에게 송달되었으므로, 확정일자 있는 증서에 의한 통지로서 대항요건을 구비하였다. 비록 戊의 확정일자 있는 증서에 의한 통지일자가 乙의 승낙시기보다 늦은 경우라도 확정일자를 구비한 戊가 우선한다. 따라서 임대차보증금은 戊에게 지급되어야 한다.

15) 즉 민법은 채권의 귀속에 관한 우열을 오로지 확정일자 있는 증서에 의한 통지 또는 승낙의 유무와 그 선후로써만 결정하도록 규정하고 있다(제450조 2항). 이는 거래안전보호를 위한 것으로 강행규정이다.

설문 5

I. 결 론

乙의 甲에 대한 'Y건물의 철거'청구와 'X토지의 반환'청구는 모두 인용된다.

II. 논 거

1. 문제점

2. 乙의 X토지 반환 및 Y건물 철거청구권의 성립

乙은 ① X토지의 소유자이고, ② 甲이 Y건물의 소유자로서 X토지를 점유하고 있으므로, 乙은 甲에 대해 X토지의 반환(제213조)과, Y건물의 철거(제214조)를 청구할 수 있다. 지상건물소유자는 지상건물의 소유를 통하여 당연히 그 부지인 대지를 점유하는 것으로 간주되므로, 乙은 甲이 지상건물을 소유한 사실만 증명하면 甲의 대지 점유사실까지 증명하는 것이 된다(대판 1993.10.26.93다2483).

3. 甲의 점유할 권리의 존재여부

소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있으나, 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다(제213조 단서). 즉, 피고에게 정당한 점유권원이 있다는 사실이 항변사유가 된다. 여기서 '점유할 권리'란 민법상 완전한 권리뿐만 아니라 민법상 점유를 정당화할 수 있는 모든 법적 지위를 포함한다.

(1) 임대차 계약에 의한 항변가부

1) 甲의 임대차계약 묵시의 갱신 주장

2011. 4. 30. 임대차기간이 만료한 후 甲이 X토지에서 영업을 계속하여 임차물의 사용, 수익을 계속하였고, 乙이 상당한 기간 내에 아무런 이의를 하지 않았으므로, 甲은 임대차계약이 존속함을 주장하여 乙의 토지인도 및 건물철거청구에 대항할 수 있다(제639조).

2) 乙의 차임연체로 인한 임대차계약 해지 주장

차임지급의 연체는 연속될 것을 요하지 않으며, 임대인이 상당한 기간을 정하여 이를 최고할 필요도 없다(대판 1962.10.11, 62다496). 사안에서 甲은 5, 7, 10, 11, 12월에 차임을 연체하였으며, 이는 총 400만원으로서 2기의 차임액에 달하므로, 乙은 이를 이유로 임대차계약을 해지할 수 있다(제640조, 제641조).

3) 소결

乙이 차임연체를 이유로 임대차계약을 해지하는 경우, 甲은 묵시의 갱신으로서 임대차 계약이 유효하게 존속함을 주장할 수 없다.

(2) 지상물매수청구권에 의한 항변 거부**1) 포기특약의 유효성**

지상물매수청구권을 규정한 제643조는 강행규정으로서 이에 위반하는 약정으로 임차인에게 불리한 것은 무효가 된다(제652조). 사안에서 甲과 乙이 임대차종료시에 지상건물을 철거하고 X토지를 원상회복하기로 특약한 것은 제643조에 위반하여 임차인 甲에게 불리한 약정이므로 무효이다. 특약이 무효이므로 지상물매수청구권 인정여부는 법률규정에 의한다.

2) 토지임차인의 차임연체 등 채무불이행으로 인해 임대인이 임대차계약을 해지한 경우**ㄱ. 지상물매수청구권의 요건**

토지임차인이 지상물매수청구권(제643조, 제283조)을 행사하려면, i) 건물 기타 공작물의 소유 등을 목적으로 한 토지임대차일 것, ii) 임대차기간의 만료로 임차권이 소멸하고 임대인의 갱신거절이 있을 것, iii) 임대차기간의 만료시 임차인 소유의 지상건물 등이 현존할 것을 요한다.

ㄴ. 판례

判例는 요건 ii)에서 토지임차인의 차임연체 등 채무불이행으로 인해 임대인이 임대차계약을 해지한 때에는 임차인이 계약의 갱신을 청구할 여지가 없으므로, 이를 전제로 하는 2차적인 지상물의 매수청구도 할 수 없다(대판 1997.4.8, 96다54249)고 한다.

ㄷ. 검토 및 사안의 경우

생각건대 제643조의 문언상 ‘기간이 만료한 경우’에만 갱신청구권과 지상물매수청구권을 인정하므로, 判例의 태도가 타당하다. 따라서 甲은 지상물매수청구권의 행사로서 乙에게 대항할 수 없다.

(3) 동시이행항변권에 의한 항변거부

甲이 보증금반환채권으로 乙의 청구에 대해 동시이행의 항변을 할 수 있는지 문제된다. 甲의 보증금반환의무와 丙의 목적물반환의무는 엄밀히 말하면 보증금계약상의 의무와 임대차계약상의 의무로서 동일한 쌍무계약에 기하여 발생한 대립하는 채무는 아니다. 그러나 보증금계약은 임대차와 불가분의 관계로 부종하므로 양채무를 분리하여 취급함은 부당하다. 判例도 “임대차계약이 만료된 경우에 임차인이 임차물을 인도할 의무와 임대인이 보증금 중 연체차임 등 당해 임대차에 관하여 위 ‘인도시까지’ 생긴 모든 채무를 청산한 나머지를 반환할 의무 사이에는 동시이행 관계에 있다”고 한다(대판 1977.9.28, 전합77다1241).

그러나 사안에서 乙이 무효인 채권양도를 승낙하여 임대차보증금반환채권은 甲으로부터 丙·丁에게 이전하였으므로, 甲은 더 이상 보증금반환채권의 채권자가 아니다(물권적 효력설). 따라서 甲은 동시이행항변권으로서 乙에게 대항할 수 없다.

제54회 기출문제

〈공통 사안〉

甲은 2010. 3. 5. 乙로부터 그 소유인 X토지를 매수하는 내용의 매매계약을 체결하였고 토지를 인도받았으나 아직 매매대금은 완불되지 아니한 상태이다. 甲은 2010. 4. 5. 건축업자인 丙과 도급계약을 체결하였다. 이 도급계약의 내용은 丙이 X토지 지상에 단층 주택을 건축하되, 건축주 명義와 보존등기 명義는 甲으로 하고, 공사대금은 丙의 완공된 건물 인도와 동시에 지급하기로 하는 것이었다.

(아래의 각 문항은 독립된 사항임)

2. 丙은 신축공사를 완료한 후 甲에게 공사가 완료되었음을 알리고 공사대금을 지급할 것과 신축건물을 인수받아 갈 것을 통고하였다. 甲은 공사대금을 마련하지 못하여 공사대금의 지급을 지체하고 있다. 그 사이에 토지매도인인 乙은 甲으로부터 토지대금을 받지 못하자 위 X토지 매매계약을 적법하게 해제한 후 X토지를 C에게 양도하고 C명의로 소유권이전등기를 마쳤다. C는 자신이 토지소유자임을 내세워 X토지 위의 건물을 임의로 철거하였다.

丙이 C에 대하여 건물철거를 이유로 손해배상을 청구할 수 있는지 여부와 그 근거를 설명하시오. (15점)

사례C-02 수급인의 보수지급청구권과 채무자위험부담주의¹⁾

I. 문제점²⁾

앞서 본 바와 같이 건물에 대한 소유권은 도급인 甲에게 원시적으로 귀속된다. 그러므로 우선 C의 임의철거에 대한 甲의 권리를 검토하고 수급인 丙이 이를 대위행사할 수 있는지 본다. 이와 관련해서는 피보전채권으로서 丙의 甲에 대한 공사대금청구권의 운명이 문제되는데, 건물인도의무의 이행불능으로 채무자위험부담주의(제537조)에 따라 공사대금청구권이 소멸하는지 아니면 대가위험이 甲에게 이전하는지 검토해야 한다. 나아가 丙의 보수채권이 소멸하지 않는다면 제3자의 채권침해를 원인으로 한 손해배상청구도 검토한다.

II. 丙이 C에게 손해배상을 청구할 수 있는 법적근거

1. C의 임의철거의 적법여부

C는 乙로부터 X토지를 양수하여 소유권이전등기를 경료 했으므로 X토지의 소유권을 적법하게 취득한다. 그리고 건물 소유자 甲은 X토지에 대한 소유권을 취득한 적이 없으므로 토지소유권자 변동에 따른 건물을 위한 관습법상 법정지상권을 취득하는 것도 아니다. 그러므로 C는 소유권에 기한 방해배제청구(제214조)로서 건물 소유자 甲에 대하여 건물의 철거를 구할 수 있다. 이에 甲은 C의 청구에 대해 대항할 수 있는 아무런 권원이 없다. 설령 丙이 건물에 대해 유치권을 취득했다 하더라도 토지 소유자인 C에 대해서 이를 가지고 대항할 수는 없다.

그러나 C가 철거를 구할 권리가 있다고 하더라도 법적 절차를 따르지 않고 甲소유의 건물을 임의로 철거한 것은 甲의 소유권을 침해하는 위법한 행위이다.

2. 甲의 C에 대한 권리

C의 임의철거가 위법하므로 甲은 C에 대해 불법행위를 원인으로 손해배상청구를 할 수 있다(제750조). 다만 이 때 손해배상의 범위는 당해 건물의 교환가치가 아니다. 어차피 건물은 적법한 절차에 따라 철거되어야 할 운명이기 때문이다. 즉 손해배상의 범위는 적법하게 철거될 때까지 토지를 무단점유하면서 건물을 사실상 사용할 수 있는 이익과 폐자재를 회수할 수 있는 이익에 그친다. 判例 또한 유사한 사안에서 같은 태도이다(대판 1993.3.26, 91다14116).³⁾

1) 2012년 제54회 사법시험 1문.

2) (★) 설문에서 원고와 피고를 지정하고 있으므로 이에 기초하여 논점을 파악해야 한다. 丙은 건물건축의 수급인으로서 토지소유자인 C와는 계약관계가 없다. 부당이득도 문제되지 않으므로 '직접' 청구할 수 있는 권리로서 불법행위로 인한 손해배상청구권을 검토하여야 하나, 丙의 공사대금채권이 소멸되지 않았으므로 제3자의 채권침해에 해당하지 않는다. 따라서 결국 채권자대위권이 문제된다. 그렇다면 피대위권리로서 '甲의 C에 대한 권리(제750조)'를 검토하고 피보전권리로서 '丙의 甲에 대한 공사대금청구권'의 존부를 검토하여야 하며 피보전권리의 존부와 관련하여 대가위험의 이전(제538조 1항 2문)이 쟁점이 된다.

3) "기성부분의 소유자인 수급인이 제3자의 불법행위로 기성부분에 대한 소유권을 상실하기는 하였으나 부지 소유자에게 대항할

3. 丙의 甲에 대한 공사대금청구권의 존부

(1) 채무자위험부담주의와 그 예외

쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다(제537조). 다만 채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 되었거나 채권자의 수령지체 중에 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다(제538조 1항).

(2) 사안의 경우

사안에서 丙은 신축공사를 완료한 후 甲에게 신축건물을 인수받아 갈 것을 통고하였는바, 이로써 丙은 자기 의무의 이행 제공을 하였다고 볼 수 있다. 그런데 甲이 공사대금을 마련하지 못하여 수령할 수 없었다면, 이는 甲의 수령지체로 판단할 수 있다(제400조). 그리고 그 와중에 C가 건물을 임의로 철거한 것은 甲과 丙 쌍방에 책임없는 사유이다.

결국 채권자 甲의 수령지체 중 쌍방의 책임없는 사유로 丙의 건물인도채무가 불능이 되었으므로 대가위험이 이전되어 甲은 건물을 받을 수 없음에도 불구하고 丙에게 보수지급채무를 부담한다(제538조 1항 2문).⁴⁾ 즉 丙은 여전히 甲에게 공사대금청구권을 가진다(대판 1993.3.26, 91다14116).⁵⁾

4. 丙의 채권자대위권 행사 가부

丙은 甲에 대한 공사대금청구권을 피보전채권으로 하여 甲을 대위하여 C에 대한 손해배상청구권을 행사할 수 있다(제404조). 다만 피보전채권이 금전채권이기 때문에 대위행사가 가능하기 위해서는 원칙적으로 甲이 무자력이어서 채권보전의 필요성이 인정되어야 할 것이나, i) 피보전채권과 피대위권리가 밀접하게 관련되어 있어서 ii) 채권자대위권을 행사하지 않으면 피보전채권을 유효적절하게 행사할 수 없는 경우에는 무자력을 요하지 않는바, 사안의 경우 명확하지는 않으나 이에 해당한다고 볼 수 있다.

5. 제3자의 채권침해를 원인으로 한 손해배상청구 가부

이 사건 철거행위가 제3자의 채권침해에 해당하기 위해서는 앞서 검토한 사안에서 丙의 甲에 대한 공사대금채권이 소멸되었다고 인정된 후에야 검토할 여지가 있는바, 사안과 같이 丙이 여전히 甲에게 공사대금채권이 있는 한 제3자의 채권침해는 문제되지 않는다(대판 1993.3.26, 91다14116).⁶⁾

권원이 없어서 조만간 손해배상 없이 이를 자진철거하거나 강제로 철거당할 운명이었다면 불법철거로 인한 손해는 기성부분의 교환가치나 투자비용이라고 할 수 없고, 기성부분이 적법히 철거될 때까지 당분간 부지를 불법점유한 채 기성부분을 사실상 사용할 수 있는 이익, 철거 후 기성부분의 폐자재를 회수할 수 있는 이익의 침해로 인한 손해에 한정된다”

4) 다만 나중에 丙이 C로부터 손해배상을 받은 범위 내에서는 甲에게 공사비를 청구할 수 없다(제538조 2항).

5) “수급인이 도급인에게 공사금을 지급하고 기성부분을 인도받아 가라고 최고하였다면 수급인은 이로써 자기 의무의 이행 제공을 하였다고 볼 수 있는데 도급인이 아무런 이유 없이 수령을 거절하던 중 쌍방이 책임질 수 없는 제3자의 행위로 기성부분이 철거되었다면 도급인의 수급인에 대한 공사대금지급채무는 여전히 남아 있다”

6) “이 사건 철거행위가 제3자의 채권침해에 해당하는지 여부는, 원고의 피고 청한건설에 대한 이 사건 기성부분의 인도채무가 채무자위험부담주의에 따라 원고의 위험부담으로 소멸되었고, 따라서 같은 피고의 원고에 대한 이 사건 공사대금지급채무도 더불어 소멸되었다고 인정된 후에야 거론할 수 있으므로……(중략), 피고 청한건설의 원고에 대한 이 사건 공사대금지급채무는 아직도 남아 있고, 따라서 피고 서은수가 위 채권을 침해한 것으로 보아야한다는 논지는 받아들일 수 없다”

제54회 기출문제

〈공통 사안〉

甲은 2010. 3. 5. 乙로부터 그 소유인 X토지를 매수하는 내용의 매매계약을 체결하였고 토지를 인도받았으나 아직 매매대금은 완불되지 아니한 상태이다. 甲은 2010. 4. 5. 건축업자인 丙과 도급계약을 체결하였다. 이 도급계약의 내용은 丙이 X토지 지상에 단층 주택을 건축하되, 건축주 명義와 보존등기 명義는 甲으로 하고, 공사대금은 丙의 완공된 건물 인도와 동시에 지급하기로 하는 것이었다.

(아래의 각 문항은 독립된 사항임)

1. 위 건물의 기둥과 외벽, 지붕공사가 완료되었으나 실내 인테리어 공사만 남은 상태에서, 甲은 자금이 부족하여 위 건물을 A에게 대금 7천만 원에 양도하고 대금을 모두 지급받은 후 건축주 명義를 甲에서 A로 변경하였다. A는 甲으로부터 위 도급계약상 甲의 지위를 인수하고 이에 대하여 丙의 동의를 받았다. 丙이 건물공사를 완료하였지만 아직 A에게 이를 인도하지 아니한 상태에서 甲의 채권자 B가 이 건물을 무단으로 점유하여 사용하고 있다.

이 경우 A가 B로부터 위 신축건물을 인도받을 수 있는 방법을 제시하라. (20점)

사례C-08 계약인수와 도급계약¹⁾
I. 문제점²⁾

A가 신축건물을 인도받는 방법에 관하여, 우선적으로 당해 건물이 독립된 소유권의 객체가 될 수 있는지가 문제되고, 독립된 소유권의 객체라면 소유권을 원시취득하는 자가 누구인지 검토해야 한다. 만약 甲이 소유권을 원시취득할 경우, A가 건물을 반환받는 방법으로서 채권자대위권의 행사 가부가 문제된다(제404조).

II. A가 B로부터 신축건물을 인도받을 수 있는 방법
1. 신축건물이 독립된 소유권의 객체인지 여부
(1) 판례의 태도

判例에 의하면, 건물이 토지의 부합물이 되지 않고 독립된 소유권의 객체가 되기 위해서는 최소한 기둥, 지붕, 그리고 주벽이 갖춰져야 한다(대판 2002.4.26, 2000다16350).³⁾

(2) 사안의 경우

당해 건물의 기둥과 외벽, 지붕공사가 완료되었고 실내 인테리어 공사만 남은 상태이므로 건물은 토지에 부합되지 않고 독립된 소유권의 객체가 된다.

2. 신축건물의 소유권자의 확정
(1) 문제점

甲과 丙의 도급계약에 따라 독립된 소유권의 객체가 된 건물의 소유권을 원시취득하는 자가 누구인지, 소유권이 A에게 이전되었는지가 문제된다.

(2) 학 설

이에 대해 ① 도급인이 건물의 소유권을 원시취득한다는 도급인귀속설과 ② 수급인이 원시취득한다는 수급인귀속설이 대립한다.

(3) 판 례

判例는, ‘특약이 없는 한’, 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 건축한 사람은 그 건물의 소유권을 원시적으로 취득한다고 보아 수급인이 재료의 전부 또는 주요부분을 제공하는 경우에는 수급인에게 소유권이 귀속된다고 판시한 바 있다. 다만 특약의 범위를 넓게 인정하여

1) 2012년 제54회 사법시험 1문.

2) (★) A가 소유권을 취득하지 못하였으므로, 제213조에 의해 신축건물을 인도받을 수는 없고, 채권자대위권이 문제된다. 최근 출제경향에서는 민사소송의 원고와 피고를 설문에서 지정해주기 때문에 원고가 피고에게 행사할 수 있는 직접적인 권리가 없다면, 채권자대위권이 논점이 되는지 생각해 보아야 한다. 특히 설문의 경우는 채권자대위권의 피보전권리와 피대위권리가 2개씩(甲과 丙에 대해)이라는 점에서 채권자대위권의 피보전권리와 피대위권리를 모두 검토하여, ‘A가 건물을 인도받을 수 있는 방법’을 제시해 주어야 할 것이다.

3) “최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 갖춘 것이라고 보아야 한다”

구체적인 사안에서는 도급인이 신축 건물의 소유권을 원시취득한다고 판단한 경우가 적지 않다.

(4) 검토 및 사안의 경우

생각건대, 수급인은 보수를 받는 데에만 관심이 있을 뿐 건물의 소유권 취득에는 관심이 없다는 점에서 수급인의 보수청구권 확보는 ①유치권(제320조) ②동시이행항변권(제665조 1항) ③저당권설정청구(제666조)로도 달성 가능하므로 소유권을 수급인에게 귀속시킬 필요는 없다. 그러므로 도급인귀속설이 타당하다.

도급인 귀속설에 의할 때, 사안에서는 도급인인 甲이 건물의 소유권을 원시취득한다. 그러나 判例에 따르면 사안과 같이 도급인명의로 건축허가를 받고 또 그 명의로 건물에 대한 소유권보존등기를 하기로 한 경우에는 완성된 건축물의 소유권을 원시적으로 도급인에게 귀속시키기로 하는 ‘묵시적 합의’가 있는 것으로 본다(대판 1997.5.30, 97다8601).⁴⁾

(5) A의 소유권 취득 여부

1) 매매로 취득했는지 여부

甲은 대금 7천만원에 건물을 A에게 양도하였는바, 이는 매매계약을 체결한 것으로 보인다. 그러나 甲이 소유권을 원시취득했더라도(제187조 본문), 그것을 이전하기 위해서는 등기를 해야 하는 바(제187조), 형식주의 하에서 미등기건물이라 해도 인도만으로 소유권이 이전될 수는 없다. 건축주 명의를 변경했더라도 마찬가지이다. 그러므로 A가 매매로써 소유권을 취득하지는 못했다.

2) 계약인수로 취득했는지 여부

A가 甲으로부터 도급계약상의 甲의 지위를 인수하고 이에 대해 丙의 동의를 얻은 것은 도급계약에 대해 계약인수가 이루어진 것으로 볼 수 있다. 다만 이 경우에도 계약인수 이전에 이미 甲은 당해 건물의 소유권을 취득한 상태였으므로 그 이후 계약인수가 이루어졌다하더라도 등기 없이 A가 소유권을 승계취득한다거나 처음부터 A가 원시취득한다고 볼 수 없다.

3) 소 결

결국 건물이 독립된 소유권의 객체가 됨과 동시에 甲이 소유권을 원시취득하고, A는 당해 건물의 소유권을 취득하지 못하였다.

3. A가 건물을 인도받을 수 있는 방법

(1) 채권자대위권의 행사요건(필, 이, 비, 불)

채권자대위권의 요건으로서 ① ‘채권자’측의 요건으로는 i) 채권자가 자기의 채권을 보전할 필요가 있어야 하고, ii) 채권에 관한 이행기가 도래하여야 하며, ② ‘채무자’측의 요건으로는 i) 채무자의 제3자에 대한 권리가 일신에 전속한 것이 아니어야 하고(행사상 비전속적 권리), ii) 채무자가 스스로 그의 권리를 불행사하고 있어야 한다(제404조).

4) “일반적으로 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 건축한 사람은 그 건물의 소유권을 원시취득하는 것이고, 다만 도급계약에 있어서는 수급인이 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 완성하더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권보존등기를 하기로 하는 등 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의한 것으로 보여질 경우에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속된다”

(2) 피보전권리와 피대위권리

사안에서 피보전권리는 ① 매매에 따른 A의 甲에 대한 건물소유권이전등기 및 인도청구권과 ② 도급계약에 따른 A의 丙에 대한 건물인도청구권이다. 그리고 피대위권리는 ① 전자의 경우에는 甲의 무단점유자 B에 대한 소유권에 기한 반환청구권(제213조) 및 간접점유권에 기한 반환청구권이고(제207조, 제204조), ② 후자의 경우에는 丙의 무단점유자 B에 대한 점유권에 기한 반환청구권이 될 것이다(제204조).

(3) 채권보전의 필요성

피보전채권이 금전채권인 경우에는 채무자가 무자력이어야 채권보전의 필요성이 인정되지만 특정채권이라면 채무자의 무자력을 요하지 않는다. A의 소유권이전등기 및 인도청구권은 특정채권이고 그 적절한 이행을 위해서는 甲의 권리를 대위행사할 필요성이 인정되므로 보전의 필요성은 인정된다.

(4) 소 결

그 외 다른 요건은 문제되지 않으므로 甲 또는 丙이 B에 대해 반환청구권을 행사하지 않고 있다면 A는 甲 또는 丙을 대위하여 B에 대하여 반환청구를 할 수 있다. 부동산의 명도가 그 목적이므로 A는 B에 대하여 직접 자기에게로 건물을 인도할 것을 청구할 수도 있다.

제55회 기출문제

X토지 위에 Y건물을 지어 소유하던 甲은 2008. 10. 1. 乙과 Y건물에 관하여 전세금 1억 원, 기간 5년으로 하는 전세권설정계약을 체결한 후, 乙에게 전세권설정등기를 마쳐주었다.

甲은 사업자금 마련을 위하여 2009. 11. 1. Y건물을 담보로 丙은행으로부터 2억 원을 대출받으면서 채권최고액 2억 4,000만 원으로 하는 근저당권을 설정하여 주었다. 그 후 甲은 사업이 여의치 않자 2010. 9. 1. 丁으로부터 다시 사업자금으로 1억 원을 차용하였으나, 결국 丙은행 및 丁에 대한 차용금을 변제하지 못하였다.

이에 丁이 甲을 상대로 차용금 1억 원의 지급을 명하는 확정판결을 받아, Y건물에 대한 강제경매를 신청하였고, 그 경매절차에서 戊가 2012. 10. 20. Y건물을 매각받아 소유권이전등기를 마쳤다.

한편, 乙은 Y건물의 천장에 누수현상이 발생하자 2010. 8. 20. 그 보수공사 비용으로 500만 원을 지출하였고, 같은 해 9. 20. 1,000만 원의 비용을 들여 Y건물의 마루를 원목으로 교체하는 공사를 하였는데, 그로 인한 Y건물의 가치증가 현존액은 700만 원이다.

1. 경매절차에서 Y건물을 매수한 戊가 乙을 상대로 Y건물의 인도를 구하는 경우, 乙은 戊에 대하여 전세권을 주장할 수 있는지 여부 및 그 근거는? (10점)
2. 乙의 전세권이 소멸 또는 기간만료로 종료된 경우, 누수 보수공사비용 및 마루교체비용과 관련한 乙의 권리는? (15점)
3. 전세권이 기간만료로 종료된 후에도 乙이 Y건물을 계속하여 점유·사용하고 있는 경우, 戊의 乙에 대한 권리는? (10점)
4. 甲이 戊에 대하여 Y건물의 철거 및 X토지의 인도를 구하는 경우, 甲과 戊의 법률관계는? (15점)

사례 D-06 전세권¹⁾

I. 설문 1.

1. 문제점

경매절차에서 Y건물을 매수한 戊가 소유권에 기해 Y건물의 인도를 청구하는 경우(제213조 본문), 乙이 점유할 권리(제213조 단서)로서 戊에게 전세권을 주장할 수 있는지 문제된다.

2. 경매를 통한 乙의 전세권 소멸여부

을은 전세권설정계약과 그에 따른 등기를 마친자로서 전세권자이다. 이러한 전세권은 담보물권적 성격과 함께 용익물권적 성격을 겸비하고 있다는 점(제303조)²⁾에서 乙의 등기된 전세권이 丙의 저당권보다 순위가 앞서므로 경매절차에서 乙의 전세권은 소멸되지 않는다(민사집행법 제91조 2항 내지 4항 참조).³⁾

3. 乙의 전세권을 경락인 戊에게 주장할 수 있는지 여부

(1) 문제점

乙의 전세권의 존속기간 중 전세목적물인 Y건물의 소유권이 이전된 경우에 신소유자인 戊가 전세권설정자의 지위를 승계하는지 민법의 명문의 규정이 없어 문제된다.

(2) 판례⁴⁾

判例는 승계긍정설의 입장이다. 즉 “전세권이 성립한 후 목적물의 소유권이 이전되는 경우에 전세권은 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자 사이에서 계속 동일한 내용으로 존속하게 된다고 보아야 할 것이고, 따라서 목적물의 신 소유자는 구 소유자와 전세권자 사이에 성립한 전세권의 내용에 따른 권리의무의 직접적인 당사자가 되어 전세권이 소멸하는 때에 전세권자에 대하여 전세권설정자의 지위에서 전세금반환의무를 부담하게 되고, 구 소유자는 전세권설정자의 지위를 상실하여 전세금반환의무를 면하게 된다고 보아야 한다”(대판 2006.5.11, 2006다6072)고 판시하였다.

(3) 검토 및 사안의 경우

물권으로서의 전세권은 목적물의 소유권이 변동되더라도 그 본질이 변할 수 없는 것이므로

1) 2013년 제55회 사법시험 3문.

2) “전세권은 그 존속기간 내에는 주로 용익물권으로서의 성격을 갖고 담보물권으로서의 성격은 잠재되어 있다가, 존속기간 만료, 전세권 소멸통고 또는 소멸청구, 전세권의 합의해지 등의 사유가 있는 경우에는 용익물권으로서의 성격은 사라지고 전세금반환채권을 담보하는 담보물권으로서의 성질만 갖는다”(대판 2005.3.25, 2003다35659).

3) 민사집행법 제91조(인수주의와 잉여주의의 선택 등) ② 매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸된다. ③ 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다. ④ 제3항의 경우 외의 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 매수인이 인수한다. 다만, 그중 전세권의 경우에는 전세권자가 제88조에 따라 배당요구를 하면 매각으로 소멸된다.

4) 학설은 ① 물권으로서의 전세권은 목적물의 소유권이 변동되더라도 그 본질이 변할 수 없는 것이므로 신소유자가 전세권설정자의 지위를 이전받는다거나 이를 긍정하는 ‘승계긍정설’과 ② 민법에 규정이 없고, 이를 인정하는 경우 신소유자가 무자력일 때 전세권자에게 불측의 피해를 줄 수 있다는 이유로 부정하는 ‘승계부정설’이 대립한다.

신소유자가 전세권설정자의 지위를 이전받는다고 보아 이를 긍정하는 ‘승계긍정설’이 타당하다(주택임대차보호법 제3조 3항 및 민사집행법 제91조 3항 본문 참조).⁵⁾ 따라서 乙은 戊에 대해 전세권자로서의 지위를 주장하여 戊의 인도청구에 대항할 수 있다(제213조 단서).

II. 설문 2.

1. 문제점

2. 누수보수공사비용 및 마루교체비용의 법적 성질

누수보수공사와 마루교체는 독립성이 없으므로 Y건물에 부합된다(제256조 본문). 따라서 이는 부속물매수청구권(제316조)의 문제가 아니라, 비용상환청구권의 문제이다.

누수보수공사비용은 Y건물을 보존하기 위하여 지출한 금액으로서 필요비에 해당하고, 마루교체비용은 Y건물을 개량하기 위하여 지출한 금액으로서 유익비에 해당한다.

3. 乙의 필요비상환청구권

전세권은 임대차와 달리 목적물의 유지, 수선의무가 전세권자에게 있다(제309조). 따라서 전세권자는 목적물의 현상을 유지하고 그 통상의 관리에 속한 수선을 한 경우 필요비상환 청구는 할 수 없다. 그러므로 사안에서 乙은 필요비인 누수보수공사비용을 청구할 수 없다.

4. 乙의 유익비상환청구권

유익비는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 소유자의 선택에 좇아 그 지출액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다(제310조). 사안에서 乙은 소유자 戊의 선택에 좇아 유익비인 마루교체비용을 청구할 수 있다. 마루공사비용은 1000만원이고, 가치증가 현존액은 700만원 이므로 戊는 가치증가액(700만원)을 선택하는 것이 유리할 것이다.

5. 乙의 유치권행사 가부

(1) 유치권의 성립요건

유치권은 i) 타인의 물건 또는 유가증권을 ii) 적법하게 점유하고 있으며 iii) 그 목적물에 관하여 생긴 채권이 iv) 변제기에 있을 때 v) 유치권 배제특약이 없는 경우에 성립한다(제320조).

乙은 타인 戊의 물건인 Y건물을 전세권에 기해 적법하게 점유한 자로서 Y건물에 관하여 생긴 유익비상환청구권을 피담보채권으로 하여 변제를 받을 때까지 Y건물을 유치할 권리가 있다. 만약 법원이 유익비상환청구에 대해 상당한 상환기간을 허여한 경우(제310조 2항)에는 피담보채권의 변제기가 도래하지 않아 유치권을 행사할 수 없을 것이다.

(2) 유치권의 효력

유치권은 물권이기 때문에 채무자뿐만 아니라 모든 자에게 주장할 수 있다. 특히 경매의 경우 민사집행법상 경락인은 유치권자에게 유치권으로 담보하는 채권을 ‘변제할 책임이 있

5) 지원립, 민법강의(11판), 3-277

다'고 규정되어 있으나(동법 제91조 5항), 이는 부동산상의 부담을 승계한다는 취지로서 인적 채무까지 인수한다는 취지는 아니므로, 乙은 경락인 戊에 대하여 그 피담보채권의 변제가 있을 때까지 유치목적물인 Y건물의 인도를 거절할 수 있을 뿐이고 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다(대판 1996.8.23, 95다8713). 그러나 戊의 입장에서 Y건물의 사용가치와 교환가치를 제대로 누리기 위해서는 사실상 피담보채무를 변제하여야 하므로, 乙은 사실상 우선 변제를 받을 수 있게 된다.

6. 사안의 해결

乙의 전세권이 소멸 또는 기간만료로 종료된 경우, 乙은 누수 보수공사비용은 청구할 수 없으나, 마루교체비용은 유익비로서 상환청구할 수 있으며(제310조), 이를 피담보채권으로 하여 유치권을 행사할 수 있다(제320조).

III. 설문 3.

1. 문제점

2. 전세권의 법정갱신 및 전세권의 소멸통고⁶⁾

(1) 전세권의 법정갱신

건물의 전세권설정자가 전세권의 존속기간 만료 전 6월부터 1월까지 사이에 전세권자에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 만료되는 때에 전 전세권과 동일한 조건으로 다시 전세권을 설정한 것으로 본다(제312조 4항). 이는 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 변동이므로 전세권갱신에 관한 등기를 필요로 하지 아니하고 전세권자는 그 등기 없이도 전세권설정자에게 그 권리를 주장할 수 있다(대판 1989.7.11, 88다카21029).

사안에서 전세권이 기간만료로 종료된 후에도 乙이 Y건물을 계속 점유·사용하고 있고 전세권설정자 甲이 갱신거절의 뜻을 통지한 바 없으므로 전세권은 법정갱신된 상태이다.

(2) 전세권의 소멸통고

전세권의 법정갱신의 경우 전세권의 존속기간은 그 정함이 없는 것으로 보므로(제312조 4항 2문), 각 당사자는 언제든지 상대방에 대하여 전세권의 소멸을 통고할 수 있고 상대방이 이 통고를 받은 날로부터 6월이 경과하면 전세권은 소멸한다.

3. 전세권이 소멸된 후의 戊의 乙에 대한 권리

(1) 건물인도청구

戊는 Y건물의 소유자로서 乙에게 Y건물의 반환을 청구할 수 있다(제213조).

6) (★) 본 강사의 조심스러운 판단으로는 당해 질문이 '전세권이 종료된 후에도'라고 표현하고 있는 점과 배점이 10점 밖에 되지 않는다는 점을 감안할 때 당해 쟁점은 출제자가 의도한 쟁점은 아닐 것으로 생각된다. 그러나 설령 출제자가 의도한 쟁점이 아니라고 할지라도 당해 쟁점을 서술할 경우 가점요인이 될지언정 감점요인은 아니므로 간략히라도 언급하는 것이 수험생에게는 유리할 것으로 판단된다.

(2) 부당이득반환청구

乙이 Y건물을 계속하여 점유·사용하고 있는 한, 사용에 따른 ‘실질적인 이익’을 인정할 수 있고, 전세권이 소멸되어 법률상 원인이 없으므로 이에 대한 이익을 반환해야 한다(제741조). 그러나 전세권의 경우, 전세금의 이자 상당액이 사용·수익에 대한 대가로서 기능하므로, 戊는 전세금을 반환하지 않은 이상 별도로 부당이득반환을 청구할 수는 없을 것이다(대판 2002.2.5. 2001다 62091,⁷⁾ ; 대판 1976.10.26. 76다1184⁸⁾ 참고).

(3) 불법행위에 기한 손해배상청구

乙의 전세목적물반환의무는 戊의 전세금반환의무와 동시이행관계에 있으므로(제317조), 戊가 전세금을 반환하지 않은 이상 위법성이 조각되어 불법행위에 기한 손해배상청구는 할 수 없다(제750조).

5. 사안의 해결

戊는 제313조에 의해 전세권의 소멸을 통고하고, 6월이 경과하여 전세권이 소멸하면 Y건물의 인도를 청구할 수 있다. 이 때 전세금반환은 乙의 Y건물인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 것과 동시이행하면 되며(제317조), 그 기간 동안의 사용·수익에 따른 부당이득반환청구나 불법행위로 인한 손해배상청구는 할 수 없다.

IV. 설문 4.**1. 문제점**

甲은 X토지의 소유자로서 원칙적으로 Y건물의 철거(제214조) 및 X토지의 인도(제213조 본문)를 청구할 수 있다. 이 때 戊에게 점유할 권리(제213조 단서)로서 관습법상 법정지상권이 성립하는지, 만약 관습법상 법정지상권이 성립한다면 甲이 지료를 청구할 수 있는지 문제된다.

2. 관습법상 법정지상권의 성부

관습법상 법정지상권이 성립하기 위해서는 i) 처분당시 토지와 건물이 동일인의 소유에 속하였을 것, ii) 매매 기타의 적법한 원인으로 소유자가 달라질 것, iii) 당사자 사이에 건물을 철거한다는 특약 또는 토지의 점유·사용에 관한 다른 약정이 없을 것이 필요하다.

사안에서 i) 처분당시 X토지와 Y건물이 동일인인 甲소유였다는 점은 분명하다.⁹⁾ ii) 저당

7) “전세권설정자는 전세권이 소멸한 경우 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환할 의무가 있을 뿐이므로, 전세권자가 그 목적물을 인도하였다고 하더라도 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류를 교부하거나 그 이행의 제공을 하지 아니하는 이상, 전세권설정자는 전세금의 반환을 거부할 수 있고, 이 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 그가 전세금에 대한 이자 상당액의 이득을 법률상 원인 없이 얻는다고 볼 수 없다”

8) “채권적 전세권에 있어서는 그 건물의 시가의 절반상당정도의 금액이 전세금으로써 일시에 교부되고 그 전세금의 이자는 그 임대료와 상계되고 있음이 특단의 사정이 없는 한 인정 시행되어 오고 있고 당사자 일방이 목적물 명도채무와 다른 일방의 전세금반환채무는 특단의 사정이 없는 한 동시이행관계에 있으므로 전세계약기간 종료후 전세금을 반환치 않고 있는 동안의 본건 건물부분의 점유를 불법점유라 할 수 없고 점유사용에 따른 임료상당액과 전세금에 대한 이자상당액은 서로 대가관계에 있다고 봄이 상당하다”

9) 최근 대판 2012.10.18. 전합2010다52140판결인 “강제경매의 경우 관습상 법정지상권이 성립하는가 하는 문제에 있어서는 그 매

권에 기한 경매와 달리 강제경매로 인한 소유자 변동은 제366조 법정지상권의 문제가 아니라 관습법상 법정지상권의 문제로서, 매매 기타의 적법한 원인으로 토지와 건물의 소유자가 달라졌으며, iii) 甲과 戊 사이에 건물 철거 특약 또는 토지의 점유·사용에 관한 다른 약정은 없으므로 戊는 관습법상 법정지상권의 성립을 주장하여 甲의 청구에 대항할 수 있다.

3. 지료청구¹⁰⁾

관습법상 법정지상권이 성립한다고 하여 戊에게 토지를 무상으로 사용·수익할 수 있는 권리가 생기는 것은 아니므로 지료상당액은 지급해야 한다. 이때 지료는 통설과 判例(대판 1996.2.13, 95누11023)에 따르면 제366조 유추적용하여 당사자의 협의에 의하여 결정되지 않으면 당사자의 신청에 의해 법원이 정한다고 한다.

4. 사안의 해결

甲의 토지인도, 건물철거 청구에 대하여 戊는 관습법상 법정지상권으로서 대항할 수 있다(제213조 단서). 이 때 戊는 甲에게 지상권설정등기를 청구할 수 있으며, 지료상당액을 지급해야 한다.

수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납시(과거 판례의 태도)가 아니라 그 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지 여부가 판단되어야 한다”는 판시내용은 가압류 당시에 토지와 건물의 소유자가 달랐던 경우에 문제되는 것이므로, 토지와 건물의 소유자가 처음부터 동일한 경우인 설문과는 관계가 직접적인 연관성이 없다.

10) “법정지상권자라 할지라도 대지소유자에게 지료를 지급할 의무는 있는 것이므로, 법정지상권이 있는 건물의 양수인은 그 대지를 점유사용함으로써 인하여 얻은 이득은 부당이득으로서 대지소유자에게 반환할 의무가 있다”(대판 1997.12.26. 96다34665).

제54회 기출문제

〈공통 사안〉

甲은 2010. 3. 5. 乙로부터 그 소유인 X토지를 매수하는 내용의 매매계약을 체결하였고 토지를 인도받았으나 아직 매매대금은 완불되지 아니한 상태이다. 甲은 2010. 4. 5. 건축업자인 丙과 도급계약을 체결하였다. 이 도급계약의 내용은 丙이 X토지 지상에 단층 주택을 건축하되, 건축주 명義와 보존등기 명義는 甲으로 하고, 공사대금은 丙의 완공된 건물 인도와 동시에 지급하기로 하는 것이었다.

(아래의 각 문항은 독립된 사항임)

3. 甲의 채권자 D는 2011. 2. 10. 위 건물에 관하여 강제경매를 신청하여 같은 달 15. 그 경매개시결정기입등기가 마쳐졌다. 위 건물공사는 2011. 3. 8. 완료되었다. 그 후 D는 위 경매절차에서 위 건물을 매수하여 2011. 7. 10. 매각대금을 납부하였고 2011. 8. 16. 소유권이전등기를 마쳤다. 한편 丙은 공사대금을 받지 못한 채 그때까지 위 건물을 계속 점유하고 있었으나 사용하고 있지는 않았다.

D는 丙에 대하여 건물인도 및 점유기간 동안의 차임 상당의 금원을 청구할 수 있는가?(15점)

사례 D-07 경매개시로 인한 압류의 효력 발생 후에 유치권을 취득한 경우 우열관계¹⁾

I. 문제점

D는 경매절차에서 건물을 매수하여 2011. 7. 10에 매각대금을 납부함으로써 건물의 소유권을 취득하였다(제187조, 민사집행법 제135조). 따라서 D는 건물을 점유 중인 丙에 대하여 소유권에 기한 반환청구권(제213조)을 행사할 수 있는바, 이에 대한 丙의 항변수단으로서 동시이행항변권과 유치권이 문제된다.

D의 차입 상당의 금원 청구에 관하여는, ① 부당이득반환청구의 경우 丙에게 실질적인 이득이 있는지, ② 부당이득이 안 된다면 불법행위로 인한 손해배상청구가 가능한지 문제된다.

II. D의 丙에 대한 건물인도청구 가부

1. 丙의 동시이행항변 가부

丙이 甲으로부터 보수를 지급받음과 동시에 건물을 인도하겠다는 항변을 할 수 있는지 문제된다. 그러나 D와 丙은 쌍무계약 관계에 있는 것이 아니고 달리 공평의 원칙상 이를 인정해야 할 필요성이 없으므로 丙은 동시이행항변을 할 수 없다.

2. 丙의 유치권 항변 가부

(1) 유치권의 성립요건

유치권은 i) 타인의 물건 또는 유가증권(목적물)을 ii) 적법하게 점유하고 있으며, iii) 그 목적물에 관하여 생긴 채권이 iv) 변제기에 있을 때 v) 유치권 배제특약이 없는 경우에 성립한다(제320조).

(2) 경매개시로 인한 압류의 효력 발생 후에 유치권을 취득한 경우 우열관계

최근 判例에 따르면, 부동산에 강제경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 목적물의 점유를 인도받는 것은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 유치권을 행사하여 경락인에게 대항할 수 없다고 한다.²⁾

이러한 판시에 비추어보면, 사안에서 경매개시결정기입등기가 2011. 2. 15.에 마쳐짐으로써 압류의 효력이 발생하였고, 건물공사는 2011. 3. 8.에 완료됨으로써 공사대금청구권의 변제기가 도

1) 2012년 제54회 사법시험 1문.

2) “채무자 소유의 건물 등 부동산에 강제경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다”(대판 2005.8.19, 2005다22688). 이 경우 위 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 있음을 채권자가 알았는지 여부 또는 이를 알지 못한 것에 관하여 과실이 있는지 여부 등은 채권자가 그 유치권을 매수인에게 대항할 수 없다는 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다(대판 2006.8.25, 2006다22050).

래하게 되는데, 이 때 공사대금청구권을 피담보채권으로 하여 유치권의 성립을 인정하게 되면 이미 발생한 압류의 처분금지효에 저촉되게 된다. 따라서 丙은 D의 건물인도청구에 대하여 유치권을 행사할 수 없다.

Ⅲ. D의 丙에 대한 차임 상당 금원 청구 가부

1. 부당이득반환청구 가부

(1) 부당이득반환청구의 요건(법, 이, 손, 인)

부당이득이 성립하기 위하여서는 i) 법률상 원인이 없을 것, ii) 타인의 재산 또는 노무에 의하여 이익을 얻었을 것, iii) 그러한 이익을 얻음으로 인하여 타인에게 손해를 가했을 것 iv) 수익과 손실 사이에 인과관계가 있을 것이라는 요건이 필요하다(제741조). 이 때 이득이라 함은 실질적 이익을 가리키는 것이므로, 법률상 원인 없이 건물을 점유하고 있다고 하여도 이를 사용·수익하지 못하였다면 실질적인 이익을 얻었다고 볼 수 없다(대판 1984.5.15, 84다카 108 외 다수의 判例).

(2) 사안의 경우

사안에서 비록 丙이 법률상 원인 없이 건물을 계속 점유하고 있었으나 사용하고 있지는 않았으므로 현실적으로 취한 이익이 없다. 따라서 丙은 D에 대하여 부당이득으로 반환할 것이 없다.

2. 불법행위로 인한 손해배상청구 가부

비록 丙이 현실적으로 취한 이익이 없다고 하더라도 점유할 정당한 권원이 없는 丙의 점유는 소유자 D에 대하여 불법점유로서 불법행위에 해당한다. 그러므로 丙의 이득여부와 관계 없이 D에 대하여 불법행위로 인한 손해배상채무를 부담하고, 이에 따라 D는 차임 상당액을 손해배상으로 청구할 수 있다(제750조).³⁾

3) 만약 丙에게 유치권이 인정된다면, 점유할 정당한 권원이 인정되므로 위법성이 없어 불법행위책임이 없다.

제54회 기출문제

〈공통 사안〉

2010. 5. 사망한 A에게 유족으로는 처 甲과 직계혈족 乙이 있고, 상속재산으로는 A의 단독소유인 X주택(시가 3억 원 상당), 저축은행 Y에 예금 1억 원이 남았다.

(아래의 각 문항은 독립된 사항임)

1. 甲은 A의 사망 당시 丙(A의 친자라고 가정함)을 포태 중이었는데, A 없이 혼자 丙을 키워야 한다는 두려움으로 인하여 2010. 7. 丙을 낙태하고자 하였으나 실패하고, 丙은 얼마 후 출생하였다. 이러한 경우에 최종적으로 상속인이 되는 자는 누구인가? (5점)
2. A의 사망으로 甲과 乙(당시 만 17세인 A의 자로 가정함)이 공동상속인으로 되었다. 甲은 乙의 친권자로서 상속재산을 분할하였다. 그 결과 X주택은 甲의 단독명의로, 저축은행 Y에 예금해 둔 1억 원은 乙의 것으로(성년이 된 乙만이 인출할 수 있음) 하였다. 甲의 상속재산분할은 유효한가? (5점)
3. 위 2. 문항과 동일한 사안(甲의 상속재산분할은 유효하다고 가정함)에서 乙이 성년이 되기 전에 저축은행 Y가 파산하여 1억 원의 예금 중 5천만 원을 받을 수 없게 된 경우에 乙이 공동상속인 甲을 상대로 주장할 수 있는 민법상 권리와 그 근거는 무엇인가? (5점)
4. 위 공통 사안에서 甲과 乙(A의 모라고 가정함)이 A의 재산을 공동상속하고 이미 재산분할까지 마친 상황에서 A의 내연녀인 B가 丁을 출산하여 A의 친자로 밝혀졌고, 2010. 10. 인지 신고가 되었다. 이 경우 A의 최종 상속인은 누구이며, 그들의 구체적인 상속분(적극재산에서 소극재산을 제외한 상속재산은 2억 1천만 원으로 가정함)은 각각 얼마인가? (10점)

사례 E-03 낙태와 상속결격, 상속재산분할과 이해상반행위·담보책임, 제860조 단서¹⁾

I. 최종상속인 확정 - 설문 1.

1. 문제점

우선적으로 甲이 丙을 낙태하고자 한 것이 상속결격사유에 해당하는지 문제된다. 제1004조 1호에 따르면 ‘고의’로 ‘동순위 상속인’을 ‘살해하려 한 자’는 상속인이 되지 못한다. 丙은 비록 태아지만 제1000조 3항에 의해 상속에 관하여는 출생한 것으로 보므로 甲과 丙은 동순위 상속인임이 명백하다. 다만 낙태도 위 조항의 살해의 개념에 포함되는지, 상속결격이 되기 위해서는 상속에 유리하다는 인식이 필요한지 등²⁾이 문제된다.

2. 낙태가 제1004조 1호의 살해에 해당하는지 여부

비록 형법상으로 태아는 살인죄의 객체가 되지 못하지만, 제1004조의 취지상 낙태와 살인을 달리 평가할 것은 아니므로 判例와 같이 낙태를 제1004조 1호의 상속의 동순위에 있는 자를 ‘살해’한 것으로 보아 상속결격이 된다고 보는 것이 타당하다(대판 1992.5.22, 92다2127).³⁾

3. 상속결격이 되기 위해서 상속에 유리하다는 인식을 요하는지 여부

(1) 판례⁴⁾

判例는 “i) 제1004조 1호는 ‘고의’만을 규정하고 있을 뿐 별도로 ‘상속에 유리하다는 인식’을 요구하고 있지 않으며 ii) 제1004조 2호는 ‘상해의 고의’만 있었던 경우에도 상속결격을 인정하므로 이 경우 상속에 유리하다는 인식이 필요 없음은 당연하다”고 한다(대판 1992.5.22, 92다2127).

(2) 검토 및 사안의 경우

제1004조 1호는 ‘직계존속’을 살해하거나 살해하려고 한 경우에도 상속결격을 인정하고 있는바, 가해자가 피상속인의 직계존속보다 선순위인 경우에도 상속결격을 인정하고 있는 것은 상속결격의 요건으로서 상속에 유리하다는 인식을 별도로 요구하지 않는 것으로 볼 수 있다는 점에서 ‘상속에 유리하다는 인식’은 필요 없다고 보는 것이 타당하다. 그러므로 사

1) 2012년 제54회 사법시험 2문의 1.

2) 행위의 시기도 다음과 같이 문제되나 배점기준상 생략해도 무방하다. ; 이와 관련하여 ① 소급적으로 상속결격을 인정하게 되면 그 자를 상속인으로 믿고 거래한 선의의 제3자에게 피해를 줄 수 있기 때문에 제1004조 1호가 정한 행위는 ‘상속개시 전’에 행하여져야 한다는 견해가 있으나, ② 거래안전은 상속회복청구권의 제척기간으로 어느 정도 해소될 수 있다는 점에서, 행위의 시기는 문제되지 않는다고 봄이 타당하다. 判例도 피상속인이 사망하여 ‘상속이 개시된 후’ 피상속인의 처가 낙태한 사안에서 처의 상속결격을 인정한 바 있다(대판 1992.5.22, 92다2127).

3) 반면에 원칙적으로 이를 부정하되, 예외적으로 상속에 있어 자기의 지위를 유리하게 하기 위하여 낙태한 경우에만 제150조를 유추적용하여 이를 긍정할 수 있다는 견해도 있다(윤진수).

4) 배점기준상 다음의 학설논의는 생략해도 무방하다 ; 상속결격제도의 존재이유에 관한 i) 상속적 협동관계 파괴설, ii) 이원설에 의하면 제1004조 1호는 상속적 협동관계를 파괴한 데 대한 제재이므로 상속에 유리하다는 인식은 필요하지 않다고 하나, iii) 상속결격 제도는 재산의 취득 질서를 교란하여 위법하게 이득을 얻으려는 것에 대한 제재라고 보는 개인법적 재산취득질서 파괴설에 의하면 상속에 유리하다는 인식이 필요하다고 한다.

안에서 비록 甲이 혼자 丙을 키워야 한다는 두려움으로 인하여 낙태하고자 한 것일지라도 상속결격이 되는 데 지장은 없다.

4. 사안의 해결

결국 甲은 제1004조 1호의 '동순위 상속인을 살해하려 한 자'에 해당하여 상속결격이 된다. 그렇다면 만약 乙이 직계존속이라면 丙이 단독상속인이 될 것이고, 乙이 직계비속이라면 乙과 丙이 공동상속인이 될 것이다(제1000조 1항, 제1000조 3항).

II. 甲의 상속재산분할의 유효성 - 설문 2.

1. 문제점

甲이 乙의 친권자로서 상속재산분할을 한 것이 이해상반행위(제921조 참조)에 해당하여, 특별대리인을 선임하지 않고 甲이 乙을 대리한 것이 무권대리로서 무효인지가 문제된다.

2. 甲의 상속재산분할이 이행상반행위에 해당하는지 여부

(1) 학 설

학설은 ① 이해상반행위는 오직 그 행위 자체에 대한 외형적 법률효과로만 판단해야 한다는 형식적 판단설, ② 이해상반행위는 당해 행위에 이르게 된 친권자의 동기, 경제적 효과까지 고려하여 실질적으로 판단하여야 한다는 실질적 판단설 등이 있다.⁵⁾

(2) 판 례

判例는 “제921조 1항의 이해상반행위란 행위의 객관적 성질상 친권자와 子 사이에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위를 가리키는 것으로서 친권자의 의도나 그 행위의 결과로 실질적 이해의 대립이 생겼는가의 여부는 묻지 아니하는 것이라”(대판 1991.11.26, 91다32466)고 하여 원칙적으로 형식적 판단설을 취하고 있다.

(3) 검토 및 사안의 경우

이해상반행위를 판단하는 것은 친권자의 대리권 범위를 결정하며, 특별대리인 선임의 기준이 되는 것으로서 그 명확한 기준을 설정할 필요성이 크다. 따라서 형식적 판단설이 타당하다. 다만 사안과 같이 친권자가 子를 대리하여 친권자에게 유리한 상속재산을 분할하는 것(친권자 甲의 X주택의 시가는 3억원 상당임에 비해 미성년자 乙의 예금은 1억원 상당)은 어느 견해에 따르더라도 이해상반행위에 해당한다.

그러므로 甲은 乙을 위해 특별대리인을 선임하여 그와 상속재산분할협의를 했었어야 하므로(제921조 1항), 직접 乙을 대리한 것은 무권대리 행위로서 무효이다(제130조). 즉 당해 상속재산분할은 무효이다.

5) 그 외에도 기본적으로 형식적 판단설에 의하되, 친권자와 미성년인 자와의 사이에 실체법상의 구상관계 등이 발생하는 경우에는 실질적 이해상반행위를 인정한다는 절충설(실질관계를 고려한 형식적 판단설) 등이 있다.

Ⅲ. 乙이 甲을 상대로 주장할 수 있는 권리 - 설문 3.

1. 상속재산분할의 효과와 담보책임 규정의 취지

분할의 효과에 관해 선언주의⁶⁾에 의하면 공동상속인 간의 분할에 대한 책임은 없다. 그러나 민법은 지분의 교환과정이 있다고 보아 담보책임을 규정한다(제1016조 내지 제1018조). 공동상속인 간의 상속재산에 대한 분배의 공평을 담보하기 위해서이다.

2. 상속채무자의 자력에 대한 담보책임

사안에서는 제1017조 1항이 문제되는데, 이에 의하면 분할에 의하여 예금채권 1억 원을 취득한 공동상속인 乙이 채무자 Y은행의 무자력으로 그 채권을 회수할 수 없는 경우이므로, 다른 공동상속인 甲이 그 상속분에 응하여 분할 당시의 채무자의 자력을 담보한다. 채권의 매매에 있어서는 특별히 자력을 담보한다는 특약을 한 경우에만 매도인이 채무자의 자력을 담보하게 되는 것(제579조 참조)과 달리 상속재산분할에 있어서는 자력담보 특약이 없는 경우에도 채무자의 자력을 담보하게 되는 것이다. 이 때 분할 당시의 자력을 담보한다는 의미는 상속재산분할 당시의 채무자의 자력이 채권을 만족시키게 충분했으나 그 후 무자력이 된 경우 공동상속인이 부족부분의 이행을 담보한다는 의미이다.

3. 사안의 경우

그러므로 사안에서 만약 분할 당시에는 저축은행 Y가 1억원의 예금 전부를 반환할 수 있었으나 그 후 파산하여 5천만원을 돌려주지 못하게 된 것이라면, 甲은 乙이 변제받지 못하게 된 5천만원 중 甲 자신의 상속비율(3/5)에 해당하는 3천만원을 乙에게 지급해야 한다.

Ⅳ. 최종상속인 확정 및 구체적인 상속분 - 설문 4.

1. 최종상속인의 확정

(1) 문제점

인지의 소급효(제860조 본문)로 인해 丁은 출생시에 소급하여 A의 직계비속이 된다. 따라서 甲과 乙이 공동상속인이었다고 하더라도 丁의 인지와 동시에 甲과 丁이 공동상속인이 되는 것이다. 이 때 乙의 상속권이 인지의 소급효로부터 보호받는 제3자의 권리인지 문제된다(제860조 단서 참조).

(2) 피인지자보다 후순위 상속인이 제860조 단서의 제3자에 해당하는지 여부

1) 판례의 태도

判例는 동순위 상속인조차 인지되어 새로 상속인이 된 자가 있는 경우 가액반환의무(제1014조 참조)를 부담하는 점을 근거로 이와 균형상 후순위 상속권자의 상속권은 제860조

6) 분할의 효과를 어떻게 규정할 것인가에 대하여는 이전주의와 선언주의가 있다. 이전주의에 의하면, 상속재산은 상속개시에 의해 공유상태로 들어가고 분할에 의해 공유지분이 이전된다고 이해한다. 공유설의 입장이다. 이에 비하여 선언주의에 의하면 상속인이 분할을 통하여 상속재산을 취득하는 것은 다른 공동상속인을 거쳐(지분의 교환) 취득하는 것이 아니라 직접 피상속인으로부터 취득하는 것으로 본다. 합유설의 입장이다.

단서에 의해 보호받는 제3자의 권리에 해당하지 않는다고 판시하였다(대판 1993.3.12, 92다48512).⁷⁾

2) 검토 및 사안의 경우

생각건대 피인지자가 동순위의 상속인에 대하여는 가액지급에 의한 상환청구를 할 수 있으나(제1014조), 후순위의 상속인에 대하여는 전혀 아무런 청구를 할 수 없다는 것은 형평의 원칙에 어긋나므로 判例의 태도가 타당하다. 그렇다면 후순위상속인 乙은 丁의 인지와 동시에 상속권을 상실한다. 결국 최종상속인은 배우자 甲과 직계비속 丁이다.

2. 구체적 상속분의 산정

배우자와 직계비속이 공동상속하는 경우, 배우자는 직계비속의 상속분에 5할을 가산한 비율로 상속을 하게 된다(제1009조 2항). 즉 배우자와 직계비속의 상속비율은 1.5:1 이 된다. 사안에서 A의 적극재산은 X주택과 예금을 합쳐서 4억원이다. 적극재산에서 소극재산을 제외한 상속재산이 2억 1천만원이라는 점에서 소극재산은 1억 9천만원임을 알 수 있다. 소극재산, 즉 상속채무의 경우 상속의 개시와 동시에 상속분에 따라 분할 귀속되어 상속재산분할의 대상이 될 수 없다는 것이 判例의 입장인바, 1억 9천만 원 중 3/5는 甲에게 귀속되고 2/5은 丁에게 귀속된다. 적극재산의 경우 4억원 중 3/5인 2억 4천만 원은 甲에게 귀속되고 2/5인 1억6천만 원은 丁에게 귀속된다.

7) “민법 제860조는 인지의 소급효는 제3자가 이미 취득한 권리에 의하여 제한받는다라는 취지를 규정하면서 제1014조는 상속개시 후의 인지 또는 재판의 확정에 의하여 공동상속인이 된 자는 그 상속분에 상응한 가액의 지급을 청구할 권리가 있다고 규정하여 제860조 소정의 제3자의 범위를 제한하고 있는 취지에 비추어 볼 때 혼인 외의 출생자가父의 사망 후에 인지의 소에 의하여 출생자로 인지받은 후 피인지자보다 후순위상속인인 피상속인의 직계존속 또는 형제자매 등은 피인지자의 출현과 함께 자신이 취득한 상속권을 소급적으로 잃게 되는 것으로 보아야 하고, 그것에 제860조 단서의 규정에 따라 인지의 소급효 제한에 의하여 보호받게 되는 제3자의 기득권에 포함된다고 볼 수 없다”

제55회 기출문제

피상속인 甲은 2012. 7. 1. 유언 없이 사망하였다. 사망 시 甲에게는 배우자 A, 자녀 B, C가 있었다. 甲의 상속재산으로는 X부동산(당시 시가 3억 원), 예금채권 7,000만 원, 乙에 대한 1억 4천만 원의 금전채무가 있었다. 乙에 대한 위 채무는 甲이 자신의 친구 丙과 함께 부담하는 연대채무였다. A, B, C는 2012. 9. 1. 위 상속재산에 관하여 X부동산은 B, C가 각각 1/2 지분씩 취득하기로 하고, 예금채권은 A에게 귀속시키기로 하며, 채무는 A가 단독으로 부담하기로 합의하였다. (아래 각 문항은 별개의 사안이며, 이자는 고려하지 말 것.)

1. 乙은 2013. 6. 28. 채무를 인정하는 A를 제외하고 B, C를 상대로 연대채무의 상속을 이유로 각각 1억 4천만 원의 지급을 구하는 이행의 소를 제기하였다. 乙이 한 위 각 청구의 인용 여부(인용 시에는 각 그 금액표시) 및 그 근거를 설명하시오. (10점)

2. A의 단독채무부담을 정한 위 분할합의에 대해 乙의 동의를 얻은 후 A는 자기 소유 Y부동산(당시 시가 2억 원)에 관하여 乙에게 위 채권 1억 4,000만 원을 피담보채권으로 해서 1순위 저당권을 설정해 주었다. 그 후 Y부동산이 경매되었는데, 부동산 시장 침체의 여파로 저가 매각되어 乙은 경매절차에서 7,000만 원 밖에 배당받지 못했다. 乙은 2013. 6. 28. A, B, C에게 각각 나머지 잔액 7,000만 원의 지급을 청구하였다. 乙의 주장은 타당한지 근거를 제시해서 설명하시오. (10점)

사례 E-04 금전채무(연대채무)의 공동상속과 상속재산분할¹⁾

I. 설문 1.

1. 상속채무의 상속관계

(1) 금전채무가 상속재산분할의 대상이 되는지 여부

공동상속의 경우에 상속인은 각자의 상속분에 따라 피상속인의 권리·의무를 승계한다(제1007조). 이러한 승계는 피상속인의 사망시에 발생하는데, 공동상속인들 사이에 상속분에 따라 상속재산이 분할할 때까지 사이에 잠정적으로 공동상속인들이 상속재산을 공유한다(제1006조).

문제는 채무의 공동상속인바, 判例가 판시하는 바와 같이 “금전채무와 같이 급부의 내용이 가분인 채무가 공동상속된 경우, 이는 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인에게 분할되어 귀속되는 것이므로, 상속재산분할의 대상이 될 여지가 없다”(대판 1997.6.24, 97다8809).²⁾

사안의 경우 피상속인 甲의 乙에 대한 1억 4천만원의 금전채무는 상속재산분할의 대상이 되지 않으며, 상속개시와 동시에 상속인들의 상속분에 따라 A, B, C에게 3 : 2 : 2로 분할귀속됨이 원칙이다.

(2) 면책적 채무인수인지 여부

判例가 판시하는 바와 같이 금전채무에 대한 분할 협의는 제1013조의 상속재산의 협의분할에 해당하는 것은 아니지만, 위 분할의 협의에 따라 공동상속인 중의 1인이 법정상속분을 초과하여 채무를 부담하기로 하는 약정은 면책적 채무인수의 실질을 가진다고 할 것이어서, ‘채권자의 승낙’이 있으면 면책적 채무인수로서 유효하게 될 수 있다(대판 1997.6.24, 97다8809).³⁾

그러나 사안에서 乙이 B, C를 상대로 지급을 청구하는 것은 면책적 채무인수에 대해 승낙하지 않은 것이므로 B와 C는 A, B, C 간에 A가 채무를 단독으로 부담하기로 합의하였다는 사실로써 乙에게 대항할 수 없다.

1) 2013년 제55회 사법시험 2문의 2.

2) 학설은 상속채무가 가분채무인 경우(예컨대 금전채권) ① 채권자를 보호하기 위하여 공동상속인이 불가분채무를 부담한다고 보는 견해도 있으나(즉 분할채무설에 의하면 상속채권자는 상속개시에 의하여 자기의 의사와 무관하게 자기의 채권이 분할되는 불이익을 입게 되므로 이는 부당하다고 주장한다), ② 상속이라는 것은 피상속인의 사망으로 인한 부득이한 채무자 변경이라는 점, 불가분채무로 본다면 공동상속인 1인의 무자력 위험을 그 채무를 이행한 상속인이 부담하게 되어 부당하다는 등을 고려하면 가분채무로 보는 것이 타당하다.

3) “상속재산 분할의 대상이 될 수 없는 상속채무에 관하여 공동상속인들 사이에 분할의 협의가 있는 경우라면 이러한 협의는 민법 제1013조에서 말하는 상속재산의 협의분할에 해당하는 것은 아니지만, 위 분할의 협의에 따라 공동상속인 중의 1인이 법정상속분을 초과하여 채무를 부담하기로 하는 약정은 ‘면책적 채무인수’의 실질을 가진다고 할 것이어서, 채권자에 대한 관계에서 위 약정에 의하여 다른 공동상속인이 법정상속분에 따른 일부 또는 전부를 면하기 위하여는 민법 제454조의 규정에 따른 ‘채권자의 승낙’을 필요로 하고, 여기에 상속재산 분할의 소급효를 규정하고 있는 민법 제1015조가 적용될 여지는 전혀 없다”

2. B와 C에게 각각 1억 4천만원을 청구할 수 있는지 여부

(1) 문제점

피상속인 甲의 채무는 친구 丙과 함께 부담하는 연대채무였는데, 연대채무자 중 1인이 사망하고, 상속인이 수인인 경우 그 연대채무는 어떻게 되는지 문제된다.

(2) 학설 및 판례⁴⁾

① 연대채무는 그 채무가 불가분임을 본질로 하기 때문에 불가분채무와 마찬가지로 각 공동상속인은 당연히 본래의 연대채무를 그대로 부담하는 것으로 보아야 한다는 견해⁵⁾와, ② 연대채무도 통상의 금전채무와 마찬가지로 분할승계된다고 보아 상속인은 피상속인이 부담 하던 채무액 중 상속분에 따른 채무액(부담부분)에 대하여만 책임을 지고 그 금액의 범위에서 본래의 연대채무자와는 연대관계에 서지만 상속인 상호간에는 연대관계를 부정하는 것이 타당하다는 견해⁶⁾ 등이 주장되고 있다. 이에 대해 명시적인 입장을 밝힌 대법원판결을 발견하기 어렵다. 다만 하급심 실무에서는 통상적으로 후자의 견해인 ‘가분채무설’에 따라 해결하고 있다. 사안의 경우, ①설에 의하면 乙은 B와 C에게 각각 1억 4천만원 전부를 청구할 수 있다. 반면 ②설에 의하면 乙은 B와 C에게 그 상속분에 상응하여 각 4천만원 씩만 청구할 수 있으므로, 4천만원 범위에서 일부인용된다.

(3) 소결

생각건대, 공동상속재산이 가분채무인 경우 분할채무원칙상 각 상속인은 그 상속분에 따라 이를 승계한다고 봄이 상당하다. 본래의 채무가 연대채무라고 하더라도 이는 丙과의 관계가 연대채무라는 것에 불과하며, 甲이 단독채무를 지고 있었던 경우에도 상속에 의해 상속인들의 분할채무로 되는 것을 고려하면 채권자에게 불측의 손해를 끼치는 것도 아니다. 따라서 乙의 청구는 B와 C에 대해 각 4천만원 범위에서 일부인용된다.

II. 설문 2.

1. 문제점

상속재산분할합의에 대하여 乙이 동의한 경우, 이것이 면책적 채무인수로서 유효한지 및 채무자가 누구인가가 문제된다.

2. 상속재산분할의 합의에 대한 승낙의 의미⁷⁾

앞서 살핀바와 같이 A의 단독채무부담을 정한 분할합의는 실질적으로 면책적 채무인수의 합의이며, 이에 대해 채권자 乙이 동의하면 A가 단독으로 채무를 부담하게 된다(대판

4) 민법의 맥(2012년판), p.1538~1539 ; 송영곤, 민법의쟁점(II) 개정3판, p.932

5) 김주수, 친족상속법, p.533 ; 이경희, 가족법, p.376 ; 이은영, 개정판 민법(II), p.771

6) 김운호, 채무상속, 상속법의 제문제(재판자료 제78집), p.704 ; 차한성, 민법주해 제10권, p.94

7) 배점기준상 97다8809판결은 설문 2.에서 전면적으로 언급하는 것이 원칙이나, 제2문의 2.의 설문1.과 설문2.를 함께 고려하여 채점하는 것이 일반적이므로 논리구성상 면책적 채무인수를 설문 1.에서 언급하고 설문 2.에서 재인용하는 것도 타당하다고 판단된다.

1997.6.24. 97다8809).

3. B, C를 상대로 한 청구

면책적 채무인수로 인해 B와 C는 더 이상 채무자가 아니므로, 乙이 변제받지 못한 부분이 있더라도 B, C에게는 더 이상 지급을 청구할 수 없다. 따라서 이 부분 청구는 기각된다.

4. A를 상대로 한 청구

부동산 시장 침체의 여파로 저당목적물이 저가로 매각되었다 하더라도, A는 여전히 나머지 잔액 7000만원의 지급책임을 진다. A는 면책적 채무인수로 인하여 1억 4천만원 전액에 대한 채무자이며, Y부동산에 대해서만 책임을 지는 ‘물상보증인’은 아니기 때문이다. 이 때 Y부동산에 대한 저당권은 경매로 소멸하였으므로 나머지 7000만원에 대해서 乙은 일반채권자의 지위에서 청구할 수 있을 뿐이다.

5. 사안의 해결

乙의 B, C에 대한 지급청구는 타당하지 않으나, A에 대한 지급청구는 7000만원 전액 인용된다.