

3) 항 변

가) 동시이행 항변 등

매도인의 소유권이전등기의무, 인도의무(반환청구권 양도에 의한 간접점유 이전의무와 별도로 현실적 인도의무를 부담하는 경우도 있다³²⁹²)와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것이 원칙이므로, 매도인의 매매대금 청구에 대해서는 매수인이 매도인의 소유권이전등기의무, 인도의무와의 동시이행항변을, 매수인의 소유권이전등기·인도청구에 대해서는 매도인이 매수인의 매매잔대금지급의무와의 동시이행항변을 각 행사할 수 있다.³²⁹³ 매도인이 매매대금을 다 지급받지 않은 상태에서 매수인에게 소유권이전등기를 마쳐주었으나 부동산을 계속 점유하고 있는 경우, 매매잔대금채권을 피담보채권으로 하여 매수인이나 그 전득자를 상대로 '유치권'을 주장할 수는 없다.³²⁹⁴

나) 이행불능 항변(원시적 불능, 위험부담, 계약체결상 과실책임 등)

계약 당시에 이미 채무의 이행이 불가능한 '원시적 불능'의 경우, 그 계약은 무효이므로,³²⁹⁵ 채권자가 그 이행을 구할 수 없고(민법 제535조에서 정한 계약체결상 과실책임

3292) 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다269139 판결: 임차인 거주 아파트를 실거주 목적으로 매수한 사안에서, '매도인은 매매대금의 잔금 수령과 동시에 매수인에게 소유권이전등기에 필요한 모든 서류를 교부하고 등기절차에 협력하며, 위 부동산의 인도일은 2021. 4. 22.로 한다.'는 조항 및 '실제명도는 2021. 12. 6.로 한다.'는 특약사항의 문언 해석상 쌍방이 피고의 현실인도의무 이행일은 2021. 12. 6.로 하되 임차인에 대한 아파트 반환청구권의 양도에 의한 간접점유 이전의무는 그보다 앞서 2021. 4. 22. 잔금 지급, 소유권이전등기의무의 이행과 함께 이행하기로 합의한 것으로 볼 수 있다 하여, 피고의 현실인도의무의 존재를 부정한 원심을 파기한 예.

3293) 그 구체적 내용은 '동시이행항변' 부분에서 이미 상세히 적은 바 있어 그 해당 부분을 참조하면 된다.

3294) 대법원 2012. 1. 12.자 2011마2380 결정: "부동산의 매도인은 특별한 사정이 없는 한 매매대금을 지급받을 때까지 소유권이전의무와 목적물인도의무의 이행을 거절할 수 있는 동시이행의 항변권을 가진다. 그런데 부동산매도인이 매매대금을 다 지급받지 아니한 상태에서 매수인에게 소유권이전등기를 경료하여 목적물의 소유권을 매수인에게 이전한 경우에는, 매도인의 목적물인도의무에 관하여 위와 같은 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 불구하고, 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 소유권이전의무를 선이행함으로써 매수인에게 소유권을 넘겨 준 것이므로 그에 필연적으로 부수하는 위험은 스스로 감수하여야 한다."

3295) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다225398 판결: "구분건물의 소유권 취득을 목적으로 하는 매매계약에서 매도인의 소유권이전의무가 원시적 불능이어서 그 계약이 무효라고 하기 위해서는 단지 매매 목적물이 '매매계약 당시' 구분건물로서 구조상, 이용상 독립성을 구비하지 못했다는 정도를 넘어서 '그 후로도' 매매 목적물이 당사자 사이에 약정된 내용에 따른 구조상, 이용상 독립성을 갖추는 것이 사회통념상 불가능하다고 평가될 정도에 이르러야 한다." [동일 취지] 원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 농지 매매계약은 채권계약으로서도 무효이다(2011두15053). ⇨ 비록 계약 당시에 그 계약상 의무를 즉시 이행하는 것이 불가능하더라도 계약의 이행이 장래에 가능하게 된 경우를 예정하여 계약을 체결하였다면 그러한 계약이 무효라고 할 수는 없고, 주식회사와 같은 법인이 농지를 취득하기 위한 매매계약을 체결하였으나 구 농지개혁법 또는 구 농지임대차관리법상 농지매매증명을 발급받을 수 없는 경우라도 그 법인이 매수한 농지에 관하여 관련 법규상 농지전용허가를 받음으로써 농지의 매도인이 매수인에 대하여 소유권이전등기를 해주는 것이 가능하게 될 것을 정지조건으로 하여 매매계약을 체결하였다면 그 매매계약은 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 이는 매매계약을 체결한 경우

이나 부당이익 반환 법리 등으로 권리를 구제받을 수 있다),³²⁹⁶⁾ 계약 체결 후에 채무의 이행이 불가능하게 된 ‘후발적 불능’의 경우, 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 민법 제537조의 채무자위험부담주의³²⁹⁷⁾에 따라 채무자는 본래급부의무를 면하고, 채무자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무불이행인 이행불능³²⁹⁸⁾의 효과로 본래급부의무가 소멸하고 그에 갈음한 전보배상의무로 변환한다.³²⁹⁹⁾

매매계약에 기초한 매수인의 소유권이전등기(본래급부)청구의 경우, 원시적 불능은 권리발생장애 사유로서, 후발적 불능은 권리소멸 사유로서 피고(매도인)가 항변으로 주장·증명할 수 있다. 매매계약에 기초한 매도인의 대금청구의 경우, 소유권이전등기의무의 원시적 불능은 권리발생장애 사유로서, 후발적 불능은 민법 제537조에 기초한 권리소멸 사유(항변의 요건사실은 매매목적물의 멸실, 공용수용 등 제3자의 소유권취득 등 ‘계약 후 이행불능의 근거사실’뿐이고, ‘쌍방의 책임이 없는 사실’은 요건사실이 아니며, 귀책사유의 유무나 소재는 재항변 단계에서의 문제이다) 또는 해제권 발생원인(매도인에게 귀책사유가 있는 경우)으로서 피고(매수인)가 항변으로 주장·증명할 수 있고, 이에 대하여 원고(매도인)는 민법 제538조³³⁰⁰⁾ 제1항(민법

에도 마찬가지이다(2013다86878, 86885).

3296) 대법원 2017. 8. 29. 선고 2016다212524 판결; “계약 체결 후에 채무의 이행이 불가능하게 된 경우에는 채권자가 그 이행을 청구하지 못하고 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구하거나 계약을 해제할 수 있다. 그러나 계약 당시에 이미 채무의 이행이 불가능했다면 특별한 사정이 없는 한 채권자가 그 이행을 구하는 것은 허용되지 않고, 민법 제535조에서 정한 계약체결상의 과실책임을 추궁하는 등으로 권리를 구제받을 수밖에 없다. 채무의 이행이 불가능하다는 것은 절대적·물리적으로 불가능한 경우만이 아니라 사회생활상 경험칙이나 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우도 포함한다. 이는 채무를 이행하는 행위가 법률로 금지되어 그 행위의 실현이 법률상 불가능한 경우에도 마찬가지이다. 건축법 제57조 제1항은 건축물이 있는 대지는 대통령령으로 정하는 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 면적에 못 미치게 분할할 수 없다고 정하고 있다. 이에 따라 건축법 시행령 제80조 … 정하고 있다. 1필지의 토지 중 일부를 특정하여 매매계약이 체결되었으나 그 부분의 면적이 위 법령에 따라 분할이 제한되는 경우에 해당한다면, 매도인으로서의 그 부분을 분할하여 소유권이전등기절차를 이행할 수 없다. 따라서 매도인이 위 매매계약에 따라 매수인에게 부담하는 소유권이전등기절차 이행의무는 이행이 불가능하다고 보아야 한다. 이는 교환계약에서도 마찬가지이다.” ● 원시적 불능의 경우, 이미 이행한 급부는 법률상 원인 없는 급부가 되어 부당이익의 법리에 따라 반환청구할 수 있다(대법원 2017. 10. 12. 선고 2016다9643 판결).

3297) 민법 제537조(채무자위험부담주의) 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.

3298) ‘채무불이행으로서 이행불능’에 관하여는 ‘채권총칙-채무불이행 사실-이행불능’ 부분 참조.

3299) 대법원 2021. 5. 27. 선고 2017다254228 판결; “민법 제537조는 … 채무자위험부담주의를 채택하고 있다. 다만 채권자에게 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때 또는 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채권자가 위험을 부담한다(민법 제538조). 쌍무계약에서 당사자 일방이 부담하는 채무가 채무자의 귀책사유로 이행할 수 없는 경우에는 채무불이행책임을 지지만, 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행할 수 없는 경우에는 위험부담에 관한 민법 제537조가 적용되고 채권자의 귀책사유로 이행할 수 없는 경우 등에는 민법 제538조가 적용된다. 따라서 쌍무계약에서 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 채무를 이행할 수 없게 된 경우 채무자는 민법 제537조에 따라 자신의 채무를 이행할 의무를 면함과 더불어 상대방의 이행도 청구하지 못한다. 쌍방 채무의 이행이 없었던 경우에는 계약상 의무의 이행을 청구하지 못하고 이미 이행한 급부는 법률상 원인 없는 급부가 되어 부당이익 법리에 따라 그 반환을 청구할 수 있다.” ● 쌍방의 귀책사유 없이 매매 목적물의 소유권이전이 이행불능된 경우, 매도인은 이미 지급받은 계약금을 반환하여야 하고 매수인은 목적물을 점유·사용함으로써 취득한 이익 상당의 부당이익을 반환할 의무가 있다(2008다98655, 98662).

제537조의 예외규정에 해당한다)에 기초하여 피고(매수인)의 귀책사유를 재항변으로, 피고(매수인)는 민법 제538조 제2항에 기초하여 원고(매도인)가 얻은 이익의 공제를 재재항변으로 각각 주장·증명할 수 있다.

계약상 급부의 원시적 이행불능에 대비한 예비적 청구로서, 계약체결상 과실책임³³⁰¹⁾에 기초한 손해배상청구의 청구원인 사실은, ① ‘원·피고 간 목적이 불능한 계약의 체결 사실’,³³⁰²⁾ ② ‘피고가 계약 체결 당시 그 불능을 알았거나 알 수 있었던 사실’, ③ ‘원고의 신뢰이익 범위’이고, 피고는 ‘원고가 불능을 알았거나 알 수 있었던 사실’을 주장·증명하여 항변할 수 있다.³³⁰³⁾

3300) 민법 제538조(채권자귀책사유로 인한 이행불능) ① 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 채권자의 수령지체 중에 당사자쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같다. ② 전항의 경우에 채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 한다. ─ ① 쌍무계약의 위험부담에 관한 채무자주의 원칙의 예외규정인 민법 제538조 제1항에서 ‘채권자의 책임 있는 사유’라고 함은 채권자의 어떤 작위나 부작위가 채무자의 이행을 실현을 방해하고 그 작위나 부작위는 채권자가 이를 피할 수 있었다는 점에서 신의칙상 비난받을 수 있는 경우를 의미하고, ‘채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때’에 해당하기 위해서는 현실 제공이나 구두 제공이 필요하므로(다만, 그 제공의 정도는 그 시기와 구체적인 상황에 따라 신의칙상의 원칙에 어긋나지 않게 합리적으로 정하여야 한다), 채권자가 변제를 받지 아니할 의사가 확고한 경우(이른바 ‘채권자의 영구적 불수령’)에 해당한다고 하더라도, 채무자는 채권자를 수령지체에 빠지게 하기 위해서는 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 준비하여 두고 채권자에게 그 서류들을 수령하여 갈 것을 최고하는 구두 제공을 하여야 한다(2001다79013). ② 아파트 수분양자에게 중도금을 대출한 은행이, 수분양자가 대출금 이자의 지급 및 후취담보약정의 이행 등을 하지 않자 연대보증인인 분양회사로부터 분양아파트에 대한 근저당권을 설정받고 결국 그 근저당권 실행으로 제3자가 분양아파트의 소유권을 취득한 경우, 근저당권 실행으로 분양회사의 소유권이전등기가 이행불능이 된 것은 대출금 이자 지급의무 등을 이행하지 않은 수분양자의 귀책사유로 인한 것이므로 ‘채권자의 책임 있는 사유’로 인하여 채무를 이행할 수 없게 된 때에 해당한다(2010다42495). ③ 정매로 낙찰받은 부동산에 관하여 낙찰대금의 납부 전에 체결한 매매계약에서 매수인이 그 낙찰대금의 납입을 대신하기로 약정하였으나 이를 이행하지 않아 재경매됨으로써 매도인의 채무가 이행불능이 된 경우, 그 이행불능에 대한 책임은 매수인에게 있다(2008다25824).

3301) 민법 제535조(계약체결상의 과실) ① 목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다. ② 전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다. ─ 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결은, 민법 제535조 규정 외의 일반적인 계약체결상의 과실책임에 대해서 그 법적 성질과 이론적 근거를 ‘불법행위책임’으로 파악하는 견해를 채택하고 있다.

3302) 대법원 2017. 11. 14. 선고 2015다10929 판결: “계약이 의사의 불합치로 성립하지 아니한 경우 그로 인하여 손해를 입은 당사자가 상대방에게 부당이득반환청구 또는 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있는지는 별론으로 하고, 상대방이 계약이 성립되지 아니할 수 있다는 것을 알았거나 알 수 있었음을 이유로 민법 제535조를 유추적용하여 계약체결상의 과실로 인한 손해배상청구를 할 수는 없다.”

3303) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다1203, 1210 판결: “계약 당시부터 사실상, 법률상 불가능한 상태였으므로 이 사건 계약은 피고의 의무이행이 원시적으로 불능이어서 무효이고, ... 피고는 이 사건 계약 체결 당시 그 불능을 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하므로 피고는 원고에게 민법 제535조 제1항에 따라 신뢰이익 상당의 손해를 배상할 의무가 있다고 판단한 후, 원고에게도 ... 제대로 확인하지 못한 과실이 있으므로 민법 제535조 제2항에 따라 피고에게 배상책임이 없다는 취지의 피고의 주장에 대하여, ... 만으로는 원고가 이 사건 계약을 체결하기 이전에 ... 불가능하였다는 것을 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 없고, 달리 이 점을 인정할 증거가 없다는 이유로 이를 배척하였다. ... 원심의 이러한 사실인정과 판단은 결론에 있어서 정당한 것으로 수긍할 수 있다.”

다) 매도인의 담보책임에 기초한 매수인의 해제, 대금감액 항변

매매의 목적물에 권리의 하자나 물건의 하자가 있는 경우, 채무불이행책임과는 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정³³⁰⁴⁾되는 매도인의 담보책임(법이 특별히 인정한 무과실책임)에 기초하여 매수인은 계약의 해제³³⁰⁵⁾(일반적인 해제와 효과가 동일하고, 해제에 따른 쌍방의 의무는 동시이행관계에 있다³³⁰⁶⁾)나 대금감액청구권(형성권) 행사에 따른 대금의 감액,³³⁰⁷⁾

3304) 대법원 2021. 4. 8. 선고 2017다202050 판결. 토지보상법에 따라 공공사업의 시행자가 토지를 협의취득하는 행위는 사법상의 법률행위로 일방 당사자의 채무불이행에 대하여 민법에 따른 손해배상 또는 하자담보책임을 물을 수 있다(2017다265389).

3305) 민법 제569조(타인의 권리의 매매) 매매의 목적이 된 권리가 타인에게 속한 경우에는 매도인은 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 한다. 제570조(동전-매도인의 담보책임) 전조의 경우에 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 그러나 매수인이 계약당시 그 권리가 매도인에게 속하지 아니함을 안 때에는 손해배상을 청구하지 못한다. 제571조(동전-선의의 매도인의 담보책임) ① 매도인이 계약당시에 매매의 목적이 된 권리가 자기에게 속하지 아니함을 알지 못한 경우에 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매도인은 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다. ② 전항의 경우에 매수인이 계약당시 그 권리가 매도인에게 속하지 아니함을 안 때에는 매도인은 매수인에 대하여 그 권리를 이전할 수 없음을 통지하고 계약을 해제할 수 있다. 민법 제571조 제1항은 선의의 매도인이 매매의 목적인 권리의 전부를 이전할 수 없는 경우에 적용될 뿐 매매의 목적인 권리의 일부를 이전할 수 없는 경우에는 적용될 수 없고, 마찬가지로 수 개의 권리를 일괄하여 매매의 목적으로 정하였으나 그 중 일부의 권리를 이전할 수 없는 경우에도 위 조항은 적용될 수 없다(2002다33557).

제575조(제한물권 있는 경우와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 된 경우에 매수인이 이를 알지 못한 때에는 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 기타의 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다. ② 전항의 규정은 매매의 목적이 된 부동산을 위하여 존재할 지역권이 없거나 그 부동산에 등기된 임대차계약이 있는 경우에 준용한다. ③ 전2항의 권리는 매수인이 그 사실을 안 날로부터 1년 내에 행사하여야 한다.

제576조(저당권, 전세권의 행사와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적이 된 부동산에 설정된 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 매수인이 그 소유권을 취득할 수 없거나 취득한 소유권을 잃은 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있다. ② 전항의 경우에 매수인의 출제로 그 소유권을 보존한 때에는 매도인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다. ③ 전2항의 경우에 매수인이 손해를 받은 때에는 그 배상을 청구할 수 있다. 제577조(저당권의 목적이 된 지상권, 전세권의 매매와 매도인의 담보책임) 전조의 규정은 저당권의 목적이 된 지상권 또는 전세권이 매매의 목적이 된 경우에 준용한다. ① 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하는 것으로 매매대금의 지급에 갈음하기로 약정한 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 매수인으로서 매도인에 대하여 민법 제576조 제1항의 담보책임을 면제하여 주었거나 이를 포기한 것으로 봄이 상당하므로, 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무 중 일부만을 인수한 경우 매도인으로서 자신이 부담하는 피담보채무를 모두 이행한 이상 매수인이 인수한 부분을 이행하지 않았으로써 근저당권이 실행되어 매수인이 취득한 소유권을 잃게 되더라도 민법 제576조 소정의 담보책임을 부담하게 되는 것은 아니다.(2002다11151). ② 임대차계약에 기한 임차권을 목적으로 한 매매계약 내지 교환계약에서 임대차 목적물에 이미 설정되어 있던 근저당권의 실행 등으로 인하여 임대인이 임대차계약상의 의무를 이행하지 못하는 경우, 임차권 매도인에게 민법 제576조에 따른 담보책임이 있다고 할 수 없다(2005다34018, 34025). ③ 부동산 매수인이 소유권을 보존하기 위하여 자신의 출제로 피담보채권을 변제함으로써 그 부동산에 설정된 저당권을 소멸시킨 경우에는, 매수인이 그 부동산 매수 시 저당권이 설정되었는지의 여부를 알았든 몰랐든 간에 이와 관계없이 민법 제576조 제2항에 의하여 매도인에게 그 출제의 상환을 청구할 수 있다(95다55245).

제580조(매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조제1항의 규정을 준용한다. 그러나 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 규정은 경매의 경우에 적용하지 아니한다. 제581조(종류매매와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적물을 종류로 지정한 경우에도 그 후 특정된 목적물에 하자가 있는 때에는 전조의 규정을 준용한다. ② 전항의 경우에 매수인은 계약의 해제 또는 손해배상의 청구를 하지 아니하고 하자 없는 물건을 청구할 수 있다. 제582조(전2조의 권리행사기간) 전2조에 의한 권리는 매수인이 그 사실을 안 날로부터 6월 내에 행사하여야 한다. 매도인의 하자담보책임에 관한 매수인의 권리행사기간은 재판상 또는 재판외의 권리행사기간이고 재판상 청구를 위한 출소기간은 아니다(84다카2344).

- 3306) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016다240 판결: “타인의 권리의 매매의 경우에 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있다(민법 제570조). 이러한 해제의 효과에 관하여 특별한 규정은 없지만 일반적인 해제와 달리 해석할 이유가 없다. 따라서 위 규정에 따라 매매계약이 해제되는 경우에, 매도인은 매수인에게 매매대금과 그 받은 날부터의 이자를 반환할 의무를 부담하고, 매수인 역시 특별한 사정이 없는 한 매도인에게 목적물을 반환할 의무는 물론이고 목적물을 사용하였으면 그 사용이익을 반환할 의무도 부담한다. 그리고 이러한 결론은 매도인이 목적물의 사용권한을 취득하지 못하여 매수인으로 부터 반환받은 사용이익을 궁극적으로 정당한 권리자에게 반환하여야 할 임정이라 하더라도 마찬가지이다. 다만, 매수인이 진정한 권리자인 타인에게 직접 목적물 또는 사용이익을 반환하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 매수인은 적어도 그 반환 등의 한도에서는 매도인에게 목적물 및 사용이익을 반환할 의무를 부담하지 않는다.” ■ 민법 제571조에 따른 선의의 매도인의 해제권 행사의 효과 역시 일반적인 해제와 같고, 매도인의 손해배상무와 매수인의 목적물 반환의무는 동시이행관계에 있다(92다25946).
- 3307) 민법 제572조(권리의 일부가 타인에게 속한 경우와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적이 된 권리의 일부가 타인에게 속함으로 인하여 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 그 부분의 비율로 대금의 감액을 청구할 수 있다. ② 전항의 경우에 잔존한 부분만이면 매수인이 이를 매수하지 아니하였을 때에는 선의의 매수인은 계약전부를 해제할 수 있다. ③ 선의의 매수인은 감액청구 또는 계약해제 외에 손해배상을 청구할 수 있다. 제573조(전조의 권리행사의 기간) 전조의 권리는 매수인이 선의인 경우에는 사실을 안 날로부터, 악의인 경우에는 계약한 날로부터 1년내에 행사하여야 한다. ■ ① 민법 제572조는 단일한 권리의 일부가 타인에 속하는 경우에만 한정하여 적용되는 것이 아니라 수개의 권리를 일괄하여 매매의 목적으로 정한 경우에도 그 가운데 이전할 수 없게 된 권리부분이 차지하는 비율에 따른 대금산출이 불가능한 경우 등 특별한 사정이 없는 한 역시 적용된다(88다카13547). ② 매수인이 ‘사실을 안 날’은 매도인이 취득하여 매수인에게 이전할 수 없게 되었음이 확실하게 된 사실을 안 날을 말한다(96다15596).
- 제574조(수량부족, 일부멸실의 경우와 매도인의 담보책임) 전2조의 규정은 수량을 지정한 매매의 목적이 부족되는 경우와 매매목적물의 일부가 계약당시에 이미 멸실된 경우에 매수인이 그 부족 또는 멸실을 알지 못한 때에 준용한다. ■ ① 민법 제574조에서 규정하는 ‘수량을 지정한 매매’라 함은 당사자가 매매의 목적인 특정물이 일정한 수량을 가지고 있다는 데 주안을 두고 대금도 그 수량을 기준으로 하여 정한 경우를 말하는 것이므로, 토지의 매매에 있어 목적물을 등기부상의 면적에 따라 특정한 경우라도 당사자가 그 지칭된 구획을 전체로서 평가하였고 면적에 의한 계산이 하나의 표준에 지나지 아니하여 그것이 당사자들 사이에 대상토지를 특정하고 그 대금을 결정하기 위한 방편이었다고 보일 때에는 이를 가리켜 수량을 지정한 매매라 할 수 없다고 할 것인바, 일반적으로 담보권실행을 위한 임의경매에 있어 경매법원이 경매목적인 토지의 등기부상 면적을 표시하는 것은 단지 토지를 특정하여 표시하기 위한 방편에 지나지 아니한 것이고, 그 최저경매가격을 결정함에 있어 감정인이 단위면적당 가격에 공부상의 면적을 곱하여 산정한 가격을 기준으로 삼았다 하여도 이는 당해 토지 전체의 가격을 결정하기 위한 방편에 불과하다 할 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 이를 민법 제574조 소정의 ‘수량을 지정한 매매’라고 할 수 없다(2002다65189). 목적물이 일정한 면적(수량)을 가지고 있다는 데 주안을 두고 대금도 면적을 기준으로 하여 정하여지는 아파트분양계약은 수량을 지정한 매매이다(99다58136). ② 경매절차 진행 중에 경매목적물인 자수기의 중요부품이 대부분 분리·반출됨으로써 자수기가 작동할 수 없게 된 때는 경매목적물의 일부가 멸실된 경우에 해당하고 경락인은 계약의 해제를 주장할 수 있다(99다34673). ③ 부동산매매계약에 있어서 실제면적이 계약면적에 미달하는 경우에는 그 매매가 수량지정매매에 해당할 때에 한하여 민법 제574조, 제572조에 의한 대금감액청구권을 행사함은 별론으로 하고, 그 매매계약이 그 미달 부분만큼 일부 무효임을 들어 이와 별도로 일반 부당이득반환청구를 하거나 그 부분의 원시적 불능을 이유로 민법 제535조가 규정하는 계약체결상의 과실에 따른 책임의 이행을 구할 수 없다(99다47396). ④ 민법 제574조의 취지는 매매로 인한 채무의 일부를 원시적으로 이행할 수 없는 경우에 대가적인 계약관계를 조정하여 등가성을 유지하려는 데에 있다. 토지의 면적을 기초로 하여 평수에 따라 대금을 산정하였는데 토지의 일부가 매매계약 당시에 이미 도로의 부지로 편입되어 있었고, 매수인이 그와 같은 사실을 알지 못하고 매매계약을 체결한 경우 매수인은 민법 제574조에 따라 도로의 부지로 편입된 부분의 비율로 대금의 감액을 청구할 수 있다. 매수인에게 대금감액청구권이 있고 감액될 부분이 아직 확정되지 않고 있다면 매수인은 대금의 일부에 관한 매도인의 지급청구에도 불구하고 대금전부에 관하여 지급의무의 이행을 거절할 수 있다(92다30580). ⑤ 주택건설사업자가 분양계약 당시 공유지분 산정의 기초가 된 아파트 대지의 일부를 분양계약 후에 시에 기부채납함으로써 분양계약자 등에게 면적이 감소한 공유대지면적을 공급한 경우, 민법 제574조에 의한 담보책임을 물을 수는 없고, 감소된 공유지분 범위 내에서 후발적 이행불능을 이유로 분양계약의 일부 해제가 가능하며, 그 원상회복으로써 대금을 반환받을 수 있다(94다56098). ⑥ 수량지정매매 매수인의 대금감액청구권의 제척기간 기산점인 ‘사실을 안 날’은 단순히 권리의 일부가 타인에게 속한 사실을 안 날이 아니라 그

손해배상청구권³³⁰⁸⁾과의 상계를 항변으로 주장·증명할 수도 있다.

때문에 매도인이 이를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없게 되었음이 확실하게 된 사실을 안 날을 말한다(99다 58136).

제578조(경매와 매도인의 담보책임) ① 경매의 경우에는 경락인은 전8조의 규정에 의하여 채무자에게 계약의 해제 또는 대금감액의 청구를 할 수 있다. ② 전항의 경우에 채무자가 자력이 없는 때에는 경락인은 대금의 배당을 받은 채권자에 대하여 그 대금전부나 일부의 반환을 청구할 수 있다. ③ 전2항의 경우에 채무자가 물건 또는 권리의 흠결을 알고 고지하지 아니하거나 채권자가 이를 알고 경매를 청구한 때에는 경락인은 그 흠결을 안 채무자나 채권자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. ④ ① 민법 제578조 제1항, 제2항은 매매의 일종인 경매에 있어서 그 목적물의 하자로 인하여 경락인이 경락의 목적인 재산권을 완전히 취득할 수 없을 때에 매매의 경우에 준하여 매도인의 위치에 있는 경매의 채무자나 채권자에게 담보책임을 부담시켜 경락인을 보호하기 위한 규정으로서 그 담보책임은 매매의 경우와 마찬가지로 경매절차는 유효하게 이루어졌으나 경매의 목적이 된 권리의 전부 또는 일부가 타인에게 속하는 등의 하자로 경락인이 완전한 소유권을 취득할 수 없거나 이를 잃게 되는 경우에 인정되는 것이고 경매절차 자체가 무효인 경우에는 경매의 채무자나 채권자의 담보책임은 인정될 여지가 없다(92다15574). 강제경매절차의 기초가 된 채무자 명의의 소유권이전등기가 원인무효의 등기여서 경락인이 경매 부동산에 대한 소유권을 취득하지 못하게 된 경우, 그 강제경매는 무효이므로 경락인은 경매 채권자에게 경매대금 중 그가 배당받은 금액에 대하여 일반 부당이익의 법리에 따라 반환을 청구할 수 있고, 민법 제578조 제1항, 제2항에 따른 경매의 채무자나 채권자의 담보책임은 인정될 여지가 없다(2003다59259). 강제집행의 집행권원인 약속어음 공정증서가 위조된 경우에도 마찬가지이다(91다21640). ⑤ 민법 제578조 제1항의 '채무자'에는 임의경매에서의 '물상보증인'도 포함되므로 경락인이 그에 대하여 적법하게 계약해제권을 행사했을 때에는 물상보증인은 경락인에 대하여 원상회복의 의무를 진다(87다카2641). 이에 반하여 대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다247385 판결은 "채무자가 아닌 소유자는 민법 제578조 제1항에 의한 담보책임을 부담하지 아니한다."는 **판론(傍論)**을 제시하였으나, 이에 반하는 비판적인 견해가 많다. ⑥ 매수인이 경매절차에서 부동산에 대한 매각허가결정을 받아 매각대금까지 내고 그 소유권을 취득하였으면, 그 후 재심의 소 등으로 매매의 목적물의 권리가 타인에게 속하게 되거나 매매의 목적이 된 부동산에 설정된 담보권이 실행되는 등의 사유로 소유권을 상실하게 되더라도 이는 민사집행법 제268조, 제96조 제1항에서 정한 경매절차의 취소사유에 해당하지는 않고, 매수인으로서 매도인의 담보책임을 관한 민법 규정을 적용하거나 유추 적용하여 담보책임을 물을 수 있는데, 그 담보책임은 매수인이 경매절차 밖에서 별소로써 채무자 또는 채권자를 상대로 추급하는 것이 원칙이지만, 아직 배당이 실시되기 전이라면 매수인은 민사집행법 제96조를 유추 적용하여 집행법원에 대하여 경매에 의한 매매계약을 해제하고 납부한 매각대금의 반환을 청구하는 방법으로 담보책임을 추급할 수 있다(대법원 2017. 4. 19.자 2016그172 결정). 소유권에 관한 가등기의 목적이 된 부동산을 낙찰받아 낙찰대금까지 납부하여 소유권을 취득한 낙찰인이 그 뒤 가등기에 기한 본등기가 종료됨으로써 일단 취득한 소유권을 상실하게 된 때에도 동일하다(96그64). ⑦ 경매의 목적물에 대한력 있는 임대차에 존속하는 경우에 경락인이 이를 알지 못한 때에는 경락인은 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 계약을 해제하고 제578조 제2항, 제3항의 담보책임을 청구할 수 있을 뿐, 계약을 해제함이 없이 채무자나 경락대금을 배당받은 채권자들을 상대로 경매목적물상의 대한력 있는 임차인에 대한 임대차보증금에 상당하는 경락대금의 전부나 일부를 부당이익하였다고 하여 바로 그 반환을 구할 수는 없다(96다7106). ⑧ 선순위 근저당권의 존재로 후순위 임차권이 소멸하는 것으로 알고 부동산을 낙찰받았으나, 그 후 채무자가 후순위 임차권의 대한력을 존속시킬 목적으로 선순위 근저당권의 피담보채무를 모두 변제하고 그 근저당권을 소멸시키고도 이 점에 대하여 낙찰자에게 아무런 고지도 하지 않아 낙찰자가 대한력 있는 임차권이 존속하게 된다는 사정을 알지 못한 채 대금지급기일에 낙찰대금을 지급하였다면, 채무자는 민법 제578조 제3항의 규정에 의하여 낙찰자가 입게 된 손해를 배상할 책임이 있다(2002다70075).

3308) ① 민법 제571조 제1항의 선의의 매도인의 손해배상책임은 '무과실'의 손해배상책임이다(92다25946). 타인의 권리를 매매의 목적으로 한 경우에 있어서 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 할 매도인의 의무가 매도인의 귀책사유로 인하여 이행불능이 되었다면, 매수인이 매매계약을 당시 소유권이 매도인에게 속하지 아니함을 알고 있었던 탓에 매도인의 담보책임에 관한 민법 제570조 단서의 규정에 의해 손해배상을 청구할 수 없다 하더라도, 채무불이행 일반의 규정(민법 제546조, 제390조)에 쫓아서 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다(93다37328). 이 경우 '이행불능이 매도인의 귀책사유로 인한 것인가 아닌가'의 점은 매수인이 이를 주장 입증하여야 하고, 이행불능이 있었다고 하여 만연히 매도인의 귀책사유로 인한 것이라고 추정할 수는 없는 것'이라고 한 판례(70다2449)가 있으나, 이는 민법 제390조 단서의 규정과 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결, 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다249383 판결 등에 비추어 타당하지 않다. ② 타인의 권리를 매매한 자가 권리가전을 할 수 없게 된 때에는 매도인은 선의의 매수인에 대하여

타인의 권리 매매에서 매도인의 담보책임 발생 요건인 '권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때'(소유권 이전 불능)는 채무불이행에서와 같은 정도의 엄격한 개념이 아니다.³³⁰⁹⁾

매도인의 담보책임에 터잡아 '선의의 매수인'에게만 인정되는 계약 해제권 등 권리³³¹⁰⁾의 경우, 해제 상대방인 매도인이 매수인의 '악의' 또는 '과실'에 대한 주장·증명책임을 부담한다고 봄이 타당하고,³³¹¹⁾ 이는 매도인의 대금청구에 대한 매수인의 해제, 대금금액 항변에 대하여 '제척기간의 도과'(직권조사사항)와 함께 매도인의 재항변 사유에 해당한다.³³¹²⁾ 제한물권 존재에 따른 계약 해제권(제575조 ①)의 경우, 계약 해제의 요건사실 중 하나인 '매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 된 사실'³³¹³⁾이 인정되는 경우에는 그 사실로부터 특별한 사정이 없는 한 '계약의 목적을 달성

불능 당시의 시가를 표준으로 그 계약이 완전히 이행된 것과 동일한 경제적 이익(이행이익)을 배상할 의무가 있다(대법원 1967. 5. 18. 선고 66다2618 전원합의체 판결). ㉠ 매도인의 담보책임에 기한 손해배상채무는 이행의 기한이 없는 채무로서 이행청구를 받은 때부터 지체책임이 있고, 법원은 공평의 원칙상 손해의 발생과 확대에 기여한 배상권리자의 과실을 직권으로 참작하여야 한다(2013다92873-민법 제576조 사안). ㉡ 약관 중 상당한 이유 없이 사업자의 담보책임을 배제 또는 제한하거나 그 담보책임에 따르는 고객의 권리행사의 요건을 가중하는 조항, 상당한 이유 없이 계약목적물에 관하여 견본이 제시되거나 품질·성능 등에 관한 표시가 있는 경우 그 보장된 내용에 대한 책임을 배제 또는 제한하는 조항은 무효이다(약관의 규제에 관한 법률 제7조 제3, 4호).

3309) 민법 제572조는 매수인 보호를 위한 규정이므로 여기의 이른바 소유권의 이전불능은 채무불이행에 있어서와 같은 정도로 엄격하게 해석할 필요는 없고, 사회관념상 매수인에게 해제권을 행사시키는 것이 타당하다고 인정되는 정도의 이행장애가 있으면 족하고 반드시 객관적불능에 한하는 엄격한 개념은 아니다(77다1283). 이는 동일 문언의 민법 제570조, 제571조 해석에서도 마찬가지로 볼 수 있다.

3310) 선의의 매수인에게만 인정되는 권리로는, 전부 타인 권리 매매에서 매수인의 손해배상청구권(제570조 단서), 일부 타인 권리 매매에서 계약 전부 해제권, 손해배상청구권(제572조 제2항, 제3항), 수량부족·일부멸실의 경우의 계약 해제권, 대금감액청구권, 손해배상청구권(제574조), 제한물권 존재에 따른 계약 해제권, 손해배상청구권(제575조 제1항)이 있고, 선의의 무과실의 매수인에게만 인정되는 권리로는, 특정물 매매와 종류물 매매에서 물건의 하자에 의한 계약 해제권, 손해배상청구권(제580조 제1항, 제581조 제1항)이 있다.

3311) 전부 타인 권리 매매에서 매수인의 손해배상청구권의 경우에는 제570조 단서(그러나 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다), 특정물 매매와 종류물 매매에서 물건의 하자에 의한 계약 해제권, 손해배상청구권의 경우에는 제580조 제1항 단서(그러나 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다)의 각 조문 구조 형식에 의하여 매수인의 악의 또는 과실의 증명책임을 해제 상대방인 매도인이 부담함이 분명하게 규정되어 있다. 법문에 '선의의 매수인'(제572조 ②, ③) '매수인이 ... 알지 못한 때'(제574조, 제575조 ①)라고 규정되어 있는 경우에는, 조문 구조 형식에 따라 해제권자인 매수인이 자신의 선의에 대한 주장·증명책임을 부담한다는 견해와 해제 상대방인 매도인이 매수인의 악의에 대한 주장·증명책임을 부담한다는 견해가 양립할 수 있으나, 다른 규정에서 선의 여부가 요증대상인 경우 대체로 '악의'를 요증사실로 삼아 주장·증명책임을 분담하고 있는 점, 매수인이 하자를 모르고 매매계약을 체결하는 것이 일반적이고 원칙적인 모습이고 하자를 알고서 매매계약을 체결하는 것은 예외적 상황이므로 예외적인 특별한 사정의 존재를 요증사실로 삼아 주장·증명책임을 분담함이 타당한 점, 위 제570조 단서와 제580조 제1항 단서와의 통일적 해석을 기할 수 있다는 점에서 후자의 견해를 취함이 타당하다고 본다.

3312) 매수인의 손해배상청구에 대해서는 매도인의 항변 사유에 해당한다.

3313) 이는 ① '매매계약 체결 전에 매도인과 제3자 사이에 매매 목적물에 관한 지상권 등의 설정계약이 체결된 사실'과 ② '지상권 등의 설정계약에 기하여 지상권 등의 설정등기나 인도가 이루어진 사실'의 두 가지 요건사실을 내포한다. ②사실은 매매계약 체결 후라도 상관없다.

할 수 없는 사실'이 인정될 수 있으므로 '계약의 목적을 달성할 수 있는 특별한 사정'도 해제 상대방인 매도인의 재항변 사유에 해당한다.

건물과 그 대지가 목적물인 매매계약에서 건물의 일부가 경계를 침범하여 이웃 토지 위에 건립되어 있는 경우에 매도인이 그 대지 부분을 취득하여 매수인에게 이전하지 못하는 때에는 민법 제572조,³³¹⁴⁾ 가압류 부동산 매수인이 가압류에 근거한 강제집행으로 소유권을 상실한 경우에는 민법 제576조³³¹⁵⁾를 각 '유추적용'하여 담보책임을 물을 수 있다.

3314) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009다33570 판결: "매매계약에서 건물과 그 대지가 계약의 목적물인데 건물의 일부가 경계를 침범하여 이웃 토지 위에 건립되어 있는 경우에 매도인이 그 경계 침범의 건물부분에 관한 대지부분을 취득하여 매수인에게 이전하지 못하는 때에는 매수인은 매도인에 대하여 민법 제572조를 유추적용하여 담보책임을 물을 수 있다고 할 것이다. 그리고 그 경우에 이웃 토지의 소유자가 소유권에 기하여 그와 같은 방해상태의 배제를 구하는 소를 제기하여 승소의 확정판결을 받았으면, 이제 다른 특별한 사정이 없는 한 매도인은 그 대지부분을 취득하여 매수인에게 이전할 수 없게 되었다고 봄이 상당하다. 민법 제572조는 매매목적물의 일부가 타인에게 속하는데 매도인이 이를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 경우 매도인의 담보책임에 대하여 규정하고 있다. 그러므로 건물 및 대지의 매매에서 그 대지의 일부만이 타인에게 속하는 경우에 위 규정이 적용됨에는 의문이 없다. 그런데 그러한 경우 중에는 건물의 일부도 타인의 토지 위에 건립되어 있는 경우도 있을 것이다. 이 후자의 경우에 매매목적물인 건물의 일부가 그 피침범토지 소유자의 권리행사에 좇아 결국 이를 철거하여야 하는 등 그 존립을 유지할 수 없는 운명에 있다고 하면, 이는 매도인에게 그 건물부분의 존립 자체에 관한 권리가 흠결된 것으로서 종국적으로는 매매목적물을 취득하지 못하게 되는 바의 전형적인 위험요소가 당해 매매계약에 내재하고 있다는 흠이 있어, 앞서 본 대지의 일부만이 타인에게 속하는 경우 또는 나아가 일반적으로 매매목적물인 건물의 일부만이 타인에게 속하는 경우에 준하여 처리되어야 할 것이다. 한편 민법 제575조 제2항은 매매의 목적인 부동산을 위하여 존재할 지역권이 없는 경우 매도인의 담보책임에 대하여 규정하나, 이는 목적물 용역의 편의에 관한 권리가 없는 경우에 관한 것으로서 위와 같이 건물의 존립을 위한 권리가 없는 경우에 유추적용할 것이 못 된다. 또한 원심이 이 사건에 적용한 민법 제580조는 매매목적물의 물질적 성상에 흠이 있는 경우에 관한 것으로서 이 사건에서와 같이 매매목적물의 권리상태에 흠이 있는 경우에 설사리 적용될 수 없다."

3315) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다45207 판결: "가압류의 목적이 된 부동산을 매수한 사람이 그 후 가압류 채권에 근거한 강제집행으로 부동산의 소유권을 상실하게 되었다면 이는 매매의 목적 부동산에 설정된 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 매수인이 취득한 소유권을 상실한 경우와 유사하므로, 이러한 경우 매도인의 담보책임에 관한 민법 제576조의 규정이 준용된다. 즉, 가압류 결정의 기입등기 후 매매계약을 체결하여 가압류의 목적이 된 부동산을 매수한 사람은 가압류 결정의 처분금지적 효력에 의하여 그 가압류 채권에 근거한 강제집행절차에서 부동산의 소유권을 취득한 매수인에게 대항할 수 없으므로 소유권을 상실하게 되는데, 이러한 경우에 민법 제576조가 준용되는 이유는 매매계약 체결 당시 이미 존재하였던 원인에 의하여 후발적으로 소유권을 상실한다는 점에서 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 소유권을 상실하는 경우와 유사하기 때문이다." ● 소유권에 관한 가등기의 목적이 된 부동산을 낙찰받아 낙찰대금까지 납부하여 소유권을 취득한 낙찰인이 그 뒤 가등기에 기한 본등기가 경료됨으로써 일단 취득한 소유권을 상실하게 된 때에도 민법 제578조, 제576조를 유추적용하여 담보책임을 추궁할 수 있다(96그64). 한편, 국세채납에 따른 공매절차의 매수인이 농지 소유권 취득요건인 농지취득자격증명을 발급받지 못해 소유권을 취득하지 못하던 중 원소유자에 대한 가압류 채권에 근거한 민사집행절차에서 그 농지를 매수한 매수인이 농지취득자격증명을 발급받고 대금을 완납한 때에는 적법하게 그 농지의 소유권을 취득하고, 공매절차의 매수인은 소유권을 취득할 수 없게 되는데, 이러한 결론은 공매절차의 매수인이 가압류의 처분금지적 효력에 의하여 민사집행절차의 매수인에게 대항할 수 없어 발생하는 것이 아니라, 국세채납절차와 민사집행절차가 별개의 절차로 진행된 결과일 뿐이므로, 공매절차의 매각결정 당시 이미 존재하였던 원인에 의하여 후발적으로 소유권을 취득할 수 없게 되는 경우에 해당하지 아니하고, 이러한 경우에게까지 민법 제578조, 제576조가 준용된다고 볼 수는 없다(2012다45207). cf. 법률의 유추적용은 법률의 흠결을 보충하는 것으로 법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용하는 것이다(2019다226135). '준용'은 입법기술상 용어, '유추(적용)'는 해석기술상 용어라는 점에서 차이가 있으므로 위 판시의 '준용'은 '유추(적용)'으로 수정함이 더 적확하다.

민법 제580조의 하자담보책임에 관하여는 상법 제69조의 '상인 간 매매의 하자담보책임' 기술 부분을 참조하면 된다. 하자담보의무의 이행이 오히려 공평의 원칙에 반하는 경우에는 민법 제581조 제2항의 '완전물급부청구권'의 행사가 제한된다.³³¹⁶⁾

라) 사기 취소 항변(고지의무 위반 등)

원고의 기망행위를 이유로 한 피고의 매매계약 취소 항변(불법행위에 기한 손해배상청구에서도 동일하다)에서는, 선전·광고의 기망행위 해당 여부('다소의 과장'은 기망행위라 할 수 없다),³³¹⁷⁾ '신의성실의 원칙상 고지의무' 위반에 따른 '부작위에 의한 기망행위' 해당 여부가 종종 문제된다.

고지의무의 대상은 '계약의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리 확보에 위험을 가져올 수 있는 구체적 사정'³³¹⁸⁾이다(원칙적으로 계약체결과정에서 '시가'나 '전매이익'에 관한 신의칙상 고지·정보제공 의무는 없다³³¹⁹⁾). 사전고지의무는 계약을 체결할 때뿐만 아니라 계약 체결

3316) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다72582 판결; "민법 제581조 제1항, 제2항, 제580조 제1항, 제575조 제1항에 의하면, 매매의 목적물을 종류로 지정하였는데 그 후 특정된 목적물에 있는 하자가 있는 경우에, 매수인은 그 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있고, 그 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 정도에 이르지 아니한 때에는 손해배상을 청구할 수 있으며, 또한 이러한 계약의 해제 또는 손해배상의 청구 대신 하자 없는 물건을 청구할 수 있는 권리(이하 '완전물급부청구권'이라 한다)를 갖는다. 다만 이러한 민법의 하자담보책임에 관한 규정은 매매라는 유상·쌍무계약에 의한 급부와 반대급부 사이의 등가관계를 유지하기 위하여 민법의 지도이념인 공평의 원칙에 일각하여 마련된 것인데, 종류매매에서 매수인이 가지는 완전물급부청구권을 제한 없이 인정하는 경우에는 오히려 매도인에게 지나친 불이익이나 부당한 손해를 주어 등가관계를 파괴하는 결과를 낳을 수 있다. 따라서 매매목적물의 하자가 경미하여 수선 등의 방법으로도 계약의 목적을 달성하는 데 별다른 지장이 없는 반면 매도인에게 하자 없는 물건의 급부의무를 지우면 다른 구제방법에 비하여 지나치게 큰 불이익이 매도인에게 발생하는 경우와 같이 하자담보의무의 이행이 오히려 공평의 원칙에 반하는 경우에는, 완전물급부청구권의 행사를 제한함이 타당하다. ... 매수인의 완전물급부청구권의 행사에 대한 제한 여부는 매매목적물의 하자의 정도, 하자 수선의 용이성, 하자의 치유가능성 및 완전물급부의 이행으로 인하여 매도인에게 미치는 불이익의 정도 등의 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 개별적·구체적으로 판단하여야 한다." ⇨ 원고가 피고 회사로부터 자동차를 매수하여 인도받은 지 5일 만에 계기판의 속도계가 작동하지 않는 하자가 발생하였음을 이유로 신차 교환을 구한 사건에서, 원고의 완전물급부청구권 행사가 허용되지 않는다고 한 사례.

3317) 대법원 2023. 7. 27. 선고 2022다293395 판결; "상품의 선전·광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여되나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다. ... 광고가 계약상대방을 속이거나 계약상대방으로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반인이 그 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단하여야 한다."

3318) 대법원 2023. 8. 18. 선고 2022다291702 판결; "재산적 거래관계에 있어서 계약의 일방 당사자가 상대방에게 계약의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리 확보에 위험을 가져올 수 있는 구체적 사정을 고지하였다면 상대방이 계약을 체결하지 아니하거나 적어도 그와 같은 내용 또는 조건으로 계약을 체결하지 아니하였을 것이 인정되는 경우 계약 당사자는 신의성실의 원칙상 상대방에게 미리 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다. 이는 계약 당사자가 조금만 주의를 기울였다면 위와 같은 구체적 사정을 알 수 있었을 경우에도 마찬가지이다." (자동차관리법령상 자동차매매업자가 매수인에게 서면으로 고지하여야 할 사항들의 주요 내용은 매수인이 자동차매매계약을 어떠한 조건으로 체결할 것인지를 정하는 중요한 사항에 해당한다) ⇨ 참조판결인 2013다97076 등은 위 뒷부분 판시와 달리, "상대방이 고지의무의 대상이 되는 사실을 이미 알고 있거나 스스로 이를 확인할 의무가 있는 경우 또는 거래 관행상 상대방이 당연히 알고 있을 것으로 예상되는 경우 등에는 상대방에게 위와 같은 사정을 알리지 아니하였다고 하여 고지의무를 위반하였다고 볼 수 없다."라고 하였다.

이후 이를 이행하는 과정에서도 유지되고, 고지의무 위반의 채무불이행에 따른 손해배상 책임을 부담한다.³³²⁰⁾

마) 소유권이전등기청구권에 대한 압류 해제의 선이행 항변

압류, 가압류 또는 처분금지가처분이 되어 있는 소유권이전등기청구권에 기초하여, 채무자(매수인, 원고)가 제3채무자(매도인, 피고)를 상대로 소유권이전등기절차의 이행을 청구함에 대하여, 피고가 압류, 가압류 또는 처분금지가처분의 존재 사실로 항변(이는 피고 측이 주장·증명책임を負는 항변 사유에 해당한다³³²¹⁾)하는 경우, 금전채권의 경우와 달

3319) ○ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다54997 판결: “일반적으로 매매거래에 있어서 매수인은 목적물을 영가로 구입할 것을 희망하고 매도인은 목적물을 고가로 처분하기를 희망하는 이해상반의 지위에 있으며, 각자가 자신의 지식과 경험을 이용하여 최대한으로 자신의 이익을 도모할 것으로 예상되기 때문에, 당사자 일방이 알고 있는 정보를 상대방에게 사실대로 고지하여야 할 신의칙상 의무가 인정된다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한, 매수인이 목적물의 시가를 묵비하여 매도인에게 고지하지 아니하거나 혹은 시가보다 낮은 가액을 시가라고 고지하였다 하더라도, 상대방의 의사결정에 불법적인 간섭을 하였다고 볼 수 없으므로 불법행위가 성립한다고 볼 수 없다.”

○ 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다86000 판결: “수분양자가 분양자로부터 취득한 분양목적물을 다시 제3자에게 매도하여 전매이익을 얻는 것, 나아가 그 전매이익을 극대화하기 위하여 애초의 분양자에게 지급할 대가를 가능하면 저가로 분양을 받는 것 등은 수분양자가 제반 사정을 고려하여 스스로 판단·결정할 사항이고, 이에 영향을 미치는 사정에 관한 정보는 원칙적으로 수분양자가 스스로 수집하여 평가하여야 한다. 분양자도 일반적으로 분양목적물의 약정대가를 가능한 한 높여서 보다 많은 이익을 얻고자 한다는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 따라서 … 특별한 사정이 없는 한, 분양자에게 그 대립당사자로서 스스로 이익을 추구하여 행위는 수분양자에 대하여 최초분양인지, 전매분양인지를 포함하여 수분양자의 전매이익에 영향을 미칠 가능성이 있는 사항들에 관하여 분양자가 가지는 정보를 밝혀야 할 신의칙상의 의무가 있다거나, 나아가 그러한 정보를 밝혀 고지하지 아니하면 그것이 부작위에 의한 기만에 해당하여 민법 제110조 제1항에서 정하는 사기가 된다고 설사리 말할 수 없다.”

3320) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2020다215124 판결: “미리 고지할 … 의무는 계약을 체결할 때뿐만 아니라 계약 체결 이후 이를 이행하는 과정에서도 유지된다. 당사자 상호 간의 신뢰관계를 기초로 하는 계속적 계약의 일반 당사자가 계약을 이행하는 과정에서 상대방의 생명, 신체, 건강 등의 안전에 위해가 발생할 위험이 있고 계약 당사자에게 그 위험의 발생 방지 등을 위하여 합리적 조치를 할 의무가 있는 경우, 계약 당사자는 그러한 위험이 있음을 상대방에게 미리 고지하여 상대방으로 하여금 그 위험을 회피할 적절한 방법을 선택할 수 있게 하거나 계약 당사자가 위험 발생 방지를 위한 합리적 조치를 함으로써 그 위험을 제거하였는지를 확인할 수 있게 할 의무가 있다. 특히 계속적 계약의 일반 당사자가 고도의 기술이 집약된 제품을 대량으로 생산하는 제조업자이고 상대방이 소비자라면 정보 불균형으로 인한 부작용을 해소하기 위해 제조업자에 대하여 위와 같은 고지의무를 인정할 필요가 더욱 크다.” ⇨ 정수기 제조업자인 피고가 정수기에서 중금속인 니켈이 검출된 사실을 인지하였음에도 피고로부터 동종의 정수기를 입차 또는 매수하여 사용하는 원고들에게 이를 알리지 않은 사실에서, 피고의 고지의무 위반으로 인한 채무불이행을 인정하고 원고들이 건강과 밀접한 관련이 있는 마실 물에 관하여 선택권을 행사할 기회를 상실하였다는 이유로 원고들의 정신적 손해를 인정한 예.

3321) 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22963 판결: “소유권이전등기청구권이 가압류되어 있다는 사정은 피고 측의 항변사유에 해당하는 것이고 직권조사사항은 아닌 만큼, 소유권이전등기 청구소송의 소장에 그와 같은 가압류의 존재 사실이 기재되어 있다고 하더라도 이는 선행자백에 불과하여 피고가 응소하여 그 부분을 원용하는 경우에도 비로소 고려될 수 있는 것이므로, 피고가 답변서를 제출하지 아니하고 변론기일에 출석하지도 아니하여 그 사건의 원고가 주장하는 소유권이전등기청구권의 요건 사실에 관하여 의제자백의 효과가 발생한 이상 법원 으로서는 전부승소의 판결을 할 것이지만 단순히 가압류사실을 알게 되었다고 하더라도 가압류가 해제될 것을 조건으로 한 판결을 할 수는 없는 것이다.” ⇨ 피고 측의 항변사유에 해당한다는 판시 부분은 타당하나, 피고의 원용 전 원고의 소장 기재 또는 자인진술을 ‘선행자백’이라 한 것은 잘못이고(2014다64752 참조), 원고의 자인진술이 있는 경우에는 그 철회가 없는 이상 원·피고 간 주장공통의 원칙에 따라 설사 ‘소유권이전등기청구권에 가압류가 존재한다.’는 항변사실에 대한 피고의 주장이 없더라도 법원은 원고의 자인진술에 기초하여

리,³³²²⁾ 법원은 압류, 가압류 또는 처분금지가처분의 해제를 조건으로 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 일부 인용 판결을 하여야 한다.³³²³⁾ 이러한 법리는 ‘의사의 진술을 명하는 판결’에 해당하는 ‘주권발행 전 주식의 양도를 명하는 판결’의 경우에도 마찬가지로 적용된다.³³²⁴⁾

제3채무자가 소유권이전등기청구권에 대한 (가)압류 결정을 무시하고 채무자에게 임의로 이전등기를 마쳐주고 채무자는 다시 제3자에게 이전등기를 마쳐 준 경우, 소유권이전등기청구권의 (가)압류는 부동산 자체의 처분을 금지하는 대물적 효력이 없어 채권자는 제3자에게 그 명의 등기의 말소등기를 청구할 수 없으므로, 제3채무자는 채권자의 손해에 대한 불법행위책임을 진다.³³²⁵⁾ 제3채무자는 소유권이전등기청구권이 (가)압류된 부동

가압류 해제를 조건으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 일부 인용 판결을 할 수 있다고 보는 것이 옳다고 생각한다.

3322) 금전채권에 대한 (가)압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것이므로 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고 법원은 (가)압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수는 없다(98다42615).

유사한 사례와의 비교·경리 ① (가)압류된 금전채권의 이행청구에 대해서는 (가)압류의 존재가 유효한 항변이 될 수 없어 원고의 청구는 무조건 인용되나, ② 압류·추심명령이 있는 금전채권에 대한 채무자의 제3채무자에 대한 이행청구는 당사자적격의 흠결로 부적법 각하되고, ③ 압류·전부명령이 있는 금전채권에 대한 채무자의 제3채무자에 대한 이행청구는 추심명령의 경우와 달리 채무자 자신이 이행청구권자임을 주장하는 이상 원고적격이 인정되나 피고인 제3채무자가 전부명령에 따른 실체법상 이행청구권 상실의 유효한 항변을 함으로써 본안에서 기각된다. ④ 채권양도된 금전채권에 대한 양도채권자의 채무자에 대한 이행청구도 압류·전부명령의 경우와 마찬가지로 보면 된다.

3323) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다42615 판결: “소유권이전등기를 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결로서 이것이 확정되면 채무자는 일반적으로 이전등기를 신청할 수 있고 제3채무자는 이를 저지할 방법이 없게 되므로 ... 가압류의 해제를 조건으로 하지 않는 한 법원은 이를 인용하여서는 안 되는 것이며, 가처분이 있는 경우도 이와 마찬가지로 그 가처분의 해제를 조건으로 하여야만 소유권이전등기절차의 이행을 명할 수 있다고 할 것이 고, 소유권이전등기청구권에 대한 가압류가 있기 전에 가처분이 있었다고 하여도 가처분이 뒤에 이루어진 가압류에 우선하는 효력이 없으므로 가압류는 가처분채권자의 관계에서도 유효할 뿐만 아니라, 가압류 상호간에도 그 결정이 이루어진 선후에 따라 뒤에 이루어진 가압류에 대하여 처분금지적 효력을 주장할 수는 없다고 한 다음, ... 소유권이전등기청구권 가압류 및 가처분의 해제를 조건으로 ... 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단함으로써, ... 이 사건 청구를 일부 인용하고 나머지 청구를 기각하는 판결을 하였는바, ... 원심의 판단은 ... 정당하고”

3324) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2017다3222, 3239 판결: “일반적으로 주식양도청구권의 압류나 가압류는 주식 자체의 처분을 금지하는 대물적 효력은 없고 채무자가 제3채무자에게 현실로 급부를 추심하는 것을 금지할 뿐이다. 따라서 채무자는 제3채무자를 상대로 그 주식의 양도를 구하는 소를 제기할 수 있고 법원은 가압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수 없다. 다만 주권발행 전이라도 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6개월이 지나면 주권의 교부 없이 지명채권의 양도에 관한 일반원칙에 따라 당사자의 의사표시만으로 주식을 양도할 수 있으므로, 주권발행 전 주식의 양도를 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결에 해당한다. 이러한 주식의 양도를 명하는 판결이 확정되면 채무자는 일반적으로 주식 양수인의 지위를 갖게 되고, 제3채무자는 이를 저지할 방법이 없으므로, 가압류의 해제를 조건으로 하지 않는 한 법원은 이를 인용해서는 안 된다. 이는 가압류의 제3채무자가 채권자의 지위를 겸하는 경우에도 동일하다.”

3325) 대법원 2022. 12. 15. 선고 2022다247750 판결(위탁자의 채권자인 원고들이 위탁자의 피고 수탁회사에 대한 담보신탁계약 종료(해지)를 원인으로 한 소유권이전등기청구권에 관하여 (가)압류를 한 후, 피고가 담보신탁계약상 특약에 따라 위탁자의 매수인들에게 직접 소유권이전등기 의무를 마쳐준 사안에서, 이는 제3채무자인 피고가 (가)압류결정을 무시한 채 담보신탁계약의 해지에 따른 피고의 위탁자에 대한 소유권이전등기 의무와 위탁자의 매수인들에 대한 소유권이전등기 의무를 단축하여 이행한 것이므로, 원고들에 대한 불법행위책임을 성립한다고 한 예].

산에 관하여 채무자 또는 그 대위자로부터 제기된 소유권이전등기 청구소송에 ‘응소’하여 ‘(가)압류 사실을 주장·증명할 의무’를 지고, 제3채무자가 고의 또는 과실로 위 소송에 응소하지 아니한 결과 자백간주 판결이 선고·확정됨에 따라 채무자, 제3자 명의의 소유권이전등기가 마쳐짐으로써 채권자가 손해를 입은 경우, 불법행위책임을 진다.³³²⁶⁾

3326) 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22963 판결; “소유권이전등기청구권에 대한 가압류가 있으면 그 변제금지의 효력에 의하여 제3채무자는 채무자에게 임의로 이전등기를 이행하여서는 아니되는 것이나, 그와 같은 가압류는 채권에 대한 것이지 등기청구권의 목적물인 부동산에 대한 것이 아니고, 채무자와 제3채무자에게 결정을 송달하는 외에 현행법상 등기부에 이를 공시하는 방법이 없는 것으로서 당해 채권자와 채무자 및 제3채무자 사이에만 효력을 가지며, 제3자에 대하여는 가압류의 변제금지의 효력을 주장할 수 없으므로 소유권이전등기청구권의 가압류는 청구권의 목적물인 부동산 자체의 처분을 금지하는 대물적 효력은 없다 할 것이고, 제3채무자나 채무자로부터 이전등기를 경료한 제3자에 대하여는 취득한 등기가 원인무효라고 주장하여 말소를 청구할 수는 없는 것이므로, 제3채무자가 가압류결정을 무시하고 이전등기를 이행하고 채무자가 다시 제3자에게 이전등기를 경료하여 준 결과 채권자에게 손해를 입힌 때에는 불법행위를 구성하고 그에 따른 배상책임을 지게 된다고 할 것이다. … 소유권이전등기를 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결로서 이것이 확정되면 채무자는 일방적으로 이전등기를 신청할 수 있고 제3채무자는 이를 저지할 방법이 없으므로, 소유권이전등기청구권이 가압류된 경우에는 변제금지의 효력이 미치고 있는 제3채무자로서는 일반채권이 가압류된 경우와는 달리 채무자 또는 그 채무자를 대위한 자로부터 제기된 소유권이전등기 청구소송에 응소하여 그 소유권이전등기청구권이 가압류된 사실을 주장하고 자신이 송달받은 가압류결정을 제출하는 방법으로 입증하여야 할 의무가 있다고 할 것이고, 만일 제3채무자가 고의 또는 과실로 위 소유권이전등기 청구소송에 응소하지 아니한 결과 의제자백에 의한 판결이 선고되어 확정됨에 따라 채무자에게 소유권이전등기가 경료되고 다시 제3자에게 처분된 결과 채권자가 손해를 입었다면, 이러한 경우는 제3채무자가 채무자에게 임의로 소유권이전등기를 경료하여 준 것과 마찬가지로 불법행위를 구성한다고 보아야 할 것이다.”