

하게 이루어질 것인 점, 판례에 의하면 거부처분에 대한 집행정지는 인정되지 않는 점 등을 고려할 때 예방적 금지소송이 더 실질적인 권리구제 수단일 것이다.

민사법

1. 명의신탁, 상계항변 통합형

甲과 乙은 2005년 겨울 중매를 통하여 알게 된 후 마음이 맞아 2006년 쌍춘년이라는 절호의 기회를 놓칠 수 없다는 생각 하에 2006. 7. 7. 결혼을 하였다. 결혼 후 甲은 노후를 생각하여 재테크를 하기로 마음먹고 성장도시 주변에서 땅을 매입하려고 하였으나 이미 자신이 갖고 있던 아파트가 있어 세금을 우려하여 동생인 丁 명의로 a토지를 매입하기로 생각하였다. 그에 따라 甲과 합의 후에 甲으로부터 1억원을 건네받은 丁은 a토지의 소유자인 丙과 2006.8.15. 매매계약을 체결하고 대금 1억원을 지급하여 그 토지의 등기명의를 丙으로 하여 당일 소유권이전등기를 마치게 되었다. 丙은 甲과 丁의 위약정을 전혀 알지 못하였다. 이후 2006.9.15 甲은 위 토지를 적금처럼 생각하고 있었는데, 乙이 임신을 하여 아이를 낳게 될 예정이 되자 기존 아파트가 좁아 위 토지를 담보로 넓은 아파트를 구입할 생각을 하게 되었고 戊은행과 근저당권설정계약을 하려고 하였다. 그러나 戊은행은 甲은 위 토지의 소유자가 아니므로 근저당을 설정할 수 없다고 하였다. 이에 甲은 丁에게 말하여 근저당을 설정하려 하였으나 丁은 위 토지는 자신의 소유라고 주장하며 거절하였다. 알고 보니 丁은 2006. 9. 1. 돈이 필요하여 사채를 하는 己에게 5천만 원을 차용하였고 당일 그 담보로 우선 위 a토지를 己 명의로 하여 소유권이전을 위한 가등기를 경료하였던 것으로 밝혀졌다. 위 차용금 변제기인 2006.10.15.에 원금 및 이자 월 3%의 금원을 지급하지 않으면 위 토지의 소유권은 己가 갖기로 하였다고 한다. 이후 丁은 돈이 부족하여 결국 변제기인 2006.10.15.에 위 차용원리금을 갚지 못하고 결국 己가 가등기에 기한 본등기를 경료하여 2006.11.1 현재 위 a토지의 등기는 己의 명의로 된 상태이다 (2006.10.15. 및 현재 a토지의 시가는 1억 2천만원에 해당한다.).

1. 2006.11.1. 현재 위 토지의 소유권자는 누구인가. 만일 甲이 소유자가 아니라면 甲의 구제방안을 언급하시오. (35점)

I. 쟁 점

실문의 해결과 관련하여 그 소유권자가 누구인지 판단하기 위해서는 우선적으로 甲이 a토지를 구입하면서 정과 약정을 하여 위 토지의 등기를 丁의 명의로 한 행위의 효력과 관련하여 명의신탁의 문제를 해결해야 한다. 즉, 위 명의신탁의 경우 위임약정과 그 매매계약의 유효여부 및 물권변동의 효력발생 유무를 판단해야 한다. 그에 따라 위 명의신탁으로 인하여 丁으로 소유권이전등기가 경료된 2006.8.15. 당시의 소유자가 甲과 丙, 丁 중에 누구인지 결정될 수 있을 것이다. 그리고 이후 丁이 己에게 금원을 차용하면서 위 소유권이전등기를 경료해 주었는데 이후 변제기가 도래한 경우 己가 丁과의 약정에 따라 등기경료시 소유권을 취득하는지 여부를 논의해 봐야 할 것인바, 이에 관하여는 가등기담보법의 적용여부를 판단하여야 할 것이다. 즉, 위 법률의 적용범위에 따른 소유권취득여부가 결정될 것이다.

II. 명의신탁에 관한 법률관계

1. 명의신탁의 의의

명의신탁이란 대내적으로 신탁자가 소유권을 보유하여 이를 관리, 수익하면서 공부상의 소유명의만을 수탁자 앞으로 해두는 것으로서 대법원은 명의신탁을 당사자 간의 신탁에 관한 채권계약에 의하여 신탁자가 실질적으로 그의 소유에 속하는 부동산의 등기명의를 실제적인 거래관계가 없는 수탁자에게 매매 등의 형식으로 이전하여 두는 것을 말한다고 해석하고 있다.

2. 명의신탁의 법률관계

명의신탁에 대한 법률구성에 관하여 살펴보면 우선 이와 같은 명의신탁에 대하여 민법상 신탁으로 보아 유효한 것으로 보는 견해와 민법 제108조와 같은 허위표시로서 무효라고 해석하는 견해가 있다. 판례는 명의신탁에 대하여 민법상의 신탁에 해당하는 것으로 해석한 바 있다. 살펴보면 비록 명의를 수탁자로 하고 그 실질적인 소유는 신탁자가 유지한다 하더라도 법률상의 효과는 우선 수탁자로 하는 데에 있어서는 양 당사자간의 합의가 명백하므로 유효라고 해석하는 것이 타당할 것이다.

3. 명의신탁에 관한 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률

명의신탁에 관한 법적 문제에 있어서 판례의 신탁이론에 따른 해석으로 해결해 온 바 있으나 이후 명의신탁에 대하여 부동산실명법이 제정되어 그 법적 관계를 규율하고 있으므로 이에 따른 법률해석의 문제가 도래하게 되었다고 볼 수 있다. 물론 부동산실명법이 적용되는 경우가 아닌 예외적인 범위도 있어 기존의 판례를 해석하여야 할 사안도 있으나, 우선 기본적으로 부동산실명법의 규정내용을 살펴보면 다음과 같다. 부동산의 등기등에 관하여 그 부실등기나 허위로 하는 명의신탁을 방지하는 것을 그 목적으로 하고 있다(제1조). 그리고 이에 관하여 제4조에서 구체적으로 명의신탁 약정뿐만 아니라 명의신탁에 의해 등기된 물권변동 또한 무효로 하고 있다(제4조 제1항, 제2항). 이에 관하여 명의신탁금지규정을 위반할 경우 벌칙규정(제7조)을 두어 실질적 규제를 하고 있고 다만 그 법 시행당시에 유예기간을 두어 경과적인 조치를 취하였다. 그리고 배우자와 중중의 경우에는 명의신탁관계의 필요성을 감안하여 제8조에서 허용규정을 두고 있으나, 그러한 예외의 범위도 탈세나 법령상의 적용을 회피하는 것을 목적으로 할 경우에는 금지되도록 하고 있다.

4. 명의신탁의 유형

기본적인 명의신탁의 유형으로는 양자간 명의신탁이 있고 그 외 실제상으로 많이 이용되는 제3자간 명의신탁(중간생략등기형)과 계약명의신탁 유형을 들 수 있다.

(1) 양자간 명의신탁

기본형으로서 명의신탁자와 명의수탁자간의 등기명의를 명의신탁약정에 의해 수탁자로 이전하는 것으로 대내적으로 신탁자가 소유권자이고 대외적으로 수탁자가 소유권자에 해당하게 된다.

(2) 제3자간 명의신탁

명의신탁자가 제3자의 소유 부동산등을 매입하면서 탈세등의 목적으로 그 등기만을 수탁자의 명의로 하는 것으로 이 경우 매매당사자는 신탁자이고 다만 그 등기시 수탁자의 명의를 이용하는 경우여서 일반적으로는 제3자가 그 명의신탁을 알고 계약이 이행되는 경우가 대다수에 해당한다. 중간생략형이라고 불리우는 이유는 제3자의 등기명의를 신탁자를 거쳐 수탁자에게 이전되어야 하는 것이 원칙인데 이를 회피하여 신탁자의 명위없이 수탁자에게 바로

이전되기 때문이다.

(3) 계약명의신탁

제3자와 매매계약등의 법률행위에 있어서 신탁자는 매매당사자가 아닌 경우로서 수탁자에게 모든 매매거래의 법률행위를 위임하여 수탁자가 당사자로 가장하여 제3자와 거래를 하는 경우이다. 따라서 제3자와 수탁자와 계약 및 등기관계가 모두 행하여지게 되므로 제3자는 신탁자의 존재를 인식하기 어렵고 수탁자를 매매당사자로 인식하게 되므로 명의신탁약정에 관하여도 선의인 경우가 대부분이다.

5. 계약명의신탁의 법률관계 및 물건변동의 유효성

계약명의신탁의 경우에 부동산실명법 제4조에서 그 명의신탁약정을 제1항에서 무효로 보고 있고 그에 따른 물건변동의 경우에도 무효에 해당하는 것으로 규율하고 있는 것이 원칙이다. 다만, 위와 같이 계약명의신탁의 법률관계의 특성상 거래상대방이 이와 같은 명의신탁을 알지 못하는 경우가 많은 것이 거래실정이므로 이에 따라 거래상대방을 보호하기 위하여 단서규정을 두어 선의의 경우에는 위와 같은 물건변동을 유효한 것으로 예외적인 보호규정을 두고 있다. 따라서 우선적으로 위 명의신탁 및 명의신탁에 따른 위임약정은 모두 무효에 해당하는 것으로 해석해야 한다. 명의신탁이 무효인 이상 위임에 따른 위 매매계약은 무효인 법률행위를 목적으로 하는 것으로 매매계약 또한 일부무효의 법리에 따라 무효로 볼 수 있다. 다만 제3자가 위 명의신탁의 존재에 대하여 선의인 경우에는 그 보호취지에 따라 물건변동만을 유효로 해석하는 것으로 볼 수 있다.

6. 명의신탁자의 구제방안

일반적으로 명의신탁자는 양자간 명의신탁에서는 명의신탁약정은 무효이므로 약정의 해지를 통한 그 소유권반환청구는 불가능하나 실질적 소유권자에 해당하므로 소유권에 기한 반환청구를 할 수 있다. 그리고 제3자간의 명의신탁에서는 그 명의신탁 및 물건변동이 모두 무효에 해당하여 원 소유자에게 매매계약에 기한 소유권이전등기청구를 할 수 있고 수탁자의 등기가 존재하는 경우이므로 원 소유자를 대위하여 그 등기의 말소를 청구할 수 있다. 그러나 계약명의신탁의 경우는 상대방이 선의인 이상 그 물건변동이 유효한 경우

로서 수탁자는 그 부동산의 소유권을 취득하고 제3자는 더 이상 소유자가 아니므로 계약당사자가 아닌 신탁자는 제3자에게 아무런 법적 권리를 갖지 못하고 수탁자에게도 명의신탁을 이유로 권리를 행사할 수 없으며 단지 위 명의 신탁을 위해 수탁자에게 지급한 대금상당액의 반환을 부당이득에 기해 청구할 수 있을 뿐이다. 판례의 입장 또한 이와 같으며, 다만 부동산실명법의 유예기간 전의 사안에 있어서는 그 유예기간동안 소유권을 반환받을 수 있었다는 것을 전제로 부동산 그 자체를 부당이득으로 반환 청구할 수 있다는 판시를 한 바 있다.

Ⅲ. 가등기담보에 관한 법률관계

1. 가등기담보의 의의

가등기담보란 소비대차에 기한 채권을 담보할 목적으로 채권자와 채무자 또는 제3자 사이에 채무자 또는 제3자 소유의 부동산을 목적물로 하는 대물변제의 예약 또는 매매의 예약을 하고, 이와 함께 채무자의 채무불이행이 있는 경우에 채권자가 예약상의 권리를 행사함으로써 발생하게 될 장래의 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 가등기를 경료하기로 하는 내용의 가등기담보계약을 체결한 후 이에 기하여 채권자 앞으로 가등기를 경료하여 두는 담보형태를 말한다. 가등기를 하는 경우 외에도 미리 본등기를 하여 두는 경우도 포함한다.

2. 가등기담보의 적용범위

가등기담보법의 적용범위를 검토함에 있어서 판례의 입장은 피담보채권이 계약의 내용으로 포함되어야 하는바, 이와 같은 피담보채권의 원인으로 소비대차계약 또는 준소비대차계약으로 한정하여 해석하고 있다. 이에 반하여 학설상으로는 그 범위를 확장하여 소비대차 외에도 다른 채권 예를 들어 매매대금채권 등을 모두 포함하여야 한다고 해석하는 입장이 존재하나, 가등기담보등에 관한 법률(이하 가담법이라 한다)의 해석상 민법 제607조, 제608조를 그 대상으로 하는 것으로 소비대차 및 대물변제의 예약에 관하여 규율하는 것을 목적으로 하는 것이므로 가담법의 적용범위를 소비대차에 한정하는 입장이 타당하다고 할 것이다.

3. 가등기담보에 관한 특별법

가담법의 입법목적은 실거래상 소비대차에 따른 대물변제의 예약으로 인하여 가등기담보등을 설정하는 경우에 그 채무자는 금전적으로 매우 불리한 입장으로 서민의 경우에 주로 해당하고 그에 반하여 채권자는 채무자의 경제적으로 불리한 입장을 악용하여 부당하게 이득을 취하는 경우가 대다수이므로 이를 규제하는 것이다. 따라서 우선 가등기담보권자의 경우 저당권자와 동일한 대우를 인정하여 우선변제권을 인정하나 채무자 보호를 위한 목적에 따라 채권자는 청산절차를 준수해야 하는 의무를 부과하고 있다. 즉, 채권자는 약정이 있더라도 바로 그 소유권을 취득하지 못하며, 채무자의 채무불이행이 있더라도 그 목적물과 피담보채권의 비교를 통하여 남은 가액을 청산절차에 따른 반환을 해야 그 소유권을 취득할 수 있도록 규정하고 있다. 그러한 청산절차 또한 변제기 후 청산기간을 경과한 때에만 담보권을 실행할 수 있으며 청산금의 지급과 동시에 소유권을 취득하도록 하는 것이다.

5. 담보설정자의 구제방안

위와 같이 가담법의 규제에 인하여 비록 소비대차에 따른 대물변제의 약정을 하고 그 담보를 위하여 가등기를 하였다 하더라도 채권자는 청산절차를 모두 준수해야 소유권을 취득하게 된다. 따라서 변제기가 도래한 경우에도 청산절차의 이행을 채권자가 하지 않고 있는 상태, 즉, 청산금을 지급받기 전까지는 채무자는 그 채무를 모두 변제하여 소유권을 보유할 수 있게 된다.

IV. 설문의 해결

1. 소유권의 귀속

甲과 丁 사이에 위 a토지에 관하여 그 소유등기를 丁 명의로 경료하기로 한 명의신탁약정은 부동산실명법 제4조에 위배하여 원칙적으로 무효이고 丙과 丁 사이에 체결된 매매계약 또한 무효인 물권변동을 목적으로 이루어진 것으로 무효로 볼 수 있다. 그러나 위 매매계약의 경우 丁이 매매계약을 체결하고 그 등기를 丁 명의로 경료하였으므로 계약명의신탁의 유형에 해당하고 그 명의신탁약정에 대해 丙은 선의인 경우에 해당하므로 부동산실명법 제4조 제2항 단서규정에 해당하므로 丁 명의로 이전된 소유권변동은 유효에 해당하는

다. 결국, 丙에서 丁으로 등기가 경료된 시점인 2006.8.15. 위 a토지의 소유권자는 丁이 된다고 할 것이다. 이후, 丁은 己에게 금전 5천만원을 차용하면서 위 차용금의 담보를 위해 가등기를 설정한 경우인데 이후 변제기인 2006.10.15.까지 변제를 못하면 그 소유권을 己가 취득하기로 약정하여 대물변제의 예약을 하였다고 볼 수 있다. 위 5천만원 및 변제기까지의 이자를 합산하여도 위 a토지의 가액인 1억원보다 적으므로 민법 제607조, 제608조가 적용되는 경우로서 결국 이 경우에는 가담법의 적용이 있는 경우에 해당한다. 위 사안에서 변제기가 도래하여 채권자인 己가 그 소유권이전등기를 가등기에 기하여 경료하였다고 하더라도 청산절차를 거치지 않았고 또한 청산금을 지급한 바 없으므로 위 소유권이전등기가 경료된 것과 상관없이 가담법 제4조 제3항에 따라 己는 소유권을 취득하지 못하였다고 볼 수 있다. 따라서 2006.11.1. 현재 위 등기명의가 비록 己로 되어있어도 위 소유권은 丁에게 있다고 할 것이다. 己는 위 차용금 채무를 모두 변제하여 위 등기의 말소를 구할 수 있을 것이다.

2. 甲의 구제방안

그리고 甲의 구제방안을 살펴보면 甲은 위 계약명의신탁이 무효에 해당하여 소유권을 취득하지 못하였으므로 소유권에 기한 반환청구 등을 할 권리가 없으며 丙과의 매매관계도 없으므로 丙에게 청구할 수 있는 권리 또한 없다. 다만, 丁은 수탁자로서 甲으로부터 매매대금 1억원을 지급받아 위 부동산의 소유권을 취득하였으나, 소유권 자체는 부동산실명법상 권리취득에 해당하므로 부당이득으로 보기 어렵고, 그 매매대금 1억원은 부당하게 취득한 이득에 해당하므로 甲에게 반환해야 할 것이다. 丁은 악의의 수익자에 해당한다고 보여지므로 대금 및 이에 대한 이자를 반환하고 손해를 배상해야 할 것으로 볼 수 있다. 결국, 甲은 丁에게 매매대금 1억원 및 이자의 반환청구 및 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다고 할 것이다.

2. 甲은 丁에 줬던 돈에 대해서 부당이득반환청구의 소를 제기하였다. 그런데 丁은 사실 甲에 대해서 위 매매 이전부터 받지 못한 3억원 상당의 매매대금이 있었다.

(1) 丁은 甲이 제기한 부당이득반환소송에서 위 매매대금채권으로 상계한다는

항변을 하고, 동시에 별소로서 위 매매대금채권의 이행을 청구하는 소를 제기하였다. 후소 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는가? (20점)

- (2) 丁은 甲이 제기한 부당이득반환소송에서 위 매매대금채권으로 상계한다는 항변을 하였지만, 법원은 실기한 방어방법이라며 이를 각하하였고, 결국 甲의 청구를 인용하는 판결이 확정되었다. 이후 丁은 甲을 상대로 매매대금청구의 소를 제기하였는데, 법원은 매매대금채권이 이미 상계로 소멸하였음을 이유로 丁의 청구를 기각하였다. 丁의 청구를 기각한 법원의 판단은 정당한가? (20점)
- (3) 丁은 甲이 제기한 부당이득반환소송에서 위 매매대금채권으로 상계한다는 항변을 하지 않았고, 甲의 청구를 인용하는 판결이 확정되었다. 그런데 그 후 丁이 위 매매대금채권으로 상계한다고 하며 청구이의의 소를 제기하였다면, 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는가? (20점)

I. 쟁점

설문(1)에서는 丁의 별소가 적법한 것인지 여부가 문제되는데, 甲이 제기한 부당이득반환청구의 소에서 상계항변으로 제출한 매매대금채권을 소송물로 하여 별소를 제기한 것이, 중복된 소제기 금지원칙(민사소송법 제259조)에 위배되는 것은 아닌지 살펴보아야 하며, 설문(2)에서는 매매대금채권의 존재 여부와 관련하여, 상계권 행사가 각하된 경우에도 상계권 행사의 사법상 효력은 남는 것인지 여부를 상계항변의 법적성질과 관련하여 검토할 필요가 있으며, 설문(3)에서는 丁의 청구이의의 소가 인용되기 위하여는, 丁의 상계권 행사가 가능한 것이어야 하는바, 전소확정판결의 기판력에 의하여 상계권 행사가 차단되는 것은 아닌지 살펴보아야 한다.

II. 丁의 매매대금청구의 소에 대한 후소 법원의 판단[설문(1)에 대하여]

1. 중복된 소제기 금지원칙의 의의 및 적용 요건

법 제259조는 중복된 소송으로 인한 소송불경제 및 동일한 사건에 대하여 각각 모순된 판결이 나오는 것을 방지하고, 피고가 이중으로 응소해야 하는 부담을 지게 되는 것을 막기 위하여, 법원에 소송계속이 생긴 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못하도록 규정하고 있는 바, 이를 중복된 소제기 금지의 원칙이라고 한다. 여기서 법 제259조에 의하여 금지되는 중복된

소제기관, ① 전소와 후소의 당사자가 동일하고, ② 소송물이 동일하며, ③ 전소가 계속되어 있는 동안 후소가 제기된 경우를 말한다.

2. 丁의 매매대금청구의 소가 중복된 소제기 금지원칙에 위배되는지 여부

(1) 문제점

사안에서 丁이 제기한 후소는 甲이 제기한 전소와 당사자가 동일하고, 甲의 전소가 계속되어 있는 동안 제기된 것으로 볼 수 있으나, 丁의 후소는 전소 소송물이 아닌, 상계 항변으로 주장한 채권을 별소로 구한 경우에 해당한다. 그런데 원칙적으로 소송계속은 특정한 소송물에 관하여만 성립하고, 공격·방어방법을 이루는 항변으로 주장한 권리에 관하여는 소송계속이 발생하지 아니하므로 이러한 원칙에 의한다면 丁의 후소는 중복된 소제기에는 해당하지 않는다고 볼 여지도 있다. 그러나 사안과 같은 상계항변의 경우에는 그 판단에 기판력이 인정되어(법 제216조 제2항), 보통의 방어방법이나 항변과 달리 취급하고 있기 때문에, 중복된 소제기 여부를 판단하는 경우에 이를 보통의 공격·방어방법과 같은 예로 취급하여도 좋은가가 문제되는데, 이에 대하여 이하에서 살펴보도록 하겠다.

(2) 학 설

① 상계의 항변은 어디까지나 하나의 방어방법이고 소송물이 아니라는 이유로, 상계의 항변으로 주장한 자동채권을 별소 또는 반소로 청구하여도 중복된 소제기에 해당하지 않는다는 견해, ② 상계로 주장한 채권의 존재 여부의 판단에는 기판력이 미치는 것을 근거로 하여 판결의 모순을 방지할 필요가 있다고 하여, 이 경우에 중복된 소제기의 금지를 유추하여야 한다는 견해, ③ 상계의 항변이 예비적이면 후소는 적법한 소이고, 무조건적인 것이면 중복된 소제기로 볼 것이라는 견해가 있다.

(3) 판 례

상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중인 사건에서, “사실심의 담당재판부로서는 전소와 후소를 같은 기회에 심리·판단하기 위하여 이부, 이송 또는 변론병합 등을 시도함으로써 기판력의 저촉·모순을 방지함과 아울러 소송경제를 도모함이 바람직하였다고 할 것이나, 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수

는 없다(대판 2001.4.27. 2000다4050).”고 판시한 바 있다.

(4) 검토 및 사안의 적용

상계의 항변을 한 경우에 그것이 판결에서 받아들여질 것인가 아닌가는 분명하지 아니하므로, 이에 대하여 전면적으로 별개의 청구를 배척하는 것은 피고의 권리보호를 외면하는 것이 되어 부당하다. 그러므로 원칙적으로 적극설에 의하되, 판결의 모순을 피하기 위하여 자동채권의 청구는 별소에 의할 수 없고 이미 계속 중인 소송에서 반소를 제기하는 방법에 의하도록 함이 타당하다. 따라서 사안에서 丁의 매매대금청구의 소는 중복된 소제기 금지 원칙에 위배되지 않는다.

3. 소 결

丁의 매매대금청구의 소는 중복된 소제기 금지 원칙에 위배되지 아니하고, 사안에서 丁의 청구가 부적법하다고 볼 만한 사정이 보이지 아니하는 이상, 법원은 丁의 매매대금채권의 존재 여부를 심리하여 丁의 청구를 인용 또는 기각하여야 할 것이다.

Ⅲ. 丁의 매매대금청구를 기각한 법원의 판단이 정당한지 여부[설문 (2)에 대하여]

1. 문제점

법원은 丁의 매매대금채권이 전소에서의 상계항변으로 인하여 소멸하였다고 판단하였는바, 전소에서의 상계항변이 실기한 공격방어방법으로서 각하되는 경우에도 소구채권과 반대채권이 모두 소멸하는 것인지 여부를 상계항변의 법적성질과 관련하여 검토할 필요가 있다.

2. 상계항변의 법적성질

(1) 학 설

1) 병존설

외관상으로는 하나의 행위처럼 보이지만, 실은 상대방에 대하여 사법상의 형성권을 행사하는 의사표시와 이에 의하여 발생한 사법상의 효과를 법원에

대하여 진술하는 행위의 두 개의 행위가 병존하고 있는 것으로 풀이한다. 따라서 상계항변이 각하되어도 사법상 상계권행사의 효과는 그대로 남아 반대채권이 소멸된다.

2) 소송행위설

소송상의 형성권행사는 공격·방어방법이므로, 하나의 행위로서 순수한 소송행위이고, 사법행위는 포함되어 있지 않다고 본다. 따라서 상계항변이 각하된 경우 사법상의 효과는 발생하지 않는다고 보게 되고, 반대채권은 그대로 존속한다.

3) 양성설

소송상의 형성권행사는 외관상으로 하나의 행위에 그치지 않고 실제로도 하나의 행위인데, 다만 사법행위적 성격과 소송행위적 성격을 겸유하고 있는 것으로 본다. 이 설에 의하면 실체법상의 효과와 소송상의 효과가 서로 의존관계에 있으므로, 어느 한 쪽의 무효는 다른 쪽의 무효를 가져온다. 그리고 소송상의 형성권행사가 조서에 기재되지 아니하거나 각하되는 경우 또는 소가 각하되거나 취하되는 경우에는 사법행위로서의 효력도 발생하지 아니한다. 따라서 상계항변이 각하되면 반대채권은 그대로 존속한다.

4) 신빙존설

기본적으로는 병존설의 입장을 취하면서도 상계권의 경우에는 당사자의 의사를 중시하여, 상계권행사의 의사표시가 소송행위로서의 의미를 상실한 때에는 그 사법사의 효과도 발생하지 않는 것으로 풀이하는 견해이다. 따라서 상계항변이 각하되면 반대채권의 소멸효과는 발생하지 않는다.

(2) 판 례

상계권 행사와 관련한 사안은 아니나, 해제권 행사와 관련하여, “소제기로써 계약해제권을 행사한 후 그 뒤 그 소송을 취하하였다 하여도 해제권은 형성권이므로 그 행사의 효력에는 아무런 영향을 미치지 아니한다(대판 1982.5.11. 80다916).”고 판시한 바 있다.

(3) 검토

병존설은 소의 취하·각하 등의 경우에도 소송상 행사된 형성권의 사법상 효과가 예외 없이 그대로 남는다고 보는 점에 결정적인 난점이 있고, 양성설은 현행 법제가 실체법과 소송법을 체계적으로 분리하고 있음에 비추어 모순이 있다. 또한 소송행위설의 경우 상계는 실체법상의 권리인데 왜 그 요건과

효과가 소송법에 따라야 하는가의 의문을 남긴다. 따라서 당사자의 의사를 합리적으로 해석하여 소송상의 형성권행사가 가지는 효과를 판단하는 신병존설이 타당하다.

3. 소 결

신병존설에 의할 때, 전소에서 상계항변이 실기한 방어방법으로 각하된 사안의 경우, 반대채권은 그대로 존속하게 되므로, 후소 법원이 반대채권인 매대대금채권이 상계로 소멸하였다고 보아 丁의 청구를 기각한 것은 부당하다.

IV. 丁의 청구이의의 소에 대한 법원의 판단 [설문(3)에 대하여]

1. 문제점

청구이의의 소는 표준시 이후에 발생한 사유를 들어 확정판결의 집행력 배제를 구하는 것이므로(민사집행법 제44조), 丁의 청구이의의 소가 인용될 수 있는지와 관련하여서는, 먼저 丁의 상계권 행사가 가능한 것인지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

2. 상계항변의 실권 여부

(1) 문제점

기판력은 표준시의 권리관계의 존재 여부에 대한 판단에 관하여 발생하므로, 이에 반하는 판단이나 주장은 금지되며, 당사자가 이 금지에 반하여 이를 제출하여도 법원은 그에 관하여 심리하지 않고 배척하여야 하는바, 이러한 기판력의 작용을 실권적 효력·차단적 효력 또는 배제적 효력이라고 한다. 그런데 표준시 전에 발생한 상계권을 표준시까지 행사하지 않고 있다가 표준시 후에 이를 행사하는 경우, 상계항변은 출혈적 방어방법이라는 점에서 이를 허용하여야 하는 것이 아닌지 견해가 대립하고 있다.

(2) 학 설

1) 비실권설

형성권은 아예 실권되지 않는다는 견해로서, 만일 형성권이 행사와 관계 없이 기판력으로 차단된다고 하면 행사기간을 소송법이 단축하는 결과가 되

어 타당하지 않다고 한다. 2) 상계권 비실권설

법적 안정성을 추구하는 기관력 제도의 목적을 고려할 때, 타 형성권은 실권하나, 상계의 항변은 소구채권(수동채권) 자체의 흠에 의한 것이 아니라, 이와 별개 독립의 반대채권(자동채권)을 함께 소멸시키는 출혈적 방어방법이므로 표준시 후의 행사를 일체 불허하는 것은 피고에게 너무 가혹하다고 하여 상계권은 실권되지 않고, 표준시 후 상계의 항변을 하는 것이 가능하다고 한다.

3) 지부지 구별설

표준시 전에 상계적상에 있음을 알지 못한 경우에 한하여 실권시키지 않는 것이 절차의 집중, 신의칙에 비추어 타당하다고 한다.

4) 실권설

상계권을 비롯한 모든 형성권이 실권된다는 견해이다.

(3) 판례

“채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었다 하여도 변론종결 이후에 비로소 상계의의사표시를 한 때에는 그 청구이의의 원인이 변론종결 이후에 생긴 때에 해당하는 것으로서 당사자들이 그 변론종결 전에 상계적상에 있던 여부를 알았던 몰랐던 간에 적법한 이의의 사유가 된다(대판 1966.6.28. 66다780)” 라고 판시한 바 있다.

(4) 검토

상계의 항변은 출혈적 방어방법이므로 표준시 후의 행사를 일체 불허하는 것은 너무 가혹하고, 또 상계적상에 있었음을 안 경우에는 실권시켜야 한다는 주장은 상계권의 행사를 강제하는 결과로 되어 실체법이 상계권의 행사를 상계권자의 자유에 맡기고 있는 취지에 반하므로 상계권 비실권설이 타당하다.

3. 소결

丁의 상계권은 실권되지 아니하므로, 丁이 상계권을 행사하며 청구이의의 소를 제기한 사안의 경우, 법원은 丁의 청구이의의 소를 인용하여야 한다.

V. 사안의 해결

(1) 설문(1)에서 丁의 매매대금청구의 소는 중복된 소제기 금지 원칙에 위배되지 아니하므로, 기타 丁의 청구가 부적법하다고 볼 만한 사정이 보이

지 아니하는 이상, 법원은 丁의 매매대금채권의 존재 여부를 심리하여 丁의 청구를 인용 또는 기각하여야 한다.

- (2) 설문(2)에서 매매대금채권은 그대로 존속하는바, 후소 법원이 반대채권인 매매대금채권이 상계로 소멸하였다고 보아 丁의 청구를 기각한 것은 부당하다.
- (3) 설문(3)에서 丁의 상계권은 실권되지 아니하므로, 법원은 丁의 청구이의의 소를 인용하여야 한다.

2. 공동불법행위, 증명책임 등 통합형

甲은 의사 乙이 운영하는 병원에서 치료를 받고 있었다. 乙은 2003. 2. 2. 16:00경 甲에 대한 진료기록부 상의 투약지시를 명확히 기재하여야 함에도 영문 약자를 사용하여 흘림체로 기재하고, 위 병원의 간호사 丙은 위와 같이 불분명한 진료기록부의 내용에 대하여 乙에게 문의하지 않고 나름대로 판단하여 주사약병 적정 용량을 다소 초과하여 투여함에 따라 甲은 즉시 중상해를 입어 함께 2억 원 상당의 손해를 입었다.

1. 그 후, 乙은 甲으로부터 강제집행 당할 것을 염려한 나머지 2005. 8. 6. 자신의 유일한 재산으로서 시가 1억 5,000만 원 상당인 21평 아파트에 관하여 자신의 동생인 丁에게 2005. 8. 4.자 증여를 원인으로 한 소유권 이전등기절차를 마쳤다. 그 후 丁은 위와 같은 사정을 모르는 戊은행으로부터 돈을 차용하면서 위 아파트에 관하여 채권자를 戊로 한 채권최고액 7,000만 원의 근저당권설정등기를 마쳤다. 甲은 위 증여사실과 위 아파트가 유일한 재산이라는 사실을 2005. 9. 4. 알게 되었다. 甲은 乙과 丙이 손해를 배상해 주지 않자 2006. 1. 4. 도달한 내용증명우편으로 乙에게 위 손해배상을 요구하였으나, 丙에 대해서는 아무런 청구도 하지 아니하였고 그 이외에 별다른 조치를 취하지 않은 채 오늘(2006. 6. 21.)에 이르렀다. 위 사안을 토대로 다음 각 질문에 답하시오(다만, 乙의 사용자책임과 의료계약에 따른 책임은 고려하지 말 것).

- (1) 甲, 乙 및 丙 상호간의 법률관계에 관하여 설명하시오. (30점)

I. 논점의 정리

환자 甲은 의사 乙의 투약지시에 관하여 영문약자를 사용한 진료기록부의 흘림체 기재행위와 그러한 불분명한 기재에 대하여 문의하지 않고 주사약을 2배 넘게 투여한 간호사 丙의 행위가 우선 민법(이하 범명 생략) 제750조의 불법행위를 성립시킬 수 있는지 문제된다. 만약 불법행위가 성립한다면, 乙과 丙의 개별행위가 甲과의 관계에서 제760조의 공동불법행위에 따른 책임을 지게 되는지 우선적으로 살펴봐야 할 것이다. 사안에서 중상해발생일로부터 3년이 경과하였는바, 불법행위와 관련하여 소멸시효의 완성여부가 문제될 수 있고 甲이 乙에 대하여 2006.1.4. 내용증명우편으로 손해배상을 요구한 행위가 소멸시효와 관련하여 어떠한 법적 효력이 지니는지 살펴봐야 할 것이다. 또한 이러한 甲의 청구가 丙에 대하여도 영향을 주는지 부진정연대책임과의 관계 하에서 함께 논의해봐야 할 것이다. 이하에서는 2003.2.2. 甲, 乙, 丙의 기본적인 법률관계를 간단히 살펴보고 2006.6.21. 기준으로 구체적인 법률관계를 파악해보기로 한다.

II. 甲과 乙, 丙의 기본적 법률관계

1. 乙, 丙의 불법행위책임의 성립여부

甲은 乙의 병원에서 의료사고를 입어 2억원 상당의 중상해를 입게 되었는바, 기본적으로 甲은 사고의 원인을 야기한 자에 대하여 불법행위에 따른 손해배상을 청구할 수 있다. 사안에서는 의사인 乙이 진료기록부상의 투약지시를 명확히 하여야 할 업무상 의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리 한 채 흘림체로 쓴 과실이 있었고 또한 간호사로서 丙은 이러한 흘림체로 기재된 불명확한 지시에 대하여 의사인 乙에게 문의하여야 함에도 이를 하지 아니한 채 주사약을 투약한 과실이 존재한다. 따라서 위법한 乙, 丙의 과실행위로 인하여 甲의 신체에 중상해를 입게 함으로써 甲에게 2억원 상당의 손해를 입게 하였으므로 乙과 丙은 각자 제750조에 따른 불법행위책임을 져야 할 것이다.

2. 제760조 제1항의 공동불법행위 책임의 성립여부

(1) 문제점

공동불법행위에 관하여 제760조 이하에서 규정하는 취지는 인과관계의 입증의 곤란성을 용이하게 하고 책임의 면제 또한 감경을 할 수 없게 하여 피해자의 구제를 위한 것이다. 제1항의 협의의 공동불법행위가 성립하기 위해서는 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 경우이어야 한다.

(2) 공동의 의미에 관한 논의

학설의 경우, 객관적 공동설은 공동불법행위규정의 취지를 제408조의 원칙을 배제하여 피해자를 두텁게 보호하자는 것으로 해석하여 가해행위가 객관적으로 관련되어 공동으로 되어있으면 족하다고 하고, 주관적 공동설은 가해자들 사이에 주관적인 공모나 공동의 인식, 의사가 있어야 한다고 본다. 판례의 경우에는 공동불법행위의 성립에는 공동불법행위자 상호간에 의사의 공통이나 공동의 인식이 필요하지 아니하고 객관적으로 그들의 각 행위에 관련 공동성이 있으면 족하다고 판시하여 객관적관계공동설의 입장과 유사한 태도를 취하고 있다. 생각건대, 공동불법행위와 관련된 사안의 경우 입증의 곤란성 및 피해자 보호차원에서 공동적인 행위만 있으면 족하고 공모 등의 의사는 필요하지 않다고 보는 판례의 객관적 입장이 타당하다고 보여진다.

(3) 사안의 경우

乙과 丙의 경우 甲에 대한 과도한 주사약 투약행위에 대하여 공모 등의 공동의사가 없었지만 두 행위가 연계되어 그러한 결과를 야기시키는 행위를 하였으므로 두 행위의 객관적 공동관계가 인정된다. 따라서 乙과 丙은 甲에 대하여 공동불법행위 책임을 지게 될 것이다.

3. 甲과 공동불법행위자들의 관계 및 불법행위자들의 내부적 관계

(1) 부진정 연대채무관계에 따른 법률관계

공동불법행위는 피해자에 대한 관계에서 연대하여 그 손해를 배상할 책임을 진다고 규정되어 있으나 일반적으로 위 연대의 의미를 부진정연대관계로 해석하고 있으며 대법원 또한 이와 같이 판시한바 있다. 본래 부진정 연대채무는 연대채무와 달리 법적 공동체의 의미에서의 다수 채무의 내적인 관련성이 없는 경우이다. 위 공동불법행위책임의 경우에는 부진정 연대채무가 연대채무보다 채권자측의 권리를 강화하는 특성이 있어 이와같이 공동불법행위의 채무를 부진정 연대채무로 해석하고 있는 것으로 보인다. 따라서 연대채무와 달리 부진정 연대채무는 각 채무자들 사이의 절대효를 보다 적게 인정하여 변

제, 공탁, 상계(하설대립있음) 등의 실질적인 채무이행으로 인한 재산적 출혈이 있는 경우에만 다른 채무자와의 관계에서도 효력이 있다고 해석하고 있다. 따라서 甲은 불법행위자인 乙과 丙에 대하여 자신의 손해액 전액인 2억원을 각자에게 배상청구를 할 수 있고 이러한 경우 각자의 과실비율이 있음을 이유로 위 청구에 대하여 항변할 수 없다. 다만, 乙과 丙은 부진정 연대채무자들의 관계이므로 乙 또는 丙이 채무에 대한 변제 등의 행위시에 甲과 다른 채무자와의 관계에서도 그 효력이 발생하게 되는 것이다.

(2) 부진정 연대채무자간의 내부적 구상관계

공동불법행위자들의 경우에는 내부적인 과실비율이 있다하더라도 피해자와의 외부적 관계에서는 전체적으로 과실비율을 검토하여 손해배상액을 정하게 되나, 내부적으로는 각 과실비율에 따른 배상책임을 지게 되는 것이 합리적이다. 원칙적으로 부진정 연대채무자간에는 내부적 관계가 없으므로 구상의 문제가 없다고 보게되나 공동불법행위와 같은 특수한 사정이 있는 경우에는 내부적 구상이 인정될 필요가 있다. 따라서 자신의 과실비율에 따른 손해배상액을 초과하여 배상을 한다면 다른 채무자에게 구상권을 행사할 수 있다.

III. 甲, 乙, 丙의 구체적 법률관계

1. 甲과 乙의 구체적 법률관계

甲과 乙의 관계에서 의사자신의 홀림체 기재과실행위에 대하여 甲은 乙에게 2억원의 손해배상책임을 물을 수 있다. 손해배상채권은 제766조에서 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년, 불법행위가 있는 날로부터 10년간 행사하지 않으면 소멸한다고 규정하고 있으므로 현재 2006.6.21.은 위 사건이 발생하여 손해 및 가해자를 안 날인 2003.2.2.로부터 3년이 경과한 것이 명백하나, 2006.1.4. 乙에 대하여 내용증명우편으로 손해배상을 요구하였으므로 소멸시효중단사유인 최고를 한 것으로 볼 수 있어 3년이 경과하기 전 시효가 중단되어 甲은 여전히 乙에게 손해배상을 청구할 수 있다. 다만 최고의 효력은 이후 6월이내에 소를 제기하여야 효력이 유지되므로 2006.7.4.까지 손해배상금 청구의 소를 제기하여야 할 것이다.

2. 甲과 丙의 구체적 법률관계

위와 마찬가지로 현재일인 2006.6.21.은 甲이 안날로부터 3년이 도과하였는바, 특별한 사정이 없는한 甲의 丙에 대한 채권은 시효로 소멸되었다고 볼 것이다. 다만, 乙에 대한 甲의 최고(이행청구)가 丙에 대하여도 동일하게 효력을 발생하여 시효중단이 될 수 있는지 문제된다. 학설의 경우 부진정연대채무의 관계에서 연대채무와 구별하여 절대적인 효력을 최소한 줄이려고 하는 것이 일반적인 입장으로 보여지고, 판례의 경우 채권자의 1인에 대한 이행청구는 다른 부진정연대채무자에게는 아무런 효력이 없다고 판시한바 있으므로 위와 같은 甲의 乙에 대한 이행청구는 丙에게 효력이 없다고 할 것이다. 부진정연대채무의 법적구성을 살펴보아도 내부적인 공동관계가 없는 각 불법행위자들 사이에 절대적 효력이 없다고 보는 것이 보다 타당하다고 할 것이므로 丙에 대한 甲의 손해배상채권은 소멸되어 더 이상 행사할 수 없을 것이다.

3. 乙과 丙의 구체적 법률관계

본래 乙, 丙의 경우 변제 또는 이에 준하는 행위가 있을 경우에 서로간의 과실비율에 따른 구상이 가능한 것이다. 따라서 甲이 乙에 대하여는 손해배상청구가 가능하여 乙이 변제 등의 행위를 하였다면 乙은 丙에게 자신의 비율을 넘는 부분에 대하여 丙에게 구상을 청구할 수 있다. 비록 丙에 대하여 시효소멸로 甲이 청구할 수 없는 것이지만 채권자의 채권의 시효와 내부자간의 구상권의 시효는 별개의 것이고 또한 변제 등의 행위시에 구상권이 발생하는 것이므로 구상권을 행사할 수 있다고 보는 것이 옳다고 생각된다.

IV. 사안의 해결

환자 甲에 대하여 乙과 丙의 행위는 불법행위를 구성하며 객관적 행위가 공동으로 이루어져 공동불법행위에 해당하게 된다. 따라서 공동불법행위로써 甲에게 부진정연대로 연대하여 2억원 상당의 손해배상을 해야 할 의무가 乙과 丙에게 발생한다. 환자 甲은 의사 乙에게 이행청구를 하여 최고로써 소멸시효를 중단시켜 2006.7.4.까지 손해배상으로 전액인 2억원 상당액을 청구할 수 있다. 그러나 간호사 丙에 대하여는 이행청구를 한 바 없고, 乙에 대한 최고가 丙에게 효력을 미치지 아니하므로 더 이상 손해배상책임을 지울 수 없다. 다만, 乙은 甲에게 채무이행으로 변제 등의 행위 시에 자신의 과실비율 초과액을 丙에게 구상을 청구할 수 있을 것이다.

(2) 甲이 乙에 대한 채권보존과 책임재산의 보전을 위해서 취해야 할 조치의 내용 및 책임재산의 원상회복 방법에 관하여 설명하시오. (30점)

I. 논점의 정리

채권의 대외적 효력으로서 채권자 대위권과 채권자취소권은 책임재산의 보전을 위하여 민법 제404조, 제406조이하에서 인정되는 채권자의 보호방안인바, 사안에서 의사 乙은 자신의 유일한 재산인 아파트를 동생 丁에게 증여하여 戊은행에 저당권을 설정하게 하였는바 이러한 아파트 증여행위에 대하여 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 할 수 있는지 문제된다. 사안에서 동생 丁이 사해행위에 대하여 선, 악의 여부가 불분명하므로 채권자취소권의 요건을 충족시킬 수 있는지 우선적으로 검토해봐야 할 것이다. 그리고 저당권의 설정과 관련하여 원상회복의 방법으로 원물반환이 가능한 것인지 아니면 가액반환만이 가능한지 살펴보기로 한다. 그 외 통정허위표시에 따른 채권자대위권의 행사가 가능한지도 부가적으로 알아보기로 한다.

II. 채권자취소권에 의한 반환가부

1. 채권자취소권에 관한 일반적 검토

(1) 의의 및 기능

채권자취소권이란 채무자가 채권을 해함을 알면서 자신의 일반재산을 감소시키는 법률행위를 한 경우에 채권자가 그 법률행위를 취소하고 재산을 원상으로 회복시키는 것을 내용으로 하는 권리를 의미한다. 절차법상으로는 채무자의 재산에 대하여 사전적으로 가압류,가처분 등으로 처분을 금지할 수 있으나, 사후적으로 일탈된 재산을 되돌리는 것은 채권자취소권의 실체법상 특유한 기능으로 볼 수 있다.

(2) 법적 성질

학설 및 판례의 논의가 있어왔으나, 현재는 일반적으로 취소 및 원상회복으로 보는 절충적 입장을 취하고 있는 것으로 보여진다. 이에 따라 청구의 상대방은 수익자 및 전득자이고 취소되는 대상은 채무자와 수익자사이의 법률행위로 본다. 다만 취소의 효력은 상대적으로 해석하여 채무자에게 책임재산

이 되돌아 오는 것이나 채무자와 수익자, 그리고 전득자간의 법률행위가 무효가 되는 것은 아니다.

(3) 요건

첫째, 피보전채권이 금전채권으로서 사해행위 이전에 존재하여야 하며, 둘째, 채무자의 적극재산이 소극재산보다 적은 경우에 그러한 적극재산 등을 처분하는 사해행위가 존재하여야 한다. 셋째, 주관적으로는 재산처분행위에 의하여 그 재산이 감소되어 일반채권자이 책임재산이 줄어들게 된다는 것을 인식하는 채무자의 사해의사가 존재해야 한다. 또한 수익자 또는 전득자의 악의가 존재해야 한다. 이러한 주관적인 의사에 대하여 판례는 채무자의 사해의사는 일반적으로 채권자가 입증해야 하는 것이나, 채무자의 사해의사가 입증되면 수익자나 전득자의 의사는 추정되어 오히려 수익자 등이 자신이 선의임을 입증해야 한다고 판시한바 있다.

(4) 행사의 방법

재판상 소제기로만 가능하고 재판외에서는 행사할 수 없다. 즉, 취소 및 원상회복으로서 형성, 이행의 소를 제기해야 하는 것이다. 채권자 자신의 이름으로 행사할 수 있고 채무자의 소송대리인으로 행사하는 것이 아니다. 그리고 채권자취소권의 행사기간은 제406조 제2항에서 규정하는 바와 같이 채권자가 취소원인을 안날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 5년내에 행사하여야 한다. 위 기간은 제척기간으로 해석되는바, 취소권의 행사는 예외적인 것으로 법률관계, 거래의 안정을 조속히 안정시키려는 취지로 보여진다.

2. 甲의 채권자취소권의 행사 거부

사안에서 甲은 의사 乙에 대하여 앞서 본바와 같이 2억원에 대하여 금전채권인 손해배상채권을 가지고 있고, 의사 乙은 이후에 자신의 아파트를 丁에게 증여하였는바 위와 같은 증여행위는 甲에 대한 채무를 면탈하기 위하여 한 행위로 사해의사에 기한 처분행위로 볼 수 있다. 甲의 채권은 2억원에 상당하는 금액이고 처분당시 1억 5천만에 상당하는 아파트에 해당하여 피보전권리액에 못미치는 것으로 사해행위임이 명백하다고 볼 것이다. 그리고 위와 같은 사해행위에 대하여 동생 丁의 의사가 사안에서 불분명하므로 문제될 수 있으나, 의사 乙의 동생인 점, 유일한 재산이라는 점 그리고 증여라는 대가가 없는 법률행위인 점을 감안해 볼 때 乙의 사해행위에 대하여 丁의 악의는 충분히 입

증이 가능할 것으로 보여진다. 따라서 수익자인 丁이 악의에 해당하므로 甲이 채권자취소권을 행사할 수 있을 것이다. 사안에서 甲이 위 증여사실과 유일한 재산에 해당한다는 점에 대하여 2005.9.4. 알게 되었으므로 이때 甲이 취소 원인을 알게 된 날로 볼 수 있고 아직 1년이 지나지 않은 2006.6.21. 현재 채권자취소권에 기한 소제기가 가능할 것이다. 그러나 만약 丁이 선의에 해당한다면, 저당권자인 戊은행 또한 선의임이 설문상 분명하므로 더 이상 채권자 취소권을 행사할 수 없게 된다.

III. 책임재산의 원상회복 방법

1. 원물반환과 가액반환

채권자취소권에 기한 책임재산의 원상회복은 원물로 반환하여 사해행위 이전과 동일한 책임재산 상태로 복원시키는 것이 원칙이다. 그러나 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 가액을 반환할 수밖에 없다. 대법원은 불가능이란 절대적, 물리적인 의미가 아니라 사회통념상, 거래관념상 불가능한 경우를 의미한다고 보고 있다. 원물반환의 경우에는 반환범위가 문제되지 않으나 가액반환의 경우에는 그 반환의 범위와 관련하여 어느 시점을 기준으로 할 것인지 문제된다. 일반적으로 판례는 사해행위의 판단여부는 사해행위 당시의 피보전채권액과 처분당시의 목적물의 가액과의 비교하는 방법을 취하나, 가액반환의 범위에 관련하여서는 가액반환당시의 목적물의 시가를 기준으로 한다. 또한 판례에 따르면 채권자가 부당한 이득을 얻는 것을 방지하기 위하여 새로 설정되거나 기존에 설정된 저당권의 피담보가액은 공제되어야 한다고 판시한바 있다. 다만 매매, 증여등의 경우로 인하여 취득세나 증여세를 부담하였어도 이러한 금액은 공제되지 않는다고 판시한바 있다.

2. 선의의 제3자의 저당권이 존재하는 경우

저당권자인 戊은행이 악의라면 저당권설정등기까지 모두 말소시켜 반환시키면 될 것이나, 사안에서 戊은행은 사해행위에 대하여 선의에 해당하므로 丁의 증여에 의한 소유권이전등기를 말소시키면 채권자취소권의 상대방이 아닌 戊은행의 이익을 해하게 되는 결과를 초래하게 된다. 따라서 이러한 경우에는 戊에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없는 甲으로서 원물반환이 불가능

한 상태로서 가액반환을 청구할 수 있는 것으로 보아야 한다. 다만, 대법원은 이러한 경우에 거래관념상 원물반환이 불가능한 경우에 해당한다 하더라도 채권자가 스스로 위험이나 불이익을 감수하여 원물반환을 하겠다고 원한다면 가액배상 대신 원물반환을 할 수 있다고 판시한바 있다. 즉 저당권자를 해하지 않고 원물반환이 가능한 진정명의회복을 위한 이전등기를 하는 방법이 가능하다고 본 것이다.

3. 사안의 적용

채무자 乙의 증여행위 이후 소유자로서 丁은 戊은행에 근저당권을 설정하였는바, 甲은 우선 가액반환의 방법으로 丁에게 위 아파트 시가 1억 5천만원(시가가 사실심변론종결시까지 그대로 유지된다면)에서 위 피담보가액인 7천만원(확정되지 않으면 최고액을 공제하므로)을 공제한 8천만원의 반환을 청구할 수 있게 된다. 그러나 진정명의회복을 위한 이전등기로서 원물반환의 방법에 따르면 위와 같은 戊은행의 근저당권이 그대로 유지된 상태에서 수익자 丁으로부터 채무자 乙에게로의 이전등기를 청구할 수 있다.

IV. 통정허위표시에 따른 책임재산의 반환가부

사안에서 채무자 乙의 丁에게 한 증여를 원인으로 한 소유권이전등기의 경우 친족관계에 해당하고 증여라는 대가없는 법률행위이라는 점을 감안해보면 위 이전등기는 통정허위표시에 기한 법률행위로 볼 여지가 있을 것이다. 따라서 만약 통정허위표시로 보아 무효에 해당한다면 일응 채권자취소권보다 강력한 보호방안으로 보여질 수 있다. 그러나 제108조 제2항에서 선의 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하고 있고 戊은행은 선의의 제3자에 해당하여 甲은 戊에게 무효를 이유로 대항할 수 없어 결국 사안에서는 인정의 실익이 그다지 있다고 볼 수 없다.

V. 사안의 해결

환자 甲은 채권자취소권을 행사하여 2억원 상당의 손해배상채권을 보전하기 위하여 채무자 乙의 책임재산인 아파트의 시가상당액에서 근저당권 채권 최고액을 공제한 나머지 금액인 8천만원에 대하여 가액반환을 청구할 수 있고 금전의 경우에는 자신에게 이행할 것을 청구할 수 있다. 이에 따른 반환금

원을 상계를 통하여 사실상 우선변제의 이익을 얻을 수 있다.

그리고 만약 불이익을 감수하더라도 甲이 원한다면 戊은행의 근저당권을 그대로 유지한 채 아파트의 소유권을 진정명의회복을 위한 이전등기의 방법으로 원물반환이 가능하다.

2. 甲은 乙과 丙을 상대로 중상해에 따른 손해의 배상을 청구하는 소를 제기하였다. 이 사안에서 인과관계에 대한 입증책임은 누구에게 있는가? (25점)

I. 쟁 점

현대형 소송의 하나인 의료과오소송이란 의료행위 중 의사 기타 의료인의 과실에 의하여 발생한 사고에 대한 의료과오책임을 묻기 위한 소송이다. 의료행위는 고도의 전문지식을 요하며 환자 본인은 의료 과정을 잘 모르는 데다가 수중에 증거조차 부족하다는 특성이 있다. 이에 일반적인 증명책임의 부담문제가 그대로 적용될 수 있을 것인지, 혹은 증명책임을 전환하거나 완화할 수 있는 방법이 없는지 문제된다.

II. 증명책임의 분배

1. 증명책임의 의의

요증사실이 진위불명인 경우에 누구에게 불이익을 돌릴 것인가의 문제를 증명책임의 분배 이론이라고 한다. 명문의 규정이 있는 경우에는 법 규정을 따르면 되나, 명문의 규정이 없는 경우에는 확설이 대립한다. 통설과 판례는 법률요건분류설을 취하고 있다.

2. 법률요건분류설에 기한 분배

법률요건분류설에 의하며 법규의 규정을 기준으로 증명책임을 판단한다. 따라서 각 당사자는 자기에게 유리한 법률효과에 대한 법률요건을 구성하는 사실(주요사실)에 대해 증명책임을 진다고 본다. 결국 권리 존재를 주장하는 자는 권리근거규정의 요건사실에 대해 증명책임을 지고, 권리의 존재를 다투는 자

는 반대규정의 요건사실을 증명해야 한다.

3. 분배기준에 관한 새로운 이론

(1) 문제점

증거의 구조적 편재가 심화돼 있는 영역인 현대형소송과 같은 경우 법률요건분류설에 따르면 증거확보가 어려운 당사자(주로 피해자인 원고)가 증명책임을 지게 되어 패소할 수 밖에 없는 문제가 생긴다. 이를 시정하기 위하여 새로운 이론들이 등장했다.

(2) 신이론의 등장

① 위험영역설은 손해원인이 가해자의 위험영역에서 일어난 경우 가해자가 인과관계 등의 부존재를 인정해야 한다는 견해이며, ② 증거거리설은 증거와의 거리나 증명의 난이도 등을 고려해 증명책임을 분배하여야 한다는 입장이다.

(3) 검토 - 수정법률요건분류설

현대형소송의 영역에서 새로이 입법되는 영역에서는 신설이 주장하는 당사자의 공평과 같은 요소를 고려해 기본규정과 반대규정을 규정했으므로, 증명책임의 원칙적 기준으로서 규범설이 타당하다. 다만 현대형소송에서는 신설이 제창한 요소를 참조해 증명책임의 전환이나 완화로서 타당한 해결을 꾀해야 할 것이다.

III. 증명책임의 전환

법률이 증명책임을 전환하고 있을 때에는 증명책임의 존부가 달라진다. 다만 인과관계에 관하여는 증명책임의 전환을 인정하고 있지 않으므로, 전환이 인정될 수는 없을 것이다.

IV. 증명책임의 완화이론

1. 법률상의 추정

일반적으로 어느 사실에서 다른 사실을 추인하는 것을 말한다. 추정에는 사실상의 추정과 법률상의 추정이 있다. 사안의 경우 법률상의 인과관계를 추

인할 수 있는 규정이 없다.

2. 개연성 이론

대법원은 종래에 인과관계의 증명을 완화하기 위해서 공해로 인한 불법행위의 인과관계에 대하여 피해자는 가해행위와 손해사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 개연성을 증명하면 되고, 가해자는 이에 대해 반증을 한 경우에만 인과관계를 부정할 수 있다고 판시하였다.

3. 일응의 추정과 간접반증이론

(1) 의 의

일응추정이란 고도의 개연성이 있는 경험칙을 이용하여 사실을 추정하는 것으로, 현대형 소송에서 증명이 어려운 인과관계와 과실의 증명에 이용되는 것을 말한다. 간접반증은 고도의 개연성있는 경험칙으로 일응추정이 생긴 경우, 상대방이 그 간접사실과 양립하는 별개의 간접사실(특단의 사정)을 증명함으로써 주요사실의 추인을 방해하는 증명활동을 말한다.

(2) 사안의 경우

대법원은, 의료과오 소송에서 “환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는, 피해자측에서 일련의 의료행위과정에서 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사실을 증명한 경우에 있어서는 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다(대판 2003.11.27. 2001다 20127)”라고 판시한 바 있다.

IV. 그 밖의 해결 방법

그 밖에 역학적 증명이나 확률적 심증에 대한 논의가 있다. 역학적 증명은

현대형 소송에서 인과관계 증명을 위해 인자의 영향을 받았다는 것과, 그 증상이 일반역학관계상 집단적 질환 등의 기본특징을 갖춘 것을 증명하면 족하다 이론이며, 확률적 심증은 법관의 심증정도에 따라 배상액을 정하는 이론이다. 그러나 이러한 이론은 아직 우리나라에서 받아들여지고 있지 않다.

V. 소 결

인과관계는 손해배상청구권의 권리근거규정에 해당하는 사실이므로, 원칙적으로 원고가 증명책임을 부담하는 것이다. 그러나 원고는 을과 병의 주사약 병 투약행위가 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위임과 투약 사실 그 자체, 그리고 해당 중상해가 발생하였다는 사실을 증명하면 일응의 추정에 의하여 인과관계를 추정 받아 증명책임을 완화할 수 있을 것이다. 또한 개연성 이론을 통해 증명책임을 완화할 수 있다.

3. 甲은 乙과 丙의 불법행위에 기한 손해배상 책임을 묻는 소를 법원에 제기하였다. 甲은 소장에서 총 2억원의 손해가 발생하였다고 주장하면서 그 중 우선 1억원의 손해배상을 청구한다고 기재하였다. 제1심 법원은 총 2억원의 손해가 발생하였음을 인정하면서 甲에게는 아무런 과실이 없음을 이유로 청구금액인 1억원을 전부 인용하는 판결을 선고하였고 이는 그대로 확정되었다. 그 후 甲은 乙과 丙을 상대로 하여 나머지 금액 1억원에 대하여 다시 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구의 소를 제기하였다. 甲이 제기한 후소는 적법한가? (15점)

I. 문제점

甲이 제기한 후소가 적법한지 여부에 관하여 전소의 기판력이 미치는지를 우선 검토해야 한다. 전·후소 모두 당사자는 동일하고 특별히 전소 확정 후의 새로운 사정을 甲이 주장하고 있는 것도 아니므로 기판력의 주관적·시적 범위는 특별히 문제될 것이 없다. 문제는 전소의 소송물이 2억원 전체라면 후소는 소송물이 중복되어 전소의 기판력에 저촉될 것이고 만일 전소의 소송물이 일부청구한 1억원에 한정된다면 전소와 후소의 소송물은 별개가 되는 것이므로 기판력의 문제는 발생하지 않을 것이다. 결국 일부청구의 소송물은 무엇인지가 문제된다.

II. 학설과 판례

학설은 일부청구긍정설, 일부청구부정설 및 명시설로 대립¹¹⁾한다. 판례는 '불법행위의 피해자가 일부청구임을 명시하여 그 손해의 일부만을 청구한 경우 그에 대한 판결의 기판력은 청구의 인용여부에 관계없이 청구의 범위에 한하여 미치고 잔부청구에는 미치지 않는다'고 하여 명시설을 따르면서 일부청구의 명시방법에 대하여는 '반드시 전체 손해액을 특정하여 그 중 일부만을 청구하고 나머지 손해액에 대한 청구를 유보하는 취지임을 밝혀야 할 필요는 없고 일부청구하는 손해의 범위를 잔부청구와 구별하여 그 심리의 범위를 특정할 수 있는 정도의 표시를 하여 전체 손해의 일부로서 우선 청구하고 있는 것임을 밝히는 것으로 족하다'는 입장이다(대판 1989.6.27. 87다카2478).

III. 검토 및 사안의 해결

원고의 분할청구의 이익을 존중한다는 점에서 일부청구를 긍정하되, 일부청구임을 명시하지 않은 청구까지 일부청구를 인정하는 것은 원고의 청구가 전부청구라고 생각하고 응한 피고의 이익을 해할 수 있다는 점을 생각할 때 원고와 피고의 이익을 균형적으로 고려하는 명시설이 타당하다고 생각한다. 이에 따르면 甲은 전체 손해액 2억원을 특정하여 그 중 일부인 1억원만을 청구하고 나머지 손해액에 대한 청구를 유보하는 취지임을 밝혀 소를 제기한 것이므로 전소의 소송물은 1억원에 한정된다. 결국 전소와 후소의 소송물은 일치하지 않으므로 후소는 전소의 기판력에 저촉되지 않는다. 특별히 다른 부적법사항이 보이지 않는바 甲의 후소는 일단 적법하다.

11) ① 일부청구긍정설: 일부청구를 하였을 때 일부청구를 명시하였는지 여부에 관계 없이 일부청구로 보아 소송물은 그 일부라고 보는 견해이다. 이 견해는 처분권주의에 따라 원고의 분할청구를 존중하여야 한다는 점, 정확한 손해배상액의 예측이 어려울 경우에 일부청구를 인정할 필요성이 있다는 점을 들어 일부청구를 널리 인정하려는 것이다. ② 일부청구부정설: 일부청구를 하였을 때 일부청구를 명시하였는지 여부에 관계없이 소송물은 잔부에까지 미친다는 견해이다. 이 견해는 일부청구를 널리 인정하는 것은 남소의 폐단을 야기할 수 있고, 분쟁의 일회적 해결에도 반한다는 점을 논거로 한다. ③ 명시설: 일부청구임을 명시하였다면 소송물이 그 일부로 한정되고 일부청구임을 명시하지 않았다면 소송물은 전부에 미친다고 하여 절충적인 입장이다.