

2012년도 상·하반기 민법 중요판례

【 편집자 주 】

유독 중요한 판시사항이 많았던 2012년이었습니다. 전원합의체 판결 등 모든 판시사항들을 교과서와 연계하여 보셔야 합니다. 특히 하반기판례와 더불어 마지막까지 꼼꼼히 챙기시기 바랍니다. 또한 2011판례 또한 기본서에 비중있게 수록되고 평석이 있는 판례는 꼭 선명하게 챙기시기 바랍니다.

지금 이 시기에는 남과 나를 비교하며 많이 위축되고 고통스러운 때입니다. 하지만 타인과 자신을 비교했을 때 대부분의 사람들은 자신의 "단점"과 남의 "장점"을 비교하는 오류에 빠집니다. 여러분이 최고입니다. 여러분은 반드시 합격하십니다. 지금은 이러한 자신감만이 여러분을 지켜 줄 것입니다. 이 힘든 겨울, 힘내시고, 또 힘내시기 바랍니다.

여러분의 합격을 진심으로 기원하겠습니다. - 황보수정

I. 민법총칙편

법률행위 적법성

꼭 봐야 할 판례



공인중개사 자격이 없는 자가 우연한 기회에 단 1회 타인간의 거래행위를 중개한 경우 등과 같이 '중개를 업으로 한' 것이 아닌 경우에도 그에 따른 중개 수수료 지급약정이 강행법규에 위배되어 무효인지 여부(소극) 부동산중개업법(2005. 7. 29. 법률 제7638호 공인중개사의 업무 및 부동산 거래 신고에 관한 법률로 전부 개정되기 전의 것, 이하'부동산중개업법'이라고만 한다)은 제2조 제2호에서 "중개업"이라 함은 타인"의 의뢰에 의하여 일정한 수수료를 받고 중개를 업으로 하는 것을 말한다고 규정하고 있고, 여기서 '중개를 업으로 한다'고 함은 영업으로서 중개를 하는 것을 말하며 중개를 영업으로 하였는지 여부는 중개행위의 목적이나 규모·회수·기간·태양 등 여러 사정에 비추어 사회통념에 따라 판단하여야 할 것이므로, 반복·계속하여 중개행위를 한 것은 물론 비록 단 한 번의 행위라 하더라도 반복 계속할 의사로 중개행위를 하였다면 여기에 해당

할 것이나, 그렇지 않고 우연한 기회에 타인간의 거래행위를 증개하고 수수료를 받은 것이라면 중개를 업으로 한 것이라고 볼 수 없다.

2. 이때 중개수수료의 약정이 부당하게 과다하여 민법상 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반한다고 볼만한 사정이 있는 경우에는 그 상당하다고 인정되는 범위 내로 감액된 보수액만을 청구할 수 있는지 여부(적극) 공인중개사 자격이 없는 자가 우연한 기회에 단 1회 타인간의 거래행위를 증개한 경우 등과 같이 '중개를 업으로 한' 것이 아니라면 그에 따른 중개수수료 지급약정이 강행법규에 위배되어 무효라고 할 것은 아니고, 다만 그 중개수수료의 약정이 부당하게 과다하여 민법상 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반한다고 볼만한 사정이 있는 경우에는 그 상당하다고 인정되는 범위 내로 감액된 보수액만을 청구할 수 있다고 할 것이다. 대법원 2012. 6. 14. 2010다86525

계약당사자의 확정

허무인 명의로 계약을 체결한 경우 계약당사자의 확정 방법: 타인의 이름을 임의로 사용하여 계약을 체결한 경우에는 누가 계약의 당사자인가를 먼저 확정하여야 하는데, 행위자 또는 명의자 가운데 누구를 당사자로 할 것인지에 관하여 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 일치하는 의사대로 행위자의 행위 또는 명의자의 행위로서 확정하여야 하지만, 그러한 일치하는 의사를 확정할 수 없을 경우에는 계약의 성질, 내용, 목적, 체결경위 및 계약체결을 전후한 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 인간이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하고, 이에 터 잡아 계약의 성립 여부와 효력을 판단하여야 한다. 이는 그 타인이 허무인인 경우에도 마찬가지이다. 대법원 2012. 10. 11. 선고 2011다12842

대리권 남용

***[1] 미성년자의 법정대리인인 친권자의 대리행위가 미성년자 본인의 이익에 반하여 친권자 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 행위상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우, 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추 적용하여 행위의 효과가 자(子)에게 미치지 않는지 여부(적극) 진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 대리인의 행위에 대하여 본인은

아무런 책임을 지지 않는다고 보아야 하고, 상대방이 대리인의 표시의사가 진의 아님을 알았거나 알 수 있었는지는 표의자인 대리인과 상대방 사이에 있었던 의사표시 형성 과정과 내용 및 그로 인하여 나타나는 효과 등을 객관적인 사정에 따라 합리적으로 판단하여야 한다. 그리고 미성년자의 **법정대리인인 친권자의 법률행위에서도 마찬가지로 할 것이므로**, 법정대리인인 친권자의 대리행위가 객관적으로 볼 때 미성년자 본인에게는 경제적인 손실만을 초래하는 반면, 친권자나 제3자에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위이고 그 행위의 상대방이 이러한 사실을 **알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추 적용하여 행위의 효과가 자(子)에게는 미치지 않는다고** 해석해야 타당하다.

[2] 법정대리인 甲이 미성년자 乙, 丙을 대리하여 乙, 丙 소유의 토지를 丁에게 매각한 사안에서, 이는 본인인 乙, 丙의 이익을 무시하고 오로지 법정대리인 甲과 제3자의 이익을 위하여서만 행하여진 대리권 남용 행위로서 계약상대방 丁으로서는 매매계약 당시 甲이 임의로 乙, 丙의 이익이나 의사에 반하여 토지를 매각하려 한다는 배임적인 사정을 알고 있었거나 알 수 있었다고 보아 본인인 乙, 丙에게 매매계약의 효력이 미치지 않는다고 본 원심판단을 수긍 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다64669

무효행위 전환의 법리(민법 제138조)

*1. [1] 임금은 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 통화로 직접 근로자에게 전액을 지급하여야 한다(근로기준법 제43조 제1항). 따라서 사용자가 근로자의 임금 지급에 갈음하여 사용자가 제3자에 대하여 가지는 채권을 근로자에게 양도하기로 하는 약정은 전부 무효임이 원칙이다. 다만 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 임금의 지급에 갈음하는 것이 아니라 지급을 위하여 채권을 양도하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 무효행위 전환의 법리(민법 제138조)에 따라 그 채권양도 약정은 ‘임금의 지급을 위하여 한 것’으로서 효력을 가질 수 있다.

[2] 갑이 을 주식회사와 퇴사 당시 지급받지 못한 임금 및 퇴직금의 지급에 갈음하여 을 회사의 제3자에 대한 채권을 양도받기로 합의한 다음 양도받은 채권 일부를 추심하여 미수령 임금 및 퇴직금 일부에 충당하였는데, 그 후 다시 을 회사를 상대로 미수령 임금 및 퇴직금 중 아직 변제받지 못한 부분의 지급을 구한 사안에서, 위 채권양도 합의가 전부 무효라면 당연히, 그리고 무효행위 전환의 법리에 따라 임금 및 퇴직금의 지급을 위한 것으로 보는 경우에는 그 법리에

따라, 갑은 원래의 미수령 임금 및 퇴직금 중 아직 변제받지 못한 부분의 지급을 을 회사에 청구할 수 있다고 보아야 하는데도, 위 채권양도 합의가 유효하다고 단정한 나머지 갑의 을 회사에 대한 임금 및 퇴직금청구 채권이 소멸되었다고 본 원심판결에 임금 직접 지급의 원칙에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012.3.29. 선고 2011다101308

제척기간

꼭 봐야 할 판례



1. 채권양도 통지만으로 “제척기간” 준수에 필요한 ‘권리의 재판의 행사가 이루어졌다고 볼 수 있는지 여부(소극)’ 및 아파트 입주자대표회의가 하자담보추급에 의한 손해배상청구권을 가짐을 전제로 분양자를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다가 소송 계속 중 구분소유자들에게서 손해배상청구권을 양도받고 양도통지가 이루어진 후 양수금으로 소를 변경한 경우, 손해배상청구권이 소를 변경한 시점에 행사된 것으로 보아야 하는지 여부(원칙적 적극)

[다수의견] (가) 채권양도의 통지는 양도인이 채권이 양도되었다는 사실을 채무자에게 알리는 것에 그치는 행위이므로, 그것만으로 제척기간 준수에 필요한 권리의 재판의 행사에 해당한다고 할 수 없다. (나) 따라서 집합건물인 아파트의 입주자대표회의가 스스로 하자담보추급에 의한 손해배상청구권을 가짐을 전제로 하여 직접 아파트의 분양자를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다가, 소송 계속 중에 정당한 권리자인 구분소유자들에게서 손해배상채권을 양도받고 분양자에게 통지가 마쳐진 후 그에 따라 소를 변경한 경우에는, 채권양도통지에 채권양도의 사실을 알리는 것 외에 이행을 청구하는 뜻이 별도로 덧붙여지거나 그 밖에 구분소유자들이 재판외에서 권리를 행사하였다는 등 특별한 사정이 없는 한, 위 손해배상청구권은 입주자대표회의가 위와 같이 소를 변경한 시점에 비로소 행사된 것으로 보아야 한다. 대법원 2012. 3. 22. 선고 2010다28840 전원합의체

소멸시효

1. **[1] 권리자가 피고로서 응소하여 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우, 시효중단사유인 ‘재판상의 청구’에 해당하는지 여부(적극)와 시효중단의 효력발생시점 및 권리자가 응소하여 적극적으로 권리를 주장하였으나 소가 각하되거나 취하되는 등의 사유로 본안 판단 없이 소송이 종료된 경우, 민

법 제170조 제2항이 유추적용되는지 여부(적극) 민법 제168조 제1호, 제170조 제1항에서 시효중단사유의 하나로 규정하고 있는 재판상의 청구란, 통상적으로는 권리자가 원고로서 시효를 주장하는 자를 피고로 하여 소송물인 권리를 소의 형식으로 주장하는 경우를 가리키나, 이와 반대로 시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 피고로서 응소하여 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우도 이에 포함되고, 위와 같은 응소행위로 인한 시효중단의 효력은 피고가 현실적으로 권리를 행사하여 **응소한 때에** 발생하지만, 권리자인 피고가 응소하여 권리를 주장하였으나 소가 각하되거나 취하되는 등의 사유로 본안에서 권리주장에 관한 판단 없이 소송이 종료된 경우에는 민법 제170조 제2항을 유추적용하여 **그때부터 6월 이내에 재판상의 청구 등 다른 시효중단조치를 취한 경우에 한하여 응소 시에 소급하여 시효중단의 효력**이 있다고 보아야 한다.

[2] **재산명시결정**에 의한 소멸시효 중단의 효력: 채권자가 확정판결에 기한 채권의 실현을 위하여 채무자에 대하여 민사집행법상 재산명시신청을 하고 그 결정이 채무자에게 송달되었다면 거기에 소멸시효 중단사유인 **'최고'로서의 효력만이 인정**되므로, 재산명시결정에 의한 소멸시효 중단의 효력은, 그로부터 6월 내에 다시 소를 제기하거나 압류 또는 가압류, 가처분을 하는 등 민법 제174조에 규정된 절차를 속행하지 아니하는 한, 상실된다.

[3] **주채무가 소멸시효 완성으로 소멸된 경우, 연대보증채무도 부종성에 따라 당연히 소멸하는지 여부(적극)** 연대보증채무에 대한 소멸시효가 중단되었다고 하더라도 이로써 주채무에 대한 소멸시효가 중단되는 것은 아니고, 주채무가 소멸시효 완성으로 소멸된 경우에는 연대보증채무도 그 채무 자체의 시효중단에 불구하고 부종성에 따라 당연히 소멸한다.

[4] 甲의 채무를 대위변제한 乙이 甲의 乙에 대한 구상금채무를 연대보증한 丙을 상대로 소송을 제기하였다가 강제조정결정이 내려져 확정된 날로부터 9년 4개월이 지난 후 그 결정을 집행권원으로 하여 丙 소유 부동산에 관한 경매개시결정을 받았고, 그 후 乙이 甲과 丙을 상대로 재산명시신청을 하여 재산명시결정이 甲과 丙에게 송달되었는데, 甲과 丙이 재산명시결정을 송달받은 때부터 6월 내에 구상금채무가 변제 등으로 모두 소멸하였다고 주장하면서 소를 제기하자 乙이 응소하여 적극적으로 구상금채무의 존재를 주장하였지만, 甲이 제1심 판결에 항소한 후 소취하서를 제출하여 甲의 乙에 대한 소가 소취하로 종료되었음에도 乙은 그때부터 6월 내에 甲의 乙에 대한 구상금채무에 대하여 재판상 청구 등 다른 시효중단조치를 취하지 않은 사안에서, 甲의 乙에 대한 **소가 소취**

하로 종료된 때부터 6월 내에 주채무인 구상금채무에 대하여 재산상 청구 등 다른 시효중단조치를 취하지 않아 乙의 응소행위로 인한 시효중단의 효력이 소멸됨으로써 주채무인 甲의 乙에 대한 구상금채무는 이미 강제조정결정이 확정된 때로부터 10년이 경과하여 소멸시효가 완성되었고, 나아가 乙의 신청에 의한 경매개시결정으로 丙 소유 부동산이 압류됨으로써 또는 丙이 제기한 소에 대한 乙의 응소행위로 丙의 乙에 대한 연대보증채무의 소멸시효가 중단되었다 하더라도 주채무인 甲의 乙에 대한 구상금 채무가 소멸시효 완성으로 소멸된 이상 丙의 乙에 대한 연대보증채무도 그 채무 자체의 시효중단에 불구하고 부종성에 따라 당연히 소멸한다고 한 사례. 대법원 2012. 1. 12 선고 2011다78606

2. 꼭 봐야 할 판례

[1] 주채무의 소멸시효 완성으로 보증채무가 소멸된 상태에서 보증인이 보증채무를 이행하거나 승인한 경우, 보증인이 주채무의 시효소멸을 이유로 보증채무의 소멸을 주장할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 보증채무에 대한 소멸시효가 중단되는 등의 사유로 완성되지 아니하였다고 하더라도 주채무에 대한 소멸시효가 완성된 경우에는 시효완성 사실로써 주채무가 당연히 소멸되므로 보증채무의 부종성에 따라 보증채무 역시 당연히 소멸된다. 그리고 주채무에 대한 소멸시효가 완성되어 보증채무가 소멸된 상태에서 보증인이 보증채무를 이행하거나 승인하였다고 하더라도, 주채무자가 아닌 보증인의 행위에 의하여 주채무에 대한 소멸시효 이익의 포기 효과가 발생된다고 할 수 없으며, 주채무의 시효소멸에도 불구하고 보증채무를 이행하겠다는 의사를 표시한 경우 등과 같이 부종성을 부정하여야 할 다른 특별한 사정이 없는 한 보증인은 여전히 주채무의 시효소멸을 이유로 보증채무의 소멸을 주장할 수 있다고 보아야 한다.

[2] 甲이 주채무자 乙 주식회사의 채권자 丙 주식회사에 대한 채무를 연대보증하였는데, 乙 회사의 주채무가 소멸시효 완성으로 소멸한 상태에서 丙 회사가 甲의 보증채무에 기초하여 甲 소유 부동산에 관한 강제경매를 신청하여 경매절차에서 배당금을 수령하는 것에 대하여 甲이 아무런 이의를 제기하지 않은 사안에서, 변제 충당 등에 따른 보증채무에 대한 소멸시효 이익의 포기 효과가 발생할 수 있다는 사정만으로는 주채무에 대한 소멸시효 이익의 포기 효과가 발생하였다거나 甲이 주채무의 시효소멸에도 불구하고 보증채무를 이행하겠다는 의사를 표시한 것으로 보기 부족하고 달리 보증채무의 부종성을 부정하여야 할 특별한 사정도 없으므로, 甲이 여전히 보증채무의 부종성에 따라 주채무의 소

멸시효 완성을 이유로 보증채무의 소멸을 주장할 수 있는데도, 이와 달리 본 원심판결에 보증채무의 부종성과 보증인의 주채무 시효소멸 원용에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다51192

3. **꼭 봐야 할 판례**

[1] 소멸시효중단사유로서의 채무승인을 인정하기 위하여 채무자가 권리 등의 법적 성질까지 알고 있거나 권리 등의 발생원인을 특정하여야 하는지 여부(소극) 및 그와 같은 승인이 있는지를 판단하는 기준: 소멸시효중단사유로서의 채무승인은 시효이익을 받는 당사자인 채무자가 소멸시효의 완성으로 채권을 상실하게 될 이 또는 그 대리인에 대하여 상대방의 권리 또는 자신의 채무가 있음을 알고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하며, 그 표시의 방법은 아무런 형식을 요구하지 아니하고 묵시적이건 명시적이건 묻지 아니한다. 또한 승인은 시효의 이익을 받는 이가 상대방의 권리 등의 존재를 인정하는 일방적 행위로서, 그 권리의 원인·내용이나 범위 등에 관한 구체적 사항을 확인하여야 하는 것은 아니고, 그에 있어서 채무자가 권리 등의 법적 성질까지 알고 있거나 권리 등의 발생원인을 특정하여야 할 필요는 없다고 할 것이다. 그리고 그와 같은 승인이 있는지 여부는 문제가 되는 표현행위의 내용·동기 및 경위, 당사자가 그 행위 등에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의도 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식에 따라 객관적이고 합리적으로 이루어져야 한다.

[2] 甲이 乙과의 명의신탁약정에 기하여 乙의 명의로 부동산을 매수하고 등기명의를 신탁하였으나 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제11조에서 정한 유예기간이 경과할 때까지 실명등기를 하지 않았는데, 그로부터 10년이 경과한 후에 위 부동산의 회복을 위하여 乙에 대하여 가지는 부당이득반환청구권을 근거로 위 부동산에 관한 소유권이전등기절차 이행을 구하는 소를 제기한 사안에서, 乙이 위 부동산이 甲과의 관계에서 자신의 소유가 아니라 甲의 소유임을 스스로 인정하는 것을 전제로 하여서만 취하였을 행태로서 관련 세금의 부담과 같은 재산적 지출을 甲에게 적극적으로 요청하는 등 甲의 대내적 소유권을 인정한 데에는 甲에 대하여 소유권등기를 이전·회복하여 줄 의무를 부담함을 알고 있다는 뜻이 묵시적으로 포함되어 표현되었다고 봄이 타당하므로, 그 후 乙이 甲의 반환요구를 거부하기 시작한 때까지는 위 부동산에 관한 소유권이전등기 의무를 승인하였다고 할 것이어서 그 무렵까지 甲의 위 부동산에 관한 소유권이전등기청구권의 소멸시효는 중단되었음에도, 이와 달리 본 원심판결에 법

리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 10. 25. 선고 2012다45566

4.**[1] 공무원의 직무수행 중 불법행위로 납북된 피해자의 국가배상청구권에 관한 소멸시효는 납북상태가 지속되는 동안에도 진행되는지 여부(원칙적 소극) 국가배상청구권에 관한 3년의 단기시효기간을 기산하는 경우에도 민법 제766조 제1항 외에 소멸시효의 기산점에 관한 일반규정인 민법 제166조 제1항이 적용되므로, 3년의 단기시효기간은 ‘손해 및 가해자를 안 날’에 **이하** 권리를 행사할 수 있는 때가 도래하여야 비로소 시효가 진행한다. 그런데 공무원의 직무수행 중 불법행위에 의하여 납북된 것을 원인으로 하는 국가배상청구권 행사의 경우, 납북교류의 현실과 거주·이전 및 통신의 자유가 제한된 북한 사회의 비민주성이나 폐쇄성 등을 고려하여 볼 때, 다른 특별한 사정이 없는 한 북한에 납북된 사람이 국가를 상대로 대한민국 법원에 소장을 제출하는 등으로 권리를 행사하는 것은 **객관적으로도 불가능하므로, 납북상태가 지속되는 동안은 소멸시효가 진행하지 않는다(다만 납북자에 대한 실종선고심판이 확정되게 되면 상속인들에 의한 상속채권의 행사가 가능해질 뿐이다).**

[2] 국가배상법 제2조 제1항 본문 전단의 국가배상청구권에는 국가배상법 제8조에 의하여 민법 제766조 제1항이 적용되므로, 국가배상청구권은 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 안 날부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸하고, 여기서 ‘손해 및 가해자를 안 날’은 공무원의 직무집행상 불법행위의 존재 및 그로 인한 손해의 발생 등 불법행위의 요건사실에 대하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때를 의미하지만, 피해자 등이 언제 불법행위의 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식한 것으로 볼 것인지는 개별 사건에서 여러 객관적 사정과 손해배상청구가 가능하게 된 상황 등을 종합하여 합리적으로 판단하여야 한다.

[3] 군무원 甲의 직무수행 중 불법행위로 1977. 10. 12. 납북된 피해자 乙의 가족인 처 丙과 자녀 丁 등이 乙에 대한 실종선고심판이 2005. 8. 23. 확정된 후 국가배상청구를 한 사안에서, 납북된 乙 본인이 불법행위 발생일인 1977. 10. 12.에 손해 및 가해자를 알았다고 하더라도 국가를 상대로 국가배상청구권을 행사하는 것은 **객관적으로 불가능하므로 乙 본인의 국가배상청구권에 관한 소멸시효가 1977. 10. 12.부터 진행한다고 볼 수 없는데도 그때부터 진행되는 것으로 보아 소멸시효가 완성되었다고 본 원심판단에는 소멸시효 기산점에 관한 법리오해의 위법이 있으나, 乙의 처이자 자녀 丁 등의 법정대리인이었던 丙이 불법행위가 발생한 날의 다음날인 1977. 10. 13.에는 손해 및 가해자를 알았다**

고 보아 그 다음날부터 3년이 경과한 1980. 10. 14.에 丙, 丁 등 가족들 고유의 국가배상청구권에 관한 소멸시효가 완성되었다고 본 원심판단에는 단기소멸시효에 관한 법리오해의 위법이 없다고 한 사례. 대법원2012. 4. 13. 선고 2009다33754

5. **꼭 봐야 할 판례**

[1] 다른 채권자가 신청한 부동산경매절차에서 채무자 소유의 부동산이 매각되고 그 대금이 이미 소멸시효가 완성된 채무를 피담보채무로 하는 근저당권을 가진 채권자에게 배당되어 채무 변제에 충당될 때까지 채무자가 이의를 제기하지 않은 경우, 채무자가 채권에 대한 소멸시효 이익을 포기한 것으로 볼 수 있는지 여부(원칙적 적극) 및 **가분채무“일부”에 대하여 소멸시효 이익을 포기할 수 있는지 여부(적극)** 다른 채권자가 신청한 부동산경매절차에서 채무자 소유 부동산이 매각되고 그 대금이 이미 소멸시효가 완성된 채무를 피담보채무로 하는 근저당권을 가진 채권자에게 배당되어 채무 변제에 충당될 때까지 채무자가 아무런 이의를 제기하지 아니하였다면, 경매절차 진행을 채무자가 알지 못하였다는 등 다른 특별한 사정이 없는 한 채무자는 채권에 대한 소멸시효 이익을 포기한 것으로 볼 수 있고, **한편 소멸시효 이익의 포기는 가분채무 일부에 대하여도 가능하다.**

[2] 경매절차에서 채무자인 甲 주식회사가 소멸시효가 완성된 근저당권부 채권을 가진 乙이 배당받는 데 대하여 이의를 제기하지 않은 사안에서, 甲 회사의 **다른 채권자인 丙이 甲 회사를“대위”하여 이의를 제기한 부분을 제외한 나머지 채권에 대하여는 甲 회사가 시효이익을 포기한 것으로 보아야 하므로, 그 부분 배당액과 관련하여 乙이 부당이득을 취득한 것이 아니라고 본 원심판단을 수긍한 사례.**

[3] 채무자에 대한 **“일반 채권자”**가 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 채무자를 **“대위”하여 소멸시효 완성의 주장을 할 수 있는지 여부(적극)** 소멸시효가 완성된 경우 채무자에 대한 **일반 채권자는** 채권자의 지위에서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수는 없지만 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 채무자를 **대위하여** 소멸시효 주장을 할 수 있다. 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다109500

6.**[1] 임대인 甲 주식회사와 임차인 乙 주식회사 사이에 체결된 건물임대차 계약이 종료되었는데도 乙 회사가 임차건물을 무단으로 점유·사용하자 甲 회사가 乙 회사를 상대로 부당이득반환을 구한 사안에서, 乙 회사는 甲 회사에 대하여 임차건물의 점유·사용으로 인한 차임 상당의 부당이득금을 반환할 의무가 있는데, 주식회사인 甲 회사, 乙 회사 사이에 체결된 임대차계약은 상행위에 해당하지만 계약기간 만료를 원인으로 한 부당이득반환채권은 법률행위가 아닌 법률규정에 의하여 발생하는 것이고, 발생 경위나 원인 등에 비추어 상거래 관계에서와 같이 정형적으로나 신속하게 해결할 필요성이 있는 것도 아니므로, 특별한 사정이 없는 한 10년의 민사소멸시효가 적용된다고 한 사례.

[2] 건물소유자가 부지 부분에 관한 소유권을 상실한 경우, 건물임대차계약 종료 이후 계속 건물을 점유·사용하는 건물임차인의 토지소유자 또는 건물소유자에 대한 부당이득반환의무 유무와 그 범위: 건물에 관한 임대차계약이 종료된 이후 이를 건물임대인에게 반환하지 않고 그대로 계속 점유·사용하는 자는 점유기간 동안 건물의 사용·수익에 따른 차임 상당액을 부당이득으로 반환할 의무가 있는데, 여기서 차임 상당액을 산정할 때 통상적으로 건물을 임대하는 경우 당연히 부지 부분의 이용을 수반하는 것이고 차임 상당액 속에는 건물 차임 외에도 부지 부분 차임(지대)도 포함되므로, 건물 차임은 물론이고 부지 부분 차임도 함께 계산되어야 한다. 그리고 건물소유자가 부지 부분에 관한 소유권을 상실하였다 하여도 건물소유자는 의연 토지소유자와 관계에서는 토지 위에 있는 건물의 소유자인 관계로 건물 부지의 불법점유자라 할 것이고, 따라서 건물 부지 부분에 관한 차임 상당의 부당이득 전부에 관한 반환의무를 부담하게 되며, 건물을 점유하고 있는 건물임차인이 토지소유자에게 부지점유자로서 부당이득반환의무를 진다고 볼 수 없다. 그러므로 건물소유자는 이러한 채무의 부담한도 내에서 건물임차인의 건물 불법점유에 상응하는 부지 부분의 사용·수익에 따른 임료 상당의 손실이 생긴 것이고, 건물에 관한 임대차계약 종료 이후 이를 계속 점유·사용하는 건물임차인은 건물소유자에 대한 관계에서 건물 부지의 사용·수익으로 인한 이득이 포함된 건물임료 상당의 부당이득을 하였다고 보아야 한다. 대법원 2012. 5. 10. 선고 2012다4633

7.***

꼭 봐야 할 판례



[1] 사용자의 부당한 해고처분이 무효이거나 취소될 때에는 그동안 피해고자의 근로자로서 지위는 계속되고, 그간 근로의 제공을 하지 못한 것은 사용자의 귀책사유로 인한 것이므로 근로자는 민법 제538조 제1항에 의하여 계속 근로하였

을 경우 받을 수 있는 임금 **전부의** 지급을 청구할 수 있다. 여기에서 근로자가 지급을 청구할 수 있는 임금은 근로기준법 제2조에서 정하는 임금을 의미하므로, 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금원으로서 계속적·정기적으로 지급되고 이에 관하여 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있다면 명칭 여부를 불문하고 모두 이에 포함되며, 반드시 통상임금으로 국한되는 것은 아니다.

[2] 甲 주식회사의 단체협약에 조합원이 1년간 개근할 경우 연말에 금 1돈(3.75g)을, 정근(지각 3회 이하)할 경우 금 반 돈을 교부하여 표창하도록 규정되어 있는데, 근로자 乙 등이 甲 회사를 상대로 부당해고기간 중 지급받지 못한 표창의 지급을 구한 사안에서, 위 표창은 특별한 사정이 없는 한 근로자가 계속 근로하였을 경우 받을 수 있는 임금에 포함된다고 보아야 함에도, 이와 달리 본원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

[3] 사용자의 부당노동행위로 해고를 당한 근로자가 구 근로기준법 제33조 등 관계 법령에 따른 구제신청을 한 후 이에 관한 행정소송에서 권리관계를 다투는 것이 소멸시효 중단사유인 '재판상 청구'에 해당하는지 여부(적극) 근로자가 사용자의 부당노동행위로 인하여 해고를 당한 경우, 민사소송으로 해고의 무효 확인 및 임금의 지급을 청구할 수 있으나 부당노동행위에 대한 신속한 권리구제를 위하여 마련된 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부 개정되기 전의 것) 제33조와 노동조합 및 노동관계조정법 제82조 내지 제86조(제85조 제5항 제외)의 행정상 구제절차를 이용하여 노동위원회에 구제신청을 한 후 노동위원회의 구제명령 또는 기각결정에 대하여 행정소송에서 다투는 방법으로 임금청구권 등 부당노동행위로 침해된 권리의 회복을 구할 수도 있다. 따라서 근로자가 위 관계 법령에 따른 구제신청을 한 후 이에 관한 행정소송에서 권리관계를 다투는 것은 권리자가 재판상 권리를 주장하여 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명하는 것으로서 소멸시효 중단사유인 '재판상 청구'에 해당한다.

[4] 甲 주식회사의 근로자 乙 등이 부당해고기간 중 지급받지 못한 임금의 지급을 구한 사안에서, 乙 등이 해고된 후 부당노동행위 구제신청을 하여 '甲 회사는 乙 등을 원직에 복직시키고 해고기간 중 정상적으로 근무하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액을 지급하라'는 내용의 구제명령을 받았고, 甲 회사가 구제명령에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 하였다가 기각당하자 재심판정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였는데, 乙 등이 행정소송에서 중앙노동위원회위원장을 위하여 보조참가하여 甲 회사의 주장을 적극 다투면서 자신의 권리를 주장한 것은 재판상 권리를 행사한 것으로 볼 수 있으므로, 乙 등의 부

당해고기간 동안 임금지급청구권의 소멸시효는 행정소송과 관련한 재판상 청구'로써 중단되었다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례, 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다20034

II. 물권법편

구 조선임야조사령 등 관련 규정에 따라 작성된 임야원도에 어떤 사람의 성명이 기재되어 있는 경우, 그 사람이 토지의 소유자로 사정받았다고 추정할 수 있는지 여부(소극)

구 조선임야조사령시행수속(1918. 11. 26. 조선총독부 훈령 제59호) 제51조에 의하면, 1필지의 측량을 한 때에는 도근도(圖根圖)에 경계선, 지목, 소유자 또는 국유임야 연고자의 성명, 명칭(연고자의 성명에는 괄호를 붙인다) 등을 기재하여 원도(原圖)를 조제하여야 한다고 규정하고 있으므로, 임야원도에 어떤 사람의 성명이 괄호 없이 기재되어 있는 경우 이는 소유자임을 표시하는 것으로 그 사람이 토지의 소유자로 사정을 받은 것으로 짐작케 하는 유력한 자료가 된다. 그러나 구 조선임야조사령(1918. 5. 1. 제령 제5호)과 구 조선임야조사령시행수속에 의하면, 임야조사업무는 임야의 조사와 측량으로 나눌 수 있고(구 조선임야조사령 제1조), 임야의 소재, 지목, 권리 또는 연고의 관계, 소유자 또는 국유임야 연고자의 성명, 명칭 및 주소 등은 이를 임야조사야장에 기재하는 반면에(구 조선임야조사령시행수속 제21조), 임야원도는 1필지의 측량을 하고 난 다음에 조제되는 것으로서 실지작업 당일 경계선, 지목 등은 먹을 입히도록 하고 있으나 소유자 또는 국유임야 연고자의 성명 또는 명칭은 먹을 입히지 않도록 하고 있으며(구 조선임야조사령시행수속 제51조, 제61조), 부윤 또는 면장은 임야의 조사 및 측량을 종료한 후 임야조사서와 도면을 작성하고, 임야 소유자와 연고자의 신고서, 보관관청의 통지서 이외에 분쟁지조서, 임야원도, 임야조사야장, 지적계산부를 첨부하여 도 장관에게 제출하고(구 조선임야조사령 제4조, 구 조선임야조사령시행수속 제89조), 도 장관은 이를 근거로 임야의 소유자와 그 경계를 사정하는데(구 조선임야조사령 제8조 제1항), 위와 같이 임야소유자의 사정은 임야원도의 소유자 기재 그 자체에 따라 이루어지는 것이 아닐 뿐만 아니라, 임야"원도"에 기재된 소유자와 연고자는 그 내용을 계속 보존할 의도 아래 기재되는 것이 아니라 변개 방지를 위한 아무런 장치도 없이 임시로 기재해 두는 것에 불과하므로, 그것이 실사 관련 규정에 따라 기재된 것이라 하더라도 그것으로 곧바로 거기에 기재된 사람이 토지의 소유자로 사정받았다고 추정할 수는 없다. 대법원2012. 5. 10. 선고 2011다52017

점유

1. **[1] 물건에 대한 사실상의 지배를 상실하였는지에 관한 판단 기준; 물건에 대한 점유란 사회관념상 어떤 사람의 사실적 지배에 있다고 할 수 있는 객관적 관계를 가리키는 것으로서, 사실상의 지배가 있다고 하기 위하여는 반드시 물건을 물리적·현실적으로 지배할 필요는 없고, 물건과 사람과의 시간적·공간적 관계와 본권관계, 타인의 간섭가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 하므로, 물건에 대한 사실상의 지배를 상실했는가의 여부도 역시 위와 같은 사회관념에 따라 결정되어야 한다.

[2] 소유자가 상대방이 목적물을 권원 없이 점유·사용하여 소유권을 침해함으로써 재산상 손해를 입었다며 손해배상을 청구하는 경우, “손해”의“유무”가 상대방이 물건을 점유하는지에 의해 좌우되는지 여부(소극) 물건의 소유자는 다른 특별한 사정이 없는 한 법률의 범위 내에서 그 물건에 관한 모든 이익(민법 제211조에서 명문으로 정하는 ‘사용, 수익, 처분’의 이익이 대표적인 예이다)을 배타적으로 향유할 권리를 가진다. 따라서 소유자가 상대방이 목적물을 권원 없이 점유·사용하여 소유권을 침해함으로써 말미암아 재산상 손해를 입었다고 주장하여 그 손해의 배상을 청구하는 경우에는, 무엇보다도 상대방의 그러한 권리 침해로 인하여 소유자에게 재산상 손해가 발생하였는지를 살펴보아야 할 것인데, 그 경우 손해의“유무”는 상대방이 당해 물건을“점유하는지에 의하여 좌우되지 아니하며”, 점유 여부는 단지 배상되어야 할 손해의 구체적인 액을 산정함에 있어서 고려될 여지가 있을 뿐이다.

[3] 피고가 원고의 소유물을 권원 없이 점유·사용하고 있다고 주장하여 손해배상을 청구하는 경우, 법원은 피고의 점유가 인정되지 않더라도 원고에게 피고의 사용권능 침해로 인한 손해가 있는지를 심리·판단하여야 하는지 여부(원칙적 적극) 및 원고가 손해를 목적물의 차임 상당액으로 주장하였다는 것만으로 사용으로 인한 손해를 구하지 않는 의사가 표시되었다고 할 수 있는지 여부(소극) 피고가 원고의 소유물을 권원 없이 점유·사용하고 있다고 주장하여 손해배상을 청구하는 경우에, 비록 피고의 목적물 점유가 인정되지 아니한다고 하더라도, 원고가 점유 및 사용으로 인한 손해의 배상만을 청구하고 피고의 사용으로 인한 손해의 배상은 이를 바라지 아니한다는 의사가 표시되지 아니하는 한, 법원은 나아가 원고에게 피고의 사용권능 침해로 인한 손해가 있는지를 심리·판단하여야 할 것이다. 그리고 원고가 그 손해를 목적물의 차임 상당액으로 주장하였다고 하여도, 이는 일반적으로 자신에게 유리한 소송상 결과를 얻기 위한 의도 또는 소송수행상의 편의에서 나온 것에 불과하므로, 그것만으로 원고에게

위와 같이 사용으로 인한 손해도 이를 구하지 아니하는 의사가 표시되었다고 할 수 없다.

[4] 甲이 자기 소유 건물에 乙이 사무실 집기 등을 비치하여 이를 권원 없이 점유·사용하고 있다는 이유로 건물 인도 및 점유·사용 기간에 관한 차임 상당액의 손해배상을 구한 사안에서, 甲이 위 기간 중 건물 출입로 부근에 철문을 설치하여 자물쇠로 시정하였지만, 乙이 주변 토지를 통하여 건물에 출입하는데 커다란 지장이 없었던 점, 출입문 설치 후에도 乙은 건물에 사무실 집기 등을 비치하여 두어 甲이 건물을 용도대로 사용할 수 없었던 점 등에 비추어 乙이 건물에 대한 종전 점유를 상실하였다고 할 수 없고, 또한 비록 乙이 건물에 대한 점유를 상실하였다 하더라도, 甲이 손해배상청구를 하면서 乙의 사용으로 인한 손해배상을 구하지 않는다는 의사를 표시하였다고 볼 수 없는 이상, 乙이 건물에 사무실 집기 등 물건을 가져다 둬으로써 甲이 건물을 사용하지 못하는 손해를 입었는지, 그 손해는 금전적으로 얼마로 평가되는지 등을 심리·판단하여야 하는데, 이에 관한 심리·판단 없이 甲이 건물 출입구 부근에 철문을 설치한 때부터 乙이 건물에 대한 점유를 상실하였다고 보아 그 후 기간에 대한 청구를 기각한 원심판결에는 점유 또는 소유권 침해로 인한 손해배상에 관한 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 1. 27. 선고 2011다74949

2. 꼭 봐야 할 판례

[1] 점유회수의 소에서 말하는 '점유'의 의미 및 간접점유의 '점유매개관계'를 인정하기 위한 요건:

점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환 등을 청구할 수 있다(민법 제204조 제1항 참조). 이러한 점유회수의 소는 점유를 침탈당하였다고 주장하는 "당시에 점유하고 있었지만을 살피면" 되는 것이고, 여기서 점유란 물건이 사회통념상 사람의 사실적 지배에 속한다고 보이는 객관적 관계에 있는 것을 말하고 사실상의 지배가 있다고 하기 위하여는 반드시 물건을 물리적·현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고 물건과 사람 사이의 시간적·공간적 관계와 본권관계, 타인지배의 배제가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다. 그리고 점유회수의 소의 점유에는 직접점유뿐만 아니라 간접점유도 포함되나, 간접점유를 인정하기 위해서는 간접점유자와 직접점유를 하는 자 사이에 일정한 법률관계, 즉 점유매개관계가 필요하다. 이러한 점유매개관계는 직접점유자가 자신의 점유를 간접점유자의 반환청구권을 승인하면서 행사하는 경우에 인정된다.

[2] 甲 등이 乙 주식회사가 소유하는 건물 정문과 후분 입구 등에 '甲 등이 점유, 유치 중인 건물임. 관계자 외 출입을 금함'이라는 내용의 경고문을 부착하였는데, 그 중 건물 2층 일부는 직접점유하고 나머지 부분은 乙 회사와 임대차 계약을 체결한 임차인 丙 등이 직접점유하였던 사안에서, 제반 사정에 비추어 임차 부분의 직접점유자인 丙 등에게 반환청구권을 갖는 자는 丙 등과 임대차 계약을 체결하였던 乙 회사뿐이므로 위 임대차계약은 甲 등과 丙 등 사이의 점유매개관계를 인정할 기초가 될 수 없는데도, 甲 등이 乙 회사와 함께 건물 관리에 관여하였다는 사정 등을 들어 점유매개관계를 인정하면서 임차 부분에 관하여도 甲 등의 점유회수청구를 인용한 원심판결에 간접점유의 성립요건인 점유매개관계에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011다61424, 61431

3. 꼭 봐야 할 판례

[1] 물건에 대한 점유의 의미와 판단 기준: 물건에 대한 점유란 사회관념상 어떤 사람의 사실적 지배에 있다고 보이는 객관적 상태를 말하는 것으로서 사실적 지배가 있다고 하기 위해서는 반드시 물건을 물리적·현실적으로 지배해야만 하는 것은 아니고 물건과 사람과의 시간적·공간적 관계와 본권 관계, 타인 지배의 가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다.

[2] 甲 재단법인 등이 소유한 토지 지상에 국가가 설치한 송전선로가 지나가고 있고 한국수자원공사가 송전선로 등 수도권 광역상수도시설에 대한 수도시설관리권을 국가로부터 출자받아 시설을 유지·관리하고 있는데, 甲 법인 등이 주위적으로 한국수자원공사에 대하여, 예비적으로는 국가에 대하여 토지 상공의 점유로 인한 부당이득반환을 구한 사안에서, 공사는 국가로부터 수도권 광역상수도시설에 관한 수도시설관리권을 출자받은 권리자의 지위에 있고, 그 권리의 성질이 물권인 이상 공사는 수도시설의 일부인 위 송전선로를 직접 지배하면서 유지·관리하고 있는 것이지 시설의 소유권자인 국가가 그 시설을 공사가 이용하는 데 적합한 상태로 제공한 데 따라 이를 점유·사용하는 보조적 지위에 있는 것이 아니므로, 위 송전선로가 통과하는 토지의 상공 부분(송전선로의 양측 가장 바깥선으로부터 법정이격거리 범위 내의 부분)은 공사가 직접 점유하고 있다 할 것이지 단순히 국가의 점유보조자로서 점유하는 것이 아님에도 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

[3] 어떤 물건에 대하여 직접점유자와 간접점유자가 있는 경우, 점유사용으로 부담하는 부당이득반환의무의 법적 성질(=부진정연대채무) 어떤 물건에 대하여

직접점유자와 간접점유자가 있는 경우, 그에 대한 점유·사용으로 인한 부당이익의 반환의무는 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 **이른바 부진정연대채무의 관계에 있다.** 대법원 2012. 9. 27. 선고 2011다76747

소유권

1. ****소유권에 기한** 물권적 방해배제청구로서 소유권등기의 말소를 구하는 소송이나 진정명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송 중 그 소송물에 대하여 **화해권고결정이 확정된 경우, 청구권의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌는지 여부(소극)**소유권에 기한 물권적 방해배제청구로서 소유권등기의 말소를 구하는 소송이나 진정명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송 중에 그 소송물에 대하여 화해권고결정이 확정되면 상대방은 여전히 물권적인 방해배제의무를 지는 것이고, 화해권고결정에 **창설적 효력이 있다고 하여 그 청구권의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌지 아니한다.** 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다2558

2. 꼭 봐야 할 판례

[1] **소유자에게 배타적 사용·수익의 권능이 존재하지 않는 경우가 허용되는지 여부(원칙적 소극)** 민법 제211조는“소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다.”고 규정하고 있으므로, 소유자가 채권적으로 상대방에 대하여 사용·수익의 권능을 포기하거나 사용·수익권 행사에 제한을 설정하는 것 외에 소유권의 핵심적 권능에 속하는 배타적인 사용·수익 권능이 소유자에게 존재하지 아니한다고 하는 것은 물권법정주의에 반하여 특별한 사정이 없는 한 허용될 수 없다.

[2] 甲 지방자치단체가 토지소유자 乙을 상대로 일반 공중의 통행에 무상으로 제공하는 토지임을 이유로 배타적 사용·수익권의 부존재 확인을 구한 사안에서, 乙이 토지를 내왕하는 사람들에 대하여 배타적 사용·수익권을 주장하며 통행을 방해하는 등의 행위를 할 수 없다고 하더라도, 이러한 권리행사 제약이나 그에 따른 법률상 지위는 채권적인 것에 불과하여 구체적 상황과 맥락에 따라 乙이 수인하여야 하는 권리행사상 제약의 내용이나 범위가 달라질 수밖에 없으므로, 일반적으로 토지소유자에 대하여 배타적 사용·수익권이 존재하지 않는다는 취지의 확인을 구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 당사자 또는 제3자 사이의 권리관계 불안이나 위험을 제거할 수 있는 유효·적절한 수단이 된

다고 볼 수 없어 확인을 구할 이익이 없는데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리 오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 6. 28. 2010다81049

3.**[1] 甲 주식회사가 乙 주식회사 소유 매립장 부지에 폐기물 매립장을 설치하는 공사를 하던 중 인접 토지 소유자인 丙의 지시에 따라 丁 주식회사가 인접 토지에 있던 기존 배수로를 매립하고 현존 배수로를 새로 만들었는데, 현존 배수로는 기존 배수로부터 통수단면 면적이 감소한 탓에 수일간 내린 비로 월류(越流)가 발생하여 매립장이 침수되는 등 사고가 발생한 사안에서, 丙과 丁 회사의 위법행위가 사고발생의 원인이 되었다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례[1] 甲 주식회사가 乙 주식회사 소유 매립장 부지에 폐기물 매립장을 설치하는 공사를 하던 중, 인접 토지 소유자인 丙의 지시에 따라 丁 주식회사가 인접 토지에 자연적으로 흐르는 물이 유입되면서 형성되어 오랫동안 배수로 역할을 해 온 기존 배수로를 매립하고 매립장 부지 경계 부근에 현존 배수로를 새로 만들었는데, 현존 배수로는 기존 배수로부터 통수단면 면적이 감소한 탓에 수일간 내린 비로 월류(越流)가 발생하여 매립장이 침수되는 1차 사고가 발생하였고, 그 후 甲 회사가 현존 배수로의 보수와 확장을 요청하였음에도 丙과 丁 회사가 이에 응하지 않아 다시 내린 비로 월류한 물이 매립장 안으로 유입되어 굴착사면이 붕괴하는 등 2차 사고가 발생한 사안에서, 기존 배수로를 매립하고 그보다 통수능력이 부족한 현존 배수로를 새로 설치함으로써 자연히 흘러오던 물의 일부를 막은 丙과 丁 회사의 행위는 민법 제221조 제1항을 위반한 것으로 위법하고, 1차 사고발생 후 후속사고 발생이 예상되는 상황에서 현존 배수로의 보수와 확장 요청을 거부한 채 사고발생 위험을 계속 방치한 행위 역시 위법하며, 이러한 위법행위가 1, 2차 사고발생의 한 원인이 되었다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

[2] 민법 제229조 제2항의 취지 및 수류지 소유자가 수로와 수류의 폭을 임의로 변경하여 범람을 일으킨 경우에도 위 규정에 따라 면책되는지 여부(소극) 민법 제229조 제2항이 '양안(兩岸)의 토지가 수류지(水流地) 소유자의 소유인 때에는 소유자는 수로와 수류의 폭을 변경할 수 있다'고 규정한 것은 대안(對岸)의 수류지 소유자 관계에서 수류이용권(水流利用權)을 규정한 것으로서, 이는 위와 같은 경우 수류지 소유자는 수로와 수류의 폭을 변경하여 물을 가용 또는 농·공업용 등에 이용할 권리가 있다는 것을 의미함에 그치고, 더 나아가 수로와 수류의 폭을 임의로 변경하여 범람을 일으킴으로써 인지(隣地) 소유자에게 손해를 발생시킨 경우에도 면책된다는 취지를 규정한 것이라고 볼 수는 없다. 대법원 2012. 4. 13. 선고 2010다9320

4.**[1] 구분점포 매매 또는 교환계약의 경우, 점포의 실제 이용현황과 관계없이 집합건축물대장 등 공부에 의하여 확정된 구분점포가 매매 또는 교환의 대상이 되는지 여부(원칙적 적극) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2는 1동의 상가건물이 일정한 요건을 갖추어 이용상 구분된 구분점포를 소유권의 목적으로 할 수 있도록 하고 있는데, 구분점포의 번호, 종류, 구조, 위치, 면적은 특별한 사정이 없는 한 건축물대장의 등록 및 그에 근거한 등기에 의해 특정된다. 따라서 구분점포의 매매당사자가 집합건축물대장 등에 의하여 구조, 위치, 면적이 특정된 구분점포를 매매할 의사가 아니라고 인정되는 등 특별한 사정이 없다면, 점포로서 실제 이용현황과 관계없이 집합건축물대장 등 공부에 의해 구조, 위치, 면적에 의하여 확정된 구분점포를 매매의 대상으로 하는 것으로 보아야 하고, 매매당사자가 매매계약 당시 구분점포의 실제 이용현황이 집합건축물대장 등 공부와 상이한 것을 모르는 상태에서 점포로서 이용현황대로 위치 및 면적을 매매목적물의 그것으로 알고 매매하였다고 해서 매매당사자들이 건축물대장 등 공부상 위치와 면적을 떠나 이용현황대로 매매목적물을 특정하여 매매한 것이라고 볼 수 없고, 이러한 법리는 교환계약의 목적물 특정에 있어서도 마찬가지로 적용된다.

[2] 甲과 乙이 甲의 남편이 보유한 아파트와 乙의 남편이 丙한테서 매수한 상가 구분점포를 교환하는 계약을 체결함에 따라, 甲이 丙에게서 직접 매수하는 형식의 매매계약서를 작성하여 구분점포를 인도받아 사용하던 중 상가 관리소장으로 부터 공용부분을 침범한 구분점포 시설물의 철거요구를 받자 乙을 상대로 타인 권리의 교환으로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 교환계약에 관한 처분 문서인 매매계약서에 매매목적물로 집합건축물대장 및 등기부등본과 일치하는 내용의 구분점포가 명확히 기재되어 있으므로, 甲과 乙이 교환계약의 목적물을 공용부분이 포함된 실제 이용현황대로의 점포 부분으로 할 의사를 가졌다고 볼 만한 특별한 사정이 인정되지 않는 한 그 목적물은 매매계약서 및 공부인 집합건축물대장, 등기부등본에 의하여 구조, 위치, 면적이 특정된 구분점포의 전유 부분이라고 보아야 하는데도, 甲과 乙이 구분점포 시설물이 공용부분을 침범하여 설치되어 있다는 사실을 몰랐다는 등 사정만으로 교환계약의 목적물을 공용부분이 포함된 이용현황대로의 점포 부분이라 인정하여 甲의 손해배상청구를 인정한 원심판결에 교환계약 목적물의 특정에 관한 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례.대법원 2012. 5. 24. 선고 2012다105

5. 꼭 봐야 할 판례



[1] 2005. 5. 26. 전에 사용검사 또는 사용승인을 받은 후 임대에서 분양으로 전환된 임대아파트의 경우에도 구 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조 제1항 및 이에 의하여 준용되는 민법 제671조 제1항 단서가 적용되는지 여부(적극) 구 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 집합건물법'이라 한다) 제9조 제1항은, 집합건물을 건축하여 분양한 자에게 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 두텁게 보호하기 위하여, 민법상 수급인의 담보책임에 관한 규정을 준용하도록 함으로써 담보책임의 내용을 명확히 하는 한편 이를 강행규정화한 것인데, 집합건물을 건축하여 바로 분양한 경우뿐 아니라 집합건물인 임대아파트를 건축하여 임대하였다가 분양전환을 한 경우에도 집합건물의 소유자를 보호할 필요성이 있음은 마찬가지다. 그리고 위 규정에 의한 하자담보추급권은 현재의 집합건물 소유자에게 귀속되고, 임대아파트의 분양전환가격을 결정할 때에 아파트의 노후 정도가 평가되었다고 하더라도 부실시공으로 인한 아파트의 하자까지 모두 반영되어 가격이 결정되었다고 단정할 수는 없으며, 분양전환되기 전의 임차기간 동안 입주자들이 임대차계약에 기해 하자보수를 요구할 수 있다고는 하지만 임차인의 지위에서 인정되는 하자보수청구권과 분양을 받은 소유자의 지위에서 인정되는 하자담보추급권은 법적 성질 및 기능이 동일하다고 보기는 어렵다. 따라서 이러한 여러 사정 등을 함께 종합하여 보면, 2005. 5. 26. 전에 사용검사 또는 사용승인을 받은 후 임대에서 분양으로 전환된 임대아파트의 경우에도 구 집합건물법 제9조 제1항 및 이에 의하여 준용되는 민법 제671조 제1항 단서가 적용된다고 보아야 한다.

[2] 임대 후 분양전환된 집합건물의 경우 하자담보책임의 제척기간 기산점(= "임대에 의한 집합건물 인도시) 구 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 집합건물법'이라 한다) 제9조가 준용하는 민법 제671조 제1항 단서는 하자의 종류나 하자의 발생 시점을 고려하지 않고 일률적으로 하자담보책임의 제척기간을 '인도' 후 10년으로 정하고 있는데, 구 집합건물법 제9조와 민법 제667조 내지 제671조의 각 규정 내용에 비추어 위 '인도'는 인도의 원인관계를 불문하고 건축 후 최초 인도를 의미한다고 해석함이 타당하므로, 임대 후 분양전환된 집합건물의 경우에도 분양전환 시점이 아닌 "임대에 의하여 집합건물을 인도받은 시점부터" 하자담보책임의 제척기간이 진행한다고 할 것이다. 2012. 5. 10. 선고 2011다 66610

6.

[1] 아파트에 발생한 하자과 관련된 손해배상청구가 구분소유자들 전원이 원고가 되어 소를 제기해야만 하는 필수적 공동소송에 해당하는지 여부(소극) 구 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(2003. 7. 18. 법률 제6925호로 개정되기 전의 것) 제9조에 의한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 특별한 사정이 없는 한 구분소유자 등 권리자에게 전유부분의 지분비율에 따라 분할 귀속하는 것이 원칙이므로, 구분소유자 등 권리자는 각자에게 분할 귀속된 하자담보추급권을 개별적으로 행사하여 분양자를 상대로 손해배상청구의 소를 제기할 수 있다.

[2] 집합건물의 소유와 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라 한다)에 의하여 하자담보추급권으로 인정되는 손해배상청구권은 특별한 사정이 없는 한 구분소유자에게 귀속되는 것으로 입주자대표회의에는 권리가 없고, 구 주택건설촉진법(1997. 12. 13. 법률 제5451호로 개정되기 전의 것) 및 구 공동주택관리령(1998. 12. 31. 대통령령 제16069호로 개정되기 전의 것)(이하 일괄하여 '주택법령'이라 한다)에 의하여 입주자대표회의가 가지는 권리는 사업주체에 대하여 하자보수의 이행을 청구할 수 있는 권리일 뿐이고 그에 갈음한 손해배상을 청구할 권리는 인정되지 않는다. 또한 입주자대표회의가 주택법령에 근거하여 건설공제조합에 대하여 가지는 보증금청구권은 사업주체의 하자보수의무를 주채무로 한 보증채무의 성격을 가지는 것일 뿐 집합건물법에 의한 구분소유자들의 손해배상청구권과는 무관한 것이다. 다시 말해 집합건물법에 의한 구분소유자들의 손해배상청구권과 주택법령에 의한 입주자대표회의의 하자보수이행청구권 및 보증금지급청구권은 인정 근거와 권리관계의 당사자 및 책임내용 등이 서로 다른 별개의 책임이다. 또한 입주자대표회의에 대한 건설공제조합의 보증금지급채무는 사업주체의 하자보수이행의무에 대한 보증채무일 뿐이고 입주자대표회의에 대한 사업주체의 손해배상채무가 주채무인 것은 아니므로, 입주자대표회의가 사업주체에 대하여 주장하는 손해배상청구권과 건설공제조합에 대하여 주장하는 보증금지급청구권 사이에도 법률상의 직접적인 연계관계는 없다. 대법원 2012. 9. 13. 선고 2009다23160

7.*[1] 관리인의 선임·해임을 관리단집회의 결의에 의하도록 한 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제24조 제2항이 강행규정인지 여부(적극) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라고 한다) 제28조 제1항은 집합건물의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자 상호 간의 사항 중 이 법에서 규정하

지 아니한 사항은 규약으로써 정할 수 있다고 규정하고 있으므로, 집합건물법이 특히 규약으로 달리 정할 수 있다고 명시하고 있는 사항이 아니더라도 집합건물의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자 상호 간의 사항 중 위 법률에서 정하고 있지 않은 사항이면 규약으로 정할 수 있다고 보아야 한다. 그런데 집합건물법 제24조는 제1항에서“구분소유자가 10인 이상일 때에는 관리인을 선임하여야 한다.”고 규정하고, 제2항에서“관리인은 관리단집회의 결의로 선임되거나 해임된다.”고 규정하고 있는 반면, 관리인의 선임·해임 방법에 관하여 규약으로 달리 정할 수 있다는 규정을 두고 있지 않으므로, 위 규정은 관리인의 선임·해임을 관리단집회의 결의에 의해서만 하도록 한 강행규정이라고 보아야 하고, 따라서 규약 설정 당시의 구성원들이 위 규정과 다른 내용의 규약을 제정하더라도 효력을 인정할 수 없다.

[2] 명문의 규정이 없는 이상 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하‘집합건물법’이라고 한다) 제41조 제1항의‘서면’에 **전자문서가 포함된다고 해석할 수는 없고**, 따라서 관리단집회에서 결의할 사항에 관하여 전자문서 또는 전자투표에 의한 합의가 있다고 하더라도, 이를 집합건물법 제41조 제1항에 따른 적법한 서면합의로 볼 수 없다. 대법원 2012. 3. 29. 선고 2009다45320

8.**[1] **건물의 구분소유자 아닌 자가** 경매절차 등에서 대지의 공유지분만을 취득하였으나 대지를 전혀 사용·수익하지 못하고 있는 경우, 대지 공유지분권에 기한 부당이득반환청구를 할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 1동의 건물의 구분소유자들이 당초 건물을 분양받을 당시의 대지 공유지분 비율대로 건물 대지를 공유하고 있는 경우 구분소유자들은 특별한 사정이 없는 한 대지에 대한 공유지분 비율에 관계없이 건물의 대지 전부를 용도에 따라 사용할 적법한 권원이 있으므로 구분소유자들 상호 간에는 대지 공유지분 비율의 차이를 이유로 부당이득반환을 구할 수 없으나, 건물의 구분소유자 아닌 자가 경매절차 등에서 대지의 공유지분만을 취득하게 되어 대지에 대한 공유지분은 있으나 대지를 전혀 사용·수익하지 못하고 있는 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 대지 공유지분권에 기한 부당이득반환청구를 할 수 있다.

[2] 지분권자로서 사용·수익권을 사실상 포기하는 등 공유지분권의 본질적 부분을 침해하는 공유물의 사용·수익·관리에 관한 특약이 공유자의 특정승계인에게 당연히 승계되는지 여부(원칙적 소극) 공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수으로써 결정하고, 공유물의 사용·수익·관리에 관한 공유자 간의 특약은 특정승계인에게도 승계되나, 공유물에 관한 특약이 지분권자로서 사용·수

익권을 사실상 포기하는 등으로 공유지분권의 본질적 부분을 침해하는 경우에는 특정승계인이 그러한 사실을 알고도 공유지분권을 취득하였다는 등 특별한 사정이 없는 한 특정승계인에게 당연히 승계된다고 볼 수 없다.

[3] 甲이 집합건물을 신축·분양하면서 수분양자인 乙 등에게 해당 전유부분과 함께 토지 중 일부 공유지분에 관한 지분소유권이전등기를 해 주고, 나머지 공유지분은 장차 건물 증축 등을 위해 남겨 두었는데, 나머지 공유지분에 관하여 설정된 근저당권에 기한 경매절차에서 丙 등이 소유권을 취득한 사안에서, 나머지 공유지분을 경매절차에서 취득하였음에도 대지에 관한 사용·수익을 전혀 하지 못하고 있는 丙 등은 토지를 배타적으로 점유·사용하고 있는 乙 등을 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있고, 甲이 乙 등에게 집합건물의 용법에 따라 무상으로 사용할 수 있는 권한을 부여한 것으로 해석될 수 있더라도 그와 같은 약정이 丙 등에게 당연히 승계된다고 볼 수 없는데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다108210

9. ****[1] 귀속재산처리법에서 정한 귀속재산에 관한 점유는 권원의 성질상 타주 점유에 해당한다고 보아야 하고, 구 귀속재산처리에 관한 특별조치법(1963. 5. 29. 법률 제1346호, 실효) 제2조 제1호 및 부칙(1963. 5. 29.) 제5조에 의하면 1964. 12. 말일까지 매매계약이 체결되지 아니한 귀속재산은 무상으로 국유로 한다고 규정되어 있으므로 그날까지 매각되지 아니한 귀속재산은 1965. 1. 1.부터 국유재산이 되어 그 이후에는 소유의 의사로 이를 점유하는 것이 가능하나, 그렇다고 이에 대한 점유가 그때부터 당연히 타주점유에서 자주점유로 전환되는 것은 아니고, 이 경우에도 소유의사 유무는 점유취득 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정하여야 한다.**

[2] 시효취득을 주장하는 점유자가 귀속재산이라는 사실을 알면서 이를 매수하여 점유를 개시한 경우, 자주점유 추정이 반복되는지 여부(적극) 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유 부동산을 무단점유한 것이 증명된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 자주점유의 추정이 반복되며, 시효취득을 주장하는 점유자가 사인(私人)에게는 처분권한이 없는 귀속재산이라는 사실을 알면서 이를 매수하여 점유를 개시한 경우에도 위 법리에 비추어 자주점유의 추정이 반복된다.

[3] 甲과 일본인 乙 공동명의로 1928. 1. 14. 소유권이전등기가 마쳐진 토지를

점유하던 丙이 甲 지분에 관하여 매매를 원인으로 공유지분이전등기를 마쳤는데, 이후 丙 지분을 상속하여 위 토지를 점유하고 있는 丁이 국가를 상대로 귀속재산으로서 1965. 1. 1.부터 국유재산이 된 乙 명의 지분에 관하여 점유취득시효 완성을 주장한 사안에서, 丙이 거주하던 마을에 위 토지와 같이 甲과 乙 공동명의로 등기된 필지가 다수 존재하는 점, 마을 사람들이 위 토지 등이 귀속재산이라는 사실과 그 법적 효과까지 알고 있었던 것으로 보이는 점 등 여러 사정에 비추어 丙이 乙 명의 지분에 관한 점유를 개시할 당시 그 지분이 귀속재산이라는 사실을 알면서 이를 무단점유하였거나 매수하였으므로 丙의 점유가 **자주점유라는 추정은 번복**되었다고 보아야 하는데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례, 대법원 2012. 4. 26. 선고 2012다2187

10. **꼭 봐야 할 판례**

국가가 1필지 토지에 관하여 구분소유적 공유관계에 있는 다른 공유자의 토지에 관한 권리를 수용하는 경우 수용의 대상과 그 후 공유자가 환매권을 행사한 경우 환매로 취득하는 대상(=1필지의 **특정 부분에 대한** 소유권) 1필지 토지 중 일부를 특정하여 매수하고 다만 소유권이전등기는 필지 전체에 관하여 공유지분권이전등기를 한 경우에는 특정 부분 이외의 부분에 관한 등기는 상호 명의 신탁을 하고 있는 것으로서, 지분권자는 “**내부관계에서는**” “**특정 부분에 한하여**” 소유권을 취득하고 이를 배타적으로 사용·수익할 수 있고, 다른 구분소유자의 방해행위에 대하여는 소유권에 터 잡아 그 배제를 구할 수 있다. 국가가 1필지 토지에 관하여 위와 같이 다른 공유자와 구분소유적 공유관계에 있는 경우 그 공유자는 국가와 관계에서 1필지의 특정 부분에 대하여 소유권을 취득하고 이를 배타적으로 사용·수익할 수 있고, 국가가 이러한 상태에서 군사상 필요 등에 의하여 다른 공유자가 1필지 토지에 관하여 가지고 있는 권리를 수용하는 경우 **수용 대상은** 공유자의 1필지 토지에 대한 공유지분권이 아니라 **1필지의 특정 부분에 대한** 소유권이다. 한편 ‘국가보위에 관한 특별조치법 제5조 제4항에 의한 동원대상지역 내의 토지의 수용·사용에 관한 특별조치령’ 제39조 제1항에 규정된 환매권 행사로 인한 매수의 성질은 사법상 매매와 같은 것으로서 환매 대상이 되는 것은 당초 국가가 수용한 목적물 내지 권리와 동일하다고 보아야 한다. 따라서 위와 같이 어느 공유자가 국가와 1필지 토지에 관하여 구분소유적 공유관계에 있는 상태에서 국가로부터 그 공유자가 가지는 1필지의 특정 부분에 대한 소유권을 수용당하였다가 그 후 환매권을 행사한 경우 그 공유자가 환매로 취득하는 대상은 당초 수용이 된 대상과 동일한 1필지의 **특정 부분**

에 대한 소유권이고, 이와 달리 1필지 전체에 대한 공유지분이라고 볼 수는 없다. 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010다6611

11. **꼭 봐야 할 판례**

[1] 중증이 총회결의에 의하지 않고 타인에게 기한을 정하지 않은 채 건축물을 목적으로 하는 토지의 사용권을 부여한 경우, 이를 처분행위로 단정하여 전체가 무효라고 볼 수 있는지 여부(소극) 공유물의 처분이라 함은 '총유물을 양도하거나 그 위에 물권을 설정하는 등의 행위'를 말하므로, 그에 이르지 않은 단순히 '총유물의 사용권을 타인에게 부여하거나 임대하는 행위'는 원칙적으로 총유물의 처분이 아닌 관리행위에 해당한다고 보아야 한다. 한편 민법 제619조에 의하면 처분의 능력 또는 권한 없는 사람도 석조, 석회조, 연와조 및 그와 유사한 건축물을 목적으로 한 토지의 임대차의 경우에는 10년, 그 밖의 토지의 임대차의 경우에는 5년의 범위 안에서 다른 사람에게 토지를 임대할 수 있으므로, 중증이 중중총회의 결의에 의하지 않고 타인에게 기한을 정하지 않은 채 건축물을 목적으로 하는 토지의 사용권을 부여하였다고 하더라도 이를 곧 처분행위로 단정하여 전체가 무효라고 볼 것이 아니라 관리권한에 기하여 사용권의 부여가 가능한 범위 내에서는 관리행위로서 유효할 여지가 있다고 봄이 타당하다.

[2] 甲 중중이 대중중인 乙 중중에게, 甲 중중 소유 토지 위에 乙 중중의 재실 및 사당을 신축하여 토지를 무상으로 사용하도록 승낙한 사안에서, 甲 중중의 토지에 관한 무상사용 승낙행위는 원칙적으로 중중재산에 관한 처분행위가 아닌 관리행위에 해당한다고 보아야 하고, 甲 중중이 이사회 의결을 거쳐 위 토지를 乙 중중이 무상으로 사용할 수 있도록 승낙한 행위가 처분행위에 이르지 아니한 관리행위의 범위 내에서는 甲 중중 정관에 근거를 둔 것으로서 유효하다고 볼 여지가 있음에도, 甲 중중의 토지에 관한 무상사용 승낙행위가 건물의 소유를 목적으로 하는 것으로서 그 기한을 정하지 않았다는 사정만으로 곧 처분행위에 해당한다고 속단하여 총회결의가 없었음을 이유로 전체가 무효라고 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다56586

민법 제256조 단서

*** 꼭 봐야 할 판례

[1] 甲이 토지소유자 乙에게서 토지를 임차한 후 주유소 영업을 위하여 지하에 유류저장조를 설치한 사안에서, 유류저장조의 매설 위치와 물리적 구조, 용도 등을 감안할 때 이를 토지로부터 분리하는 데에 과도한 비용을 요하거나 분리하게 되면 경제적 가치가 현저히 감소되므로 토지에 부합된 것으로 볼 수 있으나, 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 토지와 일체를 이루는 구성 부분이 되었다고는 보기 어렵고, 또한 甲이 임차권에 기초하여 유류저장조를 매설한 것이므로, 위 유류저장조는 민법 제256조 단서에 의하여 설치자인 甲의 소유에 속한다고 한 사례.

[2] 주물을 처분할 때에 특약으로 종물을 제외하거나 종물만을 별도로 처분할 수 있는지 여부(적극) 종물은 주물의 처분에 수반된다는 민법 제100조 제2항은 임의규정이므로, 당사자는 주물을 처분할 때에 특약으로 종물을 제외할 수 있고 종물만을 별도로 처분할 수도 있다.

[4] 甲이 토지소유자 乙에게서 토지를 임차하여 주유소를 운영하였는데, 인접장소에서 유류에 오염된 토양이 발견되어 토양오염검사를 실시한 결과, 甲의 주유소 유류저장조에 연결된 배관 불량에 원인으로 판명된 사안에서, 乙은 토양환경보전법 제10조의3에 따라 피해배상책임을 부담한다고 볼 수 없다고 한 사례. 대법원 2012. 1. 26. 선고 2009다76546

****비교주의판례**

주유소의 지하에 매설된 유류저장탱크를 토지로부터 분리하는 데 과도한 비용이 들고 이를 분리하여 발굴할 경우 그 경제적 가치가 현저히 감소할 것이 분명하다는 이유로, 그 유류저장탱크는 토지에 부합되었다고 본 사례. 대법원 1995.6.29. 선고 94다6345

*** 꼭 봐야 할 판례

관습법상 법정지상권

[1] 동일인의 소유에 속하고 있던 토지와 그 지상 건물이 강제경매 등으로 소유자가 다르게 된 경우, 건물 소유를 위한 관습법상 법정지상권이 성립하기 위하여 토지와 그 지상 건물이 원시적으로 동일인 소유에 속하였을 것이 요구되는지 여부(소극) 동일인의 소유에 속하고 있던 토지와 그 지상 건물이 강제경매 또는 국세징수법에 의한 공매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우에는 그 건

물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물소유자는 토지소유자에 대하여 그 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권을 취득한다. 원래 관습상 법정지상권이 성립하려면 토지와 그 지상 건물이 애초부터 원시적으로 동일인의 소유에 속하였을 필요는 없고, 그 소유권이 유효하게 변동될 당시에 동일인이 토지와 그 지상 건물을 소유하였던 것으로 족하다.

[2] 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물의 소유권이 강제경매로 인하여 그 절차상 매수인에게 이전된 경우, 건물 소유를 위한 관습상 법정지상권의 성립 요건인 '토지와 그 지상 건물이 동일인 소유에 속하였는지'를 판단하는 기준 시기(=압류 또는 가압류의 효력 발생 시) 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물의 소유권이 강제경매로 인하여 그 절차상의 매수인에게 이전된 경우에 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이 성립하는가 하는 문제가 있어서는 그 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납시가 아니라 그 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지가 판단되어야 한다. 강제경매개시결정의 기입등기가 이루어져 압류의 효력이 발생한 후에 경매목적물의 소유권을 취득한 이른바 제3취득자는 그의 권리를 경매절차상 매수인에게 대항하지 못하고, 나아가 그 명의로 경료된 소유권이전등기는 매수인이 인수하지 아니하는 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하므로(민사집행법 제144조 제1항 제2호 참조) 매각대금이 완납되면 직권으로 그 말소가 촉탁되어야 하는 것이어서, 결국 매각대금 완납 당시 소유자가 누구인지는 이 문제맥락에서 별다른 의미를 가질 수 없다는 점 등을 고려하여 보면 더욱 그러하다. 한편 강제경매개시결정 이전에 가압류가 있는 경우에는, 그 가압류가 강제경매개시결정으로 인하여 본압류로 이행되어 가압류집행이 본집행에 포섭됨으로써 당초부터 본집행이 있었던 것과 같은 효력이 있다. 따라서 경매의 목적이 된 부동산에 대하여 가압류가 있고 그것이 본압류로 이행되어 경매절차가 진행된 경우에는, 애초 가압류가 효력을 발생하는 때를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지를 판단하여야 한다. (이와 달리 강제경매로 인하여 관습상 법정지상권이 성립함에는 그 매각 당시를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에게 속하여야 한다는 취지의 대법원 1970. 9. 29. 선고 70다1454 판결, 대법원 1971. 9. 28. 선고 71다1631 판결 등은 이 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경하기로 한다.) 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 전원합의체

유치권

1. 꼭 봐야 할 판례

[1] 민법 제320조 제1항은 “타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다.”고 규정하고 있으므로, 유치권의 피담보채권은 ‘그 물건에 관하여 생긴 채권’이어야 한다.

[2] 甲이 건물 신축공사 수급인인 乙 주식회사와 체결한 약정에 따라 공사현장에 시멘트와 모래 등의 건축 “자재를 공급”한 사안에서, 甲의 건축자재대금채권은 대매계약에 따른 매매대금채권에 불과할 뿐 건물 자체에 관하여 생긴 채권이라고 할 수는 없음에도 건물에 관한 유치권의 피담보채권이 된다고 본 원심판결에 유치권의 성립요건인 채권과 물건 간의 견련관계에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 1. 26. 선고 2011다96208

2. 꼭 봐야 할 판례

[1] 사실상 최우선순위담보권인 유치권의 제도적 취지와 한계: 우리 법에서 유치권제도는 무엇보다도 권리자에게 그 목적인 물건을 유치하여 계속 점유할 수 있는 대세적 권능을 인정한다(민법 제320조 제1항, 민사집행법 제91조 제5항 등 참조). 그리하여 소유권 등에 기하여 목적물을 인도받고자 하는 사람(물건의 점유는 대부분의 경우에 그 사용수익가치를 실현하는 전제가 된다)은 유치권자가 가지는 그 피담보채권을 만족시키는 등으로 유치권이 소멸하지 아니하는 한 그 인도를 받을 수 없으므로 실제로는 그 변제를 강요당하는 셈이 된다. 그와 같이 하여 유치권은 유치권자의 그 채권의 만족을 간접적으로 확보하려는 것이다. 그런데 우리 법상 저당권 등의 부동산담보권은 이른바 비점유담보로서 그 권리자가 목적물을 점유함이 없이 설정되고 유지될 수 있고 실제로도 저당권자 등이 목적물을 점유하는 일은 매우 드물다. 따라서 어떠한 부동산에 저당권 또는 근저당권과 같이 담보권이 설정된 경우에도 그 설정 후에 제3자가 그 목적물을 점유함으로써 그 위에 유치권을 취득하게 될 수 있다. 이와 같이 저당권 등의 설정 후에 유치권이 성립한 경우에도 마찬가지로 유치권자는 그 저당권의 실행절차에서 목적물을 매수한 사람을 포함하여 목적물의 소유자 기타 권리자에 대하여 위와 같은 대세적인 인도거절권능을 행사할 수 있다. 따라서 부동산 유치권은 대부분의 경우에 사실상 최우선순위의 담보권으로서 작용하여, 유치권자는 자신의 채권을 목적물의 교환가치로부터 일반채권자는 물론 저당권자 등에 대하여도 그 성립의 선후를 불문하여 우선적으로 자기 채권의 만족을 얻

을 수 있게 된다. 이렇게 되면 유치권의 성립 전에 저당권 등 담보를 설정받고 신용을 제공한 사람으로서는 목적물의 담보가치가 자신이 애초 예상·계산하였던 것과는 달리 현저히 하락하는 경우가 발생할 수 있다. 이와 같이 유치권제도는 “시간에서 앞선 사람은 권리에서도 앞선다”는 일반적 법원칙의 예외로 인정되는 것으로서, 특히 부동산담보거래에 일정한 부담을 주는 것을 감수하면서 마련된 것이다.

유치권은 목적물의 소유자와 채권자와의 사이의 계약에 의하여 설정되는 것이 아니라 법이 정하는 일정한 객관적 요건(민법 제320조 제1항, 상법 제58조, 제91조, 제111조, 제120조, 제147조 등 참조)을 갖추므로써 발생하는 이른바 **법정 담보물권**이다. 법이 유치권제도를 마련하여 위와 같은 거래상의 부담을 감수하는 것은 유치권에 의하여 우선적으로 만족을 확보하여 주려는 그 피담보채권에 특별한 보호가치가 있다는 것에 바탕을 둔 것으로서, 그러한 보호가치는 예를 들어 민법 제320조 이하의 민사유치권의 경우에는 객관적으로 점유자의 채권과 그 목적물 사이에 특수한 관계(민법 제320조 제1항의 문언에 의하면 “그 물건에 관한 생긴 채권”일 것, 즉 이른바 ‘물건과 채권과의 견련관계’가 있는 것)가 있는 것에서 인정된다. 나아가 상법 제58조에서 정하는 상사유치권은 단지 상인 간의 상행위에 기하여 채권을 가지는 사람이 채무자와의 상행위(그 상행위가 채권 발생의 원인이 된 상행위일 것이 요구되지 아니한다)에 기하여 채무자 소유의 물건을 점유하는 것만으로 바로 성립하는 것으로서, 피담보채권의 보호가치라는 측면에서 보면 위와 같이 목적물과 피담보채권 사이의 이른바 견련관계를 요구하는 민사유치권보다 그 인정범위가 현저하게 광범위하다.

이상과 같은 사정을 고려하여 보면, 유치권제도와 관련하여서는 거래당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의적으로 작출함으로써 앞서 본 유치권의 최우선순위담보권으로서의 지위를 부당하게 이용하고 전체 담보권질서에 관한 법의 구상을 왜곡할 위험이 내재한다. 이러한 위험에 대처하여, 개별 사안의 구체적인 사정을 종합적으로 고려할 때 신의성실의 원칙에 반한다고 평가되는 유치권제도 남용의 유치권 행사는 이를 허용하여서는 안 될 것이다.

[2] 채무자 소유의 목적물에 이미 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있는데 채권자가 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 채무자와 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 하고 목적물을 점유함으로써 유치권이 성립한 경우, 유치권을 저당권자 등에게 주장하는 것이 허용되는지 여부(소극) 및 이 경우 저당권자 등이 경매절차 기타 채권실행절차에서 유치권을 배제하기 위하여 그 부존재확인 등을 소로써 청구할 수 있는지 여부(적극) 채무자가 채무초과

의 상태에 이미 빠졌거나 그러한 상태가 임박함으로써 채권자가 원래라면 자기 채권의 충분한 만족을 얻을 가능성이 현저히 낮아진 상태에서 이미 채무자 소유의 목적물에 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있어서 유치권의 성립에 의하여 저당권자 등이 그 채권 만족상의 불이익을 입을 것을 잘 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 위와 같이 취약한 재정적 지위에 있는 채무자와의 사이에 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으키고 그에 의하여 목적물을 점유하게 됨으로써 유치권이 성립하였다면, 유치권자가 그 유치권을 저당권자 등에 대하여 주장하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 반하는 권리행사 또는 권리남용으로서 허용되지 아니한다. 그리고 저당권자 등은 경매절차 기타 채권실행절차에서 위와 같은 유치권을 배제하기 위하여 그 부존재의 확인 등을 소로써 청구할 수 있다고 할 것이다.

[3] 채무자 甲 주식회사 소유의 건물 등에 관하여 乙 은행 명의의 1순위 근저당권이 설정되어 있었는데, 2순위 근저당권자인 丙 주식회사가 甲 회사와 건물 일부에 관하여 임대차계약을 체결하고 건물 일부를 점유하고 있던 중 乙 은행의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 유치권신고를 한 사안에서, 경매개시결정 기입등기가 마쳐지기 전에 임대차계약이 체결되어 丙 회사가 건물 일부를 점유하고 있으며, 丙 회사의 甲 회사에 대한 채권은 상인인 丙 회사와 甲 회사 사이의 상행위로 인한 채권으로서 임대차계약 당시 이미 변제기에 도달하였고 상인인 丙 회사가 건물 일부를 임차한 행위는 채무자인 甲 회사에 대한 상행위로 인한 것으로 인정되므로, 丙 회사는 상사유치권자로서 甲 회사에 대한 채권 변제를 받을 때까지 유치목적물인 건물 일부를 점유할 권리가 있으나, 위 건물 등에 관한 저당권 설정 결과, 丙 회사와 甲 회사의 임대차계약 체결 경위와 내용 및 체결 후의 정황, 경매에 이르기까지의 사정 등을 종합하여 보면, 丙 회사는 선순위 근저당권자인 乙 은행의 신청에 의하여 건물 등에 관한 경매절차가 곧 개시되리라는 사정을 충분히 인식하면서 임대차계약을 체결하고 그에 따라 유치목적물을 이전받았다고 보이므로, 丙 회사가 선순위 근저당권자의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 유치권을 주장하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다고 본 원심판단을 수긍한 사례, 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298

3. 꼭 봐야 할 판례

甲 주식회사가 건물신축 공사대금 일부를 지급받지 못하자 건물을 점유하면서 유치권을 행사해 왔는데, 그 후 乙이 경매절차에서 건물 중 일부 상가를 매수하여 소유권이전등기를 마친 다음 甲 회사의 점유를 침탈하여 丙에게 임대한 사

안에서, 乙의 점유침탈로 甲 회사가 점유를 상실한 이상 유치권은 소멸하고, 甲 회사가 점유회수의 소를 제기하여 “승소판결을 받아 점유를 회복하면” 점유를 상실하지 않았던 것으로 되어 유치권이 되살아나지만, 위와 같은 방법으로 “점유를 회복하기 전에는 유치권이 되살아나는 것이 아님에도”, 甲 회사가 상가에 대한 점유를 회복하였는지를 심리하지 아니한 채 점유회수의 소를 제기하여 점유를 회복할 수 있다는 사정만으로 甲 회사의 유치권이 소멸하지 않았다고 본 원심판결에 점유상실로 인한 유치권 소멸에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다72189

4. ****부동산 매도인이 매매대금을 다 지급받지 않은 상태에서 매수인에게 소유권이전등기를 마쳐주었으나 부동산을 계속 점유하고 있는 경우, 매매대금채권을 피담보채권으로 하여 매수인이나 그에게서 부동산 소유권을 취득한 제3자에게 유치권을 주장할 수 있는지 여부(소극)**

부동산 매도인이 매매대금을 다 지급받지 아니한 상태에서 매수인에게 소유권이전등기를 마쳐주어 목적물의 소유권을 매수인에게 이전한 경우에는, 매도인의 목적물인도의무에 관하여 동시이행의 항변권 외에 물권적 권리인 유치권까지 인정할 것은 아니다. 왜냐하면 법률행위로 인한 부동산물권변동의 요건으로 등기를 요구함으로써 물권관계의 명확화 및 거래의 안전·원활을 꾀하는 우리 민법의 기본정신에 비추어 볼 때, 만일 이를 인정한다면 매도인은 등기에 의하여 매수인에게 소유권을 이전하였음에도 매수인 또는 그의 처분에 기하여 소유권을 취득한 제3자에 대하여 소유권에 속하는 대세적인 점유의 권능을 여전히 보유하게 되는 결과가 되어 부당하기 때문이다. 또한 매도인으로서의 자신이 원래 가지는 동시이행의 항변권을 행사하지 아니하고 자신의 소유권이전무를 선이행함으로써 매수인에게 소유권을 넘겨 준 것이므로 그에 필연적으로 부수하는 위험은 스스로 감수하여야 한다. 따라서 매도인이 부동산을 점유하고 있고 소유권을 이전받은 매수인에게서 매매대금 일부를 지급받지 못하고 있다고 하여 매매대금채권을 피담보채권으로 매수인이나 그에게서 부동산 소유권을 취득한 제3자를 상대로 유치권을 주장할 수 없다. 대법원 2012. 1. 12.자 2011마 2380

저당권

1. 꼭 봐야 할 판례

[1] 부동산의 일부 공유지분에 관하여 저당권이 설정된 후 부동산이 분할된 경우, “분할된 각 부동산이 저당권의 공동담보가 되는지 여부(적극)” 부동산의 일부 공유지분에 관하여 저당권이 설정된 후 부동산이 분할된 경우, 그 저당권은 분할된 각 부동산 위에 종전의 지분비율대로 존속하고, 분할된 각 부동산은 저당권의 공동담보가 된다.

[2] 저당권이 설정된 1필의 토지가 그 후 성립된 집합건물에 대한 대지권의 목적이 되었는데, 집합건물 중 일부 전유부분 건물에 대하여 경매가 이루어져 경매 대가를 먼저 배당하게 된 경우, 저당권자가 매각대금 중 대지권에 해당하는 경매 대가에 대하여 우선변제받을 권리가 있는지 여부(적극) 및 이때 우선변제받을 수 있는 범위(=피담보채권액 전부) 저당권이 설정된 1필의 토지가 전체 집합건물에 대한 대지권의 목적인 토지가 되었을 경우에는 종전의 저당목적물에 대한 담보적 효력은 그대로 유지된다고 보아야 하므로 저당권은 개개의 전유부분에 대한 각 대지권 위에 분화되어 존속하고, 각 대지권은 저당권의 공동담보가 된다고 봄이 타당하다. 따라서 집합건물이 성립하기 전 집합건물의 대지에 관하여 저당권이 설정되었다가 집합건물이 성립한 후 어느 하나의 전유부분 건물에 대하여 경매가 이루어져 경매 대가를 먼저 배당하는 경우에는 저당권자는 매각대금 중 대지권에 해당하는 경매 대가에 대하여 우선변제받을 권리가 있고 그 경우 공동저당 중 이른바 이시배당에 관하여 규정하고 있는 민법 제368조 제2항의 법리에 따라 저당권의 피담보채권액 전부를 변제받을 수 있다고 보아야 한다.

[3] 甲, 乙 등 명의로 지분이 나뉘어 있는 분할 전 대지 중 甲 지분에 관하여 丙 명의로 근저당권이 설정되어 있었고, 이후 乙 지분을 양수한 丁이 위 대지를 분할하여 분할된 일부 대지(이하 ‘이 사건 대지’라고 한다) 위에 집합건물을 신축하여 소유권보존등기를 하면서 이 사건 대지에 관하여 대지권등기를 마쳤는데, 그 후 집합건물 중 일부 전유부분과 그 대지권에 관하여 경매절차가 진행된 사안에서, 이 사건 대지에 관한 대지권 성립 전에 설정된 위 근저당권은 그 후 이 사건 대지가 집합건물의 대지권 목적이 되었더라도 종전 저당목적물에 대한 담보적 효력을 그대로 유지하므로 丙은 위 전유부분에 대한 전체 매각대금 중 대지권에 대한 부분에 관하여 우선변제받을 권리가 있고, 근저당권의 공동담보 중 일부인 대지권의 경매 대가를 먼저 배당하게 되었으므로, 丙은 근저당권의

피담보채권 전액을 기준으로 배당에 참가할 수 있다고 한 사례. 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다74932

2.**[1] 동일인 소유 토지와 지상 건물에 공동저당권이 설정된 후 건물이 철거되고 새로 건물이 신축되었으나 신축건물에는 토지의 저당권과 동일한 순위의 공동저당권이 설정되지 않은 상태에서 토지와 신축건물이 민법 제365조에 의해 일괄매각된 경우, 토지에 안분할 매각대금은 법정지상권 등 이용 제한이 없는 상태의 토지를 기준으로 산정하여야 하는지 여부(적극) 및 위 일괄매각절차에서 부동산별 매각대금 안분을 잘못한 것이 배당이의의 청구사유가 되는지 여부(적극) 동일인의 소유에 속하는 토지 및 지상 건물에 관하여 공동저당권이 설정된 후 건물이 철거되고 새로 건물이 신축된 경우에는, 신축건물의 소유자가 토지의 소유자와 동일하고 토지의 저당권자에게 신축건물에 관하여 토지의 저당권과 동일한 순위의 공동저당권을 설정해 주었다는 등 특별한 사정이 없는 한 저당물의 경매로 인하여 토지와 신축건물이 다른 소유자에 속하게 되더라도 신축건물을 위한 법정지상권이 성립하지 않으므로, 위와 같은 경우 토지와 신축건물에 대하여 민법 제365조에 의하여 일괄매각이 이루어졌다면 일괄매각대금 중 토지에 안분할 매각대금은 법정지상권 등 이용 제한이 없는 상태의 토지로 평가하여 산정하여야 한다. 그리고 집행법원이 위와 같은 일괄매각절차에서 각 부동산별 매각대금의 안분을 잘못하여 적절한 배당요구를 한 권리자가 정당한 배당액을 수령하지 못하게 되었다면 그러한 사유도 배당이의의 청구사유가 될 수 있다.

[2] 민법 제365조 본문에서 토지의 저당권자로 하여금 토지와 건물에 대해 일괄하여 경매를 청구할 수 있도록 한 취지 및 이 경우 토지의 저당권자가 건물의 매각대금에서 배당을 받기 위한 요건: 민법 제365조 본문이 토지를 목적으로 한 저당권을 설정한 후 저당권설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자가 토지와 건물에 대하여 일괄하여 경매를 청구할 수 있도록 규정한 취지는, 저당권설정자로서는 저당권 설정 후에도 그 지상에 건물을 신축할 수 있는데 후에 저당권 실행으로 토지가 제3자에게 매각될 경우에 건물을 철거하여야 한다면 사회경제적으로 현저한 불이익이 생기게 되므로 이를 방지할 필요가 있고, 저당권자에게도 저당토지상 건물의 존재로 인하여 생기게 되는 경매의 어려움을 해소하여 저당권 실행을 쉽게 할 수 있도록 한 데 있으며, 같은 조 단서에 의하면 그때 저당권자에게는 건물의 매각대금에 대하여 우선변제를 받을 권리가 없도록 규정되어 있는 점에 비추어 보면, 위와 같은 경우 토지의 저당권자가 건물의 매

각대금에서 배당을 받으려면 민사집행법 제268조, 제88조의 규정에 의한 적법한 배당요구를 하였거나 그 밖에 달리 배당을 받을 수 있는 채권으로서 필요한 요건을 갖추고 있어야 한다. 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다54587

Ⅲ. 채권총론

외화채권

[1] 채권자가 채권액이 외국통화로 지정된 금전채권인 외화채권을 우리나라 통화로 환산하여 청구하는 경우, 환산 기준 시기(=사실심 변론종결 당시)채권액이 외국통화로 지정된 금전채권인 외화채권을 채무자가 우리나라 통화로 변제할 경우, 민법 제378조가 그 환산시기에 관하여 외화채권에 관한 민법 제376조, 제377조 제2항의 '변제기'라는 표현과는 다르게 '지급할 때'라고 규정한 취지에 비추어 볼 때, 그 환산시기는 이행기가 아니라 현실로 이행하는 때, 즉 현실이행 시의 외국환 시세에 의하여 환산한 우리나라 통화로 변제하여야 한다고 풀이함이 타당하다. 따라서 채권자가 위와 같은 외화채권을 대용금부의 권리를 행사하여 우리나라 통화로 환산하여 청구하는 경우에도, 법원은 원고가 청구취지로 구하는 금액 범위 내에서는, 채무자가 현실로 이행할 때에 가장 가까운 사실심 변론종결 당시를 우리나라 통화로 환산하는 기준시로 삼아 그 당시의 외국환 시세를 기초로 채권액을 다시 환산한 금액에 대하여 이행을 명하여야 한다.

[2] 본래 채권채무관계의 준거법이 외국법인 경우, 지연손해금에 관하여 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항에서 정한 법정이율을 적용할 수 있는지 여부(소극) 지연손해금은 채무의 이행지체에 대한 손해배상으로서 본래의 채무에 부수하여 지급되는 것이므로, 본래의 채권채무관계를 규율하는 준거법에 의하여 결정되어야 한다. 한편 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 '특례법'이라 한다) 제3조 제1항에서 정하는 법정이율에 관한 규정은 비록 소송촉진을 목적으로 소송절차에 의한 권리구제와 관련하여 적용되는 것이기는 하지만 절차법적인 성격을 가지는 것이라고만 볼 수는 없고 그 실질은 금전채무의 불이행으로 인한 손해배상의 범위를 정하기 위한 것이므로, 본래의 채권채무관계의 준거법이 외국법인 경우에는 특례법 규정을 적용할 수 없다고 해석함이 타당하다. 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009다77754

변제충당

1. ****[1]** 채권자와 채무자 사이에 변제가 모든 채무를 소멸시키기에 부족한 때에 채권자가 적당하다고 인정하는 순서와 방법으로 충당하기로 하는 약정이 있는 경우, 채권자가 변제자에 대한 의사표시 없이 변제충당을 할 수 있는지 여부(적극) 변제충당지정은 상대방에 대한 의사표시로써 하여야 하나, 채권자와 채무자 사이에 변제충당에 관한 약정이 있고, 그 약정내용이 변제가 채권자에 대한 모든 채무를 소멸시키기에 부족한 때에는 채권자가 적당하다고 인정하는 순서와 방법에 의하여 충당하기로 한 것이라면, 변제수령권자인 채권자가 위 약정에 터 잡아 스스로 적당하다고 인정하는 순서와 방법에 좇아 변제충당을 한 이상 변제자에 대한 의사표시와 관계없이 충당의 효력이 있다고 해석하는 것이 타당하다.

[2] 채권자가 파산절차에서 파산관재인으로부터 수령한 배당금을 변제충당하는 경우, 민법의 변제충당에 관한 규정이 적용되는지 여부(적극) 채권자가 파산절차에서 파산관재인으로부터 수령한 배당금을 변제충당하는 경우 민법의 변제충당에 관한 규정이 적용된다. 대법원 2012. 4. 13. 선고 2010다1180

채권의 준점유자에 대한 변제

****◇변제수령의 권한이 인정되는 자에 대하여 민법 제470조에서 정하는 채권의 준점유자에 대한 변제의 법리가 적용되는지 여부(소극)◇**

민법 제470조에서 정하는 '채권의 준점유자'는 진정한 채권자 등 변제수령의 권한이 있는 자 이외의 자로서 변제자의 입장에서 볼 때 일반의 거래관념상 채권을 행사할 정당한 권한을 가진 것으로 믿을 만한 외관을 가지는 사람을 말한다. 따라서 채무자가 채권의 준점유자에 대한 변제를 가리기 위해서는, 먼저 그 변제를 받은 자가 변제를 수령할 권한이 없는 자임이 전제가 되어야 하고, 만약 변제수령의 권한이 인정되면 채권의 준점유자에 대한 변제의 법리를 적용할 필요 없이 그에 대한 변제는 유효하다고 보아야 한다.

피고가 변제수령의 권한이 있는 것으로 볼 여지가 있는 제3자에 대하여 변제한 사안에서, 변제수령의 권한에 대하여 심리를 하지 아니한 채 채권의 준점유자에 대한 변제로서의 효력 유무를 판단하면서 피고가 제3자에게 그 채권을 행사할 정당한 권한이 있다고 믿었다거나 그와 같이 믿은 데에 과실이 없었다고 할 수 없는 것으로 보아 변제의 효력을 부정한 원심을 파기한 사례 대법원 2012. 6. 14. 2010다29034

민법 제472조

[1] 무권한자의 변제수령을 채권자가 **사후에 추인한 경우도** 민법 제472조에서 정한 '채권자가 이익을 받은' 경우에 해당하는지 여부(적극) 민법 제472조는 불필요한 연쇄적 부당이득반환의 법률관계가 형성되는 것을 피하기 위하여 변제받을 권한 없는 자에 대한 변제의 경우에도 채권자가 이익을 받은 한도에서 효력이 있다고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 '채권자가 이익을 받은' 경우에는 변제의 수령자가 진정한 채권자에게 채무자의 변제로 받은 급부를 전달한 경우는 물론이고, 그렇지 않더라도 무권한자의 변제수령을 채권자가 **사후에 추인한 때와 같이** 무권한자의 변제수령을 **채권자의 이익으로 돌릴 만한 실질적 관련성이 인정되는 경우도 포함된다.**

[2] 甲이 乙 병원을 운영하던 중 채권자 丙이 '甲이 국민건강보험공단에 대하여 가지는 보험급여 청구채권'에 관하여 채권압류 및 전부명령을 받았는데, 이후 甲이 파산선고 및 면책결정을 받고 새로이 丁 병원을 개설하여 진료행위를 함으로써 공단에 대한 보험급여 청구채권이 발생하자 공단이 위 채권압류 및 전부명령의 효력이 丁 병원에서의 진료행위로 인한 보험급여 청구채권에도 미치는 것을 전제로 丙에게 요양급여비 일부를 지급하였고, 이에 甲이 丙에 대하여 공단으로부터 지급받은 돈을 부당이득으로서 반환할 것을 구하는 소를 제기하였다가 결국 부당이득반환청구권을 포기하는 내용으로 조정이 성립한 사안에서, 위와 같이 甲이 丙에 대하여 그가 공단으로부터 변제받은 돈의 진정한 채권자가 자신이라고 주장하며 이를 부당이득으로서 반환할 것을 소로써 구하다가 반환청구권을 포기하는 내용의 조정에 응하였다면 이러한 포기의 의사표시에는 丙에 의한 변제수령의 효과를 추인하는 취지가 포함되어 있다고 보아야 하므로 공단의 변제행위는 甲에 대하여도 유효하게 되어 甲의 보험급여 청구채권은 변제로 소멸하였음에도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원2012. 10. 25. 선고 2010다32214


민법 제481조에 의하여 법정대위를 할 수 있는 '변제할 정당한 이익이 있는 자'

[1] 선박대리점이 선박소유자 등을 대리하여 체결한 계약에서 발생한 채무를 자신의 재산을 출원하여 대신 변제하기로 한 약정의 법적 성질 및 위 약정에 따른 선박대리점의 변제가 '제3자의 변제'에 해당하는지 여부(원칙적 적극) 선박대리점이 선박소유자 등을 대리하여 선박의 항해에 필요한 계약을 체결하는 것은

통상 상법 제87조 소정의 대리상의 지위에서 하는 것이다. 그러나 선박대리점은 선박소유자 등의 상업사용인이 아니라 독자적으로 영리를 추구하는 독립한 상인으로서 자신의 명의로 영업을 영위하는 것으로서, 선박대리점이 선박소유자 등과 사이에 그러한 계약으로부터 발생한 채무를 선박소유자 등을 대신하여 자신의 재산을 출연하여 변제하기로 한 경우 그 법적 성질은 특별한 사정이 없는 한 이행인수약정으로 보아야 한다. 그리고 선박대리점이 이러한 이행인수약정에 따라 자신의 재산을 출연하여 한 변제는 선박소유자 등의 대리인으로서 한다는 점을 밝히는 등 본인의 변제라고 평가되어야 할 만한 사정이 없는 한 민법 제469조에서 정하는 '제3자의 변제'에 해당한다고 봄이 상당하다.

[2] 민법 제481조에 의하여 법정대위를 할 수 있는 '변제할 정당한 이익이 있는 자'의 의미 및 이행인수인이 '변제할 정당한 이익이 있는 자'에 해당하는지 여부(적극) 민법 제481조에 의하여 법정대위를 할 수 있는 '변제할 정당한 이익이 있는 자'라고 함은 변제함으로써 당연히 대위의 보호를 받아야 할 법률상의 이익을 가지는 자를 의미한다. 그런데 이행인수인이 채무자와의 이행인수약정에 따라 채권자에게 채무를 이행하기로 약정하였음에도 불구하고 이를 이행하지 아니하는 경우에는 채무자에 대하여 채무불이행의 책임을 지게 되어 특별한 법적 불이익을 입게 될 지위에 있다고 할 것이므로, 이행인수인은 그 변제를 할 정당한 이익이 있다고 할 것이다.

[3] 국내에서 선박대리점업을 영위하는 甲 주식회사가 선박 용선자인 미국 법인 乙 회사와 체결한 선박대리점계약에서 선박의 입·출항시 발생하는 항비 등 비용을 乙 회사가 부담하되 甲 회사가 乙 회사를 대신하여 채권자에게 우선 지급하기로 약정한 사안에서, 위 약정은 이행인수약정으로 보아야 하고, 나아가 甲 회사가 이러한 이행인수약정에 따라 자신의 출연으로 항비 등을 변제한 것은 특별한 사정이 없는 한 민법 제481조에서 정한 '변제할 정당한 이익이 있는 자'의 변제에 해당하여 항비 등 채권을 당연히 대위할 수 있는데도, 이와 달리 본 원심판결에 민법 제481조가 규정하는 법정대위 등에 관한 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 7. 16.자 2009마461 결정

** 꼭 봐야 할 판례 

채권의 담보를 상실 또는 감소시킨 때에는 민법 제485조

변제로 공동면책시켜 구상권을 가지는 연대보증인이 주채무자에 대한 채권 담보를 상실 또는 감소시킨 경우, 다른 연대보증인이 구상의무를 이행하였을 때에 담보 소멸로 인하여 주채무자로부터 상환을 받을 수 없는 한도에서 책임을

면하는지 여부(적극) 민법 제485조는 보증인 기타 법정대위권자를 보호하여 주채무자에 대한 구상권을 확보할 수 있도록 채권자에게 담보보존의무를 부담시키는 것으로서, 채권자가 당초의 채권자이거나 장래 대위로 인하여 채권자로 되는 자이거나를 구별할 이유가 없다. 연대보증인 중 1인이 변제 기타 자기의 출재로 공동면책이 된 때에는 민법 제448조 제2항, 제425조에 의하여 다른 연대보증인의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있는 것과는 별개로 민법 제481조에 의하여 당연히 채권자를 대위하여 주채무자에 대하여 구상권 범위 내에서 채권자로 되고, 위 연대보증인에 대하여 자기 부담부분에 대하여 상환을 하는 다른 연대보증인은 그의 상환액을 다시 주채무자에 대하여 구상할 수 있고 이 구상권 범위 내에서는 그 자는 공동면책시킨 위 연대보증인이 당초 채권자를 대위하여 가지는 권리를 다시 대위취득할 수 있기 때문에, 변제로 당초 채권을 대위 행사하는 연대보증인과 다른 연대보증인의 관계는 바로 민법 제485조에서 정한 '채권자'와 '제481조의 규정에 의하여 대위할 자'의 관계가 된다. 따라서 변제로 공동면책시켜 구상권을 가지는 연대보증인이 주채무자에 대한 채권 담보를 상실 또는 감소시킨 때에는 민법 제485조의 '채권자'의 고의나 과실로 담보가 상실되거나 감소된 때에 해당하여, 다른 연대보증인은 구상의무를 이행하였을 경우에 담보 소멸로 인하여 주채무자로부터 상환을 받을 수 없는 한도에서 책임을 면한다고 보아야 한다. 대법원 2012.6.14. 선고 2010다11651

공탁

1. * [1] 공탁자가 변제공탁이나 집행공탁 또는 혼합공탁 중 어떠한 종류의 공탁을 하였는지에 관한 판단 방법: 공탁은 공탁자가 자기의 책임과 판단 아래 하는 것으로서, 공탁자는 자신의 의사에 좇아 변제공탁이나 집행공탁 또는 혼합공탁을 선택하여 할 수 있다. 그리고 공탁자가 그 중 어떠한 종류의 공탁을 하였는지는 피공탁자의 지정 여부, 공탁의 근거가 되는 법령조항, 공탁원인사실 등을 종합적·합리적으로 고려하여 판단되어야 한다.

[2] 혼합공탁에서 피공탁자가 공탁물의 출급을 청구하는 경우, 집행채권자에 대한 관계에서도 공탁물출급청구권이 있음을 증명하는 서면을 구비제출하여야 하는지 여부(적극) 혼합공탁에 있어서 그 집행공탁의 측면에서 보면 공탁자는 피공탁자들에 대하여는 물론이고 가압류채권자를 포함하여 그 집행채권자에 대하여서도 채무로부터의 해방을 인정받고자 공탁하는 것이다. 이러한 취지에 비추어, 피공탁자가 공탁물의 출급을 청구함에 있어서 다른 피공탁자

에 대한 관계에서만 공탁물출급청구권이 있음을 증명하는 서면을 갖추는 것으로는 부족하고, 위와 같은 집행채권자에 대한 관계에서도 공탁물출급청구권이 있음을 증명하는 서면을 구비·제출하여야 할 것이다. 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다84076

2.*[1] 매수인이 매도인을 대리하여 매매대금을 수령할 권한을 가진 자에게 잔대금의 수령을 최고하고 그 자를 공탁물수령자로 지정하여 변제공탁을 한 경우, 매도인에 대한 잔대금 지급의 효력이 있는지 여부(적극)매수인이 매도인을 대리하여 매매대금을 수령할 권한을 가진 자에게 잔대금의 수령을 최고하고 그 자를 공탁물수령자로 지정하여 한 변제공탁은 매도인에 대한 잔대금 지급의 효력이 있다.

[2] 한국수자원공사가 甲 소유의 부동산을 수용하였는데, 이후 甲이 한국수자원공사에게서 환매업무를 위임받은 합병 전 한국토지공사에 환매를 요청하면서 한국토지공사를 피공탁자로 하여 환매대금을 공탁한 사안에서, 제반 사정에 비추어 한국토지공사는 한국수자원공사를 대리하여 환매대금을 수령할 권한을 가지고 있었고, 甲이 한국토지공사에 환매대금 수령을 최고하고 한국토지공사를 공탁물수령자로 지정하여 환매대금을 공탁한 것은 환매당사자인 한국수자원공사에 환매대금을 지급한 것과 같은 효력이 발생한다고 보아야 함에도, 이와 달리 본 원심판결에 공탁과 환매요건에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.2012. 3. 15. 선고 2011다77849

상계

*** 꼭 봐야 할 판례

채권압류명령을 받은 제3채무자가 압류채무자에게 반대채권을 가지고 있는 경우, 상계로써 압류채권자에게 대항하기 위한 요건

[다수의견] 민법 제498조는“지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로 그 명령을 신청한 채권자에게 대항하지 못한다”라고 규정하고 있다. 위 규정의 취지, 상계제도의 목적 및 기능, 채무자의 채권이 압류된 경우 관련 당사자들의 이익상황 등에 비추어 보면, 채권압류명령 또는 채권가압류명령(이하 채권압류명령의 경우만을 두고 논의하기로 한다)을 받은 제3채무자가 압류채무자에 대한 반대채권을 가지고 있는 경우에 상계로써 압류채권자에게 대항하기 위하여는, 압류의 효력 발생 당시에 대립하는 양 채

권이 상계적상에 있거나, 그 당시 반대채권(자동채권)의 변제기가 도래하지 아니한 경우에는 그것이 피압류채권(수동채권)의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하여야 한다.

[대법관 김능환, 대법관 안대희, 대법관 이인복의 반대의견] 지급을 금지하는 명령을 받을 당시에 반대채권과 피압류채권 모두의 이행기가 도래한 때에는 제3채무자가 당연히 반대채권으로써 상계할 수 있고, 반대채권과 피압류채권 모두 또는 그 중 어느 하나의 이행기가 아직 도래하지 아니하여 상계적상에 놓이지 아니하였더라도 그 이후 제3채무자가 피압류채권을 채무자에게 지급하지 아니하고 있는 동안에 반대채권과 피압류채권 모두의 이행기가 도래한 때에도 제3채무자는 반대채권으로써 상계할 수 있고, 이로써 지급을 금지하는 명령을 신청한 채권자에게 대항할 수 있다. 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521

이행불능으로 인한 전보배상청구권

1.*** 꼭 봐야 할 판례

[1] 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상청구권이 인정되는지 여부(소극)
[다수의견] 소유자가 자신의 소유권에 기하여 실체관계에 부합하지 아니하는 등기의 명의인을 상대로 그 등기말소나 진정명의회복 등을 청구하는 경우에, 그 권리는 물권적 청구권으로서의 방해배제청구권(민법 제214조)의 성질을 가진다. 그러므로 소유자가 그 후에 소유권을 상실함으로써 이제 등기말소 등을 청구할 수 없게 되었다면, 이를 위와 같은 청구권의 실현이 객관적으로 불능이 되었다고 파악하여 등기말소 등 의무자에 대하여 그 권리의 이행불능을 이유로 민법 제390조상의 손해배상청구권을 가진다고 말할 수 없다. 위 법규정에서 정하는 채무불이행을 이유로 하는 손해배상청구권은 계약 또는 법률에 기하여 이미 성립하여 있는 채권관계에서 본래의 채권이 동일성을 유지하면서 그 내용이 확장되거나 변경된 것으로서 발생한다. 그러나 위와 같은 등기말소청구권 등의 물권적 청구권은 그 권리자인 소유자가 소유권을 상실하면 이제 그 발생의 기반이 아예 없게 되어 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 아니하는 것이다. 이러한 법리는 선행소송에서 소유권보존등기의 말소등기청구가 확정되었다고 하더라도 그 청구권의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌지 아니하므로 마찬가지이다.

[대법원장 양승태, 대법관 이상훈, 대법관 김용덕의 별개의견] 청구권이 발생한 기초가 되는 권리가 채권인지 아니면 물권인지와 무관하게 이미 성립한 청구권에 대하여는 그 이행불능으로 인한 전보배상을 인정하는 것이 법리적으로 불가

능하지 아니하며, 이를 허용할 것인지는 법률 정책적인 결단이므로, 이미 대법원에서 이를 허용하여 채권에 못지않게 물권을 보호하는 견해를 취한 것은 구체적 타당성 면에서 옳고, 확정판결을 거쳐 기판력이 발생되어 있는 경우에는 더욱 그러하다고 보이며, 장기간 이와 같은 견해를 유지하여 온 판례들을 뒤집어 물권 내지는 물권자의 보호에서 후퇴하여야 할 이론적·실무적인 필요성이 없다. 따라서 선형소송에서 본래적 급부의무인 소유권보존등기 말소등기절차를 이행할 의무가 현존함이 확정된 경우, 그 이행불능 또는 집행불능에 따른 전보배상책임을 인정하는 것이 가능하다.

[2] 국가 명의로 소유권보존등기가 경료된 토지의 일부 지분에 관하여 甲 등 명의의 소유권이전등기가 경료되었는데, 乙이 등기말소를 구하는 소를 제기하여 국가는 乙에게 원인무효인 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있고 甲 등 명의의 소유권이전등기는 등기부취득시효 완성을 이유로 유효하다는 취지의 판결이 확정되자, 乙이 국가를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 甲 등의 등기부취득시효 완성으로 토지에 관한 소유권을 상실한 乙이 불법행위를 이유로 소유권 상실로 인한 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 하고, 애초 국가의 등기말소의무 이행불능으로 인한 채무불이행책임을 논할 여지는 없고, 또한 토지의 소유권 상실로 인한 손해배상을 구하는 乙의 청구에 대하여 당사자가 주장하지 아니한 소유권보존등기 말소등기절차 이행의무의 이행불능으로 인한 손해배상책임을 인정할 수 없음에도, 이와 달리 손해배상책임을 인정한 원심판결에 법리오해와 처분권주의 위반의 위법이 있다고 한 사례.(대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다17161 판결(변경), 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다53638 판결(변경)) 대법원 2012.5.17. 선고 2010다28604 전원합의체

민법 제393조

1. *분양계약서에서 수분양자인 甲의 분양대금 납입 지체에 따른 지연손해금의 납부책임과 금액만을 규정하고 분양자이자 매도인인 乙 주식회사 등의 이행지체에 따른 지체상금에 관하여는 아무런 규정을 두지 않은 사안에서, 수분양자의 분양대금 납입 지체에 적용되는 지연손해금 조항이 당연히 매도인에게도 적용되어 동일한 내용의 지체상금 조항이 있는 것으로 간주될 수는 없으므로, 甲은 乙 회사에 대하여 손해배상액의 예정으로서 지체상금의 지급을 구할 수는 없고 乙 회사의 채무불이행으로 인하여 실제로 입은 손해만을 민법 제393조 등에서 정한 바에 따라 배상받을 수 있을 뿐이라는 이유로, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다590

강제이행

****[1] 채권자가 부작위 약정을 위반한 채무자를 상대로 부작위의무“이행을 소구”할 수 있는지 여부(적극)** 당사자 사이에 일정한 행위를 하지 않기로 하는 부작위 약정을 체결하였는데 채무자가 이러한 의무를 위반한 경우, 채권자는 채무자를 상대로 부작위의무의 이행을 소구할 수 있고, 부작위를 명하는 확정판결을 받아 이를 집행권원으로 하여 **대체집행 또는 간접강제 결정**을 받는 등으로 부작위의무 위반 상태를 중지시키거나 위반 결과를 제거할 수 있다.

[2] **甲** 골프클럽 운영사인 **乙** 주식회사가 **丙** 등과 골프회원권 분양계약을 체결하면서 **甲** 골프클럽을 소수회원제로 운영하기로 약정하였음에도 새로 설립한 **丁** 골프클럽 회원들에게 **甲** 골프클럽의 주중 예약권 등을 부여하자, **丙** 등이 그 행위의 금지를 구한 사안에서, 위 약정에 따라 **乙** 회사가 **丙** 등에게 약정 회원수를 초과하여 회원을 가입시키지 않을 의무를 부담하므로 **丙** 등은 그러한 부작위의무의 이행을 확보하기 위해 이에 위배되는 **행위의 금지를 청구**할 수 있는데도, **골프회원권이 배타성을 가진 권리가 아니라는 이유만으로 금지청구를 할 수 없다고 본 원심판단 부분에 잘못이 있으나**, 제반 사정에 비추어 **乙** 회사가 **甲** 골프클럽 정회원인 **丙** 등에게 부담하는 소수회원 유지의무의 내용 속에 정회원의 우선적 시설이용권을 침해하는 회원의 모집행위나 그와 유사한 행위를 하지 않을 의무를 넘어 정회원의 우선적 시설이용권을 침해하지 않는 비회원의 **甲** 골프클럽 시설 이용 등도 일절 허용하지 말아야 할 의무까지 포함한다고 해석할 수 없는데, **丁** 골프클럽 회원들에게 **甲** 골프클럽의 정회원보다 뒤지는 주중 예약권 등 2차적 이용혜택을 부여한 사정만으로 **乙** 회사가 **丙** 등이 가지는 **甲** 골프클럽 회원으로서 우선적 시설이용권을 실질적으로 침해하여 소수회원 유지의무를 위반하였다고는 볼 수 없다는 이유로, 위 금지청구를 배척한 원심판단의 결론은 정당하다고 한 사례. 대법원 2012. 3. 29. 선고 2009다92883

채권자대위권

1. *** **꼭 봐야 할 판례**

채권자대위권행사 통지 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 통지 전 체결된 약정에 따라 계약이 자동 해제되거나 제3채무자가 계약을 “**해제**”한 경우, 제3채무자가 계약해제로써 **채권자에게 대항할 수 있는지 여부(원칙적 적극)**

민법 제405조 제2항은 ‘채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다’고 규정하고 있다. 위

조항의 취지는 채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 채권자의 대위권 행사사실을 안 후에 채무자에게 대위의 목적인 권리의 양도나 포기 등 처분행위를 허용할 경우 채권자에 의한 대위권행사를 방해하는 것이 되므로 이를 금지하는 데에 있다. 그런데 채무자의 채무불이행 사실 자체만으로는 권리변동의 효력이 발생하지 않아 이를 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권을 소멸시키는 적극적인 행위로 파악할 수 없는 점, 더구나 법정해제는 채무자의 객관적 채무불이행에 대한 제3채무자의 정당한 법적 대응인 점, 채권이 압류·가압류된 경우에도 압류 또는 가압류된 채권의 발생원인이 된 기본계약의 해제가 인정되는 것과 균형을 이를 필요가 있는 점 등을 고려할 때 채무자가 자신의 채무불이행을 이유로 매매계약이 해제되도록 한 것을 두고 민법 제405조 제2항에서 말하는 '처분'에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무를 불이행함으로써 통지 전에 체결된 약정에 따라 매매계약이 자동적으로 해제되거나, 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 제3채무자가 매매계약을 해제한 경우 제3채무자는 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다. 다만 형식적으로는 채무자의 채무불이행을 이유로 한 계약해제인 것처럼 보이지만 실질적으로는 채무자와 제3채무자 사이의 합의에 따라 계약을 해제한 것으로 볼 수 있거나, 채무자와 제3채무자가 단지 대위채권자에게 대항할 수 있도록 채무자의 채무불이행을 이유로 하는 계약해제인 것처럼 외관을 갖춘 것이라는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 피대위채권을 처분한 것으로 보아 제3채무자는 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 없다. 대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 전원합의체 판결

2.

[1] 보전의 필요성이 인정되지 않는 채권자대위소송에 대하여 법원이 취하여야 할 조치(=각하)채권자가 채권자대위권의 법리에 의하여 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자의 제3자에 대한 권리를 대위행사하기 위하여는 채무자에 대한 채권을 보전할 필요가 있어야 하고, 그러한 보전의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서 이를 각하하여야 한다.

[2] 부동산을 공동으로 매수한 매수인들 사이의 법률관계를 민법상 조합으로 보기 위한 요건: 수인이 부동산을 공동으로 매수한 경우, 매수인들 사이의 법률관계는 공유관계로서 단순한 공동매수인에 불과할 수도 있고, 수인을 조합원으로 하는 동업체에서 매수한 것일 수도 있는데, 부동산의 공동매수인들이 전매차익

을 얻으려는 '공동의 목적 달성'을 위하여 상호 협력한 것에 불과하고 이를 넘어 '공동사업을 경영할 목적'이 있었다고 인정되지 않는 경우 이들 사이의 법률관계는 공유관계에 불과할 뿐 민법상 조합관계에 있다고 볼 수 없다. 공동매수의 목적이 전매차익의 획득에 있을 경우 그것이 공동사업을 위하여 동업체에서 매수한 것이 되려면, 적어도 공동매수인들 사이에서 매수한 토지를 공유가 아닌 동업체의 재산으로 귀속시키고 공동매수인 전원의 의사에 기하여 전원의 계산으로 처분한 후 이익을 분배하기로 하는 명시적 또는 묵시적 의사의 합치가 있어야만 하고, 이와 달리 공동매수 후 매수인별로 토지에 관하여 공유에 기한 지분권을 가지고 각자 자유롭게 지분권을 처분하여 대가를 취득할 수 있도록 한 것이라면 이를 동업체에서 매수한 것으로 볼 수는 없다.

[3] 甲, 乙, 丙 등이 전매차익을 얻으 목적으로 각자 매수자금을 출연하고 이에 상응하는 지분을 정하여 乙 명의로 토지를 매수한 다음 乙, 丙과 친인척 관계에 있는 丁 등에게 명의신탁한 사안에서, 각자의 매수지분에 상응하는 대내적 소유지분의 보유를 서로 인정하고 이에 대하여 개별적인 권리행사를 하여 온 점 등에 비추어 볼 때 甲, 乙, 丙 등은 乙 명의로 토지를 공동매수한 후 처분하여 전매차익을 얻으려는 '공동의 목적 달성'을 위하여 상호 협력한 것일 뿐 이를 넘어 '공동사업을 경영할 목적'이 있었다고 할 수 없는데도, 이들 사이의 법률관계를 민법상 조합이라고 본 원심판결에 부동산 공동매수인 상호 간의 법률관계 등에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다39918

채권자취소권


1. **[1] 채무자가 다른 사람의 예금계좌로 송금한 금전에 관하여 통정허위표시에 의한 증여계약이 성립한다고 인정하기 위한 요건 및 이에 관한 증명책임 소재(=취소채권자) 채무자가 다른 사람의 예금계좌로 송금한 금전에 관하여 통정허위표시에 의한 증여계약이 성립하였다고 하려면, 무엇보다도 우선 객관적으로 채무자와 다른 사람 사이에서 그와 같이 송금한 금전을 다른 사람에게 종국적으로 귀속되도록 '증여'하여 무상 공여한다는 데에 관한 의사 합치가 있는 것으로 해석되어야 한다. 그리고 그에 관한 증명책임은 위와 같은 송금행위가 채권자취소권의 대상이 되는 사해행위임을 주장하는 채권자에게 있다.

[2] 다른 사람의 예금계좌에 금전을 이체하는 등으로 송금하는 경우 그 송금은 다양한 법적 원인에 기하여 행하여질 수 있는 것으로서, 과세 당국 등의 추적을 피하기 위하여 일정한 인적 관계에 있는 사람이 그 소유의 금전을 자신의 예금

계좌로 송금한다는 사실을 알면서 그에게 자신의 예금계좌로 송금할 것을 승낙 또는 양해하였다거나 그러한 목적으로 자신의 예금계좌를 사실상 지배하도록 용인하였다는 것만으로는 다른 특별한 사정이 없는 한 객관적으로 송금인과 계좌명의인 사이에 그 송금액을 계좌명의인에게 위와 같이 “무상 공여”한다는 의사의 합치가 있었다고 추단된다고 쉽사리 말할 수 없다. 금융실명제 아래에서 실명확인절차를 거쳐 개설된 예금계좌의 경우 특별한 사정이 없는 한 명의인의 예금계좌의 당사자로서 예금반환청구권을 가진다고 하여도, 이는 그 계좌가 개설된 금융기관에 대한 관계에 관한 것이므로 그 점을 들어 곧바로 송금인과 계좌명의인 사이의 법률관계를 달리 볼 것이 아니다. 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012다30861

2. **사해행위취소의 소에서 취소의 효과가 미치는 범위 및 전득자의 악의 판단에 수익자가 법률행위의 사해성을 인식하였는지가 문제되는지 여부(원칙적 소극)

채권자가 사해행위 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소를 제기한 경우 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이의 관계에서만 생긴다. 그리고 채권자가 사해행위 취소로써 전득자를 상대로 채무자와 수익자 사이의 법률행위 취소를 구하는 경우, 전득자의 악의는 전득행위 당시 취소를 구하는 법률행위가 채권자를 해한다는 사실, 즉 사해행위의 객관적 요건을 구비하였다는 것에 대한 인식을 의미하므로, 전득자의 악의 판단에서는 전득자가 전득행위 당시 채무자와 수익자 사이의 법률행위 사해성을 인식하였는지만이 문제가 될 뿐이고, 수익자가 채무자와 수익자 사이 법률행위의 사해성을 인식하였는지는 원칙적으로 문제가 되지 않는다. 대법원 2012. 8. 17. 선고 2010다87672

3.  꼭 봐야 할 판례

[1] ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’의 시행 후에 부동산 소유자가 등기명의를 수탁자에게 이전하는 이른바 양자간 명의신탁에서, 신탁부동산에 관하여 채무자인 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우 이러한 신탁자의 법률행위가 사해행위에 해당할 수 있는지 여부(적극) ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’의 시행 후에 부동산의 소유자가 등기명의를 수탁자에게 이전하는 이른바 양자간 명의신탁의 경우 명의신탁약정에 의하여 이루어진 수탁자 명의의 소유권이전등기는 원인무효로서 말소되어야 하고, 부동산은 여

전히 신탁자의 소유로서 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이 된다. 따라서 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산인 신탁부동산에 관하여 **채무자인 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우** 이로 인하여 신탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 채무초과상태가 더 나빠지게 되고 신탁자도 그러한 사실을 인식하고 있었다면 이러한 신탁자의 법률행위는 신탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당할 수 있다. 이 경우 사해행위취소의 대상은 **신탁자와 제3자 사이의 법률행위**가 될 것이고, 원상회복은 제3자가 **수탁자에게** 말소등기절차를 이행하는 방법에 의할 것이다.

[2] 부동산 소유자 甲이 乙과의 양자간 명의신탁약정에 따라 乙 명의로 부동산등기명의를 신탁하여 두었다가 이에 관하여 丙 앞으로 근저당권을 설정하여 주었는데, 甲의 채권자 丁이 채무자 甲이 채무초과 상태에서 丙에게 근저당권을 설정하여 준 행위가 丁을 비롯한 일반채권자의 공동담보를 해하는 사해행위에 해당한다고 하여 乙과 丙 사이 근저당권설정계약의 취소 및 원상회복을 구한 사안에서, 丁은 채무자 甲이 실질적 당사자로서 부동산을 丙에게 처분한 행위 자체에 대해 사해행위로 취소를 구할 수 있다고 할 것임에도, 丁이 사해행위취소를 구하는 행위가 어느 것인지를 확정하지 아니한 채 만연히 乙과 丙 사이의 법률행위를 사해행위취소 대상으로 삼은 것으로 전제하고 사해행위취소청구 부분을 각하한 원심판결에는 사해행위취소의 대상이 되는 '채무자가 한 법률행위'에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011다107382

3.*부동산에 관하여 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 본문이 적용되어 명의수탁자인 채무자 명의의 소유권이전등기가 무효인 경우, 채무자가 그 부동산에 관하여 제3자와 근저당권설정계약을 체결하고 그에 따른 근저당권설정등기를 마쳐준 후에 위 부동산에 강제경매개시결정을 받은 채무자의 일반 채권자가 근저당권설정행위에 대한 사해행위 취소를 구할 수 있는지 여부 (소극)

부동산에 관하여 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 본문이 적용되어 명의수탁자인 채무자 명의의 소유권이전등기가 무효인 경우에는 **부동산은 채무자의 소유가 아니므로** 이를 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이라고 볼 수 없다. 채무자가 부동산에 관하여 제3자와 근저당

권설정계약을 체결하고 그에게 근저당권설정등기를 마쳐주었다 하더라도 채무자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로 이를 채무자의 일반 채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없고, 채무자에게 사해의 의사가 있다고 볼 수도 없다. 한편 명의수탁자인 채무자가 제3자와 근저당권설정계약을 체결하고, 그에 따른 근저당권설정등기를 마쳐준 후에 채무자의 일반 채권자가 신청하여 위 부동산에 관하여 강제경매절차가 개시되었더라도 이로써 무효인 채무자 명의의 소유권이전등기가 유효로 되거나 위 부동산이 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이 되는 것이 아니므로, 채무자의 근저당권설정행위가 사해행위가 된다고 할 수 없다. 대법원 2012. 8. 23. 선고 2012다45184

4. 채권양도행위가 사해행위에 해당하지 않는 경우, 그 양도통지가 따로 채권자취소의 대상이 될 수 있는지 여부(소극) 채권자취소권은 채무자가 채권자에 대한 책임재산을 감소시키는 행위를 한 경우 이를 취소하고 원상회복을 하여 공동담보를 보전하는 권리이고, 채권양도의 경우 권리이전의 효과는 원칙적으로 당사자 사이의 양도계약 체결과 동시에 발생하며 채무자에 대한 통지 등은 채무자를 보호하기 위한 대항요건일 뿐이므로, 채권양도행위가 사해행위에 해당하지 않는 경우에 양도통지가 따로 채권자취소권 행사의 대상이 될 수는 없다. 대법원 2012. 8. 30. 선고 2011다32785, 32792

5. ***

꼭 봐야 할 판례



◇채권자가 사해행위취소 및 원상회복으로 원물반환 청구를 하여 승소판결이 확정된 후에 원물반환의 목적을 달성할 수 없게 된 경우에 채권자가 다시“대상청구권”을 행사할 수 있는지 여부(적극)◇

우리 민법이 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않으나 해석상 대상청구권을 부정할 이유는 없다.

부동산이 임의경매절차에 의하여 제3자에게 낙찰됨으로써 확정된 이전 판결에 기한 피고의 근저당권설정등기의 말소등기절차의무가 이행불능이 된 경우, 원고는 **대상청구권**의 행사로서 피고가 말소될 근저당권설정등기에 기한 **근저당권자로서 지급받은 배당금의 반환을 청구할 수도 있다고** 보아야 한다는 이유로, 사해행위로서 취소된 근저당권에 기하여 배당을 받은 피고는 원고에게 **가액배상으로 배당받은 금액을 반환할 의무가 있다고** 본 원심의 결론을 수긍한 사안 (신용보증기금이 **甲** 주식회사를 상대로 제기한 사해행위취소소송에서

원물반환으로 근저당권설정등기의 말소를 구하여 승소판결이 확정되었는데, 그 후 해당 부동산이 관련 경매사건에서 담보권 실행을 위한 경매절차를 통하여 제3자에게 매각된 사안에서, 위와 같이 부동산이 담보권 실행을 위한 경매절차에 의하여 매각됨으로써 확정판결에 기한 甲 회사의 근저당권설정등기 말소등기절차의무가 이행불능된 경우, 신용보증기금은 대상청구권 행사로서 甲 회사가 말소될 근저당권설정등기에 기한 근저당권자로서 지급받은 배당금의 반환을 청구할 수 있다고 한 사례.) 대법원 2012. 6. 28.2010다71431

6.**[1] 채권자취소권 행사에서 제척기간의 기산점인 채권자가 '취소원인을 안 날'의 의미 및 채권자가 채무자의 재산상태를 조사한 결과 채무자 소유 부동산 가액이 자신의 채권 총액에 미치지 못함을 이미 파악하고 있었던 상태에서 채무자 재산을 가압류하던 중 일부 부동산에 제3자 명의의 근저당권설정등기가 마쳐진 사실을 확인한 경우, 채권자가 가압류 무렵 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 한 사실을 알았다고 보아야 하는지 여부(적극) 채권자취소권 행사에서 제척기간의 기산점인 채권자가 '취소원인을 안 날'은 채권자가 채권자취소권의 요건을 안 날, 즉 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날을 의미하므로, 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 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 완전히 만족시킬 수 없게 되었으며 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요한다고 할 것이나, 그렇다고 하여 채권자가 수익자나 전득자의 악의까지 알아야 하는 것은 아니다. 또 채권자가 채무자의 재산상태를 조사한 결과 자신의 채권 총액과 비교하여 채무자 소유 부동산 가액이 그에 미치지 못하는 것을 이미 파악하고 있었던 상태에서 채무자의 재산에 대하여 가압류를 하는 과정에서 그 중 일부 부동산에 관하여 제3자 명의의 근저당권설정등기가 마쳐진 사실을 확인하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 채권자는 가압류 무렵에는 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 한 사실을 알았다고 봄이 타당하다.

[2] 채권자인 甲 은행이 채무자인 乙 주식회사가 소유한 모든 부동산에 관하여 가압류등기를 경료하면서 그 신청서 등에 채권자가 알아본 바에 의하면 채무자는 타에도 많은 채무를 부담하고 있으므로 가압류부동산이라도 시급히 가압류하여 두지 않으면 나중에 승소판결을 받더라도 집행이 불능될 우려가 있다'는 취지의 기재 등을 하였는데, 위 가압류등기 시점에 가압류부동산에는 20여 일

전 마쳐진 丙 명의의 근저당권설정등기를 비롯하여 제3자 명의의 근저당권설정 등기 등이 이미 마쳐져 있었던 사안에서, 신용사업을 주된 목적으로 하는 甲 은행으로서는 乙 회사에 대한 재산상태를 조사한 결과 위 가압류부동산이 乙 회사의 유일한 재산이라는 것과 그 부동산에 제3자 명의로 마쳐진 근저당권의 피담보채무를 확인함으로써 가압류부동산의 공동담보로서 순자산 가치가 자신의 채권액에 미달됨을 능히 알 수 있었다고 보아야 하고, 가압류 과정에 丙 명의의 근저당권설정등기가 마쳐진 사실도 알게 되었다고 보아야 하므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 甲 은행은 가압류 무렵 丙 명의의 근저당권설정등기가 마쳐짐으로써 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권을 완전히 만족시킬 수 없게 되었다는 사정을 인식할 수 있게 되었고, 또한 乙 회사의 사해의사도 마찬가지로 알게 되었다고 보아야 하므로 甲 은행이 제기한 사해행위취소의 소는 제척기간을 도과한 것으로 부적법함에도, 이와 달리 제척기간 도과의 항변을 배척한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다82384

7. **[1] 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 하기 전에 발생한 것이어야 하지만, 법률행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있고 가까운 장래에 법률관계에 기하여 채권이 발생하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며 실제로 가까운 장래에 개연성이 현실화되어 채권이 발생한 경우에는, 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.

[2] 채무자 소유의 재산이 다른 채권자의 채권에 물상담보로 제공되어 있는 경우, 사해행위취소소송에서 채무자의 적극재산을 평가하는 방법 및 채무자의 무자력 여부 판단의 기준 시기(=사해행위 당시)채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지를 판단할 때 채무자 소유의 재산이 다른 채권자의 채권에 물상담보로 제공되어 있다면, 물상담보로 제공된 부분은 채무자의 일반 채권자들을 위한 채무자의 책임재산이라고 할 수 없으므로 물상담보에 제공된 재산의 가액에서 다른 채권자가 가지는 피담보채권액을 공제한 잔액만을 채무자의 적극재산으로 평가하여야 한다. 한편 사해행위취소소송에서 채무자의 무자력 여부는 사해행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다.

[3] 수익자가 채무초과 상태에 있는 채무자의 부동산에 관하여 설정된 선순위 근저당권의 피담보채무를 변제하여 근저당권설정등기를 말소하는 대신 동일한 금액을 피담보채무로 하는 새로운 근저당권설정등기를 설정한 경우, 사해행위에 해당

하는지 여부(소극) 및 이때 수 개의 부동산에 공동저당권이 설정되어 있는 경우, 책임재산을 산정할 때에 각 부동산이 부담하는 피담보채권액의 산정 방법
 저당권이 설정되어 있는 목적물의 경우 목적물 중에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이므로, 수익자가 채무초과 상태에 있는 채무자의 부동산에 관하여 설정된 선순위 근저당권의 피담보채무를 변제하여 근저당권설정등기를 말소하는 대신 동일한 금액을 피담보채무로 하는 새로운 근저당권설정등기를 설정하는 것은 채무자의 공동담보를 부족하게 하는 것이라고 볼 수 없어 사해행위가 성립하지 아니한다. 이때 수 개의 부동산에 공동저당권이 설정되어 있는 경우 책임재산을 산정할 때에 각 부동산이 부담하는 피담보채권액은 특별한 사정이 없는 한 민법 제368조의 규정 취지에 비추어 공동저당권의 목적으로 된 각 부동산 가액에 비례하여 공동저당권의 피담보채권액을 안분한 금액이라고 보아야 한다.

[4] 채무자 甲이 乙 등에게서 돈을 차용하면서 수 개의 부동산을 공동담보로 하여 소유권이전등기청구권보전을 위한 가등기와 근저당권설정등기를 각 경로하여 주었고, 丙에게서 돈을 차용하면서 위 부동산이 포함된 수 개의 부동산을 공동담보로 하여 근저당권설정계약을 체결하였는데, 甲이 乙 등 명의의 가등기와 근저당권설정등기를 말소한 후 위 근저당권설정계약에 따라 丙에게 근저당권설정등기를 경로하여 준 사안에서, 甲과 丙 사이의 근저당권설정계약은 乙 등 명의의 가등기와 선순위 근저당권설정등기를 대체하기 위하여 체결된 것이라고 보이고, 근저당권설정계약 중 乙 등 명의의 가등기나 선순위 근저당권이 경로되어 있던 부동산의 피담보채무에 관한 부분은 甲의 공동담보를 부족하게 하는 것이라고 볼 수 없어 사해행위가 성립한다고 할 수 없으므로, 위 부동산 중 乙 등의 가등기나 선순위 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채무액을 산정하여 그 부분을 사해행위의 성립 범위에서 제외하여야 함에도, 甲과 丙 사이의 근저당권설정계약이 모두 사해행위에 해당한다고 본 원심판결을 파기한 사례. 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다64792

8. **꼭 봐야 할 판례**
 사해행위 이전에 성립한 채권이 사해행위 이후에 양도된 경우, **채권 양수인이 채권자취소권을 행사할 수 있는지 여부(적극)** 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 채권은 원칙적으로 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권이 될 수 있고, 채권자의 채권이 사해행위 이전에 성립한 이상 사해행위 이후에 양도되었다고 하더라도 양수인은 채권자취소권을 행사할 수 있으며,

채권 양수일에 채권자취소권의 피보전채권이 새로이 발생되었다고 할 수 없다.
대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다77146

부진정연대채무

1. **[1] 甲 주식회사 등이 시공한 도로공사구간에서 침수사고가 발생하자, 국가가 이로 인해 피해를 입은 피해자 乙에게 손해를 배상한 사안에서, 제반 사정에 비추어 甲 회사 등의 시공상 과실과 공사구간의 도로를 설치·관리하는 국가의 영조물 설치·관리상의 하자가 경합하여 침수사고가 발생하였으므로 국가와 甲 회사 등은 乙에게 공동불법행위 책임을 부담하고, 다만 국가와 甲 회사 등의 내부 구상관계에서 국가에 침수사고 발생에 과실이 있다고 보기 어려우므로 국가로서는 甲 회사 등에 배상액 전액을 구상할 수 있다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

[2] 구상권자인 공동불법행위자 측에 과실이 없는 경우, 나머지 공동불법행위자들이 구상권자에게 부담하는 구상채무의 성질(=부진정연대채무) 공동불법행위자 중 1인에 대하여 구상의무를 부담하는 다른 공동불법행위자가 수인인 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 그들의 구상권자에 대한 채무는 각자의 부담 부분에 따른 분할채무로 보는 것이 타당하지만, 구상권자인 공동불법행위자 측에 과실이 없는 경우, 즉 내부적인 부담 부분이 전혀 없는 경우에는 이와 달리 그에 대한 수인의 구상의무를 부진정연대관계로 보는 것이 타당하다. 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다52727

2. ** 부진정연대채무자 중 소액 채무자가 자신의 채무 중 일부를 변제한 경우, 다액 채무자의 채무도 같은 범위에서 소멸하는지 여부(적극) 부진정연대채무자 중 소액 채무자가 자신의 채무 중 일부를 변제한 경우, 변제된 금액은 소액 채무자가 다액 채무자와 공동으로 부담하는 부분에 관하여 민법의 변제충당 일반 원칙에 따라 지연손해금, 원본의 순서로 변제에 충당되고 이로써 공동 부담 부분의 채무 중 지연손해금과 일부 원금채무가 변제로 소멸하게 된다. 그리고 부진정연대채무자 상호 간에 채권의 목적을 달성시키는 변제와 같은 사유는 채무자 전원에게 절대적 효력이 있으므로, 이로써 다액 채무자의 채무도 지연손해금과 원금이 같은 범위에서 소멸하게 된다. 대법원 2012. 2. 9. 선고 2009다72094

보증채무

1. ****민법의 보증에 관한 규정이 보증보험계약에 적용되는지 여부(적극) 및 보증인의 출현행위 당시 주채무가 성립되지 아니하였거나 타인의 면책행위로 이미 소멸되었거나 유효하게 존속하고 있다가 소급적으로 소멸한 경우, 보증인의 주채무자에 대한 구상권이 발생하는지 여부(소극)**보증보험이란 피보험자와 어떠한 법률관계를 가진 보험계약자(주계약상의 채무자)의 채무불이행으로 인하여 피보험자(주계약상의 채권자)가 입게 될 손해의 전보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로서, 형식적으로는 채무자의 채무불이행을 보험사고로 하는 보험계약이나 실질적으로는 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 것이므로, 민법의 보증에 관한 규정, 특히 보증인의 구상권에 관한 민법 제441조 이하의 규정이 준용되고, 보증채무자가 주채무를 소멸시키는 행위는 주채무의 존재를 전제로 하므로, 보증인의 출현행위 당시 주채무가 성립되지 아니하였거나 타인의 면책행위로 이미 소멸되었거나 유효하게 존속하고 있다가 그 후 소급적으로 소멸한 경우에는 보증채무자의 주채무 변제는 비채변제가 되어 **채권자와 사이에 부당이득반환의 문제를 남길 뿐이고 주채무자에 대한 구상권을 발생시키지 않는다.** 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011다62144

2. ****[1] 민간공사 도급계약에서 수급인의 보증인이 계약해제에 따른 선금금 반환의무에 대하여도 보증책임을 지는지 여부(원칙적 적극) 및 민간공사 도급계약 연대보증인이 부담하는 보증책임을 범위: 선금금 반환의무는 수급인의 채무불이행에 따른 계약해제로 인하여 발생하는 원상회복의무의 일종이고, 보증인은 특별한 사정이 없는 한 채무자가 채무불이행으로 인하여 부담하여야 할 손해배상채무와 원상회복의무에 관하여도 보증책임을 지므로,** 민간공사 도급계약에서 수급인의 보증인은 특별한 사정이 없다면 선금금 반환의무에 대하여도 보증책임을 진다. 그리고 민간공사 도급계약 연대보증인의 보증책임을 각종 보증서의 구비 여부, 도급계약의 내용, 보증 경위 등을 참작하여 개별적으로 구체적인 사안에 따라 법률행위의 해석에 의하여 판단되어야 하지만, 특별한 약정이 없다면 수급인의 책임과 마찬가지로 금전채무보증과 시공보증을 포함한다고 보아야 한다.

[2] 수급인의 선금금 반환채무 이행을 보증한 보증보험자와 주계약상 보증인의 관계(=공동보증인) 및 그들 중 어느 일방이 자기의 출재로 채무를 소멸시킨 경우 민법 제448조에 의해 상대방에게 구상권을 행사할 수 있는지 여부(적극)수

급인이 도급계약에 따라 도급인에 관하여 부담하는 선급금 반환채무의 이행을 보증한 보증보험자와 주계약상 보증인은 채권자인 도급인에 대한 관계에서 채무자인 수급인의 선급금 반환채무 이행에 관하여 공동보증인의 관계에 있다고 보아야 하므로, 그들 중 어느 일방이 변제 기타 자기의 출재로 채무를 소멸하게 하였다면 그들 사이에 구상에 관한 특별한 약정이 없더라도 민법 제448조에 의하여 상대방에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

[3] 보증보험회사인 甲 주식회사가 아파트 건설공사 원사업자인 乙 주식회사로부터 일부 공사를 도급받은 丙 주식회사와 피보험자를 乙 회사로 하는 내용의 선급금 보증보험계약을 체결하였는데, 이후 丙 회사 부도로 공사가 중단되자 乙 회사에 보험금을 지급한 다음 도급계약서에 수급인의 보증인으로 기명·날인한 丁 주식회사를 상대로 구상권을 행사한 사안에서, 丁 회사가 선급금 부분에 대하여 책임이 없다는 등의 단서 조항 없이 도급계약서에 수급인의 보증인으로 기명·날인한 점, 丙 회사가 乙 회사에 부담하는 채무는 상행위 채무여서 보증인이 연대하여 변제할 책임이 있는 점 등에 비추어 丁 회사는 선급금 반환채무까지 포함하여 연대보증한 것으로 보아야 하고, 甲 회사와 丁 회사는 선급금 반환채무에 관하여 공동보증인 관계에 있으므로 甲 회사가 丁 회사에 구상권을 행사할 수 있다고 보아야 하는데도, 이와 달리 본 원심판결에 건설공사도급계약에서 연대보증인의 책임에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011다109586

3.

꼭 봐야 할 판례

확정채무의 보증인이 피보증채무의 이행기가 연장된 경우에도 보증채무를 부담하는지 여부(원칙적 적극) 및 확정채무의 이행기 연장 시 보증채무의 존속을 위하여 보증인의 동의가 필요하다는 특별한 약정이 있는 경우 동의의 시기 및 방법

채무가 특정된 확정채무에 대하여 보증한 보증인으로서 자신의 동의 없이 피보증채무의 이행기를 연장해 주었는지에 상관없이 보증채무를 부담하는 것이 원칙이다. 그렇지만 당사자 사이에 보증인의 동의를 얻어 피보증채무의 이행기가 연장된 경우에 한하여 피보증채무를 계속하여 보증하겠다는 취지의 특별한 약정이 있다면 약정에 따라야 한다. 이 경우에 보증채무를 존속시키기 위하여 필요한 이행기 연장에 대한 보증인의 동의는 이행기가 연장된 주채무에 대하여 보증채무를 변제하겠다는 의사를 의미하며, 위와 같은 의사가 담겨 있는 이상 동의는 이행기가 연장되기 전뿐 아니라 이행기가 연장된 후에도 가능하고, 묵시적 의사표시의 방법으로도 할 수 있다고 보아야 한다. 대법원 2012. 8. 30. 선고 2009다90924

채무인수

1. ****[1] 채무자와 제3자의 면책적 채무인수로 채무자가 채무를 면하기 위한 요건(=채권자의 승낙) 및 삼면계약에 의하지 않은 계약인수로 양도인이 계약관계에서 탈퇴하기 위한 요건(=나머지 당사자의 동의 내지 승낙)** 민법 제454조는 제3자가 채무자와 계약으로 채무를 인수하여 채무자의 채무를 면하게 하는 면책적 채무인수의 경우에 채권자 승낙이 있어야 채권자에 대하여 효력이 생긴다고 규정하고 있으므로, 채권자의 승낙이 없는 경우에는 채무자와 인수인 사이에서 면책적 채무인수 약정을 하더라도 이행인수 등으로서 효력밖에 갖지 못하며 채무자는 채무를 면하지 못한다. 그리고 계약당사자로서 지위 승계를 목적으로 하는 계약인수는 계약으로부터 발생하는 채권·채무 이전 외에 계약관계로부터 생기는 해제권 등 포괄적 권리의무의 양도를 포함하는 것으로서, 계약인수가 적법하게 이루어지면 양도인은 계약관계에서 탈퇴하게 되고, 계약인수 후에는 양도인의 면책을 유보하였다는 등 특별한 사정이 없는 한 잔류당사자와 양도인 사이에는 계약관계가 존재하지 않게 되며 그에 따른 채권채무관계도 소멸하지만, 이러한 계약인수는 양도인과 양수인 및 잔류당사자의 합의에 의한 삼면계약으로 이루어지는 것이 통상적이며 관계당사자 3인 중 2인의 합의가 선행된 경우에는 나머지 당사자가 이를 동의 내지 승낙하여야 그 효력이 생긴다.

[2] 지방자치단체가 계약관계에서 발생한 채무를 채권자 승낙 없이 조례 제정을 통해 지방공사에 면책적으로 인수시킬 수 있는지 여부(소극) 계약에서 채무자가 변경될 경우에 채권자의 승낙을 얻도록 함으로써 채권자가 불이익을 입지 않도록 하려는 민법 제454조의 규정과 계약인수의 해석론에 비추어 보면, 통상 변제자력이 더 풍부한 지방자치단체가 계약관계에서 발생한 채무에 관하여 채권자의 승낙을 받지 않고 일반적으로 조례 제정을 통하여 지방공사에 면책적으로 인수시킬 수 있다고 보는 것은 부당하고, 지방자치단체에 대하여 민법 제454조의 적용을 배제할 만한 합리적인 이유를 찾을 수 없다.

[3] 시영아파트를 건축·분양한 지방자치단체가 조례를 제정하여 지방공사를 설립한 후 분양계약에 관한 사무 내지는 분양계약 당사자의 지위를 포괄하여 인수시켰는데, 수분양자들이 지방자치단체를 상대로 아파트에 관한 하자담보책임을 구한 사안에서, 지방자치단체가 조례 규정에 기초하여 지방공사에 분양계약에 관한 사무 내지는 분양계약 당사자의 지위를 포괄하여 인수시키고 하자담보책임을 비롯한 분양자의 권리의무를 승계시켰더라도 채권자인 수분양자들의 승낙 없이는 하자담보책임을 면할 수 없는데도, 수분양자들의 승낙 여부를 따져보지도 않은 채 조례 규정에만 근거하여 지방자치단체가 분양자의 지위에서

벗어났다고 본 원심판결에 면책적 채무인수 내지는 계약인수 및 조례 규정의 해석에 관한 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다88303

계약인수

* 계약당사자로서의 지위 승계를 목적으로 하는 계약인수는 계약당사자 및 인수인의 3면 합의에 의하여 계약당사자 중 일방이 당사자로서의 지위를 포괄적으로 제3자에게 이전하여 계약관계에서 탈퇴하고 제3자가 그 지위를 승계하는 것을 목적으로 하는 계약으로서 3면 계약으로 이루어지는 것이 보통이나 관계 당사자 중 2인이 합의하고 나머지 당사자가 이를 동의 내지 승낙하는 방법으로도 가능하고, 나머지 당사자의 동의 내지 승낙이 반드시 명시적 의사표시에 의하여야 하는 것은 아니며 묵시적 의사표시에 의하여서도 가능하다. 이러한 계약인수 여부가 다투어지는 경우에는, 그것이 계약 주체의 변동을 초래하는 등 당사자 사이의 법률상 지위에 중대한 영향을 미치는 법률행위인 점을 고려하여, 계약의 성질, 당사자의 거래 동기와 경위, 거래 형식 및 내용, 당사자가 그 거래행위에 의하여 달성하려는 목적, 거래관행 등에 비추어 신중하게 판단하여야 할 것이다. 대법원 2012. 6. 28. 2010다54535, 54542

IV. 채권각론

민법 제536조 제2항에서 정한 '상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유'

**[1] 민법 제536조 제2항에서 정한 '상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유'의 의미 및 그 판단 기준: 민법 제536조 제2항은 쌍무계약의 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행을 하여야 하는 의무를 지고 있는 경우에도 "상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때"에는 동시이행의 항변권을 가진다고 하여, 이른바 '불안의 항변권'을 규정한다. 여기서 '상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유'란 선이행채무를 지게 된 채무자가 계약 성립 후 채권자의 신용불안이나 재산상태의 악화 등의 사정으로 반대급부를 이행받을 수 없는 사정변경이 생기고 이로 인하여 당초의 계약내용에 따른 선이행의무를 이행하게 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우를 말하고, 이와 같은 사유가 있는지 여부는 당사자 쌍방의 사정을 종합하여 판단되어야 한다.

[2] 도급계약에서 일정 기간마다 이미 행하여진 공사부분에 대하여 기성공사금 등의 대가를 지급하기로 약정되어 있는데도 도급인이 정당한 이유 없이 이를

지급하지 않아 수급인에게 당초 계약내용에 따른 선이행의무의 이행을 요구하는 것이 공평에 반하게 되는 경우, 수급인이 민법 제536조 제2항에 의하여 계속공사의무의 이행을 거절할 수 있는지 여부(적극) 민법 제536조 제2항의 이른바 불안의 항변권을 발생시키는 사유에 관하여 신용불안이나 재산상태 악화와 같이 채권자측에 발생한 **객관적·일반적 사정만이 이에 해당한다고 제한적으로 해석할 이유는 없다.** 특히 상당한 기간에 걸쳐 공사를 수행하는 도급계약에서 일정 기간마다 이미 행하여진 공사부분에 대하여 기성공사금 등의 이름으로 그 대가를 지급하기로 약정되어 있는 경우에는, 수급인의 일회적인 급부가 통상 선이행되어야 하는 일반적인 도급계약에서와는 달리 위와 같은 공사대금의 즉차적인 지급이 수급인의 장래의 원만한 이행을 보장하는 것으로 전제된 측면도 있다고 할 것이어서, 도급인이 계약 체결 후에 위와 같은 약정을 위반하여 정당한 이유 없이 기성공사금을 지급하지 아니하고 이로 인하여 수급인이 공사를 계속해서 진행하더라도 그 공사내용에 따르는 공사금의 상당 부분을 약정대로 지급받을 것을 합리적으로 기대할 수 없게 되어서 수급인으로 하여금 당초의 계약내용에 따른 선이행의무의 이행을 요구하는 것이 공평에 반하게 되었다면, **비록 도급인에게 신용불안 등과 같은 사정이 없다고 하여도 수급인은 민법 제536조 제2항에 의하여 계속공사의무의 이행을 거절할 수 있다고 할 것이다.** 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다93025

매매예약완결권

*** 꼭 봐야 할 판례 

[1] 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 각각의 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.

[2] **甲이** 乙에게 돈을 **대여하면서** 담보 목적으로 乙 소유의 부동산 지분에 관하

여 乙의 다른 채권자들과 공동명의로 매매예약을 체결하고 각자의 채권액 비율에 따라 지분을 특정하여 가등기를 마친 사안에서, 채권자가 **각자의 지분별로 별개의 독립적인** 매매예약완결권을 갖는 것으로 보아, **甲이 단독으로** 담보목적물 중 자신의 지분에 관하여 **매매예약완결권을 행사할 수 있고**, 이에 따라 **단독으로** 자신의 지분에 관하여 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구할 수 있다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

[3] 공동명의로 담보가등기를 마친 수인의 채권자가 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약완결권을 가지는 경우, 채권자 중 1인이 단독으로 자신의 지분에 관한 청산절차를 이행한 후 소유권이전의 본등기절차 이행을 구할 수 있는지 여부(적극)공동명의로 담보가등기를 마친 **수인의** 채권자가 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약완결권을 가지는 경우, 채권자 중 1인은 단독으로 자신의 지분에 관하여 가등기담보 등에 관한 법률이 정한 청산절차를 이행한 후 소유권이전의 본등기절차 이행청구를 할 수 있다.(이와 달리 1인의 채무자에 대한 수인의 채권자의 채권을 담보하기 위하여 그 수인의 채권자와 채무자가 채무자 소유의 부동산에 관하여 수인의 채권자를 권리자로 하는 1개의 매매예약을 체결하고 그에 따른 가등기를 마친 경우에, 매매예약의 내용이나 매매예약완결권 행사와 관련한 당사자의 의사와 관계없이 언제나 수인의 채권자가 공동으로 매매예약완결권을 가진다고 보고, 매매예약완결의 의사표시도 수인의 채권자 전원이 공동으로 행사하여야 한다는 취지의 대법원 1984. 6. 12. 선고 83다카2282 판결, 대법원 1985. 5. 28. 선고 84다카2188 판결, 대법원 1985. 10. 8. 선고 85다카604 판결, 대법원 1987. 5. 26. 선고 85다카2203 판결 등은 이 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경하기로 한다.) 대법원 2012. 2. 16. 선고 2010다82530 전원합의체

임대차

1.**[1] 임대인의 수선의무를 발생시키는 사용·수익의 방해에 해당하는지에 관한 판단 기준: 임대차계약에 있어서 임대인은 임대차 목적물을 계약 존속 중 그 사용·수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무(이하 '임대인의 수선의무'라고 한다)를 부담한다(민법 제623조). 그리하여 그 목적물에 파손 또는 장애가 생긴 경우에 그것을 수선하지 아니하면 임차인이 계약에 의하여 정하여진 목적에 따라 사용·수익하는 것을 방해받을 정도의 것이라면 임대인은 그 수선의무를 부담한다 할 것이다. 이와 같은 임대인의 수선의무는 특별한 사정이 없는 한 임대차의 목적에 따른 용도대로 임차인으로 하여금 그 목적물을 사용·수익시키는 데

필요한 범위에서 인정되는 것으로서, 임대인의 수선의무를 발생시키는 사용·수익의 방해에 해당하는지 여부는 구체적인 사안에 따라 목적물의 종류 및 용도, 파손 또는 장애의 규모와 부위, 이로 인하여 목적물의 사용·수익에 미치는 영향의 정도, 그 수선이 용이한지 여부와 이에 소요되는 비용, 임대차계약 당시 목적물의 상태와 차임의 액수 등 제반 사정을 참작하여 사회통념에 의하여 판단하여야 할 것이다.

[2] 제1, 2차 집중호우로 각각 임대목적물인 공장에 인접한 임야 일부가 붕괴되면서 밀려 내려온 토사류가 공장 벽체를 일부 파손하고 공장 내부까지 들어와 임차인 甲 소유의 원자재, 기계 및 완제품이 훼손된 사안에서, 제반 사정에 비추어 제1차 집중호우에 따른 임야의 일부 붕괴사고가 발생하기 전까지 임대목적물인 공장 건물 및 부지는 계약에서 정한 목적에 따라 사용·수익하는 데 필요한 상태를 갖추고 있었다고 보이고, 제1차 집중호우에 따라 甲이 공장 및 부지를 사용·수익할 수 없는 장애가 발생하였더라도 임대인 乙이 부담하는 수선의무의 범위에 집중호우가 발생할 경우 임야가 붕괴될 수 있는 가능성을 염두에 두고 공장에 피해가 발생하지 아니하도록 방호조치를 취할 의무까지 포함된다고 볼 수 없으므로, 이와 달리 乙에게 공장의 사용·수익에 필요한 상태를 유지하기 위하여 제1차 집중호우 발생 전후에 걸쳐 임야에 맞닿은 쪽에 담장을 설치하거나 견고한 재질에 의하여 공장 벽체를 시공할 의무가 있다고 본 원심판결에 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다107405

2.** **꼭 봐야 할 판례**

[1] 주택 소유자는 아니지만 적절한 임대권한을 가진 임대인과 임대차계약을 체결한 경우에도 주택임대차보호법이 적용되는지 여부(적극) 주택임대차보호법이 적용되는 임대차는 반드시 임차인과 주택 소유자인 임대인 사이에 임대차계약이 체결된 경우에 한정되는 것은 아니고, 주택 소유자는 아니더라도 주택에 관하여 적법하게 임대차계약을 체결할 수 있는 권한을 가진 임대인과 임대차계약이 체결된 경우도 포함된다.

[2] 여러 필지의 임차주택 대지 중 일부가 타인에게 양도되어 일부 대지만 경매되는 경우 임차인이 대지 경매대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있는지 여부(적극) 및 임차인이 대항력과 확정일자를 갖춘 후에 임대차계약이 갱신된 경우 종전 임대차 내용에 따른 우선변제권을 행사할 수 있는 기준 시점(=대항력과 확정일자를 갖춘 때) 대항요건 및 확정일자를 갖춘 임차인과 소액임차인은 임차주택과 대지가 함께 경매될 경우뿐만 아니라 임차주택과 별도로 대지만

이 경매될 경우에도 대지의 환가대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있다. 이와 같은 우선변제권은 이른바“법정담보물권”의 성격을 갖는 것으로서 임대차 성립 시의 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 임차인은 대지의 경매대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있다. **이러한 법리는 여러 필지의 임차주택 대지 중 일부가 타인에게 양도되어 일부 대지만이 경매되는 경우도 마찬가지라** 할 것이다. 한편 임차인이 대항력과 확정일자를 갖춘 후에 임대차계약이 갱신되더라도 대항력과 확정일자를 갖춘 때를 기준으로 **중전** 임대차 내용에 따른 **우선변제권을 행사할 수 있다.** 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012다45689

3. **꼭 봐야 할 판례**

부동산 임대인이 임차인을 상대로 차임연체로 인한 임대차계약의 해지를 원인으로 임대차목적물인 부동산의 인도 및 연체차임의 지급을 구하는 소송을 제기한 경우, 그 소송비용을 반환할 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있는지 여부(적극) 및 임차인이 이미 다른 사람에게 임대차보증금 반환채권을 양도하고 임대인에게 양도통지를 한 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

부동산임대차에서 임차인이 임대인에게 지급하는 임대차보증금은 임대차관계가 종료되어 목적물을 반환하는 때까지 임대차관계에서 발생하는 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서, 임대인이 임차인을 상대로 차임연체로 인한 임대차계약의 해지를 원인으로 임대차목적물인 부동산의 인도 및 연체차임의 지급을 구하는 소송비용은 임차인이 부담할 원상복구비용 및 차임지급의무 불이행으로 인한 것이어서 임대차관계에서 발생하는 임차인의 채무에 해당하므로 이를 반환할 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있고, 한편 임대인의 임대차보증금 반환의무는 임대차관계가 종료되는 경우에 임대차보증금 중에서 목적물을 반환받을 때까지 생긴 임차인의 모든 채무를 공제한 나머지 금액에 관하여서만 비로소 이행기에 도달하는 것이므로, 임차인이 다른 사람에게 임대차보증금 반환채권을 양도하고, 임대인에게 양도통지를 하였어도 임차인이 임대차목적물을 인도하기 전까지는 임대인이 위 소송비용을 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있다. 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012다49490

4. 꼭 봐야 할 판례

임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 달한다는 이유로 임대인이 임대차계약을 해지하는 경우, 그 사유를 전차인에게 통지하여야만 해지으로써 전차인에게 대항할 수 있는지 여부(소극) 및 이 경우 임대차계약이 종료하는 시점(=해지의 의사표시가 임차인에게 도달한 즉시)

민법 제638조 제1항, 제2항 및 제635조 제2항에 의하면 임대차계약이 해지 통고로 인하여 종료된 경우에 그 임대물이 적법하게 전대되었을 때에는 임대인은 전차인에 대하여 그 사유를 통지하지 아니하면 해지으로써 전차인에게 대항하지 못하고, 전차인이 통지를 받은 때에는 토지, 건물 기타 공작물에 대하여는 임대인이 해지를 통고한 경우에는 6월, 임차인이 해지를 통고한 경우에는 1월, 동산에 대하여는 5일이 경과하면 해지의 효력이 생긴다고 할 것이지만 **민법 제640조에 터 잡아 임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 달함에 따라 임대인이 임대차계약을 해지하는 경우에는** 전차인에 대하여 그 사유를 통지하지 않더라도 해지으로써 전차인에게 대항할 수 있고, 해지의 의사표시가 임차인에게 도달하는 즉시 임대차관계는 해지로 종료된다. 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012다55860

부당이득

1. 꼭 봐야 할 판례

[1] 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 시행 이후 예금주 명의의 신탁이 이루어진 다음 출연자가 사망함에 따라 금융기관이 출연자의 공동상속인 전부 또는 일부에게 예금채권을 유효하게 변제한 경우, 예금명의자가 공동상속인 전부 또는 일부를 상대로 예금 상당액의 부당이득반환을 구할 수 있는지 여부(소극) 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 시행 이후 예금주 명의의 신탁이 이루어진 다음 출연자가 사망함에 따라 금융기관이 출연자의 공동상속인들 중 전부 또는 일부에게 예금채권을 유효하게 변제하였다면, 변제된 예금은 출연자와 예금명의자의 명의신탁약정상 예금명의자에 대한 관계에서는 출연자의 공동상속인들에게 귀속되었다고 보아야 하므로, **이러한 경우 예금명의자는** 예금을 수령한 공동상속인들의 전부 또는 일부를 상대로 예금 상당액의 **부당이득반환을 구할 수 없다.**

[2] 甲이 乙 투자증권회사에 손자녀인 丙 등의 명의로 수익증권계좌를 개설한 뒤 자신의 자금을 입금하여 사망하기 전까지 계좌의 통장과 인장을 관리하였는데, 甲의 딸인 丁이 甲 사망 후 계좌에 있던 수익증권을 전부 매도하여 매도대

금을 전액 출금한 사안에서, 제반 사정에 비추어 甲이 丙 등에게 적어도 묵시적으로나마 계좌 명의를 신탁하였고, 위 계좌의 명의신탁이 이루어진 다음 甲이 사망함에 따라 乙 회사가 계좌 통장과 인장을 소지한 甲의 공동상속인 중 1인인 丁에게 계좌에 있던 수익증권의 매도대금을 유효하게 변제하였다고 볼 여지가 충분히 있으므로, 변제된 매도대금은 명의신탁약정상 丙 등에 대한 관계에서 甲의 공동상속인들에게 귀속되었다고 할 것이어서, 丙 등은 丁을 상대로 매도대금 상당액의 부당이득반환을 구할 수 없음에도, 이와 달리 丁의 부당이득반환의무를 인정한 원심판결에 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011다86720

2.[1] 출금계좌의 예금주가 수취인 앞으로 계좌이체를 지시하거나 수취인의 추심이체에 관하여 출금 동의 등을 한 바가 없는데도 은행이 그러한 지시나 동의 등이 있는 것으로 착오를 일으켜 계좌이체 등을 한 경우, 수취인이 입금액 상당 예금채권을 취득하는지 여부(원칙적 적극) 및 이 경우 수취인의 예금계좌가 은행에 개설되어 있다면 은행이 오류정정의 방법으로 자금이체 등을 취소시킬 수 있는지 여부(원칙적 적극) 자금이체는 은행 간 및 은행점포 간의 송금절차를 통하여 저렴한 비용으로 안전하고 신속하게 자금을 이동시키는 수단이고, 다수인 사이에 다액의 자금이동을 원활하게 처리하기 위하여 그 중개역할을 하는 은행이 각 자금이동의 원인인 법률관계의 존부, 내용 등에 관여함이 없이 이를 수행하는 체제로 되어 있다. 따라서 예금거래기본약관에 따라 송금의뢰인이 수취인의 예금계좌에 자금이체를 하여 예금원장에 입금의 기록이 된 때에는 특별한 사정이 없는 한 송금의뢰인과 수취인 사이에 자금이체의 원인인 법률관계가 존재하는지에 관계없이 수취인과 수취은행 사이에는 입금액 상당의 예금계약이 성립하고, 수취인은 수취은행에 대하여 입금액 상당의 예금채권을 취득한다. 이와 같은 법리는 출금계좌의 예금주가 수취인 앞으로의 계좌이체에 대하여 지급지시를 하거나 수취인의 추심이체에 관하여 출금 동의 등을 한 바가 없는데도, 은행이 그와 같은 지급지시나 출금 동의가 있는 것으로 착오를 일으켜 출금계좌에서 예금을 인출한 다음 이를 수취인의 예금계좌에 입금하여 그 기록이 완료된 때에도 동일하게 적용된다고 봄이 타당하므로, 수취인은 이러한 은행의 착오에 의한 자금이체의 경우에도 입금액 상당의 예금채권을 취득한다. 이 경우 은행은 입금기록이 완료됨과 동시에 수취인에 대하여 입금액 상당의 부당이득반환청구권을 취득하게 되는데, 전자금융거래법 제8조 제3항이“금융기관 또는 전자금융업자는 스스로 전자금융거래에 오류가 있음을 안 때에는 이를 즉시

조사하여 처리한 후 오류가 있음을 안 날부터 2주 이내에 오류의 원인과 처리 결과를 대통령령으로 정하는 방법에 따라 이용자에게 알려야 한다.”고 하여 오류정정이 허용될 경우의 처리절차에 관하여 규정하고 있는 점, 착오로 입금이 이루어진 수취인의 예금계좌가 그 은행에 개설되어 있는 경우 은행으로서는 수취인에 대한 부당이득반환청구권을 자동채권으로 하여 수취인의 예금채권과 상계할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 은행은 위와 같은 상계로써 수취인의 예금채권에 관하여 이미 이해관계를 가지게 된 제3자 등에게 대항할 수 없다는 등 특별한 사정이 없는 한, 착오로 인한 자금이체에 의하여 발생한 채권채무관계를 정리하기 위하여 수취인의 예금계좌에 대한 입금기록을 정정하여 자금이체를 취소시키는 방법으로 은행의 수취인에 대한 부당이득반환청구권과 수취인의 은행에 대한 예금채권을 모두 소멸시킬 수 있다. [2] 압류·추심명령에 따라 압류된 채권액 상당에 관하여 제3채무자가 압류채권자에게 지체책임을 지는 시기(=추심명령 발령 후 압류채권자로부터 추심금 청구를 받은 다음날부터)추심명령은 압류채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 추심할 권능을 수여함에 그치고, 제3채무자로 하여금 압류채권자에게 압류된 채권액 상당을 지급할 것을 명하거나 그 지급 기한을 정하는 것이 아니므로, 제3채무자가 압류채권자에게 압류된 채권액 상당에 관하여 지체책임을 지는 것은 집행법원으로부터 추심명령을 송달받은 때부터가 아니라 추심명령이 발령된 후 압류채권자로부터 추심금 청구를 받은 다음날부터라고 하여야 한다. 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다47117

3. **[1] 횡령한 금전을 자신의 채권자에 대한 채무변제에 사용하거나 제3자에게 증여한 경우, 채권자나 수증자가 편취행위의 피해자에 대한 관계에서 부당이득을 얻은 것인지 여부(원칙적 소극) 부당이득제도는 이득자의 재산상 이득이 법률상 원인을 결여하는 경우에 공평·정의의 이념에 근거하여 이득자에게 반환의무를 부담시키는 것인데, 채무자가 피해자에서 횡령한 금전을 자신의 채권자에 대한 채무변제에 사용하는 경우 채권자가 변제를 수령하면서 그 금전이 횡령한 것이라는 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 채권자의 금전취득은 피해자에 대한 관계에서 법률상 원인이 있는 것으로 봄이 타당하며, 이와 같은 법리는 채무자가 횡령한 돈을 제3자에게 증여한 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다.

[2] 甲이 지방세공무원으로 재직하던 중 아무런 과오납 환부사유가 없는 사망자나 관외 거주자 등에게 과오납 환부사유가 있는 것처럼 서류를 작성하여 친

정아버지인 乙을 포함한 가족들 또는 지인들 명의의 계좌로 과오납금을 송금하는 방법으로 수차례 횡령을 하였는데, 乙이 자신에게 송금된 돈 중 甲에게 다시 계좌이체를 해주고 남은 돈 및 횡령금의 일부로서 甲에게서 별도로 교부받은 돈을 집수리비용과 차량구입비용으로 사용한 사안에서, 甲이 횡령금 중 일부를 乙에게 송금하거나 교부함으로써 증여하였다고 볼 수 있으므로, 乙이 위 돈을 송금받거나 교부받을 당시 그것이 횡령한 것이라는 점에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 있었는지에 관하여 심리한 다음 부당이득 성립 여부를 판단하였어야 하는데도, 이에 이르지 않은 채 선의취득 여부만을 살펴 乙의 부당이득반환의무를 인정 한 원심판결을 파기한 사례. 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다74246

4. ****첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자로부터 피보전권리를 양수한 채권양수인이 배당표 확정 전까지 채권양수사실을 제대로 소명하지 못함에 따라 가압류채권자에게 배당된 금액을 다른 배당참가 채권자가 배당이의의 소를 제기하여 배당받은 경우, 채권양수인이 그 채권자를 상대로 부당이득반환을 구할 수 있는지 여부(적극)**

첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자로부터 피보전권리를 양수한 채권양수인이 경매법원에 채권신고를 하였으나 배당표가 확정되기 전까지 채권양수사실을 제대로 소명하지 못함에 따라 가압류채권자에게 배당된 경우에, 다른 배당참가 채권자가 가압류채권자의 피보전권리는 채권양수인에게 양도되어 이미 소멸하였다는 이유로 가압류채권자에게 배당된 금액에 대하여 배당이의를 제기하고 배당이의의 소를 통해 가압류채권자에게 배당된 금액을 배당받는다면 채권양수인은 그 채권자를 상대로 가압류채권자의 배당액에 관하여 부당이득반환청구를 할 수 있다. 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010다94090

불법행위

1. ****[1] 불법행위로 인한 손해배상채무의 지연손해금 발생 시기 : 불법행위로 인한 손해배상채무에 대하여는 별도의 이행 최고가 없더라도 채무성립과 동시에 지연손해금이 발생하는 것이 원칙이다. 다만 불법행위시와 변론종결시 사이에 장기간의 세월이 경과함으로써 위자료 산정의 기준되는 변론종결시의 국민소득수준이나 통화가치 등의 사정이 불법행위시에 비하여 상당한 정도로 변동한 결과 그에 따라 이를 반영하는 위자료 액수 또한 현저한 증액이 불가피한 경우에는, 예외적으로 불법행위로 인한 위자료 배상채무의 지연손해금은 위자료 산정의 기준시인 사실심 변론종결 당일부터 발생한다고 보아야 한다.**

[2] 불법행위로 인한 위자료배상채무의 지연손해금이 사실심 변론종결일부터 기산된다고 보아야 하는 **예외적인 경우**, 변론종결시의 위자료 **원금을 증액**할 수 있는지 여부(적극) 불법행위로 인한 위자료 배상채무의 지연손해금이 사실심 변론종결일부터 기산된다고 보아야 하는 예외적인 경우에는 그 채무가 성립한 불법행위 당시를 기준으로 즉시 지급함이 적절하다고 보이는 액수의 위자료에 대한 배상이 변론종결시까지 장기간 지연된 사정을 참작하여 변론종결시의 위자료 원금을 적절히 증액 산정할 필요가 있고, 나아가 공무원들에 의하여 조직적이고 의도적으로 중대한 인권침해행위가 자행된 경우 유사한 사건의 재발을 억제·예방할 필요성 등도 위자료를 산정하면서 중요한 참작사유로 고려되어야 한다.

[3] 불법구금 등에 따른 손해배상액을 산정하는 과정에서 구 형사보상법에 의하여 먼저 받은 형사보상금을 공제하는 방법: 구 형사보상법(2011. 5. 23. 법률 제10698호 형사보상 및 명예회복에 관한 법률로 전부 개정되기 전의 것) 제5조 제1항은“이 법은 보상을 받을 자가 다른 법률의 규정에 의하여 손해배상을 청구함을 금하지 아니한다.”고 규정하고 있고, 제5조 제3항은“다른 법률의 규정에 의하여 손해배상을 받을 자가 동일한 원인에 대하여 이 법에 의한 보상을 받았을 때에는 그 보상금의 액수를 공제하고 손해배상의 액수를 정하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 현행 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제6조 제1항과 제3항 역시 같은 취지의 규정을 두고 있다. 그런데 형사절차에서 억울하게 구금 또는 형의 집행을 받은 자는 공무원의 귀책사유를 입증하여 손해배상을 받을 수도 있고, 공무원의 귀책사유를 입증할 필요 없이 형사보상을 받는 방법을 통하여 간편·신속하게 피해를 구제받을 수도 있는데, 형사보상제도가 마련된 취지에 비추어 손해배상에 앞서 형사보상을 먼저 받은 자에게 불이익이 생겨서는 안 되는 점이나 손해배상과 형사보상 모두가 동일한 피해에 대한 손해전보 수단으로서 기능을 같이하는 점 등에 비추어, 손해배상액을 산정하는 과정에서 위 관련 규정에 의하여 먼저 받은 형사보상금을 공제할 때에는 이를 손해배상채무의 변제액 공제에 준하여 **민법에서 정한 변제충당의 일반 원칙에 따라 형사보상금을 지급받을 당시 손해배상채무의 지연손해금과 원본 순서로 충당하여 공제하는 것이 타당하고, 형사보상금을 곧바로 손해배상액 원본에서 공제할 것은 아니지만, 예외적으로 불법행위로 인한 위자료 배상채무의 지연손해금이 사실심 변론종결일부터 기산되는 경우 형사보상금 수령일을 기준으로 지연손해금이 발생하지 아니한 위자료 원본 액수가 이미 수령한 형사보상금 액수 이상인 때에는 계산의 번잡을 피하기 위하여 이미 지급받은 형사보상금을 위자료 원본에서 우선 공제하여도 무방하다.** 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다38325

2. [1] 피용자 또는 피용자와 공동불법행위 관계에 있는 다른 불법행위자가 불법행위 성립 후 피해자에게 **일부** 손해액을 변제하거나 불법행위 은폐 등 수단으로 돈을 지급한 경우, **사용자의 손해배상책임이 소멸하는 범위(=변제금 중 사용자의 과실비율에 상응하는 금액)** 피용자 또는 피용자와 공동불법행위 관계에 있는 다른 불법행위자가 불법행위 성립 후에 피해자에게 손해액 일부를 변제하였다면, 변제금 중 사용자의 과실비율에 상응하는 만큼은 사용자가 배상하여야 할 손해액 일부로 변제된 것으로 보아 사용자의 손해배상책임이 그 범위 내에서는 소멸하게 되고, 이러한 법리는 피용자 또는 피용자와 공동불법행위 관계에 있는 다른 불법행위자가 불법행위 성립 후에 피해자에게 일부 돈을 지급하면서 명시적으로 손해배상의 일부 변제조로 지급한 것은 아니지만, 불법행위를 은폐하거나 기망 수단으로 지급한 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다.

[2] 甲 주식회사의 피용자 乙이 업무상 보관하던 甲 회사의 업무용 인감을 이용하여 독점판매계약서 등을 위조한 다음 丙 주식회사에 보여주어 丙 회사로 하여금 丁 주식회사에 돈을 대여하도록 하였는데, 그 후 자신의 불법행위를 은폐할 목적으로 丙 회사와 변제약정을 체결하여 일부 돈을 지급한 사안에서, 변제약정에 따른 乙의 채무가 甲 회사의 사용자책임에 따른 손해배상채무와 별개 원인으로 발생한 독립된 채무라고 보기 어려우므로, 위 변제금 중 甲 회사의 과실비율에 상응하는 만큼 甲 회사의 손해배상채무가 변제된 것으로 보아야 하는 데도, 乙이 지급한 돈이 변제약정 이행이라는 형태를 취한 사정에만 근거하여 乙이 단독으로 채무를 부담하는 부분에 먼저 충당된다고 본 원심판결에 피용자 본인이 손해액 일부를 변제한 경우에 사용자가 배상할 책임이 있는 손해의 범위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다73765

3. [1] 가해행위와 그로 인한 현실적인 손해 발생 사이에 시간적 간격이 있는 불법행위에 기한 손해배상채권의 경우, 소멸시효 기산점이 되는 ‘불법행위를 한 날’의 의미: 가해행위와 그로 인한 현실적인 손해의 발생 사이에 시간적 간격이 있는 불법행위에 기한 손해배상채권의 경우, 소멸시효의 기산점이 되는 ‘불법행위를 한 날’의 의미는 단지 관념적이고 부동적인 상태에서 잠재적으로만 존재하고 있는 손해가 그 후 현실화되었다고 볼 수 있는 때, 다시 말하자면 손해의 결과 발생이 현실적인 것으로 되었다고 할 수 있는 때로 보아야 한다. 대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다54566

4. ** [1] 채무자의 고의 또는 과실에 의하여 자신의 권리를 침해받은 채권자가 부득이하게 외국에서 소를 제기하고 그와 관련하여 변호사 비용을 지출할 수밖에 없었던 경우, 채권자가 지출한 변호사 보수 전액이 곧바로 상당인과관계 있는 손해에 해당한다고 볼 수 있는지 여부(소극)채무불이행으로 인한 손해배상의 범위를 정할 때에는 채무불이행과 손해 사이에 자연적 또는 사실적 인과관계가 존재하는 것만으로는 부족하고 이념적 또는 법률적 인과관계, 즉 상당인과관계가 있어야 한다. 따라서 채무자의 고의 또는 과실에 의하여 자신의 권리를 침해받은 채권자가 자신의 권리 보호를 위하여 부득이하게 외국에서 소송을 제기하고 그와 관련하여 변호사 비용을 지출할 수밖에 없었다고 하더라도 채권자가 지출한 변호사 보수 전액이 곧바로 상당인과관계가 있는 손해에 해당한다고 볼 수는 없고 상당한 범위 내의 변호사 보수액만을 상당인과관계가 있는 손해로 보아야 한다.

[2] 한국에 있는 甲 사찰이 중개계약 체결권한을 위임받은 乙의 채무불이행으로 인하여 미국 부동산 중개업체인 丙 회사에 과다한 중개수수료를 지급하였다가 이를 돌려받기 위하여 부득이하게 미국에서 丙 회사 등을 상대로 소를 제기하고 그와 관련하여 변호사 보수를 지출한 사안에서, 甲 사찰이 변호사 보수를 지출한 경위와 지급내역, 소송물 가액, 위임업무의 성격과 난이도 등 구체적 사정을 고려하여 상당한 범위 내의 보수액만을 상당인과관계 있는 손해로 보아야 하는데도, 이와 달리 변호사 보수 전액이 곧바로 상당인과관계 있는 손해에 해당한다고 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다81315

5. *** **꼭 봐야 할 판례**

◇2009. 5. 8. 법률 제9648호로 전부 개정된 실화책임에 관한 법률(이하 '개정 실화책임법'이라고 한다) 하에서 공작물의 설치·보존상의 하자에 의하여 직접 발생한 화재로부터 연소한 부분에 대한 손해배상책임의 "성부"를 판단하는데 적용되는 규정(=민법 제758조 제1항)◇

구 실화책임에 관한 법률(2009. 5. 8. 법률 제9648호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 실화책임법'이라고 한다)은 "민법 제750조의 규정은 실화의 경우에는 중대한 과실이 있을 때에 한하여 이를 적용한다"고 규정하고 있었으나, 개정 실화책임법은 제1조에서 "이 법은 실화의 특수성을 고려하여 실화자에게 중대한 과실이 없는 경우 그 손해배상액의 경감에 관한 민법 제765조의 특례를 정함을 목적으로 한다"고 규정하고, 제2조에서 "이 법은 실화로 인하여 화재가 발생한

경우 연소로 인한 부분에 대한 손해배상청구에 한하여 적용한다”고 규정하고 있다.

위와 같이 개정 실화책임법은 구 실화책임법과 달리 손해배상액의 경감에 관한 특례 규정만을 두었을 뿐 손해배상의무의 성립을 제한하는 규정을 두고 있지 아니하므로, 공작물의 점유자 또는 소유자가 공작물의 설치·보존상의 하자로 인하여 생긴 화재에 대하여 손해배상책임을 지는지 여부는 다른 법률에 달리 정함이 없는 한 일반 민법의 규정에 의하여 판단하여야 한다. 따라서 공작물의 설치·보존상의 하자에 의하여 직접 발생한 화재로 인한 손해배상책임 뿐만 아니라 그 화재로부터 연소한 부분에 대한 손해배상책임을 관하여도 공작물의 설치·보존상의 하자과 그 손해 사이에 상당인과관계가 있는 경우에는 **민법 제758조 제1항이 적용되고**, 실화가 증대한 과실로 인한 것이 아닌 한 그 화재로부터 연소한 부분에 대한 손해의 배상의무자는 개정 실화책임법 제3조에 의하여 손해배상액의 **경감**을 받을 수 있다.

개정 실화책임법 하에서도 구 실화책임법 하에서와 마찬가지로 공작물의 설치·보존상의 하자에 의하여 직접 발생한 화재로 인한 손해배상책임을 관하여는 민법 제758조 제1항이 적용되지만 그 화재로부터 연소한 부분에 대한 손해배상책임을 관하여는 민법 제750조가 적용된다고 본 원심판결을 파기한 사안. 대법원 2012. 6. 28. 2010다58056

6.*[1] 의사의 의료행위가 그 과정에 주의의무 위반이 있어서 불법행위가 된다고 하여 손해배상을 청구하는 경우에도 일반 불법행위와 마찬가지로 의료행위상 과실과 손해발생 사이에 인과관계가 있어야 하고, 이에 대한 증명책임은 환자 측에서 부담하지만, 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인으로서의 의사의 의료행위 과정에 주의의무 위반이 있었는지, 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 있으므로, 수술 도중이나 수술 후 환자에게 중한 결과의 원인이 된 증상이 발생한 경우 증상 발생에 관하여 의료상 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들이 증명되면 그와 같은 증상이 의료상 과실에 기한 것으로 추정할 수 있다. 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다57787

7.*[1] 교원소청심사위원회가 처분권자의 처분을 변경하는 결정을 한 경우, 그 결정에 의하여 바로 교원과 학교법인 사이에 결정 내용에 따른 법률관계의 변동이 일어나는지 여부(적극) 교원지위 향상을 위한 특별법(이하 '교원지위특별

법'이라 한다) 제9조 제1항, 제10조 제2항, 교원소청에 관한 규정 제16조 제2항 제3호의 규정 취지와 교원에 대한 예우 및 처우를 개선하고 신분보장을 강화함으로써 교원의 지위를 향상시키고 교육 발전을 도모하고자 하는 교원지위특별법의 목적(제1조) 등에 비추어 볼 때, 교원소청심사위원회가 처분권자의 처분을 변경하는 결정을 한 때에는 그 결정에 의하여 바로 교원과 학교법인 사이에 결정 내용에 따른 법률관계의 변동이 일어난다.

[2] 학교법인이 소속 대학교수를 본연의 업무에서 배제하려는 의도로 강의 과목 및 시간을 배정하지 않는 등으로 강의를 할 수 없게 한 경우, 대학교수가 입게 되는 정신적 고통에 대하여 배상할 의무가 있는지 여부(원칙적 적극) 사용자는 특별한 사정이 없는 한 근로자와 근로계약 체결을 통하여 자신의 업무지휘권·업무명령권의 행사와 조화를 이루는 범위 내에서 근로자가 근로제공을 통하여 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현할 수 있도록 배려하여야 할 신의칙상 의무를 부담한다. 그러므로 사용자가 근로자 의사에 반하여 정당한 이유 없이 근로자의 근로제공을 계속 거부하는 것은 이와 같은 근로자의 인격적 법익을 침해하는 것이 되어 사용자는 이로 인하여 근로자가 입게 되는 정신적 고통에 대하여 배상할 의무가 있고, 대학교수는 자신의 전공분야에 대해 강의하고 이를 통해 자신의 학문연구를 보다 발전시키는 것이 인격권 실현의 본질적 부분에 해당하므로, 대학교수의 사용자인 학교법인이 업무지휘권 등의 행사에 지장을 초래하는 등 특별한 사정이 없는에도 오로지 소속 대학교수를 본연의 업무에서 배제하려는 의도하에 강의 과목 및 시간을 배정하지 않는 등으로 강의할 수 없게 하는 행위는 교원의 인격적 법익을 침해하는 것이 되고, 학교법인은 그로 인하여 대학교수가 입게 되는 정신적 고통에 대하여 배상할 의무를 부담한다. 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다88880

8. **[1] 방송보도에서 특정되지 않거나 방송보도와 개별적 연관성이 없는 일반 시청자가 방송보도로 정신적 고통을 받은 경우, 민법 제750조, 제751조, 구 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제30조 제1항에 의해 보호되는 인격권 등 법익이 위법하게 침해되었다고 할 수 있는지 여부(원칙적 소극) 방송보도의 내용에서 직간접적으로 특정되지 아니하거나 방송보도의 내용과 개별적인 연관성이 없는 일반 시청자가 당해 방송보도로 인하여 정신적 고통을 받았다고 하더라도, 이러한 일반시청자는 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 방송보도로 인하여 민법 제750조, 제751조, 구 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률(2009. 2. 6. 법률 제9425호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항에 의하여 보호되는 인격

권 내지 인격적 이익 등 법익이 위법하게 침해되었다고 할 수 없다. 방송의 자유는 주관적인 자유권으로서의 특성을 가질 뿐만 아니라, 다양한 정보와 견해의 교환을 가능하게 함으로써 민주주의의 존립·발전을 위한 기초가 되는 언론의 자유의 실질적 보장에 기여한다는 특성을 함께 가지는 것으로서, 이러한 방송의 자유를 보장하기 위하여 국가권력은 물론 사회의 다양한 세력들로부터 방송편성의 자유와 독립은 보장되고 누구든지 방송편성에 관하여 방송법 또는 다른 법률 등에 의하지 아니하고는 함부로 규제나 간섭을 할 수 없는 것이다(방송법 제4조 제1항, 제2항). 그런데 방송은 그 속성상 불특정 다수의 시청자를 대상으로 이루어지고, 방송보도로 인하여 일반 시청자에게 정신적 고통이 발생하는지 여부와 그 고통의 정도는 당해 시청자의 가치관 내지 세계관 등에 따라 지극히 주관적·임의적일 수밖에 없는데, 이러한 성격을 지닌 일반시청자의 정신적 고통을 이유로 방송보도를 한 이에게 불법행위책임을 인정한다면 방송의 자유를 훼손하고 자유로운 의견형성이나 여론형성에 필수적인 방송의 기능을 저해할 우려가 있는 것이다.

[2] 일반시청자 甲과 乙이“미국산 쇠고기, 광우병에서 안전한가?”라는 제목의 방송 때문에 정신적 고통을 입었다는 이유로 방송사와 제작진을 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 甲과 乙은 일반시청자로서 위 방송에서 지칭 내지 특정되거나 방송과 직접적 이해관계가 있거나 개별적 연관성이 있는 사람이 아니어서 방송으로 인격권이나 재산권이 위법하게 침해되었다고 볼 수 없으므로, 설령 甲과 乙이 위 방송으로 불안감, 공포감, 불신감, 분노감을 느꼈거나 다른 사람들과 견해대립으로 불화와 갈등을 겪었거나, 재산적 불이익을 입는 등 정신적 고통을 입었다더라도, 방송사와 제작진에게 손해배상을 청구할 수 없다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례. 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다15660

9.** 꼭 봐야 할 판례

[1] 고지의무를 위반한 당사자가 부주의 또는 착오 등으로 고지의무의 존재를 인식하지 못한 경우, 위법성이 부정되는지 여부(소극) 부작위로 인한 불법행위가 성립하려면 작위의무가 전제되어야 하지만, 작위의무가 객관적으로 인정되는 이상 의무자가 의무의 존재를 인식하지 못하였다더라도 불법행위 성립에는 영향이 없다. 이는 고지의무 위반에 의하여 불법행위가 성립하는 경우에도 마찬가지로 당사자의 부주의 또는 착오 등으로 고지의무가 있다는 것을 인식하지 못하였다고 하여 위법성이 부정될 수 있는 것은 아니다.

[2] 지역주택조합 방식에 의한 아파트개발사업의 시행대행자인 甲 주식회사가

乙 등과 조합원가입계약을 체결할 당시 이미 사업부지 일대가 뉴타운사업지구로 지정되어 위 방식에 의한 사업 추진이 불가능할 수 있었음에도 이를 고지하지 않았고, 그 후 사업 추진이 불가능하게 되어 乙 등이 손해를 입은 사안에서, 甲 회사의 고지의무 위반이 인정된다고 한 사례 지역주택조합 방식에 의한 아파트개발사업의 시행대행자인 甲 주식회사가 乙 등과 조합원가입계약을 체결할 당시 이미 사업부지 일대가 뉴타운사업지구로 지정되어 위 방식에 의한 사업 추진이 불가능할 수 있었음에도 이를 고지하지 않았고, 그 후 실제로 사업 추진이 불가능하게 되어 乙 등이 손해를 입은 사안에서, 사업 추진이 불가능할 수 있다는 사정은 조합원가입계약 체결 여부를 결정하는 데 관건이 되는 중요사항이므로 甲 회사가 계약상대방인 乙 등에게 이를 고지하지 않은 것은 고지의무 위반에 해당하고, 甲 회사가 계약 체결 당시 사업 추진이 불가능할 수 있다는 점을 분명히 인식하지 못하였다 하여 사정이 달라지지는 않는다고 한 사례.

[3] 민법 제760조 제3항에서 정한 방조에“**부작위**”에 의한 방조가 포함되는지 **여부(적극)** 및 부작위에 의한 방조의 전제가 되는 작위의무에 **신의성실 원칙이나 사회상규 또는 조리상** 작위의무가 포함되는지 **여부(적극)**와 이 경우 작위의무 부과 요건: 민법 제760조 제3항은 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다고 규정하여 교사자나 방조자에게 공동불법행위자 책임을 부담시키고 있는데, 방조란 불법행위를 용이하게 하는 직접·간접의 **모든** 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 작위의무 있는 자가 그것을 방지하여야 할 여러 조치를 취하지 아니하는 **부작위**로 인하여 불법행위자의 실행행위를 용이하게 하는 경우도 포함한다. 여기서 작위의무는 **법적인 의무이어야** 하므로 **단순한 도덕상 또는 종교상 의무는 포함되지 않으나** 작위의무가 **법적인 의무인 한** 그 근거가 성문법이건 불문법이건 상관없이 없고 또 공법이건 사법이건 불문하므로, **법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다.** 다만 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무는 혈연적인 결합관계나 계약관계 등으로 인한 특별한 신뢰관계가 존재하여 상대방의 법익을 보호하고 그에 대한 침해를 방지할 책임이 있다고 인정되거나 혹은 상대방에게 피해를 입힐 수 있는 위험요인을 지배·관리하고 있거나 타인의 행위를 관리·감독할 지위에 있어 개별적·구체적 사정하에서 위험요인이나 타인의 행위로 인한 피해가 생기지 않도록 조치할 책임이 있다고 인정되는 경우 등과 같이 상대방의 법익을 보호하거나 그의 법익에 대한 침해를 방지하여야 할 특별한 지위에 있음이 인정되는 자에 대하여만 인정할 수 있고, 그러한 지위에 있지 아니

한 제3자에 대하여 합부로 작위의무를 확대하여 부과할 것은 아니다.

[4] 지역주택조합이 조합설립인가를 받고 시공사와 공동으로 주택건설사업을 시행하기 위하여 관할관청으로부터 사업계획승인을 받은 경우에는 지역주택조합과 시공사가 공동사업주체로서 주택법령에 따라 대외적인 손해배상책임 등을 공동으로 부담하게 될 수 있고[구 주택법(2009. 2. 3. 법률 제9405호로 개정되기 전의 것) 제10조 제2항, 제32조 등 참조], 나아가 동업약정 관계에 의한 민법상 조합 구성원으로서 책임을 지게 될 수 있으며, 이러한 경우에는 지역주택조합이 조합원들에게 부담하는 고지의무를 시공사도 함께 부담한다고 볼 수 있다. 그러나 지역주택조합이 설립인가를 받기 전 단계에서 시공사와 공사도급가 계약 등을 체결하면서, 조합원의 모집·홍보·관리, 조합의 설립인가, 사업부지 매입 및 조합원 납부금 관리업무 등은 지역주택조합의 권한과 책임으로 하고, 시공사는 조합설립인가 후 시공업무를 권한과 책임으로 하되 지역주택조합의 전문성 및 재정적 능력 부족을 보완하기 위하여 시공사가 지원·협조하기로 한 경우에는, 지역주택조합과 시공사는 주택법상 공동사업주체에 해당하지 않을 뿐 아니라 민법상 조합관계에 의한 공동책임도 지지 아니한다. 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010다8709

10.***[1] 거래 등의 기초가 되는 정보에 관하여 정보제공자가 법령상계약상의 의무 없이 단지 질의에 응답한 행위가 불법행위를 구성하는지 여부(원칙적 소극) 거래 등의 기초가 되는 정보의 진실성은 스스로 검증하여 거래하는 것이 원칙이므로 정보제공자가 법령상·계약상 의무 없이 단지 질의에 응답한 것에 불과한 경우에는 고의로 거짓 정보를 제공하거나 선행행위 등으로 위험을 야기하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 응답행위가 불법행위를 구성한다고 볼 수 없다.

[2] 甲이 택지개발사업지구 내 신축 건물에서 안마시술소 개설이 가능하다는 합병 전 한국토지공사(이하'한국토지공사'라 한다) 직원 乙의 답변을 듣고 시설공사를 하였으나 관할 행정청에게서 용도변경 불가통보를 받은 사안에서, 건축물 용도변경에 관한 사항은 관할 행정청의 소관으로 택지개발사업 시행자에 불과한 한국토지공사의 업무라고 볼 수 없으므로 위 답변만으로 한국토지공사가 甲에게 위 건물을 안마시술소로 용도변경할 수 있음을 보증하였거나 신뢰를 부여한 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 乙이 위 건물에 안마시술소를 개설할 수 있는지를 문의받고 안마시술소 개설이 가능하다고 잘못된 답변을 하였더라도 답변 내용의 정확성에 관한 판단은 최종적으로 甲 스스로 하는 것이므로 특별

한 사정이 없는 한 乙이 위 답변에 대하여 불법행위책임을 부담한다고 볼 수 없음에도, 소속 직원이 잘못된 정보를 甲에게 제공한 과실이 있다는 이유로 한국 토지공사의 사용자책임을 인정한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다14671

11*[1] 의료소송에서 피해자 측이 의료상 과실 있는 행위를 증명하고 행위와 결과 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정할 수 있는지 여부(적극) 의료행위상 주의의무 위반으로 인한 손해배상청구에서 피해자 측이 일련의 의료행위 과정에서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실 있는 행위를 증명하고 행위와 결과 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에는 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 증명책임을 완화하여야 한다.

[2] 의사 甲이 乙을 수술하는 과정에서 乙의 호흡이 정지되어 丙 병원으로 이송하였으나 乙이 저산소성 뇌손상으로 사망한 사안에서, 甲에게 마취수술 과정에서 마취제를 과다하게 투여하고 호흡관리를 제대로 하지 못하는 등의 과실이 있고, 마취수술 당시 乙에게 뇌손상을 일으킬만한 다른 원인이 없었으므로, 특별한 사정이 없는 한 甲의 과실과 乙의 뇌손상, 나아가 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 추정되고, 한편 丙 병원 의료진의 수액 과다투여 등 과실도 乙의 뇌손상 및 사망의 원인이 되었고, 乙이 사망까지 이르게 된 데에는 丙 병원 의료진의 과실이 기여한 바가 훨씬 더 크다고 볼 여지가 있으나, 乙의 뇌손상으로 인한 사망이 오로지 丙 병원 의료진의 과실만으로 발생하였다고 볼 수는 없으므로, 甲의 행위와 丙 병원 의료진의 행위는 각기 독립하여 불법행위의 요건을 갖추고 있으면서 객관적으로 관련되고 공동하여 위법하게 乙에게 손해를 가한 것으로 공동불법행위 관계에 있다는 이유로, 甲에게 乙의 사망 손해 전부에 대한 손해배상책임을 인정한 원심판단을 수긍한 사례. 대법원 2012. 1. 27. 선고 2009다82275, 82282

12.***[1] 면허·허가 등 법령상 절차를 위반한 사업 등과 관련된 물건의 소지와 판매 등을 금지하고 있는 경우, 그러한 사정만으로 물건의 멸실 또는 훼손으로 인한 손해의 배상을 구할 수 없는 것으로 볼 것인지 여부(소극) 법령이 특정한 사업을 영위하거나 특정한 행위를 하는 데에 면허, 허가 등을 받거나 신고 등을 하도록 요구하면서 그러한 절차를 위반하여 사업 또는 행위를 한 경우에

는 위반행위와 관련된 물건의 소지와 판매 등을 금지하고 있다고 하더라도, 그러한 사정만을 들어 물건의 멸실 또는 훼손으로 인하여 입게 된 손해의 배상을 구할 수 없는 것이라고 볼 수는 없고, 그와 같은 경우에 물건의 멸실 또는 훼손으로 인한 손해의 배상을 구할 수 있는지는 법령의 입법 취지와 행위에 대한 비난가능성의 정도 특히 위반행위가 가지는 위법성의 강도 등을 종합하여 구체적, 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

[2] 甲이 수산업법에 규정된 허가를 받지 아니한 양식장에서 장어를 양식하였는데 乙 주식회사의 공사로 인하여 장어가 폐사한 사안에서, 甲이 수산업법에 규정된 허가를 받지 아니한 채 양식장에서 장어를 양식하였다고 하더라도 乙 회사의 공사로 인하여 폐사한 장어에 대한 손해배상을 구할 수 있다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

[3] 과실상계 사유에 대한 사실인정과 비율확정이 사실심의 전권사항인지 여부(원칙적 적극) 불법행위로 인한 손해배상사건에서 피해자에게 손해의 발생이나 확대에 관하여 과실이 있는 경우에는 배상책임의 범위를 정할 때에 당연히 참작하여야 할 것이나, 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다. 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다79947

13. *공동불법행위의 성립에 공동불법행위자 상호 간 의사의 공통이나 공동의 인식이 필요하지 여부(소극) 공동불법행위의 성립에는 공동불법행위자 상호 간 의사의 공통이나 공동의 인식이 필요하지 아니하고 객관적으로 각 행위에 관련 공동성이 있으면 되며, 관련공동성 있는 행위에 의하여 손해가 발생하였다면 손해배상책임을 면할 수 없다. 대법원 2012. 8. 17. 선고 2010다28390

V. 가족법

1. *[1] 구 관습상 호주인 기혼의 남자가 호주상속할 남자 없이 사망한 경우의 상속관계 및 사후양자가 선정되지 않은 채 호주상속을 하였던 여호주가 사망하거나 출가하여 호주상속할 자가 없게 된 경우 곧바로 절가(絶家)가 되는지 여부(소극) 구 관습상 호주인 기혼의 남자가 호주상속할 남자 없이 사망한 경우에는 사후양자가 선정되기까지 망인의 조모, 모, 처, 딸이 존비의 순서에 따라 여호주가 되어 호주권과 재산을 일시 상속하였다가, 사후양자가 선정되면 여호주에게 상속되었던 호주권과 재산이 사후양자에게 승계되고, 이때 만약 사후양자가

선정되지 않은 채 호주상속을 하였던 여호주가 사망하거나 출가하여 호주상속할 자가 없게 되더라도 **곧바로** 절가(絶家)가 되는 것은 **아니며**, 여호주가 사망 또는 출가한 때부터 **상당한 기간 내에** 사후양자가 선정되지 않으면 **그때에 비로소** 절가가 된다.

[2] 구 관습에 의하면 여호주가 사망하거나 출가하여 호주상속인 없이 절가(絶家)된 경우 유산은 절가된 가(家)의 가족이 승계하고 가족이 없을 때는 출가녀가 승계하며 출가녀도 없을 때는 가(家)의 친족인 근친자, 즉 여호주 망부(亡夫)의 본족(本族)에 속하는 근친자에게 귀속되고 그런 자도 없을 때는 여호주가 거주하던 리·동(里·洞)에 귀속된다. 그런데 이와 같이 절가된 가(家)의 유산이 가족, 출가녀 등에게 귀속되는 것은 가(家)의 승계를 전제로 한 **상속의 성격을 가진 것이 아니라** 가(家)의 소멸을 전제로 한 재산분배의 성격을 가진 것인 점, **구 관습상 호주는 일가(一家)의 재산관리권과 함께 가족들에 대한 1차적인 부양 의무를 부담하고 있었던 점** 및 여호주는 사후양자 선정을 통한 가(家)의 승계를 위하여 호주상속을 하는 것인 점 등에 비추어 보면, **절가된 가(家)의 동일 가족 내에 수인의 가족이 있는 경우에는 원래의 남호주를 기준으로 최근친의 가족에게 유산이 귀속된다고 보아야** 하고, 최근친의 가족이 수인인 경우에는 **균등한 비율로 유산이 귀속된다고 보아야** 한다.

[3] 甲의 사망 당시 호주상속할 장남, 장손 등이 이미 사망하여 장손의 **척인 乙**이 **호주상속을 하였는데, 그 후 乙이 재혼한 사안에서**, 여호주인 乙이 재혼한 이후 상당한 기간 내에 사후양자가 선정되지 아니하여 **甲 가(家)는 절가(絶家) 되었**고, 절가된 甲 가(家)의 유산은 **가족에게 귀속되는데, 가족으로는 원래 남호주였던 甲의 손녀 또는 손자인 丙과 丁이 있었으므로, 절가된 甲 가(家)의 유산은 丙, 丁에게 균등한 비율로 귀속되었다고 보아야 함에도**, 이와 달리 본 원 심판결에 **법리오해의 위법**이 있다고 한 사례. 대법원 2012. 3. 15. 선고 2010다 53952

2. 꼭 봐야 할 판례

[1] 가족관계등록부 기록사항 중 **출생연월일·사망일**을 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제104조에서 정한 가족관계등록부 **정정** 대상으로 볼 수 있는지 여부(원칙적 적극) 가족관계의 등록 등에 관한 법률(이하 '법'이라 한다) 제104조는 가족관계등록부의 기록이 법률상 허가될 수 없는 것 또는 기재에 착오나 누락이 있다고 인정한 때에는 이해관계인은 사건 본인의 등록기준지를 관할하는 가정법원의 허가를 받아 등록부의 정정을 신청할 수 있도록 규정하고 있다.

법이 이러한 간이한 절차에 의해 가족관계등록부의 기록사항을 정정할 수 있도록 한 취지를 고려하면, 정정하려고 하는 가족관계등록부의 기록사항이 **신분관계에 중대한 영향**을 미치지 때문에 그 기록사항에 관련된 신분관계의 존부에 관하여 “직접적인 쟁송방법이 가사소송법 등에 마련” 되어 있는 경우에는 법 제107조에 따라 그 사건의 확정 “판결” 등에 의해서만 가족관계등록부의 기록사항을 정정할 수 있다. 그러나 이와 달리 가족관계등록부의 기록사항과 관련하여 가사소송법 등에 직접적인 쟁송방법이 없는 경우에는 법 제104조에 따라 정정할 수 있는데, 가사소송법 등이 사람이 태어난 일시 또는 사망한 일시를 확정하는 직접적인 쟁송방법을 별도로 정하고 있지 아니하므로 특별한 사정이 없는 한 가족관계등록부 기록사항 중 출생연월일·사망일시는 법 제104조에 의한 가족관계등록부 정정 대상으로 봄이 타당하다.

[2] 갑의 법정대리인인 모 을이 배우자 병과 2009. 9. 28. 이혼한 후 갑의 출생연월일을 2010. 7. 31.로 신고하였다가 뒤늦게 실제 갑의 출생연월일이 2007. 12. 18.이라며 가족관계등록부 정정을 구한 사안에서, 가족관계등록부 기록사항 중 출생연월일의 정정은 특별한 사정이 없는 한 가족관계의 등록 등에 관한 법률(이하 ‘법’이라 한다) 제104조에 의한 가족관계등록부 정정 대상이고, 민법 제844조의 친생추정규정에서 말하는 출생은 ‘가족관계등록부에 신고된 출생일’이 아니라 ‘실제 출생한 때’를 기준으로 한다고 보아야 하므로 가족관계등록부의 출생연월일이 정정되었다는 사정만으로 친생추정의 효력이 미치는 등 신분관계에 중대한 영향을 미친다고 볼 수 없어서 법 제104조에 의한 가족관계등록부의 정정을 불허할 사유가 될 수 없음에도, 갑의 가족관계등록부 정정을 허가할 경우 민법 제844조에 따라 갑이 병의 자로 추정되게 되어 친족법 또는 상속법상 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 친생자관계부존재확인의 소 등의 절차를 거쳐 추정을 번복한 후 가족관계등록부 정정을 허가하여야 한다는 이유로 갑의 출생연월일 정정 신청을 배척한 원심결정에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례. 대법원 2012.4.13. 자 2011스160 결정 【등록부정정(출생연월일)】

3. 꼭 봐야 할 판례

[1] 부모가 이혼하는 경우 부모 중에서 미성년인 자의 친권을 가지는 사람 및 양육자를 정할 때에 고려하여야 할 요소: 자의 양육을 포함한 친권은 부모의 권리이자 의무로서 미성년인 자의 복지에 직접적인 영향을 미친다. 그러므로 부모가 이혼하는 경우에 부모 중에서 미성년인 자의 친권을 가지는 사람 및 양육자를 정함에 있어서는, 미성년인 자의 성별과 연령, 그에 대한 부모의 애정과

양육의사의 유무는 물론, 양육에 필요한 경제적 능력의 유무, 부 또는 모와 미성년인 자 사이의 친밀도, 미성년인 자의 의사 등의 모든 요소를 종합적으로 고려하여 미성년인 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 한다.

[2]이혼 후 부모와 자녀의 관계에서 친권과 양육권이 항상 동일인에게 귀속되어야 하는지 여부(소극) 및 일정한 조건을 충족하는 경우 이혼 후 자(子)에 대한 양육권이 부모 중 어느 일방에, 친권이 다른 일방에 또는 부모에 공동으로 귀속되는 것으로 정할 수 있는지 여부(적극) 민법 제837조, 제909조 제4항, 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나목의 3) 및 5) 등이 부부의 이혼 후 그 자의 친권자와 그 양육에 관한 사항을 각기 다른 조항에서 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이혼 후 부모와 자녀의 관계에 있어서 친권과 양육권이 항상 같은 사람에게 돌아가야 하는 것은 아니며, 이혼 후 자에 대한 양육권이 부모 중 어느 일방에, 친권이 다른 일방에 또는 부모에 공동으로 귀속되는 것으로 정하는 것은, 비록 신중한 판단이 필요하다고 하더라도, 일정한 기준을 충족하는 한 허용된다고 할 것이다. 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011므4719

4. **[1] 민법 제1008조의3의 규정에 의한 제사용 재산의 승계는 본질적으로 상속에 속하는 것으로서 일가의 제사를 계속할 수 있게 하기 위하여 상속의 한 특례를 규정한 것으로 보는 것이 타당하다. 민법 제1008조의3의 입법연혁 및 규정내용에 비추어 보면, 당사자 사이에 제사용 재산의 귀속에 관하여 다툼이 있는 등으로 구체적인 권리 또는 법률관계와 관련성이 있는 경우에 다툼을 해결하기 위한 전제로서 제사주재자 지위의 확인을 구하는 것은 법률상의 이익이 있다고 할 것이지만, 그러한 권리 또는 법률관계와 무관하게 공동선조에 대한 제사를 지내는 종종 내에서 단순한 제사주재자의 자격에 관한 시비 또는 제사절차를 진행할 때에 종종 종원 중 누가 제사를 주재할 것인지 등과 관련하여 제사주재자 지위의 확인을 구하는 것은 그 확인을 구할 법률상 이익이 있다고 할 수 없다.

[2] 제사주재자와 제3자 사이에 제사용 재산의 소유권 등에 관한 다툼이 있는 경우, 제사주재자가 제3자를 상대로 민법 제1008조의3에 정한 제사주재자 지위 확인을 구할 이익이 있는지 여부(소극) 제사주재자와 제3자 사이에 제사용 재산의 소유권 등에 관한 다툼이 있는 경우 이는 공동상속인들 사이의 민법 제1008조의3에 의한 제사용 재산의 승계 내지 그 기초가 되는 제사주재자 지위에 관한 다툼이 아니라 일반적인 재산 관련 다툼에 지나지 않으므로, 제사주재자로서는

제3자를 상대로 민법 제1008조의3에서 규정하는 제사주제자 지위 확인을 구할 것이 아니라 제3자를 상대로 직접 이행청구나 권리관계 확인청구를 하여야 한다. 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010다88699

5. **꼭 봐야 할 판례**

[1] 부동산에 관한 상속등기의 명의인에 **상속을 포기한** 공동상속인이 포함된 경우, 상속을 포기한 공동상속인이 **참칭상속인에 해당한다고 단정할 수 있는지 여부(소극)** 상속회복청구의 상대방이 되는 참칭상속인이란 정당한 상속권이 없음에도 재산상속인인 것을 신뢰케 하는 외관을 갖추고 있는 자나 상속인이라고 참칭하여 상속재산의 전부 또는 일부를 점유하는 자를 가리키는 것으로서, 공동상속인의 한 사람이 다른 상속인의 상속권을 부정하고 자기만이 상속권이 있다고 참칭하여 상속재산인 부동산에 관하여 단독 명의로 소유권이전등기를 한 경우는 물론이고, **상속을 유효하게 포기한 공동상속인 중 한 사람이 그 사실을 숨기고 여전히 공동상속인의 지위에 남아 있는 것처럼 참칭하여 상속지분에 따른 소유권이전등기를 한 경우에도 참칭상속인에 해당할 수 있으나, 이러한 상속을 원인으로 하는 등기가 명의인의 의사에 기하지 않고 제3자에 의하여 상속 참칭의 의도와 무관하게 이루어진 것일 때에는 위 등기명의인을 상속회복청구의 소에서 말하는 참칭상속인이라고 할 수 없다.** 그리고 수인의 상속인이 부동산을 공동으로 상속하는 경우 그와 같이 공동상속을 받은 사람 중 한 사람이 공유물의 보존행위로서 공동상속인 모두를 위하여 상속등기를 신청하는 것도 가능하므로, 부동산에 관한 상속등기의 명의인에 **상속을 포기한 공동상속인이 포함되어 있다고 하더라도 상속을 포기한 공동상속인 명의의 지분등기가 그의 신청에 기한 것으로서 상속 참칭의 의도를 가지고 한 것이라고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.**

[2] 상속재산인 부동산에 대하여 상속을 포기한 공동상속인 甲 등의 명의로 상속지분에 따른 상속등기가 마쳐진 사안에서, 제반 사정에 비추어 甲 명의의 상속지분에 관한 등기가 **그 의사에 따라 이루어졌다고 단정하기 어려운데도, 甲 명의의 상속지분에 관한 등기가 마쳐진 경위 등에 관한 구체적인 심리 없이 단지 甲 명의의 상속등기가 마쳐졌다는 사정만으로** 그를 해당 지분에 관한 참칭상속인으로 본 원심판결에 **법리오해의 위법이 있다고 한 사례.** 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다33392



[1] 구체적으로 유류분반환청구 의사가 표시되었는지를 판단하는 방법: 구체적으로 유류분반환청구 의사가 표시되었는지는 법률행위 해석에 관한 일반원칙에 따라 의사표시의 내용과 아울러 의사표시가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 의사표시에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사 및 그에 대한 상대방의 주장·태도 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식에 따라 합리적으로 판단하여야 한다. 상속인이 유증 또는 증여행위가 **무효**임을 주장하여 상속 내지는 법정상속분에 기초한 반환을 주장하는 경우에는 **그와 양립할 수 없는 유류분반환청구권을 행사한 것으로 볼 수 없지만**, 상속인이 유증 또는 증여행위의 **효력을 명확히 다투지 아니하고** 수유자 또는 수증자에 대하여 재산분배나 반환을 청구하는 경우에는 유류분반환의 방법에 의할 수밖에 없으므로 **비록 유류분 반환을 명시적으로 주장하지 않더라도 그 청구 속에는 유류분반환청구권을 행사하는 의사표시가 포함되어 있다고 해석함이 타당한 경우가 많다.** (피상속인의 공동상속인으로는 원고와 피고 1 및 소외인이 있는데, 피상속인이 그 소유의 이 사건 토지를 생전에 피고 1, 2에게 증여하여 유류분을 침해당한 원고가, 피상속인이 사망한지 얼마 안 되어 피고들의 집을 찾아가 피고들이 피상속인으로부터 이 사건 토지를 증여받은 사실을 거론하며 피고들에게 2억 원을 지급할 것을 요구하였고, 피고들이 이를 거절하자, “내가 국세청이고 어디고 다 뒤엎을 거야. 너희들이 엄마한테 받은 상동 땅도 내가 찾아 가는가 못 찾아 가는가 두고 봐. 확 뒤집어 엎어버릴거다”라고 하면서 소송을 제기하겠다고 말한 때에는, 원고 자신의 유류분을 침해한 이 사건 토지의 증여행위를 지정하여 이에 대한 반환청구를 하는 의사표시가 포함되어 있다고 봄이 상당하다고 판단한 사안)

[2] 공동상속인이 아닌 제3자에게 한 증여에 관하여 유류분반환청구가 인정되기 위한 요건: 공동상속인이 아닌 **제3자에 대한 증여는 원칙적으로 상속개시 전의 1년 이내에 행한 것에 한하여** 유류분반환청구를 할 수 있고, **다만** 당사자 쌍방이 증여 당시에 유류분권리자에 손해를 가할 것을 **알고** 증여를 한 때에는 상속개시 **1년 전에 한 것에 대하여도 유류분반환청구가 허용된다.** 증여 당시 법정 상속분의 2분의 1을 유류분으로 갖는 직계비속들이 공동상속인으로서 유류분권리자가 되리라고 예상할 수 있는 경우에, 제3자에 대한 증여가 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 행해진 것이라고 보기 위해서는, 당사자 쌍방이 증여 당시 증여재산의 가액이 증여하고 남은 재산의 가액을 초과한다는 점을 **알았던**

사정뿐만 아니라, **장래** 상속개시일에 이르기까지 피상속인의 재산이 **증가하지
않으리라는 점까지 예견하고 증여를 행한 사정이 인정되어야 하고**, 이러한 당
사자 쌍방의 가해의 인식은 **증여 당시를 기준으로** 판단하여야 한다. 대법원
2012. 5. 24. 선고 2010다50809