

1. 동시이행관계에 있는 채무의 이행거절권능 범위

【設問】

A 회사는 B 회사와 원단을 염색하는 등 가공을 하여 납품하도록 하는 계약을 체결하고 B 회사에게 生紙 190,000kg을 의뢰하여 가공한 후 납품하도록 하였는데, B 회사가 가공하여 A 회사에게 납품한 물량은 180,000kg에 불과하였고 그 나머지는 B 회사의 창고에 보관하고 있다. A 회사는 B 회사로부터 납품받은 물건 중 170,000kg은 인도에 있는 C 회사에 수출하기로 약정되어 있었다. B 회사도 그러한 사정을 알고 있었으며, 약정에 따라 A 회사에 물건을 납품하였고, A 회사는 B 회사가 납품한 물건을 인도로 수출하였다.

그런데 B 회사가 원단을 염색하는 과정에서 발생한 하자로 말미암아 A 회사에 납품한 물건에 하자가 있다는 이유로 인도의 C 회사에 수출한 물건이 반송되어 왔으며, A 회사는 C 회사로부터 매매 대금도 지급받지 못하게 되었다. A 회사의 손해배상액은 300,000,000 원인데, B 회사의 A 회사에 대한 원단 가공료 채권액은 180,000,000 원이 된다.

1. 이 경우, A 회사가 B 회사를 상대로 손해배상청구권을 행사할 경우에 B 회사는 A 회사에 대한 보수 지급청구권과의 상환을 주장하며 동시이행항변권을 행사할 수 있는가?
2. B 회사가 A 회사에게 지급하지 않고 있는 300,000,000 원의 손해배상채무에 대해서는 B 회사의 이행지체 책임이 발생하지 않는가?

출제의도

설문은 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다26455, 26462 판결의 사실관계를 기초로 정리한 것으로서, 수급인이 의무를 이행하지 않음으로써 도급인에게 하자확대 손해가 발생한 경우에 수급인의 손해배상채무와 도급인의 보수지급채무는 동시이행관계가 성립하는지의 여부에 관한 문제와 도급계약에서 동시이행관계에 있는 반대 채권의 존재로 이행지체 책임이 면책되는 범위 및 당사자 일방이 부담하는 채무액이 상대방의 채무액을 초과하는 경우에 이행거절권능이 허용되는 범위 등에 관한 문제로서, 판례의 법리를 중심으로 정리해보고자 한다.

【답안구성 예】

- I. 문제의 제기
- II. 동시이행항변권의 확대 적용

1. 동시이행항변권의 의의 및 기능

- (1) 의의
- (2) 기능
- (3) 법적 성질

2. 쌍무계약 이외에서 발생한 채무의 확대

- (1) 판례의 법리
- (2) 구체적인 예

III. 동시이행항변권의 성립 요건과 효과

1. 성립 요건

- (1) 동일한 쌍무계약에 의하여 쌍방이 대가적 의미를 가지는 채무를 부담할 것
- (2) 상대방 채무의 변제기 도래
- (3) 상대방이 채무의 이행 또는 이행을 제공을 하지 않고 이행을 청구하였을 것
- (4) 불안의 항변권

2. 효과

- (1) 연기적 항변권
- (2) 효력의 발생
- (3) 항변권 존재의 효력

IV. 사안의 해결

1. B 회사의 손해배상채무와 A 회사의 보수지급채무 사이의 동시이행 관계 여부

앞에서 언급하였듯이, 수급인이 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못하여 도급인에게 손해가 발생하였다면 그와 같은 하자 확대손해로 인한 수급인의 손해배상채무와 도급인의 보수지급채무는 동시이행관계가 인정된다. 따라서 A 회사가 B 회사에 대하여 손해배상을 청구할 경우에 B 회사는 보수지급채권으로서 동시이행을 항변할 수 있다. 다만 A 회사의 가공료 채무액인 180,000,000 원과 대등한 금액 내에서만 서로 동시이행관계가 성립하게 될 뿐이다.

2. B 회사의 이행지체 책임의 면책 범위

도급계약에서 동시이행관계에 있는 반대채권의 존재를 이유로 상대방에 대한 채무이행을 거절할 권능을 가지고 이행지체책임을 부담하지 않는 것은 서로 자신과 상대방의 채무액 중 대등액의 범위에 한하여 인정될 뿐이다. 즉, 당사자 쌍방의 채무액을 비교하여 일방의 채무액이 상대방의 채무액을 초과하는 부분이 있다면 그 일방의 나머지 채무액에 대하여는 동시이행관계 및 이로 인한 이행거절권능이 허용되지 아니한다는 판례의 법리에 의하면, B 회사는 가공료 채권액인 180,000,000원과 대등한 금액의 범위 내에서만 동시이행관계를 이유로 이행을 거절할 수 있으므로 초과하는 금액 120,000,000 원에 대하여서는 이행지체 책임을 부담하게 된다.

2010년 5월호 고시계  
영남대 교수 이상 옥

## 2. 대지의 매각대금에서 미등기 주택 임차인의 우선변제권 인정 여부

### 【設問】

A는 그 소유인 X토지위에 4층 다세대 Y 주택을 마무리공사를 제외한 대부분의 공사를 완료하였으나 준공검사는 받지 않았다. 그 상태에서 甲은 A로부터 위 Y 주택 중 3층 301호를 보증금 65,000,000원에 임차하고, 1997. 3. 2. 입주 및 전입신고와 임대차계약서에 확정일자까지 받았다. 또한 乙도 A로부터 위 Y 주택 중 4층 401호를 보증금 63,000,000원에 임차하고 1997. 4. 27. 입주 및 전입신고와 임대차계약서에 확정일자를 받았다. 위 Y 주택은 준공 전 사전임주 및 공사미비로 준공허가를 받지 못하여 현재까지도 미등기 상태로 남아 있다.

한편, A는 1998. 2. 24. X 토지와 Y 주택을 처 B에게 증여하였고, 1998. 2. 25. X 토지에 대하여 증여에 따른 소유권이전등기를 하였고, Y 주택에 관하여도 건축주 명의를 B로 변경하였다. B는 1998. 10. 7. 채무자 C를 위하여 X 토지에 丙을 근저당권자로 하는 채권최고액 240,000,000원의 근저당권설정등기를 하였다.

C가 대출금을 변제하지 않자 丙은 X 토지를 경매 신청하였으며, 법원은 현황조사를 통하여 이 대지상에는 4층 다세대 주택이 신축되어 있고, 甲, 乙이 임차인으로 있음을 확인한 후 경매절차를 진행하였다. 甲은 2001. 2. 15. 乙은 2001. 2. 14.에 배당요구서를 제출하였으며, X 토지는 2001. 9. 10. D에게 금 135,000,000원에 낙찰되었다. 매각대금에 대하여 甲, 乙, 丙은 어떻게 배당받는가?

### 출제의도

설문은 대법원 2007.6.21. 선고 2004다26133 전원합의체판결의 사실관계를 변형한 문제로서 (1) 대지만 매각된 경우에 매각대금에 대하여 주택임차인의 우선변제권이 인정되는가 여부 (2) 대지 매각대금에 대한 우선변제권이 미등기 주택임차인에게도 인정되는지 여부 (3) 주택임대차 성립 당시 임대인의 소유였던 대지가 타인에게 양도되어 임차주택과 대지의 소유자가 서로 달라진 경우, 임차인이 대지의 환가대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있는지 여부를 묻는 문제이다. 대법원 2007.6.21. 선고 2004다26133 전원합의체판결은 미등기주택의 임차인의 우선변제권을 부정한 종전의 판례를 변경하고, 미등기주택의 임차인에 대하여 대지의 환가대금으로부터의 우선변제권을 인정한 최초의 판결이다. 특히 임대차 성립 후 임대인이 소유권을 상실한 대지에 대해서도 주택임대차보호법상의 우선변제권의 효력이 미친다는 법리를 선언함으로써 주택임차인의 보호범위를 확대한 판결로서, 무주택 시민의 임차권과 보증금을 보호할 목적으로 제정된 주택임대차보호법의 입법취지를 살려 미등기주택 임차인의 보호를 보다 충실히 한 점에서 그 의의가 크다고 할 것이다.

## 【답안구성 예】

### I. 문제 제기

### II. 대지만 매각된 경우에 매각대금에 대하여 주택임차인의 우선변제권이 인정되는가?

1. 학설
  - (1) 부정설
  - (2) 긍정설
2. 판례
3. 검토

### III. 대지 매각대금에 대한 우선변제권이 미등기 주택임차인에게도 인정되는지 여부

1. 학설
  - (1) 부정설
  - (2) 긍정설
2. 판례
  - (1) 종전판례(대법원 2001. 10. 30. 선고 2001다39657 판결)
  - (2) 대법원 2007.6.21. 선고 2004다26133 전원합의체판결
3. 검토

### IV. 대지와 주택의 소유자가 다른 경우에 임차인이 우선변제권을 행사할 수 있는지 여부

1. 주택과 대지의 소유자의 동일성 요구 시점
  - (1) 임대차 성립시점
  - (2) 경매신청시점
  - (3) 판례
  - (4) 검토
2. 미등기건물 양수인에 대한 동일성 인정 여부
  - (1) 긍정설
  - (2) 부정설
  - (3) 검토

### V. 사안의 해결

사안을 분석하면 다음과 같다. 甲은 1997년 3월 2일에 乙은 1997년 4월 27일에 임차보증금에 대한 우선변제권의 요건을 갖추었다. 여기서 甲과 乙의 보증금에 대한 우선변제적 효력이 X 토지의 매각대금에도 미치는 지를 검토하여야 한다. 사건은 판례의 입장과 같으므로 판례에 따라 살펴보면, II에서 본 바와 같이 대지만이 매각된 경우에 주택임차인의 우선변제권이 대지의 매각대금에도 미친다는 것이 판례의 태도이다. 나아가 III에서 살펴본 바와 같이 대지의 매각대금에 대한 우선변제권이 미등기 주택임차인에게도 인정된다는 것이 판례의 태도이다. 여기서 사안처럼 주택임대차 성립 당시 임대인의 소유였던 대지가 타인에게 양도되어 임차주택과 대지의 소유자가 서로 달라진 경우, 임차인이 대지의 환가대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있는지 여부가 문제되는 데, IV에서 살펴본 바와 같이 판례는 종전의 태도를 변경하여 '대항요건 및 확정일

자를 갖춘 임차인과 소액임차인은 임차주택과 그 대지가 함께 경매될 경우뿐만 아니라 임차주택과 별도로 그 대지만이 경매될 경우에도 그 대지의 환가대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있고, 이와 같은 우선변제권은 이른바 법정 담보물권의 성격을 갖는 것으로서 임대차 성립시의 임차 목적물인 임차주택 및 대지의 가액을 기초로 임차인을 보호하고자 인정되는 것이므로, 임대차 성립 당시 임대인의 소유였던 대지가 타인에게 양도되어 임차주택과 대지의 소유자가 서로 달라진 경우에도 마찬가지이다'고 판시하여 임대차 성립시에 소유자가 동일한 경우에는 그 후에 대지의 소유자가 변경되었더라도 대지의 매각대금에 대한 우선변제권을 인정하고 있다. 결국 판례에 의하면 사안에서 甲, 乙의 보증금에 대한 우선변제권은 X 토지의 매각대금에도 미친다고 할 것이다. 丙도 근저당권에 기하여 X 토지의 매각대금에서 채권을 우선변제 받을 권리를 가지나, X 토지에 대한 丙의 근저당권은 1998년 10월 7일에 설정되었으므로, 甲과 乙은 丙에 우선하여 X 토지의 매각대금에서 배당을 받을 수 있다. 따라서 설문에서 X 토지의 매각대금 135,000,000원 중 甲이 보증금 65,000,000원, 乙이 보증금 63,000,000원을 우선 변제받고 丙이 남은 금액에서 우선변제를 받게 된다. 다만, 甲과 乙은 임차보증금 전액을 배당받았으므로, 丙은 甲과 乙을 대위하여 차후의 Y주택의 환가대금에서 배당을 받을 수 있다고 할 것이다.

2010년 6월호 고시계  
광운대학교 교수 이춘원

### 3. 임대차보증금반환채권의 양도

#### 【設問】

소외 1은 2003. 11. 1. 피고(학교법인 B학원)로부터 00대학 종합병원 영안실을 임대차보증금 20억원, 월차임 2,200만원에 임차하는 내용의 계약을 체결하였다(계약기간이 만료된 2005. 11. 1.에 임대차기간을 2007. 10. 31.까지로 연장하는 내용의 임대차계약을 체결하였다).

그 임대차계약서 제17조에는 '소외 1은 피고의 서면에 의한 사전 승인 없이는 이 계약에 의하여 소외 1이 가지게 되는 일체의 권리와 의무를 제3자에게 양도 및 담보를 제공하는 행위를 할 수 없다.'고 기재되어 있다(위 양도금지 특약은 그 규정 형식으로 보아 특별히 어려운 해석을 거침이 없이 한 번만 읽어보아도 쉽게 인식할 수 있을 정도로 단순 명료하게 규정되어 있다).

한편, 원고(A)가 2006. 6. 28. 소외 1로부터 이 사건 채권(위 임대차보증금반환채권)을 양수하면서 위 임대차계약서를 교부받았고, 나아가 채권양도서류에 위 임대차계약서를 첨부

하여 공증담당변호사로부터 사서증서 인증까지 받았다(원고는 위 채권양수 당시 소외 1로부터 채권양도통지서를 교부받았음에도 2007. 1. 12.에서야 피고에게 채권양도통지를 하였다).

다른 한편, 소외 1이 소외 2 주식회사(소외 1이 자신과 소외 3을 공동대표로 하여 2006. 6. 28. 설립한 회사로서, 소외 1로부터 이 사건 채권을 양수받은 회사)의 임대차보증금반환채권 중 자신의 지분을 소외 3에게 양도하는 내용의 지분양도서류에 대하여 소외 3이 소외 1의 대리인 겸 본인으로서 2006. 8. 1. 공증담당변호사로부터 사서증서 인증을 받았다(그 때 위 지분양도서류에 소외 2 주식회사와 피고 사이에 체결된 이 사건 임차인명의변경계약서가 첨부되었고, 위 임차인명의변경 계약서는 소외 1의 소외 2 주식회사에 대한 이 사건 채권양도에 관한 채무자인 피고의 승낙서이기도 한 사실 등에 대하여는 다툼이 없다).

### 출제의도

위 사안은 채권양도금지특약으로 대항할 수 있는 제3자의 범위와 증명책임의 소재, 지명채권을 이중으로 양도한 경우에 제1양수인과 제2양수인 사이의 대항력 내지 우열관계 등에 관한 법리를 묻는 문제이다.

## 【답안구성 예】

### I. 논점의 소재

### II. 법리 검토

1. (1)의 경우를 살펴본다.

(1) 지명채권(임대차보증금반환채권)양도의 의사표시에 의한 제한

(2) 위 사안의 검토

2. (2)의 경우를 살펴본다.

(1) 지명채권(임대차보증금반환채권)양도의 대항요건

(2) 위 사안의 검토

3. (3)의 경우를 살펴본다.- 위 사안의 검토

### III. 결 론

이상에서 검토한 결과 다음과 같은 결론을 내릴 수 있다.

1. 설문 (1)의 경우

B는 소외 1과의 사이에 체결된 임대차보증금반환채권의 양도금지특약으로써 A에게 대항할 수 있다.

2. 설문 (2)의 경우

소외 2 주식회사의 채권양수가 A(원고)의 채권양수에 앞선다.

3. 설문 (3)의 경우

A는 B(피고)에 대하여 임대차보증금 20억원의 반환을 청구하지 못한다.

2010년 8월호 고시계  
제주대학교 교수 한삼인

4. 대리운전 중에 발생한 교통사고에 대한 책임

【設問】

甲은 술을 마신 관계로 음주운전을 피하기 위하여 대리운전업자 A에게 대리운전을 의뢰하였고, A는 자신의 직원 乙을 파견하였다. 乙은 도시고속도로에서 심야에 시속 120km로 운전을 하다가 앞에 가던 丙의 택시와 충돌하는 사고를 야기하였다. 이 사고로 자신의 차량에 동승하고 있던 甲은 현장에서 즉사하였고, 택시운전자 丙은 전치 8주의 부상을 입었다. 위 교통사고는 현장조사 결과 대리운전자와 택시운전자의 공동의 과실로 발생하였음이 밝혀졌고, 그 과실비율은 대리운전자가 70%, 택시운전자가 30%이었으며, 안전띠를 매지 않은 甲에게도 5%의 과실이 인정되었다. 한편 甲에게는 부인 丁과 임신 8개월인 戊가 있다.

甲, 丁과 戊가 행사할 수 있는 법적 권리는?

<참조법률>

\* 자동차손해배상보장법

제3조 (자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다.

출제의도

이 사안은 대리운전 중에 발생한 교통사고에 대하여 누가 어떠한 책임을 지는지에 관하여 민법상의 청구권 근거를 검토하기 위한 것이다. 특히 이 사안과 같이 대리운전 중 다른 차량과 충돌하는 사고로 인하여 대리운전을 의뢰하고 자기 차량에 동승한 소유자가 피해를 입었고 대리운전업자에게 과실이 있는 경우에 피해를 입은 소유자는 누구에게 어떠한 책임을 물을 수 있는지가 문제된다. 이 사안은 대리운전업자가 보험에 가입하고 있지 아니한 경우를 전제로 하며, 자동차손해배상보장법상의 책임도 검토의 대상이 된다.

【답안구성 예】

I. 문제의 제기

## II. 甲의 손해배상청구

1. 甲의 법적 지위
2. 甲의 A에 대한 손해배상 청구
  - (1) 채무불이행으로 인한 손해배상 청구
  - (2) 사용자책임에 기한 손해배상 청구
  - (3) A의 甲의 청구에 대한 항변
  - (4) 소결
3. 甲의 乙 및 丙에 대한 손해배상 청구
  - (1) 공동불법행위의 성립요건
  - (2) 공동불법행위자의 책임
  - (3) 소결

## III. 丁, 戊의 손해배상 청구

1. 생명침해로 인한 위자료 청구
2. 甲의 손해배상청구권 상속
  - (1) 재산상의 손해배상청구권
  - (2) 甲의 위자료청구권
3. 소결

## IV. 결 론

### 1. 甲의 손해배상청구권

甲은 A에 대하여 대리운전계약의 불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 甲은 A의 피용자인 乙의 불법행위로 생명침해를 당하였으므로 A에게는 사용자책임을, 乙에게는 불법행위로 인한 손해배상책임을 물을 수 있다. 이 경우 甲의 생명침해에는 乙의 불법행위와 丙의 불법행위가 공동으로 행하여졌으므로 甲은 양자에게 공동불법행위책임을 물을 수 있다.

### 2. 丁, 戊의 손해배상청구권

丁은 甲의 배우자로서, 戊는 甲의 태아로서 각각 가해자 乙과 丙 및 A에게 甲의 생명침해로 인한 위자료청구권을 행사할 수 있다. 또한 甲이 가해자인 乙과 丙 및 A에 대하여 가지는 재산상의 손해배상청구권과 위자료청구권을 상속받아 이를 함께 행사할 수 있다.

2010년 9월호 고시계  
단국대 교수 정진명



## 5. 저당권登記 후 압류 전 또는 후에 유치권을 취득한 자가 매수인에 대항할 수 있는지 여부

### 【設問】

甲은 (H은행 앞으로 채권최고액 9억 원의 근저당권설정등기가 된) Y 상가건물의 리모델링을 乙에게 도급하였으며, 乙은 그 중 창호공사에 대하여 丙에게 하도급을 주었다. 2005. 6. 5. 乙, 丙은 도급계약에 따라 Y 건물을 리모델링한 후에 甲에게 인도하였으나, 공사대금을 받지 못하였다. 甲은 수급업체인 乙뿐만 아니라 하수급업체인 丙에게도 공사잔대금을 직접 지급하기로 하고, 乙에게 1억 원을, 丙에게 3천만 원을 각각 2006. 7. 30.까지 지급하기로 하는 내용의 약속어음 공정증서를 작성하여 주었다. 2006. 7. 30.이 되어도 甲이 채무를 변제하지 아니하자 丙은 甲으로부터 Y건물의 1층 일부를 인도받아 점유하고 있다.

한편, 甲이 H 은행으로부터 차용한 대출금을 변제하지 못하자, H 은행은 근저당권을 실행하여 경매법원이 2006. 9. 6. 경매개시결정을 하였으며, 2006. 9. 13. 경매개시결정등기가 되었다.

乙도 甲으로 공사대금을 지급받지 못하자 2006. 10. 5. Y 건물 출입구 등에 유치권자가 이 상가건물들을 유치, 점유한다는 안내문을 게시하고, 경비원을 고용하여 건물의 출입을 통제하였다. 이에 甲은 2007. 3. 25. 乙에게 Y 건물의 사용승낙을 하면서 乙이 Y 건물을 제 3자에게 임대하는 것을 동의하였다. 이에 따라 乙은 (2005. 7. 2.부터 Y 건물을 甲으로부터 임차하여 사용하고 있던) 丁에게 유치권자임을 주장하면서 자신과 임대차계약을 체결할 것을 요구하였으며, 이에 丁은 아직 甲과 임대차기간이 남아 있었음에도 불구하고 임대차계약을 해지하고 2007. 3. 25. 乙과 사이에 임대차계약을 체결하고 종전대로 Y 건물을 점유하고 있다. 한편, 戊는 2008. 4. 21. 경매법원으로부터 Y 건물에 관하여 매각대금 6억 원에 매각허가결정을 받은 다음 2008. 6. 27. 그 매각대금을 완납하고, 같은 날 Y 건물에 관하여 戊 앞으로 소유권이전등기를 경료 받았다.

戊는 소유권에 기하여 Y 건물의 인도를 청구하였는데, 이에 대하여 乙과 丙은 戊에 유치권을 주장하고 있다. 乙과 丙의 유치권 주장은 인용될 수 있는가?

### 출제의도

설문은 대법원 2009.1.15. 선고 2008다70763 판결 및 대법원 2005.8.19. 선고 2005다22688 판결의 사실관계를 기초로 하여 각색한 문제로서 저당권 설정 후 압류 전에 취득한 유치권으로 매수인(경락인)에게 대항할 수 있는지 여부 및 압류된 후에 유치권을 취득한 자가 매수인에게 대항할 수 있는지 여부를 묻는 문제이다.

## 【답안구성 예】

### I. 문제의 제기

### II. 우리민법상의 유치권

1. 유치권의 연혁 및 기능
  - (1) 유치권의 연혁
  - (2) 유치권의 기능 및 법적 성질
2. 유치권의 성립요건
  - (1) 목적물
  - (2) 채권과 물건의 건련성
  - (3) 채권이 변제기에 있을 것
  - (4) 유치권자가 목적물을 점유하고 있을 것
  - (5) 점유가 불법행위로 인하여 취득된 것이 아닐 것
  - (6) 유치권배제 특약의 부존재

### III. 부동산 매각절차에서 유치권자와 다른 이해관계인의 이익 조절

1. 부동산에 대한 압류 후에 유치권이 성립된 경우
  - (1) 유치권을 인정하는 견해
  - (2) 유치권의 성립을 부정하는 견해
  - (3) 판례
  - (4) 검토
2. 담보물권이 설정된 부동산에 유치권의 성립요건을 갖춘 경우
  - (1) 유치권을 인정하는 견해
  - (2) 유치권을 인정하지 않는 견해
  - (3) 판례
  - (4) 검토

### IV. 사안의 해결

사안에서 乙의 甲에 대한 채권은 Y 건물에 대한 채권으로서 채권과 물건 사이의 건연성이 인정되며, 丁을 통하여 간접점유하고 있으므로, 유치권의 성립요건을 모두 갖추었다. 다만, 유치권의 성립요건을 갖춘 시기가 Y 건물의 압류등기 이후이므로, 판례의 입장에 의하면 매수인(경락인)인 戊에게는 유치권을 주장하지 못한다. 한편, 丙은 유치권의 성립요건을 갖춘 시점이 2006. 7. 30.로 근저당권 설정이후이지만, 압류 전이므로, 판례에 의하면 戊에게 유치권을 주장할 수 있다. 다만 사건에 의하면, 丙의 유치권은 성립하지만 戊에게는 대항할 수 없다고 할 것이다.

2010년 10월호 고시계  
광운대학교 교수 이춘원

## 6. 개별교섭후 수정되지 않은 약관조항의 효력

### 【設問】

임대사업을 하는 회사인 A는 B와 사이에, A 소유의 X 건물을 B에게 1년간 임대하기로 하는 내용의 임대차계약을 체결하면서, 특약으로 손해배상금과 관련하여 임차인이 어떠한 사정으로 임대차목적물을 원상으로 복구하지 못하였을 때에는 임대차계약이 종료한 날로부터 기산하여 복구된 날까지의 통상 임대료와 관리비 및 보증금에 대한 월 1%의 이자를 합산한 액의 2배를 임대인에게 지급하기로 약정하였다(이하 '손해배상금 조항'). 이 손해배상금조항이 포함된 임대차계약서에 대하여 불만을 가진 B는 임대차계약서에 손해배상금 조항을 배제한다는 취지의 문구가 기재된 서면을 첨부하여 A에게 교부하였으나, 이를 알게 된 A는 즉시 B에 항의하여 첨부서면을 파기하였고 B는 이에 대해 이의제기를 하지는 못하였다. 그 후 임대차계약이 종료되었으나 B는 2개월이 지나서야 임차건물을 A에게 인도하였고, A는 임대보증금에서 손해배상금 조항에 따라 산출한 배상액을 공제한 나머지 금액만을 지급하였다. 이에 B는 손해배상금 조항은 자신에게 부당하게 과중한 지연손해금 등의 손해배상 의무를 부담시키는 조항으로서 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법')에 따라 무효라고 주장한다. 그러나 A는 손해배상금 조항은 개별적인 교섭을 거침으로써 더 이상 약관의 성질을 보유하지 아니하고 따라서 약관규제법의 적용대상이 되지 아니한다고 항변한다. (대법원 2008.7.10. 선고 2008다16950 판결을 참조하여 사례화한 것임)

### 출제의도

약관규제법은 시험과목이나 강학상 경제법의 한 부분으로 분류되기도 하지만 우선적으로는 민법 특히 계약법의 일반법리와 불가분의 관계에 있다. 근래 독일민법의 개정시 약관규제법이 민법전 안으로 편입된 것도 이를 잘 나타내준다. 최근의 판례에 기초한 본 설문은 약관과 이에 대립하는 개별약정의 관계, 그리고 이에서 더 나아가 개별교섭과 약관성의 상실이라는 쟁점을 다루고 있다. 포괄적인 편입합의를 넘어 특정조항에 대해 구체화된 교섭과정이 있었으나 수정없이 계약내용이 된 경우, 이에 대한 법적 평가는 사적자치와 약관규제의 근본관계에 대한 관점과 연결되어 있음을 본 설문은 보여주고 있다. 다만 본 글에서 상세하게 해설한 개별약정 우선의 원칙 즉 제 4조의 해석론은 실제 답안이라면 대폭 축약되는 것이 좋을 것이다.

### 【답안구성 예】

- I. 문제의 제기
- II. 임대차계약서의 약관성 여부

### III. 개별약정 우선의 원칙의 일반이론

1. 개별약정 우선의 원칙의 의의
2. 개별약정 우선원칙의 근거
3. 개별약정 우선의 원칙의 성질
4. 개별약정 우선의 원칙의 요건
  - (1) 개별약정의 존재
  - (2) 약관과 개별약정의 상충

### IV. 개별교섭후 수정되지 않은 약관조항의 효력

1. 개별교섭과 약관성의 상실
2. 개별약정으로의 전환과 변경가능성

### V. 약관규제법에 따른 손해배상금 조항의 무효여부

### VI. 설문의 해결

임대사업을 하는 사업자 A가 미리 마련하였다가 B와의 임대차계약시 제시한 임대차 계약서는 약관성이 인정된다. 이러한 약관중 손해배상금 조항에 대하여는 B가 이것이 너무 과중하다며 삭제하여 줄 것을 제안하였고 A가 이를 거절하였으며 결국 수정없이 처음에 A가 제시한 계약조건대로 계약이 체결되었다. 즉 문제가 된 손해배상금 조항은 일견 당사자 사이에 개별교섭이 있었던 것으로 볼 여지가 있다. 이에 대해 판례의 입장과 같이 양당사자가 거의 대등한 지위에서 영향력을 행사할 수 있어 실질적인 변경가능성이 있는 교섭이 있어야 비로소 개별약정으로 전환된다는 견해에 서면, 설문에서 B는 A의 수용거절에 대하여 아무런 이의를 제기하지 못하였는바, B에게 변경가능성이 있다고 보기 어려워 당해 조항은 약관성을 상실하지 아니한다. 약관성이 인정된다면 동 손해배상금 조항은 고객인 B에 대하여 부당하게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 조항으로서 약관규제법 제8조에 의하여 무효이다. 따라서 A는 공제한 금액 중 2개월의 차임상당액을 초과하는 부분을 부당이득으로 B에게 반환하여야 할 것이다.

2010년 11월호 고시계  
국민대 교수 김동훈

## 7. 동시사망의 추정·상속결격사유·특별수익·기여분이 있는 경우의 상속에 관한 법률관계

### 【설 문】

A는 妻 B와 사이에 아들 D, H, K, L을 두었고, D는 E와 혼인하여 그 사이에 딸 F, G가 있었으며, H는 I와 혼인하여 그 사이에 아들 J를 두고 있었다. A는 2010.1.11. B와 협의이혼을 하고, 같은 해 3월 15일 C와 재혼하였다. 같은 해 6월 1일 A와 B의 이혼취소판결이 확정되자, B는 A와 C 사이의 혼인에 대하여 중혼이라는 이유로 그 취소를 청구하였다.

그런데 A와 장남 D가 2010.9.1. 제주도에서 함께 탑승 중이던 항공기의 추락사고로 모두 사망하였고 각 사망시각은 밝혀지지 않았다. 당시 A에게 다른 직계비속이나 직계존속은 없었고, 다만 C는 A의 아이를 포태하고 있었다.

A는 사망 당시 1,350,000,000원의 적극재산과 315,000,000원의 소극재산을 남기고 있었고, 그 생전에 H에게 사업자금으로 270,000,000원, K에게 주택구입자금으로 225,000,000원을 각 증여하였으며, L은 유증으로 200,000,000원을 받았고, A는 그밖에 다른 유언은 남기지 않았다.

상속재산분할협의 과정에서 D가 생전에 A가 운영하는 과수원에서 10년 동안 무상으로 일을 도운 것에 대하여 기여분으로 495,000,000원이 결정되었고, H는 상속을 포기하였다.

한편 C는 A가 갑작스럽게 사망하자 아이를 결혼가정에서 키우기 어려우리라는 우려와 남편의 사망으로 인한 정신적 충격 및 신체적 쇠약으로 고민 끝에 2010.10.1.경 아이를 낳태하였다. 그 후 2010.11.1. A와 C의 혼인에 대한 취소판결이 확정되었다.

위와 같은 사실관계를 바탕으로 각 당사자들의 상속재산으로부터의 취득액에 관하여 설명하라(견해의 대립이 있는 경우 판례의 입장에 의하고, H와 K에게 증여된 금전에 관하여 증여시와 상속개시시 사이에 화폐가치의 변동은 없는 것을 전제로 함).

#### 출제의도

이 설문은 공동상속인들이 상속에 의하여 취득하게 될 적극재산의 가액과 채무액을 묻는 문제이다. 공동상속인의 상속분을 묻는 문제는 기본적으로 특별수익과 기여분을 중심으로 구성되지만, 그 외에도 친족·상속법의 여러 가지 문제점들을 추가함으로써 대단히 복잡하게 출제될 수 있는 가능성이 있다. 이 설문에서는 피상속인과 상속인이 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우에 대습상속이 인정되는지 여부, 상속개시 후에 중혼이 취소된 경우에 중혼의 배우자의 상속권, 낙태가 상속결격사유에 해당하는지 여부, 생전증여를 받은 공동상속인의 상속포기, 특별수익, 대습상속과 기여분, 상속채무의 분담방법 등에 관한 논점을 추가하여 보았다. 모두가 친족법과 상속법에서 기초적이고 중요한 내용들이다. 그러한 내용들을 일별하여 정리하고, 상속분 산정문제에 적용해보는 기회가 되기를 바란다. 그리고 이 설문에서는 언급되지 않았으나, 상속분 산정과 관련하여서는 유류분에 관한 이론과 판례의 내용도 정리해 둘 것을 권한다.

### 【답안구성 예】

#### I. 논점의 정리

#### II. A의 상속인 및 그 상속분

##### 1. 상속인

- (1) 서설
- (2) 혈족상속인
- (3) 배우자상속인
- 2. 상속분
  - (1) 혈족상속인의 상속분
  - (2) 배우자상속인의 상속분
- III. A와 C 사이의 중혼취소에 따른 효과
  - 1. 혼인취소와 상속
  - 2. 본 사안의 경우
- IV. C의 상속결격에 따른 효과
  - 1. 상속결격
    - (1) 의의
    - (2) 결격사유
    - (3) 결격의 효과
  - 2. 본 사안의 경우
- V. A와 D의 동시사망의 추정 및 E, F, G의 대습상속
  - 1. 대습상속
    - (1) 의의
    - (2) 요건
    - (3) 대습상속의 효과
  - 2. 본 사안의 경우
- VI. H, K, L의 특별수익에 따른 효과
  - 1. 특별수익자의 상속분
    - (1) 특별수익의 반환제도
    - (2) 반환의무자
    - (3) 특별수익의 범위
  - 2. 소결
- VII. D의 기여분에 따른 문제
  - 1. 기여분
    - (1) 의의
    - (2) 기여분을 받기 위한 요건
    - (3) 기여분의 결정
    - (4) 기여분의 산정
  - 2. 본 사안의 경우
- VIII. H의 상속포기에 따른 효과
  - 1. 상속의 포기
    - (1) 의의
    - (2) 효과

2. 본 사안의 경우

IX. A의 상속재무의 상속

1. 상속재무의 분담방법

2. 본 사안의 경우

X. 각 상속인의 상속재산으로부터의 취득액

(1) 본 사안에서 우선 누가 A를 상속하는지를 살펴보기로 한다. B는 A와 협의이혼을 하였으나 그 후 이혼취소판결이 확정되었으므로, 이혼은 처음부터 무효였던 것으로 되고 따라서 혼인은 계속되었던 것으로 된다. 그러므로 B는 A의 법률상 배우자로서 상속인에 해당한다. 한편, A와 B 사이의 이혼취소판결에 의하여 A와 C 사이의 혼인은 중혼이 되었다. 중혼이라 하더라도 그 취소판결이 확정되기 전까지는 유효한 혼인이라고 할 것이므로, 중혼자 A의 사망에 의하여 중혼의 배우자 C도 상속권을 가질 수 있다. 상속개시 후에 A와 C 사이의 혼인에 대한 취소판결이 확정되었지만, 혼인취소의 효력은 소급하지 않으므로, 그 전에 이루어진 상속관계가 소급하여 무효로 되는 것은 아니다. 다만, C는 상속개시 후에 자기와 동순위의 상속인이 될 태이를 고의로 낙태하였는바, 이는 상속결격사유에 해당한다. 따라서 C는 A의 상속인이 되지 못한다. 다음에 A와 D는 동시에 사망한 것으로 추정되므로, A와 D 사이에서는 상속이 개시되지 않는다. 동시사망이 추정되는 경우에도 대습상속이 인정된다고 하여야 하므로, D의 배우자인 E와 직계비속인 F, G는 D를 대습하여 상속할 수 있다. 이때 E, F, G는 D가 받았을 상속분의 한도에서 법정상속분에 의하여 상속하게 된다. H는 상속을 포기하였으므로, 처음부터 상속인이 아니었던 것으로 된다. 상속포기는 대습원인이 아니므로, H의 배우자인 I와 직계비속인 J는 H를 대습상속할 수 없다. K와 L은 A의 직계비속으로서 A의 상속인이 된다.

(2) 이제 각 공동상속인들의 A의 상속재산으로부터의 취득액을 산정하여 보기로 하겠다. 각 공동상속인의 법정상속분을 살펴보면, B가 1.5/4.5이고, D가 받았을 상속분은 1/4.5인데 이것을 E, F, G가 1.5:1:1의 비율로 상속하게 된다(A의 재산에 대한 상속분은 E가 1/4.5×1.5/3.5, F와 G는 1/4.5×1/3.5이 된다). 그리고 K와 L의 상속분은 1/4.5이다.

우선 적극재산이 어떻게 분배되는지를 살펴보기로 한다. K는 생전증여로 225,000,000원을 받았고, L은 유증으로 200,000,000원을 받았으며, D의 기여분으로 495,000,000원이 결정되었다. 피상속인 A가 상속개시 당시에 가지고 있던 적극재산의 가액 1,350,000,000원에 생전증여의 가액인 225,000,000원을 가산하고, 여기서 D의 기여분 495,000,000원을 공제한 1,080,000,000을 상속재산으로 보고 법정상속분에 따라 각 공동상속인의 상속분을 계산하면, B의 상속분은 360,000,000원(=1,080,000,000원×1.5/4.5)이다. D가 살아있었다면 직계비속으로서 법정상속분에 따라 상속받았을 상속분은 240,000,000원(=1,080,000,000원×1/4.5)인데, 여기에 D의 기여분 495,000,000원을 더한 735,000,000원이 D의 구체적 상속분이 된다. 이를 E, F, G가 대습상속하게 되는데, 그 상속분은 E는 315,000,000원(=735,000,000원×1.5/3.5), F와 G는 210,000,000

원(=735,000,000원×1/3.5)이다. K는, 법정상속분에 따라 산정한 상속분 240,000,000원(=1,080,000,000원×1/4.5)에서 생전증여로 받은 225,000,000원을 공제한 15,000,000원이 그의 상속분으로 된다. L은 법정상속분에 따라 산정한 상속분 240,000,000원(=1,080,000,000원×1/4.5)에서 유증으로 받게 될 200,000,000원을 공제한 40,000,000원이 그의 상속분으로 된다. 다음에 상속채무가 어떻게 분담되는지 살펴보기로 한다. 본 사안에서 A의 채무액은 315,000,000원이다. 상속채무는 특별수의 및 기여분이 인정되는 경우에도 법정상속분에 따라 상속되며, 상속을 포기한 H는 처음부터 상속인이 아니었던 것으로 되기 때문에 채무도 분담하지 않게 된다. 각 공동상속인들의 법정상속분에 의한 채무분담액은, B가 105,000,000원(=315,000,000원×1.5/4.5), E가 30,000,000원[=315,000,000원×(1/4.5×1.5/3.5)], F와 G는 각 20,000,000원[=315,000,000원×(1/4.5×1/3.5)], K와 L은 각 70,000,000원(=315,000,000원×1/4.5)이 된다.

2010년 12월호 고시계  
이화여자대학교 교수 김병선

## 8. 특수불법행위책임으로서의 의료과오책임과 주요한 쟁점

### 【설문】

망인은 오른쪽 귀의 이명, 난청 등을 겪던 중 귀에 발생한 양성종양의 일종인 청신경초종의 진단을 받고 제거수술을 받기 위하여 H 학교법인에서 설립하여 운영하는 H 대학교 부속 병원에 2007. 9. 28. 입원하였다. H 대학교 부속병원 소속 신경외과 의사 A는 망인의 두개골을 절개하여 2007. 10. 1. 경막과 지주막 사이에 있는 초종을 제거하고 다시 두부를 봉합하는 수술을 하였다. 의사 A는 감염을 방지하기 위하여 입원 당일부터 수술 전까지 망인에게 항생제를 투여하였고, 수술 중 항생제를 식염수에 섞어 수시로 수술부위를 세척하였으며, 수술 후에도 계속 항생제를 투여한 바가 있다. 망인은 수술 후 별다른 이상을 보이지 않다가 같은 달 8일 세균성 뇌막염 증세를 보이자 의사 A는 3세대 항생제를 처방하였고, 그 결과 뇌막염은 호전되었다. 그런데 망인은 계속 식사를 제대로 하지 못하며 심한 두통을 호소하다가 같은 달 26일 의식을 상실하였다. 그리하여 CT 촬영결과 수술 부위의 출혈은 없었지만, 측뇌실, 제3, 제4 뇌실 등 뇌실 전반에 걸친 뇌실내출혈, 뇌실의 심한 팽창, 뇌의 압박 소견과 함께 수두증이 발견되었다. 이후 망인은 자가호흡능력을 상실하였고, 의사 A는 뇌실 배액술 및 기관지절개술 등의 조치를 취하는 한편, 망인에게 새로 나타난 뇌실염을 치료하기 위하여 항생제를 투여하였으나, 위 증세들의 합병증으로 혈소판감소증 및 위출혈과 나아가 전신내 출혈이 발생하였고, 망인은 결국 전신출혈로 인한 심폐기능상실로 2008. 1. 23. 사망하였다. 망인의 유가족은 2007. 10. 8. 진단된 뇌막염은 수술중 세균감염으로 발생한 것으로 추정되고, 뇌막염의 치료도중 뇌실내출혈과 수두증이 발생하였고, 망인이 수술



이전에는 청신경초종 외에 뇌실내출혈을 일으킬만한 소인을 가지지 않았음에도 뇌막염 치료를 위하여 장기간 항생제를 사용하고 두통에 시달리며 식사를 제대로 하지 못하는 등 전반적으로 건강상태가 나빠진 상태에서 뇌실내출혈이 발생하였으므로 뇌막염은 뇌실내출혈의 간접적인 원인이 되었다고 할 것이므로 의사 A에게는 수술로 인하여 발생할 수 있는 뇌막염의 감염을 예방하지 못한 과실이 있으므로 의사 A와 의사 A가 속한 H 대학교 부속병원에는 각자 망인 및 그 유가족들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 주장한다. 타당한가?

### 출제의도

상기의 설문은 대법원 2003년 11월 27일 선고, 2001다20127 판결을 기초로 하여 간략히 만든 사례인데, 동판결은 병원 내에서 메티실린 내성 황색포도상구균(MRSA)에 감염된 경우에 있어 병원 측의 책임을 부정한 대표적 판결이다. 그러나 병원감염과 관련된 다른 하급심 판례는 병원과 의료인의 병원감염 책임을 기존의 의료과오법리를 충실히 적용하여 적극적으로 인정한다. 결국 이러한 판례의 논거에 대한 학습은 의미있고, 아울러 사안의 결론에 대해서는 가치판단의 문제가 개입된다고 보여진다. 상기의 설문은 최근에 MARS균, 즉 슈퍼박테리아 병원감염 소송이 매우 많이 제기되고 있는 우리 사회의 현실에서 병원의 책임소재에 관한 법리를 제시한 시사성이 깊은 사례이다.

### 【답안구성 예】

- I. 우리 판례와 당해병원 및 의사 A의 과실성부
- II. 당해병원 및 의사 A의 병원감염 책임이론
  1. 병원감염의 일반론
  2. 당해병원 및 의사 A의 손해배상청구권의 규범
  3. 당해병원 및 의사 A의 부작위에 의한 불법행위

2011년 2월호 고시계  
부산대학교 교수 윤석찬

## 9. 부진정연대채무자 중 1인이 한 상계의 다른 연대채무자에 대한 효력

### 【設問】

甲과 乙은 각각 A 소유의 트럭을 같은 방향으로 운행하던 중, 甲의 트럭과 맞은 편에서 진행하여 오던 丙이 운전하는 B 소유의 트럭이 서로 충돌하였다. 이어서 乙이 운전하던 트럭이 甲의 트럭 뒷부분을 추돌하는 사고가 발생하여 甲은 중상을 입고 乙은 사망하였다. 甲은 A와 B를 상대로 자동차운행자로서의 책임을 물어 손해배상청구를 하였다. 원심은 甲, 乙, 丙 과실(甲의 과실 70%, 乙과 丙의 과실 합계 30%)이 공동으로 경합하여 위 교통사고가 발생한 것으로 인정하면서 甲의 과실 70%를 참작하여 甲이 입은 손해액의 70%를 감액한 결과, 피고(A, B)들이 배상하여야 할 손해액은 2,200만원이 되었다.

피고 A는 甲이 운전한 트럭의 운행자로서 乙에게 손해배상금 500만원을 지급함으로써 인하여 취득한 甲에 대한 구상채권과 甲의 과실로 자기 소유 트럭 2대가 파손됨으로 인하여 취득한 甲에 대한 1,000만원의 손해배상채권의 합계 1,500만원 중 甲의 과실비율에 상당한 채권액 1,050만원(1,500만원×70%)을 자동채권으로 하여 자신이 乙이 운전한 트럭의 운행자로서 甲에 대하여 부담할 손해배상채무와 상계한다고 항변하였다. 원심은 피고 A의 상계항변을 받아들여 피고 A에 대하여는 피고들이 甲에게 배상할 손해액 중 위 상계로 소멸한 금액을 공제한 잔액 1,150만원의 지급을 명하고, 피고 B에 대하여는 2,200만원 전부의 지급을 명하였다. 이에 대하여 피고 B는 위 상계의 효력은 부진정연대채무자인 자신에게도 미친다고 주장하면서 상고하였다. B의 주장은 인용될 수 있는가?

### 출제의도

설문은 부진정연대채무자 중 1인이 한 상계가 다른 부진정연대채무자에 절대적 효력이 있는가를 묻는 문제로서 대법원 1989.3.28. 선고 88다카4994 판결, 대법원 1996. 12. 10. 선고 95다24364 판결, 대법원 2008.3.27. 선고 2005다75002 판결, 대법원 2010.9.16. 선고 2008다97218 전원합의체 판결을 참조한 것이다. 대법원 2010.9.16. 선고 2008다97218 전원합의체 판결은 중전 판결을 변경하면서, 부진정연대채무자 중 1인이 채권자에 대한 반대채권으로 상계를 한 경우에도 변제, 대물변제, 공탁과 마찬가지로 채권자가 현실적으로 만족을 얻어 그 목적을 달성하는 것이므로, 채무소멸의 효력은 소멸한 채무 전액에 관하여 다른 부진정연대채무자에 대하여도 절대적 효력이 있다고 하여 상계의 절대적 효력을 인정한 점에서 큰 의미가 있다.

### 【답안구성 예】

#### I. 문제의 제기

## II. 부진정연대채무

1. 부진정연대채무의 의의
2. 연대채무와의 차이점
3. 부진정연대채무자 중 1인에 대하여 생긴 사유의 일반적 효력

## III. 부진정연대채무자 중 1인이 한 상계의 절대적 효력 유무에 관한 학설 · 판례

1. 학설
2. 판례
3. 검토

## IV. 사안의 해결

설문의 사안은 A, B가 甲에 대하여 2,200만원의 부진정연대채무를 부담하고 있고 반대로 A는 甲에 대하여 1,050만원의 반대채권을 가지고 있다가, A가 甲에 대한 자기의 채권을 자동채권으로 하여 상계한 경우이다. 상계로 인하여 A의 채무는 2,200만원에서 1,150만원으로 단연히 감소하는데, B의 주장은 이러한 상계의 효력이 자신에게도 효력이 있으므로 자신의 채무도 함께 감소한다는 것이다. B 주장의 인용여부는 부진정연대채무자 중 1인이 한 상계가 다른 연대채무자에게 절대적 효력이 있는 지여부에 따라 달라진다. 즉, 상대적 효력설에 의하면 A의 채무는 1,150만원으로 감소하는데 반하여 B의 채무는 여전히 2,200만원으로 존속하게 되므로 B의 주장은 인용될 수 없다. 그러나 통설, 판례가 취하는 절대적 효력설에 의하면 B의 채무도 1,150만원으로 감소하게 되므로 B의 주장은 인용될 것이다.

2011년 3월호 고시계  
광운대학교 교수 이춘원

## 10. 점유취득시효가 완성된 후 명의신탁약정을 해지한 경우의 법률관계

### 【設問】

甲은 1990. 3. 3. 乙소유의 X토지 300m<sup>2</sup>중 30m<sup>2</sup>위에 건물을 신축하여 소유하고 있다. 현재 甲소유의 토지와 乙소유의 X토지가 서로 인접하고 있으며, 그 토지 사이에는 경계로 농기계 등이 다닐 수 있는 조그만 도로(둑)가 있는데, 그 경계는 지적공부상의 경계와 불일치한다. 그런데 甲은 불일치 사실을 모르고 현실의 경계를 기준으로 건물을 신축하였기 때문에, 乙소유의 X토지 일부가 甲소유의 건물대지에 포함될 것이다.

(1) 甲과 乙의 법률관계는?

(2) 1988. 8. 8. 丙이 배우자 乙과의 명의신탁 약정에 기해 자신의 X토지를 乙명의로 소유권이전등기를 해 주었다. 한편 2010. 5. 5. 甲이 乙에게 시효취득을 이유로 소유권이전등기를 요구하자, 乙은 그 사실을 배우자 丙에게 알리고, 丙은 즉시 乙과의 명의신탁약정을 해지하고 X토지에 대한 소유권이전등기를 경료받았다. 이 경우 甲·乙·丙의 법률관계는?

(3) 만일 乙이 2010. 6. 6. 丁과의 유효한 명의신탁약정에 따라 즉시 X토지에 대한 소유권을 丁에게 이전해 주었고, 丁이 X토지의 소유자로서 甲에게 건물의 철거 및 토지의 인도를 청구한 경우, 甲이 취할 수 있는 조치는?

## 출제의도

설문은 점유취득시효, 명의신탁해지, 채무불이행책임, 물건적 청구권, 채권자대위권, 부당이득 및 불법행위책임 등에 관한 쟁점을 두루 섭렵한 문제이다. 이를 통해 수험생들이 재산법을 체계적으로 이해하고 있는지를 알아보고자 하는 것이 출제의도이다. 설문에서 제기한 세 가지 질문은 이와 관련된 중요한 대법원 판결을 기초한 것이다. 즉 첫 번째 질문은 대판 1993. 5. 25, 92다51280; 대판 1988. 5. 10, 87다카1979, 두 번째 질문은 대판 1996. 3. 8, 95다34866,34873; 대판 1995. 7. 11, 94다4509; 대판 1998. 4. 10, 97다56495, 세 번째 질문은 대판 2007. 10. 11, 2007다43894의 사안과 관련된 것이다.

### 【답안구성 예】

#### I. 甲과 乙의 법률관계

1. 서설
2. 甲의 乙에 대한 권리
3. 乙의 甲에 대한 권리

#### II. 丙이 乙과의 명의신탁약정을 해지하고 소유권이전등기를 받은 경우의 甲·乙·丙의 법률관계

1. 서설
2. 乙과 丙의 법률관계
3. 甲과 乙의 법률관계
4. 甲과 丙의 법률관계

#### III. 丁의 甲에 대한 건물철거 및 토지인도 청구에 대하여 甲이 취할 수 있는 조치

#### IV. 결 론

甲은 제245조 제1항에 의거 점유취득시효 완성을 원인으로 乙에게 X토지 300m<sup>2</sup> 중 30m<sup>2</sup>에 대한 소유권이전등기를 청구할 수 있다. 따라서 乙은 시효취득자 甲에 대하여 불법점유를 이유로 그 지상건물의 철거와 토지의 인도를 청구할 수 없으며, 점유로 인한 부당이득반환을 청구할 수 없다(사안 1). 한편 丙이 乙과의 명의신탁약정을 해지하고 소유권이전등기를 받은 경우(사안 2), 丙은 乙의 배임행위에 적극 가담하였으므로, 丙이 乙과의 명의신탁약정을 해지한 행위는 제103조에 의하여 무효이다. 그러므로 甲은 제390조에 의하여 乙에게 이행지체로 인한 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 甲은 제404조에 의하여 乙의 丙에 대한 소유권이전등기말소청구권을 대위행사할 수 있으며, 제750조에 의하여 甲은 乙과 丙에 대하여 각각 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다. 그리고 甲의 점유취득시효 완성된 후 乙이 丁과의 명의신탁에 따라 소유권이전등기를 해 준 경우(사안 3), 甲은 乙에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 제404조에 의거 乙과 丁사이의 명의신탁약정의 해지 및 乙의 丁에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사하여 丁의 권리행사를 저지할 수 있다.

2011년 4월호 고시계  
홍익대학교 교수 양형우