[제13판]

주요 조문별·판례중심

요건사실과 주장증명책임

변호사 최 진 수 저

진원북

서울대학교 법학도서관
법학동 351 0051115

제13판을 내면서

민법과 상법의 민사 실체법상 주요 조문을 기초로 하면서, 민사소송법과 민사집행법의 관련 쟁점까지 두루 통합하여 대법원 판례를 중심으로 서술한 이 책이 나온 지 어언 13년이 지났다.

매년 증보해 오던 대로, 2024. 7. 15.자까지의 지난 1년간 판례공보 게재 판례 및 2024. 6. 27.까지 선고된 대법원 판례를 더하였다.

'의제·간주', '요건사실을 이루는 개별 법률용어의 해석방법', '유추적용과 준용', '부칙의 적용·해석에 의한 적용법령의 확정', '소멸시효의 정지', '집합건물 구분소유자의 하자담보추급권', '채권의 상대효 원칙에 대한 예외인 채권자의 제3채무자에 대한 직접청구권 규정', '임대인의 원상회복 또는 그에 갈음한 손해배상 청구', '일시 사용 임대차계약인 숙박계약', '제조물책임', '상속재산' 등을 새로이 넣고 보완하였다.

'개별 법률용어의 해석방법'과 '부칙의 적용과 해석'은, 졸저 '최신 조세판례의 현황과 쟁점'에 기술되어 있던 내용을 민사법의 사례에 맞추어 옮겨 적었다. 실무에 유용한 기본적인 사항임에도 기왕의 참고자료가 부족하여, 일찍부터 이 책에 넣어 널리 공유코자 하였으나 금번 개정에서야 포함시키게 되었다. 일반 민사법보다는, 빈번한 개정으로 판례의 해석을 무력화하는 경우가 많은 특별법 분야의 해석에 도움이 될 것으로 보인다.

이번에도 이 책을 내는 데 여러 분의 도움이 있었다. 주승연 변호사, 이정용 변호사, 그리고 올 봄 천생의 연을 맺은 문진혁 변호사와 임서현 변호사가 각자의 다망한 공무 중에 틈을 내어 증보에 힘을 보태주었다. 깊디깊은 고마움을 표함과 동시에 전도에 대한 축원의 맘을 전하고자 한다.

판례가 많다는 것은 그만큼 실제 분쟁이 많다는 것이고 법률실무가에게 긴요함을 나타내는 것이다. 다수 판례가 축적된 주요 쟁점 위주로 민사실체법과 절차법을 융합하여 기술한 이 책이 상시 독자의 책상머리를 차지하고 도움이 되었으면 한다.

2024. 7. 25.

잠실 자택에서 저자 씀

제9판을 내면서

이 책은 민법과 상법의 민사 실체법상 주요 조문을 기초로 하면서, 민사소송법과 민사집행법의 관련 쟁점까지 두루 통합하여 대법원 판례를 중심으로 서술한 것이다.

매년 증보해 오던 대로, 2020. 7. 1.자까지의 지난 1년간 판례공보 게재 판례 및 2020. 6. 25.까지 선고된 대법원 판례를 더하였다.

'소송 계속 중 당사자 사망과 소송절차의 중단 · 수계 또는 종료', '의사표시의 존재와 그 해석', '일부무효, 무효행위의 전환', '기판력과 다른 특수한 효력인 참가적 효력과 환송판결의 기속력', '비법인사단에 대한 확인소송과 형성소송', '물상대위 관련 청구', '가등기담보 관련 청구', '채권양수인의 소송법상 승계인으로서의 지위', '수급인의 보수 지급 청구', '법인격 부인' 등을 새로이 넣고, '전득자 등 수인을 상대로 한 말소등기 청구', '손해의 발생과 범위의 주장·증명', '친생자 추정' 등에 많은 보완을 하였다. 그간 메일로 틈틈이 의견을 준 독자들의 요청을 많이 반영하였다.

지난 5월 말에 초간한 졸저 "최신 조세판례의 현황과 쟁점"에 대한 검토와 교정에 이어, 독일 뮌헨에서 연수 중인 문중흠 판사와 김송경 사무관이 다시금 틈틈이 겨를을 내어 이 책의 증보에 도움을 보태주었다. 다시금 깊디깊은 고마움을 표한다.

판례가 많다는 것은 그만큼 실제 분쟁이 많다는 것이고 법률실무가에게 긴요함을 나타내는 것이다. 다수 판례가 축적된 주요 쟁점 위주로 민사실체법과 절차법을 융합하여 기술한 이 책이 상시 독자의 책상머리를 차지하고 도움이 되었으면 한다.

2020. 7. 10.

잠실 자택에서 저자 씀

제5판을 내면서

필자가 사법연수원에서 민사재판실무 교수로 재직하던 2006. 1. 이 책의 모태가 된 "판례에 나타난 민법 주요 조문별 주장·입증책임"을 사법연수원논문집 제3집에 게재한 지 어언 십 년이 지났다. 세월의 빠름을 실감한다.

2016. 7. 1.자 판례공보까지 지난 1년간의 판례 및 개정 법률을 반영하고, '무효·취소 행위의 추인', '인도청구에 대한 차임 상당 지급의 부대(附帶)청구', '등기상 이해관계 있는 제3자에 대한 승낙청구', '수임인의 보수청구', '이사·감사의 보수청구권', '이사·감사의 회사나 제3자에 대한 손해배상책임' 등을 새로이 넣었으며, '시효중단사유의 주장증명책임' 부분을 대폭 보완하였다.

다시금 공직에 돌아온 필자와 송무국에서 연을 맺고서 지금은 일선에서 근무 중인 윤성호 세무서장, 박국진 과장이 법조 후배로서 바쁜 와중에 흔쾌히 검토와 교정에 힘써 큰 도움을 주었다. 감사를 드린다. 9개월 간 헌신의 모습을 보여준 남판우 납세자보호담당관에게는 깊디깊은 고마움과 함께 전도에 대한 축원의 맘을 표하고자 한다.

언제든지 필요할 때에 닿을 수 있는 곳에 상비하여 두고서 요긴하게 쓰일 수 있는 서책이 되었으면 하는 바람이 이루어졌으면 한다.

2016. 7. 5.

저동 사무실에서 저자 씀

서 문

이 책은 필자가 사법연수원에서 민사재판 분야 교수로 재직하던 2006. 1. 사법연수원 논문집 제3집에 게재하였던 "판례에 나타난 민법 주요 조문별 주장·입증책임"을 대폭 수정·증보한 것에 2007. 1. 사법연수원논문집 제4집에 게재하였던 "지연손해금청구"를 부록으로 더하여 출간하는 것이다. 또한 필자가 20년간 법관으로 근무하면서 담당했던 구체적인 사건의 해결 과정에서 틈틈이 남겨 두었던 실무노트와 메모, 사법연수원에서 3년간 사법연수생들을 지도하면서 정리해두었던 강의 보충안, 사법연수생들과 주고받았던 질의·응답도 포함되어 있다.

민사재판실무의 기본이자 전부라고도 볼 수 있는 '요건사실'과 민사소송의 척추 또는 나침반 역할을 하는 '주장·증명책임'에 관한 판례의 숲을 두루 살펴 의미 있는 내용을 발견하여 정리하고, 그 뜻을 나름대로 되새겨 보고자 노력하였다. 민법의 주요 조문 순서에 따라 주장·증명책임에 관한 판례를 망라하여 검토하면서 그 조문과 관련된 청구원인과 항변 등의 요건사실을 추출하여 정리하였고, 상법·민사소송법·민사집행법의 주요 조문별 주장·증명책임에 관한 판례도 일부 더하였으므로, 주요한 법률적 쟁점에 대하여 판례의 입장을 찾아 이해하는 데 도움이 될 것으로 생각한다. 특히, 법률 실무가나 법학전문대학원생이 실제 사건을 해결하거나 법률 공부를 하는 데 실질적 도움이 되었으면 하는 마음을 층층이 담았다.

대법원 판례는 판시사항이나 판결요지, 그리고 추상적 법리에 관한 판시 부분만으로는 참 뜻을 이해할 수 없는 경우가 많다. 그래서 구체적 사안까지 가급적 상세하게 담으려고 하였고, 판례 원문을 그대로 인용하여 가공·첨삭에 따른 오독·오해의 여지를 경계하였다. 파기환송판결의 경우 환송 전 원심의 판단도 담아 대법원의 판단과 대비함으로써 판례의 이해에 도움이 되도록 하였다.

대법원 판례의 내용 중 상당 부분이 각주로 처리되어 가독성이 떨어질 수도 있으나, 이는 판례의 정확한 이해를 위해 많은 내용을 담기 위한 노력의 일환으로 너그럽게 이해해주시길 부탁드린다. 본문에서 각주까지 꼼꼼히 챙겨 읽으면 오히려 그 내용의 풍성함이 장점으로 다가올 것으로 생각된다. 그리고 서로 배치되는 판례, 사실상의 판례변경으로 유효하지 않게 된 판례, 명백한 오류가 보이는 판례 등은 해당 부분에서 사견을 적시함으로써 판례의 입장을 올바르게 이해하는 데 도움이 되도록 하였다.

이 책을 출간하기까지 많은 분들의 도움이 있었다. 법원 재직 당시 필자와 합의부를 구성하면서 실제 사건을 두고 서로 토의하는 가운데 법률적 쟁점에 관해 많은 영감을 준 이준희 판사님, 이상우 판사님, 김진선 판사님, 공현진 판사님, 최누림 판사님, 전아람 판사님, 그리고 사법연수원에서 사제의 연을 맺은 방태경 판사님, 성원제 판사님, 김영진 판사님, 이재경 판사님이 교정과 검토에 힘을 보태 주었다. 최문수 판사님은 사해행위취소 부분에서 훌륭한 조언을 주었고, 로스쿨 강의를 계기로 연을 맺은 허중혁 변호사는 출판 과정에 열과 성으로 도움을 주었다. 마지막으로, 저 멀리 남도에서 바쁜 업무의 와중에 이 책 내용의 전부를 읽고서 필자의 사견에 대해 수시로 메일로 코멘트해 준 노재호 판사님께도 고마움을 표하고 싶다.

만약 이 책이 법률 실무가나 법학전문대학원생에게 조금이나마 도움이 된다면 더할 나위 없이 기쁠 것이나, 필자의 능력 부족에 따른 흠이 있다면 향후 개정 작업 등을 통해 미진함과 부족함을 채워 넣는 노력을 다할 것을 다짐하는 것으로 양해를 구하고자 한다.

필자는 20년간 재직한 법원을 떠나 2010. 3.부터 변호사로 일하면서, "최진수 변호사의 실무 쟁점 노트(http://blog.naver.com/yejeeyena)"라는 제하의 블로그에 다양한 법률상 쟁점에 관하여 나름의 생각을 정리한 실무노트를 수시로 게재하고 있는데, 이 책의 일부 내용도 단편적으로 게재되어 있다. 이 책의 내용 중 의문이 있거나 잘못된 점이 있으면 위 블로그에 좋은 의견을 제시해 주시기를 바라면서 이 글을 맺기로 한다.

2012. 7. 2.
서초동 사무실에서 저자 씀

목 차

要件事實과 主張證明責任

Ⅰ. 머 리 말 ····· 3

Ⅱ. 주장증명책임 일반론 개관 ····· 3

1. 주장증명책임의 개념과 분배 ····· 3

가. 주장증명책임의 개념과 그 대상 ····· 3

1) 변론주의와 주장증명책임 ····· 3

2) 주장공통의 원칙 ····· 6

3) 간접사실·보조사실의 변론주의 적용 배제, 증거공통의 원칙 ····· 7

4) 추상적·불확정적 개념의 요건사실 ····· 8

5) 공격·방어 방법의 적시제출주의 ····· 8

6) 변론주의와 석명권 행사의 한계 ····· 9

7) 소송요건과 직권조사사항 ····· 10

8) 법규, 경험칙, 법률의 해석·적용 ····· 11

9) 주요사실의 간접적 주장 ····· 12

10) 주장에 관한 판단의 이유 기재 ····· 13

나. 주장증명책임의 분배 ····· 13

다. 법률상 추정, 유사적 추정, 의제 ····· 16

1) 법률상 추정 ····· 16

2) 유사적 추정 ····· 17

3) 의제·간주 ····· 17

2. 법규의 구조·형식에 의한 주장증명책임 분배의 구체적 예 ····· 20

가. '본문과 단서'의 규정 형식 ····· 20

1) '본문과 단서', '전단과 후단'의 구별 ····· 20

2) '본문과 단서'의 규정 형식에 의한 주장·증명책임 분배의 구체적 예 ····· 24

나. '제1항과 제2항'의 규정 형식 ····· 26

3. 요건사실을 이루는 개별 법률용어의 해석방법 ····· 28

가. 법령의 일반적 해석방법 ····· 28

나. 법령용어 개념의 탐색 방법 ····· 30

다. '같은 것은 같게, 다른 것은 다르게' 해석 ····· 32

라. 유추적용과 준용 ····· 34
1) 유추적용 ····· 34
2) 준 용 ····· 36
4. 부칙의 적용·해석에 의한 적용법령의 확정 ····· 37
가. 부칙의 구조와 해석 ····· 37
나. 법령의 개정과 종전 부칙 경과규정의 효력 ····· 40
Ⅲ. 민법상 주요 조문별 요건사실과 주장증명책임 ····· 41
1. 총 칙 ····· 41
가. 신의성실의 원칙 ····· 41
나. 인과법인 ····· 44
1) 사망한 사람의 당사자능력 ····· 44
가) 사망한 사람을 원고로 하여 제기된 소 ····· 44
나) 사망한 사람을 피고로 하여 제기된 소 ····· 46
다) 소송 중 당사자 사망·합병과 소송절차의 중단·수계 또는 종료 ····· 48
(1) 소송절차의 중단·수계 ····· 48
(2) 소송절차의 종료 ····· 51
라) 실종선고에 의한 사망 의제와 동시사망의 법률상 추정 ····· 52
2) 제한능력자인 미성년자의 법률행위 ····· 53
가) 취소의 항변 ····· 53
나) 미성년자의 상환책임 ····· 55
3) 법 인 ····· 56
가) 이사의 대표권 ····· 56
(1) 대표권 존재의 주장·증명 ····· 56
(2) 대표권에 관한 제한 ····· 57
(3) 대표권 남용 ····· 59
나) 법인과 이사 등의 손해배상책임 ····· 59
다) 민법상 법인에 대한 확인소송과 형성소송 ····· 60
(1) 확인의 이익 ····· 60
(2) 민법상 법인에 대한 확인의 소 일반론 ····· 62
(3) 이사회 결의 부존재·무효 확인 청구 ····· 66
(4) 총회 결의 부존재·무효 확인 청구 ····· 69
(5) 대표자 등 임원이나 구성원 지위의 존부 확인 청구 ····· 71
(6) 이사 등 임원에 대한 직무집행정지 가처분 ····· 72
(7) 단체에 대한 형성의 소 ····· 72
다. 법률행위 ····· 73
1) 반사회질서 법률행위와 불공정한 법률행위 ····· 73
가) 반사회질서 법률행위 ····· 73

나) 불공정한 법률행위 ····· 80
2) 의사와 표시의 불일치로 인한 무효 ····· 81
가) 비진의표시 ····· 81
나) 통정허위표시 ····· 81
(1) 통정허위표시에 대한 증명책임 ····· 81
(2) '선의의 제3자'에 대한 증명책임 ····· 82
(3) 제3자로부터 전득한 자에 대한 대항요건의 증명책임 ····· 84
3) 취소할 수 있는 의사표시 ····· 85
가) 취소권의 발생과 그 행사 및 취소의 소급효 ····· 85
나) 착오에 의한 의사표시의 취소 ····· 86
다) 사기·강박에 의한 의사표시의 취소 ····· 89
라) 무효·취소·해제 등의 경합 ····· 91
4) 의사표시의 존재와 그 해석 ····· 91
5) 의사표시의 도달과 효력발생 ····· 97
6) 대 리 ····· 103
가) 유권대리 ····· 103
(1) 요건사실 ····· 103
(2) 대리권의 존부에 관한 증명책임 ····· 105
나) 표현대리 ····· 109
(1) 주장책임 ····· 109
(2) 민법 제125조 표현대리 ····· 109
(3) 민법 제126조 표현대리 ····· 110
(4) 민법 제129조 표현대리 ····· 114
(5) 기 타 ····· 115
다) 무권대리행위의 추인 ····· 115
라) 무권대리인의 상대방에 대한 책임 ····· 118
7) 일부무효, 무효행위의 전환·추인, 취소행위의 추인 ····· 120
가) 일부무효 ····· 120
나) 무효행위의 전환 ····· 122
다) 무효인 법률행위의 추인 ····· 123
라) 취소할 수 있는 법률행위의 추인 ····· 124
8) 조건과 기한 ····· 125
가) 정지조건부(停止條件附) 또는 시기부(始期附) 법률행위 ····· 125
나) 해제조건부(解除條件附) 또는 종기부(終期附) 법률행위 ····· 128
다) 법정조건(관할관청의 인가·허가 등) ····· 129
라) 이행기한 ····· 132
(1) 이행기의 의의와 공방 단계 ····· 132
(2) 지체책임(지연손해금)의 기산일 ····· 136
마) 장래이행의 소 ····· 139

9) 소멸시효 ····· 143
가) 시효 원용권의 행사 ····· 143
(1) 주장책임 ····· 143
(2) 원용권자 ····· 145
나) 기 산 점 ····· 147
(1) 변론주의의 적용 ····· 147
(2) 증명책임 ····· 148
(3) 기산점 인정 준칙 ····· 149
(4) 구체적인 기산점 ····· 152
다) 시효기간 ····· 157
(1) 직권 판단 ····· 157
(2) 1년 ····· 158
(3) 3년 ····· 158
(4) 5년 ····· 162
(5) 불법행위와 채무불이행으로 인한 손해배상청구권 ····· 162
(6) 판결 등에 의하여 확정된 채권(10년) ····· 163
라) 시효중단사유의 주장증명책임 ····· 164
(1) 시효중단사유 ····· 164
(2) 주장증명책임의 소재 ····· 166
(3) 주장책임의 정도 ····· 167
(4) 최고에 의한 시효중단의 요건사실과 증명책임 ····· 169
(5) 재판상 청구에 의한 시효중단의 요건사실과 증명책임 ····· 172
(6) 가압류 등에 의한 시효중단의 재항변과 그 취소·무효의 재재항변 ····· 177
(7) 채무 승인에 의한 시효중단의 요건사실과 증명책임 ····· 183
(가) 요건사실과 증명책임 ····· 183
(나) 구체적 사례 ····· 185
마) 소멸시효의 정지 ····· 187
바) 시효이익의 포기 ····· 187
(1) 요건사실 ····· 187
(2) 소멸시효 완성 후 채무 변제와 시효 이익의 포기 ····· 189
(3) 소멸시효 이익 포기 사유로서의 채무의 승인 ····· 191
사) 소멸시효 항변에 대한 반신의칙·권리남용의 재항변 ····· 193
10) 제척기간 ····· 194
가) 제소기간과 재판 외 권리행사기간 ····· 194
나) 권리행사 방법 ····· 195
다) 소송상 취급(직권조사사항) ····· 196
라) 소멸시효와의 비교 ····· 196
(1) 판별기준 ····· 196
(2) 차 이 점 ····· 196

(3) 동 일 점 ····· 199
마) 소멸시효기간과의 경합 ····· 200

2. 물 권 ····· 201

가. 소유권 등에 기한 물권적 청구권의 행사 ····· 201
1) 물권적 청구권 일반론 ····· 201
2) 인도 청구 ····· 204
가) 소유권에 기초한 인도 청구 ····· 204
(1) 법규정에 따른 요건사실의 분류 ····· 204
(2) 본안전 항변 관련 문제 ····· 205
(3) 차임 상당 지급의 부대(附帶)청구 ····· 206
(가) 청구원인 사실 ····· 206
(나) 선의 점유자의 과실수취권 항변 ····· 209
(다) 사용·수익권의 포기 또는 행사 제한의 항변 ····· 211
(라) 소멸시효 기산점 ····· 213
(마) 기판력과 변경의 소, 청구이의의 소 ····· 214
(4) 인도청구에 대한 항변 ····· 216
(가) 원고 명의 등기의 원인무효 항변 ····· 216
(나) 반신의칙, 권리남용의 항변 ····· 217
(다) 점유 권원의 항변 ····· 218
(라) 주위토지통행권 등 상린권 ····· 219
(마) 매수인의 점유사용권 ····· 222
나) '점유' 사실의 증명 ····· 223
(1) 직접점유 ····· 223
(2) 건물 대지의 점유자 ····· 225
(3) 가처분과 인도청구의 상대방 ····· 227
다) 다른 권원에 기한 인도 청구와의 구별 ····· 228
라) 점유자의 점유회수청구 ····· 229
마) 공유자 사이의 인도 및 부당이득반환 청구 ····· 231
3) 지상물 철거 청구의 요건사실 ····· 231
가) 청구원인사실 ····· 231
나) 기판력 등 본안전 항변 관련 문제 ····· 235
다) 항 변 ····· 237
라) 건물처분금지가처분 ····· 237
4) 퇴거 청구의 요건사실 ····· 238
5) 소유권 등기의 말소등기 청구 또는 진정명의회복등기 청구 ····· 240
가) 소 송 물 ····· 240
(1) 동일성 식별의 표준(관련 사건과의 비교) ····· 240
(2) 소유권이전등기말소등기청구와 진정명의회복 소유권이전등기청구의 관계 ·· 240
(3) 말소등기청구와 상속회복청구의 관계 ····· 241

(4) 채권적 반환청구권과 물권적 청구권 사이의 경합 ····· 243
나) 청구원인사실 ····· 244
(1) 소유권이전등기의 말소등기청구와 진정명의회복등기 청구 ····· 244
(2) 소유권보존등기의 말소등기청구 ····· 248
(3) 특별조치법 등기의 말소등기청구 ····· 249
(4) 전득자 등 수인을 상대로 한 말소 청구 ····· 249
(5) 부동산 일부에 대한 말소등기 청구의 적법 여부 ····· 254
(6) 등기명의인 표시변경·경정 등기의 말소등기청구의 적법 여부 ····· 256
(7) 집행문부여에 대한 이의와의 관계 ····· 257
다) 상속 관련 말소등기청구 등의 소송요건(직권조사사항) ····· 258
(1) 유증 목적물 관련 소송에서의 유언집행자의 당사자 적격 ····· 258
(2) 상속회복의 말소등기청구의 제척기간 ····· 258
라) 기판력 저촉의 항변 ····· 259
(1) 직권조사사항 ····· 259
(2) 기판력 저촉에 따른 후소 판결의 주문 ····· 260
(3) 확정된 채권의 시효중단을 위한 재소 ····· 263
(4) 판결의 확정 시기 ····· 265
(5) 기판력의 작용; 기판력 저촉의 유형별 예 ····· 266
(6) 기판력의 시적 범위(표준시) ····· 271
(7) 기판력의 객관적 범위 ····· 276
(8) 기판력의 주관적 범위 ····· 279
(9) 조정·화해 조서와 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정의 효력 ····· 284
(10) 기판력과 다른 특수한 효력인 참가적 효력과 환송판결의 기속력 ····· 289
(11) 기판력의 범위와 중복제소금지·재소금지 범위와의 비교 ····· 290
마) 본안에 관한 항변 ····· 292
바) 등기상 이해관계 있는 제3자에 대한 승낙청구 ····· 293
사) 의사의 진술을 명하는 판결을 구하는 소 ····· 294
아) 말소등기청구권 보전을 위한 처분금지가처분 ····· 295
6) 말소등기회복등기 청구 ····· 295
가) 소송요건(직권조사사항) ····· 295
나) 주장증명책임 ····· 297
다) 등기상 이해관계 있는 제3자에 대한 승낙청구 ····· 298
7) '소유' 사실의 주장·증명 ····· 300
가) 자백의 성립 여부 ····· 300
나) 점유 또는 소유권 등기에 의한 소유 사실의 법률상 추정 ····· 300
다) 원시취득, 법률규정에 의한 소유권 취득 사실의 증명 ····· 301
(1) 사정에 의한 토지의 원시취득 ····· 303
(2) 신축에 의한 건물·구분건물의 원시취득 ····· 305
(가) 신축건물의 소유권 귀속 ····· 305

(나) 집합건물의 구분소유권의 성립 ····· 306
(다) 건축 중인 건물의 건축주명의변경절차 이행 청구 ····· 312
(3) 부합에 의한 소유권의 취득·상실과 보상청구 ····· 313
(4) 상속 또는 상속재산분할협의에 의한 소유권 취득 ····· 316
라) 의용민법 시행 당시 법률행위 존재에 의한 소유권 취득의 증명 ····· 317
마) 전소 확정판결의 소유권 존부 판단에의 기속 ····· 317
나. 소유권확인 청구 ····· 318
1) 소송물인 대상 토지의 특정(=소송요건) ····· 318
2) 확인의 이익(=소송요건) ····· 318
가) 긍 정 례 ····· 318
나) 부 정 례 ····· 320
다) 국가를 상대로 한 토지소유권확인청구의 경우 ····· 322
3) 기 판 력 ····· 324
4) 청구원인 사실 ····· 326
5) 경계확정의 소와의 관계 ····· 327
다. 등기의 추정력 ····· 329
1) 추정력의 내용 ····· 329
2) 소유권보존등기의 추정력 ····· 329
3) 소유권이전등기의 추정력 ····· 330
4) 사자(死者) 명의 신청 등기의 추정력 ····· 331
5) 실체관계 부합 등기의 주장·증명 ····· 333
6) 각종 특별조치법에 따른 등기의 추정력 ····· 335
7) 가등기의 추정력 ····· 337
8) 대장(臺帳)의 추정력 ····· 339
라. 명의신탁 ····· 340
1) 증명책임 ····· 340
가) 명의신탁등기의 말소등기청구 ····· 340
나) 명의신탁등기에 터 잡은 등기의 말소등기청구 ····· 341
다) 3자간 등기명의신탁과 계약명의신탁의 구별 ····· 343
라) 명의신탁 사실의 인정 ····· 344
마) 종중의 종중원 등에 대한 명의신탁 사실의 인정 ····· 346
2) 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기(등록)절차 이행청구 ····· 347
가) 인용 여부 ····· 347
(1) 명의신탁이 무효인 경우 ····· 347
(2) 명의신탁이 유효한 경우 ····· 347
나) 소 송 물 ····· 349
다) 조세 포탈 목적 등에 관한 증명책임 ····· 350
라) 공격방어방법 ····· 351

3) 무효인 명의신탁관계의 청산을 위한 청구 형태 ····· 352
가) 양자 간 등기명의신탁에 따른 청구 ····· 352
(1) 신탁자 소유 부동산에 관한 양자 간 등기명의신탁 ····· 352
(2) 수탁자 소유 부동산에 관한 양자 간 등기명의신탁 ····· 354
나) 3자간 등기명의신탁에 따른 청구 ····· 355
다) 계약명의신탁에 따른 청구 ····· 357
(1) 매도인 선의의 계약명의신탁 ····· 357
(가) 부동산실명법 시행 '후' 선의의 계약명의신탁 ····· 357
(나) 부동산실명법 시행 '전' 선의의 계약명의신탁 ····· 359
(2) 매도인 악의의 계약명의신탁 ····· 361
마. 취득시효 ····· 362
1) 점유취득시효의 요건사실 ····· 362
2) 시효취득의 대상 ····· 362
가) 시효취득의 대상이 될 수 없는 경우 ····· 362
나) 국·공유재산에 대한 시효취득 제한 ····· 364
3) 점유 사실 ····· 367
4) 자주점유의 추정 ····· 368
가) 타주점유의 주장·증명책임과 증명방법 ····· 368
나) 구체적인 예 ····· 369
(1) 권원의 성질에 따른 타주점유 ····· 369
(2) 외형적·객관적 사정에 비추어 타주점유라고 본 경우 ····· 371
(3) 악의의 무단점유 ····· 372
(4) 자주점유 권원의 증명 실패와 추정 복멸 여부 ····· 372
다) 타주점유의 자주점유로의 전환 ····· 373
5) 시효취득에 대한 그 밖의 공격방어방법 ····· 374
가) 시효 중단 ····· 375
(1) 주장책임의 정도 ····· 375
(2) 중단사유 ····· 377
나) 시효이익의 포기 ····· 378
6) 점유취득시효의 효과 ····· 378
7) 등기부취득시효 ····· 381
바. 동산의 선의취득 ····· 383
1) 선의취득 항변의 요건사실 ····· 383
2) 선의취득 항변에 대한 재항변 사유 ····· 385
3) 도품, 유실물에 대한 특례 ····· 385
4) 기 타 ····· 386
사. 공 유 ····· 386
1) 공유물에 관한 보존행위 ····· 386

가) 말소등기청구 ····· 386
나) 인도와 방해배제 청구 ····· 388
2) 부당이득 반환 청구 ····· 391
가) 민법상 공유물 ····· 391
나) 집합건물의 공용부분과 대지 ····· 391
3) 구분소유자에 대한 관리비 청구 ····· 394
가) 당사자와 청구원인 ····· 394
나) 항 변 ····· 396
4) 집합건물 구분소유자의 하자담보추급권 ····· 397
5) 공유물분할청구 ····· 399
가) 소송요건(직권조사사항) ····· 399
나) 청구취지와 청구원인사실 ····· 401
다) 분할방법 ····· 403
라) 효 과 ····· 405
아. 총 유 ····· 406
1) 총유재산에 관한 소송의 소송요건(직권조사사항) ····· 406
가) '법인이 아닌 사단'의 당사자능력 ····· 406
나) 원고적격 ····· 410
다) 적법한 대표권의 존재 ····· 412
2) 총유물 관리·처분에 관한 내부적 절차 이행의 증명책임 ····· 412
3) 총유물 관리·처분에 해당하지 않는 행위의 경우 ····· 414
자. 제한물권 ····· 417
1) 전 세 권 ····· 417
2) 지 상 권 ····· 417
가) 법정지상권 ····· 417
(1) 법정지상권의 성립 요건 ····· 417
(2) 건물 철거 합의 등 법정지상권 포기 특약 ····· 420
나) 지상권의 소멸 ····· 420
(1) 지료 미지급에 따른 지상권·분묘기지권 소멸 청구 ····· 420
(2) 지상권의 만료와 갱신·매수청구 ····· 422
3) 유 치 권 ····· 422
가) 유치권 주장의 모습 ····· 422
나) 민사유치권의 요건사실 ····· 423
(1) 타인 소유 물건·유가증권에 대한 점유 ····· 424
(2) 목적물과 견련관계 있는 피담보채권의 발생과 변제기 도래 ····· 424
(3) 유치권 행사의 주장 ····· 427
다) 상사유치권의 요건사실 ····· 427
라) 유치권 발생에 대한 장애·소멸사유 ····· 428
(1) 불법 점유 개시 ····· 428

(2) 유치권 배제 특약 ····· 429
(3) 신의칙 위반 내지 권리남용 ····· 429
(4) 경매개시결정등기 후 취득한 유치권의 매수인에 대한 대항 불허 ····· 430
(5) 유치권의 소멸 청구 ····· 431
(6) 피담보채권의 소멸 ····· 432
(7) 점유상실에 의한 유치권의 소멸 ····· 433
마) 효 과 ····· 434
4) 질 권 ····· 435
5) 근저당권설정등기 말소등기청구 ····· 435
가) 근저당권설정등기 말소등기청구의 요건사실 ····· 435
나) 담보계약에 기한 말소등기청구와 소유권에 기한 말소등기청구의 관계 ····· 436
다) 근저당권설정등기의 추정력 ····· 438
라) '근저당권설정등기 원인무효'의 주장·증명 ····· 439
(1) 피담보채무의 확정과 부존재 ····· 439
(2) 제3자 명의의 근저당권설정등기 ····· 443
(3) 피담보채무의 변제 ····· 443
(가) 채 무 자 ····· 443
(나) 제3취득자 ····· 444
(다) 물상보증인 ····· 445
(라) 변제자대위 ····· 445
(마) 공동근저당권의 대위 ····· 449
(4) 피담보채무의 소멸시효 완성1667) ····· 456
(가) 제3취득자나 물상보증인의 독자적 시효원용권 ····· 456
(나) 제3취득자나 물상보증인에 대한 권리행사와 시효중단 ····· 457
(다) 채권신고의 시효 중단효 ····· 458
(5) 근저당권설정계약 자체의 무효 등 ····· 459
마) 근저당권이 이전된 경우 ····· 460
바) 등기유용합의·실체관계부합의 항변 ····· 461
사) 선이행판결 ····· 461
아) 피담보채무 부존재 확인 청구 ····· 462
(1) 채무 부존재 확인 청구의 일반론 ····· 462
(가) 확인의 이익(=소송요건, 직권조사사항) ····· 462
(나) 주장·증명책임의 분배 ····· 467
(다) 일정액 초과 채무의 부존재 확인 청구 ····· 467
(라) 기 판 력 ····· 468
(2) 근저당권설정등기 말소등기 청구와의 관계 ····· 468
6) 저당권에 기초한 방해 제거 및 예방 청구 ····· 470
7) 물상대위 관련 청구 ····· 471
8) 가등기담보 관련 청구 ····· 474

3. 채권총칙 ····· 480
가. 채무불이행책임 ····· 480
1) 손해배상청구 관련 소송물과 청구의 병합 ····· 480
가) 채무불이행과 불법행위에 각각 기초한 손해배상청구권 ····· 480
나) 법조경합과 청구권경합, 선택적 병합과 예비적 병합 ····· 482
다) 손해 구분에 따른 별개의 소송물 ····· 485
라) 일부 청구 ····· 487
마) 전보배상 청구의 병합 ····· 489
바) 기 타 ····· 489
2) 채무불이행 사실 ····· 490
가) 이행불능 ····· 490
나) 이행불능 이외의 채무불이행 ····· 494
다) 채권자지체 ····· 494
3) 위 법 성 ····· 495
4) 귀책사유 ····· 497
5) 손해의 발생과 범위 ····· 502
가) 손해의 발생과 범위의 주장증명 ····· 502
(1) 현실적·확정적 손해 ····· 502
(2) 금전채무불이행에 대한 특칙; 지연손해금률 ····· 505
(가) 민법 제397조 ····· 505
(나) 상사법정이율, 근로기준법 등 특별법상 지연손해금률 ····· 506
(다) 소송촉진등에 관한 특례법상 지연손해금률 ····· 507
(3) 이행기한과 지체책임 ····· 507
(4) 배상액 산정의 기준시점 ····· 508
(5) 손해액의 심리·판단 방법 ····· 509
(6) 통상손해와 특별손해 ····· 510
(7) 정신적 손해 ····· 513
나) 손익상계 ····· 514
(1) 손익상계의 개념 ····· 514
(2) 주장책임의 유무 ····· 515
(3) 손익상계와 과실상계의 순서 ····· 516
(4) 이른바 '광의의 손익상계'로 일컫는 '사회보험 급여'의 공제 ····· 517
(5) 손해보험금의 공제 ····· 521
다) 과실상계 등 책임의 제한 ····· 522
6) 손해배상액의 예정 ····· 529
가) 손해배상 예정액 청구의 요건사실 ····· 529
나) 귀책사유 부존재의 항변 등 ····· 531
다) 예정액의 직권 감액 ····· 532
라) 위 약 벌 ····· 533

(1) 위약벌에 관한 주장증명 ····· 533
(2) 위약벌의 감액 ····· 534
7) 대상(代償) 청구 ····· 535
나. 채권자대위 ····· 536
1) 의무이행의 상대방 ····· 537
2) 채권자 자신의 권리에 기한 직접 청구와의 관계 ····· 538
가) 직접청구와 대위청구의 구분 ····· 538
나) 채권의 상대효 원칙에 대한 예외인 제3채무자에 대한 직접청구권 규정 ····· 540
3) 피보전채권의 존재 ····· 540
가) 소송요건 ····· 540
나) 직권조사사항인지 여부 ····· 541
다) 피대위자의 특정·생존 ····· 542
라) 피보전채권의 증명 ····· 543
마) 피보전채권 소멸 등 주장의 인정 여부 ····· 545
바) 파산채권자의 채권자대위권 행사 ····· 545
4) 보전의 필요성(≒채무자의 무자력) ····· 546
가) 소송요건(직권조사사항) ····· 546
나) 적극적 요건과 소극적 요건 ····· 546
다) 피보전채권이 금전채권인 경우 ····· 547
라) 피보전채권이 특정채권인 경우 ····· 549
마) 무자력 산정의 구체적 기준 ····· 551
5) 채무자의 권리 불행사 ····· 552
가) 소송요건 ····· 552
나) 채무자 제소에 의한 본안패소 확정판결이 있는 경우 ····· 553
다) 중복제소와의 관계 ····· 553
6) 채무자의 제3채무자에 대한 권리(피대위권리) ····· 556
가) 채권자대위권의 목적인 권리 ····· 556
나) 기판력 저촉 여부에 대한 직권조사 ····· 558
다) 공격방어방법의 범위 ····· 559
라) 채권자대위 후 채무자의 피대위권리 처분 ····· 560
다. 채권자취소 ····· 563
1) 소 송 물 ····· 563
가) 소송물과 청구형태 ····· 563
나) 소 변경과 공격방법 주장 변경의 구별 ····· 565
다) 원물반환청구와 가액배상청구와의 관계 ····· 566
(1) 가액배상의 요건 ····· 566
(2) 원물반환청구와 가액배상청구의 관계 ····· 571
(3) 가액배상과 별개의 소송물인 이행지체 전보배상과 이행불능 대상청구 ····· 572
라) 저당권설정계약 취소에 따른 배당금 반환의 청구형태 ····· 573

마) 당사자를 달리하는 동일 목적의 다수 채권자취소소송이 계속 중인 경우의 처리 ····· 574
2) 소송요건(직권조사사항) ····· 576
가) 당사자적격 ····· 576
나) 회생절차 개시결정이나 파산선고 시 소송절차의 중단과 수계 ····· 577
다) 전득자에 대한 취소대상적격 ····· 578
라) 권리 보호 이익 ····· 578
마) 제척기간 ····· 580
(1) 주장증명책임 ····· 580
(2) 제척기간 1년의 기산점 ····· 580
(3) 제척기간 5년의 기산점 ····· 583
(4) 전득자에 대한 제척기간 ····· 583
3) 채권자취소권 발생의 청구원인 ····· 584
가) 피보전채권의 존재 ····· 584
나) 사해행위 ····· 588
(1) 채무자의 무자력 ····· 588
(2) 일반채권자의 책임재산 ····· 590
(가) 명의신탁 부동산 ····· 592
(나) 담보권 설정 목적물 ····· 594
(3) 행위별 사해성의 검토 ····· 597
(가) 매 매 ····· 597
(나) 변제 등 채무 본지에 따른 이행행위 ····· 598
(다) 어음발행행위 ····· 600
(라) 증여 등 무상행위 ····· 601
(마) 대물변제 ····· 604
(바) 담보제공 ····· 605
(사) 상속재산의 분할협의 ····· 608
(아) 이혼에 따른 재산분할 ····· 610
(자) 신탁행위 ····· 611
(차) 연속한 수개의 재산행위 ····· 612
(카) 무효행위 ····· 614
(4) 사해행위 취소 및 원상회복의 범위 ····· 614
다) 채무자의 사해의사 ····· 615
4) 수익자·전득자의 항변 ····· 616
가) 채무자 자력 회복 등 책임재산 보전의 필요성 소멸의 항변 ····· 616
나) 선의의 항변 ····· 617
다) 가액배상자의 안분액 상계 항변, 채무자 변제 항변의 인정 여부 ····· 622
라. 다수 당사자의 채무 ····· 626
1) 불가분 채권·채무 ····· 626

2) 연대채무 ····· 628
3) 부진정연대채무 ····· 631
가) 부진정연대채무 관계의 성립 ····· 631
나) 공동소송 형태 ····· 634
다) 절대적 효력 사유의 주장 ····· 635
라) 일부 부진정연대의 경우 일부 변제의 효력 ····· 635
(1) 소액 부진정연대채무자에 의한 일부 변제의 경우 ····· 635
(2) 다액 부진정연대채무자에 의한 일부 변제의 경우 ····· 636
마) 상대적 효력 사유의 주장 ····· 637
4) 보증채무 ····· 638
가) 보증채무 이행청구의 요건사실 ····· 638
나) 보증채무의 범위 ····· 643
다) 소멸시효 항변 ····· 646
(1) 보증채무 시효소멸의 항변; 보증채무와 주채무의 소멸시효기간 ····· 646
(2) 주채무 시효소멸의 항변 ····· 647
(3) 주채무자에 대한 시효중단으로 인한 보증채무 시효중단의 재항변 ····· 648
라) 보증인의 주채무자 채권에 의한 상계 항변 ····· 649
마) 채권자의 담보 상실·감소행위에 따른 면책 항변 ····· 649
바) 단순보증인의 최고와 검색의 항변권 ····· 653
사) 채권자 의무 위반과 신의칙에 따른 책임 제한 및 해지 ····· 653
아) 회사 보증행위의 무효의 항변 ····· 656
자) 신원보증인의 책임 ····· 656
차) 보증보험금 청구 ····· 657
5) 구상채무 ····· 660
가) 요건사실 ····· 660
(1) 구상의 기초가 되는 법률관계 ····· 660
(2) 원고의 출재에 의한 공동면책 ····· 662
(가) '부담 부분 초과' 변제가 필요한 경우 ····· 662
(나) '부담 부분 초과' 변제가 필요하지 않은 경우 ····· 665
(다) 구상권의 범위 ····· 666
나) 소송물과 기판력 ····· 668
다) 항 변 ····· 669
마. 채권양도, 채무인수 ····· 672
1) 채권양도 ····· 672
가) 채권양도 관련 청구에서 소송요건이 문제되는 경우 ····· 672
나) 양수금청구의 청구원인 요건사실 ····· 673
(1) 장래 채권의 양도 요건 ····· 674
(2) 채권양도계약 ····· 674
(3) 법률이나 채권의 성질상 양도가 제한되는 채권의 양도 ····· 676

(4) 채무자에 대한 대항요건 ····· 678
(가) 주장·증명책임 ····· 678
(나) 채권양도 통지 또는 채무자 승낙의 증명 ····· 679
(다) 지명채권에 대한 질권 설정에의 준용 ····· 681
다) 양도인에게 대항할 수 있는 사유에 기한 항변 ····· 683
(1) 이의를 보류하지 않은 승낙 ····· 684
(2) 보험금청구권의 경우 ····· 686
(3) 채권양도와 통정허위표시 ····· 687
(4) 채권양도와 소멸시효 ····· 687
(5) 채권양도와 상계 ····· 690
라) 이중양도의 항변 ····· 692
마) 채권양도 자체의 효력에 관한 항변 ····· 697
(1) 소송신탁 목적의 채권양도 항변 ····· 697
(2) 채권양도 금지 특약의 항변 ····· 698
(3) 유효하지 않은 항변 ····· 700
바) 양도인의 채권양도계약 해제 등 소멸의 주장 ····· 700
사) 가압류된 금전채권 양수인의 양수금 이행청구 ····· 702
아) 채권양수인의 소송법상 '승계인'으로서의 지위 ····· 704
자) 채권양도와 사해행위취소 ····· 707
2) 채무인수 ····· 708
가) 면책적 채무인수 ····· 708
(1) 인수금 청구의 요건사실 ····· 708
(2) 기 판 력 ····· 709
(3) 항 변 ····· 710
나) 중첩적(=병존적) 채무인수 ····· 710
(1) 인수금 청구의 요건사실 ····· 710
(2) 항 변 ····· 712
다) 이행인수 ····· 713
라) 계약인수 ····· 714
바. 변 제 ····· 715
1) 주장책임 ····· 716
2) 요건사실 ····· 716
가) 변제사실 ····· 716
나) 급부와 채무 사이의 견련관계 ····· 719
3) 변제충당 ····· 721
가) 변제충당 순서 ····· 721
나) 법정변제충당 ····· 723
다) 비용·이자·원본의 충당 순서 ····· 724
라) 일부청구의 경우 ····· 726

마) 채무액이 서로 다른 다수당사자채무의 경우 ····· 726
4) 이해관계 없는 제3자의 변제 ····· 726
5) 변제받을 권한 없는 자에 대한 변제 ····· 727
가) 채권의 준점유자에 대한 변제 ····· 727
(1) 요건사실 ····· 727
(2) 금융기관이 수령권한 없는 자에게 예금을 지급한 경우 ····· 728
(3) 금융기관의 변제 이외의 사례 ····· 729
나) 영수증 소지자에 대한 변제 ····· 730
다) 채권자가 이익을 받은 경우 ····· 731
6) 전부명령과 추심명령에 의한 집행채권의 변제 ····· 732
7) 가집행선고 붙는 판결에 기한 변제 ····· 733
가) 변제효 유무 ····· 733
나) 가집행 원상회복의 예비적 반소 ····· 735
사. 대물변제 ····· 737
아. 변제공탁 ····· 739
자. 상 계 ····· 742
1) 요건사실 ····· 742
2) 공제, 상계계약과의 구별 ····· 745
3) 상계의 금지·불허 ····· 747
가) 항변권 부착 자동채권과의 상계 불허 ····· 747
나) 상계금지 특약에 반하는 상계의 금지 ····· 750
다) 불법행위채권을 수동채권으로 한 상계의 금지 ····· 751
라) 압류금지채권을 수동채권으로 한 상계의 금지 ····· 752
마) 임금채권을 수동채권으로 한 상계의 금지 ····· 754
바) 지급금지채권을 수동채권으로 하는 상계의 금지 ····· 755
사) 한정승인에 의한 상계 불허 ····· 757
아) 신의칙에 반하는 상계의 불허 ····· 757
4) 상계의 효과 ····· 758
5) 상계 항변의 소송상 취급 ····· 759
가) 예비적 항변 ····· 759
나) 기 판 력 ····· 761
다) 중복소제기 금지, 재소금지 원칙의 적용 여부 ····· 763
라) 상소의 이익 ····· 763
마) 불이익변경금지의 원칙 ····· 764
바) 일부청구에 대한 상계 항변 ····· 765
차. 면 제 ····· 765
1) 민법상 면제 ····· 765
2) 회사법상 면제 ····· 767

가) 주주 전원의 동의에 의한 이사·감사의 책임 면제 ····· 767
나) 재무제표 등의 승인에 의한 이사·감사의 책임 해제 ····· 768
3) 회생·파산절차상 책임면제와 채무면제 ····· 769
카. 혼 동 ····· 770
타. 증서·어음·수표·주권의 선의취득 ····· 772
4. 채권각칙 ····· 773
가. 동시이행항변 ····· 773
1) 요건사실 ····· 773
2) 동시이행관계 ····· 774
가) 매매계약 ····· 774
나) 도급계약 ····· 779
다) 전세계약 ····· 781
라) 계약의 무효, 취소, 해제의 경우 ····· 782
마) 지입계약 ····· 783
바) 기타 동시이행 관계 긍정례 ····· 783
사) 동시이행 관계가 부정된 예 ····· 784
3) 권리항변 ····· 787
가) 원 칙 ····· 787
나) 주장책임의 완화 ····· 787
4) 재항변 사유 ····· 788
가) 반대채권의 이행기 도래 여부 ····· 788
나) 동시이행항변권 소멸의 재항변 ····· 789
5) 불안의 항변권 ····· 789
6) 이행지체 저지효 ····· 791
7) 동시이행판결 ····· 793
나. 해 제 ····· 794
1) 처분권주의, 소송물, 변론주의 ····· 794
2) 법정해제의 요건사실 ····· 795
가) 이행지체에 따른 해제 ····· 795
나) 이행거절에 따른 해제 ····· 801
다) 이행불능에 따른 해제 ····· 801
라) 채권자지체와 해제 ····· 801
3) 해제권 발생에 대한 장애·소멸의 주장 ····· 802
4) 계약 해제에 따른 원상회복청구와 손해배상청구 ····· 804
가) 원상회복청구 ····· 804
나) 손해배상청구 ····· 808
다) 항 변 ····· 810
5) 제3자 보호 규정 ····· 811

6) 약정해제와 해약금 해제 ····· 814
7) 사정변경에 의한 해제 ····· 817
8) 합의해제 ····· 818
9) 증여계약의 해제 ····· 820
다. 매 매 ····· 822
1) 소유권이전등기청구의 소송물과 기판력 ····· 822
2) 매매계약에 기초한 이행청구의 청구원인 사실 ····· 824
가) 매매계약 체결 사실 ····· 824
나) 매매계약 체결의 형성권 행사 ····· 829
(1) 매매예약 ····· 829
(2) 환매권, 매도·매수청구권의 행사 ····· 832
다) 중간생략등기의 합의 ····· 832
라) 매매대금에 대한 지연손해금 ····· 832
3) 항 변 ····· 835
가) 동시이행 항변 등 ····· 835
나) 이행불능 항변(원시적 불능, 위험부담, 계약체결상 과실책임 등) ····· 835
다) 매도인의 담보책임에 기초한 매수인의 해제, 대금감액 항변 ····· 838
라) 사기 취소 항변(고지의무 위반 등) ····· 843
마) 소유권이전등기청구권에 대한 압류 해제의 선이행 항변 ····· 844
4) 소유권이전등기청구권 보전을 위한 부동산처분금지가처분 ····· 846
5) 예비적 반소 ····· 848
라. 소비대차 ····· 849
1) 대여 원리금 반환 청구의 요건사실 ····· 849
2) 이자 청구의 요건사실 ····· 850
3) 선이자 공제의 경우 ····· 853
4) 변제기의 도과 ····· 855
5) 지연손해금 청구의 요건사실 ····· 856
6) 청구의 병합 ····· 856
7) 준소비대차 ····· 857
마. 임 대 차 ····· 859
1) 임대차 목적물의 반환청구 ····· 859
가) 청구원인사실 ····· 859
(1) 임대차계약상 의무 ····· 859
(2) 목적물 반환 청구 ····· 859
(가) 임대차기간과 그 만료 ····· 860
(나) 해지로 인한 종료 ····· 862
(3) 부대(附帶)청구 ····· 865
(가) 차임청구 ····· 865

(나) 차임 상당 부당이득 반환 또는 손해배상 청구 ····· 868
(다) 원상회복 또는 그에 갈음한 손해배상 청구 ····· 871
나) 항변, 재항변 사실 ····· 872
(1) 계약의 갱신 ····· 872
(가) 민법의 묵시적 갱신 ····· 872
(나) 주택임대차보호법상 갱신 ····· 873
(다) 상가건물 임대차보호법상 갱신 ····· 875
(라) 임대주택 특별법상 갱신 ····· 877
(2) 부속물매수청구권의 행사 ····· 878
(3) 지상물매수청구권의 행사 ····· 879
(4) 임대차보증금 반환과의 동시이행항변 ····· 884
(5) 보증금에 대한 차임 등 공제의 재항변과 재재항변 ····· 885
(6) 유치권 항변 ····· 888
2) 보증금반환청구 ····· 890
가) 청구원인사실 ····· 890
(1) 일반 임대차의 경우 ····· 890
(2) 대항력 있는 임대차의 경우 ····· 891
나) 항변, 재항변 사실 ····· 897
(1) 갱신 항변 ····· 897
(2) 동시이행항변 ····· 899
(3) 임대차보증금반환채무 발생의 장애 또는 소멸의 항변 ····· 899
다) 임대차보증금 반환 담보 목적의 전세권이 설정된 경우 ····· 901
(1) 유효 여부 ····· 901
(2) 전세금 반환청구권자·반환의무자 ····· 905
(3) 항 변 ····· 907
(가) 동시이행 ····· 907
(나) 전세권설정자의 전세권저당권자에 대한 상계·공제 항변 ····· 907
(다) 기 타 ····· 909
3) 임차물 반환채무의 불이행으로 인한 손해배상책임 ····· 910
4) 권리금 반환 ····· 912
5) '일시 사용 임대차계약'인 숙박계약 ····· 916
바. 도 급 ····· 916
1) 수급인의 보수 지급 청구 ····· 916
2) 도급계약 해제의 경우 ····· 919
3) 선급금의 당연 충당 주장 ····· 921
4) 하도급대금 직접지급 청구 ····· 922
사. 위임계약 ····· 926
1) 위임인의 수임인에 대한 수취물 인도청구 ····· 926
2) 수임인의 금전소비 책임 ····· 928

3) 수임인의 보수청구 ····· 928
4) 수임인의 대변제청구권 ····· 930
5) 처분권주의·변론주의 ····· 931
아. 조 합 ····· 933
1) 당사자적격(임의적 소송신탁, 고유필수적 공동소송) ····· 933
2) 민법상의 조합의 성립요건 ····· 934
3) 업무집행조합원의 대리권 추정 ····· 935
4) 손익분배 ····· 935
5) 조합 탈퇴와 지분 환급 ····· 937
6) 조합관계 종료와 잔여재산 분배 ····· 938
자. 예금계약 ····· 939
1) 당사자 확정 ····· 939
2) 예금의 반환 ····· 941
3) 공동명의 예금의 경우 ····· 942
4) 가압류될 채권에 장래 예금채권의 포함 여부 ····· 945
5) 착오송금에 의한 예금계약의 법률관계 ····· 945
차. 의료(진료)계약 ····· 947
1) 의료계약에 기초한 진료비 청구 ····· 947
2) 의료행위상 주의의무 위반으로 인한 손해배상책임 ····· 948
카. 약관 계약 ····· 952
5. 부당이득 ····· 955
가. 부당이득반환청구의 요건사실 ····· 955
1) 이득, 손해의 발생 ····· 956
2) 손해와 이득 사이의 인과관계 ····· 958
3) 법률상 원인의 결여 ····· 959
4) 편취·횡령 금전에 의한 변제와 변제수령자의 부당이득 ····· 961
5) 삼각관계에서의 급부와 부당이득 ····· 962
나. 다른 청구권과의 관계 ····· 964
다. 비채변제 ····· 965
1) 협의의 비채변제 ····· 965
2) 기한 전 변제 ····· 966
3) 도의관념에 적합한 비채변제 ····· 967
4) 타인의 채무의 변제 ····· 967
라. 수익자의 반환범위 ····· 968
마. 불법원인급여 ····· 970

6. 불법행위 ····· 974
가. 일반불법행위책임 ····· 974
나. 민법상 특수불법행위책임 ····· 976
1) 감독의무자에 대한 손해배상청구 ····· 976
2) 사용자에 대한 손해배상청구 ····· 977
3) 도급인에 대한 손해배상청구 ····· 979
4) 공작물 점유자·소유자에 대한 손해배상청구 ····· 979
5) 공동불법행위책임에 기초한 손해배상청구 ····· 981
다. 특별법상 손해배상책임 ····· 983
1) 현대형 소송에서의 증명책임의 완화 ····· 983
2) 환경오염피해 배상책임 ····· 983
3) 제조물책임 ····· 984
7. 친족·상속법 ····· 986
가. 부부간 재산의 소유관계 ····· 986
나. 이 혼 ····· 988
1) 재판상 이혼원인 ····· 988
2) 재산분할청구 ····· 989
가) 출소기간 ····· 989
나) 심판 절차 ····· 989
다) 분할의 고려요소 ····· 990
라) 분할의 대상 ····· 990
마) 분할방법 ····· 992
바) 이혼에 따른 재산분할청구권이 재산법상 행위의 대상이 되는지 여부 ····· 993
3) 손해배상청구 ····· 994
다. 가족관계의 증명 ····· 995
1) 가족관계등록부 기재의 추정력 ····· 995
2) 친생자 추정 ····· 996
3) 혈연상 친자관계의 증명 ····· 999
4) 사실상 혼인관계 존부 확인의 소 ····· 1000
라. 상속회복청구 ····· 1000
마. 상속재산 ····· 1001
1) 고유재산과의 구별 ····· 1001
2) 상속재산의 공동상속 ····· 1001
3) 주택 임차권, 이혼 위자료청구권, 제사용 재산의 승계에 관한 특칙 ····· 1002
4) 특별수익자·기여분권리자가 있는 경우의 상속재산 범위와 구체적 상속분 산정 ·· 1003

바. 상속재산 협의분할 ····· 1004
사. 한정승인, 상속포기 ····· 1009
1) 한정승인, 상속포기의 항변 ····· 1009
가) 승인, 포기의 기간 ····· 1009
나) 한정승인의 항변 ····· 1010
다) 상속포기의 항변 ····· 1012
2) 법정단순승인의 재항변 ····· 1013
3) 기 판 력 ····· 1015
4) 배당이의 사건에서의 취급 ····· 1015
아. 유 증 ····· 1017
1) 소송요건(직권조사사항) ····· 1017
2) 포괄적 유증과 특정유증, 사인증여의 구별 ····· 1018
3) 유언의 방식 ····· 1020
자. 유 류 분 ····· 1023
1) 유류분반환청구 ····· 1023
2) 유류분 부족액의 산정방식 ····· 1026
3) 소멸시효 항변 등 ····· 1029

Ⅳ. 상법상 주요 조문별 요건사실과 주장증명책임 ····· 1030

1. 총 칙 ····· 1030
가. 상업사용인 ····· 1030
1) 지배인의 대리권 ····· 1030
2) 표현지배인 ····· 1031
3) 부분적 포괄대리권을 가진 사용인 ····· 1032
4) 명의대여자의 책임 ····· 1033
나. 상업등기 ····· 1035
1) 상호등기의 효력 ····· 1035
2) 상업등기의 효력 ····· 1035
가) 추 정 력 ····· 1035
나) 공 시 력 ····· 1036
다) 부실등기 책임 ····· 1038
라) 상업등기의 효력과 관련한 공격방어방법의 구체적 예 ····· 1040
다. 영업양도 ····· 1040
1) 경업금지 ····· 1040
가) 영업양도인에 대한 경업 금지 청구 ····· 1040
나) 상가 분양계약상 업종 제한 약정에 기초한 동종 영업 금지 청구 ····· 1041
2) 영업양수인의 상호속용 또는 채무인수광고에 따른 변제책임 ····· 1042

2. 상 행 위 ····· 1046
가. 보조적 상행위 ····· 1046
1) 상법 제47조 규정의 성격 ····· 1046
2) '상인'의 점에 대한 증명 ····· 1046
3) 추정 배제 사실의 증명 ····· 1048
4) 상사시효·상사법정이율 등에의 적용 ····· 1049
나. 상사법정이율 ····· 1050
다. 상사시효 ····· 1051
1) 일 반 론 ····· 1051
2) 긍 정 례 ····· 1052
3) 부 정 례 ····· 1053
4) 부당이득반환청구권의 경우 ····· 1054
라. 상인 간 매매의 하자담보책임 ····· 1057
3. 회 사 ····· 1061
가. 합명회사·합자회사 ····· 1061
나. 법인격 부인 ····· 1063
다. 주 주 권 ····· 1064
1) 주주평등의 원칙 ····· 1064
2) 주주의 권리 ····· 1066
가) 이익배당청구권 ····· 1066
나) 의 결 권 ····· 1067
라. 주식의 양도 ····· 1069
1) 양도인과 양수인 간 주주권 이전의 요건 ····· 1069
2) 주식 매도·매수청구권(형성권) 행사에 따른 이전 ····· 1070
3) 주권 발행 전 주식의 이중양도와 제3자에 대한 대항요건 ····· 1073
4) 회사에 대한 대항요건(주주명부상 명의개서) ····· 1074
가) 주식 이전의 회사에 대한 대항요건 ····· 1074
나) 명의개서절차 이행 청구 ····· 1074
다) 주주명부 등재의 효력 ····· 1076
라) 주주명부·정관·의사록·회계장부 등의 열람·등사청구 ····· 1078
5) 주식 소유권 확인의 소 ····· 1080
6) 주식양도의 효력이 문제되는 경우(양도제한약정, 유질, 자기주식 취득 등) ····· 1082
마. 주주총회결의 하자에 관한 소송 ····· 1084
1) 주주총회결의 취소의 소 ····· 1084
가) 요건사실 ····· 1084
나) 소송요건 ····· 1084

(1) 당사자적격 ····· 1084
(2) 주주총회 결의의 존재 ····· 1086
(3) 제소기간 ····· 1086
(4) 소의 이익 ····· 1087
다) 취소사유(청구원인사실) ····· 1088
라) 항 변 ····· 1091
마) 재량기각 ····· 1091
바) 상법상 회사관계소송 판결의 편면적 대세효 ····· 1092
2) 주주총회결의 무효확인 소송 ····· 1094
가) 요건사실 ····· 1094
나) 소송요건 ····· 1094
(1) 소의 이익 ····· 1094
(2) 피고적격 ····· 1095
다) 무효사유 ····· 1095
3) 주주총회결의 부존재확인 소송 ····· 1096
가) 요건사실 ····· 1096
나) 소의 이익 ····· 1097
다) 부존재사유 ····· 1097
바. 이 사 ····· 1099
1) 이사·감사 지위의 취득과 상실 ····· 1099
가) 이사·감사 지위 취득의 요건 ····· 1099
나) 대표이사·이사·감사 지위의 상실 ····· 1099
다) 임기 만료 전 해임과 이사·감사의 손해배상 청구 ····· 1101
라) 소수주주의 이사·감사 해임의 소 ····· 1102
마) 이사·감사 지위 존부 확인 청구 ····· 1102
2) 이사·감사의 보수청구권 ····· 1103
3) 대표이사 ····· 1107
가) 대표이사의 권한과 대표권의 남용 ····· 1107
나) 대표권의 제한과 이사회 결의 없는 거래행위의 효력 ····· 1107
다) 이사와 회사 간의 소에 관한 대표(직권조사사항) ····· 1109
라) 대표이사의 불법행위 ····· 1110
마) 표현대표이사의 행위와 회사의 책임 ····· 1111
4) 이사 등과 회사 간의 거래 ····· 1114
5) 상장회사의 이사, 주요주주 등에 대한 신용공여 거래의 무효 ····· 1116
6) 주식회사의 이사회 결의 무효 확인 청구 ····· 1117
7) 이사·감사의 회사에 대한 손해배상책임 ····· 1119
가) 요건사실과 증명책임 ····· 1119
나) 임무위배행위 ····· 1122
다) 항변사유 ····· 1126

8) 주주의 대표소송 ····· 1127
9) 이사·감사의 제3자에 대한 손해배상책임 ····· 1130
10) 이사·대표이사에 대한 직무집행정지 가처분 ····· 1133
사. 신주·사채 발행 무효, 자본금감소 무효 관련 소송 ····· 1135
1) 신주발행무효의 소 ····· 1135
가) 소송요건 ····· 1135
나) 무효원인 ····· 1135
다) 판결의 효력 ····· 1137
라) 관련 소송 ····· 1137
2) 전환사채·신주인수권부사채 발행 무효의 소 ····· 1137
3) 자본금감소 무효의 소 ····· 1140
아. 분할·분할합병 ····· 1142
1) 분할당사회사의 연대책임 ····· 1142
2) 근로관계의 승계 ····· 1143
3) 합병·분할·분할합병 무효의 소 ····· 1144
4. 보 험 ····· 1146
가. 승낙 전 보험사고 책임의 소극적 요건인 '청약을 거절할 사유' ····· 1146
나. 고지·통지의무 위반 등을 이유로 한 계약 해지 ····· 1146
다. 인보험 사고의 요건인 사고의 우발성과 외래성 및 인과관계 ····· 1149
라. 보험자의 면책사유인 '보험계약자 등의 고의에 의한 사고' ····· 1150
마. 초과보험, 중복보험 ····· 1151
바. 타인의 생명 보험계약의 유효요건으로서의 '서면 동의' ····· 1152
사. 보험금 부정취득 목적의 보험계약 ····· 1156
5. 어음금 청구 ····· 1156
가. 발행인에 대한 청구 ····· 1156
1) 청구원인 요건사실 ····· 1156
2) 항 변 ····· 1160
가) 인적 항변 ····· 1160
나) 소멸시효의 완성과 중단 ····· 1162
(1) 소멸시효 항변 ····· 1162
(2) 소멸시효의 중단 ····· 1162
다) 백지어음에 관한 항변 ····· 1163
(1) 불완전어음 항변 ····· 1163
(2) 백지보충권의 시효소멸 항변 ····· 1163
라) 융통어음 항변 ····· 1164
나. 배서인에 대한 청구 ····· 1165

V. 민사소송법상 주요 조문별 요건사실과 주장증명책임 ····· 1166
1. 소송절차 ····· 1166
가. 소송대리권의 증명 ····· 1166
나. 변론재개 및 심리속행 의무의 요건 ····· 1167
다. 소송행위의 추후보완 ····· 1167
라. 기 판 력 ····· 1174
마. 상소의 부적법 각하 사유 ····· 1174
2. 불요증사실 ····· 1177
가. 재판상 자백 ····· 1177
1) 재판상 자백의 성립과 효과 ····· 1177
2) 재판상 자백의 취소 ····· 1180
나. 자백간주 ····· 1181
다. 현저한 사실 ····· 1181
3. 서 증 ····· 1182
가. 서증의 형식적 증거력 ····· 1182
1) 인정방법 ····· 1182
2) 공문서의 진정성립 추정 ····· 1182
3) 사문서의 진정성립 ····· 1183
가) 진정성립의 추정 ····· 1183
나) 인영의 진정성립의 추정과 그 번복에 관한 판례의 검토 ····· 1185
(1) 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다4151 전원합의체 판결 ····· 1185
(2) 판례의 유형별 검토 ····· 1186
(가) 제1유형 ····· 1186
(나) 제2유형 ····· 1187
(다) 제3유형 ····· 1187
(라) 제4유형 ····· 1191
(마) 제5유형 ····· 1191
(바) 제6유형 ····· 1193
(3) 정 리 ····· 1193
다) 증인의 증언, 변론 전체의 취지에 의한 인정 ····· 1194
4) 병존문서의 진정성립 ····· 1194
가) 공문서와 사문서의 병존 ····· 1194
나) 복수 작성명의인의 병존 ····· 1195
5) 사본의 진정성립 ····· 1195
6) 증서진부확인의 소 ····· 1197
7) 위조서류 ····· 1197

8) 증거항변 ····· 1198
9) 불법검열 우편물 내용과 불법감청 전기통신 내용의 증거능력 부정 ····· 1198
나. 서증의 실질적 증거력 ····· 1198
1) 공문서의 증명력 ····· 1198
2) 확정판결의 증명력 ····· 1199
3) 처분문서의 증명력 ····· 1200
4) 문서제출명령 및 그 불이행의 효과 ····· 1200
5) 증명방해행위와 훼손문서의 증명력 ····· 1202
4. 감정의 증명력 ····· 1202
5. 당사자본인신문 ····· 1204
Ⅵ. 민사집행법상 각종 청구의 요건사실과 주장증명책임 ····· 1204
1. 전부금 청구 ····· 1204
가. 청구원인 ····· 1204
1) 피전부채권의 발생 ····· 1204
2) 제3채무자에 대한 송달 ····· 1207
3) 전부명령의 확정(≒채무자에 대한 송달) ····· 1208
4) 소의 변경 ····· 1209
나. 가능한 공격방어방법 ····· 1209
1) 피전부채권에 관한 항변 ····· 1209
가) 피전부채권이 임대차보증금 반환채권인 경우의 예 ····· 1209
나) 채권양도의 항변 ····· 1210
다) 채권 발생원인인 법률관계 처분에 기한 항변 ····· 1211
라) 상 계 ····· 1212
2) 전부명령 자체의 무효 항변 ····· 1213
가) 집행권원에 관한 흠결 ····· 1213
나) 압류금지채권에 대한 압류 ····· 1214
다) 압류의 경합 ····· 1215
3) 유효하지 않은 항변 ····· 1219
가) 집행채권의 부존재 또는 소멸 ····· 1219
나) 양도금지 특약부 피전부채권 ····· 1219
2. 추심금 청구 ····· 1220
가. 추심금 청구의 요건 사실 ····· 1220
나. 소송요건 ····· 1221
다. 청구원인 요건사실 ····· 1224
라. 가능한 공격방어방법 ····· 1224

1) 추심채권에 관한 주장 ····· 1224
가) 변제 항변 ····· 1224
나) 공탁 항변 ····· 1228
다) 채권 발생원인인 법률관계 처분에 기한 항변 ····· 1229
라) 소멸시효 항변 ····· 1229
마) 상계 항변 ····· 1230
2) 추심명령에 관한 주장 ····· 1230
가) 본안전 항변 ····· 1230
나) 압류금지채권 항변 ····· 1231
3) 집행채권에 관한 주장 ····· 1232
3. 청구이의의 소 ····· 1232
가. 요건사실 ····· 1232
나. 소송요건(직권조사사항) ····· 1233
1) 확정된 유효한 집행권원의 존재 ····· 1233
2) 강제집행의 미종료 ····· 1235
다. 확정판결에 대한 청구이의의 소의 이의사유 ····· 1235
라. 기판력 없는 집행권원에 대한 청구이의 사유와 증명책임 분배 ····· 1237
마. 파산채권자표에 기재 확정채권에 대한 청구이의의 소 ····· 1238
4. 제3자이의의 소 ····· 1239
가. 요건사실 ····· 1239
나. '강제집행의 존속'(직권조사사항) ····· 1240
다. '집행채권자에 대항할 수 있는 제3자' ····· 1240
5. 배당이의의 소 ····· 1242
가. 의의 및 요건사실 ····· 1242
나. 증명책임의 분배 ····· 1243
다. 공격방어방법의 범위 ····· 1243
1) 원 고 ····· 1243
2) 피 고 ····· 1245
라. 당사자적격(직권조사사항) ····· 1245
1) 원고적격 ····· 1245
2) 피고적격 ····· 1250
3) 공탁금·추심금 배당의 경우 ····· 1250
마. 제소기간 ····· 1251
바. 청구이의의 소와의 관계 ····· 1252

사. 기판력, 부당이득반환 청구와의 관계 ····· 1253
아. 취하간주 특칙의 요건 ····· 1254
6. 기 타 ····· 1255
가. 집행문부여의 소 ····· 1255
나. 집행문부여에 대한 이의 ····· 1256
다. 채무불이행자명부 등재 및 말소 ····· 1259
Ⅶ. 맺 는 말 ····· 1260

遲延損害金 請求

Ⅰ. 머리말 ····· 1263
Ⅱ. 법정이자와의 관계 ····· 1263
1. 의 의 ····· 1263
2. 부당이득에 있어 악의의 수익자의 법정이자 반환의무 ····· 1264
Ⅲ. 지연손해금의 기산점 ····· 1270
1. 확정기한 채무, 불확정기한 채무, 기한의 정함이 없는 채무 ····· 1270
2. 기 타 ····· 1270
Ⅳ. 이행거절권능과 지연손해금 ····· 1271
Ⅴ. 지연손해금의 면책, 소멸 ····· 1272
1. 면책, 감액 ····· 1272
2. 변제·상계 충당 ····· 1274
3. 소멸시효 ····· 1274
Ⅵ. 지연손해금률 ····· 1276
1. 민사법정이율 ····· 1278
2. 상사법정이율 등 ····· 1279
3. 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 법정이율 ····· 1279
가. 특례법 제3조 제1항 ····· 1279
1) 법 규정 ····· 1279
2) '금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결 또는 심판' ····· 1280

3) '선 고' ····· 1281
4) '금전채무불이행으로 인한 손해배상액' ····· 1281
5) '소장 또는 이에 준하는 서면' ····· 1282
6) '장래이행의 소'의 경우 적용 배제 ····· 1282
나. 특례법 제3조 제2항 ····· 1283
1) 법 규정 ····· 1283
2) 추상적 의미 ····· 1283
3) '상당한 기간의 범위'에 관한 구체적인 예 ····· 1284
4) 소송물별 판단 ····· 1287
다. 기 타 ····· 1287
4. 약정이율 ····· 1288
Ⅶ. 소송법적 문제 ····· 1288
1. 주장증명책임 ····· 1288
2. 처분권주의 ····· 1291
3. 소 송 물 ····· 1292
4. 청구의 감축 ····· 1293
✿ 판례색인 ····· 1295

要件事實과 主張證明責任

Ⅰ. 머리말

실무가의 입장에서는 구체적 사건 해결에 있어서 학설은 2차적 보조수단으로 고려될 뿐이고, 법과 사실의 양 측면에서 강력한 기속력을 갖는 판례의 입장이 현재 어떠한지를 정확하고 올바르게 파악하는 것이 가장 중요한 일임은 다언을 요하지 않는다.

이 책에서는 민사소송에서의 척추 내지 나침반 역할을 하는 주장·증명책임[1]에 관하여 먼저 일반론을 간략하게 적은 다음, 그에 관한 구체적 판례를 민법, 상법, 민사소송법, 민사집행법 등의 주요 조문별로 개괄하면서 실무상 정형적인 청구나 항변의 요건사실을 정리해 보되, 주장·증명책임에 관한 새로운 이론의 활동장인 불법행위법 부분은 제외하여 추후에 보충토록 하고, 서로 모순되는 판례나 사실상 판례변경으로 볼 수 있는 경우, 이론상 다툼의 여지가 있는 부분에서는 간략한 비견(鄙見)을 덧붙이는 식으로 기술하였다.

Ⅱ. 주장증명책임 일반론 개관

1. 주장증명책임의 개념과 분배

가. 주장증명책임의 개념과 그 대상

1) 변론주의와 주장증명책임

변론주의란, 소송자료(사실자료 + 증거자료)의 수집·제출 책임을 당사자에게 맡기고, 당사자가 수집하여 변론에서 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다는 원칙을 말한다(사실자료의 제출은 사실의 주장을, 증거자료의 제출은 증명을 말한다).[2] [3]

판례는, '요건사실'을 '권리의 발생, 소멸 등 법률효과의 존부의 판단에 직접 필요한

---

1) 종래에는 '입증'과 '입증책임'으로 주로 쓰이다가, 현재는 '입증'과 '증명', '입증책임'과 '증명책임'이 혼용되고 있으나, 민사소송법은 '증명'이라는 용어를 쓰고 있으므로(제58조(법정대리권 등의 증명), 제89조(소송대리권의 증명), 제158조(조서의 증명력), 제357조(사문서의 진정의 증명) 등), '증명', '증명책임'을 공식적인 법률용어로 사용함이 타당하다. 최근의 판례들은 '증명', '증명책임'으로 주로 판시하고 있으나 혼용되고 있다. 판례의 원문을 전재한 경우에는 원문 그대로 표현하였다.

2) 사실의 주장책임(주요사실은 당사자가 변론에서 주장하여야 하고, 주장되지 아니한 사실은 판결의 기초로 삼을 수 없다), 자백의 구속력(당사자 사이에 다툼이 없는 주요사실에 대하여는 당사자는 물론 법원도 구속되고, 따라서 법원도 자백이 성립한 사실에 반하는 사실 인정을 하거나 그에 기하여 판결할 수 없다), 증거의 제출책임(당사자는 자신이 주장한 사실을 뒷받침하는 증거를 스스로 제출하여야 한다) 등 세 가지가 변론주의의 구체적 내용을 이룬다.

3) 이에 비해, **처분권주의**는, 소송절차의 개시(소제기), 심판의 대상(법원은 당사자가 청구한 사항과 범위 내에만 심판할 수 있다), 절차의 종료(소취하, 상소취하, 청구의 인낙·포기, 화해)에 대하여 당사자의 처분에 맡기는 것을 말한다. 처분권주의는 소송물에, 변론주의는 공격방어방법에 관련된다는 점에서 양자는 차이가 있다. 퇴거 청구에 대하여 인도를 명하는 것은 처분권주의에 반하여 허용되지 않는다(대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다213157 판결).

사실',[4] '청구 권원의 발생에 관한 사실'[5]이라고 하고,[6] '주요사실'을 '법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실',[7] '권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 사실'[8]이라고 하여, 양자를 동일시하고 있다.[9] 판례상 위와 같은 개념은 모두 '요건사실'의 개념에 해당하는 것이고, 주요사실은 변론주의원칙의 적용 여부와 관련된 개념으로서 '변론주의가 적용되는 사실'로 이해함이 옳다.[10]

변론주의가 지배하는 민사소송에서는 권리의 발생·소멸이라는 법률효과의 판단에 직접 필요한 주요사실[11]은 당사자의 주장을 통하여 소송에 현출되어야 법원이 이를 재판의 기초로 삼을 수 있다. 법원은 변론주의 원칙상 당사자의 주장에 대해서만 판단해야 하고 당사자가 주장하지 않은 사항에 관해서는 판단하지 못한다.[12] 항소심은 속심으로서 제1

4) 71다278; "판결의 기초가 되는 권리의 발생, 소멸 등 법률효과의 존부의 판단에 직접 필요한 요건사실은 당사자가 주장하는 사실관계를 그 토대로 삼아야 할 것"

5) 81다카550; "이 사건 소송물인 말소등기청구권을 원고가 어떠한 권원에서 행사하는가, 즉, 청구권원의 발생에 관한 요건사실은 주요사실로서 당사자가 당해 소송에서 주장하지 않는 한 판결의 기초로 채용할 수 없음은 민사소송에서 변론주의의 당연한 결론인 것이다."

6) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013다99409 판결; "소극적 확인소송에 있어서는, 원고가 먼저 청구를 특정하여 채무발생원인 사실을 부정하는 주장을 하면 채권자인 피고는 그 권리관계의 요건사실에 관하여 주장·입증책임을 부담하므로 이 사건 유치권 부존재 확인소송에서 유치권의 요건사실인 유치권의 목적물과 견련관계 있는 채권의 존재에 대해서는 피고가 주장·입증하여야 한다." / 87다카2954; "일반 불법행위에 기한 손해배상청구사건의 요건사실은 가해행위, 권리침해(피침해권리), 고의나 과실, 손해, 인과관계 등으로 구분될 수 있으며"

7) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결; "변론에서 당사자가 주장한 주요사실만이 심판의 대상이 되는 것으로서 여기에서 주요사실이라 함은 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실을 말하는 것"

8) 2003다57697; "민사소송절차에서의 변론주의 원칙은 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 주요사실에 대한 주장·입증에 적용되는 것으로서 그 주요사실의 존부를 확인하는데 도움이 되는 간접사실이나 그의 증빙자료에 대하여는 적용되지 않는 것이고"

9) 2011다61646; "주요사실(요건사실)은 당사자가 변론에서 주장하지 않으면 판결의 기초로 삼을 수 없다." / 2005다21531; "법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 대하여 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 인정하여 판단하는 것은 변론주의에 위배된다고 할 것" / 2008다5073; "다른 공유자가 타인이 자신의 지분을 피고에게 처분하는 데 사전 동의하였다는 사실은 위 소유권이전등기가 실체관계에 부합하는 유효한 등기라는 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실에 속하므로, 법원은 변론에서 당사자가 주장하지 않는 이상 이를 인정할 수 없으나"

10) 요건사실 중 일부는 소송요건으로 취급되어 직권조사사항에 해당하는 경우가 있다는 점에서도 요건사실과 주요사실은 구별하여 이해함이 옳다(예컨대, 소유권에 기한 말소등기청구의 요건사실 중 '피고 명의 등기의 경료 사실', 추심금 청구의 요건사실 중 '추심명령의 발령과 제3채무자에 대한 송달 사실', 채권자대위 청구의 요건사실 중 '피보전채권의 존재와 변제기 도래, 보전의 필요성, 채무자의 권리불행사', 주주총회결의 취소 청구의 요건사실 중 '회사 주주 등 원고적격자', '피고적격자인 회사' 등).

11) 판례상 주요사실(자백의 대상)의 예로는, 사고 당시 수입(96다24668), 노동능력상실 비율, 후유장해등급(2005다5485), 생계비(93다57346), 기대여명(2016다41869), 상계의 의사표시(2008다51359), 소멸시효의 기산일(2017다20111) 등이 있다. 사해행위취소 및 가액반환 청구에서 피보전채권의 액수는 주요사실로서 변론주의의 적용대상이다(대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다289989 판결; 피보전채권인 대여금의 합계를 원고가 주장한 2억 2천만 원이 아닌 3억 2천만 원이라고 인정하여 판단한 원심판단에는 변론주의 원칙에 위반한 잘못이 있다고 한 예).

12) 대법원 2022. 2. 24. 선고 2021다291934 판결(피고 재개발정비사업조합의 조합원인 원고가 '소외인이 조합장으로 선임된 이후 정비구역 내에서 실제로 거주하지 않아 도시 및 주거환경정비법 제41조 제1항 후단의 요건을 충족하지 않았다.'는 이유로 피고를 상대로 소외인의 조합장 지위 부존재 확인을 구하는 소를 제기하였는데, 원심

심에서 한 당사자 주장이 그대로 유지되므로 항소심에서 당사자가 항소이유로 특별히 지적하거나 그 후의 심리에서 다시 주장하지 않았다고 하더라도 법원은 제1심에서 한 당사자 주장이나 그 밖의 공격·방어방법에 관하여 판단하여야 한다.[13]

따라서 당사자는 주요사실을 주장하지 아니하면 유리한 법률효과의 발생이 인정되지 않을 위험 또는 불이익을 입게 되는데, 이와 같은 당사자 일방의 위험 또는 불이익을 가리켜 객관적 주장책임 또는 흔히 그냥 주장책임이라고 한다.[14] 당사자가 부담하는 주장책임의 정도는 '사실'만 변론에 현출되면 족하고, 그 사실의 존재로 인하여 어떠한 '법률효과'가 발생하는지에 대해서까지 주장하여야만 하는 것은 아니며, 법원은 당사자의 법률적 견해 표명에 구애되지 아니하고 판단한다.[15]

나아가, 소송상 어느 요증사실의 존부가 확정되지 아니할 때에 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 어느 일방 당사자의 위험 또는 불이익을 객관적 증명책임 또는 흔히 그냥 증명책임이라고 한다.[16]

이 '소외인이 위 제1항 전단의 요건을 갖추지 못하였다.'는 이유로 원고의 청구를 인용한 **사안**에서, 위 법 제43조 제2항 제2호는 '조합임원의 당연퇴임사유'로 "조합임원이 제41조 제1항에 따른 자격요건을 갖추지 못한 경우"를 들고 있고, 제41조 제1항은 조합의 임원 선임 자격 요건과 자격 유지 요건을 전단과 후단으로 구분하여 정하고 있는데, 당사자가 두 요건 중 하나만 주장한 경우에는 변론주의 원칙상 법원은 그 주장에 대해서만 판단해야 하는데도, 원고가 주장하지 않은 사항에 관해서 판단한 원심판결에 변론주의 원칙을 위반한 잘못이 있다고 한 사례). ☛ 소극적 확인의 소이므로 조합장 지위 취득의 요건사실 중 하나로서 선임 자격 요건을 피고가 주장·증명하여야 한다고 보는 견해도 있을 수 있으나, 조합장 지위 취득의 요건사실은 조합원총회의 선임결의로 족하고, 임원 선임 자격 요건과 자격 유지 요건을 조합원총회 선임결의의 무효사유 내지 조합장의 당연퇴임사유로서 조합장 지위 취득의 장애 또는 소멸 사실로 보면 이는 원고가 개별적으로 주장·증명하여야 한다.

13) 대법원 2021. 4. 8. 선고 2018다224491 판결.

14) 반면, 이러한 책임을 지는 당사자가 이 같은 위험 또는 불이익을 받지 않기 위하여 법원에 주요사실을 주장할 책임 내지 필요성을 가리켜 주관적 주장책임이라고 한다.

15) ❶ 2000다48265; "피고가 부담하는 주장책임의 정도는 요건사실 즉, 피고가 이 사건 계속적 보증계약 및 근저당권설정계약을 해지하였다는 사실만 변론에 현출되면 족하다고 할 것이고, 그 요건사실의 존재로 인하여 어떠한 법률효과가 발생하는지에 대해서까지 주장하여야만 하는 것은 아니라고 할 것이므로, 피고가 위와 같은 요건사실의 존재로 인하여 이제 피고는 1996. 2. 15. 이전에 발생한 채무에 대해서만 연대보증인으로서 책임을 부담하고 이 사건 근저당권의 피담보채무도 위 날짜를 기준으로 확정되어 1996. 2. 15. 당시 위 제1심 공동피고 1이 원고에 대하여 부담하고 있는 채무만을 담보하게 되었다는 취지의 주장을 하지 않았다 하더라도, 이미 그 주장책임을 다했다고 보아야 하고, 설사 당사자가 이 부분에 대해서까지 주장하더라도 이는 법률적 견해의 표명에 불과하므로 법원은 이에 구애되지 아니하고 판단하여야 할 것이다." ❷ 96다46484; "시효중단사유의 주장·입증책임은 시효완성을 다투는 당사자가 지고, 그 주장책임의 정도는 취득시효가 중단되었다는 명시적인 주장을 필요로 하는 것은 아니라 중단사유에 속하는 사실만 주장하면 주장책임을 다한 것으로 보아야 한다. … 원고 사찰이 이 사건 포교당에 관련하여 여러 민사소송을 제기한 사실이 쌍방 당사자에 의하여 주장되었으므로, 원심으로서는 이러한 제 소송이 시효취득의 중단사유가 되는 재판상 청구 그 밖에 가처분 등에 해당하는지를 마땅히 심리하고 판단하였어야 할 것이다."

16) 반면, 사실 존부 불명의 불이익을 받게 되는 당사자가 그 불이익을 피하기 위하여 소송단계에서 증거를 제출할 행위책임을 주관적 증명책임이라고 하고, 소송의 진행 중 법관의 심증 형성을 중심으로 하여 양당사자가 증거를 제출할 필요성이 있는데 이를 입증의 필요라고 한다(주석 신민사소송법 V, 한국사법행정학회, 2004, 55-56면(손용근 집필)).

2) 주장공통의 원칙

'주장공통의 원칙'에 따라, 주요사실을 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는 것은 아니고 어느 당사자든 진술하였으면 된다.[17] 채권의 변경·소멸의 원인사실(변제, 면제, 기한 연기 등)에 관한 '자인 진술'(어느 일방 당사자가 상대방이 주장하기도 전에 스스로 자신에게 불리한 사실을 진술하였으나 상대방의 원용이나 일치되는 진술이 없는 상태의 진술)[18]에 의하여 채권의 변경·소멸의 효과가 인정되는 것은 주장공통의 원칙에 따른 것이다.[19] '권리항변'의 경우 그 요건사실 중 '당사자에 의한 항변권 행사의 의사표시'에는 주장공통의 원칙이 적용될 여지가 없다.[20] '통상공동소송'의 경우 '공동소송인 사이'에 주장공통의 원칙은 적용되지 아니한다.[21]

---

17) ❶ 96다25548; "원고들은 소외인이 피고들을 대리하여 이 사건 공동주택을 원고들에게 분양하였으므로 이전등기를 구한다는 주장만을 하였음이 명백하나 그 취지에는 … 피고들의 권리의무 포괄승계 주장이 포함된 것이라고 볼 수도 있을 뿐 아니라, 주장공통의 원칙에 따라 이러한 주장은 피고들에 의하여서라도 변론에 나타나면 되는 것이라고 할 것인데 … 피고들은 원고들에 대한 것을 제외한 소외인의 권리의무를 포괄승계하였다는 주장을 하고 있으므로, 원심 판시에 변론주의 위배의 위법이 있다는 소론의 주장은 받아들일 수 없다고 할 것이다." ❷ 2008다5073; "법원은 변론에서 당사자가 주장하지 않는 이상 이를 인정할 수 없으나 … 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는 것은 아니고" ❸ 대법원 2023. 6. 15. 선고 2020다299511 판결; 원심이, 원고 주장의 추가공사비가 발생하였더라도 원고는 직불합의에 따라 피고 회사를 상대로 추가공사비를 청구할 수 없다고 판단한 데 대하여, '피고 회사가 직불합의에 따라 원고의 청구가 배척되어야 한다고 명시적으로 주장하지는 않았으나, 원고는 소 제기 당시부터 직불합의의 존재 사실을 주장하였고, 직불합의서를 갑호증으로 제출하기도 하였음을 알 수 있다. 원고와 피고 회사 사이에 직불합의가 있었다는 점에 관한 요건사실은 이미 당사자 쌍방의 주장에 의하여 변론에 현출되었을 뿐만 아니라, 이 점에 관하여는 원심 변론종결일에 이르기까지 쌍방이 제출한 소송자료를 통하여 충분한 심리가 이루어짐으로써 그 주장의 존재를 인정하더라도 상대방에게 불의의 타격을 줄 우려도 없다.'고 한 예.

18) 여기에서의 자인 진술은 원고의 청구 부분에 관한 것을 말한다. 100원의 원채권에서 20원의 변제를 인정하면서 이를 미리 공제하여 80원을 원고가 청구하는 경우, 위 20원의 변제 사실은 원고의 청구 범위에서 제외된 부분에 관한 것으로서 원채권의 성립과 결론 사이를 이어주는 경위사실에 불과하고, 선행자백의 전단계로서의 의미를 갖는 자인 진술에는 해당하지 않는다.

19) ❶ 대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결; "재판상 자백의 일종인 이른바 '선행자백'은 당사자 일방이 자진하여 자기에게 불리한 사실상의 진술을 한 후 그 상대방이 이를 원용함으로써 그 사실에 관하여 당사자 쌍방의 주장이 일치함을 요하므로 그 일치가 있기 전에는 전자의 진술을 선행자백이라 할 수 없고, 따라서 일단 자기에게 불리한 사실을 진술한 당사자도 그 후 상대방의 원용이 있기 전에는 그 자인한 진술을 철회하고 이와 모순되는 진술을 자유로이 할 수 있으며 이 경우 앞의 자인사실은 소송자료로부터 제거된다." ❷ 원고가 변제받은 사실을 자인하였다가 이를 철회하였는데, 피고들이 원고의 위 철회 전에 이를 원용하였다는 자료를 찾아볼 수 없음은 물론 위 돈을 변제하였다는 사실을 항변으로 주장한 적이 없음에도, 위 돈이 변제된 것으로 사실을 인정한 원심에 재판상 자백에 관한 법리를 오해하거나 변론주의를 위반한 잘못이 있다고 한 예. ❷ 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020다261776 판결 "원고는 소외 2의 손해에 관한 구상채권에 관하여 800,000원의 변제를 자인하고 있을 뿐 그 외 추가 변제 등 채권의 변경·소멸의 원인사실에 관하여 자인한 바 없고 피고도 800,000원의 변제 외에는 추가 변제나 상계 등 채권의 변경·소멸의 원인사실에 관한 주장을 한 바 없으므로, 변론주의의 원칙상 법원이 직권으로 위 800,000원을 초과하는 부분에 대한 채권의 변경·소멸의 효과를 인정할 수도 없다."

20) 소송에서 권리 당사자의 원용, 주장이 필요한 권리항변(동시이행항변, 유치권항변, 소멸시효항변, 보증인의 최고검색의 항변 등)의 경우에는 그 항변의 다른 요건사실(a, b)에 대한 상대방의 자인 진술만으로는 법원이 그 항변에 대한 판단을 할 수 없어 유효한 항변이 성립하지 않는다. 당사자에 의한 항변권 행사의 의사표시(c)가 별도의 요건사실로 필요하고 여기에는 원·피고 간 주장공통의 원칙이 적용될 여지가 없다('동시이행항변' 기술 부분 참조). a, b 사실에 대해서는 주장공통의 원칙이 적용될 수 있으므로, 권리항변을 주장공통의 원칙의 예외라고 표현하는 것은 정확하지 않다.

21) ❶ 93다47196; "원심은 통상의 공동소송관계에 있어서 어느 공동소송인의 주장이 다른 공동소송인에게 이익이

3) 간접사실·보조사실의 변론주의 적용 배제, 증거공통의 원칙

주요사실의 존부를 확인하는 데 도움이 되는(추인하게 하는) 경위·내력 등의 '간접사실'과 증거능력이나 증거력을 판단할 자료가 되는 사실인 '보조사실'에 대하여는 변론주의가 적용되지 않고, 당사자의 주장이 있든 없든, 그 주장이 어떠하든 법원은 증거에 의하여 자유로이 사실을 인정할 수 있으며,[22] '증거'는 '증거공통의 원칙'에 의하여 어느 당사자에 의하여 제출되었는지, 상대방이 이를 원용하는지 여부에 관계없이 이를 당사자 어느 쪽의 유리한 사실인정 증거로 할 수 있다.[23]

되는 경우에는 그 다른 공동소송인이 그와 저촉되는 주장을 적극적으로 하지 아니하는 한, 주장공통의 원칙이 적용되어 동일한 주장을 한 것으로 보아야 한다고 전제한 다음, 피고 1은 공시송달에 의한 기일소환을 받은 탓으로 아무런 주장을 하고 있지는 않으나, 그와 통상의 공동소송관계에 있는 다른 피고들이 위 각 등기가 실체관계에 부합한다는 주장을 하고 있으므로, 다른 피고들의 위 주장은 피고 1에게도 미친다고 하여, 위 피고가 다른 피고들의 주장과 같은 주장을 한 것으로 보아 같은 피고에 대한 청구까지 함께 기각하고 있다. **그러나** 민사소송법 제62조의 명문의 규정과 우리 민사소송법이 취하고 있는 변론주의 소송구조 등에 비추어 볼 때, 통상의 공동소송에 있어서 이른바 주장공통의 원칙은 적용되지 아니한다고 할 것일 뿐 아니라, 공동피고들의 위 주장은 그들의 각 등기가 실체관계에 부합하는 등기라는 주장으로서, 원고의 위 피고들에 대한 청구에 대한 항변에 불과할 뿐이고 피고 1에 대한 청구와는 무관한 것이어서, 주장공통의 원칙이 적용될 것인가 여부와는 상관없이, 피고 1이 그 명의의 등기가 실체관계에 부합하는 등기라는 항변을 한 것으로 보아 판단한 것은 잘못이라 할 것이다." ❷ 91다15829; "어느 부동산에 관하여 순차로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송에서 후순위 등기의 말소등기이행청구는 배척하면서도 그 전순위 등기의 말소등기이행청구는 인용할 경우가 있음은 소론과 같다. 그러나 그 이유는, 이러한 소송은 필요적공동소송이 아니라 통상공동소송으로서 이른바 '주장공통의 원칙'이 적용되지 아니하기 때문에 공동소송인마다 그 공격방어방법을 달리함에 따라 위와 같이 모순된 결론도 생길 수 있고 이는 변론주의를 원칙으로 하는 소송제도에서는 부득이하다는 데에 있는바" ☜ 원고 소유였던 토지 지분에 관하여 아무런 원인 없이 순차로 피고 1, 2, 3 명의의 소유권이전등기가 경료되고 그 후 토지수용법에 따라 기업자 피고 4가 이를 피고 3으로부터 협의매수하여 소유권이전등기를 마친 데 대하여 원고가 피고들을 상대로 소유권이전등기의 말소를 구한 **사안**에서, '위 토지의 지분이 적법하게 수용되어 원고의 소유권이 소멸하였다'는 피고 4의 항변을 받아들여 피고 1, 2, 3에 대한 청구마저 배척한 원심의 판단은 공동소송인들이 동일한 방어방법을 취한 결과로서 옳다고 한 사례. ❸ 90다9872; 김OO이 피고로부터 2백만 원, 원심공동피고 이OO으로부터 3백만 원을 차용하면서 그 담보로 김OO 소유의 임야에 관하여 채권자들 명의로 소유권이전청구권가등기와 근저당권설정등기를 경료한 **사안**에서, 원고는 김OO으로부터 위 임야를 매수하고 원고 명의로 소유권이전등기를 경료하였으며 김OO은 이OO에게 차용원리금을 모두 변제하였다는 원고의 주장에 대하여, 이OO은 이를 다투지 아니한다는 이유로 위 가등기 및 근저당권설정등기 중 이OO 명의로 경료된 부분은 그 피담보채권이 소멸되었으니 이OO은 원고에게 그 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판시하는 한편, 김OO이 피고에게도 피담보채무를 전액 변제하였으므로 피고 명의의 위 등기는 말소되어야 한다는 원고의 피고에 대한 청구에 대하여는, 그 변제 사실을 인정할 수 없다고 판단하고 원고의 청구를 배척한 사례.

22) 71다278; "판결의 기초가 되는 권리의 발생, 소멸 등 법률효과의 존부의 판단에 직접 필요한 요건사실은 당사자가 주장하는 사실관계를 그 토대로 삼아야 할 것이나 그 기본사실의 경위, 내력 등에 관해서는 당사자의 주장 유무 여하에 불구하고 법원이 증거에 의하여 자유로이 사실을 인정할 수 있다."(피고가 남편인 소외인이 원고 조합으로부터 차용할 때 연대보증을 함에 있어, 주채무자인 소외인이 약속어음이나 약정서의 피고 이름 밑에다 피고의 도장을 찍을 때에 피고를 대신해서 찍었다고 원심이 인정한 것이, 설사 당사자가 주장하지 않은 사실을 인정한 것이 되었다 하더라도, 위 사실은 연대보증계약의 성립 경위에 관한 사실에 지나지 않을뿐더러, 원심은 연대보증이란 경위인사실을 토대로 하여 사실을 확정하고 있는 것이므로, 당사자가 주장하지 않은 사실을 판단한 위법이 있다고 할 수 없다고 한 사례). ☛ '특정 일자 이전에 원고에게 별다른 의상증상이 없었는지 여부'는 피고의 의료과실 여부와 관련한 간접사실에 불과하므로 이에 대한 자백은 법원이나 당사자를 구속하지 않는다(2012다11389).

23) ❶ 73다1879; "법원은 당사자의 일방으로부터 제출된 증거를 상대방이 원용한 여부에 관계없이 상대방의 이익되는 자료로 채증할 수 있음은 증거공통의 원칙상 법원이 당사자 쌍방의 증거에 대하여 자유로이 이를 판단의 자료로 할 수 있다는 데 불과하며 그렇다고 당사자의 원용하지 아니하는 증거에 관하여도 당사자 자신이 제출한 증거와 마찬가지로 이의 채부판단을 하여야 하는 것이 아님은 입증책임의 분배에서 오는 귀결이라 할 것" ❷ 80다

4) 추상적·불확정적 개념의 요건사실

평가적·규범적 개념을 내포하고 있는 '추상적·불확정적 개념'이 법률요건인 경우(신의성실의 원칙, 권리남용, 선량한 풍속 기타 사회질서, 과실, 정당한 사유 등), 그 자체가 요건사실인지, 그 평가 근거(기초)가 되는 구체적 사실이 요건사실인지, 나아가 변론주의가 적용되는 주요사실인지에 관하여 학설상 다툼이 있으나, 판례 중에는,[24] '고의, 중과실'의 경우 그 자체가 요건사실이자 주요사실에 해당하고, 고의, 중과실로 평가·판단할 수 있는 근거(기초)가 되는 구체적 사실은 주요사실이 아닌 간접사실로서 변론주의의 적용이 없다고 하고, 회사 대표이사의 행위가 회사 대표이사로서의 '직무관련성'이 있는지 여부에 관한 판단근거가 되는 사실은 간접사실에 불과하여 그와 같은 간접사실에 대한 자백은 법원이나 당사자를 구속하지 아니 한다고 판시한 것이 있다.

5) 공격·방어 방법의 적시제출주의

당사자는 공격·방어 방법[25]을 소송의 정도에 따라 적절한 시기에 제출하여야 하고(민사소송법 제146조), 이를 어기어 고의 또는 중대한 과실로 공격·방어 방법을 뒤늦게 제출함으로써 소송의 완결을 지연시키게 하는 것으로 인정될 때에는 각하될 수 있다(민사소송법 제149조 ①; 실기한 공격·방어 방법의 각하).[26]

1030; "피고들은 원고가 제출한 위 증거들을 원심에 이르기까지 이익으로 원용한 흔적이 없으므로 원심이 그 증거들에 대한 판단을 한바 없다 하여 증거공통의 원칙에 저촉된다거나 증거판단을 유탈한 것이라고 탓할 수는 없다."

24) ❶ 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결; "'주의의무 위반'과 같은 불확정개념이 당사자가 주장하는 법률효과 발생에 관한 요건사실에 해당할 때" ❷ 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다55312 판결; "민사소송에 있어서 변론주의는 주요사실에 대하여서만 인정될 뿐 주요사실의 존부를 추인케 하는 간접사실에 대하여는 그 적용이 없다고 할 것인바, 피고가 원고의 고의 또는 중과실을 추단케 할 수 있는 것이라면서 내세운 주장사실들은 주요사실인 고의 또는 중과실의 존부를 추인케 하기 위한 간접사실에 지나지 아니하므로, 원심이 그 부분에 대하여 명시적인 판단을 하지 아니하였다고 하더라도, … 심리미진이나 그로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다." ❸ 2000다62254; "원고는 소장에서 피고 회사의 이 사건 사고 발생과 관련된 과실에 관하여 … 고 주장하였고, … 한 과실이 있다는 내용의 주장을 하였으며, … 인증서에는 … 사고의 원인이 되었다고 주장하고 있는 내용이 포함되어 있다. … 원고가 주장하지 아니하였다는 상고이유 주장의 원심 판시 부분은 그에 관한 원고의 간접적인 주장이 있었던 것이거나 주요사실의 존부를 추인케 하는 간접사실에 불과한 것이라 할 것이므로 원심에 변론주의에 위배된 위법이 있다고 할 수 없다." ❹ 99다35737; "변론조서에 따르니, 원·피고 쌍방이 '1994년부터 1995년 초경까지 피고 회사는 법인등기만 하고 사무실 직원도 없었고 구체적인 일도 하지 않았다.'라고 일치하여 진술한 것으로 기재되어 있기는 하나, 이는 소외 1의 이 사건 크라샤 처분행위가 피고 회사의 대표이사로서의 직무관련성이 있는지 여부에 관한 간접사실이 될 수 있는 것에 불과하여 그와 같은 간접사실에 대한 자백은 법원이나 당사자를 구속하지 아니하므로" ☛ 위 판례들이 평가적·규범적 개념의 법률요건 전반에 적용될지는 단언하기 어렵다. 한편, 대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결은, "주요사실 = 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당 사실"이라고 정의하였는데, 이에 의하면 일반조항의 경우에도 '그 해당 사실' 즉, 평가의 근거(기초) 사실이 주요사실이라 할 수 있겠으나, 일반조항의 주요사실이 무엇인지가 위 판결의 쟁점이 아니었고, 대부분의 실체법상 구성요건이 평가적·규범적 개념 규정이 아니라 구체적·사실적 개념 규정이므로, 위 판결 역시 일반조항의 요건사실 또는 주요사실이 무엇인지에 관하여 특정 견해를 취한 것으로 단언하기는 어렵다.

25) '공격방법'은 원고가 자신의 청구를 이유 있게 하기 위하여 제출하는 소송자료(법률상·사실상 주장, 증거방법의 제출 등), '방어방법'은 피고가 원고의 청구를 배척하기 위하여 제출하는 소송자료이다.

6) 변론주의와 석명권 행사의 한계

'법원의 석명권 행사'[27]는 당사자의 주장에 모순된 점이 있거나 불완전·불명료한 점이 있을 때에 이를 지적하여 정정·보충할 수 있는 기회를 주고, 계쟁 사실에 대한 증거의 제출을 촉구하는 것을 그 내용으로 하는 것으로, 당사자가 주장하지도 아니한 법률효과에 관한 요건사실이나 독립된 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유함과 같은 행위를 하는 것은 '변론주의의 원칙'에 위배되는 것으로 석명권 행사의 한계를 일탈하는 것이 된다.[28]

---

26) ❶ 대법원 2017. 5. 17. 선고 2017다1097 판결; "**실기한 공격·방어방법**이란 당사자가 고의 또는 중대한 과실로 소송의 정도에 따른 적절한 시기를 넘겨 뒤늦게 제출하여 소송의 완결을 지연시키는 공격 또는 방어의 방법을 말한다. 여기에서 적절한 시기를 넘겨 뒤늦게 제출하였는지 여부를 판단함에는 새로운 공격·방어방법이 구체적인 소송의 진행정도에 비추어 당사자가 과거에 제출을 기대할 수 있었던 객관적 사정이 있었는데도 이를 하지 않은 것인지, 상대방과 법원에 새로운 공격·방어방법을 제출하지 않을 것이라는 신뢰를 부여하였는지 여부 등을 고려해야 한다. 항소심에서 새로운 공격·방어방법이 제출된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 항소심뿐만 아니라 제1심까지 통틀어 시기에 늦었는지 여부를 판단해야 한다. 나아가 당사자의 고의 또는 중대한 과실이 있는지 여부를 판단함에는 당사자의 법률지식과 함께 새로운 공격·방어방법의 종류, 내용과 법률구성의 난이도, 기존의 공격·방어방법과의 관계, 소송의 진행경과 등을 종합적으로 고려해야 한다." ❷ **대법원** 2016. 12. 29. 선고 2016다22837 판결; "독립된 결정의 형식으로뿐만 아니라 판결 이유 중에서 판단하는 방법에 의할 수도 있으나, 실기한 공격방어방법이라고 하더라도 어차피 기일의 속행을 필요로 하고 그 속행기일의 범위 내에서 공격방어방법의 심리도 마칠 수 있거나 그 내용이 이미 심리를 마친 소송자료의 범위 안에 포함되어 있는 때에는 소송의 완결을 지연시키는 것으로 볼 수 없으므로 이를 각하할 수 없다." ❸ 2010다20532; "당사자의 변론재개신청을 받아들여 변론재개를 한 경우에는 소송관계는 변론재개 전의 상태로 환원되므로, 그 재개된 변론기일에서 제출된 주장·증명이 실기한 공격방어방법에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서는 변론재개 자체로 인한 소송완결의 지연은 고려할 필요 없이 민사소송법 제149조 제1항이 규정하는 요건을 충족하는지를 기준으로 그 해당 여부를 판단하면 된다." ❹ 2003두988; "원칙적으로 변론주의가 지배하는 행정소송에서도 직권조사사항에 관한 것이 아닌 이상 실기한 공격 또는 방어의 방법의 각하에 관한 민사소송법 제149조 제1항이 준용된다고 할 것이고, 행정소송법 제26조가 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다."

27) **민사소송법 제136조(석명권·구문권 등)** ① 재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다. ② 합의부원은 재판장에게 알리고 제1항의 행위를 할 수 있다. ③ 당사자는 필요한 경우 재판장에게 상대방에 대하여 설명을 요구하여 줄 것을 요청할 수 있다. ④ 법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

28) 대법원 2018. 11. 9. 선고 2015다75308 판결; "원고는 이 사건 근저당권등기의 피담보채무가 시효소멸하였다고 주장하면서 소외 3 등을 대위하여 피고에게 이 사건 근저당권등기의 말소를 구하였을 뿐, 원심에 이르기까지 소외 3 등이 원고의 대위권행사 사실을 알면서도 피고에게 채무승인서를 작성해 줌으로써 시효이익을 포기하였으므로 원고에게 대항할 수 없다는 주장을 하지 않았음을 알 수 있다. … 원심이 소외 3 등의 시효이익 포기가 채권자에게 대항할 수 없는 민법 제405조 제2항에서 정한 처분에 해당하는지 여부에 대하여 심리하지 아니하고 원고에게 그에 대한 주장·증명을 촉구하지도 않았다고 하여, 원심의 그러한 조치에 채권자대위권 행사에 의한 채무자의 처분권 제한이나 변론주의에 관한 법리를 오해하거나 석명의무를 다하지 아니하는 등의 잘못이 있다고 할 수 없다."

⇔ 대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다51989 판결; 甲 소유의 토지에 관하여 乙 앞으로 증여를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐진 후, 乙이 丙에게 매매를 원인으로 소유권이전등기를 마쳐 주었는데, 丙이 사망하여 피고들이 위 토지를 상속하자, 甲의 채권자 원고가 甲과 乙의 증여계약, 乙과 丙의 매매계약이 모두 통정허위표시에 해당하여 무효라고 주장하면서, 甲과 乙을 순차 대위하여 피고들을 상대로 乙에게 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라고 청구한 사안에서, **원심**이, 원고의 청구취지 기재에 얽매여 원고의 청구가 피고들을 상대로 乙의 말소등기청구권을 대위행사하는 것이라고만 보아, 위 증여계약과 매매계약이 모두 무효라면 乙 명의의 소유권이전등기도 원인무효이므로, 원인무효의 등기명의인 乙은 피고들에 대하여 말소등기청구권을 행사할 수 없다는 이유로 원고의 청구를 배척한 데 대하여, **대법원**은, '원고의 청구는 甲, 乙명의의 각 소유권이전등기가 모두 통정허위표시에 기초한 것으로서 원인무효이고, 원고가 甲의

7) 소송요건과 직권조사사항

대부분의 소송요건은 '직권조사사항'으로서 당사자의 주장 여부에 관계없이 법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 한다(직권조사사항 판단의 기초 자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 이미 제출된 자료들에 의하여 그 적법성에 의심이 갈 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 그에 관하여 심리·조사할 의무가 있다[29]).[30] 피고의 항변(이른바 방소(妨訴)항변)이 있어야 법원이 판단하는 소송요건도 있다[31](종래에 판례는 '소송상 합의' 중 소취하 합의,[32] 부제소 합의,[33] 불항소 합의[34]의 존부는 직권조사사항이라고 판시한 바 있으나, 근자에는 '항변권이 발생한다'는 판시[35]를 하고 있다).

채권자로서 甲 소유의 토지를 일반집행재산으로 삼을 수 있도록 해야 한다는 취지이므로, 원고가 甲을 대위하여 피고들을 상대로 甲에게 말소등기절차를 이행하라는 청구를 하는 것도 포함되어 있다고 못 볼 바 아니고, 또한 기록에 의하면, 원고가 청구원인 사실로 위와 같은 채권자대위권 행사의 전제가 되는 사실관계를 모두 주장하였고, 乙이 피고들을 상대로 말소등기청구권을 행사할 권원이 있는지 여부에 관하여는 변론과정에서 전혀 다투어지지 않았으므로, 원심으로서는, 원고가 대위행사하는 피고들에 대한 말소등기청구권이 누구의 권리인지, 피대위자가 피고들을 상대로 말소등기청구를 할 수 있는 권원은 무엇인지에 대하여 석명권을 행사하여 이를 명확히 한 뒤에 그 당부를 심리하고 판단하였어야 했다.'라고 판단한 예.

29) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다60908 판결, 대법원 2005. 4. 28. 선고 2004다71201 판결 등.

30) ◎ **직권조사사항**
직권조사사항에 관한 본안전(本案前) 항변은 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없고, 이에 대한 판단이 없더라도 판단유탈의 상고이유로 삼을 수 없으며(2014다13044), 당사자가 사실심 변론종결 시까지 주장하지 아니하였더라도 상고심에서 새로이 이를 주장·증명할 수 있고(2009다94384,94391,94407), 이 경우 상고심의 심판범위에 포함되며(2012다16063), 사실심 변론종결 이후에 소송요건이 흠결되거나 그 흠결이 치유된 경우 상고심에서도 이를 참작하여야 하고(대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다247385 판결), 직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 증명책임의 원칙이 적용되나(96다39301), 자백의 대상이 될 수는 없다(2000다42908).

31) 대법원 2014. 4. 25.자 2013마2408 결정; "중재법 제9조는 제1항에서 '중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하하여야 한다.'고 규정하면서도, 제2항에서 '피고는 제1항의 항변을 본안에 관한 최초의 변론을 할 때까지 하여야 한다.'고 규정하고 있다. … 중재합의 항변이 허용되는 시기를 제한하는 취지는, 이미 본안에 관한 실질적인 변론을 하여 본안의 심리에 들어간 후에는 소송에 의하여 분쟁을 해결하려고 한 원고의 이익 및 기대를 보호할 필요가 있고, 만약 본안에 관한 실질적인 변론을 한 후에도 중재합의 항변을 허용하게 되면 그때까지 법원이 행한 심리가 무위로 돌아가 소송경제에 반할 뿐만 아니라 그만큼 중재절차의 개시가 늦어져 분쟁의 신속한 해결을 저해하는 결과가 되므로 이를 방지하려는 데 있다."

32) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005다14861 판결; "직권으로 본다. 재판상 화해에 있어서 법원에 계속 중인 다른 소송을 취하하기로 하는 내용의 화해조서가 작성되었다면 당사자 사이에는 법원에 계속 중인 다른 소송을 취하하기로 하는 합의가 이루어졌다 할 것이므로, 다른 소송이 계속 중인 법원에 취하서를 제출하지 않는 이상 그 소송이 취하로 종결되지는 않지만 … 그 소송의 원고에게는 권리보호의 이익이 없게 되어 그 소는 각하되어야 한다."
☛ 소송상 합의(소송계약)의 법적 성질에 관하여, 직접적으로 소송법상 효과를 발생시키는 '소송계약'(소송계약설)이 아니라, 약정 내용대로의 작위·부작위 의무를 발생시키는 '사법상의 계약'이라고 보는 견해(사법계약설)를 취한 것이다(따라서 조건부 소취하 합의(2013다19571), 소취하 합의의 묵시적 합의해제(93다28836)가 인정된다). 66다564 판결은 사법계약설 중 '의무이행소구설'의 채택을 부정하였다. 종래에 판례는 소취하 합의, 부제소 합의, 불항소 합의에 관하여 직권조사사항임을 명시하였다.

33) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결; "특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의('부제소 합의')한 경우 이에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고, 또한 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다는 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조 제2항)에도 어긋나는 것이므로, 소가 부제소 합의에 위배되어 제기된 경우 법원은 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다."
☛ 나아가, 법률적 관점에 대한 당사자의 의견 진술 기회 부여, 충분한 심리의 필요, 석명의무를 강조하고 있다.

34) 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다2066 판결.

35) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결은 '항소취하 합의'에 관하여 "당사자 사이에 항소취하의 합의가

8) 법규, 경험칙, 법률의 해석·적용

'법규(외국법 포함)나 관습법, 사실인 관습 등 경험칙'은 당사자의 주장이나 증명에 구애됨이 없이 법관 스스로 직권에 의하여 조사·판단한다.[36] 법원의 직권조사에도 불구하고 외국법의 내용을 확인할 수 없는 경우, 조리 등에 의하여 재판할 수밖에 없는데(조리설), 그 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법이 조리의 내용으로 유추될 수 있다.[37] '법률의 해석이나 적용'에 관하여도 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 판단할 수 있다.[38]

있는데도 항소취하서가 제출되지 않는 경우 상대방은 이를 항변으로 주장할 수 있고, 이 경우 항소심법원은 항소의 이익이 없다고 보아 그 항소를 각하함이 원칙이다."라고, 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021다293831 판결은 '부제소 합의'에 관하여 "소외인의 연대보증인인 피고로서는 협약에 따라 원고의 구상금 청구에 대해 부제소합의가 있었다는 항변권을 행사할 수 있다."라고 판시하여, 약정 의무 불이행 시 상대방에게 항변권이 발생한다는 '항변권발생설'을 취한 듯한 판시를 보이고 있다.

36) ❶ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013다81514 판결; "적용할 법률은 법원이 직권으로 조사할 사항이라 할 것 … 사실에 대한 법적 판단이나 평가 또는 적용할 법률이나 법적 효과는 자백의 대상이 되지 아니한다." ❷ 80다2189; "원래 법원은 법규의 적용을 직책으로 하는 것인 만큼 법규의 존재 여부에 관하여는 당사자의 입증을 기다릴 것이 아니라 직권으로 이를 탐지하여야 할 것이다(1955행상110 판결은 외국인의 토지 소유에 관한 법령의 적용 여부는 직권조사 사항이라고 판시하고 있다). 다만 외국법규나 관습법 등은 그 법원이 분명하지 못하여 법원이 간과하는 수가 있을 것을 염려하여 당사자가 스스로 입증하여 그런 위험이나 불이익을 배제할 수는 있다." ❸ 89다카20252; "외국법은 법률이어서 법원이 직권으로 그 내용을 조사하여야 하고, 그 방법에 있어서 법원이 합리적이라고 판단하는 방법에 의하여 조사하면 충분하고, 반드시 감정인의 감정이나 전문가의 증언 또는국내의 공무소, 학교 등에 감정을 촉탁하거나 사실조회를 하는 등의 방법만에 의하여야 할 필요는 없는 것" ❹ 76다983; "사실인 관습은 일반 생활에 있어서의 일종의 경험칙에 속한다 할 것이고 경험칙은 일종의 법칙인 것이므로 법관이 어떠한 경험칙의 유무를 판단함에 있어서는 당사자의 주장이나 입증에 구애됨이 없이 법관 스스로 직권에 의하여 이를 판단할 수 있다."

37) ❶ 대법원 2019. 12. 24. 선고 2016다222712 판결; "외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 적용되는 준거법으로서의 외국법은 사실이 아니라 법으로서 법원은 직권으로 그 내용을 조사하고, 그러한 직권조사에도 불구하고 외국법의 내용을 확인할 수 없는 경우에 한하여 조리 등을 적용해야 한다." ❷ 98다35037; "섭외적 사건에 관하여 적용될 외국법규의 내용을 확정하고 그 의미를 해석함에 있어서는 그 외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미·내용대로 해석·적용되어야 하는 것인데, 소송과정에서 적용될 외국법규에 흠결이 있거나 그 존재에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우 법원으로서는 법원(法源)에 관한 민사상의 대원칙에 따라 외국 관습법에 의할 것이고, 외국 관습법도 그 내용의 확인이 불가능하면 조리에 의하여 재판할 수밖에 없는바, 그러한 조리의 내용은 가능하면 원래 적용되어야 할 외국법에 의한 해결과 가장 가까운 해결 방법을 취하기 위해서 그 외국법의 전체계적인 질서에 의해 보충 유추되어야 하고, 그러한 의미에서 그 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법이 조리의 내용으로 유추될 수도 있을 것이다." ❸ 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015다49811 판결; "외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 적용될 외국 법규의 내용을 확정하고 그 의미를 해석하는 경우에는 그 외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미·내용대로 해석·적용하는 것이 원칙이며, 소송 과정에서 그 외국의 판례나 해석기준에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우에만 일반적인 법해석 기준에 따라 법의 의미·내용을 확정할 수 있다."
cf. 2001다30469["원심이, 이 사건 각 차관계약에서 그 준거법을 영국법으로 정하고 있으나, 영국법에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능하고, 이 사건에 있어 영국법과 그 해석이 한국법이나 일반적인 법해석의 기준과 다르다고 볼 자료도 없다 하여, 한국법과 일반 법원리를 토대로 이 사건 각 차관계약의 내용을 해석한 것은 옳고"]는, 앞서의 판례들과 달리 '국내법적용설'의 입장에 가깝다.

38) ❶ 대법원 2017. 3. 22. 선고 2016다258124 판결; "어떤 시효기간이 적용되는지에 관한 주장은 권리의 소멸이라는 법률효과를 발생시키는 요건을 구성하는 사실에 관한 주장이 아니라 단순히 법률의 해석이나 적용에 관한 의견을 표명한 것이다. 이러한 주장에는 변론주의가 적용되지 않으므로 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 판단할 수 있다." ❷ 대법원 2015. 5. 29. 선고 2013므2441 판결; "법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못하고 당사자가 주장하지 아니한 사실을 기초로 법원이 판단할 수는 없지만, 법원은

9) 주요사실의 간접적 주장

판례는, "법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 대하여 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 인정하여 판단하는 것은 변론주의에 위배된다고 할 것이나, 당사자의 주요사실에 대한 주장은 직접적으로 명백한 경우뿐만 아니라 당사자가 법원에 서증을 제출하며 그 입증 취지를 진술함으로써 서증에 기재된 사실을 주장하거나 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 간접적으로 주장한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주요사실의 주장이 있는 것으로 보아야 한다."라고[39] 하여 주요사실의 간접적 주장을 폭넓게 인정하고 있다.[40] 청구원인에 관한 주장이 불분명한 경우에 그 주장이 무엇인지에 관하여 석명을

청구의 객관적 실체가 동일하다고 보이는 한 청구원인으로 주장된 실체적 권리관계에 관하여 정당한 법률해석을 하여 판결할 수 있다. 원고가 청구원인으로 주장하는 부권 침해는 결국 제3자가 부부의 일방과 부정행위를 함으로써 그 일방의 배우자에 대한 부부로서의 의무에 위반하는 행위에 가담하여 혼인관계를 파탄에 이르게 하였다는 주장과 다르지 아니하고, 이러한 제3자의 배우자에 대한 손해배상책임은 부부의 일방이 부담하는 손해배상책임과 공동불법행위책임으로서 부진정연대채무 관계에 있다. 같은 취지에서 원심이 피고와 소외인의 부정한 행위로 인하여 원고와 소외인의 혼인관계가 파탄에 이르렀다고 보고 그로 인한 피고의 책임이 소외인의 책임과 부진정연대관계에 있음을 전제로 피고에 대하여 소외인과 연대하여 원고에게 위자료를 지급할 것을 명한 것은 정당하고, 거기에 처분권주의 또는 변론주의에 반하거나 공동불법행위에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다."

39) 대법원 2006. 6. 30. 선고 2005다21531 판결, 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결 등.

40) ◎ **구체적 사례**

❶ 대법원 2021. 6. 10. 선고 2021다217370 판결; 건설근로자의 임금청구 소송을 심리하는 사실심 법원은, 건설근로자가 소송 상대방과의 고용관계를 주장하는 경우 그러한 주장 안에 설령 고용관계가 인정되지 않는다고 하더라도 근로기준법 제44조의2에 따른 직상 수급인으로서의 책임을 묻는 취지가 포함되어 있는지 여부 등을 신중하게 살펴보아야 하고, 그러한 취지가 포함되어 있는 것으로 볼 수 있는 사정이 충분함에도 섣불리 소송 상대방이 건설근로자와의 고용관계가 인정되지 않는다는 이유만을 들어 그 임금 청구를 배척하여서는 안 된다고 한 예. ☛ 명시적인 임금 청구에 대하여, 별개의 소송물인 직상수급인으로서의 임금 상당 손해배상청구권을 인정하는 것은 처분권주의에 반하고, 법률상 사항에 관한 법원의 석명 또는 지적의무 대상으로 보기도 어렵다는 비판이 가능하다. ❷ '보조참가인인 토지 매수인이 토지 전부를 매수하였다고 주장하면서 약정서를 제출하였을 뿐만 아니라 증인신문을 통하여 토지 매수인이 매수한 부분이 토지의 1/2에 불과함에도 편의상 그 전부에 관한 수분양자의 명의를 매수인 앞으로 변경하기로 약정하였다가 당해 토지 전부를 타에 처분하기로 합의한 사실을 입증하고 있는 경우, 비록 당사자가 변론에서 명의신탁관계의 성립 및 그 철회 내지 해지에 관하여 명백히 진술을 한 흔적은 없다 하더라도 위 증거들의 신청으로 그에 관한 간접적인 진술이 있었다고 보아야 할 것'이라고 한 예(97다45532), ❸ 삼청교육과 관련하여 제기된 국가배상청구에 있어서 국가 측의 소멸시효 항변에 대하여 제소자가 국방부장관의 1988. 12. 3.자 담화 발표를 들어 국가가 소멸시효이익을 포기한 것이라고 주장하였을 뿐 대통령의 1988. 11. 26.자 담화 발표에 기한 소멸시효이익 포기의 주장을 한 바는 없으나, 제소자가 대통령의 담화문을 서증으로 제출하였을 뿐만 아니라 대통령의 담화를 기초로 하여 국방부장관의 담화가 발표되었다는 내용의 진술이 기재된 국방부장관에 대한 증인신문조서등본을 서증으로 제출하고 있음에 비추어 제소자는 그와 같은 서증들을 제출함으로써 국가가 대통령의 담화 발표로써 소멸시효이익을 포기하였다는 주장을 한 것으로 보아야 한다는 이유로, 국가가 대통령의 담화로써 소멸시효이익을 포기하였다는 제소자의 주장이 있는 것으로 보고 그에 대하여 판단한 원심판결을 수긍한 예(94다22927), ❶ '갑이 소장에서 토지를 을로부터 매수하였다고 주장하고 있으나 갑이 위 매매당시 불과 10세 남짓한 미성년이었고 증인신문을 신청하여 갑의 조부인 병이 갑을 대리하여 위 토지를 매수한 사실을 입증하고 있다면 갑이 그 변론에서 위 대리행위에 관한 명백한 진술을 한 흔적은 없다 하더라도 위 증인신청으로서 위 대리행위에 관한 간접적인 진술은 있었다고 보아야 하므로 원심이 위 토지를 갑의 대리인이 매수한 것으로 인정하였다 하여 이를 변론주의에 반하는 것이라고는 할 수 없다.'고 한 예(87다카982), ❺ '근저당채무가 소멸하였음을 이유로 근저당권설정등기의 말소등기절차를 구한다는 주장에는, 근저당권설정계약의 해지의 의사표시가 포함된 것으로 볼 수 있으므로, 비록 원고가 소장에서 명시적으로 근저당권설정계약을 해지한다는 주장을 하지 않았다고 하더라도, 원심이 소장 송달로써 근저당권설정계약이 해지되었다고 판단하였음에 위법이 있다고 할 수도 없다.'고 한 예(85다카1046), ❻ '청구원인사실을 기재한 준비서면을 변론에서

구하면서 이에 대하여 가정적으로 항변한 경우에도 주요사실에 대한 주장이 있다고 볼 수 있다.[41]

10) 주장에 관한 판단의 이유 기재

판결서의 이유에는 '주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도'로 당사자의 주장, 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하되, 무변론 판결, 자백간주판결, 1심의 공시송달판결[42]은 '청구를 특정'함에 필요한 사항과 '상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단'에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있다.[43] 이유 기재가 누락되거나 불명확한 경우에는 상고이유가 된다.[44]

나. 주장증명책임의 분배

주장·증명책임의 분배는 법규의 구조, 형식(예컨대, 본문과 단서(그러나 … 한 때에는 그러하지 아니하다), 일반규정과 특별규정, 원칙규정과 예외규정)에서 찾아야 한다는 법률요건분류설 내지 규범설이 통설,[45] 판례[46]의 입장이다. 법률요건분류설에 따르면, 권리의 존재를 주

진술하지 아니하였다 하더라도 원고가 신청한 증인에 대한 신문사항에 위 준비서면기재의 청구원인이 기재되어 있다면 원고는 이러한 서면을 통하여 그 청구원인사실을 주장한 취지로 보지 못할 바 아니다.'라고 한 예(69다1326), ❼ '원고들이 총대회가 무효라는 점에 대한 증거로 제출한 총대회의록에 의하면 1992. 6. 16.자 총대회는 과반수에 못미치는 총대 7인만이 출석한 상태에서 의사의 개최 및 의결이 있었던 사실이 인정되는데, 비록 원고들이 변론에서 위 총대회가 의사정족수 미달로 무효라는 점에 관하여 명백히 진술을 한 흔적은 없다 하더라도 위 증거의 신청이나 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 볼 때 그에 관한 간접적인 진술이 있었다고 볼 수 있으므로, 원심이 위 총대회가 의사정족수의 미달로 무효라고 판단하였다고 하여 변론주의에 위배된다고 할 수 없다.'고 한 예(98다46167),

41) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2017다865 판결(이러한 경우 항변이 있다고 볼 수 있는지는 당사자들이 진술한 내용이나 취지뿐만 아니라 상대방이 당사자의 진술을 어떻게 이해하였는지도 함께 고려해서 합리적으로 판단하여야 한다).

42) 대법원 2021. 2. 4. 선고 2020다259506 판결; "항소심의 소송절차에는 특별한 규정이 없으면 민사소송법 제2편 제1장 내지 제3장에서 정한 제1심의 소송절차에 관한 규정을 준용하지만(민사소송법 제408조), 같은 법 제208조 제3항 제3호를 준용하는 규정은 별도로 두고 있지 않다. 오히려 항소심이 판결이유를 적을 때에는 제1심판결을 인용할 수 있지만, 제1심판결이 민사소송법 제208조 제3항 제3호에 따라 작성된 경우에는 이를 인용할 수 없다(민사소송법 제420조). 위와 같은 규정들의 내용과 그 취지를 종합하면, 공시송달 판결을 하는 경우 제1심은 민사소송법 제208조 제3항 제3호에 따라 판결서의 이유에 청구를 특정함에 필요한 사항과 같은 법 제216조 제2항의 판단에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있지만, 당사자의 불복신청 범위에서 제1심판결의 당부를 판단하는 항소심은 그와 같이 간략하게 표시할 수 없고, 같은 법 제208조 제2항에 따라 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장과 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하여야 한다."

43) **민사소송법 제208조(판결서의 기재사항 등)** ② 판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시한다. ③ 제2항의 규정에 불구하고 제1심 판결로서 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 경우에는 청구를 특정함에 필요한 사항과 제216조 제2항의 판단에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있다. 1. 제257조의 규정에 의한 무변론 판결 2. 제150조제3항이 적용되는 경우의 판결 3. 피고가 제194조 내지 제196조의 규정에 의한 공시송달로 기일통지를 받고 변론기일에 출석하지 아니한 경우의 판결

44) 민사소송법 제424조 제1항, 대법원 2021. 2. 4. 선고 2020다259506 판결.

45) 주석 신민사소송법 V, 62면(손용근 집필); 이시윤, 신민사소송법 제5판, 박영사, 2009, 477면; 오석락, 신판 입증책임론, 박영사, 2002, 77면 등.

장하는 당사자는 권리근거사실(권리발생사실)에 대하여, 권리의 존재를 다투는 당사자는 권리장애사실(권리발생장애사실),[47] 권리소멸사실(권리멸각사실),[48] 또는 권리저지사실(권리행사저지사실)[49]에 대하여 증명책임을 진다.

그런데 권리를 주장하는 자가 원고이고 이를 다투는 자가 피고임이 보통이므로 원고가 권리발생사실[50]에 대하여, 피고가 권리의 장애·소멸·저지사실[51]에 대하여 증명책임을 지게 되는 것이 통례이다. 그러나 '소극적 확인소송'에서는 통상의 경우와 달리 주장·증명책임이 그 역(逆)으로 바뀌게 된다(다만, 자신이 구하는 청구의 소송물을 특정하여야 하는 원고로서는 청구원인에서 '피고가 원고에게 주장하는 특정 권리·의무가 존재하지 않는다.'는 정도의 주장을 할 필요가 있다).[52] [53] 이는 배당이의의 소, 기판력 없는 집행권원에 대한 청구이의의 소에서도

---

46) ○ 헌법재판소 2015. 3. 26. 2014헌바202 결정: "입증책임은 법규의 구조와 형식(예컨대 본문과 단서, 일반규정과 특별규정, 원칙규정과 예외규정 등)에 따라 분배되어야 하고, 권리의 존재를 주장하는 당사자는 권리근거사실에 대하여 입증책임을 부담하며, 권리의 존재를 다투는 당사자는 권리장애사실, 권리소멸사실 또는 권리저지사실에 대하여 입증책임을 진다는 것이 일반적으로 받아들여지고 있다. … 요증사실이 특정인의 고의나 과실 유무 등 내심의 의사라고 하여 그러한 의사의 주체에게 반드시 입증책임을 부담시켜야 하는 것은 아니다. 입증책임규범은 사실의 존부가 불명한 경우 법관으로 하여금 재판을 할 수 있게 하는 보조수단으로서, 구체적으로 누구에게 입증책임을 분배할 것인가는 정의의 추구라는 사법의 이념, 재판의 공정성, 다툼이 되는 쟁점의 특성 및 관련 증거에 대한 접근성 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 재량으로 정할 수 있는 입법형성의 영역이다."
○ 대법원 판례의 경우, "권리를 발생시키는 요건을 구성하는 사실은 특별한 사정이 없는 한 이를 주장하는 사람에게 증명책임이 있다. 따라서 금전을 대여하였다는 원고의 주장에 대하여 피고가 다투는 때에는 대여사실에 대한 증명책임은 이를 주장하는 원고에게 있다."(대법원 2019. 7. 25. 선고 2018다42538 판결), "민사소송에서의 입증책임의 분배에 관한 일반 원칙에 따르면 권리를 주장하는 자가 권리발생의 요건사실을 주장·입증하여야 하는 것"(98다36351), "원고가 피고로부터 금전을 지급받기로 하는 약정이 있다고 주장하고 그러한 약정의 존재를 입증한 경우, 약정금 범위 내에서 구체적인 액수 등에 대하여는 더 심리해야 할 것이라 하더라도 원고로서는 일응 그 권리발생의 근거에 대한 주장·입증을 한 것이므로 그 약정에 따른 채무가 불발생한다거나 소멸하였다는 주장은 피고의 항변사항에 속한다."(96다42130), "입증책임은 당사자에 분배되는 것이 원칙이고 실체법상 법률효과의 발생에 장애가 되는 규정 즉 권리장애규정의 요건사실에 관하여는 그 효과를 다투는 당사자에게 입증책임이 돌아가는 것"(84누786), "매매계약서에 매수인이 계약사항을 불이행 시에는 매도인이 일방적으로 해약하여도 이의할 수 없고 납부한 계약금을 매도인의 소유로 한다고 규정하고 있는 경우에도 위와 같은 약정에 따라 위 계약금이 위약금으로서 몰취되었다는 권리멸각사유는 매도인에게 그 주장책임이 있다."(89다카19412)는 등의 판시 참조.

47) 권리근거규정에 기초한 권리발생을 애당초부터 방해하는 권리장애규정의 요건사실이다. 이는 권리발생사실과 동시에 또는 그 이전에 존재하는 사실이다. 예컨대, 불공정한 법률행위, 통정허위표시 등 원시적 무효사유를 들 수 있다.

48) 권리근거규정에 기초하여 일단 발생한 권리를 소멸시키는 권리소멸규정의 요건사실이다. 이는 권리발생사실보다 사후에 생긴다는 점에서 권리장애사실과 구별된다. 예컨대, 변제, 면제, 소멸시효 완성 등 채권의 소멸원인, 사법상 형성권(취소권, 해제·해지권, 상계권 등) 행사에 의한 권리 소멸을 들 수 있다.

49) 권리근거규정에 기초한 권리의 발생을 저지하거나, 이미 발생한 권리의 행사를 저지하는 권리저지규정의 요건사실이다. 예컨대, 전자로는 정지조건 또는 시기(始期)의 존재, 후자로는 사법상 연기적 항변권(유치권, 동시이행항변권, 보증인의 최고·검색 항변권), 기한의 유예 등을 들 수 있다.

50) 이는 원고의 청구원인사실(소송물인 권리관계의 발생 원인 사실)에 해당한다.

51) 이는 피고의 (본안의)항변사실(청구원인사실과 양립가능한 별개의 사실로서 청구원인사실이 진실임을 전제로 원고의 청구를 배척하기 위한 사실)에 해당한다.
원고의 청구원인사실과 양립되지 않는 사실을 적극적으로 진술하며 원고의 주장을 부정하는 간접부인(적극부인, 이유부부인)과는 구별된다.

52) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002다17821 판결; "금전채무부존재확인소송에 있어서는 채무자인 원고가 먼저 청구를 특정하여 채무발생원인사실을 부정하는 주장을 하면 채권자인 피고는 권리관계의 요건사실에 관하여 주장·입

마찬가지이다.[54]

통설[55]에 의하면 주장책임 분배와 증명책임 분배는 일치한다.[56] 이것을 가리켜, '주장책임의 분배는 증명책임의 분배에 따른다'고 하거나 또는 '주장책임은 증명책임이 변론주의라는 필터를 통하여 주장의 장(場)에 투영된 것'이라고 설명하기도 한다. 다만, 법률이 어느 사실에 대한 증명책임에 관하여 특별규정을 둔 관계로 주장책임의 분배와 증명책임의 분배가 일치하지 않는 경우가 있다.[57]

직권조사사항인 소송요건에 대한 증명책임은 원칙적으로 원고에게 있으나,[58] 제척기간의 도과에 관한 증명책임은 권리행사의 상대방(피고)에게 있고,[59] 이른바 '방소항변'의

증책임을 부담하는 것이고, 이 사건의 경우 원고가 자동차종합보험계약의 특별약관에 기한 보험금지급청구권의 발생원인사실을 부정하는 주장을 하였으므로, 채권자인 피고는 보험금지급청구권 발생의 요건사실에 관하여 주장·입증책임을 부담한다." ☞ ① 원고로서는 청구의 특정을 위해 '특정 채무'의 존재를 부정하는 주장을 하는 것으로 족하고, '채무발생원인 사실'의 존재를 부정하는 주장까지 반드시 할 필요는 없다고 보이며, ② 채무부존재확인소송에서도 여전히 채권자인 피고가 채권 발생의 개개 요건사실에 관하여 주장·증명책임을 부담한다는 점에서 통상의 이행청구소송과 다를 바 없으므로 채무부존재확인소송의 경우 주장책임은 원고에게, 증명책임은 피고에게 있어 양자가 불일치한다고 볼 것은 아니고, ③ 실무상 흔한 예로서 원고가 채권·채무의 발생을 자인하면서 그 부존재확인을 구하는 경우에는, 청구원인사실로서 채권·채무 발생의 장애·소멸·저지 사실을 주장·증명하여야 할 것이다.

53) 사견(私見)으로는, 위와 같은 통설, 판례의 입장에 전적으로 찬성한다. 주장·증명책임의 분배는 법규의 구조, 형식에서 찾음이 원칙이고 부득이한 경우 예외적으로 증명책임분배의 이념인 공평의 원칙 등에 의한 수정이 가해져야 할 것이다. 소송의 다툼인 법률효과는 실정법의 법조문에 의하여 부여되는 것이고, 증명책임분배는 사전에 법원이나 당사자에게 충분히 예측되어져야 법적 안정성이 달성될 수 있다는 점에서 법규의 구조, 형식이 가장 명확하고 타당한 기준이라 생각된다. 구체적 타당성은 증명책임분배의 예외적인 수정으로, 또는 사실상 추정의 활용 등으로 꾀하면 될 것이다. 실정법의 규정 형식은 증명책임분배의 이념인 '공평'의 원칙을 고려하여 입법자가 증명책임의 분배를 개별 조문별로 결단을 내린 결과물로 보아야지, 실정법의 규정 형식을 도외시하고 '공평'의 이름으로 증명책임을 분배하게 되면 사물을 보는 시각에 따라 증명책임의 분배가 유동적이어서 자칫 잘못하면 이현령비현령(耳懸鈴 鼻懸鈴)이 될 수도 있을 터이기 때문이다.
법률요건분류설 내지 규범설이 통설이라고 일반적으로 말해지고 있으나, 개별 쟁점에 있어서는 다음의 III. 이하에서 보는 바와 같이 위와 같은 증명책임분배에 관한 통설과 배치되는 해석이 오히려 다수설인 경우도 많이 발견된다. 이는 법률요건분류설의 원칙에 대한 예외적 수정의 경우로 선해해 볼 수도 있겠지만, 증명책임분배에 관한 일반론을 논하는 쪽은 민사소송법 분야이고 개별 조문별로 그 증명책임을 논하는 쪽은 민사실체법 분야이어서 그런 것은 아닌가 싶기도 하다. 이런 점에서 증명책임분배에 관한 해석에 있어서는 절차법과 실체법을 통시하는 실무가의 역할이 중요한 것으로 보인다.

54) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결(배당이의의 소), 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다12852 판결(확정된 지급명령에 대한 청구이의의 소).

55) 주석 신민사소송법 V, 53면(손용근 집필); 이시윤, 앞의 책, 488면; 오석락, 앞의 책, 15면; 崔永龍, "法律上 推定에서의 주장책임 및 否認·抗辯", 사법연수원논문집 2집, 사법연수원, 2005, 35-36면 등.

56) 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다227817 판결; "법률상 추정과 같이 법률에 명문의 근거가 있는 경우를 제외하고는 요건사실에 대한 증명책임은 해당 요건사실을 주장하는 당사자가 부담하는 것이 원칙이다."

57) 예컨대, 무권대리인의 책임을 소구하는 경우, 원고(계약 상대방)는 피고(무권대리인)가 타인의 대리인으로서 계약을 체결하였다는 사실을 주장하고 이를 증명할 책임 및 피고에게는 대리권이 없다는 점을 주장할 책임이 있으나, **민법 제135조 제1항**이 "그 대리권을 증명하지 못하고"라고 규정하고 있기 때문에 대리권이 있다는 점에 대한 증명책임은 무권대리인인 피고에게 있다.

58) 대법원 1997. 7. 25. 선고 96다39301 판결; "제소단계에서의 소송대리인의 대리권 존부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이고, 이와 같은 직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 입증책임의 원칙이 적용되어야 할 것인바, 본안판결을 받는다는 것 자체가 원고에게 유리하다는 점에 비추어 직권조사사항인 소송요건에 대한 입증책임은 원고에게 있다 할 것이다."

증명책임도 피고에게 있다.

다. 법률상 추정, 유사적 추정, 의제

1) 법률상 추정

법률상 추정은 '법률규정'에 의한 추정을 말한다.[60] 요증사실 A에 대한 증명책임을 부담하는 사람은 ① 요증사실 A 자체를 직접 증명할 수도 있지만, ② 전제사실 a를 증명한 다음 '법률상 추정 규정'의 적용을 통해 요증사실 A를 법률상 추정케 함으로써 요증사실 A를 증명할 수 있다(증명 주제의 선택에 의한 증명책임의 완화). 상대방이 법률상 추정을 깨뜨리기 위해서는, 추정된 사실인 요증사실 A가 진실이 아니라는 반대사실(-A)을 증명하여야 하므로, 상대방은 요증사실 A의 반대사실(-A)에 대한 증명책임을 부담하게 되고, 결국 증명책임이 상대방에게 전환되는 효과가 발생한다(증명책임의 전환).[61] 민법 제830조 제2항(부부재산의 공유추정) 중 '누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한' 부분은, 위 추정 규정을 적용받기 위해 증명책임을 부담하는 전제사실 a에 해당하지 않는다.[62]

법률상 추정에는, 전제사실로부터 일정한 사실을 추정하는 법률상 '사실'추정(예컨대, 민법 제198조의 '점유의 계속' 추정[63] 등)과, 전제사실로부터 일정한 권리를 추정하는 법률상 '권리'추정(예컨대, 민법 제830조 제1항의 '부부 일방의 특유재산 추정', 제2항의 '부부 공유' 추정 등)이 있다. 명문의 법률상 추정규정이 없음에도 불구하고 판례는 등기부(등기기록)에 대하여

---

59) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다79674 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758, 16765 판결.

60) **사실상 추정**은 일반적 '경험법칙'을 적용하여 행하는 추정이고, 증명책임의 전환이 일어나지 않는다.

61) 법률상 추정을 번복하기 위해서는, 전제사실 a에 대하여 법원의 확신을 흔들리게 하는 '반증'을 제출하거나 또는 반대사실(-A)에 대하여 법원에 확신을 줄 수 있는 본증을 제출해야 한다[98다8974; 민법 제30조('2인 이상이 동일한 위난으로 사망한 경우에는 동시에 사망한 것으로 추정한다.') 적용 판례].

62) 민법 제830조 제2항은 "부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정한다."라고 규정하고 있는데, 위 조항 중 '누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한' 부분은, 어떠한 요증사실의 존부가 불명확한 경우에 누구에게 불이익을 돌릴 것인지를 정하는 증명책임분배 규정 중 하나인 법률상 추정 규정의 속성상 당연한 내용의 법문언으로서 위 조항이 증명책임분배규정에 해당한다는 점을 밝힌 것에 불과하고, 이를 삭제하더라도 위 조항의 의미 해석에 아무런 변동이 없다는 점에서, 위 추정 규정을 적용받기 위해 증명책임을 부담하는 전제사실 a에 해당하지는 않는다. 상속세 및 증여세법 제15조 제1항 제1호의 "용도가 객관적으로 명백하지 아니한 경우", 같은 법 제41조의3 제6항의 "증여받은 재산으로 주식등을 취득한 것이 불분명한 경우", 부가가치세법 제40조의 "실지귀속을 구분할 수 없는" 등의 법문언 역시 마찬가지이다. 위와 달리, 상속세 및 증여세법 제15조 제1항 제1호에 관하여 2000두1232 판결이 "과세관청이 그 중 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 금액이 있음을 입증한 때"라고 판시한 것은 타당한 것이 아니다.

63) **민법 제198조**에 의하여 '점유 계속' 사실이 법률상 추정되므로, 점유시효취득을 주장하는 자는 20년 간 계속 점유 사실을 주장·증명할 필요는 없고, '특정 시점에서의 점유와 그로부터 20년 후의 특정 시점에서의 점유' 사실만을 점유시효취득의 요건사실로 주장·증명하면 된다.
상대방은, ① '점유 계속' 추정의 전제사실인 '특정 시점에서의 점유와 그로부터 20년 후의 특정 시점에서의 점유' 사실 자체를 부인하고 '반증'으로 다투거나, ② 항변(취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우) 내지 재항변(말소등기 청구에 대한 실체관계 부합 항변의 경우)으로서 추정사실인 '20년간의 계속 점유' 사실의 반대사실, 즉 '20년의 기간 도중에 점유가 중단, 상실된 사실'을 '본증'으로 주장·증명하여 다툴 수 있다.

법률상 추정력을 인정한다.[64]

2) 유사적 추정

법규정에서 '추정'이라는 용어를 사용하고 있어도 법률상 추정 규정에 해당하지 않는 경우도 있는데, 이를 '유사적 추정'이라고 하고, 여기에는 '잠정적 진실',[65] '의사추정',[66] '증거법칙적 추정'[67]이 있다. 이러한 추정 역시 이를 번복하기 위해서는 그와 다른 반대사실을 주장하는 자가 이를 본증으로 증명할 책임을 부담한다.

3) 의제·간주

'~로 본다.'[68]는 규정 형식의 '의제' 또는 '간주'[69]는, '본질은 같지 않지만 법률에

64) 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우 그 등기명의자는 제3자에 대하여서뿐만 아니라 그 전소유자에 대하여서도 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정되므로, 이를 부인하고 그 등기원인의 무효를 주장하여 소유권이전등기의 말소를 구하려면 그 무효원인이 되는 사실을 주장하고 증명할 책임이 있다(2009다105215).

65) 전제사실이 없는 **무전제의 추정**으로서, 요건사실의 전부 또는 일부가 전제사실 없이 추정되거나 다른 요건사실로부터 추정되는 것인데, 이는 단순한 증명책임의 분배·전환 규정에 지나지 않는다. 추정을 깨뜨리기 위해서는 추정사실의 반대사실을 본증으로 증명할 책임을 부담한다. 상법 제47조 제2항의 추정규정이 그 예이다. 상법 제47조 제1항은 "상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 본다."고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 "상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정한다."고 규정하고 있으므로, 영업을 위하여 하는 것인지 아닌지가 분명치 아니한 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되고 그와 같은 추정을 번복하기 위해서는 그와 다른 반대사실을 주장하는 자가 이를 증명할 책임이 있다(2006다54378).

66) '**의사 추정**'은 의사표시의 내용을 추정하는 규정으로서 법률행위의 해석규정에 해당한다. 이 역시 상대방에게 반대의 의사표시 내용에 관한 증명책임을 부담시킨다. 의사추정 규정의 예로는, 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정하는 민법 제153조 제1항, 위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정하는 민법 제398조 제4항, 매매의 당사자 일방에 대한 의무이행의 기한이 있는 때에는 상대방의 의무이행에 대하여도 동일한 기한이 있는 것으로 추정하는 민법 제585조 등이 있다. 당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 약정한 경우에 위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 구체적인 사건에서 개별적으로 판단해야 할 의사해석의 문제인데, 위약금은 손해배상액의 예정으로 추정되므로, 위약금을 위약벌로 해석하기 위해서는 이를 위약벌로 인정할 만한 특별한 사정이 주장·증명되어야 한다(대법원 2020. 11. 12. 선고 2017다275270 판결, 대법원 2016. 7. 14. 선고 2012다65973 판결). 보증채무는 주채무의 이자, 위약금, 손해배상 기타 주채무에 종속한 채무를 포함한다는 민법 제429조 제1항, 차임은 동산, 건물이나 대지에 대하여는 매월 말에, 기타 토지에 대하여는 매년 말에 지급하여야 한다는 민법 제633조는 법문에 '추정'으로 규정하고 있지 않지만 이 역시 의사해석규정에 해당하고, 그 적용을 배제하고자 하는 자는 그러한 특약이나 특별한 사정에 대한 증명책임이 있다(96다37879).

67) 법률상 추정은 그 대상이 요건사실 내지 주요사실인 데 비하여, '**증거법칙적 추정**'은 그 대상이 요건사실 내지 주요사실에 해당하지 않는 '문서의 진정성립'이라는 보조사실인 점에서 차이가 있다. 문서의 진정성립을 추정하는 민사소송법 제356조(공문서), 제358조(사문서)가 그 예이다.

68) 법문에서 종전에는 '~로 간주한다.'라고 표현하기도 하였으나 어려운 한자어여서 순화하여 현재는 '~로 본다.'라고 규정하고 있다(예컨대, 1994. 12. 22. 개정 구 상속세법까지는 '~로 간주한다.'라고 규정하던 것을 1996. 12. 30. 전부개정 구 상속세및증여세법 이후에는 '~로 본다.'라고 규정하고 있다). ☛ 조세법령상 의제 규정의 상세한 내용에 관하여는, 졸저, "최신 조세판례의 현황과 쟁점"(2024년판), 290면 이하 참조.

69) 법령에서 '의제', '간주'는 동일한 의미로 혼용해 쓰고 있어, 둘 다 법률용어로서의 지위를 갖는다. 예컨대, 민법 제826조의2는 '성년의제'라는 표제하에 "미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 본다."라고, 상법 제5조는 '의제상인'이라는 표제하에 "① 점포 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업을 하는 자는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다. ② 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 전항과 같다."라고, 이자제한법 제4조는 '간주이자'라는 표제하에 "① 예금, 할인금, 수수료, 공제금, 체당금, 그 밖의 명칭에도 불구하고 금전의 대차와 관련하여 채권자가 받은 것은 이를 이자로 본다."라고 각 규정하고 있고, 민사소송법에서는 '~로 본다.'라는 규정의 표제에서 제150조(자백간주), 제484조(취하간주)는 '간주', 제164조의8(벌칙 적용에서의 공무원 의제)는 '의

서 다룰 때는 동일한 것으로 취급하여 동일한 효과를 주는 것'을 말한다. 예컨대, A라는 사실과는 본질적으로 다른 B라는 사실을 법률상 A라는 사실과 동일하게 취급하는 것이다.[70]

판례에 나타난 민·상법상 의제 규정의 예로는, 주택이나 상가건물 임대차가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 돌려받을 때까지는 임대차 관계가 존속하는 것으로 의제하는 주택임대차보호법 제4조 제2항, 상가건물 임대차보호법 제9조 제2항,[71] 상법 제103조에서 위탁자와 위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자 사이에 위탁물 등을 위탁자의 소유 또는 채권으로 의제하는 규정,[72] 상법 제401조의2[73] 제1항 각호 소정의 업무집행지시자 등을

제'라는 용어를 쓰고 있다. 2002. 1. 26. 전부개정 전 민사소송법 제139조는 '의제자백'이라는 용어를 표제로 사용하였다. 조세판례 중에는 '~로 한다.'도 의제·간주 규정으로 해석한 예(2015두45700, 2014두44847, 2015두41630, 2010두11108 등)가 있다.

70) 예컨대, 실종선고 받은 자는 비록 생존해 있더라도 사망한 것으로 보고(민법 제28조), 미성년자가 혼인하면 본질적으로는 성년이 아니지만 성년으로 보며(민법 제826조의2), 태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 보는 것(민법 제762조)과 같은 것을 말한다. 상속세 및 증여세법 제45조의2(명의신탁재산의 증여 의제 규정) 제1항에서 '명의신탁'과 '증여', 지방세법 제7조 제5항(과점주주의 간주 취득 규정)에서 '법인의 주식 취득'과 '법인의 부동산 취득'은 각각 본질적으로는 서로 다른 사실임에도 입법의 필요에 의해 정책적인 이유에서 법률이 동일하게 취급하는 것이다.

71) 대법원 2023. 11. 9. 선고 2023다257600 판결: "상가임대차법 제9조 제2항의 입법 취지, 상가건물 임대차 종료 후 의제되는 임대차관계의 법적 성격 등을 종합하면, 상가임대차법이 적용되는 임대차가 기간만료나 당사자의 합의, 해지 등으로 종료된 경우 보증금을 반환받을 때까지 임차 목적물을 계속 점유하면서 사용·수익한 임차인은 종전 임대차계약에서 정한 차임을 지급할 의무를 부담할 뿐이고, 시가에 따른 차임에 상응하는 부당이득금을 지급할 의무를 부담하는 것은 아니다."

72) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다31645 판결; "**상법 제103조, 제113조**는 위탁매매 또는 준위탁매매에서 위탁매매인이 위탁매매로 인하여 취득한 물건, 유가증권 또는 채권은 위탁자와 위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자 사이의 관계에서는 이를 위탁자의 채권으로 본다고 규정한다. 위에서 본 대로 원래 위탁매매인과 상대방 사이에 체결된 위탁매매의 법적 효과는 그 계약의 당사자인 위탁매매인과 상대방에게 귀속하여 위탁매매인이 위탁매매의 목적물이나 그 위탁매매계약상의 채권을 취득하고, 위탁자는 위탁매매인으로부터 그 목적물이나 채권을 양도받음으로써 비로소 그 권리자가 된다. 그러나 앞서 본 상법규정은 위탁자가 위탁매매인의 배후에 있는 경제적 주체로서 위 물건 또는 채권에 대하여 가지는 직접적 이익을 고려하고 나아가 위탁매매인이 위탁자에 대하여 신탁에서의 수탁자에 유사한 지위에 있음을 감안하여, 위탁자와 위탁매매인 사이 또는 위탁자와 위탁매매인의 채권자 사이의 관계에 있어서는 위탁매매인의 실제의 양도행위가 없더라도 위 물건 또는 채권을 위탁자의 재산으로 **의제**하는 것이다. 그리고 그렇게 함으로써 위탁매매인이 위 물건 또는 채권에 관하여 한 처분 또는 위탁매매인의 채권자가 위 물건 또는 채권에 대하여 하는 강제집행 등 자기 채권의 만족에 관한 행위는 이미 위탁자에게 속하는 물건 또는 채권에 대하여 행하여진 것이어서 무권리자의 처분 또는 채무자의 재산이 아닌 재산에 대한 강제집행 등임을 이유로 위탁자와의 관계에서 그 효력을 부인하여 위탁자의 이익을 보호하고자 하는 것이다. 따라서 위탁매매인이 그가 제3자에 대하여 부담하는 채무를 담보하기 위하여 그 채권자에게 위탁매매로 취득한 채권을 양도한 경우에 위탁매매인은 위탁자에 대한 관계에서는 위탁자에 속하는 채권을 무권리자로서 양도하였다고 볼 것이고, 따라서 그 채권양도는 무권리자의 처분 일반에서와 마찬가지로 양수인이 그 채권을 선의취득하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위탁자에 대하여 효력이 없다고 할 것이다. 이는 채권양수인이 양도의 목적이 된 채권의 귀속 등에 대하여 선의이었다거나 그 진정한 귀속을 알지 못하였다는 점에 관하여 과실이 없다는 것만으로 달라지지 아니한다."

73) **상법 제401조의2(업무집행지시자 등의 책임)** ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조, 제401조, 제403조 및 제406조의2를 적용하는 경우에는 그 자를 "이사"로 본다. 〈개정 2020.12.29.〉

1. 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자
2. 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자
3. 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이

제399조(회사에 대한 손해배상책임)·제401조(제3자에 대한 손해배상책임), 제403조(주주 대표소송), 제406조의2(다중대표소송)의 적용에 있어서 이사로 의제하는 규정[74] 등이 있다.

추정은 불명확한 사실을 일단 존재하는 것으로 정하여 법률효과를 발생시키되, 추후 반대사실의 증명이 있으면 그 효과를 발생시키지 않는 것을 말하나, 의제는 추정과 달리 입법적으로 확정된 것이어서 반대사실의 증명으로 그 효과를 뒤집을 수 없다.[75] 의제규정의 적용을 위한 전제사실을 다투어 의제규정의 적용 자체를 막는 것은 별개의 문제로서 가능하다.[76]

'~로 본다.'는 의제규정의 형식을 취하고 있다 하더라도 반드시 본래 의미의 의제규정으로 보아야 하는 것은 아니다. "~가 분명하지 아니한 경우 ~로 본다."는 규정의 경우[예컨대, 소득세법 제17조(배당소득) 제4항,[77] 소득세법 시행령 제162조(양도 또는 취득의 시기) 제5항[78] 등], "~가 분명하지 아니한 경우"는 '의제'와 '추정'의 각 개념에 비추어 볼 때 "~로 본다."와 모순관계에 있고 오히려 "추정한다."와 호응관계[79]에 있는 문구이므로,[80] 비록 의

있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자

74) 대법원 2023. 10. 26. 선고 2020다236848 판결; "상법 제401조의2 제1항은 … 주식회사의 이사가 아니지만 이사에게 업무집행을 지시하거나 이사처럼 업무를 집행하는 등으로 회사의 업무에 관여한 자에 대하여 그에 상응하는 책임을 묻기 위함이다. 이러한 법률 문언 내용과 입법 취지에 비추어 보면, 상법 제401조의2 제1항 각호에 해당하는 자는 회사의 이사는 아니지만 상법 제399조에서 정한 손해배상책임을 적용함에 있어 그가 관여한 업무에 관하여 법령준수의무를 비롯하여 이사와 같은 선관주의의무와 충실의무를 부담하고, 이를 게을리하였을 경우 회사에 대하여 그로 인한 손해배상책임을 지게 되는 것이다. 이와 같이 상법 제401조의2 제1항이 정한 손해배상책임은 상법에 의하여 이사로 의제되는 데 따른 책임이므로 그에 따른 손해배상채권에는 일반 불법행위책임의 단기소멸시효를 규정한 민법 제766조 제1항이 적용되지 않는다."

75) 예컨대, ❶ '실종선고를 받은 자는 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다.'(민법 제28조)라고 규정되어 있는데, 실종선고로 인하여 실종기간 만료 시를 기준으로 하여 상속이 개시된 이상 설사 이후 실종선고가 취소되어야 할 사유가 생겼다고 하더라도 실제로 실종선고가 취소되지 않는 한, 임의로 실종기간이 만료하여 사망한 때로 간주되는 시점과는 달리 사망시점을 정하여 이미 개시된 상속을 부정하고 이와 다른 상속관계를 인정할 수는 없고(94다21542), 실종선고가 취소되지 않는 한 반증(실종기간 만료 전 생존 자료)을 들어 실종선고의 효과를 다툴 수는 없다(94다52751). ❷ 임대차 계약의 묵시적 갱신에 관한 민법 제639조 제1항 본문("임대차기간이 만료한 후 임차인이 임차물의 사용, 수익을 계속하는 경우에 임대인이 상당한 기간내에 이의를 하지 아니한 때에는 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다.")은 구 민법의 추정규정을 의제규정으로 개정한 것(71누8)으로서, 임대인이 계약 갱신의 의사가 없었음을 주장·증명하더라도 계약 갱신 의제의 효과를 배제할 수 없다. ❸ 2013두13723, 2006다49789 등의 조세판례도 같은 취지이다.

76) 실종선고 받은 자의 사망 의제·간주 규정에서 전제사실인 '실종선고' 사실 자체를 다투어 '사망 의제·간주'의 효과를 다툴 수는 있다.

77) 소득세법 제17조(배당소득) ④ 제2항 제1호·제3호·제4호 및 제6호를 적용할 때 주식 또는 출자를 취득하기 위하여 사용한 금액이 불분명한 경우에는 그 주식 또는 출자의 액면가액 … 또는 출자금액을 그 주식 또는 출자의 취득에 사용한 금액으로 본다.

78) 소득세법 시행령 제162조(양도 또는 취득의 시기) ⑤ 법 제98조 및 이 조 제1항을 적용할 때 양도한 자산의 취득시기가 분명하지 아니한 경우에는 먼저 취득한 자산을 먼저 양도한 것으로 본다.

79) 상속세 및 증여세법 제41조의3(주식등의 상장 등에 따른 이익의 증여) 제6항은 "제2항제2호를 적용할 때 증여받은 재산과 다른 재산이 섞여 있어 증여받은 재산으로 주식등을 취득한 것이 불분명한 경우에는 그 증여받은 재산으로 주식등을 취득한 것으로 추정한다."라고 규정하고 있다.

80) "~가 분명하지 아니한 경우 ~로 본다."는 규정은 B(의제사실)인지 그 반대인 -B(반대사실)인지가 분명하지 아니한(불분명한) 경우 B로 본다는 것이고, -B임을 증명하면 B로 보지 않는다는 것이므로, 의제 반대사실의 증명으로 의제규정의 효과를 뒤집을 수 없다는 '의제'의 개념과는 모순이고, 추정 반대사실의 증명으로 추정규정의 효과

제규정의 형식을 취하고 있다 하더라도 실질적으로는 의제규정이 아니라 추정규정 내지 단순한 증명책임 분배 규정[81]으로 볼 수 있다.

2. 법규의 구조·형식에 의한 주장증명책임 분배의 구체적 예

가. '본문과 단서'의 규정 형식

가장 흔히 발견되고, 주장·증명책임 분배에 관하여 별다른 이견이 없는 법규의 구조·형식은 '본문과 단서'의 규정 형식에 의한 주장·증명책임 분배이다.

1) '본문과 단서', '전단과 후단'의 구별

두 개의 문장으로 된 조항에서 뒤 문장이 "다만" 또는 "그러나"로 시작하는 경우, 다른 조항에서 인용할 때 앞 문장을 '본문',[82] "다만" 또는 "그러나" 이하의 뒤 문장을 '단서'[83]로 각각 칭한다.

두 개의 문장으로 된 조항에서 뒤 문장이 "이 경우"로 시작하는 경우, 다른 조항에서 인용할 때 앞 문장을 '전단',[84] "이 경우" 이하의 뒤 문장을 '후단'[85]으로 각각 칭한다.[86]

를 뒤집을 수 있다는 '추정'의 개념에 부합하는 것이라 할 수 있으며, B와 '본질적으로 다른 사실'을 의제규정의 적용으로 B라는 사실과 동일하게 취급하는 경우에 해당한다고 보기도 어렵다.

81) '요증사실의 존부가 불분명한 경우에 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 불이익'인 '증명책임'의 분배 규정은 사실의 존부가 불분명한 경우에 적용됨으로써 그 효과가 나타난다.

82) 민법 제536조 제1항은 "쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때 까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. 그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있는데, 제2항은 "당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다."라고 규정하여, 제1항의 '앞 문장'을 '본문'이라고 칭하고 있고, 상법 제798조 제2항은 "운송물에 관한 손해배상청구가 운송인의 사용인 또는 대리인에 대하여 제기된 경우에 그 손해가 그 사용인 또는 대리인의 직무집행에 관하여 생긴 것인 때에는 그 사용인 또는 대리인은 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있다. 다만, 그 손해가 그 사용인 또는 대리인의 고의 또는 운송물의 멸실·훼손 또는 연착이 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있는데, 제3항은 "제2항 본문의 경우에 운송인과 그 사용인 또는 대리인의 운송물에 대한 책임제한금액의 총액은 제797조제1항에 따른 한도를 초과하지 못한다."라고 규정하여, 제2항의 '앞 문장'을 '본문'이라고 칭하고 있다.

83) 민법 제908조의2 제1항 제3호는 "친양자가 될 사람의 친생부모가 친양자 입양에 동의할 것. 다만, 부모가 친권상실의 선고를 받거나 소재를 알 수 없거나 그 밖의 사유로 동의할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있는데, 그 뒤의 민법 제908조의4 제1항은 "친양자로 될 사람의 친생의 아버지 또는 어머니는 자신에게 책임이 없는 사유로 인하여 제908조의2제1항제3호 단서에 따른 동의를 할 수 없었던 경우에 친양자 입양의 사실을 안 날부터 6개월 안에 가정법원에 친양자 입양의 취소를 청구할 수 있다."라고 규정하여, 앞 조문의 "다만" 이하 문장을 "단서"로 칭하고 있고(국회법제실, 법제이론과 실제, 2019 전면개정판, 860면도 같다), 민법 제920조는 "법정대리인인 친권자는 자의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자를 대리한다. 그러나 그 자의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담할 경우에는 본인의 동의를 얻어야 한다."라고 규정하고 있는데, 그 뒤의 민법 제949조 제2항은 "제920조 단서의 규정은 전항의 법률행위에 준용한다."라고 규정하여, 앞 조문의 "그러나" 이하 문장을 "단서"로 칭하고 있다.

84) 상법 제516조의10은 "제516조의9제1항에 따라 신주인수권을 행사한 자는 동항의 납입을 한 때에 주주가 된다. 이 경우 제350조제2항을 준용한다."라고 규정하고 있는데, 상법 제340조의5는 "제350조제2항, 제351조, 제516조의9제1항·제3항·제4항 및 제516조의10 전단은 주식매수선택권의 행사로 신주를 발행하는 경우에 이를 준용

두 개의 문장으로 된 조항에서 뒤 문장이 "이 경우"로 시작하지 않는 경우에도, 다른 조항에서 인용할 때 병렬관계의 앞 문장과 뒤 문장을 각각 '전단',[87] '후단'[88]으로 칭한 예, 병렬관계의 선행절과 후행절로 된 하나의 문장 중 후행절을 인용하는 경우에 후행절을 '후단'으로 칭한 예[89]도 있다.[90]

한다."라고 규정하여, 상법 제516조의10의 '앞 문장'을 '전단'이라고 칭하고 있다.

85) 상법 제393조의2 제4항은 "위원회는 결의된 사항을 각 이사에게 통지하여야 한다. 이 경우 이를 통지받은 각 이사는 이사회의 소집을 요구할 수 있으며, 이사회는 위원회가 결의한 사항에 대하여 다시 결의할 수 있다."라고 규정하고 있는데, 상법 제415조의2(감사위원회) 제6항은 "감사위원회에 대하여는 제393조의2제4항 후단을 적용하지 아니 한다."라고 규정하여, 상법 제393조의2 제4항의 '이 경우' 이하의 뒤 문장을 '후단'이라고 칭하고 있다(상법 제530조의9 제2항, 제3항도 같다). 국회법제실, 법제이론과 실제, 2019 전면개정판, 860면도 같다.

86) 판례 중에 앞 문장을 '전문'으로, "이 경우" 이하의 뒤 문장을 '후문'으로 칭한 예가 종종 보이나, 이는 법령용어에 반하는 것이다. 예컨대, 대법원 2018. 10. 4. 선고 2016다41869 판결은 "산업재해보상보험법 제80조 제2항은 전문에서 '수급권자가 동일한 사유에 대하여 이 법에 따른 보험급여를 받으면 보험가입자는 그 금액의 한도 안에서 민법이나 그 밖의 법령에 따른 손해배상의 책임이 면제된다.'고 규정하고, 후문에서 '이 경우 장해보상연금 또는 유족보상연금을 받고 있는 자는 장해보상일시금 또는 유족보상일시금을 받은 것으로 본다.'고 규정하고 있다."라고 판시하였는데(민법 제959조의20 제1항에 관한 2020으547 결정도 마찬가지이다), '전문'은 '전단'으로, '후문'은 '후단'으로 고침이 법령용어에 부합한다. 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결도 상법 제516조의2 제4항의 "이 경우" 이하 문장을 '후문'으로 칭하고 있으나, '후단'으로 칭함이 옳다. '전문'의 사전적 의미(① 한 편의 글에서 앞부분에 해당하는 글, ② 법령 제정의 취지·목적·기본원칙 등을 선언한, 법령의 조문 앞에 있는 글), '헌법 전문'에서의 '전문'의 용례, '후문'의 사전적 의미(한 편의 글에서 뒤 부분에 해당하는 글)에 비추어 보면, '전문', '후문'은 하나의 문장보다는 더 큰 개념으로 볼 수 있고, 법령 조문 중에 '전단', '후단'으로 인용할 뿐 '전문', '후문'으로 칭하여 인용한 예는 보이지 않는다는 점에서, 판례 중에 종종 나오는 '전문', '후문'은 '전단', '후단'으로 수정함이 바람직하다.

87) 민법 제25조는 "법원이 선임한 재산관리인이 제118조에 규정한 권한을 넘는 행위를 함에는 법원의 허가를 얻어야 한다. 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우에 부재자가 정한 재산관리인이 권한을 넘는 행위를 할 때에도 같다."라고 규정하고 있는데, 민법 제918조 제4항은 "제24조제1항, 제2항, 제4항, 제25조 전단 및 제26조제1항, 제2항의 규정은 전2항의 경우에 준용한다."라고 규정하여, 민법 제25조의 '앞 문장'을 민법 제25조 '전단'이라고 칭하고 있다.

88) ❶ 민법 제706조 제2항은 "조합의 업무집행은 조합원의 과반수로써 결정한다. 업무집행자 수인인 때에는 그 과반수로써 결정한다."라고 규정하고 있는데, 민법 제722조는 "청산인이 수인인 때에는 제706조제2항 후단의 규정을 준용한다."라고 규정하여, 민법 제706조 제2항의 '뒤 문장'을 제706조제2항 '후단'이라고 칭하고 있다. ❷ 민사소송법 제376조 제1항은 "증거보전의 신청은 소를 제기한 뒤에는 그 증거를 사용할 심급의 법원에 하여야 한다. 소를 제기하기 전에는 신문을 받을 사람이나 문서를 가진 사람의 거소 또는 검증하고자 하는 목적물이 있는 곳을 관할하는 지방법원에 하여야 한다."라고 규정하고 있는데, 제2항은 "급박한 경우에는 소를 제기한 뒤에도 제1항 후단에 규정된 지방법원에 증거보전의 신청을 할 수 있다."라고 규정하여, 제1항의 '뒤 문장'을 제1항 '후단'이라고 칭하고 있다. ☛ 판례 중에는 제1문, 제2문이라고 칭한 예도 있다. ❶ 민법 제538조 제1항은 "쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같다."라고 규정하고 있는데, 2001다79013 판결은 "민법 제538조 제1항 제1문 소정의 '채권자의 책임 있는 사유'에 관한 법리 오해의 위법이 있다고 할 수 없다. … 민법 제538조 제1항 제2문 소정의 '채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때'에 해당하기 위해서는 현실 제공이나 구두 제공이 필요하다고 할 것이므로"라고 판시하였고, ❷ 헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다."라고 규정하고 있는데, 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결은 "국가는 국민의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 부담하고(헌법 제10조 제2문)"라고 판시하였다.

89) 민법 제389조 제2항은 "전항의 채무가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자의 의사표시에 갈음할 재판을 청구할 수 있고 채무자의 일신에 전속하지 아니한 작위를 목적으로 한 때에는 채무자의 비용으로 제삼자에게 이를 하게 할 것을 법원에 청구할 수 있다."라고 규정하고 있는데, 민사집행법 제260조 제1항은 "민법 제389조제2항 후단과 제3항의 경우에는 제1심 법원은 채권자의 신청에 따라 민법의 규정에 의한 결정을 하여야 한다."라고

법제실무상으로는, "이 경우"는 주된 문장(전단)의 뒤에 주된 문장의 취지를 설명하거나 그것과 밀접한 관계를 가진 내용의 사항을 계속하여 규정하는 경우에 사용되고, "다만"은 주된 문장(본문)의 뒤에 계속하여 새로운 문장을 시작하고 주된 문장의 의미에 제외적 또는 예외적 의미로서의 부가적 조건을 규정하는 경우에 사용되며, 내용이 제외적 또는 예외적 의미를 갖지 않고 단순한 주의규정 또는 설명적 규정인 경우에는 "다만"을 사용하지 아니한다고 한다.[91]

같은 조항 내에서 본문과 단서의 관계는 보통 본문은 원칙을, 단서는 예외를 규정한 것이고, 단서는 본문을 전제로 한다고 보아야 한다.[92] 예외적으로, 단서가 본문의 예외가 아니라 본문과 병렬적인 조항으로서 별개의 입법목적을 가진 별개의 규정이 한 조항의 본문과 단서에 규정된 것에 불과하다고 보아야 하는 경우도 있다.[93]

통상적으로는, 원칙인 본문과 예외인 단서의 경우 증명책임의 소재가 달라지나, 전단과 후단의 경우에는 후단이 전단을 설명하거나 보충하는 내용이므로 증명책임의 소재가 동일하다고 볼 수 있다.

규정하여, 민법 제389조 제2항의 '후행절'을 민법 제389조제2항 '후단'이라고 칭하고 있다. ☛ 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결은, 가등기담보 등에 관한 법률 제11조[채무자등은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채무액(반환할 때까지의 이자와 손해금을 포함한다)을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다. 다만, 그 채무의 변제기가 지난 때부터 10년이 지나거나 선의의 제삼자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.]를 인용함에 있어, "채무자 등은 청산금채권을 변제받을 때까지는 여전히 가등기담보계약의 존속을 주장하여 그때까지의 이자와 손해금을 포함한 피담보채무액 전부를 변제하고 무효인 위 본등기의 말소를 청구할 수 있다(제11조 본문). 그러나 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다(제11조 단서 후문)."이라고 판시하였다. "선의의 제삼자가 소유권을 취득한 경우"를 '제11조 단서 후문'이 아니라 '제11조 단서 후단'으로 칭함이 법령용어례에 부합한다.

90) 이처럼 현행 법률에서는 '전단, 후단'의 용어가 다양한 경우에 넓게 쓰이고 있으므로, 뒤 문장이 "이 경우"로 시작하는 경우에만 '전단, 후단'으로 칭하고, 그 외의 경우에는 다른 용어로 칭하는 것을 향후의 입법과정에서 고려해 볼 필요가 있다. 두 개의 문장으로 된 조항에서 뒤 문장이 "이 경우"로 시작하지 않는 경우에는 '전문, 후문'보다는 '제1문, 제2문'으로 칭하는 쪽이 나은 것으로 보인다. 판례상 '전문, 후문', '제1문, 제2문'의 표현은 현행법상 법률용어에는 부합하지 않는 면이 있다.

91) 국회법제실, 법제이론과 실제, 2019 전면개정판, 860면.

92) 대법원 2016. 6. 9. 선고 2015다78536 판결.
대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결의 다수의견; "민법 제449조 제2항 단서는 본문에 의하여 양도금지특약을 위반하여 이루어진 채권양도가 무효로 됨을 전제로 하는 규정이다. 따라서 양도금지특약을 위반한 채권양도는 당연히 무효이지만 거래의 안전을 보호하기 위하여 선의의 제3자에게 그 무효를 주장할 수 없다는 의미로 위 단서규정을 해석함이 그 문언 및 본문과의 관계에서 자연스럽다."

93) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결 다수의견의 보충의견; "수난구호법 제18조 제1항 단서(이하 '단서'라 한다)는 본문과는 전혀 다른 취지에서 입법이 이루어진 것이고 단지 입법의 편의상 본문과 단서를 같은 조항에 함께 둔 것뿐이어서, 이를 반대의견과 같이 본문과 그에 대한 예외로서의 단서와 같은 관계로 해석하여 본문의 요건을 충족하는 본문의 주체만이 단서의 주체에 해당한다고 보기는 어렵다. … 입법형식상으로는 본문과 단서의 형태를 가지고 있지만, 양자는 의무귀속의 주체가 '조난현장 부근에 있는 선박의 선장'과 '조난사고의 원인을 제공한 선박의 선장 및 승무원'으로 상이하고, 의무부과의 근거도 '해상 조난사고에서의 인명구조라는 전통적 인도주의적 요청 및 국제법규'와 '선박사고 후 도주방지를 위한 입법적 대처'로 상이하며, 의무의 내용도 '구조지원의무'와 '구조조치의무'로 상이하다고 할 것이어서, 별개의 입법목적을 가진 별개의 규정이 한 조항의 본문과 단서에 규정된 것에 불과하다고 할 것이다."

법률조항이 어떠한 권리발생에 필요한 요건과 그 장애나 멸각 사유 등을 본문과 단서의 형식으로 규정한 경우, 본문이 정한 사항에 관한 요건사실은 그 권리발생을 주장하는 자가, 단서에서 정한 사항에 관한 요건사실은 이를 저지하려는 자가 각 증명책임을 부담한다. 이는 본문과 단서에서 각각 증명해야 할 요건을 준별한 경우에 타당한 것이고, 그와 달리 본문과 단서에 규정된 사항이 내용적으로 중첩되는 경우에까지 이를 기계적으로 적용할 것은 아니다.[94] 법규의 구조와 형식에서 더 나아가 본래적 의미의 '본문과

94) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017두45933 전원합의체 판결의 **다수의견**[2007. 12. 14. 전부개정으로 신설된 구 산업재해보상보험법 제37조 제1항("근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장해가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.")을 '업무상의 재해'를 인정하기 위한 업무와 재해 사이의 '상당인과관계'에 관한 증명책임을 근로자 측으로부터 근로복지공단에 분배하거나 전환하는 규정으로 볼 수 있는지에 관하여 다수의견은 부정하고, 반대의견은 긍정한 사례]; "법률조항이 어떠한 권리발생에 필요한 요건과 그 장애나 멸각 사유 등을 본문과 단서의 형식으로 규정한 경우, 본문이 정한 사항에 관한 요건사실은 그 권리발생을 주장하는 자가, 단서에서 정한 사항에 관한 요건사실은 이를 저지하려는 자가 각 증명책임을 부담한다고 해석하는 경우가 있다. 그러나 본문과 단서라는 규정의 형식을 주로 고려한 위와 같은 법률해석의 방법은 해석의 대상이 되는 법률조항의 본문과 단서에서 각각 증명해야 할 요건을 준별한 경우에는 타당한 결론을 도출할 수 있지만, 그와 달리 본문과 단서에 규정된 사항이 내용적으로 중첩되는 경우에까지 이를 기계적으로 적용할 것은 아니다. 이 사건 조항과 같이 본문에서 인과관계를 비롯하여 업무상의 재해로 인정받기 위해 필요한 모든 요건을 이미 규정하고 있는 경우에는 그대로 채택할 수 있는 해석이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 조항의 단서 부분은 이 사건 조항의 본문에서 이미 규정하고 있는 업무상 재해의 인정 요건인 인과관계가 대법원 판례에서 말하는 법적·규범적 관점의 상당인과관계를 의미한다는 점을 확인·설명하는 취지로 봄이 상당하다." ☛ **다수의견에 대한 보충의견**; "법률요건분류설에 따르더라도 본문과 단서의 형식으로 된 법률조항을 증명책임의 분배에 관한 규정으로 보는 경우는 본문에서 권리발생요건에 관하여 규정하고, 단서에서 이를 저지하기 위한 별개의 양립 가능한 사실인 권리발생장애사실, 권리멸각사실, 권리행사저지사실에 관하여 각각 나누어 규정하고 있는 경우라고 할 것이다. 이러한 경우 이른바 법률요건분류설은 법규의 구조와 형식상 원칙 규정인 본문의 요건사실은 권리발생의 효과를 주장하는 자가, 단서의 소극적 요건사실은 그 법률효과를 다투는 자가 각각 증명하도록 증명책임이 객관적·추상적으로 분배되어 있다고 해석하는 것이다. … 어떠한 법률조항이 그 본문에서 요건 중 일부 사실(A, B)이 인정될 경우 권리발생의 법률효과를 규정하고, 단서에서 이와 양립할 수 있는 별개의 사실(C)을 반대효과를 발생시킬 수 있는 소극적 요건으로 정하고 있는 구조와 형식으로 되어 있는 경우에, 법률요건분류설에 따르면 원칙 규정인 본문에서 규정한 적극적 요건사실(A, B)에 대해서는 권리발생을 주장하는 측에서, 예외 규정인 단서에서 규정하고 있는 소극적 요건사실(C)은 이를 다투는 측에서 각각 증명하도록 증명책임이 분배되어 있다고 해석하는 것이다. … 이 사건 조항 단서가 규정한 업무와 재해 사이의 상당인과관계는 본문이 규정한 법률효과에 대한 반대효과를 발생시킬 수 있는 소극적 요건으로서 본문에서 규정한 사항과 양립 가능한 별개의 사실에 관한 것이 아니라 본문에서 이미 정하고 있는 '업무상의 재해'가 인정되기 위한 인과관계가 단순히 의학적·자연과학적인 조건관계가 아니라 판례에서 설시하고 있는 법적·규범적인 관점의 '상당인과관계'를 의미한다는 것을 명확하게 설명하거나 강조하기 위한 취지에서 규정된 것이다."

⇔ **반대의견**; "이 사건 조항은 보험급여의 지급을 주장하는 근로자나 유족이 그 본문 각호 각 목에서 정한 사유로 부상·질병 또는 장해가 발생하거나 사망하였다는 사실 등 업무와 재해 사이의 관련성을 인정할 수 있는 구체적인 사실을 증명하면 '업무상의 재해'로 간주되는 법률효과가 발생한다. 근로자 측에서 그 업무와 재해 사이의 상당인과관계가 있다는 점까지 증명할 필요는 없다. '업무상의 재해'에 해당하지 않는다고 다투는 상대방인 공단이 단서가 정한 업무와 재해 사이에 '상당인과관계가 없다.'는 사정을 주장·증명해야 본문이 정한 '업무상의 재해'로 간주되는 법률효과가 발생하지 않는다. … 이 사건 조항은 본문에서 업무상 재해의 개념 요소 또는 인정기준으로 '업무관련성'이 필요하다는 점을 규정하면서 각호 각 목에서 그 내용을 구체화하고, 단서에서 업무상 재해의 성립요건 가운데 근로자 측에서 증명하기 어려운 '업무와 재해 사이의 상당인과관계'를 추출하여 그 증명책임을 공단에 전환한 것으로 보아야 한다. … 상당인과관계는 업무관련성과 구별되는 독자적 의미가 있는 것으로서 업무관련성과는 별도의 증명대상이다. … 본문에 규정한 사항과 단서에 규정한 내용에 부분적으로 중첩되는 부분이 있다고 해서 위와 같은 해석에 장애가 되지 않는다."

단서', '전단과 후단'의 규정인지 여부까지 잘 살펴보고 해석해야 한다.[95] 형식과 실질이 부합하는 정치한 입법이 해석의 다툼을 없앨 근원적 처방임은 물론이다.

일반적으로 예외 규정은 엄격하게 해석해야 하고, 예외 규정의 해석이 명확하지 않은 경우에는 원칙으로 돌아가야 하며 예외 규정을 확장해석해서는 안 된다.[96]

2) '본문과 단서'의 규정 형식에 의한 주장·증명책임 분배의 구체적 예

민법 제213조[97]의 경우, 토지 인도 청구 등 소유물의 반환을 청구하는 소유자(원고)는 청구원인사실로서 '본문'에 규정된 요건사실인, 원고의 '소유' 사실, 피고의 '점유' 사실에 대한 주장·증명책임을 지고, 점유자인 피고는 항변사실로서 '그러나' 이하의 '단서'에 규정된 요건사실인, '물건을 점유할 권리'의 존재 사실에 대한 주장·증명책임을 지게 된다.

민법 제390조[98]의 경우, 채무불이행에 기한 손해배상을 청구하는 채권자(원고)는 청구원인사실로서 '본문'에 규정된 요건사실인, '채무의 발생 및 그 불이행', '손해의 발생 및 그 범위' 사실에 대한 주장·증명책임을 지고,[99] 채무자인 피고는 항변사실로서 '그러나' 이하의 '단서'에 규정된 요건사실인, '고의나 과실의 부존재' 사실에 대한 주장·증명책임을 지게 된다.[100] 이와 달리, '본문과 단서'의 규정 형식을 취하지 아니 한 민법 제

---

95) 예컨대, 민법 제219조 제1항은 "어느 토지와 공로사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 그 토지소유자는 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 아니하면 공로에 출입할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 때에는 그 주위의 토지를 통행할 수 있고 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있다. 그러나 이로 인한 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여야 한다."라고 규정하고 있는데, '그러나' 이하는 앞부분에 대한 예외적 내용이라기보다는 앞부분을 설명하고 보충하는 내용에 해당하므로, 앞부분과 함께 '주위토지통행권' 발생의 요건사실에 해당하지 그 장애·소멸의 항변사실로 볼 것은 아니어서, 본문·단서의 형식보다는 '그러나'를 '이 경우'로 고쳐 전단·후단의 형식으로 규정하는 것이 바람직한 입법형식이다.

96) 대법원 2020. 3. 27. 선고 2017추5060 판결.

97) **민법 제213조(소유물반환청구권)** 소유자는 그 '소유'에 속한 물건을 '점유'한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 '물건을 점유할 권리'가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

98) **민법 제390조(채무불이행과 손해배상)** 채무자가 '채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때'에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 '고의나 과실 없이' 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

99) 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결: "임차 외 건물 부분이 … 구조상 불가분의 일체를 이루는 관계에 있는 부분이라 하더라도, 그 부분에 발생한 손해에 대하여 임대인이 임차인을 상대로 채무불이행을 원인으로 하는 배상을 구하려면, 임차인이 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무 위반이 있었고, 그러한 의무 위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 상당인과관계가 있으며, 임차 외 건물 부분의 손해가 그 의무 위반에 따라 민법 제393조에 의하여 배상하여야 할 손해의 범위 내에 있다는 점에 대하여 임대인이 주장·증명하여야 한다."

100) ❶ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다249383 판결: "일반적으로 채무불이행으로 인한 손해배상청구에 있어서 그 불이행의 귀책사유에 대한 증명책임은 채무자에게 있고, … 이행불능이 채무자인 피고 1에게는 귀책사유가 없었다거나 채권자인 원고의 수령지체 중에 발생한 것이라는 점은 모두 채무자인 피고 1이 증명할 책임이 있다." ❷ 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결: "임대차 목적물이 화재 등으로 인하여 소멸됨으로써 임차인의 목적물 반환의무가 이행불능이 된 경우에, 임차인은 그 이행불능이 자기가 책임질 수 없는 사유로 인한 것이라는 증명을 다하지 못하면 그 목적물 반환의무의 이행불능으로 인한 손해를 배상할 책임을 지며"

750조[101]의 경우, 불법행위에 기한 손해배상을 청구하는 피해자(원고)가 청구원인사실로서 '고의 또는 과실'의 존재까지 주장·증명하여야 한다.[102]

그 외에도 민법 제406조 제1항,[103] 제109조 제1항,[104] 제134조,[105] 자동차손해배상보장법 제3조[106] 등을 들 수 있다.

그러나 민법 제449조[107]의 경우, 판례는, 채권양수인인 원고의 양수금청구에 대하여, 채무자인 피고는 항변사실로서 제2항의 본문 및 단서 사실 모두, 즉 "① 채권양도 금지의 특약(= 제2항 본문의 '당사자가 반대의 의사를 표시한 경우')+② 양수인의 악의 또는 중과실(= 제2항 단서의 '선의의 제3자에게 대항하지 못한다')"에 대한 주장·증명책임을 진다고 해석하고 있다.[108]

---

101) **민법 제750조(불법행위의 내용)** 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

102) 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결; "불법행위에 있어서 고의·과실에 기한 가해행위의 존재 및 그로 인한 손해발생에 관한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다고 할 것인바, 원심이 … 손해배상청구에 대하여 그 입증책임을 원고 회사에게 부담시킨 조치는 정당하고, … 불법행위에 관한 입증책임을 전도한 위법이 있다고 할 수 없다."

103) **민법 제406조(채권자취소권)** ① 채무자가 '채권자를 해함을 알고' '재산권을 목적으로 한 법률행위'를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 '채권자를 해함을 알지 못한 경우'에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있은 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다. ☛ 민법 제406조 제1항의 경우, 채권자 취소 및 원상회복을 청구하는 채권자(원고)는 청구원인사실로서 '본문'에 규정된 요건사실인, "① '피보전채권의 존재'+② '채무자의 사해행위'+③ '채무자의 사해의사'"에 대한 주장·증명책임을 지고, 수익자 또는 전득자인 피고는 항변사실로서 '그러나' 이하의 '단서'에 규정된 요건사실인, '채권자를 해함을 알지 못한(선의) 사실'에 대한 주장·증명책임을 지게 된다.

104) **민법 제109조(착오로 인한 의사표시)** ① 의사표시는 법률행위의 '내용'의 '중요 부분'에 '착오'가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 '표의자의 중대한 과실'로 인한 때에는 취소하지 못한다. ☛ 민법 제109조 제1항의 경우, 법률행위에 기한 원고의 이행 청구에 대하여 착오자인 피고가 항변으로서 착오로 인한 의사표시를 취소하기 위해서는, 피고가 '본문'에 규정된 요건사실인, "① '법률행위의 내용'의 착오가 있을 것, ② '중요부분'의 착오일 것, ③ '취소'의 의사표시 및 그 도달 사실"에 대한 주장·증명책임을 지고, 그 상대방인 원고는 재항변 사실로서 '그러나' 이하의 '단서'에 규정된 요건사실인, '착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 사실'에 대한 주장·증명책임을 지게 된다(대법원 2005. 5. 12. 선고 2005다6228 판결).

105) **민법 제134조(상대방의 철회권)** 대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 본인이나 그 대리인에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약 당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그러하지 아니하다. ☛ 상대방이 유효한 철회를 하면 무권대리행위는 확정적으로 무효가 되어 그 후에는 본인이 무권대리행위를 추인할 수 없고, '상대방이 대리인에게 대리권이 없음을 알았다는 점'에 대한 주장·입증책임은 '철회의 효과를 다투는 본인'에게 있다(대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다213838 판결).

106) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2021다257705 판결; "자동차손해배상 보장법 제3조는 '자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상한 경우에는 그러하지 아니하다.'라고 규정하고 있다. 위 조항은 승객이 사망하거나 부상한 경우를 승객이 아닌 자와 구별하여 더욱 보호하고 있다. 이는, 승객은 자동차에 동승함으로써 자동차의 위험과 일체화되어 승객 아닌 자에 비하여 그 위험이 더 크다고 할 수 있으므로, 자동차 사고로 승객이 부상한 경우 운행자는 승객의 부상이 고의 또는 자살행위로 인한 것임을 주장·증명하지 못하는 한 운전상의 과실 유무를 가릴 것 없이 승객의 부상에 따른 손해를 배상할 책임이 있다는 취지이다."

107) **민법 제449조(채권의 양도성)** ① 채권은 양도할 수 있다. 그러나 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 그러나 그 의사표시로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

그리고 민법 제544조[109]의 경우, 이행지체를 이유로 한 해제의 요건사실로서, 해제자는 본문에 따라 "① '상대방이 주된 채무의 이행을 지체한 사실'(= '당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때'), ② '상당한 기간을 정하여 이행을 최고하였으나 그 기간 내 상대방이 이행 또는 이행제공을 하지 아니한 사실', ③ '해제의 의사표시를 하고 그 의사표시가 도달한 사실'을 주장·증명할 책임이 있고, '그러나' 이하의 '단서'에 규정된 요건사실인 '상대방이 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 사실'은 위 ①,[110] ② 요건사실의 대체사실일 뿐이지 해제 상대방의 주장·증명책임 사실로서 의미가 있는 것은 아니다.

나. '제1항과 제2항'의 규정 형식

'제1항'과 '제2항'의 규정 형식으로 주장·증명책임을 달리 분배한 구체적 예로는, 민법 제320조,[111] 제135조[112]를 들 수 있다[이들은 제2항이 "제1항(전항)은 … 경우(때)에(는) 적용하지 아니한다."라고 규정하고 있다].

민법 제320조의 경우, 소유자인 원고의 인도청구에 대하여 점유자인 피고가 적법한 점유 권원의 항변으로서 유치권을 주장하기 위해서는, 피고가 '제1항'에 규정된 요건사실인, "① '타인의 물건 또는 유가증권에 대한 점유' 사실, ② '그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권의 발생 및 변제기의 도래' 사실, ③ '유치권 행사의 권리 주장' 사실"에 대한 주장·증명책임을 지고, 원고는 재항변 사실로서 '제2항'에 규정된 요건사실인, '피고의 점유가 불법행위로 인한 사실'(= 점유가 불법행위로 인하여 개시되었거나 점유자가 필요비 및 유익비를 지출할 당시 이를 점유할 권원이 없음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 인정할만한 사유)에 대한 주장·증명책임을 진다.[113]

---

108) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다8310 판결. ☛ 민법 제449조의 규정 형식에 충실하게 따라가면 "① 청구원인(제1항; '채권양도') → ② 피고의 항변(제2항 본문 = 제1항의 임의규정성; '채권양도금지 특약') → ③ 원고의 재항변(제2항 단서; '원고의 선의') → ④ 피고의 재재항변('악의=중과실'의 해석론; '원고의 중과실')"의 공방구조로 볼 수도 있으나, 판례는, ② 이하 모두를 합하여 피고의 항변사실로 보고 있다. 제1항의 단서는 직권으로 판단할 법적 문제로서 '사실'에 관한 주장·증명책임의 소재에 영향을 주는 단서 규정이라 할 수 없다.

109) 민법 제544조(이행지체와 해제) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다.

110) 쌍무계약에 있어서 상대방이 자신의 채무를 이행할 의사가 없음을 명백히 표시한 경우에는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 자신의 채무의 이행제공이나 최고 없이도 계약을 해제할 수 있다(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다54979 판결).

111) **민법 제320조(유치권의 내용)** ① 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. ② 전항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다.

112) **민법 제135조(상대방에 대한 무권대리인의 책임)** ① 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다. ② 대리인으로서 계약을 맺은 자에게 대리권이 없다는 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때 또는 대리인으로서 계약을 맺은 사람이 제한능력자일 때에는 제1항을 적용하지 아니한다.

113) 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다5162 판결; "물건의 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한

민법 제135조의 경우, 무권대리 상대방인 원고는 계약 이행청구 또는 손해배상청구의 청구원인사실로서 '제1항'에 규정된 요건사실인, '피고가 타인의 대리인으로서 계약을 체결한 사실'에 대한 주장·증명책임 및 '피고에게 대리권이 없다는 점'에 대한 주장책임을 지고,[114] 무권대리인인 피고는 항변사실로서 '제2항'에 규정된 요건사실인, '피고에게 대리권이 없다는 사실을 원고가 알았거나 알 수 있었다는(= 피고의 대리권 부존재에 대한 원고의 악의 또는 과실) 사실' 또는 '피고가 제한능력자인 사실'에 대한 주장·증명책임을 진다.[115]

그 밖에 민법 제535조,[116] 상법 제14조[117]도 '제1항'과 '제2항'의 규정 형식으로 주장·증명책임을 달리 분배한 것으로 볼 수 있다.

그러나 민법 제108조[118]의 경우, 판례는 제1항뿐만 아니라 제2항에 대해서도 허위표

것으로 추정되고 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유하는 것으로 추정된다(민법 제197조 제1항, 제200조). 따라서 점유물에 대한 필요비 및 유익비 상환청구권을 기초로 하는 유치권의 주장을 배척하려면 적어도 그 점유가 불법행위로 인하여 개시되었거나 점유자가 필요비 및 유익비를 지출할 당시 이를 점유할 권원이 없음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 인정할만한 사유에 대한 상대방 당사자의 주장·입증이 있어야 한다."

114) 대리권의 존재 또는 본인의 추인이 있었다는 사실은 타인의 대리인 또는 대표자로 법률행위를 한 자가 증명책임을 진다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다73110 판결).

115) 대법원 1962. 4. 12. 선고 4294민상1021 판결; "대리권의 유무는 대리인과 본인과의 내부적 관계에 불과하고 제3자로서는 그 대리권의 존부에 대하여 용이하게 알 수 없으므로 대리권이 있다고 믿었던 상대방을 보호함으로써 거래의 동적 안전을 기하기 위하여 민법은 여러 가지의 규정을 두었으나 그중의 하나로서 민법 제135조(구민법 제117조)에서 규정하는 무권대리인의 무과실 책임에 관한 규정이라 할 것이다. 즉 다른 사람의 대리인이라고 칭하여 계약을 체결한 자가 그 대리권이 있음을 증명하지 못하거나 또는 본인의 추인을 얻지 못하였을 때에는 그 무권대리인에 있어서의 과실 유무를 불구하고 상대방의 선택에 따라 계약의 이행 또는 손해를 배상하지 아니하면 아니 되는 것이다. 그러나 위와 같은 원칙에 의하여 무권대리인에게 무과실 책임이 있다고 하더라도 이와 같은 규정은 선의의 상대방을 보호하자는 데 있으므로 상대방이 대리권이 없음을 알았다거나 알 수 있었음에도 불구하고 알지 못하였던 상대방까지를 보호할 필요는 없는 것이다. 그러나 민법 제135조 제2항(구민법제 117조 제2항)의 규정은 무권대리인의 무과실책임 원칙에 관한 규정인 제1항의 예외적 규정이라고 할 것이므로 상대방이 대리권이 없음을 알았다는 사실 또는 알 수 있었음에도 불구하고 알지 못하였다는 사실에 관한 입증책임은 무권대리인 자신에게 있다고 해석하여야 할 것인바"

116) **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 2011. 7. 28. 선고 2010다1203, 1210 판결; "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 … 과실이 있으므로 민법 제535조 제2항에 따라 피고에게 배상책임이 없다는 취지의 피고의 주장에 대하여, … 만으로는 원고가 … 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."

117) **상법 제14조(표현지배인)** ① 본점 또는 지점의 본부장, 지점장, 그 밖에 지배인으로 인정될 만한 명칭을 사용하는 자는 본점 또는 지점의 지배인과 동일한 권한이 있는 것으로 본다. 다만, 재판상 행위에 관하여는 그러하지 아니하다. ② 제1항은 상대방이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다. ☛ 표현지배인의 거래 상대방(원고)이 표현지배인의 행위로 인한 영업주(피고)의 계약 이행 책임을 묻기 위해서는 청구원인사실로서 '제1항'에 규정된 요건사실에 대한 주장·증명책임을 지고, 피고는 항변사실로서 '제2항'에 규정된 요건사실인 '원고의 악의'에 대한 주장·증명책임을 진다(대법원 1998. 8. 21. 선고 97다6704 판결; "원심은 원고가 이 사건 약속어음을 배서양도받을 당시 이미 소외인이 피고 회사의 지배인이 아니란 사실을 알고 있었다는 피고의 주장에 대하여 아무런 판단도 하지 아니한 잘못이 있음을 알 수 있으나, … 피고의 위 주장사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로 피고의 위 주장은 결국 배척될 것이 명백하므로").

시의 무효를 주장하는 자가 '제3자가 악의라는 사실'에 관한 주장·증명책임을 진다고 해석하고 있다.[119] 이는 같은 규정 형식("~는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.")의 민법 제107조(진의 아닌 의사표시),[120] 상법 제11조 제3항(지배인의 대리권에 대한 제한)[121]의 경우에도 동일하다. 앞서 본 민법 제449조 제2항(채권양도금지특약) 본문·단서의 주장·증명책임 분배도 같은 맥락이다.

3. 요건사실을 이루는 개별 법률용어의 해석방법

가. 법령의 일반적 해석방법

법해석의 목표는 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 있다.[122] 법률 해석의 본질과 원칙에서 벗어나 당해 사건에서의 구체적 타당성 확보라

---

118) **민법 제108조(통정한 허위의 의사표시)** ① 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다. ② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

119) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53013 판결; "민법 제108조 제2항에 규정된 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정되고, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있는 것." ☛ 민법 제108조의 규정 형식에 충실하게 따라가면 "① 청구원인(계약에 기초한 이행청구) → ② 피고의 무효 항변(제1항; '통정허위표시') → ③ 원고의 재항변(제2항; '원고의 선의')의 공방구조로 볼 수도 있으나, 판례는, '원고의 선의'를 '추정'하며 피고에게 '원고의 악의'에 관한 주장·증명책임을 지우므로, ② ③ 모두가 피고의 항변사실로 된다.

120) **민법 제107조(진의 아닌 의사표시)** ① 의사표시는 표의자가 진의아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다. ② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다. ☛ 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016다3201 판결; "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 유추적용하여 행위의 효과가 자에게는 미치지 않는다고 해석함이 상당하나, 그에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 같은 조 제2항의 규정을 유추적용하여 누구도 그와 같은 사정을 들어 대항할 수 없으며, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 그 무효를 주장하는 자에게 있다."

121) **상법 제11조(지배인의 대리권)** ① 지배인은 영업주에 갈음하여 그 영업에 관한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 수 있다. ③ 지배인의 대리권에 대한 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. ☛ 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결; "지배인의 어떤 행위가 그 객관적 성질에 비추어 영업주의 영업에 관한 행위로 판단되는 경우에 지배인이 영업주가 정한 대리권에 관한 제한 규정에 위반하여 한 행위에 대하여는 제3자가 위 대리권의 제한 사실을 알고 있었던 경우뿐만 아니라 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 경우에도 영업주는 그러한 사유를 들어 상대방에게 대항할 수 있다고 할 것이고, 이러한 제3자의 악의 또는 중대한 과실에 대한 주장·입증책임은 영업주가 부담한다. … 원심이 원고에게 이 사건 지배인의 대리권 제한을 알지 못한 중대한 과실이 있다는 피고의 주장에 대하여 판단을 유탈하였다고 하더라도, 기록상 원고에게 중대한 과실이 있었다고 인정할 증거가 없으므로, 위 판단유탈의 사유는 파기사유가 되는 위법이라고 할 수 없다." ☜ 거래상대방(원고)이 영업주(피고)에게 지배인의 대리행위에 기초하여 계약 이행 청구를 하는 경우, 규정 형식에 충실하게 따라가면 "① 청구원인(상법 제11조 제1항; '지배인의 대리권') → ② 피고의 항변(제1항의 임의규정성; '지배인의 대리권 제한') → ③ 원고의 재항변(제3항; '원고의 선의') → ④ 피고의 재재항변('악의=중과실'의 해석론; '원고의 중과실')"의 공방구조로 볼 수도 있으나, 판례는, ② 이하 모두를 합하여 피고의 항변사실로 보고 있다.

122) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결 ; "법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다. 그리고 실정법이란 보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는

는 명분으로 1회적이고 예외적인 해석을 해서는 아니 된다.[123]

일반적으로 법령의 해석은, 가능한 한 법률에 사용된 '문언의 통상적인 의미'와 '문법적 규칙'에 충실하게 해석하는 것, 즉 '문리해석'이 원칙이자 출발점이고, 이에 체계적 해석,[124] 역사적 해석,[125] 목적론적 해석[126] 등이 추가적으로 동원된다.[127] 헌법합치적 해석,[128] 상위규범 합치적 해석[129]은 체계적 해석의 일종이다.

문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 추가적 해석방법은

다양한 사안에서 그 법을 적용함에 있어서는 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록, 즉 구체적 타당성을 가지도록 해석할 것도 또한 요구된다. 요컨대, 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데에 두어야 할 것이다." ☛ '법적 안정성'이 '구체적 타당성'보다는 우위에 있다.

123) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결; "특별한 사정이 있는 예외적 사안을 구체적 타당성 있게 해결한다는 명분으로 위와 같은 법률 해석의 본질과 원칙을 뛰어넘을 수는 없다. 무엇이 구체적 타당성 있는 해결인가 하는 문제는 차치하고서라도, 법률 해석의 본질과 원칙에서 벗어나 당해 사건에서의 구체적 타당성 확보라는 명분으로 1회적이고 예외적인 해석이 허용된다면, 법원이 언제 그와 같은 해석의 잣대를 들이댈지 알 수 없는 국민은 법관이 법률에 의한 재판이 아닌 자의적인 재판을 한다는 의심을 떨치지 못할 것이며, 이는 법원의 재판에 대한 국민의 신뢰를 크게 해칠 뿐만 아니라 모든 분쟁을 법원에 가져가 보지 않고서는 해결할 수 없게 함으로써 법적 안정성을 심히 훼손하게 될 것이기 때문이다."

124) **체계적 해석**은, 어느 법규정의 의미를 그 자체로서 파악하는 것이 아니라 다른 법규정 내지 전체 법질서와의 체계적 연관 하에서 파악하는 것이다. 이는 '국가의 법체계는 그 자체로 하나의 모순 없는 통일체를 이루고 있다'(2015두48655)고 보는 데서 비롯된다. 판례에서는 "법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법"(2015도8335), "법령의 통일적·체계적인 해석상"(2000두9076), "위임명령에 규정될 내용 … 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률이나 상위명령의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합 판단"(2001두5651) 등으로 표현되어 있다.

125) **역사적 해석**은, '입법자의 의사'를 해석 기준으로 삼는 것으로서 입법 연혁, 입법 당시 학설·판례 등으로 알 수 있다. 국회 위원회 회의록, 제안이유(2015도8335), 국세청의 개정세법해설 등을 참조할 수 있다.

126) **목적론적 해석**은 법규의 객관적인 합리적 목적을 기준으로 한 해석으로서 판례상으로는 '입법 취지 및 목적 등을 고려한 합목적적 해석'(2016다212722)으로 표현되어 있다. 판례는, '법적 안정성 및 예측가능성을 해치지 않는 범위 내'에서 허용된다고 판시하고 있다(2016다212722).

127) 판례는 "가능한 문언의 의미 내에서 당해 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려한 법률체계적 연관성에 따라 그 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석방법"(2007도2162), "(문리해석에서) 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원"(2006다81035) 등의 판시에서 보듯이 체계적·논리적 해석방법에 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석을 포섭하고 있다.

128) **헌법합치적 해석**은 국가의 최고규범인 헌법을 법규해석의 기준으로 삼아 법질서의 통일을 기하여야 한다는 법원리에 그 기초를 두고 있다(2019두53464 전원합의체 판결 다수의견의 보충의견). 어떤 법률조항에 대하여 여러 갈래의 해석이 가능한 경우에는 우선 그중 헌법에 부합하는 의미를 채택함으로써 위헌성을 제거하는 헌법합치적 해석을 해야 하고, 나아가 헌법에 부합하는 해석 중에서도 헌법의 원리와 가치를 가장 잘 실현할 수 있는 의미를 채택하는 헌법정향적 해석을 해야 한다. 어떤 법률조항을 그 문언, 체계와 입법 경위 등에 비추어 해석한 결과 불합리하거나 부당한 결론이 도출된다면 이와 같이 헌법을 고려하는 합헌적 해석을 통하여 교정할 수 있다(위 판결의 별개의견).

129) 국가의 법체계는 그 자체로 통일체를 이루고 있으므로 상·하규범 사이의 충돌은 최대한 배제되어야 하며 또한 규범이 무효라고 선언될 경우에 생길 수 있는 법적 혼란과 불안정 및 새로운 규범이 제정될 때까지의 법적 공백 등으로 인한 폐해를 회피할 필요성이 있음에 비추어 보면, 하위법령의 규정이 상위법령의 규정에 저촉되는지 여부가 명백하지 아니한 경우에, 관련 법령의 내용과 입법 취지 및 연혁 등을 종합적으로 살펴 하위법령의 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하는 것도 가능한 경우라면, 하위법령이 상위법령에 위반된다는 이유로 쉽게 무효를 선언할 것은 아니다(2014두44502). 시행령 조항상 용어의 의미는 모법 조항의 의미와 내용, 그리고 입법 목적에 합치하도록 해석하여야 한다(2018두37700).

활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다.[130] 입법 취지는 '법률 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 범위 안에서' 존중된다.[131] 법률이나 계약의 근간이 되는 중심개념은 더더욱 객관적으로 명확하게 해석되어야 한다.[132] 견해의 대립이 있는 경우 서로 자신의 의견은 문리해석, 상대방의 의견은 목적론적 해석이라 주장하여 그 구별이 어려운 경우도 있다.[133]

'해석에 따른 부당한 결과'의 유무도 해석의 방향을 정하는 중요한 고려사항이다. 판례에서는 "만일 ~라고 해석하면(보는 경우), ~ 할 우려(모순되거나 부당한 결과의 발생)가 있다."는 등의 방식으로 판시한다.

나. 법령용어 개념의 탐색 방법

개별 법령용어의 정의·개념을 알기 위해서는, 대체로 (1) 해당 법령에 정의규정[134][135]이 있으면 그에 따르고(해당 법령의 정의규정에서 다른 법령의 정의규정을 그대로 인용하는

130) 2006다81035: "법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다." / 2015도8335: "법률을 해석할 때 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 사용할 수 있으나, 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 이러한 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다."
☛ 체계적·논리적 해석의 한계

131) 2006도4549 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견 : "형벌법규의 해석에서도 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법 연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니라는 종전 대법원판례의 견해에 대하여 다수의견이 다른 생각을 하고 있는 것이 아님은 물론이다. 입법 취지는 존중되어야 한다. 그러나 '법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 범위 안에서' 그러하여야 한다는 점 역시 대법원이 그 때마다 밝힌 바와 같다. 입법 취지만을 강조하여 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나면서까지 그 해석을 갈음할 수는 없다. 입법 취지는 문언의 통상적인 의미는 어느 정도 확인되는 것을 전제로 하여 그에 대하여 보다 구체적이고 합리적인 해석을 하기 위한 한 가지 고려요소일 뿐이다."

132) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결: "이 사건에서 문제되는 임대주택법 제15조 제1항 및 그에 따른 이 사건 임대차계약서의 계약특수조건 제9조 제2항에서 사용된 '임차인'의 개념은, 임대주택을 건설하여 임대의 무기간 동안 임차·사용하게 하다가 그 기간이 경과하면 무주택 등 일정한 자격요건을 갖춘 임차인에게 우선 분양함으로써 임대주택의 건설을 촉진하고 국민주거생활의 안정을 도모하려는 임대주택법과 이 사건 임대차계약의 근간이 되는 중심개념으로서, 그것이 객관적으로 명확하게 해석되지 않으면 임대사업자와 임차인 등이 법과 계약에서 정한 의무를 이행하고 권리를 실현함에 있어서 상당한 혼란과 지장이 초래될 것이다."

133) 2016다220143 전원합의체 판결 다수의견에 대한 보충의견 : "반대의견은 … 문리해석상으로도 자연스럽다고 주장한다. 그러나 이는 문리해석의 범위를 벗어나서 전형적인 목적론적 축소해석에 해당한다. … 반대의견의 이러한 주장은 법률 조항에서 명시하지 않은 내용을 추가함으로써 그 적용을 배제하는 방향으로 이루어지는 해석이다. 이는 엄밀한 의미에서 문리해석이라기보다는 목적론적 해석이라고 보아야 한다."

134) 제1조의 '목적' 조항에 이어 대체로 제2조에 위치한다. 예컨대, '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률' 제2조 제1~4호는 "명의신탁약정", "명의신탁자", "명의수탁자", "실명등기"를, '건축물의 분양에 관한 법률' 제2조 제1~4호는, "건축물", "분양", "분양사업자", "분양받은 자"를, '보증인 보호를 위한 특별법' 제2조 제1,2호는 "보증인", "보증계약"을 정의하고 있다.

135) 법제이론에서도, 정의규정은 해당 법률에서 사용하는 용어의 뜻을 명확히 밝혀 법률 해석과 적용상의 혼란 및 분쟁을 방지하고, 법률에서 자주 사용되는 용어를 미리 하나의 조문에서 설명하여 둠으로써 법령문을 간결하게 표현하는 기능을 하는 규정으로 이해되고 있다. 각종 법률에서 대상의 본질적인 성질을 밝히는 방식의 정의규정

경우[136]에는 그에 따르면 된다), (2) 그것이 없으면 관련 법령[137]의 정의규정이나 용례, (3) 일반 민사법령의 정의규정이나 용례, (4) 사전적·일반적 의미를 순차로 살펴 개념을 도출해 내면 된다. 즉, '(1) 해당 법령의 정의 ⇒ (2) 관련 법령의 정의 ⇒ (3) 민사법령의 정의 ⇒ (4) 사전적·일반적 의미' 순으로 탐색해 보면 된다(물론, 위 순서가 절대적인 것은 아니고 서로 보완·종합하여 정의·개념을 도출해 낼 수도 있다).[138]

예컨대, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결[139]은 구 임대주택법 제15조 제1항의 '임차인'의 개념에 관하여, '임대주택법 → 주택 관련 법령인 주택법·주택임대차보호법 → 민법, 일반적 의미'의 순으로, 대법원 2023. 12. 14. 선고 2023다226866 판결[140]은 주택임대차보호법 제3조 제3항의 '직원'의 개념에 관하여, '주택임대차보호법 → 관련 법령인 중소기업기본법'의 순으로 각각 살펴보고 그 각 개념을 도출해 내고 있다.

과 함께 대상의 일부 또는 전부를 적극적, 소극적으로 열거하는 방식의 정의규정도 드물지 않게 사용되고 있다(2016두32992 전원합의체 판결 다수의견의 보충의견).

136) 예컨대, 건축물의 분양에 관한 법률 제2조 제1호는, "건축물"이란 「건축법」 제2조 제1항 제2호의 건축물을 말한다고 정의하고 있다. 법률의 정의규정에서 구체적 내용을 시행령으로 위임하는 경우도 있다.

137) 예컨대, '주택'의 개념과 종류(단독주택과 공동주택, 다가구주택과 다세대주택, 다중주택, 아파트, 연립주택 등)에 관하여는 주택법시행령과 건축법시행령을(양 법령의 분류가 상이한 부분도 있다), 건축 관련 용어(신축, 증축, 개축, 재축, 발코니 등)의 개념은 건축법과 그 시행령을 각 참조하면 된다.

138) 조세법령용어의 경우, (1) 해당 조세법령의 정의 ⇒ (2) 관련 조세법령의 정의 ⇒ (3) 관련 법령의 정의 ⇒ (4) 민사법령의 정의 ⇒ (5) 사전적·일반적 의미' 순으로 탐색해 보면 된다. ☛ 조세법령용어 개념의 탐색방법에 관하여는, 졸저, "최신 조세판례의 현황과 쟁점"(2024년판), 44면 이하 참조.

139) "임대주택법상 임대주택의 '임차인'에 관하여 특별한 해석규정은 없고, 원심이 말하는 이른바 '실질적 의미의 임차인'을 포함한다는 취지의 규정도 없다. 다만, 같은 법 제3조에서 "임대주택의 건설·공급 및 관리에 관하여 이 법에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 주택법 및 주택임대차보호법을 적용한다"고 규정하고 있을 뿐인데, 주택법은 물론이고 주거용 건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정한 주택임대차보호법에서도 특별히 '임차인'이라는 용어에 관한 해석규정은 보이지 않는다(다만, 주택임대차보호법 제3조의2 제1항에서 일정한 법인을 임차인에 포함시키고, 제9조에서 일정한 경우 사망한 임차인의 권리의무를 사실상의 혼인관계에 있는 자 등이 승계하도록 규정하고 있을 뿐이다). 결국, 임대주택법상의 임차인이라는 용어는 임대차에 관한 일반법인 민법의 규정, 그리고 사회에서 통상적으로 이해되는 '임차인'의 의미로 돌아가 해석할 수밖에 없는바, 그것은 민법 제618조가 규정하는 바와 같이 임대차계약에서 목적물의 사용수익권을 가짐과 동시에 차임지급의무를 부담하는 측의 일방당사자를 의미한다고 보는 것이 문언에 충실하면서도 가장 보편타당한 해석이라고 할 것이다."

140) "이 사건 조항(주택임대차보호법 제3조 ③)에 따라 법인인 임차인이 주택임대차보호법이 정한 임차인에 해당된다고 보려면, 임차인인 법인의 직원인 사람이 그 법인이 임차한 주택을 인도받고 주민등록을 마쳐야 한다. 여기에서 말하는 '직원'은, 해당 법인이 주식회사라면 그 법인에서 근무하는 사람 중 법인등기사항증명서에 대표이사 또는 사내이사로 등기된 사람을 제외한 사람을 의미한다고 보아야 한다. … 법률에 사용된 문언의 의미는 해당 법률에 정의규정이 있다면 그에 따를 것이나, 그렇지 않은 경우라도 문언의 통상적인 의미를 살피는 외에 그것이 해당 법률에서 어떠한 의미로 어떻게 사용되고 있는지 체계적, 논리적으로 파악하여야 한다. 주택임대차보호법은 이 사건 조항에서 사용한 '직원'의 의미에 관한 정의규정을 두고 있지는 않다. 그러나 이 사건 조항은 그 소정 요건을 갖추어 대항력을 취득할 수 있는 법인의 범위를 중소기업기본법 제2조에 따른 중소기업에 해당하는 법인으로 정하고 있으므로, 이 사건 조항과 관련한 내용을 해석할 때에도 중소기업기본법령의 규정에 따르는 것이 타당하다. 중소기업기본법 시행령 제2조 제6호는 주식회사 또는 유한회사의 경우 '임원'이란 '등기된 이사(사외이사를 제외한다)'를 말한다고 규정하고 있고, 중소기업기본법 및 위 시행령은 '임원'과 '직원'을 구별하여 사용하고 나아가 '임직원'이라는 용어도 사용하고 있다. 따라서 이 사건 조항에서 정한 '직원'은 중소기업기본법령의 용례에 따라 법인에서 근무하는 사람 중 대표이사 또는 사내이사로 등기된 사람을 제외한 경우를 의미한다고 보는 것이 법률의 문언 및 법체계에 부합한다."

다른 법령에서 동일 용어의 정의를 탐색하는 것은, "법률용어의 일관성과 법체계의 통일성" 관점에서 도출되는 것이다.[141] 법령에서 쓰인 용어에 관해 정의규정이 없는 경우에는 원칙적으로 사전적인 정의 등 일반적으로 받아들여진 의미에 따라야 한다.[142]

다. '같은 것은 같게, 다른 것은 다르게' 해석

'같은 것은 같게, 다른 것은 다르게' 해석하여야 한다. 동일한 법령에서의 동일한 용어는 법령에 다른 규정이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 동일하게 해석·적용되어야 한다.[143] 예컨대, 민법 제1000조부터 제1043조까지 각각의 조문에서 규정하는 '상속인'은 모두 동일한 의미이고, 민법 제1043조의 '상속인이 수인인 경우'와 민법 제1000조 제2항의 '상속인이 수인인 때'는 동일한 의미이다.[144] 입법자가 같은 문언으로 같게 규율하고자 한 것을 합리적 이유 없이 다르게 취급한다면 법질서의 통일성을 유지할 수 없다.

상법 제54조(상사법정이율)[145]의 "상행위로 인한 채무"와 제59조(유질계약의 허용)[146]의 '상행위로 인하여 생긴 채권', 제64조(상사시효)[147] 본문의 "상행위로 인한 채권"은 동일한

---

141) ❶ 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결 ; "형법은 명예훼손죄와 모욕죄를 구분하여 규정하고 있다. 명예훼손죄가 성립하려면 사실을 적시(摘示)하여야 한다. 그것이 진실인지 허위인지에 따라 법정형을 달리하고 있다(형법 제307조 제1항, 제2항). 사실을 적시하지 않은 경우에는 모욕죄가 성립할 수 있을 뿐이다(형법 제311조). 민법에는 어떠한 경우에 명예훼손이나 모욕으로 인한 불법행위가 성립하는지에 관하여 명시적인 규정이 없지만, 민법상 명예훼손 등을 형법상 명예훼손이나 모욕과 동일하게 보는 것이 법률용어의 일관성과 법체계의 통일성 관점에서 바람직하다." ❷ 2018두104 ; "지방자치법 제17조 제1항 중 '재산의 취득·관리·처분에 관한 사항' 부분이 '재산의 취득·관리·처분'이라는 일반·추상적 용어를 사용하고 있다 하더라도, '재산', '취득', '관리', '처분' 개념은 다수의 법률에서 널리 사용하는 용어이고, 특히 지방자치단체의 재산에 관한 사항을 규율하고 있는 지방자치법과 구 공유재산법 등 관련 법률의 조항들을 통해 그 의미를 파악하는 것이 가능하며"

142) ❶ 2015도8335; "법령에서 쓰인 용어에 관해 정의규정이 없는 경우에는 원칙적으로 사전적인 정의 등 일반적으로 받아들여진 의미에 따라야 한다. 국립국어원의 표준국어대사전은 항로를 '항공기가 통행하는 공로'로 정의하고 있다. 국어학적 의미에서 항로는 공중의 개념을 내포하고 있음을 분명히 알 수 있다. 기록에 나타난 모든 자료를 살펴보아도, 항공기 운항과 관련하여 '항로'가 지상에서의 이동 경로를 가리키는 용어로 쓰인 예를 찾을 수 없다." ❷ 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다233576 판결 ; "일반적으로 서명은 기명날인과 달리 명의자 본인이 자신의 이름을 쓰는 것을 의미한다. … 구 보증인보호법 제3조 제1항에서 정한 '보증인의 서명'은 원칙적으로 보증인이 직접 자신의 이름을 쓰는 것을 의미하며 타인이 보증인의 이름을 대신 쓰는 것은 이에 해당하지 아니한다고 해석함이 타당하다."

143) 2011두21157. ☛ 동일한 약관 내에서의 용어도 일관되고 통일적으로 사용되어야 한다(대법원 2024. 2. 15. 선고 2019다272404 판결).

144) 대법원 2023. 3. 23.자 2020그42 전원합의체 결정의 다수의견; "민법 제1000조부터 제1043조까지 각각의 조문에서 규정하는 '상속인'은 모두 동일한 의미임이 명백하다. 따라서 민법 제1043조의 '상속인이 수인인 경우' 역시 민법 제1000조 제2항의 '상속인이 수인인 때'와 동일한 의미로서 같은 항의 '공동상속인이 되는' 경우에 해당하므로 그 공동상속인에 배우자도 당연히 포함되며, 민법 제1043조에 따라 상속포기자의 상속분이 귀속되는 '다른 상속인'에도 배우자가 포함된다."

145) **상법 제54조(상사법정이율)** 상행위로 인한 채무의 법정이율은 연 6푼으로 한다.

146) **상법 제59조(유질계약의 허용)** 민법 제339조의 규정은 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위하여 설정한 질권에는 적용하지 아니한다.

147) **상법 제64조(상사시효)** 상행위로 인한 채권은 본법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 그러나 다른 법령에 이보다 단기의 시효의 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

법률 내의 동일한 법문언으로서 동일하게 해석·적용되어야 하나,[148] '상사 소멸시효기간을 단기로 정한 입법취지'에 따라[149] 수정이 가해질 여지가 있다.

법률이 용어를 각각 구별하여 달리 규정한 경우에는 각각 구별하여 달리 해석하여야 한다.[150] 예컨대, 상가건물 임대차보호법상 계약갱신 거절 사유인 '차임을 연체한 사실이 있는 경우'와 계약 해지 사유인 '차임연체액이 3기의 차임액에 달하는 때'는 서로 구별되는 개념이다.[151] 임차인의 지상물 매수청구권 요건인 '만료'와 부속물매수청구권 요건인 '종료'를 구별하지 않고 동일시하는 것[152]은 적절치 않다.

---

148) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2023다220882 판결은, "건설공사에 관한 도급계약이 상행위에 해당하는 경우 그 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임은 상법 제64조 본문에 의하여 원칙적으로 5년의 소멸시효에 걸리는 것으로 보아야 한다."는 대법원 2011. 12. 8. 선고 2009다25111 판결을 참조 판결로 하여, "공사 도급계약이 상행위에 해당하는 경우 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임도 상행위로 인한 채무"라고 한 다음, "상사법정이율은 상행위로 인한 채무나 이와 동일성을 가진 채무에 적용된다."라고 판시하고, 소외 회사의 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임이 상행위로 인한 채무이고, 피고는 소외 회사의 하수급인으로서 건설산업기본법 제32조 제1항에 의하여 소외 회사와 동일한 의무를 부담하므로, 피고의 손해배상의무에 대한 원심판결 선고일까지의 지연손해금에는 상법 제54조에 정한 상사법정이율인 연 6%의 지연손해금 이율을 적용해야 한다고 판시하였는바, 상법 제64조(상사시효) 본문의 "상행위로 인한 채권"과 상법 제54조(상사법정이율)의 "상행위로 인한 채무"가 동일한 법문언으로서 동일하게 해석·적용되어야 한다는 입장을 나타낸 것으로 볼 수 있다.

149) 상사 소멸시효기간을 단기로 정한 이유는 대량, 정형, 신속이라는 상거래 관계 특유의 성질을 감안하여 민사 계약관계에 비해 상사 계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요가 있기 때문이므로(2019다277812), '상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로 신속하게 해결할 필요'가 있는지 여부에 따라 상사시효 적용 여부가 정해진다.

150) 정의 규정에서 용어를 명확하게 구별하거나, 개별 조항에서 명시적으로 구별하여 규율하고 있는 경우, 문언에 따라 엄격하게 구별하여 해석하여야 하고 쉽사리 확장해석이나 유추해석해서는 안 된다(2015다247257).

151) 대법원 2021. 5. 27. 선고 2020다263635, 263642 판결; "구 상가임대차법 제10조 제1항 제1호 중 '차임을 연체한 사실이 있는 경우'는 차임을 연체하고 있거나 차임을 연체했던 경우를 모두 포함한다고 보는 것이 문언에 따른 자연스러운 해석이다. 이와 달리 임차인이 계약갱신을 요구할 당시 차임을 연체하고 있어야만 한다고 보는 것은 위 규정의 문언에 합치하지 않는다. 구 상가임대차법 제10조의8은 '임차인의 차임연체액이 3기의 차임액에 달하는 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다.'라고 정하여 계약을 해지할 당시 '3기의 차임액에 달하는 것'을 요건으로 하고 있다. 이와 같이 구 상가임대차법은 계약해지와 계약갱신 거절의 경우를 구분하여 그 사유를 달리 정하고 있다."

152) 민법 제643조(임차인의 갱신청구권, 매수청구권)는, "건물 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 기간이 만료한 경우에 건물, 수목 기타 지상시설이 현존한 때에는 제283조의 규정을 준용한다."라고 규정하고 있고, 그에 따라 72다2013 판결은, "임대차 계약에 준용되는 민법 제283조 소정 지상권자의 매수청구권은 지상권이 존속기간의 만료로 인하여 소멸하였을 때, 지상권자에게 갱신청구권이 있어 그 갱신청구를 하였을 경우, 지상권설정자가 계약갱신을 원하지 아니할 때 비로소 매수청구권을 행사할 수 있는 법리라 할 것이므로, 임대차의 경우에 있어서도 임차인의 채무불이행 등 사유로 인하여 임대차 계약이 해지되었을 때에는 임차인에게 계약갱신권이 발생할 여지가 없고 따라서 임차인에게 매수청구권을 발생할 수 없다고 해석하여야 할 것"이라고 판시하였는데, 민법 제643조와 달리 민법 제646조(임차인의 부속물매수청구권) 제1항은 "건물 기타 공작물의 임차인이 그 사용의 편익을 위하여 임대인의 동의를 얻어 이에 부속한 물건이 있는 때에는 임대차의 종료시에 임대인에 대하여 그 부속물의 매수를 청구할 수 있다."라고 규정하고 있음에도, 88다카7245, 7252 판결은, "임대차계약이 임차인의 채무불이행으로 인하여 해지된 경우에는 임차인은 민법 제646조에 의한 부속물매수청구권이 없다고 한 원심의 판단은 정당하다."라고 판시함으로써, 임차인의 지상물 매수청구권 요건인 '만료'와 임차인의 부속물매수청구권 요건인 '종료'를 구별하지 않고 동일시하였다.

라. 유추적용과 준용

1) 유추적용

법률의 '유추' 또는 '유추적용'은 법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용함으로써 법률의 흠결을 보충하는 것을 말하는데, 법적 규율이 없는 사안과 법적 규율이 있는 사안 사이에 공통점 또는 유사점이 있어야 하고, 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 유추적용이 정당하다고 평가되는 경우라야 한다.[153]

형벌·조세법령의 해석에서는 죄형법정주의와 조세법률주의의 원칙에 따라 유추가 원칙적으로 금지되지만,[154] 민사법령의 해석에서는 유추가 널리 인정된다.[155] 유추적용으로

153) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결: "법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용함으로써 법률의 흠결을 보충하는 것을 **유추적용**이라고 한다. 이는 실정법 조항의 문리해석 또는 논리해석만으로는 현실적인 법적 분쟁을 해결할 수 없거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래되는 경우 법원이 실정법의 입법정신을 살려 법적 분쟁을 합리적으로 해결하고 정의관념에 적합한 결과를 도출하기 위한 것이다. 이러한 유추를 위해서는 법적 규율이 없는 사안과 법적 규율이 있는 사안 사이에 공통점 또는 유사점이 있어야 할 뿐만 아니라, 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 유추적용이 정당하다고 평가되는 경우이어야 한다. … 보험계약자가 다수의 계약을 통하여 보험금을 부정 취득할 목적으로 보험계약을 체결하여 그것이 민법 제103조에 따라 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 경우 보험자의 보험금에 대한 부당이득반환청구권은 상법 제64조를 유추적용하여 5년의 상사 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 타당하다."

154) ❶ 법규정 문언의 가능한 의미를 벗어나 형벌법규를 해석하는 것은 유추해석으로서 죄형법정주의에 위반된다. 유추해석금지의 원칙은 모든 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되므로, 위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건 또는 처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여 범위를 제한적으로 유추적용하면 행위자의 가벌성의 범위가 확대되어 행위자에게 불리하고, 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 범죄구성요건을 유추적용하는 것과 같은 결과를 초래하므로 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙을 위반하여 허용될 수 없다(2021도17733). ❷ 조세법률주의 원칙상 과세요건이나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석할 것이고, 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 아니하며, 특히 감면요건 규정 가운데 명백히 특혜규정이라고 볼 수 있는 것은 엄격하게 해석하는 것이 조세공평의 원칙에도 부합한다(2021두34558). ☛ 조세법령상 '유추적용, 준용'에 관하여는, 졸저, "최신 조세판례의 현황과 쟁점"(2024년판), 194면 이하 참조.

155) **[유추적용 긍정례]** ❶ 대법원 2022. 6. 9. 선고 2017다247848 판결: "상법 제814조 제1항에서 정한 제척기간이 지난 뒤에 그 기간 경과의 이익을 받는 당사자가 기간이 지난 사실을 알면서도 기간 경과로 인한 법적 이익을 받지 않겠다는 의사를 명확히 표시한 경우에는, 소멸시효 완성 후 이익의 포기에 관한 민법 제184조 제1항을 유추적용하여 제척기간 경과로 인한 권리소멸의 이익을 포기하였다고 인정할 수 있다." ❷ 택지개발사업의 시행을 위하여 수용한 토지의 환매권 발생 요건에 관하여 정한 구 택지개발촉진법 제13조 제1항이 택지개발사업의 시행을 위하여 협의취득한 토지의 환매권 발생 요건에 관하여도 유추적용된다(2021다294889). / 의료법 제33조 제8항 위반을 이유로 요양급여비용 지급거부처분이 이루어졌다가 그 지급거부처분이 취소된 경우에도, 구 국민건강보험법 제47조의2 제3, 4항, 영 제22조의2 제6항의 이자지급조항이 유추적용되어 지급거부된 요양급여비용에 대한 이자를 지급하여야 한다(2021다243355). ❸ 무권대리의 추인에 관한 민법 제130조, 제133조 등을 무권리자의 추인에 유추 적용할 수 있다(2017다3499). ❹ 법인 아닌 사단에 민법의 법인에 관한 규정 중 법인격을 전제로 하는 조항을 제외한 나머지 조항이 유추 적용된다(2008마699). ❺ 납세의무자 소유의 여러 부동산에 대하여 조세우선변제권이 행사된 경우, 공동저당권에 관한 민법 제368조가 유추 적용된다(2003다18401). ❻ 상속인의 상속회복청구권 및 그 제척기간에 관하여 규정한 민법 제999조는 포괄적 유증의 경우에도 유추 적용된다(2000다22942). ❼ 민법 제150조 제1항(조건성취에 대한 반신의행위)은 계약 당사자 사이에서 정당하게 기대되는 협력을 신의성실에 반하여 거부함으로써 계약에서 정한 사항을 이행할 수 없게 된 경우에 유추적용될 수 있다(2018다223054). ❽ 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 손해배상채권의 제척기간

적용대상이 불명확하게 되어 법적 안정성을 해하게 되는 경우, 달리 취급하겠다고 입법자가 결단하여 특별한 예외를 정한 규정이어서 법률의 흠결이 있다고 할 수 없는 경우, 사적 자치의 원칙에 따라 계약당사자의 의사가 최대한 존중되어야 하고 이에 대한 법원의 개입을 쉽게 허용할 것이 아닌 경우, 유추적용하지 않으면 현실적인 법적 분쟁을 해결할 수 없다거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래된다고 볼 수 없는 경우 등에는 유추적용이 허용되지 않는다.[156]

'유추적용' 또는 '목적론적 축소나 확대'를 해석의 일종으로 보아 '유추해석', '축소해석', '확대해석'이라고 하기도 하지만, 이들은 법규에서 규율하고 있지 않은 사항을 보충하거나 법규에서 규율하고 있는 내용을 축소·확대하는 것이기 때문에, 엄밀하게 말하면 법규의 '해석'을 통한 '법발견'이라기보다는 '법형성'에 해당한다.[157] 판례는, 민법 제

이 지났으나, 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우, 매수인이나 도급인이 민법 제495조를 유추적용해서 위 손해배상채권을 자동채권으로 해서 상대방의 채권과 상계할 수 있다(2018다255648). ❾ 영업을 출자하여 주식회사를 설립하고 그 상호를 계속 사용함으로써 상법 제42조 제1항의 규정이 유추적용되는 경우에는 상법 제45조의 규정도 유추적용된다(2009다38827). ❿ 민법 제107조 제1항은 배임적 대리행위에 유추적용된다(97다24382). ⓫ 소송고지에 의한 최고의 경우에는 민사소송법 제265조를 유추 적용하여 당사자가 소송고지서를 법원에 제출한 때에 시효중단의 효력이 발생한다(2014다16494).

156) **[유추적용 부정례]** ❶ 대법원 2022. 8. 25. 선고 2021다311111 판결; "민법 제163조 제5호에서 정하고 있는 자격사 외의 다른 자격사의 직무에 관한 채권에도 단기 소멸시효 규정이 유추적용된다고 해석한다면 어떤 채권이 그 적용 대상이 되는지 불명확하게 되어 법적 안정성을 해하게 되는 점 등을 종합적으로 고려하면, 민법 제163조 제5호에서 정하고 있는 '변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권'에만 3년의 단기 소멸시효가 적용되고, 세무사와 같이 그들의 직무와 유사한 직무를 수행하는 다른 자격사의 직무에 관한 채권에 대하여는 민법 제163조 제5호가 유추적용된다고 볼 수 없다." ❷ 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정하는 것으로서 손해배상액의 예정과 그 내용이 다르므로 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수 없다(대법원 2022. 7. 21. 선고 2018다248855, 248862 전원합의체 판결의 다수의견). ❸ 지역신용보증재단법에는 채무자회생법상 '보증채무의 부종성에 대한 예외조항'의 적용을 배제하는 규정이 없는데도, 기술보증기금법과 신용보증기금법을 유추적용하여 채권자가 지역신용보증재단인 경우에 주채무가 인가된 회생계획에 따라 감경·면제된 때 연대보증채무도 동일한 비율로 감경·면제된다는 결론을 도출할 수는 없다(2019다226135). ❹ 영업임대차의 경우에 상법 제42조 제1항(상호속용 영업양수인의 책임)을 유추적용할 것은 아니다(2014다9212). ❺ 우리사주조합원에게 주식 외에 신주인수권부사채까지 우선적으로 배정받을 권리가 있다고 유추해석하기도 어렵다(2013다18684). ❻ 민법 제496조의 입법취지나 그 적용결과에 비추어 볼 때 고의의 불법행위에 인한 손해배상채권에 대한 상계금지를 중과실의 불법행위에 인한 손해배상채권에까지 유추 또는 확장 적용하여야 할 필요성이 있다고 할 수 없다(93다52808).

157) 2019두53464 전원합의체 판결의 별개의견; "법규의 유추 또는 목적론적 축소나 확대는 법규 해석의 일종으로 보고 있다. 그러나 이들은 법규에서 규율하고 있지 않은 사항을 보충하거나 법규에서 규율하고 있는 내용을 축소·확대하는 방법이기 때문에, 엄밀하게 말하면 법규의 해석을 통하여 법을 발견하는 것이라기보다는 법관에 의한 법형성에 해당한다. 법적 규율에 공백이 있는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용함으로써 그 공백을 보충하는 것을 유추해석 또는 유추적용이라고 한다. … 유추는 법규의 문언에서 규율하지 않은 사항에 관하여 그 공백을 보충하는 방법으로서 문언의 가능한 의미를 벗어나거나 이를 넘어선 해석 또는 법형성이라고 할 수 있지만, 문언에 반하는 해석이나 법형성은 아니다. 목적론적 축소나 확장은 법규의 문언이나 맥락에 따른 해석이 불합리한 결론에 도달하게 되는 경우에 법규의 목적을 고려하여 문언의 가능한 의미보다 축소하거나 확대하여 적용하는 것을 가리킨다. 이것은 일반적으로 목적론적 해석과 명확하게 구별하지 않고 해석의 일종으로 보아 축소해석이나 확대해석이라고 하기도 하지만, 엄밀하게 말하면 법적 규율의 공백을 보충한다는 점에서 법관에 의한 법형성의 일종이다. 그 가운데 목적론적 확장은 입법 목적을 달성하기 위하여 문언의 가능한 의미를 넘어 법규를 확대하여 적용하는 것을 말한다. 침익적 행정처분은 상대방의 권익을 제한하거나 상대방에게 의무를 부과하는 것이므로 헌법상 요구되는 명확성의 원칙에 따라 그 근거가 되는 행정법규를 더욱 엄격하게

1001조의 '상속인이 될 직계비속이 상속개시 전에 사망한 경우'에는 '상속인이 될 직계비속이 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우'도 포함하는 것으로 합목적적으로 해석함이 상당하다고 하였지만,[158] 이는 '합목적적 해석'이라기보다는 '유추적용'에 해당한다. 판결절차에서 부작위채무 또는 부대체적 작위채무의 이행을 명하면서 이를 이행하지 않을 위험이 큰 경우에는 동시에 간접강제를 명할 수 있다는 것은 '목적론적 해석'의 결과이다.[159] 그 경계가 불분명한 것은 사실이다.

2) 준 용

'준용'은 특정 조문을 그와 성질이 유사한 규율대상에 대해 그 성질에 따라 다소 수정하여 적용하도록 하는 것을 말한다.[160] '유추(적용)'와 '준용'은 그 성질이 서로 비슷하지만, '유추'는 해석상의 기술, '준용'은 입법상의 기술이라는 점에서 근본적인 차이가 있다. 따라서 형벌·조세법령의 해석에서 유추가 원칙적으로 금지되지만, 준용은 해석기

해석·적용하여야 하고, 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향으로 확대해석이나 유추해석을 해서는 안 된다. 그러나 처분 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 이른바 수익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규에 대해서는 헌법이나 법률에 위반되거나 불합리한 결과를 막기 위하여 유추나 목적론적 확장을 하는 것이 좀 더 수월하게 허용되어야 한다." ☛ 법문의 가능한 의미는 해석(법발견)과 법형성을 구별하는 기준이다.

158) 99다13157: "원래 대습상속제도는 대습자의 상속에 대한 기대를 보호함으로써 공평을 꾀하고 생존 배우자의 생계를 보장하여 주려는 것이고, 또한 동시사망 추정규정도 자연과학적으로 엄밀한 의미의 동시사망은 상상하기 어려운 것이나 사망의 선후를 입증할 수 없는 경우 동시에 사망한 것으로 다루는 것이 결과에 있어 가장 공평하고 합리적이라는 데에 그 입법 취지가 있는 것인바, 상속인이 될 직계비속이나 형제자매(피대습자)의 직계비속 또는 배우자(대습자)는 피대습자가 상속개시 전에 사망한 경우에는 대습상속을 하고, 피대습자가 상속개시 후에 사망한 경우에는 피대습자를 거쳐 피상속인의 재산을 본위상속을 하므로 두 경우 모두 상속을 하는데, 만일 피대습자가 피상속인의 사망, 즉 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우에만 그 직계비속 또는 배우자가 본위상속과 대습상속의 어느 쪽도 하지 못하게 된다면 동시사망 추정 이외의 경우에 비하여 현저히 불공평하고 불합리한 것이라 할 것이고, 이는 앞서 본 대습상속제도 및 동시사망 추정규정의 입법 취지에도 반하는 것이므로, 민법 제1001조의 '상속인이 될 직계비속이 상속개시 전에 사망한 경우'에는 '상속인이 될 직계비속이 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우'도 포함하는 것으로 합목적적으로 해석함이 상당하고, 따라서 피고의 처인 망 소외 3이 피상속인인 망 소외 1과 동시에 사망한 것으로 추정된다는 점이 피고가 망 소외 1의 재산을 대습상속함에 장애가 된다고 볼 수 없다."

159) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다248124 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견: "다수의견과 반대의견의 차이는 본안판결에서 간접강제를 명할 수 있는 법적 근거의 존부에 있다. 이를 긍정하는 규정도 없지만 부정하는 규정도 없다는 데서 출발하여 목적론적 해석을 통하여 채무자가 부작위채무 등을 이행하지 않을 위험이 큰 경우에는 판결절차에서도 간접강제를 명할 수 있다는 것이 다수의견이다. … 민법 제389조나 민사집행법 제24조를 비롯하여 여러 법 규정이 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있는지에 대하여 명확하게 규정하고 있지 않은 상황에서, 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 보는 것은 법률 문언의 가능한 의미 안에서 법률의 공백을 메우는 해석이라고 할 수 있다. 설령 부작위채무 등의 경우에 집행공백을 막고 판결의 실효성을 높이기 위하여 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 보는 것이 민사집행법이 예정한 체계에 들어맞지 않는 측면이 있다고 하더라도, 그것은 법률이 구현하고자 하는 입법 목적을 실현하기 위해 필요한 한도에서 법관이 있어야 한다고 판단하는 법을 다른 법규범을 매개로 만들어 내는 법형성으로서 허용될 수 있다."

160) 국회법제실, 법제이론과 실제, 2019 전면개정판, 191, 192면. '적용'은 대상 조항을 조금도 수정됨이 없이 그대로 활용하는 경우에 쓰이고, '예에 의한다'는 어떠한 법률의 제도나 규정을 포괄적으로 다른 규율 대상에도 적용하려는 경우에 사용되는 반면, '준용'은 법률에 명시된 규정에 한정하여 다소 수정하여 적용할 경우에 사용된다는 점에서 다르다. 법제실무상으로는, 부득이한 경우를 제외하고는 "예에 의한다"라는 표현을 사용하지 않는 것이 좋고, 여러 조문을 인용할 경우에는 그 조문을 열거하여 주는 것이 오해의 소지를 없앨 수 있다고 한다.

술이 아니고 입법기술이기 때문에 형법이나 조세법의 입법영역에서도 당연히 넓게 허용된다.

준용 대상 조항을 특정하여 명시하지 않고 '포괄적·일반적으로 준용'하는 형식을 취한 경우에도, 모든 조항이 준용되는 것은 아니고 규율 대상의 '성질에 반하지 않는 한도 내'에서만 준용된다.[161]

4. 부칙의 적용·해석에 의한 적용법령의 확정

가. 부칙의 구조와 해석

법령의 본칙에 부수하여 규정하는 부칙에는 시행일,[162] 일반적 적용례, 개별 조문에 대한 적용례, 특례, 일반적 경과조치, 개별 조문에 대한 경과조치 등[163]이 순차적으로 나열되어 있는데,[164] [165] 그 중 적용례와 경과조치가 법령의 해석과 적용에 관한 다툼에서

161) ❶ 구 국세징수법에서 정한 체납처분의 절차에 따라 변상금을 강제징수할 수 있다고 포괄적·일반적인 준용규정을 두고 있다 하더라도, 그러한 사정만으로 변상금에 관한 체납처분절차에서 민사상 압류의 특칙인 구 국세징수법 제47조 제2항까지 준용된다고 볼 수는 없다고 한 예(2015두41371). ❷ 94다37714, 37721; "민법 제562조는 사인증여에 관하여는 유증에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있지만 유증의 방식에 관한 민법 제1065조 내지 제1072조는 그것이 단독행위임을 전제로 하는 것이어서 계약인 사인증여에는 적용되지 아니한다고 보아야 할 것이므로 원심이 유증증서의 방식에 의하지 아니한 사인증여를 위와 같이 다른 증거에 의하여 인정하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다. … 민법 제562조가 사인증여에 관하여 유증에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있다고 하여, 이를 근거로 포괄적 유증을 받은 자는 상속인과 동일한 권리의무가 있다고 규정하고 있는 민법 제1078조가 포괄적 사인증여에도 준용된다고 해석하면 포괄적 사인증여에도 상속과 같은 효과가 발생하게 된다. 그러나 포괄적 사인증여는 낙성·불요식의 증여계약의 일종이고, 포괄적 유증은 엄격한 방식을 요하는 단독행위이며, 방식을 위배한 포괄적 유증은 대부분 포괄적 사인증여로 보여질 것인바, 포괄적 사인증여에 민법 제1078조가 준용된다면 양자의 효과는 같게 되므로, 결과적으로 포괄적 유증에 엄격한 방식을 요하는 요식행위로 규정한 조항들은 무의미하게 될 것이다. 따라서 민법 제1078조가 포괄적 사인증여에 준용된다고 하는 것은 사인증여의 성질에 반한다고 할 것이어서 준용되지 아니한다고 해석함이 상당하다."[유증의 철회에 관한 민법 제1108조 제1항은 사인증여에 준용된다(대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다245330 판결)] ❸ 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다227418 판결; "변호사는 상법상 당연상인으로 볼 수 없고, 변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하여 볼 때, 변호사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 '상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자'라고도 볼 수 없어 위 조항에서 정하는 의제상인에 해당하지 아니하며, 이는 법무법인도 마찬가지이다. 한편 상법 제5조 제2항은 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다고 규정하고, 상법 제169조는 회사는 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다고 하고 있다. 그런데 법무법인은 변호사가 그 직무를 조직적·전문적으로 수행하기 위하여 변호사법에 따라 설립하는 것으로서 변호사법과 다른 법률에 따른 변호사의 직무를 업무로서 수행할 수 있다(변호사법 제40조, 제49조). 변호사법은 법무법인에 관하여 변호사법에 정한 것 외에는 상법 중 합명회사에 관한 규정을 준용하도록 하고 있을 뿐(제58조) 이를 상법상 회사로 인정하고 있지 않으므로 법무법인이 상법 제5조 제2항에서 정하는 의제상인에 해당한다고 볼 수도 없다. 따라서 변호사가 소속 법무법인에 대하여 갖는 급여채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다."

162) 민법 부칙〈제13125호, 2015.2.3.〉 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다. 제2조(효력의 불소급) 이 법은 종전의 규정에 따라 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다. / 상법 부칙 〈제12397호,2014.3.11.〉 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다.

163) 그 외에도 '유효기간', '다른 법률의 폐지', '법률 시행을 위한 준비행위', '다른 법률의 개정', '다른 법령과의 관계' 등이 있다.

164) 2012재두299; "법령을 개정하면서 신법의 '시행일'을 정해 놓으면 그 이후의 행위에 대하여는 원칙적으로 신법이 당연히 적용되기 때문에 특별히 어떤 대상부터 적용한다는 명문의 규정을 두지 않더라도 그 적용대상을 알

자주 문제가 된다. 부칙의 '시행일' 규정은 권리의무가 성립될 당시의 법률이 적용되어야 한다는 일반원칙에 서서 그 적용시기를 규정한 것이고,[166] 부칙의 '일반적 적용례' 규정도 통상적으로는 위와 같은 법리를 확인하는 의미에서 둔 것이다.[167]

법령 적용의 기준 시점은 법률관계 또는 사실관계의 완성이나 종료 시점,[168] 권리의무의 발생 시점[169]이고, 그 당시에 시행되던 법령이 적용된다.

수 있는 경우가 많다. 그러나 '시행일'을 정하는 것만으로는 신법과 구법의 적용관계가 분명하지 아니한 경우가 있고, 또 신법과 구법의 적용관계를 일반적인 경우와 달리 규율할 특별한 사정이 있는 경우도 있어 법령을 제정하거나 개정할 때는 신법의 부칙에 신법과 구법의 적용관계를 밝히기 위한 '적용례 규정'을 두는 것이 보통이다. 나아가 기득권이나 신뢰의 보호 또는 법적 안정성의 유지 등을 위하여 구법에 따라 이루어진 행위의 효력이나 구법 규정 그 자체의 효력에 관한 특례 등을 정한 경과규정을 두기도 한다." ☞ 적용례는 어떤 대상에 대하여 어떤 경우부터 규율할 것인가를 명확히 하기 위한 것이다.

165) ◎ **적용례, 특례, 경과조치의 비교** : **적용례**는 신·구법의 변경과정에서 신법의 적용대상 또는 적용시기 등에 관하여 논란의 소지가 있는 경우에 신법의 적용대상 또는 적용시기 등을 보다 명확히 규율하려는 경우에 사용하는 반면, **경과조치**는 신·구법의 변경과정에서 구법의 효력 일부를 신법의 시행일 이후까지 미치도록 하는 경우에 사용한다. **특례**는 법률을 제정 또는 개정함에 있어 정책적인 관점 또는 특수한 상황을 전제로 하여 한정된 기간 또는 한정된 대상 등에 대하여 예외적으로 본칙의 내용과 다른 제도를 도입하여 운용할 필요가 있는 경우에 두는데, 특례는 신법의 적용을 배제하는 것이 아니라 신법의 내용과 다른 내용을 잠정적으로 적용하기 위하여 사용하는 반면, 경과조치는 종전의 기득권자 등을 신법의 적용대상에서 계속하여 또는 일정기간 배제하고 종전의 규율상태를 그대로 인정하는데 사용한다.

166) 97누11843.

167) 91다4348.

168) ❶ 2007다61496; "법령은 일반적으로 장래 발생하는 법률관계를 규율하고자 제정되는 것이므로 그 시행 후의 현상에 대하여 적용되는 것이 원칙이고, 다만 예외적으로 법령이 경과규정을 두어 그 시행 전에 생긴 현상에 대하여도 적용되는 경우가 있으나, 법령의 소급적용은 일반적으로 법치주의의 원리에 반하고, 개인의 권리·자유에 부당한 침해를 가하며, 법률생활의 안정을 위협하는 것이어서 이를 인정하지 않는 것이 원칙이므로, 이미 완성되거나 종료된 사실관계 또는 법률관계에 대하여는 일반적으로 완성이나 종료 당시에 시행되던 종전의 법령이 적용되어야 하는 것이지, 그 후 개정된 신 법령이 적용되는 것은 아니다. … 법 제15조 제1항에 따른 임대주택의 임차인에 대한 우선분양전환에 관하여 임대인과 임차인 사이에 매각시기에 관한 약정이 있었고, 약정된 매각시기에 임차인이 우선수분양 자격이 있는 경우에는 임대인은 위 약정에 따라 임차인에게 임대아파트를 매각할 의무가 있으므로, 위와 같은 경우 우선수분양 자격 유무에 관한 법률관계는 위 약정된 매각시기 당시 이미 완성되거나 종료되었다 할 것이다. … 2005. 7. 13. … 개정된 법 제15조 제1항이, " … 임대주택을 분양전환하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 임차인에게 우선분양전환하여야 한다."고 규정하면서 그 제4호에서 "선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에는 분양전환 당시까지 무주택자인 임차인"을 규정함으로써 종래 무주택세대주 임차인으로 한정되었던 우선분양전환 대상자의 범위를 무주택자인 임차인으로 확대하였다 할지라도, 위와 같이 개정된 법 제15조 제1항의 적용과 관련하여 그 개정된 법 시행일 이전에 이미 분양전환시기가 도래한 임대차관계에 대하여도 적용한다는 경과규정이 없는 이상, 위 개정된 법 제15조 제1항은 그 시행일인 2005. 7. 13. 이후에 분양전환시기가 도래하는 임대차관계에 대하여만 적용된다 할 것이다. … 개정된 법 제15조 제1항이 효력을 발생하기 전인 2004. 11. 30. 이미 분양전환시기가 도래하였으므로, 개정된 법 제15조 제1항의 규정이 적용되지 않는다." ❷ 2009다97079; "임대사업자가 임대주택법 등 관련 법령에 의하여 입주자모집공고를 하면서 분양전환가격 기준을 공고하였다 하더라도 그 공고 당시에는 임대사업자와 임차인 사이에 임대주택의 우선분양전환 여부 등이 결정되지 아니하여 임대주택의 분양전환가격 등 분양전환에 관한 법률관계는 아직 종결되지 아니한 상태이므로, 그 후 임대주택법 등 관련 법령이 개정되어 그 법률관계에 관하여 개정 전의 법령과 다르게 규정하였다 하더라도 그 부칙에서 경과규정을 두지 않는 한 개정된 법령의 시행 후에 이루어지는 임대주택의 분양전환에 관한 법률관계에 관하여는 개정된 법령이 적용되는 것이 원칙이다. 다만 개정 전 규정의 존속에 대한 임대사업자의 신뢰가 개정 규정이 이루고자 하는 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 여지가 있을 뿐이다."

169) ❶ 2007다83908; "원고의 이 사건 보증금채권의 소멸시효기간 및 기산일은 그 채권이 발생할 당시 시행·적용되던 법률에 따라 정하여지는 것이고 그 후 그 법률이 개폐되었다거나 적용 법률이 달라지게 되었다 하여 개정

민상법 등 사법에서 부칙의 '일반적 적용례' 규정[170]이나 개별적 적용례 규정[171]이 '이 법은 이 법 시행 후에 체결된 계약부터 적용한다.'고 규정하고 있는 것은 위와 같은 일반적인 당연한 법리를 확인적으로 규정한 것으로 볼 수 있다. 행정행위는 처분 당시에 시행 중인 법령과 허가기준에 의하여 하는 것이 원칙이다.[172]

개별적 적용례 규정의 해석에 관한 민사판례로는, 상가건물 임대차보호법 부칙 중 계약갱신요구 기간의 개별적 적용례 규정에서 '이 법 시행 후 갱신되는 임대차'는 개정법 시행 이후 그 이전에 인정되던 계약갱신사유에 따라 갱신되는 임대차를 가리킨다고 한 것이 있다.[173]

법률이나 신법, 혹은 새로 적용될 법률에 따라 그 기간이 정하여질 수 없음은 법률불소급의 원칙상 당연하다." ❷ 국세법령 부칙의 일반적 적용례 규정은 대체로 국세기본법 제21조 소정의 '납세의무의 성립시기' 규정과 일치한다.

170) 주택임대차보호법 부칙〈제12043호, 2013.8.13.〉 제2조(일반적 적용례) 이 법은 이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차부터 적용한다. / 상가건물 임대차보호법 부칙〈제12042호, 2013.8.13.〉 제2조(일반적 적용례) 이 법은 이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차부터 적용한다. / 동법 부칙〈제6542호, 2001.12.29.〉 ②(적용례) 이 법은 이 법 시행후 체결되거나 갱신된 임대차부터 적용한다. 다만, 제3조·제5조 및 제14조의 규정은 이 법 시행당시 존속중인 임대차에 대하여도 이를 적용하되, 이 법 시행 전에 물권을 취득한 제3자에 대하여는 그 효력이 없다. / 대부업의등록및금융이용자보호에관한법률 부칙〈제6706호, 2002.8.26.〉 제3조(적용례) 이 법은 이 법 시행후 체결하는 대부계약부터 적용한다. / 이자제한법 부칙〈제12227호, 2014.1.14.〉 제2조(적용례) 제2조제1항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 계약을 체결하거나 갱신하는 분부터 적용한다. / 상법 부칙〈제12397호, 2014.3.11.〉 제2조(적용례) ① 이 법은 이 법 시행 후에 체결된 보험계약부터 적용한다.

171) 민법 부칙〈제13125호, 2015.2.3.〉 제3조(보증의 방식 등에 관한 적용례) 제428조의2, 제428조의3 및 제436조의2의 개정규정은 이 법 시행 후 체결하거나 기간을 갱신하는 보증계약부터 적용한다. 제4조(여행계약의 효력·해제 등에 관한 적용례) 제3편제2장제9절의2(제674조의2부터 제674조의9까지)의 개정규정은 이 법 시행 후 체결하는 여행계약부터 적용한다. / 상법 부칙〈제10600호, 2011.4.14.〉 ②(이사 등과 회사 간의 거래에 관한 적용례) 제398조의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 체결된 거래부터 적용한다. / 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 부칙〈제16089호, 2018.12.24.〉 제2조(대부업자의 이자율 제한에 관한 적용례) 제8조제3항의 개정규정은 이 법 시행일 이후 최초로 계약을 체결 또는 갱신하거나 연장하는 분부터 적용한다.

172) 행정행위는 처분 당시에 시행 중인 법령과 허가기준에 의하여 하는 것이 원칙이고 인·허가신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정시행된 경우 신법령 부칙에 그 시행 전에 이미 허가신청이 있는 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 두지 아니한 이상 당연히 허가신청 당시의 법령에 의하여 허가 여부를 판단하여야 하는 것은 아니며, 소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한 변경된 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가처분을 위법하다고 할 수 없다(96누19772). 따라서 보상금 신청 후 그 처분 전에 보상 기준과 대상에 관한 관계 법령의 규정이 개정된 경우 처분 당시에 시행되는 개정 법령에 정한 기준에 의하여 보상금지급 여부를 결정하는 것이 원칙이지만, 행정청이 신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 지연하여 그 사이에 법령 및 보상 기준이 변경된 경우에는 그 변경된 법령 및 보상 기준에 따라서 한 처분은 위법하다고 할 것이다. 여기에서 '정당한 이유 없이 처리를 지연하였는지' 여부는 법정 처리기간이나 통상적인 처리기간을 기초로 당해 처분이 지연되게 된 구체적인 경위나 사정을 중심으로 살펴 판단하되, 개정 전 법령의 적용을 회피하려는 행정청의 동기나 의도가 있었는지, 처분지연을 쉽게 피할 가능성이 있었는지 등도 아울러 고려할 수 있을 것이다(2012두23501).

173) 대법원 2020. 11. 5. 선고 2020다241017 판결; "「상가건물 임대차보호법」(이하 '상가임대차법'이라고 한다)은 제10조 제1항과 제3항의 규정에서 갱신요구권에 관하여 임대인은 임차인이 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신을 요구하면 제1항 단서에서 정하는 사유가 없는 한 갱신을 거절하지 못하고, 전 임대차와 같은 조건으로 다시 계약된 것으로 보도록 정하고 있다. 구 상가건물 임대차보호법(2018. 10. 16. 법률 제15791호로 개정되기 전의 것을 말하고, 위 법률로 개정되어 같은 날부터 시행된 상가임대차법을 '개정 상가임대차법'이라고 한다) 제10조 제2항은 갱신요구권은 최초 임대차기간을 포함하여 전체 임대차기간이 5년

민상법 등 사법의 부칙[174]에는 '일반적 경과조치'로 '이 법은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법 시행 전에 발생한 사항에 대하여도 적용한다. 다만, 종전의 규정에 따라 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다.'는 규정을 두기도 한다.

나. 법령의 개정과 종전 부칙 경과규정의 효력

대법원(2012재두299)은, 종전 법률이 개정되면서 그 부칙의 경과규정이 개정 법률에 반영되지 아니한 경우, 일부 개정과 전부 개정으로 나누어, 전자의 경우에는 종전 법률 부칙의 경과규정의 효력이 상실되지 아니하지만,[175] 후자의 경우에는 원칙적으로 상실하되 예외적으로 '특별한 사정'이 있는 경우에는 그 효력이 상실되지 않는 것으로 해석하고, 구체적인 사건에서 그 특별한 사정의 유무를 심리하여 그 경과규정의 적용 여부를 판단하여 왔는데, 이는 사법작용의 본질적 부분인 법률의 해석·적용에 관한 판단을 한 것이지 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부에 관한 판단을 한 것이 아니라고 하였다.[176]

이에 대하여 헌법재판소(2009헌바123·126 등)는 '법령이 전부 개정되면 별도의 명시적 규정이 없는 한 종전 부칙의 경과규정은 실효되고, 이와 달리 해석하는 것은 헌법에 위반된다.'는 입장이다.

을 초과하지 않는 범위에서만 행사할 수 있다고 정하였는데, 개정 상가임대차법 제10조 제2항은 이에 대해 10년을 초과하지 않는 범위에서만 행사할 수 있다고 정하고, 그 부칙 제2조는 "제10조 제2항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차부터 적용한다."라고 정하고 있다. 위 규정들의 문언, 내용과 체계에 비추어 보면, 개정 상가임대차법 부칙 제2조의 '이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차'는 개정 상가임대차법이 시행되는 2018. 10. 16. 이후 처음으로 체결된 임대차 또는 2018. 10. 16. 이전에 체결되었지만 2018. 10. 16. 이후 그 이전에 인정되던 계약 갱신 사유에 따라 갱신되는 임대차를 가리킨다고 보아야 한다. 따라서 개정 법률 시행 후에 개정 전 법률에 따른 의무임대차기간이 경과하여 임대차가 갱신되지 않고 기간만료 등으로 종료된 경우는 이에 포함되지 않는다."

174) 상법 부칙〈제10600호, 2011.4.14.〉 ③(일반적 경과조치) 이 법은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법 시행 전에 발생한 사항에 대하여도 적용한다. 다만, 종전의 규정에 따라 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다. / 부칙〈제5591호, 1998.12.28.〉 제2조 (경과조치의 원칙) 이 법은 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 이 법 시행전에 생긴 사항에 대하여도 이를 적용한다. 다만, 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다. ☛ 민법 부칙〈제3723호, 1984.4.10.〉 ②(경과조치의 원칙), 주택임대차보호법 부칙〈제3682호, 1983.12.30.〉 ② 및 상법 부칙〈제5053호, 1995.12.29.〉 제2조 (경과조치의 원칙), 부칙〈제3724호, 1984.4.10.〉 제2조(경과조치의 원칙)도 동일하다.

175) 이에 따라 대법원 2023. 11. 7.자 2023마7064 결정은, 2018. 3. 7. 개정 구 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙(대법원규칙)의 부칙 제2조(경과조치)는, 2020. 12. 28. 개정 현행 규칙 부칙에 시행일 이외에 적용례 또는 경과조치에 대하여 아무런 정함이 없더라도, 위 부칙 제2조를 개정하거나 삭제하지 않는 이상, 현행 규칙이 효력을 발생한 이후에도 실효되지 않고 계속 적용된다고 판시하였다.

176) 즉, 법령이 '**일부 개정**'된 경우에는, 기존 법령 부칙의 경과규정을 개정 또는 삭제하거나 이를 대체하는 별도의 규정을 두는 등의 특별한 조치가 없는 한, 개정 법령에 다시 경과규정을 두지 않았다고 하여 기존 법령 부칙의 경과규정이 당연히 실효되는 것은 아니고, 법령이 '**전부 개정**'된 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지여서, 원칙적으로 기존 법령의 본칙은 물론 부칙의 경과규정도 모두 실효되나, '특별한 사정'이 있는 경우에는 예외적으로 종전의 경과규정이 실효되지 않고 계속 적용된다('특별한 사정'에는 전부 개정된 법률에서 종전 부칙의 경과규정에 관하여 계속 적용한다는 별도의 규정을 둔 경우뿐만 아니라, 그러한 별도 규정을 두지 않았다고 하더라도 종전의 경과규정이 실효되지 않고 계속 적용된다고 보아야 할 만한 예외적인 특별한 사정이 있는 경우도 포함된다)는 입장이다.

Ⅲ. 민법상 주요 조문별 요건사실과 주장증명책임

1. 총 칙

가. 신의성실의 원칙

주류적 판례는, "신의성실의 원칙 위반 또는 권리남용[177]은 강행규정에 위배되는 것으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다."고 하나,[178] 여기에는 의문이 존재한다.[179] '신의칙에 반하여 무효'라는 주장도 당사자의 주장이 필요한

177) ○ 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288757 판결; "민법상 **신의성실의 원칙**은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나, 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범으로서, 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하고, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다." ☛ 권리자가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회가 있었는데도 상당한 기간이 경과하도록 권리를 행사하지 아니하여 의무자인 상대방으로서도 이제는 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 다음에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때에는 이른바 실효의 **원칙**에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다(2010다59622).

○ 대법원 2014. 10. 30. 선고 2014다42967 판결; "권리의 행사가 주관적으로 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 아무런 이익이 없고, 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있으면 그 권리의 행사는 **권리남용**으로서 허용되지 아니하고, 그 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보이는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있으며, 어느 권리행사가 권리남용이 되는가의 여부는 개별적이고 구체적인 사안에 따라 판단되어야 한다." ☛ 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다는 사정만으로는 권리남용이라 할 수 없다.

178) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2013다88829 판결. 그 외 2001다74322, 97다37821, 95다33566, 94다42129, 88다카17181, 4294민상174도 동일한 판시이다. 97다42823('직권조사사항인 권리남용에 관한 부분을 제외한 나머지 상고이유는 적법한 상고이유가 되지 못한다.')도 같은 취지이다. 이에 대하여 그 주장을 필요로 하고, 사실심법원이 증거조사를 한 결과 원고의 청구가 신의칙에 어긋나거나 권리남용에 해당하는 것으로 인정되는 경우에는 피고에게 그러한 사실을 항변으로 주장하는가의 여부를 석명하고 피고가 그러한 주장을 하는 경우에는 원고에 대하여도 그 점에 대한 방어방법을 강구하도록 하는 등의 조치를 거쳐 판결하는 것이 바람직하다는 반대견해도 있다(하철용, "신의칙위반·권리남용 등의 소송상의 주장", 민사판례연구[IX], 박영사, 1987, 247-251면).

179) 강행규정에 위배됨을 근거로 한 위 판례들은 위법성의 강도나 공익적 고려의 필요성에 있어서 신의칙 위반이나 권리남용의 경우보다 결코 모자람이 있다 할 수 없는 공서양속 위반의 경우 그 사실을 당사자가 주장하여야 한다는 후술할 판례의 입장과는 균형이 맞지 않는다[신의칙과 선량한 풍속의 관계와 관련하여, 선량한 풍속은 법적 특별결합관계 존부와 관계없이 누구에게나 요구되는 최소한의 윤리적 행위규범임에 반하여, 신의칙은 그 적용을 위하여 특별결합관계의 존재가 필요하다고 한다. 특히 Larenz는, "특별결합관계에 있는 자의 신의칙 위반은 언제나 선량한 풍속 위반이 되는 것은 아니지만, 선량한 풍속 위반은 항상 중대한 신의칙 위반이 된다"고 강조한다{민법주해 총칙(1), 1992, 94면(양창수 집필) 참조}].

사견으로는 신의칙 위반 또는 권리남용의 태양(態樣)이나 그 법률효과가 다종다양하므로 구체적인 케이스에 따라 변론주의의 적용 여부 내지 직권조사의 가부를 정함이 타당하고 위 판시를 일반화할 것은 아니라고 생각한다. 예컨대, 2001다74322 판결의 사안은 원고의 소제기 자체가 신의칙에 반하거나 소권남용으로 허용되지 않는 경우로서 직권조사사항에 해당한다고 볼 여지가 있고, 97다37821 판결, 94다42129 판결의 사안은 신의칙에 기하여 보증책임을 직권으로 감경한 경우로서 과실상계에 의한 책임의 감경, 신원보증법 제6조에 의한 신원보증인 책임의 감경, 손해배상예정액의 감액 등과 같이 책임의 범위에 관하여 널리 인정되는 직권에 의한 감경과 그 궤를 같이 하여 직권조사사항으로 하더라도 무방하나, 신의칙 위반이나 권리남용으로 권리 발생의 장애나 소멸의 효과를 초래하는 케이스에서는 원칙적으로 그 주장을 필요로 한다고 보아야 하고 다만 간접적 주장의

변론주의의 적용대상임을 밝히면서, 변론 전체의 취지 등에 의하여 '신의칙에 반하여 무효'라는 주장을 한 것이라고 보는 경우에는 상대방에게 의견진술의 기회를 주어야 함을 적시한 비주류적 판례도 있다.[180] [181]

직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 증명책임의 원칙이 적용되므로,[182] 신의칙 위배나 권리남용에 해당하는 사정의 증명책임은 그 권리행사를 부정하는 측에게 있다.[183]

'합법성의 원칙'이 신의성실의 원칙보다 우월하므로, 신의칙은 합법성의 원칙을 희생해서라도 구체적 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 예외적으로 적용된다.[184]

인정이나 적극적인 석명권의 행사 등으로 구체적인 타당성을 꾀해야 할 것이다.

180) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다73284 판결; 피고 회사 운영 골프장에서 경기보조원으로 근무하는 원고에게 피고 회사가 골프장 출입제한 처분을 함으로써 원고에게 경기보조원으로서의 지위가 상실되는 불안·위험이 발생하게 된 **사안**에서, "법원은 변론주의의 원칙상 법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 관한 한 당사자가 주장하지 아니한 사실을 기초로 판단할 수 없는 것"이라고 하면서, "원고는 피고 회사와 사이에 사용·종속관계가 있는 근로자임을 전제로 피고 회사가 원고에 대하여 한 위 출입제한처분이 노동조합 및 노동관계조정법상의 부당노동행위에 해당하거나 근로기준법상의 정당한 이유 없는 해고에 해당하여 무효이므로 그 무효확인을 구한다고 주장하고 있을 뿐 이와 달리 원고와 피고 회사 사이에 근로계약관계와 유사한 법률관계가 있음을 전제로 위 출입제한처분이 신의칙에 반하여 무효라고 주장한 적이 없음은 명백하고, 설령 원고가 변론 전체의 취지 등에 의하여 위와 같은 주장을 한 것이라고 본다고 하더라도 법원은 당사자가 명백히 간과한 것으로 인정되는 법률상의 사항에 관하여는 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하므로, 피고 회사가 이 점에 관하여 아무런 답변이나 항변을 하지 아니하고 있는 상황에서 원심으로서는 그에 관한 피고 회사의 견해를 묻고 법률상 및 사실상 반대 주장을 할 수 있는 기회를 부여한 다음 그러한 판단에 나아갔어야 할 것이다. 그럼에도 원심은 원고가 주장하지도 아니한 사유에 기초하여 피고 회사에 의견진술의 기회조차 부여하지 아니한 채 원고와 피고 회사 사이에 근로계약관계와 유사한 법률관계가 있음을 전제로 피고 회사의 원고에 대한 위 출입제한처분이 신의칙에 반하여 무효라고 판단하여 원고의 청구를 인용하였으니, 거기에는 변론주의 원칙 등에 위반하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다."라고 판시.

181) 그러나 그 후 대법원 2015. 3. 20. 선고 2013다88829 판결은 직권조사사항이라는 종래의 일반론을 다시금 판시하였다(甲(원고)이 乙(원심 공동피고)이 장래 설립·운영할 丙 회사(피고)에 토지를 현물로 출자하거나 매도하기로 약정하고, 丙 회사 설립 후 소유권이전등기를 마쳐 준 다음, 회장 등 직함으로 장기간 丙 회사의 경영에 관여해 오다가, 丙 회사가 설립된 때부터 약 15년이 지난 후에 토지 양도의 무효를 주장하면서 소유권이전등기의 말소를 구한 **사안**에서, 위 약정은 상법 제290조 제3호에서 정한 재산인수로서 정관에 기재가 없어 무효이나, 丙 회사로서는 丙 회사 설립에 직접 관여하여 토지에 관한 재산인수 약정을 체결하고 이를 이행한 다음 설립 후에는 장기간 丙 회사의 경영에까지 참여하여 온 甲이 이제 와서 丙 회사 설립을 위한 토지 양도의 효력을 문제 삼지 않을 것이라는 정당한 신뢰를 가지게 되었고, 甲의 양도대금채권이 시효로 소멸하였으며, 甲이 丙 회사 설립 후 15년 가까이 지난 다음 토지의 양도가 정관의 기재 없는 재산인수임을 내세워 자신이 직접 관여한 회사설립행위의 효력을 부정하면서 무효를 주장하는 것은 회사의 주주 또는 회사채권자 등 이해관계인의 이익 보호라는 상법 제290조의 목적과 무관하거나 오히려 이에 배치되는 것으로서 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 한 다음, '토지에 관한 재산인수의 효력이 무효라는 원고의 주장이 (**직권으로**) 신의성실의 원칙에 위배되는지 살피지 아니하고, 그 무효라는 이유만으로 피고 회사 앞으로 마친 그 소유권이전등기의 말소를 명한 원심의 판단에는 신의성실의 원칙에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.' 한 사례).

182) 대법원 1997. 7. 25. 선고 96다39301 판결.

183) 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결; "일반적으로는 동시이행의 관계가 인정되는 경우에는 그러한 항변권을 행사하는 자의 상대방이 그 동시이행의 의무를 이행하기 위하여 과다한 비용이 소요되거나 또는 그 의무의 이행이 실제적으로 어려운 반면 그 의무의 이행으로 인하여 항변권자가 얻는 이득은 별달리 크지 아니하여 동시이행의 항변권의 행사가 주로 자기 채무의 이행만을 회피하기 위한 수단이라고 보여지는 경우에는 그 항변권의 행사는 권리남용으로서 배척되어야 할 것이나, … 원고가 위와 같은 특별한 사정의 존재를 입증한 바 없으므로 원심이 피고의 동시이행의 항변권의 행사를 받아들여 … 이행하도록 명한 것은 정당하고"

따라서 '강행법규'를 위반한 자가 약정의 무효를 주장하는 것만으로는 신의칙에 반하는 것이 아니므로, 신의칙 위반의 근거가 되는 특별한 사정(신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건 + 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정)[185]을 추가적으로 주장·증명하여야 한다.[186] 이는 의사무능력자 법률행위 무효의 경우에도 마찬가지이다.[187]

신의성실의 원칙은 '신중을 기하여 극히 예외적으로' 인정하여야 하고, 유효하게 성립한 계약에 따른 급부이행 청구에 대하여 법원이 그 급부의 일부를 감축하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.[188]

---

184) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다44518 판결; "사적 자치의 영역을 넘어 공공질서를 위하여 공익적 요구를 선행시켜야 할 경우 합법성의 원칙은 신의성실의 원칙보다 우월한 것이므로, 신의성실의 원칙은 합법성의 원칙을 희생하여서라도 구체적 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 예외적으로 적용되는 것인바, 어떠한 경우에 합법성의 원칙보다 구체적 신뢰보호를 우선할 필요가 있는지를 판단하기 위하여는 신뢰보호를 주장하는 사람에게 위법행위와 관련한 주관적 귀책사유가 있는지 여부 및 그와 같은 신뢰가 법적으로 보호할 가치가 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다."(피고 회사가 소외인 소유의 농지에 관하여 매매계약을 체결하고 피고 회사 명의로 소유권이전청구권가등기를 마쳤는데, 소외인을 대위한 원고 보증기금이 위 매매계약이 구 농지개혁법상 무효임을 이유로 가등기 말소를 구한 사안에서, 위 등기가 이루어지게 된 경위에는 불법을 인식한 채 매매계약을 체결한 피고 회사에도 귀책사유가 있으므로, 원고의 청구가 신의칙에 반한다고 본 원심판결에 위법이 있다고 한 사례) ⇔ 국가가 손해배상금과의 이중지급을 이유로 부당이득으로 형사보상금의 반환을 청구하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 한 사례로는 대법원 2021. 11. 25. 선고 2017다258381 판결 참조.

185) 대법원 2018. 7. 11. 선고 2016다9261, 9278 판결.

186) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288757 판결; "강행법규를 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장이 권리남용에 해당되거나 신의성실 원칙에 반한다고 할 수 없다. 상법 제374조 제1항 제1호 … 주식회사가 주주의 이익에 중대한 영향을 미치는 계약을 체결할 때에는 주주총회의 특별결의를 얻도록 하여 그 결정에 주주의 의사를 반영하도록 함으로써 주주의 이익을 보호하려는 강행법규라고 할 것이므로, 주식회사가 영업의 전부 또는 중요한 일부를 양도한 후 주주총회의 특별결의가 없었다는 이유를 들어 스스로 그 약정의 무효를 주장하더라도 주주 전원이 그와 같은 약정에 동의한 것으로 볼 수 있는 등 특별한 사정이 인정되지 않는다면 위와 같은 무효 주장이 신의성실 원칙에 반한다고 할 수는 없다. … 피고의 주주 중 84%의 지분을 가진 주주들이 이 사건 양도계약에 동의하였다는 사정만으로는 피고의 무효 주장을 배척할 만한 특별한 사정이 있다고 볼 수 없다." ☞ 즉, 이 경우 신의칙 위반 주장이 인용되기 위해서는, '주주 전원이 약정에 동의한 것으로 볼 수 있는 등의 특별한 사정'까지 주장·증명하여야 한다. ☛ 강행법규 위반으로 원인무효임을 이유로 한 말소등기청구가 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다고 본 예로는 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019다277157 판결 참조.

187) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다51627 판결; "의사무능력자의 사실상의 후견인이었던 아버지의 보조를 받아 의사무능력자가 자신의 명의로 대출계약을 체결하고 의사무능력자 소유 부동산에 관하여 근저당권을 설정한 후, 의사무능력자의 여동생이 특별대리인으로 선임되어 위 대출계약 및 근저당권설정계약의 효력을 부인하는 경우에, 이러한 무효 주장이 거래관계에 있는 당사자의 신뢰를 배신하고 정의의 관념에 반할 것 같은 예외적인 경우에 해당하지 않는 한, 의사무능력자에 의하여 행하여진 법률행위의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 할 수 없다."

188) 대법원 2016. 12. 1. 선고 2016다240543 판결; "유효하게 성립한 계약상의 책임을 공평의 이념 또는 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한하는 것은 사적 자치의 원칙이나 법적 안정성에 대한 중대한 위협이 될 수 있으므로, 채권자가 유효하게 성립한 계약에 따른 급부의 이행을 청구하는 때에 법원이 그 급부의 일부를 감축하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다."(甲 공사가 乙 회사와 체결한 전기공급계약에 따라 전기를 공급한 후 착오로 청구하지 않았던 전기요금의 지급을 구하자 乙 회사가 채무부존재 확인을 구한 사안에서, 전기요금채무를 1/2로 감액한 원심이 잘못이라고 한 예) ☛ ❶ 신의칙에 기한 계약상 책임 제한은 '신중을 기하여 극히 예외적으로'

나. 인과법인

1) 사망한 사람의 당사자능력

당사자능력은 민사소송법에 특별한 규정이 없으면 민법, 그 밖의 법률에 따르는데(민사소송법 제51조), 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 되므로(민법 제3조)[189] 생존한 동안 당사자능력을 갖고, 사망하면 당사자능력을 잃는다.[190]

가) 사망한 사람을 원고로 하여 제기된 소

소장이 접수되기 전에 사망한 사람을 원고로 하여 제기된 소는 부적법하여 각하된다(마찬가지로, 사망자인 선정자가 선정당사자를 선정하여 제기한 소도 부적법하다[191]). 파산선고 전에 '채권자'가 채무자를 상대로 '이행청구의 소'를 제기하거나 '채무자'가 채권자를 상대로 '채무부존재확인의 소'를 제기하였는데 그 소장 부본이 송달되기 전에 채권자나 채무자에 대하여 '파산선고'가 이루어진 경우, 그 소는 부적법하다.[192]

인정하여야 한다(2012다64253; 주식양수도계약상 진술 및 보증 조항 위반 손해배상 합의에 따른 청구가 신의칙에 반하여 허용될 수 없다고 본 원심을 파기한 예). ❷ 시행대행사, 시행사, 시공사 간 공동주택 신축·분양 사업약정상 이익금 정산 조항의 효력을 일부 제한하여, 예정 사업기간 이후 발생 금융비용 중 일부만 세전이익에서 공제한 것은 잘못이라고 한 예(대법원 2024. 4. 4. 선고 2022다239131, 239148 판결). ⬌ **[신의칙에 기한 계약상 책임 제한을 긍정한 예]** ❶ 리스대상 물건 공급자와 리스회사 간 재매입약정에 의한 재매입 대금 지급책임을 신의칙상 합리적인 범위 내로 제한할 수 있는지 심리·판단했어야 한다고 한 예(2010다59622). ❷ 손해담보계약상 담보권리자의 고의·과실로 손해가 야기되는 등의 구체적인 사정에 비추어 담보권리자의 권리 행사가 신의칙에 반하는 경우에는 그 권리 행사의 전부 또는 일부가 제한될 수는 있다(2000다72572).

189) **민법 제3조는 권리능력**의 주체가 되는 사람의 시기와 종기에 관한 규정으로서, 현재의 통설·판례인 전부노출설에 의하면 **태아의 권리능력**은 이 조항에 의하여 원칙적으로 인정되지 않고(2004헌바81), 민법은 태아의 권리능력에 관하여 개별주의를 취하여, 태아의 법적 보호를 위해 불법행위에 기한 손해배상청구(제762조), 재산상속(제1000조 제3항), 대습상속(제1001조), 유증(제1064조)과 같이 개별적으로 특별규정을 두어 '이미 출생한 것으로 본다.'라고 의제하고 있다(81다534). 예컨대, 태아에게도 부모의 부상으로 입게 될 정신적 고통에 대한 위자료가 인정된다(93다4663). 태아로 있는 동안은 권리능력을 취득할 수 없으니 살아서 출생한 때에 출생시기가 문제의 사건의 시기까지 소급하여 그 때에 태아가 출생한 것과 같이 법률상 보아준다고 해석하므로(법정정지조건설, 인격소급설), 태아가 모체와 같이 사망하여 출생의 기회를 못 가지면 배상청구권을 논할 여지가 없다(76다1365). 태아에 대한 사인증여(제562조) 등 수증능력은 인정되지 않는다(81다534). 계약자유의 원칙상 태아를 피보험자로 하는 상해보험계약은 유효하고, 그 보험계약이 정한 바에 따라 보험기간이 개시된 이상 출생 전이라도 태아가 보험계약에서 정한 우연한 사고로 상해를 입었다면 이는 보험기간 중에 발생한 보험사고에 해당한다(대법원 2019. 3. 28. 선고 2016다211224 판결).

190) 당사자능력은 소송요건이고 직권조사사항이다. 사망한 사람을 당사자로 하는 소제기는 부적법하여 각하되어야 하나, 당사자표시정정으로 폭 넓게 보정이 허용된다. 소송 계속 중 당사자가 사망하면 소송수계사유가 된다.

191) 대법원 2016. 7. 22. 선고 2013다95070 판결; 원심이, 실재하지 않은 사망자인 선정자 소외인이 선정당사자를 선정하여 제기한 소는 처음부터 부적법한 것이어서 소외인의 재산상속인인 선정자 221의 소송수계신청은 허용될 수 없으므로, 소송수계신청이 적법함을 전제로 한 선정자 221에 대한 1심판결은 당연 무효로서 항소의 대상이 될 수 없을 뿐만 아니라, 사망자의 지위를 승계한 선정자 221의 항소는 부적법하다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

192) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다289828 판결; "사망한 사람을 원고로 표시하여 소를 제기하는 것 역시 특별한 경우를 제외하고는 적법하지 않다. 파산선고 전에 채권자가 채무자를 상대로 이행청구의 소를 제기하거나 채무자가 채권자를 상대로 채무 부존재 확인의 소를 제기하였더라도, 만약 그 소장 부본이 송달되기 전에 채권자나 채무자에 대하여 파산선고가 이루어졌다면 이러한 법리는 마찬가지로 적용된다. 파산재단에 관한 소송에서 채무자는 당사자적격이 없으므로, 채무자가 원고가 되어 제기한 소는 부적법한 것으로서 각하되어야 하고(채무자

당사자가 소송대리인에게 소송위임을 한 다음 소 제기 전 사망하였는데 소송대리인이 이를 모르고 사망한 당사자를 원고로 표시하여 소를 제기한 경우, 그 소 제기는 적법하다.[193]

부재자의 재산관리인이 부재자의 대리인으로서 소를 제기하여 그 소송계속 중에 부재자에 대한 실종선고가 확정되어 그 소 제기 이전에 부재자가 사망한 것으로 간주되는 경우에도, 위 소 제기 자체가 소급하여 당사자능력이 없는 사망한 자가 제기한 것으로 되는 것은 아니다.[194]

개인이나 법인이 과세처분에 대하여 심판청구 등을 제기하여 전심절차를 진행하던 중 사망하거나 흡수합병되는 등으로 당사자능력이 소멸하였으나, 전심절차에서 이를 알지 못한 채 사망하거나 합병으로 인해 소멸된 당사자를 청구인으로 표시하여 그 청구에 관한 결정이 이루어지고, 상속인이나 합병법인이 위 결정에 불복하여 소를 제기하면서 소장에 착오로 소멸한 당사자를 원고로 기재하였다면, 이러한 경우 실제 소를 제기한 당사자는 상속인이나 합병법인이고 다만 그 표시를 잘못한 것에 불과하므로, 법원으로서는 이를 바로잡기 위한 당사자표시정정신청을 받아들인 후 본안에 관하여 심리·판단하여야지, 소가 부적법하다 하여 각하할 것은 아니다.[195]

회생 및 파산에 관한 법률 제359조), 이 경우 파산선고 당시 법원에 소송이 계속되어 있음을 전제로 한 파산관재인의 소송수계신청 역시 적법하지 않으므로 허용되지 않는다."

193) 대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결; "당사자가 사망하더라도 소송대리인의 소송대리권은 소멸하지 아니하므로(민사소송법 제95조 제1호), 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 한 다음 소 제기 전에 사망하였는데 소송대리인이 당사자가 사망한 것을 모르고 그 당사자를 원고로 표시하여 소를 제기하였다면 이러한 소의 제기는 적법하고, 시효중단 등 소 제기의 효력은 상속인들에게 귀속된다. 이 경우 민사소송법 제233조 제1항이 유추적용되어 사망한 사람의 상속인들은 그 소송절차를 수계하여야 한다."

194) 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2455 판결; "실종선고를 받은 자는 민법 제28조의 규정에 의하여 같은 법 제27조 소정의 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 보게 되어 있기는 하나, 그 실종선고의 효력이 발생하기 전에는 실종기간이 만료된 실종자라 하여도 소송상 당사자능력을 상실하는 것은 아니므로 실종선고 확정 전에는 실종기간이 만료된 실종자를 상대로 하여 제기된 소도 적법하고 실종자를 당사자로 하여 선고된 판결도 유효하며 그 판결이 확정되면 기판력도 발생한다고 할 것이다. … 실종자를 당사자로 한 판결이 확정된 후에 실종선고가 확정되어 그 사망간주의 시점이 소 제기 전으로 소급하는 경우에도 위 판결 자체가 소급하여 당사자능력이 없는 사망한 사람을 상대로 한 판결로서 무효가 된다고는 볼 수 없다. 당원은 이전에 부재자의 재산관리인이 부재자의 대리인으로서 소를 제기하여 그 소송계속 중에 부재자에 대한 실종선고가 확정되어 그 소 제기 이전에 부재자가 사망한 것으로 간주되는 경우에도 위 소제기 자체가 소급하여 당사자능력이 없는 사망한 자가 제기한 것으로 되는 것은 아니고 이때에는 소송계속 중에 당사자가 사망한 경우와 마찬가지로 소송이 중단되며 부재자의 상속인 등이 이를 수계할 수 있다고 판시하였는바, 이처럼 실종선고의 소급효가 제한되는 것은 … 실종자를 피고로 하는 판결이 확정된 후에 실종선고가 확정된 경우에도 마찬가지라고 보아야 할 것이다. … 실종자에 대하여 공시송달의 방법으로 소송서류가 송달된 끝에 실종자를 피고로 하는 판결이 확정된 경우에는 실종자의 상속인으로서는 실종선고 확정 후에 실종자의 소송수계인으로서 위 확정판결에 대하여 소송행위의 추완에 의한 상소를 하는 것이 가능할 것이다."

195) 대법원 2016. 12. 27. 선고 2016두50440 판결(흡수합병으로 해산한 법인 명의로 부과처분취소소송을 제기한 후 존속 합병법인 명의로 당사자표시정정신청을 한 사안), 대법원 1994. 12. 2. 선고 93누12206 판결(망 피상속인 명의로 취소소송을 제기한 후 상속인들 명의로 소송수계신청을 한 사안에서, 소송수계신청을 당사자표시정정신청으로 보아야 한다고 한 예).

신분관계 소송에서 보조참가인의 재심청구 당시 피참가인인 재심청구인이 이미 사망하여 당사자능력이 없다면, 이를 허용하는 규정 등이 없는 한, 보조참가인의 재심청구는 허용되지 않는다(이는 이해관계인들의 이익을 위하여 공익의 대표자인 검사를 상대방으로 삼아 소송을 할 수 있도록 하는 경우와는 구별된다).[196]

나) 사망한 사람을 피고로 하여 제기된 소

사망한 사람을 피고로 하여 소를 제기하는 것은 실질적 소송관계가 이루어질 수 없어 부적법하고, 소 제기 당시에는 피고가 생존하였으나 소장 부본이 송달되기 전에 사망한 경우에도 마찬가지이다.[197]

원고가 피고의 사망 사실을 '모르고' 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우에, 사실상의 피고는 사망자의 상속인이고 다만 그 표시를 그릇한 것에 불과하므로, 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정함을 허용할 것이지, 부적법한 소라 하여 각하할 것이 아니다.[198] 여기서 실질적인 피고로 해석되는 '사망자의 상속인'은 '실제로 상속을 하는 사람'을 가리키므로, 제1순위 상속인이라도 상속을 포기한 경우에는 이에 해당하지 아니하고, 후순위 상속인이라도 선순위 상속인의 상속포기 등으로 실제로 상속인이 되는 경우에는 이에 해당한다.[199] 채권자인 원고가 채무자의 사망 이후 그 1순위 상속인의 '상속포기 사실을 알지 못하고' 1순위 상속인을 상대로 소를 제기한 경우에도 실질적인 피고

196) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018므14210 판결; 피고 공동소송적 보조참가인이 재심대상인 친생자부인 소송의 피고였던 소외 2의 자녀로서 재심대상판결에 재심사유가 있다고 주장하면서 재심청구인인 소외 2가 사망하였음을 이유로 피고(재심원고)를 '검사'로 표시하고, 재심피청구인인 소외 1 역시 사망하였음을 이유로 검사(원고 겸 재심피고)를 상대로 재심의 소를 제기하면서 공동소송적 보조참가를 한 사안에서, 재심청구 당시 재심청구인 소외 2가 이미 사망하였고, 재심청구인의 지위가 상속되는 것도 아니므로, 보조참가인의 재심의 소는 부적법하다고 한 예. ☞ 한편, 90므1135 판결은, 이혼의 심판이 확정된 후 재심피청구인이 될 청구인이 사망한 경우, 검사를 상대방으로 한 소송을 허용하는 규정들을 유추적용하여 검사를 상대로 재심의 소를 제기할 수 있고, 재심소송의 계속 중 위 재심피청구인이 사망한 경우에는 검사로 하여금 그 소송을 수계하도록 하여 심리 결과 재심사유가 있다고 밝혀진다면 재심대상심판을 취소하고 이 단계에서는 이미 혼인한 부부 중 일방의 사망으로 소송이 그 목적물을 잃어버렸기 때문에 이를 이유로 소송이 종료되었음을 선언하여야 한다고 판시한 바 있다.

197) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다289828 판결.

198) 대법원 1969. 12. 9. 선고 69다1230 판결. ☛ 마찬가지로, 재심원고가 재심대상판결 확정 후에 이미 사망한 당사자를 그 사망사실을 모르고 재심피고로 표시하여 재심의 소를 제기하였을 경우에 사실상의 재심피고는 사망자의 상속인이고 다만 그 표시를 그릇한 것에 불과하다고 해석함이 타당하므로 사자를 재심피고로 하였다가 그 후 그 상속인들로 당사자 표시를 정정하는 소송수계 신청은 적법하다(82다146).

199) 대법원 2006. 7. 4.자 2005마425 결정; "원고가 피고의 사망 사실을 모르고 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우에, 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소제기 목적 내지는 사망 사실을 안 이후의 원고의 피고 표시 정정신청 등 여러 사정을 종합하여 볼 때에, 실질적인 피고는 당사자능력이 없어 소송당사자가 될 수 없는 사망자가 아니라 처음부터 사망자의 상속자이고 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 않는다고 인정된다면, 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다. 또한, 여기서 실질적인 피고로 해석되는 사망자의 상속인이라 함은 실제로 상속을 하는 사람을 가리킨다 할 것이고, 상속을 포기한 자는 상속 개시 시부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 되므로 제1순위 상속인이라도 상속을 포기한 경우에는 이에 해당하지 아니하며, 후순위 상속인이라도 선순위 상속인의 상속포기 등으로 실제로 상속인이 되는 경우에는 이에 해당한다."

는 적법한 상속채무자인 2순위 상속인이고 피고표시정정의 대상이 되며, 비록 소송에서 피고의 표시를 바꾸면서 피고경정의 방법을 취하였다 해도 피고표시정정으로서의 법적 성질 및 효과는 잃지 않는다.[200]

한편, 판례는, 원고가 채무자의 사망 사실을 '알면서도' 그를 피고로 기재하여 소를 제기한 경우에도, 소 제기 후 바로 사실조회신청을 하여 상속인을 확인한 다음 피고표시정정신청서를 제출한 사정 등에 비추어 보면 실질적인 피고는 당사자능력이 없어 소송당사자가 될 수 없는 사망자인 소외인이 아니라 처음부터 사망자의 상속인인 피고이고 다만 소장의 표시에 잘못이 있었던 것에 불과하므로, 원고는 소외인의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다고 하여 당사자표시정정을 허용하고 있다.[201]

사망자를 피고로 하는 부적법한 소에 대하여 선고된 판결은 '당연 무효'이고[202](이는

200) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다49964 판결; "상속개시 이후 상속의 포기를 통한 상속채무의 순차적 승계 및 그에 따른 상속채무자 확정의 곤란성 등 상속제도의 특성에 비추어 위의 법리는 채권자가 채무자의 사망 이후 그 1순위 상속인의 상속포기 사실을 알지 못하고 1순위 상속인을 상대로 소를 제기한 경우에도 채권자가 의도한 실질적 피고의 동일성에 관한 위 전제요건이 충족되는 한 마찬가지로 적용이 된다고 보아야 할 것이다." ☎ 원고로부터 1997. 10. 27. 3,000만 원을 차용한 소외 1이 2003. 4. 7. 사망하고, 망인의 1순위 상속인인 자녀 소외 2, 3의 상속포기신고가 2003. 10. 6. 수리되었으므로 망인의 형제인 피고들 및 1심 공동피고 소외 4 등 4인이 2순위 상속인으로서 위 대여금채무를 상속하게 되었는데, 원고는 2007. 10. 25. 1순위 상속인인 소외 2, 3을 피고로 하여 소를 제기하였다가 위 대여금채권이 성립한 때부터 10년이 지난 후인 2008. 6. 19. 피고를 2순위 상속인인 피고들 및 소외 4로 바꾸는 피고경정신청서를 1심법원에 제출한 **사안**에서, **원심**이, 피고의 경정이 있는 경우 시효중단의 효과는 경정신청서를 제출한 때에 발생하는데 위 대여금채권은 원고가 피고경정신청서를 제출한 당시에 이미 10년의 소멸시효기간이 지나 시효로 소멸하였다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "원고는 처음에 위 망인의 1순위 상속인들의 상속포기사실을 알지 못하고 그들을 상대로 이 사건 소를 제기하였다가 제1심 소송 도중에 이를 알게 되어 피고를 위 망인의 적법한 상속인인 피고들 및 소외 4로 바꾸어 달라고 법원에 신청한 것임을 알 수 있는바, … 원고가 의도한 이 사건 소의 실질적인 피고는 상속포기의 소급효로 말미암아 처음부터 상속채무에 관한 법률관계의 당사자가 될 수 없는 1순위 상속인이 아니라 적법한 상속채무자인 2순위 상속인인 피고들이라 할 것인데 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 아니하여 피고표시정정의 대상이 된다 할 것이고, 이와 같이 변경 전후 당사자의 동일성이 인정됨을 전제로 진정한 당사자를 확정하는 표시정정의 대상으로서의 성질을 지니는 이상 비록 소송에서 피고의 표시를 바꾸면서 피고경정의 방법을 취하였다 해도 피고표시정정으로서의 법적 성질 및 효과는 잃지 않는다고 보아야 할 것이다. 따라서 이 사건 소의 진정한 당사자로 확정되는 피고들이 상속한 이 사건 대여금채무는 그 소멸시효기간이 지나기 전의 이 사건 소의 제기로써 시효의 진행이 중단된 것으로 보아야 할 것임에도 그와 달리 제1심에서의 피고경정신청의 실질에 관하여 살피지 아니한 … 원심판결에는 … 위법이 있다."라고 판단한 예.

201) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다99040 판결; 소외인의 은행에 대한 대출금채무에 대하여 신용보증을 한 원고가 2004. 8. 20. 대출원리금을 대위변제하였고, 소외인은 2000. 1. 3. 사망하여 피고가 그 상속인이 되었는데, 원고는 2009. 7. 30. 소외인을 피고로 기재한 소장에 소외인의 사망사실이 기재된 주민등록초본과 관리기업기본정보표를 첨부하여 1심법원에 제출한 다음, 2009. 8. 3. 소외인의 상속인을 확인할 수 있는 가족관계증명서 등에 관한 사실조회를 신청하였고, 2009. 8. 28. 도착한 사실조회 결과에 따라 2009. 9. 10. 피고의 표시를 소외인에서 현재의 피고로 정정하는 신청서를 제출한 **사안**에서, "이 사건 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소 제기 목적, 소 제기 후 바로 사실조회신청을 하여 상속인을 확인한 다음 피고표시정정신청서를 제출한 사정 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건의 실질적인 피고는 당사자능력이 없어 소송당사자가 될 수 없는 사망자인 소외인이 아니라 처음부터 사망자의 상속인인 피고이고 다만 소장의 표시에 잘못이 있었던 것에 불과하므로, 원고는 소외인의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있고, 따라서 당초 소장을 제출한 때에 소멸시효중단의 효력이 생긴다고 할 것이다."라고 판시하여 원심 판단이 정당하다고 한 예.

202) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결; "사망자를 피고로 하는 소제기는 원고와 피고의 대립당사자

사망자를 채무자로 한 '지급명령'의 경우에도 동일하다),[203] 거기에는 시효중단 효력이 없다.[204] 이는 사망자를 피신청인으로 한 가압류의 경우에도 동일하다.[205]

다) 소송 중 당사자 사망·합병과 소송절차의 중단·수계 또는 종료

(1) 소송절차의 중단·수계

소송 계속 중 당사자가 사망한 때에는 소송절차가 중단되고(지급명령 신청에도 준용된다[206]), 상속인·상속재산관리인[207] 등이 소송절차를 수계하여야 한다.[208] 소송절차의

구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 그 판결은 당연무효이며, 그 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다. 이러한 법리는 소제기 후 소장부본이 송달되기 전에 피고가 사망한 경우에도 마찬가지로 적용된다." ☞ 사망한 사람을 당사자로 하여 선고된 당연무효 판결은 확정력이 없어 그 재심의 소는 부적법하다(94다16564).

203) 대법원 2017. 5. 17. 선고 2016다274188 판결.

204) ❶ 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다94312 판결; "민법 제170조 제1항은 재판상 청구가 민법 제168조에 의하여 시효중단사유가 됨을 전제로 '재판상의 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효중단의 효력이 없다.'고 규정하고, 같은 조 제2항은 '전항의 경우에 6월 내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 압류 또는 가압류, 가처분을 한 때에는 시효는 최초의 재판상 청구로 인하여 중단된 것으로 본다.'고 규정함으로써 최초의 재판상 청구에 소송요건의 결여 등의 흠이 있는 경우 일정기간 내에 새로운 재판상 청구 등이 이루어지면 최초의 제소 시로 시효중단의 소급을 인정하고 있다. 그런데 이미 사망한 자를 피고로 하여 제기된 소는 부적법하여 이를 간과한 채 본안 판단에 나아간 판결은 당연무효로서 그 효력이 상속인에게 미치지 않고, 채권자의 이러한 제소는 권리자의 의무자에 대한 권리행사에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 상속인을 피고로 하는 당사자표시정정이 이루어진 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한, 거기에는 애초부터 시효중단 효력이 없어 민법 제170조 제2항이 적용되지 않는다고 봄이 타당하고, 법원이 이를 간과하여 본안에 나아가 판결을 내린 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다." ❷ 대법원 2015. 8. 13. 선고 2015다209002 판결; "소 제기 당시 이미 사망한 당사자와 그 상속인이 공동원고로 표시된 손해배상청구의 소가 제기된 경우, 이미 사망한 당사자 명의로 제기된 소 부분은 부적법하여 각하되어야 할 것일 뿐이고, 이와 같은 소의 제기로써 그 상속인이 자기 고유의 손해배상청구권뿐만 아니라 이미 사망한 당사자의 손해배상청구권에 대한 자신의 상속분에 대해서까지 함께 권리를 행사한 것으로 볼 수는 없다."

205) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다26287 판결.

206) 지급명령의 신청에는 그 성질에 어긋나지 아니하면 소에 관한 규정을 준용한다(민사소송법 제464조). 따라서 지급명령이 송달된 후 이의신청 기간 내에 회생절차개시결정 등과 같은 소송중단 사유가 생긴 경우에는 민사소송법 제247조 제2항(소송절차의 중단 또는 중지는 기간의 진행을 정지시키며, 소송절차의 수계사실을 통지한 때 또는 소송절차를 다시 진행한 때부터 전체기간이 새로이 진행된다)이 준용되어 그 이의신청 기간의 진행이 정지된다(2012다70012).

207) ❶ 대법원 2010. 12. 23. 선고 2007다22859 판결; "유언자가 자신의 재산 전부 또는 전 재산의 비율적 일부가 아니라 단지 일부 재산을 특정하여 유증한 데 불과한 특정유증의 경우에는, 유증 목적인 재산은 일단 상속재산으로서 상속인에게 귀속되고 유증을 받은 자는 단지 유증의무자에 대하여 유증을 이행할 것을 청구할 수 있는 채권을 취득하게 될 뿐이므로, 유증자가 사망한 경우 그의 소송상 지위도 일단 상속인에게 당연승계되는 것이고 특정유증을 받은 자가 이를 당연승계할 여지는 없다." ❷ 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다21802 판결; "원고는 부모를 모르는 고아로서 일가창립에 의하여 취득한 호적에는 상속인이 없는 것으로 되어 있으므로 … 상속인의 존부가 분명하지 않은 경우에 해당한다 할 것인데, 민법 제1053조 제1항은, '상속인의 존부가 분명하지 아니한 때에는 법원은 제777조의 규정에 의한 피상속인의 친족 기타 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 상속재산관리인을 선임하고 지체없이 이를 공고하여야 한다.'고 규정하고 있고, 이러한 상속재산관리인은 민사소송법에 따라 소송을 수계할 수 있는 것이므로, 제1심으로서는 소송절차를 중단한 채 상속재산관리인의 선임을 기다려 그로 하여금 소송을 수계하도록 하였어야" ☞ 본안판단으로 소송수계신청인의 청구를 기각한 원심과 제1심을 파기 및 취소하고, 소송수계신청인의 소송수계신청을 기각하면서, 소송이 중단된 채 제1심에 계속되어 있음을 명백히 하는 의미에서 사건을 제1심 법원에 환송한 예.

208) **민사소송법 제233조(당사자의 사망으로 말미암은 중단)** ① 당사자가 죽은 때에 소송절차는 중단된다. 이 경우

중단은 당사자 측의 수계신청,[209] 법원의 속행명령[210]에 의하여 해소된다.

사망 당사자에게 소송대리인이 있는 경우, 사망 시에 소송절차는 중단되지 아니하고,[211] 소송대리권은 소멸되지 아니하며,[212] 법률상 당연히 상속인의 소송대리인으로 취급되어 상속인들 모두를 위하여 소송을 수행하게 되고, 그 판결의 효력은 상속인들 모두에게 미친다.[213] 이 경우 심급대리의 원칙상 판결 정본이 소송대리인에게 송달되면 소송

상속인·상속재산관리인, 그 밖에 법률에 의하여 소송을 계속하여 수행할 사람이 소송절차를 수계하여야 한다. ② 상속인은 상속포기를 할 수 있는 동안 소송절차를 수계하지 못한다.

209) **소송절차의 수계신청**은 상대방도 할 수 있고(민사소송법 제241조), 소송절차의 수계신청이 있는 때에는 법원은 상대방에게 이를 통지하여야 하며(제242조), 소송절차의 수계신청은 법원이 직권으로 조사하여 이유가 없다고 인정한 때에는 결정으로 기각하여야 하고, 재판이 송달된 뒤에 중단된 소송절차의 수계에 대하여는 그 재판을 한 법원이 결정하여야 한다(제243조). ☛ ❶ 2006재다171; "원고는 원심에서 대표자 표시변경신청을 하였고 이는 소송수계신청의 취지로 보아야 할 것 … 소송수계신청의 적법 여부는 법원의 직권조사 사항으로서 조사의 결과 수계가 이유 없다고 인정할 경우에는 결정으로서 이를 기각하여야 되나, 이유 있을 때에는 별도의 재판을 할 필요 없이 그대로 소송절차를 진행할 수 있는 것" ❷ 2016다222712; "상고이유서 제출기간이 지난 다음에 소송수계신청을 하였다. 그러나 상고심 소송절차가 이와 같은 단계에 이르러 변론 없이 판결을 선고할 때에는 신설회사로 하여금 소송절차를 수계하도록 할 필요가 없으므로, 소송수계신청은 받아들이지 않는다." ❸ 파산재단에 관한 소송에서 채무자는 당사자적격이 없으므로, 채무자가 원고가 되어 제기한 소는 부적법한 것으로서 각하되어야 하고, 이 경우 파산선고 당시 법원에 소송이 계속되어 있음을 전제로 한 파산관재인의 소송수계신청 역시 적법하지 않으므로 허용되지 않는다(2017다289828). ❶ 상소제기에 관한 특별수권이 부여되어 있는 망인의 소송대리인이 상소를 제기한 이후부터는 그 소송대리권이 소멸함에 따라 망인의 공동상속인 중 수계절차를 밟은 일부 상속인 외에 나머지 상속인에 대한 소송절차는 중단된 상태에 있으므로, 위 나머지 상속인 또는 상대방이 그 소송절차가 중단된 상태에 있는 상소심법원에 소송절차의 수계신청을 할 수 있다(2022그779).

210) **민사소송법 제244조(직권에 의한 속행명령)** 법원은 당사자가 소송절차를 수계하지 아니하는 경우에 직권으로 소송절차를 계속하여 진행하도록 명할 수 있다.

211) **민사소송법 제238조(소송대리인이 있는 경우의 제외)** 소송대리인이 있는 경우에는 제233조 제1항, 제234조 내지 제237조의 규정을 적용하지 아니한다. ☛ 당사자의 사망(제233조 제1항), 법인의 합병(제234조), 소송능력의 상실, 법정대리권의 소멸(제235조), 수탁자의 임무 종료(제236조), 자격상실(제237조)로 인한 중단의 경우에 제238조가 적용되고, 파산(제239조), 파산절차 해지(제240조)로 인한 중단에는 제238조의 적용이 없이 당연히 소송절차가 중단된다.

212) **민사소송법 제95조(소송대리권이 소멸되지 아니하는 경우)** 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하더라도 소송대리권은 소멸되지 아니한다. 1. 당사자의 사망 또는 소송능력의 상실

213) 대법원 2023. 8. 18.자 2022그779 결정; "민사소송법 제95조 제1호, 제238조에 따라 소송대리인이 있는 경우에는 당사자가 사망하더라도 소송절차가 중단되지 않고 소송대리인의 소송대리권도 소멸하지 아니하는바, 이때 망인의 소송대리인은 당사자 지위의 당연승계로 인하여 상속인으로부터 새로이 수권을 받을 필요 없이 법률상 당연히 상속인의 소송대리인으로 취급되어 상속인들 모두를 위하여 소송을 수행하게 되는 것이고, 당사자가 사망하였으나 그를 위한 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 않는 경우에 비록 상속인으로 당사자의 표시를 정정하지 아니한 채 망인을 그대로 당사자로 표시하여 판결하였다고 하더라도 그 판결의 효력은 망인의 소송상 지위를 당연승계한 상속인들 모두에게 미치는 것이므로, 망인의 공동상속인 중 소송수계절차를 밟은 일부만을 당사자로 표시한 판결 역시 수계하지 아니한 나머지 공동상속인들에게도 그 효력이 미친다. … 당사자 표시가 잘못되었음에도 망인의 소송상 지위를 당연승계한 정당한 상속인들 모두에게 효력이 미치는 판결에 대하여 그 잘못된 당사자 표시를 신뢰한 망인의 소송대리인이나 상대방 당사자가 그 잘못 기재된 당사자 모두를 상소인 또는 피상소인으로 표시하여 상소를 제기한 경우에는, 상소를 제기한 자의 합리적 의사에 비추어 특별한 사정이 없는 한 정당한 상속인들 모두에게 효력이 미치는 위 판결 전부에 대하여 상소가 제기된 것으로 보는 것이 타당하다." ☛ 당사자가 사망하였으나 그를 위한 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 아니한 경우에는 원칙적으로 수송수계라는 문제가 발생하지 아니하고 그 소송대리인은 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하게 되는 것이며 그 사건의 판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다. 이 경우에 상속인이 밝혀진 경우에는 상속인을 소송승계인으로 하여 신당사자로 표시할 것이지만, 상속인이 누구인지 모를 때에는 망인을 그대로 당사자로 표시하여도 무방한 것이며 가령 신당사자를 잘못 표시하였다 하더라도 그 표시가 망인의 상속인, 소송승계인,

절차가 중단되나, 상소 제기에 관한 특별수권이 있어 상소를 제기한 경우[214]에는 상소 제기 시부터 소송절차가 중단된다.[215]

소송절차 중단을 간과하고 판결이 선고된 경우, 절차상 위법은 있지만 그 판결이 당연 무효라 할 수는 없고, 대리권흠결을 이유로 상소 또는 재심에 의하여 그 취소를 구할 수 있다.[216] 이는, 채무자가 채권자를 상대로 채무의 존재를 다투는 소송(채무부존재확인, 청구이의)을 하던 중 채무자에 대한 '파산선고'로 그 소송절차가 중단된 경우에도 마찬가지이다.[217]

소송수계인 등 망인의 상속인임을 나타내는 문구로 되어있으면 그 잘못 표시된 당사자에 대하여는 판결의 효력이 미치지 아니하고 여전히 정당한 상속인에 대하여 판결의 효력이 미치는 것으로 볼 것이다(91마342).

214) 망인의 소송대리인에게 상소제기에 관한 특별수권이 부여되어 있는 경우에는, 그에게 판결이 송달되더라도 소송절차가 중단되지 아니한 채 상소기간은 진행하므로 상소제기 없이 상소기간이 지나가면 그 판결은 확정되고, 한편 망인의 소송대리인이나 상속인 또는 상대방 당사자에 의하여 적법하게 상소가 제기되면 그 판결이 확정되지 않는다(2022그779).

215) 대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결: "당사자가 사망하였으나 소송대리인이 있는 경우 … 심급대리의 원칙상 판결정본이 소송대리인에게 송달되면 소송절차가 중단되므로 항소는 소송수계절차를 밟은 다음에 제기하는 것이 원칙이다. 다만 제1심 소송대리인이 상소제기에 관한 특별수권이 있어 상소를 제기하였다면 그 상소제기 시부터 소송절차가 중단되므로 항소심에서 소송수계절차를 거치면 된다. 그리고 소송절차 중단 중에 제기된 상소는 부적법하지만 상소심법원에 수계신청을 하여 그 하자를 치유시킬 수 있으므로, 상속인들로부터 항소심 소송을 위임받은 소송대리인이 소송수계절차를 취하지 아니한 채 사망한 당사자 명의로 항소장 및 항소이유서를 제출하였더라도, 상속인들이 항소심에서 수계신청을 하고 소송대리인의 소송행위를 적법한 것으로 추인하면 그 하자는 치유된다 할 것이고, 추인은 묵시적으로도 가능하다." ☛ '소송계속 중 법인 아닌 사단 대표자의 대표권이 소멸한 경우'에 관한 동일 취지의 판시로는 대법원 2016. 9. 8. 선고 2015다39357 판결 참조.

216) 대법원 1995. 5. 23. 선고 94다28444 전원합의체 판결: "당사자가 사망하여 실재하지 아니한 자를 당사자로 하여 소가 제기된 경우는 당초부터 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 것이므로, 그와 같은 상태 하에서의 판결은 당연무효라고 할 것이지만 일응 대립당사자 구조를 갖추고 적법히 소가 제기되었다가 소송도중 어느 일방의 당사자가 사망함으로 인해서 그 당사자로서의 자격을 상실하게 된 때에는 그 대립당사자 구조가 없어져 버린 것이 아니고, 그때부터 그 소송은 그의 지위를 당연히 이어 받게 되는 상속인들과의 관계에서 대립당사자 구조를 형성하여 존재하게 되는 것이고, 다만 상속인들이 그 소송을 이어 받는 외형상의 절차인 소송수계절차를 밟을 때까지는 실제상 그 소송을 진행할 수 없는 장애사유가 발생하였기 때문에 적법한 수계인이 수계절차를 밟아 소송에 관여할 수 있게 될 때까지 소송절차는 중단되도록 법이 규정하고 있을 뿐인바, 이와 같은 중단사유를 간과하고 변론이 종결되어 판결이 선고된 경우에는 그 판결은 소송에 관여할 수 있는 적법한 수계인의 권한을 배제한 결과가 되는 절차상 위법은 있지만 그 판결이 당연무효라 할 수는 없고, 다만 그 판결은 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 않았던 경우와 마찬가지로 보아 대리권흠결을 이유로 상소 또는 재심에 의하여 그 취소를 구할 수 있을 뿐이다. 따라서 이와 같은 판결이 선고된 후 그 상속인들이 수계신청을 하여 판결을 송달받아 상고하거나 … 적법한 상속인들이 사실상 송달을 받아 상고장을 제출하고, 상고심에서 수계절차를 밟은 경우에도 그 수계와 상고는 적법한 것이라고 보아야 하고, 그 상고를 판결이 없는 상태에서 이루어진 상고로 보아 부적법한 것이라고 각하해야 할 것은 아니다. … 당사자가 판결 후 명시적 또는 묵시적으로 원심의 절차를 적법한 것으로 추인하면 그 상소사유 또는 재심사유는 소멸한다고 보아야 할 것이다."

217) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다246399 판결: "파산선고를 받은 자가 채권자를 상대로 채무의 존재를 다투는 소송은 파산재단에 속하는 재산에 관한 소송에 해당하므로 파산채무자에 대한 파산선고가 있는 때에는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제347조에 따라 파산관재인 또는 상대방이 수계할 때까지 이에 관한 소송절차는 당연히 중단된다. 한편 이와 같은 소송절차의 중단사유를 간과하고 변론이 종결되어 판결이 선고된 경우 그 판결은 소송에 관여할 수 있는 적법한 수계인의 권한을 배제한 결과가 되어 절차상 위법하나 이를 당연무효라고 할 수는 없고, 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 않았던 경우와 마찬가지로 대리권 흠결을 이유로 한 상소 또는 재심에 의하여 그 취소를 구할 수 있으며, 상소심에서 수계절차를 밟은 경우에는 위와 같은 절차상의 하자는 치유되고 그 수계와 상소는 적법한 것으로 된다. 항소의 제기에 관하여 필요한 수권이 흠결된 소송대리인의

당사자인 법인이 '합병'에 의하여 '소멸'된 때에 소송절차는 중단되고, 합병에 의하여 설립된 법인 또는 합병한 뒤의 존속법인이 소송절차를 수계하여야 한다(민사소송법 제234조).[218] 상법상 주식회사와 유한회사 간의 '조직변경'은 소송절차 중단·수계 사유가 아니다.[219]

(2) 소송절차의 종료

소송물인 권리관계가 일신전속권 등 상속의 대상이 되지 않는 경우에는, 소송계속 중 당사자가 사망한 때에 소송절차가 '종료'되고, 법원은 직권으로 '소송종료선언'의 판결을 하여야 한다.[220]

항소장 제출이 있었다고 하더라도 당사자 또는 적법한 소송대리인이 항소심에서 본안에 관하여 변론하였다면 이로써 그 항소제기 행위를 추인하였다고 할 것이어서, 그 항소는 당사자가 적법하게 제기한 것으로 된다."

218) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2020다39719 판결; "법인의 권리의무가 법률의 규정에 의하여 새로 설립된 법인에 승계되는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 계속 중인 소송에서 그 법인의 법률상 지위도 새로 설립된 법인에 승계되므로 새로 설립된 법인이 소송절차를 수계하여야 하나, 법률에 법인의 지위를 승계하거나 법인의 권리의무가 새로 설립된 법인에 포괄적으로 승계된다는 명문의 규정이 없는 이상 새로 설립된 법인이 소송절차를 수계할 근거는 없다고 보아야 한다. 이와 같은 법리는 당사자가 법인격 없는 단체인 경우에도 마찬가지이다. … 유통산업발전법 제12조 … 대규모점포 등 관리자의 지위승계에 대하여는 아무런 규정이 없다. … 종전 대규모점포 등 관리자가 제기한 미납 관리비의 지급을 구하는 소송이 계속되던 중 새로 대규모점포 등 관리자가 신고절차를 마쳤다는 사정만으로 소송절차가 중단되어 소송수계절차가 이루어져야 한다고 할 수 없다." ☛ 상법상 회사분할의 방식에 의하여 피고 한국전력공사(존속회사)로부터 발전부분이 6개의 신설회사로 분할된 사안에서 신설회사의 소송수계를 인용한 예(2001다44352), 법률의 규정에 의하여 종전 원고 정읍군의 지위가 그대로 수계신청인인 정주시에게 승계되었다고 한 예(83다카1409).

219) 대법원 2021. 12. 10. 선고 2021후10855 판결; "상법상 주식회사의 유한회사로의 조직변경은 주식회사가 법인격의 동일성을 유지하면서 조직을 변경하여 유한회사로 되는 것이고, 이는 유한회사가 주식회사로 조직변경을 하는 경우에도 동일한 바, 그와 같은 사유로는 소송절차가 중단되지 아니하므로 조직이 변경된 유한회사나 주식회사가 소송절차를 수계할 필요가 없다."

220) ❶ 대법원 1994. 10. 28. 선고 94므246, 253 판결; "이혼소송과 재산분할청구가 병합된 경우, 재판상의 이혼청구권은 부부의 일신전속의 권리이므로 이혼소송 계속 중 배우자의 일방이 사망한 때에는 상속인이 그 절차를 수계할 수 없음은 물론이고, 또 그러한 경우에 검사가 이를 수계할 수 있는 특별한 규정도 없으므로 이혼소송은 종료되고, 이에 따라 이혼의 성립을 전제로 하여 이혼소송에 부대한 재산분할청구 역시 이를 유지할 이익이 상실되어 이혼소송의 종료와 동시에 종료한다." ❷ 대법원 2019. 8. 30. 선고 2018다224132 판결 [중앙종의회결의무효확인]; "단체의 정관에 따른 의사결정기관의 구성원이, 그 지위에 기하여 위 단체를 상대로 그 의사결정기관이 한 결의의 존재나 효력을 다투는 민사소송을 제기하였다가 그 소송계속 중에 사망하였거나 사실심 변론종결 후에 사망하였다면, 단체의 의사결정기관 구성원으로서의 지위는 일신전속적인 것이어서 상속의 대상이 된다고 할 수 없으므로, 위 소송은 소송수계의 여지가 없이 본인의 사망으로 중단되지 않고 그대로 종료된다." ☛ **[동일 취지]** 대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다255258 판결; "이사가 그 지위에 기하여 주주총회결의 취소의 소를 제기하였다가 소송 계속 중에 사망하였거나 사실심 변론종결 후에 사망하였다면, 그 소송은 이사의 사망으로 중단되지 않고 그대로 종료된다. 이사는 주식회사의 의사결정기관인 이사회의 구성원이고, 의사결정기관 구성원으로서의 지위는 일신전속적인 것이어서 상속의 대상이 되지 않기 때문이다." ❸ 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다29013 판결; 근로자로서의 지위는 일신전속적인 것이어서 상속의 대상이 되지 아니하므로 근로자지위확인청구가 원고의 사망으로 종료되었다고 한 예. ☛ **[동일 취지]** 망인의 공무원으로서의 지위는 일신전속권으로서 상속의 대상이 되지 않으므로, 의원면직처분에 대한 무효확인을 구하는 소송은 중단됨이 없이 종료되었다고 한 예(2005두15748). 특별채용계약 무효확인의 소에서 피고가 원심판결 선고 후 사망하자 그 상속인들이 소송수계를 신청한 사안에서, 특별채용계약에 의해 성립하는 피고의 원고 직원으로서의 지위는 일신전속권이고 상속의 대상이 되지 않으므로 위 소송은 피고의 사망으로 중단됨이 없이 종료되었다고 보아 소송의 종료를 선언하고 상속인들의 소송수계신청을 기각한 사례(2010다27793), 국가유공자등록거부처분 취소소송 중 원고 사망으로 소송이 종료된 예(2012재두497).

소송물이 일신전속적이더라도, 가류 또는 나류 가사소송사건의 원고가 사망한 경우에 '다른 제소권자'가 있으면 그가 소송 절차를 승계할 수 있으므로,[221] 소송절차가 종료되지 않으나, 6개월 이내에 승계신청이 없을 때에는 소가 취하된 것으로 보므로, 소송절차가 종료된다.[222]

라) 실종선고에 의한 사망 의제와 동시사망의 법률상 추정

실종선고를 받은 자는 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 '본다'(민법 제28조). 이는 의제(간주) 규정으로서 법률상 추정 규정과 달리 반대사실의 증명으로 번복되지 않는다.[223]

민법 제30조의 '동시사망 추정'은 법률상 사실추정으로서 번복이 가능하다.[224]

---

221) **가사소송법 제16조(소송 절차의 승계)** ① 가류 또는 나류 가사소송사건의 원고가 사망이나 그 밖의 사유(소송능력을 상실한 경우는 제외한다)로 소송 절차를 계속하여 진행할 수 없게 된 때에는 다른 제소권자가 소송 절차를 승계할 수 있다. ② 제1항의 승계신청은 승계 사유가 생긴 때부터 6개월 이내에 하여야 한다. ③ 제2항의 기간 내에 승계신청이 없을 때에는 소가 취하된 것으로 본다.

222) ❶ 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013므4201 판결; "친생자관계존부 확인소송은 그 소송물이 일신전속적인 것이지만, 당사자 일방이 사망한 때에는 일정한 기간 내에 검사를 상대로 하여 그 소를 제기할 수 있으므로(민법 제865조 제2항), 당초에는 원래의 피고적격자를 상대로 친생자관계존부 확인소송을 제기하였으나 소송계속 중 피고가 사망한 경우 원고의 수계신청이 있으면 검사로 하여금 사망한 피고의 지위를 수계하게 하여야 한다. 그러나 그 경우에도 가사소송법 제16조 제2항을 유추적용하여 원고는 피고가 사망한 때로부터 6개월 이내에 수계신청을 하여야 하고, 그 기간 내에 수계신청을 하지 않으면 그 소송절차는 종료된다고 보아야 한다. 이와 같은 법리는 친생자관계존부 확인소송 계속 중 피고에 대하여 실종선고가 확정되어 피고가 사망한 것으로 간주되는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 나아가, 소송이 적법하게 계속된 후 당해 소송의 당사자에 대하여 실종선고가 확정된 경우에 실종자가 사망하였다고 보는 시기는 실종기간이 만료한 때라 하더라도 소송상 지위의 승계절차는 실종선고가 확정되어야만 비로소 취할 수 있으므로 실종선고가 있기까지는 소송상 당사자능력이 없다고 할 수 없고 소송절차가 법률상 그 진행을 할 수 없게 된 때, 즉 실종선고가 확정된 때에 소송절차가 중단된다. 따라서 친생자관계존부 확인소송의 계속 중 피고에 대하여 실종선고가 확정된 경우 원고는 실종선고가 확정된 때로부터 6개월 이내에 위와 같은 수계신청을 하여야 한다." ❷ 대법원 2018. 5. 15. 선고 2014므4963 판결; "민법 제865조의 규정에 의하여 이해관계 있는 제3자가 친생자관계 부존재확인을 청구하는 경우 친자 쌍방이 다 생존하고 있는 경우는 친자 쌍방을 피고로 삼아야 하고, 친자 중 어느 한편이 사망하였을 때에는 생존자만을 피고로 삼아야 하며, 친자가 모두 사망하였을 경우에는 검사를 상대로 소를 제기할 수 있다. 친생자관계존부 확인소송은 그 소송물이 일신전속적인 것이므로, 제3자가 친자 쌍방을 상대로 제기한 친생자관계 부존재확인소송이 계속되던 중 친자 중 어느 한편이 사망하였을 때에는 생존한 사람만 피고가 되고, 사망한 사람의 상속인이나 검사가 그 절차를 수계할 수 없다. 이 경우 사망한 사람에 대한 소송은 종료된다." ☜ 원고 2(소외 1의 동생)가 소외 1(모)과 피고(자)를 상대로 친생자관계 부존재확인청구를 하여 제1심법원이 이를 인용하였는데, 피고만 이에 대하여 항소하였고, 원심 소송계속 중 소외 1은 사망하였으며, 원고 2는 '피고와 망 소외 1 사이에 친생자관계가 존재하지 아니함의 확인'을 구하는 것으로 소를 변경한 사안에서, 원고 2의 청구 중 피고와 필요적 공동소송 관계에 있던 소외 1에 대한 청구 부분도 원심법원에 이심되기는 하였으나, 이 부분은 소외 1의 사망으로 2014. 3. 7. 종료되었다 하여, 원심이 소외 1의 사망에 따라 피고가 망 소외 1을 수계하였다고 판단하여 원고 2와 망 소외 1 사이 부분도 심판대상으로 삼은 것은 소송수계와 소송종료에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 예.

223) 따라서 실종선고로 인하여 실종기간 만료 시를 기준으로 하여 상속이 개시된 이상 설사 이후 실종선고가 취소되어야 할 사유가 생겼다고 하더라도 실제로 실종선고가 취소되지 않는 한, 임의로 실종기간이 만료하여 사망한 때로 간주되는 시점과는 달리 사망시점을 정하여 이미 개시된 상속을 부정하고 이와 다른 상속관계를 인정할 수는 없다(94다21542). 실종선고가 취소되지 않는 한 반증(실종기간 만료 전 생존 자료)을 들어 실종선고의 효과를 다툴 수는 없다(94다52751).

224) 대법원 1998. 8. 21. 선고 98다8974 판결; "민법 제30조에 의하면, 2인 이상이 동일한 위난으로 사망한 경우에는 동시에 사망한 것으로 추정하도록 규정하고 있는바, 이 추정은 법률상 추정으로서 이를 번복하기 위하여는

2) 제한능력자인 미성년자의 법률행위

'의사능력'이 없는 사람이 한 법률행위는 '무효'이고(무효를 주장하는 측이 의사무능력에 대한 증명책임을 부담한다[225]), 의사능력 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단해야 하지만,[226] 행위능력에 관하여는 민법에서 '제한능력자'로서 미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인을 객관적·획일적 기준(연령, 가정법원의 심판)으로 정하고 제한능력자의 법률행위는 '취소'할 수 있도록 규정하고 있다.

가) 취소의 항변

미성년자와의 법률행위에 기한 이행청구에 대하여, 피고인 미성년자는 민법 제5조[227] 제2항에 따른 취소의 항변을 할 수 있다.

그 요건사실은 ① '청구원인의 법률행위 당시 19세[228] 미만인 사실', ② '피고 또는 그 법정대리인이 취소의 의사표시를 하고 그 의사표시가 도달한 사실'이다.

미성년자 취소의 항변에 대한 재항변 사유로는, ① '법정대리인의 동의'(민법 제5조 제1항), ② '법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산의 처분'(민법 제6조),[229] ③ '법정

동일한 위난으로 사망하였다는 전제사실에 대하여 법원의 확신을 흔들리게 하는 반증을 제출하거나 또는 각자 다른 시각에 사망하였다는 점에 대하여 법원에 확신을 줄 수 있는 본증을 제출하여야 하는데, 이 경우 사망의 선후에 의하여 관계인들의 법적 지위에 중대한 영향을 미치는 점을 감안할 때 충분하고도 명백한 입증이 없는 한 위 추정은 깨어지지 아니한다."

225) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다261237 판결.

226) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2019다213344 판결; "**의사능력**이란 자기 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력이나 지능을 말한다. 의사능력 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단해야 하고, 특히 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해해서는 알기 어려운 특별한 법률적 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위해서는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대해서도 이해할 수 있어야 한다. … 지적장애를 가진 사람에게 의사능력이 있는지를 판단할 때 단순히 그 외관이나 피상적인 언행만을 근거로 의사능력을 쉽게 인정해서는 안 되고, 의학적 진단이나 감정 등을 통해 확인되는 지적장애의 정도를 고려해서 법률행위의 구체적인 내용과 난이도, 그에 따라 부과되는 책임의 중대성 등에 비추어 볼 때 지적 장애를 가진 사람이 과연 법률행위의 일상적 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과를 이해할 수 있는지, 법률행위가 이루어지게 된 동기나 경위 등에 비추어 합리적인 의사결정이라고 보기 어려운 사정이 존재하는지 등을 세심하게 살펴보아야 한다." ☛ 제한능력자의 책임을 제한하는 민법 제141조 단서("제한능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있다.")는 의사능력 흠결로 법률행위가 무효인 경우에도 유추적용되고, 의사무능력자 측이 이익이 현존하지 아니함은 주장·증명할 책임이 있다(2008다58367).

227) 민법 제5조(미성년자의 능력) ① 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 그러나 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 그러하지 아니하다. ② 전항의 규정에 위반한 행위는 취소할 수 있다.

228) 2012. 2. 10. 법률 11300호로 개정되어 2013. 7. 1. 시행된 민법 제4조는 "사람은 19세로 성년에 이르게 된다."라고 규정하여 성년에 이르는 연령을 만 20세에서 만 19세로 낮추었다.

229) 민법 제6조(처분을 허락한 재산) 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 임의로 처분할 수 있다. ☛ ❶ 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다71659, 71666, 71673 판결; "미성년자가 법률행위를 함에 있어서 요구되는 법정대리인의 동의는 언제나 명시적이어야 하는 것은 아니고 묵시적으로도 가능한 것이며, 한편 민법은, 범위를 정하여 처분을 허락한 재산의 처분 등의 경우와 같이 행위무능력자인 미성년자가 법정대리인의 동의 없이 단독으로 법률행위를 할 수 있는 예외적인 경우를 규정하고 있고, 미성년자의 행위가 위와 같이 법정대리인의 묵시적 동의가 인정되거나 처분허락이 있는 재산의 처분 등에 해당하는 경우라면, 미성년자로서는 더 이상 행위무능력을 이유로 그 법률행위를 취소할 수는 없다고 할 것이다. … 이 경우 묵시적 동의나 처분허락

대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관한 행위'(민법 제8조 제1항),[230] ④ '추인 여부 촉구에 대한 미확답에 따른 추인의 간주'(민법 제15조),[231] ⑤ '피고가 속임수로써 자기를 능력자로 믿게 하였거나 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 하였다는 것'(민법 제17조),[232] ⑥ '성년의제'(민법 제826조의2)[233] 등이 있고, 그 사실에 대한 주장·증명책임은 미성년자의 취소권을 배제하고자 하는 상대방에게 있다.[234]

법정대리인의 동의 없이 신용구매계약을 체결한 미성년자가 사후에 법정대리인의 동

이 있다고 볼 수 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 미성년자의 연령·지능·직업·경력, 법정대리인과의 동거 여부, 독자적인 소득의 유무와 그 금액, 경제활동의 여부, 계약의 성질·체결경위·내용, 기타 제반 사정을 종합적으로 고려하여야 할 것이고, 위와 같은 법리는 묵시적 동의 또는 처분허락을 받은 재산의 범위 내라면 특별한 사정이 없는 한 신용카드를 이용하여 재화와 용역을 신용구매한 후 사후에 결제하려는 경우와 곧바로 현금구매하는 경우를 달리 볼 필요는 없다고 할 것이다." ☜ '원고는 신용구매계약 당시 성년에 거의 근접한 만 19세 2개월 내지 4개월에 이르는 나이였고, 당시 경제활동을 통해 월 60만 원 이상의 소득을 얻고 있었으며, 신용구매계약은 대부분 식료품·의류·화장품·문구 등 비교적 소규모의 일상적인 거래행위였을 뿐만 아니라, 그 대부분이 할부구매라는 점을 감안하면 월 사용액이 원고의 소득범위를 벗어나지 않는 것으로 볼 수 있는바, 이러한 제반 사정을 종합하면, 원고가 당시 스스로 얻고 있던 소득에 대하여는 법정대리인의 묵시적 처분허락이 있었고, 신용구매계약은 위와 같이 처분허락을 받은 재산범위 내의 처분행위에 해당한다'고 한 예. ❷ 2000다3095; 모와 미성년자인 딸이 함께 있는 자리에서 주민등록등본을 첨부하여 도피 중이던 부의 채무를 연대하여 지급하기로 하는 지불각서를 작성·교부해 준 경우, 모가 딸의 위 의사표시에 대하여 법정대리인으로서 묵시적으로 동의한 것으로 본 사례.

230) 민법 제8조(영업의 허락) ① 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다. ② 법정대리인은 전항의 허락을 취소 또는 제한할 수 있다. 그러나 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

231) 민법 제15조(제한능력자의 상대방의 확답을 촉구할 권리) ① 제한능력자의 상대방은 제한능력자가 능력자가 된 후에 그에게 1개월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위를 추인할 것인지 여부의 확답을 촉구할 수 있다. 능력자로 된 사람이 그 기간 내에 확답을 발송하지 아니하면 그 행위를 추인한 것으로 본다. ② 제한능력자가 아직 능력자가 되지 못한 경우에는 그의 법정대리인에게 제1항의 촉구를 할 수 있고, 법정대리인이 그 정하여진 기간 내에 확답을 발송하지 아니한 경우에는 그 행위를 추인한 것으로 본다.

232) 민법 제17조(제한능력자의 속임수) ① 제한능력자가 속임수로써 자기를 능력자로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없다. ② 미성년자나 피한정후견인이 속임수로써 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우에도 제1항과 같다. ☛ 71다2045; "민법 제17조에 이른바 '무능력자가 사술로써 능력자로 믿게 한 때'라 함은 무능력자가 상대방으로 하여금 그 능력자임을 믿게 하기 위하여 적극적으로 사기수단을 쓴 것을 말하는 것으로서 단순히 자기가 능력자라 사언함은 동조에 이른바 사술을 쓴 것이라고 할 수 없다 할 것이므로, 본건에 있어서 미성년자인 원고가 본건 매매계약 당시 원고 본인이 스스로 사장이라고 말하였다거나 또는 동석한 소외인이 상대방인 피고에 대하여 원고를 소외 회사의 사장이라고 호칭한 사실이 있었다 하더라도 이것만으로서는 이른바 사술을 쓴 경우에 해당되지 아니한다 할 것"

233) 민법 제826조의2(성년의제) 미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 본다.

234) ❶ 2000다3095; 원고로서는, 소외 이OO의 처인 원심공동피고 황OO와 그의 딸인 피고가 이OO의 원고에 대한 약속어음금 등 채무의 변제를 위하여, 연대하여 원고에게 금 4,800만 원을 지급하기로 약정한 지불각서(갑 제1호증)의 제출로, 피고의 위 약정에 대하여 법정대리인의 동의가 있었다는 점을 입증한 것으로 볼 수 있는데, 피고는 위 약정 당시 미성년자였으므로 위 약정을 취소한다는 주장을 한 경우, 원심으로서는 석명권을 행사하여 원고에게 피고가 법정대리인의 동의를 받고 위 지불각서에 서명했다는 취지로도 주장하는지를 묻고 이에 대한 판단을 하였어야 함에도 불구하고, 그에 대한 주장·입증이 없다 하여 피고에 관한 위 약정은 피고의 취소의 의사표시에 의하여 적법하게 취소되어 그 효력을 상실하였다고 판단한 것은 석명권 행사를 게을리 하여 심리를 다하지 아니한 위법을 범한 것이라고 한 예. ❷ 71다2045; "상대방인 피고가 미성년자인 원고의 취소권을 배제하기 위하여 민법 제17조 소정의 미성년자인 원고가 사술을 썼다고 주장하는 때에는 그 주장자인 피고측에 그에 대한 입증책임이 있다 할 것인바, … 미성년자가 법정대리인으로 부터 영업의 허락을 받았다는 주장·입증이 전무한 본건에 있어서 피고의 주장은 이유 없다고 한 조처에 위법은 없고"

의 없음을 사유로 들어 이를 취소하는 것이 신의칙에 위반된 것이라고는 할 수 없다.[235]

취소할 수 있는 법률행위에 대한 '추인'(제143조, 제144조)이나 (추인할 수 있는 날로부터) 3년 또는 (법률행위를 한 날로부터) 10년의 '제척기간(제146조) 도과'(직권조사사항) 주장 역시 취소권 소멸 사유로서 계약 취소 항변에 대한 재항변 사유에 해당한다.[236]

나) 미성년자의 상환책임

제한능력자의 책임을 제한한 민법 제141조 단서와 관련하여, 취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 이익이 현존하지 아니함을 제한능력자 측이 주장·증명하여야 한다는 것이 판례의 입장이다.[237]

---

235) 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다71659, 71666, 71673 판결. 그 논거로, "행위무능력자 제도는 사적자치의 원칙이라는 민법의 기본이념, 특히 자기책임 원칙의 구현을 가능케 하는 도구로서 인정되는 것이고, 거래의 안전을 희생시키더라도 행위무능력자를 보호하고자 함에 근본적인 입법취지가 있는 것인바, 행위무능력자 제도의 이러한 성격과 입법취지 등에 비추어 볼 때, 신용카드 가맹점이 미성년자와 사이에 신용구매계약을 체결할 당시 향후 그 미성년자가 법정대리인의 동의가 없었음을 들어 스스로 위 계약을 취소하지는 않으리라고 신뢰하였다 하더라도 그 신뢰가 객관적으로 정당한 것이라고 할 수 있을지 의문일 뿐만 아니라, 그 미성년자가 가맹점의 이러한 신뢰에 반하여 취소권을 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태라고 보기도 어려우며, 미성년자의 법률행위에 법정대리인의 동의를 요하도록 하는 것은 강행규정이라 할 것인데, 위 규정에 반하여 이루어진 신용구매계약을 미성년자 스스로 취소하는 것을 신의칙 위반을 이유로 배척한다면, 이는 오히려 위 규정에 의해 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 미성년자 제도의 입법취지를 몰각시킬 우려가 있다"는 점을 들고 있다.

236) 위 취소권은 형성권의 일종으로서 그 행사기간을 제척기간으로 보아야 하고, 그 기간 내에 소를 제기하는 방법으로 권리를 재판상 행사하여야만 되는 것은 아니며, 재판 외에서 의사표시를 하는 방법으로도 권리를 행사할 수 있지만(92다52795), 취소의 의사표시가 제척기간 내에 도달되어야 하며(2008다27301,27318), 그 기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 할 사항이다(96다25371).

237) ❶ 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다58367 판결; **"민법 제141조**는 '취소한 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. 그러나 무능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있다.'고 규정하고 있는데, 무능력자의 책임을 제한한 위 조항의 단서는 부당이득에 있어 수익자의 반환범위를 정한 민법 제748조의 특칙으로서 무능력자의 보호를 위해 그 선의·악의를 묻지 아니하고 반환범위를 현존 이익에 한정시키려는 데 그 취지가 있으므로, 의사능력의 흠결을 이유로 법률행위가 무효가 되는 경우에도 유추적용되어야 할 것이나, … 그 취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정되므로, 위 이익이 현존하지 아니함은 이를 주장하는 자, 즉 의사무능력자 측에 입증책임이 있다." ☜ 의사무능력자가 자신 소유 부동산에 근저당권을 설정해 주고 금융기관으로부터 대출받아 제3자에게 대여한 사안에서, 대출로써 받은 이익이 제3자에 대한 대여금채권 또는 부당이득반환채권의 형태로 현존하므로, 금융기관은 대출거래약정 등의 무효에 따른 원상회복으로서 위 대출금 자체의 반환을 구할 수는 없더라도 현존 이익인 위 채권의 양도를 구할 수 있다고 본 사례. ❷ 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003다60297, 60303, 60310, 60327 판결; "미성년자가 신용카드발행인과 사이에 신용카드 이용계약을 체결하여 신용카드거래를 하다가 신용카드 이용계약을 취소하는 경우 미성년자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있는바(민법 제141조), 신용카드 이용계약이 취소됨에도 불구하고 신용카드회원과 해당 가맹점 사이에 체결된 개별적인 매매계약은 특별한 사정이 없는 한 신용카드 이용계약취소와 무관하게 유효하게 존속한다 할 것이고, 신용카드발행인이 가맹점들에 대하여 그 신용카드사용대금을 지급한 것은 신용카드 이용계약과는 별개로 신용카드발행인과 가맹점 사이에 체결된 가맹점 계약에 따른 것으로서 유효하므로, 신용카드발행인의 가맹점에 대한 신용카드이용대금의 지급으로써 신용카드회원은 자신의 가맹점에 대한 매매대금 지급채무를 법률상 원인 없이 면제받는 이익을 얻었으며, 이러한 이익은 금전상의 이득으로서 특별한 사정이 없는 한 현존하는 것으로 추정된다." ☜ 미성년자인 원고들과 신용카드발행인인 피고들 사이의 신용카드 이용계약이 취소됨으로써 원고들은 피고들이 가맹점에 대신 지급하였던 물품·용역대금채무를 면제받았으므로 피고들에게 위 물품·용역대금 상당을 반환할 의무가 있다고 판단하고, 원고들이 가맹점과의 매매계약을 통하여 취득한 물품과 제공받은 용역이 부당이득 반환의 대상이 된다는 원고들의 주장을 배척한 예.

3) 법 인

가) 이사의 대표권

(1) 대표권 존재의 주장·증명

민법상 법인이 당사자인 사건에서 당해 법인 등의 대표자(민법상 법인을 대표하는 이사,[238] 임시이사,[239] 이사 직무집행정지 등 가처분에 따른 직무대행자,[240] 소송법상 특별대리인,[241] 청산인[242] 등[243])에게 적법한 대표권이 있는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이

238) 대법원 2018. 11. 20.자 2018마5471 결정; "이사는 법인의 사무에 관하여 각자 법인을 대표함이 원칙이지만, 정관 등으로 그 대표권에 관하여 달리 정할 수 있다(**민법 제59조 제1항**). … 민법 제59조 제1항 단서에 따라 정관에서 법인을 대표하는 이사인 이사장과 대표권이 없는 일반 이사를 명백히 분리함으로써 법인의 대표권이 이사장에게만 전속되도록 정하고 이사장을 법인의 회원으로 이루어진 총회에서 투표로 직접 선출하도록 정한 경우, 일반 이사들에게는 처음부터 법인의 대표권이 전혀 주어져 있지 않기 때문에 이사장이 궐위된 경우에도 일반 이사가 법인을 대표할 권한을 가진다고 할 수 없다."

239) ❶ 대법원 2018. 11. 20.자 2018마5471 결정; "**민법 제63조**는 '이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려가 있는 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 **임시이사**를 선임하여야 한다.'라고 규정하고 있다. 이사가 없는 사이에 긴급한 사무를 처리하지 못하거나 의사표시를 수령하지 못하면 법인이나 제3자에게 손해가 생길 염려가 있으므로, 법원이 임시이사를 선임하여 임시로 이사의 업무를 처리하도록 함으로써 그 손해를 방지하도록 한 것이다. 여기서 '이사가 없거나 결원이 있는 경우'라 함은 이사가 전혀 없거나 정관에서 정한 인원수에 부족이 있는 경우를 말하고, '이로 인하여 손해가 생길 염려가 있는 때'라 함은 통상의 이사선임절차에 따라 이사가 선임되기를 기다릴 때에 법인이나 제3자에게 손해가 생길 우려가 있는 것을 의미한다. … 정관에서 이사들 중 대표권이 전속된 이사장이나 그 직무대행자인 부이사장을 법인의 회원이나 대의원으로 이루어진 총회에서 선출하도록 정하였고, 이러한 대표권이 전속된 이사장이나 그 직무대행자로 정한 부이사장이 없거나 결원이 있으며, 이로 인하여 손해가 생길 염려가 있는 때에는 법원은 민법 제63조에 따라 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 법인의 대표권이 전속된 임시 이사장이나 그 직무대행자인 임시 부이사장을 선임할 수 있다." ❷ 대법원 2018. 5. 15. 선고 2017다56967 판결; "민법상 법인이나 법인이 아닌 사단에 대하여 민법 제63조에 의하여 법원이 선임한 임시이사는 원칙적으로 정식이사와 동일한 권한을 가진다. 법원의 임시이사 선임결정에 의하여 권리를 침해당한 자는 비송사건절차법 제20조에 의하여 그 결정에 대하여 항고할 수 있다." ☛ 다만, 학교법인의 경우와 같이, 다른 재단법인에 비하여 자주성이 보장되어야 할 특수성이 있고 사립학교법 등 관련 법률에서도 이를 특별히 보장하고 있어 임시이사의 권한이 통상적인 업무에 관한 사항에 한정된다고 보아야 하는 경우가 있다(2012다40332; 사회복지법인의 임시이사는 정식이사와 동일한 권한을 가지므로 피고 법인의 임시이사들에게 정식이사의 선임에 관한 의결권한도 있다고 판단한 예).

240) 이사 직무집행정지 등 가처분에 따른 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 법인의 통상사무에 속하지 아니한 행위를 하지 못하지만, 법원의 허가를 얻은 경우에는 그렇지 않다(**민법 제60조의2 ①**).

241) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016다210849, 210856 판결; "법인 또는 법인 아닌 사단의 대표자가 없거나 대표권을 행사할 수 없는 경우, 대표자가 사실상 또는 법률상 장애로 대표권을 행사할 수 없는 경우, 대표자의 불성실하거나 미숙한 대표권 행사로 소송절차의 진행이 현저하게 방해받는 경우에 구 민사소송법(2016. 2. 3. 법률 제13952호로 개정되기 전의 것) 제64조에 의해 준용되는 법 제62조의 규정에 따라 선임된 특별대리인, 즉 **소송법상 특별대리인**은 법인 또는 법인 아닌 사단의 대표자와 동일한 권한을 가져 그 소송수행에 관한 일체의 소송행위를 할 수 있으므로, 소송법상 특별대리인은 특별한 사정이 없는 한 법인을 대표하여 수행하는 소송에 관하여 상소를 제기하거나 이를 취하할 권리가 있다." ☛ 특별대리인 선임을 신청해야 하는 '수소법원'은 본안사건이 장래에 계속될 또는 이미 계속되어 있는 법원을 의미한다(대법원 2024. 2. 15.자 2023마7226 결정).

242) 법인이 해산한 때에는 파산의 경우를 제하고는 이사가 **청산인**이 된다. 그러나 정관 또는 총회의 결의로 달리 정한 바가 있으면 그에 의한다(**민법 제82조**). 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 규정들을 유추적용하여야 하므로, 비법인사단인 교회의 교인이 존재하지 않게 된 경우 그 교회는 해산하여 청산절차에 들어가서 청산의 목적범위 내에서 권리·의무의 주체가 되며, 이 경우 해산 당시 그 비법인사단의 총회에서 **향후** 업무를 수행할 자를 선정하였다면 민법 제82조를 유추하여 그 선임된 자가 청산인으로서 청산 중의 비법인사단을 대표하여 청산업무를 수행하게 된다(2001다32687). 청산법인에서는 이사에 갈음하여 청산인만이 회사의 청산 사무를 집행하고 회사를 대표하는 기관이 된다(96다40578).

243) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2017다238141 판결; "법무법인이 당사자인 경우에는 상법 중 합명회사에 관한

고, 대표권이 흠결된 경우에 법원은 기간을 정하여 보정을 명하여야 할 의무가 있다.[244] 소장상 대표자 표시의 잘못을 정정하라는 보정명령에 대한 불응을 이유로, 소장을 각하하는 것은 허용되지 않고, 오로지 판결로써 소를 각하할 수 있을 뿐이다.[245]

소송절차 진행 중에 법인의 대표자가 그 대표권을 잃은 때에는 소송절차가 중단되나, 이를 상대방에게 통지하지 아니하면 소송절차상으로는 그 대표권이 소멸되지 아니한 것으로 보아야 하고,[246] 소송대리인이 있는 경우에는 소송절차가 중단되지 아니한다(민사소송법 제64조, 제63조 제1항, 제235조, 제238조 등 참조).

당해 소송 이전에 법인이 행한 어떠한 법률행위에 있어 법인 대표자가 적법한 대표권에 기하여 행한 것인지 여부는 당사자가 주장·증명하여야 할 문제이다.[247]

(2) 대표권에 관한 제한

민법상 법인의 '대표권에 관한 제한'은 등기하지 아니하면 '제3자'에게 대항할 수 없다(민법 제60조). 판례는,[248] 일정한 법률행위에 대해 사원총회나 이사회의 결의 등을

규정에 따라 등기된 법무법인의 대표자만이 법무법인을 대표하여 업무를 수행할 수 있을 뿐 담당변호사가 법무법인을 대표하여 해당 업무를 수행할 수 없다."

244) 대법원 2024. 4. 12. 선고 2023다313241 판결; "비법인사단이 당사자인 사건에서 대표자에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 관한 것으로서 직권조사사항이므로, 법원에 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없으나, 이미 제출된 자료들에 의하여 그 대표권의 적법성을 의심할 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다. … 민사소송법 제64조에 따라 법인의 대표자에게 준용되는 같은 법 제59조 전단 및 제60조는, 소송능력·법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 경우에는 법원은 기간을 정하여 이를 보정하도록 명하여야 하고, 소송능력·법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 사람이 소송행위를 한 뒤에 보정된 당사자나 법정대리인이 이를 추인한 경우에는 그 소송행위는 이를 한 때에 소급하여 효력이 생긴다고 규정하고 있다. 그러므로 법인의 대표자에게 대표권이 없는 경우 법원은 그 흠을 보정할 수 없음이 명백한 사정이 있지 않는 한 위 민사소송법 규정에 따라 기간을 정하여 이를 보정하도록 명할 의무가 있고, 이러한 대표권의 보정은 항소심에서도 가능하다."

245) 대법원 2013. 9. 9.자 2013마1273 결정(예컨대, 이사와 회사 간의 소에서 회사의 대표자를 대표이사에서 감사로 정정하여야 할 경우).

246) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006재다171 판결; "소송절차의 진행 중 법인 대표자의 대표권이 소멸된 경우에도 이를 상대방에게 통지하지 아니하면 소송절차상으로는 그 대표권이 소멸되지 아니한 것으로 보아야 하므로(민사소송법 제64조, 제63조 제1항 참조) 제1심판결이 소외 1을 원고의 대표자로 표시한 것은 적법하고, 원고는 원심에서 대표자 표시변경신청을 하였고 이는 소송수계신청의 취지로 보아야 할 것이므로 원심에서 원고의 대표자를 소외 2로 표시한 것도 적법하다고 할 것이어서(또한, 소송수계신청의 적법 여부는 법원의 직권조사 사항으로서 조사의 결과 수계가 이유 없다고 인정할 경우에는 결정으로서 이를 기각하여야 되나, 이유 있을 때에는 별도의 재판을 할 필요 없이 그대로 소송절차를 진행할 수 있는 것이다), 재심대상판결에는 민사소송법 제451조 제1항 제9호의 재심사유가 있다고 볼 수 없다." ☛ 대표권 소멸사실의 통지가 없는 상태에서 구 대표자가 한 소취하(95다52710), 항소취하(2007다7256)는 상대방이 대표권 소멸 사실을 알고 있었는지 여부와 상관 없이 유효하다.

247) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2003다61054 판결; "법원이 직권으로 법인의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지 여부를 조사하여야 하는 이유는 당해 소송에 있어 법인이 당사자능력 또는 소송능력이 있는지 여부를 판단하기 위한 것이므로 직권조사의 대상은 당해 소송에 있어 법인 대표자의 적법한 대표권 유무이고, 당해 소송 이전에 법인이 행한 어떠한 법률행위에 있어 법인 대표자가 적법한 대표권에 기하여 행한 것인지 여부는 여전히 당사자가 주장·입증하여야 할 문제라고 할 것이어서 법원이 이러한 사항까지 직권으로 탐지하여 조사하여야 할 의무가 있다고는 할 수 없다."

요하는 것도 민법 제60조 소정의 '대표권에 관한 제한'에 포함되는 것으로 보아 법인 대표권을 제한하는 규정의 의미를 넓게 파악하고 있고,[249] 대표권 제한을 주장하는 법인 측이 그 등기 사실을 주장·증명하여야 하고 위 조문의 제3자는 선의, 악의를 불문한 모든 제3자를 말하며, 따라서 등기하지 아니하면 악의의 제3자에게도 대항할 수 없음을 밝히고 있다.[250] [251]

계약체결의 요건을 규정하고 있는 강행법규에 위반한 계약은 무효이므로 그 경우에 계약상대방이 선의·무과실이라 하더라도 민법 제107조의 비진의표시의 법리 또는 표현대리 법리가 적용될 여지는 없고 그 계약은 무효이다.[252]

---

248) ○ 대법원 1975. 4. 22. 선고 74다410 판결: "재산의 처분에 총회의 결의가 있어야 유효하다는 것을 대외적으로 주장하려면 법인 대표자의 대표권을 제한하여 총회의 결의를 필요로 하는 취지의 대표권 제한을 등기함으로써만 가능할 것이므로 … 그러한 등기가 없는 이상 총회 결의를 필요로 하는 정관 규정이 있음을 알았거나 알 수 있었다 하여도 그 효력에 다를 바 없고,"
○ 대법원 1987. 11. 24. 선고 86다카2484 판결: "채무인수에 관하여 총회나 이사회의 결의를 따로이 거쳐야 한다는 논지는 이유 없을 뿐만 아니라 소론 주장과 같은 총회나 이사회의 결의는 법인대표권에 대한 제한으로서 이러한 제한은 등기하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없는 것이므로 그러한 등기가 되어 있다는 주장·입증이 없는 이 사건에서 원고에 대하여 이러한 결의의 흠결을 들어 위 채무인수의 효력을 부인할 수도 없다."
○ 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다24564 판결: "법인의 대표자가 법인의 채무를 부담하는 계약을 함에 있어서 이사회의 결의를 거쳐 노회와 설립자의 승인을 얻고 주무관청의 인가를 받도록 정관에 규정되어 있다면 그와 같은 규정은 법인대표권의 제한에 관한 규정으로서 이러한 제한은 등기하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다고 할 것인바, 피고 법인의 정관 제10조에 그와 같은 취지의 법인 대표권의 제한에 관한 규정이 있음은 소론과 같으나 그와 같은 취지가 등기되어 있다는 주장·입증이 없는 이 사건에서 피고 법인은 원고가 그와 같은 정관의 규정에 대하여 선의냐 악의냐에 관계없이 제3자인 원고에 대하여 이러한 절차의 흠결을 들어 이 사건 보증계약의 효력을 부인할 수 없다고 할 것이다."
○ 대법원 2014. 9. 4. 선고 2011다51540 판결: "재건축조합에는 도시정비법 제27조에 의하여 민법 제60조가 준용되므로, 그 재건축조합의 조합장이 조합원의 부담이 될 계약을 체결하기 위하여는 총회의 결의를 거치도록 조합규약에 규정되어 있다 하더라도 이는 법인대표권을 제한한 것으로서 그러한 제한은 등기하지 아니하면 제3자에게 그의 선의·악의에 관계없이 대항할 수 없다."

249) 이에 비해, 민법 제60조 소정의 '대표권에 관한 제한'은 '대표권의 유무나 행사방법'에 관한 제한을 의미하고, '대표권의 범위'에 관한 제한은 포함되지 아니한다는 견해도 있다(민법주해 총칙 (1), 1992, 679~683면(최기원 집필) 등).

250) 제3자의 범위에 관하여 학설상 多數說은 판례와 같은 無制限說이고, 등기 전에는 악의의 제3자에게만 대항할 수 있다는 制限說이 少數說이다(민법주해 총칙 (1), 1992, 683면(최기원 집필)).

251) ◎ **유사 사례와의 비교**
○ 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다64780 판결: "**비법인사단**의 경우에는 대표자의 대표권 제한에 관하여 등기할 방법이 없어 민법 제60조의 규정을 준용할 수 없고, 비법인사단의 대표자가 정관에서 사원총회의 결의를 거쳐야 하도록 규정한 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 사원총회 결의사항은 비법인사단의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, 그 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다고 봄이 상당하고, 이 경우 거래의 상대방이 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었음은 이를 주장하는 비법인사단 측이 주장·입증하여야 한다."
○ 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다23807 판결: "**주식회사**의 대표이사가 이사회의 결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 이사회 결의사항은 회사의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, 그 거래 상대방이 그와 같은 이사회 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다 할 것이고, 이 경우 거래의 상대방이 이사회의 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었음은 이를 주장하는 회사 측이 주장·입증하여야 한다."

252) ○ 대법원 2016. 5. 12. 선고 2013다49381 판결: 도시 및 주거환경정비법에 의한 주택재건축조합의 대표자가 그 법에 정한 강행규정에 위반하여 적법한 총회의 결의 없이 계약을 체결한 경우에는 상대방이 그러한 법적

(3) 대표권 남용

민법상 법인의 대표자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 대표권 범위 내에서 그 권한을 남용한 경우, 법인 측은 상대방이 대표자의 진의를 알았거나 알 수 있었음(상대방의 악의·과실)을 주장·증명하여 그 행위의 무효를 주장할 수 있다.[253]

나) 법인과 이사 등의 손해배상책임

'법인'[254]은 '이사 기타 대표자'[255]가 '그 직무에 관하여'[256] 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있고[257] 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못하며, 법인의 목적범위 외의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 사항의 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 사원, 이사 및 기타 대표자가 연대하여(공동불법행위의 부진정연대책임) 배상하여야 한다(민법 제35조).[258] 법인은 사실적 불법행위가 아닌 거래적

제한이 있다는 사실을 몰랐다거나 총회결의가 유효하기 위한 정족수 또는 유효한 총회결의가 있었는지에 관하여 잘못 알았다고 하더라도 그 계약이 무효임에는 변함이 없고, 총회결의의 정족수에 관하여 강행규정에서 직접 규정하고 있지 않지만 강행규정이 유추적용되어 과반수보다 가중된 정족수에 의한 결의가 필요하다고 인정되는 경우에도 그 결의 없이 체결된 계약에 대하여 비진의표시 또는 표현대리의 법리가 유추적용될 수 없는 것은 마찬가지라고 한 사례.

○ 대법원 1983. 12. 27. 선고 83다548 판결; 학교법인을 대표하는 이사장이라 하더라도 이사회의 심의·결정을 거쳐야 하는 학교법인 재산의 처분 등에 관하여는 법률상 그 권한이 제한되어 이사회의 심의·결정 없이는 이를 대리하여 결정할 권한이 없는 것이므로 이사장이 한 학교법인의 기본재산처분행위에 관하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다고 한 사례.

253) 주식회사 대표이사의 대표권 남용 법리가 민법상 법인의 대표권 남용에도 동일하게 적용된다(2003다34045).

254) 이는 비법인사단에 유추적용된다(2005다34711). 발기인 중 1인이 회사의 설립을 추진 중에 행한 불법행위가 외형상 객관적으로 설립 후 회사의 대표이사로서의 직무와 밀접한 관련이 있다고 보아 회사의 불법행위책임을 인정한 예(99다35737)도 있다.

255) 여기서의 '이사 기타 대표자'는 법인의 대표기관을 의미하는 것이고 대표권이 없는 이사는 법인의 기관이기는 하지만 대표기관은 아니기 때문에 그들의 행위로 인하여 법인의 불법행위가 성립하지 않는다(2003다30159). '법인의 대표자'에는 그 명칭이나 직위 여하, 또는 대표자로 등기되었는지 여부를 불문하고 당해 법인을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람을 포함한다(2008다15438).

256) '그 직무에 관한 것'이라는 의미는 행위의 외형상 법인의 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이라면 설사 그것이 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 직무에 관한 행위에 해당한다(2003다15280).

257) 법인의 대표자가 직무에 관하여 불법행위를 한 경우에 법인은 민법 제35조 제1항에 의하여 손해배상책임을 부담하고, 사용자책임에 관한 민법 제756조 제1항이 적용되지는 않으며, 법인의 피용자가 사무집행에 관하여 불법행위를 한 경우에 민법 제756조 제1항이 적용된다(2009다57033).

258) ○ 대법원 2019. 5. 30. 선고 2017다53265 판결; "법인이 당사자인 법률행위에 관하여 대표기관 개인이 손해배상책임을 지려면 민법 제750조에 따른 불법행위책임 등이 별도로 성립하여야 한다. 이때 법인의 대표기관이 법인과 사이에 계약을 체결한 거래상대방인 제3자에 대하여 자연인으로서 민법 제750조에 기한 불법행위책임을 진다고 보기 위해서는, 그 대표기관의 행위로 인해 법인에 귀속되는 효과가 대외적으로 제3자에 대한 채무불이행의 결과를 야기한다는 점만으로는 부족하고, 법인의 내부행위를 벗어나 제3자에 대한 관계에서 사회상규에 반하는 위법한 행위라고 인정될 수 있는 정도에 이르러야 한다. 그와 같은 행위에 해당하는지 여부는 대표기관이 의사결정 및 그에 따른 행위에 이르게 된 경위, 의사결정의 내용과 그 절차과정, 침해되는 권리의 내용, 침해행위의 태양, 대표기관의 고의 내지 해의의 유무 등을 종합적으로 평가하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다."
○ 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다37465 판결; "사원총회, 대의원 총회, 이사회의 의결은 원칙적으로 법인의 내부행위에 불과하므로 특별한 사정이 없는 한 그 사항의 의결에 찬성하였다는 이유만으로 제3자의 채권을 침해한다거나 대표자의 행위에 가공 또는 방조한 자로서 제3자에 대하여 불법행위책임을 부담한다고 할 수는

불법행위의 경우 '피해자의 고의·중과실'을 이유로 한 '면책 항변'을 할 수 있다.[259]

이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리 함으로써 법인에 손해를 입힌 경우에는 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 이사는 손해분담의 공평에 따른 배상액의 제한을 주장할 수 있다.[260]

다) 민법상 법인에 대한 확인소송과 형성소송

(1) 확인의 이익

확인의 소(권리·의무나 법률관계의 존재·부존재의 확정을 구하는 소)에 있어서는 권리보호요건으로서 확인의 이익이 있어야 한다.[261]

일반적으로 '과거의 법률관계'는 확인의 소의 대상이 될 수 없지만(확인의 소는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 관한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 허용되는 것이다),[262] 그것이 현재의

없다. 이 때 의결에 참여한 사원 등이 대표자와 공동으로 불법행위를 저질렀거나 이에 가담하였다고 볼 수 있는지 여부는, 그 의결에 참여한 법인의 기관이 당해 사항에 관하여 의사결정권한이 있는지 여부 및 대표자의 집행을 견제할 위치에 있는지 여부, 그 사원이 의결과정에서 대표자의 불법적인 집행행위를 적극적으로 요구하거나 유도하였는지 여부 및 그 의결이 대표자의 업무 집행에 구체적으로 미친 영향력의 정도, 침해되는 권리의 내용, 의결 내용, 의결행위의 태양을 비롯한 위법성의 정도를 종합적으로 평가하여 법인 내부행위를 벗어나 제3자에 대한 관계에서 사회상규에 반하는 위법한 행위라고 인정될 수 있는 정도에 이르러야 한다."

259) 대표자의 거래행위가 직무에 해당하지 아니함을 피해자가 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에는, 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다(2009다57033).

260) **민법 제61조(이사의 주의의무)** 이사는 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 행하여야 한다.
○ 대법원 2016. 8. 18. 선고 2016다200088 판결: "재단법인 정관에서 일상적 사무를 처리하기 위해 사무총장, 사무국장 등의 명칭으로 상근 임원을 따로 두고 있는 경우, 비상근 또는 업무집행을 직접 담당하지 아니하는 이사도 단지 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는 데에 그치지 않고 상근 임원의 전반적인 업무집행을 감시할 의무가 있는 것이므로, 상근 임원의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 재단법인이 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다. 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태함으로써 법인에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정함에 있어서는, 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사의 임무 위반의 경위 및 임무위반행위의 태양, 법인의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사의 법인에 대한 공헌도, 임무위반행위로 인한 당해 이사의 이득 유무, 법인의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있고, 나아가 책임감경사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다."

261) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다67399 판결: "확인의 소에 있어서는 권리보호요건으로서 확인의 이익이 있어야 하고 그 확인의 이익은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안, 위험이 있고 그 불안, 위험을 제거함에는 피고를 상대로 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때에만 인정된다. 그리고 확인의 소의 피고는 원고의 권리 또는 법률관계를 다툼으로써 원고의 법률적 지위에 불안을 초래할 염려가 있는 자, 다시 말하면 원고의 보호법익과 대립 저촉되는 이익을 주장하고 있는 자이어야 하고 그와 같은 피고를 상대로 하여야 확인의 이익이 있게 된다." ☞ **[사견]** 흔히 일반론으로 "확인판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단인 경우에 인정된다."라고 판시하고 있으나, '가장 유효·적절한 수단'까지는 아니더라도 '유효·적절한 수단'으로 인정된다면 확인의 소를 허용함이 옳다고 생각한다. 소송절차상 이유로 법원의 문턱을 높여 당사자의 권리구제와 분쟁의 해결에 법원이 인색해 할 필요는 없다.

262) **이사회**에서 이사 해임결의가 있은 후 다시 개최된 이사회에서 종전 결의를 그대로 추인하거나 재차 해임결의를 한 경우에는, 당초 해임결의가 무효라고 할지라도 다시 개최된 이사회 결의가 하자로 인하여 무효라고 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 종전 이사회 결의의 무효확인을 구하는 것은 과거의 법률관계 내지 권리관계의 확인을 구하는 것에 불과하여 권리보호의 요건을 결여한 것이다(2018다235071; 비법인재단 사안). **총회**의 임원

권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효·적절한 수단이라고 인정될 때(즉, 이해관계인들 사이에 현재적 또는 잠재적 분쟁의 전제가 되어 과거의 법률관계 자체의 확인을 구하는 것이 관련된 분쟁을 일거에 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있는 경우)에는 예외적으로 확인의 이익이 인정된다.[263]

혼인·입양과 같은 신분관계는 그것을 전제로 하여 수많은 법률관계가 형성되고 그에 관하여 일일이 효력의 확인을 구하는 절차를 반복하는 것보다 과거의 법률관계인 신분관계 자체의 무효 확인을 구하는 편이 관련된 분쟁을 한꺼번에 해결하는 유효·적절한 수단일 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 신분관계가 이미 해소된 이후라고 하더라도 그 무효 확인을 구할 이익이 인정된다.[264] [265]

선임결의가 있은 후 다시 개최된 총회에서 종전 결의를 그대로 인준하거나 재차 임원선임결의를 한 경우, 종전 결의의 무효 확인을 구하는 것은 과거의 법률관계 내지 권리관계의 확인을 구하는 것에 불과하여 권리보호의 이익이 없다(2011다69220). 무효확인을 구하는 총회결의에 의하여 선임된 임원의 임기가 만료된 후 새로운 임원을 선출한 총회결의가 있었던 경우, 후총회결의의 무효확인을 함께 청구하지 아니한 채 선총회결의만의 무효확인을 청구하는 것은 소의 이익이 없다(92다21357).

263) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결; "**과거의 법률관계**라고 할지라도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 이에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효·적절한 수단이라고 인정될 때에는 확인을 구할 이익이 있다. … 일반적으로 과거의 법률관계는 확인의 소의 대상이 될 수 없지만, 그것이 이해관계인들 사이에 현재적 또는 잠재적 분쟁의 전제가 되어 과거의 법률관계 자체의 확인을 구하는 것이 관련된 분쟁을 일거에 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있는 경우에는 예외적으로 확인의 이익이 인정된다. … 원고가 주식회사인 피고의 감사 지위에 있었는지 여부는 이를 전제로 한 원고의 다른 권리나 법률상 지위 등에 영향을 미칠 수 있다. … 감사로서 임기 중 보수를 지급받지 못한 데에 따른 손해배상청구 등을 할 수 있다. … 원고의 손해가 피고의 대표이사의 고의 또는 중대한 과실로 인한 것이라면 … 대표이사 개인도 피고와 연대하여 손해배상책임을 지게 된다. 따라서 과거의 법률관계가 되었더라도 … 원고의 감사 지위 존부에 대하여 기판력 있는 확인판결을 받는 것은 위와 같은 후속 분쟁을 보다 근본적으로 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있다. … 금전지급을 구하는 후속 소송에서 선결문제가 되어 심리·판단될 수도 있다. 그러나 이러한 사정은 … 확인의 이익을 전면적으로 부정할 이유가 되지 못한다. … 분쟁의 일회적 해결을 도모해야 한다."(소를 부적법 각하한 원심판결을 직권 판단으로 파기한 예)

264) ❶ 대법원 2024. 5. 23. 선고 2020므15896 전원합의체 판결; "특별한 사정이 없는 한 혼인관계가 이미 해소된 이후라고 하더라도 혼인무효의 확인을 구할 이익이 인정된다고 보아야 한다." ☛ 협의파양신고로 양친자관계가 해소된 이후에 제기된 입양무효확인의 소도 확인의 이익이 있다(94므1553,1560). ❷ 회사의 설립, 주주총회 결의 무효·취소와 같은 사단적 관계, 행정처분과 같은 행정관계도 동일하다(78므7).

265) **[과거의 법률관계 확인의 이익 긍정례]** ❶ **원심**이, 원고가 무효확인을 구하는 징계처분은 '2개월 무급정직 및 유동대기, 징계기간 중 회사 출입금지'로서 이미 그 징계기간인 2개월이 경과하였음이 명백하므로 그 무효확인을 구하는 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다고 한 데 대하여, **대법원**은, "이 사건 징계처분은 정직기간 동안의 임금 미지급 처분의 실질을 갖는 것이고, 이는 원고의 임금청구권의 존부에 관한 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있으므로, 원고로서는 비록 징계처분에서 정한 징계기간이 도과하였다 할지라도 이 사건 징계처분의 무효 여부에 관한 확인 판결을 받음으로써 가장 유효·적절하게 자신의 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거할 수 있다고 봄이 상당하다."고 한 예(2010다36407). ❷ 대기처분 후 6개월 간 미보직의 경우 자동해임된다는 피고 회사의 포상징계규정에 따라 자동해임된 원고가 대기처분의 무효확인을 구한 사안에서, 원고는 대기처분 기간 동안 승진·승급에 제한을 받고 임금이 감액되는 등 인사와 급여에서 불이익을 입었고, 대기처분 후 자동해임처분에 따라 해고되었더라도 그 효력을 둘러싸고 법률적인 다툼이 있어 해고가 정당한지가 아직 확정되지 않았을 뿐만 아니라, 대기처분의 적법 여부가 자동해임처분 사유에도 직접 영향을 주게 되므로, 자동해임처분과 별개로 대기처분의 무효 여부에 관한 확인을 받을 법률상 이익이 있다고 한 예(2014다9632). ❸ 원고가 피고 운영 고등학교 재학 중 정학 2일의 징계를 받고 피고를 상대로 징계무효확인의

법률상 지위 확인 청구에 관한 법원의 심리 도중 원고의 임기가 만료되고 후임이 선임된 경우, 곧바로 부적법 각하할 것이 아니라, 원고에게 과거의 법률관계에 대한 확인을 구할 이익이나 필요성이 있는지 여부를 석명하고 그 의견을 진술하게 하거나 청구취지를 변경할 수 있는 기회를 주어야 한다.[266]

(2) 민법상 법인에 대한 확인의 소 일반론

민법상 법인(비법인 단체 포함)의 이사회나 총회 결의에 부존재나 무효의 하자가 있는 경우 법률에 별도의 규정이 없으므로 이해관계인은 언제든지, 어떤 방법에 의하든지 그 부존재나 무효를 주장할 수 있어,[267] 일반 민사소송법상 확인의 소를 통해 결의의

소를 제기하였다가 소송 중 학교를 졸업한 **사안**에서, 학교생활기록부에 기재된 징계 내역은 준영구적으로 보존되고, 학교생활기록부 기재사항은 대상자의 교육을 받을 권리, 공무담임권, 직업의 선택 등 여러 방면에 상당한 영향을 미칠 수 있으며, 원고는 학교생활기록부에 기재된 징계 내역이 잘못된 경우 정정을 요구할 수 있고, 이를 위해서는 '객관적 증빙자료'를 확보할 필요가 있으므로, 징계 자체는 과거의 법률관계라고 하더라도 징계무효확인을 구할 법률상 이익이 인정된다고 한 사례(대법원 2023. 2. 23. 선고 2022다207547 판결) **[행정사건의 동일 취지 판시]** ❶ 국가공무원법상 직위해제처분의 무효확인 또는 취소소송 계속 중 정년을 초과하여 직위해제처분의 무효확인 또는 취소로 공무원 신분을 회복할 수는 없다고 할지라도, 그 무효확인 또는 취소로 직위해제일부터 직권면직일까지 기간에 대한 감액된 봉급 등의 지급을 구할 수 있는 경우에는 직위해제처분의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있다(2012두26180). ❷ 해임처분 무효확인 또는 취소소송 계속 중 임기가 만료되어 해임처분의 무효확인 또는 취소로 그 지위를 회복할 수는 없다 할지라도, 그 무효확인 또는 취소로 인하여 해임처분일부터 임기만료일까지의 기간에 대한 보수 지급을 구할 수 있는 경우에는 해임처분의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있다(2011두5001). ❸ 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다툴 소의 이익이 있다(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결). ❹ 사립학교 교원이 소청심사청구를 하여 해임처분의 효력을 다투던 중 형사판결 확정 등 당연퇴직사유가 발생하여 교원의 지위를 회복할 수 없다고 할지라도, 해임처분이 취소되거나 변경되면 해임처분일부터 당연퇴직사유 발생일까지의 기간에 대한 보수 지급을 구할 수 있는 경우에는 소청심사청구를 기각한 교원소청심사위원회 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 있다(2022두50571). ☛ 대법원 2000. 5. 18. 선고 95재다199 전원합의체 판결의 다수의견은, 기간을 정하여 임용된 사립학교 교원이 임용기간 만료 전에 직위해제 또는 면직 처분을 받은 후 그 임용기간이 만료된 경우, 위 직위해제 또는 면직 처분의 무효확인 청구는 과거의 법률관계의 확인청구에 지나지 않고 위 처분으로 법률상의 이익이 침해되었다고 볼 수도 없으므로 그 무효확인을 구할 소의 이익이 없다고 하면서, 침해된 급료지급청구권은 바로 급료의 지급을 구하는 이행청구소송으로 직접적인 권리구제 방법이 있는 이상 위 무효확인 소송을 적절한 권리구제수단이라 할 수 없다고 판시한 바 있으나, 앞서 본 최근의 일련의 판례에 의하면 사실상 판례 변경이 이루어진 것으로 볼 수 있다. 그런데 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다29013 판결처럼 사실심의 변론종결 전에 원고의 정년이 도래하였음이 명백하므로 근로자 지위를 회복하는 것이 불가능하게 되어 근로자지위확인청구의 확인의 이익이 없다고 한 상반된 예도 보인다.

266) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결; "원고가 이 사건 소를 제기할 당시는 물론 대법원이 원고의 감사 지위 확인 청구를 받아들이는 취지의 환송판결을 할 당시에도 감사로서의 임기가 충분히 남아 있었는데, 원심의 심리 도중 원고의 임기가 만료되고 후임 감사가 선임됨에 따라 원고의 감사 지위 확인 청구는 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 것이 되었다. … 원심으로서는 종전의 감사 지위 확인 청구가 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 것이 되었다는 등의 이유만으로 곧바로 이를 부적법 각하할 것이 아니라 원고에게 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위해 과거의 법률관계에 대한 확인을 구할 이익이나 필요성이 있는지 여부를 석명하고 이에 관한 의견을 진술하게 하거나 청구취지를 변경할 수 있는 기회를 주어야 한다."

267) 대법원 2000. 1. 28. 선고 98다26187 판결.

부존재나 무효 확인을 구하거나 다른 법률관계에 관한 소송에서 '선결문제'로서 무효를 주장할 수도 있다.[268]

결의의 무효와 부존재는 하자의 정도에 따른 법률적 평가의 구분일 뿐 '유효한 결의가 존재하지 아니한다.'는 점에서는 동일하므로, 결의 무효 확인의 소와 부존재 확인의 소는 별개의 소송물이 아닌 동일한 소송물로 볼 수 있다.[269]

법인의 이사회나 총회 결의의 무효·부존재 확인 소송, 대표자나 구성원 지위의 존부에 관한 확인 소송에서, ❶ 원고적격자는 통상의 확인의 소의 경우처럼 '확인의 이익'이나 '법률상 이해관계'를 갖는 자[270]이고(이사가 그 지위에 기하여 결의 무효 확인의 소를 제기하였다가 소송 계속 중에 사망한 경우, 그 소송은 이사의 사망으로 중단되지 않고 그대로 종료되고, 상속인의 소송수계신청은 기각된다[271]), ❷ 피고적격자는 법인이며, 개인은 피고적격이 없다.[272] [273] 임원 직무

---

268) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다273981 판결; "**상법**은 주주총회의 결의에 대하여 '총회의 소집절차 또는 결의방**법**이 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 때 또는 그 결의의 내용이 정관에 위반한 때'를 결의취소 사유로, '총회의 결의의 내용이 법령에 위반한 때'를 주주총회 결의무효 사유로, '총회의 소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 있는 때'를 결의부존재사유로 규정하면서, 그 소집절차나 결의방법, 결의내용의 하자 등에 대해 결의취소의 소(**상**법 제376조), 결의무효 및 부존재확인의 소(상법 제380조)로 다툴 수 있도록 하고 있다. 그런데 **민법**상의 법인이나 비법인사단의 총회결의에 대하여는 그와 같은 절차가 별도로 규정되어 있지 않기 때문에 소집절차나 결의방법, 결의내용의 하자 등에 대해 일반 민사상 무효확인의 소를 통해 결의무효확인을 구하거나 다른 법률관계에 관한 소송에서 선결문제로서 무효를 주장할 수 있었고, 이는 집합건물법에 따른 관리단집회의 결의에도 동일하게 적용되었다."

269) **[사견]** ① 과세처분 취소사유와 무효사유는 그 하자가 중대하고 명백한지 여부(하자의 정도)에 따라 나뉘는데(2017다242409), 과세처분 취소 청구를 기각하는 판결이 확정되면 그 처분이 적법하다는 점에 관하여 기판력이 생기고 그 후 그 무효 확인을 소구할 수는 없다고 한 95누1880 판결, ② 결의에 대한 부존재확인청구나 무효확인청구는 모두 법률상 유효한 결의의 효과가 현재 존재하지 아니함을 확인받고자 하는 점에서 동일한 것이라는 82다카1810 판결의 일부 판시, ③ 주주총회결의 취소의 소와 결의 무효·부존재 확인의 소는 상법 제376조, 제380조에 실체법상 개별적인 근거규정이 존재함에 반하여 이사회결의 무효·부존재 확인의 소는 실체법상 개별적인 근거규정이 없는 점 등에 비추어, 주주총회결의 취소의 소와 무효 확인의 소, 부존재 확인의 소를 각각 별개의 소송물로 볼 수 있는 것과는 별개로(82다카1810 판결은 주주총회결의 무효 확인의 소와 부존재 확인의 소가 각각 별개의 소송물임을 전제로 한 것이고, 2001다45584 판결과 78다1219 판결은 주주총회결의 취소의 소와 부존재 확인의 소가 각각 별개의 소송물임을 전제로 한 것으로 볼 수 있다), 이사회결의 무효확인과·부존재 확인의 소는 별개의 소송물이 아닌 동일한 소송물로 볼 수 있다.

270) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2014다44451 판결.
법인의 이사(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결), 감사(2014다44451)는 그의 직무수행권에 기하여 확인의 이익을 갖는다. 묵시적으로 법인의 이사로서의 지위를 포기하였다고 인정할 수 있는 자는 확인의 이익이 없다(95다31478). 임기 만료되거나 사임한 구 이사가 후임 이사가 선임될 때까지 종전의 직무를 수행할 수 있는 경우, 다른 이사를 해임하거나 후임 이사를 선임한 이사회 결의의 무효 확인을 구할 법률상 이익이 있지만, 구 이사가 법인의 업무를 수행함이 부적당하다고 인정될 만한 '특별한 사정'이 있다면 확인의 이익이 없어 부적법하다(2004다65336). 피고 학원의 설립자라는 지위에서 이사회 결의의 무효 확인을 구할 수는 없다(2001다1171).

271) 이사는 법인의 의사결정기관인 이사회의 구성원이고, 의사결정기관 구성원으로서의 지위는 일신전속적인 것이어서 상속의 대상이 되지 않기 때문이다(2015다255258(주식회사 주주총회결의 취소의 소 사안), 80마370(학교법인 이사회결의 무효 확인의 소 사안)). 종교단체의 중앙종의회결의 무효확인 소송에서도 마찬가지이다(2018다224132).

272) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다244499 판결; "단체의 임원 혹은 당선인 등의 지위의 적극적 확인을 구하는 단체 내부의 분쟁에 있어서 피고가 되는 자는 그 청구를 인용하는 판결이 선고될 경우 승소판결의 효력이 미치는 단체 자체라 할 것이므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 해당 단체 아닌 자를 상대로 지위 확인을 구하는 것은

집행정지가처분에서는 피신청인 적격자가 당해 임원이고, 법인에게는 피신청인적격이 없다.[274] 법인의 대표자·구성원 개인과 법인을 공동피고로 하는 소송은 예비적·선택적 공동소송에 해당하고, 단일소송 계속 중 주관적·예비적 피고의 추가가 허용된다.[275] 대표자 선출 결의의 무효·부존재 확인 소송, 대표자 지위 부존재 확인 소송에서 피고 단체를 대표할 자는 무효·부존재 확인의 대상이 된 결의에 의해 선출된 대표자, 지위 부존재 확인의 대상이 된 대표자 또는 그에 갈음한 직무대행자이다.[276]

그 지위를 둘러싼 당사자들 사이의 분쟁을 근본적으로 해결하는 유효·적절한 방법이 될 수 없어 소의 이익을 인정하기 어렵다." 예 ○○구 축구협회가 총회에서 원고를 회장으로 선출하였으나, 피고(○○구 체육회)의 인준을 받아 회장에 취임하도록 되어 있는 위 축구협회 및 피고의 규약을 근거로 피고가 원고에 대한 인준을 거부하면서 재선거 실시를 통보하자, 원고가 피고에게 위 협회의 회장 지위에 있다는 확인을 구한 사안에서, 원고가 피고에게 인준 절차의 이행을 구할 여지가 있음은 별론으로 하고, 위 협회를 상대로 구하여야 할 회장 내지 당선인 지위에 있다는 확인판결을 피고로부터 받는 것은 관련 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단이라고 보기 어려우므로 확인의 이익이 인정되지 않는다고 한 예.

273) 피고적격에 관한 위와 같은 법리는 회사, 민법상 법인, 비법인사단 모두에 공통된 것이다.
학교법인 이사회의 이사선임결의는 학교법인의 의사결정으로서 그로 인한 법률관계의 주체는 학교법인이므로 학교법인을 상대로 하여 이사선임결의의 존부나 효력 유무의 확인판결을 받음으로써만 그 결의로 인한 원고의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 유효적절하게 제거할 수 있는 것이고, 학교법인이 아닌 이사 개인을 상대로 한 확인판결은 학교법인에 그 효력이 미치지 아니하여 즉시확정의 이익이 없으므로 그러한 확인판결을 구하는 소송은 부적법하다. 이와 같은 법리는 학교법인을 상대로 이사선임결의의 존부나 효력 유무의 확인판결을 구하면서 아울러 이사 개인을 피고로 하여 이사 지위의 부존재 확인판결 등을 구하는 경우에도 동일하게 적용된다(2010다30676,30683). 법인 아닌 사단인 종교단체의 대표자 또는 구성원의 지위에 관한 확인소송에서 그 대표자 또는 구성원 개인을 상대로 제소하는 경우에는 그 청구를 인용하는 판결이 내려진다 하더라도 그 판결의 효력이 해당 단체에 미친다고 할 수 없기 때문에 대표자 또는 구성원의 지위를 둘러싼 당사자들 사이의 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효적절한 방법이 될 수 없으므로, 그 단체를 상대로 하지 않고 대표자 또는 구성원 개인을 상대로 한 청구는 확인의 이익이 없어 부적법하다(2011다101155). 종중 대표자라고 주장하는 자가 종중을 상대로 하지 않고 종중원 개인을 상대로 하여 대표자 지위의 적극적 확인을 구하는 소송은 확인의 이익이 없어 부적법하다(97다4104). 상가사업협동조합의 이사장선임결의 부존재확인소송에서, 조합만을 당사자로 하여 그 확인을 구하는 것으로 족하고 그 외에 선임된 이사장 개인에 대하여는 따로 그 확인을 구할 필요가 없다(96다6295). 대표자를 선출한 결의의 무효 또는 부존재 확인을 구하는 소송에서 그 단체를 대표할 자는 여전히 무효 또는 부존재 확인 청구의 대상이 된 결의에 의해 선출된 대표자이나, 그 대표자에 대해 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분이 된 경우에는 본안소송에서 그 단체를 대표할 자는 직무집행을 정지당한 대표자가 아니라 대표자 직무대행자이다(95다31348).

274) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 그 주장 자체에 의하여 신청인과 저촉되는 지위에 있는 자를 피신청인으로 하여야 한다(96다15916).

275) 대법원 2007. 6. 26.자 2007마515 결정; "법인 또는 비법인 등 당사자능력이 있는 단체의 대표자 또는 구성원의 지위에 관한 확인소송에서 그 대표자 또는 구성원 개인뿐 아니라 그가 소속된 단체를 공동피고로 하여 소가 제기된 경우에 있어서는, 누가 피고적격을 가지는지에 관한 법률적 평가에 따라 어느 한 쪽에 대한 청구는 부적법하고 다른 쪽의 청구만이 적법하게 될 수 있으므로, 이는 민사소송법 제70조 제1항 소정의 예비적·선택적 공동소송의 요건인 각 청구가 서로 법률상 양립할 수 없는 관계에 해당하는 것으로 봄이 상당하다. … 이 사건 동대표 지위의 부존재 확인을 구하는 소송에서 일주자대표회의와 상대방 중 누가 피고적격을 가지는지에 따라 어느 일방에 대한 청구는 부적법하고 다른 일방에 대한 청구는 적법하게 될 수 있으므로 이들 각 청구는 법률상 양립할 수 없는 경우에 해당하여 앞에서 본 주관적·예비적 공동소송의 한 태양에 속하고, 따라서 민사소송법 제70조 제1항에 의하여 준용되는 같은 법 제68조의 규정에 따라 그 주관적·예비적 피고의 추가가 허용되는 것으로 보아야 할 것이다."

276) ❶ 대법원 2024. 4. 12. 선고 2023다313241 판결; "민법상의 법인이나 비법인사단을 상대로 그 대표자의 지위 부존재 확인을 구하는 소송에서 그 단체를 대표할 자는 지위 부존재 확인의 대상이 된 대표자이나, 대표자에 대하여 직무집행정지가처분 결정이 내려진 경우에는, 가처분 결정에 특별한 정함이 없는 한 그 대표자는 본안소송에서 그 단체를 대표할 권한을 포함한 일체의 직무집행에서 배제된다. 따라서 원고가 단체를 상대로

이사회나 총회 결의 부존재·무효 확인의 소극적 청구의 경우, 원고는 청구원인사실로서 일단 '피고 법인이 ○년 ○월 ○일 개최된 이사회·총회에서 ~한 결의를 했다고 주장하고 있는 사실'을 주장·증명하면 되고(다툼이 있는 청구 대상의 특정), 이에 대하여 피고 법인이 항변사실로서 '위 결의의 존재'를 주장·증명하면,[277] 원고는 재항변사실로서 '위 결의의 무효사유'를 주장·증명하여야 하는 논리적 공방구조이지만, 통상의 경우에는, 원고가 청구원인사실로서 '피고 법인이 ○년 ○월 ○일 개최된 이사회총회에서 ~한 결의를 한 사실'을 자인하면서 '그 결의의 무효사유'를 주장·증명하는 방식을 취한다.[278] '결의 존재 확인'의 적극적 청구의 경우에는 원고가 '결의의 존재'를 증명하여야 하고, 이를 인정할 외관적 징표가 없는 경우에는 확인의 이익이 없어 부적법하다.[279]

민법상 사단법인의 총회 등 결의의 의사정족수 등 절차적 요건의 충족 여부는 그 의사록 등의 기재에 의하여 판단하여야 하고, 그 증명력을 부인할 만한 특별한 사정에 관하여는 결의의 효력을 다투는 측에서 구체적으로 주장·증명하여야 한다.[280]

직무집행정지가처분 결정이 내려진 대표자의 대표자 지위 부존재 확인의 소를 제기하면서 그 대표자를 단체의 대표자로 표시한 소장을 제출하고 법원도 그 대표자를 송달받을 사람으로 하여 소장 부본을 송달한 후 소송절차가 진행되었다면, 그 대표자에게는 그 소송에 관하여 단체를 대표할 권한이 없기 때문에 소장 부본이 단체에 적법·유효하게 송달되었다고 볼 수 없고 그 대표자가 단체를 대표하여 한 소송행위나 원고가 그 대표자에 대하여 한 소송행위는 모두 무효가 된다." ❷ 95다31348; "민법상의 법인이나 법인이 아닌 사단 또는 재단의 대표자를 선출한 결의의 무효 또는 부존재 확인을 구하는 소송에서 그 단체를 대표할 자는 의연히 무효 또는 부존재 확인청구의 대상이 된 결의에 의해 선출된 대표자라 할 것이나, 그 대표자에 대해 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분이 된 경우에는 그 가처분에 특별한 정함이 없는 한 그 대표자는 그 본안소송에서 그 단체를 대표할 권한을 포함한 일체의 직무집행에서 배제되고 직무대행자로 선임된 자가 대표자의 직무를 대행하게 되므로, 그 본안소송에서 그 단체를 대표할 자도 직무집행을 정지당한 대표자가 아니라 대표자 직무대행자로 보아야 할 것이다." ↪ 피고(비법인 사단)의 대표자에 대한 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분결정이 고지됨과 동시에 그 대표자는 일체의 직무집행에서 배제되는 결과 임시총회결의무효확인 소송에서 피고를 대표할 권한도 상실하였으므로, 소송절차가 중단되고 직무대행자가 소송을 수계하였어야 함에도, 제1심 판결에 대하여 위 대표자가 피고를 대표하여 제기한 항소는 소송절차 중단 중에 대표권이 없는 자에 의해 제기된 것으로서 부적법하므로, 원심으로서는 원고의 본안전 항변을 받아들여 피고 측에게 위와 같은 대표권의 흠결을 보정하도록 명하여 만일 이를 보정하지 아니할 경우 항소를 각하하였어야 한다고 판시한 예.

277) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193 판결; "주주총회결의 자체가 있었는지 및 그 결의에 이를 부존재로 볼 만한 중대한 하자가 있는지 등 주주총회결의의 존부에 관하여 다툼이 있는 경우 주주총회결의 자체가 있었다는 점에 관해서는 회사가 증명책임을 부담하고 그 결의에 이를 부존재로 볼 만한 중대한 하자가 있다는 점에 관해서는 주주가 증명책임을 부담하는 것이 타당하다."

278) 소극적 확인소송인 채무부존재확인소송의 공방구조에 관한 97다45259 판결 등 참조.

279) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다62437 판결; "재건축조합의 총회의 결의는 의사결정기관인 총회의 의사를 결정하는 법률행위로서, 소정의 절차에 따라 결의의 성립이 선언됨으로써 관계자에 대하여 구속력을 가지는 결의가 외형적으로 존재하게 되고, 그와 같이 결의의 존재를 인정할 수 있는 어떤 외관적인 징표가 있어야만 그 결의의 효력 유무의 확인을 구할 수 있다 할 것이다. … 원심판결은 … 피고의 본안전 항변을 받아들여 이 사건 소를 각하한 결론에 있어서는 정당하고" ↪ 재건축조합의 조합해산안에 대한 임시총회 결의절차에서 의장이 일부 서면결의서의 하자 유무의 확인을 이유로 결의 성립의 선언을 보류한 채 폐회선언을 한 경우, 결의의 존재를 인정할 외관적 징표가 없으므로 그 결의가 존재함을 전제로 한 임시총회의 해산결의 존재확인의 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다고 한 사례.

280) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2010다88682 판결; "민법상 사단법인의 총회 등 결의와 관련하여 당사자 사이에 의사정족수나 의결정족수의 충족 여부가 다투어져 결의의 성립 여부나 그 절차상 흠의 유무가 문제되는 경우로서 사단법인 측에서 의사의 경과, 요령 및 결과 등을 기재한 의사록을 제출하거나 이러한 의사의 경과 등을

일반 확인 소송의 판결의 효력은 소송 당사자 사이에서만 발생하고 대세적 효력이 없다.[281]

단체의 설립목적을 달성하기 위하여 수행하는 사업 또는 활동의 절차·방식·내용 등을 정한 '단체 내부의 규정'은 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 등 사회관념상 현저히 타당성을 잃은 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 이를 무효라고 할 수 없다.[282] 정관에서 임시총회 소집 권한을 가지는 사원의 정수를 '총사원의 1/2 이상'으로 정하거나, 사실상 소수사원이 총회 소집 권한을 행사하는 것을 어렵게 하거나 그 부담을 과도하게 가중시키는 임시총회 소집 요건을 부과하는 것은 무효이다.[283]

(3) 이사회 결의 부존재·무효 확인 청구

이사회 결의의 무효사유는 이사회 결의를 무효로 할 만한 절차상 또는 내용상 '중대한 하자'여야 한다.[284]

담은 녹음·녹화자료 또는 그 녹취서 등을 제출한 때에는, 그러한 의사록 등이 사실과 다른 내용으로 작성되었다거나 부당하게 편집, 왜곡되어 그 증명력을 인정할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 의사정족수 등 절차적 요건의 충족 여부는 그 의사록 등의 기재에 의하여 판단하여야 한다. … 의사록 등의 증명력을 부인할 만한 특별한 사정에 관하여는 결의의 효력을 다투는 측에서 구체적으로 주장·입증하여야 한다. … 민법상 사단법인 총회의 표결 및 집계방법에 관하여는 법령에 특별한 규정이 없으므로, 정관에 다른 정함이 없으면 개별 의안마다 표결에 참석한 사원의 성명을 특정할 필요는 없고, 표결에 참석한 사원의 수를 확인한 다음 찬성·반대·기권의 의사표시를 거수, 기립, 투표 기타 적절한 방법으로 하여 집계하면 된다."

281) 이사회 결의 무효 확인소송이 제기되어 승소확정판결이 난 경우 그 판결의 효력은 소송의 당사자 사이에서만 발생하는 것이지 대세적 효력이 있다고 볼 수는 없으므로, 이사회결의무효확인의 소는 그 소송의 목적이 당사자 일방과 제3자에 대하여 합일적으로 확정될 경우가 아니어서 제3자는 공동소송참가를 할 수 없다(2001다13013).

282) 대법원 2022. 11. 17. 선고 2019다283725, 283732, 283749 판결.

283) 대법원 2023. 8. 18.자 2023그608 결정; "민법 제70조는 사단법인의 이사에게 임시총회 소집 권한을 부여하되(제1항), 총사원의 1/5 이상이 회의의 목적사항을 제시하여 임시총회 소집을 청구한 경우에는 이사에게 소집의무가 있음을 명시하였고(제2항), 위와 같은 소집 청구 후 2주일 내에 이사가 총회소집 절차를 밟지 아니하는 때에는 청구한 사원이 법원의 허가를 얻어 임시총회를 소집할 수 있도록 정하였다(제3항). 이는 임시총회 소집 권한을 이사에게만 배타적·독점적으로 부여할 경우에 사원과 사단법인에 발생할 수 있는 불이익을 방지하고, 사원 개개인에게 소집 권한이 부여된 경우에 그것이 남용됨에 따라 사단법인의 운영·유지·존립에 혼란이 생길 위험을 방지하기 위하여 일정한 범위의 소수사원에게 그 소집 권한을 부여한 것이다. 그러므로 민법 제70조 제2항 후문에서 정관으로 임시총회 소집 권한을 부여한 소수사원의 범위를 증감시킬 수 있음을 명시하였더라도, 민법 제70조의 입법취지 및 목적에 비추어 소수사원에게 부여된 임시총회 소집 권한을 박탈하거나 이를 해치는 수준에 이르지 못한다는 내재적 한계를 가진다. 결국 사단법인의 정관에서 임시총회 소집 권한을 가지는 사원의 정수를 '총사원의 1/2 이상'으로 정하거나, 소집 절차 중 '회의의 목적사항 제시' 요건을 구체화하는 등 절차적 요건을 보다 구체화하거나 명확히 하는 것 이외에 사실상 소수사원으로 하여금 총회 소집 권한을 행사하는 것을 어렵게 하거나 그 부담을 과도하게 가중시키는 임시총회 소집 요건 또는 절차적 요건을 부과하는 것은 민법 제70조의 입법취지 및 목적에 반하여 원칙적으로 무효라고 보아야 한다."(민법 제70조 제2항에서 정한 '조합원 5분의 1 이상의 총회소집 요청' 이외에 '감사 3인 중 2인의 의결'이라는 추가적인 임시총회 소집 요건 또는 절차적 요건을 부과한 정관 조항은 소수 조합원의 임시총회 소집 청구권의 행사를 사실상 어렵게 하거나 그 부담을 과도하게 가중시키는 경우에 해당하여 민법 제70조 제2항 및 제3항에 반하여 허용될 수 없다고 한 예)

284) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2018다235071 판결; 원심이, 이사회결의의 소집절차 및 의결과정, 회의록 작성 등에 있어서 이사회결의를 무효로 할 만한 중대한 하자가 있다고 보기 어렵다고 판단하여 이사회결의 무효 확인을 구하는 원고의 주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예.

이사회 소집권자[285] 아닌 자에 의한 소집,[286] 소집 통지 절차(정관에서 정한 '회의 목적 사항'의 기재, 소집통지 기간의 준수[287] 등 포함)의 누락·위반,[288] 법령이나 정관에서 정한 절차의 흠결·위반,[289] 의사정족수 및 의결정족수(민법 제74조의 유추해석에 의하여, 법인과 '이사와의 관

285) 대법원 2017. 12. 1.자 2017그661 결정; "**민법 제58조 제1항**은 민법상 법인의 사무집행은 이사가 하도록 규정하고 있고, 같은 조 **제2항**은 이사가 수인인 경우에는 이사의 과반수로써 결정하되 정관에 다른 규정이 있으면 이에 따르도록 규정하고 있다. 그러므로 이사가 수인인 민법상 법인의 정관에 대표권 있는 이사만 이사회를 소집할 수 있다고 규정하고 있다고 하더라도 이는 과반수의 이사가 본래 할 수 있는 이사회 소집에 관한 행위를 대표권 있는 이사로 하여금 하게 한 것에 불과하다. 따라서 정관에 다른 이사가 요건을 갖추어 이사회 소집을 요구하면 대표권 있는 이사가 이에 응하도록 규정하고 있는데도 대표권 있는 이사가 다른 이사의 정당한 이사회 소집을 거절하였다면, 대표권 있는 이사만 이사회를 소집할 수 있는 규정은 적용될 수 없다. 이 경우 이사는 정관의 이사회 소집권한에 관한 규정 또는 민법에 기초하여 법인의 사무를 집행할 권한에 의하여 이사회를 소집할 수 있다. 민법상 법인의 필수기관이 아닌 이사회는 이사가 그 사무집행권한에 의해 소집하는 것이므로, 과반수에 미치지 못하는 이사는 특별한 사정이 없는 한 민법 **제58조** 제2항에 반하여 이사회를 소집할 수 없다. 반면 과반수에 미치지 못하는 이사가 정관의 특별한 규정에 근거하여 이사회를 소집하거나 과반수의 이사가 민법 제58조 제2항에 근거하여 이사회를 소집하는 경우에는 법원의 허가를 받을 필요 없이 그 본래적 사무집행권에 기초하여 이사회를 소집할 수 있다. 법원은 민법상 법인의 이사회 소집을 허가할 법률상 근거가 없고, 다만 이사회 결의의 효력에 관하여 다툼이 발생하면 그 소집절차의 적법 여부를 판단할 수 있을 뿐이다. … 사단법인의 소수사원이 이사에게 요건을 갖추어 임시총회의 소집을 요구하였으나 2주간 내에 이사가 총회소집의 절차를 밟지 아니한 경우 법원의 허가를 얻어 임시총회를 소집할 수 있도록 규정한 민법 제70조 제3항은 … 민법상 법인의 집행기관인 이사회 소집에 유추적용할 수 없다."

286) 재단법인 이사회가 법령 또는 정관이 정하는 바에 따른 정당한 소집권자 아닌 자에 의하여 소집되고 그 이사 가운데 일부만이 참석하여 결의를 하였다면, 그 이사회의 결의는 부적법한 결의로서 효력이 없다(2004다63408).

287) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2014다44451 판결; "민법상 사단법인의 총회나 상법상 주주총회 및 이사회의 소집통지의 경우에는 법문에 명시적으로 통지를 발하거나 발송하도록 되어 있는 반면, 사립학교법 제17조 제3항의 경우에는 "통지하여야 한다"고 규정하고 있으므로, 민법 제111조 제1항이 정한 바에 따라 이사회 소집통지가 상대방에게 도달한 때를 기준으로 소집통지 기간의 준수 여부를 가려야 한다."

288) ❶ 사회복지법인의 이사회가 특정 이사에게 적법한 소집통지를 하지 아니하여 그 이사가 출석하지 아니한 채 개최되었다면 그와 같이 개최된 이사회의 결의는 무효이고, 사회복지법인의 정관에 이사회의 소집통지 시 '회의의 목적사항'을 명시하도록 정하고 있음에도, 일부 이사가 참석하지 않은 상태에서 소집통지서에 회의의 목적사항으로 명시한 바 없는 안건에 관하여 이사회가 결의하였다면, 적어도 그 안건과 관련하여서는 불출석한 이사에 대하여는 정관에서 규정한 바대로의 적법한 소집통지가 없었던 것과 다를 바 없으므로 그 결의 역시 무효이다(2004마916). ❷ 학교법인의 이사회가 특정 이사에게 적법한 소집통지를 하지 아니하여 그 이사가 출석하지 아니한 채 개최되었다면 그 결과가 설사 적법한 소집통지를 받지 못한 이사가 출석하여 반대의 표결을 하였던들 이사회결의의 성립에 영향이 없었다고 하더라도 그 이사회결의는 당연무효이다(2008다3534). ❸ 민법상 비영리 재단법인의 정관에 이사회를 개최하기에 앞서 미리 일정한 기한을 두고 회의 안건 등을 기재한 소집통지서를 발송하도록 하고 있음에도 불구하고 이러한 소집통지에 관한 절차를 거치지 아니한 관계로 그 소집통지를 받지 못한 이사가 참석하지 아니하였고, 이사회를 개최하지도 아니하였으면서 일부 이사들이 이를 개최한 양 의사록만 작성하거나 일부 이사들만이 모여 이사회를 개최하였다면 이러한 이사회의 결의는 존재하지 아니하는 것이거나 당연무효라고 보아야 할 것이고, 이 경우 적법한 소집통지를 받지 못한 이사가 출석하여 반대의 표결을 하였다 한들 이사회결의의 성립에 영향이 없었다고 하더라도 그 이사회결의가 당연무효라고 하는 결론에 지장을 주지 아니한다(92다749). ❶ 소집통지에 '회의의 목적사항'을 명시하도록 한 경우, 이는 이사들의 회의참석에 관한 의사결정이나 준비를 가능하게 할 정도이면 충분하고, 상정될 안건의 구체적 내용이나 그에 관한 판단자료까지 반드시 소집통지에 포함해야 하는 것은 아니다(2011두9164). ❺ 회의 소집 통지를 함에 있어 회의 목적사항을 열거한 다음 '기타 사항'이라고 기재한 경우, 이는 회의의 기본적인 목적 사항과 관계가 되는 사항과 일상적인 운영을 위하여 필요한 사항에 국한된다고 보아야 하고, 만일 회의 소집 통지에 목적 사항으로 기재하지 않은 사항에 관하여 결의한 때에는 구성원 전원이 회의에 참석하여 그 사항에 관하여 의결한 경우가 아닌 한 그 결의는 무효이다(2010다102403).

289) ❶ '이사회는 재적이사 과반수의 출석으로 개최하고 출석이사 과반수의 찬성으로 의결한다.'는 정관 규정은 의사정족수 및 의결정족수에 관한 일반 규정이어서 이른바 서면결의 방식에 의한 이사회결의를 금하는 규정이라고

계사항'을 의결하는 경우에 그 이사는 의결권이 없다[290]) 미달[291]) 등 중대한 절차상의 하자가 있는 이사회결의는 무효이다. 절차상의 하자가 있더라도 이사들의 출석권과 의결권의 적정한 행사가 방해받지 않았다고 볼 만한 '특별한 사정'이 있는 경우, 이사회 결의는 유효하다.[292])

단정하기 어렵고, 만일 위 규정을 서면결의를 금하는 규정으로 본다고 하더라도 민법 제60조에 의하여 대표권의 제한은 등기를 하지 아니한 이상 제3자에 대항할 수 없으므로 위 정관 규정만으로 서면결의 방식에 의한 이사회 결의가 무효라고 할 수 없다(2005다2554). ❷ 정관상 요구되는, 평의원 재적 3분의2 이상의 임원해임결의 요구가 없었음에도 이사 및 평의원 연석회의에서 이루어진 해임결의는 무효이고, 그 해임결의를 가지고 위 해임결의 요구의 의사가 있었던 것과 같이 간주하거나 또는 그 요구 흠결의 하자가 치유된 것으로 볼 수는 없다(81다614). ❸ 학교법인이 교원을 면직함에 있어 사립학교법 및 당해 법인의 정관에 위배되어 교원징계위원회의 동의를 얻지 아니한 경우 그 면직처분은 절차상의 하자로 인하여 무효이다(2008다3534).

290) ❶ 대법원 2009. 4. 9. 선고 2008다1521 판결; "**민법 제74조**에 의하면 사단법인과 어느 사원과의 **관계**사항을 의결하는 경우에는 그 사원은 의결권이 없다고 규정되어 있으므로 민법 제74조의 유추해석상 피고 공단의 이사회의에서 피고 공단과 어느 이사와의 관계사항을 의결하는 경우에는 그 이사는 의결권이 없다고 할 것이고, 이 때 의결권이 없다는 의미는 상법 제368조 제4항과 제371조 제2항의 유추해석상 이해관계 있는 이사는 이사회에서 의결권을 행사할 수는 없으나 의사정족수 산정의 기초가 되는 이사의 수에는 포함된다고 보아야 하고, 다만 결의성립에 필요한 출석이사에는 산입되지 아니한다고 풀이함이 상당하다." ❷ 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017다207932 판결; "구 사립학교법(2012. 1. 26. 법률 제11216호로 개정되기 전의 것) 제18조(현행 사립학교법 제18조 제1항과 동일한 내용이다)는 "이사회의 의사는 정관에 특별한 규정이 없는 한 재적이사 과반수의 출석으로 개의하고, 정관이 정한 이사정수의 과반수 찬성으로 의결한다."고 규정하고, 사립학교법 제16조 제2항은 "이사장 또는 이사가 학교법인과 이해관계가 상반하는 때에는 그 이사장 또는 이사는 당해 사항에 관한 의결에 참여하지 못한다."라고 규정하고 있다. 여기서 '이사장 또는 이사가 학교법인과 **이해관계가 상반**하는 경우'에는 이사장 또는 이사가 직접 학교법인의 거래 상대방이 되는 경우뿐 아니라, 이사장 또는 이사의 개인적 이익과 학교법인의 이익이 충돌하고 이사장 또는 이사에게 선량한 관리자로서의 의무 이행을 기대할 수 없는 사항은 모두 포함된다. 그리고 학교법인의 이사장 또는 이사가 학교법인의 거래 상대방 회사의 경영자 또는 대표이사인 경우에도 특별한 사정이 없는 한 이사장 또는 이사의 개인적 이익과 법인의 이익이 충돌할 염려가 있는 경우에 해당한다고 봄이 타당하다." ❸ 대법원 2006. 6. 15. 선고 2004다10909 판결; "학교법인 정관에 "이사장은 이사의 **호선**에 의하여 선임한다."고 규정하고 있고, 이사회에서 피신청인의 의견진술 없이 나머지 이사들의 추천과 의사표명에 의한 만장일치의 방식으로 피신청인을 이사장으로 선임한 사안에서, 호선은 '특정한 사람들이 자기네 가운데서 어떠한 사람을 골라 뽑는 방법의 선거'를 일컫는데, 호선의 특성상 후보자 모두에게 의결에 참여할 기회를 부여하여도 호선의 본질에 반하지 아니한다 할 것이므로 비록 정관에 임원의 선임 및 해임이 자신에 관한 사항일 경우 당해 이사장 또는 이사는 그 의결에 참여하지 못한다고 규정되어 있다 하더라도 적어도 이러한 제척사유는 위와 같은 방식의 이사장 호선에 관하여는 적용되지 아니한다고 해석하여야 할 것이다."

291) 이사가 수인인 경우에는 정관에 다른 규정이 없으면 법인의 사무집행은 이사의 과반수로써 결정한다(민법 제58조 ②). '이사회는 재적이사 과반수의 출석으로 개최하고 출석이사 과반수의 찬성으로 의결한다.'는 정관 규정은 의사정족수 및 의결정족수에 관한 일반 규정에 해당한다(2005다2554). 법인과 이해관계가 상반되는 이사들의 의결권을 제외할 경우 의결정족수가 충족되지 않는 이사회 결의는 무효이다(대법원 2021. 2. 4. 선고 2017다207932 판결). 임기만료된 구 이사장이 다른 이사의 결원을 충원하기 위해 이사회를 소집, 결의하는 것은 급박하게 처리하게 할 필요가 있는 업무에 해당하고 의사정족수와 의결정족수 산정에 포함된다(2010다2107).

292) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2014다44451 판결; "이사회 소집통지에 관한 규정은 학교법인의 이사들로 하여금 사전에 회의의 목적 사항을 알 수 있게 함으로써 이사회 참석 여부를 결정하거나 적정한 심의권 행사를 위하여 필요한 준비를 할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있으므로, 이사회 소집통지 기간을 1일이나 2일 지연하였을 뿐이고 이사들이 이사회의 목적 사항을 충분히 숙지한 상태에서 이의 없이 해당 이사회에 참석하여 의결에 참여한 경우 등 이사들의 출석권과 의결권의 적정한 행사가 방해받지 않았다고 볼 만한 특별한 사정이 있을 경우에는 그 이사회 결의는 유효하다고 할 것이다." ☜ 이사회 소집통지가 소외 1에게 사립학교법 제17조 제3항이 규정한 기간보다 1, 2일 지연되었을 뿐만 아니라 소외 1은 그 결의에 참여하지도 않은 사실을 알 수 있으므로, 이사회결의는 특별한 사정이 없는 한 무효이고, 소외 1은 자신의 동생이자 피고의 이사장인 피고보조참가인과 여러 차례 이사회의 안건에 대하여 이견을 보이는 등 이해관계가 일치하지 않았던 사정을 알 수 있으므로, 소외 1이 피고 설립자의 아들로 이사회결의의 안건에 대하여 잘 알고 있었을 것으로 보인다는 점 등의 사정만으로는 '특별한 사정'이 있다고 하기 어렵다고 한 예.

cf. "비법인사단의 이사회 혹은 대의원회의의 결의에 자격 없는 자가 참가한 하자가 있다 하더라도 그 의사의

이사회 결의에 '내용상 중대한 하자'가 있는 경우에도 무효이다. 해산 전의 이사들로 구성된 이사회가 청산인을 해임할 권한은 없다.[293] 정관에 이사 해임사유 규정이 있는 경우, 이사의 '중대한 의무위반' 또는 '정상적인 사무집행 불능' 등의 '특별한 사정'이 없는 이상, 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임할 수 없고, 정관상 해임사유 발생 요건 외에 법인과 이사 간 신뢰관계 파탄이 별도 요건으로 충족돼야 하는 것은 아니다.[294] 이사회의 적법한 결의를 거쳐 선임된 이사가 정관에서 정한 자격을 흠결한 것으로 사후에 밝혀진 경우, 그러한 사정만으로 이사 선임 결의가 무효로 되거나 이미 선임된 이사가 그 지위를 당연히 상실하게 되는 것은 아니다.[295]

(4) 총회 결의 부존재·무효 확인 청구

총회 결의의 무효사유는 총회결의를 무효로 할 만한 '절차상'[296] 또는 '내용

경과, 자격 없는 자의 표결을 제외하더라도 그 결의가 성립함에 필요한 정족수를 충족하는 점 등 제반 사정에 비추어 그 하자가 결의의 결과에 영향을 미치지 않았다고 인정되는 때에는 그 결의를 무효라고 볼 것은 아니라 할 것이다."라고 일반론을 판시한 예가 있으나(96다23375), 이는 재건축조합 대의원회의의 임원선임 결의에 조합원이 아니어서 대의원 자격이 없는 자들이 참가하여 표결한 사안에서 그들이 그 회의에서 아무런 발언 없이 찬성의 의사표시만을 하였을 뿐이고 또한 그들을 제외하더라도 결의 성립에 필요한 정족수를 충족하고 있으므로 그 대의원 결의는 무효가 아니라고 본 사례이고 그 참조판결도 문중총회(94다5649), 보증총회(94다15288)에 관한 것이므로, 이사회 결의 하자와 관련하여 위 판시를 일반론으로 확장하여 적용함에는 신중할 필요가 있다.

293) 대법원 2024. 3. 28. 선고 2023다252209, 252216 판결; "학교법인이 해산하여 청산인이 선임된 후에는 법원(민법 제84조 참조) 또는 청산인회(사립학교법 제42조 제2항, 제18조, 제16조 제1항 제4호 참조)에 청산인을 해임할 권한이 있을 뿐, 해산하기 전의 이사들로 구성된 이사회에는 특별한 사정이 없는 한 청산인을 해임할 권한이 없다."

294) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다263537 판결; "**가.** 법인과 이사의 법률관계는 신뢰를 기초로 하는 위임 유사의 관계이다. 민법 제689조 제1항에 따르면 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다. 그러므로 법인은 원칙적으로 이사의 임기 만료 전에도 언제든지 이사를 해임할 수 있다. 다만 이러한 민법 규정은 임의규정이므로 법인이 자치법규인 정관으로 이사의 해임사유 및 절차 등에 관하여 별도 규정을 둘 수 있다. 이러한 규정은 법인과 이사의 관계를 명확히 하는 것 외에 이사의 신분을 보장하는 의미도 아울러 가지고 있으므로 이를 단순히 주의적 규정으로 볼 수는 없다. 따라서 법인의 정관에 이사의 해임사유에 관한 규정이 있는 경우 이사의 중대한 의무위반 또는 정상적인 사무집행 불능 등의 특별한 사정이 없는 이상 법인은 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임할 수 없다. **나.** 법인의 자치법규인 정관을 존중할 필요성은 법인이 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임하는 경우뿐만 아니라 법인이 정관에서 정한 사유로 이사를 해임하는 경우에도 요구된다. 법인이 정관에서 이사의 해임사유와 절차를 정하였고 그 해임사유가 실제로 발생하였다면, 법인은 이를 이유로 정관에서 정한 절차에 따라 이사를 해임할 수 있다. 이때 정관에서 정한 해임사유가 발생하였다는 요건 외에 이로 인하여 법인과 이사 사이의 신뢰관계가 더 이상 유지되기 어려울 정도에 이르러야 한다는 요건이 추가로 충족되어야 법인이 비로소 이사를 해임할 수 있는 것은 아니다. 해임사유의 유형이나 내용에 따라서는 그 해임사유 자체에 이미 법인과 이사 사이의 신뢰관계 파탄이 당연히 전제되어 있거나 그 해임사유 발생 여부를 판단하는 과정에서 이를 고려하는 것이 적절한 경우도 있으나, 이 경우에도 궁극적으로는 해임사유에 관한 정관 조항 자체를 해석·적용함으로써 해임사유 발생 여부를 판단하면 충분하고, 법인과 이사 사이의 신뢰관계 파탄을 별도 요건으로 보아 그 충족 여부를 판단해야 하는 것은 아니다."

295) 대법원 2007. 12. 28. 선고 2007다31501 판결; "법인의 정관에 이사가 갖추어야 할 자격을 규정하고 있을 뿐 그 자격이 흠결된 경우의 효과 내지 취급에 관하여 아무런 규정도 두고 있지 아니하다면, 이사회의 적법한 결의를 거쳐 선임된 이사가 정관에서 정한 자격을 흠결한 것으로 사후에 밝혀진다고 하더라도, 이를 이유로 그 이사를 해임함은 별론으로 하고, 그러한 사정만으로는 그 이사선임결의가 무효로 되거나 이미 선임된 이사가 그 지위를 당연히 상실하게 되는 것이라고 할 수 없다."

296) 사단법인의 경우에 총회의 소집은 1주간 전에 그 회의의 목적사항을 기재한 통지를 보내거나 기타 정관에 정한

상'[297] '중대한 하자'여야 한다(비법인사단 특히 종중 총회의 소집절차, 정족수 등에 관하여는 후술하는 '총유' 부분 참조). '비법인사단' 총회의 경우 무자격자가 참가한 결의의 하자가 결과에 영향을 미치지 않았다고 인정되는 때에는 그 결의를 무효라고 볼 것은 아니다.[298] 무효인 종전 총회 결의 후 새 총회에서 종전 결의를 인준한 경우, 새 총회가 종전 결의로 선임된 임원에 의하여 소집된 것이어서 무권리자에 의해 소집된 총회라는 사유는 독립된 무효사유가 될 수 없다.[299]

방법에 의하여야 하고(**민법 제71조**), 정관에 다른 규정이 없다면 총회는 위 절차에 따라 통지한 사항에 관하여서만 결의할 수 있다(**제72조**). 이는 사원이 결의를 할 목적사항을 사전에 알고서 회의 참석 여부나 결의사항에 대한 찬반의사를 미리 준비하게 하는 데에 그 취지가 있으므로, 회의의 목적사항은 사원이 안건이 무엇인지를 알 수 있도록 기재하여야 한다. 이와 같이 법인격을 전제로 하지 아니하는 민법 규정들은 원칙적으로 법인 아닌 사단의 경우에도 유추적용되므로, 법인 아닌 사단의 총회에서 회의 소집 통지에 목적 사항으로 기재하지 않은 사항에 관하여 결의한 때에는, 구성원 전원이 회의에 참석하여 그 사항에 의하여 의결한 경우가 아닌 한, 그 결의가 원칙적으로 무효이다(2011다101155). 민법상 사단법인에서 법률이나 정관에 정함이 없는데도 소집·개최 절차 없이 **서면만으로 총회결의**를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 결의에 중대한 하자가 있다고 보아야 한다(**대법원** 2024. 6. 27. 선고 2023다254984 **판결**; 총회의 소집·개최절차 없이 서면결의로 진행하여야 하는 '특별한 사정'의 존재를 부정한 예).

민법상 사단법인 **총회의 표결 및 집계방법**에 관하여는 법령에 특별한 규정이 없으므로, 정관에 다른 정함이 없으면 개별 의안마다 **표결**에 참석한 사원의 성명을 특정할 필요는 없고, 표결에 참석한 사원의 수를 확인한 다음 찬성·반대·기권의 의사표시를 거수, 기립, 투표 기타 적절한 방법으로 하여 집계하면 된다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2010다88682 판결; 결의 당시 출석대의원들의 성명을 확인하지 않았다는 이유만으로 그 결의가 표결 및 집계방법에 **중대한 흠**이 있어 **무효**라고 **할 수는 없다**고 한 예).

무기명 비밀투표는 자유로운 선거권의 행사를 실질적으로 보장하기 위하여 선거인이 누구에게 투표하였는가를 제3자가 알지 못하도록 하는 상태로 투표하는 것을 말한다. 임원 선출에 관한 선거관리 절차에 일부 잘못이 있는 경우에는 그 잘못으로 인하여 자유로운 판단에 의한 투표를 방해하여 자유와 공정을 현저히 침해하고 그로 인하여 선출결의의 결과에 영향을 미쳤다고 인정되는지 여부를 참작하여 선출결의의 무효 여부를 판단하여야 한다(대법원 2021. 5. 27. 선고 2021다209621 판결; 피고의 원장 선출을 위한 선거는 임원 선거관리규정에 정한 무기명 비밀투표 원칙에 위배된 것으로서 선거의 기본이념인 선거의 자유와 공정을 현저히 침해하였고 그로 인하여 선거결과에 영향을 미쳤다고 봄이 상당하므로, 위 선거결과에 터잡은 원장선출결의가 무효라고 판단한 예).

297) 종중의 목적과 본질, 종중재산의 성격과 중요성에 비추어, 종중재산의 분배에 관한 종중총회의 결의 내용이 **현저하게 불공정**하거나 선량한 풍속 기타 **사회질서에 반**하여 사회적 타당성을 결한 경우에 그 결의는 무효이다(**대법원** 2017. 10. 26. 선고 2017다231249 판결). 종중총회 결의에서 종중 토지 수용보상금에 대한 구체적인 분배기준을 이사회가 정하도록 위임한 경우, 이사회결의 내용이 현저하게 불공정하거나, 위임받은 권한의 범위를 넘은 때에는 무효이나, 이사회결의는 총회결의와는 별개의 결의이므로 이사회결의가 무효라고 하여 총회결의까지 무효라고 볼 수는 없다(2007다74775).

298) 비법인사단의 총회 또는 그에 갈음하는 대의원회의의 결의에 자격 없는 자가 참가한 하자가 있다 하더라도 그 의사의 경과, 자격 없는 자의 표결을 제외하더라도 그 결의가 성립함에 필요한 정족수를 충족하는 점 등 제반 사정에 비추어 그 하자가 결의의 결과에 영향을 미치지 않았다고 인정되는 때에는 그 결의를 무효라고 볼 것은 아니다(96다23375). ☛ 비법인사단인 '분중'(94다5649), '보중'(94다15288)의 총회 사안에서도 동일한 판시를 한 바 있다.

299) **대법원** 2021. 1. 14. 선고 2018다273981 판결; "관리단집회에서 임원선임결의가 있은 후 다시 개최된 관리단집회에서 종전 결의를 그대로 인준하거나 재차 임원선임결의를 한 경우에는, 설령 당초의 임원선임결의가 무효라고 할지라도 다시 개최된 관리단집회 결의가 하자로 인하여 무효라고 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 새로운 관리단집회가 무효인 당초의 관리단집회 결의 후 새로 소집권한을 부여받은 관리인에 의하여 소집된 것이어서 무권리자에 의하여 소집된 관리단집회라는 사유는 원칙적으로 독립된 무효사유로 볼 수 없다. 만일 이를 무효사유로 본다면 당초 임원선임결의의 무효로 인하여 연쇄적으로 그 후의 결의가 모두 무효로 되는 결과가 되어 법률관계의 혼란을 초래하고 법적 안정성을 현저히 해하게 되기 때문이다"

'정관' 해석에 관한 사원총회 결의에 사원들이나 법원을 구속하는 효력은 없다.[300]

(5) 대표자 등 임원이나 구성원 지위의 존부 확인 청구

이사는 임기 만료(직무집행 정지 가처분이 임기 진행에 영향을 주지는 않는다[301]), 사임(사임 의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 없는 한, '사임 의사표시 도달 시' 지위를 상실하고, 그 후에는 마음대로 철회할 수 없다[302]), 해임[303] 등으로 그 지위를 상실한다. 임기 만료된 법인의 이사에게 후임 이사 선임 시까지의 업무수행권이 인정된다고 하여 여전히 이사로서의 지위가 인정되는 것은 아니다.[304]

징계처분의 위법 여부에 관한 일반적 법리는 징계의 성격을 갖는 구성원에 대한 제명 결의의 경우에도 적용될 수 있다.[305]

---

300) 사단법인의 정관은 이를 작성한 사원뿐만 아니라 그 후에 가입한 사원이나 사단법인의 기관 등도 구속하는 점에 비추어 보면 그 법적 성질은 계약이 아니라 자치법규로 보는 것이 타당하므로, 이는 어디까지나 객관적인 기준에 따라 그 규범적인 의미 내용을 확정하는 법규해석의 방법으로 해석되어야 하는 것이지, 작성자의 주관이나 해석 당시의 사원의 다수결에 의한 방법으로 자의적으로 해석될 수는 없다. 따라서 어느 시점의 사단법인의 사원들이 정관의 규범적인 의미 내용과 다른 해석을 사원총회의 결의라는 방법으로 표명하였다 하더라도 그 결의에 의한 해석은 그 사단법인의 구성원인 사원들이나 법원을 구속하는 효력이 없다(99다12437).

301) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결.

302) 법인과 이사의 법률관계는 신뢰를 기초로 한 위임 유사의 관계이므로, 이사는 민법 제689조 제1항이 규정한 바에 따라 언제든지 사임할 수 있고, 법인의 이사를 사임하는 행위는 상대방 있는 단독행위이므로 그 의사표시가 상대방에게 도달함과 동시에 그 효력을 발생하고, 그 의사표시가 효력을 발생한 후에는 마음대로 이를 철회할 수 없음이 원칙이다. 그러나 법인이 정관에서 이사의 사임절차나 사임의 의사표시의 효력발생시기 등에 관하여 특별한 규정을 둔 경우에는 그에 따라야 하는바, 위와 같은 경우에는 이사의 사임의 의사표시가 법인의 대표자에게 도달하였다고 하더라도 그와 같은 사정만으로 곧바로 사임의 효력이 발생하는 것은 아니고 정관에서 정한 바에 따라 사임의 효력이 발생하는 것이므로, 이사가 사임의 의사표시를 하였더라도 정관에 따라 사임의 효력이 발생하기 전에는 그 사임의사를 자유롭게 철회할 수 있다(2007다17109). 학교법인의 이사도 법인에 대한 일방적인 사임의 의사표시에 의하여 법률관계를 종료시킬 수 있고, 그 의사표시는 수령권한 있는 기관에 도달됨으로써 바로 효력을 발생하는 것이며, 그 효력발생을 위하여 이사회의 결의나 관할 관청의 승인이 있어야 하는 것은 아니나, 사임서 제시 당시 즉각적인 철회권유로 사임서 제출을 미루거나, 대표자에게 사표의 처리를 일임하거나, 사임서의 작성일자를 제출일 이후로 기재한 경우 등 사임의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 있을 경우에는 별도의 사임서 제출이나 대표자의 수리행위 등이 있어야 사임의 효력이 발생하고, 그 이전에 사임의사를 철회할 수 있다(2011두22334).

303) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다263537 판결.

304) 후임 이사 선임 시까지 이사가 존재하지 않는다면 기관에 의하여 행위를 할 수밖에 없는 법인으로서 당장 정상적인 활동을 중단하지 않을 수 없는 상태에 처하게 되므로 민법 제691조의 규정을 유추하여 구이사로 하여금 법인의 업무를 수행케 함이 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 없고 종전의 직무를 구이사로 하여금 처리하게 할 필요가 있는 경우에 후임 이사가 선임될 때까지 임기만료된 구이사에게 이사의 직무를 수행할 수 있는 업무수행권이 인정되지만, 이는 급박한 사정을 해소하기 위하여 구이사로 하여금 업무를 수행하게 할 필요가 있는지를 개별적·구체적으로 가려 인정할 수 있는 것이지 퇴임이사라는 사정만으로 당연히 또 포괄적으로 부여되는 지위는 아니라는 이유 등으로, 피고 법인의 이사임의 확인을 구하는 원고의 청구를 기각한 예(96다37206).

305) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다226313 판결; "조합원에 대한 제명은 조합의 이익을 위하여 불가피한 경우에 최종적인 수단으로만 인정되어야 하지만, 조합 내부의 자치법규인 정관에서 제명 절차를 정한 취지 역시 존중되어야 하므로 조합원의 어떤 비위행위가 제명사유에 해당하는지 여부는 해당 정관 규정의 객관적 의미를 합리적으로 해석하여 판단하여야 한다. … 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 징계권자의 재량에 맡겨져 있다. 그러므로 징계권자가 재량권을 행사하여 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용하였다고 인정하는 경우에 한하여 그 처분을 위법하다고 할 수 있다. … 징계권자가 내부적인 징계양정 기준을 정하고 그에 따라 징계처분을 하였을 경우 정해진 징계양정 기준이

(6) 이사 등 임원에 대한 직무집행정지 가처분

민법상 법인, 비법인사단·재단의 이사나 대표자 또는 임원을 선임한 총회 또는 이사회 결의의 무효·부존재 확인의 소, 이사 등 지위 또는 권한의 부존재확인의 소를 본안소송으로 하여 이사 등에 대한 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분을 신청할 수 있다.[306] 가처분 신청인은 본안소송의 원고적격자이지만, 피신청인은 본안소송과 달리 단체가 아닌 당해 이사나 대표자 또는 임원이다.[307]

그 가처분에는 '대세적 효력'이 인정되고(상법의 '이사·대표이사에 대한 직무집행정지가처분' 부분 참조), 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있거나 법원의 허가를 얻은 경우 외에는 법인 등의 '통상사무'에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다.[308]

(7) 단체에 대한 형성의 소

형성의 소를 허용하는 법적 근거 없이 단체 대표자 등의 해임을 청구하는 소나 그 직무집행정지 등을 구하는 가처분 신청은 부적법하여 각하된다.[309]

합리성이 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한 해당 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었다고 할 수 없다. 이러한 법리는 징계의 성격을 갖는 제명결의의 경우에도 적용될 수 있다." ☜ 피고의 조합장인 원고가 부하 직원을 위력으로 추행한 행위가 피고 정관의 제명사유인 '조합원이 고의 또는 중대한 과실로 조합에 손실을 끼치거나 조합의 신용을 잃게 한 경우'에 해당한다고 한 예.

306) 민사집행법 제300조 제2항의 규정에 의한 임시의 지위를 정하는 가처분에 해당하고, 법원사무관등이 등기소에 그 등기를 촉탁한다(민사집행법 제306조). ☛ **민법 제52조의2(직무집행정지 등 가처분의 등기)** 이사의 직무집행을 정지하거나 직무대행자를 선임하는 가처분을 하거나 그 가처분을 변경·취소하는 경우에는 주사무소와 분사무소가 있는 곳의 등기소에서 이를 등기하여야 한다.[2001.12.29. 신설] **제54조(설립등기 이외의 등기의 효력과 등기사항의 공고)** ① 설립등기 이외의 본절의 등기사항은 그 등기 후가 아니면 제삼자에게 대항하지 못한다. **cf. 상법 제37조(등기의 효력)** ① 등기할 사항은 이를 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. ② 등기한 후라도 제3자가 정당한 사유로 인하여 이를 알지 못한 때에는 제1항과 같다.

307) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 그 성질상 주장 자체에 의하여 다툼이 있는 권리관계에 관한 정당한 이익이 있는 자가 가처분 신청을 할 수 있고, 그 경우 주장 자체에 의하여 신청인과 저촉되는 지위에 있는 자를 피신청인으로 하여야 하므로, 단체에게는 피신청인의 적격이 없다(96다15916).

308) **민법 제60조의2(직무대행자의 권한)** ① 제52조의2의 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 법인의 통상사무에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다. 다만, 법원의 허가를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다. ② 직무대행자가 제1항의 규정에 위반한 행위를 한 경우에도 법인은 선의의 제3자에 대하여 책임을 진다.[2001.12.29. 신설] ☛ ❶ 가처분재판에 의하여 법인 혹은 비법인사단 등의 대표자 직무를 대행하는 자를 선임한 경우에 그 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있거나 법원의 허가를 얻은 경우 외에는 법인 등의 '통상사무'에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다. 여기에서 '통상사무'는 법인 등을 종전과 같이 그대로 유지하면서 관리하는 한도 내의 것으로 제한되고, 법인 등의 근간인 정관을 변경하거나 임원의 구성을 변경하기 위한 총회를 소집하는 행위는 통상사무라고 할 수 없다. 그런데 위 법인 등의 대표자 직무대행자의 권한은 특별한 사정이 없는 한 통상사무로 제한되더라도 그 법인 등의 총회 자체의 권한마저 통상사무로 제한되는 것은 아니므로 적법한 절차에 따라 소집된 그 법인 등의 총회에서 피대행자의 해임 및 후임자 선출 등의 결의는 자유롭게 할 수 있는 것이고, 이와 같이 선임된 후임자의 권한은 직무대행자와 달리 통상사무로 제한되는 것은 아니다(2016다260400,260417). ❷ 다만, 법인 등 대표자의 직무대행자가 선임된 상태에서 피대행자의 후임자가 적법하게 소집된 총회의 결의에 따라 새로 선출되었다 해도 그 직무대행자의 권한은 위 총회의 결의에 의하여 당연히 소멸하는 것은 아니므로 사정변경 등을 이유로 가처분결정이 취소되지 않는 한 직무대행자만이 적법하게 위 법인 등을 대표할 수 있고, 총회에서 선임된 후임자는 그 선임결의의 적법 여부에 관계없이 대표권을 가지지 못한다(2009다70395). ❸ 가처분결정에 의하여 선임된 직무대행자가 그 가처분의 본안소송인 이사회결의무효 확인의 제1심판결에 대하여 항소권을 포기하는 행위는 통상업무에 속하지 않는다(2003다36225).

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제24조 제5항[310] 소정의 '관리인 해임'의 소는 관리단과 관리인 사이의 법률관계의 해소를 목적으로 하는 '형성의 소'이므로 그 법률관계의 당사자인 관리단과 관리인 모두를 공동피고로 하여야 하는 '고유필수적 공동소송'에 해당한다.[311] 집합건물 관리단집회 결의의 경우, '경미'한 하자는 위 법률 제42조의2[312] 소정의 형성의 소인 '결의취소의 소'를 통해서만 다툴 수 있고, '중대'한 하자는 일반 민사상 무효확인의 소를 통해 결의무효확인을 구하거나 다른 법률관계에 관한 소송에서 선결문제로서 무효를 주장할 수 있다.[313]

다. 법률행위

1) 반사회질서 법률행위와 불공정한 법률행위

가) 반사회질서 법률행위

선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효인데(민법 제103조), 무효로 되는 반사회질서 행위는 ① 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, ② 그 내용 자체는 반사회질

309) 대법원 2020. 4. 24.자 2019마6918 결정: "법률관계의 변경·형성을 목적으로 하는 형성의 소는 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 제기할 수 있다. 단체의 대표자 등에 대하여 그 해임을 청구하는 소는 형성의 소에 해당하고, 이를 허용하는 법적 근거가 없는 경우 대표자 등에 대하여 직무집행정지와 직무대행자선임을 구하는 가처분 신청은 가처분에 의하여 보전될 권리관계가 존재한다고 볼 수 없어 허용되지 않는다."

310) **집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제24조(관리인의 선임 등)** ① 구분소유자가 10인 이상일 때에는 관리단을 대표하고 관리단의 사무를 집행할 관리인을 선임하여야 한다. ② 관리인은 구분소유자일 필요가 없으며, 그 임기는 2년의 범위에서 규약으로 정한다. ③ 관리인은 관리단집회의 결의로 선임되거나 해임된다. 다만, 규약으로 제26조의3에 따른 관리위원회의 결의로 선임되거나 해임되도록 정한 경우에는 그에 따른다. ⑤ 관리인에게 부정한 행위나 그 밖에 그 직무를 수행하기에 적합하지 아니한 사정이 있을 때에는 각 구분소유자는 관리인의 해임을 법원에 청구할 수 있다

311) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011다1323 판결.

312) **집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제42조의2(결의취소의 소)** 구분소유자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 집회 결의 사실을 안 날부터 6개월 이내에, 결의한 날부터 1년 이내에 결의취소의 소를 제기할 수 있다. [2012. 12. 18. 신설, 2013. 6. 19. 시행] 1. 집회의 소집 절차나 결의 방법이 법령 또는 규약에 위반되거나 현저하게 불공정한 경우 2. 결의 내용이 법령 또는 규약에 위배되는 경우

313) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다273981 판결: "이 조항(집합건물법 제42조의2)은 주주총회 결의취소의 소에 관한 상법 제376조 제1항 등의 조문 형식과 내용을 참조한 것으로 보이는데, 상법상 주주총회 결의취소 사유와 달리 결의내용이 규약에 위배되는 경우뿐만 아니라 법령에 위배되는 경우도 취소 사유로 규정하고 있고, 한편 집합건물법은 위와 같이 결의취소의 소를 도입하면서도 결의무효확인 내지 부존재확인의 소에 대한 규정을 두지 않고 있다. … 집합건물법이 결의취소의 소를 도입한 것은, 관리단집회 결의의 하자에 대하여는 소집절차나 결의방법, 결의내용의 하자인지 여부를 구분하지 않고, 그 하자가 경미한 경우에는 결의취소의 소를 통해서만 다툴 수 있도록 함으로써 관리단집회 결의의 효력을 조속히 확정하여 구분소유자들 사이의 법률관계 안정을 도모하되, 그 하자가 결의를 무효로 돌릴 정도의 절차상 또는 내용상 중대한 하자에 해당하는 경우에는 종전과 같이 제소기간의 제한 없이 일반 민사상 무효확인의 소를 통해 결의무효확인을 구하거나 다른 법률관계에 관한 소송에서 선결문제로서 무효를 주장할 수 있도록 함으로써 구분소유자의 권리를 보장하고자 함에 있는 것으로 보인다. 따라서 집합건물법 제42조의2가 규정한 취소사유 … 결의를 무효로 돌릴 정도의 중대한 하자에 미치지 못하는 정도의 하자를 의미한다고 봄이 상당하고, 그와 같은 취소사유로 인해 취소할 수 있는 결의는 집합건물법 제42조의2가 정한 제척기간 내에 제기된 결의취소의 소에 의하여 취소되지 않는 한 유효하다."

서적인 것이 아니라고 하여도 ⓐ 법률적으로 이를 강제하거나 ⓑ 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우[314] 및 ⓒ 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우 등을 포함하고, 법률행위가 이루어진 때를 기준으로 판단한다.[315] '단체협약'도 민법 제103조의 적용대상이지만, 법원의 후견적 개입에는 보다 신중할 필요가 있다.[316]

판례는 종래에 기본적으로 통설[317]과 마찬가지로, 직권조사사항이 아니고 당사자의 주

---

314) ❶ 청원권 행사의 일환으로 이루어진 진정을 이용하여 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취하하는 것을 조건으로 '거액의 급부'를 제공받기로 한 약정은 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우에 해당한다(99다56833). ❷ 수사기관에서 참고인으로 진술하면서 자신이 잘 알지 못하는 내용에 대하여 '허위의 진술'을 하는 경우에 그 허위진술 행위가 범죄행위를 구성하지 않는다고 하여도 국가사회의 일반적인 도덕관념이나 공공질서이익에 반하는 행위라고 볼 것이므로, 그 대가에 관한 약정은 '급부의 상당성 여부를 판단할 필요 없이' 반사회적질서행위로서 무효다(2000다71999). ❸ 타인의 소송에서 사실을 증언하는 증인이 그 증언을 조건으로 그 소송의 일방 당사자 등으로부터 통상적으로 용인될 수 있는 수준(예컨대 증인에게 일당 및 여비가 지급되기는 하지만 증인이 증언을 위하여 법원에 출석함으로써 입게 되는 손해에는 미치지 못하는 경우 그러한 손해를 전보하여 주는 정도)을 넘어서는 대가를 제공받기로 하는 약정은 국민의 사법참여행위가 대가와 결부됨으로써 사법작용의 불가매수성 내지 대가무관성이 본질적으로 침해되는 경우로서 반사회적 법률행위에 해당하여 무효이고, 이는 증언거부권이 있는 증인이 그 증언거부권을 포기하고 증언을 하는 경우라고 하여 달리 볼 것이 아니다(2009다56283; "원고는 원고가 보관하고 있는 공사도급계약 관련자료를 제출하고, 피고가 제기하는 형사고소사건 및 이 사건 명도소송에서 증인으로 출석하여 유치권신고 시 제출한 공사도급계약서가 조작된 경위 등 일체의 진실을 밝히며, 피고는 원고의 유치권을 부인하는 1심판결이 선고되는 경우에 원고에게 2억 원을 지급한다"는 내용의 약정을 한 사안). ❶ 소송사건에 증인으로 출석하여 증언하는 것과 연계하여 어떤 급부를 하기로 약정한 경우 그 급부의 내용에 기존 채무의 변제를 위한 부분이 포함되어 있다고 하더라도, 전체적으로 통상 용인될 수 있는 수준을 넘는 급부를 하기로 한 것이라면, 그 약정은 민법 제103조가 규정한 반사회질서행위에 해당하여 전부가 무효라고 보아야 한다(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다25140 판결).

315) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결; 형사사건에 관한 성공보수약정이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배된다고 한 예.

316) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결의 다수의견; "사용자가 노동조합과의 단체교섭에 따라 업무상 재해로 인한 사망 등 일정한 사유가 발생하는 경우 조합원의 직계가족 등을 채용하기로 하는 내용의 단체협약(산재 유족 특별채용 조항)을 체결하였다면, 그와 같은 단체협약이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 단정할 수 없다."

317) 선량한 풍속 기타 사회질서 위반 법률행위로서 무효인 점은 권리발생의 장애사유이므로 그로 인하여 이익을 받는 자가 주장·증명하여야 한다는 것이 통설(민법주해 총칙 (2), 1992, 225면(민일영 집필); 주석 신민사소송법 (V), 2004, 61면(손용근 집필); 이시윤, 앞의 책, 477면 등)이나, 변론에 공서양속 위반의 원인사실이 현출된 이상 당사자가 명시적으로 공서양속 위반을 주장하지 않더라도 변론 전체의 취지에 의해 이를 원용한 것으로 보는 것이 타당하다는 견해(오석락, 앞의 책 378면; 일본 최고재판소 소화 27. 11. 20. 판결("본건 기록에 비추어 변론의 전취지에 의하여 피상고인은 본건 대물변제의 예약은 공서양속에 반하는 무효인 것이라는 취지의 주장을 한 것이라고 인정할 수 있다. 그러므로 그 무효에 관하여 당사자가 신청하지 않은 사항에 관하여 판단을 한 것이라고 할 수 없다")의 취지와 동일하다)도 있다.
일본의 경우 공서양속 규정, 신의칙 규정 등과 같은 법체계 전반을 지배하는 일반조항이 증거조사에 의하여 판명되었을 때 당사자의 주장이 없어도 법원이 이를 판단할 수 있는가에 관하여, ① 법원의 직책상 당연하다는 적극적 견해와 ② 변론주의를 채택하는 소송절차에서는 법원이 직권으로 판단할 수 없다는 소극적 견해, ③ 법률행위의 내용 그 자체로서가 아니라 법률행위에 불법한 목적이 가해짐으로써 일반조항 위반으로 되는 경우, 예컨대 도박채무 변제 자금으로 하기 위하여 체결된 소비대차의 경우는 그 무효 주장을 요하나, 일반조항 위반이 법률행위의 내용 자체에 있는 경우, 예컨대 매음행위에 의하여 취득한 금원을 분배함을 목적으로 하는 계약의 경우는 계약 자체 내에 사회질서 위반의 취지가 나타나 있으므로 피고의 답변에 관계없이 법원이 판단할 사항이라고 하는 견해가 있다(김선석, "일반조항의 증명책임", 사법론집 제14집, 법원행정처, 270면).

장을 요한다고 하였다.[319] 그런데 판례 중에는 반사회질서 법률행위로서 무효라는 점에 대하여 적극적인 석명권 행사를 요구한 것이 있고,[319] 선량한 풍속 기타 사회질서위반의 경우도 법원이 직권으로 판단할 수 있음을 전제로 한 것이라 해석할 여지가 있는 것도 있다.[320] [321]

원고가 '소유권 등기 사실'을 주장·증명함으로써 그 등기의 법률상 추정력으로 자신의 '소유' 사실을 주장·증명한 데 대하여, 피고가 그에 대한 '항변'으로서 '원고 명의 등기의 원인무효 사유'(원고 명의 소유권 등기의 법률상 추정을 복멸시킬 수 있는 실체적·절차적 원인무효 사유)로 사회질서 위반을 주장하는 경우에는, 그 주장·증명책임을 부담한다.[322]

---

318) 즉, 대법원 1974. 9. 24. 선고 74다815 판결은 "공서양속에 위반되는 사항에 대하여는 … 직권조사사항이 된다 할 수 없다"고 명시적으로 판시한 바 있고, 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다52483 판결은 "피고는, 원심에서 위 증여약정이 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 취지의 주장을 한 바 있음이 명백하므로 … 원심이 피고의 항변에도 반하는 판단을 하였다고 할 수 없고"라고 판시하여 직권조사사항이 아님을 밝히고 있으며, 선량한 풍속 기타 사회질서 위반의 한 유형으로 보는[통설, 판례이다(민법주해 총칙 (2), 1992, 243면(민일영 집필) 등; 대법원 1964. 5. 19. 선고 63다821 판결, 대법원 1965. 11. 23. 선고 65사28 판결).] 불공정한 법률행위에 관하여도 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다19770 판결은, "매도인 측에서 매매계약이 불공정한 법률행위로서 무효라고 하려면 객관적으로 매매가격이 실제가격에 비하여 현저하게 헐값이고 주관적으로 매도인이 궁박, 경솔, 무경험 등의 상태에 있었으며 매수인 측에서 위와 같은 사실을 인식하고 있었다는 점을 주장·입증하여야 할 것이다"고 하고, 대법원 1962. 11. 8. 선고 62다599 판결은, "피고 정OO은 그저 원고와 같은 피고의 대물변제 예약이 무효라고만 주장하였을 뿐 아무런 주장을 하지 않았음에도 불구하고 불공정한 법률행위라고 인정한 것은 당사자가 주장하지 않은 사실을 기초로 하여 판단한 위법이 있다"고 하여, 불공정한 법률행위로서 무효라고 주장하는 자는 그 각 요건들을 주장·증명하여야 하고 당사자가 이를 주장하지 않았음에도 법원이 이를 인정할 수는 없다는 입장이다(이는 통설이기도 하다. 민법주해 총칙 (2), 1992, 252면(민일영 집필); 주석민법 총칙 (2), 2001, 494면(윤진수 집필)).

319) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다78508 판결; "원심이 인정한 사실관계와 기록 중의 증거들에 의하니, … 증여는 이도O의 원고들에 대한 소유권이전등기의무를 회피하기 위한 배임행위에 피고 이용O이 적극 가담한 반사회적 법률행위로서 무효라고 볼 여지가 있다. … 청구원인을 그와 같이 명확하게 구성, 주장하지는 못하였으나, … 위와 같은 사유로 무효이므로 … 구하려는 취지라고 해석될 수도 있으니, 원심으로서는 석명권을 행사하여 원고들로 하여금 청구원인 주장과 청구취지를 정리하도록 한 후 이에 관하여 더욱 자세히 심리하여 보았어야 옳았다."

320) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다74322 판결; "신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다"고 하면서 "원고는 이 사건 토지에 관하여 아무런 권리가 없는데도 그 명의의 등기만을 내세워, 이 사건 소로서 오랫동안 주민들의 도로로 이용되어 온 이 사건 토지의 인도 내지 부당이득반환을 구하고 있는 것이라고 할 것이므로, 이는 신의성실의 원칙에 위배되거나 선량한 풍속 기타 사회질서위반에 해당되어 허용될 수 없다"고 판시하였는데, 이는 선량한 풍속 기타 사회질서위반의 경우도 법원이 직권으로 판단할 수 있음을 전제로 한 것이라고 해석할 여지가 있다.

321) **[사견]** 소송에서 당사자가 굳이 사회질서 위반의 행위라는 표현으로 주장할 필요는 없고 단지 사회질서 위반에 해당하는 구체적 사실을 주요사실로서 주장하면 족하다 할 것이므로, 그러한 사실의 주장이 있으면 법원은 그에 관하여 판단하지 않으면 아니 된다(김선석, 앞의 글, 270면). 원고가 청구원인으로서 주장하는 법률행위의 내용 자체에 사회질서 위반이 있는 경우에는 청구원인 단계에서 이미 사회질서 위반에 해당하는 구체적 사실이 주장되어 있는 것이므로 피고의 항변 유무에 관계없이 법원으로서는 그에 관하여 법률적 판단을 할 수 있고, 원고 주장의 법률행위가 사회질서 위반으로 무효여서 그 주장 자체로 이유 없음을 이유로 원고의 청구를 배척할 수 있다고 보아야 한다. 원고가 청구원인으로서 주장하는 법률행위의 내용 자체에 사회질서 위반에 해당하는 구체적 사실이 없는 경우에도, 변론에 현출된 증거들에 의해 사회질서 위반 법률행위로 인정될 경우 법원으로서는 적극적인 석명권 행사를 통해 공익적 요청과 구체적 타당성을 도모함이 옳다 하겠다(민법주해 총칙 (2), 1992, 252면(민일영 집필); '당사자의 주장이 없더라도 어느 법률행위가 제출된 증거에 의해 사회질서 위반 법률행위로 인정될 경우 법관이 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자의 주장을 촉구하는 것이 바람직하다.').

계약 등 법률행위의 당사자에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규('의무규정'이나 '금지규정')에서 해당 규정을 위반한 법률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당 규정이 효력규정이나 강행규정이라고 명시하고 있으면 그 규정을 위반한 법률행위는 무효이나, 이와 달리 그 규정을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익과 규율대상 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 그 효력을 판단해야 한다.[323] 어떤 규정이 효력규정 또는 강행규정인지는 그 규정을 위반한 행위가 그 행위의 사법상 효력까지 부정하지 않으면 안 될 정도로 현저히 반사회성, 반도덕성을 지닌 것인지를 고려하여 판단한다(형사처벌 대상인지는 하나의

322) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다11281 판결; "거래 상대방이 배임행위를 유인·교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담하는 경우에는 그 실행행위자와 체결한 계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 될 수 있고, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위의 무효는 이를 주장할 이익이 있는 자는 누구든지 무효를 주장할 수 있다. 따라서 반사회질서 법률행위를 원인으로 하여 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 그 등기는 원인무효로서 말소될 운명에 있으므로 등기명의자가 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하는 경우에, 그 권리 행사의 상대방은 위와 같은 법률행위의 무효를 항변으로서 주장할 수 있다고 할 것이다."

323) ○ 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015다256794 판결; "계약 등 법률행위의 당사자들에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규에서 이를 위반한 법률행위의 효력을 명시적으로 정하고 있는 경우에는 그 규정에 따라 법률행위의 유·무효를 판단하면 된다. 법률에서 해당 규정을 위반한 법률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당 규정이 효력규정이나 강행규정이라고 명시하고 있으면 그러한 규정을 위반한 법률행위는 무효이다. 이와 달리 금지 규정 등을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 그 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익, 위반의 중대성, 당사자에게 법규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반 행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 그 효력을 판단하여야 한다."
○ 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결;【다수의견에 대한 보충의견】"일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법률 규정에 위반하여 법률행위가 행하여진 경우에 그 법률행위가 무효인지 여부는 당해 규정이 가지는 넓은 의미의 법률효과에 관한 문제로서 그 규정의 해석에 따라 정해진다. 그 법률행위의 무효 여부에 관하여 명문의 규정이 있다면 당연히 이에 따라야 할 것이나, 명문의 규정이 없다면 그 의무규정 또는 금지규정의 목적과 의미를 고려하여 그 무효 여부를 판단하여야 한다. 이와 같이 그 법률행위의 유·무효에 관한 명문의 규정이 없는 경우 그 법률행위의 무효 여부는 해당 법률의 해석 문제로서 법원의 판단에 맡겨져 있다. 법원이 그 법률행위를 유효라고 판단하더라도, 이는 법질서 내에서 법원에 주어진 법률 해석 권한에 기초하여 판단한 것으로서, 그러한 판단이 법질서의 모순을 초래한다고 볼 것은 아니다. 대법원은 종래 의무규정 또는 금지규정에 위반되는 법률행위의 사법상 효력을 일률적으로 부정하지는 않는 태도를 유지하여 왔다." ⇔【반대의견】"금지 규정 등을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 그 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익, 위반의 중대성, 당사자에게 법규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반 행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 그 효력을 판단하여야 한다. 특히 법률행위의 양쪽 당사자를 규율하는 법령을 위반하여 법률행위를 한 경우에는 특별히 예외적인 사정이 없는 한 그 법률행위를 무효로 보아야 한다. 한쪽 당사자를 규율하는 법령을 위반한 경우에는 거래의 안전과 상대방의 보호를 고려하여 그 법률행위의 효력을 판단하여야 하는데, 그 법령의 주된 목적이 상대방을 보호하기 위한 것이라면 이를 위반하는 법률행위는 원칙적으로 무효로 보아야 한다. 법질서는 모순이 없어야 한다. 한쪽에서는 금지하고 다른 쪽에서는 허용한다면 수범자로서는 어느 법률을 따라야 할지 알 수 없다. 법률에서 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하면서 이를 위반한 법률행위를 유효라고 한다면 이는 법질서의 자기모순이라고 할 수 있다. 이러한 현상은 특별히 인정해야 할 다른 이유가 없는 한 억제되어야 한다. 따라서 법률을 위반한 법률행위의 효력을 판단하는 과정에서 위에서 본 여러 사정을 고려해서도 판단하기 어려운 사안에서는 원칙적으로 그 효력을 부정함으로써 법질서의 통일성과 일관성을 확보하는 것이 법치주의의 최후 보루로서 사법부가 해야 할 일이다."

고려 요소일 뿐이다).[324] 주주평등의 원칙에 반하는 약정은 특별한 사정이 없는 한 무효이나,[325] 지입계약의 경우 그 자체가 무효인 것은 아니다.[326] [327]

강행법규에서 직접 금지한 것은 아니라 하더라도 그 규정의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위(직접 강행법규를 위반한 것은 아니지만, 강행법규가 금지하고 있는 것을 회피수단에 의하여 실질적으로 실현하는 행위) 역시 무효이다.[328] 같은 취지에서 강행법규 위반으로 무효인 계약

---

324) 대법원 2024. 4. 25. 선고 2023다310471 판결; "유사수신행위를 형사처벌 대상으로 삼는다는 사정은 유사수신행위의 반사회성, 반도덕성 판단에 관한 하나의 고려 요소가 될 수는 있다. 그런데 유사수신행위에 대한 형사처벌은 자금 조달과 원금 보장 등 유사수신행위로 체결된 계약의 내용 자체보다는 그 계약의 일방 당사자가 관계 법령에 따른 인가·허가 등을 받지 않고 불특정 다수인으로부터 자금을 조달하는 것을 업으로 한다는 계약 외부적 사정에 초점을 맞춘 것이다. 또한 계약 자체의 사법상 효력을 인정할 것인가와 그 계약을 매개로 한 행위를 형사처벌 대상으로 삼을 것인가는 다소 다른 차원의 문제이기도 하다. 그러므로 유사수신행위가 형사처벌 대상이라는 사정 때문에 유사수신행위로 체결된 계약의 효력이 당연히 부정된다고 할 수는 없다. 아울러 유사수신행위법 위반행위는 사기 범행과 더불어 행해지는 경우가 많은데, 사기 범행 역시 형사처벌 대상으로서 유사수신행위법 위반행위보다 법정형(징역형 부분)이 더 높은데도 사기 범행으로 체결된 계약은 무효가 아닌 취소 대상일 뿐이라는 점도 고려해야 한다."

325) 대법원 2020. 8. 13. 선고 2018다236241 판결.

326) 대법원 2018. 7. 11. 선고 2017다274758 판결.

327) 의료인이나 의료법인 등 비영리법인이 아닌 자의 의료기관 개설을 금지한 의료법 제33조 제2항은 강행법규로서 이에 위반한 약정은 무효이지만(2019다299423), 의료법인 등이 '다른 의료인'에게 명의를 대여하는 것은 의료법인 등이 '다른 자'에게 그 법인의 명의를 빌려주는 것을 금지하는 의료법 제33조 제10항에 위반되기는 하나, 그 사법상 효력까지 부정해야 할 정도로 현저히 반사회성을 지닌 것이라고 단정할 수 없다(2021다235132).

328) ❶ 대법원 2021. 6. 10. 선고 2021다217370 판결; 원심이, 피고가 근로기준법 제44조의2의 직상 수급인으로서 하수급인 소외인과 연대하여 근로자인 원고에게 임금을 지급할 의무가 있다고 한 다음, '근로자인 원고가 소외인에게 직상 수급인인 피고로부터 임금을 수령할 권한을 위임하였으므로 피고가 소외인에게 원고의 임금을 포함한 하도급 대금을 모두 지급함으로써 근로기준법 제44조의2에 따른 임금지급의무를 이행하였다.'는 피고의 주장에 대해, 이를 허용하는 것은 강행규정인 위 규정을 형해화하는 결과가 되므로 임금수령권한을 위임하는 행위는 강행규정 위반으로 그 효력이 없다는 이유로 이를 배척한 것은 정당하다고 한 예. ❷ 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다203551 판결; 농업협동조합이 그 '차입' 상대방을 엄격하게 제한한 농업협동조합법의 강행법규에 '실질적으로' 위반하여, 다른 사람의 채무를 '보증'하는 등으로 위 법의 차입 상대방이 아닌 제3자에 대하여 차입에 준하여 채무를 부담하는 행위는 무효라고 한 예. ❸ 대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결의 다수의견; 2008. 3. 21. 개정 최저임금법 제6조 제5항의 특례조항 시행에 따라 정액사납금제하에서 사용자가 고정급이 최저임금에 미달하는 것을 회피할 의도로 근로자들 과반수의 동의를 얻어 실제 근무형태나 운행시간의 변경이 없음에도 소정근로시간만을 단축하는 내용으로 개정한 취업규칙 조항이 강행법규인 위 특례조항 등의 적용을 잠탈하기 위한 **탈법행위**로서 무효라고 한 예. ❶ 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다205086 판결; 국유재산 사무 종사 직원이 타인 명의로 국유재산을 취득하는 행위는 국유재산사무 종사 직원의 국유재산 양수 금지 규정의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효라고 한 예. ❺ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다24785, 24792, 24808 판결; "구 대부업법 제8조 제2항의 취지는 대부업자가 사례금·할인금·수수료·공제금·연체이자·선이자 등의 명목으로 채무자로부터 금전을 징수하여 위 법을 잠탈하기 위한 수단으로 사용되는 탈법행위를 방지하는 데 있으므로, 명목 여하를 불문하고 대부업자와 채무자 사이의 금전대차와 관련된 것으로서 금전대차의 대가로 볼 수 있는 것이라면 이자로 간주되고" ❻ 대법원 2013. 9. 27. 선고 2011다106778 판결; "채권자와 채무자가 담보계약을 체결하였지만, 담보목적부동산에 관하여 가등기나 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 채권자로 하여금 귀속정산 절차에 의하지 않고 담보목적부동산을 타에 처분하여 채권을 회수할 수 있도록 약정하였다 하더라도, 그러한 약정이 가등기담보법의 규제를 잠탈하기 위한 탈법행위에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가등기담보법을 위반한 것으로 보아 무효라고 할 수는 없다."(가등기담보법의 규제를 잠탈하기 위한 탈법행위라고 볼 수 없다 하여 채권자에 대한 처분권한 부여 약정이 유효하다고 한 예) ❼ 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다230165 판결; 공공임대주택 임차인이 대출채권자에게 각서를 교부하여 대출금 상환이 지체될 경우 임대차계약을 중도 해지하고 임차주택을 인도하기로 한 약정은 공공주택사업자의 임대차계약 해제·해지 사유를 제한적 열거사유로 엄격하게 규제하는 강행규정의 적용을 배제하거나 잠탈하는 것이어서

의 불이행에 대하여 진술·보장 조항 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수는 없다.[329]

당사자가 통정한 단속규정 위반의 법률행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효이고, 무효를 주장하는 자가 '통정 사실'에 대한 증명책임을 진다.[330]

강행법규를 위반한 자가 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반하는 것은 아니다.[331]

부동산의 이중매매에서, 판례는, 제2매수인이 제1매수인에 대한 매도인의 배임행위에 적극 가담한 경우 제2매매계약은 민법 제103조의 반사회적 법률행위에 해당하여 절대적으로 무효이므로, 선의의 전득자도 보호되지 않으며, 제1매수인은 매도인을 대위하여 제2매수인과 전득자 명의 각 등기의 말소를 구할 수 있다고 판시해 왔는데,[332] 여기에는

무효라 한 예.

329) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다203551 판결: "계약당사자 사이에서 일방이 상대방에 대해 계약의 체결이 관련 법령 등에 위반되지 않는다는 점과 함께 그 계약의 이행을 진술·보장하였는데도 계약을 이행하지 못하여 상대방에게 손해를 입힌 경우에는 계약상 의무를 이행하지 않은 것에 해당하므로 일종의 채무불이행 책임이 성립한다. 그러나 당사자 사이에 체결된 계약이 강행법규 위반으로 무효인 경우에 그 계약 불이행을 이유로 진술·보장 약정에 따른 손해배상채무를 이행하는 것이 강행법규가 금지하는 것과 동일한 결과를 가져온다면 이는 강행법규를 잠탈하는 결과가 되고, 이러한 경우에는 진술·보장 조항 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 없다고 보아야 한다."

330) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2021다281999, 282008 판결: "지역주택조합의 조합원 자격에 관한 구 주택법이나 그 시행령의 규정은 단순한 단속규정에 불과할 뿐 효력규정이라고 할 수 없어 당사자 사이에 이를 위반한 약정을 하였다고 하더라도 그 약정이 당연히 무효라고 할 수는 없다. 다만 당사자가 통정하여 위와 같은 단속규정을 위반하는 법률행위를 한 경우에 비로소 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위에 해당하게 된다. … 피고가 이 사건 조합가입계약을 체결할 당시 본인과 세대원인 배우자 명의로 각 1채씩 주택을 소유하고 있어 조합원 자격 요건을 충족하지 못하였지만, 추가로 원고와 피고가 통정하여 위와 같은 단속규정을 위반하여 이 사건 조합가입계약을 체결하였다는 사정에 관한 아무런 증거가 제출되지 아니하였다. 따라서 그와 같은 사정만으로는 피고가 원고와 사이에 체결한 이 사건 조합가입계약이 당연히 무효라고 볼 수는 없다."

331) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288757 판결(강행법규를 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되기 때문이다).

332) ◎ **반사회적 이중매매에 관한 판례이론**; ① 부동산의 제2매수인이 제1매수인에 대한 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 그 매매계약이 반사회적 법률행위에 해당하는 경우[제2매수인이 이중매매 사실을 알거나 알 수 있었던 것만으로는 부족하고, 나아가 매도인의 배임행위(또는 배신행위)를 유인·교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 적극적으로 가담하여야 한다(2006다47677)]에는, ② 매매계약은 절대적으로 무효이므로, ③ 당해 부동산을 매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 설사 제2매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었다(선의)고 하더라도 매매계약이 유효하다고 주장할 수 없으며, ④ 제1매수인은 매도인을 '대위'하여 제2매수인 명의의 소유권이전등기(80다565, 83다카57)와 전득자 명의의 소유권이전등기의 각 말소등기를 청구할 수 있다(96다29151). ⑤ 매도인과 제2매수인 사이의 확정판결이나 제소전화해조서, 가사조정조서 등에 기하여 제2매수인 명의의 소유권이전등기를 마친 경우에는, 매도인이 제2매수인에게 제2매수인 명의 등기의 말소를 구하는 것은 확정판결 등의 기판력에 저촉되어 허용되지 아니하고, 따라서 제1매수인도 매도인을 대위하여 위와 같은 청구를 하지 못한다(96다8666, 2000다11584, 2019다214071). 이 경우 매도인의 제1매수인에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되었으니 제1매수인의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권은 인정되지 아니하고, 결국 제1매수인의 대위 청구는 피보전권리 부존재에 따른 당사자적격 흠결로 부적법하다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960, 104977 판결). ⑥ 부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있으나, 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는

민법 제103조와 제746조(불법원인급여)[333]의 관계에서 의문이 있었다.[334]

민법 제103조와 제746조의 관계에 관하여, 제746조 소정의 '불법'을 제103조 소정의 '선량한 풍속 기타 사회질서 위반'과 '동일'한 개념으로 본 종래 판례[335]와 달리, 근자의 판례는 제746조 소정의 '불법'을 '선량한 풍속 기타 사회질서 위반'과 '다른' 개념으로

자'에 해당하고, 부동산을 제3자에게 처분하고 등기를 마쳐 주는 행위는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다(2017도4027).

그런데, 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결에 따르면, 민법 제746조에 의해 매도인은 이중매매가 민법 제103조 위반으로 무효이기 때문에 부동산 소유권이 여전히 자기에게 있다고 주장하여 소유권에 기한 방해배제청구로서 제2매수인 명의 등기의 말소등기청구를 할 수 없고, 그 반사적 효과로서 소유권은 제2매수인에게 귀속하게 되었다고 보아야 하므로, 제1매수인의 매도인을 대위한 제2매수인 등기의 말소 청구는 인용될 수 없는 것이다. 이는 위 ④의 판례이론과는 모순이다. 위 ⑤의 판례이론에서 보듯이, 매도인이나 제2매수인이 조금만 법을 악용할 줄 아는 자라면 제1매수인 보호를 위한 판례의 대위말소청구 이론은 무용지물이 된다. 매도인이나 제2매수인이 이렇듯 법을 악용하느냐 여부에 따라 제1매수인 보호 여부가 결정된다는 것은 매우 부당함은 두말할 나위가 없다.

333) **민법 제746조(불법원인급여)** 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

334) 종전에 필자는 '제1양수인에 대한 물권적 보호 불요론'[최진수, "반사회적 이중양도에 있어서 주관적요건의 요부 및 전득자 보호 여부", 서울지방법원 실무논단(1998), 6면 이하]을 주장한 바 있어 이를 전재(轉載)한다.

"판례이론의 문제점을 해결하기 위하여 다양한 견해가 제시되어 왔으나, 반사회적 이중양도의 경우만을 다른 반사회적 법률행위와 구별하여 예외로 취급한다든지, 또는 해석론의 법적 근거가 불명료하고, 기존의 통설이나 판례와 배치되는 등 모두 나름대로의 난점이 존재하여 선뜻 어느 한 견해를 취하기가 곤란한 점이 있었다. 판례나 제 견해처럼 법이론상의 난점에도 불구하고, 등기를 갖춘 물권자도 아니고 아직까지 엄연히 채권자의 지위에 머물러 있음에 지나지 않는 제1양수인을 무리하게 보호하여야만 하는 것인지 의문이 들기도 한다. 더구나 제1양수인은 부동산을 양수하고 대금을 완납하고도 등기를 게을리하여 양도인 명의로 오랫동안 등기를 방치해 둔 외관을 만들어 냄으로써 반사회적 이중양도의 기회를 제공한 잘못이 있다. 제1양수인은 양도인에 대하여는 채무불이행 내지 불법행위로 인한 부동산 가액 상당의 손해배상청구권, 또는 제2양수인으로부터 지급받은 매매대금에 대한 대상청구권을 행사함으로써, 제2양수인에 대하여는 채권침해라는 불법행위로 인한 부동산 가액 상당의 손해배상청구권(양도인과 제2양수인은 공동불법행위자로서 부진정연대채무를 지게 된다)을 행사함으로써 부동산의 소유권을 취득하지 못한 손해를 전보받을 길이 열려 있기도 하다. 법이론상 무리가 없다면 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 제2양수인에게 부동산의 소유권을 귀속시키기보다는 제1양수인이 소유권을 취득하도록 물권적인 보호를 하는 것이 타당할 것이나, 법이론상 무리가 있다면 제1양수인에 대한 보호는 위와 같은 손해배상청구권, 대상청구권 등의 채권적인 보호로 만족해야 하지 않을까 생각한다. 더구나, 제2양수인으로부터의 전득자들이 있는 경우에는 … 제1양수인보다는 전득자들의 보호가 우선하여야 할 것이기 때문에 제1양수인의 물권적 보호에 너무 집착할 필요는 없다고 생각한다. 즉, 제1양수인에 대한 물권적 보호 불요론인 셈이다. … 반사회적 부동산 이중양도와 관련된 여러 논점에 관하여 기존의 통설과 판례를 충실히 밟아 가기만 하면, 전득자 보호 문제는 등기의 공신력에 관계없이 불법원인급여에 있어서의 목적물에 대한 소유권 귀속이 여하하냐에 따라서 저절로 해결됨을 우리는 다음에서 알 수 있다. … 제2양수인은 민법 제746조에 의한 물권변동으로 양도인으로부터 소유권을 취득하게 되고, 반사회적 이중양도계약에 기하여 경료된 제2양수인 명의의 등기는 일단은 무효였다가 위 물권변동으로 말미암아 실체관계에 부합하는 유효한 등기가 된다. … 반사회적 이중양도라는 당해 무효의 하자는 양도인과 제2양수인 사이의 법률관계에서 단절되고 전득자에게로 승계되지 않는다. … 제2양수인은 그 무효의 하자와는 별도로 유효히 소유권을 취득하고, 그 소유권을 전득자는 이전받기 때문이다. 따라서 전득자는 반사회적 이중양도의 절대적 무효와 관계 없이 유효하게 목적물의 소유권을 취득하게 된다. 전득자의 선, 악의는 상관이 없다."

335) 종래 판례(대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다74769 판결 등)는 "부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서, 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다."라고 하여, 민법 제746조 소정의 '불법'을 민법 제103조 소정의 '선량한 풍속 기타 사회질서 위반'과 표리(79다483)를 이루는 '동일'한 개념으로 보고, '강행법규 위반' 중에서 선량한 풍속 기타 사회질서 위반에 해당하지 않는 것은 제외하였다.

보면서 좀 더 제한적으로 보고 있다.[336] 이에 따라 배임적인 부동산 이중매매의 경우 민법 제103조의 사회질서에 반하여 무효이지만 제746조의 불법원인에는 해당하지 않는다고 볼 여지가 생겼다.

나) 불공정한 법률행위

민법 제104조의 불공정한 법률행위가 성립하기 위해서는 ① 법률행위의 당사자 일방이 궁박(급박한 곤궁[337]), 경솔 또는 무경험[338]의 상태에 있고, ② 상대방이 이러한 사정을 알고서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 있어야 하며, ③ 나아가 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형[339]이 있어야 하는바, 위 당사자 일방의 궁박, 경솔, 무경험은 모두 구비하여야 하는 요건이 아니고 그 중 어느 하나만 갖추어져도 충분하다.[340] 어떠한 법률행위가 불공정한 법률행위에 해당하는지는 '법률행위 시'를 기준으로 판단하여야 한다.[341]

---

336) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013다79887, 79894 판결; "민법 제746조는 … 불법원인급여에 해당하면 부당이득 반환청구를 할 수 없도록 규정하고 있다. 여기서 말하는 '불법'이 있다고 하려면, 급부의 원인이 된 행위가 그 내용이나 성격 또는 목적이나 연유 등으로 볼 때 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반될 뿐 아니라 반사회성·반윤리성·반도덕성이 현저하거나, 급부가 강행법규를 위반하여 이루어졌지만 이를 반환하게 하는 것이 오히려 규범 목적에 부합하지 아니하는 경우 등에 해당하여야 한다." ☛ 상세한 내용은 '채권각칙'의 '불법원인급여' 부분 참조.

337) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2023다301712 판결; "'궁박'이라 함은 '**급박한 곤궁**'을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있으며, 당사자가 궁박한 상태에 있었는지 여부는 그의 나이와 직업, 교육 및 사회경험의 정도, 재산 상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 한다. 한편 당사자가 계약을 지키지 않는 경우 얻을 이익이 이로 인해 입을 불이익보다 크다고 판단하여, 그 불이익의 발생을 예측하면서도 이를 감수할 생각으로 계약에 반하는 행위를 함으로써 계약 상대방과의 관계에서 그가 주장하는 급박한 곤궁 상태에 이르렀다면, 이와 같이 그가 자초한 상태를 민법 제104조의 궁박이라고 인정하는 것은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다."

338) '**무경험**'이라 함은 일반적인 생활체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정영역에 있어서의 경험부족이 아니라 거래일반에 대한 경험부족을 뜻한다.

339) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2023다301712 판결; "객관적으로 급부와 반대급부 사이에 **현저한 불균형**이 존재하는지를 판단하려면 우선 해당 법률행위의 급부와 반대급부가 무엇인지를 확정한 뒤 그 각각의 객관적 가치를 비교·평가해야 한다. 또한 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있는지는 단순히 시가와의 차액 또는 시가와의 배율로 판단할 수 있는 것은 아니고, 구체적·개별적 사안에서 일반인의 사회통념에 따라 결정하여야 한다. 여기에서 급부와 반대급부는 해당 법률행위에서 정한 급부와 반대급부를 의미하므로, 궁박 때문에 법률행위를 하였다고 주장하는 당사자가 그 법률행위의 결과 제3자와의 계약관계에서 입었을 불이익을 면하게 되었더라도, 특별한 사정이 없는 한 이러한 불이익의 면제를 곧바로 해당 법률행위에서 정한 상대방의 급부로 평가해서는 안 된다. 이를 상대방의 급부로 평가한다면, 당사자가 그 불이익을 입는 것보다 해당 법률행위에서 정한 반대급부를 이행하는 것이 경제적으로 유리하다고 보아 그 법률행위를 한 대부분의 경우에 그 불이익을 포함한 급부의 객관적 가치가 반대급부의 객관적 가치를 초과하여, 그 이유만으로 당사자의 궁박 여부와 관계없이 법률행위의 불공정성이 부정되는 부당한 결과가 발생할 수 있기 때문이다. 이러한 불이익은 급부와 반대급부 사이의 객관적 가치 차이가 사회통념상 현저하게 균형을 잃은 정도에 이르렀는지, 또는 당사자가 궁박한 상태에 있었는지를 판단할 때 고려할 수 있을 뿐이다."

340) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다50308 판결, 대법원 2002. 10. 22. 선고 2002다38927 판결 등. ☛ 대리인에 의한 법률행위의 경우 경솔과 무경험은 대리인, 궁박은 본인을 기준으로 하여 판단한다. 추인에 의하여 무효인 불공정한 법률행위가 유효로 될 수는 없으나(94다10900), 무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용되어 가정적 의사에 기한 매매계약이 유효하게 성립할 수 있다. 매매계약 등 쌍무계약이 '불공정한 법률행위'에 해당하여 무효인 경우, 그 계약에 관한 부제소합의 역시 무효이다.

불공정한 법률행위로서 무효라고 주장하는 자는 위 각 요건들을 주장·증명하여야 하고, 당사자가 이를 주장하지 않았음에도 법원이 이를 인정할 수는 없다.[342]

2) 의사와 표시의 불일치로 인한 무효

가) 비진의표시

진의 아닌 의사표시의 무효[343] 주장은 법률행위의 효과 발생에 대한 장애사유로서, ① '표의자'가 진의[344] 아님을 '알고' 의사표시를 한 사실(표의자의 비진의표시[345]), ② '상대방'이 표의자의 진의 아님을 '알았거나 이를 알 수 있었던' 사실(상대방의 악의 또는 과실[346])을 주장·증명하여야 한다. '제3자가 악의'라는 사실에 관한 주장·증명책임도 무효를 주장하는 자에게 있다.[347]

나) 통정허위표시

(1) 통정허위표시에 대한 증명책임

통정허위표시가 성립하기 위해서는 ① 의사표시의 진의와 표시가 일치하지 아니하고 ② 그 불일치에 관하여 상대방과 사이에 합의가 있어야 한다.[348] 통정허위표시에

341) 따라서 계약 체결 당시를 기준으로 전체적인 계약 내용에 따른 권리의무관계를 종합적으로 고려한 결과 불공정한 것이 아니라면, 사후에 외부적 환경의 급격한 변화에 따라 계약당사자 일방에게 큰 손실이 발생하고 상대방에게는 그에 상응하는 큰 이익이 발생할 수 있는 구조라고 하여 그 계약이 당연히 불공정한 계약에 해당한다고 말할 수 없다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결).
불공정 법률행위에 해당하는지 여부는 '법률행위가 이루어진 시점'을 기준으로 약속된 급부와 반대급부 사이의 객관적 가치를 비교 평가하여 판단하여야 할 문제이고, 당초의 약정대로 계약이 이행되지 아니할 경우에 발생할 수 있는 문제는 달리 특별한 사정이 없는 한 채무의 불이행에 따른 효과로서 다루어지는 것이 원칙이다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2010다42075 판결).

342) 90다19770, 62다599. 한편, 96다47951은, 불공정한 법률행위로서 무효라는 주장 안에 반사회적 법률행위로서 무효라는 주장이 포함되어 있는지의 여부를 석명하지 않았다 하여 석명의무를 위반한 위법이 있다고 볼 수는 없다고 한다.

343) **민법 제107조(진의 아닌 의사표시)** ① 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다. ② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

344) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결; "비진의의사표시에 있어서의 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니라고 할 것이므로, 비록 재산을 강제로 뺏긴다는 것이 표의자의 본심으로 잠재되어 있었다 하여도 표의자가 강박에 의하여서나마 증여를 하기로 하고 그에 따른 증여의 의사표시를 한 이상 증여의 내심의 효과의사가 결여된 것이라고 할 수는 없다."

345) 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다2295 판결; "어떠한 의사표시가 비진의 의사표시로서 무효라고 주장하는 경우에 그 입증책임은 그 주장자에게 있다고 할 것"

346) 대법원 2002. 5. 24. 선고 2001다3726 판결; "원고가 알았거나 또는 알 수 있었다고 볼 증거가 없는바, 그렇다면 피고는 자신을 대리하여 엄OO가 발행한 이 사건 어음에 대하여 본인으로서의 책임을 져야 마땅한데, 원심은 이와는 달리 이 사건 어음은 위조된 어음으로서 원고가 과실 없이 선의로 이를 취득하였다고 볼 증거가 없다는 이유로 원고의 어음금청구를 배척하고 말았으니, … 상대방의 악의, 과실의 점에 대한 입증책임 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있고"

347) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016다3201 판결.

348) 제3자가 금전소비대차약정서 등 대출 관련 서류에 주채무자로 직접 서명·날인하였다면, 자신이 그 소비대차계약

대한 증명책임은 그 무효를 주장하는 자에게 있다.[349] 당사자들이 외면적으로 표시된 법률행위 속에 실제로는 다른 행위를 할 의사를 감추고 그에 관하여 상호 합의가 있는 경우, 외형행위는 통정허위표시로서 무효라고 하더라도 내면적으로 의욕한 법률행위는 유효하다고 볼 수 있다.[350]

(2) '선의의 제3자'에 대한 증명책임

통정허위표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(민법 제108조 제2항). 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효이고 누구든지 그 무효를 주장할 수 있는 것이 원칙이나, 허위표시의 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 허위표시의 당사자뿐만 아니라 그 누구도 허위표시의 무효를 대항하지 못하는 것인데, 허위표시를 선의의 제3자에게 대항하지 못하게 한 취지는 이를 기초로 하여 별개의 법률원인에 의하여 고유한 법률상의 이익을 갖는 법률관계에 들어간 자를 보호하기 위한 것으로서, 제3자의 범위는 권리관계에 기초하여 형식적으로만 파악할 것이 아니라 허위표시행위를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺었는지 여부에 따라 '실질적으로 파악'하여야 한다.[351] 부동산 매수인, 허위채권의 양수인·가압류권자·압류추심권자,

---

의 주채무자임을 금융기관 등 채권자에 대하여 표시한 셈이므로, 제3자가 타인으로 하여금 제3자 명의로 대출을 받아 이를 사용하도록 할 의사가 있었다거나 그 원리금을 타인의 부담으로 상환하기로 하였더라도, 이는 소비대차계약에 따른 경제적 효과를 타인에게 귀속시키려는 의사에 불과한 것이어서 원칙적으로 제3자의 진의와 표시에 불일치가 있다고 보기는 어렵다. 그러나 제3자가 소비대차계약에 따른 경제적 효과뿐만 아니라 그 법률상의 효과까지 타인에게 귀속시키려는 의사로 대출 관련 서류에 서명·날인한 것이고, 금융기관 등 채권자도 제3자와 사이에 당해 대출에 따르는 법률상의 효과까지 실제 차주에게 귀속시키고 제3자에게는 그 채무부담을 지우지 않기로 약정 내지 양해하였음을 추단할 수 있는 특별한 사정이 있다면 그 의사표시는 통정허위표시로서 무효이다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다253413 판결; '특별한 사정'을 긍정한 예). 2015다246346, 2008다7772,7789, 2003다7357, 98다17909 등 '특별한 사정'을 부정한 예가 일반적이다.

349) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2014다87595 판결; "어음발행행위 등 어떠한 의사표시가 통정허위표시로서 무효라고 주장하는 자에게 그 사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있다." **[동일 취지]** 제3자 명의로 되어 있는 대출약정이 통정허위표시에 해당한다고 볼 '특별한 사정'이 있다는 점에 관해서는 이를 주장하는 자에게 증명책임이 있고(2005다51259), 금융기관이 명의대여자와 사이에 당해 대출에 따르는 법률상의 효과까지 실제 차주에게 귀속시키고 명의대여자에게는 그 채무부담을 지우지 않기로 약정 내지 양해하였음이 적극적으로 증명되어야 한다(2008다7772,7789).

350) 대법원 2021. 12. 10. 선고 2019다239988 판결; 원·피고가 2010. 1. 18. 매매계약을 체결하고, 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권의 순위 보전을 위한 가등기를 하기로 하면서, 가등기 경료에 매매예약서가 필요한 것으로 오인하여 매매예약서를 별도로 작성한 후 이를 등기서류로 첨부하여 2010. 1. 19. 가등기권자 원고, 등기원인 2010. 1. 18.자 매매예약으로 한 소유권이전청구권가등기를 마친 사안에서, 원·피고는 매매예약서 작성을 통하여 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권의 순위를 보전하기 위한 가등기의 합의를 하였다고 보아야 하므로, 위 매매예약은 적어도 숨은 합의인 가등기에 관한 합의로서 효력이 있고, 그 범위 내에서 원·피고의 표시된 의사와 진의가 일치하므로 이를 통정허위표시라고 볼 수 없다고 한 예.

351) 대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다280375 판결; 소외 2 명의의 소유권이전등기, 소외 1 명의의 가등기 및 그 본등기로부터 순차로 전득하여 원고 명의의 소유권이전등기가 마쳐졌는데, 원고는 자신이 소유권이전등기를 적법하게 마친 소유자로서 피고 명의 근저당권의 피담보채무에 대하여 시효완성을 원용할 수 있는 지위에 있음을 전제로 피고에게 공탁금출급청구권의 양도 및 그 통지를 구하였고, 피고는 원고 명의의 소유권이전등기는

파산관재인, 허위 주채무의 보증인, 허위표시인 근저당권설정계약에 따른 근저당권의 피담보채권을 가압류한 자 등은 '제3자'에 해당한다.[352]

제3자는 선의이면 족하고 '무과실'은 요건이 아니다.[353]

제3자의 선의·악의[354]에 관한 주장·증명책임에 관하여 판례는, "제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이므로, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은

소외 1 명의의 가등기 및 그에 기한 본등기에 기초한 것인데 위 가등기는 소외 1, 2 사이의 통정허위표시에 기한 것으로 원인무효이므로 원고는 적법하게 소유권을 취득하거나 시효완성을 원용할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없다는 취지로 주장한 **사안**에서, ① 소외 1 명의의 본등기는 소외 1, 2 사이의 허위 가등기 설정이라는 통정허위표시 자체에 기한 것이 아니라, 그러한 통정허위표시가 철회된 이후에 소외 2의 추완항소에 의한 항소심판결에 의해 취소 확정되어 소급적으로 무효가 된 제1심의 공시송달 판결에 기초하여 소외 1이 일방적으로 마친 원인무효의 등기이므로, 그 후 원고에 이르기까지 순차적으로 마쳐진 각 소유권이전등기는 부동산등기에 관하여 공신력이 인정되지 아니하는 우리 법제 하에서는 특별한 사정이 없는 한 무효임을 면할 수 없고, ② 소외 1 명의의 본등기를 기초로 마쳐진 그 후의 소유권이전등기는 소외 1 명의의 가등기와는 서로 단절된 것으로서 그 각 등기 명의자들에게 신뢰의 대상이 될 수 있는 '외관'은 소외 1 명의의 가등기가 아니라 단지 소외 1 명의의 본등기일 뿐이라는 점에서도 그들은 소외 1 명의의 허위 가등기 자체를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 제3자의 지위에 있다고 볼 수 없다고 판단한 예.

352) ○ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다59753 판결; "임대차보증금반환채권이 양도된 후 그 양수인의 채권자가 임대차보증금반환채권에 대하여 **채권압류 및 추심명령**을 받았는데 그 임대차보증금반환채권 양도계약이 허위표시로서 무효인 경우 그 채권자는 그로 인해 외형상 형성된 법률관계를 기초로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 제3자에 해당한다고 보아야 한다."

○ 대법원 2013. 4. 26. 선고 2013다1952 판결; "파산채무자가 상대방과 통정한 허위의 의사표시를 통하여 가장채권을 보유하고 있다가 파산이 선고된 경우 … **파산관재인**은 그 허위표시에 따라 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 가지게 된 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당하고, 그 선의·악의도 파산관재인 개인의 선의·악의를 기준으로 할 수는 없고, 총파산채권자를 기준으로 하여 파산채권자 모두가 악의로 되지 않는 한 파산관재인은 선의의 제3자라고 할 수밖에 없다." ☛ 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다96083 판결(사기에 의한 의사표시), 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다206563 판결(이사회 결의 없는 거래행위), 대법원 2024. 5. 30. 선고 2019다47387 판결(상계금지특약)의 경우에도 동일하다.

○ 대법원 2009. 7. 23. 선고 2006다45855 판결; "종합건설업자로 등록되어 있지 아니한 수급인이 도급인과 건축도급계약을 체결하면서, 당사자의 합의하에 계약상의 수급인 명의를 종합건설업자로 등록된 사업자로 표시하여 도급계약서를 작성한 후 공사를 시행하였다면, 위 사업자와 도급인 사이에 작성된 계약서에 의한 도급계약은 통정허위표시로서 무효라 할 것이다. 그러나 제3자가 선의로 위 통정허위표시에 의한 도급계약의 공사대금채권을 가압류한 경우 그 **가압류권자**는 허위표시에 기초하여 가압류 후에 새로운 법률상 이해관계를 가지게 된 선의의 제3자에 해당되어 민법 제108조 제2항에 의해, 도급인은 가압류권자에게 그 통정허위표시에 의한 도급계약이 무효임을 주장할 수 없으므로, 수급인이 실제 공사를 이행하였다면 그 공사를 계약명의자인 위 사업자가 이행한 것이 아니라 하여도 도급인은 그 공사대금채권에 대한 가압류의 효력을 부정할 수 없다 할 것이다. 이때 수급인 명의를 허위로 표시하면서 동시에 공사대금을 실제보다 줄여서 도급계약서를 작성하였다면 그 가압류 전에 수급인이나 위 사업자에게 지급되어 소멸된 부분을 공제한 나머지 공사대금 중 위 도급계약서에 기재된 공사대금액의 한도 안에서 가압류의 효력이 미친다고 봄이 상당하다."

○ 대법원 2000. 7. 6. 선고 99다51258 판결; **보증인**이 주채무자의 기망행위에 의하여 주채무가 있는 것으로 믿고 주채무자와 보증계약을 체결한 다음 그에 따라 보증채무자로서 그 채무까지 이행한 경우, 그 보증인은 주채무자에 대한 구상권 취득에 관하여 법률상의 이해관계를 가지게 되었고 그 구상권 취득에는 보증의 부종성으로 인하여 주채무가 유효하게 존재할 것을 필요로 한다는 이유로 결국 그 보증인은 주채무자의 채권자에 대한 채무 부담행위라는 허위표시에 기초하여 구상권 취득에 관한 법률상 이해관계를 가지게 되었다고 보아 민법 제108조 제2항 소정의 '제3자'에 해당한다고 한 사례.

353) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2002다1321 판결, 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결.

354) '악의'는 '일정한 사실에 관한 인식 상태'로서 '아는 것'을 말하고, '고의'는 '(객관적으로 위법이라고 평가되는) 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태'(대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다46440 판결)를 말하는 것으로서 서로 구별되는 개념이다(즉, '악의'는 '인식'이고, '고의'는 '인식+의지'의 개념이다).

그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다."고 한다.[355]

통정허위표시로 인한 무효 외에 다른 무효사유가 병존하는 경우, 다른 무효사유의 적용으로 통정허위표시에 대한 선의의 제3자가 보호되지 않을 수도 있다.[356]

(3) 제3자로부터 전득한 자에 대한 대항요건의 증명책임

통정허위표시에 대하여 선의의 제3자가 보호될 수 있는 법률상 이해관계는, 통정허위표시의 당사자를 상대로 하여 직접 법률상 이해관계를 가지는 경우(제1 전득자) 외에도 그 법률상 이해관계를 바탕으로 하여 다시 새로이 법률상 이해관계를 가지게 되는 경우(제2 전득자)도 포함되는바,[357] 통정허위표시에 대한 선의의 제1 전득자가 일단 그 권리를 유효하게 취득하였다면 제2 전득자는 그가 악의인 경우에도 역시 유효하게 권리를 취득하고,[358] 비록 제1 전득자가 악의라 하더라도 제2 전득자가 선의이면 그 역시 유효하게 권리를 취득하므로,[359] 허위표시의 무효를 주장하는 당사자가 제2 전득자에게 대항하기 위해서는 제1 전득자의 악의와 제2 전득자의 악의 모두를 주장·증명하여야 한다.[360]

---

355) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2002다1321 판결 등. 학설 및 판례의 상세한 진행 경과는 제11판 71면 각주 267~269 참조.
한편, 판례(2007다53013) 중에, '피고들이 원고가 통정허위표시로부터 보호되는 제3자에 해당하지 아니한다는 주장만 하였을 뿐 악의라는 주장을 한 바 없는 경우, 원심이 피고들에 대하여 원고가 악의인지 여부에 관한 주장·증명을 촉구하지 않았다고 하여 석명의무를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.'고 한 것이 있으나, 이는 그대로 받아들일 것이 아니다(제11판 70면 각주 265 참조).

356) ○ 대법원 2015. 3. 26. 선고 2014다203229 판결; "상법 제644조에 의하면, 보험계약 당시에 보험사고가 발생할 수 없는 것인 때에는 보험계약의 당사자 쌍방과 피보험자가 이를 알지 못한 경우가 아닌 한 그 보험계약은 무효이다. 보증보험계약은 보험계약으로서의 본질을 가지고 있으므로, 적어도 계약이 유효하게 성립하기 위해서는 계약 당시에 보험사고의 발생 여부가 확정되어 있지 않아야 한다는 우연성과 선의성의 요건을 갖추어야 한다. 만약 보증보험계약의 주계약이 통정허위표시로서 무효인 때에는 보험사고가 발생할 수 없는 경우에 해당하므로 그 보증보험계약은 무효이다. 이때 보증보험계약이 무효인 이유는 보험계약으로서의 고유한 요건을 갖추지 못하였기 때문이므로, 보증보험계약의 보험자는 주계약이 통정허위표시인 사정을 알지 못한 제3자에 대하여도 보증보험계약의 무효를 주장할 수 있다."
○ 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결 ; 피고는 원고와 소외인 간 통정허위표시인 근저당권설정계약이 유효하다고 믿고 그 근저당권의 피담보채권에 대하여 가압류함으로써 허위표시 무효로 대항할 수 없는 선의의 제3자에 해당하지만, 원고와 소외인은 근저당권설정계약만 체결하였을 뿐, 피담보채권을 성립시키는 의사표시가 있었다고 볼 만한 자료가 없으므로 위 근저당권은 피담보채권의 부존재로 무효이고 위 가압류도 무효라고 볼 여지가 있다고 한 예.

357) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다49292 판결.

358) 즉, 허위표시의 무효를 주장하는 당사자는 선의의 제3자로부터 권리를 전득한 자에 대하여는, 그가 전득 시에 악의였다 하더라도 허위표시의 무효로 대항하지 못한다. '채권양도금지 특약'의 제3자에 대한 대항 여부에 관한 대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다118020 판결도 같은 취지이다.

359) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다49292 판결; 甲이 乙의 임차보증금반환채권을 담보하기 위하여 통정허위표시로 乙에게 전세권설정등기를 마친 후 丙이 이러한 사정을 알면서도 乙에 대한 채권을 담보하기 위하여 위 전세권에 대하여 전세권근저당권설정등기를 마쳤는데, 그 후 丁이 丙의 전세권근저당권부 채권을 가압류하고 압류명령을 받은 사안에서, 丁이 통정허위표시에 관하여 선의라면 비록 丙이 악의라 하더라도 허위표시자는 그에 대하여 전세권이 통정허위표시에 의한 것이라는 이유로 대항할 수 없음에도, 이와 달리 본 원심판결에 위법이 있다고 한 사례.

3) 취소할 수 있는 의사표시

가) 취소권의 발생과 그 행사 및 취소의 소급효

착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인(민법 제140조)은 상대방에 대한 의사표시로(제142조) 착오로 인하거나 사기·강박에 의한 의사표시를 취소할 수 있고(제109조·제110조 제1항, 취소권의 발생과 그 행사), 취소 의사표시[361]가 상대방에게 도달함으로써 취소된(제111조 제1항) 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다(제141조, 소급효가 원칙이나 고용·조합 계약 등의 경우에는 예외이다).[362] 제한능력자의 의사표시도 마찬가지이다.

취소할 수 있는 법률행위에 대한 '추인'(제143조, 제144조)이나 (추인할 수 있는 날로부터) 3년 또는 (법률행위를 한 날로부터) 10년의 '제척기간(제146조) 도과'(직권조사사항) 주장은 취

---

360) 대구고등법원 2008. 7. 3. 선고 2006나10263 판결; "일단 선의의 제3자가 통정허위표시의 목적물을 취득하였다면, 선의의 제3자로부터 다시 권리를 전득한 사람이 전득 시에 악의인 경우에도 그 전득자는 유효하게 권리를 취득한다 할 것이므로, 이 사건에 있어서 원고가 인수참가인에 대하여 이 사건 전세권설정계약이 통정허위표시임을 이유로 이 사건 전세권설정등기의 말소를 구하기 위하여는 인수참가인뿐만 아니라 소외 1, 피고 2, 3도 각 그 전세권이전의 부기등기를 마칠 당시 악의였다는 점을 입증하여야 한다."
⇒ 그 상고심인 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다57746 판결; "원심은 … 피고(탈퇴) 2, 3이 2005. 5. 24. 소외 2로부터 전세권을 이전받아 그 부기등기를 마치고, 소외 1이 2006. 7. 14. 피고(탈퇴) 2, 3으로부터 전세권을 이전받아 그 부기등기를 마치고, 피고(탈퇴) 2, 3의 인수참가인이 2006. 7. 20. 소외 1로부터 전세권을 이전받아 그 부기등기를 마칠 당시, 이들은 모두 소외 2와 OO교역의 실질적 경영자이던 소외 3 사이에 체결된 이 사건 전세권설정계약이 통정허위표시에 의한 법률행위에 해당하여 무효라는 사실을 알면서 각 전세권을 이전받은 것이라고 봄이 상당하다는 취지로 판단하였다. … 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, … 민법 제108조 제2항의 해석·적용에 관한 법리나 증명책임의 소재를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다."

361) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다43824 판결; "취소의 의사표시란 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니고, 취소자가 그 착오를 이유로 자신의 법률행위의 효력을 처음부터 배제하려고 한다는 의사가 드러나면 족한 것이며, 취소원인의 진술 없이도 취소의 의사표시는 유효한 것이므로, … 신원보증서류에 서명날인하는 것으로 잘못 알고 위 이행보증보험약정서를 읽어보지 않은 채 서명날인한 것일 뿐 연대보증약정을 한 사실이 없다는 주장은 위 연대보증약정을 착오를 이유로 취소한다는 취지로 보지 못할 바 아니다." ☞ 취소 항변의 주장책임 완화

362) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2013다25194, 25200 판결; "근로계약은 … 법적 성질이 사법상 계약이므로 … 근로계약의 무효 또는 취소를 주장하여 그에 따른 법률효과의 발생을 부정하거나 소멸시킬 수 있다. 다만 그와 같이 근로계약의 무효 또는 취소를 주장할 수 있다 하더라도 근로계약에 따라 그동안 행하여진 근로자의 노무 제공의 효과를 소급하여 부정하는 것은 타당하지 않으므로 이미 제공된 근로자의 노무를 기초로 형성된 취소 이전의 법률관계까지 효력을 잃는다고 보아서는 아니 되고, 취소의 의사표시 이후 장래에 관하여만 근로계약의 효력이 소멸된다고 보아야 한다." ☞ **원심이**, 원고의 기망으로 체결된 근로계약이 피고 회사의 취소 의사표시로 취소됨에 따라 장래에 관하여만 그 효력이 소멸할 뿐이라고 하면서도, 이는 근로자가 현실적으로 노무를 제공한 경우에 한하는 것이고 현실적으로 노무를 제공하지 않은 기간에 대하여는 소급적으로 계약의 효력이 소멸한다는 전제에서, 원고에 대한 해고 통지 이후로서 위 취소 의사표시 이전의 부당해고 기간 동안에는 현실적인 노무의 제공이 없었으므로 소급적으로 계약의 효력이 소멸하였다 하여, 근로관계의 존속을 전제로 한 임금 지급을 구할 수 없다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 근로계약 취소의 소급효가 제한되어 취소의 의사표시가 담긴 반소장 부본 송달 이후의 장래에 관하여만 그 효력이 소멸할 뿐 그 이전의 법률관계는 여전히 유효하다고 하여, 원심을 파기환송한 예. cf. 고용, 조합(71다1833 판결) 등 급부가 계속 제공되는 법률관계의 경우 해지의 법리를 유추적용하여 취소의 소급효가 제한된다는 해석론이 일반적이다. ⇔ 대법원 2022. 8. 19. 선고 2017다292718 판결은, 피고들이 사전에 시험문제와 답을 제공받아 승진시험에 합격하고 그 대가로 금전을 제공한 사실이 밝혀져 승진발령이 취소된 사안에서, "승진이 중대한 하자로 취소되어 소급적으로 효력을 상실"하였고 '단지 직급의 상승만을 이유로 원금이 상승한 부분은 부당이득으로 사용자에게 반환되어야 한다.'고 하였다. 즉, 중대한 하자로 인한 무효, 취소의 경우 근로계약의 비소급적 실효의 예외가 인정된다.

소권 소멸 사유로서 계약 취소 항변에 대한 재항변 사유에 해당한다.[363]

나) 착오에 의한 의사표시의 취소

착오에 의한 의사표시[364] 취소의 요건사실은, ① "법률행위의 내용"의 '착오'[365]가 있을 것, ② "중요부분"의 착오일 것(= 착오의 주관적 및 객관적 현저성),[366] ③ 취소의 의사표시 및 그 도달이다.

동기의 착오를 이유로 한 취소의 경우, 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 '표시'하고 의사표시의 해석상 '법률행위의 내용'으로 되었음을 표의자가 추가로 주장·증명하여야 한다(동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 '합의'까지 이루어질 필요는

---

363) 위 취소권은 형성권의 일종으로서 그 행사기간을 제척기간으로 보아야 하고, 그 기간 내에 소를 제기하는 방법으로 권리를 재판상 행사하여야만 되는 것은 아니며, 재판 외에서 의사표시를 하는 방법으로도 권리를 행사할 수 있지만(대법원 1993. 7. 27. 선고 92다52795 판결), 취소의 의사표시가 제척기간 내에 도달되어야 하며(대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다27301, 27318 판결), 그 기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 할 사항이다(대법원 1996. 9. 20. 선고 96다25371 판결).

364) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다49794 판결; "민법 제109조의 법리는 그 적용을 배제하는 취지의 별도의 규정이 있거나 당사자의 합의로 그 적용을 배제하는 등의 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 모든 사법상의 의사표시에 적용된다고 보아야 한다. 따라서 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따라 거래소가 개설한 금융투자상품시장에서 이루어지는 증권이나 파생상품 거래의 경우 그 거래의 안전과 상대방의 신뢰를 보호할 필요성이 크다고 하더라도 거래소의 업무규정에서 민법 제109조의 적용을 배제하거나 제한하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 거래에 대하여 민법 제109조가 적용되고, 거래의 안전과 상대방의 신뢰에 대한 보호도 민법 제109조의 적용을 통해 도모되어야 한다." ☛ 소취하합의의 의사표시 역시 법률행위의 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다(대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다227523, 227530 판결).

365) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다12175 판결; "의사표시에 **착오**가 있다고 하려면 법률행위를 할 당시에 실제로 없는 사실을 있는 사실로 잘못 깨닫거나 아니면 실제로 있는 사실을 없는 것으로 잘못 생각하듯이 의사표시자의 인식과 그러한 사실이 어긋나는 경우라야 한다. 의사표시자가 행위를 할 당시 장래에 있을 어떤 사항의 발생을 예측한 데 지나지 않는 경우는 의사표시자의 심리상태에 인식과 대조사실의 불일치가 있다고 할 수 없어 이를 착오로 다룰 수 없다. 장래에 발생할 막연한 사정을 예측하거나 기대하고 법률행위를 한 경우 그러한 예측이나 기대와 다른 사정이 발생하였다고 하더라도 그로 인한 위험은 원칙적으로 법률행위를 한 사람이 스스로 감수하여야 하고 상대방에게 전가해서는 안 되므로 착오를 이유로 취소를 구할 수 없다." ☞ 석유 광구의 증산 가능성이나 경제성이라는 장래의 미필적 사실의 발생에 대한 기대나 예상이 빗나간 것에 불과할 뿐 법률행위 내용의 중요 부분에 착오가 있는 것으로 볼 수는 없다고 한 예.

366) ❶ 표의자가 그러한 착오가 없었더라면 그 의사표시를 하지 않았으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 하고(착오의 **주관적 현저성**), ❷ 보통 일반인도 표의자의 입장에 섰더라면 그러한 의사표시를 하지 않았으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 한다(착오의 **객관적 현저성**). 예컨대, 토지의 현황과 경계에 착오가 있어 계약을 체결하기 전에 이를 알았다면 계약의 목적을 달성할 수 없음이 명백하여 계약을 체결하지 않았을 것으로 평가할 수 있을 경우에 계약의 중요부분에 관한 착오가 인정되고, 토지매매에서 특별한 사정이 없는 한 매수인에게 측량을 하거나 지적도와 대조하는 등의 방법으로 매매목적물이 지적도상의 그것과 정확히 일치하는지 여부를 미리 확인하여야 할 주의의무는 없다(대법원 2020. 3. 26. 선고 2019다288232 판결).

○ 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다239345 판결; "착오를 이유로 의사표시를 취소하는 자는 법률행위의 내용에 착오가 있었다는 사실과 함께 착오가 의사표시에 결정적인 영향을 미쳤다는 점, 즉 만일 착오가 없었더라면 의사표시를 하지 않았을 것이라는 점을 증명하여야 한다."

○ 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다40353, 40360 판결; "원고가 … 지상권설정계약서 내용대로 피고 회사에 무상으로 30년간 지상권을 설정해 주는 것을 알았더라면 … 날인을 하지는 않았을 것임이 명백하다고 볼 정도로 표시와 의사의 불일치가 객관적으로 현저하며, 잘 알지 못하는 피고 회사에 무상으로 30년의 지상권을 설정해 줌으로써 원고로서는 중대한 경제적인 불이익을 입게 되는데 일반인이 원고의 입장에 섰더라면 그와 같은 의사표시를 하지 아니하였으리라고 보인다."

없다).[367] 동기가 상대방에 의하여 '유발'되거나 '제공'된 경우에는 동기의 '표시 여부와 무관하게' 착오를 이유로 취소할 수 있다.[368]

허위표시에 관한 앞서 본 판례의 입장 및 사기 취소에 관한 판례에 따르면, 착오에 의한 의사표시의 취소의 경우에도 취소의 효과를 주장하는 표의자가 제3자의 '악의'에 대한 증명책임을 부담한다고 보아야 한다.

'화해계약'은 착오를 이유로 한 취소가 예외적으로 허용되는데,[369] 계약에 기한 이행청구에 대하여 피고가 착오 취소의 항변을 한 경우, 그 계약이 화해계약인지 여부는 법률적 판단에 해당하므로, 그 계약이 화해계약인 경우, 피고로서는 착오 취소의 일반적인 요건

---

367) ○ 대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다12259 판결: "동기의 착오가 법률행위의 내용의 중요부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되면 충분하고 당사자들 사이에 별도로 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 합의까지 이루어질 필요는 없지만, 그 법률행위의 내용의 착오는 보통 일반인이 표의자의 입장에 섰더라면 그와 같은 의사표시를 하지 아니하였으리라고 여겨질 정도로 그 착오가 중요한 부분에 관한 것이어야 할 것이다."(매매대상 토지 중 20~30평만 도로에 편입될 것이라는 중개인의 말을 믿고 주택 신축을 위하여 토지를 매수하였고 그러한 사정이 계약 체결 과정에 현출되어 매도인도 이를 알고 있었는데 실제로는 전체 면적의 약 30%에 해당하는 197평이 도로에 편입된 경우, 동기의 착오를 이유로 매매계약의 취소를 인정하고, 그 착오가 중대한 과실에 기인한 것이라고 볼 수 없다고 한 예) **[동기 착오 취소 긍정례]** 건물에 대한 매매계약 체결 직후 건물이 건축선을 침범하여 건축된 사실을 알았으나, 매도인이 법률전문가의 자문에 의하면 준공검사가 난 건물이므로 행정소송을 통해 구청장의 철거 지시를 취소할 수 있다고 하여 매수인이 그 말을 믿고 매매계약을 해제하지 않고 대금지급의무를 이행한 경우라면, ① 매수인이 건물이 철거되지 않으리라고 믿은 것은 매매계약과 관련하여 동기의 착오라고 할 것이지만, 매수인과 매도인 사이에 매매계약의 내용으로 표시되었다고 볼 것이고, ② 나아가 매수인뿐만 아니라 일반인이면 누구라도 건물 중 건축선을 침범한 부분이 철거되는 것을 알았더라면 그 대지 및 건물을 매수하지 아니하였으리라는 사정이 엿보이므로, 결국 매수인이 매매계약을 체결함에 있어 그 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에 해당하고, ③ 매도인의 적극적인 행위에 의하여 매수인이 착오에 빠지게 된 점, 매수인이 그 건물의 일부가 철거되지 아니할 것이라고 믿게 된 경위 등 제반 사정에 비추어 보면 착오가 매수인의 중대한 과실에 기인한 것이라고 할 수 없다고 한 예(97다26210). ○ 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다97694 판결: "의사표시의 동기에 착오가 있는 경우에는 당사자 사이에 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼았을 때에 한하여 의사표시의 내용의 착오가 되어 취소할 수 있는 것이다."(원심이, 원고와 피고 사이에 감사보고서상 소외회사의 재무제표가 실제 재무상태를 정확히 반영하고 있다는 신뢰를 바탕으로 한 원고의 동기를 계약의 내용으로 삼았다고 인정할 증거가 없다 하여 원고의 착오 취소주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예) **[동기 착오 취소 부정례]** ❶ 매수인이 부동산을 매수하면서 잔금지급 전에 그 부동산을 은행 등에 담보로 넣어 대출을 받아 잔금을 마련하기로 계획을 세우고 매도인들에게 그와 같은 자금마련 계획을 알려 잔금지급 전에 매수인이 대출을 받을 수 있도록 협조하여 주기로 약속하였다는 사실만으로 바로, 관계 규정상 대출을 받을 수 없어 매수인이 계획하였던 대출이 제대로 이루어질 수 없는 경우에는 그 부동산을 매수하지 아니하였을 것이라는 사정을 매도인들에게 표시하였다거나 매도인들이 이러한 사정을 알고 있었다고 단정할 수는 없다 할 것이어서, 매수인이 대출을 받아 잔금을 지급하려 하였던 잔금지급 방법이나 계획이 매매계약의 내용의 중요한 부분으로 되었다고 할 수는 없다는 이유로, 그 취소를 부정한 예(93다55487). ❷ 부동산매매에 있어서 시가에 관한 착오는 그 부동산을 매매하려는 의사를 결정함에 있어 그 동기의 착오에 불과할 뿐 법률행위의 중요부분에 관한 착오라고 할 수 없다(92다29337).

368) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다229536 판결: "보험회사 또는 보험모집종사자가 이러한 설명의무를 위반하여 고객이 보험계약의 중요사항에 관하여 제대로 이해하지 못한 채 착오에 빠져 보험계약을 체결한 경우, 그러한 착오가 동기의 착오에 불과하다고 하더라도 그러한 착오를 일으키지 않았더라면 보험계약을 체결하지 않았거나 아니면 적어도 동일한 내용으로 보험계약을 체결하지 않았을 것이 명백하다면, 위와 같은 착오는 보험계약의 내용의 중요부분에 관한 것에 해당하므로 이를 이유로 보험계약을 취소할 수 있다."

369) **민법 제733조(화해의 효력과 착오)** 화해계약은 착오를 이유로 하여 취소하지 못한다. 그러나 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

사실에 추가하여 '착오가 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 관한 것이라는 점'('화해의 목적인 분쟁 이외의 사항'이라 함은, 분쟁의 대상이 아니라 '분쟁의 전제 또는 기초가 된 사항'으로서, '쌍방 당사자가 예정한 것이어서 상호 양보의 내용으로 되지 않고 다툼이 없는 사실로 양해된 사항'을 말한다)[370]까지 주장·증명하여야 하고,[371] 피고 주장의 착오가 '화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁에 관한 것'인 때에는 그 주장 자체로 항변은 이유 없다고 보아야 한다(화해계약이 사기로 인하여 이루어진 경우에는 화해의 목적인 분쟁에 관한 사항에 착오가 있는 때에도 민법 제110조에 따라 이를 취소할 수 있다).[372]

표의자의 착오 취소 항변에 대한 상대방의 '재항변' 사유로는, (1) "착오한 표의자의 '중대한 과실'의 존재"(민법 제109조 제1항 단서),[373] (2) "민법 제109조의 적용을 배제하는

370) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다227523, 227530 판결(분쟁의 대상에 관한 것이라 하여 착오 취소를 부정한 예).
○ **착오 취소 긍정례;** ❶ 교통사고에 가해자의 과실이 경합되어 있는데도 오로지 피해자의 과실로 인하여 발생한 것으로 착각하고 치료비를 포함한 합의금으로 실제 입은 손해액보다 훨씬 적은 700만 원만을 받고 일체의 손해배상청구권을 포기하기로 합의한 경우, 그 사고가 피해자의 전적인 과실로 인하여 발생하였다는 사실은 쌍방 당사자 사이에 다툼이 없어 양보의 대상이 되지 않았던 사실로서 화해의 목적인 분쟁의 대상이 아니라 그 분쟁의 전제가 되는 사항에 해당하는 것이므로 피해자 측은 착오를 이유로 화해계약을 취소할 수 있다고 한 사례(95다48414). ❷ 의사의 치료행위 직후 환자가 사망하여 의사가 환자의 유족에게 거액의 손해배상금을 지급하기로 합의하였으나 그 후 환자의 사망이 의사의 치료행위와는 전혀 무관한 것으로 밝혀진 사안에서, 의사에게 치료행위상의 과실이 있다는 점은 위 합의의 전제이었지 분쟁의 대상은 아니었다고 보아 착오를 이유로 화해계약의 취소를 인정한 사례(2001다49326).
○ **착오 취소 부정례;** ❶ 아파트분양 동업사업의 손익배분을 둘러싼 정산금 채권의 존재와 범위는 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것으로서 그에 관한 착오를 이유로 정산합의를 취소할 수 없다고 한 예(대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결). ❷ "계약당사자 사이에 수술 후 발생한 새로운 증세에 관하여 그 책임소재와 손해의 전보를 둘러싸고 분쟁이 있어 오다가 이를 종결짓기 위하여 합의에 이른 것이라면, 피고의 수술행위와 원고의 수술 후의 증세 사이의 인과관계의 유무 및 그에 대한 피고의 귀책사유의 유무는 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것으로서, 피고는 원고의 수술 후의 증세가 피고의 수술행위로 인한 것이 아니라거나 그에 대하여 피고에게 귀책사유가 없다는 등의 이유를 들어 위 합의를 취소할 수 없다."라고 판시한 예(94다42846).
⇒ 불법행위로 인한 손해배상과 관련하여 당사자 사이에 피해자가 일정한 금액을 지급받고 나머지 청구를 포기하기로 하는 내용의 합의나 화해가 이루어진 경우, 그 목적이 된 사항에 관하여는 나중에 다시 배상을 청구할 수 없는 것이 원칙이므로, 합의나 화해 당시의 여러 사정을 종합적으로 참작하여 이를 엄격하게 해석하여야 한다(2004다64272; 공동불법행위자 중 1인이 다른 공동불법행위자의 보험자로부터 자동차종합보험의 대물배상 한도액인 2,000만 원을 지급받으면서 그 보험자에 대한 '법률상의 배상액'을 포기하기로 합의하였더라도 이로써 위 한도액과는 무관한 손해방지비용의 상환청구권을 포기한 것으로 볼 수 없다고 판단한 사례).

371) ○ 대법원 2004. 8. 20. 선고 2002다20353 판결; "화해계약이 성립되면 특별한 사정이 없는 한, 그 창설적 효력에 의하여 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸되고 계약 당사자 간에는 종전의 법률관계가 어떠하였느냐를 묻지 않고 화해계약에 의하여 새로운 법률관계가 생기는 것이므로, 화해계약의 의사표시에 착오가 있더라도 이것이 당사자의 자격이나 목적인 분쟁 이외의 사항에 관한 것이 아니고 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것일 때에는 이를 취소할 수 없다 할 것이고, 화해계약의 의사표시에 있어 중요 부분에 관한 착오의 존재 및 이것이 당사자의 자격이나 목적인 분쟁 이외의 사항에 관한 것이라는 점은 착오를 이유로 화해계약의 취소를 주장하는 자가 입증하여야 할 것이다."
○ 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다11217 판결; "만약 원심이 위 합의를 화해계약으로 본 것이라면 원심으로서는 피고가 소외인의 적법한 상속인인지의 여부가 화해의 목적인 분쟁의 대상으로 되었는지 아니면 분쟁의 전제 또는 기초가 된 사항으로서 상호 양보의 내용으로 되지 않고 다툼이 없는 사실로 양해된 사항인지의 여부를 가려 원고의 위 착오 주장의 당부를 판단하여야 할 것이다."

372) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다15278 판결.

373) 대법원 2005. 5. 12. 선고 2005다6228 판결; "착오한 표의자의 중대한 과실 유무에 관한 주장과 입증책임은 착오자가 아니라 의사표시를 취소하게 하지 않으려는 상대방에게 있는 것인바, … 피고의 위 착오가 피고의

'특약'의 존재"[374]가 있고, (1)에 대한 표의자의 '재재항변' 사유로는 "상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 '이용'한 사실"이 있다.[375]

당사자들의 합치된 의사와 달리 계약서에 착오로 잘못 기재한 경우, 그 합치된 의사에 따라 계약이 성립한 것으로 보아야 한다{오표시(誤表示) 무해(無害)의 원칙}.[376] 착오를 이유로 의사표시를 취소한 자에게 경과실이 있더라도, 상대방에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 지지는 않는다.[377]

다) 사기·강박에 의한 의사표시의 취소

사기·강박에 의한 의사표시 취소의 요건사실은, ① "(의사표시)상대방의 '사기·강박행위'에 의한(인과관계) 의사표시의 존재", ② "취소의 의사표시 및 그 도달"이다. 취소의 효과를 주장하는 표의자는 제3자에 의한 사기·강박의 경우 의사표시 취소 요건으로서 '상대방의 악의 또는 과실'(민법 제110조 제2항; 제3자의 기망행위에 의한 '표시상의 착오'에는 이 규정이 적용되지 아니하고, 착오에 의한 의사표시에 관한 법리만 적용된다[378])까지 추가로 증명하여야

중대한 과실로 인한 것이라는 원고의 주장은 상고심에 이르러 비로소 주장하는 새로운 사실이고, 원심에서는 주장한 바 없었음이 명백하므로 이는 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 될 수 없을 뿐만 아니라, 원심판결에 위와 같은 피고의 중대한 과실 유무에 대한 석명권 불행사로 인한 심리미진의 위법이 있다고 할 수도 없다." **[중과실 부정례]** 고려청자로 알고 매수한 도자기가 진품이 아닌 것으로 밝혀진 경우, 매수인이 도자기를 매수하면서 자신의 골동품 식별 능력과 매매를 소개한 자를 과신한 나머지 고려청자 진품이라고 믿고 소장자를 만나 그 출처를 물어 보지 아니하고 전문적 감정인의 감정을 거치지 아니한 채 그 도자기를 고가로 매수하고 만일 고려청자가 아닐 경우를 대비하여 필요한 조치를 강구하지 아니한 잘못이 있다고 하더라도, 그것만으로는 매수인이 매매계약 체결 시 요구되는 통상의 주의의무를 현저하게 결여하였다고 보기는 어렵다는 이유로 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다고 본 예(96다26657).

374) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다49794 판결, 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다97694 판결(원심이, 피고 회사 등과 원고는 소외 회사의 가치에 대한 착오, 무지, 우발채무 및 부외부채가 있음을 이유로 원고가 피고 회사 등에게 책임을 물을 수 없다고 계약서에 명시하였으므로 계약 체결 이후 부외부채의 발견 등으로 감사보고서상의 소외 회사의 재무제표가 실제 재무상태를 정확히 반영하지 못한 사정이 밝혀졌다고 하더라도 원고가 착오를 이유로 취소권을 주장할 수 없다는 이유로, 원고의 착오 취소 주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예).

375) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다49794 판결; "민법 제109조 제1항 단서 … 규정은 표의자의 상대방의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다." ☛ 한국거래소 파생상품거래에서 단순히 표의자가 제출한 호가가 당시 시장가격에 비추어 이례적이라는 사정만으로 상대방 투자중개업자나 그 위탁자가 표의자의 착오를 알고 이용했다고 단정할 수 없다(대법원 2023. 4. 27. 선고 2017다227264 판결).

376) 대법원 2018. 7. 26. 선고 2016다242334 판결; "당사자들 사이에 계약서의 문언과 다른 내용으로 의사가 합치된 경우에는 그 의사에 따라 계약이 성립한 것으로 해석하여야 한다. 계약당사자 쌍방이 모두 동일한 물건을 계약 목적물로 삼았으나 계약서에는 착오로 다른 물건을 목적물로 기재한 경우 계약서에 기재된 물건이 아니라 쌍방 당사자의 의사합치가 있는 물건에 관하여 계약이 성립한 것으로 보아야 한다. 이러한 법리는 계약서를 작성하면서 계약상 지위에 관하여 당사자들의 합치된 의사와 달리 착오로 잘못 기재하였는데 계약 당사자들이 오류를 인지하지 못한 채 계약상 지위가 잘못 기재된 계약서에 그대로 기명날인이나 서명을 한 경우에도 동일하게 적용될 수 있다."

377) 대법원 1997. 8. 22. 선고 97다13023 판결; "불법행위로 인한 손해배상책임이 성립하기 위하여는 가해자의 고의 또는 과실 이외에 행위의 위법성이 요구된다 할 것인바, 피고가 계약보증서를 발급하면서 소외 회사가 수급할 공사의 실제 도급금액을 확인하지 아니한 과실이 있다고 하더라도 민법 제109조에서 중과실이 없는 착오자의 착오를 이유로 한 의사표시의 취소를 허용하고 있는 이상, 피고가 과실로 인하여 착오에 빠져 계약보증서를 발급한 것이나 그 착오를 이유로 보증계약을 취소한 것이 위법하다고 할 수는 없다."

한다.[379]

'의사결정을 스스로 할 수 있는 여지를 완전히 박탈'할 정도의 강박에 의한 의사표시는 '무효'이다.[380]

허위표시에 관한 앞서 본 판례의 입장, 사기 취소에 관한 판례[381]에 따르면, 사기·강박에 의한 의사표시의 취소의 경우에도 취소의 효과를 주장하는 표의자가 제3자의 '악의'에 대한 증명책임을 부담한다고 보아야 한다.

---

378) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다43824 판결; "사기에 의한 의사표시란 타인의 기망행위로 말미암아 착오에 빠지게 된 결과 어떠한 의사표시를 하게 되는 경우이므로 거기에는 의사와 표시의 불일치가 있을 수 없고, 단지 의사의 형성과정 즉 의사표시의 동기에 착오가 있는 것에 불과하며, 이 점에서 고유한 의미의 착오에 의한 의사표시와 구분되는데, … 신원보증서류에 서명날인한다는 착각에 빠진 상태로 연대보증의 서면에 서명날인한 것으로서, 결국 위와 같은 행위는 강학상 기명날인의 착오(또는 서명의 착오), 즉 어떤 사람이 자신의 의사와 다른 법률효과를 발생시키는 내용의 서면에, 그것을 읽지 않거나 올바르게 이해하지 못한 채 기명날인을 하는 이른바 표시상의 착오에 해당하므로, 비록 위와 같은 착오가 제3자의 기망행위에 의하여 일어난 것이라 하더라도 그에 관하여는 사기에 의한 의사표시에 관한 법리, 특히 상대방이 그러한 제3자의 기망행위 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아닌 한 의사표시자가 취소권을 행사할 수 없다는 민법 제110조 제2항의 규정을 적용할 것이 아니라, 착오에 의한 의사표시에 관한 법리만을 적용하여 취소권 행사의 가부를 가려야 할 것이다."

379) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다34772 판결; "마OO이 피고를 기망하여 피고가 … 연대보증을 하는 것을 오OO이 알았거나 알 수 있었을 것이므로 연대보증계약을 취소한다는 피고의 주장에 대하여, … 오OO은 마OO의 기망행위를 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하고, 또 오OO은 … 대출금에 관한 업무를 담당하던 자로서 위 추가연대보증행위에 관하여는 원고와 동일시할 수 있는 자이므로 결국 원고는 마OO의 기망행위를 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하다고 판단하여 피고의 위 주장을 받아들였다. … 기망에 의한 법률행위의 취소 및 그에 대한 입증책임에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다."

380) ○ 대법원 2003. 5. 13. 선고 2002다73708, 73715 판결; "강박에 의한 의사표시라고 하려면 상대방이 불법으로 어떤 해악을 고지함으로 말미암아 공포를 느끼고 의사표시를 한 것이어야 하고, 강박에 의한 법률행위가 하자 있는 의사표시로서 취소되는 것에 그치지 않고 나아가 무효로 되기 위하여는, 강박의 정도가 단순한 불법적 해악의 고지로 상대방으로 하여금 공포를 느끼도록 하는 정도가 아니고, 의사표시자로 하여금 의사결정을 스스로 할 수 있는 여지를 완전히 박탈한 상태에서 의사표시가 이루어져 단지 법률행위의 외형만이 만들어진 것에 불과한 정도이어야 한다."

○ 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결; "단지 법률행위의 성립과정에 강박이라는 불법적 방법이 사용된 데에 불과한 때에는 강박에 의한 의사표시의 하자나 의사의 흠결을 이유로 효력을 논의할 수는 있을지언정 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 할 수는 없다 할 것 … 재산을 강제로 뺏긴다는 것이 표의자의 본심으로 잠재되어 있었다 하여도 표의자가 강박에 의하여서나마 증여를 하기로 하고 그에 따른 증여의 의사표시를 한 이상 증여의 내심의 효과의사가 결여된 것이라고 할 수는 없다."

381) ○ 대법원 1970. 11. 24. 선고 70다2155 판결; "사기의 의사표시로 인한 매수인으로부터 부동산 위의 권리를 취득한 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추인할 것이므로 사기로 인한 의사표시를 한 부동산의 양도인이 제3자에 대하여 사기에 의한 의사표시의 취소를 주장하려면 제3자의 악의를 입증할 필요가 있다고 해석함이 정당하다. 그럼에도 불구하고 원심이 본건에 있어 사기 의사표시로 인한 매수인으로부터 본건 부동산을 매수한 피고 이OO이 사기에 인한 법률행위의 점에 대하여 선의이었다는 입증이 미흡하다는 전제 아래 사기에 인한 의사표시의 취소의 효과를 주장하는 원고의 위 악의의 점에 관한 입증을 기다리지 않고 피고 이OO에 대하여 취소의 효력을 대항할 수 있다고 단정한 원심조치는 위에 설시한 입증의 필요를 전도한 위법이다." ☞ 위 판시가 취소의 효과를 주장하는 자에게 제3자의 악의에 대한 증명책임을 지운 것으로 보는 견해가 많으나(민법주해 총칙 (2), 1992, 596면(송덕수 집필); 주석민법 총칙 (2), 2001, 771면(박해성 집필)), 판시 문언 상 '증명책임'에 관한 것이라기보다는 '증명의 필요'에 관한 것으로 볼 여지도 있다.

○ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결; "피고 박OO이 이 사건 각 근저당권설정계약 및 지상권설정계약의 해지가 기망에 의하여 이루어진 것임을 알고 있었다는 증거가 없다는 이유로 등기상 이해관계 있는 제3자로서 그 각 말소회복등기에 대하여 승낙할 의무가 없다고 한 원심의 판단도 옳은 것으로 수긍이 가고"

라) 무효·취소·해제 등의 경합

무효, 취소, 해제·해지는 그 요건이나 효과가 다르지만, 개별적인 사안에서 각각의 요건을 모두 충족한다면 병존적으로 인정되고, 이를 선택적으로 주장할 수 있다.[382] 하자담보책임의 성립 여부와 상관없이 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다.[383] 토지거래허가 전 유동적 무효 상태인 거래계약에 관하여 착오·사기·강박에 의한 계약의 취소를 주장할 수 있다.[384] 일방이 상대방의 채무불이행을 이유로 계약을 적법하게 해제한 후라도, 상대방은 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다.[385] 판례는,[386] 제3자의 기망행위에 의한 표시상 착오의 경우, 사기 취소가 아니라 착오 취소의 법리만을 적용하여야 한다고 한다.

4) 의사표시의 존재와 그 해석

'의사표시의 해석'은 사실인정과는 구별되는 '법률적 판단'의 영역에 속한다.[387]

382) ○ 대법원 2017. 4. 7. 선고 2014다234827 판결; "보험계약을 체결하면서 중요한 사항에 관한 보험계약자의 고지의무 위반이 사기에 해당하는 경우에는 보험자는 상법의 규정에 의하여 계약을 해지할 수 있음은 물론 보험계약에서 정한 취소권 규정이나 민법의 일반원칙에 따라 보험계약을 취소할 수 있다. 따라서 보험금을 부정취득할 목적으로 다수의 보험계약이 체결된 경우에 민법 제103조 위반으로 인한 보험계약의 무효와 고지의무 위반을 이유로 한 보험계약의 해지나 취소는 그 요건이나 효과가 다르지만, 개별적인 사안에서 각각의 요건을 모두 충족한다면 위와 같은 구제수단이 병존적으로 인정되고, 이 경우 보험자는 보험계약의 무효, 해지 또는 취소를 선택적으로 주장할 수 있다." ☞ 80다2475 판결은 '반사회질서 행위'의 경우에는 의사표시의 착오의 이론을 적용할 수 없다는 취지로 읽히나, 이는 위 판결에 반하는 것으로서 이제는 의미를 상실한 것으로 보아야 한다. ○ 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다9045 판결; "생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에 준용되는 민법 제555조는 … 서면에 의한 증여(출연)의 해제를 제한하고 있으나, 그 해제는 민법 총칙상의 취소와는 요건과 효과가 다르므로 서면에 의한 출연이더라도 민법 총칙규정에 따라 출연자가 착오에 기한 의사표시라는 이유로 출연의 의사표시를 취소할 수 있고, 상대방 없는 단독행위인 재단법인에 대한 출연행위라고 하여 달리 볼 것은 아니다."

383) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2015다78703 판결; "착오로 인한 취소 제도와 매도인의 하자담보책임 제도는 그 취지가 서로 다르고, 그 요건과 효과도 구별된다. 따라서 매매계약 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 그 매매계약을 취소할 수 있다."

384) 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다36118 판결; "국토이용관리법상 규제구역 내에 속하는 토지거래에 관하여 관할 도지사로부터 거래허가를 받지 아니한 거래계약은 처음부터 위 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약이 아닌 한 허가를 받기까지는 유동적 무효의 상태에 있고 거래 당사자는 거래허가를 받기 위하여 서로 협력할 의무가 있는 것이나, 그 토지거래가 계약 당사자의 표시와 불일치한 의사(비진의표시, 허위표시 또는 착오) 또는 사기, 강박과 같은 하자 있는 의사에 의하여 이루어진 경우에 있어서는, 이들 사유에 의하여 그 거래의 무효 또는 취소를 주장할 수 있는 당사자는 그러한 거래허가를 신청하기 전 단계에서 이러한 사유를 주장하여 거래허가신청 협력에 거절 의사를 일방적으로 명백히 함으로써 그 계약을 확정적으로 무효화시키고 자신의 거래허가절차에 협력할 의무를 면할 수 있는 것이다. 따라서 이 사건 매매계약이 토지거래허가를 받지 않았다고 하여 피고들이 사기에 의한 계약 취소의 주장을 제기할 수 없다는 원심의 판단에는 … 위법이 있다 할 것이다."

385) 대법원 1996. 12. 6. 선고 95다24982 판결; "매도인이 매수인의 중도금 지급채무불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 매수인으로서는 상대방이 한 계약해제의 효과로서 발생하는 손해배상책임을 지거나 매매계약에 따른 계약금의 반환을 받을 수 없는 불이익을 면하기 위하여 착오를 이유로 한 취소권을 행사하여 위 매매계약 전체를 무효로 돌리게 할 수 있다고 할 것" ☞ 매도인의 해제 후 매수인의 착오 취소 주장 인정.

386) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다43824 판결.

387) 대법원 2001. 3. 15. 선고 99다48948 전원합의체 판결; "의사표시와 관련하여, 당사자에 의하여 무엇이 표시되었는가 하는 점과 그것으로써 의도하려는 목적을 확정하는 것은 사실인정의 문제이고, 인정된 사실을 토대로 그것이 가지는 법률적 의미를 탐구 확정하는 것은 이른바 의사표시의 해석으로서, 이는 사실인정과는 구별되는

'계약의 당사자'가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제이다. 당사자들의 의사가 합치되지 않는 경우에는 의사표시 상대방의 관점에서 합리적인 사람이라면 누구를 계약의 당사자로 이해하였을 것인지를 기준으로 판단해야 한다.[388] 실제 계약체결자의 이름에 '외 ○인'을 부가한 경우 그 불특정인을 계약당사자로 인정할 '특별한 사정'의 인정 여부는 신중하게 판단해야 한다.[389]

'처분문서'는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상, 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한, 기재된 '문언대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정'하여야 하고(이러한 점을 감안하여 처분문서의 진정성립을 인정함에는 '신중'하여야 한다[390]), 당사자의 진정한 의사를 알 수 없다면, 내심의 의사보다는 '외부로 표시된 행위에 의하여 추단된 의사'로 해석한다.[391] '문언의 객관적인 의미와 다르게 해석'함으로써 당사자 사

법률적 판단의 영역에 속하는 것이다. 그리고 어떤 목적을 위하여 한 당사자의 일련의 행위가 법률적으로 다듬어지지 아니한 탓으로 그것이 가지는 법률적 의미가 명확하지 아니한 경우에는 그것을 법률적인 관점에서 음미, 평가하여 그 법률적 의미가 무엇인가를 밝히는 것 역시 의사표시의 해석에 속한다."

388) 대법원 2022. 12. 16. 선고 2022다245129 판결: "계약의 당사자가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제이다. 당사자들의 의사가 일치하는 경우에는 그 의사에 따라 계약의 당사자를 확정해야 한다. 그러나 당사자들의 의사가 합치되지 않는 경우에는 의사표시 상대방의 관점에서 합리적인 사람이라면 누구를 계약의 당사자로 이해하였을 것인지를 기준으로 판단해야 한다. 일방 당사자가 대리인을 통하여 계약을 체결하는 경우에 있어서 계약의 상대방이 대리인을 통하여 본인과 사이에 계약을 체결하려는 데 의사가 일치하였다면 대리인의 대리권 존부 문제와는 무관하게 상대방과 본인이 그 계약의 당사자라고 할 것이다."

389) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2022다247422 판결: "실제 계약을 체결한 행위자가 자신의 이름은 특정하여 기재하되 불특정인을 추가하는 방식으로 계약서상 당사자를 표시한 경우(즉, 실제 계약체결자의 이름에 '외 ○인'을 부가하는 형태), 그 계약서 자체에서 당사자로 특정할 수 있거나 상대방의 입장에서도 특정할 수 있는 특별한 사정이 인정될 수 있는 당사자만 계약당사자 지위를 인정할 수 있다. 계약당사자가 되면 계약으로 발생하는 권리·의무의 주체가 될 수 있다는 점에서 당사자 사이의 법률관계에 중대한 영향을 초래하는 것이고, 때로는 강행규정 등 법률상 제한규정의 적용을 잠탈하려는 탈법적 의도에 따른 법률효과가 부여될 수도 있음을 고려하여, 위 특별한 사정의 인정 여부는 신중하게 판단하여야 한다."

390) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2014다45317 판결(사문서의 진정성립에 관한 증명 방법에 관하여는 특별한 제한이 없으나 그 증명 방법은 신빙성이 있어야 하고, 증인의 증언에 의하여 그 진정성립을 인정하는 경우 그 신빙성 여부를 판단함에 있어서는 증언 내용의 합리성, 증인의 증언 태도, 다른 증거와의 합치 여부, 증인의 사건에 대한 이해관계, 당사자와의 관계 등을 종합적으로 검토하여야 한다).

391) ○ 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다48265 판결: "처분문서는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고, 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 하며, 만약 의사표시 해석에 있어서 당사자의 진정한 의사를 알 수 없다면, 의사표시의 요소가 되는 것은 표시행위로부터 추단되는 효과의사 즉, 표시상의 효과의사이고 표의자가 가지고 있던 내심적 효과의사가 아니므로, 당사자의 내심의 의사보다는 외부로 표시된 행위에 의하여 추단된 의사를 가지고 해석함이 상당하다." **[동일 취지]** 단체협약과 같은 처분문서를 해석할 때에는 단체협약이 근로자의 근로조건을 유지·개선하고 복지를 증진하여 경제적·사회적 지위를 향상시킬 목적으로 근로자의 자주적 단체인 노동조합과 사용자 사이에 단체교섭을 통하여 이루어지는 것이므로, 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형 해석해서는 안 된다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다262193 판결).

○ 대법원 2019. 9. 10. 선고 2016다237691 판결: "계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에는 서면에 사용된 문구에 구애받는 것은 아니지만 어디까지나 당사자 내심에 있는 의사가 어떠한지와 관계없이 서면의 기재 내용에 따라 당사자가 표시행위에 부여한 의미를 합리적으로 해석해야 한다. 이

이의 '법률관계에 중대한 영향'을 초래하는 경우에는 그 '문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석'해야 하고,[392] 계약서에 표현된 당사자의 의사가 명백한데도 합리적인 근거 없이 계약서에 명시되지 않은 내용을 추가하는 것은 의사해석의 범위를 넘어선 것으로 허용될 수 없으며,[393] 당사자의 의사 해석이 문제 되는 경우에는 제반사정을 종합적으로 고려해서 '사회일반의 상식과 거래의 통념'에 따라 합리적으로 해석해야 한다.[394] 근로기준법상

경우 문언의 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정해야 한다."
○ 대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다19776 판결: "당사자들이 공통적으로 의사표시를 명확하게 인식하고 있다면, 그것이 당사자가 표시한 문언과 다르더라도 당사자들의 공통적인 인식에 따라 의사표시를 해석하여야 하나, 의사표시를 한 사람이 생각한 의미가 상대방이 생각한 의미와 다른 경우에는 의사표시를 수령한 상대방이 합리적인 사람이라면 표시된 내용을 어떻게 이해하였다고 볼 수 있는지를 고려하여 의사표시를 객관적·규범적으로 해석하여야 한다."
○ 대법원 2021. 3. 25. 선고 2018다275017 판결: "계약 내용이 명확하지 않은 경우 계약서의 문언이 계약 해석의 출발점이지만, 당사자들 사이에 계약서의 문언과 다른 내용으로 의사가 합치된 경우 그 의사에 따라 계약이 성립한 것으로 해석하여야 한다. … 계약서가 두 개의 언어본으로 작성된 경우 … 두 언어본이 일치하는 않는 경우 당사자의 의사가 어느 한쪽을 따르기로 일치한 때에는 그에 따르고, 그렇지 않은 때에는 위에서 본 계약 해석 방법에 따라 그 내용을 확정해야 한다."

392) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결: 피고 회사가 원고를 헬기조종사로 채용하면서 근로계약서에 근로계약기간을 1년으로 하되 '계약기간 만료 시까지 별도 합의가 없으면 기간만료일에 자동 연장한다.'는 조항을 두었는데, 피고가 계약기간 만료일 전 원고에게 근로계약기간이 만료될 예정이고 헬기조종사로서 필요한 직무상 역량미달로 근로계약 갱신이 불가능하다고 통보한 사안에서, 위 조항은 그 자체로 '근로계약기간이 만료하는 날까지 별도로 합의하지 않는 한 근로계약은 자동으로 연장된다.'는 의미임이 명확하고, 이와 달리 '원고가 근로계약기간 동안 항공종사자 자격을 유지함으로써 근로계약상 정해진 근로를 정상적으로 제공할 수 있다는 전제에서만 위 조항이 적용된다.'는 기재는 없는데, 근로계약서에 적혀 있지 않은 내용을 추가하는 것은 처분문서인 근로계약서 문언의 객관적인 의미에 반하고, 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용되므로, 피고의 취업규칙 등을 근거로 위 조항의 의미를 축소하여 해석해서는 안 되며, 근로계약기간 중 원고가 정상적으로 근로를 제공할 수 없는 상황이 되면 피고로서는 그러한 사정이 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도라고 인정되는 한 원고를 정당하게 해고할 수 있으므로, 위 조항을 위와 같은 의미라고 해석하더라도 근로계약 체결 당시의 당사자 의사에 부합하지 않는다고 단정할 수 없는데도, 위 갱신거절을 피고의 원고에 대한 해고의 의사표시로 볼 수 있는지 여부는 별론으로 하고, 원심이 근로계약 기간 만료일 이후에 자동으로 연장되지 않았다고 판단한 것은 잘못이라고 한 사례.

393) 대법원 2021. 12. 30. 선고 2021다264420 판결: 신탁계약서의 '신탁기간이 만료된 이후에도 수탁자의 반대의사 표시가 있지 않는 한, 실제의 신탁사무가 종료하기 전까지는 신탁계약은 종료하지 않고 유효하다.'라는 문구는 그 자체로 '신탁기간 만료 후 실제의 신탁사무가 종료하기 전까지는 수탁자가 반대하는 의사표시를 하지 않는 경우에 한하여 신탁계약이 존속한다.'는 의미가 명확하고, 달리 '수탁자가 반대하는 의사표시가 신탁기간 만료일부터 상당한 기간 내에 있어야 한다.'는 기재가 없으므로, 신탁관계의 종료 시점을 판단하면서 계약서에 기재되지도 않은 내용을 추가하는 것은 처분문서인 신탁계약서의 문언과 그로부터 알 수 있는 당사자의 명시적인 의사에 반한다고 한 예.

394) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2018다260299 판결: 원·피고 간 물품공급계약에서 원고가 OEM 방식으로 제품을 생산하여 소외회사에 공급하기로 하면서 '원고는 피고의 제품구매자 정책에 따라 회수 등을 당함으로써 피고가 입은 손해를 배상해야 하고, 이 경우 회수되는 제품량의 2배에 해당하는 피고의 판매단가를 기준으로 손해액을 산정한다.'고 정하였는데, 소외회사가 식중독 사고 및 제품 일부의 하자 발생을 이유로 재고 전량을 반품한 사안에서, 위 조항은 개별 제품의 하자 존부와 관계없이 제품구매자인 소외 회사의 정책에 따라 회수 등을 당함으로써 피고가 입은 손해를 원고가 배상하도록 정한 것으로 볼 수 있으나, 회수 등의 근거가 되는 정책은 사회통념상 합리성을 가진 것이어야 하고, 그러한 요건을 갖추지 않은 조치에 대해서는 원고가 배상책임을 부담하지 않는다고 해석함이 타당하다고 한 다음, 소외회사는 제품 제조과정 문제로 식중독 사고가 발생하였고 제품 일부에 하자가 발견되었다는 전제에서 제품이 대량으로 유통되는 식품이라는 특성을 고려한 정책적 판단을 거쳐 재고 전량에 관한 반품을 결정하였으나, 제반 사정에 비추어 제품 제조과정 문제로 인한 식중독 사고나 일부 제품의 하자 발생 사실을 인정할 수 없는 이상 소외회사의 정책에 따른 반품은 부정확한 사실관계를 전제로 한 것으로서 사회통념상 합리성을 갖추지 못한 자의적인 조치이므로, 원고는 위 계약 조항에 따른 배상책임을 부담하지 않는

근로자 해당 여부, 누가 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담하는 사용자인지는 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 '실질'에 따라 판단해야 하고,[395] 일반의 매매계약인지 위탁매매계약인지 역시 계약의 명칭 또는 형식적인 문언을 떠나 그 실질을 중시하여 판단해야 한다.[396]

당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 '중대한 책임'을 지우거나 권리를 포기하는 것과 같은 '중대한 불이익'을 부과하는 경우에는 그 문언의 내용을 '더욱 엄격하게 해석'하여야 하고,[397] 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 '부제소합의', '불상소

다고 한 사례.☛ **[동일 취지]** 원고(매수인)와 피고(매도인) 사이의 주식매매계약에서, 매수인이 매도인을 상대로 주식매수를 청구하였는데도 매도인이 이에 불응한 경우 위약벌의 제재를 가할 수 있고, 계약 자체를 해제할 수도 있으며, 위약벌의 제재를 가하는 경우 더는 추가 청구를 할 수 없다고 규정한 사안에서, 위약벌 제재를 가한 이후 추가 청구를 할 수 없도록 한 것은 매수인의 주식매수청구에 대하여 매도인이 거부하는 경우 매수인이 매도인에게 위약벌 제재를 가하는 것을 선택함으로써 그와 관련한 분쟁을 최종적으로 종결하고자 하는 데 기인하는 것이지, 매수인의 주식매수청구를 매도인이 거부하는 것에 대하여 매수인이 이를 계약상 의무 위반으로 주장하면서 계약을 해제할 수 있는 권리까지 배제하는 근거로 볼 수는 없다고 판단한 다음, 주식매매계약상으로는 위약벌 제재를 가하는 방식의 권리행사나 계약해제 방식의 권리행사 방법 중 어느 한쪽에 우위를 두고 있다고 보기 어려우므로 그 권리를 부여받은 매수인이 그중 하나의 방법을 선택하여 이와 관련된 분쟁을 종결할 수 있도록 하는 것이 계약의 합리적인 해석 방법인데도, 매도인이 매수청구에 불응하는 경우 매수인은 우선적으로 위약벌 제재를 가하는 방식의 권리행사를 하여야 하고 매도인이 이 역시 불응하는 경우에 한하여 계약해제 방식의 권리행사를 할 수 있다고 본 원심에는 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다231598 판결).

395) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다263519 판결; "근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 반대로 어떤 근로자에 대하여 누가 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 한다. 의료인이 아닌 사람이 월급을 지급하기로 하고 의료인을 고용해 그 명의를 이용하여 개설한 의료기관인 이른바 '사무장 병원'에 있어서 비록 의료인 명의로 근로자와 근로계약이 체결되었더라도 의료인 아닌 사람과 근로자 사이에 실질적인 근로관계가 성립할 경우에는 의료인 아닌 사람이 근로자에 대하여 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담한다고 보아야 한다. 이는 이른바 사무장 병원의 운영 및 손익 등이 의료인 아닌 사람에게 귀속되도록 하는 내용의 의료인과 의료인 아닌 사람 사이의 약정이 강행법규인 의료법 제33조 제2항 위반으로 무효가 된다고 하여 달리 볼 것은 아니다."

396) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다31645 판결; "위탁매매라 함은 자기의 명의로 타인의 계산에 의하여 물품을 매수 또는 매도하고 보수를 받는 것으로서 명의와 계산의 분리를 본질로 한다. 그리고 어떠한 계약이 일반의 매매계약인지 위탁매매계약인지는 계약의 명칭 또는 형식적인 문언을 떠나 그 실질을 중시하여 판단하여야 한다. 이는 자기 명의로써, 그러나 타인의 계산으로 매매 아닌 행위를 영업으로 하는 이른바 준위탁매매(상법 제113조)에 있어서도 마찬가지이다."

397) ❶ 대법원 2021. 7. 21. 선고 2021다219116 판결(장신구 모델 촬영계약의 내용이 피고가 그의 의사결정에 따라 사진에 포함된 상품을 판매하는 동안이면 기간의 제한 없이 사진의 사용권을 갖는 것이라고 해석하는 것은 사진의 광범위한 유포 가능성에 비추어 원고의 사진에 관한 초상권을 사실상 박탈하여 원고에게 중대한 불이익을 부과하는 경우에 해당하므로, 그 사용 기간에 대한 명시적 약정 내지 그에 준하는 사정의 증명이 없는 한 제반 사정을 반영하여 거래상 상당한 범위 내로 한정된다고 보는 것이 합리적이라고 한 예). ❷ 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다238540 판결(소외인이 원고로부터 자금을 조달하여 피고회사가 추진하는 사업에 투자하고 약 2년 후에 원고와 피고회사가 위 투자금의 반환에 관하여 '피고회사는 원고로부터 투자금 명목으로 자금받았던 돈에 대하여 피고회사가 투자를 받을 경우 원고에게 즉시 최우선적으로 반환하고, 이자는 반환 시까지 연 5%를 지급하며, 만약 이를 어길 경우 피고회사는 기한의 이익을 상실하고 연 20%의 지연이자를 지급한다.'는 반환약정서를 작성한 사안에서, 원심처럼 '원고가 피고회사에 투자금을 송금한 날부터 연 20%의 지연이자를 지급할 의무가 있다'고 인정하는 것은 금전채무의 이행지체에 관하여 무거운 책임을 부과한 것으로서 위 문언의 내용을 엄격하게 해석할 필요가 있다 하여 파기한 예). ❸ 대법원 2022. 3. 31. 선고 2019다226395 판결;

합의'의 경우, 표시된 문언의 내용이 불분명하다면, 가급적 소극적 입장에서 그러한 합의의 존재를 부정할 수밖에 없으며,[398] 공사도급계약 종료에 따른 정산, 합명회사의 업무집행권한 상실에 관한 정관, 취업규칙, 채권가압류명령상 '가압류할 채권의 표시'처럼 상호 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 경우에는 그들의 이해관계를 고려하여 신중하게 해석해야 한다.[399] '최대한 노력', '최대한 협조', '노력하여야 한다.'는 문구는, 법적으

'피고는 분양실적이 분양목표에 미달한 경우 분양대행계약을 해제 또는 해지할 수 있다. 분양대행계약의 해제 또는 해지로 피고에게 손해가 발생하는 경우 피고는 계약이 종료하면 원고에게 반환하여야 할 예치금에서 손해액을 공제할 수 있다.'는 내용의 분양대행계약에 따라 원고가 부담하는 채무는 계약기간 내에 목표분양률을 달성하여 그 결과를 제공하여야 할 결과채무가 아니라 분양완료를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 분양에 필요한 적절한 조치를 취하여 분양대행업무를 진행할 수단채무에 해당하므로, 비록 원고가 계약기간 내에 목표분양률을 달성하지 못하였더라도 그러한 결과만으로 곧바로 채무를 불이행하였다고 추정할 수는 없고, 원고가 부담하는 구체적인 주의의무의 존재와 위반 사실을 피고가 추가로 주장·증명하여야 한다고 한 예. ❹ 면책조항은 이미 성립한 채무의 부담을 면하게 함으로써 상대방의 권리의무관계에 중대한 영향을 초래하게 되므로 이를 엄격하게 해석하여야 한다(대법원 2024. 2. 15. 선고 2019다272404 판결).

398) ○ 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다217151 판결; "**부제소합의**는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기와 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것이다. 이와 같이 그 합의의 존부 판단에 따라 당사자들 사이에 이해관계가 극명하게 갈리게 되는 소송행위에 관한 당사자의 의사를 해석할 때는 표시된 문언의 내용이 불분명하여 당사자의 의사해석에 관한 주장이 대립할 소지가 있고 나아가 당사자의 의사를 참작한 객관적·합리적 의사해석과 외부로 표시된 행위에 의하여 추단되는 당사자의 의사조차도 불분명하다면, 가급적 소극적 입장에서 그러한 합의의 존재를 부정할 수밖에 없다. 그리고 권리의무의 주체인 당사자 간에서의 부제소합의라도 그 당사자가 처분할 수 있는 특정된 법률관계에 관한 것으로서 그 합의 당시 각 당사자가 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하게 된다. … 재판청구권을 구체적인 분쟁이 생기기 전에 미리 일률적으로 포기한 것으로서 부제소합의 제도의 취지에 위반되어 무효라고 할 것이다."

○ 대법원 2002. 10. 11. 선고 2000다17803 판결; "구체적인 사건의 소송 계속 중 그 소송 당사자 쌍방이 판결선고 전에 미리 상소하지 아니하기로 합의하였다면 그 판결은 선고와 동시에 확정되는 것이므로, 이러한 합의는 소송당사자에 대하여 상소권의 사전포기와 같은 중대한 소송법상의 효과가 발생하게 되는 것으로서 반드시 서면에 의하여야 할 것이며, 그 서면의 문언에 의하여 당사자 쌍방이 상소를 하지 아니한다는 취지가 명백하게 표현되어 있을 것을 요한다고 할 것이다. … 불상소 합의와 같은 소송행위의 해석은 일반 실체법상의 법률행위와는 달리 내심의 의사가 아닌 철저한 표시주의와 외관주의에 따라 그 표시를 기준으로 하여야 하고 표시된 내용과 저촉되거나 모순되어서는 아니될 것이며, 다만 당해 소송제도의 목적과 당사자의 권리구제의 필요성 등을 고려할 때 그 소송행위에 관한 당사자의 주장 전체를 고찰하고 그 소송행위를 하는 당사자의 의사를 참작하여 객관적이고 합리적으로 소송행위를 해석할 필요는 있다고 할 것이다. 따라서 불상소의 합의처럼 그 합의의 존부 판단에 따라 당사자들 사이에 이해관계가 극명하게 갈리게 되는 소송행위에 관한 당사자의 의사해석에 있어서는, … 불분명하다면, 가급적 소극적 입장에서 그러한 합의의 존재를 부정할 수밖에는 없을 것이다."

399) ❶ 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다218379 판결; "공사도급계약에서 도급인이 수급인에게 지급하는 선급금의 반환에 관하여 수급인이 보증계약을 체결한 경우, 보증금 지급사유의 발생 및 범위는 당해 보증의 대상이 된 공사도급계약의 내용에 따라 판단하여야 한다. … 공사도급계약의 종료에 따른 정산관계에 있어서는 각 미정산 선급금반환채권 및 기성공사대금채권에 대한 상호 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 것이 보통이므로, 위와 같은 선급금의 정산방식에 관한 공사도급계약을 해석함에 있어 그들의 이해관계를 고려하여 신중을 기하여야 한다." ❷ 대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다51541 판결; "합명회사의 사원은 회사채권자에 대하여 직접·연대·무한책임을 진다. 만약 다른 사원 또는 업무집행사원이 업무집행에 현저히 부적합하거나 중대하게 의무를 위반하는 경우에는 그로 인하여 자신의 책임이 발생·증대될 우려가 있으므로, 그 다른 사원 또는 업무집행사원을 업무집행에서 배제할 수 있는지 여부는 각 사원의 이해관계에 큰 영향을 미친다. 합명회사의 사원은 업무집행권한 상실제도를 통하여 업무집행에 현저히 부적합하거나 중대하게 의무를 위반한 사원이나 업무집행사원을 업무집행에서 배제함으로써 자신의 책임이 부당하게 발생·증대되는 것으로부터 자신을 보호할 수 있다. 따라서 업무집행권한 상실에 관한 정관이나 관련 법률 규정을 해석할 때에는 위와 같은 사원의 권리가 합리적 근거 없이 제한되지 않도록 신중하게 해석하여야 한다." ☜ "업무집행사원이 업무를 집행함에 현저하게 부적임하거나 중대한 업무에 위반한 행위가 있는 때에는 총사원의 결의로써 업무집행권한을 상실하게 할 수 있다."는 합명회사의 정관 규정이 상법 제205조 제1항(업무집행사원의 권한상실선고)의 적용을 배제하는 규정이라고 본 원심을 파기

로는 의무를 부담할 수 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지이지만, '특별한 사정'이 인정되는 경우에는 법적으로 구속력이 있는 의무로 볼 수 있다.[400]

하나의 계약에 포함되어 있는 개별 약정이 다수의 법률행위로 분리된 것으로 보아야 하는지는, '주관적'으로 다수의 법률행위로 분리할 수 있는 것으로 하겠다는 의사의 합치가 있는지, '객관적'으로 다수의 법률행위로 분리될 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 결정해야 한다.[401] 여러 개의 계약서가 순차로 작성되어 있는 경우, 서로 양립할 수 없는 부분에 관해서는 원칙적으로 나중에 작성된 계약서에서 정한 대로 계약 내용이 변경되었다고 해석하는 것이 합리적이다.[402]

계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오가 있고 이로 인하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 아니하였다면, 당사자가 그러한 착오가 없을 때에 약정하였을 것으로 보이는 내용으로 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수 있다.[403]

한 사례. ❸ 대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다301527 판결; "취업규칙은 사용자가 그 근로자의 복무규율이나 근로조건의 기준을 정립하기 위하여 작성한 것으로서 노사 간의 집단적인 법률관계를 규정하는 법규범의 성격을 가지는데, 이러한 취업규칙의 성격에 비추어 취업규칙은 원칙적으로 그 객관적인 의미에 따라 해석하여야 하고, 문언의 객관적 의미를 벗어나는 해석은 신중하고 엄격하여야 한다." ❹ 채권가압류명령상의 '가압류할 채권의 표시'에 기재된 문언은 제3채무자 보호를 위해 객관적으로 엄격하게 해석해야 하며, 그 의미가 불명확한 경우 그로 인한 불이익은 가압류 신청채권자에게 부담시키는 것이 타당하다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2008다9952 판결).

400) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결; "어떠한 의무를 부담하는 내용의 기재가 있는 문면에 '최대한 노력하겠습니다.', '최대한 협조한다.' 또는 '노력하여야 한다.'고 기재되어 있는 경우, 특별한 사정이 없는 한 당사자가 위와 같은 문구를 기재한 의미는 문면 그 자체로 볼 때 그러한 의무를 법적으로는 부담할 수 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지로 해석함이 타당하다. 당사자가 그러한 표시행위에 의하여 나타내려고 한 의사는 그 문구를 포함한 전체의 문언을 고려하여 해석해야 하는데, 그러한 의무를 법률상 부담하겠다는 의사였다면 굳이 위와 같은 문구를 사용할 필요가 없고, 위와 같은 문구를 삽입하였다면 그 문구를 의미 없는 것으로 볼 수 없기 때문이다. 다만 계약서의 전체적인 문구 내용, 계약의 체결 경위, 당사자가 계약을 체결함으로써 달성하려는 목적과 진정한 의사, 당사자에게 의무가 부과되었다고 볼 경우 이행가능성이 있는 것인지 여부 등을 종합적으로 고려하여 당사자가 그러한 의무를 법률상 부담할 의사였다고 볼 만한 특별한 사정이 인정되는 경우에는 위와 같은 문구에도 불구하고 법적으로 구속력이 있는 의무로 보아야 한다." ☜ "종속회사에 대한 지분비율을 현재와 같이 그대로 유지하도록 노력하여야 한다."라는 '주주 간 계약'의 문언에도 불구하고, 지분을 유지할 의무를 부담한다고 해석할 수 있는 '특별한 사정'이 인정된다 하여, 위 의무 불이행에 대한 채무불이행책임을 긍정한 예.

401) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다12175 판결; **원심**이, 이 사건 계약이 조합계약을 구성하는 부분과 별도로 보상금의 지급에 관한 계약으로 구성되어 있다고 보고 보상금 지급 부분만의 취소를 인정한 데 대하여, **대법원**은, 이 사건 계약의 조합계약 부분과 보상금 지급 부분은 별도의 법률행위로 구분될 수 없는 하나의 법률행위로 보아야 하고, 두 부분으로 나누어 보상금 지급 부분만의 해제나 취소를 할 수는 없다고 한 예.

402) 대법원 2020. 12. 30. 선고 2017다17603 판결; "하나의 법률관계를 둘러싸고 각기 다른 내용을 정한 여러 개의 계약서가 순차로 작성되어 있는 경우 당사자가 그러한 계약서에 따른 법률관계나 우열관계를 명확하게 정하고 있다면 그와 같은 내용대로 효력이 발생한다. 그러나 여러 개의 계약서에 따른 법률관계 등이 명확히 정해져 있지 않다면 각각의 계약서에 정해져 있는 내용 중 서로 양립할 수 없는 부분에 관해서는 원칙적으로 나중에 작성된 계약서에서 정한 대로 계약 내용이 변경되었다고 해석하는 것이 합리적이다."

403) 여기서 보충되는 당사자의 의사는 당사자의 실제 의사 또는 주관적 의사가 아니라 계약의 목적, 거래관행, 적용법규, 신의칙 등에 비추어 객관적으로 추인되는 정당한 이익조정 의사를 말한다(대법원 2023. 8. 18. 선고 2019다200126 판결).

'묵시적 의사표시'를 근거지우는 구체적 사실이 주요사실인지(주요사실설), 아니면 개개의 구체적 사실을 종합하여 추인되는 의사표시가 주요사실이고 근거사실은 간접사실에 불과한지(간접사실설)에 대하여 견해의 대립이 있으나, 판례는 후자의 입장이다.[404] 채권의 포기나 채무의 면제, 묵시적 화해계약, 무권대표행위나 무효행위의 추인, 면책적 채무인수에 대한 채권자의 승낙, 계약 내용의 중요한 변경에 대한 상대방의 동의 등에 관한 묵시적 의사표시의 인정은 엄격하고도 신중하게 하여야 한다.[405]

5) 의사표시의 도달과 효력발생

상대방이 있는 의사표시(채권양도 통지·승인, 시효중단사유로서의 채무승인과 같은 관념의 통지 등 준법률행위에도 유추적용된다)의 효력을 주장하는 자는 ① '(표의자의 상대방에 대한) 의사표시의 존재' 및 ② '의사표시의 (상대방에 대한) 도달' 사실을 주장·증명하여야 한다(①은

404) 92다39334,39341("원심 인정의 간접사실만으로는 … 묵시적으로 해지되었다고 추단하기에는 경험칙상 부족하다"), 98다17930("원심이 … 간접사실들을 종합하여 … 묵시적으로 합의해제되었 … 다고 본 … 판단은 모두 정당한 것으로 수긍이 가고"), 2001다7865("계약인수에 대한 동의 내지 승낙의 묵시적 의사표시를 인정한 근거로 삼은 간접사실들을 살펴보건대, … 동의 내지 승낙의 묵시적 의사표시를 추단할 사정은 되지 못하고") 등. ☞ 의사의 명시적 표시와 묵시적 표시는 표시가치의 대소에 의한 구별에 지나지 않으므로 둘을 굳이 달리 취급할 이유가 없다(민법주해 총칙 (2), 1992, 143면(송덕수 집필))는 점에서 판례의 견해가 옳다.

405) ○ 대법원 2021. 9. 9. 선고 2016다203933 판결; "화해계약이 성립하기 위해서는 분쟁이 된 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 서로 양보함으로써 분쟁을 끝내기로 하는 의사의 합치가 있어야 하는데, 화해계약이 성립한 이후에는 그 목적이 된 사항에 관하여 나중에 다시 이행을 구하는 등으로 다툴 수 없는 것이 원칙이므로, 당사자가 한 행위나 의사표시의 해석을 통하여 묵시적으로 그와 같은 의사의 합치가 있었다고 인정하기 위해서는 그 당시의 여러 사정을 종합적으로 참작하여 이를 엄격하게 해석하여야 한다. 따라서 당사자들이 분쟁을 인식하지 못한 상태에서 일방 당사자가 이행해야 할 채무액에 관하여 협의하였다거나 일방 당사자의 채무이행에 대해 상대방 당사자가 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 묵시적 화해계약이 성립하였다고 보기 어렵다." ☛ **[동일 취지]** ❶ 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다227523, 227530 판결; "채무의 면제는 반드시 명시적인 의사표시만에 의하여야 하는 것이 아니고 채권자의 어떠한 행위 내지 의사표시의 해석에 의하여 그것이 채권의 포기라고 볼 수 있는 경우에도 이를 인정하여야 하나, 그와 같이 인정하기 위해서는 당해 권리관계의 내용에 따라 이에 대한 채권자의 행위 내지 의사표시의 해석을 엄격히 하여 그 적용 여부를 결정하여야 한다." ❷ 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다84370 판결; "임차인이 채무자인 임대인을 면책시키는 것은 그의 채권을 처분하는 행위이므로, 만약 임대보증금 반환채권의 회수가능성 등이 의문시되는 상황이라면 임차인의 어떠한 행위를 임대차보증금 반환채무의 면책적 인수에 대한 묵시적 승낙의 의사표시에 해당한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다."
○ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2014다88543, 88550 판결; "계약 체결 후에 한쪽 당사자가 계약의 내용을 변경하고자 계약 내용과는 다른 사항이 포함된 문서를 상대방에게 송부하고 상대방이 이를 수령하고도 이의를 제기하지 않은 경우에 계약의 내용이 변경되었다고 보려면, 거래의 종류와 성질, 거래관행, 발송한 문서의 내용과 형식, 상대방의 태도 등에 비추어 상대방이 그 변경에 묵시적으로 동의하였다고 볼 수 있어야 한다. 이때 변경되는 사항이 이미 체결된 계약의 내용을 중요하게 변경하는 결과를 초래하는 경우에는 위와 같은 묵시적 동의를 쉽사리 인정해서는 안 된다." ☛ **[동일 취지]** ❶ 대법원 2018. 12. 27. 선고 2015다73098 판결; "당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 더욱 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 이러한 이치는 거동에 의한 묵시적 법률행위에 있어서도 다르지 않다." ❷ 대법원 2010. 12. 23. 선고 2009다37718 판결; "무권대표행위나 무효행위의 추인은 무권대표행위 등이 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서 그 의사표시의 방법에 관하여 일정한 방식이 요구되는 것이 아니므로 명시적이든 묵시적이든 묻지 않는다 할 것이지만, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있어야 할 것이므로 이를 판단함에 있어서는 관계되는 여러 사정을 종합적으로 검토하여 신중하게 하여야 할 것이다."

상대방이 있는 의사표시의 '성립요건'으로서 '발송·발신'을 말하고, ②는 그 '효력발생요건'에 해당한다).[406]

여기서 '도달'이라 함은 '사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우'를 말한다.[407] 상대방이 부당하게 등기취급 우편물의 수취를 거부한 경우에는 '수취 거부 시'에 의사표시의 효력이 생기고, 수취 거부의 '정당한 사유'에 관해서는 수취 거부한 상대방이 증명할 책임이 있다.[408]

판례 중에는 내용증명·배달증명[409] 등의 등기취급우편에 의한 의사표시의 발송에 그

406) **민법 제111조(의사표시의 효력발생시기)** ① 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다. ② 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

407) ◎ **의사표시나 관념의 통지의 '도달'**

○ **대법원** 2008. 6. 12. 선고 2008다19973 판결: "계약의 해제와 같은 상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한 때 효력이 생기는 것이고(민법 제111조 제1항), 여기서 도달이라 함은 사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우를 가리키는 것으로서, 상대방이 통지를 현실적으로 수령하거나 통지의 내용을 알 것까지는 필요로 하지 않는 것이므로, 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다."

○ 대법원 2010. 4. 15. 선고 2010다57 판결: "도달은 보다 탄력적인 개념으로서 송달장소나 수송달자 등의 면에서 (민사소송법상) 송달에서와 같은 엄격함은 요구되지 아니하며, 이에 송달장소 등에 관한 민사소송법의 규정을 유추적용할 것이 아니다. 따라서 채권양도의 통지는 민사소송법상의 송달에 관한 규정에서 송달장소로 정하는 채무자의 주소·거소·영업소 또는 사무소 등에 해당하지 아니하는 장소에서라도 채무자가 사회통념상 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정됨으로써 족하다고 할 것이다."

ex 1. 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다77477 판결: 채권양도통지서가 피고 조합의 주소지 빌딩 4층으로 배달되고, 국내등기 우편조회에 피고 조합의 직원인 소외 1이 채권양도통지서를 수령한 것으로 기재되어 있으며, 소외 1은 피고 조합에 배달되는 우편물을 수령하는 업무를 담당하였는데, 소외 1 부재 시에는 같은 장소에서 근무하는 피고 회사 직원인 소외 2가 대신 우편물을 수령하였다가 소외 1에게 전달한 사실관계를 위 법리에 비추어 보면, 피고 조합의 직원인 소외 1이 채권양도통지서를 수령한 것으로 보이고, 설령 피고 조합이 채권양도통지서를 현실적으로 수령하지 않았다고 하더라도 채권양도통지서가 피고 조합의 주소지로 배달되었고, 피고 조합에게 전달되었을 가능성이 높은 점 등을 고려하면, 채권양도통지서는 사회통념상 채무자인 피고 조합이 그 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정됨으로써, 피고 조합에게 도달하였다고 봄이 상당하다고 판시.

ex 2. 대법원 1983. 8. 23. 선고 82다카439 판결: 채권양도의 통지서가 들어 있는 우편물을 채무자의 가정부가 수령한 직후 한집에 거주하고 있는 통지인인 채권자가 그 우편물을 바로 회수해 버렸다면 그 우편물의 내용이 무엇인지를 그 가정부가 알고 있었다는 등의 특별한 사정이 없었던 이상 그 채권양도의 통지는 사회관념상 채무자가 그 통지 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 것이라고 볼 수 없으므로 그 통지는 피고에게 도달되었다고 볼 수 없다고 한 예.

ex 3. 대법원 2012. 8. 17. 선고 2009두14965 판결: ① 금융기관이 고객의 예금계좌에 이자를 입금하면 예금주는 인터넷 뱅킹 등에 의한 잔액조회를 함으로써 그 사실을 확인할 수 있고 그에 대한 처분권도 취득하게 되므로 그로 인한 채무승인의 통지는 이자 입금 시점에 예금주에게 도달하게 되어 그 예금에 대한 소멸시효는 중단되었고, ② 금융기관이 시효기간이 지난 공제금 찾아주기 운동을 실시하여 각 영업장에 홍보용 포스터·안내문을 게시하고 인터넷 홈페이지에 홍보하며 언론에 보도되도록 하고, 공제계약자·수익자에 대하여 공제금을 찾아가라는 내용의 개별 안내서를 일괄하여 발송함으로써 공제계약자·수익자는 공제금에 대하여 금융기관이 시효이익을 포기하였음을 객관적으로 알 수 있는 상태에 놓였다고 한 사례.

408) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2019두34630 판결: "상대방이 부당하게 등기취급 우편물의 수취를 거부함으로써 그 우편물의 내용을 알 수 있는 객관적 상태의 형성을 방해한 경우 그러한 상태가 형성되지 아니하였다는 사정만으로 발송인의 의사표시의 효력을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 반하므로 허용되지 아니한다. 이러한 경우에는 부당한 수취 거부가 없었더라면 상대방이 우편물의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓일 수 있었던 때, 즉 수취 거부 시에 의사표시의 효력이 생긴 것으로 보아야 한다. … 우편물의 수취를 거부한 것에 정당한 사유가 있는지에 관해서는 수취 거부를 한 상대방이 이를 증명할 책임이 있다."

도달의 사실상 추정력을 인정하는 것들이 있는 한편, "우편법 소정의 규정에 따라 우편물이 배달되었다고 하여 '언제나' 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다."고 한 것도 있는데, 등기취급우편에 의한 발송 사실만으로 그 도달을 인정할 것이 아니라 송달장소, 수령인 등의 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다[410](등기취급우편으로 '상대방의 주소, 거소, 영업소 또는 사무소에' 발송한 사실이 인정되면, 우편법령 규정과 경험칙에 비추어 그 무렵 상대방에게 도달되었다고 사실상 추정할 수 있다고 봄이 옳다).[411]

---

409) 내용증명은, '등기취급을 전제로 우체국창구 또는 정보통신망을 통하여 발송인이 수취인에게 어떤 내용의 문서를 언제 발송하였다는 사실을 우체국이 증명하는 우편물의 특수취급제도'이고, 배달증명은 '등기취급을 전제로 우편물의 배달일자 및 수취인을 배달우체국에서 증명하여 발송인에게 통지하는 특수취급제도'이다(우편법 시행규칙 제25조 제1항 제4호, 제1호).

410) ◎ **등기취급우편에 의한 의사표시의 발송과 그 도달 간의 사실상 추정 여부**
판례 중에는, "**내용증명우편이나 등기우편과는 달리, 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당한 기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고, 송달의 효력을 주장하는 측에서 증거에 의하여 이를 입증하여야 한다.**"(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20140 판결, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다25002 판결; 보통우편의 발송으로는 도달의 추정 부정)고 하고, "의사표시가 기재된 내용증명 우편물이 발송되고 달리 반송되지 아니하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 이는 그 무렵에 송달되었다고 봄이 상당하다."(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다20052 판결, 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다38322 판결; '내용증명 우편의 발송 + 미반송' 사실로부터 송달 추정)거나, "(우편법 등 관계 규정의 취지에 비추어 볼 때) 우편물이 등기취급의 방법으로 발송된 경우, 반송되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 보아야" 한다(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51758 판결, 대법원 1992. 12. 11. 선고 92누13127 판결, 대법원 1992. 3. 27. 선고 91누3819 판결; '등기취급 우편의 발송'으로부터 배달 추정, 반송은 추정 배제의 특별한 사정에 포함)고 하여, '내용증명우편이나 등기우편'의 발송에 그 도달에 대한 사실상 추정력을 인정하는 것들이 있는 한편, 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다31281 판결은, "우편법 소정의 규정에 따라 우편물이 배달되었다고 하여 '언제나' 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다 할 것이므로, 오히려 위와 같은 우편집배원의 진술이나 우편법 등의 규정을 들어 우편물의 수령인을 본인의 사무원 또는 고용인으로 추정할 수는 없다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 우편물이 피고의 주소나 사무소가 아닌 동업자의 사무소에서 그 신원이 분명치 않은 자에게 송달되었다는 사정만으로는 사회관념상 피고가 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정할 수 없"다고 하였고, 대법원 1993. 11. 26. 선고 93누17478 판결은, "우편법 제31조, 제34조, 같은법 시행령 제42조, 제43조의 규정취지는 우편사업을 독점하고 있는 국가가 배달위탁을 받은 우편물의 배달방법을 구체적으로 명시하여 그 수탁업무의 한계를 명백히 한 것으로서 위 규정에 따라 우편물이 배달되면 우편물이 정당하게 교부된 것으로 인정하여 국가의 배달업무를 다하였다는 것일 뿐이지 우편물의 송달로써 달성하려고 하는 법률효과까지 발생하게 하는 것은 아니므로 위 규정에 따라 우편물이 배달되었다고 하여 '언제나' 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다 할 것인바, … 집배원으로부터 우편물을 수령한 빌딩전물경비원이 원고나 그 동거인 또는 고용인에게 위 청문서를 전달하였다고 볼 수 없는 이상 청문서가 원고에게 적법하게 송달되었다고 볼 수 없다"고 하였으며, 근자의 2010다57 판결, 2010다77477 판결도 내용증명우편이나 등기우편에 의한 채권양도 통지 사실만으로 그 도달을 인정한 것이 아니라 제반 사정을 종합하여 도달 사실을 인정하였다. 등기취급우편에 의한 발송에 그 도달의 사실상 추정력을 인정한 91누3819 판결은 '등기우편으로 원고의 주소지로 발송한 이상 특단의 사정이 없는 한 위 서류는 그로부터 수일 내 원고나 원고의 가족 등에게 송달되었다고 봄이 상당하다'고 한 사례, 92누13127 판결은 '등기우편으로 원고의 주소지로 발송되었고, 그것이 반송되지 아니한 사안에서, 적법하게 원고에게 송달되었다' 한 사례, 96다38322 판결은 '내용증명으로 최고서를 상대방의 영업소로 발송한 사안에서 그 무렵 도달되었다고 보는 것이 경험칙에 부합한다'고 한 사례이다.

411) ◎ **등기취급우편의 발송과 그 도달 간의 사실상 추정에 따른 공방구조**
납세고지서 송달에 관한 아래 판결을 준칙으로 삼아 구체적으로 살펴보면, ① 표의자가 '등기취급우편으로 상대방의 주민등록지(법인등기부·사업자등록지·계약상 가주소)로 발송'한 사실(간접사실)을 증명하면, '상대방에게 도달'된 사실(요증사실)이 사실상 추정되고, ② 이에 대하여 상대방은 '주민등록지 등에서 실제로 거주하거나 영업하지 아니'한 사실(가출, 승선, 해외유학 등의 장기간 부재 사실 포함, 전제사실에 대한 반대사실) 또는 '반송' 사실(요증사실에 대한 반대사실)에 대하여 반증으로 사실상 추정을 저지하면 되며, ③ 이에 표의자는 원래

의사표시에 관하여 상반된 이해관계가 있는 사무원·피용자·동거인 등은 본인을 위한 의사표시 수령권한이 부정된다.[412]

아파트 경비원이 우편물을 수취인 가구의 우편함에 투입하였다는 사실만으로 수취인이 이를 실제로 수취하였다고 추단할 수 없으나(우편함의 구조를 비롯하여 수취인이 우편물을 수취하였음을 추인할 만한 다른 특별한 사정이 더해져야 한다),[413] 아파트의 주민들이 등기우편물

증명책임의 부담자로서 다시 돌아와 요증사실인 '적법한 도달' 사실(상대방이나 그 수령대행인이 직접 수령한 사실 또는 제3자 수령의 경우 그에게 송달수령의 권한이 위임된 사실)을 증명하여야 하는 공방구조가 되는 것으로 봄이 옳다.

대법원 1998. 2. 13. 선고 97누8977 판결; "우편법 제31조, 같은법시행령 제42조 제12항에 의하면, 우편물은 그 표면에 기재된 곳에 배달하는 것이고, 우편법시행령 제42조 제3항에 의하면 등기로 취급하는 우편물은 수취인·동거인(동일 직장에서 근무하는 자를 포함한다) 또는 제43조 제1호(동일 건축물 또는 동일 구내의 수취인에게 배달할 우편물로서 그 건축물 또는 구내의 관리사무소, 접수처 또는 관리인) 및 제5호(수취인이 동일집배구에 거주하는 자를 대리수령인으로 지정하여 배달우체국에 신고한 경우에는 그 대리수령인)의 규정에 의한 수령인으로부터 그 수령사실을 확인받고 배달하여야 하도록 규정하고 있으므로, 우편물이 등기취급의 방법으로 발송된 경우, 특별한 사정이 없는 한, 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 보아도 좋을 것이다. 그러나 수취인이나 그 가족이 주민등록지에 실제로 거주하고 있지 아니하면서 전입신고만을 해 둔 경우에는 그 사실만으로써 주민등록지 거주자에게 송달수령의 권한을 위임하였다고 보기는 어려울 뿐 아니라 수취인이 주민등록지에 실제로 거주하지 아니하는 경우에도 우편물이 수취인에게 도달하였다고 추정할 수는 없고, 따라서 이러한 경우에는 우편물의 도달사실을 과세관청이 입증해야 할 것이다. … 수취인이나 그 가족이 주민등록지에 실제로 거주하고 있지 아니하면서 전입신고만을 해 두었고, 그 밖에 주민등록지 거주자에게 송달수령의 권한을 위임하였다고 보기 어려운 사정이 인정된다면, 등기우편으로 발송된 납세고지서가 반송된 사실이 인정되지 아니한다 하여 납세의무자에게 송달된 것이라고 볼 수는 없다 할 것이다."

412) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014다54366 판결; "보충송달제도는 본인 아닌 그의 사무원, 피용자 또는 동거인, 즉 수령대행인이 서류를 수령하여도 그의 지능과 객관적인 지위, 본인과의 관계 등에 비추어 사회통념상 본인에게 그 서류를 전달할 것이라는 합리적인 기대를 전제로 한다. 그런데 본인과 수령대행인 사이에 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 때에는 수령대행인이 소송서류를 본인에게 전달할 것이라고 합리적으로 기대하기 어렵고, 이해가 대립하는 수령대행인이 본인을 대신하여 소송서류를 송달받는 것은 쌍방대리금지의 원칙에도 반하므로, 본인과 사이에 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 수령대행인에 대하여는 보충송달을 할 수 없다고 보아야 한다." ☛ 이는 동일한 수령대행인이 이해가 대립하는 소송당사자 쌍방을 대신하여 소송서류를 동시에 수령하는 경우에도 마찬가지여서, 그러한 보충송달은 무효이다(대법원 2021. 3. 11. 선고 2020므11658 판결; 원·피고가 이혼한다는 내용의 화해권고결정 정본을 원·피고의 성년 자녀이자 동거인인 소외인이 원·피고를 대신하여 동시에 송달받은 사안).

413) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005다66411 판결; "아파트의 우편함에 우편물을 넣어 두었다고 하더라도 그 우편물이 분실되는 경우가 흔히 있고 통상 우편함에는 비단 보통의 우편물뿐만 아니라 광고전단 등도 아울러 투입되는 일이 많으며 우편함에 광고전단 등이 많이 쌓여 넘치게 되면 아파트의 청소를 담당하는 사람이 치워 버리기도 하는 현실에 비추어 볼 때, 우편물이 수취인 가구의 우편함에 투입되었다고 하더라도 그 우편물이 수취인의 수중에 들어가지 않을 가능성이 적지 않게 존재한다고 보아야 하고, 더욱이 이 사건의 경우 78세가량으로서 단독 세대주인 피고에게 우편물이 오는 일 자체가 흔치 않았기 때문에 아침 일찍 출근하였다가 밤늦게 퇴근하는 피고가 우편함을 수시로 살펴 우편물이 있는지 여부를 확인하였을 것으로는 보이지 않는데다가, 경비원 김○○도 피고에게 상속채무발생통보서를 우편함에 넣어둔 사실을 따로 말하여 주지 아니하였던 점을 종합적으로 고려하여 볼 때, 특별히 피고의 아파트의 우편함에 자물쇠가 있어 우편물을 그 우편함에 투입하면 다른 사람이 쉽게 이를 꺼내 갈 수 없는 구조라거나, 그 우편함의 자물쇠가 설치되어 제대로 작동하고 있었으며 경비원 김○○이 위 상속채무발생통보서를 다른 사람이 꺼낼 수 없도록 완전하게 넣었다는 등의 특별한 사정이 밝혀지지 아니하는 한, 경비원 김○○이 상속채무발생통보서를 피고의 우편함에 투입하였다는 사실만으로 피고가 이를 실제로 수취하였다고 추단할 수는 없을 것이다." ☜ 원심이, 피고 거주 아파트 경비원이 원고 발송의 내용증명 통보서를 집배원으로부터 수령한 후 이를 피고의 우편함에 넣어 둔 경우, 피고가 자신의 아파트 우편함에 투입된 위 통보서를 받아 보지 못할 만한 다른 특별한 사정이 없는 이상 위 통보서는 피고에게 도달하여 피고가 그 내용을 지득하였다고 봄이 상당하다고 판단하였으나, 대법원은 이를 파기한 예.

등의 수령권한을 아파트 경비원에게 묵시적으로 위임한 것이라고 볼 수 있는 경우에는 아파트의 경비원이 수령한 때에 송달되었다고 볼 수 있다.[414]

민법 제111조는 '임의규정'에 해당[415]하므로, '특약'에 근거하여 의사표시의 효력발생시기를 '도달'이 아닌 다른 시점으로 주장하는 자는 그 특약의 존재에 대한 증명책임을 진다.

발신주의를 취한 법규정[416]이 있는 경우,[417] 그 적용을 위한 요건사실에 대한 주장·증명이 있어야 한다.[418] 격지자 간의 계약은 승낙의 통지를 '발송'한 때에 성립한다(민법 제531조).

상대방 있는 의사표시가 상대방에게 도달하여 효력을 발생한 '후'에는[419] 마음대로 이를 '철회'할 수 없음이 원칙이나(이미 행사되어 효력이 발생한 '형성권의 철회'는 형성권 및 상대방 있는 단독행위의 본질에 반하므로, 형성권을 행사하여 이미 법률효과가 발생한 후에는 그 일방적인 철회가 인정되지 않고,[420] 형성권의 소송상 행사 후 소취하나 부적법 각하, 실기한 공격방어방법으로서의 각하 등이 있는 경우 이미 발생한 사법상 효과에 아무런 영향을 미치지 않는다[421]), 예비적·가정적 성질을

414) 대법원 1998. 5. 15. 선고 98두3679 판결; '납세의무자가 거주하던 아파트에서는 통상 일반 우편물은 집배원이 아파트 경비실 부근에 설치되어 있는 세대별 우편함에 넣으면 아파트 거주자들이 이를 위 우편함에서 수거하여 가고, 등기우편물 등 특수우편물의 경우에는 집배원이 아파트 경비원에게 주면 아파트 경비원이 이를 거주자에게 전달하여 왔으며, 아파트의 주민들은 이러한 우편물 배달방법에 관하여 별다른 이의를 제기하지 아니하여 왔다면, 위 납세의무자 및 아파트의 주민들은 등기우편물 등의 수령권한을 아파트의 경비원에게 묵시적으로 위임한 것이라고 볼 것이므로, 아파트의 경비원이 납세고지서를 수령한 날, 납세고지서가 적법하게 납세의무자에게 송달되었다.'고 한 예.

415) 채권자가 채권양도의 통지를 하였으나 채무자가 변동된 주소의 신고의무를 게을리하는 등의 귀책사유로 인하여 위 통지를 수령하지 못할 경우 위 통지가 채무자에게 도달한 것으로 간주하기로 하는 합의는 유효하다(2006다41204).

416) 상법 제53조(청약에 대한 낙부통지의무), 제67조(매도인의 공탁·경매 통지), 제88조(대리상의 통지의무), 제363조(주주총회의 소집통지), 제390조 ③(주식회사 이사회 소집통지), 민법 제15조(제한능력자가 능력자가 된 후 추인 여부의 확답), 제71조(사단법인 총회의 소집통지), 제131조(무권대리 본인의 추인 여부 확답), 제531조(격지자 간의 계약 성립시기) 등이 있다.

417) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2014다44451 판결; "상고이유의 주장은, 사립학교법 제17조 제3항의 이사회 소집통지 기간은 민법상 사단법인의 총회나 상법상 주주총회 및 이사회 등의 소집통지와 같이 발송한 날을 기준으로 그 준수 여부를 판단하여야 한다는 것이다. 그런데 민법상 사단법인의 총회나 상법상 주주총회 및 이사회의 소집통지의 경우에는 법문에 명시적으로 통지를 발하거나 발송하도록 되어 있는 반면, 사립학교법 제17조 제3항의 경우에는 '통지하여야 한다'고 규정하고 있으므로, 민법 제111조 제1항이 정한 바에 따라 이사회 소집통지가 상대방에게 도달한 때를 기준으로 소집통지 기간의 준수 여부를 가려야 한다."

418) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007다4691 판결; "원심이 상법 제53조의 적용 여부에 관하여 명시적 판단은 하지 않았지만(피고들도 원심까지 상법 제53조가 적용되어야 한다는 주장을 한 바 없다)" ☞ 상법 제53조(청약에 대한 낙부통지의무) 상인이 상시 거래관계에 있는 자로부터 그 영업부류에 속한 계약의 청약을 받은 때에는 지체없이 낙부의 통지를 발송하여야 한다. 이를 해태한 때에는 승낙한 것으로 본다.

419) 의사표시가 상대방에게 도달하기 '전'에는 그 철회가 가능하다(다만 철회의 의사표시가 먼저 도달하여야 한다).

420) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다212295 판결; 사원의 지분을 압류한 채권자의 '사원 퇴사청구권'(= 상법 제224조 제1항 소정의 형성권) 행사로 퇴사의 효력이 발생한 후에는 사원 또는 채권자가 일방적으로 퇴사의 의사표시를 철회할 수 없고, 이는 퇴사의 효력이 발생한 후 사원이 그 채권자에게 채무를 변제한 경우에도 마찬가지라고 한 예.

421) ◎ **소송상 형성권의 행사와 그 사법상 효과**; 상계권 행사를 예외로 한 신병존설의 입장

띠는 소송상 상계 항변은 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고,[422] 법인 이사 사임의 경우, 사임 의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 '특별한 사정'이 있거나, 정관에서 사임절차 등에 관하여 '특별한 규정'을 둔 경우에는, 사임 의사표시가 도달한 후라도 그 효력이 발생하기 전에 철회할 수 있다.[423]

의사표시의 공시송달[424] 요건으로서 '과실 없이 … 알지 못하는' 부분에 관한 증명책임의 소재에 대하여는 양론이 가능하다.[425]

"상대방 '없는' 단독행위"인 '보험수익자 변경'은 그 의사표시가 객관적으로 확인되는 이상 보험자나 보험수익자에게 도달하지 않더라도 그 효과가 발생한다{다만, 보험자에게는 통지하지 않으면 대항할 수 없다(상법 제734조 ①)}.[426]

---

❶ 80다916; "원고가 피고에게 이 사건 매매계약의 존속과는 양립할 수 없는 위약금의 지급 청구를 하고, 그 소장이 피고에게 송달됨으로써 해제권을 행사하였다 할 것이고, 해제권은 형성권이므로 비록 그 후에 원고가 그 소송을 취하하였다 하여 위 해제권 행사의 효력에 아무런 영향도 미치지 않는다. … 원심이 원고의 전소 제기를 피고의 해약 주장을 가정하여 제기하였다가 이를 다시 취하하였다는 이유로 피고의 위 계약해제의 항변을 배척하였음은 … 위법이 있고" ❷ 2001다42080; 토지 임차인의 건물매수청구권 행사의 효력으로 매매가 성립하면 그 후 일방의 의사만으로 매수청구를 철회할 수 없으나, 1심에서 매수청구권을 행사하였다가 철회한 데 대하여 이를 상대방이 용인한 경우에는 2심에서 다시 행사할 수 있다고 한 예. ❸ 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결; "소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실체법상 상계의 효과가 발생한다."

422) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결 참조.

423) 법인의 이사를 사임하는 행위는 상대방 있는 단독행위이므로 그 의사표시가 상대방에게 도달함과 동시에 그 효력을 발생하고, 그 의사표시가 효력을 발생한 후에는 마음대로 이를 철회할 수 없음이 원칙이나, 정관에서 이사의 사임절차나 사임의 의사표시의 효력발생시기 등에 관하여 특별한 규정을 둔 경우에는 사임의 의사표시가 법인의 대표자에게 도달하였다고 하더라도 곧바로 사임의 효력이 발생하는 것은 아니고 정관에서 정한 바에 따라 사임의 효력이 발생하므로, 이사가 사임의 의사표시를 하였더라도 정관에 따라 사임의 효력이 발생하기 전에는 그 사임의사를 자유롭게 철회할 수 있다(2007다17109). 학교법인의 이사도 법인에 대한 일방적인 사임의 의사표시에 의하여 법률관계를 종료시킬 수 있고, 그 의사표시는 수령권한 있는 기관에 도달됨으로써 바로 효력을 발생하며, 그 효력발생을 위하여 이사회의 결의나 관할 관청의 승인이 있어야 하는 것은 아니나, 사임서 제시 당시 즉각적인 철회권유로 사임서 제출을 미루거나, 대표자에게 사표의 처리를 일임하거나, 사임서의 작성일자를 제출일 이후로 기재한 경우 등 사임의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 있을 경우에는 별도의 사임서 제출이나 대표자의 수리행위 등이 있어야 사임의 효력이 발생하고, 그 이전에 사임의사를 철회할 수 있다(2011두22334).

424) **민법 제113조(의사표시의 공시송달)** 표의자가 과실 없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 민사소송법 공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있다.

425) 의사표시 도달의 효력을 다투는 '상대방'이 '표의자의 악의 또는 과실'을 주장·증명하여야 한다는 견해가 다수이고[민법주해 총칙(2), 1992, 622면(박영식 집필); 주석민법 총칙(2), 2010, 834면(박해성 집필)], 이는 일본 판례(최고재 소화 37. 4. 26. 판결)의 입장이기도 하나, 법 규정 형식상 '표의자'가 자신의 '선의·무과실'을 적법한 공시송달에 의한 의사표시 도달의 요건으로서 주장·증명하여야 한다고 봄이 옳다. 일본 민법은 제98조 제3항 '단서'에서 '표의자가 상대방을 알지 못하거나 그 소재를 알지 못하는 것에 관하여 과실이 있는 때에는 도달의 효력이 생기지 아니 한다.'라고 규정하여 '유과실'을 요건으로 한 '효력발생 장애사유'의 형식을 취하고 있어, 우리 민법과는 법 규정 형식을 달리하므로, 그 주장·증명책임의 소재에 관하여 달리 봄이 옳다.

426) 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다204869 판결; "보험계약자는 보험수익자를 변경할 권리가 있다(상법 제733조 제1항). 이러한 보험수익자 변경권은 형성권으로서 보험계약자가 보험자나 보험수익자의 동의를 받지 않고 자유로이 행사할 수 있고 그 행사에 의해 변경의 효력이 즉시 발생한다. 다만 보험계약자는 보험수익자를 변경한 후 보험자에 대하여 이를 통지하지 않으면 보험자에게 대항할 수 없다(상법 제734조 제1항). 이와 같은 보험수익

6) 대 리

가) 유권대리

(1) 요건사실

대리행위에 기초한[427] 이행청구의 청구원인 요건사실은, ① '본인이 대리인에게 대리권을 수여한 사실'(= 대리권 수여), ② '대리인이 그 권한 내에서 상대방과 계약을 체결한 사실'(= 대리행위),[428] ③ 'ⓐ 대리인이 계약 당시 본인을 위한 것임을 표시하였거나(= 대리의 현명),[429] ⓑ 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었던(= 상대방의 악의·과실)[430] 사실 또는 ⓒ 위 ②의 행위가 본인에게 상행위[431]인 사실'이다.

자 변경권의 법적 성질과 상법 규정의 해석에 비추어 보면, 보험수익자 변경은 상**대방 없는 단독행위**라고 봄이 타당하므로, 보험수익자 변경의 의사표시가 객관적으로 확인되는 이상 그러한 의사표시가 보험자나 보험수익자에게 도달하지 않았다고 하더라도 보험수익자 변경의 효과는 발생한다." ☜ 원고가 피고에게 보험금채권의 양도 및 그 양도통지절차의 이행을 청구함에 대하여, 2016. 12. 2.경 망인의 보험수익자 변경권 행사로 인해 보험수익자가 피고에서 원고로 변경되었고, 2017. 10. 8. 망인이 사망함에 따라 원고가 보험금채권을 취득하게 되었으므로, 위 청구는 소의 이익이 없어 부적법하다고 직권으로 판단하고, '망인의 단독상속인인 원고로서는 보험회사에 보험수익자가 피고에서 원고로 변경된 사실을 통지하면서 보험금의 지급을 청구할 수 있음'을 지적한 사례.

427) ◎ **대리행위**의 **주장책임**; 대리행위는 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당 사실에 속하므로 법원은 변론에서 당사자가 **주장**하지 않은 이상 이를 인정할 수 없으나, 그 **주장**은 반드시 명시적인 것이어야 하는 것은 아닐뿐더러 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는 것도 아니고 소송에서 쌍방 당사자 간에 제출된 소송자료를 통하여 심리가 됨으로써 그 주장의 존재를 인정하더라도 상대방에게 불의의 타격을 줄 우려가 없는 경우에는 그 대리행위의 주장은 있는 것으로 보아 이를 재판의 기초로 삼을 수도 있다(95다27998, 89다카15359). 다른 취지의 판시로는 97다39308('계약이 본인에 의하여 체결되었는가 또는 대리인에 의하여 체결되었는가는 간접사실에 불과하므로 원심이 당사자의 주장과 달리 대리인에 의하여 계약이 체결되었다고 사실인정하였다고 하여 그것이 위법하다고 볼 수는 없다')이 있다. 계약의 근거를 대리권에 두고 있음에도 대리권이 아닌 다른 권한을 상정하여 청구의 당부를 판단하는 것도 변론주의의 한계를 벗어난 것이다(96다56122).

428) ❶ 99다37856; "대리가 적법하게 성립하기 위하여는 대리행위를 한 자, 즉 대리인이 본인을 대리할 권한을 가지고 그 대리권의 범위 내에서 법률행위를 하였음을 요하며, 부부의 경우에도 일상의 가사가 아닌 법률행위를 배우자를 대리하여 행함에 있어서는 별도로 대리권을 수여하는 수권행위가 필요한 것이지, 부부의 일방이 의식불명의 상태에 있어 사회통념상 대리관계를 인정할 필요가 있다는 사정만으로 그 배우자가 당연히 채무의 부담행위를 포함한 모든 법률행위에 관하여 대리권을 갖는다고 볼 것은 아니다." ❷ '의사 또는 관념의 통지'와 같은 준법률행위에 대하여도 대리에 관한 규정이 유추적용된다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다225580 판결).

429) **민법 제114조(대리행위의 효력)** ① 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다. ② 전항의 규정은 대리인에게 대한 제3자의 의사표시에 준용한다.

430) **민법 제115조(본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 행위)** 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기를 위한 것으로 본다. 그러나 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 전조 제1항의 규정을 준용한다. ☞ 현명주의 원칙

431) **상법 제48조(대리의 방식)** 상행위의 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니하여도 그 행위는 본인에 대하여 효력이 있다. 그러나 상대방이 본인을 위한 것임을 알지 못한 때에는 대리인에 대하여도 이 이행의 청구를 할 수 있다. ☛ **비현명주의** ❶ 2008다79340; "원칙적으로 대리행위는 본인을 위한 것임을 표시하여야 직접 본인에 대하여 효력이 생기는 것이고, 한편 민법상 조합**의** 경우 법인격이 없어 조합 자체가 본인이 될 수 없으므로, 이른바 **조합대리**에 있어서는 본인에 해당하는 모든 조합원을 위한 것임을 표시하여야 하나, 반드시 조합원 전원의 성명을 제시할 필요는 없고, 상대방이 알 수 있을 정도로 조합을 표시하는 것으로 충분하다고 할 것이다. 그리고 상법 제48조는 … 규정하고 있으므로, 조합대리에 있어서도 그 법률행위가 조합에게 상행위가 되는 경우에는 조합을 위한 것임을 표시하지 않았다고 하더라도 그 법률행위의 효력은 본인인 조합원 전원에게 미친다고 보아야 할 것이다." ☜ 甲이 금전을 출자하면 乙이 골재 현장에서 골재를 생산하여 그 이익금을 50:50으로 나누어 분배하기로 하는 내용의 동업계약에서, 乙은 민법상 조합의 업무집행**조합**원에 해당한다고 볼 수 있고, 乙이 위 골재 현장의 터파기 및 부지 평탄작업에 투입될 중장비 등에 사용할 목적으로 유류를 공급받는 행위는 골재생

위 청구원인사실들로부터 '자기계약'이나 '쌍방대리'[432]임이 드러나는 경우에는 추가적 청구원인사실로 ④ '본인의 허락' 사실이 필요하다(④ 요건의 주장이 없으면 원고의 주장 자체로 이유 없게 된다).[433]

대리행위 상대방(원고)이 본인(피고)을 상대로 대리행위에 기한 이행청구를 함에 대하여, 피고는 민법 제128조[434] 소정의 대리권 소멸(대리권의 원인된 법률관계의 종료 또는 수권행위의 철회 사실) 주장, 배임적 대리(대리인이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 사실+원고의 악의·과실)[435][436] 무효 주장 등으로 항변할 수 있다. 이에 대한 본인(피고)

산업을 영위하는 상인인 甲과 乙을 조합원으로 한 조합이 그 영업을 위하여 하는 행위로서 상법 제47조 제1항에 정한 보조적 상행위에 해당한다고 볼 여지가 충분하므로, 乙이 위 골재현장에 필요한 유류를 공급받으면서 그 상대방에게 조합을 위한 것임을 표시하지 아니하였다 하더라도 상법 제48조에 따라 그 유류공급계약의 효력은 본인인 조합원 전원에게 미친다고 한 사례. ❷ 94다41935; "소외 회사가 피고들과 이 사건 각 분양계약을 체결하면서 원고의 대리인임을 표시하였다고 볼 자료는 없지만, 소외 회사에게 위에서 본 바와 같이 원고를 대리할 권한이 있고, 이 사건 점포의 분양행위는 그 규모, 횟수, 분양기간 등에 비추어 볼 때 상법 제46조 제1호 소정의 부동산의 매매로서 본인인 원고의 상행위가 된다고 할 것이므로, 상법 제48조에 의하여 대리행위의 현명 여부에 불구하고 유효한 대리행위로서 그 효과는 본인인 원고에게 귀속된다."

432) **민법 제124조(자기계약, 쌍방대리)** 대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자쌍방을 대리하지 못한다. 그러나 채무의 이행은 할 수 있다. ☛ 자기계약, 쌍방대리를 금지한 민법 제124조(본인과 대리인 간의 이해의 충돌이 있는 때에도 적용된다)를 위반하여 한 행위는 무권대리행위로서 무효이다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다271070 판결). 친권에 복종하는 미성년자에게 이익만이 있는 경우에는 자기계약이나 쌍방대리가 되는 경우라도 유효하다(81다649). 해산한 법인이 해산 시 잔여재산이 지정한 자에게 귀속한다는 정관 규정에 따라 구체적으로 확정된 잔여재산이전의무의 이행으로서 잔여재산인 토지를 그 귀속권리자에게 이전하는 것은 채무의 이행에 불과하므로 그 귀속권리자의 대표자를 겸하고 있던 해산한 법인의 대표청산인에 의하여 잔여재산 토지에 관한 소유권이전등기가 그 귀속권리자에게 경료되었다고 하더라도 이는 쌍방대리금지 원칙에 반하지 않는다(98두5279). 원고 소송복대리인으로서 변론기일에 출석하여 소송행위를 하였던 변호사가 피고 소송복대리인으로도 출석하여 변론한 경우라도, 당사자가 그에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않았다면 그 소송행위는 소송법상 완전한 효력이 생긴다(94다44903). 원고의 소송대리인이 원고승계참가인의 소송행위를 대리하였다 하여 쌍방대리금지의 원칙에 저촉되지 않는다(90다9520, 9537).

433) '본인의 허락'이 있는지 여부는 이익충돌의 위험을 회피하기 위한 입법 취지에 비추어 쌍방대리행위에 관하여 유효성을 주장하는 자가 주장·증명책임을 부담하고, 이때의 '허락'은 명시된 사전 허락 이외에도 '묵시적 허락' 또는 '사후 추인'의 방식으로도 가능하다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다225580 판결).

434) **민법 제128조(임의대리의 종료)** 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 전조의 경우 외에 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸한다. 법률관계의 종료 전에 본인이 수권행위를 철회한 경우에도 같다.

435) ◎ **배임적 대리행위에 대한 민법 제107조 제1항 단서의 유추적용;** 대리권이나 회사·법인의 대표권 남용에 관하여 민법 제107조(비진의표시) 제1항 단서를 유추적용하여 상대방이 '악의' 또는 '유과실'인 경우 무효로 보는 것이 대다수 판례의 입장이나, 신의칙을 적용하여 상대방이 '악의'인 경우 무효로 보는 견해를 취한 일부 판례(2016다222453)도 있다. ☛ ❶ 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다64669 판결; "진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고 그 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 그 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 대리인의 행위에 대하여 본인은 아무런 책임을 지지 않는다고 보아야 하고" ❷ 2006다43767; "부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인이 그 범위 내에서 한 행위는 설사 상업사용인이 영업주 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 영업주 본인의 행위로서 유효하나, 그 행위의 상대방이 상업사용인의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 행위에 대하여 영업주 본인에 대하여 무효가 되고," ❸ 97다7721; "지배인의 행위가 영업에 관한 것으로서 대리권한 범위 내의 행위라 하더라도 영업주 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 행사한 경우에 그 상대방이 지배인의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 지배인의 행위에 대하여 영업주 본인은 아무런 책임을 지지 않는다"

의 사후적인 추인은 원고의 재항변 사실이 아니라 별개의 예비적 청구원인사실에 해당한다.

상대방이 비현명 대리인(= 피고)을 계약 당사자로 삼아 이행청구를 하는 경우, 위 ①, ② 및 ③의 ⓑ, ⓒ는 항변사실이 된다(민법 제115조 본문의 원칙 규정에 기한 청구와 단서의 예외 규정에 기한 항변).

(2) 대리권의 존부에 관한 증명책임

대리행위로 의사표시를 한 경우 대리권의 존부에 관한 증명책임은 원칙적으로 대리권의 존재를 주장하는 측에게 있다.[437]

---

436) ◎ **자(子)의 재산에 관한 친권자의 대리권 남용**

민법 제920조(자의 재산에 관한 친권자의 대리권) 법정대리인인 친권자는 자의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자를 대리한다. 그러나 그 자의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담할 경우에는 본인의 동의를 얻어야 한다.

☛ ❶ 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다64669 판결; "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 유추적용하여 그 행위의 효과는 子에게는 미치지 않는다고 해석함이 상당하다." ☎ 법정대리인 소외인이 미성년자 원고들을 대리하여 원고들 소유 토지를 피고에게 매각한 **사안**에서, 이는 본인인 원고들의 이익을 무시하고 오로지 법정대리인과 제3자의 이익을 위하여서만 행하여진 대리권 남용 행위로서 계약상대방 피고로서는 매매계약 당시 소외인이 임의로 원고들의 이익이나 의사에 반하여 토지를 매각하려 한다는 베일적인 사정을 알고 있었거나 알 수 있었다고 보아 본인인 원고들에게 매매계약의 효력이 미치지 않는다고 하고 피고 명의 소유권이전등기의 말소를 인용한 사례. ❷ 2008다73731; "친권자가 자를 대리하는 법률행위는 친권자와 자 사이의 이해상반행위에 해당하지 않는 한, 그것을 할 것인가 아닌가는 자를 위하여 친권을 행사하는 친권자가 자를 둘러싼 여러 사정을 고려하여 행할 수 있는 재량에 맡겨진 것으로 보아야 할 것이므로, 이와 같이 친권자가 자를 대리하여 행한 자 소유의 재산에 대한 처분행위에 대해서는 그것이 사실상 자의 이익을 무시하고 친권자 본인 혹은 제3자의 이익을 도모하는 것만을 목적으로 하여 이루어졌다고 하는 등 친권자에게 자를 대리할 권한을 수여한 법의 취지에 현저히 반한다고 인정되는 사정이 존재하지 않는 한 친권자에 의한 대리권의 남용에 해당한다고 쉽게 단정지을 수 없다 할 것이다. … 미성년인 자의 재산에 대한 친권자의 처분행위가 친권의 남용에 해당하는지 여부는 … 처분재산의 상실이라고 하는 객관적·편면적 관점에서만 판단할 것은 아니고, 그 처분을 둘러싼 친권자와 자 사이의 이해상반 여부, 위 처분과 관련한 이해당사자들 사이의 이해관계의 조율 기타 그 처분에 이르기까지의 경위와 관련 이해당사자들의 입장과 의사 등 주관적, 객관적 사정들을 합하여 종합적인 관점에서 예외적으로 친권의 남용에 해당한다고 볼 만한 사정이 적극적으로 입증되어야 할 것" ☎ 망인 명의 토지가 명의신탁된 것이었을 가능성이 있다는 점 등을 고려하여, 친권자(망인의 처)가 미성년자인 딸과 공동상속받은 토지를 망인의 형인 피고에게 증여한 행위가 친권의 남용에 해당하지 않는다고 하여 피고 명의 소유권이전등기의 말소를 배척한 예. ⬌ 반면에, 친권자인 모가 미성년자인 자의 법정대리인으로서 자의 유일한 재산을 아무런 대가도 받지 않고 증여하였고 상대방이 그 사실을 알고 있었던 경우, 그 증여는 친권 남용에 의한 것이므로 그 효과는 자에게 미치지 않는다고 한 예로는 96다43928 판결 참조.

437) ❶ 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다67651 판결; "원고는 피고로부터 처분권을 위임받은 소외 회사와 사이에 이 사건 개발양도계약을 체결하였다고 주장하고 있으므로, 소외 회사에게 적법한 처분권이 있었다는 점은 원고에게 증명할 책임이 있다." ❷ 2008다42195; "인감도장 및 인감증명서는 대리권을 인정할 수 있는 하나의 자료에 지나지 아니하고 이에 의하여 당연히 피고에게 원고를 대리하여 양도담보부 금전소비대차계약을 체결하거나 위 계약에 대한 공정증서 작성을 촉탁할 대리권이 인정되는 것은 아니며, 대리권이 있다는 점에 대한 입증책임은 그 효과를 주장하는 피고에게 있다." ☎ 원고는 피고에게 물건 매도를 위임하면서 인감도장 및 인감증명서를 교부하였는데, 피고가 이를 이용하여 채권자(피고) 본인 겸 채무자(원고)의 대리인으로서 양도담보부 금전소비대차계약 공정증서의 작성을 촉탁하였으므로, 공정증서가 원고를 대리할 권한이 없는 피고의 촉탁에 의하여 작성된 것으로서 무효라고 주장하고, 피고는 원고가 대출금을 변제하지 못함으로 인하여 피고가 입은 손해의 보전 등을 위하여 피고에게 인감도장 및 인감증명서를 교부하면서 권한을 위임하여 공정증서의 작성을 촉탁하게 하였으므로, 공정증서가 유효하다고 주장한 **사안**에서, **원심**이, 공정증서가 원고를 대리할 적법한 권한이 없는 피고의

법률행위의 체결·성립 여부에 관한 최종적인 결정권한이 본인에게 유보되어 있다는 사정이, 대리와 사자(본인이 완성해 둔 의사표시의 단순한 전달자)를 구별하는 결정적 기준·징표가 될 수는 없고, 상대방의 합리적 시각을 중심으로 살펴보아야 한다.[438]

임의대리권은 그것을 수여하는 본인의 행위, 즉 수권행위[439]에 의하여 발생하는 것이므로 어느 행위가 대리권 범위 내의 행위인지 여부는 개별적인 수권행위의 내용이나 그 해석에 의하여 판단하여야 한다.[440]

촉탁에 의하여 작성되었다고 인정할 증거가 없다는 이유로 원고의 청구이의 청구를 기각한 데 대하여, **대법원**은, 원심판결에 입증책임을 전도한 위법이 있다고 한 예.

438) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다225580 판결: "본인에게 효력이 발생할 의사표시의 내용을 스스로 결정하여 상대방과의 관계에서 자신의 이름으로 법률행위를 하는 대리인과 달리 '**사자**'는 본인이 완성해 둔 의사표시의 단순한 전달자에 불과하지만, 대리인도 본인의 지시에 따라 행위를 하여야 하는 이상(민법 제116조 제2항), 법률행위의 체결 및 성립 여부에 관한 최종적인 결정권한이 본인에게 유보되어 있다는 사정이 대리와 사자를 구별하는 결정적 기준이나 징표가 될 수는 없다. 그 구별은 의사표시 해석과 관련된 문제로서, 상대방의 합리적 시각, 즉 본인을 대신하여 행위하는 자가 상대방과의 외부적 관계에서 어떠한 모습으로 보이는지 여부를 중심으로 살펴보아야 하고, 이러한 사정과 더불어 행위자가 지칭한 자격·지위·역할에 관한 표시 내용, 행위자의 구체적 역할, 행위자에게 일정한 범위의 권한이나 재량이 부여되었는지 여부, 행위자가 그 역할을 수행함에 필요한 전문적인 지식이나 자격의 필요 여부, 행위자에게 지급할 보수나 비용의 규모 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다. … 변호사가 각종 권리의무의 발생과 법적 책임 등 복잡한 법률관계가 수반되는 당사자 사이의 계약의 체결을 위한 일련의 교섭 과정에 어느 일방을 위한 자문의 역할로 개입한 경우, 그 행위가 대리에 해당하는지 혹은 단순한 사자에 불과한지 다투어지는 경우에도 마찬가지이다."

439) 대리권을 수여하는 수권행위는 불요식의 행위로서 명시적인 의사표시에 의함이 없이 묵시적인 의사표시에 의하여 할 수도 있으며, 어떤 사람이 대리인의 외양을 가지고 행위하는 것을 본인이 알면서도 이의를 하지 아니하고 방임하는 등 사실상의 용태에 의하여 대리권의 수여가 추단되는 경우도 있다(대법원 2016. 5. 26. 선고 2016다203315 판결).

440) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다81019 판결: "임의대리에 있어서 대리권의 범위는 수권행위(대리권수여행위)에 의하여 정하여지는 것이므로 어느 행위가 대리권의 범위 내의 행위인지의 여부는 개별적인 수권행위의 내용이나 그 해석에 의하여 판단할 것이나, 일반적으로 말하면 수권행위의 통상의 내용으로서의 임의대리권은 그 권한에 부수하여 필요한 한도에서 상대방의 의사표시를 수령하는 이른바 수령대리권을 포함하는 것으로 보아야 한다. … 어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여받은 대리인이 수권된 법률행위를 하게 되면 그것으로 대리권의 원인된 법률관계는 원칙적으로 목적을 달성하여 종료하는 것이고, 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸하는 것이므로(민법 제128조), 그 계약을 대리하여 체결하였던 대리인이 체결된 계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다. 한편 아파트 등 건물의 분양업무에 관한 대리권을 수여받은 자의 업무가 개별적인 분양계약의 체결에 그치는 것이 아니라, 사정에 따라 그 일부 분양의 취소 내지 해제와 이에 따른 보완적인 재분양 계약의 체결 등 거래행위를 순차적, 계속적으로 수행하는 것을 필요로 하고 분양계약에 달리 정함이 없는 경우에는, 일반 거래상대방의 보호를 위하여는 이러한 모든 행위가 일률적으로 그 업무범위 내에 속한다고 보아야지, 그중에서 분양계약의 취소, 해제만을 따로 떼어 그 업무는 본인이 이를 직접 수행하든지 분양업무를 맡은 대리인에게 별도의 특별수권을 하여야 한다고 새겨서는 안 될 것이다." ☛ ❶ 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 권한도 있다고 보아야 한다(93다39379). ❷ 매매계약의 체결과 이행에 관하여 포괄적으로 대리권을 수여받은 대리인은 약정된 매매대금 지급기일을 연기하여 줄 권한도 가진다고 보아야 하므로, 그 연기에 관한 대리권을 가지고 있지 않았다는 점에 관한 증명책임은 본인에게 있다(91다43107). ❸ 수급인이 도급인으로부터 공사대금의 지급에 갈음하여 건물 소유권을 이전받기로 하면서 분양권을 위임받아 건물을 타에 매도하여 그 매매대금으로 공사대금에 충당하기로 약정하였다면 수급인은 도급인의 대리인으로서 건물을 분양할 수 있는 지위를 가지고 있다(2007다14759). ❹ 사업자등록 명의와 통장을 빌려준 등의 사정이 있다 하여 당연히 거액의 차용행위까지 할 수 있는 포괄적인 대리권을 수여한 것으로 볼 수는 없다(2009다7779). ❺ 구분소유자의 관리단집회 의결권의 위임이나 대리권 수여가 반드시 개별적·구체적으로 이루어져야만 한다고 볼 근거가 없으므로, 구분소유자나 수분양자가 임차인 등에게 사전적·포괄적으로 의결권을 위임할 수도 있다(2011다79258). 주주는 의결권 행사를 포괄적으로 위임

어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여받은 대리인이 그 계약을 대리하여 체결하였다 하여, 계약의 해제, 타인 채무의 인수, 면책 등의 처분 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다.[441]

대리로 공정증서 작성이 촉탁된 경우 공정증서 정본의 공증인 직접 작성 부분의 진정성립은 추정되나, 그에 의하여 인정할 수 있는 사실은 대리인으로서 공정증서의 촉탁을 하였다는 것일 뿐이고, 대리 촉탁자에게 적법한 대리권이 있다는 점까지 당연히 인정되는 것은 아니다.[442] 채권자가 채무자의 대리인으로서 채무 금액이나 이율, 변제기 등 일부 백지상태의 위임장을 보충하여 금전소비대차계약 공정증서의 작성을 촉탁한 경우, 위임장의 백지보충된 부분이 정당한 보충권한에 의하여 기재된 것이라는 점을 채권자가 별도로 증명하여야 한다.[443]

위임에 의한 소송대리인이 가지는 대리권의 범위에는, 특별수권을 필요로 하는 사항을 제외한 소송수행에 필요한 일체의 소송행위를 할 권한뿐만 아니라, 소송목적인 채권의 변제를 채무자로부터 수령하는 권한을 비롯하여[444] 위임을 받은 사건에 관한 실체법상

할 수 있고 그 대리인은 재위임할 수도 있다(2013다56839).

441) ❶ 통상적으로 본인을 위하여 금융기관과 사이에 대출거래약정과 그에 관한 담보권설정계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 그 대출금을 수령할 권한도 있다고 볼 수 있으나, 그렇다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 대리권을 수여받은 대출거래약정 및 담보권설정계약을 넘어서서 타인의 채무를 인수하도록 하는 약정까지 체결할 수 있는 대리권을 수여받은 것으로 볼 수는 없다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다63878 판결). ❷ 대리인에게 물품공급계약의 체결 및 그로 인한 대금의 수금에 관한 권한이 주어져 있다고 하여 채무자의 채무를 제3자가 면책적으로 인수하도록 함으로써 채무자로 하여금 면책시키는 약정을 할 수 있는 권한까지 주어진 것이라고 볼 수는 없다(94다45029). ❸ 예금계약의 체결을 위임받은 자가 가지는 대리권에 당연히 그 예금을 담보로 대출을 받거나 이를 처분할 수 있는 대리권이 포함되어 있는 것은 아니다(2000다38992). ❹ 매수명의자를 대리하여 매매계약을 체결하였다 하여 곧바로 그 제3자가 매수인을 대리하여 매매계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수 없다(96다51271). 통상 대부중개업자가 전주를 위하여 금전소비대차계약과 그 담보를 위한 담보권설정계약을 체결할 대리권을 수여받은 것으로 인정되는 경우라 하더라도 특별한 사정이 없는 한 일단 금전소비대차계약과 그 담보를 위한 담보권설정계약이 체결된 후에 이를 해제할 권한까지 당연히 가지고 있다고 볼 수는 없다(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다243430 판결). ❺ 채권자가 채무자를 대리하여 부동산에 관한 매매 등의 처분행위를 할 수 있는 권한을 위임받은 경우, 채권의 회수를 위하여 선량한 관리자로서의 주의를 다하여 채무자가 직접 부동산을 처분하는 것과 같이 널리 원매자를 물색하여 부동산을 매매 등의 방법으로 적정한 시기에 매도한 다음 그 대가로 자신의 채권에 충당하고 나머지가 있으면 채무자에게 이를 정산할 의무가 있는 것이지, 자신의 개인적인 채무를 변제하기 위하여 다른 채권자와 임의로 부동산의 가치를 협의, 평가하여 그 가액 상당의 채무에 대한 대물변제로 양도할 권한이 있는 것은 아니다(97다22720).

442) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다65331 판결.

443) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011다100923 판결: "타인에게 권한을 위임하거나 대리권을 수여하는 내용의 위임장 등이 작성된 경우 그에 의하여 위임한 행위의 내용 및 권한의 범위는 위임장 등 문언의 내용뿐 아니라 그 작성 목적과 작성 경위 등을 두루 살펴, 신중하게 판단하여야 한다. 특히 위임장 등에 기재된 내용 중 일부가 백지인 상태로 교부된 후 수임인이 그 위임사항의 내용을 보충하여 기재한 경우라면 그것이 정당하게 위임받은 권한에 의하여 보충된 것이라는 점 역시 수임인이 증명할 책임이 있다. 따라서 채권자가 본인 겸 채무자의 대리인으로서 금전소비대차계약 공정증서의 작성을 촉탁할 경우 그 촉탁에 관하여 대리권을 수여하는 위임장을 교부한 사실이 있다는 것만으로, 그 위임장에 기재된 채무의 금액이나 이율, 변제기 등에 대하여 사전에 그 내용대로 합의한 사실이 있다거나 채권자가 보충할 권한을 위임받았다고 쉽게 인정할 것은 아니고, 특히 백지보충된 부분이 정당한 보충권한에 의하여 기재된 것이라는 점은 채권자가 별도로 증명하여야 한다."

사법행위를 하는 권한도 포함된다.[445]

민법상 법인이나 비법인사단의 대표자는 그 업무를 포괄적으로 위임할 수 없다.[446] 공동대표이사의 1인이 그 대표권의 행사를 다른 공동대표이사에게 일반적, 포괄적으로 위임하는 것도 허용되지 않는다.[447] 친권자와 그 자 간 또는 수인의 자 간의 이해상반행위에 대한 특별대리인(민법 제921조)의 권한도 '특정'의 법률행위에 한정된다.[448]

등기에 제3자가 개입된 경우 등기절차의 적법 추정력 때문에 제3자의 대리권의 존재가 법률상 추정되고, 그 등기가 원인무효임을 이유로 말소를 청구하는 쪽에서 제3자에게 대리권이 없었다든가, 또는 제3자가 등기서류를 위조하였다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다.[449]

---

444) **민사소송법 제90조(소송대리권의 범위)** ① 소송대리인은 위임을 받은 사건에 대하여 반소·참가·강제집행·가압류·가처분에 관한 소송행위 등 일체의 소송행위와 변제의 영수를 할 수 있다.

445) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다32585 판결: 원고가 피고들을 상대로 임대차계약의 종료에 따른 점포의 인도 및 연체차임 또는 차임 상당 부당이득의 지급 등을 함께 구하는 소를 제기하였다가, 제1심 소송 계속 중에 피고들이 2014. 6. 23. 원고 소송대리인에게 건물의 출입 열쇠를 우편으로 발송하여, 원고가 2014. 7. 1.경 원고 소송대리인으로부터 위 열쇠를 수령함으로써 점포를 인도받았다는 이유로 점포의 인도청구 부분은 기각되었고, 이에 원고가 항소를 제기한 다음 원심에서 위 인도청구 부분의 소를 취하한 사실관계하에서, '소송대리권이 제한되지 아니하는 변호사인 원고 소송대리인으로서는 그 위임받은 위 사건에 대하여 소송목적인 채권의 급부를 수령할 수 있으므로, 원고 소송대리인이 피고들로부터 건물의 출입 열쇠를 수령하였다면 이는 그의 대리권 범위 내에서 소송목적에 관한 급부를 수령한 것으로서, 이로써 원고가 위 열쇠를 수령하여 점포를 인도받았다고 할 수 있다'고 하여, 이와 달리 원심이, 원고 소송대리인이 위 열쇠를 수령한 시기를 밝히지 아니한 채 원고가 위 열쇠를 소송대리인으로부터 넘겨받은 2014. 7. 1.경에 점포를 인도받았다는 잘못된 전제에서, 피고들이 그때까지 점포를 점유하였다고 보고 불법점유기간 및 차임 상당 손해배상액을 산정한 것은 위법이라고 한 예.

446) **민법 제62조(이사의 대리인 선임)** 이사는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있다. ☛ 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법 규정 가운데 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용하여야 할 것인데, 민법 제62조의 규정에 비추어 보면 비법인사단의 대표자는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있을 뿐 비법인사단의 제반 업무처리를 포괄적으로 위임할 수는 없으므로 비법인사단 대표자가 행한 타인에 대한 업무의 포괄적 위임과 그에 따른 포괄적 수임인의 대행행위는 민법 제62조의 규정에 위반된 것이어서 비법인사단에 대하여 그 효력이 미치지 않는다(2008다15438).

447) 공동대표제도를 인정한 것은 대외관계에서 수인의 대표이사가 공동으로만 대표권을 행사할 수 있게 하여 업무집행의 통일성을 확보하고, 대표권 행사의 신중을 기함과 아울러 대표이사 상호간의 견제에 의하여 대표권의 남용 내지는 오용을 방지하여 회사의 이익을 도모하려는데 그 취지가 있기 때문이다(89다카3677). 공동지배인의 경우도 같다.

448) **민법 제921조의 특별대리인** 제도는 친권자와 그 친권에 복종하는 자 사이 또는 친권에 복종하는 자들 사이에 서로 이해가 충돌하는 경우에는 친권자에게 친권의 공정한 행사를 기대하기 어려우므로, 친권자의 대리권 및 동의권을 제한하여 법원이 선임한 특별대리인으로 하여금 이들 권리를 행사하게 함으로써 친권의 남용을 방지하고 미성년인 자의 이익을 보호하려는 데 그 취지가 있으므로, 특별대리인은 이해가 상반되는 특정의 법률행위에 관하여 개별적으로 선임되어야 한다. 따라서 특별대리인선임신청서에는 선임되는 특별대리인이 처리할 법률행위를 특정하여 적시하여야 하고, 법원도 그 선임 심판 시에 특별대리인이 처리할 법률행위를 특정하여 이를 심판의 주문에 표시하는 것이 원칙이며, 특별대리인에게 미성년자가 하여야 할 법률행위를 무엇이든지 처리할 수 있도록 포괄적으로 권한을 수여하는 심판을 할 수는 없다. 법원이 그 주문에 특별대리인이 처리할 법률행위를 적시하지 아니한 채 단지 특정인을 미성년자를 위한 특별대리인으로 선임한다는 내용만 기재한 경우에도, 그 특별대리인의 권한은 선임신청서에서 신청의 원인으로 적시한 특정의 법률행위에 한정되고 그 밖의 다른 법률행위에 대하여는 권한이 없다(96다1139).

449) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결: "소유권이전등기가 전 등기명의인의 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 처분행위에 개입된 경우 현 등기명의인이 그 제3자가 전 등기명의인의 대리인이라고

본인이 복대리금지의 의사를 명시하지 않는 한 '복대리인의 선임'에 관하여 묵시적인 승낙이 있는 것으로 보는 것이 타당하다.[450]

나) 표현대리

(1) 주장책임

유권대리에 관한 주장 가운데 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없으므로, 따로 표현대리에 관한 주장이 없는 한 법원은 나아가 표현대리의 성립 여부를 심리 판단할 필요가 없다.[451] 당사자가 표현대리를 주장함에는 무권대리인과 표현대리에 해당하는 무권대리행위를 특정하여 주장하여야 하고, 당사자의 표현대리 항변은 그 항변에 의하여 특정된 무권대리인의 행위에만 미치고 그 밖의 무권대리인이나 무권대리행위에는 미치지 아니한다.[452]

(2) 민법 제125조 표현대리

민법 제125조[453] 표현대리(대리권 수여의 표시에 의한 표현대리)에 기한 표현대리 상

주장하더라도 현 소유명의인의 등기가 적법히 이루어진 것으로 추정되므로, 그 등기가 원인무효임을 이유로 그 말소를 청구하는 전 소유명의인으로서는 반대사실, 즉 그 제3자에게 전 소유명의인을 대리할 권한이 없었다든가 또는 제3자가 전 소유명의인의 등기서류를 위조하는 등 등기절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 의심할 만한 사정이 있다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다." ☛ 근저당권설정등기의 경우도 동일하다(93다18914). 친권자의 채무를 담보하기 위하여 미성년자 소유의 부동산에 관하여 특별대리인에 의해 타인 명의로 근저당권설정등기가 경료된 경우에도, 그 근저당권설정등기의 무효를 주장하는 자가 특별대리인이 권한 없이 그 등기를 경료한 것이라는 점을 증명하여야 한다(96다1139).

450) 임의대리인의 복임권에 관하여, 민법 제120조는 "대리권이 법률행위에 의하여 부여된 경우에는 대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다."라고 규정하고 있는데, 판례(2005다22701,22718)는, "대리의 목적인 법률행위의 성질상 대리인 자신에 의한 처리가 필요하지 아니한 경우에는 본인이 복대리금지의 의사를 명시하지 아니하는 한 복대리인의 선임에 관하여 묵시적인 승낙이 있는 것으로 보는 것이 타당하므로, 외국인 주주로부터 의결권 행사를 위임받은 상임대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 의결권 행사의 취지에 따라 제3자에게 그 의결권의 대리행사를 재위임할 수 있다."고 한다.

451) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결; "변론에서 당사자가 주장한 주요사실만이 심판의 대상이 되는 것으로서 여기에서 주요사실이라 함은 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실을 말하는 것인바, 대리권에 기한 대리의 경우나 표현대리의 경우나 모두 제3자가 행한 대리행위의 효과가 본인에게 귀속된다는 점에서는 차이가 없으나 유권대리에 있어서는 본인이 대리인에게 수여한 대리권의 효력에 의하여 위와 같은 법률효과가 발생하는 반면 표현대리에 있어서는 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전 유지를 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 서로 다르다고 볼 수 밖에 없다. 그러므로 유권대리에 관한 주장 가운데 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없으며, 따로이 표현대리에 관한 주장이 없는 한 법원은 나아가 표현대리의 성립 여부를 심리판단할 필요가 없다고 할 것이다." ☛ 유권대리의 법률행위에 기한 청구권과 표현대리책임에 따른 청구권은 별개의 실체법상 권리로 보아야 하므로(구소송물이론), 원고 주장과 다른 실체법상 권리에 기하여 판결하는 것은 처분권주의 측면에서 허용되지 아니한다.

452) 대법원 1984. 7. 24. 선고 83다카1819 판결.

453) **민법 제125조(대리권 수여의 표시에 의한 표현대리)** 제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위 내에서 행한 그 타인과 그 제3자간의 법률행위에 대하여 책임이 있다. 그러나 제3자가 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다.

대방의 본인에 대한 이행청구의 청구원인 요건사실은, ① '본인이 표현대리인에게 (임의) 대리권을 수여함을 상대방에게 표시한 사실(= 대리권 수여의 표시)',[454] ② '표현대리인이 본인을 위한 것임을 표시하고 위 대리권의 범위 내에서 상대방과 법률행위를 한 사실(= 대리행위)'[455]이다.

민법 제125조 단서의 주장·증명책임에 관하여는, 표현대리의 책임을 면하려는 '본인'이 상대방의 '악의 또는 유과실'에 대한 주장·증명책임을 진다는 데에 학설이 일치되어 있으므로,[456] 이는 본인의 항변사실에 해당한다.

실제 소송에서 상대방(원고)이 본인(피고)에게 이행청구를 하는 경우라면, 원고로서는 통상 먼저 '유권대리'에 기하여 청구할 것이므로 위 ①, ② 사실은 원고의 '유권대리'청구원인사실 속에 이미 주장·증명되어 드러나 있는 경우가 많을 것이다.

(3) 민법 제126조 표현대리

민법 제126조[457] 표현대리(권한을 넘은 표현대리)에 기한, 표현대리 상대방[458]의 본인에 대한 이행청구의 청구원인 요건사실은, ① '대리인에게 일정한 범위의 기본대리권(법정대리권 포함)이 있는 사실(= 기본대리권의 발생원인 사실)',[459] ② '대리인이 기본대리권을

---

454) ◎ **대리권 수여의 표시**
○ 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다23425 판결; "민법 제125조가 규정하는 대리권 수여의 표시에 의한 표현대리는 본인과 대리행위를 한 자 사이의 기본적인 법률관계의 성질이나 그 효력의 유무와는 관계없이 어떤 자가 본인을 대리하여 제3자와 법률행위를 함에 있어 본인이 그 자에게 대리권을 수여하였다는 표시를 제3자에게 한 경우에 성립하는 것인바, … 피고가 '소외 1에게 이 사건 계약 체결에 관한 대리권을 수여하였다.'는 표시를 원고에게 하였다고 인정할 증거를 찾을 수 없으므로, 소외 1의 이 사건 계약체결행위가 민법 제125조의 표현대리에 해당한다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다."
○ 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다31264 판결; "서류를 교부하는 방법으로 대리권 수여의 표시가 있었다고 하기 위하여는 본인을 대리한다고 하는 자가 제출하거나 소지하고 있는 서류의 내용과 그러한 서류가 작성되어 교부된 경위나 형태 및 대리행위라고 주장하는 행위의 종류와 성질 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다." ☜ 피고가 매도인란에 피고 무인이 찍혀져 있는 매매계약서 용지를 소외인에게 교부함으로써 대리권 수여를 표시하였으므로 그의 매매계약 체결에 표현대리 책임이 있다는 원고의 주장을 배척한 예.
○ 대법원 1998. 6. 12. 선고 97다53762 판결; "본인에 의한 대리권 수여의 표시는 반드시 대리권 또는 대리인이라는 말을 사용하여야 하는 것이 아니라 사회통념상 대리권을 추단할 수 있는 직함이나 명칭 등의 사용을 승낙 또는 묵인한 경우에도 대리권 수여의 표시가 있은 것으로 볼 수가 있다."

455) 85다카1268; "최OO가 계약당사자도 아닌 원고를 대리하여 위 변OO과 근저당권설정계약을 체결하고 그 설정등기를 한 것이라고 할 수는 없을 것이므로 위 최OO가 원고를 대리하여 법률행위를 하였음을 전제로 하는 표현대리이론은 여기에 적용할 여지가 없을 것이다."

456) 민법주해 총칙 (3), 1992, 134면(차한성 집필); 주석민법 총칙 (3), 2001, 143면(지원림 집필).

457) **민법 제126조(권한을 넘은 표현대리)** 대리인이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우에 제3자가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에는 본인은 그 행위에 대하여 책임이 있다.

458) 96다21751; "표현대리에 관한 민법 제126조의 규정에서 제3자라 함은 당해 표현대리행위의 직접 상대방이 된 자만을 지칭하는 것이고, 이는 위 규정을 표현대리에 의한 어음·수표행위의 효력에 적용 또는 유추적용할 경우에 있어서도 마찬가지로 해석함이 상당하다."

459) ❶ 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다23425 판결; "민법 제126조의 권한을 넘은 표현대리가 성립하려면, 대리인이라 칭하는 자에게 기본대리권이 있어야 하고 상대방에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있어야 할 것" ☜ 소외 1은 피고 강남지사의 영업팀에서 과장으로 불리며 근무하던 3급 사원으로서, 피고의 거래처를 정기적으

넘어 본인을 위한 것임을 표시하고[460] 상대방과 법률행위를 한 사실(= 권한 유월의 대리행

로 방문하여 거래처의 새로운 통신수요를 파악하고 이에 맞는 통신서비스를 제안하여, 그에 따라 거래처가 새로운 통신서비스의 제공을 원하는 경우 이에 관한 사항을 사업추진보고서로 작성하여 팀장인 소외 2에게 보고하는 업무를 담당하였을 뿐, 스스로 피고를 대리하여 영업과 관련된 계약을 체결할 권한을 가지지는 않았던 점을 알 수 있으므로, 소외 1에게 피고를 대리할 기본대리권이 있었다고 할 수 없다고 한 예. ❷ 97다48982; '대리인이 사자 내지 임의로 선임한 복대리인을 통하여 권한 외의 법률행위를 한 경우, 상대방이 그 행위자를 대리권을 가진 대리인으로 믿었고 또한 그렇게 믿는 데에 정당한 이유가 있는 때에는, 복대리인 선임권이 없는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 권한도 기본대리권이 될 수 있을 뿐만 아니라, 그 행위자가 사자라고 하더라도 대리행위의 주체가 되는 대리인이 별도로 있고 그들에게 본인으로부터 기본대리권이 수여된 이상, 민법 제126조를 적용함에 있어서 기본대리권의 흠결 문제는 생기지 않는다.' ❸ 97다3828; "권한을 넘는 표현대리 규정은 거래의 안전을 도모하여 거래상대방의 이익을 보호하려는 데에 있으므로 법정대리라고 하여 임의대리와는 달리 그 적용이 없다고 할 수 없고, 따라서 한정치산자의 후견인이 친족회의 동의를 얻지 않고 피후견인의 부동산을 처분하는 행위를 한 경우에도 상대방이 친족회의 동의가 있다고 믿은 데에 정당한 사유가 있는 때에는 본인인 한정치산자에게 그 효력이 미친다." ❹ 91다32190; "민법 제126조의 표현대리가 성립하기 위하여는 무권대리인에게 법률행위에 관한 기본대리권이 있어야 하는바, … 피고 회사로부터 위임받은 고객의 유치, 투자상담 및 권유, 위탁매매약정 실적의 제고 등의 업무는 사실행위에 불과하다고 할 것이므로 … 기본적 대리권이 없음을 이유로 권한초과의 표현대리 성립을 부인하였음은 정당하고"

460) ◎ **대리인이 본인인 것처럼 행위한 경우**

❶ 대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다49814 판결; "민법 제126조의 표현대리는 대리인이 본인을 위한다는 의사를 명시 혹은 묵시적으로 표시하거나 대리의사를 가지고 권한 외의 행위를 하는 경우에 성립하고, 사술을 써서 위와 같은 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 법조 소정의 표현대리는 성립될 수 없는 것이다." ☜ 피고의 처였던 소외 1이 남편인 피고 몰래 소외 2와 공모하여 피고 주민등록증의 사진을 떼어내고 소외 2의 사진을 붙인 다음 그 주민등록증 사본을 원고 은행 직원에게 제출하는 방법으로 소외 2가 피고인 것처럼 가장하여 차용금증서 등에 피고의 인장을 날인함으로써 위조하고, 피고 소유 부동산을 담보로 대출받은 사안에서, '소외 1은 대출 이전에 피고로부터 일정한 기본대리권을 수여받았거나 피고의 처로서 일상 가사대리권이 있었는데, 다만, 자신이 직접 피고의 대리인으로서 원고로부터 대출을 받은 것이 아니라, 소외 2로 하여금 피고 본인인 것처럼 행세하도록 하여 원고를 속이고 대출을 받았는바, 원고로서는 소외 2가 피고 본인인 것으로 믿었고 그 믿은 데에 정당한 이유가 있으므로, 피고는 대출에 대하여 민법 제126조 소정의 표현대리책임이 있다'는 **원고의 주장**에 대하여, **원심**이, '사술을 써서 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 상대방을 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 하는 경우에는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 민법 제126조 소정의 표현대리의 법리를 유추적용할 수 있다'고 할 것인데, 여기서 '특별한 사정'이란 '본인을 모용한 사람에게 본인을 대리할 기본대리권이 있었고, 상대방으로서는 모용자가 본인 자신으로서 본인의 권한을 행사하는 것으로 믿는 데 정당한 사유가 있었던 사정'을 의미한다고 전제한 후, 피고를 모용한 소외 2가 피고를 대리할 어떠한 기본대리권이 있다는 점에 관하여 아무런 주장·입증이 없다고 판단하여 원고의 위 주장을 배척한 데 대하여, **대법원도**, 원심의 판단이 옳다고 수긍하고, '소외 1과 소외 2의 행위를 종체적으로 하나로 보아 표현대리의 법리를 유추적용하여야 한다'는 **주장**은 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다고 한 예. ❷ 92다52436; "본인으로부터 아파트에 관한 임대 등 일체의 관리권한을 위임받아 본인으로 가장하여 아파트를 임대한 바 있는 대리인이 다시 자신을 본인으로 가장하여 임차인에게 아파트를 매도하는 법률행위를 한 경우에는 권한을 넘은 표현대리의 법리를 유추적용하여 본인에 대하여 그 행위의 효력이 미친다고 볼 수 있다." ❸ 77다1669; "대리인을 본인 자신으로 잘못 믿은 것이 일반거래관념에비추어 당시의 구체적 상황에서는 무리도 아니었다고 할 수 있는 경우에 본인 자신의 행위로 믿었던 선의의 상대방을 위해서 본인 자신으로 자처한 대리인의 행위에 대하여 본인의 책임을 인정함이 상당하다고 할 것이고 이는 거래에 있어서의 선의의 제3자를 보호하기 위하여 대리권한이 없는 행위에 대하여도 일정한 한도에서 본인에게 책임을 인정한 표현대리제도의 취지에 비추어 의당 시인되어야 할 것이므로(선의의 제3자를 보호함에 있어서 양자 간에 차이를 인정할 수 없으므로, 표현대리에 관한 제도를 이에 유추적용하는 것이 부당하다고 하여야 할 이유가 없다) 원심이 소외 이OO가 원고 자신임을 가장하고, 원고 자신으로서 한 행위에 대하여 표현대리에 관한 규정에 따라 본인인 원고에게 그 책임을 인정한 조치는 능히 시인될 수 있으므로,"

◎ **대리인이 당사자인 경우**

❶ 99다67598; 종중으로부터 임야의 매각과 관련한 권한을 부여받은 甲이 임야의 일부를 실질적으로 자기가 매수하여 그 처분권한이 있다고 하면서 乙로부터 금원을 차용하고 그 담보를 위하여 위 임야에 대하여 양도담보계약을 체결한 경우, 이는 종중을 위한 대리행위가 아니어서 그 효력이 종중에게 미치지 아니하고, 민법 제126

위)', ③ '상대방이 대리인에게 기본대리권을 넘은 법률행위를 할 권한이 있다고 믿을만한 정당한 사유가 있는 사실(= 정당한 사유의 존재 = 상대방의 선의·무과실)'이다.

본인의 과실은 요건사실이 아니므로, 본인이 무과실이라 하더라도 표현대리책임을 면하지 못한다.

실제 소송에서 상대방(원고)이 본인(피고)에게 이행청구를 하는 경우라면, 원고로서는 통상 먼저 '유권대리'에 기하여 청구할 것이므로 위 ①, ② 사실은 원고의 '유권대리' 청구원인 판단 과정에서 이미 주장·증명되어 드러나 있는 경우가 많을 것이다.

'정당한 이유'의 주장·증명책임에 관하여는, '상대방'이 정당한 이유 또는 자신의 선의·무과실에 대한 주장·증명책임을 진다는 견해[461]와 '본인'이 상대방의 악의 또는 유과실의 주장·증명책임을 진다는 견해[462]로 대별된다. 입법자가 세 가지의 표현대리 간에 상대방 보호의 필요성 측면에서 의도적으로 차이를 두고 제각각의 규정 형식을 정했다고 보아야 하고 그러한 입법자의 명시적인 객관적 의사를 해석으로 무시할 것은 아니므로, 전자의 견해가 옳다. 판례도 전자의 입장으로 볼 수 있다.[463]

정당한 이유의 존부[464] [465]는 자칭 대리인의 '대리행위 당시'에 존재하는 모든 사정을

조의 표현대리의 법리가 적용될 수도 없다고 한 사례. ❷ 92다33329; 소외인이 원고의 대리인으로서 매매계약을 체결하였다면 표현대리 문제가 나올는지 몰라도, 원고로부터 매수한 자기 소유라 하여 피고에게 매도한 이상, 그 매매계약의 당사자는 소외인이고 원고는 그 당사자가 아니므로, 표현대리 이론을 적용할 수는 없다고 한 사례. ❸ 91다3208; 乙이 甲으로부터 부동산에 관한 담보권설정의 대리권만 수여받고도 그 부동산에 관하여 자기 앞으로 소유권이전등기를 하고 이어서 丙에게 그 소유권이전등기를 경료한 경우, 丙은 乙을 甲의 대리인으로 믿고서 위 등기의 원인행위를 한 것도 아니고, 甲도 乙 명의의 소유권이전등기가 경료된 데 대하여 이를 통정·용인하였거나 이를 알면서 방치하였다고 볼 수 없다면 이에 민법 제126조나 제108조 제2항을 유추할 수는 없다고 한 사례.

461) 주석민법 총칙 (3), 2001, 189면(지원림 집필). 민법 제125조 또는 민법 제129조와 구별되는 본조의 규정 형식 및 본조의 표현대리에 있어서 상대방 보호의 필요성이 다른 유형의 표현대리에 비하여 낮다는 점을 근거로 한다.

462) 민법주해 총칙 (3), 1992, 160면(차한성 집필). 본조가 다른 표현대리에 비하여 상대방 보호의 필요성을 달리할 이유는 없다고 보이므로 표현대리 전반과 통일적으로 고려하여야 함을 근거로 한다.

463) "소외인이 소외회사에 대한 대출관련업무를 취급하고 있었다는 사유만으로 … 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있다고 할 수 없다 하여 원고의 표현대리 주장을 배척하고 있는바, … 표현대리와 입증책임에 관한 법리오해의 잘못이 없으므로"(88다카28228), "민법 제126조의 권한을 넘은 표현대리가 성립하려면, 대리인이라 칭하는 자에게 기본대리권이 있어야 하고 상대방에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있어야 할 것"(2007다23425), "권한을 넘은 표현대리에 있어서 본인에게 대리인이 한 책임을 지우게 하려면 제3자인 상대편이 선의였다는 점과 아울러 그가 대리인에게 대리할 권한이 있다고 믿을만한 정당한 이유가 있었다는 점만을 판정하면 되는 것이지 그 상대편인 제3자가 무과실이었다는 점은 판단할 필요가 없다 할 것이다. 왜냐하면 제3자의 선의와 제3자가 대리인에게 그 권한이 있다고 믿을만한 정당한 이유가 있다 함은 한편으로 제3자에게 과실이 없었다는 것까지도 나타내는 것이기 때문이다."(63다428)등의 판시 참조.

464) ◎ **정당한 이유의 '긍정례'**

❶ 부동산 매도를 위임받은 대리인이 자신의 채무 지급을 담보하기 위하여 양도담보계약을 체결한 사안에서, 대리인이 소유권이전등기에 필요한 서류와 인감도장을 모두 교부받아 이를 상대방에게 제시하며 부동산을 처분할 대리권이 있음을 표명하였다면 상대방으로서는 대리권이 있다고 믿는 데에 정당한 이유가 있었다고 볼 수 있고, 더 나아가 본인에 대해 직접 대리권 수여 여부를 확인해보아야만 하는 것은 아니라고 한 예(2009다46828). ❷ 무권대리인이 제출한 본인의 인감증명서가 본인이 발급받은 것이고 그 용도란에 "보증보험연대보증용"이라는 문구가 기재되어 있는 등 보증보험약정서상의 연대보증인이 되겠다는 의사가 객관적으로 표명된 연대

객관적으로 관찰하여 판단하여야 한다.[466]

과거에 가졌던 대리권이 소멸되어 민법 제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에는 민법 제126조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다(민법 제129조와 제126조의 복합 적용).[467] 마찬가지로 민법 제125조와 제126조의 복합 적용에 의한 표현대리의 성립도 가능하다.

보증인의 인감증명서가 제출된 경우에는, 연대보증계약 체결에 앞서 보증인에게 직접 보증의사를 확인할 것을 요구하지 않는다고 한 예(2002다2478). ❸ 보증보험약정서상의 연대보증인으로 입보한다는 의사가 객관적으로 표명된 인감증명서가 제출되어 있고, 함께 제출된 한 묶음의 서류 중 일부의 인영날인 상태가 불량하지만 나머지 서류에 날인된 인영이 뚜렷하고 인감증명서의 그것과 동일하다면 날인상태가 불량한 서류의 진정성립이나 대리권한의 유무까지 별도로 조사하여야 할 의무는 없다고 한 예(2001다5654). ❶ 본인의 자필서명을 받지 아니한 사정만으로 표현대리의 성립을 부정한다면 모든 대리행위에 있어 본인의 출석을 요구하여야 한다는 결과를 초래하여 결국 대리행위의 필요성을 부정하는 데까지 나아갈 우려가 있어 받아들이기 어렵고, 대리인에 의한 보증보험계약 체결 시 반드시 본인에게 전화로 확인하여야 할 의무가 있다고 볼 수도 없다고 한 예(97다9895).

465) ◎ **정당한 이유의 '부정례'**
❶ 부동산 매도를 위임받은 대리인이 자신의 채무 지급에 갈음하여 대물변제계약을 체결한 사안에서, 계약 체결 후 비로소 본인으로부터 소유권이전등기에 필요한 서류와 인감도장을 교부받았다면 상대방이 대리인에게 부동산을 대물변제로 제공할 대리권이 있다고 믿은 데에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다고 한 예(2009다46828). ❷ 금융기관이 채무자 본인의 서명날인 또는 채무자의 보증의사 확인 등 계약체결에 관한 사무처리규정을 마련하여 둔 경우에는 연대보증계약을 체결하면서 그와 같은 사무처리규정을 준수하였는지 여부가 표현대리에서 정당한 이유가 있는지 여부를 판단하는 요소가 될 수 있다(2007다30331). ❸ 남편이 처에게 타인의 채무를 보증함에 필요한 대리권을 수여한다는 것은 사회통념상 이례에 속하므로, 처가 특별한 수권 없이 남편을 대리하여 위와 같은 행위를 하였을 경우에 그것이 민법 제126조 소정의 표현대리가 되려면 그 처에게 일상가사대리권이 있었다는 것만이 아니라 상대방이 처에게 남편이 그 행위에 관한 대리의 권한을 주었다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정이 있어야 한다(98다18988; 처가 임의로 남편의 인감도장과 용도란에 아무런 기재 없이 대리방식으로 발급받은 인감증명서를 소지하고 남편을 대리하여 친정 오빠의 할부판매보증보험계약상의 채무를 연대보증한 경우, 남편의 표현대리 책임을 부정한 예). ❶ '자동차판매회사의 영업소 직원이 자동차구매자나 그의 연대보증인으로 하여금 할부판매보증보험 청약서를 작성하게 하고 이를 보험회사에 제출하는 등의 역할을 담당하는 것은 단순히 자동차구매자의 편의만을 위함이 아니고 보험회사와 자동차판매회사와 사이에 어떠한 계약 관계가 있어 자동차판매회사의 직원이 보험회사를 대리하여 계약 체결을 하는 것이거나 보험회사의 계약 체결을 보조하는 것으로 볼 여지가 충분히 있고, 만약 보험회사를 대리하거나 보험회사의 보험계약 체결을 보조하는 지위에 있는 자동차판매회사의 영업소 직원이 연대보증인으로부터 교부받은 보증용 인감증명서와 인감도장을 소지하고 있음을 기화로 아무런 권한 없이 그 연대보증인이 지정한 피보증인이 아닌 사람을 위하여 보증을 한 것처럼 보증보험청약서를 작성한 후 관계 서류를 보험회사에 제출하였다면, 자동차구매자 겸 보험계약자의 연대보증인에게 할부판매보증보험계약에 따른 구상금채무에 관하여 표현대리 법리에 의한 책임을 부담시킬 수는 없다.'고 한 예(97다55478). ❺ 일반적으로 부동산의 소유자가 아닌 제3자로부터 근저당권을 취득하려는 자로서는 근저당권설정계약을 함에 있어서 그 소유자에게 과연 담보제공의 의사가 있는지의 여부 및 그 제3자가 소유자로부터 담보제공에 관한 위임을 받았는지 여부를 서류상 또는 기타의 방법으로 소유자에게 확인하여 보는 것이 보통이라 할 것이므로 만약 그러한 조사를 하지 아니하였다면 그 제3자에게 소유자를 대리할 권한이 있다고 믿은 데에 과실이 있다고 한 예(94다34425).

466) 무권대리인에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는가의 여부는 대리행위인 매매계약 당시를 기준으로 결정하여야 하고 매매계약 성립 이후의 사정은 고려할 것이 아니므로, 무권대리인이 매매계약 후 그 이행단계에서야 비로소 본인의 인감증명과 위임장을 상대방에게 교부한 사정만으로는 상대방이 무권대리인에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있었다고 단정할 수 없다(대법원 2018. 7. 24. 선고 2017다2472 판결).

467) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007다74713 판결; "민법 제126조에서 말하는 권한을 넘은 표현대리는 현재에 대리권을 가진 자가 그 권한을 넘은 경우에 성립하는 것이지, 현재에 아무런 대리권도 가지지 아니한 자가 본인을 위하여 한 어떤 대리행위가 과거에 이미 가졌던 대리권을 넘은 경우에까지 성립하는 것은 아니라고 할 것이고, 한편 과거에 가졌던 대리권이 소멸되어 민법 제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에는 민법 제126조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다."

(4) 민법 제129조 표현대리

민법 제129조[468] 표현대리(대리권 소멸 후의 표현대리) 책임의 요건사실은, ① '표현대리인의 대리권(법정대리권 포함)이 존재하였다가 소멸한 사실(= 종전 대리권의 소멸)', ② '표현대리인이 대리권 소멸 후에 본인을 위한 것임을 표시하고 위 대리권의 범위 내에서 상대방과 법률행위를 한 사실(= 무권대리행위)', ③ '상대방이 대리권 소멸 사실을 알지 못한 사실(= 상대방의 선의)'이다.[469]

실제 소송에서 상대방(원고)이 본인(피고)에게 이행청구를 하는 경우라면, '유권대리'에 기한 원고의 이행청구 → 피고의 대리권 소멸 항변 → '표현대리'에 기한 원고의 '예비적' 청구(원고가 대리권 소멸 사실을 알지 못한 사실, 민법 제129조 본문) → 피고의 항변(원고가 대리권 소멸을 과실로 알지 못한 사실, 민법 제129조 단서)의 순으로 공방이 이루어진다고 보아야 한다.[470]

대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도, 민법 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있으나,[471]

---

468) **민법 제129조(대리권소멸후의 표현대리)** 대리권의 소멸은 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다. 그러나 제삼자가 과실로 인하여 그 사실을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

469) 민법 제129조 표현대리에서 상대방의 선의 여부, 과실 유무의 주장·증명책임에 관하여, '본인'이 상대방의 '악의 또는 유과실'의 주장·증명책임을 진다는 견해(다수설)와 '상대방'은 자신의 '선의'에 대한 주장·증명책임을 지고 '본인'은 상대방의 '과실'에 대한 주장·증명책임을 진다는 견해(소수설)로 대별된다{민법주해 총칙 (3), 1992, 196면(차한성 집필); 주석민법 총칙 (3), 2001, 233면(지원림 집필)}. 이에 관한 판례는 보이지 않으나, 세 가지 표현대리 사이에는 각각의 외관에 대하여 상대방이 갖는 신뢰가치에 차등이 있고, 그에 따라 입법자가 앞서의 두 가지 표현대리와는 의도적으로 구별하여 중간적 입장에서 본조의 규정 형식을 정했다고 보아야 하므로(즉, 상대방의 외관에 대한 신뢰 정도는 민법 제125조 〉민법 제129조 〉민법 제126조의 순이고, 그 순서에 따라 상대방 보호에 차등을 두어 선의, 무과실의 증명책임에 관하여 민법 제125조는 본인에게, 민법 제129조는 양자에게, 민법 제126조는 상대방에게 각각 분배하여 의도적으로 규정한 것으로 볼 수 있다), 상대방의 선의를 사실상 추정함은 별론으로 하고 주장·증명책임의 분배에서는 후자의 견해가 옳다고 생각된다.
민법주해 총칙 (3), 1992, 197면(차한성 집필)과 주석민법 총칙 (3), 2001, 233면(지원림 집필)은, "대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결이 표현대리를 주장하는 자에게 무과실의 입증책임이 있다고 한 원심판결은 입증책임을 전도한 위법이 있다는 취지의 상고이유를 배척함으로써 결과적으로 상대방에게 선의·무과실의 주장·입증책임을 요구하고 있는 것으로 보인다."라고 기재하고 있으나, 위 판결은, "원고는 원심변론 종결 시까지 표현대리에 관한 주장을 한 바 없으므로 원심으로서는 소외 김OO이 무권대리인이라고 판단한 이상 더 나아가 표현대리의 성립 여부까지 판단한 필요가 없었던 것이다. 필경 표현대리에 관한 원심판단 부분은 불필요한 부분으로서 이 부분에 소론과 같이 입증책임을 전도한 허물이 있다고 하여도 판결 결론에는 영향이 없다고 하겠으니 위 논지는 이유 없다."라고 판시한 것이어서 위와 같은 기재는 옳지 않은 것이다.
다수설에 따르면, 위 ①, ②만이 표현대리 책임의 요건사실이고, '상대방의 악의 또는 유과실'은 본인의 항변사실이 된다.

470) '표현대리에 기한 원고의 예비적 청구'를 '원고의 재항변'으로, 그다음 '피고의 항변'을 '피고의 재재항변'으로 위치시킬 수도 있으나, 앞서 본 바처럼 판례는, 본인이 대리인에게 수여한 대리권의 효력에 의하여 법률효과가 발생하는 '유권대리'와 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전 유지를 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 '표현대리' 양자를 별개의 구성요건으로 보므로, 유권대리 주장과 표현대리 주장은 별개의 소송물로서 주위적·예비적 청구의 관계로 봄이 옳다.

471) 대법원 1998. 5. 29. 선고 97다55317 판결; "표현대리의 법리는 거래의 안전을 위하여 어떠한 외관적 사실을 야기한 데 원인을 준 자는 그 외관적 사실을 믿음에 정당한 사유가 있다고 인정되는 자에 대하여는 책임이 있다는 일반적인 권리외관 이론에 그 기초를 두고 있는 것인 점에 비추어 볼 때, 대리인이 대리권 소멸 후 직접

대표이사의 퇴임등기가 된 경우에 대하여는 민법 제129조를 적용할 수 없다.[472]

(5) 기 타

공증인에 대한 소송행위인 공정증서상 집행 인낙의 의사표시에는 민법상 표현대리 규정이 적용·준용될 수 없고, 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 공정증서는 집행권원으로서의 효력이 없다.[473] 교회의 대표자가 권한 없이 행한 교회 재산의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다.[474] 표현대리행위가 성립하는 경우에 그 본인은 표현대리행위에 의하여 전적인 책임을 져야 하고, 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 경감할 수 없다.[475]

다) 무권대리행위의 추인

무권대리행위의 추인에 기초한 이행청구(본인과 상대방 중 계약의 유효를 주장하는 어느 쪽이든 원고가 될 수 있다)의 청구원인 요건사실은,[476] ① '자칭 대리인과 상대방 사이의 계약 체결 사실', ② '자칭 대리인이 계약 당시 본인을 위한 것임을 표시한 사실(= 대리의 현명)', ③ '본인이 상대방이나[477] 무권대리인에 대하여[478] 위 계약을 추인한[479] 사실'이다.

상대방과 사이에 대리행위를 하는 경우는 물론, 대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도, 상대방이 대리권 소멸 사실을 알지 못하여 복대리인에게 적법한 대리권이 있는 것으로 믿었고, 그와 같이 믿은 데 과실이 없다면 민법 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다."

472) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다60244 판결: "상법에 의하여 등기할 사항은 이를 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못하나, 이를 등기한 경우에는 제3자가 등기된 사실을 알지 못한 데에 정당한 사유가 없는 한 선의의 제3자에게도 대항할 수 있는 점(상법 제37조) 등에 비추어, 대표이사의 퇴임등기가 된 경우에 대하여 민법 제129조의 적용 내지 유추적용이 있다고 한다면 상업등기에 공시력을 인정한 의의가 상실될 것이어서, 이 경우에는 민법 제129조의 적용 또는 유추적용을 부정할 것이다." ☜ 원심이, 원고가 2005. 7. 4. 피고의 종전 대표이사이던 소외 1 또는 소외 1을 대리한 소외 1의 남편 소외 2와 사이에 준소비대차계약을 체결하였으나, 같은 달 1. 피고의 대표이사를 소외 1에서 소외 3으로 변경하는 내용의 등기가 마쳐졌으므로, 준소비대차계약의 효력을 피고에 대하여 주장할 수 없다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

473) ❶ 82다카1758; "집행인낙 의사표시는 합동법률사무소 또는 공증인에 대한 소송행위이고 이러한 소송행위에는 민법상의 표현대리 규정이 적용 내지는 준용될 수 없다고 할 것이므로, 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 공정증서는 채권자는 물론 합동법률사무소나 공증인이 대리권이 있는 것으로 믿었는가 아닌가, 믿을 만한 정당한 이유가 있는가 없는가에 관계없이 채무명의(집행권원)로서의 효력은 부정되어야 할 것" ❷ 2006다2803; "공정증서상의 집행인낙의 의사표시는 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대한 채무자의 단독 의사표시로서 성규의 방식에 따라 작성된 증서에 의한 소송행위이어서, 대리권 흠결이 있는 공정증서 중 집행인낙에 대한 추인의 의사표시 또한 당해 공정증서를 작성한 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대하여 그 의사표시를 공증하는 방식으로 하여야 하므로, 그러한 방식에 의하지 아니한 추인행위가 있다 한들 그 추인행위에 의하여는 채무자가 실체법상의 채무를 부담하게 됨은 별론으로 하고 무효의 채무명의가 유효하게 될 수는 없는바"

474) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다23312 판결.

475) 대법원 1996. 7. 12. 선고 95다49554 판결.

476) **민법 제130조(무권대리)** 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 한 계약은 본인이 이를 추인하지 아니하면 본인에 대하여 효력이 없다.
제133조(추인의 효력) 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 계약 시에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.

대리권 흠결 사실은 요건사실이 아니다. 무권대리행위의 추인이 표현대리처럼 유권대리가 받아들여지지 아니하는 경우에 대비하여 예비적으로 주장된 경우, 위 ①, ② 사실은 '유권대리' 판단 과정에서 이미 주장·증명되어 드러나 있는 경우가 많을 것이어서, 통상은 위 ③ 요건사실만 주장·증명하면 된다. 이는 무권대리행위에 따른 소유권이전등기의 말소등기청구에 대하여 추인의 항변을 하는 경우에도 마찬가지이다.

앞서 본 유권대리와 표현대리와의 관계와 마찬가지로, 무권대리행위의 추인도 위 양자와 서로 별개의 권원 주장으로 볼 것이다.

피고는 '추인 거절 간주'의 항변('본인의 추인 전에 상대방이 본인에게 추인 여부의 확답을 최고한 사실' + '상당한 기간의 도과 사실'),[480] '철회'의 항변('본인의 추인 전에 상대방이 본인이나 그 대리인

---

477) **민법 제132조(추인, 거절의 상대방)** 추인 또는 거절의 의사표시는 상대방에 대하여 하지 아니하면 그 상대방에 대항하지 못한다. 그러나 상대방이 그 사실을 안 때에는 그러하지 아니하다.

478) ○ 대법원 1981. 4. 14. 선고 80다2314 판결; "추인은 무권대리인이나 무권대리행위의 상대방 어느 편에 대하여도 할 수 있으며, 여기 상대방이라 함은 무권대리행위의 직접 상대 당사자분만이 아니라 그 무권대리행위로 인한 권리 또는 법률관계의 승계인도 포함된다고 해석된다. … 민법 제132조의 규정은 추인을 상대방에게 아니하고 무권대리인에게 한 경우에 상대방이 추인 있음을 알지 못한 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못한다는 취지이며, 따라서 상대방은 그때까지 동법 제134조에 의한 철회를 할 수 있으되 그렇지 아니하고 무권대리인에의 추인이 있었음을 주장함도 무방하다 할 것이다."

○ 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다19033 판결; "공동대표이사가 단독으로 회사를 대표하여 제3자와 한 법률행위를 추인함에 있어 그 의사표시는 단독으로 행위한 공동대표이사나 그 법률행위의 상대방인 제3자 중 어느 사람에게 대하여서도 할 수 있다"

479) ○ 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다46828 판결; "무권대리행위는 그 효력이 불확정 상태에 있다가 본인의 추인 유무에 따라 본인에 대한 효력발생 여부가 결정되는 것인바, 그 추인은 무권대리행위가 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서, 그 의사표시에 특별한 방식이 요구되는 것은 아니므로 명시적인 방법만이 아니라 묵시적인 방법으로도 할 수 있고, 무권대리인이나 무권대리행위의 상대방에 대하여도 할 수 있다."

○ 대법원 1982. 1. 26. 선고 81다카549 판결; "무권대리행위의 추인은 무권대리인에 의하여 행하여진 불확정한 행위에 관하여 그 행위의 효과를 자기에게 직접 발생케 하는 것을 목적으로 하는 의사표시이며 무권대리인 또는 상대방의 동의나 승낙을 요하지 않는 단독행위로서 이에는 어떤 방식이 요구되는 것이 아니므로 명시적이거나 묵시적이거나를 묻지 아니하나, 한편 추인은 의사표시의 전부에 대하여 행하여져야 하고 그 일부에 대하여 추인을 하거나 그 내용을 변경하여 추인을 하였을 경우에는 상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효이라고 풀이할 것인바,"

○ 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다59217 판결; "증권회사의 고객이 그 직원의 임의매매를 묵시적으로 추인하였다고 하기 위하여는 자신이 처한 법적 지위를 충분히 이해하고 진의에 기하여 당해 매매의 손실이 자기에게 귀속된다는 것을 승인하는 것으로 볼 만한 사정이 있어야 할 것이다. 나아가, 임의매매를 사후에 추인한 것으로 보게 되면 그 법률효과는 모두 고객에게 귀속되고 그 임의매매행위가 불법행위를 구성하지 않게 되어 임의매매로 인한 손해배상청구도 할 수 없게 되므로, 임의매매의 추인, 특히 묵시적 추인을 인정하려면, 고객이 임의매매 사실을 알고도 이의를 제기하지 않고 방치하였는지 여부, 임의매수에 대해 항의하면서 곧바로 매도를 요구하였는지 아니면 직원의 설득을 받아들이는 등으로 주가가 상승하기를 기다렸는지, 임의매도로 계좌에 입금된 그 증권의 매도대금(예탁금)을 인출하였는지 또는 신용으로 임의매수한 경우 그에 따른 그 미수금을 이의 없이 변제하거나, 미수금 변제독촉에 이의를 제기하지 않았는지 여부 등의 여러 사정을 종합적으로 검토하여 신중하게 판단하여야 할 것이다."

○ 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다79500 판결; "피용자가 권한 없이 사용자를 대리하여 한 법률행위가 상대방에 대한 관계에서 기망에 의한 불법행위에 해당하여 사용자가 손해배상책임을 지는 경우에, 사용자가 피용자의 무권대리행위를 추인하였다고 하더라도 그것만으로는 이미 성립된 사용자책임이 소멸되는 것이라고 볼 수 없다."

480) **민법 제131조(상대방의 최고권)** 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 상대방은 상당한 기간을

에 대하여 계약을 철회한 사실')[481]을 주장할 수 있고, '철회'의 항변에 대해서는 철회의 효과를 다투는 원고가 '계약 당시에 상대방이 대리권 없음을 안 사실'을 주장·증명하여 재항변할 수 있다.[482]

한편, '무권리자'의 '처분행위'[483](무권리자가 타인의 권리를 자기의 이름으로 또는 자기의 권리로 처분하는 행위)에 대한 권리자의 추인과 무권대리 행위에 대한 본인의 추인은 당사자들 사이의 이익상황이 유사하므로, 전자에 후자에 관한 민법 제130조(무권대리 행위의 효력), 제133조(추인의 효력) 등을 유추적용할 수 있고,[484] 권리자는 무권리자에 대하여 무권리자가 그 처분행위로 인하여 얻은 부당이득의 반환을 구할 수 있다.[485] 무권리자의 처분행위

정하여 본인에게 그 추인 여부의 확답을 최고할 수 있다. 본인이 그 기간 내에 확답을 발하지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다.

481) **민법 제134조(상대방의 철회권)** 대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 본인이나 그 대리인에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약 당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그러하지 아니하다.

482) 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다213838 판결; "민법 제134조에서 정한 상대방의 철회권은, 무권대리행위가 본인의 추인 여부에 따라 그 효력이 좌우되어 상대방이 불안정한 지위에 놓이게 됨을 고려하여 대리권이 없었음을 알지 못한 상대방을 보호하기 위하여 상대방에게 부여된 권리로서, 상대방이 유효한 철회를 하면 무권대리행위는 확정적으로 무효가 되어 그 후에는 본인이 무권대리행위를 추인할 수 없다. 한편 상대방이 대리인에게 대리권이 없음을 알았다는 점에 대한 주장·입증책임은 철회의 효과를 다투는 본인에게 있다." ☞ 철회의 효과를 다투는 쪽이 반드시 본인인 것은 아니고, 철회권을 행사한 상대방이 본인의 무권대리행위 추인에 의한 계약의 유효를 원하여 철회의 효과를 다투는 경우도 있을 수 있으므로, '상대방이 대리인에게 대리권이 없음을 알았다는 점에 대한 주장·입증책임은 철회의 효과를 다투는 쪽에 있다.'라고만 판시함이 옳다고 본다.

483) ◎ **'처분행위'와 '의무부담행위'**
'처분행위'는 '이행'의 문제를 남기지 않고 권리의 변동을 직접 일으키는 물권행위(예컨대, 소유권 양도행위, 제한물권 설정행위, 물권의 포기), 준물권행위(예컨대, 채권양도, 채무면제) 등의 법률행위로서, 처분행위가 유효하기 위해서는 행위자에게 '처분권한'과 '처분능력'이 있어야(예컨대, 소유자나 그로부터 처분권한을 부여받은 자) 한다(2010다100711 판결, 2017다3499 판결). 제3자에 대한 처분권 수여가 있더라도 소유자의 처분권능이 소멸하거나 제한받는 것은 아니다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다105215 판결).
이에 비해, '의무부담행위'는 당사자에게 일정한 청구권과 그에 상응한 급부의무를 발생시키는 법률행위(예컨대, 채권행위)로서 '이행'의 문제를 남기고, '타인의 권리 매매'(민법 제569조)처럼 처분권한이 없더라도 유효하게 성립할 수 있다.

484) ◎ **무권리자의 처분에 대한 권리자의 추인**
대법원 2017. 6. 8. 선고 2017다3499 판결; "법률행위에 따라 권리가 이전되려면 권리자 또는 처분권한이 있는 자의 처분행위가 있어야 한다. 무권리자가 타인의 권리를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 권리가 이전되지 않는다. 그러나 이러한 경우에 권리자가 무권리자의 처분을 추인하는 것도 자신의 법률관계를 스스로의 의사에 따라 형성할 수 있다는 사적 자치의 원칙에 따라 허용된다. 이러한 추인은 무권리자의 처분이 있음을 알고 해야 하고, 명시적으로 또는 묵시적으로 할 수 있으며, 그 의사표시는 무권리자나 그 상대방 어느 쪽에 해도 무방하다. 권리자가 무권리자의 처분을 추인하면 무권대리에 대해 본인이 추인을 한 경우와 당사자들 사이의 이익상황이 유사하므로, 무권대리의 추인에 관한 제130조, 제133조 등을 무권리자의 추인에 유추적용할 수 있다. 따라서 무권리자의 처분이 계약으로 이루어진 경우에 권리자가 이를 추인하면 원칙적으로 그 계약의 효과가 계약을 체결했을 때에 소급하여 권리자에게 귀속된다고 보아야 한다." ☞ 무권리자인 원고의 아들 등이 원고 명의의 대출거래약정서, 근저당권설정계약서 등을 위조해서 원고 소유 부동산에 관하여 피고(금융기관) 앞으로 제1근저당권설정등기를 하고 대출을 받았는데, 원고가 이를 알고도 피고 앞으로 제2근저당권설정등기를 하고 대출을 받아 제1근저당권설정등기의 피담보채무금 이자를 변제한 사안에서, 이는 제1근저당권설정등기와 담보대출의 효과가 자신에게 유효하게 귀속됨을 묵시적으로 추인한 것으로 볼 수 있어 제1근저당권설정등기와 담보대출의 효력이 원고에게 귀속된다고 보아야 하므로, 원심이 '무권리자의 처분에 대한 추인'을 '무권대리의 추인'으로 잘못 파악하기는 하였지만, 피고의 추인 항변을 받아들인 결론은 정당하다고 판단한 사례.

후 '권리자가 무권리자를 상속'한 경우, 특별한 사정(신의칙 위반)이 없는 한, 권리자는 의무의 이행을 거절할 수 있는 반면,[486] 무권리자의 처분행위 후 '무권리자가 권리자를 상속'한 경우에는, 상속분 범위 내에서 처분권 흠결의 하자가 치유되어 무효인 등기는 실체관계에 부합하여 유효하게 된다.

라) 무권대리인의 상대방에 대한 책임

대리권 수여 여부가 불분명한 경우, 주위적으로는 본인을 상대로 대리의 효과로 계약책임을 구하고, 예비적으로는 무권대리인을 상대로 민법 제135조[487] 제1항 소정의 무권대리인의 책임[488]을 구하는 주관적·예비적 공동소송을 제기할 수 있다.[489]

---

485) ○ 대법원 2022. 6. 30. 선고 2020다210686, 210693 판결: "무권리자에 의한 처분행위를 권리자가 추인한 경우에 권리자는 무권리자에 대하여 무권리자가 처분행위로 인하여 얻은 이득의 반환을 청구할 수 있다."
○ 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010다40239 판결: "무권리자가 타인의 권리를 제3자에게 처분하였으나 선의 제3자의 보호규정에 의하여 원래의 권리자가 권리를 상실하는 경우, 그 권리자는 무권리자를 상대로 제3자로부터 그 처분의 대가로 수령한 것을 이른바 침해부당이득으로 보아 반환청구할 수 있다. 한편 수익자가 법률상 원인 없이 이득한 재산을 처분함으로 인하여 원물반환이 불가능한 경우에 있어서 반환하여야 할 가액을 산정함에 있어 수익자가 그 법률상 원인 없는 이득을 얻기 위하여 지출한 비용은 수익자가 반환하여야 할 이득의 범위에서 공제되어야 할 것이나, 타인 소유의 부동산을 처분하여 그 매각대금을 수령한 경우, 그 수익자는 그러한 처분행위가 없었다면 부동산 자체를 반환하였어야 할 지위에 있던 자이므로 그 자신의 처분행위로 인하여 발생한 양도소득세 기타 비용은 수익자가 이익의 취득에 관련하여 지출한 비용에 해당한다고 할 수 없어 이를 반환하여야 할 이득에서 공제할 것은 아니다."

486) 대법원 1994. 8. 26. 선고 93다20191 판결: "소외 망인이 피고 박OO, 이OO 명의의 위 주식에 관하여 처분권한 없이 원고와 담보설정계약을 체결하였다 하더라도 이는 일종의 타인의 권리의 처분행위로서 유효하다 할 것이므로 망인은 위 피고들로부터 위 주식(주권)을 취득하여 이를 원고에게 인도하여야 할 의무를 부담한다 할 것인데, 이는 망인의 사망으로 인하여 피고들에게 상속되었으나 피고 박OO, 이OO은 원래 위 주식의 주주로서 타인의 권리에 대한 담보설정계약을 체결한 원고에 대하여 그 이행에 관한 아무런 의무가 없고 이행을 거절할 수 있는 자유가 있었던 것이므로 위 피고들은 신의칙에 반하는 것으로 인정할 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로는 위 계약에 따른 의무의 이행을 거절할 수 있다 할 것이다." ⇨ 신의칙에 반하는 것으로 인정할 특별한 사정이 있다고 본 사례.

487) **민법 제135조(상대방에 대한 무권대리인의 책임)** ① 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다. ② 대리인으로서 계약을 맺은 자에게 대리권이 없다는 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때 또는 대리인으로서 계약을 맺은 사람이 제한능력자일 때에는 제1항을 적용하지 아니한다.

488) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다210775 판결: "상대방이 계약의 이행을 선택한 경우 무권대리인은 그 계약이 본인에게 효력이 발생하였더라면 본인이 상대방에게 부담하였을 것과 같은 내용의 채무를 이행할 책임이 있다. 무권대리인은 마치 자신이 계약의 당사자가 된 것처럼 계약에서 정한 채무를 이행할 책임을 지는 것이다. 무권대리인이 계약에서 정한 채무를 이행하지 않으면 상대방에게 채무불이행에 따른 손해를 배상할 책임을 진다. 위 계약에서 채무불이행에 대비하여 손해배상액의 예정에 관한 조항을 둔 때에는 특별한 사정이 없는 한 무권대리인은 그 조항에서 정한 바에 따라 산정한 손해액을 지급하여야 한다. 이 경우에도 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조가 적용됨은 물론이다." ⇨ 원고가 자신을 소외인들(원고의 자매들)의 대리인으로 소개하면서 피고로부터 부동산을 매수하는 계약을 체결하고 계약금 중 일부 금액을 지급한 후 소외인들로부터 대리권을 수여받지 못하였다고 하면서 피고에게 이미 지급한 돈을 부당이득으로 반환할 것을 청구한 사안에서, 원고는 무권대리인으로서 피고의 선택에 따라 계약이행 책임을 지는데, 피고에게 계약의 무효를 주장하며 계약금 반환을 요구하는 등 이행거절의 의사표시를 명백히 하였으므로, 피고는 원고에게 채무불이행에 따른 손해배상을 구할 수 있고, 위 계약에서 정한 손해배상액의 예정 조항에 따라 계약금을 기준으로 손해액을 정해야 하지만 그 금액이 과다하므로, 피고에게 이미 지급된 금액으로 감액하여 손해액을 정하면 피고가 계약금 일부로 지급받은 돈을 몰취한 것은 정당하다고 보아 원고의 청구를 기각한 원심을 수긍한 사례.

489) ◎ **본인의 계약 책임과 무권대리인의 무권대리 책임 = 주관적·예비적 공동소송 관계**

'대리권의 존재 또는 본인의 추인이 있었다는 사실'은 타인의 대리인 또는 대표자로 법률행위를 한 자가 증명책임을 진다.[490] 무권대리의 주장책임은 상대방에게, 대리권의 증명책임은 무권대리인에게 있어 주장책임과 증명책임이 불일치한다.

무권대리인의 상대방에 대한 책임은 무과실책임으로서 대리권의 흠결에 관하여 대리인에게 과실 등의 귀책사유가 있어야만 인정되는 것이 아니고, 무권대리행위가 제3자의 기망

○ 대법원 2015. 3. 20. 선고 2014다75202 판결; 원고가 1심 공동피고에 대하여 2억 원의 대여금 반환을 구함과 아울러, ① 주위적으로 피고 1에 대하여, 피고 2가 피고 1의 대리인으로서 위 대여금 반환채무를 연대보증하는 취지의 차용증을 작성·교부하였음을 주장하며 연대하여 위 대여금을 지급하여 줄 것을 구하고, ② 피고 2에게 피고 1을 대리할 권한이 있음이 인정되지 아니할 경우에 대비하여 예비적으로 피고 2에 대하여, ⓐ 피고 2가 위 차용증을 작성·교부하면서 위 대여금 반환채무를 연대보증하였거나, ⓑ 무권대리인으로서 민법 제135조에 따른 연대보증책임이 있다고 주장하며 연대하여 위 대여금을 지급하여 줄 것을 구한 데 대하여, 1심은 1심 공동피고 및 피고 2에 대한 청구를 인용하면서, 피고 1에 대한 청구는 기각하였고, 이에 피고 2만이 항소하였는데, **원심**은, 원고의 피고 1에 대한 청구는 피고 2에 대한 청구와 주관적·예비적 공동소송의 관계에 있으므로 피고 2의 항소에 따라 피고 1에 대한 청구 부분도 확정이 차단되어 항소심인 원심에 이심되었음을 전제로, '① 피고 2는 원고에게 1억 5,000만 원 등을 지급한다. ② 원고의 피고 2에 대한 나머지 청구 및 피고 1에 대한 청구를 각 포기한다.'는 내용의 화해권고결정을 하였고, 이에 대하여 피고 2만이 이의신청기간 내에 이의신청하였을 뿐 원고와 피고 1은 이의신청하지 아니하자, 원심은 원고의 피고 1에 대한 청구 부분은 위 화해권고결정으로 확정됨으로써 원심의 심판대상이 피고 2에 대한 청구 부분으로 한정된다고 하여, 피고 2의 항소를 기각하면서 피고 1에 대한 청구 부분에 대하여는 아무런 판단도 하지 아니하였는바, **대법원**은, "피고들에 대한 청구는 두 청구가 모두 인용될 수 없는 관계에 있거나 한쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계에 있어서 모든 당사자들 사이에 결론의 합일확정을 기할 필요가 인정되므로, 피고들에 대한 청구는 민사소송법 제70조 제1항에서 정한 주관적·예비적 공동소송으로서 피고 2만이 제1심판결에 대하여 항소를 제기하였다고 하더라도 피고 1에 대한 청구 부분도 항소심인 원심에 이심되어 그 심판대상이 되었다. 그리고 위 화해권고결정의 내용은 피고 1에 대해서도 피고 2의 원고에 대한 금원 지급의무를 전제로 그 청구를 포기한다는 것이어서 피고들 사이의 권리의무관계가 상호 관련되어 있고, 분리 확정을 허용할 경우 형평에 반할 뿐만 아니라, 이해관계가 상반된 공동소송인들 사이에서의 소송진행 통일을 목적으로 하는 민사소송법 제70조 제1항 본문의 입법 취지에 반하는 결과가 초래될 수 있다고 보이므로, 위 화해권고결정에 대해서는 분리 확정이 허용되지 않는다고 봄이 타당하다. 따라서 위 화해권고결정에 대하여 피고 2만이 이의신청을 하였다 하더라도 위 화해권고결정은 원고와 피고들 모두에 대하여 확정되지 않고 사건은 소송으로 복귀한다고 할 것이고, 피고 2의 항소에 따라 원심에 함께 이심된 피고 1에 대한 청구 부분도 여전히 항소심인 원심의 심판대상이 된다고 보아야 한다. … 주관적·예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 관한 청구에 관하여 하나의 종국판결을 내려야만 하므로 원심판결 전부를 파기할 수밖에 없다. 한편 이 사건은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하는바, 앞서 본 것과 같이 피고 2가 피고 1로부터 연대보증계약에 관한 권한을 위임받지 아니한 채 차용증을 원고에게 작성·교부하였으므로 이와 다른 전제에서 주장하는 원고의 피고 1에 대한 청구는 이유 없고, 또한 앞서 본 것과 같이 원고의 피고 2에 대한 청구는 이유 있으므로, 이와 결론이 같은 제1심판결은 정당하다."라고 판시한 예.

○ 대법원 2021. 7. 8. 선고 2020다292756 판결; 원고는 주위적으로 피고 甲에 대해서 피고 乙의 대리에 의한 부동산 매매계약의 성립을 주장하면서 소유권이전등기청구를, 예비적으로 피고 乙에 대해서 무권대리로 인한 손해배상 청구를 하였는데, 제1심에서 피고 甲에 대한 청구는 기각되었으나 피고 乙에 대한 청구는 자백간주로 인용되었고, 이에 대해 원고가 피고 甲에 대한 부분에 관하여만 항소하여 원심은 피고 甲에 대하여만 판단하여 항소를 기각하고 피고 乙에 대한 부분은 아예 당사자로 보지도 않고 그에 대한 판단도 하지 않은 **사안**에서, 대법원은 피고 甲과 乙에 대한 청구는 주관적·예비적 공동소송에 해당하므로 하나의 판결을 선고하여야 함에도 원심이 피고 乙에 대한 청구는 심판대상에서 제외되었다고 보아 판단하지 않은 것이 위법하다고 판단하여 원심판결을 전부 파기환송한 예.

490) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다73110 판결('무권대리인의 상대방에 대한 책임'은 법인의 대표에 관하여 준용되고(민법 제59조 제2항), 어떤 사람이 장래에 성립될 단체의 대표자로 칭하여 법률행위를 하였으나 그 단체가 성립되지 아니한 경우에도 준용된다).

이나 문서위조 등 위법행위로 야기되었다고 하더라도 그 책임은 부정되지 아니한다.[491]

'상대방이 대리권이 없음을 알았다는 사실' 또는 '알 수 있었는데도 알지 못하였다는 사실'에 관한 주장·증명책임은 무권대리인에게 있다.[492]

대리 권한 없이 타인의 부동산을 매도한 자가 그 부동산을 상속한 후 소유자의 지위에서 자신의 대리행위가 무권대리로 무효임을 주장하여 등기의 말소 등을 구하는 것은 금반언원칙이나 신의칙상 허용되지 아니한다.[493]

7) 일부무효, 무효행위의 전환·추인, 취소행위의 추인

가) 일부무효

법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 함이 원칙이지만, 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다(민법 제137조).[494] 이와 같은 법률행위의 일부무효 법리는, 여러 개의 계약

---

491) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다213038 판결: 피고가 토지 소유자인 소외인을 자칭하는 사람으로부터 대리권을 수여받았을 뿐 실제 소유자인 소외인 본인으로부터 대리권을 수여받은 바 없는 상태에서 피고가 소외인의 대리인 자격으로 원고와 사이에 근저당권설정계약을 체결하고 원고에게 근저당권설정등기를 마쳐주었는데, 소외인이 원고 명의의 근저당권설정등기가 무효라고 주장하면서 원고를 상대로 그 말소등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여 승소확정판결을 받은 **사안**에서, **원심**이, '원고 명의의 근저당권설정등기가 원인무효로 된 것은 피고의 대리행위 없이 소외인을 자칭한 사람이 본인으로 나서 직접 원고와 근저당권설정계약을 체결하였더라도 그 결과가 마찬가지라는 점에서 소외인을 자칭하는 사람의 위법행위 때문이지 피고의 무권대리행위에서 비롯된 것이 아니므로, 피고에게 무권대리책임이 있다고는 볼 수 없다'고 판단한 데 대하여, **대법원**은, '피고가 소외인의 대리인으로 근저당권설정계약을 체결하였지만 소외인으로부터 대리권을 수여받은 사실이 없고 소외인으로부터 추인을 얻지도 못하였으므로, 그러한 대리권의 흠결에 대하여 피고에게 귀책사유가 있는지 여부를 묻지 아니하고, 피고는 상대방인 원고에게 민법 제135조 제1항에 따른 책임을 져야 한다. 피고의 무권대리행위로 인하여 근저당권설정계약이 체결된 이상 그 무권대리행위가 소외인을 자칭한 사람의 위법행위로 야기되었다거나 그 사람이 직접 원고와 근저당권설정계약을 체결하였더라도 동일한 결과가 야기되었을 것이라는 사정만으로 위와 같은 책임이 부정될 수는 없다.'라고 한 예.

492) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다210775 판결: "민법 제135조 제2항은 … 무권대리인의 무과실책임에 관한 원칙 규정인 제1항에 대한 예외 규정이므로 상대방이 대리권이 없음을 알았다는 사실 또는 알 수 있었는데도 알지 못하였다는 사실에 관한 주장·증명책임은 무권대리인에게 있다."

493) 대법원 1994. 9. 27. 선고 94다20617 판결: 甲이 대리권 없이 乙 소유 부동산을 丙에게 매도하여 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법에 의하여 소유권이전등기를 마쳐주었다면 그 매매계약은 무효이고 이에 터잡은 이전등기 역시 무효가 되나, 甲은 乙의 무권대리인으로서 민법 제135조 제1항의 규정에 의하여 매수인인 丙에게 부동산에 대한 소유권이전등기를 이행할 의무가 있으므로 그러한 지위에 있는 甲이 乙로부터 부동산을 상속받아 그 소유자가 되어 소유권이전등기이행의무를 이행하는 것이 가능하게 된 시점에서 자신이 소유자라고 하여 자신으로부터 부동산을 전전매수한 丁에게 원래 자신의 매매행위가 무권대리행위여서 무효였다는 이유로 丁 앞으로 경료된 소유권이전등기가 무효의 등기라고 주장하여 그 등기의 말소를 청구하거나 부동산의 점유로 인한 부당이득금의 반환을 구하는 것은 금반언의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 한 예.

494) 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다9068 판결: "**민법 제137조**는 임의규정으로서 법률행위 자치의 원칙이 지배하는 영역에서 그 적용이 있다. 그리하여 법률행위의 일부가 강행법규인 효력규정에 위반되어 무효가 되는 경우 그 부분의 무효가 나머지 부분의 유효·무효에 영향을 미치는가의 여부를 판단함에 있어서는, 개별 법령이 일부무효의 효력에 관한 규정을 두고 있는 경우에는 그에 따르고, 그러한 규정이 없다면 민법 제137조 **본문**에서 정한 바에 따라서 원칙적으로 법률행위의 전부가 무효가 된다. 그러나 같은 조 **단서**는 당사자가 위와 같은 무효를 알았더라면 그 무효의 부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정되는 경우에는, 그 무효 부분을 제외한 나머지 부분이 여전히 효력을 가진다고 정한다. 이때 당사자의 의사는 법률행위의 일부가 무효임을 법률

이 체결된 경우에 그 계약 전부가 경제적, 사실적으로 일체로서 행하여져서 하나의 계약인 것과 같은 관계에 있는 경우,[495] 복수 당사자 사이의 합의의 경우에도 적용된다.[496] 법률행위 일부취소의 경우도 법률행위의 일부무효이론과 궤를 같이 한다.[497]

행위 당시에 알았다면 의욕하였을 가정적 효과의사를 가리키는 것으로서, 당해 효력규정을 둔 입법취지 등을 고려할 때 법률행위 전부가 무효로 된다면 그 입법취지에 반하는 결과가 되는 등의 경우에는 여기서 당사자의 가정적 의사는 다른 특별한 사정이 없는 한 무효의 부분이 없더라도 그 법률행위를 하였을 것으로 인정되어야 할 것이다."(갑과 을 보험회사가 피보험자를 만 7세인 갑의 아들 병으로 하고 보험수익자를 갑으로 하여, 병이 재해로 사망하였을 때는 사망보험금을 지급하고 장해를 입었을 때는 소득상실보조금 등을 지급하는 내용의 보험계약을 체결한 사안에서, 위 보험계약 중 병의 재해 사망을 보험금 지급사유로 하는 부분을 제외한 나머지 부분은 유효하다고 한 사례) ☛ **[동일 취지]** ① 상호신용금고의 담보제공약정이 효력규정인 구 상호신용금고법 제18조의2 제4호에 위반하여 무효라고 하더라도, 그와 일체로 이루어진 대출약정까지 무효로 된다고는 할 수 없다고 한 사례(2003다1601), ② 의료법인이 구 의료법 제41조 제3항에 따라 허가받은 한도액을 초과하여 담보제공약정을 한 경우, 허가된 한도액을 초과하는 부분이 무효라고 하더라도, 이미 허가받은 나머지 담보제공약정 부분까지 무효로 된다고는 할 수 없다고 한 사례(2008다32501), ③ 회사가 직원들을 유상증자에 참여시키면서 퇴직 시 출자 손실금을 전액 보전해 주기로 약정한 경우, 위 손실보전약정이 무효라는 이유로 신주인수계약까지 무효가 되는 것은 아니라고 한 사례(2006다38161,38178).

495) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2020다288375 판결: 갑 등이 아파트 조성사업을 추진하는 을 지역주택조합 추진위원회로부터 '약정한 날까지 사업계획이 승인되지 않는 경우 납부한 전액의 환불을 보장한다.'는 취지가 포함된 안심보장증서를 받고 분양목적물에 관한 조합가입계약을 체결하여 계약금을 납입하였다가, 조합가입계약의 무효 등을 주장하며 납입금 반환을 구한 사안에서, 환불보장 약정이 총회의 결의 없이 이루어진 총유물의 처분행위에 해당하여 무효라면, 법률행위의 일부무효의 법리에 따라 이와 일체로서 체결된 조합가입계약도 무효가 되는 것이 원칙이라고 한 사례. ⬌ 대법원 2023. 2. 2. 선고 2019다232277 판결: 갑 주택재개발정비사업조합설립추진위원회가 주택재개발사업을 시행하기 위해 을 건설회사를 시공사로 선정하는 결의를 한 후, 을 회사와 공사도급계약을 체결하면서 을 회사가 갑 추진위원회에 정비사업 시행을 위하여 소요되는 자금을 대여하는 내용의 소비대차약정을 체결하였는데, 시공사 선정결의와 공사도급계약이 무효가 되어 소비대차약정도 무효가 되는지 문제 된 사안에서, 공사도급계약이 무효로 된다고 하더라도 소비대차약정을 체결, 유지하려는 의사가 있었다고 볼 여지가 있다고 한 사례.

496) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다41465 판결: "복수의 당사자 사이에 어떠한 합의를 한 경우 그 합의는 전체로서 일체성을 가지는 것이므로, 그 중 한 당사자의 의사표시가 무효인 것으로 판명된 경우 나머지 당사자 사이의 합의가 유효한지의 여부는 민법 제137조에 정한 바에 따라 당사자가 그 무효 부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정되는지의 여부에 의하여 판정되어야 하고, 그 당사자의 의사는 실재하는 의사가 아니라 법률행위의 일부분이 무효임을 법률행위 당시에 알았다면 당사자 쌍방이 이에 대비하여 의욕하였을 가정적 의사를 말하는 것이지만, 한편 그와 같은 경우에 있어서 나머지 당사자들이 처음부터 한 당사자의 의사표시가 무효가 되더라도 자신들은 약정내용대로 이행하기로 하였다면 무효가 되는 부분을 제외한 나머지 부분만을 유효로 하겠다는 것이 당사자의 의사라고 보아야 할 것이므로, 그 당사자들 사이에서는 가정적 의사가 무엇인지 가릴 것 없이 무효 부분을 제외한 나머지 부분은 그대로 유효하다고 할 것이다."

497) ○ 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다115120 판결: "여러 개의 계약이 체결된 경우에 그 계약 전부가 하나의 계약인 것과 같은 불가분의 관계에 있는 것인지 여부는 계약체결의 경위와 목적 및 당사자의 의사 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 각 계약이 전체적으로 경제적, 사실적으로 일체로서 행하여진 것으로 그 하나가 다른 하나의 조건이 되어 어느 하나의 존재 없이는 당사자가 다른 하나를 의욕하지 않았을 것으로 보이는 경우 등에는, 하나의 계약에 대한 기망 취소의 의사표시는 법률행위의 일부무효이론과 궤를 같이하는 법률행위 일부취소의 법리에 따라 전체 계약에 대한 취소의 효력이 있다."
○ 대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다21509 판결: "하나의 법률행위의 일부분에만 취소사유가 있다고 하더라도 그 법률행위가 가분적이거나 그 목적물의 일부가 특정될 수 있다면, 그 나머지 부분이라도 이를 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되는 경우 그 일부만의 취소도 가능하다고 할 것이고, 그 일부의 취소는 법률행위의 일부에 관하여 효력이 생긴다." ☛ 이는 어디까지나 그 일부에 대한 법률행위가 존재함을 전제로 하는 것이다. 따라서 매매계약 체결 시 토지의 일정 부분을 매매 대상에서 제외시키는 특약을 한 경우, 이는 매매계약의 대상 토지를 특정하여 그 일정 부분에 대하여는 매매계약이 체결되지 않았음을 분명히 한 것으로써 그 부분에 대한 어떠한 법률행위가 이루어진 것으로는 볼 수 없으므로, 그 특약만을 기망에 의한 법률행위로서 취소할 수는 없다(98다56607).

민법 제137조 단서 소정의 주장은 계약에 기초한 이행청구에 대한 계약 무효의 항변에 대하여는 원칙적으로 재항변에 해당하나, 위 단서 소정의 가정적 의사를 인정할 근거 사실의 추가 없이 당해 효력규정과 그 입법취지로부터 바로 위 가정적 의사가 인정되어 일부는 무효가 되지 아니하는 경우에는 계약 무효의 항변 판단 단계에서 일부만 무효로 판단하여 항변 중 일부를 배척하면 된다.

개별 법률에서 계약의 일부만 무효임을 명시한 예도 있다.[498]

나) 무효행위의 전환

무효인 법률행위가 '다른 법률행위'의 요건을 구비하고 당사자가 그 무효를 알았더라면 '다른 법률행위'를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 '다른 법률행위'로서 효력을 가진다(민법 제138조).[499] 무효행위의 전환으로 무효인 원법률행위가 유효로

---

498) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결: "근로기준법 제43조에 의하면, 임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 하고(제1항), 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다(제2항). 이는 사용자로 하여금 매월 일정하게 정해진 기일에 근로자에게 근로의 대가 전부를 직접 지급하게 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하려는 데에 그 입법 취지가 있다. 한편 근로기준법 제15조 제1항은 근로기준법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다고 정하고 있으므로, 임금지급약정에 붙은 부관이 근로기준법 제43조에 반하여 허용될 수 없다면 그 부관만 무효이고, 나머지 임금지급약정은 유효하다고 보아야 한다." ☎ 원고와 피고법인의 근로계약 중 월 250만 원의 임금지급약정에 부가된 '피고법인의 보조금 수령'이라는 불확정기한은 근로기준법 제43조의 입법 취지에 반하여 허용될 수 없어 무효이고, 나머지 월 250만 원의 임금지급약정은 유효하다고 한 예.

499) ○ 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다50308 판결: "매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 민법 제104조에서 정하는 '불공정한 법률행위'에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용될 수 있다. 따라서 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 대금을 다른 액으로 정하여 매매계약에 합의하였을 것이라고 예외적으로 인정되는 경우에는, 그 대금액을 내용으로 하는 매매계약이 유효하게 성립한다고 할 것이다. 이때 당사자의 의사는 매매계약이 무효임을 계약 당시에 알았다면 의욕하였을 가정적 효과의사로서, 당사자 본인이 계약 체결 시와 같은 구체적 사정 아래 있다고 상정하는 경우에 거래관행을 고려하여 신의성실의 원칙에 비추어 결단하였을 바를 의미한다. 이와 같이 여기서는 어디까지나 당해 사건의 제반 사정 아래서 각각의 당사자가 결단하였을 바가 탐구되어야 하는 것이므로, 계약 당시의 시가와 같은 객관적 지표는 그러한 가정적 의사의 인정에 있어서 하나의 참고자료로 삼을 수는 있을지언정 그것이 일응의 기준이 된다고도 쉽사리 말할 수 없다. 이와 같이 가정적 의사에 기한 계약의 성립 여부 및 그 내용을 발굴·구성하여 제시하게 되는 법원으로서는 그 '가정적 의사'를 함부로 추단하여 당사자가 의욕하지 아니하는 법률효과를 그에게 또는 그들에게 계약의 이름으로 불합리하게 강요하는 것이 되지 아니하도록 신중을 기하여야 한다."

○ 대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결의 **다수의견**: "공공건설임대주택의 임대차계약에서 … 건설교통부 고시에 의하여 산출되는 임대보증금과 임대료의 상한액인 표준임대보증금과 표준임대료를 기준으로 계약상 임대보증금과 임대료를 산정하여 임대보증금과 임대료 사이에 상호전환을 하였으나 절차상 위법이 있어 강행법규 위반으로 무효가 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 임대사업자와 임차인이 임대보증금과 임대료의 상호전환을 하지 않은 원래의 임대 조건, 즉 표준임대보증금과 표준임대료에 의한 임대 조건으로 임대차계약을 체결할 것을 의욕하였으리라고 봄이 상당하다. 그러므로 그 임대차계약은 민법 제138조에 따라 표준임대보증금과 표준임대료를 임대 조건으로 하는 임대차계약으로서 유효하게 존속한다고 보아야 할 것이다. … 임대사업자는 임차인에게 표준임대보증금을 초과하여 지급받은 임대보증금을 부당이득으로 반환할 의무가 있고, 임차인은 임대사업자에게 그 임대차계약에 따른 임대료로 표준임대료 금액을 지급할 의무가 있다." ⇔ **별개의견**은, 민법 제137조 단서를 적용하여, 그 임대차계약상의 임대보증금은 표준임대보증금을 초과하는 한도 내에서 무효이나 임대차계약의 나머지 부분까지 무효가 되는 것은 아니므로 그 임대차계약상의 임대료 부분은 유효하게 존속한다는 입장이다.

[다수의견에 대한 보충의견]: "법률행위의 내용 중 일부가 강행법규에 위반되어 무효인 경우에 그 부분의 무효가

되는 것이 아니라, '다른 법률행위'로서 효력을 가지게 되므로, 무효인 원계약에 기한 이행청구에 대하여, '무효행위 전환' 주장은 재항변이 아니라, 별개의 계약에 기한 이행청구로서 예비적 청구의 관계에 있다.

다) 무효인 법률행위의 추인

'무효(확정적 무효)[500]인 법률행위의 추인'[501] 주장의 요건사실은, ① 어느 일방이 ⓐ 법률행위의 '무효 원인이 소멸된 후에'[502] ⓑ 법률행위가 '무효임을 알거나 무효임을

나머지 부분의 유효·무효에 영향을 미치는지 여부는 원칙적으로 당사자의 가정적 효과의사에 의하여 판단한다. 여기서 가정적 효과의사는 당사자가 위와 같은 무효를 알았더라면 의욕하였을 바를 내용으로 하는 것으로서, 법률행위의 내용을 분할할 수 있는 경우에 그 무효부분이 없더라도 나머지 부분만으로 법률행위를 하였을 것으로 인정되면 그 나머지 부분의 법률행위로서 효력이 인정된다(민법 제137조 단서). 반면 법률행위의 내용을 분할할 수 없거나 나머지 부분만을 내용으로 하는 법률행위를 하였을 것으로 보기 어려운 경우에는 그 법률행위는 원칙적으로 전부 무효가 되고 다만 당사자가 그 무효를 알았다면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 그러한 가정적 효과의사에 의한 법률행위로서 효력을 가진다(민법 제138조). … 법률행위의 일부가 강행법규에 위반되어 무효인 경우에 나머지 부분을 무효로 하는 것이 강행법규 및 그 입법 취지에 반한다고 인정될 때에는 나머지 부분까지 무효가 된다고 할 수는 없다. 그러나 그러한 경우에도 강행법규와 그 입법 취지에 저촉되지 않는 범위에서는 당사자의 의사자치의 원칙은 존중되어야 한다. 강행법규의 취지에 어긋나지 않으면서도 쌍방 당사자 사이에 서로 일치하는 가정적 의사가 인정되는데도 불구하고, 오로지 원래 약정에서 무효부분을 뺀 나머지 부분만을 내용으로 하는 법률행위로서만 효력이 있다고 하는 것은 당사자 자치의 근본정신에 배치되고, **민법 제137조와 제138조의 규정 체계**에도 부합하지 않는다. 강행법규의 입법 취지를 실현할 필요가 있다고 하더라도, 강행법규에 반하는 부분의 효력을 부인하고 그 나머지 부분을 토대로 당사자의 합리적인 의사를 추단하여 계약의 효력이 유지되도록 하는 것은 타당하지만, 당사자의 가정적 의사에 전혀 부합하지 않는 내용의 법률행위를 의제하고 그 효과를 강요하는 결과가 되어서는 안 된다. 그러므로 법률행위가 일부 무효일 때 강행법규의 취지를 살리기 위해 그 전부를 무효로 돌리지 않아야 할 경우에도 당사자의 가정적 의사를 외면해서는 안 된다. … 민법 제138조는 무효인 법률행위와 전환되는 법률행위가 다른 종류의 법률행위이어야 한다고 제한하고 있지 않으므로, 무효인 임대차계약을 다른 내용의 임대차계약으로 전환하는 것이 안 된다고 할 이유가 없다. 또한 법적 개념으로는 별개의 법률행위라도 당사자의 의사에 의하여 주종관계로 결합됨으로써 경제적·사실적으로 일체를 이루는 경우에는 그와 같이 결합된 법률행위 전체에 대하여 무효행위 전환의 법리를 적용할 수 있다고 보아야 한다. 법률적 의미의 개개 법률행위별로 당사자의 가정적 의사를 탐구해서 다른 법률행위로 전환되는지 여부를 결정한다면 당사자가 복수의 법률행위를 결합시키면서 가졌을 것으로 보이는 진정한 의사에 배치되는 결과가 발생할 수 있기 때문이다."

500) 무권대리나 무권리자의 처분과 같은 미확정적 무효의 경우는 해당되지 않는다.

501) **민법 제139조(무효행위의 추인)** 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 아니한다. 그러나 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 '새로운 법률행위'로 본다. ☜ 새로운 법률행위로 보므로, 무효인 원법률행위가 소급하여 유효로 되는 것이 아니다.

502) ○ 대법원 1997. 12. 12. 선고 95다38240 판결; "무효행위의 추인은 그 **무효 원인이 소멸한 후**에 하여야 그 효력이 있는 것이다. … 강박에 의한 의사표시임을 이유로 일단 유효하게 취소되어 당초의 증여의 의사표시가 무효로 된 후에 추인한 경우 그 추인이 효력을 가지기 위하여는 그 무효 원인이 소멸한 후일 것을 요한다고 할 것인데, 그 무효 원인이란 바로 위 증여의 의사표시의 취소사유라고 할 것이므로, 결국 무효 원인이 소멸한 후란 것은 당초의 증여의 의사표시의 성립 과정에 존재하였던 **취소의 원인이 종료된 후**, 즉 **강박 상태에서 벗어난 후**라고 보아야 할 것이다."

○ 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010다91831 판결; "법인의 대표자가 한 매매계약이 법인에 대한 배임행위에 해당하고 그 매매계약 상대방이 배임행위를 유인·교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담한 경우에는 그 매매계약이 **반사회적 법률행위**에 해당하여 무효로 될 수 있지만, 이때 매매계약을 무효로 한 이유는 본인인 법인의 이익을 보호하기 위한 데에 있는 것이어서, **무효의 원인이 소멸된 후** 본인인 법인의 진정한 의사로 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 그 효력이 생길 수 있다."

⇔ ◇ 대법원 1994. 6. 24. 선고 94다10900 판결; "불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 추인에 의하여 그 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다."

의심하면서도' ⓒ 추인(무효행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위)[503]한 사실,[504] ② 상대방이 그 추인을 승낙한 사실이다.

무효인 원계약에 기한 이행청구에 대하여, '무효인 법률행위의 추인' 주장은 재항변이 아니라, 별개의 새로운 계약에 기한 이행청구로서 예비적 청구의 관계에 있다(원계약에 기한 이행청구 → 무효 항변 → 추인의 재항변 ×, 별개의 신계약에 기한 이행청구 ○).

라) 취소할 수 있는 법률행위의 추인

취소할 수 있는 법률행위에 대한 '추인'은 취소권 포기의 의사표시(단독행위)로서 취소권 소멸 사유에 해당하고, 그 주장은 계약에 기초한 이행청구에 대한 계약 취소의 항변에 대하여는 재항변, 계약 취소에 기초한 부당이득반환의 이행청구에 대하여는 항변에 해당한다.

취소할 수 있는 법률행위에 대한 '추인' 주장의 요건사실은, ① 취소권자(제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인)가 ② 취소의 원인이 소멸된 '후'에(성년이 된 후, 행위능력을 회복한 후, 기망사실을 안 후, 착오·강박 상태에서 벗어난 후를 말한다. 미성년자·피한정후견인 법률행위의 경우 '법정대리인·한정후견인의 동의'로 요건사실이 대체될 수 있고, 법정대리인·후견인이 추인하는 경우에는 ② 요건사실이 필요하지 않다)[505][506] ③ 취소의 의사

◇ 대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결: "학교법인이 사립학교법 제16조 제1항에 의한 이사회의 심의·의결 없이 학교법인 재산의 취득·처분행위를 하거나 사립학교법 제28조 제1항의 규정에 의하여 관할청의 허가 없이 의무부담행위를 한 경우에 그 행위는 효력이 없고, 학교법인이 나중에 그 의무부담행위를 추인하더라도 효력이 생기지 아니한다."

◇ 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다22074 판결: "원고 법흥사가 이 사건 지상권설정등기의 효력을 추인하였다는 소론 사유는 원심에서 주장된 바도 없을 뿐 아니라, 주무장관의 허가를 받지 아니한 처분행위는 매도인 측의 추인 여부에 불구하고 그 효력이 없는 것이다."

503) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다112299 판결.

504) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2012다106607 판결: "무효인 법률행위를 추인에 의하여 새로운 법률행위로 보기 위하여서는 당사자가 이전의 법률행위가 무효임을 알고 그 행위에 대하여 추인하여야 한다. 한편 추인은 묵시적으로도 가능하나, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼만한 사정이 있어야 할 것이므로 이를 판단함에 있어서는 관계되는 여러 사정을 종합적으로 검토하여 신중하게 하여야 할 것이다. 위와 같은 법리를 고려하면, 당사자가 이전의 법률행위가 존재함을 알고 그 유효함을 전제로 하여 이에 터 잡은 후속행위를 하였다고 해서 그것만으로 이전의 법률행위를 묵시적으로 추인하였다고 단정할 수는 없고, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 이전의 **법률행위가 무효임을 알거나 적어도 무효임을 의심**하면서도 **그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 의사로 후속행위**를 하였음이 인정되어야 할 것이다. … 당시 원고가 이 사건 처분행위가 무효임을 알았다거나 적어도 무효임을 의심하였음을 인정할 만한 증거를 찾아보기 어렵다."

505) **민법 제144조(추인의 요건)** ① 추인은 취소의 원인이 소멸된 후에 하여야만 효력이 있다. ② 제1항은 법정대리인 또는 후견인이 추인하는 경우에는 적용하지 아니한다.

⇔ 일본 민법 제124조('추인은 취소의 원인이 되었던 상황이 소멸한 후에 하지 않으면 그 효력이 생기지 않는다.')는 추인 효력 발생의 장애사유로서 소극적 요건의 규정 형식을 취하고 있어, 추인의 효과를 다투는 취소권자 쪽이 '취소의 원인이 소멸되기 전에 추인한 사실'(추인 시기의 미도래)을 주장·증명하여야 하는 것으로 볼 수 있지만(계약 취소의 항변에 대한 추인의 재항변에 대하여 재재항변 사유가 된다), 우리 민법은 '취소 원인의 소멸'을 추인 효력 발생의 적극적 요건으로 달리 규정하고 있으므로, 추인을 주장하는 쪽이 '취소의 원인이 소멸된 후에 추인한 사실'(추인 시기의 도래)을 주장·증명하여야 하는 것으로 볼 것이다. 이는 '취소 원인의 소멸'

표시 '전'에(취소 후에는 '무효인 법률행위'의 추인의 요건과 효력으로서 추인할 수 있을 뿐이다),[507] ④ ⓐ 취소할 수 있는 법률행위임을 알고서 추인의 의사표시를 하거나(그 도달까지 요한다) ⓑ 법정 추인사유에 해당하는 행위[508]를 한 사실이다.

④의 ⓑ에 대하여 '취소권자가 (그 행위가 추인의 취지가 아니라는) 이의를 보류한 사실'은 추인의 재항변에 대한 재재항변 사유, 추인의 항변에 대한 재항변 사유에 해당한다.

8) 조건과 기한

가) 정지조건부(停止條件附) 또는 시기부(始期附) 법률행위

'조건'은 '법률행위 효력의 발생(정지조건) 또는 소멸(해제조건)을 장래의 불확실한 사실의 성립 여부에 의존케 하는 법률행위의 부관'(조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없다)[509]으로서 어느 법률행위에 어떤 '조건이 붙어 있었는지 아닌지'는 '사실인정'의 문제이고, '조건의 존재'(조건의 성립요건으로는 ① '조건의사', ② 조건의사의 '표시'가 필요하다[510])를 주장하

요건에 관하여 의사표시에 의한 추인과 법정추인 양자를 같이 보는 통일적 해석에도 부합한다. 우리 판례도 같은 취지로 보인다.

506) ○ 대법원 1997. 5. 30. 선고 97다2986 판결: "추인은 취소권을 가지는 자가 **취소원인이 종료한 후에 취소할 수 있는 행위임을 알고서 추인의 의사표시**를 하거나 **법정 추인사유에 해당하는 행위**를 행할 때에만 법률행위의 효력을 유효로 확정시키는 효력이 발생하는바, … 달리 원고가 이 사건 교환계약으로 인하여 발생한 위 의무를 이행할 당시 **기망으로 인한 착오 상태에서 벗어났다고 인정할 만한 자료가 없**으므로 원고가 위 의무이행으로 인하여 하자 있는 이 사건 교환계약을 추인한 것이라고 볼 수 없을 뿐더러, 이는 원심에 이르기까지 제출한 바 없었던 **새로운 주장**으로서 적법한 상고이유가 될 수 없다."
○ 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다45025 판결: "원고가 … 착오상태에서 벗어나 … 소유권이전등기를 마친 것은 수용협의를 **추인**한 것으로 간주된다고 하는 피고의 **항변**에 대하여, 원심은 … 피고 명의로 소유권이전등기가 경료된 **그 무렵 원고가 위 착오상태에서 벗어났다는 점을 인정할 증거가 없다** 하여 위 항변을 배척하였는바, 이러한 판단도 정당하고"

507) 대법원 1997. 12. 12. 선고 95다38240 판결: "취소한 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 간주되므로 취소할 수 있는 법률행위가 일단 취소된 이상 그 후에는 취소할 수 있는 법률행위의 추인에 의하여 이미 취소되어 무효인 것으로 간주된 당초의 의사표시를 다시 확정적으로 유효하게 할 수는 없고, 다만 무효인 법률행위의 추인의 요건과 효력으로서 추인할 수는 있으나"

508) **민법 제145조(법정추인) 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 전조의 규정에 의하여 추인할 수 있는 후에 다음 각호의 사유가 있으면 추인한 것으로 본다. 그러나 이의를 보류한 때에는 그러하지 아니하다.**
1. 전부나 일부의 이행 ☜ 이행의 수령을 포함한다.
2. 이행의 청구 ☜ 취소권자가 이행 청구를 받은 것은 포함되지 않는다.
3. 경개
4. 담보의 제공 ☜ 물적·인적 담보의 제공, 담보 제공을 받은 경우를 포함한다.
5. 취소할 수 있는 행위로 취득한 권리의 전부나 일부의 양도 ☜ 취소권자의 양도에 한한다.
6. 강제집행 ☜ 채무자로서 집행당하고 이의하지 않은 경우를 포함한다.

509) 조건부 법률행위에 있어 조건의 내용 자체가 불법적인 것이어서 무효일 경우 또는 조건을 붙이는 것이 허용되지 아니하는 법률행위에 조건을 붙인 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없고 그 법률행위 전부가 무효로 된다고 보아야 한다(2005마541).

510) ○ 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다202821 판결: "조건은 법률행위 효력의 발생 또는 소멸을 장래 불확실한 사실의 발생 여부에 따라 좌우되게 하는 법률행위의 부관이고, 법률행위에서 효과의사와 일체적인 내용을 이루는 의사표시 그 자체이다. 조건을 붙이고자 하는 의사는 법률행위의 내용으로 외부에 표시되어야 하고, 조건을 붙이고자 하는 의사가 있는지는 의사표시에 관한 법리에 따라 판단하여야 한다. 조건을 붙이고자 하는 의사가 외부에 표시되었다고 인정하려면, 그 법률행위가 이루어진 동기와 경위, 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적,

는 자가 이를 증명하여야 한다.[511]

원고가 법률행위 효과의 발생을 주장하는 경우, '정지조건의 존재 사실'은 피고의 항변 사실,[512] '정지조건 성취 사실' 또는 '정지조건 성취 의제[513] 사실'[= ❶ (주체) '조건 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자'가 + ❷ '신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 사실' + ❸ 방해행위와 조

거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 그 법률행위 효력의 발생 또는 소멸을 장래의 불확실한 사실의 발생 여부에 따라 좌우되게 하려는 의사가 인정되어야 한다." ☜ 원고가 빌라 분양을 대행하고 피고로부터 수수료를 받기로 하는 분양전속계약의 특약사항 "분양계약기간 완료 후 미분양 물건은 원고가 모두 인수하는 조건으로 한다."는 분양계약기간 만료 후 미분양 세대를 원고가 인수할 의무를 부담한다는 계약의 내용을 정한 것에 불과하고, 이와 달리 위 계약의 효력발생이 좌우되게 하려는 법률행위의 부관으로서 조건을 정한 것이라고 보기는 어렵다고 한 예. **[동일 판시]** 의사표시의 일반원칙에 따라 조건을 붙이고자 하는 의사 즉 조건의사와 그 표시가 필요하고, 조건의사가 있더라도 그것이 외부에 표시되지 않으면 법률행위의 동기에 불과할 뿐이며 그것만으로는 법률행위의 부관으로서의 조건이 되는 것은 아니다(2003다10797).

○ 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다221368 판결: 피고와 소외회사가 토지매입작업과 관련한 정산합의를 하면서 미매입 일부 토지에 대해서도 특정금액을 정산기준액으로 하여 정산하기로 하였는데, 소외회사로부터 정산금 채권을 양수한 원고가 '매입 여부에 관계없이 정산합의가 유효하므로 미매입 토지도 정산금 산정 대상에 포함되어야 한다.'고 주장하면서 정산금을 청구한 **사안**에서, 피고와 소외회사는 묵시적 약정으로 위 정산합의가 소외회사가 토지매매계약을 체결할 수 없는 것이 확정되거나 그 계약체결이 사실상 불가능한 것으로 확정되는 것을 해제조건으로 함을 표시하였다고 볼 수 있으므로, 해제조건의 성취 여부를 심리한 다음 정산합의의 무효 여부를 판단하였어야 한다고 한 사례.

511) 대법원 2011. 8. 25. 선고 2008다47367 판결: "조건은 법률행위의 당사자가 그 의사표시에 의하여 그 법률행위와 동시에 그 법률행위의 내용으로서 부가시켜 그 법률행위의 효력을 제한하는 법률행위의 부관이므로, 구체적인 사실관계가 어느 법률행위에 붙은 조건의 성취에 해당하는지 여부는 의사표시의 해석에 속하는 경우도 있다고 할 수 있지만, 어느 법률행위에 어떤 조건이 붙어 있었는지 아닌지는 사실인정의 문제로서 그 조건의 존재를 주장하는 자가 이를 증명하여야 한다." ☛ 특정 법률행위에 관하여 어떠한 사실이 그 효과의사의 내용을 이루는 조건이 되는지와 해당 조건의 성취 또는 불성취로 말미암아 법률행위의 효력이 발생하거나 소멸하는지는 모두 법률행위 해석의 문제이다(대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결).

512) 대법원 1993. 9. 28. 선고 93다20832 판결: "어떠한 법률행위가 조건의 성취 시 법률행위의 효력이 발생하는 소위 정지조건부 법률행위에 해당한다는 사실은 그 법률행위로 인한 법률효과의 발생을 저지하는 사유로서 그 법률효과의 발생을 다투려는 자에게 주장, 입증책임이 있다고 할 것이므로, … 명의신탁계약의 해지가 정지조건부 법률행위라면 그 사실에 대한 주장, 입증책임은 그 명의신탁해지의 효과를 다투는 피고에게 있다고 할 것인데 (그 정지조건의 성취에 관한 주장, 입증책임이 원고에게 있음은 별론으로 하고)"

513) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결: "**민법 제150조 제1항**은 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 상대방은 그 조건이 성취한 것으로 주장할 수 있다고 정함으로써, 조건이 성취되었더라면 원래 존재했어야 하는 상태를 일방 당사자의 부당한 개입으로부터 보호하기 위한 규정을 두고 있다. 이 조항은 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다는 법질서의 기본원리가 발현된 것으로서, 누구도 신의성실에 반하는 행태를 통해 이익을 얻어서는 안 된다는 사상을 포함하고 있다. 당사자들이 조건을 약정할 당시에 미처 예견하지 못했던 우발적인 상황에서 상대방의 이익에 대해 적절히 배려하지 않거나 상대방이 합리적으로 신뢰한 선행 행위와 모순된 태도를 취함으로써 형평에 어긋나거나 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 결과를 초래하는 경우 신의성실에 반한다고 볼 수 있다. 민법 제150조 제1항은 계약 당사자 사이에서 정당하게 기대되는 협력을 신의성실에 반하여 거부함으로써 계약에서 정한 사항을 이행할 수 없게 된 경우에 유추적용될 수 있다. 그러나 민법 제150조 제1항이 방해행위로 조건이 성취되지 않을 것을 요구하는 것과 마찬가지로, 위와 같이 유추적용되는 경우에도 단순한 협력 거부만으로는 부족하고 이 조항에서 정한 방해행위에 준할 정도로 신의성실에 반하여 협력을 거부함으로써 계약에서 정한 사항을 이행할 수 없는 상태가 되어야 한다. 또한 민법 제150조는 사실관계의 진행이 달라졌더라면 발생하리라고 희망했던 결과를 의제하는 것은 아니므로, 이 조항을 유추적용할 때에도 조건 성취 의제와 직접적인 관련이 없는 사실관계를 의제하거나 계약에서 정하지 않은 법률효과를 인정해서는 안 된다."(신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 것으로 보기 어렵고, 매수예정자와 매각금액이 특정되었다고 볼 수 없는 상태에서 조건 성취 의제로 인한 구체적인 법률 효과를 정할 수도 없다는 이유로, 민법 제150조 제1항의 유추적용에 따른 매매계약 체결 의제를 부정한 사례)

건 불성취의 '인과관계'(=조건 성취 가능성의 존재)[514] + ❹ '조건 성취 의제의 일방적 의사표시[515] 및 그 도달')]은 원고의 재항변 사실,[516] '정지조건 불성취 의제 사실'[= ❹ (주체) '조건의 성취로 인하여 이익을 받을 당사자'가 + ❷ '신의성실에 반하여 조건을 성취시킨 사실' + ❸ ②행위와 조건 성취의 '인과관계'(=조건 불성취 가능성의 존재) + ❹ '조건 불성취 의제의 일방적 의사표시 및 그 도달'][517]은 피고의 재재항변 사실이 된다. 원고가 청구원인에서 정지조건부 법률행위임을 진술하여 자인한 경우라면 위 재항변 사실인 '정지조건의 성취 또는 그 의제 사실'까지 청구원인 단계에서 주장·증명하여야 할 것이다.[518]

514) 대법원 2022. 12. 29. 선고 2022다266645 판결: "일방 당사자의 신의성실에 반하는 방해행위 등이 있었다는 사정만으로 곧바로 민법 제150조 제1항에 의해 그 상대방이 발생할 것으로 희망했던 결과까지 의제된다고 볼 수는 없으므로, 여기서 말하는 '**조건의 성취를 방해한 때**'란 사회통념상 일방 당사자의 방해행위가 없었더라면 조건이 성취되었을 것으로 볼 수 있음에도 방해행위로 인하여 조건이 성취되지 못한 정도에 이르러야 하고, 방해행위가 없었더라도 조건의 성취가능성이 현저히 낮은 경우까지 포함되는 것은 아니다. 만일 위와 같은 경우까지 조건의 성취를 의제한다면 단지 일방 당사자의 부당한 개입이 있었다는 사정만으로 곧바로 조건 성취로 인한 법적 효과를 인정하는 것이 되고 이는 상대방으로 하여금 공평·타당한 결과를 초과하여 부당한 이득을 얻게 하는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 한편 일방 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였는지 여부는 당사자들이 조건부 법률행위 등을 하게 된 경위나 의사, 조건부 법률행위의 목적과 내용, 방해행위의 태양, 해당 조건의 성취가능성 및 방해행위가 조건의 성취에 미친 영향, 조건의 성취에 영향을 미치는 다른 요인의 존재 여부 등 여러 사정을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다." ☜ 원고가 피고 회사에 투자하면서 '피고 회사는 원고에게 지적재산권을 통한 매출 발생 시마다 수익금 중 10%를 투자금 원금을 포함한 5배 금액이 될 때까지 상환한다.'고 약정한 사안에서, 원고가 피고 회사의 전자제품 개발·판매 사업이 성공할 것으로 신뢰하였거나 이를 기대하여 투자를 하였더라도, 피고 회사가 개발하려는 전자제품 판매로 인한 매출 발생 가능성 자체가 현저히 낮았다면, 피고 회사가 위 사업 진행을 위해 진지한 노력을 기울이지 않았다거나 처음부터 그러한 의사가 없었다는 사정 등만으로 피고 회사가 매출 발생이라는 조건 성취를 방해한 경우라고 평가하기 부족하다고 한 예.

515) 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때 상대방은 그 조건이 성취된 것으로 주장할 형성권을 가질 뿐이므로(민법 제150조 제1항), 조건 성취의 효과를 발생시키기 위해서는 조건이 성취된 것으로 본다는 일방적 의사표시가 있어야 한다. 조건 불성취 의제의 경우도 마찬가지이다(민법 제150조 제2항).

516) 81다카692: "정지조건부 법률행위에 있어서 조건이 성취되었다는 사실은 이에 의하여 권리를 취득하고자 하는 측에게 그 입증책임이 있다 할 것이므로 … 정지조건이 성취되었다는 사실은 채권양도의 효력을 주장하는 원고들 측에게 그 입증책임이 있는 사항이라 할 것이다."

517) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020다253430 판결: 소외 회사의 대표이사인 원고와 사내이사인 피고들 등이 회사를 공동운영하기로 하는 동업계약을 체결하고, 그중 근속조항에서 '동업자 중 한 명이 근속의무 종료 시점 이전에 자의적으로 회사를 퇴직할 경우, 보유 주식 전부를 대표이사에게 액면가로 양도한다. 자의적인 퇴사가 아닌 퇴사를 하게 될 경우, 보유 주식 중 일정 비율을 대표이사에게 액면가에 매각한다.'라고 정하였는데, 그 후 소외 회사가 주주총회를 개최하여 피고들의 이사직 해임을 결의한 **사안**에서, ① 근속조항에서 동업자의 퇴사를 '자의적인 퇴사'와 '자의적인 퇴사가 아닌 퇴사'로 구분하고 있고 각 항목은 서로 배타적으로 구성되어 있으며, 동업자의 의무 위반과 귀책사유의 존재를 동업계약 해지와 권리 포기의 조건으로 명시하고 있는 다른 규정의 반대해석상 근속조항에서 정한 '자의적인 퇴사가 아닌 퇴사'는 피고들이 귀책사유 없이 퇴사, 해임된 경우에도 적용되고, ② 원고가 피고들로부터 양도받게 될 주식을 임의로 처분할 수 없고 의결권 행사에도 제한이 있어 피고들의 해임이라는 조건 성취로 원고가 이익을 얻는다고 단정할 수 없으며, 피고들의 해임은 주주총회에서 이루어졌는데, 이는 기관투자자를 비롯한 주주들이 자신들의 이익을 위해 최선의 선택을 한 결과로 보이고, 원고가 독단적으로 피고들을 해임한 것이라고 할 수 없는 등 원고가 조건 성취를 통해 직접 이익을 받는 당사자로서 신의성실에 반하여 피고들의 해임을 주도하였다고 인정할 수도 없으므로, 피고들은 근속조항에 따라 소외 회사의 보유 주식 일부를 원고에게 액면가로 매각할 의무가 있다고 본 원심이 정당하다고 한 예.

518) 어떠한 법률행위가 기한의 도래 시 그 효력이 발생하는 이른바 **시기부(始期附 = 停止期限附) 법률행**위인 경우 정지조건부 법률행위와 동일한 구조로, 원고가 법률행위 효과의 발생을 주장하는 데 대하여 '시기(始期)의 존재 사실'은 피고의 항변 사실, '시기의 도래 사실'은 원고의 재항변 사실이 되나, 시기부 법률행위임이 명백하여 원고가 청구원인에서 시기부 법률행위임을 자인한 경우라면 위 재항변 사실인 '시기의 도래 사실'까지 청구원인

정지조건과 불확정기한은 부관에 표시된 사실이 발생하지 않은 경우 채무를 이행하지 않아도 되는지 여부에 따라 구분된다.[519]

나) 해제조건부(解除條件附) 또는 종기부(終期附) 법률행위

어떠한 법률행위가 조건의 성취 시 그 효력이 소멸하는 이른바 해제조건부 법률행위인 경우 '해제조건의 존재 및 성취 사실' 모두 법률행위 효력의 소멸을 주장하는 자가 항변 사실로 주장·증명할 책임이 있다. 즉, 원고가 법률행위 효과의 발생을 주장하는 경우, '해제조건의 존재 및 그 성취 사실 또는 성취 의제 사실(= 원고가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 사실+조건 성취 의제의 의사표시 및 그 도달)'은 피고의 항변 사실, '해제조건 불성취 의제 사실(= 피고가 신의성실에 반하여 조건을 성취시킨 사실+조건 불성취 의제의 의사표시 및 그 도달)'은 원고의 재항변 사실이 된다.[520]

단계에서 주장·증명하여야 한다.

519) ○ 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결: "부관이 붙은 법률행위의 경우에, 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 타당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 타당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다. … 이미 부담하고 있는 채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 그것은 변제기를 유예한 것으로서 그 사실이 발생한 때 또는 발생하지 아니하는 것으로 확정된 때에 기한이 도래한다." ☜ '월급을 350만 원으로 하되 당분간은 월 100만 원만 지급하고 추후 보조금을 다시 지급받으면 그때 밀린 급여 또는 나머지 월 250만 원을 지급하겠다.'는 것은 '보조금 수령'이라는 사유가 발생하는 때는 물론이고 상당한 기간 내에 그 사유가 발생하지 않은 때에도 약정 임금을 지급해야 한다는 **불확정기한**으로 봄이 타당하다고 한 사례.

○ 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다201702 판결: 원고는 피고를 상대로 배관자재 대금의 지급을 구하는 이 사건 소를, 피고는 원고를 상대로 채무부존재확인과 손해배상을 구하는 소를 각 제기하여 진행하던 중, 원고가 피고의 채무자(거래업체)인 A, B회사로부터 원고 청구 금액을 지급받으면, 원고는 피고에게 일부 금액을 지급하고, 피고에 대한 나머지 청구를 포기하며, 각자 소를 취하하고 어떠한 이의도 제기하지 않고, 소송비용도 각자 부담하기로 하면서 '위 모든 합의사항의 이행은 원고가 A, B회사로부터 돈을 모두 지급받은 후 그 효력이 발생한다.'고 합의한 **사안**에서, **원심**이, 위 조항은 원고에게 부과된 이행의무의 기한을 정한 것으로 보는 것이 타당하다는 등의 이유로 이 사건 청구는 위 합의의 효력에 반하여 허용될 수 없다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 합의 내용상 '원고가 A, B회사로부터 돈을 모두 지급받는다'는 사실이 발생해야 나머지 이행의무가 성립한다고 볼 수 있는데, 원고가 위 돈을 지급받는다는 부관은 장래 발생 여부가 불확실한 사실로서 조건으로 볼 여지가 있고, 원고가 피고 등으로부터 미지급 물품대금 액수에 해당하는 금액을 변제받을 것이 확실시되었다는 등의 특별한 사정이 없는 상태에서 피고에 대한 물품대금 채권을 포기할 아무런 이유가 없다는 점에서도 **정지조건부** 합의로 볼 여지가 크며, 위 합의가 화해계약의 성격을 가진다고 하여 달리 볼 이유가 없다고 판단한 예. **[동일 취지]** 아파트 신축·분양 사업의 분양수입금 인출배분에 관하여 공사도급변경약정에서 시행사의 선투입비 및 일반관리비 채권을 2순위로 지급하기로 하면서, 위 선투입비는 아파트 분양 실계약률에 따라 계약률 50% 시 45억 원, 최초 계약일로부터 6개월 이내에 계약률 75% 시 35억 원, 12개월 이내에 계약률 95% 시 10억 원을 각각 지급하기로 한 **사안**에서, 선투입비는 위 사업이 실패하게 되면 시행사가 위험을 부담하여야 하는 것이었던 점 등에 비추어 위 시행사의 선투입비 채권은 일정 기간 내에 일정 분양률이 충족되는 것을 **정지조건**으로 최대 90억 원까지 2순위로 지급받기로 약정된 것으로 보아야 한다고 한 사례(2010다89036).

520) 어떠한 법률행위가 기한의 도래 시 그 효력이 소멸하는 이른바 **종기부 법률행위**인 경우 해제조건부 법률행위와 동일한 구조로, 원고가 법률행위 효과의 발생을 주장하는 데 대하여 '종기의 존재 및 그 도래 사실'이 피고의 항변 사실이다.

다) 법정조건(관할관청의 인가·허가 등)

법정조건(法定條件; 관할관청의 인·허가(認·許可) 등과 같이 법률행위의 효력 발생을 위하여 법률이 특별히 요구하고 있는 조건)의 주장·증명책임은 일률적으로 말할 수 없고 당해 법조항에 따라 개별적으로 정해질 수밖에 없다.

'토지거래허가'[521]의 경우, 당해 토지가 토지거래허가지역으로 지정 고시된 곳이고, 그 거래가 토지거래허가의 대상이라는 점이 기록상 나타난다면 모르되, 그러한 점이 전혀 기록상 나타나지 않는다면, 예컨대, 원고는 소장에서 간략히 매매를 원인으로 이전등기청구를 구하고 피고는 자백간주되었다면 이러한 경우 법원으로서는 무변론 승소판결함이 맞고(그 판결에 따른 등기 실행의 가부는 별문제이다)[522] 실무의 처리 예에 부합한다. '토지거래허가'의 존부는 직권조사사항에 해당한다고 판례의 취지를 이해함이 타당하고,[523] 그 증명책임은 토지거래계약의 유효를 주장하는 측에게 있다고 보아야 한다('토지거래허가'를 토지거래계약의 적극적 유효요건으로 이해하면, 토지거래계약의 유효를 주장하는 측이 청구원인 사실 중 하나의 요건 사실로서 주장·증명책임을 진다고 볼 수도 있다).

사전에 토지거래허가를 받지 않은 토지 매매계약의 효력은 ① 처음부터 그 허가를 배제하거나 잠탈하려 하였던 경우와 ② 허가받을 것을 전제로 한 경우 사이에 커다란 차이가 있고,[524] 따라서 당사자가 자신이 체결한 계약이 어느 경우에 해당하는지에 대한 주장사실

---

521) 토지거래허가구역 내 토지의 거래허가에 관하여, 종래에는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제118조에서 규정하였다가, 현재는 부동산 거래신고 등에 관한 법률(2016. 1. 19. 제정, 2017. 1. 20. 시행) 제11조에서 규정하고 있다.

522) 현행 부동산등기 특별조치법 제5조(허가 등에 대한 특례) ① 등기원인에 대하여 행정관청의 허가, 동의 또는 승낙을 받을 것이 요구되는 때에는 소유권이전등기를 신청할 때에 그 허가, 동의 또는 승낙을 증명하는 서면을 제출하여야 한다. 〈개정 2011.4.12〉

523) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97다22140 판결은, "원심의 인정과 같이 고성읍 일대가 토지거래허가지역으로 지정 고시된 곳이고, 이 사건 부동산의 거래가 토지거래허가의 대상이라면(이는 기록상 사실로 확인된다) 토지거래허가를 받지 못한 단계에서는 유동적 무효상태의 계약에 불과하여 계약내용에 따른 이행의무가 발생할 수 없는 것이고, 계약이 토지거래허가의 대상으로서 토지거래허가를 받지 아니한 것임이 판명된 이상 법원으로서는 당사자가 토지거래허가를 받지 아니한 계약의 효력을 다투는지의 여부에 불구하고, 계약의 이행을 명할 수 없다."라고 판시한 바 있다. 당해 토지가 토지거래허가지역으로 지정 고시된 곳이고, 그 거래가 토지거래허가의 대상인지를 법원이 항상 직권으로 탐지해야 하는 것은 아니라고 봄이 옳다. 직권탐지주의를 채택한 행정소송에서도 "일건 기록에 나타난 사실에 관하여서만 직권으로 조사를 하고 그를 기초로 하여 판단할 수 있다"는 것인데(대법원 1987. 2. 10. 선고 85누42 판결, 대법원 1999. 5. 25. 선고 99두1052 판결), 변론주의가 원칙인 민사소송에서 항상 직권탐지사항에 해당한다고 보기는 어렵다. 위 97다22140 판결의 "기록상 사실로 확인된다"는 설시 부분은 이러한 점을 염두에 둔 판시로 보인다.

524) ○ 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017다228618 판결; "토지거래계약 허가구역 내 토지에 관하여 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용으로 매매계약이 체결된 경우에는, 강행법규인 구 국토계획법 제118조 제6항에 따라 그 계약은 체결된 때부터 확정적으로 무효이다. 계약체결 후 허가구역 지정이 해제되거나 허가구역 지정기간 만료 이후 재지정을 하지 아니한 경우라 하더라도 이미 확정적으로 무효로 된 계약이 유효로 되는 것이 아니다."
○ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다41465 판결; "토지거래허가구역 지정기간 중에 허가구역 안의 토지에 대하여 토지거래허가를 받지 아니하고 토지거래계약을 체결한 후 허가구역 지정이 해제되거나 허가구역 지정기간이 만료되었음에도 재지정을 하지 아니한 때에는 그 토지거래계약이 허가구역 지정이 해제되기 전에 확정적으로 무효로 된 경우를 제외하고는, 더 이상 관할 행정청으로부터 토지거래허가를 받을 필요가 없이 확정적으로

은 법률상의 요건사실인 주요사실에 해당한다고 할 것이므로, 법원은 이에 대한 당사자의 주장사실에 구속되어 그와 다른 사실을 인정하거나 이를 기초로 판단할 수는 없다.[525]

'외국인의 토지 취득 허가'의 경우, 판례는,[526] '외국인 토지 취득 허가'의 존부 역시 '토지거래허가'와 동일하게 직권조사사항에 해당한다고 보고 있다고 이해함이 타당하다('외국인 토지 취득 허가' 역시 외국인의 토지취득계약의 적극적 유효요건으로 이해하면, 그 계약의 유효를 주장하는 측이 청구원인 사실 중 하나의 요건 사실로서 주장·증명책임을 진다고 볼 수도 있다).

'재단법인 기본재산의 처분·편입에 대한 주무부장관의 허가'의 경우, 재단법인에 대하여 그 기본재산 처분행위의 법률효과를 주장하려면 요건사실로서 처분행위 이외에 효력요건인 주무관청의 허가까지를 주장·증명해야 한다.[527] 사찰재산의 처분[528]이나, 학교법

유효로 되어 처래 당사자는 그 계약에 기하여 바로 토지의 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 이행청구를 할 수 있고, 상대방도 반대급부의 청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이지, 여전히 그 계약이 유동적 무효상태에 있다고 볼 것은 아니다."

525) 대법원 2000. 4. 7. 선고 99다68812 판결.

526) 대법원 1981. 2. 10. 선고 80다2189 판결은, "원래 법원은 법규의 적용을 직책으로 하는 것인 만큼 법규의 존재 여부에 관하여는 당사자의 입증을 기다릴 것이 아니라 직권으로 이를 탐지하여야 할 것이다(당원 1956. 1. 31. 선고 1955행상110 판결은 외국인의 토지소유에 관한 법령의 적용 여부는 직권조사 사항이라고 판시하고 있다). 다만 외국 법규나 관습법 등은 그 법원이 분명하지 못하여 법원이 간과하는 수가 있을 것을 염려하여 당사자가 스스로 입증하여 그런 위험이나 불이익을 배제할 수는 있다."고 전제한 다음, "그런데 원고가 본건 토지를 매수하여 취득한 당시에 시행되던 외국인 토지법(1961. 9. 18. 공포 법률 제718호) 제5조는 … 국방부 장관의 허가를 받아야 한다고 명시하고 있는바, 외국인이 여기에 규정된 국방부 장관의 허가를 얻지 아니하고 토지매매계약을 하였다면 그것으로써 소유권 변동의 효과는 발생하지 아니한다고 할 것이다. 기록에 의하면, 원고는 1925년경 자진하여 미합중국의 국적을 취득하여 대한민국의 국적을 상실한 외국인임을 자인하고 있는 한편, 본건 토지는 당시의 외국인토지법 및 동시행령에 규정된 지정지구 내의 토지이며, 그 소유권 취득에 관하여 국방부 장관의 허가를 받지 아니한 점도 변론의 취지에 분명하므로, 원고는 적법하게 본건 토지의 소유권을 취득할 수 없다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 원심이 견해를 달리하여 외국인토지법령상 권리취득이 제한된 점에 대한 아무런 입증이 없다 하여 피고의 위 항변을 배척하였음은 입증책임에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 아니하여 법령을 적용하지 아니한 위법을 범하였다 할 것이니 본건 토지에 관한 한 소론의 논지 이유 있어 원심판결은 유지될 수 없다."고 판시하였다.

527) ○ 대법원 1982. 9. 28. 선고 82다카499 판결; "재단법인의 기본재산에 관한 사항은 정관의 기재사항으로서 기본재산의 변경은 정관의 변경을 초래하기 때문에 주무부장관의 허가를 받아야 하고 따라서 이미 기본재산으로 되어 있는 재산을 처분하는 행위는 물론 새로이 기본재산으로 편입하는 행위도 주무부장관의 허가가 있어야만 유효하다고할 것이므로 어떤 재산이 재단법인의 기본재산에 편입되었다고 인정하기 위하여서는 그 편입에 관한 주무부장관의 허가가 있었음이 먼저 입증되어야 한다."

○ 대법원 2018. 7. 20.자 2017마1565 결정; "주무관청의 허가를 얻은 정관에 기재된 기본재산의 처분행위 … 주무관청의 허가를 얻어야 한다. 이는 재단법인의 기본재산에 대하여 강제집행을 실시하는 경우에도 동일하나, 주무관청의 허가는 반드시 사전에 얻어야 하는 것은 아니므로, 재단법인의 정관변경에 대한 주무관청의 허가는, 경매개시요건은 아니고, 경락인의 소유권취득에 관한 요건이다. 그러므로 집행법원으로서는 그 허가를 얻어 제출할 것을 특별매각조건으로 경매절차를 진행하고, 매각허가결정 시까지 이를 제출하지 못하면 매각불허가결정을 하면 된다. 한편 민법상 재단법인의 기본재산에 관한 저당권 설정행위는 특별한 사정이 없는 한 정관의 기재사항을 변경하여야 하는 경우에 해당하지 않으므로, 그에 관하여는 주무관청의 허가를 얻을 필요가 없다."

☞ 정관 규정에 따라 주무관청의 허가·승인을 받아 민법상 재단법인의 기본재산에 관하여 근저당권을 설정한 경우, 그와 같이 설정된 근저당권을 실행하여 기본재산을 매각할 때에는 주무관청의 허가를 다시 받을 필요는 없다(대법원 2019. 2. 28.자 2018마800 결정). 같은 취지로, 비영리법인이 임대차보증금반환채권 담보 목적의 전세권을 기본재산으로 하는 정관 변경에 대해 주무관청의 허가를 받은 이상 전세권 소멸통고에 대해 또다시 별도로 주무관청의 허가를 받을 필요는 없다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다289828 판결).

528) 대법원 1976. 4. 27. 선고 75다2019, 2020 판결; "원심판결은 본건 토지매매사실과 그 매매에는 사찰재산에

인의 기본재산 처분[529]의 경우에도 마찬가지인 것으로 보인다.

하지만, 구 농지개혁법 소정의 '농지소재지증명' 등에 관한 사항은 법원의 직권조사사항이 아니라 당사자의 공격방어자료에 불과한 것으로 그 증명이 없었다는 사실은 이를 다투는 상대방에게 그 증명책임이 있다[530]고 한 바 있다. 현재, 농지법 제8조 제1항 소정의 '농지취득자격증명'은 농지취득의 원인이 되는 법률행위(매매 등)의 효력을 발생시키는 요건이 아니므로, 그 흠결 주장은 소유권이전등기청구 사건의 경우 유효한 공격방어방법이 될 수 없지만,[531] 농지를 취득하려는 자가 농지에 대하여 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 농지취득자격증명을 발급받지 못한 이상 그 소유권을 취득하지는 못하므로,[532]

대한 처분허가청인 문교당국의 처분허가를 얻은 사실에 대하여 원고에게 입증책임을 지워 판시하고 있음은 원심판결문 자체에 의하여 명백하므로 원심판결에는 입증책임의 분담에 관하여 이를 전도한 위법이 있다는 상고논지는 받아들일 수 없다."

529) **사립학교법 제28조(재산의 관리 및 보호)** ① 학교법인이 그 기본재산을 매도·증여·교환 또는 용도변경하거나 담보에 제공하고자 할 때 또는 의무의 부담이나 권리의 포기를 하고자 할 때에는 관할청의 허가를 받아야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항은 이를 관할청에 신고하여야 한다. ② 학교교육에 직접 사용되는 학교법인의 재산 중 대통령령이 정하는 것은 이를 매도하거나 담보에 제공할 수 없다. ③ 「초·중등교육법」 제10조 및 「고등교육법」 제11조의 규정에 의한 수업료 기타 납부금(입학금 또는 학교운영지원비를 말한다. 이하 같다)을 받을 권리와 이 법 제29조제2항의 규정에 의하여 별도 계좌로 관리되는 수입에 대한 예금채권은 이를 압류하지 못한다. ☛ 학교법인이 해산명령을 받아 해산되고 학교폐쇄 처분을 받아 사실상 학교법인으로서 실체를 상실하고 기능을 수행할 수 없게 된 경우에도 제28조 제1항이 여전히 적용되어 그 기본재산을 처분하고자 할 때에는 관할청의 허가를 받아야 한다(2009다93329). 학교법인의 금전채권자가 학교법인을 대위하여 관할청에 기본재산의 처분허가신청을 할 수는 없다(2011두14357). '공용수용'으로 인한 소유권 변동은 금지하는 처분행위에 포함되지 않는다(2010두21464). 학교법인이 의무를 부담하는 내용의 모든 법률행위가 일률적으로 관할청의 허가 대상인 학교법인의 의무 부담에 해당한다고 단정할 수는 없고, 학교법인이 학교신축 이전공사과정에서 보증보험회사와 체결한 산지전용에 따른 원상복구비용 예치금의 지급보증보험 계약은 관할청의 허가 대상인 의무부담행위에 해당하지 않는다(대법원 2020. 2. 27. 선고 2017다270114 판결). 관할청의 허가 없이 한 행위는 효력이 없고, 학교법인이 그 후에 추인하더라도 효력이 생기지 않는다(2000다2344). 반드시 계약 전에 관할청의 허가를 받아야만 하는 것은 아니고 계약 후라도 관할청의 허가를 받으면 유효하게 될 수 있으며, 관할청의 불허가 처분이 있는 경우뿐만 아니라 당사자가 허가신청을 하지 않을 의사를 명백히 표시하거나 계약을 이행할 의사를 철회한 경우 또는 그 밖에 관할청의 허가를 받는 것이 사실상 불가능하게 된 경우 무효로 확정된다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2019다289815 판결). 매매당사자들이 유치원부지에 대하여 유치원을 다른 곳으로 이전하거나 폐원함으로써 매매목적 토지상에 유치원이 존재하지 아니할 것을 조건으로 매매계약을 체결한 경우 그 유치원의 이전이나 폐원이 불가능하지 않다면 그 매매계약은 유효하고, 이는 담보제공약정의 경우에 있어서도 마찬가지이다(2005다50690). 매수인은 장래 이행의 소로 감독청의 허가를 조건으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있다(96다27988). 제28조 제2항은 제51조에 의하여 사립학교경영자에게 준용된다(2010다5892).

대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결; "소비대차계약의 기초가 된 제1, 2 도급계약은 학교법인의 재산의 취득·처분과 관리에 관한 사항 및 의무부담행위에 해당한다고 할 것인데, 피고 학원은 제1, 2 도급계약 체결 당시 관할청의 허가를 받지 않았음을 자인하고 있고, 기록상 이사회의 결의를 거쳤음을 인정할 자료도 찾아볼 수 없으므로 결국 제1, 2 도급계약은 무효이고, 그와 동일성이 인정되는 제1, 2 소비대차계약 역시 무효라고 볼 수밖에 없다."

530) 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다8343 판결 등.

531) 대법원 2005. 7. 29. 선고 2003다14133, 14140 판결, 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다49251 판결.

532) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다68060 판결; "농지취득자격증명은 농지를 취득하는 자에게 농지취득의 자격이 있다는 것을 증명하는 것으로, 농지를 취득하려는 자는 농지 소재지를 관할하는 시장, 구청장, 읍장 또는 면장에게서 농지취득자격증명을 발급받아야 하고, 농지취득자격증명을 발급받아 농지를 취득하는 자가 그 소유권에 관한 등기를 신청할 때에는 농지취득자격증명을 첨부하여야 한다(농지법 제8조 제1항, 제4항). 따라서 농지

소유권이전등기 말소등기청구의 경우 농지취득자격증명의 흠결은 등기의 무효사유로서 청구원인사실이 될 수 있고 그 추후의 보완은 유효한 항변이 된다.

민간임대주택의 임대의무기간 중 매도인의 임대사업자 지위를 승계하여 임대사업을 하기 위하여 임대주택을 매수한 경우, '임대사업자 등록'은 소유권 취득 요건에 해당한다.[533]

라) 이행기한

(1) 이행기의 의의와 공방 단계

민법 제387조[534]소정의 '기한(期限)'은 '채무이행의 기한'으로서 '이행기한', '의무이행의 기한'(민법 제585조), '이행기'(민법 제387조, 477조, 492조), '변제기'(민법 제468조, 536조, 743조 등)라고도 한다(민법 제378조의 '지급할 때'는 변제기와 다른 개념이다[535]). 이 경우에는 법률행위의 효력 전체가 문제되는 것이 아니라, 이미 존재하고 있는 현재의 구체적인 채무에 관하여 채권자가 언제부터 그 이행을 청구할 수 있는가, 이를 채무자 쪽에서 보면 채무자는 언제부터 그 이행을 하여야 하는가가 문제되는 것이다. 민법 제153조, 388조

를 취득하려는 자가 농지에 대하여 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 농지취득자격증명을 발급받지 못한 이상 그 소유권을 취득하지 못하고, 이는 공매절차에 의한 매각의 경우에도 마찬가지라 할 것이므로, 공매부동산이 농지법이 정한 농지인 경우에는 매각결정과 대금납부가 이루어졌다고 하더라도 농지취득자격증명을 발급받지 못한 이상 소유권을 취득할 수 없고, 설령 매수인 앞으로 소유권이전등기가 경료되었다고 하더라도 달라지지 않으며, 다만 매각결정과 대금납부 후에 농지취득자격증명을 추완할 수 있을 뿐이다." ☞ 농지에 관한 경매절차에서 농지취득자격증명의 발급은 매각허가요건에 해당한다(대법원 2018. 7. 11. 선고 2014두36518 판결).

533) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017다48218 판결; "구 임대주택법이 임대의무기간 중 임대주택의 매각을 원칙적으로 금지하고 임대사업자 간 매매를 예외적으로 허용하는 취지, 매각 신고 시 관할 행정청으로 하여금 매수인이 등록된 임대사업자인지 확인하도록 하는 점, 구 임대주택법상 임대사업자의 등록 기준을 갖추지 못하면 임대사업자로 등록할 수 없고 등록하지 않은 사람은 임대사업자가 아니며, 임대사업자 등록을 하지 않은 사람이 임대주택을 취득할 수 있다면 임대사업자 간 매매를 예외적으로 허용하는 임대주택법령의 취지에 반하고 임차인의 이익을 해할 우려가 있는 점 등을 종합해 보면, 임대주택의 임대의무기간 중 매도인의 임대사업자 지위를 승계하여 임대사업을 하기 위하여 임대주택을 매수한 경우 그 매매계약은 강행법규인 구 임대주택법 제16조에 반하지 않아 유효하지만, 매수인이 임대주택의 소유권을 적법하게 취득하기 위해서는 그 임대주택에 관하여 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 마친 '임대사업자'일 것이 요구된다고 보아야 한다. 그 경우 임대주택을 매수한 사람이 소유권이전등기를 마쳤다고 하더라도 그 임대주택에 관하여 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 하지 않았다면 임대주택의 소유권을 취득할 수 없고, 소유권이전등기 후 임대사업자 등록을 마쳤다면 그때 비로소 임대주택의 소유권을 취득한다고 봄이 타당하다. … 임대의무기간이 지난 공공건설임대주택의 경우에도 구 임대주택법 제16조 제3항에 따른 임대사업자 간 매매는 허용된다고 보아야 한다. 이 경우에도 앞서 본 것처럼 매수인이 공공건설임대주택의 소유권을 취득하기 위하여는 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 마쳐야 한다." ☞ 원고가 이 사건 호실에 관한 소유권이전등기를 마친 소유자로서 피고 명의 가등기의 말소를 구한 사건에서, 위 호실은 임대의무기간이 지난 공공건설임대주택으로서 임대사업을 하기 위하여 이를 순차적으로 매수한 소외인과 원고가 체결한 각 매매계약은 유효하지만, 그들이 소유권이전등기를 마쳤더라도 임대사업자 등록을 하지 않았다면 소유권을 취득할 수 없는데, 소외인과 원고가 위 호실에 관한 임대사업자 등록을 하였다는 사실을 인정할 증거가 없으므로, 원고가 위 호실의 소유권을 취득하였다고 볼 수 없다고 한 예.

534) **민법 제387조(이행기와 이행지체)** ① 채무이행의 확정한 기한이 있는 경우에는 채무자는 기한이 도래한 때로부터 지체책임이 있다. 채무이행의 불확정한 기한이 있는 경우에는 채무자는 기한이 도래함을 안 때로부터 지체책임이 있다. ② 채무이행의 기한이 없는 경우에는 채무자는 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다.

535) 대법원 1991. 3. 12. 선고 90다2147 전원합의체 판결.

소정의 '기한의 이익'에서의 '기한'도 여기에 해당하는 것이다. 하지만, 법률행위의 효력이 발생하는 것(始期의 경우) 또는 소멸하는 것(終期의 경우)을, 장래 발생할 것이 확실한 사실에 걸리게 하는 법률행위의 부관(附款)인 민법 제152조, 154조 소정의 '기한'과는 다른 의미임에 유의해야 한다.[536]

매매나 교환과 같이 재산권의 이전을 목적으로 하는 '매매형 계약'에 있어서는 계약 성립과 동시에 채권채무가 발생하여 즉시 이행을 청구할 수 있는 것이 원칙이고 채무 이행에 관한 기한의 합의는 계약의 필요불가결한 요소가 아니라 부관에 지나지 않는 반면, 목적물을 일정 기간 차주에게 이용케 하는 것이 본질적인 '대차형 계약'에서는 이행기한의 합의는 단순한 부관이 아니라 그 계약의 필요불가결한 요소이다.

따라서 원고가 매매계약상 의무 이행을 구하는 경우, '이행 기한의 존재 사실'은 의무자인 피고의 항변 사실,[537] '기한의 도래 사실'[538] 내지 그에 갈음한 '기한의 이익 상실 사실(= ① 민법 제388조 소정의 사유[539] 발생 사실 또는 ① 기한 이익 상실 특약[540]의 존재와 ② 그 사유의 발생 및 ③ 형성권적 기한이익 상실 특약의 경우 기한의 이익을 상실시키는 채권자의 의사표시[541] 및 그

536) 민법주해 채권(2), 1995, 77면 이하(양창수 집필).

537) 민법주해 채권(2) 1995, 153면(양창수 집필)은, "기한의 약정이 있고 그 약정된 기한이 도래하지 아니하였음"을 항변 사실로 보고 있다.

538) 확정기한의 경우 그 기한의 도과 여부는 '공지의 사실'에 해당하는데, 공지의 사실을 포함한 '현저한 사실'이 주요사실인 경우 그 주장이 필요한지에 관하여는 견해의 대립이 있다. 63다493 판결은 주장 불요설, 64다1761 판결은 주장 필요설의 입장이다.

539) **민법 제388조 (기한의 이익의 상실)** 채무자는 다음 각 호의 경우에는 기한의 이익을 주장하지 못한다.
1. 채무자가 담보를 손상, 감소 또는 멸실하게 한 때
2. 채무자가 담보제공의 의무를 이행하지 아니한 때

540) ◎ **형성권적 기한이익 상실의 특약과 정지조건부 기한이익 상실의 특약**
○ 대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다28340 판결: "기한이익 상실의 특약은 그 내용에 의하여 일정한 사유가 발생하면 채권자의 청구 등을 요함이 없이 당연히 기한의 이익이 상실되어 이행기가 도래하는 것으로 하는 정지조건부 기한이익 상실의 특약과 일정한 사유가 발생한 후 채권자의 통지나 청구 등 채권자의 의사행위를 기다려 비로소 이행기가 도래하는 것으로 하는 형성권적 기한이익 상실의 특약의 두 가지로 대별할 수 있고, 기한이익 상실의 특약이 위의 양자 중 어느 것에 해당하느냐는 당사자의 의사해석의 문제이지만 일반적으로 기한이익 상실의 특약이 채권자를 위하여 둔 것인 점에 비추어 명백히 정지조건부 기한이익 상실의 특약이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 형성권적 기한이익 상실의 특약으로 추정하는 것이 타당하다. … 원고가 약정한 이행의 무를 한번이라도 지체하였을 때 기한의 이익을 잃고 즉시 채무금 전액을 완제하여야 한다고 되어 있으나, … 정지조건부 기한이익 상실의 특약이라고 볼 수는 없고, 달리 기록상 그와 같이 볼만한 뚜렷한 자료도 없는 이상 … 형성권적 기한이익 상실의 특약이라고 보아야 한다. … 형성권적 기한이익 상실의 특약이 있는 경우에는 그 특약은 채권자의 이익을 위한 것으로서 기한이익의 상실 사유가 발생하였다고 하더라도 채권자가 나머지 전액을 일시에 청구할 것인가 또는 종래대로 할부변제를 청구할 것인가를 자유로이 선택할 수 있으므로, 이와 같은 기한이익 상실의 특약이 있는 할부채무에 있어서는 1회의 불이행이 있더라도 각 할부금에 대해 그 각 변제기의 도래시마다 그 때부터 순차로 소멸시효가 진행하고 채권자가 특히 잔존 채무 전액의 변제를 구하는 취지의 의사를 표시한 경우에 한하여 전액에 대하여 그 때부터 소멸시효가 진행하는 것"
○ 대법원 1999. 7. 9. 선고 99다15184 판결; "정지조건부 기한이익 상실의 특약을 하였을 경우에는 그 특약에 정한 기한의 이익 상실사유가 발생함과 동시에 기한의 이익을 상실케 하는 채권자의 의사표시가 없더라도 이행기 도래의 효과가 발생하고, 채무자는 특별한 사정이 없는 한 그 때부터 이행지체의 상태에 놓이게 된다."

541) 기한의 이익을 상실시키는 채권자의 의사행위는 그 상대방에게 명시적으로 행해져야만 하는 것은 아니고, 계약 해지의 의사표시와 마찬가지로 기한의 이익 상실을 전제로 하는 다음 단계의 행위에 의하여도 표시될 수 있다.

도달 사실)'은 권리자인 원고의 재항변 사실, '이행 기한의 연기 사실'[542]은 피고의 재재항변 사실이지만, 원고가 대차물의 반환을 구하는 경우에는, '이행기 도래 사실' 내지 '기한의 이익 상실 사실'은 청구원인 사실에 포함되고, '이행 기한의 연기 사실'은 피고의 항변 사실이 된다.

실제 사건에서, '확정기한'[543]인 경우에는 도래 여부가 공지의 사실로서 분명할 것이므로 별다른 문제가 없으나, '불확정기한'인 경우에는 그 도래 여부가 문제된다. '불확정기한'의 경우 그 사실이 발생한 때는 물론[544] 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행기한은 도래한 것으로 보므로, '불확정한 사실의 발생 사실'에 갈음하여 '불확정한 사실의 발생이 불가능하게 된 사실'(주로 변제자의 성의나 노력에 따라 좌우되고 채권자가 사실의 실현에 영향을 줄 수 없는 경우에는 '합리적인 기간 내에 발생하지 않은 사실'[545])을 주장·증명함으로써 '기

542) ◎ **기한의 연기·유예**: 어음이 '지급을 위하여' 교부된 것으로 추정되는 경우 채권자는 어음채권과 원인채권 중 어음채권을 먼저 행사하여 그로부터 만족을 얻을 것을 당사자가 예정하였다고 할 것이어서 채권자로서는 어음채권을 우선 행사하고 그에 의하여 만족을 얻을 수 없는 때 비로소 채무자에 대하여 기존의 원인채권을 행사할 수 있는 것이므로, 채권자가 기존채무의 변제기보다 후의 일자가 만기로 된 어음을 교부받은 때에는 특별한 사정이 없는 한 기존채무의 지급을 유예하는 의사가 있었다고 보아야 하고(2000다57771), 이 때 기존 채무의 변제기는 어음에 기재된 만기일로 변경되며(2000다16367), 만기를 백지로 하였다면 기존채무의 변제기보다 뒤의 날짜로 보충된 백지어음의 만기로 유예한 것으로 풀이함이 상당하다(89다카32606). 다만, 채무자가 기존 채무의 이행기에 채무를 변제하지 아니하여 채무불이행 상태에 빠진 다음에 기존 채무의 지급을 위하여 어음이 발행 또는 배서된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 기존 채무의 변제기가 어음에 기재된 만기일로 변경된 것으로 볼 수 없다(2000다16367). 어음이 발행인의 지급정지의 사유로 그 지급기일 이전에 지급거절 되었더라도 기존 채무의 이행기가 그 지급거절된 때로 되는 것은 아니다(2000다26333). 현실적인 자금의 수수 없이 형식적으로만 신규 대출을 하여 기존 채무를 변제하는 이른바 '대환'은 특별한 사정이 없는 한 형식적으로는 별도의 대출에 해당하나, 실질적으로는 기존 채무의 변제기 연장에 불과하다(2001다7445). 기한유예의 합의가 원래의 이행기가 도래한 후에 행하여진 경우 기발생의 지연손해금채무를 면제하는 합의를 포함하는 것으로 볼 것인지는 구체적인 당해 계약의 해석 문제이나 일반적으로는 이를 부인함이 옳다.

543) ◎ **확정기한의 구체적 예**; ❶ 매수인이 매도인으로부터 물품을 공급받은 다음 그들 사이의 물품대금 지급방법에 관한 약정에 따라 그 대금의 지급을 위하여 물품 매도인에게 지급기일이 물품공급일자 이후로 된 약속어음을 발행·교부한 경우, 물품대금 지급채무의 이행기는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 약속어음의 지급기일이고, 위 약속어음이 발행인에게 발생한 지급정지사유로 그 지급기일이 도래하기 전에 지급거절되었더라도 그 지급거절된 때에 물품대금 지급채무의 이행기가 도래하는 것은 아니다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2011다101599 판결). ❷ 영업양도 반대주주의 주식매수청구권 행사에 따른 회사의 주식매매대금 지급의무의 이행기는 상법 제374조의2 제2항 소정의 '회사가 주식매수청구를 받은 날로부터 2월'이고, 이는 위 2월 이내에 주식의 매수가액이 확정되지 아니하였다고 하더라도 다르지 않다(2010다94953). ❸ 임대차 등 계속적 계약관계에서 약정된 존속기간의 종기는 목적물이나 보증금 등 반환의무 이행의 확정기한으로서의 의미를 갖는다. 존속기간이 종료되면 반환의무가 발생하고 동시에 이행기가 도래하여, 동시이행항변권의 존재 등과 같은 사정이 없는 한 이행지체에 빠지게 된다.

544) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다201702 판결; "장래의 사실이더라도 그것이 장래 반드시 실현되는 사실이면 실현되는 시기가 비록 확정되지 않더라도 이는 기한으로 보아야 한다."

545) ○ 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결; "채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 사실이 발생한 때뿐만 아니라 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행기한은 도래한 것으로 보아야 한다. 나아가 부관으로 정한 사실의 실현이 주로 채무를 변제하는 사람의 성의나 노력에 따라 좌우되고, 채권자가 그 사실의 실현에 영향을 줄 수 없는 경우에는 사실이 발생하는 때는 물론이고 그 사실의 발생이 불가능한 것으로 확정되지는 않았더라도 합리적인 기간 내에 그 사실이 발생하지 않는 때에도 채무의 이행기한은 도래한다고 보아야 한다." ☜ 피고의 '사업 재기 시'에 지급하기로 한 것은 피고가 사업을 재기하지 않는 경우에는 언제까지나 돈을 변제하지 않아도 된다는 것을 뜻하는 것이 아니라, 사업 재기가 확정적

한의 도래 사실'을 주장·증명할 수 있다.[546]

으로 불가능하게 되었다거나 합리적으로 예상되는 기간이 지났는데도 피고의 사업 재기가 없었다면 그때 변제기가 도래한다는 뜻이라고 보아야 한다고 한 예. **[동일 취지]** 재건축사업을 추진하던 자들과 사업 진행에 필요한 운전자금을 출자하고 사업상의 이익에 참여하기로 하는 등의 공동사업계약을 체결하고 그들에게 운전자금을 지급한 자가, 그 후 사업진행이 순조롭지 않자 공동사업관계에서 탈퇴하면서 '스폰서가 영입되거나 사업권을 넘길 경우나 사업을 진행할 때'에는 위 출자금을 반환받기로 하는 청산약정을 체결한 사안에서, 위 부관의 법적 성질을 거기서 정해진 사유가 발생하지 않는 한 언제까지라도 위 투자금을 반환할 의무가 성립하지 않는 정지조건이라기보다는 불확정기한으로 보아, 출자금반환의무는 위 약정사유가 발생하는 때는 물론이고 상당한 기간 내에 위 약정사유가 발생하지 않는 때에도 성립한다고 해석하는 것이 타당하다고 한 사례(2009다16643).

○ 대법원 2021. 5. 27. 선고 2017다230963 판결; "분양계약 제8조 제3항(수분양자는 공급대금과 그 밖의 납부액을 완납하고 피고들의 소유권보존등기가 완료되는 날부터 60일 이내에 수분양자의 비용으로 소유권이전등기를 해야 한다)의 문언만 보면 소유권이전등기에 관한 의무를 수분양자에게만 부담시키는 것으로 보이나, 이는 분양자인 피고들이 먼저 수분양자가 소유권이전등기를 할 수 있도록 만반의 준비를 갖추고 있다는 것을 당연한 전제로 한다. 따라서 위 조항은 수분양자뿐만 아니라 분양자인 피고들에 대해서도 해당 아파트에 관한 대지권을 확보하는 등 수분양자가 해당 아파트 건물 전체에 관하여 완전한 소유권이전등기를 이전받을 수 있도록 준비를 마칠 의무를 지우면서 이행기의 기준을 정하되, 다만 이행기는 확정기한이 아니라 불확정기한으로 하는 합의가 담긴 조항으로 보아야 한다. 그리고 이행기는 건설공사의 진척상황과 사회경제적 상황에 비추어 분양대금을 다 내고 분양자가 건물을 준공한 날부터 수분양자가 완전한 소유권이전등기를 이전받는 데 들 것으로 예상할 수 있는 합리적인 기간이 지난 때 도래한다." ☜ **원심**이, 대지권이전등기의무는 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하고, 원고들(수분양자)이 이행지체를 이유로 손해배상을 청구한 다음날 이행지체에 빠진다고 한 데 대하여, **대법원**은, 피고들(분양자)이 원고들에게 대지권등기를 포함하여 완전한 소유권이전등기를 이전하거나 또는 그 이전 준비를 마칠 의무는 늦어도 택지개발사업자가 일부 피고들에게 아파트 대지에 관한 소유권이전등기를 한 무렵에는 이행기가 되었다고 한 예.

546) ◎ **판례에 나타난 불확정 기한의 구체적 예**

❶ 도급계약에서 '최종 검수 완료·승인 후' 잔금을 지급하기로 정한 것은 잔금 지급의 조건이 아니라 불확정기한이고, 원고가 도급계약에서 예정한 최후 공정을 마쳤는데도 피고가 최종 검수를 거부하고 도급계약의 해제를 통보함으로써 '최종 검수 완료·승인'이 불가능한 것으로 확정되었으므로 잔금청구권의 이행기가 도래하였다고 한 예(대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다272486, 272493 판결). ❷ 분양수입금 중에서 대여금과 이자를 최우선하여 변제한다는 취지는 대여금 반환의 이행기에 관하여 분양수입금의 취득이라는 불확정의 기한을 둔 것으로 보아야 하고, 공사도급계약이 피고의 귀책사유로 해제되었다면 피고는 분양수입금으로써 대여금을 상환하는 것이 불가능하게 되어 대여금의 이행기가 도래하였다고 본 사례(2003다2383). ❸ 채무의 이행기를 도급인이 수급인에게 도급 준 주상복합건물이 그 도급계약대로 시공, 분양되어 도급인 몫의 분양수입금이 발생한 때로 정한 불확정기한부 채무라 보고, 그 채무는 도급인이 위 분양수입금에 대한 권리를 상실한 때 그 이행기한이 도래한 것으로 보아야 한다고 한 사례(2000다67297). ❹ 외자공급자분 계약보증금납부의무의 이행기한은 신용장 개설일로부터 10일 이내라고 하는 불확정사실이 발생한 때까지로 유예된 것이라 보고, 피고가 보조참가인에게 계약이행이 불가능하다는 통보를 하여 계약이행의 의사가 없음을 알린 이상, 신용장 개설이라는 불확정사실의 발생이 불가능하게 된 때에 해당하여 계약이행보증금 납부기한은 그 때 도래하였다고 보아야 한다고 한 사례(99다45901). ❺ 동업 탈퇴 당시 동업에 투입한 경비를 흑자 시 우선 변제하되 그 변제 조건과 경비 산출 방법은 상호 협의하여 결정하기로 약정한 경우 흑자 발생이라는 불확실한 사실이 발생할 때를 이행기한으로 정한 불확정기한부 채무라고 보고, 그 후 부도가 나 사업을 폐지함으로써 사업의 경영을 통하여 흑자를 내는 것이 불가능하게 됨에 따라 이행기가 도래하였다고 본 사례(97다33980). ❻ 임대차계약을 합의해제하고 계약금 및 중도금을 점포가 타에 분양 또는 임대되는 때 반환하기로 약정한 경우, 점포를 분양 또는 임대하지 아니하고 소외인에게 이를 사용하도록 하여 위 약정 시부터 1년 5개월이 지난 원심변론종결당시까지도 소외인이 점포를 점유사용하고 있는 것이라면 특별한 사정이 없는 한 점포가 다른 사람에게 분양 또는 임대된다는 사실의 발생은 불가능하게 된 것이라 할 것이고 위 채무의 이행기한은 도래한 것으로 보아야 한다고 한 사례(88다카10579). ❼ 지방자치단체와 분쟁이 있던 은행이 분쟁해결을 위하여 지방자치단체가 청구권을 행사하지 않는 대신 지방자치단체의 문화시설 건립비용을 부담하기로 하되 그 비용의 지급방법은 상호 협의에 의하여 정하기로 한 경우, 은행은 그 비용을 지방자치단체에 지급하되 그 이행시기를 지방자치단체와 협의가 성립한 때로 정한다는 의미로서 그 약정은 불확정기한부 화해계약이라고 하고, 은행이 재정상태 악화로 업무정지처분을 받은 뒤 파산선고에까지 이른 경위에 비추어 양 당사자 간의 협의를 통하여 의무를 이행하기를 기대하기는 어렵게 된 사정이 엿보이므로, 늦어도 파산이 선고되기 전까지는 이미 협의의 성립이 불가능한 것으로 확정되었다고 보아야 한다고 한 사례

(2) 지체책임(지연손해금)의 기산일

확정기한 채무의 경우 그 기한이 도래한 '다음날'부터, 기한의 정함이 없는 채무[547]의 경우에는 그 '이행의 청구를 받은 다음날'부터 이행지체의 책임을 진다.[548] 기한

(2001다41766). ❽ 희망퇴직신청을 하는 경우에는 회사정리계획 인가결정일로부터 1개월 이내에 평균임금 3개월분의 퇴직위로금을 지급하겠다는 의사표시는 불확정한 사실의 도래를 변제기로 정한 것이고, 회사정리절차가 폐지되 정리계획인가를 받을 수 없는 것으로 확정되었으므로 그 때에 기한이 도래하였다고 판단한 사례(2003다24215), ❾ 지역주택조합 가입계약 중 조합원 지위를 상실한 자에 대한 분담금 환불 시기인 '대체 계약자 대금이 입금 완료되었을 때'는 불확정기한으로서 대체 계약자의 대금 입금이 불가능한 경우에도 기한 도래를 이유로 분담금을 반환받을 수 있다고 한 예(대법원 2022. 5. 13. 선고 2020다217380 판결).

547) ◎ **기한의 정함이 없는 채무**

❶ 상법 제399조 제1항에 따른 이사의 회사에 대한 손해배상책임(위임관계로 인한 채무불이행책임) 등 채무불이행으로 인한 손해배상채무는 이행 기한의 정함이 없는 채무이므로 채무자는 채권자로부터 이행청구를 받은 다음날부터 지체책임을 진다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결). "채무불이행으로 인한 손해배상책임은 그 손해의 발생과 동시에 이행기에 있게 된다."는 판시(2003다44387,44394)는 "손해의 발생과 동시에 이행을 청구할 수 있다."는 의미이다. 금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 다음날로부터 지체책임을 부담한다(대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다268760 판결). 이행판결이 확정된 지연손해금의 경우에도 채권자의 이행청구에 의해 지체책임이 생긴다(대법원 2022. 3. 11. 선고 2021다232331 판결). 이 지연손해배상이 복리의 성질을 갖는 것은 아니다. ❷ 부당이득반환채무(2007다8914), 형사보상금지급청구권(2015다223411), 신원보증인 채무(2009다59671), 수급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채무(2007다83908), 매도인의 담보책임에 기한 손해배상채무(2013다92873), 유류분반환청구권 행사에 따른 원물반환의무·가액반환의무(2010다42624, 42631)도 이행의 기한이 없는 채무이다. ❸ 연대채무의 경우 어느 연대채무자에 대한 이행청구는 다른 연대채무자에게도 효력이 있으므로(민법 제416조), 기한의 정함이 없는 연대채무의 경우 1인의 연대채무자가 이행청구를 받으면 다른 연대채무자도 지체에 빠지게 된다. ❶ 지명채권이 양도된 경우 채무자에 대한 대항요건이 갖추어질 때까지 채권양수인은 채무자에게 대항할 수 없으므로, 이행기의 정함이 없는 채권을 양수한 채권양수인이 채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소를 제기하고 그 소송 계속 중 채무자에 대한 채권양도통지가 이루어진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 채무자는 그 채권양도통지가 도달된 다음 날부터 이행지체의 책임을 진다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다29557 판결). ❺ 기한을 정하지 않은 채무에 정지조건이 있는 경우, 정지조건이 객관적으로 성취되고 그 후에 채권자가 이행을 청구하면 바로 지체책임이 발생한다. 조건과 기한은 하나의 법률행위에 독립적으로 작용하는 부관이므로, '조건의 성취'는 '기한이 없는 채무에서 이행기의 도래'와는 별개의 문제이기 때문이다. 청구금액이 확정되지 아니하였다는 이유만으로 채무자가 지체책임을 면할 수는 없다. 청구권은 이미 발생하였고 가액이 아직 확정되지 아니한 것일 뿐이므로, 지연손해금 발생의 전제가 되는 원본 채권이 부존재한다고 말할 수는 없기 때문이다. 불법행위로 인한 손해배상채무의 경우 불법행위가 발생한 시점에는 손해배상액을 확정할 수 없는 경우가 대부분이지만, 그 발생시점부터 지체책임이 성립하는 점에 비추어도 그러하다(대법원 2018. 7. 20. 선고 2015다207044 판결). ❻ 반환시기의 약정이 없는 소비대차의 차용물 반환시기에 관한 민법 제603조 제2항의 의미에 대해서는 견해의 대립이 있다('채권각칙-소비대차' 부분 참조). 대주가 상당한 기간을 정하여 반환을 최고한 경우 상당한 기간이 경과한 날의 다음날이 지연손해금의 기산점이 된다. ❼ 이혼으로 인한 재산분할로서 금전의 지급을 명하거나(2012므1656), 사해행위의 취소와 동시에 가액배상금의 지급을 명하는 판결을 하는 경우(2007다61618) 그 금전지급채무에 관하여는 그 **판결이 확정된 다음날**부터 민법 소정의 연 5%의 이행지체책임을 지게 되고, 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 이율이 적용되지 않는다. 금전의 지급(증여)을 사해행위로 취소하고 원상회복으로 금전의 지급을 구하는 경우, 지연손해의 기산점은 상대방이 금전을 지급받은 때(증여일)이다(2005다76753).

548) 대법원 1988. 11. 8. 선고 88다3253 판결. 민법 제387조 제2항의 법문은 청구를 받은 날 안에 이행하면 된다는 뜻으로 풀이해야 하므로, 그 다음 날부터 지체책임이 생긴다(대법원 2022. 3. 11. 선고 2021다232331 판결). 만일 이행청구를 받은 때에 곧 이행지체의 책임을 지게 된다면 채무자는 청구도 없는데 언제든지 이행의 준비를 갖추고 있을 것을 요구하는 것이 되어서 채무자에게 가혹할 뿐더러 오히려 이행을 청구하는 요건을 무의미하게 만든다(72다1066). 2018다275888 판결과 2018다259213 판결 등에서의 '이행청구를 받은 때부터'는 법문의 '이행청구를 받은 때로부터'를 옮겨 놓은 것이고, 이는 '이행청구를 받은 다음날부터'를 의미하는 것으로 볼 것이다.

의 정함이 없는 금전채무의 이행을 소로써 구한 경우에는 소장 부본 송달 다음날부터 지연손해금이 부가된다.[549]

불확정기한의 경우 채권자가 본채무의 이행을 구하는 소에서는 '채무자가 기한의 도래를 안 사실'이 요건사실이 아니나, 이행지체를 이유로 한 지연손해금 청구, 손해배상청구, 해제와 같이 채무자의 지체책임이 문제되는 경우에는 위 사실까지 요건사실로서 주장·증명[550]하여야 한다.[551]

불법행위로 인한 손해배상채권[552]은 불법행위 성립 '당일'부터 지체책임이 발생한다.[553] 불법행위 시점과 손해발생 시점 사이에 시간적 간격이 있는 경우에는 손해발생

채권의 가압류는 제3채무자에 대하여 채무자에게 지급하는 것을 금지하는 데 그칠 뿐이므로, 가압류가 있더라도 그 채권의 이행기가 도래한 때에는 제3채무자는 그 지체책임을 면할 수 없고, 이러한 경우 제3채무자로서는 민사집행법 제291조, 제248조 제1항에 의한 공탁을 함으로써 이중변제의 위험에서 벗어날 수 있으며, 이로써 이행지체의 책임도 면하게 된다(대법원 2020. 6. 25. 선고 2016두55896 판결).

549) ◎ **소송서류 송달에 의한 이행청구**

○ 소장이 공시송달된 경우에는, 첫 공시송달로서 법원게시판에 게시하는 등 그 실시한 날부터 2주가 지나야 효력이 생긴다. 따라서 송달일은 '게시일+15일', 지체일은 '게시일+16일'이다. 다만, 같은 당사자에게 하는 그 뒤의 공시송달(예컨대 청구취지변경신청서 등)은 실시한 다음날부터 효력이 생긴다(민사소송법 제196조 제1항). 그리고 공시송달 효력발생요건인 '2주'의 '기간' 말일이 공휴일에 해당한 때에는 민사소송법 제170조, 민법 제161조에 따라 그 익일로 만료한다.

○ '민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률' 소정의 전자적 송달의 경우 송달받을 자가 등재된 전자문서를 확인한 때에 송달된 것으로 보되, 다만 그 등재사실을 통지한 날부터 1주 이내에 확인하지 아니하는 때에는 등재사실을 통지한 날부터 1주가 지난 날에 송달된 것으로 보는데(동법 제11조 제4항), 그 송달 간주 시기가 2013. 7. 1.부터는 전자우편과 문자메시지 중 어느 하나라도 먼저 전송되어 통지된 날부터 1주가 지난 날이다(2013. 6. 27. 개정 '민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙' 제26조 제1,2항, 2013. 6. 30. 이전의 경우는 2013마4003 참조).

○ 전자문서로 전산정보처리시스템에 등재하고 그 사실을 전자적으로 통지하였지만 등록사용자가 1주 이내에 확인하지 아니한 경우 송달의 효력이 발생하는 시기는 등재사실을 등록사용자에게 통지한 날의 다음 날부터 기산하여 7일이 지난 날의 오전 0시가 되고, 상소기간은 민법 제157조 단서에 따라 송달의 효력이 발생한 당일부터 초일을 산입해 기산하여 2주가 되는 날에 만료한다(2014다229016).

550) ❶ "매매대금 지급기일을 '소유권이전등기를 필한 후'로 정한 것은 매매대금 지급의무의 이행기를 장래 도래할 시기가 확정되지 아니한 때, 즉 불확정기한으로 정한 경우라고 할 것이므로, 매매대금 지급의무의 이행을 지체하였다고 하기 위해서는 소유권이전등기가 경료된 것만으로는 부족하고 채무자인 피고가 그 사실을 알아야 하고(민법 제387조 제1항), 이 때 그 사실을 알게 된 때가 언제인지는 이를 주장하는 원고에게 증명책임이 있다."(2010다83755) ❷ "중도금 지급기일을 '1층 골조공사 완료시'로 정한 것은 중도금 지급의무의 이행기를 장래 도래할 시기가 확정되지 아니한 때, 즉 불확정기한으로 이행기를 정한 경우에 해당한다고 할 것이므로, 중도금 지급의무의 이행지체의 책임을 지우기 위해서는 1층 골조공사가 완료된 것만으로는 부족하고 채무자인 원고가 그 완료 사실을 알아야 한다."(2005다38546) ❸ "소송비용액확정결정에 따른 소송비용액상환의무는 소송비용액확정결정이 확정됨으로써 비로소 이행기가 도래하고, 채무자가 그 이행기가 도래하였음을 안 때로부터 지체책임을 진다."(2008다10051)

551) 민법 제387조 제1항 후문은 "채무이행의 불확정한 기한이 있는 경우에는 채무자는 기한이 도래함을 안 때로부터 지체책임이 있다."라고 규정하고 있는데, 법문상 '기한의 도래를 안 때'의 의미는 '기한의 정함이 없는 채무'에 관한 72다1066의 판시와 같은 이유로 채무자가 기한의 도래를 알았거나 이행청구를 받은 '다음 날'로 봄이 타당하다.

552) 법정책임이지만 그 실질은 민법의 불법행위책임과 다르지 않는, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제125조 제1항(거짓의 기재 등으로 인한 배상책임), 제170조(회계감사인의 손해배상책임), 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제17조 제2항(감사인의 손해배상책임)의 경우에도 지연손해금 발생 시기가 민법상 불법행위책임과 마찬가지이다(2014다221517).

시점부터 발생한다.[554] 장래의 불특정한 시점에 손해가 구체적으로 발현되지만 불법행위 당시부터 이미 예정된 소극적·적극적 손해의 경우, 불법행위 시점이 현가 산정[555]의 기준 시기가 되고, 이때부터 장래의 손해발현 시점까지 중간이자를 공제[556]한 금액[557]에 대해 불법행위 시부터 지연손해금을 부가한다(불법행위 시 이후로서 사실심 변론종결일 이전의 어느 시점을 기준으로 그 이후 발생할 손해의 현가를 산정하되 지연손해금을 그 기준시점 이후부터 구하는 것도 허용된다). 불법행위로 상해를 입었지만 후유증 등으로 인하여 불법행위 당시에는 전혀 예상할 수 없었던 후발손해가 새로이 발생한 경우와 같이, 사회통념상 후발손해가 판명된 때에 현실적으로 손해가 발생한 것으로 볼 수 있는 경우에는 후발손해 판명 시점에 불법행위로 인한 손해배상채권이 성립하고, 지연손해금 역시 그때부터 발생하며, 현가산

553) 따라서 자동차손해배상보장법 제3조에 의한 자동차 운행자의 손해배상채무의 지연손해금 기산일은 사고 당일이고, 그 채무를 병존적으로 인수한 보험회사의 보험금지급채무에 관하여도 사고발생 사실을 언제 알았는지에 관계없이 사고 당일부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있게 된다(2004다445, 452).
타인의 불법행위로 인하여 상해를 입고 그 때문에 사망한 자는 그 상해를 입음과 동시에 가해자에 대하여 장래 생존하여 얻을 이익의 상실에 따른 손해배상청구권을 취득하는 것이고 그 손해는 위 사망 이전에 발생하는 것이지 사망을 원인으로 하여 발생하는 것이 아닌 것이므로 사고일부터 재산상 손해와 위자료를 합산한 금액 전부에 대하여 지연손해금의 지급을 명하여야 한다(92다48413).

554) 대법원 2018. 9. 28. 선고 2015다69853 판결: "금융투자업자가 설명의무 등을 위반함에 따른 일반투자자의 손해는 미회수금액의 발생이 확정된 시점에 현실적으로 발생하고, 그 시점이 투자자가 금융투자업자에게 갖는 손해배상청구권의 지연손해금 기산일이 된다. 따라서 금융투자상품을 취득하기 위하여 금전을 지급할 당시에 미회수금액의 발생이 이미 객관적으로 확정되어 있었다면, 금융투자상품을 취득하기 위하여 금전을 지급한 시점이 금융투자업자에 대한 손해배상청구권의 지연손해금 기산일이 된다." **[동일 취지]** ❶ 장외파생상품에 투자하는 펀드의 수익증권을 발행한 투자운용회사와 이를 판매한 판매회사가 투자자들에게 위험성을 제대로 설명하지 않는 등 투자자보호의무를 위반함으로써 펀드에 가입한 투자자들이 손해를 입은 사안에서, 투자자들의 손해는 수익증권을 환매하여 환매대금을 수령한 시점에 현실적·확정적으로 발생하는 것이므로, 펀드가입 시점이 아니라 환매대금 수령 시점이 불법행위로 인한 손해배상청구권의 지연손해금 기산일이 된다고 한 예(2010다76368). ❷ 사업시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공유수면매립공사를 시행함으로써 허가어업권자가 손해를 입은 경우, 개발사업의 시행으로 인하여 어장을 상실하게 된 방조제 물막이 공사 완성일이 지연손해금의 기산일이다(2002다73821).

555) '현가'는 구체적 사실에 대한 '법률적 평가'이므로, 현가 산정방식(호프만식, 라이프니쯔식)에 관한 주장은 당사자의 평가에 지나지 않은 것이어서 그에 관한 당사자의 주장에 구속되지 않고 법원은 자유로이 채용할 수 있다(83다191).

556) 왜냐하면, 그 비용이 계속적이고 정기적으로 발생한 것이고 또한 사고일로부터 상당히 후에 발생한 것임에도 중간이자를 공제함이 없이 사고일로부터 지연손해금의 배상을 명한다면, 중간이자에 해당하는 부분은 실질적으로 과잉배상에 해당하여 부당하기 때문이다(94다7300).

557) 대법원 2022. 6. 16. 선고 2022다211393 판결: "호프만식 계산법에 의하여 중간이자를 공제하는 경우에 중간이자 공제기간이 414개월을 초과하여 월단위 수치표상의 단리연금현가율이 240을 넘게 되는 경우 이를 그대로 적용하여 현가를 산정하게 되면 현가로 받게 되는 금액의 이자가 매월 입게 되는 손해액보다 많게 되어 피해자가 과잉배상을 받게 되는 결과가 되므로, 이를 막기 위하여는 그 수치표상의 단리연금현가율이 얼마인지를 불문하고 모두 240을 적용하여야 한다. … 가동할 수 있는 총기간 자체가 414개월을 초과하여 그 현가율의 수치가 240을 넘더라도 그 중간에 피해자가 순이익을 얻을 수 없는 기간이 포함되었다면 그 현가를 산정함에 있어서 가동할 수 있는 총기간의 단리연금현가율에서 순이익을 얻을 수 없는 기간에 해당하는 단리연금현가율을 공제한 수치를 적용하게 된다. 그 경우에는 그 공제한 결과의 수치가 240을 넘지 않는다면 가동할 수 있는 총기간에 해당하는 단리연금현가율의 수치 그대로를 적용하는 방식으로, 240을 넘는다면 가동할 수 있는 총기간에 해당하는 단리연금현가율에서 그 240의 초과분을 차감한 수치를 적용하는 방식으로 현가를 산정하여야 과잉배상의 문제가 발생하지 아니한다."

정의 원칙적인 기준 시기가 된다.[558] 예외적으로, 위자료배상채무의 경우 위자료 산정의 기준 시인 사실심 변론종결 당일로부터 지연손해금이 발생한다고 보아야 하는 경우가 있다.[559]

마) 장래이행의 소

장래이행의 소[560]의 적법 여부는 엄격한 기준에 따라 신중하게 판단하여야 한다.[561]

---

558) 대법원 2022. 6. 16. 선고 2017다289538 판결; "**1. 불법행위**로 인한 **손해배상채무**는 손해발생과 동시에 이행기에 있는 것으로, 공평의 관념상 별도의 이행최고가 없더라도 불법행위 당시부터 지연손해금이 발생하는 것이 원칙이고, 불법행위 시점과 손해발생 시점 사이에 시간적 간격이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상채권의 지연손해금은 손해발생 시점을 기산일로 하여 발생한다. 이때 현실적으로 손해가 발생하여 불법행위로 인한 손해배상채권이 성립하게 되는 시점은 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다. **2.** 한편, 피해자가 불법행위로 상해를 입고 장래의 불특정한 시점에 그로 인한 손해가 구체적으로 발현되었지만 불법행위 당시부터 이미 예정된 소극적·적극적 손해의 경우, 불법행위로 상해를 입었을 때 불법행위가 완성되어 손해배상채권이 성립하고 이행기까지 도래하는 것으로 볼 수 있으므로, 장래 구체적으로 발현되는 소극적·적극적 손해에 대하여는 불법행위시가 현가산정의 기준 시기가 되고, 이때부터 장래의 손해발현 시점까지 중간이자를 공제한 금액에 대해 다시 불법행위시부터 지연손해금을 부가하여 산정하는 것이 원칙으로, 이는 불법행위로 인한 장래의 손해의 현가액 등 산정은 과잉배상이나 과소배상을 방지하고 정당한 배상액을 정하기 위한 손해액의 조정이 필요하기 때문이다. 같은 이유로, 불법행위시 이후로서 사실심 변론종결일 이전의 어느 시점을 기준으로 그 이후 발생할 손해를 그 시점으로부터 장래 각 손해발생 시점까지 중간이자를 공제하는 방법으로 현가를 산정하되 그에 맞추어 지연손해금도 그 기준시점 이후부터 구하는 것은 그것이 위와 같은 본래의 방법을 벗어나거나 이에 모순·저촉되는 것이 아닌 한 허용되고, 반면 불법행위시 이후로서 사실심 변론종결일 이전의 어느 시점을 기준으로 하여 현가를 산정하면서도 지연손해금은 그 기준시점 이전부터 명하는 것은 중간이자를 더 공제하거나 지연손해금을 더 많이 인용하는 과잉배상이 되어 허용되지 않는다. 호프만식 계산법에 따라 중간이자 공제기간이 414개월을 초과하여 월 단위 수치표상 단리연금현가율이 240을 넘는 경우, … 과잉배상을 … 막기 위하여 그 수치표상 단리연금현가율이 얼마인지를 불문하고 모두 240을 적용하는 것도 같은 취지이다. **3.** 이러한 법리에 비추어 볼 때, 불법행위로 상해를 입었지만 후유증 등으로 인하여 불법행위 당시에는 전혀 예상할 수 없었던 후발손해가 새로이 발생한 경우와 같이, 사회통념상 후발손해가 판명된 때에 현실적으로 손해가 발생한 것으로 볼 수 있는 경우에는 후발손해 판명 시점에 불법행위로 인한 손해배상채권이 성립하고, 지연손해금 역시 그때부터 발생한다고 봄이 상당하다. 이 경우 후발손해가 판명된 때가 불법행위 시이자 그로부터 장래의 구체적인 소극적·적극적 손해에 대한 중간이자를 공제하는 현가산정의 원칙적인 기준 시기가 된다고 보아야 하고, 그보다 앞선 시점이 현가산정의 기준 시기나 지연손해금의 기산일이 될 수는 없다."

559) 불법행위 시와 변론종결 시 사이에 장기간의 세월이 지나 위자료를 산정할 때 반드시 참작해야 할 변론종결 시의 통화가치 등에 불법행위 시와 비교하여 상당한 변동이 생긴 때에는 예외적으로 불법행위로 인한 위자료 배상채무의 지연손해금은 그 위자료 산정의 기준시인 사실심 변론종결일로부터 발생하고, 항소심이 항소심 변론종결일을 기준으로 새로이 위자료를 산정하지 않고 제1심판결의 위자료 액수를 그대로 유지한 경우 위자료 배상채무의 지연손해금은 위자료 산정의 기준일인 제1심 변론종결일부터 발생한다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다276307 판결).

560) **민사소송법 제251조(장래의 이행을 청구하는 소)** 장래에 이행할 것을 청구하는 소는 미리 청구할 필요가 있어야 제기할 수 있다.

561) 대법원 2023. 3. 13. 선고 2022다286786 판결; "장래이행의 소는 통상적인 이행의 소의 예외에 해당하는 것일 뿐 채무자의 무자력에 따른 강제집행의 곤란에 대비하기 위해 마련된 것이 아니다. 더구나, 쌍무계약관계의 이행기가 도래하지 않은 상태임에도 당사자 일방에 대하여 선제적으로 집행권원을 확보할 수 있게 하는 것은 자칫 계약관계의 균형이 상실되어 상대방 당사자의 계약상 권리가 침해될 수 있을 뿐만 아니라 장래의 이행기에 이르기까지 발생할 수 있는 계약상 다양한 변화를 반영하지 못함으로써 이행기 당시 쌍방 당사자의 권리의무관계와 집행권원이 모순·충돌되는 불합리한 결과를 초래할 수 있다. 따라서 장래이행의 소의 적법 여부는 엄격한 기준에 따라 신중하게 판단하여야 한다."(상가건물 임대인인 원고가 임차인 피고에게 임대차기간 만료를 이유로 건물 인도를 청구하였으나, 제1심에서 피고의 계약갱신요구권 행사로 기각되자, 항소심에서 계약갱신요구권 행사에 따른 10년의 임대차기간이 만료하면 건물을 인도할 것을 구하는 예비적 청구를 추가한 사안에서, '미리 청구할 필요'가 있다고 볼 수 없다 하여 원심을 파기하고 소 각하한 예) ☛ 쌍무계약관계 여부, 주된 청구인지

장래이행의 소의 대상이 되는 청구권은, (1) 사실심 변론종결 당시 이미 권리는 발생하였으나 이행기가 장래에 도래하는 경우(이행기한부 채권), (2) 사실심 변론종결 당시 아직 권리가 발생하지 아니하고 장래에 권리가 발생하는 경우(정지조건부 채권, 시기(始期)부(정지기한부) 채권 등)로 대별할 수 있다.

(1)의 '이행기한부 채권'은 그 자체로 장래이행의 소의 대상이 되는 청구권에 해당하므로, 장래이행의 소의 소송요건으로서 '미리 그 청구를 할 필요'[562]가 있으면, 장래이행의 소가 허용된다.

(2)의 '장래 발생할 채권'에 대한 장래이행의 소는 ① 대상이 되는 '청구권'의 요건으로서 ⓐ '청구권 발생의 기초가 되는 법률상·사실상 관계'가 사실심 변론종결 당시 존재하여야 하고, ⓑ 장차 그 청구권이 발생할 '개연성이 충분'하여야 하며,[563] ② '미리 그 청구를 할 필요'가 있어야 허용된다. 판례는, 학교법인 기본재산의 매도에 관한 감독청의 허가를 조건으로 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수는 있으나,[564] 토지거래허가구역 내 토지의 거래허가를 조건으로 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수는 없다[565]고

부대청구인지 여부, 이행기한부 채권인지 장래 발생 채권인지 여부 등에 따라 장래이행의 소의 적법 여부를 '엄격한 기준에 따라 신중하게 판단하여야 할지, 아니면 조금 완화해 판단할지' 여부가 달라질 수 있다고 본다.

562) **'미리 청구할 필요'**가 있는 경우'라 함은 이행기가 도래하지 않았거나 조건 미성취의 청구권에 있어서는 채무자가 미리부터 채무의 존재를 다투기 때문에 이행기가 도래되거나 조건이 성취되었을 때에 임의의 이행을 기대할 수 없는 경우를 말하고, 이행기에 이르거나 조건이 성취될 때에 채무자의 무자력으로 말미암아 집행이 곤란해진다던가 또는 이행불능에 빠질 사정이 있다는 것만으로는 미리 청구할 필요가 있다고 할 수 없다(2000다25576).

563) 대법원 2023. 3. 13. 선고 2022다286786 판결은 '그 상태가 계속될 것이 확실히 예상되어야 하며'라고, 대법원 2018. 7. 26. 선고 2018다227551 판결 등은 '확정적으로 예정할 수 있는 것이어야'라고, 95누4902,4919는 "그러한 상태가 계속될 것이 예상되어야 하며"라고, 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다27988 판결은 '청구권이 발생할 개연성 또한 충분하다'라고 각각 판시하여, 약간의 차이가 있다.

564) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다27988 판결; "구 사립학교법 제28조 제1항은 학교법인이 그 기본재산의 매도·증여·임대·교환·담보제공 등을 하고자 할 때에는 감독청의 허가를 받아야 한다고 규정 … 기본재산의 매매 등 계약 성립 전에 감독청의 허가를 받아야만 하는 것은 아니고, 매매 등 계약 성립 후에라도 감독청의 허가를 받으면 그 매매 등 계약이 유효하게 된다 … 매매계약이 감독청의 허가 없이 체결되어 아직은 그 효력이 없다고 하더라도 이 사건 매매계약에 기한 소유권이전등기절차이행청구권의 기초가 되는 법률관계는 이미 존재한다고 볼 수 있고 장차 감독청의 허가에 따라 그 청구권이 발생할 개연성 또한 충분하다고 할 것이다. … 미리 그 청구를 할 필요가 있는 한, 감독청의 허가를 조건으로 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있다고 봄이 상당하다."

[동일 취지] 대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다52072 판결; "명의신탁자가 명의신탁을 해지한 경우에 명의수탁자인 재단법인으로서는 명의신탁 부동산의 반환에 관하여 주무관청의 허가를 신청할 의무를 부담하고, 명의수탁자가 이러한 의무를 이행하지 않는 경우에는 명의신탁자로서는 명의수탁자를 상대로 민법 제389조 제2항에 의하여 허가신청의 의사표시에 갈음하는 재판을 청구하고, 이와 병합하여 주무관청의 처분허가를 조건으로 하는 소유권이전등기절차 이행청구소송을 제기할 수 있다. … 허가신청의 의사표시에 갈음하는 재판에 관한 확정판결을 받아 판결정본이나 등본을 주무관청에 제출한 경우에는 민사집행법 제263조에 따라 그 재단법인의 직접 처분허가신청을 한 것으로 의제되므로, 주무관청으로서는 재단법인 내부의 적법한 의사형성 여부를 심사하기 위한 자료인 이사회회의록 사본 등이 제출되지 아니하더라도 그 허가를 거부할 수 없다."

565) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12243 전원합의체 판결; "허가가 있을 것을 조건으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 부분에 관하여 보건대, … 이 사건 토지의 매매계약이 허가받을 것을 전제로 한 계약이라고 할지라도 허가받기 전의 상태에서는 아무런 효력이 없어 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 이행청구도 할 수 없다고 보아야" ☛ 유동적 무효의 경우 매매계약은 법률상 미완성의 법률행위로서 적어도 소유권이전등기청

한다.[566] 형성판결의 확정을 조건으로 한 장래이행 청구는 허용되지 않음이 원칙이다.[567]

소유자나 임대인이 점유자나 임차인을 상대로 임료 상당의 손해배상 또는 부당이득반환을 청구하는 경우 사실심 변론종결 다음날부터의 부분은, 장래 발생 채권으로서 (1)이 아니라 (2)의 경우에 해당한다.[568] 그런데 이 경우에 관하여 대법원 1987. 9. 22. 선고 86다카2151 판결 등의 판례[569] [570]는, 일반론으로 "장래의 이행을 명하는 판결을 하기

구권에 한해서는 토지거래계약에 관한 허가 없이는 그 발생의 기초조차 발생하지 않았다고 볼 수 있고, 그와 같은 소유권이전등기청구권은 조건부·부담부 청구권에도 해당하지 않는다고 해석함이 상당하다(대법원 2010. 8. 26.자 2010마818 결정). 토지거래허가구역 내 토지거래계약에 기초하여 토지거래허가 신청절차 협력의무의 이행을 청구할 수는 있다(2005다52047).

566) 그 밖에 판례는, ❶ 점유를 침탈당한 자가 점유권에 기한 점유회수의 소를 제기하고, 본권자가 그 점유회수의 소가 인용될 것에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 **별소**를 제기한 경우, 장래이행의 소의 소송요건을 갖추었다고 하나(대법원 2021. 3. 25. 선고 2019다208441 판결), ❷ '채무자에 대하여 채권양도인으로부터 양도통지를 받은 다음 채무를 이행하라는 청구는 장래이행의 소로서의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다'(대법원 1992. 8. 18. 선고 90다9452, 9469 판결; 그 이유는, '채권을 양수하기는 하였으나 아직 양도인에 의한 통지 또는 채무자의 승낙이라는 대항요건을 갖추지 못하였다면 채권양수인은 현재는 채무자와 사이에 아무런 법률관계가 없어 채무자에 대하여 아무런 권리 주장을 할 수 없기 때문'이라고 한다)고 하는데, 이 경우 위 ⓐ, ⓑ요건이 충족되는 것으로 볼 수도 있어 그 타당성에 의문이 있다.

567) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2012다36661 판결: "제권판결 불복의 소와 같은 형성의 소는 그 판결이 확정됨으로써 비로소 권리변동의 효력이 발생하게 되므로 이에 의하여 형성되는 법률관계를 전제로 하는 이행소송 등을 병합하여 제기할 수 없는 것이 원칙이다. 또한 제권판결에 대한 취소판결의 확정 여부가 불확실한 상황에서 그 확정을 조건으로 한 수표금 청구는 장래이행의 소의 요건을 갖추었다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 제권판결 불복의 소의 결과에 따라서는 수표금 청구소송의 심리가 무위에 그칠 우려가 있고, 제권판결 불복의 소가 인용될 경우를 대비하여 방어하여야 하는 수표금 청구소송의 피고에게도 지나친 부담을 지우게 된다는 점에서 이를 쉽사리 허용할 수 없다."

568) 변론종결 다음날부터 날마다 손해가 발생하고 별개의 채권이 성립하며 별개로 각 채권의 소멸시효가 진행한다(대법원 1966. 6. 9. 선고 66다615 전원합의체 판결 등).

569) 86다카2151 판결은 위 일반론에 따라, "이행을 명한 1990년까지라는 장래의 기간 한정은 의무불이행의 사유가 그때까지 계속하여 존속한다는 보장이 성립되지 않는 불확실한 시점임을 부인할 수 없다. 그 시기 이전에 피고가 이 사건 토지를 수용하거나 도로폐쇄조치를 하여 점유사용을 그칠 수도 있고 원고가 위 토지를 계속하여 소유하지 못할 수도 있기 때문이다."라고 하였고, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다37517 판결은, 위 일반론을 판시한 다음 "피고의 이 사건 1토지 및 이 사건 2토지 중 일부에 대한 각 점유는 동시이행항변권 또는 유치권의 행사에 따른 것이어서 적법한 것이기는 하나 피고가 위 각 토지를 그 본래의 목적에 따라 사용·수익함으로써 실질적인 이득을 얻고 있다는 이유로 임료 상당의 금원의 부당이득을 명하고 있는 이 사건의 경우, 피고가 원고들에게 이 사건 1, 2토지를 인도하지 아니하더라도 원심이 이행을 명한 '인도하는 날' 이전에 이 사건 1, 2토지의 사용·수익을 종료할 수도 있기 때문에 의무불이행사유가 '인도하는 날까지' 존속한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있는 경우에 해당한다고 단정할 수는 없다 할 것이어서 그 때까지 이행할 것을 명하는 판결을 할 수 없다 할 것이다."라고 판시하였다.

570) 대법원 2018. 7. 26. 선고 2018다227551 판결은 동일한 취지의 일반론하에, 피고가 원고로부터 건물을 임차하였다가 임대차계약상 의무 위반 등을 주장하면서 임차보증금 반환 등을 구하는 소를 제기하여 조정이 성립하였는데, 피고가 조정 성립을 전후하여 건물에서 퇴거하면서 원고가 아닌 소외인에게 건물의 열쇠를 건네주어 건물을 점유·사용케 하였고, 이에 원고가 피고를 상대로 조정 성립 다음 날부터 건물 인도 완료일까지 부당이득 또는 손해배상의 지급을 구한 **사안**에서, **원심**이, 소외인이 건물을 직접 점유하고 있어 피고의 의사와 관계없이 원고의 손해 발생이 중단될 수도 있으므로 원고의 손해가 계속 발생할 것이 확정적으로 예정되어 있지 않다는 이유로 원심 변론종결 다음 날부터 건물 인도 완료일까지 부당이득 또는 손해배상의 지급을 구하는 부분은 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위한 요건을 갖추지 못한 것으로서 부적법하다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 피고가 원고 아닌 소외인에게 건물의 열쇠를 건네주어 점유·사용케 함으로써 원고는 건물을 인도받지 못하여 차임에 해당하는 손해를 입고 있는데, 소외인이 피고의 양해를 얻어 건물을 점유한 이래 건물 인도를 거부하고 있고 피고가 여전히 원고에게 건물에 대한 인도의무를 부담하고 있는 이상, 피고의 불법행위로 인한 원고의 손해는

위하여는 채무의 이행기가 장래에 도래하는 것뿐만이 아니라 의무불이행 사유가 그때까지 계속하여 존속한다는 것을 변론종결 당시에 '확정적으로 예정'할 수 있는 것이어야 하며 이러한 책임기간이 불확실하여 변론종결 당시에 '확정적으로 예정'할 수 없는 경우에는 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 없는 것이다."라고 판시하고 있는데, 그 중 "확정적 예정" 부분은 위 (2)의 '장래 발생 채권'에 대한 장래이행의 소의 요건 중 ⓑ요건과 같이 "충분한 개연성"으로 대체, 완화하여 통일적으로 해석, 적용함이 타당하다고 생각한다.[571]

장래이행의 소의 경우, 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 단서에 따라 그 본문의 법정이율은 적용되지 않고,[572] 가집행선고도 허용되지 않는다.[573]

건물을 인도받을 때까지 계속해서 발생할 것이 확정적으로 예정되어 있다고 볼 여지가 있다고 판단하였다.

571) **[사견]** 임료 상당의 손해배상 내지 부당이득반환 청구는 2가지의 경우 즉, (1) 주된 청구인 인도청구와 병합하여 청구한 경우와 (2) 단독으로 청구한 경우로 나눠 볼 수 있다. 이는 이미 위 86다카2151 판결에서, "가옥명도의 판결을 하면서 그 명도할 때까지 임료상당의 손해배상을 아울러 명하는 경우에 판결의 시점에서 볼 때 명도시기가 불확정하기는 하나 장차 명도라는 사실의 실현을 예정할 수 있어 장래의 이행을 명할 수 있는 것과 그 이치가 다른 것이다."라고 하여, 양자를 구분한 바 있다.

1) 주된 청구인 인도청구와 병합하여 종된 청구로서 임료 상당의 손해 내지 부당이득에 대한 계속적·반복적 이행청구를 하는 경우에는, 주된 청구인 인도청구가 다투어져 그 이행이 거부되고 있는 이상 종된 청구인 임료 상당의 지급청구에 대해서는 인도 시까지 채무불이행 사유가 계속 존속할 것이 변론종결 당시에 확정적으로 예정되어 있다고 보아 원칙적으로 장래이행의 소를 허용함이 옳고, 장래의 인도 시점 이전에 임료 상당 지급청구의 요건을 결할, 상정 가능한 특별한 예외적 사정(예컨대, 원고의 소유권 상실, 피고의 점유 상실, 피고의 사용·수익 종료 등)을 모두 고려하여 장래이행의 소를 부정할 것은 아니다. 인도청구와 병합하여 임료 상당의 손해배상 내지 부당이득반환을 청구하는 경우, 원고 청구 인용의 승소 판결 확정 후에는 그 즉시 원고 자신의 전적인 의사에 따라 인도청구에 대한 집행권원으로 임료 상당의 손해배상 내지 부당이득반환 청구의 종기인 '인도'를 실현시킬 수 있어서(이는 원금 청구와 장래 이자·지연손해금 청구 병합의 경우에도 동일하다), 장래 이행 청구 부분인 '사실심 변론종결 다음날부터 목적물 인도 시까지'의 손해배상 내지 부당이득반환 채무의 발생 및 그 불이행이 가까운 시일 내에 현실화할 것이 확실하므로, 판례의 판시 중 "채무불이행 사유가 언제까지 존속할 것인지가 불확실하여 변론종결 당시에 확정적으로 채무자가 책임을 지는 기간을 예정할 수 없는 경우"가 아니라, "채무의 이행기가 장래에 도래할 예정이고 그때까지 채무불이행 사유가 계속 존속할 것이 변론종결 당시에 확정적으로 예정되어 있는 경우"에 해당한다고 평가함이 타당하고, 따라서 '인도 시'까지의 장래 이행기 도래 부분의 이행을 명하는 판결을 할 수 있다고 볼 것이다.

2) 임료 상당의 손해배상 내지 부당이득반환 청구를 인도청구와 병합하여 아니한 경우에는, 구체적 사안에 따라 판단할 것이나 이 경우에도 장래이행의 소의 요건을 완화하여 인정함이 타당할 것으로 본다. 위 2000다37517 판결은 장래이행의 소의 요건을 엄격하게 보았으나, 최근의 위 2018다227551 판결은 직접점유자인 소외인에 대한 인도청구가 병합되지 않은 사안으로서 장래이행의 소의 요건을 완화하여 해석·적용한 데 그 의의가 있다 할 수 있다. 위 2018다227551 판결의 사례에 비추어 보면, 위 2000다37517 판결 사례에서도 역시 피고의 차임 상당의 부당이득이 원고가 사건 토지를 인도받을 때까지 계속해서 발생할 것이 변론종결 당시에 확정적으로 예정되어 있다고 봄이 상당하고, 장래이행의 소의 요건을 엄격하게 볼 것은 아니라고 생각한다. 위 2000다37517 판결은 예외적 사례로 취급함이 옳고 일반화 할 것은 아니다.

3) 근본적으로 볼 때, 96다27988 판결에서 판시된 바대로, "'장래 발생할 청구권'에 대한 '장래이행의 소'는 ① 대상이 되는 '청구권'의 요건으로서 ⓐ 사실심 변론종결 당시 '청구권의 기초가 되는 법률관계나 사실관계'가 이미 존재하고, ⓑ 장차 그 청구권이 발생할 '개연성이 충분'하여야 하며, ② '미리 그 청구를 할 필요'가 있어야 허용된다."는 일반론이 임료 상당의 손해배상 내지 부당이득반환 청구에도 그대로 적용되어야 하고, 이에 따르면, 임료 상당의 손해배상 내지 부당이득반환 청구에 관한 일반론("의무불이행 사유가 그때까지 계속하여 존속한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있는 것이어야 하며 이러한 책임기간이 불확실하여 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 없는 경우에는 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 없는 것이다.") 중 "확정적 예정" 부분은 "충분한 개연성"으로 대체·완화하여 통일적으로 해석, 적용함이 타당하다고 생각한다.

9) 소멸시효

소멸시효는 채권자인 원고의 이행 청구에 대하여 채무자인 피고가 권리소멸의 항변사유로 주장되는 경우가 많은데, 그 요건사실은 ① '기산점', ② '기간의 경과',[574] ③ '시효 원용권 행사의 의사표시'이다. ①의 요건은 청구원인 단계에서 이미 드러난 경우가 많고 ②의 요건은 역수상 분명할 것이므로 통상의 경우 증명책임의 부담은 적다. 소멸시효기간이 몇 년인지는 변론주의의 적용대상이 되지 않고 법원이 직권으로 판단할 수 있으나,[575] 당사자가 단기소멸시효의 적용을 주장하는 경우에는 그 요건사실에 대하여 주장·증명책임을 지지만,[576] 이 역시 소멸시효 주장 이전 단계에서 이미 드러난 경우가 많을 것이다.

가) 시효 원용권의 행사

(1) 주장책임

판례는, "소멸시효를 원용할 수 있는 자는 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 한정된다고 할 것인데 … 직접수익자의 '소멸시효 원용권'은 채무자의 소멸시효 원용권에 기초한 것이 아닌 독자적인 것"이라고 하여[577] '소멸시효 원용권'을 권리로

572) 예컨대, 사해행위취소와 동시에 가액배상금의 지급을 명하는 경우(2007다61618), 재산분할로서 금전의 지급을 명하는 경우(2012므1656) 참조.

573) 예컨대, 재산분할로 금전의 지급을 명하는 경우에 그 판결 또는 심판이 확정되기 전에는 금전지급의무의 이행기가 도래하지 아니할 뿐만 아니라 금전채권의 발생조차 확정되지 아니한 상태에 있으므로 재산분할의 방법으로 금전의 지급을 명한 부분은 가집행선고의 대상이 될 수 없다. 이는 이혼이 먼저 성립한 후에 재산분할로 금전의 지급을 명하는 경우에도 마찬가지이다(2012므1656).

574) 소멸시효기간 및 기산일은 그 채권이 발생할 당시 시행·적용되던 법률에 따라 정하여지고 그 후 그 법률이 개폐되었다거나 적용 법률이 달라지게 되었다 하여 개정 법률이나 신법, 혹은 새로 적용될 법률에 따라 그 기간이 정하여질 수 없음은 법률불소급의 원칙상 당연하다(2007다83908).
◎ **기간의 계산**; 기간의 계산은 법령, 재판상의 처분 또는 법률행위에 다른 정한 바가 없으면 민법 제1편 제6장의 규정에 의한다(제155조). 기간을 시, 분, 초로 정한 때에는 즉시로부터 기산하고(제156조), 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니하나(초일 불산입 원칙), 그 기간이 오전 영시로부터 시작하는 때에는 그렇지 않다(제157조). 민법 제155조에 따라 법령이나 법률행위 등에 의하여 초일 불산입 원칙과 달리 정할 수 있다(2006다62942; '한국은행 총액한도대출관련 기업구매자금대출 취급세칙'은 환어음 등의 추심의뢰기한 30일의 기간 계산에 관하여 민법상 초일 불산입의 원칙에 대한 예외를 규정한 것이라고 한 예). 연령계산에는 출생일을 산입한다(제158조). 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간말일의 종료로 기간이 만료하되(제159조), 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 그 익일로 만료한다[제161조; '휴무토요일'은 '공휴일'에 포함되지 않았는데(2006마851), 2007. 12. 21. 개정 시 '토요일'이 추가로 규정되었다(2008. 3. 21. 시행)]. 기간의 말일이 공휴일인지 여부는 '공휴일'에 관하여 규정하고 있는 '관공서의 공휴일에 관한 규정' 제2조 각호에 해당하는지 여부에 따라 결정되고, 같은 조 제1호가 정한 '기타 정부에서 수시 지정하는 날'인 일시공휴일 역시 공휴일에 해당한다(2020모3694). 기간을 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 역에 의하여 계산한다(제160조).

575) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다68217 판결.

576) 대법원 1996. 9. 20. 선고 96다25302 판결; "이자가 1년 이내의 정기에 지급하기로 한 이자이었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 위 이자채권의 소멸시효가 완성되었다고 볼 수 없다."

577) 대법원 1995. 7. 11. 선고 95다12446 판결.

서 인정하고, "소멸시효에 있어서 그 시효기간이 만료되면 '권리는 당연히 소멸'하는 것이지만 그 '시효의 이익을 받는 자'가 '소송'에서 '소멸시효의 주장'을 하지 아니하면 그 '의사'에 반하여 재판할 수 없는 것"이라고[578] 하여, 소멸시효 완성 항변의 요건사실로서 '시효 원용권 행사의 의사표시'를 요구하고 있다.[579] 소멸시효 완성 항변의 요건사실인 ① '기산점'과 ② '기간의 경과'가 원고의 청구원인 단계에서 이미 드러나 충족되어 있더라도, ③ 피고의 '시효 원용권 행사의 의사표시'로서 '소멸시효 항변의 주장'이 없는 한 법원은 소멸시효의 완성을 고려함이 없이 판단하여야 한다.

채권자가 동일한 목적을 달성하기 위한 복수의 채권을 행사하는 경우, 채무자는 소멸시효 완성 항변으로 다투는 채권을 특정하여야 하고, 그 항변에 다른 채권에 대한 항변까지 포함된 것으로 볼 수는 없으며,[580] 채권자가 그 선택에 따라 어느 하나의 채권만을 행사하는 것이 명백한 경우라면, 채무자의 소멸시효 완성 항변은 채권자가 행사하는 당해 채권에 대한 항변으로 봄이 옳다.[581]

주된 채무의 시효 소멸 주장에 종된 채무의 시효 소멸 주장도 들어 있다 하여 주장책임

---

578) 대법원 1991. 7. 26. 선고 91다5631 판결 등. 92다3595 판결, 79다1863 판결 등은 '소멸시효의 이익을 받는 자가 항변을 하지 아니하면 그 의사에 반하여 재판할 수 없는 것'이라고 판시하고 있다.

579) 판례에 따르면, 소멸시효기간 만료로 권리는 '절대적으로 당연히 소멸'하므로 '상대방에 대한 시효 원용의 의사표시'가 권리 소멸의 실체법적 요건사실은 아니지만, '소송'에서는 '시효의 이익을 받는 자'가 법원에 '소멸시효 원용권'의 행사로서 '소멸시효 항변의 주장'을 하여야 법원은 그 당부를 판단할 수 있고, 소멸시효 항변이 없다면 법원은 소멸시효의 완성을 고려함이 없이 판단하여야 한다는 것인데, 일관된 논리로 이해하기는 난망한 것이 사실이다. 그나마 소멸시효의 항변은 동시이행의 항변권이나 유치권 항변과 마찬가지로, 법원이 어떤 권리의 존재를 참작함에 있어서 이를 뒷받침하는 객관적 사실분만 아니라 권리 주체 당사자에게 권리를 행사한다는 의사표시를 요구하는 '권리항변'의 성질을 갖는다고 이해해 볼 수 있다. '소멸시효 원용권 행사'의 요건사실에는 원·피고 간 주장공통의 원칙이 적용될 여지가 없다.

580) 예컨대, 채무불이행으로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효 항변이 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효 항변을 포함한 것으로 볼 수는 없다고 한 대법원 1998. 5. 29. 선고 96다51110 판결.

581) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다68217 판결; "채권자가 동일한 목적을 달성하기 위하여 복수의 채권을 가지고 이를 행사하는 경우 각 채권이 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 별개의 채권인 이상 별개의 소송물에 해당하므로, 이에 대하여 채무자가 소멸시효 완성의 항변을 하는 경우에 그 항변에 의하여 어떠한 채권을 다투는 것인지 특정하여야 하고 그와 같이 특정된 항변에는 특별한 사정이 없는 한 청구원인을 달리하는 채권에 대한 소멸시효 완성의 항변까지 포함된 것으로 볼 수는 없다. 그러나 채권자가 동일한 목적을 달성하기 위하여 복수의 채권을 가지고 있더라도 그 선택에 따라 어느 하나의 채권만을 행사하는 것이 명백한 경우라면 채무자의 소멸시효 완성의 항변은 채권자가 행사하는 당해 채권에 대한 항변으로 봄이 상당하다." ☜ 원고가 청구원인을 대여금 청구라고 명백히 밝히면서 그 증거로 ①~③ 대여금에 관하여는 각 차용증서를, ④~⑦ 대여금에 관하여는 각 약속어음을 제출한 데 대하여, 피고는 소멸시효 항변을 하면서 ①~③ 대여금의 경우 상행위로 인한 금전거래라는 이유로 상법이 정하는 5년의 소멸시효가 적용되고, ④~⑦ 대여금의 경우 어음법상 3년의 소멸시효가 적용된다고 주장한 사안에서, 원심이, 청구원인이 대여금인 청구에 대하여 피고가 어음법상 3년의 소멸시효기간을 주장하였다는 이유만으로 ④~⑦ 대여금채권에 대한 소멸시효 완성 여부를 가려 보지도 아니한 채 어음금 청구임을 전제로 한 어음시효 항변은 이유 없다는 이유로 피고의 항변을 배척한 데 대하여, **대법원**은, "피고는 대여금채권임이 명백한 ④~⑦ 채권에 대하여 소멸시효 완성의 항변을 하면서 다만 소멸시효기간에 대한 법률상 주장으로서 어음법상 3년의 소멸시효를 주장하였을 뿐인 것으로 봄이 타당하므로, 원심으로서는 ④~⑦ 대여금채권에 대하여 소멸시효 완성의 항변이 있다고 보고 직권으로 적법한 소멸시효기간을 살펴 소멸시효 완성 여부를 판단하였어야 했다."라고 한 사례.

을 완화한 판례도 있다.[582]

(2) 원용권자

소멸시효가 완성된 경우 이를 주장할 수 있는 사람은 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 '직접적인 이익을 받는 사람'에 한정되는데, 이는 시효기간 만료로 인하여 소멸하는 권리의 의무자에 한하는 것은 아니다. ① 보증인,[583] ② 가등기된 부동산의 제3취득자,[584] ③ 담보가등기된 부동산 양수인,[585] ④ 물상보증인,[586] ⑤ 유치권이 성립된 부동산의 매수인,[587] ⑥ 대지권 미등기 구분건물의 전유부분 전득자,[588] ⑦ 사해행위의 수익자[589]도 소멸시효의 완성을 주장할 수 있다.

582) 주된 채무인 공사대금채무가 시효로 소멸하였다는 피고의 주장에는 종된 채무인 공사 협력의무의 시효소멸 주장도 들어 있는 것으로 볼 수 있다고 한 예(2010다56685).

583) 대법원 1991. 1. 29. 선고 89다카1114 판결(민법 제433조에 의하면 주채무가 시효로 소멸한 때에는 보증인도 그 시효소멸을 원용할 수 있으며 주채무자가 시효의 이익을 포기하더라도 보증인에게는 그 효력이 없다).

584) 대법원 1991. 3. 12. 선고 90다카27570 판결; "가등기에 기한 소유권이전등기 청구권이 시효의 완성으로 소멸되었다면 그 가등기 이후에 그 부동산을 취득한 제3자는 그 소유권에 기한 방해배제의 청구로서 그 가등기권자에 대하여 본등기청구권의 소멸시효를 주장하여 그 등기의 말소를 구할 수 있다."

585) 대법원 1995. 7. 11. 선고 95다12446 판결; "소멸시효를 원용할 수 있는 자는 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 한정된다고 할 것인데, 채권담보의 목적으로 매매예약의 형식을 빌어 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기가 경료된 부동산을 양수하여 소유권이전등기를 마친 제3자는 당해 가등기담보권의 피담보채권의 소멸에 의하여 직접이익을 받는 자라 할 것이므로 위 부동산의 가등기담보권에 의하여 담보된 채권의 채무자가 아니라도 그 피담보채권에 관하여 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있다고 보아야 할 것이고, 이러한 직접수익자의 소멸시효 원용권은 채무자의 소멸시효 원용권에 기초한 것이 아닌 독자적인 것으로서 채무자를 대위하여서만 시효이익을 원용할 수 있음에 지나지 아니하는 것은 아니다. 그렇다면 채권담보의 목적으로 가등기가 경료된 후 이 사건 부동산을 취득한 제3자에 해당하는 원고들로서는 가등기담보권의 피담보채권에 대한 소멸시효가 완성된 이상 그 피담보채권의 시효소멸을 원용할 수 있고, 비록 시효원용 이전에 이미 피담보채권이 시효소멸된 담보가등기에 기하여 위 부동산에 관하여 채권자들 앞으로 본등기가 경료되었다고 하더라도 달리 볼 것은 아니며, 가사 위 가등기에 기한 본등기 경료를 채무자의 채권자들에 대한 시효이익의 포기로 볼 수 있다고 하더라도 그 시효이익의 포기는 상대적 효과가 있음에 지나지 아니하여 채무자 이외의 이해관계자에 해당하는 원고들로서는 여전히 독자적으로 시효를 원용할 수 있다."

586) 대법원 2004. 1. 16. 선고 2003다30890 판결; "타인의 채무를 담보하기 위하여 자기의 물건에 담보권을 설정한 물상보증인은 채권자에 대하여 물적 유한책임을 지고 있어 그 피담보채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 관계에 있으므로 소멸시효의 완성을 주장할 수 있는 것"

587) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다39530 판결; "유치권이 성립된 부동산의 매수인은 피담보채권의 소멸시효가 완성되면 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 자에 해당하므로 소멸시효의 완성을 원용할 수 있는 지위에 있다고 할 것이나, 매수인은 유치권자에게 채무자의 채무와는 별개의 독립된 채무를 부담하는 것이 아니라 단지 채무자의 채무를 변제할 책임을 부담하는 점 등에 비추어 보면, 유치권의 피담보채권의 소멸시효기간이 확정판결 등에 의하여 10년으로 연장된 경우 매수인은 그 채권의 소멸시효기간이 연장된 효과를 부정하고 종전의 단기소멸시효기간을 원용할 수는 없다."

588) 대법원 2023. 9. 21. 선고 2022다270613 판결; "원고(대지권 미등기 구분건물의 전유부분 전득자)가 취득한 이 사건 아파트에 관한 대지사용권은 원래 피고(분양자)와 수분양자 사이에 체결된 이 사건 분양계약의 효력에 따라 발생한 것으로, 원고는 이 사건 아파트의 전유부분을 취득하면서 집합건물법 제20조 제1항에 따라 위 대지사용권도 함께 취득한 것이다. … 피고가 원고에 대하여도 위 분양계약에 따른 분양대금의 미지급을 이유로 동시이행의 항변을 할 수 있다면, 그 분양대금채권의 소멸 여부는 대지사용권에 결부된 동시이행의 부담을 면할 수 있는 원고에게도 직접 영향을 미친다고 보아야 한다. 결국 원고는 피고의 채권이 시효로 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 사람에 해당한다고 볼 수 있으므로, 원고는 피고의 수분양자에 대한 분양대금채권의 시효소멸을 원용할 수 있다."(사안; 원고의 대지지분 이전등기 청구 → 피고의 분양잔금과의 동시이행 항변 → 원고의 상사시효 소멸 재항변)

채무자에 대한 '일반 채권자'는 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있을 뿐 채권자의 지위에서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없고, 이는 배당이의의 소에서 피고의 채권이 시효로 소멸하면 자기의 채권에 대한 배당액이 증가되는 간접의 이익을 가지고 있음에 불과한 '후순위 담보권자' 등의 '배당이의 채권자'도 마찬가지이다.[590] 채권자대위소송에서 제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 소멸시효 항변을 원용하여 행사할 수 없다.[591] 공탁금출급청구권의 종국적인 채무자로서 소멸시효를 원용할 수 있는 자는 국가이고, 손실보상금의 공탁자인 기업자는 소멸시효를 원용할 수 없다.[592]

---

589) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다54849 판결.

590) ❶ 대법원 2023. 8. 18. 선고 2023다234102 판결: "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. … 원고는 배당요구채권자로서 자기의 이해에 관계되는 범위 안에서는 독자적으로 다른 채권자인 피고를 상대로 배당이의를 하면서 채무자를 대위하여 피고 채권의 소멸시효가 완성되었다는 것을 배당이의 사유로 내세울 수 있고, 그 후 피고가 집행력 있는 집행권원의 정본을 가지고 있는지 여부에 상관없이 피고를 상대로 배당이의의 소를 제기하고 그 소송의 공격방어방법으로서 채무자를 대위하여 피고 채권의 소멸시효가 완성되었다는 등의 주장을 할 수 있다." [동일 취지] ① 원고가 배당기일에 소외 회사를 대위하여 피고의 소외 회사에 대한 채권 중 OOO원에 대하여 이의를 제기함으로써 소멸시효 완성의 주장을 원용하였으므로 피고의 소외 회사에 대한 채권은 위 범위 내에서 소멸하였다고 판단한 예(2011다109500). ② 소외 신OO 소유 부동산에 대한 경매절차에서 가등기담보권자인 피고들에게 많은 금액을 배당한 반면 후순위 채권자인 원고들에게 적은 금액을 배당하는 것으로 배당표가 잘못 작성되었음을 이유로 원고들이 피고들을 상대로 제기한 배당이의소송에서, 채무자인 신OO은 경매절차가 개시된 이래 무자력 상태에 빠져 있음을 알 수 있으므로 원고들로서는 신OO에 대한 채권을 보전하기 위하여 신OO을 대위하여 신OO의 피고들에 대한 채무가 시효로 소멸하였다는 주장을 할 수 있다고 한 예(97다22676). ③ 원고는 피고가 소외 회사에 대해 가지는 퇴직금채권에 관하여는 단지 소외 회사의 일반채권자에 불과하여 피고의 퇴직금채권이 시효로 소멸하면 자기의 채권에 대한 배당액이 증가되는 간접의 이익을 가지고 있음에 불과할 뿐 피고의 퇴직금채권의 시효소멸로 인하여 직접 이익을 받는 사람에 해당하지 아니하므로 소외 회사를 대위하여 시효소멸을 원용함은 물론 원고 스스로 독자적으로 피고의 퇴직금채권의 시효소멸을 원용할 수 있는 지위에 있지 아니하여 소외 회사의 채무의 승인에 의한 시효중단의 효력을 부정할 수 없다고 한 예(2001다79372). ❷ 대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결: "후순위 담보권자는 선순위 담보권의 피담보채권이 소멸하면 담보권의 순위가 상승하고 이에 따라 피담보채권에 대한 배당액이 증가할 수 있지만, 이러한 배당액 증가에 대한 기대는 담보권의 순위 상승에 따른 반사적 이익에 지나지 않는다. 후순위 담보권자는 선순위 담보권의 피담보채권 소멸로 직접 이익을 받는 자에 해당하지 않아 선순위 담보권의 피담보채권에 관한 소멸시효가 완성되었다고 주장할 수 없다고 보아야 한다."

591) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다34160 판결.

592) 대법원 2007. 3. 30. 선고 2005다11312 판결: "공탁금출급청구권은 피공탁자가 공탁소에 대하여 공탁금의 지급, 인도를 구하는 청구권으로서 위 청구권이 시효로 소멸된 경우 공탁자에게 공탁금회수청구권이 인정되지 않는 한 그 공탁금은 국고에 귀속하게 되는 것이어서(공탁사무처리규칙 제55조 참조) 공탁금출급청구권의 종국적인 채무자로서 소멸시효를 원용할 수 있는 자는 국가라 할 것이고, 구 토지수용법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 폐지) 제61조 제2항에 의하여 기업자가 하는 관할토지수용위원회가 토지수용재결에서 정한 손실보상금의 공탁은 같은 법 제65조에 의해 간접적으로 강제되는 것이고, 이와 같이 그 공탁이 자발적이 아닌 경우에는 민법 제489조의 적용은 배제되어 피공탁자가 공탁자에게 공탁금을 수령하지 아니한다는 의사를 표시하거나 피공탁자의 공탁금출급청구권의 소멸시효가 완성되었다 할지라도 기업자는 그 공탁금을 회수할 수 없는 것이어서, 그러한 공탁자는 진정한 보상금수령권자에 대하여 그가 정당한 공탁금출급청구권자임을 확인하여 줄 의무를 부담한다고 하여도 공탁금출급청구권의 시효소멸로 인하여 직접적인 이익을 받지 아니할 뿐만 아니라 채무자인 국가에 대하여 아무런 채권도 가지지 아니하므로 독자적인 지위에서나 국가를 대위하여 공탁금출급청구권에 대한 소멸시효를 원용할 수 없다." ☞ 원고들의 공탁금출급청구권자 확인 소송에서 기업자인 피고 공사의 소멸시효 항변을

나) 기 산 점

(1) 변론주의의 적용

소멸시효의 기산일은 채무의 소멸이라고 하는 법률효과 발생의 요건에 해당하는 소멸시효기간 계산의 시발점으로서 소멸시효 항변의 법률요건을 구성하는 구체적인 사실에 해당하므로 이는 변론주의의 적용 대상이고(즉, 소멸시효의 기산점은 간접사실인 취득시효의 기산점과는 달리 주요사실에 해당한다), 따라서 본래의 소멸시효 기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 하는데, 이는 당사자가 본래의 기산일보다 뒤의 날짜를 기산일로 하여 주장하는 경우는 물론이고, 특별한 사정이 없는 한 그 반대의 경우에 있어서도 마찬가지이다.[593]

소멸시효의 중단·포기 후 새로운 소멸시효 진행·완성[594]의 주장은 소멸시효 중단·포기의 재항변에 대한 재재항변이 아니라, 본래의 소멸시효 완성 항변과는 별개의 병렬적인 항변의 위치에 있다고 볼 것이고, 변론주의 원칙상 별도로 그 주장이 있어야 한다.[595]

받아들여 원고들의 공탁금출급청구권이 시효소멸하였다고 판단한 원심을 파기한 예.

593) 대법원 1995. 8. 25. 선고 94다35886 판결; "왜냐하면, 본래의 기산일이 당사자가 주장하는 기산일보다 뒤의 날짜라 하여 법원이 본래의 기산일에 따라 소멸시효 기간을 인정하게 되면 그 기간 가운데에는 당사자가 주장한 기간 속에 들어 있지 아니한 부분이 있어 위 양자 사이에 전체가 부분을 포함하는 관계가 있다고는 할 수 없으므로 법원의 인정 사실은 당사자의 주장 사실과 전혀 별개의 것으로서 양자 사이에는 동일성이 없다 할 것이고, 나아가 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 심리·판단하여야만 상대방으로서도 법원이 임의의 날을 기산일로 인정하는 것에 의하여 예측하지 못한 불이익을 받음이 없이 이에 맞추어 권리를 행사할 수 있는 때에 해당하는지의 여부 및 소멸시효의 중단 사유가 있었는지의 여부 등에 관한 공격방어방법을 집중시킬 수 있을 것이기 때문이다." ☜ '피고는 물품대금 채무에 대하여 거래 종료 시점인 1990. 9. 30.을 기산점으로 하여 소멸시효 완성의 항변을 하고 있음이 명백함에도, 원심은 그로부터 6개월 후인 1991. 3. 30.을 기산점으로 하여 소멸시효 기간을 산정하였는바, 위 양 기간 사이에 동일성이 있다고는 볼 수 없다 할 것이므로 이는 당사자가 주장하지 아니한 사실을 인정한 것이어서 변론주의에 위배되고 나아가 판결 결과에도 영향을 미쳤다'라고 판시.

594) **민법 제178조(중단후의 시효진행)** ① 시효가 중단된 때에는 중단까지에 경과한 시효기간은 이를 산입하지 아니하고 중단사유가 종료한 때로부터 새로이 진행한다. ② 재판상의 청구로 인하여 중단한 시효는 전항의 규정에 의하여 재판이 확정된 때로부터 새로이 진행한다.

595) ○ 대법원 2006. 9. 22. 선고 2006다22852, 22869 판결; "승인으로 인하여 소멸시효가 중단되었다고 하더라도 그때부터 다시 소멸시효가 진행하여 3년의 단기소멸시효기간이 경과함으로써 이 사건 물품대금채권이 시효로 소멸하였다는 주장은 원고(반소피고 포함)들이 상고심에 이르러 비로소 내어놓은 것이어서 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 될 수 없을 뿐만 아니라, 소멸시효의 기산일은 소멸시효 항변의 법률요건을 구성하는 구체적인 사실에 해당하여 변론주의의 적용 대상인 까닭에 법원으로서는 당사자가 주장하는 기산일과 다른 날짜를 기준으로 소멸시효를 계산할 수 없는 것이므로, 이 사건에서 원심이 소멸시효의 중단을 인정하면서 그 중단일자를 기산일로 한 소멸시효의 재진행에 대하여 판단하지 않은 조치에 심리미진 또는 소멸시효에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다."

○ 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다60244 판결; **원심**이, 원고의 피고에 대한 쟁점 대여금채권의 최종 발생시점인 1999. 12.경부터 5년이 경과한 후인 2007. 12. 3. 대여금청구의 소를 제기하였는데, 피고가 2004. 6. 2.까지 원고에게 이자를 지급하여 채무를 승인함으로써 소멸시효가 중단되었다가 그 다음날인 2004. 6. 3.부터 새로 소멸시효가 진행하여 그로부터 5년이 경과한 2009. 6. 2.로써 완성되는데, 원고가 쟁점 대여금채권에 관한 청구취지를 기재한 준비서면이 2009. 6. 3.에서야 원심법원에 제출되었으므로 결국 위 대여금채권은 소멸시효가 완성되었다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "피고는 이 사건 대여금채권에 관하여 1999. 12. 22.을 기산점으로 하여 소멸시효 완성의 항변을 하고 있음이 명백하다 … 그럼에도 불구하고 원심은 소멸시효가 중단된 다음날

(2) 증명책임

소멸시효의 기산점이 소멸시효 주장의 요건사실이긴 하지만, 그 기산점이 대여금 청구의 예처럼 원고의 청구원인사실로서 이미 주장·증명되어져 나타난 경우라면 피고의 소멸시효 항변 단계에서 다시 주장할 필요는 없으나, 그렇지 않은 경우에는 그 주장·증명책임이 시효의 이익을 주장하는 채무자 측에게 있다.

즉, 불법행위로 인한 손해배상청구권에서 단기(3년)소멸시효의 '주관적 기산점'인 '손해 및 가해자를 안 날'(불법행위의 요건사실에 대하여 '현실적이고도 구체적으로 인식'한 날을 의미하고, 현실로 손해가 발생한 것을 안 경우뿐만 아니라 '손해발생을 예견할 수 있을 때'를 포함한다),[596] 장기

인 2004. 6. 3.을 다시 소멸시효 기산점으로 하여 소멸시효 기간을 산정하였다. 이는 당사자가 주장하지 아니한 사실을 인정한 것으로서 변론주의에 위배되어 위법하다"라고 판시한 예.

596) ○ 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결 ; "**민법 제766조 제1항**은 불법행위로 인한 손해배상청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다고 규정하고 있다. 여기서 '**손해 및 가해자를 안 날**'이란 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 현실적이고도 구체적으로 인식한 날을 의미하며, 그 인식은 손해발생의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않고, 손해의 발생 사실뿐만 아니라 가해행위가 불법행위를 구성한다는 사실, 즉 불법행위의 요건사실에 대한 인식으로서 위법한 가해행위의 존재, 손해의 발생 및 가해행위와 손해 사이의 인과관계 등이 있다는 사실까지 안 날을 뜻한다. 그리고 피해자 등이 언제 불법행위의 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식한 것으로 볼 것인지는 개별 사건의 여러 객관적 사정을 참작하고 손해배상청구가 사실상 가능하게 된 상황을 고려하여 합리적으로 인정하여야 하고, 손해를 안 시기에 대한 증명책임은 소멸시효 완성으로 인한 이익을 주장하는 자에게 있다." ☛ ❶ **법인의 경우**에 손해 및 가해자를 안 날은 통상 대표자가 이를 안 날을 뜻한다. 그렇지만 법인의 대표자가 법인에 대하여 불법행위를 한 경우에는, 법인과 그 대표자의 이익은 상반되므로 법인의 대표자가 그로 인한 손해배상청구권을 행사하리라고 기대하기 어려울 뿐만 아니라 일반적으로 그 대표권도 부인된다고 할 것이어서, 법인의 대표자가 그 손해 및 가해자를 아는 것만으로는 부족하다. 따라서 위의 경우에는, 적어도 법인의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른 대표자, 임원 또는 사원이나 직원 등이 손해배상청구권을 행사할 수 있을 정도로 이를 안 때에 비로소 위 단기소멸시효가 진행한다고 할 것이고, 만약 위 임원 등이 법인의 대표자와 공동불법행위를 한 경우에는 그 임원 등을 배제하고 위 단기소멸시효 기산점을 판단하여야 한다(대법원 2012. 7. 12. 선고 2012다20475 판결). ❷ 아동·청소년 성폭력 범죄로 인한 손해배상청구권의 단기소멸시효 기산점을 판단함에 있어서는 성폭력 피해의 특수성을 염두에 두고, 피해자가 피해를 인식하여 표현하고 법적 구제절차로 나아가게 된 동기나 경위 및 그 시점, 관련 형사절차 진행 중 수사기관 및 법정에서 가해자가 사실관계나 법리 등을 다투는지 여부, 가해자가 범행을 부인하는 데 그치지 않고 피해자를 무고로 고소하였는지 여부, 관련 형사사건 재판의 심급별 판결 결과 등을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2022. 6. 30. 선고 2022다206384 판결; 관련 형사재판의 제1심판결 선고일부터 진행된다고 판단한 예). ❸ '손해 및 가해자를 안 날'을 '**관련 판결이 확정된 때**'라고 보는 등 장기·단기 소멸시효기간의 구체적 사례에 관하여는 뒤에 나오는 '구체적인 기산점' 부분 참조.

○ 대법원 2021. 7. 29. 선고 2016다11257 판결; "민법 제766조 제1항 … 손해를 안다는 것은 현실로 손해가 발생한 것을 안 경우뿐만 아니라 손해발생을 예견할 수 있을 때를 포함한다. 이때 그 손해의 정도나 액수를 구체적으로 알아야 하는 것은 아니므로, 일반적으로 상해의 피해자는 상해를 입었을 때 그 손해를 알았다고 보아야 할 것이지만, 그 후 후유증 등으로 불법행위 당시에는 전혀 예견할 수 없었던 새로운 손해가 발생하였다거나 예상외로 손해가 확대된 경우에는 그러한 사유가 판명된 때에 새로이 발생하거나 확대된 손해를 알았다고 보아야 한다. … 예측된 여명기간을 지나 피해자가 계속 생존하게 되면 종전에 배상이 이루어질 당시에는 예상할 수 없었던 새로운 손해가 발생할 수 있다. 이 경우 예측된 여명기간 내에 그 기간을 지나 생존할 것을 예상할 수 있는 사정이 생겼다면 그때에, 그러한 사정이 발생하지 않고 예측된 여명기간이 지나면 그때에 장래에 발생 가능한 손해를 예견할 수 있다고 보아야 한다. 따라서 종전에 손해배상 범위 결정의 전제가 된 여명기간을 지나 피해자가 생존하게 되어 발생하는 손해로 인한 배상청구권은 늦어도 종전에 예측된 여명기간이 지난 때부터 민법 제766조 제1항에서 정한 소멸시효기간이 진행된다." ☜ 종전 소송에서 예측된 여명기간 후 추가로 발생하는 손해에 대한 배상청구권은 그 발생한 날부터 날마다 3년의 소멸시효기간이 진행함을 전제로 소 제기일부터 역산하여 3년 전에 발생한 부분은 소멸시효가 완성되었지만 그 이후에 발생하였거나 발생할 부분은 소멸시효가 완성되지 않았다고 본 원심을 파기한 예.

(10년)소멸시효의 '객관적 기산점'인 '불법행위를 한 날'(현실적으로 손해의 결과가 발생한 날), 후유장해 발생으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효기간 기산점인 '후유장해로 인한 손해가 발생한 때',[597] 보험금청구권의 소멸시효 기산점인 '보험사고가 발생한 때',[598] 유류분반환청구권의 단기소멸시효기간 기산점인 '유류분권리자가 상속의 개시와 반환하여야 할 증여 또는 유증을 한 사실을 안 때'[599]에 관한 증명책임은 소멸시효의 이익을 주장하는 자에게 있다.

(3) 기산점 인정 준칙

소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하고 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고, 그 권리를 행사할 수 없는 동안에는 진행하지 아니한다(민법 제166조 ① "소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다."). 여기서 '권리를 행사할 수 없다.'라고 함은 그 권리행사에 법률상의 장애사유, 예컨대 기간의 미도래나 조건불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 그 권리의 존부나 권리행사의 가능성을 알지 못하였거나 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이러한 사유는 법률상 장애사유에 해당한다고 할 수 없다.[600]

---

597) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2019다297137 판결; "**민법 제766조 제2항**에 의하면, 불법행위로 인한 손해배상청구권은 불법행위를 한 날부터 10년을 경과한 때에도 시효로 인하여 소멸한다. 가해행위와 이로 인한 손해의 발생 사이에 시간적 간격이 있는 불법행위에 기한 손해배상청구권의 경우, 위와 같은 장기소멸시효의 기산점이 되는 '불법행위를 한 날'은 객관적·구체적으로 손해가 발생한 때, 즉 손해의 발생이 현실적인 것으로 되었다고 할 수 있을 때를 의미하고, 그 발생시기에 대한 증명책임은 소멸시효의 이익을 주장하는 자에게 있다."(전문가로부터 성범죄로 인한 외상 후 스트레스 장애가 발현되었다는 진단을 받은 때 손해 발생이 현실적인 것이 되었고, 이때부터 장기소멸시효가 진행된다고 본 예) ☛ 후유장해의 발생으로 인한 원고의 손해배상청구권에 대한 소멸시효는 후유장해로 인한 손해가 발생한 때로부터 진행되고, 그 발생시기는 소멸시효를 주장하는 피고가 증명하여야 한다(91다41880).

598) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다62490 판결; "보험금청구권의 소멸시효는 특별한 사정이 없는 한 민법 제166조 제1항의 규정에 의하여 보험사고가 발생한 때부터 진행하고, 그 소멸시효의 기산점에 관한 증명책임은 시효의 이익을 주장하는 사람에게 있다." ☜ 원심이, 보증보험계약의 약관에 보증보험계약과 관련된 보험금청구권은 2년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다고 규정되어 있는 사실 등을 인정한 다음, 소가 제기된 2011. 5. 20.부터 역산하여 2년 이전에 보험사고가 발생하였다고 인정할 증거가 없다는 이유로, 보험금청구권의 시효소멸 항변을 배척한 것은 정당하다고 한 예.

599) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2010다104768 판결; "유류분반환청구권의 단기소멸시효기간의 기산점인 '유류분권리자가 상속의 개시와 반환하여야 할 증여 또는 유증을 한 사실을 안 때'는 유류분권리자가 상속이 개시되었다는 사실과 증여 또는 유증이 있었다는 사실 및 그것이 반환하여야 할 것임을 안 때를 뜻하고, 유류분권리자가 언제 위와 같은 사실을 알았는지에 관한 증명책임은 시효이익을 주장하는 자에게 있다."

600) **판례에서 '사실상 장애'로 본 구체적 예;** ❶ 대법원 2024. 4. 30.자 2023그887 결정; 부동산경매절차에서 채무자에 대한 송달이 공시송달의 방법으로 이루어짐으로써 채무자가 경매진행 사실 및 잉여금의 존재에 관하여 사실상 알지 못하였다고 하더라도, 공탁된 잉여금 지급청구권의 소멸시효기간이 진행한다. ❷ 대법원 2024. 6. 27. 선고 2023다302920 판결; 원고(주택재개발정비사업조합)가 피고(지방자치단체)와 체결한 매매계약이 무효라고 주장하면서 매매대금의 반환을 구한 **사안**에서, **원심**은, **구** 도시 및 주거환경정비법 제65조 제2항(사업시행자가 정비사업의 시행으로 새로이 설치한 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되고, 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 그가 새로이 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 사업시행자에게 무상으로 양도된다)에 따라 무상양도되는 정비기반시설의 대상과 범위는 새로이 정비기반시설이 설치되어 그 설치비용이 **구**체적으로

기한이 있는 채권의 소멸시효는 이행기가 도래한 때부터 진행하고,[601] 정지조건부 권리의 경우에는 조건 미성취의 동안은 권리를 행사할 수 없어 소멸시효가 진행되지 않으나,[602] 동시이행의 항변권은 채권자가 자신의 이행 또는 이행의 제공으로 항변권을 소멸시킬 수 있으므로 권리 행사의 법률상 장애에 해당하지 아니한다.[603]

확정된 이후에 결정되므로, 새로이 설치한 정비기반시설에 소요된 설치비용이 확정되기 전까지는 원고가 부당이득반환청구권을 행사할 수 없고 이는 법률상 장애 상태로 볼 수 있다고 판단하여 피고의 소멸시효 항변을 배척하였으나, **대법원**은, 원고가 주장하는 부당이득반환청구권은 매매대금을 지급한 때에 성립하고 그와 동시에 행사할 수 있었으므로 소멸시효도 그때로부터 진행하는데, 원고가 대금지급일로부터 지방재정법상 소멸시효기간 5년이 지나 소를 제기하였음이 기록상 명백하여 부당이득반환청구권은 소멸시효가 완성되었다고 볼 여지가 있고, 달리 그 권리행사에 기간 미도래나 조건불성취 등과 같은 법률상의 장애사유가 있다고 보기 어렵다고 한 예. ❸ 대법원 전원합의체 판결로 임용기간이 만료된 국공립대학 교원에 대한 재임용거부처분에 대하여 이를 다툴 수 없다는 종전의 견해를 변경하였다고 하더라도, 그와 같은 대법원의 종전 견해는 국공립대학 교원에 대한 재임용거부처분이 불법행위임을 원인으로 한 손해배상청구에 대한 법률상 장애사유에 해당하지 아니한다고 한 예(2008다15865). ❹ 원고들이 근로복지공단을 상대로 제기한 요양불승인처분취소청구소송에서 승소판결을 받아 확정되기 전에는 단체협약에 기한 근로자 유족들의 회사에 대한 위로금채권을 행사할 것을 기대할 수 없었다는 것은 사실상의 장애사유에 불과하다고 한 예(2006다1381). ❺ 대법원 전원합의체 판결에서 무면허 운전에 관한 종전의 견해를 변경한 바 있다 하더라도, 피해자가 보험회사에 대하여 보험금 직접청구권을 행사함에 있어 법률상 장애가 있었다 할 수 없다고 한 예(93다3622). ❻ 과세처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효에 해당하는 여부를 당사자로서는 현실적으로 판단하기 어렵다거나, 당사자에게 처음부터 과세처분의 취소소송과 부당이득반환청구소송을 동시에 제기할 것을 기대할 수 없다고 하여도 이러한 사유는 사실상의 장애사유에 지나지 않는다고 한 예(91다32053).

601) 대법원 2017. 4. 13. 선고 2016다274904 판결; "기한이 있는 채권의 소멸시효는 이행기가 도래한 때부터 진행하지만, 그 이행기가 도래한 후 채권자와 채무자가 기한을 유예하기로 합의한 경우에는 그 유예된 때로 이행기가 변경되어 소멸시효는 변경된 이행기가 도래한 때부터 다시 진행한다. 이와 같은 기한 유예의 합의는 명시적으로뿐만 아니라 묵시적으로도 가능한데, 계약상의 채권관계에서 어떠한 경우에 기한 유예의 묵시적 합의가 있다고 볼 것인지는 계약의 체결경위와 내용 및 이행경과, 기한 유예가 채무자의 이익이나 추정적 의사에 반하는지 여부 등 제반 사정을 종합적으로 고려해서 판단하여야 한다." ☜ 원고(분양회사)가 서면으로 납부기한 유예를 통지한 데 대하여 피고(수분양자)는 별다른 이의를 제기하지 아니한 점, 원고의 납부기한 유예 통지는 최초 분양계약에서 정한 납부기한이 도래한 후에도 잔금 일부를 미납하고 있던 피고에게 연체료를 따지지 않고 원금의 납부기한을 6개월 이상 연기해주는 내용이어서 피고의 이익이 되고 그 추정적 의사에 반할 것으로 보이지 않는 점 등에 비추어, 분양 잔대금 채권의 이행기일이 묵시적으로 변경되어 5년의 상사소멸시효가 완성되지 않았다고 판단한 예.

602) ❶ 2007다64556; "이 사건 제2약정 제3조는 '본 계약상의 각 조항은 원고가 시행하는 해당 구역 공유수면매립허가를 득한 후에 유효하기로 한다.'라고 규정하고 있다는 것이어서, 이 사건 제2약정은 공유수면매립허가라는 장래의 불확실한 사실을 정지조건으로 하는 법률행위에 해당하므로, 원고가 이 사건 어장에 관한 공유수면매립허가를 받았다고 볼 만한 아무런 자료가 없는 이상, 앞서 본 법리에 따라 이 사건 제2약정에 기한 원고의 이 사건 어장 인도청구권은 정지조건이 성취되지 못하여 소멸시효가 진행하지 아니하였다고 할 것이다." ❷ 92다28822; "원고와 피고들은 1977. 12. 2. 원고가 임차하는 피고 서OO 명의의 이 사건 여관건물을 매도할 때는 원고 측에게 매수우선권을 주며, 원고 측의 사정상 타에 매도할 때에는 원고 측과 피고들이 위 부동산의 매수가격 및 그 비용을 제한 이익금을 반분하기로 한 사실과 피고 김OO이 1988. 9. 1. 이 사건 부동산을 매도하고 그 해 10. 20.까지 그 매도대금을 모두 수령하였다는 것인 바, 사실관계가 그러하다면 원고의 이익금분배청구권은 피고들이 잔금을 모두 수령한 때에 이를 행사할 수 있다 할 것이므로 소멸시효도 이때부터 진행한다."

603) ❶ 93다27314; "점포임대차 청약금반환채권이 점포명도의무와 동시이행관계에 있다 하더라도 피고는 원고로부터 점포명도의무의 이행제공을 받을 때까지 그 지급을 거절할 수 있는 데 지나지 아니하므로 청약금반환채권은 청약에 대한 거절이 확정된 때 이후부터 소멸시효가 진행한다 할 것이고, 원고가 상사유치권을 가지고 있다 하더라도 민법 제326조는 유치권의 행사가 소멸시효의 진행에 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있으므로 소멸시효의 진행을 막을 수 없다." ❷ 90다9797; "부동산에 대한 매매대금 채권이 비록 소유권이전등기청구권과 동시이행의 관계에 있다 할지라도 매도인은 매매대금의 지급기일 이후 언제라도 그 대금의 지급을 청구할 수 있는 것이며, 다만 매수인은 매도인으로부터 그 이전등기에 관한 이행의 제공을 받기까지 그 지급을 거절할

예외적으로, 권리자가 권리의 발생 여부를 객관적으로 알기 어려운 상황에 있고 과실 없이 이를 알지 못한 경우에, 정의와 형평 및 소멸시효제도의 존재이유에 비추어, '객관적으로 권리의 발생을 알 수 있게 된 때'로부터 소멸시효가 진행되는 경우도 있다(예컨대, 하수급인의 수급인에 대한 저당권설정청구권, 보험사고 발생 여부가 불분명한 경우의 보험금청구권, 종중의 총회결의나 법인의 이사회결의가 부존재함에 따른 상대방의 부당이득반환청구권 등).[604] 나아가, 시효완성 전에 객관적으로 권리를 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있어 권리 행사를 기대할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것은

수 있는 데 지나지 아니하므로 매매대금청구권은 그 지급기일 이후 시효의 진행에 걸린다."

604) ❶ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2014다211978 판결; "건물신축공사에서 하수급인의 수급인에 대한 저당권설정청구권은 수급인이 건물의 소유권을 취득하면 성립하고 특별한 사정이 없는 한 그때부터 그 권리를 행사할 수 있다고 할 것이지만, 건물 소유권의 귀속주체는 하수급인의 관여 없이 도급인과 수급인 사이에 체결된 도급계약의 내용에 따라 결정되는 것이고, 더구나 건물이 완성된 이후 그 소유권 귀속에 관한 법적 분쟁이 계속되는 등으로 하수급인이 수급인을 상대로 저당권설정청구권을 행사할 수 있는지 여부를 객관적으로 알기 어려운 상황에 있어 과실 없이 이를 알지 못한 경우에도 그 청구권이 성립한 때부터 소멸시효가 진행한다고 보는 것은 정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효 제도의 존재이유에도 부합한다고 볼 수 없다. 그러므로 이러한 경우에는 객관적으로 하수급인이 저당권설정청구권을 행사할 수 있음을 알 수 있게 된 때부터 소멸시효가 진행한다고 보는 것이 타당하다." ☜ 하수급인 원고의 수급인 피고에 대한 저당권설정청구권의 소멸시효는 도급인인 대지지분소유자들과 피고 사이의 건물 소유권 귀속에 관한 관련사건의 상고심판결 선고일부터 진행한다고 본 예. ❷ 대법원 2015. 9. 24. 선고 2015다30398 판결; "보험사고가 발생한 것인지의 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금액청구권자가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에도 보험사고가 발생한 때부터 보험금액청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하는 것은, 보험금액청구권자에게 너무 가혹하여 사회정의와 형평의 이념에 반할 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재 이유에 부합된다고 볼 수도 없으므로, 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는, 보험금액청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 보험금액청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하는 것이 타당하다." ☜ 군복무 중 목을 매 사망한 甲에 대하여, 군 수사기관은 단순 자살로 결론 내렸으나 그 후 군의문사 진상규명위원회가 '구타·가혹행위 등으로 육체적, 정신적 고통을 견딜 수 없는 상태에서 사망에 이르렀다'는 결정을 한 **사안**에서, 甲의 사망을 보험사고로 하는 보험금청구권의 소멸시효는 위 결정 시부터 진행하는데도, 유족들이 순직확인서를 발부받은 무렵부터 진행한다고 본 원심판단에 위법이 있다고 한 예. ❸ 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다78470 판결; "종중의 총회결의가 부존재함에 따라 발생하는 제3자의 부당이득반환청구권처럼 종중 등의 내부적인 법률관계가 개입되어 있어 청구권자가 권리의 발생 여부를 객관적으로 알기 어려운 상황에 있고 청구권자가 과실 없이 이를 알지 못한 경우에도 청구권이 성립한 때부터 바로 소멸시효가 진행한다고 보는 것은 정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재이유에도 부합한다고 볼 수 없으므로, 이러한 경우에는 종중총회결의의 부존재가 외부로 드러남으로써 객관적으로 청구권의 발생을 알 수 있게 된 때로부터 소멸시효가 진행된다고 보는 것이 타당하다." ☜ 甲이 乙 종중과 체결한 매매계약이 종중 총회결의를 거치지 아니하고 이루어진 것이어서 무효로 되어 甲이 乙 종중에게 지급한 계약금의 반환을 구한 **사안**에서, **원심**이, 甲이 乙 종중에게 계약금을 지급한 다음날부터 계약금반환채권의 소멸시효가 진행된다고 보아 그로부터 10년이 경과된 후에 소가 제기되었음을 이유로 소멸시효가 완성되었다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 매매계약의 무효원인인 종중총회결의의 부존재가 외부로 드러남으로써 甲이 객관적으로 계약금반환채권의 발생을 알 수 있게 된 때를 심리하여 판단하였어야 한다고 한 예. **[동일취지]** 2002다64957; "법인의 이사회결의가 부존재함에 따라 발생하는 제3자의 부당이득반환청구권처럼 법인이나 회사의 내부적인 법률관계가 개입되어 있어 청구권자가 권리의 발생 여부를 객관적으로 알기 어려운 상황에 있고 청구권자가 과실 없이 이를 알지 못한 경우에도 청구권이 성립한 때부터 바로 소멸시효가 진행한다고 보는 것은 정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재이유에도 부합한다고 볼 수 없으므로, 이러한 경우에는 이사회결의의부존재확인판결의 확정과 같이 객관적으로 청구권의 발생을 알 수 있게 된 때로부터 소멸시효가 진행된다고 보는 것이 타당하다." ❹ 공무원의 직무수행 중 불법행위에 의하여 납북된 것을 원인으로 하는 국가배상청구권의 행사에 있어, 남북교류의 현실과 거주·이전 및 통신의 자유가 제한된 북한 사회의 비민주성이나 폐쇄성 등을 고려하여 볼 때, 다른 특별한 사정이 없는 한 북한에 납북된 사람이 피고인 국가를 상대로 대한민국 법원에 소장을 제출하는 등으로 그 권리를 행사하는 것은 객관적으로도 불가능하다고 하겠으므로, 납북상태가 지속되는 동안은 소멸시효가 진행하지 않는다(2009다33754).

신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로서 허용되지 않을 수 있다.[605]

(4) 구체적인 기산점

계속적 물품공급계약에 기하여 발생한 외상대금채권은 개별 거래로 인한 각 외상대금채권 발생 시,[606] 선택채권은 선택권을 행사할 수 있는 때,[607] 형성권적 기한이익 상실의 특약이 있는 할부채권은 각 변제기의 도래 시 또는 잔존 채무 전액의 변제를 구하는 취지의 의사를 표시한 때,[608] 채무의 변제를 유예해 해 준 경우 유예기간을 정하지 않았다면 변제유예의 의사를 표시한 때, 유예기간을 정하였다면 그 유예기간이 도래한 때,[609] 화의인가결정에서 분할 변제하기로 정한 채권은 각 부분의 변제기,[610] 신축 중인 건물에 관한 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 건물 완공 시[611]이다.

변호사의 성공보수청구권은 심급대리의 원칙에 따라 수임한 소송사무가 종료하는 시기인 판결을 송달받은 때,[612] 소송비용상환청구권은 소송비용부담 판결 확정 시,[613] 근로자의 사망·퇴직 시 퇴직금 등의 청구권은 사망·퇴직 시로부터 14일이 지난 날,[614] 직무발

605) 하지만 이는, 소멸시효의 기산점에 관하여 변함없이 적용되어 왔던 법률상 장애와 사실상 장애의 기초적인 구분 기준을 일반조항인 신의칙을 통하여 아예 무너뜨릴 위험이 있으므로 매우 신중하여야 한다(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결).

606) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006다68940 판결.

607) ① 매립사업자가 매립공사 준공 등기 후 매립지 중 일부를 즉시 양도하기로 약정하였으나 그 선택권의 소재에 관하여 약정이 없었던 경우, 매립지에 대한 매립사업자 명의의 소유권보존등기가 경료되고 도시계획결정 및 지적고시가 이루어져 그 소유 토지의 위치와 면적이 확정된 때로부터 매립사업자의 선택권 행사에 필요한 상당한 기간이 경과한 날로부터 양수인의 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행된다고 본 사례(98다23195). ② 타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻지 못한 때에는 상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임이 있는 데, 이 상대방이 가지는 계약이행 또는 손해배상 청구권의 소멸시효는 그 선택권을 행사할 수 있는 때부터 진행하고 또 그 선택권을 행사할 수 있는 때라고 함은 대리권의 증명 또는 본인의 추인을 얻지 못한 때라고 판시한 예(64다1156).

608) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다28340 판결: "형성권적 기한이익 상실의 특약이 있는 경우에는 그 특약은 채권자의 이익을 위한 것으로서 기한이익의 상실 사유가 발생하였다고 하더라도 채권자가 나머지 전액을 일시에 청구할 것인가 또는 종래대로 할부변제를 청구할 것인가를 자유로이 선택할 수 있으므로, 이와 같은 기한이익 상실의 특약이 있는 할부채무에 있어서는 1회의 불이행이 있더라도 각 할부금에 대해 그 각 변제기의 도래 시마다 그 때부터 순차로 소멸시효가 진행하고 채권자가 특히 잔존 채무 전액의 변제를 구하는 취지의 의사를 표시한 경우에 한하여 전액에 대하여 그 때부터 소멸시효가 진행하는 것이므로, 형성권적 기한이익 상실의 특약이 있는 이 사건에서 … 약정한 채무를 불이행하였다고 하더라도 피고의 의사표시가 없는 이상 그 때부터 잔존 채무 전액에 관하여 소멸시효가 진행한다고 볼 수는 없다."

609) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2006다22852, 22869 판결 및 92다40211 판결.

610) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다77989 판결.

611) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다28024, 28031 판결.

612) 성공보수 약정이 제1심에 대한 것으로 인정되는 이상 보수금의 지급시기에 관하여 당사자 사이에 특약이 없는 한 심급대리의 원칙에 따라 수임한 소송사무가 종료하는 시기인 제1심 판결을 송달받은 때로부터 그 소멸시효 기간이 진행된다(95다24609).

613) 대법원 2021. 7. 29.자 2019마6152 결정.

614) 근로기준법의 개정으로 2005. 7. 1.부터는 사용자가 근로자의 사망 또는 퇴직 시로부터 14일 이내에 지급하여야 하는 임금·보상금 기타 일체의 금품을 지급하지 아니한 경우 위 기한 다음날부터 지급하는 날까지의 '지연일수'에 대하여 연 100분의 20의 비율에 의한 '지연이자'를 지급하도록 하는 규정이 신설되었고(법률 제7566호로 2005. 5. 31. 개정된 구 근로기준법 제36조, 제36조의2 제1항, 부칙 제2항과 대통령령 18912호로 2005. 6.

명보상금청구권은 '사용자가 직무발명에 대한 특허를 받을 권리를 종업원으로부터 승계한 시점' 또는 '회사의 근무규칙 등에 정한 직무발명보상금의 지급시기'[615]이다.

사후구상권은 면책행위를 한 때,[616] 보험금을 지급한 보험자가 보험자대위에 의하여 다른 공동불법행위자 및 그의 보험자에 대하여 가지는 구상권은 구상권이 발생한 시점, 즉 구상권자가 현실로 피해자에게 손해배상금을 지급한 때, 보험자대위에 의하여 취득한 피보험자 등의 제3자에 대한 권리는 그 권리 자체의 기산점[617]이다.

약속어음에 기한 만기 전 소구권은 어음상의 만기일,[618] 약속어음이 수취인 겸 소지인의 발행인에 대한 장래 발생할 구상채권을 담보하기 위하여 발행된 경우, 위 소지인의 발행인에 대한 약속어음상 청구권은 '구상채권이 현실적으로 발생한 때'[619]이다.

채무불이행으로 인한 손해배상청구권·대상청구권은 채무불이행 시(채무이행거절의 의사를 표시한 때, 이행불능 시 등)[620]나 손해가 현실적으로 발생한 때,[621] 하자담보책임에 기한

---

30. 개정되어 2005. 7. 1. 시행된 구 근로기준법시행령 제13조 참조), 법률 제7379호로 2005. 1. 27. 제정되어 2005. 12. 1. 시행된 근로자퇴직급여보장법 제9조는 "사용자는 근로자가 퇴직한 경우에는 그 지급사유가 발생한 날부터 14일 이내에 퇴직금을 지급하여야 한다. 다만, 특별한 사정이 있는 경우에는 당사자 간의 합의에 의하여 지급기일을 연장할 수 있다."라고 규정하고 있으므로, '사망 또는 퇴직 시로부터 14일이 지난 날'을 퇴직금지급채무의 이행기로 보아야 한다. 임금지급채무의 이행기는 '매월 1회 이상 정한 일정한 날짜'(근로기준법 제43조 제2항)이므로, 사망 또는 퇴직 전의 체불임금은 이미 도래한 해당 월의 일정한 날이 그 각 이행기이고, 사망 또는 퇴직 당해 월의 일할(日割) 임금지급채무는 '사망 또는 퇴직 시로부터 14일이 지난 날'을 이행기로 볼 것이다.

따라서 2001다24051 판결("근로기준법 제36조 소정의 금품청산제도는 근로관계가 종료된 후 사용자로 하여금 14일 내에 근로자에게 임금이나 퇴직금 등의 금품을 청산하도록 하는 의무를 부과하는 한편, 이를 불이행하는 경우 형사상의 제재를 가함으로써 근로자를 보호하고자 하는 것이지 사용자에게 위 기간 동안 임금이나 퇴직금 지급의무의 이행을 유예하여 준 것이라고 볼 수는 없으므로, 이를 가리켜 퇴직금청구권의 행사에 대한 법률상의 장애라고 할 수는 없고, 따라서 퇴직금청구권은 퇴직한 다음날부터 이를 행사할 수 있다고 봄이 타당하다.")은 근로기준법의 개정과 근로자퇴직급여보장법의 제정으로 말미암아 앞서 본 해석과 저촉되는 일정 범위 내에서는 사실상 폐기된 것으로 보아야 한다.

615) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다75178 판결.

616) 대법원 1992. 9. 25. 선고 91다37553 판결.

617) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3143 판결.

618) 대법원 2003. 3. 14. 선고 2002다62555 판결.

619) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2003다33769 판결.

620) 2002다57119(채무이행거절의 의사를 표시한 때), 90다카22513(이행불능 시), 99다23901(대상청구권은 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능 되었을 때부터 소멸시효가 진행한다) 등.

621) 대법원 2018. 11. 9. 선고 2018다240462 판결: "채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 채무불이행 시부터 진행하는 것이 원칙이다. 다만 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하는 것이므로 **손해가 현실적으로 발생**하였다고 볼 수 있어야 그때부터 소멸시효가 진행한다. … 변호사가 소송위임계약상 채무를 불이행한 경우, 위임의 대상이 된 소송이 의뢰인에게 불리한 내용으로 확정될 때까지는 손해의 발생 여부가 불확실하고 손해의 구체적인 내용이나 범위 등을 확정하기도 어렵다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 대상소송이 의뢰인에게 불리하게 '확정'되거나 이에 준하는 상태가 된 때에 비로소 의뢰인에게 현실적으로 손해가 발생한다고 볼 수 있고, 손해배상청구권의 소멸시효도 그때부터 진행한다고 봄이 타당하다." (소멸시효 기산점이 위임받은 소송의 '제소기간이 경과한 때'나 '1심의 각하판결이 선고된 때'가 아니라, 현실적으로 손해가 발생한 시점인 '패소 확정 시'라고 한 예.) ☛ **[동일 취지]** ❶ 대법원 2020. 6. 11. 선고 2020다201156 판결: 잠수함 건조계약에 따라 인도받은 잠수함의 추진전동기에서 이상소음이 발생하자 그 하자보수비용을 채무불이행으로 인한 손해배상청구로 구한 사건에서, 손해가 현실적으로 발생한 때인 소음이 처음 발생한

손해배상청구권은 목적물을 인도받은 때,[622] 불법행위로 인한 손해배상청구권의 단기(3년)소멸시효 기산점인 '손해 및 가해자를 안 날'은 '불법행위의 요건사실에 대하여 현실적·구체적으로 인식하였을 때',[623] 가해행위와 그로 인한 현실적인 손해 발생 사이에 시간적 간격이 있는 경우에는 '손해가 현실화된 것을 안 날',[624] 장기(10년)소멸시효 기산점

날 또는 고장 원인에 대한 보고서가 제출된 날부터 국가재정법 제96조 제1항 소정의 5년의 소멸시효가 진행한다고 한 예. ❷ 대법원 2021. 11. 25. 선고 2020다294516 판결; 원고 소유의 부동산에 채무자 원고, 근저당권자 축협으로 하는 근저당권설정등기가 마쳐진 상태에서, 소외인이 피고에게 위 부동산을 매도하면서 위 근저당권이 담보하는 대출금채무를 피고가 승계하는 대신 중도금으로 대체하기로 한 다음, 소외인과 원고 간 약정, 위 매매계약에 따른 소외인, 피고 명의의 소유권이전등기를 순차로 마쳤는데, 피고가 대출금채무 인수의무를 이행하지 않아 원고가 대출금 이자 등을 지급하는 손해를 입게 되자, 원고가 피고를 상대로 소외인을 대위하여 인수의무불이행으로 인한 손해배상청구를 한 **사안**에서, **원심**이, 중도금 지급기일부터 상사시효기간 5년이 지나 소가 제기되었으므로 소외인의 피고에 대한 손해배상채권은 소멸시효가 완성되었다고 한 데 대하여, **대법원**은, 피고가 중도금 지급기일에 인수의무를 이행하지 않았다는 사정만으로 소외인에게 손해가 현실적으로 발생하였다고 볼 수는 없고, 원고가 이자 등을 지급한 때 소외인에 대해 채무불이행에 따른 손해배상청구권을 갖게 되며, 그때 소외인에게 피고의 인수의무 불이행에 따른 손해가 현실적으로 발생하였고, 원고는 소 제기 시 위 매매계약이 제3자를 위한 계약임을 전제로 피고에게 직접 손해배상청구를 하였다가 채권자대위에 기한 손해배상청구를 예비적으로 추가하였으므로 그 서면이 법원에 제출된 때에 시효중단의 효력이 생긴다고 한 예.

622) 매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권은 매수인이 매매의 목적물을 인도받은 때(소유권이전등기일)부터 소멸시효가 진행하고(대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결), 수급인의 하자담보책임의 소멸시효기간은 그 권리를 행사할 수 있는 때인 하자가 발생한 시점부터 진행하는 것이 원칙이나, 그 하자가 건물의 인도 당시부터 이미 존재하고 있는 경우에는 이와 관련한 하자보수를 갈음하는 손해배상채권의 소멸시효기간은 건물을 인도한 날부터 진행한다(대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다210195 판결; 늦어도 아파트의 준공인가일부터 시효가 진행한다고 판단한 예).

623) 대법원 2019. 12. 13. 선고 2019다259371 판결; 건물 임차인의 임대인(건물 소유자)을 상대로 한 건물 화재로 인한 손해배상청구 소송에서, 건물의 다른 임차인이 임대인을 상대로 임대차계약상 수선의무 불이행을 원인으로 한 손해배상을 구한 관련사건 상고심판결이 선고되어 확정된 때에 비로소 원고가 불법행위의 요건사실을 현실적·구체적으로 인식하였다고 볼 여지가 있다 하여, 제1심판결 선고 무렵이라고 본 원심이 잘못이라고 판단한 사례. ☛ 같은 취지에서 '**관련 판결이 확정된 때**'가 '손해 및 가해자를 안 날'이라고 한 예로는, ❶ 불법체포로 인한 손해배상청구 사건에서, 긴급체포의 적법 여부는 주로 긴급체포의 요건 충족 여부와 관련된 것으로서 일반인을 기준으로 볼 때 불법행위 당시 그 법적 평가의 귀추가 불확실하다고 볼 여지가 있고, 실제로 관련 형사재판에서 긴급체포의 적법성이 다투어지고 있는 경우에는 관련 형사판결이 확정된 때에 비로소 그로 인한 손해 등을 현실적·구체적으로 인식하였다고 볼 수 있다고 한 사례(2006다30440), ❷ 갑이 을을 강간 등 혐의로 고소하였으나 검사가 혐의 없음 처분을 하고, 오히려 갑을 무고 및 간통 혐의로 기소하여 제1심에서 유죄판결을 받았다가, 항소심과 상고심에서 무죄판결이 선고되어 확정되었고, 그 후 갑이 을을 상대로 강간 등 불법행위에 따른 손해배상을 구하는 지급명령을 신청하였다가 각하되자 그로부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기한 사안에서, 갑의 손해배상청구는 간통과 무고죄에 대한 무죄판결이 확정된 때에야 비로소 사실상 가능하게 되었다고 보아야 하므로 위 손해배상청구권은 무죄판결이 확정된 때로부터 소멸시효가 진행하는데, 민법 제170조 제2항에 의하여 최초로 지급명령을 신청한 날에 시효가 중단되었다고 본 원심판단을 수긍한 사례(2011다54686)가 있다.

624) ○ 대법원 2019. 7. 25. 선고 2016다1687 판결; "신체에 대한 가해행위가 있은 후 상당한 기간 동안 치료가 계속되는 과정에서 어떠한 증상이 발현되어 그로 인한 손해가 현실화된 사안이라면, 법원은 피해자가 담당의사의 최종 진단이나 법원의 감정 결과가 나오기 전에 손해가 현실화된 사실을 알았거나 알 수 있었다고 인정하는 데 매우 신중할 필요가 있다. 특히 가해행위가 있을 당시 피해자의 나이가 왕성하게 발육·성장활동을 하는 때이거나, 최초 손상된 부위가 뇌나 성장판과 같이 일반적으로 발육·성장에 따라 호전가능성이 매우 크거나(다만 최초 손상의 정도나 부위로 보아 장차 호전가능성이 전혀 없다고 단정할 수 있는 경우는 제외한다), 치매나 인지장애 등과 같이 증상의 발현 양상이나 진단 방법 등으로 보아 일정한 연령에 도달한 후 전문가의 도움을 받아야 정확하게 진단할 수 있는 등의 특수한 사정이 있는 때에는 더욱 그러하다."
○ 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다55312 판결; 피고 소속 직원인 소외인의 불법행위로 인하여 사건 토지에 관하여 원고 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 경료되었다가 피고가 위 소유권이전등기가 원인무효임을 들

인 '불법행위를 한 날'은 가해행위가 있었던 날이 아니라 '현실적으로 손해의 결과가 발생한 날',[625] 헌법재판소에 의하여 면직처분의 근거가 된 법률 규정이 위헌으로 결정된 경우 불법 면직처분에 따른 손해배상청구권은 위헌결정일[626]이다.

매매계약 무효를 원인으로 한 매매대금 상당의 부당이득반환청구권은 그 대금 지급시,[627] 취소할 수 있는 위법한 과세처분으로 인한 오납금의 부당이득반환청구권은 과세

어 소유권이전등기말소청구의 소를 제기하여 승소한 경우 위 소송의 판결이 확정된 때에 비로소 손해의 결과발생이 현실화되었다고 볼 것이므로, 원고의 피고에 대한 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구권의 기산점이 되는 '불법행위를 한 날'은 위 판결이 확정된 날이고, '원고가 그로 인한 손해 및 가해자를 안 날' 역시 그 무렵이라고 판단한 원심이 정당하다고 한 예.

○ 대법원 2019. 1. 31. 선고 2013다14217 판결; 피고들이 토지 소유자를 제대로 확인하지 않은 과실로 발급한 허위의 보증서에 의하여 소외인 앞으로 마쳐진 소유권이전등기를 진실한 것으로 믿고 매출계약을 체결한 원고 조합의 피고들에 대한 손해배상채권은 원고 조합 앞으로 마친 근저당권설정등기의 말소의무가 판결에 의하여 확정된 때부터 소멸시효기간이 진행한다고 한 예.

625) ○ 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다276679 판결; "소멸시효의 기산점이 되는 '불법행위를 한 날'이란 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미하나, 그 손해의 결과발생이 현실적인 것으로 되었다면 그 소멸시효는 피해자가 손해의 결과발생을 알았거나 예상할 수 있는지 여부에 관계없이 가해행위로 인한 손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 때부터 진행한다."

○ 대법원 2022. 1. 14. 선고 2019다282197 판결; "가해행위와 이로 인한 현실적인 손해의 발생 사이에 시간적 간격이 있는 불법행위에 기한 손해배상채권의 경우, 장기소멸시효의 기산점이 되는 '불법행위를 한 날'의 의미는 단지 관념적이고 부동적인 상태에서 잠재적으로만 존재하고 있는 손해가 그 후 현실화되었다고 볼 수 있는 때, 즉 손해의 결과발생이 현실적인 것으로 되었다고 할 수 있을 때로 보아야 한다. … 수사기관의 위법한 폐기처분으로 인한 피압수자의 손해는 형사재판 결과가 확정되기 전까지는 관념적이고 부동적인 상태에서 잠재적으로만 존재하고 있을 뿐 아직 현실화되었다고 볼 수 없으므로, 수사기관의 위법한 폐기처분으로 인한 손해배상청구권에 관한 장기소멸시효의 기산점은 위법한 폐기처분이 이루어진 시점이 아니라 무죄의 형사판결이 확정되었을 때로 봄이 상당하다." **[동일 취지]** 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결; "무권리자가 위법한 방법으로 그의 명의로 부동산에 관한 소유권보존등기나 소유권이전등기를 마친 다음 제3자에게 이를 매도하여 제3자 명의로 소유권이전등기를 마쳐준 경우 제3자가 소유자의 등기말소 청구에 대하여 시효취득을 주장하는 때에는 제3자 명의의 등기의 말소 여부는 소송 등의 결과에 따라 결정되는 특별한 사정이 있으므로, 소유자의 소유권 상실이라는 손해는 소송 등의 결과가 나오기까지는 관념적이고 부동적인 상태에서 잠재적으로만 존재하고 있을 뿐 아직 현실화되었다고 볼 수 없고, 소유자가 제3자를 상대로 제기한 등기말소 청구 소송이 패소 확정될 때에 그 손해의 결과발생이 현실화된다고 볼 것이며, 그 등기말소 청구 소송에서 제3자의 등기부 시효취득이 인정된 결과 소유자가 패소하였다고 하더라도 그 등기부 취득시효 완성 당시에 이미 손해가 현실화되었다고 볼 것은 아니다."

○ 대법원 2017. 11. 9. 선고 2013다26708 판결; "감염의 잠복기가 길거나, 감염 당시에는 장차 병이 어느 단계까지 진행될 것인지 예측하기 어려운 경우, 손해가 현실화된 시점을 일률적으로 감염일로 보게 되면, 피해자는 감염일 당시에는 장래의 손해 발생 여부가 불확실하여 청구하지 못하고, 장래 손해가 발생한 시점에서는 소멸시효가 완성되어 청구하지 못하게 되는 부당한 결과가 초래될 수 있다. 따라서 위와 같은 경우에는 감염 자체로 인한 손해 외에 증상의 발현 또는 병의 진행으로 인한 손해가 있을 수 있고, 그러한 손해는 증상이 발현되거나, 병이 진행된 시점에 현실적으로 발생한다고 볼 수 있다." ☛ **[동일 취지]** 대법원 2021. 8. 19. 선고 2019다297137 판결; '전문가로부터 성범죄로 인한 외상 후 스트레스 장애가 발현되었다는 진단을 받은 때' 손해 발생이 현실적인 것이 되었고, 이때부터 장기소멸시효가 진행된다고 본 예.

626) 헌법재판소에 의하여 면직처분의 근거가 된 법률 규정이 위헌으로 결정되어 위헌결정의 소급효로 인하여 면직처분이 당연무효가 되고 그 면직처분이 불법행위에 해당되는 경우라도, 그 손해배상청구권은 위헌결정이 있기 전까지는 법률 규정의 존재라는 법률상 장애로 인하여 행사할 수 없었다고 보아야 할 것이므로 소멸시효의 기산점은 위헌결정일로부터 진행된다 할 것이고, 이러한 법리는 그 법률이 위헌결정 당시에는 실효되었다 할지라도 그 법률 규정으로 인한 면직처분의 효력이 그대로 지속되는 경우에도 마찬가지이다(94다52195).

627) 대법원 2024. 6. 27. 선고 2023다302920 판결; "매매계약의 무효를 원인으로 한 매매대금 상당의 부당이득반환청구권은 특별한 사정이 없는 한 매매대금을 지급한 때에 성립하고 그 성립과 동시에 권리를 행사할 수 있으므로 그때부터 소멸시효가 진행한다." ☛ 무효인 보험계약에 따라 납부한 보험료에 대한 반환청구권은 '각 보험료

처분 취소 시, 과세처분의 당연무효로 인한 부당이득금반환청구권은 오납 시,[628]이다.

손해보험과 인보험의 보험금청구권, 예컨대 무보험자동차에 의한 상해 담보특약에 기한 보험금청구권,[629] 리스보증보험계약에 기한 보험금청구권,[630] 통상의 손해보험적 성격의 신원보증보험계약에 있어서 보험금청구권[631] 등은 원칙적으로 '보험사고 발생 시',[632] 책임보험적 성격의 신원보증보험계약에 있어서 보험금청구권은 '피보험자의 손해 확정 시',[633] 약관 등에 의하여 보험금액청구권의 행사에 특별한 절차를 요구하는 때에는 그

를 납부한 때'이다(2010다92612; 보험계약자가 납부한 보험료 전체의 반환청구권의 소멸시효가 보험료를 마지막으로 납부한 때부터 진행한다는 전제에서 보험료 반환청구권이 시효소멸하지 아니하였다고 본 원심판결을 파기한 사례).

628) 과세처분의 취소를 구하였으나 재판과정에서 그 과세처분이 무효로 밝혀진 경우의 오납금반환청구권도 오납 시(대법원 1992. 3. 31. 선고 91다32053 전원합의체 판결), 부과처분 취소에 따른 산업재해보상보험료 부당이득반환청구권은 부과처분 취소 판결의 확정 시(85다카748)이다.

629) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다14340 판결.

630) 대법원 1998. 2. 13. 선고 96다19666 판결.

631) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다13614 판결; "신원보증보험계약에 있어서 보험금청구권의 소멸시효는 그 권리를 행사할 수 있을 때인 보험사고가 발생한 때로부터 진행한다 할 것이고, 피보증인인 법인의 대표자가 법인에 대하여 불법행위를 하는 경우에 법인과 그 대표자의 이익이 상반되어 현실로 신원보증보험계약상의 보험금청구권을 행사하리라고 기대하기 어렵다 할지라도, 그러한 대표자의 불법행위를 감시하여야 하는 감사제도의 존재이유에 비추어 볼 때, 그 불법행위가 있었을 때에 법인이 보험금청구권을 행사할 수 있는 가능성이 없었다고 할 수는 없는 것이므로, 법인의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른 임원 또는 사원이나 직원 등이 보험금청구권을 행사할 수 있을 정도로 대표자의 불법행위를 안 때에 비로소 소멸시효가 진행한다고 볼 것은 아니며, 그와 같이 보지 아니한다 하여 그것이 형평에 반한다고 볼 것도 아니다."

632) ○ 대법원 2005. 12. 23. 선고 2005다59383, 59390 판결; "보험금청구권은 보험사고가 발생하기 전에는 추상적인 권리에 지나지 아니할 뿐 보험사고의 발생으로 인하여 구체적인 권리로 확정되어 그때부터 그 권리를 행사할 수 있게 되는 것이므로, … 원칙적으로 보험금액청구권의 소멸시효는 보험사고가 발생한 때로부터 진행한다고 해석해야 할 것이고 … 보험약관 제27조(보험금지급) 제1항에서 '회사는 손해발생 통지 및 … 보험금 청구서류를 접수한 때에는 접수증을 교부하고 그 서류를 접수한 날로부터 3일 이내에 지급하여 드립니다.'라고, 상법 제658조(보험금액의 지급)에서 '보험자는 보험금액의 지급에 관하여 약정기간이 있는 경우에는 그 기간 내에, 약정기간이 없는 경우에는 제657조 제1항의 통지를 받은 후 지체 없이 지급할 보험금액을 정하고 그 정하여진 날부터 10일 내에 피보험자 또는 보험수익자에게 보험금액을 지급하여야 한다.'라고 각각 정하고 있다고 하여 … 보험금청구권의 소멸시효가 위 약관 또는 법률조항에서 정한 보험금 지급유예기간('서류를 접수한 날로부터 3일' 또는 '정하여진 날로부터 10일')이 경과한 다음날부터 진행한다고 볼 수도 없다."

○ 대법원 2022. 3. 31. 선고 2021다294902, 294919 판결; "보험금청구권의 소멸시효 기산점은 특별한 사정이 없는 한 보험사고가 발생한 때이고, 보험사고란 보험계약에서 보험자의 보험금 지급책임을 구체화하는 불확정한 사고를 의미하는 것이다. … 보증보험증권에 보험기간이 정해져 있는 경우에는 보험사고가 그 기간 내에 발생한 때에 한하여 보험자가 보험계약상의 책임을 지는 것이 원칙이지만, 보증보험계약의 목적이 주계약의 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 보험계약자의 하자보수의무 불이행으로 인한 손해를 보상하기 위한 것임에도 불구하고 보험기간을 주계약의 하자담보책임기간과 동일하게 정한 경우 특별한 사정이 없으면 위 보증보험계약은 그 계약의 보험기간, 즉 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여는 비록 보험기간이 종료된 후 보험사고가 발생하였다고 하더라도 보험자로서 책임을 지기로 하는 내용의 계약이라고 해석함이 상당하다. 이와 같은 법리는 보증기간을 주계약의 하자담보책임기간과 동일하게 정한 하자보수보증계약에서도 마찬가지로 적용되어야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 그 계약의 보증기간, 즉 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 보증기간이 종료된 후 보증사고가 발생하였다면 그 보증사고가 발생한 때로부터 보증금청구권의 소멸시효가 진행한다."

633) 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다30206 판결; "책임보험은 피보험자가 보험사고로 인하여 제3자에 대하여 법률상의 손해배상책임을 부담함으로써 입은 손해를 보상하는 것이므로 보험자의 보상 범위는 피보험자의 제3자에 대한 법률상의 손해배상책임액을 그 한도로 하는 것이고, 또 **상법 제723조** 제1항 및 제2항에 의하면, 책임보험에 있어서 피보험자가 제3자에 대하여 변제, 승인, 화해 또는 재판으로 인하여 채무가 확정된 때에는 보험자는

절차를 마친 때, 또는 채권자가 그 책임 있는 사유로 그 절차를 마치지 못한 경우에는 그러한 절차를 마치는 데 소요되는 상당한 기간이 경과한 때[634]이다.

다) 시효기간

(1) 직권 판단

어떤 권리의 소멸시효기간이 얼마나 되는지에 관한 주장은 단순한 법률상의 주장에 불과하므로 변론주의의 적용대상이 되지 않고 법원이 직권으로 판단할 수 있다.[635) 636)] 소멸시효기간을 단축하는 약정은 유효하나, 직접적으로 연장하는 약정은 무효이다.[637)]

특별한 기간의 정함이 없으면 그 확정의 통지를 받은 날로부터 10일 내에 보험금을 지급하도록 규정하고 있으므로 이러한 책임보험의 성질에 비추어 피보험자가 보험자에게 보험금청구권을 행사하려면 적어도 피보험자가 제3자에게 손해배상금을 지급하였거나 상법 또는 보험약관이 정하는 방법으로 피보험자의 제3자에 대한 채무가 확정되어야 할 것이고, 상법 제662조가 보험금의 청구권은 2년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다는 취지를 규정하고 있을 뿐, 책임보험의 보험금청구권의 소멸시효의 기산점에 관하여는 상법상 아무런 규정이 없으므로, '소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다.'고 소멸시효의 기산점에 관하여 규정한 민법 제166조 제1항에 따를 수밖에 없는바, 약관에서 책임보험의 보험금청구권의 발생시기나 발생요건에 관하여 달리 정한 경우 등 특별한 다른 사정이 없는 한 원칙적으로 책임보험의 보험금청구권의 소멸시효는 피보험자의 제3자에 대한 법률상의 손해배상책임이 상법 제723조 제1항이 정하고 있는 변제, 승인, 화해 또는 재판의 방법 등에 의하여 확정됨으로써 그 보험금청구권을 행사할 수 있는 때로부터 진행된다고 봄이 상당하다."

634) 원고 재단법인과 도급계약을 체결한 소외 회사가 피고 보험회사와 체결한 보증보험계약의 약관에서 '보험사고는 소외 회사가 정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니한 때 발생한다. 보험금청구권은 2년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성하고 원고 법인은 보험금 청구 시 주계약인 도급계약을 해제하여야 한다'는 취지로 정한 **사안**에서, 원고 법인이 소외 회사의 채무불이행으로 도급계약의 목적을 달성할 수 없게 된 무렵부터 3년이 경과한 후에야 도급계약을 해제한 것을 상당한 기간 내의 해제라고 볼 수 없고, 해제 절차의 지연은 원고 법인의 책임 있는 사유 때문이므로, 원고 법인의 보험금청구권은 시효로 소멸하였다고 한 사례(2013다27978).

635) 대법원 2017. 3. 22. 선고 2016다258124 판결; "민사소송절차에서 변론주의의 원칙은 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 주요사실에 관한 주장·증명에 적용된다. 따라서 권리를 소멸시키는 소멸시효 항변은 변론주의 원칙에 따라 당사자의 주장이 있어야만 법원의 판단대상이 된다. 그러나 이 경우 어떤 시효기간이 적용되는지에 관한 주장은 권리의 소멸이라는 법률효과를 발생시키는 요건을 구성하는 사실에 관한 주장이 아니라 단순히 법률의 해석이나 적용에 관한 의견을 표명한 것이다. 이러한 주장에는 변론주의가 적용되지 않으므로 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 판단할 수 있다. 당사자가 민법에 따른 소멸시효기간을 주장한 경우에도 법원은 직권으로 상법에 따른 소멸시효기간을 적용할 수 있다." ☞ **[동일 취지]** ❶ 원고가 민법에 의한 10년의 소멸시효를 주장하였는데 원심이 구 예산회계법에 의한 5년의 소멸시효를 적용한 것이 변론주의를 위반한 것이라는 주장을 배척한 예(2006다70929, 70936). ❷ 피고가 대여금채권에 대하여 어음법상 3년의 소멸시효가 적용된다고 주장한 사안에서, 소멸시효기간에 대한 법률상 주장으로서 어음법상 3년의 소멸시효를 주장하였을 뿐인 것으로 봄이 타당하므로, 원심으로서는 직권으로 적법한 소멸시효기간을 살펴 소멸시효 완성 여부를 판단하였어야 한다고 한 예(2012다68217). ❸ 피고의 민법 제766조 제1항에 따른 3년의 시효기간 및 4·16세월호참사 특별법 제15조의2에 따른 5년의 시효기간 주장에 대하여, 국가재정법에 따른 5년의 시효기간을 직권으로 적용하여야 한다고 판단한 예(대법원 2023. 12. 14. 선고 2023다248903 판결).

636) 종전에는 시효기간에 대한 변론주의의 적용을 부정한 취지의 77다832 판결과 긍정한 취지의 77다2038 판결이 병존하였다. 한편, 2005다35516 판결은, 피고가 원고의 청구권이 상사채권으로서 5년의 소멸시효기간이 적용된다고 주장하다가 이를 철회하고 보험금청구권에 해당하므로 2년의 소멸시효기간이 적용된다고 주장한 사안에서, 변론주의의 적용을 부정한 77다832 판결을 참조판결로 하고 있지만 "2년의 소멸시효에 걸린다는 피고의 주장 속에는 그보다 장기간인 5년의 소멸시효에 걸린다는 취지의 주장도 포함되어 있는 것으로 봄이 상당하다"라고 하여 원고의 청구권에 2년의 소멸시효기간이 적용되지 않는다고 보아 곧바로 피고의 주장을 배척한 원심판결을 파기하였는데, 이는 결국 변론주의의 적용을 전제로 한 것으로 볼 수 있다.

637) 소멸시효는 법률행위에 의하여 이를 배제, 연장 또는 가중할 수 없으나 이를 단축 또는 경감할 수 있다(**민법**

(2) 1년

1년의 단기소멸시효를 정한 민법 제164조[638]는 그 각 호 채권[639]의 채권자가 그 채권의 발생원인이 된 계약에 기하여 상대방에 대하여 부담하는 '반대채무'에 대하여는 적용되지 아니한다(상대방의 반대채권은 원칙으로 돌아가, 민법 제162조[640] 소정의 10년의 일반소멸시효기간 등의 적용을 받는다).[641]

(3) 3년

민법 제163조[642] 제1호는, 기본 권리인 정기금채권에 기초하여 발생하는 '지분적 채권'의 소멸시효를 정한 것으로서, 여기서 '1년 이내의 기간으로 정한 채권'이란 1년 이내의 '정기로' 지급되는 채권을 말하고, 변제기가 1년 이내의 채권을 말하는 것이 아니

제184조 ②). ☛ ❶ 특정한 채무의 이행을 청구할 수 있는 기간을 제한하고 그 기간을 도과할 경우 채무가 소멸하도록 하는 약정은 민법 또는 상법에 의한 소멸시효기간을 단축하는 약정으로서 특별한 사정이 없는 한 민법 제184조 제2항에 의하여 유효하다(2004다70253). ❷ 계약서에 '상기 조항 외 사항이 발생 시는 사회 통상 관례 및 상법에 준하여 갑과 을이 협의하여 처리키로 약정함'이라고 기재되어 있다고 하더라도, 위 조항만으로는 상법상 소멸시효 기간을 적용하고자 하는 확정적 합의가 있었다고 보기 어려워 소멸시효 기간이 단축되지 않는다(2019다283794).

638) **민법 제164조(1년의 단기소멸시효)** 다음 각 호의 채권은 1년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
1. 여관, 음식점, 대석, 오락장의 숙박료, 음식료, 대석료, 입장료, 소비물의 대가 및 체당금의 채권
2. 의복, 침구, 장구 기타 동산의 사용료의 채권
3. 노역인, 연예인의 임금 및 그에 공급한 물건의 대금채권
4. 학생 및 수업자의 교육, 의식 및 유숙에 관한 교주, 숙주, 교사의 채권

639) ❶ 매월 말 지급하기로 약정한 리조트의 객실과 식당 사용에 대한 사용료 채권의 소멸시효기간은 민법 제163조 제1호 소정의 3년이 아니라 제164조 제1호 소정의 '숙박료 및 음식료 채권'으로서 1년이다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2019다271012 판결). ❷ 민법 제164조 제3호 소정의 단기소멸시효의 적용을 받는 노임채권이라 하더라도 그 노임채권에 관하여 준소비대차의 약정을 한 경우, 그 준소비대차 계약은 상인인 피고 회사가 영업을 위하여 한 상행위로 추정함이 상당하고, 이에 의하여 새로이 발생한 채권은 상사채권으로서 5년의 상사시효의 적용을 받게 된다(80다1363).

640) **민법 제162조(채권, 재산권의 소멸시효)** ① 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
② 채권 및 소유권 이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

641) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다65178 판결; **원심**이, 피고 1이 원고와 사이에 체결한 간병인계약상의 의무를 위반함으로써 원고가 병실 바닥에 쓰러져 상해를 입는 사고로 피고들은 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단한 다음, '피고 1의 간병료 채권은 노역인의 임금채권에 해당하여 민법 제164조 제3호에 따라 1년의 단기소멸시효에 걸리므로 원고의 피고 1에 대한 간병서비스 이행청구권, 나아가 그 권리의 확장 내지 내용 변경에 불과한 원고 주장의 손해배상청구권의 소멸시효기간도 1년'이라는 취지의 피고들의 항변에 관하여, '위 단기소멸시효의 대상이 되는 채권은 노역인의 임금 채권 등에 대하여만 적용될 뿐이지 채무불이행으로 인한 손해배상청구권에는 그 적용이 없다.'는 이유로 배척한 데 대하여, **대법원**은, '그 결과에 있어서 정당하다'고 한 예. ☎ 채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 기간은 특별한 사정이 없는 한 원채권의 소멸시효 기간과 같으므로, 원심의 이유는 옳지 않다.

642) **민법 제163조(3년의 단기소멸시효)** 다음 각 호의 채권은 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
1. 이자, 부양료, 급료, 사용료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 한 채권
2. 의사, 조산사, 간호사 및 약사의 치료, 근로 및 조제에 관한 채권
3. 도급받은 자, 기사 기타 공사의 설계 또는 감독에 종사하는 자의 공사에 관한 채권
4. 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사에 대한 직무상 보관한 서류의 반환을 청구하는 채권
5. 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권
6. 생산자 및 상인이 판매한 생산물 및 상품의 대가
7. 수공업자 및 제조자의 업무에 관한 채권

다.[643] 따라서 이자채권이라고 하더라도 1년 이내의 정기에 지급하기로 한 것이 아닌 이상 위 규정 소정의 3년 단기소멸시효에 걸리는 것이 아니고,[644] 금전채무의 이행지체로 인하여 발생하는 지연손해금은 그 성질이 손해배상금이지 이자가 아니며 '1년 이내의 기간으로 정한 채권'도 아니므로 3년 단기소멸시효의 대상이 되지 아니한다.[645] 1개월 단위로 지급되는 집합건물의 관리비채권,[646] 정수기 대여계약에 기한 월 대여료 채권[647]은 3년 단기소멸시효의 대상이나, '지분적 채권'에 해당하지 않는 낙찰계의 계불입금 채권,[648] 금융리스의 리스료 채권[649]은 그렇지 않다.

민법 제163조 제2호의 '의사의 치료비 채권' 및 그에 부수한 채권의 소멸시효기간은 개개의 치료 종결 시로부터 3년이다.[650]

---

643) 대법원 2018. 2. 28. 선고 2016다45779 판결; 원고가 피고에게 원고 작곡 곡에 대한 저작권 관리를 위임하고 해외의 저작권 사용료를 6개월마다 정산·분배받는 '저작권사용료분배 청구권'은 지분적 청구권으로서 3년의 단기소멸시효가 적용된다고 한 예.

644) 대법원 1996. 9. 20. 선고 96다25302 판결; "위 금 17,160,000원의 이자가 1년 이내의 정기에 지급하기로 한 이자이었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 위 이자채권의 소멸시효가 완성되었다고 볼 수 없다. … 변제기에 원금과 함께 변제기까지의 이자를 일시에 지급하기로 한 이자채권은 위 규정 소정의 3년의 소멸시효 기간이 적용되는 채권이 아님은 앞서 본 바와 같고, … 이자를 매달 8일 정기적으로 지급하기로 약정하였다고 인정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없음에도,"

645) 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다42141 판결.

646) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다65821 판결.

647) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다20571 판결; "이 사건 대여계약은 소외 회사가 보유하는 이온정수기를 그 사용을 원하는 피고 등 불특정 다수를 대상으로 대여하기 위하여 체결한 것으로서 그 본질이 리스물건의 취득자금에 대한 금융 편의 제공이 아니라 리스물건의 사용 기회 제공에 있는 점, 이 사건 대여계약에서 월 대여료는 소외 회사가 피고에게 제공하는 취득 자금의 금융 편의에 대한 원금의 분할변제와 이자·비용 등의 변제 성격을 가지는 것이 아니라 이온정수기의 사용에 대한 대가인 점, 또한 일반적인 금융리스와 달리 36개월의 계약기간 동안 피고가 언제든지 계약을 해지할 수 있으며 소외 회사가 이온정수기에 대한 정기점검 서비스를 제공하고 피고의 부주의가 아닌 사유로 발생한 고장에 대한 수리와 필터 교환을 무상으로 하여 주기로 한 점 등을 … 살펴보면 이 사건 대여계약은 금융리스에 해당한다고 볼 수 없다. … 그 소멸시효 기간은 3년이라고 보아야 할 것이다."

648) 대법원 1993. 9. 10. 선고 93다21705 판결; "매월 낙찰받아 계금을 수령한 계원이 불입할 불입금을 공제한 나머지를 균등분할한 금액을 계불입금으로 불입하는 것은 계주로부터 대여받은 금원에 해당하는 계금에 관한 원리금변제의 성질을 가지고 있다고 새겨야 할 것이고, 따라서 계불입금채권은 채권관계가 일시에 발생하여 확정되고 변제방법에 있어서 매월 분할변제로 정하여진 것에 불과하여 기본이 되는 정기금채권에 기한 채권이라고 할 수 없기 때문에 3년의 소멸시효가 적용되는 채권이라고 할 수 없고, 계불입금채권을 원금부분과 이자부분으로 나누어 이자부분에 관하여만 3년의 소멸시효가 적용된다고 할 것도 아니라 할 것 … 여러 개의 계를 운영하여 얻은 수입으로 가계를 꾸려왔다 할지라도 원고가 상인적 방법에 의한 영업으로 이 사건 계를 운영하였음을 인정할 아무런 자료가 없는 이 사건에 있어서 원고를 상법 제5조 제1항 소정의 의제상인이나 같은 법 제46조 제8호 소정의 대금, 환금 기타 금융거래를 영업으로 운영한 것에 해당한다고 볼 수는 없다 … 5년의 소멸시효가 적용되는 상사채권으로 볼 수 없다고 한 원심의 판단은 정당"

649) 대법원 2001. 6. 12. 선고 99다1949 판결; "금융리스에 있어서 리스료는, 리스회사가 리스이용자에게 제공하는 취득자금의 금융 편의에 대한 원금의 분할변제 및 이자·비용 등의 변제의 기능을 갖는 것은 물론이거니와 그 외에도 리스회사가 리스이용자에게 제공하는 이용상의 편익을 포함하여 거래관계 전체에 대한 대가로서의 의미를 지닌다. 따라서 리스료 채권은, 그 채권관계가 일시에 발생하여 확정되고 다만 그 변제방법만이 일정 기간마다의 분할변제로 정하여진 것에 불과하기 때문에(기본적 정기금채권에 기하여 발생하는 지분적 채권이 아니다) 3년의 단기 소멸시효가 적용되는 채권이라고 할 수 없고, 한편 매회분의 리스료가 각 시점별 취득원가분할액과 그 잔존액의 이자조로 계산된 금액과를 합한 금액으로 구성되어 있다 하더라도, 이는 리스료액의 산출을 위한 계산방법에 지나지 않는 것이므로 그 중 이자부분만이 따로 3년의 단기 소멸시효에 걸린다고 할 것도 아니다."

민법 제163조 제3호의 '도급받은 자, 기사 기타 공사의 설계 또는 감독에 종사하는 자의 공사에 관한 채권'에는 '수급인의 도급인에 대한' 공사에 관한 채권[651]뿐만 아니라 그 공사에 부수되는 채권도 포함한다(도급인의 공사이행협력의무, 홍수피해 복구 공사비 채권, 민법 제666조 소정의 저당권설정청구권, 우수현상광고의 당선자가 광고주에 대하여 우수작으로 판정된 계획설계에 기초하여 기본 및 실시설계계약의 체결을 청구할 수 있는 권리를 가지고 있는 경우, 그 계약의 체결의무 불이행으로 인한 손해배상청구권 등).[652]

민법 제163조 제5호의 '변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권'에만 3년의 단기 소멸시효가 적용되고, 세무사 등 다른 자격사의 직무에 관한 채권

650) ○ 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다52568 판결; "민법 제163조 제2호 소정의 '의사의 치료에 관한 채권'에 있어서는, 특약이 없는 한 그 개개의 진료가 종료될 때마다 각각의 당해 진료에 필요한 비용의 이행기가 도래하여 그에 대한 소멸시효가 진행된다고 해석함이 상당하고, 장기간 입원 치료를 받는 경우라 하더라도 다른 특약이 없는 한 입원 치료 중에 환자에 대하여 치료비를 청구함에 아무런 장애가 없으므로 퇴원 시부터 소멸시효가 진행된다고 볼 수는 없다 할 것이다. … 퇴원하기까지 약 8년여 동안 원고 병원에서 입원 치료를 받아왔으며, 피고들이 원고 병원을 상대로 의료과오를 원인으로 한 손해배상청구 소송을 제기하여 그 소송이 1999. 12. 21.에 이르러서야 종결되었으나, 그러한 사정만으로는 원고 병원이 피고들을 상대로 치료비를 청구하는 데 법률상으로 아무런 장애가 되지 아니하므로 이 사건 치료비 채권의 소멸시효가 피고 1의 퇴원 시부터 진행한다거나 위 손해배상청구 소송이 종결된 날로부터 진행한다고 볼 수 없으며 … 피고들이 원고 병원과 진료계약을 체결하면서 '입원료 기타 제요금이 체납될 시는 원고 병원의 법적 조치에 대하여 아무런 이의를 하지 않겠다.'고 약정하였다 하더라도, 이로써 그 당시 아직 발생하지도 않은 이 사건 치료비 채무의 존재를 미리 승인하였다고 볼 수는 없다."
○ 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다47675 판결; "치료에 부수하여 행하여지는 개호, 이송 및 식사에 관한 비용은 치료행위를 위하여 필요불가결하거나 그와 일체를 이루는 비용이므로 시효기간을 정함에 있어서도 치료비채권과 일체로 취급함이 상당하며 … 전체가 민법 제163조 제2호 소정의 '의사의 치료에 관한 채권'으로서 그 시효기간은 3년이라고 보아야"

651) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다79838 판결; "'도급받은 자의 공사에 관한 채권'은 수급인이 도급인에 대하여 갖는 공사에 관한 채권을 말하는 것이므로, 공동수급체 구성원들 상호 간의 정산금 채권 등에 관하여는 위 규정이 적용될 수 없다."

652) ❶ 2010다56685; "'도급받은 자의 공사에 관한 채권'이라 함은 공사채권뿐만 아니라 그 공사에 부수되는 채권도 포함하므로, … 도급인인 피고에게 수급인인 원고로 하여금 공사를 이행할 수 있도록 협력하여야 할 의무가 인정된다고 하더라도 이러한 협력의무는 이 사건 계약에 따른 부수적 내지는 종된 채무로서 민법 제163조 제3호에 정한 '공사에 관한 채무'에 해당한다." ❷ 2008다41451; 도급공사를 시행하던 중 발생한 홍수피해의 복구공사로 수급인이 도급인에 대하여 갖는 복구공사비 청구채권은, 공사도급계약에 부수되는 채권으로서 복구공사가 완료한 때부터 소멸시효가 진행한다고 한 사례. ❸ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2014다211978 판결; "(건물신축공사에서 하수급인의 수급인에 대한 민법 제666조에 따른) 저당권설정청구권은 공사대금채권을 담보하기 위하여 저당권설정등기절차의 이행을 구하는 채권적 청구권으로서 공사에 부수되는 채권에 해당하므로 그 소멸시효기간 역시 3년이라고 보아야 한다." ❶ 대법원 2005. 1. 14. 선고 2002다57119 판결; "우수현상광고의 광고자로서 당선자에게 일정한 계약을 체결할 의무가 있는 자가 그 의무를 위반함으로써 계약의 종국적인 체결에 이르지 않게 되어 상대방이 그러한 계약체결의무의 채무불이행을 원인으로 하는 손해배상을 청구한 경우, 그 손해배상청구권은 계약이 체결되었을 경우에 취득하게 될 계약상의 이행청구권과 실질적이고 경제적으로 밀접한 관계가 형성되어 있기 때문에, 그 손해배상청구권의 소멸시효기간은 계약이 체결되었을 때 취득하게 될 이행청구권에 적용되는 소멸시효기간에 따른다. … 우수현상광고의 당선자인 원고가 광고주인 피고에 대하여 가지고 있는 본래의 채권인 '기본 및 실시설계권'이란 당선자인 피고에 대하여 우수작으로 판정된 계획설계에 기초하여 기본 및 실시설계계약의 체결을 청구할 수 있는 권리라고 할 것이고, 이러한 청구권에 기하여 계약이 체결되었을 경우에 취득하게 될 계약상의 이행청구권은 '설계에 종사하는 자의 공사에 관한 채권'으로서 이에 관하여는 민법 제163조 제3호 소정의 3년의 단기소멸시효가 적용되므로, 위의 기본 및 실시설계계약의 체결의무의 불이행으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 역시 3년의 단기소멸시효가 적용된다."

에 대하여는 유추적용되지 않는다.[653]

민법 제163조 제6호의 '상인[654]이 판매한 상품의 대가'란 상품의 매매로 인한 대금 그 자체의 채권만을 말하는 것으로서 상품의 공급 자체와 등가성 있는 청구권에 한한다.[655]

'보험금청구권'은 3년간, 보험료 또는 적립금의 반환청구권은 3년간, 보험료청구권은 2년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다(상법 제662조).[656]

근로기준법에 따른 임금채권(같은 법 제49조), 근로자퇴직급여 보장법에 따른 퇴직금을

---

653) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2021다311111 판결(세무사를 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인이라고 볼 수 없고, 세무사의 직무에 관한 채권이 상사채권에 해당한다고 볼 수 없으므로, 세무사의 직무에 관한 채권에 대하여는 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효가 적용된다).

654) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다53292 판결; "농업협동조합법에 의하여 설립된 조합이 영위하는 사업의 목적은 조합원을 위하여 차별 없는 최대의 봉사를 함에 있을 뿐 영리를 목적으로 하는 것이 아니므로(동법 제5조), 동 조합이 그 사업의 일환으로 조합원이 생산하는 물자의 판매사업을 한다 하여도 동 조합을 상인이라 할 수는 없고, 따라서 그 물자의 판매대금 채권은 3년의 단기소멸시효가 적용되는 민법 제163조 제6호 소정의 '상인이 판매한 상품의 대가'에 해당하지 아니한다고 할 것이다."

655) ◎ **긍정례**; 전기업자가 공급하는 전력의 대가인 전기요금채권(대법원 2014. 10. 6. 선고 2013다84940 판결), 전기통신회사의 통신서비스 이용 요금채권(대법원 2009. 6. 25. 선고 2007다12944 판결)

◎ **부정례**

○ 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다39854 판결; "위탁매매에 있어서 위탁자가 매도위탁을 위하여 위탁매매인에게 하는 상품의 공급은 매도인이 민법 제568조 소정의 매매계약 의무를 이행하기 위하여 매수인에게 하는 상품의 공급과는 의미가 다른 것이어서, 위탁매매인은 상품 그 자체를 계약상 자신의 청구 이행의 목적으로 취득하는 것이 아니라 위임업무 처리 과정에서 보수를 지급받을 뿐이므로 위탁매매인의 계약상 의무는 위탁인의 보수지급 의무와 대응할 뿐이고 위탁인의 상품공급 자체에는 대응하지 아니한다고 할 것이다. 따라서 위탁자의 위탁상품 공급으로 인한 위탁매매인에 대한 이득상환청구권이나 이행담보책임 이행청구권은 위탁자의 위탁매매인에 대한 상품공급과 서로 대가관계에 있지 아니하여 등가성이 없으므로 민법 제163조 제6호 소정의 '상인이 판매한 상품의 대가'에 해당하지 아니하여 3년의 단기소멸시효의 대상이 아니라고 할 것이고, 한편 위탁매매는 상법상 전형적 상행위이며 위탁매매인은 당연한 상인이고 위탁자도 통상 상인일 것이므로, 위탁자의 위탁매매인에 대한 매매 위탁으로 인한 위의 채권은 다른 특별한 사정이 없는 한 통상 상행위로 인하여 발생한 채권이어서 상법 제64조 소정의 5년의 상사소멸시효의 대상이 된다고 할 것이다."

○ 대법원 2009. 6. 25. 선고 2007다12944 판결; 통신단말기 판매대리점이 가개통한 회선을 3개월 내에 판매하지 못한 경우 전기통신회사가 갖게 되는 가개통 회선에 관한 요금채권은, 실사용자와 체결한 통신서비스 이용계약에 따른 통신요금이 아니라 판매대리점과 가개통 장려금 지급과 관련하여 체결한 별도의 약정에 따른 것이므로, 민법에 정한 3년의 단기소멸시효가 아니라 '5년의 상사소멸시효'가 적용된다고 한 사례.

○ 대법원 2013. 4. 11. 선고 2011다112032 판결; "계약종별 위반으로 약관에 의하여 부담하는 위약금 지급채무는 전기의 공급에 따른 전기요금 채무 자체가 아니므로, 3년의 단기소멸시효가 적용되는 민법 제163조 제1호의 채권, 즉 '1년 이내의 기간으로 정한 금전의 지급을 목적으로 한 채권'에 해당하지 않는다 할 것이다. 그러나 '영업으로 하는 전기의 공급에 관한 행위'는 상법상 기본적 상행위에 해당하고(상법 제46조 제4호), 전기공급주체가 공법인인 경우에도 법령에 다른 규정이 없는 한 상법이 적용되므로(상법 제2조), 그러한 전기공급계약에 근거한 위약금 지급채무 역시 상행위로 인한 채권으로서 상법 제64조에 따라 5년의 소멸시효기간이 적용된다 할 것이다." ☛ 채무불이행으로 인한 손해배상채권은 본래 채권이 확장·변경된 것으로서 본래 채권과 동일성을 가져(2016다45779), 그 소멸시효 기간은 본래 채권의 소멸시효 기간과 같으므로(2010다28031, 97다9260, 2006다3813, 2002다57119 등 참조), 전기요금 채무가 민법 제163조 제6호에 따라 3년의 소멸시효기간이 걸리는 것(2013다84940)과 마찬가지로 위 위약금 지급채무 역시 3년의 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 옳다.

656) 종전에 소멸시효 기간이 보험금 청구권과 보험료 또는 적립금 반환청구권은 2년, 보험료 청구권은 1년으로 되어 있으나, 2014. 3. 11. 개정(2015. 3. 12. 시행) 시 각각 1년씩 연장하였다. 이는 구 계약의 청구권이 법 시행일인 2015. 3. 12. 이후에 발생한 경우에도 적용한다(부칙 제2조 제4항).

받을 권리(같은 법 제10조)의 시효기간은 3년이다.[657]

(4) 5년

'상사시효'[658]에 관하여는 '상법-상행위' 부분을 참조하면 된다. 국가·지방자치단체의 금전채권·채무의 소멸시효 기간도 5년이다(국가재정법 제96조, 지방재정법 제82조).[659]

(5) 불법행위와 채무불이행으로 인한 손해배상청구권

불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효기간은, 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날(주관적 기산점)로부터 3년(단기소멸시효), 불법행위를 한 날(객관적 기산점)로부터 10년(장기소멸시효)이다(민법 제766조). 국가배상법상 배상청구권의 경우 장기소멸시효기간 5년, 단기소멸시효기간 3년이 적용되나,[660] 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 제2조 제1항 제3호 사건은 예외이다.[661]

채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 기간은 특별한 사정이 없는 한 원채권의 소멸시효 기간과 같다.[662] 원본 금전채권의 소멸시효가 완성한 때에는, 민법 제183

---

657) 대법원 2023. 11. 16. 선고 2022다231403, 231410 판결: "근로기준법 제60조에 정한 연차유급휴가권을 취득한 근로자가 그 휴가권이 발생한 때부터 1년 이내에 연차유급휴가를 사용하지 못하게 됨에 따라 발생하는 연차휴가미사용수당도 그 성질이 임금이므로, 같은 법 제49조의 규정에 따라 연차휴가미사용수당 청구권에는 3년의 소멸시효가 적용되고, 그 기산점은 연차유급휴가권을 취득한 날부터 1년의 경과로 그 휴가의 불실시가 확정된 다음 날이다."

658) **상법 제64조(상사시효)** 상행위로 인한 채권은 본법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 그러나 다른 법령에 이보다 단기의 시효의 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

659) 공직선거법은 기탁금 및 선거비용에 대한 반환청구권의 소멸시효에 대해 달리 정한 바가 없으므로, 국가재정법 또는 지방재정법에 따라 5년의 소멸시효가 적용된다(2022다305861).

660) 국가배상법 제2조 제1항 본문 전단 규정에 따른 배상청구권은 금전의 급부를 목적으로 하는 국가에 대한 권리로서 국가재정법 제96조 제2항, 제1항이 적용되므로 장기소멸시효기간이 10년이 아닌 5년이지만(대법원 2023. 12. 14. 선고 2023다248903 판결), 국가배상법 제8조에 의하여 민법 제766조 제1항의 단기소멸시효기간 3년이 적용된다(2004다33469). 여기서 가해자를 안다는 것은 피해자나 그 법정대리인이 가해 공무원이 국가 또는 지방자치단체와의 간에 공법상 근무관계가 있다는 사실을 알고, 또한 일반인이 당해 공무원의 불법행위가 국가 또는 지방자치단체의 직무를 집행함에 있어서 행해진 것이라고 판단하기에 족한 사실까지 인식하는 것을 의미한다(2004다33469).

661) **진실·화해를 위한 과거사정리 기본법** 제2조 제1항 제3호(1945년 8월 15일부터 한국전쟁 전후의 시기에 불법적으로 이루어진 민간인 집단 희생사건), 제4호(1945년 8월 15일부터 권위주의 통치 시까지 헌정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망·상해·실종사건, 그 밖에 중대한 인권침해사건과 조작의혹사건) 사건에서 공무원의 위법한 직무집행으로 인한 손해배상청구권에 대해서는 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항에 따른 '객관적 기산점을 기준으로 하는 장기소멸시효는 적용되지 않고, 국가에 대한 금전급부를 목적으로 하는 권리의 소멸시효기간을 5년으로 규정한 국가재정법 제96조 제2항(구 예산회계법 제96조 제2항) 역시 이러한 객관적 기산점을 전제로 하는 경우에는 적용되지 않는다(헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바148 등 전원재판부 결정, 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다233686 판결). 따라서 민법 제766조 제1항이 정한 주관적 기산점과 이를 기초로 한 단기소멸시효만이 적용될 수 있을 뿐인데, 과거사정리위원회가 진실규명결정을 한 경우 '손해 발생 및 가해자를 안 날'은 진실규명결정일이 아닌 그 '진실규명결정통지서가 송달된 날'이다(대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다205455 판결).

662) 즉, 금전채무에 대한 변제기 이후의 지연손해금은 금전채무의 이행을 지체함으로 인한 손해의 배상으로 지급되는 것이므로, 그 소멸시효기간은 원본채권의 그것과 같다고 보아야 하고, 따라서 상법 제487조 제1항, 제3항에 따라 사채의 상환청구권에 대한 지연손해금은 사채의 상환청구권과 마찬가지로 10년간, 사채의 이자에 대한

조[663]에 따라 그 지연손해금채권의 소멸시효도 완성된 것으로 보거나, 민법 제167조[664]에 따라 원본 금전채권의 기산일에 소급하여 원본 금전채권이 소멸함으로써 그 지연손해금채권도 소급하여 소멸하게 된다.[665]

주식회사 이사의 회사에 대한,[666] 신용협동조합 이사장의 조합에 대한[667] 각 임무해태로 인한 손해배상책임(= 위임관계로 인한 채무불이행책임, ≠ 일반 불법행위책임), 상법 제401조에 기한 이사의 제3자에 대한 손해배상책임[668]은 일반 채권으로서 민법 제162조 제1항에 따라 그 소멸시효기간은 10년이다.

(6) 판결 등에 의하여 확정된 채권(10년)

민법 제165조[669]에 따라, 판결(재판상의 화해, 조정 기타 '판결과 동일한 효력'이 있는 것에도 적용되는데, 기판력이 없는[670] 지급명령, 정리채권자표 등에도 적용된다[671])에 의하여 확정된

지연손해금은 사채의 이자와 마찬가지로 5년간 각 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성하고(2010다28031), 상사시효가 적용되는 채권은 직접 상행위로 인하여 생긴 채권뿐만 아니라 상행위로 인하여 생긴 채무의 불이행에 기하여 성립한 손해배상채권도 포함한다(97다9260). 다만, 상법 제64조의 상사시효제도는 대량, 정형, 신속이라는 상거래 관계 특유의 성질에 기인한 제도임을 고려하면, 상인이 그의 영업을 위하여 근로자와 체결하는 근로계약은 보조적 상행위에 해당한다고 하더라도, 근로자의 근로계약상의 주의의무 위반으로 인한 손해배상청구권은 상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로나 신속하게 해결할 필요가 있다고 볼 것은 아니므로 특별한 사정이 없는 한 5년의 상사 소멸시효기간이 아니라 10년의 민사 소멸시효기간이 적용되고, 통상적인 상거래 관계에서 발생한 채무의 불이행으로 인한 손해배상청구권에는 상사 소멸시효기간이 적용된다(2004다22742). 보험회사가 보험수익자에게 지급한 보험금에 대한 변제기 이후의 지연손해금도 보험금 채권에 관하여 적용될 2년 간의 소멸시효를 규정한 상법 제662조가 적용되어야 하고 불법행위로 인한 손해배상 채권에 관한 단기소멸시효를 규정한 민법 제766조 제1항이 적용될 것은 아니다(2006다3813). 같은 취지에서, 계약체결의무 불이행을 원인으로 한 손해배상청구권의 소멸시효기간은 계약이 체결되었을 때 취득하게 될 이행청구권에 적용되는 소멸시효기간에 따른다(2002다57119).

663) 민법 제183조(종속된 권리에 대한 소멸시효의 효력) 주된 권리의 소멸시효가 완성한 때에는 종속된 권리에 그 효력이 미친다.

664) 민법 제167조(소멸시효의 소급효) 소멸시효는 그 기산일에 소급하여 효력이 생긴다.

665) 대법원 2018. 2. 28. 선고 2016다45779 판결은, 일반론으로 "채무불이행으로 인한 손해배상채권은 본래의 채권이 확장된 것이거나 본래의 채권의 내용이 변경된 것이므로 본래의 채권과 동일성을 가진다. 따라서 본래의 채권이 시효로 소멸한 때에는 손해배상채권도 함께 소멸한다."고 한 다음, "본래의 채권인 2008년 하반기 저작권 사용료 분배청구권이 소멸시효 완성으로 소멸한 이상, 그 불이행으로 인한 지연배상 등의 손해배상청구권 역시 소멸하였다."고 판시하였는데, 원본 금전채권의 소멸시효 완성에 따른 그 지연손해금채권 소멸의 근거는 민법 제183조, 제167조가 보다 더 명확한 것이다. 위 일반론 앞부분의 논거는 '소멸시효 기간'의 면에서 '원채권'과 '채무불이행으로 인한 손해배상청구권'을 동일하게 적용하는 논거라 할 수 있다.

666) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다24144 판결.

667) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007다248 판결.

668) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다82601 판결; "상법 제401조에 기한 이사의 제3자에 대한 손해배상책임이 제3자를 보호하기 위하여 상법이 인정하는 특수한 책임이라는 점을 감안할 때 일반 불법행위책임의 단기소멸시효를 규정한 민법 제766조 제1항은 적용될 여지가 없고, 일반 채권으로서 민법 제162조 제1항에 따라 그 소멸시효기간은 10년이며,"

669) **민법 제165조(판결 등에 의하여 확정된 채권의 소멸시효)** ① 판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다. ② 파산절차에 의하여 확정된 채권 및 재판상의 화해, 조정 기타 판결과 동일한 효력이 있는 것에 의하여 확정된 채권도 전항과 같다. ③ 전2항의 규정은 판결 확정 당시에 변제기가 도래하지 아니한 채권에 적용하지 아니한다.

670) 지급명령(2006다73966), 개인회생채권자표(2017다204131)에 기판력은 인정되지 않는다.

채권[672]은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년[673]으로 하되, 판결 확정 당시에 변제기가 도래하지 아니한 채권(소송비용상환청구권[674] 등)에는 적용하지 아니한다. 이는 확정판결의 실체법상 효력인 '법률요건적 효력'의 한 예이다.[675]

라) 시효중단사유의 주장증명책임

(1) 시효중단사유

시효는 청구, 압류·가압류·가처분, 승인 등의 사유로 인하여 중단된다.[676] '청구'에는 재판상 청구, 파산절차참가,[677] 지급명령 신청,[678] 화해를 위한 소환,[679] 임의출

---

671) ❶ 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다39530 판결(3년의 단기 소멸시효기간이 적용되는 공사대금채권에 관하여 지급명령을 신청하여 확정됨으로써 소멸시효기간이 10년으로 연장되었다고 판단한 예). ☎ 민사소송법 제474조(지급명령의 효력) 지급명령에 대하여 이의신청이 없거나, 이의신청을 취하하거나, 각하결정이 확정된 때에는 지급명령은 확정판결과 같은 효력이 있다. ☛ 반면에, 위와 같은 규정이 없던 구 민사소송법(2002. 1. 26. 전부개정 전) 시행 당시 지급명령에 의하여 확정된 경우에는, 그 소멸시효기간이 민법 제165조 제2항에 의하여 10년으로 연장되지 않는다(2008다51908). ❷ 대법원 2017. 8. 30.자 2017마600 결정; "회사정리법 제245조 제1항에 의하면, 정리계획인가의 결정이 확정된 때 정리채권 또는 정리담보권에 기하여 정리계획의 규정에 의하여 인정된 권리에 관하여는, 그 정리채권자표 또는 정리담보권자표의 기재가 회사, 신회사, 정리채권자, 정리담보권자, 회사의 주주와 정리를 위하여 채무를 부담하거나 또는 담보를 제공하는 자에 대하여 확정판결과 동일한 효력이 있으므로, '정리계획의 규정에 의하여 인정된 권리'에 대하여는 민법 제165조가 적용되어 그 소멸시효기간이 10년으로 연장된다(민법 제165조 제1항, 제2항). 그러나 정리계획에 의하여 정리채권 또는 정리담보권의 전부 또는 일부가 면제되거나 감경된 경우에 면제 또는 감경된 부분에 대한 권리는 '정리계획의 규정에 의하여 인정된 권리'라고 할 수 없으므로, 그 소멸시효기간은 민법 제165조에 의하여 10년으로 연장된다고 할 수 없다."

672) ◎ **'판결에 의하여 확정된 채권'에 해당하지 않는 예**: ❶ 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 피담보채권의 부존재·무효를 주장하면서 근저당권설정등기의 말소를 구한 소송에서 근저당권자가 피담보채권의 유효함을 주장하며 적극 다투어 청구기각 판결이 선고되고 그 판결이 그대로 확정되었다 하더라도, 피담보채권의 존부가 위 소송의 소송물이 된 것으로 볼 수 없어 위 판결에 의해 피담보채권이 확정된 것으로 볼 수는 없으므로, 민법 제165조 제1항에 따라 10년의 소멸시효가 적용될 수는 없다(2010다24435). ❷ 약속어음에 공증이 된 것이라고 하여 그 약속어음이 판결과 동일한 효력이 있는 것에 의하여 확정된 채권이라고 할 수 없고, 그 약속어음채권이 민법 제165조 제2항 소정의 채권으로서 10년의 소멸시효에 걸린다고 할 수 없다(92다169).

673) 이는 단기의 소멸시효에 걸리는 것이라도 확정판결을 받은 채권의 소멸시효는 10년으로 한다는 뜻일 뿐, 10년보다 장기의 소멸시효를 10년으로 단축한다는 의미도 아니고 본래 소멸시효의 대상이 아닌 권리가 확정판결을 받음으로써 10년의 소멸시효에 걸린다는 뜻도 아니다(80다1888,1889).

674) 대법원 2021. 7. 29.자 2019마6152 결정; "소송에서 법원이 판결로 소송비용의 부담을 정하는 재판을 하면서 그 액수를 정하지 않은 경우 소송비용부담의 재판이 확정됨으로써 소송비용상환의무의 존재가 확정되지만, 당사자의 신청에 따라 별도로 민사소송법 제110조에서 정한 소송비용액확정결정으로 구체적인 소송비용 액수가 정해지기 전까지는 그 의무의 이행기가 도래한다고 볼 수 없고 이행기의 정함이 없는 상태로 유지된다. 위와 같이 발생한 소송비용상환청구권은 소송비용부담의 재판에 해당하는 판결 확정 시 발생하여 그때부터 소멸시효가 진행하지만, 민법 제165조 제3항에 따라 민법 제165조 제1항에서 정한 10년의 소멸시효는 적용되지 않는다. 따라서 국가의 소송비용상환청구권은 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리로서 국가재정법 제96조 제1항에 따라 5년 동안 행사하지 않으면 소멸시효가 완성된다고 보아야 한다." ☎ 소멸시효가 완성된 후에 제기된 소송비용액확정 신청은 권리보호이익이 없어 부적법하다고 보아 신청을 각하한 예.

675) 이는, 민법 그 밖의 실체법에서 확정판결의 존재를 요건사실로 하여 일정한 법률효과의 발생을 규정한 경우로서, 확정판결의 '**법률요건적 효력**'에 해당한다. 확정판결 본래의 효력 이외의 것으로서 소송법적 효력이 아니라 실체법적·부수적 효력이다.

676) **민법 제168조(소멸시효의 중단사유)** 소멸시효는 다음 각호의 사유로 인하여 중단된다.
1. 청구 2. 압류 또는 가압류, 가처분 3. 승인

677) **민법 제171조(파산절차참가와 시효중단)** 파산절차참가는 채권자가 이를 취소하거나 그 청구가 각하된 때에는 시효중단의 효력이 없다. ☛ 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제294조에 따른 채권자의 파산신청은 민법 제168

석,[680] 최고 등이 포함된다(민법 제170~174조). 관리인의 회생채권자·회생담보권자 목록의 제출, 개인회생절차개시 신청자의 개인회생채권자 목록의 제출, 회생절차참가, 개인회생절차참가에도 시효중단의 효력이 있다.[681] [682]

시효가 중단된 때에는 그 때까지 경과한 기간은 산입하지 아니하고[683] 중단사유가 종료한 때(재판상의 청구로 중단한 시효는 재판이 확정된 때로부터)로부터 새로이 시효가 진행한다(민법 제178조).[684]

소멸시효제도나 시효중단제도의 취지에 비추어 볼 때 시효중단에 관한 기산점이나 만료점은 원권리자를 위하여 너그럽게 해석하는 것이 타당하다.[685]

조 제1호에서 정한 시효중단 사유인 재판상의 '청구'에 해당한다(대법원 2023. 11. 9.자 2023마6582 결정).

678) ◎ **지급명령 신청에 의한 시효중단**
○ **민법 제172조(지급명령과 시효중단)** 지급명령은 채권자가 법정기간내에 가집행신청을 하지 아니함으로 인하여 그 효력을 잃은 때에는 시효중단의 효력이 없다. ☛ 이는 1990. 1. 13. 민사소송법 개정 이후 지급명령에 대한 가집행신청제도가 폐지됨으로써 적용의 여지가 없게 되어 사문화 한 규정이다(**지급명령이 시효중단 사유에 해당한다는 의미만 남아 있다**).
○ 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다54686 판결; "지급명령의 신청은 권리자가 권리의 존재를 주장하면서 재판상 그 실현을 요구하는 것이므로 본질적으로 소의 제기와 다르지 않다. 따라서 민법 제170조 제1항에서 규정하고 있는 '재판상의 청구'라 함은 종국판결을 받기 위한 '소의 제기'에 한정되지 않고, 권리자가 이행의 소를 대신하여 재판기관의 공권적인 법률판단을 구하는 지급명령의 신청도 포함된다고 봄이 상당하다. 그리고 민법 제170조의 재판상 청구에 지급명령의 신청이 포함되는 것으로 보는 이상 특별한 사정이 없는 한, 지급명령의 신청이 각하된 경우라도 6개월 이내 다시 소를 제기한 경우라면 민법 제170조 제2항에 의하여 그 시효는 당초 지급명령의 신청이 있었던 때에 중단되었다고 보아야 할 것이다." ☛ 지급명령 사건이 채무자의 이의신청으로 소송으로 이행되는 경우, 시효중단 효과는 소송으로 이행된 때가 아니라 '지급명령을 신청한 때'에 발생한다(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014다228440 판결).

679) **민법 제173조(화해를 위한 소환, 임의출석과 시효중단)** 화해를 위한 소환은 상대방이 출석하지 아니 하거나 화해가 성립되지 아니한 때에는 1월내에 소를 제기하지 아니하면 시효중단의 효력이 없다. 임의출석의 경우에 화해가 성립되지 아니한 때에도 그러하다.

680) **소액사건심판법 제5조(임의출석에 의한 소의 제기)** ① 당사자 양쪽은 임의로 법원에 출석하여 소송에 관하여 변론할 수 있다. ② 제1항의 경우에 소의 제기는 구술에 의한 진술로써 한다.

681) **채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제32조(시효의 중단)** 다음 각호의 경우에는 시효중단의 효력이 있다.
1. 제147조의 목록의 제출 그 밖의 회생절차참가. 다만, 그 목록에 기재되어 있지 아니한 회생채권자 또는 회생담보권자가 그 신고를 취하하거나 그 신고가 각하된 때에는 그러하지 아니하다.
2. 파산절차참가. 다만, 파산채권자가 그 신고를 취하하거나 그 신고가 각하된 때에는 그러하지 아니하다.
3. 제589조제2항의 개인회생채권자목록의 제출 그 밖의 개인회생절차참가. 다만, 그 목록에 기재되어 있지 아니한 개인회생채권자가 그 조사확정재판신청을 취하하거나 그 신청이 각하된 때에는 그러하지 아니하다.

682) 대법원 2019. 8. 30. 선고 2019다235528 판결; "개인회생절차에서 **개인회생채권자목록이 제출**되거나 그 밖에 **개인회생채권자가 개인회생절차에 참가**한 경우에는 시효중단의 효력이 있고(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제32조 제3호, 제589조 제2항), 시효중단의 효력은 특별한 사정이 없는 한 개인회생절차가 진행되는 동안에는 그대로 유지된다. 개인회생절차에서 변제계획인가결정이 있더라도 변제계획에 따른 권리의 변경은 면책결정이 확정되기까지는 생기지 않으므로(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제615조 제1항), 변제계획인가결정만으로는 시효중단의 효력에 영향이 없다."

683) 일단 진행된 시효기간을 그대로 유효하게 인정하는 '시효의 정지'(민법 제179~182조)와는 구별된다.

684) 소멸시효 완성 후 채무 승인으로 시효이익을 포기한 경우 그 '시효이익 포기 시'부터 새로이 진행한다(2009다14340). 채무자의 채무 승인에 대하여 채권자가 채무 변제를 유예해 준 경우, 유예 기간을 정하지 않았다면 '변제 유예의 의사를 표시한 때'부터, 유예 기간을 정하였다면 '유예 기간이 도과한 때'부터 다시 소멸시효가 진행된다(2006다22852).

685) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2020다46663 판결(민법 제174조에 따라 최고 후 6개월 내에 시효중단을 위한

(2) 주장증명책임의 소재

시효중단은 시효 효과 발생에 대한 장애사유로서 소멸시효 항변에 대한 재항변에 해당한다.

시효중단사유의 주장·증명책임은 시효완성을 다투는 당사자(채권자)가 진다.[686]

시효중단의 효력은 당사자 및 그 승계인(포괄승계인은 물론 특정승계인도 포함된다) 간에 미치므로(시효중단의 상대효),[687] 권리 또는 의무의 승계가 있는 경우, 그 '승계사실' 및 '피승계인 사이의 시효중단사유'를 주장·증명하여야 한다.

부동산에 대한 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 소멸시효 중단사유인 '부동산을 인도받아 점유하고 있는 사실'도 채권자인 매수인에게 그 증명책임이 있다.[688] [689]

보완조치가 있었는지 여부를 판단할 때도 마찬가지이다).

686) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다46484 판결.

687) **민법 제169조(시효중단의 효력)** 시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있다.

❶ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다81474 판결; "여기서 '당사자'라 함은 중단행위에 관여한 당사자를 가리키고 시효의 대상인 권리 또는 청구권의 당사자는 아니며, '승계인'이라 함은 시효중단에 관여한 당사자로부터 중단의 효과를 받는 권리 또는 의무를 그 중단 효과 발생 이후에 승계한 자를 뜻하고 포괄승계인은 물론 특정승계인도 이에 포함된다." ☜ **원심**이, 집합건물 구분소유권의 특별승계인은 전 구분소유자와 부진정연대관계에 있고, 부진정연대채무에 있어서는 채무자 1인에 대한 이행청구 또는 채무자 1인이 행한 채무의 승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기가 다른 채무자에 대하여 효력이 미치지 아니하므로, 집합건물의 관리회사인 원고가 전 구분소유자인 소외인에 대하여 이행청구를 하여 확정판결 등을 얻었다고 하더라도 그로 인한 소멸시효 중단의 효력이 소외인의 특별승계인인 피고에게 미치지 아니하고, 이러한 의미에서 민법 제169조에서 시효중단의 효력을 받는 승계인에는 채무자와 부진정연대채무의 관계에 있는 중첩적 채무인수인이 포함되지 아니한다고 판단하여, 원고의 소멸시효중단 주장을 배척한 데 대하여, **대법원**은, '피고는 소외인으로부터 시효중단의 효과를 받는 채납관리비납부의무를 그 중단 효과 발생 이후에 승계한 자에 해당하여 시효중단의 효력이 피고에게도 미친다.'고.하고, '원심이 들고 있는 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010다91886 판결은 부진정연대채무자들 중 1인을 상대로 이행청구를 하여 확정판결을 받았다 하더라도 다른 1인에게는 시효중단의 효력이 미치지 않는다는 취지로서 시효중단의 효력이 미치는 '당사자'의 범위에 관하여 판단한 것일 뿐 시효중단의 효력이 미치는 '승계인'의 범위에 관하여 판단한 것이 아니므로, 사안이 달라 원용하기에 적절하지 않다.'고 한 예. ❷ 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다212945 판결; "채무자가 제3채무자를 상대로 금전채권의 이행을 구하는 소를 제기한 후 채권자가 위 금전채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기한 경우, 채무자가 권리주체의 지위에서 한 시효중단의 효력은 집행법원의 수권에 따라 피압류채권에 대한 추심권능을 부여받아 일종의 추심기관으로서 그 채권을 추심하는 추심채권자에게도 미친다." ❸ 민법 제169조의 특별규정인 제440조(시효중단의 보증인에 대한 효력)에 관하여는 '채권총칙-보증채무' 부분, '채권양도와 소멸시효 중단'에 관하여는 '채권총칙-채권양도' 부분 각 참조.

688) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다26457 판결.

689) ◎ **등기청구권의 소멸시효와 목적물의 인도·점유**

❶ 대법원 1999. 3. 18. 선고 98다32175 전원합의체 판결의 다수의견; "부동산에 관하여 인도, 등기 등의 어느 한 쪽만에 대하여서라도 권리를 행사하는 자는 전체적으로 보아 그 부동산에 관하여 권리 위에 잠자는 자라고 할 수 없다 할 것이고, 매수인이 목적 부동산을 인도받아 계속 점유하는 경우에는 그 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행하지 않는다는 것이 당원의 확립된 판례인바, 부동산의 매수인이 그 부동산을 인도받은 이상 이를 사용·수익하다가 그 부동산에 대한 보다 적극적인 권리 행사의 일환으로 다른 사람에게 그 부동산을 처분하고 그 점유를 승계하여 준 경우에도 그 이전등기청구권의 행사 여부에 관하여 그가 그 부동산을 스스로 계속 사용·수익만 하고 있는 경우와 특별히 다를 바 없으므로 위 두 어느 경우에나 이전등기청구권의 소멸시효는 마찬가지로 진행되지 않는다고 보아야 할 것이다." ⬌ 대법원 2023. 8. 31. 선고 2023다240428, 240435 판결; 원심이, 망인이 1974. 10. 30. 자신이 매수한 토지와 인접한 원고 소유의 토지 중 일부를 소유의 의사로

(3) 주장책임의 정도

시효중단사유의 주장책임의 정도에 관하여 구체적인 경우에 있어서 판례는 각 시효중단사유별로 차이점을 보이고 있어 그 각 사유별로 검토가 필요하다.

일부 변제로 소멸시효 중단사유에 해당하는 채무 승인이 있었다는 취지로 주장한 것으로 볼 수 있는지에 관한 대법원 1978. 12. 26. 선고 78다1417 전원합의체 판결의 '다수의견'[690]과 소수의견'[691] 중에서는, 소수의견이 타당한 것으로 보이고, 다수의견의 입장이 현재에도 유효한 것인지는 의문이 있다.

대법원 2010. 8. 26. 선고 2008다42416, 42423 판결[692]은, "변론주의 원칙상 피고가

점유하다가 2007. 11.경 피고에게 매도한 사실을 인정한 다음, 망인의 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 그가 피고에게 인도하여 점유를 상실한 2007. 11.경부터 10년이 경과하였더라도 적극적인 권리행사의 일환으로 피고에게 점유를 승계하여 준 이상 소멸시효가 진행하지 아니한다고 판단하였으나, 대법원은, "부동산에 대한 점유취득시효가 완성된 점유자가 그 부동산에 대한 점유를 상실한 때로부터 10년간 소유권이전등기청구권을 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 원심이 원용한 98다32175 전원합의체 판결 등은 이 사건에 적용되지 않는다."라고 한 다음, 망인이 취득시효 완성 후 점유 부분을 피고에게 인도함으로써 점유를 상실한 사실을 인정하면서도 위 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권에 관하여 소멸시효가 진행되지 아니한다고 판단한 것은, 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 소멸시효에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 예. ❷ 대법원 2022. 4. 28. 선고 2019다272053 판결; 피고 회사가 원고 지방자치단체와의 기부채납 약정에 따라 주차장을 설치한 이후 주민들이 무상으로 주차장을 사용하고 있는데, 원고가 주차장에 대한 소유권이전등기절차의 이행을 구하자, 피고가 소멸시효 항변을 한 사안에서, 원고가 지방자치단체라는 사정을 감안하면 주민으로 하여금 주차장을 자유롭게 사용하도록 한 것이 점유의 판단 기준으로서 '타인 지배의 배제 가능성'을 부정하는 요소라고 볼 수 없고, 원고가 직접 또는 관리 위탁을 통해 주민이 주차장을 자유롭게 사용할 수 있도록 유지·관리한 것은 합목적적 관점에서 원고가 주차장을 지속적으로 점유해 온 것이라고 평가할 수 있다는 등의 이유로, 소멸시효 항변을 배척한 예. ❸ 대법원 2023. 9. 21. 선고 2023다249876 판결; 원고가 피고로부터 토지를 매수하여 매매대금을 모두 지급하였으나 소유권이전등기를 마치지는 않았고, 그 지상에 공장을 건축하여 소유권보존등기를 마쳤는데 국세체납을 이유로 공매되어 제3자에게 소유권이 이전된 사안에서, 공장에 대한 공매가 토지에 대한 원고의 권리행사라고 보기 어렵고, 원고가 공매로 공장의 소유권을 상실함으로써 토지의 점유를 상실하였으므로 그 때부터 소유권이전등기청구권에 관한 상사시효가 진행되어 소멸시효가 완성되었다고 한 예.

690) "원고는 소장에서 피고들이 1972. 12. 19. 위 대여금채권 중 대여원금과 1970. 3. 31.까지의 약정이자와 지연손해금은 변제하였으나 1970. 4. 1.부터 1972. 12. 19.까지의 지연손해금은 변제하지 아니하고 있으니 그 지급을 구한다는 취지의 주장이 있기는 하나 이는 이 사건 대여금 채권 중 위와 같이 일부 변제된 부분을 제하고 잔액부분에 대하여 그 이행을 구한다는 취지이지 채권액 중 일부에 관하여 변제가 있었으니 이는 소멸시효중단사유에 해당하는 채무의 승인이 있었다는 취지로 주장한 것으로는 도저히 볼 수 없으므로(위 소장을 진술할 당시에는 아직 피고로부터 소멸시효 항변이 제출된 바도 없다) 원심이 위 채무의 일부변제에 관하여 그것이 시효중단사유에 해당하는지 여부에 관하여 심리판단하지 않았다 하여 위법하다고 단정할 수 없다."

691) "채무의 일부변제가 있었다는 사실은 당사자 간에 다툼이 없고 거기에 첨가하여 피고의 소멸시효 주장이 이유없다고 원고가 주장하는 이상(원고는 피고의 소멸시효 주장 후에도 여전히 피고의 위 주장은 이유 없다고 되풀이하고 있다) 원고의 위와 같은 주장 속에는 위 일부변제로서 소멸시효의 중단사유인 채무의 승인이 있었다는 취지의 주장이 포함된 것으로 해석함이 타당하고 가사 그렇게 까지는 보기 어렵다고 하더라도 채무의 일부변제 사실에 관하여 원·피고 간에 다툼이 없고 그 일부변제가 소멸시효중단사유인 채무의 승인에 해당하는 이상 원심으로서는 적어도 원고의 위와 같은 진술이 소멸시효중단사유로 주장하는 것인지 여부에 관하여 당사자주의에 저촉되지 않는 범위 내에서 석명을 하는 등의 방법으로 이를 명백히 하였어야 마땅"하다고 판시.

692) "응소행위에 대하여 소멸시효중단의 효력을 인정하는 것은 그것이 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 것에 다름 아닐 뿐만 아니라 계속된 사실상태와 상용할 수 없는 다른 사정이 발생한 때로 보아야 한다는 것에 기인한 것이므로, 채무자가 반드시 소멸시효완성을 원인으로 한 소송을 제기한 경우이거나 당해 소송이 아닌 전 소송 또는 다른 소송에서 그와 같은 권리주장을 한 경우이어야 할 필요는 없고, 나아가 변론주의 원칙상 피고가 응소

응소행위를 하였다고 하여 바로 시효중단의 효과가 발생하는 것은 아니고 시효중단의 주장을 하여야 그 효력이 생기는 것"이라고 하나, 이에는 의문이 있다.[693]

대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 전원합의체 판결[694]은 서증제출에 의한 소멸시효 이익 포기의 간접적 주장이 있는 것으로 본 사례이다. 외상 잔고 확인의 주장은 채무승인의 주장이라고 볼 수 있고, 어음 발행의 주장은 변제기에 관한 약정이 있었음을 주장하여 소멸시효의 기산점을 다투는 취지라고 볼 수 있으며, 경매신청의 주장은 압류에 의한 시효중단을 주장한 것으로 볼 수 있다고 한 판례도 있다.[695]

일반론으로서는 "중단사유에 속하는 사실만 주장하면 주장책임을 다한 것으로 보아야 한다."거나 "중단사유에 속하는 사실이 드러나면 그 주장책임을 다한 것으로 볼 수 있다."는 취득시효 관련 판례가 소멸시효에서도 타당하다.[696]

행위를 하였다고 하여 바로 시효중단의 효과가 발생하는 것은 아니고 시효중단의 주장을 하여야 그 효력이 생기는 것이지만, 시효중단의 주장은 반드시 응소시에 할 필요는 없고 소멸시효기간이 만료된 후라도 사실심 변론종결 전에는 언제든지 할 수 있는 것이다."

693) 변론주의 원칙에 따른 주장책임의 대상은 '주요사실'(2003다57697)에 그치고, 주장공통의 원칙(96다25548)에 따라 어느 당사자에 의해서든 그 사실만 변론에 현출되면 족하며, 그 사실의 존재로 인하여 어떠한 법률효과가 발생하는지에 대해서까지 주장하여야만 하는 것은 아니고, 법원은 당사자가 주장하는 법률적 견해의 표명에 구애되지 아니하고 판단하여야(대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다48265 판결) 하는 점, "주장책임의 정도는 취득시효가 중단되었다는 명시적인 주장을 필요로 하는 것은 아니라 중단사유에 속하는 사실만 주장하면 주장책임을 다한 것으로 보아야 한다."라고 판시(96다46484)한 점, 응소행위에 대하여 소멸시효중단의 효력을 인정하는 것은 그것이 '권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명'한 것과 다름이 아니라고 보는 것이고 민법 제168조 제1호, 제170조 제1항에서 시효중단사유의 하나로 규정하고 있는 '재판상의 청구에 포함되는 것으로 해석하거나 그에 준하는 것'으로 보는 것인 점 등에 비추어 보면, 위 판시에는 의문이 있다. 해당 소송에서의 응소행위의 경우 해당 소제기의 경우와 마찬가지로 응소 사실 그 자체로써 시효중단의 주장이 있는 것으로 보아야 하고, 관련 소송에서의 응소행위의 경우 그 사실을 주장하거나 그 서증의 제출로써 주장이 있는 것으로 봄이 타당하다.

694) 삼청교육과 관련하여 제기된 국가배상청구에 있어서 국가 측의 소멸시효 항변에 대하여 제소자가 국방부장관의 1988. 12. 3.자 담화 발표를 들어 국가가 소멸시효이익을 포기한 것이라고 주장하였을 뿐 대통령의 1988. 11. 26.자 담화 발표에 기한 소멸시효이익 포기의 주장을 한 바는 없으나, 제소자가 대통령의 담화문을 서증으로 제출하였을 뿐만 아니라 대통령의 담화를 기초로 하여 국방부장관의 담화가 발표되었다는 내용의 진술이 기재된 국방부장관에 대한 증인신문조서 등본을 서증으로 제출하고 있음에 비추어 제소자는 그와 같은 서증들을 제출함으로써 국가가 대통령의 담화 발표로써 소멸시효이익을 포기하였다는 주장을 한 것으로 보아야 한다는 이유로, 국가가 대통령의 담화로써 소멸시효이익을 포기하였다는 제소자의 주장이 있는 것으로 보고 그에 대하여 판단한 원심판결을 수긍한 사례.

695) 대법원 1997. 8. 29. 선고 97다12990 판결; "피고는 원심의 각 변론기일에, 이OO가 1986. 5. 31. 그의 피고에 대한 외상 잔고가 금 34,464,720원임을 확인하였다는 주장을 하고, 이OO가 위 연대변제약정과 아울러 동일한 금액에 대하여 지급기일이 1992. 4. 30.인 약속어음을 발행하였다는 주장도 하였으며, 또한 피고 자신은 1993. 12.경 저당목적물에 대한 경매신청을 하였다는 주장을 하였는바, 외상 잔고 확인의 주장은 채무승인(이는 시효완성 전의 채무에 대하여는 시효중단의 효력이 생기고 시효완성 후의 채무에 대하여는 시효이익을 포기한 것으로 추정된다고 할 것이다)의 주장이라고 볼 수 있고, 어음 발행의 주장은 변제기에 관한 약정이 있었음을 주장하여 소멸시효의 기산점을 다투는 취지라고 볼 수 있으며, 경매신청의 주장은 압류에 의한 시효중단을 주장한 것으로 볼 수 있을 것"

696) 취득시효 중단의 경우 그 주장책임의 정도에 관하여 판례 중에는, "취득시효가 중단되었다는 명시적인 주장을 필요로 하는 것이 아니라 중단사유에 속하는 사실만 주장하면 주장책임을 다한 것으로 보아야 한다."(96다46484)라고 하거나 "중단사유에 속하는 사실이 드러나면 그 주장책임을 다한 것으로 볼 수 있다."(98다15361, 82다카172)라고 한 것이 있는데, 실제 사안에 있어서는, 원고의 인도 내지 철거 소송에 대하여 피고가 취득시효 항변을 한 데 대하여 원고가 당해 소제기를 취득시효 중단사유로 삼아 명시적으로 재항변을 한 바 없음에도

피고 주장의 소멸시효 중단 사유가 다른 중단사유로 볼 여지가 있는 경우, 피고의 주장이 의미하는 바를 보다 분명히 밝히도록 촉구하는 방법으로 석명권을 행사하여 그에 따라 심리하여야 한다.[697]

당해 소제기는 그 자체로서 민법 제168조, 민사소송법 제265조에 따라 소 제기 시에 시효중단의 효력이 생기므로, 원고의 급부 이행청구에 대한 피고의 소멸시효 항변이 유효하기 위해서는 당해 소제기 전에 이미 소멸시효 기간이 도과되었음을 주장·증명하여야 하는 것이고, 당해 소제기 후에 소멸시효 기간이 도과됨이 역수상 분명하다면 피고의 소멸시효 항변은 그 주장 자체로 이유 없는 것으로 보아야 하며, 원고가 소제기에 따른 시효중단의 재항변을 명시적으로 주장하여야 피고의 소멸시효 항변이 이유 없음으로 돌아가는 공격방어의 구조가 되는 것은 아니라고 보아야 한다.

(4) 최고에 의한 시효중단의 요건사실과 증명책임

'최고'(채무자에 대하여 채무 이행을 구한다는 채권자의 의사 통지, 준법률행위)에 의한 시효중단의 경우, ① '채무 이행의 최고(소송고지,[698] 재산명시신청,[699] 국가배상심의회에 대한 배상

그 주장이 있는 것으로 보아야 한다는 것이다. 위 판시를 중단 사유가 원고의 당해 소제기 자체가 아닌 경우에도 적용할 것인지 의문이 있을 수 있으나, 그 경우 역시 사실의 주장만으로 족하고 소멸시효 중단이라는 법률효과까지 주장할 필요는 없다고 볼 것이다. 당사자 주장의 의사해석상 시효중단의 취지로 주장한 것으로 볼 수 없는 경우라면 단지 시효중단에 해당할 수 있는 사유에 관한 주장이 있었다는 이유만으로 시효중단의 주장을 한 것으로 보아 판단하는 것은 오히려 변론주의에 반한다는 견해[주석민법 총칙(3), 2001, 611면(김홍엽 집필)]도 있다.

697) 대법원 2023. 10. 12. 선고 2020다210860, 210877 판결; 피고가 공사대금채권의 소멸시효가 완성되기 전 반소를 제기하면서 추후 감정결과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였고, 이후 실제로 청구금액을 확장한 사실은 소송상 명백하게 드러나 있는바, 이는 위 공사대금채권 전부에 관한 시효중단사유인 재판상 청구에 해당하고, 중재신청으로 소멸시효가 중단되었다는 피고의 주장은 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 것으로서 이는 소멸시효의 중단사유로서 민법 제168조 제1호에서 정한 '청구'를 주장하는 것으로 볼 여지가 있으므로, 원심으로서는 설령 피고가 명시적으로 재판상 청구를 소멸시효 중단사유로 주장하지 아니하였다고 하더라도 피고의 소멸시효 중단 주장에 그러한 주장이 포함된 것인지 여부 등 피고의 주장이 의미하는 바를 보다 분명히 밝히도록 촉구하는 방법으로 석명권을 행사하여 그에 따라 심리하였어야 한다고 한 예.

698) ◎ **소송고지에 의한 최고**

❶ 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다14340 판결; "소송고지의 요건이 갖추어진 경우에 그 소송고지서에 고지자가 피고지자에 대하여 채무의 이행을 청구하는 의사가 표명되어 있으면 민법 제174조 소정의 시효중단사유로서의 최고의 효력이 인정된다 할 것이고, 시효중단제도는 제도의 취지에 비추어 … 기산점이나 만료점은 원권리자를 위하여 너그럽게 해석하는 것이 상당하다 할 것인데, 소송고지로 인한 최고의 경우 보통의 최고와는 달리 법원의 행위를 통하여 이루어지는 것으로서, 그 소송에 참가할 수 있는 제3자를 상대로 소송고지를 한 경우에 그 피고지자는 그가 실제로 그 소송에 참가하였는지 여부와 관계없이 후일 고지자와의 소송에서 전소 확정판결에서의 결론의 기초가 된 사실상·법률상의 판단에 반하는 것을 주장할 수 없어 그 소송의 결과에 따라서는 피고지자에 대한 참가적 효력이라는 일정한 소송법상의 효력까지 발생함에 비추어 볼 때, 고지자로서는 소송고지를 통하여 당해 소송의 결과에 따라 피고지자에게 권리를 행사하겠다는 취지의 의사를 표명한 것으로 볼 것이므로, 당해 소송이 계속 중인 동안은 최고에 의하여 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되는 것으로 보아 민법 제174조에 규정된 6월의 기간은 당해 소송이 종료된 때로부터 기산되는 것으로 해석하여야" ❷ 대법원 2015. 5. 14. 선고 2014다16494 판결; "시효중단제도는 … 기산점이나 만료점을 원 권리자를 위하여 너그럽게 해석하는 것이 바람직하고, 소송고지에 의한 최고는 보통의 최고와는 달리 법원의 행위를 통하여 이루어지는 것이므로 만일 법원이 소송고지서의 송달사무를 우연한 사정으로 지체하는 바람에 소송고지서의 송달 전에 시효가 완성된다면 고지자가 예상치 못한 불이익을 입게 된다는 점 등을 고려하면, 소송고지에 의한 최고의 경우에는 민사소송

신청,[700] 피압류채권의 제3채무자에 대한 채권압류·추심명령의 송달,[701] 연대채무자 중 한 사람이 소유하는 부동산에 대한 경매신청[702] 등은 이에 해당되나, '이행을 청구하는 뜻이 별도로 덧붙여지지 않은' 채권양도 통지,[703] 과세예고 통지[704]는 해당되지 아니한다)' 및 '그 도달'[705] 사실, ② '그로부터(일정

법 제265조를 유추적용하여 당사자가 소송고지서를 법원에 제출한 때에 시효중단의 효력이 발생한다고 봄이 상당하다." 즉 소멸시효기간이 경과하기 약 4개월 전에 소송고지서를 제출하였으나 소송고지서의 송달은 제출일로부터 약 5개월 후에 이루어진 사안에서, 소멸시효기간 경과 후 소송고지서가 송달되었다는 이유로 소멸시효가 완성되었다고 판단한 원심을 파기한 예.

699) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다78606 판결; "채권자가 확정판결에 기한 채권의 실현을 위하여 채무자에 대하여 민사집행법 소정의 재산명시신청을 하고 그 결정이 채무자에게 송달되었다면 거기에 소멸시효의 중단사유인 '최고'로서의 효력만이 인정되므로"

700) 대법원 1975. 7. 8. 선고 74다178 판결; "원고들이 국가배상심의회에 본건 손해배상을 신청한 것은 피고에 대하여 손해배상채무이행을 최고한 것에 해당하고 위 배상심의회가 위 신청에 대하여 심의하여 결정할 때까지는 피고는 그 이행의 유예를 구한 것에 해당한다고 보아야 할 것이고 이 경우 민법 제174조 소정 6개월의 기간은 위 배상심의회의 결정이 있을 때까지는 진행하지 아니한다고 하여야"

701) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003다16238 판결; "채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류 또는 가압류한 경우에 채무자에 대한 채권자의 채권에 관하여 시효중단의 효력이 생긴다고 할 것이나, 압류 또는 가압류된 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 대하여는 민법 제168조 제2호 소정의 소멸시효 중단사유에 준하는 확정적인 시효중단의 효력이 생긴다고 할 수 없다. … 소멸시효 중단사유의 하나로서 민법 제174조가 규정하고 있는 최고는 채무자에 대하여 채무 이행을 구한다는 채권자의 의사통지(준법률행위)로서, 이에는 특별한 형식이 요구되지 아니할 뿐 아니라 행위 당시 당사자가 시효중단의 효과를 발생시킨다는 점을 알거나 의욕하지 않았다 하더라도 이로써 권리 행사의 주장을 하는 취지임이 명백하다면 최고에 해당하는 것으로 보아야 할 것이므로, 채권자가 확정판결에 기한 채권의 실현을 위하여 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 관하여 압류 및 추심명령을 받아 그 결정이 제3채무자에게 송달이 되었다면 거기에 소멸시효 중단사유인 최고로서의 효력을 인정하여야 한다."

702) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다22840 판결; "① 원고의 신청에 의한 경매개시결정에 따라 소외 회사의 부동산이 압류됨으로써 원고의 위 회사에 대한 채권의 소멸시효는 중단되었지만, 압류에 의한 시효중단의 효력은 다른 연대채무자에게 미치지 아니하므로, 경매개시결정에 의한 시효중단의 효력을 피고에 대하여 주장할 수 없고, ② 원고의 경매신청이 최고로서의 효력을 가지고 있고, 연대채무자에 대한 이행청구는 다른 연대채무자에게도 효력이 있으며, 원고가 경매신청 후 6월 내에 피고를 상대로 … 재판상의 청구를 하였지만, 재판상의 청구로 인하여 중단된 시효는 재판이 확정된 때로부터 새로 진행되고, 이 사건 소는 그 재판이 확정되고 10년이 지나 소멸시효가 완성된 후 제기되었다."

cf. 부진정연대채무에 있어서는 채무자 1인에 대한 이행청구 또는 채무자 1인이 행한 채무의 승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기는 다른 채무자에 대하여 효력이 미치지 아니한다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2010다91886 판결).

703) ❶ 채권양도 통지는 양도인이 채권이 양도되었다는 사실을 채무자에게 알리는 것에 그치는 행위이므로, 그 통지에 채권양도 사실을 알리는 것 외에 그 이행을 청구하는 뜻이 별도로 덧붙여지는 등의 특별한 사정이 없는 한, 채권양도 통지만으로는 시효중단 사유로서의 '최고'나 제척기간의 준수에 필요한 '권리의 재판외 행사'에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2012. 3. 22. 선고 2010다28840 전원합의체 판결 참조). ❷ 대법원 2022. 7. 28. 선고 2020다46663 판결은, 채권양도통지서에 "본 채권양도통지 이후에는 양수인 채권관리규정에 의거 채무불이행정보를 등재할 수 있음을 알려 드리며, 채권상환과 관련하여 문의할 사항이 있으실 경우 원고 울산지사 직원에게 연락하여 주시기 바랍니다."라는 문구가 기재된 사안에서, 이행을 청구하는 뜻이 별도로 덧붙여져 있으므로, 소멸시효를 중단시키는 최고의 효력을 인정할 수 있다고 판단하였다. ❸ 2007다83908 판결은 "소송 계속 중 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 양수하고 채권양도통지를 함으로써 최고의 효력이 생기고 그 통지시점으로부터 6월 이내에 청구취지 및 원인 변경신청서가 법원에 제출된 경우라면 위 채권양도통지 시점에 시효중단의 효력이 생겼다고 볼 수 있을 것이다."라고 한 바 있는데, 이행청구의 뜻이 별도로 덧붙여진 특별한 사정이 있는 예외적 경우로 봄은 별론으로 하고, 위 전원합의체 판결에 저촉되는 것이어서 일반론으로 삼을 것은 아니다(반대의견조차 "비록 그것이 이행청구나 최고와 같이 시효중단의 효력이 인정될 정도의 사유는 아니라고 하더라도 제척기간 준수의 효과가 부여될 수 있는 권리행사의 객관적 행위 태양이라고 인정하는 데에는 부족함이 없다."라고 하였다).

704) 대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두8650 판결; "과세예고통지는 구 국세기본법 제28조 제1항에 정한 징수권의 소멸시효 중단사유에 해당하지 않고, 장래에 납세자에게 일정액의 조세를 부과한다는 예고로서의 성격을 가질

기간 동안 '계속적 최고'의 효력이 인정되는 경우에는 그 종료 시점으로부터[706] 6개월 내의 재판상 청구 등의 시효중단사유'[707]를 주장·증명하여야 한다. 채무이행을 최고받은 채무자가 그 이행의무의 존부 등에 대하여 조사를 해 볼 필요가 있다는 이유로 채권자에 대하여 그 이행의 유예를 구한 경우, 그 '이행의 유예를 구한 사실'은 채권자가, '채무자가 지급거절의 회답을 한 사실'은 채무자가 각각 주장·증명하여야[708] 한다.

어떤 청구권을 가진 권리자가 그 중 특정이 가능한 일부에 관하여만 청구를 하고 나머지 부분에 관하여는 청구를 하지 아니한 경우 그 나머지 부분에 대하여는 시효중단의 효력이 발생하지 아니한다(일부 최고의 시효중단 범위).[709]

뿐 직접적으로 납세자에 대한 채무이행을 구한다는 의사의 통지로 볼 수 없어 민법상 최고에 해당한다고 할 수도 없으므로"

705) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다94312 판결; "전소가 민법 제174조에 규정된 '최고'에 해당하고 그 효력은 전소의 판결선고일인 2012. 9. 7.까지 유지되므로 그때로부터 6월 내에 이 사건 소가 제기된 이상 시효가 중단되었다는 원고의 주장에 대하여, 이 사건 전소의 소장 부본이나 판결정본이 피고에게 도달되었음을 인정할 증거가 없다고 하여 이를 배척한 것은 수긍할 수 있고"

706) 예컨대, ① 소송고지로 인한 최고의 경우에는, 당해 소송이 종료된 때로부터(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다14340 판결), ② 일부 청구를 하면서 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였으나 당해 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장하지 않은 경우에는, 당해 소송이 종료된 때부터(대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다223723 판결), ③ 채무이행을 최고받은 채무자가 그 이행의무의 존부 등에 대하여 조사해 볼 필요가 있다는 이유로 그 이행의 유예를 구한 경우에는, 채권자가 채무자로부터 회답을 받은 때로부터(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다35620 판결)이다.

707) **민법 제174조(최고와 시효중단)** 최고는 6월 내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 화해를 위한 소환, 임의출석, 압류 또는 가압류, 가처분을 하지 아니하면 시효중단의 효력이 없다. ☛ ❶ 최고에 잠정적인 시효중단의 효력을 부여하는 취지는, 시효기간 완성이 임박하여 재판상의 청구 등 다른 확정적인 시효중단조치를 취할 시간적 여유가 없는 경우에 채권자가 시효완성을 일시적으로 저지할 수 있도록 하는 데에 있다. 위 규정은 채권자가 최고 후 6개월 내에 확정적으로 시효를 중단시키기 위해 취할 보완조치에 채무의 승인을 포함하고 있지는 않지만, 최고 후 6개월 내에 채무자의 승인이 있는 경우에도 위 규정을 유추적용하여 시효중단의 효력이 발생한다고 해석하는 것이 타당하다(대법원 2022. 7. 28. 선고 2020다46663 판결). ❷ 최고처럼 '예비적·잠정적 효력'을 갖는 시효중단사유가 아니라, '확정적 효력'을 갖는 정식의 시효중단사유가 6개월 내에 있어야 한다. 최고를 여러 번 거듭하다가 재판상 청구 등을 한 경우에 있어서의 시효중단의 효력은 항상 최초의 최고 시에 발생하는 것이 아니라 재판상 청구 등을 한 시점을 기준으로 하여 이로부터 소급하여 6개월 이내에 한 최고 시에 발생한다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두56435 판결).

708) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다35620 판결; "채무이행을 최고받은 채무자가 그 이행의무의 존부 등에 대하여 조사를 해 볼 필요가 있다는 이유로 채권자에 대하여 그 이행의 유예를 구한 경우에는 채권자가 그 회답을 받을 때까지는 최고의 효력이 계속된다고 보아야 하고, 따라서 … 6월의 기간은 채권자가 채무자로부터 회답을 받은 때로부터 기산되는 것이라고 해석하여야 한다. … 채무이행을 최고받은 채무자가 채권자에 대하여 그 이행의 유예를 구한 경우가 아니라면 특별한 사정이 없는 한 민법 제174조에 규정된 6월의 기간은 최고가 있은 때로부터 기산되는 것이라고 보아야 하고, 이때 채무자가 채권자에 대하여 그 이행의 유예를 구하였는지에 관한 증명책임은 시효중단의 효력을 주장하는 채권자에게 있다고 할 것이다." ☎ 甲이 乙 보험회사를 상대로 보험금 지급청구를 한 때부터 6개월 이상이 지난 후에야 재판상 청구를 한 사안에서, 乙 회사가 이행의 유예를 구하였다고 볼 사정이 없는데도 이에 관한 심리·판단 없이 乙 회사가 지급거절 통지를 한 증거가 없다는 이유만으로 위 지급청구가 최고로서 시효중단의 효력이 있다고 판단한 원심판결에 위법이 있다고 한 사례.

709) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010두15469 판결은 '산재보험료 징수 통지'에 관한 사안, 대법원 1987. 3. 24. 선고 84누134 판결은 '조세채권 납세고지'에 관한 사안이나, '일부 청구'에 관하여 위와 같은 일반론을 전제한 다음, 해당 사안에 관한 판시를 하였다.

(5) 재판상 청구에 의한 시효중단의 요건사실과 증명책임

원고의 급부 이행청구의 당해 소 제기가 아닌 다른 '재판상 청구'에 의한 시효중단의 경우, '채권자 또는 그 채권을 행사할 권능(채권자대위권, 보험자대위권 등)을 가진 자가[710] 채무자에게[711] 재판상 청구(응소행위,[712] 보조참가,[713] 지급명령 신청 등 재판상의 청구에

---

710) ❶ 대법원 2014. 6. 26. 선고 2013다45716 판결: "재판상의 청구가 시효중단의 사유가 되려면 그 청구가 채권자 또는 그 채권을 행사할 권능을 가진 자에 의하여 이루어져야 한다." ☜ 원고(보험회사)가 소외 회사에 대한 보험자대위권 없이 보험자대위에 기한 손해배상청구의 소를 피고에게 제기하였다가, 소외 회사로부터 손해배상채권을 양수한 후 양수금청구를 추가한 사안에서, 보험자대위청구는 아무런 권리·권능이 없는 자의 권리행사에 불과하여 이로써 소외 회사의 손해배상채권이 행사되었다고 할 수 없고, 보험자대위청구와 채권양수금청구가 동일한 소송물이라고 볼 수 없으므로 원고가 보험자대위에 기한 손해배상청구의 소를 제기하였더라도 원고가 소외 회사로부터 양수한 손해배상채권의 소멸시효가 중단될 수는 없다고 한 예. ❷ 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010다80930 판결: "채권자대위권 행사의 효과는 채무자에게 귀속되는 것이므로 채권자대위소송의 제기로 인한 소멸시효 중단의 효과 역시 채무자에게 생긴다." ❸ 대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결: "당사자가 사망하더라도 소송대리인의 소송대리권은 소멸하지 아니하므로(민사소송법 제95조 제1호), 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 한 다음 소 제기 전에 사망하였는데 소송대리인이 당사자가 사망한 것을 모르고 그 당사자를 원고로 표시하여 소를 제기하였다면 이러한 소의 제기는 적법하고, 시효중단 등 소 제기의 효력은 상속인들에게 귀속된다." ❶ 대법원 2015. 8. 13. 선고 2015다209002 판결: "소 제기 당시 이미 사망한 당사자와 그 상속인이 공동원고로 표시된 손해배상청구의 소가 제기된 경우, 이미 사망한 당사자 명의로 제기된 소 부분은 부적법하여 각하되어야 할 것일 뿐이고, 이와 같은 소의 제기로써 그 상속인이 자기 고유의 손해배상청구권뿐만 아니라 이미 사망한 당사자의 손해배상청구권에 대한 자신의 상속분에 대해서까지 함께 권리를 행사한 것으로 볼 수는 없다."

711) ❶ 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다94312 판결: "이미 사망한 자를 피고로 하여 제기된 소는 부적법하여 이를 간과한 채 본안 판단에 나아간 판결은 당연무효로서 그 효력이 상속인에게 미치지 않고, 채권자의 이러한 제소는 권리자의 의무자에 대한 권리행사에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 상속인을 피고로 하는 당사자표시정정이 이루어진 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한, 거기에는 애초부터 시효중단 효력이 없어 민법 제170조 제2항이 적용되지 않는다고 봄이 타당하고, 법원이 이를 간과하여 본안에 나아가 판결을 내린 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다." ❷ 대법원 2004. 1. 16. 선고 2003다30890 판결: "물상보증인은 … 채권자에 대하여는 아무런 채무도 부담하고 있지 아니하므로, 물상보증인이 그 피담보채무의 부존재 또는 소멸을 이유로 제기한 지당권설정등기 말소등기절차이행청구소송에서 채권자 겸 지당권자가 청구기각의 판결을 구하고 피담보채권의 존재를 주장하였다고 하더라도 이로써 직접 채무자에 대하여 재판상 청구를 한 것으로 볼 수는 없는 것이므로 피담보채권의 소멸시효에 관하여 규정한 민법 제168조 제1호 소정의 '청구'에 해당하지 아니한다고 할 것이다."

712) ◎ **응소행위에 의한 시효중단**

❶ 대법원 1993. 12. 21. 선고 92다47861 전원합의체 판결: "민법 제168조 제1호, 제170조 제1항에서 시효중단사유의 하나로 규정하고 있는 재판상의 청구라 함은, 통상적으로는 권리자가 원고로서 시효를 주장하는 자를 피고로 하여 소송물인 권리를 소의 형식으로 주장하는 경우를 가리키지만, 이와 반대로 시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 피고로서 응소하여 그 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우도 마찬가지로 이에 포함되는 것으로 해석함이 타당하다. … 권리자가 시효를 주장하는 자로부터 제소당하여 직접 응소행위로서 상대방의 청구를 적극적으로 다투면서 자신의 권리를 주장하는 것은 자신이 권리위에 잠자는 자가 아님을 표명한 것에 다름 아닐 뿐만 아니라, 계속된 사실상태와 상용할 수 없는 다른 사정이 발생한 때로 보아야 할 것이므로, 이를 민법이 시효중단사유로서 규정한 재판상의 청구에 준하는 것으로 보더라도 전혀 시효제도의 본지에 반한다고 말할 수는 없다 할 것이다." ❷ 대법원 2010. 8. 26. 선고 2008다42416 판결: "응소행위로 인한 시효중단의 효력은 피고가 현실적으로 권리를 행사하여 응소한 때에 발생한다. 한편, 권리자인 피고가 응소하여 권리를 주장하였으나 그 소가 각하되거나 취하되는 등의 사유로 본안에서 그 권리주장에 관한 판단 없이 소송이 종료된 경우에도 민법 제170조 제2항을 유추적용하여 그때부터 6월 이내에 재판상의 청구 등 다른 시효중단조치를 취하면 응소 시에 소급하여 시효중단의 효력이 있는 것으로 봄이 상당하다." ☜ 원고가 피고들이 제기한 채무부존재확인의 본소에 응소하여 답변서를 제출한 때에 대출금채권의 소멸시효는 중단되었고, 그 후 본소가 인지대 미보정 등으로 각하되었다고 하더라도, 그 전에 원고가 피고들을 상대로 대출금의 지급을 구하는 반소를 제기한 이상, 그 시효중단의 효력은 응소 시부터 계속 유지되고 있다고 한 예.

713) ◎ **보조참가에 의한 시효중단**

준하는 사유 포함)를 한 사실'(민법 제168조 제1호)은 시효중단의 재항변 사실로서 채권자(원고)가, '그 소송의 각하, 기각 또는 취하 사실'(민법 제170조 제1항)은 재재항변 사실로서 채무자(피고)가, '그로부터 6개월 내의 재판상 청구 등 시효중단 사유의 존재' 사실(민법 제170조 제2항)은 재재재항변 사실로서 채권자(원고)가 각각 주장·증명하여야[714] 한다(해당 소제기는 그 자체로서 민법 제168조, 민사소송법 제265조에 따라 '소 제기 시'에 시효중단의 효력이 생기므로,[715] 원고의 급부 이행청구에 대한 피고의 소멸시효 항변이 유효하기 위해서는 해당 소제기 전에 이미

보조참가도 시효중단사유인 '재판상의 청구'가 될 수 있다(대법원 2014. 4. 24. 선고 2012다105314 판결; 원고 차량 보험자의 피고에 대한 구상금청구의 소는 실질적으로 원고가 피고에 대하여 가지는 손해배상청구권을 이전받아 대위행사하는 성격을 띠고, 원고가 위 소에 보조참가하여 사고에 피고의 과실이 개입되었음을 다툰 것은 원고가 재판상 그 권리를 주장하여 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 것으로 보기에 충분하다는 이유로, 원고의 보조참가로 소멸시효가 중단되었다고 판단한 예).

714) **민법 제170조(재판상의 청구와 시효중단)** ① 재판상의 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효중단의 효력이 없다. ② 전항의 경우에 6월내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 압류 또는 가압류, 가처분을 한 때에는 시효는 최초의 재판상 청구로 인하여 중단된 것으로 본다.
❶ 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두56435 판결; "민법 제170조의 해석상 재판상의 청구는 그 소송이 취하된 경우에는 그로부터 6월 내에 다시 재판상의 청구를 하지 않는 한 시효중단의 효력이 없고 다만 재판 외의 최고의 효력만을 갖게 된다. 이러한 법리는 그 소가 각하된 경우에도 마찬가지로 적용된다." ☛ 최고에 의한 권리행사가 지속되고 있는 해당 소송 기간 중에 채권자가 민법 제174조에 규정된 재판상 청구, 압류 또는 가압류, 가처분 등의 조치를 취한 경우, 그 시효중단의 효력은 당초의 소 제기 시부터 계속 유지된다(2020다251403). ❷ 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다212945 판결; "채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 금전채권의 이행소송이 압류 및 추심명령으로 인한 당사자적격의 상실로 각하되더라도, 위 이행소송의 계속 중에 피압류채권에 대하여 채무자에 갈음하여 당사자적격을 취득한 추심채권자가 위 각하판결이 확정된 날로부터 6개월 내에 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기하였다면, 채무자가 제기한 재판상 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력은 추심채권자의 추심소송에서도 그대로 유지된다고 보는 것이 타당하다." ❸ '채권양도'와 관련해서는 '채권총칙-채권양도' 부분 참조.

715) ◎ **재판상 청구에 따른 시효중단의 시기**
❶ 민사소송법 제265조(소제기에 따른 시효중단의 시기) 시효의 중단 또는 법률상 기간을 지킴에 필요한 재판상 청구는 소를 제기한 때 또는 민사소송법 제260조 제2항(피고 경정 신청)·제262조 제2항(청구취지 변경 신청) 또는 제264조 제2항(중간확인의 소)의 규정에 따라 서면을 법원에 제출한 때에 그 효력이 생긴다. ☞ 사망자를 피고로 한 소송에서 적법한 '피고표시정정'이 있는 경우, 소장 제출 시에 소멸시효 중단의 효력이 생긴다. 전후 당사자의 동일성이 인정되는 피고표시정정의 대상을 피고경정의 방법으로 변경한 경우에도, 피고경정신청서 제출 시가 아니라, 당초 소장 제출 시에 소멸시효 중단의 효력이 생긴다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다49964 판결). ❷ 대법원 2007. 11. 30. 선고 2007다54610 판결; "대법원은, 이송결정이 확정된 때에는 소송은 처음부터 이송받은 법원에 계속된 것으로 보므로(민사소송법 제40조 제1항) 소송을 이송한 경우에 있어서 법률상 기간의 준수 여부는 소송이 이송된 때가 아니라 이송한 법원에 소가 제기된 때를 기준으로 하여야 한다고 판시한 바 있고, 한편 민사소송법 제265조는 소제기에 따른 시효중단 및 법률상 기간 준수의 효력발생시기에 관하여 동일하게 규정하고 있으므로 소송이 이송된 경우 법률상 기간 준수 여부의 판단 기준시기에 관하여 위 판결이 취하고 있는 견해는 소멸시효의 중단에 관하여도 그대로 적용되어야 할 것이다." ❸ 민사소송법 제81조(승계인의 소송참가) 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 제79조의 규정에 따라 소송에 참가한 경우 그 참가는 소송이 법원에 처음 계속된 때에 소급하여 시효의 중단 또는 법률상 기간준수의 효력이 생긴다. ☞ 시효중단 시기가 법문상으로는 '소장 부본이 피고에게 송달되어 소송이 계속된 시점'으로 볼 여지도 있으나, 당초의 '소 제기' 시(소장 접수 시)를 의미한다고 해석된다(2000다42786). ❹ 민사소송법 제82조(승계인의 소송인수) ③ 제1항의 소송인수의 경우에는 … 제81조의 규정 가운데 참가의 효력에 관한 것을 준용한다. ❺ 원고가 채권자대위청구를 하다가 피대위채권을 양수하여 양수금청구로 소를 변경한 경우, 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력이 소멸하지 않으나(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다17284 판결), 원고가 자신의 권원에 기해 직접 청구를 하다가 채무자의 권리를 대위하거나(대법원 2021. 11. 25. 선고 2020다294516 판결) 양수하여(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다84229 판결) 청구한 경우에는 당초의 소를 제기한 때가 아니라 청구변경서면을 제출한 때에 소멸시효 중단의

소멸시효 기간이 도과되었음을 주장·증명하여야 하는 것이고, 해당 소제기 후에 소멸시효 기간이 도과됨이 역수상 분명하다면 피고의 소멸시효 항변은 그 주장 자체로 이유 없는 것으로 보아야 하며, 원고가 소제기에 따른 시효중단의 재항변을 명시적으로 주장하여야 피고의 소멸시효 항변이 이유 없음으로 돌아가는 공격방어의 구조가 되는 것은 아니라고 보아야 함은 앞서 본 바와 같다).

시효중단 사유로서의 재판상의 청구인지 여부는 권리자가 재판상 그 권리를 주장하여 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 때에는 시효중단 사유가 되는 것이고, 기판력이 미치는 범위와 일치하여 고찰할 필요가 없다('권리확정설 내지 청구권확정설'이 아닌 '권리행사설 내지 권리주장설'의 입장).[716] 즉, 시효 소멸 대상인 '권리 그 자체의 이행청구나 확인청구'를

효과가 발생한다.

716) ◎ **시효중단 사유로서의 재판상 청구 범위의 확장**

❶ 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다19737 판결: "시효제도의 존재이유는 영속된 사실 상태를 존중하고 권리 위에 잠자는 자를 보호하지 않는다는 데에 있고 특히 소멸시효에 있어서는 후자의 의미가 강하므로, 권리자가 재판상 그 권리를 주장하여 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 때에는 시효중단 사유가 되는바, 이러한 시효중단 사유로서의 재판상의 청구에는 소멸시효 대상인 그 권리 자체의 이행청구나 확인청구를 하는 경우만이 아니라, 그 권리가 발생한 기본적 법률관계를 기초로 하여 소의 형식으로 주장하는 경우에도 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 것으로 볼 수 있을 때에는 이에 포함된다고 보는 것이 타당하고, 시효중단 사유인 재판상 청구를 기판력이 미치는 범위와 일치하여 고찰할 필요가 없다." ☜ 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권의 소멸시효기간 만료 전에 매매계약을 원인으로 건축주명의변경을 구하는 소를 제기한 **사안**에서, 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권의 시효중단 사유인 재판상 청구는 권리자가 소송이라는 형식을 통하여 권리를 주장하면 족하고 반드시 그 권리가 소송물이 되어 기판력이 발생할 것을 요하지 않으므로, 소유권이전등기청구권이 발생한 기본적 법률관계에 해당하는 매매계약을 기초로 하여 건축주명의변경을 구하는 소도 소멸시효를 중단시키는 재판상 청구에 포함된다고 한 사례. **[동일취지]** 94다13435; 원고들이 환매권에 기한 소유권이전등기절차 이행청구소송을 제기하였다가, 예비적 청구로서 피고가 제3자에 토지를 매각한 불법행위로 원고들의 환매권을 상실케 한 손해의 배상을 구하는 소송을 소멸시효 기간 경과 후 추가한 **사안**에서, 손해배상청구소송의 기본이 되는 환매권에 기한 소유권이전등기청구소송을 제기한 때에 소멸시효 진행이 중단되었다고 판단한 사례. ❷ 대법원 2023. 11. 9.자 2023마6582 결정: "이(파산신청)는 파산채무자의 재산을 보전하여 공평하게 채권의 변제를 받는 재판절차를 실시하여 달라는 것으로서 채무자회생법 제32조에서 규정하고 있는 파산채권신고 등에 의한 파산절차참가와 유사한 재판상 권리 실행방법에 해당한다. 따라서 채무자회생법 제294조에 따른 채권자의 **파산신청**은 민법 제168조 제1호에서 정한 시효중단 사유인 재판상의 '청구'에 해당한다고 보아야 한다." ❸ 2002다7213; "근저당권설정등기청구의 소의 제기는 그 피담보채권의 재판상의 청구에 준하는 것으로서 피담보채권에 대한 소멸시효 중단의 효력을 생기게 한다." ❶ 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다32053 전원합의체 판결: "권리가 발생한 기본적 법률관계에 관한 확인청구를 하는 경우에도 그 법률관계의 확인청구가 이로부터 발생한 권리의 실현수단이 될 수 있어 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 것으로 볼 수 있을 때에는 그 기본적 법률관계에 관한 확인청구도 이에 포함된다고 보는 것이 타당하다. … 일반적으로 위법한 행정처분의 취소, 변경을 구하는 행정소송은 사권을 행사하는 것으로 볼 수 없으므로 사권에 대한 시효중단사유가 되지 못하는 것이나, 다만 … 과세처분의 취소 또는 무효확인의 소는 그 소송물이 객관적인 조세채무의 존부확인으로서 실질적으로 민사소송인 채무부존재확인의 소와 유사할 뿐 아니라, 과세처분의 유효 여부는 그 과세처분으로 납부한 조세에 대한 환급청구권의 존부와 표리관계에 있어 실질적으로 동일 당사자인 조세부과권자와 납세의무자 사이의 양면적 법률관계라고 볼 수 있으므로, 위와 같은 경우에는 과세처분의 취소 또는 무효확인청구의 소가 비록 행정소송이라고 할지라도 조세환급을 구하는 부당이득반환청구권의 소멸시효중단사유인 재판상 청구에 해당한다고 볼 수 있다." ❺ 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다20034 판결: "행정소송이라고 할지라도 관련된 사권의 소멸시효 중단사유인 재판상 청구에 해당한다. 그런데 근로자가 사용자의 부당노동행위로 인하여 해고를 당한 경우, 근로자로서는 민사소송으로 해고의 무효확인 및 임금의 지급을 청구할 수 있으나 부당노동행위에 대한 신속한 권리구제를 위하여 마련된 … 행정상 구제절차를 이용하여 노동위원회에 구제신청을 한 후 노동위원회의 구제명령 또는 기각결정에 대하여 행정소송에서 다투는 방법으로 임금청구권 등 부당노동행위로 침해된 권리의 회복을 구할 수도 있으므로, 근로자가 위 관계 법령에 따른 구제신청을 한 후 이에 관한 행정소송에서 그 권리관계를 다투는 것 역시 권리자가 재판상 그 권리를 주장하여 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 것으로서 소멸시효 중단사유로서의 재판상 청구에 해당한다고 보아야 한다." ☜ 甲 회사의 근로자 乙 등이 부당해고기간 중 지급받

하는 경우뿐 아니라 그 권리가 발생한 '기본적 법률관계에 관한 청구'를 하는 경우 또는 그 권리를 기초로 하거나 그것을 포함하여 형성된 '후속 법률관계에 관한 청구'를 하는 경우에도 그로써 권리 실행의 의사를 표명한 것으로 볼 수 있을 때에는 시효중단 사유인 재판상의 청구에 포함된다.[717]

그런데 판례는, 채권자가 동일한 목적을 달성하기 위하여 복수의 채권을 갖고 있는 경우(청구권 경합의 경우), "채권자로서는 그 선택에 따라 권리를 행사할 수 있되, 그 중 어느 하나의 청구를 한 것만으로는 다른 채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 그 다른 채권에 대한 소멸시효 중단의 효력은 없다."고 하나,[718] 이는 앞서 본 권리행사설 내지 권리주장설의 입장에서 보면 그 타당성에 의문이 있다.[719] 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 '어음'이 수수된 경우, ① 원인채권

지 못한 임금의 지급을 구한 사안에서, 乙 등이 부당노동행위 구제신청을 한 후 이에 관한 행정소송에 보조참가하여 甲 회사의 주장을 적극 다투면서 자신의 권리를 주장하였으므로, 乙 등의 부당해고기간 동안 임금지급청구권의 소멸시효는 행정소송과 관련한 '재판상 청구'로써 중단되었다고 한 사례.

717) 따라서 기존 채권의 존재를 전제로 하여 이를 포함하는 새로운 약정을 하고 그에 따른 권리를 재판상 청구의 방법으로 행사한 경우에는 기존 채권을 실현하고자 하는 뜻까지 포함하여 객관적으로 표명한 것이므로, 새로운 약정이 무효로 되는 등의 사정으로 그에 근거한 권리행사가 저지됨에 따라 다시 기존 채권을 행사하게 되었다면, 기존 채권의 소멸시효는 새로운 약정에 의한 권리를 행사한 때에 중단되었다고 보아야 한다(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다25140 판결).

718) ❶ 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다221867 판결: 소장에서 피고 등의 '공동불법행위로 인한 손해배상청구'를 하였다가 환송 후 원심에서 비로소 '예금청구'를 선택적 청구로 추가한 사안에서, 선택에 따라 두 권리를 행사할 수 있으나 손해배상청구의 소를 제기하였다고 하여 이로써 예금채권을 행사한 것으로 볼 수는 없으므로, 예금채권 청구의 소멸시효가 중단될 수는 없다고 한 예. ❷ 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다81285 판결: 원고는 소장에서 부당이득반환청구를 하였고, 2009. 6. 23.자 청구취지 및 원인 변경 신청서에서 불법행위로 인한 손해배상청구를 청구원인에 추가하였을 뿐, 제1심에서 채무불이행으로 인한 손해배상청구를 하지 않다가, 제1심에서 부당이득반환청구와 불법행위로 인한 손해배상청구가 모두 기각당하자, 2010. 1. 12.자 항소이유서에서 채무불이행으로 인한 손해배상청구를 청구원인에 추가하였고, 피고는 2010. 2. 3.자 준비서면에서 '채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 원고가 보증채무를 이행한 2003. 10. 23. 발생하였다고 할 것이므로, 그로부터 시효기간 5년이 경과한 2008. 10. 23. 시효로 소멸하였다'고 주장하였는데, 피고의 소멸시효 항변에 대하여 원고가 별다른 답변을 하지 않은 상태에서 원심 제1회 변론기일에 변론이 종결되어 채무불이행으로 인한 손해배상청구를 인용하는 내용의 원심판결이 선고된 사안에서, "원고가 피고를 상대로 부당이득반환청구의 소를 제기하였다고 하여 이로써 원고의 피고에 대한 채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효가 중단될 수는 없다고 할 것이다. 그럼에도 원심은 … 이 사건 소 제기로 인하여 채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효가 중단되었다고 보았으니, … 위법이 있다. 그리고 위 사실관계에 의하면, 원심은 원고가 주장하지 아니한 소멸시효 중단에 관하여 판단함으로써 변론주의를 위반한 위법도 있다."라고 하여 원심판결을 파기한 사례. ❸ 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다3576 판결: "(국유재산 무단점유자에 대한) 변상금 부과·징수권이 민사상 부당이득반환청구권과 법적 성질을 달리하는 별개의 권리인 이상 원고가 변상금 부과·징수권을 행사하였다 하더라도 이로써 민사상 부당이득반환청구권의 소멸시효가 중단된다고 할 수 없다." ❶ 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002다11441 판결: "상법 제399조에 기한 손해배상청구의 소를 제기하였다고 하여 … 일반 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효가 중단될 수는 없다." ↩ 상법 제399조, 제414조의 주식회사 이사·감사의 회사에 대한 임무해태로 인한 손해배상책임은 위임관계로 인한 채무불이행책임이다(2005다51471). ❺ 대법원 2001. 3. 23. 선고 2001다6145 판결: "공동불법행위자에 대한 구상금 청구의 소를 제기하였다고 하여 이로써 … 사무관리로 인한 비용상환청구권의 소멸시효가 중단될 수는 없다."

719) **[사견]** 판례는 '소멸시효 항변'에 관하여, "채권자가 동일한 목적을 달성하기 위하여 복수의 채권을 가지고 이를 행사하는 경우 각 채권이 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 별개의 채권인 이상 별개의 소송물에 해당하므로, 이에 대하여 채무자가 소멸시효 완성의 항변을 하는 경우에 그 항변에 의하여 어떠한 채권을 다투는 것인지

의 행사는 어음채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 없지만, ② 어음채권의 행사는 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다.[720]

한편, (1) 하나의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우(명시적 일부청구)에는 소제기에 의한 소멸시효중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 아니하지만, (2) 비록 그중 일부만을 청구한 경우에도 '그 취지로 보아 채권 전부에 관하여 판결을 구'하는 것으로 해석된다면 그 청구액을 소송물인 채권의 전부로 보아야 하고, 이러한 경우에는 그 채권의 동일성의 범위 내에서 그 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생한다.[721] 소장에서 청구의 대상으로 삼은

특정하여야 하고 그와 같이 특정된 항변에는 특별한 사정이 없는 한 청구원인을 달리하는 채권에 대한 소멸시효 완성의 항변까지 포함된 것으로 볼 수는 없다."(2012다68217)라고 하여, '소멸시효 중단의 재항변'의 경우와 비슷한 입장을 취하고 있는데, ① 앞서 본 바대로 시효중단 사유인 재판상 청구를 기판력이 미치는 범위와 일치하여 고찰할 필요는 없고 그보다 널리 인정될 수 있는 점, ② 소멸시효의 항변은 시효 원용의 의사표시가 필요한 권리항변의 성격을 갖는다는 점에서 주장책임의 정도가 상대적으로 높다 할 수 있는 점, ③ 소멸시효제도 특히 시효중단제도는 원권리자를 위하여 너그럽게 해석하는 것이 상당한 점 등에 비추어, '소멸시효의 항변'과 '소멸시효 중단의 재항변'을 같은 평면에서 볼 것은 아니다. 같은 취지로, 민법주해 총칙(3), 1992, 503면(윤진수 집필 부분)은, "구소송물이론에 따르더라도 시효중단의 범위가 반드시 소송물의 범위와 일치할 필요가 없다면, 한 청구권에 대한 재판상 청구로 인한 시효중단의 범위가 반드시 그 청구권에 국한될 이유는 없고, 한 청구권에 대한 재판상 청구를 동시에 경합하는 다른 청구권의 행사수단으로 볼 수 있는 때에는 시효중단의 범위도 다른 청구권에까지 미친다."고 한다. 적어도, '동일한 사실관계'에 기초하여 발생한 복수 채권의 경우에는 상호 간에 권리행사에 따른 시효중단의 효력을 인정함이 옳다.

720) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다16378 판결. ☛ '상법-어음금청구' 부분 참조.

721) ◎ **일부청구에 의한 시효중단의 범위**

대법원 2020. 2. 13. 선고 2017다234965 판결: 갑(피해자)이 손해배상으로 5,000만 원 및 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하면서 소장에서 청구 항목별로 금액을 특정하지는 않았지만 그 청구 내용을 치료 기간 동안의 일실수입, 장애로 인한 일실수입, 기왕·장래의 치료비·보조구비, 위자료로 특정하였으므로, 갑은 소장 제출 당시부터 요양종결 뒤 일실수입 손해배상 및 그 지연손해금 전부에 대하여 판결을 구하였다고 볼 것이므로, 갑의 소장 제출에 의한 시효중단 효력은 위 손해배상 및 지연손해금 청구권 전부에 대하여 발생하였고, 그 후 근로복지공단이 갑에게 장해급여를 지급함으로써 갑의 요양종결 뒤 일실수입 손해배상청구권을 대위취득하여 권리를 승계한 다음 갑의 소 취하일로부터 6월 이내에 다시 소를 제기하였으므로, 위 손해배상청구권 등의 소멸시효는 갑이 소를 제기한 날에 중단되었다고 한 예. **[동일 판시]** ❶ 신체의 훼손으로 인한 손해의 배상을 청구하는 사전에서는 그 손해액을 확정하기 위하여 통상 법원의 신체감정을 필요로 하기 때문에, 앞으로 그러한 절차를 거친 후 그 결과에 따라 청구금액을 확장하겠다는 뜻을 소장에 객관적으로 명백히 표시한 경우에는, 그 소제기에 따른 시효중단의 효력은 소장에 기재된 일부 청구액뿐만 아니라 그 손해배상청구권 전부에 대하여 미친다고 한 사례(91다43695). 위와 같은 법리는 특정 불법행위로 인한 손해배상채권에 대한 지연손해금청구의 경우에도 마찬가지로 적용된다(99다72521). ❷ 대법원 2023. 10. 12. 선고 2020다210860, 210877 판결: 피고가 공사대금채권의 소멸시효가 완성되기 전 반소를 제기하면서 추후 감정결과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였고, 이후 실제로 청구금액을 확장한 사실은 소송상 명백하게 드러나 있는바, 이는 위 공사대금채권 전부에 관한 시효중단사유인 재판상 청구에 해당한다고 한 예. ❸ 원고(보험회사)가 본소로 피고와 그 부모를 상대로 보험금지급채무부존재확인소송을 제기하자, 피고와 그 부모는 그들 모두가 보험수익자인 것으로 오인하여 그들에게 보험금을 지급하라는 반소를 제기하였다가, 보험금청구권의 소멸시효기간이 경과한 후에 피고만이 보험수익자에 해당한다는 것을 뒤늦게 인식하고 원고는 피고에게 보험금을 지급하라는 내용으로 청구를 변경한 **사안**에서, 피고는 반소장 제출 당시부터 보험금 전부의 지급을 구한다는 뜻을 객관적으로 명백히 표시하였다고 보아 반소장 제출에 의한 시효중단의 효력도 보험금 중 1/3만이 아니라 보험금 전부에 대하여 발생한다고 한 예(2005다60017). ❶ 근로자가 소 제기 당시 통상임금이 잘못 산정되었음을 전제로 근로기준법상 통상임금을 기준으로 지급하여야 하는 법정수당의 일부를 청구하면서 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였고, 이후 소송의 진행경과에 따라 통상임금에 포함되는 급여 항목을 변경 또는 추가하여 법정수당 청구금액을 확장한 경우, 소 제기 당시부터 청구한 법정수당 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생한다(2019다14110). ⬌ 부동산 공유

채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였으나, 해당 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장하지 않은 경우에는, 나머지 부분에 대해 '재판상 청구'가 아닌 '최고'에 의한 시효중단의 효력만 발생한다.[722] 일부 청구 소송 진행 중에 청구범위에서 명시적으로 제외한 부분에 대하여는 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 않는다.[723]

'채권양도'의 경우 양도인 또는 양수인의 재판상청구에 따른 소멸시효 중단 여부 및 중단 시점에 관하여는 채권총칙의 '채권양도' 부분을 참고하면 된다.

(6) 가압류 등에 의한 시효중단의 재항변과 그 취소·무효의 재재항변

채권자(원고)의 급부 이행청구에 대한 채무자(피고)의 소멸시효 완성 항변에 대하

자 중의 한 사람은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 그 제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있으나, 공유자의 한 사람이 공유물의 보존행위로서 그 공유물의 일부 지분에 관하여서만 재판상 청구를 하였으면 그로 인한 시효중단의 효력은 그 공유자와 그 청구한 소송물에 한하여 발생한다(99다15146).

722) 대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다223723 판결; "(1) 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 ① 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하고 ② 당해 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장한 경우에는, 소제기 당시부터 채권 전부에 관하여 판결을 구한 것으로 해석되므로, 이러한 경우에는 소제기 당시부터 채권 전부에 관하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생한다. (2) 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였으나 당해 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장하지 않은 경우에는 ⓐ 소송의 경과에 비추어 볼 때 채권 전부에 관하여 판결을 구한 것으로 볼 수 없으므로, 나머지 부분에 대하여는 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 아니한다. ⓑ 그러나 이와 같은 경우에도 소를 제기하면서 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시한 채권자로서는 장래에 나머지 부분을 청구할 의사를 가지고 있는 것이 일반적이라고 할 것이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 소송이 계속 중인 동안에는 나머지 부분에 대하여 권리를 행사하겠다는 의사가 표명되어 최고에 의해 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되고 있는 것으로 보아야 하고, 채권자는 당해 소송이 종료된 때부터 6월 내에 민법 제174조에서 정한 조치를 취함으로써 나머지 부분에 대한 소멸시효를 중단시킬 수 있다." ㉠ 선행소송 소장에 '일부청구'라는 제목 하에 "원고는 … 정확한 금액은 추후 피고로부터 생활기본시설 관련 자료를 받아 계산하도록 하고 우선 이 중 일부인 200만 원에 대하여만 청구하게 되었습니다."라고 기재되어 있으나, 원고는 선행소송이 종료될 때까지 청구금액을 확장하지 아니하였고, 선행소송이 종료된 때부터 6개월이 지나 나머지에 대한 소송을 제기함으로써, 시효중단의 효력이 없어 소멸시효가 완성된 사안. **[동일 판시]** 추심채권자인 원고들과 A, B가 제3채무자인 피고를 상대로 추심금 청구의 전소를 제기하면서, 집행채권 합계액이 피압류채권액을 초과하여 각자 채권액 비율로 안분한 일부 추심금만 구하였는데 원고들과 A의 청구는 인용되고 B의 청구가 기각되자, 원고들이 전소에서 기각된 피압류채권 부분(B 청구금액)에 대하여 재차 추심금 청구의 후소를 제기한 사안에서, 원고들이 전소에서 잔부 채권까지 권리행사를 하였다고 볼 여지가 있더라도, 실제 잔부 채권을 청구하지는 않은 이상 잔부 채권까지 재판상 청구로서의 시효중단 효력이 미치지 않고, 다만 전소 계속 중 잔부 채권에 '최고'로서의 효력이 지속될 수 있을 뿐이므로, 전소 종료 후 6월 내에 소멸시효를 중단시켰다는 등 특별한 사정이 없다면 잔부 채권은 후소 제기 전에 소멸시효가 완성되었다고 한 예(대법원 2022. 5. 26. 선고 2020다206625 판결).

723) 대법원 2021. 6. 10. 선고 2018다44114 판결; "소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였더라도 그 후 채권의 특정 부분을 청구범위에서 명시적으로 제외하였다면, 그 부분에 대하여는 애초부터 소의 제기가 없었던 것과 마찬가지이므로 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 않는다." ㉠ 추후 감정 등을 통하여 청구금액을 확장할 것을 전제로 아파트 하자에 따른 손해배상액 중 일부를 청구한다는 취지로 소를 제기하였다가, 이후 청구금액을 확장하면서 청구범위에서 부가가치세 상당액은 모두 제외하겠다는 의사를 표시하였고 이에 따라 제1심판결까지 이루어졌으나, 원심에 이르러 종전 주장을 철회하고 부가가치세 상당의 손해배상을 다시 구한 사안에서, 1심에서 부가가치세 상당액의 손해배상채권을 청구범위에서 제외함에 따라 소멸시효 중단효과는 소급하여 소멸하였다고 판단한 예.

여, 압류(부동산 '경매개시결정'에는 압류명령이 포함되어 있고,[724] '채권신고'나 '배당요구'[725]는 압류에 준하는 것으로서 소멸시효 중단의 효력이 있으나, '주택임대차보호법상 임차권등기'에는 압류 등에 준하는 효력이 없다[726]), 가압류 및 가처분에 의한 시효중단은 채권자(원고)의 재항변 사유, 가압류 등의 당연무효, 취소는 채무자(피고)의 재재항변 사유에 해당한다.

채권자(원고)의 위 재항변의 요건사실은 '원고가 소멸시효기간 도과 전에 원고 청구채권의 보전을 위하여 압류·가압류·가처분(신청, 결정, 집행)을 한 사실'이고, 채무자(피고)의 위 재재항변의 요건사실은 '압류, 가압류 및 가처분이 권리자의 청구(압류, 가압류 및 가처분 집행신청의 취하나 집행취소·집행해제의 신청)에 의하여[727] 취소되거나, 법률의 규정에 따르지 아니함(압류, 가압류 및 가처분 그 자체가 법률상의 요건을 갖추지 못한 경우)[728]으로 인하여 취소(이의신청, 취소결정, 고지, 확정)된 사실', '가압류 등의 신청 당시 피신청인(채무자)이 이미 사망한 사실',[729] '체납처분으로서의 압류에 중대·명백한 하자가 존재하는 사실'[730]이다.

---

724) **민사집행법 제83조(경매개시결정 등)** ① 경매절차를 개시하는 결정에는 동시에 그 부동산의 압류를 명하여야 한다. ④ 압류는 채무자에게 그 결정이 송달된 때 또는 제94조의 규정에 따른 등기(법원 촉탁에 따른 경매개시결정 기입 등기)가 된 때에 효력이 생긴다. ☛ 실무상으로는 통상적으로 경매개시결정 기입 등기가 선행한다.

725) 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 저당권을 가진 채권자가 다른 채권자의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 하는 '채권신고'나, 집행력 있는 집행권원 정본을 가진 채권자가 하는 '배당요구'는 민법 제168조 제2호의 압류에 준하는 것으로서 소멸시효 중단의 효력이 있다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다28031 판결, 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다25484 판결).

726) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2017다226629 판결(주택임대차보호법 제3조의3에서 정한 임차권등기명령에 따른 임차권등기는 특정 목적물에 대한 구체적 집행행위나 보전처분의 실행을 내용으로 하는 압류 또는 가압류, 가처분과 달리 대항력이나 우선변제권의 취득·유지를 위한 담보적 기능을 주목적으로 한다).

727) **민법 제175조(압류, 가압류, 가처분과 시효중단)** 압류, 가압류 및 가처분은 권리자의 청구에 의하여 또는 법률의 규정에 따르지 아니함으로 인하여 취소된 때에는 시효중단의 효력이 없다. ☛ ❶ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2010다63591 판결; "'권리자의 청구에 의하여 취소된 때'라고 함은 권리자가 압류, 가압류 및 가처분의 신청을 취하한 경우를 말하고, '시효중단의 효력이 없다'라고 함은 소멸시효 중단의 효력이 소급적으로 상실된다는 것을 말한다. 한편 금전채권에 대한 압류명령과 그 현금화 방법인 추심명령을 동시에 신청하더라도 압류명령과 추심명령은 별개로서 그 적부는 각각 판단하여야 하고, 그 신청의 취하 역시 별도로 판단하여야 한다. 채권자는 추심명령에 따라 얻은 권리를 포기할 수 있지만(민사집행법 제240조 제1항) 추심권의 포기는 압류의 효력에는 영향을 미치지 아니하므로, 추심권의 포기만으로는 압류로 인한 소멸시효 중단의 효력은 상실되지 아니하고 압류명령의 신청을 취하하면 비로소 소멸시효 중단의 효력이 소급하여 상실된다." ❷ 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다53273 판결; "금전채권의 보전을 위하여 채무자의 금전채권에 대하여 가압류가 행하여진 경우에 그 후 채권자의 신청에 의하여 그 집행이 취소되었다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 가압류에 의한 소멸시효 중단의 효과는 소급적으로 소멸된다고 할 것이다. 민법 제175조는 가압류가 '권리자의 청구에 의하여 취소된 때에는' 소멸시효 중단의 효력이 없다고 정한다. 가압류의 집행 후에 행하여진 채권자의 집행취소 또는 집행해제의 신청은 실질적으로 집행신청의 취하에 해당하고, 이는 다른 특별한 사정이 없는 한 가압류 자체의 신청을 취하하는 것과 마찬가지로 그에게 권리행사의 의사가 없음을 객관적으로 표명하는 행위로서 위 법 규정에 의하여 시효중단의 효력이 소멸한다고 봄이 상당하다. 이러한 점은 위와 같은 집행취소의 경우 그 취소의 효력이 단지 장래에 대하여만 발생한다는 것에 의하여 달라지지 아니한다." ❸ 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다28031 판결; "민사집행법 제93조 제1항에 '경매신청이 취하되면 압류의 효력은 소멸된다.'라고 규정하고 있으므로 경매신청이 취하되면 특별한 사정이 없는 한 압류로 인한 소멸시효 중단의 효력이 소멸하는 것과 마찬가지로 위와 같이 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 저당권을 가진 채권자의 채권신고로 인한 소멸시효 중단의 효력도 소멸한다고 봄이 상당하다."

728) 2009다20; 가압류 목적물인 임야가 사립학교법상 처분금지재산으로서 가압류의 대상이 되지 않는다는 이유로 가압류 결정을 취소한 경우 시효중단 효력의 소급적 소멸사유인 가압류의 취소에 해당한다고 볼 여지가 많다고 한 예.

법률의 규정에 따른 적법한 가압류 등이 있었으나 민사집행법 제287조[731]의 '본안의 제소명령에 따른 기간 도과'로 인하여 가압류가 취소된 경우,[732] 민사집행법 제288조[733]의 '사정변경 등'으로 인하여 가압류가 취소된 경우,[734] '남을 가망이 없어 경매절차가 취소'된 경우[735]는 위 재재항변 사유에 해당하지 아니한다.

---

729) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다26287 판결; "이미 사망한 자를 피신청인으로 한 가압류신청은 부적법하고 그 신청에 따른 가압류결정이 있었다고 하여도 그 결정은 당연 무효로서 그 효력이 상속인에게 미치지 않으며, 이러한 당연 무효의 가압류는 민법 제168조가 정한 소멸시효의 중단사유인 가압류에 해당하지 않는다고 볼 것이다. 이는 민법 제175조가 법률의 규정에 따르지 아니함으로 인하여 취소된 가압류에 대하여는 시효중단의 효력을 인정하지 않고 있는 점에 비추어 보아도 분명하고, 또 가압류에 의한 소멸시효 중단의 효력이 그 집행보전의 효력이 존속하는 동안 지속된다는 점에서 판결의 확정으로 중단되었던 소멸시효가 다시 진행하는 재판상 청구보다도 훨씬 강력하다는 사정을 고려하면 당연 무효인 가압류를 소멸시효 중단사유로 취급하는 것은 적절하다고 볼 수도 없다." ☛ 신청 당시 채무자가 생존하고 있었던 이상 결정 직전에 채무자가 사망하였다거나 수계절차를 밟음이 없이 채무자 명의의 결정이 이루어 졌다고 하여 그 가압류결정이 당연 무효라고는 할 수는 없다(75다1240).

730) 대법원 2024. 5. 30. 선고 2021다301688 판결; "구 지방세법 … 제30조의6 제1항 제4호는 '압류'를 그 시효중단 사유 중 하나로 규정하고 있는데, 체납처분으로서의 압류는 행정처분이므로 설령 하자가 있다고 하더라도 그 하자가 중대·명백하여 압류를 당연무효로 볼 수 없는 이상, 그러한 하자의 존재만으로 압류로 인한 시효중단의 효력을 부인할 수는 없다."

731) **민사집행법 제287조(본안의 제소명령)** ① 가압류법원은 채무자의 신청에 따라 변론 없이 채권자에게 상당한 기간 이내에 본안의 소를 제기하여 이를 증명하는 서류를 제출하거나 이미 소를 제기하였으면 소송계속사실을 증명하는 서류를 제출하도록 명하여야 한다. ② 제1항의 기간은 2주 이상으로 정하여야 한다. ③ 채권자가 제1항의 기간 이내에 제1항의 서류를 제출하지 아니한 때에는 법원은 채무자의 신청에 따라 결정으로 가압류를 취소하여야 한다.

732) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다88019 판결; "민법 제175조는 … 그러한 사유가 가압류 채권자에게 권리행사의 의사가 없음을 객관적으로 표명하는 행위이거나 또는 처음부터 적법한 권리행사가 있었다고 볼 수 없는 사유에 해당한다고 보기 때문이므로, 법률의 규정에 따른 적법한 가압류가 있었으나 제소기간의 도과로 인하여 가압류가 취소된 경우에는 위 법조가 정한 소멸시효 중단의 효력이 없는 경우에 해당한다고 볼 수 없다." ☜ 원고가 피고에 대한 채권에 기하여 피고 소유 부동산에 대한 가압류를 신청하여 1997. 9. 10. 가압류결정이 되고, 그 후 피고의 제소명령신청이 인용되었는데도 원고가 그 기간 내에 소를 제기하지 아니하여 2009. 8. 12. 제소기간 도과를 이유로 가압류가 취소된 사안에서, 위 채권의 소멸시효는 위 가압류로 인하여 중단되었다가 제소기간의 도과로 가압류가 취소된 때로부터 다시 진행된다고 한 예.

733) **민사집행법 제288조(사정변경 등에 따른 가압류취소)** ① 채무자는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 가압류가 인가된 뒤에도 그 취소를 신청할 수 있다. 제3호에 해당하는 경우에는 이해관계인도 신청할 수 있다. 1. 가압류이유가 소멸되거나 그 밖에 사정이 바뀐 때 2. 법원이 정한 담보를 제공한 때 3. 가압류가 집행된 뒤에 3년간 본안의 소를 제기하지 아니한 때

734) 2009다20; "구 민사소송법 제706조 제2항이 규정하는 10년간 본안의 소를 제기하지 아니하였음을 이유로 한 가압류 취소는 시효중단의 효력이 소급하여 없어지는 민법 제175조에서 정한 가압류 취소의 경우에 해당하지 않는다."

735) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다228778 판결; "민법 제175조는 … 그러한 사유가 압류채권자에게 권리행사의 의사가 없음을 객관적으로 표명하는 행위이거나 또는 처음부터 적법한 권리행사가 있었다고 볼 수 없는 사유에 해당한다고 보기 때문이므로, 법률의 규정에 따른 적법한 압류가 있었으나 이후 남을 가망이 없는 경우의 경매취소를 규정한 민사집행법 제102조 제2항에 따라 경매절차가 취소된 때는 민법 제175조가 정한 소멸시효 중단의 효력이 없는 경우에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 경매신청이 취하된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 압류로 인한 소멸시효 중단의 효력은 물론, 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 저당권을 가진 채권자의 채권신고로 인한 소멸시효 중단의 효력도 소멸하지만, 이와 달리 민사집행법 제102조 제2항에 따라 경매절차가 취소된 경우에는 압류로 인한 소멸시효 중단의 효력이 소멸하지 않고, 마찬가지로 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 저당권을 가진 채권자의 채권신고로 인한 소멸시효 중단의 효력도 소멸하지 않는다."

가압류 등에 의한 시효중단 시점은 '가압류 등을 신청한 때'이다.[736] 가압류 등에 의한 시효중단의 효력은 가압류 등의 집행보전의 효력이 존속하는 동안 계속된다.[737] 압류나

736) ◎ **(가)압류 등에 의한 시효중단 개시 시점**

○ 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다35451 판결: "민사소송법 제265조에 의하면, 시효중단사유 중 하나인 '재판상의 청구'는 소를 제기한 때 시효중단의 효력이 발생한다. 이는 소장 송달 등으로 채무자가 소 제기 사실을 알기 전에 시효중단의 효력을 인정한 것이다. 가압류에 관해서도 위 민사소송법 규정을 유추적용하여 '재판상의 청구'와 유사하게 가압류를 신청한 때 시효중단의 효력이 생긴다고 보아야 한다. '가압류'는 법원의 가압류명령을 얻기 위한 재판절차와 가압류명령의 집행절차를 포함하는데, 가압류도 재판상의 청구와 마찬가지로 법원에 신청을 함으로써 이루어지고(민사집행법 제279조), 가압류명령에 따른 집행이나 가압류명령의 송달을 통해서 채무자에게 고지가 이루어지기 때문이다. 가압류를 시효중단사유로 규정한 이유는 가압류에 의하여 채권자가 권리를 행사하였다고 할 수 있기 때문이다. 가압류채권자의 권리행사는 가압류를 신청한 때에 시작되므로, 이 점에서도 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류신청을 한 때에 소급한다고 볼 수 있다. 건설공제조합의 조합원에게 발행된 출자증권 … 에 대한 가압류는 민사집행법 제233조에 따른 지시채권 가압류의 방법으로 하고, 법원의 가압류명령으로 집행관이 출자증권을 점유하여야 한다. 한편 위 출자증권을 채무자가 아닌 제3자가 점유하고 있는 경우에는 채권자는 채무자가 제3자에 대하여 가지는 유체동산인 출자증권의 인도청구권을 가압류하는 방법으로 가압류집행을 할 수 있다(민사집행법 제242조, 제243조). 이 경우 유체동산에 관한 인도청구권의 가압류는 원칙적으로 금전채권의 가압류에 준해서 집행법원의 가압류명령과 그 송달로써 하는 것이므로(민사집행법 제223조, 제227조, 제242조, 제243조, 제291조), 가압류명령이 제3채무자에게 송달됨으로써 유체동산에 관한 인도청구권 자체에 대한 가압류집행은 끝나고 그 효력이 생긴다. 따라서 채무자가 건설공제조합에 대하여 갖는 출자증권의 인도청구권을 가압류한 경우에는 법원의 가압류명령이 제3채무자인 건설공제조합에 송달되면 가압류의 효력이 생기고, 이 경우 가압류로 인한 소멸시효 중단의 효력은 가압류 신청 시에 소급하여 생긴다." ☜ 91다17092 판결, 2000다25484 판결도 '신청 시'로 보고 있다.

⇔ 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011다10044 판결: "유체동산에 대한 가압류결정을 집행한 경우 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안 계속된다. 그러나 유체동산에 대한 가압류의 집행절차에 착수하지 않은 경우에는 시효중단의 효력이 없고, 그 집행절차를 개시하였으나 가압류할 동산이 없기 때문에 집행불능이 된 경우에는 집행절차가 종료된 때로부터 시효가 새로이 진행된다." ☜ **원심**이, 유체동산 가압류결정이 있으면 당연히 시효중단 효력이 발생하고 그 결정이 취소되는 등의 사정이 없는 한 시효중단의 효력이 계속된다는 전제하에 시효기간 중에 가압류결정으로 소멸시효가 중단되었다고 한 데 대하여, **대법원**은, 원고(임차인)가 피고들에 대하여 보증금반환을 청구할 수 있었던 때인 '임대차계약기간 만료일'로부터 10년이 경과한 후 보증금반환청구의 소를 제기하였으므로 피고들의 원고에 대한 임대차보증금반환채무는 시효로 소멸하였고, 원고가 시효기간 중에 유체동산에 대한 가압류결정을 받은 사실만으로는 시효가 중단된다고 할 수 없다고 한 예.

cf. 벌금, 과료, 몰수와 추징의 경우 '명문의 규정'(형법 제80조)에 의하여 '강제처분을 개시'함으로 인하여 시효가 중단된다. 즉, ① 유체동산 경매의 방법으로 추징형을 집행하는 경우에는, 검찰징수사무규칙에 의한 '검사의 징수명령서를 집행관이 수령하는 때'에 강제처분의 개시가 있는 것으로 보아야 하고, 다만 그 후 상당한 기간이 경과되기 전에 집행관이 집행에 착수하지 못하면 시효중단의 효력이 없어지며(2004모524 결정), ② 채권에 대한 강제집행의 방법으로 벌금형을 집행하는 경우에는, 검사의 징수명령서에 기하여 '법원에 채권압류명령을 신청하는 때'에 강제처분인 집행행위의 개시가 있는 것으로 보아 그때 시효중단의 효력이 발생하고, 그 시효중단의 효력이 발생하기 위하여 집행행위가 종료되거나 성공하였음을 요하지 아니하며, 수형자에게 집행행위의 개시 사실을 통지할 것을 요하지 아니하므로, 일응 수형자의 재산이라고 추정되는 채권에 대하여 압류신청을 한 이상 피압류채권이 존재하지 아니하거나 압류채권을 환가하여도 집행비용 외에 잉여가 없다는 이유로 집행불능이 되었다고 하더라도 이미 발생한 시효중단의 효력이 소멸하지는 않는다(2008모1396 결정).

737) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다18622, 18639 판결: "가압류에 의한 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 가압류채권자에 의한 권리행사가 계속되고 있다고 보아야 할 것이므로 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안 계속된다고 보아야 한다." ☛ ❶ 채권자가 가분채권의 일부분을 피보전채권으로 주장하여 채무자 소유의 재산에 대하여 가압류를 한 경우 피보전채권 부분만에 한하여 시효중단의 효력이 있다(75다1240). ❷ 가압류의 피보전채권에 관하여 본안의 승소판결이 확정되었다고 하더라도 가압류에 의한 시효중단의 효력이 이에 흡수되어 소멸된다고 할 수 없다(2000다11102). ❸ 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다24568 판결: "보전처분의 피보전채권과 본안의 소송물인 권리는 엄격히 일치함을 요하지 않으며 청구의 기초의 동일성이 인정되는 한 보전처분의 보전의 효력은 본안소송의 권리에 미친다고 할 것이므로, 본안소송에서 피보전채권 중 일부의 존재가 인정되지 아니한 때에는, … 가압류결정에 피보전채권액으로 기재된 액의 범위 내에서

가압류 등에 의한 소멸시효 중단이 종료되어 새로운 소멸시효기간이 진행하는 시점은, 압류의 경우 '강제집행절차 종료 시' 또는 '피압류채권의 소멸로 압류가 실효된 때',[738] 부동산 가압류의 경우 '경매절차에서 가압류등기가 말소된 때',[739] 적법한 가압류가 제소기간 도과로 취소된 경우 그 취소 시,[740] 유체동산 가압류 집행절차를 개시하였으나 집행불능이 된 경우에는 '집행절차가 종료된 때',[741] 배당요구 또는 채권신고의 경우 배당표나 추가배당표가 확정되는 시점[742] 등이다. 채권 압류·가압류 당시 피압류채권이 부존재하

는 위 피보전채권 중 그 존재가 인정되는 나머지 부분뿐만 아니라 그와 청구기초의 동일성이 인정되는 채권에도 그 존재가 인정되는 한 보전처분의 보전의 효력이 미친다고 할 것이다." ☞ 본안소송에서 가압류의 피보전채권 중 일부의 존재가 인정되지 아니한 때에는, 가압류의 피보전채권액 범위 내에서 피보전채권 중 그 존재가 인정되는 원본 및 그와 청구기초의 동일성이 인정되는 지연손해금채권에도 보전처분의 보전의 효력으로서 가압류에 의한 시효중단의 효력이 미친다.

738) ❶ 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다239840 판결; "압류에 의한 시효중단의 효력은 압류가 해제되거나 집행절차가 종료될 때 그 중단사유가 종료한 것으로 볼 수 있다. 한편 보험계약자의 보험금 채권에 대한 압류가 행하여지더라도 채무자나 제3채무자는 기본적 계약관계인 보험계약 자체를 해지할 수 있고, 보험계약이 해지되면 그 계약에 의하여 발생한 보험금 채권은 소멸하게 되므로 이를 대상으로 한 압류명령은 실효된다. 체납처분에 의한 채권압류로 인하여 채권자의 채무자에 대한 채권의 시효가 중단된 경우에 그 압류에 의한 체납처분 절차가 채권추심 등으로 종료된 때문만 아니라, 피압류채권이 그 기본계약관계의 해지·실효 또는 소멸시효 완성 등으로 인하여 소멸함으로써 압류의 대상이 존재하지 않게 되어 압류 자체가 실효된 경우에도 체납처분 절차는 더 이상 진행될 수 없으므로 시효중단사유가 종료한 것으로 보아야 하고, 그때부터 시효가 새로이 진행한다." ❷ 대법원 2015. 11. 26. 선고 2014다45317 판결; "압류에 의한 시효중단의 효력은 강제집행 절차가 종료될 때까지 계속되고, 시효가 중단된 때에는 중단까지에 경과한 시효기간은 이를 산입하지 아니하고 중단사유가 종료한 때로부터 새로이 시효기간이 진행한다(민법 제178조 제1항)." ☞ **원심**은, 소외 1이 1991. 10. 22. 소외 2에게 4,000만 원을 변제기 1993. 6. 22.로 정하여 대여하고, 이를 담보하기 위하여 원고 소유 부동산에 관하여 채권최고액 6,000만 원의 근저당권설정등기를 마친 사실, 소외 1의 신청에 의하여 위 부동산에 관하여 1993. 9. 24. 임의경매개시결정의 기입등기가 마쳐진 사실 등을 인정한 다음, 위 차용금 채무의 소멸시효는 경매개시결정의 기입등기가 이루어짐으로써 압류에 의하여 중단되었고, 위 경매개시결정의 기입등기가 말소되지 않고 있는 이상 그 시효중단의 효력은 계속되고 있다고 판단하여, 위 근저당권의 피담보채무가 시효로 소멸하였다는 원고의 주장을 배척하였으나, **대법원**은, '위 임의경매절차는 1994. 5. 16. 종결된 후 보존기간 경과로 기록이 폐기된 사실을 알 수 있으므로, 위 경매개시결정의 압류에 의한 시효중단의 효력은 강제집행 절차가 종결된 1994. 5. 16.까지 계속되다가 그 중단사유의 종료로 인하여 그때부터 새로이 시효기간이 진행한다.'고 하고, '경매신청이 경락허가 없이 완결된 때에 법원은 경매개시결정 기입의 말소를 촉탁하여야 한다고 규정하고 있으므로, 그 말소등기 촉탁 절차 없이 경매개시결정의 기입등기가 여전히 남아 있다고 하여 이를 달리 볼 것이 아니다.'라고 판시한 예.

739) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다18622, 18639 판결; "가압류는 강제집행을 보전하기 위한 것으로서 경매절차에서 부동산이 매각되면 그 부동산에 대한 집행보전의 목적을 다하여 효력을 잃고 말소되며, 가압류채권자에게는 집행법원이 그 지위에 상응하는 배당을 하고 배당액을 공탁함으로써 가압류채권자가 장차 채무자에 대하여 권리행사를 하여 집행권원을 얻었을 때 배당액을 지급받을 수 있도록 하면 족한 것이다. 따라서 이러한 경우 가압류에 의한 시효중단은 경매절차에서 부동산이 매각되어 가압류등기가 말소되기 전에 배당절차가 진행되어 가압류채권자에 대한 배당표가 확정되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 채권자가 가압류집행에 의하여 권리행사를 계속하고 있다고 볼 수 있는 가압류등기가 말소된 때 그 중단사유가 종료되어, 그때부터 새로 소멸시효가 진행한다고 봄이 상당하다[매각대금 납부 후의 배당절차에서 가압류채권자의 채권에 대하여 배당이 이루어지고 배당액이 공탁되었다고 하여 가압류채권자가 그 공탁금에 대하여 채권자로서 권리행사를 계속하고 있다고 볼 수는 없으므로 그로 인하여 가압류에 의한 시효중단의 효력이 계속된다고 할 수 없다]."

740) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다88019 판결.

741) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011다10044 판결.

742) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다89880 판결; "채권자가 배당요구 또는 채권신고 등의 방법으로 권리를 행사하여 강제경매절차에 참가하고, 그 권리행사로 인하여 소멸시효가 중단된 채권에 대하여 일부만 배당하는 것으로 배당표가 작성되고 다시 그 배당액 중 일부에 대하여만 배당이의가 있어 그 이의의 대상이 된 부분을 제외한

더라도 집행채권의 소멸시효가 중단되나,[743] 피압류채권 발생의 기초가 되는 법률관계가 없는 경우에는 '압류·가압류 결정 송달 시' 시효중단 효력이 종료되고 그때부터 소멸시효가 새로이 진행한다.[744]

압류, 가압류 및 가처분은 시효의 이익을 받은 자에 대하여 하지 아니한 때에는 이를 그에게 통지한 후가 아니면 시효중단의 효력이 없는바(민법 제176조),[745] 시효중단을 주장

나머지 부분, 즉 배당액 중 이의가 없는 부분과 배당받지 못한 부분의 배당표가 확정이 되었다면, 이로써 그와 같이 배당표가 확정된 부분에 관한 권리행사는 종료되고 그 부분에 대하여 중단된 소멸시효는 위 종료 시점부터 다시 진행된다. 그리고 위 채권 중 배당이의의 대상이 된 부분은 그에 관하여 적법하게 배당이의의 소가 제기되고 그 소송이 완결된 후 그 결과에 따라 종전의 배당표가 그대로 확정 또는 경정되거나 새로 작성된 배당표가 확정되면 그 시점에서 권리행사가 종료되고 그때부터 다시 소멸시효가 진행한다." ☛ 배당을 받아야 할 채권자 중 가압류채권자가 있어 그에 대한 배당액이 공탁된 경우 공탁된 배당금이 가압류채권자에게 지급될 때까지 배당절차가 종료되었다고 단정할 수 없다. 따라서 가압류채권자에 대한 배당액을 공탁한 뒤 그 공탁금을 가압류채권자에게 전액 지급할 수 없어서 추가배당이 실시됨에 따라 배당표가 변경되는 경우에는 추가배당표가 확정되는 시점까지 배당요구에 의한 권리행사가 계속된다고 볼 수 있으므로, 그 권리행사로 인한 소멸시효 중단의 효력은 추가배당표가 확정될 때까지 계속된다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다280026 판결).

743) 민사집행법상 채권압류에서 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류할 당시 그 피압류채권이 이미 소멸하였다는 등으로 부존재하는 경우에도 특별한 사정이 없는 한 압류집행을 함으로써 그 집행채권의 소멸시효는 중단되고, 이는 체납처분으로서의 채권압류에 있어서도 마찬가지이다(대법원 2024. 5. 30. 선고 2021다301688 판결).

744) 대법원 2023. 12. 14. 선고 2022다210093 판결; "가압류명령의 송달 이후에 채무자의 계좌에 입금될 예금채권도 그 발생의 기초가 되는 법률관계가 존재하여 현재 그 권리의 특정이 가능하고 가까운 장래에 예금채권이 발생할 것이 상당한 정도로 기대된다고 볼 만한 예금계좌가 개설되어 있는 경우 등에는 가압류의 대상이 될 수 있다. 그러나 장래의 예금채권에 대한 가압류결정 정본이 제3채무자에게 송달되었을 때에 채무자의 제3채무자에 대한 예금계좌가 개설되어 있지 않는 등 그 피압류채권 발생의 기초가 되는 법률관계가 없는 경우에는, 그러한 채권가압류는 피압류채권이 존재하지 않으므로 가압류로서 집행보전의 효력이 없다. 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 가압류할 당시 그 피압류채권이 부존재하는 경우에도 집행채권에 대한 권리 행사로 볼 수 있어 특별한 사정이 없는 한 가압류집행으로써 그 집행채권의 소멸시효는 중단된다. 다만 가압류결정 정본이 제3채무자에게 송달될 당시 피압류채권 발생의 기초가 되는 법률관계가 없어 가압류의 대상이 되는 피압류채권이 존재하지 않는 경우에는 가압류의 집행보전 효력이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 가압류결정의 송달로써 개시된 집행절차는 곧바로 종료되고, 이로써 시효중단사유도 종료되어 집행채권의 소멸시효는 그때부터 새로이 진행한다고 보아야 한다."

745) **민법 제176조의 적용례**로는 ❶ 물상보증인이나 저당 부동산에 대한 제3취득자 소유 부동산에 대해 저당권을 실행하여 경매를 신청한 경우 소멸시효 중단의 효력을 받는 주채무자(상세한 내용은 '물권-근저당권설정등기말소등기청구' 부분 참조), ❷ 직접점유자를 상대로 한 점유이전금지가처분에 따라 취득시효중단의 효력을 받는 간접점유자(대법원 1992. 10. 27. 선고 91다41064, 41071 판결) 등을 들 수 있다. **반면에**, ❶ 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 가압류한 경우 채무자에게 그 가압류 사실이 통지되지 않더라도(예컨대, 가압류결정이 채무자에게는 송달되지 않고 제3채무자에게만 송달된 경우) 채권자의 집행채권에 대하여 소멸시효 중단의 효력이 발생하고(대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다8589 판결, 민사집행법 제227조 제3항, 제291조에 따라 금전채권의 압류·가압류 명령은 제3채무자에게 송달되면 그 효력이 생긴다), 이는 체납처분으로서의 채권압류에 있어서도 마찬가지이며(대법원 2024. 5. 30. 선고 2021다301688 판결), ❷ 채권자가 연대보증인 겸 물상보증인 소유의 담보부동산에 대하여 임의경매의 신청을 하여 경매개시결정에 따른 압류의 효력이 생겼다면 채권자는 그 압류 사실을 통지하지 아니하더라도 연대보증인 겸 물상보증인에 대하여 시효의 중단을 주장할 수 있고(대법원 1994. 1. 11. 선고 93다21477 판결), ❸ 채권자의 신청에 의한 경매개시결정에 따라 연대채무자 1인의 소유 부동산이 압류된 경우, 그 시효중단의 효력이 다른 연대채무자에게는 미치지 아니하나, 위 경매신청은 다른 연대채무자에게도 효력이 있는 이행청구로서 최고로서의 시효중단 효력을 가지므로, 6개월 내에 다른 연대채무자를 상대로 재판상 청구를 하면 그 다른 연대채무자에 대한 채권의 소멸시효가 중단되며(대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다22840 판결), ❶ 주채무자에 대한 (가)압류 등이 있는 경우, 민법 제440조('주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 그 효력이 있다')에 따라 보증인에게 통지 등 별도의 중단조치 없이도 시효중단의 효력이 생긴다(대법원 2005. 10. 27. 선고 2005다35554, 35561 판결).

하는 채권자가 '위 통지 사실'의 증명책임을 부담한다.[746]

(7) 채무 승인에 의한 시효중단의 요건사실과 증명책임

(가) 요건사실과 증명책임

소멸시효 중단사유로서의 승인은 ① (주체) '시효이익을 받을 당사자인 채무자[747] 또는 그 대리인'이 ② (상대방) '소멸시효의 완성으로 권리를 상실하게 될 자 또는 그 대리인'에 대하여[748] ③ '상대방의 권리 또는 자신의 채무가 있음을 알고 있다는 뜻을 표시(채무 존재의 인식에 대한 '관념의 통지' 및 그 도달)'함으로써 성립한다.[749]

채무자에 의한 채무 승인이 있었다는 사실은 이를 주장하는 채권자 측에서 증명하여야 하고,[750] 채무자 아닌 자가 채무 승인을 한 경우 그에게 채무승인을 할 수 있는 권한이 있고 적법한 절차를 밟아 채무승인을 하였다는 사실을 채권자 측에서 증명하여야 한다.[751]

---

746) 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다26097 판결, 대법원 1992. 10. 27. 선고 91다41064 판결.

747) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다239744 판결; "이행인수인이 채권자에 대하여 채무자의 채무를 승인하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 시효중단 사유가 되는 채무승인의 효력은 발생하지 않는다."

748) ❶ 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다56310 판결; "주식회사인 채권자의 외부감사인이 채권자에 대한 회계감사를 위하여 채권자의 재무제표에 기재된 매출채권 등 채권의 실재 여부를 확인함에 있어서 채권자가 외부감사인으로 하여금 해당 채권의 채무자에 대하여 채권 존부 확인을 하지 못하도록 하였다거나 해당 채무자로부터의 채무승인의 통지를 수령할 권한을 배제하겠다고 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외부감사인은 채권자와의 외부감사인 선임계약에 기하여 피감 주식회사가 가지는 재무제표상 매출채권, 대여금채권 등의 채권과 관련하여 그 채무자로부터 적법한 감사활동의 일환으로 행하여지는 채무 확인 등의 절차를 통하여 소멸시효중단사유로서의 채무승인의 통지를 수령할 대리권을 가진다고 봄이 상당하다." ❷ 대법원 2006. 1. 26. 선고 2002다74954 판결; "보증보험계약과 같은 타인을 위한 보험계약에 있어서 피보험자는 직접 자기 고유의 권리로서 보험자에 대한 보험금지급청구권을 취득하는 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 피보험자는 보험계약자의 동의가 없어도 임의로 그 권리를 행사하고 처분할 수 있다고 봄이 상당하다. 따라서 보험자인 원고가 피보험자인 홍천군수와 보험금 지급기한을 유예하기로 합의함에 있어서 보험계약자인 소외 1 또는 그 구상금채무의 연대보증인들인 피고들의 동의가 없었다고 하더라도 피고들로서는 그러한 사정만으로 위와 같은 채무연기에 의한 보험금 청구권의 시효중단 효력을 부인할 수는 없다."

749) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2012다45566 판결 등.

750) 대법원 2005. 2. 17. 선고 2004다59959 판결.

751) ❶ 69다401; "국가의 채무승인은 이를 할 권한 있는 자가 적법한 절차에 의하여 하는 것이 아니면 효력이 없다 할 것인바, … 훈련소의 참모장이던 소외인은 그 훈련소장 및 재무관 등과 의논 합의한 후 원고에게 대하여 상부에 건의하여 예산이 책정되는 대로 원고의 피해보상을 해주겠다는 언약을 하였다는 사실만으로서는 그 언약을 하거나 의논한 사람들이 국가의 채무승인을 할 수 있는 권한이 있었고 또 적법한 절차를 밟아 그와 같은 채무승인을 하였다고 인정할 수 있는 아무런 증거도 없으므로 대한민국이 본건 부당이득금 반환채무를 승인한 것이라고 볼 수 없다고 판시하였음은 정당하고" ❷ 2022다301906; 피고 A, B회사의 대표 및 실질적 대표인 피고 C의 주도로, 피고 A회사는 토지를 매수하며 매매대금 중 일부를 원고에게 지급하기로 약정하고 관련 차용증이 작성되었는데, 피고 C의 조카로서 피고 B회사에 근무하던 甲은 토지 매수 관련 업무를 하고 피고 A, B회사를 대리하여 차용증에 날인을 하였으며, 원고의 변제 요청에 대해 여러 차례 '변제될 것이니 기다려 달라'고 답변한 사안에서, 원고는 피고들을 상대로 차용증 기재 금원의 지급을 구하면서, 피고들의 상사소멸시효 항변에 대해 甲의 위 답변을 이유로 채무승인 재항변을 하였는데, 원심은, 甲이 채무승인에 관하여 피고들로부터 권한을 위임받았음을 인정할 증거가 없다는 이유로 원고의 채무승인 재항변을 배척하였으나, 대법원은, 위 사정 등을 종합하면 甲은 피고들을 대리하여 채무를 승인할 권한이 있었다고 볼 여지가 있고, 달리 甲의 채무승인 행위 이전에 그 채무승인 권한이 소멸하였다고 볼만한 사정은 보이지 않는다고 한 예. ❸ 비법인사단이 사원총회

위 ③의 요건과 관련하여, 묵시적인 승인의 표시는 채무자가 그 채무의 존재 및 액수에 대하여 인식하고 있음을 전제로 하여 그 표시를 대하는 상대방으로 하여금 채무자가 그 채무를 인식하고 있음을 그 표시를 통해 추단하게 할 수 있는 방법으로 행해지면 족하다.[752] 승인은 시효의 이익을 받을 이가 상대방의 권리 등의 존재를 인정하는 일방적 행위로서, 그 권리의 원인·내용이나 범위 등에 관한 구체적 사항을 확인하여야 하는 것은 아니고,[753] 채무자가 권리 등의 법적 성질까지 알고 있거나 권리 등의 발생원인을 특정하여야 할 필요는 없으며,[754] 소멸시효의 진행이 개시된 이후에만 가능하고 그 이전에 승인을 하더라도 시효가 중단되지는 않으며, 현존하지 아니하는 장래의 채권을 미리 승인하는 것은 허용되지 않는다.[755] [756]

승인으로 인한 시효중단의 효력은 '사회관념상 채권자가 그 승인의 내용을 알 수 있는

결의로 체결한 총유물에 관한 매매계약상의 채무에 대하여 대표자가 소멸시효 중단사유로서의 승인을 하는 것은 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수 없으므로, 별도로 사원총회 결의를 거칠 필요가 없다(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다64383 판결).

752) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다36735 판결 등.

753) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다65864 판결; 채무자가 수건의 대출금 채무 중 변제되지 않고 있는 모든 채무를 변제한다는 의사로 채권자에게 잔존 채무를 정산해 달라고 하였는데, 채권자의 실수로 일부의 채무를 제외한 나머지 대출금 채무만이 남아 있는 것처럼 정산하여 채무자가 위 나머지 채무가 남아 있는 전채무인 것으로 알고 이를 변제한 경우, 채무자로서는 채권자가 제외된 채무까지 포함하여 정산하고 이를 잔존 채무로 제시하였다 하더라도 당연히 변제하였을 것이므로, 채무자의 행위는 정산된 채무만이 전채무이고 그 이상의 채무는 존재하지 아니 한다는 인식을 표시하거나 특정채무를 지정하여 그 일부의 변제를 한 것이 아니라, 당시 자신이 부담하고 있던 모든 채무를 그대로 인정한다는 관념을 표시한 것으로 본 사례.

754) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2012다45566 판결; 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 소유권이전등기의무를 승인하였다고 할 것이어서 그 무렵까지 甲의 위 부동산에 관한 소유권이전등기청구권의 소멸시효는 중단되었다고 한 사례.

755) 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다52568 판결; "소멸시효의 중단사유로서의 승인은 시효이익을 받을 당사자인 채무자가 그 권리의 존재를 인식하고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하는 것이므로 이는 소멸시효의 진행이 개시된 이후에만 가능하고 그 이전에 승인을 하더라도 시효가 중단되지는 않는다고 할 것이고, 또한 현존하지 아니하는 장래의 채권을 미리 승인하는 것은 채무자가 그 권리의 존재를 인식하고서 한 것이라고 볼 수 없어 허용되지 않는다고 할 것이다." ☜ 피고들이 원고 병원과 진료계약을 체결하면서 "입원료 기타 제요금이 체납될 시는 원고 병원의 법적 조치에 대하여 아무런 이의를 하지 않겠다."고 약정하였다 하더라도, 이로써 그 당시 아직 발생하지도 않은 치료비 채무의 존재를 미리 승인하였다고 볼 수는 없다고 한 예.

756) ◎ 채무승인에 관한 주장책임과 석명의무 유무; 원고가, 자신과 계속적 거래관계를 맺고 있는 피고가 추가로 물품을 주문, 공급받은 행위 자체가 종전 거래행위로 인한 채무를 포괄적·묵시적으로 승인한 것에 해당한다는 주장만을 하였을 뿐, 위와 같은 추가주문 당시 미지급 기존채무에 관하여 원고의 변제 촉구 및 피고의 변제 약속 등 채무의 승인이라고 볼 구체적인 정황이 있었다는 점에 대하여 원고가 아무런 주장을 한 바가 없는 이상, 법원이 그와 같은 점에 대하여 주장·증명을 권유 혹은 촉구하지 아니하거나 혹은 나아가 심리하지 아니한 것이 석명권의 불행사나 심리미진으로 인한 사실오인의 잘못을 저지른 것이라고 할 수 없다(2004다59959).

객관적인 상태'에 놓일 때 발생한다(상세한 내용은 앞서 기술한 '의사표시의 도달과 효력발생' 부분 참조).[757]

(나) 구체적 사례

소멸시효의 중단사유로서의 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.[758]

동일한 채권자에게 다수의 채무를 부담하는 채무자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 채 모든 채무를 변제하기에 부족한 금액을 변제한 경우, 모든 채무에 대한 승인으로서 소멸시효 중단의 효력이 있다.[759] 시효완성 전에 채무의 일부를 변제한 경우에 그 수액에 관하여 다툼이 없는 한[760] 채무 승인으로서의 효력이 있어 채무 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생한다(이는 채무자가 시효완성 전에 채무의 일부를 '상계'한 경우에도 마찬가지로 볼 수 있다).[761] 따라서 이자나 지연손해금 채권에 대한 변제는 원칙적으로 그 원금

757) 대법원 2012. 8. 17. 선고 2009두14965 판결; 금융기관이 고객의 예금계좌에 이자를 입금한 것은 예금채권의 존재를 인식하고 있다는 것을 나타낸 것이어서 채무의 승인에 해당하고, 이자가 예금계좌에 입금되면 예금주는 인터넷 뱅킹 등에 의한 잔액조회를 함으로써 그 사실을 확인할 수 있고 그에 대한 처분권도 취득하게 되므로 그로 인한 채무승인의 통지는 이자 입금 시점에 예금주에게 도달하게 되어 그 예금에 대한 소멸시효는 중단되었다고 보아, 과세관청이 고객의 예금이 최종거래일부터 5년이 경과되었을 때 소멸시효가 완성되었다며 모두 그 시점의 사업연도에 익금산입한 것은 위법하다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

758) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2012다45566 판결.

759) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2021다239745 판결; "동일한 채권자와 채무자 사이에 다수의 채권이 존재하는 경우 채무자가 변제를 충당하여야 할 채무를 지정하지 않고 모든 채무를 변제하기에 부족한 금액을 변제한 때에는 특별한 사정이 없는 한 그 변제는 모든 채무에 대한 승인으로서 소멸시효를 중단하는 효력을 가진다. 채무자는 자신이 계약당사자로 있는 다수의 계약에 기초를 둔 채무들이 존재한다는 사실을 인식하고 있는 것이 통상적이므로, 변제 시에 충당할 채무를 지정하지 않고 변제를 하였으면 특별한 사정이 없는 한 다수의 채무 전부에 대하여 그 존재를 알고 있다는 것을 표시했다고 볼 수 있기 때문이다."

760) 따라서 채권액에 다툼이 있는 경우라면 일부 변제 부분을 제외한 나머지에 관하여까지 시효중단의 효력이 있는 것은 아니다. 이러한 예외적 사정은 일부에 대한 시효중단를 주장하는 쪽에서 주장·증명해야 한다.

761) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2021다271732 판결; 원고가 피고에게 물품을 공급하고 피고가 이를 가공하여 원고에게 납품하면서 그 가공비를 원고 물품대금에서 공제하는 방식으로 계속적 거래를 한 **사안**에서, **원심**이, 위 공제를 '상계예약에 의한 예약완결권의 행사'로 인정하면서도 '당사자 사이의 사전 합의에 따라 기계적으로 처리된 것'으로 보아 시효중단사유로서의 채무승인이 없었다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 원고가 구하는 물품대금 채권에 대하여 피고의 채무 승인이 있었다고 볼 여지가 있고, 피고의 공제를 상계예약에 의한 예약완결권의 행사로 보면서도 이를 시효중단사유로서의 채무승인 아니라고 판단한 원심에 이유모순이 있다고 한 예.
그런데 이와 관련하여 대법원 2008. 3. 14. 선고 2006다2940 판결은, "이자 또는 지연손해금은 주된 채권인 원본의 존재를 전제로 그에 대응하여 일정한 비율로 발생하는 종된 권리인데, 하나의 금전채권의 원금 중 일부가 변제된 후 나머지 원금에 대하여 소멸시효가 완성된 경우, 가분채권인 금전채권의 성질상 변제로 소멸한 원금 부분과 소멸시효 완성으로 소멸한 원금 부분을 구분하는 것이 가능하고, 이 경우 원금에 종속된 권리인 이자 또는 지연손해금 역시 변제로 소멸한 원금 부분에서 발생한 것과 시효완성으로 소멸된 원금 부분에서 발생한 것으로 구분하는 것이 가능하므로, 소멸시효 완성의 효력은 소멸시효가 완성된 원금 부분으로부터 그 완성 전에 발생한 이자 또는 지연손해금에는 미치나, 변제로 소멸한 원금 부분으로부터 그 변제 전에 발생한 이자 또는 지연손해금에는 미치지 않는다."라고 하나, 이는 타당치 않은 것이다('지연손해금청구 - V. 지연손해금의 면책,

및 이자·지연손해금 채권 전부에 대한 채무승인으로서 시효중단의 효과가 생긴다(피담보채권에 대한 이자·지연손해금의 지급에 갈음하여 채권자로 하여금 담보 부동산을 사용수익할 수 있도록 한 경우, 피담보채권의 소멸시효는 중단된다).[762]

묵시적 승인의 표시가 존재하는지 여부에 관하여 판례는 구체적 사례에 따라 긍정례[763]와 부정례[764]로 나뉜다.

소멸 - 3. 소멸시효' 참조).

762) **대법원** 2014. 5. 16. 선고 2012다20604 판결: "채무의 일부를 변제하는 경우에는 채무 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생한다. … 채무자가 채권자에게 부동산에 관한 근저당권을 설정하고 그 부동산을 인도하여 준 다음 피담보채권에 대한 이자 또는 지연손해금의 지급에 갈음하여 채권자로 하여금 그 부동산을 사용수익할 수 있도록 한 경우라면, 채권자가 그 부동산을 사용수익하는 동안에는 채무자가 계속하여 이자 또는 지연손해금을 채권자에게 변제하고 있는 것으로 볼 수 있으므로, 피담보채권의 소멸시효가 중단된다고 보아야 한다." **[동일 취지]** 담보가등기를 경료한 부동산을 인도받아 점유하더라도 담보가등기의 피담보채권의 소멸시효가 중단되는 것은 아니지만, 채무의 일부를 변제하는 경우에는 채무 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생하는 것이므로, 채무자가 채권자에게 담보가등기를 경료하고 부동산을 인도하여 준 다음 피담보채권에 대한 이자 또는 지연손해금의 지급에 갈음하여 채권자로 하여금 부동산을 사용수익할 수 있도록 한 경우라면 채권자가 부동산을 사용수익하는 동안에는 채무자가 계속하여 이자 또는 지연손해금을 채권자에게 변제하고 있는 것으로 볼 수 있으므로 피담보채권의 소멸시효가 중단된다고 보아야 한다(2009다51028).

763) ◎ **긍정례**

❶ 대법원 2018. 2. 13. 선고 2017다265556 판결: **원심**이, '소외인이 파산 및 면책 신청을 하기 위하여 대리인을 통하여 피고에게 부채증명서 발급의뢰서를 제출한 사실 및 피고가 소외인에게 부채증명서를 발급한 사실을 인정하면서도, ① 파산 및 면책 신청을 하려는 채무자는 채권의 누락으로 인한 불측의 피해를 방지하기 위하여 잠재적 채권자들과 채권의 내역을 조사·확인하는 과정을 거친 후 실제 부담하는 채무를 증명하는 자료를 법원에 제출할 필요가 있는 점, ② 파산 및 면책 신청을 위한 준비 단계에서 부채증명서를 발급받는 관행에 따라 파산 및 면책 신청을 준비하는 채무자들은 별다른 문제의식 없이 금융기관이 마련한 부채증명서 발급절차에 따라 의례적으로 부채증명서 발급신청서를 작성하여 금융기관에 제출하는 점, ③ 파산 및 면책 신청을 하려는 채무자가 금융기관으로부터 부채증명서를 발급받는 목적은 궁극적으로 해당 금융기관에 대한 채무를 면하려는 데 있는 점, ④ 소외인의 대리인이 부채증명서 발급의뢰서를 작성하면서 그 사용용도란에 '개인파산'이라고 기재하였으므로 피고도 소외인이 부채증명서를 발급받는 목적이 위와 같음을 알 수 있었던 점을 들어, 소외인이 피고에게 채무를 부담하고 있다는 뜻을 확정적으로 표시하였다고 보기 어렵다.'고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "소외인이 피고에게 부채증명서 발급을 의뢰한 행위를, 소외인이 자신의 채무 또는 피고의 권리가 있음을 알고 있다는 뜻을 피고에게 표시한 행위로 볼 수 있다면, 설령 소외인이 그 채무를 면하기 위하여 부채증명서 발급을 의뢰하였다고 하더라도, 위 발급 의뢰 행위는 소멸시효 중단사유가 되는 채무승인에 해당한다."고 판단한 예. ❷ 甲이 대표이사로 있는 乙 회사가 丙에게 공정증서를 작성해 준 행위는 甲이 자신의 공사대금채무에 대한 담보를 제공할 목적으로 乙 회사로 하여금 甲의 공사대금채무를 병존적으로 인수하게 한 것으로 보아야 하므로, 甲이 자신의 공사대금채무의 존재 및 액수에 대하여 인식하고 있음을 묵시적이나마 丙에게 표시한 것으로 볼 수 있고, 丙의 甲에 대한 위 공사대금채권은 채무자인 甲의 위와 같은 乙 회사 명의의 공정증서 작성·교부를 통한 채무승인에 의하여 그 소멸시효가 중단되었다고 한 사례(2010다46657). ❸ 불법행위에 따른 손해배상청구권의 소멸시효 완성 전에 가해자의 보험자가 피해자의 치료비를 자동차손해배상보장법 규정에 따라 의료기관에 직접 지급한 경우, 보험자가 피해자에 대한 손해배상책임이 있음을 전제로 그 손해배상채무 전체를 승인한 것이고, 치료비와 같은 적극적인 손해에 한정하여 채무를 승인한 것으로 볼 수는 없다고 한 예(2009다99105). ❹ 甲이 행정소송에서 乙 측 증인으로 출석하여 乙의 소송대리인의 신문에 대답함에 있어서, "乙로부터 3,500만 원을 차용한 사실이 있다"고 진술하였다면 이는 자신의 乙에 대한 대여금채무를 승인한 것으로서 소멸시효중단사유인 채무의 승인에 해당한다고 한 예(92다947).

764) ◎ **부정례**

❶ 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다42922 판결: '주주총회에서 승인된 대차대조표 등 재무제표에는 채권자나 구체적 채무내역 등이 기재되어 있지도 않은 점, 재무제표에 대한 주주총회 승인결의는 회사의 대내적 업무처리 과정일 뿐 채권자 등에 대한 대외적 의사표시의 성격을 가진다고 볼 수는 없는 점' 등에 비추어, **원심**이, '피고의 주주총회에서 재무제표 승인이 이루어진 것만으로는 채무자인 피고가 채권자인 원고에 대하여 원고의 대여금채권이 존재함을 인식하고 있다는 뜻을 표시한 것으로 볼 수 없다'고 판단한 것은 정당하다고 한 예. ❷ "형사재

마) 소멸시효의 정지

본래 '시효의 정지'는, 권리행사를 곤란 또는 불가능하게 하는 일정한 사유가 존재하는 기간은 시효기간에 산입하지 않는 것[765]이나, 민법은 시효 완성 직전에 일정한 정지사유가 존재하는 경우 그 사유가 존재하는 기간이나 그 사유가 종료한 후 일정 기간 내에는 시효가 완성하지 않는 '시효 완성의 정지·유예'를 규정하고 있다.[766]

바) 시효이익의 포기

(1) 요건사실

소멸시효 이익의 포기[767]는, ① (주체) '소멸시효 완성의 이익을 받는 당사자인 채무자 또는 그 대리인'이[768] ② (상대방) '소멸시효 완성으로 권리를 상실한 채권자 또는 그 대리인'에 대하여 ③ '소멸시효 완성에 의한 이익, 즉 소멸시효에 의하여 의무를 면하는 이익을 받지 않겠다고 하는 의사를 표시'(의사표시의 존재 및 그 도달[769])하는 것으로서, 채권자 원고의 이행 청구의 경우 채무자 피고의 소멸시효 항변에 대한 재항변으로서 채권자 원고가 위 3가지 요건사실에 대한 주장·증명책임을 진다. 채무자 아닌 자가 소멸시효의 이익을 포기한 경우, 그에게 그 권한이 있고, 적법한 절차를 밟아 소멸시효 이익의

판절차에서 피해자를 위하여 손해배상금의 공탁이 이루어진 경우 그와 같은 공탁이 공탁금액을 넘는 손해배상채무에 관한 묵시적 승인에 해당하는지 여부는 공탁서에 기재된 공탁원인사실의 내용을 중심으로, 공탁의 경위와 목적 및 공소사실의 다툼 여부, 인정되는 손해배상채무의 성격 및 액수와 공탁금액과의 차이, 그 밖의 공탁전후의 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다."고 한 다음, 형사재판절차에서 무죄를 주장하고 유죄가 인정되는 경우에 대비하여 1, 2심 판결 선고 전에 각 1,000만 원을 공탁하면서 손해배상금의 일부라는 표시도 하지 않고 공탁금 회수제한신고서도 첨부한 사안에서, 채무자가 부담하는 손해배상채무는 정신적 손해에 대한 위자료 지급채무의 성격을 가지는 것이어서 형사재판과정에서 그 액수를 구체적으로 산정하기 곤란하였다는 점 등에 비추어 보면, 위 각 공탁금을 넘는 손해배상채무를 승인한 것이라고 볼 수는 없다고 한 예(2010다36735). ❸ 신탁회사가 원고에게 신탁이익을 지급한 것은 신탁계약상의 채무를 이행한 것일 뿐 신탁회사의 선관주의의무 위반 등의 불법행위로 인한 손해배상채무가 있다는 뜻을 표시한 것은 아니므로, 위 신탁이익의 지급이 불법행위로 인한 손해배상채무의 승인이라고 할 수 없다고 한 예(2005다64552).

765) 국세기본법 제28조, 지방세기본법 제40조.

766) 민법 제179조(제한능력자의 시효정지), 제180조(재산관리자에 대한 제한능력자의 권리, 부부 사이의 권리와 시효정지), 제181조(상속재산에 관한 권리와 시효정지), 제182조(천재 기타 사변과 시효정지). ☛ 민법 제181조(상속재산에 속한 권리는 상속인의 확정, 관리인의 선임 또는 파산선고가 있는 때로부터 6월 내에는 소멸시효가 완성하지 않는다)의 '상속인의 확정'은 상속인의 존부 불명 내지 소재나 생사불명인 경우에 상속인이 확정된 경우뿐만 아니라 상속의 포기, 단순승인, 한정승인 등 여부가 확정되지 아니하다가 상속의 승인에 의하여 상속의 효과가 확정된 경우까지 포함한다(대법원 2023. 12. 14. 선고 2023다248903 판결).

767) 채권에 대한 소멸시효가 완성되었다면 그 뒤에는 더 이상 소멸시효의 중단 문제가 생길 여지가 없고(2009다100098), 민법 제184조 제1항의 반대해석상 소멸시효 완성 후에는 시효이익의 포기가 가능하다.
☜ 민법 제184조(시효의 이익의 포기 기타) ① 소멸시효의 이익은 미리 포기하지 못한다. ② 소멸시효는 법률행위에 의하여 이를 배제, 연장 또는 가중할 수 없으나 이를 단축 또는 경감할 수 있다.

768) 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다64793 판결; "시효완성의 이익 포기의 의사표시를 할 수 있는 자는 시효완성의 이익을 받을 당사자 또는 그 대리인에 한정된다고 할 것이고, 그 밖의 제3자가 시효완성의 이익 포기의 의사표시를 하였다 하더라도 이는 시효완성의 이익을 받을 자에 대한 관계에서 아무 효력이 없다."

769) 상세한 내용은 앞서 기술한 '의사표시의 도달과 효력발생' 부분 참조.

포기를 하였다는 사실도 채권자 측에서 증명하여야 한다(예컨대, 소멸시효 이익의 포기는 학교법인의 재산의 취득·처분과 관리 또는 권리의 포기에 관한 사항으로서, 이사회의 승인 및 관할청의 허가가 있어야 그 효력이 있으므로, 채권자 측이 학교법인의 소멸시효이익 포기에 관한 '이사회의 승인과 관할청의 허가가 존재한 사실'에 대한 주장·증명책임을 진다).[770]

나아가 판례는, 시효완성 후 채무를 승인한 때에는 '채무자는 시효완성의 사실을 알고' 그 이익을 포기한 것이라 추정할 수 있다고[771] 하여, ④ '시효완성에 대한 채무자의 인식'을 시효이익 포기의 요건사실 중 하나로 삼되 이를 '추정' 사실로 보고 있다. 그 추정의 성질은 leading case인 대법원 1967. 2. 7. 선고 66다2173 판결이 판시한 바와 같이[772] 경험칙을 매개로 한 사실상 추정의 의미로 봄이 옳다. 이론상으로는 채무자 측의 반증으로 위 추정의 복멸이 가능하겠으나 판례상 실제로 추정이 복멸된 예를 찾기는 어렵다. 위 ④ 요건도 시효이익 포기를 주장하는 채권자 측이 주장·증명책임을 지지만, 실제상으로는 추정의 복멸이 인정되지 않는 사실상 추정 사실이므로 시효이익 포기의 요건사실로서의 실제적 의미는 없는 것이다.[773]

소멸시효 이익의 포기는 '상대적 효과'가 있을 뿐이어서 다른 사람(물상보증인, 저당부동산의 제3취득자 등)에게는 영향을 미치지 아니함이 원칙이나, 소멸시효 이익의 포기 당시에는 그 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받을 수 있는 이해관계를 맺은 적이 없다가 나중에 시효이익을 이미 포기한 자와의 법률관계를 통하여 비로소 시효이익을 원용할 이해관계를 형성한 자(채무자 겸 저당권설정자가 이미 피담보채권의 소멸시효 완성 이익을 포기한 '후'에 저당부동산을 취득한 자)는 이미 이루어진 시효이익 포기의 효력을 부정할 수 없다.[774]

---

770) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006다18129 판결: "조OO이 피고로부터 원고들에 대한 채무 승인이나 소멸시효 이익 포기에 있어 대리권을 위임받았음을 인정할 아무런 증거가 없어 그 효력이 없고, … 조OO이 피고를 대리하여 소멸시효이익을 포기하였다 하더라도 그에 관한 이사회의 승인과 관할청의 허가가 있었음을 인정할 증거가 부족하다는 이유로, 유효한 시효이익의 포기가 없었다고 판단한 것은 옳은 것으로 수긍이 간다."

771) 2009다100098 판결 등.

772) 대법원 1967. 2. 7. 선고 66다2173 판결: "채권이 법정기간의 경과로 인하여 소멸시효로 소멸된다는 것은 보통 일반적으로 아는 것이라고 인정할 수 있는 것이므로 채무자가 시효완성 후에 채무의 승인을 한 때에는 일응 시효완성의 사실을 알고 그 이익을 포기한 것이라고 추정할 수 있다."

773) 위 추정은 오히려 경험칙에 반하는 것이라는 점에서 신의칙에 의한 해결 방법이 위 판례의 입장보다는 난점이 적다고 함이 일반적인 학설의 입장이다(민법주해 총칙(3), 1992, 555면(윤진수 집필 부분)). 취득시효 완성의 이익 포기에 관한 대법원 1998. 5. 22. 선고 96다24101 판결은 "원고는 취득시효 완성의 이익을 포기하는 적극적인 의사표시를 하였다고 할 것이고, 시효완성 후에 그 사실을 모르고 계쟁 토지에 관하여 어떠한 권리도 주장하지 않기로 하였다 하더라도 이에 반하여 시효 주장을 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의칙상 허용되지 않는다."라고 판시함으로써 위 학설의 입장을 취한 것으로 보인다. 96다24101 판결의 위 판시를 일반론으로 삼음이 타당하다.

774) **◎ 소멸시효 이익 포기의 상대적 효과**
○ 대법원 2015. 6. 11. 선고 2015다200227 판결(왜냐하면, 시효이익의 포기에 대하여 상대적인 효과만을 부여하는 이유는 그 포기 당시에 시효이익을 원용할 다수의 이해관계인이 존재하는 경우 그들의 의사와는 무관하게 채무자 등 어느 일방의 포기 의사만으로 시효이익을 원용할 권리를 박탈당하게 되는 부당한 결과의 발생을 막으려는 데 있는 것이지, 시효이익을 이미 포기한 자와의 법률관계를 통하여 비로소 시효이익을 원용할 이해관

(2) 소멸시효 완성 후 채무 변제와 시효 이익의 포기

채무자가 소멸시효 완성 후 채무를 일부 변제한 때에는, 그 액수에 관하여 다툼이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한,[775] 그 채무 전체를 묵시적으로 승인한 것으로 보아야 하고, 그 시효이익을 포기하는 것으로 볼 수 있다.[776]

원금채무에 관하여는 소멸시효가 완성되지 아니하였으나 이자채무에 관하여는 소멸시효가 완성된 상태에서 채무자가 채무를 일부 변제한 때에는 그 액수에 관하여 다툼이 없는 한 그 원금채무에 관하여 묵시적으로 승인하는 한편 그 이자채무에 관하여 시효완성의 사실을 알고 그 이익을 포기한 것으로 추정된다.[777]

이미 소멸시효가 완성된 어음채권을 원인으로 하여 집행력 있는 집행권원을 가진 채권자가 채무자의 유체동산에 대한 강제집행을 신청하고, 그 절차에서 채무자의 유체동산 매각대금이 채권자에게 교부되어 그 채무의 일부변제에 충당될 때까지 채무자가 아무런 이의를 진술하지 아니하였다면, 그 강제집행 절차의 진행을 채무자가 알지 못하였다는 등 다른 특별한 사정이 없는 한, 채무자는 어음채권에 대한 소멸시효 이익을 포기한 것으로 볼 수 있고, 그 때부터 그 원인채권의 소멸시효 기간도 다시 진행하지만, 이렇게 소멸시효 이익을 포기한 것으로 보기 위해서는 '채무자' 소유의 유체동산 매각대금이 채권자에게 교부되어 그 채무의 일부변제가 이루어졌음이 증명되어야 한다.[778] 소멸시효가 완성된 채무를 피담보채무로 하는 근저당권이 실행된 경우,[779] 다른 채권자가 신청한 부동

계를 형성한 자에게 이미 이루어진 시효이익 포기의 효력을 부정할 수 있게 하여 시효완성을 둘러싼 법률관계를 사후에 불안정하게 만들자는 데 있는 것은 아니기 때문이다); 저당부동산의 소유권을 丙으로부터 취득한 甲(원고)이 근저당권자인 乙(피고)을 상대로 피담보채권의 소멸시효 완성을 주장하며 근저당권설정등기의 말소를 청구하는 사안에서, '저당부동산의 종전 소유자 丙이 이미 근저당권자인 乙을 상대로 피담보채권의 소멸시효 완성의 이익을 포기한 후에 비로소 丙으로부터 부동산을 매수한 甲은 丙이 한 시효이익 포기의 효력을 전제로 하여 근저당권의 제한을 받는 소유권을 취득한 것이어서 丙이 한 시효이익 포기의 효력을 부정할 수 없다.'고 하고, '95다12446 판결(가등기담보 부동산의 제3 취득자가 피담보채권에 대한 소멸시효를 원용하기 이전에 가등기에 기한 본등기 경료로 채무자가 시효이익을 포기한 경우 채무자의 시효이익 포기는 상대적 효과가 있음에 지나지 아니하여 위 제3 취득자는 독자적으로 시효를 원용할 수 있다고 한 예) 등은 시효이익의 포기 시점에 이미 시효원용에 관한 이해관계를 형성하고 있는 경우에 관한 것으로서 사안을 달리한다.'고 한 예.

○ "시효 이익의 포기는 상대적 효과가 있음에 지나지 아니하므로 저당부동산의 제3취득자에게는 효력이 없다."는 일반론의 2009다100098 판결은 채무자 겸 저당권설정자가 피담보채권의 소멸시효 완성 이익을 포기하기 '전'에 이미 제3자가 저당부동산을 취득한 사안으로서, '시효이익의 포기 시점에 이미 시효원용에 관한 이해관계를 형성하고 있는 경우'여서 사안을 달리한다. 물상보증인의 경우에도 채무자의 시효이익 포기는 그에게 효력이 없다(2018다38782).

775) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두20109 판결: 손실보상 의무자인 피고가 그 보상액에 관하여 다툼이 있어 자신의 감정결과에 따른 보상금을 변제공탁한 이상, 그 공탁금액 한도 내에서만 시효중단 또는 시효이익의 포기의 효과가 발생한다고 한 예.

776) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다14936 판결.

777) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2013다12464 판결. 이 경우 법정변제충당 순서에 따라 충당이 이루어지고, 변제시부터 새로이 소멸시효가 진행한다.

778) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다6345 판결.

779) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다32458 판결: "소멸시효가 완성된 채무를 피담보채무로 하는 근저당권이 실행

산경매절차에서 이미 소멸시효가 완성된 어음채권을 원인으로 하여 집행력 있는 채무명의를 가진 채권자가 배당요구한 경우,[780] 다른 채권자가 신청한 부동산경매절차에서 이미 소멸시효가 완성된 채무를 피담보채무로 하는 근저당권을 가진 채권자에게 경락대금이 배당된 경우에도[781] 동일하다. 그러나 채무자의 다른 채권자가 배당절차에서 이의를 제기하고 채무자를 대위하여 소멸시효 완성 주장을 원용하였다면, 시효 이익을 묵시적으로 포기한 것으로 볼 수 없다.[782]

동일 당사자 간에 계속적인 거래로 인하여 같은 종류를 목적으로 하는 수개의 채권관계가 성립되어 있는 경우에 채무자가 특정채무를 지정하지 아니하고 그 일부의 변제를 한 때에도 다른 특별한 사정이 없다면 잔존 채무에 대하여도 묵시적으로 승인을 한 것으로 보아 시효중단이나 포기의 효력을 인정할 수 있을 것이나, 그 채무가 별개로 성립되어 독립성을 갖고 있는 경우에는 일률적으로 그렇게만 해석할 수는 없고(특히 채무자가 근저당권설정등기를 말소하기 위하여 피담보채무를 변제하는 경우나[783] 가압류를 해제받을 목적으로 피보전채권을 변제하는 경우에는[784] 특별한 사정이 없는 한 피담보채무나 피보전채권이 아닌 별개의 채무에 대하여서까지 채무를 승인하거나 소멸시효의 이익을 포기한 것이라고 볼 수는 없다), 위 묵시적 승인의 표시는 적어도 채무자가 그 잔존 채무의 존재 및 액수에 대하여 인식하고 있음을 전제로 하여 그 표시를 대하는 상대방으로 하여금 채무자가 그 시효이익을 포기하였음을 그 표시를

되어 채무자 소유의 부동산이 경락되고 그 대금이 배당되어 채무의 일부 변제에 충당될 때까지 채무자가 아무런 이의를 제기하지 아니하였다면, 경매절차의 진행을 채무자가 알지 못하였다는 등 다른 특별한 사정이 없는 한, 채무자는 시효완성의 사실을 알고 그 채무를 묵시적으로 승인하여 시효의 이익을 포기한 것"

780) 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다25484 판결: "다른 채권자가 신청한 부동산경매절차에서 이미 소멸시효가 완성된 어음채권을 원인으로 하여 집행력 있는 채무명의를 가진 채권자가 배당요구를 신청하고, 그 경매절차에서 부동산의 경락대금이 배당요구채권자에게 배당되어 그 채무의 일부변제에 충당될 때까지 채무자가 아무런 이의를 진술하지 아니하였다면, 경매절차의 진행을 채무자가 알지 못하였다는 등 다른 특별한 사정이 없는 한 채무자는 어음채권에 대한 소멸시효 이익을 포기한 것으로 볼 수 있고 그 때부터 그 원인채권의 소멸시효기간도 다시 진행한다고 봄이 상당하다."

781) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다109500 판결: 경매절차에서 채무자 甲 회사가 소멸시효가 완성된 근저당권부 채권자 乙이 배당받는 데 대하여 이의를 제기하지 않은 사안에서, 甲 회사의 다른 채권자인 丙이 甲 회사를 대위하여 이의를 제기한 부분을 제외한 나머지 채권에 대하여는 甲 회사가 시효이익을 포기한 것으로 본 예.

782) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다32458 판결: "소멸시효가 완성된 경우 채무자에 대한 일반채권자는 채권자의 지위에서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수는 없지만 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있으므로, 채무자가 배당절차에서 이의를 제기하지 아니하였다고 하더라도 채무자의 다른 채권자가 이의를 제기하고 채무자를 대위하여 소멸시효 완성의 주장을 원용하였다면, 시효의 이익을 묵시적으로 포기한 것으로 볼 수 없다."

783) 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다64793 판결: 원고가 2003. 4. 25. 피고로부터 3,000만 원을 대출받으면서 그 대출금 채무를 담보하기 위하여 같은 달 29일 피고에게 원고 소유의 아파트에 관하여 채권최고액 5,000만 원의 근저당권을 설정하여 주었는데, 피고의 신청에 따라 2006. 11. 17. 위 아파트에 관한 경매절차가 개시되었으나, 피고는 2007. 6. 12. 원고로부터 위 대출금 채무를 변제받고 같은 날 위 근저당권설정등기를 말소하였고, 그에 따라 위 경매절차가 취소된 사안에서, 원고가 2003. 4. 25.자 대출금 채무를 변제한 것은 이를 담보하는 근저당권설정등기를 말소하기 위한 것으로 볼 수 있으므로, 그 변제에 의하여 피담보채무가 아닌 별개의 채무에 대한 승인 또는 소멸시효 이익의 포기가 있었다고 할 수 없다고 한 예.

784) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다14936 판결.

통해 추단하게 할 수 있는 방법으로 행해져야 한다.[785]

가분적 금전채권에 대하여 일부 전부(轉付)된 채권 부분과 전부되지 않은 채권 부분은 서로 별개의 독립된 분할채권이므로, 전부금청구소송에서의 조정에 갈음하는 결정에 따라 전부(轉付) 채무 중 일부를 변제한 사정만으로는 전부되지 않은 나머지 채무에 대한 소멸시효 이익을 포기하는 의사를 표시하였다고 단정할 수 없다.[786]

(3) 소멸시효 이익 포기 사유로서의 채무의 승인

소멸시효 '중단사유'로서의 채무승인은 시효이익을 받는 당사자인 채무자가 소멸시효의 완성으로 채권을 상실하게 될 자에 대하여 상대방의 권리 또는 자신의 채무가 있음을 알고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하는 이른바 '관념의 통지'로 여기에 어떠한 효과의사가 필요하지는 않지만, 시효완성 후 '시효이익의 포기'가 인정되려면 시효이익을 받는 채무자가 시효의 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다는 효과의사가 필요하기 때문에 시효완성 후 소멸시효 중단사유에 해당하는 채무의 승인이 있었다 하더라도 그것만으로는 곧바로 소멸시효 이익의 포기라는 '의사표시'가 있었다고 단정할 수 없다.[787]

소멸시효 이익의 포기사유로서의 채무의 승인은 그 표시의 방법에 아무런 제한이 없어 묵시적인 방법으로도 가능하기는 하지만, 적어도 채무자가 채권자에 대하여 부담하는 채무의 존재에 대한 인식의 의사를 표시함으로써 성립하게 되고, 그러한 취지의 의사표시가 존재하는지 여부의 해석은 그 표시된 행위 내지 의사표시의 내용과 동기 및 경위,

785) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다52031 판결. **[동일 취지]** 당사자 간에 계속적 거래관계가 있다고 하더라도 물품 등을 주문하고 공급하는 과정에서 기왕의 미변제 채무에 대하여 서로 확인하거나 확인된 채무의 일부를 변제하는 등의 절차가 없었다면 기왕의 채무의 존부 및 액수에 대한 당사자 간의 인식이 다를 수도 있는 점에 비추어 볼 때, 피고가 단순히 기왕에 공급받던 것과 동종의 물품을 추가로 주문하고 공급받았다는 사실만으로는 기왕의 채무의 존부 및 액수에 대한 인식을 묵시적으로 표시하였다고 보기 어렵다고 한 예(2004다59959).

786) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011다56187, 56194 판결; 채권자 甲 금융회사의 파산관재인 예금보험공사가 채무자 乙 회사의 제3채무자 丙 학교법인 등에 대한 매매대금반환채권 중 일부에 관하여 매매계약 해제일로부터 상법상 소멸시효기간 5년이 지난 후에 전부명령을 받아 제기한 전부금 등 청구소송에서 조정에 갈음하는 결정이 내려져 확정되자, 丙 법인 등이 그 결정에 따라 전부된 매매대금반환채무 중 일부를 변제하였는데, 그 후 乙 회사의 파산관재인 丁이 丙 법인 등은 위 일부 변제로 채무 전체에 대한 소멸시효 이익을 포기한 것이라고 주장하며 전부되지 않은 나머지 매매대금반환채권 중 일부에 대한 추심금을 청구한 사안에서, "가분적인 금전채권의 일부에 대한 전부명령이 확정되면 특별한 사정이 없는 한 전부명령이 제3채무자에 송달된 때에 소급하여 전부된 채권 부분과 전부되지 않은 채권 부분에 대하여 각기 독립한 분할채권이 성립하게 된다."고 판시한 후, 전부된 매매대금반환채권과 전부되지 않은 나머지 매매대금반환채권은 서로 별개의 독립된 분할채권인 점, 전부금 등 소송의 조정을 갈음하는 결정에서 확정된 권리의무관계의 범위 및 내용, 전부금 등 소송에서 조정을 갈음하는 결정에 따라 변제를 하게 된 동기 및 경위, 그와 같은 변제 등에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의도 등 여러 사정에 비추어 丙 법인 등이 조정에 갈음하는 결정에 따라 매매대금반환채무 중 일부를 변제한 사정만으로는 전부되지 않은 나머지 매매대금반환채무에 대한 소멸시효 이익을 포기하는 의사를 표시하였다고 단정할 수 없는데도, 이와 달리 본 원심판결에 소멸시효 이익의 포기에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

787) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다21556 판결.

당사자가 그 의사표시 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.[788]

채무 변제 사례 이외에, 소멸시효 완성 후 채무 승인으로 시효이익 포기를 긍정한 예[789]와 부정한 예[790]는 판례상 아래와 같다.

---

788) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다25299 판결.

789) ◎ **시효이익 포기 긍정례**
❶ 채권의 소멸시효 완성 후 채무자의 기한 유예 요청(65다2133) ❷ 甲의 乙에 대한 대여금채무가 이미 시효기간이 도과한 상태에 있었으나, 甲은 乙 등 채권자들의 빚 독촉을 피하여 수년 간 잠적하여 있다가 甲의 소재를 알아낸 乙이 丙 등을 대동하고 甲을 찾아가 채무변제를 요구하자, 甲은 다른 채권자들이 많이 있기 때문에 乙에 대한 채무만을 변제하기는 곤란하다고 변명하면서 좀 더 참아 줄 것을 요청하였고, 이에 乙이 사실은 위 대여금이 丙 등의 돈이라고 둘러대면서 甲에 대한 채권을 丙 등에게 양도하겠다고 하자, 甲이 乙의 甲에 대한 채권 5천만 원을 丙에게 양도한다는 내용의 채권양도서에 입회인으로 서명날인까지 하였다면, 甲은 소멸시효완성 후에 乙에 대한 채무를 승인한 것이고, 시효완성의 사실을 알고 그 이익을 포기한 것이라 추정할 수 있다고 한 사례(92다4796). ❸ 소유권이전등기청구권의 소멸시효기간이 지난 후에 등기의무자가 소유권이전등기를 해 주기로 약정, 합의한 바 있다면 다른 특단의 사정이 없는 한 이는 시효이익을 포기한 것으로 보아야 할 것이라고 한 사례(93다12824) ❶ 甲이 1977. 2. 8. 乙로부터 토지를 매수한 후 그 토지가 분할되고 그 일부가 토지구획정리사업으로 인하여 환지되었는데 乙이 甲의 사망 후 위 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 완성된 이후인 1989. 5.경 甲의 형에게 "위 환지된 토지 등은 자신과 관계가 없는 것이니까 조카들에게 주어 청산금을 납부하고 해결하도록 하라"고 하면서 위 환지 확정으로 인한 청산금고지서에 해당하는 청산금조서를 건네주어 甲의 자인 원고가 이를 소지하게 되었다면 乙은 토지에 관하여 소유권이전등기절차를 이행해 줄 채무의 존재를 승인함으로써 위 소멸시효완성으로 인한 이익을 포기한 사실을 추인할 수 있다고 한 사례(91다44872).

790) ◎ **시효이익 포기 부정례**
❶ 헌법상 국가원수이자 행정부 수반인 대통령이 국가의 불법적인 공권력 행사로 인하여 피해를 입은 사람들에게 피해보상을 하겠다는 취지를 밝혔다고 하더라도, 그것이 피해자들에 대한 사법상의 법률효과를 염두에 두고 한 것이 아니라 단순히 정치적으로 대통령으로서의 시정방침을 밝히면서 일반 국민들의 이해와 협조를 구한 것에 불과하다면, 그와 같은 행위로써 사법상으로 피해자들에 대한 국가배상채무를 승인하거나 소멸시효이익을 포기한 것으로 볼 수는 없다고 한 예(94다22927). ❷ 채무자가 채권자로부터 소멸시효가 완성된 연대보증채무의 이행청구를 받고 그 채무액의 일부를 지급하고 사건을 종결하자는 내용의 합의안을 제의하였다가 거절당한 **사안**에서, 합의안 제의의 배경 등 제반 사정에 비추어 채무자가 위 합의안을 제의한 사실만으로 채권자에게 연대보증채무를 부담하고 있다는 채무승인의 뜻을 확정적으로 표시한 것이라고 해석하기 어렵다고 한 사례(2008다25299). ❸ 유신반대 시위전력자에 대한 사법시험 3차 면접시험 불합격 처분과 관련하여, '진실과 화해를 위한 과거사정리위원회'가 위법하다고 결정하고 대한민국이 불합격처분을 취소하였으나 그것만으로 국가배상채무를 승인하거나 시효이익을 포기한 것으로 볼 수 없다고 한 사례(2009다92784). ❶ '소송에서의 상계항변은 소송상의 공격방어방법으로 피고의 금전지급의무가 인정되는 경우 자동채권으로 상계를 한다는 예비적 항변의 성격을 가지므로, 상계항변이 먼저 이루어진 후 대여금채권의 소멸을 주장하는 소멸시효항변이 있었던 경우에, 상계항변 당시 채무자인 피고에게 수동채권인 대여금채권의 시효이익을 포기하려는 효과의사가 있었다고 단정할 수 없고, 항소심 재판이 속심적 구조인 점을 고려하면 1심에서 공격방어방법으로 상계항변이 먼저 이루어지고 그 후 항소심에서 소멸시효항변이 이루어진 경우를 달리 볼 것은 아니다'라고 한 예(2011다21556). ㎏ 덧붙여, "대여금채권의 소멸시효가 완성된 후 피고가 상계항변을 하였다는 점을 들어 원고로 하여금 피고가 더 이상 시효를 원용하지 않을 것이라는 합리적인 기대 내지 신뢰를 가지게 하였다고 볼 수 없으므로, 상계항변을 한 후 소멸시효의 항변을 한 것이 신의칙에 반한다고 볼 수도 없다."라고 판시. ❺ 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다32458 판결: "통상 채무자는 강제집행을 중지시키거나 일정 기간 담보권 실행을 못하게 하는 한편 변제계획에 따른 변제를 완료하여 궁극적으로 채무에 대한 면책을 받으려는 목적으로 개인회생절차를 밟게 되는 점 등에 비추어 볼 때, 소외인이 개인회생신청을 하면서 채권자목록에 소멸시효기간이 완성된 피고의 근저당권부 채권을 기재하였다고 하여 그 시효이익을 포기하려는 효과의사까지 있었다고 보기는 어렵다."

사) 소멸시효 항변에 대한 반신의칙·권리남용의 재항변

채무자의 소멸시효 항변이 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용되지 않는다고 보기 위해서는, (1) ① 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 '불가능 또는 현저히 곤란'하게 하였거나, ② 그러한 조치가 '불필요하다고 믿게 하는 행동'을 하였거나, ③ '객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유'가 있었거나,[791] 또는 ④ 일단 시효완성 후에 채무자가 '시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도'를 보여 채권자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, ⑤ '채권자보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평'하게 되는 등의 특별한 사정[792]이 있고, (2) 채권자가 그러한 장애가 해소된 때부터 권리행사를 기대할 수 있는 '상당한 기간 내에 자신의 권리를 행사'하였어야 하는바, 이는 매우 예외적인 제한에 그쳐야 한다.[793]

위 (2)의 '상당한 기간'은 특별한 사정이 없는 한 민법상 시효정지의 경우에 준하여[794] 단기간으로 제한되어야 한다.[795] 개별 사건에서 매우 특수한 사정이 있어 그 기간을 연장하여 인정하는 것이 부득이한 경우에도 불법행위로 인한 손해배상청구의 경우 그 기간은 아무리 길어도 민법 제766조 제1항의 단기소멸시효기간인 3년을 넘어서는 아니 된다.[796]

---

791) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다201844 판결; "시효완성 전에 객관적으로 권리를 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있어 권리행사를 기대할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로서 허용될 수 없다." ☛ 대법원 2023. 12. 21. 선고 2018다303653 판결; "채권자에게 권리의 행사를 기대할 수 없는 객관적인 사실상의 장애사유가 있었던 경우에도 대법원이 이에 관하여 채권자의 권리행사가 가능하다는 법률적 판단을 내렸다면 특별한 사정이 없는 한 그 시점 이후에는 그러한 장애사유가 해소되었다고 볼 수 있다. … 강제동원 피해자 또는 그 상속인인 원고들에게는 2018년 전원합의체 판결이 선고될 때까지는 피고를 상대로 객관적으로 권리를 사실상 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 봄이 상당하다."

792) 이는, '채권자보호의 필요성이 큰 상태에서 채무자가 동일하게 시효가 완성된 다른 채권자에게는 임의로 변제를 하면서 당해 채권자에 대해서만 소멸시효 완성을 들어 채무이행을 거절하는 것과 같은 정도의 특별한 사정이 있어 시효 완성을 인정하면 현저히 부당하거나 불공평한 결과가 발생할 수밖에 없는 등의 경우'를 의미한다(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결).

793) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다90194, 90200 판결 등.

794) 천재 기타 사변의 경우(제182조) 1개월 외에는 제한능력자(제179조), 재산관리자에 대한 제한능력자의 권리, 부부 사이의 권리(제180조), 상속재산에 관한 권리(제181조)의 경우 모두 시효정지기간은 6개월이다.

795) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다90194, 90200 판결; 甲 교회(원고)가 토지를 매수하면서 교회의 대표자 겸 담임 목사 乙(피고)에게 매수인 명의를 신탁하였고 매도인은 이를 알지 못하였는데(매도인 선의의 계약명의신탁), 甲 교회가 실명등기 유예기간을 경과 후 乙을 상대로 토지의 부당이득반환을 구하자 乙이 소멸시효 항변을 한 **사안**에서, **원심**이, 피고의 소멸시효 항변이 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없다고 한 데 대하여, **대법원**은, '2007년 초경에는 원고와 피고 사이에 토지의 소유권에 관한 분쟁이 생겼고, 그 상태에서 피고는 2008. 3.경 원고 교회의 담임 목사직에서 은퇴하였다는 것이므로, 늦어도 2008. 3.경에는 원고가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 소멸되었다고 볼 수 있을 것인데, 원고는 그로부터 민법상 시효정지기간이 훨씬 지난 2009. 3. 19.에 이르러서야 피고에게 부당이득반환을 구하는 소를 제기하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 원고가 상당한 기간 내에 권리행사를 하였다고 볼 수는 없다'고 하여 원심을 파기한 예.

796) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결 등.

10) 제척기간

제척기간은 권리자로 하여금 해당 권리를 신속하게 행사하도록 함으로써 법률관계를 조속히 확정시키는 데에 그 제도의 취지가 있고, 그 기산점은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 권리가 발생한 때이다.[797] 제척기간 규정상 기산점을 지나서 발생하는 권리의 제척기간 기산일은 그 권리의 발생일이다.[798]

가) 제소기간과 재판 외 권리행사기간

제척기간은 권리를 기간 내에 재판상 행사하여야 하는 '제소기간(출소기간)'과 권리를 기간 내에 반드시 재판상 행사하여야만 하는 것은 아니고 재판 외에서 권리를 행사해도 되는 '재판 외 권리행사기간'으로 나뉜다.

법 문언상 '소를 제기할 수 있다', '소만으로 주장할 수 있다' 등으로 규정되어 있으면 제소기간, 단순히 '~년 내에 행사하여야 한다', '소멸한다' 등으로 규정되어 있으면 재판 외 권리행사기간으로 볼 것이지만, 점유보호청구의 경우[799] **예외**이다.[800]

대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다201844 판결: 수사기관의 위법행위 등으로 수집한 증거 등에 기초하여 유죄 확정판결을 받았다가 재심절차에서 무죄 확정판결을 받은 사람이 국가를 상대로 손해배상을 청구하는 경우, 재심무죄판결 확정 시까지는 손해배상청구를 기대할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었으므로, 채무자인 국가의 소멸시효 완성 항변은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없으나, 피해자는 특별한 사정이 없는 한 사실상의 장애가 해소된 '재심무죄판결 확정일'로부터 민법상 시효정지의 경우에 준하는 6개월의 기간 내에 권리를 행사하여야 하고, 형사보상법에 따른 형사보상청구는 소멸시효의 항변을 저지할 수 있는 권리행사의 '상당한 기간'을 연장할 특별한 사정에 해당하며, 그때는 '형사보상결정 확정일'로부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하면 상당한 기간 내에 권리를 행사한 것으로 볼 수 있으나, 이 경우에도 그 기간은 권리행사의 사실상의 장애사유가 객관적으로 소멸된 재심무죄판결 확정일로부터 3년을 넘을 수는 없다고 판시한 예.

797) 대법원 2016. 10. 19. 선고 2014다46648 전원합의체 판결.

798) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2020다280685 판결: **원심**이, 운송계약에 따라 항구에 도착한 화물을 피고 측이 수령하지 않아 발생한 컨테이너 초과사용료 및 터미널 보관료 상당의 채무불이행으로 인한 손해배상채권도 상법 제814조 제1항의 단기 제척기간 적용대상이고, 그 기산점인 '화물의 인도가 행하여져야 했던 날'로부터 1년이 훨씬 지나 제기된 운송계약에 기한 청구는 모두 제척기간이 도과하여 부적법하다고 한 데 대하여, **대법원**은 "제척기간은 적어도 권리가 발생하였음을 전제하는 것이고, 아직 발생하지 않은 권리에까지 그 제척기간에 관한 규정을 적용하여 권리가 소멸하였다고 볼 수는 없다."라고 한 다음, "컨테이너 초과사용료 및 터미널 보관료 상당의 손해는 날마다 계속 발생하여 나날이 새로운 채무불이행에 기한 손해가 발생하고 있다. … 원고의 손해배상채권은 '화물의 인도가 행하여져야 했던 날'을 지나서도 발생할 수 있는데, 상법 제814조 제1항 제척기간의 기산점으로서 '화물의 인도가 행하여져야 했던 날'을 지나서 발생하는 위 손해배상채권의 제척기간 기산일은 그 채권의 발생일이라고 해석함이 타당하다."라고 판단한 예.

799) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다8097, 8103 판결: "민법 제204조 제3항과 제205조 제2항에 의하면 점유를 침탈당하거나 방해를 받은 자의 침탈자 또는 방해자에 대한 청구권은 그 점유를 침탈당한 날 또는 점유의 방해행위가 종료된 날로부터 1년 내에 행사하여야 하는 것으로 규정되어 있는데, 여기에서 제척기간의 대상이 되는 권리는 형성권이 아니라 통상의 청구권인 점과 점유의 침탈 또는 방해의 상태가 일정한 기간을 지나게 되면 그대로 사회의 평온한 상태가 되고 이를 복구하는 것이 오히려 평화질서의 교란으로 볼 수 있게 되므로 일정한 기간을 지난 후에는 원상회복을 허용하지 않는 것이 점유제도의 이상에 맞고 여기에 점유의 회수 또는 방해제거 등 청구권에 단기의 제척기간을 두는 이유가 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위의 제척기간은 재판 외에서 권리행사하는 것으로 족한 기간이 아니라 반드시 그 기간 내에 소를 제기하여야 하는 이른바 출소기간으로 해석함이 상당하다."

800) **제소기간에 해당하는 예**로는, 점유보호청구(~로부터 1년 내에 행사하여야 한다), 채권자취소(법원에 청구할 수 있다. 전항의 소는 ~내에 제기하여야 한다; 2000다44348), 재산분할청구(가정법원은 당사자의 청구에 의하

서면에 의하지 아니한 증여계약의 해제(민법 제555조)는 본래 의미의 해제와는 달리 형성권의 제척기간의 적용을 받지 않는 특수한 철회로서, 10년이 경과한 후에 이루어졌다 하더라도 원칙적으로 적법하다.[801]

나) 권리행사 방법

제소기간의 경우 소를 제기한 때,[802] 즉 소장을 법원에 제출한 때(소송을 이송한 경우에는 '이송된 때'가 아니라 민사소송법 제40조 제1항[803]에 따라 처음에 '소가 제기된 때'이고,[804] 승계참가가 인정되는 경우에는 '승계참가 시'가 아니라 '원래의 소 제기 시'이다.[805])에 기간준수의 효과가 발생하지만, 재판 외 권리행사기간의 경우 권리행사의 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 기간준수의 효과가 발생한다.[806]

채권양도 통지는 그 사실을 알리는 것 외에 '그 이행을 청구하는 뜻이 별도로 덧붙여지는 등의 특별한 사정'이 있어야 제척기간 준수에 필요한 권리의 재판 외 행사에 해당한다.[807]

여 … 정한다. ~부터 2년을 경과한 때에는 소멸한다; 94다17536), 상속회복청구(상속회복의 소를 제기할 수 있다. ~부터 10년을 경과하면 소멸된다; 92다3083), 상속회복청구의 일종인 민법 제1014조에 의한 피인지자 등의 상속분상당가액지급청구(2006므2757, 2764), 친생자관계존부확인의 소(소를 제기할 수 있다; 2003므2503), 사실혼관계 존부확인청구(명문의 규정 없이 판례가 유추적용한 예; 81므76), 신주발행무효의 소(6월 내에 소만으로 이를 주장할 수 있다; 2010다49380), 자본감소무효의 소(6개월 내에 소만으로 주장할 수 있다; 2007다12012) 등이 있다.

재판 외의 권리행사기간에 해당하는 예로는, 민법 제146조 소정의 취소권(~년 내에 행사하여야 한다; 2008다27301, 27318), 매도인의 하자담보책임(~내에 행사하여야 한다; 2003다20190), 수급인의 하자담보책임(~로부터 1년 내에 하여야 한다; 2001다24891), 보험계약의 해지권(99다50712), 구 증권거래법 제188조 제2항 소정의 단기매매차익 반환청구권(~년 내에 행사하지 아니한 때에는 소멸한다; 2011다80203), 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제9조 소정의 환매권(98다46945) 등이 있다.

801) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결.

802) 민사소송법 제265조(소제기에 따른 시효중단의 시기) 시효의 중단 또는 법률상 기간을 지킴에 필요한 재판상 청구는 소를 제기한 때 또는 제260조 제2항·제262조 제2항 또는 제264조 제2항의 규정에 따라 서면을 법원에 제출한 때에 그 효력이 생긴다.

803) 민사소송법 제40조(이송의 효과) ① 이송결정이 확정된 때에는 소송은 처음부터 이송받은 법원에 계속된 것으로 본다.

804) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83다카1981 전원합의체 판결.

805) 대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결.

806) ❶ 2008다27301,27318; "취소권자가 취소의 의사표시를 담은 반소장 부본을 원고에게 송달함으로써 취소권을 재판상 행사하는 경우에는 반소장 부본이 원고에게 도달한 때에 비로소 취소권 행사의 효력이 발생하여 취소권자와 원고 사이에 취소의 효력이 생기므로, 취소의 의사표시가 담긴 반소장 부본이 제척기간 내에 송달되어야만 취소권자가 제척기간 내에 적법하게 취소권을 행사였다고 할 것이다." ❷ 99다50712; "해지의 의사표시는 민법의 일반원칙에 따라 보험계약자 또는 그의 대리인에 대한 일방적 의사표시에 의하며, 그 의사표시의 효력은 상대방에게 도달한 때에 발생하므로 해지권자가 해지의 의사표시를 담은 소장 부본을 피고에게 송달함으로써 해지권을 재판상 행사하는 경우에는 그 소장 부본이 피고에게 도달할 때에 비로소 해지권 행사의 효력이 발생한다 할 것이어서, 해지의 의사표시가 담긴 소장 부본이 제척기간 내에 피고에게 송달되어야만 해지권자가 제척기간 내에 적법하게 해지권을 행사하였다고 할 것이고, 그 소장이 제척기간 내에 법원에 접수되었다고 하여 달리 볼 것은 아니다." ❸ 98다46945; "환매권자가 환매의 의사표시를 담은 소장 부본을 피고에게 송달함으로써 환매권을 재판상 행사하는 경우에는 그 소장 부본이 피고에게 도달할 때에 비로소 환매권 행사의 효력이 발생하여 환매권자와 피고 사이에 매매의 효력이 생긴다 할 것이므로, 환매의 의사표시가 담긴 소장 부본이 위 제척기간 내에 피고에게 송달되어야만 환매권자가 제척기간 내에 적법하게 환매권을 행사하였다고 할 것이다."

807) 대법원 2012. 3. 22. 선고 2010다28840 전원합의체 판결의 다수의견.

다) 소송상 취급(직권조사사항)

법원은 제소기간인 제척기간의 준수 여부에 관하여 직권으로 조사한 후 그 기간을 도과한 후에 제기된 소는 부적법한 소로서 그 흠결을 보정할 수 없으므로 이를 각하하여야 한다.[808] 재판 외 권리행사기간인 제척기간의 준수 여부도 직권조사사항으로서 이에 대한 당사자의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 조사하여 재판에 고려하여야 한다.[809] 당사자가 제척기간의 도과 여부를 사실심 변론종결 시까지 주장하지 아니하였다 하더라도 상고심에서 이를 새로이 주장·증명할 수 있다.[810]

제척기간의 도과에 관한 증명책임은 권리행사의 상대방에게 있다.[811]

제척기간은 불변기간이 아니어서 그 기간을 지난 후에는 당사자가 책임질 수 없는 사유로 그 기간을 준수하지 못하였더라도 추후에 보완될 수 없다.[812]

라) 소멸시효와의 비교

(1) 판별기준

원칙적으로 법 문언상 '시효로 인하여 소멸한다', '소멸시효가 완성한다'라고 규정되어 있으면 소멸시효기간이고 그렇지 아니하면 제척기간으로 봄이 일반적이다.

(2) 차 이 점

앞서 본 바와 같이, 소멸시효는 그 이익을 받는 자가 소송에서 주장을 하여야 하지만, 제척기간의 준수 여부는 직권조사사항이다.

소멸시효는 그 기산일에 소급하여 효력이 생기지만(민법 제167조), 제척기간은 그 도과로 장래에 향하여 권리가 소멸할 뿐이다.[813]

---

808) 채권자취소-2000다44348, 상속회복청구-92다3083, 사실혼관계 존부확인청구-81므76.

809) 98다46945(구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제9조 소정의 환매권), 96다25371(취소권).
환매를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 경우 행사기간의 경과로 인하여 소멸된 환매권의 행사를 청구원인으로 하고 있다고 하여도 소 자체가 부적법한 것이 되는 것은 아니고 단지 환매권의 행사로서 형성하려는 법률관계인 매매의 효과가 발생하지 않는 데 그쳐 그 청구원인 사실이 인정되지 않는다는 이유로 당해 청구를 기각하면 되고, 소 자체를 부적법하다고 보아 각하할 것은 아니다(98다46945).

810) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019다205947 판결.

811) ○ 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결: "제척기간의 도과에 관한 입증책임은 채권자취소소송의 상대방에게 있다."
○ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다79674 판결; "피고는 상고심에 이르러 이 사건 소는 피고가 이 사건 감사보고서를 소외 1 주식회사에 제출한 2000. 2. 23.부터 3년이 경과하였으므로 부적법하다고 주장하나, … 이 사건 소 제기일부터 3년 이전에 이 사건 감사보고서가 제출되었다는 점을 인정할 충분한 증거가 없으므로, 위 주장 역시 받아들이지 아니한다."
○ 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758, 16765 판결; "원고들이 이 사건 소 제기일인 2000. 10. 24.부터 1년 전인 1999. 10. 24. 이전에 이 사건 감사보고서에 회계를 분식한 허위의 기재가 있다는 사정을 알았다고 인정할 증거가 없다는 이유로, 법 제186조의5, 제16조가 정하는 제척기간이 도과하였다는 피고들의 항변을 배척한 것은 정당한 판단으로 수긍할 수 있다."

812) 대법원 2003. 8. 11.자 2003스32 결정.

제척기간의 경우 그 성질에 비추어 소멸시효와 같은 기간의 중단이나 정지는 있을 수 없다.[814]

소멸시효의 이익은 미리 포기하지 못하고, 소멸시효는 법률행위에 의하여 이를 배제, 연장 또는 가중할 수 없으나 이를 단축 또는 경감할 수 있는바(민법 제184조), 제척기간의 경우에도 동일한지에 관하여 일반론으로 설시한 판례는 없다. ❶ 판례는, ⓐ '매매예약의 완결권'의 경우 그 행사기간을 약정한 때에는 그 기간 내에,[815] 그러한 약정이 없는 때에는 그 예약이 성립한 때로부터 10년 내에 이를 행사하여야 하는데,[816] 당사자 사이에 약정하는 예약 완결권의 행사기간에 특별한 제한은 없다[817]고 하는 한편, ⓑ '계약'에 따라 발생하는 '형성권'인 '주식 매도·매수청구권'은, 그 행사기간을 약정한 때에는 그 기간 내에 행사되지 않으면 제척기간의 경과로 소멸하고, 약정이 없는 때에는 그 기초가 되는 계약의 성격 등을 고려하여 행사기간을 정해야 하는데, 상행위인 투자 관련 계약에 따른 투자자의 주식매수청구권은 '상사소멸시효에 관한 상법 제64조를 유추적용'하여 5년의 제척기간이 지나면 소멸한다[818]고 한다. ❷ 당사자의 합의에 의한 단기제척기간의

---

813) 다만, 상속회복청구권이 제척기간의 경과로 소멸하게 되면 상속인은 상속인으로서의 지위, 즉 상속에 따라 승계한 개개의 권리의무도 또한 총괄적으로 상실하게 되고, 그 반사적 효과로서 참칭상속인의 지위는 확정되어 참칭상속인이 상속개시 시로부터 소급하여 상속인으로서의 지위를 취득한 것으로 본다(대법원 1994. 3. 25. 선고 93다57155 판결 등).

814) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004두2509 판결, 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다26425 판결.

815) 민법 제564조 제2항에 '의사표시의 기간을 정하지 아니한 때에는'이라고 규정하고 있어 행사기간의 약정이 가능함을 나타내고 있다.

816) 대물변제예약 완결권 역시 일종의 형성권으로서 당사자 사이에 그 행사기간을 약정한 때에는 그 기간 내에, 그러한 약정이 없는 때에는 그 권리가 발생한 때로부터 10년 내에 이를 행사하여야 하고, 이 기간을 도과한 때에는 예약완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸한다(97다12488). 구 징발재산정리에 관한 특별조치법 제20조 소정의 환매권은 일종의 형성권으로서 국방부장관으로부터 환매권행사의 통지가 없는 경우에는 환매권이 발생한 때로부터 10년의 제척기간에 걸린다(90다13420). ☛ 따라서 제척기간을 따로 정하고 있지 않은 경우 형성권의 제척기간을 10년으로 보는 것이 판례의 기본적인 입장이라 할 수 있으나, 상사소멸시효 규정의 유추적용으로 5년의 제척기간을 적용한 대법원 2022. 7. 14. 선고 2019다271661 판결의 법리가 일반적인 형성권의 행사기간에도 동일하게 적용될 여지가 있다.

817) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016다42077 판결; **원심**이, 원고가 피고에게 2002. 4. 26.자 매매의 일방예약을 원인으로 한 가등기를 마쳐 준 사실을 인정한 다음, 원·피고 사이에 예약 완결권을 2032. 4. 25.까지 행사할 수 있도록 약정한 사실은 인정되나, 피고의 예약 완결권은 10년을 초과하여 약정한 위 기간까지 존속하는 것은 아니고, 2002. 4. 26.부터 10년이 경과한 2012. 4. 25. 제척기간 10년의 도과로 소멸하였으므로, 피고는 원고에게 가등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 약정한 2032. 4. 25.이 지나야 예약 완결권이 제척기간의 경과로 소멸한다고 판단한 예. ⇔ 이와 배치되는 94다22682,22699는 사실상 폐기된 것으로 볼 것이다.

818) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2019다271661 판결; "투자 관련 계약에서 당사자 일방이 상대방에게 자신이 보유한 주식의 매수를 청구하면 주식에 관한 매매계약이 체결되는 것으로 정한 경우 이러한 주식매수청구권은 일방의 의사표시에 따라 매매계약이라는 새로운 법률관계를 형성하는 권리로서 일종의 형성권에 해당한다. … 계약에 따라 발생하는 형성권인 주식매수청구권의 행사기간은 제척기간이다. … 법률관계를 조속히 확정할 필요성의 정도는 그 권리를 정한 계약마다 다르므로, 주식매수청구권의 행사기간을 정할 때에도 이를 고려해야 한다. … 계약에서 주식매수청구권의 행사기간을 약정한 때에는 주식매수청구권은 그 기간 내에 행사되지 않으면 제척기간의 경과로 소멸한다. … 주식매수청구권의 행사기간에 관한 약정이 없는 때에는 그 기초가 되는 계약의 성격, 주식매수청구권을 부여한 동기나 그로 말미암아 달성하고자 하는 목적, 주식매수청구권 행사로 발생하는 채권의

연장을 인정한 규정(상법 제814조 제1항 소정의 '운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무'[819]의 1년 단기 제척기간의 연장 규정)도 있다.[820] ❸ 수급인의 담보책임 기간을 단축하는 약정이 유효함을 전제로 한 판례도 있다.[821] ❹ 상법 제340조의2 소정의 '주식매수선택권'의 경우, 주주총회 결의와 개별 계약을 통해 행사기간의 종기를 자유롭게 정할 수 있고, 주주총회 결의 후 선택권 부여 계약에서 행사기간을 일부 변경·조정하는 것도 유효하다.[822] ❺ '해상운송인의 송하인·수하인에 대한 채권·채무'의 '제척기간'(상법 제814조

행사기간 등을 고려하여 주식매수청구권의 행사기간을 정해야 한다. 상행위인 투자 관련 계약에서 투자자가 약정에 따라 투자를 실행하여 주식을 취득한 후 투자대상회사 등의 의무불이행이 있는 때에 투자자에게 다른 주주 등을 상대로 한 주식매수청구권을 부여하는 경우가 있다. … 주주 간 계약에서 정하는 의무는 의무자가 불이행하더라도 강제집행이 곤란하거나 그로 인한 손해액을 주장·증명하기 어려울 수 있는데, 이때 주식매수청구권 약정이 있으면 투자자는 주식매수청구권을 행사하여 상대방으로부터 미리 약정된 매매대금을 지급받음으로써 상대방의 의무불이행에 대해 용이하게 권리를 행사하여 투자원금을 회수하거나 수익을 실현할 수 있게 된다. 이러한 주식매수청구권은 상행위인 투자 관련 계약을 체결한 당사자가 달성하고자 하는 목적과 밀접한 관련이 있고, 그 행사로 성립하는 매매계약 또한 상행위에 해당하므로, 이때 주식매수청구권은 상사소멸시효에 관한 상법 제64조를 유추적용하여 5년의 제척기간이 지나면 소멸한다고 보아야 한다. … 투자 관련 계약에서 투자대상회사 등의 의무불이행이 있는 때에 투자자가 형성권인 주식매수청구권을 행사할 수 있다고 정한 경우 특별한 사정이 없는 한 그 행사기간은 투자대상회사 등의 의무불이행이 있는 때부터 기산한다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 행사기간이 지난 다음에 비로소 투자대상회사 등의 의무불이행이 있는 경우에 투자자가 주식매수청구권을 행사할 수 없게 되어 불합리하다."

819) 그 청구원인이 계약인 경우뿐만 아니라 불법행위인 경우에도 위 제척기간이 적용된다(대법원 2022. 12. 1. 선고 2020다280685 판결).

820) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다244761 판결; "**상법 제814조 제1항**은 본문에서 '운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다.'라고 규정하여 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권·채무의 단기 제척기간에 관하여 정하는 한편, 단서에서 '다만 이 기간은 당사자의 합의에 의하여 연장할 수 있다.'라고 규정하여 당사자의 합의에 의한 위 기간의 연장을 인정하고 있다. 상법 제814조 **제2항**은 '운송인이 인수한 운송을 다시 제3자에게 위탁한 경우에 송하인 또는 수하인이 제1항의 기간 이내에 운송인과 배상합의를 하거나 운송인에게 재판상 청구를 하였다면, 그 합의 또는 청구가 있은 날부터 3개월이 경과하기 이전에는 그 제3자에 대한 운송인의 채권·채무는 제1항에도 불구하고 소멸하지 아니한다. 운송인과 그 제3자 사이에 제1항 단서와 동일한 취지의 약정이 있는 경우에도 또한 같다.'라고 규정하여 운송이 다시 제3자에게 위탁된 경우의 특칙을 정하고 있다. 상법 제814조 제2항 전단에서 규정한 '제1항의 기간'이란 상법 제814조 제1항 본문에서 정한 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년의 기간은 물론, 상법 제814조 제1항 단서에 따라 당사자의 합의에 의하여 연장된 기간을 포함한다고 보아야 한다." ☛ 위 제척기간의 기산점은 '운송물을 인도한 날 또는 인도할 날'인데, 운송물의 인도는 운송물에 대한 점유 즉, 사실상의 지배·관리가 정당한 수하인에게 이전되는 것으로서 선하증권이 발행된 경우에는 선하증권의 정당한 소지인에게 인도하여야 하므로, 운송인이 운송계약상 정해진 양륙항에 도착한 후 운송물을 선창에서 인도 장소까지 반출하여 보세창고업자에게 인도하는 것만으로는 그 운송물이 운송인의 지배를 떠나 정당한 수하인에게 인도된 것으로 볼 수 없고, 운송물이 멸실되거나 운송물의 인도가 불가능하게 된 경우에는 '운송물을 인도할 날'을 기준으로 제척기간이 도과하였는지를 판단하여야 하는데, '운송물을 인도할 날'이란 통상 운송계약이 그 내용에 좇아 이행되었으면 인도가 행하여져야 했던 날을 의미한다(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019다205947 판결).

821) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다19032 판결; "민법 제672조가 수급인이 담보책임이 없음을 약정한 경우에도 알고 고지하지 아니한 사실에 대하여는 그 책임을 면하지 못한다고 규정한 취지는 그와 같은 경우에도 담보책임을 면하게 하는 것은 신의성실의 원칙에 위배된다는 데 있으므로, 담보책임을 면제하는 약정을 한 경우뿐만 아니라 담보책임기간을 단축하는 등 법에 규정된 담보책임을 제한하는 약정을 한 경우에도 수급인이 알고 고지하지 아니한 사실에 대하여 그 책임을 제한하는 것이 신의성실의 원칙에 위배된다면 위 규정의 취지를 유추하여 그 사실에 대하여는 담보책임이 제한되지 않는다고 보아야 한다."

822) 대법원 2018. 7. 26. 선고 2016다237714 판결; "회사는 정관으로 정하는 바에 따라 상법 제434조가 정한 주주총회의 특별결의로 회사의 설립·경영과 기술혁신 등에 기여하거나 기여할 수 있는 회사의 이사, 집행임원,

제1항)과 같이 '청구권'에 관하여 당사자들이 '합의'하여 그 제척기간을 '연장'할 수 있는 경우, 그 기간이 지난 뒤에 그 기간 경과의 이익을 받는 당사자는 제척기간 경과로 인한 권리소멸의 이익을 '포기'(제척기간이 지난 사실을 알면서도 그로 인한 이익을 받지 않겠다는 의사가 있어야 한다)할 수 있다.[823]

(3) 동 일 점

제척기간도 소멸시효처럼 그 기간의 도과로 권리는 절대적으로 소멸한다.[824] 일부 청구의 경우 청구된 부분에 한하여 제척기간 준수의 효력이 생기고,[825] 장차 감정 결과에 따라 청구금액을 확장할 것을 전제로 일부를 청구한다는 뜻인 경우 청구취지 확장으로 추가된 부분에 관해서도 소제기 당시에 제척기간 준수의 효력이 생긴다.[826]

감사 또는 피용자에게 미리 정한 가액으로 신주를 인수하거나 자기의 주식을 매수할 수 있는 권리(이하 '주식매수선택권'이라 한다)를 부여할 수 있다(상법 제340조의2 제1항). … 주식매수선택권 부여에 관한 주주총회 결의는 회사의 의사결정절차에 지나지 않고, 특정인에 대한 주식매수선택권의 구체적 내용은 일반적으로 회사가 체결하는 계약을 통해서 정해진다. 주식매수선택권을 부여받은 자는 계약에서 주어진 조건에 따라 계약에서 정한 기간 내에 선택권을 행사할 수 있다. … 상법은 주식매수선택권을 행사할 수 있는 시기(始期)만을 제한하고 있을 뿐 언제까지 행사할 수 있는지에 관해서는 정하지 않고 회사의 자율적인 결정에 맡기고 있다. 따라서 회사는 주식매수선택권을 부여받은 자의 권리를 부당하게 제한하지 않고 정관의 기본 취지나 핵심 내용을 해치지 않는 범위에서 주주총회 결의와 개별 계약을 통해서 주식매수선택권을 부여받은 자가 언제까지 선택권을 행사할 수 있는지를 자유롭게 정할 수 있다고 보아야 한다. … 주주총회 결의 시 해당 사항의 세부적인 내용을 빠짐없이 정하도록 예정한 것으로 보기는 어렵다. 이후 회사가 주식매수선택권 부여에 관한 계약을 체결할 때 주식매수선택권의 행사기간 등을 일부 변경하거나 조정한 경우 그것이 주식매수선택권을 부여받은 자, 기존 주주 등 이해관계인들 사이의 균형을 해치지 않고 주주총회 결의에서 정한 본질적인 내용을 훼손하는 것이 아니라면 유효하다고 보아야 한다." ☞ 회사의 정관이나 주주총회 결의와는 달리, 5년의 권리행사기간 중 퇴직하는 경우에는 행사기간을 퇴직일부터 3개월로 단축하는 주식매수선택권 부여계약이 유효하다고 한 예.

823) 대법원 2022. 6. 9. 선고 2017다247848 판결; "상법 제814조 제1항에서 정한 제척기간이 지난 뒤에 그 기간 경과의 이익을 받는 당사자가 기간이 지난 사실을 알면서도 기간 경과로 인한 법적 이익을 받지 않겠다는 의사를 명확히 표시한 경우에는, 소멸시효 완성 후 이익의 포기에 관한 민법 제184조 제1항을 유추적용하여 제척기간 경과로 인한 권리소멸의 이익을 포기하였다고 인정할 수 있다. … 상법 제814조 제1항에서 정한 제척기간은 청구권에 관한 것으로서 그 권리가 행사되지 않은 채 일정한 기간이 지나면 권리가 소멸하거나 효력을 잃게 된다는 점에서 소멸시효와 비슷하다. … 제척기간을 정한 규정의 취지와 목적, 권리의 종류·성질 등에 비추어, 당사자들이 합의하여 그 기간을 연장할 수 있는 경우와 같이 기간 경과로 인한 이익 포기를 허용해도 특별히 불합리한 결과가 발생하지 않는 경우라면, 시효이익 포기에 관한 민법 제184조 제1항을 유추적용하여 당사자에게 그 기간 경과의 이익을 포기할 수 있도록 하여 법률관계에 관한 구체적인 사정과 형평에 맞는 해결을 가능하게 하는 것이 부당하다고 할 수 없다." ☞ **원심**은, 위 제척기간에 대해서는 그 기간의 경과로 인한 이익의 포기를 인정할 수 없다 하여 소가 부적법하다고 판단하였으나, **대법원**은, "원고는 상법 제814조 제1항에서 정한 제척기간이 지난 뒤에 피고에게 기간 연장을 요청하였고 피고가 이에 동의하였으므로, 원심으로서는 피고가 제척기간이 지난 사실을 알면서도 그로 인한 이익을 받지 않겠다는 의사를 가지고 위와 같이 기간 연장에 동의하였는지를 살핀 뒤에 그에 따라 이 사건 소의 적법 여부에 대하여 판단했어야 한다."라고 한 예.

824) 94다22682, 22699("기간의 경과 자체만으로 곧 권리소멸의 효과를 가져오게 하는 것"), 2008다88368("기간의 도과로 …당연히 소멸한다.").

825) 대법원 2018. 6. 22.자 2018스18 결정; "재산분할청구권은 협의상 또는 재판상 이혼한 날부터 2년이 지나면 소멸한다. 2년 제척기간 내에 재산의 일부에 대해서만 재산분할을 청구한 경우 청구 목적물로 하지 않은 나머지 재산에 대해서는 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 없으므로, 재산분할청구 후 제척기간이 지나면 그때까지 청구 목적물로 하지 않은 재산에 대해서는 청구권이 소멸한다. 재산분할재판에서 분할대상인지 여부가 전혀 심리된 바 없는 재산이 재판확정 후 추가로 발견된 경우에는 이에 대하여 추가로 재산분할청구를 할 수 있다. 다만 추가 재산분할청구 역시 이혼한 날부터 2년 이내라는 제척기간을 준수하여야 한다."

소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있는바(민법 제495조), 이는 제척기간의 경우에도 유추적용된다.[827]

마) 소멸시효기간과의 경합

제척기간이 적용되는 '하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권'이나 '수급인의 담보책임에 기한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권'에도 소멸시효의 규정이 적용되고, 제척기간 규정으로 인하여 소멸시효 규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없다.[828]

형성권 행사로 발생한 청구권은 형성권의 제척기간과는 별도로 형성권을 행사한 때로부터 일반채권과 같이 소멸시효기간이 진행되고, 위 제척기간 내에 이를 행사하여야 하는 것은 아니다.[829] 이에 어긋나는 판례로서, 임치계약 해지에 따른 임치물 반환청구권의

826) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006므2757, 2764 판결: "상속회복청구권의 경우 상속재산의 일부에 대해서만 제소하여 제척기간을 준수하였을 때에는 청구의 목적물로 하지 않은 나머지 상속재산에 대해서는 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 없고, 민법 제1014조에 의한 상속분상당가액지급청구권의 경우도 민법 제999조 제2항의 제척기간이 도과되면 소멸하므로 그 기간 내에 한 청구채권에 터 잡아 제척기간 경과 후 청구취지를 확장하더라도 그 추가 부분의 청구권은 소멸한다고 할 것이나, 만일 상속분상당가액지급청구권의 가액 산정 대상 재산을 인지 전에 이미 분할 내지 처분된 상속재산 전부로 삼는다는 뜻과 다만 그 정확한 권리의 가액을 알 수 없으므로 추후 감정결과에 따라 청구취지를 확장하겠다는 뜻을 미리 밝히면서 우선 일부의 금액만을 청구한다고 하는 경우 그 청구가 제척기간 내에 한 것이라면, 대상 재산의 가액에 대한 감정결과를 기다리는 동안 제척기간이 경과되고 그 후에 감정결과에 따라 청구취지를 확장한 때에는, 위와 같은 청구취지의 확장으로 추가된 부분에 관해서도 그 제척기간은 준수된 것으로 봄이 상당하다 할 것이다."

827) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다255648 판결: "매도인의 담보책임을 기초로 한 매수인의 손해배상채권 또는 수급인의 담보책임을 기초로 한 도급인의 손해배상채권이 각각 상대방의 채권과 상계적상에 있는 경우에 당사자들은 채권·채무관계가 이미 정산되었거나 정산될 것으로 기대하는 것이 일반적이므로, 그 신뢰를 보호할 필요가 있다. 이러한 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 그 기간이 지나기 전에 상대방에 대한 채권·채무관계의 정산 소멸에 대한 신뢰를 보호할 필요성이 있다는 점은 소멸시효가 완성된 채권의 경우와 아무런 차이가 없다. 따라서 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우에는 매수인이나 도급인은 민법 제495조를 유추적용해서 위 손해배상채권을 자동채권으로 해서 상대방의 채권과 상계할 수 있다고 봄이 타당하다."

828) ❶ 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다10266 판결(甲이 乙 등에게서 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마쳤는데 위 부동산을 순차 매수한 丙이 부동산 지하에 매립되어 있는 폐기물을 처리한 후 甲을 상대로 처리비용 상당의 손해배상청구소송을 제기하였고, 甲이 丙에게 위 판결에 따라 손해배상금을 지급한 후 乙 등을 상대로 하자담보책임에 기한 손해배상으로서 丙에게 기지급한 돈의 배상을 구한 **사안**에서, 甲의 하자담보에 기한 손해배상청구권은 甲이 乙 등에게서 부동산을 인도받았을 것으로 보이는 소유권이전등기일로부터 소멸시효가 진행하는데, 甲이 그로부터 10년이 경과한 후 소를 제기하였으므로, 甲의 하자담보책임에 기한 손해배상청구권은 이미 소멸시효 완성으로 소멸되었다고 한 사례). ❷ 대법원 2011. 12. 8. 선고 2009다25111 판결(건설공사에 관한 도급계약이 상행위에 해당하는 경우 그 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임은 상법 제64조 본문에 의하여 원칙적으로 5년의 소멸시효에 걸리는 것으로 보아야 한다고 한 사례). ❸ 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011다56491 판결(**원심**이 민법상 수급인의 하자담보책임인 아파트의 하자보수에 갈음한 손해배상청구권에 대하여는 소멸시효가 적용되지 아니하고 제척기간만이 적용된다는 이유로, 위 손해배상청구권이 시효로 소멸하였는지 여부에 관하여는 아무런 판단을 하지 아니한 채, 피고가 제척기간이 도과하기 이전에 원고에게 하자보수를 청구하였으므로 위 손해배상청구권은 소멸하지 아니하였다고만 판단한 데에는 수급인의 담보책임의 소멸시효에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례).

829) ❶ 대법원 1991. 2. 22. 선고 90다13420 판결: "징발재산정리에 관한 특별조치법 제20조 소정의 환매권은 일종의 형성권으로서 … 재판상이든 재판외이든 위 기간 내에 이를 행사하면 이로써 매매의 효력이 생기는 것이고 반드시 위 기간 내에 재판상 행사하여야 되는 것은 아니며 또한 환매권의 행사로 발생한 소유권이전등기청구권은 위 기간 제한과는 별도로 환매권을 행사한 때로부터 일반채권과 같이 민법 제162조 제1항 소정의 10년의

소멸시효는 임치계약이 성립하여 임치물이 수치인에게 인도된 때부터 진행하는 것이지, 임치인이 임치계약을 해지한 때부터 진행한다고 볼 수 없다고 한 것이 있으나, 이는 타당한 것이 아니다.[830]

2. 물 권

가. 소유권 등에 기한 물권적 청구권의 행사

1) 물권적 청구권 일반론

물권적 청구권은 물권의 완전한 행사가 방해되거나 방해를 받을 우려가 있는 경

소멸시효기간이 진행되는 것이지 위 제척기간 내에 이를 행사하여야 하는 것은 아니라고 보아야 할 것이다." ❷ 원고가 토지 환매권을 행사할 수 있게 된 1972. 11. 1.부터 제척기간 10년이 경과하기 전인 1982. 8. 환매권을 행사하였고 다시 그때로부터 소멸시효기간 10년이 경과하지 아니한 1989. 5. 27. 위 환매권행사로 발생한 소유권이전등기청구권에 기하여 피고를 상대로 소를 제기하였으므로 위 환매권과 그 행사에 의한 소유권이전등기청구권은 위 각 기간 내에 적법하게 행사하였다고 판단한 예. ❷ 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다63267 판결: 피고가 2002. 1. 30. 소외인 앞으로 아파트 소유권이전등기를 마쳐 줌으로써 분양계약이 이행불능 된 때로부터 5년이 경과한 후인 2008. 1. 14. 분양계약의 해제로 인한 원상회복청구의 소를 제기한 사안에서, 원심이, 해제권 발생 사로부터 소멸시효가 진행함을 전제로 소멸시효 항변을 받아들인 데 대하여, 대법원은, "계약의 해제로 인한 원상회복청구권의 소멸시효는 해제 시, 즉 원상회복청구권이 발생한 때부터 진행"한다 하여 원심을 파기한 예.

830) 대법원 2022. 8. 19. 선고 2020다220140 판결: "임치계약 해지에 따른 임치물 반환청구는 임치계약 성립 시부터 당연히 예정된 것이고, 임치계약에서 임치인은 언제든지 계약을 해지하고 임치물의 반환을 구할 수 있는 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 임치물 반환청구권의 소멸시효는 임치계약이 성립하여 임치물이 수치인에게 인도된 때부터 진행하는 것이지, 임치인이 임치계약을 해지한 때부터 진행한다고 볼 수 없다." ☛ 임차물 반환청구권의 소멸시효는 임치기간이 정해진 경우에는 임치기간 만료 시부터, 기간의 약정이 없는 임치계약의 경우에는 임치계약 해지 시부터 진행한다고 봄이 옳다. 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하고 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하는데(2008다15865 판결), 기간의 약정이 없는 임치계약의 해지 전에는 임치물 반환청구권이 발생하지 않고 그 권리를 행사할 수도 없으므로, 위 판결은 타당하지 않다. 기간의 약정이 없는 임치계약의 경우 계약 성립과 동시에 해지권이 발생하고 그 제척기간이 진행하며, 제척기간이 도과하면 임치물 반환청구권이 발생할 여지가 없다. '형성권 행사기간의 약정이 없는 때에는 그 기초가 되는 계약의 성격 등을 고려하여 행사기간을 정해야 한다.'고 하여 상사소멸시효 규정의 유추적용으로 5년의 제척기간을 인정한 2019다271661 판결의 법리가 적용된다면, 임치계약의 양 당사자가 모두 주식회사인 위 2020다220140 판결의 경우 해지권의 제척기간이 5년이 될 여지는 있다.

cf. 2002다17364 판결은, 소비대차에 관한 민법 제603조 제2항("반환시기의 약정이 없는 때에는 대주는 상당한 기간을 정하여 반환을 최고하여야 한다. 그러나 차주는 언제든지 반환할 수 있다.")이 계속적 계약에 관한 민법의 규정들인 민법 제613조(사용대차), 제635조(임대차), 제660조(고용), 제689조(위임), 제699조(임치) 등과 동일하게 존속기간의 약정이 없는 경우 당사자는 언제라도 일정한 유예기간을 두고 계약을 해지할 수 있도록 한 규정으로 보고 있는데(민법 제603조 제2항는 '해지'라는 용어를 사용하지 않아, 규정 형식상 다른 조문들과는 다른 면이 있다), 68다2313 판결, 63다131 판결은, 민법 제603조 제2항을 차주에게 항변권을 부여한 것으로 보고 있는바, 이에 따르면, 상당한 기간을 정한 최고는 대주가 반환청구권을 행사하는 데 필요한 요건은 아니고, 대주의 반환청구권은 계약의 성립과 동시에 변제기에 도달하며, 차주의 항변이 없는 한 차주는 청구를 받은 때부터 지체에 빠지는 것으로 이해된다. 따라서 2020다220140 판결은 68다2313, 63다131과 그 궤를 같이하는 것으로 볼 여지가 있다. 하지만, 대주의 반환 최고는 한편으로는 소비대차관계를 종료시키는 의미, 즉 해지의 의미를 가짐과 아울러, 다른 한편으로는 상당한 기간의 경과로 해지의 효과가 발생하는 그 시점에 행하여져야 한다는 이행청구로서의 의미를 아울러 가지고, 기한의 정함이 없는 소비대차에서 '상당한 기간을 정한 최고+그 기간의 도과'를 반환청구권 발생의 권리근거사실로 봄이 옳다(후술하는 '소비대차'의 '변제기 도과' 부분 참조). 따라서 68다2313, 63다131은 타당하지 않고, 이들을 2020다220140 판결의 근거로 삼는 것 역시 타당하지 않다.

우에 그 물권을 가지고 있는 자가 방해배제 또는 예방을 위하여 방해자에게 일정한 행위를 하거나 행위를 하지 아니할 것을 청구하는 권능이다. 소유권을 양도함에 있어 소유권에 의하여 발생되는 물권적 청구권을 소유권과 분리, 소유권 없는 전소유자에게 유보하여 제3자에게 대하여 이를 행사케 한다는 것은 소유권이 절대적 권리인 점에 비추어 허용될 수 없다.[831]

소유자가 제3자에게 소유물의 처분권한을 수여한 경우에도, 제3자의 처분이 실제로 유효하게 이루어지지 아니하고 있는 동안에는 소유자가 소유물을 유효하게 처분하거나 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 있다.[832]

소유권에 기한 방해배제청구권에 있어서 '방해'라 함은 현재에도 지속되고 있는 침해를 의미하고, 법익 침해가 과거에 일어나서 이미 종결된 경우에 해당하는 '손해'의 개념과는 다르다 할 것이어서, 소유권에 기한 방해배제청구권은 방해 결과의 제거를 내용으

831) 대법원 1969. 5. 27. 선고 68다725 전원합의체 판결; "물권적 청구권 소위 물상청구권은 물권의 완전한 행사가 방해되거나 방해를 받을 우려 있는 경우에 그 물권을 가지고 있는 자가 방해배제 또는 예방을 위하여 방해자에게 일정한 행위를 하거나 행위를 하지 아니할 것을 청구하는 권능이라 할 것이며 이 물상청구권 없는 지배권으로서의 물권이란 의미가 없다 할 것이어서 물상 청구권이 특정인과의 구체적 관계에 있어 제한될 수 있음을 부정할 수 없다 하여도 소유권을 양도함에 있어 소유권에 의하여 발생되는 물상청구권을 소유권과 분리, 소유권 없는 전소유자에게 유보하여 제3자에게 대하여 이를 행사케 한다는 것은 소유권의 절대적 권리인 점에 비추어 허용될 수 없는 것이라 할 것으로서 이는 양도인인 전소유자가 그 목적물을 양수인에게 인도할 의무이고 그 의무 이행이 매매대금 잔액의 지급과 동시이행관계에 있다거나, 그 소유권의 양도가 소송(방해배제 등) 계속 중에 있었다고 하여 다를 리 없고 일단 소유권을 상실한 전소유자가 제3자인 불법 점유자에게 대하여 물권적 청구권에 의한 방해배제를 청구할 수 없으며 … 원고는 본소 제기 후에 소유권을 양도한 것이라 하여도 피고에게 대하여 방해배제를 계속 청구할 아무런 권리도 인정될 수 없는 법리라 할 것이므로 … 전 소유자인 원고가 임대차 종료 등 채권적 권리에 의하여 그 목적물의 반환을 청구하는 것이 아니라 본건 토지의 매도자로서 본건 토지상에 있는 피고 소유 건물을 철거하여 매수자에게 인도할 의무가 있다는 이유만으로 이미 그 소유권을 상실한 원고가 피고에게 대하여 그 불법 점유에 의한 방해배제를 청구하고 있음이 … 명백한 본건에 있어 전 소유자인 원고의 본건 토지에 대한 소론 관계적 소유권 있음을 부정하여 본소 청구를 배척한 원판결 판단은 정당하고,"

832) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다105215 판결; "소유권은 물건을 배타적으로 지배하는 권리로서 대세적 효력이 있으므로, 그에 관한 법률관계는 이해관계인들이 이를 쉽사리 인식할 수 있도록 명확하게 정하여져야 한다. 그런데 소유자에게 소유권의 핵심적 내용에 속하는 처분권능이 없다고 하면(민법 제211조 참조), 이는 결국 민법이 알지 못하는 새로운 유형의 소유권 내지 물권을 창출하는 것으로서, 객체에 대한 전면적 지배권인 소유권을 핵심으로 하여 구축되어 있고 또한 물권의 존재 및 내용에 관하여 일정한 공시수단을 요구하는 물권법의 체계를 현저히 교란하게 된다. 따라서 소유자가 제3자에 대하여 목적물의 소유권을 이전하기로 하는 매매·증여·교환 기타의 채권계약을 체결하는 것만에 의하여서는 자신의 소유권에 어떠한 물권적 제한을 받지 아니하여서, 그는 다른 특별한 사정이 없는 한 자신의 소유물을 여전히 유효하게 달리 처분할 수 있고, 또한 소유권에 기하여 소유물에 대한 방해 등을 배제할 수 있는 민법 제213조, 제214조의 물권적 청구권을 가진다고 할 것이다. 나아가 소유자는 제3자에게 그 물건을 제3자의 소유물로 처분할 수 있는 권한을 유효하게 수여할 수 있다고 할 것인데, 그와 같은 이른바 '처분수권'의 경우에도 그 수권에 기하여 행하여진 제3자의 처분행위(부동산의 경우에 처분행위가 유효하게 성립하려면 단지 양도 기타의 처분을 한다는 의사표시만으로는 부족하고, 처분의 상대방 앞으로 그 권리 취득에 관한 등기가 있어야 한다. 민법 제186조 참조)가 대세적으로 효력을 가지게 되고 그로 말미암아 소유자가 소유권을 상실하거나 제한받게 될 수는 있다고 하더라도, 그러한 제3자의 처분이 실제로 유효하게 행하여지지 아니하고 있는 동안에는 소유자는 처분수권이 제3자에게 행하여졌다는 것만으로 그가 원래 가지는 처분권능에 제한을 받지 아니한다. 따라서 그는, 처분권한을 수여받은 제3자와의 관계에서 처분수권의 원인이 된 채권적 계약관계 등에 기하여 채권적인 책임을 져야 하는 것을 별론으로 하고, 자신의 소유물을 여전히 유효하게 처분할 수 있고, 또한 소유권에 기하여 소유물에 대한 방해 등을 배제할 수 있는 민법 제213조, 제214조의 물권적 청구권을 가진다고 할 것이다."

로 하는 것이 되어서는 아니 되며(이는 손해배상의 영역에 해당한다) 현재 계속되고 있는 방해의 원인을 제거하는 것을 내용으로 한다.[833]

실체관계에 부합하지 아니하는 등기에 대한 말소등기청구권 등의 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상청구권은 인정되지 아니하고, 소유권 상실에 대한 불법행위로 인한 손해배상청구권만이 인정된다.[834]

---

833) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5917 판결.
○ 대법원 2019. 7. 10. 선고 2016다205540 판결; 甲 지방자치단체가 30여 년 전 쓰레기매립지에 쓰레기를 매립하는 과정에서 매립지와 경계를 같이하는 인접 토지에 상당한 양의 쓰레기가 매립되었고, 그 후 인접 토지의 소유권을 취득한 乙이 토지를 굴착한 결과 지하 1.5~4m 지점 사이에 비닐, 목재, 폐의류, 오니류, 건축폐기물 등 각종 생활쓰레기가 뒤섞여 혼합된 상태로 매립되어 있었고 주변 토양은 검게 오염되어 있었으며, 이에 乙이 甲 지방자치단체를 상대로 매립물제거 등을 구한 **사안**에서, 위 토지 지하에 매립된 생활쓰레기는 매립된 후 30년 이상 경과하였고, 그 사이 오니류와 각종 생활쓰레기가 주변 토양과 뒤섞여 토양을 오염시키고 토양과 사실상 분리하기 어려울 정도로 혼재되어 있다고 봄이 타당하며, 이러한 상태는 과거 甲 지방자치단체의 위법한 쓰레기매립행위로 인하여 생긴 결과로서 토지 소유자인 乙이 입은 손해에 불과할 뿐 생활쓰레기가 현재 乙의 소유권에 대하여 별도의 침해를 지속하고 있는 것이라고 볼 수 없으므로, 乙의 방해배제청구는 인용될 수 없다고 한 사례.
○ 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결의 다수의견: "토지에 폐기물이 매립되면, 그것이 토지의 토사와 물리적으로 분리할 수 없을 정도로 혼합되어 토지의 일부를 구성하게 되지 않는 이상, 토지 소유자의 소유권을 방해하는 상태가 계속되며, 이에 따라 폐기물을 매립한 자는 그 폐기물이 매립된 토지의 소유자에 대하여 민법상 소유물방해제거의무의 하나로서 **폐기물 처리의무**를 부담할 수도 있다." ☞ 나아가, 위 다수의견은, "토양오염물질을 토양에 누출·유출하거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발한 자는 그 토양오염 상태가 계속됨으로 인하여 발생되는 피해를 배상함과 아울러 오염된 상태의 토지를 전전 매수한 현재의 토지 소유자에 대하여 직접 구 토양환경보전법 제10조의3에 따른 **오염토양 정화의무**를 부담한다."고 한 후, "토지의 소유자라 하더라도 토양오염물질을 토양에 누출·유출하거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발하였음에도 오염토양을 정화하지 않은 상태에서 그 오염토양이 포함된 토지를 거래에 제공함으로써 유통되게 하거나, 토지에 폐기물을 불법으로 매립하였음에도 이를 처리하지 않은 상태에서 그 해당 토지를 거래에 제공하는 등으로 유통되게 하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 거래의 상대방 및 위 토지를 전전 취득한 현재의 토지 소유자에 대한 위법행위로서 불법행위가 성립할 수 있다고 봄이 타당하다."고 하고, "토지를 매수한 현재의 토지 소유자가 오염토양 또는 폐기물이 매립되어 있는 지하까지 그 토지를 개발·사용하게 된 경우 등과 같이 자신의 토지소유권을 완전하게 행사하기 위하여 오염토양 정화비용이나 폐기물 처리비용을 지출하였거나 지출해야만 하는 상황에 이르렀다거나 구 토양환경보전법에 의하여 관할 행정관청으로부터 조치명령 등을 받음에 따라 마찬가지의 상황에 이르렀다면 위 위법행위로 인하여 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용의 지출이라는 손해의 결과가 현실적으로 발생하였다고 할 것이므로, 토양오염을 유발하거나 폐기물을 매립한 종전 토지 소유자는 그 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용 상당의 손해에 대하여 불법행위자로서 손해배상책임을 진다."고 하여, 이와 달리, 자신의 소유 토지에 폐기물 등을 불법으로 매립하였다고 하더라도 그 후 그 토지를 매수하여 소유권을 취득한 자에 대하여 불법행위가 성립하지 않는다는 취지의 종전 판결을 변경하였다.

834) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2010다28604 전원합의체 판결의 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 이 사건 선행소송에서 이 사건 소유권보존등기의 말소등기청구가 확정되었다고 하더라도 그 청구권의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌지 아니하므로 마찬가지이다. … 선행소송에서 법원이 피고가 원고에 대하여 그 소유권보존등기를 말소할 의무를 부담한다고 판단하고 원고의 등기말소청구를 인용한 것이 변론주의 원칙에 비추어 부득이한 일이라고 하더라도, 원고가 이미 소외 1 등의 등기부취득시효 완성으로 이 사건 토지에

실무상 자주 보이는 소유권에 기한 물권적 청구권의 행사로는, 반환청구로서 인도청구가, 방해배제청구로서 원인 무효 등기의 말소등기청구 또는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구, 지상물의 철거 청구·퇴거 청구가 있다.

2) 인도 청구

가) 소유권에 기초한 인도 청구

(1) 법규정에 따른 요건사실의 분류

민법 제213조는, "소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다."라고 규정하고 있다.

따라서 소유권에 기한 인도 청구의 요건사실은, ① (주체) '원고의 (목적물) 소유' 사실,[835] ② (상대방) '피고의 (목적물)[836] 점유' 사실이고(피고는 '직접점유자'여야 하고, '간접점유자'[837]나 '점유보조자'[838]는 제외된다), 위 단서의 '점유할 권리의 존재'는 항변 사실에 해당한다.[839] 민법 제200조의 '권리의 적법 추정' 규정[840]이 민법 제213조에 기초한 소유물반환청구의 증명책임 분배를 변경하지는 않는다(민법 제200조의 적용 배제).

위 ①, ②의 청구원인 사실 및 점유권원의 항변 사실은 뒤에서 각각 별개의 독립된 항으로 상술한다(①의 '소유' 사실은 소유권에 기한 반환·방해제거 청구의 공통 요건사실이므로 '말소

관한 소유권을 상실한 사실에는 변함이 없으므로, 원고가 불법행위를 이유로 소유권 상실로 인한 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 하고, 애초 피고의 등기말소의무의 이행불능으로 인한 채무불이행책임을 논할 여지는 없다고 할 것이다. 이와 달리 물권적 청구권인 말소등기청구권의 이행불능으로 인하여 전보배상청구권이 인정됨을 전제로 한 … 판결 등은 이 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경하기로 한다."

835) 미등기 건물 양수인처럼 소유자 아닌 자는 소유자를 대위하여 인도를 구할 수 있을 뿐, 직접 인도를 구할 수는 없고(대법원 2007. 6. 15. 선고 2007다11347 판결), 공유자나 합유자는 공유물이나 합유물의 보존행위(인도청구 등)를 단독으로 할 수 있으나(민법 제265조 단서, 제272조 단서), 법인 아닌 사단의 구성원 개인이 총유재산의 보존을 위한 소를 제기하는 것은 부적법하다(2004다44971 전합 판결).

836) 토지 인도 청구의 목적물 표시는 '대장'상 표시에 의하되 '등기기록'상 표시와 다른 경우에는 괄호로 등기기록상 표시를 병기한다. 건물 인도·철거 청구의 목적물 표시는 '등기기록'상 표시에 의하되 현황과 다른 경우에는 현황에 따라 표시하고 괄호로 등기기록상 표시를 병기한다.

837) **민법 제194조(간접점유)** 지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임치 기타의 관계로 타인으로 하여금 물건을 점유하게 한 자는 간접으로 점유권이 있다. ☞ 간접점유의 요건이 되는 점유매개관계는 법률행위뿐만 아니라 법률의 규정, 위임조례, 국가행위 등으로도 설정될 수 있다(대법원 2018. 3. 29. 선고 2013다2559, 2566 판결).

838) **점유보조자**는 가사상, 영업상 기타 유사한 관계에 의하여 타인의 지시를 받아 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 사람으로서(민법 제195조) 타인의 지시를 받지 아니하고 물건을 사실상 지배하는 점유자(민법 제192조)와 구별되며, 여기서 점유보조자에 관한 '기타 유사한 관계'는 타인의 지시를 받고 이에 따라야 할 관계로서 사회관념상 점유를 보조한다고 인정되는 경우를 말한다(대법원 2017. 2. 8.자 2015마2025 결정). 부부의 점유는 공동점유에 해당하고, 처를 점유보조자로 볼 것은 아니다(98다16456, 16463 판결).

839) 이러한 증명책임 분배는 '부동산인도명령' 신청사건에서도 동일하여, 매수인은 상대방의 점유사실만 소명하면 되고, 그 점유가 매수인에게 대항할 수 있는 권원에 의한 것임은 이를 주장하는 상대방이 소명하여야 한다(2015마2025 결정).

840) 민법 제200조(권리의 적법의 추정) 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유한 것으로 추정한다.

회복등기 청구' 다음에 적도록 한다).

(2) 본안전 항변 관련 문제

인도청구와 같은 이행의 소는 원칙적으로 원고가 이행청구권의 존재를 주장하는 것으로서 권리보호의 이익이 인정되고, 이행판결을 받아도 집행이 사실상 불가능하거나 현저히 곤란하다는 사정만으로 그 이익이 부정되는 것은 아니다.[841]

'기판력'과 관련하여 살펴보면, ① 원고의 토지·건물 소유권에 기한 피고(점유자)에 대한 토지·건물 인도 소송(전소)의 원고 패소 확정판결 후 패소자(전소 원고)로부터 토지·건물을 매수하여 소유권이전등기를 마친 전득자(후소 원고)는 '변론종결 후의 승계인'에 해당하지 않으므로, 토지·건물 전득자의 피고에 대한 전소와 동일 내용의 후소는 전소 패소확정판결의 기판력에 저촉되지 아니하고,[842] ② 건물인도소송의 소송물이 소유권에 기초한 물권적 청구권과 같이 대세적인 효력을 가진 경우에는 그 판결의 기판력이 변론종결 후에 피고로부터 그 건물의 점유를 취득한 자에게도 미치나, 그 권리가 대인적인 효력밖에 없는 채권적 청구권에 그친 때에는 위와 같은 점유승계인에게 기판력이 미치지 아니한다.[843]

주위적으로 소유권, 예비적으로 계약에 기초한 원고의 피고에 대한 인도청구에 대하

841) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015다255265 판결; 개성공업지구 소재 건물의 인도 청구의 소에서 승소하더라도 그 강제집행이 곤란하므로 소의 이익이 없다는 피고의 주장을 배척한 예.

842) ○ 대법원 1984. 9. 25. 선고 84다카148 판결; "토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 토지 인도소송의 소송물은 토지 소유권이 아니라 그 물권적 청구권인 토지 인도청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 토지 인도청구권의 존부 그 자체에만 미치는 것이고 소송물이 되지 아니한 토지 소유권의 존부에 관하여는 미치지 않는다 할 것이다. 그러므로 그 토지 인도소송의 사실심 변론종결 후에 그 패소자인 토지 소유자로부터 토지를 매수하고 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 승계한 제3자의 토지 소유권의 존부에 관하여는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다 할 것이다. 이 경우 위 제3자가 가지게 되는 물권적 청구권인 토지 인도청구권은 적법하게 승계한 토지 소유권의 일반적 효력으로서 발생된 것이고 위 토지 인도소송의 소송물인 패소자의 토지 인도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이라고는 할 수 없으므로 위 제3자를 위 확정판결의 변론종결후의 승계인에 해당한다고도 할 수 없을 것이다."
○ 대법원 1999. 10. 22. 선고 98다6855 판결; "건물 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 건물명도소송의 소송물은 건물 소유권이 아니라 그 물권적 청구권인 건물명도청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 건물명도청구권의 존부 그 자체에만 미치는 것이고, 소송물이 되지 아니한 건물 소유권의 존부에 관하여는 미치지 아니한다 할 것이므로, 그 건물명도소송의 사실심 변론종결 후에 그 패소자인 건물 소유자로부터 건물을 매수하고 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 승계한 제3자의 건물 소유권의 존부에 관하여는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다 할 것이고, 또 이 경우 위 제3자가 가지게 되는 물권적 청구권인 건물명도청구권은 적법하게 승계한 건물 소유권의 일반적 효력으로서 발생된 것이고, 위 건물명도소송의 소송물인 패소자의 건물명도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이라고는 할 수 없으므로, 위 제3자는 위 확정판결의 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 할 수도 없다."

843) 대법원 1991. 1. 15. 선고 90다9964 판결; 원고가 甲으로부터 乙에 대한 점포 전차권을 양도받고 다시 乙과 전대차계약을 맺은 다음, 그 점포를 점유하고 있는 丙을 상대로 甲으로부터 양수한 전차권을 보전하기 위하여 甲을 대위하여 점포인도청구소송을 제기하여 승소판결을 받았으나 丙이 그 사건의 변론종결 후에 마음대로 피고에게 위 점포를 이전함으로써 피고가 이를 점유하고 있는 경우 원고의 위 소송에서의 청구는 채권적청구이므로 피고에 대하여는 그 판결의 기판력과 집행력이 미치지 아니하고, 따라서 그 승소판결만으로 피고에게 인도집행을 할 수 없게 된 원고로서는 피고에게 다시 위 점포의 인도를 구할 소송상 이익이 있다고 한 예.

여, 원고에게 소유권 확인, 피고에게 인도를 구하는 참가 신청을 한 경우, 본소가 이유 없는 것으로 판단되더라도 참가신청이 부적법하게 되는 것은 아니다.[844]

(3) 차임 상당 지급의 부대(附帶)청구

(가) 청구원인 사실

소유자는 점유자에 대하여 인도청구를 하면서, ③ '차임 상당액'만을 추가로 주장·증명하면(불법점유자는 점유 그 자체로써 특별한 사정이 없는 한 차임 상당의 이익을 얻고 그로 인하여 소유자에게 동액 상당의 손해[845]를 주고 있다고 보아야 하므로,[846] 인도청구의 위 ①, ② 요건사실 외에 별도로 점유자의 '사용·수익 사실'을 증명할 필요는 없다), 인도 완료일까지(의무 종료 시점의 주문 표시는 '인도 완료일'이나 '피고의 점유 상실일'[847]로 족하고, '원고의 소유권 상실일'이라는 기재는 옳지 않다[848])[849] 불법점유를 이유로 한 차임 상당의 손해배상청구나 부당이득반환청구(청

844) ◎ **'인도청구'에 대한 '소유권 확인'의 '권리주장참가'의 적법 여부**
대법원 2007. 6. 15. 선고 2006다80322, 80339 판결: "독립당사자참가 중 권리주장참가는 소송의 목적의 전부나 일부가 자기의 권리임을 주장하면 되는 것이므로 참가하려는 소송에 수개의 청구가 병합된 경우 그 중 어느 하나의 청구라도 독립당사자참가인의 주장과 양립하지 않는 관계에 있으면 그 본소청구에 대한 참가가 허용된다고 할 것이고, 양립할 수 없는 본소청구에 관하여 본안에 들어가 심리한 결과 이유가 없는 것으로 판단된다고 하더라도 참가신청이 부적법하게 되는 것은 아니라고 할 것이다." ☜ 원심이, 원고의 주위적, 예비적 동산인도청구 중 주위적 청구만이 소유권에 기초한 독립당사자참가인의 주장과 양립하지 않는 관계에 있는데, 본안판단 결과 주위적 청구를 기각하게 된 이상 참가가 부적법하게 되었다는 이유로 이를 각하한 것은, 권리주장참가의 요건에 대한 법리오해의 위법이 있다고 하여, 원심판결 중 합일확정을 필요로 하는 원고의 주위적 동산인도청구와 독립당사자참가인의 청구 부분을 파기·환송하고, 원고의 예비적 동산인도청구 부분에 관한 상고를 기각한 예.

845) 침해부당이득에서는, 권리자가 침해행위로 현실적·구체적 손해를 입을 것이 요구되지 않고, 침해행위로 말미암아 그 재산으로부터 '이익을 누릴 가능성'(사용 가능성)이 박탈되었다는 것 자체로 권리자에게 손해가 있다고 보아야 한다(대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결의 다수의견 및 그 보충의견). ☛ '채권각칙-부당이득' 부분 참조.

846) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다71978 판결: "타인 소유의 토지 위에 권한 없이 건물이나 공작물 등을 소유하고 있는 자는 그 자체로서 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 보아야 할 것이다." ☜ 甲 지방공사가 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따라 토지를 협의취득한 후에도 乙이 그 지상에 설치했거나 보관하던 창고, 컨테이너, 군수용품 등 지장물을 이전하지 않자, 甲 공사가 乙을 상대로 토지 인도 시까지의 차임 상당 부당이득반환을 구한 사안에서, 乙은 지장물이 철거·이전되어 토지가 인도된 시점까지 토지의 점유·사용에 따른 차임 상당의 부당이득 반환의무가 있다고 한 사례.

847) 종래에는 도로점용으로 인한 부당이득반환청구의 주문으로 "…부터 원고의 소유권 상실일 또는 피고의 점유 종료일 중 먼저 도래하는 날까지"라는 기재가 통용되어 왔다.

848) ❶ 장래 부당이득금의 계속적·반복적 지급을 명하는 판결의 주문에서 '원고의 소유권 상실일까지'라는 기재는 ① 집행문 부여기관, 집행문 부여 명령권자, 집행기관의 조사·판단에 맡길 수 없고 수소법원이 판단해야 할 사항인 소유권 변동 여부를 수소법원이 아닌 다른 기관의 판단에 맡기는 형태의 주문이고, ② 확정된 이행판결의 집행력에 영향을 미칠 수 없는 무의미한 기재이며, ③ '원고의 소유권 상실일'은 장래의 부당이득반환의무의 '임의 이행' 여부와는 직접적인 관련이 없어 이를 기재하지 않더라도 장래의 이행을 명하는 판결에 관한 법리에 어긋나지 않으므로, 이행판결의 주문 표시로서 바람직하지 않다. 변론종결 후 원고의 소유권 상실·이전을 주장하는 피고로서는 그러한 사후적인 실체관계 변동 사유가 판결의 주문에 기재되어 있는지 여부와 상관없이 청구이의의 소로써 다투어야 한다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다244432 판결). ❷ 원고들이 그들 소유의 토지를 점유하고 있는 피고 지방자치단체를 상대로 차임 상당 부당이득 반환을 구한 사안에서, 원심이 이행을 명한 '원고들이 토지 소유권을 상실하는 날' 이전에 피고가 토지 점유를 종료할 수도 있으므로 피고의 의무불이행 사유가 '원고들이 소유권을 상실하는 날까지' 존속한다는 것을 원심 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수

구권 경합)를 할 수 있다.[850]

점유자가 동시이행의 항변권[851]이나 유치권[852] 등 인도거절권능을 갖고 있는 경우에는, 차임 상당의 부당이득반환청구만 할 수 있고(인도거절권능이 인정되는 이상 점유 자체는 적법하므로, 불법점유에 따른 차임 상당의 손해배상채권은 인정되지 아니한다), 위 ①, ②, ③의 요건사실에 더하여 ④ '점유자가 목적물을 본래의 용법대로 사용·수익하고 있는 사실'까지 주장·증명하여야 한다.

통상의 경우 부동산의 점유·사용으로 인한 이득액은 그 부동산의 차임 상당액이고,[853] 변론종결일 후의 차임도 같은 액수일 것으로 추인된다. 농지 임대차계약이 강행법규인 농지법 위반으로 무효인 경우에는, 그 약정 차임을 곧바로 부당이득액으로 '추인'하는 것이 허용되지 않는다.[854]

있는 경우에 해당한다고 단정할 수 없다 하여, 원심판결 중 원심 변론종결일 다음 날부터 원고들 토지 소유권 상실일까지의 부당이득 반환을 명한 부분에는 장래이행의 소에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 예(2020다277023). ❸ '인도 시까지'의 부당이득반환을 명한 전소 확정판결을 받은 종전 소유자로부터 토지 소유권을 이전받은 전득자는 전소 변론 종결 뒤의 승계인에 해당하지 않는다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다206349 판결).

849) 사실심 변론종결 후 인도 시까지 장래의 손해배상·부당이득반환을 청구하는 부분은 장래이행의 소(민사소송법 제251조)에 해당한다. ☛ 관련 내용은 앞서 본 '총칙-조건과 기한-장래이행의 소' 부분 참조.

850) 양 소는 청구원인이나 소송물이 다른 별개의 소로서 서로 기판력이 미치지 아니한다(91다650).

851) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다252042 판결, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다76986, 76993 판결('임대차' 부분 설명 참조).

852) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2018다288044 판결: 원심이, 부당이득반환 청구에 관하여는, '피고는 이 사건 비품을 보관하여 갖게 된 보관비용 채권을 변제받을 때까지 비품을 유치할 권리가 있는데, 피고가 비품을 사용·수익하고 있음을 인정하기 어렵다.'는 이유로, 불법행위로 인한 손해배상 청구에 관하여는, 피고는 '보관비용 채권을 변제받을 때까지 비품을 유치할 권리가 있으므로, 피고가 비품 반환을 거부한 것이 위법하다고 볼 수 없다.'는 이유로 각각 배척한 것은 정당하다고 한 예.

853) ❶ 타인 소유의 토지를 법률상 권원 없이 점유함으로 인하여 그 토지소유자가 입은 통상의 손해는 특별한 사정이 없는 한 그 점유 토지의 임료 상당액이고, 토지에 대한 불법점유의 태양이 지하구조물의 설치, 운용 등과 같이 반영구적으로 계속될 것이라고 예상되는 경우라고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 손해의 일시배상을 청구하는 것은 허용되지 않는다(2003다4068). ❷ 수익자가 단지 공로에 이르는 통로로 통행지를 통행함에 그치고 통행지 소유자의 점유를 배제할 정도의 배타적인 점유를 하고 있지 않다면, 통행지 소유자가 통행지를 그 본래 목적대로 사용·수익할 수 없게 되는 경우의 손해액이라 할 수 있는 임료 상당액 전부가 통행지 소유자의 손해액이 된다고 볼 수는 없고, 구체적 사안에서 사회통념에 따라 쌍방 토지의 토지소유권 취득 시기와 가격, 통행지에 부과되는 재산세, 본래 용도에의 사용 가능성, 통행지를 공동으로 이용하는 사람이 있는지를 비롯하여 통행 횟수·방법 등의 이용태양, 쌍방 토지의 지형적·위치적 형상과 이용관계, 부근의 환경, 상린자 이용자의 이해득실 기타 제반 사정을 고려하여 이를 감정할 수 있다(대법원 2023. 3. 13. 선고 2022다293999 판결; 통상적인 점유·사용에 따른 임료의 50% 해당액이라고 판단한 예).

854) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2021다216421, 216438 판결: "농지에 관한 임대차계약이 강행법규인 농지법 제23조에 위반되어 무효가 되는 경우, 임차인이 법률상 권원 없이 농지를 점유·사용함에 따라 얻게 된 이득은 특별한 사정이 없는 한 그 농지의 임료 상당액이고, 이때의 '임료 상당액'은 해당 농지가 다른 용도로 불법으로 전용되어 이용되는 상태임을 전제로 산정하여서는 안 됨은 물론, 임대차보증금이 없는 경우를 전제로 객관적으로 산정된 금액을 의미하는 것이 원칙이다. 그러므로 강행법규인 농지법 제23조의 위반을 이유로 임대차계약이 무효가 되는 경우에도 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 임대인이 임차인에 대하여 그 점유·사용에 관한 부당이득의 반환을 구할 수 있지만, 그 약정 차임이 해당 농지가 불법으로 전용되는 상태가 아닌 경우로서, 임대차보증금이 없는 경우임을 전제로 객관적으로 산정된 '임료 상당액'과 사실상 동일하다는 등의 특별한 사정이 없음에도, 곧바로 이를 그 점유·사용에 따른 부당이득 금액으로 추인하는 것은 결과적으로 무효인 농지임대차계약의 내용

부동산을 채권담보 목적으로 양도한 경우, 그 사용수익권은 채무자인 양도담보설정자에게 있으므로, 양도담보권자는 채무자나 그로부터 그 사용수익권한을 승계한 자에 대하여 임료 상당의 손해배상이나 부당이득반환청구를 할 수 없다.[855] 양도담보권자가 제3자 소유 토지상에 있는 양도담보설정자 소유의 부동산, 동산 등을 양도담보로 양도받은 경우, 토지의 점유·사용으로 인한 부당이득의 반환 의무자는 양도담보권자가 아닌 양도담보설정자이다.[856]

국유재산의 무단점유자에 대하여 국가는 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.[857]

을 적극적으로 실현하는 것이 되어 강행법규인 농지법 제23조의 규범 목적과 취지를 사실상 잠탈하게 되므로 허용될 수 없다."

855) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다37394, 37400 판결.

856) ○ 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다263519 판결: "채무를 담보하기 위하여 채무자가 자기의 비용과 노력으로 신축하는 건물의 신축허가 명의를 채권자 명의로 한 경우 이는 완성될 건물을 양도담보로 제공하기로 하는 담보권 설정의 합의가 있다고 볼 수 있다. 이때 완성된 건물의 소유권은 이를 건축한 채무자가 원시적으로 취득하고, 채권자가 그 명의로 소유권보존등기를 함으로써 건물에 대한 양도담보가 설정된 것으로 보아야 한다. 이러한 양도담보가 가등기담보법의 적용 대상이 되는 경우에는 양도담보권자가 청산절차 등을 거쳐 담보목적 부동산의 소유권을 취득하기 전까지 특별한 사정이 없는 한 양도담보 설정자가 건물의 소유자로서 이를 현실적으로 점유하면서 사용·수익하고 있다고 볼 수 있으므로 채권자가 건물에 대한 양도담보권을 취득했다고 해서 그 대지 소유자에게 부당이득반환의무를 부담하는 것은 아니다."

○ 대법원 2018. 5. 30. 선고 2018다201429 판결: "양도담보 설정자가 채권을 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도한 경우 담보목적물을 누가 사용·수익할 수 있는지는 당사자의 합의로 정할 수 있지만 반대의 특약이 없는 한 양도담보 설정자가 그 동산에 대한 사용·수익권을 가진다. 따라서 그 동산이 일정한 토지 위에 설치되어 있어 그 토지의 점유·사용이 문제 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 양도담보 설정자가 그 토지를 점유·사용하고 있는 것으로 보아야 한다." ㉮ 소외인이 자신의 채무를 담보하기 위해서 원고 소유 토지상의 소외인 소유 시설물을 피고에게 양도하면서 양도담보 기간 동안 시설물에 대한 사용·수익권을 갖고 있었던 이상, 양도담보 설정자인 소외인이 위 토지를 점유·사용하였다고 보아야 함에도, 피고가 시설물의 소유자로서 부지로 사용되는 토지를 점유·사용하고 있음을 전제로 피고에게 차임 상당의 부당이득반환의무가 있다고 본 원심판단은 잘못이라고 한 사례.

○ 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다223269 판결: "담보권자가 담보제공자 아닌 제3자 소유의 토지를 담보물로 이용하였다고 하더라도 현실적인 점유를 수반하지 아니하는 가치권의 이용만으로써는 담보권자에게 어떠한 현실적인 이익이 있었다고 할 수도 없고 또 이로 인하여 제3자의 현실적인 점유가 방해되었다고도 할 수 없다." ㉯ 소외인이 원고로부터 건물 일부를 임차하였다가 임대차 종료 후에도 점유·사용하던 중 채권자인 피고에게 임대차 목적물에 소재한 식당에 관한 일체의 권리를 양도담보로 제공한 사안에서, 피고에게 차임 상당의 부당이득 반환의무가 있다고 판단한 원심을 파기한 사례.

○ 대법원 2016. 4. 28. 선고 2012다19659 판결: "부당이득반환청구에 있어 이득이라 함은 실질적인 이익을 의미하는바, 동산에 대하여 양도담보권을 설정하면서 양도담보권설정자가 양도담보권자에게 담보목적인 동산의 소유권을 이전하는 이유는 양도담보권자가 양도담보권을 실행할 때까지 스스로 담보물의 가치를 보존할 수 있게 함으로써 만약 채무자가 채무를 이행하지 않더라도 채권자인 양도담보권자가 양도받은 담보물을 환가하여 우선변제받는 데에 지장이 없도록 하기 위한 것이고, 동산양도담보권은 담보물의 교환가치 취득을 그 목적으로 하는 것이다. 이러한 양도담보권의 성격에 비추어 보면, 양도담보권의 목적인 주된 동산에 다른 동산이 부합되어 부합된 동산에 관한 권리자가 그 권리를 상실하는 손해를 입은 경우 주된 동산이 담보물로서 가치가 증가된 데 따른 실질적 이익은 주된 동산에 관한 양도담보권설정자에게 귀속되는 것이므로, 이 경우 부합으로 인하여 그 권리를 상실하는 자는 그 양도담보권설정자를 상대로 민법 제261조의 규정에 따라 보상을 청구할 수 있을 뿐 양도담보권자를 상대로 그와 같은 보상을 청구할 수는 없다."

857) 대법원 2014. 7. 16. 선고 2011다76402 전원합의체 판결의 다수의견. 반대의견은 민사상 부당이득반환청구는 '권리보호의 이익이 없어 부적법'하다고 한다.

(나) 선의 점유자의 과실수취권 항변

소유자와 점유 권원 없는 점유자[858] 사이에는 민법 제201조, 제202조의 선의 점유자 보호 특칙과 제203조의 비용상환청구권 규정[859]이 적용된다. 물건의 점유·사용 이득은 과실과 마찬가지이므로,[860] 선의의 점유자는 과실수취권으로 항변할 수 있다.

판례[861]는 여기서 '선의의 점유자'라 함은 '과실수취권을 포함하는 권원이 있다고 오신한 점유자'를 말하고, 다만 그와 같은 오신을 함에는 '오신할 만한 정당한 근거가 있어야' 한다고 하며, 권원 없는 점유였음이 밝혀졌다고 하여 곧 그 동안의 점유에 대한 선의의 추정이 깨어졌다고 볼 것은 아니라고 한다.

판례는, 과실수취권의 요건으로 법문상의 '선의'에 더하여, '오신에 대한 '무과실'(판시의 '오신할 만한 정당한 근거가 있어야' 부분)을 추가하고 있는데, 민법 제197조에 의하여 점유자는 선의로 점유한 것으로 추정되므로 '악의의 점유자'인 사실은 '소유자'가 주장·증명하여야 하나,[862] 무과실 추정 규정은 없으므로 원칙에 따라 오신에 대한 '무과실' 요건은

858) 매매계약이 무효, 취소된 경우, 선의의 매수인에게는 민법 제201조가 적용되어 과실취득권이 인정되고 선의의 매도인에게는 민법 제587조의 유추적용에 의하여 대금의 운용이익 내지 법정이자의 반환이 부정되나(92다45025), 계약 해제의 경우에는 부당이득반환에 관한 특칙인 민법 제548조의 적용으로 민법 제201조의 적용이 부정된다(96다47586).

859) **민법 제201조(점유자와 과실)** ① 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다. ② 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다. ③ 전항의 규정은 폭력 또는 은비에 의한 점유자에 준용한다.
제202조(점유자의 회복자에 대한 책임) 점유물이 점유자의 책임 있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손한 때에는 악의의 점유자는 그 손해의 전부를 배상하여야 하며 선의의 점유자는 이익이 현존하는 한도에서 배상하여야 한다. 소유의 의사가 없는 점유자는 선의인 경우에도 손해의 전부를 배상하여야 한다.
제203조(점유자의 상환청구권) ☛ '물권'-'유치권' 부분 참조.

860) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다242273 판결; "토지를 사용함으로써 얻는 이득은 그 토지로 인한 과실과 마찬가지이므로, 선의의 점유자는 비록 법률상 원인 없이 타인의 토지를 점유·사용하고 이로 말미암아 그에게 손해를 입혔다고 하더라도 그 점유·사용으로 인한 이득을 반환할 의무는 없다."

861) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다63350 판결 등.

862) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624, 42631 판결; "유류분권리자가 반환의무자를 상대로 유류분반환청구권을 행사하는 경우 그의 유류분을 침해하는 증여 또는 유증은 소급적으로 효력을 상실하므로, 반환의무자는 유류분권리자의 유류분을 침해하는 범위 내에서 그와 같이 실효된 증여 또는 유증의 목적물을 사용·수익할 권리를 상실하게 되고, 유류분권리자의 그 목적물에 대한 사용·수익권은 상속개시의 시점에 소급하여 반환의무자에 의하여 침해당한 것이 된다. 그러나 민법 제201조 제1항은 '선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.'고 규정하고 있고, 점유자는 민법 제197조에 의하여 선의로 점유한 것으로 추정되므로, 반환의무자가 악의의 점유자라는 사정이 증명되지 않는 한 반환의무자는 그 목적물에 대하여 과실수취권이 있다고 할 것이어서 유류분권리자에게 그 목적물의 사용이익 중 유류분권리자에게 귀속되었어야 할 부분을 부당이득으로 반환할 의무가 없다. 다만 민법 제197조 제2항은 '선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 패소한 때에는 그 소가 제기된 때로부터 악의의 점유자로 본다.'고 규정하고 있고, 민법 제201조 제2항은 '악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다.'고 규정하고 있으므로, 반환의무자가 악의의 점유자라는 점이 증명된 경우에는 그 악의의 점유자로 인정된 시점부터, 그렇지 않다고 하더라도 본권에 관한 소에서 종국판결에 의하여 패소로 확정된 경우에는 그 소가 제기된 때로부터 악의의 점유자로 의제되어 각 그때부터 유류분권리자에게 그 목적물의 사용이익 중 유류분권리자에게 귀속되었어야 할 부분을 부당이득으로 반환할 의무가 있다." ☜ 피고가 망인으로부터 유증받아 소유권자로서 사용·수익하여 온 이상 뒤늦게 원고의 유류분반환청구가 있다고 하여 이를 부당이득으로 반환할 의무가 없다는 취지의 피고의 주장은, 피고가 상속개시 당시부터 선의의 점유자로서 과실수취권이 있다는 주장으로 볼 여지가

과실수취권을 주장하는 '점유자'가 주장·증명하여야 한다고 봄이 타당하고, 판례의 입장도 같은 취지로 보인다.[863]

선의의 점유자가 본권에 관한 소(소유권에 기한 점유물 인도 청구 소송은 물론, 점유로 인한 부당이득 반환 청구 소송도 포함된다[864] [865])에서 패소한 때에는 그 '소송이 계속된 때'(법문상 '소를 제기한 때'로 되어 있는데, 그 의미에 관하여 법 문언 그대로 '소 제기 당일'로 본 판례가 있었으나,[866] 현재는 법 문언과 달리 '소송이 계속된 때', 즉 '소장 부본이 피고에게 송달된 때'로 사실상 판례가 변경되었다[867])부터 악의의 점유자·수익자로 간주되므로[868](법 규정에 의한 의제 시점 전에 피고가 '악의'

충분하고, 이러한 경우 피고가 악의의 점유자라는 점에 대한 원고의 주장·증명이 없다면, 비록 원고의 유류분반환청구권의 행사에 의하여 유증의 효력이 원고의 유류분을 침해하는 범위 내에서 실효되었다고 하더라도, 그러한 사정만으로 피고가 사용이익 중 원고에게 유류분으로 반환할 지분에 상당한 부분을 부당이득 하였다고 볼 수 없다고 한 사례.

863) '오신의 정당한 근거'를 부정한 예는 79다547("피고로서는 이 건 대지를 점유·사용할 권원이 있다고 믿을 만한 사실이 있었다는 점을 주장·입증하여야 할 것"), 92다22114("피고가 이 사건 대지에 대하여 과실취득권을 포함하는 권원이 있다고 오신할 만한 근거가 있다고 할 수 없으므로 피고를 위 대지에 대한 선의의 점유자로서 과실취득권이 있다고 볼 수 없는 것"), 긍정한 예는 대법원 2021. 7. 15. 선고 2016다210498 판결(원고가 피고에게 공동상속 아파트에 대한 피고 단독 점유·사용으로 인한 상속분 상당의 부당이득 반환을 청구한 데 대하여, 피고가 과실을 수취할 권원이 있다고 믿었고 그와 같이 믿은 데 정당한 근거가 있다고 판단한 예)이 있다.

864) 대법원 2002. 11. 22. 선고 2001다6213 판결: "본권이 인정되지 아니하여 부당이득반환청구가 일응 이유 있는 것으로 인정되는 경우에 한하여 소송경과에 따라 피고들에 대하여 점유권 그 자체에 기하여 인정되는 과실수취권에 관한 민법 제201조 제1항을 주장하는 것인지에 관한 석명을 구하고, 피고들이 그 과실수취권을 주장하는 경우에는 다시 원고에 대하여 피고들이 악의의 점유자로 된 시기의 주장·입증과 아래에서 보는 민법 제197조 제2항의 원용 여부 등에 관하여 방어권을 행사할 기회를 주어, 그 심리 결과에 따라 피고들의 책임 유무 및 범위를 확정하였어야 할 것이다. … 민법 제197조 제2항의 취지와 부당이득반환에 관한 민법 제749조 제2항의 취지 등에 비추어 볼 때, 여기서의 본권에 관한 소에는 소유권에 기하여 점유물의 인도나 명도를 구하는 소송은 물론 부당점유자를 상대로 점유로 인한 부당이득의 반환을 구하는 소송도 포함된다고 해석할 것인데, … 비록 소유권에 기한 명도 및 인도 청구가 변론종결 전에 소유권 상실되었음을 이유로 배척된다고 하더라도, 법원으로서는 소유권 상실 이전 기간의 부당이득반환청구와 관련하여 원고의 소유권의 존부와 피고들의 점유 권원의 유무 등을 가려서 그 청구의 당부를 판단하고, 원고의 부당이득 주장이 이유 있는 것으로 판단된다면 … 적어도 그 소제기일부터는 피고들의 점유를 악의로 의제하여 피고들에 대하여 부당이득의 반환을 명하여야 할 것이다." ☞ 즉, 소유권에 기한 인도청구와 부당이득반환청구 소송 계속 중 원고의 소유권 상실이나 피고의 점유 상실, 점유권원 취득 등으로 인도청구가 기각되더라도(인도청구 부분은 점유자인 피고의 패소가 아니더라도), 부당이득반환청구는 일부라도 인용되는 경우 피고의 점유가 소송 계속 시부터 악의로 의제된다.

865) 민법 제749조 제2항(선의의 수익자가 패소한 때에는 그 소를 제기한 때부터 악의의 수익자로 본다)의 '그 소'라 함은 부당이득을 이유로 그 반환을 구하는 소를 가리킨다86다카1372).

866) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008다19966 판결.

867) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다242273 판결 및 2012다84233 판결, 2012다119481 판결, 2013다1891 판결, 2013다89006 판결, 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017다216028, 216035 판결이 "선의의 점유자라도 본권에 관한 소에서 패소한 때에는 그 소가 제기된 때부터 악의의 점유자로 본다(민법 제197조 제2항)."고 한 부분은 단순히 법조문을 옮겨 적은 것에 지나지 않고, 그 구체적 사안을 살펴보더라도 '소가 제기된 때'의 구체적 의미를 판시한 것으로 볼 것은 아니다.

868) 대법원 2016. 7. 29. 선고 2016다220044 판결: "선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득하고(민법 제201조 제1항), 점유자는 선의로 점유한 것으로 추정되지만(민법 제197조 제1항), 선의의 점유자라도 본권에 관한 소에서 패소한 때에는 그 소가 제기된 때부터 악의의 점유자로 본다(민법 제197조 제2항). 같은 취지에서 선의의 수익자가 패소한 때에는 그 소를 제기한 때부터 악의의 수익자로 간주되고(민법 제749조 제2항), 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다(민법 제748조 제2항). 여기에서 '패소한 때'라고 함은 점유자 또는 수익자가 종국판결에 의하여 패소 확정되는 것을 뜻하지만, 이는 악의의 점유자 또는 수익자로 보는 효과가 그때 발생한다는 것뿐이고 점유자 등의 패소판결이 확정되기 전에는 이를 전제로

라는 점에 대한 주장·증명책임은 원고에게 있다), 적어도 '소송이 계속된 때 이후'의 기간에 대한 사용이익 및 그 법정이자를 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야[869] 한다.

(다) 사용·수익권의 포기 또는 행사 제한의 항변

토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로, 수도시설의 매설 부지 등 '일반 공중을 위한 용도'[870]로 제공한 경우에는, 토지 소유자가 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 사실을 점유자가 주장·증명하여 항변할 수도 있다(사용·수익권능의 대세적·영구적 포기 주장은 물권법정주의에 반하므로 그 주장 자체로 이유 없는 주장이다).[871] 이는 토지

하는 청구를 하지 못한다는 의미가 아니다. 그러므로 소유자가 점유자 등을 상대로 물건의 반환과 아울러 그 권원 없는 사용으로 얻은 이익의 반환을 청구하면서 물건의 반환 청구가 인용될 것을 전제로 하여 그에 관한 소송이 계속된 때 이후의 기간에 대한 사용이익의 반환을 청구하는 것은 허용된다고 할 것이다." ☜ 피고가 무권리자로부터 자동차 소유권이전등록을 받고 점유·사용하고 있음을 이유로 ① 진정명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등록절차의 이행과 ② 자동차 인도 및 ③ 부당이득의 반환을 구한 소유자 원고의 청구에 대하여, 원심이, ①, ② 청구는 인용하고 ③ 청구는 피고가 고의 또는 과실로 위법하게 점유하고 있다거나 악의의 점유자임을 인정할 증거가 없다는 이유로 배척하였으나, 대법원은, 원심으로서는 악의 의제에 관한 위 법리에 따라 피고가 악의의 점유자 또는 수익자로 되는지 여부 등에 관하여 나아가 심리·판단하였어야 한다고 한 예.

869) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다61869 판결: "타인 소유물을 권원 없이 점유함으로써 얻은 사용이익을 반환하는 경우 민법은 선의 점유자를 보호하기 위하여 제201조 제1항을 두어 선의 점유자에게 과실수취권을 인정함에 대하여, 이러한 보호의 필요성이 없는 악의 점유자에 관하여는 민법 제201조 제2항을 두어 과실수취권이 인정되지 않는다는 취지를 규정하는 것으로 해석되는바, 따라서 악의 수익자가 반환하여야 할 범위는 민법 제748조 제2항에 따라 정하여지는 결과 그는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 한다. 즉, 악의 점유자는 과실을 반환하여야 한다고만 규정한 민법 제201조 제2항이, 민법 제748조 제2항에 의한 악의 수익자의 이자지급의무까지 배제하는 취지는 아니기 때문에, 악의 수익자의 부당이득금 반환범위에 있어서 민법 제201조 제2항이 민법 제748조 제2항의 특칙이라거나 우선적으로 적용되는 관계를 이루는 것은 아니다. 그리고 위 조문에서 규정하는 이자는 당해 침해행위가 없었더라면 원고가 위 임료로부터 통상 얻었을 법정이자상당액을 말하는 것이므로 악의 수익자는 위 이자의 이행지체로 인한 지연손해금도 지급하여야 할 것이다." ☜ 원심이, 피고가 아무런 권원 없이 원고 소유 토지의 상공에 송전선을 설치하여 소유함으로써 사용·수익하였으니 그 구분지상권에 상응하는 임료 상당액을 반환할 의무가 있다고 인정한 다음 점유일 이후 소장부본 송달일까지의 법정이자 및 그 이자에 대한 지연손해금을 구하는 청구에 대하여 민법 제201조 제2항이 제748조 제2항에 우선하여 적용되므로 악의의 점유자는 수취한 과실만을 반환하면 족하고 여기에 이자를 가산하여 지급할 필요가 없다고 한 것은 위법이라고 한 예.

870) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2015다211685 판결: "토지소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한의 법리는 토지가 도로, 수도시설의 매설 부지 등 일반 공중을 위한 용도로 제공된 경우에 적용되는 것이어서, 토지가 건물의 부지 등 지상 건물의 소유자들만을 위한 용도로 제공된 경우에는 적용되지 않는다. 따라서 토지소유자가 그 소유 토지를 건물의 부지로 제공하여 지상 건물소유자들이 이를 무상으로 사용하도록 허락하였다고 하더라도, 그러한 법률관계가 물권의 설정 등으로 특정승계인에게 대항할 수 있는 것이 아니라면 채권적인 것에 불과하여 특정승계인이 그러한 채권적 법률관계를 승계하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 특정승계인의 그 토지에 대한 소유권 행사가 제한된다고 볼 수 없다. … 이 사건 상가건물들의 대지로 제공하여 구분소유자들만을 위한 용도로 제공한 것에 불과하므로, 토지소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한의 법리가 적용될 수는 없다."

871) 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결: "토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로, 수도시설의 매설 부지 등 일반 공중을 위한 용도로 제공한 경우에, 소유자가 토지를 소유하게 된 경위와 보유기간, 소유자가 토지를 공공의 사용에 제공한 경위와 그 규모, 토지의 제공에 따른 소유자의 이익 또는 편익의 유무, 해당 토지 부분의 위치나 형태, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등 여러 사정을 종합적으로 고찰하고, 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량을 한 결과, 소유자가 그 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 수 있다면, 타인[사인뿐만 아니라 국가, 지방자치단체도 이에 해당할 수 있다. 이하 같다]이 그 토지를 점유·사용하고 있다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그로 인해 토지 소유자에게 어떤 손해가

소유자의 권리행사를 제한하는 예외적인 법리이므로, 신중하고 엄격하게 적용되어야 하고, 독점적·배타적 사용·수익권 행사의 제한을 주장하는 사람이 그 제한 요건을 충족하였다는 점에 대한 증명책임을 진다.[872]

상속에 따른 포괄승계의 경우 피상속인의 사용·수익권 포기가 상속인에게 그대로 승계되고, 특정승계의 경우에도 특정승계인은 '특별한 사정'이 없는 한 독점적·배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다.[873]

생긴다고 볼 수 없으므로, 토지 소유자는 그 타인을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 없고, 토지의 인도 등을 구할 수도 없다. 다만 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익 권능의 대세적·영구적인 포기는 물권법정주의에 반하여 허용할 수 없으므로, 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 것으로 보는 경우에도, 일반 공중의 무상 이용이라는 토지이용현황과 양립 또는 병존하기 어려운 토지 소유자의 독점적이고 배타적인 사용·수익만이 제한될 뿐이고, 토지 소유자는 일반 공중의 통행 등 이용을 방해하지 않는 범위 내에서는 그 토지를 처분하거나 사용·수익할 권능을 상실하지 않는다. … 위와 같은 법리는 토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로 이외의 다른 용도로 제공한 경우에도 적용된다. … 그 지하 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사 역시 제한되는 것으로 해석함이 타당하다." ☞ 다수의견에 대한 보충의견은, 여기에서 말하는 '포기'는 사용·수익권의 '소멸'을 의미하는 것이 아니라고 한다.

872) 대법원 2024. 2. 15. 선고 2023다295442 판결: "다음과 같은 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 토지들의 종전 소유자들 및 그 일부 승계인인 원고의 이 사건 토지들에 대한 독점적·배타적 사용수익권 행사가 제한된다고 보기 어렵다. … 이 사건 토지들의 면적(108평)은 그 모토지들 면적(547평)의 약 19.7%에 이른다. … 이 사건 토지들의 모토지들은 왼쪽으로 도로에 접해 있어 별도의 통행로를 개설할 필요가 있었다고 보기 어렵다. 오히려 분할 결과 … 도로 58평이 모토지를 관통함으로써 나머지 토지가 3필지로 분리되어 토지의 효율적 이용에 장애가 되었을 것으로 보인다. … 이 사건 토지들이 모토지들에서 분할되어 도로로 사용됨에 따라 나머지 토지들의 효용가치가 확보되거나 증대되었다거나 소외 1이나 상속인들이 관할관청으로부터 보상을 받았다는 등 이들이 토지 분할로 인하여 얻은 이익이나 편익이 있었다고 볼 만한 자료는 제출되지 않았다. … 토지가 도로로 사용되는 것에 대하여 소유자가 적극적으로 이의하지 않았고 그 기간이 길다는 것만으로 소유자가 사전에 무상 점유·사용에 대한 동의를 하였다거나 사후에 이를 용인하였다고 볼 수는 없다. 토지 소유자에게는 권리를 행사할 자유뿐만 아니라 권리를 행사하지 않을 자유도 있으므로 소유자가 장기간 권리를 행사하지 않았다는 것만으로 그가 소유권의 일부 권능을 포기하였다거나 향후에도 소유권을 계속 행사하지 않겠다는 의사를 표시하였다는 점이 곧바로 도출될 수 있는 것도 아니다. … 피고가 이미 이 사건 토지들이 있는 도로의 연장선에 포함된 다른 토지들에 대하여 적법한 절차를 거쳐 보상을 하고 소유권을 확보해 오고 있는 점을 고려하면, 이 사건 토지들에 대한 토지 임료 상당 부당이득을 반환하는 것은 재산권의 제한에 관한 정당한 보상의 실질도 가지고 있으므로, 신의성실의 원칙에 비추어 용인하기 어려울 정도로 공익에 부정적이고 중대한 영향을 미친다고 할 수도 없다. … 원고가 종전 소유자들의 일부로부터 이 사건 토지들 중 일부 지분을 매수하여 피고를 상대로 소를 제기한 것이 수익을 올리려는 목적이었을 가능성을 배제할 수 없다는 원심 판시 사정만으로는 원고가 소유권에 기하여 이러한 권리를 행사하는 것을 제한할 수 있다고 보기 어렵다."

873) 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결: "② 상속인은 피상속인의 일신에 전속한 것이 아닌 한 상속이 개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리·의무를 승계하므로(민법 제1005조), 피상속인이 사망 전에 그 소유 토지를 일반 공중의 이용에 제공하여 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 수 있고 그 토지가 상속재산에 해당하는 경우에는, 피상속인의 사망 후 그 토지에 대한 상속인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사 역시 제한된다고 보아야 한다. ③ 원소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 토지의 소유권을 경매, 매매, 대물변제 등에 의하여 특정승계한 자는, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 사용·수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 그 토지의 소유권을 취득하였다고 봄이 타당하므로, 그러한 특정승계인은 그 토지 부분에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다. 이때 특정승계인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 허용할 특별한 사정이 있는지 여부는 특정승계인이 토지를 취득한 경위, 목적과 함께, 그 토지가 일반 공중의 이용에 제공되어 사용·수익에 제한이 있다는 사정이 이용현황과 지목 등을 통하여 외관에 어느 정도로 표시되어 있었는지, 해당 토지의 취득가액에 사용·수익권 행사의 제한으로 인한 재산적 가치 하락이 반영되어 있었는지, 원소유자가 그 토지를 일반 공중의 이용에 무상 제공한 것이 해당 토지를 이용하는 사람들과의 특별한 인적 관계 또는 그 토지 사용 등을 위한 관련 법령상의 허가·등록 등과 관계가 있었다고 한다면, 그와 같은 관련성이 특정승계인에게

소유자는, ① 특정승계의 경우 특정승계인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 허용할 '특별한 사정'을 주장·증명하거나, ② 독점적·배타적 사용·수익권을 제한하는 기초가 된 객관적 사정이 현저히 변경된 사실 등 '사정변경의 원칙'의 요건사실을 주장·증명하여 재항변할 수 있다.[874]

토지 소유자의 청구에 대해서는 '제3자의 지상권 취득 사실'로,[875] 토지 지상권자의 청구에 대해서는 '원고의 지상권이 토지 저당권의 담보가치 확보를 위한 것'[876]으로서 원고의 토지 사용·수익권이 제한됨을 항변할 수도 있다.

(라) 소멸시효 기산점

토지의 불법점유로 인한 손해배상채권의 소멸시효 기산점은, '날마다 손해가 발생한 날 또는 그 각 손해를 안 날'로부터 별개로 각 손해배상채권의 장·단기 소멸시효가 진행하고,[877] [878] 부당이득반환채권의 소멸시효 기산점 역시 '날마다 부당이득이 발생

어떠한 영향을 미치는지 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."

874) 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결; "토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한은 해당 토지가 일반 공중의 이용에 제공됨으로 인한 공공의 이익을 전제로 하는 것이므로, 토지 소유자가 공공의 목적을 위해 그 토지를 제공할 당시의 객관적인 토지이용현황이 유지되는 한도 내에서만 존속한다고 보아야 한다. 따라서 토지 소유자가 그 소유 토지를 일반 공중의 이용에 제공함으로써 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어 그에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한된다고 하더라도, ① 그 후 토지이용상태에 중대한 변화가 생기는 등으로 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 제한하는 기초가 된 객관적인 사정이 현저히 변경되고, ② 소유자가 일반 공중의 사용을 위하여 그 토지를 제공할 당시 이러한 변화를 예견할 수 없었으며, ③ 사용·수익권 행사가 계속하여 제한된다고 보는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하는 경우에는, 토지 소유자는 그와 같은 사정변경이 있은 때부터는 다시 사용·수익 권능을 포함한 완전한 소유권에 기한 권리를 주장할 수 있다고 보아야 한다. 이때 그러한 사정변경이 있는지 여부는 해당 토지의 위치와 물리적 형태, 토지 소유자가 그 토지를 일반 공중의 이용에 제공하게 된 동기와 경위, 해당 토지와 인근 다른 토지들과의 관계, 토지이용상태가 바뀐 경위와 종전 이용상태와의 동일성 여부 및 소유자의 권리행사를 허용함으로써 일반 공중의 신뢰가 침해될 가능성 등 전후 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다." ☛ 사후에 객관적인 토지이용상태가 변경되어 배타적 사용·수익권을 다시 주장할 수 있게 되었다고 인정한 사례로는 2012다54133 판결 참조.

875) 74다1150; "본건 대지에 대하여는 건물 소유를 목적으로 지상권이 설정되어 그것이 존속하는 한 원고는 그 대지소유자라 하여도 그 소유권 행사에 제한을 받아 그 대지를 사용 수익할 수 없는 법리라 할 것이어서 특별한 사정이 없는 한 원고는 임료 상당의 손해금을 청구할 수 없을 것"

876) 대법원 2008. 1. 17. 선고 2006다586 판결; "금융기관이 대출금 채무의 담보를 위하여 채무자 또는 물상보증인 소유의 토지에 저당권을 취득함과 아울러 그 토지에 지료를 지급하지 아니하는 지상권을 취득하면서 채무자 등으로 하여금 그 토지를 계속하여 점유, 사용토록 하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 당해 지상권은 저당권이 실행될 때까지 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 저당 부동산의 담보가치를 확보하는 데에 그 목적이 있다고 할 것이고, 그 경우 지상권의 목적 토지를 점유, 사용함으로써 임료 상당의 이익이나 기타 소득을 얻을 수 있었다고 보기 어려우므로, 그 목적 토지의 소유자 또는 제3자가 저당권 및 지상권의 목적 토지를 점유, 사용한다는 사정만으로는 금융기관에게 어떠한 손해가 발생하였다고 볼 수 없다." ☜ 원고가 토지에 관하여 저당권과 함께 취득한 지상권은 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 근저당목적물의 담보가치를 확보하는데 그 목적이 있는 것이므로, 피고들이 토지 위에 도로를 개설하고 옹벽을 설치하여 지상권의 목적이 된 토지를 사용, 수익할 수 없게 되었다고 하더라도, 원고로서는 담보가치 감소로 인한 손해배상을 구하는 외에 별도로 지상권 자체의 침해를 이유로 토지에 대한 임료 상당의 손해배상을 청구할 수 없다고 판단한 예.
⇒ 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다14227 판결은, "위와 같은 '특별한 사정'에 관하여는 손실이 발생하지 아니하였음을 주장하는 쪽에서 입증책임을 진다."고 한 바 있다.

한 날'로부터 별개로 각 채권의 소멸시효가 진행한다('지체책임'의 기산점은, 부당이득반환채무는 이행의 기한이 없는 채무로서 '이행청구를 받은 때', 손해배상채무는 '불법점유 당일'이다).

(마) 기판력과 변경의 소, 청구이의의 소

토지의 무단점유자가 그 소유자에게 토지 인도 시까지 매월 일정액의 차임 상당액을 지급하라는 판결이 확정된 경우, 그 기판력은 주문에 포함된 토지 인도 시까지의 청구권의 존부 전부에 미침이 원칙이나, 그 소송의 사실심 변론종결 후에 액수 산정의 기초가 된 사정이 뚜렷하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 해할 '특별한 사정'이 생긴 때에는, 전소에서 '명시적인 일부청구'가 있었던 것과 동일하게 평가하여, 전소의 기판력이 전소 인용 차임액과 적정 차임액의 차액 부분(전소와는 독립한 소송물로 본다)에는 미치지 않으므로, 토지 소유자는 점유자를 상대로 신소로서 차액 부분에 대한 부당이득금의 반환을 청구할 수 있다.[879]

확정된 정기금판결의 기판력을 예외적으로 배제하기 위해, '정기금판결에 대한 변경의 소'를 제기할 수 있다(앞서 본 '명시적 일부청구 의제'의 판례이론과 '정기금판결에 대한 변경의 소'의 각 적용범위가 서로 일치하는 것은 아니므로, '변경의 소'의 청구 범위를 벗어나는 부분은 위 판례이론이 보충적으로 적용될 수 있다). 점유 토지의 인도 시까지 매월 일정액의 차임 상당액을 지급하라는 판결이 확정된 경우, 그 (정기금의 지급을 명한) '판결이 확정된 뒤'에[880] 그 액수 산정의

877) 대법원 1966. 6. 9. 선고 66다615 전원합의체 판결.

878) ◎ **'계속적 불법행위'로 인한 손해배상채권의 소멸시효 기산점**
가해행위가 계속되고 그에 따라 손해도 계속해서 발생하는, '계속적 불법행위'로 인한 손해배상채권의 소멸시효 기산점에 관하여, 판례는, 원칙적으로는 '날마다의 새로운 불법행위에 기하여 날마다 새롭게 손해가 발생한 날 또는 그 각 손해를 안 날'로부터 개별적으로 각 손해배상채권의 장·단기 소멸시효가 진행한다는 입장이다.
○ 대법원 2008. 4. 17. 선고 2006다35865 전원합의체 판결: "위법한 건축행위에 의하여 건물 등이 준공되거나 외부골조공사가 완료되면 그 건축행위에 따른 일영(日影)의 증가는 더 이상 발생하지 않게 되고 해당 토지의 소유자는 그 시점에 이러한 일조방해행위로 인하여 현재 또는 장래에 발생 가능한 재산상 손해나 정신적 손해 등을 예견할 수 있다고 할 것이므로, 이러한 손해배상청구권에 관한 민법 제766조 제1항 소정의 소멸시효는 원칙적으로 그 때부터 진행한다. 다만, 지극히 예외적이기는 하지만, 위와 같은 일조방해로 인하여 건물 등의 소유자 내지 실질적 처분권자가 피해자에 대하여 건물 등의 전부 또는 일부에 대한 철거의무를 부담하는 경우가 있다면, 이러한 철거의무를 계속적으로 이행하지 않는 부작위는 새로운 불법행위가 되고 그 손해는 날마다 새로운 불법행위에 기하여 발생하는 것이므로 피해자가 그 각 손해를 안 때로부터 각별로 소멸시효가 진행한다고 볼 수 있을 것이다."
○ 대법원 1999. 3. 23. 선고 98다30285 판결: "불법행위가 계속적으로 행하여지는 결과 손해도 역시 계속적으로 발생하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 손해는 날마다 새로운 불법행위에 기하여 발생하는 손해로서 민법 제766조 제1항을 적용함에 있어서 그 각 손해를 안 때로부터 각별로 소멸시효가 진행된다고 보아야 한다. … 부당한 설계변경으로 인한 손해에 관하여는 위 원고가 그 손해를 안 때로부터 … 단기소멸시효가 별개로 진행되는 것이지, 준공검사의 지연이란 불법상태가 해소된 준공검사 시에 비로소 진행되는 것은 아니라고 할 것이고"

879) 대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 전원합의체 판결, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결.

880) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2015다243996 판결: "정기금판결에 대한 변경의 소는 판결 확정 뒤에 발생한 사정변경을 그 요건으로 하는 것이므로, 단순히 종전 확정판결의 결론이 위법·부당하다는 등의 사정을 이유로 본조에 따라 정기금의 액수를 바꾸어 달라고 하는 것은 허용될 수 없다." ㅁ 전소 1심이 2009. 6. 12. ① '도로'로서의 차임 월 1,902,800원의 비율로 산정한 2007. 10. 2.까지의 부당이득을 반환하고, ② 2007. 10. 3.부터 피고의

기초가 된 사정이 현저하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 '특별한 사정'이 생긴 때에는, 그 '판결의 당사자(변론 종결 뒤의 승계인 포함)'는 장차(소 제기일 이후)[881] 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 소(정기금판결에 대한 변경의 소)를 제1심 판결법원(전속관할)에 제기할 수 있다(민사소송법 제252조).

토지의 전 소유자가 무단점유자를 상대로 제기한 부당이득반환청구의 전소 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람은 전소 기판력이 미치는 '변론 종결 뒤의 승계인'에 해당하지 아니하여,[882] 전소 정기금판결에 대한 변경의 소의 '원고적격'이 없고, 무단 점유자를 상대로 다시 부당이득반환청구의 소를 제기하여야 한다.[883]

점유종료일 또는 원고들의 소유권 상실일까지 월 1,902,800원의 부당이득금을 정기금으로 지급하라는 판결을 선고하였는데, 원고들이 정기금 지급을 명한 부분에 대해서는 항소취지를 누락하여 항소를 제기함으로써 항소심은 2010. 9. 15. ① '대지'로서의 차임 월 5,708,400원(1심의 3배)의 비율로 산정한 2007. 10. 2.까지의 부당이득을 반환하라는 판결을 선고하였으나, ② 정기금 청구 부분에 대해서는 원고들이 항소를 제기하지 않았다는 이유로 1심판결을 취소·변경하지 않았고, 2011. 1. 27. 쌍방의 상고가 모두 기각되었으며(전소 판결 확정), 정기금판결 부분의 변경을 구하는 이 사건 후소 소장 부본 송달 당시(2012. 11. 14.) '대지'로서의 월 차임이 5,626,000원인 **사안**에서, '전소에서 원고들이 항소취지를 누락하지 않았다면 항소심에서 정기금 청구 부분에 대해서도 월 5,708,400원을 지급하라는 취지의 판결이 선고되었을 가능성이 있으나 이는 전소 판결 확정 전의 사정에 불과한 것이고, 판결 확정 이후의 사정이라고는 볼 수 없고, 판결 확정 뒤에 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 있다고 보이지도 않는다.'고 한 사례.

881) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64215 판결; 점유 토지의 인도 시까지 정기금의 지급을 명하는 판결이 확정된 뒤에 그 판결의 변경을 구하는 소가 제기된 **사안**에서, 원고(소유자)의 이 사건 청구 중 소 제기일 전까지의 기간 부분은 확정판결이 있었던 전소와 소송물이 동일하여 그 확정판결의 기판력이 미친다고 할 것이어서, 그 중 전소의 확정판결에서 원고가 승소한 부분(전소에서 원고의 청구가 인용된 금액에 해당하는 부분)에 해당하는 부분은 권리보호의 이익이 없고, 이를 초과하는 부분은 전소 확정판결의 기판력에 저촉되는 것이어서 받아들일 수 없는 것이며, 이 사건 청구 중 소 제기일 이후 기간에 해당하는 부분은 정기금 판결의 변경을 구하는 취지라고 봄이 상당하다고 할 것인데, 전소 변론종결일 이후 원심 변론종결 당시까지 사이에 피고들 점유토지의 공시지가는 약 2.2배 상승하였고 ㎡당 연 임료는 약 2.9배 상승한 것에 불과하다면, 전소의 확정판결이 있은 후에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생겼다고 할 수 없고, 따라서 원고로서는 그 연 임료 상당액의 증액지급을 구할 수 없다고 한 사례.

882) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다206349 판결; 소외 1이 그 소유의 토지 상공에 송전선을 설치하여 소유하는 피고(한국전력공사)를 상대로 부당이득반환을 구하는 소를 제기하여 '송전선 철거완료일까지' 정기금의 지급을 명하는 전소확정판결을 받은 후, 소외 2를 거쳐 원고가 위 토지의 소유권을 이전받은 다음, 피고를 상대로 토지 소유권 취득일 이후의 기간에 대한 부당이득반환을 구한 **사안**에서, **원심**이, 원고가 소외 2를 거쳐 소외 1로부터 전소판결에 따른 부당이득반환청구권을 묵시적으로 양수하였으므로, 전소판결의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당한다고 보아 소를 각하한 데 대하여, **대법원**은, "전소판결의 소송물은 채권적 청구권인 부당이득반환청구권이므로 원고가 전소판결 소송 변론종결 뒤에 이 사건 토지의 소유권을 취득하였다는 사정만으로는 전소판결의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당할 수 없다. 나아가 전소판결의 소송물인 부당이득반환청구권은 소외 1의 이 사건 토지 소유를 요건으로 하므로 이 사건 토지 소유권이 소외 1에서 다른 사람으로 이전된 이후에는 더 이상 발생하지 않고, 그에 대한 양도도 있을 수 없다. 따라서 이 사건 소에서 자신이 이 사건 토지의 소유권을 취득한 이후의 부당이득반환을 구하는 원고로서는 전소판결 소송의 소송물을 양수한 변론을 종결한 뒤의 승계인에도 해당하지 않는다."라고 판시한 예.

883) 대법원 2016. 6. 28. 선고 2014다31721 판결; "**정기금판결에 대한 변경의** 소는 정기금판결의 확정 뒤에 발생한 현저한 사정변경을 이유로 확정된 정기금판결의 기판력을 예외적으로 배제하는 것을 목적으로 하므로, 확정된 정기금판결의 당사자 또는 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 그 확정판결의 기판력이 미치는 제3자만이 정기금판결에 대한 변경의 소를 제기할 수 있다고 봄이 타당하다. 한편 토지의 소유자가 소유권**에** 기하여 그 토지의 무단 점유자를 상대로 차임 상당의 부당이득반환을 구하는 소송을 제기하여 무단 점유자가 그 점유 토지의 인도

점유 토지의 '인도 시까지' 매월 일정액의 차임 상당액을 지급하라는 판결이 확정되었는데, 그 변론종결 후 원고가 토지 소유권을 상실·이전한 경우[884]나 피고가 지상 건물을 소유하지 않고 토지를 점유하지 않았음이 객관적으로 판명된 경우[885]에, 피고로서는 '청구이의의 소'로써 전소 변론종결 이후 금전지급을 명한 부분의 집행력 배제를 구할 수 있다.

(4) 인도청구에 대한 항변

(가) 원고 명의 등기의 원인무효 항변

원고가 '소유권 등기 사실'을 주장·증명함으로써 그 등기의 법률상 추정력으로 자신의 '소유' 사실을 주장·증명한 경우, 피고로서는 그에 대한 '항변'으로서 '원고 명의 등기의 원인무효'(원고 명의 소유권 등기의 법률상 추정을 복멸시킬 수 있는 실체적·절차적 원인무효 사유)[886] 사실을 주장·증명할 수 있다.

시까지 매월 일정 금액의 차임 상당 부당이득을 반환하라는 판결이 확정된 경우, 이러한 소송의 소송물은 채권적 청구권인 부당이득반환청구권이므로, 위 소송의 변론종결 후에 위 토지의 소유권을 취득한 사람은 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 위 확정판결의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 토지의 전 소유자가 제기한 부당이득반환청구소송의 변론종결 후에 그 토지의 소유권을 취득한 사람에 대해서는 위 소송에서 내려진 정기금 지급을 명하는 확정판결의 기판력이 미치지 아니하므로, 이러한 토지의 새로운 소유자가 그 토지의 무단 점유자를 상대로 다시 부당이득반환청구의 소를 제기하지 아니하고, 그 토지의 전 소유자가 앞서 제기한 위 부당이득반환청구소송에서 내려진 정기금판결에 대하여 변경의 소를 제기하는 것은 부적법하다."(정기금 지급을 명한 전소 확정판결 후에 임야 소유권을 취득한 원고에게는 전소 확정판결의 변경을 구하는 소를 제기할 원고적격이 없다 하여, 부적법 각하되어야 한다고 한 예). ☛ '인도 시까지'의 부당이득반환을 명한 전소 확정판결의 변론종결 후에 그 원고의 소유권 상실·이전이 있는 경우, 그와 같은 사후적인 실체관계 변동 사유가 판결의 주문에 기재되어 있는지 여부와 상관없이 피고는 '청구이의의 소'로써 집행력의 배제를 구할 수 있다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다244432 판결).

884) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다244432 판결.

885) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2019다302985 판결: 원고(유지재단) 소유로 등기된 토지에 원고 명의의 건축허가로 교회건물 신축이 진행되던 중 근저당권에 기한 경매가 진행되어 피고가 토지를 취득한 후 원고에 대해 건물철거, 토지 인도 및 부당이득반환과 지료 지급을 구하는 소를 제기하였고, 법정지상권이 성립된다는 원고의 항변을 받아들인 제1판결이 선고·확정되었는데, 원고는 '원고가 아닌 소외 교회가 건물을 신축하여 원시취득하였고 원고가 토지를 점유하였다고 볼 수 없으므로 제1판결은 실체적 권리관계에 배치된다'고 주장하면서 청구이의의 소를 제기한 사안에서, 제1판결 중 '변론종결 후 발생할 지료 및 사용이익 상당의 부당이득금 지급을 명한 부분'에 관하여 "이 사건 제1판결은 변론종결 후에도 원고가 피고 소유의 이 사건 각 토지를 점유하는 것이 변론종결 당시 확정적으로 예정되어 있다는 이유로 이를 인도할 때까지 지료 지급 또는 사용이익 상당의 부당이득 반환을 명하는 판결을 하였다. 그러나 변론종결 후 원고가 이 사건 교회 건물을 소유하지 않고 이 사건 각 토지를 점유하지 않았음이 객관적으로 판명된 이상 이 사건 제1판결 변론종결 당시의 예측은 어긋나게 되었고, 이는 이 사건 제1판결 확정 후에 새로운 사유가 발생하여 사정변경이 있은 경우에 해당한다고 할 수 있다. 따라서 원고가 이 사건 교회건물을 소유하지 않고 이 사건 각 토지를 점유하지 않는다는 사유를 주장하면서 이 사건 제1판결의 변론종결 이후 금전지급을 명한 부분의 집행배제를 구하는 것은 가능하다."라고 판시한 예.

886) ○ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다11281 판결: "반사회질서 법률행위를 원인으로 하여 부동산에 관한 소유권 이전등기를 마쳤다 하더라도 그 등기는 원인무효로서 말소될 운명에 있으므로 등기명의자가 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하는 경우에, 그 권리 행사의 상대방은 위와 같은 법률행위의 무효를 항변으로서 주장할 수 있다고 할 것이다." ☛ 원심이, 원고는 소외인(신탁회사의 공매업무 담당자)에게 사례금의 교부를 약속하면서 부정한 청탁을 하고, 소외인은 공매과정에서 업무상 임무에 위배하여 공개경쟁입찰을 제한한 후 수의계약으로 원고에게 점포를 저렴한 가격에 매도한 사실을 인정한 다음, 원고가 소외인의 배임행위를 스스로 조장하거나 이에 적극 가담하여 점포를 매수하였으므로 원고의 매수행위는 반사회적 법률행위에 해당하여 무효라고 판단하

(나) 반신의칙, 권리남용의 항변

소유권에 기한 인도 청구 등 물권적 청구권 행사가 '신의성실의 원칙에 위반'[887]되거나, '권리남용'[888](공로 부지의 소유자가 이를 점유·관리하는 지방자치단체를 상대로 공로

고, 이어서 피고는 점포의 무단 점유자에 불과하여 원고의 점포 매수행위의 무효를 주장하는 것은 아무런 법적 근거가 없거나 정의관념 및 사회질서에 어긋나는 행위라는 원고의 주장에 대하여, 반사회질서 법률행위는 절대적으로 무효로서 누구든지 주장할 수 있다는 이유로 이를 배척하고, 원고의 점포에 대한 소유권에 기한 인도청구 및 차임 상당 부당이득반환청구를 기각한 것은, 정당하다고 한 예.

○ 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다277785, 277792 판결; 차량 소유자(원고)가 본소로 저당권의 말소를 청구하자 저당권자(피고, 채권자)가 원고의 차량 소유권 취득의 원인이 된 소외인(채무자)과 원고 간 매매계약이 사해행위라고 주장하면서 반소로 그 취소를 청구한 사건에서, 사해행위의 취소를 명하는 한편 이를 이유로 본소 청구를 기각한 원심판단을 수긍한 사례.

887) 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다3471 판결; "1동의 건물을 신축한 후 그 건물 중 구조상·이용상 독립성을 갖추지 못한 부분을 스스로 구분건물로 건축물관리대장에 등재하고 소유권보존등기를 마친 자가 구조상·이용상 독립성을 갖출 수 있음에도 불구하고 그 건물 부분에 관하여 자신과 매매계약을 체결하여 그에 따라 소유권이전등기를 마친 자 또는 자신과 근저당권설정계약을 체결하여 그에 따라 근저당권설정등기를 마친 자 등을 상대로 그러한 등기가 무효임을 주장하며 이에 대한 멸실등기절차의 이행이나 위와 같은 건물 부분의 인도를 청구하는 것은 신의성실의 원칙에 위반된다고 볼 여지가 있다. 그리고 이러한 법리는 위와 같은 근저당권에 기초한 임의경매절차에서 해당 건물 부분을 매수하여 구분건물로서 소유권이전등기를 마친 자를 상대로 그 등기의 멸실등기절차의 이행 또는 해당 건물 부분의 인도를 청구하는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다. … 구분건물로서의 요건을 갖추도록 해 주어야 할 의무를 부담하는 자가 도리어 구분건물로서의 요건을 갖추지 못하였다는 사정을 이유로 거래 상대방 또는 그 전전양수인 등을 상대로 목적물의 인도 등을 구하는 것은 쉽사리 용납되기 어렵다."

888) ❶ 대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다254280 판결; "소유권에 기초를 둔 토지 인도 청구가 권리남용에 해당하는지는 토지 취득 경위와 이용현황 등에 비추어 토지 인도에 따른 소유자의 이익과 상대방의 손해 사이에 얼마나 큰 차이가 있는지, 토지소유자가 인도 청구를 하는 실제 의도와 목적이 무엇인지, 소유자가 적절한 가격으로 토지를 매도해 달라는 상대방의 요구에 정당한 이유 없이 불응하며 상대방에게 부당한 가격으로 토지를 매수할 것을 요구하고 있는지, 토지에 대한 법적 규제나 토지 이용현황 등에 비추어 다른 용도로 사용할 수 있는지, 토지 인도로 말미암아 사회 일반에 중대한 불이익이 발생하는지, 인도 청구 이외에 다른 권리구제수단이 있는지 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다." ㉠ 사건 토지는 오래전부터 도로로 이용되었고 원고는 경매절차에서 이를 알면서 매수하였으며, 원고는 피고(市)에게 높은 금액의 보상금을 요구하였으나 피고가 응하지 않자 토지의 인도를 구하였고, 위 토지는 ○○로의 일부로 △△고가도로를 연결하는 지점에 위치하고 있어 차량 통행에 필수적이고 통행량도 많으며, 위 토지가 인도되면 교통에 큰 지장이 초래되는 반면 주변 현황에 비추어 원고가 이를 다른 용도로 사용하기 어렵다는 이유로 토지 인도 청구가 권리남용에 해당한다고 한 예. ❷ 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020다229239 판결; "어떤 토지가 그 개설경위를 불문하고 일반 공중의 통행에 공용되는 도로, 즉 공로가 되면 그 부지의 소유권 행사는 제약을 받게 되며, 이는 소유자가 수인하여야 하는 재산권의 사회적 제약에 해당한다. 따라서 공로 부지의 소유자가 이를 점유·관리하는 지방자치단체를 상대로 공로로 제공된 도로의 철거, 점유 이전 또는 통행금지를 청구하는 것은 법질서상 원칙적으로 허용될 수 없는 '권리남용'이라고 보아야 한다." ㉡ 사건 도로는 사찰로 출입하는 유일한 통행로로서 아주 오래전에 자연발생적으로 형성되었고 사찰의 승려, 신도, 탐방객 및 인근 주민들이 이용하고 있던 도로를 피고(市)가 농어촌도로정비법상 농어촌도로로 지정하고 30년 이상 관리하면서 일반 공중의 통행에 공용한 도로(공로)에 해당하고, 이러한 이용상황을 알면서도 임의경매절차에서 도로 부지인 임야를 매수한 원고가 피고를 상대로 도로의 철거·인도를 구하는 것은 권리남용이라고 볼 여지가 크다고 한 예. ❸ 대법원 2023. 3. 13. 선고 2022다293999 판결; 甲 등이 취득한 A빌딩과 乙 등이 구분소유하는 B빌딩 사이에 B빌딩에 출입하는 사람과 인근 주민들이 통행로로 사용하는 부지가 있고, 그중 대부분이 A빌딩 부지에 포함되어 있는데, 甲이 乙 등을 상대로 통행금지를 구한 사안에서, B빌딩의 사용승인이 이루어지기 이전부터 인근 주민들을 비롯한 불특정 다수인이 해당 부분을 통행함에 제한이 없었고, A빌딩 부지의 전 소유자는 B빌딩이 건축될 당시 해당 부분의 무상 사용과 불특정 다수인의 통행을 수인했던 것으로 보이며, 甲 등은 이와 같은 이용 상황 및 소유권의 제약 상태를 알고서 빌딩 및 부지를 취득하였으므로, 乙 등이 일상생활에 필요한 범위 내에서 다른 사람들과 같은 방법으로 해당 부분을 통행할 것임을 충분히 예상할 수 있었고, 乙 등의 통행을 금지한다면 B빌딩의 출입구 위치·형태·내부 구조의 특성상 출입에 상당한 제약을 받을 수밖에 없게 되어 큰 불편과 혼란이 예상되는 상황에서, 甲 등이 객관적 용도에

로 제공된 도로의 철거, 점유 이전 또는 통행금지를 청구하는 것은 법질서상 원칙적으로 허용될 수 없는 '권리남용'이라고 보아야 하고, 그 경우 특별한 사정이 없는 한 그 도로 지하 부분에 매설된 시설에 대한 철거 등 청구도 '권리남용'이라고 봄이 상당하다[889])에 해당됨을 이유로 항변할 수도 있다. 소유권이전등기의무 있는 자가 그 권리자를 상대로 소유권에 기해 인도와 철거를 청구하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다.[890]

(다) 점유 권원의 항변

'점유 권원의 항변'은, 점유를 권리 내용으로 하는 지상권·전세권·유치권[891] 등 제한물권, 수도·가스관·전선 등 시설의 통과권(민법 제218조), 주위토지통행권(민법 제219조) 등 상린관계 규정에 의한 상린권, 또는 사용대차·임대차·임치·도급 등과 같이 점유를 수반하는 채권적 권리,[892] 점유자로 하여금 자신의 인도의무 이행을 거절할 권능

따른 편익을 가장 필요로 하는 乙 등에 대해서만 선별적·자의적으로 통행을 금지하는 것은 소유권의 행사에 따른 실질적 이익도 없이 단지 상대방의 통행의 자유에 대한 침해라는 고통과 손해만을 가하는 것이 되어 권리남용이라고 볼 여지가 크다고 한 사례.

889) 대법원 2023. 9. 14. 선고 2023다214108 판결.

890) ❶ 소외 위원회에게 피고의 점유부분에 해당하는 지분소유권이전등기절차를 이행하여야 할 의무가 있는 원고 회사가, 위원회에 대해 지분소유권이전등기청구권을 가지는 피고에게 그 점유부분의 인도와 지상건물의 철거를 구하는 것은 소유권이전등기의 의무 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 것이어서 신의성실의 원칙 또는 사회통념상 허용될 수 없다고 한 예(93다4908, 4915, 4922), ❷ 명의신탁자에게 소유권이전등기를 청구할 수 있는 지위에 있는 자에 대하여 명의수탁자가 자신이 소유자임을 내세워 인도·철거를 구함은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다고 한 예(91다31685), ❸ 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 있는 소유자가 시효취득자에게 토지의 인도를 청구할 수 없다고 한 예(67다954), ❶ '유증'을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 있는 경우에도 동일한 법리가 적용됨을 전제로 한 예(대법원 2021. 9. 16. 선고 2021다200914, 200921 판결). **[동일 취지]** 법정지상권을 취득할 지위에 있는 피고에 대하여 원고가 대지소유권에 기하여 건물철거를 구하는 것은 지상권의 부담을 용인하고 또한 그 설정등기절차를 이행할 의무 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구여서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다(84다카1131,1132).

891) ○ 대법원 2014. 12. 24. 선고 2011다62618 판결: "반환을 거부할 수 있는 점유할 권리에는 유치권도 포함되고, 유치권자로부터 유치물을 유치하기 위한 방법으로 유치물의 점유 내지 보관을 위탁받은 자는 특별한 사정이 없는 한 점유할 권리가 있음을 들어 소유자의 소유물반환청구를 거부할 수 있다."
○ 대법원 2017. 2. 8.자 2015마2025 결정: "유치권자는 채무자 또는 소유자의 승낙이 없는 이상 그 목적물을 타인에게 임대할 수 있는 권한이 없으므로(민법 제324조 제2항), 유치권자의 그러한 임대행위는 소유자의 처분권한을 침해하는 것으로서 소유자에게 그 임대의 효력을 주장할 수 없다. 따라서 소유자의 승낙 없는 유치권자의 임대차에 의하여 유치권의 목적물을 임차한 자의 점유는 … '매수인에게 대항할 수 있는 권원'에 기한 것이라고 볼 수 없다." ☞ 유치권자로부터 건물을 임차한 피고가 유치권자의 유치권을 원용하여 현재 소유자인 원고의 건물인도청구를 거절하기 위해서는, 임대차 당시 건물 소유자 또는 이후 소유자나 원고로부터 임대차에 관한 승낙을 받았다는 점에 관하여 주장·증명하여야 한다(2010다94700).

892) ○ 소유자에 대하여 점유를 수반하는 채권을 갖는 자가 소유자의 승낙이나 소유자와의 약정 등에 기초하여 제3자에게 점유할 권리를 수여할 수 있는 경우에는, 그로부터 점유 내지 보관을 위탁받거나 그 밖에 점유할 권리를 취득한 제3자는 특별한 사정이 없는 한 자신에게도 점유할 권리가 있음을 들어 소유자의 소유물반환청구를 거부할 수 있다(대법원 2020. 5. 28. 선고 2020다211085 판결). 사용대차의 차주는 대주의 승낙이 없이 제3자에게 차용물을 사용, 수익하게 하지 못하므로(민법 제610조 제2항), 차주의 권리를 양도받은 자는 그 양도에 관한 대주의 승낙이 없으면 대주에게 대항할 수 없어서(대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다202795, 202801 판결) '양도에 관한 대주의 승낙' 사실까지 주장·증명하여야 유효한 점유권원의 항변이 된다(98다61746).
○ 유증의 목적물인 토지에 대한 임차권·사용대차권 등 피고의 채권적 점유 권원은 수증자가 토지 소유권을 취득한 후에도 그대로 존속·유지된다. 민법 제1085조에 따라, 유증의 목적물이 유언자의 사망 당시에 제3자의 권리의 목적인 경우, 제3자의 권리는 특별한 사정이 없는 한 유증의 목적물이 수증자에게 귀속된 후에도 그대로

이 생기게 하는 동시이행항변권, 시효취득[893] 등 피고의 점유 권원 발생의 요건사실이나 원고의 사용·수익권 포기 사실 등을 주장·증명하면 된다. 이에 대하여 소유자는 점유권원의 소멸 사유(예컨대, 사용대차의 경우 해지 등 계약의 종료 사유[894])로 재항변할 수 있다.

(라) 주위토지통행권 등 상린권

주위토지통행권 등과 같이 인접하는 토지 상호간의 이용의 조절을 위한 '상린관계'에 관한 민법 등의 규정은 인접지 소유자에게 그 소유권에 대한 제한을 수인할 의무를 부담하게 한다(그 적용요건을 함부로 완화하거나 유추하여 적용할 수 없다).[895]

존속하는 것으로 보아야 하는데, '제3자의 권리'에는 물권(용익물권, 담보물권)뿐만 아니라, 일반적인 대항력이 없는 채권(임차권, 사용대차권)도 포함되기 때문이다(대법원 2018. 7. 26. 선고 2017다289040 판결).

893) 시효취득자는 소유자에게 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있고 소유자는 이에 응할 의무가 있으므로 시효취득자가 대지 소유권이전등기를 경료하지 못한 상태에 있다고 해서 대지 소유자가 시효취득자에 대하여 그 지상건물의 철거와 대지의 인도를 청구할 수는 없다(87다카1979).

894) ◎ **사용대차 계약의 해지**

○ 대법원 2018. 6. 28. 선고 2014두14181 판결; "민법 제613조 제2항은 사용대차계약의 해지사유로서 사용수익에 충분한 기간이 경과한 때를 들고 있다. 여기에 해당하는지 여부는 사용대차계약 당시의 사정, 차주의 사용기간 및 이용 상황, 대주가 반환을 필요로 하는 사정 등을 종합적으로 고려하여 공평의 입장에서 대주에게 해지권을 인정하는 것이 타당한지에 따라 판단하여야 한다." ☜ 이 사건 토지의 사용대차에 이르게 된 경위, 구왕궁재산처분법·구황실재산법·문화재보호법의 제정 및 개정 경위, 그동안 위 토지를 관리한 구황실재산 사무총국장과 문화재관리국장이 사용기간을 따로 정하지 않은 채 수차례 사용을 허락하여 온 점, 원고 학교법인은 ○○대학교를 정상적으로 운영하여 왔고 현재 위 토지 위에는 교수회관·대학본부·학생회관·대학원관 등의 건물이 있는 점 등에 비추어 사용대차계약 체결 후 상당한 시간이 지났다는 사정만으로 원고가 토지를 사용·수익하기에 충분한 기간이 경과한 것으로 볼 수 없다고 한 예. ⇔ 대법원 2001. 7. 24. 선고 2001다23669 판결; 원고의 아버지인 망인이 군수 및 교육장과의 개인적 친분으로 피고 광역시 산하 교육청에 청사 부지 용도로 무상 대여하여 사용대차관계가 성립한 후 40년 이상 지났고, 최초의 사용대차계약 당시의 대주가 이미 사망하여 대주와 차주 간 친분 관계의 기초가 변하였을 뿐더러, 피고는 원고에게 무상사용 허락에 대한 감사의 뜻이나 호의를 표시하기는커녕 오히려 자주점유에 의한 취득시효를 주장하는 민사소송을 제기하여 상고심에 이르기까지 다툼을 계속하는 등의 상황에 이를 정도로 쌍방의 신뢰관계 내지 우호관계가 허물어진 경우, 공평의 견지에서 대주의 상속인인 원고에게 사용대차의 해지권을 인정하는 것이 옳다고 한 예.

○ 대법원 1993. 11. 26. 선고 93다36806 판결; "건물의 소유를 목적으로 하는 토지 사용대차에 있어서는, 당해 토지의 사용수익의 필요는 당해 지상건물의 사용수익의 필요가 있는 한 그대로 존속하는 것이고, 이는 특별한 사정이 없는 한 차주 본인이 사망하더라도 당연히 상실되는 것이 아니어서 그로 인하여 곧바로 계약의 목적을 달성하게 되는 것은 아니라고 봄이 통상의 의사해석에도 합치되므로, 이러한 경우에는 민법 제614조의 규정에 불구하고 대주가 차주의 사망사실을 사유로 들어 사용대차계약을 해지할 수는 없다고 할 것이다."

895) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2010다103086 판결; "인접하는 토지 상호간의 이용의 조절을 위한 상린관계에 관한 민법 등의 규정은 인접지 소유자에게 그 소유권에 대한 제한을 수인할 의무를 부담하게 하는 것이므로 그 적용요건을 함부로 완화하거나 유추하여 적용할 수는 없고, 상린관계 규정에 의한 수인의무의 범위를 넘는 토지이용관계의 조정은 사적자치의 원칙에 맡겨야 한다. 그러므로 어느 토지소유자가 타인의 토지를 통과하지 아니하면 필요한 전선 등을 시설할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 경우에는 그 타인은 자기 토지를 통과하여 시설을 하는 데 대하여 수인할 의무가 있고(민법 제218조 참조), 또한 그 소유지의 물을 소통하기 위하여 이웃 토지 소유자가 시설한 공작물을 사용할 수 있지만(민법 제227조), 이는 타인의 토지를 통과하지 않고는 전선 등 불가피한 시설을 할 수가 없거나 타인의 토지를 통하지 않으면 물을 소통할 수 없는 합리적 사정이 있어야만 인정되는 것이다. 인접한 타인의 토지를 통과하지 않고도 시설을 하고 물을 소통할 수 있는 경우에는 스스로 그와 같은 시설을 하는 것이 타인의 토지 등을 이용하는 것보다 비용이 더 든다는 등의 사정이 있다는 이유만으로 이웃 토지 소유자에게 그 토지의 사용 또는 그가 설치·보유한 시설의 공동사용을 수인하라고 요구할 수 있는 권리는 인정될 수 없다. 따라서 위와 같은 경우에는 … 주위토지통행권에 관한 민법 제219조나 유수용 공작물의 사용권에 관한 민법 제227조 또는 타인의 토지 또는 배수설비의 사용에 관하여 규정한 하수도법 제29조 등

주위토지통행권[896]의 요건사실은, ① '어느 토지와 공로[897] 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 사실',[898] ② '토지소유자 등[899]이 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 아니하면[900] 공로에 출입할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 사실', ③ '통행지 소유자의 손해가 가장 적은 장소와 방법인 사실'[901]이다. 주위토지통행권은 법정의 요건을

상린관계에 관한 규정의 유추적용에 의하여, 타인의 토지나 타인이 시설한 전선 등에 대한 사용권을 갖게 된다고 볼 여지는 없다."

896) **민법 제219조(주위토지통행권)** ① 어느 토지와 공로사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 그 토지소유자는 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 아니하면 공로에 출입할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 때에는 그 주위의 토지를 통행할 수 있고 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있다. 그러나 이로 인한 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여야 한다. ② 전항의 통행권자는 통행지소유자의 손해를 보상하여야 한다. ☛ 제1항의 '그러나' 이하는 앞부분에 대한 예외적 내용이라기보다는 앞부분을 설명하고 보충하는 내용에 해당하므로, 본문·단서의 형식보다는 '그러나'를 '이 경우'로 고쳐 전단·후단의 형식으로 규정하는 것이 바람직한 입법형식이다.

897) 주위토지통행권은 통행로가 없는 맹지를 공로와 연결하기 위하여 상린관계에서 인정되는 권리인데, 공로란 사실상 일반 공중의 통행에 제공되는 도로를 말하고, 그 개설경위나 법령에 따라 정식으로 개설된 도로인지 여부를 가리지 않으므로, 어떤 도로가 일반 공중의 자유로운 통행이 보장된 공로에 해당하면, 공로에 이미 연결되어 있는 토지의 소유자에게 그 공로의 통행을 위하여 굳이 주위토지통행권을 인정할 필요는 없다(2020다280326).

898) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2002다53469 판결: "**주위토지통행권**은 어느 토지가 타인 소유의 토지에 둘러싸여 공로에 통할 수 없는 경우뿐만 아니라, 이미 기존의 통로가 있더라도 그것이 당해 토지의 이용에 부적합하여 실제로 통로로서의 충분한 기능을 하지 못하고 있는 경우에도 인정된다."

899) 주위토지통행권은 인접한 토지의 상호이용의 조절에 기한 권리로서 토지의 소유자 또는 지상권자, 전세권자 등 토지사용권을 가진 자에게 인정되는 권리이다. 따라서 명의신탁자에게는 주위토지통행권이 인정되지 않는다(2007다22767).

900) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2021다245443, 245450 판결: "공로에 통할 수 있는 자기의 공유토지를 두고 공로에의 통로라 하여 남의 토지를 통행한다는 것은 민법 제219조, 제220조에 비추어 허용될 수 없다. 설령 위 공유토지가 구분소유적 공유관계에 있고 공로에 접하는 공유 부분을 다른 공유자가 배타적으로 사용, 수익하고 있다고 하더라도 마찬가지이다."

901) ○ 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다39422 판결: "주위통지통행권은 공로와 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 피통행지 소유자의 손해를 무릅쓰고 특별히 인정하는 것이므로, 통행로의 폭이나 위치, 통행방법 등은 피통행지 소유자에게 손해가 가장 적게 되도록 하여야 하고 … 주위토지통행권이 인정된다고 하더라도 그 통로를 상시적으로 개방하여 제한 없이 이용할 수 있도록 하거나 피통행지 소유자의 관리권이 배제되어야만 하는 것은 아니므로, 쌍방 토지의 용도 및 이용 상황, 통행로 이용의 목적 등에 비추어 그 토지의 용도에 적합한 범위에서 통행 시기나 횟수, 통행방법 등을 제한하여 인정할 수도 있다."

○ 대법원 2017. 9. 12. 선고 2014다236304 판결: "주위토지통행권의 범위는 현재의 토지의 용법에 따른 이용의 범위에서 인정되는 것이지 더 나아가 장차의 이용상황까지 미리 대비하여 통행로를 정할 것은 아니다. 또한 토지의 이용방법에 따라서는 자동차 등이 통과할 수 있는 통로의 개설도 허용되지만, 단지 토지이용의 편의를 위해 다소 필요한 상태라고 여겨지는 정도에 그치는 경우까지 자동차의 통행을 허용할 것은 아니다."(피고 소유의 도로 부지에 대해서는 자동차 통행을 위한 주위토지통행권 확인 및 스테인리스 구조물의 철거와 통행방해의 금지를 인용하고, 다른 토지에 대하여는 자동차 통행을 위한 주위토지통행권을 부정한 예) ☛ **[동일 취지]** ❶ "통상적으로는 사람이 주택에 출입하여 다소의 물건을 공로로 운반하는 등의 일상생활을 영위하는 데 필요한 범위의 노폭까지 인정된다."고 하고, '위요지 소유자에게 장래 그 토지에 건축을 할 것에 대비하여 건축허가에 필요한 폭의 통행로를 미리 보장하고 이를 주위토지 소유자로 하여금 수인하도록 하는 것까지를 그 내용으로 하는 것은 아니'라는 원심판단을 수긍한 예(96다33433,33440). ❷ 공로에 이르는 기존의 소로가 있으나 그 통로는 지게를 지고 한 사람이 겨우 다닐 수 있는 오솔길에 불과하여 그 기존의 통로는 공장용지로 사용되고 있는 사건 토지의 용도에 적당하지 않다는 등의 이유로, 자동차 통행을 위한 주위토지통행권을 인용한 예(2002다53469).

○ 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다30993 판결: "건축 관련 법령에 정한 도로 폭에 관한 규정만으로 당연히 피포위지 소유자에게 그 반사적 이익으로서 건축 관련 법령에 정하는 도로의 폭이나 면적 등과 일치하는 주위토지통행권이 생기는 것은 아니고, 그러한 법령의 규제내용도 그 참작사유로 삼아 피포위지 소유자의 건축물 건축

충족하면 당연히 성립하고 그 요건이 없어지게 되면 당연히 소멸한다.[902]

주위토지통행권은 통행자의 통행지 소유자에 대한 주위토지통행권 확인 청구,[903] 통행 방해 금지 청구, 통행에 방해가 되는 담장 등 축조물의 철거 청구[904] 및 통행지 소유자의

을 위한 통행로의 필요도와 그 주위토지 소유자가 입게 되는 손해의 정도를 비교형량하여 주위토지통행권의 적정한 범위를 결정하여야 할 것"

902) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다11669 판결(따라서 포위된 토지가 사정변경에 의하여 공로에 접하게 되거나 포위된 토지의 소유자가 주위의 토지를 취득함으로써 주위토지통행권을 인정할 필요성이 없어지게 된 경우에는 그 통행권은 소멸한다).

903) ◎ **주위토지통행권 확인의 소**

○ 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다39422 판결; "주위토지통행권의 확인을 구하기 위해서는 통행의 장소와 방법을 특정하여 청구취지로써 이를 명시하여야 하고, 민법 제219조에 정한 요건을 주장·증명하여야 한다. 그러므로 주위토지통행권이 있음을 주장하여 확인을 구하는 특정의 통로 부분이 민법 제219조에 정한 요건을 충족하지 못할 경우에는 다른 토지 부분에 주위토지통행권이 인정된다고 할지라도 원칙적으로 그 청구를 기각할 수밖에 없다. 다만 이와 달리 통행권의 확인을 구하는 특정의 통로 부분 중 일부분이 민법 제219조에 정한 요건을 충족하거나 특정의 통로 부분에 대하여 일정한 시기나 횟수를 제한하여 주위토지통행권을 인정하는 것이 가능한 경우라면, 그와 같이 한정된 범위에서만 통행권의 확인을 구할 의사는 없음이 명백한 경우가 아닌 한 그 청구를 전부 기각할 것이 아니라, 그렇게 제한된 범위에서 청구를 인용함이 상당하다."

○ 대법원 2005. 7. 14. 선고 2003다18661 판결; "통상 주위토지통행권에 관한 분쟁은 통행권자와 피통행지의 소유자 사이에 발생하나, 피통행지의 소유자 이외의 제3자가 일정한 지위나 이해관계에서 통행권을 부인하고 그 행사를 방해할 때에는 그 제3자를 상대로 통행권의 확인 및 방해금지 청구를 하는 것이 통행권자의 지위나 권리를 보전하는 데에 유효·적절한 수단이 될 수 있다." ☜ 아파트 입주자대표회의의 피고적격을 인정한 예.

○ 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다75300, 75317, 75324 판결; "주위토지통행권확인청구는 변론종결시에 있어서의 민법 제219조 소정의 요건에 해당하는 토지가 어느 토지인가를 확정하는 것이므로, 주위토지 소유자가 그 용법에 따라 기존 통행로로 이용되던 토지의 사용방법을 바꾸었을 때에는 대지소유자는 그 주위토지 소유자를 위하여 보다 손해가 적은 다른 장소로 옮겨 통행할 수밖에 없는 경우도 있는 것이다. … 주위토지통행권을 행사함에 있어서도 이러한 주거의 자유와 평온 및 안전을 침해하여서는 아니 된다. … 변론종결 시에 있어서의 민법 제219조 소정의 요건에 해당하는 토지가 어느 토지인가를 확정하는 것이므로, 원고가 오랫동안 … 통행로로 이용하고, 피고 및 선정자들도 원고의 통행을 묵인하여 왔다거나, … 하수관이 이 사건 토지의 지하에 설치되어 있다고 하더라도, 주위토지통행권의 인정 여부를 판단함에 있어서 그러한 사정을 크게 고려할 것은 아니다."

○ 대법원 2004. 5. 13. 선고 2004다10268 판결; "주위토지통행권은 통행을 위한 지역권과는 달리 통행로가 항상 특정한 장소로 고정되어 있는 것은 아니고, 주위토지의 현황이나 사용방법이 달라졌을 때에는 주위토지통행권자는 주위토지 소유자를 위하여 보다 손해가 적은 다른 장소로 옮겨 통행할 수밖에 없는 경우도 있으므로, 일단 확정판결이나 화해조서 등에 의하여 특정의 구체적 구역이 위 요건에 맞는 통행로로 인정되었더라도 그 이후 그 전제가 되는 포위된 토지나 주위토지 등의 현황이나 구체적 이용상황에 변동이 생긴 경우에는 민법 제219조의 입법 취지나 신의성실의 원칙 등에 비추어 구체적 상황에 맞게 통행로를 변경할 수 있는 것이고, 그 과정에서 포위된 토지와 주위토지의 각 소유자 간에 원만한 합의가 이루어지지 아니하는 경우 일방이 상대방에 대하여 기존의 확정판결이나 화해조서 등이 인정한 통행장소와 다른 곳을 통행로로 삼아 주위토지통행권의 확인이나 통행방해의 배제·예방 또는 통행금지 등을 소로써 구하더라도 그 청구가 위 확정판결이나 화해조서 등의 기판력에 저촉된다고 볼 수 없다."

904) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다30993 판결; "주위토지통행권자가 통로를 개설하는 경우 통행지 소유자는 원칙으로 통행권자의 통행을 수인할 소극적 의무를 부담할 뿐 통로개설 등 적극적인 작위의무를 부담하는 것은 아니고, 다만 통행지 소유자가 주위토지통행권에 기한 통행에 방해가 되는 담장 등 축조물을 설치한 경우에는 주위토지통행권의 본래적 기능발휘를 위하여 통행지 소유자가 그 철거의무를 부담하게 되는 것이며, 나아가 주위토지통행권이 인정되는 때에도 그 통로개설이나 유지비용은 주위토지통행권자가 부담하여야 함은 물론, 그 경우에도 민법 제219조 제1항 후문 및 제2항에 따라 그 통로개설로 인한 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여야 하고 통행지 소유자의 손해를 보상하여야 하는 것이다. 따라서 피고에게 위 배수로의 철거를 명하기 위해서는 먼저 그 배수로가 과연 철거를 명할 정도로 통행에 방해를 줄 것인지 여부를 심리하여야 할 것이고, 나아가 통행에 방해가 된다고 인정된다 하더라도 배수로의 원래의 기능이 무엇이며 이를 철거하는 경우에 피고가 받는 불이익이 무엇인지도 심리·교량한 다음, 그 배수로를 철거하지 않고 교량을 설치하든가 이를 복개하는 방법으로 통행 장애를 극복할 방법이 있다면 그러한 방법을 택함이 합리적일 것이며, 이 경우 그에 필요한 비용

통행자에 대한 손해보상 청구[905]의 각 청구원인사실, 통행지 소유자의 통행자에 대한 인도·철거 청구에서 통행자의 점유권원의 항변사실로 기능한다.

주위토지통행권자는 통행권의 범위 내에서 통행지를 사용할 수 있으므로, 통행지 소유자는 통행지를 전적으로 점유하고 있는 주위토지통행권자에 대하여 통행지의 인도를 구할 수 있으나, 통행권이 미치는 범위 내의 통로 부분의 인도를 구하거나 그 통로에 설치된 시설물의 철거를 구할 수는 없다.[906]

토지의 분할, 일부양도의 경우에 무상의 주위토지통행권이 인정된다.[907]

(마) 매수인의 점유사용권

토지의 매수인과 그 전득자는 소유권이전등기를 마치지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 '매매계약의 효력으로서 이를 점유·사

은 통로의 개설에 필요한 비용으로서 원고가 부담할 성질이라 할 것"

905) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다11669 판결: "주위토지통행권자가 단지 공로에 이르는 통로로서 통행지를 통행함에 그치고 통행지 소유자의 점유를 배제할 정도의 배타적인 점유를 하고 있지 않다면 통행지 소유자가 통행지를 그 본래 목적대로 사용·수익할 수 없게 되는 경우의 손해액이라 할 수 있는 임료 상당액 전부가 통행지 소유자의 손해액이 된다고 볼 수는 없다. 따라서 주위토지통행권자가 통행지 소유자에게 보상해야 할 손해액은 주위토지통행권이 인정되는 당시의 현실적 이용상태에 따른 통행지의 임료 상당액을 기준으로 하여, … 제반 사정을 고려하여 이를 감경할 수 있고, 단지 주위토지통행권이 인정되어 통행하고 있다는 사정만으로 통행지를 '도로'로 평가하여 산정한 임료 상당액이 통행지 소유자의 손해액이 된다고 볼 수 없다."

906) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2002다53469 판결: "다른 사람의 소유토지에 대하여 상린관계로 인한 통행권을 가지고 있는 사람은 그 통행권의 범위 내에서 그 토지를 사용할 수 있을 뿐이고 그 통행지에 대한 통행지 소유자의 점유를 배제할 권능까지 있는 것은 아니므로 그 통행지 소유자는 그 통행지를 전적으로 점유하고 있는 주위토지통행권자에 대하여 그 통행지의 인도를 구할 수 있다고 할 것이나, 주위토지통행권자는 필요한 경우에는 통행지상에 통로를 개설할 수 있으므로(민법 제219조), 모래를 깔거나, 돌계단을 조성하거나, 장해가 되는 나무를 제거하는 등의 방법으로 통로를 개설할 수 있으며 통행지 소유자의 이익을 해하지 않는다면 통로를 포장하는 것도 허용된다고 할 것이고, 주위토지통행권자가 통로를 개설하였다고 하더라도 그 통로에 대하여 통행지 소유자의 점유를 배제할 정도의 배타적인 점유를 하고 있지 않다면 통행지 소유자가 주위토지통행권자에 대하여 주위토지통행권이 미치는 범위 내의 통로 부분의 인도를 구하거나 그 통로에 설치된 시설물의 철거를 구할 수 없다. 더 나아가 토지소유자는 타인의 토지를 통과하지 아니하면 필요한 수도, 유수관, 가스관, 전선 등을 시설할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 경우에는 타인의 토지를 통과하여 이를 시설할 수 있다고 할 것이므로(민법 제218조) 통행지 소유자는 위와 같은 요건이 갖추어진 수도 등 시설에 대하여 그 철거를 구할 수도 없다."

907) **민법 제220조(분할, 일부양도와 주위통행권)** ① 분할로 인하여 공로에 통하지 못하는 토지가 있는 때에는 그 토지소유자는 공로에 출입하기 위하여 다른 분할자의 토지를 통행할 수 있다. 이 경우에는 보상의 의무가 없다. ② 전항의 규정은 토지소유자가 그 토지의 일부를 양도한 경우에 준용한다. ☛ ❶ 동일인 소유의 토지의 일부가 양도되어 공로에 통하지 못하는 토지가 생긴 경우에 포위된 토지를 위한 주위토지통행권은 일부 양도 전의 양도인 소유의 종전 토지에 대하여만 생기고 다른 사람 소유의 토지에 대하여는 인정되지 아니하며, 또 무상의 주위토지통행권이 발생하는 토지의 일부 양도라 함은 1필의 토지의 일부가 양도된 경우뿐만 아니라 일단으로 되어 있던 동일인 소유의 수필의 토지 중 일부가 양도된 경우도 포함된다(2004다65589, 65596). ❷ 무상주위통행권은 토지의 직접 분할자 또는 일부 양도의 당사자 사이에만 적용되고 포위된 토지 또는 피통행지의 특정승계인에게는 적용되지 않는데, 이러한 법리는 분할자 또는 일부 양도의 당사자가 무상주위통행권에 기하여 이미 통로를 개설해 놓은 다음 특정승계가 이루어진 경우라 하더라도 마찬가지이다(2002다9202). ❸ 양도인이 포위된 토지의 소유자에 대하여 무상의 주위토지통행을 허용하지 아니함으로써 포위된 토지의 소유자가 할 수 없이 주위의 다른 토지의 소유자와 일정 기간 동안 사용료를 지급하기로 하고 그 다른 토지의 일부를 공로로 통하는 통로로 사용하였다고 하더라도 포위된 토지의 소유자가 민법 제220조 소정의 무상의 주위토지통행권을 취득할 수 없게 된다고 할 수 없다(94다45869,45876).

용할 권리'가 인정된다.[908] 매도인이 매수인 또는 그 전득자를 상대로 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하는 것을 배척하는 논거로는 매매계약에 따른 점유사용권의 취득만으로 충분하고, 신의칙 위반의 논리까지 내세울 필요는 없다.[909] 매매계약의 해제로 매매계약에 따른 점유사용권이 소멸되거나,[910] 점유사용권이 전득자에게 양도되지 아니한 경우에는[911] 신의칙 위반이 소유권에 기한 물권적 청구권 행사를 배척하는 논거로 작용할 수 있다.

나) '점유' 사실의 증명

(1) 직접점유

'점유'란, 사회관념상 어떤 사람이 사실적으로 지배하고 있는 객관적 상태를 말하는 것으로서, '사실적 지배'는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고, 그 인정 여부는 물건과 사람 사이의 시간적·공간적 관계와 본권

908) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다45355 판결; "토지의 매수인이 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유·사용할 권리가 생기게 된 것으로 보아야 하고, 또 매수인으로부터 위 토지를 다시 매수한 자는 위와 같은 토지의 점유사용권을 취득한 것으로 봄이 상당하므로 매도인은 매수인으로부터 다시 위 토지를 매수한 자에 대하여 토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하거나 그 점유·사용을 법률상 원인이 없는 이익이라고 하여 부당이득반환청구를 할 수는 없다고 할 것인바, 이러한 법리는 대물변제 약정에 의하여 매매와 같이 부동산의 소유권을 이전받게 되는 자가 이미 당해 부동산을 점유·사용하고 있거나, 그로부터 다시 이를 임차하여 점유·사용하고 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다." ☜ 연립주택 신축공사의 수급인이 공사대금의 지급에 갈음하여 이전받기로 한 연립주택의 일부를 소유권이전등기를 경료받지 않은 상태에서 제3자에게 임대한 경우, 소유자인 건축주는 위 제3자에게 소유권에 기한 인도청구나 부당이득반환청구를 할 수 없고, 수급인이 건축주의 소유권이전등기의무와 동시이행관계에 있는 금전지급의무를 이행하지 않고 있다 하더라도 마찬가지라고 한 사례.

909) 대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카1682 판결; "토지의 매수인이 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유 사용할 권리가 생기게 된 것으로 보아야 하고, 또 매수인이 그 토지 위에 건축한 건물을 취득한 자는 그 토지에 대한 매수인의 위와 같은 점유사용권까지 아울러 취득한 것으로 봄이 상당하므로 매도인은 매매계약의 이행으로서 인도한 토지 위에 매수인이 건축한 건물을 취득한 자에 대하여 토지소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 없는 것"이라고 한 다음, "원심이 이 사건 계쟁대지 부분에 관하여 소외회사에게 소유권이전등기 의무가 있는 원고가 위 대지 위에 건축된 건물부분을 취득한 피고에 대하여 진열대의 철거와 그 부분 대지의 인도를 구하는 것은 신의칙에 반한다는 이유로 허용될 수 없다고 판단한 것은 그 이유 설시에 있어서 다소 적절하지 못한 바는 있으나 … 결론에 있어서 정당하므로" ⇔ 신의칙 위반의 논거를 내세운 예로는, 98다43953 판결, 93다46889 판결, 91다31685 판결 등이 있다.

910) 예컨대, ❶ 甲이 그 소유 토지에 乙이 건물을 신축하는 데 사용하도록 승낙하였고 乙이 그에 따라 건물을 신축하여 丙 등에게 분양하였다면 甲은 위 건물을 신축하게 한 원인을 제공하였으므로 이를 신뢰하고 136세대에 이르는 규모로 견고하게 신축한 건물 중 각 부분을 분양받은 丙 등에게 위 토지에 대한 乙과의 매매계약이 해제되었음을 이유로 하여 그 철거를 요구하는 것은 비록 그것이 위 토지 소유권에 기한 것이라 하더라도 신의성실의 원칙에 비추어 용인될 수 없다고 한 예(93다20986, 20993). ❷ 대지 매매계약을 체결하면서 매수인에게 대지사용승낙을 한 경우 주된 계약인 매매계약이 적법하게 해제된 이상 대지사용승낙의 약정도 그와 함께 실효되고, 대지소유자가 건물을 신축하게 한 원인행위자라면 그 대지사용승낙을 신뢰하여 대지매수인과 건물 신축 도급계약을 체결하고 적법하게 건축한 제3자 소유의 견고한 건물을, 적법하게 준공된 후에 대지 매매계약이 해제되었음을 이유로 하여 철거를 요구하는 것은, 그것이 대지 소유권에 기한 것이라고 하더라도 사회적·경제적 측면에서는 물론이고, 신의성실의 원칙에 비추어서도 용인할 만한 것이 못된다고 본 사례(91다9756, 9763) 등.

911) 자기 소유 대지상에 건물을 신축하도록 딸에게 승낙한 자가 건물이 딸의 채권자에 의한 강제경매로 경락되자 경락인에 대하여 그 철거를 구하는 행위는 신의칙에 위배된다고 본 사례(91다9299).

관계, 타인 지배의 배제 가능성 등을 고려해서 '사회관념'에 따라 '합목적적'으로 판단해야 한다.[912]

소유권에 기한 인도 청구의 요건사실인 '피고의 점유' 사실은 원고의 소유권을 현실적으로 방해하는 '직접 점유' 사실을 의미한다.[913]

소유권에 기한 인도 청구가 아니라, 계약상 권리에 기한 인도 청구의 경우에는 간접점유자를 상대로 인도를 청구할 수 있다.[914]

간접점유자가 불법점유로 인한 부당이득 반환이나 손해배상 청구의 상대방이 될 수는 있다.[915] 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 종료된 이후에도 직접점유자가 목적물

912) ◎ **임야·대지에 대한 점유 사실의 인정**
○ 대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다201410 판결; "물건에 대한 점유란 사회관념상 어떤 사람의 사실적 지배 아래에 있는 객관적 상태를 말하는 것으로서, 사실적 지배가 있다고 하기 위해서는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고, 물건과 사람과의 시간적, 공간적 관계와 본권 관계, 타인지배의 배제 가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다. 특히 **임야**에 대한 점유의 이전이나 점유의 계속은 반드시 물리적이고 현실적인 지배를 요한다고 볼 것은 아니고, 관리나 이용의 이전이 있으면 인도가 있었다고 보아야 하고, 임야에 대한 소유권을 양도하는 경우라면 그에 대한 지배권도 넘겨지는 것이 거래에 있어서 통상적인 형태라고 할 것이다. 또한 **대지**의 소유자로 등기한 자는 보통의 경우 등기할 때에 그 대지를 인도받아 점유를 얻은 것으로 보아야 할 것이므로 등기사실을 인정하면서 특별한 사정의 설시 없이 점유사실을 인정할 수 없다고 판단해서는 아니 된다고 할 것이다. 그러나 이는 그 임야나 대지 등이 매매 등을 원인으로 양도되고 이에 따라 소유권이전등기가 마쳐진 경우에 그렇다는 것이지, 소유권보존등기의 경우에도 마찬가지라고 볼 수는 없다. 소유권보존등기는 이전등기와 달리 해당 토지의 양도를 전제로 하는 것이 아니어서, 보존등기를 마쳤다고 하여 일반적으로 그 등기명의자가 그 무렵 다른 사람으로부터 점유를 이전받는다고 볼 수는 없기 때문이다."
○ 대법원 2018. 3. 29. 선고 2013다2559, 2566 판결; "사인이 소유하는 어떠한 토지에 도로나 공원 등 도시계획시설을 설치하는 내용의 도시계획이 결정·고시되었다고 하더라도, 아직 그 도시계획에 따른 사업이 시행되지 않은 상태에서는 곧바로 국가나 지방자치단체가 이를 점유한다고 볼 수 없다. 그러나 정식의 도시계획사업이 시행되기 전이라도 국가나 지방자치단체가 해당 토지에 도시계획시설을 구성하는 여러 시설을 설치·관리하여 일반 공중의 이용에 제공하는 등으로 이를 사실상 지배하는 것으로 평가될 수 있는 경우에는, 그 범위 내에서 국가나 지방자치단체의 점유가 인정될 수 있다." ☛ 대법원 2022. 4. 28. 선고 2019다272053 판결; '지방자치단체가 주민으로 하여금 주차장을 자유롭게 사용하도록 한 것이 점유의 판단 기준으로서 '타인 지배의 배제 가능성'을 부정하는 요소라고 볼 수 없고, 직접 또는 관리 위탁을 통해 주민이 주차장을 자유롭게 사용할 수 있도록 유지·관리한 것은 합목적적 관점에서 주차장을 지속적으로 점유해 온 것이라고 평가할 수 있다.' 하여 기부채납 약정에 근거한 소유권이전등기청구권의 소멸시효 진행을 저지하는 지방자치단체의 '점유'를 인정한 예.

913) 불법 점유를 이유로 하여 그 인도를 청구하려면 현실적으로 그 목적물을 점유하고 있는 자를 상대로 하여야 하고, 불법점유자라 하여도 그 물건을 다른 사람에게 인도하여 현실적으로 점유를 하고 있지 않은 이상, 그 자를 상대로 한 인도청구는 부당하므로(98다9045 등), 원고로서는 '피고가 현실적으로 그 목적물을 점유하고 있음'을 주장·증명하여야 한다. 따라서 제3자에게 그 부동산을 임대한 간접점유자를 상대로 소유권에 기한 인도청구를 하는 것은 그 주장 자체로 이유 없게 된다.

914) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다5813 판결; "불법점유를 이유로 하여 부동산의 인도를 청구하는 경우에는 현실적인 점유자를 상대로 하여야 하는 것과 달리, 약정에 의하여 인도를 청구하는 경우에는 그 상대방이 직접점유자로 제한되지 아니하며 간접점유자를 상대로 하는 청구도 허용된다. 다만 다른 사람의 직접점유로 인하여 간접점유자의 인도의무의 이행이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하며, 이 경우 인도의무의 이행 불능은 단순히 절대적·물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활에서의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다." ☛ 따라서 임대차계약종료로 인한 원상회복으로서 임대차 목적물의 반환을 구하는 경우 피고가 그 목적물을 직접점유하지 않다는 이유로 그 반환을 거부할 수는 없고(90다19695), 인도의무 이행불능의 항변으로 다툴 수 있을 뿐이다.

915) ❶ 대법원 2012. 9. 27. 선고 2011다76747 판결; "어떤 물건에 대하여 직접점유자와 간접점유자가 있는 경우

을 점유한 채 이를 반환하지 않고 있는 경우에는, 간접점유자의 점유가 인정되고 차임 상당의 손해를 배상할 의무가 있다.[916]

(2) 건물 대지의 점유자

건물의 소유자가 아닌 건물의 점유자가 건물의 대지를 점유하고 있는가에 관하여는 점유설과 비점유설의 대립이 있으나,[917] 판례는 '비점유설'의 입장에 서 있다. 즉, 건물(지상·지하의 '공작물' 포함)은 일반적으로 그 대지를 떠나서는 존재할 수 없으므로, 건물의 소유자가 건물의 대지인 토지를 점유하고 있다고 볼 수 있고, 이 경우 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 대지를 점유하지 않고 있더라도 건물의 소유를 위하여 그 대지를 점유한다고 보아야 한다.[918] 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 된 양수인은 건물 대지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있다. 반면에,

---

그에 대한 점유·사용으로 인한 부당이득의 반환의무는 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대채무의 관계에 있다고 할 것이다." ❷ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다22897 판결; "권한을 위임받은 법령상 관리청이 속하는 지방자치단체가 그 공원의 관리를 위하여 하는 점유는 점유보조자의 지위에서 하는 점유라고 할 수 없으므로, 그 지방자치단체는 그 공원 부지의 소유자에게 이를 점유·사용함으로써 얻은 부당이득의 반환을 거부할 수 없다. 따라서 이 사건 공원의 관리청인 관악구청장이 속한 피고 관악구는 원고에게 이 사건 임야를 이 사건 공원의 부지로 점유·사용함으로써 얻은 부당이득을 반환할 의무가 있다. … 국가 또는 상위 지방자치단체 등 위임관청이 위임조례 등에 의하여 그 권한의 일부를 하위 지방자치단체의 장 등 수임관청에게 기관위임을 하여 수임관청이 그 사무처리를 위하여 공원 등의 부지가 된 토지를 점유하는 경우 … 위임관청은 위임조례 등을 점유매개관계로 하여 법령상 관리청인 수임관청 또는 그가 속하는 지방자치단체가 직접점유하는 공원 등의 부지가 된 토지를 간접점유한다고 보아야 한다. … 피고 서울특별시는 법령상 관리청인 관악구청장이 속한 피고 관악구를 통하여 이 사건 공원의 부지인 이 사건 임야를 간접점유하고 있다고 보아야 하므로, 피고 서울특별시는 이 사건 임야의 소유자인 원고들에게 그 점유·사용으로 인한 부당이득을 반환할 의무가 있다."

916) 대법원 2023. 8. 18. 선고 2021다249810 판결; "민법상 간접점유를 인정하기 위해서는 간접점유자와 직접점유를 하는 자 사이에 일정한 법률관계, 즉 점유매개관계가 필요한데 간접점유에서 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 해지 등의 사유로 종료되더라도 직접점유자가 목적물을 반환하기 전까지는 간접점유자의 직접점유자에 대한 반환청구권이 소멸하지 않는다. 따라서 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 종료된 이후에도 직접점유자가 목적물을 점유한 채 이를 반환하지 않고 있는 경우에는, 간접점유자의 반환청구권이 소멸한 것이 아니므로 간접점유의 점유매개관계가 단절된다고 할 수 없다. … 원고의 이 사건 건물 소유권 취득만으로 피고들과 임차인들 사이의 임대차계약이 … 곧바로 소멸된다고 볼 수는 없고, 피고들은 수용개시일 이후에도 이 사건 건물을 직접점유한 임차인들을 통하여 간접점유하고 있었다고 볼 수 있다. … 피고들은 원고가 … 토지를 수용한 이후에도 이 사건 건물의 소유를 위하여 그 대지인 토지를 권원 없이 점유하고 있었다고 할 것이고, 원고의 손실보상 이후에는 … 토지 외에 지장물인 이 사건 건물을 원고에게 인도할 의무도 있었으므로, … 피고들은 원고에게 인도하지 않은 토지의 차임 상당액 등의 손해를 배상할 의무가 있다고 볼 수 있다."

917) 점유설은 건물의 점유·사용은 필연적으로 그 대지 부분의 이용을 수반한다는 점에서 건물의 점유자가 대지를 점유하는 것은 당연하고, 건물 점유자와 건물 소유자 사이의 관계를 직접점유와 간접점유 혹은 공동점유로 보는 반면, 비점유설(판례)은 건물 점유자의 대지에 대한 지배를 별개 독립의 점유로 파악하지 않고 건물 점유의 내용의 일부를 이루거나 건물 점유의 반사적 효과에 불과한 것으로 이해한다.

918) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2012다72469 판결(점유는 물건을 사실상 지배하는 것을 가리키므로, 1개의 물건 중 특정 부분만을 점유할 수는 있지만, 일부 지분만을 사실상 지배하여 점유한다는 것은 상정하기 어렵고, 1동의 건물의 구분소유자들은 그 전유부분을 구분소유하면서 공용부분을 공유하므로 특별한 사정이 없는 한 그 건물의 대지 전체를 공동으로 점유한다). ☛ 건물의 소유권을 상실한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 대지에 대한 점유도 함께 상실한다(대법원 2023. 9. 21. 선고 2023다249876 판결; 공매로 공장 소유권을 상실함으로써 토지의 점유를 상실하였으므로 그 때부터 토지 소유권이전등기청구권의 상사시효가 진행된다고 한 예).

미등기건물의 양수인과 같은 다른 특별한 사정이 없는 한, 건물의 소유 명의자가 아닌 자로서는 실제로 그 건물을 점유하고 있다고 하더라도 그 건물의 대지를 점유하는 자로는 볼 수 없다.[919] 타인 소유의 토지 위에 권한 없이 건물을 소유하고 있는 자는 (건물을 사용하지 않더라도) 토지 소유자에게 토지 차임 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있고(이는 '국·공유재산'인 토지 위에 '공작물'이 설치된 경우에 공작물의 소유자와 점유·사용자가 다른 때에도 마찬가지이다), 미등기건물의 원시취득자와 사실상의 처분권자의 토지 소유자에 대한 부당이득반환의무는 부진정연대채무 관계에 있다.[920]

비점유설에 따르면, 건물 소유자 아닌 건물 점유자에 대하여는 대지 인도 청구가 인용

---

919) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2002다57935 판결; "미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 그 양수인이 건물부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 건물의 소유명의자가 아닌 자로서는 실제로 그 건물을 점유하고 있다고 하더라도 그 건물의 부지를 점유하는 자로는 볼 수 없다고 할 것이고, 건물 공유자 중 일부만이 당해 건물을 점유하고 있는 경우라도 그 건물의 부지는 건물 소유를 위하여 공유명의자 전원이 공동으로 이를 점유하고 있는 것으로 볼 것이며, 건물 공유자들이 건물부지의 공동점유로 인하여 건물부지에 대한 소유권을 시효취득하는 경우라면 그 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 당해 건물의 공유지분비율과 같은 비율로 건물 공유자들에게 귀속될 것이다." **[동일 취지]** ❶ 건물에 관하여 피고 명의로 소유권등기가 경료되어 있다가 소외 교회 명의로 소유권이전등기가 경료되었으나, 소외 교회 명의의 소유권이전등기는 매매계약서 등을 위조하여 경료된 것인 경우, 피고는 건물의 소유자로서 원고 소유의 토지를 점유하고 있으므로 부당이득을 반환할 의무가 있다고 한 예(2006다39157). ❷ 건물의 유치권자는 건물의 소유자가 아니므로 그 건물의 부지 부분을 점유·사용하였다고 볼 수 없고, 건물의 유치권자가 건물을 사용하였을 경우 그 차임 상당액을 건물소유자에게 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 한 사례(2009다28462). ❸ 등기 주택과 그 대지의 소유권을 넘겨받으면서 등기 주택과 지붕이 연결된 미등기 주택도 함께 양수함으로써 미등기 주택의 대지를 점유하게 된 자가 그 후 등기 주택과 그 대지의 소유권을 상실한 사정 및 현실적으로 미등기 주택을 점거하지 않은 사정만으로 미등기 주택 대지의 점유까지 상실하였다고 단정할 수는 없다고 한 사례(2009다61193).

920) 대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다243133, 243140 판결; "타인 소유의 토지 위에 권원 없이 건물을 소유하는 자는 그 자체로써 건물 부지가 된 토지를 점유하고 있는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 인하여 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 할 것이고, 이는 건물 소유자가 미등기건물의 원시취득자이고 그 건물에 관하여 사실상의 처분권을 보유하게 된 양수인이 따로 존재하는 경우에도 다르지 아니하므로, 미등기건물의 원시취득자는 토지 소유자에 대하여 부당이득반환의무를 진다. … 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 그 양수인이 건물 부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 경우에는 미등기건물에 관한 사실상의 처분권자도 건물 부지의 점유·사용에 따른 부당이득반환의무를 부담한다. 이러한 경우 미등기건물의 원시취득자와 사실상의 처분권자가 토지 소유자에 대하여 부담하는 부당이득반환의무는 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 부진정연대채무 관계에 있다." ☛ **[동일 취지]** ❶ 2007다21856,21863[건물 이외의 공작물의 소유를 목적으로 한 토지 전대차 사안]; 카센터 운영을 목적으로 한 원고 소유 토지에 대한 전대차 계약이 2004. 10.경 적법하게 해지되고 전대차 보증금은 2005. 3. 27.까지의 임료 미지급으로 전부 공제된 상태에서 피고(전차인)가 계속 영업을 하다가 2005. 5. 21. 이후로는 영업을 하지 아니하였으나, 그 지상에는 피고 소유의 주벽이 설치되어 있지 아니한 철구조물에 천막을 씌운 카센터건물과 콘테이너박스가 잔존한 **사안**에서, **원심**이, 피고가 2005. 5. 21. 이후 위 토지 상에서 운영하던 카센터 영업을 중단하였다는 이유만으로 원고의 2005. 5. 21. 이후의 부당이득반환청구를 배척한 데 대하여, **대법원**은, 피고는 위 공작물의 소유를 위하여 그 부지가 된 위 토지를 점유한다고 보아야 하므로, 토지 인도 완료일까지 토지를 점유·사용함에 따른 차임 상당의 부당이득금을 반환할 의무가 있다고 한 예. ❷ 피고 대한민국이 송유관을 용도폐지하여 그 목적대로 사용하지 않더라도, 원고들 소유 토지 지하 부분에 송유관을 매설하여 소유·관리하고 있는 이상 송유관을 철거하여 해당 부분 토지를 인도할 때까지 원고들에게 토지 차임 상당 부당이득을 반환할 의무가 있다고 한 예(2017다213180). ❸ 지방자치단체 소유의 공유재산인 토지 위에 설치된 궤도구축물은 철도시설로서 국가의 소유이고, 그 부지는 지상에 설치된 궤도구축물의 소유자가 점유·사용하고 있다고 보아야 하므로, 궤도구축물의 소유자가 아닌 철도시설공단에 한 변상금부과처분은 위법하다고 한 사례(2011두10348).

될 수 없고, 퇴거 청구의 인용만으로 족하다.

건물이 있는 대지 소유권에 기하여 그 대지의 인도를 청구하는 경우 그 ② 요건인 '피고의 토지 점유' 사실은 결국 '피고의 지상건물 소유 사실'로 대체된다.

(3) 가처분과 인도청구의 상대방

점유이전금지가처분은 그 목적물의 점유이전을 금지하는 것으로서 그럼에도 불구하고 점유가 이전되었을 때에는 가처분채무자는 가처분채권자에 대한 관계에 있어서 여전히 그 점유자의 지위에 있다는 의미로서의 당사자 항정(恒定)의 효력이 인정되므로(소유자에 의한 처분 자체를 금지하거나 가처분 이후 점유를 취득한 제3자에 대하여 곧바로 가처분의 효력이 미치는 것은 아니다),[921] 가처분채권자는 가처분채무자의 점유 상실을 고려할 필요 없이 가처분채무자를 상대로 인도청구의 본안소송을 하면 되고, 법원도 점유가 여전히 가처분채무자에게 있는 것으로 보고 본안청구의 당부를 판단하여야 한다.

인도단행가처분이 집행됨으로써 그 목적물이 채권자에게 인도된 경우에도 본안인 인도청구 소송의 심리에서는 그 점유가 여전히 채무자에게 있는 것으로 보아 본안청구의 당부를 판단하여야 하고, 피보전권리에 관하여 목적물의 멸실, 권리의 양도 등 단행가처분 집행과는 별개의 새로운 사태가 발생한 경우에는 이를 본안소송의 심리에서 고려하여야 하나, '특별한 사정'[922]이 있는 때에는 위와 같은 새로운 사태를 고려함이 없이 목적물

921) ◎ **점유이전금지가처분의 제3자에 대한 효력**

❶ 98다59118: "가처분 이후에 매매나 임대차 등에 기하여 가처분채무자로부터 점유를 이전받은 제3자에 대하여 가처분채권자가 가처분 자체의 효력으로 직접 퇴거를 강제할 수는 없고, 가처분채권자로서는 본안판결의 집행 단계에서 승계집행문을 부여받아서 그 제3자의 점유를 배제할 수 있다." ❷ 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다111630 판결: "어떤 부동산에 대하여 점유이전금지가처분이 집행된 이후에 제3자가 가처분채무자의 점유를 침탈하는 등의 방법으로 가처분채무자를 통하지 아니하고 그 부동산에 대한 점유를 취득한 것이라면, 설령 그 점유를 취득할 당시에 점유이전금지가처분이 집행된 사실을 알고 있었다고 하더라도, 실제로는 가처분채무자로부터 점유를 승계받고도 점유이전금지가처분의 효력이 미치는 것을 회피하기 위하여 채무자와 통모하여 점유를 침탈한 것처럼 가장하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 제3자를 민사집행법 제31조 제1항에 정한 '채무자의 승계인'이라고 할 수는 없다. … 점유이전금지가처분이 집행되어 공시된 후 해당 부동산에 대한 점유가 이전되었다고 하더라도, 가처분채권자에 대한 관계에서 채무자가 여전히 점유자의 지위에 있는 것으로 취급되는 것일 뿐, 소유자에 의한 처분 자체를 금지하거나 점유를 취득한 제3자에 대하여 곧바로 가처분의 효력이 미치는 것은 아니다. 점유이전금지가처분의 채권자와 채무자 사이의 집행력 있는 본안판결을 집행권원으로 하여 제3자에 대하여 강제집행을 하려면 그 제3자가 민사집행법 제31조 제1항에 정한 채무자의 승계인이어야 한다. 그런데 제3자가 법률의 규정 또는 법률행위에 기하여 가처분채무자로부터 점유를 이전받지 아니하고 채무자의 점유를 불법으로 침탈한 경우라면, 그를 채무자의 승계인이라고 할 수는 없다. 점유이전금지가처분이 집행된 이후에 해당 부동산에 대한 점유를 취득한 제3자는 그 점유이전금지가처분의 집행 사실을 알았을 가능성이 높고 가처분채권자로 하여금 별소를 제기하도록 하는 것이 번거로운 면은 있지만, 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 확장할 필요성이 있다는 이유만으로 법령의 근거 없이 채무자의 승계인 이외의 자에게 승계집행문을 부여할 수는 없는 것이다. 채무자와 제3자가 통모하여 점유의 침탈을 가장하였다거나, 제3자가 점유이전금지가처분의 집행 사실을 알면서도 아무런 실체법상의 권원 없이 해당 부동산의 점유를 침탈한 경우라면 채권자가 그러한 점을 소명하여 제3자를 상대로 해당 부동산의 인도단행가처분을 구하는 등의 다른 구제절차로 보호받는 방법을 강구해야 할 것이다."

922) 위와 같은 사태가 당해 가처분 결정 당시부터 예정되어 있었던 것으로 사실상 가처분의 목적에 해당하여 이미 그 필요성에 대한 법원의 심리를 거쳤을 뿐만 아니라 당해 가처분이 집행된 후 채권자가 그와 같이 미리 예정된

의 점유가 여전히 채무자에게 있는 것으로 보고 본안청구의 당부를 판단하여야 한다.[923]

다) 다른 권원에 기한 인도 청구와의 구별

청구취지상으로는 동일한 인도청구라도 그 청구 권원(소유권, 점유권, 계약 등)을 달리하는 경우에는 별개의 소송물이므로 원고가 주장하지 않는 권원에 기초하여 판단할 수 없다(심판대상에 대한 처분권주의의 적용).[924]

행위를 한 결과로써 발생한 것이어서 실질적으로 당해 가처분 집행의 일부를 이룬다고 볼 만한 사정.

923) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다29515 판결: "가처분의 피보전권리는 채무자가 소송과 관계없이 스스로 의무를 이행하거나 본안소송에서 피보전권리가 존재하는 것으로 판결이 확정됨에 따라 채무자가 의무를 이행한 때에 비로소 법률상 실현되는 것이어서, 채권자의 만족을 목적으로 하는 이른바 단행가처분의 집행에 의하여 피보전권리가 실현된 것과 마찬가지의 상태가 사실상 달성되었다 하더라도 그것은 어디까지나 임시적인 것에 지나지 않으므로, 가처분이 집행됨으로써 그 목적물이 채권자에게 인도된 경우에도 본안소송의 심리에서는 그와 같은 임시적, 잠정적 이행상태를 고려함이 없이 그 목적물의 점유는 여전히 채무자에게 있는 것으로 보아야 한다. 다만, 그와 같은 임시적, 잠정적 이행상태가 계속되는 동안 피보전권리에 관하여 목적물의 멸실, 권리의 양도 등 단행가처분 집행과는 별개의 새로운 사태가 발생한 경우에는 이를 본안소송의 심리에서 고려하여야 할 것이나, 그러한 사태가 당해 가처분 결정 당시부터 예정되어 있었던 것으로 사실상 가처분의 목적에 해당하여 이미 그 필요성에 대한 법원의 심리를 거쳤을 뿐만 아니라 당해 가처분이 집행된 후 채권자가 그와 같이 미리 예정된 행위를 한 결과로써 발생한 것이어서 실질적으로 당해 가처분 집행의 일부를 이룬다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 때에는 그와 같은 새로운 사태를 고려함이 없이 목적물의 점유가 여전히 채무자에게 있는 것으로 보고 본안청구의 당부를 판단하여야 할 것이다." ☞ 원고가 토지와 건물의 소유권에 기하여 점유자인 피고 등을 상대로 그 인도를 구하는 소를 제기하였고, 제1심 변론종결 전에 토지와 건물의 인도와 점유·사용방해금지를 명하는 가처분 결정을 받아 이를 집행함으로써 토지와 건물을 인도받은 후 곧이어 건물을 철거하였으며, 그 후에도 건물인도청구 부분의 소를 그대로 유지한다는 의사를 분명하게 밝힌 **사안**에서, **원심**이 '제1심 변론종결 전에 건물이 철거되었고 피고는 토지도 더 이상 점유하지 않게 되었다.'라는 이유만으로 원고의 토지와 건물 인도청구를 모두 기각한 데 대하여, **대법원**은 "법원으로서는 원고의 이 사건 청구 중에서 위 토지의 인도를 구하는 부분을 판단함에 있어 원고가 단행가처분 집행의 결과로 토지를 인도받은 임시적, 잠정적 이행상태를 고려할 것이 아님은 물론이고, 이미 철거된 위 건물의 인도를 구하는 부분에 관하여도 원고의 철거행위가 실질적으로 건물인도단행가처분 집행의 일부를 이루는 것이라고 볼 만한 특별한 사정이 있는 때에는 그에 따른 건물의 멸실을 고려함이 없이 그 청구의 당부를 판단하여야 한다."라고 하여, 원심판결에 위법이 있다고 한 예.

924) ❶ 91다21770; "이 사건 소송물인 명도청구권을 원고가 어떠한 권원에서 행사하는가 즉, 청구권원의 발생에 관한 요건사실은 주요사실로 당사자가 당해 소송에서 주장하지 않는 한 판결의 기초로 채용할 수 없음은 민사소송에서 변론주의의 당연한 결론이라 할 것이다. 채권담보를 위하여 소유권이전등기를 경료한 양도담보권자는 채무자가 변제기를 도과하여 피담보채무의 이행지체에 빠졌을 때에는 담보계약에 의하여 취득한 목적 부동산의 처분권을 행사하기 위한 환가절차의 일환으로서 즉, 담보권의 실행으로서 채무자에 대하여 그 목적 부동산의 인도를 구할 수 있고 제3자가 채무자로부터 적법하게 목적 부동산의 점유를 이전받아 있는 경우 역시 그 목적 부동산의 인도청구를 할 수 있다 할 것이나, 직접 소유권에 기하여 그 인도를 구할 수는 없다고 보아야 할 것인바, … 청구권원을 소유권 또는 담보권의 실행 어느 것으로 주장하느냐에 따라 판결결과가 달라질 수 있다 할 것이고, 또한 기록상 원고는 소유권만을 이 사건 청구권원으로 삼을 뿐 담보권의 실행을 그 청구권원으로 삼지 않고 있다. 따라서 원심판결에는 이 사건 청구권원을 둘 다 인용하여 판시함으로써 이유모순의 위법을 범하였을 뿐만 아니라 이 사건 청구권원이 담보권실행임을 전제로 판시를 함으로써 변론주의의 원칙도 위배한 위법이 있고" ☞ 변론주의가 아닌 처분권주의 위배의 문제로 봄이 옳다. ❷ 2001다10694; 원고는 그 소유의 건물을 제1심 공동피고 아OO에게 임대하고 아OO가 원고의 동의 없이 피고들에게 전대하였다고 주장하면서 피고들에게 점유 부분에서의 퇴거 등을 구하였으나, 제1심에서 아OO가 건물의 원시취득자로서 소유자이고 원고는 양도담보권자에 불과하다는 이유로 기각되자, 원심에서 '원고가 소유권자가 아닌 양도담보권자인 것이 사실이라 하더라도 피고들은 임차권자로서 양도담보권자인 원고에 대하여 대항력을 갖지 아니 한다.'는 예비적 주장을 한 **사안**에서, **원심**이, 예비적 청구에 관하여 양도담보권자인 원고가 담보권실행을 위하여 피고들에게 건물의 인도를 구함은 별론으로 하고, 소유권에 기하여는 아OO로부터 건물을 임차한 피고들에게 퇴거 및 부당이득의 반환을 구할 수 없다는 이유로 배척한 데 대하여, **대법원**은 "건물의 소유자라는 주위적 청구가 제1심에서 받아들여지지 아니하자 원심에 이르러 위 예비적 청구가 추가된 점 및 그 청구권원을 '양도담보권'이라고 밝힌 점에 비추어

매도인은 매매계약에 기하여 매수인에게 그 목적물을 인도할 의무가 있고,[925] 임차인이나 사용차주는 임대차나 사용대차 계약에 기하여 그 종료에 따른 원상회복으로서 목적물을 반환(인도)할 의무가 있다.[926] 신탁법상 신탁의 수탁자도 신탁계약에 따라 신탁재산에 대하여 처분권을 행사하기 위한 환가절차의 일환으로서 신탁재산을 점유하고 있는 수익자에 대하여 그 인도를 구할 수 있다.[927]

라) 점유자의 점유회수청구

점유자의 점유회수청구[928]의 요건사실은 ① '원고의 점유 사실(= 점유를 침탈당하였다고 주장하는 당시에 점유하고 있었던 사실)',[929] ② '피고의 점유 침탈[930] 사실',[931] ③ '피고의

보면, 위 예비적 청구에는 양도담보권에 기하여 피고들에 대하여 이 사건 건물의 인도에 갈음하여 이 사건 건물에서의 퇴거 등을 구하는 취지가 포함되어 있다고 보아야 할 것이고, 한편 양도담보권에 기하여 목적물의 인도를 구하는 경우에도 양도담보권자가 청산기간 경과 후 청산금을 지급하고 그 소유권을 취득하였음을 전제로 하여 인도를 구하는 경우와 담보계약에 터잡아 담보권실행을 위하여 인도를 구하는 경우 등이 있으므로 원심으로서는 예비적 청구가 어느 경우에 해당하는지 석명을 구한 후 그에 대하여 심리를 하였어야 할 것"이라고 판시한 예. ❸ 94다53006; "소유권에 기하여 미등기 무허가건물의 반환을 구하는 청구취지 속에는 점유권에 기한 반환청구권을 행사한다는 취지가 당연히 포함되어 있다고 볼 수는 없고, 소유권에 기한 반환청구만을 하고 있음이 명백한 이상 법원에 점유권에 기한 반환청구도 구하는지의 여부를 석명할 의무가 있는 것은 아니다."

925) 건물의 소유지분권을 매도한 사람은 그 매매의 이행으로서 매수인에 대하여 그 매도 부분에 관한 점유 이전의 의무를 진다(98다43953).

926) **민법 제609조(사용대차의 의의)** 사용대차는 당사자 일방이 상대방에게 무상으로 사용, 수익하게 하기 위하여 목적물을 인도할 것을 약정하고 상대방은 이를 사용, 수익한 후 그 물건을 반환할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다. **제615조(차주의 원상회복의무와 철거권)** 차주가 차용물을 반환하는 때에는 이를 원상에 회복하여야 한다. 이에 부속시킨 물건은 철거할 수 있다.

927) 2003다47621; "수탁자인 원고가 신탁계약서 제19조의 규정에 의하여 신탁재산에 대하여 처분권을 행사하는 것은 채권담보를 위하여 소유권이전등기를 마친 양도담보권자가 채무자의 이행지체 시에 담보계약에 의하여 취득한 목적 부동산에 대하여 처분권을 행사하는 것과 유사하다 할 것이어서, 양도담보권자가 목적 부동산에 대한 처분권을 행사하기 위한 환가절차의 일환으로서 즉, 담보권의 실행으로서 채무자에 대하여 그 목적 부동산의 인도를 구할 수 있는 것과 마찬가지로 수탁자인 원고도 위와 같은 처분권을 행사하기 위한 환가절차의 일환으로서 신탁재산을 점유하고 있는 수익자에 대하여 그 인도를 구할 수 있다."

928) **민법 제204조(점유의 회수)** ① 점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환 및 손해의 배상을 청구할 수 있다. ☛ '손해의 배상'은 불법행위로 인한 손해배상을 의미한다(2004다9138).
② 전항의 청구권은 침탈자의 특별승계인에 대하여는 행사하지 못한다. 그러나 승계인이 악의인 때에는 그러하지 아니하다.
③ 제1항의 청구권은 침탈을 당한 날로부터 1년 내에 행사하여야 한다. ☛ 제소기간, 제척기간

929) ◎ **원고의 '점유'**
○ 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011다61424, 61431 판결; "점유회수의 소에 있어서는 점유를 침탈당하였다고 주장하는 당시에 점유하고 있었는지의 여부만을 살피면 되는 것이고, … 점유회수의 소에 있어서의 점유에는 직접점유뿐만 아니라 간접점유도 포함되는 것이기는 하나, 간접점유를 인정하기 위해서는 간접점유자와 직접점유를 하는 자 사이에 일정한 법률관계, 즉 점유매개관계가 필요하다. 이러한 점유매개관계는 직접점유자가 자신의 점유를 간접점유자의 반환청구권을 승인하면서 행사하는 경우에 인정된다."
○ 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다79853 판결; "점유자가 아니라 점유보조자 또는 점유자의 기관에 불과한 자는 독립하여 점유회수청구소송의 원고가 될 수 없는 것이고, 여기에서 보호의 대상이 되는 점유자라는 점은 이를 주장하는 원고가 입증하여야 한다."

930) ◎ **점유의 '침탈'**
'점유자가 점유의 침탈을 당한 때'라 함은 점유자가 그 의사에 의하지 아니하고 사실적 지배를 빼앗긴 경우를 말하고, 점유자에 대한 집행권원 없이 이루어진 위법한 강제집행에 의하여 점유자의 점유를 빼앗은 경우도 점유

현재 점유 사실'[932]이다. 피고가 침탈자의 '특별승계인'인 경우에는 ② 요건이 '침탈자의 점유 침탈 및 그 특별승계인의 악의(점유의 침탈이 있었음을 알고 있었다는 점)'로 대체된다.[933]

상대방으로부터 점유를 위법하게 침탈당한 점유자가 상대방으로부터 점유를 탈환하였을 경우(점유의 상호침탈), 상대방은 점유의 회수를 청구할 수 없다.[934]

점유회수의 청구에 대하여 점유침탈자가 점유물에 대한 본권이 있다는 주장으로 점유회수를 배척할 수는 없다.[935] 점유자의 점유회수청구(본소)와 본권자의 소유권에 기한 인

의 침탈에 해당한다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다2459 판결; 피고들이 아파트 점유자인 원고에 대하여 인도명령을 신청한 것이 아니라, 아파트 소유자인 소외 1, 2에 대하여 인도명령을 신청하여 인도명령을 받은 후 그 집행을 통하여 아파트의 점유를 취득한 사안에서, 소외 1, 2를 피신청인으로 한 아파트에 대한 인도명령은 원고에 대하여 효력이 없으므로, 위 인도명령 집행에 따라 원고는 피고들에 의하여 아파트 점유를 위법하게 침탈당하였다고 판단한 원심의 판단이 정당하다고 한 예).

⇔ 반면에, ① 직접점유자가 임의로 점유를 타에 양도한 경우에는 점유이전이 간접점유자의 의사에 반한다 하더라도 간접점유자의 점유가 침탈된 경우에 해당하지 않고(92다5300), ② 점유자가 임의로 점유를 이전한 경우에는 비록 타인의 기망이나 강박에 의한 하자있는 의사표시에 기한 경우에도 다른 특별한 사정이 없는 한 점유의 침탈이라고 할 수 없으며(2009다35552), ③ 근저당권의 채무자인 처에 대한 적법한 부동산 인도명령의 집행 당시 대항력을 갖춘 임차권자가 아니고 또한 처와 같은 세대를 구성하면서 그 부동산을 공동점유하고 있었던 남편의 공동점유를 본인의 의사에 반하여 배제하였다고 하여 이를 곧 점유의 위법한 침탈이라고 할 수는 없다(96다30786).

931) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다2459 판결: "점유물반환청구는 원고가 목적물을 점유하였다가 피고에 의하여 이를 침탈당하였다는 사실을 주장·증명하면 족하고, 그 목적물에 대한 점유가 본권에 기한 것이라는 점은 주장·증명할 필요가 없다." [동일 취지] 95다8713("원고의 점유가 인정된다면 원고의 주장처럼 피고에게 점유를 침탈당한 것인지의 여부까지도 나아가 살핀 다음 … 반환청구에 관하여 판단하였어야").

932) 대법원 1995. 6. 30. 선고 95다12927 판결: "피고는 이 사건 점포에 대한 점유를 상실하였다 할 것이고, 또 참가인을 통하여 이 사건 점포를 간접점유하고 있다고도 할 수 없어, 이러한 피고에 대한 명도청구는 배척될 수밖에 없고, 피고가 원고의 점유를 침탈한 당사자라거나 참가인이 소송을 인수한 후에도 탈퇴하지 아니하고 있다고 하여 달리 볼 것은 아니라 할 것."

933) 대법원 1995. 6. 30. 선고 95다12927 판결: "참가인이 이 사건 점포를 점유하게 된 경위가 위 원심이 인정한 바와 같다면 참가인은 침탈자인 피고의 특별승계인에 해당한다 할 것이므로, 참가인이 점유의 침탈이 있었음을 알고 있었다는 점에 관한 원고의 주장·입증이 없는 한 참가인에 대한 명도청구는 받아들일 수 없다."

934) 대법원 2023. 8. 18. 선고 2022다269675 판결: "상대방으로부터 점유를 위법하게 침탈당한 점유자가 상대방으로부터 점유를 탈환하였을 경우(이른바 '**점유의 상호침탈**'), 상대방의 점유회수청구가 받아들여지더라도 점유자가 상대방의 점유침탈을 문제 삼아 점유회수청구권을 행사함으로써 다시 자신의 점유를 회복할 수 있다면 상대방의 점유회수청구를 인정하는 것이 무용할 수 있다. 따라서 이러한 경우 점유자의 점유탈환행위가 민법 제209조 제2항의 자력구제에 해당하지 않는다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 상대방은 자신의 점유가 침탈당하였음을 이유로 점유자를 상대로 민법 제204조 제1항에 따른 점유의 회수를 청구할 수 없다고 보는 것이 타당하다."(먼저 점유를 침탈했던 원고의 점유회수청구를 기각한 원심이 정당하다고 한 예)

935) **민법 제208조(점유의 소와 본권의 소와의 관계)** ① 점유권에 기인한 소와 본권에 기인한 소는 서로 영향을 미치지 아니한다. ② 점유권에 기인한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못한다.

○ 대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다202795, 202801 판결; "점유권에 기인한 소와 본권에 기인한 소는 서로 영향을 미치지 아니하고, 점유권에 기인한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못하므로 점유회수의 청구에 대하여 점유침탈자가 점유물에 대한 본권이 있다는 주장으로 점유회수를 배척할 수 없다. 그러므로 점유권에 기한 본소에 대하여 본권자가 본소청구 인용에 대비하여 본권에 기한 **예비적 반소**를 제기하고 양 청구가 모두 이유 있는 경우, 법원은 점유권에 기한 본소와 본권에 기한 예비적 반소를 모두 인용해야 하고 점유권에 기한 본소를 본권에 관한 이유로 배척할 수 없다." ☛ 이는 점유를 침탈당한 자가 점유권에 기한 점유회수의 **소**를 제기하고, 본권자가 그 점유회수의 소가 인용될 것에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 **별소**를 제기한 경우에도 마찬가지이고, 장래이행의 소의 소송요건이 갖추어졌다고 보아야 한다(대법원 2021. 3. 25. 선고 2019다208441 판결; '피고가 현실 점유를 회수하지 못하였을 뿐만 아니라, 피고가 점유회수청구의 소를 제기하여 승소판결을 얻고 가집행선고가 되었다 하더라도 그러한 점만으로는 피고가 점유를 회복할지 여부를 현재 단계에

도청구(예비적 반소)가 모두 인용되어 확정된 경우, 본권자는 '본소 집행 후'에 반소 확정판결에 따른 강제집행으로 점유를 회복할 수 있으나, '특별한 사정(본소 확정판결의 집행이 권리남용이 되는 경우 등)'이 있는 경우에는 본권자가 점유자의 본소 확정판결에 대한 '청구이의의 소'를 통해서 점유권에 기한 강제집행을 저지할 수 있다.[936]

점유보호청구권의 행사기간[937]은 '출소기간'에 해당하는 제척기간으로서 그 기간이 지난 소는 부적법하여 각하된다(직권조사사항).[938]

마) 공유자 사이의 인도 및 부당이득반환 청구

이에 관하여는 뒤에 나오는 '공유' - '인도와 방해배제 및 부당이득반환 청구' 부분 참조.

3) 지상물 철거 청구의 요건사실

가) 청구원인사실

지상물 철거 청구의 청구원인 요건사실은, ① (주체) '원고의 토지 소유 사실(토지 소유자뿐만 아니라 '지상권자'[939]도 원고가 될 수 있는데, '지상권설정자인 소유자'도 지상물 철거·토지

서 단정할 수 없고, 본권에 기한 장래이행의 소를 폭넓게 허용하는 것은 점유회수의 소와 본권에 관한 소가 서로 영향을 미치지 않도록 규정한 민법 제208조의 취지에 반하는 것으로서 허용할 수 없다.'는 이유로 본권에 기초한 장래이행의 소가 그 소송요건을 갖추었다고 볼 수 없다고 한 원심을 파기한 예).

936) 대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다202795, 202801 판결; "점유회수의 본소에 대하여 본권자가 소유권에 기한 인도를 구하는 반소를 제기하여 본소청구와 예비적 반소청구가 모두 인용되어 확정되면, 점유자가 본소 확정판결에 의하여 집행문을 부여받아 강제집행으로 물건의 점유를 회복할 수 있다. 본권자의 소유권에 기한 반소청구는 본소의 의무 실현을 정지조건으로 하므로, 본권자는 위 **본소 집행 후** 집행문을 부여받아 비로소 반소 확정판결에 따른 강제집행으로 물건의 점유를 회복할 수 있다. 이러한 과정은 애당초 본권자가 허용되지 않는 자력구제로 점유를 회복한 데 따른 것으로 그 과정에서 본권자가 점유 침탈 중 설치한 장애물 등이 제거될 수 있다. 다만 점유자의 점유회수의 집행이 무의미한 점유상태의 변경을 반복하는 것에 불과할 뿐 아무런 실익이 없거나 본권자로 하여금 점유회수의 집행을 수인하도록 하는 것이 명백히 정의에 반하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 경우, 또는 점유자가 점유권에 기한 본소 승소 확정판결을 장기간 강제집행하지 않음으로써 본권자의 예비적 반소 승소 확정판결까지 조건불성취로 강제집행에 나아갈 수 없게 되는 등 특별한 사정이 있다면 본권자는 점유자가 제기하여 승소한 본소 확정판결에 대한 청구이의의 소를 통해서 점유권에 기한 강제집행을 저지할 수 있다." ☛ '집행을 수인하도록 하는 것이 명백히 정의에 반하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 경우'는 '확정판결에 따른 강제집행이 권리남용'에 해당하기 위한 요건으로 누차 판시되어 오던 것이다(96다4862 등).

937) 점유자의 점유회수 및 손해배상 청구권은 '침탈을 당한 날'로부터, 점유 방해의 제거 및 손해배상 청구권은 '방해가 종료한 날'로부터 각 1년 내에 행사하여야 한다(민법 제204조 제3항, 제205조 제2항). '방해가 종료한 날'이라 함은 '방해 행위가 종료한 날'을 의미한다(대법원 2016. 7. 29. 선고 2016다214483 판결).

938) 본권 침해로 발생한 손해배상청구권의 행사에는 적용되지 않으므로 점유를 침탈당한 자가 본권인 유치권 소멸에 따른 손해배상청구권을 행사하는 때에는 민법 제204조 제3항이 적용되지 아니하고, 점유를 침탈당한 날부터 1년 내에 행사할 것을 요하지 않는다(대법원 2021. 8. 19. 선고 2021다213866 판결).

939) ◎ **토지 저당권의 담보가치 확보를 위한 지상권과 지상 건물과의 관계**
○ 대법원 2008. 2. 15. 선고 2005다47205 판결; "토지에 관하여 저당권을 취득함과 아울러 그 저당권의 담보가치를 확보하기 위하여 지상권을 취득하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 지상권은 저당권이 실행될 때까지 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 저당 부동산의 담보가치를 확보하는 데에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 제3자가 저당권의 목적인 토지 위에 건물을 신축하는 경우에는, 그 제3자가 지상권자에게 대항할 수 있는 권원을 가지고 있다는 등의 특별한 사정이

인도를 구할 수 있으나 토지 차임 상당의 손해액을 구할 수는 없다)',[940] ② (상대방) '피고가 지상(건)물의 처분권자인 사실'이다('건물 소유자'가 방해제거청구권을 행사하여 철거를 청구할 수 있는 경우도 있다).[941]

자신 소유의 토지 위에 타인이 건물을 소유하고 있는 경우 그 토지를 인도받기 위해서

없는 한, 지상권자는 그 방해배제청구로서 신축중인 건물의 철거와 대지의 인도 등을 구할 수 있다고 할 것이다. 한편, 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못하는 것이므로(민법 제185조), 지상권설정 등기가 경료되면 그 지상권의 내용과 범위는 등기된 바에 따라서 대세적인 효력이 발생하고, 제3자가 지상권설정자에 대하여 해당 토지를 사용·수익할 수 있는 채권적 권리를 가지고 있다고 하더라도 이러한 사정만으로 지상권자에 대항할 수는 없다고 할 것이다." ☞ 소외 2(토지소유자, 지상권설정자)의 토지 사용승낙을 얻은 소외 1(도급인)로부터 건물신축공사를 도급받은 피고(수급인)가, 피고와 소외 1 사이의 소송에 소외 2가 조정참가인으로 참가하여 성립한 임의조정에서 소외 2로부터 취득한 권리는 건물신축공사를 위해 토지를 점유·사용할 수 있는 채권적 권리에 지나지 않으므로, 임의조정 성립 후에 토지에 관한 지상권을 취득한 원고(근저당권자겸 지상권자)에게는 임의조정의 기판력이나 집행력이 미치지 아니한다고 한 예.

○ 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다97871 판결; "담보가치가 저감하는 것을 막는 것을 주요한 목적으로 하여 담보권과 아울러 지상권을 설정한 경우에 담보권이 소멸하면 등기된 지상권의 목적이나 존속기간과 관계없이 지상권도 그 목적을 잃어 함께 소멸한다고 할 것이다. 한편 토지에 관하여 담보권이 설정될 당시 담보권자를 위하여 동시에 지상권이 설정되었다고 하더라도, 담보권 설정 당시 이미 토지소유자가 그 토지 상에 건물을 소유하고 있고 그 건물을 철거하기로 하는 등 특별한 사유가 없으며 담보권의 실행으로 그 지상권도 소멸하였다면 건물을 위한 법정지상권이 발생하지 않는다고 할 수 없다." ☞ 임의경매절차에서 소외인이 토지 매각대금을 완납하여 근저당권이 소멸함에 따라 지상권도 그 목적을 잃어 함께 소멸하였으므로, 토지에 관한 근저당권 설정 당시 이미 건축되어 토지소유자가 소유하고 있던 건물을 위한 법정지상권이 성립하고, 지상권설정등기가 말소되지 아니하고 있었다는 사정은 이에 방해가 되지 아니한다고 판시한 예.

○ 대법원 2004. 3. 29.자 2003마1753 결정; "(저당권의 담보가치를 확보하기 위하여 지상권을 취득하는 경우) 제3자가 비록 토지소유자로부터 신축 중인 지상 건물에 관한 건축주 명의를 변경받았다 하더라도, 그 지상권자에게 대항할 수 있는 권원이 없는 한 지상권자로서는 제3자에 대하여 목적 토지 위에 건물을 축조하는 것을 중지하도록 구할 수 있다고 할 것이다." ☞ 저당권자 겸 지상권자가 그 물권 취득 당시 토지에 토지소유자가 건물을 신축하는 것을 알고서 이로 인한 제한을 용인하였다고 하더라도, 제3자가 토지소유자로부터 건축주 명의를 변경받아 건물을 축조하는 데에 대하여도 용인한 것으로 볼 수는 없으므로, 제3자가 대항할 수 있는 권원이 있음을 주장·증명하지 못하는 한 저당권자 겸 지상권자로서는 제3자에 대하여 위 건물의 축조를 중지하도록 구할 피보전권리가 있다고 판단한 예.

940) 대법원 1974. 11. 12. 선고 74다1150 판결; "토지소유권은 그 토지에 대한 지상권설정이 있어도 이로 인하여 그 권리의 전부 또는 일부가 소멸하는 것도 아니고 단지 지상권의 범위에서 그 권리행사가 제한되는 것에 불과하며, 일단 지상권이 소멸되면 토지소유권은 다시 자동적으로 완전한 제한 없는 권리로 회복되는 법리라 할 것이므로 소유자가 그 소유 토지에 대하여 지상권을 설정하여도 그 소유자는 그 토지를 불법으로 점유하는 자에게 대하여 방해배제를 구할 수 있는 물권적 청구권이 있다고 해석함이 상당 … 본건 대지에 대하여는 건물 소유를 목적으로 지상권이 설정되어 그것이 존속하는 한 원고는 그 대지소유자라 하여도 그 소유권 행사에 제한을 받아 그 대지를 사용 수익할 수 없는 법리라 할 것이어서 특별한 사정이 없는 한 원고는 임료 상당의 손해금을 청구할 수 없을 것"

941) ○ 대법원 2014. 10. 30. 선고 2014다42967 판결; "토지 소유자가 자신 소유의 토지 위에 공작물을 설치한 행위가 인근 건물의 소유자에 대한 관계에서 권리남용에 해당하고, 그로 인하여 인근 건물 소유자의 건물 사용수익이 실질적으로 침해되는 결과를 초래하였다면, 인근 건물 소유자는 건물 소유권에 기한 방해제거청구권을 행사하여 토지 소유자를 상대로 그 공작물의 철거를 구할 수 있다."

○ 대법원 2016. 7. 29. 선고 2016다214483 판결; "미등기 무허가건물의 양수인이라도 그 소유권이전등기를 마치지 않는 한 그 건물의 소유권을 취득할 수 없고, 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고도 할 수 없으므로, 미등기 무허가건물의 양수인은 소유권에 기한 방해제거청구를 할 수 없다고 보아야 한다. … 원고들은 종전 권리자로부터 무허가건물을 양수하였을 뿐이므로 이 사건 가옥에 대한 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 취득하였다는 사실을 증명하지 아니하는 이상 소유권에 기한 방해제거청구로서 이 사건 가옥에 설치된 철망의 철거를 구할 수는 없는 것이다. 또한 원고들이 주위적 청구의 권원으로 주장하는 주거권은 소유권·점유권 등 물권과 같이 방해제거청구의 권원이 된다고 볼 수 없다."

는 그 전제로 지상건물의 철거를 구하여야 한다. 건물 철거를 구하지 않은 채 토지 인도만 구하더라도 그 청구가 인용되지만, 토지 인도를 명하는 판결의 효력이 건물 철거에는 미치지 않으므로, 별도로 건물 철거의 집행권원을 얻기 전에는 토지의 인도 집행이 불가능하기 때문이다. 토지 소유자로서는 그 지상물 철거 청구와 토지 인도 청구를 병합하여 함께 청구하여야 한다. 앞서 본 바와 같이, 지상건물의 소유자는 지상건물의 소유를 통하여 그 대지를 점유하는 것이므로, 원고가 피고의 지상건물 소유 사실을 철거 청구의 청구원인 사실로서 증명하면, 토지 인도 청구의 청구원인 사실인 피고의 토지 점유 사실까지 증명하는 셈이 된다.

건물철거는 그 소유권의 종국적 처분에 해당되는 사실행위이므로 원칙으로는 그 소유자(민법상 원칙적으로는 등기명의자)에게만 그 철거처분권이 있다 할 것이고, 예외적으로 건물을 전소유자로부터 매수하여 점유하고 있는 등 그 권리의 범위 내에서 그 점유 중인 건물에 대하여 법률상 또는 사실상 처분을 할 수 있는 지위에 있는 자에게도 그 철거처분권이 있으므로,[942] 위 ② 요건은, '피고가 지상(건)물의 소유자이거나 법률상 또는 사실상 처분을 할 수 있는 지위에 있는 자인 사실'로 더욱 구체화 할 수 있다. 미등기 건물의 경우는 물론, 등기 건물의 경우에도 소유자가 아닌 법률상 또는 사실상 처분권자를 상대로 철거를 구할 수 있다.[943]

---

942) ◎ **철거의무가 부정된 예**: ① 미등기건물에 대한 양도담보계약상 채권자의 지위를 승계하여 건물을 관리하는 자는 건물 소유자나 법률상·사실상 처분권자라 할 수 없다고 한 예(2002다61521). ② 점유이전금지가처분이 목적물의 처분을 금지·제한하는 것은 아니므로, 피고가 건물을 제3자에게 매도하고 퇴거하였다면 점유이전금지가처분에도 불구하고 이를 매수하여 점유하고 있는 제3자가 법률상·사실상 처분권자이고 피고는 이를 처분할 수 있는 지위에 있지 아니므로 건물을 철거할 의무가 없는데, 원심이 원고에 대한 관계에서 피고는 여전히 건물을 처분할 수 있는 지위에 있는 자라 하여 철거를 명한 것은 잘못이라고 한 예(87다카257,258). ③ 원고의 점유이전금지가처분 집행 후에 피고로부터 건물을 인도받아 그 점유를 원고에게 대항할 수 없는 제3자는 미등기 건물 철거의무자의 요건 중 하나인 '점유' 요건을 갖추지 못하여 건물을 법률상·사실상 처분할 수 있는 지위에 있다고 할 수 없고, 점유이전금지가처분의 당사자 항정효에 의하여 여전히 피고가 건물의 점유자로서 법률상·사실상 처분할 수 있는 지위에 있다고 할 것이므로, 피고에게 건물의 철거를 명한 원심의 판단이 옳다고 보아야 한다. 대법원은 점유이전금지가처분이 목적물의 처분을 금지 또는 제한하는 것은 아니라는 점에 치중한 나머지 점유이전금지가처분의 당사자 항정효를 간과한 것이다(이동명, "점유이전금지가처분집행 후의 미등기건물의 철거의무자", 민사판례연구 제11집(1989), 122~123면).

◎ **철거의무가 인정된 예**: 甲이 건물을 신축하여 미등기인 채로 소유하여 오다가 사망 전에 장남인 乙에게 증여하고, 乙은 그때부터 계속하여 건물의 일부는 자신이 직접 점유하고 나머지 부분은 다른 사람에게 임대하는 등 단독으로 이를 점유·관리해 온 것이라면, 乙은 건물의 양수·점유자로서 이를 법률상 또는 사실상 처분할 수 있는 지위에 있어 동 건물로 인하여 대지 소유자의 소유권이 침해되는 경우 건물철거의무를 지고, 위 건물에 관하여 뒤늦게 甲의 상속인들인 乙과 丙의 공동명의로 재산상속을 원인으로 하는 소유권보존등기가 경료되었다 하여 달리 볼 것은 아니라고 한 예(92다48963).

943) 대법원 1986. 12. 23. 선고 86다카1751 판결.
다만, 미등기 건물의 양수인이라도 그 소유권이전등기를 경료받지 않는 한 그 건물에 대한 소유권을 취득할 수 없고, 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고도 할 수 없으며, 현행법상 사실상의 소유권이라고 하는 어떤 포괄적인 권리 또는 법률상의 지위를 인정하기도 어려우므로, 미등기 건물을 매수하는 계약을 체결하였을 뿐 아직 그 소유권이전의무의 이행을 받지도 아니한 상태에서 그 이행을 소구하지 아니한 채 건물에 대한 사용·수익·처분권이 자기에게 있음의 확인을 구하는 것은 현행법상 허용될 수 없는 권리의 확인을 구하는 것이거나,

지상(건)물의 철거의무자가 수인인 경우라도 그 철거청구소송은 필수적공동소송에 해당하지 않고,[944] 지상(건)물의 공유자는 그 지분권 한도 내에서 철거의무가 있으며,[945] 공유물분할을 하여 철거 부분이 특정되기 전이라도 그 철거를 청구할 수 있다.[946] 공동상속인 등 공유자의 건물철거의무는 각각이 건물 전체에 관하여 철거의무를 부담하는바, 이는 각각 그 지분의 한도 내에서 건물 전체에 관한 철거의무를 진다는 취지이고, 다른 사람의 고유지분에 관하여서까지 그 철거의무를 부담시키는 것은 아니지만,[947] [948] 결국 일부 공유자에 대한 승소판결만으로는 건물철거의 집행을 할 수 없는 결과가 된다.

대지 소유자는 대지사용권 없이 전유부분을 소유하면서 대지를 무단 점유하는 구분소유자에 대하여 그 '전유부분의 철거'를 구할 수 있고, 일부 전유부분만을 철거하는 것이 사실상 불가능하다는 사정은 집행 개시의 장애요건에 불과할 뿐 철거 청구를 기각할 사유에 해당하지 않으며, 권리남용에 해당한다고 볼 수도 없다.[949]

부동산에 부합된 물건의 소유권이 부동산 소유자에게 귀속된 경우에는 부동산 소유자가 '부합물'의 철거를 청구할 수 없지만, 그렇지 않은 경우에는 철거를 청구할 수 있다.[950]

권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 유효·적절한 수단이 될 수 없는 것이어서 확인의 이익이 없다(2005다41153).

944) 대법원 1993. 2. 23. 선고 92다49218 판결.

945) 불법 건축물이 상속된 경우, 공동상속인 전원을 피고로 하여서만 철거를 청구할 수 있는 것은 아니고, 공동상속인 중 한사람을 상대로 그 상속분의 한도에서만 철거를 구할 수도 있다고 한 예(68다1102).

946) 공유물분할로 철거 부분이 특정되기 이전에는 건물철거를 청구할 수 없다고 판단한 원심을 파기한 예(74다537).

947) 대법원 1980. 6. 24. 선고 80다756 판결. 그 판시 중 '공동 상속인들의 건물철거의무가 그 성질상 불가분 채무에 속하는 것'이라고 한 부분이 있으나, 건물철거의무가 물권적 의무에 해당한다는 점 및 문자 그대로 '불가분 채무'처럼 공동상속인들 중 한 사람에 대한 확정판결만을 갖고서 건물 전체에 대한 철거의 강제집행을 할 수 있다는 취지는 아니라는 점(민법주해 채권(3), 1995, 60면(허만 집필))에서 위 판시 부분은 적절한 것이 아니다.

948) 청구취지나 주문에는 각 공유자의 지분을 명시하여 '각' 철거를 명하는 기재를 한다('원고에게, 피고 갑은 ~ 지분에 관하여, 피고 을은 ~ 지분에 관하여 각 철거하라').

949) 대법원 2021. 7. 8. 선고 2017다204247 판결; "1동의 집합건물의 구분소유자들은 그 전유부분을 구분소유하면서 건물의 대지 전체를 공동으로 점유·사용하는 것이므로, 대지 소유자는 대지사용권 없이 전유부분을 소유하면서 대지를 무단 점유하는 구분소유자에 대하여 그 전유부분의 철거를 구할 수 있다. 집합건물은 건물 내부를 (구조상·이용상 독립성을 갖춘) 여러 개의 부분으로 구분하여 독립된 소유권의 객체로 하는 것일 뿐 1동의 건물 자체는 일체로서 건축되어 전체 건물이 존립과 유지에 있어 불가분의 일체를 이루는 것이므로, 1동의 집합건물 중 일부 전유부분만을 떼어내거나 철거하는 것은 사실상 불가능하다. 그러나 구분소유자 전체를 상대로 각 전유부분과 공용부분의 철거 판결을 받거나 동의를 얻는 등으로 집합건물 전체를 철거하는 것은 가능하고 이와 같은 철거 청구가 구분소유자 전원을 공동피고로 해야 하는 필수적 공동소송이라고 할 수 없으므로, 일부 전유부분만을 철거하는 것이 사실상 불가능하다는 사정은 집행 개시의 장애요건에 불과할 뿐 철거 청구를 기각할 사유에 해당하지 않는다. … 대지 소유자의 건물 철거청구가 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다." ☛ 한편, 집합건물 대지의 소유자가 대지사용권을 갖지 아니한 구분소유자에 대하여 집합건물법 제7조에 따라 전유부분에 관한 매도청구권을 행사할 수 있다고 하더라도 매도청구권 행사가 반드시 철거청구에 선행하여야 하는 것은 아니다(2011다23125).

950) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다264307 판결; "부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 그 부동산과 일체를 이루는 부동산의 구성부분이 된 경우에는 타인이 권원에 의하여 이를 부합시켰더라도 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속되어 부동산의 소유자는 방해배제청구권에 기하여 부합물의 철거를 청구할 수 없지만, 부합물이 위와 같은 요건을 충족하지 못해 그 물건의 소유권이 부동산의 소유자에게 귀속되었다고 볼 수 없는 경우에는 부동산의 소유자는 방해배제청구권에 기하여 부합물

나) 기판력 등 본안전 항변 관련 문제

국·공유재산에 설치한 시설물 등과 같이 행정대집행의 방법으로 철거할 수 있는 경우에 민사소송의 방법으로 철거를 구하는 것은 권리보호의 이익이 없어 부적법하지만,[951] 행정청이 행정대집행을 실시하지 않는 경우 국·공유재산에 대한 사용청구권을 가지고 있는 사람이 국가를 대위하여 민사소송으로 시설물의 철거를 구할 수는 있다.[952] [953]

'기판력'과 관련하여 살펴보면, ① 원고의 대지 소유권에 기한 피고 소유 건물 철거 및 대지 인도 소송(전소)의 원고 패소 확정판결의 변론종결 후에, 전소 피고(승소자)로부터 건물을 매수하여 소유권이전등기를 마친 전득자(후소 피고)는 '변론종결 후의 승계인'(계쟁물에 관한 당사자적격의 승계인)에 해당하므로, 원고의 건물 전득자에 대한 전소와 동일 내용의 후소는 전소 패소확정판결의 기판력에 저촉되어 기각되고,[954] ② 대지 소유권에 기한 건물 철거 소송의 원고 승소 확정판결의 변론종결 후에, 전소 변론종결 전의 가등기에 기해 건물 소유권이전등기 본등기(변론종결 후 승계 여부 판단의 기준시점)를 마친 전득자 역시 '변론종결 후의 승계인'으로서 확정판결의 기판력이 미치며,[955] ③ 지상 건물 소유자의

의 철거를 청구할 수 있다." ☜ 도로부지와 아스콘의 구분이 명확하고, 아스콘을 제거하는 데 과다한 비용이 소요될 것으로 보이지 않으며, 도로부지의 포장은 원고가 도로부지를 당초 용도에 따라 받으로 사용하고자 할 경우에는 불필요하다는 등의 이유로, 도로부지의 포장에 대한 철거청구를 긍정한 예.

951) 대법원 2017. 4. 13. 선고 2013다207941 판결.

952) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다1122 판결: "이 사건 토지는 잡종재산인 국유재산으로서, 국유재산법 제52조는 '정당한 사유 없이 국유재산을 점유하거나 이에 시설물을 설치한 때에는 행정대집행법을 준용하여 철거 기타 필요한 조치를 할 수 있다.'고 규정하고 있으므로, 관리권자인 보령시장으로서는 행정대집행의 방법으로 이 사건 시설물을 철거할 수 있고, 이러한 행정대집행의 절차가 인정되는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 피고들에 대하여 이 사건 시설물의 철거를 구하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다. 다만, 관리권자인 보령시장이 행정대집행을 실시하지 아니하는 경우 국가에 대하여 이 사건 토지 사용청구권을 가지는 원고로서는 위 청구권을 보전하기 위하여 국가를 대위하여 피고들을 상대로 민사소송의 방법으로 이 사건 시설물의 철거를 구하는 이외에는 이를 실현할 수 있는 다른 절차와 방법이 없어 그 보전의 필요성이 인정되므로, 원고는 국가를 대위하여 피고들을 상대로 민사소송의 방법으로 이 사건 시설물의 철거를 구할 수 있다고 보아야 할 것이고, 한편 이 사건 청구 중 이 사건 토지 인도청구 부분에 대하여는 관리권자인 보령시장으로서도 행정대집행의 방법으로 이를 실현할 수 없으므로, 원고는 당연히 국가를 대위하여 피고들을 상대로 민사소송의 방법으로 이 사건 토지의 인도를 구할 수 있다고 할 것이다."

953) 인도의무는 이를 강제적으로 실현하려면 직접적인 실력행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행의 대상이 될 수 없어(대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다2809 판결), 국가의 토지 인도 청구는 적법하고, 국가의 채권자가 국가를 대위하여 민사소송의 방법으로 토지의 인도를 구할 수 있음은 당연하다.

954) 대법원 1991. 3. 27. 선고 91다650, 667 판결: 원고가 피고 甲을 상대로 대지 소유권에 기하여 '건물철거' 및 '대지인도' 청구 소송(전소)을 제기한 결과, 원고가 대지 소유자가 아니라는 이유로 '원고 패소 확정판결'이 선고되었고, 그 변론종결 후에 피고 甲으로부터 위 '건물을 매수, 등기한 피고 乙'은 피고 甲의 지위를 승계한 '변론종결후의 승계인'에 해당하므로, 원고가 다시 피고 乙을 상대로 소유권에 기하여 위 건물의 철거와 그 대지의 인도를 청구하는 후소는, 비록 그 사이에 원고가 피고 甲을 상대로 위 대지에 관한 소유권확인소송을 제기하여 승소확정판결을 받았고 위 패소확정된 사건의 판결이 선고된 때로부터 10여년이 지났다고 하여 그 판결의 기판력을 배제하여야 할 만한 사정변경이 있다고 볼 수도 없으므로, 위 패소확정판결의 기판력에 저촉되어 기각되어야 한다고 한 예.

대지 소유자에 대한 전소에서, 지상 건물 소유자의 대지 소유권이전등기청구권이 부존재하는 것으로 패소 확정된 후, 대지 소유자의 지상 건물 소유자에 대한 건물철거·대지인도 청구의 후소에서, 지상 건물 소유자가 대지 소유권이전등기청구권의 존재를 항변으로 주장하는 것은 전소 확정판결과 서로 '모순관계'에 있으므로 기판력에 저촉되어 허용될 수 없고,[956] ④ 건물철거 및 토지인도청구권을 소송물로 하는 소송은 소유권 자체의 확정이 아니라 건물철거청구권 및 토지인도청구권의 존부만을 목적으로 하므로, 그 소송에서 부동산의 권리 귀속에 관한 판단이 있다 하더라도, 그 기판력은 판결 주문에 표시된 건물철거청구권 및 토지인도청구권에 국한되고, 판결 이유 중의 부동산 권리 귀속에 관한 판단 부분에까지 미치지는 아니하며,[957] ⑤ 상대방이 철거를 구하는 지상건물의 소유자라든가 점유자(사실상 처분권자)라는 주장은 소송물과 관계없이 철거청구권의 행사를 이유

955) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다10883 판결: 원심이, 피고의 소외 1에 대한 건물철거소송은 1990. 2. 23. 확정되었고, 그 건물에 관하여 소외 2는 소외 1로부터 1987. 1. 28. 소유권이전등기청구권 보전의 가등기를 경료받았다가, 1990. 3. 9. 그 본등기를 마치고 원고에게 소유권이전등기를 마쳐준 사실, 피고는 1990. 7. 28. 확정판결에 기해 원고를 소외 1의 승계인으로 한 승계집행문을 부여받고 8. 8. 승계인에 대한 대체집행결정을 받은 사실을 인정한 후, 원고의 '집행문부여에 대한 이의의 소'에 대하여, '가등기의 순위보전적 효력이란 본등기가 마쳐진 때에는 본등기의 순위가 가등기한 때로 소급함으로써 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간처분이 본등기보다 후순위로 되어 실효된다는 뜻일 뿐 본등기에 의한 물권취득의 효력이 가등기 때에 소급하여 발생하는 것은 아니고, 위와 같은 건물철거소송에서 확정판결이 미치는 철거의무자의 범위는 건물의 소유권 기타 사실상의 처분권의 취득 시점을 기준으로 판단하여야 할 것인데, 소외 2 명의의 본등기가 위 판결의 변론종결 후에 마쳐진 이상 소외 2나 원고는 변론종결 후의 승계인에 해당한다.'라고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

956) ○ 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결: 甲(건물매수인)이 乙(건물매도인)을 대위하여 丙(대지소유자)을 상대로 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 소송을 제기하였다가 피보전채권의 부존재로 소각하의 확정판결을 선고받은 후, 丙이 제기한 건물철거·대지인도 소송에서 甲이 전소와 같은 권리가 있음을 항변사유로 주장한 사안에서, '전소 판결은 소송판결로서 그 기판력은 소송요건의 존부에 관하여만 미치나, 그 소송요건에 관련하여 피고의 乙에 대한 피보전채권이 없음이 확정된 이상 후소에서 피고가 乙에 대하여 피보전채권이 있음을 전제로 다시 乙을 대위하여 원고에게 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 권리가 있다고 주장하는 것은 전소의 사실심 변론종결 전에 주장하였던 사유임이 명백할 뿐만 아니라, 피고의 이러한 주장을 허용한다면 피고에게 乙에 대한 피보전채권의 존재를 인정하는 것이 되어 전소판결의 판단과 서로 모순관계에 있다고 하지 않을 수 없으므로 후소에서 피고가 이러한 주장을 하는 것은 전소판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.'고 판단한 예.

○ 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다46114 판결: 甲(건물 소유자)이 乙(대지소유자)에 대하여 전소에서 토지를 '대물변제' 받아 점유하기 시작하여 취득시효가 완성되었음을 이유로 소유권이전등기절차의 이행을 구하였다가 패소 확정되었음에도 불구하고, 乙이 甲에게 건물철거를 구하는 후소에서는 이를 '증여' 받아 점유하기 시작하여 취득시효가 완성되었다고 항변으로 주장하는 것은, 전소의 소송물인 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 존부에 관한 '공격방법'의 하나에 불과한 사실을 후소에서 다시 주장하는 것으로서 후소에서 甲의 위 주장을 허용한다면 위 토지에 관한 취득시효완성을 이유로 하여 乙의 위 토지상의 건물철거청구를 거부할 수 있게 된다는 결론에 도달하게 되는 것이니, 甲의 위와 같은 주장은 전소판결의 소송물과 서로 모순관계에 있다고 하지 않을 수 없고, 따라서 전소판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다고 한 예.

957) 대법원 1989. 4. 25. 선고 88다카3618 판결, 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다58889 판결(甲이 乙 종중을 상대로 부동산의 소유권에 기하여 제기한 분묘굴이 및 토지인도 등 청구가 인용되고 그 판결이 그대로 확정되었다고 하더라도, 그 기판력은 소송물인 분묘굴이 및 토지인도 등 청구권에 한하여 생기고 판결이유 중에서 판단되었을 뿐인 소유권에 관하여 생기는 것은 아니고, 나아가 그 효력 또한 甲과 乙 종중 사이에만 미칠 뿐 종중의 종중원으로서 단순한 공동소송인의 관계에 있을 뿐인 丙에게는 미치지 아니하므로, 甲의 乙 종중에 대한 제1심판결이 확정되었다는 이유만으로 甲이 부동산의 소유권을 적법하게 취득하였음을 丙에게도 주장할 수 있다고 한 원심판단에는 기판력의 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례).

있게 하기 위한 공격방어방법에 불과하다.[958]

다) 항 변

지상물 철거 청구에 대하여, 피고는 법정지상권, 분묘기지권 등 소유자나 지상권자에게 대항할 수 있는 '사용·수익 권원',[959] 신의칙 위반[960] 내지 권리남용[961] 등을 들어 항변할 수 있다.

라) 건물처분금지가처분

토지 소유자는 그 지상 건물에 대한 철거청구권의 보전을 위해서 그 건물의

---

958) 대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카2001 판결; 대지 소유자인 원고가 前訴로서 그 지상 가건물은 소외인이 신축한 소외인 소유임에도 피고가 위 가건물을 점유하고 있다 하여 피고에게 그 철거 소송을 제기하였다가 청구기각 판결이 선고되자, 이에 항소를 제기한 후 항소심에서 원고가 소외인으로부터 위 가건물을 매수하였는데 이를 피고가 점유하고 있다고 주장하면서 건물철거청구를 인도청구로 변경하는 소의 교환적 변경을 함으로써 건물철거청구의 소를 1심 종국판결 선고 후에 취하한 결과로 된 **사안**에서, **원심**이, '원고는 이 사건 소송에서 위 대지는 원고의 소유이고 그 지상에 세워진 가건물은 피고가 신축한 것임을 청구원인사실로 내세워 피고가 건물의 소유자임을 전제로 그 철거를 구하고 있는 것이므로 이 사건 소와 전소는 청구원인을 달리하는 별개의 소'라고 판단하여 '재소금지원칙에 위배되어 부적법하다'는 피고의 본안전항변을 배척한 데 대하여, **대법원**은 "원고의 이 사건 건물철거청구의 소가 1심의 본안에 대한 종국판결이 있은 후에 취하한 전소와 동일한 소에 해당하는 여부는 그 소송물의 동일성 유무에 따라 판단되어야 할 것이고, 토지소유권에 기한 지상건물철거소송에 있어서의 소송물은 철거청구권 즉 소유권에 기한 방해배제청구권이며 상대방이 철거를 구하는 지상건물의 소유자라던가 점유자라는 주장은 소송물과 관계없이 철거청구권의 행사를 이유 있게 하기 위한 공격방어방법에 불과하다 할 것이므로, 원고가 1심의 종국판결이 있은 후에 취하한 전소가 토지소유권에 기하여 그 지상건물인 이 사건 가건물의 철거를 구한 것이었다면 비록 피고가 지상건물의 점유자임을 이유로 한 것이었다 하더라도 그 전소와 원고의 이 사건 소는 다 같이 토지소유권에 기한 방해배제청구권을 소송물로 하는 것이어서 동일한 소에 해당한다고 보아야 할 것이다."라고 판시한 사례.

959) ❶ 제3자가 지상권자에게 대항할 수 있는 권원을 가지고 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 지상권자는 그 방해배제청구로서 신축중인 건물의 철거와 대지의 인도 등을 구할 수 있다(2005다47205). ❷ 건물 저당권의 효력은 건물에 종된 권리인 건물 소유 목적 지상권에도 미치므로, 건물 저당권의 실행으로 건물 소유권을 취득한 경락인은 특별한 사정이 없는 한 건물 소유를 위한 지상권도 민법 제187조의 규정에 따라 등기 없이 당연히 취득한다(95다52864). ❸ 법정지상권자가 건물을 제3자에게 양도하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 법정지상권도 양도하기로 하는 채권적 계약이 있었다고 할 것이며 건물양수인은 건물양도인을 순차 대위하여 토지소유자 및 건물의 전소유자에 대하여 법정지상권의 설정등기 및 이전등기절차이행을 구할 수 있고, 토지소유자는 건물소유자에 대하여 법정지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무가 있으므로, 법정지상권이 붙은 건물의 양수인은 법정지상권에 대한 등기를 하지 않았다 하더라도 토지소유자에 대한 관계에서 적법하게 토지를 점유사용하고 있는 자이다(94다39925). ❶ 「장사 등에 관한 법률」의 시행일인 2001. 1. 13. 후에 토지 소유자의 승낙 없이 설치한 분묘에 대해서는 분묘기지권의 시효취득을 주장할 수 없으나, 위 시행일 이전에 설치한 분묘에 관하여는 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권의 시효취득이 가능하다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결).

960) 예컨대, 소유권이전등기의무 있는 자가 그 권리자를 상대로 소유권에 기해 인도와 철거를 청구하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다('인도청구에 대한 항변' 부분 참조).

961) **경계침범한 인접 건물 철**거소송에서의 **권리남용 긍정례**[건물철거소송에 이른 사정, 계쟁토지가 0.3㎡에 불과한 점, 철거에 상당한 비용이 들고 철거 후에도 잔존 2층건물의 효용이 크게 감소되리라는 점 등에 비추어 권리남용에 해당한다고 한 예(93다4366)]와 **부정례**[피고들 건물이 침범한 부분의 폭이 1.9미터라면 이는 법정이격거리인 0.5미터보다도 훨씬 넓은 것이고 위 대지는 지목이 대지이어서 원고로서는 후일 위 침범 부분 중 법정이격거리를 제외한 나머지 대지 위에 새로운 건물을 축조할 가능성도 있다고 하면서, 원고의 권리행사의 결과로서의 이익보다 피고들의 손해가 막대하고 사회 경제적 손실 등이 크다는 사유만으로는 원고의 건물철거 및 대지인도의 청구가 권리남용이라고 할 수 없다고 한 예(90다10346,10353)].

처분행위를 금지하는 가처분을 할 수 있다. 그 가처분에도 불구하고 건물을 처분하였을 때에는 이를 토지 소유자에게 대항할 수 없으므로 토지 소유자에 대한 관계에서 가처분 채무자가 여전히 그 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 있다. 처분행위가 가처분에 저촉되는지 여부는 그 처분행위에 따른 등기와 가처분등기의 선후에 따라 정해진다.[962]

4) 퇴거 청구의 요건사실

지상물로부터의 퇴거청구의 요건사실은, ① '원고의 토지 소유' 사실, ② '지상(건)물 소유자 아닌 피고의 지상(건)물 점유' 사실이다.

건물이 그 존립을 위한 토지사용권을 갖추지 못하여 토지 소유자가 건물 소유자에게 건물의 철거 및 그 대지의 인도를 청구할 수 있는 경우라도, 건물 소유자가 아닌 사람이 건물을 점유하고 있다면, 토지 소유자는 그 건물 점유를 제거하지 아니하는 한 건물 철거 등을 실행할 수 없고, 따라서 그때 토지 소유권은 위와 같은 점유에 의하여 그 원만한 실현을 방해당하고 있다고 할 것이므로, 토지 소유자는 자신의 소유권에 기한 방해배제로서 건물 점유자에 대하여 건물로부터의 퇴거를 청구할 수 있다. 이는 건물 점유자가 건물 소유자로부터의 임차인으로서 그 건물 임차권이 이른바 대항력을 가진다고 해서 달라지지 아니하고,[963] 전세권자 또는 대항력 있는 임차권자가 민법 제304조 등을 들어 대항할 수도 없다.[964]

---

962) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다9121, 9138 판결: "1) **부동산처분금지가처분**은 부동산에 대한 채무자의 소유권이전, 저당권, 전세권, 임차권의 설정 그 밖의 일체의 처분행위를 금지하는 가처분으로서, 자기 소유 토지 위에 채무자 소유 건물에 대한 철거청구권, 즉 방해배제청구권의 보전을 위해서도 할 수 있다. 채무자 소유 건물에 대한 철거청구권을 피보전권리로 한 가처분에도 불구하고 채무자가 건물을 처분하였을 때에는 이를 채권자에게 대항할 수 없으므로 채권자에 대한 관계에 있어서 채무자가 여전히 그 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 있다. 2) 처분행위가 가처분에 저촉되는지 여부는 그 처분행위에 따른 등기와 가처분등기의 선후에 따라 정해진다. 3) 그런데 가등기는 본등기 순위보전의 효력이 있기 때문에, 가처분등기보다 먼저 마쳐진 가등기에 의하여 본등기가 마쳐진 경우에는 그 본등기가 설사 가처분등기 후에 마쳐졌더라도 채권자에게 대항할 수 있다. 4) 또한 근저당권이 소멸되는 경매절차에서 부동산이 매각된 경우에는 근저당권설정등기와 가처분등기의 선후에 따라 채무자가 채권자에게 대항할 수 있는지 여부가 정해진다. 따라서 가처분등기보다 먼저 설정등기가 마쳐진 근저당권이 소멸되는 경매절차에서의 매각으로 채무자가 건물 소유권을 상실한 경우에는 채권자로서도 가처분 효력을 내세워 채무자가 여전히 그 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다고 주장할 수 없다. 5) 한편 경매절차에서 매각대금이 지급되면 법원사무관 등은 매수인 앞으로 소유권을 이전하는 등기와 함께 매수인이 인수하지 아니한 부동산의 부담에 관한 기입을 말소하는 등기 등도 촉탁하여야 하는데(민사집행법 제144조 제1항), 이때 토지 소유자가 그 소유 토지 위에 채무자 소유 건물 철거청구권을 보전하기 위하여 건물에 대한 처분금지가처분으로 마쳐진 가처분등기는, 건물에 관한 압류 또는 근저당권설정등기 이후에 마쳐졌더라도 말소되지 않은 채 남아 있지만, 이는 위 가처분이 건물 자체에 대한 어떠한 권리를 보전하기 위한 것이 아니기 때문이다. 위와 같이 압류나 근저당권설정등기 이후에 마쳐진 위 가처분등기가 경매절차 매각대금 지급 후에도 말소되지 않은 채 남아 있다고 해서 채무자가 여전히 그 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다고 볼 수는 없다."

963) 따라서 '건물 점유자가 건물 소유자로부터의 임차인으로서 그 건물 임차권이 이른바 대항력을 가진다'는 점이 토지 소유자의 퇴거 청구에 대한 적법한 점유 권원의 유효한 항변이 될 수 없다. 같은 취지로, 건물의 원시취득자에게 가지는 건물에 관한 유치권으로 건물철거청구권을 갖는 대지소유자에게 대항할 수는 없다(87다카3073).

964) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다43801 판결: "이는 건물점유자가 건물소유자로부터의 임차인으로서 그 건물

건물의 소유자가 건물의 소유를 통하여 타인 소유의 토지를 점유하고 있다고 하더라도 토지 소유자로서는 건물의 철거와 대지 부분의 인도를 청구할 수 있을 뿐, 자기 소유의 건물을 점유하고 있는 사람에 대하여 건물에서 퇴거할 것을 청구할 수 없다. 이러한 법리는 건물이 공유관계에 있는 경우에 건물의 공유자에 대해서도 마찬가지로 적용된다.[965]

건물 퇴거 청구에 대하여 건물 인도를 명하는 것은 처분권주의에 반하여 허용되지 않는다.[966]

임차권이 이른바 대항력을 가진다고 해서 달라지지 아니한다. 건물임차권의 대항력은 기본적으로 건물에 관한 것이고 토지를 목적으로 하는 것이 아니므로 이로써 토지소유권을 제약할 수 없고, 토지에 있는 건물에 대하여 대항력 있는 임차권이 존재한다고 하여도 이를 토지소유자에 대하여 대항할 수 있는 토지사용권이라고 할 수는 없다. 바꾸어 말하면, 건물에 관한 임차권이 대항력을 갖춘 후에 그 대지의 소유권을 취득한 사람은 민법 제622조 제1항이나 주택임대차보호법 제3조 제1항 등에서 그 임차권의 대항을 받는 것으로 정하여진 '제3자'에 해당한다고 할 수 없는 것이다.

한편 민법 제304조는 타인의 토지에 있는 건물에 전세권이 설정된 경우에 관하여 그 전세권의 효력은 그 전세권의 목적이 된 건물의 소유를 목적으로 한 지상권 또는 임차권에도 미치고(제1항) 그 경우에 전세권설정자는 전세권자의 동의 없이 위 지상권 또는 임차권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못한다고(제2항) 정한다. 그러나 이 규정은 전세권을 설정하는 건물소유자가 건물의 존립에 필요한 지상권 또는 임차권과 같은 토지사용권을 가지고 있는 경우에 관한 것으로서, 그 경우에 건물전세권자로 하여금 토지소유자에 대하여 건물소유자, 즉 전세권설정자의 그러한 토지사용권을 원용할 수 있도록 함으로써 토지소유자 기타 토지에 대하여 권리를 가지는 사람에 대한 관계에서 건물전세권자를 보다 안전한 지위에 놓으려는 취지의 규정이다.

또한 지상권을 가지는 건물소유자가 그 건물에 전세권을 설정하였으나 그가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니하였음을 이유로 지상권설정자, 즉 토지소유자의 청구로 지상권이 소멸하는 것(민법 제287조 참조)은 전세권설정자가 전세권자의 동의 없이는 할 수 없는 위 민법 제304조 제2항상의 '지상권 또는 임차권을 소멸하게 하는 행위'에 해당하지 아니한다. 위 민법 제304조 제2항이 제한하려는 것은 포기, 기간단축약정 등 지상권 등을 소멸하게 하거나 제한하여 건물전세권자의 지위에 불이익을 미치는 전세권설정자의 임의적인 행위라고 할 것이고, 그것이 법률의 규정에 의하여 지상권소멸청구권의 발생요건으로 정하여졌을 뿐인 지상권자의 지료 부지급 그 자체를 막으려고 한다거나 또는 지상권설정자가 취득하는 위의 지상권소멸청구권이 그의 일방적 의사표시로 행사됨으로 인하여 지상권이 소멸되는 효과를 제한하려고 하는 것이라고 할 수 없는 것이다.

따라서 전세권설정자가 건물의 존립을 위한 토지사용권을 가지지 못하여 그가 토지소유자의 건물철거 등 청구에 대항할 수 없는 경우에 민법 제304조 등을 들어 전세권자 또는 대항력 있는 임차권자가 토지소유자의 권리행사에 대항할 수 없음은 물론이다. 또한 건물에 대하여 전세권 또는 대항력 있는 임차권을 설정하여 준 지상권자가 그 지료를 지급하지 아니함을 이유로 토지소유자가 한 지상권소멸청구가 그에 대한 전세권자 또는 임차인의 동의가 없이 행하여졌다고 해도 민법 제304조 제2항에 의하여 그 효과가 제한된다고 할 수 없다."

965) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2021다276256 판결; "그 이유는 다음과 같다. (1) 모든 공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있다(민법 제263조). 공유자가 공유물에 대하여 가지는 공유지분권은 소유권의 분량적 일부이지만 하나의 독립된 소유권과 같은 성질을 가지므로, 공유자는 소유권의 권능에 속하는 사용·수익권을 갖는다. 설령 공유자 중 1인이 공유물을 독점적으로 점유하여 사용·수익하고 있더라도, 공유자 아닌 제3자가 공유물을 무단으로 점유하는 것과는 다르다. 따라서 공유자가 건물을 점유하는 것은 그 소유 지분과 관계없이 자기 소유의 건물에 대한 점유로 보아야 하고, 소유 지분을 넘는 부분을 관념적으로 분리하여 그 부분을 타인의 점유라고 볼 수 없다. (2) 토지 소유자는 토지 소유권에 기한 방해배제청구권의 행사로써 그 지상 건물의 철거와 해당 토지의 인도를 구할 수 있을 뿐이고 건물의 점유 자체를 회복하거나 건물에 관한 공유자의 사용관계를 정할 권한이 없다. 토지 소유자로 하여금 그 지상 건물 공유자를 상대로 퇴거 청구를 할 수 있도록 허용한다면 토지 소유자가 건물의 점유 자체를 회복하도록 하거나 해당 건물에 관한 공유자의 사용관계를 임의로 정하게 하는 결과를 가져오게 된다. (3) 소유 지분의 범위에서 철거를 명하는 확정판결을 받은 공유자가 계속하여 건물을 점유하는 것은 토지 소유자가 건물 전체의 철거를 명하는 확정판결을 받지 못하여 철거집행이 불가능한 상황에 따른 반사적 효과에 지나지 않는다. 토지 소유자로서는 건물 전체에 대하여 철거에 관한 집행권원을 확보하여 곧바로 집행에 들어가거나 철거집행 전까지 토지 점유에 관한 부당이득반환 등을 청구하는 방법으로 권리구제를 받을 수 있다." ☛ 건물의 점유자가 철거의무자일 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있는 것이어서 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 않다(대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결).

행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우, 건물 점유자에 대한 퇴거청구는 부적법하다.[967]

5) 소유권 등기의 말소등기 청구 또는 진정명의회복등기 청구

가) 소 송 물

(1) 동일성 식별의 표준(관련 사건과의 비교)

원인무효로 인한 말소등기청구 사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고, 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생 원인은 당해 등기 원인의 무효라 할 것이어서, 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니다.[968]

반면에, 소유권이전등기청구 사건에서 등기원인을 달리하는 경우에는 단순히 공격·방어방법의 차이에 불과한 것이 아니고 등기원인별로 별개의 소송물로 인정된다.[969] 소유권확인청구 사건의 경우 그 소송물은 소유권 자체의 존부이다.

(2) 소유권이전등기말소등기청구와 진정명의회복 소유권이전등기청구의 관계

판례는,[970] '진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의

---

966) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다213157 판결; "건물의 '**인도**'는 건물에 대한 현실적·사실적 지배를 완전히 이전하는 것을 의미하고, 민사집행법상 인도 청구의 집행은 집행관이 채무자로부터 물건의 점유를 빼앗아 이를 채권자에게 인도하는 방법으로 한다. 한편 건물에서의 '**퇴거**'는 건물에 대한 채무자의 점유를 해제하는 것을 의미할 뿐, 더 나아가 채권자에게 그 점유를 이전할 것까지 의미하지는 않는다는 점에서 건물의 '인도'와 구별된다. 그러므로 채권자가 소로써 채무자가 건물에서 퇴거할 것을 구하고 있는데 법원이 채무자의 건물 인도를 명하는 것은 처분권주의에 반하여 허용되지 않는다."

967) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결; "행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 그 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있는 것이고, 그 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄가 성립하므로, 필요한 경우에는 「경찰관 직무집행법」에 근거한 위험발생 방지조치 또는 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행범체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다."고 판시한 다음, '건물 공유자 피고들이 건물을 철거하여 공유수면을 원상회복하여야 할 의무는 대체적 작위의무에 해당하므로 행정대집행의 대상이 되고, 시장은 건물철거의무를 행정대집행의 방법으로 실현하는 과정에서 부수적으로 피고들과 그 가족들의 퇴거 조치를 실현할 수 있으므로, 행정대집행 외에 별도로 퇴거를 명하는 집행권원은 필요하지 않다.'고 하여, 건물퇴거를 구하는 이 사건 소는 부적법하고, '원고가 원용한 97누157 판결은 불법건물 철거에 관한 것이 아니라, 적법한 건물에서 처분상대방의 점유를 배제하고 그 점유이전을 받기 위하여 행정대집행 계고처분을 한 사안에 관한 것으로서, 그 처분의 주된 목적이 건물의 인도라는 비대체적 작위의무의 이행을 실현하고자 하는 것이어서 행정대집행의 대상이 될 수 없다고 판단한 사례였으므로, 이 사건에 원용하기에는 적절하지 않다.'고 한 예.

968) 대법원 1993. 6. 29. 선고 93다11050 판결.

969) 대물변제를 원인으로 소유권이전등기를 구하는 전소 확정판결의 기판력이 취득시효완성을 청구원인으로 소유권이전등기를 구하는 후소에 미치지는 아니한다고 한 예(88다카19002, 19019). 동업약정 종료를 원인으로 대지 전부에 관하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하였다가 패소한 확정판결의 기판력은 동업관계 존속을 전제로 그 지분에 한하여 소유권이전등기절차 이행을 구하는 소에는 미치지 아니한다고 한 사례(90다8961).

970) 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결의 다수의견; "진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하

말소등기청구권은 그 소송물이 실질상 동일한 것으로 보아야 하므로 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다.'고 하여, 두 청구의 중첩적 허용을 부정한다.[971]

(3) 말소등기청구와 상속회복청구의 관계

자신이 진정한 상속인임을 전제로 그 상속으로 인한 소유권 또는 지분권 등 재산권의 귀속을 주장[972]하면서 참칭상속인[973] 또는 참칭상속인으로부터 상속재산에 관

여 허용되는 것인데, 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로, 비록 전자는 이전등기, 후자는 말소등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 하고, 따라서 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다고 보아야 할 것이다. 이와 달리 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받은 당사자도 그 확정판결의 기판력이 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에는 미치지 아니하므로 다시 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 제기할 수 있다고 본 … 판결등의 견해는 이와 저촉되는 한도 내에서 변경하기로 한다."

971) 이에 대하여 **별개의견**은, 소유권이전등기말소등기청구와 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구 간 소송물의 동일 여부, 기판력의 저촉 여부에 관하여는 다수의견에 반대하면서도, "전소와 후소를 통하여 당사자가 얻으려고 하는 목적이나 사실관계가 동일하고, 전소의 소송과정에서 이미 후소에서와 실질적으로 같은 청구나 주장을 하였거나 그렇게 하는 데 아무런 장애가 없었으며, 후소를 허용함으로써 분쟁이 이미 종결되었다는 상대방의 신뢰를 해치고 상대방의 법적 지위를 불안정하게 하는 경우에는 후소는 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 할 것이다."라고, **반대의견**은, "기판력의 범위를 결정하는 소송물은 원고의 청구취지와 청구원인에 의하여 특정되는 것으로서, 사실관계나 법적 주장을 떠나서 청구취지가 다르다면 소송물이 같다고 할 수 없을 것"이라고 하면서, 소유권이전등기말소등기청구와 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구는 "우선 그 청구취지가 다르므로, 이러한 법리의 적용을 배제할 만한 상당한 법적 근거가 없다면 이 두 소송의 소송물이 다르다고 보아야 할 것"이고, "등기절차상으로 말소등기와 이전등기라고 하는 엄연한 차이가 있으므로, 실체법과 함께 등기절차법의 측면에서 이들 청구권의 법적 근거가 반드시 동일하다고만 볼 수도 없는 것"이라 하여, "소유권이전등기의 말소청구와 함께 진정명의의 회복을 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 중첩적으로 허용함이 타당하다."라고 하였다.

972) 피상속인 사망 후 공동상속인 중 1인이 다른 공동상속인에게 자신이 상속한 재산을 중간생략등기 방식으로 명의신탁하였다가 그 명의신탁이 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 반하여 무효임을 이유로 상속재산의 반환 또는 그 반환채무의 이행불능을 원인으로 한 손해배상을 구하는 경우, 그러한 청구는 명의신탁이 무효임을 원인으로 하여 소유권의 귀속 등을 주장하는 것일 뿐 상속으로 인한 재산권의 귀속을 주장하는 것이라고 볼 수 없고, 나아가 명의수탁자로 주장된 피고를 두고 진정상속인의 상속권을 침해하고 있는 참칭상속인이라고 할 수도 없으므로, 위와 같은 청구가 상속회복청구에 해당한다고 할 수 없다. 이는 위와 같은 소송에서 명의수탁자로 주장된 피고가 명의신탁 사실을 부인하고 단독상속을 주장한다고 하여 달리 볼 것은 아니다(2011다81152).

973) ❶ 상속회복청구의 상대방이 되는 **참칭상속인**이라 함은 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 그 상속지분에 따른 소유권이전등기를 한 경우에도 참칭상속인에 해당할 수 있으나, 이러한 상속을 원인으로 하는 등기가 그 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

한 권리를 취득하거나 새로운 이해관계를 맺은 제3자를 상대로 상속재산인 부동산에 관한 등기의 말소 등을 청구하는 경우[974]에는, 그 소유권 또는 지분권이 귀속되었다는 주장이 상속을 원인으로 하는 것인 이상 그 청구원인 여하에 불구하고 이는 민법 제999조[975] 소정의 상속회복청구의 소(3년 또는 10년의 제척기간이 적용된다)에 해당한다.[976]

중복 소유권보존등기 중 후행 보존등기로부터 이루어진 소유권이전등기가 참칭상속인에 의한 것이어서 무효임을 이유로 말소등기를 구하였으나 패소 확정된 상속회복청구의 전소의 기판력은 후행 보존등기나 그에 기초한 후속등기에 대하여 후행 보존등기 자체의 무효를 이유로 말소등기를 구하는 후소에 미치지 않는다.[977]

상속등기를 신청하는 것도 가능하므로, 부동산에 관한 상속등기의 명의인에 상속을 포기한 공동상속인이 포함되어 있다고 하더라도 그 상속을 포기한 공동상속인 명의의 지분등기가 그의 신청에 기한 것으로서 상속 참칭의 의도를 가지고 한 것이라고 쉽게 단정하여서는 아니 된다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다33392 판결). ❷ 공동상속인 중 1인이 상속등기에 갈음하여 구 부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법에 따라 그 명의의 소유권이전등기를 경료한 경우에 그 이전등기가 무효라는 이유로 다른 공동상속인이 그 등기의 말소를 청구하는 소는 상속회복청구의 소에 해당한다(2009다41199). ❸ 소유권이전등기에 의하여 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추었는지 여부는 권리관계를 외부에 공시하는 등기부의 기재에 의하여 판단하여야 하므로, 등기원인이 상속이 아닌 매매, 증여 등 다른 원인으로 되어 있다면 소유권이전등기를 한 등기명의인이 공동상속인 중의 1인이라고 하더라도 참칭상속인이라고 할 수 없고, 일단 적법하게 공동상속등기가 마쳐진 부동산에 관하여 상속인 중 1인이 자기 단독명의로 소유권이전등기를 한 경우 다른 상속인들이 그 이전등기가 원인 없이 마쳐진 것이라 하여 말소를 구하는 소는 상속회복청구의 소에 해당하지 아니하여 민법 제999조 제2항이 정하는 소의 제기에 관한 제척기간이 적용되지 아니한다. 이는 상속권이 침해되었음을 이유로 그 회복을 구하는 것이 아니라 상속으로 일단 취득한 소유권이 그 후 위법하게 침해되었다는 이유로 소유권의 회복을 구하는 것이기 때문이며, 공동상속등기와 그에 이은 이전등기 사이의 시간적 간격이 짧다거나 공동상속등기와 이전등기가 상속인 중 1인에 의하여 동일한 기회에 이루어졌다고 하여 달리 볼 것이 아니다(2009다78801).

974) 참칭상속인이 상속재산의 전부 또는 일부를 점유함으로써 진정한 상속인의 재산상속권을 침해한 경우, 상속회복을 청구하는 자는 ① 자신이 상속권을 가지는 사실과 ② 청구의 목적물이 상속개시 당시 피상속인의 점유에 속하였던 사실뿐만 아니라, 나아가 ③ 참칭상속인에 의하여 그의 재산상속권이 침해되었음을 주장·증명하여야 한다. 예컨대, 참칭상속인이 상속재산인 은행예금 중 얼마를 인출하였는지, 상속재산인 주식을 얼마나 처분함으로써 원고의 구체적 상속분이 얼마나 침해되었는지에 관하여 원고가 구체적으로 주장·증명하여야 한다(2009다64635).

975) **민법 제999조(상속회복청구권)** ① 상속권이 참칭상속권자로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또는 그 법정대리인은 상속회복의 소를 제기할 수 있다. ② 제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속권의 침해행위가 있은 날부터 10년을 경과하면 소멸된다. ☜ 헌법재판소 2001. 7. 19. 99헌바9 결정이 구 민법 제999조 제2항 중 '상속이 개시된 날부터 10년' 부분은 헌법에 위반된다고 결정함에 따라, '상속이 개시된 날'이 '상속권의 침해행위가 있은 날'로 2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정되었다.

976) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다5740 전원합의체 판결의 다수의견. **반대의견**은, "부동산의 진정한 소유자가 원인무효등기의 말소를 청구하는 것은 소유권 그 자체에 터잡아서 방해의 배제나 소유물의 반환을 청구하는 것으로서 소유권이 있는 한 항상 행사할 수 있는 것인데, 그 소유권을 취득하게 된 원인이 상속이라고 하여 그리고 그 상대방이 상속인을 참칭하여 등기를 한 사람이라고 하여, 상속회복의 소라는 이름을 붙이고 그 권리의 행사를 제한하여야 할 이유는 없다고 생각한다. 다시 말하면 진정상속인이 참칭상속인을 상대로 상속재산에 관한 원인무효의 등기의 말소를 청구하는 것은 상속을 원인으로 하여 취득한 소유권 그 자체를 행사하는 것이지, 재산상속권의 회복을 청구하는 것으로 보아 특별히 취급할 것은 아니며, 민법 제999조 소정의 상속회복청구권은 이와 같은 개별적 청구권과 다른 독립된 별개의 권리라고 보아야 한다. … 원고들이 피고 명의의 보존등기가 원인무효임을 이유로 하여 그 말소를 청구하는 것은, 원고들이 소유권(지분)을 취득한 것이 상속에 인한 것이고 피고가 단독상속을 참칭하여 보존등기를 하였다고 하여도 … 상속회복청구의 소에 해당하지 아니한다고 해석하는 것이 옳다고 생각한다."고 하였다.

977) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010다107064 판결; "동일한 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유

(4) 채권적 반환청구권과 물권적 청구권 사이의 경합

계약의 무효,[978] 취소,[979] 해제[980]의 경우 채권적 반환청구권과 물권적 청구권

권보존등기가 마쳐진 경우 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효로 되지 않는 한 뒤에 된 소유권보존등기는 그것이 실체관계에 부합하는지 여부를 가릴 것 없이 1부동산 1등기용지주의의 법리에 비추어 무효라고 할 것인바, 원고가 선행 보존등기로부터 소유권이전등기를 한 소유자의 상속인으로서, 후행 보존등기나 그에 기하여 순차로 이루어진 소유권이전등기 등의 후속등기가 모두 무효라는 이유로 등기의 말소를 구하는 소는, 후행 보존등기로부터 이루어진 소유권이전등기가 참칭상속인에 의한 것이어서 무효이고 따라서 그 후속등기도 무효임을 이유로 하는 것이 아니라 후행 보존등기 자체가 무효임을 이유로 하는 것이므로 상속회복청구의 소에 해당하지 않는다고 할 것이다. 따라서 이 사건 소에는 상속회복청구권의 제척기간이 적용되지 않는다고 보아야 한다. … 원고의 피상속인이 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효임을 주장하지 않고, 자신이 진정한 상속인이고 후행 보존등기로부터 상속을 원인으로 이루어진 소유권이전등기의 명의인은 진정한 상속인이 아니므로 그 소유권이전등기는 무효이고 그에 이어 이루어진 소유권이전등기도 무효라고 주장하여 소유권말소등기의 소를 제기하였다가 그 소가 상속회복청구의 소에 해당하고 제척기간이 경과하였다는 이유로 패소 판결이 확정되었다고 하더라도, 이 사건 소는 원고의 피상속인의 패소 판결이 확정된 전소와 청구원인을 달리하는 것이어서 전소의 기판력에 저촉되지 않는다." ☞ 원심판결에 따르면, 종전 소송의 1심법원은 종전 소송을 상속회복청구소송이라 판단하고 상속회복청구권이 이미 제척기간의 경과로 소멸되었다는 이유로 청구를 '기각'하였는데 이에 대한 항소, 상고가 모두 기각됨으로써 1심 판결이 그대로 확정되었다. 종전소송은 상속회복청구의 제척기간 도과 후에 제기된 소로 그 흠결이 보정될 수 없는 것이므로 부적법한 소로서 각하되어야 할 것인데도 제1심이 제척기간의 경과를 이유로 청구를 기각하였고, 92다11046 판결 등의 예외적 논리('청구가 부적법하여 각하되어야 함에도 원심이 간과하여 그 청구를 기각한 경우, 그 청구의 본안에 대한 기판력이 발생하는 것이 아니므로 위와 같은 주문의 표현을 들어 특별히 파기할 것은 아니라고 하여 원고의 상고를 기각'하는 것)에 따라 위 1심 판결이 그대로 확정된 것으로 보이므로, 종전소송에 대한 청구기각의 패소 확정판결은 청구의 본안에 대한 기판력이 발생하는 것이 아니라는 점에서도, 후소가 전소의 기판력에 저촉되지 않는다고 볼 수 있다.

978) ❶ 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결; "급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 **부당이득을 원인으로 한 반환청구**를 할 수 없음은 물론, 그 원인행위가 무효이기 때문에 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여, **소유권에 기한 반환청구**도 할 수 없는 것이고, 그리하여 그 반사적 효과로서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속하게 되는 것이라고 해석함이 타당하다." ❷ 74다128; "이 사건 매매계약은 법률상 당연무효이므로 이에 기하여 피고 회사 앞으로 이전된 이 사건 매매목적물의 일부인 이 사건 부동산에 관하여 **소유권의 이전등기** 및 그 점유는 **법률상 원인 없이** 피고들에게 된 것이므로 피고들은 원고에게 이를 **원상대로 회복할 의무가 있다**고 하여 원고의 이 사건 청구를 인용하였다. … 위 판시 … 정당하고"

979) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2010다28604 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견; "등기의 원인이 된 계약 등이 강박 등으로 취소된 경우에 말소등기청구는, 만일 종전의 소유자가 그 계약 등을 원인으로 소유권이전등기를 행하였다면 이제 그 소유권의 복귀로 말미암아 불론 소유권에 기하여 이를 하는 것도 가능하나, 그와는 별도로 — 종전의 소유자가 소유권이전등기를 경료한 경우가 아니더라도 — 계약 등에 기하여 행하여진 소유권이전등기 등의 급부에 관하여 그 취소와 같은 법률상 원인의 소멸로 인하여 그 '반환'을 구하는 채권적 성질의 원상회복청구권이 발생한다(한편 86다카1332 판결, 92다1353 판결 및 93다16338 전원합의체 판결 등은 등기말소청구권이 계약 자체에 기하여 채권적 성질을 가지는 권리로서 발생할 수 있음을 정면에서 시인하고 있다)." ☞ 위 판시에서 인용한 86다카1332 판결, 93다16338 판결은 저당권이나 가등기담보권과 같은 담보권이 그 피담보채무의 변제로 효력을 상실한 경우 그 담보계약에 기한 담보등기 말소등기청구와 소유권에 기한 담보등기 말소등기 청구의 경합을 인정한 것이다.

980) ❶ 대법원 1993. 9. 14. 선고 92다1353 판결; "원고들은 … 청구원인으로서 원고들이 공동으로 이OO과 사이에 … 약정을 하였는데 이OO이 그 약정에 따른 채무를 불이행함으로써 계약해제를 하여 위 각 등기의 말소를 구한다고 주장하고 있을 뿐 원인무효의 등기라든지 대위라는 표현은 전혀 하지 않고 있는바, 이에 의하면 원고 장OO는 직접, 원고 정OO은 위 원고를 대위하여 소유권에 기한 방해배제청구의 행사로 이OO 명의의 각 등기의 말소를 구하고 있다고 보기보다는 위 약정의 불이행을 원인으로 계약을 해제하고 그 원상회복의무의 이행으로서 이 사건 소송을 하고 있는 것으로 봄이 상당하다. 그렇다면 원고들은 이 사건 후소에서, 전소에 있어서와 같이 소유권에 기한 방해배제청구권의 행사로서 … 말소등기청구를 하는 것이 아니라, 위 약정의 계약당사자로서 그 계약해제에 따른 계약상의 권리에 기하여 원상회복으로 담보물의 반환을 받기 위하여 직접 가등기 및 근저당등기의 말소등기청구를 하고 있는 것이라 할 것이므로, 원고 장OO로서는 전소와 청구원인을 달리하는 것이고 원고 정OO으로서는 청구원인 및 당사자를 전소와 달리 하는 것이라고 할 것이어서 전소의 위 확정판결

사이의 경합이 인정된다.

저당권이나 가등기담보권과 같은 담보권이 그 피담보채무의 변제 등으로 효력을 상실한 경우, 그 담보계약에 기한 담보등기 말소등기청구와 소유권에 기한 담보등기 말소등기 청구 간 경합이 인정된다(후술하는 '저당권' 부분 참조).

명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 신탁해지를 하고 신탁관계의 종료 그것만을 이유로 하여 소유 명의의 이전등기절차의 이행을 청구할 수 있음은 물론, 신탁해지를 원인으로 하고 소유권에 기해서도 그와 같은 청구를 할 수 있고, 이 경우 양 청구는 청구원인을 달리하는 별개의 소송이다.[981]

나) 청구원인사실

(1) 소유권이전등기의 말소등기청구와 진정명의회복등기 청구

소유권이전등기의 말소등기청구[982] 또는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 요건사실은, ① '원고의 소유' 사실, ② '피고의 소유권이전등기 경료' 사실, ③ '등기의 원인무효' 사실이다(진정명의회복의 경우, 피고가 '현재'의 등기명의인이어야 한다는 점만 차이가 있다).

① '원고의 소유' 사실

'원고의 소유' 사실의 증명방법은 별개 항으로 상술한다.

원고가 피고들에 대하여 피고들 명의로 마쳐진 소유권보존등기 및 소유권이전등기의 말소를 구하려면, 먼저 원고에게 그 '말소를 청구할 수 있는 권원'이 있음(이는 주요사실로서 변론주의의 적용대상이다)[983]을 주장·증명하여야 하며, 만일 원고에게 이러한 권원이 있음

의 기판력이 이 사건 후소에 미칠 수 없는 것이라 할 것이다." ❷ 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다17680 판결: "피고들 명의의 소유권이전등기가 조OO과 피고들 사이의 제소전화해에 의하여 이루어진 것이라 할지라도 이는 원고와 피고들 사이에 체결된 이 사건 매매계약과 당사자들 사이에 이루어진 위 중간등기생략에 관한 합의에 의한 것이라면 이 사건 매매계약상의 원고의 채무는 피고들이 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마침으로써 전부 이행되었다고 할 것이니 피고들이 당초의 약정과는 달리 소유권이전등기를 마친 후에도 원고에게 잔대금을 지급하지 아니한 경우에는 원고는 적법한 최고절차를 거쳐 이 사건 매매계약을 해제하고 **계약 당사자로서** 피고들에게 **직접 매매계약 해제를 원인으로 한 원상회복으로서 피고들에게 그 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다**고 할 것이고, 이는 위 제소전화해의 기판력에 저촉되는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 원심으로서는 … 이 사건 매매계약이 위 제소전화해가 이루어진 후에 적법하게 해제되었는지 등에 관하여 더 심리를 하였어야 하고, 원고가 **원소유자인 조OO을 대위**하여 구하는 이 사건 주위적 청구 속에 **원고가 계약당사자**로서 계약해제의 **효과인 원상회복청구권에 기하여 직접** 피고들에 대하여 위 소유권이전등기의 말소를 구하는 취지도 포함된 것인지의 여부 등에 관하여 **석명권을 행사한** 연후에 원고의 이 사건 주위적 청구에 대한 당부를 판단하였어야 함에도 불구하고, 원고의 이 사건 주위적 청구가 위 제소전화해의 기판력에 반한다고 성급하게 판단 … 위법을 저지른 것"

981) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다55171 판결, 대법원 1980. 12. 9. 선고 79다634 전원합의체 판결.

982) **부동산등기규칙 제116조(등기의 말소)** ① 등기를 말소할 때에는 말소의 등기를 한 후 해당 등기를 말소하는 표시를 하여야 한다. ☛ 따라서 청구취지는 '~등기의 말소등기절차를 이행하라.'로 적어야 하고, '~등기를 말소하라.', '~등기의 말소절차를 이행하라.'는 잘못된 기재이다.

983) 대법원 1982. 4. 27. 선고 81다카550 판결: "말소등기청구권을 원고가 어떠한 권원에서 행사하는가, 즉, 청구권

이 인정되지 않는다면, 설사 피고들 명의의 등기들이 말소되어야 할 무효의 등기라고 하더라도 원고의 청구를 인용할 수는 없다.[984]

즉, 위 ②, ③ 요건이 충족된 경우라도 위 ① 요건이 흠결된 경우라면 말소등기청구가 인용될 수 없다(채권자대위가 가능한 경우, 소유자를 대위한 말소등기청구는 별개로 인정될 수 있다).

진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우에도 마찬가지이다.[985]

원의 발생에 관한 요건사실은 주요사실로서 당사자가 당해 소송에서 주장하지 않는 한 판결의 기초로 채용할 수 없음은 민사소송에서 변론주의의 당연한 결론인 것이다." ☜ '소유권을 공동상속하여 공유자의 한 사람으로서 피고에게 말소등기청구권을 행사하는 것은 소유권에 기한 물권적 청구권인 방해배제청구권의 행사인 것이고, 소유자로부터 증여받은 자의 지위에서 피고에게 말소등기를 청구하는 것은 원소유자인 망인의 상속인이 가지는 물권적 청구권을 대위하여 청구하는 것이므로, 위 두 경우에는 그 요건사실을 달리하는 것일 뿐만 아니라 원고가 수증자의 지위에서 청구하는 것으로 청구권원을 구성할 때에는 망인의 상속인들이 피대위자가 되는 것인 만큼, 그들이 피고에 대하여 말소청구권을 가지는지의 여부에 관한 심리, 판단이 선행되어야 하고, 피고 주장과 같이 소외인이 상속인 중 한 사람이라면 그 지분에 관한 한 원고청구는 인용될 수 없는 것이므로 상속 또는 증여 중 어느 것을 청구원인 사실로 구성하느냐에 따라 판결결과도 달라질 것이 확실하다.'라고 판시한 예.

984) ❶ 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다94384, 94391, 94407 판결; 사정명의인이 사정 이후에 그 토지를 다른 사람에게 처분한 사실이 인정된다면 사정명의인 또는 그 상속인들에게는 소유권보존등기 명의자를 상대로 그 등기의 말소를 청구할 권원이 없게 되므로 그 청구는 인용될 수 없다고 한 예. ❷ 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다67429 판결; 부동산 공유자의 1인이 자신의 공유지분이 아닌 '다른 공유자'의 공유지분을 침해하는 원인 무효의 등기가 이루어졌다는 이유로 공유물에 관한 보존행위로서 그 부분 등기의 말소를 구할 수는 없다고 한 예. ❸ 명의신탁이 유효한 경우, 대외적인 관계에서 수탁자만이 소유권자로서 제3자의 침해에 대하여 배제를 구할 수 있고 신탁자는 수탁자를 대위하여 수탁자의 권리를 행사할 수 있을 뿐 직접 제3자에게 신탁재산에 대한 침해의 배제를 구할 수 없는바(대법원 1979. 9. 25. 선고 77다1079 전원합의체 판결), 신탁자는 수탁자에 대하여 신탁계약상의 채권이 있으므로 명의신탁 해지 없이도 그 채권 보전을 위해 수탁자가 가지고 있는 원인무효로 인한 말소등기절차이행청구권을 대위행사할 수 있다(92다52870).

985) 즉, 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 자기 명의로 소유권의 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 진정한 소유자가 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하여 소유권에 기하여 진정한 등기명의의 회복을 구하는 것이므로, 자기 앞으로 소유권의 등기가 되어 있지 않았고 법률에 의하여 소유권을 취득하지도 않은 사람이 소유권자를 대위하여 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 청구할 수 있을 뿐인 경우에는 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구를 할 수 없다.
○ 명의신탁자의 지위에 있는 종중은 대외적으로 소유자가 아니므로 명의수탁자의 지위에 있는 종원을 대위함이 없이 직접 현재의 등기명의인을 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구하는 것은 허용되지 않으나(2002다41435), 명의신탁자 명의로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 명의신탁자가 법률에 의하여 소유권을 취득한 진정한 소유자라는 사정이 있다면 그 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행을 구할 수 있다(2013다31403).
○ 포괄적 유증을 받은 자는 민법 제187조에 의하여 법률상 당연히 유증받은 부동산의 소유권을 취득하게 되나, 특정유증을 받은 자는 유증의무자에게 유증을 이행할 것을 청구할 수 있는 채권을 취득할 뿐이므로, 특정유증을 받은 자는 유증받은 부동산의 소유권자가 아니어서 직접 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 없다(대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결).
○ 조합이 해산되어 청산절차를 거칠 필요가 없는 경우라고 하더라도, 조합원은 잔여재산을 분배하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리만을 가질 뿐이지 그 조합재산의 소유권이 곧바로 조합원에게 귀속하는 것은 아니므로, 그 조합재산은 조합원에게 분배되기 전까지는 계속하여 조합원의 합유로 남아 있고, 2인 조합에서 조합원 1인이 탈퇴하면 조합관계는 종료되나 조합은 해산되지 아니하고 조합원의 합유에 속하였던 재산은 남은 조합원의 단독소유에 속하게 되지만, 그 조합재산이 부동산인 경우에는 그 물권변동의 원인은 조합관계에서의 탈퇴라고 하는 법률행위에 의한 것으로서 잔존 조합원의 단독 소유로 하는 내용의 등기를 하여야 비로소 소유권 변동의 효력이 발생하므로, 잔존 조합원이 자신에게 직접 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수는 없다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2008다2807 판결).

② '피고의 소유권이전등기 경료' 사실

등기의무자, 즉 등기기록상의 형식상 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자(등기명의인이거나 그 포괄승계인)가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소이고,[986] '이미 말소되어 있는 등기'나 '말소촉탁의 대상이 되어 장차 말소될 수밖에 없는 등기'에 대하여는 그 말소를 구할 법률상 이익이 없으므로,[987] 말소등기 청구의 경우 위 ② 요건은 소송요건에 해당한다.

폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소등기절차의 이행을 구할 소의 이익은 없으나,[988] 진정한 권리자의 권리실현을 위해서 폐쇄등기에 대하여 말소등기를 마쳐야 할 필요가 있는 경우, 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요하여 '현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 이전 등기'를 대상으로 말소등기절차의 이행을 구하는 소는 허용된다.[989]

---

986) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015다47105 판결, 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다39225 판결(이어서 "부동산의 합유자 중 일부가 사망한 경우 합유자 사이에 특별한 약정이 없는 한 사망한 합유자의 상속인은 합유자로서의 지위를 승계하는 것이 아니므로 해당 부동산은 잔존합유자가 2인 이상일 경우에는 잔존합유자의 합유로 귀속되고 잔존합유자가 1인인 경우에는 잔존합유자의 단독소유로 귀속된다."라고 하고, '합유이전등기명의자 소외 망 정낙O, 제1심 공동피고 망 정두O, 피고 정호O 3인 중 망 정낙O, 정두O의 사망으로 잔존합유자인 피고 정호O의 단독소유로 귀속될 뿐 위 망인들의 상속인들인 피고 정호O을 제외한 나머지 피고들이 합유자로서의 지위를 승계하였다고 할 수 없어 위 나머지 피고들은 위 망인들 명의의 위 합유등기의 말소에 있어 그 등기의무자로서의 적격이 없다'고 하여 원고의 위 나머지 피고들에 대한 청구는 부적법한 것이라고 판단한 원심이 정당하다고 한 예).

987) ❶ 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결; "말소등기란 어떤 등기의 등기사항 전부가 원시적 또는 후발적으로 실체관계와 불일치하게 된 경우 당해 등기 전부를 법률적으로 소멸시킬 목적으로 행하여지는 등기를 말하므로, 이미 말소되어 있는 등기에 대하여는 그 말소를 구할 법률상 이익이 없다." ❷ 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다57459 판결; "소유권이전등기청구권 보전의 가등기 및 그에 기한 본등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소송 도중에 위 각 등기가 경료된 부동산에 대하여 매각허가결정이 확정되고 매각대금이 완납됨으로써 위 각 등기상의 권리가 모두 소멸하고 위 각 등기가 말소촉탁의 대상이 되어 장차 말소될 수밖에 없는 경우에는 더 이상 위 각 등기의 말소를 구할 법률상의 이익이 없다." ☛ 소유권이전등기청구권 보전의 가등기보다 후순위로 마쳐진 근저당권의 실행을 위한 경매절차에서 매각허가결정에 따라 매각대금이 완납된 경우, 선순위인 가등기는 소멸하지 않고 존속하는 것이 원칙이지만, 그 가등기보다 선순위로 기입된 가압류등기는 근저당권의 실행을 위한 경매절차에서 매각으로 인하여 소멸하고, 이러한 경우에는 가압류등기보다 후순위인 가등기 역시 민사집행법 제144조 제1항 제2호에 따라 매수인이 인수하지 아니한 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하여 말소촉탁의 대상이 된다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2019다265376 판결).

988) 종전에도 현재의 등기로서의 효력이 없는 폐쇄등기기록상 소유권이전등기 자체의 말소등기를 구하는 것은 소의 이익이 없음이 원칙이었다(89다카30457, 80다1389). 종래에, 폐쇄등기부상 등기라 하더라도 원인무효를 이유로 말소등기를 구하는 소를 제기하면 수소법원이 폐쇄등기부상 등기에 관하여 예고등기를 직권으로 촉탁함으로써 예고등기를 위해 폐쇄등기부상 등기가 신등기용지에 이기(移記)되었으므로, 그 등기의 말소를 구할 소송상의 이익이 있다고 보았는데(94다33835), 현재는 부동산등기법이 2011. 4. 12. 법률 제10580호로 전부개정되어 2011. 10. 13. 시행되면서 예고등기 제도가 폐지되어 종래와 같은 방법으로는 말소등기를 구할 수 없게 되었다.

989) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결; "등기관이 부동산등기법 제33조에 따라 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄하는 경우, 새로운 등기기록에는 기록되지 못한 채 폐쇄된 등기기록에만 남게 되는 등기(이하 '폐쇄등기'라 한다)는 현재의 등기로서의 효력이 없고, 폐쇄된 등기기록에는 새로운 등기사항을 기록할 수도 없다. 따라서 폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소등기절차의 이행을 구할 소의 이익은 없다. 그러나 부동산등기법 제33조가 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록할 수 있도록 정하고 있는 것은 등기실무의 편의를

등기부상 진실한 소유자의 소유권에 방해가 되는 불실등기가 존재하는 경우에 그 등기명의인이 허무인 또는 실체가 없는 단체인 때에는 소유자는 그와 같은 '허무인 또는 실체가 없는 단체 명의로 실제 등기행위를 한 자'에 대하여 소유권에 기한 방해배제로서 '등기행위자를 표상하는 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의 등기'의 말소를 구할 수 있고,[990] 그 말소청구권을 보전하기 위하여 실제 등기행위를 한 자를 상대로 처분금지가처분을 할 수도 있다.[991]

진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기의 등기의무자는 원칙적으로 '현재'의 등기명의인이므로,[992] 피고가 '현재의 등기명의자 또는 그의 포괄승계인'이어야 한다(이러한

고려한 것이고, 이로 인하여 진정한 권리자의 권리구제가 곤란하게 되어서는 안 된다. 등기가 원인 없이 순차 이전된 상태에서 현재 효력이 있다고 보이는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄함으로써 진정한 권리자의 등기와 그로부터 원인 없이 이전된 등기가 폐쇄등기로 남게 되는 경우와 같이, 새로운 등기기록에 옮겨 기록되지는 못하였지만 진정한 권리자의 권리실현을 위해서 말소등기를 마쳐야 할 필요가 있는 때에는 등기가 폐쇄등기로 남아 있다는 이유로 말소등기절차의 이행을 구하는 소의 이익을 일률적으로 부정할 수 없다. 폐쇄등기 자체를 대상으로 하는 것이 아니라, 원인 없이 이전된 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요하여 '현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 위와 같은 이전 등기'를 대상으로 말소등기절차의 이행을 구하는 소는 특별한 사정이 없는 한 허용되어야 한다. 이러한 사건에서 ① 말소등기절차의 이행을 명하는 판결이 확정되고 ② 현재의 등기기록에 이미 기록되어 있는 등기 중 진정한 권리자의 등기와 양립할 수 없는 등기가 모두 말소되면, ③ 등기관은 직권으로 위 말소등기절차의 이행을 명하는 판결에서 말소등기청구의 대상이 된 위 등기를 현재의 등기기록에 옮겨 기록한 다음 그 등기에서 위 확정판결에 기한 말소등기를 실행할 수 있다고 보아야 한다. 부동산등기법에 이에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않지만, 부동산등기법 제32조 제2항을 유추하여 위와 같은 결론을 도출할 수 있다. 위 규정은 '등기관이 등기의 착오나 빠진 부분이 등기관의 잘못으로 인한 것임을 발견한 경우에는 지체 없이 그 등기를 직권으로 경정하여야 한다.'고 정하고 있는데, 폐쇄등기와 관련하여 위와 같은 요건을 갖춘 경우에 등기관은 당사자들의 권리를 구제하기 위하여 새로운 등기기록에 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요한 등기도 함께 옮겨 기록하였어야 함에도 이를 누락한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 이러한 법리는 토지분할 과정에서 분할 전 토지의 등기기록에는 남아 있으나 분할 후 새로운 등기기록을 사용하는 토지의 등기기록에는 옮겨 기록되지 못한 등기에도 마찬가지로 적용된다."

☛ 부동산등기법 제33조(새 등기기록에의 이기) 등기기록에 기록된 사항이 많아 취급하기에 불편하게 되는 등 합리적 사유로 등기기록을 옮겨 기록할 필요가 있는 경우에 등기관은 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록할 수 있다. / 제32조(등기의 경정) ① 등기관이 등기를 마친 후 그 등기에 착오나 빠진 부분이 있음을 발견하였을 때에는 지체 없이 그 사실을 등기권리자와 등기의무자에게 알려야 하고, 등기권리자와 등기의무자가 없는 경우에는 등기명의인에게 알려야 한다. 다만, 등기권리자, 등기의무자 또는 등기명의인이 각 2인 이상인 경우에는 그 중 1인에게 통지하면 된다. ② 등기관이 등기의 착오나 빠진 부분이 등기관의 잘못으로 인한 것임을 발견한 경우에는 지체 없이 그 등기를 직권으로 경정하여야 한다. 다만, 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 제3자의 승낙이 있어야 한다.

990) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015다47105 판결: 원고가 소외인으로부터 토지 및 사찰건물을 증여받은 후 세금감면을 목적으로 실체가 없는 단체인 대한불교○○ 명의로 소유권이전등기를 마쳤으므로 이는 무효이고, 이 경우 소유자인 소외인이 무효인 등기의 말소를 청구할 수 있는 상대방은 위와 같은 실체 없는 단체 명의로 실제 등기행위를 한 원고이지, 대한불교○○ 명의의 소유권이전등기를 주등기로 하여 단체의 대표자 변경을 원인으로 한 부기등기를 마친 것에 불과한 피고는 위 소유권이전등기의 말소등기와 관련된 등기의무자가 아니고, 따라서 등기의무자가 아닌 피고를 상대로 무효인 위 소유권이전등기의 말소절차의 이행을 구하는 원고의 이 사건 소는 당사자적격이 없는 사람을 상대로 한 부적법한 소라고 판단한 예. ☛ 등기명의인의 표시변경(경정)의 등기는 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 등기부상의 표시를 실제와 합치시키기 위하여 행하여지는 것에 불과할 뿐 어떠한 권리변동을 가져오는 것이 아니므로 등기가 잘못된 경우에도 등기명의인은 다시 소정의 서면을 갖추어 경정등기를 하면 되는 것이고 따라서 거기에는 등기의무자의 관념이 있을 수 없다(2015다47105). 등기명의인의 표시변경(경정)의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 경우에는, 표시상의 소유명의자를 상대로 그 부기등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다(2008다1859).

991) 대법원 2008. 7. 11.자 2008마615 결정.

피고적격 역시 소송요건에 해당한다).[993]

③ '등기의 원인무효' 사실

소유권이전등기 명의자는 적법한 절차와 원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 법률상 추정되므로, 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 원고가 피고 명의 등기의 법률상 추정력을 뒤집을 그 절차 및 원인의 부당을 주장·증명할 책임이 있기 때문에 위 ③ 요건이 필요하다.

위 ③ 요건의 경우, 피고 명의 등기에 관한 실체적 원인[994] 무효 사유나 등기가 위조 또는 절취된 등기관계서류에 의해 마쳐진 것이라는 등의 절차적 원인 무효 사유를 주장·증명하면 된다.[995]

(2) 소유권보존등기의 말소등기청구

소유권보존등기와 그에 터 잡은 소유권이전등기의 말소등기 청구의 요건사실은, ① '원고 측의 원시취득' 사실{= 토지의 경우 원고 선대가 사정(査定)받은 사실+원고의 상속 사실, 건물의 경우 원고가 신축한 사실}, ② '피고 명의의 소유권보존등기와 '그에 터 잡은' 소유권이전등기(각종 특별조치법에 의한 소유권이전등기 포함[996])' 사실이고, 위 ③의 '등기의 원인무

992) 대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카12398 전원합의체 판결.

993) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2015다240645 판결; "진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구 … 현재의 등기명의인이 아닌 자는 피고적격이 없다." ☞ 근저당권 실행으로 상고심 계속 중 매각을 원인으로 제3자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐짐으로써 피고 3, 4는 현재 등기명의인이 아님을 알 수 있다 하여, 피고 3, 4를 상대로 진정명의 회복을 위한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소는 현재의 등기명의인이 아닌 자를 상대로 한 것으로서 부적법하다고 직권으로 판단하고, 파기자판으로 소 각하 한 예.

994) 대법원 1999. 2. 26. 선고 98다50999 판결; "소유권이전등기에 있어 등기원인이라고 함은 등기를 하는 것 자체에 관한 합의가 아니라 등기하는 것을 정당하게 하는 실체법상의 원인을 뜻하는 것으로서, 등기를 함으로써 일어나게 될 권리변동의 원인행위나 그의 무효, 취소, 해제 등을 가리킨다." ☞ 사기죄의 피고소인 甲이 丙으로부터 매수한 토지 소유권을 고소인 乙에게 이전하여 주는 조건으로 형사합의를 시도하였으나 합의가 성립되지 않고 있던 중, 乙이 甲과의 합의를 전제로 매도인 丙으로부터 그 토지에 관한 소유권이전등기를 경료받은 경우, ① 乙과 丙 사이에 성립한 등기이전의 합의는 원래 丙이 甲과 체결한 매매계약에 따라 甲에게 소유권이전등기를 마쳐주어야 할 것을, 甲과 乙 사이에 위 토지 소유권을 乙에게 넘겨주기로 합의하였음을 전제로 바로 乙에게 소유권이전등기를 하여주기로 합의한 것이어서, 그 자체가 乙과 丙 사이에 권리변동의 원인이 되는 행위가 되는 것이 아니라, 단지 甲에 대한 소유권이전등기를 생략하고 乙 명의로 바로 소유권이전등기를 마쳐주기로 하는 중간생략등기의 합의에 지나지 아니하고, 그것은 위 토지에 대한 乙 명의의 소유권이전등기에 대한 등기원인이라고 할 수 없고, ② 나아가 乙, 甲 사이 또는 乙, 丙 사이에서도 권리변동의 유효한 등기원인이 있다고 볼 만한 사정이 없는 이상, 결국 乙 명의의 소유권이전등기는 등기원인을 결여한 원인무효의 등기에 해당한다고 한 예.

995) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다105215 판결; "소유권이전등기가 경료되어 있는 경우 그 등기명의자는 제3자에 대하여서뿐만 아니라 그 전 소유자에 대하여서도 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정되므로, 원고가 이를 부인하고 그 등기원인의 무효를 주장하여 소유권이전등기의 말소를 구하려면 그 무효원인이 되는 사실을 주장하고 증명할 책임이 있다. 그런데 등기명의자 또는 제3자가 그에 앞선 등기명의인의 등기 관련 서류를 위조하여 소유권이전등기를 경료하였다는 점이 증명되었으면 특별한 사정이 없는 한 그 무효원인의 사실이 증명되었다고 보아야 하고, 그 등기가 실체적 권리관계에 부합한다는 사실의 증명책임은 이를 주장하는 등기명의인에게 있다."

996) 대법원 2018. 1. 25. 선고 2017다260117 판결; "부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법(이하 '특별조치법'이라고 한다)에 의한 소유권이전등기는 실체적 권리관계에 부합하는 등기로 추정되지만 그 소유권이전등기도 전 등기명의인으로부터 소유권을 승계취득하였음을 원인으로 하는 것이고 보증서 및 확인서 역시 그 승계취득사

효' 사실은 별도로 필요하지가 않다.[997] 소유권보존등기 명의인 측은 승계취득 등 실체관계에 부합하는 사실을 항변으로서 주장·증명하여야 한다.

(3) 특별조치법 등기의 말소등기청구

피고 명의의 소유권보존등기 또는 소유권이전등기가 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법 등의 특별조치법에 의하여 경료된 경우에는, ① '원고의 소유' 사실, ② '피고의 등기 경료' 사실과 함께, 위 ③의 '등기의 원인무효' 사실로서, 특별조치법 소정의 보증서나 확인서가 허위 또는 위조된 것이라거나 그 밖의 사유로 적법하게 등기된 것이 아니라는 사실을 주장·증명하여야 한다.[998]

(4) 전득자 등 수인을 상대로 한 말소 청구

순차로 경료된 등기의 말소를 구하는 소송이나 수인 앞으로 경료된 공유등기의 말소를 구하는 소송은 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필수적공동소송이 아니라 통상공동소송이며,[999] 이와 같은 통상공동소송에서는 공동당사자들 상호간의 공격 방어 방법의 차이에 따라 모순되는 결론이 발생할 수 있는 것이고, 이는 변론주의를 원칙으로 하는 소송제도 아래서는 부득이한 일로서[1000] 판결의 이유모순이나 이유불비가 된다고 할 수 없으며, 순차로 경료된 등기의 말소를 구하는 소송에서 후순위 등기에 대한 말소청구가 패소 확정됨으로써 그 전순위 등기의 말소등기 실행이 결과적으로 불가능하게 되더라도, 그 전순위 등기의 말소를 구할 소의 이익이 없다고는 할 수 없다.[1001]

실을 보증 내지 확인하는 것이므로 그 전 등기명의인이 무권리자이기 때문에 그로부터의 소유권이전등기가 원인무효로서 말소되어야 할 경우라면, 그 등기의 추정력은 번복된다. 같은 취지에서 소유권보존등기의 추정력은 그 등기가 특별조치법에 의하여 마쳐진 것이 아닌 한 등기명의인 이외의 자가 해당 토지를 사정받은 것으로 밝혀지면 깨어지는 것이어서, 등기명의인이 구체적으로 실체관계에 부합한다거나 그 승계취득사실을 주장·증명하지 못하는 한 그 등기는 원인무효이므로, 이와 같이 원인무효인 소유권보존등기를 기초로 마친 소유권이전등기는 그것이 특별조치법에 의하여 이루어진 등기라고 하더라도 원인무효이다."

997) 소유권보존등기의 본질에 비추어 보존등기 명의인이 원시취득자가 아니라는 점이 증명되면 그 보존등기의 추정력은 깨어지기 때문이다(후술하는 '소유권보존등기의 추정력' 부분 참조).

998) 후술하는 '각종 특별조치법에 따른 등기의 추정력' 부분 참조.

999) 따라서 그중 어느 한 등기명의자만을 상대로 말소를 구할 수도 있다(대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결). 복수의 권리자가 소유권이전청구권을 보존하기 위하여 가등기를 마쳐 둔 경우 특별한 사정이 없는 한 그 가등기의 말소청구소송도 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필수적 공동소송이 아니라 통상공동소송이다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다26425 판결).

1000) 통상공동소송에 있어서는 이른바 주장공통의 원칙이 적용되지 아니 한다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47196 판결).

1001) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결.
cf. 대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다200552 판결; "판결절차는 분쟁의 관념적 해결절차로서 강제집행절차와는 별도로 독자적인 존재 의의를 갖는 것이므로 집행이 가능한지 여부는 이행의 소의 이익을 부정하는 절대적인 사유가 될 수 없다고 하더라도, 이행을 구하는 아무런 실익이 없어 법률상 이익이 부정되는 경우까지 소의 이익이 인정된다고 볼 수는 없다. 특히 의사의 진술을 명하는 판결은 확정과 동시에 그러한 의사를 진술한 것으로 간주되므로(민사집행법 제263조 제1항), 의사의 진술이 간주됨으로써 어떤 법적 효과를 가지는 경우에는 소로써 구할 이익이 있지만 그러한 의사의 진술이 있더라도 아무런 법적 효과가 발생하지 아니할 경우에는

원고가 원고 → 피고1 → 피고2의 순으로 마쳐진 피고1, 피고2 명의의 각 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 사안에서, ❶ 원고 → 피고1 이전등기에 절대적 무효사유(의사능력 흠결,[1002] 위조 등기신청서류에 의한 등기,[1003] 각종 부동산특별조치법 위반 등기, 중복등기, 반사회적 법률행위,[1004] 강행법규 위반[1005] 등)가 있는 경우(피고1 등기가 '소유권보존등기'이고 원인무효인 경우,[1006] 피고1 등기가 '피담보채무의 부존재'로 원인무효인 '저당권등기'이고 그에 기한 경매 취득의 경우[1007]도 마찬가지이다), 원고는 청구원인 요건사실로서 원고 → 피고1 이전등기의 '절대적 무효사유'를 주장·증명하면 되고,[1008] [1009] 그에 대한 항변으로서 피고2는 자신의 등기가

소로써 청구할 법률상 이익이 있다고 할 수 없다."

1002) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다261237 판결.

1003) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결; "그 등기가 등기신청서류를 **위조**하는 등의 방법으로 권리자의 의사에 의하지 않고 아무런 원인관계 없이 부적법하게 말소되어 그 말소등기가 원인무효인 경우에는 등기상 이해관계 있는 제3자가 그의 **선의, 악의를 묻지 아니하고** 등기권리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있다는 취지로서"

1004) 부동산의 매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 그 매매계약이 반사회적 법률행위에 해당하는 경우에는 매매계약은 절대적으로 무효이므로, 당해 부동산을 매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 설사 매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었다고 하더라도 매매계약이 유효하다고 주장할 수 없고, 이는 담보권설정계약에서도 마찬가지이다(2007다82875). 이중매매를 사회질서에 반하는 법률행위에 해당한다고 하여 민법 제103조에 의하여 무효라고 하기 위해서는, 제2매수인이 이중매매 사실을 알거나 알 수 있었던 것만으로는 부족하고, 나아가 매도인의 배임행위(또는 배신행위)를 유인·교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 적극적으로 가담하여야 한다(2006다47677). 이러한 법리는 이중으로 임대차계약을 체결한 경우에도 그대로 적용될 수 있다(2011다5813).

1005) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다205086 판결; "국유재산에 관한 사무에 종사하는 직원이 타인의 명의로 국유재산을 취득하는 행위는 국유재산법에서 직접 금지한 것이 아니라고 보더라도 강행법규인 위 규정들의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효이다. 나아가 이 법률이 거래안전의 보호 등을 위하여 그 무효를 주장할 수 있는 상대방을 제한하는 규정을 따로 두고 있지 않은 이상 그 무효는 원칙적으로 누구에게나 주장할 수 있으므로, 그 규정을 위반하여 취득한 국유재산을 제3자가 전득하는 행위도 당연 무효이다."

1006) ❶ 대법원 2018. 1. 25. 선고 2017다260117 판결; "소유권보존등기의 추정력은 … 등기명의인 이외의 자가 해당 토지를 사정받은 것으로 밝혀지면 깨어지는 것이어서 … 원인무효이므로, 이와 같이 원인무효인 소유권보존등기를 기초로 마친 소유권이전등기는 그것이 특별조치법에 의하여 이루어진 등기라고 하더라도 원인무효이다." ❷ 대법원 2022. 12. 29. 선고 2019다272275 판결; "적법한 원인 없이 타인 소유 부동산에 관하여 소유권보존등기를 마친 무권리자가 그 부동산을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도, 그러한 소유권보존등기와 소유권이전등기는 실체관계에 부합한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 모두 무효이다."

1007) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2018다205209 전원합의체 판결의 다수의견은, **민사집행법 제267조**(매수인의 부동산 취득은 담보권 소멸로 영향을 받지 아니한다)가 경매개시결정이 있은 '후'에 담보권이 소멸하였음에도 경매가 계속 진행되어 매각된 경우에만 적용되고 경매개시결정 '전'에 이미 담보권이 소멸하였던 경우에는 적용되지 않으며, 따라서 이미 소멸한 근저당권에 기하여 임의경매가 개시되고 매각이 이루어진 경우, 그 경매는 무효이고 매수인은 소유권을 취득하지 못한다고 하는 한편, 당해 사안(배당이의의 소)에서는 근저당권자인 피고가 경매가 무효라고 주장하는 것은 배당받을 권리가 없음에도 배당금을 계속 보유하기 위한 것으로서 금반언 또는 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 판시하였다.

1008) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결; "부동산등기에는 공신력이 인정되지 아니하므로, 부동산의 소유권이전등기가 불실등기인 경우 그 불실등기를 믿고 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 경료하였다 하더라도 그 소유권을 취득한 것으로 될 수 없고, 부동산에 관한 소유권이전등기가 무효라면 이에 터잡아 이루어진 근저당권설정등기는 특별한 사정이 없는 한 무효이며, 무효인 근저당권에 기하여 진행된 임의경매절차에서 부동산을 경락받았다 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없다." ☜ 매매예약완결권이 10년의 제척기간 도과로 소멸하여 소유권이전청구권보전을 위한 가등기가 원인무효로 되고, 그에 터잡아 순차로 마쳐진 본등기, 소유권이전등기, 근저당권설정등기 역시 모두 원인무효이며, 근저당권에 기한 경매에서의 경락인도 소유권을 취득할

시효취득 등으로 실체적 권리관계에 부합하는 유효한 등기라는 항변, 피고1은 피고2 등기가 실체적 권리관계에 부합하는 유효한 등기여서 원고가 말소권원인 현재의 소유권자가 아니라는 항변(후발적 소유권 상실의 항변)[1010] 등으로 대항할 수 있다.

❷ 원고 → 피고1 이전등기에 상대적 무효사유(통정허위표시 무효, 착오·사기·강박에 의한 의사표시 취소, 대리권·대표권 남용과 상대방의 악의·과실, 이사 등과 회사 간의 거래, 적법한 청산절차를 거치지 아니한 담보가등기에 기한 본등기 등)가 있는 경우라면, 원고는 청구원인 요건사실로서 원고 → 피고1 이전등기의 '상대적 무효사유'에 더하여 피고2 등기도 원인무효로서 방해배제 대상 등기라는 점, 즉 보호대상이 되지 않는 '악의의 제3자'라는 점(이사의 자기거래의 경우에는 이사회승인의 부존재와 제3자의 악의·중과실)까지 주장·증명하여야 하고(피고2가 '제3자'에 해당한다는 점은 원고의 청구원인사실로부터 이미 명백하게 드러나므로 결국은 '악의'의 점 등만 주장·증명하면 된다),[1011] [1012] 그에 대한 항변으로서 피고2는 자신의 등기가 시효취득 등으로 실

수 없다고 한 예.

1009) 피고1, 피고2 명의의 각 등기는 방해배제, 말소청구의 대상인 원인 무효의 등기가 되고, 따라서 원고는 현재의 소유자가 된다.

1010) 대법원 2019. 7. 10. 선고 2015다249352 판결; "피고로부터 매매 등의 방법으로 부동산에 대한 권리가 순차적으로 이전되어 최종적으로 소유권이전등기를 마친 제3자가 시효취득을 원인으로 부동산에 대한 소유권을 취득함에 따라 당초 부동산의 소유자인 원고가 소유권을 상실하게 되면, 비록 피고 명의의 소유권이전등기가 원인무효라고 하더라도 원고에게 피고 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있는 권원이 없으므로, 원고는 피고에 대하여 소유권에 기한 등기말소청구를 할 수 없다. … 원고는 제1심 및 원심 공동피고들이 이 사건 각 토지에 관하여 시효취득을 이유로 소유권을 취득함에 따라 소유권을 상실한 이상 비록 피고 명의의 이 사건 멸실회복등기가 원인무효의 등기라 하더라도 피고에게 이 사건 멸실회복등기의 말소를 청구할 수 있는 권원이 없고, 피고와 제1심 및 원심 공동피고들은 변론과정에서 일관되게 원고가 소유권을 상실하였음을 이유로 원고의 등기말소 청구가 기각되어야 한다고 주장하였으므로, 원고의 소유권에 기한 이 사건 멸실회복등기의 말소청구를 인용할 수 없다."

1011) ○ 대법원 2006. 3. 10. 선고 2002다1321 판결; "민법 제108조 … 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이므로, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다." **[동일 취지]** 70다2155; "사기의 의사표시로 인한 매수인으로부터 부동산 위의 권리를 취득한 제3자는 … 선의로 추인할 것이므로 사기로 인한 의사표시를 한 부동산의 양도인이 제3자에 대하여 사기에 의한 의사표시의 취소를 주장하려면 제3자의 악의를 입증할 필요가 있다고 해석함이 정당하다."

○ 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016다3201 판결; "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 유추적용하여 행위의 효과가 자에게는 미치지 않는다고 해석함이 상당하나, 그에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 같은 조 제2항의 규정을 유추적용하여 누구도 그와 같은 사정을 들어 대항할 수 없으며, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 그 무효를 주장하는 자에게 있다." ☜ ① 소외 2는 원고와 소외 1을 대리한 친권자 소외 3으로부터 부동산을 매수하고 소유권이전등기를 마친 다음, 피고에게 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었고, ② 원고가 소외 2 명의 소유권이전등기의 말소소송을 제기한 결과 소외 3의 친권남용행위가 인정되어 승소확정판결을 받았는데, ③ 원고는 소외 2 명의 소유권이전등기가 원인무효이므로 이에 터잡은 피고 명의의 소유권이전등기 역시 원인무효라고 주장하면서 그 말소소송을 제기한 **사안**에서, **원심**이, '소외 2 명의의 소유권이전등기가 원인무효의 등기이고, 소외 2가 아무런 권리를 취득한 바 없다면 무권리자인 소외 2가 피고에게 부동산을 매도하였다 하여도 아무런 효력이 없는 것이어서 피고 명의의 등기는 무효의 등기'라고 판단한 데 대하여, **대법원**은, '피고는 소외 2로부터 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마침으로써 소외 3의 친권 남용에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 가지게 되었고, 피고가 소외 2로부터 부동산을 매수할 당시 소외 2, 3 간 매매계약이 친권남용에 의해 체결된 사실을 알고 있었다고 인정할 만한 사정이 보이지 아니하므

체적권리관계에 부합하는 유효한 등기라는 항변, 피고1은 피고2 등기가 실체적권리관계에 부합하는 유효한 등기여서 원고가 말소권원인 현재의 소유권자가 아니라는 항변 등으로 대항하게 된다.

다만, 원고 → 피고1 이전등기의 상대적 무효사유가 '집합건물의 전유부분과 대지사용권의 분리 처분'[1013]인 경우(이 경우 피고1 명의 이전등기의 추정력을 복멸하기 위해서는 '전유부분과 대지사용권을 분리처분 할 수 있도록 정한 규약이나 공정증서[1014]가 첨부되지 않은 채 전유부분과 분리하여 집합건물의 대지에 관한 소유권등기가 마쳐진 사실'을 원고가 주장·증명하여야 한다[1015])에는, 피고1

로, 피고에 대하여는 소외 3의 친권 남용에 의해 매매계약이 체결된 것이라는 사정을 들어 대항할 수 없다고 볼 여지가 있으므로, 원심으로서는 피고가 소외 3의 친권 남용에 대하여 선의의 제3자인지 여부를 심리하여 원고에게 대항할 수 있는지 여부를 판단하였어야 한다.'고 한 사례.

○ 대법원 1981. 9. 8. 선고 80다2511 판결; "본건 토지는 피고 1이 원고 회사의 대표청산인으로 있던 시기에 회사로부터 매수하여 그 명의로 소유권이전등기를 한 다음 피고 2, 제1심피고 3 및 피고 4에게 순차로 소유권이전등기가 마쳐졌는데, 원고는 원고 회사와 피고 1 간의 매매에 상법 제542조, 제398조에 따른 원고 회사 청산인회의 승인이 없다는 것을 이유로 위 피고들의 각 소유권이전등기의 말소를 구하고 있음이 분명하므로, 원고는 피고 2 및 피고 4에 대한 관계에 있어 … 피고 1의 매수에 관하여 청산인회의 승인이 없다는 점과 피고 2 및 4가 이 점에 악의가 있었다는 입증이 필요하다 할 것인데 원고는 이런 점에 아무런 입증을 아니함이 분명하므로 동 피고들에 대하여는 피고 1의 매수행위의 무효를 주장할 수 없고"

○ 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결; "가등기담보 등에 관한 법률 제3조, 제4조를 위반하여 적법한 청산절차를 거치지 아니한 채 담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우 그 본등기는 무효이다. 이때 … 채무자 등은 청산금채권을 변제받을 때까지는 여전히 가등기담보계약의 존속을 주장하여 그때까지의 이자와 손해금을 포함한 피담보채무액 전부를 변제하고 무효인 위 본등기의 말소를 청구할 수 있다(제11조 본문). 그러나 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다(제11조 단서 후문). 여기서 '선의의 제3자'라 함은 채권자가 적법한 청산절차를 거치지 않고 담보목적부동산에 관하여 본등기를 마쳤다는 사실을 모르고 그 본등기에 터 잡아 소유권이전등기를 마친 자를 뜻한다. 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 무효를 주장하는 사람에게 있다."

1012) 제1 전득자 피고 2로부터 등기를 경료받은 제2 전득자 등기의 말소를 구하기 위해서는, 제1 전득자의 악의와 제2 전득자의 악의 모두를 주장·증명하여야 함은 앞서 본 바와 같다('총칙'의 '통정허위표시' 부분 및 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다57746 판결, '채권양도금지 특약'에 관한 대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다118020 판결 참조).

1013) **집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조(전유부분과 대지사용권의 일체성)** ① 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다. ② 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 다만, 규약으로써 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 제2항 본문의 분리처분금지는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다. ④ 제2항 단서의 경우에는 제3조 제3항을 준용한다. ☛ 전유부분의 전부를 소유하는 자는 공정증서로써 규약에 상응하는 것을 정할 수 있다(제3조 제3항). 전유부분과 대지사용권의 일체성에 반하는 대지의 처분행위는 그 효력이 없다(2010다71578).

1014) 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다245142 판결; "구 집합건물법은 복수의 구분소유자들이 제정한 규약에서 달리 정하면 전유부분과 대지사용권의 분리처분을 허용하면서(제20조 제2항 단서), 복수의 구분소유자들이 존재하기 전이라도 집합건물의 전유부분 전부를 소유하는 사람은 공정증서로써 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 허용하고 있다(제20조 제4항, 제3조 제3항). 여기서 구분소유자라 함은 일반적으로 구분소유권을 취득한 사람(등기부상 구분소유권자로 등기되어 있는 사람)을 지칭하는 것이나, 다만 수분양자로서 분양대금을 완납하였음에도 분양자 측의 사정으로 소유권이전등기를 마치지 못한 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 이러한 수분양자도 구분소유자에 준하는 것으로 보아야 한다. 따라서 위와 같이 구분소유자에 준하는 수분양자가 있는 경우에는 구 집합건물법 제20조 제2항 단서에 따라 규약으로써 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 정하여야 하고, 구 집합건물법 제20조 제2항 단서, 제4항에 따라 분양자 단독으로 작성한 공정증서로는 대지사용권의 분리처분이 허용되지 않는다." ☜ 소외 회사(분양자)는 구분소유자에 준하는 수분양자들과 함께 설정한 규약에 의해서만 계쟁지분을 전유부분과 분리하여 처분하는 것을 정할 수 있고, 소외 회사가 단독으로 작성한 공정증서로는 그 분리처분을 정할 수 없다고 한 예.

이 자신의 '선의(또는 선의·무과실)'를 항변으로 주장·증명하여야 한다.[1016]

❸ 원고 → 피고1 이전등기의 무효사유로부터 제3자가 선의·악의를 불문하고 보호되

1015) 이 경우 **제3자 명의 등기의 추정력 복멸**에 관하여, ❶ 대법원 2018. 12. 28. 선고 2018다219727 판결은, 원심이, ① 소외 회사가 집합건물의 각 구분건물에 관한 소유권보존등기를 신청하면서 등기소에 제출한 첨부서류 중에 공정증서 등은 없었던 점, ② 소외 회사의 대표이사나 위 소유권보존등기 업무를 위임받아 처리한 법무사 모두 대지사용권과 전유부분의 분리처분에 관한 공정증서 등이 작성된 적이 없다고 증언 또는 회신한 점 등에 비추어 보면, 위 건물의 대지권 등기는 원고가 공매로 취득한 대지 지분을 전유부분과 분리하여 처분할 수 있다는 내용의 공정증서가 첨부되지 않은 채 그 절차가 적법하게 진행되지 않은 것으로 볼 만한 의심스러운 사정이 있으므로 그 추정력이 깨어졌다고 봄이 타당하고, 따라서 원고가 위 대지 지분을 취득한 것은 집합건물법 제20조 제2항 본문에 반하여 무효라고 판시한 것은 정당함을 전제로 하고, 나아가 원고가 선의의 제3자에 해당하지 않는다고 판시하였다. ❷ 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다245142 판결이 "이 사건 계쟁지분에 대해서 대지사용권이 성립하였지만 그 대지사용권을 이 사건 각 구분건물의 전유부분과 분리처분할 수 있도록 정한 규약이 존재하지 아니한 이상 소외 회사가 단독으로 작성한 공정증서만으로 이 사건 계쟁지분을 전유부분과 분리처분한 것은 구 집합건물법 제20조 제2항에 반하여 무효이므로, 원고들이 비록 이 사건 공매절차를 통해 이 사건 계쟁지분의 소유권을 취득하였더라도 이는 효력이 없다."라고 판시 한 것도 같은 취지로 볼 수 있다. ☛ 등기의 추정력에는 '권리의 적법추정'과 함께 '등기절차의 적법추정'을 포함하므로 '분리처분 할 수 있도록 정한 규약이나 공정증서의 부존재나 미첨부'를 등기의 무효를 주장하는 쪽에서 주장·증명함이 옳다.

1016) 대법원 2018. 12. 28. 선고 2018다219727 판결; "집합건물법 제20조 … **'선의'의 제3자**라 함은 원칙적으로 집합건물의 대지로 되어 있는 사정을 모른 채 대지사용권의 목적이 되는 토지를 취득한 제3자를 뜻한다. 여기에는 그 토지 위에 집합건물이 존재하는 사실은 알았으나 해당 토지나 그 지분에 관하여 공정증서 등으로 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 정한 것으로 믿은 제3자도 포함된다. 다만 집합건물의 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 최대한 억제하여 대지사용권 없는 구분소유권 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 집합건물법 제20조의 규정 취지 및 같은 조 제3항이 '분리처분금지의 취지를 등기하지 아니할 것' 외에 '선의로 물권을 취득할 것'을 요건으로 정하고 있는 점 등을 종합하면, 단지 집합건물 대지에 관하여 대지권등기가 되어 있지 않다거나 그 일부 지분에 관해서만 대지권등기가 되었다는 사정만으로는 그 대지나 대지권등기가 되지 않은 나머지 대지 지분을 취득한 자를 선의의 제3자로 볼 수는 없다. 그와 같은 경우 대지나 그 지분을 취득한 제3자가 선의인지 여부는 대지 일부에만 집합건물이 자리 잡고 있어 분양자가 나머지 대지 부분을 활용할 필요가 있는 경우 등 집합건물과 대지의 현황 등에 비추어 볼 때 공정증서 등으로 분리처분이 가능하도록 정할 필요성이 있었는지 여부, 분양자에게 유보된 대지 지분이 위와 같은 필요에 상응하는 것인지 여부, 제3자가 경매나 공매 등의 절차에서 대지 지분을 매수한 경우라면 해당 절차에서 공고된 대지의 현황과 권리관계 등 제반 사정까지 종합하여 판단하여야 한다. … 건물과 토지의 현황 등에 비추어 … 나머지 대지 부분과 분리처분할 수 있도록 정할 필요성을 찾기 어려울 뿐만 아니라 원고 역시 그와 같은 필요성이 있다고 오신하였다고 볼 사정도 없는 점, 이 사건 토지 중 일부 지분에 관해서만 대지권등기가 되어 있었다는 사정 외에 원고가 분리처분을 허용하는 규약이나 공정증서 등이 작성되었을 것으로 오신할 만한 별다른 근거를 제시하지 못하고 있는 점 등 … 비추어 보면, 원고는 피고들이 대항할 수 없는 선의의 제3자에 해당한다고 보기 어렵다." ☛ 위 판시 중 '믿은', '오신'은 '선의·무과실'을 의미하는 것이고(이는 이전 판례에서는 보이지 않는 표현이다), '원고 … 필요성이 있다고 오신하였다고 볼 사정도 없는 점', '원고가 … 오신할 만한 별다른 근거를 제시하지 못하고 있는 점'은 요증대상이 '오신'(선의·무과실)이고 그 증명책임이 제3취득자(원고)에게 있음을 나타내는 것이다. 증명책임의 소재에 관하여는 이전의 2014다6107 판결("원심이 원고가 주장하는 사정만으로 원고를 … 선의의 제3자라고 보기 어렵다고 판단한 것은 정당하여"), 2009다26145 판결("원심이 들고 있는 위와 같은 사정만에 기하여 피고를 선의의 제3자로 인정할 수는 없을 뿐만 아니라, 오히려 … 피고가 … 집합건물의 대지로 사용되고 있음을 알았다면, 피고는 원고가 대항할 수 없는 '선의'의 제3자에 해당하지 않는다고 할 수 있다")과 동일하다. '악의'를 요증대상으로 삼는 다른 상대적 무효사유와는 달리 본 것은 위 판시 중 집합건물법 제20조의 규정 취지에 근거한 것으로 볼 수 있다. 법문상 '선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다.'라고 규정되어 있는데, 법문상 요건인 '선의'에 '무과실' 요건을 해석으로 추가하고(통정허위표시나 채권자취소의 경우 제3자나 수익자는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니라는 것이 판례이다), 동일한 법문으로 '선의의 제3자에게 대항하지 못한다.'라고 규정한 민법 제108조 제2항(통정허위표시), 제107조 제2항(비진의표시), 제449조 제2항 단서(양도금지채권의 양도)와는 정반대로 요증대상과 증명책임의 소재를 해석하는 데는 의문이 있다. 집합건물법 제20조의 규정 취지에 부합되게 입법 단계에서 법문을 정치하게 교정함이 바람직했을 것으로 보인다.

는 경우에는, 원고의 피고2에 대한 말소등기 청구는 원칙적으로 그 주장 자체로 이유 없다.[1017]

원고 → 피고1 이전등기의 무효사유가 '해제의 소급효'인 경우에는, 해제로 제3자의 권리를 해하지 못하지만(제548조 ① 단서) 판례는 해제로 인한 원상회복등기 전 선의의 제3자에 대하여는 해제를 주장할 수 없다고 해석하므로,[1018] 원고로서는 피고2 등기도 원인무효로서 방해배제 대상 등기라는 점, 즉 피고2가 보호대상이 되지 않는 '계약해제 후 원상회복등기 전의 악의의 권리취득자'라는 점을 주장·증명하여야 한다(피고2가 '해제 전의 권리취득자'라면 원고의 말소청구는 그 주장 자체에서 이유 없다).

피고1 등기의 무효사유가 '상속재산분할의 소급효'[1019]인 경우에도, '해제'의 경우와 동일한 구조이다.[1020]

(5) 부동산 일부에 대한 말소등기 청구의 적법 여부

'1필지 토지의 특정된 일부'에 대하여 소유권등기의 말소를 명하는 판결을 받은 등기권리자는 그 판결에 기하여 그 특정된 일부에 대한 분필등기절차를 마친 후 소유권등기를 말소할 수 있으므로, 1필지 토지의 특정된 일부에 대하여도 소유권등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다.[1021] 토지가 합병된 경우 합병으로 소멸한 종전 토지

1017) **부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조(명의신탁약정의 효력)** ③ 제1항(명의신탁약정) 및 제2항(부동산 물권변동)의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다. ☛ 원고(명의신탁자)가 피고 2(전득자)에 대하여 '원고와 피고 1(명의수탁자) 사이의 명의신탁약정 및 그에 따른 등기의 무효'만을 무효사유로 삼고 있으면 그 말소등기 청구는 주장 자체로 이유 없어 기각되어야 하고, 원고로서는 명의수탁자로부터 전득자로의 등기에 관한 고유의 무효 사유(2009다2576,2583) 또는 전득자가 위 규정 소정의 '제3자'에 해당하지 아니하는 특별한 사정(2005다34667,34674 판결, 2014다53790 판결), 전득자가 '부동산 명의신탁자와 물권을 취득하기 위한 계약을 맺고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 마친 것 같은 외관을 갖춘 자'(2008다45187)인 사실 등을 주장·증명하여야 한다.

1018) **대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다6341 판결**: "계약해제로 인한 원상회복등기 등이 이루어지기 이전에 해약당사자와 양립되지 아니하는 법률관계를 가지게 되었고 계약 해제 사실을 몰랐던 제3자에 대하여는 계약해제를 주장할 수 없고, 이 경우 제3자가 악의라는 사실의 주장·입증책임은 계약해제를 주장하는 자에게 있다."

1019) **민법 제1015조(분할의 소급효)** 상속재산의 분할은 상속개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다. 그러나 제삼자의 권리를 해하지 못한다.

1020) **대법원 2020. 8. 13. 선고 2019다249312 판결**: "상속재산인 부동산의 분할 귀속을 내용으로 하는 상속재산분할심판이 확정되면 민법 제187조에 의하여 상속재산분할심판에 따른 등기 없이도 해당 부동산에 관한 물권변동의 효력이 발생한다. 다만 위에서 본 민법 제1015조 단서의 내용과 입법 취지 등을 고려하면, 상속재산분할심판에 따른 등기가 이루어지기 전에 상속재산분할의 효력과 양립하지 않는 법률상 이해관계를 갖고 등기를 마쳤으나 상속재산분할심판이 있었음을 알지 못한 제3자에 대하여는 상속재산분할의 효력을 주장할 수 없다고 보아야 한다. 이 경우 제3자가 상속재산분할심판이 있었음을 알았다는 점에 관한 주장·증명책임은 상속재산분할심판의 효력을 주장하는 자에게 있다고 할 것이다." ☛ 상속재산의 분할로 제3자의 권리를 해하지 못하지만(제1015조 단서) 판례는 상속재산분할심판에 따른 등기 전 선의의 제3자에 대하여는 상속재산분할의 효력을 주장할 수 없다고 해석하므로, 상속재산분할심판의 확정으로 상속 시에 소급하여 소유권을 취득한 원고로서는, 공동상속인 피고1의 상속지분에 기초한 피고2의 등기도 원인무효로서 방해배제 대상 등기라는 점, 즉 피고2가 보호대상이 되지 않는 '상속재산분할심판 확정 후 그 등기 전의 악의(상속재산분할심판의 존재)의 권리취득자'라는 점을 주장·증명하여야 피고2 등기의 말소를 구할 수 있다. 피고2가 '상속재산분할심판 확정 전의 권리취득자'라면 원고의 말소청구는 그 주장 자체에서 이유 없다.

부분에 관한 등기를 말소하려면, 합병 후 토지 중 종전 토지 부분을 특정하여 그 부분에 대한 등기의 말소를 명하여야 하고, 합병 전의 구 지번 및 지적만으로는 등기의 말소를 구하는 부분이 특정되었다고 할 수 없다.[1022]

소유권등기의 '공유 지분 일부'만 원인무효인 경우, 진정한 권리자는 그 일부 지분에 관한 말소등기를 소로써 구할 수 있고, 법원은 그 지분에 한하여만 말소를 명할 수 있으나, 등기기술상 소유권등기의 일부말소는 허용되지 않으므로, 그 판결의 집행은 지분말소등기의 방법이 아니라 단독소유를 공유로 또는 공유를 단독소유로 하는 '일부말소 의미의 경정등기'(이는 등기절차 내에서만 허용될 뿐 소송절차에서는 일부말소를 구하는 외에 경정등기를 소로써 구하는 것은 부적법하다)의 방식으로 이루어진다(합유재산을 합유자 1인의 단독소유로 소유권보존등기를 한 경우에는 원인무효의 등기이므로, 말소등기청구의 소로 그 등기를 말소시킨 다음 새로이 합유의 소유권보존등기를 신청하여야 한다).[1023] 소유권등기 및 그에 대한 '일부 말소 의미의

1021) ○ 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010다75648 판결; 하나의 부동산에 관하여 경료된 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만을 따로 말소하는 것은 허용되지 아니한다는 이유로 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만의 말소를 구하는 원고의 청구가 부적법하다고 한 원심이 잘못이라고 한 예.
○ 대법원 1987. 10. 13. 선고 87다카1093 판결; "1필지의 토지의 특정된 일부에 대하여 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결을 받은 등기권리자는 그 판결에 따로 토지의 분할을 명하는 주문 기재가 없다 하더라도 그 판결에 기하여 등기의무자를 대위하여 그 특정된 일부에 대한 분필등기절차를 마친 후 소유권이전등기를 말소할 수 있으므로 토지의 분할을 명함이 없이 1필지의 토지의 일부에 관하여 소유권이전등기의 말소를 명한 판결이 집행불능의 판결이라고 할 수 없다."

1022) 대법원 1997. 6. 24. 선고 97다2993 판결(등기 말소를 구하는 부분이 특정되었다고 할 수 없다고 직권으로 판단하여 원심을 파기환송한 예).
☜ 민사소송에서 청구의 취지는 그 내용 및 범위를 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고 **청구취지의 특정 여부는 직권조사사항**이므로, 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 직권으로 보정을 명하고 그 보정명령에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다. 이 경우 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 청구취지가 특정되지 아니한 것을 명백히 간과한 채 본안에 관하여 공방을 하고 있는데도 보정의 기회를 부여하지 아니한 채 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 청구취지 불특정을 이유로 소를 각하하는 것은 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다111459 판결).

1023) ○ 대법원 2017. 8. 18. 선고 2016다6309 판결; "**경정등기**는 기존 등기의 일부에 등기 당시부터 착오 또는 빠진 부분이 있어 그 등기가 원시적으로 실체관계와 일치하지 아니하는 경우에 이를 시정하기 위하여 기존 등기의 해당 부분을 정정 또는 보충하여 실체관계에 맞도록 등기사항을 변경하는 등기를 말한다. 경정등기가 허용되기 위해서는 경정 전후의 등기에 동일성 내지 유사성이 있어야 하는데, 경정 전의 명의인과 경정 후의 명의인이 달라지는 **권리자 경정등기**는 등기명의인의 동일성이 인정되지 않으므로 허용되지 않는다. 따라서 단독소유를 공유로 또는 공유를 단독소유로 하는 경정등기 역시 소유자가 변경되는 결과로 되어 등기명의인의 동일성을 잃게 되므로 허용될 수 없다. 그런데 실체관계상 공유인 부동산에 관하여 단독소유로 소유권보존등기가 마쳐졌거나 단독소유인 부동산에 관하여 공유로 소유권보존등기가 마쳐진 경우에 소유권보존등기 중 진정한 권리자의 소유부분에 해당하는 일부 지분에 관한 등기명의인의 소유권보존등기는 무효이므로 이를 말소하고 그 부분에 관한 진정한 권리자의 소유권보존등기를 하여야 한다. 이 경우 진정한 권리자는 소유권보존등기의 일부말소를 소로써 구하고 법원은 그 지분에 한하여만 말소를 명할 수 있으나, 등기기술상 소유권보존등기의 일부말소는 허용되지 않으므로, 그 판결의 집행은 단독소유를 공유로 또는 공유를 단독소유로 하는 경정등기의 방식으로 이루어진다. 이와 같이 **일부말소 의미의 경정등기**는 등기절차 내에서만 허용될 뿐 소송절차에서는 일부말소를 구하는 외에 경정등기를 소로써 구하는 것은 허용될 수 없다. 그리고 합유재산을 합유자 1인의 단독소유로 소유권보존등기를 한 경우에는 그 소유권보존등기가 실질관계에 부합하지 않는 원인무효의 등기이므로, 다른 합유자는 등기명의인인 합유자를 상대로 소유권보존등기 말소청구의 소를 제기하는 등의 방법으로 그 원인무효의 등기를 말소시킨 다음 새로이 합유의 소유권보존등기를 신청할 수 있다." ☜ 원고와 피고의

경정등기'가 원인무효인 경우, 주등기인 소유권등기의 말소와 별도로 부기등기인 위 경정등기의 말소를 구하는 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.[1024]

일물일권주의(一物一權主義)의 원칙상, '물건의 일부분·구성 부분'에는 물권이 성립할 수 없는 것이어서 구분 또는 분할의 절차를 거치지 아니한 채 하나의 부동산 중 일부분만에 관하여 따로 소유권보존등기를 경료하거나, 하나의 부동산에 관하여 경료된 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만을 따로 말소하는 것은 부적법하여 허용되지 아니한다.[1025]

(6) 등기명의인 표시변경·경정 등기의 말소등기청구의 적법 여부

등기명의인의 표시변경·경정의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 경우, 소유자는 표시상의 소유명의자를 상대로 그 부기등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있으나,[1026] 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 이루어진 것에 불과한

합유임에도 피고 단독소유로 소유권보존등기가 마쳐졌다는 이유로 피고를 상대로 그 소유권보존등기의 권리자를 피고 단독소유에서 원고와 피고의 합유로 고치는 경정등기절차의 이행을 구함에 대하여, '단독소유를 합유로 하는 경정등기는 소유자가 변경되는 결과로 되어 등기명의인의 동일성을 잃게 되므로 허용될 수 없는 것일 뿐만 아니라 합유재산을 단독소유로 소유권보존등기 한 것은 등기기술상 경정등기의 방식으로 처리할 것도 아니므로, 어느 모로 보나 허용될 수 없는 부적법한 것'이라고 한 예.

○ 대법원 2012. 2. 9.자 2011마1892 결정: "가처분채권자가 본안사건에서 승소확정판결을 받아 소유권이전등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 제3자 명의의 등기가 경료되어 있을 때에는 위 소유권이전등기신청과 함께 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기말소신청도 동시에 하여 그 가처분등기 이후의 등기를 말소할 수 있다. 그리고 이 경우 가처분에 기한 승소판결에 저촉되어 말소되어야 할 대상이 부동산 전부에 대한 등기 중 일부 지분인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 말소이지만 등기의 형식은 경정등기의 방식을 취하는 **일부말소 의미의 경정등기**에 의하여야 한다. … 일부말소 의미의 경정등기를 하기 위해서 등기 당시부터 당사자의 신청착오나 등기관의 착오가 있을 것을 요건으로 하는 것은 아니다." ☎ 가처분채권자 甲이 본안소송에서 확정된 '乙 소유의 부동산 중 45/100 지분의 소유권을 이전받기로 하는 내용'의 조정에 갈음하는 결정에 따라 위 지분에 관한 소유권이전등기를 신청하면서 가처분등기 이후에 부동산 전부에 관하여 경료된 丙 명의의 근저당권설정등기 목적을 '乙의 55/100 지분에 관한 근저당권'으로 하는 근저당권경정등기를 신청하여 신청한 내용대로 등기가 완료되자, 근저당권자 丙이 등기관의 처분에 대한 이의신청을 한 사안에서, 甲은 丙 명의의 근저당권설정등기 중 가처분에 저촉되는 45/100 지분의 말소를 구하기 위하여 일부말소 의미의 경정등기를 신청한 것으로 보아야 하고, 이러한 일부 말소 의미의 경정등기를 하기 위해서 등기 당시부터 당사자의 신청착오나 등기관의 착오가 있을 것을 요건으로 하는 것은 아니므로, 甲의 경정등기신청이 신청취지 자체에 의하여 법률상 허용할 수 없음이 명백한 경우에 해당한다고 볼 수 없는 한 등기관이 근저당권경정등기신청을 수리하여 등기절차를 완료한 이상 등기관의 처분에 대한 이의의 방법으로는 다툴 수 없음에도, 이와 달리 丙의 이의신청을 인용한 원심결정에 위법이 있다고 한 사례.

1024) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2001다4903 판결; "토지 소유권보존등기의 일부 지분만을 말소하기 위하여 잔존 지분권자와 말소를 구하는 진정한 권리자와의 공유로 하는 경정등기를 경료한 경우 위 소유권보존등기 경정의 부기등기는 기존의 주등기인 소유권보존등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이고 주등기와 별개의 새로운 등기는 아니라 할 것이므로 원고들 주장과 같이 피고 김OO 명의의 소유권보존등기 및 이에 기하여 경료된 피고들 명의의 경정등기가 원인무효인 경우 피고들을 상대로 하여 위 주등기의 말소만을 구하면 되고 그에 기한 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기가 말소되는 경우에는 직권으로 말소되어야 할 성질의 것이므로, 위 부기등기의 말소청구는 소의 이익이 없는 부적법한 청구라고 할 것이다."

1025) 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다39582 판결; 구분소유의 목적이 되는 상가 1층 102호 148.76㎡ 중 일부 면적에 관한 소유권보존등기만의 말소를 구하는 원고의 소는 법률상 허용되지 아니하는 부적법한 것이라고 하면서, 등기부상의 표시 중 전유부분의 면적 표시가 잘못되었다면 이는 경정등기의 방법으로 바로 잡아야 하는 것이지 그 잘못 표시된 면적만큼의 소유권보존등기를 말소하는 방법으로 바로 잡을 수는 없다고 한 예.

1026) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다299214 판결; "등기명의인의 표시변경 또는 경정의 부기등기가 등기명의인의

경우에는 그것이 잘못되었더라도 다시 소정의 서면을 갖추어 표시변경·경정등기를 하면 되므로 소로써 그 등기의 말소를 구하는 것은 부적법하다.[1027] 토지 표시변경등기의 말소등기절차이행 청구도 부적법한 소이다.[1028]

원인 무효의 소유권보존등기 말소를 구하는 전소와 그 등기명의인에 관한 표시경정등기의 말소를 구하는 후소는 소송물이 달라 기판력이 미치지 않는다.[1029]

(7) 집행문부여에 대한 이의와의 관계

의사표시의무의 집행으로 인한 이전등기에 하자가 있는 경우, 집행문부여에 대한 이의의 신청이나 소를 거치지 않고 그 등기의 말소 또는 회복을 구하는 소를 제기할 수 있다.[1030]

동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 부동산등기사항증명서상의 표시가 실지 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면 진실한 소유자는 그 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사로써 그 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 부기등기인 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있으므로, 이와 같이 부동산의 등기명의인의 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구하려는 자는 자신이 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실을 증명하여야 한다." ☞ A 단체 명의로 소유권보존등기가 된 후, B 단체 명의로 1차 표시변경등기가, 다시 C 단체 명의로 2차 표시변경등기가 이루어졌는데, B 단체(원고)가 C 단체(피고)를 상대로 2차 표시변경등기의 말소를 구한 사안에서, 원심이, C 단체가 B 단체와 동일성이 인정되지 않는 이상 C 단체는 2차 표시변경등기를 말소할 의무가 있다고 한 데 대하여, 대법원은 B 단체로서는 자신이 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실, 즉 본등기인 소유권보존등기를 마친 A 단체와 동일한 단체라는 사실까지 증명하여야 한다고 하여 파기환송한 예.

1027) 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다69983 판결; 부동산 등기명의인 표시를 '한국불교태고종 연암사'에서 '연암사'로 변경하는 등기명의인 표시변경등기가 경료된 후 주지와 승려가 위 종단을 탈종하고 동일한 명칭의 '연암사'라는 별개 사찰로서의 실체를 갖춘 경우, 부동산의 적법한 소유자는 한국불교태고종 연암사이고 변경된 연암사라는 등기명의인 표시가 새로이 실체를 갖게 된 연암사를 지칭하는 것이 아니라는 이유로, 한국불교태고종 연암사는 위 표시변경등기의 경정등기를 하면 되고 말소등기를 구할 소의 이익이 없다고 한 예.

1028) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다38480 판결; "부동산등기부 표시란에 기재된 면적표시단위를 미터법으로 바꾸기 위하여 행하여진 토지표시변경등기는 실체적 권리관계와 무관한 것으로서 등기권리자와 등기의무자의 관념이 있을 수 없어 말소의 대상이 될 수 없으므로, 이 사건 소 중 이 사건 임야에 관한 토지표시변경등기의 말소등기절차이행을 구하는 부분은 소의 이익이 없어 부적법하다."

1029) 대법원 2006. 12. 22. 선고 2004다39450 판결; "원고가 패소확정판결을 받은 이전 소송은 이 사건 임야에 대하여 마쳐진 소유권보존등기가 원인 없는 무효의 등기임을 이유로 한 소유권보존등기말소 청구소송이었고, 이 사건 소송은 위 소유권보존등기가 유효함을 전제로 다만 그 등기명의인에 관한 표시경정등기가 무효라는 이유로 등기명의인 표시경정등기의 말소를 구하는 것이어서 양소는 말소대상과 말소원인을 전혀 달리하는 것으로 그 소송물이 다르다 할 것이므로 이전 소송의 패소확정판결의 기판력은 이 사건 소송에 미치지 않는다."

1030) ○ 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다2558 판결; "의사표시의무의 집행에는 집행문이 필요하지 않으므로(민사집행법 제263조 제1항), 그 집행으로 인한 이전등기에 하자가 있는 경우, 집행문부여에 대한 이의신청이나 집행문부여에 대한 이의의 소를 거치지 아니하더라도 그 등기의 말소 또는 회복을 구하는 소를 제기할 수 있다."

○ 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다73021 판결; "집행권원상의 의사표시를 하여야 하는 채무가 반대급부의 이행 등 조건이 붙은 경우에는 채권자가 그 조건 등의 성취를 증명하여 재판장의 명령에 의하여 집행문을 받아야만 의사표시 의제의 효과가 발생한다. 따라서 반대급부의 이행 등 조건이 성취되지 않았는데도 등기신청의 의사표시를 명하는 판결 등의 집행권원에 집행문이 잘못 부여된 경우에는 그 집행문부여는 무효라 할 것이나, 이러한 집행문부여로써 강제집행이 종료되고 더 이상의 집행 문제는 남지 않는다는 점을 고려하면 집행문부여에 대한 이의신청이나 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기할 이익이 없으므로, 채무자로서는 집행문부여에 의하여 의제되는 등기신청에 관한 의사표시가 무효라는 것을 주장하거나 그에 기초하여 이루어진 등기의

다) 상속 관련 말소등기청구 등의 소송요건(직권조사사항)

(1) 유증 목적물 관련 소송에서의 유언집행자의 당사자 적격

유증 목적물에 관하여 경료된, 유언의 집행에 방해가 되는 다른 등기의 말소를 구하는 소송에 있어서는 유언집행자가 이른바 법정소송담당으로서 원고적격을 가지고, 유언집행자가 있는 경우 그의 유언집행에 필요한 한도에서 상속인의 상속재산에 대한 처분권은 제한되며 그 제한 범위 내에서 상속인은 원고적격이 **없다**(유언집행자가 사망·결격 기타 사유로 자격을 상실한 경우에도 마찬가지이다).[1031]

상속인이 유언집행자가 되는 경우를 포함하여 유언집행자가 수인인 경우, 보존행위는 각자가 할 수 있으므로(민법 제1102조) 말소등기청구를 보존행위로서 단독으로 제기할 수 있으나, 유언집행자가 수인인 경우 유증 목적물에 관한 말소등기의무의 이행을 구하는 소송은 특별한 사정이 없는 한 고유필수적 공동소송으로서 유언집행자 전원을 피고로 하여야 한다.[1032]

(2) 상속회복의 말소등기청구의 제척기간

말소등기청구 또는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구가 '상속회복청구의 소'에 해당하는 경우, 그 침해를 안 날부터 3년,[1033] 상속권의 침해행위가

말소 또는 회복을 구하는 소를 제기하여야 한다." ㉮ 토지 2/5 지분 소유권자인 甲이 나머지 3/5 지분 소유권자인 乙을 상대로 제기한 공유물분할청구소송에서 '乙은 甲에게서 매매대금을 지급받음과 동시에 甲에게 3/5 지분에 관하여 소유권이전등기절차를 이행한다'는 내용의 조정에 갈음하는 결정이 확정되었는데, 甲이 乙에게 반대의무를 이행하지 않았고 재판장의 명령이 없었음에도 위 결정 정본에 집행문이 부여되어 甲 명의로 乙 지분에 관한 이전등기가 경료되고, 이후 이를 기초로 丙 등 명의로 소유권일부이전등기 등이 경료된 **사안**에서, 甲이 위 결정에 기하여 乙의 3/5 지분에 관하여 소유권이전등기절차를 마치기 위하여는 동시이행관계에 있는 자신의 반대의무인 금전지급채무가 이행되었음을 증명하여 집행문을 부여받아야 하는데, 甲의 금전지급채무가 이행되지도 않았음에도 발급된 집행문부여는 그 자체가 무효이고 그에 따른 乙의 3/5 지분 이전에 관한 의사진술의 효과도 발생하지 아니하므로, 위 결정에 기하여 3/5 지분에 관하여 甲 앞으로 경료된 등기는 원인 없는 등기로서 무효이고 원인 무효인 위 등기를 기초로 마쳐진 丙 등 명의의 등기들도 모두 무효라는 이유로, 丙 등은 乙에게 乙 지분에 관하여 마쳐진 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

1031) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009다20840 판결: "망 소외 1은 1997. 1. 16. 이 사건 임야를 소외 2에게 유증하는 한편 그 유언의 집행을 위하여 소외 3을 유언집행자로 지정한 사실을 알 수 있다. 한편 이 사건 소송은 이 사건 임야에 관하여 피고들 앞으로 아무런 원인 없이 소유권이전등기가 마쳐졌음을 이유로 피고들을 상대로 그 소유권이전등기의 말소를 구하는 것이므로, 이 사건 소송의 원고적격은 유언집행자에게만 있고 망 소외 1의 상속인들인 원고들에게는 그 원고적격이 없다고 할 것이다. 또한 상고심 계속 중에 유언집행자인 소외 3이 해임되었다고 하더라도 원고들이 민법 제1095조에 의하여 유언집행자가 될 수는 없으며, 유언집행자가 해임된 이후 법원에 의하여 새로운 유언집행자가 선임되지 아니하였다고 하더라도 그 동안에 상속인인 원고들에게 원고적격이 인정되는 것도 아니므로, 위와 같은 원고적격의 흠이 상고심에서 치유되었다고 볼 수도 없다. 그렇다면 이 사건 소는 원고적격이 없는 당사자에 의하여 제기된 것으로서 부적법하므로, 원심으로서는 원고들의 청구를 인용한 제1심판결을 취소하고 이 사건 소를 각하하였어야 할 것임에도 불구하고 피고들의 항소를 기각한 것은 위법하다고 할 것이다."

1032) "유언집행자가 수인인 경우 유언집행자에게 유증의무의 이행을 구하는 소송은 유언집행자 전원을 피고로 하는 고유필수적 공동소송으로 봄이 상당하다"는 대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다8345 판결 참조.

1033) '**상속권의 침해를 안 날**'이라 함은 자기가 진정한 상속인임을 알고 또 자기가 상속에서 제외된 사실을 안 때를

있은 날부터 10년[1034]의 제척기간 준수가 소송요건(직권조사사항)에 해당한다(민법 제999조 제2항).[1035] 포괄적 유증의 경우에도 위 제척기간이 유추적용된다.[1036]

라) 기판력 저촉의 항변

(1) 직권조사사항

기판력 있는 확정판결 등(실체적 권리관계를 종국적으로 판단하는 결정·명령,[1037] 확정판결과 동일한 효력이 있는 화해권고결정, 조정을 갈음하는 결정, 조정조서, 화해조서, 청구의 포기·인낙조서 등에는 기판력이 있으나, 확정된 이행권고결정,[1038] 확정된 지급명령,[1039] 회생채권자표 기재,[1040] 회생채

가리키는 것으로서, 단순히 상속권 침해의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않다. 공동상속인 중 1인이 나머지 공동상속인들을 상대로 제기한 상속재산분할심판 사건에서 공동상속인 일부의 소송대리권이 흠결된 채로 소송대리인 사이에 재판상 화해나 조정이 성립되어 화해조서 또는 조정조서가 작성되고, 그 조서에 기하여 공동상속인 중 1인 명의로 상속재산협의분할을 원인으로 한 소유권이전등기가 경료된 경우, 위와 같은 화해나 조정은 무효라 할 것이나, 그 조서에 확정판결과 같은 효력이 있는 이상 그 조서가 준재심에 의해 취소되기 전에는 당사자들로서는 위 화해나 조정의 무효를 확신할 수 없는 상태에 있다고 할 것이고, 그 후 소송대리권의 흠결 여부가 다투어진 끝에 준재심에 의해 화해조서나 조정조서가 취소되었다면, 나머지 공동상속인들은 그 준재심의 재판이 확정된 때에 비로소 공동상속인 중 1인에 의해 자신들의 상속권이 침해된 사실을 알게 되었다고 봄이 상당하므로, 상속회복청구권의 제척기간은 그때부터 기산된다(2007다36223).

1034) ❶ '상속권의 침해행위가 있은 날'이라 함은 참칭상속인이 상속재산의 전부 또는 일부를 점유하거나 상속재산인 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마치는 등의 방법에 의하여 진정한 상속인의 상속권을 침해하는 행위를 한 날을 의미한다. 또한, 제척기간의 준수 여부는 상속회복청구의 상대방별로 각각 판단하여야 할 것이어서, 진정한 상속인이 참칭상속인으로부터 상속재산에 관한 권리를 취득한 제3자를 상대로 제척기간 내에 상속회복청구의 소를 제기한 이상 그 제3자에 대하여는 민법 제999조에서 정하는 상속회복청구권의 기간이 준수되었으므로, 참칭상속인에 대하여 그 기간 내에 상속회복청구권을 행사한 일이 없다고 하더라도 그것이 진정한 상속인의 제3자에 대한 권리행사에 장애가 될 수는 없다(2009다42321). ❷ 북한주민의 경우에도 다른 특별한 사정이 없는 한 상속권이 침해된 날부터 10년이 경과하면 민법 제999조 제2항에 따라 상속회복청구권이 소멸한다(대법원 2016. 10. 19. 선고 2014다46648 전원합의체 판결).

1035) 상속회복청구의 소에서는 법원이 제척기간의 준수 여부에 관하여 직권으로 조사한 후 기간도과 후에 제기된 것으로 판명되면 부적법한 소로 각하하여야 한다(2009다41199).

1036) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다22942 판결; 부동산에 대한 소유권 귀속 원인으로 포괄적 유증을 주장하는 포괄수증자인 원고가 포괄적 유증을 받은 재산권이 침해되었음을 이유로, 피상속인에 의한 포괄적 유증을 무시하고 법정상속분에 의하여 상속등기를 한 피고 1 명의의 지분상속등기와 이에 터잡은 피고 2, 3의 지분이전등기는 모두 원인무효라고 주장하면서 위 피고들에 대하여 위 각 등기의 말소를 구하고 또한 원인무효인 피고 1 명의의 지분에 대하여 가처분을 한 피고 4, 5에 대하여는 위 각 등기말소에 대한 동의를 구하는 소에 상속회복청구권의 제척기간에 관한 규정이 유추적용된다고 한 예.

1037) 대법원 2002. 9. 23.자 2000마5257 결정; "결정·명령재판에도 실체관계를 종국적으로 판단하는 내용의 것인 경우에는 기판력이 있다. … 소송비용확정절차에 있어서는 상환할 소송비용의 수액을 신청의 범위 내에서 정할 따름이고 그 상환의무 자체의 존부를 심리·판단할 수는 없는 것이다. 따라서 이미 기판력 있는 본안판결에서 소송비용 상환의무의 실체관계 판단이 확정된 후에 그에 근거하여 법원이 상환청구권자인 당사자가 신청한 수액에 따라 소송비용확정결정을 하였다면 그 소송비용에 관한 결정은 본안판결의 소송비용 부담의 실체관계 판단을 계량적으로 구체화한 종국적 판단을 내용으로 하는 것이므로 마찬가지로 기판력이 있다고 할 것이다. … 소송비용의 부담을 명한 재판에 기하여 소송비용확정신청에 의한 결정이 나서 확정되었으니 이미 확정된 개별비용항목과 액수에 관하여는 기판력이 생기므로 그 비용항목 액수의 추가결정을 구하는 것은 허용되지 않는다고 판단한 것은 … 옳고" ⬌ 보전소송절차는 피보전권리를 종국적으로 확정하는 것을 목적으로 하는 것이 아니므로 보전소송에서 피보전권리가 소명되어 보전신청이 판결에 의하여 인용되고, 위 판결이 확정되었다고 하더라도 그로써 피보전권리에 관하여 기판력이 생기는 것은 아니다(2007마944).

1038) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2006다34190 판결.

1039) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2006다73966 판결.

권조사확정재판[1041]에는 기판력이 없다)의 존부는 직권조사사항(직권탐지사항은 아니다)[1042]으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하지 않으면 안 되고(당사자의 주장은 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없으므로 원심이 이에 관하여 판단하지 않았다고 하여 판단유탈의 상고이유로 삼을 수 없다), 당사자가 확정판결의 존재를 사실심 변론종결 시까지 주장하지 아니하였더라도 상고심에서 새로이 이를 주장·증명할 수 있다.[1043]

(2) 기판력 저촉에 따른 후소 판결의 주문

전소 확정판결 기판력 저촉에 따른 후소 판결의 결론(주문)은, ① '승소' 확정판결을 받은 원고가 전소 피고나 그 '변론종결 후의 승계인'을 상대로 다시 전소와 동일한 청구의 소를 제기하면, 후소는 권리보호이익이 없으므로 부적법하여 '각하'하여야 하고,[1044] ② '패소' 확정판결을 받은 원고가 다시 전소와 동일한 청구의 소를 제기하면, 전소 판결 내용과 모순되는 판단을 하여서는 아니 되는 구속력 때문에 후소는 '청구기각' 판결을 하여야 하며,[1045] ③ 전소가 '일부 승소' 확정판결인 경우, 후소 중 '전소 승소

1040) 대법원 2024. 3. 28. 선고 2019다253700 판결; "채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제255조 제1항은 '회생채권에 기하여 회생계획에 의하여 인정된 권리에 관한 회생채권자표의 기재는 회생계획인가의 결정이 확정된 때 채무자, 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자 등에 대하여 확정판결과 동일한 효력이 있다.'라고 규정하고 있다. 회생채권자표에 기재된 회생채권의 금액은 회생계획안의 작성과 인가에 이르는 회생절차 진행과정에서 회생채권자의 권리행사 기준이 되고 관계인집회에서 의결권 행사의 기준이 되는 것으로서, 여기서 말하는 '확정판결과 동일한 효력'이란 기판력이 아니라 확인적 효력을 갖고 회생절차 내부에서 불가쟁의 효력이 있다는 의미에 지나지 아니한다." ☛ 회생절차개시 당시 소송 계속 중이던 채권이 회생채권으로 신고·확정되어 회생채권자표에 기재된 경우, 계속 중이던 소송은 소의 이익이 없어 부적법하게 된다(대법원 2020. 3. 2. 선고 2019다243420 판결).

1041) 대법원 2017. 6. 19. 선고 2017다204131 판결.

1042) 대법원 1981. 6. 23. 선고 81다124 판결; "민사소송에 있어 권리보호요건의 존부는 법원의 직권조사 사항임은 말할 나위도 없으나 위의 요건은 소위 직권탐지 사항과 달라서 그 요건 유무의 근거가 되는 구체적인 사실에 관하여 사실심의 변론종결 당시까지 당사자의 주장이 없는 한 법원은 이를 고려할 수 없고 또 다툼이 있는 사실에 관하여는 당사자의 입증을 기다려서 판단함이 원칙이라 할 것이므로 위에서 본 바와 같이 피고가 일단 확정재판을 받았다는 본안전 항변을 하였으나 이는 사실관계를 잘못 파악한 것이라 철회한 후로는 그 점에 대한 이렇다 할 주장 입증을 아니 하였을 뿐 아니라 기록상 이를 가려볼 아무런 자료도 없는 본건에 있어 사실심에서 이에 관한 직권조사를 아니하였다 하여 탓할 바 못된다고 할 것이다."

1043) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다94384, 94391, 94407 판결.

1044) 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다13482 판결; "확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로, 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우 후소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 할 것인데, 전소 변론종결 또는 판결선고 후에 채무자의 채무를 소멸시켜 당사자인 채무자의 지위를 승계하는 이른바 면책적 채무인수를 한 자는 변론종결 후의 승계인으로서 전소 확정판결의 기판력이 미치게 되므로 원고는 … 다시 본소를 제기할 이익이 없다. … 피고는 이른바 변론종결 후의 승계인에 해당하여 원고와 소외 회사 사이의 위 확정판결의 기판력이 피고에게도 미친다 할 것이므로, 원고는 위 확정판결에 따라 부여받은 승계집행문으로 집행을 하면 되는 것이지 피고를 상대로 다시 이 사건 소송을 구할 소의 이익이 없으므로, 결국 이 사건 소는 부적법하여 각하하였어야 할 것"

1045) ○ 대법원 1983. 3. 8. 선고 82다카1203 판결; 원·피고 간 제소전화해조서에 의해 피고 앞으로 마친 소유권이전등기에 대하여, 원고가 말소등기청구소송을 제기하였다가 '제소전화해조서가 준재심에 의하여 취소되지 않는 한 그 효력을 다툴 수 없다'는 이유로 패소 확정판결을 받은 다음(1차소송), 다시 동일한 말소등기청구소송을 제기하였으나 '1차 소송 판결의 기판력에 저촉된다'는 이유로 패소 확정판결을 받고(2차소송), 다시 3차로 이 사건 말소등기청구소송을 제기한 사안에서, '이 사건 소송의 전소인 2차소송의 판결은 원고청구가 1차소송

부분'은 '각하', 전소 패소 부분은 '기각'하는 판결을 하여야[1046] 하는 형태가 된다.[1047]

위 ①의 예외로서, ⓐ 판결 원본의 멸실, ⓑ 판결 내용의 불특정으로 집행 불능인 경우,[1048] ⓒ 소멸시효 완성이 임박하여 시효중단이 필요한 때,[1049] [1050] ⓓ 후소 원고가 전소 원고와 동일인인지 여부, 후소 피고가 전소 피고의 '변론종결 후 승계인'인지 여부 등이 분명하지 않은 경우,[1051] ⓔ 원고승소 확정판결의 전소 변론종결 후 승계인에 대한 후소에

판결의 기판력에 저촉된다 하여 기각한 것이므로 2차소송판결의 기판력은 기판력 저촉을 이유로 말소등기청구권을 부인한 판결의 결론에 대하여 발생한다고 하겠으니, 만일 후소인 이 사건 소송의 소송물이 2차소송의 소송물과 동일하다면 법원은 기판력 저촉 여부에 관한 전소의 판단과 다른 판단을 할 수 없는 구속을 받게 되는 결과 이 사건 소송에 있어서도 말소등기청구는 1차소송 판결의 기판력에 저촉된 청구라 하여 기각할 수밖에 없다. 원인 없이 경료된 무효의 등기라는 주장은 전소인 2차소송의 청구원인과 동일하여 이 점에서는 소송물이 같다고 볼 것이므로 이 사건 말소등기청구는 전소인 2차소송 판결의 기판력에 저촉되는 청구라고 볼 수밖에 없다. 원고 주장과 같이 1차소송 판결의 기초가 된 제소전화해조서가 취소되었다고 하더라도 1차소송 판결의 기판력은 재심의 절차에 의함이 없이는 당연히 배제되지 않을 뿐 아니라 위 취소사실을 원고는 2차소송의 변론종결 시까지 주장한 바 없음이 분명하여 이제 와서 2차소송 판결의 기판력을 배제할 사유로 내세울 수도 없다.'라고 판단한 예.

○ 대법원 1989. 6. 27. 선고 87다카2478 판결; "제1심판결의 취지는 전 소송에서 한 원고 청구기각판결의 기판력은 이 사건 청구에 미친다 할 것이므로 이 사건에서는 전소판결의 내용과 모순되는 판단을 하여서는 아니되는 구속력 때문에 전소판결의 판단을 원용하여 원고 청구기각의 판결을 한다는 것으로서 이는 소송물의 존부에 대한 실체적 판단을 한 본안판결이라고 보아야 할 것이다." ☜ 원심이, 1심이 본안에 관하여 판단하지 아니하고 원고의 청구를 기각하여 부당하므로 1심판결을 취소하고 1심법원으로 하여금 본안에 관하여 심리판단케 하기 위하여 1심법원으로 환송한다고 판시한 것은, 1심판결의 취지를 오해하고 필요적 환송에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 예.

1046) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64215 판결.

1047) 전소 패소확정판결의 경우, 그 기판력이 후소를 기각시키는 사유라는 점에서 본안에 관한 항변으로 볼지, 후소에서 청구원인 주장의 본안 판단에 앞서 먼저 판단하여야 하는 항변이라는 점에서 본안전 항변으로 볼지에 대해서는 견해가 나뉠 수 있는데, 대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결 등은 "본안전항변"으로 적고 있다.

1048) 소송물이 동일한 경우라도 판결 내용이 특정되지 아니하여 집행을 할 수 없는 경우에는 다시 소송을 제기할 권리보호의 이익이 있다[현황과 일치하지 않은 감정 결과에 터잡아 철거 및 인도 판결이 선고된 경우(97다57658), 화해조서에 기재된 동시이행의 반대의무 내용이 특정되지 않아 강제집행을 할 수 없는 경우(94다25216) 등].

1049) 대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카1761 판결; "위 확정판결에 기한 이 사건 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박하였음은 역수상 명백하므로, 그 시효중단을 위한 이 사건 소는 소의 이익이 있다고 판단한 다음 소멸시효의 완성이 임박하여 강제집행의 실시가 현실적으로 어려운 이상, 그 이전에 강제집행의 실시가 가능하였던가의 여부에 관계없이 시효중단을 위하여는 동일 내용의 재판상 청구가 불가피하고 거기에 채무자의 소재불명을 요건으로 한다고 볼 것은 아니라는 이유로 … 청구를 인용한 … 원심의 위 조치를 살펴보면 정당한 것으로 수긍이 가고"

1050) 이는 어디까지나 시효를 중단하여 권리를 그대로 유지시킬 실익이 있는 경우에 한하여 타당한 것이고, 그것을 그대로 유지하는 것이 아무런 실익이 없는 경우에는 그 시효중단을 위한 재소는 소의 이익이 없어 허용되지 아니 한다(대법원 2001. 2. 9. 선고 99다26979 판결; 사찰재산의 양도계약에 기한 소유권등기이전청구권이 인낙조서에 의해 확정되었으나 양도계약이 관할청의 허가를 받지 못해 무효가 되어 유효한 소유권이전등기를 경료할 수 없게 되었다면, 위 인낙조서에 의해 확정된 소유권이전등기청구권의 시효중단을 위한 재소는 소의 이익이 없어 부적법하다고 한 사례).

1051) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다53955 판결; **원심**이, 피고들은 전소 피고들의 변론종결 후의 승계인에 해당하므로 원고는 전소 확정판결의 승계집행문을 부여받아 피고들 명의의 각 등기의 말소신청을 할 수 있으므로 원고가 다시 이 사건 소로써 피고들 명의의 각 등기의 말소를 구하는 것은 권리보호이익이 없다고 하여 소를 각하한 데 대하여, **대법원**은, '만일 피고들이 전소 확정판결 피고들의 승계인이라는 점 및 전소 확정판결의 원고가 이 사건 원고와 동일하다는 점이 명백하다면 원고로서는 용이하게 확정판결의 승계집행문을 부여받아

서 승계 여부에 대해 상당한 정도의 공격방어 및 법원의 심리가 진행됨으로써 사실상 승계집행문 부여의 소가 제기되었을 때와 큰 차이가 없는 경우[1052] 등 '특별한 사정'이 있는 경우에는 권리보호이익이 있어 재소가 허용된다('피고의 주소가 등기기록상 주소로 기재된 판결'을 받기 위하여 전소와 동일한 소유권이전등기청구의 소를 다시 제기하는 것은 권리보호이익이 없다).[1053]

위 ⓑ와 관련하여, 신청인이 제출한 제적등본 등의 자료에 의하여 대상판결의 상속지분 관련 오류를 명백히 인정할 수 있고, 실제 상속지분에 상응하도록 주문과 이유를 변경

피고들 명의의 각 등기의 말소신청을 할 수 있으므로 원고가 소로써 피고들 명의의 각 등기의 말소를 구하는 것은 권리보호이익이 없어 부적법하다고 볼 여지도 있으나, 피고들은 이 사건 원고가 전소의 원고와는 동일성이 인정되지 않는다고 다투고 있을 뿐만 아니라 기록상 확정판결의 원고와 이 사건 원고와의 동일성이 명확하다고 보이지 아니하여 법원사무관 등으로부터 승계집행문을 부여받기는 어려운 것으로 보이고 또 승계집행문 부여의 소를 제기하더라도 패소될 경우도 생길 수 있으므로, (원고가 확정판결에 기한 승계집행문 부여 신청을 하였으나 부여받지 못하여 승계집행문부여의 소를 제기하였으나 그 항소심에서 소를 각하한 사실이 인정된다) 원고가 피고들을 상대로 한 별도의 소송으로 피고들 명의의 등기의 말소를 구할 권리보호의 이익을 부정할 수 없다.'라고 판시한 예.

1052) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다210720 판결; "주택임대차보호법 제3조 제4항에 따라 임차주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 보므로 임대차보증금 반환채무도 부동산의 소유권과 결합하여 일체로서 임대인의 지위를 승계한 양수인에게 이전되고 양도인의 보증금반환채무는 소멸하는 것으로 해석되므로, 변론종결 후 임대부동산을 양수한 자는 민사소송법 제218조 제1항의 변론종결 후의 승계인에 해당한다. … 임차인이 임대인을 상대로 보증금반환의 승소확정판결을 받았으나 이후 주택 양수인을 상대로 이를 반환받고자 할 경우 승계가 명확하지 않거나 임대인 지위의 승계를 증명할 수 없는 때에는 임차인이 양수인을 상대로 승계집행문 부여의 소를 제기하여 승계집행문을 부여받음이 원칙이나, 이미 임차인이 양수인을 상대로 임대차보증금의 반환을 구하는 소를 제기하여 양수인과 사이에 임대인 지위의 승계 여부에 대해 상당한 정도의 공격방어 및 법원의 심리가 진행됨으로써 사실상 승계집행문 부여의 소가 제기되었을 때와 큰 차이가 없다면, 그럼에도 법원이 소의 이익이 없다는 이유로 후소를 각하하고 임차인으로 하여금 다시 승계집행문 부여의 소를 제기하도록 하는 것은 당사자들로 하여금 그동안의 노력과 시간을 무위로 돌리고 사실상 동일한 소송행위를 반복하도록 하는 것이어서 당사자들에게 가혹할 뿐만 아니라 신속한 분쟁해결이나 소송경제의 측면에서 타당하다고 보기 어려우므로 이와 같은 경우 소의 이익이 없다고 섣불리 단정하여서는 안 된다." ☎ 피고가 '변론종결 후의 승계인'에 해당하여 전소 원고승소 확정판결의 기판력이 미치므로 권리보호의 이익이 없다고 판단한 원심을 파기한 예.

1053) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다73753 판결; "등기권리자가 판결에 의하여 단독으로 소유권이전등기를 신청하는 때에 판결에 기재된 피고의 주소가 등기기록에 기록된 등기의무자의 주소와 다르고 주민등록등·초본에 의하여 피고와 등기의무자가 동일인임을 증명할 수 없는 경우, 등기신청인은 피고와 등기의무자가 동일인임을 증명할 수 있는 자료의 하나로 그 동일인임을 확인하는 데 상당하다고 인정되는 자의 보증서면과 그 인감증명, 기타 보증인의 자격을 인정할 만한 서면(예컨대 공무원재직증명서, 변호사등록증서사본, 법무사자격증사본 등)을 제출할 수 있다 … 판결에 기재된 피고가 등기의무자와 동일인이라면 등기권리자는 등기절차에서 등기의무자의 주소에 관한 자료를 첨부정보로 제공하여 등기신청을 할 수 있고, 등기관이 등기신청을 각하하면 등기관의 처분에 대한 이의신청의 방법으로 불복할 수 있다. 등기신청에 대한 각하결정이나 이의신청에 대한 기각결정에는 기판력이 발생하지 않으므로 각하결정 등을 받더라도 추가 자료를 확보하여 다시 등기신청을 할 수 있다. 그리고 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로, 승소 확정판결을 받은 당사자가 위와 같은 절차를 거치는 대신 피고의 주소가 등기기록상 주소로 기재된 판결을 받기 위하여 전소의 상대방이나 그 포괄승계인을 상대로 동일한 소유권이전등기청구의 소를 다시 제기하는 경우 그 소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다." ☎ 전소 확정판결에 피고로 기재된 ○○○와 □□□는 이 사건 후소의 피고 1 본인과 피고 3, 4, 5의 피상속인인 소외인과 주민등록번호가 동일한 사람임을 알 수 있으므로, 위 피고들에 대한 이전등기청구 부분은 부적법하다고 하고, 전소 확정판결서에 기재된 '△△△'의 경우 정상적인 주민등록번호가 아니어서 실제로 존재하지 않는 허무인으로 볼 여지가 있으므로, 원심으로서는 후소의 피고 '2'를 그 주소 등 인적사항을 밝혀 특정한 다음 그가 전소 확정판결의 '△△△'와 동일인지를 살펴 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미치는지 심리해 보았어야 한다고 판시한 예.

하더라도, 망인의 공동상속인 전부가 신청인에게 이행해야 하는 전체는 변함이 없어 판결 내용을 실질적으로 변경하는 것으로 볼 수 없는 경우에는, 실제 상속지분에 맞는 '판결경정'이 가능하다.[1054]

(3) 확정된 채권의 시효중단을 위한 재소

시효중단을 위한 후소로서 동일 소송물에 관한 이행소송(1회로 제한되지 아니한다)[1055] 외에 전소 판결로 확정된 채권의 시효를 중단시키기 위한 조치, 즉 '재판상의 청구'가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 확인소송이 허용되고, 채권자는 두 가지 중 자신의 상황과 필요에 보다 적합한 것을 선택하여 제기할 수 있다.[1056]

1054) **[확정판결상 상속인·상속지분 오류의 경정]** ❶ 대법원 2023. 8. 18.자 2022그779 결정[소송계속 중 사망한 당사자의 공동상속인 중 일부가 수계절차에서 누락된 채 선고된 판결에 대하여 실제 상속관계에 상응하도록 판결경정을 구하는 사건]; 신청인이 대상판결에 대하여, ① 피신청인 1~4에 관하여는 피신청인 5~8 상속지분을 고려한 실제 상속지분에 상응하도록 주문과 이유 기재 금액을 수정하는 변경, ② 피신청인 5~8에 관하여는 '피고 당사자 표시', '주문'과 '이유'에 피신청인 5~8에 관한 내용을 추가하는 변경을 구하는 경정신청을 한 데 대하여, ①에 관하여, 신청인이 제출한 제적등본에 의하여 상속지분의 오류를 명백히 인정할 수 있고 피신청인 1~4의 실제 상속지분과 상응하도록 주문 등을 변경하더라도, 망인의 공동상속인 전부가 신청인에게 지급해야 하는 전체 금액은 변하지 않아 그것이 경정대상 판결 내용을 실질적으로 변경하는 것으로 볼 수 없어 경정되어야 한다고 보아, 원심결정 중 피신청인 1~4에 관한 부분을 파기·환송하고, ②에 관하여는, 수계절차를 밟지 않은 피신청인 5~8에 관한 소송절차는 항소심에서 중단된 상태이므로 신청인은 위 피신청인들에 관하여 항소심법원에 수계신청을 할 수 있고, 항소심에서 선고된 경정대상 판결에 대한 경정을 통하여 피신청인 5~8을 당사자와 주문에 반영하도록 변경할 수는 없다고 판단하여, 피신청인 5~8에 대한 특별항고를 기각한 예. ❷ 대법원 2021. 9. 30.자 2021그633 결정; 상속지분에 관한 소유권이전등기절차 이행의 확정판결 중 원고의 청구 잘못에 따른 일부 피고 이름의 오기, 대습상속인과 그 상속지분에 관한 오류를 바로 잡기 위한 판결경정신청에 대하여, 위 오류는 제출된 자료에 의해 명백히 인정할 수 있는 것일 뿐 아니라, 이를 변경하는 것으로 경정하더라도 그것이 판결 내용을 실질적으로 변경하는 것이라고 볼 수 없으므로, 위 판결은 경정되어야 하는 사안임이 명백하다고 한 예. ☛ 한편, 등기신청인이 산정한 상속분이 그 상속재산을 둘러싼 소송에서도 받아들여져 판결로써 확정된 바 있다고 하더라도 상속등기신청에 대하여 등기관이 부동산등기법 소정의 서면만에 의하여 형식적 심사를 함에 있어서는 위 확정판결의 기판력이 미칠 여지가 없고, 또 상속을 증명하는 시, 구, 읍, 면의 장의 서면 또는 이를 증명함에 족한 서면과 관계법령에 기한 상속인의 범위 및 상속지분의 인정은 등기관의 형식적 심사권한의 범위 내이므로, 위와 같은 서면과 관계법령에 의하여 인정되는 정당한 상속인의 범위 및 상속지분과 다른 내용으로 상속등기를 신청하였을 경우 등기관으로서는 신청 내용이 확정된 판결의 내용과 동일하다고 하더라도 위 등기신청을 각하하여야 하며, 공동상속인 중 일부 상속인의 상속등기만은 경료할 수도 없다(94마2116).

1055) 대법원 2018. 7. 19. 선고 2018다22008 전원합의체 판결; "다른 시효중단사유인 압류·가압류나 승인 등의 경우 이를 1회로 제한하고 있지 않음에도 유독 재판상 청구의 경우만 1회로 제한되어야 한다고 보아야 할 합리적인 근거가 없다. … 시효중단을 위한 재소인 이 사건 소는 원고가 피고를 상대로 제기하였던 전소에서 원고 승소의 이행권고결정이 확정된 때인 2007. 2. 23.부터 10년의 경과가 임박한 2016. 8. 19. 제기된 것으로서 소의 이익이 있다."

1056) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결.
그 '**새로운 방식의 확인소송**'의 **일반론**으로, "새로운 방식의 확인소송은 그 **소송물**이 전소의 소송물과 다르다는 것이 핵심이다. 즉 전소의 소송물이 실체법상 구체적 청구권의 존부임에 반하여, 새로운 방식의 확인소송의 소송물은 청구권의 실체적 존부 및 범위는 배제된 채 판결이 확정된 구체적 청구권에 관하여 시효중단을 위한 재판상의 청구를 통한 시효중단의 법률관계에 한정된다. 그 판결은 전소 판결로 확정된 청구권의 시효중단 외에 다른 실체법상 효력을 가지지 않으므로 그 소송에서는 소멸시효 완성 등을 포함한 청구권의 존부 및 범위와 같은 실체적 법률관계에 관한 심리를 할 필요가 없다. 채권자는 **청구원인**으로 전소 판결이 확정되었다는 점과 그 청구권의 시효중단을 위해 후소가 제기되었다는 점만 주장하고 전소 판결의 사본과 확정증명서 등으로 이를 증명하면 되며 법원도 이 점만 심리하면 된다. 채무자는 설사 전소 판결의 변론종결 후에 발생한

시효중단을 위한 후소가 이행소송인 경우, 후소 판결이 전소 승소확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니 되므로, 후소 법원으로서는 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지 여부에 관하여 다시 심리할 수 없다(따라서 채무자는 청구원인인 요건사실을 부인할 수 없고 전소 판결의 변론종결 이전의 사유를 들어 항변할 수 없으며, 후소 법원도 이와 같은 사유를 들어 채권자의 후소 청구를 배척할 수 없다).[1057] 전소의 변론종결 후에 발생한 채권소멸사유는 후소의 심리대상이 되고,[1058] 채무자인 피고는 후소 절차에서 위와 같은 사유를 들어 항변할 수 있고 그 주장이 인정되면 법원은 원고의 청구를 기각한다.[1059]

청구이의사유가 있더라도 이를 주장할 필요가 없고, 법원은 채무자가 이를 주장하더라도 심리할 필요가 없다. … 후소 판결은 제1심에서 자백간주 등에 의한 무변론판결 등으로 종결되고 그대로 확정되는 경우가 대부분일 것이다. 법원은 청구원인으로 전소 판결이 확정된 사실과 그 시효중단을 위해 후소가 제기된 사실만 심리하여 인정하면 된다. 채권자는 전소 판결이 확정되고 적당한 시점에 이와 같은 후소를 제기할 수 있고, 그 시기에 관하여 판결이 확정된 청구권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박할 것을 요하지도 않는다. 단지 불필요하게 단기간 내에 소제기를 반복하는 경우 소권 남용의 일반론에 따라 허용되지 않는 경우가 있을 것이다. 후소는 시효중단사유인 **재판상의 청구로서 역할**을 하므로, 후소 판결이 확정되는 경우 전소 판결에 의해 확정된 청구권의 소멸시효가 후소의 제기로 중단되었다가 후소 판결이 확정된 때로부터 새로이 진행한다. 채무자는 위와 같은 후소 판결의 확정 여부와 관계없이 언제라도 전소 판결의 변론종결 후에 발생한 사유에 기하여 **청구이의의 소**를 제기할 수 있으며, 그 청구이의사유의 존재 여부는 여기서 비로소 심리된다. … 전소 판결과 후소 판결의 소송물이 달라 이행판결(전소 판결)의 **기판력의 표준시**가 그대로 유지되므로, 후소에서 전소 판결의 변론종결 후에 발생한 청구이의사유에 대하여 심리할 필요가 없다. … 전소와 소송물이 달라 동일한 청구권에 대해 **집행권원**이 추가로 발생하지 않으므로, 이중집행의 위험도 없다."라고 판시하고 있다.

cf. 보충의견의 **주문 예시**: "원고와 피고 사이의 ○○지방법원 2004. 11. 11. 선고 2003가합15269 대여금 사건의 판결에 기한 채권의 소멸시효 중단을 위하여 이 사건 소의 제기가 있었음을 확인한다."

1057) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결.

❶ **원심**이, A은행이 B유한회사에 채권을 양도하면서 피고에게 그 양도사실을 통지하는 등 채권양도의 대항요건을 갖추었다는 점을 인정할 증거가 없으므로 B회사는 채권의 적법한 양수인이라 할 수 없고 B회사로부터 이를 전전 양도받은 원고도 적법한 양수인이 될 수 없다는 이유로 원고의 양수금 청구를 기각한 데 대하여, **대법원은**, 전소인 양수금 청구소송에서 B회사의 피고에 대한 양수금채권이 확정된 이상 그 확정된 채권의 소멸시효 중단을 위하여 제기된 후소에서 A은행이 B회사에 채권을 양도한 사실을 피고에게 통지하였는지 여부 등 채권양도 대항요건의 구비 여부에 관하여 다시 심리할 수는 없다는 이유로 원심을 파기한 사례(대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다293858 판결). ❷ 전소인 구상금 청구소송에서 甲의 乙에 대한 구상금채권이 확정된 이상 그 확정된 채권의 소멸시효의 중단을 위하여 제기된 후소에서 보증보험계약서의 진정성립 여부 등을 다시 심리할 수는 없음에도, 보증보험계약서의 진정성립이 인정되지 않는다는 이유 등으로 甲의 청구를 기각한 원심판결을 파기한 사례(2010다61557). ❸ 전소인 약속어음금 청구소송에서 원고의 피고에 대한 약속어음채권이 확정된 이상 그 확정된 채권의 소멸시효의 중단을 위하여 제기한 소송에서 원고의 약속어음의 소지 여부를 다시 심리할 수는 없고, 이러한 법리는 약속어음에 제시증권성 및 상환증권성이 있다고 하여 달리 취급할 것은 아니라고 한 예(98다1645).

1058) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2019다215272 판결; "법률이나 판례의 변경은 전소 변론종결 후에 발생한 새로운 사유에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 승소판결이 확정된 후 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 '소송촉진법'이라고 한다)의 변경으로 소송촉진법 소정의 지연손해금 이율이 달라졌다고 하더라도 그로 인하여 선행 승소확정판결의 효력이 달라지는 것은 아니고, 확정된 선행판결과 달리 변경된 소송촉진법상의 이율을 적용하여 선행판결과 다른 금액을 원고의 채권액으로 인정할 수 있는 것도 아니다."

1059) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다24349 판결; "후소 판결의 기판력은 후소의 변론종결 시를 기준으로 발생하므로, 전소의 변론종결 후에 발생한 변제, 상계, 면제 등과 같은 채권소멸사유는 후소의 심리대상이 된다. 따라서 채무자인 피고는 후소 절차에서 위와 같은 사유를 들어 항변할 수 있고 심리 결과 그 주장이 인정되면 법원은 원고의 청구를 기각하여야 한다. 이는 채권의 소멸사유 중 하나인 소멸시효 완성의 경우에도 마찬가지이다. 이처럼 판결이 확정된 채권의 소멸시효기간의 경과가 임박하였는지 여부에 따라 시효중단을 위한 후소의 권리보호이익을 달리 보는 취지와 채권의 소멸시효 완성이 갖는 효과 등을 고려해 보면, 시효중단을 위한 후소

개인회생채권자목록에 기재된 개인회생채권에 관하여는 소멸시효의 중단을 위한 재소를 인정할 필요가 없고 그 소는 부적법하여 각하된다.[1060]

(4) 판결의 확정 시기

상소기간 내 상소 제기가 없는 경우, 상소기간 내 상소 제기 후 상소 취하한 경우, 부적법한 상소 제기 후 각하된 경우에는 '상소기간 만료 시',[1061] 고유필수적 공동소송의 경우 '당사자 전원의 상소기간 만료 시',[1062] 전부 패소 당사자의 상소권 포기 시,[1063]

를 심리하는 법원으로서는 전소 판결이 확정된 후 소멸시효가 중단된 적이 있어 그 중단사유가 종료한 때로부터 새로이 진행된 소멸시효기간의 경과가 임박하지 않아 시효중단을 위한 재소의 이익을 인정할 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 후소가 전소 판결이 확정된 후 10년이 지나 제기되었다 하더라도 곧바로 소의 이익이 없다고 하여 소를 각하해서는 아니 되고, 채무자인 피고의 항변에 따라 원고의 채권이 소멸시효 완성으로 소멸하였는지에 관한 본안판단을 하여야 한다." ☎ 이 사건 소가 전소 확정판결에 의한 채권의 시효중단을 위한 소로서 전소 판결 확정 후 10년이 지나 제기되었더라도 그것만으로 곧바로 소의 이익이 없어 부적법하다고 볼 수는 없으므로, 원심이 전소 판결 확정 후 10년이 지나 제기되어 시효중단을 구할 이익이 없으므로 부적법하다 하여 소를 각하한 것은 잘못이나, 피고는 원심에서 전소 판결에 의해 확정된 채권의 소멸시효가 완성되었다는 취지의 주장을 하였고 이 사건 소가 전소 판결 확정 후 그 채권의 소멸시효기간인 10년이 지나 제기되었다는 원심의 사실인정이 정당한 이상, 전소 판결에 기한 청구권은 소멸시효가 완성되어 원고의 이 사건 청구는 결과적으로 기각될 것임이 분명하므로, 원고만이 상고한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 원심판결을 그대로 유지하여 원고의 상고를 기각함이 상당하다고 한 예.

1060) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013다42878 판결; "개인회생채권자목록의 제출에 대하여 시효중단의 효력이 있다고 규정하고 있고 그에 따른 시효중단의 효력은 특별한 사정이 없는 한 개인회생절차가 진행되는 동안에는 그대로 유지되므로, 개인회생채권자목록에 기재된 개인회생채권에 대하여는 그 소멸시효의 중단을 위한 소송행위를 허용하는 예외를 인정할 필요가 있다고 할 수도 없다. 이러한 법리는 개인회생채권자목록에 기재된 개인회생채권에 관하여 개인회생절차개시의 결정 전에 이미 확정판결이 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다. … 원고가 확정판결에 기한 구상금채권의 소멸시효 완성을 중단하기 위하여 제기한 이 사건 소에 대하여, 원심은 피고에 대한 개인회생절차가 이 사건 소 제기 전에 이미 개시되어 진행되고 있고 위 구상금채권이 개인회생채권자목록에 기재되어 이의 없이 확정된 사실을 인정한 다음, 이 사건 소는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률의 관련 규정에 반하는 것으로서 부적법하다고 판단하였다. … 원심의 위와 같은 판단은 정당하고"

1061) ○ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2015므3455 판결; "항소의 취하가 있으면 소송은 처음부터 항소심에 계속되지 아니한 것으로 보게 되나(민사소송법 제393조 제2항, 제267조 제1항), 항소취하는 소의 취하나 항소권의 포기와 달리 제1심 종국판결이 유효하게 존재하므로, 항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우에는 항소기간 만료 시에 소급하여 제1심판결이 확정되나, 항소기간 경과 전에 항소취하가 있는 경우에는 그 판결은 확정되지 아니하고 항소기간 내라면 그 항소인은 다시 항소의 제기가 가능하다."
○ 대법원 2014. 10. 15. 선고 2013다25781 판결; "판결은 상소를 제기할 수 있는 기간 또는 그 기간 이내에 적법한 상소제기가 있을 때에는 확정되지 아니하며(민사소송법 제498조), 부적법한 상소가 제기된 경우에는 그 부적법한 상소를 각하하는 재판이 확정되면 상소기간이 지난 때에 소급하여 확정된다."

1062) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2017다233931 판결; "고유필수적 공동소송에서는 공동소송인 중 일부가 제기한 상소는 다른 공동소송인에게도 그 효력이 미치므로 공동소송인 전원에 대한 관계에서 판결의 확정이 차단되고 그 소송은 전체로서 상소심에 이심된다. 따라서 공유물분할 판결은 공유자 전원에 대하여 상소기간이 만료되기 전에는 확정되지 않고, 일부 공유자에 대하여 상소기간이 만료되었다고 하더라도 그 공유자에 대한 판결 부분이 분리·확정되는 것은 아니다."

1063) 대법원 2006. 5. 2.자 2005마933 결정; "민사소송법 제395조 제1항은 '항소권의 포기는 항소를 하기 이전에는 제1심법원에, 항소를 한 뒤에는 소송기록이 있는 법원에 서면으로 하여야 한다.'고 규정하고 있는바, … 항소를 한 뒤 소송기록이 제1심법원에 있는 동안 제1심법원에 항소권포기서를 제출한 경우에는 제1심법원에 항소권포기서를 제출한 즉시 항소권 포기의 효력이 발생한다 … 상대방이 전부 승소하여 항소의 이익이 없는 경우에는 항소권을 가진 패소자만 항소포기를 하면 비록 상대방의 항소기간이 만료하지 않았더라도 제1심판결은 확정된다고 해석하여야"

패소 판결 중 일부 상소의 경우(상소불가분의 원칙에 따라 청구 전부에 확정차단과 이심의 효력이 생긴다) 상소되지 않은 나머지 부분은 상소심 판결 선고 시[1064]에 각 확정된다.

(5) 기판력의 작용; 기판력 저촉의 유형별 예

기판력이라 함은, 기판력 있는 전소 판결의 '소송물'과 '동일'한 후소를 허용하지 않음과 동시에(① 전소와 후소의 소송물이 동일한 경우), 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지는 않다고 하더라도, 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 '선결문제'가 되거나(② 전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 선결적 법률관계로 되는 경우), '모순관계'(③ 후소가 '전소에서 확정된 법률관계'[1065]와 모순되는 정반대의 사항을 소송물로 삼은 경우)에 있을 때에는, 후소에서 전소 판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용(당사자는 원고가 되어 주장하는 경우는 물론, 피고로서 항변하는 경우에도 저촉되는 주장을 할 수 없고, 법원도 저촉되는 판단을 할 수 없다[1066])을 하는 것이다.[1067] 기판력은 '소송법상의 효과'일 뿐, 실체법상 권리관계를

1064) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다221867 판결: "1개의 청구 일부를 기각하는 제1심판결에 대하여 일방 당사자만이 항소한 경우 제1심판결의 심판대상이었던 청구 전부가 불가분적으로 항소심에 이심되나, 항소심의 심판범위는 이심된 부분 가운데 항소인이 불복한 한도로 제한되고, 항소심의 심판대상이 되지 아니한 부분은 항소심판결 선고와 동시에 확정되어 소송이 종료된다. … 원고의 청구가 일부 인용된 환송 전 원심판결에 대하여 피고만이 상고하고 상고심이 상고를 받아들여 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기·환송하였다면 피고 패소 부분만이 상고되었으므로 위의 상고심에서의 심리대상은 이 부분에 국한되었으며, 환송되는 사건의 범위, 다시 말하자면 환송 후 원심의 심판범위도 환송 전 원심에서 피고가 패소한 부분에 한정되는 것이 원칙이고, 환송 전 원심판결 중 원고 패소 부분은 확정되었다 할 것이므로 환송 후 원심으로서는 이에 대하여 심리할 수 없다." ☞ **[동일 취지]** 피고가 수개의 청구를 인용한 제1심판결 중 일부에 대하여만 항소를 제기한 경우, 항소되지 않은 나머지 부분도 확정이 차단되고 항소심에 이심은 되나, 피고가 그 변론종결시까지 항소취지를 확장하지 않는 한 그 나머지 부분에 관하여는 불복한 바가 없어 항소심의 심판대상이 되지 않고 항소심의 판결선고와 동시에 확정되어 소송이 종료된다(2009다35842).

1065) ◎ **매매의 무효를 원인으로 한 대금반환의 전소와 매매에 기한 이전등기청구의 후소와의 관계**
확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것이 아니므로, '**전소에서 확정된 법률관계**'란 확정판결의 기판력이 미치는 법률관계를 의미하는 것이지 그 전제가 되는 법률관계까지 의미하는 것은 아니다.
따라서 매매계약의 무효·해제를 원인으로 한 매매대금반환청구(전소)에 대한 인낙조서의 기판력은 그 매매대금반환청구권의 존부에 관하여만 발생할 뿐, 그 전제가 되는 선결적 법률관계인 매매계약의 무효·해제에까지 발생하는 것은 아니다. 전소의 인낙조서의 기판력이 미치는 법률관계는 매매대금반환청구권을 가진다는 것뿐이고, 매매계약에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 후소의 소송물은 소유권이전등기청구권의 존부이므로, 후소가 전소에서 확정된 법률관계와 정반대의 모순되는 사항을 소송물로 하는 것이라 할 수 없으며, 기판력이 발생하지 아니하는 전소와 후소의 소송물의 각 전제되는 법률관계가 매매계약의 유효 또는 무효로서로 모순된다고 하여 전소에서의 인낙조서의 기판력이 후소에 미친다고 할 수 없다. 다만, 특별한 사정이 있는 때에는, 원고의 소 제기가 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다(대법원 2005. 12. 23. 선고 2004다55698 판결).

1066) 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2756 판결: "확정판결의 기판력이라 함은 확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단의 내용은 이후 그 소송당사자의 관계를 규율하는 새로운 기준이 되는 것이므로 동일한 사항이 소송상 문제가 되었을 때 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없는 기속력을 의미하는 것이고, 이 경우 적극당사자(원고)가 되어 주장하는 경우는 물론이고 소극당사자(피고)로서 항변하는 경우에도 그 기판력에 저촉되는 주장은 할 수 없는 것이다." ☞ 피고가 원고를 상대로 건물 전세금 반환청구의 전소를 제기하였다가 원고에게 대항할 전세금반환청구권을 인정할 수 없다는 이유로 청구기각의 확정판결을 받았는데, 원고는 건물 소유권에 기하여 피고에게 그 인도를 구하고, 피고는 건물 전세금을 반환받을 때까지는 인도청구에 응할 수 없다는 항변을 한 사안에서, 전소의 기판력은 원·피고 간의 위 전세금반환청구권의

변동시키는 것은 아니다.[1068]

위 ①의 경우로서, 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소등기청구권은 소송물이 실질상 동일한 것이므로, 소유권이전등기의 말소등기청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다.[1069]

위 ②의 경우로서, ⓐ 소유권확인청구에 대한 판결이 확정된 후 다시 동일 피고를 상대로 소유권에 기한 물권적 청구권을 청구원인으로 하는 말소등기청구나 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구 소송을 제기한 경우, 전소 확정판결에서의 소유권의 존부에 관한 판단에 구속되어 당사자로서는 이와 다른 주장을 할 수 없을 뿐만 아니라 법원으로서도 다른 판단은 할 수 없고,[1070] [1071] ⓑ 원고가 전소인 근저당권설정등기 말소등기절차이행청구 소송

존부에 미치는데, 피고가 확정판결에서 부정된 바로 그 전세금반환청구권을 내세워 동시이행의 항변을 한다면 이는 확정판결의 기판력에 저촉되는 주장이어서 허용될 수 없다고 한 예. **[동일 취지]** 2000다41349 판결, 94다46114 판결도 후소에서의 피고 항변이 전소 확정판결의 판단과 서로 모순관계에 있으므로 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다고 한 사례이다.

1067) 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결 등.

1068) ❶ 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288115 판결; "피고 1이 2차 의료소송에서 2013년 이후에 발생할 것으로 예상되는 치료비 등을 청구하지 않아 피고 1이 이를 별도의 소송에서 청구하는 것이 2차 의료소송 확정판결의 기판력에 저촉되어 소송법상 허용되지 않는다고 하더라도, 해당 청구권 등이 실체법상 소멸하는 것은 아니다. … 원고가 피고 1을 치료하는 것은 여전히 원고 소속 의료진의 과실로 피고 1에게 발생한 손해를 전보하는 것에 불과하다고 봄이 타당하므로, 원고는 피고들에 대하여 2013년 이후 발생한 진료비 등의 지급을 청구할 수 없다." ❷ 대법원 2019. 10. 17. 선고 2014다46778 판결; "물건 점유자를 상대로 한 물건의 인도판결이 확정되면 점유자는 인도판결 상대방에 대하여 소송에서 더 이상 물건에 대한 인도청구권의 존부를 다툴 수 없고 인도소송의 사실심 변론종결 시까지 주장할 수 있었던 정당한 점유권원을 내세워 물건의 인도를 거절할 수 없다. 그러나 의무 이행을 명하는 판결의 효력이 실체적 법률관계에 영향을 미치는 것은 아니므로, 점유자가 그 인도판결의 효력으로 판결 상대방에게 물건을 인도해야 할 실체적 의무가 생긴다거나 정당한 점유권원이 소멸하여 그때부터 그 물건에 대한 점유가 위법하게 되는 것은 아니다. 나아가 물건을 점유하는 자를 상대로 하여 물건의 인도를 명하는 판결이 확정되더라도 그 판결의 효력은 이들 물건에 대한 인도청구권의 존부에만 미치고, 인도판결의 기판력이 이들 물건에 대한 불법점유를 원인으로 한 손해배상청구 소송에 미치지 않는다." ❸ 대법원 2022. 3. 31. 선고 2020다271919 판결; "청구의 인낙은 피고가 원고의 주장을 승인하는 소위 관념의 표시에 불과한 소송상 행위로서 이를 조서에 기재한 때에는 확정판결과 동일한 효력이 발생되어 그로써 소송을 종료시키는 효력이 있을 뿐이고, 실체법상 채권·채무의 발생 또는 소멸의 원인이 되는 법률행위라 볼 수 없다." ☜ 소외인의 피고에 대한 차용금채무를 연대보증한 원고를 상대로 한 피고의 연대보증금 지급청구의 전소에서 인용확정판결이 있은 후, 원고와 소외인이 피고를 상대로 위 차용금채무 및 연대보증채무의 부존재확인을 구하는 후소에서 피고가 소외인의 청구를 인낙하자 원고가 청구취지를 전소판결에 대한 청구이의의 소로 변경한 **사안**에서, **원심**이, 피고가 주채무자 소외인의 채무부존재확인 청구를 인낙한 이상 소외인의 주채무가 소멸되었고 그에 따라 원고의 연대보증채무도 함께 소멸되었다는 이유로 원고의 청구를 인용한 데 대하여, **대법원**은, 피고의 위 청구인낙으로 소외인의 피고에 대한 주채무가 소멸되었다고 볼 수 없다고 한 예.

1069) 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결 등.

1070) 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다18155 판결 등. 반면에, 소유권이전등기 말소등기 청구에 대한 패소 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 말소등기청구권의 존부에만 미치는 것이지 그 기본이 된 소유권 자체의 존부에는 미치지 아니한다.

1071) 같은 맥락에서, '채무부존재확인청구'(전소)는 채무 부존재에 따른 '등기말소청구'(후소)와 선결적 법률관계에 있어, 전소의 기판력이 후소에 미친다고 보아야 하므로, "채권, 채무의 존부와 그 채권, 채무 관계를 원인으로 한 등기의 말소청구권의 존부는 별개의 소송물이라 할 것이므로 채무부존재 확인의 확정판결의 기판력이 본건 등기말소 청구에 미칠 수 없음은 자명"하다는 80다1020 판결은 타당한 것이 아니다.

에서 패소 확정판결을 받은 후, 그 근저당권 실행으로 마쳐진 경락자 및 그 전득자 명의의 각 소유권이전등기에 대하여 말소등기절차의 이행을 구하는 후소를 제기한 경우, 전소 판결의 내용인 근저당권설정등기의 무효 여부가 후소의 소유권이전등기의 원인무효 여부를 판단하는 전제가 되어 선결적 법률관계를 이루고 있으므로, 법원은 변론종결 후의 승계인인 피고들과의 관계에 있어서 전소 판결의 기판력에 기속되어 전소 판결에서 한 판단내용과 배치되는 판단은 할 수 없다.[1072] [1073] [1074]

위 ③의 경우로서, ⓐ 부동산 소유자에 대하여 소유권이전등기를 청구할 지위에 있기는 하지만 아직 그 등기를 경료하지 아니한 상태에서, 제3자(이중양도의 경우 제2양수인)가 소유자(양도인)를 상대로 소유권이전등기절차 이행의 확정판결을 받아 소유권이전등기를 경료한 경우에는, 종전의 소유권이전등기청구권을 가지는 자(제1양수인)는 위 확정판결이 당연무효이거나 재심의 소에 의하여 취소되지 않는 한, 자신의 소유권이전등기청구권을

1072) 대법원 1994. 12. 27. 선고 93다34183 판결.

1073) ◎ **그 외에 전소 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되어 기판력이 미치는 예**

❶ 99다3501: "채권자가 제기한 배당이의의 소의 본안판결이 확정된 때에는 이의가 있었던 배당액에 관한 실체적 배당수령권의 존부의 판단에 기판력이 생긴다고 할 것이고, 위 배당이의의 소에서 패소의 본안판결을 받은 당사자가 그 판결이 확정된 후 상대방에 대하여 위 본안판결에 의하여 확정된 배당액이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 소송을 제기한 경우에는, 전소인 배당이의의 소의 본안판결에서 판단된 배당수령권의 존부가 부당이득반환청구권의 성립 여부를 판단하는 데에 있어서 선결문제가 된다고 할 것이므로, 당사자는 그 배당수령권의 존부에 관하여 위 배당이의의 소의 본안판결의 판단과 다른 주장을 할 수 없고, 법원도 이와 다른 판단을 할 수 없다." ❷ 2010다42259: "배당이의의 소의 당사자인 원고와 피고 사이의 전소에서 원고 채권의 존부에 대한 판결이 확정되었다면, 그 판결의 기판력은 원고 채권의 존부를 선결문제로 하는 배당이의의 소에 미친다고 할 것이므로, 배당이의의 소에서 전소의 확정판결과 모순·저촉되는 판단을 할 수 없다."

1074) ◎ **전소 소송물에 관한 판단의 '전제가 되는 법률관계'여서 기판력이 부정된 예**

❶ 소유권이전등기의무의 이행불능을 원인으로 한 이 사건 전보배상청구권의 존부와 확정된 전소송의 소송물인 지분소유권이전등기청구권의 존부는 그 소송물이 동일하다고 할 수 없을 뿐 아니라, 전소송에서의 소송물에 관한 판단인 이행불능을 사유로 하는 지분소유권이전등기의무의 부존재가 위 전보배상청구권의 판단의 선결문제가 되는 것도 아니므로, 전소의 기판력에 저촉되지 않는다고 한 사례(대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결). ❷ 전소의 소송물인 부당이득반환청구권의 존부는 후소인 제3자이의의 소의 소송물인 집행이의권의 존부와 다를 뿐 아니라, 전소의 기판력이 미치는 법률관계 즉 소송물로 주장된 법률관계는 피고의 원고 등에 대한 부당이득반환청구권의 존부이고 건물의 소유권의 존부는 그 전제가 되는 법률관계에 불과하여 전소의 기판력이 미치지 아니하므로, 전소의 소송물인 부당이득반환청구권의 존부에 대한 판단이 제3자이의의 소의 선결문제가 되거나 제3자 이의의 소의 소송물인 집행이의권의 존부가 전소의 소송물인 부당이득반환청구권의 존부와 모순관계에 있다고 볼 수 없어서 전소의 기판력이 제3자 이의의 소에 미친다고 할 수 없다고 한 예(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다36022 판결). ❸ 甲 등 망인들이 국가(피고)를 상대로 농지분배처분을 원인으로 하는 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소판결이 선고되어 확정되었는데, 그 후 甲 등의 상속인들인 乙 등(원고)이 국가가 행한 일련의 불법행위 때문에 분배농지에 관한 수분배권을 상실하였다며 국가를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 전소 확정판결의 기판력이 미치는 법률관계는 甲 등의 국가에 대한 소유권이전등기청구권의 존부에 한정되고, 乙 등이 제기한 손해배상청구소송에서 문제 되는 농지분배처분 무효 내지 갑 등의 분배토지에 관한 수분배권 존부는 그 전제가 되는 법률관계에 불과하여 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다고 한 사례(대법원 2021. 4. 8. 선고 2020다219690 판결), ❶ 전소(근저당권설정등기 및 근저당권이전등기 말소청구)의 기판력은 소송물인 그 말소청구권의 존부에만 미치고, 근저당권이전등기의 유효 여부는 판결이유에서 설시된 그 전제가 되는 법률관계에 불과하여 기판력이 미치지 않는다고 한 예(2019마71). ❺ 전소인 청구이의의 소에서 대여금채무가 변제로 소멸하였다는 취지의 확정판결이 있더라도, 변제의 효력 유무는 청구이의의 소의 소송물이 아니라 그 전제가 되는 법률관계에 불과하여 손해배상청구의 후소에서 달리 판단하더라도 전소의 기판력에 저촉된다고 볼 수는 없다고 한 예(2008다48742).

보전하기 위하여 소유자를 대위하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 원인무효임을 내세워, 그 등기의 말소를 구하는 것[1075]은 위 확정판결의 기판력에 저촉되고(그 기판력은 전소 변론종결 전에 소유자가 주장할 수 있었던 '해제' 등 모든 공격방어방법에 미치나,[1076] 위 확정판결의 기판력이 미치는 소유자를 '대위'하는 것이 아니라, 위 제3자의 건물철거 등 직접 청구에 대한 피고로서 항변하는 경우까지 확정판결에 저촉되는 주장을 할 수 없는 것은 아니지만,[1077] 확정판결에 기한 등기의 추정력을 번복하기 위해서는 일반적으로 등기의 추정력을 번복함에 있어서 요구되는 증명의 정도를 넘는 명백한 증거나 자료가 있어야 한다[1078]), 나아가 제3자 명의의 소유권이전등기 이후에 그 등기를 바탕으로 하여 경료된 또 다른 소유권이전등기(전득자 등기)의 말소를 구하는 것도 역시 위 확정판결의 기판력에 저촉되며,[1079] ⓑ 제소전화해에 기하여 경료된 소유권이전등기의

1075) 제1양수인이 양도인을 대위하여 제2양수인을 상대로 말소등기를 구하는 소와 양도인을 상대로 소유권이전등기를 구하는 소는 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필수적 공동소송이 아니라 통상 공동소송이다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2009다7076 판결; 甲이 주위적 청구로 乙을 상대로 소유권이전등기를, 乙을 대위하여 丙을 상대로 소유권이전등기말소를 구하고, 예비적 청구로 乙의 소유권이전등기의무 이행불능을 이유로 乙 및 乙의 배임행위에 가담한 丁, 戊를 상대로 공동불법행위로 인한 손해배상을 구하였는데, 제1심이 丙에 대한 청구만 기각하고 나머지 청구를 모두 인용하자 甲이 丙에 대하여 항소를 제기한 **사안**에서, 乙에 대한 소유권이전등기청구와 관련하여 乙이 주위적 피고가 되고 丁, 戊가 예비적 피고가 되는 예비적 공동소송 관계에 있지만, 丙에 대한 소유권이전등기 말소청구와 관련하여 丙과 나머지 피고들은 통상 공동소송 관계에 있으므로, 甲이 丙에 대한 부분에 한하여 항소를 제기한 이상 丙에 대한 청구만이 항소심의 심판대상이 되고, 나머지 피고들에 대한 제1심판결은 분리 확정되었다고 한 사례).

1076) 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2751 판결; "채권자가 채무자를 대위하여 제3자를 상대로 제기한 소송과 이미 판결확정이 되어 있는 채무자와 그 제3자 간의 기존소송이 당사자만 다를 뿐 실질적으로 동일 내용의 소송이라면 위 확정판결의 효력은 채권자대위권행사에 의한 소송에도 미친다고 할 것이고, 기판력은 후소와 동일한 내용의 전소의 변론종결 전에 있어서 주장할 수 있었던 모든 공격 및 방어방법에 미치는 것인바, 제3자인 피고가 원고의 채무자인 소외 회사를 상대로 한 소유권이전등기 청구소송에서 피고가 지급한 판시 대금 10,000,000원에서 상응하는 임야부분에 한하여 동 매매계약이 유효하다는 이유로 피고의 승소로 확정된 이상, 그 후 소외 회사의 채권자인 원고가 소외 회사를 대위하여 피고를 상대로 제기한 이 사건 소유권이전등기말소 청구소송에서 위 매매계약의 효력을 다투어 해제를 주장함은 위 전 소송의 기판력에 저촉되는 것이어서 허용될 수 없으며, 논지가 주장하는 해제의 주장이 전소의 변론종결(1969. 6. 27.)후의 것이라 하더라도 원고가 자인하는 위 매매계약상의 잔금지급기일이 1968. 4. 15.인 이상 소외 회사가 전소의 변론종결 전에 주장할 수 있었던 방어방법이라 할 것이어서 기판력이 미치는 효력에 대하여는 소장이 없다 할 것"

1077) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카777 판결; 반사회질서의 배일적 이중매매에서, '제1매수인이 매도인과 제2매수인 간 확정판결의 기판력이 미치는 매도인의 권리를 행사하는 경우에 그 기판력에 저촉되는 주장을 할 수 없다는 취지에 불과하고, 제1매수인이 위 확정판결의 기판력에 미치는 매도인을 대위하지 아니한 경우에까지 확정판결에 저촉되는 주장을 할 수 없다는 취지는 아니다.'라고 하면서, 원고(이중양수인)의 피고(제1양수인)에 대한 건물철거 등 청구 소송에서, 양도인과 원고 간 확정판결의 기판력이 미치지 아니하는 피고의 항변을 받아들여, 위 확정판결에 기하여 마쳐진 원고 명의의 소유권이전등기는 원고가 배임행위에 적극 가담하여 이루어진 것으로서 무효라고 판단한 다음, '이로 인하여 원고가 소유권이전등기 명의를 가지고 있음에도 불구하고 소유권의 행사를 제한받는 결과가 되나 이는 확정판결의 기판력이 미치는 범위를 제한하는 민사소송법 규정에 의하여 파생되는 것으로써 소유권의 법리에 배치되는 위법한 결론이라 할 수 없다'고 한 예.

1078) 등기원인의 존부에 관하여 분쟁이 발생하여 그 당사자 사이에 소송이 벌어짐에 따라 법원이 위 등기원인의 존재를 인정하면서 이에 기한 등기절차의 이행을 명하는 판결을 선고하고 그 판결이 확정됨에 따라 이에 기한 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 그 등기원인에 기한 등기청구권은 법원의 판단에 의하여 당사자 사이에서 확정된 것임이 분명하고, 법원이나 제3자도 위 당사자 사이에 그러한 기판력이 발생하였다는 사실 자체는 부정할 수 없는 것이므로, 위 기판력이 미치지 아니하는 타인이 위 등기원인의 부존재를 이유로 확정판결에 기한 등기의 추정력을 번복하기 위해서는 일반적으로 등기의 추정력을 번복함에 있어서 요구되는 증명의 정도를 넘는 명백한 증거나 자료를 제출하여야 하고, 법원도 그러한 정도의 증명이 없는 한 확정판결에 기한 등기가 원인무효라고 단정하여서는 아니 된다(2002다26252).

말소등기청구에 갈음하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하는 경우에도, 제소전 화해가 준재심에 의하여 취소되지 않은 이상, 그에 기한 소유권이전등기의 효력을 다투는 것은 제소전 화해의 기판력에 모순·저촉되어 허용되지 않으며,[1080] ⓒ 가등기에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 명한 전소 판결의 기판력은 그 소유권이전등기의 말소등기 청구에는 미치나, 가등기의 말소등기 청구에는 미치지 아니한다.[1081]

1079) 대법원 1996. 6. 25. 선고 96다8666 판결(원고의 청구를 '기각'한 원심의 결론이 정당하다 하여 상고기각한 사례). 2000다11584 판결은 "기판력에 저촉되어 부적법하다"라고 판시하였으나 이는 적절한 표현이 아니다. 97다46955 판결은 "직권으로" 판단하여 "확정판결의 기판력에 저촉되므로 허용될 수 없다"고 하고 파기환송하였다.
이 경우, 원고의 피보전채권인 피대위자에 대한 소유권이전등기청구권은 이행불능으로 소멸되어 존재하지 않게 되므로, 피고에게 소유권이전등기의 말소를 구하는 원고의 채권자대위소송은 당사자적격 흠결로 부적법하다고 봄이 옳다. ☜ 대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960, 104977 판결; 원고는 교회 유지재단 소속의 지교회로서 법인 아닌 사단이고, 피고는 원고의 대표자(담임목사)였는데, 1심피고와 위 재단 사이의 토지인도 등 사건에서 피고가 조정에 참가한 가운데 "① 위 재단은 1심피고에게 … 잔금 1,000만 원을 각 지급한다. ② 1심피고는 ①항 기재 잔금을 지급받음과 동시에, 피고에게 사건 토지에 관하여 2000. 8. 19. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행한다."는 조정이 성립되었고(위 ②항에는 괄호 안에 "원고가 위 토지를 매수한 것이나, 편의상 피고 명의로 소유권이전등기를 경료하여 두는 것이다"라는 기재가 부기됨), 피고는 조정조서에 기하여 1심피고로부터 소유권이전등기를 마친 사안(3자간 등기명의신탁)에서, **원심**이, 위 조정에서 성립한 원고와 피고 사이의 명의신탁약정은 무효이고, 그에 따라 이루어진 위 소유권이전등기 역시 부동산실명법 제4조 제2항에 의하여 효력이 없다고 한 뒤, 원고가 1심피고를 대위하여 피고에게 위 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 원고의 청구를 인용한 데 대하여, **대법원**은, "원고와 피고 사이의 명의신탁약정이 부동산실명법에 위반되어 무효이기는 하나, 위 조정조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고, 조정당사자인 1심피고와 조정참가인인 피고 사이에 조정의 내용이 된 법률관계에 관하여 기판력이 생기는 것이다. 따라서 조정조서의 내용이 강행법규에 위반된다고 할지라도 준재심절차에 의하여 취소되지 아니하는 한 1심피고가 피고에 대하여 조정조서에 기하여 마쳐진 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 조정조서의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다. 그렇다면 1심피고의 원고에 대한 소유권이전등기의무는 다른 특별한 사정이 없는 한 이행불능이 되었다고 할 것이어서, 원고의 1심피고에 대한 소유권이전등기청구권은 인정되지 아니한다. 결국 원고가 1심피고에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 1심피고를 대위하여 피고에게 소유권이전등기의 말소를 구하는 이 사건 소는 그 피보전권리가 인정되지 아니하는 이상 원고에게 당사자적격이 없어 부적법하다고 할 것이다."라고 판시.

1080) 대법원 2002. 12. 6. 선고 2002다44014 판결.
그런데 소유권이전등기의무의 이행을 명하는 집행권원의 성립 후 등기의무자가 임의로 그 의무를 이행하였는데 다시 그 집행권원에 기하여 등기가 이루어진 경우, 그 등기는 실효된 집행권원에 기한 것으로서 무효이다(대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카10552 판결: "등기의무와 같은 의사의 진술을 명하는 채무명의는 채무자가 임의로 그 등기의무를 이행하여 등기가 경료되면 그 효력을 상실한다 할 것이므로 그 후 다른 사정에 의하여 다시금 그 채무명의에 기하여 동일한 등기가 경료되었다 하더라도 이는 실효된 채무명의에 기한 것으로서 무효의 등기라 할 것이다. 왜냐하면 위와 같은 경우 채권자는 채무명의에 기한 등기의사와 채무자의 임의이행에 의한 등기의사의 2개의 의사표시를 함께 가지고 있는 셈이 되어 채권자가 그중 1개의 등기의사에 기하여 등기절차를 경료하면 나머지 1개의 등기의사는 그 목적을 달성하여 소멸한다고 봄이 상당하기 때문이다.").

1081) 대법원 1995. 3. 24. 선고 93다52488 판결; "확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 자체에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니어서, 이 사건의 경우 가등기에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 명한 전소 판결의 기판력은 소송물인 소유권이전등기청구권의 존부에만 미치고 그 등기청구권의 원인이 되는 채권계약의 존부나 판결이유 중에 설시되었을 뿐인 가등기의 효력 유무에 관한 판단에는 미치지 아니한다고 할 것이고, 따라서 이 사건에서 만일 원고가 후소로써 위 가등기에 기한 소유권이전등기의 말소를 청구한다면 이는 1물 1권주의의 원칙에 비추어 볼 때 전소에서 확정된 원고의 소유권이전등기청구권을 부인하고 그와 모순되는 정반대의 사항을 소송물로 삼은 경우에 해당하여 전소 판결의 기판력에 저촉된다고 할 것이지만, 이와 달리 위 가등기만의 말소를 청구하는 것은, 전소에서 판단의

위와 같이 소송물이 동일하거나 선결문제 또는 모순관계에 의하여 기판력이 미치는 객관적 범위에 해당하지 아니하는 경우에는, 전소 판결(건물 소유권이전등기 '말소등기' 이행의 승소확정판결)의 변론종결 후에 당사자(말소등기의무자)로부터 계쟁물(건물) 등을 승계한 자(전득자)가 후소(건물 인도 및 차임 상당 부당이득반환 청구)를 제기하더라도 그 후소에 전소 판결의 기판력이 미치지 아니한다.[1082]

채무자와 수익자 사이의 소송절차에서 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소로 인한 원상회복으로써 말소되는 것은, 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것이 아니다.[1083]

(6) 기판력의 시적 범위(표준시)

확정판결의 기판력의 표준시는 '사실심 변론종결 시'(무변론 판결의 경우에는 '선고 시')[1084]이다(재심사건에서 법원이 재심사유는 있다고 인정하면서도 재심대상판결의 변론종결 후의 사유를 이유로 재심청구를 기각한 경우, 그 기판력의 표준시는 재심대상판결의 변론종결 시가 아니라 '재심판결의 변론종결 시'이고,[1085] 화해권고결정의 경우에는 그 '확정 시'이다).[1086]

기판력은 표준시 당시 권리관계의 존부 판단에 생기므로, 당사자는 전소의 표준시(변론

전제가 되었을 뿐이고 그로써 아직 확정되지는 아니한 법률관계를 다투는 것에 불과하여 전소 판결의 기판력에 저촉된다고 볼 수 없는 것이다."

1082) 대법원 2014. 10. 30. 선고 2013다53939 판결; 甲 등이 乙을 상대로 건물 등에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차 이행을 구하는 소를 제기하여 승소확정판결(前訴)을 받았는데, 위 판결의 변론종결 후에 乙로부터 건물 등의 소유권을 이전받은 丙이 甲 등을 상대로 위 건물의 인도 및 차임 상당 부당이득의 반환을 구하는 소(後訴)를 제기한 사안에서, 원심이, '丙이 변론종결 후의 승계인이어서 전소 확정판결의 기판력이 미쳐 건물 등의 소유권을 취득할 수 없다'고 한 데 대하여, 대법원은, '전소 판결에서 소송물로 주장된 법률관계는 건물 등에 관한 말소등기청구권의 존부이고 건물 등의 소유권의 존부는 전제가 되는 법률관계에 불과하여 전소 판결의 기판력이 미치지 아니하고, 전소인 말소등기청구권에 대한 판단이 건물인도 등 청구의 소의 선결문제가 되거나 건물인도청구권 등의 존부가 전소의 소송물인 말소등기청구권의 존부와 모순관계에 있다고 볼 수 없어 전소의 기판력이 건물인도 등 청구의 소에 미친다고 할 수 없으며, 이는 원고(丙)가 전소 판결의 변론종결 후에 乙로부터 건물을 매수하여 소유권이전등기를 마쳤더라도 마찬가지'라고 하고, '원고(丙)에 대한 승계집행문 부여 가능성은 별론으로 하고, 피고들(甲 등)이 전소 판결을 집행하지 아니하여 건물에 관하여 원고 명의의 소유권이전등기가 마쳐져 있는 이상 원고는 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정되므로, 이 사건에 기판력이 미치지 아니하는 전소 판결의 기판력을 원고가 받는다는 이유만으로 원고의 소유권을 부정할 수는 없다. 따라서 원심은 전소 판결과 관계없이 건물에 관한 소유권을 전제로 하는 원고의 이 사건 청구에 대한 당부를 심리하여 판단했어야 할 것이다.'라고 한 예.

1083) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다204783 판결(채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채권자와 채무자 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아니기 때문이다).

1084) 민사소송법 제218조 제1, 2항, 민사집행법 제44조 제2항 참조.

1085) 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다25151 판결; 재심대상판결에 위증죄 확정판결로 재심사유는 있다고 인정되지만, 재심원고가 소유권이전등기를 구하는 부동산에 관하여 재심대상판결 후에 재심피고로부터 제3자 명의로 소유권이전등기가 경료되었으므로 재심피고의 소유권이전등기의무는 이행불능이 되었고 따라서 재심대상판결은 결과에 있어서 정당하다고 판단하여 재심청구를 기각한 사안.

1086) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다2558 판결.

종결 시) 이전에 존재한 사유로서 당사자가 '주장하였거나 주장할 수 있었던' 모든 '공격 및 방어방법'[1087]('별개의 청구원인'을 구성하는 사실관계 주장에는 미치지 않는다)[1088]을 '동일한 소송물'에 관한 후소에서 제출하여 전소에서 확정된 권리관계와 다른 판단을 구할 수 없으나(표준시 이전 사유에 기초한 주장·항변 제출의 실권효·차단효·배제효[1089]; 전소에서 당사자가 그 공격방어방법을 '알지 못하여' 주장하지 못하였는지 나아가 그와 같이 알지 못한 데 '과실'이 있는지는 묻지 아니한다),[1090] 전소의 표준시(변론종결 시) 후에 '새로 발생한 사유'가 있어 전소 판결과 모순되는 '사정 변경'이 있는 경우(상속재산분할협의, 상속재산분할심판 확정에 의한 소유권의 취득, 정지조

1087) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2020다231928 판결; "부당이득반환청구에서 법률상의 원인 없는 사유를 계약의 불성립, 취소, 무효, 해제 등으로 주장하는 것은 공격방법에 지나지 않으므로, 그중 어느 사유를 주장하여 패소한 경우에 다른 사유를 주장하여 청구하는 것은 기판력에 저촉되어 허용할 수 없다. 또한 판결의 기판력은 그 소송의 변론종결 전에 주장할 수 있었던 모든 공격방어방법에 미치는 것이므로, 그 당시 당사자가 알 수 있었거나 또는 알고서 이를 주장하지 않았던 사항에 한해서만 기판력이 미친다고 볼 수 없다."

1088) 예컨대, 소유권이전등기가 원인무효라는 이유로 그 등기의 말소를 명하는 판결이 확정되었다고 하더라도 그 확정판결의 기판력은 그 소송물이었던 말소등기청구권의 존부에만 미치므로, 그 소송에서 패소한 당사자도 전소에서 문제된 것과는 전혀 '다른 청구원인(매매)'에 기하여 상대방에 대하여 소유권이전등기청구를 할 수 있다(대법원 1995. 6. 13. 선고 93다43491 판결).

1089) ◎ **표준시 이전 사유로서 기판력에 저촉된다고 본 사례**
❶ 94다41430; 대여금 중 일부를 변제받고도 이를 속이고 대여금 전액에 대하여 소송물 제기하여 승소 확정판결을 받은 후 강제집행에 의하여 위 금원을 수령한 채권자에 대하여, 채무자가 그 일부 변제금 상당액은 법률상 원인 없는 이득으로서 반환되어야 한다고 주장하면서 부당이득반환 청구를 하는 경우, 그 변제주장은 대여금반환청구소송의 확정판결 전의 사유로서 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 아니하는 한 그 판결의 기판력에 저촉되어 이를 주장할 수 없으므로, 그 확정판결의 강제집행으로 교부받은 금원을 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없다고 한 예. ❷ 2005다10814; "어음금채무가 시효소멸하면 그 지급보증채무는 부종성에 따라 당연히 소멸되는 것이지만, 어음금채무가 어음양수인이 지급보증채무자를 상대로 그 보증채무의 이행을 구하는 소송의 사실심 변론종결 전에 이미 시효소멸되었음에도 불구하고 그 소송에서 어음양수인이 승소확정판결을 받을 경우에 있어서는 지급보증채무자는 어음양수인에 대한 관계에서 보증책임을 면할 수 없다." ❸ 대법원 1995. 1. 24. 선고 94다28017 판결; "부동산의 취득시효에 있어서 점유기간의 산정기준이 되는 점유개시의 시기나 그 점유가 자주점유인지의 여부를 가리는 점유의 권원과 같은 사실은 모두 취득시효의 요건사실인 점유기간이나 자주점유를 추정하는 징표인 간접사실에 불과하여 법원으로서는 이에 관한 당사자의 주장에 구속되지 아니하고 소송자료에 의하여 인정하여야 하는 것이므로, 전소에서 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하였다가 그 점유가 타주점유라는 이유로 패소판결을 받은 당사자가 전소의 청구원인을 이루고 있던 전소 변론종결전의 점유사실 중의 일부나 전부를 다시 후소의 청구원인으로 삼으면서 그 점유권원과 점유개시의 시기를 달리 주장하는 것은 전소의 변론종결전에 존재하였으나 제출하지 않은 공격방법을 그 뒤 후소에 제출하여 전소와 다른 판단을 구하는 것에 해당하여, 전소판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다." ⇔ 반면에, 취득시효의 기초가 되는 점유의 주체와 시효완성시기 및 시효취득으로 인한 효과의 귀속자를 달리하여 양자를 동일한 소송이라 할 수 없는 경우로서, 甲, 乙의 점유의 승계를 주장한 전소의 기판력이 乙만의 점유의 승계를 주장한 후소에는 미치지 않는다고 한 예로는 93다41303 참조.

1090) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011다49981 판결; 甲이 乙 종친회와 토지거래허가구역 내 토지를 매수하는 내용의 매매계약을 체결한 후 乙 종친회를 상대로 소를 제기하여 소유권이전등기절차이행 청구는 기각되고 토지거래허가신청절차이행 청구는 인용한 판결이 확정되었는데, **변론종결 전**에 이미 위 토지가 **토지거래허가구역**에서 **해제**되었음에도 甲은 전소에서 그러한 사실을 주장하지 아니하였고 전소 법원은 위 토지가 토지거래허가구역 내에 위치하고 있음을 전제로 판결을 선고하였으며, 그 후 甲이 토지거래허가를 받은 다음 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기한 **사안**에서, 전소와 후소의 소송물이 모두 매매계약을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권으로서 동일하므로 후소는 전소 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없고, 甲이 위 토지가 **토지거래허가구역**에서 **해제**되어 **매매계약이 확정적으로 유효**하게 되었다는 사정을 알지 못하여 전소에서 주장하지 못하였다고 하더라도 후소에서 이를 주장하여 전소 법률관계의 존부와 모순되는 판단을 구하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 반한다고 한 사례.

건의 성취, 허가·인가 등 법률행위의 특별효력요건인 법정조건의 성취, 준재심에 의한 제소전화해의 취소 등)[1091]에는 전소의 기판력에 의해 확정된 법률효과를 다시 다툴 수 있다(채무자는 기판력의 '표준시 뒤에 생긴 사유'(이의사유)로 확정판결 등 기판력 있는 집행권원의 집행력 배제를 구하는 '청구이의의 소'(민사집행법 제44조)를 제기할 수 있다. '이의사유' 해당 여부에 관하여는 후술하는 '민사집행법-청구이의의 소' 부분 참조).

여기에서 '변론종결 후에 발생한 새로운 사유'라 함은, '새로운 사실관계'를 말하는 것일 뿐, 기존의 사실관계에 대한 새로운 증거자료가 있다거나 새로운 법적 평가 또는 그와 같은 법적 평가가 담긴 다른 확정판결[1092]의 존재(기판력 있는 전소판결의 변론종결 후

1091) ◎ **표준시 후의 새로운 사실관계로서 기판력에 저촉되지 않는다고 본 사례**
❶ 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다24340 판결; "상속재산분할협의가 전소의 변론종결 후에 이루어졌다면 비록 그 상속재산분할의 효력이 상속이 개시된 때로 소급한다 하더라도, 상속재산분할협의에 의한 소유권의 취득은 전소의 변론종결 후에 발생한 사유에 해당한다." **[동일 판시]** 상속재산분할심판의 확정(대법원 2020. 7. 23. 선고 2017다249295 판결). ❷ 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다50909 판결; "전소에서 **정지조건 미성취**를 이유로 **청구가 기각**되었다 하더라도 변론종결 후에 그 조건이 성취되었다면, 이는 **변론종결 후의 취소권이나 해제권과 같은 형성권 행사의 경우와는 달리** 동일한 청구에 대하여 다시 소를 제기할 수 있는 것이다." ❸ 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다41971 판결; "이 사건 매매계약은 부재자 소외 1의 재산관리인이었던 소외 2가 권한을 초과하여서 체결한 것으로 법원의 허가를 받지 아니하여 무효라는 이유로 청구가 기각되어 확정되었다고 하더라도, 패소판결의 확정 후에 위 권한 초과행위에 대하여 법원의 허가를 받게 되면 다시 이 사건 매매계약에 기한 소유권이전등기청구의 소를 제기할 수 있는 것이다." ❶ 92다16157; 소유권이전등기나 가등기가 확정판결로 경료된 것이라고 하더라도, 위 각 등기가 채권담보의 목적으로 경료된 것인 이상, 채무자가 확정판결 후에 채무액을 채권자에게 모두 변제하였음을 이유로 위 각 등기의 말소를 청구하는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되지 않는다고 한 예. ❺ 80다56; 전소나 후소가 같은 부동산에 대한 같은 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구 사건이나 전소는 대금감액을 주장하였다가 그 사실이 인정되지 아니하여 원고의 청구가 배척된 것이고 후소는 감액을 주장하였던 대금을 변제공탁한 후 제기한 것이면 후소가 전소의 기판력에 저촉되지 아니한다고 한 예. ❻ 88다3116; 甲이 乙을 상대로 소유권이전등기말소등기청구의 소를 제기하였다가 위 등기 앞에 있는 丙 명의의 소유권이전등기의 원인이 된 제소전화해가 유효하게 존속중이라는 이유로 패소확정판결을 받자, 준재심의 소로 제소전화해를 취소시킨 후, 동일한 청구원인의 후소를 제기하였다면, 제소전화해가 취소되었다는 사유는 전소 변론종결 후에 새로이 발생한 사실이므로 甲이나 그의 변론종결후 승계인은 재차 동일한 소를 제기할 수 있다고 한 예.

1092) ◎ **전소 표준시 후 '다른 관련 판결의 확정'이 '새로운 사실관계'에 해당하지 않는다고 본 사례**
❶ 대법원 2016. 8. 30. 선고 2016다222149 판결; 甲 등이 乙 회사와 甲 등 소유의 토지 위에 아파트를 신축하되 일부 세대를 공사대금 명목으로 乙 회사에 대물변제하기로 약정하고, 아파트 개별 세대에 관하여 甲 등 각자를 1/5 지분 소유권자로 하여 소유권보존등기를 마친 상태에서 乙 회사로부터 아파트를 분양받아 점유하고 있는 丙을 상대로 소유권에 기한 방해배제청구로서 건물인도를 구하는 소(제1차 인도소송)를 제기하였으나, 丙이 분양에 관한 처분권한을 가진 乙 회사와 매매계약을 체결하여 아파트를 매수하였으므로 이를 점유할 정당한 권원이 있다는 이유로 패소판결이 선고되어 확정되었는데, 그 후 乙 회사가 丙을 상대로 매매계약의 무효 확인을 구하는 소를 제기하여 매매계약이 乙 회사를 대리할 정당한 권한이 있는 사람에 의하여 체결되었다는 증거가 없어 무효라는 취지의 판결이 선고되어 확정되자, 다시 甲 등이 丙을 상대로 공유물에 대한 보존행위로서 건물인도를 구하는 소(제2차 인도소송)를 제기한 **사안**에서, 제1차 인도소송과 제2차 인도소송의 소송물은 모두 소유권에 기한 방해배제를 구하는 건물인도 청구권으로 동일하고, 매매계약이 정당한 권한이 있는 사람에 의하여 체결되어 丙이 아파트를 점유할 정당한 권원이 있는지는 제1차 인도소송의 변론종결 전에 존재하던 사유로 甲 등이 제1차 인도소송에서 공격방어방법으로 주장할 수 있었던 사유에 불과하고 그에 대한 법적 평가가 담긴 무효확인 소송의 확정판결이 제1차 인도소송의 변론종결 후에 있었더라도 이를 변론종결 후에 발생한 새로운 사유로 볼 수도 없으므로, 제2차 인도소송은 제1차 인도소송의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다고 한 예. ❷ 91다24847; 원고들이 소외 1을 대위하여 피고들을 상대로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하였으나 그 사실심 변론종결 전에 이미 소외 2 앞으로 소유권이전등기가 넘겨졌으므로 피고들의 소외 1에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되었다는 피고들의 항변이 받아들여지고 소외 2 명의의 소유권이전등기는 통정허위표시에 기한 원인무효의 등기라는 원고들의 재항변은

그와 저촉되는 후소판결이 확정된 경우에도, 전소판결의 기판력이 차단되지는 않고, 두 판결은 저촉되는 상태로 병존한다),[1093] 법률의 변경,[1094] 판례의 변경, 판결의 전제가 된 법률에 관한 위헌결정,[1095] 판결의 기초가 된 행정처분의 변경[1096] 등의 사정은 그에 포함되지 아니한다.[1097]

배척되어 원고 패소판결이 확정되었는데(전소), 원고들은 그 후 소외 2를 상대로 한 새로운 소송에서 소외 2 명의의 소유권이전등기는 그 일부지분은 통정허위표시에 해당되고 나머지 부분은 2중매도의 배임행위에 적극가담한 반사회질서의 법률행위에 해당되어 무효라는 승소확정판결을 받은 다음, 이를 이유로 피고들을 상대로 전소와 동일한 청구원인에 기하여 이 사건 후소를 제기한 **사안**에서, 원심이, 동일 당사자 사이에 이미 패소판결이 확정된 사항에 관하여 다시 동일한 청구를 하는 것에 불과하여 전소의 판결의 기판력에 저촉된다고 판단한 것은 정당하고, "소외 2 명의의 소유권이전등기가 통정허위표시 또는 반사회질서의 법률행위에 해당되어 원인무효라는 것은 전소에서도 공격방법으로 주장할 수 있었던 것이고, 또 원고들은 실제로 전소에서 통정허위표시라는 점을 주장하기도 한 것이어서 전소의 변론종결 이후에 그 등기가 원인무효라는 점이 별도의 확정판결에 의하여 확정되었다 한들 이것이 변론종결 이후에 새로 발생한 사유라고는 할 수 없다."고 판시한 예.

⇔ 전소 표준시 후 '다른 관련 판결의 확정'이 '새로운 사실관계'에 해당한다고 본 사례

❶ 94다46817: 乙로부터 丙 앞으로 소유권이전등기가 경료되어 있기 때문에 乙의 甲에 대한 소유권이전등기의 무가 이행불능이라는 이유로 甲이 乙을 상대로 한 소유권이전등기 청구소송에서 청구기각 판결이 확정된 후, 乙이 丙을 상대로 소유권이전등기 말소청구 소송을 제기하여 승소판결을 받아 등기부상 소유권을 회복한 경우, 乙은 甲에 대하여 소유권이전등기의무를 부담한다고 봄이 신의성실의 원칙상 당연하므로, 종전의 甲 패소판결 확정 후 사정변경이 생긴 이상 乙에 대하여 甲 앞으로 소유권이전등기절차의 이행을 명한 원심판결이 전소의 기판력에 저촉되지 않는다고 한 예. ❷ 91다27723: 전소인 국가에 대한 손해배상청구가 분배농지에 대한 소유권회복이 불가능하게 되었다는 주장이 배척되어 기각되었는데 그 후 소유권회복을 위한 등기청구가 기각되었다면 이로써 소유권회복이 불가능하다는 것이 객관적으로 판명된 것으로서 사정의 변경이 있는 것으로 보아야 하므로 전소와 동일한 청구원인사실로 제기한 손해배상청구의 후소가 전소의 기판력에 저촉되어 허용할 수 없다고 하는 것은 불합리하다고 한 사례.

1093) 대법원 1997. 1. 24. 선고 96다32706 판결: "기판력 있는 전소판결과 저촉되는 후소판결이 그대로 확정된 경우에도 전소판결의 기판력이 실효되는 것이 아니고 재심의 소에 의하여 후소판결이 취소될 때까지 전소판결과 후소판결은 저촉되는 상태대로 그냥 기판력을 갖는 것이고, 후소판결의 기판력이 전소판결의 기판력을 복멸시킬 수 있는 것도 아니므로 기판력 있는 전소판결의 변론종결 후에 이와 저촉되는 후소판결이 확정되었다는 사정은 변론종결 후에 발생한 새로운 사유에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 기판력 있는 전소판결의 기판력이 미치는 자 사이에서 위와 같은 사정을 들어 전소판결의 기판력이 미치지 않게 되었다고 할 수 없다."

1094) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2019다215272 판결: "승소판결이 확정된 후 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 '소송촉진법'이라고 한다)의 변경으로 소송촉진법 소정의 지연손해금 이율이 달라졌다고 하더라도 그로 인하여 선행 승소확정판결의 효력이 달라지는 것은 아니고, 확정된 선행판결과 달리 변경된 소송촉진법상의 이율을 적용하여 선행판결과 다른 금액을 원고의 채권액으로 인정할 수 있는 것도 아니다."

1095) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19572 판결: "승소확정판결에서 지급을 명한 원리금액에 구 소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 개정되기 이전의 것) 제3조 제1항 본문 등에 따른 연 2할 5푼의 비율에 의한 지연손해금이 포함되어 있는데 … 헌법재판소의 위헌결정이 선고됨으로써 위 구 소촉법 규정이 위헌임이 확인되었다고 하더라도, 그로 인하여 위 승소확정판결의 효력이 달라지는 것은 아니며"

1096) 대법원 1981. 11. 10. 선고 80다870 전원합의체 판결: 관재국장이 귀속재산을 소외 회사에 매도(불하)하고 그 이전등기가 된 뒤에 관재국장이 위 매각처분을 취소하자 국가가 이를 이유로 소외 회사 등을 상대로 제기한 소유권이전등기말소청구의 소(전소)가 국가 승소로 확정된 뒤, 소외 회사가 제기한 행정소송에서 위 매각처분 취소처분을 취소한 판결이 확정되었다면, 소외 회사는 재심을 구함은 별론으로 하고, 국가에 대하여 위 매각을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것은 전소 민사확정판결의 기판력에 저촉된다고 한 예. ⇔ 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다7001 판결: 공상 군인이 국가배상법에 의한 손해배상 청구소송을 제기하였으나 다른 법령에 의한 보상을 받을 수 있다는 이유로 패소 확정판결이 선고된 후 구 국가유공자예우등에관한 법률상의 보상을 받기 위한 신체검사에서 등외 판정을 받아 보훈수혜 대상자가 될 수 없음이 판명된 경우, 이는 종전의 확정판결이 있은 후에 비로소 그 판결에서 전제로 삼은 바와는 다르게 다른 법령에서 보상을 받을 수 없음이 객관적으로 판명되게 된 것이어서 판결 확정 후에 새로운 사유가 발생하여 사정변경이 있은 경우에 해당한다고 할 수 있고, 이를 들어 법령이나 판례 혹은 판결의 기초가 된 행정처분의 변경이 있은 것과 마찬가지라고는 볼 수 없으므로, 종전의 확정판결과 동일한 청구원인으로 소를 제기하더라도 종전 확정판결의 기판력에 저촉된다고 할 수 없다고 한 예.

전소 확정판결의 변론종결 후에 발생한 '취소권·해제권'을 행사하여 후소에서 주장하는 것은 전소의 기판력에 저촉되지 아니하나,[1098] 전소 확정판결의 변론종결 이전에 이미 발생한 취소권·해제권을 전소 변론종결 후 행사하여 후소에서 전소의 기판력을 부정할 수는 없다.[1099] '백지보충권' 행사의 주장도 기판력에 의해 차단된다.[1100] 일반적인 형성권과 달리, '상계권',[1101] 토지임차인의 '건물매수청구권'[1102]의 경우에는 전소 확정판결의 기판력에 의해 실권되거나 그 행사가 차단되지 않는다.

'상속포기'는 전소 확정판결의 기판력에 의해 차단되나, '한정승인'은 차단되지 않는다.[1103]

말소등기청구의 전소에서 원고가 주장한 사유나 후소에서 주장하는 사유들이 모두 등기의 원인무효를 뒷받침하는 공격방법에 불과한 것이고 전소의 변론종결 '전'에 발생한 사유라면, 전소와 후소는 그 소송물이 동일하여 후소에서의 주장사유들은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.[1104]

확정판결에 기한 집행이 권리남용인 경우 청구이의의 소로 집행력의 배제를 구할 수

1097) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2016다222149 판결.

1098) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다17680 판결.

1099) 대법원 1979. 8. 14. 선고 79다1105 판결; "확정된 법률관계에 있어 동 확정판결의 구두변론종결 전에 이미 발생하였던 취소권(또는 해제권)을 그 당시에 행사하지 않음으로 인하여 취소권자(또는 해제권자)에게 불리하게 확정되었다 할지라도 확정 후 취소권(또는 해제권)을 뒤늦게 행사함으로써 동 확정의 효력을 부인할 수는 없게 되는 것이다." ☞ '서면에 의하지 아니한 증여'의 '해제(철회)'에 관한 사안이어서 법정해제 등의 경우에도 일반론으로 적용할 수 있는지 의문이 있을 수 있으나, 법정해제권에 관한 사안인 80다2751 판결, 92다1353 판결도 위 79다1105 판결의 일반론과 같은 취지로 판단하였다.

1100) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다59230 판결; "약속어음의 소지인이 어음요건의 일부를 흠결한 이른바 백지어음에 기하여 어음금 청구소송('전소')을 제기하였다가 위 어음요건의 흠결을 이유로 청구기각의 판결을 받고 위 판결이 확정된 후, 위 백지 부분을 보충하여 완성된 어음에 기하여 다시 전소의 피고에 대하여 어음금 청구소송('후소')을 제기한 경우에는, 원고가 전소에서 어음요건의 일부를 오해하거나 그 흠결을 알지 못했다고 하더라도, 전소와 후소는 동일한 권리 또는 법률관계의 존부를 목적으로 하는 것이어서 그 소송물은 동일한 것이라고 보아야 할 것이다. … 약속어음의 소지인이 전소의 사실심 변론종결일까지 백지보충권을 행사하여 어음금의 지급을 청구할 수 있었음에도 위 변론종결일까지 백지 부분을 보충하지 않아 이를 이유로 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 후에 백지보충권을 행사하여 어음이 완성된 것을 이유로 전소 피고를 상대로 다시 동일한 어음금을 청구하는 경우에는, 위 백지보충권 행사의 주장은 특별한 사정이 없는 한 전소판결의 기판력에 의하여 차단되어 허용되지 않는다고 할 것이다."

1101) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41443 판결(뒤에 나오는 '채권총칙-상계' 부분 참조).

1102) 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다42195 판결(뒤에 나오는 '채권각칙-임대차' 부분 참조).

1103) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다79876 판결(뒤에 나오는 '민사집행법-청구이의의 소' 부분 참조).

1104) ① 대법원 1993. 6. 29. 판결; 등기 무효사유로, 전소 패소확정판결에서 '등기서류 위조'와 '기망에 의한 취소'를 주장하였는데, 후소에서도 동일한 사유를 주장한 사안(93다11050). ② 등기 무효사유로, 전소 패소확정판결에서는 '변제공탁으로 인한 피담보채무 소멸'을, 후소에서는 전소 변론종결 전 사유로서 '회사의 유일 재산처분에 대한 주주총회 특별결의 부존재'를 주장한 사안(92다32876). ③ "전소의 변론종결 전까지 주장할 수 있었던 무효사유는 그것이 무권대리행위, 불공정한 법률행위이거나 또는 통모허위표시에 의한 매매무효를 이유로 하거나 간에 다 같이 청구원인인 등기원인이 무효임을 뒷받침하는 이른바 독립된 공격방법에 불과하여 서로 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니"라고 판시한 예(82다카148). ④ 전소에서 한 사기에 의한 매매의 취소 주장과 후소에서 한 매매의 부존재 또는 불성립의 주장은 다 같이 청구원인인 등기원인의 무효를 뒷받침하는, 독립된 공격방어방법에 불과하다고 한 예(80다1548).

있으나, 집행이 종료된 후에 권리남용을 이유로 집행에 따른 효력 자체를 다투는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.[1105]

(7) 기판력의 객관적 범위

확정판결의 기판력은 '주문에 포함된 것'에 한하여 미치는데,[1106] 이는 판결의 '결론' 부분, 즉 '소송판결'의 경우에는 그 판결에서 확정한 '소송요건의 흠결'에 관하여만(소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 기판력의 제한을 받지 않고, 부적법한 소를 각하하지 않고 주문에서 기각한 경우 본안에 관하여 기판력이 생기지 않는다),[1107] '본안판결'의 경우에는 '소송물'로 주장된 '권리관계(장래이행 부분 포함[1108])의 존재·부존재'에 관한 판단의 '결론'[1109](법원이 전혀 판단하지 아니한 청구 부분에 관하여서는 기판력이 생길 수 없다[1110])에만 미치

1105) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다291313 판결: "확정판결에 의한 권리라 하더라도 신의에 좇아 성실히 행사되어야 하고 판결에 기한 집행이 권리남용이 되는 경우에는 허용되지 않으므로, 집행채무자는 청구이의의 소에 의하여 집행의 배제를 구할 수 있으나, 확정판결은 소송당사자를 기속하는 것이므로 재심의 소에 의하여 취소되거나 청구이의의 소에 의하여 집행력이 배제되지 아니한 채 확정판결에 기한 강제집행절차가 적법하게 진행되어 종료되었다면 강제집행에 따른 효력 자체를 부정할 수는 없고, 강제집행이 이미 종료된 후 다시 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다는 등의 사유를 들어 강제집행에 따른 효력 자체를 다투는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다."

1106) **민사소송법 제216조(기판력의 객관적 범위)** ① 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다. ② 상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다.

1107) ◎ **소송판결의 기판력**
대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다270633 판결: "소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정한 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결이 보완된 상태에서 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다."('재판상 화해가 성립된 것으로 간주'하는 법조항을 근거로 원고의 선행소송이 권리보호이익 흠결로 부적법 각하되어 확정되었으나, 법원에 기속력이 있는 헌법재판소의 위 법조항에 대한 위헌결정으로 선행소송의 각하판결에서 확정된 소송요건의 흠결이 보완되었다고 보아, 후행소송이 위 각하판결의 기판력에 저촉되어 부적법하다는 본안전항변을 배척한 예) ☛ ❶ 확정된 각하판결은, 원고가 제3자에 대하여 가처분기입등기의 회복등기절차 이행을 구하면서 피고에 대하여는 이해관계인으로서 그 승낙을 구하는 청구가 부적법하다는 것이고, 원고의 새로운 청구는 회복등기에 대한 승낙 청구로서 당사자의 신청에 의한 회복등기가 아닌 법원의 촉탁에 의한 회복등기 절차를 대상으로 하고 있어, 그 각 승낙 의사표시의 대상을 달리함으로써 위 확정된 각하판결의 기판력이 새로운 청구에는 미치지 아니한다고 한 예(97다25521). ❷ 甲 명의의 소유권보존등기와 乙 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 토지의 점유자인 丙이 乙에 대하여는 가장매매임을 이유로 한 소유권이전등기의 말소를 구하고 甲에 대하여는 약정에 기한 소유권이전등기를 구하였으나, 甲에 대한 청구는 기각되고 乙에 대한 청구는 각하되어 패소 확정된 경우, 전소 확정판결의 기판력은 甲과의 약정에 기한 소유권이전등기청구권의 존부와 乙에 대한 소송요건의 흠결에 관하여만 미치고 乙의 소유권 자체의 존부에까지 미치는 것은 아니므로, 乙이 丙을 상대로 제기한 토지인도 등 후소에서 丙은 乙 명의의 소유권이전등기가 가장매매에 기한 원인무효의 것임을 내세워 乙의 소유권을 부인할 수 있다고 한 예(96다31406). ❸ 확인의 소에서 법원이 확인의 이익이 없다는 이유로 청구를 기각한다는 판결을 한 경우에도 그 청구의 본안에 대한 기판력은 발생하지 아니한다고 판시한 예(79다575). ☞ 소송 목적물의 불특정으로 각하하여야 함에도 기각한 경우도 마찬가지이다.

1108) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2019다215272 판결: "이행판결의 주문에서 그 변론종결 이후 기간까지의 급부의무의 이행을 명한 이상 그 확정판결의 기판력은 그 주문에 포함된 기간까지의 청구권의 존부에 대하여 미친다." ☞ 장래 이행기 도래분까지의 정기금의 지급을 명하는 판결이 확정된 경우 그 소송의 사실심 변론종결 후에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 뚜렷하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 해할 특별한 사정이 생긴 때에는 전소에서 명시적인 일부청구가 있었던 것과 동일하게 평가하여 전소판결의 기판력이 그 차액 부분에는 미치지 않는다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결).

1109) ❶ 1987. 6. 11.자 해고의 무효확인을 구하였다가 그 일자에 해고되었음을 인정할 증거가 없다는 이유로 패소

고(따라서 예컨대, 동시이행의 항변권 등에 따른 '상환이행판결'의 기판력은, 상환이 조건으로 붙어 있다는 점에 미치고(따라서 무조건의 이행의무가 있다는 주장은 기판력에 저촉된다), 상환이행을 명한 반대채권의 존부나 그 수액에는 미치지 아니한다[1111]), 판결 이유 중에 판단된, ① '법규의 해석 적용'이나 ② '사실 인정(후소에 유력한 증거자료로서의 효력, 즉 '증명효'는 인정된다[1112])',[1113] ③ 항변(예외;

확정판결을 받은 후, 피고회사가 전소에서 주장한 1987. 8. 3.자 해고의 무효확인을 구한 사안에서, "해고무효확인의 소는 해고 즉, 근로계약관계를 종료시킨 사용자의 일방적인 의사표시라는 과거의 법률행위가 무효라는 점에 대하여 판결로써 공적 확인을 하여 달라는 것이므로, 그 확인심판의 대상(소송물)은 소장의 청구취지에 표시된 해고의 무효 여부 그 자체로 보아야 할 것이고, 판결의 기판력에 의하여 확정되는 사항도 심판의 대상으로서 판결 주문에 포함된 해고처분의 무효 여부에 관한 법률적 판단의 내용"이라고 판시한 다음, 전소와 후소의 소송물을 별개로 본 사례(92다20149). ❷ 원고는 이혼 등 가사소송(전소)에서 재산분할청구를 하면서 그 청구원인으로 원·피고 간 상가임대수익분배약정을 포함하여 주장하였고, 법원도 그 주장을 분할대상 재산 및 가액에 관한 부분에서 판단하였음을 알 수 있을 뿐, 원고가 위 재산분할청구와는 별도로 위 분배약정에 근거한 미정산 임대수익의 지급을 구하는 청구를 병합하여 제기하였다거나, 법원이 원고의 주장을 민사청구로 판단하여 기각하였다고 볼 수 없다는 이유로, 이혼 등 전소 확정판결의 기판력이 민사청구인 이 사건 미정산 임대수익 지급청구에 미친다고 할 수 없다고 한 예(대법원 2021. 6. 24. 선고 2018다243089 판결).

1110) 대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결; "법원이 구체적 소송사건에 대하여 당사자의 변론을 거쳐 종국판결을 선고하여 그 판결이 확정됨으로써 형식적 확정력이 발생하면 그 판결의 판단내용에 따른 기판력이 생기는 바, 법원 판단의 통용성으로서의 그 효력은 처분권주의, 변론주의 등의 절차적 보장 아래에서 소송당사자가 자기책임으로 소송을 수행한 소송물에 관하여 법원이 판결주문에 판단을 특정 표시함으로써 이루어지는 것이다. 따라서 구체적 사건의 어느 청구에 대하여 법원이 전혀 판단을 하지 않았다면 그 부분에 한하여서는 기판력이 생길 수 없는 것" ☜ '전소의 환송 후 항소심판결의 주문기재에서나 이유기재에서나 예비적 청구 기각의 판단이 명시되지 아니하였음에도 후소의 원심이 그 판결에 예비적 청구를 기각한 판단이 있었다고 보아 전소의 환송 후 항소심판결이 확정되어 그 청구에 관한 판단의 기판력이 생겼다고 전제한 다음, 그 판결의 기판력이 소송물을 같이 하는 후소에도 미치게 된다고 판단한 것은 잘못'이라고 한 다음, '예비적 청구에 관한 할 판단이 누락되었음을 알게 된 당사자로서는 상고를 통하여 그 오류의 시정을 구하였어야 함에도 상고로 다투지 아니하여 판결을 확정시켰다면 그 후에 예비적 청구를 소송물로 하는 별도의 소송을 새로 제기함은 권리보호 요건을 갖추지 못한 부적법한 소제기여서 허용되지 않는다.'고 한 예.

1111) 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다19017 판결, 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다2074 판결. 반대의무와의 동시이행으로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 전소의 원고 승소 확정판결 후에 단순 이행을 구하는 후소는 전소의 기판력에 저촉되고 권리보호의 이익이 없어 부적법하다(대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다215497 판결).

1112) ○ 대법원 2007. 11. 30. 선고 2007다30393 판결; "민사재판에 있어서는 다른 민사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것이 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되므로, 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없고, 특히 전후 두 개의 민사소송이 당사자가 같고 분쟁의 기초가 된 사실도 같으나 다만 소송물이 달라 기판력에 저촉되지 아니한 결과 새로운 청구를 할 수 있는 경우에 있어서는 더욱 그러하다."
○ 대법원 1987. 8. 25. 선고 86다카1679 판결; "전소에서 확정한 사실관계 및 판단은 이른바 쟁점효는 인정되지 않는다 하더라도 이를 번복함에는 적어도 새로운 명백한 증거의 제출과 함께 그것이 전소에서 현출되지 못하였던 점에 관하여 수긍할 만한 사유가 요구된다 할 것"

1113) ○ 대법원 1970. 9. 29. 선고 70다1759 판결; "확정판결의 기판력은 그 주문에 포함한 것에 한하여 발생한다고 할 것이니, 판결의 기판력은 주문에 포함된 소송물인 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에 대하여서만이 발생된다 할 것이고, 그 전제가 되는 것에 불과한 법규의 해석 적용이나 법률사실의 인정 등이 법률관계의 존부에 관한 것이라고 할지라도 이 부분까지(같은 제2항의 경우는 제외)는 기판력이 미치지 아니한다고 하여야 할 것이다." ☜ 원고가 피고를 상대로 한 공유지분 소유권이전등기 말소등기청구의 전소 확정판결의 기판력은 그 주문에 포함된 소유권 일부 이전등기의 말소등기를 이행하라는 부분에 대하여서만이 발생하고, 그 판단의 전제가 되는 부분 즉 피고는 사건 임야를 대리권 없는 원고의 부(父)로부터 매수한 것이라는 사실인정이나 피고가 임야 공유지분 소유권을 취득한 것이 아니라는 법률적 판단 부분에까지 그 기판력이 미치지는 아니하므로, 원심이 위 판결의 주문의 전제가 되는 위 부분에 관하여 위와 달리 원고는 그 부에게 임야를 매도하는 대리권을 수여하고 부는 원고의 대리인으로서 이를 피고에게 매도한 다음, 적법하게 그 소유권이전등기를 마친

이유에 포함된 것이라도 상계항변으로 주장된 자동채권에 관해서는 민사소송법 제216조 제2항에 의해 상계로써 대항한 액수에 한하여 기판력이 미친다 → 상세한 내용은 후술하는 '채권총칙-상계' 부분 참조), ④ '전제가 되는 선결적 법률관계의 존부'(예외적으로 특별한 사정이 있는 경우에는 '신의칙 위반'으로 후소 제기가 허용되지 않을 수 있다)[1114]에까지 미치는 것이 아니다.

따라서 ① 소유권이전등기 말소등기 청구에 대한 패소 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 '소유권이전등기 말소등기청구권'의 존부에만 미치는 것이지 그 기본이 된 '소유권' 자체의 존부에는 미치지 아니하고,[1115] ② 근저당권설정등기 말소등기 청구에 대한 패소 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 '근저당권설정등기 말소등기청구권'의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치지, '근저당권설정등기가 무효'라는 판단에는 미치지 아니하며,[1116] ③ 소유권등기말소등기 및 소유권 확인 청구 소송에서 패소한 당사자가 전소에

사실을 인정하였다고 하여, 위 판결의 기판력에 저촉된 것이라고는 할 수 없고, 이와 같은 확정사실을 전제로 하여, 원고는 위 전소 사건에 의하여 피고로부터 임야 소유권이전등기의 말소등기청구권이 있다고 확정되었다 하더라도 그 실체상의 소유권이 없는 이상, 피고가 그 말소등기를 이행할 수 없게 되었다고 하여 원고에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없다는 이유에서, 원고의 손해배상청구를 배척한 것은 정당하다고 판단한 예.
○ 대법원 1991. 12. 13. 선고 91다8159 판결: "매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행 청구에 관한 인락조서의 기판력은 그 등기청구권의 존부에만 미치고, 등기청구권의 원인이 되는 매매계약의 존부나 목적부동산의 소유권의 귀속에 관하여는 미치지 아니하는 것이다."

1114) 매매계약의 무효·해제를 원인으로 한 매매대금반환청구의 기판력은 그 매매대금반환청구권의 존부에 관하여만 발생할 뿐, 그 전제가 되는 선결적 법률관계인 매매계약의 무효 또는 해제에까지 발생하는 것은 아니지만, 원고가, 매매계약의 무효·해제를 주장하면서 매매대금의 반환을 구하는 소를 제기하고 그 소송 계속 중에 이중의 이득을 얻으려는 목적으로 매매계약이 유효함을 주장하여 그 이행을 구하는 별도의 소를 제기한 경우라든지, 원고와 피고 사이에 매매계약을 무효·해제하기로 하는 합의가 있었거나, 원고가 피고에게 매매계약에 기한 소유권이전등기청구를 하지 않는다는 신뢰를 부여하는 행위를 하였고 피고가 이를 신뢰할 정당한 이유가 있음에도 이를 위반하여 매매계약의 이행을 구하는 소를 제기한 경우 등 특별한 사정이 있는 때에는, 원고의 소 제기가 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다. 원고가 매매계약의 무효·해제를 이유로 전소를 제기한 상태에서 매매계약에 따른 소유권이전등기의 이행을 구하는 후소를 제기하였다는 것만으로 원고에게 이중의 이득을 얻으려고 하는 목적이 있었다고 볼 수 없고, 피고에게 원고가 향후 후소를 제기하지 않는다는 신뢰를 부여하였다고 보기 어렵다(대법원 2005. 12. 23. 선고 2004다55698 판결; 원고가 피고를 상대로 제기한 매매계약의 무효·해제를 이유로 매매대금의 반환을 구하는 전소와 매매계약의 매수인으로서 소유권이전등기의 이행을 구하는 후소가 동시에 계속되어 있던 중 피고가 전소 청구를 인낙한 **사안**에서, **원심**이, 전소의 인낙으로 매매계약 무효를 전제로 한 매매대금반환청구권이 확정되었으므로, 원고가 매매계약의 유효를 전제로 소유권이전등기청구를 하는 것은 전소에서 확정된 법률관계에 모순되는 법률관계의 확정을 구하는 것으로 인낙조서의 기판력에 저촉되고, 신의칙에도 위반되어 허용될 수 없다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 위와 같은 이유로 전소에서의 인낙조서의 기판력이 후소에 미친다고 할 수 없다고 한 다음, 원고가 전소와 후소를 함께 유지하게 된 것은 원고가 전소를 취하하였으나 피고가 이에 부동의함으로 말미암아 소 취하의 효력이 발생하지 아니하였기 때문이고, 또 피고가 후소 1심에서 패소한 이후에 그 동안의 태도를 바꾸어 원고의 전소 청구를 인낙함으로써 전소의 사건이 종결된 것이므로, 원고가 전소와 후소에서 모두 승소하여 이중으로 이득을 볼 수 있게 된 사정은, 피고가 전소의 취하에 부동의하여 취하의 효력 발생을 저지하고 있다가 갑자기 그 청구를 인낙하는, 매우 이례적 행위를 함으로써 발생한 것이지, 원고의 행위가 원인이 된 것이라 할 수 없으니, 이러한 사정만으로는 피고의 전소 청구인낙 후 원고가 후소를 유지하는 것이 신의칙에 반하는 것이라고 볼 수 없으며, 원고가 전소와 후소에서 모두 승소하여 이중의 이득을 보는 불합리는 전소의 인낙조서의 집행을 불허하는 등의 방법에 의하여 제거되는 것이 마땅한 것이지, 그러한 사정 때문에 원고의 후소가 배척될 수는 없다고 한 예).

1115) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다11847 판결.

1116) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다53790 판결. 같은 취지로, 전소인 가등기말소청구소송에서 원고의 패소판결이 선고되고 그 판결이 확정되었다 하더라도 그 확정판결의 기판력은 가등기말소청구권의 존부에만 미치는

서 문제된 것과는 전혀 다른 청구원인(매매, 취득시효 완성 등)에 기초하여 후소로써 상대방에게 소유권이전등기청구를 하는 경우에도, 전후의 양소는 그 청구취지와 청구원인이 각기 상이하여 서로 모순, 저촉된다고 할 수 없으므로 전소의 기판력이 후소에 미치지 아니하고,[1117] ④ 외국판결에 대한 집행판결의 소송물은 외국판결을 근거로 우리나라에서 집행력의 부여를 구하는 청구권이고, 외국판결의 기초가 되는 실체적 청구권이 아니므로, 재산분할의 외국판결에 대한 집행판결을 받아 마친 소유권이전등기의 말소청구가 집행판결의 기판력에 저촉되는 것은 아니다.[1118]

독립당사자참가소송에서 항소·부대항소를 제기하지 않은 당사자의 청구에 관하여 항소심에서 판결 주문이 선고되지 않고 그대로 확정된 경우, 제1심판결의 주문에 대하여 기판력이 발생한다.[1119]

(8) 기판력의 주관적 범위

기판력이 미치는 주관적 범위는, 가사소송법상 신분 관계 소송이나 상법상 회사 관계 소송, 단체 소송 등에서 제3자에게도 그 효력이 미치는 것(대세효)으로 '규정'되

것이고 그 판결이유 중에 표시된 가등기의 효력 유무에 관한 판단에는 미치지 아니한다(89다7443).

1117) ○ 대법원 1995. 12. 8. 선고 94다35039 판결; "원고가 이미 피고를 상대로 이 사건 대지에 관한 피고 명의의 소유권보존등기의 말소등기절차의 이행 및 소유권확인을 구하는 소송을 제기하여 원고 승소의 확정판결을 받고 이에 기하여 위 대지에 관한 피고 명의의 소유권보존등기를 말소한 다음 새로이 원고 앞으로 소유권보존등기를 마쳤는데, 원고가 그 후 다시 피고를 상대로 위 대지의 일부분 지상에 건축된 담장의 철거와 그 부분의 인도를 청구한 데 대하여 피고가 반소로써 위 확정판결 전에 그 부분에 대한 취득시효 기간이 완성되었음을 이유로 원고에게 그 부분에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하고 있다 하더라도, 전 소송의 소송물은 위 대지에 대한 소유권 자체의 존부 확인과 피고 명의로 잘못 경료되어 있었던 소유권보존등기의 말소등기청구권의 존부였던 것임에 반하여 후소인 이 사건 반소청구는 비록 동일 부동산에 관한 것이기는 하지만 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권의 존부여서 위 전후의 양 소는 그 청구취지와 청구원인이 각기 상이하여 서로 모순, 저촉된다고 할 수 없으므로 전소판결의 기판력이 후소에 미친다고 할 수 없다. … 피고가 전소에서 자신 명의의 원인무효등기가 실체권리관계에 부합하여 유효하다는 항변을 함으로써 원고의 청구를 배척할 수 있었다 하더라도, 피고에게 기존의 등기원인 자체가 정당한 것이라는 점이 아닌 전혀 별개의 등기청구권 취득원인을 항변으로 내세워야 할 의무가 있었던 것도 아닐 뿐더러 오로지 기존의 무효등기만을 이용하여 시효취득의 이익을 향유하여야 하는 것도 아니고 더욱이 기존의 무효등기가 말소되었다 하여 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권이 소멸되는 것도 아닌 이상 피고가 후소로써 취득시효 기간 완성을 원인으로 소유권이전등기 청구를 하는 것이 차단된다고도 할 수 없는 것이다."

○ 대법원 1995. 6. 13. 선고 93다43491 판결; 소유권이전등기말소 청구소송에서 패소한 당사자가 그 후 상대방에 대하여 '전소송의 변론종결 전'에 '매수'하였음을 원인으로 한 소유권이전등기 청구소송을 제기하는 것은 전소판결의 기판력에 저촉되지 않는다고 한 예.

1118) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2017다224906 판결; "민사집행법 제26조, 제27조에서 규정하는 집행판결은 외국판결의 옳고 그름을 조사하지 않은 채 민사소송법에서 정하는 승인·집행의 요건을 갖추고 있는지 여부만을 심사하여 집행력을 부여하는 것으로서, 그 소송물은 외국판결을 근거로 우리나라에서 집행력의 부여를 구하는 청구권이고, 외국판결의 기초가 되는 실체적 청구권이 아니다." ☜ 피고가 망인을 상대로 미국법원에 제기한 이혼 및 재산분할청구의 소에서 이혼 및 사건 부동산은 피고 소유로 한다는 내용의 판결이 선고되어, 피고가 외국판결에 대한 집행판결을 받아 소유권이전등기를 마쳤는데, 그 후 미국법원이 위 재산분할 부분을 취소하자 원고들이 소유권이전등기의 말소를 구한 사안에서, 소유권이전등기 말소청구가 집행판결의 기판력에 저촉되지 않는다고 한 예.

1119) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2020다231928 판결.

어[1120] 있는 경우를 제외하고는, 당사자(조정을 갈음하는 결정, 조정조서의 경우 조정참가인을 포함한다[1121]) 간에 한하여 미침이 원칙이고(기판력의 상대성의 원칙),[1122] 예외적으로 당사자와 같이 볼 수 있는 제3자로서 민사소송법이 규정한,[1123] 변론을 종결한 뒤(무변론 판결의 경우에는 '판결을 선고한 뒤'[1124])의 승계인(소송물인 실체법상 권리의무의 승계인[1125] + 계쟁물에 관한 당사자

1120) 대법원 2000. 1. 28. 선고 98다26187 판결; "민법상 법인의 이사회의 결의에 하자가 있는 경우에 관하여 법률에 별도의 규정이 없으므로 그 결의에 무효사유가 있는 경우에는 이해관계인은 언제든지 또 어떤 방법에 의하든지 그 무효를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 이와 같은 무효주장의 방법으로서 이사회 결의무효확인소송이 제기되어 승소확정판결이 난 경우 그 판결의 효력은 위 소송의 당사자 사이에서만 발생하는 것이지 대세적 효력이 있다고 볼 수는 없고"

1121) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960 판결; "조정조서가 조정참가인이 당사자가 된 법률관계도 그 내용으로 하는 경우에는 위와 같은 조정조서의 효력은 조정참가인의 법률관계에 관하여도 다를 바 없다고 할 것이다. … 조정조서는 확정판결과 같은 효력이 있어 기판력이 생기는 것이나, 그 기판력은 조정의 당사자나 조정참가인 등이 아닌 제3자에게까지 미친다고 할 수 없다."

1122) ○ 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다228099 판결; "채권자와 주채무자 사이의 소송에서 주채무의 존부나 범위에 관하여 주채무자가 전부 또는 일부 승소하는 판결이 확정된 경우에도 그 판결의 기판력이 보증인에게는 미치지 아니하므로, 보증채무의 부종성 원칙에도 불구하고 보증인이 주채무자 승소판결을 원용하여 자신의 보증채무의 이행을 거절할 수는 없다."

○ 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다54397 판결; "피해자와 피보험자 사이에 손해배상책임의 존부 내지 범위에 관한 판결이 선고되고 그 판결이 확정되었다고 하여도 그 판결의 당사자가 아닌 보험자에 대하여서까지 판결의 효력이 미치는 것은 아니므로, 피해자가 보험자를 상대로 하여 손해배상금을 직접 청구하는 사건의 경우에 있어서는, 특별한 사정이 없는 한 피해자와 피보험자 사이의 전소판결과 관계없이 피해자의 보험자에 대한 손해배상청구권의 존부 내지 범위를 다시 따져보아야 하는 것이다." **[동일 취지]** 교통사고가 발생한 후 자동차종합보험의 보험자가 피보험자에 대하여 보험금채무부존재확인의 소를 제기하였다가 패소, 확정되자 피해자에게 직접 손해배상금을 지급하였으나 다른 원인으로 그 교통사고에 대하여 보험계약의 효력이 미치지 않아 출연의 목적 내지 원인을 결여하였음이 밝혀진 경우, 위 확정판결의 효력은 보험자와 피해자 사이에는 미치지 아니하므로 보험자는 피해자에게 부당이득반환을 구할 수 있다고 한 사례(99다37856).

1123) **민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위)** ① 확정판결은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인) 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람에 대하여 효력이 미친다. ② 제1항의 경우에 당사자가 변론을 종결할 때(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고할 때)까지 승계사실을 진술하지 아니한 때에는 변론을 종결한 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤)에 승계한 것으로 추정한다. ③ 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다. ④ 가집행의 선고에는 제1항 내지 제3항의 규정을 준용한다. ☛ 민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위)와 민사집행법 제31조(승계집행문)의 '승계인'은 동일한 개념이다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다111630 판결 참조). 민사소송법 제81조(승계인의 소송참가), 제82조(승계인의 소송인수)의 '(특정)승계인'의 성립범위 내지 기준을 위 제218조의 '승계인'과 동일하게 통일적으로 볼 것인지(동일설), 전자를 더 넓게 볼 것인지(비동일설)에 관하여 견해의 대립이 있으나, 판례는 동일설을 취하고 있다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2020다210747 판결의 '마찬가지로' 판시 부분 참조).

1124) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020다253836 판결; "대금분할을 명한 공유물분할 확정판결의 당사자인 공유자가 공유물분할을 위한 경매를 신청하여 진행된 경매절차에서 공유물 전부에 관하여 매수인에 대한 매각허가결정이 확정되고 매각대금이 완납된 경우, 매수인은 공유물 전부에 대한 소유권을 취득하게 되고, 이에 따라 각 공유지분을 가지고 있던 공유자들은 지분소유권을 상실하게 된다. 대금분할을 명한 공유물분할판결의 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤) 해당 공유자의 공유지분에 관하여 소유권이전청구권의 순위보전을 위한 가등기가 마쳐진 경우, 대금분할을 명한 공유물분할 확정판결의 효력은 민사소송법 제218조 제1항이 정한 변론종결 후의 승계인에 해당하는 가등기권자에게 미치므로, 특별한 사정이 없는 한 위 가등기상의 권리는 매수인이 매각대금을 완납함으로써 소멸한다."**[소외인들 간 공유물분할청구에 대해 2016. 10. 26.** 대금분할을 명하는 무변론 판결 선고 → **2016. 11. 10.** 일부 공유지분에 피고 명의의 순위 보전 가등기 경료 → 2016. 11. 18. 판결 확정 → 2017. 6. 26. 공유물의 대금분할을 위한 경매개시결정 → 2018. 5. 18. 원고의 매각대금 완납 → 2018. 5. 25. 원고 명의의 소유권이전등기경료 → 원고의 가등기말소청구]

1125) 채권 양수인(대법원 2020. 9. 3. 선고 2020다210747 판결), 면책적 채무인수인(대법원 2016. 9. 28. 선고

적격의 승계인[1126]),[1127] 당사자나 승계인을 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람(예컨대, 수치인·창고업자·운송인 등이 해당되고, 임차인·질권자·전세권자·지상권자 등 자기 고유의 이익을 위한 소지자는 해당되지 않는다), 다른 사람(권리 귀속 주체)을 위하여 원고나 피고가 된 사람(제3자 소송담당자; 선정당사자, 조합의 업무집행조합원, 채권자대위소송의 채권자, 추심채권자, 주주대표소송의 주주, 채권질의 질권자,[1128] 유언집행자, 파산관재인 등)이 확정판결을 받은 경우의 그 다른 사람[1129] 및 소송탈퇴자[1130] 등에 국한되고, 그 외의 제3자(소외의 제3자, 단체의 하부조직[1131]이나 대표

2016다13482 판결), 임대인 지위를 승계한 주택 양수인(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다210720 판결), 전부(轉付) 채권자 등.

1126) ❶ 대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결; "소송의 목적물인 권리관계의 승계라 함은 소송물인 권리관계의 양도뿐만 아니라 당사자적격 이전의 원인이 되는 실체법상의 권리 이전을 널리 포함하는 것이므로, 신주발행무효의 소 계속 중 그 원고 적격의 근거가 되는 주식이 양도된 경우에 그 양수인은 제소기간 등의 요건이 충족된다면 새로운 주주의 지위에서 신소를 제기할 수 있을 뿐만 아니라, 양도인이 이미 제기한 기존의 위 소송을 적법하게 승계할 수도 있다." ❷ [긍정] 대지 소유권에 기한 건물 철거 및 대지 인도 소송의 원고 패소 확정판결 후 전소 피고로부터 건물을 매수하여 소유권이전등기를 마친 전득자(대법원 1991. 3. 27. 선고 91다650, 667 판결). ⇔ [부정] 토지·건물 소유권에 기한 토지·건물 인도 소송의 원고 패소 확정판결 후 패소 원고로부터 토지·건물을 매수하여 소유권이전등기를 마친 전득자(대법원 1999. 10. 22. 선고 98다6855 판결).

1127) **[부정례]** ❶ 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다52864 판결; **"변론종결 후의 승계인**이란 변론종결 후에 당사자로부터 소송물인 권리의무를 승계하거나 계쟁물에 관한 당사자 적격을 승계한 자를 말하는 것인바, 원고가 이 사건 법정지상권을 원시취득한 소외 2를 상대로 제기한 지료청구 소송이 원고의 승소로 확정되었고, 그 변론종결 후에 소외 1이 법정지상권을 승계취득하였다 하더라도 소외 1은 위 지료청구 소송의 소송물인 지료채무를 승계하지 아니하였음은 위에서 본 바이고, 또한 소외 1이 위 지료소송의 계쟁물에 관한 당사자 적격을 승계한 자에 해당하지도 아니하므로 소외 1과 피고 1은 위 지료소송의 기판력을 받는 변론종결 후의 승계인에 해당하지 아니한다." ❷ 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다206349 판결; 전소 확정판결의 소송물은 채권적 청구권인 (불법점유로 인한) 부당이득반환청구권이므로 원고가 전소 변론종결 뒤에 토지 소유권을 취득하였다는 사정만으로는 전소의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당할 수 없고, 위 부당이득반환청구권은 토지 소유를 요건으로 하므로 토지 소유권이 다른 사람으로 이전된 이후에는 더 이상 발생하지 않고 그에 대한 양도도 있을 수 없으므로, 자신이 토지 소유권을 취득한 이후의 부당이득반환을 구하는 원고는 전소의 '소송물'을 양수한 변론을 종결한 뒤의 승계인에도 해당하지 않는다고 한 예. ❸ 확정판결의 변론종결 전 승계인으로부터 변론종결 후 승계한 사람(67마55).

1128) 금전채권의 질권자가 민법 제353조 제1항, 제2항에 의하여 자기채권의 범위 내에서 직접청구권을 행사하는 경우 질권자는 질권설정자의 대리인과 같은 지위에서 입질채권을 추심하여 자기채권의 변제에 충당할 수 있다(대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결).

1129) ○ 어떤 채권자가 제기한 채권자대위소송(전소)의 기판력은 '어떠한 사유로 인하였든 적어도 채무자가 그 채권자대위소송이 제기된 사실을 알았을 경우'라야 '채무자'나 그의 '다른 채권자'에게 미치고, 채무자가 전소인 채권자대위소송이 제기된 사실을 알지 못하였을 경우에는 전소의 기판력이 다른 채권자가 제기한 후소인 채권자대위소송에 미치지 않는다(대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결, 대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결).

○ 동일한 채권에 대해 복수의 채권자들이 압류·추심명령을 받은 경우 어느 한 채권자가 제기한 추심금소송에서 확정된 판결의 기판력은 그 소송의 변론종결일 '이전'에 압류·추심명령을 받았던 다른 추심채권자에게 미치지 않는다. 추심채권자들이 제기하는 추심금소송의 소송물이 채무자의 제3채무자에 대한 피압류채권의 존부로서 서로 같더라도 소송당사자가 다른 이상 그 확정판결의 기판력이 서로에게 미친다고 할 수 없다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2016다353390 판결).

1130) 민사소송법 제80조(독립당사자참가소송에서의 탈퇴) 단서, 제82조(승계인의 소송인수) 제3항.

1131) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다231031 판결; "확정판결의 기판력은 … 법률에 따로 규정되어 있는 경우 외에는 특별한 사정이 없는 한 당해 판결에 표시된 당사자 사이에만 미치고, 집행력의 범위도 원칙적으로 기판력의 범위에 준한다. 따라서 지부·분회·지회 등 어떤 법인의 하부조직을 상대로 일정한 의무의 이행을 구하는 소를 제기하여 승소 확정판결을 받은 경우 그 판결의 집행력이 해당 지부·분회·지회 등을 넘어서 소송의 당사자도 아닌 법인에까지 미친다고 볼 수는 없으므로 그 판결을 집행권원으로 하여 법인의 재산에 대해 강제집행

자·구성원, 공동소송인,[1132] 보조참가인 등)나 변론을 종결하기 '전'의 승계인에게는 미치지 않는다.

전소의 소송물이 '채권적 청구권'의 성질을 가지는 소유권이전등기청구권인 경우에는 전소의 변론종결 후에 그 목적물에 관하여 소유권등기를 이전받은 사람은 전소의 기판력이 미치는 '변론종결 후의 승계인'에 해당하지 아니하나,[1133] 전소의 소송물이 '물권적 청구권'의 성질을 가지는 소유권등기의 말소등기청구권 등인 경우에는 전소의 변론종결 후에 그 목적물에 관하여 소유권등기를 이전받은 사람은 전소의 기판력이 미치는 '변론종결 후의 승계인'에 해당한다[1134](한편, 판례 중에는[1135] 말소등기 청구 소송 판결의 패소자인 피고에 대하여 처분금지가처분을 한 사람은 '승계인'에 해당하지 않는다고 한 것도 있다).

부동산 처분금지가처분 위반의 처분행위에 해당하는 화해권고결정이 확정되기 전의 처분금지가처분 등기 후에 그 피보전권리에 기한 소유권이전등기를 마친 가처분채권자는 화해권고결정의 효력을 부정할 수 있는 지위에 있으므로, 그 기판력이 미치는 승계인

을 할 수는 없고, 법인의 재산에 대한 강제집행을 위해서는 그 법인 자체에 대한 별도의 집행권원이 필요하다. … 설령 집행절차 단계에서 경기도북지부가 별개의 독립된 비법인사단이 아닌 것으로 판명되었다고 하더라도 마찬가지이다."

1132) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다58889 판결; "법인 아닌 사단은 대표자나 구성원과는 별개의 주체이므로, 그 대표자나 구성원을 당사자로 한 판결의 기판력이 법인 아닌 사단에 미치지 아니함은 물론 그 법인 아닌 사단을 당사자로 한 판결의 기판력 또한 그 대표자나 구성원에게 미치지 아니하는 것이 당연하다. … 원고가 이 사건 종중을 상대로 이 사건 부동산의 소유권에 기하여 제기한 분묘굴이 및 토지인도 등 청구가 인용되고 그 판결이 그대로 확정되었다고 하더라도, 그 기판력은 … 원고와 이 사건 종중 사이에만 미칠 뿐 이 사건 종중의 종중원으로서 단순한 공동소송인의 관계에 있을 뿐인 피고에게는 미치지 아니한다고 할 것이다."

1133) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2002다64148 판결 등. 마찬가지로, 토지의 전 소유자가 무단 점유자를 상대로 제기한 부당이득반환청구의 소송물은 채권적 청구권이므로 그 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람은 기판력이 미치는 '변론종결 후의 승계인'에 해당하지 아니한다(대법원 2016. 6. 28. 선고 2014다31721 판결, 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다206349 판결).

1134) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결; 소유권이전등기 말소의 승소 확정판결에 기하여 소유권이전등기가 말소된 후 순차로 제3자 명의로 소유권이전등기 및 근저당권설정등기 등이 마쳐졌는데 위 말소된 등기의 명의자가 현재의 등기명의인을 상대로 진정한 등기 명의 회복을 위한 소유권이전등기청구와 근저당권설정등기 등의 말소등기 청구 등을 하는 경우 현재의 등기명의인 및 근저당권자 등은 모두 위 확정된 전 소송의 사실심 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 한 예. ☞ [동일 취지] ① 소유권이전등기 및 근저당권설정등기가 당초부터 원인무효임을 이유로 각 그 말소를 명하는 판결이 확정되었다면 그 판결의 변론종결후의 승계인인 임의경매실행으로 인한 소유권취득자에 대하여 기판력이 미친다고 한 예(74다1046). ② 근저당권설정등기말소 청구 사건의 사실심 변론종결일 후에 그 부동산의 소유권을 경락취득한 자 또는 이를 전득한 자는 확정판결의 효력이 미치는 변론종결 후의 승계인이라고 한 예(93다34183).

1135) 대법원 1998. 11. 27. 선고 97다22904 판결; '甲이 乙을 상대로 공유지분 소유권이전등기의 말소를 구하는 소(전소)를 제기하여 인용판결이 확정된 다음, 丙이 전소 변론종결일 후에 乙 명의의 공유지분에 관하여 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권 보전을 위한 처분금지가처분등기를 마치고, 그 본안으로서 乙을 상대로 위 공유지분에 관한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기한 경우, 丙이 전소 변론종결일 이후에 그 패소자인 乙을 상대로 한 위 처분금지가처분등기를 경료하였다고 하더라도, 그 본안소송에서 승소하는 등으로 乙 명의의 공유지분에 관하여 丙 명의의 소유권이전등기를 마침으로써 그 지분소유권을 승계취득하는 경우 그러한 丙의 지분소유권의 존부에 관하여는 위 말소등기청구를 인용한 전소 판결의 기판력이 미치지 아니하는 이상, 丙이 당연히 전소 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 할 수는 없으므로, 丙이 말소등기에 관한 법률상의 이해관계인이 아니라거나 甲에 대하여 위 가처분등기의 말소를 승낙할 의무를 부담한다고 할 수는 없다.'고 한 예.

에 해당하지 아니한다.[1136]

종전 확정판결의 기판력 배제를 원하는 쪽은, 종전소송에서 당사자가 그 승계에 관한 진술을 하였는지 여부와 상관없이, '변론종결 전에 당사자 지위의 승계가 이루어진 사실'에 대한 증명책임을 진다. 승계가 변론종결 전의 것인지 변론종결 후의 것인지 여부의 판단 기준 시점은 권리변동의 효력이 생기는 때 즉, 부동산의 경우 '소유권이전등기 시(가등기에 기초한 본등기의 경우 본등기 시[1137])',[1138] 동산의 경우 '인도 시', 채권양도의 경우 '채무

1136) ○ 대법원 2017. 5. 31. 선고 2017다216981 판결; "부동산에 관하여 처분금지가처분의 등기가 마쳐진 후에 가처분채권자가 본안소송에서 승소판결을 받아 확정되거나 가처분채무자와 공동으로 가처분의 근거가 되는 실체적 법률관계에 기하여 소유권이전등기 또는 소유권이전등기말소등기를 경료한 경우에는 가처분채권자는 피보전권리의 한도에서 가처분 위반의 처분행위의 효력을 부정할 수 있다. 한편, 공유물을 경매에 붙여 그 매각대금을 분배할 것을 명하는 판결은 경매를 조건으로 하는 특수한 형성판결로서 공유자 전원에 대하여 획일적으로 공유관계의 해소를 목적으로 하는 것인바, 가처분채권자가 가처분채무자의 공유지분에 관하여 처분금지가처분등기를 마친 후에 가처분채무자가 나머지 공유자와 사이에 위와 같이 경매를 통한 공유물분할을 내용으로 하는 화해권고결정을 받아 이를 확정시켰다면 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 처분금지가처분에서 금하는 처분행위에 해당한다고 할 것이다." ☜ 공유자인 소외인(가처분채무자)과 사이에 경매를 통한 공유물분할을 내용으로 하는 화해권고결정이 확정된 다른 공유자(피고)가, 화해권고결정 확정 전의 원고 등(가처분채권자)의 처분금지가처분에 기하여 화해권고결정 확정 후 소외인으로부터 지분소유권이전등기를 마친 원고 등에 대해 경매신청을 위한 승계집행문을 부여받자, 원고 등이 그 집행문 부여에 대해 이의한 **사안**에서, **원심**이, '공유물분할의 실질은 소유형태의 변경을 가져오는 것에 불과하고 경매 및 대금분할의 방식으로 이루어졌다고 하더라도 그와 달리 볼 수 없다.'는 이유를 들어, 소외인이 위 화해권고결정을 확정시킨 것이 처분금지가처분에서 금하는 처분행위라고 볼 수 없다고 판단하여, 자신들은 화해권고결정의 기판력이 미치는 승계인에 해당하지 않는다는 원고 등의 주장을 배척한 데 대하여, **대법원**은, '위 화해권고결정을 확정시킨 것은 처분금지가처분에서 금하는 처분행위에 해당하고, 따라서 원고 등은 화해권고결정 확정 전의 처분금지가처분에 기하여 소유권이전등기를 마친 가처분채권자로서 피보전권리의 한도에서 가처분 위반의 처분행위에 해당하는 위 화해권고결정의 효력을 부정할 수 있는 지위에 있으므로, 위 화해권고결정의 기판력이 미치는 승계인에 해당한다고 할 수 없다.'고 하여, 파기환송한 예.

○ 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다2558 판결; "소유권에 기한 물권적 방해배제청구로서 소유권등기의 말소를 구하는 소송이나 진정명의회복을 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."고 한 다음, 甲 등(피고들)이 자신들의 상속재산에 대한 권리를 공동상속인 중 乙에게 이전할 의사로 인감증명서 등을 교부하여, 乙이 상속부동산에 관하여 상속등기를 마침과 동시에 甲 등의 상속분 합계 13/17 지분에 관하여 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 후, 자신의 지분 합계 15/17를 丙(원고)에게 이전하기로 약정하여, 丙이 2003. 3. 8. 그 약정에 기한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하여 乙 지분에 대하여 처분금지가처분을 한 다음 2005. 12. 14. 자신 앞으로 이전등기를 마쳤는데, 甲 등이 乙을 상대로 乙 명의의 위 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 소를 제기하여 2005. 11. 24. 확정된 '乙은 甲 등에게 각 상속지분에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기절차를 이행한다.'는 내용의 화해권고결정에 따라 승계집행문을 부여받아 甲 등의 상속분 비율에 해당하는 지분에 관하여 丙으로부터 소유권이전등기를 마친 **사안**에서, 원심이, '화해권고결정에 기한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권에 불과하므로, 원고가 화해권고결정이 확정된 후에 진정명의회복등기를 이전받았더라도 원고에게는 화해권고결정의 기판력이 미치지 아니한다.'고 판단한 것은 잘못이나, 피고들이 자신들의 상속분에 대하여 증여 의사로 乙 앞으로 소유권이전등기를 마쳐서 乙 명의의 등기는 유효하고, 원고의 처분금지가처분 및 그 근거가 된 약정에 기한 소유권이전등기 역시 유효하므로, 원고는 화해권고결정 확정 전의 처분금지가처분에 기하여 소유권이전등기를 마친 가처분채권자로서 피보전권리의 한도에서 가처분 위반의 처분행위 효력을 부정할 수 있는 지위에 있고, 따라서 원고는 피고들의 상속분비율에 해당하는 지분에 관하여 가처분에 반하여 행하여진 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다는 이유로, 원고는 화해권고결정의 기판력이 미치는 승계인에 해당한다고 볼 수 없다고 하고, 원고의 피고들에 대한 소유권이전등기말소청구를 인용한 사례.

1137) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다10883 판결; "가등기의 순위보전적 효력이란 본등기가 마쳐진 때에는 본등기

자에 대한 대항요건(채무자에 대한 통지 또는 채무자의 승낙) 구비 시'[1139]이다.

(9) 조정·화해 조서와 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정의 효력

조정조서(제소전·재판상 화해에 따른 화해조서도 마찬가지이다)의 기판력은, ① '소송물인 권리관계의 존부'에 관한 판단에만 미침이 원칙[1140]이나, ② '소송물 이외의 권리관계'라도 ⓐ '조정조항'에 특정되거나 ⓑ '청구의 표시' 다음에 부가적으로 기재됨으로써, 조정조서의 기재 내용에 의하여 소송물인 권리관계가 되었다고 인정할 수 있는 경우에는 기판력이 미친다.[1141]

의 순위가 가등기한 때로 소급함으로써 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간처분이 본등기보다 후순위로 되어 실효된다는 뜻일 뿐 본등기에 의한 물권취득의 효력이 가등기 때에 소급하여 발생하는 것은 아니고, 위와 같은 건물철거소송에서 확정판결이 미치는 철거의무자의 범위는 건물의 소유권 기타 사실상의 처분권의 취득 시점을 기준으로 판단하여야 할 것"

1138) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다34667, 34674 판결; "기판력의 주관적 범위를 정함에 있어서 당사자가 변론을 종결할 때까지 승계사실을 진술하지 아니한 때에는 변론을 종결한 뒤에 승계한 것으로 추정한다는 민사소송법 제218조 제2항의 취지는, 변론종결 전의 승계를 주장하는 자에게 그 입증책임이 있다는 뜻을 규정하여 변론종결 전의 승계사실이 입증되면 확정판결의 기판력이 그 승계인에게 미치지 아니한다는 것으로 해석된다. 따라서 종전의 확정판결의 기판력의 배제를 원하는 당사자 일방이 변론종결 전에 당사자 지위의 승계가 이루어진 사실을 입증한다면, 종전소송에서 당사자가 그 승계에 관한 진술을 하였는지 여부와 상관없이, 그 승계인이 종전의 확정판결의 기판력이 미치는 변론종결 후의 승계인이라는 민사소송법 제218조 제2항의 추정은 깨어진다고 보아야 할 것이고, 이 사건에서와 같이 소유권이전등기말소 청구소송을 제기당한 자가 소송계속 중 당해 부동산의 소유권을 타인에게 이전한 경우에는, 부동산물권 변동의 효력이 생기는 때인 소유권이전등기가 이루어진 시점을 기준으로 그 승계가 변론종결 전의 것인지 변론종결 후의 것인지 여부를 판단하여야 할 것이다." ☜ 원심이, 피고가 소외인을 상대로 제기한 토지 소유권이전등기말소청구소송은 1998. 6. 11. 변론종결 된 후 패소판결이 선고되어 확정되었고, 원고는 위 소송 계속 중 소외인으로부터 토지를 증여받고 변론종결 전인 1997. 12. 11. 원고 명의로 소유권이전등기를 마친 사실을 인정한 후, 이로써 민사소송법 제218조 제2항의 추정은 깨어졌다 할 것이어서 위 확정판결의 기판력이 원고에게 미치지 아니한다고 한 것은 정당하다고 한 예.

1139) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020다210747 판결; "채권양수인이 소송계속 중의 승계인이라고 주장하며 참가신청을 한 경우에, 채권자로서의 지위의 승계가 소송계속 중에 이루어진 것인지 여부는 채권양도의 합의가 이루어진 때가 아니라 대항요건이 갖추어진 때를 기준으로 판단하는 것과 마찬가지로, 채권양수인이 민사소송법 제218조 제1항에 따라 확정판결의 효력이 미치는 변론종결 후의 승계인에 해당하는지 여부 역시 채권양도의 합의가 이루어진 때가 아니라 대항요건이 갖추어진 때를 기준으로 판단하여야 한다."

1140) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다205086 판결; "조정조서는 재판상의 화해조서와 같이 확정판결과 동일한 효력이 있고, 조정의 내용에 따라 권리의 취득과 소멸이라는 창설적 효력이 인정된다(민사조정법 제29조, 민사소송법 제220조, 민법 제732조). 당사자 사이에 조정이 성립하면 종전의 다툼 있는 법률관계를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸하고 조정의 내용에 따른 새로운 권리·의무관계가 성립한다. 그러나 조정조서에 인정되는 확정판결과 동일한 효력은 소송물인 법률관계에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계에까지 미치지는 않는다. 부동산 소유권이전등기에 관한 조정조서의 기판력은 소송물이었던 이전등기청구권의 존부에만 미치고 부동산의 소유권 자체에까지 미치지는 않는다. 따라서 부동산 소유자가 부동산 소유권이전등기에 관한 조정의 당사자로서 조정조서의 기판력으로 말미암아 부동산등기부에 소유명의를 회복할 방법이 없어졌다고 하더라도 소유권이 그에게 없음이 확정된 것은 아니고, 부동산등기부에 소유자로 등기되어 있지 않다고 하여 소유권을 행사하는 것이 전혀 불가능한 것도 아니다. 그러한 소유자는 소유권을 부인하는 조정의 상대방을 비롯하여 제3자에 대하여 다툼의 대상이 된 부동산이 자기의 소유라는 확인을 구할 법률상 이익이 있다."

1141) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다78732 판결; "조정조서에 인정되는 확정판결과 동일한 효력은 소송물인 권리관계의 존부에 관한 판단에만 미친다고 할 것이므로, 소송절차 진행 중에 사건이 조정에 회부되어 조정이 성립한 경우 소송물 이외의 권리관계에도 조정의 효력이 미치려면 특별한 사정이 없는 한 그 권리관계가 조정조항에 특정되거나 조정조서 중 청구의 표시 다음에 부가적으로 기재됨으로써 조정조서의 기재내용에 의하여

조정·화해는 '창설적 효력'을 가지는 것이어서 조정·화해가 성립하면 종전의 '다툼 있는 법률관계'를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸하고 조정·화해의 내용에 따른 새로운 권리·의무관계가 성립한다.[1142]

법률행위의 해석 방법에 관한 법리는 조정·화해조항의 해석에 관하여 다툼이 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다.[1143]

조정·화해의 대상인 권리관계는 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 것이어야 하므로, 성질상 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항을 대상으로 한 조정·화해는 당연무효이고, 형성소송의 판결과 같은 내용으로 조정·화해를 하더라도 판결을 받은 것과 같은 효력은 생기지 않는다.[1144] '보전처분 절차'에서 이루어진 '화해권고결정'은, 당사자가 자유로이

소송물인 권리관계가 되었다고 인정할 수 있어야 한다."

1142) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2019다299058 판결; "제소전 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자 사이의 사법상 화해계약이 그 내용을 이루는 것이면 화해는 창설적 효력을 가져 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸한다. 그러나 제소전 화해의 창설적 효력은 당사자 간에 다투어졌던 권리관계에만 미치는 것이지 당사자가 다툰 사실이 없었던 사항은 물론 화해의 전제로서 서로 양해하고 있는 사항에 관하여는 미치지 않는다. 따라서 제소전 화해가 있다고 하더라도 화해의 대상이 되지 않은 종전의 다른 법률관계까지 소멸하는 것은 아니다."[갑과 을 등이 점포에 관하여 임대차계약을 체결한 후 "갑(임차인)은 임대차기간 만료일에 을 등(임대인)으로부터 임대차보증금을 반환받음과 동시에 점포를 을 등에게 인도한다."라는 내용의 제소전 화해를 하였는데, 갑이 임대차기간 만료 전 임대차계약의 갱신을 요구한 사안에서, 갑의 계약갱신요구권은 화해 당시 분쟁의 대상으로 삼지 않은 사항으로서 화해의 창설적 효력이 미치지 않고, 갑은 화해조서 작성 이후에도 계약갱신요구권을 행사할 수 있다고 한 사례] ☛ 민사조정법상의 조정의 경우에도 마찬가지이다(대법원 2019. 4. 25. 선고 2017다21176 판결).

1143) 대법원 2019. 4. 25. 선고 2017다21176 판결. 특히 그 다툼의 원인이 된 조정 관련 조항의 불명료나 모순 등을 조정절차를 주재한 법원 스스로 제공한 경우에는 그로 인하여 예상치 못한 불이익을 받게 될 우려가 있는 당사자의 입장과 관점을 충분히 배려하여 합의 당시 상황과 조정에 이르게 된 구체적인 경위 등을 살펴 그 의미와 효력을 판단하여야 한다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2021다291323 판결; '합의내용대로 법원으로부터 조정을 갈음하는 결정이 당사자에게 송달되며 송달받은 날부터 14일 이내에 이의하지 않으면 재판상 화해와 동일한 효력이 생깁니다.'라는 내용과 함께 '당사자는 아래 합의내용대로 이행할 것을 약속하고, 그 합의내용에 따른 조정을 갈음하는 결정에 대하여 이의하지 않을 것임을 약속합니다.'는 내용도 기재된 조정기일 합의서에 따른 강제조정결정에 대해 이의한 사안에서, 분쟁의 종국적인 해결에 합의한다는 취지가 아니라 잠정적으로 합의하되, 강제조정결정에 대한 고지된 이의신청 기간 내에 충분히 숙려하여 합의 내용을 최종적으로 수용할 것인지에 관한 이의신청권을 당사자에게 유보해 둔 것이라고 한 예).

1144) ❶ 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010다97846 판결; "조정이나 재판상 화해의 대상인 권리관계는 사적 이익에 관한 것으로서, 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 것이어야 하므로, 성질상 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항을 대상으로 한 조정이나 재판상 화해는 허용될 수 없고, 설령 그에 관하여 조정이나 재판상 화해가 성립하였더라도 효력이 없어 당연무효라고 할 것이다." ☜ 조정조서 중 "재심대상판결 및 제1심판결을 각 취소한다."는 조정조항은 법원의 형성재판의 대상으로서 원고와 소외인이 자유롭게 처분할 수 있는 권리에 관한 것이 아니어서 당연무효라 할 것이고, 확정된 재심대상판결과 제1심판결이 당연무효인 위 조정조항에 의하여 취소되었다고 할 수 없다고 한 예. ❷ 대법원 2022. 6. 7.자 2022그534 결정; "법률관계의 변경·형성을 목적으로 하는 형성의 소는 법률에 명문의 규정이 있어야 제기할 수 있고 그 판결이 확정됨에 따라 효력이 생긴다. 이러한 형성판결의 효력을 개인 사이의 합의로 창설할 수는 없으므로, 형성소송의 판결과 같은 내용으로 재판상 화해를 하더라도 판결을 받은 것과 같은 효력은 생기지 않는다. 이 사건 화해권고결정의 '이 사건 집행권원에 기한 강제집행을 불허한다'는 내용은 형성소송인 청구이의의 소 재판의 대상으로서 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 사항이 아니므로, 그 문구 그대로 확정되더라도 이 사건 집행권원에 기한 강제집행을 허가하지 않는 효력은 생기지 않고, 이 사건 집행권원이 확정판결로서 갖는 집행력은 여전히 남아 있다. 따라서 이 사건 화해권고결정 정본은 민사집행법 제49조 제1호에서 정한 '강제집행을 허가하지 아니하는 취지를 적은 집행력 있는 재판의 정본'에 해당하지 않는다. … '강제집행을 하지 아니한다는 취지를 적은 화해조서의 정본(민사집행법

처분할 수 있는 권리를 대상으로 할 수 있을 뿐 보전처분 신청과 보전처분에 대한 법원의 권한을 대상으로 삼을 수는 없으므로, 그 결정을 가압류·가처분에 대한 법원의 재판이라고 할 수 없고, 본안소송의 대상이 되는 권리에 대한 제소전화해로서 확정판결과 같은 효력을 갖는다.[1145] 준재심에 의하여 구제받는 것은 별문제로 하고, '확정판결의 당연무효 사유'와 같은 사유가 없는 한, 조정·화해의 내용이 강행법규에 위반된 내용이어서 무효라거나, 조정조항상 의무 불이행을 이유로 해제를 주장하는 것은 허용되지 않고, 선행 화해와 모순되는 내용의 후행 화해로 선행 화해가 당연히 실효·변경되지 않으며, 중복제소금지에 위배된 소에서의 화해가 당연무효라고 할 수도 없다.[1146]

제49조 제6호)'에 해당할 여지가 있을 뿐인데, 그 서류를 매각허가결정 후 제출한 경우에는 매수인의 동의가 있어야 집행취소의 효력이 생긴다(민사집행법 제93조)." ❸ 대법원 2023. 11. 9. 선고 2023다256577 판결: ○○조합의 원고에 대한 청구이의의 소에서 '원고의 ○○조합에 대한 지급명령정본에 기한 강제집행은 ○○○원을 넘는 범위에 한하여 이를 불허한다.'는 내용의 조정을 갈음하는 결정이 확정된 **사안**에서, **원심**이, 이 사건 배당이의소송의 피고들은 채무자인 ○○조합을 대위하여 원고의 ○○조합에 대한 채권의 존재 및 효력 등을 다투는 것과 실질적으로 다를 바가 없으므로, 위 조정의 기판력이 피고들에게 미친다고 보아, 위 조정이 당연무효이거나 준재심에 의하여 취소되기 전까지 그 효력을 부정할 수 없다는 이유로 피고들이 원고의 ○○조합에 대한 채권의 존부 및 범위에 관하여 다툴 수 없다는 취지로 판단한 데 대하여, **대법원**은, "청구이의의 소는 집행권원의 집행력 배제를 목적으로 하는 형성소송으로서 그 판결이 확정되더라도 당해 집행권원의 원인이 된 실체법상 권리관계에 기판력이 미치지 않을 뿐만 아니라, 형성소송인 청구이의의 소에서는 형성판결의 효력을 당사자 사이의 합의로 창설할 수 없으므로, 이 사건 청구이의의 소에서 이 사건 조정이 확정되었더라도 확정판결과 동일한 효력인 기판력이 생긴다고 볼 수 없다. 나아가 이 사건 조정의 당사자가 아닌 피고들은 채무자인 ○○조합을 대위하여 원고의 ○○조합에 대한 채권의 존재 및 효력 등을 다투는 것이 아니라, 배당이의소송의 당사자로서 직접 원고의 ○○조합에 대한 채권 자체의 존재를 부인하는 것이므로, 이 사건 조정의 효력이 피고들에게 미친다고 볼 수도 없다. 따라서 피고들은 이 사건 배당이의소송의 당사자로서 이 사건 조정에도 불구하고 독자적으로 원고 채권의 존부 및 범위에 관하여 다툴 수 있다고 보아야 한다."라고 판단한 예. ❶ 공유물분할의 소송절차 또는 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 그 합의사항을 조서에 기재함으로써 조정이 성립하였다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 재판에 의한 공유물분할의 경우와 마찬가지로 그 즉시 공유관계가 소멸하고 각 공유자에게 그 협의에 따른 새로운 법률관계가 창설되는 것은 아니라고 할 것이고, 공유자들이 협의한 바에 따라 토지의 분필절차를 마친 후 각 단독소유로 하기로 한 부분에 관하여 다른 공유자의 공유지분을 이전받아 등기를 마침으로써 비로소 그 부분에 대한 대세적 권리로서의 소유권을 취득하게 된다고 보아야 할 것이다(대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결). ❺ 친생자관계의 존부확인과 같이 현행 가사소송법상의 가류 가사소송사건에 해당하는 청구는 성질상 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항을 대상으로 하는 것으로, 이에 관하여 조정이나 재판상 화해가 성립되더라도 효력이 있을 수 없다(2006므2757,2764).

1145) 대법원 2022. 9. 29.자 2022마5873 결정: "민사집행법 제28조, 제56조 제5호, 제57조에 의하면 재판상 화해 등 확정판결과 같은 효력을 가진 집행권원에 기초한 강제집행은 집행문이 있는 정본이 있어야 할 수 있다. 한편 가압류·가처분에 대한 재판은 발령과 동시에 집행력이 생기므로 당사자의 승계가 없는 한 집행문 없이 집행할 수 있다(민사집행법 제292조 제1항, 제301조). 보전처분 절차에서 이루어진 화해권고결정은, 당사자 쌍방의 양보를 전제로 당사자에게 화해를 권고하는 것으로서 당사자가 자유로이 처분할 수 있는 권리를 대상으로 할 수 있을 뿐 보전처분 신청과 보전처분에 대한 법원의 권한을 대상으로 삼을 수 없으므로 그 결정을 가압류·가처분에 대한 법원의 재판이라고 할 수 없고, 민사집행법 제23조 제1항, 민사소송법 제220조, 제231조에 따라 확정판결과 같은 효력을 가지므로 가압류·가처분에 대한 재판과 달리 민사집행법 제57조, 제28조에 따라 화해권고결정 정본에 집행문을 받아야 집행할 수 있고, 민사집행법 제292조 제2항, 제301조가 정하는 집행기간의 제한을 받지 않는다."

1146) ❶ 대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960 판결: "내용이 강행법규에 위반된다 할지라도 그것은 단지 조정에 하자가 있음에 지나지 아니하여 준재심절차에 의하여 구제받는 것은 별문제로 하고 그 조정조서를 무효라고 주장할 수 없다." ❷ 대법원 2012. 4. 12. 선고 2011다109357 판결: "화해조항에서 정한 의무를 이행하지 아니하였음을 이유로 재판상 화해의 해제를 주장하는 것과 같은 화해조서의 취지에 반하는 주장을 할 수 없으

조정·화해의 기판력은 그 당사자가 아닌 제3자에 대하여까지 미치지는 않는다.[1147]

이상은, 조정을 갈음하는 결정(조정을 갈음하는 결정에 대하여 그 조서의 정본이 송달된 날부터 2주일 이내에 이의신청[1148]이 없는 등의 경우 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다[1149]),[1150] 화해권고결정(화해권고결정은 그 조서 또는 결정서의 정본을 송달받은 날부터 2주 이내에 이의신청이 없는 때 등에 해당하면 재판상 화해와 같은 효력을 가진다[1151])[1152]의 경우에도 마찬가지이다.

주관적·예비적 공동소송에서 화해권고결정 등에 대하여 일부 공동소송인이 이의하지 않았다면, 원칙적으로 그 공동소송인에 대한 관계에서는 그 결정이 확정될 수 있으나, 결정에서 분리 확정을 불허하고 있거나, 분리 확정을 허용할 경우 형평에 반하고 민사소송법 제70조[1153] 제1항 본문의 입법 취지(이해관계가 상반된 공동소송인들 사이에서의 소송 진행

며, 이러한 이치는 재판상 화해와 동일한 효력이 있는 조정조서에 대하여도 마찬가지라 할 것이다." ❸ 2000다58668: "확정판결의 당연무효 사유와 같은 사유가 없는 한 재심의 소에 의하여만 효력을 다툴 수 있는 것이나, 당사자 일방이 화해조서의 당연무효 사유를 주장하며 기일지정신청을 한 때에는 법원으로서는 그 무효사유의 존재 여부를 가리기 위하여 기일을 지정하여 심리를 한 다음 무효사유가 존재한다고 인정되지 아니한 때에는 판결로써 소송종료선언을 하여야 할 것이고, 이러한 이치는 재판상의 화해와 동일한 효력이 있는 조정조서에 대하여도 마찬가지라 할 것" ❹ 94다59028: "소외 조합과 소외 1, 2 사이에 판시 제1화해가 성립한 후에 위 조합과 소외 1 사이에 다시 판시 제1화해와 모순 저촉되는 판시 제2화해가 성립하였다 하여도 판시 제1화해가 조서에 기재되어 확정판결과 동일하게 기판력이 발생한 이상 판시 제2화해에 의하여 판시 제1화해가 당연히 실효되거나 변경되고 나아가 판시 제1화해조서의 집행으로 마쳐진 위 소외 1 명의의 판시 소유권이전등기 및 이에 기한 피고들 명의의 판시 각 소유권이전등기가 무효로 된다고 볼 수는 없고, 또한 중복제소금지의 원칙에 위배되어 제기된 소에 대한 판결이나 그 소송절차에서 이루어진 화해라도 확정된 경우에는 당연무효라고 할 수는 없는바"

1147) 대법원 2023. 11. 9. 선고 2023다256577 판결(배당이의소송의 피고는 채무자를 대위하지 않고 배당이의소송의 당사자로서 직접 독자적으로 원고의 채권을 다툴 수 있으므로, 원고와 채무자 간 기판력이 피고에게는 미치지 않는다). 원고가 소유자를 대위하여 피고 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 소유자와 피고 간 화해조서의 기판력에 저촉되지만, 원고가 진정한 소유자임을 주장하면서 직접 피고를 상대로 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것은 기판력에 저촉되지 않는다(98다38760).

1148) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2023다225146 판결; "민사소송법 제97조에 의하여 소송대리인에게 준용되는 같은 법 제60조에 의하면 소송대리권의 흠결이 있는 자의 소송행위는 후에 당사자본인이나 보정된 소송대리인이 그 소송행위를 추인하면 행위 시에 소급하여 그 효력을 갖게 되고, 이는 대리권의 흠결이 있는 자가 조정을 갈음하는 결정에 관한 이의신청을 한 후 당사자본인이나 보정된 대리인이 이의신청 행위를 추인한 경우에도 마찬가지이다. … 당초 대리인에게 적법한 이의신청 대리권이 없었다고 하더라도, 이의신청에 대한 각하결정이 확정되기 전 피고의 소송대리인 선임행위 및 그 소송대리인의 행위에 의하여 조정을 갈음하는 결정에 대한 이의신청은 추인된 것으로 볼 수 있다. 결국 이의신청은 행위 시에 소급하여 효력을 갖게 되었고 이 사건 결정은 확정되지 않았으므로, 이 사건 소송이 종료되었다고 볼 수 없다."

1149) 민사조정법 제30조, 제34조 ①, ④.

1150) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017다200771 판결('조정을 갈음하는 결정'의 효력이 '소송물 외의 권리관계'에 미치는지 여부는 '더욱 엄격하게' 보아야 한다).

1151) 민사소송법 제231조, 제226조, 제225조.

1152) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2005다42880 판결; "화해권고결정에 대하여 소정의 기간 내에 이의신청이 없으면 그 화해권고결정은 재판상 화해와 같은 효력을 가지고(민사소송법 제231조), 화해권고를 위하여 필요한 경우에는 소송물 아닌 권리 내지 법률관계를 그 대상에 포함시킬 수 있으며, 이 경우 화해권고결정의 효력은 그 내용에 따라 그 결정에 기재된 당사자에게 미친다고 할 것이다. 한편, 재판상의 화해는 창설적 효력을 가지는 것이어서 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸함과 동시에 그 재판상 화해에 따른 새로운 법률관계가 유효하게 형성된다."

1153) **민사소송법 제70조(예비적·선택적 공동소송에 대한 특별규정)** ① 공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동

통일을 목적으로 한다)에 반하는 결과가 초래되는 경우에는, 분리 확정이 허용되지 않고(공동소송인 전원이 분리 확정에 대하여 이의가 없다는 취지로 진술하였더라도 마찬가지이다) 전부 소송으로 복귀하므로, 모든 공동소송인에 관한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고, 그중 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 하는 것은 허용되지 않는다(직권조사사항).[1154]

소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우에는 제67조 내지 제69조를 준용한다. 다만, 청구의 포기·인낙, 화해 및 소의 취하의 경우에는 그러하지 아니하다. ② 제1항의 소송에서는 모든 공동소송인에 관한 청구에 대하여 판결을 하여야 한다.

1154) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다224975 판결: "**주관적·예비적 공동소송**에서 화해권고결정에 대하여 일부 공동소송인이 이의하지 않았다면, 원칙적으로 그 공동소송인에 대한 관계에서는 위 결정이 확정될 수 있다. 다만 화해권고결정에서 분리 확정을 불허하고 있거나, 그렇지 않더라도 그 결정에서 정한 사항이 공동소송인들에게 공통되는 법률관계를 형성함을 전제로 하여 이해관계를 조절하는 경우 등과 같이 결정 사항의 취지에 비추어 볼 때 분리 확정을 허용할 경우 형평에 반하고 또한 이해관계가 상반된 공동소송인들 사이에서의 소송 진행 통일을 목적으로 하는 민사소송법 제70조 제1항 본문의 입법 취지에 반하는 결과가 초래되는 경우에는 분리 확정이 허용되지 않는다. 이는 주관적·예비적 공동소송에서 화해권고결정에 대하여 일부 공동소송인만이 이의신청을 한 후 그 공동소송인 전원이 분리 확정에 대하여는 이의가 없다는 취지로 진술하였더라도 마찬가지이다. … 주관적·예비적 공동소송에서는 모든 공동소송인에 관한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고, 그중 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 하거나, 남겨진 자를 위한 추가판결을 하는 것은 허용되지 않으며, 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 한 경우의 위법은 소송요건에 준하여 직권으로 조사하여야 할 사항에 해당한다. … 주관적·예비적 공동소송에서 그 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청구 부분도 확정이 차단되고, 상소심에 이심되어 심판대상이 되며, 이러한 경우 상소심의 심판대상은 주위적·예비적 공동소송인 및 그 상대방 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 한다." ☛ 원고가 사업시행자에 대한 부당이득 반환으로 피고 구와 시를 주위적·예비적 피고로 삼아 청구한데 대하여, **제1심**은, 주위적 피고에 대한 청구를 인용하였으나, 주문에서 예비적 피고에 관하여 아무런 판단을 하지 않았고, 이에 대해 주위적 피고만 항소하자, **원심**은, 주위적 피고의 항소에 따라 예비적 피고에 대한 청구 부분도 확정이 차단되어 이심되었음을 전제로, '예비적 피고가 원고에게 돈을 지급하고, 원고는 주위적 피고에 대한 청구를 포기한다.'는 내용의 화해권고결정을 하였고, 이에 예비적 피고만이 이의신청을 하였을 뿐 원고와 주위적 피고는 이의신청을 하지 아니하자, 원심은 주위적 피고에 대한 청구 부분은 화해권고결정으로 분리 확정됨에 따라 심판대상이 예비적 피고에 대한 청구 부분으로 한정되었다고 판단하여, 주문에서 주위적 피고에 대한 청구 부분에 대하여 판단하지 않은 채 마치 예비적 피고가 항소한 것처럼 예비적 피고의 원고에 대한 항소를 기각하였으나, **대법원**은 직권 판단으로 '1) 원고의 주위적·예비적 피고에 대한 청구는 동시에 인용될 수 없는 관계에 있고, 한쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계에 있어서 모든 당사자들 사이에 결론의 합일 확정을 기할 필요가 인정되므로, 비록 제1심판결에서 예비적 피고에 대한 판단을 누락한 위법이 있더라도, 주위적 피고가 항소를 제기한 이상 예비적 피고에 대한 청구 부분도 원심에 이심되어 그 심판대상이 되었다. 2) 위 화해권고결정의 내용은 예비적 피고의 원고에 대한 금원 지급의무를 전제로 원고가 주위적 피고에 대한 청구를 포기한다는 것이어서 주위적·예비적 피고 사이의 권리의무관계가 상호 관련되어 있고, 분리 확정을 허용할 경우 형평에 반할 뿐만 아니라, 이해관계가 상반된 공동소송인들 사이에서의 소송 진행 통일을 목적으로 하는 민사소송법 제70조 제1항 본문의 입법 취지에 반하는 결과가 초래될 수 있으므로, 위 화해권고결정에 대해서는 당사자들의 의사에 관계없이 분리 확정이 허용되지 않는다고 봄이 타당하다. 3) 따라서 위 화해권고결정에 대하여 예비적 피고만이 이의신청을 하였더라도, 위 화해권고결정은 원고와 주위적·예비적 피고에 대하여 전부 확정되지 않고, 이 부분 사건은 소송으로 복귀하므로, 주위적 피고의 항소에 따라 원심에 함께 이심된 예비적 피고에 대한 청구 부분도 여전히 항소심인 원심의 심판대상이 된다. 4) 그런데 원심은 변론을 거쳐 심리한 결과 원고에게 부당이득금반환의무가 인정되는 사업시행자가 예비적 피고라고 판단하였으므로, 원고의 예비적 피고에 대한 청구에 관한 판단을 누락한 위법이 있는 제1심판결을 직권으로 취소하고, 원고의 주위적 피고에 대한 청구를 기각하며, 원고의 예비적 피고에 대한 청구를 인용하였어야 한다.'고 판시한 예.

(10) 기판력과 다른 특수한 효력인 참가적 효력과 환송판결의 기속력

보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행[1155]하였으나 피참가인이 소송에서 '패소' '확정판결'[1156]을 받은 경우에는 형평의 원칙상 보조참가인이 피참가인에게 전소 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 구속력을 미치게 하는 '참가적 효력'[1157]이 인정된다. 이는 전소 확정판결의 '결론의 기초'가 된[1158] '사실상·법률상 판단'[1159]으로서 보조참가인이 피참가인과 '공동이익'[1160]으로 주장하거나 다툴 수 있었던 사항에 미친다. 기판력은 직권조사사항이지만, 참가적 효력은 당사자의 주장이 있어야 판단할 수 있는 '항변' 사항이다.[1161] 패소에 대해 피참가인의 단독책임으로 돌릴 사정이 있는 경우에는 참가적 효력이 배제된다.[1162]

사건을 환송받은 법원[1163]은 상고법원이 파기의 '이유'로 삼은[1164] '사실상[1165] 및 법률

1155) 소송고지를 받은 사람이 참가하지 않은 경우라도 참가할 수 있었을 때에 참가한 것으로 보기 때문에(민사소송법 제86조, 제77조) 소송고지를 받은 사람에게도 참가적 효력이 미친다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다268252 판결).

1156) 전소가 확정판결이 아닌 화해권고결정(2012다78184), 조정에 갈음하는 결정(2016다221085)에 의하여 종료된 경우에는 확정판결에서와 같은 법원의 사실상, 법률상의 판단이 이루어졌다고 할 수 없으므로 참가적 효력이 인정되지 아니한다.

1157) 피참가인과 그 소송상대방 간의 판결의 기판력을 참가인과 피참가인의 상대방과의 사이에까지 미치게 하는 것은 아니다(86다카2289). 민사집행법 제25조(집행력의 주관적 범위) ① 단서("판결이 그 판결에 표시된 당사자 외의 사람에게 효력이 미치는 때에는 그 사람에 대하여 집행하거나 그 사람을 위하여 집행할 수 있다. 다만, 민사소송법 제71조의 규정에 따른 참가인에 대하여는 그러하지 아니하다.")도 같은 취지이다.

1158) 기판력과 달리, 판결 주문뿐만 아니라, 판결 이유에서의 판단에도 미친다. 그러나 전소 확정판결에 필수적인 요소가 아니어서 그 결론에 영향을 미칠 수 없는 부가적 또는 보충적인 판단이나 방론 등에는 미치지 아니한다(95다42133).

1159) 제3자가 고지자를 상대로 제기한 전부금청구소송에서 피고지자가 소송고지를 받고도 위 소송에 참가하지 아니하였지만 고지자가 위 소송에서 제3자로부터 채권압류 및 전부명령을 받기 전에 피고지자에게 채권이 양도되고 확정일자있는 증서에 의하여 양도통지된 사실을 항변으로 제기하지 아니하여 위 소송의 수소법원이 위 채권압류 및 전부명령과 위 채권양도의 효력의 우열에 관하여 아무런 사실인정이나 법률판단을 하지 아니한 채 고지자에게 패소판결을 하였다면 피고지자는 위 소송의 판결결과에 구속받지 아니한다(88다카6358).

1160) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2006다60229 판결; 이 사건 약정의 해제의 당부는 원고와 피고의 이해관계가 상반되는 입장이어서 원고가 피고의 보조참가인으로 참가하였던 종전의 소송에서 상대방인 소외 회사에 대하여 피고와의 공동이익으로 다툴 수 있었던 사항이 아니라 피참가인인 피고와 다투어야만 할 사항이므로, 원심판결이 종전 소송의 확정판결의 참가적 효력에 반한다고 볼 수도 없다고 한 예. [동일 취지] 85다카2091 판결.

1161) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2006다60229 판결; 원고가 종전에 소외 회사의 피고에 대한 소송에서 피고를 보조참가하였으나 그 소송에서 피고가 패소함으로써 그 판결의 참가적 효력을 받는 지위에 있는데도, 이를 고려함이 없이 원고의 이 사건 청구를 인용한 원심판결은 부당하다는 상고이유의 주장은 '상고심에 이르러 처음 제기된 주장'으로서 적법한 상고이유가 될 수 없다고 한 예.

1162) **민사소송법 제77조(참가인에 대한 재판의 효력)** 재판은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하지 아니하면 참가인에게도 그 효력이 미친다. 1. 제76조의 규정에 따라 참가인이 소송행위를 할 수 없거나, 그 소송행위가 효력을 가지지 아니하는 때 2. 피참가인이 참가인의 소송행위를 방해한 때 3. 피참가인이 참가인이 할 수 없는 소송행위를 고의나 과실로 하지 아니한 때

1163) 환송판결의 기속력은 환송 후 원심뿐만 아니라 재상고심에도 미치는 것이 원칙이나, 재상고심의 전원합의체에는 미치지 않는다(98두15597 전원합의체 판결). 환송판결 선고 이후 헌법재판소가 환송판결의 기속적 판단의 기초가 된 법률 조항을 위헌으로 선언하여 그 법률 조항의 효력이 상실된 때에는 그 범위에서 환송판결의 기속력은 미치지 않는다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다2049 판결).

1164) 환송판결에서 파기이유로 하지 않은 부분에서 부수적으로 지적한 사항에도 미치지 않는다(2005다11954).

상[1166] 판단'에 기속된다(민사소송법 제436조 제2항).

(11) 기판력의 범위와 중복제소금지·재소금지 범위와의 비교

중복제소금지의 원칙[1167]에서 '소'는 기판력의 경우와 마찬가지로 원칙적으로는 당사자와 소송물이 동일한 소를 말한다(나아가 중복제소금지의 취지가 고려된다[1168]).[1169]

민사소송법 제267조 제2항[1170]의 '본안 종국판결 후 소취하자[1171]의 재소금지' 규정에서 '같은 소'는 반드시 기판력의 범위나 중복제소금지에서 말하는 것과 같은 것은 아니고, 당사자와 소송물이 같더라도 재소금지 규정의 취지에 반하지 않고 소제기를 필요로 하는 '정당한 사정'(권리보호이익)이 있다면 다시 소를 제기할 수 있다(즉, 재소금지 규정의

1165) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다87757 판결; "'파기이유로 삼은 사실상의 판단'이란 상고법원이 절차상의 직권조사사항에 관하여 한 사실상의 판단을 말하고 본안에 관한 사실판단을 말하는 것이 아니며, 환송을 받은 법원은 변론을 거쳐 새로운 증거나 보강된 증거에 의하여 본안의 쟁점에 관하여 새로운 사실인정을 할 수 있는 것이므로, 그 심리과정에서 당사자의 주장·입증이 새로이 제출되거나 또는 보강되어 상고법원의 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생긴 때에는 환송판결의 기속력은 미치지 않는다."

1166) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다106136 판결; "'상고법원이 파기이유로 한 법률상의 판단'에는 상고법원이 명시적으로 설시한 법률상의 판단뿐 아니라 명시적으로 설시하지 아니하였더라도 파기이유로 한 부분과 논리적·필연적 관계가 있어서 상고법원이 파기이유의 전제로서 당연히 판단하였다고 볼 수 있는 법률상의 판단도 포함되는 것으로 보아야 한다." ☛ ❶ 환송판결이 후행 대물반환예약의 사해행위 요건 구비 여부는 선행 대물반환예약 당시를 기준으로 판단하여야 한다고 하였는데도 환송 후 원심이 위 시점을 기준으로 판단하지 않은 것은 환송판결의 기속력에 반하여 위법하다고 한 사례(2016다261830). ❷ 환송 후 원심이, ①피고들이 승진 전후 실제로 담당하여 수행한 구체적 업무를 비교하지 아니한 채, ②승진 전후 각 직급에서 담당 가능한 다양한 업무들의 평균 업무난이도를 비교하여 그 각 업무의 직무가치가 동등하다고 인정하기에 부족하다고 판단한 것은, 환송판결에서 파기이유로 삼은 ①기준과는 다른 ②기준에 따라 근로의 가치를 판단한 것으로서 환송판결의 기속력에 반한다고 한 예(2023다315391).

1167) **민사소송법 제259조(중복된 소제기의 금지)** 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 '소'를 제기하지 못한다.

1168) 중복된 소제기를 금지하는 취지는, 이미 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 다시 소를 제기하는 것은 소송제도의 남용으로서 이를 허용하면 상대방 당사자에게 이중 응소의 부담을 지우고 심리가 중복되어 소송경제에 반하므로 그러한 불합리를 피하고 판결의 모순·저촉을 방지하는 데 있다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다202120 전원합의체 판결).

1169) 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017다23066 판결; "당사자와 소송물이 동일한 소송이 시간을 달리하여 제기된 경우 전소가 후소의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되지 않으면 후소는 중복제소금지에 위반하여 제기된 소송으로서 부적법하다." ☛ ❶ 집행채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있더라도, 추심채권자는 제3채무자를 상대로 압류된 채권의 이행을 청구하는 추심의 소를 제기할 수 있고, 그 추심의 소는 채무자가 제기한 이행의 소에 대한 관계에서 '중복된 소제기'에 해당하지 않는다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다202120 전원합의체 판결). ❷ 보전처분 신청에 관하여도 중복제소금지 규정이 준용되어 중복신청이 금지된다. 이 경우 중복신청 여부는 후행 보전처분 신청의 심리종결 시를 기준으로 판단하여야 하고, 보전명령에 대한 이의신청이 제기된 경우에는 그 이의소송의 심리종결 시가 기준이 된다(대법원 2018. 10. 4.자 2017마6308 결정). ❸ 중복소송에 해당하는 후소의 본안에 대한 판결이 있은 후 그 후소를 취하한 경우 재소금지원칙에 따라 전소는 부적법 각하된다(67다1042).

1170) **민사소송법 제267조(소취하의 효과)** ② 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다.

1171) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다230229 판결; "화해권고결정에 '원고는 소를 취하하고, 피고는 이에 동의한다.'는 화해조항이 있고, 이러한 화해권고결정에 대하여 양 당사자가 이의하지 않아 확정되었다면, 그 화해권고결정의 확정으로 당사자 사이에 소를 취하한다는 내용의 소송상 합의를 하였다고 볼 수 있다. 따라서 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 이러한 화해권고결정이 확정되어 소송이 종결된 경우에는 소취하한 경우와 마찬가지로 민사소송법 제267조 제2항의 규정에 따라 같은 소를 제기하지 못한다."

적용을 위해서는 '당사자', '소송물', '권리보호이익'의 동일이 필요하다).[1172] 소송물이 다르더라도 후소가 전소의 소송물을 선결문제로 하는 경우에는 재소금지원칙이 적용된다.[1173] 재소금지의 효과는 동일한 당사자 사이에 같은 소송물에 관하여 다시 소를 제기하지 못하게 하는 것일 뿐 실체상의 권리는 소멸하지 않는다.[1174]

1172) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결; "민사소송법 제267조 제2항은 … 소취하로 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용화되고 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에서 나온 제재적 취지의 규정이다. 여기에서 **같은** 소는 반드시 기판력의 범위나 중복제소금지에서 말하는 것과 같은 것은 아니고, 당사자와 소송물이 같더라도 이러한 규정의 취지에 반하지 않고 소제기를 필요로 하는 정당한 사정이 있다면 다시 소를 제기할 수 있다."(추심채권자가 제3채무자를 상대로 추심금 소송을 제기하였다가 항소심에서 소취하를 한 후, 압류·추심명령을 받은 다른 추심채권자가 추심금 소송을 한 경우, 후소는 **권리보호이익을 달리** 하여 '재소금지' 원칙에 위반되지 않는다고 한 예) **[권리보호이익의 상이로 재소금지 적용을 부정한 예]** ❶ 원고가 피고에게 대여금청구소송(전소)을 제기하여 공시송달에 의한 승소판결을 선고받은 후 대여금채권을 양수한 원고승계참가인이 양수금청구소송(후소)을 제기하여 공시송달에 의한 승소판결을 선고받은 데 대해 피고가 각 추완항소를 제기하였는데, 후소의 항소심법원이 '원고승계참가인은 소를 취하하고, 피고는 소취하에 동의한다.'는 화해권고결정을 하였고, 그 결정이 확정되기 전 원고승계참가인이 전소 항소심에서 승계참가신청을 한 **사안**에서, 화해권고결정의 확정으로 후소가 취하된 것과 같은 효과가 발생하였는데, 이는 원고승계참가인이 피고의 추완항소로 인하여 생긴 소송계속의 중복상태를 해소하고 먼저 소가 제기된 대여금청구소송을 승계하는 **방법**으로 소송관계를 간명하게 정리한 것일 뿐이므로, 종국판결 선고 후 후소를 취하하는 소송상 합의를 한 동기와 경위에 비추어 보면 승계참가신청이 화해권고결정의 확정으로 종결된 후소와 당사자, 소송물이 동일하더라도 이는 재소금지규정의 취지에 반하지 않고, 승계참가신청을 통해 전소를 승계할 정당한 사정이 있는 등 후소와 **권리보호이익이 동일하지 않아** 승계참가신청이 재소금지 원칙에 위반된다고 보기 어렵다고 한 사례(대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다230229 판결). ❷ 토지의 전소유자의 피고를 상대로 한 건물철거 등의 방해배제청구(전소)가 취하된 후 토지를 양수한 원고의 피고를 상대로 한 건물철거 등의 방해배제청구(후소)는 새로운 권리보호의 이익이 있어 재소금지원칙에 위반되는 소에 해당하지 않는다(81다64,65). 부동산 공유자들의 인도청구소송에 대한 제1심판결 선고 후 공유자 중 1인이 자신의 공유지분을 타 공유자에게 양도하고 소를 취하한 경우, 그 공유지분 양수인의 추가된 인도청구는 권리보호이익을 달리하여 재소금지의 원칙에 위배되지 않는다(95다48599,48605). ❸ 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행의 승소판결 후 항소심에서 매매에 따른 토지거래허가신청절차 이행의 소로 변경하여 당초의 소는 취하되었다 하더라도(항소심에서 청구가 교환적으로 변경된 경우에 구 청구는 취하된다-2016다45595), 그 후 토지거래허가를 받고 다시 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것은 취하된 소와 권리보호의 이익이 달라 재소금지원칙이 적용되지 않는다(97다45341). ❶ 제1심에서 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제4조, 제5조에 기하여 침해금지청구와 2004. 1. 1.부터 2007. 6. 30.까지의 부정경쟁행위로 인한 손해배상청구를 하였다가 패소한 후 항소심에서 위 청구를 철회하고 상표법 제65조, 제67조에 기한 침해금지청구 및 손해배상청구를 하는 것으로 청구원인을 변경하는 준비서면을 제출한 자가, 다시 위 법률 제4조, 제5조에 기하여 2004. 1. 1.부터 2008. 3. 3.까지의 부정경쟁행위로 인한 침해금지청구 및 손해배상청구를 추가하는 준비서면을 제출한 **사안**에서, 항소심에서 추가한 2007. 7. 1.부터 2008. 3. 3.까지의 청구는 제1심 변론종결 이후에도 계속하여 부정경쟁행위를 하고 있음을 전제로 그 침해행위의 금지를 청구함과 아울러 제1심에서 청구하지 않았던 기간에 해당하는 손해배상청구를 한 것이므로 제1심에서 청구하였던 침해금지청구 및 손해배상청구와 소송물이 동일하다고 보기 어렵고 다시 청구할 필요도 있어, 그 청구의 추가가 재소금지의 원칙에 저촉되지 않는다(2009다22037). ❺ 종국판결 후 소를 취하하였다가 피고가 그 소 취하의 전제조건인 약정을 위반하여 약정이 해제 또는 실효되는 사정변경이 생겼음을 이유로 다시 동일한 소를 제기하는 것은 재소금지의 원칙에 위배되지 않는다(2000다46399).

1173) 전소인 면직처분무효확인의 소가 후소인 본봉, 상여금, 수당, 퇴직금 등 상당 손해에 대한 배상 및 부당이득반환청구의 선결적인 법률관계를 이루고 있다 하여 후소가 재소금지의 효과를 받는 부적법한 소라고 한 예(88다카18023).

1174) 대법원 2023. 1. 12. 선고 2022다266874 판결; 갑이 을 앞으로 마쳐준 부동산 소유권이전등기가 명의신탁에 의한 것으로 무효라고 주장하면서 을을 상대로 소유권이전등기말소청구의 소를 제기하여 1, 2심 모두 승소하였으나 상고심 계속 중 소를 취하하였는데, 그 후 재차 을을 상대로 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다가 부동산 가액 상당 손해배상을 구하는 것으로 청구를 변경한 **사안**에서, 부동산 교환가치 전액이

마) 본안에 관한 항변

피고는, ① '원고 명의 소유권 등기의 법률상 추정력을 복멸'하는 '원고 명의 등기의 원인무효 사실',[1175] ② '원고의 후발적 소유권 상실 사실'[1176]을 항변으로 주장할 수 있다.

피고는 ③ 원고가 주장하는 피고 명의 등기의 '원인 무효 사실과 양립하는 별개의 사유'를 들어 등기원인의 유효를 항변으로 주장할 수 있다. 예컨대, 착오에 의한 의사표시를 무효사유로 주장하는 경우 착오한 표의자의 중대한 과실의 항변, 무권대리인 또는 무권리자에 의한 처분을 무효사유로 주장하는 경우 추인의 항변, 신의칙 위반[1177] 항변(신

갑의 손해가 되려면 을의 행위 때문에 부동산이 멸실되거나 갑이 소유권을 잃는 등의 결과가 사회통념상 현실적으로 발생해야 하는데, 양자 간 등기명의신탁의 경우 명의신탁 약정과 그에 터 잡은 등기가 무효이므로, 갑이 부동산 소유권을 여전히 보유하고 있는 이상 을 앞으로 마친 소유권이전등기로 인하여 어떠한 손해를 입게 되는 것은 아니며, 갑이 종전 소송을 취하함에 따라 원인무효인 을 명의 소유권이전등기의 말소를 소송을 통해 강제할 수 없을 뿐 부동산 소유권은 계속 갑에게 남아 있고, 을이 부동산을 제3자에게 처분할 경우에 비로소 갑이 소유권을 상실하게 되는데도, 이와 달리 을이 원인무효인 소유권이전등기의 말소를 거부하고 있을 뿐인데도 갑의 소유권이 침해되어 부동산 가액 상당 손해가 발생했다고 보아 그 금액의 배상을 명한 원심을 파기한 사례.

1175) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다11281 판결, 대법원 2005. 9. 28. 선고 2004다50044 판결("원고 명의의 소유권이전등기가 원인무효라는 피고들의 항변을 받아들여 원고가 위 제1부동산의 적법한 소유자가 아님을 이유로 원고의 말소등기청구를 배척한 것은 정당하고, … 주장과 부인 등에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.").

1176) 대법원 2019. 7. 10. 선고 2015다249352 판결, 대법원 1995. 3. 3. 선고 94다7348 판결.

1177) ○ 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019다277157 판결; 원고 의료법인의 기본재산인 토지에 피고 지방자치단체가 건물을 신축하였고 원고는 피고에게 지상권설정등기를 해 주었는데, 원고가 피고와 위탁경영 계약을 체결한 다음 위 건물에서 약 35년간 계속하여 병원을 운영하다가, 위 지상권설정등기가 의료법에서 정한 시·도지사의 허가 없는 상태에서 이루어진 것으로서 무효라고 주장하며 그 말소를 구한 사안에서, 위 말소청구는 자신의 의무이행을 통해 지상권설정등기에 따른 부담을 용인해야 하는 지위에 있는 원고가 오히려 의무이행을 하지 않는 것을 기화로 권리자가 될 피고를 상대로 그 말소를 청구하는 것인 점, 원고가 위탁경영 계약을 통해 위 건물에서 병원을 계속해서 운영하기 위해서는 지상권설정등기가 필요하므로 위 지상권설정등기는 원고의 설립 목적에 부합하고, 원고의 재산을 부당하게 감소시키는 것을 방지하려는 의료법 규정의 취지와 입법 목적에도 어긋나지 않는 점, 원고는 지상권설정등기를 한 후 위탁경영 계약에 따라 위 건물에서 병원을 운영하다가 존속기간이 만료될 무렵 스스로 존속기간을 변경하는 지상권변경의 부기등기를 하였고, 그 후에도 아무런 이의제기 없이 위탁경영 계약에 따라 병원을 계속해서 운영하였던 점에 비추어, 위 말소청구는 신의성실의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다고 본 원심판단은 강행규정에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용할 만한 특별한 사정이 있다고 판단한 것으로서 정당하다고 한 사례. **[동일 판시]** 사업영위 실적이 없다는 이유로 직권으로 폐업조치되고 법인설립허가가 취소되었으며 파산선고까지 받은 의료법인이 그 사용 부동산에 관한 강제경매절차에서 기본재산 처분에 관하여 주무관청으로부터 허가를 받아 주어야 할 입장에 있음에도 불구하고 그 부동산을 낙찰받아 운영해 오고 있는 의료법인에 대하여 위 부동산에 관한 소유권이전등기가 주무관청의 허가 없이 이루어진 것이라는 이유로 그 말소를 구하는 것은 신의칙에 위배된다고 한 사례(2003다63937). ○ 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다31193 판결; "무효인 공정증서에 기한 경매임을 이유로 경매절차가 무효라고 주장하여 그 경매목적물에 관한 소유권이전등기의 말소를 청구하는 경우에 그 말소 주장이 금반언의 원칙 및 신의칙에 위반되는 것이어서 허용될 수 없다고 하려면, 무효인 공정증서상에 집행채무자로 표시된 자가 그 공정증서를 채무명의로 한 경매절차가 진행되고 있는 동안에 공정증서의 무효를 주장하여 경매절차를 저지할 수 있었음에도 불구하고 그러한 주장을 일체 하지 않고 이를 방치하였을 뿐만 아니라, 오히려 공정증서가 유효임을 전제로 변제를 주장하여 경락허가결정 등에 대한 항고절차를 취하고 경락허가결정 확정 후에 경락대금까지 받았다든지, 배당기일에 자신의 배당금을 이의 없이 수령하고 경락인으로부터 이사비용을 받고 부동산을 임의로 명도하였다든지 하여, 경락인에 대하여 객관적으로 그 공정증서가 유효하다는 신뢰를 부여하는 경우라야 할 것이다." ☜ 집행채

의칙 위반 여부를 직권조사사항으로 보는 주류적 판례에 의하면 기록상 신의칙 위반 사실이 드러나 있으면 직권으로 살펴 말소등기청구를 배척하여야 한다[1178]) 등을 들 수 있는데, 그 개개 무효 사유에 관한 주장·증명책임의 일반적인 분배원칙에 따라 청구원인, 항변, 재항변의 구조를 파악해 주장·증명하면 된다.

피고 명의 등기가 원인 무효로 된 경우, ④ '실체적 권리관계에 부합'한다는 항변을 할 수도 있다.

바) 등기상 이해관계 있는 제3자에 대한 승낙청구

등기의 말소를 신청하는 경우에 그 말소에 대하여 등기상 이해관계 있는 제3자가 있을 때에는 제3자의 승낙이 있어야 한다(그에 따라 등기를 말소할 때에는 등기상 이해관계 있는 제3자 명의의 등기는 등기관이 직권으로 말소한다. 부동산등기법 제57조).

부동산의 소유자가 그 권리 취득 명의자를 상대로 한 말소등기청구와 그 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 한 승낙의 의사표시 청구는 당사자와 소송물을 달리한다.[1179]

'등기상 이해관계 있는 제3자'란 말소등기를 함으로써 손해를 입을 우려가 있는 등기상의 권리자로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 등기부 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 자이고(피고적격·소송요건, '말소회복등기에 대한 승낙청구' 부분 참조), 그 제3자가 승낙의무를 부담하는지 여부(본안판단사항)는 그 제3자가 말소등기권리자에 대한 관계에서 그 승낙을 하여야 할 실체법상의 의무가 있는지 여부에 의하여 결정된다.[1180] [1181]

권자를 상대로 청구이의의 소를 제기하고 강제집행정지결정을 받았음에도 이를 집행법원에 제출하지 아니하였다는 사정만으로는 공정증서가 유효라는 신뢰를 경락인에게 보인 것이라 할 수 없다는 이유로 경매목적물에 대한 소유권이전등기의 말소를 구하는 것이 금반언의 원칙·신의칙에 위반되지 않는다고 한 사례.

1178) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2013다88829 판결; "신의성실의 원칙 위반 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다. … 토지에 관한 재산인수의 효력이 무효라는 원고의 주장이 신의성실의 원칙에 위배되는지 살피지 아니하고, 그 무효라는 이유만으로 피고 회사 앞으로 마친 그 소유권이전등기의 말소를 명한 원심의 판단에는 신의성실의 원칙에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다."

1179) 따라서 소유자의 채권자가 이미 채권자대위권을 행사하는 방법으로 권리취득명의자를 상대로 말소등기청구의 소를 제기하여 승소 확정판결을 받음으로써 그 기판력이 소유자나 그의 다른 채권자에게까지 미친다 하더라도, 소유자나 다른 채권자로서는 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 승낙의 의사표시를 청구할 수 있고, 이는 그 제3자가 이미 전소에서 승소 확정판결을 받은 채권자라 하여 달리 볼 것이 아니다(2008다25510).

1180) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다25510 판결; 피고는 1심 공동피고 1 명의로 소유권보존등기가 경료되어 있는 건물에 관하여 그 원시취득자인 2심 공동피고를 대위하여 그의 1심 공동피고 1에 대한 소유권보존등기말소청구권을 피보전권리로 삼아 처분금지가처분을 신청하여 그 가처분등기를 경료한 자로서, 위 소유권보존등기가 말소됨으로 인하여 손해를 입을 우려가 있다는 것이 등기부 기재에 의하여 형식적으로 인정되므로 위 소유권보존등기의 말소에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자에 해당하고, 또한 1심 공동피고 1 명의의 위 소유권보존등기는 원인 없이 경료된 무효의 등기임을 알 수 있으므로, 피고는 위 소유권보존등기의 말소에 대하여 승낙할 실체법상의 의무를 진다고 하는 한편, "원인 무효의 소유권보존등기가 경료되어 있는 부동산에 관하여 그 소유자의 등기말소청구권을 보전하기 위하여 소유자의 채권자의 대위신청에 따라 처분금지가처분등기가 경료되고, 이어 다른 채권자의 대위신청에 따라 위 부동산에 관하여 또 다시 처분금지가처분등기가 경료된 후, 선행 가처분 채권자가 그 본안소송에서 승소의 확정판결을 받아 이에 기하여 위 소유권보존등기의 말소등기를 신청하는 경우 후행 가처분등기는 선행 가처분 채권자의 피보전권리 실현의 등기를 함에 따라 사건이

소유자가 원인무효인 소유권이전등기의 말소와 함께 가압류등기 등의 말소를 구하는 경우, 원고 청구의 취지는 소유권이전등기의 말소에 대한 승낙을 구하는 것으로 해석할 여지가 있다.[1182] [1183]

부동산 처분금지가처분권자인 종전 소유자가 소유권이전등기의 말소를 구하는 외에 별도로 가압류등기권자 등에 대하여 승낙의 의사표시를 구할 소의 이익은 없다.[1184]

사) 의사의 진술을 명하는 판결을 구하는 소

소유권이전등기절차 이행 청구나 말소등기절차 이행 청구, 말소등기 회복등기절차 이행 청구, 저당권 설정등기절차 이행 청구 등 '등기절차의 이행을 구하는 소'는 등기에 관한 '의사의 진술을 명하는 판결'을 구하는 소에 해당한다.[1185]

등기할 것이 아닌 때에 해당하게 되어 등기공무원에 의하여 직권으로 말소될 대상이기는 하지만, 그렇다고 하여 후행 가처분 채권자가 소유자를 대위하여 선행 가처분 채권자를 상대로 소유권보존등기의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 구할 수 없는 것은 아니다."라고 한 예.

1181) ○ 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결: "근저당권이 있는 채권이 가압류되는 경우, 근저당권설정등기에 부기등기의 방법으로 그 피담보채권의 가압류사실을 기입등기하는 목적은 근저당권의 피담보채권이 가압류되면 담보물권의 수반성에 의하여 종된 권리인 근저당권에도 가압류의 효력이 미치게 되어 피담보채권의 가압류를 공시하기 위한 것이므로, 만일 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는다면 그 가압류명령은 무효라고 할 것이고, 근저당권을 말소하는 경우에 가압류권자는 등기상 이해관계 있는 제3자로서 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 하여야 할 의무가 있다."

○ 대법원 1999. 2. 5. 선고 97다33997 판결; 전세권설정자(원고)와 전세권자 사이에 전세권설정계약이 합의해지되고 전세금반환채권이 제3자에게 양도되었으며 원고가 전세권 목적물을 명도까지 받았다면, 전세권설정등기가 말소되지 않고 있는 사이에 전세권을 가압류한 자(피고)는 원고가 전세권설정등기의 말소를 신청하는 경우 등기상 이해관계 있는 제3자로서 이를 승낙하여야 할 의무가 있다고 한 예.

1182) 대법원 1998. 11. 27. 선고 97다41103 판결; 원심이, 위와 같은 소송형태를 취한 사안에서 가압류채권자인 피고에 대한 소를 부적법한 것이라 하여 각하한 것에는 법리오해나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 한 예.

1183) ◎ **가압류등기 말소 청구의 적법 여부(×)**

부동산에 대한 가압류등기가 무효인 경우, 부동산 소유자가 가압류채권자를 상대로 그 가압류등기의 말소등기를 청구할 수 있는지에 관하여, 긍정설을 취한 것(87다카2136)도 있으나, '가처분등기 자체의 말소를 소구할 수 없다'고 한 75다1923, 1924 판결과 위 97다41103 판결, '등기가 등기관의 직권 또는 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 등기관의 직권 또는 법원의 촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 그와 같은 등기의 회복등기절차의 이행을 소구할 이익은 없다'는 판례들을 합쳐보면, 부정설로 사실상 판례 변경된 것으로 볼 것이다. '체납처분에 의한 압류 등기'에 대해서는 그 말소등기를 소구할 수 있다는 것이 일관된 판례이다(90다8657 등).

1184) 가처분권리자가 소유권이전등기 말소의 본안사건에서 승소하여 그 확정판결 정본을 첨부하여 소유권이전등기 말소등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 경료된 가등기, 소유권 이외의 권리에 관한 등기, 가압류등기, 국세체납에 의한 압류등기, 경매신청등기와 처분금지가처분등기 등 '가처분등기 이후에 된 등기로서 가처분권리자의 권리를 침해하는 등기'의 말소를 단독으로 신청할 수 있다(부동산등기법 제94조).

1185) ◎ **등기에 관한 의사의 진술을 명하는 판결**

등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기권리자와 등기의무자의 공동신청에 의하나, 등기절차의 이행을 명하는 판결에 의한 등기는 승소한 등기권리자 또는 등기의무자의 단독신청으로 가능한데(부동산등기법 제23조 ①, ④), 이 경우 판결은 피고의 등기신청 의사의 진술(등기관에 대한 등기신청행위)에 갈음한 것이다. 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있는데, 그 채무가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자의 의사표시에 갈음할 재판을 청구할 수 있고(민법 제389조 ①, ②), 의사의 진술을 명한 판결이 확정된 때에는 그 판결로 의사를 진술한 것으로 보며, 반대의무가 이행된 뒤에 의사를 진술할 것인 경우(선이행 또는 상환이행 판결)에는 집행문을 내어 준 때에 의사 진술의 간주 효과가

'의사의 진술을 명하는 판결'은 확정과 동시에 그러한 의사를 진술한 것으로 간주되므로, 의사의 진술이 간주됨으로써 어떤 법적 효과를 가지는 경우에는 소로써 구할 이익이 있지만, 그러한 의사의 진술이 있더라도 아무런 법적 효과가 발생하지 아니할 경우에는 소로써 청구할 법률상 이익이 없다.[1186]

아) 말소등기청구권 보전을 위한 처분금지가처분

등기부상 불실등기가 존재하는 경우에 소유자는 그 불실등기 명의인을 상대로 소유권에 기한 말소등기청구권 보전을 위한 처분금지가처분을 할 수 있다.[1187]

6) 말소등기회복등기 청구

가) 소송요건(직권조사사항)

말소등기회복등기 청구의 소는 부적법하게 말소된 등기의 등기절차상 '회복등기권리자(원고적격)'가 '회복등기의무자(피고적격)'를 상대로 제기하여야 한다.[1188]

생긴다(민사집행법 제263조 ①, ②). 의사표시 간주의 효과가 생기면, 더 이상의 강제집행절차가 불필요하고 존재하지 않는다. 따라서 가집행의 선고를 붙이지 아니하고, 강제집행 정지가 인정될 여지가 없으며, 집행력 배제를 위한 청구이의의 소도 인정되지 않는다(95다37568 판결 등). 의사표시 간주의 효과가 생긴 후에 등기권리자의 지위가 승계된 경우에는, 부동산등기법의 규정에 따라 등기절차를 이행할 수 있을 뿐이고, 원칙적으로 승계집행문이 부여될 수 없다(대법원 2017. 12. 28.자 2017그100 결정).

1186) 대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다200552 판결.
◎ **의사의 진술을 구하는 소의 이익을 긍정한 예;** ❶ 대법원 2014. 11. 27. 선고 2014다206075 판결; "건축물대장에 건축물 대지로 잘못 기재된 지번의 토지 소유자라고 주장하는 자가 그 지번의 정정신청을 거부하는 건축물 소유자를 상대로 건축물대장 지번의 정정을 신청하라는 의사의 진술을 구하는 소는 그 토지 소유권의 방해배제를 위한 유효하고도 적절한 수단으로서 소의 이익이 있다." ❷ 대법원 2022. 1. 27. 선고 2018다259565 판결; 제3자를 위한 계약에서 수익자뿐만 아니라 요약자도 낙약자에게 수익자 앞으로 공중위생관리법상 영업자지위 승계신고절차를 이행할 것을 구할 소의 이익이 있다고 한 사례. ❸ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다12453 판결;"재단법인의 기본재산에 대하여 집합건물법상의 매도청구가 있는 경우에는 그 기본재산에 대한 매매계약의 성립뿐만 아니라 기본재산의 변경을 내용으로 하는 재단법인의 정관의 변경까지 강제되는 것으로 봄이 상당하다. 그 결과 재단법인은 매도청구의 대상이 된 기본재산의 처분과 관련하여 상대방에 대하여 정관의 변경허가를 주무관청에 신청할 의무를 부담하게 되므로, 재단법인이 위 의무를 이행하지 않는 경우 상대방은 민법 제389조 제2항에 의하여 그 허가신청의 의사표시에 갈음하는 재판을 청구할 수 있다." [동일취지] 2010다52072
◎ **의사의 진술을 구하는 소의 이익을 부정한 예;** ❶ 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015다247325 판결; 원고가 자신의 토지 위에 신축한 건물의 급수공사를 위하여 관할 지방자치단체에 급수공사 시행을 신청하였는데, 지방자치단체가 수도급수 조례 등에 근거하여 급수공사 시 경유하여야 하는 피고 소유 토지의 사용승낙서 제출을 요구하며 신청을 반려하자, 원고가 민법 제218조의 수도 등 시설권을 근거로 피고를 상대로 '피고 소유 토지 중 수도 등 시설공사에 필요한 토지 사용을 승낙한다'는 진술을 구하는 소를 제기한 사안. ❷ 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다74277 판결; 유언집행자가 자필 유언증서상 유언자의 자서와 날인의 진정성을 다투는 상속인들에 대하여 '유언 내용에 따른 등기신청에 이의가 없다'는 진술을 구하는 소.

1187) 대법원 2008. 7. 11.자 2008마615 결정. 가처분채권자가 본안 승소 확정판결 정본을 첨부하여 소유권이전등기말소등기를 신청하는 경우, 가처분등기 이후에 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료되어 있을 때에는 위 소유권이전등기 말소등기신청과 동시에 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소도 단독으로 신청하여 가처분등기 이후의 소유권이전등기를 말소하고 가처분에 기한 소유권이전등기 말소등기를 하며, 가처분등기는 직권으로 말소한다(등기예규 제1690호).

1188) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다204737 판결; "임대주택법 제18조에 의한 금지사항 부기등기나 그 말소는 임대사업자 단독의 신청이나 등기관의 직권 또는 법원의 촉탁에 의하여 이루어지도록 되어 있으므로 말소된

가등기나 근저당권 설정등기가 부적법하게 말소된 경우 그 말소 당시의 소유자가 회복등기의무자로서 피고적격이 있으므로, 가등기 등이 말소된 후 제3자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 경우에는 종전 소유자,[1189] 제3자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 후 가등기 등이 말소된 경우에는 제3취득자를 상대로 회복등기청구를 하여야 한다.[1190]

원인 없이 말소된 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행과 그 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소송 도중에 그 근저당목적물인 부동산에 관하여 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납하였다면, 그 매각부동산에 설정된 근저당권은 당연히 소멸하므로, 위 소송은 소의 이익이 없게 된다.[1191]

등기가 등기관의 직권 또는 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 등기관의 직권 또는 법원의 촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 그와 같은 등기의 '회복등기절차의 이행'을 소구할 이익은 없으나, 말소될 당시 소유권이전등기를 경료하고 있는 사람을 상대로 등기회복절차에 대한 '승낙청구'의 소를 제기할 수는 있다.[1192]

금지사항 부기등기의 회복과 관련하여 임차인과 임대사업자를 등기 절차상의 등기권리자나 등기의무자라고 보기 어렵다. 그런데 말소등기회복청구의 소는 어떤 등기의 전부 또는 일부가 부적법하게 말소된 경우에 그 말소된 등기를 회복하기 위하여 제기하는 소로서 등기권리자가 등기의무자를 상대로 제기하여야 하는 것이므로, 위와 같이 등기권리자가 아닌 임차인이 등기의무자가 아닌 임대사업자를 상대로 말소된 금지사항 부기등기의 회복을 청구하는 것은 부적법하여 허용될 수 없다."

1189) 대법원 1969. 3. 18. 선고 68다1617 판결; "피고 장OO은 본건 근저당권 설정등기의 말소등기가 경료된 후에 본건 부동산에 대한 소유권 이전등기를 받은 자임이 분명하므로 원심이 불법히 말소된 것을 이유로 한 근저당권 설정등기의 회복등기 청구는 근저당권 설정등기가 말소될 당시의 소유자를 상대로 할 것이라는 이유로 피고 장OO에 대한 원고의 본건 소를 각하한 조치는 정당하고 논지와 같이 피고 장OO이 소유권의 악의 취득자이거나 또는 본건 근저당권 말소등기에 공모한 불법행위자라 할지라도 저당권 말소등기 당시의 소유자가 아닌 이상 피고 적격이 없다고 하여야 할 것이니"

1190) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2006다43903 판결; "가등기가 이루어진 부동산에 관하여 제3취득자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 후 그 가등기가 말소된 경우 그와 같이 말소된 가등기의 회복등기절차에서 회복등기의무자는 가등기가 말소될 당시의 소유자인 제3취득자이므로, 그 가등기의 회복등기청구는 회복등기의무자인 제3취득자를 상대로 하여야 한다. … 망 소외 1의 소유이던 이 사건 부동산에 관하여 1982. 4. 20. 원고 명의의 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기가 마쳐진 후, 1984. 10. 16. 피고 1 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 사실, 그 후 1984. 11. 5. 위 가등기가 1984. 11. 3.자 해제를 원인으로 말소된 사실을 알 수 있고, 원고는 피고 1이 원고의 인감도장을 도용하여 위 가등기의 말소등기 신청서류를 위조함으로써 위 가등기가 말소되었다고 주장하면서 피고 1을 상대로 위 가등기의 회복등기절차의 이행을 … 구하고 있다. … 위 가등기가 말소될 당시의 소유자인 피고 1을 상대로 위 가등기의 회복등기절차의 이행을 구하는 원고의 위 피고에 대한 소는 피고적격 있는 자를 상대로 한 것으로서 적법하다 할 것이므로, 이와 달리 원심이 위 가등기에 관한 회복등기의 무자를 망 소외 1의 공동상속인인 나머지 피고들이라고 보아 원고의 피고 1에 대한 소를 각하한 것은 잘못이라 하겠다."

1191) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다28025 판결; 상고심 계속 중 매각허가가 결정되고 매수인이 대금을 완납한 사실을 알 수 있으므로, 근저당권설정등기회복등기절차의 이행이나 그에 대한 승낙의 의사표시를 구할 법률상 이익이 없게 되었다 하여 직권으로 파기, 자판하고 소를 부적법 각하한 예. ☛ 같은 취지의 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016다28897 판결; "가압류등기가 원인 없이 말소된 이후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전되고 그 후 제3취득자의 채권자 등 다른 권리자의 신청에 따라 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 그 매각대금을 다 낸 때에는, 위 경매절차에서 집행법원이 위 가압류의 부담을 매수인이 인수할 것을 특별매각조건으로 삼지 않은 이상 원인 없이 말소된 가압류의 효력은 소멸한다."

1192) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결; "부동산 강제경매개시결정 기입등기는 채권자나 채무자가 직접 등기공무원에게 이를 신청하여 행할 수는 없고 반드시 법원의 촉탁에 의하여 행하여지는바, 이와 같이

폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소회복등기절차의 이행을 구할 소의 이익은 없으나, 부적법하게 말소되지 아니하였더라면 현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 말소된 권리자의 등기 및 그 등기를 회복하는 데에 필요하여 함께 옮겨 기록되어야 하는 등기를 대상으로 하여 말소회복등기절차 등의 이행을 구하는 소는 그 소의 이익을 인정할 수 있다.[1193]

나) 주장증명책임

말소회복등기는 어떤 등기의 전부 또는 일부가 부적법하게 말소된 경우에 그 말소된 등기를 회복함으로써 말소 당시에 소급하여 말소가 되지 않았던 것과 같은 효과를 생기게 하는 등기를 말하고, 여기서 '부적법'이란 실체적 이유(말소등기의 등기원인의 무효, 취소 등)에 기한 것이건 절차적 하자(예컨대 등기공무원이 착오로 말소한 것)에 기한 것임을 불문하고 말소등기나 기타의 처분이 무효인 경우를 의미하므로, 말소등기의 등기원인이 된 법률행위가 사기에 의한 의사표시로서 취소된 경우도 말소회복등기의 대상인 부적법하게 말소된 등기에 해당하나,[1194] 당사자가 임의로, 자발적으로 말소등기를 한 경우에는

당사자가 신청할 수 없는 강제경매개시결정 기입등기가 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 법원의 촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 이 경우 강제경매 신청채권자가 말소된 강제경매개시결정 기입등기의 회복등기절차의 이행을 소구할 이익은 없고, 다만 그 강제경매개시결정 기입등기가 말소될 당시 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료하고 있는 사람은 법원이 그 강제경매개시결정 기입등기의 회복을 촉탁함에 있어서 등기상 이해관계가 있는 제3자에 해당하므로, 강제경매 신청채권자로서는 그 사람을 상대로 하여 법원의 촉탁에 의한 그 강제경매개시결정 기입등기의 회복절차에 대한 승낙청구의 소를 제기할 수는 있다." **[동일 취지]** ❶ 2001다84367; "부동산가압류의 기입등기는 채권자나 채무자가 직접 등기공무원에게 이를 신청하여 행할 수는 없고 반드시 법원의 촉탁에 의하여 행하여지는바, 이와 같이 당사자가 신청할 수 없는 가압류의 기입등기가 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 법원의 촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 이 경우 가압류 채권자가 말소된 가압류기입등기의 회복등기절차의 이행을 소구할 이익은 없고, 다만 그 가압류기입등기가 말소될 당시 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료하고 있는 자는 법원이 그 가압류기입등기의 회복을 촉탁함에 있어서 등기상 이해관계가 있는 제3자에 해당하므로, 가압류 채권자로서는 그 자를 상대로 하여 법원의 촉탁에 의한 그 가압류기입등기의 회복절차에 대한 승낙청구의 소를 제기할 수는 있다." ❷ 99다27149; "부동산처분금지가처분의 기입등기는 채권자나 채무자가 직접 등기공무원에게 이를 신청하여 행할 수는 없고 반드시 법원의 촉탁에 의하여야 하는바, 이와 같이 당사자가 신청할 수 없는 처분금지가처분의 기입등기가 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 법원의 촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 이 경우 처분금지가처분 채권자가 말소된 가처분기입등기의 회복등기절차의 이행을 소구할 이익은 없다." ❸ 95다6878; "가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 경료됨으로써 등기공무원이 직권으로 가등기 후에 경료된 제3자의 등기를 말소한 경우 그 후에 그 가등기에 기한 본등기가 원인무효 등의 사유로 말소된 때에는 결국 위 제3자의 등기는 말소하지 아니할 것을 말소한 결과가 되므로 등기공무원은 직권으로 그 말소등기의 회복등기를 하여야 하는 것이고, 따라서 그 회복등기를 소구할 이익이 없다."

1193) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2011다41239 판결(폐쇄등기의 '말소등기'절차 이행청구에 관하여 동일 취지로 판시한 대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결 참조).

1194) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다112350 판결; **원심**은, 원고가 피고 회사의 기망에 의해 사건 가등기를 말소하였더라도 원고 스스로의 의사에 따라 자발적으로 이루어진 것이므로 이에 대한 회복등기는 허용될 수 없다고 하였으나, **대법원**은, 피고 회사의 사기에 의한 의사표시를 이유로 적법하게 취소되었다면 가등기 말소등기는 그 등기원인이 무효로 되어 말소회복등기의 대상이 되는 부적법한 말소등기에 해당한다고 한 사례. ☞ 따라서 "어떤 이유이건 당사자가 자발적으로 말소등기를 한 경우에는 말소회복등기를 할 수 없다."고 볼 것은 아니다.

말소회복등기를 할 수 없다.[1195]

말소된 등기의 회복등기절차의 이행을 구하는 당사자는 그 '등기가 적법한 원인 없이 말소되었다는 점'에 관하여 이를 주장·증명할 책임이 있다.[1196]

등기는 물권의 효력 발생 요건이고 존속 요건은 아니어서 등기가 원인 없이 말소된 경우에는 그 물권의 효력에 아무런 영향이 없고, 그 회복등기가 마쳐지기 전이라도 말소된 등기의 등기명의인은 적법한 권리자로 추정되므로, 말소된 등기가 그 등기명의인의 의사에 기하지 아니하고 위조 서류에 의하여 부적법하게 말소된 사실이 인정되는 이상 그 말소된 등기도 여전히 적법한 등기원인에 의하여 이루어진 것으로 추정되고, 원인 없이 말소된 등기의 효력을 다투는 쪽에서 그 무효 사유를 주장·증명하여야 한다.[1197]

다) 등기상 이해관계 있는 제3자에 대한 승낙청구

말소된 등기의 회복을 신청하는 경우에 등기상 이해관계 있는 제3자가 있을 때에는 그 제3자의 승낙이 있어야 한다(부동산등기법 제59조).

말소회복등기에 대한 승낙청구의 피고적격자는 '(말소회복등기에) 등기상 이해관계 있는 제3자'(= 등기 기재의 형식상 말소된 등기가 회복됨으로 인하여 손해를 입을 우려가 있는 제3자; '손해를 입을 우려'가 있는지 여부는 제3자의 권리취득등기 시나 말소등기 시를 기준으로 할 것이 아니라 '회복등기를 하는 시점'을 기준으로 판별해야 한다)이다. 따라서 '등기명의인이 아닌 사람'이나, '말소회복등기가 이루어지더라도 손해를 입을 우려가 없는 등기 명의인', '말소회복등기와 양립할 수 없는 등기 명의인'에 대한 승낙청구는 당사자 적격이 없는 자에 대한 청구로서 부적법하다.[1198]

1195) 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다39877 판결; "논지는, 실체적 이유에 기하여 말소등기가 부적법한 경우로는 말소등기원인의 무효, 취소 또는 해제 등에 의한 소급적 소멸이 이에 해당하는데, 말소등기의 원인이 착오에 의한 의사표시로서 취소된 경우인 이 사건의 경우에도 회복등기의 요건에 해당한다는 것인바, 말소등기의 등기원인의 무효, 취소등의 실체적 이유에 기한 부적법이 회복등기사유가 될 수 있다고 할 것이나, 이 사건의 경우는 원고의 착오 내지 오단에 의하여 지상권설정등기가 말소된 것으로서, 법률상의 원인이 없는데도 당사자의 의사에 기하여 임의, 자발적으로 말소등기를 한 경우나 당사자가 고의로 말소등기를 한 경우는 물론이고, 착오나 오단에 의하여 말소된 경우에도 당사자가 그 의사에 기하여 임의, 자발적으로 말소등기를 한 이상 회복등기는 허용되지 아니한다고 볼 것이고 제3자의 이익과의 균형상으로 보아도 그러하므로, 받아들일 수 없다."

1196) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2006다43903 판결.

1197) 대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결.

1198) ○ 대법원 2015. 12. 10. 선고 2014다87878 판결; "등기상 이해관계 있는 제3자란 기존 등기에 권리변경등기나 경정등기를 허용함으로써 손해를 입게 될 위험성이 있는 등기명의인을 의미하고, 그와 같은 손해를 입게 될 위험성은 등기의 형식에 의하여 판단하며 실질적으로 손해를 입을 염려가 있는지는 고려의 대상이 되지 아니한다. 따라서 등기명의인이 아닌 사람은 권리변경등기나 경정등기에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자에 해당하지 않음이 명백하고, 권리변경등기나 경정등기를 부기등기로 하기 위하여 등기명의인이 아닌 사람의 승낙을 받아야 할 필요는 없으므로, 등기명의인이 아닌 사람을 상대로 권리변경등기나 경정등기에 대한 승낙의 의사표시를 청구하는 소는 당사자적격이 없는 사람을 상대로 한 부적법한 소이다." ㅁ 원고는 피고를 상대로 근저당권설정등기의 채무자를 소외인에서 피고로 변경하는 근저당권변경등기에 대한 승낙의 의사표시를 청구하고 있는데, 피고는 등기명의인이 아님을 알 수 있고, 승낙의 대상이 된 근저당권변경등기에 의하여 새로이

등기상 이해관계 있는 제3자가 승낙의무를 부담하는지 여부(본안판단사항)는 그 제3자가 말소회복등기권리자에 대한 관계에서 승낙을 하여야 할 실체법상의 의무가 있는지 여부에 의하여 결정된다.[1199]

채무자로 등기된다고 하여 등기명의인이라고 할 수도 없으므로, 이 부분 소는 당사자적격이 없는 사람을 상대로 한 것으로서 부적법하다고 한 사례.

○ 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다18011 판결: "등기상 이해관계 있는 제3자란 말소회복등기가 되면 손해를 입을 우려가 있는 사람으로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 기존의 등기 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 자를 의미한다." ☜ 원심이, 피고 1은 원고들의 각 소유권이전등기 이전에 소유권이전등기를 마쳤던 사람으로서, 위 각 소유권이전등기의 말소**회복등기가 이루어지더라도 손해를 입을 우려가 없**으므로, 위 각 소유권이전등기의 말소회복등기에 관한 원고들의 피고 1에 대한 승낙청구는 상대방 **당사자의 적격이 없는 사람에 대한 청구**로서 **부적법**하다고 판단한 것은 정당하다고 한 사례.

"등기관이 직권으로 말소회복등기를 할 경우에 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 때에는 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판서 등본의 제출이 없는 한 그 회복등기를 할 수 없다. 여기서 등기상 이해관계 있는 제3자라 함은 등기 기재의 형식상 말소된 등기가 회복됨으로 인하여 손해를 입을 우려가 있는 제3자를 의미하나 회복될 등기와 **등기부상 양립할 수 없는 등기**가 된 경우에는 이를 먼저 말소하지 않는 한 회복등기를 할 수 없으므로 이러한 등기는 회복등기에 앞서 말소의 **대상**이 될 뿐이고, 그 등기의무자를 승낙청구의 상대방인 등기상 이해관계 있는 제3자로 보아 **별도로** 그 승낙까지 받아야 할 필요는 없으므로, 그 자에 대한 승낙청구는 상대방 **당사자의 적격**이 없는 자에 대한 청구로서 **부적법**하다." ☜ 원고들의 각 **처분금지가처분** 기입등기 → 피고 2의 가등기 → 원고들의 각 소유권이전등기 → 피고 2의 본등기 → 원고들의 각 소유권이전등기 직권말소의 사안에서, 피고 2의 본등기는 원고들의 소유권이전등기와 양립 불가능하고, 피고 2의 본등기를 말소하지 않는 한 원고들 소유권이전등기의 말소회복등기를 할 수 없어, 피고 2의 본등기는 원고들 소유권이전등기의 말소회복등기에 앞서 말소의 대상이 될 뿐이므로, **본등기권자**로서의 피고 2에 대한 승낙청구는 상대방 당사자의 적격이 없는 사람의 청구로서 **부적법**하나, **가등기권자**로서의 피고 2는 등기 기재의 형식상 말소된 원고들의 소유권이전등기가 회복됨으로 인하여 손해를 입을 우려가 있는 **제3자에 해당**한다고 보아야 한다고 한 사례.

○ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결: "원심은 먼저, 원고가 피고 박○○에 대하여 같은 피고가 이 사건 토지에 관한 지상권자로서 등기상 이해관계 있는 제3자임을 전제로 이 사건 지상권설정등기의 말소회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구한 부분에 관하여, 말소회복등기와 양립할 수 없는 등기는 회복의 전제로서 말소의 대상이 될 뿐이고 그 등기명의인은 회복등기에 등기상 이해관계 있는 제3자라고 볼 것은 아닌바, 지상권의 경우에는 용익물권의 성질상 동일한 토지에 대하여 중복하여 설정할 수 없어 원고가 회복등기를 구하는 이 사건 지상권설정등기와 피고 박○○ 명의의 지상권설정등기는 양립할 수 없으므로, 원고는 피고 박○○ 명의의 지상권설정등기에 무효사유가 있다면 그 **말소등기절차의 이행**을 구할 수 있음은 **별론**으로 하고 **승낙의 의사표시를 구할 수는 없고**, 따라서 피고 박○○에 대한 소 중 위 부분 청구는 **당사자 적격이 없는 자**에 대한 청구로서 **부적법**하다고 판단하였다. … 원심의 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고"

1199) ○ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결: "말소회복등기절차에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자가 있어 그의 승낙이 필요한 경우라고 하더라도, 그 제3자가 등기권리자에 대한 관계에 있어 그 승낙을 하여야 할 실체법상의 의무가 있는 경우가 아니면, 그 승낙요구에 응하여야 할 이유가 없다. … 피고 박○○이 이 사건 각 근저당권설정계약 및 지상권설정계약의 해지가 **기망**에 의하여 이루어진 것임을 **알고 있었다는 증거가 없다**는 이유로 등기상 이해관계 있는 제3자로서 그 각 말소회복등기에 대하여 승낙할 의무가 없다고 한 원심의 판단도 옳은 것으로 수긍이 가고, … 95다39526 판결 등은 그 등기가 등기신청서류를 **위조**하는 등의 방법으로 권리자의 의사에 의하지 않고 아무런 원인관계 없이 **부적법**하게 말소되어 그 말소등기가 원인무효인 경우에는 등기상 이해관계 있는 제3자가 그의 **선의, 악의를 묻지 아니하고** 등기권리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있다는 취지로서, … 원용하기에 적절하지 아니하다."

○ 대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결: "가등기가 가등기권리자의 의사에 의하지 아니하고 말소되어 그 말소등기가 원인 무효인 경우에는 등기상 이해관계 있는 제3자는 그의 선의, 악의를 묻지 아니하고 가등기권리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있다."

○ 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다29295 판결: 경매신청의 기입등기 후에 甲 명의의 소유권이전등기가 경료되고 甲이 경락인이 되어 경락대금을 완납한 상태에서 甲의 채권자인 乙이 가압류를 하였는데 경매법원의 촉탁에 의하여 甲 명의의 소유권이전등기와 乙 명의의 가압류등기가 모두 말소된 다음 甲 명의로 낙찰을 원인으로 한 소유권이전등기가 이루어지고 이에 터 잡아 丙 명의의 근저당권설정등기가 경료된 경우, 乙은 丙을 상대로 말소된 가압류등기의 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구할 수 없다고 한 사례.

7) '소유' 사실의 주장·증명

원고는 현재 소유하고 있다는 점까지 주장·증명할 필요는 없고, 원고가 예전에 소유하고 있었다는 점을 주장·증명함으로써 족하다. 원래 요건사실론은 '일단 인정되어진 권리는 권리발생에 관한 장해사유 내지 소멸사유 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한 그대로 존재하는 것으로 인정된다'는 권리불변(權利不變)의 공리(公理)를 당연한 전제로 하고 있기 때문이다. 원고가 변론종결 당시 소유권자 아니라는 소유권 상실의 점은 피고가 권리 상실의 항변으로서 주장·증명하여야 한다.[1200] 원고의 소유 여부를 판단하는 기준시점이 사실심 변론종결 당시라 하여 원고가 청구원인 사실로서 변론종결 당시 소유권자임을 주장·증명하여야 하는 것은 아니다.

가) 자백의 성립 여부

소유권을 선결문제로 하는 소송에 있어서 피고가 원고 주장의 소유권을 인정하는 진술은 그 소전제가 되는 소유권의 내용을 이루는 사실에 대한 진술로 볼 수 있으므로 재판상 자백이 성립한다.[1201]

그러나 이는 사실에 대한 법적 추론의 결과에 대하여 의문의 여지가 없는 단순한 법개념에 대한 자백의 경우에 한하여 인정되는 것이고, 추론의 결과에 대한 다툼이 있을 수 있는 경우에는 이른바 권리의 자백으로서 법원이 이에 기속을 받을 이유는 없다.[1202]

나) 점유 또는 소유권 등기에 의한 소유 사실의 법률상 추정

점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유한 것으로 추정한다(민법 제200조). 이는 법률상 권리 추정 규정으로서 동산에 대하여 적용되는 것이다. 특별한 사정이 없는 한 부동산 물권에 대하여는 적용되지 아니하고, 다만 그 등기에 대하여서

1200) 大江 忠, 제3판 요건사실민법(2) 물권(평성 17년), 116면, 제일법규 주식회사.

1201) 대법원 1989. 5. 9. 선고 87다카749 판결; "원고가 임야소유권에 기하여 피고에게 이전등기말소청구를 구하는 소송에서 피고는 이 사건 임야는 원래 원고의 부친인 소외 망 오OO 외 3인의 공유였다는 원고의 주장사실을 인정하는 진술을 하였음을 알 수 있는 바, 원심이 피고의 위 진술을 재판상 자백으로 보고 위 자백이 진실에 반하고 착오에 인한 것이라는 증명이 없다는 이유로 그 자백취소의 효력을 인정하지 아니한 것은 정당하고"

1202) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2006다6836 판결; "원고 등이 소장에서 주장한 이 사건 건물이 원고 등의 소유라는 주장은 원고 등과 시공업자인 소외인 사이의 도급계약에 기한 소유권 귀속의 문제는 거론되지 아니한 상태에서 단순히 이 사건 건물의 소유권보존등기가 원고 등 명의로 되어 있으므로 원고 등의 소유라는 주장에 불과하고, 따라서 피고들이 답변서에서 자백한 소유권의 내용을 이루는 사실 역시 원고 등이 이 사건 건물의 등기부상 소유명의자라는 점에 그칠 뿐 소외인과 체결한 도급계약의 해석상 원고 등이 이 사건 건물의 소유자라는 점에 대한 자백까지 포함하는 것은 아니라고 할 것인바, 비록 건물의 등기명의자가 건물의 소유자로 추정된다 하더라도 이 사건에서와 같이 시공업자의 건물의 원시취득이 문제되는 경우에는 위와 같은 법리가 당연히 적용되는 것은 아니며, 피고들이 궁극적으로 이 사건 건물의 소유권은 시공업자로서 원시취득자인 소외인에게 있다고 주장함으로써 그 소유권이 원고 등에게 있다는 원고 등의 주장에 대항하고 있으므로, 이 사건 건물의 소유권의 귀속에 관한 피고들의 자백은 이른바 권리의 자백으로서 법원이 이에 기속을 받을 이유는 없다"라고 한 예. 78다1992도 동일 취지이다.

등의 허위성의 증명 정도는 법관이 확신할 정도가 되어야만 하는 것은 아니다.[1334]

7) 가등기의 추정력

가등기의 적법추정력에 관하여 판례는 긍정과 부정으로 엇갈리고 있으나, 가등기의 적법추정력을 부정한 판례가 근자의 판례이다.

일찍이 대법원 1979. 5. 22. 선고 79다239 판결은 가등기의 적법추정력을 부정하였는데,[1335] 위 판결이 선례로서 인용한 63다114 판결은 "소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기가 있었다 하여 반드시 금전채무에 관한 담보계약이나 대물변제의 예약이 있었던 것이라고는 단정할 수 없는 것"이라는 것으로 가등기의 적법추정력에 관한 판례가 아니고, 가등기의 등기원인의 추정력에 관한 판례에 지나지 않는 것이었다.[1336] 그 후 대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결[1337]과 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다51281

ⓐ 특조법에 따른 등기명의인이 특조법의 적용을 받을 수 없는 시점의 취득원인 일자를 내세우는 경우와 같이 그 주장 자체에서 특조법에 따른 등기를 마칠 수 없음이 명백하거나 그 주장하는 내용이 구체성이 전혀 없다든지 그 자체로서 허구임이 명백함을 밝히거나, ⓑ 등기명의인에 의해 주장된 취득원인에 관하여 진실이 아님을 의심할 만큼 증명하여야 한다.

1334) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2001다4903 판결.

1335) 대법원 1979. 5. 22. 선고 79다239 판결: "원판시에 의하면 가등기가 경료되어 있으므로 가등기 권리관계는 적법한 것으로 추정된다고 하나 여기서 말하는 가등기 권리관계가 어떤 것인지 그 판문에 의하여도 명료하지 아니할 뿐 아니라, 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기가 있다 하여 반드시 소유권이전등기할 어떤 계약관계가 있었던 것이라 단정할 수 없으므로(63다114 참조) 소유권이전등기를 청구할 어떤 법률관계가 있다고 추정이 되는 것도 아니라 할 것이니 위 판시는 가등기의 추정력에 관한 법리오해가 있다."

1336) 이는 구체적인 가등기 원인 사실의 존재에 대한 추정력을 부정한 것으로서 ① 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다36932 판결("소론은 특히 위 가등기 시에 담보가등기를 경료할 때 통상 작성되는 대물반환예약서 대신 매매예약서가 교환된 점을 들어 담보가등기가 아니라고 주장하나, 가등기가 담보가등기인지 여부는 그 등기부상 표시나 등기 시에 주고 받은 서류의 종류에 의하여 형식적으로 결정될 것이 아니고 거래의 실질과 당사자의 의사해석에 따라 결정될 문제라고 할 것이므로 위 주장 또한 이유 없다." ☞ 이는, 매매예약을 원인으로 한 소유권이전 청구권 가등기가 경료되어 있는 경우, 가등기 원인인 '매매예약' 사실이 추정되는 것은 아니라는 의미이다), ② 대법원 1998. 10. 7.자 98마1333 결정("당해 가등기가 담보 가등기인지 여부는 당해 가등기가 실제상 채권담보를 목적으로 한 것인지 여부에 의하여 결정되는 것이지 당해 가등기의 등기부상 원인이 매매예약으로 기재되어 있는가 아니면 대물변제예약으로 기재되어 있는가 하는 형식적 기재에 의하여 결정되는 것이 아니다. 원심이 … 신청인들의 각 가등기를 담보 가등기로 판단하여 그 가등기에 기한 본등기가 경료되었다고 하더라도 그 각 가등기와 본등기 사이에 경료된 국세 압류등기를 말소할 수 없다고 판단한 것은 정당하고" ☞ 이는, 낙찰로 소유권을 취득한 자는 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기임을 증명하여 중간등기의 말소를 구할 수 있다는 것이다), ③ 대법원 2003. 10. 6.자 2003마1438 결정("부동산의 강제경매절차에서 경매목적부동산이 낙찰된 때에도 소유권이전등기청구권의 순위보전을 위한 가등기는 그보다 선순위의 담보권이나 가압류가 없는 이상 담보 목적의 가등기와는 달리 말소되지 아니한 채 낙찰인에게 인수되는 것인바, 권리신고가 되지 않아 담보가등기인지 순위보전의 가등기인지 알 수 없는 경우에도 그 가등기가 등기부상 최선순위이면 집행법원으로서는 **일단 이를 순위보전을 위한 가등기로 보아** 낙찰인에게 그 부담이 인수될 수 있다는 취지를 입찰물건명세서에 기재한 후 그에 기하여 경매절차를 진행하면 족한 것이지, 반드시 그 가등기가 담보가등기인지 순위보전의 가등기인지 밝혀질 때까지 경매절차를 중지하여야 하는 것은 아니다.") 등과 그 궤를 같이 하는 것으로 이해할 수 있다.

1337) 대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결은, "부동산등기는 그것이 형식적으로 존재하는 것 자체로부터 적법한 등기원인에 의하여 마쳐진 것으로 추정되고, 등기명의자가 등기부에 기재된 것과 다른 원인으로 등기명의를 취득하였다고 주장하고 있지만 그 주장 사실이 인정되지 않는다 하더라도 그 자체로 등기의 추정력이 깨어진다고 할 수 없으므로 그와 같은 경우에도 등기가 원인 없이 마쳐진 것이라고 주장하는 쪽에서 그 무효

판결[1338]은 가등기의 적법추정력을 긍정하였으나, 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다200730 판결은 다시 부정하였다.[1339] 원칙적으로 가등기의 적법추정력을 긍정함이 옳다고 생각한다.[1340]

가등기가 담보가등기인지 여부는 거래의 실질과 당사자의 의사해석에 따라 결정된다.[1341]

사유를 주장·입증할 책임을 지게 된다."라고 등기의 추정력에 관한 일반론을 설시한 후, "원고 소송피수계인 명의의 가등기가 그 등기명의인의 의사에 기하지 아니하고 위조된 서류에 의하여 부적법하게 말소된 사실이 인정되는 이상 위 가등기는 여전히 적법한 등기원인에 의하여 이루어진 것으로 추정된다. 그러므로 위 가등기의 등기원인이 1988. 2. 9.자 매매예약으로 되어 있고, 원고가 위 등기원인과는 달리, … 피고 박OO에게 소유자 명의를 신탁하여 소유권이전등가를 하고, 피고 박OO이 이 사건 부동산들을 임의로 처분하지 못하도록 할 목적으로 위 가등기를 마쳐 두었다고 주장하고 있으며, 원고가 그 사실을 입증하지 못한다 하더라도 그로 인하여 위 가등기의 권리추정력이 깨어져 원고가 위 가등기가 실체관계에 부합하는 가등기라고 하는 것을 입증할 책임을 지게 되는 것은 아니고, 여전히 위 가등기의 말소등기가 실체관계에 부합하는 것이라고 주장하는 피고들이 그 주장 사실을 입증할 책임을 지는 것이다"라고 하여 가등기의 권리추정력을 인정한 다음 그 추정력의 복멸 여부에 관하여 설시하였다.

1338) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다51281 판결은, 위 95다39526 판결을 참조판결로 하여 "부동산등기는 그것이 형식적으로 존재하는 것 자체로부터 적법한 등기원인에 의하여 마쳐진 것으로 추정되므로 등기가 원인 없이 마쳐진 것이라고 주장하는 쪽에서 그 무효 사유를 주장·입증할 책임을 지게 되고"라는 일반론을 설시한 다음, "원심이 이 사건 가등기 및 근저당권설정등기가 원인 없는 무효의 등기라는 이유로 그 말소를 구하는 원고가 서OO에게 소유자인 원고를 대리할 권한이 없었다는 원인무효 사실에 대한 입증책임을 부담한다고 전제한 후 판시 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 … 등기말소청구에 관한 입증책임 내지 문서의 진정성립에 관한 법리오해 … 등의 위법이 없다."라고 판시하였다.

1339) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다200730 판결: **원심**이, "부동산등기는 형식적으로 존재한다는 그 사실 자체로 적법한 등기원인에 의하여 마친 것으로 추정되므로, 이 사건 가등기도 적법한 등기원인에 의하여 마친 것으로 추정된다. 더구나 이 사건 가등기의 등기원인은 '서울지방법원 1947. 7. 4.자 가등기가처분 결정'이므로 망 소외 1과 매도인인 소외 3, 4 사이에 이 사건 토지의 소유권이전과 관련한 등기원인 또는 가등기 원인이 존재한다는 점이 법원의 심사와 결정을 통해서 소명되었다고 볼 수 있다."라고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "이 사건 가등기는 의용 민법과 의용 부동산등기법이 적용되던 시기에 이루어진 것인데, 대법원은 일찍이 위 법률 적용 당시 행하여진 가등기의 구체적인 등기원인이 존재하는 것으로 추정할 수 없다고 판단한 바 있다(63다114 판결 참조). 가등기의 구체적인 등기원인의 추정력을 부정하는 대법원의 입장은 현행 민법과 부동산등기법에 따라 이루어진 가등기에 관해서도 마찬가지로 유지되었다(79다239 판결, 91다36932 판결 등 참조). 이처럼 의용 민법, 의용 부동산등기법에 따라 마친 가등기의 추정력이 인정되지 않는 이상, 이 사건 가등기도 그 등기원인에 해당하는 특정의 법률관계가 존재한다고 추정할 수 없다."고 판시.

1340) **[사견]** 등기가 있으면 그와 합치하는 법률관계가 실재할 개연성이 있고, 등기의 추정력을 인정하면 등기명의인이 보호되고 공시의 원칙에도 기여하므로, 등기의 법률상 추정력이 인정된다. 가등기의 신청도 등기의 일반원칙에 따라 가등기권자와 가등기의무자의 공동신청에 의하여야 하고, 공동신청의 원칙에 대한 예외로 가등기의 무자의 승낙이 있거나 가등기를 명하는 법원의 가처분명령이 있을 때에는 가등기권리자의 단독으로 가등기를 신청할 수 있다(부동산등기법 제89조)는 점에서 일반등기와 차이가 있지만, 가등기절차가 본등기절차에 비하여 특별히 간편하게 되어있는 것은 아니므로, 법률관계가 실재할 개연성이나 등기명의인의 보호, 공시의 원칙에의 기여 등 법률상 추정력을 인정하는 이유라는 측면에서 본등기와 비교할 때 가등기의 경우 그 적법 추정력을 부정할 차별적인 이유는 없다고 생각된다.
따라서 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기가 되어 있다면, 소유권이전등기를 청구할 어떠한 법률관계가 있다는 정도의 적법추정력은 인정함이 옳고, 다만 담보가등기를 경료할 때도 통상 매매예약이나 대물반환예약의 형식을 취한다는 점에서 가등기의 법률관계가 구체적인 등기원인 그대로 매매예약이라는 점에 대해서는 추정력이 인정되지 않는다고 봄이 옳다.
이러한 견지에서 보면, 가등기말소소송의 경우 그 말소를 구하는 자가 그 무효 사유를 주장·증명하여야 하는 것이고, 가등기에 기한 본등기청구소송의 경우에는 그 본등기를 구하는 자가 매매예약 사실의 존재 등 본등기를 구할 계약관계 사실에 대한 주장·증명책임을 진다고 보아야 한다.

8) 대장(臺帳)의 추정력

1975. 12. 31. 법률 제2801호로 개정된 지적법이 시행되기 전에 소관청이 아무런 법적 근거 없이 과세의 편의상 임의로 복구한 구 토지대장에 소유자 이름이 기재되어 있다고 하더라도 그 소유자에 관한 사항은 그 권리추정력을 인정할 수 없으나,[1342] 일제강점기하의 구 토지대장(임야대장)상 소유자 변동 기재의 경우, 그 기재대로 소유권이 이전된 것으로 인정된다.[1343] 토지대장이나 임야대장의 기재사항이 진실된 것으로 추정을 받는다 하더라도 이 경우의 추정은 증명력이 강한 증거자료가 된다는 의미를 가지고 있을 뿐이지 부동산등기부와 같은 비중의 추정력 즉, 증명책임의 전환까지 초래하는 추정력을 갖는 것은 아니다.[1344]

1341) 대법원 2023. 11. 30. 선고 2023다263346 판결; 원고가 그 소유의 부동산을 매도하면서 매수인이 지정하는 사람 명의로 가등기를 설정하는 데 동의하였는데, 매수인은 피고보조참가인으로부터 금전을 차용하면서 예약자를 원고, 예약권리자를 피고보조참가인으로 하는 매매예약서를 작성하였고, 그에 따라 피고보조참가인 명의의 소유권이전청구권가등기가 마쳐진 **사안**에서, **원심**은, 원고가 적어도 가등기 관련 서류를 작성할 당시에는 매수인의 피고보조참가인에 대한 차용금채무를 담보하기 위한 것임을 인식한 상태에서 본인의 의사에 따라 위 서류 작성에 동의하였다고 보아, 원고가 위 가등기를 통하여 매수인을 물상보증한 것으로 봄이 타당하다고 판단하였으나, **대법원**은, 매매계약의 당사자가 아닌 제3자 앞으로 가등기가 마쳐졌다고 하여 위 가등기가 매매계약과 무관한 담보가등기라고 단정할 수 없고, 위 가등기는 그 등기부에 담보가등기라고 기재되어 있지 않고 순위보전 가등기와 같은 형식으로 되어 있을 뿐이며, 보증의사의 존재나 보증범위는 이를 엄격하게 제한하여 인정하여야 하는 점 등을 고려하면 위 가등기는 담보가등기가 아닌 매매계약에 따른 순위보전을 위한 가등기라고 보아야 한다고 한 예.

1342) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다44947 판결.

1343) ○ 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013두3658, 3665 판결; "구 토지대장규칙(1914. 4. 25. 조선총독부령 제45호) 제2조 제1호는 '소유권의 이전에 관한 사항은 등기관리의 통지가 있지 아니하면 토지대장에 등록할 수 없다. 다만 국유지의 불하·교환·양여 또는 미등기 토지의 수용으로 인하여 소유권을 이전한 경우 및 미등기 토지가 국유로 된 경우에는 그러하지 아니하다.'고 규정하고 있으므로, 구 토지대장상 소유자변동의 기재는 위 규정에 따라 등기공무원의 통지에 의하여 이루어진 것이라고 보지 않을 수 없고, 위 조항 단서의 경우에는 토지대장을 관리하는 국가에서 소유권의 이전사실을 스스로 확인할 수 있기 때문에 등기공무원의 통지가 없어도 대장에 소유권이전의 등록을 할 수 있게 한 것이라고 보아야 할 것이므로, 구 토지대장상 미등기토지의 소유권이 '국'으로 이전된 것으로 등재되어 있다면 특별한 사정이 없는 한 그 무렵 그 기재대로 소유권이 이전되었다고 인정된다."

○ 대법원 2019. 12. 13. 선고 2018다290825 판결; "구 임야대장규칙(1920. 8. 23. 조선총독부령 제113호) 제2조에 의하여 준용되던 구 토지대장규칙(1914. 4. 25. 조선총독부령 제45호) 제2조는 소유권 이전에 관해서는 등기공무원의 통지가 없으면 임야대장에 등록할 수 없도록 정하고 있다. 당시의 임야대장에 누군가에게 소유권이 이전된 것으로 등재되어 있다면 임야에 관해 이미 그 명의로 이전등기가 마쳐져 있었고 등기공무원의 통지에 의하여 임야대장에 등재된 것으로 보아야 한다. … 대정(大正)과 소화(昭和) 등 일제 강점기에 사용하던 연호를 사용하고 일본어가 부동문자로 인쇄되어 있는 점 등에 비추어 이 사건 임야대장은 일제 강점기에 최초 등록되어 작성된 것으로 볼 수 있다. … 이 사건 토지가 이 사건 모토지에서 분할되어 이 사건 임야대장의 소유자란 기재가 이 사건 토지에 대한 구 토지대장에 그대로 옮겨진 것이므로 소유자란 기재의 권리추정력은 그대로 유지된다."

1344) 대법원 1979. 2. 27. 선고 78다913 판결; 일제강점기하의 구 토지대장·임야대장상 소유자 변동 기재의 경우, '일제강점기하의 구 토지대장·임야대장상 소유자란 기재 사실'로부터 '등기부에 대장상 소유자 명의의 등기가 경료된 사실'이 사실상 추정되고{이는 대장과 등기부의 기재가 일치할 개연성에 기초한 사실상 추정에 해당한다(2003다3157 참조)}, 등기의 법률상 추정력에 의해 대장상 명의자는 결국 그 토지·임야의 소유자로 법률상 추정되는, '사실상 추정'과 '법률상 추정'의 2단계 추정을 통해 구 토지대장·임야대장상 소유자는 그 토지·임야의 소유자로 추정된다.

화해가 준재심 판결로 실효된 경우, 그 등기가 실체관계에 부합하여 유효하다는 주장이 준재심 확정판결의 기판력에 저촉되는 것은 아니다.[1326]

한편, 실체관계 부합 등기 주장이 그 자체로 유효한 항변이 될 수 없는 경우로는, ① 뒤에 된 중복 소유권보존등기 명의인의 매수·시효취득 등에 의한 실체적 권리관계 부합 주장,[1327] ② 증여자 의사에 기하지 아니한 원인무효 등기가 마쳐진 경우, 서면에 의하지 아니한 증여자의 증여계약 해제에 대한 수증자의 실체관계 부합 주장[1328] 등이 있다.

6) 각종 특별조치법에 따른 등기의 추정력

각종 특별조치법[1329]에 따라 마쳐진 소유권보존등기나 이전등기는 실체적 권리관계에 부합하는 등기로 추정되고, 특조법 소정의 보증서나 확인서가 허위 또는 위조된 것이라거나 그 밖의 사유로 적법하게 등기된 것이 아니라는 증명이 없는 한, 특조법에 의하여 마친 소유권보존등기나 이전등기의 추정력은 깨어지지 않는다.[1330] 특별조치법에

으로 인하여 실체관계에 부합하는 등기가 되었다는 항변을 하지 않았다고 하여 바로 그 소송물에 관한 사유도 아닌 전연 별개의 사실관계에 근거한 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권이 실권되는 것이 아니므로, 전소의 소송물과 후소의 소송물은 모순관계에 있다거나 전소의 소송물이 후소의 선결문제에 해당하는 것도 아니라고 할 것이어서, 전소 판결의 기판력이 후소에 미친다고 볼 수 없다고 한 예(94다39628).

1326) 대법원 1996. 3. 22. 선고 95다14275 판결: "재소전화해에 있어서는 종결될 소송이 계속되었던 것이 아니고 종결된 것은 화해절차뿐이므로 재심사유가 있어 준재심 소에 의하여 재소전화해를 취소하는 준재심 판결이 확정된다 하여도 부활될 소송이 없음은 물론 그 화해절차는 화해가 성립되지 아니한 것으로 귀착되어 그 재소전화해에 의하여 생긴 법률관계가 처음부터 없었던 것과 같이 되는 것뿐이므로, 이러한 준재심 확정판결에 의해 실효된 재소전화해에 따라 이루어진 소유권이전등기 또는 이에 터잡아 경료된 소유권이전등기의 말소등기절차 이행을 구하는 소송에서, 그 소송 피고는 위 소유권이전등기가 실체관계에 부합하는 유효한 등기라는 주장을 할 수 있고, 이와 같은 주장이 준재심 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용할 수 없는 것은 아니라고 할 것이다."

1327) 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효로 되지 않는 한 뒤에 된 소유권보존등기는 그것이 비록 실체관계에 부합한다고 하더라도 1부동산 1등기용지주의의 법리에 비추어 무효이기 때문이다(대법원 1996. 10. 17. 선고 96다12511 전원합의체 판결).

1328) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결: "서면에 의하지 아니한 증여의 경우에도 그 이행을 완료한 경우에는 해제로서 수증자에게 대항할 수 없다 할 것인바, 토지에 대한 증여는 증여자의 의사에 기하여 그 소유권이전등기에 필요한 서류가 제공되고 수증자 명의로 소유권이전등기가 경료됨으로써 이행이 완료되는 것이므로, 증여자가 그러한 이행 후 증여계약을 해제하였다고 하더라도 증여계약이나 그에 의한 소유권이전등기의 효력에 영향을 미치지 아니한다 할 것이지만, 이와는 달리 증여자의 의사에 기하지 아니한 원인무효의 등기가 경료된 경우에는 증여계약의 적법한 이행이 있다고 볼 수 없으므로 서면에 의하지 아니한 증여자의 증여계약의 해제에 대해 수증자가 실체관계에 부합한다는 주장으로 대항할 수 없다 할 것인바"

1329) 부동산등기에 관하여 간이한 등기절차를 규정한 특별조치법에는, ① 분배농지소유권이전등기에관한특별조치법(1961. 5. 5. 법률 제613호, 1961. 5. 5.~1965. 6. 30. 시행), ② 일반농지의소유권이전등기등에관한특별조치법(1964. 9. 17. 법률 제1657호, 1964. 9. 17.~1965. 6. 30. 시행), ③ 임야소유권이전등기등에관한특별조치법(1969. 5. 21. 법률 제2111호, 1969. 6. 20.~1971. 12. 19. 시행), ④ 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법(1977. 12. 31. 법률 제3094호, 1978. 3. 1.~1984. 12. 31. 시행), ⑤ 수복지역내소유자미복구토지의복구등록과보존등기등에관한특별조치법(1982. 12. 31. 법률 제3627호, 1983. 6. 30.~1991. 12. 31. 시행), ⑥ 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법(1992. 11. 30. 법률 제4502호, 1993. 1. 1.~1994. 12. 31. 시행)이 있다(이하 이들 법률을 '특조법'이라고 한다).

1330) 대법원 2001. 11. 22. 선고 2000다71388, 71395 전원합의체 판결.

따른 소유권보존등기가 마쳐진 토지를 사정(査定)받은 사람이 따로 있는 것으로 밝혀진 경우라도, 그 보존등기는 적법한 절차에 따라 마쳐진 것으로서 실체적 권리관계에 부합하는 등기로 추정된다.[1331]

특조법에 따라 등기를 마친 자가 보증서나 확인서에 기재된 취득원인이 사실과 다름을 인정하더라도 그가 다른 취득원인에 따라 권리를 취득하였음을 주장하는 때에는, 특별한 사정[1332]이 없는 한, 위와 같은 사유만으로는 특조법에 의하여 마친 등기의 추정력이 깨어진다고 볼 수는 없고, 그 밖의 자료에 의하여 새로이 주장된 취득원인사실에 관하여도 진실이 아님을 의심할 만큼 증명되어야 비로소 그 등기의 추정력이 깨어진다.[1333] 보증서

1331) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다14794 판결 등.

1332) 특조법의 적용을 받을 수 없는 시점의 취득원인 일자를 내세우는 경우와 같이 그 주장 자체에서 특조법에 따른 등기를 마칠 수 없음이 명백하거나, 그 주장하는 내용이 구체성이 전혀 없다든지, 그 자체로서 허구임이 명백하다는 등의 사정.

1333) 대법원 2001. 11. 22. 선고 2000다71388, 71395 전원합의체 판결 등. 이와 달리 특조법에 따라 등기를 마친 자가 보증서나 확인서상의 취득원인 사실과 다른 취득원인 사실을 주장한 경우에는 바로 그 등기의 추정력이 깨어진다는 취지로 판시한 판결들은 변경되었다.
특조법이 부동산의 사실상의 양수인에 대하여 그 권리 변동 과정과 일치하지 않는 등기를 허용하는 것임에 비추어, 보증서나 확인서상의 매도인 명의나 매수일자의 기재가 실제와 달리 되어 있거나 보증서에 구체적 권리 변동 사유의 기재가 생략되고 현재의 권리 상태에 대해서만 기재되어 있다 하더라도 그것만으로는 바로 그 등기의 적법추정력이 깨어진다고 할 수 없다(대법원 2005. 9. 9. 선고 2005다27966 판결 등).
특조법에 의한 보증인이 권리변동관계를 잘 알지 못한 채 등기명의인이 주장하는 권리변동관계를 보증한다는 내용의 보증서를 작성하여 주었다는 사유만으로는 그에 따른 등기의 추정력이 전복되지 아니하나(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다2189 판결), 특조법에 의한 보증인들이 권리변동관계를 알지 못한 채 아무런 확인도 없이 등기명의인의 말만 믿고 보증서를 작성하여 준 점에 다른 제반 사정을 더하여 특조법에 의한 소유권이전등기의 기초가 된 보증서가 그 실체적 기재 내용이 진실이 아님을 의심할 만큼 증명된 것으로 봄이 상당하여 그 등기의 추정력이 깨어졌다고 할 수도 있다(대법원 2006. 2. 23. 선고 2004다29835 판결).
특조법에 따라 행정관청에 의해 보증인으로 위촉되었다면 특별한 사정이 없는 한 그는 같은 법상의 적법한 보증인으로 추단되고, 또 특조법 시행령에서 말하는 '부동산 소재지 리·동에 계속하여 10년 이상 거주하고 있는 자'라는 의미는 '부동산 소재지 리·동을 계속하여 10년 이상 생활의 본거지로 하고 있는 자'를 뜻하는 것으로서 주민등록법에 의한 주민등록지의 개념과는 반드시 일치한다고 할 수 없다. 그리고 특조법에 의한 등기는 공부상 소유명의인으로부터 직접 양수한 경우뿐만 아니라 상속인이나 제3자를 거쳐 양수한 경우에도 허용되는 것이므로 그 보증서상의 매수일자가 매도명의인의 사망일자 이후로 되어 있다고 하여 그 등기의 추정력이 깨어지는 것은 아니다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다14827 판결).
확인서 발급신청 종중의 대표 자신이 특조법상 보증인의 1인으로 된 보증서 및 이에 기한 확인서에 의하여 경료된 특조법에 의한 등기는 절차상 위법한 등기로서 적법성의 추정을 받을 수 없는 등기이다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다45944 판결; 특조법이 요구하는 보증인들은 그 법에 의하여 등기를 하고자 하는 확인서 발급신청인 이외의 제3자를 의미하고, 따라서 보증인으로 위촉된 본인이 자신 또는 자신이 대표자로 있는 종중이 사실상 양수한 토지에 관하여 특조법에 의한 등기를 경료하고자 할 경우 자신은 당해 토지에 관한 보증인이 될 수 없다고 보아야 하기 때문이다).
특조법에 따라 등기를 마친 피고가 보증서나 확인서에 기재된 취득원인이 사실과 다름을 인정하고 다른 취득원인에 따라 권리를 취득하였음을 주장하는 경우, 그 주장의 다른 취득원인 사실에 관하여 진실이 아님을 의심할 만큼 증명이 원고에 의해 이루어진 결과 특조법에 따른 등기의 추정력이 깨어진 이상, 위 다른 취득원인 사실이 인정됨을 전제로 한 실체관계 부합의 피고 주장은 받아들여질 여지가 없는 것으로서 유효한 항변이 될 수 없으므로, 등기의 추정력 번복 단계에서 위 다른 취득원인에 관한 피고 주장의 진부를 가려보고 그 신빙성이 의심스러워 등기의 추정력이 번복되었다고 본 이상, 그 후에 실체관계 부합에 관한 항변으로 취급하여 다시금 판단하고 배척할 필요는 없다(2000다71388, 71395 전원합의체 판결).
결론적으로, 특조법에 의하여 마친 등기의 추정력을 깨기 위해서는, ① 보증서나 확인서가 위조된 것이라거나 그 밖의 사유로 절차상 적법하게 등기된 것이 아님을 증명하거나, ② 보증서 등의 허위성을 증명하기 위해

그런데 등기원인이 이미 존재하고 있으나 아직 등기신청을 하지 않고 있는 동안에 등기권리자 또는 등기의무자에 관하여 상속이 개시된 경우 피상속인이 살아 있다면 그가 신청하였을 등기를 상속인이 부동산등기법 규정에 따라 신청하는 때에는 그 등기를 무효라고 할 수 없으므로,[1315] '등기의무자 사망 전에 그 등기원인이 이미 존재하는 등의 사정'이 있는 경우에는, 그 등기는 위와 같은 절차에 따라 적법하게 경료된 것으로 추정되어 그 등기의 추정력을 부정할 수 없다.[1316] 결국, '피상속인 사망 전 등기원인 사실'을 주장·증명하면 그 등기는 유효하게 된다. 단순히 사자 명의 신청 등기의 등기원인이 사망 이전 일자로 기재되어 있다 하여 등기의무자 사망 전에 그 등기원인이 이미 존재하는 것으로 추정할 것은 아니다.[1317]

1315) 부동산등기법 제27조(포괄승계인에 의한 등기신청) 등기원인이 발생한 후에 등기권리자 또는 등기의무자에 대하여 상속이나 그 밖의 포괄승계가 있는 경우에는 상속인이나 그 밖의 포괄승계인이 그 등기를 신청할 수 있다.
구 부동산등기법(2011. 4. 12. 법률 제10580호로 전부개정 되기 전의 것) 제47조(상속인의 신청) 신청인이 등기권리자나 등기의무자의 상속인인 경우에는 신청서에 그 신분을 증명하는 시·구·읍·면의 장의 서면 또는 이를 증명할 수 있는 서면을 첨부하여야 한다.

1316) 대법원 1997. 11. 28. 선고 95다51991 판결.

1317) 95다51991 판결은 "피고 명의의 소유권이전등기는 그 등기원인이 등기부상 위 이OO의 사망 이전인 1972. 10. 26. 매매로 기재되어 있어서 등기의무자의 사망 전에 그 등기원인이 이미 존재하는 것으로 추정"하고 있으나, 이 부분 판시를 일반론으로 인정하는 것은 타당하지 않다. 그 구체적 사안은, '이OO 사망 이전인 1972. 7. 26. 매매예약을 원인으로 한 피고 명의의 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기가 경료되고, 이OO 사망 후 위 가등기에 기하여 1979. 4. 2. 접수 번호 불상으로 1972. 10. 26. 매매를 원인으로 한 피고 명의의 소유권이전등기가 경료된 것'으로서 피고 명의의 가등기로부터 이OO 사망 전 등기원인 사실의 존재가 인정되는 사안이었다.
83다카597 판결은, 피고의 피상속인이 1981. 4. 21. 사망한 후에 그 달 29.자로 피고 명의로 1980. 12. 15.자 증여를 원인으로 하여 소유권이전등기가 마쳐진 사안에서, "사망자 명의의 등기신청에 의하여 마쳐진 등기는 일단 원인무효의 등기라고 볼 것이어서 등기의 추정력을 인정할 여지가 없으므로 그 등기의 유효를 주장하는 자가 현재의 실체관계와 부합함을 입증할 책임이 있다."고 판시한 바 있다.
그리고 88다카29986 판결은, 이미 1970. 9. 6. 사망한 망인 명의의 구 임야소유권이전등기에관한특별조치법 소정의 절차에 따른 소유권이전등기가 1970. 12. 17.자로 경료된 사안에서, "소유권이전등기가 등기명의인의 사망 후에 경료되었다는 사유만으로 그 등기가 원인무효라고는 볼 수 없고, 등기원인이 이미 존재하고 있으나 아직 등기신청을 하지 않고 있는 동안에 등기권리자 또는 등기의무자에 관하여 상속이 개시된 경우 피상속인이 살아 있다면 그가 신청하였을 등기를 상속인이 신청하는 경우(부동산등기법 제47조 참조) 또는 등기신청을 등기공무원이 접수한 후 등기를 완료하기 전에 본인이나 그 대리인이 사망한 경우 등과 같이 그 등기의 신청이 적법한 이상 등기가 경료될 당시 등기명의인이 사망하였다는 이유만으로는 그 등기를 무효라고는 할 수 없을 것이다."라고 일반론을 설시한 다음, '망인은 위 특별조치법에 의하여 그 명의로 소유권이전등기를 하려고 동법 소정의 보증인들로부터 권리자를 자신으로 한 보증서를 받아 군수에게 확인서 발급 신청을 하였고, 군수가 그 사실을 공고하는 등 그 절차가 진행 중 사망하게 되어 상속인인 피고들은 군수로부터 망인 명의의 확인서를 발급받아 소유권이전등기신청을 하여 망인 명의의 소유권이전등기를 경료하였음을 엿볼 수 있어, 망인 명의의 소유권이전등기는 위 특별조치법에 의하여 적법하게 경료된 등기로서 유효하다.'고 판시하였는데, 위 일반론 중 앞부분인 '소유권이전등기가 등기명의인의 사망 후에 경료되었다는 사유만으로 그 등기가 원인무효라고는 볼 수 없다'는 부분은 '전 소유자가 사망한 이후에 그 명의로 신청되어 경료된 소유권이전등기는 특별한 사정이 없는 한 원인무효의 등기'라는 앞서 본 일반론에 배치되는 것으로서 타당치 않은 것이고, 위 일반론 중 뒷부분은 사자 명의 신청 등기의 유효를 주장하는 자가 주장·입증하여야 할 '특별한 사정'에 관한 첫 설시로서 2003다3157 판결, 2007다82028 판결의 판시로 순차로 이어진 것이다.

5) 실체관계 부합 등기의 주장·증명

등기가 일단 원인 무효로 된 경우, 그 등기가 실체관계에 부합하는[1318] 유효한 등기라는 점은 등기명의자가 주장·증명하여야 한다.[1319] 이는 말소등기청구소송에서 항변사유로 기능한다.

매매의 경우, ① '매매계약의 체결 사실'에다가, ② '매매대금의 전부 지급 사실'을 주장·증명하여야 한다. 위 ② 사실 대신에 ②' '매매대금 완불 전에 미리 소유권이전등기를 하기로 하는 특약의 존재'를 주장·증명할 수도 있다.[1320] 매매대금이 전부 지급되었다 하더라도, 소유권이전등기청구권을 행사할 권능이 없는 경우에는 실체적 권리관계에 부합한다고 할 수 없다.[1321]

공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 공유 토지를 매도하여 타인 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다면, 그 매도 토지에 관한 소유권이전등기는 처분공유자의 공유지분 범위 내에서는 실체관계에 부합하는 유효한 등기이다.[1322]

1318) **등기가 실체관계에 부합한다는 의미**는, 당사자 사이에 단순히 채권관계만 있는 것이 아니라 나아가 사실상 물권변동이 생긴 것과 같은 상태에 있는 것을 말한다. 이는, 당사자 사이에 등기청구권을 실현하는 데 있어서 법률상 하등의 지장이 없고 따라서 등기의무자가 그 의무의 이행을 거절할 정당한 하등의 사유가 없는 경우로서, 등기권리자가 사실상 부동산에 대한 전면적인 지배를 취득하여 소유권의 실질적인 내용을 이루는 사용, 수익, 처분 등의 모든 권능을 취득하였다고 할 수 있는 상태를 말한다(**대법원** 1978. 8. 22. 선고 76다343 판결).

1319) ❶ **대법원** 2017. 12. 22. 선고 2017다360, 377 **판결**; "사망자 명의의 신청으로 이루어진 이전등기는 원인무효의 등기로서 등기의 추정력을 인정할 여지가 없으므로 그 등기의 유효를 주장하는 자가 현재의 실체관계와 부합함을 증명할 책임이 있다." ❷ **대법원** 2010. 8. 19. 선고 2009다90160, 90177 **판결**; "가등기권리자가 가등기담보법 제3조, 제4조에 정한 절차에 따라 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지한 후 채무자에게 정당한 청산금을 지급하거나 지급할 청산금이 없는 경우에는 채무자가 그 통지를 받은 날로부터 2월의 청산기간이 경과하면 위 무효인 본등기는 실체적 법률관계에 부합하는 유효한 등기가 될 수 있을 뿐이며, 그 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다." ❸ 99다11007; "종전 등기명의인이 당해 토지를 타에 처분한 사실이 없음을 이유로 그 등기의 말소를 소구하는 경우에는 사업시행자가 종전 등기명의인으로부터 협의취득 상대방으로의 전전 양도 사실 등 실체적 권리관계에 부합하는 등기라는 점에 대한 주장과 입증을 하여야 할 것이다."

1320) 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다55777 판결.

1321) 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다30149 판결.
예컨대, 회생절차개시 당시 회생채무자에 대한 매매계약상 대금지급의무가 완전히 이행되지 않은 경우, 회생채무자의 관리인에게 매매계약에 관하여 그 계약을 해제하든가 그 이행을 청구할 것인지를 선택할 권리가 있으므로 매매계약의 운명은 관리인의 선택권 행사에 관한 재량에 따르게 되어 있고(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제119조), 그 상대방은 관리인이 계약의 이행을 선택하거나 계약의 해제권이 포기된 것으로 간주되기까지는 임의로 변제를 하는 등 계약을 이행하거나 관리인에게 계약의 이행을 청구할 수 없다. 따라서 위 ②에 해당하는 '회생절차개시 후 잔대금 전액을 공탁한 사실'에다가, ③' '관리인이 계약의 이행을 선택한 사실' 또는 ③'' '관리인의 계약 해제권이 소멸된 사실'(위 제119조 제1항 단서 또는 제2항)까지 주장·증명하여야 실체적 권리관계에 부합한다는 항변이 성립한다. 관리인이 당해 사건에서 피고 앞으로 경료된 원인 무효 등기의 말소를 구하고 있다면, 관리인의 의사는 매매계약의 이행을 선택할 의사가 없고, 오히려 그 계약의 해제를 선택하는 것, 다시 말하자면 당해 사건 소장 부본의 송달로 피고에게 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제119조 제1항 소정의 해제의 의사표시가 있었다고 보는 것이 상당하다(91다30149 참조).

1322) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2008다5073 판결; "공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 그 공유 토지를 매도하여 타인 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다면, 그 매도 토지에 관한 소유권이전등기는 처분공유자의 공유지분 범위 내에서는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 보아야 한다. 따라서 원고가 공유물의 보존행위

점유시효취득 또는 등기부시효취득의 요건사실을 주장·증명하여 실체적 권리관계에 부합하는 등기라고 주장할 수도 있다.

사해행위취소·원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 명한 판결의 소송당사자가 아닌 다른 채권자가 위 판결에 기하여 채무자를 대위하여 마친 말소등기는 그 등기절차상의 흠에도 불구하고 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다.[1323]

'기판력' 저촉 여부와 관련하여 보면, ① 허위주소를 기재한 자백간주 판결에 기하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 후 피고의 추완항소로 위 판결이 취소되고 원고 청구기각 판결이 확정되자, 이를 이유로 한 위 이전등기의 말소청구소송에서 반대로 매수사실을 인정하여 위 등기가 실체관계에 부합하는 등기라고 판단하더라도 위 확정판결의 기판력에 저촉되지 않고,[1324] ② 소유권등기 말소등기 청구의 전소에서, 취득시효 완성으로 인한 실체관계 부합 등기의 항변을 하지 않은 채 패소 확정판결을 받은 당사자가, 후소로써 전소 변론종결 전 취득시효 완성을 이유로 소유권이전등기의 이행을 청구한 경우, 전소의 기판력이 후소에 미친다고 볼 수는 없으며,[1325] ③ 소유권이전등기의 근거가 된 제소전

로서 피고 명의의 소유권이전등기 전부에 관한 말소를 구하는 이 사건에서, 다른 공유자가 타인이 자신의 지분을 피고에게 처분하는 데 사전 동의하였다는 사실은 위 소유권이전등기가 실체관계에 부합하는 유효한 등기라는 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실에 속하므로, 법원은 변론에서 당사자가 주장하지 않는 이상 이를 인정할 수 없으나, 이와 같은 주장은 반드시 명시적인 것이어야 하는 것은 아니고 당사자의 주장 취지에 비추어 이러한 주장이 포함되어 있는 것으로 볼 수 있으면 족하며, 또한 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는 것은 아니고 소송에서 쌍방 당사자 간에 제출된 소송자료를 통하여 심리가 됨으로써 그 주장의 존재를 인정하더라도 상대방에게 불의의 타격을 줄 우려가 없는 경우에는 그 주장이 있는 것으로 보아 이를 재판의 기초로 삼을 수 있다."

1323) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2013다84995 판결: "사해행위 취소의 효력은 채무자와 수익자 사이의 법률관계에 영향을 미치지 아니하고, 사해행위 취소로 인한 원상회복 판결의 효력도 그 소송의 당사자인 채권자와 수익자 또는 전득자에게만 미칠 뿐 채무자나 다른 채권자에게 미치지 아니하므로, 어느 채권자가 수익자를 상대로 사해행위 취소 및 원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결을 받았으나 말소등기를 마치지 아니한 상태라면 그 소송의 당사자가 아닌 다른 채권자는 위 판결에 기하여 채무자를 대위하여 그 말소등기를 신청할 수 없다. 그럼에도 불구하고 다른 채권자의 위와 같은 등기신청으로 말소등기가 마쳐졌다면 그 등기에는 절차상의 흠이 존재한다. 그러나 채권자가 사해행위 취소의 소를 제기하여 승소한 경우 그 취소의 효력은 민법 제407조에 의하여 모든 채권자의 이익을 위하여 미치므로 수익자는 채무자의 다른 채권자에 대하여도 사해행위의 취소로 인한 소유권이전등기의 말소등기의무를 부담하는 점, 위와 같은 등기절차상의 흠을 이유로 말소된 소유권이전등기가 회복되더라도 다른 채권자가 사해행위취소판결에 따라 사해행위가 취소되었다는 사정을 들어 수익자를 상대로 다시 소유권이전등기의 말소를 청구하면 수익자는 그 말소등기를 해 줄 수밖에 없어서 결국 말소된 소유권이전등기가 회복되기 전의 상태로 돌아가는데 이와 같은 불필요한 절차를 거치게 할 필요가 없는 점 등에 비추어 보면, 사해행위 취소 및 원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 명한 판결의 소송당사자가 아닌 다른 채권자가 위 판결에 기하여 채무자를 대위하여 마친 말소등기는 그 등기절차상의 흠에도 불구하고 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다고 볼 수 있다."

1324) 매매를 청구원인으로 한 소유권이전등기청구사건에서 판결의 기판력이 미치는 객관적 범위는 그 판결의 주문에 포함된 등기청구권의 존부에만 한하는 것이고 판결이유에서 설시된 등기청구권의 원인이 되는 채권계약의 존부에까지 미치는 것이 아니기 때문이다(82다카770).

1325) 甲이 乙을 상대로 한 乙 명의 소유권보존등기 말소청구의 전소에서, 허위 보증서에 터잡아 경료된 무효의 등기라는 이유로 乙의 패소판결이 확정된 경우, 그 소송물은 소유권보존등기의 말소청구권의 존부이고, 후소의 소송물은 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 존부라면, 전소와 후소는 청구취지와 청구원인을 전혀 달리하는 소송으로서 그 소송물이 다르고, 전소에서 말소를 구하는 소유권보존등기가 취득시효 완성

다. 등기의 추정력

1) 추정력의 내용

등기의 추정력으로 ① 등기능력이 있는 권리의 등기가 있는 경우 그 등기에 의하여 그 권리가 등기명의자에게 귀속되어 존재하는 것으로 추정되고 그 등기에 의하여 물권변동이 유효하게 성립한 것으로 추정되는 '권리의 적법추정'(법률상의 권리추정), ② '등기원인의 적법 추정', ③ 등기가 절차상으로도 유효요건을 갖추어서 적법하게 이루어진 것이라고 추정하는 '등기절차의 적법추정'[1305]이 인정된다(등기절차 자체의 적법 추정에서 더 나아가, 등기를 함에 있어서 필요한 전제요건이나 전치절차의 적법까지도 추정된다).[1306]

2) 소유권보존등기의 추정력

소유권보존등기의 명의인도 소유자로 추정받으나, 그 토지를 사정(査定)받은 사람이 따로 있고 그가 양도사실을 부인할 경우에는 그 등기가 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법 등의 특별조치법에 의하여 경료된 것이 아닌 한 그 추정력은 깨어진다. 따라서 등기명의인이 구체적으로 실체관계에 부합한다거나 그 승계취득 사실을 주장·증명하지 못하는 한 그 등기는 원인무효로 되고, 이러한 법리는 그 소유권보존의 등기가 등기부 멸실 후의 회복등기절차에 의하여 이루어진 경우에도 다를 바 없다.[1307]

1305) 예컨대, ① 멸실회복등기에 있어 전등기(前登記)의 접수일자, 접수번호 및 원인일자 등이 "불명"으로 기재되어 있더라도, 특별한 사정이 없는 한 이는 등기관에 의하여 멸실회복등기의 실시요강에 따라 토지대장등본 등 전등기의 권리를 증명할 공문서가 첨부된 등기신청서에 의하여 적법하게 처리된 것이라고 추정되고(80다3286), ② 종전 등기명의인인 미성년자가 자신의 소유지분을 친권자에게 증여하는 행위가 이해상반행위라 하더라도 그에 따른 친권자 명의의 소유권이전등기가 경료되어 있는 이상 그 이전등기에 필요한 절차를 적법하게 거친 것으로 추정된다(2001다72029).

1306) 예컨대, ① 등기부상 법원의 경락허가결정에 의한 소유권이전등기가 경료된 경우 적법한 경매절차에 의하여 된 것으로 추정되고(4288민상554), ② 외국인 명의로 소유권이전등기가 경료된 이후 계속하여 그 소유 명의로 등재되어 있다면 외국인토지법에 규정된 절차를 거쳐 함법적으로 등기를 경료한 것으로 추정되며(64다171), ③ 해산한 법인 재산을 청산인이 처분한 경우 청산인이 적법한 사원총회에서 적법한 선임결의에 의하여 선임되었는지, 합법적인 권한을 부여받았는지, 주무관청의 허가를 얻었는지에 관하여, 모두 적법한 절차에 의하여 경유된 것으로 추정되고(62다630), ④ 농지개혁법 시행 당시 농지 매매에 관한 소유권이전등기가 경료되었으면 같은 법 소정의 농지소재지증명은 이미 제출된 것으로 추정되며(69다469), ⑤ 어떤 농지에 관하여 상환완료로 인한 소유권이전등기까지 경료되어 있는 것이라면 그에 대한 농지분배 절차는 적법하게 되었다고 추정되고(92다45773), ⑥ 부동산을 매수하여 등기한 자가 그 매매가 전소유자의 대리인과 사이에 이루어진 것이라고 주장하는 경우 그 대리권의 존재는 일응 추정되고 대리권 흠결의 점은 전소유자가 증명할 책임이 있다(94다41010).

1307) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2006다30921 판결 등. 이는 소유권보존등기는 새로 등기용지를 개설함으로써 그 부동산을 등기부상 확정하고 이후는 그에 대한 권리변동은 모두 보존등기를 시발점으로 하게 되는 까닭에 등기가 실체법상의 권리관계와 합치할 것을 보장하는 관문이며, 따라서 그 외의 다른 보통 등기에 있어서와 같이 당사자 간의 상대적인 사정만을 기초로 하여 이루어질 수 없고 물권의 존재 자체를 확정하는 절차가 필요하고, 따라서 소유권보존등기는 소유권이 진실하게 보존되어 있다는 사실에 관하여서만 추정력이 있고 소유권보존 이외의 권리변동이 진실하다는 점에 관하여서는 추정력이 없다. 이와 같은 보존등기의 본질에 비추어 보존등기 명의인이 원시취득자가 아니라는 점이 증명되면 그 보존등기의 추정력은 깨진다고 보고서 보존등기 명의인의 주장과 증명에 따라 그 등기에 대하여 실체적 권리관계에 부합하는지 여부를 가려야 한다(96다

위와 같은 법리는 보존등기 명의인 이외의 자가 당해 토지를 사정받은 사실이 증명됨을 전제로 하는 것이다. 토지조사부나 임야조사부에 토지소유자로 등재되어 있는 자는 토지소유자로 사정받고 그 사정이 확정된 것으로 사실상 추정될 뿐이므로, 일제강점기하의 소유권보존등기에 토지조사부나 임야조사부상 토지소유자 아닌 자가 보존등기 명의인으로 등재되어 있다면, 이는 재결에 의하여 사정내용이 변경되었다는 등의 반증이 되어 보존등기 명의인 이외의 자가 당해 토지를 사정받은 사실에 대한 증명이 성공하였다 볼 수 없으므로, 소유권보존등기의 추정력이 깨어졌다고 할 수 없다.

건물의 소유권보존등기는 그 명의자가 신축한 것이 아니라면 그 등기의 권리추정력은 깨어진다 할 것이고, 그 명의자 스스로 적법하게 그 소유권을 양도받게 된 사실을 증명할 책임이 있다.[1308]

3) 소유권이전등기의 추정력

부동산에 관하여 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우 그 등기명의자는 제3자에 대하여서뿐만 아니라 그 전 소유자에 대하여서도 '적법한 절차와 원인'에 의하여 소유권을 취득한 것으로 '추정'되므로, 그 절차 및 원인이 부당하여 그 등기가 무효라는 사실은 이를 주장하는 자에게 증명책임이 있다.[1309]

등기원인이라는 실체적 측면에서 보면, 등기명의자의 소유권이전등기가 '전 등기명의인의 의사에 반하여 이루어진 것'으로서 무효라는 주장·증명을 하여야 한다.[1310]

16247).

1308) 대법원 1995. 11. 10. 선고 95다13685 판결.

1309) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다21702 판결, 대법원 2003. 2. 28. 선고 2002다46256 판결. ☛ 법률이 아닌 판례에 의하여 인정되는 유일한 법률상 추정으로 일컬어진다. 일본 판례는 우리와 달리 등기에 '사실상 추정력'만 인정한다(주해 판례민법 물권법, 청림서원, 1999, 75면).

1310) ❶ 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다23195 판결: "부동산 등기는 현재의 진실한 권리상태를 공시하면 그에 이른 과정이나 태양을 그대로 반영하지 아니하였어도 유효한 것으로서, 등기명의자가 전 소유자로부터 부동산을 취득함에 있어 등기부상 기재된 등기원인에 의하지 아니하고 다른 원인으로 적법하게 취득하였다고 하면서 등기원인행위의 태양이나 과정을 다소 다르게 주장한다고 하여 이러한 주장만 가지고 그 등기의 추정력이 깨어진다고 할 수는 없을 것이므로, 이러한 경우에도 이를 다투는 측에서 등기명의자의 소유권이전등기가 전 등기명의인의 의사에 반하여 이루어진 것으로서 무효라는 주장·입증을 하여야 한다." ☛ 토지수용절차를 거친 사실이 없음에도 토지수용을 원인으로 소유권이전등기를 경료한 토지개량조합이 토지수용 아닌 다른 원인으로 소유권을 양도받았다거나 다른 원인으로 소유권을 취득한 자로부터 다시 특정승계 또는 포괄승계하였을 수도 있다고만 주장하는 것은 등기원인행위의 태양이나 과정을 다소 다르게 주장하는 것과 달리 무한정하게 확대하여 추상적으로 주장하는 것이어서 등기의 추정력이 유지될 수 없다고 한 사례. ❷ 대법원 2023. 7. 13. 선고 2023다223591, 223607 판결: "부동산등기는 그것이 형식적으로 존재하는 것 자체로부터 적법한 등기원인에 의하여 마쳐진 것으로 추정되고, 등기명의자가 등기부에 기재된 것과 다른 원인으로 등기 명의를 취득하였다고 주장하고 있지만 그 주장 사실이 인정되지 않는다 하더라도 그 자체로 등기의 추정력이 깨어진다고 할 수 없으므로, 그와 같은 경우에도 등기가 원인 없이 마쳐진 것이라고 주장하는 쪽에서 무효사유를 주장·증명할 책임을 지게 된다. 토지에 관하여 점유취득시효 완성에 따라 소유권이전등기가 마쳐진 경우에도 적법한 등기원인에 따라 소유권을 취득한 것으로 추정되는 것은 마찬가지이므로, 제3자가 등기명의자의 취득시효 기간 중 일부 기간 동안 해당 토지 일부에 관하여 직접적·현실적인 점유를 한 사실이 있다는 사정만으로 등기의 추정력

등기의 절차적 측면에서 보면, 등기절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 볼만한 '의심스러운 사정'이 있음이 증명되는 경우에는 그 추정력은 깨어진다.[1311] 따라서 등기의 실체적 위법보다는 절차적 위법에 의한 추정력의 복멸이 용이하다 할 것이므로, 실무상으로도 등기가 위조 또는 절취된 등기관계서류에 의해 마쳐진 것이라는 절차적 위법의 점을 주장·증명함으로써 등기 추정력을 복멸시키는 경우가 많다.

등기원인의 존부에 관한 분쟁의 결과 '확정판결'로 '소유권이전등기'가 마쳐진 경우, 그 등기의 추정력을 번복하기 위해서는 일반적으로 등기의 추정력을 번복함에 있어서 요구되는 증명의 정도를 넘는 명백한 증거나 자료가 제출되어야 한다.[1312]

4) 사자(死者) 명의 신청 등기의 추정력

전 소유자가 사망한 이후에 그 명의로 신청되어 경료된 소유권이전등기는, 특별한 사정이 없는 한, 원인무효의 등기라고 볼 것이어서 그 등기의 추정력을 인정할 여지가 없다.[1313]

사자 명의 신청 등기의 유효를 주장하는 자가 '특별한 사정의 존재' 예컨대, ① 등기원인이 이미 존재하고 있으나 아직 등기신청을 하지 않고 있는 동안에 등기의무자에 대하여 상속이 개시된 경우에 피상속인이 살아 있다면 그가 신청하였을 등기를 상속인이 신청한 경우 또는 ② 등기신청을 등기공무원이 접수한 후 등기를 완료하기 전에 본인이나 그 대리인이 사망한 경우임을 주장·증명하여야 한다.[1314]

이 깨어진다거나 위 소유권이전등기가 원인무효의 등기가 된다고 볼 수는 없다." ❸ 그 밖에, 소외인이 피고에게 '증여'를 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 사실 등을 인정한 다음, '명의신탁'하였다고 인정할 만한 증거가 없다고 판단한 예(2010다75044,75051), 이 사건 토지가 속한 분할 전 토지가 '1961. 3. 25. 매매'를 원인으로 하여 소외인으로부터 피고 앞으로 소유권이전등기가 경료되었음을 알 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 소외인은 1961. 3. 25. 이 사건 토지를 포함한 분할 전 토지 전부를 피고에게 매도한 것으로 추정된다고 한 예(2004다27273) 등 참조.

1311) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다21702 판결, 대법원 2003. 2. 28. 선고 2002다46256 판결. ☛ 2002다46256을 참조판결로 한 2016다27825는 "등기 절차나 원인이 부당한 것으로 볼 만한 의심스러운 사정이 있음이 증명되면 그 추정력은 깨어진다."라고 판시하여 '등기원인'도 같이 보았으나, 이는 타당한 것이 아니다.

1312) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2023다223591, 223607 판결; "등기원인의 존부에 관하여 분쟁이 발생하여 당사자 사이에 소송이 벌어짐에 따라 법원이 위 등기원인의 존재를 인정하면서 이에 기한 등기절차의 이행을 명하는 판결을 선고하고 그 판결이 확정됨에 따라 이에 기한 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 그 등기원인에 기한 등기청구권은 법원의 판단에 의하여 당사자 사이에서 확정된 것임이 분명하고, 법원이나 제3자도 위 당사자 사이에 그러한 기판력이 발생하였다는 사실 자체는 부정할 수 없는 것이므로, 위 기판력이 미치지 아니하는 타인이 위 등기원인의 부존재를 이유로 확정판결에 기한 등기의 추정력을 번복하기 위해서는 일반적으로 등기의 추정력을 번복함에 있어서 요구되는 증명의 정도를 넘는 명백한 증거나 자료를 제출하여야 하고, 법원도 그러한 정도의 증명이 없는 한 확정판결에 기한 등기가 원인무효라고 단정하여서는 아니 된다."

1313) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다360, 377 판결.

1314) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다82028 판결. [동일 취지] 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다200730 판결; 원심이, 소유권이전등기가 그 명의자인 망 소외 1의 사망일 이후 행하여진 사실을 인정한 다음 원고가 제출한 증거만으로는 망 소외 1의 상속인이 등기 관련 법령에 따라 위 소유권이전등기를 마친 사실을 인정하기 어렵다고 보아, 위 소유권이전등기 자체만으로는 등기의 추정력을 인정할 수 없다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

4) 청구원인 사실

소유권확인청구의 소송물은 목적물에 대한 소유권 자체의 존부이므로, 원고는 ① '특정 목적물에 대한 원고의 소유권 취득 사실'을 청구원인사실로서 주장·증명하여야 하고,[1292] ② '확인의 이익의 존재 사실'(= 피고가 원고의 소유권을 다투는 사실, 국가를 상대로 한 토지소유권확인청구의 경우 그 확인의 이익의 요건 사실 등)도 주장·증명하여야 한다.

점유로 인한 부동산 소유권의 시효취득이 완성된 경우라고 하더라도 등기함으로써 그 소유권을 취득하는 것이므로, 등기 없이 그 취득기간이 경과하였다는 사유만으로는 소유권의 확인을 구할 수 없다.[1293]

부동산을 단독으로 상속하기로 분할 협의하였다는 이유로 그 전부가 자기 소유임의 확인을 구하는 청구에는 그와 같은 사실이 인정되지 아니하는 경우 자신의 상속 지분에 대한 소유권 확인을 구하는 취지가 포함되어 있다고 보아야 하므로, 법원은 특별한 사정이 없는 한 그 청구의 전부를 기각할 것이 아니라 그 소유로 인정되는 지분에 관하여 일부 승소의 판결을 하여야 한다.[1294]

토지소유권의 상실 원인이 되는 포락(浦落)은 사권의 소멸을 주장하는 자가 증명하여야 한다.[1295]

1291) ○ 대법원 1997. 6. 27. 선고 97다9529 판결; "확정판결의 기판력은 주문에 포함된 소송물인 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에 대하여서만 생기는 것이어서, 소유권이전등기절차의 이행을 명한 확정판결의 기판력은 소송물인 그 이전등기청구권의 존부에만 미치고 소송물이 되어 있지 않은 소유권의 귀속 자체에까지 미치는 것은 아니므로, 소유권이전등기청구 소송을 제기당하여 패소한 당사자도 그 이후 소유권이전등기를 경료한 등기 명의자를 상대로 다시 소유권 확인을 … 구하는 소송을 제기할 수 있다고 할 것이다."
○ 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다205086 판결; "부동산 소유권이전등기에 관한 조정조서의 기판력은 소송물이었던 이전등기청구권의 존부에만 미치고 부동산의 소유권 자체에까지 미치지는 않는다. 따라서 부동산 소유자가 부동산 소유권이전등기에 관한 조정의 당사자로서 조정조서의 기판력으로 말미암아 부동산등기부에 소유명의를 회복할 방법이 없어졌다고 하더라도 소유권이 그에게 있음이 확정된 것은 아니고, 부동산등기부에 소유자로 등기되어 있지 않다고 하여 소유권을 행사하는 것이 전혀 불가능한 것도 아니다. 그러한 소유자는 소유권을 부인하는 조정의 상대방을 비롯하여 제3자에 대하여 다툼의 대상이 된 부동산이 자기의 소유라는 확인을 구할 법률상 이익이 있다."

1292) 그 구체적인 방법은 '소유 사실의 주장·증명'항에서 이미 살펴보았다.

1293) 대법원 1991. 5. 28. 선고 91다5716 판결. 마찬가지로, 매매계약 등 소유권 취득의 원인행위에 대한 주장·증명만으로는 소유권확인청구의 주장·증명책임을 다한 것이라 할 수 없다.

1294) 대법원 1995. 9. 29. 선고 95다22849, 22856 판결.
공동상속재산의 지분에 관한 지분권존재확인을 구하는 소송은 공동소송인 전원이 당사자인 필수적 공동소송이 아니라 통상의 공동소송이다(대법원 2010. 2. 25. 선고 2008다96963 판결).
⇔ 공동상속인 사이에 어떤 재산이 피상속인의 상속재산에 속하는지 여부에 관하여 다툼이 있어 일부 공동상속인이 다른 공동상속인을 상대로 그 재산이 상속재산임의 확인을 구하는 소를 제기한 경우, 이는 그 재산이 현재 공동상속인들의 상속재산분할 전 공유관계에 있음의 확인을 구하는 소송으로서, 그 승소확정판결에 의하여 그 재산이 상속재산분할의 대상이라는 점이 확정되어 상속재산분할심판 절차 또는 분할심판이 확정된 후에 다시 그 재산이 상속재산분할의 대상이라는 점에 대하여 다툴 수 없게 되고, 그 결과 공동상속인 간의 상속재산분할의 대상인지 여부에 관한 분쟁을 종국적으로 해결할 수 있으므로, 확인의 이익이 있고, 고유필수적 공동소송에 해당한다(대법원 2007. 8. 24. 선고 2006다40980 판결).

1295) 대법원 1992. 11. 24. 선고 92다11176 판결; "하천에 인접한 토지가 홍수로 인한 하천유수의 범람으로 침수되

5) 경계확정의 소와의 관계

토지경계확정의 소는 인접한 '토지의 경계'(토지의 경계는 지적공부상의 등록, 즉 지적도상의 경계에 의하여 특정되는 것으로서 공적으로 설정, 인증된 것이므로, 경계확정소송의 대상이 되는 경계란 공적으로 설정, 인증된 지번과 지번과의 경계선을 가리킨다)[1296]가 사실상 '불분명'하여 다툼이 있는 경우에[1297] 재판으로 그 경계를 확정하여 줄 것을 구하는 소송으로서,[1298] 토지소유권의 범위의 확인을 목적으로 하는 소와는 달리,[1299] 인접한 토지의 경계가 불분명하여 그 소유자들[1300] 사이에 다툼이 있다는 것만으로 권리보호의 필요가 인정되고, 법원으로서는 원·피고 소유의 토지들 내의 일정한 지점을 기초점으로 선택하고 이를 기준으로 방향과 거리 등에 따라 위치를 특정하는 등의 방법으로 지적도상의 경계가 현실의 어느

어 토지가 황폐화되거나 물밑에 잠기거나 항시 물이 흐르고 있는 상태가 계속되고 그 원상복구가 사회통념상 불가능하게 되면 소위 포락으로 인하여 소유권은 영구히 소멸되는 것이고, 이와 같은 사정은 사권의 소멸을 주장하는 자가 입증하여야 할 것이다."

1296) ○ 대법원 1997. 7. 8. 선고 96다36517 판결; "토지는 인위적으로 구획된 일정 범위의 지면에 사회관념상 정당한 이익이 있는 범위 내에서의 그 상하를 포함하는 것으로서, 토지의 개수는 지적법에 의한 지적공부상의 필수, 분계선에 의하여 결정되는 것이고, 어떤 토지가 지적공부상 1필의 토지로 등록되면 그 지적공부상의 경계가 현실의 경계와 다르다 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 그 경계는 지적공부상의 등록, 즉 지적도상의 경계에 의하여 특정되는 것이므로, 이러한 의미에서 **토지의 경계**는 공적으로 설정, 인증된 것이고, 단순히 사적관계에 있어서의 소유권의 한계선과는 그 본질을 달리하는 것으로서 경계확정소송의 대상이 되는 경계란 공적으로 설정, 인증된 지번과 지번과의 경계선을 가리키는 것이고, 사적인 소유권의 경계선을 가리키는 것은 아니라 할 것이다."

○ 대법원 2016. 6. 28. 선고 2016다1793 판결; "어떤 토지가 지적공부에 1필지의 토지로 등록되면 그 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 및 경계는 특별한 사정이 없는 한 그 등록으로써 특정되고 그 소유권의 범위는 현실의 경계와 관계없이 공부상의 경계에 의하여 확정되는 것이 원칙이다. 다만 지적도를 작성함에 있어서 그 기점을 잘못 선택하는 등 기술적인 착오로 말미암아 지적도상의 경계선이 진실한 경계선과 다르게 작성되었다거나 당사자들이 사실상의 경계대로 토지를 매매할 의사를 가지고 거래를 한 경우 등과 같은 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 토지의 경계는 실제의 경계에 의하여야 한다. 한편 물권의 객체인 토지 1필지의 공간적 범위를 특정하는 것은 지적도나 임야도의 경계이지 등기부의 표제부나 임야대장·토지대장에 등재된 면적이 아니므로, 부동산등기부의 표제부에 토지의 면적이 실제와 다르게 등재되어 있다 하여도 이러한 등기는 해당 토지를 표상하는 등기로서 유효하다. 또한 부동산등기부의 표시에 따라 지번과 지적을 표시하고 1필지의 토지를 양도하였으나 그 양도된 토지의 실측상 지적이 등기부에 표시된 것보다 넓은 경우 등기부상 지적을 넘는 토지 부분은 양도된 지번과 일체를 이루는 것으로서 양수인의 소유에 속한다."

1297) 여기서 '인접한 토지의 경계가 사실상 불분명하여 다툼이 있는 경우'에는 지적도를 작성하면서 기점을 잘못 선택하는 등 기술적인 착오로 지적도상 경계가 진실한 경계선과 다르게 잘못 작성되었다고 인접토지 소유자 사이에 다툼이 있는 경우를 포함한다(대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다207830 판결). 지적도에 의해 명확한 공법상의 경계가 설정되어 있는 경우, 현실적으로 상대방이 그 경계를 침범하였다는 이유로 그 침범 대지의 인도를 구하는 외에 별도로 그 경계의 확인을 구하는 것은 적법한 토지경계확정소송이 될 수 없고 또 소의 이익도 없어 부적법하다(90다12649).

1298) 토지경계확정의 소는, 형식은 소송사건이지만 실질은 비송사건으로서 구체적으로 어떠한 내용의 권리관계를 형성할 것인가를 법원의 자유재량에 일임하고 있는 형성의 소인 '형식적 형성의 소'에 해당한다.

1299) 토지경계확정의 소는 인접하는 토지의 경계확정을 구하는 소이고 그 토지에 관한 소유권의 범위나 실체상 권리의 확인을 목적으로 하는 것은 아니므로 원고가 토지를 시효취득 하였는지의 여부는 토지경계확정소송에서 심리할 대상이 되지 못한다(92다44503).

1300) 토지의 경계는 토지 소유권의 범위와 한계를 정하는 중요한 사항으로서, 그 경계와 관련되는 인접 토지의 소유자 전원 사이에서 합일적으로 확정될 필요가 있으므로, 인접하는 토지의 한편 또는 양편이 여러 사람의 공유에 속하는 경우에, 그 경계의 확정을 구하는 소송은, 관련된 공유자 전원이 공동하여서만 제소하고 상대방도 관련된 공유자 전원이 공동으로서만 제소될 것을 요건으로 하는 고유필수적 공동소송이다(2000다24207).

부분에 해당하는지를 명확하게 표시할 필요가 있으며, 당사자 쌍방이 주장하는 경계선에 기속되지 아니하고 어떠한 형식으로든 스스로 진실하다고 인정하는 바에 따라 경계를 확정하여야 하고,[1301] 소송 도중에 당사자 쌍방이 경계에 관하여 합의를 도출해냈다고 하더라도 원고가 그 소를 취하하지 않고 법원의 판결에 의하여 경계를 확정할 의사를 유지하고 있는 한, 법원은 그 합의에 구속되지 아니하고 진실한 경계를 확정하여야 하므로, 소송 도중에 진실한 경계에 관하여 당사자의 주장이 일치하게 되었다는 사실만으로 경계확정의 소가 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 할 수 없다.[1302]

사적자치의 영역에 속하는 건물 소유권의 범위를 확정하기 위해서는 소유권확인소송에 의하여야 하고, 공법상 경계를 확정하는 경계확정소송에 의할 수는 없으며, 건물의 경계 확정을 구하는 경계확정의 소는 부적법하여 각하된다.[1303]

한편, 토지소유자는 '지적공부의 등록사항'에 '잘못'이 있는 경우, 지적소관청에 그 정정을 신청할 수 있고, 그 정정으로 인접 토지의 경계가 변경되는 경우에는 인접 토지소유자를 상대로 경계 정정에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소를 제기할 수 있다.[1304]

1301) 대법원 1993. 11. 23. 선고 93다41792, 41808 판결. 따라서 처분권주의나 불이익변경금지의 원칙이 배제되고, 법원은 원고의 청구를 기각할 수 없으며, 당사자가 주장하는 경계와 다른 경계를 법원이 확정하더라도 '원고의 나머지 청구를 기각한다.'는 주문은 필요치 않다(대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다207830 판결).

1302) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다54761 판결.

1303) 대법원 1997. 7. 8. 선고 96다36517 판결; "건물은 일정한 면적, 공간의 이용을 위하여 지상, 지하에 건설된 구조물을 말하는 것으로서, 건물의 개수는 토지와 달리 공부상의 등록에 의하여 결정되는 것이 아니라 사회통념 또는 거래관념에 따라 물리적 구조, 거래 또는 이용의 목적물로서 관찰한 건물의 상태 등 객관적 사정과 건축한 자 또는 소유자의 의사 등 주관적 사정을 참작하여 결정되는 것이고, 그 경계 또한 사회통념상 독립한 건물로 인정되는 건물 사이의 현실의 경계에 의하여 특정되는 것이므로, 이러한 의미에서 건물의 **경계**는 공적으로 설정, 인증된 것이 아니고 단순히 사적관계에 있어서의 소유권의 한계선에 불과함을 알 수 있고, 따라서 사적자치의 영역에 속하는 건물 소유권의 범위를 확정하기 위하여는 소유권확인소송에 의하여야 할 것이고, 공법상 경계를 확정하는 경계확정소송에 의할 수는 없다고 할 것이다."

1304) 대법원 2016. 6. 28. 선고 2016다1793 판결; "공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률(이하 '공간정보법'이라 한다) 제84조 제1항은 '토지소유자는 지적공부의 등록사항에 잘못이 있음을 발견하면 지적소관청에 그 정정을 신청할 수 있다'고 규정하고, 같은 조 제3항은 '제1항에 따른 정정으로 인접 토지의 경계가 변경되는 경우에는 인접 토지소유자의 승낙서나 인접 토지소유자가 승낙하지 아니하는 경우에는 이에 대항할 수 있는 확정판결서 정본을 지적소관청에 제출하여야 한다'고 규정하고 있다. 이와 같은 공간정보법의 규정에 의하면 자신의 소유가 아닌 토지에 관하여 지적공부의 등록사항 정정신청을 할 수 없으므로 그 토지의 소유자를 상대로 그 토지의 경계 정정에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다. 또한 자신 소유 토지의 경계 정정에 따라 그 경계가 변경되는 인접 토지소유자가 아닌 사람을 상대로 자신 소유 토지의 경계 정정에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소 역시 권리보호의 이익이 없어 부적법하다." ☜ 인접 토지 소유자에 대항할 수 있는 '확정판결'은 지적공부를 기준으로 하여 그 지번에 해당하는 토지를 특정하고 소유자로서 인접 토지 소유자를 상대로 그에 관한 소유권의 범위나 경계를 확정하는 내용이 담긴 판결을 말하며, 경계확정의 판결, 공유물분할의 판결, 지상물 철거 및 토지인도의 판결, 소유권확인의 판결 및 경계변경 정정신청에 대한 승낙의사의 진술을 명하는 판결 등이 포함될 수 있다(대법원 2016. 5. 24. 선고 2012다87898 판결).

지대장이나 임야대장상에 등록명의자가 없거나(토지대장 또는 임야대장의 소유자에 관한 기재의 권리추정력이 인정되지 아니하는 경우 포함)[1280] 등록명의자가 누구인지 알 수 없을 때(대장상의 소유자 표시 중 주소 기재의 일부가 누락된 경우[1281] 등)'와 그 밖에 ② '국가가 등기 또는 등록명의자인 제3자의 소유를 부인하면서 계속 국가 소유를 주장'하는 등[1282] 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 확인의 이익이 있다.[1283]

미등기 토지의 대장상 소유자 명의인 표시란에 '구체적 주소나 인적사항에 관한 기재가 없어서 그 명의인을 특정할 수 없는 경우'에는 그 소유명의인의 채권자가 소유명의인

명의인의 기재가 실제와 일치하지 아니한다 하더라도 인격의 동일성이 인정된다면 등기명의인의 표시경정등기가 가능하며, 국가를 상대로 실제 소유에 대하여 확인을 구할 이익이 없다."

1280) ○ 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다56575 판결; "원고가 망인으로부터 토지거래규제지역 내에 있는 토지로서 등기부 등 관계공부가 멸실되어 토지대장상 '소유자미복구'로 되어 있는 망인 소유의 제1토지를 매수하였다면, 원고는 망인의 상속인들에 대한 토지거래허가신청절차의 협력의무의 이행청구권을 보전하기 위하여 위 상속인들을 대위하여 위 토지가 그들 소유임의 확인을 구할 수 있다 할 것이고, … 원고가 토지거래신고구역 내에 있는 제2토지를 망인으로부터 매수하였다면, 위 거래계약에 대하여 관할군수에게 신고하였는지에 관계없이 원고는 망인의 상속인들에 대하여 위 토지에 관한 소유권이전등기청구권이 있는 것이고, 원고는 이의 보전을 위하여 위 상속인들을 대위하여 위 토지가 그들 소유임의 확인을 구할 수 있다."
○ 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다45944 판결; "어느 토지에 관하여 등기부나 토지대장 또는 임야대장상 소유자로 등기 또는 등록되어 있는 자가 있는 경우에는 그 명의자를 상대로 한 소송에서 당해 부동산이 보존등기신청인의 소유임을 확인하는 내용의 확정판결을 받으면 소유권보존등기를 신청할 수 있는 것이므로 그 명의자를 상대로 한 소유권확인청구에 확인의 이익이 있는 것이 원칙이지만, 토지대장 또는 임야대장의 소유자에 관한 기재의 권리추정력이 인정되지 아니하는 경우에는 국가를 상대로 소유권확인청구를 할 수밖에 없다." ☞ 1975. 12. 31. 개정 전 구 지적법 시행 당시에는 멸실된 임야대장의 복구에 관한 절차가 전혀 없었으므로 임야대장의 관할 행정관청이 행정의 편의를 위하여 복구한 임야대장은 적법하게 복구된 것이라고 할 수 없고, 따라서 그 소유자란의 기재는 소유권의 귀속을 증명하는 자료가 될 수 없다.
○ 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다48633 판결; 미등기 토지에 관한 토지대장에 소유권을 이전받은 자는 등재되어 있으나 최초의 소유자는 등재되어 있지 않은 경우, 위 토지대장상 소유권이전등록을 받은 자에게 국가를 상대로 토지소유권확인청구를 할 확인의 이익이 있다고 본 사례.

1281) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2018다242246 판결; "「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」 제87조 제4호에 의하면 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자인 토지소유자가 위 법에 따라 하여야 하는 신청을 대위할 수 있으나, 같은 법 제84조에 따른 지적공부의 등록사항 정정은 대위하여 신청할 수 없다. 토지대장상의 소유자 표시 중 주소 기재의 일부가 누락된 경우는 등록명의자가 누구인지 알 수 없는 경우에 해당하여 그 토지대장에 의하여 소유권보존등기를 신청할 수 없고, 토지대장상 토지소유자의 채권자는 토지소유자를 대위하여 토지대장상 등록사항을 정정할 수 없으므로, 토지대장상 토지소유자의 채권자는 소유권보존등기의 신청을 위하여 토지소유자를 대위하여 국가를 상대로 소유권확인을 구할 이익이 있다고 보아야 한다." ☜ **원심**이, 피고(국)가 이 사건 토지의 사정명의인이 '경북 달성군 ○○○'에 본적을 둔 소외 1이고, 그 상속인들이 제1심 공동피고 소외 2~7인 사실을 인정하고 있는 이상, 원고에게는 피고를 상대로 이 사건 토지에 관한 소유권확인을 구할 이익이 없다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "이 사건 토지의 구 토지대장에 사정명의인 소외 1의 주소가 일부 기재되어 있기는 하나 지번이 누락되어 있어 등록명의자가 누구인지 알 수 없을 때에 해당하고, 원고로서는 소외 1의 상속인들을 대위하여 토지대장에 기재된 소외 1의 주소를 정정해 달라고 신청할 수도 없으므로, 원고에게는 소외 1의 상속인들을 대위하여 피고에게 이 사건 토지가 소외 1의 상속인들의 소유라는 확인을 구할 이익이 있다."고 한 예.

1282) 임야대장상 등록명의자가 국가를 상대로 토지소유권확인을 구함에 대하여 국가가 시효취득하였다고 주장하는 경우, 이는 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권이 있다는 주장에 불과한 것이지 임야대장상 등록명의자의 소유를 부인하면서 국가의 소유라 주장하는 것이라 볼 수 없으므로, 위 소유권확인청구는 그 확인의 이익이 없다(2002다33601).

1283) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다230815 판결.

을 대위하여 국가를 상대로 소유권확인을 구할 법률상 이익이 없다.[1284] 국가에게 취득시효 완성을 원인으로 하여 소유권이전등기절차를 이행하여 줄 의무를 부담하는 미등기 토지의 소유자는 국가를 상대로 그 토지에 대한 소유권의 확인을 구할 법률상 이익이 없다.[1285]

3) 기 판 력

소유권확인청구 사건의 경우 그 소송물은 '소유권 자체의 존부'이므로(소유권 취득원인은 공격방법에 불과하다),[1286] 전소에서 원고가 소유권을 주장하였다가 패소 판결이 확정되었다고 하더라도, 전소의 변론종결 '후'에 소유권을 새로이 취득(예컨대, 전소 변론종결 후 '상속재산분할협의'에 의한 소유권 취득)하였다면 전소의 기판력이 소유권확인을 구하는 후소에 미칠 수 없다.[1287]

1284) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2020다300893 판결; "부동산등기법 제65조 제2호는 확정판결에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자는 미등기의 토지에 관한 소유권보존등기를 신청할 수 있는 것으로 규정하고 있고, 부동산등기규칙 제46조 제1항 제6호는 보존등기 신청 시 등기권리자의 주소 및 주민등록번호를 증명하는 정보를 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다고 규정한다. 따라서 미등기토지에 대하여 토지대장이나 임야대장의 소유자 명의인 표시란에 구체적 주소나 인적사항에 관한 기재가 없어서 그 명의인을 특정할 수 없는 경우에는 그 소유명의인의 채권자가 국가를 상대로 소유명의인을 대위하여 소유권확인의 확정판결을 받더라도 이 확인판결에는 소유자가 특정되지 않아 특정인이 위 토지의 소유자임을 증명하는 확정판결이라고 볼 수 없다(등기선례 제201112-2호, 제201005-1호 등도 같은 취지로 규정하고 있다). … 미등기토지인 이 사건 임야에 대하여 대장상 소유자로 기재된 제1심 공동피고를 특정할 수 없어 '이 사건 임야가 제1심 공동피고의 소유임을 확인한다.'는 내용의 확정판결을 받더라도 그에 따른 소유권보존등기를 마칠 수 없으므로, 결국 피고 대한민국을 상대로 한 이 사건 소는 그 소유권확인을 구할 법률상 이익이 없는 경우에도 해당한다고 봄이 상당하다."

1285) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008다13432 판결; "국가가 미등기 토지를 20년간 점유하여 취득시효가 완성된 경우, 그 미등기 토지의 소유자로서는 국가에게 이를 원인으로 하여 소유권이전등기절차를 이행하여 줄 의무를 부담하고 있는 관계로 국가에 대하여 그 소유권을 행사할 지위에 있다고 보기 어렵고, 또 그가 소유권확인판결을 받는다고 하여 이러한 지위에 변동이 생기는 것도 아니라고 할 것이므로, 이와 같은 사정하에서는 그 소유자가 굳이 국가를 상대로 토지에 대한 소유권의 확인을 구하는 것은 무용, 무의미하다고 볼 수밖에 없어 확인판결을 받을 법률상 이익이 있다고 할 수 없다." **[동일 취지]** 원고들은 사건 토지 중 각 소유지분에 관하여 피고 시(市)에게 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하여 줄 의무가 있는데, 위 토지가 소외 공사에 수용되어 원고들의 위 소유권이전등기의무는 이행불능으로 되었으니, 그 소유권이전등기청구권자인 피고는 대상청구권의 행사로서 원고들에게 그들이 위 수용의 대가로 취득한 보상금청구권의 양도를 청구할 수 있고 원고들은 이에 응할 의무를 부담하고 있는바, 이러한 지위에 놓여 있는 원고들이 굳이 피고를 상대로 소외 공사에 대한 보상금청구권이 원고들에게 있다는 확인을 구하는 것은 무용, 무의미하다고 볼 수밖에 없어 확인판결을 받을 법률상 이익이 있다고 할 수 없다고 한 예(94다21559).

1286) 대법원 1987. 3. 10. 선고 84다카2132 판결; "특정 토지에 대한 소유권확인의 본안판결이 확정되면 그에 대한 권리 또는 법률관계가 그대로 확정되는 것이므로 그 사건의 변론종결 '전'에 그 확인 원인이 되는 다른 사실이 있었다 하더라도 그 확정판결의 기판력은 거기까지도 미치는 것이다. … 피고가 비록 그 사건 변론종결 이전에 소외 망 전○○가 위 토지를 매수하였다거나 위 망 최○○이 취득시효의 완성으로 소유권을 취득하였다 하더라도 그와 같은 사유만으로는 위 확정판결의 기판력을 배제할 수 없다고 판시한 조치에 … 위법이 있다 할 수 없다."

1287) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다24340 판결; "상속재산분할협의가 전소의 변론종결 후에 이루어졌다면 비록 그 상속재산분할의 효력이 상속이 개시된 때로 소급한다 하더라도, 상속재산분할협의에 의한 소유권의 취득은 전소의 변론종결 후에 발생한 사유에 해당한다고 할 것이다. 따라서 전소에서 원고가 단독상속인이라고 주장하여 소유권확인을 구하였으나 공동상속인에 해당한다는 이유로 그 상속분에 해당하는 부분에 대해서만 원고의 청구를 인용하고 나머지 청구를 기각하는 판결이 선고되어 확정되었다면, 전소의 기판력은 전소의 변론

'환지처분 전 종전 토지에 관한 소유권확인'의 전소와 '환지처분 후의 새로운 환지 중 종전 토지에 상응하는 비율의 공유지분에 관한 소유권확인'의 후소는 동일한 소송물이므로, 후소에서 전소 확정판결에서의 소유권 존부 판단에 구속된다.[1288]

소유권등기 말소등기 청구에 대한 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 말소등기청구권의 존부에만 미치지 그 기본이 된 소유권 자체의 존부에는 미치지 아니하므로, 그 패소 당사자는 소유권확인 청구를 할 수 있다.[1289]

소유권등기 말소 및 소유권 확인을 구하는 전소에서 패소 확정된 당사자가, 후소로써 전소 변론종결 전의 별개 등기원인(매매, 취득시효 완성 등)을 이유로 소유권이전등기를 구하는 경우, 전소의 기판력이 후소에 미치지 않는다.[1290]

소유권이전등기청구 소송을 제기당하여 패소한 당사자도 그 후 소유권이전등기를 마친 등기 명의자를 상대로 소유권 확인을 구할 수 있다.[1291]

종결 후에 상속재산분할협의에 의해 원고가 소유권을 취득한 나머지 상속분에 관한 소유권확인을 구하는 후소에는 미치지 않는다고 보아야 한다." ☜ 원고는 소외 1이 피고를 상대로 토지 소유권보존등기의 말소를 구한 소송에 독립당사자참가를 하여, 원고가 망 소외 2로부터 토지를 단독상속하였음을 이유로, 소외 1에 대해서는 소유권 확인을, 피고에 대해서는 소유권보존등기의 말소를 구하였으나, 패소 확정판결을 받았고, 그 후 원고는 다시 피고를 상대로 소유권확인 청구를 하여, 원고의 상속분 1/3 지분에 관하여는 원고 승소 판결이, 나머지 2/3 지분에 관하여는 원고 패소 판결이 선고되어 확정되었는데, 그 후 원고는 다시 피고를 상대로, 원고가 망 소외 2의 나머지 공동상속인들과 원고를 망 소외 2의 상속재산에 관한 단독상속인으로 하는 내용의 상속재산분할협의를 하였음을 이유로 2/3 지분에 관하여 소유권보존등기의 말소 또는 원고의 소유임의 확인을 선택적으로 구하는 소를 제기한 **사안**에서, **원심**이, 2/3 지분에 관한 소유권보존등기말소청구 내지 소유권확인청구는 판결이 확정된 위 각 소송과 당사자와 소송물이 동일하고, 협의에 의한 상속재산분할은 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 있는 점에 비추어 전소의 변론종결 후에 발생한 사유로 볼 수 없으므로, 모두 전소의 기판력에 저촉된다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 소유권확인청구에 관한 원심의 판단에 법리오해의 잘못이 있다고 판단한 예.

1288) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다94384, 94391, 94407 판결; "환지처분의 공고가 있는 경우에는 환지계획에서 정하여진 환지는 환지처분의 공고가 있는 날의 다음 날부터 종전의 토지로 보게 되어 종전의 토지에 대하여 존재하던 소유권 기타 권리관계는 동일성을 유지하면서 환지에 그대로 옮겨지게 되는 것이므로 소유자를 달리한 수 필지의 토지에 대하여 적법하게 한 필지의 환지가 지정된 경우에는 종전의 수 필지의 소유권은 한 필지에 그대로 이행되는 결과 특별한 사정이 없으면 종전의 토지에 상응하는 비율에 따라서 종전의 소유자들은 환지에 대하여 공유지분을 취득하게 되는 것이므로, 환지처분 전 종전 토지에 관한 소유권확인의 소와 환지처분 후의 새로운 환지 중 종전의 토지에 상응하는 비율의 해당 공유지분에 관한 소유권확인의 소는 서로 동일한 소송물이다. 따라서 환지처분 전 종전 토지에 관한 소유권확인 청구에 대한 판결이 확정된 후 다시 동일 피고를 상대로 환지처분 후의 새로운 환지 중 종전의 토지에 상응하는 비율의 해당 공유지분에 관한 소유권확인 청구소송을 제기한 경우에는 전소의 확정판결에서의 소유권의 존부에 관한 판단에 구속되어 법원으로서는 이와 다른 판단을 할 수 없는 것이다."

1289) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다11847 판결. 따라서 소유권이전등기 말소등기 청구에 대한 승소 확정판결에 기하여 소유권이전등기가 말소된 후 순차로 제3자 명의로 소유권이전등기와 근저당권설정등기 등이 마쳐진 경우, 현재의 등기명의인들을 상대로 한 위 말소된 등기 명의자의 소유권확인청구에 위 확정판결의 기판력이 미치지는 아니 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결).
반면에, 소유권확인청구에 대한 판결이 확정된 후 다시 동일 피고를 상대로 소유권에 기한 물권적 청구권을 청구원인으로 하는 소송을 제기한 경우에는 전소의 확정판결에서의 소유권의 존부에 관한 판단에 구속되어 당사자로서는 이와 다른 주장을 할 수 없을 뿐만 아니라 법원으로서도 이와 다른 판단은 할 수 없다(대법원 2000. 6. 9. 선고 98다18155 판결).

1290) 대법원 1995. 12. 8. 선고 94다35039 판결.

주택재개발사업 시행 과정에서 무허가건물의 사실상 소유권의 귀속에 관하여 개인 간에 다툼이 있는 경우, 그 개인을 상대로 무허가건물의 사실상 소유권확인 또는 조합원 지위의 확인 등을 구하는 민사소송이 가장 유효하고도 적절한 분쟁해결 수단으로서 적법하다.[1271]

나) 부 정 례

소유권을 다투고 있지도 아니한 자를 상대로 한 소유권확인청구는 확인의 이익이 없다.[1272]

1271) ○ 대법원 2003. 2. 14. 선고 2002다23451 판결: "도시재개발법에 의한 재개발사업을 수행하는 재개발조합이 무허가건물대장에 등재된 무허가건물의 사실상 소유자에게 조합원 자격을 부여함에 있어서, 무허가건물에 관한 사실상 소유권의 귀속에 관하여 다툼이 있는 경우에 재개발조합으로서는 일단 무허가건물대장상의 소유명의자에게 무허가건물에 대한 사실상 소유권 또는 조합원의 지위가 귀속되는 것으로 처리하고 후에 판결 등에 의하여 권리귀속관계가 확정되면 그에 따라 시정할 수밖에 없는 것이므로, 그와 같은 권리 내지 지위의 귀속에 관하여 개인 간에 다툼이 있는 경우에 권리자가 채택할 수 있는 가장 유효하고도 적절한 분쟁해결 수단은, 재개발조합이 아닌 분쟁의 직접 당사자를 상대로 하여 무허가건물에 대한 사실상 소유권의 확인을 구하거나, 관리처분계획의 인가·고시에 의하여 무허가건물의 사실상 소유권이 이에 해당하는 아파트 등을 분양받을 조합원의 지위로 잠정적으로 바뀐 후에는 그 아파트 등을 분양받을 권리로서의 조합원지위의 확인을 구하거나, 또는 그러한 권리나 지위에 기하여 조합원명부상의 명의변경을 구하는 등의 민사소송을 제기하는 것이라고 할 것이고, 이 경우 재개발조합을 상대로 하여 행정소송을 제기할 수 있다고 하여 위와 같은 민사소송이 부적법하다고 볼 수는 없다고 할 것이다(다만, 분양처분의 고시가 있은 후에는, 종전의 무허가건물에 대한 사실상의 소유권은 소멸하고 분양받은 아파트에 대한 소유권만이 남게 되는 분양처분의 법적 성격에 비추어, 권리자로서는 바로 새로운 아파트에 대한 권리관계의 확인이나 등기의 말소 또는 이전등기에 관한 소송을 제기하여야 할 것이므로, 이 단계에서는 위와 같은 무허가건물의 소유권 확인, 조합원지위의 확인 또는 조합원명부의 명의변경의 소는 부적법한 것으로 될 것이다)."
○ 대법원 1993. 6. 11. 선고 93다6034 판결: "피고는 … 지상의 무허가건물이 원고의 소유임을 다투지는 아니하지만 원고 소유의 위 건물을 표상하는 무허가건물대장상 기재 건물이 피고의 소유라고 다투고 있는 이상 원고의 무허가건물대장상 기재 건물의 소유권에 관한 위험이나 불안이 현존한다 할 것이고, 한편 무허가건물대장은 무허가건물의 정비에 관한 행정상의 사무처리의 편의를 위하여 작성·비치된 대장으로서 건물의 물권변동을 공시하는 법률상의 등록원부가 아니지만, 달리 무허가건물에 관한 물권변동을 공시할 수 있는 법률상의 등록원부가 없는 이상 무허가건물을 표상하는 무허가건물대장상 기재 건물의 소유권에 관한 다툼이 있는 경우 그 확인을 구하는 청구는 판결에 의하여 즉시 확정할 법률상의 이익이 있다 할 것이고 이를 들어 단순한 사실관계의 확인에 불과하다고 할 수는 없으므로 …."
○ 대법원 1992. 11. 10. 선고 92다32258 판결: 미등기 무허가건물을 매수, 점유하는 자가 제3자를 상대로 건물이 자기 소유임의 확인을 구한다는 청구취지가 소유권에 준하는 사용·수익·처분의 권리가 있음의 확인을 구한다는 취지라고 보인다면 법원으로서는 석명권을 행사하여 청구취지를 바로잡게 한 후 주장하는 내용의 권리의 존부를 판단하여야 한다고 본 사례.

1272) ❶ 원고의 소유권확인청구 중 원고 상속지분에 관하여는 다른 상속인들인 피고들이 원고의 소유권을 인정하고 있으므로 확인의 이익이 없다 하여 각하한 예(2001다79037). ❷ 농지개량사업이 그 절차 위배로 무효임을 전제로, 국가에 무상 증여된 토지의 소유권이 여전히 자신에게 남아 있음을 주장하는 원소유자는, 현 등기명의자인 국가를 상대로 등기말소 내지 소유권확인을 구하는 것이 분쟁을 근본적으로 해결할 수 있는 유효·적절한 방법이고 또 그로써 충분하지, 굳이 농지개량사업 시행자일 뿐 토지에 관한 등기명의자도 아니며 특별히 자신의 소유라고 다투고 있지도 아니하는 농지개량조합을 상대로 이미 폐쇄된 종전 토지대장 및 등기부상의 지목, 지번 및 지적에 근거하여 토지의 소유권의 확인을 구할 이익 내지 필요는 없다고 한 사례(95다27233). ❸ 부동산 명의신탁관계에서 대외적으로 명의수탁자를 소유자로 인정하여야 하므로, 乙이 甲 명의의 등기가 丙의 명의신탁에 의한 것이라고 주장하고 있다 하더라도 이는 甲과 丙 사이의 채권적인 법률관계에 관하여 다투는 것에 지나지 아니하여 甲의 소유권을 다투고 있는 것이라고 할 수 없고, 더구나 乙이 그러한 주장을 하면서 甲에 대하여 그 소유권이전등기절차의 이행을 구하고 있다면, 이는 그 부동산이 甲의 소유임을 전제로 하는 것이라고 보아야지 甲의 소유권을 다투고 있는 것으로 볼 것은 아니므로, 乙이 소유권을 다투고 있음을 전제로

소극적으로 상대방 소유권의 부존재 확인을 구하는 것은, 특별한 사정(원고에게 내세울 소유권이 없더라도 피고의 소유권이 부인되면 그로써 원고의 법적 지위의 불안이 제거되어 분쟁이 해결될 수 있는 경우)이 없는 한, 확인의 이익이 없다.[1273]

공유자 일부가 제3자를 상대로 다른 공유자의 지분의 확인을 구하는 소는 확인의 이익이 없다.[1274]

건축물대장이 생성되지 않은 건물에 대하여 소유권보존등기를 마칠 목적으로 제기한 소유권확인청구의 소는 당사자의 법률상 지위의 불안 제거에 별다른 실효성이 없는 것으로서 확인의 이익이 없어 부적법하다.[1275] [1276]

甲이 乙에 대하여 그것이 甲의 소유라는 확인을 구하는 것은 소의 이익이 없어 부적법하다고 한 예(94다19860,19877).

1273) 대법원 2016. 5. 24. 선고 2012다87898 판결; "토지의 일부에 대한 소유권의 귀속에 관하여 다툼이 있는 경우에 적극적으로 그 부분에 대한 자기의 소유권확인을 구하지 아니하고 소극적으로 상대방 소유권의 부존재 확인을 구하는 것은, 원고에게 내세울 소유권이 없더라도 피고의 소유권이 부인되면 그로써 원고의 법적 지위의 불안이 제거되어 분쟁이 해결될 수 있는 경우가 아닌 한 그 소유권의 귀속에 관한 분쟁을 근본적으로 해결하는 즉시확정의 방법이 되지 못하며, 또한 그러한 판결만으로는 그 토지의 일부에 대한 자기의 소유권이 확인되지 아니하여 소유권자로서 지적도의 경계에 대한 정정을 신청할 수도 없으므로, 확인의 이익이 없다."

1274) 대법원 1994. 11. 11. 선고 94다35008 판결; "공유자의 지분은 다른 공유자의 지분에 의하여 일정한 비율로 제한을 받는 것을 제외하고는 독립한 소유권과 같은 것으로 공유자는 그 지분을 부인하는 제3자에 대하여 각자 그 지분권을 주장하여 지분의 확인을 소구하여야 하는 것이고, 공유자 일부가 제3자를 상대로 타 공유자의 지분의 확인을 구하는 것은 타인의 권리관계의 확인을 구하는 소에 해당한다고 보아야 할 것이므로 그 타인 간의 권리관계가 자기의 권리관계에 영향을 미치는 경우에 한하여 확인의 이익이 있다고 할 것이며, 공유물 전체에 대한 소유관계 확인도 이를 다투는 제3자를 상대로 공유자 전원이 하여야 하는 것이지 공유자 일부만이 그 관계를 대외적으로 주장할 수 있는 것이 아니므로, … 아무런 특별한 사정이 없이 타공유자의 지분의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없다고 하겠다. 공유자가 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것을 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 공유물의 현상을 유지하는 사실적·법률적 행위인 공유물의 보존행위에 속한다고도 할 수 없을 것이므로 다른 공유자의 지분확인 청구는 확인의 이익이 없다고 한 원심의 판단은 정당하고."

1275) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2009다93428 판결; "구 부동산등기법(2011. 4. 12. 법률 제10580호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구법'이라 한다) 제131조는 건물에 대한 모든 권리변동의 기초가 되는 소유권보존등기의 진정성을 확보할 목적으로 객관적 신용성이 매우 높은 소유권증명서류를 제출하는 자에 한하여 소유권보존등기를 신청할 수 있도록 하면서 그 소유권증명서류의 원칙적인 형태로 건축물대장등본을 규정하고 있는바, 시장·군수·구청장이 건물을 사용승인하는 때에 그 내용에 따라 건축물대장을 생성하여야 하는 점에 비추어 보면, 위 규정의 취지는 건축물대장으로 등기의 진정성을 확보하는 한편 건축물대장을 매개로 건축법상 사용승인을 받은 건물에 대해서만 등기라는 공시제도의 이용과 보호를 받을 수 있도록 함으로써 불법 또는 부실 건물의 탄생을 가능한 억제하고자 하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 입법 취지에 비추어 볼 때, 구법 제131조 제2호에서 판결 또는 그 밖의 시·구·읍·면의 장의 서면에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자가 소유권보존등기를 신청할 수 있다고 규정한 것은 건축물대장이 생성되어 있으나 다른 사람이 소유자로 등록되어 있는 경우 또는 건축물대장의 소유자 표시란이 공란으로 되어 있거나 소유자 표시에 일부 누락이 있어 소유자를 확정할 수 없는 등의 경우에 건물의 소유자임을 주장하는 자가 판결이나 위 서면에 의하여 소유권을 증명하여 소유권보존등기를 신청할 수 있다는 취지이지, 아예 건축물대장이 생성되어 있지 않은 건물에 대하여 처음부터 판결 내지 위 서면에 의하여 소유권을 증명하여 소유권보존등기를 신청할 수 있다는 의미는 아니라고 해석함이 상당하다. 위와 같이 제한적으로 해석하지 않는다면, 사용승인을 받지 못한 건물에 대하여 구법 제134조에서 규정한 처분제한의 등기를 하는 경우에는 사용승인을 받지 않은 사실이 등기부에 기재되어 공시되는 반면, 구법 제131조에 의한 소유권보존등기를 하는 경우에는 사용승인을 받지 않은 사실을 등기부에 적을 수 없어 등기부상으로는 적법한 건물과 동일한 외관을 가지게 되어 건축법상의 규제에 대한 탈법행위를 방조하는 결과가 된다. 결국 건축물대장이 생성되지 않은 건물에 대해서는 소유권확인판결을 받는다고 하더라도 그 판결은 구법 제131조 제2호에 해당하는 판결이라고 볼 수 없어 이를 근거로 건물의 소유권보존등기를 신청할 수

국가를 상대로 '건물'에 관한 소유권확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없어 부적법하다.[1277]

도 교육감이 도를 대표하여 도지사가 대표하는 도를 상대로 제기한 소유권 확인의 소는 부적법하다.[1278]

다) 국가를 상대로 한 토지소유권확인청구의 경우

국가를 상대로 한 토지소유권확인청구는 ① ⓐ 토지가 '미등기'이고[1279] ⓑ '토

없다. 따라서 건축물대장이 생성되지 않은 건물에 대하여 구법 제131조 제2호에 따라 소유권보존등기를 마칠 목적으로 제기한 소유권확인청구의 소는 당사자의 법률상 지위의 불안 제거에 별다른 실효성이 없는 것으로서 확인의 이익이 없어 부적법하다."

1276) ○ 구 부동산등기법(2011. 4. 12. 법률 제10580호로 전부 개정되기 전의 것) 제131조(건물의 보존등기) 미등기건물의 소유권보존등기는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 신청할 수 있다.
1. 건축물대장등본에 의하여 자기 또는 피상속인이 건축물대장에 소유자로서 등록되어 있는 것을 증명하는 자
2. 판결 또는 그 밖의 시·구·읍·면의 장의 서면에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자
3. 수용으로 인하여 소유권을 취득하였음을 증명하는 자

○ **부동산등기법**(2011. 4. 12. 법률 제10580호로 전부 개정된 것) **제65조(소유권보존등기의 신청인)** 미등기의 토지 또는 건물에 관한 소유권보존등기는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 신청할 수 있다.
1. 토지대장, 임야대장 또는 건축물대장에 최초의 소유자로 등록되어 있는 자 또는 그 상속인, 그 밖의 포괄승계인
2. 확정판결에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자
3. 수용으로 인하여 소유권을 취득하였음을 증명하는 자
4. 특별자치도지사, 시장, 군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다)의 확인에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자(건물의 경우로 한정한다)

1277) 대법원 1999. 5. 28. 선고 99다2188 판결; "소유권을 다투고 있지 않은 국가를 상대로 소유권확인을 구하기 위하여는 그 판결을 받음으로써 원고의 법률상 지위의 불안을 제거함에 실효성이 있다고 할 수 있는 특별한 사정이 있어야 할 것인바, 건물의 경우 가옥대장이나 건축물관리대장의 비치·관리업무는 당해 지방자치단체의 고유사무로서 국가사무라고 할 수도 없는 데다가 이 사건 아파트의 소유권에 관하여 국가가 이를 특별히 다투고 있지도 아니한 이 사건에 있어서, 국가는 그 소유권 귀속에 관한 직접 분쟁의 당사자가 아니어서 이를 확인해 주어야 할 지위에 있지 않다 할 것이고, 또한 이 사건 아파트에 관하여 국가를 상대로 한 소유권확인판결을 받는다고 하더라도 그 판결은 부동산등기법 제131조 제2호에 해당하는 판결이라고 볼 수 없어 이를 근거로 소유권보존등기를 신청할 수도 없다고 할 것이다. 따라서 원고가 국가를 상대로 이 사건 아파트가 위 조OO의 소유임의 확인을 구하는 것은 원고의 법률상 지위의 불안 제거에 별다른 실효성이 없는 것으로서 그 확인의 이익이 없어 부적법하다 할 것"

1278) 지방자체단체로서의 도는 1개의 법인이 존재할 뿐이고, 다만 사무의 영역에 따라 도지사와 교육감이 별개의 집행 및 대표기관으로 병존할 뿐이므로 도 교육감이 도를 대표하여 도지사가 대표하는 도를 상대로 제기한 소유권 확인의 소는 자기가 자기를 상대로 제기한 것으로 권리보호의 이익이 없어 부적법하다(99다69341).

1279) ○ 대법원 1995. 5. 9. 선고 94다39123 판결; "제3자 명의로 소유권보존등기가 마쳐져 있고, 토지대장상으로도 그 제3자가 소유자로 기재되어 있는 경우에 그 토지의 정당한 소유자라고 주장하는 자는 국가가 제3자의 소유를 부인하면서 계속 국가소유를 주장하는 등 특별한 사정이 없는 한 위 등기명의자를 상대로 하여 자신의 소유임을 확정하는 내용의 등기말소 내지 소유권확인 판결을 받아야 할 것이고, 별도로 국가를 상대로 소유권확인을 구할 이익은 없다는 법리를 거듭 밝히고 있는 터로서, 이는 제3자 명의로 소유권보존등기가 마쳐진 토지뿐 아니라 소유권이전등기가 마쳐진 토지에 관하여도 마찬가지로 적용되는 법리 … 이다."

○ 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다37298, 37304 판결; "동일한 토지에 대하여 중복등기가 되어 있어 그 소유권의 귀속에 관하여 다툼이 있는 경우 선등기의 등기명의자는 그 선등기가 유효함을 이유로 후등기 명의자들을 상대로 소유권 보존등기 및 이전등기 등의 말소등기절차의 이행을 구하여 후등기를 말소함으로써 중복등기로 인하여 발생한 소유권 귀속에 관한 불안을 제거하면 되는 것이고, … 특별한 사정이 없는 한 국가를 상대로 그 토지에 대한 소유권확인을 구할 소의 이익이 없다."

○ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다230815 판결; "토지에 관하여 등기가 되어 있는 경우에, 등기부상

판에서 다른 민사, 형사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것이 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되므로,[1265] 기판력이 인정되지 않는 전소 확정판결의 소유권 존부 판단에도 어느 정도 사실상의 기속력이 인정될 수밖에 없다.

나. 소유권확인 청구

1) 소송물인 대상 토지의 특정(= 소송요건)

토지 소유권확인소송에서의 소송물인 대상 토지가 특정되었는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항에 속한다.[1266]

2) 확인의 이익(= 소송요건)

가) 금 정 례

소유권이전등기가 원인무효라는 이유로 그 등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다가 청구기각 판결을 선고받아 확정되었다고 하더라도, 소유권 확인을 구할 법률상 이익이 있고, 그 소 제기가 신의칙에 반하는 것도 아니다.[1267]

1265) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2007다30393 판결.

1266) ○ 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다87641 판결; "토지는 지적공부에 1필의 토지로 등록됨으로써 특정되는 것이 원칙이지만 지적공부에 등록되지 아니한 토지도 감정 등에 의하여 특정이 가능한 이상 지적공부에의 등록과 그에 기한 소유권보존등기 등의 경료가 불가능한 것은 아니라고 하겠으나, 이는 어디까지나 토지의 특정이 가능한 것을 전제로 한다. … 민사소송에 있어 당사자가 소송물로 하는 권리 또는 법률관계의 목적인 물건은 특정되어야 하고, 소송물이 특정되지 아니한 때에는 법원이 심리·판단할 대상과 재판의 효력범위가 특정되지 않게 되므로, 토지소유권확인소송에서의 소송물인 대상 토지가 특정되었는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항에 속한다."

○ 대법원 2002. 9. 24. 선고 2001다20103 판결; "토지의 합병·분할에 의하여 지적공부상의 표시가 달라지게 되었다 하더라도 합병·분할 전의 토지 자체가 없어지거나 그 토지에 대한 권리관계에 변동이 생기는 것이 아니므로, 토지소유자는 자기 소유 토지를 특정할 수 있는 한 지적공부상 구 지번의 경계를 복원하거나 경계확정의 소에 의한 경계확정절차를 거치지 않고서도 그 소유권을 주장하는 데에는 아무런 지장이 없다. 따라서 … 1필지의 토지가 여러 필지로 분할되어 지적공부에 등록되었다가 그 지적공부가 모두 멸실된 후 지적공부 소관청이 멸실된 지적공부를 복구하면서 종전의 분할된 여러 필지의 토지로 복구하지 못하고 분할 전의 1필지의 토지로만 복구한 경우에도, 종전의 분할된 각 토지의 소유자는 지적공부가 복구된 분할 전 1필지의 토지 중 그 소유인 종전의 분할된 토지의 경계를 지적공부상으로 분할할 수 있을 정도로 특정하여, 분할 전 1필지의 토지의 일부분에 대해 소유권확인 또는 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송을 제기하는 등으로 소유권을 주장·행사할 수 있다고 보아야 할 것이다."

1267) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다11847 판결; "확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니므로, 이 사건 부동산에 관한 피고 명의의 소유권이전등기가 원인무효라는 이유로 원고가 피고를 상대로 그 등기의 말소를 구하는 소송을 제기하였다가 청구기각의 판결을 선고받아 확정되었다고 하더라도, 그 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 말소등기청구권이나 이전등기청구권의 존부에만 미치는 것이지 그 기본이 된 소유권 자체의 존부에는 미치지 아니하고, 따라서 원고가 비록 위 확정판결의 기판력으로 인하여 이 사건 부동산에 관한 등기부상의 소유 명의를 회복할 방법은 없게 되었다고 하더라도 그 소유권이 원고에게 없음이 확정된 것은 아닐 뿐만 아니라, 등기부상 소유자로 등기되어 있지 않다고 하여 소유권을 행사하는 것이 전혀 불가능한 것도 아닌 이상, 원고로서는 그의 소유권을 부인하는 피고에 대하여 이 사건 부동산이 원고의 소유라는 확인을 구할 법률상 이익이 있으며, 이러한 법률상의 이익이 있는 이상에는 특별한 사정이 없는 한 소유권확인 청구의 소 제기

소유권을 원인으로 하는 급부의 소를 제기하는 경우에 있어서도 그 기본 되는 소유권의 유무 자체에 관하여 당사자 사이에 분쟁이 있어 즉시 확정의 이익이 있는 경우에는 소유권 확인의 소도 아울러 제기할 수 있다.[1268] [1269] 회사를 상대로 직접 자신이 주주임을 증명하여 '명의개서절차의 이행'을 구할 수 있음에도, '주주권 확인'을 구하는 것은 확인의 이익이 없어 부적법하다.[1270]

자체가 신의칙에 반하는 것이라고 단정할 수 없는 것이다."

1268) 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다245142 판결(소유자임을 전제로 임료 상당의 부당이득 또는 손해배상을 청구하는 것과 함께 그 기본이 되는 권리관계인 소유권 확인을 구할 소의 이익이 있다고 한 예), 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다14049, 14056 판결(소유권이전등기말소청구에 관하여 승소판결을 받더라도 기본이 되는 소유권에 관하여 기판력이 미치지 않기 때문에 기본이 되는 소유권에 관하여 확인소송을 제기할 수 있다고 한 예).

1269) ◎ **소유권보존등기의 말소청구와 소유권확인 청구와의 관계**

원고가 소유권보존등기의 말소등기 청구와 동시에 소유권 확인 청구를 하는 경우, 소유권 확인 청구의 소에 '확인의 이익'이 있는지에 관하여 논란이 있어 왔다. 진정한 소유자가 소유권보존등기 명의인을 상대로 그 보존등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소송을 제기하여 승소확정판결을 받으면, 그 판결로써 기존의 소유권보존등기를 말소하고 진정한 소유자 명의의 보존등기를 신청, 경료할 수 있으므로, 소유권보존등기의 말소등기 청구가 진정한 소유자의 법적 지위의 불안을 제거하는 데 가장 유효하고 적절한 수단이 된다는 점에서 소유권 확인 청구는 확인의 이익이 없다는 다수의 하급심 실무례가 존재하였다.

이와 관련하여 확인의 이익을 간접적으로 긍정하고 있는 듯한 대법원 판결들이 있어 왔다. 즉, 98다5708, 5715 판결은, "소유권확인을 구하는 원고들의 본소청구에 대하여 참가인은 피고에 대하여 이 사건 토지에 대한 피고 명의의 소유권보존등기말소 및 이 사건 토지가 참가인 및 선정자들의 소유권임의 확인을 구하고 원고들에 대하여도 위와 같은 소유권 확인을 구하고 있으므로, … 원고들의 청구와 참가인의 청구는 서로 양립할 수 없는 관계에 있다고 할 것이므로 이 사건 독립당사자참가는 적법하다."라고, 97다32239 판결은, "전소의 소송물은 이 사건 각 부동산에 대한 소유권 확인과 원고 명의로 경료되어 있던 소유권보존등기에 대한 말소등기청구권의 존부였던 것임에 반하여 후소인 이 사건 청구는 비록 동일 부동산에 관한 것이기는 하지만 점유취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권의 존부여서 위 전후의 양 소는 그 청구취지와 청구원인이 각기 상이하여 서로 모순·저촉된다고 할 수 없으므로 전소 판결의 기판력이 이 사건 소송에 미친다고 할 수 없다"라고 한 것(同旨 95다25886, 25893, 25909)이 바로 그러하다. 그러나 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다58976 판결은 위 쟁점에 관하여 확인의 이익이 없다고 정면으로 판시한 바 있었는데, 앞서 본 2007다14049, 14056 판결은 정면으로 확인의 이익을 긍정하였다.

생각건대, 소유권 확인의 소의 '소의 이익' 내지 '확인의 이익'을 제한 없이 인정함이 타당하다. 소유권보존등기나 소유권이전등기의 말소등기 청구의 소송물은 그 말소등기청구권의 존부이고 소유권 자체의 존부가 아니어서 그에 따른 판결은 소유권 자체의 존부를 확정 짓는 효력이 없어 그 후에 소유권 자체의 존부에 대하여 다툼이 있을 수 있고 상대방에 의해 소유권 확인의 소를 제소당할 수 있지만, 말소등기의 소와 함께 소유권 확인의 소를 병합하여 제기하면 말소등기청구권의 존부 및 소유권의 존부에 관하여 기판력이 발생하므로 향후 혹시 있을지 모를 불안정한 지위에서 완전히 벗어날 수 있게 된다. 소송물의 측면에서나 분쟁의 종국적인 해결의 측면에서 볼 때 후자의 판례와 같이 말소등기청구의 소와 함께 제기된 소유권 확인의 소에 확인의 이익이 있다고 보아야 한다. 그리고 확인의 이익 문제는 당해 확인의 소 자체만으로 판단되어야 하고, 소유권 확인의 소가 단독으로 제기되든, 별소로 제기되든, 말소등기청구와 병합하여 제기되든 차이가 있다고 볼 것은 아니다. 원고가 단지 자신의 소유권보존등기만을 목적으로 소유권확인청구를 해온 경우인지, 소유권보존등기 목적 이외에 소제기 전 및 소송 진행 과정에 피고와의 사이에 원고의 소유권 유무 자체에 분쟁이 있어 기판력 있는 소유권확인판결을 별도로 받아야 하는 필요가 있는 경우인지를 구별하여 소의 이익 유무를 별도로 판단할 것도 아니다.

1270) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다240338 판결. 주주명부상 명의개서는 회사에 대한 관계에서 주주로서의 권리를 행사하기 위한 대항요건이어서, 주주명부상 명의개서된 주주라야 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있기 때문에, 회사를 상대로 직접 자신이 주주임을 증명하여 명의개서절차의 이행을 구할 수 있음에도 회사를 상대로 주주권 확인을 구하는 것은 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 유효·적절한 수단이 아니거나 분쟁의 종국적 해결방법이 아니어서 확인의 이익이 없다. 이는 소유권에 기한 말소등기청구와 함께 구하는 소유권확인 청구에 확인의 이익이 인정되는 것과는 그 궤를 달리하는 것이다.

명할 수 있다(피고의 항변 단계에서 이미 '부동산의 구성부분'이 되었는지 여부가 드러나는 경우가 많을 것이다).

토지 소유자가 자신의 토지 위에 식재하여 이미 토지에 부합된 입목, 농작물 등에 대하여 그 소유권을 유보한 채 토지만을 분리·처분하기 위해서는 입목 등에 관한 '명인방법'[1253]을 갖추어야 하고, 명인방법을 갖추지 않은 채 토지를 처분한 경우 부합된 입목 등의 소유권은 토지와 함께 이전된다.[1254]

첨부로 법률규정에 의한 소유권 취득이 인정된 경우에 '손해를 받은 자'의 '보상청구'[1255]가 인정되기 위해서는, '민법 제261조 자체의 요건'만이 아니라, 부당이득 법리에 따른 판단에 의하여 '부당이득의 요건'(이익의 실질적 귀속자,[1256] 법률상 원인의 결여,[1257] 삼각관

한 가스공급시설은 그 대지와 일체를 이루는 구성부분으로 부합됨으로써 그 대지 지분권을 양수한 아파트 구분소유자들의 소유로 되었고, 이 경우 가스공급업자는 아파트 입주자대표회의를 상대로 민법 제261조에 기한 부당이득반환청구를 할 수 없다고 한 사례.

1253) **명인방법(明認方法)**의 실시는 법률행위가 아니고 그 입목이 특정인의 소유라는 사실을 공시하는 팻말의 설치로 다른 사람이 그것을 식별할 수 있으면 충분하고(89다카9064), 임야의 수개 소에 '입산금지 소유자 아무개'라는 푯말을 써서 부쳤다면 입목 소유권 취득의 명인방법으로 부족하다 할 수 없으나(66다2382,2383), 토지의 주위에 울타리를 치고 그 안에 수목을 정원수로 심어 가꾸어 온 사실만으로는 명인방법을 갖추었다고 보기 어렵다(90다20220).

1254) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2020다266375 판결; "토지 위에 식재된 입목은 토지의 구성부분으로 토지의 일부일 뿐 독립한 물건으로 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 토지에 부합하고, 토지의 소유자는 식재된 입목의 소유권을 취득한다. 토지 위에 식재된 입목을 그 토지와 독립하여 거래의 객체로 하기 위해서는 「입목에 관한 법률」에 따라 입목을 등기하거나 명인방법을 갖추어야 한다. 물권변동에 관한 성립요건주의를 채택하고 있는 민법에서 명인방법은 부동산의 등기 또는 동산의 인도와 같이 입목에 대하여 물권변동의 성립요건 또는 효력발생요건에 해당하므로 식재된 입목에 대하여 명인방법을 실시해야 그 토지와 독립하여 소유권을 취득한다. 이는 토지와 분리하여 입목을 처분하는 경우뿐만 아니라, 입목의 소유권을 유보한 채 입목이 식재된 토지의 소유권을 이전하는 경우에도 마찬가지이다. … 원고들은 이 사건 부동산의 전부 또는 일부를 소유하였다가 피고들에게 이를 양도하였고, 그 양도 전에 이 사건 지장물의 대부분을 직접 식재한 것으로 볼 여지가 있다. 원고들이 토지소유권자로서 토지 위에 식재한 입목 등은 특별한 사정이 없는 한 그 토지에 부합되었다고 보아야 한다. 원고들이 이미 토지에 부합된 입목 등에 대해서 그 소유권을 유보한 채 그 토지만을 분리·처분하기 위해서는 그 입목 등에 관한 명인방법을 갖추어야 하고, 명인방법을 갖추지 않은 채 토지를 처분한 경우 부합된 입목 등의 소유권은 토지와 함께 이전된다. 만일 원고들이 이 사건 부동산을 양도하면서 이 사건 지장물의 소유권은 유보하기로 피고들과 약정하였다면, 원고들이 이 사건 지장물의 소유에 관한 명인방법을 갖추어 그 소유권을 행사할 수 있지만, 명인방법을 갖추지 못한 경우에는 피고들에 대한 채권적 청구권만을 행사할 수 있다."

1255) **민법 제261조(첨부로 인한 구상권)** 전5조의 경우에 손해를 받은 자는 부당이득에 관한 규정에 의하여 보상을 청구할 수 있다.

1256) 대법원 2016. 4. 28. 선고 2012다19659 판결; "양도담보권의 목적인 주된 동산에 다른 동산이 부합되어 부합된 동산에 관한 권리자가 그 권리를 상실하는 손해를 입은 경우 주된 동산이 담보물로서 가치가 증가된 데 따른 실질적 이익은 주된 동산에 관한 양도담보권설정자에게 귀속되는 것이므로, 이 경우 부합으로 인하여 그 권리를 상실하는 자는 그 양도담보권설정자를 상대로 민법 제261조의 규정에 따라 보상을 청구할 수 있을 뿐 양도담보권자를 상대로 그와 같은 보상을 청구할 수는 없다."

1257) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결; "매매 목적물에 대한 소유권이 유보된 상태에서 매매가 이루어진 경우에는 대금이 모두 지급될 때까지는 매매 목적물에 대한 소유권이 이전되지 않고 점유의 이전만 있어 매수인이 이를 다시 매도하여 인도하더라도 제3자는 유효하게 소유권을 취득하지 못하므로, 위와 같은 계약관계에 의한 급부만을 이유로 제3자는 소유자의 반환 청구를 거부할 수 없고, 부합 등의 사유로 제3자가 소유권을 유효하게 취득하였다면 그 가액을 소유자에게 부당이득으로 반환함이 원칙이다. 다만, 매매 목적물에 대한 소유권이 유보된 경우라 하더라도 이를 다시 매수한 제3자의 선의취득이 인정되는 때에는, 그 선의취득이 이익

계에서의 급부와 제3자의 부당이득 성립 여부[1258] 등)이 모두 충족되었음이 인정되어야 한다.[1259] 피고의 선의·무과실 등으로 피고에게 이익을 보유할 법률상 원인이 있다는 점은 피고가 항변으로 주장·증명하여야 한다.[1260]

(4) 상속 또는 상속재산분할협의에 의한 소유권 취득

상속에 의한 소유권 취득의 경우, 상속인은 ① '피상속인의 소유권 취득 원인 사실 또는 피상속인 명의의 소유권 등기 사실', ② '상속의 근거 사실'로서 'ⓐ 피상속인의 사망+ⓑ 상속인과의 신분 관계'[1261]를 주장·증명하여야 한다.

이에 더하여 ③ '공동상속인 전원의 상속재산분할협의' 사실을 주장·증명함으로써 '단

을 보유할 수 있는 법률상 원인이 되므로 제3자는 그러한 반환의무를 부담하지 않는다고 할 것이다. … 매도인에 의하여 소유권이 유보된 자재를 매수인이 제3자와 사이의 도급계약에 의하여 제3자 소유의 건물 건축에 사용하여 부합됨에 따라 매도인이 소유권을 상실하는 경우에, 비록 그 자재가 직접 매수인으로부터 제3자에게 교부된 것은 아니지만 도급계약에 따른 이행에 의하여 제3자에게 제공된 것으로서 거래에 의한 동산 양도와 유사한 실질을 가지므로, 그 부합에 의한 보상청구에 대하여도 위에서 본 선의취득에서의 이익보유에 관한 법리가 유추적용된다고 봄이 상당하다. 따라서 매도인에게 소유권이 유보된 자재가 제3자와 매수인과 사이에 이루어진 도급계약의 이행에 의하여 부합된 경우 보상청구를 거부할 법률상 원인이 있다고 할 수 없지만, 제3자가 도급계약에 의하여 제공된 자재의 소유권이 유보된 사실에 관하여 과실 없이 알지 못한 경우라면 선의취득의 경우와 마찬가지로 제3자가 그 자재의 귀속으로 인한 이익을 보유할 수 있는 법률상 원인이 있다고 봄이 상당하므로 매도인으로서는 그에 관한 보상청구를 할 수 없다고 할 것이다." ☛ 이러한 법리는 매도인에게 소유권이 유보된 자재가 본인에게 효력이 없는 계약에 기초하여 매도인으로부터 무권대리인에게 이전되고, 무권대리인과 본인 사이에 이루어진 도급계약의 이행으로 본인 소유 건물의 건축에 사용되어 부합된 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2018. 3. 15. 선고 2017다282391 판결).

1258) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다304189 판결; "원래 계약당사자 사이에서 그 계약의 이행으로 급부된 것은 그 급부의 원인관계가 적법하게 실효되지 아니하는 한 부당이득이 될 수 없고, 계약에 따른 어떤 급부가 그 계약의 상대방 아닌 제3자의 이익으로 된 경우에도 급부를 한 계약당사자는 계약상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있는 것이지 그 제3자에 대하여 직접 부당이득을 주장하여 반환을 청구할 수 없다."

1259) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다83933 판결; "건물 신축의 공사가 진행되다가 독립한 부동산인 건물로서의 요건을 아직 갖추지 못한 단계에서 중지된 것을 제3자가 이어받아 공사를 계속 진행함으로써 별개의 부동산인 건물로 성립되어 그 소유권을 원시취득한 경우에 그로써 애초의 신축 중 건물에 대한 소유권을 상실한 사람은 민법 제261조, 제257조, 제259조를 준용하여 건물의 원시취득자에 대하여 부당이득 관련 규정에 기하여 그 소유권의 상실에 관한 보상을 청구할 수 있다."

1260) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결; "부합 등의 사유로 제3자가 소유권을 유효하게 취득하였다면 그 가액을 소유자에게 부당이득으로 반환함이 원칙이다. 다만, … 제3자의 선의취득이 인정되는 때에는, 그 선의취득이 이익을 보유할 수 있는 법률상 원인이 되므로 제3자는 그러한 반환의무를 부담하지 않는다고 할 것이다. … 부합에 의한 보상청구에 대하여도 위에서 본 선의취득에서의 이익보유에 관한 법리가 유추적용된다고 봄이 상당하다. … 제3자가 도급계약에 의하여 제공된 자재의 소유권이 유보된 사실에 관하여 과실 없이 알지 못한 경우라면 선의취득의 경우와 마찬가지로 … 보상청구를 할 수 없다고 할 것이다. … 피고가 이 사건 철강제품의 소유권이 원고에게 유보되어 있다는 사정에 관하여 선의임을 주장하고 있는 이 사건에서 그 선의 및 과실 여부에 관하여 판단하지 아니하고"

1261) '**인지**'는 그 자의 출생 시에 소급하여 효력이 생기지만, 제3자의 취득한 권리를 해하지 못하는데(민법 제860조, 인지의 소급효 제한), 혼인 외의 출생자와 생모 사이에는 생모의 인지나 출생신고를 기다리지 아니하고 자의 출생으로 당연히 법률상의 친자관계가 생기고, 가족관계등록부의 기재나 법원의 친생자관계존재확인판결이 있어야만 이를 인정할 수 있는 것이 아니므로, '인지를 요하지 아니하는 모자관계'에는 인지의 소급효 제한에 관한 민법 제860조 단서가 적용 또는 유추적용되지 않는다. 따라서 모의 다른 공동상속인이 한 상속재산에 대한 분할 또는 처분의 효력을 부인할 수 있고, 그 분할 또는 처분에 따른 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다(대법원 2018. 6. 19. 선고 2018다1049 판결).

독 소유'나 '법정상속분 초과 지분의 소유 사실'을 주장·증명할 수도 있다('상속재산분할협의'에 관하여는 후술하는 '친족·상속법' 부분 참조).

라) 의용민법 시행 당시 법률행위 존재에 의한 소유권 취득의 증명

의용민법 시행 당시 법률행위에 의한 소유권 취득의 경우, 그 등기 사실을 증명하지 않더라도, '의용민법 시행 당시의 매매계약 체결 등 소유권 취득의 원인행위' 사실만을 증명함으로써 일단은 소유권 취득 사실이 증명된다. 이에 대하여, 그 소유권 취득이 민법 부칙 제10조 제1항(1958. 2. 22. 법률 제471호 부칙 중 1964. 12. 31. 법률 제1668호로 개정된 것)[1262]에 의하여 그 효력을 상실하여 소유권이 양도인에게 복귀되었다고 하려면, 소유권 양도의 효력이 상실되었다고 주장하는 측에서 권리소멸사실로서 '소유권 양도에 관한 등기가 행하여지지 아니하였다'는 점을 증명하여야 한다.[1263]

마) 전소 확정판결의 소유권 존부 판단에의 기속

전소로 소유권확인청구의 확정판결이 있는 경우 그 기판력이 미치는 소유권확인의 소 또는 소유권에 기한 물권적 청구권을 청구원인으로 하는 소에서는 전소에서 확정된 소유권 존부에 관한 판단에 구속되어 당사자로서는 이와 다른 주장을 할 수 없을 뿐만 아니라 법원으로서도 이와 다른 판단을 할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.[1264] 민사재

1262) "본법 시행일 전의 법률행위로 인한 부동산에 관한 물권의 득실변경은 이 법 시행일로부터 6년 내에 등기하지 아니하면 그 효력을 잃는다."

1263) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2008다79302 판결; "의용민법 시행 당시에 당사자들 사이의 의사표시만에 기하여 유효하게 행하여진 부동산소유권의 양도가 민법 부칙 제10조 제1항에 의하여 그 효력을 상실하여 소유권이 양도인에게 복귀되었다고 하려면, 소유권 양도에 관한 등기가 행하여지지 아니하였다는 점이 입증되어야 한다. 그리고 민법 부칙 제10조 제1항의 문언 및 규정구조, 일반적으로 이른바 권리소멸사실에 대하여는 그 권리의 소멸에 관한 요건사실을 주장하는 측에서 입증하여야 한다는 점 및 만일 위의 점에 대한 입증을 여전히 소유권 양도가 유효함을 주장하는 측에서 하여야 한다면 최소한 50년 전 즈음에 이미 부동산을 양도하여 소유권을 상실하였던 이가 소유권을 다시 얻게 되는 뜻밖의 결과가 보다 쉽게 인정되기에 이르는 점 등에 비추어, 위의 등기가 행하여지지 아니하였다는 점에 대한 입증책임은 다른 특별한 사정이 없는 한 민법 부칙 제10조 제1항의 적용으로 소유권 양도의 효력이 상실되었다고 주장하는 측에서 부담한다고 할 것이다." ☛ 이는 의용민법 시행 당시 소유권 취득을 위한 법률행위의 존재 사실로부터 그 등기 사실을 법률상 추정하는 것과 동일한 셈이 된다. 실무상 보이는 사례로서, 토지 사정명의인의 상속인인 원고가 피고 대한민국 명의의 소유권보존등기의 말소를 구하는 경우, 피고로서는 '토지 사정명의인이 의용민법 시행 당시에 토지를 타에 양도한 사실'을 주장·증명하면 '원고 소유권 상실'의 피고 항변이 받아들여지게 되고, 이에 대하여 원고는 '사정명의인의 양도에 따른 등기가 행하여지지 아니하였다는 사실'을 주장·증명하면 '사정명의인의 소유권 양도의 효력이 상실되었다'는 원고의 재항변이 받아들여지게 되는 공격방어의 구조가 된다. 2006다79698은 위 판례와 같은 취지이고, 2006다30921 중 "원고들이나 피상속인인 소외 4 명의의 등기가 있었음을 인정할 증거가 없고" 부분의 판시는 잘못된 것이다.

1264) 반면에, 원고가 피고를 상대로 토지에 관한 가등기에 기하여 그 본등기를 구한 전소에서 가등기에 기한 본등기를 명하는 판결이 확정되었다고 하더라도, 그 확정판결의 기판력은 소송물인 본등기청구권의 존부에만 미치는 것이고 그 전제가 되는 소유권 자체의 존부에는 미치지 아니하므로, 원고가 위 판결에 기해 본등기를 마친 후 피고 소유인 지상건물의 철거를 구하는 후소에서 피고가 원고의 가등기가 담보가등기임을 주장하여 원고의 소유권 취득을 부인하는 것이 전소의 확정판결의 기판력에 저촉된다고 할 수 없다(96다36210).

된 경우, 기존 전유부분의 대지사용권인 대지소유권이 증축 전유부분을 위한 대지사용권이 되기 위해서는, '규약 또는 공정증서로써 달리 정하는 등의 특별한 사정'이 있어야 한다.[1244]

(다) 건축 중인 건물의 건축주명의변경절차 이행 청구

'건축허가서'는 허가된 건물에 관한 실체적 권리의 득실변경의 공시방법이 아니고 그 추정력도 없으므로 건축허가서에 건축주로 기재된 자가 그 소유권을 취득하는 것은 아니지만,[1245] '건축 중인 건물'을 양도한 자가 건축주명의변경에 동의하지 아니하는 경우 양수인으로서는 그 의사표시에 갈음하는 건축주명의변경절차의 이행판결을 받을 필요가 있다.[1246] 건축주 명의가 수인인 경우, 공동건축주 명의변경에 대하여 변경

대지 지분을 매수한 사안에서, 위 근저당권이 설정될 당시에는 신 구분건물이 신축되기 전이어서 신 구분건물의 대지사용권이 성립하지 않았으므로, 원고가 구 구분건물을 기초로 한 대지 지분을 취득한 것은 대지사용권의 분리처분금지 원칙을 위반한 것이 아니라고 판단한 예.

1244) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2014다236809 판결: "집합건물의 건축자가 그 소유인 대지 위에 집합건물을 건축하고 전유부분에 관하여 건축자 명의로 소유권보존등기를 마친 경우, 건축자의 대지소유권은 집합건물법 제2조 제6호 소정의 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리인 대지사용권에 해당한다. 따라서 전유부분에 대한 대지사용권을 분리처분할 수 있도록 정한 규약이 존재한다는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없고, 이를 위반한 대지지분의 처분행위는 그 효력이 없다. 그러므로 구분소유권이 이미 성립한 집합건물이 증축되어 새로운 전유부분이 생긴 경우에는, 건축자의 대지소유권은 기존 전유부분을 소유하기 위한 대지사용권으로 이미 성립하여 기존 전유부분과 일체불가분성을 가지게 되었으므로 규약 또는 공정증서로써 달리 정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 새로운 전유부분을 위한 대지사용권이 될 수 없다." ☞ 소외 회사가 신축하여 구분소유권이 이미 성립한 지상 4층 집합건물이 그 후 10층으로 증축되었는데, 1층 103호를 소유한 원고들이 증축 전유부분을 경매로 소유하게 된 피고들을 상대로, 피고들 소유의 전유부분을 위한 대지사용권이 인정되지 아니한다는 이유로 차임 상당의 부당이득반환을 구한 사안에서, 원심이, 증축으로 인하여 생긴 새로운 전유부분을 위한 대지사용권이 성립하였다고 보아 원고의 청구를 배척한 데 대하여, 대법원은, '증축된 구분건물에 대하여 대지사용권을 부여하기 위해서는 위 103호 등 기존 구분건물의 대지지분 중 각 일부에 대한 분리처분이 필수적이라 할 것이므로, 반드시 규약 등으로 이를 정해 놓았어야 하고, 이는 위 증축 당시 소외 회사가 증축된 부분을 포함한 각 구분건물 전체를 소유하고 있었다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.'라고 하여, 파기환송한 예.

1245) 따라서 자기 비용과 노력으로 건물을 신축한 자는 그 건축허가가 타인의 명의로 된 여부에 관계없이 그 소유권을 원시취득하며, 건축업자가 타인의 대지를 매수하여 그 대금을 지급하지 아니한 채 그 위에 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 건축하면서 건축허가 명의를 대지소유자로 한 경우에는, 부동산등기법 규정에 의하여 특별한 사정이 없는 한 건축허가명의인 앞으로 소유권보존등기를 할 수밖에 없는 점에 비추어 볼 때, 그 목적이 대지대금 채무를 담보하기 위한 경우가 일반적이라 할 것이고, 이 경우 완성된 건물의 소유권은 일단 이를 건축한 채무자가 원시적으로 취득한 후 채권자 명의로 소유권보존등기를 마침으로써 담보 목적의 범위 내에서 위 채권자에게 그 소유권이 이전된다고 보아야 한다(2000다16350).

1246) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2006다28454 판결: "건축허가는 … 행정관청이 건축행정상 목적을 수행하기 위하여 수허가자에게 일반적으로 행정관청의 허가 없이는 건축행위를 하여서는 안 된다는 상대적 금지를 관계법규에 적합한 일정한 경우에 해제함으로써 … 건축행위를 하도록 회복시켜 주는 행정처분일 뿐 허가받은 자에게 새로운 권리나 능력을 부여하는 것이 아니고, 건축허가서는 허가된 건물에 관한 실체적 권리의 득실변경의 공시방법이 아니며 그 추정력도 없으므로 건축허가서에 건축주로 기재된 자가 그 소유권을 취득하는 것은 아니며, 건축 중인 건물의 소유자와 건축허가의 건축주가 반드시 일치되어야 하는 것도 아니다. … 건축 중인 건물의 양수인은 건축공사 진행에 필요한 행정관청에의 신고 등을 하고 공사를 계속하기 위해 건축주 명의를 변경할 필요가 있고, 준공검사 후 건축물관리대장에 소유자로 등록하여 양수인 명의로 소유권보존등기를 신청하기 위해서도 건축주 명의를 변경할 필요가 있으므로, 건축 중인 건물을 양도한 자가 건축주명의변경에 동의하지 아니한 경우 양수인으로서는 그 의사표시에 갈음하는 판결을 받을 필요가 있다. … 소외회사가

전 건축주 전원으로부터 동의를 얻어야 하지만, 반드시 그 전원을 공동피고로 하여 판결을 받을 필요는 없다.[1247] [1248]

(3) 부합에 의한 소유권의 취득·상실과 보상청구

부동산에의 부합(민법 제256조)[1249]은 부동산의 소유자에 대해서는 부합한 물건 소유권의 원시취득 원인 사실, 종전 소유자에 대해서는 소유권 상실 원인 사실이 된다.

부합 여부가 다투어지는 물건의 소유자(원고)가 자신에게 소유권이 있음을 전제로 부동산 소유자(피고)에 대하여 청구(소유권확인청구, 소유권에 기한 인도청구, 소유권 침해에 따른 손해배상청구 등)를 하는 경우, 피고는 소유권 소멸의 항변으로서 "원고 소유 물건이 피고 소유 부동산에 '부합'[1250]된 사실"(민법 제256조 본문)을, 이에 대하여 원고는 재항변으로서 "①

피고들을 상대로 건축 중인 이 사건 건물의 소유권확인을 구하는 소를 제기하여 계속 중에 있다 하더라도, 소외회사로부터 건물 지분을 양수한 원고들로서는 소외회사를 대위하여, 위 소유권확인 청구와는 별도로 향후 건축공사를 계속할 필요에서나 또는 건축물이 완공된 후 건축물관리대장의 정리 등을 위하여, 건물의 건축주명의변경에 동의하지 아니하는 피고들을 상대로 그 의사표시에 갈음하는 판결을 받을 필요가 있다." ☛ 건축공사가 완료되고 소유권보존등기까지 마쳐진 건물에 관하여는 건축주명의의 변경을 청구할 소의 이익이 없다(2005다61010).

1247) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012다23863 판결; "허가 등에 관한 건축주 명의가 수인으로 되어 있을 경우에, 그 허가 등은 해당 건축물의 건축이라는 단일한 목적을 달성하기 위하여 이루어지고 그 허가 등을 받은 지위의 분할청구는 불가능하다는 법률적 성격 등에 비추어 보면, **공동건축주 명의변경**에 대하여는 변경 전 건축주 전원으로부터 동의를 얻어야 한다. 다만 그 명의변경에 관한 동의의 표시는 변경 전 건축주 전원이 참여한 단일한 절차나 서면에 의하여 표시될 필요는 없고 변경 전 건축주별로 동의의 의사를 표시하는 방식도 허용되므로, 동의의 의사표시에 갈음하는 판결도 반드시 변경 전 건축주 전원을 공동피고로 하여 받을 필요는 없으며 부동의하는 건축주별로 피고로 삼아 그 판결을 받을 수 있다고 봄이 타당하다."(피고들과 소외인이 공동으로 증축신고를 마치고 공사를 하였는데, 그 후 원고가 피고들의 지분을 매수한 **사안**에서, **원심**은, 증축건물의 일부를 양수받은 자가 공동건축주 명의를 양수인이 추가된 것으로 변경하기 위해서는 공동건축주 전원을 피고로 삼아 행정청에 대한 명의변경에 관한 협력의무의 이행을 구하여야 하므로, 이는 필수적 공동소송에 해당한다는 취지로 판단하고, 나아가 소외인이 매매계약의 효력 및 원고의 법적 지위를 다투고 있음에도, 원고가 공동건축신고자인 소외인 및 피고들을 공동피고로 하지 아니하고, 공동건축신고자 중 소외인을 제외하고 피고들만을 상대로 하여 건축주 명의를 원고로 변경하는 절차의 이행을 구하는 사건 소는 부적법하다고 판단하였으나, **대법원**은, 건축주 명의를 원고로 변경하기 위해서는 피고들의 동의뿐 아니라 공동명의자인 소외인의 동의를 받아야 하지만, 그렇다고 하더라도 소외인에 대한 소송 등과 별도의 소송절차에 의하여 피고들을 상대로 동의 의사표시에 갈음하는 판결을 구하는 것은 허용될 수 있으므로, 사건 소가 적법하다고 한 예) ☛ 공동건축주 일부가 다른 사람에게 해당 건축물의 공유지분을 양도하기로 하였더라도, 법령이나 약정 등의 근거가 없는 한 나머지 공동건축주가 당연히 건축주 명의변경에 동의할 의무를 부담하는 것은 아니다(대법원 2022. 8. 31. 선고 2019다282050 판결).

1248) 그 밖의 '건축주명의변경' 관련 판례; 소유권이전등기청구권이 발생한 기본적 법률관계에 해당하는 매매계약을 기초로 하여 건축주명의변경을 구하는 소도 소멸시효를 중단시키는 재판상 청구에 포함된다(2011다19737). 건축 중인 건물 외에 별다른 재산이 없는 채무자가 수익자에게 책임재산인 위 건물을 양도하기 위해 수익자 앞으로 건축주명의를 변경해주기로 약정한 경우 이는 사해행위가 될 수 있다(2016다279206).

1249) **민법 제256조(부동산에의 부합)** 부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다. 그러나 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다.

1250) ○ 대법원 2012. 1. 26. 선고 2009다76546 판결; "**부합**이란 분리 훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 분리에 과다한 비용을 요하는 경우는 물론 분리하게 되면 경제적 가치를 심히 감손케 하는 경우도 포함하고, 부합의 원인은 인공적인 경우도 포함"

○ 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결; "어떠한 동산이 민법 제256조에 의하여 부동산에 부합된 것으로 인정되기 위해서는 그 동산을 훼손하거나 과다한 비용을 지출하지 않고서는 분리할 수 없을 정도로

원고 소유 물건이 '권원'(지상권, 전세권, 사용대차권, 임차권 등과 같이 타인의 부동산에 자기의 동산을 부속시켜서 그 부동산을 이용할 수 있는 권리)[1251]에 의하여 부속되었고(민법 제256조 단서), ② '거래상 독립한 권리의 객체성'을 갖고 있는('부동산의 구성부분'이 되어 버리면 ①요건이 충족되더라도 물건의 소유권이 부동산 소유자에게 귀속되므로[1252] ②요건이 필요하다) 사실'을 각각 주장·증

부착·합체되었는지 여부 및 그 물리적 구조, 용도와 기능면에서 기존 부동산과는 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지 여부 등을 종합하여 판단하여야 할 것이고, 이러한 부동산에의 부합에 관한 법리는 건물의 증축의 경우는 물론 건물의 신축의 경우에도 그대로 적용될 수 있다." ☜ 원고의 소유권 유보에도 불구하고 원고 소유이던 철강제품이 공장건물들의 증축 및 신축에 사용되어 공장건물들에 부합됨으로써 공장건물들의 소유자인 피고가 철강제품의 소유자가 되었다고 한 예.

○대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다63110 판결; "건물의 증축 부분이 기존건물에 부합하여 기존건물과 분리하여서는 별개의 독립물로서의 효용을 갖지 못하는 이상 기존건물에 대한 근저당권은 민법 제358조에 의하여 부합된 증축 부분에도 효력이 미치는 것이므로 기존건물에 대한 경매절차에서 경매목적물로 평가되지 아니하였다고 할지라도 경락인은 부합된 증축 부분의 소유권을 취득한다." ☜ 지하 1층, 지상 7층의 주상복합건물을 신축하면서 불법으로 위 건물 중 주택 부분인 7층의 복층으로 같은 면적의 상층을 건축하였고, 그 상층은 독립된 외부 통로가 없이 하층 내부에 설치된 계단을 통해서만 출입이 가능하고, 별도의 주방시설도 없이 방과 거실로만 이루어져 있으며, 위와 같은 사정으로 상·하층 전체가 단일한 목적물로 임대되어 사용된 경우, 그 상층 부분은 하층에 부합되었다고 본 사례.

1251) ○ 대법원 2018. 3. 15. 선고 2015다69907 판결; "단서에서 말하는 '권원'이라 함은 지상권, 전세권, 임차권 등과 같이 타인의 부동산에 자기의 동산을 부속시켜서 그 부동산을 이용할 수 있는 권리를 뜻하므로, 그와 같은 권원이 없는 자가 타인의 토지 위에 나무를 심었다면 특별한 사정이 없는 한 토지소유자에 대하여 그 나무의 소유권을 주장할 수 없다. 지상권자는 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리가 있으므로(민법 제279조), 지상권설정등기가 경료되면 그 토지의 사용·수익권은 지상권자에게 있고, 지상권을 설정한 토지소유자는 지상권이 존속하는 한 그 토지를 사용·수익할 수 없다. 따라서 지상권을 설정한 토지소유자로부터 그 토지를 이용할 수 있는 권리를 취득하였다고 하더라도 지상권이 존속하는 한 이와 같은 권리는 원칙적으로 민법 제256조 단서가 정한 '권원'에 해당하지 아니한다. 그런데 금융기관이 대출금 채권의 담보를 위하여 토지에 저당권과 함께 지료 없는 지상권을 설정하면서 채무자 등의 사용·수익권을 배제하지 않은 경우, 그 지상권은 저당권이 실행될 때까지 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 저당 부동산의 담보가치를 확보하는 데에 그 목적이 있으므로, 토지소유자는 저당 부동산의 담보가치를 하락시킬 우려가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 토지를 사용·수익할 수 있다고 보아야 한다. 따라서 그러한 토지소유자로부터 그 토지를 사용·수익할 수 있는 권리를 취득하였다면 이러한 권리는 민법 제256조 단서가 정한 '권원'에 해당한다고 볼 수 있다."
○ 대법원 2016. 8. 30. 선고 2016다24529, 24536, 24543 판결; "토지의 사용대차권에 기하여 그 토지 상에 식재된 수목은 이를 식재한 이에게 소유권이 있고 토지에 부합되지 않는다 할 것이어서, 수목이 식재된 후에 그 토지를 경매에 의하여 매수하였다고 하더라도 매수인이 그 지상 수목에 대한 소유권까지 취득하는 것은 아니라고 할 것이다."

1252) ○ 대법원 2012. 1. 26. 선고 2009다76546 판결; "부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 그 부동산과 일체를 이루는 부동산의 구성 부분이 된 경우에는 타인이 권원에 의하여 이를 부합시켰더라도 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속된다." ☜ 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 과다한 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.
○ 대법원 2007. 7. 27. 선고 2006다39270, 39287 판결; "부합물에 관한 소유권 귀속의 예외를 규정한 민법 제256조 단서의 규정은 타인이 그 권원에 의하여 부속시킨 물건이라 할지라도 그 부속된 물건이 분리하여 경제적 가치가 있는 경우에 한하여 부속시킨 타인의 권리에 영향이 없다는 취지이지 분리하여도 경제적 가치가 없는 경우에는 원래의 부동산 소유자의 소유에 귀속되는 것이고, 경제적 가치의 판단은 부속시킨 물건에 대한 일반 사회통념상의 경제적 효용의 독립성 유무를 그 기준으로 하여야 한다." ☜ 가스공급업자가 아파트에 설치

구분소유권 성립요건을 갖추지 못한 건물 일부에 대한 구분소유권 등기는 무효이고 경매절차에서의 매수인은 그 소유권을 취득할 수 없지만, 그 후에 그 요건을 갖추면 유효한 등기가 될 수 있다(신축건물의 보존등기를 건물 완성 전에 하였다 하더라도 그 후 건물이 완성된 이상 그 등기를 무효라고 볼 수 없는 것과 마찬가지이다).[1235]

구분소유권 성립 후에, 격벽 제거 등으로 각 구분건물이 독립성을 상실하여(구분건물로서의 복원을 전제로 한 일시적인 것이고 복원이 용이하다면, 구분건물로서의 실체를 상실한다고 쉽게 단정할 수 없다[1236]) 일체화되고 1개의 건물이 된 경우, 기존 구분건물에 대한 등기는 합동으로 인하여 생겨난 새로운 건물 중에서 그 구분건물이 차지하는 비율에 상응하는 공유지분

산출한 면적을 공용부분으로 분양받았으나, 상가의 분양계약서와 건축물대장에는 지하주차장이 분양면적이나 공용부분으로 기재되어 있지 않은 점, 지하주차장은 대지사용권의 대상이 아니므로, 대지사용권이 있다고 하여 지하주차장을 사용할 수 있는 것은 아닌 점 등에 비추어, 지하주차장이 아파트 구분소유자만의 공용에 제공되는 일부공용부분이라고 본 예.

○ 대법원 2021. 1. 14. 선고 2019다294947 판결; "구분소유가 성립될 당시 건물의 구조에 따른 객관적인 용도에 비추어 일부공용부분인 부분의 구조나 이용 상황을 그 후에 변경하더라도, 그 부분을 공유하는 일부 구분소유자 전원의 승낙을 포함한 소유자들의 특단의 합의가 없는 한, 그러한 사정만으로 일부공용부분이 전체 공용부분이 되는 것은 아니다." ☜ **원심**은, 특정 동의 옥상이 그 동 구분소유자만이 공용하도록 제공되는 것임이 명백하다고 볼 수 없다 하여 아파트 단지의 구분소유자 전원이 옥상을 공유한다고 판단하였으나, **대법원**은, 동 구분소유자만의 공용에 제공되는 것임이 명백한 일부공용부분으로서 동 구분소유자만의 공유에 속한다고 보아야 하고, 아파트의 구분소유 성립 후의 옥상 이용에 따른 반사적 이익(옥상 설치 잔디밭에 의한 조경 개선의 편익과 옥상 설치 이동통신 중계기에 의한 이동통신 음영지역 제거 편익)의 귀속이나 전체입주자대표회의의 결정을 고려하여 옥상 소유권의 귀속주체를 달리 볼 수 없다고 한 예.

1235) ○ 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다3471 판결; "구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립할 수 없다. 그와 같은 건물 부분이 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있어 이러한 등기에 기초하여 경매절차가 진행되어 매각허가를 받고 매수대금을 납부하였다 하더라도, 그 상태만으로는 그 등기는 효력이 없으므로 매수인은 소유권을 취득할 수 없다. … 1동의 건물의 일부분이 구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 상태에서 소유권보존등기 및 그에 터잡은 소유권이전등기 등이 마쳐진 경우라고 하더라도, 그 후에 … 구분소유권의 객체가 될 수 있는 요건을 갖춘다면 위와 같은 등기는 모두 유효한 것으로 될 수 있다. 즉 1동의 건물의 일부분이 구분건물로서의 요건을 갖추지 못한 상태라는 이유만으로 그에 관하여 마쳐진 등기가 모두 확정적으로 무효로 되는 것도 아니다."

○ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다59876 판결; "신축건물의 보존등기를 건물 완성 전에 하였다 하더라도 그 후 건물이 완성된 이상 그 등기를 무효라고 볼 수 없다. 이러한 법리는 1동의 건물의 일부분이 구분소유권의 객체로서 적합한 구조상 독립성을 갖추지 못한 상태에서 구분소유권의 목적으로 등기되고 이에 기초하여 근저당권설정등기나 소유권이전등기 등이 순차로 마쳐진 다음 집합건물법 제1조의2, 경계표지 및 건물번호표지 규정에 따라 경계를 명확하게 식별할 수 있는 표지가 바닥에 견고하게 설치되고 구분점포별로 부여된 건물번호표지도 견고하게 부착되는 등으로 구분소유권의 객체가 된 경우에도 마찬가지이다."

1236) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다273018 판결; "인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 제거됨으로써 각 구분건물이 구분건물로서의 구조상 및 이용상 독립성을 상실하게 되었다고 하더라도, 각 구분건물의 위치와 면적 등을 특정할 수 있고 사회통념상 그것이 구분건물로서의 복원을 전제로 한 일시적인 것일 뿐만 아니라 복원이 용이한 것이라면, 각 구분건물이 구분건물로서의 실체를 상실한다고 쉽게 단정할 수는 없고, 아직도 그 등기는 구분건물을 표상하는 등기로서 유효하다고 해석해야 한다."(**원심**이, 원고의 공사로 각 호실은 구조상·이용상 독립성을 상실하게 되었고, 원고는 하나의 소유권의 객체가 된 각 호실 전체에 대하여 유치권을 주장할 수 있다고 한 데 대하여, **대법원**은, '각 호실의 칸막이가 철거되어 구조상·이용상 독립성을 상실하기는 하였으나 현재도 건축물대장에 첨부된 건축물현황도 등으로 위치와 면적 등을 쉽게 특정할 수 있고, 기존 칸막이 철거는 점유 부분을 뷔페 영업에 사용하기 위한 일시적인 방편에 불과하여 언제든지 원상태로 복원할 수 있을 뿐만 아니라 복원에 과다한 비용이 들 것으로 보이지 않는다.'라고 판단한 예)

등기로서의 효력만 인정되고,[1237] 구분건물로 등기된 1동의 건물 중 '일부'에 해당하는 구분건물들 사이에서 '구조상의 구분이 소멸'되는 경우에는 그 구분건물에 해당하는 일부 건물 부분이 종전 구분건물 등기명의자의 공유로 된다.[1238]

'대지사용권'[1239]의 성립을 위해서는 '집합건물의 존재'와 구분소유자가 전유부분 소유를 위하여 해당 '대지를 사용할 수 있는 권리를 보유'하는 것 이외에 다른 특별한 요건이 필요하지 않다.[1240] 대지사용권은 전유부분의 처분에 따르고, 규약으로써 달리 정하지

1237) 대법원 2020. 2. 27. 선고 2018다232898 판결: "1동의 건물 중 구조상 구분된 수개의 부분이 독립한 건물로서 구분소유권의 목적이 되었으나 그 구분건물들 사이의 격벽이 제거되는 등의 방법으로 각 구분건물이 건물로서의 독립성을 상실하여 일체화되고 이러한 일체화 후의 구획을 전유부분으로 하는 1개의 건물이 되었다면 기존 구분건물에 대한 등기는 합동으로 인하여 생겨난 새로운 건물 중에서 위 구분건물이 차지하는 비율에 상응하는 공유지분 등기로서의 효력만 인정된다. 또한 인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 일정한 사유로 제거됨으로써 각 구분건물이 구분건물로서의 구조상 및 이용상의 독립성을 상실하게 되었다고 하더라도, 각 구분건물의 위치와 면적 등을 특정할 수 있고 사회통념상 그것이 구분건물로서의 복원을 전제로 한 일시적인 것일 뿐만 아니라 그 복원이 용이한 것이라면, 각 구분건물은 구분건물로서의 실체를 상실한다고 쉽게 단정할 수는 없고, 아직도 그 등기는 구분건물을 표상하는 등기로서 유효하지만, 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없고, 구분소유권의 객체로서 적합한 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립할 수 없으므로, 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있더라도, 그 등기는 그 자체로 무효이다." ☜ 1동의 상가 건물이 **리모델링 공사**로 구조 및 층수, 면적 등이 변경되었음에도 리모델링 공사의 허가를 받지 못하여 준공 이후에도 상가 건물 내 구분건물에 관한 사용승인이 나지 않음에 따라 리모델링에 따른 공부상 표시변경등록 및 표시변경등기가 이루어지지 않았고, 그 결과 상가 건물의 구분소유 부분으로 각 등기된 건물 부분에 관한 건축물대장과 등기부가 현재 건물의 현황을 제대로 반영하지 못하고 있는 **사안**에서, 상가 건물 내 기존 구분소유로 각 등기된 구분건물은 격벽이 처음부터 없었거나 **리모델링으로** 제거되고, 구조, 위치와 면적이 모두 변경됨으로써 구분건물로서의 구조상 및 이용상의 독립성을 상실하여 일체화되었고, 비록 일체화 후에 상가 건물이 여러 개의 점포로 나뉘어 이용되고 있더라도, 상가 건물의 구조상의 구분에 의해서는 기존 구분등기에 따른 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없으며, 위 리모델링이 기존 구분건물로서 복원을 전제로 한 일시적인 것이라거나 복원이 용이해 보이지도 않으므로, 기존 구분건물로서의 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없는바, 상가 건물 내 구분건물에 관한 구분등기는 그 자체로 무효이고, 리모델링으로 생겨난 새로운 건물 중에서 위 구분건물이 차지하는 비율에 상응하는 공유지분 등기로서의 효력만 인정되는데도, 이와 달리 새로운 건물의 특정 점포에 대하여 구분건물의 소유권의 효력이 미친다고 본 원심을 파기한 사례.

1238) 대법원 2020. 9. 7. 선고 2017다204810 판결: 상가건물의 시설관리·임대대행권자인 소외 회사가 구분소유자 전체의 동의를 받지 않고 상가 4, 5층의 내부시설을 철거한 후 사우나를 설치함으로써 구분점포들 사이의 구분이 폐지되었는데, 피고(임차인)가 4층 중 일부인 매점·식당 부분을 단독으로 점유·사용하자 4층 일부 구분점포에 관한 소유권이전등기를 마친 원고승계참가인이 매점·식당 부분의 인도를 구한 **사안**에서, "사우나 시설 내 구분점포들은 최소한 나머지 층과의 층별 구분이 유지된 채 그 구분점포들 사이에 구분이 폐지되었으므로, 구분폐지된 전유부분에 한하여 기존의 구분소유권이 모두 소멸하고 하나의 공유물이 된다. 따라서 4층 구분점포의 구분소유자들은 이 사건 상가 전체의 전유부분에 대한 공유지분권을 취득하는 것이 아니라, **구분이 폐지되어 하나의 공유물이 된 전유부분에 한**하여 소멸 당시 구분소유권의 비율에 따라 공유지분권을 취득한다. 구분폐지**되**어 하나의 공유물이 된 전유부분에 대한 공유지분 과반수의 동의를 얻지 못한 채, 구분폐지 전 구분소**유**자였던 공유지분권자로부터 점유할 권리를 이전받은 피고가 … 계쟁 부분을 단독으로 점유·사용하고 있고, 피고는 임대인인 공유지분권자가 단독으로 점유·사용하는 경우와 같은 지위에 있으므로, … 구분소유권의 비율에 따른 공유지분권을 취득한 원고승계참가인은 공유물의 보존행위로서 피고에게 계쟁 부분에 대한 방해상태를 제거하거나 공동 점유를 방해하는 행위의 금지 등을 청구할 수 있다. 다만 … 2018다287522 전원합의체 판결에 따라 계쟁 부분의 인도는 구할 수 없다."라고 판시한 예.

1239) **"대지사용권"**이란 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리를 말한다(집합건물법 제2조 제6호).

1240) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다278170 판결.

않는 한 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없으며(전유부분과 대지사용권의 일체성에 반하는 대지의 처분행위는 무효이다), 분리처분금지는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다(집합건물법 제20조).[1241] [1242] 분리처분이 금지되는 대지사용권은 '구분소유의 성립'을 전제로 하므로, 구분소유가 성립하기 '전'에는 집합건물의 대지에 관하여 분리처분금지 규정이 적용되지 않는다.[1243] 집합건물이 증축

1241) ○ 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결; "아파트와 같은 대규모 집합건물의 경우, 대지의 분·합필 및 환지절차의 지연, 각 세대당 지분비율 결정의 지연 등으로 인하여 전유부분에 대한 소유권이전등기만 수분양자를 거쳐 양수인 앞으로 경료되고, 대지지분에 대한 소유권이전등기는 상당기간 지체되는 경우가 종종 생기고 있는 데, 이러한 경우 집합건물의 건축자로부터 전유부분과 대지지분을 함께 분양의 형식으로 매수하여 그 대금을 모두 지급함으로써 소유권 취득의 실질적 요건은 갖추었지만 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료받고 대지지분에 대하여는 앞서 본 바와 같은 사정으로 아직 소유권이전등기를 경료받지 못한 자는 매매계약의 효력으로써 전유부분의 소유를 위하여 건물의 대지를 점유·사용할 권리가 있다고 하여야 할 것인바, 매수인의 지위에서 가지는 이러한 점유·사용권은 단순한 점유권과는 차원을 달리하는 본권으로서 집합건물법 제2조 제6호 소정의 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리인 대지사용권에 해당한다고 할 것이고, 수분양자로부터 전유부분과 대지지분을 다시 매수하거나 증여 등의 방법으로 양수받거나 전전 양수받은 자 역시 당초 수분양자가 가졌던 이러한 대지사용권을 취득한다고 할 것이다 … 집합건물법의 규정내용과 입법취지를 종합하여 볼 때, 대지의 분·합필 및 환지절차의 지연, 각 세대당 지분비율 결정의 지연 등의 사정이 없었다면 당연히 전유부분의 등기와 동시에 대지지분의 등기가 이루어졌을 것으로 예상되는 경우, 전유부분에 대하여만 소유권이전등기를 경료받았으나 매수인의 지위에서 대지에 대하여 가지는 점유·사용권에 터잡아 대지를 점유하고 있는 수분양자는 대지지분에 대한 소유권이전등기를 받기 전에 대지에 대하여 가지는 점유·사용권인 대지사용권을 전유부분과 분리 처분하지 못할 뿐만 아니라, 전유부분 및 장래 취득할 대지지분을 다른 사람에게 양도한 후 그 중 전유부분에 대한 소유권이전등기를 경료해 준 다음 사후에 취득한 대지지분도 전유부분의 소유권을 취득한 양수인이 아닌 제3자에게 분리 처분하지 못한다 할 것이고, 이를 위반한 대지지분의 처분행위는 그 효력이 없다고 봄이 상당하다 할 것이다."
○ 대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다278170 판결; "집합건물에서 구분소유자의 대지사용권은 규약으로써 달리 정하는 등 특별한 사정이 없는 한 전유부분과 종속적 일체불가분성이 인정되어 전유부분에 대한 가압류결정의 효력은 종물 또는 종된 권리인 대지사용권에도 미치는 것이므로, 건축자의 대지소유권에 관하여 부동산등기법에 따른 구분건물의 대지권등기가 마쳐지지 않았다 하더라도 전유부분에 관한 경매절차가 진행되어 그 경매절차에서 전유부분을 매수한 매수인은 전유부분과 함께 대지사용권을 취득한다."

1242) '분리처분금지에 반한 대지 처분행위의 무효'에 관하여는 '전득자 등 수인을 상대로 한 말소등기청구' 부분 참조.

1243) 대지사용권의 성립에 앞서 대지에 이미 근저당권이 설정되어 있다면, 구분소유자별로 공유지분권에 대해 근저당권의 제한을 받는 대지사용권을 보유하게 되고, 근저당권자로서는 근저당권을 실행하기 위하여 공유지분권에 대해 경매를 신청할 수 있다(대법원 2022. 6. 30. 선고 2018다211419, 211426 판결). 구분소유가 성립하기 전에 대지에 관하여만 근저당권이 설정되었다가 구분소유가 성립하여 대지사용권이 성립되었더라도 이미 설정된 그 근저당권 실행으로 대지가 매각됨으로써 전유부분으로부터 분리처분된 경우에는 그 전유부분을 위한 대지사용권이 소멸하게 된다(대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다9121, 9138 판결). **[분리처분금지 규정 적용 부정 사례]** ❶ 대법원 2022. 6. 30. 선고 2018다43128 판결; 강제경매절차에서 대지 및 집합건물을 일괄매수한 원고가 각 전유부분에 관하여 강제경매개시결정 기입등기 이전에 마친 가등기에 기해 본등기를 한 피고를 상대로 차임 상당의 부당이득반환을 구하고, 피고는 원고의 대지소유권 취득이 집합건물법상 분리처분금지에 위배되어 무효라고 항변한 **사안**에서, 피고가 각 전유부분에 관하여 본등기를 함으로써 각 전유부분과 그 대지사용권에 해당하는 대지공유지분이 분리된 것은, 위 강제경매절차에서 대지사용권 성립 전에 대지에 관하여 설정된 근저당권이 매각으로 소멸하면서 그 근저당권이 확보한 담보가치의 보장을 위하여 그보다 뒤에 각 전유부분에 관하여 경료된 가등기의 효력이 각 전유부분의 대지사용권에 해당하는 대지 공유지분에 대하여 미치지 않게 됨으로 인한 것이므로, 이러한 경우 집합건물법 제20조가 정하는 전유부분과 대지사용권의 일체적 취급이 적용될 여지가 없어 제20조에서 금지하는 대지사용권의 분리처분이 있다고 볼 수 없다고 보아, 피고의 항변을 배척한 사례. ❷ 대법원 2022. 6. 30. 선고 2018다211419, 211426 판결; 구 구분건물에 근저당권이 설정된 후 구 구분건물의 철거로 인하여 위 근저당권이 구 구분건물을 기초로 한 대지 지분에 옮겨졌고, 신 구분건물이 재건축된 이후 위 근저당권에 기한 경매절차에서 원고가 구 구분건물을 기초로 한

기로 하는 등 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의한 경우에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속된다(신축건물이 집합건물로서 여러 사람이 공동으로 건축주가 되어 도급계약을 체결한 경우, 그 집합건물의 각 전유부분 소유권이 누구에게 원시적으로 귀속되느냐는 공동 건축주들 사이의 약정에 따른다).[1223]

건축주의 사정으로 건축공사가 중단된 미완성의 건물을 인도받아 나머지 공사를 하게 된 경우, 그 공사의 중단 시점에 이미 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 정도의 형태와 구조를 갖추고 있었다면[1224] 원래의 건축주가,[1225] 그렇지 않다면 이를 인도받아 자기의 비용과 노력으로 완공한 자가 그 건물의 원시취득자가 된다.[1226]

(나) 집합건물의 구분소유권의 성립

집합건물의 구분소유권의 성립요건으로서, 1동의 건물에 대하여 '구분소유'가 성립하기 위해서는, ① 객관적·물리적인 측면에서 '1동의 건물'이 존재하고,[1227] ② 구분된 건물 부분이 '구조상·이용상 독립성'을 갖추어야 할 뿐 아니라(집합건물법 제1조의2[1228]가 적용되는 '구분점포'의 경우 구조상 독립성이 완화되어 있다),[1229] ③ 1동의 건물 중 물리적

1223) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2004다36352 판결.

1224) 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 갖춘 것이라고 보아야 한다.

1225) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다16350 판결.

1226) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다68783 판결.

1227) ○ 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다219419, 219426 판결: "이 사건 근저당권 설정 당시 이 사건 오피스텔은 그 건물의 구조와 형태 등이 건축허가의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정되는 정도로 건물이 축조된 상태에 있었다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 근저당권 설정 이전에는 이 사건 오피스텔은 객관적·물리적 측면에서 그 구조와 형태 등이 1동의 건물과 그 구분행위에 상응하는 구분건물로서 완성되지 않았으므로 구분소유가 성립하였다고 할 수 없다. 이처럼 이 사건 토지에 관한 이 사건 근저당권 설정 당시를 기준으로 이 사건 오피스텔에 관한 구분소유가 성립하지 않았으므로 이 사건 근저당권의 실행을 위한 경매절차에서 원고가 이 사건 토지 소유권을 취득한 것은 유효하다."

○ 대법원 2015. 6. 24. 선고 2012다109538 판결: 사건 건물은 원래 지하 1층, 지상 6층 총 10세대 규모의 다세대주택으로 예정되어 같은 내용으로 건축허가를 받은 것인데, 공사 중단 당시 지상 5층까지 9세대의 기둥, 둘레 벽 및 천장 등 골조공사만이 완료된 상태였으므로 그 건물의 구조와 형태 등이 건축허가의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정되는 정도로 건물이 축조되었다고 볼 수 없어 아직 객관적·물리적 측면에서 1동의 건물이 존재한다고 보기 어렵고, 나아가 건축허가신청 등을 통하여 객관적으로 외부에 표시된 구분행위에 상응하는 구분건물이 모두 완성된 것으로 보기도 어려우므로, 대지 공유지분에 관한 강제경매절차 전에 사건 건물이 집합건물로 존재하여 구분소유가 성립하였다고 할 수는 없고, 따라서 대지 공유지분은 집합건물법 제20조의 분리처분금지의 제한을 받지 아니한다고 할 것이므로 원고는 대지 공유지분을 강제경매절차에서 유효하게 취득하였다고 한 예.

1228) **집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2(상가건물의 구분소유)** ① 1동의 건물이 다음 각 호에 해당하는 방식으로 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 경우에 그 건물부분(이하 "구분점포"라 한다)은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다. 〈개정 2020.2.4.〉

1. 구분점포의 용도가 「건축법」 제2조제2항제7호의 판매시설 및 같은 항 제8호의 운수시설일 것 2. 삭제 〈2020.2.4.〉 3. 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치할 것 4. 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 붙일 것 ② 제1항에 따른 경계표지 및 건물번호표지에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

☛ 집합건물법 제1조의2가 시행된 2004. 1. 19. 이후 집합건축물대장의 신규 또는 변경등록이 이루어지고

으로 구획된 건물 부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 '구분행위'가 있어야 한다.[1230] 건축허가신청이나 분양계약 등에 의한 구분행위가 선행되었다면 이후 1동의 건물이 사회통념상 독립한 건물로 완성되고 구분건물이 구조상·이용상 독립성을 가지게 된 시점에 원시취득이 성립한다.[1231]

그에 따라 구분등기가 마쳐진 구분점포에 대하여는, 특별한 사정이 없는 한 집합건물법 소정의 절차에 따라 적법하게 대장이 등록되고 이에 기하여 구분등기가 마쳐진 것으로서 그 등록 및 등기가 마쳐질 당시 집합건물법 제1조의2에서 정한 구분소유권의 요건을 갖추고 있었다고 추정되고, 그와 다른 사실은 이를 다투는 측에서 주장·증명하여야 한다(대법원 2022. 12. 29.자 2019마5500 결정).

1229) ○ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다59876 판결; "1동 건물의 일부분이 구분소유권의 객체가 될 수 있으려면 그 부분이 구조상으로나 이용상으로 다른 부분과 구분되는 독립성이 있어야 하는바, 그 이용 상황 내지 이용 형태에 따라 구조상의 독립성 판단의 엄격성에 차이가 있을 수 있으나, 구**조상**의 **독립성**은 주로 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문에 요구된다고 할 것이므로 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없다. 다만 일정한 범위의 상가건물에 관하여는 구조상 독립성 요건을 완화한 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2, '집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2 제1항의 경계표지 및 건물번호표지에 관한 규정' 제1조, 제2조에 따라 경계를 명확하게 식별할 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치하고 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 부착함으로써 구분소유권의 객체가 될 수 있다."

○ 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다225398 판결; "**이용상 독립성**이란 구분소유권의 대상이 되는 해당 건물부분이 그 자체만으로 독립하여 하나의 건물로서의 기능과 효용을 갖춘 것을 말한다. 이와 같은 의미의 이용상 독립성이 인정되는지 여부는 해당 부분의 효용가치, 외부로 직접 통행할 수 있는지 여부 등을 고려하여 판단하여야 한다. 특히 해당 건물부분이 집합건물법 제1조의2의 적용을 받는 '구분점포'인 경우에는 그러한 구분점포의 특성을 고려하여야 한다." ☜ **원심**이, 원고들의 각 점포는 구조상 독립성 요건을 완화한 집합건물법 제1조의2의 경계표지·건물번호표지 요건마저도 갖추지 못하였고, 앞으로도 구조상·이용상 **독립성**을 갖추지 못할 것이므로, 구분소유권의 객체가 될 수 없어 그 각 분양계약은 무효라고 한 데 대하여, **대법원**은, 점포별로 구획과 차단시설을 설치하거나 경계표지와 건물번호표지가 견고하게 설치·부착되어 있지 않으나, 장차 구분건물에 필요한 점포의 경계표지나 건물번호표지를 갖추는 것이 사회통념상 불가능하다고 보기 어렵고, 각 점포는 공용부분인 통로에 직접 연결되어 있어 다른 전유부분을 거치지 않고 외부로 직접 통행하는 것이 가능하므로, 이용상 독립성도 인정된다고 한 예.

1230) ◎ **구분행위**

○ 대법원 2016. 6. 28. 선고 2016다1854, 1861 판결; "집합건물이 아닌 일반건물로 등기된 기존의 건물이 구분건물로 변경등기되기 전이라도, 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추고 그 건물을 구분건물로 하겠다는 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되는 구분행위가 있으면 구분소유권이 성립한다. 그리고 일반건물로 등기되었던 기존의 건물에 관하여 실제로 건축물대장의 전환등록절차를 거쳐 구분건물로 변경등기까지 마쳐진 경우라면 특별한 사정이 없는 한 위 전환등록 시점에는 구분행위가 있었던 것으로 봄이 타당하다. 그러나 처분권자의 구분의사는 객관적으로 외부에 표시되어야 할 뿐만 아니라, 건축법 등은 구분소유의 대상이 되는 것을 전제로 하는 공동주택과 그 대상이 되지 않는 것을 전제로 하는 다가구주택을 비롯한 단독주택을 엄격히 구분하여 규율하고 있고 … 이에 따라 등록·등기되어 공시된 내용과 다른 법률관계를 인정할 경우 거래의 안전을 해칠 우려가 크다는 점 등에 비추어 볼 때, 단독주택 등을 주용도로 하여 일반건물로 등록·등기된 기존의 건물에 관하여 건축물대장의 전환등록절차나 구분건물로의 변경등기가 마쳐지지 아니한 상태에서 구분행위의 존재를 인정하는 데에는 매우 신중하여야 한다."

○ 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다35020 판결; "소유자가 기존 건물에 증축을 한 경우에도 **증축** 부분이 구조상, 이용상의 독립성을 갖추었다는 사유만으로 당연히 구분소유권이 성립된다고 할 수는 없고, 소유자의 구분행위가 있어야 비로소 구분소유권이 성립된다고 할 것이며, 이 경우에 소유자가 기존 건물에 마쳐진 등기를 이와 같이 증축한 건물의 현황과 맞추어 1동의 건물로서 증축으로 인한 건물표시변경등기를 경료한 때에는 이를 구분건물로 하지 않고 그 전체를 1동의 건물로 하려는 의사였다고 봄이 상당하다."

1231) ○ 대법원 2013. 1. 17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결의 다수의견; "**구분행위**는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 그 건물의 특정 부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 일종의 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니고 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 인정된다. 따라서 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래

집합건물의 '공용부분'[1232]은 구분소유권의 객체가 될 수 없고,[1233] 구분소유자 전원의 공유에 속함이 원칙이지만, 일부의 구분소유자만이 공용하도록 제공되는 것임이 명백한 공용부분(일부공용부분)은 그들 구분소유자의 공유에 속한다(집합건물법 제10조 제1항).[1234]

신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있고, 이후 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 아직 그 건물이 집합건축물대장에 등록되거나 구분건물로서 등기부에 등기되지 않았더라도 그 시점에서 구분소유가 성립한다. 이와 달리 구분소유는 건물 전체가 완성되고 원칙적으로 집합건축물대장에 구분건물로 등록된 시점, 예외적으로 등기부에 구분건물의 표시에 관한 등기가 마쳐진 시점에 비로소 성립한다는 … 등의 견해는 이 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 이를 변경하기로 한다." ☞ 구분건물에 관하여 집합건축물대장에 등록하거나 등기부에 등재하는 것은 구분소유권의 내용을 공시하는 사후적 절차일 뿐이다(대법원 2019. 10. 17. 선고 2017다286485 판결).

○ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다219142 판결; "1동 건물의 구분된 각 부분이 구조상·이용상 독립성을 가지는 경우 각 부분을 구분건물로 할지 그 1동 전체를 1개의 건물로 할지는 소유자의 의사에 의하여 자유롭게 결정할 수 있는 점에 비추어 보면, 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사를 표시함으로써 구분행위를 한 다음 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 그 시점에서 구분소유가 성립하지만, 이후 소유권자가 분양계약을 전부 해지하고 1동 건물의 전체를 1개의 건물로 소유권보존등기를 마쳤다면 이는 구**분폐지행위**를 한 것으로서 이로 인하여 구분소유권은 소멸한다. 그리고 이러한 법리는 구분폐지가 있기 전에 개개의 구분건물에 대하여 유치권이 성립한 경우라 하여 달리 볼 것은 아니다."

1232) 집합건물 중 ① 여러 개의 전유부분으로 통하는 복도, 계단, 그 밖에 구조상 구분소유자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는 건물부분과 ② 규약이나 공정증서로 공용부분으로 정한 건물부분 등은 **공용부분**이다(대법원 2022. 1. 13. 선고 2020다278156 판결). ☛ 집합건물에서 건물의 안전이나 외관을 유지하기 위하여 필요한 지주, 지붕, 외벽, 기초공작물 등은 구조상 구분소유자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는 부분으로서 구분소유권의 목적이 되지 않으며 건물의 골격을 이루는 외벽이 구분소유권자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는지 여부는 그것이 1동 건물 전체의 안전이나 외관을 유지하기 위하여 필요한 부분인지 여부에 의하여 결정되어야 하고 그 외벽의 바깥쪽 면도 외벽과 일체를 이루는 공용부분이라고 할 것이다(2011다12163).

1233) ○ 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다77212 판결; "집합건물 중 여러 개의 전유부분으로 통하는 복도, 계단, 그 밖에 구조상 구분소유자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는 건물부분은 공용부분으로서 구분소유권의 목적으로 할 수 없다. … 구분건물에 관하여 구분소유가 성립될 당시 객관적인 용도가 공용부분인 건물부분을 나중에 임의로 개조하는 등으로 이용 상황을 변경하거나 집합건축물대장에 전유부분으로 등록하고 소유권보존등기를 하였다고 하더라도 그로써 공용부분이 전유부분이 되어 어느 구분소유자의 전속적인 소유권의 객체가 되지는 않는다."

○ 대법원 2018. 2. 13. 선고 2016다245289 판결; "집합건물 중에서 전유부분 소유자들이 함께 사용하는 것이 일반적인 건물부분의 경우에는 구분소유권의 성립 여부가 전유부분 소유자들의 권리관계나 거래의 안전에 미치는 영향을 고려하여 구분의사의 표시행위가 있었는지 여부를 신중하게 판단하여야 한다. 다세대주택의 지하층은 구분소유자들이 공동으로 사용하는 경우가 적지 않은데, 다세대주택인 1동의 건물을 신축하면서 건축허가를 받지 않고 위법하게 지하층을 건축하였다면 처분권자의 구분의사가 명확하게 표시되지 않은 이상 공용부분으로 추정하는 것이 사회관념이나 거래관행에 부합한다."

1234) ○ 대법원 2022. 1. 13. 선고 2020다278156 판결; "건물의 어느 부분이 구분소유자 전원이나 일부의 공용에 제공되는지 여부는 일부공용부분이라는 취지가 등기되어 있거나 소유자의 합의가 있다면 그에 따르고, 그렇지 않다면 건물의 구조·용도·이용 상황, 설계도면, 분양계약서나 건축물대장의 공용부분 기재 내용 등을 종합하여 구분소유가 성립될 당시 건물의 구조에 따른 객관적인 용도에 따라 판단하여야 한다. 이러한 법리는 여러 동의 집합건물로 이루어진 단지 내 특정 동의 건물부분으로서 구분소유의 대상이 아닌 부분이 해당 단지 구분소유자 전원의 공유에 속하는지, 해당 동 구분소유자 등 일부 구분소유자만이 공유하는 것인지를 판단할 때에도 마찬가지로 적용된다." ☜ 아파트 입주자대표회의(피고)가 지하주차장 진출입로에 자동차 번호판을 인식할 수 있는 차단기를 설치하여 사전에 번호를 등록한 입주자와 목적을 밝힌 방문자의 자동차만 출입하도록 하면서, 상가에 입점한 상인이나 고객 등의 자동차 출입은 제한하자, 상가 구분소유자들(원고)이 피고를 상대로 지하주차장 이용 방해 행위 금지 등을 구한 **사안**에서, 아파트와 상가는 별개의 건물로 신축·분양되고 구조나 외관상 분리·독립되어 있으며 기능과 용도가 다른 점, 지하주차장은 구조에 따른 객관적 용도에 비추어 아파트 구분소유자만의 공용에 제공되고 있는 점, 아파트 구분소유자는 지하주차장 전체 면적 중 전유부분 면적에 비례하여 분할·

그 구체적인 소유권 취득 원인 사실을 주장·증명하면 된다.

(1) 사정에 의한 토지의 원시취득

일제강점기의 토지조사사업과 임야조사사업에 따라 토지를 사정(査定)받은 자는 그 토지를 원시취득하는바, 어떤 토지에 관하여 사정을 이유로 소유권을 취득하였음을 주장하는 자는 그 사정 사실에 관한 증명책임을 부담한다.

사정명의자로부터 상속 받았다고 주장하는 경우, '사정 사실'과 함께 '상속 사실'이 증명되어야 하고, 상속관계가 반드시 호적부의 기재에 의하여 증명되어야 하는 것은 아니지만 호적부 없이 상속관계를 인정하는 경우에는 특히 납득할 만한 증거에 의하여 뒷받침되어야 하며,[1212] 사정명의인의 후손으로서 상속에 의하여 그의 소유권을 승계취득하였음을 소송상 주장하는 사람의 선대와 사정명의인의 동일성은 '엄격하게 증명'되어서 법관이 그에 관하여 '확신'을 가질 수 있어야 한다.[1213]

체결하는 대신에 매도인이 채무를 부담하고 있는 것처럼 거짓으로 꾸며 가장채권에 기한 집행권원을 만들고 그에 따른 강제경매절차에서 매수인이 경락취득하는 방법을 취하는 경우와 같이 강제경매가 반사회적 법률행위의 수단으로 이용된 경우에는 경락인의 소유권취득의 효력은 부정된다(90다16177). ❷ 확정된 종국판결에 터잡아 경매절차가 진행된 경우 그 뒤 그 확정판결이 재심소송에서 취소되었다고 하더라도 그 경매절차를 미리 정지시키거나 취소시키지 못한 채 경매절차가 계속 진행된 이상 경락대금을 완납한 경락인은 경매 목적물의 소유권을 적법히 취득한다(96다42628 판결).

1211) ○ 대법원 2020. 5. 28. 선고 2016다233729 판결; "주택재개발사업에서 시행자가 사업에 필요한 경비에 충당하거나 규약·정관·시행규정 또는 사업시행계획으로 정한 목적을 위하여 관리처분계획에서 조합원 외의 자에게 분양하는 새로운 소유지적의 체비지를 창설하고 이를 이전고시 전에 이미 매도한 경우, 당해 체비지는 사업시행자가 이전고시가 있은 날의 다음 날에 소유권을 원시적으로 취득하고 당해 체비지를 매수한 자는 소유권이전등기를 마친 때에 소유권을 취득하게 된다."
○ 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다30622 판결; "동업을 목적으로 한 조합이 조합체로서 또는 조합재산으로서 부동산의 소유권을 취득하였다면, 민법 제271조 제1항의 규정에 의하여 당연히 그 조합체의 합유물이 되고 (이는 민법 제187조에 규정된 '법률의 규정에 의한 물권의 취득'과는 아무 관계가 없다. 따라서 조합체가 부동산을 법률행위에 의하여 취득한 경우에는 물론 소유권이전등기를 요한다.)"
○ 대법원 1993. 9. 14. 선고 93다8054 판결; "**민법 제48조**는 재단법인 성립에 있어서 재산출연자와 법인과의 관계에 있어서의 출연재산의 귀속에 관한 규정이고, … 출연재산이 부동산인 경우 … 등기를 필요로 하는 것이 아니라 할 것이나, 제3자에 대한 관계에 있어서는 출연행위가 법률행위이므로 출연재산의 법인에의 귀속에는 부동산의 권리에 관해서는 법인성립 외에 등기를 필요로 한다."

1212) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2006다25998 판결.

1213) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011다56972 판결; "일정 아래에서의 토지조사령에 기하여 행하여진 토지조사사업에서 토지의 소유자로 사정받은 사람은 당해 토지의 소유권을 원시적·창설적으로 취득하는 것으로서, 그 사정은 토지소유권관계의 출발점을 이룬다. 또한 토지사정 이후 100여 년에 이르는 오랜 기간 동안에 토지에 관한 거래 기타 법률관계에 관한 변동원인이 있었을 적지 않은 개연성, 그 사이에 우리 사회에 일어난 전란 기타 현저한 사회적·경제적 변동 또는 토지이용현황의 추이 등에도 불구하고, 사정명의인의 후손은 일단 상속이라는 포괄적 권리승계원인에 의하여 사정명의인이 가지던 토지소유권의 승계취득을 쉽사리 증명할 수 있다. 이러한 사정 등을 고려하면, 사정명의인의 후손으로서 상속에 의하여 그의 소유권을 승계취득하였음을 소송상 주장하는 경우에 그의 선대와 사정명의인의 동일성은 엄격하게 증명되어서 법관이 그에 관하여 확신을 가질 수 있어야 하고, 그 점에 관하여 의심을 제기할 만한 사정이 엿보임에도 함부로 이를 추단하여서는 안 된다. 한편 토지조사부에 사정받은 것으로 기재된 사람의 이름이 당사자가 내세우는 사람의 이름과 다름에도 불구하고 그들이 동일인이라고 인정하기 위하여는 합리적이고 납득할 만한 근거가 제시되어야 한다고 할 것이다."
㉮ 원고의 조부가 토지조사부에 기재된 사정명의인과 동일인인지가 문제된 사안에서, 원고의 조부인 '최재성(崔在誠)'과 사정명의인인 '최재성(崔在成)'은 한자 이름이 서로 다르므로 그들을 동일인이라고 인정하기 위하여

토지조사부나 임야조사부에 토지소유자로 등재되어 있는 자는 재결에 의하여 사정내용이 변경되었다는 등의 '반증'이 없는 이상 토지소유자로 사정받고 그 사정이 확정된 것으로 추정된다.[1214] 구 토지조사령에 의해 작성된 지적원도나[1215] 구 지적법 시행 당시 당사자의 신고에 의해 복구된 임야대장[1216]의 기재로 사정 사실을 추정할 수는 없고, 지적원도 등에 기재된 사람 일가와 토지 사이의 밀접한 관련성을 인정할 만한 다른 사실을 종합하여 사정 사실 인정의 증거자료로 삼을 수는 있다.

종중이 그 소유였던 부동산을 종중원에게 명의를 신탁하여 사정받았으면 사정명의인인 종중원이 소유권을 원시적·창설적으로 취득하는바,[1217] 타인에게 명의를 신탁하여 사정을 받은 것이라고 주장하는 자는 그 명의신탁 사실에 대한 증명책임이 있다.[1218]

는 합리적이고 납득할 만한 근거가 제시되어야 하는데, 원심이 판단 근거로 삼은 사정만으로는 최재성(崔在成)이라는 사람의 실존 여부를 확인하는 것이 불가능하다고 보아야 함에도, 원고의 조부와 사정명의인은 동일인인데 토지조사부에는 원고의 조부 이름이 잘못 기재되었다는 취지로 판단한 원심판결을 파기한 사례.

1214) 대법원 1998. 9. 8. 선고 98다13686 판결. 이는 사실상 추정으로 볼 것이지만, 토지나 임야 조사사업으로부터 장구한 세월이 경과한 현재 반증의 성공은 사실상 어려울 것이므로, 토지조사부나 임야조사부의 제출로써 법률상 추정에 준할 정도의 강한 사실상의 추정력으로 증명을 다한 셈이 된다. 일제강점기하의 재결서나, 등기부, 관보 등에 의하여 반증이 성공하는 경우도 있다.

1215) 대법원 2000. 4. 7. 선고 99다40005 판결; "토지 소유자의 사정은 지적원도의 소유자 기재 그 자체에 의거하여 이루어지는 것이 아니라, 원도 및 토지소유자의 신고서에 의하여 실지조사부를 조제한 다음(세부측도실시규정 제45조) 그 실지조사부를 자료로 다시 토지조사부를 조제하여 그 토지조사부에 의하여 비로소 이루어지는 것이고, 한편 실지에서 세부측도를 하면서 연필로 작성한 원도의 선이나 지번, 지목 등의 기재에 대하여는 실지 작업의 당일 먹을 입히도록 하고 있으나, 지주명만은 먹을 입히지 않고 실측할 때 연필로 기재한 그대로 존치하는 방법으로 이를 원도에 표시하도록 하고 있는바(세부측도실시규정 제71조, 제85조), 이와 같이 지적원도의 소유자 기재가 사정의 직접적인 근거자료가 되는 것이 아니라 사정을 위한 공부인 토지조사부의 전단계에서 조제되는 실지조사부 조제를 위한 내부 자료에 불과하다면, 그리고 그것도 그 내용을 계속 보존할 의도하에 기재되는 것이 아니라 변개 방지를 위한 아무런 장치도 없이 연필로 임시로 기재해 두는 것에 불과하다면, 그것이 설사 임시토지조사국의 규정에 따라 기재된 것이라 하더라도 그것을 가지고 곧바로 거기에 기재된 사람이 그 토지의 소유자로 사정받았다고 추정할 수는 없다 할 것이다. … 사정을 위한 공부인 토지조사부는 지적원도의 기재를 근거로 조제된 실지조사부를 토대로 하여 조제되는 것이므로, 그러한 사실은 그 사람이 그 토지의 소유자로 사정받은 것으로 짐작케 하는 유력한 자료는 된다고 할 것이다." ☜ 계쟁 토지들의 지적원도에 조부 또는 부의 성명이 기재되어 있는 사실과 그들 일가와 위 토지들의 밀접한 관련성을 말해 주는 그 밖의 사실을 종합하면 조부 또는 부가 위 토지들의 소유자로 사정받은 것으로 인정할 수 있다고 한 사례.

1216) 대법원 1996. 2. 13. 선고 95다3510 판결; "6·25 전쟁 중 멸실된 임야대장이 구 지적법(1975. 12. 31. 법률 제2801호로 개정되기 전의 것) 시행 당시 당사자의 신고에 의하여 복구되었다면 그 복구된 임야대장상 소유자란의 기재는 소유권의 귀속을 증명하는 자료가 될 수 없다는 것이 당원의 확립된 견해이나, 이는 당해 토지의 소유권이 이러한 임야대장의 소유자란에 기재된 자에게 귀속된 것으로 추정할 수 없다는 것에 지나지 아니하므로, 그 임야대장에 특정인이 사정받은 것으로 기재된 경우 그 명의로 사정되었다고 인정할 자료로도 삼을 수 없는 것이라고 할 수는 없다." ☜ 원심이, 6·25 전쟁 중 멸실되었다가 1967. 4. 1. 소외 망 甲과 피고 乙의 신고에 의하여 복구된 임야대장의 등본을 증거로 하여 사건 토지가 소외 망 丙 명의로 사정되었다고 인정하면서, 한편으로 갑과 피고 乙이 위 임야대장 등본의 소유자란에 소유자로 등재되어 있어도 이를 그들 소유로 인정할 자료로 삼을 수 없다고 본 것은 정당하다고 한 사례.

1217) 대법원 1998. 4. 14. 선고 96다39011 판결. 따라서 명의신탁자인 종중은 명의신탁계약에 의한 신탁자의 지위에서 명의신탁을 해지하고 그 소유권이전등기를 청구할 수 있음에 그치고, 종중이 명의신탁계약을 해지하였다고 하더라도 소유권이전등기를 넘겨받을 때까지는 그 부동산은 대외적으로 수탁자인 종중원의 소유에 속하는 것이므로 수탁자인 종중원이 토지대장이나 임야대장 등에 소유자로 등재되어 있음을 이용하여 소유권보존등기를 마치면 그 소유권보존등기는 제3자에 대한 관계에서는 유효하고, 이를 바탕으로 한 소유권이전등기 역시 유효하다.

사정명의자 상속인 명의의 소유권보존등기와 이에 기한 이전등기는 보존등기가 토지조사부와 상속을 증명하는 서면 등에 근거한 것이 아니라고 하더라도 실체적 권리관계에 부합하는 유효의 등기로 추정되고, 이를 다투는 자는 그 토지가 등기명의인의 소유가 아니라는 점에 대한 증명책임을 부담한다.[1219]

사정 이후에 사정명의인이나 그 상속인이 토지를 다른 사람에게 처분하여 소유권을 상실한 사실이 인정된다면 사정명의인이나 그 상속인에게는 소유권보존등기 명의자를 상대로 그 등기의 말소를 청구할 권원이 없게 되므로 그 청구는 인용될 수 없다(이는 권리소멸사유로서 말소등기청구에 대한 항변 사유이다).[1220]

'친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법' 제2조 제2호 후문[1221]에서 '취득'에는 '사정'을 원인으로 소유권을 원시취득하는 경우는 물론, 사정 명의를 제3자에게 신탁하여 취득한 경우도 포함되고, 그 '추정'은 '법률상 사실추정'에 해당한다.[1222]

(2) 신축에 의한 건물·구분건물의 원시취득

(가) 신축건물의 소유권 귀속

신축건물의 소유권은 원칙적으로 자기의 노력과 재료를 들여 건축한 사람이 원시적으로 취득하지만, 도급계약에서 수급인이 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 완성하더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권보존등기를 하

1218) 대법원 1998. 9. 8. 선고 98다13686 판결; "사정을 이유로 소유권을 취득하였음을 주장하는 자는 그 사정 사실 외에 사정 이전의 토지 취득 경위까지 입증할 필요는 없다. 반면에, 타인에게 명의를 신탁하여 사정을 받은 것이라고 주장하는 자는 그 명의신탁 사실에 대한 입증책임이 있고, 사정명의자 쪽에서 사정 이전의 취득 경위에 관하여 주장하더라도 이는 명의신탁 주장에 대한 부인에 해당하고 새로운 취득 권원을 주장한 것이라고 할 수 없으므로 이에 대하여 입증하지 못하였다고 하여 당연히 명의신탁 사실이 인정되어야 하는 것은 아니다." ☞ 종중이 종중원 등에게 토지 사정 명의를 신탁했는지 여부가 다투어지는 경우, 그 판단기준이 되는 제반 간접사실에 대해서는 후술할 '명의신탁' 부분 참조.

1219) 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다66522 판결; "토지조사부에 토지소유자로 등재되어 있는 자는 재결에 의하여 사정내용이 변경되었다는 등의 반증이 없는 이상 토지소유자로 사정받고 그 사정이 확정된 것으로 추정할 것이므로, 어느 토지에 관하여 토지조사부에 사정받은 자로 등재된 자가 사망하였고 그 재산상속인이 남아 있다면, 그 토지에 관한 사정이 있은 후에 그 소유권이 제3자에게 이전되었다고 볼 만한 사정이 없는 한 사정명의자의 재산상속인이 그 토지의 소유자라고 보아야 할 것이고, 따라서 사정명의자의 재산상속인 명의로 마쳐진 소유권보존등기와 이에 터잡아 마쳐진 소유권이전등기는 비록 그 소유권보존등기가 토지조사부와 상속을 증명하는 서면 등에 근거한 것이 아니라고 하더라도 일응 실체적 권리관계에 부합하는 유효의 등기로 추정되고, 이러한 경우 등기명의인의 소유임을 다투는 자는 그 토지가 등기명의인의 소유가 아니라는 점에 대한 입증책임을 부담한다고 할 것이다."

1220) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007다79718 판결.

1221) "러·일전쟁 개전 시부터 1945년 8월 15일까지 친일반민족행위자가 취득한 재산은 친일행위의 대가로 취득한 재산으로 추정한다."

1222) 따라서 추정을 번복하기 위해서는, '재산의 취득시기가 러·일전쟁 개전 시부터 1945년 8월 15일까지 사이'라는 전제사실에 대하여 법원의 확신을 흔들리게 하는 반증을 제출하거나 또는 '취득한 재산이 친일행위의 대가가 아니'라는 추정사실에 반대되는 사실의 존재를 증명하여야 한다(대법원 2016. 12. 29. 선고 2014다22789 판결).

만 추정력이 부여된다.[1203] 추정을 받고자 하는 자는 '점유' 사실만을 주장·증명하면 되고, 상대방은, 추정의 전제사실인 '점유'에 대해서는 '반증'으로, 추정되는 권리에 대해서는 '본증'으로 권리의 불취득이나 상실을 주장·증명하여 다투면 된다.

부동산에 관하여 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우 그 등기명의자는 제3자에 대하여서 뿐만 아니라, 그 전 소유자에 대하여서도 적법한 절차와 원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 법률상 추정되므로, '소유권 등기 사실'을 주장·증명함으로써 '소유자'임을 주장·증명할 수 있다.

원고의 소유권 취득과 피고의 등기 사이에 제3자 명의의 소유권이전등기가 중간에 존재하는 경우, 피고가 등기를 마치기 전에 이미 원고가 소유권을 상실한 것으로 법률상 추정되므로, 원고로서는 '제3자 명의의 소유권이전등기의 원인 무효'부터 주장·증명하여야 원고의 소유 사실을 완전하게 주장·증명하는 셈이 된다.

원고가 '소유권 등기'의 추정력으로 자신의 '소유' 사실을 주장·증명한 경우, 피고로서는 그에 대해 항변으로서 '원고 명의 등기의 원인무효',[1204] '원고의 후발적 소유권 상실'[1205]을 주장·증명할 수 있다.

등기의 추정력에 관하여는 다음에 독립된 항으로 상세히 기술하기로 한다.

다) 원시취득, 법률규정에 의한 소유권 취득 사실의 증명

원고가 '소유권 등기 사실'을 주장·증명할 수 없다면, 원고로서는 구체적인 소유권 취득 원인 사실을 주장·증명함으로써 소유 사실을 증명할 수도 있다.

예컨대, 원시취득의 경우 건물이라면 원고가 건물을 건축하였다는 점을, 토지라면 원고의 선대가 사정받았다는 점을 주장·증명하면 된다.

1203) 대법원 1982. 4. 13. 선고 81다780 판결, 대법원 1970. 7. 24. 선고 70다729 판결, 대법원 1969. 1. 21. 선고 68다1864 판결.

1204) 즉, 피고로서는 항변으로서 원고 명의의 소유권 등기가 원인무효임을 주장·증명함으로써 원고 명의 소유권 등기의 법률상 추정력을 복멸시킬 수 있다(대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다11281 판결; "반사회질서 법률행위를 원인으로 하여 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 그 등기는 원인무효로서 말소될 운명에 있으므로 등기명의자가 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하는 경우에, 그 권리 행사의 상대방은 위와 같은 법률행위의 무효를 항변으로서 주장할 수 있다고 할 것이다.").
피고 명의의 소유권이전등기가 원고 명의의 소유권이전등기로부터 전전하여 경료된 것으로서 선행하는 원고 명의의 소유권이전등기의 유효함을 전제로 하여야만 그 효력을 주장할 수 있는 경우라 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2005. 9. 28. 선고 2004다50044 판결; 원고 명의의 소유권이전등기가 원인무효라는 피고들의 항변을 받아들여 원고가 적법한 소유자가 아님을 이유로 원고의 말소등기청구를 배척한 것은 정당하고, 거기에 주장과 부인 등에 관한 법리오해 등의 위법이 없다고 한 예).

1205) 원고가 피고의 원인무효 등기 이후에 후발적으로 당해 부동산에 대한 소유권을 상실한 경우 이는 피고의 유효한 항변사유가 될 수 있다. 예컨대, 선등기명의자의 소유권이전등기가 원인무효라고 하더라도 그 이후의 최종 등기명의자가 시효취득의 항변을 제출하여 법원에서 그것이 받아들여진 경우, 그 전의 등기명의자들이 최종 등기명의자의 시효취득 사실을 원용하여 원소유자의 소유권 상실을 주장하고 있다면 원소유자의 소유권에 기한 등기말소청구는 배척될 수밖에 없다(대법원 1995. 3. 3. 선고 94다7348 판결, 대법원 2019. 7. 10. 선고 2015다249352 판결).

민법 제187조[1206]의 '등기를 요하지 아니하는 부동산 물권 취득'으로서, 상속,[1207] 공용징수,[1208] 형성판결,[1209] 경매[1210] 기타 법률의 규정에 의한 소유권 취득[1211]의 경우에도

1206) **민법 제187조(등기를 요하지 아니하는 부동산물권취득)** 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

1207) ○ 대법원 2023. 4. 27. 선고 2020다292626 판결; "**민법 제1007조**는 "공동상속인은 각자의 상속분에 응하여 피상속인의 권리·의무를 승계한다."라고 정하는바, 위 조항에서 정한 '상속분'은 법정상속분을 의미하므로 일단 상속이 개시되면 공동상속인은 각자의 법정상속분의 비율에 따라 모든 상속재산을 승계한다. 또한 민법 **제1006조**는 "상속인이 수인인 때에는 상속재산은 그 공유로 한다."라고 정하므로, 공동상속인들은 상속이 개시되어 상속재산의 분할이 있을 때까지 민법 제1007조에 기하여 각자의 법정상속분에 따라서 이를 잠정적으로 공유하다가 특별수익 등을 고려한 구체적 상속분에 따라 상속재산을 분할함으로써 위와 같은 잠정적 공유상태를 해소하고 최종적으로 개개의 상속재산을 누구에게 귀속시킬 것인지를 확정하게 된다. 그러므로 공동상속인들 사이에서 상속재산의 분할이 마쳐지지 않았음에도 특정 공동상속인에 대하여 특별수익 등을 고려하면 그의 구체적 상속분이 없다는 등의 이유를 들어 그 공동상속인에게는 개개의 상속재산에 관하여 법정상속분에 따른 권리승계가 아예 이루어지지 않았다거나, 부동산인 상속재산에 관하여 법정상속분에 따라 마쳐진 상속을 원인으로 한 소유권이전등기가 원인무효라고 주장하는 것은 허용될 수 없다."((상속재산의 분할 절차에서 구체적 상속분에 따라 개개의 상속재산이 자신들에게 최종적으로 귀속되었음을 주장할 수 있음은 별론이다) ☛ ❶ 상속인은 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다(민법 제1005조). ❷ 상속재산인 부동산의 분할 귀속을 내용으로 하는 상속재산분할심판이 확정되면 민법 제187조에 의하여 상속재산분할심판에 따른 등기 없이도 해당 부동산에 관한 물권변동의 효력이 발생한다(대법원 2020. 8. 13. 선고 2019다249312 판결). ❸ 가정법원의 심판으로 경매를 명한 상속재산분할심판이 확정되면 심판의 당사자는 이 심판에 기하여 상속재산에 대하여 경매를 신청하고 경매에 따른 매각대금을 수령할 권리가 있으나 상속재산분할심판에서 정한 구체적 상속분에 따라 물권변동의 효력이 발생하는 것은 아니다(2010다10108).

○ 대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결; "포괄적 유증을 받은 자는 민법 제187조에 의하여 법률상 당연히 유증받은 부동산의 소유권을 취득하게 되나, 특정유증을 받은 자는 유증의무자에게 유증을 이행할 것을 청구할 수 있는 채권을 취득할 뿐" ☛ 포괄적 사인증여에는 민법 제1078조(포괄적 유증을 받은 자는 상속인과 동일한 권리의무가 있다)가 준용되지 않고, 사인증여 계약상의 의무이행을 청구할 수 있을 뿐이다(94다37714,37721).

1208) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016두51719 판결; "공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(토지보상법)상 수용은 일정한 요건하에 그 소유권을 사업시행자에게 귀속시키는 행정처분으로서 이로 인한 효과는 소유자가 누구인지와 무관하게 사업시행자가 그 소유권을 취득하게 하는 원시취득이다. 반면, 토지보상법상 '협의취득'의 성격은 사법상 매매계약이므로 그 이행으로 인한 사업시행자의 소유권 취득도 승계취득이다. 그런데 토지보상법 제29조 제3항에 따른 신청이 수리됨으로써 협의 성립의 확인이 있었던 것으로 간주되면, 토지보상법 제29조 제4항에 따라 그에 관한 재결이 있었던 것으로 재차 의제되고, 그에 따라 사업시행자는 사법상 매매의 효력만을 갖는 협의취득과는 달리 그 확인대상 토지를 수용재결의 경우와 동일하게 원시취득하는 효과를 누리게 된다."

1209) 대법원 1998. 7. 28. 선고 96다50025 판결; "민법 제187조의 판결은 판결 자체에 의하여 부동산 물권 취득의 효력이 발생하는 경우를 말하는 것이고, 당사자 사이의 법률행위를 원인으로 하여 부동산 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 것과 같은 판결은 이에 포함되지 아니하므로, 인낙조서가 확정판결과 동일한 효력이 있다고 하더라도 증여를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행청구에 대하여 인낙한 것이라면 그 부동산의 취득에는 등기를 요한다." ☛ 대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결의 반대의견; "이행의무의 존부가 문제되는 이행의 소나 확인의 소에서의 이행판결과 확인판결은 민법 제187조 소정의 '판결'에 해당하지 아니하고, 그러한 내용으로 조정이나 재판상 화해가 성립한 경우에도 마찬가지로 민법 제187조가 아닌 민법 제186조를 적용하여야 함은 대법원의 확립된 판례이다. 반면 형식적 형성의 소인 공유물분할의 소에서의 현물분할을 명한 형성판결은 이와 달리 민법 제187조 소정의 '판결'에 해당하는바"

1210) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다57459 판결; "제1, 2순위의 근저당권설정등기 사이에 소유권이전등기청구권 보전의 가등기가 경료된 부동산에 대하여 위 제1순위 근저당권의 실행을 위한 경매절차에서 매각허가결정이 확정되고 매각대금이 완납된 경우 위 가등기 및 그에 기한 본등기상의 권리는 모두 소멸하고 … 매각허가결정의 확정으로 인한 물권변동의 효력은 그에 관한 등기에 관계없이 이루어지는 것이다." ☛ ❶ 가집행선고부판결에 기한 강제집행은 확정판결에 기한 경우와 같이 본집행이므로 상소심의 판결에 의하여 가집행선고의 효력이 소멸되거나 집행채권의 존재가 부정된다고 할지라도 그에 앞서 이미 완료된 집행절차나 이에 기한 경락인의 소유권취득의 효력에는 아무런 영향을 미치지 아니한다. 다만 이중매매의 매수인이 매도인과 직접 매매계약을

토지의 소재·지번·지목·지적과 경계에 관한 지적공부 복구가 잘못되었다는 특별한 사정에 대한 증명책임은 이를 주장하는 당사자에게 있다.[1345]

라. 명의신탁

1) 증명책임

가) 명의신탁등기의 말소등기청구

'부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률'[1346] 제4조에 의하면, 명의신탁약정[1347] 및 그에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효이고,[1348] 민법 제746조의 불법원인급여 규정이 적용되지는 않는다.[1349]

부동산에 관하여 그 소유자로 등기되어 있는 자는 적법한 절차와 원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 법률상 추정되므로 그 등기가 명의신탁에 기한 것으로서 원인 무효

1345) 대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다230991 판결; "일정한 토지가 지적공부에 한 필지의 토지로 복구 등록된 경우, 토지의 소재·지번·지목·지적과 경계는 지적공부의 복구 재제과정에서 관계 공무원이 사무착오로 지적공부를 잘못 작성하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 지적복구 전 토지의 소재·지번·지목·지적과 경계가 그대로 복구된 것으로 추정된다. 지적공부가 관계 공무원의 사무착오로 잘못 작성되었다는 등의 특별한 사정에 대한 증명책임은 이를 주장하는 당사자에게 있다." ☜ 특별한 사정과 관련한 아무런 증거가 제출되지 아니하였으므로 이 사건 토지는 지적복구 당시 이 사건 사정토지로부터 분할되어 지목인 '도로'로 이용되었다고 봄이 타당하다고 한 예.

1346) 이하 '부동산실명법'이라 한다.

1347) **"명의신탁약정"**이란 부동산에 관한 소유권이나 그 밖의 물권(이하 "부동산에 관한 물권"이라 한다)을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자[이하 "실권리자"라 한다]가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기를 포함한다)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정[위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인에 의한 경우를 포함한다]을 말한다(부동산실명법 제2조 제1호 본문). **신탁법상의 신탁**은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적의 달성을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 등 필요한 행위를 하게 하는 것이므로(신탁법 제2조), 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니다(대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다278170 판결).

1348) **부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력)** ① 명의신탁약정은 무효로 한다. ② 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다. 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 제1항 및 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다.

1349) 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 명의수탁자 명의로 등기를 하였다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 단정할 수는 없고, 이는 농지법에 따른 제한을 회피하고자 명의신탁을 한 경우에도 마찬가지이다. 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁등기가 불법원인급여인지를 판단하기 위해서는 부동산실명법의 규정과 그 규범 목적을 고려하여 판단해야 하는데, 입법자는 신탁부동산의 소유권이 명의신탁자에게 귀속됨을 전제로 규정함으로써, 민법 제103조와 제746조의 관계를 부동산실명법 자체에서 명확하게 해결하고 있으므로, 부동산실명법에서 금지한 명의신탁에 관하여 반사회적인지 아닌지를 구분하여 불법원인급여의 적용을 달리하려는 시도는 바람직하지 않다(대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결). 93다61307 판결은 강제집행을 면할 목적으로 부동산의 소유자 명의를 신탁하는 것이 불법원인급여에 해당한다고 볼 수는 없다고 하고, 91다16334, 16341 판결은 양도소득세를 회피하기 위한 방법으로 부동산을 명의신탁한 것이 민법 제103조의 반사회적 법률행위에 해당하지 않는다고 하였다. **cf. 민법 제746조(불법원인급여)** 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

라는 점은 이를 주장하는 자에게 증명책임이 있다.[1350]

명의신탁등기의 말소등기를 구하거나 명의신탁등기 명의자의 소유권을 부정하는 자는 그 등기가 원인 무효에 해당한다는 점으로서, 2자(= 양자)간 또는 3자간(= 중간생략등기형) 등기명의신탁의 경우에는 '2자간 또는 3자간 명의신탁 약정 사실'을, 계약명의신탁의 경우에는 '계약명의신탁 약정 사실'에 더하여 부동산실명법 제4조 제2항 단서에 따라 '부동산 물권 취득 계약의 상대방이 명의신탁약정이 있다는 사실을 안 사실'까지 주장·증명하여야 한다. 판례도 '명의신탁약정이 있었음을 알고 있었다는 점'을 요증대상으로 하고 있어 같은 취지로 볼 수 있다.[1351]

나) 명의신탁등기에 터 잡은 등기의 말소등기청구

명의신탁약정 및 그에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동의 무효는 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 '제3자'에게 대항하지 못하므로, 명의신탁등기에 터 잡은 전득자의 소유권이전등기에 대하여 말소등기절차의 이행을 구하는 청구는 일단 그 청구원인 자체에 의하여 위 소정의 '제3자'(= 명의신탁 약정의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람으로서 소유권이나 저당권 등 물권을 취득한 자뿐만 아니라 압류 또는 가압류채권자도 포함[1352]하고 선의·악의를 묻지 않는

1350) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다90883 판결.

1351) ❶ 대법원 2011. 9. 29. 선고 2010다41348, 41355 판결; "원심은, 원고가 피고와 사이에 조선비치모텔에 대한 매매대금을 출연하되 피고 명의로 손쉽게 대출을 받을 수 있도록 피고 명의로 토지를 매수하기로 명의신탁약정을 하였고, 원고는 위 명의신탁약정에 따라 피고 명의로 신OO의 대리인 배OO와 매매계약을 체결하였으며, 그 매매계약에 기초하여 피고 명의로 소유권이전등기가 경료된 사실을 인정한 다음, 신OO이나 그 대리인 배OO가 원고와 피고 사이에 명의신탁약정이 있었음을 알고 있었다는 점에 관한 아무런 입증이 없는 이 사건에 있어, 원·피고 사이의 명의신탁약정은 신탁자와 수탁자가 명의신탁약정을 맺고 수탁자인 피고가 매매계약의 당사자가 되어 매도인인 신OO을 대리한 배OO와 매매계약을 체결하여 그 등기를 수탁자인 피고 앞으로 이전등기한 계약명의신탁이라고 봄이 상당하므로, 위와 같은 명의신탁약정이 무효라고 하더라도 명의수탁자인 피고 명의의 소유권이전등기는 유효하고, 따라서 명의신탁자인 원고가 매도인인 신OO에 대하여 소유권이전등기청구권을 가질 수는 없다고 판단하였다. … 원심의 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고" ❷ 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다86365 판결; "원심은 원고가 나OO과 공동으로 피고 최OO, 신OO로부터 이 사건 부동산을 매수하면서 나OO의 처인 피고 최OO에게 그 소유권이전등기의 명의를 신탁하였는데, 위 매도인들의 대리인들이 원고와 나OO 및 피고 최OO 사이에 명의신탁약정이 있다는 점을 잘 알고 있었으니, 위 명의신탁약정 및 위 매매계약은 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조에 의하여 무효라는 원고의 주장에 대하여, 그 판시 증거들만으로는 매도인인 피고 최OO, 신OO가 … 원고와 피고 최OO과 사이에 명의신탁약정이 있었다는 사정을 알고 있었다는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 취지로 판단하였다. … 원심의 위와 같은 사실인정 및 그 전제로 행한 증거의 취사선택 및 평가는 … 수긍할 수 있으므로" ❸ 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다34828 판결; "계약명의신탁의 경우 매도인인 동대구신용협동조합이 피고와 소외인 사이의 명의신탁 약정 사실을 알고 있었다는 점에 관한 주장·입증이 없는 한 부동산실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제1, 2항에 따라 수탁자인 소외인이 이 사건 부동산의 완전한 소유권을 취득한다 할 것"

1352) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다107068 판결 [제3자이의]; **원심**이, 소외 1, 2 사이에 체결된 부동산 매매계약 및 그에 따른 소외 2 명의의 소유권이전등기는 부동산실명법 제4조 제1항, 제2항 본문에 따라 무효로 되고, 소외 1은 그 등기명의의 회복 여부를 불문하고 부동산의 진정한 소유자로서 피고의 강제집행에 대하여 이의를 주장하고 집행의 배제를 구할 수 있는 권리가 있고, 원고는 소외 1에 대해 소유권이전청구권을 갖는 채권자로

다. 명의신탁약정에 따라 형성된 외관을 토대로 다시 명의신탁이 이루어지는 등 연속된 명의신탁관계에서 최후의 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람도 '제3자'에 해당한다)[1353]에 대한 청구임이 드러나므로 전득자에 대하여 '명의신탁약정 및 그에 따른 등기의 무효'만을 무효사유로 삼고 있으면 그 청구는 주장 자체로 이유 없어 기각되어야 하고, 원고로서는 명의수탁자로부터 전득자로의 등기에 관한 고유의 무효 사유[1354] 또는 전득자가 위 규정 소정의 '제3자'에 해당하지 아니하는 특별한 사정,[1355] 전득자가 '부동산 명의신탁자와 물권을 취득하기 위한 계약을 맺고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 마친 것 같은 외관을 갖춘 자'[1356]인 사실 등을 주장·증명하여야 한다.

서 채무자인 소외 1의 위 권리를 대위 행사할 수 있다는 이유로 피고의 강제집행은 불허되어야 한다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 피고는 소외 2에 대한 금전소비대차계약공정증서에 기해 소외 2 소유 명의의 위 부동산에 관하여 부동산강제경매신청을 하였고, 이에 따라 강제경매개시결정이 내려져 강제경매개시결정기입등기까지 마쳐졌음을 알 수 있어, 피고는 부동산실명법 제4조 제3항에서 말하는 '제3자'에 해당한다고 보아야 하므로 원고뿐만 아니라 소외 1도 피고에게 소외 2 명의의 소유권이전등기가 무효임을 대항하지 못한다고 한 예.

1353) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2019다272725 판결; 피고 농협은, 제1명의신탁약정의 명의수탁자인 소외인과 제1근저당권설정계약에 이어 대물변제약정을 맺은 피고 2가 피고 1과 체결한 제2명의신탁약정에 따라 피고 1이 소외인으로부터 이어받은 소유권등기를 바탕으로 피고 1이 물권자임을 기초로 피고 1로부터 직접 제2근저당권을 설정받은 자로서 부동산실명법 제4조 제3항에서 말하는 '제3자'에 해당하여, 제1명의신탁약정의 명의신탁자인 원고에게 제2근저당권설정등기의 유효를 주장할 수 있고, 2005다34667,34674 판결은 제3자가 명의수탁자의 반사회적 법률행위에 가담하여 소유권등기를 이어받은 경우로서 사실관계가 달라 그대로 원용하기에 적절하지 않다고 한 예. ☛ 2005다34667,34674의 당부에 의문이 존재해 왔는데, 2019다272725의 적용범위 내에서는 일부분 사실상 판례 변경이 이루어진 것으로 볼 수 있다.
⬌ 2005다34667,34674: "부동산실명법 제4조 제3항에서 '제3자'라고 함은 명의신탁 약정의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람을 말한다고 할 것이므로, 명의수탁자로부터 명의신탁된 부동산의 소유명의를 이어받은 사람이 위 규정에 정한 제3자에 해당하지 아니한다면 그러한 자로서는 부동산실명법 제4조 제3항의 규정을 들어 무효인 명의신탁등기에 터 잡아 마쳐진 자신의 등기의 유효를 주장할 수 없고, 따라서 그 명의의 등기는 실체관계에 부합하여 유효라고 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 것이다. … 등기부상 명의수탁자로부터 소유권이전등기를 이어받은 자의 등기가 무효인 이상, 부동산 등기에 관하여 공신력이 인정되지 아니하는 우리 법제 아래서는 그 무효인 등기에 기초하여 새로운 법률원인으로 이해관계를 맺은 자가 다시 등기를 이어받았다면 그 명의의 등기 역시 특별한 사정이 없는 한 무효임을 면할 수 없다고 할 것이고, 이렇게 명의수탁자와 직접 이해관계를 맺은 것이 아니라 부동산실명법 제4조 제3항에 정한 제3자가 아닌 자와 사이에서 무효인 등기를 기초로 다시 이해관계를 맺은 데 불과한 자는 위 조항이 규정하는 제3자에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다."
☏ 사건 토지는 원래 반소원고가 매입하여 등기한 그의 소유로서 이를 소외 1에게 명의신탁한 것인데, 소외 2가 자신이 실제 소유자라고 주장하면서 소외 1을 상대로 이전등기청구소송을 제기하고는 소외 1의 인낙을 받아 그 소유권을 취득하였으므로, 소외 2는 명의수탁자 소외 1이 토지 소유자임을 기초로 소유권을 이어받은 것도 아니고 소외 1과 사이에 새로운 법률원인으로 이해관계를 맺은 것도 아닐 뿐 아니라, 소외 2의 소유권취득은 반소원고로부터 소유명의를 수탁받은 소외 1의 배임행위에 적극 가담하여 이루어진 반사회적 법률행위에 해당하여, 소외 2는 부동산실명법 제4조 제3항에 정한 제3자에 해당한다고 할 수 없어 소외 2 명의의 등기는 무효이고, 나아가 소외 2로부터 토지를 증여받은 반소피고도 무효인 소외 2 명의의 등기를 승계하였을 뿐 명의수탁자인 소외 1과 사이에 새로운 이해관계를 맺은 것이 아니어서 역시 위 규정에 정한 제3자에 해당하지 아니하므로 사건 토지에 관한 반소피고 명의의 등기도 무효라고 판단한 예.

1354) 수탁자가 제3자에게 수탁 부동산을 처분하였을 때에는 그 '처분행위가 무효 또는 취소되는 등의 특별한 사유'가 없는 한 그 제3자는 신탁재산에 대한 소유권을 완전히 유효하게 취득한다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2009다2576, 2583 판결).

1355) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다53790 판결(명의신탁자는 '제3자'에 해당하지 아니하므로, 무효인 명의신탁등기에 터 잡아 '명의신탁자' 앞으로 마쳐진 근저당권설정등기는 무효라고 한 예).

1356) 이러한 자는 부동산실명법 제4조 제3항에 근거하여 무효인 명의신탁등기에 터 잡아 경료된 자신의 등기의

다) 3자간 등기명의신탁과 계약명의신탁의 구별

명의신탁약정이 3자간 등기명의신탁인지 아니면 계약명의신탁인지의 구별은 계약당사자가 누구인가를 확정하는 문제로 귀결되는바, 어떤 사람이 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어 매수인 명의 및 소유권이전등기 명의를 그 타인 명의로 하기로 하였다면 특별한 사정이 없는 한 대외적으로는 그 타인을 매매 당사자로 보아야 할 것이므로, 명의신탁약정이 '3자간 명의신탁 약정'인지 '계약명의신탁'인지 문제되는 경우 원칙적으로 '계약명의신탁'으로 보아야 하고, '3자간 명의신탁 약정'이라고 주장하는 측이 그 사실을 증명하여야 한다.[1357]

유효를 주장할 수는 없으나, 이러한 자도 자신의 등기가 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다는 주장은 할 수 있는데, 3자간 등기명의신탁의 명의신탁자가 제3자와 사이에 부동산 처분에 관한 약정을 맺고 그 약정에 기하여 명의수탁자에서 제3자 앞으로 마쳐준 소유권이전등기는 다른 특별한 사정이 없는 한 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다고 보아야 한다(대법원 2022. 9. 29. 선고 2022다228933 판결).

1357) 대법원 2016. 7. 22. 선고 2016다207928 판결; "계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 계약 당사자가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제에 해당한다. 행위자와 상대방의 의사가 일치하는 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약 당사자로 확정하여야 하고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질·내용·목적·체결 경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인지에 의하여 계약 당사자를 결정하여야 한다. 따라서 어떤 사람이 타인을 통하여 부동산을 매수하면서 매수인 명의 및 소유권이전등기 명의를 그 타인 명의로 하기로 한 경우에, 이와 같은 매수인 및 등기 명의의 신탁관계는 그들 사이의 내부적인 관계에 불과하므로, 상대방이 명의신탁자를 매매당사자로 이해하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 대외적으로는 계약명의자인 타인을 매매당사자로 보아야 하며, 설령 상대방이 그 명의신탁관계를 알고 있었다 하더라도 상대방이 계약명의자인 타인이 아니라 명의신탁자에게 계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 의도로 계약을 체결하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 아니하는 한 마찬가지라 할 것이다." ㉮ ① 피고가 2010. 4. 중순 소외 1로부터 부동산을 1억 4,600만 원에 매수하면서 매매계약서의 매수인은 '피고 외 1명'으로 기재하였다가, ② 2011. 5. 10. 소외 1과 사이에 매매대금을 1억 700만 원으로 하고 매수인을 피고와 소외 2로 하는 매매계약서를 다시 작성하고, 2011. 7. 8. 피고와 소외 2 공동명의로 소유권이전등기를 마쳤고, ③ 피고 명의의 예금계좌에서 소외 1 명의의 예금계좌로 2010. 4. 27. 3,000만 원, 2010. 7. 16. 2,000만 원, 2011. 7. 7. 2,040만 원이 각 출금되었으며, ④ 소외 2는 2011. 7. 25. 그 명의의 1/2 지분에 관하여 2011. 7. 22.자 매매예약을 원인으로 하여 피고 앞으로 지분이전청구권 가등기를 마친 **사안**에서, **원심**이, ① 피고가 매매계약의 당사자로서 소외 1로부터 부동산을 매수하면서 그중 1/2 지분에 관한 등기명의만 소외 2로 하기로 한 것으로서 위 매매계약에 따른 법률효과를 명의신탁자인 피고에게 직접 귀속시킬 의도였던 사정이 인정되므로 소외 2는 등기명의만을 신탁받았다고 전제한 다음, ② 소외 2 명의로 마쳐진 지분이전등기는 부동산실명법에 의하여 무효로서, 그 지분에 관한 소유권은 소외 1에게 남아 있어 소외 2의 책임재산에 포함되지 아니하므로 소외 2가 피고 앞으로 위 가등기를 마쳤다 하여 사해행위가 되지는 아니한다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, ① 소외 2와 피고의 공동 명의로 매매계약서가 작성되고 1/2지분에 관하여 소외 2 앞으로 등기까지 마친 이상 1/2지분 매매계약의 당사자는 소외 2로 봄이 원칙이고, ② 이와 달리 매수인을 소외 2가 아닌 피고로 인정하려면 상대방인 소외 1이 계약명의인인 소외 2가 아닌 피고에게 매매계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 의도로 계약을 체결하였다는 특별한 사정이 인정되어야 하며, ③ 소외 2 명의로 이루어진 1/2지분에 관한 매매계약 및 이전등기가 소외 2와 피고 사이의 명의신탁에 의하여 이루어졌다는 사실에 대하여는 피고가 이를 증명할 책임을 진다고 한 다음, ④ 2011. 5. 10.자 매매계약이 종전의 매매계약을 수정하여 이루어졌다거나 피고가 매매대금 중 일부를 지급하였고 소외 2가 매매대금을 조달한 흔적이 없다는 원심 판시 사정만으로는 소외 1이 1/2지분에 관한 매수인을 소외 2가 아닌 피고라고 인정하고 계약효과를 피고에게만 직접 귀속시킬 의도로 매매계약을 하였다는 특별한 사정을 인정하기에 부족하므로 피고가 그 매매계약의 당사자라 할 수 없고, 또한 1/2지분에 관한 계약 당사자가 아닌 피고와 소외 2 사이의 명의신탁에 관하여도 증명책임을 다하였다고 보기 어려우며 나아가 소외 1이 그와 같은 명의신탁 사실에 관하여 알고 있었다고 인정하기도 어렵다고 판단한 예.

'계약명의자인 명의수탁자가 아니라 명의신탁자에게 계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 의도로 계약을 체결하였다는 등의 특별한 사정'이 인정된다면 명의신탁자가 계약당사자이므로, 3자간 등기명의신탁으로 보아야 하겠지만,[1358] 명의신탁관계는 그들 사이의 내부적인 관계에 불과하므로 '계약의 상대방인 매도인이 그 명의신탁관계를 알고 있었다'는 것만으로는 위와 같은 특별한 사정을 인정하기에 부족하다.[1359]

라) 명의신탁 사실의 인정

명의신탁은 당사자 사이의 의사의 합치에 의하여 성립되는 계약이고, 이와 같은 계약은 명시적으로는 물론 묵시적으로도 성립될 수 있으며, 명의신탁 사실의 인정은 사실인정의 문제로서 어느 특정한 증거나 사실이 있으면 이에 의하여 필연적으로 명의신탁 사실을 인정하여야 하거나 또는 이를 인정하지 않아야 하는 것은 아니다.[1360]

일반적으로 부동산의 소유자 명의만을 다른 사람에게 신탁한 경우에 등기권리증과 같은 권리관계를 증명하는 서류는 실질적인 소유자인 명의신탁자가 소지하는 것이 상례라고 할 것이므로, 명의신탁 여부를 가림에 있어서는 그 부동산에 관한 등기권리증을 누가 소지하고 있는지가 가장 중요한 징표가 되는데, 명의신탁자라고 주장하는 사람이 등기권리증과 같은 권리관계서류를 소지하고 있는 사실은 명의신탁을 뒷받침하는 유력한 자료[1361] [1362]가 되고,[1363] 명의수탁자라고 지칭되는 자가 이러한 권리관계서류를 소지하고 있다면 그 소지 경위 등에 관하여 납득할 만한 설명이 없는 한 이는 명의신탁관계의 인정에 방해가 된다고 보지 않을 수 없지만,[1364] 그 권리관계 서류를 명의수탁자가 소지하

1358) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다52799 판결: 丙이 甲에게 토지 지분을 매도하면서, 장애 1급인 甲 단독 명의로 매매계약을 체결할 경우 의사능력 흠결 등 법적 문제의 발생을 우려하여 공동매수인의 추가를 요청하고, 이에 따라 매매계약서에 甲과 乙을 공동매수인으로 기재하고, 그 공동명의로 소유권이전등기가 마쳐진 **사안**에서, 위 매매계약에 따른 법률효과를 甲에게 직접 귀속시킬 의도였던 사정이 인정되므로 甲과 乙의 명의신탁약정은 3자간 등기명의신탁에 해당함에도 불구하고, 매매계약 명의자가 甲 및 乙이라는 이유만으로 그 명의신탁약정이 계약명의신탁에 해당한다고 판단한 원심을 파기한 사례. ☛ **[동일 취지]** 대법원 2022. 4. 28. 선고 2019다300422 판결.

1359) 대법원 2013. 10. 7.자 2013스133 결정.

1360) 대법원 2001. 3. 9. 선고 2001다1478 판결. 명의신탁 목적물을 반드시 신탁자의 자금으로 취득되어야만 명의신탁 관계가 성립하는 것은 아니다(2007다69148,69155).

1361) 대법원 1990. 4. 24. 선고 89다카14530 판결.

1362) 종전의 수작업등기에서의 '등기필증'의 역할을 현행의 전산정보처리조직에 의한 등기에서는 '등기필정보'(=등기부에 새로운 권리자가 기록되는 경우에 그 권리자를 확인하기 위하여 등기관이 작성하여 등기권리자에게 통보하는 정보(부동산등기법 제2조 제4호, 제50조 제1항)로서 아라비아 숫자와 그 밖의 부호의 조합으로 이루어진 일련번호와 비밀번호로 구성된다(부동산등기규칙 제106조 제1항)) 및 등기완료 통지로 대체하게 되었으므로, '등기필정보 및 등기완료 통지'를 누가 수령하고 관리하고 있는지가 실질적인 소유자가 누구인지 확정함에 있어 상당히 중요한 판단 자료가 된다.

1363) 등기를 경료할 당시에는 등기명의인이 그러한 서류를 가지고 있었으나 그 후에 어떠한 사정으로 그러한 서류가 명의신탁자라고 주장하는 사람에게 교부된 경우에는 일응 명의신탁을 뒷받침하는 유력한 자료가 된다고 할 수 없다(95다32273).

1364) 이러한 법리는 명의신탁자라고 주장하는 자가 제3자에게 매매목적물을 매수하여 달라고 위임하면서 매수자금

게 된 특별한 사정이 있는 경우에는 그 서류 소지 사실이 명의신탁관계의 성립을 인정하는 데에 방해가 되지 아니한다.[1365]

부동산경매절차에서 매수대금을 부담한 사람과 이름을 빌려 준 사람 사이에는 명의신탁관계가 성립한다.[1366] 조합이 조합재산에 관하여 합유등기를 하지 아니하고 조합원 1인 명의로 또는 조합원들 공유로 소유권이전등기를 하였다면 이는 조합체가 그 조합원에게 명의신탁한 것으로 보아야 한다.[1367] 부모가 생전에 자신이 일군 재산을 자식에게 물려준 때에는, 그 후에도 자식의 협조 내지 승낙하에 부모가 여전히 당해 재산에 대한 관리·처분권을 행사하는 경우가 흔히 있을 수 있는 모습이므로, 부모가 자식에게 재산의 명의를 이전하여 준 이후에도 그 재산에 대한 관리·처분권을 계속 행사하였다고 해서 곧바로 이를 증여가 아닌 명의신탁이라고 단정할 수는 없다.[1368]

을 보냈는데 제3자가 위 자금으로 매매대금을 지급한 사실이 인정되고, 명의신탁자라고 주장하는 자와 명의수탁자라고 지칭되는 자 사이에 그 자금을 무상으로 증여할 만한 아무런 신분관계가 없다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다. 왜냐하면 제3자가 명의수탁자라고 지칭되는 자로부터 매매목적물을 매수하여 달라는 위임을 받은 바 있거나 그 밖에 어떠한 사유에 의하건 그에게 매매목적물을 넘겨줄 마음을 가지고 있던 중, 명의신탁자라고 주장하는 자로부터도 동일한 매매목적물을 매수하여 달라는 위임을 받고 매수자금을 지급받은 것을 기화로 그 자금으로 명의수탁자라고 지칭되는 자 명의로 매매목적물을 매수하여 줌으로써 명의수탁자라고 지칭되는 자가 그 권리관계 서류를 소지하게 된 경우에도, 매수자금을 댄 사람과 권리관계 서류를 소지하고 있는 등기명의인과의 사이에는 명의신탁관계가 성립된다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 여전히 명의신탁자라고 주장하는 자가 명의신탁관계의 성립에 관한 입증책임을 부담하는 것이 타당하기 때문이다(99다36372).

1365) ❶ 원·피고 사이의 인적관계, 온천개발사업에 관한 업무처리의 경위에서 나타난 신뢰관계 등에 비추어, 토지 매입과 그 후의 온천개발사업 과정에서 피고가 토지의 등기권리증을 소지하고 있을 만한 충분한 사정이 있다고 보이고, 피고의 등기권리증 소지 사실이 명의신탁관계의 성립을 인정하는 데에 방해가 되지 아니한다고 한 예(99다41985). ❷ 장인이 부동산에 관한 매매계약서, 등기필증 등을 소지하고 있음에도 불구하고 사위와 장인이 부동산을 공동으로 매수하면서 매수인 명의를 장인만으로 하여 사위가 그 지분을 장인에게 명의신탁하였다고 인정한 사례(2000다6858). ❸ 명의수탁자로 지칭되는 자가 토지에 대한 등기권리증을 보관해 오면서 종합토지세, 농지개량조합비를 납부하고 비용을 들여 과수원을 조성한 사실이 인정되나, 그 주장의 토지매수대금이 당시의 토지공시지가에 비하여 현저히 적어 매수 주장에 설득력이 없으며, 그 상속인들이 명의신탁자라고 주장하는 자에게 소유권이전등기를 경료해 주기로 약속한 적이 있고, 과수원 관리대가를 요구한 적도 있으며, 매수제의를 하여 매매계약서를 작성한 적도 있는 점 등에 비추어 계쟁 토지가 명의신탁된 것이라고 인정한 사례(2001다1478). ❹ 원고 2와 참가인 사이의 신뢰관계, 참가인의 딸인 피고 명의의 소유권이전등기가 이루어지게 된 경위, 원고들이 수급인인 참가인에게 신축공사에 관련된 행정적 절차 등 업무를 모두 위임한 점 등에 비추어, 참가인이 토지의 등기권리증을 보관하고 있다거나 소유권이전등기에 소요되는 비용을 부담하였다는 사정이 명의신탁관계의 성립을 인정하는 데에 방해가 되지 아니한다고 한 예(2011다71582,71599).

1366) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다69197 판결; "부동산경매절차에서 부동산을 매수하려는 사람이 매수대금을 자신이 부담하면서 타인의 명의로 매각허가결정을 받기로 함에 따라 그 타인이 경매절차에 참가하여 매각허가가 이루어진 경우에도 그 경매절차의 매수인은 어디까지나 그 명의인이므로 경매 목적 부동산의 소유권은 매수대금을 실질적으로 부담한 사람이 누구인가와 상관없이 그 명의인이 취득한다 할 것이고, 이 경우 매수대금을 부담한 사람과 이름을 빌려 준 사람 사이에는 명의신탁관계가 성립한다."

1367) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2017다246180 판결; "조합원들이 공동사업을 위하여 매수한 부동산에 관하여 합유등기를 하지 않고 조합원 중 1인 명의로 소유권이전등기를 한 경우 조합체가 조합원에게 명의신탁한 것으로 보아야 한다. 조합체가 조합원에게 명의신탁한 부동산의 소유권은 … 물권변동이 무효인 경우 매도인에게, 유효인 경우 명의수탁자에게 귀속된다. 이 경우 조합재산은 소유권이전등기청구권 또는 부당이득반환채권이고, 신탁부동산 자체는 조합재산이 될 수 없다." ☛ 조합체가 합유등기를 하지 아니하고 그 대신 조합원들 명의로 각 지분에 관하여 공유등기를 한 경우에도 조합체가 조합원들에게 각 지분에 관하여 명의신탁한 것으로 보아야 한다(2000다30622).

명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하거나 강제수용이나 공공용지 협의취득 등을 원인으로 제3취득자 명의로 이전등기가 마쳐진 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 제3취득자는 유효하게 소유권을 취득하고, 명의신탁관계는 당사자의 의사표시 등을 기다릴 필요 없이 당연히 종료된다.[1369]

마) 종중의 종중원 등에 대한 명의신탁 사실의 인정

어느 재산이 종중재산임을 주장하는 당사자는 그 재산이 종중재산으로 설정된 경위에 관하여 주장·증명을 하여야 할 것이나, 이는 반드시 명시적임을 요하지 아니하며, 어느 재산이 종중재산이라는 주장·증명 속에 그 설정 경위에 관한 사실이 포함되어 있다고 볼 수 있으면 족하고, 그 설정 경위의 증명은 간접사실 등을 주장·증명함으로써 그 요건사실을 추정할 수 있으면 족하다.[1370]

종중과 종중원 등 등기명의인 사이에 어떤 토지에 관한 명의신탁 여부가 다투어지는 사건에 있어서, (1) 일단 그 토지에 관하여 등기명의인 앞으로 등기가 경료될 당시 어느 정도의 유기적 조직을 가진 종중이 존재한 사실이 증명되고, 그 다음 (2) (ㄱ) 그 토지가 종중의 소유로 된 과정이나 내용이 직접 증명된 경우는 물론, (ㄴ) ① 등기명의인과 종중과의 관계, ② 등기명의인이 여럿이라면 그들 상호간의 관계,[1371] ③ 등기명의인 앞으로 등기가 경료된 경위, ④ 종중 소유의 다른 토지가 있는 경우에는 그에 대한 등기관계, ⑤ 공동 선조를 중심으로 한 종중 분묘의 설치상태, ⑥ 분묘수호와 봉제사의 실태, ⑦ 토지의 규모와 관리상태, ⑧ 토지에 대한 수익이나 보상금의 수령 및 지출 관계, ⑨ 제세공과금의 납부관계, ⑩ 등기필증의 소지관계 등 여러 정황에 미루어 그 토지가 종중 소유라고 볼 수밖에 없는 상당한 자료가 있는 경우라면, 그 토지가 종중의 소유로서 등기명의인 앞으로 명의신탁한 것이라고 인정할 수 있으나,[1372] 그와 같은 자료들이 충분히 증명되

1368) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2007다22859 판결. 부가 장남 앞으로 소유권이전등기를 넘기면서 등기권리증을 건네주었고 그 후 장남이 제세공과금을 납부하여 온 경우, 명의신탁이 아니라 증여라고 본 사례로는 95다15209 판결 참조.

1369) 주택재개발정비사업으로 인해 분양받게 될 대지 또는 건축시설물에 대해서도 명의신탁관계가 그대로 존속한다고 볼 수 없다(대법원 2021. 7. 8. 선고 2021다209225, 209232 판결; 원고는 구 주택을 매수하여 처제인 피고 1의 명의로 소유권이전등기를 하였는데, 구 주택 일원에 재개발사업이 시행되어 구 주택이 철거되고 피고 1이 조합원의 자격에서 신 주택을 분양받아 원고의 자녀들인 나머지 피고들에게 수분양자의 지위를 이전한 **사안**에서, **원심**은 구 주택에 관한 명의신탁관계의 연장선상에서 신 주택에 관하여도 명의신탁관계가 존재하는 것으로 보고, 그에 따라 소유권의 유무 등에 대하여 판단하였으나, **대법원**은 구주택이 철거·멸실됨으로써 명의신탁관계는 종료되었고, 당사자 간 별도의 명시적 계약이나 묵시적 합의가 있었다는 등의 **특별한** 사정이 인정되지 않는 한 신 주택에 관하여 당연히 명의신탁관계가 발생하였다거나 존재하는 것으로 볼 수는 없다고 판단하여, 신 주택의 소유권이나 그 처분에 관하여 당사자들 사이에 합의나 약정이 있었는지 여부 등을 더 심리할 필요가 있다고 보아 파기환송한 예).

1370) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006다68506 판결.

1371) 토지조사부에 계쟁의 수필지 토지가 거주지가 서로 다른 종중원들의 공동명의로 사정받은 것으로 되어 있다면 이는 당해 토지가 그 종중의 소유라는 주장을 뒷받침하는 자료가 될 수 있다(91다1189).

지 아니하거나 오히려 반대되는 사실의 자료가 많을 때에는 이를 인정하여서는 아니 되며,[1373] 그 토지에 공동 선조의 분묘가 있다거나 위토[1374] 또는 종산이라는 사실만으로는 이를 종중 소유로 볼 수 없다.[1375] [1376] 이는 종중이 종중원 등에게 토지의 사정(査定) 명의를 신탁했는지 여부가 다투어지는 경우에 있어서도 마찬가지이다.[1377]

2) 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기(등록)절차 이행청구

가) 인용 여부

(1) 명의신탁이 무효인 경우

부동산에 관하여 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하는 경우, 부동산실명법상 명의신탁이 인정되는 예외에 해당하지 않는 한 원칙적으로는 부동산실명법 제4조 제1항의 적용으로 그 청구는 주장 자체로 이유 없어 기각되어져야 한다.[1378]

(2) 명의신탁이 유효한 경우

부동산실명법상 명의신탁이 인정되는 예외로서,[1379] 상호명의신탁(구분소유적 공

1372) 대법원 2000. 7. 6. 선고 99다11397 판결 등.

1373) 대법원 1997. 10. 10. 선고 96다15923 판결 등.

1374) 대법원 1997. 10. 16. 선고 95다57029 전원합의체 판결; "어느 토지가 특정 묘의 위토로 되는 경위는 그 특정 묘와 관계있는 종중이 그 토지의 소유권을 취득하여 위토 설정을 하는 경우도 있지만 후손 중의 어느 개인이 그 소유의 토지를 특정 선조 묘의 위토로 설정하는 경우 등이 있을 수 있으므로 위토라는 사실만으로 종중 소유의 토지라고 볼 수는 없고, 또한 위토라고 하여 반드시 묘주의 소유라고 단정할 수도 없다고 할 것이다. 이와 다른 견해를 취한 4292민상966 판결은 이를 변경하기로 한다."

1375) 대법원 1994. 10. 7. 선고 94다28048 판결 등.

1376) ◎ **긍정례**: 대법원 2006. 8. 24. 선고 2006다20023 판결(촌수가 가깝지 않은 종중원들로서 서로 다른 각 가계를 대표하는 동항열의 최연장자들이 공동사정명의인으로 임야를 사정받은 점 등 그 임야가 종중 소유라고 인정할 만한 많은 간접자료가 있는 반면에, 그 인정에 방해가 될 만한 반대자료는 종중이 위 임야의 관리를 소홀히 하였다는 정도인데도, 종중이 위 임야를 공동사정명의인들에게 명의신탁하였다고 볼 수 없다고 판단한 원심판결을 파기한 사례), 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다76731 판결(여러 간접자료들에 비추어 종중이 그 소유의 토지를 종원 중 1인 명의로 신탁하여 사정받은 것이라고 인정한 사례), 대법원 2001. 2. 13. 선고 2000다14361 판결, 대법원 2000. 7. 6. 선고 99다11397 판결 등.
◎ **부정례**: 대법원 2006. 7. 28. 선고 2005다33060 판결(부동산이 종원 명의로 사정될 당시 종중이 어느 정도의 유기적인 조직을 가진 종중으로서 실체를 가졌다고 할 수 없고, 사정 전에 종중이 위 부동산을 종중재산으로 소유해 왔다고 보기 어려우며, 사정 후에 위 부동산을 종중재산으로 하기로 약정하였다고 볼 수 없다는 이유로, 종중이 위 부동산을 사정명의인인 종원에게 명의신탁하였다고 할 수 없다고 본 사례), 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006다74273 판결 등.

1377) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다76731 판결, 대법원 1998. 9. 8. 선고 98다13686 판결.

1378) ○ 대법원 1997. 5. 1.자 97마384 결정; "유예기간이 경과한 날 이후에는 재항고인과 강OO 사이의 명의신탁약정은 무효이고, 강OO 명의의 등기도 무효이므로 재항고인의 이 사건 등기 신청은 그 신청취지 자체에 의하여 법률상 허용될 수 없음이 명백한 경우로서 부동산등기법 제55조 제2호의 '사건이 등기할 것이 아닌 때'에 해당하여 등기공무원은 이를 각하하여야 한다."
○ 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다1027 판결; "유예기간이 경과한 날 이후부터 명의신탁약정과 그에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동이 무효가 되므로 명의신탁자는 더 이상 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기를 청구할 수 없다."

유관계),[1380] 종중[1381]의 명의신탁, 부부 간 명의신탁,[1382] 종교단체 산하 조직의 명의신탁[1383]의 각 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하거나,[1384] 부동산이

1379) **부동산실명법**

제2조(정의) 1. "명의신탁약정"이란 … 을 말한다. 다만, 다음 각 목의 경우는 제외한다.

나. 부동산의 위치와 면적을 특정하여 2인 이상이 구분소유하기로 하는 약정을 하고 그 구분소유자의 공유로 등기하는 경우

제8조(종중, 배우자 및 종교단체에 대한 특례)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 제4조부터 제7조까지 및 제12조 제1항부터 제3항까지를 적용하지 아니한다.〈개정 2013.7.12.〉

1. 종중이 보유한 부동산에 관한 물권을 종중(종중과 그 대표자를 같이 표시하여 등기한 경우를 포함한다) 외의 자의 명의로 등기한 경우
2. 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우
3. 종교단체의 명의로 그 산하 조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기한 경우

1380) ❶ 대법원 2010. 5. 27. 선고 2006다84171 판결; "1동의 건물 중 위치 및 면적이 특정되고 구조상·이용상 독립성이 있는 일부분씩을 2인 이상이 구분소유하기로 하는 약정을 하고 등기만은 편의상 각 구분소유의 면적에 해당하는 비율로 공유지분등기를 하여 놓은 경우 구분소유자들 사이에 공유지분등기의 상호명의신탁관계 내지 그 건물에 대한 구분소유적 공유관계가 성립하고, 그 특정 부분이 전전 양도되고 그에 따라 공유지분등기도 전전 경료되면 상호명의신탁관계도 전전 승계되는 것이며, 이와 같이 상호명의신탁관계 내지 구분소유적 공유관계에서 건물의 특정 부분을 구분소유하는 자는 그 부분에 대하여 신탁적으로 지분등기를 가지고 있는 자를 상대로 하여 그 특정 부분에 대한 명의신탁 해지를 원인으로 한 지분이전등기절차의 이행을 구할 수 있을 뿐 그 건물 전체에 대한 공유물분할을 구할 수는 없다." ❷ 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011다42430 판결; "1동 건물 중 각 일부분의 위치 및 면적이 특정되지 않거나 구조상·이용상 독립성이 인정되지 아니한 경우에는 공유자들 사이에 이를 구분소유하기로 하는 취지의 약정이 있다 하더라도 일반적인 공유관계가 성립할 뿐, 공유지분등기의 상호명의신탁관계 내지 그 건물에 대한 구분소유적 공유관계가 성립한다고 할 수 없다." ❸ 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다25944 판결; "1필지의 토지 중 특정 부분에 대한 구분소유적 공유관계를 표상하는 공유지분을 목적으로 하는 근저당권이 설정된 후 구분소유하고 있는 특정 부분별로 독립한 필지로 분할되고 나아가 구분소유자 상호간에 지분이전등기를 하는 등으로 구분소유적 공유관계가 해소되더라도 그 근저당권은 종전의 구분소유적 공유지분의 비율대로 분할된 토지들 전부의 위에 그대로 존속하는 것이고, 근저당권설정자의 단독소유로 분할된 토지에 당연히 집중되는 것은 아니다."

1381) 위 조항에서 말하는 종중은 고유의 의미의 종중만을 가리키고, 종중 유사의 비법인 사단은 포함하지 않는다(2006다14165).

1382) ◎ **혼인·이혼 등과 부부간 명의신탁등기의 효력**

❶ 혼인; 명의신탁등기가 부동산실명법에 따라 무효가 되었다고 할지라도 그 후 신탁자와 수탁자가 혼인하여 그 등기의 명의자가 배우자로 된 경우에는 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 한 이 경우에도 위 법률 제8조 제2호의 특례를 적용하여 그 명의신탁등기는 당사자가 혼인한 때로부터 유효하게 된다(2002다23840). ❷ 이혼; 부동산실명법 시행 이전에 행하여진 명의신탁등기로서 같은 법 시행 당시 신탁자와 수탁자가 배우자 관계에 있었고, 신탁자가 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 명의신탁하였다고 볼 수 없는 이상, 비록 신탁자가 같은 법 제11조에 정한 유예기간 중에 제기된 부동산물권에 관한 쟁송의 본안판결 확정일로부터 1년 이내에 재판상 이혼을 하고 그의 명의로 실명등기를 하지 아니하였다고 하더라도 수탁자와 사이의 명의신탁약정 및 이에 따른 부동산물권변동은 유효하다(2001다42592). ❸ 사망; 부부간 명의신탁이 일단 유효한 것으로 인정되면 그 후 배우자 일방의 사망으로 부부관계가 해소되더라도 부부간 명의신탁약정은 사망한 배우자의 다른 상속인과의 관계에서도 여전히 유효하게 존속한다(대법원 2013. 1. 24. 선고 2011다99498 판결 ☎ 그 근거로는 ① 부동산실명법 제8조 제2호의 문언상 명의신탁약정에 따른 명의신탁등기의 성립 시점에 부부관계가 존재할 것을 요구하고 있을 뿐 부부관계의 존속을 그 효력 요건으로 삼고 있지 아니한 점, ② 부동산실명법상 제8조 제2호에 따라 일단 유효한 것으로 인정된 부부간 명의신탁에 대하여 그 후 배우자 일방의 사망 등으로 부부관계가 해소되었음을 이유로 이를 다시 무효화하는 별도의 규정이 존재하지 아니하는 점, ③ 부부간 명의신탁이라 하더라도 조세포탈 등 목적이 없는 경우에 한하여 위 조항이 적용되는 것이므로 부부관계가 해소된 이후에 이를 그대로 유효로 인정하더라도 새삼 부동산실명법의 입법취지가 훼손될 위험성은 크지 아니한 점을 들고 있다).

1383) 2013. 7. 12. 법률 제11884호로 개정, 신설되었으나, 부칙 제2조에 의해 법률 제4944호 제정 부동산실명법의

아닌 자동차, 중기에 관한 명의신탁의 해지를 원인으로 한 소유권이전등록절차의 이행을 청구하는 것은 가능하다.[1385] [1386] 명의신탁자가 명의신탁약정을 해지한 다음 제3자에게 '명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권'을 양도한 경우, 양수인이 명의수탁자에게 직접 소유권이전등기를 청구하기 위해서는 청구원인사실로서 '그 양도에 대한 명의수탁자의 동의·승낙'이 필요하다.[1387]

유효한 명의신탁의 경우, 소유자인 수탁자의 처분으로 제3자는 소유권을 취득하고 명의신탁관계는 소멸하므로, 신탁자가 제3취득자에게 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수는 없다.[1388]

나) 소 송 물

신탁자는 수탁자에 대하여 신탁해지를 하고 신탁관계의 종료를 이유로 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있음은 물론, 신탁해지를 원인으로 하고 소유권에 기해서도 같은 청구를 할 수 있고,[1389] 양 청구는 청구원인을 달리하는 별개의 소송이다.[1390]

보전처분에 의한 보전의 효력은 그 피보전권리와 청구의 기초에 동일성이 있는 다른 권리에도 미친다.[1391]

시행일(1995. 7. 1.)로 소급하여 적용된다.

1384) 대법원 1996. 5. 31. 선고 94다35985 판결: "명의신탁관계를 성립시키기 위한 신탁계약의 기본은 신탁자와 수탁자 사이의 내부관계에 있어서 그 목적물의 소유권은 언제나 신탁자가 보유한다는 것이므로 그 목적물이 소유권과 관련되어 발생된 권리도 그들 내부관계에 있어서는 신탁자에게 귀속되는 것이라 할 것이므로 신탁자가 그 신탁계약을 해지하면 수탁자는 그 권리를 신탁자에게 이전하여 줄 의무가 있는 것이고, 명의수탁자가 사망하면 그 명의신탁관계는 그 재산상속인과의 사이에 존속한다." ☛ 명의신탁은 등기의 추정력을 전제로 하면서 그 등기가 명의신탁계약에 의해 성립된 사실을 주장하는 것이므로, 그 등기에 추정력이 있다고 하더라도 명의신탁자는 명의수탁자에게 대하여 등기가 명의신탁에 의한 것임을 주장할 수 있다(2006다68506).

1385) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도4498 판결: "자동차나 중기(또는 건설기계)의 소유권의 득실변경은 등록을 함으로써 그 효력이 생기고 그와 같은 등록이 없는 한 대외적 관계에서는 물론 당사자의 대내적 관계에 있어서도 그 소유권을 취득할 수 없는 것이 원칙이지만, 당사자 사이에 그 소유권을 그 등록 명의자 아닌 자가 보유하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 그 내부관계에 있어서는 그 등록 명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다."

1386) 동산에 관하여는 공부상 그 소유관계가 공시될 수 없는 것이기 때문에 명의신탁이 성립할 여지가 없고, 다만 동산을 점유하고 있다는 외관을 신뢰하고 그 점유자로부터 이를 매수하여 점유한 경우에는 동산의 선의취득이 문제될 뿐이다(94다16175).

1387) 대법원 2021. 6. 3. 선고 2018다280316 판결.

1388) 대법원 1997. 10. 10. 선고 96다38896 판결: "부동산을 명의신탁한 경우에는 소유권이 대외적으로는 수탁자에게 귀속되는 것이므로 수탁자가 수탁 부동산을 제3자에게 처분하였을 때에는 그 처분행위가 무효 또는 취소되는 등의 사유가 없는 한 제3취득자는 신탁재산에 대한 소유권을 적법히 취득하고 명의신탁관계는 소멸한다."

1389) 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권에 기한 소유권이전등기청구권은 소멸시효의 대상이 되지 아니하고(대법원 1991. 11. 26. 선고 91다34387 판결), 수탁자 명의의 등기말소를 청구할 수도 있다(대법원 1998. 4. 24. 선고 97다44416 판결).

1390) 대법원 1980. 12. 9. 선고 79다634 전원합의체 판결.

1391) ○ 대법원 2007. 8. 24. 선고 2007다26882 판결: 명의신탁자의 지위를 유증받았다는 것과 상속받았다는 것은 그 청구의 기초가 동일하므로 유증에 기한 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하는 처분금지가처분의 효력은 상속에 기한 명의신탁해지를 원인으로 한 이전등기청구권에도 미친다고

소유권이전등기 청구사건의 소송물이 계쟁 부동산에 대한 특정 일자 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권인 경우, 그 소송에서의 판결의 기판력이 미치는 객관적 범위는 판결의 주문에 포함된 등기청구권의 존부에만 미치고 그 목적 부동산의 명의신탁 사실 또는 소유권 자체의 존부에는 미치지 아니한다.[1392]

명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 대하여, 명의신탁약정이 무효로 됨에 따른 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 인정하는 것은 처분권주의에 반하는 것이다.[1393]

다) 조세 포탈 목적 등에 관한 증명책임

명의신탁약정 및 그 등기의 무효에 관한 부동산실명법 제4조의 적용을 배제하는 예외로서 부동산실명법 제8조 각 호의 요건사실인 '종중의 명의신탁'이나 '배우자 간 명의신탁' 사실 등은 그 등기의 유효를 주장하는 자가, 다시 그 예외로서 '조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 등기한 것이라는 점'은 그 등기의 무효를 주장하는 자가 증명하여야 한다.[1394]

한 사례.

○ 대법원 2001. 3. 13. 선고 99다11328 판결; 가처분의 본안소송에서 그 청구취지와 청구원인을 원래의 원인무효로 인한 말소등기청구에서 명의신탁해지로 인한 이전등기청구로 변경한 것은 동일한 생활 사실 또는 동일한 경제적 이익에 관한 분쟁에 관하여 그 해결 방법을 다르게 한 것일 뿐이어서 청구의 기초에 변경이 있다고 볼 수 없고, 이와 같이 가처분의 본안소송에서 청구의 기초에 변경이 없는 범위 내에서 적법하게 청구의 변경이 이루어진 이상, 변경 전의 말소등기청구권을 피보전권리로 한 위 가처분의 효력은 후에 본안소송에서 청구변경된 이전등기청구권의 보전에도 미친다고 본 사례.

1392) 대법원 1999. 10. 12. 선고 98다32441 판결(甲이 乙을 상대로 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하여 승소 확정판결을 선고받아 이에 기하여 소유권이전등기를 마쳤는데, 그 후 乙이 甲을 상대로 甲 명의의 위 소유권이전등기는 乙이 甲의 전소 제소에 대하여 응소하지 아니함으로써 甲으로 하여금 전소 확정판결을 받아 甲 명의로 소유권이전등기를 경료하도록 하는 방법으로 명의신탁하기로 하는 약정에 의한 것이라고 주장하면서 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기 청구소송을 제기한 경우, 전소 확정판결의 기판력은 그 주문에 포함된 소유권이전등기청구권의 존부에만 미칠 뿐 甲이 전소에서 주장한 부동산에 대한 명의신탁 사실이나 甲의 소유권 자체의 존부에는 미치지 아니하므로 乙의 후소 청구에 관하여 전소 확정판결의 기판력은 미치지 아니한다고 한 예).

1393) 대법원 2013. 1. 24. 선고 2011다99498 판결.

1394) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2015다240645 판결; "부동산실명법은 명의신탁약정과 그에 따른 등기를 원칙적으로 무효로 하되(제4조), 부부간의 명의신탁이 조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피(이하 '조세 포탈 등'이라 한다)를 목적으로 하지 않는 경우에 이를 허용하는 특례를 인정하고 있다(제8조 제2호). 따라서 부부간에는 조세 포탈 등의 목적이 없는 한 명의신탁약정과 그에 따른 등기의 효력(제4조), 과징금(제5조), 이행강제금(제6조), 벌칙(제7조), 기존 명의신탁의 실명등기의무 위반의 효력(제12조)에 관한 부동산실명법 규정이 적용되지 않는다. 부동산실명법 제8조의 내용과 문장 구조에 비추어 보면, 부동산에 관하여 부부간의 명의신탁 약정에 따른 등기가 있는 경우 그것이 조세 포탈 등을 목적으로 한 것이라는 점은 예외에 속한다. 따라서 이러한 목적이 있다는 이유로 그 등기가 무효라는 점은 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다. … '조세 포탈 등의 목적'은 명의신탁약정과 그에 따른 등기의 효력을 가리는 기준이 될 뿐만 아니라 과징금·이행강제금의 부과 요건, 형벌조항의 범죄구성요건에 해당한다. 이러한 목적이 있는지는 부부간의 재산관리 관행을 존중하려는 특례규정의 목적과 취지, 부부의 재산관계와 거래의 안전에 미치는 영향, 조세 포탈 등의 행위를 처벌하는 다른 형벌조항과의 체계적 연관성 등을 고려하여 판단하여야 한다. … '강제집행의 면탈'을 목적으로 한 명의신탁에 해당하려면 민사집행법에 따른 강제집행 또는 가압류·가처분의 집행을 받을 우려가 있는 객관적인

라) 공격방어방법

종중이 종중원 등의 합유로 소유권이전등기 된 부동산에 관하여 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송은 합유물에 관한 소송으로서 합유자 전원에 대하여 합일적으로 확정되어야 하는 고유필수적 공동소송에 해당한다.[1395]

농지에 관한 명의신탁자가 명의신탁을 해지하고 그 반환을 구하는 청구를 하는 경우 수탁자는 신탁자 명의의 농지취득자격증명이 발급되지 아니하였다는 사정을 내세워서 그 청구를 거부할 수는 없다.[1396]

유효한 명의신탁의 경우 수탁자는 신탁재산을 유효하게 제3자에게 처분할 수 있고 제3자가 명의신탁사실을 알았더라도 소유권 취득에 영향이 없지만, 제3자가 수탁자의 배임행위에 적극 가담한 경우에는 반사회적 법률행위로서 무효이다.[1397]

명의수탁 재산이 상속재산에 포함됨으로써 명의수탁자의 상속인이 추가로 부담한 상속세액에 대한 명의신탁자의 상환의무와 상속인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무,[1398] 구분소유적 공유관계 해소 시 쌍방의 지분소유권이전등기의무[1399]는 동시이행의

상태, 즉 채권자가 본안 또는 보전소송을 제기하거나 제기할 태세를 보이고 있는 상태에서 한쪽 배우자가 상대방 배우자에게 부동산을 명의신탁함으로써 채권자가 집행할 재산을 발견하기 곤란하게 할 목적이 있다고 인정되어야 한다. 부부간의 명의신탁 당시에 막연한 장래에 채권자가 집행할 가능성을 염두에 두었다는 것만으로 강제집행 면탈의 목적을 섣불리 인정해서는 안 된다." ⇔ 과징금 부과에 관한 부동산실명법 제5조 사안인 2011두29915 판결은 "조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에 해당한다는 점은 이를 주장하는 자가 입증하여야 한다."고 하여 상반된 판시를 한 바 있다.

1395) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다82639 판결. 명의신탁 해지를 구하는 당사자가 합유자 중의 1인이라는 사유만으로 달리 볼 것은 아니다(2014다73794,73800).

1396) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1033 판결. 농지법 제8조 제1항 소정의 농지취득자격증명은 농지를 취득하는 자에게 농지취득의 자격이 있다는 것을 증명하는 것일 뿐 농지취득의 원인이 되는 법률행위의 효력을 발생시키는 요건은 아니기 때문이다.
그리고 종중은 원칙적으로 농지를 취득할 수 없지만, 구 농지개혁법(법률 제4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 1996. 1. 1.자로 폐지된 법)상 예외적으로 종중이 기존의 위토가 없는 분묘를 수호하기 위하여 분묘 1위당 600평 이내의 농지를 위토로서 새로이 취득하고자 하는 경우에는 이러한 취지가 기재된 농지매매증명서를 첨부하여 농지에 관한 소유권이전등기신청을 할 수 있으므로 이와 같이 제한된 목적과 규모의 범위 내에서는 종중도 농지를 취득할 수 있고, 이 경우 종중의 명의신탁은 법령상 제한을 회피하기 위한 것이라고 볼 수 없어 유효하다(대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다59871 판결).

1397) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다82875 판결; "부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조의 특례가 적용되는 종중 등의 명의신탁에 있어서 명의수탁자는 신탁재산을 유효하게 제3자에게 처분할 수 있고 제3자가 명의신탁사실을 알았다 하여도 그의 소유권취득에 영향이 없는 것이기는 하지만, 특별한 사정이 있는 경우, 즉 명의수탁자로부터 신탁재산을 매수한 제3자가 명의수탁자의 명의신탁자에 대한 배임행위에 적극 가담한 경우에는 명의수탁자와 제3자 사이의 계약은 반사회적인 법률행위로서 무효라고 할 것이고, 이때 제3자가 명의수탁자의 배임행위에 적극 가담하는 행위란 수탁자가 단순히 등기명의만 수탁받았을 뿐 그 부동산을 처분할 권한이 없는 줄을 잘 알면서 명의수탁자에게 실질소유자 몰래 신탁재산을 불법처분하도록 적극적으로 요청하거나 유도하는 등의 행위를 의미하는 것이다"

1398) 대법원 1999. 10. 12. 선고 98다6176 판결.

1399) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2004다32992 판결; "구분소유적 공유관계가 해소되는 경우 각 공유지분권자는 특별한 사정이 없는 한 재한이나 부담이 없는 완전한 지분소유권이전등기의무를 지므로, 그 구분소유권 공유관

관계에 있다.

3) 무효인 명의신탁관계의 청산을 위한 청구 형태

가) 양자 간 등기명의신탁에 따른 청구

양자 간 등기명의신탁은 '신탁자 소유 부동산에 관한 양자 간 등기명의신탁'과 '수탁자 소유 부동산에 관한 양자 간 등기명의신탁'으로 나뉜다.

(1) 신탁자 소유 부동산에 관한 양자 간 등기명의신탁

명의신탁자가 그 소유인 부동산의 등기명의를 명의수탁자에게 이전하는 전형적인 '양자 간 등기명의신탁'('신탁자 소유 부동산에 관한 양자 간 등기명의신탁')의 경우,[1400] 명의신탁약정에 의하여 행하여진 수탁자 명의의 소유권보존등기 또는 소유권이전등기는 원인무효로서 말소되어야 하므로,[1401] 신탁자는 수탁자에게 수탁자 명의의 소유권보존등기 또는 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행 또는 그에 갈음하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있고(신탁자가 수탁자인 학교법인의 기본재산으로 등기되어 있는 부동산에 관하여 말소등기절차 또는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 경우에, 관할청 허가가 필요하지 않고, 관할청이 부동산실명법 제4조 제3항 소정의 제3자에 해당하지도 않는다),[1402] 침해부당이득반환을 원인으로 하여 소유권이전등기절차의 이

계를 표상하는 공유지분에 근저당권설정등기 또는 압류, 가압류등기가 경료되어 있는 경우에는 그 공유지분권자로서는 그러한 각 등기도 말소하여 완전한 지분소유권이전등기를 해 주어야 하고, 따라서 구분소유적 공유관계가 해소되는 경우에 있어서 쌍방의 지분소유권이전등기의무와 아울러 그러한 근저당권설정등기 등의 말소의무 또한 동시이행의 관계에 있다고 봄이 상당하다. 그리고 구분소유적 공유관계에 있어서 어느 일방이 그 명의신탁을 해지하고 지분소유권이전등기를 구함에 대하여 상대방이 자기에 대한 지분소유권이전등기 절차의 이행이 동시에 이행되어야 한다고 항변하는 경우, 그 동시이행의 항변에는 특별한 사정이 없는 한 명의신탁 해지의 의사표시가 포함되어 있다고 보아야 한다."

1400) 명의신탁자가 원시취득한 그 소유의 신축건물에 관하여 명의수탁자 명의의 소유권보존등기를 마쳐주는 경우(대법원 2000. 2. 22. 선고 99도5227 판결의 사안)도 마찬가지이다.

1401) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다97864 판결; "명의신탁자가 그 소유인 부동산의 등기명의를 명의수탁자에게 이전하는 이른바 양자간 등기명의신탁의 경우에 있어서 명의신탁자와의 명의신탁약정에 의하여 행하여진 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 법률 제4944호 부동산실명법의 유예기간이 경과한 1996. 7. 1. 이후에는 원인무효로서 말소되어야 한다. 그리하여 명의수탁자로서는 명의신탁자는 물론 제3자에 대한 관계에서도 수탁된 부동산에 대한 소유권자임을 주장할 수 없고, 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수도 없다고 할 것이다."

1402) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다31403 판결; "학교법인이 명의신탁약정에 기하여 명의수탁자로서 기본재산에 관한 등기를 마침으로써 관할청이 그 기본재산 처분에 관하여 허가권을 갖게 된다고 하더라도, 위 관할청의 허가권은 … 관할청에게 주어진 행정상 권한에 불과한 것이어서 위 관할청을 명의수탁자인 학교법인이 물권자임을 기초로 학교법인과 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 자라고 볼 수 없으므로, 부동산실명법 제4조 제3항에서 규정하는 제3자에 해당한다고 할 수 없다. 나아가 부동산실명법 소정의 유예기간 내에 실명등기 등을 하지 아니함으로써 종전의 명의신탁약정 및 그에 따른 등기에 의한 부동산의 물권변동이 무효가 되는 경우 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 원인무효를 이유로 직접 또는 대위하여 등기 말소를 구할 수 있고, 명의신탁자 명의로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 명의신탁자가 법률에 의하여 소유권을 취득한 진정한 소유자라는 사정이 있다면 그 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행을 구할 수도 있는바, 명의신탁자가 학교법인의 기본재산으로 등기되어 있는 부동산에 관하여 그와 같은 이유로 등기 말소 또는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행을 구하는 경우에 이를 사립학교법 제28조 제1항에서 규정하고 있는 학교법인의 기본재산 처분행위가 있는 경우라고 볼 수 없으

행을 구할 수는 없다.[1403]

수탁자가 신탁부동산을 처분하여 제3자가 소유권을 취득함으로써 신탁자가 소유권을 상실한 경우, 그 후 수탁자가 우연히 소유권을 다시 취득하더라도, 신탁자의 소유권에 기한 물권적 청구권(말소등기청구권이나 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기청구권)은 여전히 그 존재 자체가 인정되지 않고,[1404] 신탁자는 수탁자에게 소유권 침해의 불법행위로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다.[1405]

피상속인 사망 후 공동상속인 중 1인이 다른 공동상속인에게 자신이 상속한 재산을 중간생략등기 방식으로 명의신탁하였다가 그 명의신탁이 부동산실명법에 반하여 무효임을 이유로 상속재산의 반환 또는 그 반환채무의 이행불능을 원인으로 한 손해배상을 청구하는 것은 상속회복청구에 해당한다고 할 수 없으므로,[1406] 제척기간이 적용되지 아니한다.

므로 관할청 허가가 필요하다고 할 수 없다."

1403) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다97864 판결: "양자간 등기명의신탁의 경우 … 명의신탁약정과 그에 의한 등기가 무효이므로 목적 부동산에 관한 명의수탁자 명의의 소유권이전등기에도 불구하고 그 소유권은 처음부터 이전되지 아니하는 것이어서 원래 그 부동산의 소유권을 취득하였던 명의신탁자가 그 소유권을 여전히 보유하는 것이 되는 이상, 침해부당이득의 성립 여부와 관련하여 명의수탁자 명의로의 소유권이전등기로 인하여 명의신탁자가 어떠한 '손해'를 입게 되거나 명의수탁자가 어떠한 이익을 얻게 된다고 할 수 없다. 결국 양자간 등기명의신탁에 있어서 그 명의신탁자로서는 명의수탁자를 상대로 소유권에 기하여 원인무효인 소유권이전등기의 말소를 구하거나 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있음은 별론으로 하고 침해부당이득반환을 원인으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수는 없다고 할 것이다."

1404) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다89814 판결: "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 가지는데, 이와 같은 등기말소청구권 등의 물권적 청구권은 그 권리자인 소유자가 소유권을 상실하면 이제 그 발생의 기반이 없게 되어 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 아니하는 것이다. 따라서 양자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산을 처분하여 제3취득자가 유효하게 소유권을 취득하고 이로써 명의신탁자가 신탁부동산에 대한 소유권을 상실하였다면, 명의신탁자의 소유권에 기한 물권적 청구권 즉 말소등기청구권이나 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기청구권도 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 않는다고 할 것이다. 그 후 명의수탁자가 우연히 신탁부동산의 소유권을 다시 취득하였다고 하더라도 명의신탁자가 신탁부동산의 소유권을 상실한 사실에는 변함이 없으므로, 여전히 물권적 청구권은 그 존재 자체가 인정되지 않는다고 할 것이다."(명의신탁 부동산이 전전 매도되었다가, 명의수탁자가 임의경매절차에서 낙찰받아 다시 소유권을 취득한 사안). ☛ 무효인 명의신탁약정을 전제로 한 명의신탁 부동산 및 그 처분대금 반환약정도 무효이다(대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체 판결).

1405) 대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다34007 판결: "명의수탁자가 양자간 명의신탁에 따라 명의신탁자로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 부동산을 임의로 처분한 행위가 형사상 횡령죄로 처벌되지 않더라도, 위 행위는 명의신탁자의 소유권을 침해하는 행위로써 형사상 횡령죄의 성립 여부와 관계없이 민법상 불법행위에 해당하며 명의수탁자는 명의신탁자에게 손해배상책임을 부담한다."

1406) 그러한 청구는 명의신탁이 무효임을 원인으로 하여 소유권의 귀속 등을 주장하는 것일 뿐 상속으로 인한 재산권의 귀속을 주장하는 것이라고 볼 수 없고, 나아가 명의수탁자로 주장된 피고를 두고 진정상속인의 상속권을 침해하고 있는 참칭상속인이라고 할 수도 없기 때문이다(2008다16899). 이는 위와 같은 소송에서 명의수탁자로 주장된 피고가 명의신탁 사실을 부인하고 단독상속을 주장한다고 하여 달리 볼 것은 아니다(2007다76726).

(2) 수탁자 소유 부동산에 관한 양자 간 등기명의신탁

부동산 소유자가 그 소유하는 부동산의 전부 또는 일부 지분에 관하여 제3자(명의신탁자)를 위하여 '대외적으로만' 보유하는 관계에 관한 약정(명의신탁약정)을 하는 경우에도 이른바 양자 간 등기명의신탁관계가 성립하는데('수탁자 소유 부동산에 관한 양자 간 등기명의신탁'),[1407] 이 경우의 법률관계는 전형적인 양자 간 명의신탁의 법률관계와는 달리 보아야 한다.

부동산실명법 시행 '후'에 이루어진 '수탁자 소유 부동산에 관한 양자 간 등기명의신탁'의 경우, 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효이고 부동산의 소유권은 대내외적으로 여전히 수탁자 소유로 남아 있으며, 수탁자 명의의 등기는 여전히 유효하다. 다만, 신탁자는 수탁자에게 그들 간 부동산 양도의 채권계약에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있다.

그리고 부동산실명법 시행 '전'에 '수탁자 소유 부동산에 관한 양자 간 등기명의신탁'이 이루어졌는데 부동산실명법상 유예기간이 도과된 경우, 신탁자는 수탁자를 상대로 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하여야 하지만,[1408] '신탁자 소유 부동산에 관한 양자 간 등기명의신탁'의 경우 부동산실명법 시행 전후를 불문하고 신탁자는 수탁자에게 수탁자 명의의 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행 또는 그에 갈음하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하여야 한다.

1407) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009도5547 판결: "부동산실명법 제2조 제1호 본문, 제2호, 제3호를 종합하면, 같은 법에서의 명의신탁약정이란 '부동산에 관한 소유권 기타 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자(명의신탁자)가 타인(명의수탁자)과의 사이에서 대내적으로는 명의신탁자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 명의수탁자 명의로 하기로 하는 약정(위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인에 의한 경우를 포함한다)'을 말한다. 위 내용으로부터 알 수 있듯이, 명의신탁관계의 성립에 명의수탁자 앞으로의 새로운 소유권이전등기가 행하여지는 것이 반드시 필요한 것은 아니므로, 명의수탁자가 소유하는 부동산에 관하여도 명의신탁자와 사이의 사후적인 명의신탁약정에 의하여 등기명의신탁관계가 성립할 수 있다. 따라서 부동산 소유자가 그 중 일부 지분을 제3자(명의신탁자)를 위하여 '대외적으로만' 보유하는 관계에 관한 약정(명의신탁약정)을 맺으면, 그 지분에 관하여 이른바 2자간 등기명의신탁관계가 성립한다."

1408) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2008다16899 판결: "부동산실명법 시행 전에 명의수탁자가 소유하는 부동산에 관하여 명의신탁자와 사이에 사후적으로 그 부동산을 명의신탁자를 위하여 '대외적으로만' 보유하는 관계에 관한 명의신탁약정이 이루어진 다음 부동산실명법 제11조에서 정한 유예기간 내에 실명등기 등을 하지 않고 그 기간을 경과함으로써 같은 법 제12조 제1항, 제4조에 의하여 위 명의신탁약정이 무효로 됨에 따라 명의수탁자가 당해 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득하게 된 경우, 위 유예기간이 경과하기 전까지는 명의수탁자는 명의신탁약정에 따라 당해 부동산에 관한 소유명의를 취득한 것으로서 명의신탁자는 언제라도 명의신탁약정을 해지하고 당해 부동산에 관한 소유권을 취득할 수 있었다고 할 것이므로, 명의수탁자는 부동산실명법 시행에 따라 당해 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득함으로써 당해 부동산 자체를 부당이득하였다고 보아야 하고, 부동산실명법 제3조 및 제4조가 명의신탁자에게 소유권이 귀속되는 것을 막는 취지의 규정은 아니므로 명의수탁자는 명의신탁자에게 자신이 취득한 당해 부동산을 부당이득으로 반환할 의무가 있다."

나) 3자간 등기명의신탁[1409]에 따른 청구

부동산실명법 시행 '후'에 3자간 등기명의신탁이 이루어지거나, 부동산실명법 시행 '전'에 3자간 등기명의신탁이 이루어졌다가 그 유예기간이 경과함으로써 3자간 등기명의신탁 약정과 그에 의한 등기가 무효로 된 경우, ① 매도인은 수탁자에게 소유권에 기한 방해배제청구로서 수탁자 명의 소유권이전등기의 말소 또는 진정등기명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기의 이행을 청구할 수 있고, ② 신탁자는 매도인에게 매매계약에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있으며,[1410] ③ 신탁자는 자신의 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 수탁자에게 그 명의 등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 있고,[1411] ④ 신탁자가 수탁자에게 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수는 없다.[1412]

3자간 등기명의신탁에서 수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하거나 강제수용이나 공공용지 협의취득 등을 원인으로 제3취득자 명의로 이전등기가 마쳐진 경우, 수탁자는 신탁자에게 부동산의 처분대금이나 보상금으로 취득한 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있고(수탁자가 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 경우에도 마찬가지이다),[1413] 수탁자가 임의

1409) 이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 3자간 등기명의신탁은, 신탁자가 수탁자와 명의신탁 약정을 맺고 신탁자가 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결하되 다만 등기를 매도인으로부터 수탁자 앞으로 직접 이전하는 명의신탁 관계를 말한다(2001도6209).

1410) 이 경우 부동산을 인도받아 점유하고 있는 명의신탁자의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권은 소멸시효가 진행되지 아니한다(2013다26647).

1411) ○ 대법원 2018. 3. 22. 선고 2014두43110 전원합의체 판결; "명의신탁자가 소유자로부터 부동산을 양수하면서 명의수탁자와 사이에 명의신탁약정을 하여 소유자로부터 바로 명의수탁자 명의로 해당 부동산의 소유권이전등기를 하는 3자간 등기명의신탁의 경우, 명의신탁자가 매매계약의 당사자로서 매도인과 매매계약을 체결하고 매매대금을 지급하며, 매매계약에 따른 법률효과도 명의신탁자에게 귀속된다. 부동산실명법은 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하므로 그 매매계약이 효력이 없다고 보기 어렵다. 이렇듯 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자의 매수인 지위는 일반 매매계약에서 매수인 지위와 근본적으로 다르지 않다. … 3자간 등기명의신탁의 경우 명의신탁약정과 그에 따른 등기는 무효인 반면 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 유효하므로, 명의신탁자는 매도인에게 매매계약에 따른 소유권이전등기를 청구할 수 있고, 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 무효인 명의수탁자 명의 등기의 말소를 구할 수도 있다."

○ 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결; "3자간 등기명의신탁의 경우 부동산실명법에서 정한 유예기간 경과에 의하여 기존 명의신탁약정과 그에 의한 등기가 무효로 되고 그 결과 명의신탁된 부동산은 매도인 소유로 복귀하므로, 매도인은 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있고, 한편 같은 법은 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하여 유예기간 경과 후에도 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로, 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있으며, 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있다."

1412) 2008다55290,55306(부동산실명법 시행 '전'에 3자간 등기명의신탁이 이루어졌다가 유예기간이 경과함으로써 3자간 등기명의신탁 약정과 그에 의한 등기가 무효로 된 사안).

1413) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결의 다수의견; "3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 임의처분 또는 강제수용이나 공공용지 협의취득 등을 원인으로 제3자 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 특별한 사정이 없는 한 제3자는 유효하게 소유권을 취득한다(부동산실명법 제4조 제3항). 그 결과 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되어 명의신탁자로서는 부동산의 소유권을 이전받을

로 신탁부동산을 처분한 경우, 신탁자가 매도인에 대하여 매매대금의 반환을 구하거나 신탁자 앞으로 재차 소유권이전등기를 경료할 것을 요구하는 것은 신의칙상 허용되지 아니하여, 매도인이 수탁자의 처분행위로 인하여 손해를 입었다고 볼 수 없으므로, 매도인의 수탁자에 대한 손해배상청구권은 인정되지 않으나,[1414] 수탁자가 신탁자와의 관계에서 형사상 횡령죄로 처벌되지 않더라도 불법행위로 인한 손해배상책임을 질 수는 있다.[1415] 3자간 등기명의신탁의 명의신탁자가 제3자와 사이에 부동산 처분에 관한 약정을 맺고 그 약정에 기하여 명의수탁자에서 제3자 앞으로 마쳐준 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다.[1416]

수 없게 되는 한편, 명의수탁자는 부동산의 처분대금이나 보상금 등을 취득하게 된다. 판례는, 명의수탁자가 그러한 처분대금이나 보상금 등의 이익을 명의신탁자에게 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다고 보고 있다. 이러한 판례는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다. … 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 경우에도 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우와 마찬가지로 보아야 한다. … 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정한 경우 명의수탁자는 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고 그로 인하여 명의신탁자에게 그에 상응하는 손해를 입혔으므로, 명의수탁자는 명의신탁자에게 이를 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다." ☛ 3자간 등기명의신탁 부동산에 관하여 경매를 원인으로 제3취득자 명의로 이전등기가 마쳐진 경우에도 마찬가지여서, 명의수탁자는 법률상 원인 없이 그의 채권자들에게 배당된 금액 상당의 채무를 면책받고, 대한민국에 대하여 배당금 지급청구권을 취득하는 이득을 얻게 되므로, 그 이득을 부당이득으로 반환할 의무가 있다(2019다203811,203828).

1414) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결의 다수의견; "대법원은 부동산실명법이 시행되기 이전에 매도인이 명의신탁자의 부탁에 따라 명의수탁자에게 등기명의를 이전하여 준 사안에서 명의수탁자의 처분행위 등이 있는 경우 매도인에게 매매계약의 체결이나 그 이행에 관하여 귀책사유가 있다고 보기 어려우므로 명의신탁자가 실명등기를 하지 아니한 사정에 기인하여 매도인에게 매매대금의 반환을 구하거나 명의신탁자 앞으로 재차 소유권이전등기를 마칠 것을 요구하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다고 하였다(2001다61654 참조). 부동산실명법이 시행된 이후에 3자간 등기명의신탁이 이루어진 경우에도 마찬가지로, 매도인에게 매매계약의 체결이나 그 이행에 관하여 귀책사유가 있다고 보기 어렵고, 설령 귀책사유가 있다고 하더라도 부동산실명법 위반상태를 야기한 명의신탁자가 매도인에 대하여 매매대금의 반환을 구하거나 소유권이전등기의무의 이행불능에 따른 손해배상청구를 하는 것은 여전히 신의칙상 허용되지 않는다. 매도인은 명의수탁자의 처분행위 등으로 인하여 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 부동산의 소유권을 상실하고 명의신탁자에 대하여 소유권이전등기의무와 그 이행불능으로 인한 손해배상책임도 부담하지 않게 되는 한편 명의신탁자로부터 받은 매매대금은 그대로 보유하게 되므로, 명의수탁자의 처분행위 등으로 인하여 매도인에게 경제적 손실이 발생한다고 할 수 없다."

1415) 대법원 2022. 6. 9. 선고 2020다208997 판결; "명의수탁자가 3자간 등기명의신탁에 따라 매도인으로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 부동산을 자기 마음대로 처분한 행위가 형사상 횡령죄로 처벌되지 않더라도, 이는 명의신탁자의 채권인 소유권이전등기청구권을 침해하는 행위로써 민법 제750조에 따라 불법행위에 해당하여 명의수탁자는 명의신탁자에게 손해배상책임을 질 수 있다. … 민사책임과 형사책임은 지도이념, 증명책임의 부담과 그 증명의 정도 등에서 서로 다른 원리가 적용된다. … 형사상 범죄를 구성하지 않는 침해행위라고 하더라도 그것이 민사상 불법행위를 구성하는지는 형사책임과 별개의 관점에서 검토해야 한다. … 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되어 명의신탁자로서는 부동산 소유권을 이전받을 수 없게 된다. 명의수탁자가 명의신탁자의 채권인 소유권이전등기청구권을 침해한다는 사정을 알면서도 명의신탁받은 부동산을 자기 마음대로 처분하였다면 이는 사회통념상 사회질서나 경제질서를 위반하는 위법한 행위로서 특별한 사정이 없는 한 제3자의 채권침해에 따른 불법행위책임이 성립한다."

1416) 대법원 2022. 9. 29. 선고 2022다228933 판결.

다) 계약명의신탁[1417]에 따른 청구

(1) 매도인 선의의 계약명의신탁

(가) 부동산실명법 시행 '후' 선의의 계약명의신탁

부동산실명법 시행 '후'에 계약명의신탁약정이 체결되고 그에 따라 명의수탁자가 '선의'의 매도인(명의신탁약정의 존재 사실을 알지 못하는 부동산 소유자; '매매계약 체결 당시' 매도인의 인식을 기준으로 판단한다[1418])과 부동산 매매계약을 체결하여 수탁자 명의로 그 부동산의 소유권이전등기를 마친 경우, 그 매매계약은 유효하고,[1419] 수탁자가 부동산의 완전한 소유권을 취득하며(다만, 경매절차에서 매수대금을 부담한 명의신탁자와 매수인 명의를 빌려준 명의수탁자 간 명의신탁의 경우에는 매도인 격인 경매부동산 '소유자'의 선·악의와는 무관하게 수탁자가 완전한 소유권을 취득한다.[1420]), ① 명의신탁약정 및 (함께 이루어진) 부동산 매입 위임 약정의 무효로 인하여 신탁자는 수탁자에게 '매수자금[1421] [1422]' 및 취득세·등록세 등 취득비

1417) 이른바 계약명의신탁이라 함은, 신탁자가 수탁자와 명의신탁 약정을 맺고 수탁자가 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결한 후 그 등기를 수탁자 앞으로 이전등기하는 경우의 명의신탁 관계를 말한다(대법원 2002. 2. 22. 선고 2001도6209 판결).

1418) 대법원 2018. 4. 10. 선고 2017다257715 판결; "계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 매도인과 부동산에 관한 매매계약을 체결하는 경우 그 계약과 등기의 효력은 매매계약을 체결할 당시 매도인의 인식을 기준으로 판단해야 하고, 매도인이 계약 체결 이후에 명의신탁약정 사실을 알게 되었다고 하더라도 위 계약과 등기의 효력에는 영향이 없다. 매도인이 계약 체결 이후 명의신탁약정 사실을 알게 되었다는 우연한 사정으로 인해서 위와 같이 유효하게 성립한 매매계약이 소급적으로 무효로 된다고 볼 근거가 없다. 만일 매도인이 계약 체결 이후 명의신탁약정 사실을 알게 되었다는 사정을 들어 매매계약의 효력을 다툴 수 있도록 한다면 매도인의 선택에 따라서 매매계약의 효력이 좌우되는 부당한 결과를 가져올 것이다."

1419) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2012다202932 판결; "명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산의 취득에 관한 계약을 체결하면 그 계약은 유효하다. 아파트의 수분양자가 타인과의 사이에 대내적으로는 자신이 수분양권을 계속 보유하기로 하되 수분양자 명의만을 그 타인의 명의로 하는 내용의 명의신탁약정을 맺으면서 분양계약의 수분양자로서의 지위를 포괄적으로 이전하는 내용의 계약인수약정을 체결하고 이에 대하여 위 명의신탁약정의 존재를 모르는 분양자가 동의 내지 승낙을 한 경우, 이는 이른바 계약명의신탁 관계에서 명의수탁자가 당초 명의신탁약정의 존재를 모르는 분양자와 사이에 분양계약을 체결한 경우와 다를 바 없으므로, 위 분양계약인수약정은 유효하다."

1420) ○ 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다69197 판결; "경매절차에서의 소유자가 위와 같은 명의신탁약정 사실을 알고 있었거나 소유자와 명의신탁자가 동일인이라고 하더라도 그러한 사정만으로 그 명의인의 소유권취득이 부동산실명법 제4조 제2항에 따라 무효로 된다고 할 것은 아니다. 비록 경매가 사법상 매매의 성질을 보유하고 있기는 하나 다른 한편으로는 법원이 소유자의 의사와 관계없이 그 소유물을 처분하는 공법상 처분으로서의 성질을 아울러 가지고 있고, 소유자는 경매절차에서 매수인의 결정 과정에 아무런 관여를 할 수 없는 점, 경매절차의 안정성 등을 고려할 때 경매부동산의 소유자를 위 제4조 제2항 단서의 '상대방 당사자'라고 볼 수는 없기 때문이다."

○ 대법원 2009. 9. 10. 선고 2006다73102 판결; "경매절차에서 매수대금을 부담한 명의신탁자와 매수인 명의를 빌려준 명의수탁자 및 제3자 사이의 새로운 명의신탁약정에 의하여 명의수탁자가 다시 명의신탁자가 지정하는 제3자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 주었다면, 제3자 명의의 소유권이전등기는 위 법률 제4조 제2항에 의하여 무효이므로, 제3자는 소유권이전등기에도 불구하고 그 부동산의 소유권을 취득하거나 그 매수대금 상당의 이익을 얻었다고 할 수 없다. 또한, 제3자 명의로 소유권이전등기를 마치게 된 것이 제3자가 명의수탁자를 상대로 제기한 소유권이전등기 청구소송의 확정판결에 의한 것이더라도, 소유권이전등기절차의 이행을 명한 확정판결의 기판력은 소송물인 이전등기청구권의 존부에만 미치고 소송물로 되어 있지 아니한 소유권의 귀속 자체에까지 미치지는 않으므로, 명의수탁자가 여전히 그 부동산의 소유자임은 마찬가지이다."

용'[1423]을 부당이득으로 반환할 것을 청구할 수 있으나, ② 부동산 자체나 그 처분대금의 반환을 청구할 수는 없으며, ③ 나아가 계약명의신탁약정이 유효함을 전제로 한 명의신탁 당사자 간 약정(신탁자의 요구에 따라 부동산의 소유 명의를 이전하거나 그 처분대금을 반환하기로 하는 약정, 신탁자의 수탁자에 대한 소유권이전등기청구권을 확보하기 위하여 명의신탁 부동산에 신탁자 명의의 가등기를 마치고 향후 신탁자가 요구하는 경우 본등기를 마쳐 주기로 하는 약정 등)은 무효이므로 그 약정에 따른 이행을 구할 수는 없고[1424](수탁자의 완전한 소유권 취득을 전제로 한 사후적 약정은 유효하고 그에 따른 이행을 구할 수는 있다[1425]), ④ 신탁자의 직접점유 또는 간접점유를

1421) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2002다66922 판결; "부동산실명법 제4조 제1항, 제2항에 의하면, 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 마친 경우에는 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 그 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 다만 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하게 될 뿐이라 할 것인데, 그 계약명의신탁약정이 부동산실명법 시행 후인 경우에는 명의신탁자는 애초부터 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없었으므로 위 명의신탁약정의 무효로 인하여 명의신탁자가 입은 손해는 당해 부동산 자체가 아니라 명의수탁자에게 제공한 매수자금이라 할 것이고, 따라서 명의수탁자는 당해 부동산 자체가 아니라 명의신탁자로부터 제공받은 매수자금을 부당이득하였다고 할 것이다."

1422) 하지만, 수탁자가 채무자가 되어 명의신탁 부동산을 담보로 금융기관으로부터 대출받은 자금으로 매수대금을 지급한 경우에는, 위 부동산의 소유권이 수탁자에게 확정적으로 귀속되었다 하여 법적인 측면에서 신탁자에게 어떤 손해가 있다 할 수 없으므로, 부당이득반환의무가 성립하지 아니한다(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다69148 판결).

1423) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2007다90432 판결; "명의수탁자가 소유권이전등기를 위하여 지출하여야 할 취득세, 등록세 등을 명의신탁자로부터 제공받았다면, 이러한 자금 역시 위 계약명의신탁약정에 따라 명의수탁자가 당해 부동산의 소유권을 취득하기 위하여 매매대금과 함께 지출된 것이므로, 당해 부동산의 매매대금 상당액 이외에 명의신탁자가 명의수탁자에게 지급한 취득세, 등록세 등의 취득비용도 특별한 사정이 없는 한 위 계약명의신탁약정의 무효로 인하여 명의신탁자가 입은 손해에 포함되어 명의수탁자는 이 역시 명의신탁자에게 부당이득으로 반환하여야 할 것이다."

1424) ○ 대법원 2006. 11. 9. 선고 2006다35117 판결; "부동산경매절차에서 소외 2가 매수자금을 자신이 부담하면서 피고 명의로 매각허가결정을 받기로 피고와 약정하였고, 그 약정에 따라 매각이 이루어졌다면, 소외 2와 피고 사이에는 이 사건 부동산에 대한 명의신탁관계가 성립되었다 할 것이고, 소외 2와 피고 사이의 위 명의신탁약정은 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제1항에 의하여 무효라 할 것이며, 따라서 소외 2는 피고에게 이 사건 부동산 자체나 그 처분대금의 반환을 청구할 수는 없다(제공한 매수대금을 부당이득으로 청구할 수 있을 뿐이다). 나아가 소외 2와 피고 사이에 소외 2의 지시에 따라 이 사건 부동산의 소유 명의를 이전하거나 그 처분대금을 반환하기로 한 약정이 있다고 하더라도 이는 결국 명의신탁약정이 유효함을 전제로 명의신탁 부동산 자체 또는 그 처분대금의 반환을 구하는 범주에 속하는 것에 해당하여 무효라 할 것이다."
○ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다63315 판결; "명의신탁자와 명의수탁자가 위와 같이 무효인 명의신탁약정을 함과 아울러 그 약정을 전제로 하여 이에 기한 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 소유권이전등기청구권을 확보하기 위하여 명의신탁 부동산에 명의신탁자 명의의 가등기를 마치고 향후 명의신탁자가 요구하는 경우 본등기를 마쳐 주기로 약정하였더라도, 이러한 약정 또한 부동산실명법에 의하여 무효인 명의신탁약정을 전제로 한 것이어서 무효이고, 위 약정에 의하여 마쳐진 가등기는 원인무효라 할 것이다. 한편 설령 명의신탁자가 명의신탁약정과는 별개의 적법한 원인에 기하여 명의수탁자에 대하여 소유권이전등기청구권을 가지게 되었다 하더라도, 이를 보전하기 위하여 자신의 명의가 아닌 제3자 명의로 가등기를 마친 경우 위 가등기는 명의신탁자와 그 제3자 사이의 명의신탁약정에 기하여 마쳐진 것으로서 그 약정의 무효로 말미암아 효력이 없다고 할 것이다."

1425) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다30483 판결; "명의수탁자의 완전한 소유권 취득을 전제로 하여 사후적으로 명의신탁자와의 사이에 위에서 본 **매수자금반환의무의 이행에 갈음하여 명의신탁된 부동산 자체를 양도**하기로 **합의**하고 그에 기하여 명의신탁자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐준 경우에는 그 소유권이전등기는 새로운 소

이유로 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수도 없다.[1426]

명의수탁자가 매수자금 등의 부당이득반환채무, 그 지체책임[1427]과 별개로, 민법 제748조 제2항에 따라 매수자금을 취득한 날 이후의 법정이자 반환 또는 손해배상책임도 부담하는 '악의의 수익자'라는 점에 대하여는 이를 주장하는 명의신탁자 측에서 증명책임을 진다.[1428]

명의수탁자나 그 승계인의 부동산 인도청구에 대하여 명의신탁자가 명의수탁자에 대하여 가지는 위와 같은 부당이득반환청구권에 기하여 유치권을 행사할 수는 없다.[1429]

(나) 부동산실명법 시행 '전' 선의의 계약명의신탁

① 부동산실명법 시행 '전'에 계약명의신탁약정이 체결되고 그에 따라 명의수탁자가 '선의'의 매도인과 부동산 매매계약을 체결하여 '명의수탁자 명의로 그 부동산의 소유권이전등기가 경료된 다음', 같은 법 소정의 유예기간이 경과하여 명의수탁자가 부동산의 완전한 소유권을 취득한 경우, 신탁자는 수탁자에게 그 '부동산'에 관하여 '부당이득 반환'을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있다.[1430] 장차 위

유권 이전의 원인인 대물급부의 약정에 기한 것이므로 그 약정이 무효인 명의신탁약정을 명의신탁자를 위하여 사후에 보완하는 방책에 불과한 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 유효하다고 할 것이고, 그 대물급부의 목적물이 원래의 명의신탁부동산이라는 것만으로 그 유효성을 부인할 것은 아니다."

1426) ○ 대법원 2022. 5. 12. 선고 2019다249428 판결; "계약명의신탁에서 명의신탁자는 부동산의 소유자가 명의신탁약정을 알았는지 여부와 관계없이 부동산의 소유권을 갖지 못할 뿐만 아니라 매매계약의 당사자도 아니어서 소유자를 상대로 소유권이전등기청구를 할 수 없고, 이는 명의신탁자도 잘 알고 있다고 보아야 한다. 명의신탁자가 명의신탁약정에 따라 부동산을 점유한다면 명의신탁자에게 점유할 다른 권원이 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 명의신탁자는 소유권 취득의 원인이 되는 법률요건이 없이 그와 같은 사실을 잘 알면서 타인의 부동산을 점유한 것이다. 이러한 명의신탁자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 가지지 않았다고 할 것이므로 소유의 의사로 점유한다는 추정은 깨어진다."
○ 대법원 2022. 6. 9. 선고 2021다244617 판결; 부동산실명법 시행 전·후의 계약명의신탁에 의해 각 부동산의 소유권을 취득한 피고(명의수탁자)를 상대로, 원고(명의신탁자)가 주위적으로 '명의신탁 이후에 이루어진 원·피고 간 반환약정'을 원인으로 한 소유권이전등기를, 예비적으로 '원고에게 피고의 직접점유를 매개로 한 간접점유가 인정되고, 그 간접점유에 기한 점유취득시효가 완성되었음'을 원인으로 한 소유권이전등기를 각 구한 사안에서, '원·피고 간 반환약정은 무효인 명의신탁약정이 유효함을 전제로 부동산 자체의 반환을 구하는 범주여서 위 반환약정도 무효'라고 보고, '각 부동산을 직접점유한 피고와 원고 사이에 점유매개관계를 인정할 수 없어 원고의 간접점유도 인정할 수 없다'고 보아 원고의 청구를 모두 기각한 예.

1427) 원본 채무가 이행기의 정함이 없는 것이므로 소장 부본 송달 등 이행청구 다음 날부터 발생한다.

1428) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다24187, 24194 판결(명의수탁자가 수령한 매수자금이 명의신탁약정에 기하여 지급되었다는 사실을 알았다고 하여도 그 명의신탁약정이 부동산실명법 제4조 제1항에 의하여 무효임을 알았다는 등의 사정이 부가되지 아니하는 한 명의수탁자가 그 금전의 보유에 관하여 법률상 원인 없음을 알았다고 쉽사리 말할 수는 없다).

1429) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다34828 판결; "명의신탁자의 이와 같은 부당이득반환청구권은 부동산 자체로부터 발생한 채권이 아닐 뿐만 아니라 소유권 등에 기한 부동산의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 채권이라고 보기도 어려우므로, 결국 민법 제320조 제1항에서 정한 유치권 성립요건으로서의 목적물과 채권 사이의 견련관계를 인정할 수 없다."

1430) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000다21123 판결; "부동산실명법 제4조 제1항, 제2항의 규정에 의하면, 명의신

부동산의 처분대가를 신탁자에게 지급하기로 하는 부동산실명법 시행 전의 '정산약정'은 유효하다.[1431]

② 부동산실명법 시행 '전' '선의'의 계약명의신탁과 부동산 매매계약으로, ⓐ 수탁자 명의의 소유권이전등기가 마쳐졌으나 위 유예기간이 경과하기까지 '신탁자가 그 명의로 등기를 이전하는 데 법률상 장애가 있었던 경우',[1432] ⓑ 대금을 모두 지급하였으나 '소유권이전등기를 수탁자 명의로 마치지 못한 상태'에서 위 유예기간이 경과한 경우[1433]에는,

---

탁자와 명의수탁자가 명의신탁 약정을 맺고, 이에 따라 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 기하여 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 마친 경우에는 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁 약정의 무효에도 불구하고 그 소유권이전등기에 의한 당해 부동산에 관한 물권변동 자체는 유효한 것으로 취급되어 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 부동산실명법 시행 전에 위와 같은 명의신탁 약정과 그에 기한 물권변동이 이루어진 다음 부동산실명법 제11조에서 정한 유예기간 내에 실명등기 등을 하지 않고 그 기간을 경과한 때에도 같은 법 제12조 제1항에 의하여 제4조의 적용을 받게 되어 위 법리가 그대로 적용되는 것인바, 이 경우 명의수탁자는 명의신탁 약정에 따라 명의신탁자가 제공한 비용을 매매대금으로 지급하고 당해 부동산에 관한 소유명의를 취득한 것이고, 위 유예기간이 경과하기 전까지는 명의신탁자는 언제라도 명의신탁 약정을 해지하고 당해 부동산에 관한 소유권을 취득할 수 있었던 것이므로, 명의수탁자는 부동산실명법 시행에 따라 당해 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득함으로써 당해 부동산 자체를 부당이득하였다고 보아야 할 것이고, 부동산실명법 제3조 및 제4조가 명의신탁자에게 소유권이 귀속되는 것을 막는 취지의 규정은 아니므로 명의수탁자는 명의신탁자에게 자신이 취득한 당해 부동산을 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 할 것이다." ☛ 그 소유권이전등기청구권은 그 성질상 법률의 규정에 의한 부당이득반환청구권으로서 부동산실명법 제11조에서 정한 유예기간이 경과한 1996. 7. 1.부터 민법 제162조 제1항 소정의 10년의 기간이 경과함으로써 시효로 소멸하고, 신탁자가 부동산을 계속 점유·사용하여 온 경우에도 위 소멸시효의 진행에 장해가 되지 않지만(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다23313 판결; 그 점유 및 사용으로 위 부당이득반환청구권 자체의 실질적 행사가 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 소멸시효가 진행되지 않는다고 보는 것은 신탁자가 부동산실명법의 유예기간 및 시효기간 경과 후 여전히 실명전환을 하지 않아 부동산실명법을 위반한 경우임에도 그 권리를 보호하여 주는 결과로 되어 부동산거래의 실정 및 부동산실명법 등 관련 법률의 취지에 맞지 않기 때문이다), 수탁자가 관련 세금의 부담과 같은 재산적 지출을 신탁자에게 적극적으로 요청하는 등 신탁자 소유임을 인정하는 것을 전제로 하여서만 취하였을 행태를 보인 경우 묵시적 채무승인으로 시효의 진행이 중단될 수 있고(대법원 2012. 10. 25. 선고 2012다45566 판결), 수탁자의 소멸시효 항변이 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용되지 않을 수도 있다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다90194, 90200 판결)(구체적 사안은 '소멸시효' 기술 부분 참조).

1431) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2019다266751 판결; "부동산실명법이 시행되기 전에 명의신탁자와 명의수탁자가 명의신탁 약정을 맺고 이에 따라 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 기하여 당해 부동산의 소유권이전등기를 자신의 명의로 마치는 한편, 장차 위 부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하기로 하는 정산약정을 한 경우, 그러한 약정 이후에 부동산실명법이 시행되었다거나 그 부동산의 처분이 부동산실명법 시행 이후에 이루어졌다고 하더라도 그러한 사정만으로 위 정산약정까지 당연히 무효로 된다고 볼 수 없다."

1432) 이 경우 신탁자는 그 부동산의 소유권을 취득할 수 없었으므로, 명의신탁약정의 무효로 인하여 신탁자가 입은 손해는 당해 부동산 자체가 아니라 수탁자에게 제공한 매수자금이고, 따라서 수탁자는 당해 부동산 자체가 아니라 신탁자로부터 제공받은 매수자금을 부당이득한 것이다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다74690 판결; 농지의 명의신탁자가 구 농지개혁법 소정의 농지매매증명이나 농지법 소정의 농지취득자격증명의 발급요건을 충족시키지 못하여 유예기간 경과 전까지 그 소유권을 취득할 수 없었다는 이유로, 농지에 관한 명의신탁약정의 무효로 인하여 명의수탁자가 반환하여야 할 부당이득은 농지의 매수자금 상당액이라고 판단한 예).

1433) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다21214 판결(이 경우 명의신탁약정의 무효에 불구하고 수탁자와 소유자 사이의 매매계약 자체는 유효한 것으로 취급되는바, 수탁자는 명의신탁약정에 따라 신탁자가 제공한 비용으로 소유자에게 매매대금을 지급하고 당해 부동산을 매수한 매수인의 지위를 취득한 것에 불과하지 당해 부동산에 관한 소유권을 취득하는 것은 아니므로, 위 유예기간의 경과에 따른 명의신탁약정의 무효로 인하여 신탁자가 입게 되는 손해는 당해 부동산 자체가 아니라 수탁자에게 제공한 매수자금이라 할 것이고, 그 후 수탁자가

수탁자의 신탁자에 대한 부당이득 반환 대상이 '매수자금'이다.

(2) 매도인 악의의 계약명의신탁

부동산실명법 시행 '후'에 이른바 계약명의신탁약정이 체결되고 그에 따라 수탁자가 '악의'의 매도인(명의신탁 약정이 있다는 사실을 알고 있는 부동산 소유자)과 부동산 매매계약을 체결하여 자신의 명의로 그 부동산의 소유권이전등기를 마친 경우, ① 신탁자는 수탁자에게 '매수자금' 내지 '수탁자의 매도인에 대한 매매대금반환청구권'을 부당이득으로 반환할 것을 청구할 수 있고,[1434] ② 매도인은 수탁자에게 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행 또는 그에 갈음하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을,[1435] ③ 수탁자는 매도인에게 매매대금의 반환을 각 청구할 수 있으며,[1436] ④ 신탁자와 매도인 사이에는 아무런 법률관계가 없으나 신탁자는 매도인에게 별도의 양도약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수는 있다.[1437] 위 ②와 ③은 동시이행관계에 있다. ⑤ 명의수탁자의 제3자에 대한 처분행위는 매도인의 소유권을 침해하는 불법행위가 되나, 매매대금을 수령한 매도인에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 명의수탁자에 대한 손해배상청구는 인정되지 않는다.[1438]

당해 부동산에 관한 소유권을 취득하게 되었다고 하더라도 이로 인하여 부당이득반환의 대상이 달라진다고 할 수는 없다).

1434) 부당이득 반환 대상이 '매수자금'인지 '수탁자의 매도인에 대한 매매대금반환청구권'인지에 대해서는 학설이 나뉜다.

1435) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결; "명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알고 있는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마친 경우에는 부동산실명법 제4조 제2항 본문에 의하여 수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 당해 부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 되므로 … 명의수탁자는 매도인에 대하여 소유권이전등기말소의무를 부담하게 되나, 위 소유권이전등기는 처음부터 원인무효여서 명의수탁자는 매도인이 소유권에 기한 방해배제청구로 그 말소를 구하는 것에 대하여 상대방으로서 응할 처지에 있음 …."

1436) 대법원 2016. 6. 28. 선고 2014두6456 판결; "부동산실명법 제4조 제2항 본문에 의하여 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 매도인과 명의수탁자가 체결한 매매계약도 원시적으로 무효이므로, 해당 부동산의 소유권은 매매계약을 체결한 소유자에게 그대로 남아 있게 되며" 와 매매계약이 무효로 되는 논거에 대해서, 원시적으로 이행불능인 급부를 목적으로 하는 계약이기 때문이라는 '원시적 불능설'을 취한 것이다.

1437) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다32120 판결; "무효사실이 밝혀진 후에 매도인이 계약명의자인 명의수탁자 대신 명의신탁자가 그 계약의 매수인으로 되는 것에 대하여 동의 내지 승낙을 함으로써 부동산을 명의신탁자에게 양도할 의사를 표시하였다면, 명의신탁약정이 무효로 됨으로써 매수인의 지위를 상실한 명의수탁자의 의사에 관계없이 매도인과 명의신탁자 사이에는 종전의 매매계약과 같은 내용의 양도약정이 따로 체결된 것으로 봄이 상당하고, … 명의신탁자는 당초의 매수인이 아니라고 하더라도 매도인에 대하여 별도의 양도약정을 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이다."

1438) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다95185 판결; "당해 부동산의 소유권은 매매계약을 체결한 소유자에게 그대로 남아 있게 되고, 명의수탁자가 자신의 명의로 소유권이전등기를 마친 부동산을 제3자에게 처분하면 이는 매도인의 소유권 침해행위로서 불법행위가 된다. 그러나 명의수탁자로부터 매매대금을 수령한 상태의 소유자로서는 그 부동산에 관한 소유명의를 회복하기 전까지는 신의칙 내지 민법 제536조 제1항 본문의 규정에 의하여 명의수탁자에 대하여 이와 동시이행의 관계에 있는 매매대금 반환채무의 이행을 거절할 수 있는데, 이른바 계약명의신탁에서 명의수탁자의 제3자에 대한 처분행위가 유효하게 확정되어 소유자에 대한 소유명의

마. 취득시효

1) 점유취득시효의 요건사실

민법 제245조 제1항에 의하면, "20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다."라고 규정하고 있으나, 민법 제197조 제1항에서 "점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유하는 것으로 추정한다."라고 규정하고 있고, 민법 제198조에서는 "전후 양시에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것으로 추정한다."라고 규정하고 있으므로, 시효취득의 청구원인(취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우) 내지 항변(말소등기 청구에 대한 실체관계 부합 항변의 경우) 사실은 '당해 부동산에 대한 특정 시점에서의 점유와 그로부터 20년 후의 특정 시점에서의 점유' 사실뿐이다.[1439]

지역권, 지상권의 점유취득시효의 경우 그 고유의 요건사실이 추가로 필요하다.[1440]

2) 시효취득의 대상

가) 시효취득의 대상이 될 수 없는 경우

'집합건물의 공용부분'은 취득시효에 의한 소유권 취득의 대상이 될 수 없고,[1441] 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법상 '친일재산'에 관하여는 친일반민족행위자, 그 상속인, 악의의 수증자에 의한 시효취득이 허용되지 않는다.[1442] '장사 등에 관한 법률'의 시행일인 2001. 1. 13. 후에 토지 소유자의 승낙 없이 설치한 분묘에

회복이 불가능한 이상, 소유자로서는 그와 동시이행관계에 있는 매매대금 반환채무를 이행할 여지가 없다. 또한 명의신탁자는 소유자와 매매계약관계가 없어 소유자에 대한 소유권이전등기청구도 허용되지 아니하므로, 결국 소유자인 매도인으로서는 특별한 사정이 없는 한 명의수탁자의 처분행위로 인하여 어떠한 손해도 입은 바가 없다."

1439) '20년간 점유'의 요건사실에 더하여 실무상 흔히 하는 '자주, 평온 및 공연 점유에 대한 추정' 주장이나 판단은 불필요한 췌언에 지나지 않는 것이고, 그 반대의 점유 즉, '타주, 폭력 또는 은비 점유'의 각 주장이 상대방의 항변 내지 재항변으로 기능한다.

1440) 지역권은 일정한 목적을 위하여 타인의 토지를 자기의 토지의 편익에 이용하는 용익물권으로서 요역지와 승역지 사이의 권리관계에 터잡은 것이므로 통행지역권을 주장하려면 승역지의 통행으로 편익을 얻는 요역지가 있음을 주장·증명하여야 한다(92다22725). 지역권은 계속되고 표현된 것에 한하여 민법 제245조의 규정을 준용하도록 되어 있으므로, 통행지역권은 '요역지의 소유자가 승역지 위에 도로를 설치하여 승역지를 사용하는 객관적 상태가 민법 제245조에 규정된 기간 계속된 경우'에 한하여 그 시효취득을 인정할 수 있고, 이는 시효취득을 주장하는 요역지의 소유자가 증명하여야 한다(2009다74939, 74946; "원고 스스로 위 ㉮ 부분을 통행로로 개설하였다고 인정할 증거가 없으므로 원고가 그에 관하여 통행지역권을 시효취득하였다고 볼 수 없다."). 타인의 토지에 관하여 그 지상건물의 소유를 위한 지상권의 점유취득시효가 인정되려면 그 토지의 점유사실 외에도 그것이 임대차나 사용대차관계에 기한 것이 아니라 지상권자로서의 점유에 해당함이 객관적으로 표시되어 계속되어야 하고, 그 증명책임은 시효취득을 주장하는 자에게 있다(96다7984; "이 사건 토지의 지하에 1969년경 군작전용 고압송유관을 매설하고 그 때부터 20년간 이를 점유하여 왔으므로 이 사건 토지에 대한 무상지상권을 시효취득하였다는 피고의 항변에 대하여, 피고가 이 사건 토지에 지상권을 설정하려는 의사로 점유하여 왔음을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 피고의 항변을 배척한 원심의 조처는 정당하고").

1441) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011다78200, 78217 판결.

1442) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010두17557 판결.

대해서는 분묘기지권의 시효취득을 주장할 수 없다.[1443]

시효취득의 대상이 반드시 '타인의 소유물'이어야 하거나 그 타인이 특정되어 있어야만 하는 것은 아니므로 '성명불상자의 소유물'에 대하여도 시효취득이 인정되나,[1444] '적법·유효한 등기를 마치고 소유권을 취득한 사람'이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우에는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다.[1445] 소유권에 기초하여 부동산을 점유

1443) 위 시행일 이전에 설치한 분묘에 관하여는 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권의 시효취득이 가능하다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결의 다수의견). 반대의견은, 위 시행일 당시 아직 20년의 시효기간이 경과하지 아니한 분묘의 경우에는 법적 규범의 효력을 상실한 분묘기지권의 시효취득에 관한 종전의 관습을 가지고 분묘기지권의 시효취득을 주장할 수 없다는 입장이다.

1444) 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다9312 판결.

1445) ○ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결[제3자이의]; "부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 마치고 그 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 사실상태를 권리관계로 높여 보호할 필요가 없고, 부동산의 소유명의자는 그 부동산에 대한 소유권을 적법하게 보유하는 것으로 추정되어 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요 역시 없으므로, 그러한 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다. 다만 그 상태에서 다른 사람 명의로 소유권이전등기가 되는 등으로 소유권의 변동이 있는 때에 비로소 취득시효의 요건인 점유가 개시된다고 볼 수 있을 뿐이다. … 원고는 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마치고 그 소유권을 취득하여 그동안 소유자로서 이를 점유하였다고 할 것이고, 뿐만 아니라 원고의 점유취득시효 주장은 자기가 소유하는 부동산에 대하여 소유권 취득 이전부터 존재하던 (피고의) 가압류의 부담에서 벗어나기 위한 것에 지나지 아니하여 사실상태를 권리관계로 높여 보호하거나 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요가 있다고 할 수 없으므로, 원고의 점유를 가리켜 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다. … 2001다17572 판결은 부동산에 관하여 이른바 계약명의신탁을 하고 명의신탁자가 그 부동산을 점유하면서 명의수탁자에 대하여 점유취득시효를 주장한 사안에 관한 것으로서, 이 사건에 원용할 수 있는 적절한 선례가 아니다."

⇔ 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다17572 판결; "취득시효는 당해 부동산을 오랫동안 계속하여 점유한다는 사실상태를 일정한 경우에 권리관계로 높이려고 하는 데에 그 존재이유가 있는 점에 비추어 보면, 시효취득의 목적물은 타인의 부동산임을 요하지 않고 자기 소유의 부동산이라도 시효취득의 목적물이 될 수 있다고 할 것이고, 취득시효를 규정한 민법 제245조가 '타인의 물건인 점'을 규정에서 빼놓은 것도 같은 취지에서라고 할 것이다." ☜ 원고는 1977. 1. 19. 소외 회사로부터 사건 토지를 매수한 후 여동생인 피고와 사이에 이를 피고에게 명의신탁하기로 약정을 하고, 12. 8. 위 회사와 사이에 매수인 명의를 원고로부터 피고로 변경하는 경개계약을 체결하였는데, 위 회사는 위와 같은 명의신탁약정이 있었다는 것을 알지 못하였으며, 원고는 위 회사에게 매매대금을 모두 지급하고 그 무렵부터 토지를 인도받아 점유·사용하여 온 사실, 위 경개계약에 따라 토지에 관하여 1978. 8. 11. 위 회사로부터 피고 앞으로의 소유권이전등기가 경료된 사실을 인정할 수 있으므로, 원고의 위 점유개시일로부터 20년이 경과한 1997. 12. 9. 취득시효가 완성되었고, 따라서 토지 소유자인 피고는 원고에게 위 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다고 한 예.

○ 대법원 2016. 11. 25. 선고 2013다206313 판결; ① 원고는 1997. 7. 18. 소외인으로부터 사건 부동산을 매수하여 같은 달 28. 소유권이전등기를 마치고 점유하고 있었는데, ② 소외인에 대한 조세채권자인 피고(국)가 원고를 상대로 사해행위취소소송을 제기한 결과, 원고와 소외인 사이의 매매계약을 취소하고 원고는 피고에게 위 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라는 판결이 1999. 2. 3. 확정되었고, ③ 그 판결에 따라 피고가 2010. 3. 12. 위 소유권이전등기의 말소등기를 마친 다음 같은 달 18. 압류등기를 마치자, 원고가 피고 명의의 압류등기의 말소를 청구한 **사안**에서, **원심**이, 원고는 부동산을 매수하여 점유하기 시작한 때부터 소유의 의사로 점유한 것이고 그 후 사해행위취소소송에서 패소하여 그 판결이 확정되었다고 하더라도 점유의 성질이 바뀌었다고 볼 수 없다는 등의 이유로, 원고가 부동산의 점유를 개시한 1997. 7. 28.부터 10년이 경과한 2007. 7. 28.경 등기부취득시효가 완성되었으므로, 피고의 압류등기는 제3자의 재산을 대상으로 한 것이어서 무효라고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "부동산에 관한 소유권이전의 원인행위가 사해행위로 인정되어 취소되더라도, 그 사해행위취소의 효과는 채권자와 수익자 사이에서 상대적으로 생길 뿐이다. 따라서 사해행위가 취소되더라도 그 부동산은 여전히 수익자의 소유이고, 다만 채권자에 대한 관계에서 채무자의 책임재산으로 환원되어 강제집행을 당할 수 있는 부담을 지고 있는 데 지나지 않는다. 그러므로 이 사건 각 부동산에 대하여 원고의 등기부취득시효가 인정되려면, 자기 소유 부동산에 대한 취득시효가 인정될 수 있다는 것이 전제되어야 한다. 그러나 부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 하여 그 소유권을 취득한 사람이 당해 부동산을 점유하는

하는 사람이더라도 그 등기를 하고 있지 않아 자신의 소유권을 증명하기 어렵거나 소유권을 제3자에게 대항할 수 없는 등으로 점유의 사실 상태를 권리관계로 높여 보호하고 증명곤란을 구제할 필요가 있는 예외적인 경우에는, 자기 소유 부동산에 대한 점유도 취득시효를 인정하기 위해 기초가 되는 점유로 볼 수 있다.[1446]

나) 국·공유재산에 대한 시효취득 제한

국가 소유의 국유재산이나 지방자치단체 소유의 공유재산은 시효취득이 제한된다.[1447]

2009. 1. 30. 전부개정되기 전까지의 구 국유재산법 제5조 제2항[1448] 및 구 지방재정법 제74조 제2항과 2010. 2. 4. 개정되기 전까지의 '공유재산 및 물품 관리법' 제6조 제2항[1449]은 '국유(공유)재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지

경우에는 … 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다."라고 판시한 다음, '소외인에 대한 채권자인 피고는 원고와 소외인 사이의 매매계약에 대한 사해행위취소 판결이 확정됨으로써 그 등기 명의를 소외인 앞으로 회복하여 강제집행을 할 수 있게 되었고, 원고는 그러한 부담을 안고 있다는 사정을 잘 알고 있는 상태에서 위 판결 전후 기간 동안 부동산을 점유해 온 것이므로, 그러한 점유의 사실상태는 이를 사해행위취소의 부담이 없는 권리관계로 높여 보호할 필요가 있다거나 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요가 있는 경우에 해당한다고 할 수 없고, 따라서 원고의 등기부취득시효 주장은 인정될 수 없다.'라고 판단한 예.

1446) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다204629 판결.

1447) 1976. 12. 31. 법률 2950호로 전부개정되어 1977. 5. 1.부터 시행된 구 국유재산법에서 국유재산에 대한 시효취득 금지규정을 최초로 명시하기 이전에도, 판례는 행정목적을 위하여 공용되는 행정재산은 공용폐지가 되지 않는 한 사법상 거래의 대상이 될 수 없으므로 취득시효의 대상도 되지 않는다고 판시해 왔다(73다557 등).

1448) '국유재산'의 경우, 1976. 12. 31. 법률 2950호로 전부개정되어 1977. 5. 1.부터 시행된 구 국유재산법 제5조 제2항이, "국유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다."라는 규정을 신설함으로써 국유재산 전체에 대한 시효취득이 금지되었는데, 헌법재판소 1991. 5. 13. 선고 89헌가97 결정이 위 제5조 제2항을 동법의 국유재산 중 잡종재산에 대하여 적용하는 것은 헌법에 위반된다고 함에 따라, 1994. 1. 5. 법률 제4698호로 개정된 구 국유재산법 제5조 제2항은 "국유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다. 다만, 잡종재산의 경우는 그러하지 아니하다."로 개정하였다가(1976. 12. 31. 법률 2950호로 전부개정되어 2009. 1. 30. 법률 제8852호로 전부개정되기까지의 구 국유재산법 제4조는, 제1항에서 국유재산을 그 용도에 따라 '행정재산·보존재산과 잡종재산'으로 구분한 다음, 제2항에서 '행정재산'의 종류로서 '공용재산'(국가가 직접 그 사무용·사업용 또는 공무원의 주거용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산), '공공용재산'(국가가 직접 그 공공용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산), '기업용재산'(정부기업이 직접 그 사무용·사업용 또는 당해 기업에 종사하는 직원의 주거용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산)의 3가지를 들고, 제3항에서 '법령의 규정에 의하거나 기타 필요에 의하여 국가가 보존하는 재산'을 '보존재산'으로, 제4항에서 '행정재산 및 보존재산 이외의 모든 국유재산'을 '잡종재산'으로 규정하였다), 현재는 2009. 1. 30. 법률 제8852호로 전부개정되어 2009. 7. 31. 시행된 국유재산법 제7조 제2항이 "행정재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다."라고 규정하고 있다(2009. 1. 30. 법률 제8852호로 전부개정된 국유재산법 제6조는, 제1항에서 국유재산을 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분한 다음, 제2항에서 행정재산의 종류로서 '공용재산'(국가가 직접 사무용·사업용 또는 공무원의 주거용으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산), '공공용재산'(국가가 직접 공공용으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산), '기업용재산'(정부기업이 직접 사무용·사업용 또는 그 기업에 종사하는 직원의 주거용으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 재산), '보존용재산'(법령이나 그 밖의 필요에 따라 국가가 보존하는 재산)의 4가지를 들고, 제3항에서 '행정재산 외의 모든 국유재산'을 '일반재산'으로 규정하고 있다).

1449) 지방자치단체 소유의 '공유재산'의 경우, 1988. 4. 6. 법률 제4006호로 전부개정되어 1988. 5. 1. 시행된 구 지방재정법이 제74조 제2항에 "공유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니

아니한다. 다만, 잡종(일반)재산의 경우는 그러하지 아니하다.'로 규정되어 있었으므로, 주장·증명책임의 분배를 법규의 구조, 형식에서 찾는 법률요건분류설 내지 규범설에 따르면, 시효취득을 주장하는 측에게 국가나 지방자치단체는 위 각 본문에 따라 국가나 지방자치단체의 소유인 점만 주장·증명하면 시효취득 주장을 일단 저지할 수 있고, 국가나 지방자치단체의 소유인 점이 인정되는 이상 시효취득을 주장하는 측은 위 각 단서에 따라 그 재산이 취득시효기간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종(일반)재산이라는 점까지 주장·증명하여야 한다. 판례[1450]의 입장도 동일하다. 시효취득을 주장하는 측이 잡종재산이라는 점, 즉 행정재산이 아니라는 점에 대한 증명책임을 지는 것이지, 국가 등이 행정재산이라는 점에 대한 증명책임을 지는 것이 아니다.[1451]

한다."는 규정을 신설함으로써 공유재산 전체에 대한 시효취득이 금지되었는데, 헌법재판소 1992. 10. 1. 선고 92헌가6,7 결정이 위 제74조 제2항을 동법의 공유재산 중 잡종재산에 대하여 적용하는 것은 헌법에 위반된다고 함에 따라, 1994. 12. 22. 법률 제4795호로 개정된 구 지방재정법 제74조 제2항과, 2005. 8. 4. 법률 제7665호로 제정된 '공유재산 및 물품 관리법' 제6조 제2항은, "공유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다. 다만, 잡종재산의 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하였고(1988. 4. 6. 법률 제4006호로 전부개정된 구 지방재정법부터 2008. 12. 26. 법률 9174호로 개정되기 전의 '공유재산 및 물품 관리법'까지는, '공유재산'을 그 용도에 따라 이를 '행정재산·보존재산 및 잡종재산'으로 3분하고, '행정재산'은 이를 '공용재산·공공용재산 및 기업용재산'으로 3분하였다), 2008. 12. 26. 법률 9174호로 개정된 '공유재산 및 물품 관리법'이 제6조 제2항에서 "공유재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다. 다만, 일반재산의 경우에는 그러하지 아니하다."로 규정하였다가, 현재는 2010. 2. 4. 법률 제10006호로 개정되어 2010. 8. 5. 시행된 동법 제6조 제2항이 "행정재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다."라고 규정하고 있다(2008. 12. 26. 법률 9174호로 개정된 '공유재산 및 물품 관리법'부터는 그 제5조에서 '공유재산'을 그 용도에 따라 이를 '행정재산'과 '일반재산'으로 2분하고, '행정재산'은 이를 '공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용재산'으로 4분하였다).

1450) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2006다19177 판결; "구 지방재정법 제74조 제2항은 … 규정하고 있으므로, 구 지방재정법상 공유재산에 대한 취득시효가 완성되기 위하여는 그 공유재산이 취득시효기간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종재산이어야 하고, 이러한 점에 대한 증명책임은 시효취득을 주장하는 자에게 있다. … 지방자치단체인 원고 앞으로 소유권이전등기가 마쳐짐으로써 이 사건 대지가 구 지방재정법에서 정한 공유재산이 된 사정이 드러난 이상, … 취득시효기간 동안 계속하여 이 사건 대지가 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종재산이었다는 점이 증명되어야 비로소 시효취득을 인정할 수 있다 할 것" ☞ **[동일 취지]** 2003다29890 판결 및 94다42655 판결("국유재산이 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이라는 점에 대한 입증책임은 시효의 이익을 주장하는 원고에게 있다 할 것인데, 원심은 마치 피고에게 국유재산이 행정재산으로서 시효취득의 대상이 되지 아니하는 점에 대하여 입증책임이 있는 것처럼 판단 설시한 것은 취득시효에 있어서 입증책임을 전도한 위법도 있다").

1451) 이를 **실제** 소송에 적용해 보면 다음과 같다. ① 국가나 지방자치단체가 원고로서 토지 소유권에 기초하여 피고 명의의 등기말소나 피고 소유의 건물 철거, 토지 인도 등을 청구하고 그에 대하여 피고는 토지의 점유시효취득을 항변하는 경우, 원고의 청구원인 단계에서 이미 국·공유재산이라는 사실이 주장·증명되어 있어 위 각 본문의 적용으로 시효취득의 대상이 되지 아니함이 드러나 있으므로, 피고로서는 '20년 동안의 점유 사실'에 더하여 위 각 본문을 배제하는 위 각 단서의 '그 동안 계속하여 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이었다는 점' 및 '변론종결 당시에도 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이라는 점'까지{원래 잡종재산이던 것이 행정재산으로 된 경우 잡종재산일 당시에 취득시효가 완성되었다고 하더라도 행정재산으로 된 이상 이를 원인으로 하는 소유권이전등기를 청구할 수 없다(96다10782)} 주장·증명하여야 비로소 유효한 시효취득 항변을 한 것이 된다. ② 반대로, 토지의 점유자인 원고가 소유자인 국가 등을 상대로 시효취득을 원인으로 소유권이전등기를 청구하는 경우에도, 원고의 청구원인 단계에서 이미 국·공유재산이라는 사실이 주장·증명되어 있어 위 각 본문의 적용으로 시효취득의 대상이 되지 아니함이 드러나 있으므로, 원고로서는 '20년 동안의 점유 사실'에 더하여 위 각 본문을 배제하는 위 각 단서의 '그 동안 계속하여 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이었다는 점' 및 '변론종결 당시에도 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이라는 점'까지 주장·증명하여야 비로소 유효한 청구

원래의 행정재산이 공용폐지되어 취득시효의 대상이 된다는 증명책임도 시효취득을 주장하는 자에게 있다.[1452] 그런데 공공용물의 성립요건인 공용개시행위[1453]의 증명책임에 관하여, 공용개시행위가 있었다는 점을 요증대상으로 하여 국가 또는 지방자치단체에게 증명책임을 지우는 듯한 판례가 있으나,[1454] 이는 시효취득을 주장하는 측이 잡종재산이라는 점, 즉 행정재산이 아니라는 점에 대한 증명책임을 지는 것이지, 국가 등이 행정재산이라는 점에 대한 증명책임을 지는 것이 아니라는 앞서 본 일반론에 배치되는 것으로 타당하지 않다.[1455]

한편, 현재는 2009. 1. 30. 전부개정되어 2009. 7. 31. 시행된 국유재산법 제7조 제2항과 2010. 2. 4. 개정되어 2010. 8. 5. 시행된 '공유재산 및 물품 관리법' 제6조 제2항이 '행정재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다'라고 규정하고 있으므로, 시효취득을 주장하는 측에게 국가나 지방자치단체는 위 각 조항에 따라 국가나 지방자치단체의 소유라는 점뿐만 아니라 '공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용재산' 중 어느 하나에 해당하는 '행정재산'이라는 점을 주장·증명하여야 하고, 시효취득을 주장하는 측이 시효취득의 대상이 될 수 있는 잡종재산이라는 점을

원인을 주장한 것이 되고, 그렇지 않으면 주장 자체로 이유 없는 청구원인이 되고 만다. 결국, 국·공유재산에 대한 시효취득을 주장하는 사람은 위 각 단서에 따라 '20년의 점유기간 동안 계속하여 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이었다는 점' 및 '변론종결 당시에도 시효취득의 대상이 되는 잡종재산이라는 점'까지 시효취득의 요건사실로서 미리 주장·증명하여야 하는 셈이 된다.

1452) 공용폐지의 의사표시는 명시적 의사표시뿐만 아니라 묵시적 의사표시이어도 무방하나 적법한 의사표시이어야 하고, 행정재산이 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 놓여 있다는 사실만으로 관리청의 이에 대한 공용폐지의 의사표시가 있었다고 볼 수 없다(98다49548, 96다10737 등). 즉, 국유 하천부지는 공공용 재산이므로 그 일부가 사실상 대지화되어 그 본래의 용도에 공여되지 않는 상태에 놓여 있더라도 국유재산법령에 의한 용도폐지를 하지 않은 이상 당연히 잡종재산으로 된다고는 할 수 없고(96다10737), 만조수위선으로부터 지적공부에 등록된 지역까지의 사이를 말하는 것으로서 자연의 상태 그대로 공공용에 제공될 수 있는 실체를 갖추고 있는 이른바 자연공물인 공유수면관리법상의 빈지(1999. 2. 8. 법률 제5914호로 개정되면서 '바닷가'라는 용어로 바뀌었다)가 성토 등을 통하여 사실상 빈지로서의 성질을 상실하였더라도 국유재산법령에 의한 용도폐지를 하지 않은 이상 당연히 시효취득의 대상인 잡종재산으로 된다고 할 수는 없다(98다15446, 98다34003).

1453) 바다, 해빈(海濱) 등과 같은 자연공물(自然公物)은 자연적 상태에 의하여 당연히 공물로서의 성질을 취득하고 행정주체에 의한 별도의 의사표시, 이른바 공용개시행위(公用開始行爲)가 필요하지 않다. 하천은 통상 자연적 상태에 의하여 공물로서의 성질을 가지는 자연공물이지만, 그 종적 구간과 횡적 구역에 관하여 행정행위나 법규에 의한 공용지정이 이루어져야 비로소 국가가 공공성의 목적과 기능을 수행하기 위하여 필요한 행정재산이 된다(2009다33815). 도로, 공원과 같은 인공공물(人工公物)은 공중이용에 제공될 수 있는 형태적 요소를 갖추고 공용개시행위가 있어야 공공용물이 된다.

1454) 2000다348 판결("원심은 … 행정재산으로서 시효취득의 대상이 될 수 없다는 피고의 항변에 대하여 … 공용개시행위가 있었다고 할 수 없어 행정재산이 아니라고 판단하여 피고의 항변을 배척하였는바, … 정당하고"), 96다10737 판결("원심은 … 공용개시행위가 있었다고 할 수 없고, 따라서 위 토지가 시효취득의 대상이 되지 아니하는 행정재산으로 되었다고 할 수 없다고 판단하였다. … 원심의 판단은 … 정당하다."), 2009다33815 판결("제1, 2토지가 행정행위나 법규에 의하여 하천구역으로 공용지정되었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없다.").

1455) 93다42658 판결은 잡종재산이라는 점에 대한 증명책임을 시효취득을 주장하는 자에게 두면서, 행정목적을 위한 현실적인 사용 또는 장래의 사용결정이나 공물로서의 지정행위가 있었는지, 나아가 그 시점은 언제인지에 관하여 심리를 충분히 할 필요가 있음을 밝히고 있다.

주장·증명할 필요는 없다. 법률의 개정으로 주장·증명책임의 소재가 달라졌음에 유의할 필요가 있다.[1456]

3) 점유 사실

취득시효를 주장하는 자는 그 점유[1457] 사실을 증명하여야 한다.[1458] 간접점유자의 점유도 시효취득 요건으로서의 점유에 해당되는데, '직접점유자의 점유'에 더하여 '직접점유자와 간접점유자 간 점유매개관계의 존재'가 증명되어야 한다.[1459]

민법 제198조에 의하여 '점유 계속' 사실이 법률상 추정되므로, 점유시효취득을 주장하는 자는 20년 간 계속 점유 사실을 주장·증명할 필요는 없고, '특정 시점에서의 점유와 그로부터 20년 후의 특정 시점에서의 점유' 사실만을 점유시효취득의 요건사실로 주장·

1456) 이를 **실제 소송**에 **적용**해 보면 다음과 같다. ① 국가나 지방자치단체가 원고로서 토지 소유권에 기초하여 피고 명의의 등기말소나 피고 소유의 건물 철거, 토지 인도 등을 청구하고 그에 대하여 피고는 토지의 점유시효취득을 항변하는 경우, 피고로서는 '20년 동안의 점유 사실'만을 시효취득 항변 사실로 주장·증명하면 되고, 이에 대하여 국가 등이 재항변으로 '행정재산'이어서 시효취득의 대상이 아니라는 점을 주장·증명하여야 한다. ② 반대로, 토지의 점유자인 원고가 소유자인 국가 등을 상대로 시효취득을 원인으로 소유권이전등기를 청구하는 경우에도, 원고는 청구원인 단계에서 '20년 동안의 점유 사실'만을 청구원인 사실로 주장·증명하면 되고, 이에 대하여 국가 등이 항변으로 '행정재산'이어서 시효취득의 대상이 아니라는 점을 주장·증명하여야 한다. 결국, 국가 등이 시효취득 주장에 대한 재항변 내지 항변으로 '행정재산'이라는 점을 주장·증명하여야 하는 셈이 된다.

1457) ◎ **임야·대지에 대한 점유 사실의 인정**

○ 대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다201410 판결; "물건에 대한 점유란 사회관념상 어떤 사람의 사실적 지배 아래에 있는 객관적 상태를 말하는 것으로서, 사실적 지배가 있다고 하기 위해서는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고, 물건과 사람과의 시간적, 공간적 관계와 본권 관계, 타인지배의 배제 가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다. 특히 **임야**에 대한 점유의 이전이나 점유의 계속은 반드시 물리적이고 현실적인 지배를 요한다고 볼 것은 아니고, 관리나 이용의 이전이 있으면 인도가 있었다고 보아야 하고, 임야에 대한 소유권을 양도하는 경우라면 그에 대한 지배권도 넘겨지는 것이 거래에 있어서 통상적인 형태라고 할 것이다. 또한 **대지**의 소유자로 등기한 자는 보통의 경우 등기할 때에 그 대지를 인도받아 점유를 얻은 것으로 보아야 할 것이므로 등기사실을 인정하면서 특별한 사정의 설시 없이 점유사실을 인정할 수 없다고 판단해서는 아니 된다고 할 것이다. 그러나 이는 그 임야나 대지 등이 매매 등을 원인으로 양도되고 이에 따라 소유권이전등기가 마쳐진 경우에 그렇다는 것이지, 소유권보존등기의 경우에도 마찬가지라고 볼 수는 없다. 소유권보존등기는 이전등기와 달리 해당 토지의 양도를 전제로 하는 것이 아니어서, 보존등기를 마쳤다고 하여 일반적으로 그 등기명의자가 그 무렵 다른 사람으로부터 점유를 이전받는다고 볼 수는 없기 때문이다."

○ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2012다72469 판결; "건물은 일반적으로 그 대지를 떠나서는 존재할 수 없으므로, 건물의 소유자가 건물의 대지인 토지를 점유하고 있다고 볼 수 있다. 이 경우 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 대지를 점유하지 않고 있더라도 건물의 소유를 위하여 그 대지를 점유한다고 보아야 한다. 그리고 점유는 물건을 사실상 지배하는 것을 가리키므로, 1개의 물건 중 특정 부분만을 점유할 수는 있지만, 일부 지분만을 사실상 지배하여 점유한다는 것은 상정하기 어렵다. 따라서 1동의 건물의 구분소유자들은 그 전유부분을 구분소유하면서 공용부분을 공유하므로 특별한 사정이 없는 한 그 건물의 대지 전체를 공동으로 점유한다고 할 것이다. 이는 집합건물의 대지에 관한 점유취득시효에서 말하는 '점유'에도 적용되므로, 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 집합건물을 구분소유한 사람은 등기함으로써 그 대지의 소유권을 취득할 수 있다. 이와 같이 점유취득시효가 완성된 경우에 집합건물의 구분소유자들이 취득하는 대지의 소유권은 전유부분을 소유하기 위한 대지사용권에 해당한다."

1458) 대법원 1996. 9. 24. 선고 96다11334 판결.

1459) 대법원 1997. 11. 11. 선고 96다28196 판결.

증명하면 된다.[1460]

판례는 취득시효의 기산점에 관하여 원칙적으로 이른바 고정시설(固定時說)을 채택하는 한편(취득시효의 기산점은 소멸시효의 기산점과는 달리 간접사실로 취급된다),[1461] 이를 다소 완화한 예외를 인정하고 있다.[1462]

4) 자주점유의 추정

가) 타주점유의 주장·증명책임과 증명방법

물건의 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되므로(민법 제197조 제1항),

1460) 전후 양 시점의 점유자가 다른 경우에도 '점유의 승계'가 증명되면 점유 계속은 추정되고(96다24279, 24286), 상속인이 미성년자인 경우에도 그 법정대리인을 통하여 점유권을 승계받아 점유를 계속할 수 있는 것이므로 달리 볼 것은 아니다(88다카8217).
상대방은, ① '점유 계속' 추정의 전제사실인 '특정 시점에서의 점유와 그로부터 20년 후의 특정 시점에서의 점유' 사실 자체를 부인하고 '반증'으로 다투거나, ② 항변(취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우) 내지 재항변(말소등기 청구에 대한 실체관계 부합 항변의 경우)으로서 추정사실인 '20년간의 계속 점유' 사실의 반대사실, 즉 '20년의 기간 도중에 점유가 중단, 상실된 사실'을 '본증'으로 주장·증명하여 다툴 수 있다.

1461) 즉, 점유기간 중에 당해 부동산의 소유권자에 변동이 있는 경우에는 취득시효를 주장하는 자가 임의로 기산점을 선택하거나 소급하여 20년 이상 점유한 사실만 내세워 시효완성을 주장할 수 없고, 이와 같은 경우에는 법원이 당사자의 주장에 구애됨이 없이 소송자료에 의하여 인정되는 바에 따라 진정한 점유의 개시시기를 인정하고 이를 바탕으로 취득시효 주장의 당부를 판단하여야 한다(94다39987). 판례가 취득시효의 기산점에 관하여 이른바 고정시설을 채택한 이유는, 점유취득시효기간의 기산점을 당사자가 임의로 선택할 수 있게 되면 당사자는 시효완성 후에 등기명의를 취득한 자를 시효완성 당시의 권리변동의 당사자로 삼을 수 있게 되어 결국에 가서는 시효의 완성을 주장하는 당사자는 등기 없이 언제나 제3취득자에 대하여 시효의 완성을 주장하고 그에 관해서 등기를 청구하는 등 그에 상응하는 권리관계를 주장할 수 있게 되는 결과가 되어 등기제도의 기능을 몹시 약화시키고 부동산에 관한 거래의 안전을 해할 우려가 있기 때문이다(76다487,488).

1462) ❶ 즉, 시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일하고 그동안 소유자의 변동이 없는 경우에는 시효완성을 등기명의자에 대해서 주장함에 있어서 시효기간의 기산점을 어디에 두든지 시효의 완성을 주장할 수 있는 시점에서 보아 시효기간이 경과된 사실만 확정되면 불합리할 것이 없으므로 구태여 장시일의 경과로 말미암아 사실상 그 인정이 곤란한 실제 점유 개시 시점을 확정할 필요가 없다(76다487,488). ① 점유취득시효 완성 당시 미등기로 있던 토지의 소유자가 취득시효 완성 후 그 명의로 소유권보존등기를 마치거나, 그 보존등기 명의자로부터 상속을 원인으로 소유권이전등기를 마친 것은 소유자의 변동이 있는 경우에 해당하지 않는다(97다44089). ② 취득시효기간 중 점유 부동산의 등기명의자에 대하여 회사정리절차가 개시되어 관리인이 선임된 사실이 있다고 하더라도 점유자가 취득시효 완성을 주장하는 시점에서 그 정리절차가 이미 종결된 상태라면 등기명의자에 대하여 정리절차상 관리인이 선임된 적이 있다는 사정은 취득시효기간 중 점유 부동산에 관하여 등기명의자가 변경된 것에 해당하지 아니하므로, 점유자는 그가 승계를 주장하는 점유를 포함한 점유기간 중 임의의 시점을 취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효 완성을 주장할 수 있다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다68884 판결).
❷ 취득시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일한 경우에는 전 점유자의 점유를 승계하여 자신의 점유기간과 통산하면 20년이 경과한 경우에도 전 점유자가 점유를 개시한 이후의 임의의 시점을 그 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있고, 이는 소유권에 변동이 있더라도 그 이후 계속해서 취득시효기간이 경과하도록 등기명의자가 동일하다면 그 소유권 변동 이후 전 점유자의 점유기간과 자신의 점유기간을 통산하여 20년이 경과한 경우에도 마찬가지이다(97다34037).
❸ 한편, 부동산에 대한 점유취득시효가 완성된 후 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우라 하더라도, 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 경과한 경우에는, 점유자로서는 제3자 앞으로의 소유권 변동시를 새로운 점유취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장할 수 있다(대법원 2009. 7. 16. 선고 2007다15172, 15189 전원합의체 판결; 그 새로운 취득시효 기간 중에 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 하는 것은 아니다).

점유자가 취득시효를 주장하는 경우에 있어서 스스로 소유의 의사를 증명할 책임은 없고, 오히려 그 점유자의 점유가 소유의 의사가 없는 점유임을 주장하여 점유자의 취득시효의 성립을 부정하는 자에게 그 증명책임이 있다.[1463] 자주 또는 타주 점유의 주장책임에 관하여, 증명책임과는 달리 취득시효를 주장하는 자가 그 요건사실인 자주점유의 점에 대한 주장책임을 부담한다는 일부 견해가 있으나, 주장책임의 분배는 증명책임의 분배에 따른다고 보는 것이 일반적이고 자주 또는 타주 점유의 주장책임에 관하여 굳이 그 예외를 인정할 필요성이 있다 할 수 없으므로 취득시효의 성립을 부정하는 자에게 타주 점유의 주장책임이 있다고 봄이 옳다.[1464] 타주점유는 **항변**(취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우) 또는 **재항변**(말소등기 청구에 대한 실체관계 부합 항변의 경우) 사실에 해당한다.

타주점유의 판단 근거가 되는 '점유 취득의 원인이 된 권원의 성질'이나 '점유와 관계가 있는 모든 외형적·객관적 사정' 등은 간접사실로서 법원은 당사자의 주장에 구애됨이 없이 소송자료에 의하여 심리하여 타주점유의 점을 판단할 수 있다.[1465]

나) 구체적인 예

(1) 권원의 성질에 따른 타주점유

권원의 성질상 타주점유로 본 판례로는, ① 소유자의 사용 승낙에 의하여 점유

1463) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99다72743 판결 등.

1464) 82다708,709, 82다카1792,1793 판결("피고가 그와 같은 사정을 들어서 원고의 점유가 권원의 성질상 타주점유에 해당한다는 주장도 하고 있다고 보여진다. 따라서 원심으로서는 원고의 이 사건 입야에 대한 점유가 외형적·객관적으로 보아 권원의 성질상 자주점유인지 타주점유인지 여부에 관하여 좀 더 심리를 하여 보았어야 함에도, … 피고의 타주점유 항변을 간과하고") 및 90다18838 판결 등("점유자가 스스로 자주점유를 뒷받침할 점유권원의 성질을 주장입증할 책임이 없고, 위 법률상 추정을 번복하여 타주점유임을 주장하는 상대방에게 타주점유에 대한 입증책임이 있는 것이며") 참조.

1465) 자주점유인지 아니면 타주점유인지 여부는, 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유 취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되어야 하는 것이기 때문에, ❶ 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었거나, ❷ 점유자가 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정, 즉 ⓐ 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 아니할 태도를 나타내거나 ⓑ 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 아니한 경우 등, 외형적·객관적으로 보아 점유자가 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 아니하였던 것이라고 볼 만한 사정이 증명된 경우에도 그 추정은 깨어지는 것이므로, ❸ 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 증명된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이어서 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어진다(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결).

판례(96다53789)는, 부동산 시효취득에 있어서 자주점유인지 여부를 가리는 기준이 되는 점유의 권원은 요건사실인 자주점유를 추정하는 징표 즉, 간접사실에 지나지 않으므로 법원은 당사자의 주장에 구애됨이 없이 소송자료에 의하여 인정되는 바에 따라 진정한 점유의 권원을 심리하여 취득시효의 완성 여부를 판단할 수 있다고 일관되게 판시해 온 점에 비추어 보면, 타주점유의 판단 근거가 되는 위 ❶, ❷, ❸ 소정의 '점유 취득의 원인이 된 권원의 성질'이나 '점유와 관계가 있는 모든 외형적·객관적 사정'은 간접사실로서 법원은 당사자의 주장에 구애됨이 없이 소송자료에 의하여 심리하여 타주점유의 점을 판단할 수 있다.

를 취득한 경우,[1466] ② 부동산을 타인에게 매도하여 그 인도의무를 지고 있는 매도인의 점유,[1467] ③ 명의수탁자의 점유,[1468] ④ 국가가 구 농지개혁법에 따라 매수한 농지를 점유하는 경우,[1469] ⑤ 귀속재산에 관한 점유,[1470] ⑥ 공유자 중 한 사람이 공유 부동산 전부를 점유하고 있는 경우 다른 공유자의 지분에 대한 점유,[1471] ⑦ 매수로 점유하게 된 토지의 면적이 공부상 면적을 '상당히' 초과하는 경우,[1472] ⑧ 자신의 대지 위에 건물을 건축하면

1466) 69다5 판결(해방 전 영암경찰서에서 서장관사로 사용할 목적으로 원고로부터 매수하려다가 자금부족으로 매수는 못하고 원고의 승낙을 얻어 서장관사로 사용하여 오다가 8.15해방 직후에 거리관계로 서장관사와 군수관사를 서로 교환하여 1945. 9. 15부터는 피고 영암군이 대지 및 그 지상 건물을 관사로 점유, 사용하여 온 사안). 국유지인 토지를 장차 불하받기로 하고 그에 대한 점유·사용권만을 양수한 경우(97다15562), 점유자가 타인의 선대를 위하여 그 선산과 분묘 등을 돌보면서 이를 관리하여 온 경우(97다42625)도 마찬가지이다.

1467) 2004다27273 판결, 97다5824 판결(원고가 토지 매매대금 전액을 지급받지 못하였을 뿐 아니라 매매계약 당시 잔대금의 지급과 상환으로 토지를 인도하여 주기로 약정하였다 하더라도 원고가 잔대금을 지급받기 전에 매수인 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주었고, 그 후 매수인이 나머지 대금을 지급하지 않자 그 대금지급을 구하는 소를 제기한 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 매수인과 매매계약을 체결하고 그에 따른 소유권이전등기를 마쳐준 이후에도 토지를 소유자와 동일한 의사를 가지고 계속 점유하여 오고 있다고 볼 수 없다고 판단한 사례).

1468) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다8097, 8103 판결 등.

1469) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011다15094 판결; "구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지)에 의하여 자경하지 않는 농지를 정부가 매수한 것은 후에 그 농지가 분배되지 않을 것을 해제조건으로 매수한 것이고, 그 매수한 농지 중 구 농지개혁법 시행령(1995. 12. 22. 대통령령 제14835호 농지법 시행령 부칙 제2조 제1호로 폐지) 제32조 등에 정한 절차를 거쳐 확정된 분배농지에 포함되지 않거나, 그 분배농지로 확정된 농지 중 실제로 농가에 분배되지 않는 등으로, 정부가 매수한 농지가 농민들에게 분배되지 않는 것으로 확정될 경우 그 소유권은 원소유자에게 복귀되는 것이므로 국가가 구 농지개혁법에 따라 농지를 매수한 것은 이를 자경하는 농민 등에게 분배하기 위한 것이고, 분배하지 아니하기로 확정되는 경우에는 원소유자에게 환원될 것이 매수 당시부터 예정되어 있는 것이므로 국가의 매수농지에 대한 점유는 진정한 소유자의 지배를 배제하려는 의사를 가지고 하는 자주점유라고 볼 수 없고, 권원의 성질상 타주점유로 보아야 한다." 등.

1470) 대법원 2000. 4. 11. 선고 98다28442 판결.

1471) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006다79995 판결.
반면에, ① 공유자들이 분할 전 토지의 전체면적 중 각 점유 부분을 구분소유하게 된다고 믿고서 그 각 점유 부분의 대략적인 면적에 해당하는 만큼의 지분에 관하여 소유권이전등기를 경료받은 경우에는, 등기부상 공유자들이 각 토지의 일부 공유자로 되어 있다고 하더라도 그들의 점유가 권원의 성질상 타주점유라고 할 수는 없고(2006다79995), ② 구분소유적 공유관계에서 어느 특정된 부분만을 소유·점유하고 있는 공유자가 매매 등과 같이 종전의 공유지분권과는 별도의 자주점유가 가능한 권원에 의하여 다른 공유자가 소유·점유하는 특정된 부분을 취득하여 점유를 개시하였다고 주장하는 경우에는, 타인 소유의 부동산을 매수·점유하였다고 주장하는 경우와 달리 볼 필요가 없으므로, 그 취득 권원이 인정되지 않는다고 하더라도 그 사유만으로 자주점유의 추정이 번복된다거나 그 점유권원의 성질상 타주점유라고 할 수 없고, 상대방에게 타주점유에 대하여 증명할 책임이 있다(2012다68750).

1472) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008다95649 판결; "부동산을 매수하려는 사람은 통상 매매계약을 체결하기 전에 그 등기부등본이나 지적공부 등에 의하여 소유관계 및 면적 등을 확인한 다음 매매계약을 체결하므로, 매매로 인하여 점유를 넘겨받게 되는 토지 부분의 면적이 등기부 등 지적공부상의 면적을 '상당히' 초과하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약 당사자들이 이러한 사실을 알고 있었다고 보는 것이 상당하고, 그러한 경우에는 매도인이 그 초과 부분에 대한 소유권을 취득하여 이전하여 주기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 초과부분의 점유는 권원의 성질상 타주점유에 해당한다." ☞ 초과 부분에 대한 매수인의 점유를 타주점유라고 본 사례의 '매수 토지의 공부상 면적 : 매도인으로부터 인도받아 점유하는 초과 면적'은 162㎡ : 40㎡(2000다348), 737㎡ : 215㎡(2008다95649) 등이다.
반면에, 지상건물과 함께 그 대지를 매수·취득하여 점유를 개시함에 있어서 매수인이 인접토지와의 지적상의 경계선을 정확하게 확인해 보지 아니하여 착오로 인접토지의 일부를 그가 매수·취득한 대지에 속하는 것으로

서 통상 있을 수 있는 시공상 착오의 정도를 넘어 상당한 정도로 인접 토지를 침범한 경우[1473] 등이 있다.

반면에, 토지 매수인이 매매계약에 의하여 목적 토지의 점유를 취득한 경우, 그 계약이 타인의 토지의 매매에 해당하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다거나 등기를 수반하지 아니한 점유임이 밝혀졌다고 하여 이 사실만 가지고 바로 점유권원의 성질상 타주점유라고 할 수 없다.[1474] [1475]

(2) 외형적·객관적 사정에 비추어 타주점유라고 본 경우

판례상 외형적·객관적 사정에 비추어 타주점유라고 본 구체적 사례는 아래와 같다.[1476]

믿고 점유를 하여 왔다고 하더라도 인접토지의 일부를 현실적으로 인도받아 점유하고 있는 이상 인접토지에 대한 점유 역시 소유의 의사에 기한 것이라고 보아야 한다(2006다55784,55791).

1473) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다1078 판결; "자신 소유의 대지상에 건물을 건축하면서 인접 토지와의 경계선을 정확하게 확인해 보지 아니한 탓에 착오로 건물이 인접 토지의 일부를 침범하게 되었다고 하더라도 그것이 착오에 기인한 것인 이상 그것만으로 그 인접 토지의 점유를 소유의 의사에 기한 것이 아니라고 단정할 수는 없다고 할 것이나, 일반적으로 자신 소유의 대지상에 새로 건물을 건축하고자 하는 사람은 건물이 자리 잡을 부지 부분의 위치와 면적을 도면 등에 의하여 미리 확인한 다음 건축에 나아가는 것이 보통이라고 할 것이므로, 그 침범 면적이 통상 있을 수 있는 시공상의 착오 정도를 넘어 상당한 정도에까지 이르는 경우에는 당해 건물의 건축주는 자신의 건물이 인접 토지를 침범하여 건축된다는 사실을 건축 당시에 알고 있었다고 보는 것이 상당하다고 할 것이고, 이 경우 그 침범으로 인한 인접 토지의 점유는 권원의 성질상 소유의 의사가 있는 점유라고 할 수 없다고 할 것이다."

1474) 대법원 2000. 3. 16. 선고 97다37661 전원합의체 판결의 다수의견; "토지의 매수인이 매매계약에 의하여 목적 토지의 점유를 취득한 경우 설사 그것이 타인의 토지의 매매에 해당하여 그에 의하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다고 하더라도 그것만으로 매수인이 점유권원의 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 매도인에게 처분권한이 없다는 것을 잘 알면서 이를 매수하였다는 등의 다른 특별한 사정이 입증되지 않는 한, 그 사실만으로 바로 그 매수인의 점유가 소유의 의사가 있는 점유라는 추정이 깨어지는 것이라고 할 수 없다. 그리고 민법 제197조 제1항이 규정하고 있는 점유자에게 추정되는 소유의 의사는 사실상 소유할 의사가 있는 것으로 충분한 것이지 반드시 등기를 수반하여야 하는 것은 아니므로 등기를 수반하지 아니한 점유임이 밝혀졌다고 하여 이 사실만 가지고 바로 점유권원의 성질상 소유의 의사가 결여된 타주점유라고 할 수도 없을 것이다."

1475) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다84246 판결; 재건축아파트 신축을 위하여 조합원들 명의로 되어 있던 기존 아파트 및 토지에 관하여 신탁등기를 마치고 그 토지의 점유를 승계한 재건축조합이, 조합원 명의로 되어 있지 않아 신탁등기를 마치지 못하고 점유를 승계한 일부 토지 지분에 관하여 그 지분 등기명의인의 상속인들을 상대로 취득시효 완성을 주장한 사안에서, **원심**이, 재건축조합의 점유는 그 점유권원의 성질상 조합원들을 위한 관리의사에 기한 점유로서 자주점유라 할 수 없다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 물건의 점유자는 소유의 의사로 점유하는 것으로 추정되는 법리와 재건축조합의 설립 목적 및 조합이 취득시효로 인한 이전등기청구권을 행사하는 것이 그 신탁의 목적 범위 내인 점 등에 비추어 보면, 성질상 소유의 의사가 없는 권원에 바탕을 둔 점유라고 볼 수 없다고 판단한 사례.

1476) ① 점유자가 담당공무원의 조사에 응하여 국유토지를 점유 중임을 인정하고 매수의사를 명백히 표시하였으며, 그 이후 국유재산매수신청서를 제출하고 구청장의 변상금 부과처분에 대하여 감액 등만을 주장할 뿐 그 처분 자체를 다투지 아니하고 점유 토지의 매수의사를 적극 표시하고 있는 점 등의 객관적 사정에 비추어, 특별한 사정이 없는 한 그 점유자의 자주점유의 추정은 깨어졌다고 본 사례(95다28502). ② 시효기간 진행 중에 점유하는 국유재산에 관하여 대부계약신청을 하여 관리청과의 사이에 대부계약을 체결하였다면 이는 점유자가 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정이 있는 경우에 해당한다고 본 사례(98다11758). ③ 토지의 점유자가 점유기간 동안 여러 차례 부동산소유권이전등기에관한특별조치법에 의한 등기의 기회가 있었음에도 소유권이전등기를 하지 않았

(3) 악의의 무단점유

점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것이 증명된 경우,[1477] 또는 처분권한이 없는 자로부터 그 사실을 알면서 부동산을 취득하거나 어떠한 법률행위가 무효임을 알면서 그 법률행위에 의하여 부동산을 취득하여 점유를 시작한 경우,[1478] 그 점유는 타주점유이다.

(4) 자주점유 권원의 증명 실패와 추정 복멸 여부

점유자가 스스로 매매 또는 증여와 같은 자주점유의 권원을 주장하였으나 이것이 인정되지 않는 경우에도, 원래 자주점유에 관한 증명책임이 점유자에게 있지 아니한 이상 그 주장의 점유권원이 인정되지 않는다는 사유만으로 자주점유의 추정이 번복된다거나 또는 점유권원의 성질상 타주점유라고 볼 수 없다.[1479] 토지의 점유자가 이전에 토지 소유자를 상대로 그 토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소하고 그 판결이 확정되었다 하더라도 그 사정만을 들어서는 토지 점유자의 자주점유의 추정이 번복되어 타주점유로 전환된다고 할 수 없다.[1480]

토지의 점유자가 이전에 소유자를 상대로 그 토지에 관하여 소유권이전등기말소절차

고 오히려 소유자가 소유권보존등기를 마친 후에도 별다른 이의를 하지 않은 경우 자주점유의 추정이 번복될 수 있다고 한 사례(99다56765). ④ 지방자치단체가 사실상 지배주체로서 점유하던 도로부지를 협의취득하기 위하여 손실보상금을 산정하여 소유자에게 수령하여 갈 것을 통보한 경우 지방자치단체의 자주점유 추정이 번복되었다고 본 사례(96다55211). ⑤ 점유자가 국유재산 실태조사 시 점유 부동산이 국유재산이라고 주장하는 담당공무원에게 그 부동산에 대한 등기관계의 해결 방편으로 불하를 받을 의향도 있음을 구두로 표시하였고, 점유자가 그 부동산을 점유하기 시작할 무렵에 그 부동산의 등기부상 소유자 명의가 일본 회사로 되어 있다는 사실을 알고 있었으며, 점유자의 그 부동산의 매수 사실까지 인정되지 않는다면, 이로써 자주점유의 추정을 번복할 만한 외형적·객관적인 사정은 입증되었다고 볼 여지가 많다고 한 사례(97다35603).

1477) 예컨대, 지방자치단체가 사유지 위에 도로를 개설하면서 권원 취득의 절차를 밟지 않고 보상금도 지급하지 아니한 경우 그 도로부지에 대한 점유(96다26299), 주택 부지가 국가의 소유라는 사정을 알면서 그 주택만을 매수한 경우 그 주택부지에 대한 점유(97다50169), 점유자가 건물부지로 점유 중인 국가 소유의 여러 필지의 토지 중 일부 토지만을 매입한 경우 나머지 토지에 대한 점유(98다1232) 등.

1478) 예컨대, 사인(私人)에게는 처분권한이 없는 귀속재산이라는 사실을 알면서 이를 매수하여 점유한 경우(98다28442), 상환 완료 전의 농지 매매는 무효이므로, 시효취득을 주장하는 점유자가 상환이 완료되지 아니한 분배농지라는 사실을 알면서 이를 매수하여 점유를 시작한 경우(99다36778; 미상환 분배농지라도 상환이 완료되지 아니하였다는 사실을 알지 못하거나 상환이 완료되었다고 믿고서 이를 매수하여 점유를 시작한 경우에는 자주점유의 추정이 번복되지 않는다), 법령상 주무관청의 허가가 있는 경우에 한하여 처분이 허용되고 그 허가 없이는 처분이 금지된 부동산에 대하여 처분허가가 없다는 것을 알면서 점유하는 경우(98다2945) 등.

1479) 대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다230991 판결 등(따라서 국가 등이 취득시효의 완성을 주장하는 토지의 취득절차에 관한 서류를 제출하지 못하고 있다고 하더라도, 그 점유의 경위와 용도, 국가 등이 점유를 개시한 후에 지적공부 등에 그 토지의 소유자로 등재된 자가 소유권을 행사하려고 노력하였는지 여부, 함께 분할된 다른 토지의 이용 또는 처분관계 등 여러 가지 사정을 감안할 때 국가 등이 점유 개시 당시 공공용 재산의 취득절차를 거쳐서 소유권을 적법하게 취득하였을 가능성을 배제할 수 없는 경우에는, 국가의 자주점유의 추정을 부정하여 무단점유로 인정할 것이 아니다).

1480) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2006다19177 판결 등.

의 이행을 구하는 소를 제기하였다가 패소하고 그 판결이 확정되었다 하더라도, 그 사정만을 들어서는 토지 점유자의 자주점유의 추정이 이로써 번복되어 타주점유로 전환된다고 할 수 없다.[1481] 반면에, 진정 소유자가 자신의 소유권을 주장하며 점유자 명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기라 하여 점유자를 상대로 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기의 말소등기청구소송을 제기하여 그 소송사건이 점유자의 패소로 확정되었다면, 그 점유자는 그 소송의 제기 시부터는 악의의 점유자로 간주되고, 패소판결 확정 후부터는 타주점유로 전환되었다고 보아야 한다.[1482]

다) 타주점유의 자주점유로의 전환

타주점유의 자주점유로의 전환은 타주점유 항변에 대한 재항변(시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우) 또는 타주점유 재항변에 대한 재재항변(말소등기 청구에 대한 실체관계 부합 항변의 경우) 사유로서 그 증명책임은 이를 주장하는 점유자에게 있다. 타주점유가 자주점유로 전환되기 위하여는 ① '새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로 점유'하거나 ② '자기에게 점유시킨 자에게 소유의 의사 있음을 표시'하여야만 하고,[1483] 위 ① 또는 ②의 전환 사실에 대한 증명책임은 이를 주장하는 점유자에게 있다.[1484]

상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는 상속인이 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 시작하지 않는 한 피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장할 수 없고, 선대의 점유가 타주점유인 경우 선대로부터 상속에 의하여 점유를 승계한 자의 점유도 그 성질 내지 태양을 달리하는 것이 아니어서 특별한 사정이 없는 한 그 점유가 자주점유로 될 수 없고, 그 점유가 자주점유가 되기 위하여는 점유자가 소유자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로써 점유를 시작하여야 한다.[1485] 따라서 점유자의 점유승계가 상속에 의한 경우, 피상속인의 점유의 성질에

1481) 대법원 1999. 9. 17. 선고 98다63018 판결.

1482) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다14934, 14941 판결; "진정 소유자가 자신의 소유권을 주장하며 점유자 명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기라 하여 점유자를 상대로 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기의 말소등기청구소송을 제기하여 그 소송사건이 점유자의 패소로 확정되었다면, 그 점유자는 민법 제197조 제2항의 규정에 의하여 그 소송의 제기 시부터는 토지에 대한 악의의 점유자로 간주되고, 또 이러한 경우 토지 점유자가 소유권이전등기말소등기청구소송의 직접 당사자가 되어 소송을 수행하였고 결국 그 소송을 통해 대지의 정당한 소유자를 알게 되었으며, 나아가 패소판결의 확정으로 점유자로서는 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기에 관하여 정당한 소유자에 대하여 말소등기의무를 부담하게 되었음이 확정되었으므로, 단순한 악의점유의 상태와는 달리 객관적으로 그와 같은 의무를 부담하고 있는 점유자로 변한 것이어서 점유자의 토지에 대한 점유는 패소판결 확정 후부터는 타주점유로 전환되었다고 보아야 할 것이다."

1483) 점유자가 그 명의로 소유권등기를 하거나 점유 부동산을 관리하면서 부과되는 각종 세금을 납부하였다는 사정만으로는 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로 점유하게 되었다거나 소유의 의사가 있음을 표시하였다고 볼 수 없고, 타주점유자가 그 명의로 소유권보존등기를 경료한 것만으로는 소유자에 대하여 소유의 의사를 표시하여 자주점유로 전환되었다고 볼 수 없다(2006다30921 판결, 2000다60319 판결 등).

1484) 대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다60319 판결 등.

1485) ❶ 원고와 피고 1의 공동 선조인 증조부 소외 1(1949. 4. 8. 사망)이 생전에 피고 1의 아버지인 소외 2(1955.

관하여 심리하여 점유자의 점유가 자주점유인가의 여부를 판단하여야 하고, 피상속인의 점유의 성질을 밝히지 아니 한 채 상속인의 점유만을 따로 분리하여 자주점유라고 판단하여서는 아니 된다.[1486]

5) 시효취득에 대한 그 밖의 공격방어방법

타주점유 주장과 마찬가지로, 시효취득 주장에 대하여 항변(취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우) 또는 재항변(말소등기 청구에 대한 실체관계 부합 항변의 경우) 사유에 해당하는 것으로는, 점유 중단·상실,[1487] 폭력 또는 은비 점유,[1488] 시효 중단,[1489]

---

6. 30. 사망간주)에게 토지를 그 지상 주택과 함께 증여하였다는 피고들의 주장이 그 증여자, 증여시기, 증여동기 등에 있어서 일관성이 없고 그 주장에 부합하는 증거들 또한 믿을 수 없어 결국 위 증여 사실이 인정되지 않는다는 점 외에, 원고와 피고 1의 공동 선조인 망 소외 1(증조부), 망 소외 3(조부), 원고의 아버지인 망 소외 4, 피고 1의 아버지인 망 소외 2 등의 인적 관계 및 상속 관계, 토지 및 그 지상 주택의 축조관계와 성격, 그 소유관계와 사용현황 내지 거주관계, 기타 제반 사정을 종합할 때 토지에 대한 소외 2의 점유는 그 성질상 타주점유에 해당한다고 봄이 상당하고(당시의 상속관계 법령과 사회적 관행 및 소외 1의 가족관계 등에 비추어 볼 때, 소외 1의 사망으로 장손인 소외 4가 이 사건 토지를 대습상속하게 된다는 점은 소외 2로서도 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보인다), 피고 1은 상속에 의하여 토지에 대한 소외 2의 점유를 승계취득하였을 뿐 달리 소유자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로써 점유를 시작하였다고 볼 만한 사정이 없어서 토지에 대한 위 피고의 점유 역시 타주점유에 해당한다고 판단한 원심이 판단을 정당한 것으로 수긍한 예(2007다12364). ❷ '김OO이 사건 토지가 포함된 분할 전 토지를 피고에게 매도한 이후에도 사건 토지를 점유하다가 1970. 5. 29. 사망한 후 원고가 김OO의 점유를 상속에 의하여 승계취득하였다면, 매도인 김OO의 점유는 피고 앞으로 소유권이전등기를 경료한 이후에는 타주점유로 전환되었다고 할 것이고, 상속에 의하여 김OO의 점유를 승계한 원고의 점유 역시 타주점유로 보아야 할 것이므로, 원고가 소유자인 피고에 대하여 "소유의 의사가 있다는 것을 표시하였거나 새로운 권원에 의하여 소유의 의사로 점유를 시작하였다는 등의 특단의 사정"이 없는 이상, 원심은 원고의 사건 토지의 점유가 타주점유라는 피고의 항변을 배척할 수 없을 것'이라고 판시한 예(2004다27273). ❸ 원고의 망부 김일O로부터 피고의 부친 망 김경O의 명의로 1934. 12. 22. 1934. 12. 2.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되었다가 김경O이 1968. 2. 10. 사망함으로써 협의분할에 의한 상속을 원인으로 하여 1993. 12. 21. 피고 명의로 소유권이전등기가 경료된 사안에서, '원고가 김일O의 점유를 상속에 의하여 승계취득하였다면, 달리 특별한 사정이 없는 한 원고의 점유는 토지를 매도하여 그 인도의무를 지고 있는 매도인의 점유를 상속에 의하여 승계취득한 것으로서 타주점유로 보아야 할 것이므로, 원고가 소유자인 피고에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하였거나 새로운 권원에 의하여 소유의 의사로 점유를 시작하였다는 특단의 사정이 없는 이상, 원고의 점유가 타주점유라는 피고의 항변을 배척할 수 없을 것'이라고 판시한 예(97다40100). ❶ 피고의 조부 명의로 사정된 분할 전 임야에 대하여 구 토지대장상 1937. 2. 16. 원고 종중 명의로 소유권이전등록이 마쳐지고, 1951. 4.경 당시 원고 종중의 대표자의 신청에 의하여 사건 제1토지에 대하여 수호인을 위 대표자로 한 위토인허신청을 하여 같은 해 6. 1. 군수로부터 위토인허를 받았으며, 사건 제2토지에는 원고 종중의 시조의 묘를 비롯한 23기의 선대들의 묘가 설치되어 있고, 위 대표자나 그 호주상속인인 피고가 사건 제1토지를 경작하여 그 소출로 매년 10. 10.경 시제 때마다 제수를 마련하여 원고 종중원이 참석한 가운데 시제를 지내왔다면, 위 대표자의 점유는 타주점유로 볼 여지도 있다고 판시한 예(97다2344).

1486) 대법원 1996. 9. 20. 선고 96다25319 판결.

1487) 앞서 기술한 바와 같이, 민법 제198조에 의하여 양 시점에서의 점유를 증명하여 그 사이 점유의 계속을 법률상 추정 받은 경우 그 사이 점유가 중단 또는 상실되었다는 사실은 시효취득의 상대방이 주장·증명책임을 지는 항변 또는 재항변 사유이다.
취득시효기간의 완성 전에 등기부상의 소유명의가 변경되었다 하더라도 이로써 종래의 점유상태의 계속이 파괴되었다고 할 수 없으므로 이는 취득시효의 중단사유가 될 수 없으므로(97다6186), '취득시효 완성 전 등기부상 소유 명의 변경' 주장은 유효한 항변 사유가 되지 못하지만, 원고의 취득시효 완성 후 제3자 앞으로 소유권이전등기가 되어 피고의 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 경우, 이는 권리 소멸의 유효한 항변이 되는데, 이러한 '이행불능'의 항변은 법원이 직권으로 조사하여야 할 성질의 것은 아니다(92

시효이익 포기 등의 주장이 있다.

가) 시효 중단

(1) 주장책임의 정도

취득시효 중단 사유의 주장·증명책임은 시효완성을 다투는 당사자가 부담하는데, 그 주장책임의 정도에 관하여는 판례의 입장이 구체적인 경우 불명확한 면이 있다.[1490] 판례는, '시효중단사유에 속하는 사실만 주장하면 주장책임을 다한 것으로 보아야 한다.'거나 '중단사유에 속하는 사실이 드러나면 그 주장책임을 다한 것으로 볼 수 있다.'는 것[1491]과 '변론주의 원칙상 시효중단의 효과를 원하는 피고로서는 시효가 중단

다41498).
점유자가 취득시효기간의 만료로 일단 소유권이전등기청구권을 취득한 이상, 그 후 점유를 상실하였다고 하더라도, 이를 시효이익의 포기로 볼 수 있는 경우가 아닌 한, 이미 취득한 소유권이전등기청구권은 소멸되지 아니 하므로(93다47745), '취득시효기간 만료 후 점유 상실' 주장은 유효한 항변사유가 되지 못한다.

1488) **'평온한 점유'**라 함은 점유자가 점유를 취득 또는 보유하는 데 있어 법률상 용인될 수 없는 강포(强暴)행위를 쓰지 아니하는 점유이고, **'공연한 점유'**라 함은 은비의 점유가 아닌 점유를 말하는 것이므로, 국가나 지방자치단체가 수차례에 걸쳐 점유자에게 사용료를 납부하라는 통지를 하고 점유자의 무상 불하 신청을 거부하는 등 국·공유 토지의 점유를 둘러싸고 분쟁이 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로는 그 점유의 평온·공연성이 상실된다고 할 수 없다(95다33948). 토지 소유자가 그 토지를 분할측량하여 분할등기를 하고, 점유자에게 토지의 인도를 요구하거나 토지에 대한 세금을 납부하였다 하여 이것만 가지고 점유의 평온성이 깨어진다고 할 수 없다(92다12698,12704).

1489) 민법 제247조 제2항에 의하여 소멸시효 중단에 관한 규정은 취득시효에 대하여도 적용된다.

1490) 당해 소제기는 그 자체로서 민법 제170조, 민사소송법 제265조에 따라 소 제기 시에 시효중단의 효력이 생기므로, 원고의 청구에 대한 피고의 취득시효 항변이 유효하기 위해서는 당해 소제기 전에 이미 취득시효가 완성되었음을 주장·증명하여야 하는 것이고, 당해 소제기 후에 취득시효가 완성됨이 역수상 분명하다면 피고의 취득시효 항변은 그 주장 자체로 이유 없는 것으로 보아야 하며, 원고가 소제기에 따른 시효중단의 재항변을 명시적으로 주장하여야 피고의 취득시효 항변이 이유 없음으로 돌아가는 공격방어의 구조가 되는 것은 아니라고 보아야 한다.

1491) 96다46484 판결은, "시효 중단 사유의 주장·입증책임은 시효완성을 다투는 당사자가 지고, 그 주장책임의 정도는 취득시효가 중단되었다는 명시적인 주장을 필요로 하는 것은 아니라 중단사유에 속하는 사실만 주장하면 주장책임을 다한 것으로 보아야 한다."라고 하면서, "원고는 … 준비서면(기록 749면)에서 '이 사건 토지들에 관하여 원고 사찰이 관련 민사소송을 통하여 원고 승소판결을 선고받은 이상 피고의 위 토지들에 대한 시효취득은 그로 인하여 시효중단되었음이 명백하다.'라고 주장하였고, 또 원고 사찰이 이 사건 포교당에 관련하여 여러 민사소송을 제기한 사실이 쌍방 당사자에 의하여 주장되었으므로, 원심으로서는 이러한 제 소송이 시효취득의 중단사유가 되는 재판상 청구 그 밖에 가처분 등에 해당하는지를 마땅히 심리하고 판단하였어야 할 것이다."라고 판시하였는데, 위 판결의 참조판결인 82다카172 판결은, "원고들은 1975. 3. 12. 이 사건 토지는 원고들의 소유에 속한다 하여 그 소유권에 기하여 피고를 상대로 이 사건 인도청구소송을 제기하였음이 명백한 바, 민법 제245조의 취득시효는 같은 법 제168조에 의한 사유 즉 재판상청구 등에 의하여 중단된다 할 것이므로, 원심이 인정한 피고의 이 사건 토지에 대한 취득시효 완성시기인 같은 해 4. 18.은 이 사건 소송 제기 후임이 명백하므로 피고 주장의 취득시효는 당연히 원고의 이 사건 소송 제기로 인하여 중단되었다고 봄이 상당할 것이다. 그럼에도 원심이 위 취득시효 중단사유를 간과한 채 피고의 시효취득의 항변을 받아들였음은 필경 심리를 다하지 못하였거나 시효취득 또는 취득시효의 중단에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 하겠고, 이는 원심판결을 파기하지 않으면 정의와 형평에 현저히 반한다고 할 것이다."라고 판시한 것이었다.
98다15361 판결도, "지상권의 취득시효가 진행되는 도중에 소유자가 그 목적물에 대한 인도소송을 제기하면 그로써 지상권의 취득시효가 중단된다고 할 것이다. 그리고 이와 같은 취득시효의 중단에 관한 주장·입증책임이 취득시효의 완성을 다투는 자에게 있음은 물론이나, 그 주장은 반드시 명시적인 것이라야 하는 것은 아니고, 중단사유에 속하는 사실이 드러나면 그 주장책임을 다한 것으로 볼 수 있다."라고 하면서, 원심이, 사건 계쟁

되었다고 주장하지 아니하면 아니 된다.'는 것[1492]으로 나뉜다.[1493] 취득시효 중단의 주장책임을 상당히 완화한 것들도 있다.[1494]

부분에 대한 지상권의 취득시효가 완성되었다고 판단하고 피고의 지상권 취득시효 항변을 받아들여 건물의 철거와 계쟁 부분의 인도를 구하는 원고들의 청구를 기각한 데 대하여, 위 판결은, '사건 계쟁 부분의 소유자들인 원고들이 피고에 대하여 건물의 철거와 계쟁 부분의 인도 청구를 포함하는 이 사건 소를 위와 같이 취득시효가 완성되기 이전에 제기하였음이 기록상 분명하고, 취득시효의 목적물에 대한 원고들의 이러한 청구는 시효의 중단사유로 되는 재판상의 청구임이 명백하며, 이 점이 소송상 명백하게 드러난 이상 원고들은 그에 관한 주장책임을 다한 것'이라 판시하였다.

1492) 94다18577 판결은, "시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 경우에 있어서, 피고가 시효중단사유가 되는 응소행위를 하였다고 하여 바로 시효중단의 효과가 발생하는 것은 아니고 변론주의 원칙상 시효중단의 효과를 원하는 피고로서는 당해 소송 또는 다른 소송에서의 응소행위로서 시효가 중단되었다고 주장하지 아니하면 아니 된다. 피고가 변론에서 시효중단의 주장 또는 이러한 취지가 포함되었다고 볼만한 주장을 하지 아니하는 한, 피고의 응소행위가 있었다는 사정만으로 당연히 시효중단의 효력이 발생한다고 할 수는 없는 것이다."라고 판시한 다음, "법원의 석명권행사는 당사자의 진술에 모순, 흠결이 있거나 애매하여 그 진술의 취지를 알 수 없을 때 이를 보완하여 명료하게 하거나 입증책임이 있는 당사자에게 입증을 촉구하는 것을 그 내용으로 하는 것이니, 당사자가 주장하지도 아니한 법률효과에 관한 요건사실이나 공격방어의 방법을 시사하여 그 제출을 권유함과 같은 행위는 변론주의의 원칙에 위배되어 허용되지 아니한다고 할 것이므로, 피고 회사가 시효중단에 관한 아무런 주장을 하지 아니한 이 사건에서 원심이 피고 회사의 이 사건 응소행위가 시효중단사유에 해당하는 여부에 관하여 심리하지 아니하였다 하여 소론과 같은 석명권불행사로 인한 심리미진의 위법, 시효중단에 관한 법리오해나 판단유탈의 위법 등이 있다고 할 수 없다."라고 판시하였다.

이어서, 위 94다18577 판결을 참조판결로 하여, 96다26190 판결은, "원고가 위 계쟁 토지 부분에 대한 피고의 소유를 승인함으로써 취득시효의 진행이 중단되었다는 상고이유의 주장은 원심까지 주장하지 아니한 새로운 주장일 뿐더러, 기록상 이를 인정할 아무런 증거가 없어 이는 받아들일 수 없고, 또한 위와 같은 시효중단의 주장조차 없는 상황에서 을 제3호증이 현출된 저간의 사정에 대하여 원심이 그 취지를 석명하지 않았다고 하더라도 그 심리를 미진한 것이라고 볼 수는 없다."라는 판시와 함께, 위 94다18577 판결의 앞부분 판시를 반복하여 판시하였다.

그리고 위 96다26190 판결을 참조판결로 하여, 2003다17927,17934 판결은, 위 94다18577 판결의 앞부분 판시를 반복한 다음, "응소행위로 인한 시효중단의 주장은 취득시효가 완성된 후라도 사실심 변론종결 전에는 언제든지 할 수 있다고 할 것이다."라는 판시를 덧붙이고, "피고들이 제1심부터 원심 변론종결에 이르기까지 원고들의 취득시효 주장에 대하여 응소하면서 한 주장은 단순한 부인을 넘어서 분할 전 토지의 소유권이 피고들에게 있다는 내용까지 포함된 것으로서 이는 소멸시효의 중단사유가 되는 재판상의 청구에 준하는 것이라 할 것이고, 한편 피고들이 원심 제8차 변론기일에서 진술한 2003. 1. 7.자 준비서면으로 시효중단의 주장을 하였음이 기록상 명백하므로 원심판결에 상고이유의 주장과 같은 위법이 있다 할 수 없다."라고 판시하였다. 나아가, '시효소멸'에 관하여도 2008다42416,42423 판결은 위 2003다17927,17934 판결을 참조판결로 하여, "변론주의 원칙상 피고가 응소행위를 하였다고 하여 바로 시효중단의 효과가 발생하는 것은 아니고 시효중단의 주장을 하여야 그 효력이 생기는 것이지만, 시효중단의 주장은 반드시 응소 시에 할 필요는 없고 소멸시효 기간이 만료된 후라도 사실심 변론종결 전에는 언제든지 할 수 있는 것이다."라고 판시하였다.

1493) 전자의 입장을 취한 판례 중, 96다46484 판결은, 원고가 준비서면에서 명시적으로 취득시효 중단을 주장한 사안이고, 82다카172 판결과 98다15361 판결은, 원고의 인도 내지 철거 소송에 대하여 피고가 시효취득 항변을 한 데 대해 원고가 '당해 소제기'를 취득시효 중단 사유로 삼아 명시적으로 재항변을 한 바 없음에도 그 주장이 있는 것으로 보아야 한다는 것으로서 위 두 판결은 그 청구와 항변 및 재항변의 구조가 거의 동일하다. 반면에, 후자의 입장을 취한 판례들은 모두 피고의 '응소행위'로 인한 시효중단에 관한 것이고, 그 중 96다26190 판결은 '채무승인'으로 인한 시효중단이 포함되어 있다.

1494) 즉, 점유자가 취득시효 완성일 전에 시효 완성의 이익을 포기하였다는 소유자의 주장은 승인에 의한 시효중단의 주장으로도 볼 여지가 있으므로, 법원으로서는 석명권을 적절히 행사하여 소유자의 주장 취지를 명확히 한 다음 심리·판단하여야지, 시효완성 전에 시효이익을 미리 포기할 수 없다는 이유로 이를 배척하여서는 아니 된다고 한다(96다49735,49742). 또한, 소유자가 점유자 내지 그 점유승계자를 상대로 그 동안 수없이 부동산 인도 요구를 하였고, 이들 또한 소유자에게 부동산에 대한 임대·교환·불하 등의 요구를 하였던 점 등으로 미루어 보면, 점유자 내지 그 점유승계자의 각 점유는 소유의 의사가 있는 점유가 아니고 평온한 점유도 아니라는 소유자의 주장은 소유권을 승인함으로써 시효가 중단되었다는 주장으로도 볼 수 있다 할 것이므로, 법원으로서는 석명권을 적절히 행사하여 소유자의 주장 취지를 명확히 한 다음 이에 대하여 심리·판단을 하여야 한다고

(2) 중단사유

판례에 나타난 취득시효 중단 사유로는 재판상 청구,[1495] 최고,[1496] 점유이전금지가처분 등이 보인다. 점유이전금지가처분의 상대방 외에 간접점유자가 따로 있는 경우에는 직접점유자를 상대로 점유이전금지가처분을 한 뜻을 간접점유자에게 통지한 사실까지 주장·증명하여야 간접점유자에 대하여도 취득시효의 중단을 주장할 수 있다.[1497] 부동산에 대한 압류·가압류는 취득시효의 중단사유가 될 수 없다.[1498]

한다(94다55545,55552). 그리고 원고가, '피고는 계쟁 토지를 점유 중이던 1989. 9. 초순경 원고와 사용대차계약을 체결하려 한 적이 있으므로 피고의 점유는 평온·공연한 것이 아니고, 또 원고는 1990. 1. 12.과 같은 해 3. 29. 피고에게 내용증명 우편으로 계쟁 토지의 인도를 요구한 바 있다'는 주장을 한 바 있고, 원고는 1988.경 그 소유인 위 559의 4 대지상에 새로운 건물을 신축하기 위해 측량을 한 결과 피고가 위 대지의 일부인 계쟁 토지를 점유하고 있는 사실을 발견하고 피고에게 그 인도를 요구하였던바, 피고가 그 지상 건물을 타인에게 세를 놓았으니 1년만 연장하여 달라고 하여 1989. 9. 초순경 계쟁 토지에 대하여 사용대차계약을 체결하기로 하고 계약서 초안까지 작성하였는데 피고가 최종적인 계약의 체결을 거절하여 그 주장과 같이 2회에 걸쳐 계쟁 토지의 인도를 요구한 사실을 인정할 수 있는 사실 관계하에서, 원고의 주장은 시효의 중단사유인 승인과 최고, 자주점유의 타주점유로의 전환 등의 주장으로도 볼 수 있다 할 것이므로, 원심으로서는 석명권을 적절히 행사하여 원고의 주장취지를 명확히 한 다음 이에 대하여 심리 판단을 하여야 할 것이라고 한 예(94다13244,13251)도 있다.

1495) 취득시효의 중단사유가 되는 **재판상 청**구에는 시효취득의 대상인 목적물의 인도 내지는 소유권 존부 확인이나 소유권에 관한 등기청구소송은 말할 것도 없고, 소유권침해의 경우에 그 소유권을 기초로 하는 방해배제 및 손해배상 혹은 부당이득반환청구소송도 이에 포함된다(96다46484). 취득시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 권리자가 피고로서 응소하고 그 소송에서 적극적으로 권리를 주장하여 그것이 받아들여진 경우에는 시효중단사유인 재판상 청구에 포함된다(2003다17927,17934). 응소행위를 한 소유자에 대하여 패소판결이 확정되었더라도 그 판결에 재심사유가 있음을 이유로 재심청구를 하여 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우도 취득시효의 중단사유가 되는 재판상의 청구에 준하는 것으로 보아야 한다(96다28196). 이 경우 재심에 의하여 취소된 확정판결에 의해 소유권이전등기를 경료받았던 자의 취득시효는 재심의 소제기일로부터 재심판결 확정일까지 중단된다(96다26961). 그러나 점유자가 소유자를 상대로 소유권이전등기청구소송을 제기하면서 그 청구원인으로 '취득시효 완성'이 아닌 '매매'를 주장함에 대하여, 소유자가 이에 응소하여 원고 청구기각의 판결을 구하면서 원고의 주장 사실을 부인하는 경우에는 원고 주장의 매매 사실을 부인하여 원고에게 그 매매로 인한 소유권이전등기청구권이 없음을 주장함에 불과한 것이어서 시효중단사유에 해당한다고 할 수 없다(97다30288).

1496) 판례가 취득시효중단 사유인 **최고**로 본 경우로는, 토지소유자가 그 토지의 일부를 점유하고 있는 자에게 경계의 재측량을 요구하고 그 재측량 결과에 따른 경계선 위에 돌담을 쌓아올리는 것을 점유자가 제지한 것이 시비가 되어 토지 소유자의 아버지가 점유자를 상대로 상해·재물손괴죄 등으로 고소를 제기하였다면 이는 민법 제174조 소정의 최고로 못 볼 바 아니며, 그로부터 6개월 이내에 토지인도청구의 소가 제기되었다면 경계시비 시에 취득시효가 중단되었다고 볼 것이라고 한 예(87다273,274, 87다카1772,1773), 토지 소유자가 점유자에게 토지의 인도를 통지한 경우(92다12698,12704 판결) 등을 들 수 있고, 국가나 지방자치단체가 국·공유 토지의 점유자에 대하여 그 사용료를 부과·고지하는 것만으로는 바로 취득시효가 중단되지 않는다고 보고 있다(95다33948).

1497) 대법원 1992. 10. 27. 선고 91다41064, 41071 판결. 가처분을 시효의 이익을 받은 자에 대하여 하지 아니한 때에는 이를 그에게 통지한 후가 아니면 시효중단의 효력이 없기 때문이다(민법 제176조).

1498) 대법원 2019. 4. 3. 선고 2018다296878 판결: "점유로 인한 부동산소유권의 시효취득에 있어 취득시효의 중단사유는 종래의 점유상태의 계속을 파괴하는 것으로 인정될 수 있는 사유이어야 하는데, 민법 제168조 제2호에서 정하는 '압류 또는 가압류'는 금전채권의 강제집행을 위한 수단이거나 그 보전수단에 불과하여 취득시효기간의 완성 전에 부동산에 압류 또는 가압류 조치가 이루어졌다고 하더라도 이로써 종래의 점유상태의 계속이 파괴되었다고는 할 수 없으므로 이는 취득시효의 중단사유가 될 수 없다."

나) 시효이익의 포기

시효이익의 포기는 달리 특별한 사정이 없는 한 '시효취득자'가[1499] 취득시효 완성 당시의 '진정한 소유자'에 대하여 하여야 그 효력이 발생한다.[1500]

취득시효 이익의 포기는 시효의 완성으로 인하여 생기는 법률상의 이익을 받지 않겠다는 '적극적이고 일방적인 의사표시'를 말한다.[1501] [1502]

6) 점유취득시효의 효과

부동산 점유취득시효 완성으로 소유권 취득을 위한 등기청구권이 발생할 뿐 곧바로 소유권취득의 효력이 생기는 것은 아니고, 등기를 함으로써 비로소 소유권을 취득한다.[1503] 부동산을 취득시효기간 만료 당시의 점유자로부터 양수하여 점유를 승계한 현

1499) '시효이익 포기는 시효취득자가 하여야 그 효력이 발생하는 것인바, 계쟁 토지의 시효취득자나 점유자가 아닌 원고의 아들이 원고의 동의를 얻어 개간지 일부에 대한 공유재산 대부신청을 하였다거나 동인이 개간지를 무단 점유하였다는 이유로 부과된 변상금을 납부하였더라도 그와 같은 사정만으로는 원고가 시효이익을 포기하였다고 볼 수 없다'고 한 예(95다33948).

1500) 대법원 1994. 12. 23. 선고 94다40734 판결: "시효이익의 포기와 같은 상대방 있는 단독행위는 그 의사표시로 인하여 권리에 직접적인 영향을 받는 상대방에게 도달하는 때에 효력이 발생한다 할 것인바, 취득시효완성으로 인한 권리변동의 당사자는 시효취득자와 취득시효완성 당시의 진정한 소유자이고, 실체관계와 부합하지 않는 원인무효인 등기의 등기부상 소유명의자는 권리변동의 당사자가 될 수 없는 것이므로, 결국 시효이익의 포기는 달리 특별한 사정이 없는 한 시효취득자가 취득시효완성 당시의 진정한 소유자에 대하여 하여야 그 효력이 발생하는 것이지 원인무효인 등기의 등기부상 소유명의자에게 그와 같은 의사를 표시하였다고 하여 그 효력이 발생하는 것은 아니라 할 것이다."(피고의 점유취득시효 완성 당시 그 진정한 소유자는 사정명의인의 상속인들인 원고들이고, 대한민국은 단지 원인무효인 등기의 등기부상 소유명의자에 불과하므로, 설사 피고가 점유취득시효가 완성된 이후에 원고들과 아무런 관계없는 대한민국과 사이에서 대부 및 매매계약을 체결하였다고 하더라도 이로써 진정한 소유자인 원고들에 대한 관계에 있어서 시효이익을 포기한 것으로 볼 수는 없다고 한 예).

1501) 국유재산을 점유하여 취득시효가 완성된 후 국가와 국유재산 대부계약을 체결하고 대부료를 납부한 사실만으로는 취득시효 완성의 이익을 포기하는 적극적인 의사표시를 한 것으로 보기 어려우나, 그러한 대부계약이 아무런 하자 없이 여러 차례에 걸쳐 체결되었다거나 단순히 대부계약의 체결에 그치지 않고 그 계약 전에 밀린 점용료를 변상금이란 명목으로 납부하는 데까지 나아갔다면 그러한 대부계약 체결이나 변상금 납부는 국가의 소유권을 인정하고 취득시효 완성의 이익을 포기한다는 적극적인 의사표시를 한 것으로 봄이 상당하다(2006다62546). ☞ 그 외, 시효이익 포기의 적극적인 의사표시의 존재를 긍정한 예로는, 96다24101 판결, 97다14606 판결, 95다3756 판결, 시효이익 포기의 적극적인 의사표시의 존재를 부정한 예로는 96다32959 판결, 94다16356 판결, 94다16458 판결 참조.

1502) 점유자의 취득시효 완성 후 소유자가 토지에 대한 권리를 주장하는 소를 제기하여 승소판결을 받은 사실이 있다고 하더라도 그 판결에 의하여 시효중단의 효력이 발생할 여지는 없고, 점유자가 그 소송에서 그 토지에 대한 시효취득을 주장하지 않았다고 하여 시효이익을 포기한 것이라고도 볼 수 없으며, 그 토지에 대한 점유자의 점유가 평온, 공연한 점유가 아니게 되는 것도 아니다(96다23573, 23580).

1503) ○ 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010다73475 판결: "민법 제245조 제1항에 의하면 부동산에 관한 점유취득시효가 완성되었더라도 소유권취득을 위한 등기청구권이 발생할 뿐 곧바로 소유권취득의 효력이 생기는 것이 아니고 등기를 함으로써 비로소 소유권을 취득한다. 따라서 취득시효의 완성 후 그 등기를 하기 전에 제3자의 처분금지가처분이 이루어진 부동산에 관하여 점유자가 취득시효 완성을 원인으로 소유권이전등기를 하였는데, 그 후 가처분권리자가 처분금지가처분의 본안소송에서 승소판결을 받고 그 확정판결에 따라 소유권이전등기를 하였다면, 점유자가 취득시효 완성 후 등기를 함으로써 소유권을 취득하였다는 이유로 그 등기 전에 처분금지가처분을 한 가처분권리자에게 대항할 수 없다. 그런데 한편 취득시효 완성 당시의 소유명의자의 소유권등기가 무효이고 취득시효 완성 후 그 등기 전에 이루어진 처분금지가처분의 가처분권리자가 취득시효 완성 당시 그 부동산의 진정한 소유자이며 그 가처분의 피보전권리가 소유권에 기한 말소등기청구권 또는 진정명의회복을 위한 이전등기청구권이라면, 그 가처분에 기하여 부동산의 소유 명의를 회복한 가처분권리자는 원래 취득시효

점유자는 소유자에 대하여 전 점유자의 취득시효 완성의 효과를 주장하여 직접 자기에게 소유권이전등기를 청구할 권원은 없고, 자신의 전 점유자에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 전 점유자의 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사하여 소유자로부터 전 점유자에게로, 전 점유자로부터 자신에게로 순차로 소유권이전등기를 구하여야 한다.[1504]

집합건물의 구분소유자들이 대지 전체를 공동점유하여 그에 대한 점유취득시효가 완성된 경우, 구분소유자들은 대지사용권으로 그 전유부분의 면적 비율에 따른 대지 지분을 보유한다고 보아야 한다.[1505]

완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 상대방이 되어야 하는 사람이므로, 그 가처분권리자로서는 취득시효 완성을 원인으로 하여 이루어진 소유권이전등기가 자신의 처분금지가처분에 저촉되는 것이라고 주장하여 시효취득자의 소유권취득의 효력을 부정할 수 없으며, 취득시효 완성을 원인으로 하여 그 완성 당시의 등기명의인으로부터 시효취득자 앞으로 이루어진 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 보아야 한다."

○ 대법원 2013. 9. 13. 선고 2012다5834 판결: "민법 제245조 제1항에 따라 취득시효 완성으로 토지의 소유권을 취득하기 위하여는 그로 인하여 소유권을 상실하게 되는 시효 완성 당시의 소유자를 상대로 소유권이전등기청구를 하는 방법에 의하여야 하는 것이지, 제3자에 불과한 국가를 상대로 자기에게 소유권이 있음의 확인을 구할 이익은 없다. 또한 취득시효기간이 완성되었다고 하더라도 그것만으로 바로 소유권취득의 효력이 생기는 것이 아니라, 이를 원인으로 하여 소유권취득을 위한 등기청구권이 발생하는 것에 불과하고, 미등기 부동산의 경우라 하여 취득시효기간의 완성만으로 등기 없이도 점유자가 소유권을 취득한다고 볼 수 없다."

○ 대법원 1999. 7. 9. 선고 97다53632 판결: "토지를 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 자는 등기를 함으로써 비로소 그 소유권을 취득하는 것이다. 따라서 점유자가 원소유자에 대하여 점유로 인한 취득시효기간이 만료되었음을 이유로 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하는 등 그 권리행사를 하거나 원소유자가 취득시효완성 사실을 알고 점유자의 권리취득을 방해하려고 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 원소유자는 점유자 명의로 소유권이전등기가 경료되기까지는 소유자로서 그 토지에 관한 적법한 권리를 행사할 수 있다고 할 것이므로, 그 권리행사로 인하여 점유자의 토지에 대한 점유의 상태가 변경되었다면, 그 뒤 소유권이전등기를 경료한 점유자는 변경된 점유의 상태를 용인하여야 하는 것이다." ☞ 인접 대지의 경계를 침범하여 건물을 소유하고 있던 점유자가 그 대지 부분에 대한 취득시효가 완성되었으나 이를 자신의 소유로 알고 원소유자에 대하여 취득시효완성을 이유로 그 권리를 주장하거나 이전등기청구권을 행사하지 아니하다가, 취득시효완성 사실을 모르고 있던 원소유자가 그 대지 부분에 건물을 신축한 후에 취득시효완성을 원인으로 소유권이전등기를 경료한 경우, 원소유자가 건물을 신축함으로써 점유자의 그 대지 부분에 대한 점유의 상태가 변경된 뒤에야 점유자가 그 대지 부분에 관한 소유권이전등기를 경료하였으므로, 점유자로서는 그 지상에 위 건물이 존재한 상태로 대지의 소유권을 취득하였다고 할 것이어서 원소유자에 대하여 위 건물의 철거를 구할 수 없다고 본 사례.

1504) 대법원 1995. 3. 28. 선고 93다47745 전원합의체 판결의 다수의견(전 점유자의 점유를 승계한 자는 그 점유 자체와 하자만을 승계하는 것이지 그 점유로 인한 법률효과까지 승계하는 것은 아니기 때문이다). 이에 대하여 소수의견은, "취득시효기간만료 후 부동산에 대한 점유승계가 이루어진 경우에는 점유를 승계한 현 점유자는, 민법 제199조 제1항에 의하여 자기의 점유와 전 점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있으므로(즉, 자기의 점유기간과 승계한 전 점유자의 점유기간을 병합하여 그 전기간에 대한 법률효과를 주장할 수 있으므로), 승계한 점유의 시초부터 현재까지 자기가 점유를 계속한 경우와 동일하게 전 점유자를 대위할 필요 없이, 등기부상 소유자에 대하여 직접 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 있다고 봄이 상당하다."라고 하였다.

현 점유자로서는 부동산을 20년 간 점유한 사실 외에 취득시효기간 만료후 전전 이전된 점유자들 사이의 법률관계가 무엇인지를 밝혀서 그것이 순차적으로 채권자 대위를 가능하게 하는 법률관계임을 주장·증명하여야만 하는 어려움이 있을 수 있다(다수의견에 대한 소수의견의 비판 참조).

1505) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2012다72469 판결(집합건물의 대지 일부에 관한 점유취득시효의 완성 당시 구분소유자들 중 일부만 대지권등기나 지분이전등기를 마치고 다른 일부 구분소유자들은 이러한 등기를 마치지 않았다면, 특별한 사정이 없는 한 구분소유자들은 각 전유부분의 면적 비율에 따라 대지권으로 등기되어야 할 지분

점유자는 점유취득시효 완성 당시의 소유자에 대하여 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 가지고, 이를 등기하지 아니하고 있는 사이에 먼저 소유권이전등기를 마쳐 소유권을 취득한 제3자에 대하여는 취득시효 완성으로 대항할 수 없다(이로 인하여 점유자가 취득시효 완성 당시의 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 상실하는 것은 아니고 단지 소유자의 점유자에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능이 되는 것뿐이므로, 그 후 어떠한 사유로 취득시효 완성 당시의 소유자에게로 소유권이 회복되었다면 원칙적으로 점유자는 소유자에게 취득시효 완성을 주장할 수 있다).[1506]

부동산 점유취득시효는 '원시취득'에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한에 의하여 영향을 받지 아니하는 완전한 내용의 소유권을 취득하지만,[1507] 진정한 권리자가 아니었던 채무자 또는 물상보증인이 채무담보의 목적으로 채권자에게 부동산에 관하여 저당권설정등기를 경료해 준 후 그 부동산을 시효취득하는 경우에는, 저당목적물의 시효취득으로 저당권자의 권리가 소멸하지 않는다.[1508]

취득시효 완성 후 그 등기를 하기 전에 제한물권 등이 설정된 경우, 이는 제3자가 소유권을 취득한 때와 마찬가지로 점유자는 그 제3자에게 대항할 수 없다고 보아야 한다. 판례도 동일한 취지이다.[1509]

에서 부족한 지분에 관하여 등기명의인을 상대로 점유취득시효완성을 원인으로 한 지분이전등기를 청구할 수 있다).

1506) 부동산에 대한 점유취득시효가 완성될 당시 신탁법상의 신탁계약에 따라 수탁자 명의로 소유권이전등기와 신탁등기가 되어 있더라도 수탁자가 신탁재산에 대하여 대내외적인 소유권을 가지는 이상 점유자가 수탁자에 대하여 취득시효 완성을 주장하여 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있을 것이지만, 이를 등기하지 아니하고 있는 사이에 부동산이 제3자에게 처분되어 그 명의로 소유권이전등기가 마쳐짐으로써 점유자가 그 제3자에 대하여 취득시효 완성을 주장할 수 없게 되었다면 그 제3자가 다시 별개의 신탁계약에 의하여 동일한 수탁자 명의로 소유권이전등기와 신탁등기를 마침으로써 부동산의 소유권이 취득시효 완성 당시의 소유자인 그 수탁자에게 회복되는 결과가 되었더라도 그 수탁자는 특별한 사정이 없는 한 취득시효 완성 후의 새로운 이해관계인에 해당하므로 점유자는 그에 대하여도 취득시효 완성을 주장할 수 없다(대법원 2016. 2. 18. 선고 2014다61814 판결).

1507) 이러한 소유권취득의 반사적 효과로서 그 부동산에 관하여 취득시효 기간 진행 중에 체결되어 소유권이전등기청구권 가등기에 의하여 보전된 매매예약상의 매수인의 지위는 소멸된다고 할 것이지만, 시효기간이 완성되었다고 하더라도 점유자 앞으로 등기를 마치지 아니한 이상 전 소유권에 붙어 있는 위와 같은 부담은 소멸되지 아니한다(2004다31463; 같은 취지에서, 부동산점유취득시효 기간이 경과하면 시효취득자는 점유부동산에 대한 소유권이전등기청구권이라는 채권적 청구권을 취득할 뿐, 부동산에 대한 소유권이전등기가 경료되기 전까지는 부동산에 대한 소유권을 취득하는 것은 아니라는 이유로, 점유취득자로서 아직 소유권이전등기를 마치지 아니한, 즉 미등기 상태인 원고의 피고들에 대한 가등기말소청구를 배척한 원심의 판단을 정당한 것으로 수긍한 예).

1508) 그 채무자 또는 물상보증인은 피담보채권의 변제의무 내지 책임이 있는 사람으로서 이미 저당권의 존재를 용인하고 점유하여 온 것이기 때문이다. 이러한 법리는 부동산 양도담보의 경우에도 마찬가지이므로, 양도담보권설정자가 양도담보부동산을 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유하였다고 하더라도, 양도담보권자를 상대로 피담보채권의 시효소멸을 주장하면서 담보 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 별론으로 하고, 점유취득시효를 원인으로 하여 담보 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없고, 이와 같은 효과가 있는 양도담보권설정자 명의로의 소유권이전등기를 구할 수도 없다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다21649 판결).

1509) 대법원 1991. 2. 26. 선고 90누5375 판결; "국세징수법의 규정에 기한 체납처분으로서의 압류는 납세자의

7) 등기부취득시효

등기부취득시효의 요건사실은, '부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 과실 없이 그 부동산을 점유한 사실'이다(소유의 의사, 평온, 공연, 선의는 추정된다).

위 요건 중 '소유자로 등기한 자'라 함은, 적법·유효한 등기를 마친 자일 필요는 없고 무효의 등기를 마친 자라도 상관없지만,[1510] 그 등기는 1부동산 1용지주의에 위배되지 아니하는 등기여야 하고,[1511] 앞사람의 등기까지 아울러 10년 동안 부동산의 소유자로 등기되어 있으면 되지만, 그 주장은 있어야 하며, 등기기간과 점유기간이 때를 같이하여 다 같이 10년임을 요한다.[1512] [1513]

재산을 대상으로 하여야 하고 그 압류대상으로 된 재산이 등기되어 있는 부동산인 경우에 그 재산이 납세자의 소유에 속하는 지의 여부는 등기의 효력에 의하여 판단하여야 할 것인바, … 피고가 압류할 당시에 20년의 부동산취득시효기간이 이미 경과되어 있었다고 할지라도 그 때까지 원고가 등기를 하지 아니하였다면 제3자인 피고에 대하여 원고가 시효취득을 이유로 소유권을 주장할 수 없다고 할 것이고 압류 후에 원고가 소유권이전등기를 하여 그 취득시효로 인한 권리취득의 효력이 점유를 개시한 때에 소급한다고 하더라도 제3자인 피고와의 관계에서까지 그 소급효가 인정되는 것은 아니라고 할 것이므로 같은 취지에서 판단한 원심의 조치는 정당하고 … 또한 체납자의 특정재산에 대한 법률상 또는 사실상의 처분을 금지하게 하는 압류에서의 이른 바 처분금지의 효력은 압류채권자와의 관계에서 상대적으로 발생하는 것으로 압류채권자는 제3취득자에 대하여 압류의 효력을 주장할 수 있고 제3취득자는 이로써 압류채권자에게 대항할 수 없게 된다 할 것인바, 이 사건 압류 후에 원고가 시효취득에 의하여 소유권이전등기를 경료하였더라도 압류채권자인 피고에게는 대항할 수 없으므로"

1510) 대법원 1998. 1. 20. 선고 96다48527 판결.

1511) ○ 대법원 1998. 7. 14. 선고 97다34693 판결; "위 법 조항의 '등기'는 부동산등기법 제15조가 규정한 1부동산 1용지주의에 위배되지 아니하는 등기를 말한다고 할 것이므로, 이 사건 토지에 관하여 등기명의인을 달리하여 … 2중으로 멸실회복등기가 이루어졌으나 위 각 멸실회복등기의 바탕이 된 소유권보존등기가 동일한 등기인지 중복등기인지 여부를 밝힐 수 있는 자료가 없는 이 사건과 같은 경우에도 위 각 회복등기나 그에 터잡아 이루어진 각 소유권이전등기를 근거로 하여서는 등기부취득시효의 완성을 주장할 수 없다고 보아야"
○ 대법원 1996. 10. 17. 선고 96다12511 전원합의체 판결; "어느 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 소유권보존등기가 2중으로 경료된 경우 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 아니어서 뒤에 된 소유권보존등기가 무효로 되는 때에는 뒤에 된 소유권보존등기나 이에 터잡은 소유권이전등기를 근거로 하여서는 등기부취득시효의 완성을 주장할 수 없다."

1512) ○ 대법원 1989. 12. 26. 선고 87다카2176 전원합의체 판결의 다수의견; "위 규정에 의하여 소유권을 취득하는 자는 10년간 반드시 그의 명의로 등기되어 있어야 하는 것은 아니고 앞사람의 등기까지 아울러 그 기간동안 부동산의 소유자로 등기되어 있으면 된다는 것으로 풀이하여야 할 것이다. 왜냐하면 등기부취득시효에 있어서의 등기와 점유는 권리의 외관을 표상하는 방법에서 동등한 가치를 가진다 할 것이므로 등기에 관하여서도 점유의 승계에 관한 민법 제199조를 유추적용함이 타당할 뿐만 아니라 위 규정이 '부동산의 소유자로 등기한 자'라는 문언을 썼다하여 반드시 그 앞사람의 등기를 거기에서 배제하는 것이라고는 볼 수 없기 때문이다."
○ 대법원 2001. 1. 16. 선고 98다20110 판결; "10년간 반드시 그의 명의로 등기되어 있어야 하는 것은 아니고 앞사람의 등기까지 아울러 그 기간 동안 부동산의 소유자로 등기되어 있으면 된다고 할 것이지만, 그 등기된 기간과 점유기간이 때를 같이하여 다 같이 10년임을 요한다고 할 것이므로, 위 각 토지에 대하여 1977년 무렵 대한불교 보광사 명의의 소유권이전등기가 경료된 후 10년이 경과하기 전인 1982. 10. 25. 그 소유권이전등기가 말소된 이상 이미 등기부취득시효의 요건을 충족할 수는 없다고 할 것이어서 이 부분에 대한 원심의 판단은 옳고, … 등기는 물권의 효력발생요건이고 효력존속요건이 아니므로 물권에 관한 등기가 원인 없이 말소된 경우에 그 물권의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는 것이므로, 등기부취득시효가 완성된 후에 그 부동산에 관한 점유자 명의의 등기가 말소되거나 적법한 원인 없이 다른 사람 앞으로 소유권이전등기가 경료되었다 하더라도, 그 점유자는 등기부취득시효의 완성에 의하여 취득한 소유권을 상실하는 것은 아니라고 할 것이다."
○ 대법원 1993. 12. 14. 선고 93다43361 판결; "민법 제245조 제2항의 규정에 의한 소유권의 취득을 주장하

등기부취득시효의 주장자는 점유의 개시에 과실이 없었음을 증명할 책임을 지고, 여기서 무과실이라 함은 점유자가 자기의 소유라고 믿은 데에 과실이 없음을 말한다.[1514] 등기부취득시효에서 선의·무과실은 등기에 관한 것이 아니고 점유 취득에 관한 것이다.[1515]

등기부상 소유명의인과 매도인이 동일인인 경우에는 그를 소유자로 믿고 그 부동산을 매수한 자는 특별한 사정이 없는 한 과실 없는 점유자로 보아야 하나, 등기부의 기재나 다른 사정에 의하여 매도인의 권한에 대하여 의심할 만한 사정이 있다면, 매도인 명의로 된 등기를 믿고 매수하였다 하여 그것만 가지고 과실이 없다고 할 수 없다.[1516] [1517]

는 경우 … 자신이 부동산의 소유자로 등기한 기간만을 주장할 것이지, 또는 전점유자가 부동산의 소유자로 등기한 기간까지 아울러 주장할 것인지는 … 소유권의 취득을 주장하는 당사자가 선택하여야 되는 것이므로, 당사자가 자신이 부동산의 소유자로 등기한 기간만으로 소유권의 취득을 주장한 경우에는, 법원으로서는 당사자가 한 그 주장에 대하여만 판단하면 되는 것이지, 그 주장이 인정되지 않는다고 하여 당사자가 주장하지도 아니한 전점유자가 부동산의 소유자로 등기한 기간까지 포함하여 점유로 인한 부동산소유권의 취득기간이 경과하였는지의 여부를 판단할 필요는 없는 것이다."

○ 대법원 1989. 12. 26. 선고 89다카6140 판결: "상속인은 상속의 개시 즉 피상속인의 사망이라는 법률요건의 성립에 의하여 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계하고 권리의 득실변경에 등기를 요건으로 하는 경우에도 상속인은 등기를 하지 아니하고도 상속에 의하여 곧바로 그 권리를 취득하는 것이므로 … 피상속인 명의로 소유권이전등기가 10년 이상 경료되어 있는 이상 상속인은 부동산등기부시효취득의 요건인 '부동산의 소유자로 등기한 자'에 해당한다 할 것이어서, 이 경우 피상속인과 상속인의 점유기간을 합산하여 10년을 넘을 때에 등기부취득시효기간이 완성된다 할 것이다."

1513) ○ 대법원 1995. 6. 16. 선고 94다4615 판결: "등기부상만으로 어떤 토지 중 일부가 분할되고 그 분할된 토지에 대하여 지번과 지적이 부여되어 등기되어 있다고 하더라도 위와 같은 지적공부 소관청에 의한 지번, 지적, 지목, 경계확정 등의 분필절차를 거친 바가 없다면 그 등기가 표상하는 목적물은 특정되었다고 할 수는 없다고 할 것이니, 그 등기부에 소유자로 등기된 자가 그 등기부에 기재된 면적에 해당하는 만큼의 토지를 특정하여 점유하였다고 하더라도 그 등기는 그가 점유하는 토지부분을 표상하는 등기로 볼 수 없어 그 점유자는 등기부취득시효의 요건인 '부동산의 소유자로 등기한 자'에 해당하지 아니한다고 할 것이므로 그가 점유하는 부분에 대하여 등기부시효취득을 할 수는 없다고 할 것이다."

○ 대법원 1993. 8. 27. 선고 93다4250 판결: "공유자의 1인이 공유부동산 중 특정부분만을 점유하여 왔다면 그 특정부분에 대한 공유지분의 범위 내에서만 민법 제245조 제2항에서 말하는 '부동산의 소유자로 등기한 자'와 '부동산을 점유한 때'라는 등기부취득시효의 요건을 구비한 경우에 해당될 뿐이고 그 나머지 부분은 이에 해당하지 않는 것이다."

○ 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다8097 판결: "명의신탁자가 스스로 점유를 계속하면서 등기명의를 수탁자에게 이전한 경우에 수탁자의 등기명의를 신탁자의 등기명의와 동일한 것으로 볼 수는 없다."

1514) 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016다220679 판결.

1515) 따라서 등기경료 이전부터 점유를 하여 온 경우에는 그 점유개시 당시를 기준으로 그 점유의 개시에 과실이 없었는지 여부에 관하여 심리판단하여야 한다(93다28089).

1516) 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다248424 판결.

즉, 부동산 매매에 있어서 등기부상 명의인이 매도인 아닌 제3자인 경우에는 거래관념상 매도인의 권한에 대하여 의심할만한 사정이 있다고 할 것이므로, 매수인은 등기부상 소유명의자에 대하여 그 진부를 확인하거나 매도인에게 처분권한이 있는지 여부에 관하여 확인하지 아니하는 한 그 부동산을 인도받아 선의로 점유하였다고 하여도 과실 없이 점유를 개시하였다고 볼 수는 없는 것이고, 또한 위와 같은 과실이 부동산을 매수하여 점유를 취득할 당시에 존재하였다면 그 후 매도인이 등기명의를 취득하였다고 하더라도 무과실로 전환된다고도 할 수 없다(92다30245 판결).

본인의 대리인으로서 처분권한을 위임받았다고 칭하는 자로부터 부동산을 매수하는 자가 직접 본인에 대하여 대리권의 유무를 확인하지 아니하였다면, 그 부동산을 인도받아 선의로 점유하였다고 하여도 과실이 있었다고 할 것이다(90다카544).

1517) ◎ **무과실의 예**

○ 국가가 몰수판결의 전제가 된 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정 이전에 외관상 확정된 몰수판결에 기하여

바. 동산의 선의취득

평온, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실 없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다(민법 제249조, 민법 제349조에 의해 동산 질권에 준용).[1518] 즉, 동산의 소유권 및 질권에 관하여 공신의 원칙으로서 선의취득이 인정된다.

1) 선의취득 항변의 요건사실

동산의 선의취득은 통상 원고의 소유권에 기한 인도청구에 대하여 소유권상실의 항변으로서 기능한다. 동산질권의 선의취득은 정당한 점유 권원의 항변으로서 기능한다.[1519]

선의취득 항변의 요건사실은 ① '양도인의 동산[1520] 점유[1521] 사실', ② '양도인과 양수

토지 소유권을 취득하고 점유하기 시작하였다면 그 점유는 토지를 자기 물건이라고 믿은 데에 과실이 없이 개시되었다고 보아야 한다고 한 예(97다57078).

◎ **유과실의 예**

○ 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016다220679 판결; "부동산에 등기부상 소유자가 존재하는 등 소유자가 따로 있음을 알 수 있는 경우에는 비록 그 소유자가 행방불명되어 생사 여부를 알 수 없다고 하더라도 그 부동산이 바로 무주부동산에 해당하는 것은 아니므로, 이와 같이 소유자가 따로 있음을 알 수 있는 부동산에 대하여 국가가 국유재산법 제8조에 의한 무주부동산 공고절차를 거쳐 국유재산으로 등기를 마치고 점유를 개시하였다면, 특별한 사정이 없는 한 그 점유의 개시에 있어서 자기의 소유라고 믿은 데에 과실이 있다고 할 것이다."

○ '상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는 상속인은 새로운 권원에 의하여 자기의 고유의 점유를 개시하지 않는 한 피상속인의 점유를 떠나 자신만의 점유를 주장할 수 없다고 할 것이므로, 등기부시효취득을 주장하는 당사자가 그의 부의 사망으로 토지에 대한 점유권을 상속에 의하여 취득하였고, 그의 부 역시 조부의 사망으로 그 토지에 대한 점유권을 상속에 의하여 취득한 것이라면, 특별한 사정이 없는 한 그 당사자나 그의 부는 새로운 권원에 의하여 그 점유를 개시한 것이라고 볼 수는 없다 할 것이어서 결국 그 당사자는 그의 조부가 그 토지에 대한 점유를 개시한 때에 과실이 없었음을 주장 입증하여야 한다.'고 하고, 조부가 일제시대에 사정명의인으로부터 매수하였다는 말을 부로부터 듣게 되어 선대로부터 내려오는 상속재산으로 믿고 점유하였다는 사실만으로는 점유개시에 과실이 없었다는 점이 증명되었다고 보기는 어렵다고 한 예(94다22651).

○ 종중 명의로 등기된 부동산을 매수함에 있어 매도인이 제시한 위조된 종중정관과 매도결의서의 내용을 제대로 살피지 아니한 과실로 매도인에게 처분권한 없음을 알지 못하고 점유하였다고 하여 등기부시효취득 주장을 배척한 사례(90다13178).

1518) 선의취득 규정은 점유인도를 물권변동 요건으로 삼는 동산의 소유권취득에 관한 것으로서, 등기·등록을 물권변동 요건으로 삼는 부동산 등에 성립하는 저당권에는 적용되지 않는다(84다카2428).

1519) 대법원 1998. 6. 12. 선고 98다6800 판결; "민법 제249조의 동산 선의취득제도는 동산을 점유하는 자의 권리외관을 중시하여 이를 신뢰한 자의 소유권 취득을 인정하고 진정한 소유자의 추급을 방지함으로써 거래의 안전을 확보하기 위하여 법이 마련한 제도이므로 위 법조 소정의 요건이 구비되어 동산을 선의취득한 자는 권리를 취득하는 반면, 종전 소유자는 소유권을 상실하게 되는 법률효과가 **법률의 규정에 의하여** 발생되므로, 취득자가 임의로 이와 같은 선의취득 효과를 거부하고 종전 소유자에게 동산을 반환받아 갈 것을 요구할 수 없다고 할 것이다." ☜ 채무자 이외의 자의 소유에 속하는 동산을 경매하여 그 매득금을 배당받은 채권자가 그 동산을 경락받아 선의취득자의 지위를 겸하고 있는 경우, 배당받은 채권자가 법률상 원인 없이 이득을 한 것은 배당액이지 선의취득한 동산이 아니므로, 동산의 전 소유자가 임의로 그 동산을 반환받아 가지 아니하는 이상 동산 자체를 반환받아 갈 것을 요구할 수는 없고 단지 배당금을 부당이득으로 반환할 수밖에 없다고 판시.

1520) **선의취득의 대상**은 동산이다. 따라서 ① 자동차관리법이 적용되는 자동차의 소유권 취득은 '등록'에 의하므로, 공시방법으로 '인도'를 전제로 한 선의취득 규정은 적용되지 아니함이 원칙이나, 공시방법으로 '인도'에 의할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 선의취득 규정이 적용될 수 있고(2016다205373), ② 서울시가 무허가

인 간 거래행위의 존재', ③ '그 거래행위에 기한 양수인의 점유 취득[1522] 사실', ④ '(양도인의 무권리에 대하여 선의인 데 대한) 양수인의 무과실'이다.

양도인이 적법한 권리자라면 양수인은 그 권리를 적법하게 승계취득하므로 선의취득의 문제가 생길 여지가 없고, 양도인의 무권리에 대하여는 선의취득 주장 이전 단계에서 통상 드러나 있을 것이므로, 양도인의 무권리는 적극적으로 주장·증명하여야 할 별도의 요건사실이 아니다.

선의취득은 동산 거래의 안전을 보호하기 위한 것이므로, '거래행위가 존재하는 것'을 당연한 전제로 하는 것이어서, 선의취득을 주장하는 자가 '거래행위를 통하여 양수한 사실'을 주장·증명하여야 한다.[1523]

무과실은 추정을 받지 않는다. 선의취득을 주장하는 자가 무과실의 증명책임을 진다는 것이 확고한 판례[1524]의 입장이고 이는 조문 규정 형식상 타당하다. 선의, 무과실의 기준 시점은 물권행위가 완성되는 때이므로, 물권적 합의가 동산의 인도보다 먼저 행하여지면 인도된 때를, 인도가 물권적 합의보다 먼저 행하여지면 물권적 합의가 이루어진 때를 기준으로 하여야 한다.[1525] [1526]

건물을 자진철거하는 시민들을 위하여 건립하는 연립주택의 입주권은 수분양자로서의 지위에 불과한 것이므로 선의취득의 대상이 될 수 없으며(79다2233), ③ 수표상의 권리 소멸에 따른 이득상환청구권도 선의취득의 대상이 될 수 없다(80다537). ④ 문화재보호법 제99조 제4항에 따라 문화재의 매매 등 거래행위에 관하여는 민법 제249조의 선의취득에 관한 규정이 적용되지 아니하고, 다만 양수인이 경매나 문화재 매매업자 등으로부터 선의로 이를 매수한 경우에는 피해자 또는 유실자는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 반환을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

1521) 66다1545, 1546: "집달관이 유체동산을 가압류하였다 하더라도, 집달관이 종전의 점유자에게 계속하여 그 보관을 명한 경우에 있어서는 점유자의 사법상의 점유가 소멸되는 것이 아니므로, 그 동산을 점유하는 소유자가 이를 타인에게 매도하고, 그 타인이 선의로 점유인도를 받은 경우에는 그 타인은 그 동산의 소유권을 적법하게 취득할 수 있다."

1522) 80다2530: "동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 이미 현실적인 점유를 하고 있는 양수인에게는 간이인도에 의한 점유 취득으로 그 요건은 충족할 수 있다." / 97다48906: "양도인이 소유자로부터 보관을 위탁받은 동산을 제3자에게 보관시킨 경우에 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도하고 지명채권 양도의 대항요건을 갖추었을 때에는 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득 요건을 충족한다." ⬌ 77다1872: "동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적인 인도가 있어야 하고, 점유개정에 의한 점유 취득만으로서는 그 요건을 충족할 수 없다"

1523) 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007다36933, 36940 판결: "동산의 선의취득은 양도인이 무권리자라고 하는 점을 제외하고는 아무런 흠이 없는 거래행위이어야 성립한다. 따라서 저당권의 실행으로 부동산이 경매된 경우에 그 부동산에 부합된 물건은 그것이 부합될 당시에 누구의 소유이었는지를 가릴 것 없이 그 부동산을 낙찰받은 사람이 소유권을 취득하지만, 그 부동산의 상용에 공하여진 물건일지라도 그 물건이 부동산의 소유자가 아닌 다른 사람의 소유인 때에는 이를 종물이라고 할 수 없으므로 부동산에 대한 저당권의 효력에 미칠 수 없어 부동산의 낙찰인이 당연히 그 소유권을 취득하는 것은 아니며, 나아가 부동산의 낙찰인이 그 물건을 선의취득하였다고 할 수 있으려면 그 물건이 경매의 목적물로 되었고 낙찰인이 선의이며 과실 없이 그 물건을 점유하는 등으로 선의취득의 요건을 구비하여야 한다고 할 것이다. … 이 사건 건물이 경매되었다고 하여 이 사건 렌탈 목적물 중 종물의 성격을 가지는 물건까지도 경매된 것으로는 볼 수 없다고 할 것이고, 달리 원고가 그 물건들을 거래행위를 통하여 양수하였다는 주장이나 입증이 없는 이상 원고가 그 물건들을 현재 점유하고 있다는 것만으로는 선의취득의 요건을 구비한 것으로 볼 수는 없다."

1524) 대법원 1999. 1. 26. 선고 97다48906 판결 등.

2) 선의취득 항변에 대한 재항변 사유

선의, 평온, 공연은 추정을 받는다(민법 제197조 제1항). 따라서 이를 다투는 자가 평온, 공연한 점유가 아님을 주장·증명하여야 한다.[1527] 악의의 점유 주장 등은 선의취득 항변에 대한 재항변 사유이다.

동산의 선의취득은 양도인이 무권리자라고 하는 점을 제외하고는 아무런 흠이 없는 거래행위이어야 성립하는데,[1528] 양도인과 양수인 간 거래행위의 효력에 대한 장애·소멸 사유(무능력, 대리권 흠결, 착오·사기 등의 무효·취소사유)는 선의취득 항변에 대한 재항변 사유에 해당한다.

3) 도품, 유실물에 대한 특례

민법 제250조나 제251조는[1529] 다 같이 민법 제249조의 선의취득의 요건이 충족된 경우에 관한 규정으로서, '위탁물 횡령이나, 점유보조자 내지 소지기관 횡령'의 경우에는 적용되지 않고, 민법 제251조는 무과실을 명문으로 규정하고 있지는 아니하나 민법 제249조와 제250조를 전제로 하는 규정이므로 '무과실'도 당연한 요건으로 해석된다.[1530]

민법 제251조는 선의취득자에게 그가 지급한 대가의 변상을 받을 때까지 물건의 반환

1525) 대법원 1991. 3. 22. 선고 91다70 판결.

1526) 소유권유보약정이 있는 동산 매매계약의 매수인이 대금을 모두 지급하지 않은 상태에서 목적물을 다른 사람에게 양도한 경우, 양수인이 그 목적물의 양수 당시 양도인이 매매계약의 할부금 중 일부를 원래의 매도인에게 지급하지 못하고 있음을 알았다면, 소유권이 유보되어 있는지에 관하여 조사하는 등 양수인에게 통상적으로 요구되는 양도인의 양도권원에 관한 주의의무를 다하여야 선의취득의 무과실이 인정된다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다93671 판결).

1527) 대법원 1986. 2. 25. 선고 85다카1891 판결 참조.

1528) 대법원 1995. 6. 29. 선고 94다22071 판결.

1529) **민법 제250조(도품, 유실물에 대한 특례)** 전조의 경우에 그 동산이 도품이나 유실물인 때에는 피해자 또는 유실자는 도난 또는 유실한 날로부터 2년 내에 그 물건의 반환을 청구할 수 있다. 그러나 도품이나 유실물이 금전인 때에는 그러하지 아니하다. **제251조(도품, 유실물에 대한 특례)** 양수인이 도품 또는 유실물을 경매나 공개시장에서 또는 동 종류의 물건을 판매하는 상인에게서 선의로 매수한 때에는 피해자 또는 유실자는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있다.

1530) 대법원 1991. 3. 22. 선고 91다70 판결: "민법 제250조나 제251조는 다 같이 민법 제249조의 선의취득의 요건이 충족된 경우들에 관한 규정으로서 위 제250조는 목적물이 진정한 권리자의 의사에 반하거나 의사에 의하지 않고 그 점유를 이탈한 도품, 유실물인 때에 피해자, 유실자는 선의취득자에 대하여 2년간 그 물건의 반환을 청구할 수 있는 제도에 관한 규정이고 위 제251조는 양수인이 위와 같은 도품이나 유실물을 경매나 공개시장 또는 동종류의 물건을 판매하는 상인에게서 선의(무과실)하게 매수한 때에는 종전의 소유자는 그 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있는 제도에 관한 규정인바, 여기에 도품 유실품이란 위에서 본 제도적 취지에 비추어 원권리자로부터 점유를 수탁한 사람이 적극적으로 제3자에게 부정 처분한 경우와 같은 위탁물 횡령의 경우는 포함되지 아니하고 또한 점유보조자 내지 소지기관의 횡령처럼 형사법상 절도죄가 되는 경우도 형사법과 민사법의 경우를 반드시 동일시 해야 하는 것은 아닐 뿐만 아니라 진정한 권리자와 선의의 거래 상대방간의 이익형량의 필요성에 있어서 위탁물 횡령의 경우와 다를 바 없으므로 이 역시 민법 제250조의 도품, 유실품에 해당되지 않는다고 보아야 하고 또한 민법 제251조는 같은 법 제249조의 경우와는 달리 무과실을 명문으로 규정하고 있지는 아니하나 같은 조문은 위에서 본 것처럼 위 제249조와 제250조를 전제로 하는 규정이므로 무과실도 당연한 요건이라고 해석해야만 한다."

청구를 거부할 수 있는 항변권뿐만 아니라, 피해자가 물건의 반환을 청구하거나 반환을 받은 경우에 대가 변상의 청구권까지 인정한 것이다.[1531]

4) 기 타

유동집합물에 대한 양도담보계약의 목적물을 선의취득하지 못한 양수인이 그 양도담보의 효력이 미치는 목적물에다 자기 소유인 동종의 물건을 섞어 관리함으로써 당초의 양도담보의 효력이 미치는 목적물의 범위를 불명확하게 한 경우에는 양수인으로 하여금 그 양도담보의 효력이 미치지 아니하는 물건의 존재와 범위를 증명하도록 하는 것이 공평의 원칙에 부합한다.[1532]

사. 공 유

1) 공유물에 관한 보존행위

가) 말소등기청구

부동산의 공유자 중 한 사람은 해당 부동산에 관하여 무효의 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우에 민법 제265조[1533] 단서에서 정하는 공유물에 관한 보존행위[1534]로서 자신의 공유지분[1535]을 넘어서 그 무효인 등기 전부의 말소를 청구할 수 있고,[1536] 각

1531) 대법원 1972. 5. 23. 선고 72다115 판결.

1532) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004다22858 판결.

1533) **민법 제265조(공유물의 관리, 보존)** 공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정한다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다.

1534) ❶ 공유물의 보존행위는 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 그 현상을 유지하기 위하여 하는 사실적, 법률적 행위이다. 민법 제265조 단서의 취지는 그 보존행위가 긴급을 요하는 경우가 많고 다른 공유자에게도 이익이 되는 것이 보통이기 때문이다(대법원 2019. 9. 26. 선고 2015다208252 판결). ❷ 공유자 1인의 보존권 행사 결과가 다른 공유자의 이해와 충돌될 때에는 보존행위로 될 수 없다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다49425 판결; **원심**이, 피고가 망 소외 1로부터 증여를 원인으로 받은 소유권이전등기에 관하여 원고가 자신의 상속분뿐만 아니라 공동상속인 소외 2 등의 각 상속분에 대하여도 공유물의 보존행위로서 원인 무효인 등기의 말소를 구할 수 있다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 망인으로부터 증여받은 것이라는 피고 주장에 부합하는 증언을 하거나 피고 명의의 이전등기에 이의가 없다는 입장을 밝힌 소외 2 등의 태도가 피고 주장이 받아들여지지 않는 경우에도 자신들은 이를 인정하거나 자신들의 상속분을 피고에게 새롭게 증여하여 그 현상을 유지하겠다는 취지라면, 원고가 소외 2 등의 각 상속분까지 말소를 구하는 것은 소외 2 등의 이해와 충돌되어 공유물의 보존행위로 될 수 없다고 한 예). ❸ 공유자의 한 사람이 공유물의 보존행위로서 그 공유물의 일부 지분에 관하여서만 재판상 청구를 하였으면 그로 인한 취득시효 중단의 효력은 그 공유자와 그 청구한 소송물에 한하여 발생한다(99다15146).

1535) ◎ **공유지분**

○ 민법 규정: 공유자의 지분은 균등한 것으로 추정되고(제262조 제2항), 공유자는 그 지분을 처분할 수 있으며, 공유물 전부를 지분의 비율로 사용, 수익할 수 있고(제263조), 공유자가 그 지분을 포기하거나 상속인 없이 사망한 때에는 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속한다(제267조).

○ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다52978 판결; "공유지분의 포기는 법률행위로서 상대방 있는 단독행위에 해당하므로, 부동산 공유자의 공유지분 포기의 의사표시가 다른 공유자에게 도달하더라도 이로써 곧바로 공유지분 포기에 따른 물권변동의 효력이 발생하는 것은 아니고, 다른 공유자는 자신에게 귀속될 공유지분에 관하여 소유권이전등기청구권을 취득하며, 이후 민법 제186조에 의하여 등기를 하여야 공유지분 포기에 따른 물권변동의 효력이 발생한다. 그리고 부동산 공유자의 공유지분 포기에 따른 등기는 해당 지분에 관하여 다른 공유

공유자에게 해당 지분별로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 이행할 것을 단독으로 청구할 수 있다.[1537] 그러나 공유자가 '다른 공유자의 지분권'을 대외적으로 주장하는 것은 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 공유물의 현상을 유지하는 사실적·법률적 행위인 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수 없으므로, 자신의 소유 지분을 침해하는 지분 범위를 초과하는 부분에 대하여 공유물에 관한 보존행위로서 무효라고 주장하면서 그 부분 등기의 말소를 구할 수는 없다.[1538] 결국, 공유물에 관한 원인무효의 등기에 대하여 모든 공유자가 항상 공유물의 보존행위로서 말소를 구할 수 있는 것은 아니고, 원인무효의 등기로 인하여 자신의 지분이 침해된 공유자에 한하여 공유물의 보존행위로서 그 등기의 말소를 구할 수 있을 뿐이므로, 원인무효의 등기가 특정 공유자의 지분에만 한정하여 마쳐진 경우에는 그로 인하여 지분을 침해받게 된 특정 공유자를 제외한 나머지 공유자들은 공유물의 보존행위로서 위 등기의 말소를 구할 수는 없다.[1539]

자 앞으로 소유권이전등기를 하는 형태가 되어야 한다."

1536) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다49425 판결(따라서 공동상속에 의하여 여러 사람의 공유로 된 부동산에 관하여 공동상속인 중 1인이 피상속인과의 사이에 행하여졌다는 매매 등 효력 없는 계약을 원인으로 하여 공유물 전부에 관하여 소유권이전등기를 경료한 경우에도, 다른 상속인은 공유물에 관한 보존행위로서 등기명의인의 상속분을 제외한 나머지 공유지분 전부에 관하여 그 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 것을 청구할 수 있다).

1537) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2003다40651 판결.
그러나 공유자 중 1인이 이미 소유권이전등기 말소등기청구에 대한 패소 확정판결을 받은 경우, 다른 공유자가 그 공유자의 지분에 관하여 보존행위로서 말소등기를 구할 수는 없고(92다33701), 확정판결에 의하여 지분소유권 이전등기를 넘겨준 공유자 중 1인이, 공유물의 보존행위로서 자신의 지분에 관한 소유권이전등기의 말소등기 절차를 구할 수는 없다(94다61649).

1538) ❶ 2009다67429; 원고와 피고의 종증조부이자 자손이 없는 소외 망인이 임야를 매수한 후 망인 및 원고와 피고의 형 등 3인 명의로 임야에 관한 각 1/3 지분이전등기를 마쳤는데, 망인 사망 후 피고가 망인 소유의 1/3 지분에 관하여 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법에 따라 증여를 원인으로 한 피고 명의의 소유권이전등기를 마친 **사안**에서, 원고가 피고 명의의 소유권이전등기는 허위의 보증서 등에 기하여 이루어진 원인무효의 등기이므로 1/3 지분권자의 자격으로 공유물의 보존행위로서 그 말소를 구한다고 청구한 데 대하여, "원고로서는 자신의 공유지분이 아닌 다른 공유자인 망인의 공유지분을 침해하는 원인무효의 등기가 이루어졌다는 이유로 공유물에 관한 보존행위로서 그 말소를 구할 수는 없는 터이므로, 결국 이 사건 청구는 그 청구의 권원에 대한 증명이 없어 받아들일 수 없다"라고 한 예. ☚ 2014다49425 판결은, "2009다67429 판결은 공유자의 지분이 등기부에 표시된 공유부동산에 관하여 자신의 지분이 침해되지 아니한 공유자가 원인 없이 마쳐진 다른 공유자의 소유지분에 관한 이전등기의 말소를 구하는 경우"로 사안을 달리한다고 하였다. ❷ 2006다72802; 토지의 공유자인 원고가 다른 공유자인 소외 회사와 피고 1 회사 사이에 실질관계의 소멸로 무효로 된 제1차 가등기를 유용하기로 하는 합의가 자신의 소유지분을 침해하는 지분 범위를 초과하는 부분에 대해서도 무효라고 주장하는 것은 다른 공유자인 소외 회사의 지분권을 대외적으로 주장하는 것으로서 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수 없으므로, 원고는 피고 2 회사에 대하여 제1차 가등기에 터잡아 순차로 이루어진 피고 2 회사의 소유권이전등기 중 자신의 소유지분을 침해하는 지분을 초과하는 부분에 대하여는 그 말소를 구할 수 없다고 한 예.

1539) 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다273206 판결; 사건 토지 중 262/280 지분에 관하여 소유권이전등기를 마친 원고가 나머지 지분에 관한 피고 명의 소유권보존등기의 원인무효를 이유로 피고에 대하여 공유물의 보존행위로서 나머지 지분의 소유자인 소외인에게 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 주위적 청구는 원고가 소외인의 지분권을 대외적으로 주장하는 것이어서 공유물의 보존행위에 해당하지 않는다고 보아 이를 기각한 예.

나) 인도와 방해배제 청구

공유자는 공유물의 보존행위로서 '공유자가 아닌' 무단 점유자에 대하여 철거·수거·퇴거 등의 방해배제와 인도를 청구할 수 있다.

과반수의 공유지분을 가진 공유자는 다른 공유자와 협의 없이 단독으로 '관리'행위를 할 수 있고, 공유토지의 특정부분을 배타적으로 사용·수익할 것을 정하는 것도 공유물의 관리방법으로 적법하므로,[1540] [1541] 과반수지분권자는 소수지분권자를 상대로 방해배제와 인도를 청구할 수 있으나,[1542] 소수지분권자가 '과반수지분권자'나 '과반수지분권자로부터 사용·수익을 허락받은 점유자',[1543] '과반수지분을 시효취득한 점유자'[1544]에 대하여 방해배제와 인도를 청구할 수는 없다.

공유물의 소수지분권자(1/2 지분권자 포함)인 피고가 다른 공유자와 협의하지 않고 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유하는 경우 소수지분권자인 원고가 피고를 상대로 보존행위로서 공유물의 인도를 청구할 수는 없지만,[1545] 원고의 지분권에 기초한 민법

1540) 다만, 그 사용·수익의 내용이 공유물의 기존의 모습에 본질적 변화를 일으켜 '관리' 아닌 '처분'이나 '변경'의 정도에 이르는 것이어서는 안 되는데(**민법 제264조**; 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 처분하거나 변경하지 못한다), 예컨대 다수지분권자라 하여 나대지에 새로이 건물을 건축한다든지 하는 것은 '관리'의 범위를 넘는 것이다(2000다33638, 33645). 이 경우 소수지분권자는 과반수지분권자를 상대로 위와 같은 행위의 금지를 청구할 수 있다.

1541) 공유물의 사용·수익·관리에 관한 공유자 사이의 특약은 유효하며 그 특정승계인에 대하여도 승계된다고 할 것이지만, 그 특약이 지분권자로서의 사용·수익권을 사실상 포기하는 등으로 공유지분권의 본질적 부분을 침해하는 경우에는 특별한 사정(= 특정승계인이 그러한 사실을 알고도 공유지분권을 취득하였다는 등)이 없다면 특정승계인에게 당연히 승계된다고 볼 수 없다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다58701 판결).

1542) 공유 지분 과반수 소유자의 공유물인도청구는 민법 제265조의 규정에 따라 공유물의 관리를 위하여 구하는 것으로서 그 상대방인 타 공유자는 민법 제263조의 공유물의 사용수익권으로 이를 거부할 수 없다(대법원 2022. 11. 17. 선고 2022다253243 판결).

1543) 대법원 2002. 5. 14. 선고 2002다9738 판결. 소수지분권자의 과반수지분권자에 대한 인도청구는 그 주장 자체에서 보존행위에 해당하지 않아 청구원인단계에서 이유 없게 되나, 소수지분권자의 '과반수지분권자로부터 사용·수익을 허락받은 점유자'에 대한 인도청구의 경우에는 '과반수지분권자로부터 사용·수익을 허락받았다'는 피고의 '점유권원 항변'이 받아들여져 원고의 청구가 이유 없게 된다.

1544) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000다33638, 33645 판결.

1545) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결의 다수의견; "(1) 공유자 중 1인인 피고가 공유물을 독점적으로 점유하고 있어 다른 공유자인 원고가 피고를 상대로 공유물의 인도를 청구하는 경우, 그러한 행위는 공유물을 점유하는 피고의 이해와 충돌한다. 애초에 보존행위를 공유자 중 1인이 단독으로 할 수 있도록 한 것은 보존행위가 다른 공유자에게도 이익이 되기 때문이라는 점을 고려하면, 이러한 행위는 민법 제265조 단서에서 정한 보존행위라고 보기 어렵다. (2) 모든 공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있다(민법 제263조). 피고가 공유물을 독점적으로 점유하는 위법한 상태를 시정한다는 명목으로 원고의 인도청구를 허용한다면, 피고가 적법하게 보유하는 '지분 비율에 따른 사용·수익권'까지 근거 없이 박탈하는 부당한 결과를 가져온다. (3) 원고 역시 소수지분권자에 지나지 않으므로 원고가 공유자인 피고를 전면적으로 배제하고 자신만이 단독으로 공유물을 점유하도록 인도해 달라고 청구할 권원은 없다. (4) 공유물에 대한 인도판결과 그에 따른 집행의 결과는 원고가 공유물을 단독으로 점유하며 사용·수익할 수 있는 상태가 되어 '일부 소수지분권자가 다른 공유자를 배제하고 공유물을 독점적으로 점유'하는 인도 전의 위법한 상태와 다르지 않다. (5) 기존 대법원 판례가 공유자 사이의 공유물 인도 청구를 보존행위로서 허용한 것은, 소수지분권자가 자의적으로 공유물을 독점하고 있는 위법 상태를 시정하기 위해서 인도 청구를 가장 실효적인 구제수단으로 보았기 때문이라고 할 수 있다. 그러나 원고는 피고를 상대로 지분권에 기한 방해배제청구권을 행사함으로써

제214조에 따른 방해배제청구권의 행사로서 원고의 공동 점유를 방해하거나 방해할 염려 있는 피고의 행위에 대한 금지, 제거, 예방(작위·부작위의무의 이행)을 구할 수는 있다.[1546] [1547]

위와 같은 위법 상태를 충분히 시정할 수 있다." ☜ 원고는 토지의 1/2 지분권자로서, 그 지상에 소나무를 식재하여 토지를 독점적으로 점유하고 있는 피고(나머지 1/2 지분의 공동상속인)를 상대로 소나무 등 지상물의 수거와 점유 토지의 인도 등을 청구한 사안에서, 원고가 토지 인도를 청구할 수는 없고 방해배제로 지상물 수거를 청구할 수 있다고 한 예.

1546) 위 전원합의체 판결의 다수의견; "공유자들 사이에 공유물 관리에 관한 결정이 없는 경우 공유자가 다른 공유자를 배제하고 공유물을 독점적으로 점유·사용하는 것은 위법하여 허용되지 않지만, 다른 공유자의 사용·수익권을 침해하지 않는 방법으로, 즉 비독점적인 형태로 공유물 전부를 다른 공유자와 함께 점유·사용하는 것은 자신의 지분권에 기초한 것으로 적법하다. 일부 공유자가 공유물의 전부나 일부를 독점적으로 점유한다면 이는 다른 공유자의 지분권에 기초한 사용·수익권을 침해하는 것이다. 공유자는 자신의 지분권 행사를 방해하는 행위에 대해서 민법 제214조에 따른 방해배제청구권을 행사할 수 있고, 공유물에 대한 지분권은 공유자 개개인에게 귀속되는 것이므로 공유자 각자가 행사할 수 있다. 원고는 공유물의 종류(토지, 건물, 동산 등), 용도, 상태(피고의 독점적 점유를 전·후로 한 공유물의 현황)나 당사자의 관계 등을 고려해서 원고의 공동 점유를 방해하거나 방해할 염려 있는 피고의 행위와 방해물을 구체적으로 특정하여 그 방해의 금지, 제거, 예방(작위·부작위의무의 이행)을 구하는 형태로 청구취지를 구성할 수 있다. 법원은 이것이 피고의 방해 상태를 제거하기 위하여 필요하고 원고가 달성하려는 상태가 공유자들의 공동 점유 상태에 부합한다면 이를 인용할 수 있다. 위와 같은 출입 방해금지 등의 부대체적 작위의무와 부작위의무는 간접강제의 방법으로 민사집행법에 따라 충분히 실효성 있는 강제집행을 할 수 있다."

1547) 한편, 다수의견에 대한 **보충의**견은 반대의견이 제기하는 몇 가지 문제로서, ❶ '공유자들의 공유물에 대한 사용·수익권은 일반적·추상적 권리이고 공유물의 관리에 관한 결정이 있은 이후에 비로소 개별적·구체적인 권리로 되는가'에 관하여는 이를 부정하고, ❷ '피고의 위법한 점유를 배제하기 위하여 인도 청구를 허용할 필요성이 있는가'에 관하여는 "인도 청구와 방해배제 청구는 그 법적 근거, 요건이나 작용하는 모습이 다르므로, 두 청구가 논리적으로 결론을 같이해야 하는 것은 아니다. 피고가 물건을 점유할 권리가 있지만 적법하지 않은 방법으로 이를 점유하고 있다면 원고는 방해의 제거만 청구할 수 있다."라고 하며, ❸ '소수지분권자가 공유자가 아닌 제3자에 대해서는 공유물의 인도를 청구할 수 있는 근거는 무엇인가'에 관하여는 "제3자가 공유물을 무단으로 점유하는 경우 원고가 소유자, 정확히는 공유지분권자이고 원고의 지분권은 공유물 전체에 미치므로 원고는 제3자를 배제하고 자신이 점유하겠다는 인도 청구를 할 수 있다."라고 하고, ❹ '원고의 방해금지 청구의 근거는 무엇이고 그 구체적인 모습은 어떠한가'에 관하여는 "공유지분권의 본질과 공유관계의 기본 법리, 공유자들의 공유물에 대한 사용·수익권 규정(민법 제263조)에서 충분히 도출할 수 있다. …원고는 청구취지에 피고가 실제로 한 방해행위(피고가 할 것으로 예상되는 방해행위도 포함할 수 있다)를 구체적으로 특정하여 그 행위의 금지를 청구하거나 그러한 방해행위로 인한 결과물이 있는 경우에는 그 결과물을 특정하여 제거를 청구하여야 한다."라고 하면서 그 예로서 "ⓐ 공유 토지가 원래 나대지였는데, 피고가 그 지상에 무단으로 건물, 담장, 수목 등 지상물을 설치하는 경우 원고는 우선 피고를 상대로 지상물의 설치 행위에 대한 중지를 청구할 수 있고, 위반행위의 결과로 지상물이 설치된 경우 설치된 지상물의 철거·수거를 청구할 수 있다. … 지상물이 제거된 다음에도 피고가 같은 방법으로 또는 다른 방법으로 원고의 공동 점유를 방해하는 행동을 하거나 그러한 행동을 할 것이 예상된다면 원고는 피고를 상대로 그러한 행위의 금지(지상물 설치 금지, 토지에 대한 출입 방해금지)를 청구할 수 있다. ⓑ 공유 토지에 원래 담장과 출입문이 설치되어 있었고 피고가 출입문을 시정한 채 토지를 독점적으로 점유하고 있다면, … 피고는 공유물인 출입문 시정장치의 열쇠를 원고에게도 주어야 하고(부대체적 작위의무) 원고가 공유 토지에 출입하는 것을 방해해서는 안 되므로(부작위의무) 원고는 피고를 상대로 이러한 내용의 작위·부작위의무를 이행할 것을 청구할 수 있다. ⓒ 공유자인 원고와 피고가 1/2 지분씩 공유하는 주택에 함께 거주하는 경우 원고와 피고 사이에 각 방은 따로 사용하기로 합의하였지만 거실과 주방 등의 공동 공간에 대해서는 별다른 합의가 없고 피고가 원고를 배제한 채 이를 독점적으로 점유·사용하고 있는 경우 … 원고의 거실, 주방 사용을 피고가 물리적으로 방해하는 행위라든가 피고가 자신의 가구 등을 쌓아두는 행위 등을 금지해 달라고 청구할 수 있다. ⓓ 피고가 공유물인 주차장을 영업적으로 이용하면서 다른 공유자인 원고의 주차장 사용 자체를 방해하는 경우에는 원고는 피고를 상대로 주차장 사용을 방해하는 행위를 금지해 달라고 청구할 수 있다."라고 하며, ❺ '소수지분권자로부터 임차한 제3자에 대해 인도 청구가 가능한가'에 관하여는 "소수지분권자는 공유물을 공동으로 점유할 권리가 있고, 임차인은 임대차계약을 통해 그 소수지분권자로부터 점유할 권리를 이전받았으므로, 다른 공유자가 공유자인 임대인에게 공유물 인도를

집합건물의 공용부분과 대지의 현상을 유지하기 위한 보존행위는 공유자인 구분소유자가 단독으로 할 수 있지만,[1548] 구분소유자가 공용부분과 대지에 대해 그 지분권에 기하여 권리를 행사할 때 이것이 다른 구분소유자들의 이익에 어긋날 수 있다면 이는 보존행위라고 볼 수 없고 '관리단집회의 결의'를 거쳐야 하는 '관리행위'라고 보아야 하며, 집합건물의 공용부분과 대지의 관리 업무는 기본적으로 구분소유자들로 구성된 관리단과 이를 대표하는 관리인에게 있다.[1549] 관리단은 집합건물 대지상의 시설물 철거 및 그 부분 토지의 인도 청구는 '보존행위'로서 미리 관리단집회의 결의를 거칠 필요 없이 수행할 수 있다.[1550]

청구할 수 없다면 그 임차인을 상대로도 인도를 청구할 수 없다고 볼 수 있다."라고 판시하였다.

1548) **집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제16조(공용부분의 관리)** ① 공용부분의 관리에 관한 사항은 제15조제1항 본문 및 제15조의2의 경우를 제외하고는 제38조제1항에 따른 통상의 집회결의로써 결정한다. 다만, 보존행위는 각 공유자가 할 수 있다. 〈개정 2020.2.4. 제15조의2 추가〉 ③ 제1항 및 제2항에 규정된 사항은 규약으로써 달리 정할 수 있다. ④ 제1항 본문의 경우에는 제15조제2항을 준용한다.

1549) 대법원 2019. 9. 26. 선고 2015다208252 판결; "집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라 한다)은 집합건물의 존립에 필수적인 공용부분과 대지의 원활하고 적정한 유지·관리, 집합건물 내 공동생활을 둘러싼 구분소유자 상호 간의 이해관계 조절을 위하여 민법상 공유에 대한 여러 특별규정을 두고 있다. 구분소유관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 대지 등의 관리를 목적으로 하는 집합건물의 관리단이 당연 설립된다(제23조). 구분소유자가 10인 이상인 경우 관리단을 대표하고 관리행위를 할 관리인을 선임해야 하고(제24조), 공용부분의 보존·관리 및 변경을 위한 행위 등은 관리인의 권한과 의무에 속한다(제25조 제1항). 구분소유자는 구분소유자 공동의 이익에 어긋나는 행위를 해서는 안 되고(제5조 제1항), 구분소유자가 그러한 행위를 한 경우 관리인은 그 행위의 정지 등을 청구할 수 있고 이를 위한 소송 제기는 관리단집회의 결의를 거쳐야 한다(제43조 제1항, 제2항). 따라서 집합건물의 공용부분과 대지의 관리 업무는 기본적으로 구분소유자들로 구성된 관리단과 이를 대표하는 관리인에게 있다. **집합건물법 제16조 제1항**은 공용부분의 관리에 관한 사항은 관리단의 통상의 집회결의로써 결정한다고 정하면서 그 단서에 '다만 보존행위는 각 공유자가 할 수 있다.'라고 정하고 있고, 같은 법 **제19조**는 구분소유자가 공유하는 건물의 대지 및 공용부분 외의 부속시설에 관하여 제16조를 준용하고 있다. 집합건물법 제16조 제1항의 취지는 집합건물의 공용부분과 대지의 현상을 유지하기 위한 보존행위를 관리행위와 구별하여 공유자인 구분소유자가 단독으로 행사할 수 있도록 정한 것이다. 앞서 본 민법 제265조 단서의 취지, 집합건물법의 입법 취지와 관련 규정을 종합하여 보면, 구분소유자가 공용부분과 대지에 대해 그 지분권에 기하여 권리를 행사할 때 이것이 다른 구분소유자들의 이익에 어긋날 수 있다면 이는 각 구분소유자가 집합건물법 제16조 제1항 단서에 의하여 개별적으로 할 수 있는 보존행위라고 볼 수 없고 집합건물법 제16조 제1항 본문에 따라 관리단집회의 결의를 거쳐야 하는 관리행위라고 보아야 한다."(도시가스사업자인 피고 회사가 아파트 건축 시 시행사로부터 사용기간 영구, 무상의 사용승낙을 얻어 아파트 대지 위에 정압기실을 설치한 다음 위 아파트와 인근 지역에 도시가스를 공급하고 있는데, 위 아파트의 입주자대표회의 회장, 동대표 등 구분소유자인 원고들이 입주자대표회의 결의에 따라 피고에게 정압기실의 철거와 부지의 인도를 구한 **사안**에서, 위 정압기실은 아파트 구분소유자들이 도시가스를 공급받기 위한 필수적 시설로서 이를 철거할 경우 도시가스 공급에 지장을 줄 수 있고, 도시가스의 공급 없이는 원만한 주거생활이 어려운 점을 고려하면, 위 청구는 다른 구분소유자들의 이익에 반할 수 있고 아파트 대지의 현상을 유지하기 위한 행위라고 보기 어려우므로, 보존행위가 아니라 아파트 대지의 관리를 위한 행위로서 아파트 관리단집회의 결의를 거쳐야 하는데도 이를 거치지 않아 허용될 수 없다고 한 사례) ☛ 설령 집합건물의 공용부분이 적법한 용도 또는 관리방법에 어긋나게 사용되고 있어 일부 구분소유자가 방해배제청구로 원상회복을 구하는 경우라도 이러한 행위가 다른 구분소유자들의 이익에 어긋날 수 있다면 이를 관리행위로 보아서 관리단집회의 결의를 거치도록 하는 것이 집합건물 내 공동생활을 둘러싼 다수 구분소유자들 상호 간의 이해관계 조절을 위하여 제정된 구 집합건물법의 입법 취지에 부합하고 분쟁의 일회적인 해결을 위하여 바람직하며, 2018다287522 전원합의체 판결은 소수지분권자가 공유물을 독점적으로 점유하는 다른 소수지분권자를 상대로 방해배제를 청구한 사안에 관한 것으로서, 다수의 구분소유자가 존재하는 집합건물 공용부분의 방해배제청구와 관련된 사건에 원용하기에는 적절하지 않다(대법원 2024. 3. 12. 선고 2023다240879 판결).

2) 부당이득 반환 청구

가) 민법상 공유물

공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있으므로(민법 제263조 후단) 공유토지의 일부를 배타적으로 점유하면서 사용·수익하는 공유자는 그가 보유한 공유지분의 비율에 관계없이 다른 공유자들 중 지분은 있으나 사용·수익을 하지 못하고 있는 자에 대하여 부당이득반환의무를 부담한다.[1551]

나) 집합건물의 공용부분과 대지

집합건물 '대지'의 공유관계에서는 민법상 공유물에 관한 일반 법리가 그대로 적용되지 않고, 집합건물에서 '전유부분 면적 비율에 상응'하는 '적정 대지지분'[1552]을 가진 구분소유자는 그 대지 전부를 용도에 따라 사용·수익할 수 있는 적법한 권원을 가지므로, 구분소유자 아닌 대지 공유자는 그 대지 공유지분권에 기초하여 적정 대지지분을 가진 구분소유자를 상대로는 대지의 사용·수익에 따른 부당이득반환을 청구할 수 없다.[1553] 그러나 '과소 대지지분'을 가진 구분소유자는 특별한 사정이 없는 한, 구분소유

1550) 대법원 2022. 9. 29. 선고 2021다292425 판결(공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유하는 사람에 대한 부당이득반환 청구는 공용부분 '관리'에 관한 업무로서 '통상의 집회결의'로 직접 또는 타인에게 위임하여 수행할 수 있다). 집합건물법상 특별결의나 서면·전자적 방법 등에 의한 합의의 방법으로 관리단으로부터 공용부분 변경에 관한 업무를 위임받은 입주자대표회의는 구분소유자들을 상대로 자기 이름으로 공용부분 변경에 따른 비용을 청구하는 소를 제기할 수 있다(대법원 2017. 3. 16. 선고 2015다3570 판결).

1551) ○ 과반수 지분권자는 공유물인 토지의 관리방법으로서 특정 부분을 배타적으로 사용·수익할 수 있으나, 그로 말미암아 그 부분을 전혀 사용·수익하지 못하여 손해를 입는 소수지분권자의 지분만큼 임료 상당 부당이득을 얻는 것이므로 이를 반환할 의무가 있다. 소수지분권자가 공유물을 자기 지분 비율로 사용·수익할 권리(민법 제263조)가 침해되었기 때문이다(대법원 2021. 12. 30. 선고 2021다252458 판결). 배타적으로 사용·수익하는 공유물의 특정 부분이 비록 자기의 지분비율에 상당하는 면적의 범위 내라 할지라도, 다른 공유자들 중 지분은 있으나 사용·수익은 전혀 하고 있지 아니함으로써 손해를 입고 있는 자에 대하여 과반수지분권자를 포함한 모든 사용·수익을 하고 있는 공유자는 그 지분에 상응하는 '임료 상당의 부당이득을 반환할 의무'가 있으나(2011다42430), 과반수지분권자로부터 사용·수익을 허락받은 자의 점유는 다수지분권자의 공유물관리권에 터잡은 적법한 점유이므로 그 점유자는 소수지분권자에 대하여 부당이득반환의무를 지지 않는다(2002다9738). 공동상속인 중의 1인이 상속재산인 건물에 거주함으로써 상속재산인 그 건물 부지를 사용·수익하고 있는 경우, 그 사용·수익이 공유지분 과반수의 결의에 기한 것이라는 등의 특별한 사정이 없다면, 위 공동상속인은 건물뿐만 아니라 토지에 관하여도 다른 공동상속인의 공유지분에 해당하는 부분을 부당이득으로서 반환하여야 한다(2006다49307).
○ 대법원 2021. 4. 29. 선고 2018다261889 판결; "부동산의 일부 지분 소유자가 다른 지분 소유자의 동의 없이 부동산을 다른 사람에게 임대하여 임대차보증금을 받았다면, 그로 인한 수익 중 자신의 지분을 초과하는 부분은 법률상 원인 없이 취득한 부당이득이 되어 다른 지분 소유자에게 이를 반환할 의무가 있다. 또한 이러한 무단 임대행위는 다른 지분 소유자의 공유지분의 사용·수익을 침해한 불법행위가 성립되어 그 손해를 배상할 의무가 있다. 다만 그 반환 또는 배상의 범위는 부동산 임대차로 인한 차임 상당액이고 부동산의 임대차보증금 자체에 대한 다른 지분 소유자의 지분비율 상당액을 구할 수는 없다."

1552) 적정 대지지분이 의미하는 '전유부분 면적 비율'을 산정하는 것은 집합건물법의 여러 규정에서 이미 예정하고 있다(상세한 내용은 대법원 2022. 8. 25. 선고 2017다257067 전원합의체 판결의 보충의견 참조).

1553) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2017다257067 전원합의체 판결. 보충의견은 **관련 쟁점**에 관하여 "초과 대지지분을 가지는 구분소유자가 그 초과하는 대지지분권에 기하여 적정 대지지분을 가지지 못한 다른 구분소유자를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있는지 여부에 대해서는 향후 구체적인 사례를 통하여 이론을 정립할 필요가

자 아닌 대지공유자에 대하여 적정 대지지분에서 부족한 지분의 비율에 해당하는 차임 상당의 부당이득반환의무를 부담한다.[1554]

구분소유자들 사이에서는 대지 공유지분 비율의 차이를 이유로 부당이득반환을 구할 수 없으나, 대지사용권이 없는 전유부분의 소유자는 대지 지분 소유자에게 부당이득을 반환할 의무가 있다.[1555] 집합건물 대지 일부 지분을 그 명의로 남겨 둔 분양자 또는 그 지분 양수인은 특별한 사정이 없는 한 구분소유자들에게 그 공유지분권을 주장할 수 없다.[1556]

있음을 언급해 둔다. … 적정 대지지분을 가지지 못한 구분소유자는 구분소유자 아닌 대지 공유자에 대하여 대지 사용·수익에 따른 부당이득반환의무를 부담하게 되고, 이러한 결과가 공평의 원칙에도 부합한다. 이때 그 부당이득반환범위는 구분소유자 아닌 대지 공유자의 지분에 해당하는 차임 상당액 중 적정 대지지분을 가지지 못한 구분소유자들의 부족 지분의 비율에 따라 산정한 금액이다. 다만 적정 대지지분을 가지지 못한 구분소유자라 할지라도 구분소유자 아닌 대지 공유자에 대하여 대지 사용·수익에 따른 부당이득반환의무를 부담하지 않는 경우가 있는지도 문제 될 수 있다. 예컨대, 적정 대지지분을 가지지 못한 구분소유자가 구분소유자 아닌 대지 공유자와의 관계에서 전유부분을 소유하기 위하여 대지 전부에 대한 무상 사용권원을 가진다고 볼 수 있는 등의 사정이 있는 경우에는 부당이득반환의무를 지지 않는 것도 상정할 수 있다. 향후 이 점에 관한 대법원의 세부적인 판시가 이루어질 것이라 기대한다."라고 밝히고 있다.

1554) 대법원 2023. 9. 14. 선고 2016다12823 판결; "적정 대지지분보다 부족한 대지 공유지분(이하 '과소 대지지분'이라 한다)을 가진 구분소유자는, 과소 대지지분이 적정 대지지분에 매우 근소하게 부족하여 그에 대한 부당이득반환청구가 신의성실의 원칙에 반한다고 볼 수 있는 경우, 구분건물의 분양 당시 분양자로부터 과소 대지지분만을 이전받으면서 건물 대지를 무상으로 사용할 수 있는 권한을 부여받았고 이러한 약정이 분양자의 대지지분을 특정승계한 사람에게 승계된 것으로 볼 수 있는 경우, 또는 과소 대지지분에 기하여 전유부분을 계속 소유·사용하는 현재의 사실상태가 장기간 묵인되어 온 경우 등과 같은 특별한 사정이 없는 한, 구분소유자 아닌 대지공유자에 대하여 적정 대지지분에서 부족한 지분의 비율에 해당하는 차임 상당의 부당이득반환의무를 부담한다고 봄이 타당하다." ☛ 이때 구분소유자가 적정 대지지분을 소유하였는지 여부나 과소 대지지분권자로서 구분소유자 아닌 대지공유자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하는지 여부 및 그 범위는 구분소유권별로 판단하여야 하고, 이는 특정 구분소유자가 복수의 구분소유권을 보유한 경우에도 마찬가지이므로 특별한 사정이 없는 한 복수의 구분소유권에 관한 전체 대지지분을 기준으로 이를 판단하여서는 아니 된다(대법원 2023. 10. 18. 선고 2019다266386 판결).

1555) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다219419, 219426 판결; "1동 건물의 구분소유자들이 당초 건물을 분양받을 당시 대지 공유지분 비율대로 그 건물의 대지를 공유하고 있는 경우에는 별도의 규약이 존재하는 등 특별한 사정이 없는 한 구분소유자들이 그 대지에 대하여 가지는 공유지분의 비율과 상관없이 대지 전부를 용도에 따라 사용할 수 있는 적법한 권원이 있으므로, 그 구분소유자들 사이에서는 대지 공유지분 비율의 차이를 이유로 부당이득반환을 구할 수 없다. … 대지사용권이 없는 전유부분의 소유자는 법률상 원인 없이 전유부분의 대지를 점유하고 있으므로 그 대지 중 자기의 전유부분이 집합건물 전체 전유면적에서 차지하는 비율만큼의 차임에 해당하는 부당이득을 얻고 있고, 대지 지분 소유자는 그에 해당하는 손해를 입고 있다고 볼 수 있다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 대지사용권이 없는 전유부분의 소유자는 위 지분의 소유자에게 위 부당이득을 반환할 의무가 있다. 대지사용권이 없는 전유부분의 공유자는 위와 같이 대지 지분 소유자에게 부당이득을 반환할 의무가 있는데, 이 의무는 특별한 사정이 없는 한 불가분채무이므로, 일부 지분만을 공유하고 있더라도 그 전유부분 전체 면적에 관한 부당이득을 반환할 의무가 있다." ☛ 집합건물 대지의 권원 없는 사용으로 인한 구분소유자들의 대지 소유자에 대한 부당이득반환의무는 전유부분의 면적비율에 따른 가분채무이다(대법원 2019. 11. 14. 선고 2015다211685 판결).

1556) 대법원 2018. 12. 28. 선고 2018다219727 판결; "집합건물 분양자가 전유부분 소유권은 구분소유자들에게 모두 이전하면서도 대지는 일부 지분에 관하여만 소유권이전등기를 해주고 나머지 지분을 그 명의로 남겨 둔 경우에 그 분양자 또는 그 보유지분을 양수한 양수인이 구분소유자들에 대하여 대지에 관한 공유지분권을 주장할 수 있으려면, 규약이나 공정증서로 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 정하였다는 등 특별한 사정이 있어야 한다. 이는 양수인이 체납처분에 의한 공매절차에서 분양자의 대지 지분을 취득한 경우에도 마찬가지이다."

집합건물의 공용부분이나 구분소유자의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 불법으로 점유하는 일부 구분소유자나 제3자에 대한 부당이득반환, 손해배상 청구 소송은 '구분소유자'가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있고, '관리단'도 공용부분 '관리'에 관한 업무로서 '통상의 집회결의'로써 위 소송을 직접 수행할 수 있음은 물론 타인에게 위임하여 처리할 수도 있다.[1557] 집합건물 공용부분의 무단 점유사용자에 대한 '구분소유자'의 부당이득반환청구와 '관리단'의 부당이득반환청구 사이에 '기판력'은 서로 미치지만, 권리보호이익의 상이로 '재소금지의 원칙'은 적용되지 않는다.[1558] 해당 공용부분이 구조상 이를 별개 용도로 사용하거나 다른 목적으로 임대할 수 있는 대상인지는 부당이득의 성립 여부와 관계가 없다.[1559]

1557) ○ 대법원 2022. 9. 29. 선고 2021다292425 판결; "정당한 권원 없는 사람이 집합건물의 공용부분이나 대지를 점유·사용함으로써 이익을 얻고, 구분소유자들이 해당 부분을 사용할 수 없게 되어 부당이득반환을 구하는 법률관계는 구분소유자의 공유지분권에 기초한 것이어서 그에 대한 소송은 1차적으로 구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있다. … 관리단은 건물의 관리 및 사용에 관한 공동이익을 위하여 필요한 구분소유자의 권리와 의무를 선량한 관리자의 주의의무로 행사하거나 이행하여야 하고, 관리인을 대표자로 하여 관리단집회의 결의 또는 규약에서 정하는 바에 따라 공용부분의 관리에 관한 사항에 관련된 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 수 있다. 따라서 관리단은 관리단집회의 결의나 규약에서 정한 바에 따라 집합건물의 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유하는 사람에 대하여 부당이득의 반환에 관한 소송을 할 수 있다. … 집합건물의 공용부분 … 변경에 관한 사항은 관리단집회에서의 구분소유자 및 의결권의 각 3분의 2 이상의 결의(집합건물법 제15조 제1항) 또는 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 서면이나 전자적 방법 등에 의한 합의(집합건물법 제41조 제1항)로써 결정하는 것이므로, 집합건물의 관리단은 위와 같은 방법에 의한 결정으로 구분소유자들의 비용 부담 아래 공용부분 변경에 관한 업무를 직접 수행할 수 있음은 물론 타인에게 위임하여 처리할 수도 있다. 이와 같은 법리는 관리단이 집합건물의 공용부분 관리에 관한 업무로서 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유하는 사람에 대하여 부당이득반환을 청구하는 경우에도 마찬가지이다. 한편 위와 같은 공용부분 변경에 관한 사항 등을 제외한 공용부분의 관리에 관한 사항은 통상의 집회결의로써 결정하므로(집합건물법 제16조 제1항), 관리단은 통상의 집회결의로써 타인에게 공용부분 관리에 관한 사항을 위임할 수 있다." ☜ 원심이, 관리단집회의 결의를 거쳤음을 인정할 증거가 없다는 이유로 이 사건 소 중 부당이득반환청구 부분은 원고적격이 없는 자에 의하여 제기된 것으로서 부적법하다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 원고 관리단은 2016. 5. 27. 통상의 집회결의로 14인의 대표위원을 선임하는 결의를 하고, 대표위원회에 공용부분 관리권한이 위임하였고, 대표위원회는 2019. 4. 5. 이 사건 소송에 관한 변호사 선임비용 지출에 관하여 결의함으로써 공용부분 관리행위에 해당하는 부당이득반환청구권 행사에 관한 의결을 하였다고 볼 여지가 있다 하여 이 부분 원심을 파기하는 한편, 집합건물 대지상의 시설물 철거 및 그 부분 토지의 인도 청구는 보존행위에 해당하고 미리 관리단집회의 결의를 거칠 필요가 없다고 판단한 예.

1558) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2021다239301 판결; "관리단이 집합건물의 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유·사용하는 사람에 대하여 부당이득반환청구 소송을 하는 것은 구분소유자의 공유지분권을 구분소유자 공동이익을 위하여 행사하는 것으로 구분소유자가 각각 부당이득반환청구 소송을 하는 것과 다른 내용의 소송이라 할 수 없다. 관리단이 부당이득반환 소송을 제기하여 판결이 확정되었다면 그 효력은 구분소유자에게도 미치고(민사소송법 제218조 제3항), 특별한 사정이 없는 한 구분소유자가 부당이득반환 소송을 제기하여 판결이 확정되었다면 그 부분에 관한 효력도 관리단에게 미친다고 보아야 한다. 다만 관리단의 이러한 소송은 구분소유자 공동이익을 위한 것으로 구분소유자가 자신의 공유지분권에 관한 사용수익 실현을 목적으로 하는 소송과 목적이 다르다. 구분소유자가 부당이득반환청구 소송을 제기하였다가 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 소를 취하하였더라도 관리단이 부당이득반환청구 소를 제기한 것은 특별한 사정이 없는 한 새로운 권리보호이익이 발생한 것으로 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 규정에 반하지 않는다고 볼 수 있다."

1559) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결의 다수의견; "구분소유자 중 일부가 정당한 권원 없이 집합건물의 복도, 계단 등과 같은 공용부분을 배타적으로 점유·사용함으로써 이익을 얻고, 그로 인하여 다른 구분소유자들이 해당 공용부분을 사용할 수 없게 되었다면, 공용부분을 무단점유한 구분소유자는 특별한 사정이 없는 한 해당 공용부분을 점유·사용함으로써 얻은 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있다. 해당 공용

3) 구분소유자에 대한 관리비 청구

가) 당사자와 청구원인

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률의 관리단[1560]은 구분소유자에게 전유부분의 관리비는 규약에 근거하여, 공용부분에 대한 관리비는 규약 또는 법률에 근거하여 청구할 수 있다.[1561]

규약에서 관리비에 대하여 구분소유자의 의무를 정하고 있는 경우 전유부분의 임차인 등 점유자는 구분소유자와 같은 의무를 부담하고, 관리단은 임차인 등 점유자를 상대로 관리비를 청구할 수 있다.[1562]

부분이 구조상 이를 별개 용도로 사용하거나 다른 목적으로 임대할 수 있는 대상이 아니더라도, 무단점유로 인하여 다른 구분소유자들이 해당 공용부분을 사용·수익할 권리가 침해되었고 이는 그 자체로 민법 제741조에서 정한 손해로 볼 수 있다. … 이러한 법리는 구분소유자가 아닌 제3자가 집합건물의 공용부분을 정당한 권원 없이 배타적으로 점유·사용하는 경우에도 마찬가지로 적용된다." ☛ 이러한 법리는 민사상 불법행위책임의 손해가 문제 되는 경우에도 마찬가지로 적용된다(2019다237869). 부당이득 반환 범위와 관련하여, 관리단이 청구하는 경우에는 공용부분에 대한 부당이득액 전부를 인정할 수 있고 구분소유자인 피고의 지분비율에 해당하는 금액을 제외할 필요가 없으며, 공용부분이라는 이유로 전유부분에 비하여 일률적으로 더 낮은 값이 책정되어야 한다고 볼 수는 없다(다수의견에 대한 보충의견).

1560) 관리단은 어떠한 조직행위를 거쳐야 비로소 성립되는 단체가 아니라, 건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단이 당연히 설립되고(집합건물법 제23조 ①), 구분소유자로 구성되어 있는 단체로서 집합건물법 제23조 제1항의 취지에 부합하는 것이면 그 존립형식이나 명칭에 불구하고 관리단으로서의 역할을 수행할 수 있으며, 구분소유자와 구분소유자가 아닌 자로 구성된 단체라 하더라도 구분소유자만으로 구성된 관리단의 성격을 겸유할 수도 있으나, 주택법과 그 시행령의 관련 규정에 의하여 구성되는 입주자대표회의는 그 구성원의 성격과 범위 등이 구분소유자 전원으로 구성되는 집합건물법 제23조 제1항에 의한 관리단의 경우와는 다르므로 관리단의 성격을 겸유한다고 볼 수 없다(2015다47310).

1561) 대법원 2021. 9. 16. 선고 2016다260882 판결; "집합건물의 공용부분과 달리 전유부분은 구분소유자가 직접 관리하는 것이 원칙이므로 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(집합건물법)은 관리단에게 전유부분 관리비의 징수권한을 부여하고 있지 않다. 그러나 규약에서 관리단이 전유부분 관리비를 구분소유자로부터 징수할 수 있도록 정하였다면 관리단은 그 규약에 따라 구분소유자에게 전유부분의 관리비를 청구할 수 있다. … **집합건물법 제17조**는 "각 공유자는 규약에 달리 정한 바가 없으면 그 지분의 비율에 따라 공용부분의 관리비용과 그 밖의 의무를 부담한다."라고 정하고, 구 집합건물법(2020. 2. 4. 법률 제16919호로 개정되기 전의 것) **제25조 제1항**은 "관리인은 공용부분의 보존·관리 및 변경을 위한 행위와 관리단의 사무의 집행을 위한 분담금액 및 비용을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위를 할 권한과 의무를 가진다."라고 정하고 있다. 이에 의하면 집합건물법상 관리단은 관리비징수에 관한 유효한 규약이 있으면 그에 따라, 유효한 규약이 없더라도 구 집합건물법 제25조 제1항 등에 따라 적어도 공용부분에 대한 관리비에 대하여는 이를 그 부담의무자인 구분소유자에 대하여 청구할 수 있다. 이러한 법리는 무효인 관리인 선임 결의에 의하여 관리인으로 선임된 자가 집합건물에 관하여 사실상의 관리행위를 한 경우에도 마찬가지로 적용된다." ☛ 관리규약이나 관리단, 관리인 등이 제대로 갖춰지지 않은 집합건물의 구분소유자들이 개별적인 계약을 통해 제3자에게 건물관리를 위탁한 경우, 구분소유자와 제3자 사이의 법률관계는 당사자가 체결한 계약의 내용에 따라 정해지고, 특별한 사정이 없는 한 집합건물법상 관리단 또는 관리인에 관한 규정이 적용되지 않는다. 집합건물법 제17조는 집합건물의 구분소유자에게 전유부분의 면적 비율에 따라 공용부분에 대한 관리의무가 귀속된다는 원칙을 규정한 것일 뿐, 구분소유자가 제3자와 개별적인 계약을 통해 관리방식을 선택하고 그에 따른 비용부담과 정산방법 등을 구체적으로 정하는 것을 제한하는 규정이 아니다(대법원 2021. 9. 30. 선고 2020다295304 판결).

1562) 대법원 2021. 9. 16. 선고 2017다234262 판결; "집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(집합건물법)은 규약으로 정할 수 있는 사항과 그 효력에 대하여 다음과 같이 정하고 있다. 건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자들 사이의 사항 중 집합건물법에서 규정하지 않은 사항은 규약으로 정할 수 있다(제28

관리단으로부터 업무를 위임받은 위탁관리회사, 입주자대표회의는 구분소유자 등을 상대로 자기 이름으로 소를 제기하여 관리비 등을 청구할 당사자적격이 있다(임의적 소송신탁의 인정).[1563] 관리비청구 소송 중 관리위탁계약이 종료된 경우 소송대리인이 없다면 소송절차는 중단되고, 새 위탁관리업자 등이 수계하여야 한다.[1564]

집합건물의 '분양자' 또는 그와 관리위탁계약을 체결한 위탁관리회사는 '관리단이 관리를 개시할 때까지' 관리비 징수권한을 포함한 관리권한을 갖는다.[1565]

조 제1항). 구분소유자인 공유자는 규약이 있는 때에는 그에 따라, 규약이 없는 때에는 지분 비율에 따라 공용부분 관리비용을 부담하고(제17조), 전유부분 관리비에 대해서는 집합건물법이 별도로 정하고 있지 않다. 점유자는 구분소유자가 건물이나 대지 또는 부속시설의 사용과 관련하여 규약에 따라 부담하는 의무와 동일한 의무를 진다(제42조 제2항). 여기에서 '점유자'란 전유부분을 점유하는 자로서 구분소유자가 아닌 자를 말한다(제5조 제4항). 위와 같은 규정 내용과 체계 등에 비추어 보면, 규약에서 집합건물 관리비에 대하여 구분소유자의 의무를 정하고 있는 경우 전유부분의 임차인 등 점유자는 다른 법령이나 약정이 있다는 등 특별한 사정이 없는 한 구분소유자와 같은 의무를 부담하고, 관리단은 구분소유자나 임차인 등 점유자를 상대로 관리비를 청구할 수 있다. 이러한 법리는 관리단이 관리비에 해당하는 비용을 실제 지출하지 않았거나 관리인으로 선임된 자가 관리단을 위해 관리행위를 하였으나 나중에 관리단집회의 관리인 선임 결의가 적법하지 않다고 밝혀진 경우에도 마찬가지로 적용된다."

1563) **임의적 소송신탁**은 원칙적으로는 허용되지 않지만, 민사소송법 제87조에서 정한 변호사대리의 원칙이나 신탁법 제6조에서 정한 소송신탁의 금지 등을 회피하기 위한 탈법적인 것이 아니고, 이를 인정할 합리적인 이유와 필요가 있는 경우에는 예외적·제한적으로 허용될 수 있다(2015다3570). ☛ ❶ 대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다87885, 87892 판결; "집합건물 관리단으로부터 집합건물의 관리업무를 위임받은 **위탁관리회사**는 특별한 사정이 없는 한 구분소유자 등을 상대로 자기 이름으로 소를 제기하여 관리비를 청구할 당사자적격이 있다." ❷ 대법원 2017. 3. 16. 선고 2015다3570 판결; "집합건물법 제15조 제1항에서 정한 특별결의나 집합건물법 제41조 제1항에서 정한 서면이나 전자적 방법 등에 의한 합의의 방법으로 집합건물의 관리단으로부터 공용부분 변경에 관한 업무를 위임받은 **입주자대표회의**는 특별한 사정이 없는 한 구분소유자들을 상대로 자기 이름으로 소를 제기하여 공용부분 변경에 따른 비용을 청구할 권한이 있다." **[비교]** 입주자대표회의는 주택법 등의 관련규정에 의하여 공동주택의 관리에 관한 사항을 결정하여 시행하는 등의 관리권한만을 가질 뿐이고, 특별한 사정이 없는 한 구분소유자에게 고유하게 귀속하는 권리(집합건물 공용부분이나 구분소유자의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 불법으로 점유하는 제3자에 대한 방해배제, 부당이득 반환, 손해배상 청구)를 재판상 행사할 수 없다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다47310 판결). ❸ 대법원 2020. 8. 20. 선고 2020다221020 판결; "유통산업발전법상 대규모점포관리자의 입점상인에 대한 관리비 등 청구권에 관한 규정이 신설·시행된 2018. 5. 1. 이전까지는 구 유통산업발전법에 따른 대규모점포개설자 내지 구 전통시장법에 따른 시장관리자의 지위에서, 2018. 5. 1.부터는 구 전통시장법에 따른 시장관리자의 지위에서, ○○○시장회사는 ○○○시장 내 각 점포의 상인들을 상대로 관리비를 부과·징수할 권한이 있고, 나아가 ○○○시장회사가 그 내부 규정을 통하여 관리비의 부과·징수를 포함한 관리업무를 ○○○시장상인회 내지 그 지회인 각 **상가상인회**에 포괄적으로 위임하였으므로, 원고(상가상인회))는 위임받은 관리업무를 수행하면서 이 사건 상가 내 점포 상인들로부터 그러한 업무수행에 소요되는 경비, 즉 관리비를 부과·징수할 권한이 있고, 특별한 사정이 없는 한 자신의 이름으로 소를 제기하여 관리비를 청구할 당사자적격도 인정된다."

1564) 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다229516 판결; "관리비징수 업무를 위탁받은 위탁관리업자는 민사소송법 제237조 제1항에서 정한 '일정한 자격에 의하여 자기의 이름으로 남을 위하여 소송당사자가 된 사람'에 해당한다. 따라서 위탁관리업자가 구분소유자 등을 상대로 관리비청구 소송을 수행하던 중 관리위탁계약이 종료되어 그 자격을 잃게 되면 소송절차는 중단되고, 같은 자격을 가진 새로운 위탁관리업자가 소송절차를 수계하거나 새로운 위탁관리업자가 없으면 관리단이나 관리인이 직접 소송절차를 수계하여야 한다(민사소송법 제237조 제1항). 다만 소송대리인이 있는 경우에는 관리위탁계약이 종료하더라도 소송절차가 중단되지 않는다(민사소송법 제238조)."

1565) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2020다229192, 229208 판결; "관리단의 집합건물에 대한 관리가 개시되면, 구 **집합건물법 제9조의3**에 따라 집합건물을 관리하던 분양자는 그때에 관리비 징수권한을 포함한 관리권한을 상실하게 되고, 관리단이 집합건물법에서 부여받은 관리권한을 행사할 수 있게 된다. 분양자가 집합건물을 관리하면서 형성된 관리업무에 관한 법률관계는 새롭게 관리를 개시하는 관리단에 당연히 승계되는 것은 아니

구분소유권이 순차로 양도된 경우 각 특별승계인들은 이전 구분소유권자들의 공용부분 관리비 채무[1566]를 중첩적으로 인수한다.[1567]

나) 항 변

집합건물의 관리단 등 관리주체의 위법한 단전·단수 및 엘리베이터 운행정지 조치 등 불법적인 사용방해행위[1568]로 인하여 건물의 구분소유자가 그 건물을 사용·수익

므로 분양자와 관리위탁계약을 체결한 위탁관리업자는 특별한 사정이 없는 한 그러한 관리위탁계약의 효력을 관리단에게 주장할 수 없다. 분양자와 관리위탁계약을 체결한 위탁관리회사는 분양자가 집합건물을 관리하는 기간 동안 위탁받은 관리업무를 수행할 수 있을 뿐이고, 관리단이 관리를 개시한 이후에는 더 이상 관리비 징수 등 집합건물에 관한 관리업무를 수행할 수 없다. 위와 같은 관리단, 분양자, 위탁관리회사의 관계에 관한 법리는 집합건물의 분양계약서에 '구분소유 관계가 성립된 이후 일정 기간 동안 분양자가 지정한 자가 집합건물을 관리한다'는 등의 내용이 포함되는 사정이 있더라도 마찬가지로 적용되어야 한다. … 분양계약서에 위와 같은 내용이 포함되었더라도 특별한 사정이 없는 한 구분소유자들이 구분소유 관계가 성립한 후 관리단이 관리를 개시하기 전까지 분양자의 관리 기간 동안 분양자와 관리위탁계약을 체결한 위탁관리회사의 위탁관리업무를 승인한다는 의사표시로 해석하여야 하지, 분양자가 체결한 관리위탁계약의 효력을 관리단이 관리를 개시한 뒤에도 인정하겠다는 구분소유자들의 서면 합의로 해석할 것은 아니다."

1566) ❶ 체납관리비 채권 전체에 대하여 입주자의 지위를 승계한 자에 대하여도 행사할 수 있도록 한 관리규약 중 공용부분 관리비에 관한 부분은 집합건물법 제18조에 터잡은 것으로서 유효하다. ❷ **공용부분 관리비**에는 집합건물의 공용부분 그 자체의 직접적인 유지·관리를 위하여 지출되는 비용뿐만 아니라, 전유부분을 포함한 집합건물 전체의 유지·관리를 위해 지출되는 비용 가운데에서도 입주자 전체의 공동의 이익을 위하여 집합건물을 통일적으로 유지·관리해야 할 필요가 있어 이를 일률적으로 지출하지 않으면 안 되는 성격의 비용은 그것이 입주자 각자의 개별적인 이익을 위하여 현실적·구체적으로 귀속되는 부분에 사용되는 비용으로 명확히 구분될 수 있는 것이 아니라면, 모두 이에 포함된다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다3598, 3604 판결; 일반관리비, 장부기장료, 위탁수수료, 화재보험료, 청소비, 수선유지비 등은 모두 입주자 전체의 공동의 이익을 위하여 집합건물을 통일적으로 유지·관리해야 할 필요에 의해 일률적으로 지출되지 않으면 안 되는 성격의 비용에 해당한다고 한 예). ❸ 관리비 납부를 연체할 경우 부과되는 연체료는 위약벌의 일종이고 집합건물의 특별승계인이 전 입주자가 체납한 공용부분 관리비를 승계한다고 하여 전 입주자가 관리비 납부를 연체함으로 인해 이미 발생하게 된 법률효과까지 그대로 승계하는 것은 아니므로, 공용부분 관리비에 대한 연체료는 집합건물의 특별승계인에게 승계되는 공용부분 관리비에 포함되지 않는다(2004다3598,3604).

1567) ❶ 현재 구분소유권을 보유하고 있는 최종 특별승계인뿐만 아니라 그 이전의 구분소유자들도 구분소유권의 보유 여부와 상관없이 공용부분에 관한 종전 구분소유자들의 체납관리비채무를 부담한다(2006다50420). ❷ 위탁자의 구분소유권에 관하여 신탁을 원인으로 수탁자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다가 신탁계약에 따른 신탁재산의 처분으로 제3취득자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지고 신탁등기는 말소됨으로써, 위탁자의 구분소유권이 수탁자, 제3취득자 앞으로 순차로 이전된 경우, 각 구분소유권의 특별승계인들인 수탁자와 제3취득자는 특별한 사정이 없는 한 각 종전 구분소유권자들의 공용부분 체납관리비채무를 중첩적으로 인수하고, 등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자가 부담한다는 내용이 기재되어 있더라도, 제3취득자는 이와 상관없이 종전 구분소유권자들의 소유기간 동안 발생한 공용부분 체납관리비채무를 인수한다(대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결).

1568) 집합건물의 관리단 등 관리주체가 **단전조치**를 하기 위해서는 법령이나 규약 등에 근거가 있어야 하고, 단전조치의 경위, 동기와 목적, 수단과 방법, 입주자가 입게 된 피해의 정도 등 여러 사정을 종합하여 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성이 있어야 한다. 단전조치에 관하여 법령이나 규약 등에 근거가 없거나 규약이 무효로 밝혀진 경우 단전조치는 원칙적으로 위법하다. 다만 관리주체나 구분소유자 등이 규약을 유효한 것으로 믿고 규약에 따라 집합건물을 관리하였는지, 단전조치를 하지 않으면 집합건물의 존립과 운영에 심각한 지장을 초래하는지, 구분소유자 등을 보호할 가치가 있는지 등을 종합하여 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성을 인정할 만한 특별한 사정이 있다면 단전조치가 위법하지 않다(대법원 2021. 9. 16. 선고 2018다38607 판결; 단전조치에 관한 관리규약이 관리단집회의 결의 요건을 갖추지 못하고 제정·개정되어 무효이나, 단전조치가 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성을 벗어난 위법한 행위라고 보기 어렵다 하여 불법행위에 해당하지 않는다고 판단한 예).

하지 못하였다면, 그 구분소유자로서는 관리단에 대해 그 기간 동안 발생한 관리비채무를 부담하지 않는다.[1569]

1개월 단위로 지급되는 집합건물의 관리비채권은 민법 제163조 제1호의 3년 단기소멸시효에 걸린다.[1570] 구분소유권의 특별승계인은 체납관리비 납부의무에 관한 시효중단의 효력이 미치는 민법 제169조 소정의 '승계인'에 해당한다.[1571]

4) 집합건물 구분소유자의 하자담보추급권

집합건물법 제9조[1572]의 하자담보추급권('분양자'[1573]와 '시공자'[1574]의 구분소유자에 대한 담보책임; 법정책임)은 집합건물의 수분양자가 집합건물을 양도한 경우 양도 당시 양도인이 이를 행사하기 위하여 유보하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 현재의 집합건물의 구분소유자에게 귀속한다.[1575]

1569) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다3598, 3604 판결.

1570) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다65821 판결.

1571) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다81474 판결; 집합건물의 관리를 위임받은 甲 회사가 구분소유자 乙을 상대로 관리비 지급을 구하는 소를 제기하여 승소판결을 받음으로써 乙의 체납관리비 납부의무의 소멸시효가 중단되었는데, 그 후 丙이 임의경매절차에서 위 구분소유권을 취득한 사안에서, 丙은 乙에게서 시효중단의 효과를 받는 체납관리비 납부의무를 중단 효과 발생 이후에 승계한 자에 해당하므로 시효중단의 효력이 丙에게도 미친다고 한 사례.☛ **민법 제169조**(시효의 중단은 당사자 및 그 승계인간에만 효력이 있다)에서 '승계인'이라 함은 시효중단에 관여한 당사자로부터 중단의 효과를 받는 권리 또는 의무를 그 중단 효과 발생 이후에 승계한 자를 뜻하고 포괄승계인은 물론 특정승계인도 이에 포함된다.

1572) **집합건물법 제9조(담보책임)** [전문개정 2010.3.31.] ① 제1조 또는 제1조의2의 건물을 건축하여 분양한 자(이하 "분양자"라 한다)와 분양자와의 계약에 따라 건물을 건축한 자로서 대통령령으로 정하는 자(이하 "시공자"라 한다)는 구분소유자에 대하여 담보책임을 진다. 이 경우 그 담보책임에 관하여는 「민법」 제667조 및 제668조를 준용한다. 〈개정 2012.12.18.〉 ☛ 집합건물법 제9조 제1항이 적용되는 집합건물의 분양계약에 있어서는 민법 제668조 단서가 준용되지 않고 따라서 수분양자는 집합건물의 완공 후에도 분양 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 분양계약을 해제할 수 있다(2002다2485).
② 제1항에도 불구하고 시공자가 분양자에게 부담하는 담보책임에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있으면 시공자는 그 법률에서 정하는 담보책임의 범위에서 구분소유자에게 제1항의 담보책임을 진다. 〈신설 2012.12.18.〉
③ 제1항 및 제2항에 따른 시공자의 담보책임 중 「민법」 제667조제2항에 따른 손해배상책임은 분양자에게 회생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력 또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우에만 지며, 시공자가 이미 분양자에게 손해배상을 한 경우에는 그 범위에서 구분소유자에 대한 책임을 면한다. 〈신설 2012.12.18.〉
④ 분양자와 시공자의 담보책임에 관하여 이 법과 「민법」에 규정된 것보다 매수인에게 불리한 특약은 효력이 없다. 〈개정 2012.12.18〉

1573) '분양이행을 한 집합건물의 주택분양보증인'도 분양자로서 하자담보책임을 부담한다(2013다66287).

1574) 2012. 12. 18. 개정 시 '시공자의 구분소유자에 대하여 담보책임' 신설.

1575) 대법원 2016. 7. 22. 선고 2013다95070 판결; "집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조에 의한 하자담보추급권은 집합건물의 수분양자가 집합건물을 양도한 경우 양도 당시 양도인이 이를 행사하기 위하여 유보하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 현재의 집합건물의 구분소유자에게 귀속한다."(집합건물의 종전 소유자가 하자담보추급권을 행사하는 소를 제기한 후 전유부분에 관하여 매매 등을 원인으로 소유권을 이전한 경우, 소 제기를 통하여 하자담보추급권을 행사하였다는 사정만으로 양도 당시 하자담보추급권을 행사하기 위하여 유보하였다고 보기 어렵다고 한 예) ⇔ 일부 구분소유자들이 아파트를 구분소유하고 있을 당시 원고 입주자대표회의에게 하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 양도한 다음 그 소유 아파트를 제3자에게 양도한 경우, 제3자에 대한 양도 당시 하자담보추급권은 양도대상에서 제외되었다고 보아야 하므로, 그 이후 양수인은 하자담보

위 제9조 담보책임의 권리행사기간과 그 기산일은, 2012. 12. 18. 개정 시 신설(2013. 6. 19. 시행)[1576]된 제9조의2[1577]가 규정하고 있다. 임대아파트가 분양전환된 경우에도 구분소유자의 하자담보추급권이 인정되는데, 판례는 그 제척기간의 기산점을 '최초 임차인에게 인도된 때'로 보나, '분양전환 시점'으로 봄이 옳다고 본다.[1578] 구분소유자의 하자담보추급권과 입주자대표회의의 하자보수청구권[1579]은 별개의 권리이므로, 입주자대표회의

추급권을 가진다고 할 수 없다고 판단한 예(2009다9539).

1576) 2012. 12. 18. 개정 전에는 제9조 제1항이 분양자의 담보책임에 관하여 민법 제667조부터 제671조까지(수급인의 담보책임)의 규정을 준용하였다. 2012. 12. 18. 개정 부칙 제3조에서 '이 법 시행 전에 분양된 건물의 담보책임에 관하여는 종전의 규정에 따른다'고 규정하고 있는데, 위 개정 법률 시행 전에 사용승인을 받고 임대되었다가 개정 법률 시행 이후에 분양전환이 이루어진 아파트는 개정 법률 시행 이후에 분양된 건물로 봄이 타당하므로 위 아파트의 하자에 관한 담보책임의 존속기간은 개정 법률 제9조의2가 정한 바에 의하여야 한다(2018다245184; 개정 부칙 제3조에서 정한 '분양'의 의미는 '사용검사일 또는 사용승인일' 내지 임대주택에 관하여는 '최초의 임대차계약 체결일'로 해석되어야 하므로 위 아파트는 개정 법률 시행 전에 분양된 것으로 보아야 한다는 원고 주장을 배척한 예).

1577) **제9조의2(담보책임의 존속기간)**[본조신설 2012.12.18.] ① 제9조에 따른 담보책임에 관한 구분소유자의 권리는 다음 각 호의 기간 내에 행사하여야 한다. 1. 「건축법」 제2조제1항제7호에 따른 건물의 주요구조부 및 지반공사의 하자: 10년 2. 제1호에 규정된 하자 외의 하자: 하자의 중대성, 내구연한, 교체가능성 등을 고려하여 5년의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간
② 제1항의 기간은 다음 각 호의 날부터 기산한다. 〈개정 2016.1.19.〉 1. 전유부분: 구분소유자에게 인도한 날 2. 공용부분: 「주택법」 제49조에 따른 사용검사일(집합건물 전부에 대하여 임시 사용승인을 받은 경우에는 그 임시 사용승인일을 말하고, 「주택법」 제49조제1항 단서에 따라 분할 사용검사나 동별 사용검사를 받은 경우에는 분할 사용검사일 또는 동별 사용검사일을 말한다) 또는 「건축법」 제22조에 따른 사용승인일
③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 제1항 각 호의 하자로 인하여 건물이 멸실되거나 훼손된 경우에는 그 멸실되거나 훼손된 날부터 1년 이내에 권리를 행사하여야 한다.

1578) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다66610 판결: "구 집합건물법 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 '인도'의 원인관계를 불문하고 '건축 후 최초 인도'를 의미한다고 해석함이 타당하므로, 이 사건 아파트와 같이 임대 후 분양전환된 집합건물의 경우에도 분양전환 시점이 아닌 임대에 의하여 아파트를 인도받은 시점부터 하자담보책임의 제척기간이 진행한다." **[동일 취지]** 2011다72301; "분양전환된 임대아파트의 경우에도 구 집합건물법 제9조 제1항 및 그에 의하여 준용되는 민법 제667조 내지 제671조가 적용되고 그 하자담보책임기간은 민법 제671조 제1항 단서에 의하여 최초 임차인들에게 인도된 때부터 10년간이라고 봄이 상당하다." ⬌ 원심(서울고법 2010나97558)은, "① 집합건물법 제9조는 건물을 건축하여 분양한 자의 담보책임에 관하여 민법 제667조 내지 제671조를 준용하도록 규정하고 있고, 민법 제671조 제1항은 석조 등으로 조성된 건물 기타 공작물의 수급인은 목적물의 하자에 대하여 인도 후 10년간 담보책임이 존속한다고 규정하고 있어, 그 문언상 집합건물법 제9조에 의한 하자담보책임의 존속기간은 수분양자가 분양자로부터 분양대상목적물을 인도받은 때로부터 기산하여야 한다고 해석되는 점, ② 분양전환 전 임차인에게 인도된 상태에서는 임대사업자가 분양자의 지위에 있지 아니하고 임차인도 수분양자의 지위에 있지 아니하여 집합건물법 제9조에 정한 하자보수청구권을 행사할 여지가 없는 점, ③ 분양 목적으로 건축한 집합건물의 경우 건축 후 상당 기간이 지난 뒤 분양이 진행될 수도 있고, 그러한 경우 수분양자가 각 전유부분을 인도받은 때로부터 각기 하자담보기간이 기산된다고 해석되는데, 임대 후 분양전환되는 집합건물이라고 하여 이와 달리 볼 근거가 없는 점, ④ 집합건물법 제9조의 입법취지는 집합건물의 건축자 내지 분양자로 하여금 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 두텁게 보호하기 위한 데에 있는 점 등에 비추어 볼 때, 분양전환된 임대아파트의 경우 집합건물법 제9조에서 정한 하자담보책임은 분양전환으로 인하여 수분양자가 아파트를 인도받은 때로부터 10년간 존속한다고 보아야 한다." ⬌ 위 법문상 '인도'는 소유자로서 목적물이 계약 내용대로 완성되었는가를 살펴본 후 목적물을 받는다는 '검수(檢受)'의 의미를 갖는 것으로 봄이 타당하므로, '인도'의 원인관계와 무관한 것으로 볼 것은 아니라는 점에서도 원심의 판단이 옳다. 2017. 4. 18. 개정 공동주택관리법 제36조 제3항 제1호는 공공임대주택공급 사업주체가 부담하는 하자보수 담보책임의 기간은 "임차인에게 인도한 날"부터 기산하는 것으로 명문화 하였다.

가 분양사업주체에 대하여 하자보수청구를 하였다고 하여 이를 입주자대표회의가 구분소유자들을 대신하여 하자담보추급권을 행사한 것으로 볼 수는 없다.[1580] 구분소유자의 하자담보추급권에 대해서는 제척기간과 소멸시효기간이 병렬적으로 진행된다.[1581]

집합건물 시공자의 분양자에 대한 하자담보채무가 시효소멸 하였다 하여 시공자의 구분소유자에 대한 하자담보채무가 당연히 소멸한다고 할 수 없다.[1582]

5) 공유물분할청구

가) 소송요건(직권조사사항)

공유물분할청구의 소[1583]는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 '고유필수적 공동소송'이다.[1584] 공유자 전원에 대하여

1579) 공동주택관리법(2015. 8. 11. 제정, 2016. 8. 12. 시행) 제37조(하자보수 등) 제1항, 2015. 8. 11. 개정 전 구 주택법 제46조 담보책임 및 하자보수 등) 제1항.

1580) 2009다34405; "구 집합건물법 제9조에 의한 하자담보추급권은 특별한 사정이 없는 한 입주자대표회의가 아니라 집합건물 구분소유자에게 귀속하는 것이다. 구 주택건설촉진법 제38조 제14항, 구 공동주택관리령 제16조 제2항이 입주자대표회의에게 공동주택의 사업주체에 대한 하자보수청구권을 부여하고 있으나 이는 행정적인 차원에서 공동주택 하자보수의 절차·방법 및 기간 등을 정하고 하자보수보증금으로 신속하게 하자를 보수할 수 있도록 하는 기준을 정하는 데 그 취지가 있을 뿐, 구분소유자의 하자담보추급권과 입주자대표회의의 하자보수청구권은 그 근거 법령과 입법 취지 및 권리관계의 당사자와 책임 내용 등이 서로 다른 전혀 별개의 권리이므로, 특별한 사정이 없는 한, 원고가 피고에 대하여 하자보수청구를 하였다고 하여 이를 원고가 구분소유자들을 대신하여 하자담보추급권, 즉 하자보수에 갈음한 손해배상청구권을 행사한 것으로 볼 수는 없다. 또한 피고가 원고에 대하여 구 주택건설촉진법 및 구 공동주택관리령에 의한 하자보수책임을 승인하였다고 하더라도, 이로써 피고가 구분소유자들에 대하여 구 집합건물법에 의한 하자담보책임까지 승인하였다고 볼 수도 없는 것이다."

1581) 집합건물의 하자보수에 갈음한 손해배상채권의 소멸시효기간은 각 하자가 발생한 시점부터 별도로 진행하고, 제척기간은 인도한 때로부터 진행한다(2008다92466).

1582) 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다246600 판결; "집합건물법 제9조 제1항 … 에 따라 시공자는 구분소유자에게 하자보수를 갈음하는 손해배상채무(이하 '제1채무'라 한다)를 부담한다. … 제2항 … 에 따라 다른 법률에 시공자의 분양자에 대한 담보책임 범위를 제한하거나 면제하는 등의 규정이 있다면 시공자는 구분소유자에게 그 범위에서만 하자보수를 갈음하는 손해배상채무를 부담한다. … 제3항 … 에 따라 시공자의 구분소유자에 대한 담보책임은 분양자의 무자력 등 일정한 사유가 있는 경우에만 발생하고, 시공자가 분양자에게 하자보수를 갈음하는 손해배상채무(이하 '제2채무'라 한다) 등 분양자에 대한 손해배상채무를 이행하면 그 범위에서 시공자의 구분소유자에 대한 담보책임도 소멸한다. … 그러나 시공자의 구분소유자에 대한 제1채무와 시공자의 분양자에 대한 제2채무는 엄연히 별도의 채무이므로 제2채무의 소멸시효가 완성되었다고 하여 제1채무가 이를 이유로 당연히 소멸한다고 할 수 없다. 집합건물법 제9조 제2항은 시공자의 구분소유자에 대한 담보책임 범위, 제3항은 시공자의 구분소유자에 대한 담보책임 발생요건 및 소멸사유에 관하여 각각 규정함으로써 양 채무가 서로 일정하게 관련되어 있음을 나타내고 있으나, 그렇다고 이러한 규정들로부터 제2 채무의 시효 소멸로 인하여 제1채무가 소멸된다는 점을 도출할 수는 없다."

1583) 공유물분할에 관한 민법 규정은 다음과 같다.
제268조(공유물의 분할청구) ① 공유자는 공유물의 분할을 청구할 수 있다. 그러나 5년 내의 기간으로 분할하지 아니할 것을 약정할 수 있다. ② 전항의 계약을 갱신한 때에는 그 기간은 갱신한 날로부터 5년을 넘지 못한다. ③ 전2항의 규정은 제215조, 제239조의 공유물에는 적용하지 아니한다.
제269조(분할의 방법) ① 분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 아니한 때에는 공유자는 법원에 그 분할을 청구할 수 있다. ② 현물로 분할할 수 없거나 분할로 인하여 현저히 그 가액이 감손될 염려가 있는 때에는 법원은 물건의 경매를 명할 수 있다.
제270조(분할로 인한 담보책임) 공유자는 다른 공유자가 분할로 인하여 취득한 물건에 대하여 그 지분의 비율로 매도인과 동일한 담보책임이 있다.

판결이 합일적으로 확정되어야 하므로, 공동소송인 중 1인에 소송요건의 흠이 있으면 소 전부가 부적법하게 된다.[1585]

공유자 사이에 이미 분할에 관한 협의가 성립된 경우, 소로써 그 분할을 청구하거나 이미 제기한 공유물분할의 소를 유지하는 것은 권리보호의 이익이 없어 허용되지 않는다.[1586]

공유물분할의 전소 확정 판결에도 기판력이 있으므로 다시 동일한 후소를 제기하는 것은 소의 이익이 없다.[1587]

1584) ❶ 따라서 소송계속 중 원심 변론종결일 전에 공유자의 지분이 이전된 경우에는 원심 변론종결 시까지 민사소송법 제81조에서 정한 승계참가나 민사소송법 제82조에서 정한 소송인수 등의 방식으로 그 일부 지분권을 이전받은 자가 소송당사자가 되어야 한다. 그렇지 못할 경우에는 소송 전부가 부적법하게 된다(대법원 2022. 6. 30. 선고 2020다210686, 210693 판결; 공유물분할청구의 본소 중 원고 공유지분의 처분은 자신의 권리처분으로서 유효하고, 원고의 피고들 공유지분 처분은 무권리자의 처분으로서 무효라고 볼 여지가 있으나 피고들은 그 처분행위가 유효함을 전제로 원고가 수령한 매매대금의 반환을 반소로 구하고 있어 위 처분행위를 묵시적으로 추인한 것이라고 볼 수 있으므로, 원심 변론종결 시를 기준으로 원고와 피고들은 공유지분을 소유하고 있지 않아 공유물분할청구는 당사자적격을 갖추지 못해 부적법하고, 원고는 공유물분할을 전제로 한 피고들 지분의 시가 상당 가액이 아니라 위 처분행위로 얻은 이득인 매매대금을 피고들에게 반환할 의무가 있다고 한 예). ❷ 공동소송인과 상대방 사이에 판결의 합일확정을 필요로 하는 고유필수적 공동소송에서 공동소송인 중 일부가 제기한 상소는 다른 공동소송인에게도 그 효력이 미친다. 이 경우 공동소송인 전원에 대한 관계에서 판결의 확정이 차단되고 그 소송은 전체로서 상소심에 이심되며, 상소심 판결의 효력은 상소를 하지 않은 공동소송인에게 미치므로 상소심으로서는 공동소송인 전원에 대하여 심리·판단해야 한다. 고유필수적 공동소송에 대하여 본안판결을 할 때에는 공동소송인 전원에 대한 하나의 종국판결을 선고해야 하는 것이지 공동소송인 일부에 대해서만 판결하거나 남은 공동소송인에 대해 추가판결을 하는 것은 모두 허용되지 않는다(대법원 2022. 6. 30. 선고 2022다217506 판결).

cf. 필수적 공동소송은 당사자들이 실체법상 권리 행사나 의무 이행을 단독으로 할 수 없어 소송을 공동으로 해야 하고 재판 결과도 합일적으로 확정되어야 하는 '**고유필수적 공동소송**'과 개별적인 소송은 가능하지만 일단 공동소송이 되면 당사자 간 재판 결과가 합일적으로 확정되어야 하는 '**유사필수적 공동소송**'으로 분류되고, 편면적 대세효 있는 회사관계소송은 소송법상 합일확정이 필요한 유사필수적 공동소송에 해당한다(대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견). 실체법적으로 재산권의 관리처분권이 여러 사람에게 공동으로 귀속되어 당사자가 단독으로 이를 처분하지 못하는 경우에는 소송 결과도 전원에 대해 일치되어야 하고 그렇지 않으면 분쟁 해결이 불가능해진다. 따라서 소송공동이 강제되어 전원이 반드시 소송당사자가 되어 하나의 소를 제기하여야 하고 전원이 당사자가 아닌 소는 허용되지 않으며(당사자적격 흠결로 부적법 각하된다), 하나의 판결로 일치된 결론을 내려야 한다. 이러한 소송유형을 '**고유필수적 공동소송**'이라고 한다. 공유물분할청구의 소, 파산관재인이 여럿인 경우의 파산재단에 관한 소 등이 그 예이다. 이와 같이 소송공동이 강제되어 당사자 전원에 대해 하나의 소만이 허용되는 경우에, 민사소송법 제67조를 적용하여 하나의 합일적인 판결을 하는 것은 분쟁을 유효하게 해결하기 위한 적절한 수단이라고 볼 수 있다(위 판결의 별개의견).

1585) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다105310 판결; 원고가 2009. 10. 5. 소외 1(2001. 12. 11. 사망) 외 9인을 피고로 표시하여 공유물분할청구의 소를 제기하였는데, 피고가 상고심에 이르러 처음으로 망인의 사망사실을 주장하자, 원고는 망인의 표시를 상속인들로 정정하는 당사자표시정정신청서를 제출한 **사안**에서, "민사소송에서 소송당사자의 존재나 당사자능력은 소송요건에 해당하고, 이미 사망한 자를 상대로 한 소의 제기는 소송요건을 갖추지 않은 것으로서 부적법하며, 상고심에 이르러서는 당사자표시정정의 방법으로 그 흠결을 보정할 수 없다."고 한 다음, "이 사건 소는 모든 공동소송인에 대한 관계에서 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없어 각하될 수밖에 없으므로, 이를 간과한 채 본안판단에 나아간 원심판결은 그대로 유지될 수 없다."고 하여, 원심판결을 파기하고, 원고 청구 인용의 1심판결을 취소, 소를 각하한 예.

1586) 대법원 1995. 1. 12. 선고 94다30348 판결. 일부 공유자가 협의분할에 따른 이전등기에 협조하지 않거나 분할에 관하여 다툼이 있더라도 그 분할된 부분에 대한 소유권이전등기를 청구하든가 소유권확인을 구함은 별문제이다.

공유물의 권리에 내재하거나 그로부터 파생하는 권능의 분할을 구하는 공유물분할청구의 소는 권리보호의 자격을 결하여 부적법하다.[1588]

공동상속인은 상속재산의 분할에 관하여 공동상속인 사이에 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에 가정법원에 상속재산분할심판을 청구할 수 있을 뿐이고, 상속재산에 속하는 개별 재산에 관하여 공유물분할청구의 소를 제기하는 것은 허용되지 않는다(상속재산분할청구인 경우 가정법원으로 이송한다).[1589]

나) 청구취지와 청구원인사실

공유물분할의 소는 당사자 사이에 다툼의 대상이 된 권리관계를 법원이 확정하는 것이 아니고, 협의에 대신하여 법원이 재량에 따라 합리적인 방법으로 공유자 사이의

1587) 대법원 1981. 3. 24. 선고 80다1888, 1889 판결; **원심**이, 공유토지 경매명령에 의한 공유물분할의 전소 확정판결에 기한 원고의 권리는 10년의 시효기간 경과로 소멸되었으므로 다시 공유물분할을 구하는 원고의 이 사건 후소 청구는 그 소의 이익이 있다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권이므로 공유관계가 존속하는 한, 그 분할청구권만이 독립하여 시효에 의하여 소멸될 리 없다고 할 것이며 따라서 그 분할청구의 소 내지 공유물분할을 명하는 판결도 형성의 소 및 형성판결로서 소멸시효의 대상이 될 수 없다."고 한 다음, 원고는 위 확정판결을 받은 전소에서 공유물 분할청구 소를 제기하여 경매에 의한 매득금의 일정 비율을 분할 취득하라는 판결을 받은바, 이 권리는 공유물분할청구권이므로 소멸시효의 대상이 될 수 없다 할 것이니 이 권리를 10년의 시효기간 경과로 소멸하였다는 원판시는 공유물분할청구권에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, "위 확정판결은 기판력과 집행력이 있다고 할 것이어서 그 확정판결의 원본이 멸실되어 강제집행(경매신청)에 필요한 집행문을 받을 수 없다는 등 특별한 사정이 없는 한, 본건과 같은 동일한 소를 제기할 소의 이익이 없다."고 한 예.

1588) 대법원 2000. 1. 28. 선고 98다17183 판결; "공유물의 분할은 공유지분의 교환 또는 매매로 공유의 객체를 단독 소유권의 대상으로 하여 그 객체에 대한 공유관계를 해소하는 것을 말하므로 분할의 대상이 되는 것은 어디까지나 권리의 객체인 공유물이고, 그 권리에 내재하거나 그로부터 파생하는 권능은 이를 분할할 수 없다고 할 것이다. … 소외 주주명의자들에게 명의신탁하였다는 주식에 관하여 명의신탁자로서 준공유하는 명의수탁자들에 대한 주권의 인도 혹은 양도청구의 권능의 분할을 구하는 공유물분할청구 부분의 소는 결국 권리보호의 자격을 결하여 부적법하다고 할 것이다. … 주식의 공유자들 사이에 공유 주식을 분할하는 판결이 확정되면 그 공유자들 사이에서는 별도의 법률행위를 할 필요 없이 자신에게 귀속된 주식에 대하여 주주로서의 권리를 취득하는 것이고, 이와 같이 공유물 분할의 방법에 의하여 주식을 취득한 자는 회사에 대하여 주주로서의 자격을 보유하기 위하여 자기가 그 주식의 실질상의 소유자라는 것을 증명하여 단독으로 명의개서를 청구할 수 있다. 그러므로 주식의 공유자로서는 공유물 분할의 판결의 효력이 회사에 미치는지 여부와 관계없이 공유주식을 분할하여 공유관계를 해소함으로써 분할된 주식에 대한 단독소유권을 취득하기 위하여 공유물 분할의 소를 제기할 이익이 있다고 할 것이다."

1589) 대법원 2015. 8. 13. 선고 2015다18367 판결; 원고가 소외인의 채권자로서 소외인을 대위하여 소외인과 피고들이 공동상속한 부동산에 관하여 공유물분할청구의 소를 제기하였는데, 분할에 관하여 공동상속인 사이에 협의가 성립되는 등 상속재산분할절차가 마쳐졌다는 점에 관한 주장을 한 적은 없는 **사안**에서, **원심**이, 본안 판단을 한 데 대하여, **대법원**은, "원심은 … 부동산의 분할에 관하여 공동상속인 사이에 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에 해당함을 이유로 민법 제1013조 제2항에 따른 상속재산분할을 청구하는 것인지, 공동상속인 사이에 이 사건 각 부동산을 공유로 하기로 하는 상속재산분할협의가 성립되는 등 상속재산분할절차가 마쳐져 그들 사이의 공유관계가 물권법상의 공유라고 주장하면서 민법 제268조에 따른 공유물분할을 청구하는 것인지 등에 관하여 석명권을 행사하고, 원고의 이 사건 청구가 민법 제1013조 제2항에 따른 상속재산분할청구로 인정되는 경우 이 사건 청구에 관하여 본안판단을 한 제1심판결을 취소하고 사건을 피고들의 보통재판적이 있는 곳의 가정법원에 이송하였어야 하며, 민법 제268조에 따른 공유물분할청구로 인정되는 경우 공동상속인 사이에 이 사건 각 부동산에 관한 상속재산분할절차가 마쳐졌는지 여부 등에 관하여 심리하였어야 한다."고 하여, 직권으로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송한 예.

기존 권리관계, 즉 공유관계를 폐기하고 적절한 장래의 권리관계를 창설하는 것이므로, 당사자는 분할의 방법이나 내용을 구체적으로 특정하여 공유물분할을 청구할 필요 없이 단순히 공유물분할을 구하는 취지를 청구하면 충분하고, 비록 당사자가 분할의 방법이나 내용에 관한 구체적인 사항을 정하여 분할을 청구하더라도 그것은 법원에 대한 당사자의 제안 정도의 의미가 있을 뿐이어서 법원은 그에 구속되지 아니한다.[1590]

공유물분할청구의 청구원인사실은, '원고(들)와 피고(들)가 물건을 공유하고 있는 사실'이다. 이는 '공유등기 경료 사실'의 증명으로 쉽게 대체될 수 있고, 공유등기의 추정력을 뒤집는 '상호명의신탁관계',[1591] '합유관계'[1592] 사실은 피고가 항변사실로 주장·증명하여야 한다(민법 제268조 제1항 단서 소정의 '분할금지 약정'의 항변으로 볼 수도 있다).

집합건물 대지의 공유자는 원칙적으로 분할을 청구하지 못하나,[1593] 분할을 허용할 '특별한 사정'을 주장·증명하면 분할이 허용된다.[1594]

1590) 대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결. 즉, '형식적 형성의 소'로서 처분권주의나 불이익변경금지의 원칙이 배제되고, 당사자가 주장하는 방법과 달리 법원이 분할을 명하더라도 '원고의 나머지 청구를 기각한다.'는 주문은 필요치 않다.

1591) 대법원 2023. 5. 18. 선고 2022다229219, 229226 판결; "수인이 1필지인 토지의 각 특정 부분을 점유·사용하기로 약정하고 등기는 편의상 그 토지의 전체에 관하여 공유지분등기를 마친 구분소유적 공유관계에서 특정 부분 소유를 주장하는 자가 그 특정 부분에 관한 전체 지분 소유권이전등기를 마치기 위해서는 그 특정 부분에 관하여 신탁적으로 지분등기를 가지고 있는 다른 공유자를 상대로 명의신탁 해지를 원인으로 한 지분이전등기를 청구하면 되고, 공유물 분할 청구를 할 수는 없다."(피고가 사건 토지 중 특정할 수 없는 일부에 대하여 매매계약상 소유권이전등기청구권을 갖고 피고 소유 건물이 현재 위치한 면적이 매매계약상 목적물 면적과 대략 같다는 이유만으로 피고의 공유지분 비율(96/201)과는 현저히 다르게 위 토지 178㎡ 중 피고 소유 건물이 위치한 부분 122㎡를 피고의 소유로 현물분할하는 것은 잘못이라고 한 예). ☛ 구분소유적 공유자의 공유물분할청구를 '기각'한 원심이 옳다고 한 예(2006다84171).

1592) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다57064 판결; "동업을 목적으로 한 조합이 조합체로서 또는 조합재산으로서 부동산의 소유권을 취득하게 되었다면, 민법 제271조 제1항의 규정에 의하여 당연히 그 조합체의 합유물이 된다 할 것인데, 공유자들 사이에 조합관계가 성립하여 각자가 부동산을 조합재산으로 출연하였음에도 그 조합체 재산에 관한 소유권등기를 함에 있어서 이를 합유로 하지 아니하고 공유로 한 경우에는 제3자에 대한 관계에서는 공유관계임을 전제로 한 법률관계만이 적용될 뿐이므로 조합원들이 공유자로서 소유권행사를 할 수 있을 것임은 별론으로 하고, 조합원들 상호간 및 조합원과 조합체 상호간의 내부관계에서는 조합계약에 따른 효력으로 인하여 그 재산은 조합계약상의 공동사업을 위해 출자된 합유물인 특별재산으로 취급될 것이므로 조합원들로서는 그 지분의 회수방법으로서 조합을 탈퇴하여 조합지분 정산금을 청구하거나 일정한 경우 조합체의 해산청구를 할 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 합유물에 대하여 곧바로 분할청구를 할 수는 없다." ☜ 피고들의 항변 중에는 '합유물인 사건 토지와 건물에 대하여 곧바로 분할청구를 할 수는 없다'는 취지의 주장도 들어 있는 것으로 볼 수 있다 하여 파기환송한 예.

1593) 2005다66374,66381은 분할청구를 '기각'한 원심판단이 정당하다고 하였다.

1594) 대법원 2023. 9. 14. 선고 2022다271753 판결; "「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 '집합건물법'이라고 한다) 제8조는 "대지 위에 구분소유권의 목적인 건물이 속하는 1동의 건물이 있을 때에는 그 대지의 공유자는 그 건물 사용에 필요한 범위의 대지에 대하여는 분할을 청구하지 못한다."라고 규정하고 있다. 위 법률 규정의 입법 취지는 1동의 건물로서 개개의 구성부분이 독립한 구분소유권의 대상이 되는 집합건물의 존립 기초를 확보하려는 데 있는바, 집합건물의 대지는 그 지상의 구분소유권과 일체성 내지 불가분성을 가지는데 일반의 공유와 같이 공유지분권에 기한 공유물분할을 인정한다면 그 집합건물의 대지사용관계는 파탄에 이르게 되므로 집합건물의 공동생활관계의 보호를 위하여 분할청구가 금지된다. 따라서 집합건물 대지의 공유자가 청구한 대지의 분할청구가 허용되는지 여부를 판단함에 있어서는 집합건물법 제8조의 입법 취지가 우선 고려되어야 하는바, 집합건물의 대지를 집합건물의 구분소유자인 공유자와 구분소유자가 아닌 공유자가 공유

민법 제269조 제1항 소정의 '분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 아니한 사실'은 소송요건사실, 민법 제268조 제1항 단서 소정의 '분할금지 약정 사실'은 항변사실에 해당한다.

다) 분할방법

재판에 의하여 공유물을 분할하는 경우 법원은 현물로 분할하는 것이 원칙이고, '현물로 분할할 수 없거나 현물로 분할을 하게 되면 현저히 그 가액이 감손될 염려가 있는 때'에[1595] 비로소 물건의 경매를 명하여[1596] 대금분할을 할 수 있는 것이므로, 위와 같은 사정이 없는 한, 법원은 각 공유자의 지분 비율[1597]에 따라 공유물을 현물 그대로 수 개의 물건으로 분할하고 분할된 물건에 대하여 각 공유자의 단독소유권을 인정하는 판결을 하여야 하며,[1598] 그 분할의 방법은 당사자가 구하는 방법에 구애받지 아니하고

하고 있고, 당해 대지를 집합건물의 구분소유자인 공유자에게 취득시키고 구분소유자가 아닌 다른 공유자에게는 그 지분의 가격을 취득시키는 것이 공유자 간의 실질적인 공평을 해치지 않는다고 인정되는 특별한 사정이 있어 그와 같이 공유물을 분할하는 것이 허용되는 경우에는, 그러한 공유물에 대한 분할청구는 집합건물법 제8조의 입법 취지에 비추어 허용된다고 보는 것이 타당하다."

1595) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2022다294107 판결; "**'현물로 분할할 수 없다'**는 요건은 이를 물리적으로 엄격하게 해석할 것은 아니고, 공유물의 성질, 위치나 면적, 이용 상황, 분할 후의 사용가치 등에 비추어 보아 현물분할을 하는 것이 곤란하거나 부적당한 경우를 포함하고, **'현물로 분할을 하게 되면 현저히 그 가액이 감손될 염려가 있다'**는 요건 역시 공유자의 한 사람이라도 현물분할에 의하여 단독으로 소유하게 될 부분의 가액이 분할 전의 소유 지분 가액보다 현저하게 감손될 염려가 있는 경우도 포함하지만, 그 어느 경우이든 재판에 의한 공유물분할은 공유자별 지분에 따른 합리적인 분할을 할 수 있는 한 현물분할을 하는 것이 원칙이므로, 불가피하게 대금분할을 할 수밖에 없는 요건에 관한 객관적·구체적인 심리 없이 단순히 공유자들 사이에 분할의 방법에 관하여 의사가 합치하고 있지 않다는 등의 주관적·추상적인 사정에 터 잡아 함부로 대금분할을 명하는 것은 허용될 수 없다."

1596) ◎ **경매분할**

❶ '건축허가나 신고 없이 건축된 미등기 건물'에 대하여는 경매에 의한 공유물분할이 허용되지 않는다(2011다69190). ❷ 분할의 대상은 공유물에 한한다(2002다4580; 대지의 소유자이자 건물의 2/3 지분권자인 원고가 대지·건물에 대하여 일괄하여 경매를 구하는 것이 피고 인수참가인에게 특별히 불이익하다는 사정이 엿보이지 않으며, 원고 또는 인수참가인이 위 경매에 참여하여 건물·대지를 경락받을 가능성도 배제할 수 없다는 점 등을 고려하여 볼 때, 공유물인 건물만을 경매하는 것보다는 건물·대지를 일괄하여 경매에 부쳐 그 대금 중 경매비용을 공제한 나머지 금액 중 대지에 대한 금액 전액을 원고에게 지급하고, 건물에 대한 금액을 원고와 인수참가인의 각 지분비율에 따라 분배함이 상당하다는 이유로 피고의 반대까지 무릅쓰고 공유물이 아닌 대지에 대하여까지 경매를 명한 원심판결은 위법하다고 한 예).

1597) 소유권지분이전등기가 경료되어 있는 경우에는 일단 그 등기명의자는 그 공유지분 비율에 의한 적법한 공유자로 추정되나, 등기부상 등기명의자의 공유지분의 분자 합계가 분모를 초과하는 경우에는 등기부의 기재 자체에 의하여 그 등기가 불실함이 명백하므로, 그 중 어느 공유지분에 관한 등기가 무효인지를 가려 보기 전에는 등기명의자는 등기부상 공유지분의 비율로 공유한다고 추정할 수 없고, 공유지분의 분모를 분자 합계로 수정한 공유지분의 비율로 공유한다고 추정할 수도 없다(96다33709).

1598) 공동상속을 원인으로 하는 **공유관계** 혹은 **조상분묘가 설치된 임야**에 대한 **일가 친족**의 **공유관계** 등과 같이 다수 공유자들 사이에 긴밀한 유대관계가 있어 이들 사이에 공유물 사용에 관한 명시적 또는 묵시적 합의가 있었고, 공유자 전부 또는 일부가 분할의 목적이 된 공유 토지나 그 지상 건물에서 거주·생활하거나 묘소를 설치하는 등 공유물 점유·사용의 형태를 보더라도 이러한 합의를 충분히 추단할 수 있는 사안에서, 그러한 공유자 일부의 지분에 대한 경매 등으로 새롭게 공유지분을 취득한 사람이 공유물의 점유·사용에 관한 기존의 명시적 또는 묵시적 합의를 무시하고 경매분할의 방법으로 분할할 것을 주장한다면 법원으로서는 기존의 공유물 점유·사용관계를 해치지 않고 공유물을 분할할 수 있는 방법을 우선적으로 참작할 필요가 있다. 이러한

법원의 재량에 따라 공유관계나 그 객체인 물건의 제반 상황에 따라 공유자의 지분 비율에 따른 합리적인 분할을 하면 되고, 토지를 분할하는 경우에는 원칙적으로는 각 공유자가 취득하는 토지의 면적이 그 공유지분의 비율과 같도록 하여야 할 것이나, 반드시 그런 방법으로만 분할하여야 하는 것은 아니고, 토지의 형상이나 위치, 그 이용 상황이나 경제적 가치가 균등하지 아니할 때에는 이와 같은 제반 사정을 고려하여 경제적 가치가 지분 비율에 상응되도록 분할하는 것도 허용되며, 일정한 요건이 갖추어진 경우에는 공유자 상호 간에 금전으로 경제적 가치의 과부족을 조정하게 하여 분할을 하는 것도 현물분할[1599]의 한 방법으로 허용된다.[1600]

경우 법원이 경매분할을 선택하기 위해서는 현물로 분할할 수 없거나 현물로 분할하게 되면 그 가액이 현저히 감손될 염려가 있다는 사정이 분명하게 드러나야 하고, 현물분할을 위한 금전적 조정에 어려움이 있다고 하여 경매분할을 명하는 것에는 신중하여야 한다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2022다294107 판결). **[동일 취지]** ❶ 대법원 2023. 6. 29. 선고 2020다260025 판결; 피고가 상속을 원인으로 공유하게 된 토지의 지상 건물에서 다른 상속인과 함께 거주·생활하고 있는데, 경매전문업체인 원고가 **위** 토지의 일부 지분을 경매 등으로 취득한 뒤 법원에 공유물분할을 청구하면서 경매에 의한 대금분할의 방법을 주장하였는데, 이를 인용한 원심을 파기한 예. ❷ 대법원 2023. 6. 29. 선고 2023다217916 판결; 공동상속인인 원고들(미국 거주 시민권자)과 피고들(분할대상 부동산 거주) 사이에 분할방법에 대한 합의가 이루어지지 않았다는 사정은 공유자들 사이에 분할방법에 관하여 의사가 합치하지 않았다는 주관적·추상적 사정에 불과할 뿐 경매 대금분할을 할 수밖에 없는 객관적·구체적 요건이나 정황에 해당하지 않고, 피고들은 **위** 부동산에서 약 30년 동안 거주하면서 사용·수익해왔으며 약 70%에 해당하는 공유 지분권자로서 계속하여 이를 소유하면서 사용할 의사를 가지고 있는데 반하여, 원고들은 공유지분에 해당하는 경제적 가치의 취득만이 주된 목적으로 보이는 점 등의 사정에 비추어, 피고들이 위 부동산을 소유하되 시가감정 등의 절차를 통하여 원고들에게 공유지분 가격을 배상시키는 방법으로 분할하는 것이 현물분할의 한 방법으로 충분히 가능해 보이며, 소수지분권자인 원고들의 의사에 따라 곧바로 경매에 따른 대금분할 방식으로 공유물분할을 명하는 경우에는 다수지분권자의 소유권이 손쉽게 상실됨은 물론 이로 인하여 장기간 위 부동산에 거주하면서 실질적으로 사용·수익을 해 온 데 따른 유·무형의 법률상 이익까지도 침해될 가능성이 높아 보인다는 등의 이유로, 경매 대금 분할을 명한 원심을 파기한 예.

1599) ◎ **현물분할**

○ 공유관계의 발생원인과 공유지분의 비율 및 분할된 경우의 경제적 가치, 분할 방법에 관한 공유자의 희망 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 당해 공유물을 특정한 자에게 취득시키는 것이 상당하다고 인정되고, 다른 공유자에게는 그 지분의 가격을 취득시키는 것이 공유자 간의 실질적인 공평을 해치지 않는다고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는 공유물을 공유자 중의 1인의 단독소유 또는 수인의 공유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에 대하여 그 지분의 적정하고도 합리적인 가격을 배상시키는 방법에 의한 분할도 현물분할의 하나로 허용된다. 이때 그 가격배상의 기준이 되는 '지분가격'이란 공유물분할 시점의 객관적인 교환가치에 해당하는 시장가격 또는 매수가격을 의미하는 것으로, 그 적정한 산정을 **위**해서는 분할 시점에 가까운 사실심 변론종결일을 기준으로 변론과정에 나타난 관련 자료를 토대로 최대한 객관적·합리적으로 평가하여야 하므로, 객관적 시장가격 또는 매수가격에 해당하는 시가의 변동이라는 사정을 일절 고려하지 않은 채 그러한 사정이 제대로 반영되지 아니한 감정평가액에만 의존하여서는 아니 된다(대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다244805 판결).

○ 여러 사람이 공유하는 물건을 현물분할하는 경우에는 분할청구자의 지분 한도 안에서 현물분할을 하고 분할을 원하지 않는 나머지 공유자는 공유로 남게 하는 방법도 허용된다고 할 것이나, 그렇다고 하더라도 공유물분할을 청구한 공유자의 지분한도 안에서는 공유물을 현물 또는 경매·분할 함으로써 공유관계를 해소하고 단독소유권을 인정하여야지, 그 분할청구자 지분의 일부에 대하여만 공유물 분할을 명하고 일부 지분에 대하여는 이를 분할하지 아니한 채 공유관계를 유지하도록 하는 것은 허용될 수 없고(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다79811 판결), 분할청구자들이 그들 사이의 공유관계의 유지를 원하고 있지 아니한데도 분할청구자들과 상대방 사이의 공유관계만 해소한 채 분할청구자들을 여전히 공유로 남기는 방식으로 현물분할을 하는 것은 허용될 수 없다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다88888 판결). 분할청구자가 상대방들을 공유로 남기는 방식의 현물분할을 청구하고 있다고 하여, 상대방들이 그들 사이만의 공유관계의 유지를 원하고 있지 아니한데도 상대방들을 여전히 공유로 남기는 방식으로 현물분할을 하여서는 아니 된다(대법원 2015. 3. 26. 선고

토지의 공유물분할을 명하는 경우, 관련 법령에 반하는 ㎡ 미만의 단수 표시로 집행이 곤란하게 되는 결과가 생기지 않도록 해야 하고, ㎡ 미만 단수를 존치하여 위치와 면적을 표시하였다면, 판결의 실질적 내용을 변경하지 않으면서 판결의 집행을 가능하게 하는 취지의 판결경정 신청을 허가하여야 한다.[1601]

라) 효 과

현물분할 판결은 민법 제187조 소정의 '판결'로서 그 확정 시 바로 기존의 공유관계가 폐기되고 새로운 소유관계가 창설되는 형성적 효력을 가진다(민법 제187조 법률의 규정에 의한 물권변동).[1602]

공유물분할의 소송절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 '조정'[1603]이 성립한 경우에는, 그에 따라 소유권이전등기를 마침으로써 비로소 소유권을 취득하게 된다(민법 제186조 법률행위에 의한 물권변동).[1604]

2014다233428 판결).

1600) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다10183 판결.

1601) 대법원 2023. 6. 20.자 2023그574 결정; "「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」('공간정보법') 제68조는 면적의 단위는 ㎡로 하고(제1항) … 시행령 제60조 제1항 제1호는 토지의 면적에 1㎡ 미만의 끝수가 있는 경우 0.5㎡ 미만일 때에는 버리고 0.5㎡를 초과하는 때에는 올리며, 0.5㎡일 때에는 구하려는 끝자리의 숫자가 0 또는 짝수이면 버리고 홀수이면 올리도록 규정하고, 제2호는 지적도의 축척이 600분의 1인 지역과 경계점좌표등록부에 등록하는 지역의 토지 면적만 제1호에도 불구하고 ㎡ 이하 한 자리 단위까지 표시할 수 있도록 규정하고 있다. 그러므로 법원이 토지의 공유물분할을 명하는 판결을 선고하는 경우, 그 토지가 … 시행령 제60조 제1항 제1호에 의하여 지적을 정하는 토지라면 ㎡ 미만의 단수의 표시로 인하여 판결의 집행이 곤란하게 되는 결과가 생기지 아니하도록 하여야 한다. 그럼에도 선고된 판결에 공간정보법령의 규정에 반하여 ㎡ 미만의 단수를 존치하여 위치와 면적을 표시하였다면, 당사자의 일방이 그 소유로 될 토지의 지적에 존치되어 있는 ㎡ 미만의 단수를 포기하고 그 포기한 부분을 상대방의 소유로 될 토지의 지적에 표시되어 있는 단수와 할산하여 단수 이하를 없앰으로써 그 판결의 실질적 내용을 변경하지 아니하면서 판결의 집행을 가능하게 하는 취지의 판결경정신청을 한 경우에는 민사소송법 제211조 제1항의 '잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때'에 해당하는 것으로 보아 판결의 경정을 허가하여야 한다."

1602) 따라서 공유물판결이 확정됨으로써 취득할 부분에 대하여 미리 소유권 확인을 구할 수는 없다(대법원 1969. 12. 29. 선고 68다2425 판결; 원심이, 공유물분할로 원고의 소유임을 확인하고 공유지분 분할등기절차의 이행을 명한 데 대하여, 소송요건을 갖추지 못한 위법이 있다 하여 파기한 예).
하지만, 공유자는 공유물분할청구의 소를 본안으로 제기하기에 앞서 장래에 그 판결이 확정됨으로써 취득할 부동산의 전부 또는 특정 부분에 대한 소유권 등의 권리를 피보전권리로 하여 다른 공유자의 공유지분에 대한 처분금지가처분을 할 수는 있다(대법원 2013. 6. 14.자 2013마396 결정).

1603) '조정을 갈음하는 결정'이 확정된 경우도 포함한다(다음의 '반대의견' 중 "다수의견은 현물분할하는 내용으로 조정을 갈음하는 결정이 확정된 경우에도 민법 제186조에 따라 등기를 마쳐야 물권변동의 효력이 생기는 것으로 보고 있다." 부분 참조).

1604) 대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결의 다수의견; "공유물분할의 소송절차 또는 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 그 합의사항을 조서에 기재함으로써 조정이 성립하였다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 재판에 의한 공유물분할의 경우와 마찬가지로 그 즉시 공유관계가 소멸하고 각 공유자에게 그 협의에 따른 새로운 법률관계가 창설되는 것은 아니라고 할 것이고, 공유자들이 협의한 바에 따라 토지의 분필절차를 마친 후 각 단독소유로 하기로 한 부분에 관하여 다른 공유자의 공유지분을 이전받아 등기를 마침으로써 비로소 그 부분에 대한 대세적 권리로서의 소유권을 취득하게 된다고 보아야 할 것이다." ⇔ **[반대의견]** "공유물분할의 소에서 공유부동산의 특정한 일부씩을 각각의 공유자에게 귀속시키는 것으로 현물분할하는 내용의 조정이 성립하였다면, 그 조정조서는 공유물분할판결과 동일한 효력을 가지는

아. 총 유

1) 총유재산에 관한 소송의 소송요건(직권조사사항)

법인이 아닌 사단[1605]의 총유 재산에 관한 소송에서는 소송요건의 구비 여부가 본안전항변으로 다투어지는 경우가 많고, 본안전항변의 인용이나 법원의 직권 판단에 의하여 소송요건의 흠결로 소가 부적법 각하되는 경우가 많으므로 주의를 요한다.

가) '법인이 아닌 사단'의 당사자능력

법인이 아닌 사단[1606]이나 재단은 '대표자 또는 관리인'이 있는 경우[1607]에 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다(민사소송법 제52조).

비법인사단으로서 당사자능력이 있는지[1608]는 '소송요건'으로서 법원의 '직권조사사

것으로서 민법 제187조 소정의 '판결'에 해당하는 것이므로 조정이 성립한 때 물권변동의 효력이 발생한다고 보아야 한다." ☛ 이러한 견해의 대립은, 현물분할을 명하는 판결과 완전히 동일한 형태로 '공유부동산의 일부는 어느 한 당사자의 소유로, 일부는 다른 당사자의 소유로 분할한다'는 방식으로 조정이 성립할 경우에 관한 것이다. 위와 같이 분할하되 당사자 사이의 이해관계 조절 등을 위하여 서로 간에 등기와 정산금 등의 지급을 상환으로 이행할 것을 조건으로 하는 등 공유물분할의 효력발생 시기를 따로 정하여 놓는 방식(이른바 순수한 현물분할과 가격배상의 혼합형태)으로 조정이 성립할 경우에는 그에 따르면 되고, 이런 경우까지 반대의견이 다수의견과 견해를 달리하는 것은 아니다('반대의견' 참조).

1605) ○ 우리 민법은 **법인 아닌 사단**의 **법률관계**에 관하여 재산의 소유 형태 및 관리 등을 규정하는 제275조 내지 제277조를 두고 있을 뿐이므로, 사단의 실체·성립, 사원자격의 득실, 대표의 방법, 총회의 운영, 해산사유와 같은 그 밖의 법률관계에 관하여는 민법의 법인에 관한 규정 중 법인격을 전제로 하는 조항을 제외한 나머지 조항이 원칙적으로 **유추적용**된다(대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결). 따라서 '법인이 아닌 사단'의 법률관계에 관하여는, 민법총칙의 '**법인**'에 관한 판례도 같이 참조할 필요가 있다. 교회가 법인 아닌 사단으로서 존재하는 이상 그 법률관계를 둘러싼 분쟁을 소송을 통해 해결함에 있어서는 법인 아닌 사단에 관한 민법의 일반 이론에 따라 교회의 실체를 파악하고 교회의 재산 귀속에 대하여 판단하여야 한다(대법원 2023. 11. 2. 선고 2023다259316 판결).
○ **총유 규정; 민법 제275조(물건의 총유)** ① 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다. ② 총유에 관하여는 사단의 정관 기타 계약에 의하는 외에 다음 2조의 규정에 의한다. **제276조(총유물의 관리, 처분과 사용,** 수익) ① 총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다. ② 각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용, 수익할 수 있다. **제277조(총유물에 관한 권리의무의 득상)** 총유물에 관한 사원의 권리의무는 사원의 지위를 취득, 상실함으로써 취득, 상실된다.

1606) 여기서 말하는 '사단'이라 함은 일정한 목적을 위하여 조직된 다수인의 결합체로서 대외적으로 사단을 대표할 기관에 관한 정함이 있는 단체를 말한다(대법원 2022. 8. 11. 선고 2022다227688 판결).

1607) 대법원 2018. 8. 1. 선고 2018다227865 판결; "권리능력이 있는 자연인과 법인은 원칙적으로 민사소송의 주체가 될 수 있는 당사자능력이 있으나, 법인이 아닌 사단과 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에 한하여 당사자능력이 인정된다. 노인요양원이나 노인요양센터는 일반적으로 노인성질환 등으로 도움을 필요로 하는 노인을 위하여 급식·요양과 그 밖에 일상생활에 필요한 편의를 제공함을 목적으로 하는 시설, 즉 노인의료복지시설을 가리킨다. 이는 법인이 아님이 분명하고 대표자 있는 비법인 사단 또는 재단도 아니므로, 원칙적으로 민사소송에서 당사자능력이 인정되지 않는다."

1608) 당사자능력이 인정된 예는, '성균관'(2002다46423), 주민공동체인 '은곡리마을회'(2010다75723), 자연부락인 동민회(2008다24081), 이태원동(洞)(2001다1775), 공동주택 입주자대표회의의(2015다39357), 교회(2001다64127) 등이 있고, 당사자능력이 부정된 예는, 교육시설의 명칭일 뿐인 '학교'(2014다208255), 지방자치단체의 하부 행정구역에 불과한 읍·면(2001다83258), 도롱뇽(2004마1148,1149) 등이 있다.
사단법인의 하부조직의 하나라 하더라도 스스로 위와 같은 단체로서의 실체를 갖추고 독자적인 활동을 하고 있다면 사단법인과는 별개의 독립된 비법인사단으로 볼 수 있으나(대법원 2022. 8. 11. 선고 2022다227688 판결), 그렇지 않으면 '지부'는 당사자능력이 없어 그 명의의 소는 부적법하다(2018다231031).

항'에 속하고, '사실심 변론종결 시'를 기준으로 판단한다.[1609] 소장 표시 원·피고에게 당사자능력이 인정되지 않는 경우, 법원이 직권으로 확정한 당사자와 동일성이 인정되는 범위 내에서 올바른 당사자능력자로 그 표시를 정정하는 것이 허용되고, 그러한 조치를 취함이 없이 바로 소를 각하할 수는 없다.[1610] 종중 등이 사실심 변론종결 전의 특정 시점에 권리를 취득하고 법률행위 등을 할 수 있을 정도로 단체의 실체를 갖추고 있었는지 여부는 본안청구의 당부에 관한 문제로서 소송요건인 당사자능력의 문제와는 별개이다.[1611]

법인격 없는 사단이나 재단으로서 권리의무의 주체가 되는 독립한 '사찰'의 종단소속관계에 따른 당사자능력에 관하여는 대법원 2020. 12. 24. 선고 2015다222920 판결(○○사는 한국불교태고종과 종단소속관계를 형성한 피고보조참가인 '한국불교태고종 ○○사'로서 존재할 뿐이고 이와 다른 별개의 사찰이라고 하는 원고 '대한불교조계종 ○○사'는 사찰로서의 실체가 인정되지 않아 당사자능력이 없다고 볼 여지가 있다고 한 예) 참조.

1609) ❶ 대법원 2021. 6. 24. 선고 2019다278433 판결; "당사자능력의 문제는 법원의 직권조사사항에 속하는 것이므로 그 당사자능력 판단의 전제가 되는 사실에 관하여는 법원이 당사자의 주장에 구속될 필요 없이 직권으로 조사하여야 하고, 따라서 비법인사단이 원고로 된 경우, 그 성립의 기초가 되는 사실에 관하여 당사자가 다양한 주장을 하는 경우, 구체적인 주장사실에 구속될 필요 없이 직권으로 단체의 실체를 파악하여 당사자능력의 존부를 판단하여야 한다." ☛ 당사자능력 판단의 전제가 되는 사실에 기하여 당사자의 능력 유무를 판단함에 있어서는 당사자가 내세우는 단체의 목적, 조직, 구성원 등 단체를 사회적 실체로서 규정짓는 요소를 갖춘 단체가 실재하는지의 여부만을 가려 그와 같은 의미의 단체가 실재한다면 그로써 소송상 당사자능력은 충족되는 것이고, 그렇지 아니하다면 소를 부적법한 것으로서 각하하면 족한 것이며, 당사자의 주장과는 전혀 다른 단체의 실체를 인정하여 당사자능력을 인정하는 것은 소송상 무의미할 뿐 아니라 당사자를 변경하는 결과로 되어 허용될 수 없다(2002다4863). ❷ 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다232846 판결; "당사자능력은 소송요건에 관한 것으로서 그 청구의 당부와는 별개의 문제인 것이며, 소송요건은 사실심의 변론종결 시에 갖추어져 있으면 되는 것이므로, 고유 종중 또는 종중 유사단체가 비법인사단으로서의 실체를 갖추고 당사자로서의 능력이 있는지 여부는 사실심인 원심의 변론종결 시를 기준으로 하여 그 존부를 판단하여야 한다."

1610) ◎ **당사자의 확정과 당사자 표시정정**; 소송에서 당사자가 누구인가는 당사자능력, 당사자적격 등에 관한 문제와 직결되는 중요한 사항이므로, 사건을 심리·판결하는 법원으로서는 직권으로 소송당사자가 누구인가를 확정하여 심리를 진행하여야 하며, 이 때 당사자가 누구인가는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인 사실 등 소장의 전취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 한다. 따라서 소장에 표시된 피고에게 당사자능력이 인정되지 않는 경우에는, 확정된 당사자와 동일성이 인정되는 범위 내에서 올바른 당사자능력자로 그 표시를 정정하는 것이 허용된다(2010다99040). 항소심에서도 당사자의 표시정정이 허용된다. 당사자 표시정정신청을 받은 법원으로서는 당사자를 확정한 연후에 원고가 정정신청한 당사자 표시가 확정된 당사자의 올바른 표시이며 동일성이 인정되는지의 여부를 살피고, 그 확정된 당사자로 표시를 정정하도록 하는 조치를 취하여야 한다(대법원 2021. 6. 24. 선고 2019다278433 판결). 소장에 표시된 당사자가 잘못된 경우에 당사자표시를 정정케 하는 조치를 취함이 없이 바로 소를 각하할 수는 없다(99두2017).

1611) ❶ 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다232846 판결; "피고 문중이 … 당사자로서의 능력이 있는지 여부는 사실심인 원심의 변론종결 당시까지 … 비법인사단으로서의 실체를 갖추었는지 여부에 따라 판단하면 되고, 시조인 망 소외 1이 사망한 시점 내지는 본안에서 그 존재 및 효력 유무가 다투어지는 피고 문중의 2017. 7. 11.자 … 각 총회 시점을 기준으로 판단할 것이 아니다. … 총회 결의의 존부나 효력이 다투어지는 사건의 경우에는 해당 총회 결의 당시 단체로서의 실체를 가진 종중 유사단체가 이미 성립, 존재하는 사실이 증명되어야 하는 것이 원칙이고, 만약 그러한 사실이 증명되지 않는다면 해당 총회 결의의 존재 또는 효력을 인정할 수 없는 사유로 삼을 수 있겠지만, 이는 어디까지나 본안청구의 당부를 판단하면서 살펴야 할 문제이고, 소송요건에 속하는 문제인 종중 유사단체의 당사자능력의 유무를 판단할 때 가려야 할 바는 아니다." **[동일 취지]** 2011다64607; "종중이 특정 시점에 부동산 등에 대한 권리를 취득하여 타인에게 명의신탁을 할 수 있을 정도로 유기적 조직을 갖추고 있었는지 여부 등은 그 권리귀속의 주체에 관한 문제, 즉 본안에 관한 문제로서 종중의 당사자능력과는 별개이다." ❷ 대법원 2021. 11. 11. 선고 2021다238902 판결; "어떠한 단체가 고유의 의미의 종중이 아니라 종중 유사단체를 표방하면서 그 단체에 권리가 귀속되어야 한다고 주장하는 경우, 우선 권리 귀속의 근거가 되는 법률행위나 사실관계 등이 발생할 당시 종중 유사단체가 성립하여 존재하는 사실을

당사자의 주장과는 전혀 다른 단체의 실체를 인정하여 당사자능력을 인정하는 것은 허용될 수 없다. 예컨대, 공동선조를 달리하는 종중들, 고유한 의미의 종중(공동선조의 후손들이 종중을 양분하는 것과 같은 '종중분열'을 할 수는 없다)[1612]과 종중 유사단체[1613]는 별개의 실체를 가지는 단체이므로, 종중의 공동선조를 변경하거나, 고유한 의미의 종중이라고 하면서 구성원의 범위 등 그 실체에 관한 사실을 당초의 주장과 달리 변경하는 것은 당사자 변경에 해당하여 허용되지 않는다.[1614]

증명하여야 하고, 다음으로 당해 종중 유사단체에 권리가 귀속되는 근거가 되는 법률행위 등 법률요건이 갖추어져 있다는 사실을 증명하여야 한다. 특히 자연발생적으로 형성된 고유 종중이 아니라 그 구성원 중 일부만으로 범위를 제한한 종중 유사단체의 성립 및 소유권 귀속을 인정하려면, 고유 종중이 소를 제기하는 데 필요한 여러 절차(종중원 확정, 종중 총회 소집, 총회 결의, 대표자 선임 등)를 우회하거나 특정 종중원을 배제하기 위한 목적에서 종중 유사단체를 표방하였다고 볼 여지가 없는지 신중하게 판단하여야 한다."

1612) '**고유한 의미의 종중**'은 공동선조의 후손들에 의하여 선조의 분묘 수호와 봉제사 및 후손 상호간의 친목 도모를 목적으로 형성되는 '자연발생적인 관습상 종족집단체'로서 그 선조의 사망과 동시에 그 자손에 의하여 성립하고(선조가 생존하는 동안에는 그 선조의 분묘 수호와 봉제사를 위한 종중이 존재할 수 없다), 특별한 조직행위를 필요로 하는 것은 아니며, 그 대수(代數)에 제한이 없고, 공동선조를 누구로 하느냐에 따라 종중 안에 무수한 소종중이 있을 수 있으므로 어느 종중을 특정하고 그 실체를 파악함에 있어서는 그 종중의 공동선조가 누구인가가 가장 중요한 기준이 되며, 공동선조를 달리하는 종중은 그 구성원도 달리하는 별개의 실체를 가지는 종중이므로 원고가 주장하는 종중의 공동선조를 변경하는 것은 당사자 변경의 결과를 가져오는 것으로서 허용될 수 없다(2010다1166, 2002다4863). 공동선조의 후손은 그 의사와 관계없이 성년이 되면 당연히 그 구성원(종원)이 되고 그중 일부 종원을 임의로 그 종원에서 배제할 수 없으므로, **종중** 총회의 결의나 규약에서 일부 종중원의 자격을 임의로 제한하였다면 그 총회의 결의나 규약은 종중의 본질에 반하여 무효이다. 따라서 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 자들만으로 구성된 종중이란 있을 수 없으므로, 만일 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 종원만으로 조직체를 구성하여 활동하고 있다면 이는 본래의 의미의 종중으로는 볼 수 없고, 종중 유사의 권리능력 없는 사단이 될 수 있을 뿐이다(대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다232846 판결, 대법원 2019. 2. 14. 선고 2018다264628 판결). 종중이 종중원의 자격을 박탈하거나 종중원이 종중을 탈퇴할 수 없는 것이어서 공동선조의 후손들은 종중을 양분하는 것과 같은 종중분열을 할 수 없다(대법원 2023. 12. 28. 선고 2023다278829 판결).

1613) ○ 대법원 2019. 2. 14. 선고 2018다264628 판결; "**종중 유사단체**는 비록 그 목적이나 기능이 고유 종중과 별다른 차이가 없다 하더라도 공동선조의 후손 중 일부에 의하여 인위적인 조직행위를 거쳐 성립된 경우에는 사적 임의단체라는 점에서 고유 종중과 그 성질을 달리하므로, 그러한 경우에는 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유에 따라 그 구성원의 자격이나 가입조건을 자유롭게 정할 수 있음이 원칙이다. 종중 유사단체는 반드시 총회를 열어 성문화된 규약을 만들고 정식의 조직체계를 갖추어야만 비로소 단체로서 성립하는 것이 아니라, 실질적으로 공동의 목적을 달성하기 위하여 공동의 재산을 형성하고 일을 주도하는 사람을 중심으로 계속적으로 사회적인 활동을 하여 온 경우에는 이미 그 무렵부터 단체로서의 실체가 존재한다고 하여야 한다. 계속적으로 공동의 일을 수행하여 오던 일단의 사람들이 어느 시점에 이르러 비로소 창립총회를 열어 조직체로서의 실체를 갖추었다면, 그 실체로서의 조직을 갖추기 이전부터 행한 행위나 또는 그때까지 형성한 재산은, 다른 특별한 사정이 없는 한, 모두 이 사회적 실체로서의 조직에게 귀속되는 것으로 봄이 타당하다."

○ 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다216411 판결; "자연발생적으로 형성된 고유 종중이 아니라 그 구성원 중 일부만으로 범위를 제한한 종중 유사단체의 성립 및 소유권 귀속을 인정하려면, 고유 종중이 소를 제기하는 데 필요한 여러 절차(종중원 확정, 종중 총회 소집, 총회 결의, 대표자 선임 등)를 우회하거나 특정 종중원을 배제하기 위한 목적에서 종중 유사단체를 표방하였다고 볼 여지가 없는지 신중하게 판단하여야 한다. … 원심으로서는 원고가 실체로 내세우는 **종중** 유사단체가 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기가 이루어질 당시 성립하여 존재하는 사실이 증명되었는지, 단체의 실질이 고유 종중인데도 종중 유사**단**체임을 표방하였다고 볼 여지가 없는지 등에 대하여 심리하였어야 한다."

1614) ◎ **종중들 및 종중유사단체 간 당사자 변경**

○ 소송당사자인 종중의 법적 성격에 관한 당사자의 법적 주장이 무엇이든 그 실체에 관하여 당사자가 주장하는 사실관계의 기본적 동일성이 유지되고 있다면 그 법적 주장의 추이를 가지고 당사자변경에 해당한다고 할 것은 아니다. 그 경우에 법원은 직권으로 조사한 사실관계에 기초하여 당사자가 주장하는 단체의 실질이

청산 중의 비법인사단은 청산사무가 완료될 때까지 청산의 목적 범위 내에서 권리·의무의 주체가 된다.[1615]

종전 소송에서 당사자능력의 흠결을 이유로 소각하 판결을 받은 자연부락이 그 후 비법인사단으로서 당사자능력을 갖춘 것으로 볼 수 있는 경우에는 종전 소송판결의 기판력에 저촉되지 아니한다.[1616]

언론사 등을 상대로 한 정정보도·반론보도·추후보도 청구는 민사소송법상 당사자능력이 없는 기관 또는 단체라도 할 수 있다.[1617]

비법인사단은 자신의 명칭을 사용하여 명칭에 관한 권리를 침해한 타인을 상대로 명칭 사용의 금지를 청구할 수 있다.[1618]

고유한 의미의 종중인지 혹은 종중 유사의 단체인지, 공동선조는 누구인지 등을 확정한 다음 그 법적 성격을 달리 평가할 수 있는 것이고, 이를 기초로 당사자능력 등 소의 적법 여부를 판단하여야 한다(대법원 2016. 7. 7. 선고 2013다76871 판결). 즉, 원고가 자신을 고유의 의미의 종중이라고 하면서 그 실체에 관하여 주장하는 사실관계의 기본적 동일성이 유지되고 있다면 이는 당사자의 변경에 해당하지 아니하여 법원은 그 실체에 따라 종중의 법률적 성격을 달리 평가할 수 있으나, 원고가 자신을 고유의 의미의 종중이라고 하면서 구성원의 범위 등 그 실체에 관한 사실을 당초의 주장과 달리 변경하는 경우에는 이는 당사자 변경의 결과를 가져오는 것으로서 허용될 수 없는 것이어서, 법원으로서도 원고가 당초에 주장한 바와 같은 종중이 실재하는지 여부를 판단하여, 만일 그와 같은 종중이 실재하지 아니하면 소는 부적법한 것으로서 각하하여야 하고, 변경된 주장에 따른 종중이 실재한다고 하여 이를 원고로 인정하여서는 아니 된다(2002다4863).

○ 당사자가 고유한 의미의 종중과 종중 유사단체의 성격 구분을 제대로 하지 못해 종중 유사단체의 성격·실체에 관하여 일부 부적절한 주장을 했더라도, 전체적으로 보아 처음부터 종중 유사단체라고 볼 수 있는 주장을 하여 왔다면 그 실체가 종중 유사단체라고 하는 사실관계의 기본적 동일성은 유지되는 것이므로, 법원으로서는 종중 유사단체로서의 실재 여부를 가려 당사자능력의 유무를 판단해야 한다(2010다1166).

1615) 대법원 2007. 11. 16. 선고 2006다41297 판결; "비법인사단에 해산사유가 발생하였다고 하더라도 곧바로 당사자능력이 소멸하는 것이 아니라 청산사무가 완료될 때까지 청산의 목적범위 내에서 권리·의무의 주체가 되고, 이 경우 청산 중의 비법인사단은 해산 전의 비법인사단과 동일한 사단이고 다만 그 목적이 청산 범위 내로 축소된 데 지나지 않는다고 할 것이다." ☜ 교회가 건물을 다른 교회에 매도하고 더 이상 종교활동을 하지 않아 해산하였다고 하더라도 교인들이 교회 재산의 귀속관계에 대하여 다투고 있는 이상 교회는 청산목적의 범위 내에서 권리·의무의 주체가 되어 당사자능력이 있고, 위 교인들이 교회의 대표자 지위의 부존재 확인을 구하는 소송에는 청산인 지위의 부존재 확인을 구하는 취지가 포함되어 있다고 본 사례. **[동일 취지]** 대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결; "상법 제520조의2에 따라서 주식회사가 해산되고 그 청산이 종결된 것으로 보게 되는 회사라도 어떤 권리관계가 남아 있어 현실적으로 정리할 필요가 있으면 그 범위에서는 아직 완전히 소멸하지 않고, 이러한 경우 그 회사의 해산 당시의 이사는 정관에 다른 정함이 있거나 주주총회에서 따로 청산인을 선임하지 않은 경우에 당연히 청산인이 되며, 그러한 청산인이 없는 때에 비로소 이해관계인의 청구에 따라 법원이 선임한 자가 청산인이 되어 청산 중 회사의 청산사무를 집행하고 대표하는 유일한 기관이 된다."

1616) 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정한 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다(2002다70181).

1617) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제14조(정정보도 청구의 요건) ③ 국가·지방자치단체, 기관 또는 단체의 장은 해당 업무에 대하여 그 기관 또는 단체를 대표하여 정정보도를 청구할 수 있다. ④ 「민사소송법」상 당사자능력이 없는 기관 또는 단체라도 하나의 생활단위를 구성하고 보도 내용과 직접적인 이해관계가 있을 때에는 그 대표자가 정정보도를 청구할 수 있다. 제16조(반론보도청구권) ③ 반론보도 청구에 관하여는 따로 규정된 것을 제외하고는 정정보도 청구에 관한 이 법의 규정을 준용한다. 제17조(추후보도청구권) ③ 추후보도청구권에 관하여는 제1항 및 제2항에 규정된 것을 제외하고는 정정보도청구권에 관한 이 법의 규정을 준용한다. ☞ 국정홍보처가 국가행정기관으로서 반론보도심판 청구사건에서의 당사자능력이 있다고 한 사례(2002다49040).

1618) 대법원 2022. 11. 17. 선고 2018다249995 판결.

나) 원고적격

총유재산에 관한 소송은 ① 법인 아닌 사단이 그 명의로 민법 제276조 제1항의 규정에 따른 사원총회의 결의[1619]나 그 정관(종중규약 등 단체 내부 규정은 원칙적으로 그 유효성이 인정된다[1620])이 정하는 바에 따른 절차를 거쳐 하거나 또는 ② 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐, 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의

1619) ○ **비법인사단 총회 결**의의 의결 정족수는 다른 규정이 없는 이상 구성원 과반수의 출석과 출석 구성원의 결의권의 과반수로써 하지만(민법 제75조 제1항 유추적용), 사단에 따라서 재산 내역이 규약에 특정되어 있거나 그렇지 않더라도 재산의 존재가 규약에 정하여진 사단의 목적수행 및 사단의 명칭·소재지와 직접 관련되어 있는 경우에는 그 재산의 처분은 규약의 변경을 수반하기 때문에 사단법인 정관변경에 관한 민법 제42조 제1항이 유추적용되어 총 구성원의 2/3 이상의 동의를 필요로 한다. 소속 교단에서의 탈퇴·변경도 사단법인 정관변경에 준하여 의결권을 가진 교인 2/3 이상의 찬성에 의한 결의를 필요로 하고(2004다37775), 다만 정수에 관하여 지교회의 규약에 다른 규정을 두고 있는 때에는 민법 제42조 제1항 단서에 따라 특별한 사정이 없는 한 그 규정에 의한 결의가 필요하다(대법원 2023. 11. 2. 선고 2023다259316 판결).
다만, 종중 대표자 선임이나 종중규약 채택을 위한 종중회의의 결의방법은 종중규약이나 종중관례에 따르되, 종중규약이나 종중관례가 없을 때에는 종장, 문장이 성년의 종중원을 소집하여 '출석자의 과반수'의 찬성으로 결의하는 것이 일반 관습이고, 종중원의 과반수가 출석하여 그 출석자의 과반수가 찬성하여야 유효한 결의로 되는 것은 아니다(94다17772 등 다수). "종중총회의 결의는 특별한 규정이나 피고종친회의 관례가 없는 한 과반수의 출석에 출석자의 과반수로 결정"한다는 93다40089는 비주류적 판시로 보아야 한다.
○ 종중원들이 종중 재산의 관리 또는 처분 등을 위하여 종중의 규약에 따른 **적법한 소집권자** 또는 일반 관례에 따른 종중총회의 소집권자인 종중의 연고항존자에게 필요한 종중의 임시총회의 소집을 요구하였음에도 그 소집권자가 정당한 이유 없이 이에 응하지 아니하는 경우에는 차석 또는 발기인(위 총회의 소집을 요구한 발의자들)이 소집권자를 대신하여 그 총회를 소집할 수 있는 것이고, 반드시 민법 제70조를 준용하여 감사가 총회를 소집하거나 종원이 법원의 허가를 얻어 총회를 소집하여야 하는 것은 아니다(2010다82639).
○ 비법인사단의 일부 구성원에 대한 **소집통지** 없이 개최된 총회에서의 결의는 특별한 사정이 없는 한 효력이 없다(2011다86904). 종중총회는 족보에 의하여 소집통지 대상이 되는 종중원의 범위를 확정한 후 국내에 거주하여 소재가 분명하여 연락통지가 가능한 모든 종중원(여성 포함)에게 개별적으로 소집통지를 하여야 하고, 일부 종중원에게 소집통지를 결여한 채 개최된 종중총회의 결의는 효력이 없는데(대법원 2021. 11. 11. 선고 2021다238902 판결), 소집통지의 방법은 반드시 직접 서면으로 하여야만 하는 것은 아니고 구두 또는 전화로 하여도 되고 다른 종중원이나 세대주를 통하여 하여도 무방하다(99다20155). 다만, 종중의 규약이나 관행에 의하여 매년 일정한 날에 일정한 장소에서 정기적으로 종중원들이 집합하여 종중의 대소사를 처리하기로 되어 있는 경우에는 별도로 종중총회의 소집절차가 필요하지 않고, 종중이 매년 정해진 날짜의 시제에 특별한 소집절차 없이 정기적으로 총회를 열어 종중 재산관리에 관하여 결의를 하여 왔다면 위 결의는 종중의 관례에 따른 것으로서 유효하다(2011다34743). 한편, 자녀의 성과 본이 모의 성과 본으로 변경되었을 경우 성년인 그 자녀는 모가 속한 종중의 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손으로서 당연히 종중의 구성원이 된다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2017다260940 판결).

1620) ❶ 대법원 2022. 11. 17. 선고 2019다283725, 283732, 283749 판결; "단체의 설립목적을 달성하기 위하여 수행하는 사업 또는 활동의 절차·방식·내용 등을 정한 단체 내부의 규정은 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 등 사회관념상 현저히 타당성을 잃은 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 이를 무효라고 할 수 없다." ❷ 대법원 2022. 8. 25. 선고 2018다261605 판결; "종중에 대하여는 가급적 그 독자성과 자율성을 존중해 주는 것이 바람직하고, 따라서 원칙적으로 종중규약은 그것이 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 등 종중의 본질이나 설립 목적에 크게 위배되지 않는 한 그 유효성을 인정하여야 한다."(종중총회의 소집 등 종원 전원으로 구성되는 종중총회에 대하여는 아무런 규정이 없고, '정기 대의원회의가 총회를 갈음한다.'고 한 종중 규약이, 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 등 종중의 본질이나 설립 목적에 크게 위배된다고 보기 어렵다고 한 예) ☛ 종중회칙이 종손에게 회장후보자 추천권과 종무위원 선출권을 함께 부여하고 있다는 점만으로 종중의 본질이나 설립 목적에 반하여 무효라고 볼 수 없다고 한 예(2005다30566). ⬌ 종원에 대하여 장기간 동안 종중의 의사결정에 참여할 수 있는 모든 권리를 박탈하는 처분은 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것으로서 그 효력을 인정할 수 없다고 한 예(2004다47024).

대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없다.[1621] 이는 법인 아닌 사단의 대표자가 총유물의 처분에 관한 소송행위를 하는 경우뿐만 아니라,[1622] 총유재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지이므로,[1623] 법인 아닌 사단인 종중이나 교회가 그 총유재산에 대한 보존행위로서 소송을 하는 경우에도 특별한 사정이 없는 한 총회의 결의를 거쳐야 한다.[1624]

총유재산에 관한 소 제기에 있어서 위와 같이 '총회의 결의' 등 적법한 절차를 거쳤다는 점은 당사자적격에 관한 것으로서 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 판단된다.[1625]

한편, 비법인사단의 대표자가 사원총회의 결의 없이 총유물의 보존, 관리, 처분에 관한 소송행위를 하였다고 하더라도 이는 소송행위를 함에 필요한 특별수권을 받지 아니한 경우로서, 민사소송법 제451조 제1항 제3호[1626] 소정의 재심사유에 해당하되, 전연 대리

1621) 대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결.

1622) 대법원 1999. 10. 22. 선고 98다46600 판결.

1623) 그 이유는, 민법 제276조 제1항은 "총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다.", 같은 조 제2항은 "각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용·수익할 수 있다."라고 규정하고 있을 뿐, 공유나 합유의 경우처럼 보존행위는 그 구성원 각자가 할 수 있다는 민법 제265조 단서 또는 민법 제272조 단서와 같은 규정을 두고 있지 아니한바, 이는 법인 아닌 사단의 소유형태인 총유가 공유나 합유에 비하여 단체성이 강하고 구성원 개인들의 총유재산에 대한 지분권이 인정되지 아니하는 데에서 나온 당연한 귀결이기 때문이다(2004다44971).

1624) 종중의 명의신탁해지로 인한 소유권이전등기청구 사건(2009다83650), 교회의 등기명의인표시변경등기말소청구 사건(2007다17062) 등.

1625) 대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결; 종중의 종원인 원고가 종중 총유재산의 보존행위로서 종중결의를 받아 피고 명의의 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 소가 적법함을 전제로 원고 청구를 인용한 원심의 판단에 대하여 직권으로 원심의 판단은 총유재산에 관한 소송에 있어서 당사자적격에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 예.
그 외에도, ① 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다83650 판결은, '대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결(종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다"고 한 다음, "공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다"고 하고, "위와 같이 변경된 대법원의 견해는 이 판결 선고 이후의 종중 구성원의 자격과 이와 관련하여 새로이 성립되는 법률관계에 대하여만 적용된다고 함이 상당하다"고 하면서, "다만, 원고들이 피고 종회의 회원(종원) 지위의 확인을 구하는 이 사건 청구에 한하여는 위와 같이 변경된 견해가 소급하여 적용되어야 할 것이다"라고 판시)이 선고된 2005. 7. 21. 이후에는 공동 선조의 자손인 성년 여자도 종중원이라고 할 것이므로, 위 판결 선고 후에 개최된 종중 총회 당시 남자 종중원들에게만 소집통지를 하고 여자 종중원들에게 소집통지를 하지 않은 경우 그 종중 총회에서의 결의는 효력이 없다'고 한 다음, '원고 종중이 2006. 8. 13. 임시총회를 개최함에 있어 여자 종중원들을 포함하여 종중원들의 범위를 확정한 후 소집통지가 가능한 모든 종중원들에게 소집통지를 했어야 함에도, 남자 종중원들에게만 소집통지를 하고 여자 종중원들에게는 소집통지를 하지 않은 사실을 알 수 있어, 위 종중 총회에서 이루어진 결의는 무효라 할 것이므로, 그 결의에 따라 제기된, 피고들에 대한 명의신탁 해지를 원인으로 하여 원고 종중 명의로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소는 적법한 종중총회의 결의 없이 제기된 것이어서 부적법하다'고 하였고, ② 대법원 2005. 7. 22. 선고 2003다3072 판결은, '직권 판단'으로, "원심으로서는 총유물의 보존행위로서 구하는 이 사건 소제기에 관하여 원고 조합의 규약상 어떤 절차를 필요로 하는지(원고 조합규약에는 조합원으로 구성되는 총회 외에도 조합장, 이사, 감사로 구성되는 이사회를 두고 총회의 결의로 정해진 사항 외에 재건축사업에 관련된 사항은 이사회의 결의사항으로 정하고 있는 사실이 엿보인다), 그리고 원고가 필요한 절차를 이행하였는지 여부에 관하여 심리하였어야 할 것"이라고 하였다.

1626) 민사소송법 제451조(재심사유) ① 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 종국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한

권을 갖지 아니한 자가 소송행위를 한 대리권 흠결의 경우와 달라서 같은 법 제457조[1627]는 적용되지 아니한다.[1628]

다) 적법한 대표권의 존재

종중 등 비법인사단이 당사자인 사건에 있어서 대표자에게 적법한 대표권이 있는지 여부는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이다.[1629] 대표자 자격이 없는 비법인사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 적법한 대표자가 추인할 수 있다.[1630] 소송계속 중 법인 아닌 사단 대표자의 대표권이 소멸한 경우, 이는 소송절차 중단사유에 해당할 뿐이다.[1631]

2) 총유물 관리·처분에 관한 내부적 절차 이행의 증명책임

판례는, 총유물의 '관리(임대차, 사용대차 등) 및 처분(양도, 물권설정 등[1632])'(총유물 그

때에는 그러하지 아니하다. … 3. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때. 다만, 제60조 또는 제97조의 규정에 따라 추인한 때에는 그러하지 아니하다.

1627) 민사소송법 제457조(재심제기의 기간) 대리권의 흠 또는 제451조 제1항 제10호에 규정한 사항을 이유로 들어 제기하는 재심의 소에는 제456조의 규정(재심제기의 기간)을 적용하지 아니한다.

1628) 대법원 1999. 10. 22. 선고 98다46600 판결; 재건축조합인 준재심원고의 대표자가 총회의 결의 없이 준재심피고에게 총유물인 부동산에 관하여 약정을 원인으로 소유권이전등기절차를 이행한다는 내용의 조정을 성립시켰다고 하더라도, 재심제기기간을 경과하여 제기된 준재심의 소는 부적법하다고 판단한 원심이 정당하다고 한 예.

1629) 따라서 법원으로서는 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 이미 제출된 자료에 의하여 그 대표권의 적법성에 의심이 갈만한 사정이 엿보인다면, 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않거나(91다21039) 본안전항변으로 다투다가 철회한 경우(70다2639)에도, 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다60908 판결, 대법원 2021. 11. 11. 선고 2021다238902 판결).

1630) 대법원 2019. 9. 10. 선고 2019다208953 판결: "적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 그 소송행위를 추인하면 행위 시에 소급하여 효력을 가지게 되고, 이러한 추인은 상고심에서도 할 수 있다." ☞ 비법인 사단에 대하여 민법 제63조에 의하여 법원이 선임한 임시이사는 원칙적으로 정식이사와 동일한 권한을 가지므로, 종전의 소송행위를 추인할 수 있다고 한 예. 임시이사 선임에 관한 민법 제63조는 법인 아닌 사단 또는 재단에도 유추 적용된다(2008마699).

1631) 대법원 2016. 9. 8. 선고 2015다39357 판결; "소송계속 중 법인 아닌 사단 대표자의 대표권이 소멸한 경우 이는 소송절차 중단사유에 해당하지만(민사소송법 제64조, 제235조) 소송대리인이 선임되어 있으면 소송절차가 곧바로 중단되지 아니하고(민사소송법 제238조), 심급대리의 원칙상 그 심급의 판결정본이 소송대리인에게 송달됨으로써 소송절차가 중단된다. 이 경우 상소는 소송수계절차를 밟은 다음에 제기하는 것이 원칙이나, 소송대리인이 상소제기에 관한 특별수권이 있어 상소를 제기하였다면 그 상소제기 시부터 소송절차가 중단되므로 이때는 상소심에서 적법한 소송수계절차를 거쳐야 소송중단이 해소된다고 할 것이다." ☞ **원심**은, 이 사건 소가 대표권 없는 자에 의하여 제기된 것이어서 부적법하다고 보아 이를 각하하였으나, **대법원**은, 원고 대표자로 되어 있는 소외인이 1심 계속 중 동별 대표자로 선출된 것이 관리규약상 중임제한 규정에 위배되어 무효라면 이는 소송절차 중단사유에 해당할 뿐이므로, 이러한 사정만으로는 소외인이 입주자대표회의 회장으로서 제기한 이 사건 소가 소급적으로 부적법해진다고 할 수 없으니, 원심으로서는 소송절차가 중단되는 시점을 확정하여 적법한 대표자 내지 직무대행자의 소송수계절차를 거친 다음 본안 심리에 나아갔어야 한다고 직권으로 판단한 사례.

1632) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다56586 판결; "총유물의 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. … 종중이 종중총회

자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위[1633]에 관하여 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 그에 따라야 하고 그에 관한 정관이나 규약이 없으면 총회의 결의에 의하여야 할 것이며, 그와 같은 절차를 거치지 않은 행위는 무효라고 하면서,[1634] 비법인사단의 대표자가 총회의 결의를 거쳐야 하는 구성원 총유에 속하는 재산의 관리·처분에 관하여는 총회의 결의를 거치지 아니하고는 이를 대표, 대리하여 결정할 권한이 없다고 하고,[1635] 총유물의 관리·처분이 총회의 적법한 결의나 정관·규약이 정한 바에 따라 이루어진 사실[1636]에 관한 주장·증명책임은 그 관리·처분행위의 유효를 주장하는 측에게 있다고 한다.[1637]

의 결의에 의하지 않고 타인에게 기한을 정하지 않은 채 건축물을 목적으로 하는 토지의 사용권을 부여하였다고 하더라도 이를 곧 처분행위로 단정하여 그 전체가 무효라고 볼 것이 아니라 관리권한에 기하여 사용권의 부여가 가능한 범위 내에서는 관리행위로서 유효할 여지가 있다고 봄이 상당하다." ☜ 원고 종중이 그 소유의 토지 위에 대종중인 피고가 재실 및 사당을 신축하여 토지를 무상으로 사용할 수 있도록 이사회 결의를 거쳐 승낙한 행위가 처분행위에 이르지 아니한 관리행위의 범위 내에서는 원고 종중의 정관(고정자산의 취득과 처분은 총회의결사항이나, 고정자산의 사용료 징수나 회장이 부의하는 사항은 이사회 의결사항으로 규정)에 근거를 둔 것으로서 유효하다고 볼 여지가 있음에도, 원심이 원고의 토지 무상사용 승낙행위가 건물의 소유를 목적으로 하는 것으로서 그 기한을 정하지 않았다는 사정만으로 곧 처분행위에 해당한다고 속단하여 거기에 원고 종중총회의 결의가 없었음을 이유로 그 전체가 무효라고 판단한 것은 위법이라고 판단한 예.

1633) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072, 60089 전원합의체 판결. '관리·처분'에 해당한다고 한 구체적 예로는, ① 임야에 대한 단순한 사용수익이 아닌 분묘설치행위(2007다16885), ② 재건축조합의 조합장이 특정 조합원에게 그가 출자한 대지에 관하여 다른 조합원들과는 달리 실제 면적 이상의 할증보상을 하여 주겠다는 내용의 약정을 체결한 행위(2004다45349), ③ 재건축조합의 총유에 속하는 상가건물을 차용금채무에 대한 양도담보로 제공하기로 한 약정(2000다10246) 등이 있다.

1634) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2005다52214 판결.

1635) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다23312 판결(따라서 비법인사단의 대표자가 행한 총유물의 처분행위에 관하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용될 여지가 없다).

1636) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다244054 판결; "비법인사단이 총회에서 의결한 안건의 내용이나 범위가 명확하지 않은 경우 그 의결이 가지는 법적 의미와 그에 따른 법률관계의 실체를 밝히는 것은 법적 판단의 영역에 속한다. 그것은 총회를 개최한 목적과 경위, 총회에 상정된 안건의 구체적 내용과 그에 관한 논의 과정, 의결에 따른 후속 조치가 있다면 그 조치의 내용과 경과 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석해야 한다." ☜ 원고(지역주택조합) 총회에서 조합원의 추가 부담 없이 지분제 방식인 확정분양가로 소외 회사와 사업시행대행 용역계약을 체결하기로 한 것은 조합원에게 공급할 아파트를 제외한 나머지 아파트와 상가에 관해서는 소외 회사에 실질적인 처분권한을 부여하는 것을 의미한다고 판단한 예.

1637) ❶ 대법원 2007. 12. 13. 선고 2005다52214 판결; "주택조합의 총유에 속하는 재산의 처분이 주택조합의 정관이나 규약에 정한 바에 따라 이루어졌다거나 그에 관한 조합원 총회의 적법한 결의가 있었다는 점에 대한 입증은 조합원 총회결의서 등 그러한 사실을 직접적으로 증명할 수 있는 증거에 의하여서만 할 수 있는 것은 아니고, 그러한 조합원 총회의 결의가 있었다는 점 등을 추인할 수 있는 간접사실의 입증에 의하여도 할 수 있다. … 원심이 … 피고 조합은 조합아파트 건립에 필요한 부지를 마련하기 위하여 원고들로부터 토지를 매수하는 대가로 이 사건 아파트 4세대에 대한 분양계약을 체결한 점, 조합원 배정분에 대한 호수 추첨 당시 이 사건 아파트 4세대가 추첨대상에서 제외된 것에 대하여 조합원들이 아무런 이의도 제기하지 않았던 점 등에 비추어 보면 피고 조합의 창립총회 또는 사업계획 확정을 위한 총회 등에서 이 사건 아파트 4세대의 처분에 관한 결의가 이루어졌음을 추인할 수 있다고 판단한 것은 정당하다." ❷ 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다23312 판결; "판시 증거들만으로는 그 교인총회의 결의로 피고 교회의 당회에 교회 재산인 이 사건 제2, 3 부동산에 대한 처분권한을 위임하였거나 기타 피고 교회의 당회에 위 각 부동산에 대한 처분권한이 있었다는 점을 인정할 증거가 부족하다는 이유로 원고의 주장, 즉 피고가 위 각 부동산에 관하여 이 사건 당회 결의에 따라 2004. 2. 11.에 체결된 매매계약을 원인으로 원고에게 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다는 주장을 배척하였다. … 원심의 위와 같은 판단은 정당하다." ❸ 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다41567 판결;

따라서 법인 아닌 사단으로부터 부동산을 매수하였음을 이유로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 원고로서는 청구원인사실로서 ① '법인 아닌 사단의 대표자와의 매매계약의 체결 사실'에 더하여, ② '그 매매계약이 법인 아닌 사단의 사원총회의 적법한 결의나 정관·규약이 정한 바에 따라 이루어진 사실'에 관하여 주장·증명하여야 한다.

한편, 총유물인 종중 토지에 대한 수용보상금이나 매각대금에 대한 분배금 청구의 경우에도, '종중총회의 분배 결의' 사실이 청구원인사실로서 주장·증명되어야 한다.[1638] 다만, 그 결의 내용이 현저하게 불공정하거나 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 경우 또는 종원의 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 경우 그 결의는 무효이다.[1639]

3) 총유물 관리·처분에 해당하지 않는 행위의 경우

총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위(소비대차,

"통합종중의 규약에서 통합 전 소종중의 재산이 통합종중에 귀속되는 것으로 정하였다 하더라도 이와 같은 통합 전 소종중원의 총유에 속하는 재산의 처분에 관하여는 그 소종중의 규약 혹은 종중총회결의에 따른 적법한 처분절차를 거치지 아니하는 이상 그 유효성을 인정할 수 없고, 그 주장입증에 대한 책임은 처분행위의 유효를 주장하는 측에 있다." ❶ 대법원 2002. 9. 10. 선고 2000다96 판결; "OO연합조합은 이 역시 하나의 독립된 비법인 사단이고, 일반인에게 분양할 임의분양분 아파트는 OO연합조합 조합원 전원의 총유에 속한다고 할 것인데, 총유물인 이 사건 임의분양분 아파트의 관리 및 처분에 관하여 조합의 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 이에 따라야 하고 없으면 조합원 총회의 결의에 의하여 할 것이므로 비록 대표자에 의한 재산의 처분이라고 하더라도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 한 행위는 무효라고 할 것인바, … OO연합조합의 규약에는 총유물의 처분에 관하여 아무런 정함이 없고 이 사건 아파트의 분양에 관하여 총회의 결의를 거쳤다고 인정할 만한 증거가 없으므로 이 사건 각 분양계약은 무효라고 할 것"

1638) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2007다42310, 42327 판결; "비법인사단인 종중의 토지 매각대금은 종원의 총유에 속하고, 그 매각대금의 분배는 총유물의 처분에 해당하므로, 정관 기타 규약에 달리 정함이 없는 한 종중총회의 결의에 의하여 그 매각대금을 분배할 수 있고, 그 분배 비율, 방법, 내용 역시 결의에 의하여 자율적으로 결정할 수 있다. … 분배결의가 없으면 종원이 종중에 대하여 직접 분배청구를 할 수 없다. 따라서 종중 토지 매각대금의 분배에 관한 종중총회의 결의가 무효인 경우, 종원은 그 결의의 무효확인 등을 소구하여 승소판결을 받은 후 새로운 종중총회에서 공정한 내용으로 다시 결의하도록 함으로써 그 권리를 구제받을 수 있을 뿐이고 새로운 종중총회의 결의도 거치지 아니한 채 종전 총회결의가 무효라는 사정만으로 곧바로 종중을 상대로 하여 스스로 공정하다고 주장하는 분배금의 지급을 구할 수는 없다." ☞ 어촌계의 총유인 어업권 상실에 따른 손실보상금 분배의 경우에도 동일한 법리가 적용된다(94다31020). 총회결의가 없는 상태에서의 지급 청구는 원고의 주장 자체로 청구원인사실의 일부가 누락된 것으로서 기각되어져야 한다.

1639) ❶ 대법원 2017. 10. 26. 선고 2017다231249 판결(갑 종중이 을 등에게 명의신탁되어 있던 토지의 반환을 위하여 소제기 등에 필요한 모든 권한을 회장인 병에게 위임하였고, 이에 병이 갑 종중을 대표하여 종토반환소송을 제기하여 승소판결이 확정되었는데, 그 후 갑 종중이 '종토 환원을 위하여 사비를 출연하고 소송실무를 대행하여 종토 전부를 종중으로 환원하여 감사의 의미로 환수 종토의 일부를 증여하기로 한다'면서 병 등에게 종토 일부를 증여하기로 하는 결의를 한 사안에서, 병 등이 종중재산의 회복에 기여한 부분이 있다고 하더라도 이는 선관주의의무를 부담하는 종중의 임원으로서 당연히 해야 할 업무를 수행한 것에 지나지 않으므로 이들에게 실비를 변상하거나 합리적인 범위 내에서 보수를 지급하는 외에 이를 벗어나 회복한 종중재산의 상당 부분을 병 등에게 분배하는 위 증여결의는 내용이 현저하게 불공정하거나 사회적 타당성을 결하여 무효라고 한 사례), ❷ 종토 매각대금을 종토에 관한 토지조사부에 사정명의인으로 등재된 자의 직계손에게 분배하되 방계손에게는 지원금을 1/2 이하로 감축하거나 지급을 보류할 수 있고, 해외 이민자는 지급대상에서 제외하기로 결의한 것은 무효라고 한 사례(2007다42310,42327), ❸ 종중재산을 분배함에 있어 단순히 남녀 성별의 구분에 따라 그 분배 비율, 방법, 내용에 차이를 두는 결의는 무효라고 한 예(2007다74775).

보증 등)에 따른 의무의 이행을 법인 아닌 사단에 구하는 원고로서는, 청구원인사실로서 그 의무 이행청구의 일반적인 요건사실만을 주장·증명하면 되고,[1640] 이에 대하여 피고(법인 아닌 사단)는 항변사실로서 ① '이사회의 결의 등 대표자의 대표권을 제한하는 규정의 존재 사실', ② '원고 주장의 채무부담행위가 대표권 제한 규정에 위반하여 이루어진 사실', ③ '원고가 그 위반 사실을 알았거나 알지 못한 데에 과실이 있는 사실'(원고의 악의, 유과실)에 관하여 주장·증명하여야 한다.[1641]

'주택법상 지역주택조합'처럼, '(효력규정 아닌) 법령상 제한'이 있는 법인 아닌 사단의 채무부담행위의 경우에는, 그 이행을 구하는 거래상대방인 원고가 '피고(법인 아닌 사단)의 (관련 법령과 그에 근거한 규약에서 정한) 내부적 절차적 요건의 존재' 또는 '그 내부적 절차적 요건의 흠결을 과실 없이 알지 못하였다(원고의 선의·무과실)는 등의 특별한 사정'을 주장·증명하여야 한다.[1642] 이는 거래상대방인 원고의 이행청구의 청구원인사실에 해당한

1640) 예컨대, '보증채무'의 이행을 법인 아닌 사단에 구하는 원고로서는, 청구원인사실로서 일반적인 보증채무 이행청구의 요건사실인 '주채무의 성립 및 그에 대한 법인 아닌 사단 대표자의 서면에 의한 보증계약 체결 사실'을 주장·증명하면 된다.

1641) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072, 60089 전원합의체 판결(구 주택건설촉진법상 재건축주택조합 보증 사안)의 다수의견은, 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하여 이를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수는 없다고(소수의견은, 비법인 사단의 보증채무 부담 행위는 결국 장래의 총유물의 처분행위와 같은 것이고 따라서 여기에도 총유물의 관리·처분에 관한 법리가 적용되어야 한다고 한다) 한 다음 "따라서 이 사건 규약에서 정한 조합 임원회의 결의를 거치지 아니하였다거나 조합원총회 결의를 거치지 않았다고 하더라도 그것만으로 바로 이 사건 보증계약이 무효라고 할 수는 없다 할 것이다. 다만, 이와 같은 경우에 조합 임원회의 결의를 거치도록 한 이 사건 규약은 그 조합장의 대표권을 제한하는 규정에 해당하는 것이므로, 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 및 그 위반 사실을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그 거래행위가 무효로 된다고 봄이 상당하며, 이 경우 그 거래 상대방이 대표권 제한 및 그 위반 사실을 알았거나 알지 못한 데에 과실이 있다는 사정은 그 거래의 무효를 주장하는 측이 이를 주장·입증하여야 할 것이다."라고 하였다.

1642) ❶ 대법원 2022. 8. 25. 선고 2021다231734 판결: "관련 법령에 따르면, 지역주택조합을 설립하기 위해서는 조합규약에 필수적인 총회의결사항으로 '예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 될 계약의 체결'을 명시하도록 하여 이를 지역주택조합 설립인가의 조건이자 필수적인 요건으로 강제하고 있다. 이는 조합규약에 규정할 필수적인 총회의결사항을 사전적으로 통제하기 위한 입법적인 조치로서, 이에 따르면, '지역주택조합'은 총회의결을 거치지 않는 한 예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 될 계약의 체결 등의 법률행위를 할 수 없는 법령상 제한 하에서만 설립인가 및 운영이 가능하다. … '주택법'이 제정될 당시부터 지역주택조합의 법률행위에 대한 법령상 제한은 이미 일반에 공지된 사항이므로, 이러한 법령상 제한이 없는 통상의 민법상 법인 아닌 사단의 경우와 다르고, 한편 지역주택조합 대표자의 대표권 범위는 법률상 정해진 바가 없다는 점에서, 그 권리능력 범위 내에서 대표이사의 포괄적 대표권이 법률로 명시된 주식회사와도 다르다. … 지역주택조합과 사이에 그 조합원에게 상당한 부담이 될 수 있는 계약을 체결하려는 제3자는 사전에 총회의결의 존부를 확인하는 조치를 취하는 것이 관련 법령의 해석상 예정된 것이자 당연히 기대된다고 봄이 상당하다. … 주택법 시행령 제20조 제3항 및 주택법 시행규칙 제7조 제5항 제3호는 단순히 비법인사단의 자율적·내부적인 대표권 제한의 문제가 아니라 그 법률행위의 상대방인 제3자와의 계약 해석에 있어서도 그 제3자의 귀책을 물을 수 없는 예외적인 경우가 아닌 한 원칙적으로 그 조합의 효력이 미치도록 하려는 것으로 볼 수 있다. 따라서 '예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 될 계약의 체결'에 해당함에도 관련 법령과 이에 근거한 조합규약에 정한 총회의결 없이 이루어진 법률행위의 상대방으로서는 그 절차적 요건의 흠결을 과실 없이 알지 못하였다는 등의 특별한 사정을 밝히지 못하는 한 절차적 요건의 충족을 전제로 하는 계약의 효력을 주장할 수 없다고 봄이 상당하다. 앞서 본 관련 법령의 취지와 내용·연혁에 비추어 보더라도, 이러한 해석이 지역주택조합과의 계약 상대방의 예측가능성 또는 거래의 안전을 현저히 저해한다고 볼 수 없고, 이로 인하여 결과적으로 거래 상대방이 입게 되는 손해는 그 거래의 구체적인 경위와 경과 등에 기한 지역주택조합의 책임 여하 및 정도에

다.[1643]

판례가 총유물의 관리·처분행위에 해당하지 않는다고 한 예로는, ① 근저당권설정계약과 같은 기회에 체결된 대출계약,[1644] ② 매매계약에 의하여 부담하고 있는 채무의 존재를 인식하고 있다는 뜻을 표시하는 데 불과한 소멸시효 중단사유로서의 승인,[1645] ③ 교회의 구성원으로서 내부의 규약 등에 정하여진 바에 따라 그들의 준총유에 속하는 유치권의 유치물을 사용하는 것[1646] 등[1647]이 있다.

따라 일정 부분 배상을 받는 근거가 될 수 있을 뿐이다. 원고가 지역주택조합으로 설립된 지 불과 1년 남짓 경과되었을 뿐인 피고와 2억 5,000만 원에 달하는 이 사건 보증약정을 체결하는 행위는 '예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 될 계약의 체결'에 해당한다고 봄이 타당하므로, 원고로서는 이 사건 보증약정을 체결하기 전에 관련 법령 및 이에 근거한 조합규약에 따라 당연히 피고의 총회의결이 있었는지 여부를 확인할 의무가 있었음에도 이를 해태한 것으로 볼 수 있다." ☛ '예산으로 정한 사항 이외에 조합원에게 부담이 될 계약'이란 조합의 예산으로 정해진 항목과 범위를 벗어나서 돈을 지출하거나 채무를 짐으로써 조합원에게 그 비용에 대한 부담이 되는 계약을 의미한다(대법원 2023. 6. 1. 선고 2022다275915 판결; 피고 지역주택조합이 조합원 원고로부터 받은 분담금을 가입계약 해약에 따라 반환하기로 하는 약정). ❷ 대법원 2022. 12. 15. 선고 2022다275212 판결; 주택법상 지역주택조합인 피고가 원고와 대금 3억 3,000만 원의 업무자문 및 지원용역계약을 피고의 총회의결을 거쳐 체결한 후, 대금 21억 2,300만 원의 연장 용역계약을 피고의 총회의결 없이 체결한 사안에서, "원고로서는 이 사건 용역계약을 체결하기 전에 주택법 등 관련 법령과 이에 근거한 조합규약에 따라 당연히 피고의 총회의결이 있었는지 여부를 확인할 의무가 있었음에도 이를 게을리한 것으로 볼 수 있다."라고 한 예.

1643) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2022다275915 판결; "법률행위의 상대방인 제3자와의 계약 해석에 있어서도 그 제3자의 귀책을 물을 수 없는 예외적인 경우가 아닌 한 원칙적으로 그 조항의 효력이 미치도록 하려는 것으로 볼 수 있다. … 상대방은 그 절차적 요건의 흠결을 과실 없이 알지 못하였다는 등의 특별한 사정을 밝히지 못하는 한 절차적 요건의 충족을 전제로 하는 계약의 효력을 주장할 수 없다. … 피고가 이 사건 약정에 관한 총회결의를 하였다는 사정은 보이지 않으므로 원고로서는 피고를 상대로 이 사건 약정의 효력을 주장하기 위해 총회의결의 흠결을 과실 없이 알지 못하였다는 등의 특별한 사정을 밝혀야 하나 원고가 이러한 조치를 하였다는 사정은 보이지 않는다."

1644) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다112299, 112305 판결; 대출계약이 근저당권설정계약과 같은 기회에 체결되기는 하였지만 근저당권설정계약과는 별개의 법률행위로서 그 효력 유무는 별도로 검토되어야 하고, 대출계약은 총유물 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하여 이를 원고 교회의 총회결의가 필요한 총유물의 관리·처분이라고 할 수 없으며, 원고 교회의 규약이 정한 당회의 의결사항에도 해당되지 아니하므로, 소외인이 대출계약을 체결하면서 총유물의 관리 및 처분에 관한 원고 교회 규칙을 지키지 않았다고 하여 그 법률행위를 무효라고 할 수 없다고 본 원심판단이 정당하다고 한 예.

1645) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다64383 판결; "비법인사단의 사원총회가 그 총유물에 관한 매매계약의 체결을 승인하는 결의를 하였다면, 통상 그러한 결의에는 그 매매계약의 체결에 따라 발생하는 채무의 부담과 이행을 승인하는 결의까지 포함되었다고 봄이 상당하므로, 비법인사단의 대표자가 그 채무에 대하여 소멸시효 중단의 효력이 있는 승인을 하거나 그 채무를 이행할 경우에는 특별한 사정이 없는 한 별도로 그에 대한 사원총회의 결의를 거칠 필요는 없다고 보아야 한다. … 비법인사단이 총유물에 관한 매매계약을 체결하는 행위는 총유물 그 자체의 처분이 따르는 채무부담행위로서 총유물의 처분행위에 해당하나, 그 매매계약에 의하여 부담하고 있는 채무의 존재를 인식하고 있다는 뜻을 표시하는 데 불과한 소멸시효 중단사유로서의 승인은 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르는 행위가 아니어서 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수 없다. 따라서 피고의 대표자가 이 사건 매매계약에 따른 소유권이전등기의무에 대하여 소멸시효 중단의 효력이 있는 승인을 하는 경우에 있어 주민총회의 결의를 거치지 않았다고 하더라도 그것만으로 그 승인이 무효라고 할 수는 없다." ☛ 비법인사단의 대표자가 총유물의 매수인에게 소유권이전등기를 해주기 위하여 매수인과 함께 법무사 사무실을 방문한 행위가 소유권이전등기청구권의 소멸시효 중단의 효력이 있는 승인에 해당한다고 한 사례.

1646) 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다5162 판결; 甲 교회 목사 乙이 교인총회에서 소속 교단을 탈퇴하기로 결의하고 독립교회인 丙 교회를 설립한 후 종전 교회건물을 丙 교회가 점유·사용하고 있었는데, 甲 교회가 乙을 비롯한 丙 교회 목사와 장로들을 상대로 교회건물 등에 대한 출입금지 등을 구한 사안에서, 乙 등이 丙 교회 구성원으로서 내부 규약 등에 정하여진 데 따라 준총유에 속하는 유치권의 유치물을 사용하는 것은, 법인

자. 제한물권

1) 전 세 권

민법 - 채권각칙 - 임대차 - '임대차보증금 반환 담보 목적의 전세권 설정' 부분 참조.

2) 지 상 권

가) 법정지상권

(1) 법정지상권의 성립 요건

건물철거 청구 소송에서 흔히 볼 수 있는 점유 권원의 항변이 법정지상권 성립의 항변이다.

민법 제366조[1648]에 의하여 발생하는 법정지상권의 경우 ① '저당권 설정 당시 토지상에 '건물'('가설건축물'은 해당되지 않는다[1649])이 존재한 사실',[1650] ② '저당권 설정 당시 토지

이 아닌 사단의 구성원으로서 자신의 정당한 권능을 행사하는 것일 뿐만 아니라 유치물의 보존에 필요한 사용으로 허용되고, 이러한 사용에는 총유물의 관리·처분과 달리 사원총회의 결의를 요하지 않으므로, 필요비와 유익비 상환청구권에 기초한 丙 교회 유치권을 근거로 乙 등이 甲 교회 청구에 대항할 수 있다고 한 사례.

1647) 재건축사업의 시행을 위한 설계용역계약(2002다64780), 어촌계가 바지락을 채취하여 공급하기로 하는 내용의 바지락 매매계약(2010다103697), 종중이 그 소유 토지의 매매를 중개한 중개업자에게 중개수수료를 지급하기로 약정(2011다107900), 입주자대표회의 아파트 지역난방 전환공사에 대한 조건부 준공 합의(2011다104482, 104499).

1648) **민법 제366조(법정지상권)** 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다. 그러나 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.

1649) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2020다224821 판결; "민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시 동일인의 소유에 속하던 토지와 건물이 경매로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 건물의 소유자를 위하여 발생하는 것으로서, 법정지상권이 성립하려면 경매절차에서 매수인이 매각대금을 다 낸 때까지 해당 건물이 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추고 있어야 한다. 독립된 부동산으로서 건물은 토지에 정착되어 있어야 하는데(민법 제99조 제1항), 가설건축물은 일시 사용을 위해 건축되는 구조물로서 설치 당시부터 일정한 존치기간이 지난 후 철거가 예정되어 있어 일반적으로 토지에 정착되어 있다고 볼 수 없다. 민법상 건물에 대한 법정지상권의 최단 존속기간은 견고한 건물이 30년, 그 밖의 건물이 15년인 데 비하여, 건축법령상 가설건축물의 존치기간은 통상 3년 이내로 정해져 있다. 따라서 가설건축물은 특별한 사정이 없는 한 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추지 못하여 법정지상권이 성립하지 않는다."

1650) ◎ **건물의 신축·합동(合棟)과 법정지상권의 성립 여부 및 그 범위;** ❶ 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 토지 소유자에 의하여 그 지상에 건물이 건축 중이었던 경우 그것이 사회관념상 독립된 건물로 볼 수 있는 정도에 이르지 않았다 하더라도 건물의 규모, 종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있었고, 그 후 경매절차에서 매수인이 매각대금을 다 낸 때까지 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지는 등 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖춘 경우에는 법정지상권이 성립한다(2010다67159). ❷ 동일인 소유의 토지와 그 지상건물 중 토지에 관하여만 저당권이 설정된 후, 토지에 관한 저당권이 실행되기 전에 건물이 철거되고 동일성 없는 새로운 건물이 신축된 경우, 신축건물의 소유자는 신축건물을 위한 법정지상권을 취득하되, 그 범위는 구 건물을 기준으로 정한다(90다19985). ❸ 동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상건물에 관하여 공동저당권이 설정된 후 그 지상건물이 철거되고 새로 건물이 신축된 경우에는, 특별한 사정(=신축건물의 소유자가 토지의 소유자와 동일하고 토지의 저당권자에게 신축건물에 관하여 토지의 저당권과 동일한 순위의 공동저당권을 설정해 주는 등의 사정)이 없는 한, 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 신축건물이 다른 소유자에 속하게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권은 성립하지 않는다(대법원 2003. 12. 18. 선고 98다43601 전원합의체 판결의 다수의견). ❹ 이러한 법리는 집합건물의 전부 또는 일부 전유부분과 그 대지 지분에 관하여 공동저당권이 설정된 후 그 지상 집합건물이 철거되고 새로운 집합건물이 신축된 경우에도 마찬가지로

와 건물의 소유자가 동일한 사실',[1651] ③ '토지나 건물에 설정된 저당권의 실행으로 토지 및 건물의 소유권이 각각 다른 소유자에 속하게 된 사실'을 주장·증명하여야 하고, 관습상의 법정지상권의 경우 ① '토지와 건물이 동일인의 소유에 속하였던 사실', ② '매매 기타 적법한 원인(증여, 강제경매, 국세징수법에 의한 공매 등)으로 소유자가 달라진 사실'[1652]이 그 요건사실이다.

관습상 법정지상권[1653]이 성립하려면 토지와 그 지상 건물이 애초부터 원시적으로 동일인의 소유에 속하였을 필요는 없고, 그 '소유권이 유효하게 변동될 당시'에 동일인이 토지와 그 지상 건물을 소유하였던 것으로 족하다.[1654] 다만, '강제경매'의 경우에는, ① 강제경매절차상의 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납 시가 아니라 강제경매개시결정으로 '압류의 효력이 발생하는 때'를[1655] 기준으로 토지와 지상 건물이 동일인에게 속하였

보아야 한다(2011다73038,73045). ❺ 그러나 토지와 함께 공동근저당권이 설정된 건물이 그대로 존속함에도 불구하고 사실과 달리 등기부에 멸실의 기재가 이루어지고 이를 이유로 등기부가 폐쇄된 경우에는, 그 후 토지에 대하여만 경매절차가 진행된 결과 토지와 건물의 소유자가 달라지게 되었다면 그 건물을 위한 법정지상권이 성립한다(2012다108634). ❺ 동일인 소유 토지와 그 지상건물에 공동근저당권이 설정된 후 그 건물이 다른 건물과 합동(合棟)되어 신건물이 생기고 그 후 경매로 토지와 신건물이 다른 소유자에게 속하게 된 경우에도, 신건물을 위한 법정지상권이 성립하나, 그 법정지상권의 내용인 존속기간과 범위 등은 종전 건물을 기준으로 하여 그 이용에 일반적으로 필요한 범위 내로 제한된다(2009다66150).

1651) ◎ **공유의 경우 법정지상권의 성립 여부**
○ 긍정례: 건물공유자의 1인이 그 건물의 부지인 토지를 단독으로 소유하면서 그 토지에 관하여만 저당권을 설정하였다가 위 저당권에 의한 경매로 인하여 토지의 소유자가 달라진 경우, 건물공유자들은 토지 전부에 관하여 건물의 존속을 위한 법정지상권을 취득한다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2011다73038, 73045 판결).
○ 부정례: 토지공유자의 한 사람이 다른 공유자의 지분 과반수의 동의를 얻어 건물을 건축한 후 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우 토지에 관하여 관습법상의 법정지상권이 성립되는 것으로 보게 되면 이는 토지공유자의 1인으로 하여금 자신의 지분을 제외한 다른 공유자의 지분에 대하여서까지 지상권설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되어 부당한바, 이러한 법리는 민법 제366조의 법정지상권의 경우에도 마찬가지로 적용되고, 나아가 토지와 건물 모두가 각각 공유에 속한 경우에 토지에 관한 공유자 일부의 지분만을 목적으로 하는 근저당권이 설정되었다가 경매로 인하여 그 지분을 제3자가 취득하게 된 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2011다73038, 73045 판결).

1652) 토지와 그 지상 건물이 함께 양도되었다가 채권자취소권의 행사에 따라 그중 건물에 관하여만 양도가 취소되고 수익자와 전득자 명의의 소유권이전등기가 말소되었다고 하더라도, 이는 관습상 법정지상권의 성립요건인 '동일인의 소유에 속하고 있던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우'에 해당한다고 할 수 없다. 그 이유는, 채권자취소권의 행사로 인한 사해행위의 취소와 일탈재산의 원상회복은 채권자와 수익자 또는 전득자에 대한 관계에 있어서만 그 효력이 발생할 뿐이고 채무자가 직접 권리를 취득하는 것이 아니기 때문이다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다73158 판결).

1653) 대법원 2022. 7. 21. 선고 2017다236749 전원합의체 판결의 다수의견은, 관습상 법정지상권이 여전히 법적 규범으로서 효력을 유지하고 있음을 확인하였다. 관습법상 법정지상권에는 특별한 사정이 없는 한 민법의 지상권에 관한 규정이 준용된다. 따라서 당사자 사이에 관습법상 법정지상권의 존속기간에 대하여 따로 정하지 않은 때에는 그 존속기간은 민법 제281조 제1항에 의하여 민법 제280조 제1항 각호에 규정된 기간이 된다. 이에 따라 견고한 건물의 소유를 목적으로 하는 법정지상권의 존속기간은 30년이 되고(민법 제280조 제1항 제1호), 그 밖의 건물의 소유를 목적으로 하는 법정지상권의 존속기간은 15년이 되는 등(민법 제280조 제1항 제2호) 관습법상 법정지상권은 일정한 기간 동안만 존속한다. 토지 소유자는 관습법상 법정지상권을 가진 건물 소유자에 대하여 지료를 청구할 수 있는데, 그 지료를 확정하는 재판이 있기 전에도 지료의 지급을 소구할 수 있다(위 전원합의체 판결).

1654) 대법원 1995. 7. 28. 선고 95다9075 판결 등.

1655) 민사집행법 제83조(경매개시결정 등) ① 경매절차를 개시하는 결정에는 동시에 그 부동산의 압류를 명하여야

는지 여부에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 가리되,[1656] ② 강제경매 목적 부동산에 관하여 가압류가 있고 그것이 본압류로 이행되어 경매절차가 진행된 경우에는 애초 '가압류가 효력을 발생하는 때'를 기준으로,[1657] ③ 강제경매 목적 부동산에 관하여 강제경매를 위한 압류나 그 압류에 선행한 가압류가 있기 이전에 저당권이 설정되어 있다가 그 후 강제경매로 인해 그 저당권이 소멸하는 경우에는, 그 '저당권 설정 당시'를 기준으로[1658] 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지 여부를 판단하여야 한다.

건물 소유를 위하여 법정지상권을 취득한 사람으로부터 경매에 의하여 그 건물의 소유권을 이전받은 매수인은 특별한 사정(매수 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건하에서 경매되는 경우 등)이 없는 한 건물의 매수 취득과 함께 위 지상권도 '당연히' 취득[1659]한다.[1660]

한다. ④ 압류는 채무자에게 그 결정이 송달된 때 또는 제94조의 규정에 따른 등기가 된 때에 효력이 생긴다.

1656) 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 전원합의체 판결은 그 이유로 "부동산강제경매절차에서 목적물을 매수한 사람의 법적 지위는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 절차상 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여 정하여지고, 매수신청인·담보권자·채권자·채무자 기타 그 절차에 이해관계를 가지는 여러 당사자는 그와 같이 하여 정하여지는 법적 지위를 전제로 하여 자신의 이해관계를 계산하고, 나아가 경매절차에의 참여, 채무이행, 대위변제 기타의 재산적 결정에 이르게 된다. 이는 토지와 지상 건물 중 하나 또는 그 전부가 경매의 목적물이 된 경우에 그 경매로 인하여 종국적으로 소유자가 달라지면 이제 토지가 건물의 소유를 위한 사용권의 부담을 안게 되고 건물은 계속 유지되어 존립할 수 있는지와 같이 이해관계인에게 중요한 의미가 있는 사항에 관련하여서도 다를 바 없다고 할 것이다. … 강제경매개시결정의 기입등기가 이루어져 압류의 효력이 발생한 후에 경매목적물의 소유권을 취득한 이른바 제3취득자는 그의 권리를 경매절차상의 매수인에게 대항하지 못하고, 나아가 그 명의로 경료된 소유권이전등기는 매수인이 인수하지 아니하는 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하므로(민사집행법 제144조 제1항 제2호 참조) 그 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."라고 하고, '강제경매로 인하여 관습상 법정지상권이 성립함에는 그 매각 당시를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에게 속하여야 한다'는 취지의 판결들은 위 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경하였다.

1657) 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 전원합의체 판결. 이는 강제경매개시결정 이전에 가압류가 있는 경우 그 가압류가 강제경매개시결정으로 인하여 본압류로 이행되어 가압류집행이 본집행에 포섭됨으로써 당초부터 본집행이 있었던 것과 같은 효력이 있기 때문이다.

1658) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2009다62059 판결. 저당권 설정 이후의 특정 시점을 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인의 소유에 속하였는지 여부에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 판단하게 되면, 저당권자로서는 저당권 설정 당시를 기준으로 그 토지나 지상 건물의 담보가치를 평가하였음에도 저당권 설정 이후에 토지나 그 지상 건물의 소유자가 변경되었다는 외부의 우연한 사정으로 인하여 자신이 당초에 파악하고 있던 것보다 부당하게 높아지거나 떨어진 가치를 가진 담보를 취득하게 되는 예상하지 못한 이익을 얻거나 손해를 입게 되기 때문이다.

1659) 이는 민법 제187조의 법률의 규정에 의한 물권변동으로서 지상권 등기 없이 당연히 취득하는 것이고, 따라서 경락인은 종전의 지상권자를 상대로 지상권이전등기절차의 이행을 구할 수 있으며, 경락인이 건물을 제3자에게 양도한 때에는 특별한 사정이 없는 한 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하여 건물과 함께 종된 권리인 지상권도 양도하기로 한 것으로 봄이 상당하므로, 건물 양수인은 그 지상권이전등기청구권을 보전하기 위하여 경락인을 대위하여 종전의 지상권자에게 지상권이전등기절차의 이행을 구할 수 있다(92다527).

1660) 위와 같은 법리는 ❶ 압류, 가압류나 체납처분압류 등 처분제한의 등기가 된 건물에 관하여 그에 저촉되는 소유권이전등기를 마친 사람이 건물의 소유자로서 관습상의 법정지상권을 취득한 후 경매 또는 공매절차에서 건물이 매각되는 경우(대법원 2014. 9. 4. 선고 2011다13463 판결)나, ❷ 사해행위의 수익자 또는 전득자가 건물의 소유자로서 법정지상권을 취득한 후 채무자와 수익자 사이에 행하여진 건물의 양도에 대한 채권자취소권의 행사에 따라 수익자와 전득자 명의의 소유권이전등기가 말소된 다음 경매절차에서 그 건물이 매각되는 경우(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다73158 판결)에도 마찬가지로 적용된다.

(2) 건물 철거 합의 등 법정지상권 포기 특약

저당권 설정 당사자 간의 특약으로 민법 제366조 소정의 법정지상권을 배제하는 약정은 효력이 없다.[1661]

관습상의 법정지상권의 소극적 요건인 '건물을 철거하기로 하는 합의'[1662]가 있었다는 등의 특별한 사정의 존재에 관한 주장·증명책임은 그러한 사정의 존재를 주장하는 쪽에 있다.[1663] '토지의 점유·사용에 관하여 당사자 사이에 약정[1664]이 있었다는 사실'도 동일하게 보아야 한다.

나) 지상권의 소멸

(1) 지료 미지급에 따른 지상권·분묘기지권 소멸 청구

지상권자가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니한 때에는 지상권설정자는 지상권의 소멸을 청구할 수 있다(민법 제287조). 토지 소유자는 ① '당사자 간 지료에 관한 협의' 또는 '법원에 의한 지료 결정' 사실,[1665] ② '자신에 대한 2년 이상의 지료 연체' 사

1661) 대법원 1988. 10. 25. 선고 87다카1564 판결: "민법 제366조는 가치권과 이용권의 조절을 위한 공익상의 이유로 지상권의 설정을 강제하는 것이므로 저당권설정 당사자 간의 특약으로 저당목적물인 토지에 대하여 법정지상권을 배제하는 약정을 하더라도 그 특약은 효력이 없다."

1662) 대법원 1999. 12. 10. 선고 98다58467 판결: "건물 철거의 합의가 관습상의 법정지상권 발생의 소극적 요건이 되는 이유는 그러한 합의가 없을 때라야 토지와 건물의 소유자가 달라진 후에도 건물 소유자로 하여금 그 건물의 소유를 위하여 토지를 계속 사용케 하려는 묵시적 합의가 있는 것으로 볼 수 있다는 데 있고, 한편 관습상의 법정지상권은 타인의 토지 위에 건물을 소유하는 것을 본질적 내용으로 하는 권리가 아니라, 건물의 소유를 위하여 타인의 토지를 사용하는 것을 본질적 내용으로 하는 권리여서, 위에서 말하는 '묵시적 합의'라는 당사자의 추정 의사는 건물의 소유를 위하여 '토지를 계속 사용한다'는 데 중점이 있는 의사라 할 것이므로, 건물 철거의 합의에 위와 같은 묵시적 합의를 깨뜨리는 효력, 즉 관습상의 법정지상권의 발생을 배제하는 효력을 인정할 수 있기 위하여서는, 단지 형식적으로 건물을 철거한다는 내용만이 아니라 건물을 철거함으로써 토지의 계속 사용을 그만두고자 하는 당사자의 의사가 그 합의에 의하여 인정될 수 있어야 할 것이다." 토지와 건물의 소유자가 토지만을 타인에게 증여한 후 구 건물을 철거하되 그 지상에 자신의 이름으로 건물을 다시 신축하기로 합의한 경우, 그 건물 철거의 합의는 건물 소유자가 토지의 계속 사용을 그만두고자 하는 내용의 합의로 볼 수 없어 관습상의 법정지상권의 발생을 배제하는 효력이 인정되지 않는다고 한 사례.

1663) 대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카279 판결.

1664) 관습상의 법정지상권은 동일인의 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 기타 원인으로 인하여 각각 소유자를 달리하게 되었으나 그 건물을 철거한다는 등의 특약이 없으면 건물 소유자로 하여금 토지를 계속 사용하게 하려는 것이 당사자의 의사라고 보아 인정되는 것이므로 이와 달리 토지의 점유·사용에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 것으로 볼 수 있는 경우에는 관습상의 법정지상권을 인정할 까닭이 없다(2005다41771, 41788). 대지상의 건물만을 매수하면서 대지에 관한 임대차계약을 체결하였다면 위 건물매수로 인하여 취득하게 될 관습상의 법정지상권을 포기하였다고 볼 것이다(91다1912).

1665) ◎ **지료결정청구와 지료지급이행청구**

○ 법정지상권의 경우 당사자 사이에 지료에 관한 협의가 있었다거나 법원에 의하여 지료가 결정되었다는 아무런 입증이 없다면, 법정지상권자가 지료를 지급하지 않았다고 하더라도 지료 지급을 지체한 것으로는 볼 수 없으므로 법정지상권자가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니하였음을 이유로 하는 토지소유자의 지상권소멸청구는 이유가 없고, 지료액 또는 그 지급시기 등 지료에 관한 약정은 이를 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있는 것이고, 법원에 의한 지료의 결정은 당사자의 지료결정청구에 의하여 형식적 형성소송인 지료결정판결로 이루어져야 제3자에게도 그 효력이 미친다(99다17142).

○ 법정지상권 또는 관습에 의한 지상권이 발생하였을 경우에 토지의 소유자가 지료를 청구함에 있어서 지료를 확정하는 재판이 있기 전에는 지료의 지급을 소구할 수 없는 것은 아니고, 법원에서 상당한 지료를 결정할

실,[1666] ③ '지상권 소멸 청구의 의사표시 및 그 도달' 사실을 주장·증명하여 법정지상권 성립의 항변에 대해 소멸의 재항변을 할 수 있다.

이는 분묘기지권(분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 지상권 유사의 물권으로서 '승낙에 의한 분묘기지권', '양도형 분묘기지권', '취득시효형 분묘기지권'이 있다)의 경우에도 유추적용된다.[1667]

것을 전제로 하여 바로 그 급부를 구하는 청구를 할 수 있다 할 것이며, 법원도 이 경우에 판결의 이유에서 지료를 얼마로 정한다는 판단을 하면 족한 것이므로, 토지 소유자와 관습에 의한 지상권자 사이의 지료급부이행소송의 판결의 이유에서 정해진 지료에 관한 결정은 그 소송의 당사자인 토지 소유자와 관습에 의한 지상권자 사이에서는 지료결정으로서의 효력이 있다고 보아야 할 것이고, 한편, 지료증감청구권에 관한 민법 제286조의 규정에 비추어 볼 때, 특정 기간에 대한 지료가 법원에 의하여 결정되었다면, 당해 당사자 사이에서는 그 후 위 민법규정에 의한 지료증감의 효과가 새로 발생하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 후의 기간에 대한 지료 역시 종전 기간에 대한 지료와 같은 액수로 결정된 것이라고 봄이 상당하다(2002다61934). 이와 같이 법원에 의하여 지료가 결정되었음에도 법정지상권자가 이를 지급하지 않는 경우 토지소유자는 이미 지료 이행 판결을 받은 기간과 중복되지 않는 기간에 대하여 위와 같이 결정된 지료의 지급을 구할 수 있다(대법원 2020. 1. 9. 선고 2019다266324 판결).

1666) ○ 민법 제287조가 토지소유자에게 지상권소멸청구권을 부여하고 있는 이유는 지상권은 성질상 그 존속기간 동안은 당연히 존속하는 것을 원칙으로 하는 것이나, 지상권자가 2년 이상의 지료를 연체하는 때에는 토지소유자로 하여금 지상권의 소멸을 청구할 수 있도록 함으로써 토지소유자의 이익을 보호하려는 취지에서 나온 것이어서, 지상권자가 그 권리의 목적이 된 토지의 특정한 소유자에 대하여 2년분 이상의 지료를 지불하지 아니한 경우에 그 특정의 소유자로 하여금 선택에 따라 지상권의 소멸을 청구할 수 있도록 한 것이라고 해석함이 상당하므로(99다17142), 위 ②의 요건이 충족되어야 하고, 토지의 양수인이 지상권자의 지료 지급이 2년 이상 연체되었음을 이유로 지상권소멸청구를 함에 있어서 종전 소유자에 대한 연체기간의 합산을 주장할 수는 없다.

○ 법정지상권 지료 액수가 판결에 의하여 정해진 경우, 판결 확정일로부터 2년 이상 지료의 지급을 지체하여야만 지상권의 소멸을 청구할 수 있는 것이 아니고, 지체 지료가 판결 확정 전후에 걸쳐 2년분 이상일 경우에도 지상권의 소멸을 청구할 수 있다(2005다37208).

○ 지상권설정자가 지상권의 소멸을 청구하지 않고 있는 동안 지상권자로부터 연체된 지료의 일부를 지급받고 이를 이의 없이 수령하여 연체된 지료가 2년 미만으로 된 경우에는 지상권설정자는 종전에 지상권자가 2년분의 지료를 연체하였다는 사유를 들어 지상권자에게 지상권의 소멸을 청구할 수 없으며, 이는 토지소유자와 법정지상권자 사이에서도 마찬가지이다(2012다102384).

1667) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다206850 판결; "자기 소유의 토지 위에 분묘를 설치한 후 그 토지의 소유권이 경매 등에 의하여 타인에게 이전되면서 분묘기지권을 취득한 자가, 판결에 의하여 그 분묘기지권에 관한 지료의 액수가 정해졌음에도 그 판결확정 후 책임 있는 사유로 상당한 기간 동안 지료의 지급을 지체하여 지체된 지료가 판결확정 전후에 걸쳐 2년분 이상이 되는 경우에는 민법 제287조를 유추적용하여 새로운 토지소유자는 그 분묘기지권자에 대하여 분묘기지권의 소멸을 청구할 수 있다고 보아야 한다. 분묘기지권자가 판결확정 후 지료지급 청구를 받았음에도 책임 있는 사유로 상당한 기간 동안 지료의 지급을 지체한 경우에만 분묘기지권의 소멸을 청구할 수 있는 것은 아니다." ☛ 이는 양도형 분묘기지권에 관한 판례이지만, 특별한 사정이 없는 한 취득시효형 분묘기지권의 지료에 관하여도 같은 법리가 적용될 수 있다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결).

자기 소유 토지에 분묘를 설치한 사람이 그 토지를 양도하면서 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않음으로써 분묘기지권을 취득한 경우(**양도형 분묘기지권**), 특별한 사정이 없는 한 분묘기지권자는 분묘기지권이 성립한 때부터 토지 소유자에게 그 분묘의 기지에 대한 토지사용의 대가로서 지료를 지급할 의무가 있는 반면(대법원 2021. 5. 27. 선고 2020다295892 판결), 분묘기지권을 시효로 취득한 경우(**취득시효형 분묘기지권**) 분묘기지권자는 토지 소유자가 토지 사용의 대가를 청구하면 그때부터 지료 지급의무를 부담한다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결). 분묘의 기지인 토지가 분묘의 수호·관리권자 아닌 다른 사람의 소유인 경우에 그 토지 소유자가 분묘 수호·관리권자에 대하여 분묘의 설치를 승낙한 때에는 그 분묘의 기지에 관하여 분묘기지권을 설정한 것으로 보아야 하고, 이와 같이 **승낙에 의하여 성립하는 분묘기지권**의 경우 성립 당시 토지 소유자와 분묘의 수호·관리자가 지료 지급의무의 존부나 범위 등에 관하여 약정을 하였다면 그 약정의 효력은 분묘 기지의 승계인에 대하여도 미친다(대법원 2021. 9. 16. 선고 2017다271834, 271841 판결).

(2) 지상권의 만료와 갱신·매수청구

지상권갱신청구권[1668]의 행사는 지상권의 '존속기간 만료[1669] 후 지체 없이' 하여야 한다.[1670]

3) 유 치 권

가) 유치권 주장의 모습

유치권은 유치물 소유자의 인도 청구에 대하여 그 물건에 관하여 생긴 채권 변제와의 상환 이행을 구하는 '점유 권원의 항변'으로 기능하는데, 유치권자가 적극적으로 '유치권 확인 청구'를 할 수도 있고, 저당권자 등이 경매절차 기타 채권실행절차에서 유치권을 배제하기 위하여[1671] '유치권 (전부 또는 일부의) 부존재 확인의 소'를 구할 수도 있다(① 경매절차에서 유치권이 주장된 경우, ⓐ 소유자와 근저당권자는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있으나, ⓑ 소유부동산 또는 담보목적물이 매각되어 소유권을 상실하거나 근저당권이 소멸된 소유자와 근저당권자는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 없고, ② 경매절차에서 유치권이 주장되지 아니한 경우, ⓐ 채권자인 근저당권자는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있으나, 채무자가 아닌 소유자는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 없다[1672]). 유치권 부존재 확인의

토지 소유자의 분묘기지권자에 대한 부당이득반환 주장은 지료의 지급을 구하는 것으로 볼 여지가 있다(대법원 2021. 5. 27. 선고 2018다264420 판결).

1668) **민법 제283조(지상권자의 갱신청구권, 매수청구권)** ① 지상권이 소멸한 경우에 건물 기타 공작물이나 수목이 현존한 때에는 지상권자는 계약의 갱신을 청구할 수 있다. ② 지상권설정자가 계약의 갱신을 원하지 아니하는 때에는 지상권자는 상당한 가액으로 전항의 공작물이나 수목의 매수를 청구할 수 있다.

1669) 관습상의 법정지상권도 2년분 이상의 지료를 연체할 경우 민법 제287조에 따른 지상권소멸청구의 의사표시에 의하여 소멸하고, 이 경우 지상물매수청구권은 인정되지 않는다(93다10781).

1670) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다306642 판결: "민법 제283조 제2항 소정의 지상물매수청구권은 지상권이 존속기간의 만료로 인하여 소멸하는 때에 지상권자에게 갱신청구권이 있어 그 갱신청구를 하였으나 지상권설정자가 계약갱신을 원하지 아니할 때 비로소 행사할 수 있는 권리이다. 한편 지상권갱신청구권의 행사는 지상권의 존속기간 만료 후 지체 없이 하여야 한다. 따라서 지상권의 존속기간 만료 후 지체 없이 행사하지 아니하여 지상권갱신청구권이 소멸한 경우에는, 지상권자의 적법한 갱신청구권의 행사와 지상권설정자의 갱신 거절을 요건으로 하는 지상물매수청구권은 발생하지 않는다고 할 것이다." ☜ 지상권 존속기간 만료 후 약 4년이 경과한 이 사건 소송절차 중 행사한 피고의 갱신청구 내지 건물매수청구는 그 효력이 인정될 수 없다고 한 예.

1671) 자기 소유 부동산을 타인이 점유하고 있는 경우, 일반적으로는 점유자를 상대로 인도를 구하는 것이 소유권에 대한 불안과 위험을 유효하고 적절하게 제거하는 직접적인 수단이고, 그와 별도로 유치권의 부존재확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없어 부적법하다(**대법원** 2014. 4. 10. 선고 2010다84932 판결).

1672) ◎ **유치권 부존재 확인의 소의 '확인의 이익'**
○ 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013다99409 판결: "민사집행법 제268조에 의하여 담보권의 실행을 위한 경매절차에 준용되는 같은 법 제91조 제5항에 의하면 유치권자는 경락인에 대하여 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없지만 자신의 피담보채권이 변제될 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있어 경매절차의 입찰인들은 낙찰 후 유치권자로부터 경매목적물을 쉽게 인도받을 수 없다는 점을 고려하여 입찰하게 되고 그에 따라 경매목적 부동산이 그만큼 낮은 가격에 낙찰될 우려가 있다. 이와 같이 저가낙찰로 인해 경매를 신청한 근저당권자인 원고의 배당액이 줄어들거나 경매목적물 가액과 비교하여 거액의 유치권 신고로 매각 자체가 불가능하게 될 위험은 경매절차에서 원고의 법률상 지위를 불안정하게 하는 것이므로 위 불안을 제거하는 원고의 이익을 단순한 사실상·경제상의 이익이라고 볼 수는 없다. 원고는 피고를 상대로 유치권 전부의 부존재뿐만 아니라 이 사건 경매절차에서 유치권을 내세워 대항할 수 있는 범위를 초과하는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있고"

소의 심리[1673] 결과, 피고가 유치권의 피담보채권으로 주장하는 금액의 일부만이 경매절차에서 유치권으로 대항할 수 있는 것으로 인정되는 경우에는 법원은 그 부분에 대하여 일부패소의 판결을 하여야 한다.[1674]

나) 민사유치권의 요건사실

민사유치권[1675] 주장의 요건사실은, ① '타인의 물건 또는 유가증권에 대한 점유' 사실, ② '그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권의 발생 및 변제기의 도래' 사실, ③ '유치권 행사의 주장' 사실이다.

○ 대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다247385 판결; "근저당권자에게 담보목적물에 관하여 각 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있다고 보는 것은 경매절차에서 유치권이 주장됨으로써 낮은 가격에 입찰이 이루어져 근저당권자의 배당액이 줄어들 위험이 있다는 데에 근거가 있고, 이는 소유자가 그 소유의 부동산에 관한 경매절차에서 유치권의 부존재 확인을 구하는 경우에도 마찬가지이다. 위와 같이 경매절차에서 유치권이 주장되었으나 소유부동산 또는 담보목적물이 매각되어 그 소유권이 이전되어 소유권을 상실하거나 근저당권이 소멸하였다면, 소유자와 근저당권자는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 없다. 한편 민법 제575조는 '매매의 목적물이 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.'고 규정하고 있고, 같은 법 제578조 제1항, 제2항은 '① 경매의 경우에는 경락인은 전 8조의 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 대금 전부나 일부의 반환을 청구할 수 있다.'고 규정하고 있다. 위와 같이 경매절차에서 유치권이 주장되지 아니한 경우에는, 담보목적물이 매각되어 그 소유권이 이전됨으로써 근저당권이 소멸하였더라도 채권자는 유치권의 존재를 알지 못한 매수인으로부터 위 각 규정에 의한 담보책임을 추급당할 우려가 있고, 위와 같은 위험은 채권자의 법률상 지위를 불안정하게 하는 것이므로, 채권자인 근저당권자로서는 위 불안을 제거하기 위하여 유치권 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있다. 반면 채무자가 아닌 소유자는 위 각 규정에 의한 담보책임을 부담하지 아니하므로, 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 없다."

1673) ○ 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013다99409 판결; "소극적 확인소송에 있어서는, 원고가 먼저 청구를 특정하여 채무발생원인 사실을 부정하는 주장을 하면 재권자인 피고는 그 권리관계의 요건사실에 관하여 주장·입증책임을 부담하므로 이 사건 유치권 부존재 확인소송에서 유치권의 요건사실인 유치권의 목적물과 견련관계 있는 채권의 존재에 대해서는 피고가 주장·입증하여야 한다."
○ 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다41740 판결; 유치권 부존재 확인의 소는 현재 피고의 유치권이 부존재한다는 확인을 구하는 것이므로 사실심인 원심의 변론종결 당시를 기준으로 하여 피고의 유치권이 존재하는지 여부가 소송물로서 심판의 대상이고, 장래에 유치권이 성립되어 존재할 것인지 여부는 특별한 사정 없는 한 심판대상이 될 수 없다고 한 예.

1674) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013다99409 판결; **원심**이, 근저당권자인 원고의 신청에 의한 임의경매절차에서 36억여 원의 공사대금채권을 피담보채권으로 하여 신고한 피고의 유치권이 존재하지 않고, 설령 유치권이 있더라도 2억여 원을 초과하여서는 존재하지 아니한다는 원고의 유치권부존재확인 청구에 대하여, 이 사건 소송물은 유치권의 존부인데 유치권은 불가분성을 가지므로 피담보채무의 범위에 따라 그 존부나 효력을 미치는 목적물의 범위가 달라지는 것이 아닌 점 등의 이유를 들어 유치권의 피담보채권의 구체적인 범위에 관하여 판단할 필요가 없으므로, 피고가 소외인으로부터 부지조성·건축물축조 등의 공사를 도급받아 완성함으로써 공사대금채권을 가지고 있는 이상 원고의 위 청구는 모두 이유 없다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 유치권의 피담보채권의 범위를 심리·판단하지 않고 원고의 청구를 모두 배척한 것은 잘못이라고 한 사례.

1675) **민법 제320조(유치권의 내용)** ① 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. ② 전항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다.

(1) 타인 소유 물건·유가증권에 대한 점유

'타인 소유'의[1676] '물건'[1677] 또는 유가증권에 대한 '유치권자의 점유'(유치권의 성립요건이자 존속요건인데, 간접점유의 경우 점유매개관계가 존재해야 하고, 직접점유자가 채무자인 간접점유는 유치권의 요건으로서의 점유에 해당하지 않는다)'[1678] 사실은 실무상 흔히 보이는 유치물인도 청구 사건의 경우라면 그 청구원인 사실에 포섭되어 있으므로 유치권 항변자가 따로 주장·증명할 필요가 없으나, 유치권자가 적극적으로 유치권확인 청구를 하는 경우에는 청구원인 사실로 주장·증명하여야 할 것이다.

(2) 목적물과 견련관계 있는 피담보채권의 발생과 변제기 도래

위 ② 요건 중, '그 물건에 관하여 생긴 채권' 즉, '목적물과 채권 사이의 견련관계'[1679]는 통상 피담보채권의 발생 사실로부터 판명될 수 있을 것이다. 유치권의 목적물과

1676) 유치권은 타물권(他物權)이므로, 수급인의 재료와 노력으로 건축된 수급인 소유의 건물에 대해서는 유치권을 가질 수 없다(91다14116).

1677) 대법원 2008. 5. 30.자 2007마98 결정; "건물의 신축공사를 한 수급인이 그 건물을 점유하고 있고 또 그 건물에 관하여 생긴 공사금 채권이 있다면, 수급인은 그 채권을 변제받을 때까지 건물을 유치할 권리가 있는 것이지만, 건물의 신축공사를 도급받은 수급인이 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 없는 정착물을 토지에 설치한 상태에서 공사가 중단된 경우에 위 정착물은 토지의 부합물에 불과하여 이러한 정착물에 대하여 유치권을 행사할 수 없는 것이고, 또한 공사중단 시까지 발생한 공사금 채권은 토지에 관하여 생긴 것이 아니므로 위 공사금 채권에 기하여 토지에 대하여 유치권을 행사할 수도 없는 것이다."

1678) 대법원 2008. 4. 11. 선고 2007다27236 판결; "유치권의 성립요건이자 존속요건인 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계가 없으나, 다만 유치권은 목적물을 유치함으로써 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 것을 본체적 효력으로 하는 권리인 점 등에 비추어, 그 직접점유자가 채무자인 경우에는 유치권의 요건으로서의 점유에 해당하지 않는다고 할 것이다."

1679) 여기서 '**그 물건에 관하여 생긴 채권**'이라 함은, 유치권 제도 본래의 취지인 공평의 원칙에 특별히 반하지 않는 한, '채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우'는 물론이고 '채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우'도 포함한다(2005다16942).
◎ **견련관계 부정례;** ① 하수급인이 수급인으로부터 호텔 건물의 외부 간판 등의 설치공사를 하수급하여 완료함으로써 취득한 공사대금 채권으로 호텔 건물에 대한 유치권을 주장한 사안에서, "건물의 옥탑, 외벽 등에 설치된 간판의 경우 일반적으로 건물의 일부가 아니라 독립된 물건으로 남아 있으면서 과다한 비용을 들이지 않고 건물로부터 분리할 수 있는 것이 충분히 있을 수 있고, 그러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 간판 설치공사 대금채권을 그 건물 자체에 관하여 생긴 채권이라고 할 수 없다."라고 한 예(2011다44788). ② 甲이 건물 신축공사 수급인인 乙 회사와 체결한 약정에 따라 공사현장에 시멘트와 모래 등의 건축자재를 공급한 사안에서, 甲의 건축자재대금채권은 乙과의 매매계약에 따른 매매대금채권에 불과한 것이고, 甲이 공급한 건축자재가 건물 신축공사에 사용됨으로써 결과적으로 건물에 부합되었다고 하여도 건축자재의 공급으로 인한 매매대금채권이 건물 자체에 관하여 생긴 채권이라고 할 수는 없다고 한 사례(2011다96208). ③ 부동산 매도인이 매매대금을 다 지급받지 않은 상태에서 매수인에게 소유권이전등기를 마쳐주었으나 부동산을 계속 점유하고 있는 경우, 매매대금채권을 피담보채권으로 매수인이나 그에게서 소유권을 취득한 제3자에게 유치권을 주장할 수는 없다고 한 예(2011마2380). ④ 선의의 계약명의신탁에서 명의신탁자가 명의수탁자에 대하여 가지는 매매대금 상당의 부당이득반환청구권에 기하여 유치권을 행사할 수 없다고 한 사례(2008다34828). ⑤ 임대인과 임차인 사이에 건물인도 시 권리금을 반환하기로 하는 약정이 있었다 하더라도 그와 같은 권리금반환청구권은 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없으므로 그와 같은 채권을 가지고 건물에 대한 유치권을 행사할 수 없다고 한 예(93다62119). ⑥ 건물 임차인의 임대인에 대한 임차보증금반환청구권이나, 임차인이 건물을 임차 목적대로 사용 못한 것을 이유로 하는 손해배상청구권은 모두 그 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없다고 한 예(75다1305).
◎ **견련관계 긍정례;** ① 건물 신축공사 수급인의 건물에 관한 공사대금 채권, ② 점유자나 임차인이 점유물을 보존·개량하기 위하여 지출한 필요비나 유익비 상환청구권, ③ 견련관계 있는 원채권의 채무불이행으로 인한

견련관계가 인정되지 않는 채권을 피담보채권으로 하는 유치권은 물권법정주의에 반하여 허용되지 않는다.[1680]

피담보채권과 목적물 점유 사이에는 별도로 견련성이 요구되지 않으므로 물건에 관한 채권이 발생한 후에 그 물건을 점유한 경우에도 유치권이 성립한다.[1681]

유치권은 그 목적물에 관하여 생긴 채권이 '변제기'에 있는 경우에 성립하는 것이므로 아직 변제기에 이르지 아니한 채권에 기하여 유치권을 행사할 수는 없다.[1682] 점유자의 필요비·유익비 상환청구권은 점유자가 회복자로부터 점유물 반환을 청구받은 때에 이행기가 도래한다.[1683] 도급인이 공사잔대금채권 이상의 하자보수청구권 등에 기하여 동시

손해배상채권(76다582), ④ 부동산 인도청구 집행에서 발생한 집행관이나 채권자 등의 동산 보관비용(대법원 2020. 9. 3. 선고 2018다288044 판결).

1680) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다273018 판결; "민법 제185조는 … 물권법정주의를 선언하고 있다. 물권법의 강행법규성에 따라 법률과 관습법이 인정하지 않는 새로운 종류나 내용의 물권을 창설하는 것은 허용되지 않는다. … 임차인인 원고와 임대인인 소외 1과 사이의 이 사건 공사비 반환 약정을 근거로 하여, 민법상 유익비에 해당하지 않는, 즉 건물의 객관적 가치 증가와 무관한 비용지출로서 유치권 목적물과의 견련관계가 인정되지 않는 부분까지 법정담보물권인 유치권의 피담보채권이 된다고 볼 수 없다. (1) 유치권의 목적물과 견련관계가 인정되지 않는 채권을 피담보채권으로 하는 유치권을 인정한다면, 법률이 정하지 않은 새로운 내용의 유치권을 창설하는 것으로서 물권법정주의에 반하여 허용되지 않는다. (2) 원고가 이 사건 201호를 포함한 이 사건 각 호실 공사에 지출하였다고 주장하는 비용에는, 이 사건 각 호실의 개량을 위하여 지출되어 물건의 가치를 객관적으로 증가시키는 비용과 임차인인 원고의 주관적 이익이나 특정한 영업을 위한 목적으로 지출된 비용이 구분되어 있지 않다."

1681) 대법원 1965. 3. 30. 선고 64다1977 판결.
대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결("채권자가 원래라면 자기 채권의 충분한 만족을 얻을 가능성이 현저히 낮아진 상태에서 … 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 … 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으키고 그에 기하여 목적물을 점유하게 됨으로써 유치권이 성립하였다면, …"), 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결 등도 같은 취지이다.

1682) 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다41740 판결(피고가 주장하는 지상물매수청구권이나 부속물매수청구권 또는 비용상환청구권 등은 어느 것이나 피고의 전세권의 존속기간이 만료되는 때에 발생하거나 변제기에 이르는 것인데, 아직 그 전세권의 존속기간이 만료되지 아니하였으므로 위 각 채권에 기한 피고의 유치권은 성립되지 아니한다고 한 예). 변제기 전에 유치권이 생긴다고 하면 변제기 전의 채무이행을 간접적으로 강제하는 것이 되기 때문이다(2013다30653).

1683) ◎ **필요비·유익비 상환청구권에 기초한 유치권**
민법 제203조(점유자의 상환청구권) ① 점유자가 점유물을 반환할 때에는 회복자에 대하여 점유물을 보존하기 위하여 지출한 금액 기타 필요비의 상환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 과실을 취득한 경우에는 통상의 필요비는 청구하지 못한다. ② 점유자가 점유물을 개량하기 위하여 지출한 금액 기타 유익비에 관하여는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 회복자의 선택에 좇아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다. ③ 전항의 경우에 법원은 회복자의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있다.
❶ 점유자가 점유물을 보존·개량하기 위하여 지출한 필요비·유익비에 관하여 민법 제203조는 '점유자가 점유물을 반환할 때'에 상환을 청구할 수 있도록 규정하고 있으므로, 그 상환청구권은 점유자가 회복자로부터 점유물의 반환을 청구받은 때에 비로소 이를 행사할 수 있는 상태가 되고 이행기가 도래한다(2009다5162). 점유자는 그 비용을 지출할 당시의 소유자가 누구이었는지 관계없이 점유회복 당시의 소유자 즉 회복자에 대하여 비용상환청구권을 행사할 수 있다(2001다64752). ❷ 민법 제203조 제1항 단서에서 말하는 '점유자가 과실을 취득한 경우'란 점유자가 선의의 점유자로서 민법 제201조 제1항에 따라 과실수취권을 보유하고 있는 경우를 뜻하고(선의의 점유자는 과실을 수취하므로 물건의 용익과 밀접한 관련을 가지는 비용인 통상의 필요비를 스스로 부담하는 것이 타당하기 때문이다), 과실수취권이 없는 악의의 점유자에 대해서는 위 단서 규정이 적용되지 않는다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2018다261889 판결). ❸ 점유자가 점유물 반환 이외의 원인으로 물건의 점유자 지위를 잃어 소유자가 그를 상대로 물권적 청구권을 행사할 수 없게 되었다면, 그들은 더 이상 민법

이행 항변을 한 때에는, 공사잔대금채권의 변제기가 도래하지 아니한 경우와 마찬가지로, 수급인은 공사잔대금채권에 기한 유치권을 행사할 수 없다.[1684]

민법 제367조[1685]를 근거로 저당물의 제3취득자가 직접 경매절차 매수인 등에 대하여 비용상환을 청구할 수 있는 권리가 인정될 수는 없으므로, 그 비용상환청구권을 피담보채권으로 주장하면서 유치권을 행사할 수는 없다.[1686]

제203조가 규율하는 점유자와 회복자의 관계에 있지 않으므로, 점유자는 위 조항을 근거로 비용상환청구권을 행사할 수 없고, 다만 비용 지출이 사무관리에 해당할 경우 그 상환을 청구하거나(민법 제739조), 자기가 지출한 비용으로 물건 소유자가 얻은 이득의 존재와 범위를 증명하여 반환청구권(민법 제741조)을 행사할 수 있을 뿐이다(대법원 2022. 6. 30. 선고 2020다209815 판결 : 원고가 피고 종중 소유 임야에 관하여 매매를 원인으로 소유권이전등기를 넘겨받고, 공장용지로 개발한 다음 그 위에 공장건물을 신축한 후, 원고의 채권자들 신청으로 그 토지와 건물에 관해 경매절차가 개시되었는데, 위 임야 매매가 총회 결의 없이 이루어져 원인무효여서 원고 명의의 토지 소유권이전등기가 말소됨에 따라 위 건물만 경매절차에서 매각되었고, 그 매수인이 건물 부지인 위 토지를 점유하고 있는 상태에서, 원고가 공장용지로 개발하기 위해 지출한 비용을 민법 제203조 제2항의 유익비라고 주장하며 피고에게 상환을 청구한 사안). ❹ 민법 제203조에 의한 비용상환청구권은 점유자가 계약관계 등 적법하게 점유할 권리를 가지지 않은 경우에 성립되고, 점유자가 비용 지출 당시 계약관계 등 적법한 점유 권원을 가진 경우에는 계약관계를 규율하는 법조항이나 법리 등이 적용되므로, 임차인의 경우에는 민법 제626조 제2항이 적용되고 민법 제203조가 적용되지 아니하나, 사용대차 차주의 경우에는 민법 제611조 제2항, 제594조 제2항에 따라 민법 제203조가 적용된다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011다101209 판결). ❺ 점유자의 지출금액은 점유자가 실제 지출한 금액을 의미한다. 비용을 지출한 것은 명백하나 유익비를 지출한 때부터 오랜 시간이 지나 자료가 없어졌다는 이유로 실제 지출한 금액에 대한 증명이 불가능하여 가치증가에 드는 비용을 추정하는 방법으로 지출금액을 인정해야 하는 경우 실제 비용을 지출한 날을 기준시점으로 하여 가치 증가에 드는 금액을 산정한 다음 그 금액에 대하여 물가상승률을 반영하는 등의 방법으로 현가한 금액을 지출금액으로 인정해야 한다(대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다3914, 3921, 3938 판결). ☛ 그 외에, 후술하는 '임대차'의 '유치권 항변' 부분 함께 참조.

1684) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다30653 판결: "수급인의 공사대금채권이 도급인의 하자보수청구권 내지 하자보수에 갈음한 손해배상채권 등과 동시이행의 관계에 있는 점 및 피담보채권의 변제기 도래를 유치권의 성립요건으로 규정한 취지 등에 비추어 보면, 건물신축 도급계약에서 수급인이 공사를 완성하였다고 하더라도, 신축된 건물에 하자가 있고 그 하자 및 손해에 상응하는 금액이 공사잔대금액 이상이어서, 도급인이 수급인에 대한 하자보수청구권 내지 하자보수에 갈음한 손해배상채권 등에 기하여 수급인의 공사잔대금 채권 전부에 대하여 동시이행의 항변을 한 때에는, 공사잔대금 채권의 변제기가 도래하지 아니한 경우와 마찬가지로 수급인은 도급인에 대하여 하자보수의무나 하자보수에 갈음한 손해배상의무 등에 관한 이행의 제공을 하지 아니한 이상 공사잔대금 채권에 기한 유치권을 행사할 수 없다고 보아야 한다."

1685) **민법 제367조(제삼취득자의 비용상환청구권)** 저당물의 제삼취득자가 그 부동산의 보존, 개량을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 제203조 제1항, 제2항의 규정에 의하여 저당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있다.

1686) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2022다265093 판결; "민법 제367조는 … 저당권이 설정되어 있는 부동산의 제3취득자가 저당부동산에 관하여 지출한 필요비, 유익비는 그 부동산 가치의 유지·증가를 위하여 지출된 일종의 공익비용이므로 저당부동산의 환가대금에서 부담하여야 할 성질의 비용이고 더욱이 제3취득자는 경매의 결과 그 권리를 상실하게 되므로 특별히 경매로 인한 매각대금에서 우선적으로 상환을 받도록 한 것이다. 저당부동산의 소유권을 취득한 자도 민법 제367조의 제3취득자에 해당한다. 제3취득자가 민법 제367조에 의하여 우선상환을 받으려면 저당부동산의 경매절차에서 배당요구의 종기까지 배당요구를 하여야 한다(민사집행법 제268조, 제88조). 위와 같이 민법 제367조에 의한 우선상환은 제3취득자가 경매절차에서 배당받는 방법으로 민법 제203조 제1, 2항에서 규정한 비용에 관하여 경매절차의 매각대금에서 우선변제받을 수 있다는 것이지 이를 근거로 제3취득자가 직접 저당권설정자, 저당권자 또는 경매절차 매수인 등에 대하여 비용상환을 청구할 수 있는 권리가 인정될 수 없다. 따라서 제3취득자는 민법 제367조에 의한 비용상환청구권을 피담보채권으로 주장하면서 유치권을 행사할 수 없다."

(3) 유치권 행사의 주장

위 ③ 요건은, 유치권 항변이 항변권자의 행사를 요건으로 하는 이른바 '권리항변'에 해당하기 때문에 필요한 것이다. 법원은 유치권자의 권리 행사 항변이 있을 때에 비로소 이를 심리, 판단할 수 있다.

법인이 아닌 사단의 구성원들은 법인이 아닌 사단의 유치권을 주장하여 소유자에 대항할 수 있다.[1687]

다) 상사유치권의 요건사실

상사유치권의 경우,[1688] ① 피담보채권이 '상인 간의 상행위로 인한 채권'으로서 '변제기'에 있어야 하고, ② 점유가 '채무자에 대한 상행위로 인한 것'이어야 하며,[1689] ③ 유치 대상물이 '채무자 소유'의 '물건'[1690] 또는 유가증권'이어야 하고, ④ '유치권 행사의 권리 주장'이 있어야 하지만, '목적물과 채권 사이의 개별적인 견련관계'는 요건사실이 아니다.

채무자 소유의 부동산에 관하여 이미 선행(先行)저당권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우, 상사유치권자는 채무자 및 그 이후 그 채무자로부터 부동산을 양수하거나 제한물권을 설정받는 자에 대해서는 대항할 수 있지만, 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서는 그 상사유치권으로 대항할 수 없으므로,[1691] [1692] 저당권자 등의 제한물권자에게 대항

1687) 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다5162 판결: "법인이 아닌 사단의 재산은 그 구성원의 총유이며(민법 제275조 제1항), 법인이 아닌 사단의 각 구성원은 사단 내부의 규약 등에 정하여진 바에 따라 총유물을 사용·수익할 수 있다(민법 제276조 제2항). 총유에 관한 민법의 규정은 소유권 이외의 재산권에 준용되므로(민법 제278조), 총유물의 사용·수익에 관한 민법의 규정은 유치권에도 준용된다. 한편 유치권자는 유치물의 보존에 필요한 범위에서는 유치물을 사용할 수 있다(민법 제324조 제2항). 따라서 피고들이 독립교회의 구성원으로서 내부의 규약 등에 정하여진 바에 따라 그들의 준총유에 속하는 유치권의 유치물을 사용하는 것은, 법인이 아닌 사단의 구성원으로서 자신의 정당한 권능을 행사하는 것일 뿐만 아니라 유치물의 보존에 필요한 사용으로 허용된다고 할 것이다. 그리고 이러한 사용에는 총유물의 관리·처분과 달리 사원총회의 결의를 요하지 아니한다."

1688) **상법 제58조(상사유치권)** 상인 간의 상행위로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 채권자는 변제를 받을 때까지 그 채무자에 대한 상행위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자 소유의 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있다. 그러나 당사자 간에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.

1689) 대법원 2008. 5. 30.자 2007마98 결정(수급인이 공장건물의 신축공사가 경매로 중단된 후에 공사현장을 점거하면서 타인의 지배를 배제하고 토지에 대한 점유를 사실상 개시한 것으로 보일 뿐, 토지소유자와 토지에 관한 상행위를 원인으로 토지에 대한 점유를 취득하였다고 보기 어려우므로, 토지에 관하여 상사유치권을 행사할 수 없다고 한 예).

1690) 민사유치권과 마찬가지로 그 목적물을 동산에 한정하지 않고 '물건 또는 유가증권'으로 규정하고 있는 점에 비추어 보면 상사유치권의 대상이 되는 '물건'에는 부동산도 포함된다(대법원 2013. 5. 24. 선고 2012다39769, 39776 판결 ☜ 원심은, '점유를 본래의 공시방법으로 하는 동산과는 달리 등기를 공시방법으로 하는 부동산의 점유가 이전되었다는 사실만으로 이를 쌍방 간 상행위로 인하여 발생된 모든 채권의 담보로 제공하려는 의사가 있었다고 보기 어렵고, 민사유치권과는 달리 피담보채권과 목적물의 견련성을 요건으로 하지 않는 상사유치권을 부동산에 대하여도 인정하게 되면 부동산 거래의 안전을 심각하게 훼손하고 부동산 공시제도의 근간을 뒤흔들게 되므로 상사유치권의 목적물인 '물건'에 부동산은 포함되지 않는다'고 판단).

하기 위해서는 ⑤ '상사유치권 성립 시점이 저당권 등의 제한물권 성립 시점보다 앞선다는 점'까지 주장·증명하여야 한다.[1693]

라) 유치권 발생에 대한 장애·소멸사유

(1) 불법 점유 개시

민법 제320조 '제2항'은 '제1항'의 유치권 주장에 대한 '예외 사유'의 주장이다. 원고의 인도 청구에 대하여 점유자인 피고가 유익비 상환청구권을 기초로 한 유치권의 항변을 하는 경우, 원고는 재항변으로 그 점유가 불법행위로 인하여 개시되었거나(민법 제320조 제2항), 유익비 지출 당시에 이를 점유할 권원이 없음을 알았거나 이를 알지 못함이 중대한 과실에 기인하였다고 인정할만한 사유를 주장·증명하여야 한다.[1694]

1691) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결. 그 이유는, "상사유치권은 민사유치권과 달리 그 피담보채권이 '목적물에 관하여' 생긴 것일 필요는 없지만 유치권의 대상이 되는 물건은 '채무자 소유'일 것으로 제한되어 있다(상법 제58조, 민법 제320조 제1항 참조). 이와 같이 상사유치권의 대상이 되는 목적물을 '채무자 소유의 물건'에 한정하는 취지는, 상사유치권의 경우에는 목적물과 피담보채권 사이의 견련관계가 완화됨으로써 피담보채권이 목적물에 대한 공익비용적 성질을 가지지 않아도 되므로 피담보채권이 유치권자와 채무자 사이에 발생하는 모든 상사채권으로 무한정 확장될 수 있고, 그로 인하여 이미 제3자가 목적물에 관하여 확보한 권리를 침해할 우려가 있어 상사유치권의 성립범위 또는 상사유치권으로 대항할 수 있는 범위를 제한한 것으로 볼 수 있다. 즉 상사유치권이 채무자 소유의 물건에 대해서만 성립한다는 것은, 상사유치권은 그 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 하는 제한물권이라는 의미를 담고 있다 할 것이고, 따라서 유치권 성립 당시에 이미 그 목적물에 대하여 제3자가 권리자인 제한물권이 설정되어 있다면, 상사유치권은 그와 같이 제한된 채무자의 소유권에 기초하여 성립할 뿐이고, 기존의 제한물권이 확보하고 있는 담보가치를 사후적으로 침탈하지는 못한다고 보아야 한다."라고 판시하고 있다.

1692) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결은 상사유치권 사안에서 민사유치권, 상사유치권을 구별하지 않고 유치권에 관한 일반론으로서, "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 부동산유치권은 대부분의 경우에 사실상 최우선순위의 담보권으로서 작용하여, 유치권자는 자신의 채권을 목적물의 교환가치로부터 일반채권자는 물론 저당권자 등에 대하여도 그 성립의 선후를 불문하여 우선적으로 자기 채권의 만족을 얻을 수 있게 된다."라고 판시하였는데, 2010다57350 판결로 일부 수정된 것으로 보아야 한다.

1693) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결: "원고 2가 주장하는 상사유치권이 성립하려면 위 115호 점포에 대한 점유 요건 외에 피담보채권의 발생 요건도 갖추어져야 하는 것이고, 또 그로써 근저당권자인 피고에게 대항하려면 상사유치권이 성립한 시점이 근저당권의 성립 시점보다 앞서야만 할 것이다. … 근저당권설정등기가 마쳐진 2006. 9. 7. 이전에 원고 2가 주장하는 상사유치권의 피담보채권이 발생하였다는 점을 인정할 다른 자료는 없다. 그러므로 원고 2는 선행저당권자이자 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 낙찰을 받아 소유권을 취득한 피고에 대한 관계에서는 위 전보배상청구권을 피담보채권으로 한 상사유치권으로 대항할 수 없다 할 것이다."

1694) 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다5162 판결: "물건의 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정되고 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유하는 것으로 추정된다(민법 제197조 제1항, 제200조). 따라서 점유물에 대한 필요비 및 유익비 상환청구권을 기초로 하는 유치권의 주장을 배척하려면 적어도 그 점유가 불법행위로 인하여 개시되었거나 점유자가 필요비 및 유익비를 지출할 당시 이를 점유할 권원이 없음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 인정할만한 사유에 대한 상대방 당사자의 주장·입증이 있어야 한다." ☞ '유익비 지출 당시에 이를 점유할 권원이 없음을 알았거나 이를 알지 못함이 중대한 과실에 기인하였다고 인정할만한 사유'에 관한 판시 부분은 적법하게 개시한 점유가 도중에 권원을 상실한 경우 민법 제320조 제2항을 유추적용한 결과로 보인다.

(2) 유치권 배제 특약

상법 제58조 단서("그러나 당사자 간에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.")는 상사유치권을 특약으로 배제할 수 있게 하였고 이는 묵시적 약정에 의해서도 가능한데,[1695] 이러한 상사유치권 배제의 특약은 상사유치권 발생에 대한 장애사유에 해당한다. 이는 명문의 규정이 없는 민사유치권의 경우도 동일하다.

유치권의 사전 포기, 사후 포기, 조건부 포기 특약 모두 가능하고, 그 특약에 따른 효력은 특약의 상대방뿐 아니라 그 밖의 사람도 주장할 수 있다.[1696]

하지만, 유치권의 행사를 상당한 이유 없이 배제하는 내용의 약관 조항은 고객에게 부당하게 불리하고 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 것으로서 무효이다.[1697]

(3) 신의칙 위반 내지 권리남용

신의성실의 원칙에 반한다고 평가되는 유치권제도 남용의 유치권 행사는 허용되지 아니한다.[1698] [1699]

1695) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012다37176 판결.

1696) ○ 대법원 2018. 1. 24. 선고 2016다234043 판결: "제한물권은 이해관계인의 이익을 부당하게 침해하지 않는 한 자유로이 포기할 수 있는 것이 원칙이다. 유치권은 채권자의 이익을 보호하기 위한 법정담보물권으로서, 당사자는 미리 유치권의 발생을 막는 특약을 할 수 있고 이러한 특약은 유효하다. 유치권 배제 특약이 있는 경우 다른 법정요건이 모두 충족되더라도 유치권은 발생하지 않는데, 특약에 따른 효력은 특약의 상대방뿐 아니라 그 밖의 사람도 주장할 수 있다. 한편 조건은 법률행위의 효력 발생 또는 소멸을 장래의 불확실한 사실의 발생 여부에 의존케 하는 법률행위의 부관으로서, 법률행위에서 효과의사와 일체적인 내용을 이루는 의사표시 그 자체라고 볼 수 있다. 유치권 배제 특약에도 조건을 붙일 수 있는데, 조건을 붙이고자 하는 의사가 있는지는 의사표시에 관한 법리에 따라 판단하여야 한다."
○ 대법원 2011. 5. 13.자 2010마1544 결정: "유치권을 사전에 포기한 경우 다른 법정요건이 모두 충족되더라도 유치권이 발생하지 않는 것과 마찬가지로 유치권을 사후에 포기한 경우 곧바로 유치권은 소멸한다고 보아야 하며, 채권자가 유치권의 소멸 후에 그 목적물을 계속하여 점유한다고 하여 여기에 적법한 유치의 의사나 효력이 있다고 인정할 수 없고 다른 법률상 권원이 없는 한 무단점유에 지나지 않는다." ☞ 원심이, 피신청인은 신청외 은행에 유치권 포기각서를 제출함으로써 유치권을 상실하였고, 이러한 유치권의 소멸은 위 각서를 제출받은 신청외 은행뿐만 아니라 그가 신청한 경매절차에서 이 사건 부동산을 매수한 신청인도 주장할 수 있다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

1697) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다61803, 61810 판결: "약관의 규제에 관한 법률은 제6조 제1항에서 '신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항은 무효이다'라고 규정하고, 제11조에서 '고객의 권익에 관하여 정하고 있는 약관의 내용 중 다음 각 호의 1에 해당되는 내용을 정하고 있는 조항은 이를 무효로 한다'고 규정하면서 그 제1호에 '법률의 규정에 의한 고객의 항변권, 상계권 등의 권리를 상당한 이유 없이 배제 또는 제한하는 조항'을 들고 있다. 따라서 공평의 관점에서 창고업자에게 인정되는 권리인 유치권의 행사를 상당한 이유 없이 배제하는 내용의 약관 조항은 고객에게 부당하게 불리하고 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 것으로서 무효라고 보아야 한다." ☞ 금융기관인 양도담보권자가 양도담보 목적물을 보관하는 창고업자로부터 '창고주는 양도담보권자가 담보물 임의처분 또는 법적 조치 등 어떠한 방법의 담보물 환가와 채무변제 충당 시에도 유치권 등과 관련된 우선변제권을 행사할 수 없다'는 문구가 부동문자로 인쇄된 확약서를 제출받은 사안에서, 이는 창고업자가 보관료 징수 등을 위하여 공평의 관점에서 보유하는 권리인 유치권의 행사를 상당한 이유 없이 배제하고 일방적으로 금융기관인 양도담보권자의 담보권 실행에 유리한 내용의 약관 조항으로서, 고객에게 부당하게 불리하고 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 것이므로 무효라고 한 사례.

1698) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결: "채무자가 채무초과의 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

(4) 경매개시결정등기 후 취득한 유치권의 매수인에 대한 대항 불허

민사집행법 제91조[1700] 제5항("매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.")에 따라, 유치권은 특별한 사정이 없는 한 그 성립시기에 관계없이 경매절차에서 매각으로 인하여 소멸하지 않으나,[1701] 집행절차의 법적 안정성을 보장하기 위하여,[1702] 부동산에 관하여 경매개시결정등기가 된 '뒤'에 비로소 부동산의 '점유를

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 기하여 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."
⇒ 채무자 甲 회사 소유의 건물 등에 관하여 乙 은행 명의의 1순위 근저당권이 설정되어 있었는데, 2순위 근저당권자인 丙 회사가 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 경과, 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.
⇒ '상사유치권의 요건사실'항에서 본 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결에 따르면, '신의칙 위반 내지 권리남용'에까지 나아갈 필요 없이 丙 회사는 선행 근저당권자인 乙 은행에 대한 관계에서 상사유치권으로 대항할 수 없다. 따라서 이제는 민사유치권의 경우에 '신의칙 위반 내지 권리남용'에 터 잡은 제한이 의미가 있을 뿐이다.

1699) 반면에, 공사대금채권 또는 유익비상환청구권에 기한 유치권 행사가 신의칙에 반하여 허용될 수 없다고 판단한 원심을 파기한 예로는 대법원 2011. 5. 13.자 2010마1544 결정 참조.

1700) **민사집행법 제91조(인수주의와 잉여주의의 선택 등)** ② 매각부동산 위의 모든 지당권은 매각으로 소멸된다. ③ 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다. ④ 제3항의 경우 외의 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 매수인이 인수한다. 다만, 그중 전세권의 경우에는 전세권자가 제88조에 따라 배당요구를 하면 매각으로 소멸된다. ⑤ 매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다. ☛ 여기에서 **'변제할 책임이 있다'**는 의미는 부동산상의 부담을 승계한다는 취지로서 인적 채무까지 인수한다는 취지는 아니므로, 유치권자는 경락인에 대하여 그 피담보채권의 변제가 있을 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있을 뿐이고 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다(95다8713). 따라서 유치권의 부담이 있는 경매목적 부동산의 매수인이 유치권의 피담보채무를 변제하는 것은 민법 제469조에서 정하는 제3자의 변제에 해당한다. 유치권의 부담이 있는 경매목적 부동산의 매수인은 유치권의 피담보채권을 만족시키는 등으로 유치권을 소멸시키지 않는 한 그 인도를 받을 수 없고, 나아가 유치권자의 경매신청으로 부동산의 소유권을 잃을 위험도 있는 점(민법 제322조) 등에 비추어 보면 유치권의 피담보채무를 대신 변제할 이해관계 있는 제3자에 해당한다. 따라서 이 경우 매수인은 채무자의 의사에 반하여 유치권의 피담보채무를 변제할 수 있고, 그 피담보채무를 변제하였다면 특별한 사정이 없는 한 채무자에게 구상권을 행사할 수 있다(대법원 2021. 9. 30. 선고 2017다278743 판결).

1701) 민사집행법 제274조 제2항에 따라 유치권에 의한 경매절차가 정지된 상태에서 그 목적물에 대한 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 진행되어 매각이 이루어졌다면, 유치권에 의한 경매절차가 소멸주의를 원칙으로 하여 진행된 경우와는 달리, 그 유치권은 소멸하지 않는다(2011다35593).

1702) 부동산에 관하여 이미 경매절차가 개시되어 진행되고 있는 상태에서 비로소 그 부동산에 유치권을 취득한 경우에도 아무런 제한 없이 경매절차의 매수인에 대한 유치권의 행사를 허용하면 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이 크게 위협받게 됨으로써 경매 목적 부동산을 신속하고 적정하게 환가하기가 매우 어렵게 되고 경매절차의 이해관계인에게 예상하지 못한 손해를 줄 수도 있으므로, 그러한 경우에까지 입류채권자를

이전'받거나 '피담보채권이 발생'[1703]하여 '유치권을 취득'한 경우에는 경매절차의 매수인에 대하여 유치권을 행사할 수 없다고 본다.[1704]

따라서 ❶ 부동산에 '저당권'이 설정되거나 '가압류'등기가 된 뒤에 유치권을 취득하였더라도 경매개시결정등기가 되기 전에 유치권을 취득하였다면 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있고, ❷ '체납처분압류'가 되어 있는 부동산에 대하여 경매절차가 개시되기 전에 민사유치권을 취득한 유치권자는 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있다.[1705] ❸ 경매개시결정 전에 변제기 유예로 유치권을 상실했으나 점유 계속 중 경매개시결정이 되고 그 후 변제기가 재차 도래하여 유치권이 성립한 경우에는 그 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수도 있다.[1706]

(5) 유치권의 소멸 청구

민법 제324조[1707]에 따라, 유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유

비롯한 다른 이해관계인들의 희생 아래 유치권자만을 우선 보호하는 것은 집행절차의 법적 안정성이라는 측면에서 받아들일 수 없다(대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결의 다수의견). **유치권의 대항력을 부인하는 근거**를 다수의견은 '집행절차의 법적 안정성', '경매절차에 대한 신뢰'에, 소수의견은 '압류의 처분금지효'에 두고 있다.

1703) 예컨대, 채무자 소유의 건물에 관하여 증·개축 등 공사를 도급받은 수급인이 경매개시결정의 기입등기가 마쳐지기 전에 채무자로부터 그 건물의 점유를 이전받았다 하더라도 경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 공사를 완공하여 공사대금채권을 취득함으로써 그때 비로소 유치권이 성립한 경우에는, 수급인은 그 유치권을 내세워 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다(2011다50165, 2011다55214).

1704) 대법원 2022. 12. 29. 선고 2021다253710 판결, 위 전원합의체 판결의 다수의견. ☛ 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 있음을 채권자가 알았는지 여부 또는 이를 알지 못한 것에 관하여 과실이 있는지 여부 등은 채권자가 그 유치권을 매수인에게 대항할 수 없다는 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다(2006다22050).

1705) 위 전원합의체 판결의 다수의견.

1706) 대법원 2022. 12. 29. 선고 2021다253710 판결; 경매개시결정이 있기 전부터 유치권을 이유로 부동산을 점유하면서 채무자와 일정 기간 동안 변제기를 유예하기로 합의한 갑 주식회사가 그 후 개시된 경매절차에서 유치권 신고를 하였다가, 이후 갑 회사를 상대로 유치권부존재확인의 소가 제기되어 그 소송에서 갑 회사에 유치권이 존재한다는 판결이 선고되어 확정되자, 속행된 경매절차에서 다시 유치권 신고를 하였는데, 경매절차에서 부동산의 소유권을 취득한 을이 갑 회사를 상대로 부동산 인도와 부당이득반환을 청구한 **사안**에서, 갑 회사가 경매개시결정 전후로 계속하여 경매목적물을 점유해 왔으므로 갑 회사의 공사대금채권 변제기가 변제기 유예 이전에 이미 도래하여 갑 회사가 경매개시결정등기 전에 유치권을 취득하였을 경우, 경매개시결정 이후 변제기가 재차 도래함으로써 갑 회사가 다시 유치권을 취득하였다고 볼 여지가 있는 점, 경매개시결정 전후로 유치권자가 부동산을 계속 점유하면서 유치권을 신고하였고 현황조사보고서에 이러한 사정이 기재된 점, 유치권의 존재를 확인하는 판결까지 확정되어 매수인 등이 유치권의 존재를 알고 있었던 것으로 보이고 달리 거래당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의로 작출하였다는 사정을 찾아볼 수 없는 점을 종합하면 유치권의 행사를 허용하더라도 경매절차의 이해관계인에게 예상하지 못한 손해를 주지 않고 집행절차의 법적 안정성을 해치지 않아 유치권의 행사를 제한할 필요가 없으므로, 갑 회사가 경매절차의 매수인인 을에게 유치권을 주장할 수 있다고 봄이 타당한데도, 변제기 유예로 경매개시결정 당시 갑 회사의 공사대금채권이 변제기에 있지 않았다는 이유만으로 갑 회사가 유치권을 주장할 수 없다고 본 원심을 파기한 사례.

1707) 민법 제324조(유치권자의 선관의무) ① 유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 한다. ② 유치권자는 채무자의 승낙 없이 유치물의 사용, 대여 또는 담보제공을 하지 못한다. 그러나 유치물의 보존에 필요한 사용은 그러하지 아니하다. ③ 유치권자가 전2항의 규정에 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다. ☛ 하나의 채권을 피담보채권으로 하여 여러 필지의 토지에 대하여 유치권을 취득한 유치권자가 그중 일부 필지의 토지에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 위반하였다면 특별한 사정이 없는 한 위반행위가 있었던 필지의 토지에 대하여만 유치권 소멸청구가 가능하다(대법원 2022. 6. 16. 선고 2018다301350

하여야 하고, 소유자의 승낙[1708] 없이 유치물을 보존에 필요한 범위를 넘어 사용하거나[1709] 대여[1710] 또는 담보제공을 할 수 없으며, 소유자는 유치권자가 위 의무를 위반한 때에는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다. 유치권자의 위반행위 후 유치물의 소유권을 취득한 제3자도 유치권소멸청구를 할 수 있다.[1711]

(6) 피담보채권의 소멸

유치권의 피담보채권이 변제·상계·시효소멸·포기 등으로 소멸하면 유치권도 소멸한다. 민법 제321조에 따라,[1712] 유치물은 그 각 부분으로써 피담보채권의 전부를 담보하고, 이러한 유치권의 불가분성은 그 목적물이 분할 가능하거나 수개의 물건인 경우에도 적용된다.[1713]

유치권이 인정되는 아파트를 경락·취득한 자가 아파트 일부를 점유·사용하고 있는 유치권자에 대한 임료 상당의 부당이득금 반환채권[1714]을 자동채권으로 하고 유치권자의

판결).

1708) 유치권자로부터 건물을 임차한 피고가 유치권자의 유치권을 원용하여 현재 소유자인 원고의 건물인도청구를 거절하기 위해서는, 위 임대차 당시 건물의 소유자 또는 이후 소유자나 원고로부터 위 임대차에 관한 승낙을 받았다는 점에 관하여 주장·증명하여야 한다(2010다94700).

1709) 공사대금채권에 기하여 유치권을 행사하는 자가 스스로 유치물인 주택에 거주하며 사용하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유치물인 주택의 보존에 도움이 되는 행위로서 유치물의 보존에 필요한 사용에 해당한다(2009다40684). 유치권자에 의한 유치물 보존에 필요한 사용의 경우 민법 제323조의 과실수취권이 인정되고, 유치권자가 그 사용이익 상당을 피담보채권 변제에 충당한 경우, 소유자가 부당이득 반환을 구할 수는 없다(대법원 2023. 8. 31. 선고 2019다295278 판결).

1710) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2021다274243 판결; "대여는 임대차뿐만 아니라 사용대차도 포함되는데, 유치권자가 유치물을 다른 사람으로 하여금 사용하게 한 경우에 그것이 유치물의 보존에 필요한 사용을 넘어서는 것으로서 유치권 소멸 청구의 사유가 되는 사용 또는 대여에 해당하는지 여부는 유치물의 특성과 유치권자의 점유 태양, 유치권자와 사용자 사이의 관계, 사용자의 구체적인 사용방법 및 사용의 경위, 사용행위가 유치물의 가치나 효용에 미치는 영향, 사용자가 유치권자에게 대가를 지급하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다." ☚ 144억여 원의 공사대금채권자인 피고가 유치물의 보존을 위하여 자연녹지지역 임야 6필지 59,532㎡ 모든 곳을 항상 감시하며 주민들의 출입 등을 철저히 봉쇄할 것까지 요구된다고 보기는 어렵고, 그 중 인근 주민이 소규모로 90여 곳에 흩어져 무단경작해 왔던 2,148㎡의 경작지 이용을 유치권 행사 후에도 허락·묵인하였다고 하더라도 유치물의 보존에 필요한 정도를 넘어서는 사용·대여행위를 하였다고 인정하기 어려우므로, 유치물 점유에 관한 선관주의의무를 위반하였다고 볼 수 없다 하여 원고의 유치권소멸청구 주장을 배척한 예.

1711) 대법원 2023. 8. 31. 선고 2019다295278 판결; "유치권소멸청구는 유치권자의 선량한 관리자의 주의의무 위반에 대한 제재로서 채무자 또는 유치물의 소유자를 보호하기 위한 규정이므로, 특별한 사정이 없는 한 민법 제324조 제2항을 위반한 임대행위가 있은 뒤에 유치물의 소유권을 취득한 제3자도 유치권소멸청구를 할 수 있다."

1712) 민법 제321조(유치권의 불가분성) 유치권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 유치물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다.

1713) 대법원 2022. 6. 16. 선고 2018다301350 판결. 예컨대, 다세대주택 창호 등의 공사를 완성한 하수급인이 공사대금채권 잔액을 변제받기 위하여 다세대주택 중 한 세대를 점유하여 유치권을 행사하는 경우, 그 유치권은 위 한 세대에 대하여 시행한 공사대금만이 아니라 다세대주택 전체에 대하여 시행한 공사대금채권의 잔액 전부를 피담보채권으로 하여 성립한다(2005다16942).

1714) 유치권자가 유치물의 보존에 필요한 사용을 한 경우 특별한 사정이 없는 한 차임에 상당한 이득을 소유자에게 반환할 의무가 있는바(2009다40684), 건물의 유치권자가 건물을 사용하였을 경우 건물의 유치권자는 건물의

종전 소유자에 대한 유익비상환채권을 수동채권으로 하여 상계할 수는 없다.[1715]

유치권의 행사는 그 피담보채권의 소멸시효 진행에 영향을 미치지 아니한다(민법 제326조). 유치권이 성립된 부동산의 매수인은 피담보채권의 소멸시효 완성을 원용할 수 있다(피담보채권의 단기 소멸시효기간이 확정판결 등에 의하여 10년으로 연장된 경우 종전의 단기소멸시효기간을 원용할 수는 없다).[1716]

종중 소유 토지에 대한 종중과 종중원 간 묵시적 사용대차계약의 경우, '사용·수익에 충분한 기간'이 지나면 종중원의 유익비상환청구권은 포기한 것으로 보아야 한다.[1717]

채무자나 유치물의 소유자는 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(민법 제327조).[1718]

(7) 점유상실에 의한 유치권의 소멸

유치권 발생 후 '유치권자의 점유 상실'은 유치권 소멸 사유로서[1719] 유치권 항

소유자가 아니므로 그 건물의 대지 부분을 점유·사용하였다고 볼 수 없고, 그 차임 상당액을 대지소유자가 아닌 건물소유자에게 부당이득으로 반환하여야 한다(2009다28462).
유치권자가 유치물에 관하여 제3자와의 사이에 전세계약을 체결하여 전세금을 수령하였다면 그가 얻은 구체적 이익은 그가 전세금으로 수령한 금전의 이용가능성으로서 결국 전세금에 대한 법정이자 상당액이고, 그가 이와 같이 구체적으로 얻은 이익과 관계없이 추상적으로 산정된 차임 상당액을 부당이득으로 반환하여야 한다고 할 수 없다(2009다32324).

1715) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다101394 판결(아파트를 경락·취득한 원고가 점유·사용자인 피고에게 인도청구를 하고, 피고가 종전 소유자에 대한 유익비상환채권에 기해 유치권 항변을 하자, 원고가 피고에 대한 임료 상당의 부당이득금반환채권을 자동채권으로 하여 상계의 재항변을 한 사안에서, 원심은, 형평의 원칙상 상계를 허용하는 것이 타당하다고 하여 양 채권이 대등액의 범위 내에서 소멸하였다고 판단한 데 대하여, 대법원은, "수동채권으로 될 수 있는 채권은 상대방이 상계자에 대하여 가지는 채권이어야 하고, 그 상대방이 제3자에 대하여 가지는 채권과는 상계할 수 없다고 보아야 한다."라고 판시한 다음 원심판결에는 상계의 요건에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 예).

1716) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다39530 판결; "유치권이 성립된 부동산의 매수인은 피담보채권의 소멸시효가 완성되면 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 자에 해당하므로 소멸시효의 완성을 원용할 수 있는 지위에 있다고 할 것이나, 매수인은 유치권자에게 채무자의 채무와는 별개의 독립된 채무를 부담하는 것이 아니라 단지 채무자의 채무를 변제할 책임을 부담하는 점 등에 비추어 보면, 유치권의 피담보채권의 소멸시효기간이 확정판결 등에 의하여 10년으로 연장된 경우 매수인은 그 채권의 소멸시효기간이 연장된 효과를 부정하고 종전의 단기소멸시효기간을 원용할 수는 없다 할 것이다."

1717) 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다3914, 3921, 3938 판결; "종중이 종중원에게 종중 소유 토지를 무상으로 사용하도록 하는 사용대차계약이 묵시적으로 성립했다고 볼 수 있는 경우 유익비상환청구권을 인정하는 것은 신중을 기해야 한다. 토지에 대한 장기간의 무상 사용대차계약은 종중과 종중원 관계가 아니라면 찾아보기 힘들 정도로 매우 이례적인 데다가, 토지를 장기간 무상으로 사용하면서 토지 사용이익을 향유한 종중원이 종중을 상대로 유익비상환청구를 하는 것은 형평에 어긋날 수 있기 때문이다. 따라서 이러한 경우에는 사용·수익에 충분한 기간이 지나면 종중의 반환 요청을 받은 종중원이 유익비를 지출하였더라도 그 상환을 청구하지 않고 토지를 그대로 반환한다는 묵시적 약정이 포함되어 있다고 보는 것이 당사자의 진정한 의사에 부합한다고 볼 수 있다."

1718) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2019다216077 판결; "유치권 소멸 청구는 민법 제327조에 규정된 채무자뿐만 아니라 유치물의 소유자도 할 수 있다. 민법 제327조에 따라 채무자나 소유자가 제공하는 담보가 상당한지는 담보 가치가 채권 담보로서 상당한지, 유치물에 의한 담보력을 저하시키지 않는지를 종합하여 판단해야 한다. 따라서 유치물 가액이 피담보채권액보다 많을 경우에는 피담보채권액에 해당하는 담보를 제공하면 되고, 유치물 가액이 피담보채권액보다 적을 경우에는 유치물 가액에 해당하는 담보를 제공하면 된다." ☛ 담보제공에 근거한 유치권 '소멸청구의 의사표시'를 함으로써 유치권은 소멸한다(2001다59866).

변에 대한 재항변 사유이고, '점유의 회복'은 재재항변 사유이다. 불법적인 점유 침탈이라 하더라도 유치권은 소멸되고(이 경우 적극적으로 유치권부존재확인을 구하는 것은 반신의칙·권리남용에 해당하여 허용되지 않을 수 있다[1720]), 다만 점유회수의 소를 제기하여 승소판결을 받는 등으로 점유를 회복하게 되면 유치권은 되살아나나, 점유의 회복이 이루어지지 아니한 이상 점유회수청구사건에서 승소판결을 받았다는 사실만으로 유치권이 존재한다고 할 수는 없다.[1721] 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 종료되더라도 직접점유자가 목적물을 반환하기 전까지는 간접점유의 점유매개관계가 단절되지 않고, 간접점유 및 그에 기초한 유치권도 소멸하지 않는다.[1722]

마) 효 과

물건의 인도를 청구하는 소송에서 피고의 유치권 항변이 인용되는 경우, 그 물건에 관하여 생긴 채권의 변제와 상환으로 물건의 인도를 명하여야 하고,[1723] 나머지

1719) **민법 제328조(점유상실과 유치권소멸)** 유치권은 점유의 상실로 인하여 소멸한다.
따라서 점유 승계인이 전 점유자를 대위하여 유치권을 주장할 수는 없다. 왜냐하면 피대위자인 전 점유자가 그 점유를 상실하면서 곧 유치권을 상실하기 때문이다(72다548). 위 조문에 의하면 '유치권'에 기초한 반환(인도)청구권은 인정될 수 없고, '점유권'에 기초한 반환(인도)청구권을 행사해야 한다.

1720) ❶ 공매절차에서 점유자의 유치권 신고 사실을 알고 부동산을 매수한 자가 그 점유를 침탈하여 유치권을 소멸시키고 나아가 고의적인 점유이전으로 유치권자의 확정판결에 기한 점유회복조차 곤란하게 하였음에도 유치권자가 현재까지 점유회복을 하지 못한 사실을 내세워 유치권자를 상대로 적극적으로 유치권부존재확인을 구하는 것은, 자신의 불법행위로 초래된 상황을 자기의 이익으로 원용하면서 피해자에 대하여는 불법행위로 인한 권리침해의 결과를 수용할 것을 요구하고, 나아가 법원으로부터는 위와 같은 불법적 권리침해의 결과를 승인받으려는 것으로서, 이는 명백히 정의 관념에 반하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없는 것으로 권리남용에 해당하여 허용되지 않는다(2009다96953). ❷ 대법원 2023. 7. 13. 선고 2021다274243 판결; 소외 신탁자가 피고의 유치권 존재를 알고 있는 상태에서 점유침탈행위로 피고의 유치권을 소멸하게 하였음에도 수탁자인 원고가 점유침탈행위로 직접점유를 취득한 신탁자를 통하여 간접점유를 취득한 다음 피고를 상대로 현재까지 점유회복을 하지 못한 사실을 내세워 적극적으로 유치권부존재확인을 구하는 것은 신의칙에 반하는 권리행사 또는 권리남용에 해당하여 허용되지 않는다고 하면서, 이는 신탁자의 불법행위로 초래된 상황을 수탁자의 이익으로 원용하면서 피해자에 대하여는 불법행위로 인한 권리침해의 결과를 수용할 것을 요구하고, 나아가 법원으로부터는 위와 같은 불법적 권리침해의 결과를 승인받으려는 행위로서 명백히 정의 관념에 반하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없기 때문이라고 판단한 예.

1721) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다72189 판결(甲 회사가 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 사안에서, 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 위법이 있다고 한 사례).

1722) 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019다205329 판결; "간접점유를 인정하기 위해서는 간접점유자와 직접점유를 하는 자 사이에 일정한 법률관계, 즉 점유매개관계가 필요한데, 간접점유에서 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 해지 등의 사유로 종료되더라도 직접점유자가 목적물을 반환하기 전까지는 간접점유자의 직접점유자에 대한 반환청구권이 소멸하지 않는다. 따라서 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 종료된 이후에도 직접점유자가 목적물을 점유한 채 이를 반환하지 않고 있는 경우에는, 간접점유자의 반환청구권이 소멸한 것이 아니므로 간접점유의 점유매개관계가 단절된다고 할 수 없다."

1723) 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다5162 판결; 甲 교회 목사 乙이 교인총회에서 소속 교단을 탈퇴하기로

청구를 기각하여야 한다. 저당권 설정 후에 민사유치권을 취득한 자는 그 저당권 실행절차에서 목적물을 매수한 사람을 포함하여 목적물의 소유자 기타 권리자에 대하여 대세적인 인도거절권능을 행사할 수 있고, 민사유치권자는 자신의 채권을 목적물의 교환가치로부터 일반채권자는 물론 저당권자에 대하여도 그 성립의 선후를 불문하고 우선적으로 자기 채권의 만족을 얻을 수 있다.[1724] 상사유치권자는 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에게 대항할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.

4) 질 권

민법-채권총칙-채권양도-'지명채권에 대한 질권 설정에의 준용' 부분 참조.

5) 근저당권설정등기 말소등기청구

가) 근저당권설정등기 말소등기청구의 요건사실

'소유권'에 기한 근저당권설정등기 말소등기청구의 요건사실은, ① '원고의 소유' 사실, ② '피고 명의의 근저당권설정등기의 경료' 사실,[1725] ③ '근저당권등기 원인무효'의 근거 사실[1726]이고, '근저당권설정계약'에 기한 경우에는 ①이 '원·피고 간의 근저당권설정계약 체결' 사실로 대체된다.

소유권 대신에 '근저당권'에 기한 방해배제청구로서 무효인 선순위 근저당권설정등기나 가등기의 말소등기를 구할 수도 있는데,[1727] 이 경우에는 ① 요건이 '원고가 근저당권자'인 사실로 대체된다. 토지 소유권에 기한 가등기말소청구소송에서 청구기각된 확정판

결의하고 독립교회인 丙 교회를 설립한 후 종전 교회건물을 丙 교회가 점유·사용하고 있었는데, 甲 교회가 乙을 비롯한 丙 교회 목사와 장로들을 상대로 교회건물 등에 대한 출입금지 등을 구한 사안에서, 교회건물 등의 점유자로서 민법 제203조 제1항, 제2항에 의하여 필요비와 유익비의 상환을 받을 수 있는 권리자는 丙 교회이므로, 구성원 일부에 지나지 않는 乙 등을 상대로 교회건물 등에 대한 출입금지 등을 구하는 경우에 소송당사자도 아닌 丙 교회가 위 비용을 지급받는 것과 상환으로 乙 등에 대한 甲 교회 청구를 인용할 수는 없으므로, 원심이 乙 등의 유치권 주장을 받아들이면서도 상환이행 판결을 하지 아니한 것이 위법하다고 볼 수 없다고 판시.

1724) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결 등.

1725) 이는 소송요건으로서 직권조사사항이다(73다252). 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행을 구하는 소송 중 그 근저당권설정등기가 경락을 원인으로 하여 말소된 경우에는 더 이상 근저당권설정등기의 말소를 구할 법률상 이익이 없다(2007다34135). 상고심 계속 중에 말소된 경우에도 말소등기를 구할 법률상 이익이 없게 되어 소는 부적법하여 각하된다(2002다57904).

1726) 피담보채무의 소멸 등 근저당권의 무효사유는 주요사실로서 자백의 대상이 된다(대법원 2000. 10. 10. 선고 2000다19526 판결; '근저당권설정등기의 채무자인 소외 1로부터 채무를 변제받고, 소외 2에게 새로이 대출을 하면서 근저당권설정등기의 채무자 명의를 변경한 것'이라는 피고의 진술은, 채무자를 소외 1로 한 피고 명의의 근저당권에 무효사유(피담보채무의 소멸)가 있다는 구체적인 사실로서 주요사실이므로 자백의 대상이 된다고 한 예)).

1727) 후순위 근저당권자가 선순위 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구한 사안(대법원 2000. 10. 10. 선고 2000다19526 판결), 근저당권자가 가등기의 말소등기절차의 이행을 구한 데 대하여 매매예약이 쌍방을 대리해서 체결한 것으로 민법 제124조에 따라 무효임을 이유로 인용한 사안(대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다261381 판결).

결의 기판력은 위 소송의 변론종결 후 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자가 근저당권에 기하여 같은 가등기에 대한 말소청구를 하는 경우에는 미치지 않는다.[1728]

나) 담보계약에 기한 말소등기청구와 소유권에 기한 말소등기청구의 관계

저당권이나 가등기담보권과 같은 담보권 설정 계약이 그 효력을 상실한 경우 그 계약에 기한 담보등기 말소등기청구와 소유권에 기한 담보등기 말소등기 청구는 청구원인을 달리하는 것으로서 소송물을 달리하고[1729] 서로 기판력이 미치지 아니한다.[1730]

근저당권이 설정된 후에 부동산 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는, 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론, 근저당권설정자인 종전의 소유자도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권 소멸에 따른 원상회복으로 근저당권자에게 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 계약상 권리가 있으므로 이러한 계약상 권리에 터잡아 근저당권자에게 피담보채무의 소멸을 이유로 하여 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다.[1731]

따라서 예컨대, 피담보채권 소멸로 인한 근저당권설정등기 말소등기 청구의 경우, 소유권에 터 잡아 원인무효로 인한 근저당권설정등기의 말소등기를 청구하는 경우이든, 근저당권설정계약상의 권리에 기하여 원상회복으로 담보물의 반환을 받기 위하여 근저

1728) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다261381 판결; "토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 가등기 말소청구소송의 소송물은 가등기말소청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 가등기말소청구권의 부존재 그 자체에만 미치고, 소송물이 되지 않은 토지 소유권의 존부에 관하여는 미치지 않는다. 나아가 위 청구기각된 확정판결로 인하여 토지 소유자가 갖는 토지 소유권의 내용이나 토지 소유권에 기초한 물권적 청구권의 실체적인 내용이 변경, 소멸되는 것은 아니다. 위 가등기말소청구소송의 사실심 변론종결 후에 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자는 적법하게 취득한 근저당권의 일반적 효력으로서 물권적 청구권을 갖게 되고, 위 가등기말소청구소송의 소송물인 패소자의 가등기말소청구권을 승계하여 갖는 것이 아니며, 자신이 적법하게 취득한 근저당권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 소송상 청구를 하는 것이므로, 위 제3자는 민사소송법 제218조 제1항에서 정한 확정판결의 기판력이 미치는 '변론을 종결한 뒤의 승계인'에 해당하지 않는다. 따라서 토지 소유권에 기한 가등기말소청구소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 위 소송의 변론종결 후 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자가 근저당권에 기하여 같은 가등기에 대한 말소청구를 하는 경우에는 미치지 않는다."(매매예약이 쌍방을 대리해서 체결한 것으로 민법 제124조에 따라 무효이므로 피고는 근저당권자인 원고에게 가등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 한 예.) ☛ 이는 종전의 대법원 1984. 9. 25. 선고 84다카148 판결(전·후소 토지 인도청구), 대법원 1999. 10. 22. 선고 98다6855 판결(전·후소 건물 인도청구), 대법원 2014. 10. 30. 선고 2013다53939 판결(전소 건물 소유권등기 말소등기청구, 후소 건물 인도청구)과 동일한 취지의 판시이다.

1729) 대법원 1988. 9. 13. 선고 86다카1332 판결; "채무자가 제3자 명의로 신탁하여 소유권등기를 마친 부동산을 채권자에게 담보로 제공하고 채권자 명의로 가등기 및 이에 기한 소유권이전등기를 마쳤다가 그 후 그 피담보채무를 모두 변제함으로써 담보권이 소멸된 경우에, 채무자는 명의수탁자를 대위하여 위 부동산의 소유권에 터잡은 말소등기청구권을 행사할 수 있음은 물론, 담보설정계약의 당사자로서 담보권 소멸에 따른 원상회복으로 담보권자에게 담보물의 반환을 구할 수 있는 계약상 권리가 있으므로 이러한 계약상 권리에 터잡아 채권자에게 위 가등기 등 담보권등기의 말소를 청구할 수 있다."

1730) 대법원 1993. 9. 14. 선고 92다1353 판결(소유권에 기한 방해배제청구권의 행사로서 말소등기청구를 한 전소의 확정판결의 기판력이 계약해제에 따른 원상회복으로 말소등기청구를 하는 후소에 미치지 않는다고 한 사례).

1731) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93다16338 전원합의체 판결.

당권설정등기의 말소등기청구를 하는 경우이든, 그 각 청구 안에서는 '피담보채권 소멸'의 사유가 근저당권설정계약의 무효,[1732] 취소 등의 사유와 함께 독립된 공격방어방법의 하나에 불과하나,[1733] 위 양 청구는 소송물을 달리하는 것이다.[1734]

1732) 위조 무효의 경우에는 계약상 권리는 인정될 여지가 없고 소유권에 기한 청구권만 인정될 것이다.

1733) ○ 대법원 1993. 3. 26. 선고 92다32876 판결; 원심이, 피고 회사가 피고 2, 3을 상대로 소유권이전등기 말소등기절차 이행의 소를 제기하면서, 피고 2의 소유권이전등기는 원래 담보 목적으로 경료된 것인데 그 피담보채무가 1988. 11. 4.자 변제공탁으로 소멸되었으므로 그 등기는 더 이상 원인이 없는 무효의 등기이고, 피고 3은 그 등기가 담보 목적으로 경료된 등기임을 알고서 이전등기를 마친 것이므로 그 피담보채무가 소멸된 이상 피고 3의 이전등기 역시 원인 없는 무효의 등기라고 주장하였으나, 피고 회사의 청구기각 판결이 1989. 8.경 확정된 사실을 인정한 다음, '말소등기청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 등기원인의 무효에 국한되므로 전소의 변론종결 전까지 주장할 수 있었던 무효사유는 어느 것이나 말소등기청구권의 존재를 이유 있게 하는 이른바 독립된 공격방법에 불과하여 서로 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니라 할 것'인바, 피고 회사가 피고 2, 3에 대하여 말소등기청구권이 없음이 판결로 확정된 이상 그 판결의 기판력에 의하여 피고 회사는 전소의 변론종결 이전까지 주장할 수 있었던 무효사유 즉 주주총회의 특별결의 없이 피고 회사의 유일 재산인 부동산을 처분하여 원인무효라는 사유를 들어 그 이전등기의 말소등기청구권이 있음을 주장할 수 없게 되고, 따라서 피고 회사의 채권자인 원고 역시 피고 회사를 대위하여 피고 2, 3에게 그 말소등기를 청구할 수 없다 하여 원고의 각 청구를 기각한 데 대하여, 대법원은, 위와 같이 전소의 기판력에 저촉된다고 한 판단 자체에는 위법이 없다고 한 예(나아가, 원고는 채권자대위소송의 당사자적격이 없다 하여 원심판결을 파기, 자판하여 소각하함).

○ 대법원 1980. 9. 9. 선고 80다1020 판결; 전소와 후소가 동일 당사자 사이에서 동일 소송물인 소유권이전등기 말소청구에 관한 것으로, 청구원인 사실이 전소에 있어서는 소외인의 무권대리 행위를, 후소에 있어서는 무권대리로 인한 채권·채무관계의 부존재를 이유로 채권담보 조의 소유권이전등기가 원인무효라고 주장하는 경우에, 대리권 흠결이나 채권·채무의 부존재라는 주장은 위 소유권이전등기가 원인무효라는 청구원인에 대한 공격방어방법에 불과하여 후소는 전소의 기판력에 저촉된다고 한 예.

⇔ 82다카1203 판결의 '판결요지'로 '담보목적으로 경료된 소유권이전등기의 피담보채무를 변제하였음을 이유로 하여 말소를 구하는 본소청구와 소유권이전등기가 원인무효임을 이유로 하여 말소를 구하는 전소청구는 소송물이 동일하다고 볼 수 없으므로 전소에 대한 확정판결의 기판력은 본소에 미치지 아니한다.'고 기재되어 있어 자칫 오독(誤讀)될 여지가 있으나, "말소등기청구에 관하여 보건대, 이는 전소인 위 2차소송의 변론종결 후에 담보목적으로 경료된 이 사건 소유권이전등기의 피담보채무를 변제하였음을 이유로 말소등기를 청구하는 것이므로 이 사건 소유권이전등기가 원인무효임을 이유로 그 말소등기를 청구한 전소와는 소송물이 동일하다고 볼 수 없으니 전소판결의 기판력에 구속되지 않는다고 판단한 원심조치는 정당하다."는 판시로서, 전소 기판력의 차단효가 미치지 않는 표준시 후의 새로운 사유 발생에 중점이 있는 것으로 보아야 하고, 소송물의 관점에서 보더라도 전소는 소유권에 기한 청구, 후소는 담보계약에 기한 청구로 달리 본 것으로 이해할 수 있다.

한편, 85다353 판결은, "사기에 의한 의사표시 취소를 원인으로 한 원고의 이 사건 근저당권설정등기의 말소청구는 이 사건 근저당권설정계약이 기망에 의하여 체결되었음을 이유로 이를 취소하고 이에 터잡아 경료된 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다는 취지이고, 피담보채무의 부존재를 원인으로 한 원고의 이 사건 근저당권설정등기의 말소청구는 피담보채무가 없으니 근저당권설정계약을 해지하고, 이에 터잡아 원상회복으로서 근저당권설정등기의 말소를 구한다는 취지임이 명백한 바, 위 청구들은 각 그 청구원인을 달리하는 별개의 독립된 소송물로서 선택적 병합관계에 있다고 볼 것이고, 동일한 소송물로서 그 공격방법을 달리하는 것에 지나지 않는 것으로 볼 것이 아니며"라고 판시하였는데, 전자는 소유권에 기한 물권적청구권, 후자는 그 판시상 "해지", "원상회복"이라는 문언에서 보듯이 채권적청구권에 각 터잡은 청구임을 밝혀, 별개의 소송물이라고 한 것이지, 소유권에 기한 청구든 계약에 기한 청구든 그 안에서 다시 원인행위의 '취소'와 '해지'의 차이로 소송물을 달리 한다고 본 것은 아니라고 이해함이 옳다.

1734) 대법원 1982. 12. 14. 선고 82다카148 판결; "동일 당사자 사이의 소유권이전등기 말소청구 사건에 있어서의 소송물은 당해 등기의 말소청구권이고, 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 등기원인의 무효에 국한되므로, 전소의 변론종결 전까지 주장할 수 있었던 무효사유는 그것이 무권대리행위, 불공정한 법률행위이거나 또는 통모허위표시에 의한 매매무효를 이유로 하거나 간에 다 같이 청구원인인 등기원인이 무효임을 뒷받침하는 이른바 독립된 공격방법에 불과하여 서로 별개의 청구원인을 구성하는

다) 근저당권설정등기의 추정력

근저당권설정등기가 마쳐진 경우 그 등기는 적법하게 된 것으로서 진실한 권리상태를 공시하는 것이라고 추정되므로 그 등기가 위법하게 된 것이라고 주장하는 상대방에게 그 추정력을 번복할 만한 반대사실을 증명할 책임이 있다.[1735] 근저당권설정등기가 소유자의 직접적인 설정행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 설정행위에 개입한 경우, 근저당권자 등이 그 제3자를 소유자의 대리인이라고 주장하더라도 근저당권설정등기는 적법하게 이루어진 것으로 추정되므로 그 등기가 원인무효임을 이유로 말소를 청구하는 소유자로서는 그 반대사실 즉, 그 제3자에게 소유자를 대리할 권한이 없었다든가, 또는 그 제3자가 근저당권설정등기에 필요한 서류를 위조하였다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다.[1736]

하지만, 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서, 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고,[1737] 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위(금전대여 등)가 있었는지 여부에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측(근저당권자, 근저당권부 채권

것이 아니므로, 기판력 표준시인 전소의 변론종결 전에 발생한 사유로서 전소에서 주장하지 아니하여 패소한 경우라도 그 사유는 전소의 확정판결의 기판력에 의하여 후소에서 주장하여 확정판결의 내용을 다툴 수 없음은 소론과 같으나, 이 경우 기판력은 당사자와 소송물이 동일한 경우에 한한다 할 것인바" ☜ 전소에서는 피고가 원고에 대하여 건물 소유권에 기하여 원고 명의의 소유권이전등기가 원인무효인 소외인 명의의 가등기 및 본등기를 기초로 한 무효등기임을 이유로 '직접' 말소등기를 청구하였음에 대하여, 후소에서는 소외인 명의의 소유권이전등기는 피고가 채권담보의 목적으로 적법하게 경료한 등기이나 원고 명의의 등기는 소외인과 원고 사이의 가장매매를 원인으로 한 무효의 등기이고, 피고는 전소의 변론종결 후에 소외인에게 피담보채무의 원리금을 모두 변제공탁하여 채무소멸하였음을 이유로 소외인을 '대위'하여 그 등기의 말소를 구하는 것이어서 위 양소는 청구원인을 달리하는 별개의 소송이라고 할 것이므로 전소의 판결의 기판력은 후소에 미치지 않는다고 한 예; 이 사안 역시 소송물의 동일 여부보다는, 전소 기판력의 차단효가 미치지 않는 표준시 후의 새로운 사유 발생에 중점을 두고 이해함이 옳다.

1735) 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다72763 판결. ☛ 2018다260565; '계약인수'를 원인으로 하여 채무자 명의를 소외 1로부터 소외 2로 변경하는 근저당권변경등기가 마쳐진 이상, 그 변경등기가 적법한 '계약인수'에 따라 마쳐진 것으로 추정되므로, 소외 1은 위 근저당권설정계약관계로부터 생기는 포괄적인 권리의무를 소외 2에게 양도함으로써 위 계약관계에서 탈퇴하게 되고, 이로써 기존에 부담하던 피담보채무 역시 소외 2에게 이전되어 소외 1의 소극재산에서 제외되었다고 봄이 타당하다고 한 예.

1736) 대법원 1993. 10. 12. 선고 93다18914 판결. ☛ 친권자의 채무를 담보하기 위하여 미성년자 소유의 부동산에 관하여 특별대리인에 의해 타인 명의로 근저당권설정등기가 경료된 경우에도, 그 근저당권설정등기의 무효를 주장하는 자가 특별대리인이 권한 없이 그 등기를 경료한 것이라는 점을 증명하여야 한다(96다1139). 자기계약, 쌍방대리를 금지한 민법 제124조(본인과 대리인 간의 이해의 충돌이 있는 때에도 적용된다)를 위반하여 한 근저당권 설정계약은 무권대리행위로서 무효이다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다271070 판결).

1737) 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결(근저당권설정계약만 체결하였을 뿐, 피담보채권을 성립시키는 의사표시가 있었다고 볼 만한 자료가 없으므로 피담보채권이 존재하지 않아 근저당권이 무효라고 볼 여지가 있다고 한 예).

에 대한 압류권자 등)에 있다.[1738]

라) '근저당권설정등기 원인무효'의 주장·증명

(1) 피담보채무의 확정과 부존재

앞서 본 ③ 요건(근저당권설정등기의 원인무효)의 전형적 사유는 '피담보채무의 부존재'인데,[1739] 근저당권의 경우 그 피담보채무가 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 저당권에 영향을 미치지 아니하므로(민법 제357조[1740] 제1항 후단), 원고로서는 먼저 '피

1738) ❶ 대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다212594 판결; "원심은, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있는데, 이 사건 제4근저당권은 그 피담보채권이 실제 존재한다고 볼 증거가 부족하다는 이유로, 피담보채권의 존재를 주장하는 피고의 항변을 배척하였다. … 원심의 위와 같은 판단에 … 근저당권의 피담보채권에 대한 증명책임에 관한 법리를 오해 … 잘못이 없다." ❷ 甲(배당이의 피고)이 채권자들의 강제집행을 면탈할 목적으로 아무런 원인관계 없이 소유 부동산에 관하여 乙을 근저당권자로 한 근저당권설정등기를 마쳤는데, 丙(배당이의 원고)이 乙의 甲에 대한 근저당권부 채권에 관하여 채권압류 및 전부명령을 받은 **사안**에서, **원심**이, '甲과 乙 사이에 체결된 근저당권설정계약은 통정허위표시에 해당하여 무효이고, 丙은 통정허위표시를 기초로 하여 새로이 법률상 이해관계를 가진 선의의 제3자에 해당하므로, 甲은 丙에 대하여 위 근저당권설정계약의 무효를 주장할 수 없다'고 판단한 데 대하여, **대법원**은 '甲은 근저당권설정계약만을 체결하였을 뿐 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위 자체가 없었다고 다투고 있으므로, 그러한 법률행위가 존재하는지 여부가 문제된다 할 것인데, 그에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 丙에게 있고, 그에 관한 丙의 증명이 부족하다면 압류는 무효라고 할 것이다. 그렇다면 원심으로서는 甲과 乙 사이의 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대하여 충분한 심리를 하였어야 할 것임에도 불구하고, 이에 대한 심리를 제대로 하지 아니한 채 丙의 청구를 인용하였으니, 원심판결에는 … 위법이 있다.'고 한 예(2010다107408). ❸ **원심**이, '근저당권등기가 마쳐진 이상 원고가 근저당권자인 소외인으로부터 금원을 차용한 것으로 추정되고 그 추정과 다르게 원고 주장과 같이 근저당권등기가 피담보채권을 성립시키는 법률행위 없이 경료된 것이라면 그와 같은 사정을 원고가 증명하여야 한다고 전제한 후, 위와 같은 사정을 인정할 원고의 입증이 부족하다는 이유로 근저당권이 있는 채권의 압류권자인 피고들을 상대로 근저당권 말소등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 원고의 청구를 기각'한 데 대하여, **대법원**은 '원고가 근저당권등기 당시 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 없었다고 다투는 이 사건에 있어서 원고가 근저당권자인 소외인으로부터 금전을 차용하였는지 여부에 대한 입증책임은 위 차용행위의 존재를 주장하는 피고들에게 있다고 할 것이고, 그에 관한 피고들의 입증이 부족하다면 이 사건 근저당권과 압류는 무효로 되어, 압류권자인 피고들은 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 할 의무를 부담하는 것이라 할 것이므로, 그와 달리 원고가 주장하는 차용행위의 부존재를 인정할 만한 입증이 부족하다는 이유로 원고의 청구를 기각한 원심판결에는 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위의 존재에 대한 입증책임의 법리 … 위법이 있다.'고 판시한 예(2009다72070).

1739) **민법 제369조(부종성)** 저당권으로 담보한 채권이 시효의 완성 기타 사유로 인하여 소멸한 때에는 저당권도 소멸한다. ☛ 피담보채권이 소멸하면 저당권은 그 부종성에 의하여 당연히 소멸하게 되므로, 그 말소등기가 경료되기 전에 그 저당권부채권을 가압류하고 압류 및 전부명령을 받아 저당권 이전의 부기등기를 경료한 자라 할지라도, 그 가압류 이전에 그 저당권의 피담보채권이 소멸된 이상, 그 근저당권을 취득할 수 없고, 실체관계에 부합하지 않는 그 근저당권 설정등기를 말소할 의무를 부담한다(2002다27910).

1740) **민법 제357조(근저당)** ① 저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 이를 설정할 수 있다. 이 경우에는 그 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 저당권에 영향을 미치지 아니한다.
② 전항의 경우에는 채무의 이자는 최고액 중에 산입한 것으로 본다.
◎ **피담보채무의 범위**
❶ 저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보하는데(**민법 제360조 본문**), 이자는 민법 제357조 제2항의 명문 규정으로, 위약금·손해배상금은 해석에 의하여 최고액 중에 포함된다. 저당권의 피담보채권 범위에 관한 제360조 **단서**('지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다')는 근저당권에 적용되지 않으므로 근저당권의 피담보채권 중 지연손해금도 근저당권의 채권최고액 한도에서 전액 담보된다(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다240851 판결). 따라서 지연손해금은 최고액의 범위 내인 한 1년 이상의 분도 담보되고, 최고액을 초과하는 지연손해금

담보채무 부존재'의 전제사실로서 '결산기의 합의 및 그 도래 사실'이나 '근저당권설정자가 해지의 의사표시를 한 사실', 또는 '근저당권자가 경매를 신청한 사실' 등[1741]과 같은

은 1년분의 범위 내라도 근저당권에 의하여 담보되지 아니한다. ❷ 피담보채무 확정 이후에 새로운 거래관계에서 발생한 원본채권은 근저당권에 의하여 담보되지 아니하지만, 확정 전에 발생한 원본채권에 관하여 확정 후에 발생하는 이자나 지연손해금 채권은 채권최고액의 범위 내에서 근저당권에 의하여 여전히 담보된다(2005다38300). ❸ 피담보채권이 확정된 이후에 비로소 발생하는 원금채권은 더 이상 근저당권에 의하여 담보될 수 없으므로, 근저당권자가 경매를 신청하면서 경매신청서의 청구금액 등에 장래 발생될 것으로 예상되는 원금채권을 기재하였거나 그 구체적인 금액을 밝혔다는 사정만으로 경매 신청 당시에 발생하지 않은 장래의 원금채권까지 피담보채권액에 추가될 수 없을 뿐만 아니라 경매절차상 청구금액이 그와 같이 확장될 수 있는 것도 아니다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2022다300248 판결; 근저당권자가 임의경매를 신청한 후 근저당목적물에 대한 경비용역비를 지출한 사안에서, 위 경비용역비 채권은 대출금 채권과 마찬가지로 일종의 원금채권일 뿐, 이미 발생한 원금채권의 '이자' 내지 '지연손해금'과 같은 부대채권이라고 볼 수는 없고, 피담보채권이 확정된 이후에 발생한 것으로서 근저당권에 의하여 담보될 수 없으며, 근저당권의 실행비용에 해당하지도 않아 우선변제받을 수 없다고 한 예). ❹ 근저당권설정계약서에 금융기관의 여신거래로부터 생기는 모든 채무를 담보하기로 하는 이른바 **포괄근지당권**을 설정한다는 문언이 기재된 경우 그 계약서는 처분문서이므로 특별한 사정이 없는 한 그 문언에 따라 의사표시의 내용을 해석하여야 함이 원칙이나, 그 계약서가 일반거래약관의 형태로 일률적으로 부동문자로 인쇄해 두고 사용하는 것이고 계약 체결의 경위와 목적, 피담보채무액, 근저당권설정자·채무자·채권자의 상호관계 등 여러 사정에 비추어 당사자의 의사가 계약서 문언과는 달리 특정한 채무만을 피담보채무로 하려는 취지였다고 인정할 수 있는 경우에는 당사자의 의사에 따라 그 담보책임의 범위를 제한하여야 한다(대법원 2020. 10. 15. 선고 2019다222041 판결).

1741) ◎ **피담보채무의 확정**

○ 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다47528 판결; "피담보채무의 확정은 근저당권설정계약에서 근저당권의 존속기간을 정하거나 근저당권으로 담보되는 기본적인 거래계약에서 결산기를 정한 경우에는 원칙적으로 존속기간이나 결산기가 도래한 때에 피담보채무가 확정된다고 할 것이지만, 이 경우에도 근저당권에 의하여 담보되는 채권이 전부 소멸하고 채무자가 채권자로부터 새로이 금원을 차용하는 등 거래를 계속할 의사가 없는 경우에는, 그 존속기간 또는 결산기가 경과하기 전이라 하더라도, 근저당권설정자는 계약을 해제하고 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있다고 할 것이고, 존속기간이나 결산기의 정함이 없는 때에는 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 언제든지 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있다고 할 것이며, 이러한 계약의 해제 또는 해지에 관한 권한은 근저당부동산의 소유권을 취득한 제3자도 원용할 수 있다."

○ 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다73022 판결; "근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 경우에는 경매신청 시에 근저당 채무액이 확정되고, 그 이후부터 근저당권은 부종성을 가지게 되어 보통의 저당권과 같은 취급을 받게 되는바, 위와 같이 경매신청을 하여 경매개시결정이 있은 후에 경매신청이 취하되었다고 하더라도 채무확정의 효과가 번복되는 것은 아니라고 할 것이다." ☞ 경매개시결정 전에 경매신청이 각하·취하된 경우에는 확정되지 않는다.

○ 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다50637 판결; "공동근저당권자가 목적 부동산 중 일부 부동산에 대하여 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받은 경우에, 해당 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매수인이 매각대금을 지급한 때에 확정되지만, 나머지 목적 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 기본거래가 종료하거나 채무자나 물상보증인에 대하여 파산이 선고되는 등의 다른 확정사유가 발생하지 아니하는 한 확정되지 아니한다. 공동근저당권자가 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받았다는 사정만으로는 당연히 채권자와 채무자 사이의 기본거래가 종료된다고 볼 수 없고, 기본거래가 계속되는 동안에는 공동근저당권자가 나머지 목적 부동산에 관한 근저당권의 담보가치를 최대한 활용할 수 있도록 피담보채권의 증감·교체를 허용할 필요가 있으며, 위와 같이 우선배당을 받은 금액은 나머지 목적 부동산에 대한 경매절차에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 없어 이후에 피담보채권액이 증가하더라도 나머지 목적 부동산에 관한 공동근저당권자의 우선변제권 범위는 위 우선배당액을 공제한 채권최고액으로 제한되므로 후순위 근저당권자나 기타 채권자들이 예측하지 못한 손해를 입게 된다고 볼 수 없기 때문이다." **[동일 취지]** 99다26085("후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 선순위 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 경락인이 경락대금을 완납한 때에 확정된다."), 2001두7329("조세채권자가 체납처분을 하는 경우에도 선순위 근저당권자의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매수대금을 완납한 때에 확정된다.").

○ 대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다12057 판결; "물상보증인이 설정한 근저당권의 채무자가 합병으로 소멸하는 경우 합병 후의 존속회사 또는 신설회사는 합병의 효과로서 채무자의 기본계약상 지위를 승계하지만

'피담보채무의 확정' 사실을 주장·증명하여야 한다.

피담보채무의 부존재는 변제, 상계, 공탁, 면제, 소멸시효의 완성 등과 같은 후발적 사유로 피담보채무가 소멸한 경우(대환,[1742] 면책적 채무인수[1743]는 피담보채무의 소멸사유가 아니다)뿐만 아니라, 피담보채무를 발생시키는 법률행위가 성립하지 않았거나 무효이거나 취소된 경우와 같이 원시적으로 발생하지 않은 경우도 포함되는데, 그 주장·증명책임은 채권·채무의 발생, 소멸에 관한 일반적인 주장·증명책임의 분배에 따라 피담보채무의 발생에 관하여는 근저당권자 측이, 그 발생의 장애나 소멸에 관하여는 근저당권설정자 측이 각각 부담한다.

'장래에 발생할 특정의 조건부 채권'도 피담보채권으로 확정될 수 있고, 그 확정 당시 조건이 성취되지 아니하였다는 사정만으로 근저당권이 소멸하는 것은 아니며, 경매절차는 유효하게 진행된다.[1744]

'저당권부 채권양도'에서 '피담보채권과 저당권 귀속의 일시적인 상이(相異)'는 저당권 무효사유가 아니나,[1745] 피담보채권의 처분이 있음에도 담보권의 처분이 따르지 않는 '특

물상보증인이 존속회사 또는 신설회사를 위하여 근저당권설정계약을 존속시키는 데 동의한 경우에 한하여 합병 후에도 기본계약에 기한 근저당거래를 계속할 수 있고, 합병 후 상당한 기간이 지나도록 그러한 동의가 없는 때에는 합병 당시를 기준으로 근저당권의 피담보채무가 확정된다고 보아야 한다. 따라서 위와 같이 근저당권의 피담보채무가 확정되면, 근저당권은 그 확정된 피담보채무로서 존속회사 또는 신설회사에 승계된 채무만을 담보하게 되므로, 합병 후 기본계약에 의하여 발생한 존속회사 또는 신설회사의 채무는 근저당권에 의하여 더 이상 담보되지 아니한다. 그리고 이러한 법리는 채무자의 합병 전에 물상보증인으로부터 저당목적물의 소유권을 취득한 제3자가 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다."

○ 대법원 2021. 1. 28. 선고 2018다286994 판결: "근저당권이 설정된 뒤 채무자 또는 근저당권설정자에 대하여 회생절차개시결정이 내려진 경우 그 근저당권의 피담보채무는 특별한 사정이 없는 한 회생절차개시결정을 기준으로 확정되므로, 확정 이후에 발생한 새로운 거래관계에서 발생한 원본채권이 그 근저당권에 의하여 담보될 여지는 없다."

1742) 은행이 채무자의 채무에 해당하는 금원을 신규대출하여 기존채무의 변제에 충당한 "대환"은 형식적으로는 별도의 대출에 해당하나 실질적으로는 기존채무의 변제기의 연장에 불과하므로 구 채무는 소멸하고 새로운 채무가 발생하였다고 볼 수 없다(90다카23271).

1743) 면책적 채무인수로 피담보채무가 소멸하는 것은 아니기 때문이다. 다만, 물상보증인을 보호하기 위하여 민법 제459조에서 제3자가 제공한 담보는 그의 동의가 없는 한 채무인수로 인하여 소멸하는 것으로 규정하고 있다(96다27476).

1744) 대법원 2015. 12. 24. 선고 2015다200531 판결 : "장래에 발생할 특정의 조건부 채권을 담보하기 위하여도 저당권을 설정할 수 있으므로 그러한 채권도 근저당권의 피담보채권으로 확정될 수 있고, 그 조건이 성취될 가능성이 없게 되었다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 확정 당시 조건이 성취되지 아니하였다는 사정만으로 근저당권이 소멸하는 것은 아니다. 담보권자가 피담보채권의 조건이 성취되기 전에 담보권을 실행하여 경매절차가 개시되었더라도 그 경매신청이나 경매개시결정이 무효로 되는 것은 아니고, 이러한 경우 채무자나 소유자는 경매개시결정에 대한 이의신청 등으로 경매절차의 진행을 저지할 수 있을 뿐이다. 따라서 이러한 조치를 취하지 아니한 채 경매절차가 진행되어 매각허가결정에 따라 매각대금이 납입되었다면, 이로써 매수인은 유효하게 매각부동산의 소유권을 취득하고 신청채권자의 담보권은 소멸하므로, 장래에 발생할 조건부 채권을 피담보채권으로 하여 임의경매를 신청한 담보권자도 배당을 받을 수 있다."(매매를 원인으로 한 소유권이전등기의 무의 이행불능으로 인한 전보배상청구권을 근저당권의 피담보채권으로 한 예).

1745) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다77888 판결: "피담보채권과 저당권을 함께 양도하는 경우에 채권양도는 당사자 사이의 의사표시만으로 양도의 효력이 발생하지만 저당권이전은 이전등기를 하여야 하므로 채권양도와 저당권이전등기 사이에 어느 정도 시차가 불가피한 이상 피담보채권이 먼저 양도되어 일시적으로 피담보채권

별한 사정'이 있는 경우에 담보권은 소멸하고, 담보권 소멸을 주장하는 사람이 특별한 사정에 대한 증명책임을 진다.[1746]

강제집행, 담보권 실행을 위한 경매에서 매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸된다(민사집행법 제91조 제2항, 제268조).[1747]

근저당권을 설정한 후에 근저당설정자와 근저당권자의 '합의'로 '피담보채무의 범위'를 '변경'할 수 있고, 후순위저당권자 등 이해관계인의 승낙을 받을 필요가 없다.[1748]

과 저당권의 귀속이 달라진다고 하여 저당권이 무효로 된다고 볼 수는 없으므로 … 피담보채권의 양도로 인하여 이 사건 근저당권이 소멸한다고 볼 수 없다고 판단한 것은 수긍할 수 있으나, … 원고 명의의 이 사건 근저당권은 그 피담보채권의 양수인인 참가인에게 이전되어야 할 것에 불과하고, 원고는 피담보채권을 양도하여 결국 피담보채권을 상실한 셈이므로, 집행채무자로부터 변제를 받기 위하여 배당표에 자신에게 배당하는 것으로 배당표의 경정을 구할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없고, 또한 참가인이 이 사건 저당권을 이전받지 못할 아무런 장애도 없는데도 피담보채권을 양수하고도 단지 등록세 등의 비용을 절약하기 위하여 장기간 저당권의 이전등기를 해태한 끝에 결국 저당권이 말소된 이 사건에서 양도인인 원고가 양수인인 참가인을 대신하여 변제를 수령할 수 있다고 볼 아무런 근거도 없다고 할 것이다."

1746) ○ 대법원 1999. 2. 5. 선고 97다33997 판결: "**담보물권의 수반성**이란 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 담보물권도 함께 처분된다는 것이 아니라 채권담보라고 하는 담보물권 제도의 존재 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 담보물권의 처분도 당연히 포함된다고 보는 것이 합리적이라는 것일 뿐이므로, 피담보채권의 처분이 있음에도 불구하고 담보물권의 처분이 따르지 않는 특별한 사정이 있는 경우에는 채권양수인은 담보물권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 되고 채권의 처분에 따르지 않은 담보물권은 소멸한다." ☞ 담보권이 소멸하였다고 주장하는 사람이 그 특별한 사정의 존재에 대한 증명책임을 진다(2017다17207).

○ 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016다235411 판결: "**민법 제361조**는 '저당권은 그 담보한 채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다.'고 정하고 있을 뿐 피담보채권을 저당권과 분리해서 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다고 정하고 있지 않다. 채권담보라고 하는 저당권 제도의 목적에 비추어 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 저당권의 처분도 당연히 포함된다고 볼 것이지만, 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 저당권도 함께 처분된다고는 할 수 없다. 따라서 저당권으로 담보된 채권에 질권을 설정한 경우 원칙적으로는 저당권이 피담보채권과 함께 질권의 목적이 된다고 보는 것이 합리적이지만, 질권자와 질권설정자가 피담보채권만을 질권의 목적으로 하고 저당권은 질권의 목적으로 하지 않는 것도 가능하고 이는 저당권의 부종성에 반하지 않는다. 이는 저당권과 분리해서 피담보채권만을 양도한 경우 양도인이 채권을 상실하여 양도인 앞으로 된 저당권이 소멸하게 되는 것과 구별된다."

1747) 따라서 전유부분과 함께 그 대지사용권인 토지공유지분이 일체로서 매각되고 그 대금이 완납되면, 설사 대지권 성립 전부터 토지만에 관하여 설정되어 있던 별도등기로서의 근저당권이라 할지라도 경매과정에서 이를 존속시켜 매수인이 인수하게 한다는 취지의 특별매각조건이 따로 정해지지 않았던 이상 위 근저당권은 위 토지공유지분에 대한 범위에서는 매각부동산 위의 저당권에 해당하여 매각으로 인하여 소멸한다(대법원 2021. 1. 14. 선고 2017다291319 판결).

1748) 대법원 2021. 12. 16. 선고 2021다255648 판결: "근저당권은 피담보채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권이다(민법 제357조 제1항 본문 참조). 근저당권을 설정한 후에 근저당설정자와 근저당권자의 합의로 채무의 범위 또는 채무자를 추가하거나 교체하는 등으로 피담보채무를 변경할 수 있다. 이러한 경우 위와 같이 변경된 채무가 근저당권에 의하여 담보된다. 후순위저당권자 등 이해관계인은 근저당권의 채권최고액에 해당하는 담보가치가 근저당권에 의하여 이미 파악되어 있는 것을 알고 이해관계를 맺었기 때문에 이러한 변경으로 예측하지 못한 손해를 입었다고 볼 수 없으므로, 피담보채무의 범위 또는 채무자를 변경할 때 이해관계인의 승낙을 받을 필요가 없다. 또한 등기사항의 변경이 있다면 변경등기를 해야 하지만(민법 제186조), 등기사항에 속하지 않는 사항은 당사자의 합의만으로 변경의 효력이 발생한다. … 피담보채무의 범위는 부동산등기법 제48조, 제75조 제2항에서 정한 근저당권의 등기사항에 해당하지 않으므로 당사자 합의만으로 변경의 효력이 있다."

(2) 제3자 명의의 근저당권설정등기

근저당권설정계약상의 채권자가 아닌 제3자 명의로 마쳐진 근저당권설정등기는 원칙적으로 피담보채무가 존재하지 아니하여 원인이 없거나 부종성에 반하는 무효의 등기이고, 예외적으로 ⓐ 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 데 대하여 '채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의'가 있고, ⓑ 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계[1749] 형성 등의 방법으로 '채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정'이 있는 경우에 한하여 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효한데,[1750] 위 ⓐ, ⓑ 사실은 근저당권말소등기청구의 피고인 근저당권자가 주장·증명하여야 한다.[1751]

(3) 피담보채무의 변제

(가) 채 무 자

채무자가 부동산의 소유자 겸 근저당설정자인 경우에 그 피담보채무는 채무자가 채권자인 근저당권자에 대하여 부담하는 채무 전액으로 보아야 하므로, 채무자로서

1749) 근저당권설정등기상 근저당권자가 다른 사람과 함께 채무자로부터 유효하게 채권을 변제받을 수 있고 채무자도 그들 중 누구에게든 채무를 유효하게 변제할 수 있는 관계, 가령 채권자와 근저당권자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는 그러한 근저당권설정등기도 유효하다(대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다212594 판결).

1750) 대법원 2001. 3. 15. 선고 99다48948 전원합의체 판결의 다수의견; "근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 근저당권자는 동일인이 되어야 하고, 다만 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다고 보아야 할 것이다. 그리고 부동산을 매수한 자가 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 매도인인 소유자의 승낙 아래 매수 부동산을 타에 담보로 제공하면서 당사자 사이의 합의로 편의상 매수인 대신 등기부상 소유자인 매도인을 채무자로 하여 마친 근저당권설정등기는 실제 채무자인 매수인의 근저당권자에 대한 채무를 담보하는 것으로서 유효하다고 함이 이 법원의 견해이다. 그리고 이러한 견해를 취하는 이상, 그 양자의 형태가 결합된 근저당권이라 하여도, 그 자체만으로는 부종성의 관점에서 근저당권이 무효라고 보아야 할 어떤 질적인 차이를 가져오는 것은 아니라고 보아야 할 것이다." ☜ 매매잔대금 채무를 지고 있는 부동산 매수인이 매도인과 사이에 소유권이전등기를 경료하지 아니한 상태에서 그 부동산을 담보로 하여 대출받는 돈으로 매매잔대금을 지급하기로 약정하는 한편, 매매잔대금의 지급을 위하여 당좌수표를 발행·교부하고 이를 담보하기 위하여 그 부동산에 제1 순위 근저당권을 설정하되, 그 구체적 방안으로서 채권자인 매도인과 채무자인 매수인 및 매도인이 지정하는 제3자 사이의 합의 아래 근저당권자를 제3자로, 채무자를 매도인으로 하기로 하고, 이를 위하여 매도인이 제3자로부터 매매잔대금 상당액을 차용하는 내용의 차용금증서를 작성·교부하였다면, 매도인이 매매잔대금 채권의 이전 없이 단순히 명의만을 제3자에게 신탁한 것으로 볼 것은 아니고, 채무자인 매수인의 승낙 아래 매매잔대금 채권이 제3자에게 이전되었다고 보는 것이 일련의 과정에 나타난 당사자들의 진정한 의사에 부합하는 해석일 것이므로, 제3자 명의의 근저당권설정등기는 그 피담보채무가 엄연히 존재하고 있어 그 원인이 없거나 부종성에 반하는 무효의 등기라고 볼 수 없다고 한 예.

1751) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다50055 판결; "원고와 피고 사이에서 소외인 명의로 근저당권설정등기를 경료하기로 하는 합의가 있었을 뿐인바, 설령 거기에 더하여 소외인도 위와 같은 합의를 하였다고 인정된다 하더라도, 피고의 원고에 대한 채권이 소외인에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있다는 점에 대한 아무런 주장·입증이 없으므로, 원고와 피고 사이에 체결된 근저당권설정계약상의 채권자인 피고가 아닌 제3자인 소외인 명의로 경료된 이 사건 근저당권설정등기는 그 피담보채무가 존재하지 아니하여 그 원인이 없거나 부종성에 반하는 무효의 등기라 할 것이다."

는 채권최고액이 아니라 확정된 피담보채무액 전액을 변제공탁하지 않는 한 적법한 변제공탁이 될 수 없고,[1752] 채무자 겸 근저당권설정자로서는 채권최고액을 초과한 채무까지 변제하여야 근저당권설정등기를 말소시킬 수 있으며,[1753] 채권최고액을 초과한 채무가 잔존하는 경우 채무자 겸 근저당권설정자가 그 채무 전액을 변제할 것을 조건으로 하여 근저당권자에게 근저당권설정등기의 말소를 명하게 된다.[1754]

(나) 제3취득자

근저당부동산에 대한 '제3취득자'[1755]는 '피담보채무가 확정된 이후'에[1756] '채권최고액의 범위 내'에서 그 확정된 피담보채무를 변제하고 근저당권의 소멸을 청구할 수 있다.[1757] 경매절차 진행 중인 부동산을 매수한 제3취득자는 채무자를 대위하여 그 부동산으로 담보하는 채권최고액과 경매비용을 변제공탁하면, 그 근저당권의 소멸을 청구할 수 있다.[1758]

1752) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다88507 판결.

1753) 근저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 근저당권의 실행비용을 담보하는 것이며, 이것이 근저당에 있어서의 채권최고액을 초과하는 경우에 근저당권자로서는 그 채무자 겸 근저당권설정자와의 관계에 있어서는 그 채무의 일부인 채권최고액과 지연손해금 및 집행비용만을 받고 근저당권을 말소시켜야 할 이유는 없을 뿐 아니라, 채무금 전액에 미달하는 금액의 변제가 있는 경우에 이로써 우선 채권최고액 범위의 채권에 변제충당한 것으로 보아야 한다는 이유도 없으니 채권 전액의 변제가 있을 때까지 근저당의 효력은 잔존채무에 여전히 미친다고 할 것이다(2010다3681).

1754) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다59081 판결.

1755) **민법 제364조(제3취득자의 변제)** '저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자'는 저당권자에게 그 부동산으로 담보된 채권을 변제하고 저당권의 소멸을 청구할 수 있다. ☛ ❶ 이는 제3취득자의 고유의 권리에 해당한다(71마251). ❷ 근저당 부동산에 대하여 후순위근저당권을 취득한 자는 민법 제364조에서 정한 권리를 행사할 수 있는 제3취득자에 해당하지 아니한다. 따라서 후순위근저당권자가 선순위근저당권의 피담보채무가 확정된 이후에 그 확정된 피담보채무를 변제하는 것은 민법 제469조의 규정에 의한 이해관계 있는 제3자의 변제로서 유효한 것인지 따져볼 수는 있을지언정 민법 제364조의 규정에 따라 선순위근저당권의 소멸을 청구할 수 있는 사유로는 삼을 수 없다(2005다17341). ❸ 신탁자가 그 소유의 부동산에 채권자를 위하여 저당권을 설정하고 저당권설정등기를 마친 다음, 그 부동산에 대하여 수탁자와 부동산 신탁계약을 체결하고 수탁자 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 해 주어 대내외적으로 신탁부동산의 소유권이 수탁자에게 이전하였다면, 수탁자는 저당부동산의 제3취득자와 같은 지위를 가진다(2015다47327).

1756) ◎ **제3취득자에 의한 피담보채무의 확정**
❶ 피담보채무를 확정시키는 근저당권설정자의 근저당권설정계약의 해제 또는 해지에 관한 권한은 근저당부동산의 소유권을 취득한 제3취득자도 원용할 수 있다(2001다47528). ❷ 제3취득자가 명시적인 해지의 의사표시를 하지는 아니하였지만 근저당권자에게 저당목적 부동산을 취득하였음을 내세우면서 앞으로 대위변제를 통하여 채권최고액 범위 내에서 피담보채무를 소멸시키고 근저당권의 소멸을 요구할 것이라는 전제에서 채무자의 피담보채무에 대하여 채무를 일부 변제하기 시작하는 등 제3취득자가 기존 근저당권설정계약의 존속을 통한 피담보채무의 증감변동을 더 이상 용인하지 아니하겠다는 의사를 파악할 수 있는 어떤 외부적, 객관적 행위를 하고, 채권자도 그러한 사정 때문에 그 계약이 종료됨으로써 피담보채무가 확정된다고 하는 점을 객관적으로 인식할 수 있었던 경우라면, 제3취득자는 근저당권설정계약을 해지하는 묵시적인 의사표시를 한 것으로 볼 수 있으므로, 근저당권의 피담보채무는 그 설정계약에서 정한 바에 따라 확정된다(2002다7176).

1757) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005다17341 판결. 타인의 불법행위로 인하여 부동산에 유효한 근저당권이 설정되는 경우 부동산 소유자가 입은 손해는 부동산 소유자가 근저당권자에 대하여 당해 근저당권의 소멸을 청구하는 데 드는 비용이고(2005다74108), 이 역시 그 채권최고액의 범위 내에서 확정된 피담보채무액이다.

1758) 대법원 1971. 5. 15.자 71마251 결정(근저당권의 채권최고액은 당사자 사이의 계속적 거래관계에서 생긴

저당부동산 매매 당사자 간에 매매대금에서 피담보채무나 채권최고액을 공제한 잔액만을 현실로 수수하였다는 사정만을 가지고 제3취득자의 저당권소멸청구권이 상실된다고 볼 수 없고,[1759] 저당권소멸청구권 상실의 특약 내지 특별한 사정에 관하여 저당권자 측에 주장·증명책임이 있다고 보아야 한다.

(다) 물상보증인

근저당권의 물상보증인도 채권최고액만 변제하면 근저당권설정등기의 말소청구를 할 수 있고 채권최고액 초과 부분까지 변제할 의무가 있는 것은 아니나, 근저당권 실행비용이 있으면 채권최고액과 별도로 그 비용까지 변제해야 한다.[1760] 물상보증인이 근저당권자의 피담보채권에 대하여 다투고 있는 경우, 근저당권자는 물상보증인을 상대로 '피담보채권 존재 확인'의 소를 제기할 수 있다.[1761]

(라) 변제자대위

채무자 아닌 제3자가 저당권의 피담보채무를 전부 변제하여 변제자대위 규정(민법 제481조, 제482조)[1762] [1763]에 따라 저당권이 변제자에게 법률상 당연히 이전[1764]하는

채권 중 담보할 한도액을 말하는 것이므로 근저당권실행비용은 최고액에 포함되지 않는다).

1759) 대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다7176 판결; "저당부동산의 제3취득자가 피담보채무를 인수한 경우에는 그 때부터는 제3취득자는 채권자에 대한 관계에서 채무자의 지위로 변경되므로 민법 제364조의 규정은 적용될 여지가 없다. 다만, 민법 제364조를 둔 취지가, 저당권설정자가 제3취득자로부터 매매목적물의 대가 전액을 받고서도 저당권자에 대한 피담보채무를 변제하지 않는 경우에 저당권의 실행으로 말미암아 제3취득자의 권리가 상실될 위험이 있으므로, 제3취득자로 하여금 대가 전액을 저당권설정자에 대하여 지급하고 다시 저당권설정자가 그 피담보채무를 변제하게 할 것이 아니라 저당권자에게 직접 담보된 채권을 변제하도록 하게 함으로써 제3취득자의 보호를 도모하고자 한 것이라는 점을 감안해 볼 때, 저당부동산에 관한 매매계약을 체결하는 당사자 사이에 매매대금에서 피담보채무 또는 채권최고액을 공제한 잔액만을 현실로 수수하였다는 사정만을 가지고 언제나 매수인이 매도인의 저당채권자에 대한 피담보채무를 인수한 것으로 보아 제3취득자는 채권자에 대한 관계에서 제3취득자가 아니라 채무자와 동일한 지위에 놓이게 됨으로써 저당부동산의 제3취득자가 원래 행사할 수 있었던 저당권소멸청구권을 상실한다고 볼 수는 없고, 오히려 이러한 매매대금 지급방법상의 약정은 다른 특별한 사정이 없는 한 매매당사자 사이에서는 매수인이 피담보채무 또는 채권최고액에 해당하는 매매대금 부분을 매도인에게 지급하는 것이 아니라 채권자에게 직접 지급하기로 하여 그 매매목적 부동산에 관한 저당권의 말소를 보다 확실하게 보장하겠다고 하는 취지로 그런 약정을 하게 된 것이라고 볼 것이다."

1760) 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다998 판결.

1761) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다20742 판결.

1762) **민법 제480조(변제자의 임의대위)** ① 채무자를 위하여 변제한 자는 변제와 동시에 채권자의 승낙을 얻어 채권자를 대위할 수 있다. ② 전항의 경우에 제450조 내지 제452조의 규정을 준용한다.
제481조(변제자의 법정대위) 변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위한다.
제482조(변제자대위의 효과, 대위자 간의 관계) ① 전2조의 규정에 의하여 채권자를 대위한 자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다.
② 전항의 권리행사는 다음 각 호의 규정에 의하여야 한다.
1. 보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.
2. 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.
3. 제3취득자 중의 1인은 각 부동산의 가액에 비례하여 다른 제3취득자에 대하여 채권자를 대위한다.
4. 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자가 수인인 경우에는 전호의 규정을 준용한다.
5. 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자와 보증인 간에는 그 인원 수에 비례하여 채권자를 대위한

경우에는, 저당권자가 대위변제자에게 저당권 이전의 부기등기를 해 주어야 할 의무가 있을 뿐, 저당권설정자가 피담보채무 소멸을 이유로 저당권의 말소등기를 구할 수는 없다(피담보채무의 일부 대위변제자는 민법 제483조 제1항에 따라 변제한 가액에 비례하여 채권자와 함께 근저당권을 행사할 수 있는데, 특별한 사정이 없는 한 채권자가 일부 대위변제자들에 대하여 우선변제권을 갖는다).[1765]

채권자가 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 '누적적 근저당권'[1766]

다. 그러나 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자가 수인인 때에는 보증인의 부담부분을 제외하고 그 잔액에 대하여 각 재산의 가액에 비례하여 대위한다. 이 경우에 그 재산이 부동산인 때에는 제1호의 규정을 준용한다.

1763) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017다278187 판결; "**민법 제482조 제2항 제4호, 제5호**가 물상보증인 상호 간에는 재산의 가액에 비례하여 부담 부분을 정하도록 하면서, 보증인과 물상보증인 상호 간에는 보증인의 총재산의 가액이나 자력 여부, 물상보증인이 담보로 제공한 재산의 가액 등을 고려하지 않고 형식적으로 인원수에 비례하여 평등하게 대위비율을 결정하도록 규정한 것은, 인적 무한책임을 부담하는 보증인과 물적 유한책임을 부담하는 물상보증인 사이에는 보증인 상호 간이나 물상보증인 상호 간과 같이 상호 이해 조정을 위한 합리적인 기준을 정하는 것이 곤란하고, 당사자 간의 특약이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 오히려 인원수에 따라 대위비율을 정하는 것이 공평하고 법률관계를 간명하게 처리할 수 있어 합리적이며 그것이 대위자의 통상의 의사 내지 기대에 부합하기 때문이다. … 이와 같이 법정대위자 상호 간의 관계에 관하여 민법 제482조 제2항 **제5호**가 보증인과 물상보증인 사이에 우열을 인정하지 않고 양자를 동등하게 취급하여 그에 따라 변제자대위를 제한하거나 같은 항 **제4호**가 물상보증인 상호 간에 그 재산의 가액에 따라 변제자대위의 범위를 제한하거나 민법의 **해석상** 공동보증인 상호 간의 변제자대위가 구상권의 범위에 따라 제한된다고 보는 것은 변제자대위의 순환을 방지하여 혼란을 피하고 채무자의 무자력 위험을 보증인과 물상보증인 등 법정대위자 어느 일방이 종국적으로 부담하지 않도록 함으로써 당사자 사이의 공평을 도모하고자 하는 데 그 **취지**가 있다."

1764) ❶ 근저당권은 거래 종료 시까지 피담보채권이 계속적으로 증감·변동하므로, 거래가 계속 중인 경우 즉, 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에는 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제하더라도 근저당권이 양수인이나 대위변제자에게 이전할 여지가 없다(2001다53929). ❷ 대위변제자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다(민법 제482조①). 변제자대위는 채무를 변제함으로써 채무자에 대하여 갖게 된 구상권의 효력을 확보하기 위한 제도이므로 대위에 의한 원채권과 담보권의 행사 범위는 구상권의 범위로 한정된다(대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결).

1765) ◎ **일부 대위변제에 의한 저당권부 채권의 이전과 배당방법**
대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다9013 판결; "변제할 정당한 이익이 있는 사람이 채무자를 위하여 근저당권의 피담보채무의 일부를 대위변제한 경우에는 대위변제자는 근저당권 일부 이전의 부기등기의 경료 여부에 관계없이 변제한 가액의 범위 내에서 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 법률상 당연히 취득한다. 한편 수인이 시기를 달리하여 채권의 일부씩을 대위변제한 경우 그들은 각 일부 대위변제자로서 변제한 가액에 비례하여 근저당권을 준공유한다고 보아야 하나, 그 경우에도 채권자는 특별한 사정이 없는 한 채권의 일부씩을 대위변제한 일부 대위변제자들에 대하여 우선변제권을 가지고, 채권자의 우선변제권은 채권최고액을 한도로 자기가 보유하고 있는 잔존 채권액 전액에 미치므로, 결국 그 근저당권을 실행하여 배당할 때에는 채권자가 자신의 잔존 채권액을 일부 대위변제자들보다 우선하여 배당받고, 일부 대위변제자들은 채권자가 우선 배당받고 남은 한도액을 각 대위변제액에 비례하여 안분 배당받는 것이 원칙이다. 다만 채권자와 어느 일부 대위변제자 사이에 변제의 순위나 배당금의 충당에 관하여 따로 약정을 한 경우에는 그 약정에 따라 배당의 방법이 정해지는바, 이 경우에 채권자와 다른 일부 대위변제자들 사이에 동일한 내용의 약정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 약정의 효력은 약정의 당사자에게만 미치므로, 약정의 당사자가 아닌 다른 일부 대위변제자가 대위변제액에 비례하여 안분 배당받을 권리를 침해할 수는 없다. 따라서 경매법원으로서는 ① 채권자와 일부 대위변제자들 전부 사이에 변제의 순위나 배당금의 충당에 관하여 동일한 내용의 약정이 있으면 그들에게 그 약정의 내용에 따라 배당하고, ② 채권자와 어느 일부 대위변제자 사이에만 그와 같은 약정이 있는 경우에는 먼저 원칙적인 배당방법에 따라 채권자의 근저당권 채권최고액의 범위 내에서 채권자에게 그의 잔존 채권액을 우선 배당하고, 나머지 한도액을 일부 대위변제자들에게 각 대위변제액에 비례하여 안분 배당하는 방법으로 배당할 금액을 정한 다음, 약정의 당사자인 채권자와 일부 대위변제자 사이에서 그 약정 내용을 반영하여 배당액을 조정하는 방법으로 배당을 하여야 한다."

을 설정받았는데 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매되어 매각대금에서 채권자가 변제를 받은 경우, 물상보증인은 종래 채권자가 보유하던 채무자 소유 부동산에 관한 근저당권에 대하여 변제자대위를 할 수 있다(이것이 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자의 신뢰를 침해한다고 볼 수는 없다).[1767]

① 보증인은 미리 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못하므로(민법 제482조 제2항 제1호), 보증인이 피담보채무를 변제하였으나 주채무자 소유 부동산의 저당권에 대위의 부기등기(저당권의 처분을 금하는 가처분 등기도 포함한다)를 하여 두지 아니한 동안에 그 부동산을 제3자가 취득한 경우에는, 제3취득자가 저당권의 말소를 구할 수 있으나, ②ⓐ 보증인이 피담보채무를 변제하고 위 부기등기를 한 후에 제3자가 부동산을 취득한 경우에는, 보증인은 채권자를 대위하여 저당권을 이전받고, ⓑ 보증인이 피담보채무를 변제하기 전에 제3자가 부동산을 취득한 경우에는 위 부기등기 없이도 채권자를 대위하여 저당권을 이전받으므로,[1768] 제3취득자는 저당권의 말소를 구할 수 없고, ⓒ 저당물에 후순위 저당권을 취득한 제3자에 대하여는 보증인이 미리 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 않고서도 채권자를 대위할 수 있으므로,[1769] 주채무자나 위 후순위 저당권자가 선순위 저당권의 말소를

1766) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2014다51756, 51763 판결; "당사자 사이에 하나의 기본계약에서 발생하는 동일한 채권을 담보하기 위하여 여러 개의 부동산에 근저당권을 설정하면서 각각의 근저당권 채권최고액을 합한 금액을 우선변제받기 위하여 공동근저당권의 형식이 아닌 개별 근저당권의 형식을 취한 경우, 이러한 근저당권은 민법 제368조가 적용되는 공동근저당권이 아니라 피담보채권을 누적적(累積的)으로 담보하는 근저당권에 해당한다. 이와 같은 **누적적 근저당권**은 공동근저당권과 달리 담보의 범위가 중첩되지 않으므로, 누적적 근저당권을 설정받은 채권자는 여러 개의 근저당권을 동시에 실행할 수도 있고, 여러 개의 근저당권 중 어느 것이라도 먼저 실행하여 그 채권최고액의 범위에서 피담보채권의 전부나 일부를 우선변제받은 다음 피담보채권이 소멸할 때까지 나머지 근저당권을 실행하여 그 근저당권의 채권최고액 범위에서 반복하여 우선변제를 받을 수 있다."

1767) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2014다51756, 51763 판결; "채권자가 … 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 누적적 근저당권을 설정받았는데 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매되어 매각대금에서 채권자가 변제를 받은 경우, 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 민법 제481조, 제482조에 따라 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다. 이때 물상보증인은 변제자대위에 의하여 종래 채권자가 보유하던 채무자 소유 부동산에 관한 근저당권을 대위취득하여 행사할 수 있다고 보아야 한다. … 누적적 근저당권은 공동근저당권이 아니라 개별 근저당권의 형식으로 등기되므로 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자는 해당 부동산의 교환가치에서 선순위근저당권의 채권최고액을 뺀 나머지 부분을 담보가치로 파악하고 저당권을 취득한다. 따라서 선순위근저당권의 채권최고액 범위에서 물상보증인에게 변제자대위를 허용하더라도 후순위저당권자의 보호가치 있는 신뢰를 침해한다고 볼 수 없다."

1768) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019다222041 판결; "**보증인과 제3취득자 사이의 변제자대위**에 관하여 **민법 제482조 제2항 제1호**는 '보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.'라고 정하고 있다. 이 규정은 보증인의 변제로 저당권 등이 소멸한 것으로 믿고 목적부동산에 대하여 권리를 취득한 제3취득자를 예측하지 못한 손해로부터 보호하기 위한 것이다. 따라서 보증인이 채무를 변제한 후 저당권 등의 등기에 관하여 대위의 부기등기를 하지 않고 있는 동안 제3취득자가 목적부동산에 대하여 권리를 취득한 경우 보증인은 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없다. 그러나 제3취득자가 목적부동산에 대하여 권리를 취득한 후 채무를 변제한 보증인은 대위의 부기등기를 하지 않고도 대위할 수 있다고 보아야 한다. 보증인이 변제하기 전 목적부동산에 대하여 권리를 취득한 제3자는 등기부상 저당권 등의 존재를 알고 권리를 취득하였으므로 나중에 보증인이 대위하더라도 예측하지 못한 손해를 입을 염려가 없다."

구할 수는 없다.

보증인과 물상보증인이 여럿 있는 경우, 먼저 대위변제를 하거나 경매를 통한 채무상환을 함으로써 다른 사람에 대하여 채권자의 권리를 대위하기 위해서는, 자신의 부담부분(대위변제 등 당시[1770] 주채무액에 민법 제482조 제2항 제5호 소정의 대위비율[1771]을 곱하여 산정한

1769) 선순위 근저당권의 피담보채무에 대한 **보증인과 후순위 근저당권자의 관계**는, ❶ 선순위 근저당권의 피담보채무에 대하여 직접 보증책임을 지는 보증인과 달리 선순위 근저당권의 피담보채무에 대한 직접 변제책임을 지지 않는 후순위 근저당권자는 보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 있고(즉, 민법 제482조 제2항 제2호의 제3취득자에 후순위 근저당권자는 포함되지 아니한다), ❷ 보증인은 미리 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 않고서도 저당물에 후순위 근저당권을 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위할 수 있다(즉, 민법 제482조 제2항 제1호의 제3자에 후순위 근저당권자는 포함되지 않는다). 요컨대, 보증인과 후순위 근저당권자는 피보증채무나 피담보채무를 변제한 한도에서 서로 채권자를 대위하여 상대방에게 권리를 행사할 수 있다. 즉, 민법 제482조에 따른 변제자대위의 상호 우열관계가 없다.

○ 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다48855 판결: "타인의 채무를 변제함으로써 당연히 채권자를 대위할 수 있는 법정대위자 간의 관계를 조정하는 규정인 **민법 제482조 제2항**은 **제1호**에서 '보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.' … **제2호**에는 '제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.'고 규정하고 있다. 즉, 법정대위자 중 보증인과 제3취득자 사이의 관계에 대해서는 제3취득자보다 보증인을 더 보호하려는 취지하에 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못하게 하면서도, 보증인의 정당한 이익을 해하지 않는 범위에서 제3취득자도 최소한으로 보호하여야 할 필요성이 있어 보증인이 제3취득자에 대하여 채권자를 대위하기 위해서는 미리 대위의 부기등기를 하도록 요구하고 있는 것이다. … 민법 제482조 제2항 제1호와 제2호에서 보증인에게 대위권을 인정하면서도 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 없다고 규정한 까닭은, 제3취득자는 등기부상 담보권의 부담이 있음을 알고 권리를 취득한 자로서 그 담보권의 실행으로 인하여 예기치 못한 손해를 입을 염려가 없고, 또한 저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자는 저당권자에게 그 부동산으로 담보된 채권을 변제하고 저당권의 소멸을 청구할 수 있으며(제364조), 저당물의 제3취득자가 그 부동산의 보존·개량을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 저당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있도록(제367조) 하는 등 그 이익을 보호하는 규정도 마련되어 있으므로, 변제자대위와 관련해서는 제3취득자보다는 보증인을 보호할 필요가 있기 때문이다.

그러나 저당부동산에 대하여 후순위 근저당권을 취득한 제3자는 민법 제364조에서 정한 저당권소멸청구권을 행사할 수 있는 제3취득자에 해당하지 아니하고, 달리 선순위 근저당권의 실행으로부터 그의 이익을 보호하는 규정이 없으므로 변제자대위와 관련해서 후순위 근저당권자보다 보증인을 더 보호할 이유가 없으며, 나아가 선순위 근저당권의 피담보채무에 대하여 직접 보증책임을 지는 보증인과 달리 선순위 근저당권의 피담보채무에 대한 직접 변제책임을 지지 않는 후순위 근저당권자는 보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 있다고 봄이 타당하므로, 민법 제482조 제2항 제2호의 제3취득자에 후순위 근저당권자는 포함되지 아니한다고 해석하여야 할 것이다.

한편, 민법 제482조 제2항 제2호의 제3취득자에 후순위 근저당권자가 포함되지 않음에도 같은 항 제1호의 제3자에는 후순위 근저당권자가 포함된다고 하면, 후순위 근저당권자는 보증인에 대하여 항상 채권자를 대위할 수 있지만 보증인은 후순위 근저당권자에 대하여 채권자를 대위하기 위해서는 미리 대위의 부기등기를 하여야만 하므로 보증인보다 후순위 근저당권자를 더 보호하는 결과가 되는바, 이러한 결과는 법정대위자인 보증인과 후순위 근저당권자 간의 이해관계를 공평하고 합리적으로 조절하기 위한 민법 제482조 제2항 제1호와 제2호의 입법 취지에 부합하지 않을뿐더러 후순위 근저당권자는 통상 자신의 이익을 위하여 선순위 근저당권의 담보가치를 초과하는 담보가치만을 파악하여 담보권을 취득한 자에 불과하므로 변제자대위와 관련해서 후순위 근저당권자를 보증인보다 더 보호할 이유도 없다.

이러한 사정들과 민법 제482조 제2항 제1호와 제2호가 상호작용하에 법정대위자 중 보증인과 제3취득자의 이해관계를 조절하는 규정인 점 등을 종합하여 보면, 보증인은 미리 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 않고서도 저당물에 후순위 근저당권을 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위할 수 있다고 할 것이므로 민법 제482조 제2항 제1호의 제3자에 후순위 근저당권자는 포함되지 않는다고 할 것이다."

1770) 보증인이나 물상보증인이 대위변제 등 당시에 이미 주채무자의 변제나 채무 면제 등으로 주채무가 감소하거나 이자·지연손해금이 증가한 사정이 있다면, 이를 반드시 참작하여 그 대위변제 당시를 기준으로 하여 당해 보증인이나 물상보증인의 대위변제액 등이 그의 부담 부분을 초과하는 것인지 여부를 판단하여야 한다.

금액)을 넘는 변제를 하여야 한다.[1772] 채무자가 아닌 위탁자가 타인의 채무를 담보하기 위하여 채권자를 우선수익자로 하는 '부동산담보신탁'을 한 경우, 위탁자가 '물상보증인'에 해당한다고 볼 수는 없으나, 채권자의 우선수익권에 대한 '보증인의 변제자대위'의 경우 보증인과 물상보증인 상호간의 관계와 마찬가지로 그 '인원수에 비례'하여 채권자를 대위하는 제한을 받는다.[1773]

(마) 공동근저당권의 대위

공동저당권자가 공동저당(공동저당관계 등기는 공동저당권의 성립요건이나 대항요건이 아니다)[1774] 부동산 중 일부의 경매대가로 피담보채권 전부의 변제를 받았다 하더라도(공동저당 부동산 전체의 환가대금을 동시에 배당하는 이른바 '동시배당'의 경우에는 민법 제368조[1775] 제1항

1771) 물상보증인과 보증인 간에는 그 인원수에 비례하되, 보증인과 물상보증인의 지위를 겸하는 자도 1인으로 보고, 물상보증인이 수인인 때에는 보증인의 부담 부분을 제외하고 그 잔액에 대하여 각 재산의 가액에 비례하여 산정한다.

1772) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2007다61113, 61120 판결; "여러 보증인 또는 물상보증인 중 어느 1인이 위와 같은 방식으로 산정되는 자신의 부담 부분에 미달하는 대위변제 등을 한 경우 그 대위변제액 … 에 위 규정 소정의 대위비율을 곱하여 산출된 금액만큼 곧바로 다른 자를 상대로 채권자의 권리를 대위할 수 있도록 한다면, 먼저 대위변제 등을 한 자가 부당하게 이익을 얻거나 대위자들 상호간에 대위가 계속 반복되게 되고 대위관계를 공평하게 처리할 수도 없게 되므로, 민법 제482조 제2항 제5호의 규정 취지에 반하는 결과가 생기게 된다. 따라서 보증인과 물상보증인이 여럿 있는 경우 어느 누구라도 위와 같은 방식으로 산정한 각자의 부담 부분을 넘는 대위변제 등을 하지 않으면 다른 보증인과 물상보증인을 상대로 채권자의 권리를 대위할 수 없다."

1773) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017다278187 판결; "채무자가 아닌 위탁자가 타인의 채무를 담보하기 위하여 금전채권자를 우선수익자로 하는 부동산담보신탁을 설정한 경우에, 설령 경제적인 실질에 있어 위탁자가 부동산담보신탁을 통하여 신탁부동산의 처분대금을 타인의 채무의 담보로 제공한 것과 같이 볼 수 있다고 하더라도, 위탁자가 자기의 재산 그 자체를 타인의 채무의 담보로 제공한 물상보증인에 해당한다고 볼 수는 없다. … (민법 제482조 제2항 제4호, 제5호) 취지에 비추어 볼 때, … 채권자가 가지는 우선수익권이 민법 제481조, 제482조 제1항에 의하여 보증채무를 이행한 보증인이 법정대위할 수 있는 '담보에 관한 권리'에 해당한다고 하더라도, 먼저 보증채무를 이행한 보증인이 채권자의 우선수익권에 대하여 아무런 제한 없이 보증채무를 이행한 전액에 대하여 변제자대위를 할 수 있다고 볼 수는 없으며, 다른 기준이나 별도의 약정 등 특별한 사정이 없는 이상, 채권자의 우선수익권에 대한 보증인의 변제자대위도 인원수에 비례하여 채권자를 대위할 수 있다고 보는 것이 대위자 상호 간의 합리적이고 통상적인 기대에도 부합한다고 할 것이므로, 채권자의 우선수익권에 대한 보증인의 변제자대위도 보증인과 물상보증인 상호 간의 관계와 마찬가지로 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위하는 제한을 받는다고 해석함이 타당하다."

1774) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다57746 판결; "부동산등기법 제149조는 … 공동담보등기의 신청이 있는 경우 … 부동산의 등기용지 중 해당 구 사항란에 다른 부동산에 관한 권리의 표시를 하고 그 권리가 함께 담보의 목적이라는 뜻을 기재하도록 규정하고 있지만, 이는 공동저당권의 목적물이 수 개의 부동산에 관한 권리인 경우에 한하여 적용되는 등기절차에 관한 규정일 뿐만 아니라, 수 개의 저당권이 피담보채권의 동일성에 의하여 서로 결속되어 있다는 취지를 공시함으로써 권리관계를 명확히 하기 위한 것에 불과하므로, 이와 같은 공동저당관계의 등기를 공동저당권의 성립요건이나 대항요건이라고 할 수 없다. 따라서 근저당권설정자와 근저당권자 사이에서 동일한 기본계약에 기하여 발생한 채권을 중첩적으로 담보하기 위하여 수 개의 근저당권을 설정하기로 합의하고 이에 따라 수 개의 근저당권설정등기를 마친 때에는 부동산등기법 제149조에 따라 공동근저당관계의 등기를 마쳤는지 여부와 관계없이 그 수 개의 근저당권 사이에는 각 채권최고액이 동일한 범위 내에서 공동근저당관계가 성립한다." ☞ 건물에 설정된 근저당권과 그 건물 일부분에 관한 전세권에 설정된 근저당권이 비록 공동근저당관계의 등기가 마쳐져 있지 않지만, 피담보채권과 채권최고액이 각각 동일한 점 등에 비추어, 그 동일한 채권최고액의 범위 내에서 동일한 피담보채무를 중첩적으로 담보하기 위하여 설정된 공동근저당권이라고 본 원심 판단이 정당하다고 한 예.

1775) **민법 제368조(공동저당과 대가의 배당, 차순위자의 대위)** ① 동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을

이,[1776] 공동저당 부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 이른바 '이시배당'의 경우에는 민법 제368조 제2항[1777]이 각 적용되는데, 두 경우 모두 공동저당의 각 부동산에 대하여 채권최고액만큼 반복하여, 이른바 '누적적'으로 배당받지는 못하고, '이시배당'의 경우 후경매의 공동저당 부동산에 대한 우선변제권의 범위는 피담보채권의 확정 여부와 상관없이 최초의 채권최고액에서 선경매의 공동저당 부동산으로부터 우선변제받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한되며,[1778] 이는 채무자 소유의 부동산과 물상보증

설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다. ② 전항의 저당부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 그 채권 전부의 변제를 받을 수 있다. 이 경우에 그 경매한 부동산의 차순위저당권자는 선순위저당권자가 전항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다.

1776) ❶ 대법원 2010. 4. 15. 선고 2008다41475 판결: "공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산 중 일부는 채무자 소유이고 일부는 물상보증인의 소유인 경우 위 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는, 물상보증인이 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유 부동산에 대하여 담보권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점 등을 고려할 때, … 민법 제368조 제1항은 적용되지 아니한다고 봄이 상당하다. 따라서 이러한 경우 경매법원으로서는 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당을 하고, 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 하여야 할 것이다." ☞ 이러한 이치는 물상보증인이 채무자를 위한 연대보증인의 지위를 겸하고 있는 경우에도 마찬가지이다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2014다231965 판결). ❷ 대법원 2024. 6. 13. 선고 2020다258893 판결: "'**각 부동산의 경매대가**'란 일반적으로 매각대금에서 당해 부동산이 부담할 경매비용과 선순위채권을 공제한 잔액을 말하지만, 공동저당권 설정등기 전에 가압류등기가 마쳐진 경우처럼 공동저당권과 동순위로 배당받는 채권이 있는 경우에는 매각대금에서 당해 부동산이 부담할 경매비용과 선순위채권분만 아니라 동순위채권에 안분되어야 할 금액까지 공제한 잔액을 말한다고 봄이 타당하다. … 공동저당권과 동순위로 배당받는 채권이 있는 경우 동시배당을 하는 때 민법 제368조 제1항에 따른 채권의 분담은, 먼저 공동저당권과 동순위로 배당받을 채권자가 존재하는 부동산의 매각대금에서 경매비용과 선순위채권을 공제한 잔여금액을 공동저당권의 피담보채권액과 동순위채권액에 비례하여 안분한 다음, 공동저당권의 피담보채권에 안분된 금액을 경매대가로 삼아 다른 부동산들과 사이에서 각 경매대가에 안분하여 채권의 분담을 정하는 방법으로 이루어진다. 이는 공동근저당의 경우에도 마찬가지이다."

1777) ❶ 공동근저당의 목적 부동산 중 일부에 대한 경매절차에서, 공동근저당권자가 선순위근저당권자로서의 자신의 채권 전액을 청구하였다면, 선순위근저당권자가 그 경매대가로부터 우선하여 변제받고, 후순위근저당권자는 그 잔액으로부터 변제를 받는 것이며, 이는 선순위근저당권자와 후순위근저당권자가 동일인이라고 하여 달라지는 것은 아니다(대법원 2018. 7. 11. 선고 2017다292756 판결). ❷ 차순위자의 대위에 관한 법리는 공동저당이 설정된 복수의 부동산에 선순위 공동근저당권이 설정되고 그 후 일부 부동산에 후순위 전세권이 설정된 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2021. 12. 16. 선고 2021다247258 판결). ❸ 납세의무자 소유의 여러 부동산에 대하여 조세우선변제권이 행사된 경우, 민법 제368조가 유추적용된다(2011다47534).

1778) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체 판결: "공동저당권의 목적인 수 개의 부동산이 동시에 경매된 경우에 공동저당권자로서는 어느 부동산의 경매대가로부터 배당받든 우선변제권이 충족되기만 하면 되지만, 각 부동산의 소유자나 후순위 저당권자 그 밖의 채권자는 어느 부동산의 경매대가가 공동저당권자에게 배당되는지에 관하여 중대한 이해관계를 가진다. 민법 제368조 제1항은 공동저당권 목적 부동산의 전체 환가대금을 동시에 배당하는 이른바 동시배당의 경우에 공동저당권자의 실행선택권과 우선변제권을 침해하지 아니하는 범위 내에서 각 부동산의 책임을 안분함으로써 각 부동산의 소유자와 후순위 저당권자 그 밖의 채권자의 이해관계를 조절하고, 나아가 같은 조 제2항은 대위제도를 규정하여 공동저당권의 목적 부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 이른바 이시배당의 경우에도 최종적인 배당의 결과가 동시배당의 경우와 같게 함으로써 공동저당권자의 실행선택권 행사로 인하여 불이익을 입은 후순위 저당권자를 보호하는 데에 그 취지가 있다. 민법 제368조는 공동근저당권의 경우에도 적용되고, 공동근저당권자가 스스로 근저당권을 실행한 경우는 물론이며 타인에 의하여 개시된 경매 등의 환가절차에서 그 환가대금 등으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당받은 경우에도 적용된다. 공동근저당권이 설정된 목적 부동산에 대하여 동시배당이 이루어지는 경우에 공동근저당권자는 채권최고액 범위 내에서 피담보채권을 민법 제368조 제1항에 따라 부동산별로 나누어 각 환가대금에 비례한 액수로 배당받으며, 공동근저당권의 각 목적 부동산에 대하여 채권최고액만큼 반복하여, 이른바 누적적으로 배당받지 아니한다. 그렇다면 공동근저당권이 설정된 목적 부동산에 대하여 이시배당이 이루어지는 경우에도 동시배당의 경우와 마찬가지로 공동근저당권자가 공동근저당권 목적 부동산

인 소유의 부동산에 공동근저당권이 설정된 후 먼저 채무자 소유 부동산을 임의환가하여 청산한 경우에도 마찬가지이다[1779]), ① 공동저당 부동산 전부가 채무자 소유여서 민법 제368조 제2항 후문 소정의 '후순위저당권자 대위'가 인정되는 경우[1780]에는 미경매의 다른 부동산상 공동저당권은 위 후순위저당권자에게 법률상 당연히 이전하고(다만, 선경매 부동산의 후순위저당권자가 다른 부동산에 대위등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관한 저당권등기가 말소된 후 그 부동산을 취득한 제3자에 대해서는, 후순위저당권자 대위로 대항할 수 없다),[1781] 공동저당이 설정된 복수의

의 각 환가대금으로부터 채권최고액만큼 반복하여 배당받을 수는 없다고 해석하는 것이 민법 제368조 제1항 및 제2항의 취지에 부합한다. … 그러므로 공동근저당권자가 스스로 근저당권을 실행하거나 타인에 의하여 개시된 경매 등의 환가절차를 통하여 공동담보의 목적 부동산 중 일부에 대한 환가대금 등으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당받은 경우에, 그와 같이 우선변제받은 금액에 관하여는 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 없다고 보아야 하며, 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대하여 공동근저당권자로서 행사할 수 있는 우선변제권의 범위는 피담보채권의 확정 여부와 상관없이 최초의 채권최고액에서 위와 같이 우선변제받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한된다고 해석함이 타당하다. 그리고 이러한 법리는 채권최고액을 넘는 피담보채권이 원금이 아니라 이자·지연손해금인 경우에도 마찬가지로 적용된다."

1779) 대법원 2018. 7. 11. 선고 2017다292756 판결: "공동근저당권자는 그와 같이 변제받은 금액에 관하여는 더 이상 물상보증인 소유 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 우선변제권을 행사할 수 없다고 보아야 할 것이다. 만일 위와 달리 … 우선변제권을 행사할 수 있다고 보게 되면, 채무자 소유 부동산의 담보력을 기대하고 자기의 부동산을 담보로 제공한 물상보증인의 기대이익을 박탈하게 되는 것일 뿐만 아니라, 공동근저당권자가 담보 목적물로부터 변제받는 방법으로 임의환가 방식을 선택하였다는 이유만으로 물상보증인의 책임 범위가 달라지게 되어 형평에 어긋나기 때문이다."

1780) '전부 채무자 소유'인 공동저당 부동산 중 일부의 경매대가로 피담보채권 전부의 변제를 받은 경우, 그 경매 부동산의 후순위저당권자는 선순위저당권자가 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다.

1781) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다99341 판결: "후순위저당권자의 대위는 선순위저당권자가 가지고 있던 다른 부동산에 관한 저당권이 법률상 당연히 후순위저당권자에게 일정 한도에서 이전하는 것으로서, 민법 제187조에서 말하는 법률의 규정에 의한 물권변동에 해당하여 등기 없이도 효력이 생긴다고 해석된다. 다만 제482조 제2항 제1호, 제5호는 변제자대위의 효과로 채권자가 가지고 있던 채권 및 그 담보에 관한 권리가 법률상 당연히 변제자에게 이전하는 경우에도, 변제로 인하여 저당권 등이 소멸한 것으로 믿고 그 목적부동산을 취득한 제3취득자를 불측의 손해로부터 보호하기 위하여 미리 저당권 등에 대위의 부기등기를 하지 아니하면 제3취득자에 대하여 채권자를 대위하지 못하도록 정하고 있다. 이에 따라 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 물상보증인이 수인일 때 그중 일부의 물상보증인이 채무를 변제한 뒤 다른 물상보증인 소유 부동산에 설정된 근저당권설정등기에 관하여 대위의 부기등기를 하여 두지 아니하고 있는 동안에 제3취득자가 위 부동산을 취득하였다면, 대위변제한 물상보증인들은 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없다고 해석된다. 그런데 이와 같이 법률상 당연히 이전되는 저당권과 관련하여 그 후에 해당 부동산에 대하여 권리를 취득한 제3취득자를 보호할 필요성은 후순위저당권자의 대위의 경우에도 마찬가지로 존재한다. 그리고 후순위저당권자의 대위의 경우에도 부동산등기법 제80조에서 정한 공동저당의 대위등기를 통하여 제3취득자에게 공시할 수 있으므로, 변제자대위와 마찬가지로 일정한 경우에 그 대위등기를 선행하도록 요구한다고 하더라도 후순위저당권자에게 크게 불리하지 아니하다. 더욱이 변제자대위의 경우에는 저당권뿐 아니라 채권까지 이전됨에 비하여 후순위저당권자의 대위의 경우에는 채권이 이전되지 아니한다는 점까지 고려하면, 후순위저당권자를 변제자보다 항상 더 보호하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어렵다. 한편 후순위저당권자의 대위에 의하여 선순위저당권자가 가지고 있던 다른 부동산에 관한 저당권이 후순위저당권자에게 이전된 후에 아직 저당권이 말소되지 아니하고 부동산등기부에 존속하는 경우라면, 비록 공동저당의 대위등기를 하지 아니하더라도 제3취득자로서는 그 저당권이 유효하게 존재함을 알거나 적어도 그 저당권이 공동저당권으로서 공시되어 있는 상태에서 이를 알면서 해당 부동산을 취득할 것이므로 저당권의 이전과 관련하여 제3취득자를 보호할 필요성은 적다. 이러한 사정들을 종합하여 보면, 먼저 경매된 부동산의 후순위저당권자가 다른 부동산에 공동저당의 대위등기를 하지 아니하고 있는 사이에 선순위저당권자 등에 의해 그 부동산에 관한 저당권등기가 말소되고, 그와 같이 저당권등기가 말소되어 등기부상 저당권의 존재를 확인할 수 없는 상태에서 그 부동산에 관하여

부동산이 같은 물상보증인의 소유에 속하고 그중 하나의 부동산에 후순위저당권이 설정되어 있는 경우에도 마찬가지이며,[1782] ② 공동저당의 목적인 채무자 소유 부동산과 물상보증인 또는 제3취득자 소유 부동산 중 물상보증인 또는 제3취득자 소유 부동산이 먼저 경매되어 피담보채무가 변제되거나 물상보증인 또는 제3취득자가 변제한 경우, 변제자 대위 규정(민법 제481조, 제482조)에 의하여 채무자 소유 부동산의 공동저당권이 변제자인 물상보증인 등에게 법률상 당연히 이전[1783]하므로('물상보증인 소유 부동산'에 대한 '후순위저당

소유권이나 저당권 등 **새로 이해관계**를 취득한 **사람**에 대해서는, 후순위저당권자가 민법 제368조 제2항에 의한 **대위를 주장할 수 없다**고 봄이 타당하다."

1782) 대법원 2021. 12. 16. 선고 2021다247258 판결: "공동저당이 설정된 복수의 부동산이 같은 물상보증인의 소유에 속하고 그중 하나의 부동산에 후순위저당권이 설정되어 있는 경우에, 그 부동산의 대가만이 배당되는 때에는 후순위저당권자는 민법 제368조 제2**항**에 따라 선순위 공동저당권자가 같은 조 민법 제368조 제1항에 따라 공동저당이 설정된 다른 부동산으**로**부터 변제를 받을 수 있었던 금액에 이르기까지 선순위 공동저당권자를 대위하여 그 부동산에 대한 저당권을 **행사**할 수 있다. 이 경우 공동저당이 설정된 부동산이 제3자에게 양도되어 그 소유자가 다르게 되더라도 민법 제482조 제2항 제3호, 제4호에 따라 각 부동산의 소유자는 그 부동산의 가액에 비례해서만 변제자대위를 할 수 있으므로 후순위저당권자의 지위는 영향을 받지 않는다."

1783) ○ 대법원 1990. 12. 26. 선고 90다4686 판결: "원고는 이 사건 토지와 함께 동일한 채권에 관한 공동담보물로 근저당권설정등기가 되어 있는 다른 부동산을 그 소유자 겸 채무자인 피고보조참가인으로부터 별도의 양도담보계약에 의하여 취득한 후 근저당채권자인 피고에게 당해 피담보채무를 변제하였다는 것이므로, … 원고는 제3취득자의 입장에서 이 사건 토지와 위 다른 부동산에 의하여 공동으로 담보된 위 채무를 변제할 정당한 이익이 있는 것이고, 따라서 근저당채권자인 피고로서는 당연히 대위변제자인 원고에게 위 대위변제에 따른 저당권이전의 부기등기를 마쳐주어야 할 의무가 있는 것"

○ 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결: "공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 각각 채권자를 달리하는 후순위저당권이 설정되어 있는 경우에 있어서, 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 1번 저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에, 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 1번 저당권을 취득한다고 봄이 상당한바, 이는 물상보증인은 다른 공동담보물인 채무자 소유의 부동산의 담보력을 기대하고 자기의 부동산을 담보로 제공하였으므로, 그 후에 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정되었다는 사정에 의하여 그 기대이익을 박탈할 수 없기 때문이라 할 것이다. 또한 이러한 경우 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 물상보증인에게 이전한 위 1번 저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있다고 봄이 상당한바, 이는 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자으로서는 공동저당의 목적물 중 채무자 소유의 부동산의 담보가치 뿐만 아니라, 물상보증인 소유의 부동산의 담보가치도 고려하여 저당권을 설정받았고, 물상보증인으로서는 자기 소유의 부동산에 설정된 후순위저당권에 의한 부담을 위 후순위저당권의 설정 당초부터 이를 감수하고 있었다고 할 수 있으며, 공동저당의 목적물 중 채무자 소유의 부동산이 먼저 경매된 경우 또는 공동저당의 목적물의 전부가 일괄경매된 경우와의 균형상, 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매되었다는 우연한 사정에 의하여 물상보증인이 그 구상권에 대하여 채무자 소유의 부동산으로부터 후순위저당권자보다도 우선하여 변제를 받을 수 있고, 본래 예정되어 있던 후순위저당권에 의한 부담을 면할 수 있다고 하는 것은 불합리하므로, 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매된 경우에 있어서는 민법 제368조 제2항 후단이 후순위저당권자의 보호를 기하고 있는 취지를 고려하여 물상보증인에게 이전한 1번 저당권은 위 후순위저당권자의 피담보채권을 담보하는 것으로 되어, 위 후순위저당권자는 마치 위 1번저당권상에 민법 제370조, 제342조의 규정에 의하여 물상대위를 하는 것과 같이 그 순위에 따라 물상보증인이 취득한 1번저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있다고 보아야 하기 때문이다.

○ 대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다78708 판결: "자기 소유의 부동산이 먼저 경매되어 1번 저당권자에게 대위변제를 한 물상보증인은 1번 저당권을 대위취득하고, 그 물상보증인 소유의 부동산의 후순위 저당권자는 1번 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있으므로, 물상보증인이 대위취득한 선순위 저당권설정등기에 대하여는 말소등기가 경료될 것이 아니라 물상보증인 앞으로 대위에 의한 저당권이전의 부기등기가 경료되어야 하고, 아직 경매되지 아니한 공동저당물의 소유자로서는 1번 저당권자에 대한 피담보채무가 소멸하였다는 사정만으로 말소등기를 청구할 수 없다."

권자'는 물상보증인에게 이전한 채무자 소유 부동산의 공동저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있는데,[1784] 채무자는 물상보증인에 대한 반대채권과 물상보증인의 구상금 채권 간의 '상계'로 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자에게 대항할 수 없다.[1785] 같은 물상보증인이 소유하는 복수의 부동산에 공동저당이 설정되고 그중 한 부동산에 후순위저당권이 설정된 다음에 그 부동산이 채무자에게 양도됨으로써 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 대해 공동저당이 설정된 상태에 있게 된 경우에는 물상보증인의 변제자대위는 후순위저당권자의 지위에 영향을 주지 않는 범위에서 성립한다[1786]), 채무자가 피담보채무 소멸을 이유로 채무자 소유 부동산상 공동저당권의 말소등기를 구할 수는 없고, ③ 위 ②의 법리는 수인의 물상보증인 간에도 마찬가지(다만, 먼저 공동저당권의 피담보채무를 변제한 물상보증인은 민법 제482조 제2항 제4호, 제3호에 따라 각 부동산의 가액에 비례하여 다른 물상보증인에 대하여 채권자를 대위한다)이며,[1787] ④ 공동저당의 목적인 제3취득자 소유

1784) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다78708 판결, 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결.

1785) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2014다221777, 221784 판결: "이 경우에 채무자는 물상보증인에 대한 반대채권이 있더라도 특별한 사정이 없는 한 물상보증인의 구상금 채권과 상계함으로써 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자에게 대항할 수 없다. 채무자는 선순위공동저당권자가 물상보증인 소유의 부동산에 대해 먼저 경매를 신청한 경우에 비로소 상계할 것을 기대할 수 있는데, 이처럼 우연한 사정에 의하여 좌우되는 상계에 대한 기대가 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자가 가지는 법적 지위에 우선할 수 없다." ☜ 물상보증인 소유 부동산의 후순위저당권자(원고)가 본소청구로 공동저당권자(피고)를 상대로 변제자대위와 물상대위를 이유로 채무자 소유 부동산상 공동저당권등기의 이전등기를 구함에 대하여, 채무자가 피고를 상대로 물상보증인이 채무자에 대해 취득한 구상금 채권이 상계로 소멸하였다고 주장하며 위 공동저당권등기의 말소를 구하는 독립당사자 참가신청은, 원고의 청구와 동일한 권리관계에 관하여 주장 자체로 양립되지 않는 관계에 있지 않으므로, 권리주장참가의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 직권으로 판단한 사례.

1786) 대법원 2021. 12. 16. 선고 2021다247258 판결: "이는 물상보증인으로부터 부동산을 양수한 제3취득자가 변제자대위를 하는 경우에도 마찬가지이다. 이 경우 물상보증인이 자신이 변제한 채권 전부에 대해 변제자대위를 할 수 있다고 본다면, 후순위저당권자는 저당부동산이 채무자에게 이전되었다는 우연한 사정으로 대위를 할 수 있는 지위를 박탈당하는 반면, 물상보증인 또는 그로부터 부동산을 양수한 제3취득자는 뜻하지 않은 이득을 얻게 되어 부당하다. 같은 물상보증인이 소유하는 복수의 부동산에 공동저당이 설정된 경우 그 부동산 중 일부에 대한 후순위저당권자는 선순위 공동저당권자가 공동저당이 설정된 부동산의 가액에 비례하여 배당받는 것을 전제로 부동산의 담보가치가 남아있다고 기대하여 저당권을 설정받는 것이 일반적이고, 이러한 기대를 보호하는 것이 민법 제368조의 취지에 부합한다." ☛ 공동저당이 설정된 같은 물상보증인 소유의 1, 2 부동산 중 1 부동산에 원고의 후순위 전세권(2억 3천만 원)이 설정된 후, 2 부동산은 매매를 원인으로 한 피고(제3취득자) 명의의 소유권이전등기, 1 부동산은 채무자 명의의 소유권이전청구권 가등기가 마쳐진 다음, 피고는 근저당권 채무 5억 5천만 원을 대위변제한 뒤 2 부동산 근저당권을 말소하였고, 채무자는 1 부동산에 관하여 가등기에 기한 본등기를 마쳤으며, 피고는 1 부동산 근저당권의 이전등기를 하였고, 1 부동산 임의경매에 따른 배당금액을 피고가 전액 배당받자, 원고가 그 중 2억 3천만 원에 대해 배당이의의 소를 제기한 **사안**에서, 1, 2 부동산 동시 경매의 경우 1, 2 부동산 전체 가액 16억 3500만 원(= 1 부동산 경락가액 4억 8500만 + 2부동산 피고 매수가액 11억 5천만) 중 책임분담액은 1 부동산 163,149,847원(= 피담보채무 5억 5천만 × 4억 8500만/16억 3500만), 2 부동산 386,850,152원(= 5억 5천만 × 11억 5천만/16억 3500만)이므로, 원고가 전세권 설정 당시 전세금 2억 3천만 원 전액에 관하여 민법 제368조 제2항에 따라 대위를 할 수 있는 지위에 있었고, 피고는 근저당권 채무 5억 5천만 원을 대위변제함으로써 변제자대위에 의하여 제1 부동산 근저당권을 취득하게 되나, 위와 같이 원고가 대위할 수 있었던 2억 3천만 원의 범위에서는 변제자대위를 할 수 없으므로 피고 명의의 근저당권이전등기도 그 범위에서는 효력이 없으며, 따라서 피고는 위 금액의 범위에서는 원고보다 우선하여 배당받을 수 없으므로, 원고에 대한 배당액 0원은 2억 3천만 원으로 경정되어야 한다고 한 예.

1787) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결: "이러한 법리는 **물상보증인이 수인인 경우에도 마찬가지**라 할 것이므로(이 경우 물상보증인들 사이의 변제자대위 관계는 민법 제482조 제2항 제4호, 제3호에 의하여 규율될 것이다), 자기 소유의 부동산이 먼저 경매되어 1번 저당권자에게 대위변제를 한 물상보증인은 위 1번 저당권을 대위취득하였고, 그 물상보증인 소유의 부동산의 후순위저당권자는 위 1번 저당권에 대하여 물상대위를 할

부동산과 물상보증인 소유 부동산 중 물상보증인 소유 부동산이 먼저 경매되어 피담보채무가 변제되거나 물상보증인이 변제한 경우, 변제자대위로 제3취득자 소유 부동산의 공동저당권이 물상보증인에게 법률상 당연히 이전하므로, 제3취득자가 피담보채무 소멸을 이유로 제3취득자 소유 부동산상 공동저당권의 말소등기를 구할 수는 없다.[1788]

하지만, ① 공동저당의 목적인 채무자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산 중 채무자 소유 부동산이 먼저 경매되어 피담보채무가 변제된 경우, 채무자 소유 부동산에 대한 후순위 저당권자는 민법 제368조 제2항 후단에 의하여 선순위 공동저당권자를 대위하여 물상보증인 소유 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수는 없으므로(이는 채무자 소유 부동산에 후순위 저당권이 설정된 '후'에 물상보증인 소유 부동산이 추가로 공동저당의 목적으로 된 경우에도 마찬가지이다),[1789] 물상보증인 소유 부동산상 공동저당권등기는 피담보채무의 소멸로 인하여 말소되어야 하고,[1790] ② 물상보증인이 공동저당권의 피담보채무를 변제한 때에도 다

수 있다 할 것이므로, 그 1번 저당권설정등기는 말소등기가 경료될 것이 아니라 위 물상보증인 앞으로 대위에 의한 저당권이전의 부기등기(부동산등기법 제148조)가 경료되어야 할 성질의 것이며, 따라서 아직 경매되지 아니한 공동저당물의 소유자로서는 위 1번 저당권자에 대한 피담보채무가 소멸하였다는 사정만으로는 그 말소등기를 청구할 수 없다고 보아야 할 것이다."

1788) 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전원합의체 판결; "민법 제481조는 '변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위한다.'라고 규정하고, 민법 제482조 제1항은 '전2조의 규정에 의하여 채권자를 대위한 자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다.'라고 규정하며, 같은 조 제2항은 '전항의 권리행사는 다음 각 호의 규정에 의하여야 한다.'라고 규정하고 있으나, 그중 **물상보증인과 제3취득자 사이의 변제자대위**에 관하여는 **명확한 규정이 없다**. 그런데 **보증인과 제3취득자** 사이의 변제자대위에 관하여 민법 제482조 제2항 제1호는 '보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.'라고 규정하고, 같은 항 제2호는 '제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.'라고 규정하고 있다. 한편 민법 제370조, 제341조에 의하면 물상보증인이 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃은 때에는 '보증채무'에 관한 규정에 의하여 채무자에 대한 구상권을 가지고, 민법 제482조 제2항 제5호에 따르면 **물상보증인과 보증인** 상호 간에는 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위하게 되어 있을 뿐 이들 사이의 우열은 인정하고 있지 아니하다. 위와 같은 규정 내용을 종합하여 보면, **물상보증인**이 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃은 때에는 보증채무를 이행한 **보증인과 마찬가지로** 채무자로부터 담보부동산을 취득한 **제3자에 대하여** 구상권의 범위 내에서 출재한 전액에 관하여 채권자를 **대위**할 수 있는 반면, 채무자로부터 담보부동산을 취득한 **제3자**는 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃더라도 **물상보증인에 대하여** 채권자를 **대위할 수 없다**고 보아야 할 것이다. 만일 물상보증인의 지위를 보증인과 다르게 보아서 물상보증인과 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자 상호 간에는 각 부동산의 가액에 비례하여 채권자를 대위할 수 있다고 한다면, 본래 채무자에 대하여 출재한 전액에 관하여 대위할 수 있었던 물상보증인은 채무자가 담보부동산의 소유권을 제3자에게 이전하였다는 우연한 사정으로 이제는 각 부동산의 가액에 비례하여서만 대위하게 되는 반면, 당초 채무 전액에 대한 담보권의 부담을 각오하고 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자는 그 범위에서 뜻하지 않은 이득을 얻게 되어 부당하다. 이와 달리 담보부동산을 매수한 제3취득자는 물상보증인에 대하여 각 부동산의 가액에 비례하여 채권자를 대위할 수 있다고 한 74다1419 판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다." ☜ 피고(물상보증인)가 소외인(채무자)의 대출금 채무를 변제한 이상, 소외인으로부터 근저당권이 설정되어 있는 과수원 지분을 취득한 원고들(제3취득자)에 대하여 피고가 출재한 전액의 범위에서 근저당권을 대위행사할 수 있다고 판단하고, 원고들의 근저당권설정등기말소청구를 기각한 원심의 판단이 정당하다고 한 예.

1789) 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다207996 판결.

1790) 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다36596 판결.
이와 달리, 채무자 소유의 부동산에 대한 후순위 저당권자가 자신의 담보권을 보전할 목적으로 스스로 출연을 하여 선순위 저당권의 피담보채무를 변제한 경우에는, 선순위 저당권자의 보증인에 대한 채권 및 그 담보(저당

른 사정에 의하여 채무자에 대하여 구상권이 없는 경우에는 채권자를 대위하여 채권자의 공동저당권을 행사할 수 없어서,[1791] 채무자 소유 부동산의 공동저당권이 물상보증인에게 이전하지 않고 소멸하므로, 채무자는 그 저당권의 말소를 구할 수 있으며, ③ 공동저당의 목적인 제3취득자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산 중 제3취득자 소유 부동산이 먼저 경매되어 피담보채무가 변제되거나 제3취득자가 변제한 경우, 제3취득자는 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 없어,[1792] 물상보증인 소유 부동산의 공동저당권이 제3취득자에게 이전하지 않고 소멸하므로, 물상보증인은 그 저당권의 말소를 구할 수 있고, ④ 수인의 물상보증인 중 한 물상보증인이 공동저당권의 피담보채무를 변제하였으나 다른 물상보증인 소유 부동산의 공동저당권에 대위의 부기등기를 하여 두지 아니한 상태에서 그 부동산을 제3자가 취득한 경우, 제3취득자는 자신 소유 부동산상 저당권의 말소를 구할 수 있다.[1793]

권)는 모두 대위변제자인 후순위 저당권자에게 이전되고, 따라서 선순위 저당권자는 후순위 저당권자에게 대위변제로 인한 저당권 이전의 부기등기를 마쳐 주어야 할 의무가 있다(대법원 2002. 12. 6. 선고 2001다2846 판결; 甲을 주채무자로 하고, 乙을 연대보증인으로 한 채무를 담보하기 위하여 甲과 乙의 공동소유인 부동산 전부에 관하여 선순위의 저당권이 설정된 후 甲 소유의 지분에 대하여서만 후순위 저당권을 취득한 자가 자신의 담보권을 보전하기 위하여 선순위 저당권자에게 당해 피담보채무를 변제한 경우에는 종전의 채권자인 선순위 저당권자의 채권 및 그 담보는 모두 대위변제를 한 후순위 저당권자에게 이전되고, 따라서 선순위 저당권자는 대위변제자인 후순위 저당권자에게 甲과 乙의 공동소유인 부동산 전체에 대하여 대위변제로 인한 저당권이전의 부기등기를 마쳐 주어야 할 의무가 있다고 한 예).

1791) ○ 대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다80429 판결; "타인의 채무를 담보하기 위한 저당권설정자가 그 채무를 변제하거나 저당권의 실행으로 인하여 저당물의 소유권을 잃은 때에는 보증채무에 관한 규정에 의하여 채무자에 대한 구상권이 있고(민법 제370조, 341조), 이는 근저당권의 경우에도 마찬가지로 보아야 한다. 또한 변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위하고, 그에 따라 채권자를 대위한 자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다(민법 제481조, 482조). 따라서 타인의 채무를 담보하기 위하여 근저당권을 설정한 물상보증인이 그 채무를 변제한 때에는 채무자에 대한 구상권이 있고, 그 물상보증인은 변제할 정당한 이익이 있으므로 변제로 당연히 채권자를 대위하여 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다. 다만 물상보증인은 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 그와 같은 권리를 행사할 수 있으므로, 물상보증인이 채무를 변제한 때에도 다른 사정에 의하여 채무자에 대하여 구상권이 없는 경우에는 채권자를 대위하여 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 없다고 해석하여야 한다."

○ 대법원 2015. 11. 27. 선고 2013다41097, 41103 판결; "실질적인 채무자와 실질적인 물상보증인이 공동으로 담보를 제공하여 대출을 받으면서 실질적인 물상보증인이 저당권설정등기에 자신을 채무자로 등기하도록 한 경우, 실질적 물상보증인인 채무자는 채권자에 대하여 채무자로서의 책임을 지는지와 관계없이 내부관계에서는 실질적 채무자인 물상보증인이 변제를 하였더라도 그에 대하여 구상의무가 없으므로, 실질적 채무자인 물상보증인이 채권자를 대위하여 실질적 물상보증인인 채무자에 대한 담보권을 취득한다고 할 수 없다. 그리고 이러한 법리는 실질적 물상보증인인 채무자와 실질적 채무자인 물상보증인 소유의 각 부동산에 공동저당이 설정된 후에 실질적 채무자인 물상보증인 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정되었다고 하더라도 다르지 아니하다. 이와 같이 물상보증인이 채무자에 대한 구상권이 없어 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위공동저당권자의 저당권을 대위취득할 수 없는 경우에는 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 물상대위할 대상이 없으므로 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위공동저당권자의 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 없다고 보아야 한다."

1792) 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전원합의체 판결.

1793) 대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카10305 판결; "타인의 채무를 변제하고 채권자를 대위하는 대위자 상호간의 관계를 규정한 민법 제482조 제2항은 제1호에서 '보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기

(4) 피담보채무의 소멸시효 완성[1667]

(가) 제3취득자나 물상보증인의 독자적 시효원용권

저당부동산에[1794]대한 제3취득자나 물상보증인은 피담보채권의 소멸시효 완성을 독자적으로 주장할 수 있다.[1795] 소멸시효 이익의 포기는 상대적 효과가 있을 뿐이어서 '채무자'가 시효이익을 포기하더라도 '물상보증인', '시효이익 포기 전 제3취득자'에게는 효력이 없다.[1796] 하지만, 채무자 겸 저당권설정자가 이미 피담보채권의 소멸시효 완성 이익을 포기한 '후'에 저당부동산을 취득한 자는 그 시효이익 포기의 효력을 부정할

하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.'고 규정하고, 제5호에는 '자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자와 보증인 간에는 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위한다. 그러나 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자가 수인인 때에는 보증인의 부담부분을 제외하고 그 잔액에 대하여 각 재산의 가액에 비례하여 대위한다. 이 경우에 그 재산이 부동산인 때에는 제1호의 규정을 준용한다.'고 규정하고 있는바, 제5호 단서에서 대위의 부기등기에 관한 제1호의 규정을 준용하도록 규정한 취지는 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 물상보증인이 수인일 때 그중 일부의 물상보증인이 채무의 변제로 다른 물상보증인에 대하여 채권자를 대위하게 될 경우에 미리 대위의 부기등기를 하여 두지 아니하면 채무를 변제한 뒤에 그 저당물을 취득한 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없도록 하려는 것이라고 해석된다. 만약 그렇게 해석하지 아니하고 원심이 판단한 바와 같이 보증인이 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 경우에만 제5호 단서에 의하며 제1호의 규정이 준용되는 것으로 해석한다면, 제5호가 제1호에 규정된 똑같은 경우에 관하여 다시 제1호의 규정을 준용하도록 규정한 셈이 되어 같은 내용을 되풀이하여 규정한 이외에 아무런 의미도 가질 수 없는 것으로 되기 때문이다." ☜ 소외 물상보증인들이 피담보채무를 변제한 뒤 다른 물상보증인인 원고의 소유 부동산에 설정된 피고 명의의 근저당권설정등기에 관하여 대위의 부기등기를 하여 두지 아니하고 있는 동안에, 원고승계참가인이 위 부동산을 취득하고 피담보채무가 소멸되었음을 이유로 피고에게 위 저당권설정등기의 말소를 구한 **사안**에서, **원심**이, '수인의 물상보증인 간 대위의 경우 인적 보증인의 대위의 경우와는 달리 저당권의 등기에 미리 대위를 부기하지 아니하여도 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위할 수 있다'고 하여, 피고로서는 대위변제자들의 청구가 있으면 즉시 저당권을 이전하여 줄 의무가 있으므로 저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 없다고 판단한 것은 위법이라고 판단한 예.

1794) ○ 근저당권설정등기청구권과 그 피담보채권은 별개로 소멸시효에 걸린다(대법원 2004. 2. 13. 선고 2002다7213 판결; '피담보채권인 대여금채권에 관하여 소멸시효가 완성되지 않은 이상 근저당권설정등기청구권도 소멸하지 않는다'는 주장에 대하여, 근저당권설정등기청구권은 위 대여금채권과는 별개의 청구권으로서 시효기간 또한 독자적으로 진행된다고 판단하여 위 주장을 배척한 예).
○ 담보가등기를 경료한 토지를 인도받아 점유할 경우 담보가등기의 피담보채권의 소멸시효가 중단되는 것은 아니고, 담보가등기에 기한 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 완성되기 전에 그 대상 토지를 인도받아 점유함으로써 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 중단된다 하더라도 위 담보가등기의 피담보채권이 시효로 소멸한 이상 위 담보가등기 및 그에 기한 소유권이전등기는 결국 말소되어야 한다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006다12701 판결).
○ 근저당권설정계약이나 그 기본계약상 결산기의 지정은 근저당권 피담보채무의 확정시기와 방법을 정한 것으로서 피담보채무의 이행기에 관한 약정과는 구별된다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결).

1795) 저당부동산에 대한 제3취득자나 물상보증인은 피담보채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 해당하므로 피담보채권에 관하여 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있고, 이는 채무자의 소멸시효 원용권에 기초한 것이 아닌 독자적인 것으로서 채무자를 대위하여서만 시효이익을 원용할 수 있는 것은 아니다[담보가등기된 부동산 양수인에 관한 95다12446 판결 및 물상보증인에 관한 2003다30890 판결 참조].

1796) 대법원 2018. 11. 9. 선고 2018다38782 판결; 소외인이 그 소유 부동산에 피고의 피고보조참가인에 대한 채권을 피담보채권으로 하는 근저당권을 피고에게 설정해 주었는데, 피담보채권이 성립일로부터 10년을 경과하여 소멸시효가 완성된 이후 채무자인 피고보조참가인이 일부 변제를 약정함으로써 소멸시효의 이익을 포기하였으나, 물상보증인은 독자적으로 소멸시효 완성을 주장할 수 있으므로 원고는 물상보증인인 소외인의 채권자로서 소외인을 대위하여 피담보채권의 시효소멸을 주장할 수 있다고 판단한 예. **[동일 취지]** 담보가등기가 경료된 부동산을 양수한 자에 관한 95다12446 판결.

수 없다.[1797]

(나) 제3취득자나 물상보증인에 대한 권리행사와 시효중단

채권자가 물상보증인[1798]에 대하여 그 피담보채권의 실행으로서 경매를 신청하여 경매법원이 경매개시결정을 하고 경매절차의 이해관계인인 채무자에게 그 결정이 송달되거나 경매기일이 통지된 경우에, 시효의 이익을 받는 채무자는 민법 제176조[1799]에 의하여 당해 피담보채권의 소멸시효 중단의 효과를 받는다.[1800] 이 경우 소멸시효 중단을 주장하는 채권자가 경매개시결정이나 경매기일통지서가 채무자에게 교부송달된[1801] [1802] 사실을 주장·증명하여야 한다.[1803]

채권자 겸 저당권자의 채무자에 대한 저당권설정등기청구의 소 제기는 그 피담보채권의 재판상의 청구에 준하는 것으로서 피담보채권에 대한 소멸시효 중단의 효력이 있

1797) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2015다200227 판결.

1798) 저당부동산의 제3취득자도 마찬가지이다(89다카32606).

1799) 민법 제176조(압류, 가압류, 가처분과 시효중단) 압류, 가압류 및 가처분은 시효의 이익을 받은 자에 대하여 하지 아니한 때에는 이를 그에게 통지한 후가 아니면 시효중단의 효력이 없다.

1800) 대법원 1997. 8. 29. 선고 97다12990 판결.

1801) 대법원 1990. 1. 12. 선고 89다카4946 판결; "다른 사람의 채무를 담보하기 위하여 자기소유의 부동산에 저당권을 설정한 물상보증인에 대한 임의경매의 신청은 피담보채권의 만족을 위한 강력한 권리실행 수단으로서, 채무자 본인에 대한 압류와 대비하여 소멸시효의 중단사유로서 차이를 인정할 만한 실질적인 이유가 없기 때문에, 경매개시결정에 따라 압류의 효력이 생긴 경우에는, 중단행위의 당사자나 그 승계인 이외의 시효의 이익을 받는 채무자에게도 시효중단의 효력이 미치도록 하되, 다만 채무자가 시효의 중단으로 인하여 예측하지 못한 불이익을 입게 되는 것을 막아주기 위하여 채무자에게 압류사실이 통지되어야지 시효중단의 효력이 미치게 함으로써, 채권자와 채무자간의 이익을 조화시키려는 것이, 민법 제169조에 규정된 시효중단의 상대적 효력에 대한 예외를 인정한 민법 제176조의 취지라고 해석되는 만큼, 압류사실을 채무자가 알 수 있도록 경매개시결정이나 경매기일 통지서가 교부송달의 방법으로 채무자에게 송달되어야만 압류사실이 통지된 것으로 볼 수 있는 것이지, 경매개시결정이나 경매기일통지서가 우편송달(발송송달)이나 공시송달의 방법에 의하여 채무자에게 송달됨으로써 채무자가 압류사실을 알 수 없었던 경우까지도 압류사실이 채무자에게 통지되었다고 볼 것은 아니다. … 금융기관인 원고의 신청에 의하여 진행하는 경매법의 규정에 의한 위 경매절차에 있어서는, 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 제3조에 따라 경매개시결정이나 경매기일통지서를 경매신청 당시 그 부동산의 등기부에 기재되어 있는 주소로 발송함으로써 송달된 것으로 보고 또 그 부동산의 등기부에 주소의 기재가 없거나 주소를 법원에 신고하지 아니한 때에는 공시송달의 방법에 의하여 송달하여야 하는 것이므로, 위와 같이 경매절차가 종료되었다고 하여 그 경매절차에서 경매개시 결정이나 경매기일 통지서가 우편송달(발송송달)이나 공시송달의 방법이 아닌 교부송달의 방법으로 이해 관계인인 채무자에게 송달되었다고 추정할 수 없다고 보는 것이 상당하다."

1802) 은행여신거래기본약관상 도달간주조항이 경매개시결정상의 압류 사실에 관한 통지에는 적용되지 아니한다(2009다69456). 2009다69456 판결은 "원고는 원심의 판단이 87다카1605 판결에 정면으로 위배된다고 주장하나, 위 대법원판결에서 다루어진 도달간주조항은 앞에서 본 이 사건 약관조항과 그 내용을 달리한다."라고 판시하였으나, 반대취지의 87다카1605 판결은 2009다69456 판결로 사실상 판례 변경된 것으로 볼 수 있다.

1803) 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다26097 판결은, 원심이, '물상보증인들 소유의 부동산들에 대한 경매개시결정이나 경매기일통지서가 주채무자인 피고 회사에게 교부송달의 방법으로 송달됨으로써 압류사실이 통지되었음을 인정할 증거가 없으며(원고는 경매기록이 보존기간의 경과로 폐기되어 입증방법이 없음을 자인한다), … 경매절차가 종료되었다고 하여 그 경매절차에서 경매개시결정이나 경매기일통지서가 교부송달의 방법으로 이해관계인인 채무자에게 송달되었다고 추정할 수 없다는 이유로 원고의 재항변을 배척'한 데 대하여, 앞서 본 89다카4946 판결의 일반론과 함께 '압류사실이 피고 회사에 통지되었음을 전제로 하는 원고의 소멸시효 중단에 관한 재항변을 배척하였음은 옳다'라고 판시하였다.

고,[1804] 채무자 겸 저당권설정자가 피담보채무의 부존재·소멸을 이유로 제기한 저당권설정등기 말소등기절차이행청구소송에서 채권자 겸 저당권자가 청구기각 판결을 구하면서 피담보채권의 존재를 주장하는 경우 이는 재판상 청구에 준하는 것으로서 피담보채권에 관하여 소멸시효중단의 효력이 생기나,[1805] 저당부동산에 대한 제3취득자나 물상보증인이 제기한 저당권설정등기 말소등기절차이행청구 소송에서의 채권자 겸 저당권자의 응소행위는 피담보채권에 관한 소멸시효 중단사유에 해당하지 아니한다.[1806] 이는 담보가등기의 경우에도 동일하다.[1807]

(다) 채권신고의 시효 중단효

첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 저당권을 가진 채권자가 다른 채권자의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 '채권신고'를 한 경우, 신고된 채권에 관하여 소멸시효 중단의 효력이 생기지만, 경매신청이 취하되면 소멸시효 중단의

1804) 대법원 2004. 2. 13. 선고 2002다7213 판결: "원고의 근저당권설정등기청구권의 행사는 그 피담보채권이 될 이 사건 금전채권의 실현을 목적으로 하는 것으로서, 근저당권설정등기청구의 소에는 그 피담보채권이 될 채권의 존재에 관한 주장이 당연히 포함되어 있는 것이고, 피고로서도 원고가 원심에 이르러 금전지급을 구하는 청구를 추가하기 전부터 피담보채권이 될 금전채권의 소멸을 항변으로 주장하여 그 채권의 존부에 관한 실질적 심리가 이루어져 그 존부가 확인된 이상, 그 피담보채권이 될 채권으로 주장되고 심리된 채권에 관하여는 근저당권설정등기청구의 소의 제기에 의하여 피담보채권이 될 채권에 관한 권리의 행사가 있은 것으로 볼 수 있으므로, 근저당권설정등기청구의 소의 제기는 그 피담보채권의 재판상의 청구에 준하는 것으로서 피담보채권에 대한 소멸시효 중단의 효력을 생기게 한다고 봄이 상당하다. … 원심이, 원고가 이 사건 근저당권설정등기청구의 소를 제기함으로써 원고가 원심에 이르러 지급을 구한 이 사건 대여금채권 전부에 대한 소멸시효가 중단되었고, 비록 근저당권설정등기청구가 근저당권설정등기청구권의 시효소멸로 인하여 받아들여지지 않았다고 하더라도 달리 볼 것은 아니라고 하여 피고의 소멸시효항변을 배척한 것은 정당하고," ☞ 사업자금 조달을 위하여 차용한 금원의 담보로 근저당권설정계약이 이루어진 사안에서, 근저당권설정등기청구권과 대여금채권은 모두 보조적 상행위로 인한 것으로서 5년의 시효에 걸리는데, 그 중 대여금채권만 이전에 일부 변제로 시효가 중단된 적이 있었던 사례.

1805) 다만, 그 저당권설정등기 말소소송이 청구기각판결로 확정되었다 하더라도, 피담보채권의 존부가 그 소송의 소송물이 된 것으로 볼 수 없어 위 판결에 의해 피담보채권이 확정된 것으로 볼 수는 없으므로, 민법 제165조 제1항에 따라 10년의 소멸시효가 적용될 수는 없다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다24435 판결).

1806) 대법원 2004. 1. 16. 선고 2003다30890 판결: "채무자 겸 저당권설정자가 피담보채무의 부존재 또는 소멸을 이유로 하여 제기한 저당권설정등기 말소등기절차이행청구소송에서 채권자 겸 저당권자가 청구기각의 판결을 구하면서 피담보채권의 존재를 주장하는 경우에는 그와 같은 주장은 재판상 청구에 준하는 것으로서 피담보채권에 관하여 소멸시효중단의 효력이 생긴다. 그러나 타인의 채무를 담보하기 위하여 자기의 물건에 담보권을 설정한 물상보증인은 채권자에 대하여 물적 유한책임을 지고 있어 그 피담보채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 관계에 있으므로 소멸시효의 완성을 주장할 수 있는 것이지만, 채권자에 대하여는 아무런 채무도 부담하고 있지 아니하므로, 물상보증인이 그 피담보채무의 부존재 또는 소멸을 이유로 제기한 저당권설정등기 말소등기절차이행청구소송에서 채권자 겸 저당권자가 청구기각의 판결을 구하고 피담보채권의 존재를 주장하였다고 하더라도 이로써 직접 채무자에 대하여 재판상 청구를 한 것으로 볼 수는 없는 것이므로 피담보채권의 소멸시효에 관하여 규정한 민법 제168조 제1호 소정의 '청구'에 해당하지 아니한다고 할 것이다."

1807) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다33364 판결: "시효를 주장하는 자의 소 제기에 대한 응소행위가 민법상 시효중단사유로서의 재판상 청구에 준하는 행위로 인정되려면 의무 있는 자가 제기한 소송에서 권리자가 의무 있는 자를 상대로 응소하여야 할 것이므로, 담보가등기가 설정된 후에 그 목적 부동산의 소유권을 취득한 제3취득자나 물상보증인 등 시효를 원용할 수 있는 지위에 있으나 직접 의무를 부담하지 아니하는 자가 제기한 소송에서의 응소행위는 권리자의 의무자에 대한 재판상 청구에 준하는 행위에 해당한다고 볼 수 없다."

효력도 소멸한다. 위 채권신고에 별도로 소멸시효 중단 사유인 '최고'의 효력은 인정되지 않고, 경매신청이 취하된 후 6개월 내에 위와 같은 채권신고를 한 채권자가 소제기 등의 재판상의 청구를 하였다고 하더라도 소멸시효 중단의 효력이 유지된다고 할 수 없다.[1808]

채권자가 채권신고, 배당요구 등의 방법으로 경매절차에 참가하여 소멸시효가 중단된 채권에 대한 소멸시효는 '배당표가 확정된 때'부터 다시 진행한다.[1809]

(5) 근저당권설정계약 자체의 무효 등

소유권에 기한 근저당권설정등기 말소등기청구의 경우에는 근저당권설정계약 자체의 부존재, 무효 등의 사유가 앞서 본 ③('근저당권의 무효')의 요건사실이 될 수 있는데, 근저당권설정등기의 추정력을 복멸하는 절차적·실체적 위법, 예컨대, 근저당권설정등기가 위조 또는 절취된 등기관계서류에 의해 마쳐졌다거나 소유자를 대리할 권한이 없는 자에 의해 마쳐진 사실이나 '근저당권설정계약 자체의 무효·취소 사실'[1810] 또는 '피고 명의의 근저당권설정등기가 원인무효의 소유권이전등기에 기초한 사실'[1811]을 주장·증명

1808) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다28031 판결; "저당권으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자는 담보권을 실행하기 위한 경매신청을 할 수 있을뿐더러 다른 채권자의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당에 참가할 수 있는바, 이러한 채권자가 채권의 유무, 그 원인 및 액수를 법원에 신고하여 권리를 행사하였다면 그 채권신고는 민법 제168조 제2호의 압류에 준하는 것으로서 신고된 채권에 관하여 소멸시효를 중단하는 효력이 생긴다고 할 것이다. 그러나 민법 제175조에 "압류, 가압류 및 가처분은 권리자의 청구에 의하여 또는 법률의 규정에 따르지 아니함으로 인하여 취소된 때에는 시효중단의 효력이 없다"라고 규정하고, 민사집행법 제93조 제1항에 "경매신청이 취하되면 압류의 효력은 소멸된다"라고 규정하고 있으므로 경매신청이 취하되면 특별한 사정이 없는 한 압류로 인한 소멸시효 중단의 효력이 소멸하는 것과 마찬가지로 위와 같이 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 저당권을 가진 채권자의 채권신고로 인한 소멸시효 중단의 효력도 소멸한다고 봄이 상당하다. 한편, 이러한 채권신고에 채무자에 대하여 채무의 이행을 청구하는 의사가 직접적으로 표명되어 있다고 보기 어렵고 채무자에 대한 통지 절차도 구비되어 있지 않으므로 별도의 소멸시효 중단 사유인 최고의 효력은 인정되지 않는다고 할 것이므로, 경매신청이 취하된 후 6월 내에 위와 같은 채권신고를 한 채권자가 소제기 등의 재판상의 청구를 하였다고 하더라도 민법 제170조 제2항에 의하여 소멸시효 중단의 효력이 유지된다고 할 수 없다."

1809) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다89880 판결; "채권자가 배당요구 또는 채권신고 등의 방법으로 권리를 행사하여 강제경매절차에 참가하고, 그 권리행사로 인하여 소멸시효가 중단된 채권에 대하여 일부만 배당하는 것으로 배당표가 작성되고 다시 그 배당액 중 일부에 대하여만 배당이의가 있어 그 이의의 대상이 된 부분을 제외한 나머지 부분, 즉 배당액 중 이의가 없는 부분과 배당받지 못한 부분의 배당표가 확정이 되었다면, 이로써 그와 같이 배당표가 확정된 부분에 관한 권리행사는 종료되고 그 부분에 대하여 중단된 소멸시효는 위 종료 시점부터 다시 진행되며, 위 채권 중 배당이의의 대상이 된 부분은 그에 관하여 적법하게 배당이의의 소가 제기되고 그 소송이 완결된 후 그 결과에 따라 종전의 배당표가 그대로 확정 또는 경정되거나 새로 작성된 배당표가 확정되면 그 시점에서 권리행사가 종료되고 그때부터 다시 소멸시효가 진행한다."

1810) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다67208 판결; "근저당권설정등기의 말소를 구하는 당사자로서는 그 요건사실에 해당하는 근저당권설정계약에 존재하는 무효·취소사유를 주장하면 족한 것이므로 원고가 이 사건 근저당권의 말소를 구하기 위하여 대출계약 자체는 그대로 둔 채 근저당권설정계약의 취소만을 주장하더라도 그 자체를 위법하다고 볼 수는 없다." ☛ ❶ 도박자금 채권의 담보로 근저당권설정등기가 경료된 경우, 그 이익은 소유권이전과 같은 종국적인 것이 아니므로, 소유자는 민법 제746조(불법원인급여)의 적용을 받음이 없이 그 말소를 청구할 수 있다(93다55234). ❷ 근저당권설정계약상 채무자의 동일성에 관한 착오는 법률행위 내용의 중요부분에 관한 착오에 해당한다(95다37087).

1811) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결; "부동산등기에는 공신력이 인정되지 아니하므로, 부동산의 소유권이전등기가 불실등기인 경우 그 불실등기를 믿고 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 경료하였다 하더

하면 된다.

마) 근저당권이 이전된 경우

근저당권설정등기 말소등기청구의 ② 요건사실(피고 명의의 근저당권설정등기의 경료)과 관련하여, 원인무효인 근저당권이 양도된 경우에는,[1812] '양수인'을 상대로 주등기인 '근저당권설정등기'의 말소등기를 구하면 족하고, 양도인은 피고 적격이 없으며, 근저당권이전의 부기등기의 말소를 별도로 구할 소의 이익은 인정되지 않는다.[1813] [1814] [1815]

그러나 근저당권의 이전 원인만이 무효로 되거나 취소 또는 해제된 경우(즉, 근저당권의 주등기 자체는 유효한 것을 전제로 이와는 별도로 근저당권 이전의 부기등기에 한하여 무효사유가 있다는 이유로 부기등기만의 효력을 다투는 경우)에는 그 부기등기의 말소를 소구할 필요가 있으므로 예외적으로 소의 이익이 있다.[1816]

라도 그 소유권을 취득한 것으로 될 수 없고, 부동산에 관한 소유권이전등기가 무효라면 이에 터잡아 이루어진 근저당권설정등기는 특별한 사정이 없는 한 무효이며, 무효인 근저당권에 기하여 진행된 임의경매절차에서 부동산을 경락받았다 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없다."

1812) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2002다15412, 15429 판결: "저당권은 피담보채권과 분리하여 양도하지 못하는 것이어서 **저당권부 채권의 양도**는 언제나 저당권의 양도와 채권양도가 결합되어 행해지므로 저당권부 채권의 양도는 민법 제186조의 부동산물권변동에 관한 규정과 민법 제449조 내지 제452조의 채권양도에 관한 규정에 의해 규율된다. 그러므로 저당권의 양도에 있어서도 물권변동의 일반원칙에 따라 저당권을 이전할 것을 목적으로 하는 물권적 합의와 등기가 있어야 저당권이 이전된다고 할 것이나, 이 때의 물권적 합의는 저당권의 양도·양수받는 당사자 사이에 있으면 족하고 그 외에 그 채무자나 물상보증인 사이에까지 있어야 하는 것은 아니라 할 것이고, 단지 채무자에게 채권양도의 통지나 이에 대한 채무자의 승낙이 있으면 채권양도를 가지고 채무자에게 대항할 수 있게 되는 것이다."

1813) ❶ 대법원 1995. 5. 26. 선고 95다7550 판결: "근저당권의 양도에 의한 부기등기는 기존의 근저당권설정등기에 의한 권리의 승계를 등기부상 명시하는 것뿐으로, 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 근저당권설정등기의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고, 양도인은 그 말소등기청구에 있어서 피고 적격이 없는 것이고, 또한 근저당권 이전의 부기등기는 기존의 주등기인 근저당권설정등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이어서 피담보채무가 소멸된 경우 또는 근저당권설정등기가 당초 원인무효인 경우 주등기인 근저당권설정등기의 말소만 구하면 되고 그 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기의 말소에 따라 직권으로 말소되는 것" ☛ 근저당권의 이전이 전부명령 확정에 따라 이루어진 경우도 동일하다(2000다5640). ❷ 2009다21386 판결: "직권으로 살피건대, … 피고 명의의 근저당권이전의 부기등기의 말소를 별도로 구할 소의 이익은 인정되지 않는다."(협의분할에 의한 상속을 원인으로 피고 명의의 근저당권이전등기가 마쳐진 사안) ❸ 근저당권자로부터 양수인 앞으로의 근저당권 이전이 무효라는 사유를 내세워 양수인을 상대로 근저당권설정등기의 말소를 구할 수는 없다(2003다5016).

1814) 채무자의 변경을 내용으로 하는 근저당권변경의 부기등기 역시 같은 이유로 주등기의 말소만을 구하면 되고 위 부기등기의 말소청구는 권리보호의 이익이 없는 부적법한 청구이다(2000다19526).

1815) **가등기의 이전에 의한 부기등기**의 경우에도 동일한 법리가 적용된다. 즉, 가등기의 이전에 의한 부기등기는 기존의 가등기에 의한 권리의 승계관계를 등기부상에 명시하는 것뿐으로 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 가등기의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고, 양도인은 그 말소등기청구에 있어서의 피고 적격이 없고, 가등기 이전의 부기등기는 기존의 주등기인 가등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이어서 피담보채무가 소멸된 경우에는 주등기인 가등기의 말소만 구하면 되고 위 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기의 말소에 따라 직권으로 말소된다(94다17109).

1816) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2002다15412, 15429 판결: 원고가 근저당권의 피담보채권 양도 당시 물상보증인의 동의나 승낙이 없어서 근저당권은 이전하지 않는다거나 채무자에게 양도통지를 하지 않았거나 그의 승낙을 받지 않았으므로 채권양도는 효력이 없다고 주장하면서 근저당권이 유효한 것을 전제로 근저당권 이전의 부기등기만의 말소를 구한 데 대하여, 원고의 위 각 주장은 인정되지 않는 사실에 기초한 것으로서 결국 받아들일

바) 등기유용합의·실체관계부합의 항변

피고는 등기 유용의 합의[1817] 등으로 실체관계에 부합함[1818]을 주장하여 항변할 수 있다.

사) 선이행판결

원고가 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서[1819] 근저당권설정등기에 대한 말소등기절차의 이행을 청구하였으나, 그 원리금의 계산, 피담보채무의 범위나 그 시효소멸 여부 등에 관한 다툼 등으로 인하여 변제액이 채무 전액을 소멸시키는 데 미치지 못하고 잔존채무가 있는 것으로 밝혀진 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 원고의

수 없고, 따라서 원심이 원고의 청구를 기각하여야 할 것을 소의 이익이 없음을 전제로 각하한 것은 잘못이라고 한 예.

1817) ○ 대법원 1998. 3. 24. 선고 97다56242 판결; "부동산의 소유자 겸 채무자가 채권자인 저당권자에게 당해 저당권설정등기에 의하여 담보되는 채무를 모두 변제함으로써 저당권이 소멸된 경우 그 저당권설정등기 또한 효력을 상실하여 말소되어야 할 것이나, 그 부동산의 소유자가 새로운 제3의 채권자로부터 금원을 차용함에 있어 그 제3자와 사이에 새로운 차용금 채무를 담보하기 위하여 위 잔존하는 종전 채권자 명의의 저당권설정등기를 이용하여 이에 터 잡아 새로운 제3의 채권자에게 저당권 이전의 부기등기를 경료하기로 하는 내용의 저당권등기 유용의 합의를 하고 실제로 그 부기등기를 경료하였다면, 그 저당권이전등기를 경료받은 새로운 제3의 채권자로서는 언제든지 부동산의 소유자에 대하여 위 등기 유용의 합의를 주장하여 저당권설정등기의 말소청구에 대항할 수 있다고 할 것이고, 다만 그 저당권 이전의 부기등기 이전에 등기부상 이해관계를 가지게 된 자에 대하여는 위 등기 유용의 합의 사실을 들어 위 저당권설정등기 및 그 저당권 이전의 부기등기의 유효를 주장할 수는 없다고 할 것이다.

한편 채무자인 부동산 소유자와 새로운 제3의 채권자와 사이에 위와 같은 저당권등기의 유용의 합의를 하였으나 아직 종전의 채권자 겸 근저당권자의 협력을 받지 못하여 저당권 이전의 부기등기를 경료하지 못한 경우에는 부동산 소유자와 종전의 채권자 사이에서는 저당권설정등기는 여전히 등기원인이 소멸한 무효의 등기라고 할 것이므로 부동산 소유자는 종전의 채권자에 대하여 그 저당권설정등기의 말소를 구할 수 있다고 할 것이지만, 부동산 소유자와 종전의 채권자 그리고 새로운 제3의 채권자 등 3자가 합의하여 저당권설정등기를 유용하기로 합의한 경우라면 종전의 채권자는 부동산 소유자의 저당권설정등기말소청구에 대하여 위 3자 사이의 등기 유용의 합의 사실을 들어 대항할 수 있다고 할 것이고 또한 부동산 소유자로부터 그 부동산을 양도받기로 하였으나 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하여 그 소유자를 대위하여 저당권설정등기의 말소를 구할 수 밖에 없는 자에 대하여도 마찬가지로 대항할 수 있다고 할 것이다."

○ 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다50055 판결; "무효등기의 유용에 대한 합의 내지 추인은 묵시적으로도 이루어질 수 있으나, 위와 같은 묵시적 합의 내지 추인을 인정하려면 무효등기 사실을 알면서 장기간 이의를 제기하지 아니하고 방치한 것만으로는 부족하고, 그 등기가 무효임을 알면서도 유효함을 전제로 기대되는 행위를 하거나 용태를 보이는 등 무효등기를 유용할 의사에서 비롯되어 장기간 방치된 것이라고 볼 수 있는 특별한 사정이 있어야 한다."

1818) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다50055 판결; "채권자가 채무자와 사이에 근저당권설정계약을 체결하였으나 그 계약에 기한 근저당권설정등기가 채권자가 아닌 제3자의 명의로 경료되고 그 후 다시 채권자가 위 근저당권설정등기에 대한 부기등기의 방법으로 위 근저당권을 이전받았다면 특별한 사정이 없는 한 그 때부터 위 근저당권설정등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기로 볼 수 있다." ※3 채권자 아닌 제3자 명의의 근저당권설정등기가 마쳐진 부동산에 소유권이전청구권 가등기가 있고 그 후 다시 채권자 명의의 위 근저당권 이전의 부기등기가 된 사안에서, 채권자는 위 부기등기가 된 시점에 비로소 근저당권을 취득하는데, 부기등기의 순위가 주등기의 순위에 의하도록 되어 있는 부동산등기법 규정에 따라 등기부상으로는 채권자가 위 제3자 명의의 근저당권설정등기가 된 시점에 근저당권을 취득한 것이 되어 위 가등기보다 그 순위가 앞서게 되므로, 결국 위 근저당권설정등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 볼 수 없다고 한 사례.

1819) 채무자가 피담보채무의 일부가 남아 있음을 시인하면서 그 변제와 상환으로 담보목적으로 경료된 소유권이전등기의 회복을 구하고 채권자는 그 소유권이전등기가 담보목적으로 경료된 것임을 다투고 있는 경우에도 마찬가지이다(96다33938).

청구에는 확정된 잔존채무를 변제하고 그 다음에 위 등기의 말소를 구한다는 취지도 포함되어 있는 것으로 해석함이 상당하고, 이는 장래이행의 소로서 미리 청구할 이익도 인정되므로, 피담보채무가 전액 변제되지 않았다는 이유만으로 원고의 청구를 기각할 것이 아니라 근저당권설정등기의 피담보채무 중 잔존원금 및 지연손해금의 액수를 심리·확정한 후 그 변제를 조건으로 근저당권설정등기의 말소를 명하여야 한다.[1820]

선이행판결에 대한 원고의 반대 의사표시가 있는 경우 원고의 근저당권설정등기 말소등기 청구는 전부 기각될 수밖에 없으나, 그 판결이 확정되더라도 그 사실심 변론종결 후에 피담보채무를 변제하고 또는 변제를 조건으로 하여 다시 제기한 근저당권설정등기 말소등기 청구의 후소에 전소의 확정판결의 기판력이 미치지는 아니한다.[1821]

아) 피담보채무 부존재 확인 청구

(1) 채무 부존재 확인 청구의 일반론

(가) 확인의 이익(= 소송요건, 직권조사사항)

확인의 소(권리·의무나 법률관계의 존재·부존재의 확정을 구하는 소)에 있어서는 권리보호요건으로서 확인의 이익이 있어야 한다.[1822]

확인의 소는 반드시 당사자 간의 법률관계에 한하지 않고, 당사자의 일방과 제3자 사이 또는 제3자 상호 간의 법률관계도 그 대상으로 할 수 있지만, 그 확인의 이익이 긍정

1820) 대법원 2023. 11. 16. 선고 2023다266390 판결. 한편, 91다6009는 "원심이 원고의 청구는 피담보채무가 발생하지 아니한 것을 전제로 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 청구하는 것이므로, 원고의 청구 중에 피담보채무의 변제를 조건으로 장래의 이행을 청구하는 취지가 포함된 것으로는 보여지지 않는다고 판단한 것은, 정당한 것으로 수긍이 된다."라고 하였다.

1821) ❶ 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다64793 판결; "전소에서 피담보채무의 변제로 양도담보권이 소멸하였음을 원인으로 한 소유권이전등기의 회복 청구가 기각되었다고 하더라도, 장래 잔존 피담보채무의 변제를 조건으로 소유권이전등기의 회복을 청구하는 것은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되지 아니한다." ❷ 80다56; 전소나 후소가 같은 부동산에 대한 같은 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구 사건이나 전소는 대금감액을 주장하였다가 그 사실이 인정되지 아니하여 원고의 청구가 배척된 것이고 후소는 감액을 주장하였던 대금을 변제공탁한 후 제기한 것이면 후소가 전소의 기판력에 저촉되지 아니한다고 한 예.

1822) ❶ 대법원 2021. 6. 17. 선고 2018다257958, 257965 전원합의체 판결의 다수의견; "확인의 소에서는 권리보호요건으로서 확인의 이익이 있어야 하고 **확인**의 **이익**은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 그 불안·위험을 제거하는 데 피고를 상대로 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때에만 인정된다고 할 것이므로 원고의 권리 또는 법률관계를 다툼으로써 원고의 법률상 지위에 불안·위험을 초래할 염려가 있다면 확인의 이익이 있다. 그러므로 보험계약의 당사자 사이에 계약상 채무의 존부나 범위에 관하여 다툼이 있는 경우 그로 인한 법적 불안을 제거하기 위하여 보험회사는 먼저 보험수익자를 상대로 소극적 확인의 소를 제기할 확인의 이익이 있다." ❷ 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다67399 판결; "확인의 소의 피고는 원고의 권리 또는 법률관계를 다툼으로써 원고의 법률적 지위에 불안을 초래할 염려가 있는 자, 다시 말하면 원고의 보호법익과 대립 저촉되는 이익을 주장하고 있는 자이어야 하고 그와 같은 피고를 상대로 하여야 확인의 이익이 있게 된다." ☎ 원고(보험회사)의 피보험차량으로 인한 교통사고로 피해자가 피고(렌트카회사)로부터 대차하고 그 요금을 지급한 사안에서, 피고가 피해자로부터 보험금청구권을 양도받아 원고에게 대차요금의 전부 또는 일부를 보험금으로 청구할 위험성이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 대차요금과 관련하여 원고의 보호법익과 대립 저촉되는 이익을 주장하고 있는 자에 해당한다고 보기 어려우므로, 원고가 피고에게 대차요금 관련 보험금 지급채무가 일정액을 초과하여서는 존재하지 아니한다는 확인을 구할 이익은 없다고 한 예.

된 예[1823]는 드물다(하나의 채권에 관하여 2인 이상이 서로 채권자라고 주장하고 있는 경우 어느 한쪽이 상대방에 대하여 '채권의 귀속에 관한 확인'을 구할 이익은 긍정된다).[1824]

확인의 소는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 관한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 허용되는 것이므로, 원칙적으로 '과거의 법률관계'는 확인의 소의 대상이 될 수 없다.[1825]

1823) ❶ 근저당권자가 물상보증인을 상대로 피담보채무의 확정을 위한 확인의 소를 제기할 확인의 이익이 있다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다20742 판결). ❷ 담보신탁계약에서 정한 신탁재산의 처분사유가 발생하여 신탁재산이 공매 또는 수의계약 절차에 따라 처분되는 경우, 그 처분절차에 참여하여 입찰자 또는 매수제안자의 지위에 있었던 자(이후의 처분절차에서 반드시 매수인이 된다거나 될 개연성이 있다는 요건까지 갖추어야 하는 것은 아니다)는 매수인으로 결정된 사람과 신탁회사 간 매매계약의 무효 확인을 구할 이익이 있다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2021다201320 판결).

1824) ○ 대법원 2015. 6. 11. 선고 2015다206492 판결; "확인의 소는 반드시 당사자 간의 법률관계에 한하지 아니하고 **당사자의 일방과 제3자 사이** 또는 **제3자 상호 간의 법률관계**도 그 대상으로 할 수 있지만, 그 법률관계의 확인을 구할 이익이 있기 위해서는 그 법률관계에 따라 제소자의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험·불안을 제거하기 위하여 확인판결에 의하여 그 법률관계를 즉시 확정할 필요가 있고 나아가 그것이 가장 유효·적절한 수단이어야 한다." ☎ 소외 회사(수급인)가 피고(도급인)에 대한 선급금 반환채무를 보증하기 위하여 소외 보증보험회사와 체결한 선급금이행보증보험계약에 따라, 보증보험회사가 피고에게 보험금을 지급하자 소외 회사의 보증보험회사에 대한 구상금 채무를 연대보증한 원고가 피고를 상대로 보증보험회사의 피고에 대한 보험금 지급채무 부존재 확인을 구한 **사안**에서, 원고가 주장하는 법적 지위의 불안은 원고의 보증보험회사에 대한 구상금 채무의 존부이므로 원고는 이미 소멸한 보증보험회사의 피고에 대한 보험금 채무의 부존재 확인이라는 우회적인 방법으로 원고와 보증보험회사 사이의 분쟁을 해결할 것이 아니라 직접적으로 보증보험회사를 상대로 현재의 법률관계인 구상금 채무의 부존재 확인을 구하는 것이 분쟁 해결에 가장 유효·적절한 방법이라 하여, 원고의 위 청구를 직권으로 각하한 예. ☛ 2014다208255도 확인의 이익을 부정한 예이다.

○ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009다71312 판결; "독립당사자참가인의 권리 또는 법률상의 지위가 원고로부터 부인당하거나 또는 그와 저촉되는 주장을 당함으로써 위협을 받거나 방해를 받는 경우에는 독립당사자참가인은 원고를 상대로 자기의 권리 또는 법률관계의 확인을 구하여야 할 것이고, 자기의 권리 또는 법률상의 지위를 부인하는 원고가 자기의 주장과는 양립할 수 없는 제3자에 대한 권리 또는 법률관계를 주장한다고 하여 원고 주장의 그 제3자에 대한 권리 또는 법률관계가 부존재한다는 것만의 확인을 구하는 것은, 설령 그 확인의 소에서 독립당사자참가인이 승소판결을 받는다고 하더라도 그 판결로 인하여 원고에 대한 관계에서 자기의 권리가 확정되는 것도 아니고 그 판결의 효력이 제3자에게 미치는 것도 아니어서, 그와 같은 부존재확인의 소는 자기의 권리 또는 법률적 지위에 현존하는 불안, 위험을 해소시키기 위한 유효적절한 수단이 될 수 없어서 확인의 이익이 없다."

○ 대법원 2004. 3. 12. 선고 2003다49092 판결; "하나의 채권에 관하여 2인 이상이 서로 채권자라고 주장하고 있는 경우에 있어서는 그 채권의 귀속에 관한 분쟁은 채무자와의 사이에 생기는 것이 아니라 스스로 채권자라고 주장하는 사람들 사이에 발생하는 것으로서 참칭채권자가 채무자로부터 변제를 받아버리게 되면 진정한 채권자는 그 때문에 자기의 권리가 침해될 우려가 있어 그 참칭채권자와의 사이에서 그 채권의 귀속에 관하여 즉시 확정을 받을 필요가 있고, 또 그들 사이의 분쟁을 해결하기 위하여는 그 채권의 귀속에 관한 확인판결을 받는 것이 가장 유효 적절한 권리구제 수단으로 용인되어야 할 것이므로 스스로 채권자라고 주장하는 어느 한쪽이 상대방에 대하여 그 채권이 자기에게 속한다는 채권의 귀속에 관한 확인을 구하는 청구는 그 확인의 이익이 있으나, 자기의 권리 또는 법률상의 지위를 부인하는 상대방이 자기 주장과는 양립할 수 없는 제3자에 대한 권리 또는 법률관계를 주장한다고 하여 상대방 주장의 그 제3자에 대한 권리 또는 법률관계가 부존재한다는 것만의 확인을 구하는 것은, 설령 그 확인의 소에서 승소판결을 받는다고 하더라도 그 판결로 인하여 상대방에 대한 관계에서 자기의 권리가 확정되는 것도 아니고 그 판결의 효력이 제3자에게 미치는 것도 아니어서 그와 같은 부존재확인의 소는 자기의 권리 또는 법률적 지위에 현존하는 불안·위험을 해소시키기 위한 유효적절한 수단이 될 수 없으므로 확인의 이익이 없다." ☎ 압류 및 전부명령을 받은 양 당사자 중 어느 한 쪽이 상대방에 대하여 제3채무자의 상대방에 대한 전부금채무 부존재 확인을 구하는 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다고 한 예.

1825) ❶ 과거의 특정 시점을 기준으로 한 채무부존재 확인 청구는 과거의 법률관계의 확인을 구하는 것에 불과하여 확인의 이익을 인정할 수 없다{근저당권설정계약상 피담보채무 및 소비대차계약상 대여금채무가 '1992. 3. 19. 현재' 11,748,547원 이외에는 존재하지 아니함의 확인을 구하는 청구는, 채무부존재의 기준시점을 '1992.

권리관계에 대하여 당사자 사이에 아무런 다툼이 없으면 확인의 이익이 없는데,[1826] 당사자가 주장하는 '법률효과'가 동일하다고 하더라도 그 주장하는 '법률요건'이 다를 때에는 '법률관계'에 관한 다툼이 없다고 볼 수 없다.[1827] 현재 '금전채무'가 없다는 점에 대하여 다툼이 없다면 원고의 법적 지위에 어떠한 불안·위험이 있다고 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 그 채무의 부존재확인을 구할 확인의 이익이 없다.[1828]

① 긍 정 례

계약의 부존재·무효 확인을 구하는 소는 계약에 터 잡아 이루어진 현재 법률관계의 부존재·무효 확인을 구하는 취지로서 확인의 이익이 있다.[1829]

손해배상채무의 부존재확인을 구하는 본소에 대하여 그 채무의 이행을 구하는 반소가 제기된 경우, 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하는 것은 아니다.[1830]

---

3. 19. 현재'로 하고 있는 이상 과거의 법률관계의 확인을 구하는 것에 불과하여 확인의 이익을 인정할 수 없다고 하여 직권으로 파기한 예(94다35565,35572)). ❷ 대법원 2013. 8. 23. 선고 2012다17585 판결은, "근저당권의 피담보채무에 관한 부존재확인의 소는 근저당권이 말소되면 과거의 권리 또는 법률관계의 존부에 관한 것으로서 확인의 이익이 없게 된다."라고 직권으로 판단하였으나, 이는 의문이고, 채무의 존부에 대하여 다툼이 있는 이상 채무부존재확인의 소의 소익을 부정할 것은 아니라고 생각한다.

1826) ○ 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다74130 판결; "권리관계에 대하여 당사자 사이에 아무런 다툼이 없어 법적 불안이 없으면 원칙적으로 확인의 이익이 없다고 할 것이나, 피고가 권리관계를 다투어 원고가 확인의 소를 제기하였고 당해 소송에서 피고가 권리관계를 다툰 바 있다면 특별한 사정이 없는 한 항소심에 이르러 피고가 권리관계를 다투지 않는다는 사유만으로 확인의 이익이 없다고 할 수 없다."
○ 대법원 1983. 6. 14. 선고 83다카37 판결; "권리 또는 법률관계의 존부확인은 다툼이 있는 범위에 대하여서만 청구하면 되는 것이므로 채무자가 채권자의 주장하는 채무 중 일부의 채무가 있음을 인정하고 이를 초과하는 채무는 없다고 다투는 경우 채무자가 인정하는 채무 부분에 대하여는 그 존재에 대하여 다툼이 없으므로 이 부분 채무의 존재에 대하여는 확인의 이익이 없다 할 것이고 이를 초과하는 채무의 존부에 대하여서만 다툼이 있으므로 채무자로서는 이 부분에 대하여서만 채무부존재의 확인을 구할 이익이 있다고 할 것이다."

1827) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다256968, 256975 판결; 원고가 피고의 계약위반을 이유로 전속계약을 해지하였으므로 원·피고 간 전속계약의 효력이 존재하지 아니함의 확인을 구함에 대하여, **원심**이, 피고가 소송 중에 원고의 계약위반을 이유로 전속계약을 해지한다고 통지하였으니 전속계약의 효력이 존재하지 않는다는 점에 관하여는 다툼이 없게 되었으므로, 전속계약의 효력의 존부에 관한 한 원고의 권리·법률상 지위에 현존하는 위험·불안이 있다고 볼 수 없다는 이유로 확인의 이익이 없어 부적법하다고 판단하였으나, **대법원**은, 원고 주장은 피고의 계약위반을 이유로 한 전속계약 해지를 전제로 전속계약의 효력이 존재하지 않는다는 것인데 비하여, 피고는 피고의 계약위반을 부인하며 원고의 계약위반을 주장하고 있으므로, 원고가 주장하는 바와 같은 경위로 전속계약의 효력이 존재하지 않게 되었다는 데에 다툼이 없다고 할 수 없다고 한 사례.

1828) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다277525 판결; 원고와 피고 모두 현재 공사대금채무가 소멸하여 없다는 점에 대하여는 다툼이 없으나, 원고는 '변제 또는 소멸시효 완성'으로 소멸하였다는 입장인 반면, 피고는 '경개계약'인 묘지사용관리권 양도계약이 체결됨에 따라 기존 채무인 위 채무가 소멸하였다는 입장인 **사안**에서, **원심**이, '공사대금채권의 소멸이라는 법률효과에 대하여 원고와 피고가 주장하는 법률요건이 다르므로 원고와 피고 사이에 법률관계에 관한 다툼이 없다고 볼 수는 없다'라고 한 데 대하여, **대법원**은, 위 판시와 함께 원심이 들고 있는 2016다256968, 256975 판결은 사안이 달라서 원용하기에 적절하지 않다고 하고 원심을 파기한 예.

1829) 대법원 1987. 7. 7. 선고 86다카2675 판결; "주식양도·양수계약의 부존재 또는 무효확인을 구하는 소는 과거의 법률행위인 주식양도계약자체의 부존재 또는 무효확인을 구하는 것으로 볼 것이 아니라, 그 계약이 존재하지 아니하거나 무효임을 내세워 그 계약에 터 잡아 이루어진 현재의 법률관계의 부존재 내지 무효의 확인을 구하는 취지라고 보아야" ☞ [동일 취지] 66다17(매매계약 무효 확인)

1830) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다2428, 2435 판결; "소송요건을 구비하여 적법하게 제기된 본소가 그 후에 상대방이 제기한 반소로 인하여 소송요건에 흠결이 생겨 다시 부적법하게 되는 것은 아니므로, 원고가 피고에 대하여 손해배상채무의 부존재확인을 구할 이익이 있어 본소로 그 확인을 구하였다면, 피고가 그 후에 그 손해

강제집행승낙문구가 기재된 공정증서의 채무자가 청구이의의 소가 아니라 공정증서의 작성원인이 된 채무의 부존재확인의 소를 제기하더라도 그 확인의 이익이 인정된다.[1831] 회생절차 종료 후에 제기된 회생채권자표 기재 무효 확인의 소도 그 확인의 이익이 인정된다.[1832]

② 부 정 례

이행청구를 할 수 있는 경우에 별도로 그 '이행의무 또는 권리의 존재 확인', '권리의 부존재 확인'을 구[1833]하는 것은 확인의 이익이 없으나,[1834] '이행청구를 할 수

배상채무의 이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다. … 민사소송법 제271조는 본소가 취하된 때에는 피고는 원고의 동의 없이 반소를 취하할 수 있다고 규정하고 있고, 이에 따라 원고가 반소가 제기되었다는 이유로 본소를 취하한 경우 피고가 일방적으로 반소를 취하함으로써 원고가 당초 추구한 기판력을 취득할 수 없는 사태가 발생할 수 있는 점을 고려하면, 위 법리와 같이 반소가 제기되었다는 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸한다고는 볼 수 없고, 달리 판례변경의 필요가 있다고 보이지 아니한다." ☞ **원심**이, 채무부존재확인소송의 제소강제적 기능이 채권자의 반소에 의하여 이행의 소 제기라는 형태로 현실화된 경우에는 본소인 채무부존재확인소송은 당초의 기능상의 목적을 다하는 것인 점, 피고가 이행의 소를 반소로 제기한 경우에 반소청구를 기각하는 판결의 기판력은 원칙적으로 본소 원고가 채무부존재확인소송에 의하여 달성하려는 목적과 동일한 점 등의 이유를 들어 판례는 변경되어야 하고, 소송실무의 운용도 이와 같은 경우에 채무부존재의 확인을 구하는 원고의 본소를 취하하도록 권고하는 방향으로 개선할 필요가 있으며, 따라서 원고가 채무부존재확인 소송을 제기하던 중 피고가 그 채무의 이행을 구하는 반소를 제기한 이상, 원고의 본소는 결과적으로 확인의 이익이 없어 부적법하다고 판단한 것은 잘못이라고 한 예.

1831) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다108863 판결: "청구이의의 소는 집행권원이 가지는 집행력의 배제를 목적으로 하는 것으로서 그 판결이 확정되더라도 당해 집행권원의 원인이 된 실체법상 권리관계에 기판력이 미치지 않는다. 따라서 채무자가 채권자에 대하여 채무부담행위를 하고 그에 관하여 강제집행승낙문구가 기재된 공정증서를 작성하여 준 후, 그 공정증서에 대한 청구이의의 소를 제기하지 않고 그 공정증서의 작성원인이 된 채무에 관하여 채무부존재확인의 소를 제기한 경우, 그 목적이 오로지 공정증서의 집행력 배제에 있는 것이 아닌 이상 청구이의의 소를 제기할 수 있다는 사정만으로 채무부존재확인소송이 확인의 이익이 없어 부적법하다고 할 것은 아니다." ☞ '목적이 오로지 공정증서의 집행력 배제에 있는 것이 아닌 이상' 부분 판시는 불필요한 것으로 보인다. 소제기자의 주관적 목적에 의하여 확인의 이익의 존부가 좌우될 수 있는지 의문이고, 위 판시의 목적이 실제 인정될 가능성도 거의 없을 것으로 보이기 때문이다.

1832) 대법원 2024. 3. 28. 선고 2019다253700 판결; "존재하지 아니하거나 이미 소멸한 회생채권이 이의 없이 확정되어 회생채권자표에 기재되어 있더라도 이로 인하여 권리가 있는 것으로 확정되는 것은 아니므로, 이것이 명백한 오류인 경우에는 회생법원의 경정결정에 의하여 이를 바로잡을 수 있고, 회생절차 내부에서는 더 이상 다툴 수 없다고 하여도 채무자회생법에서 마련하고 있는 절차 외의 다른 절차에 의해 다투는 것까지 금지되는 것은 아니어서 무효 확인의 판결을 얻어 이를 바로잡을 수 있다. 회생채권자표가 작성된 회생절차가 종료된 후라도 채무자가 회생채권자표 기재에 관한 무효 확인의 소를 제기하는 것이 그 회생채권자표 기재 회생채권에 관한 권리관계의 불안이나 위험을 제거하기 위하여 유효적절한 수단이 되는 경우에는 이를 허용할 수 있다."(나아가, 원고가 '회생채권자표 기재 채권의 진정한 권리자는 피고가 아니다.'라고 주장하는 것은 신의칙에 반하여 허용되지 아니한다고 볼 여지가 많다고 판시한 사안)

1833) ❶ 원고들 주장의 피고에 대한 수수료 반환청구권은 그 채권액수가 확정되어 있고 이행기도 도래하였다고 주장하고 있으므로, 피고에게 직접 그 이행을 청구하는 것은 별론으로 하고, 다른 특별한 사정이 없는 한 피고를 상대로 그 '채권 존재의 확인'을 청구하는 것은 확인의 이익이 없어 허용될 수 없다고 적권 판단한 예(2001다30469). ❷ 손해배상 청구를 할 수 있는 경우에 별도로 그 침해되는 '권리의 존재 확인'을 구하는 것은 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니어서 확인의 이익이 없다고 한 예(95다5622). ❸ "원고가 이 사건 자동차들이 이 사건 아파트 단지 내로 출입·통행 및 주차할 수 있음의 확인을 청구하는 부분은 원고가 위 확인청구와 별도로 이 사건 자동차들의 이 사건 아파트 단지 내로 출입·통행 및 주차에 대한 방해 금지를 청구하고 있어 위 이행청구로써 위 확인청구의 목적을 직접 달성할 수 있는 이상 확인의 이익이 없어 부적법하다고 판단하여 이를 각하한 것은 정당하다."라고 한 예(2005다60239). ❹ 국가와 수의계약체결 약정을 한 후 관계 법령의

없는 예외적인 사정'이 있는 경우에는 확인의 이익이 인정될 수 있다.[1835]

채무 이행청구의 본소에 대하여 채무부존재확인의 반소를 제기하는 것,[1836] 채무인수자를 상대로 한 채무이행청구소송의 계속 중에 채무인수자가 별소로 그 채무의 부존재 확인을 구하는 것,[1837] 파산채무자에 대한 면책결정의 확정으로 면책된 채무에 관한 집행권원을 가진 채권자를 상대로 청구이의의 소가 아닌 면책 확인을 구하는 소,[1838] 파산·회

개정으로 수의계약이 금지된 경우, 그 계약의 불이행이 국가의 귀책사유에 의한 채무불이행이라 하여 손해배상을 구할 수 있음은 별론으로 하고, 법령상 허용되지 아니하는 수의계약 체결의무의 확인을 구하는 것은 현존하는 법적인 불안, 위험을 해소할 수 있는 유효적절한 방법이라고는 볼 수 없으므로 확인의 이익이 없다고 한 예(95다12071). ❺ 종중총회 결의 중 원고에 대한 종금의 지급을 정지한 결의 부분에 대하여 원고로서는 바로 이행의 소를 제기할 수 있는데도 그 결의의 부존재 또는 무효의 확인을 구하는 것은 법률상 권리보호의 이익이 없다고 한 예(93다40089). ❻ 가장 임차인의 배당요구가 받아 들여져 제1순위로 허위의 임차보증금에 대한 배당이 이루어졌으나 이해관계인들의 배당이의가 없어 그대로 배당표가 확정된 후 그 사실을 알게 된 후순위 진정 채권자에 의해 그 배당금지급청구권이 가압류되어 가장 임차인이 현실적으로 배당금을 추심하지 못한 경우, 배당을 받지 못한 후순위 진정 채권자로서는 배당금지급청구권을 부당이득한 가장 임차인을 상대로 그 부당이득 채권의 반환을 구하는 것이 손실자로서의 권리 또는 지위의 불안·위험을 근본적으로 해소할 수 있는 유효·적절한 방법이므로, 후순위 진정 채권자가 가장 임차인을 상대로 '배당금지급청구권 부존재 확인'을 구하는 것은 확인의 이익이 없다고 한 예(96다34009).

1834) **[사견]** 흔히 일반론으로 "이행을 청구하는 소를 제기할 수 있는데도 불구하고 확인의 소를 제기하는 것은 분쟁의 종국적인 해결방법이 아니어서 확인의 이익이 없다."라고 판시(2016다240338 등)하고 있으나, '이행청구로써 확인청구의 목적을 직접 달성할 수 있는 경우'에는 확인의 이익이 없는(2005다60239) 것으로 보다 제한적으로 봄이 옳다고 생각한다. 따라서 이행청구를 할 수 있는 경우에 별도로 그 이행의무 또는 권리의 존재나 부존재의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없다.

1835) 교통사고 피해자들이 손해배상을 청구하지 아니하는 등의 사유로 보험금채권의 전제가 되는 손해배상액이 확정되지 아니하여 불분명한 상태이고, 피고는 보험계약이 적법히 해지되었다고 주장하여 보험금채권의 존재 자체를 다투면서 교통사고 피해자들에게 치료비 지급을 거절하고 있으며, 원고는 교통사고로 입건되어 형사절차까지 진행되고 있는 사정이라면, 원고는 당장 피고에게 보험금 지급을 청구하는 소를 제기하기 어려운 상태에 있어 원고가 그의 권리 또는 지위의 불안을 해소시키기 위하여는 보험금채권의 존재에 대하여 확인판결을 받는 이외에 다른 유효·적절한 수단이 있다고 볼 수 없으므로, 원고의 보험금채권 존재 확인 청구는 확인의 이익이 있다고 한 예(2004다36215).

1836) 대법원 2007. 4. 13. 선고 2005다40709, 40716 판결; "반소청구에 본소청구의 기각을 구하는 것 이상의 적극적 내용이 포함되어 있지 않다면 반소청구로서의 이익이 없다고 할 것인바, 어떤 채권에 기한 이행의 소에 대하여 동일 채권에 관한 채무부존재확인의 반소를 제기하는 것은 그 청구의 내용이 실질적으로 본소청구의 기각을 구하는 데 그치는 것이므로 부적법하다."

1837) 대법원 2001. 7. 24. 선고 2001다22246 판결; "이 사건 소는 소외 2의 피고에 대한 채무가 존재하지 아니한다는 확인의 소이고, 피고가 원고를 상대로 제기한 위 채권확정의 소는 원고가 소외 2의 피고에 대한 채무를 병존적으로 인수하였음을 이유로 한 금전채무 이행의 소로서, 그 청구취지와 청구원인이 서로 다르므로, … 중복제소에 해당한다고 판단한 것은 잘못이다. … 원고를 상대로 1억 원의 지급을 구하는 피고의 채권확정의 소가 이미 계속되어 있고, 원고는 그 소송에서 청구기각의 판결을 구함으로써 피고가 원고나 소외 2에 대하여 1억 원의 채권을 가지고 있지 아니함을 다툴 수 있으므로, 이와는 별도로 피고를 상대로 소외 2의 원고에 대한 1억 원의 채무가 존재하지 아니한다는 확인을 구할 이익이 없다."

1838) 대법원 2017. 10. 12. 선고 2017다17771 판결; "파산채무자에 대한 면책결정의 확정에도 불구하고 어떠한 채권이 비면책채권에 해당하는지 여부 등이 다투어지는 경우에 채무자는 면책확인의 소를 제기함으로써 그 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험을 제거할 수 있다. 그러나 면책된 채무에 관한 집행권원을 가지고 있는 채권자에 대한 관계에서 채무자는 청구이의의 소를 제기하여 면책의 효력에 기한 집행력의 배제를 구하는 것이 그 법률상 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 유효적절한 수단이 된다. 따라서 이러한 경우에도 면책확인을 구하는 것은 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니므로 확인의 이익이 없어 부적법하다." ☞ 반면에 "청구이의의 소를 제기할 수 있다는 사정만으로 채무부존재확인소송이 확인의 이익이 없어 부적법하다고 할 것은 아니다."라고 한 예로는 2012다108863 판결이 있다.

생절차에서 면책된 채무 그 자체의 부존재확인을 구하는 소,[1839] 토지 저당권 담보가치 확보 목적의 지상권설정등기에 관한 피담보채무의 범위 확인을 구하는 소[1840]도 모두 확인의 이익이 없다.

(나) 주장·증명책임의 분배

채무자인 원고가 먼저 '청구의 특정'을 위해 '특정 채무'의 존재를 부정하는 주장을 하면, 채권자인 피고는 그 채무 발생의 요건사실에 관하여 주장·증명책임을 부담한다.[1841] 원고가 피고의 권리 발생 사실을 인정하는 경우 그 권리 발생의 장애·소멸 사실을 청구원인사실로 주장·증명하여야 한다.

(다) 일정액 초과 채무의 부존재 확인 청구

원고가 상한을 표시하지 않고 일정액을 초과하는 채무의 부존재의 확인을 청구하는 사건에서 그 일정액을 초과하는 채무의 존재가 인정되는 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 법원은 그 청구의 전부를 기각할 것이 아니라, 존재하는 채무 부분에 대하여 일부패소의 판결을 하여야 한다.[1842]

1839) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다281159 판결: "채무자가 채무자회생법 제251조에 따라 회생채권에 관하여 책임을 면한 경우에는, 그 면책된 회생채권의 존부나 효력이 다투어지고 그것이 채무자의 해당 회생채권자에 대한 법률상 지위에 영향을 미칠 수 있는 특별한 사정이 없는 한, 채무자의 회생채권자에 대한 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있다고 할 수 없어 그 회생채권자를 상대로 면책된 채무 그 자체의 부존재확인을 구할 확인의 이익을 인정할 수 없다(다만 채무자의 다른 법률상 지위와 관련하여 면책된 채무의 부존재확인을 구할 확인의 이익이 있는지는 별도로 살펴보아야 한다)."

1840) 대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결: "지상권은 용익물권으로서 담보물권이 아니므로 피담보채무라는 것이 존재할 수 없다. 근저당권 등 담보권 설정의 당사자들이 담보로 제공된 토지에 추후 용익권이 설정되거나 건물 또는 공작물이 축조·설치되는 등으로 그 토지의 담보가치가 줄어드는 것을 막기 위하여 담보권과 아울러 설정하는 지상권을 이른바 담보지상권이라고 하는데, 이는 당사자의 약정에 따라 담보권의 존속과 지상권의 존속이 서로 연계되어 있을 뿐이고, 이러한 경우에도 지상권의 피담보채무가 존재하는 것은 아니다. 따라서 지상권설정등기에 관한 피담보채무의 범위 확인을 구하는 원고의 청구 부분은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 관한 청구라고 보기 어려우므로, 확인의 이익이 없어 이 부분 소는 부적법하다."

1841) ❶ 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다45259 판결 등은, "금전채무부존재확인소송에 있어서는, 채무자인 원고가 먼저 청구를 특정하여 채무발생원인사실을 부정하는 주장을 하면 채권자인 피고는 그 권리관계의 요건사실에 관하여 주장·입증책임을 부담한다."고 하는데, 원고로서는 청구의 특정을 위해 '특정 채무'의 존재를 부정하는 주장을 하는 것으로 족하고, '채무발생원인 사실'의 존재를 부정하는 주장까지 반드시 할 필요는 없다고 생각한다. ❷ 채무부존재확인의 소에 있어서 채무발생요건사실에 관한 주장·증명책임이 피고에게 있는 이상 채무가 발생하지 않았다는 원고의 주장은 피고에게 주장·증명책임이 있는 사실에 대한 단순부인에 해당할 뿐이므로 채무가 발생하였음을 인정하는 이상 원고의 채무 불발생에 관한 주장에 대하여는 이를 따로 판단할 필요가 없다(87다카1115).

1842) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93다9422 판결. ❶ 이 경우 법원으로서는 잔존채무액이 원고 주장의 금액보다 상회하고 있다고 보는 이상, 설사 그 채무의 구체적인 수액에 관한 증명이 부족하더라도 그 이유만으로 청구 전부를 배척할 것이 아니라 석명권을 행사하는 등으로 그 수액을 심리 확정한 다음 청구의 일부 인용 여부에 관하여 판단하여야 한다(81다393). ❷ 금전채무에 관하여 채무자가 채권자를 상대로 채무부존재확인소송을 제기하였을 뿐 이에 대한 채권자의 이행소송이 없는 경우에는, 사실심의 심리 결과 채무의 존재가 일부 인정되어 이에 대한 확인판결을 선고하더라도 이는 금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결을 선고한 것은 아니므로, 이 경우 지연손해금 산정에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조의 법정이율을 적용할 수 없다(대법원 2021. 6. 3. 선고 2018다276768 판결).

(라) 기 판 력

채무부존재확인 청구를 기각한 확정판결이 있으면, 그 채무의 존재 자체에 대하여 기판력이 미친다.[1843]

(2) 근저당권설정등기 말소등기 청구와의 관계

부동산 담보권 실행을 위한 경매절차를 정지하려면 그 담보권의 효력을 다투는 소를 제기하고 경매절차정지 결정을 받아 그 절차의 진행을 정지시킬 수 있는데(민사집행법 제275조, 제46조), 그 본안의 소로서 근저당권설정등기 말소등기청구의 소나 피담보채무 부존재확인의 소가 제기된다.[1844] [1845]

1843) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2018다203692 판결; 원고(피보험자)의 보험금청구에 대하여, 피고(보험회사)가, '원고의 고의·중과실로 발생한 보험사고이므로 면책되어야 하고, 피고의 이 항변은 선행의 보험금지급채무부존재확인 소송에서 심리되지 않았으므로 그 기판력이 미치지 않는다.'고 주장한 데 대하여, 원심이, '확정판결의 기판력은 동일한 당사자 사이의 소송에서 변론종결 전에 당사자가 주장하였거나 주장할 수 있었던 모든 공격방어방법에 미치고, 보험금지급채무 부존재 확인의 청구를 기각한 확정판결이 있으면 보험금지급채무의 존재 자체에 대하여 기판력이 미친다.'고 판단하면서, 피고의 위 주장을 배척한 것은 잘못이 없다고 한 예. ☛ 채무자 제소의 채무부존재확인소송(전소)의 청구기각 확정판결의 기판력으로 말미암아, 채권자 제소의 채무이행청구(후소)에서 채무자가 전소 변론종결 전에 주장하였거나 주장할 수 있었던 주장으로 항변하는 것은 허용되지 않는다.

1844) 대법원 2012. 8. 14.자 2012그173 결정; "민사집행법 제44조, 제46조 제2항에 기한 강제집행정지의 잠정처분은 청구에 관한 이의의 소에 부수된 절차에 불과하므로 그 잠정처분은 청구에 관한 이의의 소가 제기되어 있을 것을 전제로 한다. 한편 부동산을 목적으로 하는 담보권을 실행하기 위한 경매절차를 정지하려면 그 담보권의 효력을 다투는 소를 제기하고 민사집행법 제46조에 준하는 강제집행정지 결정을 받아 그 절차의 진행을 정지시킬 수 있는바(민사집행법 제275조), 이러한 강제집행정지 신청도 근저당권말소청구의 소나 피담보채무 부존재확인의 소와 같은 본안의 소가 제기되어 있을 것을 전제로 한다." ☜ ① 신청인 소유 건물에 관하여 2011. 11. 11. 채권최고액 3억 5,000만 원, 채무자 신청인, 근저당권자 소외인인 근저당권설정등기가 마쳐지고, 2011. 12. 12. 계약양도를 원인으로 하여 특별항고인 명의의 근저당권이전등기가 마쳐진 후, ② 특별항고인이 건물에 관하여 청구금액을 3억 5,000만 원으로 한 임의경매신청을 하여, 2011. 12. 22. 경매개시결정을 받자, ③ 신청인은 위 근저당권의 피담보채무가 9,100만 원에 불과하다고 주장하면서, 2012. 1.경 소외인에 대하여 채무부존재확인소송을 제기하고, 2012. 2. 2. 특별항고인에 대하여 위 경매절차의 정지를 신청하였고, ④ 이에 원심법원은 2012. 2. 17. 피신청인을 소외인으로 한 경매절차정지 결정을 하였다가, 2012. 6. 15. 위 경매절차정지 결정의 피신청인을 특별항고인으로 경정하는 결정을 한 **사안**에서, "원심은 신청인이 소외인에 대하여 채무부존재확인소송을 제기하였을 뿐 특별항고인에 대하여는 그 담보권의 효력을 다투는 소를 제기한 바 없음에도 불구하고 특별항고인의 경매절차를 정지하는 잠정처분을 하였는바, 이는 특별항고인이 적법한 절차에 따른 재판을 받을 권리를 침해한 것으로서 재판에 영향을 미친 헌법 위반에 해당한다."고 하고, "나아가 신청인은 특별항고인이 임의경매신청을 할 때 채권액으로 표시한 3억 5,000만 원의 채무가 없다는 것이 아니고, 저당채무는 9,100만 원에 불과하다는 취지로 채무 일부의 부존재확인 청구를 한 것인데, 저당채무의 일부라도 잔존하는 한 저당권의 실행으로서 저당목적물 전부에 대하여 경매절차를 진행할 수 있으므로, 민사집행법 제46조 제2항을 준용하여 경매절차를 정지하는 결정을 할 수도 없음에도 불구하고, 이를 허용한 원심결정은 이 점에서도 잘못이다."라고 판시한 예.

1845) 채무부존재확인의 소가 민사집행법 제46조 제2항 소정의 잠정처분의 본안의 소에는 해당하지 아니한다(대법원 2015. 1. 30.자 2014그553 결정; "민사집행법 제46조 제2항의 잠정처분은 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 있는 집행권원의 실효를 구하거나 집행력 있는 정본의 효력을 다투거나 목적물의 소유권을 다투는 구제절차 등에서 수소법원이 종국판결을 선고할 때까지 잠정적인 처분을 하도록 하는 것으로서, 청구이의 판결 등의 종국재판이 해당 물건에 대한 강제집행을 최종적으로 불허할 수 있음을 전제로 그 강제집행을 일시정지시키는 것이다. 따라서 승소하더라도 그와 같은 효력이 인정되지 않는 채무부존재확인의 소를 제기한 것만으로는 위 조항에 의한 잠정처분을 할 요건이 갖추어졌다고 할 수 없다. 같은 취지에서 원심이, 특별항고인은 원심판시 채무변제(준소비대차) 공정증서에 기한 채무의 부존재확인을 구하는 소만 제기하였을 뿐 청구이의의 소를 제기

그런데 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다5640 판결은, "원고(= 근저당권설정자)가 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구함과 함께 그 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우에 원고로서는 피담보채무가 존재하지 않음을 이유로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것이 분쟁을 유효·적절하게 해결하는 직접적인 수단이 될 것이므로 별도로 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 있다고 할 수 없다."라고 판시한 바 있다.

그러나 위 판시는 타당치 않은 것이고, 주류적 대법원 판결들[1846]에 비추어 보면 위 2000다5640 판결은 비주류적 판례로 취급하여 그 적용을 배제함이 옳다.[1847] 근저당권설정등기 말소등기청구의 소와 함께 제기된 피담보채무 부존재확인의 소는 확인의 이익

하지 아니하였다는 이유로 위 공정증서에 의한 강제집행의 정지를 구하는 이 사건 신청이 부적법하다고 판단한 것은 정당하고").

1846) ○ 대법원 1982. 11. 23. 선고 81다393 판결; "이 사건 채무부존재확인청구는 이 사건 부동산들에 의하여 담보되는 위 차용금채무에 대하여 원고들이 자인하는 금액을 제외한 나머지 채무의 부존재확인을 구한다는 것이고, 이와 같은 소극적 확인소송에 있어서 그 부존재확인을 구하는 목적인 법률관계가 가분하고 또 분량적으로 그 일부만이 존재하는 경우에는 그 청구 전부를 기각할 것이 아니고 그 존재하는 법률관계의 부분에 대하여 일부패소의 판결을 하여야 한다 할 것이며, 다음으로 원고들의 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차이행 청구는 원고들이 이 사건 피담보채무 중 잔존채무라고 주장하는 그 채무를 변제하는 것을 조건으로 하여 그 담보로 경료된 위 각 등기의 말소등기절차이행을 구한다는 것이나 그 청구 중에는 이 사건에 있어서와 같이 잔존채무액이 원고 주장의 금액을 초과하는 경우에 그 확정된 잔존채무의 변제를 조건으로 위 각 등기의 말소등기절차이행을 구하는 취지가 포함되어 있는 것으로 해석하여야 할 것이므로, 이와 같은 경우에는 법원은 원고들 청구의 일부를 배척하여 그 확정된 채무의 변제를 조건으로 그 등기의 말소절차이행을 명하여야 할 것이다."

○ 대법원 1983. 6. 14. 선고 83다카37 판결; "원심으로서는 '원고의 피고들에 대한 … 근저당권설정등기 및 … 지상권설정등기로써 담보된 채권액이 10,693,425원임을 확인한다'라는 원고의 이 사건 예비적 청구취지에 대하여 석명을 구하여 그 취의가 원고의 피고들에 대한 채무액이 10,693,425원임의 확인을 구하는 것이라면 아는 다툼이 없는 사실에 대한 것으로서 확인의 이익이 없다 하여 배척하여야 할 것이고, 피고들이 주장하는 32,500,000원 중 원고가 자인하는 10,693,425원을 초과한 21,806,575원의 채무의 부존재확인을 구하는 것이라면 그 청구의 취지를 정리토록 할 것이며, 소극적 확인소송에 있어서 그 부존재확인을 구하는 목적인 법률관계가 가분하고 또 분량적으로 그 일부만이 존재하는 경우에는 그 청구 전부를 기각할 것이 아니고 그 존재하는 법률관계의 부분에 대하여 일부패소의 판결을 하여야 할 것이므로, 원심이 위 부동산에 의하여 담보되는 원고의 채무액이 원고 주장의 금액보다 상회하는 21,559,650원이라고 보는 이상 그 청구의 일부인용에 관하여 판단하여야 할 것임에도 이에 이르지 아니하고 원고의 예비적 청구 전부를 배척한 원심판결은 필경 확인의 이익과 소송의 대상인 원고 신청의 범위를 오해하여 …."

○ 대법원 1987. 10. 28. 선고 87다카1115 판결; 납품계약에 따른 물품대금채무를 담보하기 위하여 설정된 근저당권의 피담보채무 부존재확인을 구한 사안.

○ 대법원 1994. 1. 25. 선고 93다9422 판결; "담보권 실행을 위한 경매가 진행 중인 원고 소유 부동산에 의하여 담보되는 피담보채무 원리금의 범위에 관한 다툼이 있어 원고가 상한을 표시하지 않고 일정액을 초과하는 채무의 부존재의 확인을 청구하는 사건에 있어서 일정액을 초과하는 채무의 존재가 인정되는 경우에는, 특단의 사정이 없는 한, 법원은 그 청구의 전부를 기각할 것이 아니라 존재하는 채무 부분에 대하여 일부 패소의 판결을 하여야 할 것 …."

○ 대법원 2003. 1. 10. 선고 2001다45201 판결; 위탁증거금 채무를 담보하기 위해 설정된 근저당권 등기의 말소청구와 함께 피담보채무의 부존재확인을 구한 원고의 청구를 원심이 둘 다 인용한 데 대하여, 채무부존재확인청구 부분의 소의 이익에 관해 직권으로 판단하지 않고 있는 사안.

1847) "근저당권의 피담보채무에 관한 부존재확인의 소는 '근저당권이 말소되면' 과거의 권리 또는 법률관계의 존부에 관한 것으로서 확인의 이익이 없게 된다."고 한 대법원 2013. 8. 23. 선고 2012다17585 판결도 이를 반대해석해 보면 원칙적으로 피담보채무 부존재확인의 소의 이익을 인정한 것임을 알 수 있다.

이 있다고 보아야 한다. 위 주류적 대법원 판결들은 근저당권설정등기 말소등기청구의 소와 함께 제기된 피담보채무 부존재확인의 소가 확인의 이익이 있음을 전제로 한 것들인데, 만일 그 확인의 이익을 부정하는 입장을 취하였다면 확인의 이익의 존부는 직권으로 판단하여야 할 사항이므로 피담보채무 부존재확인의 소는 직권으로 각하되었어야 하기 때문이다.[1848]

6) 저당권에 기초한 방해 제거 및 예방 청구

저당권자는 저당권을 방해하거나 방해할 염려 있는 행위를 하는 자에 대하여 방해의 제거 및 예방을 청구할 수 있다(민법 제370조, 제214조).

소유자 또는 제3자가 저당 목적물을 점유하고 통상의 용법에 따라 사용·수익하는 한 저당권을 침해한다고 할 수 없으나, 저당권자의 교환가치의 실현 또는 우선변제청구권 행사와 같은 저당권의 실현을 방해하는 '특별한 사정'이 있는 경우에는, 저당권에 기초한 방해배제청구권을 행사하여 방해행위의 제거로서 저당 토지 지상의 건물신축공사 중지, 그 건물의 철거, 저당 주택으로부터의 퇴거, 공장저당 목적 동산의 원상회복,[1849] 무효인

1848) 원고가 피담보채무 전부가 소멸하였다고 주장하면서 근저당권설정등기의 말소등기의 소를 구하는 경우 그 소송물은 근저당권설정등기 말소등기청구권의 존부이고 피담보채무의 존부가 아니어서 그에 따른 판결은 피담보채무의 존부나 범위를 확정짓는 효력이 없어 그 후에 피담보채무의 존부나 범위에 대하여 다툼이 있을 수 있지만, 근저당권설정등기의 말소등기의 소와 함께 피담보채무 부존재확인청구의 소를 병합하여 제기하면 근저당권설정등기의 말소등기청구권의 존부 및 피담보채무의 존부에 관하여 기판력이 발생하므로 향후 채무자는 불안정한 지위에서 완전히 벗어날 수 있게 된다. 소송물의 측면에서나 분쟁의 종국적인 해결의 측면에서 볼 때 주류적 판례와 같이 근저당권설정등기 말소등기청구의 소와 함께 제기된 피담보채무 부존재확인의 소는 확인의 이익이 있다고 보아야 한다. 그리고 확인의 이익 문제는 당해 확인의 소 자체만으로 판단되어야 하고, 근저당권의 피담보채무 부존재확인의 소가 단독으로 제기되든, 별소로 제기되든, 근저당권설정등기 말소등기청구와 병합하여 제기되든, 부존재확인의 범위가 피담보채무 전체이든 일부이든 확인의 이익 유무 판단에 차이가 있다고 볼 것은 아니다.

1849) ○ 대법원 2006. 1. 27. 선고 2003다58454 판결; "저당권은 목적 부동산의 사용·수익을 그대로 설정자에게 맡겨 두었다가 경매 절차를 통하여 경매목적물을 환가하고 그 대금에서 피담보채권을 우선 변제받는 것을 본질적인 내용으로 하는 담보물권으로서(민법 제356조) 저당부동산의 소유자 또는 그로부터 점유권원을 설정받은 제3자에 의한 점유가 전제되어 있으므로 소유자 또는 제3자가 저당부동산을 점유하고 통상의 용법에 따라 사용·수익하는 한 저당권을 침해한다고 할 수 없다. 그러나 저당권자는 저당권 설정 이후 환가에 이르기까지 저당물의 교환가치에 대한 지배권능을 보유하고 있으므로 저당목적물의 소유자 또는 제3자가 저당목적물을 물리적으로 멸실·훼손하는 경우는 물론 그 밖의 행위로 저당부동산의 교환가치가 하락할 우려가 있는 등 저당권자의 우선변제청구권의 행사가 방해되는 결과가 발생한다면 저당권자는 저당권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 방해행위의 제거를 청구할 수 있다. 대지의 소유자가 나대지 상태에서 저당권을 설정한 다음 대지상에 건물을 신축하기 시작하였으나 피담보채무를 변제하지 못함으로써 저당권이 실행에 이르렀거나 실행이 예상되는 상황인데도 소유자 또는 제3자가 신축공사를 계속한다면 신축건물을 위한 법정지상권이 성립하지 않는다고 할지라도 경매절차에 의한 매수인으로서는 신축건물의 소유자로 하여금 이를 철거하게 하고 대지를 인도받기까지 별도의 비용과 시간을 들여야 하므로, 저당목적 대지상에 건물신축공사가 진행되고 있다면 이는 경매절차에서 매수희망자를 감소시키거나 매각가격을 저감시켜 결국 저당권자가 지배하는 교환가치의 실현을 방해하거나 방해할 염려가 있는 사정에 해당한다." ☜ 소외 회사가 소외 은행에게 대지에 관한 근저당권설정등기를 마치고 그 대지상에 20층 규모의 오피스텔을 신축한 지 1년 여 만에 지하층의 공사를 한 상태에서 부도를 내자, 피고 조합이 위 회사로부터 건축사업시행권을 양수하고 공사를 속행하였고, 이후 위 은행으로부터 근저당권부 채권을 양수한 원고의 신청에 의하여 임의경매절차가 개시되었음에도 공사를 강행한 사안에서, 피고

선순위 저당권설정등기나 가등기의 말소등기[1850] 등을 청구할 수 있다.

원고는 청구원인 사실로 ① 원고가 저당권자인 사실(원고 명의의 저당권설정등기 사실), ② 피고가 원고의 저당권 실현을 방해하는 '특별한 사정'의 존재를 주장·증명하여야 한다. 소유권에 기초한 인도청구의 경우 청구원인사실로 '피고의 점유'만으로 충분하고 '정당한 점유 권원'은 피고의 항변 사실이지만, 저당권에 기초한 인도청구의 경우 청구원인사실로 '피고의 점유'만으로는 부족하고 '정당한 점유 권원의 부존재', 즉 '불법점유' 사실이 청구원인 사실에 포섭되어 원고의 저당권 실현을 방해하는 '특별한 사정'의 기초사실 중 하나가 된다.

7) 물상대위 관련 청구

담보권자의 물상대위권 행사[1851]의 요건은, ① [발생원인] 담보 목적물의 멸실, 훼손

조합의 공사는 원고의 저당권을 침해하는 행위라고 판단하여 공사중지를 구하는 청구를 인용한 예.
○ 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다47896 판결; "점유권원을 설정받은 제3자의 점유가 저당권의 실현을 방해하기 위한 것이고, 그 점유에 의해서 저당권자의 교환가치의 실현 또는 우선변제청구권의 행사와 같은 저당권의 실현을 방해하는 특별한 사정이 있는 경우에는 저당권의 침해로 인정될 수 있을 것이다." ☜ 피고가 원고의 근저당권의 실현을 방해하기 위하여 대지에 건물을 신축하여 점유한 것이라고 단정하기는 어렵다 하여 건물철거 등의 청구를 배척한 예.
○ 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다3243 판결; "저당부동산에 대한 점유가 저당부동산의 본래의 용법에 따른 사용·수익의 범위를 초과하여 그 교환가치를 감소시키거나, 점유자에게 저당권의 실현을 방해하기 위하여 점유를 개시하였다는 점이 인정되는 등, 그 점유로 인하여 정상적인 점유가 있는 경우의 경락가격과 비교하여 그 가격이 하락하거나 경매절차가 진행되지 않는 등 저당권의 실현이 곤란하게 될 사정이 있는 경우에는 저당권의 침해가 인정될 수 있을 것이다." ☜ **원심**은, 피고가 소유권을 주장하면서 사건 주택을 점유하고 있어 경매법원의 낙찰불허가결정이 내려지고 경매기일이 추정되는 등 경매절차가 제대로 진행되지 못하고 있는 사실 등을 들어 원고의 저당권이 침해되었다고 판단하였으나, **대법원**은, 경매법원이 낙찰불허가결정을 한 것은 주택의 소유관계와 그에 기초한 원고의 저당권의 효력에 관한 법률관계를 명확하게 한 이후에 경매를 진행하겠다는 경매법원의 판단에 의한 것이지, 피고의 소유권 주장으로 인한 것이라고는 볼 수 없고, 그 밖에 피고의 점유가 위 주택의 점유로서는 적정하지 않다거나, 경매절차의 진행이나 경락을 곤란하게 하여 그로 인하여 정상적인 경락가격보다 교환가치를 하락시켜 원고의 저당권을 침해하고 있다고 볼 사정도 보이지 아니하므로, 원고가 저당권에 기한 방해배제 또는 소유자의 방해배제청구권을 대위하여 피고에게 주택에서의 퇴거를 구하는 것은 받아들이기 어려워 보인다고 판단한 예.
○ 대법원 1996. 3. 22. 선고 95다55184 판결; "공장저당권의 목적 동산이 저당권자의 동의를 얻지 아니하고 설치된 공장으로부터 반출된 경우에는 저당권자는 점유권이 없기 때문에 설정자로부터 일탈한 저당목적물을 저당권자 자신에게 반환할 것을 청구할 수는 없지만, 저당목적물이 제3자에게 선의취득되지 아니하는 한 원래의 설치 장소에 원상회복할 것을 청구함은 저당권의 성질에 반하지 아니함은 물론 저당권자가 가지는 방해배제권의 당연한 행사에 해당한다고 할 것이다." ☜ 원심이 이 사건 동산은 원래 공장저당 설정 당시 설정자인 소외 회사의 인천 소재 공장 안에 있었는데, 그 후 원고의 동의 없이 소외 회사와 피고 사이의 임대차약정에 따라 피고 회사의 안산시 소재 공장으로 반출된 사실을 인정한 다음, 공장저당권자인 원고로서는 그 방해배제청구권의 행사로서 동산을 점유하고 있는 피고에 대하여 원래의 설치 장소인 소외 회사의 위 공장건물에 원상회복할 것을 청구할 권리가 있다고 판단한 것은 옳다고 한 예.

1850) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다261381 판결, 대법원 2000. 10. 10. 선고 2000다19526 판결.

1851) **민법 제342조(물상대위)** 질권은 질물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 질권설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여도 이를 행사할 수 있다. 이 경우에는 그 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다. ☞ 제370조에 의해 저당권에 준용되고, 양도담보권에도 인정된다(2012다58609).
민사집행법 제273조(채권과 그 밖의 재산권에 대한 담보권의 실행) ① 채권, 그 밖의 재산권을 목적으로 하는 담보권의 실행은 담보권의 존재를 증명하는 서류(권리의 이전에 관하여 등기나 등록을 필요로 하는 경우에는

또는 공용징수(따라서 매매, 협의취득에 따른 매매대금, 보상금에는 인정되지 않는다[1852]), ② [대상] 담보권설정자의 제3자에 대한 금전지급 또는 물건인도 청구권(손해배상채권, 공용징수에 따른 손실보상금채권, 담보 목적물 소실에 따른 보험금·공제금청구권,[1853] 주식 소각에 따른 대금채권,[1854] 전세권 저당권의 목적인 전세권 만료 시 전세권에 갈음한 전세금반환채권[1855] 등에 인정된다), ③ [압류] 그 지급 또는 인도 전[1856]의 압류(일반 집행권원에 의한 채권압류는 물상대위권의 행사로 볼 수 없고,[1857] 일반 채권자의 선행 압류·가압류와 경합되더라도 민사집행법 제229조 제5항에 의한 전부명령 무효의 문제는 생기지 않고 전부명령은 유효하다[1858]), ④ (배당요구의 종기까지)[1859] 전부명령 또는

그 등기사항증명서 또는 등록원부의 등본)가 제출된 때에 개시한다. ② 민법 제342조에 따라 담보권설정자가 받을 금전, 그 밖의 물건에 대하여 권리를 행사하는 경우에도 제1항과 같다. ③ 제1항과 제2항의 권리실행절차에는 제2편 제2장 제4절 제3관의 규정을 준용한다.

1852) 대법원 1981. 5. 26. 선고 80다2109 판결; "물상대위는 본래의 저당목적물의 전부 또는 일부에 대하여 저당권을 사실상 또는 법률상 행사할 수 없게 된 경우에 인정되는 것이지 그 저당목적물의 교환가치가 현실화된 경우라도 목적물에 추급할 수 있는 경우에는 물상대위가 인정되지 아니함은 이론의 여지가 없다고 할 것이다. … 본건 토지에 관한 위 특례법에 따른 협의취득은 사법상의 매매계약과 같은 성질을 가진 것에 불과하여 토지수용법상의 공용징수에 해당되지 아니하므로 본건 토지의 소유권이 피고에 이전된다 할지라도 저당권자인 원고는 저당권으로서 본건 토지에 추급할 수 있다 할 것이니 위 소외인이 협의에 따라 지급받을 보상금(실질은 매매대금)에 대하여 물상대위권을 행사할 수 없다."

1853) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2012다58609 판결; "동산 양도담보권자는 양도담보 목적물이 소실되어 양도담보설정자가 보험회사에 대하여 화재보험계약에 따른 보험금청구권을 취득한 경우 담보물 가치의 변형물인 그 화재보험금청구권에 대하여 양도담보권에 기한 물상대위권을 행사할 수 있는데, 동산 양도담보권자가 물상대위권 행사로 양도담보 설정자의 화재보험금청구권에 대하여 압류 및 추심명령을 얻어 추심권을 행사하는 경우 특별한 사정이 없는 한 제3채무자인 보험회사는 그 양도담보 설정 후 취득한 양도담보 설정자에 대한 별개의 채권을 가지고 상계로써 양도담보권자에게 대항할 수 없다고 할 것이다. 그리고 이는 보험금청구권과 그 본질이 동일한 공제금청구권에 대하여 물상대위권을 행사하는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다."

1854) 대법원 2004. 4. 23. 선고 2003다6781 판결.

1855) 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다91672 판결.

1856) 근저당권자가 근저당목적물의 공용징수 등으로 인하여 근저당목적물의 소유자가 받을 금전의 지급청구권을 압류하기 전에 그 소유자가 지급청구권에 기하여 금전을 수령한 경우 근저당권자는 더 이상 물상대위권을 행사할 수 없다(2017다218796). 민법 제342조 후문이 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다고 규정한 것은 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전함과 동시에 제3자에게 불측의 손해를 입히지 않으려는 데에 그 취지가 있으므로, 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 이미 제3자가 압류하여 그 금전 또는 물건이 특정된 이상 저당권자가 스스로 이를 압류하지 않고서도 물상대위권을 행사하여 일반채권자보다 우선변제를 받을 수 있다(2010다46756).

1857) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다73311 판결; "어선원 및 어선재해보상보험법 제56조는 '어선보험의 보험급여를 지급받을 권리는 이를 압류할 수 없다. 다만, 민법, 상법 그 밖의 법률의 규정에 따라 어선보험의 대상인 어선에 대하여 우선변제를 받을 권리를 갖는 경우에는 그러하지 아니하다.'고 규정하고 있다. 그런데 물상대위권을 갖는 채권자가 동시에 채무명의를 가지고 있으면서 채무명의에 의한 강제집행의 방법을 선택하여 채권의 압류 및 추심명령을 얻은 경우에는 비록 그가 물상대위권을 갖는 실체법상의 우선권자라 하더라도 원래 일반채무명의에 의한 강제집행절차와 담보권의 실행절차는 그 개시요건이 다를 뿐만 아니라 다수의 이해관계인이 관여하는 집행절차의 안정과 평등배당을 기대한 다른 일반채권자의 신뢰를 보호할 필요가 있는 점에 비추어 일반 채무명의에 의한 채권압류를 물상대위권의 행사로 볼 수 없으므로, 어선보험의 대상인 어선에 대한 근저당권자로서 '어선보험의 보험급여를 지급받을 권리'에 대하여 물상대위권을 행사하여 우선변제를 받을 권리가 있는 자라 하더라도, 물상대위권을 행사하지 아니하고 일반채무명의에 기하여 '어선보험의 보험급여를 지급받을 권리'를 압류하였다면 그 압류에 의하여는 우선변제를 받을 권리가 없으므로, 그 압류는 강행법규인 어선원 및 어선재해보상보험법 제56조 본문에 위반되어 무효라고 봄이 상당하다." ☜ 어선에 대한 근저당권자의 지위에서 물상대위권을 행사하지 아니하고, 공정증서에 기한 일반채권자의 지위에서 어선 보험금청구권을 압류·추심한 원고의 추심명령이 강행법규에 위반되어 무효라고 본 예.

추심명령의 신청, 배당요구 등 (담보권자에 의한)[1860] 물상대위권의 행사(민사집행법 제273조 제2항)이다. 물상대위권을 행사하는 저당권자가 채권압류명령 신청서에 이자·지연손해금 등 부대채권의 범위를 신청일 무렵까지의 확정금액으로 기재한 경우에도, 그 후의 채권계산서 제출 여부와 무관하게 배당기일까지의 부대채권을 포함하여 우선배당을 받을 수 있다.[1861]

물상대위 관련 청구로는, 추심금·전부금 청구(담보권자가 물상대위권 행사로 담보설정자의

1858) ○ 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008다65396 판결; "저당권이 설정된 전세권의 존속기간이 만료된 경우에 저당권자는 민법 제370조, 제342조 및 민사집행법 제273조에 의하여 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받는 등의 방법으로 권리를 행사하여 전세권설정자에 대해 전세금의 지급을 구할 수 있고, 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 일반 채권자가 물상대위권을 행사하려는 저당채권자보다 단순히 먼저 압류나 가압류의 집행을 함에 지나지 않은 경우에는 저당권자는 그 전은 물론 그 후에도 목적채권에 대하여 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수가 있으며, 위와 같이 전세권부 근저당권자가 우선권 있는 채권에 기하여 전부명령을 받은 경우에는 형식상 압류가 경합되었다 하더라도 그 전부명령은 유효하다." **cf. 민사집행법 제229조** ⑤ 전부명령이 제3채무자에게 송달될 때까지 그 금전채권에 관하여 다른 채권자가 압류·가압류 또는 배당요구를 한 경우에는 전부명령은 효력을 가지지 아니한다.

○ 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008다34668 판결; "저당권자가 물상대위권의 행사로 토지보상금채권에 대하여 채권압류 및 전부명령을 신청하는 경우에, 설사 그 압류 전에 양도 또는 전부명령 등에 의하여 보상금채권이 타인에게 이전된 경우라도 보상금이 직접 지급되거나 보상금지급청구권에 관한 강제집행절차에 있어서 배당요구의 종기에 이르기 전에는 여전히 그 청구권에 대한 추급이 가능한 것이다. 따라서 피고가 물상대위권의 행사로 이 사건 공탁금출급청구권에 대한 채권압류 및 전부명령을 받을 당시 압류가 경합된 상태였는지 여부에 관하여 원심의 심리가 미진하였다는 … 주장은 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다."

1859) 대법원 2022. 8. 11. 선고 2017다256668 판결; "민법 제370조, 제342조에 따라 저당권자가 물상대위권을 행사하기 위해서는 민사집행법 제273조에 의하여 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 채권압류 및 추심명령 또는 전부명령(이하 '채권압류명령 등'이라 한다)을 신청하거나, 민사집행법 제247조에 의하여 배당요구를 하는 방법으로 하여야 하고, 이는 늦어도 민사집행법 제247조 제1항 각호 소정의 배당요구의 종기까지 하여야 한다. 이와 같이 물상대위권자의 권리행사 방법과 시한을 제한하는 취지는 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전함과 동시에 제3자에게 불측의 손해를 입히지 않으려는 것이다." ☛ 물상대위권 행사로서의 압류 및 전부는 그 명령이 제3채무자에게 송달됨으로써 효력이 생기고, '특정성의 유지'나 '제3자의 보호'는 물상대위권자의 압류 및 전부명령이 효력을 발생함으로써 비로소 달성될 수 있는 것이므로, 배당요구의 종기가 지난 후에 물상대위에 기한 채권압류 및 전부명령이 제3채무자에게 송달되었을 경우에는, 물상대위권자는 배당절차에서 우선변제를 받을 수 없다(2002다13539).

1860) 98다62688; "저당권자의 물상대위권은 어디까지나 그 권리실행의사를 저당권자 스스로 법원에 명확하게 표시하는 방법으로 저당권자 자신에 의하여 행사되어야 하는 것이지, 저당권자 아닌 다른 채권자나 제3채무자의 태도나 인식만으로 저당권자의 권리행사를 의제할 수는 없음이 분명하다. 따라서 저당권자 아닌 다른 채권자나 제3채무자가 저당권의 존재와 피담보채무액을 인정하고 있고, 나아가 제3채무자가 채무액을 공탁하고 공탁사유를 신고하면서 저당권자를 피공탁자로 기재하는 한편 저당권의 존재를 증명하는 서류까지 제출하고 있다 하더라도 그것을 저당권자 자신의 권리행사와 같이 보아 저당권자가 그 배당절차에서 다른 채권자들에 우선하여 배당 받을 수 있는 것으로 볼 수 없으며, 저당권자로서는 제3채무자가 공탁사유신고를 하기 이전에 스스로 담보권의 존재를 증명하는 서류를 제출하여 물상대위권의 목적채권을 압류하거나 법원에 배당요구를 한 경우에 한하여 공탁금으로부터 우선배당을 받을 수 있을 뿐이다."

1861) 대법원 2022. 8. 11. 선고 2017다256668 판결; "저당권자가 물상대위권을 행사하여 채권압류명령 등을 신청하면서 그 청구채권 중 이자·지연손해금 등 부대채권(이하 '부대채권'이라 한다)의 범위를 신청일 무렵까지의 확정금액으로 기재한 경우, 그 신청 취지와 원인 및 집행 실무 등에 비추어 저당권자가 부대채권에 관하여는 신청일까지의 액수만 배당받겠다는 의사를 명확하게 표시하였다고 볼 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 배당절차에서는 채권계산서를 제출하였는지 여부에 관계없이 배당기일까지의 부대채권을 포함하여 원래 우선변제권을 행사할 수 있는 범위에서 우선배당을 받을 수 있다고 봄이 타당하다." ☛ 이는 일반채권자가 집행권원에 기하여 채권압류명령 등을 신청한 경우에도 적용될 수 있다.

청구권에 대하여 압류추심명령이나 압류전부명령을 얻어 추심금 또는 전부금 지급의 소를 제기하는 경우), 부당이득반환청구(근저당권자가 근저당목적물의 공용징수 등으로 인하여 근저당목적물의 소유자가 받을 금전의 지급청구권을 압류하기 전에 그 소유자가 지급청구권에 기하여 금전을 수령한 경우, 물상대위권을 상실한 근저당권자의 근저당목적물의 소유자에 대한 부당이득 반환 청구),[1862] 손해배상청구(사업시행자의 수용토지 저당권자에 대한 협의·통지의무 불이행으로 물상대위권 행사의 기회를 상실한 경우[1863]) 등이 있다.

8) 가등기담보 관련 청구

가등기담보 등에 관한 법률(가등기담보법)은 ① '차용물'의 반환에 관하여[1864] 다른 재산권[1865]을 이전할 것을 예약하고, ② 그 재산의 예약 당시 가액이 차용액과 이에 붙인 이자를 합산한 액수를 초과[1866]하며, ③ 채권자가 담보목적 부동산 등에 관하여 '가등기나 소유권이전등기' 등을 마침으로써 '담보권'을 취득[1867]한 경우에 적용된다.[1868]

1862) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2017다218796 판결: "근저당권자가 근저당목적물의 공용징수 등으로 인하여 근저당목적물의 소유자가 받을 금전의 지급청구권을 압류하기 전에 그 소유자가 지급청구권에 기하여 금전을 수령한 경우 근저당권자는 더 이상 물상대위권을 행사할 수 없다(민법 제370조, 제342조). 이 경우 근저당권자는 근저당권을 상실하는 손해를 입게 되는 반면에, 근저당목적물의 소유자는 그 수령한 금액 가운데 근저당권의 채권최고액을 한도로 하는 피담보채권액의 범위 내에서 이득을 얻게 되는데 그 이익을 소유자에게 종국적으로 귀속시키는 것은 근저당권자에 대한 관계에서 공평의 관념에 위배되어 법률상 원인이 없다고 보아야 하므로, 근저당목적물 소유자는 근저당권자에게 그 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있다. 이처럼 물상대위권을 상실한 근저당권자가 근저당목적물 소유자에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있다는 법리는 근저당목적물을 양수한 제3취득자에 대한 경우뿐만 아니라 근저당목적물의 소유자가 피담보채권의 채무자인 경우에도 마찬가지로 적용된다." ⇔ 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다46756 판결: "물상대위권의 행사에 나아가지 아니한 채 단지 수용대상토지에 대하여 담보물권의 등기가 된 것만으로는 그 보상금으로부터 우선변제를 받을 수 없다. 그렇다면 저당권자가 물상대위권의 행사에 나아가지 아니하여 우선변제권을 상실한 이상, 다른 채권자가 그 보상금 또는 이에 관한 변제공탁금으로부터 이득을 얻었다고 하더라도 저당권자는 이를 부당이득으로서 반환청구할 수 없다."

1863) 협의·통지의무 불이행과 물상대위권 행사 기회 상실 사이의 상당인과관계를 긍정하여 불법행위책임을 인정한 사례(2009다35842) ⇔ 상당인과관계를 부정하여 경우 불법행위책임을 인정하지 않은 사례(2017다270565).

1864) 금전소비대차나 준소비대차에 기한 차용금반환채무 이외의 채무를 담보하기 위하여 경료된 가등기나 양도담보에는 위 법이 적용되지 아니하나, 금전소비대차나 준소비대차에 기한 차용금반환채무와 그 외의 원인으로 발생한 채무를 동시에 담보할 목적으로 경료된 가등기나 소유권이전등기라도 그 후 후자의 채무가 변제 기타의 사유로 소멸하고 금전소비대차나 준소비대차에 기한 차용금반환채무의 전부 또는 일부만이 남게 된 경우에는 그 가등기담보나 양도담보에 가등기담보법이 적용된다(2003다29968).

1865) 등기 또는 등록할 수 있는 부동산소유권 외의 권리(질권·저당권 및 전세권은 제외한다)의 취득을 목적으로 하는 담보계약에 관하여도 제3조부터 제17조까지의 규정을 준용되는데(재18조), 여기에서 '등기 또는 등록할 수 있는 권리'는 그 재산권의 설정과 이전에 관하여 등기 또는 등록이 성립요건 또는 대항요건이 되어 있는 재산권을 말하고, 단순히 행정상의 편의를 위하여 등록 등을 요구하는 경우(하천점용허가권)에는 이에 해당하지 않는다(2012두27404).

1866) 재산권 이전의 예약 당시 그 재산에 대하여 선순위 근저당권이 설정되어 있는 경우에는 그 재산의 가액에서 그 피담보채무액을 공제한 나머지 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에만 적용된다(2005다61140).

1867) 대법원 2013. 9. 27. 선고 2011다106778 판결: "가등기담보법 제3조, 제4조는 채권자가 가등기담보법 제2조 제1호 소정의 담보계약에 따른 '담보권'을 실행하는 방법으로서 귀속정산 절차를 규정한 것이므로, 가등기담보법 제3조, 제4조가 적용되기 위해서는 채권자가 담보목적부동산에 관하여 가등기나 소유권이전등기 등을 마침으로써 '담보권'을 취득하였음을 요한다. 이와 달리 채권자가 채무자와 담보계약을 체결하였지만, 담보목적부

금전소비대차나 준소비대차에 기한 차용금반환채무 이외의 채무, 예컨대 '매매대금' 채무[1869]를 담보하기 위하여 가등기[1870]를 한 경우에는 가등기담보법이 적용되지 아니하고, 정산절차를 예정하고 있는 '약한 의미의 양도담보'의 법률관계[1871]가 적용된다(소유권이나 처분권 등 양도담보설정권한 없는 자가 설정한 양도담보는 무효이다[1872]).

채무자 등(원고)이 담보가등기에 기초한 채권자(피고) 명의의 본등기(소유권이전등기)의 말소등기절차의 이행을 청구하는 경우, "가등기담보법 제3조의 '담보권 실행 통지와 청산기간' 규정[❶ 피담보채권의 변제기 후 '청산금'(통지 '발송' 당시를 기준으로, 담보 목적 부동산의 가액에서 민법 제360조에서 정한 채권액(원본, 이자, 위약금, 지연배상금,[1873] 실행비용[1874])과 선순위담보권 등

동산에 관하여 가등기나 소유권이전등기를 마치지 아니한 경우에는 '담보권'을 취득하였다고 할 수 없으므로, 이러한 경우에는 가등기담보법 제3조, 제4조는 원칙적으로 적용될 수 없다. 따라서 채권자와 채무자가 담보계약을 체결하였지만, 담보목적부동산에 관하여 가등기나 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 채권자로 하여금 귀속정산 절차에 의하지 않고 담보목적부동산을 타에 처분하여 채권을 회수할 수 있도록 약정하였다 하더라도, 그러한 약정이 가등기담보법의 규제를 잠탈하기 위한 탈법행위에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가등기담보법을 위반한 것으로 보아 무효라고 할 수는 없다." ☜ 가등기담보법의 규제를 잠탈하기 위한 탈법행위라고 볼 수 없다 하여 채권자에 대한 처분권한 부여 약정이 유효하다고 한 예.

1868) **제1조(목적)** 이 법은 차용물의 반환에 관하여 차주가 차용물을 갈음하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약할 때 그 재산의 예약 당시 가액이 차용액과 이에 붙인 이자를 합산한 액수를 초과하는 경우에 이에 따른 담보계약과 그 담보의 목적으로 마친 가등기 또는 소유권이전등기의 효력을 정함을 목적으로 한다.

1869) 공사잔대금의 지급을 담보하기 위한 경우도 가등기담보법이 적용되지 않는다(96다31116).

1870) 어떤 가등기가 담보가등기인지, 매매예약을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권의 순위 보전을 위한 가등기인지 여부는 그 등기기록의 표시나 등기를 할 때에 주고받은 서류의 종류에 의하여 형식적으로 결정할 것이 아니고 거래의 실질과 당사자의 의사해석에 따라 결정하여야 한다(대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다63138, 63145 판결).

1871) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다63138, 63145 판결; "당사자 사이에 매매대금 채무를 담보하기 위하여 부동산에 관하여 가등기를 마치고 위 채무를 변제하지 아니하면 그 가등기에 기한 본등기를 마치기로 약정한 경우에, 변제기에 위 채무를 변제하지 아니하면 채권채무관계가 소멸하고 부동산의 소유권이 확정적으로 채권자에게 귀속된다는 명시의 특약이 없는 이상 대물변제의 약정이 있었다고 인정할 수 없고, 단지 위 채무에 대한 담보권 실행을 위한 방편으로 소유권이전등기를 하는 약정, 이른바 정산절차를 예정하고 있는 '약한 의미의 양도담보' 계약이라고 봄이 타당하다. 그리고 위와 같이 **'약한 의미의 양도담보'**가 이루어진 경우에, 채권자는 채무의 변제기가 지나면 부동산의 가액에서 채권원리금 등을 공제한 나머지 금액을 채무자에게 반환하고 부동산의 소유권을 취득하거나(**귀속정산**), 부동산을 처분하여 그 매각대금에서 채권원리금 등의 변제에 충당하고 나머지 금액을 채무자에게 반환할 수도 있다(**처분정산**). 그렇지만 채무자가 채권자에게 적극적으로 위와 같은 정산을 요구할 청구권을 가지지는 아니하며, 다만 채무자는 채무의 변제기가 지난 후에도 채권자가 그 담보권을 실행하여 정산절차를 마치기 전에는 언제든지 채무를 변제하고 채권자에게 위 가등기 및 그 가등기에 기한 본등기의 말소를 청구할 수 있다. … '약한 의미의 양도담보' 약정에 해당하므로, 원고는 이 사건 가등기의 피담보채권이 존재하는 한 가등기담보법이 정한 청산절차를 거치지 아니하고 그 가등기담보권을 실행하기 위하여 피고에게 이 사건 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 바로 청구할 수 있으며, 이에 대하여 피고는 원고에게 적극적으로 정산을 요구할 수 있는 청구권이 없고 그 정산을 이유로 본등기절차의 이행을 거절할 수도 없다. … 원심으로서는 이 사건 부동산의 가액과 이 사건 가등기의 피담보채권액을 제대로 심리하여, ① 이 사건 부동산의 가액이 이 사건 가등기의 피담보채권액에 미달하는 경우에는 원고의 이 사건 가등기에 기한 귀속정산 완료를 원인으로 하는 본등기 청구를 인용하여야 하고, ② 이 사건 부동산의 가액이 이 사건 가등기의 피담보채권액을 넘는 경우에는 원고의 이 사건 가등기에 기한 담보권 실행을 원인으로 하는 본등기 청구를 인용하였어야"

1872) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2019다295568 판결; "양도담보를 설정하려면 **양도담보설정자**에게 목적물에 대한 소유권이나 처분권 등 양도담보를 설정할 권한이 있어야 한다. 양도담보설정자에게 이러한 권한이 없는데도 양도담보설정계약을 체결한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 양도담보가 유효하게 성립할 수 없다." ☜ 무권리자로부터 수입육에 관한 동산양도담보를 설정받은 사안.

에 의하여 담보된 채권액[1875]을 뺀 금액}의 '주관적' 평가액{평가기준시점의 잘못이나 객관적 평가액에의 미달 등이 통지의 효력에 영향을 미치지 않고, 청산금이 없다고 인정되는 경우에는 그 뜻을 통지하면 되며,[1876] 채권자는 그가 통지한 '청산금의 금액'에 관하여 다툴 수 없다(제9조)[1877]}의 채무자 등(채무자, 물상보증인, 제3취득자 모두)[1878]에 대한 통지(무효인 '청산합의'에 담보권실행 통지로서의 효력이 인정될 수도 있다)[1879] + ❷ 채무자 등에 대한 '통지 도달일'로부터 2개월의 '청산기간' 도과],[1880]이나, 제4조의

1873) ❶ 가등기담보 채권자가 그의 권리를 보전하기 위하여 가등기담보 채무자의 제3자에 대한 선순위 가등기담보 채무를 대위변제하여 가지는 구상금채권도 담보가등기의 피담보채권에 포함된다(2006다46421). ❷ 담보가등기에 기하여 마쳐진 본등기가 무효인 경우, 담보목적 부동산에 대한 소유권은 담보가등기 설정자인 채무자 등에게 있고 소유권의 권능 중 하나인 사용수익권도 당연히 담보가등기 설정자가 보유하므로, 채무자가 자신이 소유하는 담보목적 부동산에 관하여 채권자와 임대차계약을 체결하고 채권자에게 차임을 지급하거나 채무자가 자신과 임대차계약을 체결하고 있는 임차인으로 하여금 채권자에게 차임을 지급하도록 하여 채권자가 차임을 수령하였다면, 특별한 사정이 없는 한 위 차임은 피담보채무의 변제에 충당된 것으로 보아야 한다(대법원 2019. 6. 13. 선고 2018다300661 판결).

1874) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2017다266177 판결: "청산금에서 공제할 수 있는 가등기담보권 실행비용은 경매절차의 집행비용에 상응하는 것이어야 한다. 그러므로 가등기담보권자는 귀속정산 과정에서 담보목적물의 교환가치를 파악하기 위하여 쓴 감정평가비용 등을 실행비용으로서 청산금에서 공제할 수 있을 뿐, 청산의 결과로서 본등기를 마치기 위해 지출한 절차비용과 취득세 등은 스스로 부담해야 한다."

1875) 담보가등기보다 먼저 등기된 가압류의 채권액은 '선순위담보 등에 의하여 담보된 채권액'에 준하여 포함된다(2006다46421).

1876) ❶ 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다13171 판결: "청산금의 평가액은 통지 당시의 담보목적부동산의 가액에서 그 당시의 피담보채권액(원본, 이자, 위약금, 지연배상금, 실행비용)을 뺀 금액을 의미하므로, 가등기담보권자가 담보권 실행을 통해 우선변제받게 되는 이자나 지연배상금 등 피담보채권의 범위는 위 통지 당시를 기준으로 확정된다. 채권자는 주관적으로 평가한 청산금의 평가액을 통지하면 족하고, 채권자가 이와 같이 주관적으로 평가한 청산금의 액수가 정당하게 평가된 청산금의 액수에 미치지 못한다고 하더라도 담보권 실행의 통지로서의 효력에는 아무런 영향이 없다. 위 각 규정을 위반하여 담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우에는 그 본등기는 무효이고, 설령 그와 같은 본등기가 가등기권리자와 채무자 사이에 이루어진 특약에 의하여 이루어졌다고 하더라도 만일 그 특약이 채무자에게 불리한 것으로 무효라고 한다면 그 본등기는 여전히 무효일 뿐이다."(이자나 지연배상금을 포함한 피담보채권액은 통지서 발송 당시를 기준으로 확정되어야 하고, 이자제한법상의 제한이율을 초과하는 이자를 포함시켜 통지한 잘못이 있더라도 달리 볼 것이 아니며, 청산절차를 배제하는 약정으로 채무자에게 불리하여 무효인 매매계약에 기하여 청산절차를 거치지 않고 마쳐진 본등기는 무효라고 판시) ❷ 대법원 2016. 4. 12. 선고 2014다61630 판결: "담보목적부동산의 평가액은 담보권자가 주관적으로 평가한 청산금의 산출근거를 알려주려는 것일 뿐이므로, 그 평가시점이 잘못되었다든가 통지한 평가액이 통지 시점의 객관적 가액에 미달하거나 그와 다르다는 이유만으로 담보권 실행 통지의 효력이 없게 되는 것은 아니다. 또 가등기담보법이 담보권 실행 대상 부동산이 둘 이상인 경우에 각 부동산의 소유권이전에 의하여 소멸시키려는 채권과 그 비용을 밝히도록 한 것은 후순위권리자의 이익을 보호하기 위하여 채권자가 자기의 채권액을 각 부동산별로 나누어 어느 부동산에 대하여 얼마의 채권액과 비용으로 소유권을 취득하겠다는 채권액의 배분액을 구분 표시하도록 한 것일 뿐이므로, 청산금이 없다고 인정되는 경우에는 각 담보권 실행 대상 부동산별로 담보권 실행에 의하여 소멸되는 채권과 비용을 구분하여 명시하지 아니하였다는 이유로 그 실행 통지의 효력을 부인할 수 없다."

1877) 법 제9조에서 규정하고 있는 통지의 구속력이 발생하는 사항은 가등기담보권 실행을 통지할 때 채무자 등에게 통지된 청산금의 평가액 자체뿐이고 이와 아울러 명시될 것이 요구되는 채권액은 위 청산금산정의 기초가 되는 데 지나지 않아 여기에까지는 구속력이 생기지 않는다(92다12070).

1878) 대법원 2002. 4. 23. 선고 2001다81856 판결: "채무자 등에는 채무자와 물상보증인뿐만 아니라 담보가등기 후 소유권을 취득한 제3취득자가 포함되는 것이므로(제2조 제2호), 위 통지는 이들 모두에게 하여야 하는 것으로서 채무자 등의 전부 또는 일부에 대하여 위 통지를 하지 않으면 청산기간이 진행할 수 없게 되고, … 편법으로 본등기를 마쳤다고 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없는 것이다."

1879) '청산합의'가 가등기담보법 소정의 청산기간을 단축하는 특약으로서 법 제4조 제2항에 위반될 뿐만 아니라, 청산합의에서 정한 부동산 평가액이 적정하다고 볼 자료도 없어 법 제4조 제4항에 의하여 무효라고 하면서도, 청산합의에는 담보권 실행의 의사표시가 포함되어 있어 담보권실행의 통지로서의 효력은 있으므로, 청산금은

'청산금 지급' 규정[1881]을 위반하여 본등기[1882]가 마쳐진 사실",[1883] "청산절차를 거치기 전에 강제경매 등의 신청이 행하여진 후 본등기가 마쳐진 사실"[1884]은 '등기의 원인무효 사실'로서 채무자 등(원고)의 청구원인 사실, "그 후 위 각 규정에서 정한 절차에 따라 담보권을 실행하여 채권자(피고)가 소유권을 취득한 사실"은 '실체적 법률관계에 부합하는 유효한 등기'라는 채권자(피고)의 항변 사실에 각 해당한다.[1885] 가등기담보법 제6조[1886]

청산합의 당시의 가액을 기초로 산정하여야 한다고 한 예(2007다49595).

1880) **제3조(담보권 실행의 통지와 청산기간)** ① 채권자가 담보계약에 따른 담보권을 실행하여 그 담보목적부동산의 소유권을 취득하기 위하여는 그 채권의 변제기 후에 제4조의 청산금의 평가액을 채무자등에게 통지하고, 그 통지가 채무자등에게 도달한 날부터 2개월(이하 "청산기간"이라 한다)이 지나야 한다. 이 경우 청산금이 없다고 인정되는 경우에는 그 뜻을 통지하여야 한다. ② 제1항에 따른 통지에는 통지 당시의 담보목적부동산의 평가액과 「민법」 제360조에 규정된 채권액을 밝혀야 한다. 이 경우 부동산이 둘 이상인 경우에는 각 부동산의 소유권 이전에 의하여 소멸시키려는 채권과 그 비용을 밝혀야 한다.

1881) **제4조(청산금의 지급과 소유권의 취득)** ① 채권자는 제3조 제1항에 따른 통지 당시의 담보목적부동산의 가액에서 그 채권액을 뺀 금액(이하 "청산금"이라 한다)을 채무자등에게 지급하여야 한다. 이 경우 담보목적부동산에 선순위담보권 등의 권리가 있을 때에는 그 채권액을 계산할 때에 선순위담보 등에 의하여 담보된 채권액을 포함한다. ② 채권자는 담보목적부동산에 관하여 이미 소유권이전등기를 마친 경우에는 청산기간이 지난 후 청산금을 채무자등에게 지급한 때에 담보목적부동산의 소유권을 취득하며, 담보가등기를 마친 경우에는 청산기간이 지나야 그 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 있다. ③ 청산금의 지급채무와 부동산의 소유권이전등기 및 인도채무의 이행에 관하여는 동시이행의 항변권에 관한 「민법」 제536조를 준용한다. ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 어긋나는 특약으로서 채무자등에게 불리한 것은 그 효력이 없다. 다만, 청산기간이 지난 후에 행하여진 특약으로서 제삼자의 권리를 침해하지 아니하는 것은 그러하지 아니하다. ☛ ❶ 가등기담보권의 사적 실행에 있어서 채권자가 청산금의 지급 이전에 본등기와 담보 목적물의 인도를 받을 수 있다거나 청산기간이나 동시이행관계를 인정하지 아니하는 '처분정산'형의 담보권실행은 가등기담보법상 허용되지 아니한다(2001다81856). ❷ 채무자는 채권자가 통지한 청산금액에 명시적·묵시적으로 동의함으로써 청산금을 확정시킬 수 있다(2005다36618).

1882) ❶ 수인의 채권자가 각기 그 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, 매매예약의 내용에 따라서는 수인의 채권자가 공동으로 매매예약완결권을 가지는 것이 아니라 채권자 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약완결권을 가질 수도 있고, 이 경우 채권자 중 1인은 단독으로 자신의 지분에 관하여 가등기담보법이 정한 청산절차를 이행한 후 소유권이전의 본등기절차이행청구를 할 수 있다(대법원 2012. 2. 16. 선고 2010다82530 전원합의체 판결). ❷ 담보가등기권자가 귀속정산절차에 따라 담보가등기에 기한 본등기청구를 하는 경우에는 매매예약완결권 행사의 제척기간이 적용되지 않는다(대법원 2024. 1. 11. 선고 2021다210799 판결).

1883) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2018다300661 판결: "가등기담보법' 제3조 … 제4조 … 위 규정들은 강행법규에 해당하여 이를 위반하여 담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우 그 본등기는 무효라고 할 것이고, 설령 그와 같은 본등기가 가등기권리자와 채무자 사이에 이루어진 특약에 의하여 이루어졌다고 할지라도 만일 그 특약이 채무자에게 불리한 것으로서 무효라고 한다면 그 본등기는 여전히 무효일 뿐, 이른바 약한 의미의 양도담보로서 담보의 목적 내에서는 유효하다고 할 것이 아니다."

1884) **제14조(강제경매등의 경우의 담보가등기)** 담보가등기를 마친 부동산에 대하여 강제경매등의 개시 결정이 있는 경우에 그 경매의 신청이 청산금을 지급하기 전에 행하여진 경우(청산금이 없는 경우에는 청산기간이 지나기 전)에는 담보가등기권리자는 그 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 없다. ☛ ❶ 2010마1322(본등기가 강제경매절차의 매각기일 후에 이루어진 것이라면, 강제경매의 신청 전에 청산절차를 거친 것이 아닌 한 무효로 말소되어야 된다고 한 예). ❷ 담보목적부동산에 대한 경매절차가 개시된 경우 그 경매절차에 참가할 수 있을 것이라는 후순위권리자 등의 기대를 보호할 필요가 있는 점 등을 고려하면, 담보가등기권리자가 담보목적부동산의 경매를 청구하는 방법을 선택하여 그 경매절차가 진행 중인 때에는 특별한 사정이 없는 한 가등기담보법 제3조에 따른 담보권을 실행할 수 없으므로 그 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 없다(대법원 2022. 11. 30. 선고 2017다232167, 232174 판결).

1885) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2009다90160, 90177 판결: "가등기담보법 제3조 … 제4조 … 규정을 위반하여

제1항에 의한 후순위권리자에 대한 통지 결여는 본등기의 원인무효 사실에 해당하지 않는다.[1887]

채무자 등(원고)이 가등기담보법 제11조[1888] 본문에 따라, 채권담보의 목적으로 마친 채권자(피고) 명의의 소유권이전등기의 말소등기를 청구하는 경우,[1889] '피담보채무액 전부[1890]'를 지급한 사실'은 '담보 등기의 원인무효 사실'로서 청구원인 사실에 해당하고, 단서 규정의 '제척기간(재판상 또는 재판 외 권리행사기간) 10년의 도과'[1891] 여부는 법원의

담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우에는 그 본등기는 무효라고 할 것이고, 다만 가등기권리자가 가등기담보법 제3조, 제4조에 정한 절차에 따라 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지한 후 채무자에게 정당한 청산금을 지급하거나 지급할 청산금이 없는 경우에는 채무자가 그 통지를 받은 날로부터 2월의 청산기간이 경과하면 위 무효인 본등기는 실체적 법률관계에 부합하는 유효한 등기가 될 수 있을 뿐이며, 그 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다고 할 것이다." ☞ 가등기담보법의 규정을 위반하여 무효인 본등기가 마쳐진 후 가등기에 기한 본등기를 이행한다는 내용의 화해권고결정이 확정되었다고 하더라도, 그러한 화해권고결정의 내용이 가등기담보법 제3조, 제4조가 정한 청산절차를 갈음하는 것으로 채무자 등에게 불리하지 않다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 위와 같이 확정된 화해권고결정이 있다는 사정만으로는 무효인 본등기가 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 주장할 수 없다. 나아가 그러한 화해권고결정에 기하여 다시 본등기를 마친다고 하더라도 그 본등기는 가등기담보법의 위 각 규정을 위반하여 이루어진 것이어서 여전히 무효이다(대법원 2017. 8. 18. 선고 2016다30296 판결).

1886) **제6조(채무자등 외의 권리자에 대한 통지)** ① 채권자는 제3조 제1항에 따른 통지가 채무자등에게 도달하면 지체 없이 후순위권리자에게 그 통지의 사실과 내용 및 도달일을 통지하여야 한다. ② 제3조 제1항에 따른 통지가 채무자등에게 도달한 때에는 담보가등기 후에 등기한 제삼자(제1항에 따라 통지를 받을 자를 제외하고, 대항력 있는 임차권자를 포함한다)가 있으면 채권자는 지체 없이 그 제삼자에게 제3조 제1항에 따른 통지를 한 사실과 그 채권액을 통지하여야 한다. ③ 제1항과 제2항에 따른 통지는 통지를 받을 자의 등기부상의 주소로 발송함으로써 그 효력이 있다. 그러나 대항력 있는 임차권자에게는 그 담보목적부동산의 소재지로 발송하여야 한다. **제7조(청산금에 대한 처분 제한)** ① 채무자가 청산기간이 지나기 전에 한 청산금에 관한 권리의 양도나 그 밖의 처분은 이로써 후순위권리자에게 대항하지 못한다. ② 채권자가 청산기간이 지나기 전에 청산금을 지급한 경우 또는 제6조제1항에 따른 통지를 하지 아니하고 청산금을 지급한 경우에도 제1항과 같다.

1887) 가등기담보권자인 채권자가 청산기간이 경과하기 전 또는 가등기담보법 제6조 제1항에 의하여 채무자에게 청산통지를 하였다는 사실 등을 후순위권리자에게 통지하지 아니하고, 채무자에게 청산금을 지급한 경우에는 이로써 후순위권리자에게 대항할 수 없는 것이나, 이러한 채권자의 변제 제한의 효력은 후순위권리자에게만 적용되는 상대적인 것이므로, 후순위권리자는 청산금채권이 아직 소멸하지 않은 것으로 보고 채권자에게 직접 권리를 행사할 수 있고 후순위권리자가 채권자에게 청산금을 지급하여 줄 것을 청구하게 되면 채권자로서는 청산금의 이중 지급의 책임을 면할 수 없다는 취지일 뿐이지, 후순위권리자가 존재한다는 사유만으로 채무자에게 담보권의 실행을 거부할 권원을 부여하는 것은 아니다(2002다42001).

1888) **제11조(채무자등의 말소청구권)** 채무자등은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채무액(반환할 때까지의 이자와 손해금을 포함한다)을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다. 다만, 그 채무의 변제기가 지난 때부터 10년이 지나거나 선의의 제삼자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.

1889) '근저당설정등기 말소등기 청구'에서 보았듯이, '담보계약'에 기한 담보등기 말소등기청구권과 '소유권'에 기한 담보등기 말소등기청구권이 소송물을 달리하여 경합적으로 인정되고(86다카1332, 92다1353, 93다16338), 가등기의 이전의 부기등기가 있는 경우, 가등기 말소등기청구의 피고적격자는 양수인, 말소대상은 주등기인 가등기이다(94다17109).

1890) 즉, 피담보채무가 대부분 변제되고 잔존 액수가 적다는 사유만으로, 신의칙에 의하여 제척기간 경과에 따른 말소등기청구권 소멸의 효과를 배제하여야 한다거나, 말소등기청구권 소멸이 변제되지 않은 범위 내에서만 인정되어야 하고 이미 변제된 부분만큼은 제척기간의 적용대상이 아니라는 주장은 모두 허용되지 않는다(2005다3304).

1891) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다47074 판결; "채무자 등이 위 제척기간이 경과하기 전에 피담보채무를 변제하지 아니한 채 또는 그 변제를 조건으로 담보목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구하더라도 이를 제척기간 준수에 필요한 권리의 행사에 해당한다고 볼 수 없으므로, 채무자 등의 위 말소청구권은 위 제척기간

직권조사사항이다. 제3자(전득자) 명의의 소유권이전등기의 말소등기를 함께 청구하는 경우, 제3자의 '악의'를 청구원인 사실로서 주장·증명하여야 한다. 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 무효를 주장하는 사람에게 있다.[1892]

청산절차를 위반하여 담보가등기에 기한 무효의 본등기가 이루어진 후 '선의의 제3자'가 그 본등기에 터 잡아 소유권이전등기를 마치는 등으로 담보목적부동산의 소유권을 취득한 경우, 무효인 본등기 및 그에 터 잡은 다른 중간 등기(예컨대, 저당권 등기)는 모두 소급하여 확정적으로 유효하게 되고, 가등기담보권은 소멸하지만, 청산금 지급을 둘러싼 채권·채무 관계까지 모두 소멸하는 것은 아니고 채무자 등은 채권자에게 청산금의 지급을 청구할 수 있으며,[1893] 위법한 담보목적부동산 처분으로 인하여 입은 손해의 배상을 청구할 수도 있다(채무자의 이자 연체 등이 '책임제한사유'가 될 수 없다).[1894] 가등기담보법 제11

의 경과로 확정적으로 소멸한다. 이러한 법리는 채무자 등이 피담보채무를 변제하지 아니한 채 또는 그 변제를 조건으로 위 소유권이전등기의 말소등기를 청구하는 소를 제기한 경우에도 마찬가지로 적용된다. … 원심은 원심 변론종결 당시 이미 그 10년의 제척기간이 경과하였음은 역수상 명백하므로, 원고는 피담보채무의 선이행을 조건으로 하더라도 더 이상 피고에게 이 사건 등기의 말소를 청구할 수 없다고 판단하여, 이에 관한 원고의 예비적 청구를 기각하였다. … 위법이 있다고 할 수 없다." ☞ 청구를 기각한 것은 제소기간이 아님을 나타내는 것이다.

1892) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결; "여기서 '**선의의 제3자**'라 함은 채권자가 적법한 청산절차를 거치지 않고 담보목적부동산에 관하여 본등기를 마쳤다는 사실을 모르고 그 본등기에 터 잡아 소유권이전등기를 마친 자를 뜻한다. 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 무효를 주장하는 사람에게 있다." ☜ 원고(배당에서 제외된 추심권자)가 피고(근저당권자)의 배당액에 이의한 배당이의의 소에서, "소외 회사가 소외 1이 청산절차를 거치지 않고 이 사건 본등기를 마쳤음을 알았다고 볼 아무런 자료가 없으므로, 소외 회사는 가등기담보법 제11조 단서 후문에서 정한 선의의 제3자로서 적법하게 이 사건 아파트의 소유권을 취득한다. 이에 따라 … 피고 명의의 이 사건 근저당권은 유효하게 되었다."라고 판시한 예.

1893) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결; "가등기담보법 제3조, 제4조의 청산절차를 위반하여 이루어진 담보가등기에 기한 본등기가 무효라고 하더라도 선의의 제3자가 그 본등기에 터 잡아 소유권이전등기를 마치는 등으로 담보목적부동산의 소유권을 취득하면, 채무자 등은 더 이상 가등기담보법 제11조 본문에 따라 채권자를 상대로 그 본등기의 말소를 청구할 수 없게 된다. 이 경우 그 **반사적 효과**로서 무효인 채권자 명의의 본등기는 그 등기를 마친 시점으로 소급하여 확정적으로 유효하게 되고, 이에 따라 담보목적부동산에 관한 채권자의 가등기담보권은 소멸하며, 청산절차를 거치지 않아 무효였던 채권자의 위 본등기에 터 잡아 이루어진 등기 역시 소급하여 유효하게 된다고 보아야 한다. 다만 이 경우에도 채무자 등과 채권자 사이의 청산금 지급을 둘러싼 채권·채무 관계까지 모두 소멸하는 것은 아니고, 채무자 등은 채권자에게 청산금의 지급을 청구할 수 있다. 이러한 법리는 경매의 법적 성질이 사법상 매매인 점에 비추어 보면 무효인 본등기가 마쳐진 담보목적부동산에 관하여 진행된 경매절차에서 경락인이 본등기가 무효인 사실을 알지 못한 채 담보목적부동산을 매수한 경우에도 마찬가지로 적용된다." ☜ 청산절차를 거치지 않아 무효인 본등기에 터 잡아 근저당권등기가 마쳐진 다음, 강제경매절차에서 선의의 제3자인 경락인이 매각대금을 완납함으로써 소유권을 취득한 사안에서, 본등기 및 그에 터 잡아 이루어진 근저당권등기 모두 소급하여 유효하게 되었다고 한 예.

1894) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다27458 판결; "채권자가 구 가등기담보법에 정해진 청산절차를 밟지 아니하여 담보목적부동산의 소유권을 취득하지 못하였음에도 그 담보목적부동산을 처분하여 선의의 제삼자가 소유권을 취득하고 그로 인하여 구 가등기담보법 제11조 단서에 의하여 채무자가 더는 채무액을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없게 되었다면, 채권자는 위법한 담보목적부동산 처분으로 인하여 채무자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이다. 이때 채무자가 입은 손해는 다른 특별한 사정이 없는 한 채무자가 더는 그 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없게 된 때의 담보목적부동산의 가액에서 그때까지의 채무액을 공제한 금액이라고 봄이 상당하다. … 구 가등기담보법이 사적 실행방법으로서 '처분정산'형의 담보권실행을 허용하지 않고 이에 위반한 담보권실행의 효력을 부정하는 것은 기본적으로 경제적 약자인 채무자의 보호를 위한 것이라는 점, 그런데도 채권자가 담보목적부동산을 처분함으로 인하여

조 단서의 제척기간이 경과한 경우에도, 채무자 등은 채권자에게 '청산금'의 지급을 청구할 수 있다.[1895]

가등기 후 가압류등기를 마친 가압류 채권자가 선행 가등기가 담보 목적 가등기임의 확인을 구하는 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다.[1896]

3. 채권총칙

가. 채무불이행책임

'채무불이행에 기초한 손해배상청구'의 청구원인 요건사실은 ① '원·피고 간 계약의 체결'(채권·채무의 발생), ② '피고의 채무불이행'(이행지체, 이행불능, 불완전이행 등), ③ '②에 따른(인과관계) 원고의 손해 발생과 범위'이고, '손해배상액 예정액 청구'의 경우에는 위 ③ 요건이 '손해배상액 예정 약정'으로 대체된다. '피고 귀책사유의 부존재'는 항변사유이다.

1) 손해배상청구 관련 소송물과 청구의 병합

가) 채무불이행과 불법행위에 각각 기초한 손해배상청구권

판례는 구소송물 이론에 따라, 두 개의 소송물이 동일한 사실관계를 토대로 하는 경우에도 청구원인이 서로 다르다면 별개의 소송물로 보므로, 채무불이행에 기한 손해배상청구와 불법행위에 기한 손해배상청구는 별개의 소송물[1897]이고, 계약 위반으로

손해배상책임을 지게 된 점, 채권자로서는 담보목적부동산 처분에 이르기까지 약정 이자 및 지연손해금을 담보목적부동산의 가액에서 공제받음으로써 여전히 약정 이익을 누리는 점 등을 종합하면, 채무자가 약정 이자 지급을 연체하였다든지 채무자가 그 채무액을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있었다는 사정이나 채권자가 담보목적부동산을 처분하여 얻은 이익의 크고 작음 등과 같은 사정은 위법한 담보목적부동산 처분으로 인한 손해배상책임을 제한할 수 있는 사유가 될 수 없다. … 담보목적부동산 양도로 인한 양도소득세는 채무자가 부담하여야 하고 이를 별도의 손해라고 할 수 없다."

1895) 채무자 등의 말소청구권이 10년의 제척기간의 경과로 소멸하고 이로써 채권자가 담보목적부동산의 소유권을 확정적으로 취득한 때에는, 채권자는 가등기담보법 제4조에 따라 산정한 청산금을 채무자 등에게 지급할 의무가 있고, 채무자 등은 채권자에게 그 지급을 청구할 수 있다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018다215947 판결; 원심이 '채권자인 피고가 담보권 실행 통지를 하지 않고 채무자인 소외인도 그 피담보채무를 변제하지 않은 상태로 피담보채무의 변제기로부터 10년이 경과함으로써, 소외인의 피고에 대한 가등기담보법 제11조 본문에 정한 말소청구권은 같은 조 단서에 정한 제척기간 경과로 소멸하고 소외인의 피고에 대한 청산금 채권이 발생하였다.'라는 취지로 판단한 것은 정당하다고 한 예).

1896) 대법원 2017. 6. 29. 선고 2014다30803 판결; "부동산등기법 제92조 제1항은 '등기관은 가등기에 의한 본등기를 하였을 때에는 가등기 이후에 된 등기로서 가등기에 의하여 보전되는 권리를 침해하는 등기를 직권으로 말소하여야 한다'고 규정하고 있다. 따라서 가등기가 담보 목적인지 여부와 상관없이 그 본등기가 이루어지면 가등기 후의 가압류등기는 말소될 수밖에 없다. 즉, 이 사건 가등기에 의한 본등기로 인하여 원고의 위 가압류등기가 직권으로 말소되는지 여부가 이 사건 가등기가 순위보전을 위한 가등기인지 담보가등기인지 여부에 따라 결정되는 것이 아니므로, 원고의 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 존재한다고 볼 수 없다. 또한 만약 이 사건 가등기가 담보가등기임에도 불구하고 피고 2가 청산절차를 거치지 않은 채 본등기를 마친다면, 원고로서는 피고 1을 대위하여 그 본등기의 말소를 구할 수 있고 그에 따라 위 가압류등기도 회복시킬 수 있을 것이므로, 담보가등기라는 확인의 판결을 받는 것 외에 달리 구제수단이 없다고 보기도 어렵다."

인한 채무불이행이 성립한다고 하여 그것만으로 바로 불법행위가 성립하는 것은 아니다[1898](양자 간에는 '처분권주의'가 적용되나,[1899] 당사자가 손해배상청구의 법률적 근거를 명시하지 않은 경우 법원은 '법적관점지적의무'를 부담하고,[1900] 원칙적으로 '계약상의 면책약관'이 불법행위책임에는 적용되지 않는다[1901]).

채무불이행으로 인한 손해배상책임과 하자담보책임,[1902] 부당이득반환청구권과 불법

1897) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다210474 판결; "채무불이행책임과 불법행위책임은 각각 요건과 효과를 달리하는 별개의 법률관계에서 발생하는 것이므로 하나의 행위가 계약상 채무불이행의 요건을 충족함과 동시에 불법행위의 요건도 충족하는 경우에는 두 개의 손해배상청구권이 경합하여 발생하고, 권리자는 위 두 개의 손해배상청구권 중 어느 것이든 선택하여 행사할 수 있다. 다만, 동일한 사실관계에서 발생한 손해의 배상을 목적으로 하는 경우에도 채무불이행을 원인으로 하는 배상청구와 불법행위를 원인으로 한 배상청구는 청구원인을 달리하는 별개의 소송물이므로, 법원은 원고가 행사하는 청구권에 관하여 다른 청구권과는 별개로 그 성립요건과 법률효과의 인정 여부를 판단하여야 한다." ☛ ❶ 사용자의 보호의무 또는 안전배려의무 위반으로 피용자가 손해를 입은 경우, 사용자는 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 지고(여기에는 불법행위책임에 관한 3년의 단기 소멸시효 규정이 적용되지 않는다), 이와 경합하여 불법행위로 인한 손해배상책임도 부담한다(2011다60247). ❷ 진료계약상 주의의무 위반으로 환자의 생명이나 신체에 불이익한 결과를 초래한 경우 채무불이행책임과 불법행위책임이 성립한다(2016다244491). ❸ 운송계약상의 채무불이행책임과 불법행위로 인한 손해배상책임도 서로 경합하여 병존한다(82다카1533).

1898) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다210474 판결; 피고에게 불법행위에 따른 손해배상책임을 구하는 원고의 청구를 인용하면서, 부동산중개업자와 중개의뢰인과의 법률관계는 민법상의 위임관계와 같으므로 중개업자는 중개의뢰의 취지에 따라 선량한 관리자의 주의로 의뢰받은 중개업무를 처리하여야 할 의무가 있는데 중개업자인 피고가 이를 위반하였음을 이유로 피고의 불법행위책임을 인정한 원심판결은, 불법행위책임의 성립요건에 대하여 별도로 판단하지 않은 채 채무불이행을 이유로 곧바로 불법행위책임을 인정한 것이나 마찬가지여서 이유불비 또는 이유모순의 잘못이 있다고 보아 파기환송한 사례.

1899) ❶ 원고가 변론종결 당시까지 피고가 아파트건물과 물탱크 등의 신축을 통하여 원고 아파트에 대한 일조를 차단한 것에 관하여 불법행위책임을 부담한다고 주장하면서 그로 인한 손해배상을 청구하였을 뿐이고, 이와는 별도로 피고가 원고 소유 아파트에 관한 분양계약을 위반하였음을 이유로 한 손해배상을 청구하지는 않았음에도, 일조방해를 이유로 한 불법행위 손해배상청구를 배척한 다음, 분양계약 위반을 원인으로 하여 피고에게 손해배상 지급을 명하는 판결을 선고하였다면, 이는 당사자가 신청하지 아니한 사항을 판결한 것이므로 민사소송법 제203조(처분권주의)에 위배된다(2005다9760,9777). ❷ 선행판결에 따른 부작위의무 위반 또는 약정 위반을 청구원인으로 하는 금지 및 손해배상청구와 부정경쟁방지법상 영업비밀 침해를 원인으로 하는 금지 및 손해배상청구는 요건과 증명책임을 달리하는 전혀 별개의 소송물이므로, 영업비밀성에 관한 공방을 하였다 하더라도 전자의 청구에 후자의 청구가 포함되어 있다고 보기 어려움에도 후자의 청구를 선택적으로 추가하였다고 선해하여 이를 인용하는 것은 처분권주의에 위반된다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2015다49422 판결).

1900) 손해배상청구의 법률적 근거는 이를 계약책임으로 구성하느냐 불법행위책임으로 구성하느냐에 따라 요건사실에 대한 증명책임이 정반대로 달라져 소송의 승패가 달라질 수도 있는 중대한 법률적 사항에 해당하므로, 당사자가 이를 명시하지 않은 경우 석명권을 행사하여 당사자에게 의견 진술의 기회를 부여함으로써 당사자로 하여금 그 주장을 법률적으로 명쾌하게 정리할 기회를 주어야 한다(2009다42765).

1901) 대법원 2021. 6. 10. 선고 2019다226005 판결; "동일한 법률행위에 따른 채무불이행책임과 불법행위책임이 경합할 경우 권리자는 그 중 어느 하나의 손해배상청구권을 행사할 수 있는데 그 경우 당사자 사이에 계약상의 면책약관을 명시적이거나 묵시적으로 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구에까지 적용하기로 하는 약정이 없는 이상 불법행위책임에는 적용되지 않는다" ☜ '고의 또는 중대한 과실로 인하여 상대방 또는 수익자에게 손해를 입힌 때'에 그 손해를 배상해야 한다는 위탁판매계약 조항이 불법행위책임에까지 확대하여 적용된다고 해석하기는 어렵다고 한 예.

1902) 대법원 2020. 6. 11. 선고 2020다201156 판결; "도급계약에 따라 완성된 목적물에 하자가 있는 경우, 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다. 목적물의 하자를 보수하기 위한 비용은 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임에서 말하는 손해에 해당한다. 따라서 도급인은 하자보수비용을 민법 제667조 제2항에 따라 하자담보책임으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있고, 민법 제390조에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있다. 하자보수를 갈음하는 손해배상에 관해서는 민법 제667조 제2항에 따른 하자담보책임만이 성립하고 민법 제390조에 따른 채무불이행책임이 성립하지 않는다

행위로 인한 손해배상청구권,[1903] 사용자의 복직의무 불이행에 따른 손해배상청구권와 근로계약에 기한 임금청구권[1904]도 서로 별개의 소송물이다.

나) 법조경합과 청구권경합, 선택적 병합과 예비적 병합

손해배상청구권에 관한 '법조경합'의 경우, 1개의 청구권과 소송물이 존재하고, 당사자가 주장하지 않더라고 법원은 민법에 우선하여 특별법 규정을 적용하여야 하지만, 당사자 사이에 전혀 쟁점이 된 바가 없는 경우에는 의견진술의 기회를 주거나 석명권을 행사하여야 한다.[1905]

고 볼 이유가 없다. 원심은 이 사건 건조계약이 도급계약에 해당하는데, 계약특수조건에서 정한 하자보수 보증기간이 지났다고 하더라도 원고가 피고에게 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 주장할 수 있다고 판단하였다. 원심 판단은 … 정당하다."(즉, 하자담보책임의 제척기간이 도과하더라도 채무불이행책임을 물을 수 있다) ☛ 민법 제669조 본문(완성된 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 수급인의 하자담보책임에 관한 규정이 적용되지 않는다)은 민법 제390조에 따른 채무불이행책임에는 적용되지 않는다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다268252 판결). **[동일 취지]** 매매의 목적물에 하자가 있는 경우 매도인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다(대법원 2021. 4. 8. 선고 2017다202050 판결). **매도인의 하자담보책임**에 관하여는 '**상법-상행위-상인 간 매매의 하자담보책임**' 부분 참조.

1903) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결: "부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 실체법상 별개의 청구권으로 존재하고 그 각 청구권에 기초하여 이행을 구하는 소는 소송법적으로도 소송물을 달리하므로, 채권자로서는 어느 하나의 청구권에 관한 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았다고 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 다른 나머지 청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행의 소를 제기할 수 있다. 그리고 채권자가 먼저 부당이득반환청구의 소를 제기하였을 경우 특별한 사정이 없는 한 손해 전부에 대하여 승소판결을 얻을 수 있었을 것임에도 우연히 손해배상청구의 소를 먼저 제기하는 바람에 과실상계 또는 공평의 원칙에 기한 책임제한 등의 법리에 따라 그 승소액이 제한되었다고 하여 그로써 제한된 금액에 대한 부당이득반환청구권의 행사가 허용되지 않는 것도 아니다." ☛ 사기 취소로 인한 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권도 경합하여 병존하고 채권자는 선택하여 행사할 수 있다(92다56087).

1904) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다69385 판결: "사용자가 복직의무를 이행하지 아니한 것이 채무불이행 또는 불법행위를 구성하는 경우, 근로자가 사용자의 복직의무 불이행과 관계없이 근로계약에 기한 임금청구권을 가진다고 할지라도, 위와 같은 사용자의 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권은 실체법상 근로계약에 기한 임금청구권과 별개의 청구권으로 존재하고 소송법적으로도 소송물을 달리하므로, 근로자로서는 근로계약에 기한 임금채권을 가지고 있다 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행의 소를 제기할 수 있다. 그리고 근로자가 먼저 해고무효 확인과 함께 해고가 무효일 경우 근로계약에 기한 임금을 청구하는 소를 제기하여 임금의 지급을 명하는 확정판결을 받았다고 하더라도 그 승소액을 넘는 금액에 대하여 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 행사가 허용되지 않는 것도 아니다."

1905) 판례는 ❶ 자동차손해배상보장법상의 손해배상책임과 민법상 손해배상책임[자동차손해배상보장법 제3조는 불법행위에 관한 민법 규정의 특별 규정이므로 자동차 사고로 인하여 손해를 입은 자가 자동차손해배상보장법에 의하여 손해배상을 주장하지 않았다고 하더라도 법원은 민법에 우선하여 자동차손해배상보장법을 적용하여야 한다(95다29390)], ❷ 국가배상법상 손해배상책임과 민법상 사용자책임[공무원이 직무수행 중 고의·과실로 타인에게 손해를 가한 경우 특별법인 국가배상법이 적용되고 민법상 사용자책임 규정은 그 적용이 배제된다(96다19833)], ❸ 환경정책기본법상 손해배상책임과 민법상 손해배상책임[환경정책기본법 제44조(구법 제31조)는 불법행위에 관한 민법 규정의 특별 규정이므로(대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다292026 판결), 환경오염으로 인하여 손해를 입은 자가 동법에 의하여 손해배상을 주장하지 않았다고 하더라도 법원은 민법에 우선하여 동법을 적용하여야 하지만, 당사자 사이에 전혀 쟁점이 된 바가 없는 경우에는 의견진술의 기회를 주거나 석명권을 행사하여야 한다(2006다50338)], ❹ 제조물 책임법상의 손해배상책임과 민법상 손해배상책임[제조물 책임법은 불법행위에 관한 민법의 특별법이므로, 제조물의 결함으로 손해를 입은 자가 제조물 책임법에 의하여

두 청구 모두가 동일한 목적 달성을 위한 것으로서 어느 하나의 채권이 변제로 소멸한다면 나머지 채권도 그 목적 달성을 이유로 동시에 소멸하는 관계 즉, '청구권경합'의 관계[1906]에 있는 경우, '처분권주의'에 따라 원고가 심판을 구하는 청구권과 별개의 청구권에 대한 판단을 해서는 아니 되고,[1907] 양자를 청구하는 경우 '선택적 병합'[1908]에 해당한다.

손해배상을 주장하지 않고 민법상 불법행위책임을 주장하였더라도 법원은 민법에 우선하여 제조물 책임법을 적용하여야 하고, 제조물 책임법의 요건이 갖추어지지 않았지만 민법상 불법행위책임 요건을 갖추었다면 민법상 불법행위책임을 인정할 수도 있다. 제조물 책임법 적용 여부에 따라 소송의 승패가 달라질 수도 있는 중대한 법률적 사항이므로, 쌍방에게 의견 진술 기회를 부여하면서 심리·판단할 필요가 있다(대법원 2023. 5. 18. 선고 2022다230677 판결)] 등 몇 가지 경우를 제외하고는 규범충돌이 있는 경우 **법조경합**으로 보지 않고 대체로 **청구권경합**을 인정한다. 예컨대, 감사인의 부실감사로 인한 구 증권거래법상의 손해배상책임과 민법상의 불법행위책임은 청구권 경합의 관계에 있다(97다26555)고 보는데, 두 개의 청구권의 병존을 인정하여 권리자로 하여금 그 중 어느 것이든 선택하여 행사할 수 있게 하는 것이 피해자인 권리자를 두텁게 보호하는 길이라는 실제적인 이유가 청구권경합설을 취하는 주된 이유이다(대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체 판결).

1906) 대법원 2021. 6. 10. 선고 2019다226005 판결: "계약 당사자 사이에서 일방 당사자의 잘못으로 인해 상대방 당사자가 계약을 취소하거나 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있는 경우 계약 취소로 인한 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 동일한 경제적 급부를 목적으로 경합하여 병존하게 되고, 특별한 사정이 없는 한 어느 하나의 청구권이 만족을 얻어 소멸하면 그 범위 내에서 다른 나머지 청구권도 소멸하는 관계에 있다. 따라서 채무자가 부당이득반환채무를 변제하였다면 그와 경합관계에 있는 손해배상채무도 소멸한다."

1907) 한편, 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다81285 판결 등은, '어느 하나의 청구를 한 것만으로는 다른 채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수는 없으므로, 다른 채권에 대한 소멸시효 중단의 효력은 없다.'고 하나, 이는 시효중단사유로서의 '재판상 청구'의 범위에 관하여 권리행사설의 입장을 취하는 이상 그 타당성에 의문이 있음은 앞서 '소멸시효' 기술 부분에서 본 바와 같다.

1908) 청구의 **선택적 병합**은, ❶ ① 양립할 수 있는 여러 개의 청구권에 기초해서 같은 내용의 이행을 구하거나 ② 양립할 수 있는 여러 개의 형성권에 기하여 같은 형성적 효과를 구하는 경우에, 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 여러 개의 청구에 관한 심판을 구하는 병합 형태이다. 이와 같은 선택적 병합의 경우에는 여러 개의 청구가 하나의 소송절차에서 불가분적으로 결합되어 있기 때문에, 선택적 청구 중 하나만을 기각하고 다른 선택적 청구에 대하여 아무런 판단을 하지 않는 것은 위법하다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2016다229478 판결). ❷ 수개의 청구가 제1심에서 선택적으로 병합되고 그 중 어느 하나의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 때에는 제1심이 판단하지 아니한 나머지 청구까지도 항소심으로 이심되어 항소심의 심판 범위가 되므로, 항소심이 원고의 청구를 인용할 경우에는 선택적으로 병합된 수개의 청구 중 어느 하나를 임의로 선택하여 심판할 수 있으나, 원고의 청구를 모두 기각할 경우에는 원고의 선택적 청구 전부에 대하여 판단하여야 한다(2009다12580). ❸ 원고가 제1심에서 선택적으로 구한 두 개의 청구 중 1개의 청구(불법행위 손해배상청구)가 인용되고 피고가 항소한 후, 원고가 항소심에서 병합의 형태를 변경하여 제1심에서 심판되지 않은 청구(부당이득반환청구)를 주위적 청구로, 제1심에서 인용된 위 청구를 예비적 청구로 구함에 따라 항소심이 주위적 청구 부분을 먼저 심리하여 그 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에는, 비록 결론이 제1심판결의 주문과 동일하더라도 피고의 항소를 기각하여서는 아니 되고 새로이 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다(대법원 2020. 10. 15. 선고 2018다229625 판결). ❶ 제1심에서 원고의 청구가 기각되어 원고가 항소한 다음 항소심에서 청구를 선택적으로 병합한 경우 법원은 병합된 수 개의 청구 중 어느 하나의 청구를 선택하여 심리할 수 있고, 어느 한 개의 청구를 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정될 경우에는 원고의 청구를 기각한 제1심판결을 취소하고 이유 있다고 인정되는 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다(대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다298744 판결). ❺ 선택적으로 병합된 수개의 청구(불법점유에 따른 부당이득반환청구와 손해배상청구, 채무불이행으로 인한 손해배상청구와 표시·광고의 공정화에 관한 법률에 따른 손해배상청구)를 모두 기각하거나 소를 각하한 항소심판결에 대하여 원고가 상고한 경우, 상고법원이 선택적 청구 중 어느 하나의 청구에 관한 상고가 이유 있다고 인정할 때에는 원심판결을 전부 파기하여야 한다(대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 전원합의체 판결, 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다262905 판결). 이는 성질상 선택적 관계에 있는 청구를 담사자가 심판의 순위를 붙여 청구한다는 취지에서 예비적으로 병합한 경우에도 마찬가지이다(대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다247145 판결).

선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 원고가 붙인 심판의 순서가 아니라 청구의 '객관적 성질'을 기준으로 '직권으로 판단'하여야 하고,[1909] 항소심에서의 '심판 범위'도 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 함이 원칙적이지만,[1910] 수개의 청구 사이에 논리적 관계가 밀접하고, 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있다고 인정되는 경우에는, 당사자가 붙인 순위에 따라서 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이유가 없으면 다음 청구를 심리하는 이른바 '부진정 예비적 병합 청구'의 소가 허용된다는 판례[1911]도 혼재하고 있다.[1912]

1909) 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결; 원고가 주위적으로 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구, 예비적으로 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구를 구하였고, **원심**도 원고가 붙인 심판의 순위에 따라 판단한 데 대하여, **대법원**은, "병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 한다."고 하고, 두 청구는 선택적 병합 관계에 있음을 직권으로 판단한 예. ☛ **[동일 판시]** 대법원 2022. 5. 12. 선고 2020다278873 판결; 원고가 약관이 무효임을 원인으로 하는 '부당이득반환청구'를 주위적으로, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 불이익제공행위임을 원인으로 하는 '손해배상청구'를 예비적으로 구한 데 대하여, 양 청구는 동일한 목적을 달성하기 위한 것으로서 원고가 이를 주위적, 예비적으로 청구하였다고 하더라도 성질상 선택적 병합 관계에 있고, 부당이득반환청구에 관한 원고의 상고이유 주장이 이유 있어, 선택적 병합 관계에 있는 손해배상청구에 관한 원고의 상고이유를 판단할 필요가 없고, 이 부분을 함께 파기하여야 한다고 한 예.

1910) 따라서 실질적으로 **선택적 병합 관계**에 있는 두 청구(대여금반환청구와 사기 불법행위 손해배상청구)에 관하여 당사자가 **주위적·예비적**으로 순위를 붙여 **청구**하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서는 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다(대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결). 이는 "논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다."는 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51495 판결 등과 같은 취지이다(따름판례로 2007다354와 2009다10898이 이어진다).

1911) **대법원** 2021. 5. 7. 선고 2020다292411 판결; "청구의 **예비적 병합**은 논리적으로 양립할 수 없는 수개의 청구에 관하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이다. 그러나 논리적으로 양립할 수 있는 수개의 청구라고 하더라도, 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 것과 같이 수개의 청구 사이에 논리적 관계가 밀접하고, 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있다고 인정되는 경우에는, 당사자가 붙인 순위에 따라서 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이유가 없으면 다음 청구를 심리하는 이른바 **부진정 예비적 병합 청구**의 소도 허용된다. 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다. 그런데도 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않은 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다(98다22253 전원합의체 판결 참조). 이러한 법리는 부진정 예비적 병합의 경우에도 달리 볼 이유가 없다." ☛ 이는, "논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다."는 일반론 하에서 저작재산권 침해로 인한 손해배상청구와 저작인격권 침해로 인한 손해배상청구를 단순병합 관계로 보고, 양자는 논리적으로 관련성이 없어 주위적·예비적으로 병합할 수 없는 청구이므로, 원심이 주위적·예비적으로 병합하는 청구원인변경신청을 받아들였다 하더라도 그로 인하여 청구의 병합 형태가 적법한 예비적 병합 관계로 바뀔 수는 없다고 한 2007다354 판결과 구체적 사안의 판단에서 상치되는 것이고, 병합의 형태를 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하는 최근의 주류적 흐름과 배치되는 것이어서 바람직하지 않다.

1912) 종래에 판례(2001다17633, 2002다23598, 98다17145 등)는 '합리적인 필요성'이 있는 경우에는 당사자의 의사에 따른 이른바 '부진정 예비적 청구병합'을 허용해 왔는데, 2005다48888 판결 이후에는 같은 취지의 판시가 보이지 않고, 병합형태의 판단을 당사자의 의사가 아닌 청구의 '객관적 성질'을 기준으로 하는 판시가

예비적 청구는 주위적 청구와 서로 양립할 수 없는 관계에 있어야 하므로, 주위적 청구와 동일한 목적물에 관하여 동일한 청구원인을 내용으로 하면서 주위적 청구를 양적이나 질적으로 일부 감축하여 하는 청구는 주위적 청구에 흡수되는 것일 뿐 소송상의 예비적 청구라고 할 수 없다.[1913]

다) 손해 구분에 따른 별개의 소송물

인신사고로 인한 손해는 적극적 재산상 손해, 소극적 재산상 손해, 정신적 손해[1914]의 3가지 소송물(각 소송물 내 여러 손해 항목은 공격방법에 불과하다)로 나뉘고(손해3분설),[1915]

계속 이어졌지만, '부진정 예비적 청구병합'을 허용하는 2020다292411 판결이 다시금 출현한 후, 최근의 주류적 판례에 부합하는 대법원 2022. 5. 12. 선고 2020다278873 판결이 있는 반면, '예비적 병합의 경우에는 원고가 붙인 순위에 따라 심판하여야 한다'는 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다273206 판결(주위적으로 공유물의 보존행위에 근거하여 피고로 하여금 소외인에게 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 소외인에 대한 공유물분할청구권을 보전하기 위하여 소외인의 피고에 대한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 대위하여 청구한 사안)도 있어, 혼돈상태에 이르고 있다.

cf. 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다23598 판결; "주위적 청구원인과 예비적 청구원인이 양립 가능한 경우에도 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구를 할 '합리적인 필요성'이 있는 경우에는 심판의 순위를 붙여 청구할 수 있다 할 것이고, 이러한 경우 주위적 청구가 전부 인용되지 않을 경우에는 주위적 청구에서 인용되지 아니한 수액 범위 내에서의 예비적 청구에 대해서도 판단하여 주기를 바라는 취지로 불가분적으로 결합시켜 제소할 수도 있는 것이므로, 주위적 **청구가 일부만 인용**되는 경우에 나아가서 **예비적 청구를 심리할 것인지의 여부**는 소송에서의 **당사자**의 의사 해석에 달린 문제라 할 것이어서, 법원이 주위적 청구원인에 기한 청구의 일부를 기각하고 예비적 청구취지보다 적은 금액만을 인용할 경우에는, 원고에게 주위적 청구가 전부 인용되지 않을 경우에는 주위적 청구에서 인용되지 아니한 수액 범위 내에서의 예비적 청구에 대해서도 판단하여 주기를 바라는 취지인지 여부를 석명하여 그 결과에 따라 예비적 청구에 대한 판단 여부를 정하여야 할 것이다." ☜ 원고가 주위적으로 채무불이행 내지 불법행위에 기한 손해배상을 구하고, 예비적으로 약정금의 지급을 구한 **사안**에서, **원심**이, 예비적 청구취지 금액보다 적은 주위적 청구를 일부 인용하고 예비적 청구에 대하여 전혀 판단하지 아니한 데 대하여, **대법원**은, 위 양 청구는 다른 청구의 인용 가능 여부와 관계없이 인용될 수 있는 것으로서 양립 가능한 청구라 할 것이고, 다만 인정될 수 있는 금액이 수량적으로 달라서 예비적 병합 관계에 놓여 있는 것에 불과하므로, 원심으로서는 원고에게 주위적 청구가 전부 인용되지 않을 경우에는 주위적 청구에서 인용되지 아니한 수액 범위 내에서의 **예비적 청구에 대해서도 판단하여 주기를 바라는 취지인지** 여부를 석명하여 그 결과에 따라 위 예비적 청구에 대한 판단 여부를 정하였어야 할 것이라고 한 사례./ 대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결; "성질상 선택적 관계에 있는 양 청구를 당사자가 주위적, 예비적 청구 병합의 형태로 제소함에 의하여 그 소송심판의 순위와 범위를 한정하여 청구하는 이른바, 부진정 예비적 병합 청구의 소도 허용되는 것이며"

1913) 대법원 2017. 2. 21. 선고 2016다225353 판결. 주위적으로 무조건적인 소유권이전등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 금전 지급과 상환으로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 경우, 그 예비적 청구는 주위적 청구를 질적으로 일부 감축하여 하는 청구에 지나지 아니할 뿐, 그 목적물과 청구원인은 주위적 청구와 완전히 동일하므로 소송상의 예비적 청구라고는 볼 수 없다(98다61463).

1914) 불법행위로 사람의 생명을 침해한 경우에 생명을 침해당한 피해자 본인의 정신적 고통에 대한 위자료청구와 피해자의 직계비속 등의 정신적 고통에 대한 위자료청구는 각각 별개의 소송물이다(2008다1576).

1915) ❶ 불법행위로 신체 상해를 입었음을 이유로 가해자에게 손해배상을 청구할 경우에, 그 소송물은 통상의 치료비와 같은 적극적 재산상 손해와 일실수익 상실에 따르는 소극적 재산상 손해 및 정신적 고통에 따르는 정신적 손해(위자료)의 3가지로 나뉜다(2009다99105). ❷ 생명·신체에 대한 불법행위로 인하여 입게 된 적극적 손해와 소극적 손해 및 정신적 손해는 서로 소송물을 달리하므로 그 손해배상의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당한지 여부는 각 손해마다 따로 판단하여야 한다(대법원 2022. 4. 28. 선고 2022다200768 판결). ❸ 독립된 하나의 소송물인 손해(적극적 손해)의 내용이 여러 개의 손해항목(기왕치료비, 향후치료비, 개호비, 보조구비용)으로 나누어져 있는 경우 각 항목은 청구를 이유 있게 하는 공격방법에 불과하다(94다20730). ☛ 이상은, 사용자의 채무불이행으로 인한 피용자의 인신사고 손해의 경우에도 동일하다.

각 소송물별로 처분권주의가 적용되는데(식물인간 등의 예외적인 경우에 일시금 지급 청구에 대하여 법원이 재량에 따라 정기금 지급을 명하는 것은 처분권주의 위배가 아니다[1916]), 비재산적 손해[1917]의 배상청구는 독립된 하나의 소송물로서 소송상 일체로 취급된다.[1918]

금전채무불이행의 경우에 발생하는 원본채권과 그 지연손해금채권 및 확정 지연손해금에 대한 지연손해금채권은 각각 별개의 소송물이고,[1919] 이자채권과 지연손해금채권도 서로 별개의 소송물이다. 민법 제548조 제2항 등의 법정이자청구권과 이행지체로 인한 지연손해금청구권은 별개의 청구권으로서 청구권경합의 관계에 있다.[1920]

동일 채무자에 대하여 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 수개의 손해배상채권은 별개의 소송물이고, 채권자는 손해배상채권별로(손해 3분설에 따른 3가지 소송물의 각 손해 간에도 마찬가지이다) 청구금액을 특정하여(법원도 손해배상채권별로 인용금액을 특정하여야 한다) 단순병합으로 청구하여야 하며(선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다[1921]), 이는 모두 직권조사사항에 해당하고, 청구취지가 특정되지 않으면 그 소는

1916) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2016다11257 판결; "불법행위의 피해자가 후유장애로 장래에 계속적으로 치료비나 개호비 등을 지출하여야 하는 경우에 **정기금 지급과 일시금 지급** 중 어느 방식으로 손해배상을 청구할 것인지는 원칙적으로 피해자 자신이 선택할 수 있다. 다만 식물인간 등의 경우와 같이 그 후유장애의 계속기간이나 잔존여명이 단축된 정도 등을 확정하기 곤란하여 일시금 지급방식에 의한 손해배상이 사회정의와 형평의 이념에 비추어 현저하게 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다고 인정될 때에는 피해자가 일시금 지급을 청구하였더라도 법원이 재량에 따라 정기금 지급을 명하는 판결을 할 수 있다. 특히 전문적인 감정 등을 거쳐 예측된 여명기간을 기준으로 소송 등을 통하여 손해배상이 이루어진 다음 피해자가 예측된 여명기간을 지나서 생존하여 추가 손해가 발생한 경우에는 새로운 여명기간의 예측에 대한 불확실성이 더욱 커지므로, 이러한 경우 법원으로서는 손해배상을 일시금 지급방식으로 정하는 데 더욱 신중을 기할 필요가 있다." ☛ 피해자가 확실히 생존하고 있으리라고 인정되는 기간을 기준으로 일시금과 정기금을 혼용하여, ① 피해자가 확실히 생존하고 있으리라고 인정되는 기간 동안의 일실수입은 중간이자를 공제한 일시금으로, ② 그 기간 이후 가동연한까지의 일실수입은 생계비를 공제한 금액에서 중간이자를 공제한 일시금으로, ③ 그 기간 이후 가동연한까지의 일실수입 중 생계비 상당의 손해는 피해자의 생존을 조건으로 매월 정기금으로 배상할 것을 명할 수도 있다(2001다72678).

1917) 민법 제751조 제1항의 '재산 이외의 손해'는 정신상의 고통만을 의미하는 것이 아니라 그 외에 수량적으로 산정할 수 없으나 사회통념상 금전평가가 가능한 무형의 손해도 포함된다. 예컨대, 사용자가 노동조합의 조직 또는 운영에 지배·개입하는 행위가 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 부당노동행위로 인정되는 경우, 사용자가 이로 인한 노동조합의 비재산적 손해에 대하여 위자료 배상책임을 부담하고(2017다51603), 법인의 명예나 신용을 훼손함에 따른 무형의 손해에 대하여도 배상책임이 인정된다(2006다53146).

1918) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2017다51603 판결.

1919) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다268760 판결. 따라서 불이익변경에 해당하는지 여부는 원금과 지연손해금 부분을 각각 따로 비교하여 판단하여야 하고, 별개의 소송물을 합산한 전체 금액을 기준으로 판단하여서는 아니 된다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다12399 판결).

1920) 납세자가 조세환급금에 대하여 이행청구를 한 후에는 법정이자의 성질을 가지는 환급가산금청구권 및 이행지체로 인한 지연손해금청구권이 경합적으로 발생하고, 납세자는 자신의 선택에 좇아 그 중 하나의 청구권을 행사할 수 있다는 2009다11808 참조.

1921) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51495 판결; "논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다 할 것이고, 따라서 원고가 그와 같은 형태로 소를 제기한 경우 제1심법원이 본안에 관하여 심리·판단하기 위해서는 소송지휘권을 적절히 행사하여 이를 단순병합 청구로 보정하게 하는 등의 조치를 취하여야 할 것인바, 법원이 이러한 조치를 취함이 없이 본안판결을 하면서 그 중 하나의 청구에 대하여만 심리·판단하여 이를 인용하고 나머지 청구에 대한 심리·판단을 모두 생략하는 내용의 판결을 하였다 하더라도 그로 인하여 청구의 병합

부적법하여 각하된다.[1922]

라) 일부 청구

원고가 가분채권의 일부에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 '일부 청구'임을

형태가 적법한 선택적 또는 예비적 병합 관계로 바뀔 수는 없다 할 것이므로, 이러한 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 제1심법원이 심리·판단하여 인용한 청구만이 항소심으로 이심될 뿐, 나머지 심리·판단하지 않은 청구는 여전히 제1심에 남아 있게 된다." **[동일 판시]** 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다5550 판결; 원고가 ① 사모사채 인수 관련 손해배상청구 28억여 원, ② A회사 신용대출과 관련 손해배상청구 20억여 원, ③ B회사 신용대출 관련 손해배상청구 27억여 원, ④ 유가증권 매매 관련 손해배상청구 13억 원, ⑤ 임차업무 관련 손해배상청구 7억여 원을 선택적 청구로 병합하여 총 손해액 중 2억 원 및 이에 대한 지연손해금을 청구하였는데, 1심은 ① 청구만을 심리·판단하여 원고가 구하는 일부 청구금액을 인용하고, 나머지 청구에 대하여는 원고가 어느 하나의 청구원인에서라도 청구금액이 전부 인용된다면 추가적인 판단을 원하지 않고 있다는 이유로 그 판단을 생략하는 내용의 본안판결을 하였으며, 이에 대해 피고가 항소를 제기한 **사안**에서, '위 각 청구원인은 상호 논리적 관련성이 없어 선택적으로 병합할 수 없는 성질의 청구임에도 1심이 잘못된 청구병합관계를 보정하는 조치를 취함이 없이 하나의 청구원인에 대하여만 심리·판단을 하고 나머지 청구에 대하여는 판단을 한 바 없으므로, 이러한 경우 제1심이 심리·판단한 ① 청구만이 항소심으로 이심되어 항소심의 심판범위가 된다.'고 하고, '원심이 같은 취지에서 ② 내지 ⑤ 청구를 심판대상으로 삼지 않은 것은 정당하다.'고 한 예. ☛ **[따름판례]** 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수 개의 청구(권리금 상당 손해배상청구와 임대차보증금 상당 손해배상청구)를 주위적·예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다(2009다10898). 저작재산권 침해로 인한 손해배상청구와 저작인격권 침해로 인한 손해배상청구 역시 논리적으로 관련성이 없어 주위적·예비적으로 병합할 수 없다(2007다354). '현재의 급부청구와 장래의 전보배상청구의 단순병합 청구를 주위적·예비적으로 병합한 경우에 본래의 급부청구가 인용된다는 이유만으로 예비적 청구에 대한 판단을 생략할 수는 없다.'는 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666, 30673 판결도 같은 맥락으로 볼 수 있다.

1922) ○ 대법원 2017. 11. 23. 선고 2017다251694 판결; "채권자가 동일한 채무자에 대하여 수 개의 손해배상채권을 가지고 있다고 하더라도 그 손해배상채권들이 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 별개 채권인 이상 이는 별개 소송물에 해당하고, 그 손해배상채권들은 각각 소멸시효 기산일이나 채무자가 주장할 수 있는 항변이 다를 수도 있으므로, 이를 소송으로 청구하는 채권자로서는 손해배상채권별로 청구금액을 특정하여야 하고, 법원도 이에 따라 손해배상채권별로 인용금액을 특정하여야 하며, 이러한 법리는 채권자가 수 개의 손해배상채권들 중 일부만을 청구하고 있는 경우에도 마찬가지이다. 또한 민사소송에 있어서 청구취지는 그 내용 및 범위가 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고, 이의 특정 여부는 직권조사사항이므로 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 피고의 이의 여부와 관계없이 직권으로 그 보정을 명하고, 이에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다." **[동일 판시]** ❶ 원고가 회사의 이사·감사인 피고들을 상대로 수회의 법령 위반, 임무해태행위로 입은 손해의 배상을 청구한 **사안**에서, '① 분식결산으로 인한 손해배상청구 부분, ② 다른 회사에 대한 부당지원으로 인한 손해배상청구 부분, ③ 자기주식취득 등으로 인한 손해배상청구 부분은 수개의 손해배상채권의 총 합계액 중에서 일부를 청구하고 있어서 각 손해배상채권별로 청구금액이 특정되었다고 볼 수 없다'고 하고, '원심은 석명권을 적절히 행사하여 피고들에 대한 각 손해배상채권별로 청구금액을 구체적으로 특정하도록 보정을 명하고 이에 응하지 않을 때에는 소를 각하하였어야 함에도 불구하고, 원고가 청구하는 대로 각 손해배상채권별로 인용금액을 특정하지 아니하고 포괄적으로 인용금액을 정한 것은, 청구취지 특정에 관한 법리를 오해한 나머지 석명권을 행사하지 아니한 위법이 있고, 청구취지의 불특정은 본안판결을 불가능하게 하는 사유이므로 법원이 직권으로 조사하여야 할 사항에 해당한다.'라고 판시하여 직권으로 파기환송한 예(2008다14633). ❷ 원고가 피고의 이사로서의 법령위반행위로 3회에 걸쳐 손해를 입었다고 주장하면서 총 손해 중 명시적 일부청구로서 10억 원의 배상을 청구한 **사안**에서, **원심**이, 각 채권별로 전체 손해액을 특정한 다음 원고가 일부청구로서 구하는 10억 원의 손해배상금액에 대하여 각 손해배상채권에 따른 개별적인 인용금액을 구분하지 아니한 채, 포괄적으로 10억 원의 손해배상금액을 인정한 데 대하여, **대법원**은, "원심 변론종결 당시, 원고가 구하는 10억 원의 손해배상채권이 어느 채권에 대한 청구인지 불분명하여 그 청구가 특정되었다고 볼 수 없는바, 원심으로서는 석명권을 적절히 행사하여 원고가 구하는 이 사건 일부청구에 관한 주장이 불완전·불명료한 점을 지적하여 이를 정정·보충하도록 보정을 명함으로써 이 사건 소송상의 청구를 명확히 특정한 다음, 나아가 원고 주장의 당부를 심리·판단하였어야 할 것이다."라고 판시하여 파기환송한 예(2007다25865).

'명시'한 경우 그 부분은 독립한 소송물이 되나, 그렇지 않은 경우에는 전체가 하나의 소송물이다(명시적 일부청구설).[1923] 인신사고로 인한 손해배상청구의 전소 변론종결 당시 '예견할 수 없었던 새로운 적극적 손해'가 그 후 발생한 경우, 전소에서 그 부분 청구가 '유보되어 있지 않았더라도' 별개의 소송물이 될 수 있다.[1924] 장래 이행기 도래분까지의 정기금의 지급을 명하는 판결이 확정된 경우, 그 소송의 사실심 변론종결 후에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 뚜렷하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 해할 '특별한 사정'이 생긴 때에는 전소에서 '명시적인 일부청구가 있었던 것과 동일하게 평가'하여 전소판결의 기판력이 그 차액 부분에는 미치지 않는다.[1925]

1923) ◎ **일부 청구에 대한 기판력**

❶ 대법원 2016. 7. 27. 선고 2013다96165 판결: "가분채권의 일부에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 나머지를 유보하고 일부만을 청구한다는 취지를 명시하지 아니한 이상 그 확정판결의 기판력은 청구하고 남은 잔부청구에까지 미치는 것이므로, 그 나머지 부분을 별도로 다시 청구할 수는 없다. 그러나 일부청구임을 명시한 경우에는 그 일부청구에 대한 확정판결의 기판력은 잔부청구에 미치지 아니하는 것이고, 이 경우 일부청구임을 명시하는 방법으로는 반드시 전체 채권액을 특정하여 그중 일부만을 청구하고 나머지에 대한 청구를 유보하는 취지임을 밝혀야 할 필요는 없으며, 일부청구하는 채권의 범위를 잔부청구와 구별하여 그 심리의 범위를 특정할 수 있는 정도의 표시를 하여 전체 채권의 일부로서 우선 청구하고 있는 것임을 밝히는 것으로 충분하다. 그리고 일부청구임을 명시하였는지를 판단함에 있어서는 소장, 준비서면 등의 기재뿐만 아니라 소송의 경과 등도 함께 살펴보아야 한다." ⇔ 원고들은 선행 소송에서 위자료 청구가 일부청구임을 명시하였다고 볼 수 없으므로, 이 사건 위자료 잔부청구는 선행 소송 확정판결의 기판력에 저촉되는 것으로서 부적법하여 허용될 수 없다고 한 예. ❷ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다29557 판결; 甲이 乙을 상대로 제기한 상속회복청구소송 중 상속재산인 부동산이 수용되어 乙이 수용보상금을 수령하자 甲이 금전지급의 대상청구로 청구를 변경하였고 그 후 甲과 乙 사이에 화해권고결정이 확정되었는데, 甲이 乙이 수령한 보상금 중 甲의 상속분 해당 금원에서 화해권고결정에 따라 받은 금원 등을 공제한 나머지 금원의 지급 등을 구한 사안에서, 甲이 전소에서 청구를 변경하여 구한 금전 청구와 후소에서 구하는 수용보상금 관련 각 청구는 소송물이 동일하고, 위 화해권고결정의 창설적 효력에 의하여 상속재산인 부동산의 수용보상금 중 甲의 상속분에 해당하는 부분에 관한 종전 권리관계는 소멸하고 화해권고결정에 따른 새로운 법률관계가 형성되었으므로, 화해권고결정의 '청구의 표시'란에 가분채권인 甲의 금전 청구 중 일부를 유보하는 취지를 명시하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 수용보상금 중 甲의 상속분에 해당하는 부분에 관한 법률관계에 대하여 甲은 확정된 화해권고결정에 반하는 주장을 할 수 없으므로, 甲의 수용보상금 관련 각 청구는 확정된 화해권고결정의 기판력에 저촉된다는 이유로 甲의 청구를 기각한 사례. ❸ 수회에 걸친 외상매매의 총대금 중 특정 가능한 일부 개별적 매매대금이 아닌 그 총액의 수량적 일부에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 일부 청구임을 명시하지 아니한 경우에는 그 소송물은 그 대금채권 전부라 할 것이므로 그 일부청구에 대한 확정판결의 기판력은 그 대금채권 전부에 미친다(82다카7).

1924) 대법원 2007. 4. 13. 선고 2006다78640 판결: "불법행위로 인한 적극적 손해의 배상을 명한 전소송의 변론종결 후에 새로운 적극적 손해가 발생한 경우에 그 소송의 변론종결 당시 그 손해의 발생을 예견할 수 없었고 또 그 부분 청구를 포기하였다고 볼 수 없는 등 특별한 사정이 있다면 전소송에서 그 부분에 관한 청구가 유보되어 있지 않다고 하더라도 이는 전소송의 소송물과는 별개의 소송물이므로 전소송의 기판력에 저촉되는 것이 아니다." ⇔ 식물인간 피해자의 여명이 종전의 예측에 비하여 수년 연장되어 그에 상응한 향후치료, 보조구 및 개호 등이 추가적으로 필요하게 된 것은 전소의 변론종결 당시에는 예견할 수 없었던 새로운 중한 손해로서 전소의 기판력에 저촉되지 않는다고 한 사례. ⇔ 불법행위로 인한 인신손해에 대한 손해배상청구소송에서 판결이 확정된 후 피해자가 그 판결에서 손해배상액 산정의 기초로 인정된 기대여명보다 일찍 사망한 경우라도 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 않는 한 그 판결에 기하여 지급받은 손해배상금 중 일부를 법률상 원인 없는 이득이라 하여 반환을 구하는 것은 그 판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다(대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다56665 판결: '2006다78640 판결 사안과 2009다56665 판결 사안은 소송물의 관점에서 달리 볼 수 있으므로 2006다78640 판결의 논리가 동일하게 적용되어야 하는 것은 아니'라고 판단).

1925) 대법원 1999. 3. 9. 선고 97다58194 판결; 해고무효를 원인으로 해고 다음날부터 복직 시까지 해고 당시의 평균임금에 상당하는 임금 지급을 구하는 소를 제기하여 전부승소 판결을 선고받아 확정된 후 해고기간 중의

마) 전보배상 청구의 병합

채권자가 본래의 급부 청구(부동산 소유권이전등기 청구, 자동차 소유권이전등록 청구, 백미 등의 동산 인도 청구 등)를 하면서, 변론종결 후의 이행불능이나 집행불능에 대비하여 전보배상(塡補賠償)을 병합하여 청구(본래 급부 청구권과 전보배상청구권은 별개의 소송물이다[1926])하는 것은, 현재의 급부 청구와 장래의 급부 청구와의 '단순병합'으로서 허용되고(변론종결 시에 이미 이행불능으로 본래 급부 청구권이 소멸되어 본래 급부 청구가 배척되는 경우에 대비하여 하는 전보청구는 '예비적 병합' 청구이다), 본래 급부청구의 판결 확정 후 그 의무가 집행불능이 된 뒤에 별소(別訴)로 그 전보배상을 구하는 것도 당연히 허용된다.[1927] 이러한 전보배상 청구를 본래의 급부 청구에 예비적으로 병합한 경우에도 본래의 급부청구가 인용된다는 이유만으로 예비적 청구에 대한 판단을 생략할 수는 없다(본래 급부 청구가 배척되는 경우에는 전보배상 청구에 대하여 심리할 필요 없이 배척된다).[1928]

바) 기 타

판결절차에서 부작위채무 또는 부대체적 작위채무의 이행을 명하면서 동시에 채무불이행에 대한 간접강제를 명할 수 있다.[1929] 채권자가 채무자로부터 추심한 간접강제

정기승급 및 임금 인상분에 상당하는 임금 지급을 추가로 청구한 경우, 전소 사실심 변론종결 후 당사자 사이의 형평을 크게 해할 사정이 생겼다고 볼 수 없다고 한 사례.

1926) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결; "소유권이전등기의무의 이행불능을 원인으로 한 전보배상청구권의 존부와 확정된 전소송의 소송물인 지분소유권이전등기청구권의 존부는 그 소송물이 동일하다고 할 수 없을 뿐 아니라, 위 전소송에서의 소송물에 관한 판단인 이행불능을 사유로 하는 지분소유권이전등기의무의 부존재가 이 사건 전보배상청구권의 판단의 선결문제가 되는 것도 아니라는 이유로 위 주장을 배척하였던바, … 원심의 판단은 정당하고"

1927) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2005다55411 판결; "채권자가 본래적 급부청구인 부동산소유권 이전등기청구에다가 이에 대신할 전보배상(塡補賠償)을 부가하여 대상청구(代償請求)를 병합하여 소구(訴求)한 경우의 대상청구는 본래적 급부청구의 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 전에 이행불능되거나 또는 판결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속하는 것으로 허용되고, 또 부동산소유권 이전등기청구의 판결확정 후 그 소유권이전등기의무가 집행불능이 된 뒤에 별소로 그 전보배상을 구하는 것도 당연히 허용되며" 위 판시에서 보듯이 판례나 재판실무에서 '대상(代償)'이라는 용어를 '전보배상'의 의미로 쓰기도 하는 한편, 채무의 이행불능의 효과로서 전보배상청구권과 별도로 판례가 해석상 인정하는 '대상(代償)청구권'에서의 용례처럼 '본래 급부에 갈음하는 이익', '대체물(代替物)', '대용물(代用物)'의 의미로 쓰기도 하는데, 양자는 구별됨을 유의하여야 한다.

1928) 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666, 30673 판결; 甲이 乙을 상대로 주위적으로 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행을 구하면서, 예비적으로 乙이 丙과 공모하여 등기를 불법말소한 데 대한 손해배상금 등의 지급을 구하였는데, 제1심법원이 주위적 청구를 인용하면서 예비적 청구를 기각하였고, 甲이 기각된 부분에 대하여 항소를 제기하자, 원심법원이 주위적 청구가 인용되어 전부 승소한 甲에게는 항소를 제기할 이익이 없다는 이유로 항소를 각하한 사안에서, 위 예비적 청구의 당부를 판단하여야 함에도 항소를 각하한 원심판결에는 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례.

1929) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다248124 전원합의체 판결의 다수의견; "대법원은 부작위채무에 관하여 판결절차의 변론종결 당시에 보아 부작위채무를 명하는 집행권원이 성립하더라도 채무자가 이를 단기간 내에 위반할 개연성이 있고, 또한 판결절차에서 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적정한 배상액을 산정할 수 있는 경우에는 판결절차에서도 채무불이행에 대한 간접강제를 할 수 있다고 하였다. 또한 대법원은 부대체적 작위채무에 관하여서도 판결절차의 변론종결 당시에 보아 집행권원이 성립하더라도 채무자가 부대체적 작위채무를

배상금은 채무자의 동일한 작위·부작위의무의 불이행에 따른 손해의 전보에 충당된다.[1930]

채권자대위소송과 그 피대위채권 양수인의 양수금청구의 소송물은 동일하나,[1931] 보험자대위에 기한 손해배상청구와 그 손해배상채권의 양수금청구는 서로 소송물이 다르다.[1932]

2) 채무불이행 사실

가) 이행불능

민법은 계약의 내용이 된 채무를 이행하는 것이 계약 당시부터 불가능한 것인지 여부에 따라 그 법적 효과를 달리 정하고 있다.[1933] 계약의 내용이 된 채무를 이행하는 것이 계약 당시부터 이미 사실상·법률상 불가능한 상태였다면 그 계약은 원시적으로 불능이어서 무효이다(이는 불능인 급부의무가 계약 내용에 편입되어 있음을 전제로 한다).[1934] 후발적 이행불능의 경우 일단 그 계약은 유효하고, 채무자의 귀책사유로 인한 이행불능의 경우 채권자의 전보배상 청구권과 계약 해제권 등이 인정되고, 채무자에게 귀책사유가 없는 경우에는 위험부담이 문제된다.[1935] 채무 이행이 불가능하다는 것은 절대적·물리적으로 불가능한 경우만이 아니라 사회생활상 경험칙이나 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자

임의로 이행할 가능성이 없음이 명백하고, 판결절차에서 채무자에게 간접강제결정의 당부에 관하여 충분히 변론할 기회가 부여되었으며, 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적정한 배상액을 산정할 수 있는 경우에는 판결절차에서도 채무불이행에 대한 간접강제를 할 수 있다고 하였다. 위와 같은 현재의 판례는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다." ☛ 이러한 법리는 가처분결정에서도 마찬가지이다(2020마7677). **cf. 민사집행법 제261조(간접강제)** ① 채무의 성질이 간접강제를 할 수 있는 경우에 제1심 법원은 채권자의 신청에 따라 간접강제를 명하는 결정을 한다. 그 결정에는 채무의 이행의무 및 상당한 이행기간을 밝히고, 채무자가 그 기간 이내에 이행을 하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 손해배상을 하도록 명할 수 있다. ② 제1항의 신청에 관한 재판에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

1930) 그러므로 채무자로 하여금 채권자에 대한 작위·부작위의무 불이행으로 인한 손해배상을 명하는 판결이 확정되는 경우에도, 이미 동일한 작위·부작위의무에 대한 간접강제 배상금이 지급되었다면, 그 확정판결에서 정한 손해가 간접강제 배상금을 초과하는 부분이 아닌 이상, 채권자가 지급받은 간접강제 배상금과 별도로 위 확정판결에 따른 손해배상금을 추심할 수는 없다(대법원 2022. 11. 10. 선고 2022다255607 판결; 별도의 소송에서 간접강제 배상금이 정하여졌더라도 원고가 실제로 이를 지급받지 않은 이상 손해배상금에서 공제하거나 충당할 수 없다고 한 예).

1931) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다17284 판결.

1932) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2013다45716 판결.

1933) 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다216558 판결.

1934) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2019다201785 판결; 한의사인 원고가 피고 소유 건물에 한방병원을 개설·허가받아 사용하기 위하여 피고와 건물 2~4층에 관한 임대차계약을 체결한 후 임차보증금 등을 지급하였는데, 의료법령, 건축법령 등에 따르면 위 임대차 목적물에 의료법상 '병원급' 의료기관을 개설하는 것이 계약 체결 당시부터 불가능하여, 원고가 병원급 의료기관을 개설할 수 없게 되자, 피고를 상대로 위 임대차계약은 원시적 불능으로 무효라고 주장하면서 임차보증금 등의 반환을 구한 사안에서, '원고가 위 임대차 목적물에 대하여 의료법상 병원급 의료기관으로만 개설 허가받아 사용한다'는 점 등에 관하여는 의사의 합치가 이루어지지 않았고 위 임대차계약에 편입되지 않았다고 봄이 타당하므로 위 임대차계약이 원시적 불능이어서 무효라고 할 수 없다고 한 예.

1935) 채권각칙의 '매매'계약 중 '이행불능 항변' 부분 참조.

가 채무자의 이행 실현을 기대할 수 없는 경우도 포함한다.[1936]

채무불이행에 기한 손해배상청구에 있어서 이행불능의 경우에는 이행불능의 사실을 채권자가 증명하여야 한다는 데는 이론(異論)이 없다. 그러나 실제 소송에서는 채권자가 주위적으로 본래 급부의 이행을 소구하면, 채무자가 이행불능으로 인한 본래 급부 이행청구권의 소멸[1937]을 항변으로 주장하여 이행불능 사실을 증명할 것이므로, 채권자로서는 예비적 청구인 전보배상청구의 요건사실인 이행불능 사실의 증명 부담을 덜 수 있게 될 것이다.

제3자 앞으로 소유권이전등기가 되어 피고의 소유권이전등기의무가 이행불능이라는 주장은 법원이 직권으로 조사하여야 할 성질의 것이 아니고, 항변으로서 주장되어져야 한다.[1938] 이행불능에 관한 주장은 법률적 효과에 관한 진술을 한 것에 불과하고 사실에 관한 진술을 한 것이라고는 볼 수 없으므로 그 진술은 자유로이 철회할 수 있고 법원도 이에 구속되지 않으며, 따라서 자백의 취소에 관한 규정이 적용될 여지가 없다.[1939]

1936) 대법원 2016. 5. 12. 선고 2016다200729 판결; "사회통념상 이행불능이라고 보기 위해서는 이행의 실현을 기대할 수 없는 객관적 사정이 충분히 인정되어야 하고, 특히 계약은 어디까지나 그 내용대로 지켜져야 하는 것이 원칙이므로, 채권자가 굳이 채무의 본래 내용대로의 이행을 구하고 있는 경우에는 쉽사리 그 채무의 이행이 불능으로 되었다고 보아서는 아니 된다. 한편 민법이 타인의 권리의 매매를 인정하고 있는 것처럼 타인의 권리의 증여도 가능하며, 이 경우 채무자는 그 권리를 취득하여 채권자에게 이전하여야 하고, 이 같은 사정은 계약 당시부터 예정되어 있는 것이므로, 매매나 증여의 대상인 권리가 타인에게 귀속되어 있다는 이유만으로 채무자의 계약에 따른 이행이 불능이라고 할 수는 없다." ☛ **[동일 취지]** 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다216558 판결; 아파트 재건축정비사업 시행자인 피고와 아파트 상가 조합원들인 원고들 사이에 '상가용 지하주차장은 지정댓수와 상관없이 아파트용 주차장을 공용으로 사용하기로 한다.'는 특약이 체결되었는데, 신축 아파트의 상가 입주 후 아파트 입주자대표회의에 의하여 원고들의 아파트 지하주차장 이용이 통제되자, 원고들이 피고를 상대로 위 특약 위반을 원인으로 한 손해배상을 청구한 사안에서, 원심이, 위 특약은 선언적 내용에 불과하여 피고에게 아무런 법적 의무를 발생시키지 않는 것이고, 법적의무가 발생한다고 보더라도 피고가 완공 후 아파트 주차장의 사용·관리에 관한 사항을 정할 권한이 없어 위 특약은 원시적 이행불능에 해당하여 무효라고 판단한 데 대하여, 대법원은, 위 특약에 따라 피고는 원고들에게 원고들이 이용차량 수의 제한 없이 아파트 주차장을 이용할 수 있도록 해줄 의무를 부담하고, 위 특약을 원시적 이행불능에 해당하여 무효라고 볼 수도 없다고 한 예.

1937) ❶ 대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960, 104977 판결; "제1심피고 2의 원고에 대한 소유권이전등기의무는 다른 특별한 사정이 없는 한 이행불능이 되었다고 할 것이어서, 원고의 제1심피고 2에 대한 소유권이전등기청구권은 인정되지 아니한다. 결국 원고가 제1심피고 2에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 제1심피고 2를 대위하여 피고에게 이 사건 소유권이전등기의 말소를 구하는 이 사건 소는 그 피보전권리가 인정되지 아니하는 이상 원고에게 당사자적격이 없어 부적법하다." ❷ 쌍무계약에 있어 당사자 일방이 부담하는 채무의 일부만이 채무자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는, 그 이행이 불가능한 부분을 제외한 나머지 부분만의 이행으로는 계약의 목적을 달성할 수 없다면 채무의 이행은 전부가 불능이라고 보아야 할 것이므로, 채권자로서는 채무자에 대하여 계약 전부를 해제하거나 또는 채무 전부의 이행에 갈음하는 전보배상을 청구할 수 있을 뿐이지, 이행이 가능한 부분만의 급부를 청구할 수는 없다(95다5929).

1938) ❶ "취득시효완성 후 제3자 앞으로 소유권이전등기가 되어 피고의 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 이행불능이라는 주장은 원심에 이르기까지 하지 않았던 새로운 주장으로서 적법한 상고이유가 되지 아니한다. 이러한 사항은 법원이 직권으로 조사하여야 할 성질의 것도 아니다."(92다41498) ❷ "채무가 이행불능인 사실은 당사자의 항변사실에 불과하므로, … 피고들의 각 소유권이전등기 채무가 이행불능이라 하더라도 원심 변론종결 시까지 피고들이 이행불능의 항변을 하지 아니한 이상, 변론주의의 원칙상 법원이 이행불능이라는 이유로 원고의 청구를 배척할 수 없다."(95다43044)

1939) 대법원 1990. 12. 11. 선고 90다7104 판결. 그런데 2008다93384 판결은, 원고가 청구원인으로서, 피고가

부동산을 이중으로 양도하여 제3자에게 소유권이전등기를 마친 때에는 제1양수인에 대한 이전등기의무는 특별한 사정이 없는 한 이행불능이 된다.[1940] 즉, 소유권이전등기의무 이행불능의 요건 사실은 '제3자에게로의 소유권이전등기'가 되고, 제3자 명의 등기의 추정력을 복멸시키는 원인 무효 사유나 제1양수인의 처분금지가처분 등기 등과 같이 매도인이 소유권이전등기를 회복하여 제1양수인에게 이전등기해 줄 수 있는 '특별한 사정의 존재'는 이행불능의 청구원인 주장(이행불능으로 인한 손해배상청구의 경우) 내지 항변(매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 경우 이행불능으로 인한 소유권이전등기청구권 소멸의 항변)에 대한 항변 내지 재항변 사실이 된다.[1941] [1942]

토지에 대한 이중매매를 적극 권유하여 매매계약을 이행불능 상태에 빠뜨림으로써 원고로 하여금 계약금 상당의 손해를 입게 하였으므로 원고에게 계약금 3억 원 상당의 손해배상금을 지급할 의무가 있다고 주장한 데 대하여, 피고가 제1심 이후 원심에 이르기까지 적법한 기일통지서를 송달받고도 제1심법원 또는 원심법원의 변론기일에 출석하지 않고 답변서 기타 준비서면도 제출하지 아니하였고, 이에 원심이 민사소송법 제150조의 규정에 따라, 피고가 원고의 주장 사실을 모두 자백한 것으로 보고 원고의 청구를 인용한 사실관계하에서, 자백의 취소에 관한 90다7104 판결 등을 참조판결로 하여, "이 사건 매매계약이 이행불능으로 되어 원고에게 계약금 상당의 손해가 발생하였다는 원고의 주장은 법률적 효과에 관한 진술에 불과하고 사실에 관한 진술을 한 것이라고 볼 수 없어 자백간주의 대상이 될 수 없고, 원심으로서는 이 사건 매매계약이 이행불능으로 되는지, 원고에게 어떠한 손해가 발생하는지를 살펴보았어야 한다. 이와 다른 견해에서 원고의 위 주장이 자백간주의 대상이 됨을 전제로 청구를 인용한 원심판결에는 자백간주의 대상에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다" 하여, 원심판결을 파기환송하였는데, '부동산을 이중으로 양도하여 제3자에게 소유권이전등기를 마친 사실'과 같이 이행불능 판단의 근거사실은 주요사실 내지 그에 준하는 사실로 보아야 하고 '계약금 상당의 손해 발생 사실'도 주요사실로 보아야 하므로, 이는 모두 자백간주의 대상이 된다고 보아야 할 것이어서, 위 판시에는 찬동하기 어렵다.

1940) 대법원 1967. 2. 7. 선고 66다2206 판결.

1941) ❶ 82다카984; "유효한 명의신탁이 해지된 후 그 명의신탁자 명의로 신탁해지에 따른 등기의 회복이 있기 전에 부동산 명의수탁자가 제3자에게 매도하여 그에 따른 소유권이전등기가 제3자 명의로 경료된 경우 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 부담하고 있는 소유권이전등기의무는 이행불능상태에 있는 것이라고 보아야 할 것이고, 이러한 경우 이행불능으로 보지 않을 수 있는 특수사정의 유무에 관하여는 변론주의의 원칙상 당사자의 주장이 있어야 비로소 심판의 대상이 되는 것" ❷ 85다카507; "부동산의 소유명의를 신탁받은 자가 그 부동산을 다른 사람에게 양도하고 그 소유권이전등기를 마쳐준 때에는 수탁자가 다시 그 양수인으로부터 소유권을 회복하여 이를 신탁자에게 이전하여 줄 수 있는 특별한 사정이 없는 한 수탁자의 신탁자에 대한 신탁해지로 인한 소유권이전등기의무는 이행불능의 상태에 있다고 볼 것이다. … 원고에게 소유권을 이전해 줄 의무는 이행불능의 상태에 있다고 보아야 할 것이고 기록에 의하면 피고 강O필, 강O금은 위와 같은 취지의 항변을 하였음이 명백함에도 불구하고 원심이 만연히 위 두 피고들에 대하여도 원고의 소유권이전등기청구를 인용한 것은 이행불능의 법리를 오해한 위법이 있다 … 피고 강O옥은 제1심 이래 원심의 변론종결시까지 원고의 이 사건 청구에 대하여 다투지 아니하였음이 명백하므로 원심이 위 피고가 원고의 주장을 자백한 것으로 간주하여 원고의 청구를 인용한 조치는 정당하고" ❸ 80다1416; "소외인를 명의의 소유권이전등기가 무효한 것이라는 주장과 입증이 없는 이상 피고회사의 원고에 대한 소유권이전등기절차 의무는 이행불능상태로 인정하여 원고의 청구를 배척하는 취지로 판단하고" ❶ 63다1071; "부동산 매매에 있어서 매도인이 그 목적물을 제3자에게 양도하고 그 소유권이전등기를 치른 때에는 제3자로부터 그 소유권을 회복하여 이를 매수인에게 이전할 수 있는 특별 사유가 없는 한 매도인의 소유권 이전의 의무는 이행불능의 상태에 있다 할 것인바, … 원고로부터 그러한 특별 사유가 있다는 주장 입증이 없으므로 … 소유권이전등기절차는 그 이행이 불능한 경우라고 아니할 수 없다고 판단한 원판결은 정당하고"

1942) 그런데 2009다99129는, 85다카507을 참조판결로 하면서도, "매수인에게 부동산의 소유권이전등기를 해줄 의무를 지는 매도인이 그 부동산에 관하여 다른 사람에게 이전등기를 마쳐 준 때에는 매도인이 그 부동산의 소유권에 관한 등기를 회복하여 매수인에게 이전등기해 줄 수 있는 특별한 사정이 없어야 비로소 매수인에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능의 상태에 이르렀다고 할 수 있다"라고 판시하여, '제3자에게 소유권이전

부동산의 매도인이 제3자에게 제한물권 등기를 마쳐준 경우에도, 매도인의 소유권이전등기의무는 일단 이행불능 상태에 있다고 볼 것이고, 매도인이 그 제한물권 등기를 말소하여 매수인에게 이전등기해 줄 수 있는 사정의 존재는 매도인이 주장·증명하여야 한다.[1943]

등기를 마쳐 준 것'만으로 매수자에 대한 이전등기의무가 이행불능이 되는 것이 아니고, '매도인이 그 부동산의 소유권에 관한 등기를 회복하여 매수인에게 이전등기해 줄 수 있는 특별한 사정이 없다는 점'까지 추가되어야 이행불능이 되는 것처럼 판시함으로써, '특별한 사정'에 관하여 정반대의 판시를 하였다.

위 일반론의 판시는 부적절한 것이다. 하지만, 2009다99129의 구체적 사안은, 원고는 수분양자의 지위를 승계한 자이고 분양자는 피고에게 신탁법상 신탁을 원인으로 소유권이전등기를 마쳐준 사안으로서, 위탁자가 신탁이익의 전부를 향수하는 신탁은 위탁자 또는 그 상속인이 언제든지 해지할 수 있고(개정 전 구 신탁법 제56조, 2011. 7. 25. 전문개정된 신탁법 제99조 제2항), '시행사가 상가를 신축·분양하면서 금융기관 및 시공사에 대한 채무의 이행을 담보하기 위하여 신탁회사와 사이에 대출 금융기관 및 시공사를 우선수익자로 하는 신축 상가에 관한 신탁계약을 체결한 경우, 신탁계약상 위탁자인 시행사와 수탁자인 신탁회사, 우선수익자인 대출 금융기관 및 시공사는, 상가에 관하여 유효한 분양계약이 이루어지고 그 분양대금으로 우선수익자가 채권을 변제받거나 그 변제가 확보된 상태에 이르면, 시행사는 그 부분에 관한 신탁을 일부 해지할 수 있고, 우선수익자는 그 해지에 관하여 동의의 의사표시를 하기로 하는 묵시적 약정을 하였다'고 보므로(2009다81289), 위 2009다99129 판결이 앞서 본 일반론에 뒤이어, '매도인이 부동산을 피고에게 신탁하고 그 이전등기를 마친 것만으로는 **신탁의 성질상** 매도인이 그 부동산의 소유권에 관한 등기명의를 회복하여 매수인인 원고에게 이전등기해 주는 것이 불가능하게 되었다고 단정할 수 없고, 따라서 원고가 매도인에 대하여 소유권이전등기의무의 이행불능에 따른 손해배상청구권을 가진다고 단정할 수 없으며, 부동산을 피고에게 신탁, 등기한 것이 원고에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다고 단정할 수도 없다'고 판시한 것은 정당하다.

위 2009다99129 판결이 앞서 본 일반론의 판시를 적지 않고 '매도인이 부동산을 신탁하고 그 이전등기를 마친 것만으로는 신탁의 성질상 매도인이 그 부동산의 소유권에 관한 등기명의를 회복하여 매수인인 원고에게 이전등기해 주는 것이 불가능하게 되었다고 단정할 수 없다'는 일반론의 판시만 적는 것이 바람직했을 것이다. 이는 후술할 가압류나 가처분의 경우와 마찬가지로 신탁등기의 존재만으로는 신탁 그 자체의 성질상 이행불능 상태에 이른 것으로 보지 않는 것이다.

그후 2009다84240는 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 소유권이전등기청구권이 명의수탁자의 제3자에 대한 소유권이전등기로 이행불능이 되었는지가 문제된 사안에서, 85다카507, 2009다99129를 참조판결로 적시하면서 앞부분 판시는 명의신탁에 관한 사안인 85다카507의 판시를, 뒷부분 판시는 신탁법상 신탁에 관한 사안인 2009다99129의 판시를 인용, 조합하여, "부동산의 소유 명의를 신탁받은 자가 그 부동산을 다른 사람에게 양도하고 그 소유권이전등기를 마쳐준 때에는 수탁자가 다시 그 양수인으로부터 소유권을 회복하여 이를 신탁자에게 이전하여 줄 수 있는 **특별한 사정이 없어야 비로소** 수탁자의 신탁자에 대한 신탁해지로 인한 소유권이전등기의무가 이행불능의 상태에 이르렀다고 할 수 있다."라고 판시함으로써, 2009다99129의 잘못된 일반론과 같은 형태의 판시를 반복하고 있다.

2009다84240 판결의 구체적 사안에서, '수탁부동산이 수탁자의 공동상속인들 중 한 사람에게 양도되고 그 양도행위 후 수탁자가 사망하여 양수인이 상속지분에 관하여 수탁자를 포괄승계하였다면 이는 수탁자가 제3자에게 처분한 신탁재산의 일부를 회복한 경우와 마찬가지'라 할 수 있으므로, 이행불능으로 보지 않을 수 있는 특별한 사정이 증명됨으로써 이행불능의 항변이 배척된 것으로 보아야 할 것이다. 종전의 올바른 일반론으로의 복귀가 요망된다.

1943) 대법원 1974. 5. 28. 선고 73다1133 판결은, "부동산의 매도인이 목적물을 제3자에게 양도하고 이전등기를 마친 경우, 매도인이 제3자에게 지상권을 설정하고 등기를 마치고 또 저당권을 설정하고 등기를 마친 경우에는 매도인의 채무는 이행불능에 빠졌다고 하겠다."라고 판시하였고, 대법원 1991. 7. 26. 선고 91다8104 판결은, 그 원심이, '등기가 담보목적으로 경료된 것이어서 그 말소가능성이 남아 있으므로 피고들의 원고에 대한 소유권이전등기의무의 이행이 확정적으로 불능이 된 것은 아니다.'라고 판단한 데 대하여, "부동산소유권이전등기의무자가 그 부동산에 관하여 제3자 앞으로 비록 채무담보를 위하여 소유권이전등기를 경료하였다고 할지라도 그 의무자가 채무를 변제할 자력이 없는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 소유권이전등기 의무는 이행불능이 된다고 할 것이다."라고 한 다음, "기록에 의하면 피고 이OO은 물론 나머지 피고들 역시 위 김OO에 대한 채무를 변제할 자력이 있다고 인정되지 아니한다. 따라서 … 김OO 앞으로 경료된 소유권이전등기는 그것이 비록 채무담보 목적으로 경료되었다고 할지라도 유효하게 존속하는 이상 피고들의 원고에 대한 소유권이전등

한편, 매매목적물 자체 또는 매도인이 매매목적물의 원소유자에 대하여 가지는 소유권이전등기청구권 또는 분양권에 대하여 가압류 또는 처분금지가처분 집행이 되어 있다고 하여 매매에 따른 소유권이전등기가 불가능한 것은 아니지만, '매도인이 그 가압류 또는 가처분 집행을 모두 해제할 수 없는 무자력의 상태에 있는 사실'까지 매수인이 주장·증명하면 매수인은 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능임을 이유로 매매계약을 해제할 수 있다.[1944]

나) 이행불능 이외의 채무불이행

이행불능 이외의 채무불이행의 경우 '채무의 내용에 좇은 이행'에 관한 증명책임의 소재에 관하여는, 채권자가 채무자의 채무 이행이 없는 점(불이행)을 증명하여야 한다는 견해(채권자설, 불이행설)[1945]와 채무자가 자신의 이행 사실을 증명하여야 한다는 견해(채무자설, 이행설)[1946] 및 이행할 채무가 작위채무인 경우에는 채무자가, 부작위채무인 경우에는 채권자가 증명하여야 한다는 견해(이분설)[1947] 등으로 나뉜다. 판례[1948]는 채권자설의 입장이다. 증명책임분배에 관한 법률요건분류설 내지 규범설에 따를 때, "채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다."는 민법 제390조의 본문, 단서 규정 형식상 채권자설이 타당하고 그 예외를 인정할 특별한 근거가 보이지 않으므로 판례의 입장이 타당하다.

다) 채권자지체

① 채무자가 채무의 내용에 따른 이행제공[1949]을 하였는데도 ② 채권자가 수령

기의무는 이행불능으로 되었다고 하여야 할 것이다."라고 판시하였는바, 위 각 판시 내용에다가, 저당권 등 설정등기나 피담보채무 변제자력에 관한 사정은 매도인 측의 영역에 속하는 사실인 점을 더해 보면, 매도인에게 변제자력이 있어 저당권 등의 제한물권 등기를 말소하여 매수인에게 제한이나 부담 없는 완전한 소유권이전등기를 해 줄 수 있는 '특별한 사정의 존재'는 매도인 측이 주장·증명하여야 한다고 봄이 옳다.

1944) 대법원 2006. 6. 16. 선고 2005다39211 판결, 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결 참조.

1945) 민법주해 채권(2), 1995, 127면과 379면(양창수 집필); 주석민법 채권총칙(1), 2000, 493면(이은영 집필); 정성균, "채무불이행에 관한 증명책임", 민사증거법(하) 재판자료 제26집, 법원행정처, 177면.

1946) 황형모, "입증책임분배에 관한 법조분류설의 적용에 관련한 몇 가지 경우의 검토", 판례연구 12집, 부산판례연구회, 1010면.

1947) 김선석, "이행지체에 기한 손해배상청구권의 증명책임", 사법논집 21권, 102면; 문홍수, "민사요건사실과 입증책임에 관한 연구", 법조 47권 10호, 법조협회, 27-28면; 김윤구, "민법 제390조의 요건사실과 증명책임", 법학연구 2권 1호, 충북대학교 법과대학 법학연구소, 473-475면.

1948) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다50350 판결(채무불이행으로 인한 손해배상 예정액 청구의 요건), 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결(임차인의 임차물 보존·관리의무 위반), 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000다38718, 38725 판결(숙박업자의 고객 보호의무 위반), 대법원 2004. 3. 26. 선고 2002다29138 판결(공동대표이사의 업무집행에 대한 감시의무 위반), 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다30465, 30472 판결(대표이사의 회사에 대한 임무 해태) 및 이행지체에 따른 해제의 요건사실에 관한 94다16083 판결, 76다2461 판결, 69다804, 805 판결 등 참조.

그 밖의 협력을 할 수 없거나 하지 않아 급부가 실현되지 않는 상태에 놓이면 채권자지체가 성립하고, 채권자의 귀책사유는 요구되지 않는다. 채권자지체의 효과로서 채권자에게 '민법 규정에 따른 일정한 책임'이 인정되는 것 외에, 채무자가 채권자에 대하여 일반적인 채무불이행책임과 마찬가지로 '손해배상'이나 '계약 해제'를 주장할 수는 없다.[1950] 채권자지체는 채무불이행책임의 면책사유[1951]로서 채무자가 항변으로 주장·증명할 책임이 있다.[1952]

3) 위 법 성

'채무불이행'에 있어서 확정된 채무의 내용에 좇은 이행이 행하여지지 아니하였다면 그 자체가 바로 위법한 것으로 평가되는 것이고,[1953] 다만 그 이행하지 아니한 것이 위법성을 조각할 만한 행위에 해당하게 되는 '특별한 사정'이 있는 때에는 채무불이행이 성립하지 않는 경우도 있다.[1954] 채무자에게 동시이행항변권 등과 같은 '이행거절권능'이

1949) 채권자지체가 성립하기 위해서는 민법 제460조 소정의 **채무자의 변제 제공**이 있어야 하고, 변제 제공은 원칙적으로 현실 제공으로 하여야 하며 다만, 채권자가 미리 변제받기를 거절하거나 채무의 이행에 채권자의 행위를 요하는 경우에는 구두의 제공으로 하더라도 무방하고, 채권자가 변제를 받지 아니할 의사가 확고한 경우(이른바, 채권자의 **영구적 불수령**)에는 구두의 제공을 한다는 것조차 무의미하므로 그러한 경우에는 구두의 제공조차 필요 없다(2001다79013).

1950) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2019다293036 판결: "**민법 제400조**는 채권자지체에 관하여 "채권자가 이행을 받을 수 없거나 받지 아니한 때에는 이행의 제공 있는 때로부터 지체책임이 있다."라고 정하고 있다. 채무의 내용인 급부가 실현되기 위하여 채권자의 수령 그 밖의 협력행위가 필요한 경우에, 채무자가 채무의 내용에 따른 이행제공을 하였는데도 채권자가 수령 그 밖의 협력을 할 수 없거나 하지 않아 급부가 실현되지 않는 상태에 놓이면 채권자지체가 성립한다. 채권자지체의 성립에 채권자의 귀책사유는 요구되지 않는다. 민법은 채권자지체의 효과로서 채권자지체 중에는 채무자는 고의 또는 중대한 과실이 없으면 불이행으로 인한 모든 책임이 없고(**제401조**), 이자 있는 채권이라도 채무자는 이자를 지급할 의무가 없으며(**제402조**), 채권자지체로 인하여 그 목적물의 보관 또는 변제의 비용이 증가된 때에는 그 증가액은 채권자가 부담하는 것으로 정한다(**제403조**). 나아가 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 채무를 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다(**제538조 제1항**). 이와 같은 규정 내용과 체계에 비추어 보면, 채권자지체가 성립하는 경우 그 효과로서 원칙적으로 채권자에게 민법 규정에 따른 일정한 책임이 인정되는 것 외에, 채무자가 채권자에 대하여 일반적인 채무불이행책임과 마찬가지로 손해배상이나 계약 해제를 주장할 수는 없다."

1951) **민법 제401조(채권자지체와 채무자의 책임)** 채권자지체 중에는 채무자는 고의 또는 중대한 과실이 없으면 불이행으로 인한 모든 책임이 없다. ☛ 채권자가 채무자의 채무 이행에 대한 수령을 거절하는 의사를 명백히 표시하고 그 의사를 뒤집을 가능성이 보이지 않는 경우 채무자는 채무의 이행이나 이행제공을 하지 않더라도 채무불이행 책임을 면하지만, 그렇지 않은 경우 채무자는 채무내용에 좇은 이행을 제공해야 채무불이행 책임을 면한다[대법원 2021. 5. 27. 선고 2018다252014 판결: 피고(매도인)가 최고한 금액(17억 3200만)과 원고(매수인)가 지급해야 할 금액(16억 6800만)의 차이가 최고액 중 3.6% 정도이고, 피고가 원고에게 최고액을 전부 지급하지 않으면 수령하지 않겠다거나 매매계약을 해제한다는 의사를 표시하지 않았으며, 원고는 자기 채무의 이행을 제공하지 않은 사안에서, 피고가 매매잔금 등을 수령하지 않겠다는 의사를 분명히 표시했다고 단정하기 어려우므로, 원고는 매매잔금에 대해 지체책임을 진다고 한 예].

1952) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다249383 판결.

1953) 따라서 종래의 통설은 채무불이행책임의 성립요건으로 위법성의 존재를 요구하였으나, 현재는 의무위반 및 귀책사유의 요건 속에 위법성의 요소가 전제되거나 포함되어 있으므로 불법행위책임과는 달리 채무불이행책임의 경우에는 위법성을 별개의 요건으로 할 필요가 없다는 견해가 유력하다[민법주해 채권(2), 1995, 112면(양창수 집필); 주석민법 채권총칙(1), 2000, 490면(이은영 집필)].

1954) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결.

있는 경우 그 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않으므로, '채권자'로서는 자기채무의 이행 또는 이행제공 등으로 이행거절권능을 소멸케 하였다는 점까지 주장·증명하여야 이행지체의 책임을 물을 수 있다.[1955] [1956]

'불법행위'의 핵심적인 성립 요건인 위법행위는 법률을 위반한 경우에 한정되지 않고 전체 법질서의 관점에서 사회통념상 위법하다고 판단되는 경우도 포함할 수 있는 탄력적인 개념으로서, 관련 행위 전체를 일체로 보아 판단하여 결정해야만 하는 것은 아니고 문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 하고, 소유권을 비롯한 '절대권'을 침해한 경우뿐만 아니라 '법률상 보호할 가치가 있는 이익'을 침해하는 경우에도 침해행위의 양태, 피침해이익의 성질과 그 정도에 비추어 그 위법성이 인정되면 불법행위가 성립할 수 있다.[1957] 제3자에 의한 '채권의 침해'가 불법행위가 되기 위해서는 채권침해의

위법성을 조각하는 사유에는 동시이행의 항변권, 유치권 이외에도 사회상규에 반하지 아니하는 정당행위와 같이 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회 통념에 비추어 그 미지급 상태가 용인될 수 있는 경우도 해당한다고 보아야 할 것이고, 그 해당 여부는 구체적인 사정 아래서 합목적적·합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두2477, 2484 판결: 퇴직급여 중 일부 지급을 정지하도록 규정한 법률조항에 대한 위헌결정으로 그 소급효가 인정되는 경우, 당시 법령에 따라 위헌결정 이전에 지급정지된 부분을 지급하지 아니한 것은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회 통념에 비추어 용인될 수 있는 정당행위로서 그 위법성이 조각된다 하여 당초의 자급기일 다음날부터 위헌결정일까지 기간에 대한 지연손해금 청구 부분을 기각한 예).

1955) 쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행 또는 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않고, 이와 같은 효과는 이행지체의 책임이 없다고 주장하는 자가 반드시 동시이행의 항변권을 행사하여야만 발생하는 것은 아니다(2001다3764). 쌍무계약의 당사자 일방이 계약상 선이행의무를 부담하고 있는데 그와 대가관계에 있는 상대방의 채무가 아직 이행기에 이르지 아니하였지만 이행기의 이행이 현저히 불투명하게 된 경우에는 민법 제536조 제2항 및 신의칙에 의하여 그 당사자에게 반대급부의 이행이 확실하여 질 때까지 선이행의무의 이행을 거절할 수 있고, 이와 같이 대가적 채무 간에 이행거절의 권능을 가지는 경우에는 비록 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않는다(98다13754,13761). 상대 당사자가 일방 당사자의 채무 이행에 대한 수령을 거절하는 의사를 명백히 표시하고 그 의사를 뒤집을 가능성이 보이지 아니하는 경우에는 일방 당사자는 위 채무를 이행하거나 그 이행을 제공하지 아니하더라도 채무불이행의 책임을 면하며, 동시이행의 항변권은 상실되어 상대 당사자에 대한 자신의 채권을 행사할 수 있다(2010다89050).

1956) 학설상으로는, 이 문제를 위법성조각의 문제로 보는 견해와 귀책사유의 부존재로 보는 견해로 나뉜다{민법주해 채권(2), 1995, 113면(양창수 집필)}.

1957) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다268061 판결(이어서 "대법원이 소유권 등 물권을 침해하지 않은 경우에도 민법 제750조의 위법행위 개념을 활용하여 불법행위책임을 인정한 사례는 무수히 많다. **타인의 성과물을 도용**하였다는 이유로 위법성을 인정한 대법원 판결도 이에 속한다. 즉, 대법원은 경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다고 판단하였다. 또한 대법원은 **계약 교섭의 부당파기**에 관한 사례에서 일정한 요건 하에 불법행위의 성립을 긍정해 왔다. 계약 체결을 위한 교섭 과정에서 어느 일방이 보호가치 있는 기대나 신뢰를 가지게 된 경우에, 그러한 기대나 신뢰를 보호하고 배려해야 할 의무를 부담하게 된 상대방이 오히려 상당한 이유 없이 이를 침해하여 손해를 입혔다면, 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약 체결의 준비 단계에서 협력관계에 있었던 당사자 사이의 신뢰관계를 해치는 위법한 행위로서 불법행위를 구성할 수 있다고 보아야 한다. 특히 계약 체결을 위한 교섭 과정에서 상대방의 기대나 신뢰를 보호하고 배려해야 할 의무를 위반하면서 상대방의 성과물을 무단으로 이용한 경우에는 당사자 사이의 신뢰관계를 해칠 뿐만 아니라 상도덕이나 공정한 경쟁질서를 위반한 것으로서 그러한 행위의 위법성을 좀 더 쉽게 인정할 수

고의·과실 및 위법성이 인정되어야 한다.[1958]

위법성조각사유에 해당하는 특별한 사정의 주장·증명책임은 채무자 또는 가해자가 부담한다.[1959]

4) 귀책사유

채무불이행책임의 면책사유로서 '귀책사유의 부존재'(민법 제390조 본문은 채무불이

있다."라고 판시하고 있다). ☛ 계약 교섭 단계에서는 아직 계약이 성립된 것이 아니므로 당사자 중 일방이 계약의 이행행위를 준비하거나 이를 착수하는 것은 이례적인 일로서, 설령 이행에 착수하였다고 하더라도 이는 자기의 위험 판단과 책임에 따른 것이라고 평가할 수 있다. 그러나 만일 이행의 착수가 상대방의 적극적인 요구에 따른 것이고 바로 위와 같은 이행에 들인 비용의 지급에 관하여 이미 계약 교섭이 진행되고 있었다는 등의 특별한 사정이 있다면, 당사자 중 일방이 계약의 성립을 기대하고 이행을 위하여 지출하였거나 지출할 것이 확실한 비용은 계약체결을 신뢰하여 발생한 손해로서 계약 교섭의 부당파기로 인한 손해배상의 범위에 해당할 수 있다(대법원 2022. 7. 14. 선고 2021다216773 판결).

1958) ❶ 대법원 2021. 6. 30. 선고 2016다10827 판결: "일반적으로 채권에 대해서는 배타적 효력이 부인되고 채권자 상호간 및 채권자와 제3자 사이에 자유경쟁이 허용되므로 제3자에 의하여 채권이 침해되었다는 사실만으로 바로 불법행위가 성립하지는 않는다. 그러나 거래에서 자유경쟁 원칙은 법질서가 허용하는 범위에서 공정하고 건전한 경쟁을 전제로 하므로, 제3자가 채권자를 해친다는 사정을 알면서도 법규를 위반하거나 선량한 풍속 그 밖의 사회질서를 위반하는 등 위법한 행위를 하여 채권의 실현을 방해하는 등으로 채권자의 이익을 침해하였다면 불법행위가 성립한다. **채권침해의 위법성**은 침해되는 채권 내용, 침해행위의 양태, 침해자의 고의나 해의 등 주관적 사정 등을 참작하여 구체적·개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익 균형 등을 종합적으로 고려하여야 한다." ❷ 2005다25021; "제3자가 채무자의 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 채권자로 하여금 채권의 실행과 만족을 불가능 내지 곤란하게 한 경우 채권의 침해에 해당한다고 할 수는 있겠지만, 그 제3자의 행위가 채권자에 대하여 불법행위를 구성한다고 하기 위하여는 단순히 채무자 재산의 감소행위에 관여하였다는 것만으로는 부족하고 제3자가 채무자에 대한 채권자의 존재 및 그 채권의 침해사실을 알면서 채무자와 적극 공모하였다거나 채권행사를 방해할 의도로 사회상규에 반하는 부정한 수단을 사용하였다는 등 채권침해의 고의·과실 및 위법성이 인정되는 경우라야만 할 것이며, 여기에서 채권침해의 위법성은 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하되, 거래의 자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여 신중히 판단하여야 할 것이다. … 이는, 강제집행면탈 목적을 가진 채무자가 제3자와 명의신탁약정을 맺고 채무자 소유의 부동산에 관하여 제3자 앞으로 소유권이전등기를 경료하였다가 그것이 '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률'에 위반하여 무효라는 이유로 말소등기를 명하는 확정판결이 있은 경우에도 마찬가지라 할 것이므로, … 제3자가 채권자에 대한 관계에서 직접 불법행위책임을 지기 위하여는 단지 그가 채무자와의 약정으로 당해 명의수탁등기를 마쳤다는 것만으로는 부족하며, 나아가 그 명의신탁으로써 채권자의 채권의 실현을 곤란하게 한다는 점을 알면서 채무자의 강제집행면탈행위에 공모 가담하였다는 등의 사정이 입증되어 그 채권침해에 대한 고의·과실 및 위법성이 인정되는 경우라야만 할 것이다."

1959) 일단 권리의 보호영역을 침범함으로써 불법행위를 구성한다고 평가된 행위가 위법하지 않다는 점은 이를 주장하는 사람이 증명하여야 한다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2020다227455 판결). ❶ 사실을 적시함으로써 타인의 명예를 훼손하는 경우 원고가 청구원인으로 그 적시된 사실이 허위사실이라고 주장하며 손해배상을 구하는 때에는 그 허위성에 대한 증명책임은 원고에게 있으나, 피고가 적시된 사실에 대하여 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것이고 그 내용이 진실한 사실이거나 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있어 위법성이 없다고 항변할 경우 위법성을 조각시키는 사유에 대한 증명책임은 이를 피고가 부담한다(대법원 2023. 11. 30. 선고 2022다280283 판결). 신문 등 언론매체가 사실을 적시하여 개인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 동일하다(대법원 2024. 5. 9. 선고 2021다270654 판결). ❷ 타인의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징이 나타나는 사진을 촬영하거나 공표하는 자체가 초상권 침해의 불법행위에 해당하고, 피촬영자로부터 사진촬영에 관한 동의를 받았다는 점이나, 촬영된 사진의 공표가 사진촬영에 관한 동의 당시에 피촬영자가 허용한 범위 내의 것이라는 점에 관한 증명책임은 그 촬영자나 공표자에게 있다(대법원 2021. 7. 21. 선고 2021다219116 판결).

행으로 인한 손해배상청구권의 발생을, 단서는 고의[1960]나 과실의 부존재를 권리발생의 장애사유로 각각 규정하는 법조문 형식을 취하고 있다), '채권자지체 중인 사실'[1961]은, 채무자가 '항변'으로 주장·증명하여야 한다.[1962]

금전채무 불이행으로 인한 손해배상에 관하여는 채무자는 과실 없음을 항변하지 못한다(민법 제397조 제2항).[1963]

이행보조자('채무자의 이행보조자[1964]인 사실'은 채무불이행책임의 청구원인사실인 '채무자의 채무불이행 사실' 즉, '채무자의 이행보조자에 의한 채무불이행 사실'에 포함되는 사실로서 원고가 주장·증명하여야 한다)의 고의, 과실은 채무자의 고의, 과실로 본다. 법인의 경우, 법률행위에 관한 대표기관의 고의·과실에 따른 채무불이행책임은 법인에게 귀속된다(대표기관 개인이 손해배상책임을 지려면 민법 제750조에 따른 불법행위책임 등이 별도로 성립하여야 한다).[1965]

1960) '고의'는 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태로서, 객관적으로 위법이라고 평가되는 일정한 결과의 발생이라는 사실의 인식만 있으면 되고, 그 외에 그것이 위법한 것으로 평가된다는 것까지 인식하는 것을 필요로 하는 것은 아니다(대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다46440 판결). 이에 비해, '악의'는 '일정한 사실에 관한 인식 상태'로서 '아는 것'을 말한다.

1961) **민법 제401조(채권자지체와 채무자의 책임)** 채권자지체 중에는 채무자는 고의 또는 중대한 과실이 없으면 불이행으로 인한 모든 책임이 없다.

1962) ○ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다249383 판결; "일반적으로 채무불이행으로 인한 손해배상청구에 있어서 그 불이행의 귀책사유에 대한 증명책임은 채무자에게 있고, 채권자의 수령지체 중에 이행불능이 된 경우에도 채권자지체가 발생한 사실에 대한 증명책임은 채무자에게 있다. … 이행불능이 채무자인 피고 1에게는 귀책사유가 없었다거나 채권자인 원고의 수령지체 중에 발생한 것이라는 점은 모두 채무자인 피고 1이 증명할 책임이 있다."

○ 대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다85352 판결; "채무불이행으로 인한 손해배상청구에 있어서 확정된 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하였다면 그 자체가 바로 위법한 것으로 평가되는 것이고, 다만 채무불이행에 채무자의 고의나 과실이 없는 때에는 채무자는 손해배상책임을 부담하지 않는다(민법 제390조 참조). 한편 채무자가 자신에게 채무가 없다고 믿었고 그렇게 믿은 데 정당한 사유가 있는 경우에는 채무불이행에 고의나 과실이 없는 때에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 채무자가 채무의 발생원인 내지 존재에 관한 법률적인 판단을 통하여 자신의 채무가 없다고 믿고 채무의 이행을 거부한 채 소송을 통하여 이를 다투었다고 하더라도, 채무자의 그러한 법률적 판단이 잘못된 것이라면 특별한 사정이 없는 한 채무불이행에 관하여 채무자에게 고의나 과실이 없다고는 할 수 없다."

1963) 선물환계약(장래의 일정기일 또는 기간 내에 일정금액, 일정종류의 외환을 일정환율로써 교부할 것을 약정하는 계약)에 기한 채권은 금전채권이므로 그 당사자들은 계약불이행에 대하여 과실 없음을 들어 항변할 수 없다[2001다38593; 러시아국의 지급유예(모라토리엄)에 의하여 이행불능되었다고 주장한 사안].

1964) **민법 제391조(이행보조자의 고의, 과실)** 채무자의 법정대리인이 채무자를 위하여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 법정대리인 또는 피용자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다. ☛ ❶ 이행보조자는 채무자의 의사 관여 아래 그 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 충분하고 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니다. 따라서 그가 채무자에 대하여 종속적인 지위에 있는지, 독립적인 지위에 있는지는 상관없다. 또한 이행보조자가 채무자와 계약 그 밖의 법률관계가 있어야 하는 것이 아니다. 제3자가 단순히 호의(好意)로 행위를 한 경우에도 그것이 채무자의 용인 아래 이루어지는 것이면 그 제3자는 이행보조자에 해당한다. 이행보조자의 활동이 일시적인지 계속적인지도 문제 되지 않는다(대법원 2018. 2. 13. 선고 2017다275447 판결). ❷ 이행보조자가 채무의 이행을 위하여 제3자를 **복이행보조자**로 사용하는 경우에도 채무자가 이를 승낙하였거나 적어도 묵시적으로 동의한 경우 채무자는 복이행보조자의 고의·과실에 관하여 민법 제391조에 따라 책임을 부담한다고 보아야 한다(대법원 2020. 6. 11. 선고 2020다201156 판결). ❸ 임대인이 임차인과의 임대차계약상의 약정에 따라 제3자에게 도급을 주어 임대차목적 시설물을 수선한 경우에는, 그 수급인도 임대인에 대하여 종속적인지 여부를 불문하고 이행보조자로서의 피용자라고 보아야 할 것이고, 이러한 수급인이 시설물 수선 공사 등을 하던 중 수급인의 **과실**로 인하여 화재가 발생한 경우에, 임대인은 임차인에 대한 채무불이행상의 손해배상책임이 있다(2001다44338).

채무불이행책임과는 달리, '불법행위책임'의 요건인 고의 또는 과실의 존재는 손해배상을 청구하는 자에게 그 증명책임이 있는데(민법 제390조와 달리, 민법 제750조는 '고의 또는 과실'을 불법행위로 인한 손해배상청구권의 발생요건으로 규정하는 법조문 형식을 취하고 있다),[1966] 고의 또는 과실의 존재가 사실상 추정되는 경우(이 경우에 증명책임의 소재 자체에는 영향이 없다),[1967] 증명책임이 전환[1968]되거나 무과실책임[1969]을 규정한 경우도 있다.

1965) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2017다53265 판결: "법인이 대표기관을 통하여 법률행위를 한 때에는 대리에 관한 규정이 준용된다(민법 제59조 제2항). 따라서 적법한 대표권을 가진 자와 맺은 법률행위의 효과는 대표자 개인이 아니라 본인인 법인에게 귀속하고, 마찬가지로 그러한 법률행위상의 의무를 위반하여 발생한 채무불이행으로 인한 손해배상책임도 대표기관 개인이 아닌 법인만이 책임의 귀속주체가 되는 것이 원칙이다. 또한, 민법 제391조는 법정대리인 또는 이행보조자의 고의·과실을 채무자 자신의 고의·과실로 간주함으로써 채무불이행책임을 채무자 본인에게 귀속시키고 있는데, 법인의 경우도 법률행위에 관하여 대표기관의 고의·과실에 따른 채무불이행책임의 주체는 법인으로 한정된다. 따라서 법인의 적법한 대표권을 가진 자가 하는 법률행위는 그 성립상 효과뿐만 아니라 위반의 효과인 채무불이행책임까지 법인에게 귀속될 뿐이고, 다른 법령에서 정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 법인이 당사자인 법률행위에 관하여 대표기관 개인이 손해배상책임을 지려면 민법 제750조에 따른 불법행위책임 등이 별도로 성립하여야 한다. 이때 법인의 대표기관이 법인과 사이에 계약을 체결한 거래상대방인 제3자에 대하여 자연인으로서 민법 제750조에 기한 불법행위책임을 진다고 보기 위해서는, 그 대표기관의 행위로 인해 법인에 귀속되는 효과가 대외적으로 제3자에 대한 채무불이행의 결과를 야기한다는 점만으로는 부족하고, 법인의 내부행위를 벗어나 제3자에 대한 관계에서 사회상규에 반하는 위법한 행위라고 인정될 수 있는 정도에 이르러야 한다."

1966) ○ 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결: "불법행위에 있어서 고의·과실에 기한 가해행위의 존재 및 그로 인한 손해 발생에 관한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다 … 입증책임을 원고 회사에게 부담시킨 조치는 정당하고"

○ 대법원 2019. 11. 28. 선고 2016다233538, 233545 판결: "일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구사건에서 가해자의 가해행위, 피해자의 손해 발생, 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계에 관한 증명책임은 청구자인 피해자가 부담한다.

1967) ❶ 대법원 2023. 6. 1. 선고 2020다242935 판결: "보전처분의 집행 후 집행채권자가 본안소송에서 패소 확정되었다면 보전처분의 집행으로 인하여 채무자가 입은 손해에 대하여는 특별한 반증이 없는 한 집행채권자에게 고의 또는 과실이 있다고 추정되고, … 채권자가 가압류신청에서 진정한 채권액보다 지나치게 과다한 가액을 주장하여 그 가액대로 가압류 결정이 된 후 본안소송에서 피보전권리가 없는 것으로 확인된 부분의 범위 내에서는 채권자의 고의·과실이 추정된다." ☛ **[동일 취지]** 국세가 확정되기 전에 보전압류를 한 후 보전압류에 의하여 징수하려는 국세의 전부 또는 일부가 확정되지 못하였다면 그 보전압류로 인하여 납세자가 입은 손해에 대하여 특별한 반증이 없는 한 과세관청의 담당공무원에게 고의 또는 과실이 있다고 사실상 추정되므로, 국가는 부당한 보전압류로 인한 손해에 대하여 이를 배상할 책임이 있다(2013다209534). 2012다29373도 '사실상 추정'임을 명시하고 있다. ❷ 81다462: "양도담보권자가 변제기 도래 후 그 담보물을 처분하는 행위는 담보권의 실행에 해당하여 적법한 권리행사라고 볼 것이나 다만 그 처분방법이 부당한 경우 예컨대 적정한 시가보다 저렴한 가격으로 매각처분한 경우에는 담보권자의 채무불이행이 됨은 물론이거니와, 담보권자가 고의 또는 과실로 적정하게 담보권을 실행하여야 할 임무에 위배하여 위법하게 저렴한 가격으로 매각처분하였음이 인정될 때에는 불법행위의 책임도 진다. … 채무불이행이 아니라 불법행위로 인한 손해배상을 청구하는 경우에 있어서, 시가와 처분가액 사이의 차이가 너무도 현저하여 담보권자의 과실을 추정함이 상당하다고 보여지는 등 특단의 사정이 없는 한, 시가와 실지처분가액 사이에 차이가 있다는 사실만으로 담보권자의 위법행위에 대한 고의 또는 과실이 추정된다고 볼 수는 없으며, 원고는 불법행위의 구성요건인 담보권자의 고의 또는 과실을 입증할 책임이 있는 것이다." ☛ 위 '추정'은 사실상 추정을 의미한다.

1968) ❶ 민법 제758조(공작물등의 점유자, 소유자의 책임) ① 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다. ☛ 점유자는 증명책임이 전환된 과실책임을, 소유자는 2차적인 무과실책임을 진다. ❷ 민법 제756조(사용자의 배상책임) ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다. ② 사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다. ☛ 제1항 단서의

'수단채무' 불이행이나 부수적 주의의무 위반의 경우에는, 채무자의 채무불이행 사실에 대한 주장·증명책임을 지는 채권자가 먼저 청구원인사실로서 '채무자의 주의의무 위반 사실'을 주장·증명하여야 하므로, 채무자의 고의·과실이 청구원인사실에 포섭된다.[1970]

사정은 사용자 등이 주장·증명하여야 한다(97다58538).

1969) ❶ 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률[2014. 12. 30. 제정, 2015. 12. 31. 시행]은 제6조에 '사업자의 환경오염피해에 대한 무과실책임' 규정을, 환경정책기본법 제44조는 '환경오염의 피해에 대한 무과실책임' 규정을, 토양환경보전법 제10조의3은 '토양오염의 피해에 대한 무과실책임' 규정을 두고 있다. ❷ 건설산업기본법 제44조(건설사업자의 손해배상책임) ③ 수급인은 하수급인이 고의 또는 과실로 하도급받은 건설공사를 부실하게 시공하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는 하수급인과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다. ☛ 귀책사유가 없는 수급인도 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(2006다50338). ❸ 근로기준법 제44조의2(건설업에서의 임금 지급 연대책임)는 건설업에서 2차례 이상 도급이 이루어진 경우 건설산업기본법 규정에 따른 건설사업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금을 지급하지 못할 경우 그 하수급인의 직상 수급인은 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 지도록 규정하고 있는데, 이는 직상 수급인이 건설업 등록이 되어 있지 않아 건설공사를 위한 자금력 등이 확인되지 않는 자에게 건설공사를 하도급 하는 위법행위를 함으로써 하수급인의 임금지급의무 불이행에 관한 추상적 위험을 야기한 잘못에 대하여, 실제로 하수급인이 임금지급의무를 이행하지 않아 이러한 위험이 현실화되었을 때 그 책임을 묻는 취지로서, 근로기준법 제44조의2의 적용을 받는 직상 수급인은 근로기준법 제44조의 경우와 달리 자신에게 직접적인 귀책사유가 없더라도 하수급인의 임금 미지급으로 말미암아 위와 같은 책임을 부담한다(대법원 2021. 7. 8. 선고 2020다296321 판결). ❶ 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제10조 (손해배상책임) ① 사업자 등은 제3조 제1항의 규정에 위반하여 부당한 표시·광고행위를 함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. ② 제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자 등은 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다. ❸ 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제14조 (정정보도청구의 요건) ② 제1항의 청구에는 언론사 등의 고의·과실이나 위법성을 요하지 아니한다.

1970) ❶ 대법원 1988. 12. 13. 선고 85다카1491 판결; "의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무 이른바 수단채무라고 보아야 하므로 진료의 결과를 가지고 바로 진료채무불이행사실을 추정할 수는 없으며 이러한 이치는 진료를 위한 검사행위에 있어서도 마찬가지라고 할 것이다. … 원심은 … 잘못한 과실로 … 사망에 이르게 한 사실을 인정할 만한 증거가 없다고 한 후, 오히려 … 과실이 없는 사실이 인정된다고 판단하고 있는바, 이러한 원심의 입증책임판단은 정당하고" **[동일 취지]** 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결; "원래 의료행위에 있어서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 … 의료행위상의 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 한다. … 환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다." ❷ 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다30465, 30472 판결; "대표이사를 상대로 주식회사에 대한 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 대표이사의 직무수행상의 채무는 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 결과채무가 아니라, 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 채무이므로 회사에게 대출금 중 미회수금 손해가 발생하였다는 결과만을 가지고 곧바로 채무불이행사실을 추정할 수는 없는 것이다. … 원고의 임무해태사실을 인정할 만한 증거가 없고 … 판단한 것은 정당하고, 거기에 채무불이행에 관한 입증책임을 전도한 위법이 있다고 할 수 없다." ❸ 대법원 2022. 3. 31. 선고 2019다226395 판결; '피고는 분양실적이 분양목표에 미달한 경우 분양대행계약을 해제 또는 해지할 수 있다. 분양대행계약의 해제 또는 해지로 피고에게 손해가 발생하는 경우 피고는 계약이 종료하면 원고에게 반환하여야 할 예치금에서 손해액을 공제할 수 있다.'는 내용의 분양대행계약에 따라 원고가 부담하는 채무는 계약기간 내에 목표분양률을 달성하여 그

고의에 의한 불법행위를 원인으로 한 손해배상 책임의 주장에는 만일 고의는 없으나 과실이 인정될 경우에는 과실에 의한 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 바라는 주장도 포함되어 있다고 보아야 한다.[1971]

고의, 중과실, 과실을 추단케 할 수 있는 것이라면서 내세운 주장사실들은 '주요사실'인 '고의, 중과실, 과실'의 존부를 추인케 하기 위한 간접사실에 지나지 아니하므로 변론주의의 적용이 없다.[1972]

'경과실'은 제외하고 '고의 또는 중대한 과실(거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태)'을 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상책임의 요건으로 한 경우[1973]도 있다. 공무

결과를 제공하여야 할 결과채무가 아니라 분양완료를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 분양에 필요한 적절한 조치를 취하여 분양대행업무를 진행할 수단채무에 해당하므로, 비록 원고가 계약기간 내에 목표분양률을 달성하지 못하였더라도 그러한 결과만으로 곧바로 채무를 불이행하였다고 추정할 수는 없고, 원고가 부담하는 구체적인 주의의무의 존재와 위반 사실을 피고가 추가로 주장·증명하여야 한다고 한 예. ❹ 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결의 다수의견; "임차 외 건물 부분 … 에 발생한 손해에 대하여 임대인이 임차인을 상대로 채무불이행을 원인으로 하는 배상을 구하려면, 임차인이 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무 위반이 있었고, 그러한 의무 위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 상당인과관계가 있으며, 임차 외 건물 부분의 손해가 그 의무 위반에 따라 민법 제393조에 의하여 배상하여야 할 손해의 범위 내에 있다는 점에 대하여 임대인이 주장·증명하여야 한다. … 위와 같은 임대인의 주장·증명이 없는 경우에도 임차인이 임차 건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음을 증명하지 못하는 이상 임차외 건물 부분에 대해서까지 채무불이행에 따른 손해배상책임을 지게 된다고 판단한 … 판결 … 변경하기로 한다."

1971) 대법원 1995. 12. 22. 선고 94다21078 판결.

1972) 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다55312 판결, 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다62254 판결.
☛ **일반조항이나 평가적·규범적 규정의 요건사실과 주요사실**; '고의'는 내부적 용태(내심의 상태; 善意·惡意, 知·不知 등)로서 평가적·규범적 개념이 아니라 그 자체가 구체적 사실에 해당하는 개념이므로, 고의 그 자체가 '요건사실'에 해당하고 변론주의가 적용되는 '주요사실'에 해당한다. '과실'은 평가적·규범적 개념을 내포하고 있는 추상적·불확정적 개념이어서(신의성실의 원칙, 권리남용, 선량한 풍속 기타 사회질서, 정당한 사유 등도 이에 해당한다) 과실 그 자체가 요건사실인지, 과실의 평가 근거(기초)가 되는 구체적 사실이 요건사실인지, 나아가 변론주의가 적용되는 주요사실인지에 관하여 학설상 다툼이 있으나, 위 판례들에 의하면, '고의, 중과실'의 경우 그 자체가 요건사실이자 주요사실에 해당하고, 고의, 중과실로 평가·판단할 수 있는 근거(기초)가 되는 구체적 사실은 주요사실이 아닌 간접사실로서 변론주의의 적용이 없다는 것이다. 위 판례가 평가적·규범적 개념의 법률요건 전반에 적용될지는 단언하기 어렵다.

1973) ❶ **민법 제757조(도급인의 책임)** 도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없다. 그러나 도급 또는 지시에 관하여 도급인에게 중대한 과실이 있는 때에는 그러하지 아니하다. ❷ **상법 제401조((제삼자에 대한 책임))** ① 이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. ❸ **신용협동조합법 제33조(임원의 책임 등)** ② 임원이 그 직무를 수행하면서 고의 또는 중대한 과실(상임인 임원의 경우에는 고의 또는 과실)로 조합 또는 타인에게 끼친 손해에 대해서는 연대하여 손해배상의 책임을 진다. ④ 이사회가 고의 또는 중대한 과실로 조합 또는 타인에게 손해를 끼쳤을 때에는 그 고의 또는 중대한 과실에 관련된 이사회에 출석한 임원은 그 손해에 대하여 연대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 그 회의에서 반대 의사를 표시한 임원은 그러하지 아니하다. ☛ 조합에 대한 책임은 채무불이행책임, 타인에 대한 책임은 불법행위책임에 해당한다. ❹ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2015다6302 판결; "보험계약자와 피보험자는 손해의 방지와 경감을 위하여 노력하여야 한다(**상법 제680조 제1항 전문**). 보험계약자와 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 이러한 손해방지의무를 위반한 경우에는 보험자는 손해방지의무 위반과 상당인과관계가 있는 손해, 즉 그 의무 위반이 없다면 방지 또는 경감할 수 있으리라고 인정되는 손해액에 대하여 배상을 청구하거나 지급할 보험금과 상계하여 이를 공제한 나머지 금액만을 보험금으로 지급할 수 있으나, 경과실로 이를 위반한 경우에는 그러하지 아니하다. 그리고 이러한 법리는 재보험의 경우에도 마찬가지로 적용된다." ☛ 이러한 의무위반 효과는 상법상으로는 아무런 규정이 없으나, 해석에 의해

원으로서 '고의 또는 중과실'[1974]이 있는 경우에 한하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다[1975]는 판단은 법적 평가 또는 법령의 해석적용에 관한 사항으로서 법원이 직권으로 판단할 수 있다.[1976]

5) 손해의 발생과 범위

가) 손해의 발생과 범위의 주장증명

채무불이행으로 인한 손해배상을 청구하는 채권자는 '(채무불이행과 상당인과관계가 있는)[1977] 손해의 발생' 사실과 '손해액'을 주장·증명[1978]하여야 한다.

(1) 현실적·확정적 손해

채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립

인정되는 것이다.

1974) 공무원의 **중과실**이란 공무원에게 통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법·유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과한 경우와 같이, 거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태를 의미한다(대법원 2021. 11. 11. 선고 2018다288631 판결).

1975) 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결: "공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 할 것이지만, 공무원에게 경과실뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 해석하는 것이 헌법 제29조 제1항 본문과 단서 및 국가배상법 제2조의 입법취지에 조화되는 올바른 해석이라고 할 것이다." **[동일 취지]** 대법원 2021. 1. 28. 선고 2019다260197 판결: "공법인이 국가로부터 위탁받은 공행정사무를 집행하는 과정에서 공법인의 임직원이나 피용인이 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는, 공법인은 위탁받은 공행정사무에 관한 행정주체의 지위에서 배상책임을 부담하여야 하지만, 공법인의 임직원이나 피용인은 실질적인 의미에서 공무를 수행한 사람으로서 국가배상법 제2조에서 정한 공무원에 해당하므로 고의 또는 중과실이 있는 경우에만 배상책임을 부담하고 경과실이 있는 경우에는 배상책임을 면한다."

1976) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2007다82950, 82967 판결.

1977) ❶ 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다81315 판결: "채무불이행으로 인한 손해배상의 범위를 정함에 있어서는 채무불이행과 손해와의 사이에 자연적 또는 사실적 인과관계가 존재하는 것만으로는 부족하고 이념적 또는 법률적 인과관계, 즉 상당인과관계가 있어야 하는 것이다." ❷ 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다67323 판결: "도급인이 그가 분양한 아파트의 하자와 관련하여 구분소유자들로부터 손해배상청구를 당하여 그 하자에 대한 손해배상금 및 이에 대한 지연손해금을 지급한 경우, 그 지연손해금은 도급인이 자신의 채무의 이행을 지체함에 따라 발생한 것에 불과하므로 특별한 사정이 없는 한 수급인의 도급계약상의 채무불이행과 상당인과관계가 있는 손해라고 볼 수는 없다. 이러한 경우 도급인으로서는 구분소유자들의 손해배상청구와 상관없이 수급인을 상대로 위 하자에 대한 손해배상금(원금)의 지급을 청구하여 그 이행지체에 따른 지연손해금을 청구할 수 있을 뿐이다." ☛ 상당인과관계 부정례: 변호사 비용(2010다15363,15370), 상급병실의 추가 입원료(2010다51406) 등.

1978) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다49644 판결: "채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구에 있어서 손해의 발생 사실과 그 손해를 금전적으로 평가한 배상액에 관하여는 손해배상을 구하는 채권자가 주장·입증하여야 하는 것이므로, 채권자가 손해배상책임의 발생 원인 사실에 관하여는 주장·입증을 하였더라도 손해의 발생 사실에 관한 주장·입증을 하지 아니하였다면 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하지 아니한 손해의 발생 사실을 기초로 하여 손해액을 산정할 수는 없다." ☜ 원고가 주위적으로 손해배상 예정액의 청구와 함께 피고의 채무불이행으로 인하여 원고에게 부과된 토지초과이득세액 중 20%를 추가로 공제받지 못하는 손해가 발생하였음을 청구원인으로 하여 그 손해액의 지급을 구하고, 예비적으로 피고의 채무불이행 기간 동안 이 사건 토지를 사용·수익하지 못한 손해가 발생하였음을 청구원인으로 하여 임료 상당 손해액의 지급을 구하였을 뿐임에도, 원심이 민법 제397조에 따라 매매대금의 법정이자 상당액의 손해가 발생하였다고 보아 그 지급을 명한 것은 잘못이라고 한 예.

한다. 채권자의 손해는 '현실적·확정적 손해'여야 하고, 채권자가 제3자에 대하여 채무를 부담하게 된 경우에 그 채무액 상당의 손해배상을 구하기 위해서는 '채무의 부담'이 '현실적·확정적'이어서 실제로 변제하여야 할 성질의 것이어야 한다.[1979]

이는 불법행위로 인한 손해배상을 청구하는 경우에도 마찬가지여서, 피해자는 "불법행위와 '상당인과관계'[1980] 있는 손해가 '현실적·확정적'으로 발생[1981]한 사실" 등 손해배

1979) ❶ 대법원 2017. 6. 19. 선고 2017다215070 판결; "채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하는 것이고 … 부동산 매도인이 매매목적물인 부동산에 관하여 근저당권을 설정하였다고 하더라도, 매도인으로서는 근저당권을 소멸시킨 다음 매수인에게 부동산 소유권을 이전할 수 있고, 경우에 따라서는 매수인이 계약 해제나 이행불능 등으로 인하여 위 부동산의 소유권을 취득하지 못할 수도 있다. 따라서 위와 같은 근저당권 설정 사실만으로 곧바로 매수인에게 그 피담보채무액 상당의 손해가 발생한다고 볼 수는 없고, 거기에서 더 나아가 사회통념상 매수인이 매수한 부동산에 관한 소유권 또는 소유권이전등기청구권의 보전 등을 위하여 근저당권의 피담보채무를 변제하지 않을 수 없게 되었다는 등의 사정이 있어야 위와 같은 손해가 현실적으로 발생하였다고 볼 수 있다. … 채무불이행으로 인한 손해배상청구에서 손해 발생 사실은 채권자가 이를 증명하여야 한다." ☛ 불법행위나 채무불이행으로 피해자가 제3자에 대해 채무를 부담하게 된 경우, 상대방에게 그 채무액 상당의 배상을 구하기 위해서는, 그 채무의 부담이 현실적·확정적이어서 실제로 변제하여야 할 성질의 것임을 요한다(92다29948). ❷ 대법원 2021. 2. 25. 선고 2018다43180 판결; "개인회생절차에서 채무자의 위임에 따라 개인회생채권자목록을 작성한 법무사의 과실로 일부 채무가 누락된 상태로 개인회생채권자목록이 제출되고 그에 따라 작성된 변제계획안을 인가하는 결정이 있었다는 사정만으로 즉시 위임인인 채무자의 손해가 발생한다고 할 수는 없고, 향후 채무자가 일부 채무가 누락된 상태로 작성되어 인가된 변제계획의 수행을 완료하고 법원으로부터 면책결정을 받아 변제계획에 포함된 채무를 면책받은 때에 비로소 채무자의 손해가 현실적·확정적으로 발생한다고 할 것이다. 나아가 이때 채무자의 손해는 면책결정 이후에 해당 채권자로부터 채무의 전부 또는 일부를 면제받는 등의 특별한 사정이 없는 한 변제계획에서 누락된 채무의 액수 상당액이다."

1980) ❶ 대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다239311 판결; "제3자가 채무자에 대한 채권자의 존재 및 그 채권의 침해사실을 알면서 채무자와 적극 공모하거나 채권행사를 방해할 의도로 사회상규에 반하는 부정한 수단을 사용하는 등으로 채무자의 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 채권자로 하여금 채권의 실행과 만족을 불가능 내지 곤란하게 한 경우 채권자에 대한 불법행위를 구성할 수 있다. … 제3자의 채권침해 당시 채무자가 가지고 있던 다액의 채무로 인하여 제3자의 채권침해가 없었더라도 채권자가 채무자로부터 일정액 이상으로 채권을 회수할 가능성이 없었다고 인정될 경우에는 위 일정액을 초과하는 손해와 제3자의 채권침해로 인한 불법행위 사이에는 상당인과관계를 인정할 수 없다." ☛ 책임재산 감소 유형의 제3자 채권침해에서, 불법행위 후 채무자에 대한 파산선고가 이루어져 채무자에 대하여 파산절차에 의해서만 권리행사를 할 수 있다거나 파산관재인이 부인권을 행사할 여지가 있다는 사정은 손해배상액 산정에 영향을 미치지 못한다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2017다229338 판결). ❷ 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결; "무권리자가 위법한 방법으로 그의 명의로 소유권보존등기나 소유권이전등기를 경료한 후 그 부동산을 전전매수한 제3자의 등기부 시효취득이 인정됨으로써 소유자가 소유권을 상실하게 된 경우, 무권리자의 위법한 등기 경료행위가 없었더라면 소유자의 소유권 상실이라는 결과가 당연히 발생하지 아니하였을 것이고 또한, 이러한 소유권 상실은 위법한 등기 경료행위 당시에 통상 예측할 수 있는 것이라 할 것이므로, 무권리자의 위법한 등기 경료행위와 소유자의 소유권 상실 사이에는 상당인과관계가 있다."

1981) ❶ 대법원 2019. 8. 14. 선고 2016다217833 판결; "불법행위를 이유로 배상하여야 할 손해는 현실로 입은 확실한 손해에 한하므로, 불법행위로 인하여 피해자가 제3자에 대하여 채무를 부담하게 된 경우 채권자가 채무자에게 그 채무액 상당의 손해배상을 구하기 위해서는 채무의 부담이 현실적·확정적이어서 실제로 변제하여야 할 성질의 것이어야 하고 … 원고는 임의경매절차를 통해 … 피고 소속 등기공무원의 과실로 등기부에 … 대지지분이 … 잘못 기재되는 바람에 실제로 취득하지 못한 부족지분에 상응하는 만큼의 매매대금을 과다 지급하였지만, 이후 소외 회사에 … 대지지분이 존재하는 것을 전제로 … 매도하고 자신이 지급한 매수대금 이상의 매매대금을 수령한 이상, 최종매수인인 소외 회사가 피고의 위와 같은 불법행위로 인하여 매매대금이 초과 지급된 현실적인 손해를 입었다고 보아야 하고, 중간매도인인 원고는 소외 회사로부터 담보책임을 추궁당해 손해배상금을 지급하였거나, … 손해배상의 지급을 명하는 판결을 받는 등으로 … 현실적·확정적으로 실제 변제하여야 할 성질의 채무를 부담하는 등의 특별한 사정이 없는 한 … 부족지분의 이전을 요구받았다는 사정만으로 현실적으로 손해를 입었다고 볼 수 없다." ❷ 대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다278446 판결; "가해자

상책임의 '발생'과 '범위(손해액)'를 주장·증명[1982]하여야 한다. 불법행위로 인한 손해배상책임은 원칙적으로 '위법행위 시'에 성립하지만, 위법행위 시점과 손해 발생 시점 사이에 시간적 간격이 있는 경우에는 '현실적으로 손해가 발생한 때'에 성립하고, 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다.[1983]

가 행한 불법행위로 인하여 피해자에게 어떤 **행정처분**이 부과되고 확정되었다면 … 행정처분의 이행에 비용이 발생하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 행정처분 당시에 그 비용 상당의 손해가 현실적으로 발생한 것으로 볼 수 있다. 그러나 행정처분이 있은 이후 행정처분을 이행하기 어려운 장애사유가 있어 오랫동안 이행이 이루어지지 않았고, 해당 행정관청에서도 이러한 사정을 참작하여 그 이행을 강제하기 위한 조치를 취하지 않고 불이행된 상태를 방치하는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 … 행정처분의 이행에 따른 비용 상당의 손해가 현실적·확정적으로 발생하였다고 보기 위해서는 … 행정처분의 존재뿐만 아니라 그 행정처분의 이행가능성과 이행필요성이 인정되어야 한다. … 손해의 발생 사실은 행정처분을 받은 당사자인 피해자가 이를 증명하여야 한다." ❸ 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결의 다수의견; "토지의 소유자라 하더라도 토양오염물질을 토양에 누출·유출하거나 투기·방치함으로써 **토양오염**을 유발하였음에도 오염토양을 정화하지 않은 상태에서 그 오염토양이 포함된 토지를 거래에 제공함으로써 유통되게 하거나, 토지에 폐기물을 불법으로 매립하였음에도 이를 처리하지 않은 상태에서 그 해당 토지를 거래에 제공하는 등으로 유통되게 하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 거래의 상대방 및 위 토지를 전전 취득한 현재의 토지 소유자에 대한 위법행위로서 불법행위가 성립할 수 있다고 봄이 타당하다. … 위 토지를 매수한 현재의 토지 소유자가 오염토양 또는 폐기물이 매립되어 있는 지하까지 그 토지를 개발·사용하게 된 경우 등과 같이 자신의 토지소유권을 완전하게 행사하기 위하여 오염토양 정화비용이나 폐기물 처리비용을 지출하였거나 지출해야만 하는 상황에 이르렀다거나 구 토양환경보전법에 의하여 관할 행정관청으로부터 조치명령 등을 받음에 따라 마찬가지의 상황에 이르렀다면 위 위법행위로 인하여 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용의 지출이라는 손해의 결과가 현실적으로 발생하였다고 할 것이므로, 토양오염을 유발하거나 폐기물을 매립한 종전 토지 소유자는 그 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용 상당의 손해에 대하여 불법행위자로서 손해배상책임을 진다. … 오염토양 등에 대한 정화비용 및 처리비용 지출이라는 손해가 현실화된 것은 … 지반조사를 실시함으로써 이 사건 부지의 지하 현황을 파악한 이후이므로, 그때부터 기산하여도 이 사건 소제기일 … 당시 10년이 경과하지 아니하였음은 분명하다."(**반대의견**은, '상당인과관계'를 부정하여 '자신과 직접적인 거래관계가 없는 토지의 전전 매수인에게 불법행위책임을 부담한다고 볼 수는 없다.'고 하였다) ☛ 인접한 타인 소유 토지에 토양오염을 유발하고 폐기물을 매립한 경우에도 마찬가지로, 그 토지의 매수인에게 불법행위자로서 정화비용·처리비용 상당의 손해를 배상할 책임을 진다(대법원 2021. 3. 11. 선고 2017다179, 186 판결).

1982) ❶ 대법원 2021. 7. 29. 선고 2015다221668 판결; "일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구 사건에서 손해의 발생 및 가해행위와 손해의 발생 사이의 인과관계에 대한 증명책임은 청구자인 피해자가 부담한다." ☛ 가해자 측이 피해자 주장의 후유장해가 기왕증에 의한 것이라고 다투는 경우, 가해자 측의 그 주장은 소송법상의 인과관계의 부인이고 따라서 피해자가 적극적으로 그 인과관계의 존재 즉, 당해 사고와 상해 사이에 인과관계가 있다거나 소극적으로 기왕증에 의한 후유장해가 없었음을 입증하여야 한다(2001다80778). ❷ 대법원 2021. 11. 11. 선고 2018다204022 판결; "공익사업의 시행자가 사전보상을 하지 않은 채 공사에 착수함으로써 토지소유자와 관계인이 손해를 입은 경우, 토지소유자와 관계인이 입은 손해는 손실보상청구권이 침해된 데에 따른 손해이므로, 사업시행자가 배상해야 할 손해액은 원칙적으로 손실보상금이다. 다만 그 과정에서 토지소유자와 관계인에게 손실보상금에 해당하는 손해 외에 별도의 손해가 발생하였다면, 사업시행자는 그 손해를 배상할 책임이 있으나, 이와 같은 손해배상책임의 발생과 범위는 이를 주장하는 사람에게 증명책임이 있다." ❸ 2000다53038; "**집행법원의 과실**로 채권가압류결정정본이 제3채무자에게 송달되지 아니하여 가압류의 효력이 생기지 아니하였다고 하더라도, 그 사실을 안 가압류채권자로서는 피보전채권으로 채무자의 다른 재산에 대하여 강제집행을 함으로써 채권의 만족을 얻을 수 있는 것이므로, 집행법원의 위와 같은 잘못으로 말미암아 채무자에 대한 채권추심이 곤란해졌다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가압류채권자로서는 채권가압류결정정본이 제3채무자에게 송달되지 아니하였다는 사유만으로는 가압류의 효력이 생기지 아니한 채권액 상당의 손해가 현실적으로 발생하였다고 할 수 없고, 그러한 손해가 현실적으로 발생하였다는 점에 대하여는 피해자인 원고가 이를 증명하여야 한다."

1983) 대법원 2023. 11. 30. 선고 2019다224238 판결(나아가, "집합투자업자가 집합투자재산을 운용하는 과정에서 선관주의의무를 위반하여 투자자에게 손해가 발생한 경우, 그 손해액은 투자원금에서 그 투자로 취득한 수익증

(2) 금전채무불이행에 대한 특칙; 지연손해금률

(가) 민법 제397조

금전채무불이행에 대한 특칙(민법 제397조)으로, 금전채무불이행의 손해배상액[1984]은 법정이율[1985]에 의하지만, 법령의 제한에 위반하지 아니한 약정이율이 있으면 그 이율에 의하는데(제1항),[1986] 채권자는 손해의 증명을 요하지 아니하고[1987] 채무자는 과실 없음을 항변하지 못한다(제2항).

지연손해금률에 관하여 별도의 약정이 있으면 설사 그것이 법정이율보다 낮다 하더라도 그에 따라야 하지만, 약정이율에 의한 지연손해금의 경우 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 약정이율에 의하지 아니하고 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다.[1988] '약정이율'에 따른 '이자'의 지급을 구하는 경우, 변제기 이후의 기간에 대해서는 약정이율에 따른 '지연손해금'을 구하는 것으로 보아야 하고, 약정이율이 인정되지 않는다면 '법정이율'에 의한 지연손해금을 구하는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 있다.[1989]

권에 기하여 회수하였거나 회수할 수 있는 금전의 총액을 뺀 금액(이하 '미회수금'이라 한다) 중 해당 선관주의의무 위반행위와 상당인과관계가 있는 부분이다. 여기서 회수할 수 있는 금액은 만기일 또는 중도환매일을 기준으로 수익증권의 잔존가치를 확정할 수 없을 때에는 만기일 또는 중도환매일 이후로써 수익증권의 잔존가치 산정이 가능한 때에 확정되고 그에 따라 미회수금도 확정되므로, 미회수금 중 선관주의의무 위반으로 인하여 투자자가 입은 손해도 그때 현실적으로 발생하였다고 볼 수 있다."라고 판시).

1984) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다268760 판결; "금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 부담하게 된다. 한편 원금채권과 금전채무불이행의 경우에 발생하는 지연손해금채권은 별개의 소송물이다. 따라서 판결이 확정된 채권자가 시효중단을 위한 신소를 제기하면서 확정판결에 따른 원금과 함께 원금에 대한 확정 지연손해금 및 이에 대한 지연손해금을 청구하는 경우, 확정 지연손해금에 대한 지연손해금채권은 채권자가 신소로써 확정 지연손해금을 청구함에 따라 비로소 발생하는 채권으로서 전소의 소송물인 원금채권이나 확정 지연손해금채권과는 별개의 소송물이므로, 채무자는 확정 지연손해금에 대하여도 이행청구를 받은 다음 날부터 지연손해금을 별도로 지급하여야 하되 그 이율은 신소에 적용되는 법률이 정한 이율을 적용하여야 한다." ☜ 원금에 대하여는 전소 확정판결에서 인용한 구 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 연 20%, 확정 지연손해금에 대하여는 신법 소정의 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 명한 예.

1985) **민법 제379조(법정이율)** 이자있는 채권의 이율은 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 연 5분으로 한다. **상법 제54조(상사법정이율)** 상행위로 인한 채무의 법정이율은 연 6분으로 한다.

1986) 신탁법상 수탁자의 '신탁재산 원상회복 의무'로서 금전채무의 이행을 명하는 판결을 선고할 경우에는 그 의무의 성질상 민법 등의 법정이율에 따른 지연손해금의 지급을 명할 수 없다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2017다269442 판결).

1987) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다49644 판결; "금전채무 불이행에 관한 특칙을 규정한 민법 제397조는 그 이행지체가 있으면 지연이자 부분만큼의 손해가 있는 것으로 의제하려는 데에 그 취지가 있는 것이므로 지연이자를 청구하는 채권자는 그 만큼의 손해가 있었다는 것을 증명할 필요가 없는 것이나, … 채권자가 금전채무의 불이행을 원인으로 손해배상을 구할 때에 지연이자 상당의 손해가 발생하였다는 취지의 주장은 하여야 하는 것이지 주장조차 하지 아니하여 그 손해를 청구하고 있다고 볼 수 없는 경우까지 지연이자 부분만큼의 손해를 인용해 줄 수는 없는 것이다."

1988) 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다50509 판결. 상세한 내용은, 부록 '지연손해금청구-지연손해금률' 부분 참조.

1989) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2017다22407 판결; "당사자 일방이 금전소비대차가 있음을 주장하면서 약정이율에 따른 이자의 지급을 구하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 대여금채권의 변제기 이후의 기간에 대해서는

(나) 상사법정이율, 근로기준법 등 특별법상 지연손해금률

'상사법정이율'에 관하여는, '상법-상행위-상사법정이율' 부분 참조.

근로계약은 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위에 해당하므로 근로자에 대한 임금, 퇴직금 등 채무의 지연손해금은 상사법정이율에 의함이 원칙이나, 근로자의 '사망' 또는 '퇴직'[1990]에 따른 '임금', '퇴직금'[1991]의 지급을 지체하는 경우에는, 그 존부를 법원이나 노동위원회에서 다투는 것이 적절하다고 인정되는 경우 등의 적용제외 사유가 없는 한, 근로기준법에서 정한 연 20%의 지연손해금률이 적용된다(근로기준법 제37조, 제36조, 시행령 제17조, 제18조).[1992]

약정이율에 따른 지연손해금을 구하는 것으로 보아야 하고, 여기에는 약정이율이 인정되지 않는다고 하더라도 법정이율에 의한 지연손해금을 구하는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 있다. 이는 채무자가 금전소비대차계약 공정증서의 집행력을 배제하기 위하여 제기한 청구이의의 소에서 채권자가 금전대여와 함께 약정이율에 따른 지연손해금을 주장한 경우에도 마찬가지이다."

1990) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2014다28305 판결: "이 사건 해고는 **부당해고**이므로 피고는 원고에게 복직 시까지의 임금 및 미지급 임금에 대하여 근로기준법 제36조 본문에 따라 연 20%의 지연손해금을 지급하여야 한다는 주장에 대하여, 근로기준법 제36조 본문은 '사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급 사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 한다'고 규정하고 있는바, 여기서 '그 지급 사유가 발생한 때'라 함은 사망 또는 퇴직의 효력이 발생한 때를 의미하므로 이 사건 해고가 무효로 되어 원고가 복직한 이상 위와 같은 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 부당해고 기간 중의 미지급 임금은 상행위로 생긴 것이므로 그 변형으로 인정되는 지연손해금채무, 즉 채무불이행으로 인한 손해배상채무도 상사채무라 할 것이어서 원고의 이 부분 주장은 상법이 정한 연 6%의 범위 내에서만 이유 있다고 판단하였다. … 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고"

1991) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다280781 판결: "**명예퇴직수당**은 지급대상, 지급요건과 **산정** 방법 등이 다양하여 그 성격을 한 가지로 규정할 수 없다. 명예퇴직수당이 장기근속자의 정년 이전 조기 퇴직을 유도하기 위해 퇴직일부터 정년까지 기간이 길수록 많은 금액이 지급되는 내용인 경우, 이는 후불임금이라기보다는 조기 퇴직에 대한 사례금 또는 장려금이라는 성격이 강하고 「근로자퇴직급여 보장법」이 정한 퇴직급여 제도와도 그 성질이 다르다. 이와 같이 명예퇴직수당이 후불임금이나 퇴직급여에 해당하지 않는 경우 그에 대한 지연손해금을 계산할 때에는 근로기준법 제37조 제1항과 근로기준법 시행령 제17조가 적용되지 않는다."

1992) 대법원 2019. 10. 18. 선고 2018다239110 판결: "**근로기준법 제37조** 제1항, 제2항, 근로기준법 시행령 제17조, 제18조 제3호의 각 규정에 의하면, 사용자는 임금 및 퇴직금의 전부 또는 일부를 그 지급사유가 발생한 날부터 14일 이내에 지급하지 아니한 경우 그 다음 날부터 지급하는 날까지의 지연일수에 대하여 **연 100분의 20**의 이율에 따른 **지연이자**를 지급하여야 하는 것이 원칙이지만, 그 지급이 지연되고 있는 임금 및 퇴직금의 전부 또는 일부의 존부를 법원이나 노동위원회에서 다투는 것이 적절하다고 인정되는 경우에는 그 사유가 존속하는 기간에 대하여는 위와 같은 이율에 따른 지연이자를 지급할 필요가 없다. … 원심에서 피고의 주장이 일부 받아들여져 원고들의 청구금액 중 일부만이 인용된 이상, 피고로서는 원고들의 퇴직일부터 14일이 경과한 다음 날 이후로서 원고들이 구하는 날부터 원심판결 선고일인 2018. 5. 11.까지는 미지급 임금 등의 존부를 다투는 것이 적절하였다고 봄이 타당하다. 따라서 위 기간에 대하여는 근로기준법에서 정한 연 20%의 이율을 적용하는 것은 부당하고, 피고가 원고들과 체결한 근로계약은 보조적 상행위에 해당하므로 상법에서 정한 연 6%의 이율을 적용하여야 할 것이다." **[구체적 예]** ❶ 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018다292418 판결: 원심이, 원고들이 피고 외의 다른 근무처에서 얻은 소득이 같은 기간 피고로부터 얻은 소득과 비교하여 50% 이상의 비중을 차지하는 기간에는 피고의 근로자로 볼 수 없으나, 최종 산정한 퇴직금의 액수는 평균임금 산정기간의 변동으로 인해 제1심 인용금액보다 더 많게 되고, 다만 피고만이 항소하여 불이익변경금지의 원칙상 제1심과 동일한 금액을 인용한다고 하면서, 퇴직금 산정의 기초가 되는 근로자성 인정기간이 제1심보다 단축된 사정에 비추어, 피고는 원심판결 선고일까지는 퇴직금의 지급의무 및 범위에 대하여 다투는 것이 적절하다고 인정한 데 대하여, 근로자성 인정기간에 대한 원심판단에 잘못이 있으나, 그에 대한 피고의 주장이 원심에서 일부 받아들여진 이상 근로기준법상 지연이율 적용에 관한 잘못이 없다고 한 예. ❷ 대법원 2017. 7. 11. 선고 2015다54219 판결: 미지급 퇴직금과 미지급 최저임금 미달액 및 그 각 지연손해금 지급 청구에 대해, 제1심은

'하도급거래 공정화에 관한 법률'이 적용되는 하도급거래에서 발생한 하도급대금의 지급이 지체된 경우에는, 공정거래위원회 고시이율에 의하고, 그 한도에서 민법 또는 상법 등의 법정이율은 적용되지 아니한다.[1993] [1994]

(다) 소송촉진등에 관한 특례법상 지연손해금률

이에 관하여는, 부록 '지연손해금청구-지연손해금률-소송촉진등에 관한 특례법 소정의 법정이율' 부분 참조.

(3) 이행기한과 지체책임

이에 관하여는 '민법총칙-조건과 기한' 부분 참조.

전부 인용하였으나, 항소심은 미지급 퇴직금 청구에 대하여는 항소를 기각하고, 미지급 최저임금 미달액 청구에 대하여는 소멸시효 항변을 받아들여 일부만 인용한 사안에서, 미지급 퇴직금에 대하여 퇴직일부터 14일이 지난 다음 날부터 근로기준법에서 정한 지연이율을 적용하여야 하지만, 미지급 최저임금 미달액 부분에 대하여는 항소심판결 선고일까지는 미지급 임금의 존부를 다투는 것이 적절하였다고 보이므로, 그 기간에 대하여는 근로기준법에서 정한 지연이율을 적용할 수 없다고 한 사례. ❸ 대법원 2023. 11. 16. 선고 2018다283049 판결; 피고 은행의 단체협약 등에서 '사망으로 인한 퇴직자의 퇴직금은 근로기준법에서 정한 범위와 순위에 따라 유족에게 지급한다.'고 정하고 있었던 사안에서, 사망퇴직금 청구권이 유족의 고유재산이더라도 근로자퇴직급여 보장법에 따른 퇴직금으로서의 성질을 상실하는 것은 아니므로, 원심 인용액에 대하여 그 선고일 다음 날부터 연 20%의 지연손해금 이율을 적용한 것에 잘못이 없다고 한 예.

1993) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두16561 판결; "하도급법이 적용되는 하도급거래에서 발생한 하도급대금의 지급이 지체된 경우에 수급사업자가 원사업자를 상대로 청구할 수 있는 지연손해금에 대하여는 이에 관하여 규정하는 하도급법 제13조 제8항 소정의 다른 요건이 충족되는 한 위 법조항에 따라 공정거래위원회가 정하여 고시한 이율(이하 '고시이율'이라고 한다)에 의할 것이고, 그 한도에서 민법 또는 상법상의 법정이율이나 그에 관한 보다 일반적인 특례인 '소송촉진 등에 관한 특례법' 제3조 제1항에서 정한 이율(이하 합하여 '법정이율'이라고 한다)은 적용되지 아니한다고 할 것이다. 그리하여 수급사업자는 애초 이와 같이 위 하도급법의 규정에 좇아 하도급대금에 관하여 고시이율에 좇은 지연손해금의 지급을 청구할 실체법상의 권리를 가지는 것이다. 따라서 그가 고시이율과 법정이율의 차이에 상응한 부분의 지연손해금을 포기하여 그 권리를 상실하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 아니하는 한, 피고의 시정명령 이후에 수급사업자의 원사업자에 대한 하도급대금 지급청구소송에서 법정이율에 의한 지연손해금의 지급을 명하는 확정판결이 있었다고 하더라도 이는 수급사업자의 실체적법 권리 그 자체에 영향이 있는 것은 아니므로 그러한 사정만으로 피고의 시정명령 중 고시이율에 의한 지연손해금의 지급을 명하는 부분이 위법하게 된다고 할 수 없다." ☞ 이는 수급사업자의 원사업자에 대한 하도급대금 청구소송에서 법정이율에 의한 지연손해금의 지급을 명하는 판결이 확정된 후에 공정거래위원회가 시정명령을 하는 경우에도 마찬가지이다(2013두35013). 발주자가 원사업자의 파산 등으로 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급하는 경우에는 위 규정이 적용되지 않는다(2004다64050).

1994) 그 밖의 특별규정의 예로서, 방문판매자나 전화권유판매자는 청약의 철회 및 계약의 해제로 재화 등을 반환받은 날부터 3영업일 이내에 이미 지급받은 재화 등의 대금을 환급하여야 하는데, 이 경우 방문판매자 등이 소비자에게 재화 등의 대금의 환급을 지연하면 연 15%의 지연배상금을 지급하여야 하고(방문판매 등에 관한 법률 제9조 ②, 영 제13조), 소비자가 청약을 철회한 경우 할부거래업자는 재화 반환일부터 3영업일, 용역 제공의 경우에는 청약 철회 서면 수령일로부터 3영업일 이내에 이미 지급받은 계약금 및 할부금을 환급하여야 하는데, 이 경우 할부거래업자가 소비자에게 재화 등의 계약금 및 할부금의 환급을 지연한 때에는 그 지연기간에 따라 「이자제한법」에서 정한 이자의 최고한도의 범위에서 대통령령으로 정한 연 15%의 지연배상금을 함께 환급하여야 하며(할부거래에 관한 법률 제10조 제2항, 시행령 제7조), 할부거래업자 또는 신용제공자가 할부금 지급의무를 이행하지 아니한 것을 이유로 소비자에게 청구하는 지연손해금, 할부거래업자가 할부계약을 해제한 경우에 소비자에게 청구하는 지연손해금도 「이자제한법」에서 정한 이자의 최고한도의 범위에서 제한되어 있다(할부거래에 관한 법률 제12조 ①~③, 영 제9조).

(4) 배상액 산정의 기준시점

이행지체, 이행불능, 이행거절로 인한 '전보배상액 산정의 기준시점'은, 본래의 의무이행을 최고하였던 상당한 기간이 경과한 당시, 이행불능 당시, 채무자의 이행거절 당시이다.[1995]

채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상채권은 특별한 사정(외국통화로 지급하기로 하는 약정)이 없는 한 '외화채권'[1996]이라고 할 수 없으므로, 외화로 표시된 대금 상당의 손해배상금을 우리나라 통화로 지급할 것을 명하는 경우 채무불이행 시 또는 손해 발생 시, 불법행위 시의 기준환율을 적용하여 환산한다.[1997]

1995) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다37721 판결: "이행지체에 의한 전보배상에 있어서의 손해액 산정은 본래의 의무이행을 최고하였던 상당한 기간이 경과한 당시의 시가를 표준으로 하고, 이행불능으로 인한 전보배상액은 이행불능 당시의 시가 상당액을 표준으로 해야 할 것인바, 채무자의 이행거절로 인한 채무불이행에서의 손해액 산정은 채무자가 이행거절의 의사를 명백히 표시하여 최고 없이 계약의 해제나 손해배상을 청구할 수 있는 경우에는 이행거절 당시의 급부목적물의 시가를 표준으로 해야 할 것" ☞ 매도인의 매매목적물에 관한 소유권이전등기 의무가 이행불능 됨으로 말미암아 매수인이 입는 손해액은 원칙적으로 그 이행불능이 될 당시의 목적물의 시가 상당액이고, 그 이후 목적물의 가격이 등귀하였다 하여도 그로 인한 손해는 특별한 사정으로 인한 것이어서 매도인이 이행불능 당시 그와 같은 특수한 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 그 등귀한 가격에 의한 손해배상을 청구할 수 있으며, 그 배상금의 지급이 지체되고 있다고 하여도 그 배상금에 대한 법정이자 상당의 지연손해금을 청구하는 외에 사실심 변론종결 시의 시가에 의한 손해배상을 청구할 수 있게 되는 것은 아니다(94다61359, 61366).

1996) ◎ **외화채권의 환산시기**
채권액이 외국통화로 지정된 금전채권인 외화채권을 채무자가 우리나라 통화로 변제함에 있어서는 민법 제378조가 그 환산시기에 관하여 외화채권에 관한 제376조, 제377조 제2항의 "변제기"라는 표현과는 다르게 "지급할 때"라고 규정한 취지에서 새겨볼 때, 그 환산시기는 이행기가 아니라 현실로 이행하는 때, 즉 현실이행 시의 외국환시세에 의하여 환산한 우리나라 통화로 변제하여야 한다고 풀이함이 상당하다(대법원 1991. 3. 12. 선고 90다2147 전원합의체 판결). 따라서 외화채권을 채권자가 대용급부의 권리를 행사하여 우리나라 통화로 환산하여 청구하는 경우 법원이 채무자에게 그 이행을 명할 때는 채무자가 현실로 이행할 때에 가장 가까운 사실심 변론종결 당시의 외국환시세를 우리나라 통화로 환산하는 기준 시로 삼아야 한다(대법원 2019. 6. 13. 선고 2018다258562 판결). 제1심 이행판결에 대하여 채무자만이 불복·항소한 경우, 항소이유로 삼거나 심리 과정에서 내세운 주장이 이유 없다고 하더라도 법원으로서는 항소심 변론종결 당시의 외국환시세를 기준으로 채권액을 다시 환산해 본 후 불이익변경금지 원칙에 반하지 않는 한 채무자의 항소를 일부 인용할 수 있다(2006다72765). 경매절차에서 외화채권자에게 배당함에 있어서는 배당기일 당시(2010다103642), 우리나라 통화를 외화채권에 변제충당할 때는 현실로 변제충당할 당시를 각 환산시기로 삼아야 한다(99다56512). 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다55397 판결은 의료과오로 인한 일실수입 손해배상채권이 외화채권에 해당함을 전제로 판시하였는데 그 타당성에 의문이 있다.

1997) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다26455, 26462 판결: "채무불이행으로 인한 손해배상을 규정하고 있는 민법 제394조는 다른 의사표시가 없는 한 금전으로 배상하여야 한다고 규정하고 있는바, 위 법조 소정의 금전이라 함은 우리나라의 통화를 가리키는 것이어서 채무불이행으로 인한 손해배상을 구하는 채권은 당사자가 외국통화로 지급하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권액이 외국통화로 지정된 외화채권이라고 할 수 없다는 것이 대법원의 확립된 판례이다. 원심이 … 수출대금 상당의 손해배상금을 우리나라 통화로 지급할 것을 명하면서 그 손해배상액을 산정함에 있어서 손해발생일 당시 미화 1달러의 매매기준환율을 적용하여 계산한 것은 위 법리에 따른 것으로 정당하고" ☞ 불법행위로 인한 손해배상의 범위는 원칙적으로 **불법행위 시**를 기준으로 산정하여야 하므로, 외화로 표시된 물품대금 상당의 손해배상금을 우리나라 통화로 지급할 것을 명하는 경우 외화채권의 경우처럼 사실심 변론종결 당시를 기준으로 하는 것이 아니라 불법행위 시의 외국환시세에 의하여 우리나라 통화로 환산하여야 한다(2017다213760). 기준환율에 의하여 환산해야 하고 대고객 전신환매도율에 의하거나 대고객 전신환매입율에 의하여 환산할 것은 아니다(94다61120).

(5) 손해액의 심리·판단 방법

손해배상책임이 인정되는 경우 법원은 손해액에 관한 당사자의 주장과 증명이 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 증명을 촉구하여야 하고, 경우에 따라서는 직권으로 손해액을 심리·판단하여야 하며, 재산적 손해의 발생사실이 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우,[1998] 관련된 모든 간접사실들[1999]을 종합하여 적당하다고 인정되는 금액을 손해의 액수로 정할 수 있다.[2000]

종래의 판례를 반영한 민사소송법 제202조의2[2001]는 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상뿐만 아니라 특별법에 따른 손해배상에도 적용되는 일반적 성격의 규정이다.[2002] [2003]

1998) 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우에 해당하지 않아 간접사실을 종합하여 적당하다고 인정되는 금액을 손해액으로 정할 수 있는 경우가 아니더라도, 법원이 손해배상의 범위를 산정함에 있어 어쩔 수 없이 추정치를 사용하게 되는 경우가 있으나 그때에도 추정치는 사회평균인의 일반적인 관점에서 현실과 크게 동떨어진 전제 하에 도출된 것이거나 통계적·확률적인 관점에서 볼 때 합리적인 범위를 넘어서는 것이어서는 안 된다(대법원 2021. 10. 14. 선고 2020다277306 판결; 원심의 추정치가 잘못이라고 판단한 예).

1999) 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 채무불이행이나 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반 정황 등.

2000) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다301336 판결(甲이 乙 회사와 건물 리노베이션과 증축에 관한 설계 및 감리계약을 체결하였다가 해지한 후 乙 회사와 건축사인 丙을 상대로 설계도면의 하자를 이유로 손해배상을 구한 사안).

2001) **민사소송법 제202조의2(손해배상 액수의 산정)** 손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다.[2016. 3. 29. 신설, 2016. 9. 30. 시행] ☛ 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제11조(손해액의 인정) 제3조제1항을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 사실은 인정되나 그 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

2002) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다301336 판결.

2003) ◎ **구체적 사례**: ❶ 피고의 허위·과장 광고로 인하여 수분양자인 원고에게 발생한 손해는 아파트 인근에 근린공원이 있을 경우의 아파트 시가와 그 일부에 군부대가 주둔하고 있고 공원시설이 설치되어 있지 않은 상태대로의 아파트 시가의 차액이라고 할 것인데, 그 구체적인 손해의 액수를 입증하는 것이 상당히 곤란하므로 제반 사정을 고려하여 그 수액을 결정하여야 한다고 전제한 다음, 원고의 손해는 아파트 분양대금의 3%로 봄이 상당하다고 판단한 예(2013다22553). ❷ 피고 조합이 분양 상가에 관하여 소유권이전등기절차의 이행을 이행기로부터 약 8년 이상 지연함으로써 수분양자인 원고가 그 재산권을 완전히 행사하지 못함에 따라 발생한 구체적 재산상 손해액을 객관적인 자료를 토대로 하여 계산하는 것이 어려울 경우에는, 제반 경위를 참작하여 정할 수 있다고 한 사례(2006다25745). ❸ 피고 시 소속 공무원의 행정대집행 절차위반이나 피고 회사의 원고 소유 조각품 이전작업상의 과실로 일부 조각품이 파손되는 재산적 손해에 대하여 구체적인 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우에 해당한다 하여, 제반 사정을 참작해 손해배상액을 2억 원으로 산정한 사례(2004다60447). ❶ 피고 예금보험공사 소속 부실금융기관 관리인인 소외인이 업무상 주의의무 위반으로 부실채권을 정상채권으로 판단함으로 인해 계약이전을 받은 원고 금융기관이 입은 손해 에 대하여 제반 사정을 참작하여 50억 원으로 산정한 사례(2004다48508). ❺ 해외 구단으로 이적하면서 이적료를 분배받은 피고가 당초의 약정에 위배하여 귀국 시 다른 구단에 입단하였음을 이유로 프로축구단 운영주인 원고가 피고를 상대로 이적료의 반환을 구한 사안에서, 피고의 원고 운영 구단으로의 복귀 대가에 해당하는 부분을 재산적 손해로 인정하되 그 구체적인 손해액의 입증이 곤란하므로 제반 경위를 참작하여 손해액을 3억 원으로 산정한 사례(2002다6951,6968), ❻ 피고가 원고의 영업비밀 등을 부정취득함으로 인해 상실된 원고의 기업가치 또는 영업이득에 해당하는 손해의 구체적인 액수를 증명하는 것이 곤란한 사안에서 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 손해액을 3억 원으로 정한 예(2014다27425).

법관에게 손해액 산정에 관한 자유재량을 부여한 것은 아니므로, 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 하고, 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액을 산정해야 한다.[2004]

발생한 재산상 손해의 확정이 가능한 경우에 위자료의 명목 아래 재산상 손해의 전보를 꾀하는 일은 허용될 수 없고,[2005] 재산상 손해의 발생에 대한 증명이 부족한 경우에는 더욱 그러하다.[2006]

장래 이익은 과거 사실보다 증명도를 경감하여 상당한 개연성이 있는 이익의 증명으로써 충분하다.[2007]

(6) 통상손해와 특별손해

채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상은 '통상의 손해'를 그 한도로 하고, '특별한 사정으로 인한 손해'는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다(민법 제393조, 제763조). '통상손해'는 특별한 사정이 없는 한 그 종류의 채무불이행이 있으면 사회일반의 거래관념 또는 사회일반의 경험칙에 비추어 통상 발생

2004) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다40505 판결: "이러한 법리는 자유심증주의 아래에서 손해의 발생사실은 입증되었으나 사안의 성질상 손해액에 대한 입증이 곤란한 경우 증명도·심증도를 경감함으로써 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하고자 함에 그 취지가 있는 것이지 법관에게 손해액의 산정에 관한 자유재량을 부여한 것은 아니므로, 법원이 위와 같은 방법으로 구체적 손해액을 판단함에 있어서는, 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 하고, 그와 같이 탐색해 낸 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액을 산정해야 한다." ☛ 원심이, 추상적 간접사실들만을 나열한 다음, 1심 감정촉탁 결과의 감정평가액인 2,050억여 원을 손해액으로 주장하고 있는 원고 건설회사들의 재건축시공 이행이익 상당 손해액이 50억 원이라고 단정한 것은, 손해액 산정 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다하여 합리적이고 객관적인 손해액을 산정한 것이라고 보기 어렵다고 한 예로는 2020다246999,247008 참조.

2005) 대법원 1984. 11. 13. 선고 84다카722 판결: "법원은 위자료액을 산정함에 있어서 피해자 측과 가해자 측의 제반사정을 참작하여 그 금액을 정하여야 하므로 피해자가 가해자로부터 당해사고로 입은 재산상 손해에 대하여 배상을 받을 수 있는지의 여부 및 그 배상액의 다과 등과 같은 사유도 위자료액 사정의 참작사유가 되는 것은 물론이며, 특히 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 입증곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수 있다고 할 것이다. 그런데 이러한 **위자료의 보완적 기능**은 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 손해액의 확정이 불가능하여 그 손해전보를 받을 수 없게 됨으로써 피해회복이 충분히 이루어지지 않는 경우에 이를 참작하여 위자료액을 증액함으로써 손해전보의 불균형을 어느 정도 보완하고자 하는 것이므로, 함부로 그 보완적 기능을 확장하여 그 재산상 손해액의 확정이 가능함에도 불구하고 편의한 방법으로 위자료의 명목아래 사실상 재산상 손해의 전보를 꾀하는 것과 같은 일은 허용되어서는 안 될 것이다."

2006) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2011다108057 판결. 한편, 위자료에 의한 재산상 손해 전보의 보완을 긍정한 예로는 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다229536 판결(원고들(보험계약자)이 피고(보험회사)의 설명의무 위반에 따른 착오를 이유로 보험계약을 취소한 사안에서, 원심이, '피고의 설명의무 위반으로 인하여 원고들이 입은 재산상 손해액은 이러한 위법행위가 없었을 경우에 이들에게 존재하였을 재산상태와 위법행위가 가해진 재산상태의 차이라고 할 것인데, 앞부분의 가액을 객관적으로 산정할 만한 방법이 없어 재산상 손해액의 산정이 불가능함을 이유로 그러한 사정을 정신적 손해의 산정에 참작하여 배상할 손해액을 산정'한 것은 정당하다고 한 예) 참조.

2007) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다37892 판결: "장래 얻을 수 있었을 이익에 관한 입증에 있어서는 그 증명도를 과거사실에 대한 입증에 있어서의 증명도보다 경감하여 채권자가 현실적으로 얻을 수 있을 구체적이고 확실한 이익의 증명이 아니라 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위 내에서의 상당한 개연성이 있는 이익의 증명으로써 충분하다고 보아야 할 것이다."

하는 것으로 생각되는 범위의 손해를 말하고, '특별한 사정으로 인한 손해'는 당사자들의 개별적, 구체적 사정에 따른 손해를 말한다.[2008] '채무자가 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었다는 점'에 대한 증명책임도 채권자에게 있다.[2009] 채무자가 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었는지 여부를 가리는 시기는 계약 체결 당시가 아니라 '채무의 이행기'(이행불능의 경우 책임 원인 발생 시)까지를 기준으로 판단하여야 한다.[2010]

불법행위(채무불이행의 경우도 동일하다[2011])로 인한 재산상 통상손해는 위법한 가해행위로

2008) ❶ 대법원 2019. 4. 3. 선고 2018다286550 판결; "여행자가 해외 여행계약에 따라 여행하는 도중 여행업자의 고의 또는 과실로 상해를 입은 경우 … 현지에서 당초 예정한 여행기간 내에 치료를 완료하기 어렵거나, 계속적, 전문적 치료가 요구되어 사회통념상 여행자가 국내로 귀환할 필요성이 있었다고 인정된다면, 이로 인하여 발생하는 귀환운송비 등 추가적인 비용은 여행업자의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 통상손해의 범위에 포함되고, 이 손해가 특별한 사정으로 인한 손해라고 하더라도 예견가능성이 있었다고 보아야 한다." ❷ 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다24842 판결; "상가건물과 지하철역 사이의 연결통로 개설의무가 이행불능된 경우, 수분양자에게는 그 교환가치의 하락 등의 재산상 손해가 발생하였으며, 주위 부동산들의 거래상황 등에 비추어 볼 때 상가건물과 지하철역 사이의 연결통로가 개설되지 않음으로써 교환가치의 하락 등의 손해를 입었을 개연성이 인정된다면, 연결통로 개설의무 이행불능으로 인한 통상손해가 발생한 것이고, 이 손해가 특별한 사정으로 인한 손해라고 하더라도 예견가능성이 있다." ❸ 대법원 2008. 12. 24. 선고 2006다25745 판결; "소유권이전등기절차의 이행이 장기간 지연된 경우, 수분양자에게는 그 재산권을 완전히 행사하지 못하는 손해가 발생하였다고 할 것이고, 주위 부동산들의 거래상황 등에 비추어 볼 때 등기절차가 이행되지 않음으로써 수분양자 등이 활용기회의 상실 등의 손해를 입었을 개연성이 인정된다면, 등기절차 지연으로 인한 통상손해가 발생하였다고 할 것이며, 이 손해가 특별한 사정으로 인한 손해라고 하더라도 예견가능성이 있다고 할 것이다." ☛ 이는, 분양된 아파트에 관하여 전유부분에 대한 소유권이전등기절차만을 이행하고 그에 관한 대지권이전등기의 이행을 장기간 지연한 경우에도 마찬가지이다(대법원 2021. 5. 27. 선고 2017다230963 판결). ❹ 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다66904 판결; 도급인의 채무불이행으로 공사 착공이 지연된 기간 동안 공사현장을 유지·관리하는데 필요한 비용을 넘어 물가상승으로 인한 전체 공사비 증가분 손해는 특별손해에 해당하고, 그 손해가 발생하리라는 사정을 알았거나 알 수 있었다고 보기 어렵다고 한 사례. ❺ 대법원 2015. 12. 24. 선고 2014다49241 판결; 펀드 투자금을 다른 금융상품에 투자한 경우 펀드 투자일부터 그 청산일까지 얻을 수 있었을 원고의 평균 운용자산수익률 또는 정기예금금리 상당의 일실이익은 특별손해에 해당한다고 한 예. ❻ 원고가 피고 회사로부터 신축건물 점포를 분양받으면서 분양계약에 '피고 회사는 건물 4층의 2개 이상 점포를 병원 용도로 임대·분양하고 이를 이행하지 않으면 원고의 요청에 따라 계약을 해지하고 준공 후 1년 내에 납입금액 전부를 반환한다.'는 내용의 특약을 포함시켰는데, 그 후 4층에 병원 입점이 이루어지지 않자, 원고가 채무불이행을 이유로 손해배상을 구한 사안에서, 피고가 병원입점의무를 이행하더라도 그러한 상태를 계속적으로 보장할 의무까지 진다고 보기는 어렵고 원고는 4층에 병원 입점이 되었을 때 가치 상승분을 반영한 분양대금을 지급하였다고 보이지도 않음에도, 병원이 입점하였을 경우 점포 시가와 현재 상태의 점포 시가 차액 상당을 병원입점의무 불이행에 따른 통상손해라고 본 것은 잘못이라고 한 사례(2019다278341).

2009) 대법원 2006. 4. 13. 선고 2005다75897 판결; "매수인의 잔금지급 지체로 인하여 계약을 해제하지 아니한 매도인이 지체된 기간 동안 입은 손해 중 그 미지급 잔금에 대한 법정이율에 따른 이자 상당의 금액은 통상손해라고 할 것이지만, 그 사이에 매매대상 토지의 개별공시지가가 급등하여 매도인의 양도소득세 부담이 늘었다고 하더라도 그 손해는 사회일반의 관념상 매매계약에서의 잔금지급의 이행지체의 경우 통상 발생하는 것으로 생각되는 범위의 통상손해라고 할 수는 없고, 이는 특별한 사정에 의하여 발생한 손해에 해당한다 … 피고가 개별공시지가의 급등이라는 특별한 사정을 알거나 알 수 있었는지에 관하여 보건대, 피고의 예견가능성에 대한 입증책임은 원고에게 있다고 할 것"

2010) 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1532 판결

2011) 대법원 2019. 1. 10. 선고 2015다57904 판결; 甲 회사가 대주인 乙 은행 및 차주인 丙 회사와 체결한 자금보충약정에 따른 자금보충의무를 이행하지 아니함으로써 乙 은행이 입은 손해액의 범위가 문제 된 사안에서, 乙 은행이 대출원리금 채권에 관하여 인적·물적 담보를 보유하고 있더라도, 담보가 실행되어 변제가 현실적으로 이루어지지 아니한 이상 乙 은행의 손해액은 '대출원리금 전액'이라 하여, 乙 은행이 입은 손해액은 '대출원리금에서 乙 은행이 丙 회사와의 대출약정에 따라 취득한 인적·물적 담보의 실제 담보가치를 공제한 액수'가 된다고 본 원심을 파기한 사례.

인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산 상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산 상태의 차이(그 차이가 없다면 다른 특별한 사정이 없는 한 위법행위로 인한 손해가 발생하였다고 할 수 없다[2012])를 말하고(이는 기존의 이익이 상실되는 '적극적 손해'의 형태와 장차 얻을 수 있을 이익을 얻지 못하는 '소극적 손해'의 형태로 구분된다),[2013] 그 손해액

2012) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다68408 판결: "등기는 물권의 효력 발생 요건이고 존속 요건은 아니어서 등기가 원인 없이 말소된 경우에는 그 물권의 효력에 아무런 영향이 없고, 그 회복등기가 마쳐지기 전이라도 말소된 등기의 등기명의인은 적법한 권리자로 추정되며, 그 회복등기 신청절차에 의하여 말소된 등기를 회복할 수 있으므로, 근저당권설정등기가 불법행위로 인하여 원인 없이 말소되었다 하더라도 말소된 근저당권설정등기의 등기명의인이 곧바로 근저당권 상실의 손해를 입게 된다고 할 수는 없다."

2013) ○ 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결: 타인 소유 토지에 관하여 등기관계서류의 위조에 의한 원인무효의 소유권이전등기가 경료되고 다른 사람에게 순차로 소유권이전등기가 경료된 후 진정한 소유자가 최종 매수인을 상대로 말소등기청구소송을 제기하여 그 소유자 승소의 판결이 확정된 경우, 위 불법행위로 인하여 최종 매수인이 입은 손해는 무효의 소유권이전등기를 유효한 등기로 믿고 위 토지를 매수하기 위하여 출연한 금액, 즉 매매대금으로서 이는 기존이익의 상실인 적극적 손해에 해당하고, 최종 매수인은 처음부터 위 토지의 소유권을 취득하지 못한 것이어서 위 말소등기를 명하는 판결의 확정으로 비로소 위 토지의 소유권을 상실한 것이 아니므로 위 토지의 소유권상실이 그 손해가 될 수는 없다고 한 예.

○ 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다34045 판결: "불법행위자 … 손해배상의 범위는 불법행위가 없었을 경우에 그 피해자가 있었을 지위의 회복에 그치는 것이고, 그 불법행위의 일환으로 체결된 계약이 제대로 성립되어 이행된 경우에 피해자가 있게 될 지위의 회복까지 구하는 것은 허용되지 아니한다고 할 것이므로, 이 사건 각 대출계약이 원고에 대한 관계에서 유효하게 성립하였을 경우의 이행이익인 그 각 대출금에 대한 약정이자의 배상까지 원고에게 구할 수는 없고, … 피고들의 주장을 이 사건 각 대출이 없었다면 피고들이 그 대출 금원을 다른 대출수요자에게 대출하여 그와 같은 약정이자를 얻을 수 있었다는 취지로 본다고 하더라도 이는 특별사정으로 인한 손해라고 할 것인데, … 원고가 그 사정까지 알았거나 알 수 있었다고 볼 수는 없고, 피고들이 대출을 전문적으로 취급하는 금융기관이라고 하여 곧바로 이를 추인할 수도 없다."

○ 대법원 2017. 5. 17. 선고 2016다248806 판결: "물건이 훼손되었을 때 통상의 손해액은 수리가 가능한 경우에는 그 수리비, 수리가 불가능한 경우에는 교환가치의 감소액이 되고, 수리를 한 후에도 일부 수리가 불가능한 부분이 남아있는 경우에는 수리비 외에 수리불능으로 인한 교환가치의 감소액도 통상의 손해에 해당한다. … 자동차의 주요 골격 부위가 파손되는 등의 사유로 중대한 손상이 있는 사고가 발생한 경우에는, 기술적으로 가능한 수리를 마치더라도 특별한 사정이 없는 한 원상회복이 안 되는 수리 불가능한 부분이 남는다고 보는 것이 경험칙에 부합하고, 그로 인한 자동차 가격 하락의 손해는 통상의 손해에 해당한다고 보아야 한다. 이 경우 그처럼 잠재적 장애가 남는 정도의 중대한 손상이 있는 사고에 해당하는지 여부는 … 사정을 종합적으로 고려하여, 사회일반의 거래관념과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 판단하여야 하고, 이는 중대한 손상이라고 주장하는 당사자가 주장·증명하여야 한다." ☛ 일반적으로 영업용 물건이 손괴된 경우 수리를 위하여 필요한 기간 동안 그 물건에 의한 영업을 할 수 없었던 경우에는 영업을 계속하였더라면 얻을 수 있었던 수익상실은 통상손해에 해당하나, 그 불건을 이용하여 얻을 수 있었던 영업수익이 상실될 수 있다는 사정을 가해자가 통상적으로 예견할 수 없었다면 그렇지 않다(대법원 2022. 11. 30. 선고 2016다26662, 26679, 26686 판결). 피해자가 수리에 소요되는 부가가치세를 부담하여야 한다면 그 부가가치세를 포함하여 배상을 구할 수 있음이 원칙이나, 매출세액에서 공제·환급받을 수 있어 자신의 부담으로 돌아가지 않는 경우에는 배상을 구할 수 없다(대법원 2023. 11. 2. 선고 2023다206916 판결).

○ 대법원 2014. 1. 23. 선고 2012다53048 판결: 원고가 피고 시(市)의 산지전용허가를 신뢰하여 임야 소유권을 취득하였으나 산지전용허가의 효력이 발생하지 아니하여 건물을 신축할 수 없게 되자 손해배상을 구한 사안에서, 원고가 입은 시가차액 상당의 통상적인 손해는 임야를 매수하는 데 실제로 지출한 매매대금 범위 내에서 산지전용허가가 종국적으로 유효할 경우의 시가와 산지전용허가가 이루어지지 아니한 경우의 임야에 대한 매수 당시의 정상적인 시가의 차액이라고 한 사례.

○ 그 외에, 아파트 수분양자에 대한 허위·과장 광고의 경우(2013다22553), 주식 과당매매의 경우(2005다16775), 감사인의 부실감사를 토대로 주식투자자가 주식 거래를 한 경우(대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다11895 판결), 명업비밀이나 영업상 주요 자산인 자료 등을 부정취득한 경우(2014다27425), 위법한 입찰 담합행위의 경우(2016다243115), 골프장 시설업자의 채무불이행으로 예탁금제 골프회원권의 회원 지위를 부인당하여 회원권을 활용할 수 없게 된 경우(2013다100750), 아파트재건축조합이 조합원에게 위법한 동·호수 배정

은 원칙적으로 불법행위 시를 기준으로 산정하여야 한다.[2014]

(7) 정신적 손해

생명·신체·인격권 침해의 경우 '정신적 고통'이 경험칙에 의하여 인정되나,[2015] 재산적 손해 발생의 경우 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정과 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었음을 피해자가 주장·증명하여야 한다.[2016] 주민들의 행정절차적 권리 침해로 인한 정신적 고통에 대한 국가 등의 배상책임을 인정할 특별한 사정에 대한 주장·증명책임 역시 피해자인 주민들에게 있다.[2017] 정신적 피해 등 '비재산적 손해'에 대한 '위자료' 액수는 사실심법원이 여러 사정

을 한 경우(2013다65710), 금융투자업자가 설명의무나 부당권유 금지의무를 위반하여 투자권유를 한 경우(2015다69853), 신탁회사가 특정금전신탁의 신탁재산인 금전의 구체적인 운용방법을 미리 정하여 놓고 고객에게 계약 체결을 권유하면서 고객보호의무를 위반한 경우(2016다212272), 사모투자전문회사의 설립·운용자가 투자 참여를 권유하면서 정확한 정보 제공 의무를 위반한 경우(2015다19117,19124), 장외파생상품에 투자하는 펀드의 수익증권을 발행한 자산운용회사와 이를 판매한 판매회사의 투자자보호의무 위반의 경우(2010다76368) 등도 차액설에 따라 손해액을 산정한다.

2014) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다286335 판결(특정 주식의 가격상승 등에 관한 기망으로 이를 매수하게 한 불법행위로 인한 재산상 손해는 주식의 매수대금에서 취득 당시 객관적인 가액 상당을 공제한 차액이다). [동일 취지] 2009다91828; 매수인이 매도인의 기망행위로 인하여 부동산을 고가에 매수하게 됨으로써 입게 된 손해는 부동산의 매수 당시 시가와 매수가격과의 차액이고, 그 후 매수인이 위 부동산 중 일부에 대하여 보상금을 수령하였다거나 부동산 시가가 상승하여 매수가격을 상회하게 되었다고 하여 매수인에게 손해가 발생하지 않았다고 할 수 없다고 한 예.

2015) ❶ 경험칙상 타인의 불법행위로 부당하게 신체상해를 입은 피해자의 처와 자식은 특별한 사정이 없는 한 그로 인하여 정신적 고통을 받았다고 보아야 하므로, 위자료의 지급을 청구할 수 있다(2004다4942). ❷ 일반적으로 타인의 불법행위로 부당하게 신체를 구금당한 피해자의 직계존속은 특별한 사정이 없는 한 경험칙상 정신적 고통을 받았다 할 것이므로 그 정신적 고통에 대하여 위자료를 청구할 수 있다(98다41377). ❸ 상대방의 성적 표현행위로 인하여 인격권의 침해를 당한 자가 정신적 고통을 입는다는 것은 경험칙상 명백하다(95다39533). ❹ 피고가 원고들의 복직요구에도 불구하고 계속 원고들의 근로제공을 거부하면서 현실의 업무에 종사시키지 아니하는 것은 원고들의 인격적 법익을 침해하는 것이 되어, 이로 인하여 원고들이 상당한 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙에 비추어 명백하다(95다6823). ❺ 피고의 원고에 대한 대기발령 및 해고처분이 불법행위를 구성함을 전제로 원고가 이로 인하여 상당한 정신적 고통을 받았을 것이라는 사실을 경험칙에 의하여 인정한 후 위자료의 지급을 명한 것은 정당하다(93다11463). ❻ 숙박계약의 당사자가 아닌 근친자가 숙박계약상의 채무불이행을 이유로 위자료를 청구할 수는 없다(2000다38718,38725).

2016) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2018다204022 판결. 일반적으로 계약상 채무불이행으로 인하여 재산적 손해가 발생한 경우, 그로 인하여 계약 당사자가 받은 정신적인 고통은 재산적 손해에 대한 배상이 이루어짐으로써 회복된다고 보아야 할 것이므로, 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 상대방이 이와 같은 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 정신적 고통에 대한 위자료를 인정할 수 있다(2002다53865).

2017) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2015다221668 판결; "국가나 지방자치단체가 행정절차를 진행하는 과정에서 주민들의 의견제출 등 절차적 권리를 보장하지 않은 위법이 있다고 하더라도 그 후 이를 시정하여 절차를 다시 진행한 경우, 종국적으로 행정처분 단계까지 이르지 않거나 처분을 직권으로 취소하거나 철회한 경우, 행정소송을 통하여 처분이 취소되거나 처분의 무효를 확인하는 판결이 확정된 경우 등에는 주민들이 절차적 권리의 행사를 통하여 환경권이나 재산권 등 사적 이익을 보호하려던 목적이 실질적으로 달성된 것이므로 특별한 사정이 없는 한 절차적 권리 침해로 인한 정신적 고통에 대한 배상은 인정되지 않는다. 다만 이러한 조치로도 주민들의 절차적 권리 침해로 인한 정신적 고통이 여전히 남아 있다고 볼 특별한 사정이 있는 경우에 국가나 지방자치단체는 그 정신적 고통으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 이때 특별한 사정이 있다는 사실에 대한 주장·증명책임은 이를 청구하는 주민들에게 있고, 특별한 사정이 있는지는 주민들에게 행정절차 참여권을 보장하는 취지, 행정절차 참여권이 침해된 경위와 정도, 해당 행정절차 대상사업의 시행경과 등을 종합적으로 고려해서

을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다.[2018]

나) 손익상계

(1) 손익상계의 개념

손익상계란, 채무불이행이나 불법행위로 인하며 손해를 입은 자가 동일한 원인에 의하여 어떤 이익을 얻은 경우(이득과 손해배상책임의 원인인 행위 사이에 '상당인과관계'가 있어야 하고, 그 이득은 배상의무자가 배상하여야 할 '손해'의 범위에 '대응'하는 것[2019]이어야 한다), 공평의 관념상 그 이익을 손해로부터 공제하여 그 잔액을 배상할 손해액으로 하는 것[2020]으로서 손해배상액을 산정하는 과정에서 진정한 손해액을 산출해내는 조작 내지 작업을 의미한다.[2021] 이는, 일단 성립한 손해배상채권의 소멸사유에 해당하는 경우와는 구별하

판단해야 한다." ⇔ 폐기물 매립장 인근 주민들은 피고 군(郡)의 위법행위로 정신적 고통을 입었고, 관련 행정처분의 무효가 확인되었더라도 주민들의 정신적 고통이 여전히 남아 있다고 볼 특별한 사정을 인정할 여지가 있으나, 원고 등이 폐기물 입지선정결정 당시 해당 지역 주민이었다는 사실은 원고 등이 주장·증명했어야 한다고 한 예. ⇔ **정신적 손해배상을 긍정한 예**로는 대법원 2021. 8. 12. 선고 2015다208320 판결[송전선로 건설 사업부지가 변경된 후 피고(한국전력공사)가 송전선로 경과지에 대한 환경영향평가서 초안을 재작성하고 경과지 주민들의 의견을 수렴하는 절차를 거치지 않은 채 사업을 진행함으로써, 원고 등(지역 주민)이 환경상 이익의 침해를 최소화할 수 있는 의견을 제출할 수 있는 기회를 박탈하여 상당한 정신적 고통을 가하였다고 보아 피고에게 정신적 손해를 배상할 의무가 있다고 판단한 예] 참조.

2018) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2017다51603 판결, 대법원 2018. 11. 15. 선고 2016다244491 판결. 불법행위 시와 변론종결 시 사이에 장기간의 세월이 지나 위자료를 산정할 때 반드시 참작해야 할 변론종결 시의 통화가치 등에 불법행위 시와 비교하여 상당한 변동이 생긴 때에는 예외적으로 불법행위로 인한 위자료 배상채무의 지연손해금은 그 위자료 산정의 기준시인 사실심 변론종결일로부터 발생한다고 보아야 하고, 이처럼 불법행위로 인한 위자료 배상채무의 지연손해금이 사실심 변론종결일부터 발생한다고 보아야 하는 예외적인 경우에는 불법행위 시부터 지연손해금이 가산되는 원칙적인 경우보다 배상이 지연된 사정을 적절히 참작하여 사실심 변론종결 시의 위자료 원금을 산정할 필요가 있다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다276307 판결).

2019) 대법원 2023. 11. 30. 선고 2019다224238 판결.

2020) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437 판결: "채무불이행이나 불법행위 등으로 손해를 입은 채권자 또는 피해자 등이 동일한 원인에 의하여 이익을 얻은 경우에는 공평의 관념상 그 이익은 손해배상액을 산정할 때 공제되어야 한다. 이와 같이 손해배상액을 산정할 때 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었고, 그 이득과 손해배상책임의 원인인 행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다. 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 고용의무를 이행하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 손해배상으로 청구하는 경우, 그 근로자가 사용자에게 제공하였어야 할 근로를 다른 직장에 제공함으로써 얻은 이익이 사용자의 고용의무 불이행과 사이에 상당인과관계가 인정된다면, 이러한 이익은 고용의무 불이행으로 인한 손해배상액을 산정할 때 공제되어야 한다." ☛ ❶ **대법원** 2024. 4. 12. 선고 2023다300559 판결: "사용자가 부당하게 해고한 근로자를 원직(종전의 일과 다소 다르더라도 원직에 복직시킨 것으로 볼 수 있는 경우를 포함한다)이 아닌 업무에 복직시켜 근로를 제공하게 하였다면 근로자는 사용자에게 원직에서 지급받을 수 있는 임금 상당액을 청구할 수 있다. 그런데 이 경우 근로자가 복직하여 실제 근로를 제공한 이상 휴업하였다고 볼 수는 없으므로 근로자가 원직이 아닌 업무를 수행하여 지급받은 임금은 그 전액을 청구액에서 공제하여야 하지, 근로기준법 제46조를 적용하여 휴업수당을 초과하는 금액의 범위 내에서만 이른바 중간수입을 공제할 것은 아니다." ❷ 대법원 2023. 8. 18. 선고 2022다291702 판결: 피고 1의 불법행위는 중고차 거래에서의 중요한 사항을 고지할 의무가 있음에도 이를 고지하지 않아 원고가 사고이력 등을 알지 못한 채 중고차를 매수하게 한 것이므로, 이로 인해 원고가 얻은 이익은 그와 같은 기망에 속아 취득한 중고차의 소유권이지 그 소유권에 포함된 사용수익권을 행사한 사용이익(원심판단)에 제한된다고 보기 어렵고, 원고가 피고 1에게 교부한 매매대금 등에서 원고가 피고 1로부터 중고차의 성능상태를 제대로 고지받았다면 지급하였을 중고차의 적정 시가를 손익공제한 나머지를 손해배상액으로 산정하였어야 한다고 한 예.

2021) 진성규, "손해액산정에 있어서의 손익상계", 재판자료 제21집, 257면; 민법주해 채권(2), 580면 이하(지원림

여야 한다.[2022]

(2) 주장책임의 유무

종전에 반대 취지의 판례[2023]가 있었으나, 근자의 판례는 대체적으로, "채무불이행이나 불법행위 등이 채권자 또는 피해자에게 손해를 생기게 하는 동시에 이익을 가져다 준 경우[2024]에는 공평의 관념상 그 이익은 '당사자의 주장을 기다리지 아니하고'(법원의 직권으로) 손해를 산정함에 있어서 공제되어야만 한다."는 입장이다.[2025] [2026] 이득

집필); 오종근, "손익상계", 아세아여성법학 제3호(2000. 6.), 297면.

[사견] 엄밀하게 보면, 차액설에 따라 손해를 산정함에 있어 가해행위로 인해 피해자에게 발생한 이득을 공제하는 손해 산정 그 자체와 손익상계를 구별할 수도 있겠으나(오종근, 앞의 글, 297면), 그 한계 내지 구별이 불명확하여 혼용되고 있을 뿐만 아니라, 피해자에게 발생한 이득이 결국 공제되는 것이라면 그것이 손해산정 단계에서 이루어지건 손익상계의 차원에서 이루어지건 실체법상 별다른 의미가 없다는 점에서 굳이 준별할 필요는 없다고 본다.

2022) ❶ 가해자가 가입한 보험회사가 피해자의 치료비를 지급하였는데, 실제로는 피해자에게도 과실이 존재하기 때문에 피해자의 과실에 상당하는 부분을 과다하게 지급한 결과가 된 경우, 판례 중에 손익상계의 문제로 본 것이 있으나(2001다80778, 98다64301, 80다2271), 이 경우 과다 지급된 부분에 대해서는 보험회사의 피해자에 대한 부당이득반환청구권이 성립하므로, 보험회사의 상계 의사표시로 피해자의 손해배상채권이 대등액에서 소멸한다고 보아야지(99다34499) 이를 손익상계의 문제로 볼 것은 아니다(대법원 2021. 1. 14. 선고 2020다261776 판결 참조). ❷ 불법행위의 피해자 또는 유족이 손해배상을 받음에 있어서 불법행위와 관련하여 별개의 손해전보제도(예컨대, 산업재해보상보험금 등)에 의하여 중복전보를 받거나 받게 될 경우 손해배상액과의 조정은 어떻게 할 것인가 하는 '중복전보의 조정' 문제도 광의의 손익상계의 문제로서 논의되어 왔으나 엄밀히는 진정한 손해액을 계산해내는 손해액 산정에 있어서의 손익상계와는 그 성질이 다르므로 고유의 의미의 손익상계와는 달리 취급하여야 한다(김현, "인신손해액의 산정에 있어서 손익상계에 관한 연구", 건국대학교 대학원, 2면, 139면).

2023) 즉, 79다2265 판결은, '가해자가 입원비, 치료비 등을 지출한 바 있다는 진술을 하였으나 위 비용 중 피해자 과실 부분에 해당하는 부분을 손해액에서 공제하여야 한다는 항변을 한 사실이 없는 경우 법원은 이를 판단할 필요가 없다'고 하고(이 경우를 손익상계의 문제로 보지 않고 상계항변의 문제로 보면 위 판시는 당연한 것이다), 84다카1383 판결과 95다19416 판결은, '일실퇴직금청구에 있어서 피고가 사실심 변론종결 시까지 기여금이나 개인부담금의 공제를 주장·입증하지 아니하였음이 분명하므로 원심이 그 공제를 하지 아니하고 일실퇴직금을 산정하였다 하여 위법이라 할 수 없다'고 하여, 손익상계에 대한 주장·증명책임을 배상의무자에게 부담시키고 있었다. 91다25598 판결은, "리스물건의 취득원가에서 공제할 리스회사가 보유하는 리스물건의 현존가액 또는 처분가액에 관한 주장입증책임은 원칙적으로 그 공제를 주장하는 리스이용자 측에 있다."고 하여 이득 공제를 주장하는 자에게 그 주장·증명책임이 있다고 하면서, 주장책임을 완화하여 이득 공제의 간접적 주장으로 볼 여지가 있는 주장에 대해서는 석명명령으로 주장 내용을 분명하게 한 후 심리판단하여야 함을 밝혔다. 2007다75921 판결은, 피해자가 증권회사 직원에게 송금한 투자금 상당액의 손해를 입었음을 이유로 증권회사를 상대로 사용자책임을 구한 사안에서, "원고들이 소외인으로부터 교부받은 이자 또는 수익금도 손해액에서 공제되어야 한다는 등 취지의 손익상계에 관한 상고이유의 주장은 피고가 원심변론 종결 후 및 상고심에 이르러 비로소 하는 주장이므로, 이는 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 될 수 없다"라고 하였고, 2001다2129 판결도, "원고의 계좌를 이용하여 임의매매를 한 소외 회사 등의 주식에서는 이득이 발생하였으므로 그 이득을 이 사건 손해액수의 산정에서 손익상계 하여야 한다는 취지의 주장도 하고 있으나, 이는 원심에서 주장한 바 없이 상고심에 이르러 새로이 하는 주장으로 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 될 수 없을 뿐만 아니라"라고 하였는데, 이 역시 손익상계에 대한 주장책임을 인정한 것이었다.

2024) '고유의 의미의 손익상계'를 말한다.

2025) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다37296, 37302 판결은, "채무불이행이나 불법행위 등이 채권자 또는 피해자에게 손해를 생기게 하는 동시에 이익을 가져다 준 경우에는 공평의 관념상 그 이익은 **당사자의 주장을 기다리지 아니하고** 손해를 산정함에 있어서 공제되어야만 하는 것이므로, 민법 제673조에 의하여 도급계약이 해제된 경우에도, 그 해제로 인하여 수급인이 그 일의 완성을 위하여 들이지 않게 된 자신의 노력을 타에 사용하여 소득을 얻었거나 또는 얻을 수 있었음에도 불구하고, 태만이나 과실로 인하여 얻지 못한 소득 및 일의 완성을

발생 사실에 대한 증명책임은 배상의무자에게 있다.

(3) 손익상계와 과실상계의 순서

손익상계와 과실상계의 선후에 관하여, 생계비나 중간이자의 공제 등 손해액을 산정하는 요소인 '고유의 의미의 손익상계'의 경우에는 먼저 손익상계로 공제한 다음 과실상계를 한다(선 공제 후 과실상계).[2027]

위하여 준비하여 둔 재료를 사용하지 아니하게 되어 타에 사용 또는 처분하여 얻을 수 있는 대가 상당액은 **당연히 손해액을 산정함에 있어서 공제되어야** 할 것이다. … 이 사건 계약에 따른 일의 완성을 위하여 추후 소요될 비용으로서 원심판결이 공제한 인건비, 재료비, 절단비 53,000,000원에 피고의 노동력 상당에 대한 평가액은 포함되어 있지 아니함이 명백하고, 피고가 이 사건 계약에 따른 일의 완성을 위하여 준비하여 둔 원석 및 좌대(그를 위하여 지출한 비용을 피고의 손해액으로 인정하고 있다)를 계약해제로 인하여 사용할 수 없게 되었으며 이를 타에 처분하면 상당한 대가를 얻을 수 있다고 보이므로, 원심으로서는, 피고의 노력을 타에 사용하여 소득을 얻었거나 또는 얻을 수 있었음에도 불구하고, 얻지 못한 소득 및 위 원석 및 좌대를 피고가 타에 사용하거나 처분하면 얻을 수 있는 대가가 어느 정도인지를 심리하여 그 부분을 손익상계의 법리에 따라 위 손해액에서 공제하였어야 할 것이다." ☞ 이에 대한 재판연구관의 판례해설에 따르면, "원고가 원심에 이르기까지 손익상계 주장을 한 적은 없고, 상고이유서에서도 이 부분을 정확하게 지적하고 있지는 아니하다. 그러나 손익상계는 손해산정의 조작일 뿐, 본래의 의미의 상계와 같이 서로 대립하는 두 개의 채권을 대등액에서 소멸케 하는 것이 아니므로, 채권자가 손해를 받음과 동시에 같은 원인으로 이익을 얻고 있는 때에는 손해배상액을 산정함에 있어서 당연히 직권으로 공제하여야 하는 것이지, 채무자의 주장을 기다릴 필요가 없다. 따라서 원고가 원심에서 주장을 하지 아니한 것은 문제가 되지 아니한다. 그리고 상고이유서에서 명확한 지적은 하고 있지 아니하나, 상고이유서의 전체적인 취지는 손해배상의 범위 인정이 잘못되었다는 것이므로, 이에는 손익상계를 하지 아니한 잘못을 다투는 취지도 포함되었다고 못 볼 바 아니라 할 것이어서, 문제가 없다 할 것이다."라고 적고 있다(이주현, "민법 제673조에 의한 도급계약 해제 시 도급인이 수급인에게 배상하여야 할 손해의 범위 및 그 경우 수급인의 손해액 산정에 있어서 손익상계의 적용 여부, 위 손해배상액 인정에 있어서 과실상계 및 손해배상의 예정액 감액은 허용되는지 여부와 신의칙 적용 여부", 대법원판례해설 제40호, 법원도서관, 190-191면).

2026) 그 후 2009다54706,54713 판결, 2010다93790 판결, 대법원 2023. 11. 30. 선고 2019다224238 판결도 동일한 판시를 반복하고 있다.

2027) ❶ 대법원 2006. 10. 27. 선고 2004다12240 판결: "불법행위로 인한 손해액을 산정함에 있어서 피해자에게도 손해 발생에 기여한 과실이 있어 과실상계를 하여야 하는 경우, 만약 동일한 원인행위로 인한 손해를 전보하는 성질을 가진 이득이 발생한 때에는 산정된 손해액에서 먼저 과실상계를 한 다음에 위 이득을 공제하여야 하는 것이나, … 원고가 그 지출을 면한 미지급 임금액은 파업으로 인한 손해를 전보하는 성질을 가진 이득이 아니라 그 손해액 산정에 있어 공제되어야 할 필요경비에 해당하는 이상 과실상계 후 공제할 성질의 것이 아니라 과실상계 이전에 손해액을 산정하는 단계에서 고려할 요소에 불과하다 할 것이다. … 파업기간 중의 지하철 운행 단축으로 인한 운행전력비 감소액을 과실상계 이후에 공제한 원심의 조치도 같은 이유에서 잘못이라 할 것" ❷ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다76368 판결: 장외파생상품에 투자하는 펀드의 수익증권을 발행한 투자운용회사와 이를 판매한 판매회사의 투자자보호의무 위반으로 인한 펀드 가입 투자자들의 손해액을 산정할 때 투자자들이 수령한 확정수익금을 과실상계 후 공제하여야 할 이익으로 볼 수 있는지가 문제된 사안에서, 원심이, '펀드 가입원금 - 중도환매 수령금'의 산식으로 손해액을 계산한 후 여기에 과실상계 또는 책임제한을 하여 산출된 금액에서 투자자가 환매 이전까지 수령한 '확정수익금'을 손익공제하여 최종적인 손해배상액을 산출한 데 대하여, 대법원은, "위 원고들의 손해는 위 원고들이 이 사건 각 수익증권을 환매하여 환매대금을 수령한 시점에 현실적·확정적으로 발생하고 그때까지 위 원고들이 수령한 확정수익금은 과실상계 이전에 위 원고들의 손해액을 산정하는 요소에 해당하는 것이지, 원심과 같이 이를 고려하지 않고 산정된 위 원고들의 손해액에 과실상계 또는 책임제한을 한 금액을 기준으로 다시 공제되어야 할 이득이라고 볼 수는 없다"라고 판시. ❸ 대법원 2014. 10. 27. 선고 2012다22242 판결: "원심은 원고 2가 설명의무 위반으로 입은 손해는 … 납입한 보험료 총액에서 위 원고가 지급받은 판시 중도 인출금과 해약환급금의 합계액을 공제한 나머지 금액으로 보고 그 금액에 과실상계를 하여 손해배상액을 정하였다. … 위 중도 인출금(약관상 '계약자적립금')은 해약환급금을 선급하는 성격의 것임을 알 수 있으므로, 원심의 … 판단은 … 정당하다." ❶ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다6872 판결: "원고들의 손해는 이 사건 각 특정금전신탁이 종료되어 위 금원 등을 수령한

(4) 이른바 '광의의 손익상계'로 일컫는 '사회보험 급여'의 공제

손해액 산정 과정을 거쳐 일정액의 손해배상채권이 성립한 후 그 손해액의 전보(塡補)로 변제받아 손해배상채권이 소멸하는 경우에는 먼저 과실상계를 한 후 전보·변제액의 공제가 이루어짐이 원칙적이다. 따라서 손해 전보의 성질을 갖는 '사회보험 급여'(국민건강보험법·산업재해보상보험법상의 보험급여 등)의 공제(이른바 '광의의 손익상계')의 경우에는 먼저 과실상계를 한 후 손익상계가 이루어져야 한다는 것이 통설이었다.[2028]

종전에 판례는, 사회보험 급여를 손익상계의 대상으로 보면서 '고유의 의미의 손익상계'와 제대로 구분하지 않는 혼돈상태를 거쳐,[2029] 양자를 구분하면서 사회보험 급여 공제의 경우 '선 과실상계 후 공제'의 입장을 취하였다가,[2030] 현재는 '공제 후 과실상계'의 입장을 취하고 있다.

즉, 사회보험 급여 수령자가 손해배상청구를 한 경우에, 손해액에서 먼저 보험급여를 공제한 다음 과실상계를 한다(이는 사회보험 급여를 손익상계의 대상으로 보아서가 아니라, 사회보험 급여자의 손해배상청구권 대위를 인정한 법 규정의 문언과 입법 취지, 사회보험제도의 목적과 사회보장적 성격, 보험급여 수급권의 성격, 법질서 전체와의 조화나 형평의 관념 등을 종합한 해석의 결과이다).[2031]

시점에 현실적·확정적으로 발생하므로, 원고들이 받은 위 금원 등은 과실상계 이전에 원고들의 손해액을 산정하는 요소에 해당하는 것이지, 이를 고려하지 않고 원고들의 손해액을 산정한 후 과실상계를 하여 산출한 금액에서 공제할 것은 아니다."

☛ 따라서 "불법행위 또는 채무불이행에 관하여 채권자의 과실이 있고 채권자가 그로 인하여 이익을 받은 경우에 손해배상액을 산정함에 있어서는 과실상계를 한 다음 손익상계를 하여야 하고, 이는 과실상계뿐만 아니라 손해부담의 공평을 기하기 위한 책임제한의 경우에도 마찬가지이다."라는 일반론(2007다37721 등)은 타당한 것이 아니다.

2028) 손익상계는 가해행위의 결과 피해자가 오히려 이득을 취해서는 안 된다는 사고를 기초로 하는 것으로서, 피해자가 입은 진정한 손해액을 산정하기 위한 절차이지, 손해배상액을 조정하는 절차는 아닌 반면에, 과실상계는 손해의 발생에 가해자의 과실뿐만 아니라 피해자의 과실이 경합된 경우에, 피해자에게 발생한 손해 전부를 가해자에게 전가하는 것은 부당하므로 이를 가해자와 피해자에게 분담시키는 제도로서 손해배상액을 조정하는 절차이므로, 본질상 손익상계를 먼저 행하여 진정한 손해액을 산정한 이후에, 과실상계를 통해 이를 가해자와 피해자에게 분담시키는 것이 타당하다고 하면서, 예를 들어 피해자가 사망함으로 인해 입은 일실손해를 산정할 때에 소위 '생계비'를 공제함에 있어서는 과실상계에 앞서서 이루어져야 할 것이고, 다만, 근로기준법상의 재해보상금이나 산업재해보상보험법상의 보험급여 등은 기본적으로 근로자가 업무상 입은 재해에 대해 사용자가 지게 될 배상책임을 전제로 하는 것으로서 과실상계를 먼저 한 후에 손익상계를 함이 타당하다고 한다(오종근, 앞의 글, 305-306면 등).

2029) 상세한 내용은, 제9판 444면 각주 1598) 참조.

2030) 2010다2428, 2435 판결, 2014다213387 판결, 2016다205243 판결 등.

2031) 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 전원합의체 판결의 다수의견: "공단의 손해배상청구권 대위를 인정한 국민건강보험법 제58조의 문언과 입법 취지, 국민건강보험제도의 목적과 사회보장적 성격, 불법행위가 없었을 경우 보험급여 수급권자가 누릴 수 있는 법적 지위와의 균형이나 이익형량, 보험급여 수급권의 성격 등을 종합하여 보면, ① 공단이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 다음 국민건강보험법 제58조 제1항에 따라 피해자의 가해자에 대한 기왕치료비 손해배상채권을 대위하는 경우 그 대위의 범위는, 가해자의 손해배상액을 한도로 한 공단부담금 전액이 아니라 그중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액으로 제한되고 나머지 금액(공단부담금 중 피해자의 과실비율에 해당하는 금액)에 대해서는 피해자를 대위할 수 없으며 이는 보험급여 후에도 여전히 손해를 전보받지 못한 피해자를 위해 공단이 최종적으로 부담한다고 보아야 한다. 이와 같이 본다면 ② 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 경우 그 손해 발생에

예컨대, ❶ 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자(원고)가 가해자(피고)에게 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 때 그 손해 발생에 피해자의 과실이나 기왕증이 경합된 경우, 기왕치료비 손해배상액의 산정방식은 '공제 후 과실상계' 방식이고 이는 '본인일부부담금 × 가해자 책임비율'과 같으며(이 경우 전체 치료비 액수를 심리하거나 공단부담금을 공제하는 과정을 거칠 필요가 없다),[2032] ❷ 국민건강보험공단(원고)이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 뒤 피해자의 가해자(피고)에 대한 손해배상채권을 대위하는 경우, 대위의 범위는 '공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액' 즉, '공단부담금 × 가해자의 책임비율'이고,[2033] ❸ 가해자로부터 치료비에 대한 손해배상을 받은 피해자가 보험급여를 받은 경우, 공단(원고)이 국민건강보험법 제57조(부당이득의 징수)에 따라 피해자(피고)

피해자의 과실이 경합된 때에는, 기왕치료비와 관련한 피해자의 손해배상채권액은 전체 기왕치료비 손해액에서 먼저 공단부담금을 공제한 다음 과실상계를 하는 '**공제 후 과실상계**' 방식으로 산정하여야 한다. 나아가 이러한 법리는 ③ 보험급여 수급권자가 가해자 등 제3자로부터 보험급여 항목과 관련된 재산상 손해배상을 모두 받음으로써 공단이 보험급여 지급의무를 면하게 되는 범위(국민건강보험법 제58조 제2항)에 대해서도 동일하게 적용되므로, 이때 공단이 보험급여 지급의무를 면함으로써 부담하지 않게 되는 비용의 범위는 가해자의 행위를 원인으로 지급 사유가 발생한 금액, 즉 공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액으로 한정되고, 나머지 부분(공단부담금 중 피해자의 과실비율에 해당하는 금액)은 여전히 공단이 부담한다고 보아야 한다. 따라서 제3자의 손해배상 후 피해자가 보험급여를 받았다면 공단이 국민건강보험법 제57조에 따라 피해자에게 부당이득으로 징수할 수 있는 범위도 공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액으로 한정된다." ☛ 보험급여자의 제3자에 대한 대위 규정의 규정형식상 동일성, 사회보험제도로서의 공통된 목적과 성격 등에 비추어 산업재해보상보험 등 다른 '사회보험' 일반에 적용되는 법리로 볼 수 있다.

2032) **예컨대**, 1) 피해자가 치료비 1,000만 원 상당의 요양급여를 받으면서 국민건강보험공단부담금 600만 원을 제외한 본인일부부담금 400만 원을 지급하였고, 가해자 책임비율이 80%(**과실상계** 20%)인 경우, ① 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권액은 전체 치료비 1000만 원에서 먼저 공단부담금 600만 원을 공제한 400만 원(= 본인일부부담금)에 대하여 과실상계를 한 320만 원(= 400만 원×가해자 책임비율 80%)이 되고('공제 후 과실상계' 방식), ② 공단이 피해자를 대위하여 가해자에게 구상하는 손해배상채권액은 480만 원(= 공단부담금 600만 원×가해자 책임비율 80%)이다(가해자 부담액 800만 = 피해자에 대한 손해배상금 320만 원+공단에 대한 구상금 480만 원). ③ 결국, 가해자는 800만 원(= 피해자에 대한 손해배상금 320만 원+공단에 대한 구상금 480만 원), 공단은 120만 원(= 공단부담금 600만 원-가해자에 대한 구상금 480만 원), 피해자는 80만 원(= 본인일부부담금 400만 원-가해자에 대한 손해배상금 320만 원, 이는 본인일부부담금 중 자신의 과실비율에 해당하는 금액과 같다)의 손해를 부담하게 된다.

2) **기왕증**이 있는 피해자가 가해자의 불법행위로 1,000만 원의 치료비 손해가 발생했고 기왕증 기여도가 70%인 경우, 피해자는 가해자에 대하여 본인일부부담금 400만 원 중 가해자의 책임비율 30%에 해당하는 120만 원을 손해배상으로 청구하고, 공단은 공단부담금 600만 원 중 가해자 책임비율에 해당하는 180만 원을 대위로 가해자에게 구상하여, 결국 가해자 300만 원(= 피해자에 대한 손해배상금 120만 원+공단에 대한 구상금 180만 원), 공단 420만 원(= 공단부담금 600만 원-가해자로부터 받은 구상금 180만 원), 피해자 280만 원(= 본인일부부담금 400만 원-가해자로부터 받은 손해배상금 120만 원)을 부담한다. ☛ 대법원 2022. 12. 16. 선고 2022다262209 판결; "피고가 원고 1에게 지급하여야 할 기왕치료비 손해배상액은 전체 기왕치료비 87,938,905원에서 먼저 공단부담금 28,937,032원을 공제한 후, 나머지 59,001,873원에서 원고의 기왕증 기여도 80%를 공제한 11,800,374원(= 59,001,873원 × 20%)이 된다. 나아가 피고가 원고 1에게 기왕치료비로 지급한 2,738,710원은 위 11,800,374원에서 공제하여야 할 것이므로 기왕치료비 손해배상액은 최종적으로 9,061,664원(= 11,800,374원 - 2,738,710원)이 된다."

2033) **다수의견의 보충의견**은, '**소송심리**'에서 '**유의할 점**'으로 피해자의 가해자 등에 대한 손해배상금(= 본인일부부담금× 가해자 책임비율) 청구 소송과 공단의 가해자 등에 대한 구상금(= 공단부담금 × 가해자 책임비율) 청구 소송에서, 양 소송의 변론병합이나 병행심리, 승계참가나 소송인수 등을 통해 '가해자의 책임비율'이 일관성, 통일성 있게 판단되어야 함을 밝혔다.

에게 부당이득으로 징수할 수 있는 범위는 '공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액' 즉, '공단부담금 × 가해자의 책임비율'이다.

위와 같은 법리는 산업재해보상보험,[2034] 국민연금보험[2035]의 경우에도 동일하게 적용된다. 다만, 산업재해가 산업재해보상보험 가입 사업주와 제3자의 공동불법행위로 발생하여 보험급여자인 근로복지공단이 제3자를 상대로 재해근로자의 손해배상청구권을 대위하는 경우에는, '공제 후 과실상계' 방식에 따라 보험급여에서 재해근로자의 과실비율 상당액을 공제한 다음, 여기서 다시 재해근로자가 배상받을 손해액 중 가입 사업주의 과실비율 상당액을 공제하고 그 차액에 대해서만 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있다.[2036]

2034) 대법원 2022. 3. 24. 선고 2021다241618 전원합의체 판결;"산재보험제도의 사회보장제도로서 목적과 기능을 고려한다면 … 건강보험에 관하여 대법원 2018다287935 전원합의체 판결에서 선언된 '공제 후 과실상계' 방식을 따르는 것이 법질서 내에서 통일된 해석이다. … 나아가 이러한 법리는 보험급여 수급권자가 동일한 사유로 불법행위자인 산재보험 가입 사업주로부터 민법이나 그 밖의 법령에 따라 산재보험법의 보험급여에 상당한 금품을 받거나 제3자로부터 보험급여 상당의 손해배상을 받음으로써 공단이 보험급여 지급의무를 면하게 되는 범위 … 에 대해서도 동일하게 적용된다. 이때 공단이 보험급여 지급의무를 면하는 범위는 사업주나 제3자의 행위를 원인으로 지급 사유가 발생한 금액, 즉 보험급여 중 사업주나 제3자의 책임비율에 해당하는 금액으로 한정되고, 나머지 부분인 보험급여 중 재해근로자의 과실비율에 해당하는 금액은 여전히 공단이 부담한다고 보아야 한다. 따라서 사업주나 제3자의 손해배상 후 재해근로자가 보험급여를 받았다면 공단이 산재보험법 제84조에 따라 재해근로자에게 부당이득으로 징수할 수 있는 범위도 보험급여 중 사업주나 제3자의 책임비율에 해당하는 금액으로 한정된다. … 재해근로자가 산업재해를 원인으로 하여 가해자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있는 경우는, ① 제3자의 불법행위로 산업재해를 입은 때, ② 산재보험 가입 사업주와 제3자의 공동불법행위로 산업재해를 입은 때, ③ 제3자의 개입 없이 산재보험 가입 사업주의 불법행위로 산업재해를 입은 때이다. 그중 공단이 보험급여를 한 다음 산재보험법 제87조 제1항에 따라 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위 행사하는 경우는 ①과 ②이다. **산재보험법 제87조**의 문언과 입법 취지, 산재보험제도의 목적과 사회보장적 성격, 재해근로자(유족 등 보험급여 수급자를 포함한다)와 공단 및 불법행위자 사이의 이익형량 등을 종합하여 보면, 공단이 제3자의 불법행위로 재해근로자에게 보험급여를 한 다음 산재보험법 제87조 제1항에 따라 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있는 범위는 제3자의 손해배상액을 한도로 하여 보험급여 중 제3자의 책임비율에 해당하는 금액으로 제한된다. 따라서 보험급여 중 재해근로자의 과실비율에 해당하는 금액에 대해서는 공단이 재해근로자를 대위할 수 없으며 이는 보험급여 후에도 여전히 손해를 전보받지 못한 재해근로자를 위해 공단이 종국적으로 부담한다고 보아야 한다. … 보험급여를 받은 재해근로자가 제3자를 상대로 손해배상을 청구할 때 그 손해 발생에 재해근로자의 과실이 경합된 경우에, 재해근로자의 손해배상청구액은 보험급여와 같은 성질의 손해액에서 먼저 보험급여를 공제한 다음 과실상계를 하는 **'공제 후 과실상계'** 방식으로 산정하여야 한다. … 산업재해가 산재보험 가입 사업주와 제3자의 공동불법행위로 인하여 발생한 경우에도 공단이 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있는 범위는 제3자의 손해배상액을 한도로 하여 보험급여 중 제3자의 책임비율에 해당하는 금액으로 제한됨은 위와 같다. 따라서 공단은 보험급여 중 재해근로자의 과실비율에 해당하는 금액에 대해서 재해근로자를 대위할 수 없고 재해근로자를 위해 위 금액을 종국적으로 부담한다. 재해근로자가 가입 사업주와 제3자의 공동불법행위를 원인으로 가입 사업주나 제3자를 상대로 손해배상을 청구하는 경우에도 그 손해 발생에 재해근로자의 과실이 경합된 때에는 '공제 후 과실상계' 방식으로 손해배상액을 산정하여야 한다."

2035) 대법원 2024. 6. 20. 선고 2021다299594 전원합의체 판결.

2036) 대법원 2022. 3. 24. 선고 2021다241618 전원합의체 판결; "다만 위와 같이 공동불법행위로 산업재해가 발생하여 공단이 제3자를 상대로 재해근로자의 손해배상청구권을 대위하는 경우에는, 순환적인 구상소송을 방지하는 소송경제적인 목적 등에 따라 공단은 제3자에 대하여 산재보험 가입 사업주의 과실비율 상당액은 대위 행사할 수 없다는 원칙을 선언한 … 2000다62322 전원합의체 판결의 위 판시 부분은 여전히 타당하다. 그러므로 공단은 '공제 후 과실상계' 방식에 따라 보험급여에서 재해근로자의 과실비율 상당액을 공제한 다음, 여기서 다시 재해근로자가 배상받을 손해액 중 가입 사업주의 과실비율 상당액을 공제하고 그 차액에 대해서만

사회보험 급여액을 손해배상액에서 공제하는 것은 그 손해의 성질 및 발생기간 등이 동일하여 상호보완적 관계에 있는 것 사이에서만 할 수 있고,[2037] 이는 사회보험 급여 지급자가 제3자의 불법행위로 인한 급여 지급의 경우에 수급권자를 대위하여 취득하는 손해배상청구권의 종류와 범위에도 동일하게 적용된다.[2038]

재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있다." ☛ 원고(근로복지공단)가 피고들의 공동불법행위로 발생한 업무상 재해 근로자의 유족에게 요양급여 7,065,250원, 장의비 14,531,690원, 유족연금 일시금 199,895,332원을 지급한 사안에서, **원심**이, 재해근로자 과실 15%을 참작하여 피고들의 책임비율을 85%로 제한하고, 피고들의 책임 중 재해근로자의 사업주로서 산재보험 가입자인 소외 회사의 과실은 30%라고 판단하여, 피고들이 재해근로자에 대하여 부담하는 손해배상액은 책임의 제한(15%)을 반영한 치료비 6,005,462원(= 실제 치료비 7,065,250원 × 피고들의 과실비율 85%), 장례비용 4,250,000원(= 장례비용 5,000,000원 × 85%), 소극적 손해액 364,962,100원(= 일실수입 429,367,177원 × 85%)의 합계 375,217,562원이라고 한 다음, 원고의 구상 범위는 적극적 손해에 관하여 치료비 4,203,823원[= 6,005,462원 - (6,005,462원 × 소외 회사 과실비율 30%)], 장례비용 2,975,000원[= 4,250,000원 − (4,250,000원 × 30%)]이고, 소극적 손해에 관하여 일실수익 90,406,702원[= 199,895,332원 − (364,962,100원 × 30%)]이라고 한 데 대하여, **대법원**은, '요양급여 및 장의비에 관한 손해배상청구권 대위 범위'에 관하여는, "원고가 재해근로자의 피고들에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있는 범위는 가해자인 피고들의 손해배상 범위 내로 제한된다. 따라서 보험급여가 재해근로자의 피고들에 대한 동일한 성질에 해당하는 손해배상액보다 크거나 같은 경우에는 '과실상계 후 공제' 방식이나 '공제 후 과실상계' 방식에 차이가 없다. 어느 방식에 의하든지 이 사건에서 요양급여 7,065,250원과 장의비 14,531,690원에 관한 공단의 손해배상청구권 대위 범위는 피고들의 재해근로자에 대한 손해배상채무 범위 내에서만 가능하므로, 원고는 재해근로자의 피고들에 대한 손해배상청구권 중 적극적 손해로서 요양급여와 성질이 같은 치료비 상당 손해배상액 6,005,462원 및 장의비와 성질이 같은 장례비용으로 원심이 인정한 4,250,000원 범위 내에서만 재해근로자의 피고들에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있다."라고 판단하고, '유족연금에 관한 손해배상청구권 대위 범위'에 관하여는, "재해근로자의 피고들에 대한 소극적 손해인 일실수익 상당의 손해배상액 364,962,100원은 같은 성질로서 원고가 지급한 유족연금 199,895,332원보다 크다. 따라서 '과실상계 후 공제' 방식과 '공제 후 과실상계' 방식 중 어느 것을 채택하는가에 따라 원고의 손해배상청구권 대위 범위가 달라진다. 원심은 '과실상계 후 공제' 방식에 의하여 '유족연금 전액'인 199,895,332원에서 피고들이 재해근로자에게 지급해야 할 일실수익 손해배상액 364,962,100원 중 소외 회사의 과실비율(30%) 상당액 109,488,630원을 공제한 금액인 90,406,702원에 대하여 재해근로자의 피고들에 대한 손해배상청구권으로 대위할 수 있다고 판단하였다. 그러나 … '공제 후 과실상계' 방식에 따르면, … 원고는 유족연금 199,895,332원 중 재해근로자의 과실비율(15%) 상당액인 29,984,300원(= 199,895,332원 × 15%, 원 미만 반올림)을 공제한 금액 169,911,032원(= 199,895,332원 − 29,984,300원)에서, 다시 피고들이 재해근로자에게 배상해야 할 소극적 손해배상액인 364,962,100원 중 소외 회사의 과실비율(30%) 상당액 109,488,630원을 공제한 나머지 60,422,402원을 재해근로자의 피고들에 대한 손해배상청구권으로 대위하여 지급을 구할 수 있다."라고 판단한 예.

2037) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다216240 판결; "피해자로 하여금 근로기준법이나 산업재해보상보험법에 따라 휴업급여나 장해급여 등을 이미 지급받은 경우에 그 급여액을 일실수입의 배상액에서 공제하는 것은 그 손해의 성질이 동일하여 상호보완적 관계에 있는 것 사이에서만 가능하다. 따라서 피해자가 수령한 휴업급여금이나 장해급여금이 법원에서 인정된 소극적 손해액을 초과하더라도 그 초과 부분을 기간과 성질을 달리하는 손해배상액에서 공제할 것은 아니며, 휴업급여는 휴업기간 중의 일실수입에 대응하는 것이므로 그것이 지급된 휴업기간 중의 일실수입 상당의 손해액에서만 공제되어야 할 것이다." ☞ **[동일 취지]** 국민연금법상 장애연금은 그 성질과 연금지급기간이 모두 동일한 일실수입 손해에서만 공제할 수 있고, 연금지급기간을 달리하는 일실수입 손해나 그 성질이 다른 재산상 손해에서 이를 공제할 수는 없다(2016다244743). 피해자가 근로복지공단으로부터 수령한 요양급여는 치료비 손해에 대응하는 것이지만, 이를 기왕치료비와 향후치료비 손해액에서 공제하려면 먼저 요양급여 중 기왕치료비, 향후치료비와 발생기간을 같이하는 부분을 특정한 다음 그 부분에 해당하는 금액만을 공제하여야 한다(2017다269374).

2038) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2021다261117 판결; "국민건강보험공단이 피해자를 대위하여 얻는 손해배상채권은 피해자의 전체 손해배상채권 중 건강보험 보험급여와 동일한 사유에 의한 손해배상채권으로 한정된다. 여기서 건강보험 보험급여와 동일한 사유에 의한 손해배상채권이란 보험급여와 손해배상이 상호보완적 관계에 있어 보험급여의 실시로 가해자에 대한 손해배상채권이 전보되어 소멸될 수 있는 경우를 말한다. 따라서 국민건

(5) 손해보험금의 공제

손해보험계약(사보험)의 피보험자가 제3자에게 손해배상청구를 한 경우에는, ① 전체 손해액에서 보험금으로 전보되지 않고 남은 손해액이 제3자의 손해배상책임액(과실상계 등에 의하여 제한된 범위 내의 책임)보다 많을 경우에는 제3자에 대하여 그의 손해배상책임액 전부를 이행할 것을 청구할 수 있고, ② 위 남은 손해액이 제3자의 손해배상책임액보다 적을 경우에는 그 남은 손해액의 배상을 청구할 수 있다.[2039]

강보험공단이 교통사고 피해자에게 요양급여를 지급하고 가해자의 보험회사(공제사업자를 포함한다. 이하 '보험회사 등'이라고 한다)에 대하여 구상금을 청구한 사안에서 보험회사 등이 피해자에게 지급할 책임보험금(책임공제금을 포함한다. 이하 '책임보험금'이라고 한다)으로 배상할 손해에 정신적 손해 등과 같이 요양급여 지급에 의하여 가해자에 대한 그 부분 손해배상채권을 소멸시킬 수 없어 상호보완적 관계에 있지 않은 손해가 포함되어 있음을 주장한 경우에는, 그 주장과 같은 손해의 발생 여부와 그 배상액의 범위를 심리·판단하여 이를 국민건강보험공단의 구상금에서 공제하여야 한다." ☛ ❶ 국민건강보험공단이 건강보험 보험급여를 실시하는 요양급여의 대상과 건강보험 보험급여를 실시하지 않는 비급여대상은 서로 구별되어, 요양급여의 대상에 대한 보험급여의 실시로 비급여대상 치료비 상당의 손해배상채권이 전보되어 소멸되지 않으므로, 양자는 상호보완적 관계에 있다고 할 수 없다. 따라서 피해자의 전체 손해배상채권 중 비급여대상 치료비 상당의 손해배상채권은 건강보험 보험급여와 동일한 사유에 의한 손해배상채권이라고 볼 수 없으므로, 건강보험 보험급여를 실시한 국민건강보험공단은 피해자를 대위하여 비급여대상 치료비 상당의 손해배상채권을 얻을 수 없다(2017다233276). ❷ 국민연금공단이 제3자의 불법행위로 장애연금이나 유족연금의 지급사유가 발생하여 연금을 지급한 경우 대위취득하는 손해배상청구권은 수급권자가 장애연금이나 유족연금의 지급사유와 동일한 사유로 제3자에 대하여 청구할 수 있는 손해배상액으로 한정되므로, 대위취득하는 손해배상청구권은 연금지급사유와 같은 성질을 가지고 있을 뿐 아니라 그 대상이 되는 기간도 일치하여야 한다. 따라서 국민연금공단이 제3자의 불법행위로 장애연금을 지급하고 대위취득하는 손해배상청구권은 그 연금지급기간에 해당하는 일실수입손해에 한정된다(2009다100920). ❸ 피해자에게 보험급여를 지급한 근로복지공단은 그 보험급여 지급액의 한도 내에서 피해자가 보험회사에 대하여 갖는 동일한 성격의 책임보험금 청구권을 대위할 수 있다(2018다296335).

2039) 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014다46211 전원합의체 판결; "손해보험의 보험사고에 관하여 동시에 불법행위나 채무불이행에 기한 손해배상책임을 지는 제3자가 있어 피보험자가 그를 상대로 손해배상청구를 하는 경우에, 피보험자가 손해보험계약에 따라 보험자로부터 수령한 보험금은 보험계약자가 스스로 보험사고의 발생에 대비하여 그때까지 보험자에게 납입한 보험료의 대가적 성질을 지니는 것으로서 제3자의 손해배상책임과는 별개의 것이므로 이를 그의 손해배상책임액에서 공제할 것이 아니다. 따라서 위와 같은 피보험자는 보험자로부터 수령한 보험금으로 전보되지 않고 남은 손해에 관하여 제3자를 상대로 그의 배상책임(다만 과실상계 등에 의하여 제한된 범위 내의 책임이다. 이하 같다)을 이행할 것을 청구할 수 있는바, ① 전체 손해액에서 보험금으로 전보되지 않고 남은 손해액이 제3자의 손해배상책임액보다 많을 경우에는 제3자에 대하여 그의 손해배상책임액 전부를 이행할 것을 청구할 수 있고, ② 위 남은 손해액이 제3자의 손해배상책임액보다 적을 경우에는 그 남은 손해액의 배상을 청구할 수 있다. 후자의 경우에 제3자의 손해배상책임액과 위 남은 손해액의 차액 상당액은 보험자대위에 의하여 보험자가 제3자에게 이를 청구할 수 있다(상법 제682조). 이와 달리 손해보험의 보험사고에 관하여 동시에 채무불이행에 기한 손해배상책임을 지는 제3자가 있어 그의 피보험자에 대한 손해배상액을 산정할 경우에 과실상계 등에 의하여 제한된 그의 손해배상책임액에서 위 보험금을 공제하여야 한다는 취지로 판시한 … 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다." ☛ 이는 '일부보험'의 경우에도 마찬가지이고(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019다216589 판결), 보험목적물이 아닌 재산에도 손해가 발생한 경우 보험목적물에 대한 손해와 보험목적물이 아닌 재산에 대한 손해를 나누어 그 손해액을 판단한다(대법원 2020. 10. 15. 선고 2018다213811 판결).

'사(私)보험계약에 의한 손해보험금은, 피해자(피보험자)의 전체 손해 중에서 피해자 부담분(피해자 과실에 의한 과실상계 부분)에 먼저 충당되고, 남는 부분이 있으면 가해자 부담분(가해자 과실 부분)에 충당되어 가해자의 손해배상책임액에서 공제되며(따라서 위 판시 첫 문장 중 "이를 그의 손해배상책임액에서 공제할 것이 아니다."라고 한 부분이 위 ②의 경우에는 타당하지 않다), 그 부분에 대해서 보험자는 보험자대위로 가해자에게 청구할 수 있다.'라고 풀이해 보면, 판례의 결론을 보다 논리적이고도 쉽게 이해할 수 있다. 예컨대, 피해자의 전체 손해 100원 중에서 과실상계 40%로 피해자 부담분이 40원, 가해자 부담분이 60원인 사안에서, ① 보험금

다) 과실상계 등 책임의 제한

채무자(가해자)가 채권자(피해자)에 대하여 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는 경우에, 채권자(피해자)에게 '과실'이 있는 때,[2040] '채권자(피해자) 측의 귀책사유와 무관'한 것이라고 할지라도 손해분담의 공평을 위하여 필요한 때에는, 법원은 상대방의 과실상계나 책임제한의 항변이 없더라도 이를 직권으로 참작하여[2041] 채무자의 책임을 제한하여야 한다. 과실상계 등 책임제한 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리한 것이 아닌 한 사실심의 전권사항이다.[2042] 무과실 손해배상책임의 경우에도 과실상계 등에 의한 책임 제한이 가능하다.[2043] 하지만, 과실상계 등으로 책임을 함부로 면제하거나, 막연한 이유만으로 제한해서는 아니 된다.[2044]

과실상계에서의 '과실'은 '신의칙상 요구되는 주의'를 다하지 아니한 경우로서 '단순한 부주의'도 포함되고,[2045] 피해자 본인의 과실뿐 아니라 그와 신분상 내지 사회생활상 일체

이 30원 지급된 경우[위 판시 중 '보험금으로 전보되지 않고 남은 손해액(70원)이 제3자의 손해배상책임액(60원)보다 많을 경우'이다], 이는 피해자 부담분 40원 중 일부로 충당되어, 피해자는 가해자에게 그의 부담분 60원 전액을 청구할 수 있고, ② 보험금이 50원 지급된 경우[위 판시 중 '남은 손해액(50원)이 제3자의 손해배상책임액(60원)보다 적을 경우'이다], 이는 피해자 부담분 40원 및 가해자 부담분 10원에 각각 충당되어, 가해자의 손해배상책임액 60원에서 10원이 공제됨으로써, 피해자는 가해자에게 50원을 청구할 수 있고, 보험자는 보험자대위로 가해자에게 10원을 청구할 수 있게 된다.

2040) **민법 제396조(과실상계)** 채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다. ☛ 이는 불법행위로 인한 손해배상에 준용한다(제763조).

2041) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다60369 판결. **[비교]** 거래적 불법행위의 경우 피용자나 법인 대표자의 행위가 사무(직무)집행행위에 해당하지 않음을 피해자가 알았거나 또는 중대한 과실로 알지 못한 경우에는 사용자책임이나(97다47989), 법인의 손해배상책임(2003다34045)을 물을 수 없는데, 위와 같은 피해자의 고의·중과실에 따른 면책 주장은 피고의 항변이 있어야 판단할 수 있다('피고 회사 대표이사의 행위가 피고 회사의 업무나 직무 권한에 속하지 않았음을 원고가 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다는 주장은 피고 회사가 원심에서 명시적으로 한 것으로 보기 어렵다.'고 한 대법원 2017. 9. 26. 선고 2014다27425 판결 참조).

2042) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결, 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다37721 판결.

2043) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2001다70337 판결; "수급인의 하자담보책임은 법이 특별히 인정한 무과실책임으로서 여기에 민법 제396조의 과실상계 규정이 준용될 수는 없다 하더라도 담보책임이 민법의 지도이념인 공평의 원칙에 입각한 것인 이상 하자발생 및 그 확대에 가공한 도급인의 잘못을 참작할 수 있다." ☞ 판례는 공작물 소유자의 책임이 무과실책임임에도 과실상계를 인정하고 있다(92다31668). 무과실 손해배상책임에 대하여 과실상계를 인정하는 명시적 규정을 둔 경우도 있다(광업법 제78조, 유류오염손해배상 보장법 제6조, 제조물책임법 제8조).

2044) ❶ 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011다68357 판결; "과실상계 또는 책임제한에 관한 사실인정이나 비율을 정하는 것이 사실심의 전권사항이라고 하더라도, 그것이 형평의 원칙에 비추어 불합리하여서는 아니 되며, 특히 가해자의 손해배상책임을 면제하는 것은 실질적으로 가해자의 손해배상책임을 부정하는 것과 다름이 없으므로, 불법행위로 인한 피해자의 손해가 실질적으로 전부 회복되었다거나 그 손해를 전적으로 피해자에게 부담시키는 것이 합리적이라고 볼 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 가해자의 책임을 함부로 면제하여서는 아니 된다." ❷ 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다55397 판결; "질병의 특성, 치료방법의 한계 등으로 당해 의료행위에 수반되는 위험을 감내해야 한다고 볼 만한 사정도 없이, … 의사나 간호사 등에게 요구되는 통상적인 주의의무를 소홀히 함으로 인하여 피해가 발생한 경우에는 단지 치료 과정에서 손해가 발생하였다는 등의 막연한 이유만으로 손해배상책임을 제한할 것은 아니다."

2045) **과실상계제도**는 채권자가 신의칙상 요구되는 주의를 다하지 아니한 경우 공평의 원칙에 따라 손해의 발생에

를 이루는 관계에 있는 자의 과실도 '피해자 측의 과실'로서 참작된다.[2046]

판례에 나타난 책임제한 사유로는, 피해자 측의 기왕증이나 체질적인 소인, 질병과 수술 등 치료의 위험도,[2047] 발행회사나 주식시장의 전반적인 상황의 변화 등에 의한 주식 가격의 변동,[2048] 제품 가격 인상에 의한 손해 전가,[2049] 이사·감사의 회사에 대한 손해배

관한 채권자의 그와 같은 부주의를 참작하게 하려는 것이므로, 단순한 부주의라도 그로 말미암아 손해가 발생하거나, 확대된 원인을 이루었다면 피해자에게 과실이 있는 것으로 보아 과실상계를 할 수 있고, 채무불이행으로 인한 손해배상책임의 범위를 정함에 있어서의 과실상계사유의 유무는 개별사례에서 문제된 계약의 체결 및 이행경위와 당사자 쌍방의 잘못을 비교하여 종합적으로 판단하여야 한다(92다20163). ☛ 계약의 체결 절차가 법령에서 정한 강행규정에 위반되어 계약의 효력이 부인되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 체결상의 과실이나 귀책사유가 쌍방 당사자 모두에게 있다고 봄이 합리적이고, 피해자에게 그 계약이 무효임을 모른 데 대하여 사회통념상, 신의성실의 원칙상, 공동생활상 요구되는 약한 정도의 부주의가 인정된다(대법원 2022. 4. 28. 선고 2019다224726 판결).

2046) 어느 경우에 신분상 내지 사회생활상 일체를 이루는 관계라고 할 것인지는 구체적인 사정을 검토하여 피해자 측의 과실로 참작하는 것이 공평의 관념에서 타당한지에 따라 판단하여야 한다(2010다37479). **[피해자 측 과실 참작 긍정례]** 교회 집사의 교회 업무를 위한 승용차 운전 중 발생한 사고에 관하여 집사의 과실을 동승한 교회 담임목사의 피해자 측 과실로 참작한 예(96다426), 사고차량에 동승한 자동차소유자의 손해액 산정에 그 운전자의 과실을 참작한 예(91다5341), 남편 운전의 오토바이 뒷좌석에 타고 가다가 충돌사고로 상해를 입은 경우(92다54753). **[부정례]** 가족회사에서 직장동료로 근무하던 4촌형제 관계에 있는 운전자의 과실(96다26183), 다방 종업원이 차 배달 목적으로 다방 주인이 운전하는 차량에 동승한 경우(98다23232).
호의동승 차량의 운전자의 과실과 또 다른 차량의 운전자의 과실이 경합하여 사고가 발생하고, 그로 인하여 사망하거나 상해를 입은 동승자, 혹은 그 유족이 상대방 차량의 운행자를 상대로 손해배상을 청구하는 경우, 손해배상액을 정함에 있어 참작할 피해자의 과실에는 피해자 본인의 과실뿐 아니라 그와 신분상 내지 생활관계상 일체를 이루는 관계에 있는 자의 과실도 **피해자 측의 과실**로서 포함되어야 하나, 오로지 호의동승 차량 운전자의 과실로 인한 사고로 동승자가 사망하거나 상해를 입어 동승자 혹은 그 유족들이 그 동승 차량의 운행자를 상대로 손해배상을 청구하는 경우에는 그 운전자의 과실은 오로지 동승 차량 운행자의 손해배상채무의 성립 요건에 해당할 뿐 피해자 측의 과실로 참작할 성질의 것이 아니다(97다35344). **[동일 판시]** 대법원 2021. 3. 25. 선고 2019다208687 판결.

2047) ❶ 대법원 2014. 7. 10. 선고 2014다16968 판결; "가해행위와 피해자 측의 요인이 경합하여 손해가 발생하거나 확대된 경우에는 피해자 측의 요인이 **체질적인 소인 또는 질병의 위험도**와 같이 피해자 측의 귀책사유와 무관한 것이라고 할지라도, 그 질환의 태양·정도 등에 비추어 가해자에게 손해의 전부를 배상하게 하는 것이 공평의 이념에 반하는 경우에는, 법원은 손해배상액을 정하면서 과실상계의 법리를 유추적용하여 그 손해의 발생 또는 확대에 기여한 피해자 측의 요인을 참작할 수 있다." ☎ 의사 甲이 실시한 경추 신경차단술의 부작용으로 척수손상을 입은 乙과 가족들이 손해배상을 구한 **사안**에서, 경추 신경차단술에 따른 위험성이 어느 정도인지, 그러한 위험을 회피할 만한 통상적이고도 필수적인 방법이 있는지, 甲이 그러한 방법을 **취**하였는지 등에 관하여 충분히 심리하지 않은 채 단순히 추상적으로 경추 신경차단술이 신경을 손상시킬 위험성이 있다는 점만을 주된 사유로 하여 甲의 책임을 70%로 제한한 것은 잘못이라고 한 예. ❷ 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015다8902 판결; "교통사고 피해자의 **기왕증**이 사고와 경합하여 악화됨으로써 피해자에게 특정 상해의 발현 또는 치료기간의 장기화, 나아가 치료종결 후 후유장해 정도의 확대라는 결과 발생에 기여한 경우에는, 기왕증이 특정 상해를 포함한 상해 전체의 결과 발생에 기여하였다고 인정되는 정도에 따라 피해자의 전체 손해 중 그에 상응한 배상액을 부담하게 하는 것이 손해의 공평한 부담을 위하여 타당하다."(**원심**이, 기왕증이 노동능력상실률에 기여한 정도를 10%로 보고 이를 고려한 노동능력상실률에 따라 일실수입을 산정하였으나, 기왕치료비와 향후치료비에 관해서는 기왕증을 별도로 고려하지 않은 데 대하여, **대법원**은, '일실수입의 경우와 마찬가지로 기왕치료비와 향후치료비에 관해서도 기왕증이 기여한 정도를 심리한 다음 기왕증 기여도를 고려한 나머지를 손해로 인정했어야 한다.'고 한 예) ☛ 법원이 기왕증의 후유증 전체에 대한 기여도를 정할 때에는 반드시 의학적으로 정확히 판정하여야 하는 것이 아니고 제반 사정을 고려하여 합리적으로 판단할 수 있다(2017다20159).

2048) 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다223747 판결; "구 자본시장법 제125조, 제126조가 적용되는 손해배상청구 소송의 경우 … **주식가격의 변동요인**은 매우 다양하고 여러 요인이 동시에 복합적으로 영향을 미치는 것이므로 어느 특정 요인이 언제 어느 정도의 영향력을 발휘한 것인지를 가늠하기가 극히 어려운 사정을 감안할 때,

상책임에서 사업의 내용과 성격, 임무위반의 경위·태양, 평소의 회사 공헌도 등,[2050] 보전처분의 부당집행으로 인한 손해배상책임에서 보전처분과 본안소송에서 판단이 달라진 경위와 대상, 해당 판단 요소들의 사실적·법률적 성격, 판단의 난이도 등[2051] 기타 제반 사정[2052]이 있다.

책임제한 사유인 '기왕증의 기여도'와 '기왕의 장해'는 서로 구분되는 개념이고, 참작 방법이 다르다('예정된 장해'는 기왕의 장해와 그 성격이 유사하므로 특별한 사정이 없는 한 기왕의 장해와 동일하게 취급하면 된다),[2053] 가해자 측이 피해자가 주장하는 후유장해가 기왕증에

증권신고서나 투자설명서의 거짓 기재 이외에도 취득한 때부터 손실이 발생한 때까지의 기간 동안 발행회사나 주식시장의 전반적인 상황의 변화 등도 손해 발생에 영향을 미쳤을 것으로 인정되나 성질상 그와 같은 다른 사정에 의하여 생긴 손해액을 일일이 증명하는 것이 극히 곤란한 경우가 있을 수 있고, 이와 같은 경우 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그러한 사정을 들어 손해배상액을 제한할 수 있다." ☛ 대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다11895 판결; 소외 저축은행의 경영성과나 외부의 시장 상황 등과 같은 다양한 요인들이 주가 하락에 영향을 미쳤을 가능성을 배제하기 어렵다는 사정 등을 참작하여 저축은행의 외부감사인인 피고의 부실감사에 따른 손해배상책임을 40%로 제한한 것은 수긍할 수 있는 범위 내라고 한 예.

2049) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다93790 판결; 甲 회사 등을 비롯한 국내 밀가루 시장점유율의 대부분을 차지하는 8개 밀가루 제조·판매회사들이 공동으로 밀가루 생산·판매량을 제한하고 밀가루 가격을 결정·유지·변경하였는데, 甲 회사 등으로부터 밀가루를 매입한 乙 회사가 甲 회사 등을 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 밀가루를 판매하면서 판매증대 목적으로 지급한 장려금이 손해배상액에서 공제될 성질의 것은 아니라고 하고, 담합행위로 인하여 인상된 가격으로 밀가루를 구매한 乙 회사가 밀가루를 원료로 생산·판매하는 제품에 관한 가격 인상을 통해 밀가루 가격 인상분을 최종 소비자에게 전가한 부분의 공제를 주장한 '손해전가의 항변(passing-on defence)'을 받아들이지 아니하는 한편 위 장려금 지급 및 제품 가격 인상에 의한 손해 전가에 관한 사정들을 참작하여 공평의 원칙상 손해배상책임을 제한한 예.

2050) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2011다81213 판결; "이사나 감사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우 … 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사나 감사의 임무위반의 경위 및 임무위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사나 감사의 회사에 대한 공헌도, 임무위반행위로 인한 당해 이사나 감사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있고."

2051) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2020다242935 판결; "보전처분과 본안소송에서 판단이 달라진 경위와 대상, 해당 판단 요소들의 사실적·법률적 성격, 판단의 난이도, 당사자의 인식과 검토 여부 등 관여 정도를 비롯한 여러 사정에 비추어 채권자에게 가압류 집행으로 인하여 채무자가 입은 손해의 전부를 배상하게 하는 것이 공평의 이념에 반하는 것으로 평가된다면 채권자의 손해배상책임을 제한할 수 있다."

2052) ❶ 결빙방지를 위해 뿌린 소금으로 지하수가 오염되어 분재·화훼 등이 고사한 사안에서, 분재·화훼를 재배·경작할 때 지하수의 수질뿐만 아니라 '토양, 기온, 비료, 병충해 등 다양한 요소들이 생장과 고사에 영향을 미치는 점' 등을 고려해 책임을 40%로 제한한 예(대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다292026 판결). ❷ 원고들의 건물이 신축한 지 23년~48년이 지나 노후하고 이미 벽체에 균열이 발생한 상태였던 사정들을 전혀 참작하지 않고 손해액을 산정한 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리한 조치라고 한 예(2006다50338).

2053) 대법원 2023. 8. 31. 선고 2022다303995 판결; "**1)** 불법행위로 인한 일실수입을 산정하기 위하여 노동능력상실률을 평가할 때 '**기왕의 장해율**', 즉 불법행위 전에 가지고 있던 기왕증으로 인한 노동능력상실의 정도는, '**기왕증의 기여도**', 즉 기왕증이 후유증 발생에 기여한 정도와 구분되는 개념이다. 불법행위 전에 기왕의 장해가 있었다면, 불법행위 후 현재의 노동능력상실률(L2)에서 기왕의 장해로 인한 노동능력상실률(L1)을 빼고(L3 = L2 - L1), 기왕증이 후유증 발생에 기여하였다면 기왕의 장해율 외에 기왕증의 기여도도 참작하여 불법행위로 인한 노동능력상실률을 평가하여야 한다. 기왕의 장해와 기왕증 기여도가 동일한 부위에 문제 되는 경우, 기왕증 기여도는 기왕의 장해로 인한 노동능력상실률을 제외하고 증가된 노동능력상실률에 기왕증이 기여한 정도를 의미한다. **2)** 추간판탈출증 등을 치료하는 과정에서 의료과실이 없더라도 환자에게 척추 유합술이 필요하고, 장해평가기준에서 척추 유합술을 받은 상태 자체를 장해로 인정하는 것과 같이 일부 의료행위의 특수성상 불법행위가 없었더라도 필연적으로 일정한 장해 및 노동능력상실이 예정된 경우가 있다. 이와 같은 **예정된**

의한 것이라고 다투는 경우에 가해자 측의 그와 같은 주장은 소송법상 인과관계의 부인에 해당하므로 피해자가 적극적으로 그 인과관계의 존재, 즉 당해 사고와 상해 사이에 인과관계가 있다거나 소극적으로 기왕증에 의한 후유장해가 없었음을 증명하여야 한다.[2054]

공동불법행위책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 그 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것으로, 법원이 피해자의 과실을 들어 과실상계를 함에 있어서는 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다르더라도 피해자의 과실을 공동불법행위자 각인에 대한 과실로 개별적으로 평가하지 않고 그들 전원에 대한 과실로 전체적으로 평가하는 것이 원칙이다.[2055] 2인 이상의 공동불법행위로 인하여 호의동승한 사람이 손해를 입은 경우, 공동불법행위자 상호 간의 내부관계에서는 일정한 부담 부분이 있으나 피해자에 대한 관계에서는 부진정연대책임을 지므로, 동승자가 입은 손해에 대한 배상액을 산정함에 있어서는 먼저 호의동승으로 인한 감액 비율을 참작하여 공동불법행위자들이 동승자에 대하여 배상하여야 할 수액을 정하여야 한다.[2056]

장해가 있다면, 의료과실로 인한 불법행위가 없었더라도 피해자의 노동능력은 그 예정된 장해로 일정 부분 상실될 수밖에 없다는 점을 고려해야 하는데, 예정된 장해는 기왕의 장해와 그 성격이 유사하므로 특별한 사정이 없는 한 기왕의 장해와 동일하게 취급하면 된다. 다만 일실수입을 실제소득에 의하여 산정하는 경우, 그 실제소득은 예정된 장해가 없었던 상태에서 얻고 있던 소득이라는 차이를 고려해야 한다. 따라서 기왕의 장해가 없이 예정된 장해만 있고, 예정된 장해로 인한 노동능력상실의 정도를 알 수 있는 경우에는, 현재의 전신 노동능력상실률(L2)에서 예정된 장해로 인한 전신 노동능력상실률(L1)을 빼는 방법으로 불법행위로 인한 전신 노동능력상실률(L3 = L2 - L1)을 산정하고, 여기에 통계소득 또는 실제소득을 그대로 곱하는 방식으로 일실수입을 산정하면 된다(L3 × 소득). 한편 기왕증이 예정된 장해 외에 증가된 노동능력상실률에도 기여하였다면, 이를 참작하여 현재의 전신 노동능력상실률(L2)을 산정하여야 한다. 3) 따라서 이 사건에서 기왕증 기여도를 고려한 재활의학과 장해 노동능력상실률은 27%[= 예정된 장해로 인한 노동능력상실률 20% + 증가된 노동능력상실률 10% × (1 - 기왕증 기여도 0.3)]이고, 원고 1의 현재의 전신 복합노동능력상실률은, 비뇨기과 장해 노동능력상실률 10%와 재활의학과 장해 노동능력상실률을 비뇨기과 장해 계산 후 잔존 노동능력에 적용한 24.3%[= 27% × (1 - 10%)]를 합한 34.3%가 된다. 결국 이 사건 불법행위로 인한 전신 노동능력상실률은 위 34.3%에서 예정된 장해로 인한 전신 노동능력상실률 20%를 뺀 14.3%가 되므로, 이를 기초로 일실수입과 일실퇴작금을 산정하여야 한다."

2054) 대법원 2019. 8. 9. 선고 2017다20159 판결.

2055) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다16747, 16754 판결. 그 손해배상액에 대하여는 가해자 각자가 그 금액의 전부에 대한 책임을 부담하고, 가해자의 1인이 다른 가해자에 비하여 불법행위에 가공한 정도가 경미하다고 하더라도 피해자에 대한 관계에서 그 가해자의 책임 범위를 위와 같이 정하여진 손해배상액의 일부로 제한하여 인정할 수 없다.
하지만, 피해자가 공동불법행위자들을 모두 피고로 삼아 한꺼번에 손해배상청구의 소를 제기한 경우와 달리 공동불법행위자별로 별개의 소를 제기하여 소송을 진행하는 경우에는 각 소송에서 제출된 증거가 서로 다르고 이에 따라 교통사고의 경위와 피해자의 손해액산정의 기초가 되는 사실이 달리 인정됨으로 인하여 과실상계비율과 손해액도 서로 달리 인정될 수 있다. 따라서 피해자가 공동불법행위자 중 1인을 상대로 한 선행 손해배상 소송에서 승소한 금액을 전부 지급받았다고 하더라도 그 금액이 다른 공동불법행위자에 대한 후행 손해배상 소송에서 산정된 손해액에 미치지 못한다면 후행 소송의 피고는 그 차액을 피해자에게 지급할 의무가 있다(2000다60227).

2056) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2012다87263 판결; 원심이, 동승 차량의 운행목적, 피해자와의 인적관계, 동승

위법한 쟁의행위를 결정·주도한 주체인 노동조합과 개별 조합원 등의 손해배상책임의 범위는 달리 인정될 수 있다.[2057] 공동불법행위자의 관계는 아니지만 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무가 동일한 경제적 목적을 가지고 있고 서로 중첩되는 부분에 관하여 한쪽의 채무가 변제 등으로 소멸하면 다른 쪽의 채무도 소멸하는 관계에 있기 때문에 부진정연대채무 관계가 인정되는 경우까지 과실상계를 할 때 반드시 채권자의 과실을 채무자 전원에 대하여 전체적으로 평가하여야 하는 것은 아니다.[2058]

고의로 채무불이행이나 불법행위를 야기한 채무자가 채권자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 감하여 달라고 주장하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없으나, 이는 채무자로 하여금 채무불이행이나 불법행위로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하는 것이 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 초래하기 때문이므로(가해행위가 사기, 횡령, 배임 등의 영득행위[2059]인 경우 등[2060]이 이에 해당한다), 위와 같은 결과가 초래되지 않는 경우에는 과실상계

경위 등에 비추어 볼 때 동승차량 운전자에게 전적인 책임을 지우는 것은 신의칙이나 형평의 원칙상 불합리하므로 호의동승으로 인한 책임제한을 인정할 수 있으나, 그와 같은 호의동승에 의한 책임제한은 인적, 내부적 관계에 기한 것인 만큼 원칙적으로 상대적 효력만이 있을 뿐이어서 상대방 차량 운전자나 그 보험자인 피고에게까지 호의동승으로 인한 책임제한을 인정할 수는 없다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 먼저 호의동승으로 인한 감액 비율을 고려하여 두 운전자가 피해자에 대한 관계에서 연대하여 부담하여야 할 손해액을 산정하여야 하고, 그 당연한 귀결로서 위와 같은 책임제한은 동승 차량 운전자뿐만 아니라 상대방 차량 운전자 및 그 보험자인 피고에게도 적용된다고 한 예.

2057) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결; "위법한 쟁의행위를 결정·주도한 주체인 노동조합과 개별 조합원 등의 손해배상책임의 범위를 동일하게 보는 것은 헌법상 근로자에게 보장된 단결권과 단체행동권을 위축시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 이념에도 어긋난다. 따라서 개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 쟁의행위 참여 경위 및 정도, 손해 발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."

2058) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다16747, 16754 판결; 원고(제작물 매수인, 임대인)가 피고 유한공사(제작물 공급 매도인)로부터 공급받아 피고 회사(임차인)에 임대한 부두용 크레인 붐(boom)이 피고 유한공사의 크레인 제작상 과실과 피고 회사의 크레인 관리·운용상 과실이 함께 원인이 되어 붕괴한 사고로 인한 원고의 손해에 관하여, 피고 유한공사는 제작물공급계약상의 채무불이행책임 또는 민법 제580조에 따른 하자담보책임으로, 피고 회사는 불법행위책임 또는 임대차계약상의 채무불이행책임으로 배상할 채무가 있고, 두 채무는 부진정연대의 관계에 있는바, 원고의 과실을 피고들 전원에 대하여 전체적으로 평가하게 되면 개별적으로는 과실상계나 책임제한 사유가 없는 피고 회사의 책임까지 제한되는 부당한 결과가 발생할 수 있다는 이유로, 피고 유한공사의 원고에 대한 손해배상책임은 별다른 과실상계 또는 책임제한 사유가 없으므로 제한할 수 없으나, 피고 회사의 원고에 대한 손해배상책임은 원고가 크레인 임대인으로서 임차인인 피고 회사의 손해 방지를 위한 예방조치를 강구할 주의의무를 위반한 과실이 있는 점 등을 참작하여 70%로 제한한 원심이 정당하다고 한 예.

2059) ○ 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결; "가해행위가 사기, 횡령, 배임 등의 영득행위인 경우 등 과실상계를 인정하게 되면 가해자로 하여금 불법행위로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하여 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 가져오는 경우에만 예외적으로 과실상계가 허용되지 않는다." ☜ 피고 은행의 원고에 대한 적합성의 원칙 및 설명의무 위반행위는 영득행위에 해당한다고 할 수 없으므로, 원고의 과실은 피고의 손해배상의 범위를 정함에 있어 이를 참작함이 타당하다고 한 예.

○ 대법원 2013. 6. 13. 선고 2010다34159 판결; 원심이, 피고 보험회사의 보험설계사 피고 2의 부당권유가 사기의 경우와 같이 불법행위로 인하여 피해자의 재산 내지 경제적 이익이 가해자에게 이전되는 이른바 '가치이전형' 불법행위에 해당하고, 또한 원고들의 과실은 피고 2의 부당권유에 의하여 야기된 이른바 '획책된 과실'로서 권유자의 위법과 별도로 평가할 수 없다고 하여, 피고들의 원고들에 대한 손해배상액을 산정함에 있어 비록 원고들이 보험계약을 체결하면서 해약환급금 등 계약의 중요사항에 대하여 적극적으로 확인하지 아니한 점이 인정되더라도 이를 과실상계의 대상으로 삼을 수 없다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 피고들의 원고들에

나 공평의 원칙에 기한 책임의 제한은 얼마든지 가능[2061]하고(사기, 횡령, 배임 등 고의의 영득행위자라도 피해자의 과실이 아닌 다른 책임제한 사유로 책임을 제한하는 것은 가능하다[2062]), 채무자 중의 일부에게 그러한 사유가 있다고 하여 그러한 사유가 없는 다른 채무자까지도 과실상계의 주장을 할 수 없다고 해석할 것은 아니다.[2063]

'일부 청구'의 경우에는, 전체 손해액에서 과실상계나 책임제한을 하고, 그 잔액이 청구액을 초과하지 않을 경우에는 그 잔액을, 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구 전액을 각 인용한다(외측설).[2064]

대한 부당권유행위가 영득행위에 해당한다고 평가할 수 없으므로, 원고들의 과실을 참작하여 피고들의 손해배상의 범위를 정하였어야 한다고 한 예.
○ 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다22553 판결; 허위·과장 광고로 인한 표시·광고의 공정화에 관한 법률 위반 행위는 소비자의 부주의를 이용한 고의에 의한 불법행위라는 이유로 과실상계 주장을 배척한 예.

2060) 부동산의 소유자에게 권리행사를 장기간 해태함으로써 무권리자로부터 그 부동산을 취득한 제3자의 등기부취득시효가 완성되도록 한 과실이 있다고 하더라도, 부동산을 미등기 상태로 방치한 소유자의 부주의를 이용하여 위법하게 자신들 명의로 소유권보존등기를 경료함으로써 고의의 불법행위를 저지른 자들은 피해자인 소유자의 과실을 이유로 과실상계를 주장할 수 없다(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결).

2061) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다37721 판결 등. 전형적인 예로서, 폭행과 같은 '사실행위'에 의한 고의의 불법행위에 대해서는 폭행을 유발한 원고의 과실을 이유로 과실상계가 가능하다(87다카2951).

2062) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다11895 판결; "저축은행의 외부감사인인 피고가 재무제표에 대한 회계감사를 부실하게 하여 분식회계를 밝히지 못한 과실 책임을 진다고 하더라도, 횡령·부실대출과 분식행위 등 직접적으로 고의의 불법행위를 저지른 소외 1 등의 책임과는 그 발생 근거와 성질에 차이가 있고, 피고의 회계감사 이후로도 지속적으로 이루어진 소외 1 등의 횡령과 부실대출 등의 범죄행위가 원고가 입은 손해의 확대에 기여하였을 개연성을 배제할 수 없다. 그런데 피고가 그 부분 손해까지도 책임을 져야 한다면 이는 피해자를 두텁게 보호한다는 측면을 고려하더라도 손해의 공평·타당한 분배라는 손해배상 제도의 이념에 반하는 결과를 초래한다. 따라서 원심이 피고의 책임비율을 소외 1 등과 같게 정한 것은 적절하지 않다." ☜ **원심**은 소외 저축은행의 경영성과나 외부의 시장 상황 등과 같은 다양한 요인들이 소외 은행의 주가 하락에 영향을 미쳤을 가능성을 배제하기 어렵다는 사정 등을 참작하여 소외 1 등과 피고 회계법인의 책임을 동일하게 원고가 입은 손해액의 40%로 제한한 데 대하여, **대법원**은, 원심이 피고 회계법인의 책임비율을 소외 1등과 동일하게 정한 것은 적절하지 않지만, 원심이 정한 피고의 책임비율이 그 자체로 재량 범위 내에 있다면 그러한 잘못이 판결 결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 없고, 제반 사정과 외부감사인에게 요구되는 주의의무를 위반한 피고의 과실 내용과 그 결과에 비추어 보면, 손해의 발생과 확대에 기여한 피고의 책임비율을 40%로 본 것이 현저히 높다고 보기는 어렵다고 판단하여 상고를 기각한 예.

2063) 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다223747 판결 등.
나아가 판례는, 과실에 의한 불법행위자인 중개보조원이 고의에 의한 불법행위자와 공동불법행위책임을 부담하는 경우 중개보조원의 손해배상액을 정할 때에는 피해자의 과실을 참작하여 과실상계를 할 수 있고, 중개보조원을 고용한 개업공인중개사의 손해배상금액을 정할 때에는 개업공인중개사가 중개보조원의 사용자일 뿐 불법행위에 관여하지는 않았다는 등의 개별적인 사정까지 고려하여 중개보조원보다 가볍게 책임을 제한할 수도 있다고 한다(대법원 2018. 2. 13. 선고 2015다242429 판결; 원심이, 과실에 의한 불법행위자인 중개보조원 피고 3과 고의의 불법행위자인 소외 2의 원고에 대한 공동불법행위에 대하여, 피고 3의 책임은 70%(과실상계 30%)로, 피고 3의 사용자인 개업공인중개사 피고 2, 그와의 공제계약자 피고 공인중개사협회의 책임은 피고 2가 중개보조원을 고용하였을 뿐 불법행위에 가담하지 않았다는 등의 사정까지 추가로 고려하여 60%(과실상계 40%)로, 소외 2의 사용자인 개업공인중개사 소외 3, 그와의 공제계약자 피고 공인중개사협회는 소외 3의 지위 등을 고려하여 90%(과실상계 10%)로 제한한 데에 잘못이 없다고 한 예). ☞ '과실'에 의한 공동불법행위자인 중개보조원과 그 사용자인 공인중개사의 책임범위를 달리 한 판시 부분은 종전 판례와는 다른 것이다.

2064) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다5550 판결(이것이 일부청구를 하는 당사자의 통상적 의사이고, 이러한 방식에 따라 원고의 청구를 인용한다고 하여도 처분권주의에 위배되는 것이라고 할 수는 없다).

과실상계는 원칙적으로 채무불이행 내지 불법행위로 인한 손해배상책임에 대하여 인정되는 것이지, 채무 내용에 따른 본래 급부의 이행을 구하는 경우나,[2065] 표현대리책임의 경우,[2066] 계약의 무효·취소·해제 기타 효력불발생으로 인한 원상회복의무의 경우에는 적용되지 아니 한다(신의칙 또는 공평의 원칙에 기한 제한도 허용되지 아니 한다).[2067]

민법 제765조나 그 특례인 실화책임에 관한 법률 제3조에 의한 손해배상액 경감 청구에 따라 법원이 배상액을 경감할 수도 있다.[2068]

불법행위로 인한 손해배상청구 소송에서 가해행위와 손해 발생 사이의 인과관계는 존재하거나 부존재하는지를 판단하는 것이고, 이를 비율적으로 인정할 수는 없으므로, 이른바 '비율적 인과관계론'은 인정되지 않는다.[2069]

2065) 대법원 2016. 12. 1. 선고 2016다240543 판결(전기공급계약에 따른 전기요금채무 사안). 따라서 예금주가 인장관리를 다소 소홀히 하였거나 입·출금 내역을 조회하여 보지 않음으로써 금융기관 직원의 불법행위가 용이하게 된 사정이 있다고 할지라도 정기예탁금 계약에 기한 정기예탁금 반환청구사건에 있어서는 그러한 사정을 들어 금융기관의 채무액을 감경하거나 과실상계할 수 없고, 이러한 결론은 예금주의 잘못이 금융기관에 대하여 불법행위를 구성하는 등의 특별한 사정이 없는 한 신의칙이나 형평을 고려하더라도 달라지지 않는다(99다48801).

2066) 표현대리행위가 성립하는 경우에 그 본인은 표현대리행위에 의하여 전적인 책임을 져야 하고, 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 경감할 수 없다(95다49554).

2067) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다34143 판결; "과실상계는 본래 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상책임에 대하여 인정되는 것이고, … 매매계약이 해제되어 소급적으로 효력을 잃은 결과 매매당사자에게 당해 계약에 기한 급부가 없었던 것과 동일한 재산상태를 회복시키기 위한 원상회복의무의 이행으로서 이미 지급한 매매대금 기타의 급부의 반환을 구하는 경우에는 적용되지 아니한다. 그러고 계약의 해제로 인한 원상회복청구권에 대하여 해제자가 그 해제의 원인이 된 채무불이행에 관하여 '원인'의 일부를 제공하였다는 등의 사유를 내세워 신의칙 또는 공평의 원칙에 기하여 일반적으로 손해배상에 있어서의 과실상계에 준하여 그 권리의 내용이 제한될 수 있다고 하는 것은 허용되어서는 아니 된다. … 우리 법은 계약의 무효·취소 기타 효력불발생의 경우 일반에 대하여 그로 인한 계약관계의 원상회복에 관하여 위와 같은 신의칙 또는 공평 원칙의 적용을 예정하고 있지 아니하다."

2068) ○ **민법 제765조(배상액의 경감청구)** ① 본장의 규정에 의한 배상의무자는 그 손해가 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아니고 그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미치게 될 경우에는 법원에 그 배상액의 경감을 청구할 수 있다. ② 법원은 전항의 청구가 있는 때에는 채권자 및 채무자의 경제상태와 손해의 원인 등을 참작하여 배상액을 경감할 수 있다.

○ **실화책임에 관한 법률 제3조(손해배상액의 경감)** ① 실화가 중대한 과실로 인한 것이 아닌 경우 그로 인한 손해의 배상의무자(이하 "배상의무자"라 한다)는 법원에 손해배상액의 경감을 청구할 수 있다. ② 법원은 제1항의 청구가 있을 경우에는 다음 각 호의 사정을 고려하여 그 손해배상액을 경감할 수 있다. 1. 화재의 원인과 규모 2. 피해의 대상과 정도 3. 연소 및 피해 확대의 원인 4. 피해 확대를 방지하기 위한 실화자의 노력 5. 배상의무자 및 피해자의 경제상태 6. 그 밖에 손해배상액을 결정할 때 고려할 사정 ☛ 이는 발화점과 불가분의 일체를 이루는 물건의 소실, 즉 직접 화재에는 적용되지 아니하고, 그로부터 연소한 부분에만 적용된다(대법원 2024. 2. 15. 선고 2019다208724 판결; 건물 1층 주차장 천장에서 발생한 화염이 6~12층으로 확대되어 임차인 원고 회사 등이 입은 손해는 발화점과 불가분의 일체를 이루는 물건의 소실, 즉 직접 화재로 인한 것이므로, 위 법률을 적용할 수 없다고 한 예).

○ 배상의무자가 경감사유를 주장·증명하여 그 감액을 청구하여야 하고 그 청구 여부에 관하여 법원은 아무런 석명의무가 없다(62다428).

2069) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결.

6) 손해배상액의 예정

가) 손해배상 예정액 청구의 요건사실

민법 제398조[2070]에서 정하고 있는 '채무불이행에 관한 손해배상 예정액 청구'의 청구원인 요건사실은 ① '원·피고 간 계약의 체결', ② '손해배상액 예정 약정(위약금 약정,[2071] 지체상금 약정, 지연손해금 약정[2072] 등)', ③ '피고의 채무불이행'[2073]이다. ② 요건은 '채무불이행에 기초한 손해배상청구'의 요건사실 중 '피고의 채무불이행에 따른(인과관계) 원고의 손해 발생과 범위'의 요건을 대체한 것이다.[2074] '근로계약' 불이행에 대한 위약금

2070) **민법 제398조(배상액의 예정)** ① 당사자는 채무불이행에 관한 손해배상액을 예정할 수 있다. ② 손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다. ③ 손해배상액의 예정은 이행의 청구나 계약의 해제에 영향을 미치지 아니한다. ④ 위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다. ⑤ 당사자가 금전이 아닌 것으로써 손해의 배상에 충당할 것을 예정한 경우에도 전4항의 규정을 준용한다.

2071) ◎ **계약금과 위약금**
계약금이 당연히 위약금의 성질을 갖는 것은 아니고, 계약금을 위약금으로 하기로 하는 특약이 있어야 하며, 그러한 특약이 없는 이상, 계약이 일방의 귀책사유로 해제되었다 하더라도 상대방은 계약불이행으로 입은 실제 손해만을 배상받을 수 있을 뿐 계약금이 위약금으로서 상대방에게 당연히 귀속되는 것은 아니다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2007다24930 판결). 매매계약서에 매수인이 계약사항을 불이행시에는 매도인이 일방적으로 해약하여도 이의할 수 없고 납부한 계약금을 매도인의 소유로 한다고 정하고 있는 경우에도 그 약정에 따라 계약금이 위약금으로서 몰취되었다는 권리멸각사유는 매도인에게 그 주장책임이 있다(대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카19412 판결). 손해배상액을 계약금 상당액으로 예정한 경우, 계약금의 비교부로 요물계약인 계약금계약이 불성립하였다고 하여 당연히 손해배상액의 예정까지 불성립하는 것은 아니다(대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다231378 판결).

2072) ❶ 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016다52265 판결; "민법 제398조 제2항은 … 금전채무의 불이행에 관하여 그 적용을 배제하지 않고 있다. 또한 이자제한법 제6조는 법원은 당사자가 금전을 목적으로 한 채무의 불이행에 관하여 예정한 배상액을 부당하다고 인정한 때에는 상당한 액까지 이를 감액할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 금전채무에 관하여 이행지체에 대비한 지연손해금 비율을 따로 약정한 경우에 이는 손해배상액의 예정으로서 감액의 대상이 된다고 보아야 한다." ❷ 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다590 판결; "분양계약서에서 수분양자의 분양대금 납입 지체에 따른 지연손해금의 납부책임과 그 금액만을 규정하고 매도인인 소외 조합 및 원고의 이행 지체에 따른 지체상금에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다면, 수분양자의 분양대금 납입 지체에 적용되는 위 지연손해금 조항이 당연히 매도인에게도 적용되어 동일한 내용의 지체상금 조항이 있는 것으로 간주될 수는 없으므로 피고는 원고에 대하여 손해배상액의 예정으로서 지체상금의 지급을 구할 수는 없고, 원고의 채무불이행으로 인하여 실제로 입은 손해만을 민법 제393조 등에서 정한 바에 따라 배상받을 수 있을 뿐이라고 할 것이다."

2073) 그런데 쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행 관계에 있는 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않으므로, 부동산 매매계약에 있어서 매수인이 매도인에게 중도금 또는 잔금을 정해진 기한까지 이행하지 않으면 이미 지급한 중도금 또는 잔금의 전부 내지 일부를 포기한 것으로 본다는 내용의 위약금 약정을 한 경우라도, 매수인이 중도금 또는 잔금의 지급을 매도인의 반대의무보다 선이행하기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 매수인이 중도금 또는 잔금지급의무를 다하지 않는 것 외에 매도인이 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 매수인에게 이행제공하여 매수인으로 하여금 이행지체 상태에 이르게 하였다는 점까지 주장·증명하여야 한다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다10337 판결).

2074) ❶ 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다50350 판결; "채무불이행으로 인한 손해배상액의 예정이 있는 경우에는 채권자는 채무불이행 사실만 증명하면 손해의 발생 및 그 액을 증명하지 아니하고 예정배상액을 청구할 수 있는 것이므로, 계약보증금을 손해배상액의 예정으로 약정한 이 사건에 있어 원고는 자신이 입은 손해액 및 그 손해액과 소외 회사의 채무불이행 사이의 인과관계를 입증할 책임이 없는데도" ❷ 대법원 1999. 3. 26. 선고 96다23306 판결; "원고와 피고 회사 사이에는 계약보증금의 한도에 관한 약정이 있었을 뿐, 나아가 피고 회사가 그 보증금에 해당하는 금액을 위약벌 내지 제재금이나 손해배상액의 예정으로 하는 특약이 있었다고는 인정되지 아니하므로, 원고가 피고 회사의 채무불이행을 이유로 피고 건설공제조합에 대하여 계약보증금을

또는 손해배상액 예정 계약은 그 자체로 원칙적으로 무효이므로, 사용자는 그 약정이 근로자의 의사에 반하는 계속 근로를 부당하게 강제하는 것으로 평가되지 않아 유효한 것으로 볼 만한 '특별한 사정'(교육훈련·연수 비용, 회사 위로금의 반환 등)을 주장·증명하여야 한다.[2075]

채무불이행으로 인한 손해배상 예정액의 청구와 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구는 그 청구원인을 달리 하는 별개의 청구이므로, 손해배상 예정액의 청구 가운데 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구가 포함되어 있다고 볼 수 없다.[2076]

채권자가 실제 손해액을 증명하여 그 배상을 청구하는 경우, 채무자는 '손해배상액 예정 약정'의 존재를 주장·증명하여 예정액 초과 부분을 따로 청구할 수 없음을 '항변'할 수 있다.[2077] 다른 특약[2078]이 있거나, '별도의 불법행위' 등[2079]인 경우에는, 별도로 그

청구하기 위하여는 피고 조합이 이행을 보증한 피고 회사의 구체적인 채무 및 그 채무액에 대한 입증이 필요하다고 할 것"

2075) 근**로기준법 제20조(위약 예정의 금지)** 사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다. ☛ ❶ 대법원 2008. 10. 23. 선고 2006다37274 판결; "구 근로기준법 제27조 … 위반하는 행위를 형사처벌 대상으로 삼은 취지는, 근로자의 근로계약 불이행을 이유로 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생하였는지를 묻지 않고 바로 일정 금액을 배상하도록 하는 약정을 미리 함으로써, 근로자의 의사에 반하는 계속 근로를 강제하는 것을 방지하기 위한 것이다. 따라서 근로자가 일정 기간 동안 근무하기로 하면서 이를 위반할 경우 소정 금원을 사용자에게 지급하기로 약정하는 경우, 그 약정의 취지가 약정한 근무기간 이전에 퇴직하면 그로 인하여 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생하였는지 묻지 않고 바로 소정 금액을 사용자에게 지급하기로 하는 것이라면 이는 명백히 위 조항에 반하는 것이어서 효력을 인정할 수 없다. 또, 그 약정이 미리 정한 근무기간 이전에 퇴직하였다는 이유로 마땅히 근로자에게 지급되어야 할 임금을 반환하기로 하는 취지일 때에도, 결과적으로 위 조항의 입법 목적에 반하는 것이어서 역시 그 효력을 인정할 수 없다. 다만, 그 약정이 사용자가 근로자의 **교육훈련 또는 연수를 위한 비용**을 우선 지출하고 근로자는 실제 지출된 비용의 전부 또는 일부를 상환하는 의무를 부담하기로 하되 장차 일정 기간 동안 근무하는 경우에는 그 상환의무를 면제해 주기로 하는 취지인 경우에는, 그러한 약정의 필요성이 인정되고, 주로 사용자의 업무상 필요와 이익을 위하여 원래 사용자가 부담하여야 할 성질의 비용을 지출한 것에 불과한 정도가 아니라 근로자의 자발적 희망과 이익까지 고려하여 근로자가 전적으로 또는 공동으로 부담하여야 할 비용을 사용자가 대신 지출한 것으로 평가되며, 약정 근무기간 및 상환해야 할 비용이 합리적이고 타당한 범위 내에서 정해져 있는 등 위와 같은 약정으로 인하여 근로자의 의사에 반하는 계속 근로를 부당하게 강제하는 것으로 평가되지 않는다면, 그러한 약정까지 구 근로기준법 제27조에 위반되는 것은 아니다." ☜ 근로자가 사용자에게 영업비밀을 침해하지 않고 약정한 10년 동안 근무하겠다고 약속하면서 이를 이행하지 않을 때에는 10억 원을 지불하기로 하는 내용의 약정은 근로기준법이 금지하는 전형적인 위약금 또는 손해배상액의 예정에 해당하여 그 효력을 인정할 수 없다고 한 예. ❷ 대법원 2022. 3. 11. 선고 2017다202272 판결; "사용자가 근로자에게 일정한 금전을 지급하면서 의무근로기간을 설정하고 이를 지키지 못하면 그 전부 또는 일부를 반환받기로 약정한 경우, 의무근로기간의 설정 양상, 반환 대상인 금전의 법적 성격 및 규모·액수, 반환 약정을 체결한 목적이나 경위 등을 종합할 때 그러한 반환 약정이 해당 금전을 지급받은 근로자의 퇴직의 자유를 제한하거나 그 의사에 반하는 근로의 계속을 부당하게 강요하는 것이라고 볼 수 없다면, 이는 근로기준법 제20조가 금지하는 약정이라고 보기 어렵다." ☜ 원고 회사가 발행 주식 매각을 통한 소속 기업집단의 변경과정에서 이를 반대하는 근로자 측과 한 '직원들에게 매각위로금을 지급하고, 매각위로금을 받은 직원이 지급일로부터 8개월 안에 퇴사할 경우 이미 지급받은 매각위로금을 월할로 계산하여 반납한다.'는 약정이 근로기준법 제20조에 위반된다고 단정하기 어렵다고 한 사례.

2076) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다49644 판결.

2077) 대법원 2007. 7. 27. 선고 2007다18478 판결; "계약 당시 손해배상액을 예정한 경우에는 다른 특약이 없는 한 채무불이행으로 인하여 입은 통상손해는 물론 특별손해까지도 예정액에 포함되고 채권자의 손해가 예정액을 초과한다 하더라도 초과 부분을 따로 청구할 수 없다."

배상을 청구할 수 있다.

나) 귀책사유 부존재의 항변 등

채무자는, 채무불이행에 있어 채무자의 귀책사유를 묻지 아니한다는 약정(그 존재는 엄격하게 제한하여 인정하여야 하고, 채권자가 주장·증명책임을 진다)을 하지 아니한 이상, 자신의 '귀책사유가 없음'[2080]을 주장·증명함으로써 예정배상액의 지급책임을 면할 수

2078) ○ 공사도급계약을 체결하면서 건설교통부 고시 '민간건설공사 표준도급계약 일반조건'을 계약의 일부로 편입하기로 합의하였고, 위 일반조건에서 지체상금에 관한 규정과 별도로 계약의 해제·해지로 인한 손해배상청구에 관한 규정을 두고 있는 경우, 위 지체상금약정은 수급인이 공사완성의 기한 내에 공사를 완성하지 못한 경우에 완공 지체로 인한 손해배상책임에 관하여 손해배상액을 예정하였다고 해석할 것이고, 수급인이 완공 지체가 아니라 그 공사를 부실하게 한 것과 같은 불완전급부 등으로 인하여 발생한 손해는 그것이 그 부실공사 등과 상당인과관계가 있는 완공 지체로 인하여 발생한 것이 아닌 한 위 지체상금약정에 의하여 처리되지 아니하고 도급인은 위 일반조건의 손해배상약정에 기하여 별도로 그 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 손해배상의 범위는 민법 제393조 등과 같은 그 범위획정에 관한 일반 법리에 의하여 정하여지고, 그것이 위 지체상금약정에 기하여 산정되는 지체상금액에 제한되어 이를 넘지 못한다고 볼 것이 아니다(2009다41137,41144).
○ 공사도급계약서 또는 그 계약내용에 편입된 약관에 수급인이 하자담보책임 기간 중 도급인으로부터 하자보수요구를 받고 이에 불응한 경우 '하자보수보증금'은 도급인에게 귀속한다는 조항이 있을 때 이 하자보수보증금은 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정으로 볼 것이로되, 다만 하자보수보증금의 특성상 실손해가 하자보수보증금을 초과하는 경우에는 그 초과액의 손해배상을 구할 수 있다는 명시 규정이 없다고 하더라도 도급인은 수급인의 하자보수의무 불이행을 이유로 하자보수보증금의 몰취 외에 그 실손해액을 입증하여 수급인으로부터 그 초과액 상당의 손해배상을 받을 수도 있는 특수한 손해배상액의 예정으로 봄이 상당하다(2000다17810).

2079) ○ 대법원 1999. 1. 15. 선고 98다48033 판결; "계약 당시 당사자 사이에 손해배상액을 예정하는 내용의 약정이 있는 경우에는 그것은 계약상의 채무불이행으로 인한 손해액에 관한 것이고 이를 그 계약과 관련된 불법행위상의 손해까지 예정한 것이라고는 볼 수 없다." ☜ 토지매매계약이 매수인의 잔대금지급채무의 불이행을 이유로 해제된 다음 매도인이 매수인 등을 상대로 위 토지 상의 건물철거 및 대지인도의 소를 제기하여 승소판결을 받고 그 판결이 확정되었음에도 매수인 등이 이를 이행하지 아니하여 매도인이 위 토지를 사용·수익하지 못하게 됨으로써 입은 차임 상당의 손해는 위 매매계약이 해제된 후의 별도의 불법행위를 원인으로 하는 것으로서 계약 당시 수수된 손해배상예정액으로 전보되는 것이 아니라고 한 사례.
○ 대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다274270, 274287 판결; "손해배상액을 예정한 채무불이행과 별도의 행위를 원인으로 손해가 발생하여 불법행위 또는 부당이득이 성립한 경우 그 손해는 예정액에서 제외되지만, 계약 당시 채무불이행으로 인한 손해로 예정한 것이라면 특별한 사정이 없는 한 손해를 발생시킨 원인행위의 법적 성격과 상관없이 그 손해는 예정액에 포함되므로 예정액과 별도로 배상 또는 반환을 청구할 수 없다."

2080) ❶ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다15940, 15957 판결; "주택공급사업자가 입주지연이 불가항력이었음을 이유로 그로 인한 지체상금 지급책임을 면하려면 입주지연의 원인이 그 사업자의 지배영역 밖에서 발생한 사건으로서 그 사업자가 통상의 수단을 다하였어도 이를 예상하거나 방지하는 것이 불가능하였음이 인정되어야 한다." ❷ 대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다14429, 14436 판결; "수급인이 납품기한 내에 납품을 완료하지 못하면 지연된 일수에 비례하여 계약금액에 일정 비율을 적용하여 산정한 지체상금을 도급인에게 지급하기로 약정한 경우, 수급인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 그 의무 이행이 지연되었다면 그 해당 기간만큼은 지체상금의 발생기간에서 공제되어야 한다. 그리고 도급계약의 보수 일부를 선급하기로 하는 특약이 있는 경우, 수급인은 그 제공이 있을 때까지 일의 착수를 거절할 수 있고 이로 말미암아 일의 완성이 지연되더라도 채무불이행책임을 지지 않는다고 할 것이므로, 도급인이 수급인에 대하여 약정한 선급금의 지급을 지체하였다는 사정은 일의 완성이 지연된 데 대하여 수급인이 책임질 수 없는 사유에 해당한다. 따라서 도급인이 선급금 지급을 지체한 기간만큼은 수급인이 지급하여야 하는 지체상금의 발생기간에서 공제되어야 한다. ❸ 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결; "천재지변이나 이에 준하는 경제사정의 급격한 변동 등 불가항력으로 인하여 목적물의 준공이 지연된 경우에는 수급인은 지체상금을 지급할 의무가 없다고 할 것이지만, ① … IMF 사태 및 그로 인한 자재 수급의 차질 등은 그와 같은 불가항력적인 사정이라고 볼 수 없고, ② 일반적으로 수급인이 공사도급계약상 공사기간을 약정함에 있어서는 통상 비가 와서 정상적으로 작업을 하지 못하는 것까지 감안하고 이를 계약에 반영하는 점에 비추어 볼 때 천재지변에 준하는 이례적인 강우가 아니라면 지체상금

있다.[2081]

원고에게 발생한 실제 손해액이 '없다'거나 '예정액보다 적다'는 채무자의 주장은 그 자체만으로는 이유 없는 주장이어서, 유효한 항변사유라 할 수 없다.[2082] 원고의 과실을 이유로 한 '과실상계' 주장 역시 유효한 항변사유가 아니다(부당히 과다한 손해배상예정액 감액의 참작사유는 될 수 있다).[2083]

다) 예정액의 직권 감액

손해배상의 예정액이 '부당히 과다한 경우'[2084]에는 법원이 이를 적당히 감액할

의 면책사유로 삼을 수 없다고 할 것인데, … 동절기의 이상 강우로 인하여 이 사건 공사가 어느 정도 지연되었을 것으로 보이지만, 그것이 공사기간 내에 공사 진행을 도저히 할 수 없는 천재지변에 준하는 불가항력적인 이상 강우라고 볼 만한 자료는 찾기 어려우므로, 그것을 가지고 지체상금의 감액사유로 삼을 수 있을지언정 지체상금의 면책사유로 삼을 수는 없다고 할 것"

2081) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2006다9408 판결: "채무불이행으로 인한 손해배상액의 예정이 있는 경우에는 채권자는 채무불이행 사실만 증명하면 손해의 발생 및 그 액을 증명하지 아니하고 예정배상액을 청구할 수 있고, 채무자는 채권자와 사이에 채무불이행에 있어 채무자의 귀책사유를 묻지 아니한다는 약정을 하지 아니한 이상 자신의 귀책사유가 없음을 주장·입증함으로써 예정배상액의 지급책임을 면할 수 있다. 그리고 채무자의 귀책사유를 묻지 아니한다는 약정의 존재 여부는 근본적으로 당사자 사이의 의사해석의 문제로서, 당사자 사이의 약정 내용과 그 약정이 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 그 약정에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 합리적으로 해석하여야 하지만, 당사자의 통상의 의사는 채무자의 귀책사유로 인한 채무불이행에 대해서만 손해배상액을 예정한 것으로 봄이 상당하므로, 채무자의 귀책사유를 묻지 않기로 하는 약정의 존재는 엄격하게 제한하여 인정하여야 한다."

2082) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2012다65973 판결: "민법 제398조가 규정하는 손해배상액의 예정은 채무불이행의 경우에 채무자가 지급하여야 할 손해배상액을 미리 정해두는 것으로서 그 목적은 손해의 발생사실과 손해액에 대한 증명 곤란을 배제하고 분쟁을 사전에 방지하여 법률관계를 간이하게 해결하는 것 외에 채무자에게 심리적으로 경고를 줌으로써 채무이행을 확보하려는 데 있다. 따라서 채무자가 실제로 손해발생이 없다거나 손해액이 예정액보다 적다는 것을 증명하더라도 이 점만으로 채무자는 그 예정액의 지급을 면하거나 감액을 청구하지 못한다."

2083) 대법원 2016. 6. 10. 선고 2014다200763, 200770 판결: "채무불이행으로 인한 손해의 발생 및 확대에 채권자에게도 과실이 있다고 하여도 민법 제398조 제2항에 따라 채권자의 과실을 비롯하여 채무자가 계약을 위반한 경위 등 제반 사정을 참작하여 손해배상 예정액을 감액할 수는 있을지언정 채권자의 과실을 들어 과실상계를 할 수는 없다."

2084) 대법원 2023. 8. 18. 선고 2022다227619 판결: "손해배상 예정액의 감액은 국가가 당사자 사이의 실질적 불평등을 제거하고 공정성을 보장하기 위하여 계약의 체결 또는 그 내용에 간섭하는 사적 자치의 원칙에 대한 제한의 한 가지 형태이다. 여기에서 '**부당히 과다한 경우**'는 손해가 없다거나 손해액이 예정액보다 적다는 것만으로는 부족하고, 계약자의 경제적 지위, 계약의 목적, 손해배상액 예정의 경위 및 거래관행 기타 제반 사정을 고려하여 그와 같은 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 뜻한다. 기록상 실제의 손해액 또는 예상 손해액을 알 수 있는 경우에는 이를 그 예정액과 대비하여 볼 필요가 있고, 단지 예정액 자체가 크다든가 계약 체결 시부터 계약 해제 시까지의 시간적 간격이 짧다든가 하는 사유만으로는 손해배상 예정액을 부당히 과다하다고 하여 감액하기에 부족하다. 손해배상액 예정이 없더라도 채무자가 당연히 지급의무를 부담하여 채권자가 받을 수 있던 금액보다 적은 금액으로 감액하는 것은 손해배상액 예정에 관한 약정 자체를 전면 부인하는 것과 같은 결과가 되기 때문에 감액의 한계를 벗어나는 것이다. 법원은 위와 같이 손해배상 예정액이 부당히 과다한지를 판단할 때 사실심의 변론종결 당시를 기준으로 그 사이에 발생한 사정을 종합적으로 고려하여야 한다. 감액사유에 대한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 원칙적으로 사실심의 전권에 속하는 사항이지만, 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되는 경우에는 위법한 것으로서 허용되지 않는다."(원심이 공동대표이사제도 유지의무 위반에 대한 손해배상예정액 10억 원 중 원고 회사 투자금 2억 4,500만 원만을 손해배상액으로 인정한 데 대하여, 대법원은, '위 투자금은 원고가 피고의 주된 채무의 불이행을 이유로 계약을 해제할 경우

수 있다(민법 제398조 제2항). 법원은 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 감액할 수 있는데, 예정액이 부당하게 과다한지 및 그에 대한 적당한 감액의 범위를 판단하는 데 있어서 법원이 구체적으로 그 판단을 하는 때 즉, '사실심의 변론종결 당시'를 기준으로 하여 그 사이에 발생한 모든 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.[2085]

라) 위 약 벌

(1) 위약벌에 관한 주장증명

위약금(違約金)의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정(推定)[2086]되므로(민법 제398조 제4항), 위약금이 위약벌(違約罰)로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·증명되어야 한다.[2087]

위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 계약서 등 처분문서의 내용과 계약의 체결 경위 등을 종합하여 판단할 의사해석의 문제인데, 위약금 조항을 손해배상액의 예정으로 해석하게 되면 이중배상이 이루어지는 등의 사정이 있을 때에는 위약벌로 보아야 한다.[2088] [2089]

원상회복으로 반환받을 여지가 있는 금원만을 인정하는 것에 불과하여 결과적으로 손해배상액 예정에 관한 약정 자체를 전면 부인하는 것과 같은 결과가 된다.'고 판시한 예) ☛ 부동산매매계약, 공사도급계약 등에 있어서 계약금액의 10% 상당을 손해배상의 예정액으로 정하는 것이 일반적인 거래관행으로 인정된다(2008다46906 등). 실제의 손해액을 구체적으로 심리·확정할 필요는 없다(2007다18478). 실제의 손해액이 예정액에 미치지 못한다는 점은 그 예정액이 부당히 과다하다고 주장하는 채무자가 증명할 필요가 있다(95다33658). 금전채무의 불이행에 대하여 손해배상액을 예정한 경우에는 통상적인 연체금리도 고려하여야 하고(2016다52265). 그 대상 채무를 달리할 경우에는 별도로 판단할 수 있으며, '손해배상의 예정액'이라 함은 문언상 배상비율 자체를 말하는 것이 아니라 그 비율에 따라 계산한 예정배상액의 총액을 의미한다(99다38637). '손해액의 10배 배상'의 위약금 조항을 손해배상액의 예정으로 보면서, '부당히 과다한 경우'에 해당하지 않는다고 한 예도 있다(2017다8876).

2085) 모든 사정을 고려하더라도 부당하게 과다하다고 인정되지 아니하는 경우에는 이에 대하여 당사자의 주장이 없다면 법원이 직권으로 지체상금이 부당하게 과다하지 않다는 것을 판단할 필요까지는 없다(2000다54536).

2086) 법률상 추정이 아닌 의사해석규정상 추정(意思解釋規定上 推定)이다.

2087) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2012다65973 판결: "위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로, 위약금이 위약벌로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·증명되어야 하며, 계약을 체결할 당시 위약금과 관련하여 사용하고 있는 명칭이나 문구뿐만 아니라 계약 당사자의 경제적 지위, 계약 체결의 경위와 내용, 위약금 약정을 하게 된 경위와 그 교섭과정, 당사자가 위약금을 약정한 주된 목적, 위약금을 통해 그 이행을 담보하려는 의무의 성격, 채무불이행이 발생한 경우에 위약금 이외에 별도로 손해배상을 청구할 수 있는지 여부, 위약금액의 규모나 전체 채무액에 대한 위약금액의 비율, 채무불이행으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 손해액의 크기, 그 당시의 거래관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 위약금의 법적 성질을 합리적으로 판단하여야 한다."

2088) 대법원 2022. 7. 21. 선고 2018다248855, 248862 전원합의체 판결: "당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 약정한 경우 그 위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는, 계약서 등 처분문서의 내용과 계약의 체결 경위, 당사자가 위약금을 약정한 주된 목적 등을 종합하여 구체적인 사건에서 개별적으로 판단해야 할 의사해석의 문제이다. 위약금은 민법 제398조 제4항에 따라 손해배상액의 예정으로 추정되지만, 당사자 사이의 위약금 약정이 채무불이행으로 인한 손해의 배상이나 전보를 위한 것이라고 보기 어려운 특별한 사정, 특히 하나의 계약에 채무불이행으로 인한 손해의 배상에 관하여 손해배상예정에 관한 조항이 따로 있다거나 실손해의 배상을 전제로 하는 조항이 있고 그와 별도로 위약금 조항을 두고 있어서 그 위약금 조항을 손해배상액의 예정으로 해석하게 되면 이중배상이 이루어지는 등의 사정이 있을 때에는 그 위약금은

(2) 위약벌의 감액

판례는, 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위해서 정해지는 것으로서 손해배상의 예정과는 그 내용이 다르므로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수는 없고,[2090] 다만 그 의무의 강제에 의하여 얻어지는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 되는 것에 불과하다고 하면서, 위약벌 약정과 같은 사적 자치의 영역을 일반조항인 공서양속을 통하여 제한적으로 해석함에 있어서는 계약의 체결 경위와 내용을 종합적으로 검토하는 등 '매우 신중을 기하여야' 한다[2091] [2092]고 하는 한편, 위약금 약정이 손해배상액의 예정과 위약벌의 성격을 함께 가지는 경우에는 특별한 사정

위약벌로 보아야 한다."

2089) 2000다42632 판결은, '하도급계약에서 하수급인의 귀책사유로 계약이 해제 또는 해지될 경우 그로 인하여 하도급인이 입은 손해 중 계약보증금 범위 내의 손해는 계약보증금의 몰취로써 그 배상에 갈음하고 이를 초과하는 손해가 있으면 그에 대하여 하수급인이 손해배상책임을 진다는 약정이 있는 경우, 계약보증금은 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지되, 다만 하수급인이 배상할 손해액이 이를 초과하는 경우에는 단순한 손해담보로서의 성질을 갖는다고 보아야 할 것이므로, 하도급계약서에 계약보증금 외에 지체상금이 규정되어 있다고 하더라도 그 계약보증금을 위약벌로 보기는 어렵다.'고 하고, 2009다9034 판결은, 이는 하도급계약서에 계약이행보증금이 '위약벌'로서 몰취되는 것으로 규정하고 있다고 하여 달리 볼 것이 아니라고 한다. 이에 비해 2008다46906 판결은 '위약벌이라는 용어를 사용하지 않고 있는 점'을 손해배상액의 예정에 해당하는 판단 근거로 삼았다.
처분문서의 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 원칙적으로 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다는 일반적인 법률행위 해석 원칙에 따른다면, 계약서에 '위약벌'로 명시되어 있다면 당사자의 의사도 그 문언대로 '위약벌'을 정한 것이라 보아야 할 것이지만, 판례는 손해배상액의 예정과 위약벌의 구분에 있어서는 '위약벌'이라는 문언에 구속되지 않고 그 문언에도 불구하고 손해배상액의 예정으로 보는 너그러운 태도를 취한 것으로 볼 수 있다. 이는 판례가 위약벌 약정에는 민법 제398조 제2항의 적용을 배제함에 따른 것으로 가급적이면 손해배상액의 예정으로 보아 위 규정을 적용할 수 있도록 함으로써 법원의 직권 감액을 통한 공평과 구체적 타당성을 꾀하기 위한 것으로 보인다.

2090) 대법원 2022. 7. 21. 선고 2018다248855, 248862 전원합의체 판결의 다수의견은 위와 같은 기존 판례는 타당하고 그대로 유지되어야 함을 확인하였다.

2091) ❶ 위약벌 약정은 손해배상과 관계없이 의무 위반에 대한 제재벌로서 위반자가 그 상대방에게 지급하기로 자율적으로 약정한 것이므로 사적 자치의 원칙에 따라 계약당사자의 의사가 최대한 존중되어야 하고, 이에 대한 법원의 개입을 쉽게 허용할 것은 아니다. 위약벌에 대한 법원의 개입을 넓게 인정할수록 위약벌의 이행확보적 기능이 약화될 수밖에 없기 때문이다(2022다290297). ❷ 2015다239324; "당사자가 약정한 위약벌의 액수가 과다하다는 이유로 법원이 계약의 구체적 내용에 개입하여 그 약정의 전부 또는 일부를 무효로 하는 것은, 사적 자치의 원칙에 대한 중대한 제약이 될 수 있고, 스스로가 한 약정을 이행하지 않겠다며 계약의 구속력으로부터 이탈하고자 하는 당사자를 보호하는 결과가 될 수 있으므로, 가급적 자제하여야 한다. 이러한 견지에서, 위약벌 약정이 공서양속에 반하는지를 판단함에 있어서는 … 신중을 기하여야 하고, 단순히 위약벌 액수가 많다는 이유만으로 섣불리 무효라고 판단할 일은 아니다." ☛ 위약벌 약정을 무효화 한 판례로는, 위약벌의 약정이 약관에 의하여 정해진 경우 그 약정의 전부를 '약관의 규제에 관한 법률' 위반을 이유로 무효화시킨 것(97다40131), "원고가 제소전 화해절차를 밟지 아니하는 경우 피고에게 지급하기로 한 전세금의 20% 상당액은 위약벌에 해당하는데, 그 의무 강제에 따라 피고가 얻는 이익에 비하여 약정된 위약벌이 지나치게 무거워 약정 금액의 10%를 초과하는 부분은 공서양속에 반하여 무효라고 판단한 것은 옳다"는 것(2001다62091), 2014다14511 판결이 발견되고, 그 밖에 공서양속에 반하는 위약벌 약정의 일부 무효를 일반론으로 설시한 판결들의 당해 사안에서는 일부 무효에 따른 감액을 인정치 않고 있다.

2092) 이러한 판례에 대한 사견은 2022년 제11판 529면 각주 1893) 참조.

이 없는 한 법원은 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 민법 제398조 제2항에 따라 위약금 전체 금액을 기준으로 감액할 수 있다고 한다.[2093] 이자제한법의 최고이자율 제한에 관한 규정은 위약벌의 경우에는 적용될 수 없다.[2094]

7) 대상(代償) 청구

채무의 이행불능의 효과로서 채권자의 계약해제권, 전보배상청구권과 별도로(전보배상청구권과 대상청구권은 별개의 소송물로서 서로 기판력이 미치지 아니한다)[2095] 해석상 인정되는 권리인 '대상(代償)청구권'[2096]의 요건사실은, ① '채무(물권적 청구권의 경우에는 인정되지 아니한다)의[2097] (후발적) 이행불능 사실', ② '이행불능으로 말미암아(상당인과관계) 채무자가 원래의 급부에 갈음하는 이익(代償)[2098]을 얻은 사실'이고,[2099] '채무자의 귀책사유'는 요건이 아니다.

2093) 대법원 2020. 11. 12. 선고 2017다275270 판결. **[동일 취지]** 한국전력공사의 전기공급약관상 위약금은 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가지는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 위약금 전체 금액을 기준으로 감액을 할 수 있다고 한 예(대법원 2018. 10. 12. 선고 2016다257978 판결).

2094) 대법원 2017. 11. 29. 선고 2016다259769 판결; "구 이자제한법 제2조 … 규정하고 있으므로, 이자제한법의 최고이자율 제한에 관한 규정은 금전대차에 관한 계약상의 이자에 관하여 적용될 뿐, 계약을 위반한 사람을 제재하고 계약의 이행을 간접적으로 강제하기 위하여 정한 위약벌의 경우에는 적용될 수 없다."

2095) 사해행위취소소송에서 원상회복청구권과 대상청구권에 관한 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결 참조.

2096) 2005다55411 판결 등의 판시에서 보듯이 판례나 재판실무에서 '대상(代償)'이라는 용어를 '전보배상'의 의미로 쓰기도 하는 한편, 전보배상청구권과는 별개인 위 '대상(代償)청구권'에서의 용례처럼 '본래 급부에 갈음하는 이익', '대체물(代替物)', '대용물(代用物)'의 의미로 쓰기도 하는데, 양자는 구별됨을 유의하여야 한다.

2097) 대법원 2016. 7. 29. 선고 2016다220044 판결; "대상청구권은 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권, 계약해제권과 별도로 해석상 인정되는 권리인데, 이 사건 자동차의 인도청구는 원고가 소유자임을 전제로 한 소유물반환청구권으로서 물권적 청구권의 성질을 가지므로, 채권적 청구권의 이행불능의 효과로서 인정되는 대상청구권은 인정될 여지가 없다. … 자동차의 인도집행 불능에 대비하여 대상청구를 구하는 원고의 청구를 배척한 것은 정당하고" ☜ 이미, '물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상청구권'을 부정한 대법원 2012. 5. 17. 선고 2010다28604 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견은, '물권적 청구권에 대하여는 채무불이행책임의 한 모습으로서의 이행불능에 관하여 인정되어 온 실체법적인 대상청구권은 이행불능을 이유로 하는 전보배상청구권이 부인되어야 하는 것과 마찬가지의 이유로 부인되어야 한다.'고 판시한 바 있다.

2098) 수용보상금 또는 그 채권, 보험금·공제금 또는 그 채권(대법원 2016. 10. 27. 선고 2013다7769 판결), 채무자가 제3자에게 목적물을 매도하여 얻은 매매대금 또는 그 채권(대법원 1996. 6. 25. 선고 95다6601 판결은 사법상 매매의 성질을 갖는 '협의취득'의 경우에도 대상청구가 인정됨을 전제로 한 것이다) 등. 채무자가 금원을 실제로 지급받은 경우에는 금원의 지급을, 지급받지 않은 경우에는 채권의 양도를 대상청구로서 구하면 된다.

2099) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003다35482 판결; "대상청구권이 인정되기 위하여는 급부가 후발적으로 불능하게 되어야 하고, 급부를 불능하게 하는 사정의 결과로 채무자가 채권의 목적물에 관하여 '대신하는 이익'을 취득하여야 한다. 원심은, 피고는 … 원고들에 대하여 그 말소등기절차의무를 부담하고 있었으나, 소외 법인이 … 시효취득함으로써 원고들에 대한 피고의 위 말소등기절차의무가 이행불능이 되기는 하였으나, 그 결과 피고가 지분의 시가 상당의 이익을 취득하였다고 볼 증거가 없을 뿐만 아니라 소외 법인의 시효취득 이전 … 피고가 소외 법인에게 자신의 지분을 매도하여 그 매매대금을 교부받아 동액 상당의 이익을 취하였다고 하더라도 그 이익은 지분 말소등기절차의 이행불능으로 인한 것이라고 볼 수 없어 '급부를 불능하게 하는 사정'과 피고가 취득한 '대신하는 이익' 사이에 상당인과관계가 존재한다고 할 수 없으므로 원고들에게 피고에 대한 대상청구권이 발생하지 아니한다는 취지로 판단하였다. … 원심의 위와 같은 판단은 수긍할 수 있고"

점유시효취득을 원인으로 한 등기청구권의 이행불능으로 인한 대상청구의 경우, ③ '이행불능 전에 등기청구권을 주장하거나 행사한 사실'이 요건사실로 추가된다.[2100]

채권자는 채무자가 얻은 대상(代償) '전부'에 대하여 대상청구권을 행사할 수 있다.[2101]

대상청구권의 소멸시효는 이행불능 시부터 진행하는 것이 원칙이고,[2102] 쌍무계약의 상대방에 대한 반대급부 이행의무도 이행불능인 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 대상청구권을 행사할 수 없다.[2103]

나. 채권자대위

채권자대위소송의 요건사실은 '① 피보전채권의 존재, ② 피보전채권의 변제기 도래(보전행위나 법원 허가 시에는 불요),[2104] ③ 보전의 필요성(≒ 무자력), ④ 채무자의 권리 불행사, ⑤ 대위할 채권의 존재' 등 5가지인데, 판례에 따르면, ① ~ ④는 소송요건 사실로서 이를 흠결한 채권자대위소송은 부적법하여 '각하'하게 되고, ⑤는 본안의 요건사실로서 이를 흠결한 채권자대위소송은 '청구기각'하게 된다.

2100) 대법원 1996. 12. 10. 선고 94다43825 판결; "점유로 인한 부동산 소유권 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권이 이행불능으로 되었다고 하여 대상청구권을 행사하기 위하여는 그 이행불능 전에 등기명의자에 대하여 점유로 인한 부동산 소유권 취득기간이 만료되었음을 이유로 그 권리를 주장하였거나 그 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권을 행사하였어야 하고, 그 이행불능 전에 위와 같은 권리의 주장이나 행사에 이르지 않았다면 대상청구권을 행사할 수 없다고 봄이 공평의 관념에 부합한다고 할 것인바, … 이행불능으로 되기 전에 원고가 등기명의자인 피고에 대하여 점유로 인한 부동산 소유권 취득기간이 만료되었음을 근거로 그 권리를 주장하였다거나 그 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권을 행사하였다고 볼 증거가 없으므로, 원고로서는 이 사건 토지 부분의 대금에 대하여 대상청구권을 행사하여 그 반환을 청구할 수 없는 것이다."

2101) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2013다7769 판결; "매매의 목적물이 화재로 인하여 소실됨으로써 매도인이 지급받게 되는 화재보험금, 화재공제금에 대하여 매수인의 대상청구권이 인정되는 이상, 매수인은 특별한 사정이 없는 한 그 목적물에 대하여 지급되는 화재보험금, 화재공제금 전부에 대하여 대상청구권을 행사할 수 있는 것이고, 인도의무의 이행불능 당시 매수인이 지급하였거나 지급하기로 약정한 매매대금 상당액의 한도 내로 그 범위가 제한된다고 할 수 없다."

2102) 대법원 2002. 2. 8. 선고 99다23901 판결.

2103) 대법원 1996. 6. 25. 선고 95다6601 판결; "쌍무계약의 당사자 일방이 상대방의 급부가 이행불능이 된 사정의 결과로 상대방이 취득한 대상에 대하여 급부청구권을 행사할 수 있는 경우가 있다고 하더라도, 그 당사자 일방이 대상청구권을 행사하려면 상대방에 대하여 반대급부를 이행할 의무가 있다고 할 것인바, 이 경우 당사자 일방의 반대급부도 그 전부가 이행불능이 되거나 그 일부가 이행불능이 되고 나머지 잔부의 이행만으로는 상대방의 계약목적을 달성할 수 없는 등 상대방에게 아무런 이익이 되지 않는다고 인정되는 때에는, 상대방이 당사자 일방의 대상청구를 거부하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 당사자 일방은 상대방에 대하여 대상청구권을 행사할 수 없다고 봄이 상당하다 할 것이다." ☜ 교환계약의 목적물인 원고 소유의 1토지와 피고 소유의 2토지 모두 공공사업 시행자에 의하여 협의취득되거나 수용됨으로써 쌍방의 소유권이전등기의무가 이행불능된 **사안**에서, 원고가 피고에게 대상청구 할 수 있음을 전제로 피고가 받은 2토지 보상금에서 원고가 받은 1토지 보상금을 공제한 나머지 보상금 차액의 반환을 구하는 원고의 주장을 배척한 원심이 옳고, 2토지 보상금이 1토지 보상금보다 많다고 하더라도 보상금 차액을 법률상 원인 없이 이득한 것이라고 볼 수 없다고 판단한 예.

2104) **민법 제404조(채권자대위권)** ① 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 그러나 일신에 전속한 권리는 그러하지 아니하다. ② 채권자는 그 채권의 기한이 도래하기 전에는 법원의 허가 없이 전항의 권리를 행사하지 못한다. 그러나 보전행위는 그러하지 아니하다.

1) 의무이행의 상대방

채권자대위의 경우, 제3채무자로 하여금 채무자에게 일정한 급부행위를 하라고 청구하는 것이 원칙이나, 예외적으로 금전의 지급이나 물건의 인도 등과 같이 급부의 수령이 필요한 경우[2105]나 말소등기절차의 이행과 같이 이행의 상대방이 별다른 의미를 갖지 못하는 경우 등에는 채권자(원고)에게 이행할 것을 청구할 수도 있다. 특정채권 보전을 위하여 불법점유자에 대하여 부동산 인도를 대위청구하는 경우 채권자에게 직접 이행할 것을 청구할 수도 있다.[2106]

채무자가 제3채무자에게 채권의 양도를 구할 수 있는 권리를 가지고 있는 경우, 채권자는 제3채무자에 대하여 채무자에게 채권양도절차를 이행하도록 청구하여야 하고, 직접 자신에게 채권양도절차를 이행하도록 청구할 수 없다.[2107] 소유권이전등기를 대위하

2105) ◎ **대위 채권자의 변제 수령 권능**

❶ 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다205915 판결: "채권자가 자기의 금전채권을 보전하기 위하여 채무자의 금전채권을 대위행사하는 경우 제3채무자로 하여금 채무자에게 그 지급의무를 이행하도록 청구할 수도 있지만, 직접 대위채권자 자신에게 이행하도록 청구할 수도 있는데, 채권자대위소송에서 제3채무자로 하여금 직접 대위채권자에게 금전의 지급을 명하는 판결이 확정되더라도, 대위의 목적인 권리, 즉 채무자의 제3채무자에 대한 피대위채권이 그 판결의 집행채권으로서 존재하는 것이고 대위채권자는 채무자를 대위하여 피대위채권에 대한 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로, 그 피대위채권이 변제 등으로 소멸하기 전이라면 채무자의 다른 채권자는 이에 대하여 압류 또는 가압류, 처분금지가처분을 할 수 있다." ☛ 대위채권자의 제3채무자에 대한 위와 같은 추심권능 내지 변제수령권능은 그 자체로서 독립적으로 처분하여 환가할 수 있는 것이 아니어서 압류할 수 없는 성질의 것이므로, 이러한 추심권능 내지 변제수령권능에 대한 압류명령 등은 무효이고, 채권자대위소송에서 확정된 판결에 따라 대위채권자가 제3채무자로부터 지급받을 채권에 대한 압류명령 등도 무효이다(대법원 2016. 8. 29. 선고 2015다236547 판결). ❷ 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012다89832 판결: "채권자대위소송에서 대위채권자가 제3채무자를 상대로 직접 이행을 청구할 수 있다고 하여 채무자의 대위채권자에 대한 채무와 제3채무자의 채무자에 대한 채무가 동일한 경제적 목적을 가지고 있다거나 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸할 경우 타방의 채무도 소멸하는 관계에 있다고 볼 수 없다는 점에서 원심이 피고들의 각 채무가 연대채무 또는 부진정연대의 관계가 아니라고 판단한 것은 정당하다."

2106) ○ 지하도상가의 운영을 목적으로 한 도로점용 허가를 받은 자로서 그 상가의 소유자 겸 관리주체인 시에 대하여 그 상가 내 각 점포의 사용을 청구할 수 있는 권리를 가지는 자는, 시에 대한 위 각 점포 사용청구권을 보전하기 위하여 점포 소유자인 시가 불법점유자들에 대하여 가지는 인도청구권을 대위행사할 수 있고, 이 경우 불법점유자들에 대하여 직접 자기에게 그 점포들을 인도할 것을 청구할 수도 있다고 한 예(93다59502).
원고가 미등기 건물을 매수하였으나 소유권이전등기를 하지 못한 경우 위 건물을 원시취득한 매도인을 대위하여 불법점유자에 대하여 인도청구를 할 수 있고 이때 원고는 불법점유자에 대하여 직접 자기에게 인도할 것을 청구할 수도 있다고 한 예(79다1928).
○ 한편, 임대차보증금반환채권을 양수한 채권자가 그 이행을 임대인에게 청구하기 위해서는 임차인의 건물 인도가 이행되어야 할 필요가 있는데, 임대인이 임차인에 대하여 인도 청구를 하지 않고 있다면, 양수 채권자인 원고로서는 임대인을 대위하여 임차인으로 하여금 '임대인'에게 그 건물을 인도할 것을 청구할 수 있다(대법원 1989. 4. 25. 선고 88다카4253, 4260 판결).

2107) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2023다301682 판결(제3채무자에 대하여 채무자에게 채권을 양도하는 절차를 이행하도록 하면 그 채권이 바로 채무자에게 귀속하게 되어 별도로 급부의 수령이 필요하지 않을 뿐만 아니라, 만약 제3채무자가 직접 채권자에게 채권을 양도하는 절차를 이행하도록 하면 그 채권은 채권자에게 이전된다고 볼 수밖에 없어 대위행사의 효과가 채무자가 아닌 채권자에게 귀속하게 되기 때문이다). ⬌ 2004다70024 판결 중 피고로 하여금 무자력자인 소외 회사를 대위한 원고들에게, 부당이득 반환으로서 전부채권 중 실제로 추심하지 아니한 부분에 관하여는 그 채권 자체를 양도하여 반환하도록 명한 부분은 타당치 않게 되었다.

여 청구하는 경우에는 채무자 앞으로의 이행만을 청구할 수 있고, 청구취지나 주문에서 채무자는 당사자에 준하여 특정되어야 한다.[2108]

2) 채권자 자신의 권리에 기한 직접 청구와의 관계

가) 직접청구와 대위청구의 구분

자신의 권리에 기한 직접 청구와 채권자대위권에 기한 청구는 법률효과에 관한 요건사실이 다르다 할 것이고(자신의 권리에 기한 직접 청구권 등 다른 권리구제수단이 있었다는 사정이 채권자대위권의 행사요건인 '채권보전의 필요성'을 부정할 사유가 될 수 없고, '소의 이익'이 인정된다[2109]), 법원은 변론주의의 원칙상 법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 관한 한

2108) 채권자대위소송에 있어서 채무자가 어떤 경위로든지 간에 소송이 제기된 사실을 알았을 경우에는 그 판결의 효력이 채무자에게도 미치므로, 판결의 효력이 미치는 주관적 범위를 확정하기 위하여도 판결 주문에 기재된 채무자는 당사자에 준하여 특정되어야 할 필요성이 있고, 이를 위하여 판결주문상 채무자의 주소나 주민등록번호를 보충하여 달라는 판결경정신청은 허용된다(95그26).

2109) ❶ 대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700, 82717 판결; 토지 소유권에 근거하여 그 지상 건물의 임차인들을 상대로 건물에서의 퇴거를 청구할 수 있었더라도, 퇴거청구와 건물 임대인을 대위하여 임차인들에게 임대차계약의 해지를 통고하고 건물의 인도를 구하는 청구는 그 요건과 효과를 달리하는 것이므로 별개로 청구가 가능하고, 위와 같은 퇴거청구를 할 수 있었다는 사정이 채권자대위권의 행사요건인 채권보전의 필요성을 부정할 사유가 될 수 없다고 한 사례. ❷ 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다237339 판결; "취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하는 부동산처분금지가처분 등기가 마쳐진 후에 가처분채권자가 가처분채무자를 상대로 가처분의 피보전권리에 기한 소유권이전등기를 청구함과 아울러 가처분 등기 후 가처분채무자로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 제3자를 상대로 가처분채무자와 그 제3자 사이의 법률행위가 원인무효라는 사유를 들어 가처분채무자를 대위하여 제3자 명의 소유권이전등기의 말소를 청구하는 경우, 가처분채권자가 채무자를 상대로 본안의 승소판결을 받아 확정되면 가처분에 저촉되는 처분행위의 효력을 부정할 수 있다고 하여, 그러한 사정만으로 위와 같은 제3자에 대한 청구가 소의 이익이 없어 부적법하다고 볼 수는 없다. 가처분채권자가 대위 행사하는 가처분채무자의 위 제3자에 대한 말소청구권은 가처분 자체의 효력과는 관련이 없을 뿐만 아니라, 가처분은 실체법상의 권리관계와 무관하게 그 효력이 상실될 수도 있어, 가처분채권자의 입장에서는 가처분의 효력을 원용하는 외에 별도로 가처분채무자를 대위하여 제3자 명의 등기의 말소를 구할 실익도 있기 때문이다." ❸ 대법원 2019. 4. 11. 선고 2017다269862 판결; "국세기본법 … 제28조 제3항 제5호에서 '민법 제404조에 따른 채권자대위 소송을 제기하여 그 소송이 진행 중인 기간'에는 소멸시효가 진행되지 않는 것으로 규정하고 있다. 국가가 채권자대위 소송의 요건을 갖추어 납세의무자의 제3자에 대한 채권을 대위하여 행사하는 것은 납세의무 없는 그 제3자에게 조세채무를 부담하게 하거나 이를 보증하게 하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 그로 인하여 조세채권의 성립이나 행사의 범위가 임의로 확대되는 것도 아니다. 한편 국세징수법 제41조 제2항은 '세무서장이 채권압류의 통지를 한 때에는 체납액을 한도로 하여 체납자인 채권자를 대위한다'고 규정하고 있으나, 위 규정에 의한 압류금 지급청구소송은 채권자대위 소송과는 그 근거와 요건이 서로 다르다. 위와 같은 국세기본법의 규정, 채권자대위 소송의 목적과 근거, 효과 등에 비추어 보면, 국가는 조세채권의 보전을 위하여 납세의무자의 제3자에 대한 채권을 대위하여 행사할 수 있다." ⇔ 조세법률주의 원칙에 비추어 허용될 수 없다는 원심 판단을 배척하면서 피대위권리 부존재를 이유로 원심과 결론을 같이 한 예. ❹ 한편, 원고가 부동산의 매수인으로서 매도인을 대위하여 피고 명의의 등기말소를 구하는 소를 제기하였다가 패소확정된 후, 별소로서 자신이 소유권자임을 내세워 그 등기의 말소를 구하는 소를 제기한 경우, 두 소송은 그 쟁점이 서로 다르다고 할 것이어서 원고가 전소에서 소유권자임을 적극적으로 주장하지 아니하고 있다가 별소를 제기하였다고 하는 사정만으로는 특별한 사정이 없는 한 그 소가 신의칙에 반하여 권리보호이익이 없는 부적법한 소라고까지 할 수는 없다(84다카197). ❺ 제1심에서 원고들이 소외 1에 대한 피보전채권을 근거로 사해행위취소 및 원상회복청구를 하였다가 항소심에서 동일한 채권을 근거로 소외 1을 대위하여 가등기 및 소유권이전등기의 말소등기청구를 하는 것으로 청구를 변경한 것은 동일한 생활사실이나 경제이익에 관한 것으로서 분쟁의 해결방법만 달리하는 것에 불과하여 청구의 기초에 관한 동일성이 인정된다(2018다260565).

⇔ 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결의 다수의견은, "채권자가 자신의 금전채권을 보전

당사자가 주장하지 아니한 사실을 기초로 판단할 수 없으므로, 자신의 권리에 기한 직접 청구만 하고 있을 뿐임에도 채권자대위권에 기한 청구를 인용하여서는 아니 되고, 가사 변론 전체의 취지 등에 의하여 채권자대위권에 기한 청구를 한 것이라고 본다고 하더라도 법원은 당사자가 명백히 간과한 것으로 인정되는 법률상의 사항에 관하여는 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하므로, 피고가 채권자대위청구에 관하여 아무런 답변이나 항변을 하지 아니하고 있는 상황에서 법원으로서는 그에 관한 피고의 견해를 묻고 법률상 및 사실상의 반대 주장을 할 수 있는 기회를 부여한 다음 채권자대위청구에 관한 판단에 나아가야 한다.[2110] [2111]

하기 위하여 채무자를 대위하여 부동산에 관한 공유물분할청구권을 행사하는 것은, 책임재산의 보전과 직접적인 관련이 없어 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요하다고 보기 어렵고 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되므로 보전의 필요성을 인정할 수 없다. … 이는 채무자의 공유지분이 다른 공유자들의 공유지분과 함께 근저당권을 공동으로 담보하고 있고, 근저당권의 피담보채권이 채무자의 공유지분 가치를 초과하여 채무자의 공유지분만을 경매하면 남을 가망이 없어 민사집행법 제102조에 따라 경매절차가 취소될 수밖에 없는 반면, 공유물분할의 방법으로 공유부동산 전부를 경매하면 민법 제368조 제1항에 따라 각 공유지분의 경매대가에 비례해서 공동근저당권의 피담보채권을 분담하게 되어 채무자의 공유지분 경매대가에서 근저당권의 피담보채권 분담액을 변제하고 남을 가망이 있는 경우에도 마찬가지이다."라고 판시하였고, 이에 대하여 **반대의견**은, "금전채권 보전을 위한 채권자대위권 행사에서 채무자의 무자력 외에 추가적인 것을 요구하며 보전의 필요성을 엄격하게 인정하려는 다수의견의 태도는 무자력 요건을 완화하여 채권자대위권 행사를 허용하는 범위를 확대해 온 판례의 기본적인 방향과 배치된다."라고 비판하였다.

2110) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다19006, 19013 판결; 소유권에 기한 건물인도청구와 채권자대위권에 기한 건물인도청구는 법률효과에 관한 요건사실이 다름에도 불구하고, 건물 소유권을 취득하였음을 전제로 건물인도를 구하는 청구에 그 건물을 원시취득한 매도인을 대위하여 건물인도를 구하는 취지가 포함되어 있다고 보아 사실심 변론종결 시까지 주장하지도 아니한 채권자대위권에 기한 건물인도청구에 기초하여 상대방에게 의견진술의 기회조차 주지 아니한 채 청구를 인용한 원심을 파기한 예.

2111) **[석명권 불행사의 위법이 없다고 한 예]** ① '등기명의자에 대하여 직접 등기말소등기청구권을 갖는다는 것과 진정한 소유자의 등기말소청구권을 대위행사 하여 등기명의자에 대하여 말소를 구한다는 것은 청구원인이 다르므로, 원고에 대하여 진정한 소유자를 대위하여 등기명의자에게 등기의 말소를 구하는 것인지 여부를 심리하지 않았더라도 석명권을 행사하지 아니한 잘못이 될 수 없다'고 한 예(98다56782). ② '단독 소유라고 주장하면서 점포인도를 구하는 경우, 법원이 소송과정에서 전혀 주장된 바 없는 공유자임을 전제로 공유물보존행위의 일환으로 구하는 것인지 또는 점포의 원시취득자를 대위하여 구하는 것인지에 관하여 석명할 의무는 없다'고 한 예(96다5001). ③ '점유자가 소유명의자에 대하여 직접 취득시효 완성으로 인한 소유권이전등기청구권을 갖는다는 것과 점유자가 전점유자를 대위하여 그가 소유명의자에 대하여 갖는 이전등기청구권을 대위행사한다는 것은 청구원인이 다르므로, 점유자가 소유명의자를 상대로 직접 취득시효 완성을 원인으로 한 이전등기청구하고 있음이 명백한 경우, 그 점유자에 대하여 전점유자를 대위하여 소유명의자에게 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하는 것인지의 여부에 관하여 심리하지 않았다 하여 석명권 불행사의 위법이 있다고 할 수 없다'고 한 예(95다22078,22085). ⇔ **[석명권 불행사의 위법이 있다고 한 예]** ① '원고가 청구취지에서는 피고 명의 등기의 말소등기절차의 직접 이행을 구하고 있으나, 청구원인 사실로 대위권 행사의 전제가 되는 사실관계를 모두 주장하고 있는 경우, 법원이 그 주장 형식에만 얽매어 구체적인 취지가 무엇인지에 관하여 전혀 석명을 하지 않은 채, 원고의 주장 취지를 직접 등기말소를 구하는 것으로만 보아 청구를 기각하는 것은 석명권 행사를 게을리 한 위법을 저지른 것'이라고 한 예(99다35393). ② '원고는 소외인에 대하여 1,100만원의 금전채권자이고 소외인은 수억의 채무를 지고 있는 자인데 그의 유일한 재산인 부동산을 매매를 가장하여 제3자(피고)에게 이전등기하였다고 주장하면서 그 말소를 구하는 경우 원고의 청구는 그의 위 금전채권을 보전하기 위하여 채무자인 소외인을 대위하여 이전등기의 말소등기청구권을 행사(채권자 대위권 행사)하는 것이라고 보아야 할 것'이라고 한 예(87다카1489).

나) 채권의 상대효 원칙에 대한 예외인 제3채무자에 대한 직접청구권 규정

채권자가 채무자를 대위함이 없이 제3채무자에 대하여 직접 권리를 행사하는 '직접청구권'은 채권의 상대효 원칙에 대한 중대한 예외로서, 이를 허용하는 개별 법률의 규정에 의하여 극히 예외적으로 인정되는 것이 원칙이고, 그러한 명시적 법률 규정 없이는 이를 인정할 수 없다.[2112]

채권자의 직접청구권을 명시적으로 법률에 규정한 예로는, 전대에 동의한 임대인의 전차인에 대한 직접청구권,[2113] 책임보험에서 피해자의 보험자에 대한 직접청구권,[2114] 집합건물 구분소유자의 시공자에 대한 하자보수를 갈음하는 손해배상채권,[2115] 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조와 건설산업기본법 제35조 제2항의 하수급인(수급사업자)의 도급인(발주자)에 대한 하도급대금 직접지급 청구권[2116] 등이 있다.

3) 피보전채권의 존재

가) 소송요건

채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리

2112) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견; "채권은 원칙적으로 상대적 효력만을 갖는 것이어서 법률에 특별한 규정이 없는 한 채권자는 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 직접 행사할 수 없다. 직접청구권은 채권의 상대효 원칙에 대한 중대한 예외로서 특정한 권리관계에서 발생하는 채권자의 이익을 두텁게 보호하기 위하여 개별 법률에 특별한 규정을 두어 채권자로 하여금 채무자의 제3채무자에 대한 특정 청구권을 직접 행사할 수 있는 권한을 부여함으로써 발생한다. 우리 법체계상 민법과 상법 등에서는 전대에 동의한 임대인의 전차인에 대한 직접청구권(민법 제630조)과 책임보험에서 피해자의 보험자에 대한 직접청구권(상법 제724조 제2항, 자동차손해배상 보장법 제10조)을 규정하고 있고, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 '하도급법'이라 한다) 제14조와 건설산업기본법 제35조 제2항은 직불합의 등의 법정 요건을 갖춘 경우 수급사업자(하수급인)의 발주자에 대한 직접청구권을 인정하고 있다. 이와 같이 직접청구권은 이를 허용하는 개별 법률의 규정에 의하여 극히 예외적으로 인정되는 것이 원칙이고, 그러한 명시적 법률 규정 없이 이를 인정할 수 없다."

2113) **민법 제630조(전대의 효과)** ① 임차인이 임대인의 동의를 얻어 임차물을 전대한 때에는 전차인은 직접 임대인에 대하여 의무를 부담한다. 이 경우에 전차인은 전대인에 대한 차임의 지급으로써 임대인에게 대항하지 못한다. ② 전항의 규정은 임대인의 임차인에 대한 권리행사에 영향을 미치지 아니한다.

2114) **상법 제724조(보험자와 제3자와의 관계)** ② 제3자는 피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있다. / **자동차손해배상 보장법 제10조(보험금등의 청구)** ① 보험가입자등에게 제3조에 따른 손해배상책임이 발생하면 그 피해자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 보험회사등에게 「상법」 제724조 제2항에 따라 보험금등을 자기에게 직접 지급할 것을 청구할 수 있다. ☛ 병존적 채무인수 관계, 연대채무관계.

2115) **집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조(담보책임)** ① 제1조 또는 제1조의2의 건물을 건축하여 분양한 자(이하 "분양자"라 한다)와 분양자와의 계약에 따라 건물을 건축한 자로서 대통령령으로 정하는 자(이하 "시공자"라 한다)는 구분소유자에 대하여 담보책임을 진다.

2116) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2014다38678 판결; "구 **하도급거래 공정화에 관한 법률** … 에 따른 직접지급제도는 직접지급 합의 또는 직접지급의 요청에 따라 도급인(즉 발주자)에게 하도급대금의 직접지급의무를 부담시킴으로써 하수급인(즉 수급사업자)을 수급인(즉 원사업자)과 그 일반채권자에 우선하여 보호하는 것이다. 이 경우 도급인은 도급대금채무의 범위에서 하수급인에 대한 직접지급의무를 부담하고[하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령 제9조 제3항], 이와 동시에 하수급인의 수급인에 대한 하도급대금채권과 도급인의 수급인에 대한 도급대금채무가 소멸한다(**하도급법 제14조 제2항**)."

(피보전채권)가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하된다.[2117]

피보전채권 흠결로 채권자대위청구가 부적법하여 각하되어야 함에도 원심이 이를 간과하여 그 청구를 기각한 경우, 대법원은 원심판결을 파기, 자판하여 소를 각하한다.[2118]

나) 직권조사사항인지 여부

판례는, "당사자적격의 존부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이기는 하나, 채권자대위소송의 피보전채권에 대한 주장·증명책임이 채권자대위권을 행사하려는 자에게 있으므로, 사실심 법원은 원고가 피보전채권으로 주장하지 아니한 권리에 대하여서까지 피보전채권이 될 수 있는지 여부를 판단할 필요가 없다."라고 하는 한편, 법원의

2117) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2020다300893 판결. 2008다37223은 상고심 계속 중 피보전채권이 대위변제로 소멸함으로써 원심판결을 파기, 자판하여 소를 각하한 예이다.

2118) 92다48857 판결은, 92다11046 판결(상속회복청구의 소 제척기간 도과 후에 제기된 소로 그 흠결이 보정될 수 없는 것이므로 부적법한 소로서 이를 각하하여야 할 것인데도 제1심이 동일한 이유에 기하면서 청구를 기각하였고 원심이 이를 유지한 경우, 청구의 본안에 대한 기판력이 발생하는 것이 아니므로 원심의 위와 같은 조치를 들어 원심판결 파기의 사유로 주장할 수 없다고 한 예), 79다575 판결(확인의 소에 있어 법원이 확인의 이익이 없다는 이유로 청구를 기각한다는 판결을 한 경우에도 그 청구의 본안에 대한 기판력은 발생하는 것이 아니므로 원심판결의 위와 같은 주문의 표현을 들어 원심판결 파기의 사유로 주장할 수는 없는 것이라고 한 예)을 참조판결로 하여, "망 한OO과 망 한OO 사이의 명의신탁사실이 인정되지 아니하여 채권자대위권 행사의 요건인 피보전권리가 인정되지 아니하였다면 이 부분 청구에 관한 소를 각하하였어야 할 것인데, 원심이 이를 간과하고 위 명의신탁사실을 인정할 수 없다고 하면서도 이 부분 원고들의 청구를 기각한 것은 잘못이라 할 것이나, 이러한 경우에도 그 청구의 본안에 대한 기판력이 발생하는 것이 아니므로 판결의 위와 같은 주문의 표현을 들어 특별히 파기할 것은 아니라고 할 것이다."라고 하여, 원고의 상고를 기각한 바 있다.
그러나 94다14339 판결은, "원고는 위 임OO 내지 그의 재산상속인들에 대한 관계에서 위 각 부동산에 관하여 명의신탁관계의 해지를 원인으로 한 소유권에 관한 등기절차의 이행을 청구할 권리를 전혀 가지지 못한다고 할 것이므로, 원고가 위 임OO의 재산상속인들에 대한 위와 같은 소유권에 관한 등기청구권을 보전하기 위하여 위 재산상속인들의 피고들에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사하는 이 사건 소는 결국 부적법하여 각하하였어야 마땅함에도 불구하고, 원심이 이를 간과하고 본안에 들어가 심리판단하여 원고의 이 사건 청구를 기각한 제1심판결을 그대로 유지하였음은 위법하다고 말하지 않을 수 없다. 그러므로 상고이유에 대한 판단을 거칠 필요 없이 원심판결을 파기하고, 민사소송법 제407조에 의하여 당원이 자판하기로 하는바, 원고의 이 사건 청구를 기각한 제1심판결 또한 위에서 설시한 바와 같이 위법함이 명백하므로 제1심판결을 파기하고, 이 사건 소를 각하 …"라고 판시하였고, 이어서 2005다27188 판결은, 위 92다48857 판결과 위 94다14339 판결을 참조판결로 하여, "원고는 더 이상 민OO에 대하여 위 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 없으므로, 원고가 민OO에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 민OO를 대위하여 피고에게 위 소유권이전등기의 말소를 구하는 이 사건 소는 대위에 의하여 보전될 원고의 민OO에 대한 소유권이전등기청구권이 인정되지 아니하는 이상 원고에게 당사자적격이 없어 부적법하다고 할 것이다. 그렇다면 원심으로서는 원고의 청구를 인용한 제1심판결을 취소하고 이 사건 소를 각하하여야 할 것임에도 불구하고, 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 기각한 것은 위법하다고 할 것이다. 그러므로 원심판결을 파기하되, 이 사건은 대법원이 직접 재판하기에 충분하므로 제1심판결을 취소하고 이 사건 소를 각하하며 …"라고 판시하였는바, 위 2005다27188 판결이 92다48857 판결과 94다14339 판결 둘 다를 참조판결로 하면서 92다48857 판결의 예외적 논리를 취하지 않고 94다14339 판결의 원칙론을 취했다는 점, 92다48857 판결 이후에는 위 예외적 논리를 취한 판례가 발견되지 않는다는 점에서, 92다48857 판결의 예외적 논리는 '대법원이 원심판결을 파기하고 민사소송법 제437조에 의하여 자판하여 소를 각하'하는 원칙론으로 사실상의 판례 변경이 이루어졌다고 볼 수 있다.

석명 또는 지적의무를 강조한다.[2119]

다) 피대위자의 특정·생존

채피대위자인 채무자가 실존인물이 아니거나 사망한 사람인 경우, 피보전채권인 채권자의 채무자에 대한 권리를 인정할 수 없는 경우에 해당하므로, 그러한 채권자대위소송은 당사자적격이 없어 부적법하다.[2120] [2121]

채권자대위소송에서 피대위자인 채무자의 특정이 필요한 사항이기는 하나, 채무자가 제대로 특정되었는지 여부는 구체적·개별적으로 결정하면 될 일이지, 반드시 모든 경우에 일률적으로 채무자 개개인의 인적 사항을 통상의 소송당사자와 같은 정도로 상세히 특정하여야 하는 것은 아니다.[2122]

2119) 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다25217 판결. 그 전에 같은 취지로, 98다17183 판결은, '당사자가 피보전권리로 주장하지 아니한 권리에 대하여서까지 피보전권리로서의 적격성 여부를 판단하는 것은, 채권자대위소송에 있어서 피보전권리에 대한 주장·입증책임이 채권자대위권을 행사하려는 자에게 있다는 점에 비추어 볼 때 법률상 허용되지 않는 것'이라고 하였고, 95다6885 판결은 '피보전채권의 주장·입증책임은 채권자대위권을 행사하려는 자에게 있으므로, 원고가 사실상의 대표이사 또는 주주의 지위에서 채권자대위권을 행사한다고 하였을 뿐 달리 구체적인 채권을 피보전채권으로 주장하지도 않은 경우 법원이 나아가 구체적인 채권의 존부에 관하여 석명권을 행사하지 않았다고 하여 위법이라 할 수 없다'고 한 바 있다.
하지만 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결은, "채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원으로서는 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 법원에 현출된 모든 소송자료를 통하여 살펴보아 피보전채권의 존부에 관하여 의심할 만한 사정이 발견되면 직권으로 추가적인 심리·조사를 통하여 그 존재 여부를 확인하여야 할 의무가 있다."라고 하였는바, 이러한 판시가 타당하다고 볼 것이다.

2120) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2020다300893 판결.

2121) 일반적으로 원고가 내세우는 피고나 피대위자 등이 실존인물임이 인정되고 그러한 연령의 사람이 생존한다는 것이 매우 이례적이라고 보이는 고령에 해당되지 않는 이상 특별한 사정이 없는 한 그들은 생존한 것으로 추정함이 상당하고, 오히려 그가 사망하였다는 점을 피고가 적극적으로 증명하여야 한다[❶ 사람이 110세까지 생존한다는 것은 매우 희귀한 예에 속하므로 이에 제반 사정을 종합하여 피대위자 또는 피고가 소 제기 이전에 이미 사망하였을 것으로 쉽게 짐작되는 경우에는 그 사망 사실을 추인할 수 있다고 한 예(2002다5873), ❷ 피대위자가 1938년에 함경북도로 전적한 후 호적, 주민등록 등 생존을 증명할 증거가 없다 하더라도 그가 허무인이 아닌 실존인물임이 명백하고, 또한 오늘날에 있어서 사람이 95세까지 생존한다는 것이 매우 희귀한 예에 속한다고도 할 수 없는 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 현재 생존하고 있는 것으로 추정된다 할 것이고, 오히려 그가 사망하였다는 점은 상대방이 이를 적극적으로 증명하여야 한다고 한 예(94다42679)].

2122) 대법원 2004. 11. 26. 선고 2004다40986 판결: "채권자대위소송에서 피대위자인 채무자의 특정이 필요한 사항이기는 하나, 이는 피보전채권과 대위행사할 채권의 존부를 판단하고, 판결의 효력이 미칠 주관적 범위와 집행력이 미치는 범위를 정하며 채무자 본인이 제기할 소송이 중복소송에 해당하는지 여부를 판단하기 위하여 요구되는 것이므로, 채무자가 제대로 특정되었는지 여부는, 당해 채권자대위소송의 소송물이 갖는 성격과 채무자 특정의 난이도 및 소송 과정에서 드러난 사안의 특성 등에 비추어, 그 특정한 정도가 위에서 든 목적들을 달성하는 데 충분한지 검토한 후 그 결과에 따라 구체적·개별적으로 결정하면 될 일이지 반드시 모든 경우에 일률적으로 채무자 개개인의 인적 사항을 통상의 소송당사자와 같은 정도로 상세히 특정하여야 하는 것은 아니다."(소유권이전등기의 말소등기를 구하는 채권자대위소송에 있어서 피대위자인 채무자들을 개인별로 상세히 특정하지 아니한 채 그 상속인들 또는 그 중 한 사람만을 채무자로 특정·제기한 소송이 부적법하다고 한 원심판결을 파기한 사례).

라) 피보전채권의 증명

채권자대위소송의 원고는 피보전채권의 존재 및 그 기한의 도래를 증명하여야 한다.

채권자가 채무자를 상대로 그 보전되는 청구권에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소판결을 선고받고 그 판결이 확정되었다면(화해·인낙 등의 경우도 마찬가지다), '특별한 사정이 없는 한' 그 청구권의 발생원인이 되는 '사실관계'가 '제3채무자에 대한 관계'에서도 '증명'되었다고 볼 수 있다. 그러나 그 청구권의 취득이, 채권자로 하여금 채무자를 대신하여 소송행위를 하게 하는 것을 주목적으로 이루어진 경우[2123]와 같이, 강행법규에 위반되어 무효라고 볼 수 있는 경우 등에는 위 확정판결에도 불구하고 채권자대위소송의 '제3채무자에 대한 관계'에서는 피보전권리가 존재하지 아니한다고 보아야 한다. 이는 위 확정판결 또는 그와 같은 효력이 있는 재판상 화해조서 등이 재심이나 준재심으로 취소되지 아니하여 '채권자와 채무자 사이'에서는 그 판결이나 화해가 무효라는 주장을 할 수 없는 경우라 하더라도 마찬가지이다.[2124]

2123) 대법원 2015. 9. 24. 선고 2014다74919 판결; "채권자대위권을 행사함에 있어서 채권자가 채무자를 상대로 하여 그 보전되는 청구권에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소판결을 선고받고 그 판결이 확정되면 제3채무자는 그 청구권의 존재를 다툴 수 없다고 보는 것이 원칙이나, 그 청구권의 취득이 소송행위를 하게 하는 것을 주목적으로 이루어진 것으로서 신탁법 제6조가 유추적용되어 무효인 경우 등에는 제3채무자는 그 존재를 다툴 수 있다고 보아야 할 것이다."

2124) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017다228618 판결; "이 사건 화해는 강행법규 위반으로 확정적으로 무효가 된 이 사건 제1매매계약에 따른 법률효과를 발생시키려는 목적에서 단지 재판상 화해의 형식을 취하여 위 매매계약의 이행을 약정한 것에 불과하다고 보이므로, 위 매매계약과 마찬가지로 무효라고 봄이 타당하다. 즉, ① 원고는 소외 1 등과 토지거래허가구역 내에 있던 이 사건 각 부동산 등에 관하여 2003. 4. 2. 이 사건 제1매매계약을 체결한 뒤 토지거래허가를 받을 수 없다는 것을 알고, 2003. 11. 29. 허가요건을 갖춘 소외 8을 매수인으로 한 매매계약서를 작성한 뒤 소외 8 명의로 토지거래허가를 받아 소유권이전등기를 마쳤다. ② 이 사건 각 부동산이 토지거래허가구역에서 해제되자, 원고는 … 소외 1 등에 대하여 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였고, 2014. 11. 13. '원고에게, 소외 1 등은 각 그 소유지분에 관하여 2014. 11. 13.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행한다'는 내용으로 이 사건 화해가 성립하였다. ③ 이 사건 화해의 기판력 범위와 관련이 있는 원고의 청구원인은 이 사건 제1매매계약에 기한 소유권이전등기청구이다. ④ 이 사건 화해의 내용은 소외 1 등이 원고에게 2014. 11. 13.자 매매계약에 근거하여 소유권이전등기절차를 이행한다는 내용이기는 하나, 이는 이 사건 화해가 성립한 날짜를 조정조항에 새로운 매매계약일로 기재한 것으로 보이고, 새로운 계약 내용은 전혀 존재하지 아니한다. ⑤ 이 사건 화해에는 이 사건 제1매매계약에 따른 매매대금을 쌍방이 인정함을 전제로 '이 사건 제1매매계약의 이행불능, 집행불능 등으로 인한 매매대금 반환이나 손해배상 청구 등 일체의 금전적 청구를 포기한다'는 내용이 포함되어 있다. 이처럼 이 사건 화해가 강행법규 위반으로 무효인 이상, 이 사건 화해의 당사자가 아닌 피고들에 대한 관계에서 원고의 소외 1 등에 대한 소유권이전등기청구권이 존재한다고 볼 수는 없다. 이는 이 사건 화해가 준재심절차에 의하여 취소되지 아니하여 그 당사자인 원고와 소외 1 등과 사이에서는 위 소유권이전등기청구권이 존재한다고 하더라도 마찬가지이다. 결국 원고의 이 사건 소는 채권자대위소송의 피보전권리가 존재하지 아니하므로, 당사자적격이 없는 자에 의하여 제기된 소로써 부적법하다고 할 것이다." ☛ 종래의 "제3채무자는 채권자와 채무자 사이에 확정된 그 청구권의 존재를 다툴 수 없다"(2010다43597 판결, 2006다82700,82717 판결, 2003다1250 판결, 98다18155 판결 등)는 판시가 "청구권의 발생원인이 되는 사실관계가 제3채무자에 대한 관계에서도 증명되었다"로 수정되었다. 확정판결 자체의 효력이 아니라, 관련 확정판결서의 증명력에 근거한 판시로 볼 수 있다.

한편, 채권자가 채무자를 상대로 소유권이전등기절차이행청구의 소를 제기하여 패소 확정판결을 받은 경우, 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 채권자대위소송은 피보전채권 보전의 필요성이 없어 부적법하다.[2125]

환송판결이 채무자의 제3채무자에 대한 청구에 관해서만 판단하였더라도, 그 판단은 채권자가 채무자에 대한 피보전채권으로 채무자를 대위할 수 있어 소송요건을 구비하였다는 판단을 당연한 논리적 전제로 하고 있으므로, 환송판결의 기속력은 채권자의 청구가 소송요건을 구비한 적법한 것이라는 판단에 대하여도 미친다.[2126]

협의·심판 전 이혼으로 인한 재산분할청구권,[2127] 면책 파산채권,[2128] 대표이사의 업무집행권이나 주주권[2129]은 피보전채권이 될 수 없다.

2125) ❶ 대법원 2003. 5. 13. 선고 2002다64148 판결; "채권자가 채무자를 상대로 소유권이전등기절차이행의 소를 제기하여 패소의 확정판결을 받게 되면 채권자는 채무자의 제3자에 대한 권리를 행사하는 채권자대위소송에서 그 확정판결의 기판력으로 말미암아 더 이상 채무자에 대하여 동일한 청구원인으로 소유권이전등기청구를 할 수 없으므로 그러한 권리를 보전하기 위한 채권자대위소송은 그 요건을 갖추지 못하여 부적법하다." ❷ 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다55171 판결; "채권자가 채권자대위권의 법리에 의하여 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자의 제3자에 대한 권리를 대위행사하기 위하여는 채무자에 대한 채권을 보전할 필요가 있어야 할 것이므로, … 보전의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 이 사건 소는 부적법하므로 법원으로서는 이를 각하하여야 할 것인바, 만일 위 종전 소송의 청구원인이 이 사건 피보전권리의 권원과 동일하다면 원고로서는 위 종전 확정판결의 기판력으로 말미암아 더 이상 위 소외1에 대하여 위 확정판결과 동일한 청구원인으로는 소유권이전등기청구를 할 수 없게 되었고, 가사 원고가 이 사건 피고에 대한 소송에서 승소하여 피고 명의의 소유권이전등기가 말소된다 하여도 원고가 위 소외1에 대하여 동일한 청구원인으로 다시 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있는 것도 아니므로, 원고로서는 위 소외1의 피고에 대한 권리를 대위행사함으로써 위 소유권이전등기청구권을 보전할 필요가 없게 되었다고 할 것이어서 원고의 이 사건 소는 부적법한 것으로서 각하되어야 할 것이기 때문이다."

2126) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다106136 판결; 환송 전 원심이 甲(종중)이 乙 등에게 부동산을 명의신탁하였고, 그 후 丙이 부동산을 증여받았음을 원인으로 구 임야소유권 이전등기에 관한 특별조치법(구 특조법)에 따라 소유권이전등기를 마친 사실 등을 인정한 다음, 위 증여에 대하여는 구 특조법이 적용되지 않음을 전제로 丙 명의 등기의 추정력이 깨어졌으므로 甲은 乙 등에 대한 명의신탁을 해지하고 乙 등을 대위하여 부동산에 경료된 등기의 말소를 청구할 수 있다는 취지로 판단하였고, 이에 대하여 환송판결이 丙이 등기원인으로 내세웠던 사실에 대하여도 구 특조법이 적용된다는 이유로 환송 전 원심판결을 파기환송하였는데, 환송 후 원심이 甲이 부동산을 乙 등에게 명의신탁하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로 甲의 소를 각하한 사안에서, 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이므로, 환송판결이 구 특조법에 의하여 경료된 등기의 추정력이 번복되는 경우인지에 관해서만 판단하였더라도, 그 판단은 甲이 乙 등에 대하여 명의신탁 해지에 따른 이전등기청구권을 가지고 이를 피보전채권으로 하여 乙 등을 대위할 수 있어 소송요건을 구비하였다는 판단을 당연한 논리적 전제로 하고 있으므로, 환송판결의 기속력은 甲의 청구가 소송요건을 구비한 적법한 것이라는 판단에 대하여도 미침에도, 환송 후 원심이 甲의 청구가 소송요건을 구비하지 못한 부적법한 소라고 본 것은 환송판결의 기속력에 반하여 위법하다고 한 사례.

2127) 이혼으로 인한 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로 이를 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사할 수는 없다(98다58016).

2128) 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다230165 판결.

2129) 대표이사의 업무집행권 등은 대표이사의 개인적인 재산상의 권리가 아니며, 주주권도 어떤 특정된 구체적인 청구권을 내용으로 하는 것이 아니므로, 특별한 사정이 없는 대표이사의 업무집행권 등이나 주주의 주주권에 기하여 회사가 제3자에 대하여 가지는 특정물에 대한 물권적 청구권 등의 재산상의 청구권을 직접 또는 대위행사할 수 없다(95다6885).

마) 피보전채권 소멸 등 주장의 인정 여부

제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 '항변권'이나 '형성권' 등과 같이 그 '권리자에 의한 행사를 필요로 하는 사유'를 들어 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부를 다툴 수는 없지만, 채권자의 채무자에 대한 권리의 발생원인이 된 법률행위가 '무효'라거나 위 권리가 '변제 등으로 소멸'하였다는 등의 사실을 주장하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부를 다투는 것은 가능하고, 이 경우 법원은 제3채무자의 위와 같은 '주장을 고려'하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부에 관하여 '직권으로 심리·판단'하여야 한다.[2130]

채권의 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있는 자는 원칙적으로는 시효이익을 직접 받는 자뿐이고, 채권자대위소송의 제3채무자는 이를 행사할 수 없다.[2131]

바) 파산채권자의 채권자대위권 행사

파산채권자가 파산자에 대한 채권을 보전하기 위하여 파산재단에 관하여 파산관재인에 속하는 권리를 대위하여 행사하는 것은 법률상 허용되지 않고,[2132] 파산채권자가 제기한 채권자대위소송이 채무자에 대한 파산선고 당시 법원에 계속되어 있는 때에는 그 소송절차는 중단되고 파산관재인이 수계하며,[2133] 채무자가 파산절차에서 면책결정을 받은 파산채권을 피보전채권으로 하여 채권자대위권을 행사하는 것도 허용되지 않으나,[2134] 특정채권을 가진 재단채권자가 자기 채권의 현실적인 이행을 확보하기 위하여

2130) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다55300 판결; 원고(명의신탁자)와 피고(명의수탁자) 사이의 계약명의신탁약정 등이 부동산실명법에 의하여 무효이므로, 원고가 채권자대위권 행사의 피보전채권으로 내세우는 원고의 피고에 대한 지분이전등기청구권을 인정할 수 없다고 판단한 예. ☛ 따라서 피보전채권에 대한 제3채무자의 '소멸시효 항변' 인정 여부에 관한 2007다64471 등에서, "제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변으로 대항할 수 없고"라고 판시한 것은 일반론으로서는 타당하지 않다.

2131) 그러나 채권자대위소송으로 채권자가 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 기한 이행청구의 소를 제기하는 한편, 채무자를 상대로 피보전채권에 기한 이행청구의 소를 제기한 경우, 채무자가 그 소송절차에서 소멸시효를 원용하는 항변을 하였다면 법원으로서는 채권자대위소송의 피보전채권의 소멸시효가 완성되었는지에 대하여 심리·판단하여야 하고, 그 결과 실제로 피보전채권의 소멸시효가 적법하게 완성된 것으로 판단되면, 채권자는 채무자를 대위할 권한이 없게 되므로, 채권자대위소송은 당사자적격의 흠결로 부적법하여 각하된다(대법원 2008. 1. 31. 선고 2007다64471 판결).

2132) 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000다39780 판결; "직권으로 살피건대, 파산법 제7조는 '파산재단을 관리 및 처분할 권리는 파산관재인에게 속한다.'고 규정하고 있어 파산자에게는 그 재단의 관리처분권이 인정되지 않고, 그 관리처분권을 파산관재인에게 속하게 하였으며, 그 법 제15조는 '파산채권은 파산절차에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다.'고 규정하고 있는바, 이는 파산자의 자유로운 재산정리를 금지하고 파산재단의 관리처분권을 파산관재인의 공정·타당한 정리에 일임하려는 취지임과 동시에 파산재단에 대한 재산의 정리에 관하여는 파산관재인에게만 이를 부여하여 파산절차에 의해서만 행하여지도록 하기 위해 파산채권자가 파산절차에 의하지 않고 이에 개입하는 것도 금지하려는 취지의 규정이라 할 것이므로, 그 취지에 부응하기 위하여는 파산채권자가 파산자에 대한 채권을 보전하기 위하여 파산재단에 관하여 파산관재인에 속하는 권리를 대위하여 행사하는 것은 법률상 허용되지 않는다고 해석해야 할 것이다."

2133) 대법원 2019. 3. 6.자 2017마5292 결정(소송의 결과가 파산재단의 증감에 아무런 영향을 미치지 못하는 파산채권자들 사이의 배당이의소송처럼 채무자의 책임재산 보전과 관련 없는 소송은 수계의 대상이 아니다).

파산재단에 관하여 파산관재인에 속하는 권리를 대위하여 행사하는 것은 법률상 허용된다.[2135]

4) 보전의 필요성(≒ 채무자의 무자력)

가) 소송요건(직권조사사항)

채권자대위소송에서는 채무자에 대한 채권을 보전할 필요가 있어야 하고, 그러한 보전의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서는 이를 각하하여야 한다.[2136]

나) 적극적 요건과 소극적 요건

보전의 필요성이 인정되기 위하여는 우선 ❶ '적극적 요건'[2137]으로서 채권자가

2134) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다13156 판결: "채권자대위권은 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있는 권리로서 채무자에 대하여 채권을 행사할 수 있음이 전제되어야 할 것인바, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제566조 본문은 '면책을 받은 채무자는 파산절차에 의한 배당을 제외하고는 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임이 면제된다'고 규정하고 있고, 다만 그 단서에서 들고 있는 일정한 채무의 경우에만 책임이 면제되지 아니한다는 예외규정을 두고 있으므로, 채무자가 파산절차에서 면책결정을 받은 때에는 파산채권을 피보전채권으로 하여 채권자대위권을 행사하는 것은 그 채권이 위 법률 제566조 단서의 예외사유에 해당하지 않는 한 허용되지 않는다." ☞ 그 결론 부분에서, '원고의 청구를 기각한 원심의 판단은 정당하다' 하고 '원고의 상고를 모두 기각'하였으나, '채권자대위권 행사의 요건인 피보전권리가 인정되지 아니하면 그 청구는 부적법하여 각하되어야 할 것임에도 원심이 이를 간과하여 그 청구를 기각한 경우'에 해당하므로, 대법원으로서는 원심판결을 파기, 자판하여 소각하판결을 하였어야 할 것이다.

2135) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다211803 판결: 원고가 파산관재인과의 토지 매매약정에 따른 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 파산관재인을 대위하여 피고에 대하여 신탁계약 종료를 원인으로 하여 신탁등기말소 및 파산자 앞으로의 소유권이전등기 절차의 이행을 구하는 것이 허용된다고 한 예.

2136) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다39918 판결.

2137) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견: "적극적 요건을 인정하기 위해서는 단순히 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리 사이에 사실상의 관련성이 있다는 사정만으로는 부족하고 두 권리의 내용이나 특성상 보전하려는 권리의 실현 또는 만족을 위하여 대위하려는 권리의 행사가 긴밀하게 필요하다는 등의 밀접한 관련성이 요구된다. … 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리가 사실상 목적과 수단의 관계를 가지고 있거나 서로 담보적 기능을 하고 있을 때, 또는 대위하여 행사하려는 권리나 그 목적물이 궁극적으로 대위채권자에게 귀속될 성질의 것이라고 볼 수 있는 특수한 관계가 있는 경우 등에서, 두 권리의 내용이나 특성상 채권자가 보전하려는 권리의 만족이 대위하여 행사하려는 권리의 실현 여부에 달려 있기 때문에, 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 채권자가 보전하려는 권리의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 발생한다고 볼 수 있고, 채권자대위권의 행사를 통하여 채무자의 권리를 실현하는 것이 이러한 위험을 제거하여 채권자가 보전하려는 권리의 목적을 달성하는 데에 긴밀하게 필요하다는 점을 인정할 수 있어, 이를 바탕으로 두 채권 사이에 밀접한 관련성이 있다고 할 수 있다. 이와 달리 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리의 종류, 발생원인, 목적 등에 동일성 또는 유사성이 있다는 사정은 사실상의 관련성일 뿐이므로 그 자체만으로는 채권자대위권의 보전의 필요성을 인정하기 위한 근거가 될 수 없다. 특히 금전채권을 보전하기 위하여 채무자의 금전채권을 대위행사하는 경우에, 금전채권자는 채무자의 책임재산에 대한 집행을 통해 채권을 실현하는 것이 우리 법체계상 원칙적인 방법이고, 채권자대위권은 채무자의 일반재산의 감소를 방지하여 책임재산을 보전하기 위한 제도인 점을 고려하여 볼 때, 채무자의 자력 유무에 관계없이 금전채권인 피보전채권과 대위채권 사이의 관련성 등을 이유로 보전의 필요성을 인정하려면 채권의 상대효 원칙에도 불구하고 일반채권자로 하여금 채무자의 금전채권을 행사하도록 허용하는 것을 정당화할 수 있는 정도의 밀접한 관련성이 요구된다. … 피보전채권과 대위채권 사이에 사실상의 관련성이 있다는 사정이나 채권회수의 편의성과 실효성을 이유로 피보험자의 자력 유무와 관계없이 피보험자가 가지는 권리를 대위하여 행사할 수 있다고 보면 이는 명시적인 법률의 규정 없이 채권자의 제3자에 대한 직접청구권을 인정하는 결과를

채권자대위권을 행사하지 않으면 피보전채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험의 존재가 인정되어야 하고, 나아가 채권자대위권을 행사하는 것이 그러한 위험을 제거하여 피보전채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하여 주어야 하며(적극적 요건을 인정하기 위해서는 피보전채권과 피대위권리 사이에 '밀접한 관련성'이 요구된다), 다음으로 ❷ '소극적 요건'[2138]으로서 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 사정이 없어야[2139] 한다.[2140]

다) 피보전채권이 금전채권인 경우

채권자대위에서 피보전채권이 '금전채권'인 경우(이른바 '본래형' 채권자대위권 행사의 경우)에는, 채무자가 자력이 없으면, '특별한 사정'이 없는 한, 보전의 필요성이 인정된다(즉, 원칙적으로 '보전의 필요성' = '채무자의 무자력'이다). 채무자가 자력이 있다면, 채권자가

초래하여 채권의 상대효 원칙에 반할 우려가 있다. … 자력 유무를 따지지 아니한 채 보전의 필요성을 인정한다면 채권자대위권 행사를 통한 사실상의 우선변제 효과로 인해 채권집행에 있어 채권자평등주의 원칙에 기반을 둔 현행 민사집행법 체계와 조화를 이루지 못할 우려가 있다. … 현재 실체법 영역에 규정된 채권자대위권 제도는 금전채권을 보전하기 위하여 금전채권을 대위행사하는 사안에서 사실상 채권집행 제도의 역할을 수행함과 동시에 채권자의 상계권 행사와 결합하여 채권자에게 사실상 우선변제의 권능을 부여하는 현상으로 나타나고 있다. 채무자의 자력이 있음에도 사실상의 관련성을 이유로 금전채권을 보전하기 위하여 금전채권을 대위행사할 수 있는 범위를 확장하게 되면, 채권자대위권 제도의 위와 같은 사실상의 기능과 결합하여 민사집행법상 채권집행절차가 취하고 있는 채권자평등주의 원칙을 무력화하고, 부동산, 동산 등에 대한 집행절차와 달리 채권집행 영역에서만 사실상 우선주의가 적용되는 불균형한 결과를 발생시킴으로써 민사집행 제도 전반의 균형과 안정을 깨뜨리는 위험을 야기할 수 있다."

2138) 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견; "소극적 요건의 판단은, 피보전채권에 발생한 위험을 제거하여 자기 채권을 실현하려는 채권자의 이익과 고유의 재산관리권 행사를 간섭받지 않을 채무자의 이익을 비교형량하는 것을 핵심으로 한다. … 대법원은 채무자가 자력이 있는 사안에서, ① 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 부담하는 소유권이전등기의무가 이행불능이 되어 그에 따른 손해배상을 하여야 하는 상황에서, 채권자인 명의신탁자가 채무자인 명의수탁자의 손해배상에 갈음하여 위 이행불능에 책임이 있는 제3채무자에 대한 채무자의 손해배상채권을 대위행사하여 지급받는 것이 채무자의 의사에도 부합한다고 보았고(2005다39013), ② 채권자(수분양자)의 분양계약 해제로 채무자(분양자)나 제3채무자(신탁회사)는 분양 목적물인 부동산을 제3자에게 다시 분양하거나 처분하여 그 대금으로 사업비나 채무의 변제 등에 충당할 수 있으므로, 분양계약을 해제한 수분양자인 채권자가 분양자인 채무자의 신탁회사에 대한 사업비 지출 요청권과 같은 대리사무 약정상의 권리를 대위하여 행사하는 것이 채무자의 경제적 이익에 반하지 않는다고 하여(2013다71784) 일정한 경우에 한하여 보전의 필요성을 위한 소극적 요건을 인정하였다. 한편 대법원은, 채권자가 자신의 금전채권을 보전하기 위하여 무자력인 채무자를 대위하여 부동산에 관한 공유물분할청구권을 행사하는 것은, … 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다고 판단하기도 하였다(2018다879 전원합의체 판결). 보전의 필요성의 소극적 요건에 관한 이러한 판단은 채권자와 채무자 사이의 이익형량의 결과이기도 하다."

2139) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결의 다수의견은, "채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 보전의 필요성을 인정할 수 없다."라고 판시하여, '부당한 간섭이 되는 특별한 사정'의 존재가 '보전의 필요성 인정의 장애사유'로서 피고(제3채무자)에게 증명책임이 있는 듯한 판시를 하였으나, 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견은 "보전의 필요성이 인정되기 위하여는 … 소극적 요건으로서 … 부당한 간섭이 된다는 사정이 없어야 한다."라고 판시하여, '부당한 간섭이 된다는 사정'의 부존재가 '보전의 필요성 인정의 하나의 요건'으로서 원고(채권자)에게 증명책임이 있는 듯한 판시를 한 차이점을 보이고 있다.

2140) 이러한 적극적 요건과 소극적 요건은 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 피보전채권과 채권자가 대위행사하는 채무자의 권리와의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 그 인정 여부를 판단하여야 한다(2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견).

보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리 사이에 밀접한 관련성이 인정되는 등의 특수한 사정이 없는 한, 원칙적으로 보전의 필요성이 인정될 수 없다.[2141]

채권자가 자신의 '금전채권'을 보전하기 위하여 채무자를 대위하여 '부동산에 관한 공유물분할청구권'을 행사하는 것은, 채무자가 무자력이더라도 보전의 필요성이 인정되지 않는 위 '특별한 사정'의 예에 해당한다.[2142]

특정채권 보전을 위한 다음 항의 이른바 '전용형' 채권자대위권 행사의 경우에는 피보전채권이 금전채권이더라도 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는다.[2143] 즉, 채무자의 자력이 있는 경우에도 예외적으로 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리 사이에 밀접한 관련성이 인정되는 등 특수한 사정이 있는 경우에는 보전의 필요성이

2141) 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견: "피보전채권이 금전채권인 경우 '채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험'은 채권자가 민사집행법이 정한 강제집행의 방법으로는 구제받을 수 없거나 구제받지 못할 위험이 있을 때를 의미한다. 일반적으로 금전채권자가 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험은 채무자에게 책임재산이 부족하거나 없는 경우에 발생한다. 채무자인 피보험자가 자력이 있다면, 채권자인 보험자는 피보험자의 책임재산에 대한 집행을 통해 채권을 실현할 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 자기의 채권의 완전한 만족을 얻지 못할 위험이 없는 것이고, 따라서 피보험자의 일반재산의 감소를 방지할 필요도 인정되지 않는다. … 금전채권자가 단순히 채권회수의 편의나 실효성을 위하여 채무자의 제3채무자에 대한 금전채권을 대위행사하는 경우에는, 보전의 필요성의 적극적 요건을 충족하였다고 볼 수 없다." ☛ 결국 피보전채권이 금전채권인 경우 '보전의 필요성'이란 통상 채무자의 책임재산이 부족한 경우, 즉 채무자가 자력이 없는 경우를 의미하게 된다(보충의견).

2142) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결의 다수의견: "공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권으로서 공유자의 일반재산을 구성하는 재산권의 일종이다. 공유물분할청구권의 행사가 오로지 공유자의 자유로운 의사에 맡겨져 있어 공유자 본인만 행사할 수 있는 권리라고 볼 수는 없다. 따라서 공유물분할청구권도 채권자대위권의 목적이 될 수 있다. … 채권자가 자신의 금전채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위하여 부동산에 관한 공유물분할청구권을 행사하는 것은, 책임재산의 보전과 직접적인 관련이 없어 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요하다고 보기 어렵고 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되므로 보전의 필요성을 인정할 수 없다. 또한 특정 분할방법을 전제하고 있지 않는 공유물분할청구권의 성격 등에 비추어 볼 때 그 대위행사를 허용하면 여러 법적 문제들이 발생한다. 따라서 극히 예외적인 경우가 아니라면 금전채권자는 부동산에 관한 공유물분할청구권을 대위행사할 수 없다고 보아야 한다. 이는 채무자의 공유지분이 다른 공유자들의 공유지분과 함께 근저당권을 공동으로 담보하고 있고, 근저당권의 피담보채권이 채무자의 공유지분 가치를 초과하여 채무자의 공유지분만을 경매하면 남을 가망이 없어 민사집행법 제102조에 따라 경매절차가 취소될 수밖에 없는 반면, 공유물분할의 방법으로 공유부동산 전부를 경매하면 민법 제368조 제1항에 따라 각 공유지분의 경매대가에 비례해서 공동근저당권의 피담보채권을 분담하게 되어 채무자의 공유지분 경매대가에서 근저당권의 피담보채권 분담액을 변제하고 남을 가망이 있는 경우에도 마찬가지이다." ☛ 이에 대하여 **반대의견**은, "대법원은 채권자대위권의 행사로 채권자가 보전할 채권이 금전채권인 경우에는 채무자가 자력이 없어 일반재산의 감소를 방지할 필요가 있으면 원칙적으로 보전의 필요성을 인정하였다. … 대법원은 채권자가 보전할 채권이 소유권이전등기청구권과 같은 특정채권인 경우 채권자가 대위할 권리와 밀접한 관련이 있는 때에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않고 채권자대위권 행사를 넓게 허용함으로써 채권자대위권의 행사 요건을 완화해 왔다. 특정채권을 보전하는 것은 채무자의 무자력과는 상관없는 문제이기 때문이다. 이후 대법원은 채권자가 보전할 채권이 금전채권인 경우에도 그 채권과 채권자가 대위할 권리 사이에 밀접한 관련성이 있는 예외적인 사안에서 채무자의 무자력을 문제삼지 않고 채권자대위권 행사를 인정하였다. 금전채권 보전을 위한 채권자대위권 행사에서 채무자의 무자력 외에 추가적인 것을 요구하며 보전의 필요성을 엄격하게 인정하려는 다수의견의 태도는 무자력 요건을 완화하여 채권자대위권 행사를 허용하는 범위를 확대해 온 판례의 기본적인 방향과 배치된다."라고 비판한다.

2143) 판례가 특정채권 사안에서 인정한 밀접한 관련성 개념과 금전채권 사안에서 인정한 밀접한 관련성 개념은 별개의 것이 아니다(2019다229202 전원합의체 판결 다수의견의 보충의견).

인정된다.[2144]

라) 피보전채권이 특정채권인 경우

피보전채권이 '특정채권'인 경우(이른바 '전용형' 채권자대위권 행사의 경우)에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않지만,[2145] 보전의 필요성이 인정되기 위해서는 앞서 본 적극적·소극적 요건이 구비되어야 한다.[2146] 피보전채권이 특정채권이라 하여 반드시 순차 매도 또는 임대차에 있어 소유권이전등기청구권이나 인도청구권 등의 보전을 위한 경우에만 한하여 채권자대위권이 인정되는 것은 아니고,[2147] 금전채권이라도 무방하며(앞

2144) 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견: "대법원은 **피보전채권이 금전채권**인 경우에도, ① 유실물의 실제 습득자가 법률상의 습득자에게 보상금의 절반을 청구할 수 있는 채권의 보전을 위하여 법률상 습득자를 대위하여 유실자를 상대로 보상금청구권을 행사한 사안과 같이 피보전채권의 실현을 위하여 대위채권의 실현이 필수적으로 요구되는 경우(68다663), ② 부동산의 소유권이전등기가 국가의 강박행위로 말미암아 명의수탁자(채무자)로부터 제3채무자(국가)와 그 외 제3자로 전전 이전되었는데 제3자가 선의여서 명의신탁자와 명의수탁자의 각 등기청구권이 모두 이행불능이 된 사안과 같이 등기청구권인 피보전채권과 대위권리가 이행불능에 따라 금전채권으로 변형된 경우(2005다39013), ③ 채권자가 채무자에게 골프장 신축 사업과 관련하여 투자하고 채무자는 그 투자금으로 제3채무자로부터 사업 부지를 매수하고 매매대금을 지급하면서 회원제 골프장 관련 인허가를 받지 못하면 투자약정과 토지 매매계약을 각각 해제하기로 정하였는데, 채무자가 그 인허가를 받지 못하였음에도 불구하고 토지에 대한 매매계약을 해제하지 않자 채권자가 채무자의 해제권을 대위행사하면서 원상회복으로 토지 매매대금의 반환을 구한 사안과 같이 피보전채권과 대위권리가 동일한 경제적 목적과 동일한 해제 사유를 매개로 결합된 특수한 경우(2014다89355) 등에서 **피보전채권**과 채권자가 **대위행사할 권리** 사이의 **밀접한 관련성** 등 그 밖의 특수한 사정에 비추어 **채무자의 자력 유무와 관계없이 보전의 필요성을 인정**하기도 하였다." ☛ ❶ '분양계약을 해제한 수분양자 원고가 분양대금 반환채권을 보전하기 위해 분양자 회사를 대위하여 그로부터 분양수입금 등의 자금관리를 위탁받은 수탁자 회사를 상대로 사업비 지출 요청권을 행사할 수 있다' 하여, '분양자 회사가 무자력이라고 할 수 없어 보전의 필요성이 인정되지 않는다는 이유로 원고의 채권자대위 청구가 부적법하다'고 본 원심판결은 위법하다고 판단한 예(2013다71784). ❷ 채권자가 양수한 임차보증금의 이행을 청구하기 위하여 임차인의 가옥인도가 선 이행되어야 할 필요가 있어서 그 인도를 구하는 경우에는 그 채권의 보전과 채무자인 임대인의 자력유무는 관계가 없는 일이므로 무자력을 요건으로 한다고 할 수 없다(88다카4253,4260). ❸ 수임인이 가지는 민법 제688조 제2항 전단 소정의 대변제청구권은 , 통상의 금전채권과는 다른 목적을 갖는 것이므로, 수임인이 이 대변제청구권을 보전하기 위하여 채무자인 위임인의 채권을 대위행사하는 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니한다(2001다52506).

2145) 91다483; "채권자는 자기의 채무자에 대한 부동산의 소유권이전등기청구권 등 특정채권을 보전하기 위하여 채무자가 방치하고 있는 그 부동산에 관한 특정권리를 대위하여 행사할 수 있고 그 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니하는 것이다."

2146) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2010다50014 판결; "경우에 따라서는 매수인이 토지거래허가 신청절차의 협력의무 이행청구권을 보전하기 위하여 매도인의 권리를 대위하여 행사하는 것도 허용된다고 할 수 있지만, 위에서 본 법리에 따라 그 보전의 필요성이 인정되어야 한다. … 보전의 필요성을 판단할 때에는, 위와 같은 협력의무 이행청구권의 특수한 법적 성격과 아울러 매도인의 권리 미행사가 협력의무의 현실적 이행에 뚜렷한 장애가 되는지, 매도인이 권리를 행사하지 않는 사유는 무엇인지, 오히려 매수인의 협력의무 이행청구권의 행사가 조건 등의 장애 사유 때문에 장기간 지연되었는지 및 그 지연에 매수인에게 귀책사유가 없는지, 그리고 매도인의 권리 행사를 강제하는 것이 매도인의 재산권행사에 커다란 불이익을 가져오거나 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 될 수 있는지 등의 해당 사안에서의 구체적인 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다." ☞ 매수인 원고가 매도인을 대위하여 피고 신탁회사를 상대로 신탁가등기의 말소를 구하는 소 부분은, 매도인의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있다 하여, 채권자대위권 행사에 관한 보전의 필요성을 인정할 수 없어 부적법하다고 직권으로 판단한 예.

2147) 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결.; 원고(정유업체)는 도로공사와의 계약에 따라 고속도로상의 특정 주유소에 자사의 상표를 표시하고 자사의 석유제품을 공급할 권리가 있고, 도로공사는 위 주유소에 관한 운영계약을 체결한 피고에 대하여 그 계약에 따라 주유소에 원고의 상표를 표시하고 원고의 제품 외에 다른 제품을

의 다)항 참조), 소유권에 기한 철거청구권 등 '물권적 청구권'에 대하여도 채권자대위권에 관한 규정과 위와 같은 법리가 적용될 수 있다.[2148]

채권자가 채무자에 대한 공유지분 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기청구권, 말소등기청구권을 대위 행사하는 경우, 채권자는 그의 지분 범위 내에서만 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기청구권, 말소등기청구권을 대위 행사할 수 있고, 그 지분을 초과하는 부분에 관하여는 채무자를 대위할 보전의 필요성이 없다.[2149]

공급받지 않을 것을 청구할 권리가 있으므로, 원고가 도로공사에 대한 위 석유제품공급권 및 상표표시권을 보전하기 위하여 도로공사의 피고에 대한 운영계약상의 위 권리를 대위행사한다는 원고의 주장에 대하여, 원심이, '원래 채권자대위권은 채무자의 책임재산을 보전함으로써 채권자 일반의 이익을 도모하기 위하여 인정된 것이고 특정채권의 보전을 위한 경우에는 순차 매도 또는 임대차에 있어 소유권이전등기청구권이나 명도청구권 등의 보전을 위한 경우에 한하여 예외적으로 그 행사가 허용되는데 원고의 도로공사에 대한 피보전권리 및 도로공사의 피고에 대한 피대위채권은 모두 이러한 유형의 권리에 해당하지 아니한다'는 이유만으로 원고의 채권자대위권 행사를 허용할 수 없다고 판단한 것은 잘못이라고 한 예. ☚ 처음으로 피보전채권과 대위채권 사이의 밀접한 관련성 등을 이유로 보전의 필요성을 인정한 판결인데, 피보전채권과 대위채권은 모두 특정 주유소의 운영과 관련된 것으로서 대체성이 없는 작위채권 또는 부작위채권이고 두 채권은 목적과 수단의 관계를 가지고 있다. 즉, 대위채권을 행사하는 것이 피보전채권의 실현이라는 목적 달성을 위한 수단적 성격을 가지고 있다(2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견).

2148) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700, 82717 판결; 원고는 1심에서 주위적으로 건물 소유자로서 피고들에게 건물의 인도를, 예비적으로 그 대지 소유자로서 건물 소유자인 소외 회사에게 철거청구를, 그 점유자인 피고들에게 퇴거청구 및 소외 회사를 대위한 건물 인도청구를 하여, 소외 회사에 대한 철거청구에 대하여는 자백간주에 의한 원고 승소판결을 받고 확정되었고, 피고들에 대한 퇴거청구에 대하여는 소외 회사가 건물에 관한 법정지상권을 취득하였다는 피고들의 항변이 받아들여져 원고 패소판결을 받아 항소하였다가, 원고의 피고들에 대한 퇴거청구를 기각한 부분에 대하여는 원심에서 소를 취하하였는바, 원심은, '특정채권의 보전을 위한 채권자대위권은 순차 매도 또는 임대차에 있어 소유권이전등기청구권이나 인도청구권 등의 보전을 위한 경우에 한하여 예외적으로 그 행사가 허용되는데 원고의 건물에 관한 철거청구권은 이러한 유형의 권리에 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 임대차계약상의 해지권은 이른바 행사상의 일신전속권으로서 채권자대위권의 목적이 될 수 없다'는 등의 이유로, 원고의 건물 소유권 또는 소외 회사를 대위한 건물 인도청구 모두를 기각하였으나, 대법원은, '① 임대인의 임대차계약에 대한 해지권을 오로지 임대인의 의사에 행사의 자유가 맡겨져 있는 행사상의 일신전속권에 해당하는 것으로 보기 어렵고, ② 소외 회사에 대한 철거청구에 대하여 원고 승소 확정 판결을 받은 이상 피고들이 채권자대위권을 행사하는 원고를 상대로 그 피보전채권인 철거청구권의 존재를 다툴 수 없으며, ③ 원고가 토지 소유권에 근거하여 직접 피고들을 상대로 건물에서의 퇴거를 청구할 수 있었다고 하더라도, 그와 같은 청구와 원고가 소외 회사를 대위하여 피고들에 대하여 임대차계약의 해지를 통고하고 건물 인도를 구하는 청구는 그 요건과 효과를 달리하는 것이므로, 퇴거청구를 할 수 있었다는 것이 채권자대위권의 행사요건인 보전의 필요성을 부정할 사유가 될 수 없고, 이 사건의 경우에는 원고가 피고들을 상대로 한 퇴거청구에 대하여 패소판결을 선고받은 후 그에 대한 소를 취하함으로써 다시 같은 소를 제기할 수 없게 되었으므로 더더욱 그러하다.'라고 하여, 원고의 청구는 채권자대위권의 행사요건을 모두 갖춘 것으로 보이므로, 원심판결에 위법이 있다고 한 예.

2149) ❶ 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다25217 판결: "채무자 소유의 부동산을 시효취득한 채권자의 공동상속인이 채무자에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사하는 경우, 그 공동상속인은 자신의 지분 범위 내에서만 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사할 수 있고, 그 지분을 초과하는 부분에 관하여는 채무자를 대위할 보전의 필요성이 없다." ☜ 甲이 乙의 丙에 대한 점유취득시효를 원인으로 한 소유권이전등기청구권 중 6/84 지분을 상속받았다고 주장하면서 丁을 상대로 丙의 丁에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위하여 전부 말소를 구한 사안에서, 甲의 상속지분을 넘는 부분에 관하여는 보전의 필요성이 없다는 점을 지적하거나 甲이 주장한 상속지분(6/84)이 증거에 의하여 인정되는 상속지분(7/84)과 일치하지 아니함에도 아무런 석명을 하지 아니한 채 甲이 주장하는 지분을 초과하는 부분에 관하여 보전의

마) 무자력 산정의 구체적 기준

채권자대위권의 행사로서 채권자가 채권을 보전하기에 필요한 여부는 변론종결 당시를 표준으로 판단되어야 하고, 채무자의 무자력 사실은 채권자가 증명하여야 한다.[2150] 기업의 당좌부도 사실로부터 채무초과 사실을 추인할 수는 없다.[2151]

사해행위취소의 요건으로서의 무자력과 마찬가지로,[2152] 채권자대위의 요건으로서의 무자력이란 채무자의 변제자력이 없음을 뜻하는 것이고, 특히 임의 변제를 기대할 수 없는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 고려되어야 하므로, 소극재산이든 적극재산이든 위와 같은 목적에 부합할 수 있는 재산인지 여부가 변제자력 유무 판단의 중요한 고려요소가 되어야 한다.[2153]

채무자의 소극재산은 실질적으로 변제의무를 지는 채무를 기준으로 하여야 한다.[2154] 채무자의 적극재산을 산정함에 있어서는 다른 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 재산적

필요성이 없다는 이유로 소를 각하한 원심판결에 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 않은 잘못이 있다고 한 사례. ❷ 부동산을 공동매수한 채권자가 채무자에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사하는 소를 제기한 **사안**에서, 위 채권자는 공동매수인 중 1인에 불과하므로 그의 매수지분 범위 내에서만 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사할 수 있고, 그 지분을 초과하는 부분에 관하여는 채무자를 대위할 보전의 필요성이 없다 하여, 원심취소·소각하로 파기자판한 예(2010다43597). ❸ 원고가 피고 2에게 사건 토지 중 472.96/1,705 지분에 관하여 소유권이전등기청구권을 갖고 있다고 주장하며, 그 청구권을 보전하기 위하여 피고 2를 대위하여 피고 1을 상대로 피고 2에게 897.03/1,705 지분에 관하여 소유권이전등기절차를 이행할 것을 청구한 **사안**에서, **원심**이, 원고가 피고 2를 대위하여 피고 1에 대하여 472.96/1,705 지분을 초과한 지분에 관하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 청구 부분을 기각하는 본안판단을 한 데 대하여, **대법원**은, '채권자대위권은 채무자의 채권을 대위 행사함으로써 채권자의 채권이 보전되는 관계가 존재하는 경우에 한하여 이를 행사할 수 있으므로, 원고는 피고 2에게 소유권이전등기청구권이 있다고 주장하는 472.96/1,705 지분의 범위 내에서만 피고 2의 피고 1에 대한 소유권이전등기청구권을 대위하여 행사할 수 있고, 그 범위를 초과하는 지분에 관하여는 보전의 필요성이 있다고 볼 수 없으므로, 그 초과 지분에 관한 대위 청구 부분의 소는 부적법하다.'고 하고 원심취소·소각하로 파기자판한 예(2010다39918).

2150) 75다1086, 72다187,188, 69다1665. 위 판결들은, 채권자가 채무자의 무자력을 '주장입증'하여야 한다는 취지로 판시하고 있으나, 채무자의 무자력 역시 채권자대위소송의 소송요건으로서 법원의 직권조사사항에 해당하므로 채권자로서는 그 증명책임만 문제된다고 함이 옳다.

2151) 기업이 거래금융기관으로부터 부도처리를 받은 경우에는 이미 채무초과의 상태에 이르렀을 가능성이 많다고 할 것이나, 당좌부도는 어음, 수표 등이 지급거절됨에 따라 어음교환소로부터 당좌거래정지처분을 받는 것으로서 이는 기업의 유동성자금이 부족하여 발생되는 것이고, 당좌거래정지처분과 기업의 채무초과 상태가 반드시 일치하는 것은 아니므로 기업의 당좌부도 사실로부터 채무초과 사실을 추인하는 것은 옳지 못하다(99다55656).

2152) 대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다2564 판결.

2153) 채무자의 적극재산인 부동산에 이미 제3자 명의로 소유권이전청구권보전의 **가등기**가 경료되어 있는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 사실상 불가능하므로, 위 가등기가 가등기담보 등에 관한 법률에 정한 담보가등기로서 강제집행을 통한 매각이 가능하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 부동산은 실질적으로 재산적 가치**가** 없어 적극재산을 산정함에 있어서 이를 제외하여야 한다(2008다76556). 채무자 소유의 재산이 다른 채권자의 채권에 **물상담보**로 제공되어 있다면, 물상담보로 제공된 부분은 채무자의 일반 채권자들을 위한 채무자의 책임재산이라고 할 수 없으므로, 그 물상담보에 제공된 재산의 가액에서 다른 채권자가 가지는 피담보채권액을 공제한 잔액만을 채무자의 적극재산으로 평가하여야 한다(2010다64792).

2154) 처분행위 당시에 가집행선고 있는 판결상의 채무가 존재하고 있었다고 하더라도 그것이 나중에 상급심의 판결에 의하여 감액된 경우에는 그 감액된 판결**상**의 채무만이 소극재산이다(2004다2564).

가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 제외하여야 한다.[2155] [2156]

5) 채무자의 권리 불행사

가) 소송요건

채권자대위권은 '채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우'[2157]에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이기 때문에, 채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 '채무자가 그 권리를 재판상 행사'하였을 때(사원총회 결의 없이 총유재산에 관한 소가 제기되었다는 이유로 각하 확정판결을 받은 경우는 이에 해당하지 않는다.[2158])에는 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없어 그 채권자대위소송은 부적법 각하된다.[2159]

2155) ◎ **채권; 채권의** 경우 그것이 용이하게 변제받을 수 있는 확실성이 있다는 것이 합리적으로 긍정되는 경우에 한하여 적극재산에 포함시켜야 하고(대법원 2021. 6. 10. 선고 2017다254891 판결), **압류금지재산**은 공동담보가 될 수 없으므로 이를 적극재산에 포함시켜서는 아니 된다(2004다58963). 채무자 명의의 정기예금에 관하여 무기명 양도성예금증서가 발행되었고, 그 양도성예금증서를 채무자가 아닌 제3자가 소지하다가 다른 사람에게 처분한 경우, 그 정기예금은 양도성예금증서의 소지인에게 지급될 것이므로 채무자의 적극재산으로 보기 어렵고, 그 양도성예금증서도 채권자들이 그 존재를 쉽게 파악하고 이를 집행의 대상으로 삼을 수 있었다는 특별한 사정이 있는 경우라야만 그 양도성예금증서가 표창하는 예금채권 상당액을 위 채무자의 적극재산으로 볼 수 있다(2004다2564). **임차인의 보증금반환채권**은 '장차 임대차관계가 종료되는 등으로 그 권리가 실제로 성립하는 때에 선순위권리의 존재 또는 임차인의 차임지급의무 불이행 등으로 임차인이 이를 현실적으로 반환받을 가능성이 없거나 제한되는 것으로 합리적으로 예측되는 등의 특별한 사정'이 없는 한 이를 애초의 보증금액 상당의 가치대로 적극재산에 포함된다고 평가하는 것이 그 권리의 성질이나 내용 등에 부합한다(2012다118334).

2156) ◎ **주식;** 회사 경영상황이 악화되어 전체 자본이 잠식된 상태여서 그 주식의 적극재산으로서의 가치는 없다고 판단한 예(2005다76753). '실질적으로 재산가치가 있는 재산을 강제집행이나 현금화의 용이성이 다소 떨어진다는 이유만으로 적극재산에서 제외할 수는 없다' 하여, 소규모 비상장법인인 회사의 주식은 강제집행하여 쉽게 현금화할 수 있다고 보기 어렵다는 이유만으로 채무자의 적극재산 산정에서 제외한 원심판결이 위법하다고 한 예(2010다85102).

2157) 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다9312 판결; "채권자대위권의 행사의 요건인 '**채무자가 스스로 그 권리를 행사하지 않을** 것'이라 함은 채무자의 제3채무자에 대한 권리가 존재하고 채무자가 그 권리를 행사할 수 있는 상태에 있으나 스스로 그 권리를 행사하고 있지 아니하는 것을 의미하고 여기서 **권리를 행사할 수 있는 상태**에 있다는 뜻은 권리 행사를 할 수 없게 하는 법률적 장애가 없어야 한다는 뜻이고 채무자 자신에 관한 현실적인 장애까지 없어야 한다는 뜻은 아니며 채무자가 그 권리를 행사하지 않는 이유를 묻지 아니한다 할 것이므로, 피고 윤○○ 명의의 소유권보존등기의 추정력이 깨어져서 원인무효라 하여 그 등기의 말소를 구하고 있는 이 사건의 경우에 채무자인 진정한 소유자가 소외 성명불상자라 하여도 그가 위 등기의 말소를 구하는데 어떤 법률적장애가 있다고 할 수는 없는 것이어서 원고의 이 사건 채권자대위권 행사에 장애가 될 수 없다 할 것이며, 이 사건 토지 부분이 당초의 소유자로부터 정당하게 피고에게로 권리이전된 것이어서 위 등기가 실체관계에 부합한다는 점에 대하여는 피고 측에 그 주장 및 입증책임이 있으므로 원고가 성명불상자의 권리를 대위하는 것을 인정한다고 하더라도 이로써 피고들로 하여금 이 사건 토지 부분에 관한 피고 윤○○ 명의의 소유권보존등기가 실체관계에 부합한다는 항변을 할 수 있는 기회를 박탈한 것이라고 할 수도 없다."

2158) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018다210539 판결; "비법인사단이 사원총회의 결의 없이 제기한 소는 소제기에 관한 특별수권을 결하여 부적법하고, 그 경우 소제기에 관한 비법인사단의 의사결정이 있었다고 할 수 없다. 따라서 비법인사단인 채무자 명의로 제3채무자를 상대로 한 소가 제기되었으나 사원총회의 결의 없이 총유재산에 관한 소가 제기되었다는 이유로 각하판결을 받고 그 판결이 확정된 경우에는 채무자가 스스로 제3채무자에 대한 권리를 행사한 것으로 볼 수 없다."

2159) 대법원 1992. 11. 10. 선고 92다30016 판결 등. 2008다65839 판결은, 원심이, '채무자가 원고보다 앞서 피고에 대하여 공사대금 지급 청구의 소를 제기하였기 때문에 원고로서는 채무자를 대위하여 채무자의 채권을

나) 채무자 제소에 의한 본안패소 확정판결이 있는 경우

채권자대위권 행사 당시에 이미 채무자가 피대위권리를 재판상 행사하여 본안패소의 확정판결을 받은 경우, 전소 패소확정판결의 기판력에 따라 그와 모순되는 판단을 할 수 없다 하여 후소인 채권자대위소송을 기각할 것이 아니라, 채권자대위소송의 요건 중 '채무자의 권리 불행사' 요건의 흠결로 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없다 하여 채권자대위소송을 각하하여야 한다.[2160]

다) 중복제소와의 관계

소가 중복제소에 해당하지 아니한다는 것은 소극적 소송요건으로서 법원의 직

행사할 수 없다'고 하면서도 원고의 채권자대위청구 부분을 '이유 없다' 하여 '기각'한 데 대하여, 92다30016 판결을 참조판결로 하여 "채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 없다."라고 일반론을 설시한 다음, "원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 … 채권자대위권에 관한 법리오해 등의 위법이 없다"라고 판시하였는데, '채무자의 권리 불행사' 요건의 흠결을 원고 당사자적격 흠결로 인한 채권자대위소송의 부적법 사유로 본 92다32876 판결, 92다30016 판결의 판시 부분까지 의식하고서 그와 달리 위와 같이 판시하였는지에 관하여는 의문이 있다.

2160) 76다688 판결은, "원고가 소외 OO학회를 대위하여 피고에 대하여 제기한 이 사건 소송과, 이미 확정된 위 대법원 76다773호 사건의 소송은, 비록 그 당사자는 다르지만 실질상 동일 소송이라고 할 것이므로, 위 대법원 76다773호 사건의 확정판결의 효력이 이 사건에 미친다고 보아야 할 것이어서, 결국 이 사건 소는 확정판결에 저촉되어, 그와 모순되는 판단은 이를 할 수 없다고 할 것이므로 배척되어야 할 것이다. 따라서 원고의 청구를 기각한 원심판결은 결과적으로 정당하고, 원고의 이 사건 상고는 상고이유에 대한 판단을 가할 필요 없이 이유 없으므로 이를 기각하기로 하며"라고 판시함으로써, 기판력 저촉의 문제로 보았으나,

그 후 92다30016 판결은, 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기 말소등기청구가 기각, 확정된 후 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자에 대하여 소유권이전등기 말소등기청구를 한 사안에서 원심이 원고적격 흠결로 부적법 각하한 데 대하여, "채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 설사 패소의 본안판결을 받았더라도, 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없는 것"이라고 일반론을 판시하고 원심의 판단에 위법이 없다 하여 원고의 상고를 기각하였고(**채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기 말소 청구가 기각, 확정된 후 채권자의 소유권이전등기 말소 대위 청구 → 원심 원고적격 흠결 부적법 각하 → 대법원 상고기각**),

92다32876 판결은, 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기 말소등기청구가 기각, 확정된 후 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자에 대하여 소유권이전등기 말소등기청구를 한 사안에서, 원심이 기판력에 의하여 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자에게 말소등기를 청구할 수 없다 하여 원고의 청구를 기각한 데 대하여, "원심이 위와 같이 전소의 기판력에 저촉된다고 한 판단 자체에는 위법이 없다. 그러나 원심이 판시한 것처럼 소송물이 동일하다고 본다면 이 사건에서 원고가 채권자 대위소송으로서의 대위요건을 갖추었는가 하는 점을 살펴 볼 필요가 있다."라고 하고, 위 92다30016 판결을 참조판결로 하여 위 92다30016 판결의 일반론을 반복하여 설시한 다음, 원고는 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없다 하여 원심판결을 파기, 자판하여 소를 각하함으로써(**채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기 말소 청구 기각 확정 후 채권자인 원고의 소유권이전등기 말소 대위 청구 → 원심은 기판력에 의하여 청구 기각 → 대법원은 당사자적격 흠결로 파기 자판, 소 각하**), 기판력 저촉의 문제로 본 76다688 판결의 판시를 명시적으로 배척하고, 채권자대위소송의 요건 중 '채무자의 권리 불행사' 요건 흠결의 문제로 보아 채권자대위소송을 원고 당사자적격의 흠결로 각하하는 사실상의 판례 변경이 이루어졌다. 위 일반론은 2019다218684 판결에서 다시금 확인되었다.

한편, 2008다65839 판결도, 채권자대위권 행사 당시 이미 채무자가 피대위권리를 재판상 행사하여 본안 패소의 확정판결을 받은 사안인데, 앞서 본 바와 같이 '채무자의 권리 불행사' 요건의 흠결을 원고 당사자적격 흠결로 인한 채권자대위소송의 부적법 사유로 본 92다32876 판결, 92다30016 판결과는 달리 판시한 부분이 있지만, 기판력 저촉의 문제로 보지 않고 채권자대위소송의 요건 중 '채무자의 권리 불행사' 요건 흠결의 문제로 본 점에서는 92다32876 판결, 92다30016 판결과 동일하다.

권조사사항이다.[2161]

채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 제기한 채권자대위소송이 계속 중 채무자와 제3채무자 사이에 채권자대위소송과 소송물을 같이하는 내용의 소송이 제기된 경우(채권자대위의 전소+채무자의 후소), 후소는 채무자가 전소의 계속 사실을 '알든 모르든' 상관없이[2162] 중복제소금지원칙에 위배되어 제기된 부적법한 소송이다.[2163] 이 경우 채무자는 계속 중인 채권자대위소송에 '공동소송적 보조참가'[2164]를 할 수 있다고 보는 것이

2161) 대법원 1990. 4. 27. 선고 88다카25274, 25281 판결.
민사소송법 제259조(중복된 소제기의 금지) 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다. ☛ 중복제소금지는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결 시를 기준으로 판단하여야 하므로, 전소가 후소의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되면 후소는 중복제소금지에 위반되지 않는다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결). 전소, 후소의 판별기준은 소송계속의 발생시기의 선후에 의하고, 소의 추가적 변경에 따라 추가된 소의 소송계속의 효력은 그 서면을 상대방에게 송달하거나 변론기일에 이를 교부한 때에 생기며, 중복제소금지는 소송계속으로 인하여 당연히 발생하는 소송요건의 하나로서 이미 동일한 사건에 관하여 전소가 제기되었다면, 설령 그 전소가 소송요건을 흠결하여 부적법하다고 할지라도 후소의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 그 소송계속이 소멸되지 아니하는 한 후소는 중복제소금지를 위배하게 된다(대법원 2021. 5. 13. 선고 2020다71690 판결). 보전처분 신청에 관하여도 중복된 소제기에 관한 규정이 준용되어 중복신청이 금지된다. 이 경우 보전처분 신청이 중복신청에 해당하는지 여부는 후행 보전처분 신청의 심리종결 시를 기준으로 판단하여야 하고, 보전명령에 대한 이의신청이 제기된 경우에는 그 이의소송의 심리종결 시가 기준이 된다(2017마6308).

2162) 기판력과 재소금지원칙의 적용에서는 채무자가 '알았을 때' 한하여 인정하는 것과는 다르다.

2163) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다41187 판결. **[동일 취지]** 73다351, 94다29256(채권자대위의 전소+채무자의 후소 사안 → 이 사건 후소 = 중복제소). ☛ 이 경우 채권자대위의 전소는 '채무자의 권리불행사' 요건 흠결로 부적법한 것인지 의문이 있으나, '채무자의 권리불행사' 요건의 기준시점을 대위권 행사 당시로 본다면, 채권자대위의 전소가 부적법하다고 볼 수는 없다.

2164) **민사소송법 제78조(공동소송적 보조참가)** 재판의 효력이 참가인에게도 미치는 경우에는 그 참가인과 피참가인에 대하여 제67조 및 제69조를 준용한다.
❶ 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두36836 판결: "행정소송 … 판결의 효력이 참가인에게까지 미치는 점 등 행정소송의 성질에 비추어 보면 그 참가는 … 공동소송적 보조참가라고 볼 수 있다. … 공동소송적 보조참가에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조 제1항, 즉 '소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우에 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다.'라고 한 규정이 준용되므로, 피참가인의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가지고, 공동소송적 보조참가인에게 불이익이 되는 것은 효력이 없으므로, 참가인이 상소를 할 경우에 피참가인이 상소취하나 상소포기를 할 수는 없다." ❷ 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결: "파산관재인이 파산재단에 관한 소송을 할 때 그 재판의 효력이 미치는 채무자는 통상의 보조참가는 물론 공동소송적 보조참가를 할 수도 있다. … 재심의 소를 취하하는 것은 통상의 소를 취하하는 것과는 달리 확정된 종국판결에 대한 불복의 기회를 상실하게 하여 더 이상 확정판결의 효력을 배제할 수 없게 하는 행위이므로, 이는 재판의 효력과 직접적인 관련이 있는 소송행위로서 그 확정판결의 효력이 미치는 공동소송적 보조참가인에 대하여는 불리한 행위라고 할 것이다. 따라서 재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 후에는 피참가인이 재심의 소를 취하하더라도 공동소송적 보조참가인의 동의가 없는 한 효력이 없다. 이는 재심의 소를 피참가인이 제기한 경우나 통상의 보조참가인이 제기한 경우에도 마찬가지이다." ❸ 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011두13729 판결: "공동소송적 보조참가는 그 성질상 필수적 공동소송 중에서는 이른바 유사필수적 공동소송에 준한다 할 것인데, 유사필수적 공동소송에서는 원고들 중 일부가 소를 취하하는 경우에 다른 공동소송인의 동의를 받을 필요가 없다. 또한 소취하는 판결이 확정될 때까지 할 수 있고 취하된 부분에 대해서는 소가 처음부터 계속되지 아니한 것으로 간주되며(민사소송법 제267조), 본안에 관한 종국판결이 선고된 경우에도 그 판결 역시 처음부터 존재하지 아니한 것으로 간주되므로, 이는 재판의 효력과는 직접적인 관련이 없는 소송행위로서 공동소송적 보조참가인에게 불이익이 된다고 할 것도 아니다. 따라서 피참가인이 공동소송적 보조참가인의 동의 없이 소를 취하하였다 하더라도 이는 유효하다." ❶ 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018므14210 판결 [친생자부인]; "통상의 보조참가인은 참가 당시의 소송상태를 전제로 피참가인을 보조하기 위하여 참가하는 것이므로 참가할 때의 소송 진행

일반적이다.

채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 소송이 계속 중인데 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 동일한 소송을 제기한 경우(채무자의 전소+채권자대위의 후소), 후소는 채권자대위소송 특유의 소송요건인 '채무자의 권리불행사' 요건이 흠결되어 부적법할 뿐만 아니라, 일반적인 소송요건인 중복소송 금지 규정에도 저촉되어 부적법한 소송이다.[2165]

채권자대위소송이 이미 법원에 계속 중인데 같은 채무자의 다른 채권자가 동일한 소송물에 대하여 채권자대위권에 기한 소를 제기한 경우(채권자대위의 전소+다른 채권자대위의 후소), 후소는 중복제소금지의 원칙에 위배하여 제기된 부적법한 소송이다.[2166] 이 경우 다른 채권자는 계속 중인 채권자대위소송에 '공동소송참가'[2167]를 할 수 있고,[2168] 각 채권

정도에 따라 피참가인이 할 수 없는 행위는 할 수 없다(민소법 제76조 제1항 단서). 공동소송적 보조참가인도 원래 당사자가 아니라 보조참가인이므로 위와 같은 점에서는 통상의 보조참가인과 마찬가지이다. 판결 확정 후 재심사유가 있을 때에는 보조참가인이 피참가인을 보조하기 위하여 보조참가신청과 함께 재심의 소를 제기할 수 있다. 그러나 보조참가인의 재심청구 당시 피참가인인 재심청구인이 이미 사망하여 당사자능력이 없다면, 이를 허용하는 규정 등이 없는 한 보조참가인의 재심청구는 허용되지 않는다. 이는 신분관계에 관한 소송에서 소송의 상대방이 될 자가 존재하지 않는 경우 이해관계인들의 이익을 위하여 공익의 대표자인 검사를 상대방으로 삼아 소송을 할 수 있도록 하는 경우(민법 제849조, 제864조, 제865조, 가사소송법 제24조 제3항, 제4항, 90므1135)와는 구별된다. 보조참가인의 재심청구 당시 재심청구인 소외 2가 이미 사망하였음은 앞에서 본 바와 같고, 이 사건 재심청구인의 지위가 상속되는 것도 아니므로, 보조참가인의 재심의 소는 부적법하다." ❺ 상고하지 않은 공동소송적 보조참가인의 상고이유서·상고이유주장 제출의 적법 여부에 관하여는 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두40611 판결 참조.

2165) 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2751 판결(채무자 전소+채권자대위 후소 사안 ☛ 채권자대위의 후소를 중복제소 위반으로 부적법 각하하고, '채무자의 권리불행사' 요건 흠결을 문제삼지는 않았는바, 이는 '채무자의 권리불행사' 요건의 흠결을 부정한 것이라기보다는, 채권자대위소송의 특유의 소송요건인 권리불행사 요건보다는 일반적인 소송요건인 중복제소금지 요건이 판단순서상 선행되는 사유라는 점에서 양자의 소송요건 흠결이 중첩될 경우 중복제소 위반의 부적법 사유가 우선함을 나타낸 것으로 선해할 수 있다). **[비교]** 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있는 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기하는 것은 중복된 소제기에 해당하지 않는다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다202120 전원합의체 판결).

2166) 대법원 2021. 5. 13. 선고 2020다71690 판결.

2167) **민사소송법 제83조(공동소송참가)** ① 소송목적이 한 쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우 그 제3자는 공동소송인으로 소송에 참가할 수 있다. ② 제1항의 경우에는 제72조의 규정을 준용한다.
회사의 주주대표소송에의 참가는 공동소송참가에 해당하고, 항소심에서도 할 수 있다(2000다9086). 추심의 소에 집행력 있는 정본 소지자가 원고 쪽에 참가하는 것도 공동소송참가에 해당한다(민사집행법 제249조②).

2168) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다30301, 30325 판결; "채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 민사소송법 제83조 제1항이 요구하는 '소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우'에 해당하므로 그 참가신청은 적법하다. 이때 양 청구의 소송물이 동일한지는 채권자들이 각기 대위행사하는 피대위채권이 동일한지에 따라 결정되고, 채권자들이 각기 자신을 이행 상대방으로 하여 금전의 지급을 청구하였더라도 채권자들이 채무자를 대위하여 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로 이러한 채권자들의 청구가 서로 소송물이 다르다고 할 수 없다. 여기서 원고가 일부 청구임을 명시하여 피대위채권의 일부만을 청구한 것으로 볼 수 있는 경우에는 참가인의 청구금액이 원고의 청구금액을 초과하지 아니하는 한 참가인의 청구가 원고의 청구와 소송물이 동일하여 중복된다고 할 수 있으므로 소송목적이 원고와 참가인에게 합일적으로 확정되어야 할 필요성을 인정할 수 있어 참가인의 공동소송참가신청을 적법한 것으로 보아야 할 것이다." ☛ 이 경우, 참가인들의 청구를 인용할 경우에도 원고의 청구금액을 초과할 수는 없다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다42800, 42817, 42824, 42831 판결).

자대위권에 기하여 공동하여 채무자의 권리를 행사하는 다수의 채권자들은 '유사필수적 공동소송' 관계에 있다.[2169]

6) 채무자의 제3채무자에 대한 권리(피대위권리)

가) 채권자대위권의 목적인 권리

채무자의 일반재산을 구성하는 재산권은 채권자대위권의 목적이 될 수 있으나, 채무자의 '행사상 일신전속권'은 채권자대위권의 목적이 될 수 없다(민법 제404조 제1항 단서).

계약의 청약이나 승낙,[2170] 유류분반환청구권,[2171] 친족회의 동의 없는 후견인의 행위에 대한 취소권,[2172] 공공임대주택 임차인의 임대차계약 중도 해지권[2173] 등은 채권자대위권의 목적이 될 수 없으나, 채무자의 이행인수인에 대한 청구권,[2174] 임대인의 임대차계약 해지권,[2175] 상계권,[2176] 채권자취소권,[2177] 농지취득자격증명 발급신청권[2178]은 채권자대

2169) 제1심에서 유사필수적 공동소송 관계에 있는 다수 채권자들의 대위청구가 모두 기각되고 그 중 1인만이 항소한 경우, 민사소송법 제67조 제1항은 필수적 공동소송에 있어서 공동소송인 중 1인의 소송행위는 공동소송인 전원의 이익을 위하여서만 효력이 있다고 규정하고 있으므로 공동소송인 중 일부의 상소제기는 전원의 이익에 해당된다고 할 것이어서 다른 공동소송인에 대하여도 그 효력이 미치고, 사건은 필수적 공동소송인 전원에 대하여 확정이 차단되고 상소심에 이심된다(91다23486).

2170) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다100527 판결; "계약의 청약이나 승낙과 같이 비록 행사상의 일신전속권은 아니지만 이를 행사하면 그로써 새로운 권리의무관계가 발생하는 등으로 권리자 본인이 그로 인한 법률관계 형성의 결정 권한을 가지도록 할 필요가 있는 경우에는, 채무자에게 이미 그 권리행사의 확정적 의사가 있다고 인정되는 등 특별한 사정이 없는 한, 그 권리는 채권자대위권의 목적이 될 수 없다고 봄이 상당하다. 그리고 이는 일반채권자의 책임재산의 보전을 위한 경우뿐만 아니라 특정채권의 보전이나 실현을 위하여 채권자대위권을 행사하고자 하는 경우에 있어서도 마찬가지라고 할 것이다."

2171) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다93992 판결; "유류분반환청구권은 그 행사 여부가 유류분권리자의 인격적 이익을 위하여 그의 자유로운 의사결정에 전적으로 맡겨진 권리로서 행사상의 일신전속성을 가진다고 보아야 하므로, 유류분권리자에게 그 권리행사의 확정적 의사가 있다고 인정되는 경우가 아니라면 채권자대위권의 목적이 될 수 없다." ☜ 유류분반환을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 채권자대위청구를 '기각'한 1심판결이 항소기각, 상고기각으로 확정된 사례.

2172) 대법원 1996. 5. 31. 선고 94다35985 판결.

2173) 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다230165 판결.

2174) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다75072 판결.

2175) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700, 82717 판결. 매매약정상 해제권의 대위 행사를 긍정한 예로는 2014다89355이 있다.

2176) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다95769 판결; "채무자가 제3자에 대하여 갖는 상계권도 채권자대위권의 목적이 될 수 있지만, 채권자대위권을 행사하기 위해서는 원칙적으로 채권의 존재 및 보전의 필요성, 기한의 도래 등의 요건을 충족하여야 함에 비추어, 어느 부진정연대채무자가 현실적으로 자신의 부담부분을 초과하는 출재를 하여 채무를 소멸시킴으로써 다른 부진정연대채무자에 대하여 구상권을 취득한 상태에 이르지 아니한 채 단지 장래에 출재를 할 경우 취득할 수 있는 다른 부진정연대채무자에 대한 구상권을 보전하기 위하여 다른 부진정연대채무자가 채권자에게 갖는 상계권을 대위 행사하는 것은 허용되지 아니한다." ☜ 원고에게 대여금채무를 지는 소외 회사 중 한 부문을 피고 회사가 분할합병함으로써 부진정연대채무를 부담하게 된 사안에서, 원고의 피고 회사에 대한 이행청구에 대하여, 설령 소외 회사가 원고에 대하여 채권을 갖고 있더라고 민법 제418조 제2항(다른 연대채무자의 상계권 행사)을 적용 내지 유추적용하여 그 채권을 가지고 피고 회사가 스스로 상계를 할 수 있다고 볼 수 없고, 또한 피고 회사가 현실적으로 출재를 하여 원고에 대한 채무를 소멸시키지 아니한 채 장래 소외 회사에 대하여 취득할 수 있는 구상권을 채권자대위권의 피보전권리로 삼아 소외

위권의 목적이 될 수 있다.

채권자대위권의 목적인 재산권의 행사를 위하여 필요한 때에는 채무자가 가지는 소송상의 권리도 대위행사할 수 있다. 청구이의의 소 제기,[2179] 가압류·가처분결정에 대한 본안의 제소명령 신청, 제소기간의 도과를 이유로 한 가압류·가처분의 취소 신청, 또는 사정변경에 따른 가압류·가처분의 취소 신청[2180]은 채권자대위권에 기하여 할 수 있으나, 채권자대위에 의한 재심의 소제기는 재심당사자적격의 흠결로 부적법하여 각하된다.[2181]

채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되고 그 원상회복으로 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지가 이루어지더라도, 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자에게 그 채권에 관한 지급을 청구할 수는 없다.[2182] [2183]

회사가 원고에 대하여 행사할 수 있는 상계권을 대위 행사할 수도 없다고 한 예.

2177) 대법원 2001. 12. 27. 선고 2000다73049 판결.

2178) 대법원 2018. 7. 11. 선고 2014두36518 판결.

2179) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91다41620 판결.

2180) 대법원 2011. 9. 21.자 2011마1258 결정; "가압류결정이나 가처분결정에 대한 이의신청은 그 결정에 대한 소송법상의 불복방법으로서, 이미 개시된 가압류·가처분의 소송절차에서 그 소송을 수행하기 위한 절차상의 권리에 지나지 않는 것이므로, 그 소송절차의 주체인 소송당사자(또는 그의 일반승계인이나 소송에 참가한 특정승계인)만이 그 권리를 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 민사집행법 제301조에 의하여 가처분 절차에도 준용되는 같은 법 제287조 제1항에 따라 가압류·가처분결정에 대한 본안의 제소명령을 신청할 수 있는 권리나 같은 조 제2항 및 제3항에 따라 제소기간의 도과에 의한 가압류·가처분의 취소를 신청할 수 있는 권리 또는 같은 법 제288조 제1항에 따라 사정변경에 따른 가압류·가처분의 취소를 신청할 수 있는 권리는 가압류·가처분신청에 기한 소송을 수행하기 위한 소송절차상의 개개의 권리가 아니라 가압류·가처분신청에 기한 소송절차와는 별개의 독립된 소송절차를 개시하게 하는 권리라고 할 것이므로, 이는 채권자대위권의 목적이 될 수 있는 권리라고 봄이 상당하다."

2181) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2012다75239 판결; "채권을 보전하기 위하여 대위행사가 필요한 경우는 실체법상의 권리뿐만 아니라 소송법상의 권리에 대하여서도 대위가 허용된다 할 것이나, 채무자와 제3채무자 사이의 소송이 계속된 이후의 소송수행과 관련한 개개의 소송상의 행위는 그 권리의 행사를 소송당사자인 채무자의 의사에 맡기는 것이 타당하므로 채권자대위가 허용될 수 없다고 보아야 하고, 같은 취지에서 볼 때, 상소의 제기와 마찬가지로 종전 재심대상판결에 대하여 불복하여 종전 소송절차의 재개, 속행 및 재심판을 구하는 재심의 소제기는 채권자대위권의 목적이 될 수 없다고 봄이 상당하다. … 재심의 소제기는 채권자대위권의 목적이 될 수 없으므로 재심원고는 이 사건 재심소송을 제기할 재심당사자적격이 없다고 보아야 하고, 재심당사자적격이 없는 재심원고가 제기한 이 사건 재심의 소는 부적법하다."

2182) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2012다2743 판결; "채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되는 경우, 수익자가 제3채무자로부터 아직 그 채권을 추심하지 아니한 때에는, 채권자는 사해행위취소에 따른 원상회복으로서 수익자가 제3채무자에 대하여 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 청구할 수 있다. 그런데 사해행위의 취소는 채권자와 수익자의 관계에서 상대적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 무효로 하는 데에 그치고, 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니한다. 따라서 채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되고, 그에 따른 원상회복으로서 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지가 이루어지더라도, 채권자와 수익자의 관계에서 그 채권이 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐, 채무자가 직접 그 채권을 취득하여 권리자로 되는 것은 아니므로, 채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에게 그 채권에 관한 지급을 청구할 수 없다." ☜ 소외인(채무자)은 피고 2(수익자)에게 피고 1(제3채무자)에 대한 자신의 정산금채권을 양도하였는데, 소외인의 채권자인 원고는 위 정산금채권의 양도가 사해행위라는 이유로 채권양도의 취소 및 원상회복으로서 피고 1에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 청구하는 한편, 소외인을 대위하여 피고 1에게 위 정산금채권의 지급을 구하고 있으나, 소외인의 피고 2에 대한 정산금채권의 양도가 사해행위로 취소되고 그에 따른 원상회복이 이루어지더라도, 소외인이 직접 정산금채권을 취득하는 것은 아니어서 **피대위채권이 존재한다고 할 수 없**으므로, 원고는 소외인을 대위하여 피고 1에게 **위** 정산금채권의 지급을 구할 수 없다고 한 사례.

나) 기판력 저촉 여부에 대한 직권조사

채권자대위 소송에서도 채무자와 제3채무자 간 기판력 있는 확정판결의 존부는 당사자의 주장이 없더라도 법원(상고심 포함)이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다(상세한 내용은 앞서 본 '소유권등기의 말소등기청구'-'기판력 저촉의 항변' 부분 참조).[2184] [2185]

채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우에는 '어떠한 사유로 인하였든 적어도 채무자가 채권자 대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 알았을 경우'에는 그 판결의 효력은 '채무자'나 그의 '다른 채권자'에게 미친다.[2186] [2187] 이때 채무자에게도 기판력이 미친다는 의미는 채권자대위소송의 소송물인 '피대위채권의 존부'에 관하여 채무자에게도 기판력이 인정된다는 것이고, 채권자대위소송의 소송요건인 '피보전채권의 존부'에 관하여 당해 소송의 당사자가 아닌 채무자에게 기판력이 인정된다는 것은 아니다.[2188] 부동산 소유자를 대위하여 권리취득명

2183) 같은 취지에서, 어느 채권자가 수익자를 상대로 사해행위 취소 및 원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결을 받았으나 말소등기를 마치지 아니한 상태라면 그 소송의 당사자가 아닌 다른 채권자는 위 판결에 기하여 채무자를 대위하여 그 말소등기를 신청할 수 없다. 다만, 그 말소등기는 그 등기절차상의 흠에도 불구하고 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다(대법원 2015. 11. 17. 선고 2013다84995 판결).

2184) 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다3892 판결(부동산의 점유자가 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 하지 않고 있는 사이에 제3자가 등기명의인을 상대로 제소하여 그 부동산에 대한 소유권이전등기절차이행의 확정판결을 받아 소유권이전등기를 한 후, 부동산 점유자가 원래의 등기명의인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 동인을 대위하여 위 확정판결의 기판력에 저촉되는 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소를 구한 사안) ⇔ 이미 채무자가 피대위권리를 재판상 행사하여 본안 패소의 확정판결을 받은 경우에는 '채무자의 권리 불행사' 요건 흠결의 문제임은 앞서 본 바와 같다.

2185) 후소가 전소의 기판력을 받는지 여부는 직권조사사항이고 이에 관한 당사자의 주장은 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없으므로, 다른 채권자의 선행 채권자대위소송의 기판력에 저촉된다는 본안전항변에 대하여 사실심이 명시적으로 판단하지 아니한 채 본안에 관하여만 판단하였더라도 위 항변이 이유 없는 것인 이상 판단유탈의 상고이유로 삼을 수는 없다(대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결).

2186) ○ 대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결; "채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우에는 채권자가 채무자에 대하여 민법 405조 1항에 의한 보존행위 이외의 권리행사의 통지, 또는 민사소송법 77조에 의한 소송고지 혹은 비송사건절차법 84조 1항에 의한 법원에 의한 재판상 대위의 허가를 고지하는 방법 등을 위시하여 어떠한 사유로 인하였던 적어도 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 채무자가 알았을 경우에는 그 판결의 효력은 채무자에게 미친다고 보는 것이 상당하다 할 것이다." ⇔ 이에 대하여 소수의견은 '채권자가 한 대위소송을 채무자가 알든 모르든(지, 부지간에) 그 기판력이 있다'고 해석하였다.
○ 대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결; "어느 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하여 판결을 받은 경우에는 어떠한 사유로든 채무자가 위 채권자대위소송이 제기된 사실을 알았을 경우에 한하여 그 판결의 효력이 채무자에게 미치므로, 이러한 경우에는 그 후 **다른 채권자**가 동일한 소송물에 대하여 채권자대위권에 기한 소를 제기하면 전소의 기판력을 받게 된다고 할 것이지만, 채무자가 전소인 채권자대위소송이 제기된 사실을 알지 못하였을 경우에는 전소의 기판력이 다른 채권자가 제기한 후소인 채권자대위소송에 미칠 수는 없다 할 것이다."

2187) 따라서 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 피대위자가 알게 된 이상, 위 대위소송에 관한 종국판결이 있은 후 그 소가 취하된 때에는 피대위자도 '**재소금지**' 규정의 적용을 받아 위 대위소송과 동일한 소를 제기하지 못한다(93다20177,20184). 피보전채권이 없어 대위자격이 없는 자가 제기한 채권자대위소송에서, 채무자가 청구를 인낙하고 제3채무자에 대하여는 승소판결이 있은 후 소가 취하된 경우, 채무자에게 재소금지의 효력이 미친다(95다18406).

2188) 따라서 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하였다가 채무자를 대위

의자를 상대로 처분금지가처분등기를 마치고 말소등기청구의 승소 확정판결을 받은 채권자를 상대로 가처분등기자임을 이유로, 소유자나 다른 채권자가 말소등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 것이 위 확정판결의 기판력에 저촉되지는 않는다.[2189]

다) 공격방어방법의 범위

채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 제3채무자는 채무자에 대해 가지는 모든 항변사유로 채권자에게 대항할 수 있으나,[2190] 채권자는 채무자 자신이 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할 수 있을 뿐 자기와 제3채무자 사이의 '독자적인 사정'에 기한 사유를 주장할 수는 없다.[2191]

채무자에 대한 일반 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서

할 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 소각하 판결을 받아 확정된 경우 그 판결의 기판력이 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치는 것은 아니다(대법원 2014. 1. 23. 선고 2011다108095 판결).

2189) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다25510 판결: "부동산의 소유자가 그 부동산상의 권리취득명의자를 상대로 구하는 말소등기청구와 그 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 구하는 승낙의 의사표시 청구는 당사자와 소송물을 달리하는 것이므로, 소유자의 채권자가 이미 채권자대위권을 행사하는 방법으로 권리취득명의자를 상대로 말소등기청구의 소를 제기하여 승소 확정판결을 받음으로써 그 기판력이 소유자나 그의 다른 채권자에게까지 미친다 하더라도, 소유자나 다른 채권자로서는 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 승낙의 의사표시를 청구할 수 있고, 이는 그 제3자가 이미 전소에서 승소 확정판결을 받은 채권자라 하여 달리 볼 것이 아니다."

2190) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다244836 판결. 예컨대, 임차인이 임대인의 동의를 얻어 전대한 경우에 전차인은 임대인에 대하여 그 사용의 편익을 위하여 임대인의 동의를 얻어 시설한 부속물의 매수청구권을 행사할 수 있고, 임대인을 대위하여 인도청구를 하는 원고에 대하여도 부속물 매수대금 지급 시까지의 연기적 항변권을 주장할 수 있다(81다378).

2191) ○ 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결: 이 사건 지분에 관한 피고 명의의 가등기는 소외 1이 피고와 소외 2 명의의 매매예약계약서를 위조하여 마친 무효의 등기인데, 이후 피고는 소외 2로부터 위 지분을 매수하면서 소유권이전등기청구권의 보전을 위하여 무효인 위 가등기를 유용하기로 소외 2와 합의한 다음 위 가등기에 기하여 본등기를 마쳤으므로, 위 가등기 유용의 합의로써 그 합의의 상대방인 소외 2에 대하여는 위 가등기의 유효를 주장할 수 있고, 원고는 위 가등기 유용의 합의가 있기 전에 위 지분에 대하여 강제경매개시결정 기입등기를 마쳐 등기부상 이해관계를 가지게 되었으므로 피고는 원고에게 위 가등기 유용의 합의로써 대항할 수 없지만, 소외 2를 대위하여 위 가등기 및 본등기의 말소를 구하는 원고로서는 자기와 피고 사이의 독자적인 사정에 기한 위 사유를 주장할 수는 없다고 한 예. ☞ **[동일 취지]** 채권자가 무효인 소유권이전등기청구권의 보전을 위한 가등기의 유용 합의에 따라 부동산 소유자인 채무자로부터 그 가등기 이전의 부기등기를 마친 제3채무자를 상대로 채무자를 대위하여 가등기의 말소를 구한 경우, 채권자가 그 부기등기 전에 부동산을 가압류한 사실을 주장하는 것은 채무자가 아닌 채권자 자신이 제3채무자에 대하여 가지는 사유에 관한 것이어서 허용되지 않는다고 한 예(2009다4787).

○ 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다223781 판결: 원고가 피고(임차인, 근질권설정자)의 소외 공사(임대인, 제3채무자)에 대한 임대차보증금반환채권에 관한 근질권자로서 '임대차계약이 갱신되지 아니한 채 기간만료로 종료되었다'고 주장하며 소외 공사에 대한 직접청구권을 보전하기 위해 소외 공사를 대위하여 피고에게 임차아파트의 인도를 구한 사안에서, ① 원고와 피고 사이의 독자적인 사정에 해당하는 근질권설정계약 조항("설정자는 채권자의 동의 없이 임대인과 임대차계약의 연장, 갱신이 불가하며 임대차계약의 연장, 갱신의 경우에는 반드시 채권자의 사전동의를 얻어야 효력이 발생합니다.")을 들어 임대차계약의 묵시적 갱신을 원고에게 대항할 수 없다고 주장할 수는 없고, ② 임대인이 별도로 갱신거절을 하지 아니함에 따라 임대차계약이 묵시적으로 갱신되는 결과가 발생하는 것은, 질권의 목적인 임대차보증금반환채권 자체가 아니라 이를 발생시키는 기본적 계약관계에 관한 사유에 속할 뿐만 아니라, 질권설정자인 임차인이 위 채권 자체의 소멸을 목적으로 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 한 것으로도 볼 수 없으므로 이 경우에는 민법 제352조(질권설정자의 권리처분 제한)의 제한을 받지 아니한다고 한 예.

채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있을 뿐, 채권자의 지위에서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없다.[2192] 채권자대위권 행사의 효과는 채무자에게 귀속되는 것이어서 채권자대위소송의 제기로 인한 소멸시효 중단의 효과 역시 채무자에게 생기므로,[2193] 제3채무자의 피대위권리에 대한 소멸시효 항변에 대하여 대위채권자는 이전의 다른 채권자의 대위소송 제기에 따른 시효중단효를 재항변으로 주장할 수 있다.

비법인사단의 채권자가 비법인사단의 총유재산에 관한 권리를 대위행사하는 경우, 사원총회의 결의 등 비법인사단의 내부적인 의사결정절차를 거칠 필요는 없으므로,[2194] 그 흠결의 본안전항변은 유효하지 않다.

라) 채권자대위 후 채무자의 피대위권리 처분

채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하고 채무자에게 통지를 하거나(민법 제405조 제2항),[2195] (통지에 의하지 않더라도 어떠한 경위에서건) 채무자가 채권자의 대위권행사 사실을 안 후에는, 채무자는 그 권리에 대한 처분권을 상실하며, 따라서 그 권리의 양도나 포기 등 처분행위를 할 수 없고, 채무자의 처분행위에 기하여 취득한 권리로써는 채권자에게 대항할 수 없으며, 제3채무자 또한 채권자에게

2192) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다22676 판결 등.

2193) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010다80930 판결: 채권자 甲이 채무자 乙을 대위하여 丙을 상대로 부동산에 관하여 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행을 구하는 소를 제기하였다가 피보전권리가 인정되지 않는다는 이유로 소각하판결을 선고받아 확정되었고, 그로부터 3개월 남짓 경과한 후에 다른 채권자 丁이 乙을 대위하여 丙을 상대로 같은 내용의 소를 제기하였다가 丙과 사이에 피보전권리가 존재하지 않는다는 취지의 조정이 성립되었는데, 또 다른 채권자인 戊가 조정 성립일로부터 10여 일이 경과한 후에 乙을 대위하여 丙을 상대로 같은 내용의 소를 다시 제기한 **사안**에서, 채무자 乙의 丙에 대한 위 부동산에 관한 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 소멸시효는 甲, 丁, 戊의 순차적인 채권자대위소송에 따라 최초의 재판상 청구인 甲의 채권자대위소송 제기로 중단되었다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

2194) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다211336 판결: "비법인사단이 총유재산에 관한 소를 제기할 때에는 정관에 다른 정함이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 사원총회의 결의를 거쳐야 하지만, 이는 비법인사단의 대표자가 비법인사단 명의로 총유재산에 관한 소를 제기하는 경우에 비법인사단의 의사결정과 특별수권을 위하여 필요한 내부적인 절차이다. 채권자대위권은 채무자가 스스로 자기의 권리를 행사하지 아니하는 때에 채권자가 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자의 의사와는 상관없이 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수 있는 권리로서 그 권리행사에 채무자의 동의를 필요로 하는 것은 아니므로, 비법인사단이 총유재산에 관한 권리를 행사하지 아니하고 있어 비법인사단의 채권자가 채권자대위권에 기하여 비법인사단의 총유재산에 관한 권리를 대위행사하는 경우에는 사원총회의 결의 등 비법인사단의 내부적인 의사결정절차를 거칠 필요가 없다." 원고들이 소외 비법인사단의 채권자로서 비법인사단을 대위하여 피고에 대한 운영비 채권 중 원고들의 보수상당액의 지급을 구한 **사안**에서, **원심**이, 운영규정에 총유재산에 관한 소를 제기하는 경우에 관하여 별다른 정함이 없으므로 소제기에 관하여 사원총회의 결의를 거쳐야 한다고 전제한 다음, 원고들의 대위청구는 사원총회의 결의 없이 제기된 것으로서 소송요건이 흠결되어 부적법하다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 원고들이 채권자대위청구를 위하여 사원총회의 결의를 거칠 필요는 없다고 판단한 예.

2195) **민법 제405조(채권자대위권행사의 통지)** ① 채권자가 전조 제1항의 규정에 의하여 보전행위 이외의 권리를 행사한 때에는 채무자에게 통지하여야 한다. ② 채무자가 전항의 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다. ☛ 이 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(2011다87235).

대항할 수 없다.[2196]

이는 채무자의 제3채무자에 대한 권리가 소멸하였다는 제3채무자의 항변에 대한 채권자의 재항변 사유로서, 채권자는 '채권자가 채무자에게 채권자대위 행사 사실을 통지한 사실' 또는 '채무자가 채권자대위 행사 사실을 알고 있었던 사실'을 주장·증명하여야[2197] 하지만, 통상의 경우처럼 채권자가 채권자대위청구와 함께 채무자에 대한 청구를 병합하여 청구한 경우라면 채무자에 대한 소장 부본의 송달로 위 재항변 사실은 기록상 분명한 것이므로, 소송 계속 후 채무자의 권리 처분으로 채무자의 제3채무자에 대한 권리가 소멸하였다는 제3채무자의 항변은 유효한 항변이 될 수 없고 그 자체로 배척되어야 한다.

채권자가 대위행사한 권리를 채무자가 '처분'한 경우에 해당하는 '긍정례'로는, ① 소멸시효 이익의 포기,[2198] ② 합의 해제,[2199] ③ 이의 유보 없는 공탁금 수령으로 인한 해제의 승인,[2200] ④ 채무자의 권리 포기나 추인,[2201] ⑤ 피대위채권에 대한 전부명령[2202] 등이

2196) 대법원 1991. 4. 12. 선고 90다9407 판결, 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다85921 판결.

2197) 대법원 2018. 11. 9. 선고 2015다75308 판결; "원고는 이 사건 근저당권등기의 피담보채무가 시효소멸하였다고 주장하면서 소외 3 등을 대위하여 피고에게 이 사건 근저당권등기의 말소를 구하였을 뿐, … 원고의 대위권 행사 사실을 알면서도 피고에게 채무승인서를 작성해 줌으로써 시효이익을 포기하였으므로 원고에게 대항할 수 없다는 주장을 하지 않았음을 알 수 있다. … 원심이 소외 3 등의 시효이익 포기가 채권자에게 대항할 수 없는 민법 제405조 제2항에서 정한 처분에 해당하는지 여부에 대하여 심리하지 아니하고 원고에게 그에 대한 주장·증명을 촉구하지도 않았다고 하여, … 변론주의에 관한 법리를 오해하거나 석명의무를 다하지 아니하는 등의 잘못이 있다고 할 수 없다."

2198) 대법원 2018. 11. 9. 선고 2015다75308 판결.

2199) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다85921 판결; "채권자가 채무자와 제3채무자 사이에 체결된 부동산매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 채무자를 대위하여 제3채무자의 부동산에 대한 처분금지가처분을 신청하여 가처분결정을 받은 경우에는 피보전권리인 소유권이전등기청구권을 행사한 것과 같이 볼 수 있으므로, 채무자가 그러한 채권자대위권 행사 사실을 알게 된 이후에 그 매매계약을 합의해제함으로써 채권자대위권의 객체인 부동산 소유권이전등기청구권을 소멸시켰다 하더라도 이로써 채권자에게 대항할 수 없고, 그 결과 제3채무자 또한 그 계약해제로써 채권자에게 대항할 수 없는 것이다."

2200) 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다44350 판결; "피고 2가 위 매매계약을 해제하려고 원상회복의 방법으로 그 계약에 따라 지급받은 매매대금을 공탁한데 대하여, 피고 1이 아무런 이의 없이 공탁의 취지에 따라 그 공탁금을 수령함으로써 … 계약당사자 사이의 합의에 의하여 위 매매계약이 해제되는 효과를 발생하게 하는 것은, 채권자인 원고가 이 사건 소송에서 채무자인 피고 1을 대위하여 행사하고 있는 위 피고의 피고 2에 대한 위 매매계약에 따른 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 처분하는 것에 해당한다고 할 것인데, 원고가 피고 1을 대위하여 그의 권리를 행사한다는 사실이 청구원인으로 기재된 이 사건 소장의 부본이 위 피고에게 송달된 것이 1989. 1. 19.임은 기록상 분명하므로, 위 피고가 그후(빨라도 1989. 12. 10. 이후)에 위와 같이 피고 2가 공탁한 매매대금을 이의 없이 수령함으로써 위 매매계약이 해제되는 효과를 발생하도록 승인하였다고 하더라도, 피고들이 이로써 원고에게는 대항할 수 없을 것임이 명백하다."

2201) 대법원 1989. 3. 14. 선고 88다카112 판결; "피고 1로서는 원고가 이미 이 사건 소송에서 그의 말소등기청구권을 대위행사하고 있는 터이므로 소송 계속 중에 그의 말소등기청구권을 포기하여 권리를 처분하는 의미의 추인권을 행사할 수도 없는 것"

2202) 대법원 2016. 8. 29. 선고 2015다236547 판결; "채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 되면 민법 제405조 제2항에 따라 채무자는 피대위채권을 양도하거나 포기하는 등 채권자의 대위권 행사를 방해하는 처분행위를 할 수 없게 되고 이러한 효력은 제3채무자에게도 그대로 미치는데, 그럼에도 그 이후 대위채권자와 평등한 지위를 가지는 채무자의 다른 채권자가 피대위채권에 대하여 전부명령을 받는 것도 가능하다고 하면, 채권자대위소송의 제기가 채권자의 적법한 권리행사방법 중 하나이고 채무자에게 속한 채권을 추심한다는 점에서 추심소송과 공통점도 있음에도 그것이 무익한 절차

있고, '부정례'로는, ① 채무자의 변제수령, 그 명의의 소유권이전등기 경료,[2203] ② 제3채무자 신청 지급명령에 대한 이의의 부제기,[2204] ③ 채무자가 자신의 '채무불이행'을 이유로 매매계약이 해제되도록 한 행위(실질적으로는 합의해제한 것으로 볼 수 있거나, 법정해제인 것처럼 외관을 갖춘 것이라는 등의 '특별한 사정'이 있는 경우에는 채무자의 '처분'행위에 해당한다)[2205] 등이 있다.

에 불과하게 될 뿐만 아니라, 대위채권자가 압류·가압류나 배당요구의 방법을 통하여 채권배당절차에 참여할 기회조차 가지지 못하게 한 채 전부명령을 받은 채권자가 대위채권자를 배제하고 전속적인 만족을 얻는 결과가 되어, 채권자대위권의 실질적 효과를 확보하고자 하는 민법 제405조 제2항의 취지에 반하게 된다. 따라서 채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 된 이후에는 민사집행법 제229조 제5항이 유추적용되어 피대위채권에 대한 전부명령은, 우선권 있는 채권에 기초한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 무효라고 보는 것이 타당하다." ☞ '채권자대위 금전지급 청구 → 항변: 피대위 금전채권의 압류·전부 → 재항변: 채무자의 채권자대위소송 지득(知得) 후 전부명령 ∴ 무효 → 재재항변: 특별한 사정(우선변제채권에 기초한 전부명령)'의 공방구조가 된다.

2203) 대법원 1991. 4. 12. 선고 90다9407 판결: "채무자의 변제수령은 처분행위라 할 수 없고 같은 이치에서 채무자가 그 명의로 소유권이전등기를 경료하는 것 역시 처분행위라고 할 수 없는 것이다. 따라서 채권자 대위권의 행사에 의하여 채무자의 소유권이전등기청구권 행사나 제3채무자의 그 의무이행이 방해되어야 할 이유가 없으며, 그 소유권이전등기는 채권자에게 오히려 목적을 이루게 하는 것이므로 소유권이전등기청구권의 대위 행사 후에도 채무자는 그 명의로 소유권이전등기를 경료하는 데 아무런 지장이 없다. … 부동산의 전득자(채권자)가 양수인 겸 전매인(채무자)에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양수인을 대위하여 양도인(제3채무자)을 상대로 처분금지가처분을 한 경우 위 가처분은 전득자가 자신의 양수인에 대한 이전등기청구권을 보전하기 위하여 양도인이 양수인 이외의 자에게 그 소유권의 이전 등 처분행위를 못하도록 하는 데에 그 목적이 있는 것이므로 그 피보전권리는 양수인의 양도인에 대한 소유권이전등기청구권이고, 그 가처분결정에서 제3자에 대한 처분을 금지하였다 하여도 그 제3자 중에는 양수인은 포함되지 아니하며, 따라서 그 가처분 후에 양수인이 양도인으로부터 소유권이전등기를 넘겨 받았다고 해서 위 가처분에 위배되는 것은 아니다."

2204) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다34135 판결: 채권자가 채무자와 제3자 사이의 근저당권설정계약이 통정허위표시임을 이유로 채무자를 대위하여 그 말소를 구하는 소송을 제기하였는데, 그 후 채무자가 제3자가 신청한 지급명령에 이의를 제기하지 않아 강제경매절차에서 부동산이 매각됨으로써 위 근저당권설정등기가 말소된 경우, 채무자가 지급명령에 이의를 제기하지 않은 것이 대위채권자가 행사하고 있는 권리의 처분이라고 할 수 없어 제3자는 위 근저당권설정등기의 말소로 채권자에게 대항할 수 있다고 한 사례.

2205) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 전원합의체 판결: "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 이룰 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 채권자대위권 행사의 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 그 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다고 할 것이다. 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 그 피대위채권을 처분한 것으로 보아 제3채무자는 그 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 없다고 할 것이다." ☛ 이와 달리 '채무자가 채권자대위권 행사사실을 통지받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 매매계약이 해제되도록 한 것이 언제나 채무자가 그 피대위채권을 처분하는 것에 해당하므로 이를 가지고 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 없고, 그 결과 제3채무자 또한 그 계약해제로써 채권자에게 대항할 수 없다'는 취지의 2000다27343 판결(甲이 乙로부터 매수한 부동산을 다시 甲으로부터 매수한 丙이 채무자인 甲, 제3채무자 乙에 대하여 순차 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여 그 중 乙에 대한 채권자대위소송이 상고심에 계속 중 甲이 乙의 매매잔대금 지급 최고에 응하지 아니하여 乙로 하여금 매매계약을 해제할 수 있도록 한 사안)은 위 전원합의체 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경되었다.

다. 채권자취소

1) 소 송 물

가) 소송물과 청구형태

채권자취소소송의 소송물은 사해행위의 취소와 그 원상회복청구권이다.

채권자취소소송의 청구 형태는 통상 사해행위 즉, 무자력인 채무자의 재산감소행위의 취소라는 형성의 소와 그 원상회복이라는 이행의 소가 병합된 형태(후자의 청구는 전자의 청구가 인용될 것을 조건으로 구하는 것이다[2206])[2207]이지만, 사해행위 취소의 소와 원상회복청구의 소는 서로 소송물과 쟁점을 달리하는 별개의 소로서 양자가 반드시 동시에 제기되어야 하는 것은 아니고 별개로 제기될 수 있으며(사해행위의 취소를 구함이 없이 원상회복만을 구할 수는 없다),[2208] 전자의 소에서는 승소하더라도 후자의 소에서는 당사자가 제출한 공

2206) 따라서 전자의 청구는 형성판결의 특성상 판결이 확정되어야 비로소 효력이 발생하므로 후자의 청구와 관련된 가액배상의무는 사해행위의 취소를 명하는 판결이 확정된 때에 비로소 발생하여 그 판결이 확정된 다음 날부터 이행지체 책임을 지게 되고, 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 단서 소정의 장래이행의 소에 해당하여 그 본문의 법정이율은 적용되지 않으며, 민법 소정의 연 5%의 법정이율이 적용되고(대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다203715 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결 등), 가집행선고가 허용되지 않는다. 이전에 사해행위의 취소를 명하는 판결이 확정되어 있고 나중에 별소에서 원상회복으로서 가액배상을 명하는 때에는 위 특례법 소정의 이율이 적용될 수 있다. 채권자취소에 의한 원상회복의무는 형평의 견지에서 법이 특별히 인정한 것이고(97다58316) 전득자에게 가액배상을 명하는 경우를 생각해 보면 취소대상인 채무자와 수익자 사이의 사해행위가 상행위라 하여 가액배상금에 대한 지연손해금에 상법 소정의 연 6%를 적용할 것은 아니다.

2207) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다6200 판결; "형성의 소는 그 판결이 확정됨으로써 비로소 권리변동의 효력이 발생하게 되므로 형성의 소와 이에 의하여 형성되는 법률관계를 전제로 하는 이행소송 등을 병합하여 제기할 수 없다고 할 것이지만, 민법 제406조 제1항은 채권자가 사해행위의 취소와 원상회복을 법원에 청구할 수 있다고 규정함으로써 사해행위취소청구에는 그 취소를 전제로 하는 원상회복청구를 병합하여 제기할 수 있도록 허용하고 있다. … 근저당권설정계약을 사해행위로서 취소하는 경우 … 채권자가 배당기일에 출석하여 수익자의 배당 부분에 대하여 이의를 하였다면 그 채권자는 사해행위취소의 소와 병합하여 원상회복으로서 배당이의의 소를 제기할 수 있다." ⇨ '근저당권설정계약이 무효인 것으로 확정되지 아니한 상태에서 사해행위에 대한 원상회복의 방법으로서 배당이의 청구를 허용할 수 없다.'고 한 원심을 파기한 사례.

cf. 형성의 소와 (형성되는 법률관계를 전제로 한) 이행의 소 등의 병합

법률관계의 변경·형성을 목적으로 하는 형성의 소는 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 제기할 수 있다(대법원 2020. 4. 24.자 2019마6918 결정). 형성의 소와 (형성되는 법률관계를 전제로 한) 이행의 소 등의 병합에 관한 위 앞 부분 판시의 일반론과 관련해서 보면, ❶ 대법원 2013. 9. 13. 선고 2012다36661 판결은, "재권판결 불복의 소와 같은 형성의 소는 그 판결이 확정됨으로써 비로소 권리변동의 효력이 발생하게 되므로 이에 의하여 형성되는 법률관계를 전제로 하는 이행소송 등을 병합하여 제기할 수 없는 것이 원칙이다." 라고 하여 '제권판결에 대한 취소판결의 확정을 조건으로 한 수표금 청구'는 장래이행의 소로서 허용되지 않는다고 하였고, ❷ 대법원 1969. 12. 29. 선고 68다2425 판결은, "공유물 분할청구의 소는 공유자 사이의 기존의 공유관계를 폐기하고 각자의 단독 소유권을 취득하게 하는 형성의 소로서 공유자 사이의 권리관계를 정하는 창설적 판결을 구하는 것이므로 그 판결 전에는 공유물은 아직 분할되지 않고 따라서 분할물의 급부를 청구할 권리는 발생하지 않으며 분할판결의 확정으로 각자의 취득부분에 대하여 비로소 단독소유권이 창설되는 것이므로 미리 그 부분에 대한 소유권 확인의 청구도 할 수 없다."고 하였으나, ❸ 대법원 2003. 12. 26. 선고 2002다61934 판결은, "법정지상권 또는 관습에 의한 지상권이 발생하였을 경우에 토지의 소유자가 지료를 청구함에 있어서 지료를 확정하는 재판이 있기 전에는 지료의 지급을 소구할 수 없는 것은 아니고, 법원에서 상당한 지료를 결정할 것을 전제로 하여 바로 그 급부를 구하는 청구를 할 수 있다."고 하였다.

2208) 즉, ① 사해행위의 취소만을 먼저 청구한 다음 원상회복을 나중에 청구할 수 있고(대법원 2001. 9. 4. 선고

격·방어 방법 여하에 따라 패소할 수도 있다.[2209]

채권자는 사해행위의 취소를 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구할 수 있을 뿐 소송상의 공격 또는 방어방법으로는 주장할 수 없으나,[2210] 반소로 사해행위의 취소를 구하면서 이를 본소에 대한 항변으로 주장할 수는 있다.[2211]

채권자취소의 소에서 수익자 또는 전득자에게만 피고적격이 있고, 채무자에게는 피고적격이 없다.[2212]

2001다14108 판결. 이 경우 사해행위 취소 청구가 민법 제406조 제2항에 정하여진 기간 안에 제기되었다면 원상회복의 청구는 그 기간이 지난 뒤에도 할 수 있다.), ② 사해행위의 취소만으로도 목적을 달성할 수 있는 경우에는 사해행위의 취소만의 청구로 그칠 수도 있다(예컨대, 사해행위가 '채무면제'인 경우). ③ 하지만, 원상회복의 전제가 되는 사해행위의 취소가 없는 이상 원상회복청구권은 인정되지 않으므로 사해행위의 취소를 구함이 없이 원상회복만을 구할 수는 없다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결).

2209) 대법원 2012. 12. 26. 선고 2011다60421 판결: "사해행위 취소의 소와 원상회복청구의 소는 서로 소송물과 쟁점을 달리하는 별개의 소로서 양자가 반드시 동시에 제기되어야 하는 것은 아니고 별개로 제기될 수 있으며, 전자의 소에서는 승소하더라도 후자의 소에서는 당사자가 제출한 공격·방어 방법 여하에 따라 패소할 수도 있고, 취소채권자가 사해행위 취소의 소를 제기하여 승소한 경우 그 취소의 효력은 민법 제407조에 의하여 모든 채권자의 이익을 위하여 미치고 이로써 그 소의 목적은 달성된다. 이에 비추어 보면, 채권자가 원상회복청구의 소에서 패소할 것이 예상된다는 이유로 그와 별개인 사해행위 취소의 소에 대하여 소송요건을 갖추지 못한 것으로 보아 소의 이익을 부정할 수는 없다." ☜ 원고가 수익자인 피고를 상대로 근저당권설정계약의 취소와 함께 원상회복으로서 배당금의 반환을 청구한 사안에서, 원고가 임의경매절차에서 배당에 참가하지 아니하여 원상회복청구에서 패소할 수 있다고 하더라도 그와 별개인 사해행위 취소의 소에 관하여 소의 이익이나 원고적격을 부정할 수 없다 하여 피고의 본안전항변을 배척한 원심이 정당하다고 한 예.

2210) 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11008 판결; 원고들이 주위적 청구로 피고들 명의로 경료된 소유권이전청구권의 보전을 위한 각 가등기와 그 가등기에 기하여 경료된 각 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 청구하면서, 위 각 가등기와 본등기의 원인이 된 피고들과 소외 회사 사이의 법률행위가 원고들에 대한 관계에서 사해행위에 해당하여 준비서면의 송달로 위 사해행위를 취소하는 바이므로 피고들은 원상회복의 의무로서 위 각 가등기와 본등기를 말소할 의무가 있다고 주장하는 것은, 사해행위의 취소를 단순한 소송상의 공격방법으로 주장하는 것에 지나지 않는 것이고, 법원이 원고들에게 사해행위의 취소를 소구하는 것인지 여부를 석명하여야 할 의무가 없다고 한 예. ☞ 동일 취지: 78다404 판결(사해행위취소에 관한 주장은 취소의 선언을 소구하지 않고 단지 항변만으로서는 할 수 없다고 한 예).

2211) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다277785, 277792 판결: "원고가 매매계약 등 법률행위에 기하여 소유권을 취득하였음을 전제로 피고를 상대로 일정한 청구를 할 때, 피고는 원고의 소유권 취득의 원인이 된 법률행위가 사해행위로서 취소되어야 한다고 다투면서, 동시에 반소로써 그 소유권 취득의 원인이 된 법률행위가 사해행위임을 이유로 그 법률행위의 취소와 원상회복으로 원고의 소유권이전등기의 말소절차 등의 이행을 구하는 것도 가능하다. 위와 같이 원고의 본소 청구에 대하여 피고가 본소 청구를 다투면서 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 반소를 적법하게 제기한 경우, 그 사해행위의 취소 여부는 반소의 청구원인임과 동시에 본소 청구에 대한 방어방법이자, 본소 청구 인용 여부의 선결문제가 될 수 있다. 그 경우 법원이 반소 청구가 이유 있다고 판단하여, 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하는 경우, 비록 그 반소 청구에 대한 판결이 확정되지 않았다고 하더라도, 원고의 소유권 취득의 원인이 된 법률행위가 취소되었음을 전제로 원고의 본소 청구를 심리하여 판단할 수 있다고 봄이 타당하다. 그때에는 반소 사해행위취소 판결의 확정을 기다리지 않고, 반소 사해행위취소 판결을 이유로 원고의 본소 청구를 기각할 수 있다. 본소와 반소가 같은 소송절차 내에서 함께 심리, 판단되는 이상, 반소 사해행위취소 판결의 확정 여부가 본소 청구 판단 시 불확실한 상황이라고 보기 어렵고, 그로 인해 원고에게 소송상 지나친 부담을 지운다거나, 원고의 소송상 지위가 불안정해진다고 볼 수도 없다. 오히려 이로써 반소 사해행위취소소송의 심리를 무위로 만들지 않고, 소송경제를 도모하며, 본소 청구에 대한 판결과 반소 청구에 대한 판결의 모순 저촉을 피할 수 있다." ☜ 차량 소유자(원고)가 본소로 지당권의 말소를 청구하자 저당권자(피고, 채권자)가 원고의 차량 소유권 취득의 원인이 된 소외인(채무자)과 원고 간 매매계약이 사해행위라고 주장하면서 반소로 그 취소를 청구한 사건에서, 사해행위의 취소를 명하는 한편 이를 이유로 본소 청구를 기각한 원심의 판단을 수긍한 사례.

2212) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다72394 판결.

채권자는 원상회복으로서 수익자를 상대로 채무자 앞으로 수익자 명의의 등기의 말소를 구하는 대신, 채무자 앞으로 직접 '진정한 등기명의의 회복'을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수도 있다.[2213] 사해행위의 목적물이 동산이고 그 현물반환이 가능한 경우 취소채권자는 직접 자기에게 그 목적물의 인도를 청구할 수 있고,[2214] 원상회복을 가액배상으로 하는 경우에 그 이행의 상대방은 채무자가 아니라 채권자인 원고이다.[2215] 수익자와 전득자의 각 가액배상의무는 부진정연대관계에 있다.[2216]

사해행위취소 소송의 의무이행지는 '취소의 대상인 법률행위의 의무이행지'가 아니라 '취소로 인하여 형성되는 법률관계에 있어서의 의무이행지'이다.[2217]

나) 소 변경과 공격방법 주장 변경의 구별

금원지급행위의 법률적 평가에 관한 주장,[2218] 피보전채권의 추가·교환[2219]은 사

2213) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다53704 판결.

2214) 대법원 1999. 8. 24. 선고 99다23468, 23475 판결(목적물이 주권인 사안).

2215) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결; "채권자취소권은 채무자의 사해행위를 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에서 상대적으로 취소하고 채무자의 책임재산에서 일탈한 재산을 회복하여 채권자의 강제집행이 가능하도록 하는 것을 본질로 하는 권리이므로 원상회복을 가액배상으로 하는 경우에 그 이행의 상대방은 채권자이어야 한다고 할 것이다."

2216) 대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다203715 판결.

2217) 따라서 의무이행지 특별재판적을 정함에 있어, 사해행위취소에 따른 원상회복으로서 소유권이전등기 말소등기 의무의 이행지는 그 등기관서 소재지라고 볼 것이지, 채권자 원고의 주소지를 그 의무이행지로 볼 수는 없다(대법원 2002. 5. 10.자 2002마1156 결정).

2218) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다10985, 10992 판결; "채권자가 채무자의 어떤 금원지급행위가 사해행위에 해당된다고 하여 그 취소를 청구하면서 다만 그 금원지급행위의 법률적 평가와 관련하여 증여 또는 변제로 달리 주장하는 것은 그 사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 달리하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 달리하는 것으로 볼 수 없다." ☜ 소송 도중에 하나의 금원지급행위에 대하여 '금원지급행위'의 취소와 그 원상회복을 구하는 채권자취소소송을 예비적 청구로 그 제척기간 내에 추가하였다가, 제척기간 도과 후에 제1 예비적 청구로서 그 금원지급행위를 증여로 보아 '증여'의 취소와 그 원상회복을 구하고, 제2 예비적 청구로서 위 금원지급행위를 변제로 보아 '변제'의 취소와 그 원상회복을 구하는 것으로 청구취지를 변경한 경우, 위 각 청구는 소송물이 다른 별개의 청구가 아니라 소송물이 동일한 하나의 청구이므로, 제척기간 이내에 위 금원지급행위가 사해행위에 해당한다 하여 그 취소가 소구된 이상, 제1 예비적 청구와 제2 예비적 청구를 하나의 예비적 청구로 보고 그에 관한 피고의 제척기간 도과의 본안전 항변을 배척한 후 본안 판단을 한 예.

2219) 대법원 2012. 7. 5. 선고 2010다80503 판결; "채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구를 하면서 그 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 그 사해행위취소권과 원상회복청구권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로, 채권자가 보전하고자 하는 채권을 달리하여 동일한 법률행위의 취소 및 원상회복을 구하는 채권자취소의 소를 이중으로 제기하는 경우 전소와 후소는 소송물이 동일하다고 보아야 하고, 이는 전소나 후소 중 어느 하나가 승계참가신청에 의하여 이루어진 경우에도 마찬가지이다." ☜ 원고 승계참가인이 피고를 상대로 소외인에 대한 구상금채권을 피보전채권으로 하여 매매계약의 취소와 가액배상을 구하는 채권자취소의 소를 제기하여 그 소장부본이 2008. 9. 3. 피고에게 송달되었고(= 전소), 원고도 피고를 상대로 소외인에 대한 양수금채권을 피보전채권으로 하여 위 매매계약의 취소와 가액배상을 구하는 채권자취소의 소를 제기하여 그 소장부본이 2008. 9. 12. 피고에게 송달되었는데(= 후소), 참가인은 전소 제1심판결 선고 전인 2009. 7. 7. 원고로부터 후소의 피보전채권을 양수받은 후 이를 이유로 2009. 9. 2. 승계참가를 신청하였고, 원고는 소송탈퇴서를 제출하였으며, 전소 제1심법원은 2009. 11. 12. 참가인의 청구를 기각하였고, 이에 참가인이 항소하였으나, 그 항소심에서 2010. 11. 3. 참가인의 항소가 기각되어 후소가 대법원에 계속 중이던 2010. 11. 27. 확정된 사안에서, '참가인의 승계참가

해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 달리하는 것일 뿐이지, 소송물 또는 청구 자체를 달리하는 것으로 볼 수 없다(따라서 제척기간 준수 여부는 금원지급행위의 법률적 평가 변경 시점이나 피보전채권의 추가·교환 시점이 아니라 애초의 소제기 시점을 기준으로 따지면 족하고, 채권자가 피보전채권을 달리하여 채권자취소의 소를 이중으로 제기한 경우, 양 소는 소송물이 동일하여 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미치며, 이는 어느 하나가 승계참가신청에 의하여 이루어진 경우에도 마찬가지이다).

다) 원물반환청구와 가액배상청구와의 관계

(1) 가액배상의 요건

사해행위의 취소에 따른 원상회복은 원칙적으로 그 목적물 자체의 반환에 의하여야 하고, 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 예외적으로 가액반환에 의하여야 한다. 원래 채권자와 아무런 채권·채무관계가 없었던 수익자가 채권자취소에 의하여 원상회복의무를 부담하는 것은 형평의 견지에서 법이 특별히 인정한 것이므로, 그 가액배상의 의무는 목적물의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란하게 됨으로써 성립하고,[2220] 그 외에 그와 같이 불가능하게 된 데에 상대방인 '수익자 등의 고의나 과실'을 요하는 것은 아니다. 사해행위의 목적물이 수익자로부터 전득자로 이전되어 그 '등기'까지 경료되었다면, 후일 채권자가 전득자를 상대로 소송을 통하여 구제받을 수 있는지 여부에 관계없이, 특별한 사정(= 수익자가 전득자로부터 목적물의 소유권을 회복하여 이를 다시 채권자에게 이전하여 줄 수 있는 사정)이 없는 한 그로써 채권자에 대한 목적물의 원상회복의무는 '법률상 이행불능'의 상태에 있다고 봄이 상당하다.[2221]

판례가 가액배상 사유에 해당하는 것으로 본 구체적 예로는, ① 사해행위 후 그 목적물에 관하여 선의의 제3자가 저당권을 취득한 경우(이 경우 원고의 피보전채권액 범위 내에서 사해행위 당시 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있었던 '부동산 가액 전부'의 배상을 명하여야 하고, 그 가액에서 제3자가 취득한 저당권의 피담보채권액을 공제할 것은 아니다),[2222] ② 저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 이전된 후 변제 등[2223]에 의하여 저당권설정등기가 말소된 경

신청으로 인한 이 사건 소송은 전소와 채권자취소의 소의 피보전채권만 달리할 뿐 당사자와 소송물이 동일하고, 이 사건 소송의 상고심 계속 중 전소가 참가인의 패소판결로 확정되었으므로 이 사건 청구에 대하여는 전소의 확정판결의 기판력이 그대로 미친다'고 하고, '이 사건 청구에 대하여도 확정판결과 모순 없는 판단을 하기 위하여 이를 기각하여야 할 것'이라 하여, 원심판결을 직권으로 파기, 자판한 예.

2220) 여기서 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우라 함은, 원물반환이 단순히 절대적, 물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활상의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 채권자가 수익자나 전득자로부터 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다.

2221) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

2222) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2022다244928 판결.

2223) 피담보채무의 소멸의 원인이 무엇인지, 변제에 있어서 실제 자금의 출연주체가 누구인지 여부는 나아가 따질 여지가 없다(2002다41589).

우(이 경우 사실심 변론종결 시를 기준으로 하여 ⓐ 원고의 피보전채권액, ⓑ 공동담보가액(부동산 가액에서 저당권의 피담보채무액,[2224] 우선변제권 있는 임차보증금 반환채권액,[2225] 우선변제권 있는 조세채권액[2226] 등 '공동담보로 되어 있지 않던 부분'의 가액을 뺀 나머지 금액), ⓒ 피고(수익자·전득자)의 취득 이익의 3가지 중 가장 적은 금액을 한도로 가액배상을 구할 수 있다),[2227] ③ 공동저당권이 설정된

2224) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2007다4004 판결; "저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 이전된 경우에 그 사해행위는 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서만 성립한다고 보아야 하고, 사해행위 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소된 경우, 사해행위를 취소하여 그 부동산 자체의 회복을 명하는 것은 당초 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있지 아니하던 부분까지 회복을 명하는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 되므로, 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐이다." ☛ ❶ 이러한 법리는 유치권의 목적인 부동산이 사해행위로 처분된 경우에도 마찬가지이다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2013다1105 판결; 사해행위 목적물인 건축물에 관한 유치권의 피담보채무액과 채무자의 또 다른 채권자들이 피고를 상대로 제기한 사해행위취소 소송에서 성립한 조정 결과에 따라 피고가 그 채권자들에게 가액배상으로 지급한 금액의 합계액이 건축물의 시가를 초과하므로, 피고가 원고들에게 배상할 가액이 남아 있지 않게 되었다고 판단한 예). ❷ 저당권설정행위 등이 사해행위에 해당하여 채권자가 저당권설정자를 상대로 제기한 사해행위 취소소송에서 채권자의 청구를 인용하는 판결이 선고되었다고 하더라도 이러한 사해행위 취소판결의 효력은 해당 부동산의 소유권을 이전받은 자에게 미치지 아니하므로, 저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 양도된 경우 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 그 양도행위를 사해행위로 취소하고 가액의 배상을 구할 수 있다는 앞서 본 법리는 저당권설정행위 등이 사해행위로 인정되어 취소된 때에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다214319 판결).

2225) 부동산에 관하여 주택임대차보호법 제3조 제1항이 정한 대항력을 갖추고 임대차계약서에 확정일자를 받아 임대차보증금 우선변제권을 가진 임차인 또는 같은 법 제8조에 의하여 임대차보증금 중 일정액을 우선하여 변제받을 수 있는 소액임차인이 있는 때에는 수익자가 배상하여야 할 부동산의 가액에서 그 우선변제권 있는 임차보증금 반환채권 금액을 공제하여야 하나(2007다29119), 같은 법 제3조 제1항이 정한 대항력만을 갖추고 그전에 이미 선순위 근저당권이 마쳐져 있어 부동산이 경락되는 경우 소멸할 운명에 놓인 임차권의 임차보증금 반환채권은 공제할 것은 아니다(99다51197,51203). 사해행위 이전에 임대차계약이 체결되었고 임차인에게 임차보증금에 대해 우선변제권이 있다면, 부동산 가액 중 임차보증금에 해당하는 부분이 일반 채권자의 공동담보에 제공되었다고 볼 수 없으므로 수익자가 반환할 부동산 가액에서 우선변제권 있는 임차보증금 반환채권액을 공제하여야 하지만, 부동산에 관한 사해행위 이후에 비로소 채무자가 부동산을 임대한 경우에는 그 임차보증금을 가액반환의 범위에서 공제할 이유가 없다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다215756 판결).

2226) 우선변제권이 있는 조세채권 등에 기초한 압류등기가 마쳐져 있는 경우에는 그 부동산 중에서 일반채권자의 공동담보에 제공되는 책임재산을 산정할 때 위 조세채권액 등을 공제하여야 한다(대법원 2023. 9. 21. 선고 2023다249739 판결). 증여의 형식으로 이루어진 사해행위를 취소하고 가액 배상을 명하는 경우 수익자에게 부과된 증여세액과 취득세액은 이를 공제할 것이 아니다(2003다40286).

2227) ◎ **배상가액의 산정방법**; 가액배상은 ① 채권자의 피보전채권액, ② 목적물의 공동담보가액, ③ 수익자·전득자의 각 취득 이익(소유권 이전의 경우 ②와 ③이 일치하나, 근저당권 설정의 경우라면 그 피담보채권액이 취득 이익이다) 중 가장 적은 금액을 한도로 이루어진다.

❶ 대법원 2001. 9. 4. 선고 2000다66416 판결; "근저당권이 설정되어 있는 부동산에 관하여 사해행위가 이루어진 후 근저당권이 말소되어 그 부동산의 가액에서 근저당권 피담보채무액을 공제한 나머지 금액의 한도에서 사해행위를 취소하고 가액의 배상을 명하는 경우 그 가액의 산정은 사실심 변론종결시를 기준으로 하여야 하고, 기존의 근저당권이 말소된 후 사해행위에 의하여 그 부동산에 관한 권리를 취득한 전득자에 대하여도 사실심 변론종결시의 부동산 가액에서 말소된 근저당권 피담보채무액을 공제한 금액의 한도에서 그가 취득한 이익에 대한 가액 배상을 명할 수 있다. 한편 채권자가 채권자취소권을 행사할 때에는 원칙적으로 자신의 채권액을 초과하여 취소권을 행사할 수 없고, 이 때 채권자의 채권액에는 사해행위 이후 사실심 변론종결시까지 발생한 이자나 지연손해금이 포함된다." ☛ 채무자가 채권최고액 2억 2천만 원과 1억 2천만 원의 각 근저당권 설정등기가 이미 설정되어 있던 부동산을 처인 피고 1에게 증여하여 소유권이전등기를 마쳐주었고, 위 각 근저당권설정등기가 모두 말소된 후 피고 1은 피고 2에게 채권최고액 4억 원의 근저당권을 설정해 준 **사안**에서, **원심**이, 원고는 변론종결 무렵의 부동산 가액 4억 6천만 원에서 위 증여 후 말소된 근저당권의 피담보채무액 합계 3억 4천만 원을 공제한 나머지 1억 2천만 원의 한도에서 증여계약을 취소하고 피고 1에게 가액의 배상을

수 개의 부동산 전부가 하나의 계약으로 동일인에게 사해행위로 일괄 양도된 후 변제 등에 의하여 공동저당권이 말소된 경우(목적물 전부를 사해행위로 취소하는 경우 가액배상액의 산정은 목적 부동산 전체의 가액에서 공동저당권의 피담보채권 총액을 공제하는 방식으로 하고, 일부 목적물만을 사해행위로 취소하는 경우 그 일부 목적물의 사실심 변론종결 당시 가액에서 공제되어야 할 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권총액을 사실심 변론종결 당시를 기준으로 한 공동저당 목적물의 가액에 비례하여 안분한 금액이다),[2228] ④ 사해행위의 목적인 부동산에 수 개의 저당권이 설정되어

구할 수 있고, 피고 2가 취득한 근저당권의 채권최고액 4억 원에서 말소된 각 근저당권의 피담보채무액을 공제한 나머지 6천만 원(4억 - 3억 4천만)의 한도에서 근저당권설정계약을 취소하고 피고 2에게 가액의 배상을 구할 수 있다고 보고, 원고에게 피고들은 각자 6천만 원·피고 1은 6천만 원을 지급할 의무가 있다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 원고가 채무자를 상대로 제기한 공사대금 청구소송에서 "3천만 원 및 이에 대한 1996. 6. 25.부터 다 갚을 때까지 연 2할 5푼의 비율에 의한 금원을 지급하라"는 판결이 선고되고 그대로 확정되었으므로, 원고는 3천만 원과 이에 대한 1996. 6. 25.부터 원심변론종결일인 2000. 9. 6.까지 연 2할 5푼의 비율에 의한 31,516,393원을 합한 61,516,393원의 범위 내에서 채권자취소권을 행사할 수 있으므로, 원심이, 피고 1에 대하여 원고의 위 채권액을 초과하여 사해행위를 취소하고 1억 2천만 원의 배상을 명한 것은 잘못이고, 한편, 피고 2는 기존에 설정되어 있던 근저당권이 모두 말소된 후 근저당권을 취득함으로써 그 피담보채무액 4억 원 상당의 이익을 얻었고, 원심 변론종결시 부동산 가액에서 말소된 근저당권 피담보채무액을 공제한 금액도 원고의 채권액을 상회하므로, 원고는 그 채권액 전액에 대하여 채권자취소권을 행사하고 가액의 배상을 구할 수 있음에도 불구하고, 원고가 피고 2에 대하여는 6천만 원의 범위 내에서만 채권자취소권을 행사할 수 있다고 한 원심의 판단도 잘못이라고 한 사례. ❷ 대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다203715 판결; 전득자들인 피고 4, 5의 가액배상의무는 원심 변론종결일을 기준으로 '목적물의 공동담보가액'과 '원고의 피보전채권액' 중 적은 금액의 한도 내에서 '전득자들이 각 취득한 이익'으로 한정되므로, 원심으로서는 피고 4 명의의 담보가등기 및 피고 5 명의의 근저당권의 각 피담보채권액이 얼마였는지, 특히 피고 재단(수익자)에 대한 회생절차가 당시 진행 중이었으므로 피고 4, 5가 가진 종전 담보권이 회생계획인가로 인해 실체적으로 어떻게 변경되었는지 등에 관하여 구체적으로 심리하여 전득자들인 위 피고들이 취득한 이익을 한도로 원고에게 지급하여야 할 가액배상액을 산정하였어야 한다고 한 예; ❸ 대법원 2005. 10. 14. 선고 2003다60891 판결; "피담보채무액을 공제함에 있어 사실심 변론종결 당시의 피담보채무액이 사해행위 당시의 그것보다 현실적으로 증대되어 남아있는 경우에는 근저당권의 채권최고액의 범위 내에서 이를 모두 공제하여야 할 것이나, 그와 반대로 수익자에 의하여 피담보채무의 일부가 대위변제되어 사실심 변론종결 당시의 피담보채무액이 사해행위 당시의 그것보다 줄어들게 되었다면, 그러한 경우에도 사실심 변론종결 당시의 감소된 피담보채무액만을 공제하는 것은 사해행위 당시 채권자들의 공동담보로 제공되지 아니한 부분까지 회복시키는 결과가 되어 불공평하므로 사해행위 당시의 피담보채무액을 공제하는 방법에 의하여 가액반환의 범위를 확정하여야 한다고 할 것이지만, 채무자를 위하여 변제한 자는 변제자대위의 법리에 따라 채권최고액의 범위 내에서 채권자의 근저당권을 행사할 수 있는 것이어서 위와 같이 공제된 금액에서 대위변제된 금원을 또 다시 공제할 것은 아니라고 할 것이다. … 원심이 피고에 대하여 가액배상을 명함에 있어 대구은행의 근저당권에 기한 피담보채무 중 피고가 실제로 변제한 금액이 아닌 사해행위 당시의 피담보채무액을 공제하는 방법으로 가액반환의 범위를 확정한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고,"

2228) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다77891 판결; "공동저당권이 설정된 수개의 부동산 전부의 매매계약이 사해행위에 해당하고 사해행위의 목적 부동산 전부가 하나의 계약으로 동일인에게 일괄 양도된 경우에는 사해행위로 되는 매매계약이 공동저당 부동산의 일부를 목적으로 할 때처럼 그 부동산 가액에서 공제하여야 할 피담보채권액의 산정이 문제 되지 아니하므로 특별한 사정이 없는 한 그 취소에 따른 배상액의 산정은 목적 부동산 전체의 가액에서 공동저당권의 피담보채권 총액을 공제하는 방식으로 함이 취소채권자의 의사에도 부합하는 상당한 방법이라 할 것이고, 특별한 사정이 없는 한 목적물 전부를 사해행위로 취소하는 경우와 그중 일부를 개별적으로 취소하는 경우 사이에 그 취소에 따른 배상액 산정기준이 달라져야 할 이유가 없으므로 사해행위인 매매계약의 목적물 중 일부 목적물만을 사해행위로 취소하는 경우 그 일부 목적물의 사실심 변론종결 당시 가액에서 공제되어야 할 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권총액을 사실심 변론종결 당시를 기준으로 한 공동저당 목적물의 가액에 비례하여 안분한 금액이라고 보아야 할 것이다." ㎠ 사해행위취소 및 그 반환의 범위를 정하는 것은 채권자의 처분권주의의 적용을 받으므로, 일부 목적물에 대하여만 취소를 구하는 것도 허용된다.

있다가 사해행위 후 그 중 일부의 저당권만이 말소된 경우(이 경우 배상가액은 사실심 변론종결 시를 기준으로 하여 부동산의 가액에서 말소된 저당권의 피담보채권액과 말소되지 아니한 저당권의 피담보채권액을 모두 공제하여 산정한다),[2229] ⑤ 사해행위인 매매예약에 기하여 수익자 앞으로 가등기를 마친 후 전득자 앞으로 그 가등기 이전의 부기등기를 마치고 나아가 그 가등기에 기한 본등기를 마친 경우,[2230] ⑥ 위탁자가 담보신탁된 부동산을 당초 예정된 신탁계약의 종료사유가 발생하기 전에 우선수익자 및 수탁자의 동의를 받아 제3자에게 처분하는 사해행위로 담보신탁계약상의 수익권을 소멸시킨 경우,[2231] ⑦ 건축 중인 건물의 양도를 위해 사해행위로서 수익자 앞으로 건축주 명의가 변경된 다음, 수익자가 건물을 완공하여 사용승인을 받고 소유권보존등기까지 마침으로써 원상회복으로서 건축주명의변경절

2229) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다65197 판결(사해행위 후 1, 2순위 근저당권이 말소되고, 3순위 근저당권의 피담보채권 중 일부가 채무자 재산에 대한 공매절차를 통하여 변제됨으로써 법원이 사해행위취소로 인한 원상회복으로 가액배상을 명하는 경우, 부동산의 시가에서 공제할 3순위 근저당권의 피담보채권액은 공매절차를 통하여 일부 변제된 후가 아닌 사해행위 당시의 피담보채권액이다).

2230) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체 판결: "사해행위인 매매예약에 기하여 수익자 앞으로 가등기를 마친 후 전득자 앞으로 그 가등기 이전의 부기등기를 마치고 나아가 그 가등기에 기한 본등기까지 마쳤다 하더라도, 위 부기등기는 사해행위인 매매예약에 기초한 수익자의 권리의 이전을 나타내는 것으로서 위 부기등기에 의하여 수익자로서의 지위가 소멸하지는 아니하며, 채권자는 수익자를 상대로 그 사해행위인 매매예약의 취소를 청구할 수 있다. 그리고 설령 부기등기의 결과 위 가등기 및 본등기에 대한 말소청구소송에서 수익자의 피고적격이 부정되는 등의 사유로 인하여 수익자의 원물반환의무인 가등기말소의무의 이행이 불가능하게 된다 하더라도 달리 볼 수 없으며, 특별한 사정이 없는 한 수익자는 위 가등기 및 본등기에 의하여 발생된 채권자들의 공동담보 부족에 관하여 원상회복의무로서 가액을 배상할 의무를 진다 할 것이다."
☞ 이와 달리 사해행위인 매매예약에 의하여 마친 가등기를 부기등기에 의하여 이전하고 그 가등기에 기한 본등기를 마친 경우에, 그 가등기에 의한 권리의 양도인은 가등기말소등기청구 소송의 상대방이 될 수 없고 본등기의 명의인도 아니므로 가액배상의무를 부담하지 않는다는 취지의 판결은 위 판결의 견해에 배치되는 범위 안에서 변경되었다.

2231) 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다20732 판결: "위탁자가 금전채권을 담보하기 위하여 그 금전채권자를 우선수익자로, 위탁자를 수익자로 하여 위탁자 소유의 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하면서 채무불이행 시에는 신탁부동산을 처분하여 우선수익자의 채권 변제 등에 충당하고 나머지를 위탁자에게 반환하기로 하는 내용의 담보신탁을 해 둔 경우, 그 신탁부동산에 대하여 위탁자가 가지고 있는 담보신탁계약상의 수익권은 위탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산에 해당한다. 위탁자가 위와 같이 담보신탁된 부동산을 당초 예정된 신탁계약의 종료사유가 발생하기 전에 우선수익자 및 수탁자의 동의를 받아 제3자에게 처분하는 등으로 담보신탁계약상의 수익권을 소멸하게 하고, 그로써 위탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 채무초과상태가 더 나빠지게 되었다면 이러한 위탁자의 처분행위는 위탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다. 그 경우 사해행위취소에 따른 원상회복의 방법으로 제3자 앞으로 마쳐진 소유권이전등기를 단순히 말소하게 되면 당초 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 아니한 부분까지 회복시키는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 된다. 이때는 그 부동산에 대하여 위탁자가 가지고 있던 담보신탁계약상 수익권의 평가금액 한도 내에서 위탁자의 법률행위를 취소하고 그 가액의 배상을 명하여야 한다."
○ 대법원 1999. 11. 9. 선고 99다50101 판결: "채무자가 제3자에 대한 채무 담보의 목적으로 신탁법에 의하여 신탁한 부동산을 매도한 행위가 사해행위에 해당하는 경우 매수인이 채무자를 대위하여 제3자에 대한 채무를 변제하고 신탁계약을 해지하여 그 부동산의 소유권을 이전받았다면, 그 매매계약을 취소하여 신탁계약이 해지되기 전의 상태로 원상회복하는 것은 현저히 곤란하고, 그렇다고 부동산의 소유권 자체를 채무자에게 환원시키는 것은 당초 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있지 아니한 부분까지 회복시키는 결과가 되어 공평에 반하므로, 결국 채권자는 부동산의 가액에서 매수인이 대위변제한 채무액을 공제한 잔액의 한도 내에서 매매계약의 일부 취소와 그 가액의 배상을 청구할 수밖에 없다고 보아야 한다. 매수인 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지기 전에 채무자 앞으로 신탁재산의 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐지는 중간과정을 거쳤다 하여 달리 볼 것은 아니다."

차를 이행할 수 없게 된 경우,[2232] ⑧ 사해행위에 해당하는 채권양도가 채권자에 의하여 취소되기 전에 이미 채권양수인인 수익자 등이 제3채무자로부터 그 채권을 변제받는 등으로 양도채권이 소멸된 경우,[2233][2234] ⑨ 채무자가 적극재산인 채권을 특정 채권자로 하여금 강제집행의 형식을 빌려 압류·전부받게 할 목적으로 채무부담행위를 하고 그에 대한 강제집행을 승낙하는 취지의 공정증서를 작성해 주어 채권자가 채권을 압류·전부받은 경우[2235] 등이 있다.[2236][2237]

2232) 대법원 2017. 4. 27. 선고 2016다279206 판결; 원심이, 미완성 상태의 이 사건 건물에 관한 건축주 명의가 피고 앞으로 변경된 후 피고가 완공하여 사용승인을 받고 소유권보존등기까지 마쳤으므로, 더 이상 사해행위에 따른 원상회복으로서 건축주명의변경절차를 이행할 수 없게 되었다고 보아 가액배상의 방법으로 원상회복의무를 이행하여야 한다고 하고, 위 건물의 가액을 836,799,000원으로 평가한 후, 여기에서 사해행위 후 변제로 소멸한 유치권의 피담보채무액 257,000,000원을 공제한 579,799,000원보다 적은 원고의 피보전채권액 129,058,073원의 범위 내에서 원고가 구하는 128,033,570원을 한도로 건축주명의변경 약정을 취소하고, 이에 따른 원상회복으로 피고는 원고에게 위 돈을 배상할 의무가 있다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

2233) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다50061 판결(이 경우 채권자는 원상회복의 방법으로 수익자 등을 상대로 그 채권양도의 취소와 함께 변제로 수령한 금전의 지급을 가액배상의 방법으로 청구할 수 있고, 또한 취소채권자로서는 수익자나 전득자에 대하여 직접 자신에게 금전이나 동산을 지급할 것을 청구할 수 있다). 수익자가 제3채무자로부터 지급받은 금원 중 상당한 금액을 채무자에게 반환하였다고 하더라도 양도받은 채권 자체를 반환한 것이 아닌 이상 가액배상의 의무를 면하는 것은 아니다(대법원 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결).
수익자가 아직 채권을 추심하지 아니한 때에는, 채권자는 사해행위취소에 따른 원상회복으로서 수익자가 제3채무자에 대하여 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 청구한다(대법원 2015. 11. 17. 선고 2012다2743 판결).

2234) 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권의 채무자는 그 채권을 수동채권으로 한 상계로 채권자에게 대항하지 못하고(민법 제496조) 그 결과 그 채권이 양도된 경우에 양수인에게도 상계로 대항할 수 없게 되나(민법 제451조 제2항 참조), 그 채권양도가 사해행위에 해당하는 경우 그 손해배상채권의 채무자가 채권양도인에 대한 채권자 지위에서 채권자취소권을 행사하여 채권양도의 취소를 구함과 아울러 그 취소에 따른 원상회복의 방법으로 직접 자신 앞으로 가액배상의 지급을 구하는 것 자체는 민법 제496조에 반하지 않으므로 허용된다(대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다8980, 8997 판결).

2235) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결 등(구체적인 원상회복방법은 후술하는 '사해행위' 중 '어음발행행위' 부분 참조).

2236) ◎ **기타 가액배상 예;** ① 복합건물의 대지권에 설정된 저당권설정등기를 말소함과 아울러 그 저당권과 동일한 피담보채무를 담보할 목적으로 그 건물에 담보 목적의 매매예약으로 인한 가등기를 설정한 후 그 가등기에 기하여 담보권실행의 방법으로 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 마치고 이를 일정액으로 평가하여 채무금의 변제에 충당하는 것이 사해행위에 해당하는 경우(2007다4004). ② 채무자가 건물의 원시취득자에 대한 채권의 담보 등으로 건축허가 명의를 자신 앞으로 변경한 상태에서 건물이 완공되어 그 소유권보존등기를 자신 명의로 마치게 되면 곧 건물 전부를 수익자 또는 그가 지정하는 자에게 양도하기로 하는 매매계약을 체결하였는데, 원시취득자로부터 수익자는 기존의 채권액 상당의 가치 범위 내에서의 건물 부분을, 채무자는 나머지 건물 부분을 양도받기로 약정하였고, 그 건물이 아직 완공되지 않은 상태에서 수익자가 위 매매계약에 따라 추가공사비를 투입하여 건물을 완공함으로써 그의 비용으로 건물의 객관적 가치를 증대시키고 그 가치가 현존하고 있는 경우, 위 매매계약 전부를 취소하고 그 원상회복으로서 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 명하게 되면 당초 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 아니하던 부분까지 회복을 명하는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 된다는 이유로, 위 건물의 가액에서 공동담보로 되어 있지 아니한 부분의 가액을 산정하여 이를 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 한도에서 가액의 배상을 명함이 상당하다고 한 사례(2007다28819, 28826).

2237) **가액배상 사유에 해당하지 않는 것으로 본 예**로는, ① 사정변경에 따른 주식 가치의 변동(2007다63102), ② 사해행위의 목적물이 상장주식인 경우(2007다18218) 등이 있고, ③ 소유권이전등기청구권보전을 위한 가등기가 사해행위로서 이루어진 경우 그 매매예약을 취소하고 원상회복으로서 가등기를 말소하면 족하고, 가등기 후에 저당권이 말소되었다거나 그 피담보채무가 일부 변제된 점 또는 그 가등기가 사실상 담보가등기라는 점

(2) 원물반환청구와 가액배상청구의 관계

소유권 이전의 사해행위 후 그 목적물에 관하여 제3자가 저당권·지상권 등의 권리를 취득한 경우, 채권자는 수익자를 상대로 원물반환 대신 그 가액 상당의 배상을 구할 수 있지만, 채권자가 스스로 위험이나 불이익을 감수하면서 원물반환을 구하는 것까지 허용되지 아니하는 것으로 볼 것은 아니고, 채권자는 가액배상 대신 수익자 명의의 등기의 말소나 채무자 앞으로의 소유권이전등기의 이행을 구할 수도 있으며, 이 경우 원상회복청구권은 사실심 변론종결 당시의 채권자의 선택에 따라 원물반환과 가액배상 중 어느 하나로 확정되고,[2238] 채권자가 일단 사해행위 취소 및 원상회복으로서 원물반환 청구를 하여 승소판결이 확정되었다면, 그 후 어떠한 사유로 원물반환의 목적을 달성할 수 없게 되었다고 하더라도 다시 원상회복청구권을 행사하여 가액배상을 청구할 수는 없으므로 그 청구는 권리보호의 이익이 없어 허용되지 않는다(양 청구는 소송물이 동일하다).[2239]

사해행위인 계약 전부의 취소와 원물 반환을 구하는 청구취지 속에는, 일부를 취소하고 가액배상을 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있으므로, 청구취지의 변경이 없더

등은 그와 같은 원상회복의 방법에 아무런 영향을 주지 않는다(99다20612).

2238) ○ 원상회복의 방법으로 수익자 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하여 승소하더라도 등기상 이해관계 있는 제3자인 저당권자나 지상권자 등의 승낙서나 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하지 못하여 등기의 말소를 신청할 수 없는 경우도 있을 수 있을 것이나, 채권자 스스로 그와 같은 위험을 감수하면서 수익자 명의의 등기의 말소를 구하는 원상회복 방법을 택한 이상 이를 허용하지 아니할 이유는 없다(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결).

○ 가액배상의 방법으로 원상회복이 이루어져야 한다고 하더라도 채권자와 수익자 모두 원물반환을 원하고 있고, 원물반환에 의하더라도 일반 채권자들을 위한 책임재산의 보전이라는 채권자취소권의 목적 달성에 별다른 지장이 없는 경우라면 굳이 가액배상을 고집하기보다는 사해행위취소에 따른 본래적 의미의 원상회복 방법인 원물반환에 의하는 것이 오히려 공평의 관념에 부합한다고 할 것이고, 이러한 수익자의 의사는 사해행위취소의 효과로 수익자가 원상회복의무를 부담하는 때인 사해행위취소소송의 사실심 변론종결 시를 기준으로 판단함이 상당하다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다107198 판결; 소외인(채무자)이 우선변제권 있는 임차인들이 있는 다가구주택을 피고(수익자)에게 매도하는 사해행위가 있은 후 피고가 우선변제권 있는 일부 임차인들에게 임대차보증금을 반환한 사안에서, 소외인의 다른 채권자인 신용보증기금으로부터도 사해행위취소의 소가 제기되는 등 피고가 위 주택의 시가보다 더 많은 액수의 가액배상 채무에 노출될 위험이 있다는 이유를 들어 원물반환을 원하고 있는 점 등을 고려하면, 원상회복은 원물반환에 의함이 상당하다고 하여 원고의 청구를 인용한 예).

2239) ❶ 대법원 2018. 12. 28. 선고 2017다265815 판결; 원고가 피고를 상대로 사해행위 취소 및 원상회복으로서 소유권이전등기의 말소등기를 청구하여 원고 승소 판결이 확정된 후, 주위적으로 가액배상을, 예비적으로 피고의 소유권이전등기말소의무가 이행불능 내지 집행불능임을 이유로 전보배상을 청구한 데 대하여 '원물반환을 명한 선행 판결이 확정되었음에도 다시 가액배상 또는 실질적으로 가액배상에 다름없는 전보배상을 구하는 것은 권리보호이익이 없다.'는 이유로 소를 각하하는 판결이 확정되었고, 이에 다시 원상회복으로서 소외인(채무자)에게 소유권이전등기할 것을 구하는 이 사건 소를 제기한 데 대하여 권리보호이익이 없어 부적법하다고 판단한 예. ❷ 2004다54978; 피고가 부동산의 원소유자로부터 사해행위로서 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마친 다음 제3자 앞으로 근저당권설정등기를 마쳤는데, 그 후 원소유자의 채권자인 원고가 피고를 상대로 사해행위 취소 및 원상회복으로서 원소유자에게로의 소유권이전등기를 청구하여 원고 승소 판결이 확정되었으나, 원고가 위 확정 판결에 따른 소유권이전등기를 지체하던 중 사해행위 이전에 이미 부동산에 설정되어 있던 선순위 근저당권이 실행되어 매각됨으로써 원소유자에게로의 소유권이전등기가 불가능해진 사안에서, 종전 확정 판결에 따른 원물반환이 불가능해졌음을 이유로 가액배상을 구하는 소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다는 이유로 각하한 사례.

라도 바로 가액반환을 명할 수 있다.[2240]

(3) 가액배상과 별개의 소송물인 이행지체 전보배상과 이행불능 대상청구

수익자가 사해행위취소 소송의 확정판결에 따른 원상회복으로 대체물 인도의무를 이행하지 않았다는 이유만으로 취소채권자가 수익자를 상대로 민법 제395조에 따라 이행지체로 인한 전보배상을 구할 수는 없으나, 수익자의 대체물 인도의무에 대한 강제집행이 불가능하거나 현저히 곤란하다고 평가할 수 있는 경우에는 전보배상을 구할 수 있다(위 전보배상청구와 가액배상청구는 소송물을 달리한다).[2241]

한편, 채권자가 종전의 사해행위취소소송에서 원물반환으로 저당권설정등기의 말소를 구하여 승소확정판결을 받았는데, 그 후 부동산이 경매로 제3자에게 매각됨으로써 전소 확정판결에 기한 수익자의 저당권설정등기말소등기의무가 이행불능된 경우, 채권자는(전소 승소확정판결의 기판력이 미치는 '가액배상청구권'과는 '별개의 소송물'인) '대상청구권'의 행사로 수익자가 저당권자로서 지급받은 배당금의 반환을 청구할 수 있다.[2242]

2240) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결 등.
한편, 공동저당권이 설정된 수 개의 부동산에 관한 일괄 매매행위가 사해행위에 해당함을 이유로 그 매매계약의 전부 취소 및 그 원상회복으로서 각 소유권이전등기의 말소를 구하다가, 사해행위 이후 저당권이 소멸된 사정을 감안하여 법률상 이러한 경우 원상회복이 허용되는 범위 내의 가액배상을 구하는 것으로 청구취지를 변경하면서 그에 맞추어 사해행위취소의 청구취지를 변경한 데에 불과한 경우에는, 하나의 매매계약으로서의 당해 사해행위의 취소를 구하는 소 제기의 효과는 그대로 유지되고 있다고 봄이 상당하다 할 것이므로 비록 취소소송의 제척기간이 경과한 후에 당초의 청구취지변경이 잘못 되었음을 이유로 다시 위 매매계약의 전부취소 및 소유권이전등기의 말소를 구하는 것으로 청구취지를 변경한다 해도 최초 소 제기 시에 발생한 **제척기간 준수의 효과**에는 영향이 없다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결).

2241) 대법원 2024. 2. 15. 선고 2019다208724 판결; 원심이 '사해행위인 주식 매매계약을 취소하고, 그 원상회복으로 채무자에게 기명식 보통주를 양도하라'는 내용의 선행 확정판결에 따른 주식양도의무의 이행지체로 인한 전보배상이 일반적으로 허용된다는 전제 아래 원고의 전보배상청구를 받아들인 것은 잘못이나, 피고는 주식을 보유하고 있지 않는 데다가 자력이 부족하다는 이유로 주식양도의무를 임의로 이행하지 않고 있고, 피고가 조달하여 인도하여야 하는 주식의 총수 및 가액 등에 비추어 볼 때, 피고의 주식양도의무에 대한 강제집행이 불가능하거나 현저히 곤란하다고 평가할 수 있으므로, 원심의 잘못이 판결에 영향을 미쳤다고 보기는 어렵다고 한 예. **cf. 민법 제395조(이행지체와 전보배상)** 채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 그 기간내에 이행하지 아니하거나 지체후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 때에는 채권자는 수령을 거절하고 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있다.

2242) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결; **원심**은, "① 이전 소송의 변론종결일은 2009. 3. 27.이고, 이 사건 부동산은 2009. 7. 17. 관련 경매사건에서 임의경매로 매각됨으로써, 원고가 피고를 상대로 이전 소송에서 원물반환으로써 구한 이 사건 근저당권설정등기의 말소가 불가능하게 된 점, ② 이 사건 근저당권설정등기 이후 이 사건 부동산에 관하여 소외인 앞으로 소유권이전등기가 마쳐져 있기는 하였으나, 원고가 소외인 명의의 소유권이전등기에 대해서도 사해행위를 이유로 말소를 구하고 있었으므로, 이전 소송 변론종결 당시 소외인 명의의 소유권이전등기가 마쳐져 있다고 하여 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우이었다고 할 수 없고, 이전 소송 변론종결 당시 관련 경매사건이 진행 중이었다고 하더라도 그로 인하여 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란하였다고 할 수도 없었으므로 이전 소송 변론종결 당시 원고는 가액배상을 구할 수도 없었던 점, ③ 관련 경매사건이 진행 중이었다고 하더라도, 원고가 이전 소송 변론종결 당시 가액배상을 청구할 수 없었으므로 원고가 이전 소송에서 관련 경매사건의 진행경과를 기다렸다가 그에 맞추어 청구취지를 변경했어야 했다고 볼 수도 없고, 원고가 그렇게 하지 않았다고 하여 가액배상청구권을 행사할 수 없다고 하는 것은 취소채권자의 원상회복청구권을 지나치게 제약하고 수익자에게 부당한 이익을 안겨 준다는 점, ④ 채권자취소권을 행사하는 채권자가 가액배상을 통하여 사실상 우선변제를 받게 되는 것은 가액배상의 경우 일반적으

라) 저당권설정계약 취소에 따른 배당금 반환의 청구형태

저당권설정계약을 사해행위로 취소하는 경우 경매절차가 진행되어 타인이 소유권을 취득하고 저당권설정등기가 말소되었다면 원물반환이 불가능하므로 가액배상의 방법으로 원상회복을 명한다. 이때 ❶ 이미 배당이 종료되어 수익자가 배당금을 수령한 경우에는, 수익자로 하여금 배당금을 반환하도록 명하고, ❷ 배당표가 확정되었으나 채권자의 배당금지급금지가처분으로 인하여 수익자가 배당금을 현실적으로 지급받지 못한 경우에는, (수익자의 대한민국에 대한) 배당금지급채권의 양도와 그 채권양도의 통지를 명[2243] 하며(이는 경매법원이 수익자에게 배당하여야 할 금원을 수익자에게 배당하지 않고 다른 사람에게 배당하는 바람에 수익자가 배당금을 지급받지 못하고, 자신의 권리 이상으로 배당을 받은 다른 사람에 대하여 '부당이득반환채권'을 취득한 경우에도 마찬가지이다[2244]), ❸ 채권자가 배당기일에 출석하여 수익자의 배당 부분에 대하여 이의를 하였다면 그 채권자는 사해행위취소의 소를 제기함과 아울러 그 원상회복의 방법으로 배당이의의 소를 제기할 수 있다(이상의 법리는, 저당권이 설정된 부동산의 소유권이 사해행위로 양도되었다가 그 저당권의 실행으로 말미암아 양수인인 수익자나

로 발생되는 결과인 점 등을 고려하면 이 사건 소는 이전 소송 확정판결의 기판력에 반한다거나 권리보호이익이 없다고 볼 수 없으므로, 사해행위로서 취소된 근저당권에 기하여 배당을 받은 피고는 원고에게 가액배상으로 배당받은 금액을 반환할 의무가 있다"는 이유로 원고의 청구를 인용하였는데, **대법원**은, "이 사건과 같이 부동산이 임의경매절차에 의하여 제3자에게 낙찰됨으로써 확정된 이전 판결에 기한 피고의 근저당권설정등기의 말소등기절차의무가 이행불능이 된 경우, 원고는 대상청구권의 행사로서 피고가 말소될 근저당권설정등기에 기한 근저당권자로서 지급받은 배당금의 반환을 청구할 수도 있다고 보아야 할 것인데, … 원고는 소장에서 '이 사건 근저당권설정계약이 사해행위로서 이미 확정판결에 의하여 취소되었고, 피고의 이 사건 근저당권설정등기가 임의경매 진행으로 인해 배당금청구권으로 변했으므로 피고에 대하여 원상회복의 수단으로 위 배당금청구권을 김OO에게 양도하라는 등의 의사표시를 구하는 것입니다'라고 주장한 후, 피고가 이 사건 부동산에 관한 임의경매절차에서 근저당권자로서 배당금을 수령하자 2009. 10. 9. 청구취지 및 원인변경신청서를 제출하면서 '원상회복으로 피고가 지급받은 배당금 상당금원의 지급을 구하는 것'으로 청구취지 및 청구원인을 변경한 사실을 알 수 있으므로 원고의 위와 같은 주장 속에는 가액배상만을 구하는 것이 아니라 대상청구도 함께 구하고 있는 것으로 봄이 상당하다. 그렇다면 원심이 … 원고의 청구를 인용한 결론은 수긍이 가고, … 사해행위취소소송의 소송물에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없으므로 피고의 상고이유는 받아들일 수 없다."라고 한 예.

2243) 주문(청구취지)은 '피고(수익자)는 소외 채무자에게 별지 배당금 지급채권을 양도하는 의사표시를 하고, 소외 대한민국에게 그 채권양도 취지의 통지를 하라'는 형식이 된다. ☛ 배당금채권을 사해행위를 한 채무자에게 양도하고 채권양도의 통지를 배당금채권의 채무자에게 할 것을 명하여야 한다(**대법원** 2023. 11. 16. 선고 2023다254519 판결; 배당금채권을 원고들에게 양도하도록 한 원심을 파기한 예).
경매법원이 공탁한 배당금은 그 경매절차에서 적법하게 배당요구하였던 다른 채권자들에게 추가배당하여야 하고, 그 공탁금지급청구권에 관한 채권압류 및 추심명령은 추가배당절차에서 배당되고 남은 잉여금에 한하여 효력이 있을 뿐이므로, 채권자취소 재권자나 적법하게 배당요구하였던 다른 채권자들로서는 추가배당 이외의 다른 절차를 통하여 채권의 만족을 얻을 수는 없다고 할 것이어서, 취소채권자라고 하더라도 배당금지급청구권에 대한 채권압류 및 추심명령에 기하여 배당금을 우선 수령하는 것은 허용되지 아니하고, 취소채권자가 그와 같은 절차를 거쳐 배당금을 우선 수령하였다면, 적법하게 배당요구하였던 다른 채권자들과의 관계에서 부당이득이 성립한다(**대법원** 2009. 5. 14. 선고 2007다64310 판결).

2244) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다91398, 91404 판결; 피고(수익자)가 소외인에 대한 부당이득반환채권을 포기하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 피고에 대하여 원상회복으로서 소외인에 대한 부당이득반환채권의 양도절차의 이행을 명함은 별론으로 하고, 실제 배당받지도 아니한 금원 상당액의 지급을 명할 수는 없다고 한 예.

그 채권자에게 배당이 이루어진 경우에도 마찬가지이다[2245]).[2246] 사해행위취소와 배당이의의 소에서 법원은 원고 이외의 다른 채권자의 존재를 고려할 필요 없이 원고의 채권이 만족을 받지 못한 한도에서만 저당권설정계약을 취소하고 그 한도에서만 수익자의 배당액을 삭제하여 원고의 배당액으로 경정하고[2247] 나머지는 수익자에 대한 배당액으로 남겨둔다.[2248] 확정된 배당표에 의한 배당이 실체법상의 권리를 확정하는 것은 아니므로, 부당이득반환의무의 성립 여부는 별개의 문제이다.[2249]

마) 당사자를 달리하는 동일 목적의 다수 채권자취소소송이 계속 중인 경우의 처리

채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있는 것이므로 여러 명의 채권자가 동시에 또는 시기를 달리하여 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기한 경우, 이들 소가 중복제소에 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 사해행

2245) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결. ☛ 채무자 소유의 부동산에 관하여 증여 등 사해행위로 수익자에게 그 소유권이 이전된 후 경매의 실행으로 배당절차가 진행되어, 그 부동산 가액 중 수익자의 채권자가 배당절차에 참여하여 취득한 배당액 상당은 사해행위 당시 채무자의 일반 채권자들의 공동담보였으므로 가액배상 등 원상회복의 범위에서 공제하여 산정할 것은 아니고, 수익자의 채권자가 채무자의 일반채권자에 해당하는 지위를 겸하고 있다고 하여 달리 볼 것도 아니다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2022다244928 판결).

2246) 대법원 2018. 4. 10. 선고 2016다272311 판결(증거로 제출된 '배당표'만으로는 실제로 피고가 배당금을 수령하였는지를 알 수 없으므로, 이를 심리한 후 그에 따라 원상회복의 방법을 판단하였어야 한다고 한 예) 등.

2247) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다269698 판결: "채권자는 자기의 이해에 관계되는 범위 안에서만 다른 채권자를 상대로 그의 채권 또는 그 채권의 순위에 대하여 이의할 수 있으므로(민사집행법 제151조 제3항), 채권자가 제기한 배당이의의 소에서 승소하기 위하여는 피고의 채권이 존재하지 아니함을 주장·증명하는 것만으로 충분하지 아니하고 원고 자신이 피고에게 배당된 금원을 배당받을 권리가 있다는 점까지 주장·증명하여야 한다. 위와 같은 법리는 채무자가 체결한 근저당권설정계약에 관하여 채권자가 사해행위취소의 소를 제기함과 아울러 그 원상회복으로서 배당이의의 소를 제기하는 경우에도 마찬가지이다."

2248) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2012다57699 판결(그런데 저당권설정계약을 사해행위로 취소하는 판결이 먼저 확정되고 그 저당권자를 상대로 한 배당이의소송이 뒤이어 진행되는 경우에는, 저당권설정계약이 사해행위로 취소된 이상 그 저당권자는 저당권에 기하여 배당받을 권리를 상실하여 그에게 배당을 실시할 수 없는 명백한 사유가 생겼다고 할 것이므로, 경매법원으로서는 민사집행법 제161조를 유추적용하여 배당이의소송의 제기로 공탁된 배당액 중 그 소송 결과 저당권자에게 남게 된 부분을 부동산경매절차에서 적법하게 배당요구하였던 다른 채권자들에게 추가배당하여야 한다).

2249) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다90708 판결; "확정된 배당표에 의하여 배당을 실시하는 것은 실체법상의 권리를 확정하는 것이 아니므로, 배당을 받아야 할 채권자가 배당을 받지 못하고 배당을 받지 못할 자가 배당을 받은 경우에는 배당을 받지 못한 채권자로서는 배당에 관하여 이의를 한 여부에 관계없이 배당을 받지 못할 자이면서도 배당을 받았던 자를 상대로 부당이득반환청구권을 가지며, 배당을 받지 못한 그 채권자가 일반채권자라거나 배당이의소송에서 승소하여 배당표를 경정한 것이 사해행위 취소판결에 의한 것이라고 하여 달리 볼 것은 아니다. 이 때 배당이의소송을 통하여 자신이 배당받아야 할 금원보다 초과하여 배당받은 채권자는 그 초과 부분을 적법하게 배당요구를 하였으나 배당이의소송에서 참여하지 못한 다른 채권자에게 부당이득으로서 반환할 의무가 있을 뿐 이를 사해행위를 한 채무자에게 반환할 의무는 없다." ☜ 원심이 사해행위로 근저당권을 설정받은 소외 은행(수익자)에게 배당된 금원은 그 경매절차에서 배당요구하였던 다른 채권자들 사이에서 분배되어야 할 금원으로서, 배당이의소송을 제기하여 배당표를 경정받음으로써 위 배당금을 자신의 안분액보다 초과하여 수령한 피고로서는 그 부분에 관하여는 권리 없는 자가 배당을 받아간 경우에 해당하여 이를 나머지 채권자인 원고에게 반환할 의무가 있을 뿐 채무자인 소외인에게 이를 반환할 의무는 없다는 이유로, 소외인에 대한 배당금 반환채무가 존재함을 전제로 한 피고의 상계 주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예.

위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니고, 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에 비로소 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다(재산이나 가액의 반환이 다른 채권자를 해할 목적으로 수익자와 해당 채권자가 통모한 행위라는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 권리보호 이익 흠결의 피고 항변이 신의성실의 원칙에 위배되어 인용되지 않는다).[2250]

따라서 여러 명의 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기하여 여러 개의 소송이 계속 중인 경우에는[2251] 각 소송에서 채권자의 청구에 따라 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하여야 하고, 수익자(전득자 포함)가 가액배상을 하여야 할 경우에도 수익자가 반환하여야 할 가액을 채권자의 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 반환을 명할 것이 아니라, 다른 소송의 결과를 참작할 필요 없이 수익자가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다.[2252]

이러한 법리는 채무자가 동시에 여러 부동산을 수인의 수익자들에게 처분한 결과 채무초과상태가 됨으로써 그와 같은 각각의 처분행위가 모두 사해행위로 되고, 채권자가 그 수익자들을 공동피고로 하여 사해행위취소 및 원상회복을 구하여 각 수익자들이 부담하는 원상회복의무의 대상이 되는 책임재산의 가액을 합산한 금액이 채권자의 피보전채권액을 초과하는 경우에도 마찬가지이다.[2253]

여러 개의 사해행위취소소송에서 각 가액배상을 명하는 판결이 선고·확정됨으로써 수익자가 이중으로 가액을 반환하게 될 위험에 처한 경우, 수익자가 어느 채권자에게 자신

2250) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다28114 판결("수익자가 확정된 판결에 기하여 해당 채권자에게 재산이나 가액을 반환함으로써 그 채권자가 다른 채권자보다 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과가 초래된다고 하더라도, 그 재산이나 가액의 반환이 다른 채권자를 해할 목적으로 수익자와 해당 채권자가 통모한 행위라는 등의 특별한 사정이 없는 한 확정된 판결에 따른 반환의무를 이행하는 것이 다른 채권자의 신의에 반하는 행위라고 할 수는 없으므로, 확정된 판결에 따라 재산이나 가액의 반환을 마친 수익자가 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구에 대하여 권리보호의 이익이 없다고 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다." 와 '피고는 소외 회사가 제기한 선행 소송에서 피고에 대하여 가액배상을 명하는 판결이 선고되어 확정되자 그 판결에 따라 소외 회사에 가액을 반환한 것이고, 그 과정에서 원고를 해할 목적으로 소외 회사와 통모하였다는 등의 사정을 인정할 만한 자료는 없다.'고 하고, '피고의 가액 반환이 원고가 제기한 소송이 계속 중일 때 이루어졌고 위 가액 반환으로 소외 회사가 다른 채권자보다 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과가 초래되었다고 하더라도, 그러한 사정만으로 피고가 위 가액 반환에 의하여 원고의 청구가 권리보호의 이익이 없게 되었다는 항변을 하는 것이 신의성실의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다.'고 하여, 피고의 위 항변이 신의성실의 원칙에 위배되어 받아들일 수 없다고 판단한 원심을 파기한 예).

2251) 여러 명의 채권자들이 제기한 각 사해행위취소 및 원상회복청구의 소가 민사소송법 제141조에 의하여 병합되어 하나의 소송절차에서 심판을 받는 경우라고 하더라도 마찬가지이다(2008다8690,8706).

2252) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다1442 판결, 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결 등.

2253) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다1442 판결. 이에 비추어 보면 2003다36478,36485의 판결이유는 적절치 않은 것이다.

이 배상할 가액의 일부 또는 전부를 반환한 때에는 다른 채권자에 대하여 각 사해행위취소 판결에서 가장 다액으로 산정된 공동담보가액에서 자신이 반환한 가액을 공제한 금액을 초과하는 범위에서 청구이의의 방법으로 집행권원의 집행력의 배제를 구할 수 있다.[2254]

2) 소송요건(직권조사사항)

가) 당사자적격

채권자취소의 소에서 수익자 또는 전득자에게만 피고적격이 있고, 채무자에게는 피고적격이 없다.[2255] 채권자가 채권자취소소송에 병합하여 채무자를 피고로 삼아 피

2254) 대법원 2022. 8. 11. 선고 2018다202774 판결: "여러 개의 사해행위취소소송에서 각 가액배상을 명하는 판결이 선고되어 확정된 경우, 각 채권자의 피보전채권액을 합한 금액이 사해행위 목적물의 가액에서 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 않은 부분을 공제한 잔액(이하 '공동담보가액'이라 한다)을 초과한다면 수익자가 채권자들에게 반환하여야 할 가액은 공동담보가액이 될 것인데, 그럼에도 수익자는 공동담보가액을 초과하여 반환하게 되는 범위 내에서 이중으로 가액을 반환하게 될 위험에 처할 수 있다. 이때 각 사해행위취소 판결에서 산정한 공동담보가액의 액수가 서로 달라 수익자에게 이중지급의 위험이 발생하는지를 판단하는 기준이 되는 공동담보가액은, 그중 다액의 공동담보가액이 이를 산정한 사해행위취소소송의 사실심 변론종결 당시의 객관적인 사실관계와 명백히 다르고 해당 소송에서의 공동담보가액의 산정 경위 등에 비추어 그 가액을 그대로 인정하는 것이 심히 부당하다고 보이는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 다액에 해당하는 금액이라고 보는 것이 채권자취소권의 취지 및 채권자취소소송에서 변론주의 원칙 등에 부합한다. 따라서 수익자가 어느 채권자에게 자신이 배상할 가액의 일부 또는 전부를 반환한 때에는 다른 채권자에 대하여 각 사해행위취소 판결에서 가장 다액으로 산정된 공동담보가액에서 자신이 반환한 가액을 공제한 금액을 초과하는 범위에서 청구이의의 방법으로 집행권원의 집행력의 배제를 구할 수 있을 뿐이다." ☚ 소외인(채무자, 매도인)과 원고(수익자, 매수인) 간 부동산 매매계약의 취소 및 원상회복을 구하는 사해행위취소소송에서, 원고는 채권자 보증기금에 가액배상으로 '보증기금의 피보전채권액보다 적은 부동산의 공동담보가액 9,500만 원'을 지급하라는 확정판결이 있은 다음, 원고는 채권자 피고에게 가액배상으로 '피고의 피보전채권액보다 적은 부동산의 공동담보가액 5,500만 원'을 지급하라는 자백간주의 확정판결이 있고, 원고는 보증기금에 6,000만 원을 지급하면서 보증기금은 원고에게 더 이상 선행판결을 집행권원으로 하여 강제집행을 하지 않기로 합의한 **사안**에서, **원심**이, '경합된 취소채권자가 갖는 각 가액배상채권은 본질적으로 동일하거나 중첩된 불가분적 권리로서, 그중 1인에 대한 변제로서 다른 채권자가 가액배상 판결에 기하여 수익자에 대하여 갖는 채권 역시 소멸하게 된다. 원고가 보증기금에 지급한 6,000만 원이 피고의 원고에 대한 판결에 기한 가액배상금 5,500만 원을 초과함은 명백하므로, 결국 피고의 원고에 대한 판결에 기한 가액배상금채권은 변제로 모두 소멸하였다. 따라서 위 판결의 집행력은 배제되어야 한다.'라고 판단한 데 대하여, **대법원**은, '원고는 선행판결과 후행판결에서 산정한 공동담보가액 중 다액인 9,500만 원 중 6,000만 원만을 지급하였을 뿐이므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 나머지 공동담보가액 3,500만 원을 초과한 범위에서만 이중지급의 위험이 있다고 보아야 하고, 나아가 사해행위취소소송에서의 취소채권자는 수익자로부터 책임재산 가액을 수령할 권능만을 가질 뿐 다른 채권자를 대신하여 공동담보에 대한 권리를 포기할 수는 없으므로, 보증기금이 선행판결에 기하여 더 이상 강제집행을 하지 않겠다고 합의하였다는 사정은 공동담보가액의 산정 및 그에 기한 이중지급의 위험 범위에 영향을 미치지 못하며, 따라서 원고는 후행판결에 따른 가액배상금 5,500만 원 중 나머지 공동담보가액 3,500만 원을 초과한 2,000만 원의 범위 내에서만 이중지급의 위험이 있음을 이유로 집행력의 배제를 구할 수 있다.'라고 판단한 예.

2255) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다72394 판결: "직권으로 본다. … 피고 1은 제1심판결 중 피고 1에 대하여 구상금의 지급을 명한 부분에 대하여는 불복하지 아니하고, 피고들 사이에 이 사건 각 부동산에 관하여 체결된 매매계약이 사해행위라 하여 그 매매계약의 취소 및 그 매매에 따라 마쳐진 피고 2 명의의 소유권이전등기의 말소를 명한 부분에 대하여만 불복하여 항소하고 있음을 알 수 있는바, 채권자가 사해행위의 취소와 함께 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소에 있어서는 수익자 또는 전득자에게만 피고적격이 있고 채무자에게는 피고적격이 없는 것이므로, … 위 매매계약의 취소 및 소유권이전등기의 말소 청구 부분에 대한 피고(상대방)는 피고 2뿐이고 피고 1은 피고로 된 것이 아니어서 피고 1에게는 위 매매계약의 취소 및 소유권이전등기의 말소를 명한 제1심판결에 대하여 불복하여 항소를 제기할 수 있는 당사자적격이 없다."

보전채권에 대한 이행소송을 제기할 수 있음은 당연하고 이는 실무상 흔한 예이다.

나) 회생절차 개시결정이나 파산선고 시 소송절차의 중단과 수계

채권자취소소송 계속 중에 소송 당사자가 아닌 '채무자'가 회생절차 개시결정이나 파산선고, 개인회생절차 개시결정을 받은 때에는 소송절차가 중단되고 관리인이나 파산관재인, 채무자가 이를 수계한다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제113조, 제59조, 제406조, 제347조 제1항, 제584조).[2256] 이 경우 파산관재인에 의한 부인권 행사의 제척기간 준수 여부는 중단 전 채권자취소소송이 법원에 처음 계속된 때를 기준으로 판단하고,[2257] 종전에 채권자취소의 소를 제기한 채권자는 보조참가를 할 수 있다.[2258] 채권자가 파산선고나 회생절차 개시결정 후에 제기한 채권자취소의 소는 부적법하지만,[2259] 파산관재인 등은

2256) ❶ 대법원 2024. 5. 9. 선고 2023다290492 판결; " 파산채권자가 제기한 채권자취소소송이 파산선고 당시 계속되어 있는 때에는 소송절차는 중단되고, 파산관재인이 이를 수계할 수 있으며 소송을 수계한 경우에는 부인의 소로 변경하여 부인권을 행사할 수 있다. 파산채권자가 제기한 채권자취소소송을 파산관재인이 수계하여 부인소송으로 변경하고, 법원이 파산관재인의 부인 주장을 받아들이면서 가액배상에 의한 원상회복을 인정하는 경우, 가액배상의 범위가 채권자취소의 소를 제기한 채권자의 채권액으로 제한된다고 볼 수 없다." ❷ 대법원 2017. 5. 30. 선고 2017다205073 판결; "파산관재인이 파산채권자가 제기한 채권자취소소송을 수계하여 청구변경의 방법으로 부인권을 행사하는 경우에, 채권자취소소송이 계속 중인 법원이 파산계속법원이 아니라면 그 법원은 관할법원인 파산계속법원으로 사건을 이송하여야 한다. 그러나 채무자회생법의 위 관할 규정의 문언과 취지, 채권자취소소송과 부인소송의 관계, 소송의 진행정도에 따라 기대가능한 절차상의 편익 등을 종합해 보면, 파산채권자가 제기한 채권자취소소송이 항소심에 계속된 후에는 파산관재인이 소송을 수계하여 부인권을 행사하더라도 채무자회생법 제396조 제3항이 적용되지 않고 그 항소심법원이 소송을 심리·판단할 권한을 계속 가진다고 보는 것이 타당하다." ❸ 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다33976 판결; "채권자취소소송의 계속 중 채무자에 대하여 개인회생절차 개시결정이 있었는데, 법원이 그 개인회생절차 개시결정사실을 알고도 채무자의 소송수계가 이루어지지 아니한 상태 그대로 소송절차를 진행하여 판결을 선고하였다면, 그 판결은 채무자의 개인회생절차 개시결정으로 소송절차를 수계할 채무자가 법률상 소송행위를 할 수 없는 상태에서 심리되어 선고된 것이므로 여기에는 마치 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 아니하였던 경우와 마찬가지의 위법이 있다."

2257) 대법원 2016. 7. 29. 선고 2015다33656 판결; "파산채권자가 파산채무자에 대한 파산선고 이전에 적법하게 제기한 채권자취소소송을 파산관재인이 수계하면, 파산채권자가 제기한 채권자취소소송의 소송상 효과는 파산관재인에게 그대로 승계되므로, 파산관재인이 채권자취소소송을 수계한 후 이를 승계한 한도에서 청구변경의 방법으로 부인권 행사를 한 경우, 특별한 사정이 없는 한, 그 제척기간의 준수 여부는 중단 전 채권자취소소송이 법원에 처음 계속된 때를 기준으로 판단하여야 한다." ☜ 원심이, 원고(파산관재인)가 채권자취소소송을 수계하여 부인의 소로 청구를 변경하는 서면을 제출한 2014. 11. 11.이 파산선고가 있은 날인 2012. 7. 31.부터 2년이 경과한 때이므로, 원고의 부인의 소는 부인권 행사의 제척기간을 경과한 것으로서 부적법하다고 판단한 것은 잘못이라고 한 사례.

2258) 대법원 2021. 12. 10.자 2021마6702 결정.

2259) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다37141 판결; "개인회생절차 개시결정이 내려진 후에는 채무자가 부인권을 행사하고, 법원은 채권자 또는 회생위원의 신청에 의하거나 직권으로 채무자에게 부인권의 행사를 명할 수 있으며, 개인회생채권자가 제기한 채권자취소소송이 개인회생절차 개시결정 당시에 계속되어 있는 때에는 그 소송절차는 수계 또는 개인회생절차의 종료에 이르기까지 중단된다. 이러한 규정 취지와 집단적 채무처리절차인 개인회생절차의 성격, 부인권의 목적 등에 비추어 보면, 개인회생절차 개시결정이 내려진 후에는 채무자가 총채권자에 대한 평등 변제를 목적으로 하는 부인권을 행사하여야 하고, 개인회생채권자목록에 기재된 개인회생채권을 변제받거나 변제를 요구하는 일체의 행위를 할 수 없는 개인회생채권자가 개별적 강제집행을 전제로 하여 개개의 채권에 대한 책임재산의 보전을 목적으로 하는 채권자취소소송을 제기할 수는 없다고 할 것이다. … 원심은 … 이 사건 소는 부적법하다고 판단하였다. … 정당한 것으로 수긍할 수 있고,"

그 소송을 수계한 다음 청구변경의 방법으로 부인권을 행사할 수 있다.[2260]

수익자 또는 전득자에 대하여 회생절차가 개시된 경우, 채무자의 채권자는 수익자 또는 전득자의 관리인을 상대로 사해행위취소의 소를 제기할 수 있다.[2261]

다) 전득자에 대한 취소대상적격

전득자를 상대로 한 채권자취소의 소에서, 취소 대상이 되는 사해행위는 채무자와 수익자 사이의 법률행위에 국한된다.[2262] 따라서 수익자와 전득자 사이의 법률행위의 취소를 구하는 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.

라) 권리 보호 이익

① 원물반환의 승소확정판결 후의 가액배상 청구,[2263] ② 어느 한 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소확정판결을 받고 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 후, 다른 채권자가 제기한 사해행위취소 및 원상회복청구,[2264] ③ 사해행위의 취소 및 원상회복 청구 소송 계속 중 사해행위의 해제·해지로 재산이 채무자에게 복귀된 경우[2265]는 권리보호이익이 없다. ④ 원상회복청구로서 근저당권설정등기의 말소등기절

2260) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다265129 판결. ☛ 채권자취소소송 진행 중에 채무자에 대한 회생개시결정이 있어 소송절차가 중단되었으나 소송 수계 전 회생절차가 폐지되거나 관리인이 소송을 수계한 다음 청구취지를 변경하여 부인소송을 진행하다가 회생절차가 폐지된 경우, 기존의 원고인 채권자가 소송을 수계하여야 하고, 채권자는 청구취지를 채권자취소청구로 변경하여야 한다(대법원 2022. 10. 27. 선고 2022다241998 판결).

2261) 대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다203715 판결(원상회복으로 가액배상을 하게 되는 경우, 그 가액배상청구권은 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제179조 제1항 제6호에서 정한 '부당이득으로 인하여 회생절차개시 이후 채무자에 대하여 생긴 청구권'인 공익채권에 해당한다).

2262) 채권자가 전득자를 상대로 하여 사해행위의 취소와 함께 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소를 제기한 경우에 그 취소의 효과는 채권자와 전득자 사이의 상대적인 관계에서만 생기는 것이고 채무자 또는 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 미치지 않는 것이므로, 이 경우 취소의 대상이 되는 사해행위는 채무자와 수익자 사이에서 행하여진 법률행위에 국한되고, 수익자와 전득자 사이의 법률행위는 취소의 대상이 되지 않는다(대법원 2004. 8. 30. 선고 2004다21923 판결). ☛ 채권자가 수익자와 전득자를 공동피고로 삼아 채권자취소의 소를 제기하면서 청구취지로 '채무자와 수익자 사이의 사해행위취소 청구'를 구하는 취지임을 명시한 경우 전득자에 대한 관계에서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하면서 채권자취소권을 행사한 것으로 보아야 하고(사해행위 취소를 구하는 취지를 수익자에 대한 청구취지와 전득자에 대한 청구취지로 분리하여 각각 기재하지 않았다고 하더라도 취소를 구하는 취지가 수익자에 대한 청구에 한정된 것이라고 볼 수는 없다), 그 소 제기 시점에 제척기간 준수의 효력이 생긴다(대법원 2021. 2. 4. 선고 2018다271909 판결).

2263) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결.

2264) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결 등. 동일한 사해행위에 관한 취소소송이 중첩된 경우, 선행 소송에서 확정판결로 처분부동산의 감정 평가에 따른 가액반환이 이루어진 이상 후행 소송에서 부동산의 시가를 다시 감정한 결과 위 확정판결에서 인정한 시가보다 평가액이 증가되었다 하더라도, 그 증가된 부분을 위 확정판결에서 인정한 부분과 중첩되지 않는 부분으로 보아 이에 대하여 다시 가액배상을 명할 수는 없고, 후행 소송은 권리보호의 이익이 없어 부적법하다(대법원 2005. 3. 24. 선고 2004다65367 판결).

2265) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다85157 판결; "채권자가 채무자의 부동산에 관한 사해행위를 이유로 수익자를 상대로 그 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소송을 제기하여 그 소송계속 중 위 사해행위가 해제 또는 해지되고 채권자가 그 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 벌써 채무자에게 복귀된 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 그 채권자취소소송은 이미 그 목적이 실현되어 더 이상 그 소에 의해 확보할 권리보호의 이익이 없어지는 것이고, 이는 그 목적재산인 부동산의 복귀가 그 이전등기의 말소 형식이 아니라 소유권이

차의 이행을 구하는 소송 도중에 근저당권설정등기가 경락을 원인으로 말소된 경우에는 더 이상 말소를 구할 법률상 이익이 없다(수익자에게 근저당권자로서의 배당과 같은 부당한 이득을 보유시키지 않기 위해 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익은 있고,[2266] 이는 경매절차 진행 중에 부동산 매각대금으로 수익자에게 피담보채무를 변제함으로써 근저당권설정등기가 말소된 경우에도 동일하다[2267]).

원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위 취소를 청구하면서 사해방지의 독립당사자참가를 신청하는 것은 부적법하다.[2268]

채무자와 수익자 사이의 소송절차에서 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소로 인한 원상회복으로써 말소되는 경우, 그것이 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것이라고는 할 수 없다.[2269]

전등기의 형식을 취하였다고 하여 달라지는 것은 아니라고 할 것이다." ☞ 이는, 사해행위취소 소송이 제기되기 전에 그 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 채무자에게 복귀한 경우에도 마찬가지이다(대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체 판결).

⇔ 다만, 이미 해지된 근저당권설정계약에 대하여 사해행위취소를 구할 권리보호 이익이 있는 예외적인 경우가 있다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다75232 판결; 뒤에 나오는 '담보권 설정 목적물' 부분 참조).

2266) 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다37001 판결; "근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소송 도중에 그 근저당권설정등기가 경락을 원인으로 하여 말소된 경우에는 더 이상 근저당권설정등기의 말소를 구할 법률상 이익이 없다. … 채권자가 원상회복청구의 소에서 패소할 것이 예상된다는 이유로 그와 별개인 사해행위 취소의 소에 대하여 소송요건을 갖추지 못한 것으로 보아 소의 이익을 부정할 수는 없다. 그리고 채무자와 수익자 사이의 근저당권설정계약이 사해행위인 이상 그로 인한 근저당권설정등기가 경락으로 말소되었다고 하더라도 수익자로 하여금 근저당권자로서의 배당을 받도록 하는 것은 민법 제406조 제1항의 취지에 반하므로, 수익자에게 그와 같은 부당한 이득을 보유시키지 않기 위하여 그 근저당권설정등기로 인하여 해를 입게 되는 채권자는 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다." ☜ '선순위 근저당권자로서 배당을 받은 피고 1의 근저당권설정계약이 사해행위로 취소될 여지가 남아 있고, 이러한 경우 피고 1에 배당된 금원 중 일부가 후순위 근저당권자인 피고 2에 추가배당될 가능성이 있으므로, 채무자 소외인과 피고 2 사이의 근저당권설정계약이 사해행위인 이상 채권자인 원고는 수익자인 피고 2가 사해행위를 통해 부당한 이득을 보유하게 되는 것을 막기 위하여 위 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다.'고 하여, '피고 2 명의의 근저당권설정등기가 경매절차에서 말소되었고 피고 2는 아무런 배당을 받지 못하여 원상회복할 재산이 없으므로, 피고 2에 대한 사해행위 취소의 소는 소의 이익이 없어 부적법하다'는 본안전항변을 배척한 예.

2267) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다65058 판결; "채무자가 사해행위로 인한 근저당권 실행으로 경매절차가 진행 중인 부동산을 매각하고, 그 대금으로 근저당권자인 수익자에게 피담보채무를 변제함으로써 그 근저당권설정등기가 말소된 경우에 위와 같은 변제는 특별한 사정이 없는 한 근저당권의 우선변제권 이행으로 일반 채권자에 우선하여 된 것이라고 봄이 타당하므로, 근저당권이 실행되어 경매절차에서 근저당권설정등기가 말소된 경우와 마찬가지로 수익자로 하여금 근저당권 말소를 위한 변제 이익을 보유하게 하는 것은 부당하다. 따라서 이 경우에도 근저당권설정등기로 말미암아 해를 입게 되는 채권자는 원상회복을 위하여 사해행위인 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다." ☜ 근저당권설정등기가 말소된 상태라고 하더라도 피고가 사해행위로 인한 근저당권 실행으로 임의경매절차 진행 중 채무자로부터 근저당권설정등기의 말소 대가로 근저당권 목적물인 부동산의 매각대금 등에서 7,900만 원을 받고 근저당권설정등기를 말소하였으므로, 채권자인 원고로서는 위 7,900만 원의 가액배상을 위하여 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다고 판단하여, 권리보호의 이익이 없어 부적법하다는 피고의 항변을 배척한 예.

2268) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548, 47555 판결 "사해행위취소의 상대적 효력에 의하면, 원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위취소를 청구하면서 독립당사자참가신청을 하는 경우, 독립당사자참가인의 청구가 그대로 받아들여진다 하더라도 원고와 피고 사이의 법률관계에는 아무런 영향이 없고, 따라서 그러한 참가신청은 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없으므로 부적법하다고 할 것이다."

2269) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다204783 판결 : "무자력상태의 채무자가 소송절차를 통해 수익자에게 자신의

마) 제척기간

(1) 주장증명책임

채권자취소권의 행사기간[2270]은 '제소기간'으로서 법원은 그 기간의 준수 여부에 관하여 '직권으로 조사'하여 그 기간이 도과된 후에 제기된 채권자취소의 소는 부적법한 것으로 각하하여야 한다.[2271] 민법 제406조 제2항에 규정된 제척기간 도과에 관한 증명책임은 채권자취소소송의 상대방에게 있다.[2272]

(2) 제척기간 1년의 기산점

제척기간 1년의 기산점인 채권자가 '취소원인을 안 날'이라 함은 채권자가 '채권자취소권의 요건을 안 날'(채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날)을 의미하고(수익자나 전득자의 악의까지 알아야 하는 것은 아니다), 이는 사해행위 당시 성립되지 않은 채권이라도 '기초적 법률관계론'에 터잡아 피보전채권 적격을 인정하는 예외적인 경우에도 동일하게 적용되어, 그 단기 제척기간의 기산일 역시 '피보전채권이 성립하는 시점과 관계없이' '채권자가 취소원인을 안 날'이다.[2273]

책임재산을 이전하기로 하여, 수익자가 제기한 소송에서 자백하는 등의 방법으로 패소판결 또는 그와 같은 취지의 화해권고결정 등을 받아 확정시키고, 이에 따라 수익자 앞으로 그 책임재산에 대한 소유권이전등기 등이 마쳐졌다면, 이러한 일련의 행위의 실질적인 원인이 되는 채무자와 수익자 사이의 이전합의는 다른 일반 채권자의 이익을 해하는 사해행위가 될 수 있다. 한편 채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채권자와 채무자 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아니다. 따라서 위와 같이 채무자와 수익자 사이의 소송절차에서 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소로 인한 원상회복으로써 말소된다고 하더라도, 그것이 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것이라고는 할 수 없다."

2270) 민법 제406조(채권자취소권) ② 전항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있은 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다. ☛ 국세징수법 제25조에 의한 사해행위취소의 소도 민법 제406조 제2항에서 정한 제소기간 내에 제기되어야 한다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2021다288020 판결).

2271) 대법원 2005. 4. 28. 선고 2004다71201 판결; "채권자취소권의 행사기간은 제소기간이므로 법원은 그 기간의 준수 여부에 관하여 직권으로 조사하여 그 기간이 도과된 후에 제기된 채권자취소의 소는 부적법한 것으로 각하하여야 하므로 그 기간 준수 여부에 대하여 의심이 있는 경우에는 법원이 필요한 정도에 따라 직권으로 증거조사를 할 수 있으나, 법원에 현출된 모든 소송자료를 통하여 살펴보았을 때 그 기간이 도과되었다고 의심할 만한 사정이 발견되지 않는 경우까지 법원이 직권으로 추가적인 증거조사를 하여 기간 준수 여부를 확인하여야 할 의무는 없다." ☛ 제척기간 도과 여부가 당사자 사이에 쟁점이 된 바가 없음에도 의견진술의 기회를 부여하거나 석명권을 행사함이 없이 제척기간 도과를 이유로 사해행위 취소의 소를 각하한 원심을 파기한 사례(2005다37185).

2272) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2021다309231 판결.

2273) ○ 대법원 2022. 5. 26. 선고 2021다288020 판결; "채권자가 '**취소원인을 안 날**'이란 단순히 채무자의 법률행위가 있었다는 사실을 아는 것만으로는 부족하고, 그 법률행위가 채권자를 불리하게 하는 행위라는 것, 즉 그 행위에 의하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 된다는 것까지 알아야 한다. 채무자가 유일한 재산인 부동산을 처분하였다는 사실을 채권자가 알았다면 특별한 사정이 없는 한 채무자의 사해의사도 채권자가 알았다고 봄이 타당하다. … 위와 같은 법리는, 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터 잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립되는 등 예외적으로 그 채권을 채권자취소권의 피보전채권으로 인정하는

채권자가 채무자의 채권자취소권을 대위행사하는 경우, 제소기간은 피대위 권리의 채권자인 채무자를 기준으로 하여 그 준수 여부를 가려야 하고,[2274] 사해행위 후 채권자가 취소원인을 알면서 피보전채권을 양도하고 양수인이 그 채권을 보전하기 위하여 채권자취소권을 행사하는 경우, 채권 양도인이 취소원인을 안 날을 기준으로 제척기간 도과 여부를 판단해야 한다.[2275]

법인 대표자의 불법행위로 인한 법인의 그 대표자에 대한 손해배상채권을 피보전권리로 하여 법인이 채권자취소권을 행사하는 경우, 법인 대표자를 기준으로 '취소원인을 안 날'을 판단해서는 아니 된다.[2276] 국가가 조세채권자로서 채권자취소권을 행사하는

경우에도 동일하게 적용된다. 따라서 그 단기 제척기간의 기산일 역시 채권자취소권의 피보전채권이 성립하는 시점과 관계없이 '채권자가 취소원인을 안 날'이라고 보아야 하고, 이는 채권자취소권의 피보전채권이 피고인에 대하여 추징을 명한 형사판결이 확정됨으로써 비로소 현실적으로 성립하게 되는 경우에도 마찬가지이다."
☛ 채권자가 수익자나 전득자의 악의까지 알아야 하는 것은 아니다(2011다82384). 사해행위의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소원인을 알았다고 추정할 수는 없다(2016다272311).
○ 대법원 2015. 1. 29. 선고 2013다79870 판결; "민법 제974조, 제975조에 의하여 부양의 의무 있는 사람이 여러 사람인 경우에 그중 부양의무를 이행한 1인이 다른 부양의무자에 대하여 이미 지출한 과거 부양료의 지급을 구하는 권리는 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판 확정에 의하여 비로소 구체적이고 독립한 재산적 권리로 성립하게 되지만, 그러한 부양료청구권의 침해를 이유로 채권자취소권을 행사하는 경우의 제척기간은 부양료청구권이 구체적인 권리로서 성립한 시기가 아니라 민법 제406조 제2항이 정한 '취소원인을 안 날' 또는 '법률행위가 있은 날'로부터 진행한다." ☎ **원심**이, ① 원고들은 부동산처분금지가처분을 받은 2009. 6. 10.에는 증여계약이 사해행위에 해당함을 알았다고 할 것인바, 그로부터 1년이 지난 후인 2012. 8. 6. 제기한 이 사건 소는 부적법하다고 한 다음, ② 채권자취소권의 피보전권리가 되는 원고들의 소외인에 대한 부양료청구권은 그에 관한 법원의 심판이 확정되어야만 비로소 구체적인 권리로서 행사할 수 있으므로 원고들이 소외인을 상대로 제기한 부양료 사건의 심판이 확정된 2012. 5. 24.을 제척기간의 기산점으로 삼아야 한다는 원고들의 주장에 대하여, 1심심판일인 2011. 5. 31.에는 원고들의 부양료청구권이 구체적인 청구권으로서의 내용과 실질을 갖추어 독립한 재산적 권리로서의 성질을 가지게 되었다고 할 것인데, 그로부터 1년이 지난 후에 제기된 이 사건 소가 부적법하다는 결론에는 변함이 없다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 1심심판에 대한 항고·재항고가 모두 기각됨으로써 2012. 5. 24. 확정되었음에도, 원심이 원고들의 부양료청구권이 1심심판일인 2011. 5. 31. 구체적인 청구권으로서의 내용과 실질을 갖추어 독립한 재산적 권리로서의 성질을 가지게 되었고 그로부터 1년의 제척기간이 기산된다는 취지로 판단한 것은 잘못이나, 원고들이 위 처분금지가처분을 받은 2009. 6. 10.에 증여계약이 사해행위에 해당함을 알았다고 판단한 것은 정당하므로, 소를 각하한 것이 결과적으로 정당하다고 한 예.

2274) 소외 회사의 채권자취소권을 대위행사하는 채권자인 원고가 취소원인을 안 지 1년이 지났다면 채무자인 소외 회사가 취소원인을 안 지 1년, 법률행위가 있은 날로부터 5년이 지나지 아니하여 소외 회사 스스로 채권자취소의 소를 제기하는 것이 가능한 경우라도 채권자인 원고는 소외 회사를 대위하여 채권자취소의 소를 제기하지 못한다는 취지의 상고이유의 주장은 독자적인 견해로서 받아들일 수 없다고 한 예(2000다73049).

2275) 대법원 2018. 4. 10. 선고 2016다272311 판결.
❶ 파산자의 채권에 기한 사해행위취소의 소에서 채무자의 사해행위를 알았는지 여부는 파산자를 기준으로 판단하여야 하나, 파산자가 사해행위의 취소 원인을 알지 못한 상태에서 파산관재인이 선임되었다면, 그 후로는 파산관재인을 기준으로 판단하여야 한다(2006다57001; 예금보험공사가 파산자 甲의 파산관재인으로서 채무자 乙의 증여행위에 대한 사해행위취소권을 피보전권리로 하여 처분금지가처분결정을 받은 후 乙의 또 다른 채권자인 파산자 丙의 파산관재인으로도 선임된 경우, 예금보험공사가 위 가처분결정을 받음으로써 乙의 증여행위가 丙에 대하여도 사해행위가 된다는 사실을 알았다고 볼 수 없다고 한 사례). ❷ 채권자가 사해행위의 취소원인을 알게 되어 채권자취소소송의 제척기간이 진행되던 도중 채권자가 파산하여 파산관재인이 선임된 경우 그 제척기간은 파산관재인이 사해행위의 취소원인을 안 때부터 새로 진행되어야 하는 것은 아니다(2004다24144).

2276) 대법원 2015. 1. 15. 선고 2013다50435 판결; "적어도 법인의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른

경우, 조세채권의 추심·보전에 관한 업무를 담당하는 세무공무원의 인식을 기준으로 판단한다.[2277] 예금보험공사 등의 경우에도, 피보전채권의 추심 및 보전 등에 관한 업무를 담당하는 직원의 인식을 기준으로 한다.[2278]

가등기 및 본등기의 원인행위에 대한 사해행위 취소 등 청구의 제척기간의 기산일은 가등기의 원인행위가 사해행위임을 안 때이고, 가등기의 원인행위가 사해행위임을 채권자가 안 때부터 1년 내에 가등기의 원인행위에 대하여 취소의 소를 제기하였다면 본등기의 원인행위에 대한 취소 청구는 그 원인행위에 대한 제척기간이 경과한 후 하더라도 적법하다.[2279]

제척기간 1년의 도과를 긍정한 구체적 예[2280]와 부정한 구체적 예[2281]는 아래와 같다.

대표자, 임원 또는 사원이나 직원 등이 손해배상청구권을 행사할 수 있을 정도로 이를 안 때에 비로소 단기소멸시효가 진행한다고 할 것이고, 만약 다른 대표자나 임원 등이 법인의 대표자와 공동불법행위를 한 경우에는 그 다른 대표자나 임원 등을 배제하고 단기소멸시효 기산점을 판단하여야 한다. 그리고 이는 법인의 대표자의 불법행위로 인한 법인의 그 대표자에 대한 손해배상청구권을 피보전권리로 하여 법인이 채권자취소권을 행사하는 경우의 제척기간의 기산점인 '취소원인을 안 날'을 판단할 때에도 마찬가지라 할 것이다."

2277) 대법원 2017. 6. 15. 선고 2015다247707 판결: "국가가 조세채권을 피보전채권으로 하여 채납자의 법률행위를 대상으로 채권자취소권을 행사할 때에, 제척기간의 기산점과 관련하여 국가가 취소원인을 알았는지 여부는 특별한 사정이 없는 한 조세채권의 추심 및 보전 등에 관한 업무를 담당하는 세무공무원의 인식을 기준으로 판단하여야 하고, 채납자의 재산 처분에 관한 등기·등록 업무를 담당하는 다른 공무원의 인식을 기준으로 판단하여서는 아니 된다. 따라서 위와 같은 세무공무원이 채납자의 재산 처분행위 사실 뿐만 아니라 구체적인 사해행위의 존재와 채납자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 인식할 때 이로써 국가도 그 시점에 취소원인을 알았다고 볼 수 있다."

2278) 대법원 2018. 7. 20. 선고 2018다222747 판결: "예금보험공사 등이 채무자에 대한 채권을 피보전채권으로 하여 채무자의 법률행위를 대상으로 채권자취소권을 행사하는 경우, 제척기간의 기산점과 관련하여 예금보험공사 등이 취소원인을 알았는지 여부는 특별한 사정이 없는 한 피보전채권의 추심 및 보전 등에 관한 업무를 담당하는 직원의 인식을 기준으로 판단하여야 하므로, 그 담당직원이 채무자의 재산 처분행위 사실뿐만 아니라 구체적인 사해행위의 존재와 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 인식하였다면 이로써 예금보험공사 등도 그 시점에 취소원인을 알았다고 볼 수 있다. 이러한 법리는 예금보험공사가 파산관재인으로서 대리인을 선임하였다 하더라도 피보전채권의 추심 및 보전에 관하여 직접 조사하여 법적조치를 지시하는 경우에는 마찬가지로 적용된다." ☛ 국민건강보험공단의 경우도 동일하다(대법원 2023. 4. 13. 선고 2021다309231 판결).

2279) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2004다24960 판결: "채무자 소유의 부동산에 관하여 수익자 명의로 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기가 마쳐졌다가 그 가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 마쳐진 경우, 가등기의 등기원인인 법률행위와 본등기의 등기원인인 법률행위가 명백히 다른 것이 아닌 한 가등기의 등기원인인 법률행위를 제쳐놓고 본등기의 등기원인인 법률행위만이 취소의 대상이 되는 사해행위라고 볼 것은 아니므로, 가등기의 등기원인인 법률행위가 있은 날이 언제인지와 관계없이 본등기가 마쳐진 날로부터 사해행위 취소의 소의 제척기간이 진행된다고 볼 수는 없다. 따라서 가등기 및 본등기의 원인행위에 대한 사해행위 취소 등 청구의 제척기간의 기산일은 가등기의 원인행위가 사해행위임을 안 때라고 할 것인바, 가등기의 원인행위가 사해행위임을 채권자가 안 때부터 1년 내에 가등기의 원인행위에 대하여 취소의 소를 제기하였다면 본등기의 원인행위에 대한 취소 청구는 그 원인행위에 대한 제척기간이 경과한 후 하더라도 적법하다."

2280) ◎ **제척기간 1년의 도과를 긍정한 예**
❶ 채권자가 채무자의 재산 상태를 조사한 결과 자신의 채권 총액과 비교하여 채무자 소유의 부동산의 가액이 그에 미치지 못하는 것을 이미 파악하고 있었던 상태에서 채무자의 재산에 대하여 가압류를 하는 과정에서 그 중 일부 부동산에 관하여 제3자 명의의 근저당권설정등기나 가등기가 경료된 사실을 확인하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 채권자는 그 가압류 무렵에는 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 한 사실을 알았다고 본 예(2011다82384). ❷ 채권자가 채무자의 유일한 재산에 대하여 가등기가 경료된 사실을 알고 채무자의 재산 상태를 조사한 결과 다른 재산이 없음을 확인한 후 채무자의 재산에 대하여 가압류를 한 경우, 채권자는 그 가압류 무렵에는 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 한 사실을 알았다고 봄이 상당하다

(3) 제척기간 5년의 기산점

제척기간 5년의 기산점인 '법률행위가 있은 날'은 사해행위 성립 시점으로서 당사자 사이의 이해관계에 미치는 중대한 영향을 고려하여 신중하게 이를 판정하여야 할 것이고,[2282] 사해행위에 해당하는 법률행위가 언제 있었는가는 실제로 그러한 사해행위가 이루어진 날을 표준으로 판정할 것이되,[2283] 다른 특별한 사정이 없는 한 처분문서에 기초한 것으로 보이는 등기부상 등기원인일자를 중심으로 그러한 사해행위가 실제로 이루어졌는지 여부를 판정할 수밖에 없을 것이다.[2284]

(4) 전득자에 대한 제척기간

채권자가 전득자에 대하여 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 구하기 위해서는 민법 제406조 제2항에서 정한 기간 안에 전득자에 대한 관계에서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구를 하여야 한다.[2285]

고 한 예(99다2515). ❸ 원고가 법무사에게 계쟁 부동산에 관한 처분금지가처분신청을 의뢰하여 법무사가 2002. 5. 14. 등기부등본, 토지대장, 개별공시지가확인서, 집합건축물대장 등을 발급받아 2002. 6. 7. 법원에 사해행위취소로 인한 소유권이전등기말소청구권을 피보전권리로 하여 위 부동산에 관한 처분금지가처분신청을 하였고 원고는 2003. 5. 28. 사해행위 취소의 소를 제기한 사안에서, 원심은, 원고가 부동산등기부를 열람한 2002. 5. 14.경 채무자의 피고에 대한 부동산 증여를 알았다고 할 수 있지만, 원고가 2002. 6. 7.에야 사해행위를 이유로 처분금지가처분결정을 받은 점에 비추어 보면, 위 인정 사실만으로는 원고가 2002. 5. 14.경 또는 그 이전에 위 증여가 원고를 해하는 사해행위에 해당한다는 사실을 알았다고 단정할 수 없다고 한 데 대하여, 대법원은, 원고는 2002. 5. 14. 이전에 위 증여가 사해행위에 해당할 뿐 아니라 채무자에게 사해의 의사가 있었음을 알고 있었다고 봄이 상당하다고 한 예(2006다46483).

2281) ◎ **제척기간 1년의 도과를 부정한 예**
❶ 채권자가 대물변제계약에 기한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하는 처분금지가처분 등기가 경료된 사실을 알았다는 사정만으로 위 대물변제계약이 사해행위에 해당하는지 여부에 관하여 알 수 있었다고 보기는 어렵다고 한 예(2010다71684). ❷ 채권자가 채무자의 제3자에 대한 금전의 증여행위가 사해행위에 해당한다는 것을 확실히 알지 못한 채 그 금전으로 취득한 제3자 명의의 부동산이 제3자에게 명의신탁된 것으로 잘못 알고 그 명의신탁약정이 사해행위라 주장하며 그 부동산에 대한 처분금지가처분신청을 하여 그 가처분등기가 경료되었다는 사정만으로는, 채권자가 그때부터 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위인 금전의 증여행위를 하였다는 사실을 알게 되었다고 볼 수 없다고 한 예(2008다81398). ❸ 채권자가 채무자 소유의 부동산에 대한 가압류신청 시 첨부한 등기부등본에 수익자 명의의 근저당권설정등기가 경료되어 있었다는 사실만으로는 채권자가 가압류신청 당시 취소원인을 알았다고 인정할 수 없다고 한 예(2000다44348).

2282) 사해행위 시점은 뒤에서 보는 바와 같이 피보전채권의 적격 여부, 채무자의 무자력 여부 판단의 기준시점이기도 하다.

2283) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다73138, 73145 판결. 예컨대, 채권담보를 위해 백지 근저당권설정계약서 등을 받아가지고 있었다고 하더라도, 담보 목적 부동산이나 피담보채권의 최고액 등이 확정되지 않은 상태에서는 아직 근저당권설정계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 백지 근저당권설정계약서를 보충한 때에 근저당권설정계약이 체결되었다고 봄이 상당하다(99다55656).

2284) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결 등.

2285) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다204013 판결: "채권자가 전득자를 상대로 민법 제406조 제1항에 의한 채권자취소권을 행사하기 위하여는 같은 조 제2항에서 정한 기간 안에 채무자와 수익자 사이의 사해행위취소를 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구하여야 하는 것이고, 채권자가 수익자를 상대로 사해행위취소를 구하는 소를 제기하여 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 취소하는 내용의 판결이 선고되어 확정되었더라도 그 판결의 효력은 그 소송의 피고가 아닌 전득자에게는 미치지 아니하므로, 채권자가 전득자에 대하여 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 구하기 위하여는 민법 제406조 제2항에서 정한 기간 안에 별도로 전득자에 대한 관계에서

3) 채권자취소권 발생의 청구원인

채권자취소권 발생의 청구원인 사실은, ① '피보전채권의 존재' + ② '채무자의 사해행위' + ③ '채무자의 사해의사'이다.

채무자의 법률행위 등이 사해행위임을 주장하고 그 취소를 구하는 채권자는 그 피보전채권과 채무자의 법률행위 등의 존재 사실은 물론, 채무자가 법률행위 등으로 인하여 무자력이 초래되었다는 사실, 채무자의 사해의 의사 등 사해행위 성립의 요건사실을 구체적으로 주장·증명하여야 한다.[2286]

가) 피보전채권의 존재

원고가 채권자취소권을 행사하기 위한 피보전채권의 존재에 관한 사항은 원고가 이를 증명할 책임이 있다.[2287]

따라서 채무자가 다른 재산을 처분하는 법률행위를 하더라도, 채무자 소유의 부동산에 대하여 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 있고 그 부동산의 가액 및 채권최고액이 당해 채권액을 초과하여 채권자에게 채권 전액에 대한 우선변제권이 확보되어 있다면 채무자의 재산처분행위는 채권자를 해하지 아니하므로 채권자에 대하여 사해행위가 성립한다고 볼 수 없으나,[2288] 당해 채권액이 그 부동산의 가액 및 채권최고액을 초과하는 경우

채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구를 하여야 한다. 이는 기존 전득자 명의의 등기가 말소된 후 다시 새로운 전득자 명의의 등기가 경료되어 새로운 전득자에 대한 관계에서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구를 하는 경우에도 마찬가지이다." ☞ '이미 사해행위취소의 제척기간이 도과한 후 사해행위취소를 명한 확정판결에 따라 전득자 앞으로의 근저당권이전등기가 말소된 것을 기화로 수익자가 다시 이를 제3자에게 처분하는 경우에는 ① 채권자가 제척기간 내에 사해행위취소를 구하는 것이 물리적으로 불가능할 뿐만 아니라, ② 악의의 수익자가 이미 확정된 사해행위취소 판결을 무력화하기 위하여 판결 확정 후 처분한 책임재산은 채권자로 하여금 다시 회복할 수 있도록 함이 정의관념에 보다 부합하고, ③ 제3자가 사해행위취소로 인한 원상회복을 방해하는 데 적극적으로 가담하였음에도 불구하고 제척기간 도과의 본안전 항변을 하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없는 점 등을 고려하면, 채권자는 사해행위취소소송의 제척기간을 도과한 후라도 제3자를 상대로 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 구할 수 있다고 보아야 한다.'는 원심을 파기한 예.

2286) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다28686 판결.

2287) 대법원 2000. 8. 22. 선고 98다36351 판결: "원고가 소외 은행에 대위변제한 금원이 경상적인 재화나 용역거래에 수반하여 배서양도받은 상업어음의 할인으로 인한 채무를 대위변제한 것으로서 원고의 보증 범위에 속하는 것인지에 관한 사항은 원고가 채권자취소권을 행사하기 위한 피보전채권의 존재에 관한 사항으로서 원고가 이를 입증할 책임이 있다."

2288) 이러한 경우 근저당권부 채무의 보증인이 있더라도 그 채무자가 보증인에 대하여 부담하는 사전구상채무를 별도로 소극재산으로 평가할 수는 없고, 보증인이 변제로 채권자를 대위할 경우 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있으므로, 사전구상권을 피보전권리로 주장하는 보증인에 대하여도 사해행위가 성립하지 않는다(대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다549 판결; 채권자 은행에 대한 대출금채무의 담보로 채무자 소유의 부동산에 관하여 위 은행 앞으로 근저당권이 설정되어 있고, 채무자가 피고에게 부동산을 증여할 무렵 위 담보부동산의 가액 및 채권최고액이 위 대출금채무액을 상당히 초과하여 그 채무 전액에 대하여 위 은행에게 우선변제권이 확보되어 있었으므로 위 증여행위는 위 은행에 대하여 사해행위가 성립하지 않는다고 보아야 하고, 위 피담보채무의 보증인인 원고에 대한 관계에 있어서도 위 피담보채무에 관하여 우선변제권이 확보되어 있는 이상 보증인에 대한 사전구상채무를 별도로 소극재산으로 평가할 수는 없고, 원고로서는 이를 채권자취소권의 피보전채권으로 삼아 채권자취소권을 행사할 수도 없다고 한 예).

에는 '그 담보물로부터 우선변제 받을 금액'(취소채권자가 '담보물로부터 우선변제받을 금액'은 사해행위 당시를 기준으로 담보물의 가액에서 취소채권자에 앞서는 선순위 담보물권자가 변제받을 금액을 먼저 공제한 다음 산정한다[2289])을 공제한 나머지 채권액[2290]에 대하여 채권자취소권이 인정된다고 할 것이므로, 이 경우 채권자취소권을 행사하는 채권자로서는 그 담보권의 존재에도 불구하고 자신이 주장하는 피보전채권이 그 우선변제권 범위 밖에 있다는 점을 주장·증명하여야 한다. 이때 우선변제 받을 금액은 처분행위 당시의 담보목적물의 시가[2291]를 기준으로 산정한다.[2292]

채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 피보전채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 '전'[2293]에 발생된 것임을 요하고(액수나 범위의 구체적 확정을 요하지는 않는다[2294]), 이는 피보전채권의 양도가 있더라도 마찬가지이다.[2295] 정지조건부채권도,

---

2289) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2016다263355 판결; "취소채권자가 채무자 소유의 부동산에 관하여 근저당권을 설정하였는데 사해행위 당시 채무자에 대하여 … 최우선변제권을 갖는 임금채권이 이미 성립되어 있고, 임금채권자가 우선변제권 있는 임금채권에 기하여 취소채권자의 담보물에 관하여 압류나 가압류 등기를 마치는 등 가까운 장래에 우선변제권을 행사하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 임금채권자가 그 담보물에 관하여 우선변제권을 행사하여 그 개연성이 현실화된 경우에는, 사해행위 당시 담보물로부터 우선변제를 받을 수 없는 일반채권이 발생할 고도의 개연성이 가까운 장래에 현실화된 것이므로 그 일반채권도 채권자취소권을 행사할 수 있는 피보전채권이 될 수 있다. 이러한 경우 취소채권자가 '담보물로부터 우선변제받을 금액'은 사해행위 당시를 기준으로 담보물의 가액에서 우선변제권 있는 임금채권액을 먼저 공제한 다음 산정하여야 하고, 취소채권자는 그 채권액에서 위와 같이 산정된 '담보물로부터 우선변제받을 금액'을 공제한 나머지 채권액에 대하여만 채권자취소권이 인정된다."

2290) 원고의 채권원리금이 우선변제권에 의하여 전액 담보되지 아니하는 경우에는 변제충당의 법리를 유추적용하여 사해행위 시점에서는 이자채권이 원금채권에 우선하여 우선변제권에 의하여 담보되고 있다고 볼 것이므로 담보되지 아니하는 부분 가운데에는 원금에 해당하는 금원이 포함되어 남아 있게 될 것이고, 따라서 원고가 채권자취소권을 행사할 수 있는 범위는 그 이후 담보권의 실행 등으로 소멸한 부분을 제외하고 난 다음 실제로 남은 미회수 원리금 전부가 아니라 사해행위 당시 채권최고액 및 담보부동산의 가액을 초과하는 부분에 해당하는 채무원리금 및 그 중 원금 부분에 대한 사실심 변론종결시점까지 발생한 지연이자 상당의 금원이다(대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결).

2291) 담보로 제공된 부동산이 토지이고 그 위에 건물이 존재한다면, 장차 그 토지가 경매 등에 의하여 제3자에게 매각되는 경우 법정지상권이 성립하는지 여부를 따져 그에 따라 평가한 토지의 가격을 담보물의 가액으로 보아야 하고, 법정지상권이 성립하지 않는다고 하더라도 건물의 규모, 구조와 용도 및 건물에 관련된 권리관계에 비추어 사실상 건물의 철거가 곤란하거나 철거에 상당한 시간과 비용이 소요되는 등의 경우에는 이러한 모든 사정들을 감안하여 토지의 가액을 평가하여야 한다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012다63656 판결).

2292) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다60661 판결, 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결.
대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다47852 판결(근저당권이 설정된 채무자 소유의 주택에 대하여 임의경매절차가 개시되기 직전 보증금이 최우선 변제되는 임대차계약이 체결된 사안에서, 근저당권자에 대한 채무액과 임대차보증금반환채무액이 위 경매절차에서 이루어진 주택의 감정평가액을 초과하지 않는 등 채무자가 임대차계약의 체결로 인해 채무초과에 빠졌다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 소액보증금 우선변제권을 감안하더라도 근저당권자의 채권 전액은 우선변제권이 확보되어 있으므로, 위 임대차계약 체결행위가 사해행위로서의 요건을 갖추지 못하였다고 한 사례)도 같은 취지이다.

2293) 부동산을 양도받아 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자가 양도인이 제3자에게 이를 이중으로 양도하여 소유권이전등기를 경료하여 줌으로써 취득하는 부동산 가액 상당의 손해배상채권은 이중양도행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보전채권에 해당한다고 할 수 없고, 또한 채권자취소권을 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으므로 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다(대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결).

장래에 그 정지조건이 성취되기 어려울 것으로 보이는 등의 특별한 사정이 없는 한, 피보전채권이 된다.[2296]

예외적으로 사해행위 당시 아직 성립되지 않은 채권이라도 ① 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고(기초적 법률관계의 존재), ② 가까운 장래에 그 법률관계에 터잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며(고도의 개연성),[2297] ③ 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우(개연성의 현실화)에는 피보전채권이 될 수 있다.[2298]

위 ①의 '채권성립의 기초가 되는 법률관계'는 당사자 사이의 약정에 의한 법률관계에 한정되는 것이 아니고, 채권 성립의 개연성이 있는 준법률관계나 사실관계 등을 널리 포함한다.[2299] 따라서 당사자 사이에 채권 발생을 목적으로 하는 계약의 교섭이 상당히

2294) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다1045 판결: "피보전채권이 사해행위 이전에 성립되어 있는 이상 그 액수나 범위가 구체적으로 확정되지 않은 경우라고 하더라도 채권자취소권의 피보전채권이 된다." ㅁㅁ 소외 1이 원고의 예금인출 요청을 거부하여(사해행위 이전의 불법행위) 원고가 소외 2(전부채권자)에게 지급해야 할 전부금을 지급하지 못하게 됨에 따라 원고가 추가로 부담하게 된 지연손해금(사해행위 후 현실적 손해 발생) 상당의 손해배상채권이 피보전채권인 사안.

2295) 채권자의 채권이 사해행위 이전에 성립되어 있는 이상 사해행위 이후에 채권이 양도되었다고 하더라도 양수인은 채권자취소권을 행사할 수 있으며, 채권 양수일에 채권자취소권의 피보전채권이 새로이 발생되었다고 할 수 없고(대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다77146 판결), 채권양도의 대항요건을 사해행위 이후에 갖추었더라도 채권양수인이 채권자취소권을 행사하는 데 아무런 장애사유가 될 수 없다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다5822 판결).

2296) 대법원 2011. 12. 8. 선고 2011다55542 판결(그 근거로, "채권자취소권의 행사는 채무의 이행을 구하는 것이 아니라 총채권자를 위하여 이행기에 채무의 이행을 워태롭게 하는 채무자의 자력 감소를 방지하는 데에 그 목적이 있는 점, 민법은 제148조에서는 '조건 있는 법률행위의 당사자는 조건의 성부가 미정한 동안에 조건의 성취로 인하여 생길 상대방의 이익을 해하지 못한다'라고 정하고, 제149조에서는 '조건의 성취가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다'라고 정하여 조건부권리의 보호에 관한 규정을 두고 있는 점"을 들고 있다).

2297) 고도의 개연성이 없다고 본 구체적 사례로는 대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다64038 판결, 대법원 2000. 6. 27. 선고 2000다17346 판결(채무자의 보증인에 대한 구상채무를 연대보증한 자가 채무자 부도 이전에 그 소유의 부동산을 제3자에게 매도한 사안에서, 매도 후 11개월 남짓 뒤에 구상채권이 발생하였고 매도 당시 주채무자의 재정 상태에 대한 입증이 없으므로, 매도 당시 채권자의 구상권행사가 임박하였다거나 장차 채권자가 구상권을 행사하게 되는 사태가 성립하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었다고 보기는 어렵다고 한 사례) 등 참조.

2298) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2016다263355 판결(이러한 법리는 물적 담보권자가 채권자취소권을 행사할 수 있는 피보전채권의 범위를 정하는 경우에도 마찬가지로 적용된다).

2299) ◎ **긍정례**: ❶ 구상금채권 성립의 기초가 되는 신용보증계약(2007다21245) 또는 ❷ 보증보험계약(2010다68084), ❸ 경개에 해당하는 대환으로서 이루어진 신규대출채권의 기초가 되는 대환 전의 종전 대출계약(2001다81870; 이른바 대환으로서 이루어진 신규대출의 법적 성질이 준소비대차가 아닌 경개로 인정되어 신규대출에 따른 채무가 종전 대출에 따른 채무와 법적 동일성이 없다고 하더라도, 그 대환 전의 종전 대출채무의 연대보증인이었다가 대환 후의 신규 대출채무에 대하여도 연대보증인이 된 자의 재산처분행위가 사해행위인지 여부를 판단함에 있어서, 신규대출에 따른 연대보증채권이 사해행위취소권의 피보전채권이 될 수 있다고 한 사례), ❹ 양도소득세에 따른 신고불성실 및 납부불성실 가산세 채권 발생의 기초가 되는 채무자의 부동산 양도행위(2006다66753), ❺ 회사의 가공원가를 실질적 대표자에 대한 인정상여로 소득처분하여 부과된 종합소득세 채권 발생의 기초가 되는 회사의 가공원가 계상 행위(2000다37821).
◎ **부정례**: ❶ 대법원 2023. 3. 16. 선고 2022다272046 판결: "계속적인 물품공급계약에서 대상이 되는 물품의 구체적인 수량, 거래단가, 거래시기 등에 관하여까지 구체적으로 미리 정하고 있다거나, 일정한 한도에서

진행되어 그 계약 체결의 개연성이 고도로 높아진 단계도 여기에 포함된다.[2300]

피보전채권 발생의 장애·소멸 사실은 사해행위취소소송의 상대방의 항변사실이다.[2301] 사해행위의 수익자는 취소채권자의 채권에 대하여 시효소멸의 항변을 할 수 있으나, 채권자인 원고가 채무자를 상대로 이행청구의 소를 제기하여 승소판결을 선고받아 그 판결이 확정된 이상, 수익자인 피고는 더 이상 소멸시효의 주장 등으로 원고의 채무자에 대한 채권의 존재를 다툴 수는 없다.[2302] 그러나 확정판결에 기한 집행이 권리남용에 해당하여 청구이의의 소에 의하여 그 집행의 배제를 구할 수 있는 경우라면, 그 판결금 채권을 피보전채권으로 한 채권자취소는 허용되지 않는다.[2303]

공급자가 외상으로 물품을 공급할 의무를 규정하고 있지 않은 이상, 계속적 물품공급계약 그 자체에 기하여 거래당사자의 채권이 바로 성립하지는 아니하며, 주문자가 상대방에게 구체적으로 물품의 공급을 의뢰하고 그에 따라 상대방이 물품을 공급하는 별개의 법률관계가 성립하여야만 채권이 성립한다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 사해행위 당시 계속적인 물품거래관계가 존재하였다는 사정만으로 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생하여 있었다고 할 수 없다." ❷ 신용카드가입계약[신용카드가입계약은 신용카드의 발행 및 관리, 신용카드의 이용과 관련된 대금의 결제에 관한 기본적 사항을 포함하고 있기는 하나 그에 기하여 신용카드업자의 채권이 바로 성립되는 것은 아니고, 신용카드를 발행받은 신용카드회원이 ① 신용카드를 사용하여 신용카드가맹점으로부터 물품을 구매하거나 용역을 제공받음으로써 성립하는 신용카드매출채권을 신용카드가맹점이 신용카드업자에게 양도하거나, ② 신용카드업자로부터 자금의 융통을 받는 별개의 법률관계에 의하여 비로소 채권이 성립하는 것이므로, 단순히 신용카드가입계약만을 가리켜 '채권성립의 기초가 되는 법률관계'에 해당한다고 할 수는 없다. 따라서 채무자가 채권자와 신용카드가입계약을 체결하고 신용카드를 발급받았으나 자신의 유일한 부동산을 매도한 후에 비로소 신용카드를 사용하기 시작하여 신용카드대금을 연체하게 된 경우, 그 신용카드대금채권은 사해행위 이후에 발생한 채권에 불과하여 사해행위의 피보전채권이 될 수 없다(2004다40955)].

2300) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다42957 판결(채무자가 1998. 6. 20. 자신이 유일하게 소유하고 있던 계쟁 부동산의 등기부등본, 인감증명서, 지방세세목별과세증명원과 함께 연대보증인란에 자필서명한 차용신청서를 원고 은행에 제출하였고, 원고 은행은 위 서류들을 검토하여 채무자의 차남에 대한 대출을 결정하여 1998. 6. 25. 대출금 2,000만 원을 통장으로 입금시켰는데, 채무자는 1998. 6. 23. 위 부동산을 장남인 피고에게 1998. 6. 12.자 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 준 사안에서, 원고 은행의 1998. 6. 25.자 연대보증채권이 1998. 6. 23.자 사해행위에 대한 피보전채권에 해당한다고 판단한 예).

2301) 예컨대, 甲 회사가 乙 회사에 대한 물품대금채권에 관하여 민·형사상 법적 절차를 취하지 않겠다는 취지의 합의각서를 작성하였는데, 그 후 위 채권을 피보전채권으로 하여 丙 회사를 상대로 사해행위취소의 소를 제기한 데 대하여, 丙 회사가 합의각서로 인하여 甲 회사가 乙 회사에 대한 물품대금채권을 소송상 행사할 수 없다고 주장한 경우, 그 주장에 대하여 심리, 판단하여야 한다(2011다81541). 회생채권자인 원고가 회생채권신고액수를 기준으로 사해행위취소 및 가액배상을 청구한 사건에서는 피고가 명시적으로 주장하지 않았더라도 채무자에 대하여 회생절차가 개시되어 원고를 포함한 회생채권자들의 권리변경내역이 담긴 회생계획인가결정문 등이 제출되었다면, 원고의 원래 채권액이 회생계획인가결정에 따라 일부 면제되었는지, 피고가 이를 주장하는지 등에 관하여 석명권을 행사하여야 한다(대법원 2021. 10. 28. 선고 2019다200096 판결).

2302) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다54849 판결; "소멸시효를 원용할 수 있는 사람은 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 한정되는데, 사해행위취소소송의 상대방이 된 사해행위의 수익자는 사해행위가 취소되면 사해행위에 의하여 얻은 이익을 상실하게 되나, 사해행위취소권을 행사하는 채권자의 채권이 소멸되면 그와 같은 이익의 상실을 면할 수 있는 지위에 있으므로, 그 채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 해당하는 것으로 보아야 한다. … 채권자인 원고가 채무자인 망인의 상속인들을 상대로 이 사건 연대보증약정에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소판결을 선고받아 2005. 6. 25. 그 판결이 확정된 이상, 수익자인 피고가 더 이상 소멸시효의 주장 등으로 원고의 망인에 대한 채권의 존재를 다툴 수는 없다." ⇔ 반대로, 채권자의 채무자에 대한 소유권이전등기청구소송이나 손해배상청구소송이 패소확정되어 행사할 수 없게 되었다면 소유권이전등기청구권이나 손해배상청구권을 행사하기 위하여 채무자의 제3자에 대한 소유권이전등기의 말소를 구하는 사해행위취소청구도 인용될 수 없다(92다25151).

나) 사해행위

사해행위에서 채무자의 법률행위가 채권자를 해한다는 것은 채무자의 총재산에 감소를 초래하는 것, 즉 채무자의 재산 처분행위에 의하여 그 재산이 감소되어 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되는 것을 의미한다.[2304]

채무자가 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 일반채권자들을 위한 공동담보의 부족상태를 유발 또는 심화시킨 경우에 그 행위가 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지 여부(사해성의 일반적인 판단 기준)는, 행위목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성 및 그 실현 수단인 당해 행위의 상당성, 행위의 의무성 또는 상황의 불가피성, 채무자와 수익자 간 통모의 유무와 같은 공동담보의 부족 위험에 대한 당사자의 인식의 정도 등 그 행위에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 그 행위를 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 있는지 여부에 따라 최종 판단하여야 한다.[2305]

채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되는지 여부는 처분행위 당시를 기준으로 판단하여야 하고, 설령 그 재산처분행위가 정지조건부인 경우라 하더라도 특별한 사정이 없는 한 마찬가지이다.[2306]

(1) 채무자의 무자력

채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되기 위해서는 채무자[2307]의 소극재산[2308]

2303) 대법원 2014. 2. 21. 선고 2013다75717 판결: "확정판결에 기한 집행이 권리남용에 해당하여 청구이의의 소에 의하여 그 집행의 배제를 구할 수 있는 정도의 경우라면 그러한 판결금 채권에 기초한 다른 권리의 행사, 예를 들어 그 판결금 채권을 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사하는 것 등도 허용될 수 없다고 보아야 한다." ㅁ 원고가 소외 1로부터 소외 2에 대한 공사대금채권을 양도받아 소외 2를 상대로 양수금 청구소송을 제기하여 일부 승소판결이 확정되었는데, 소외 2가 자신의 건물에 피고들 명의의 근저당권을 설정해 주자 원고가 판결금 채권을 피보전채권으로 하여 피고들을 상대로 채권자취소소송을 제기한 사안에서, 위 채권양도가 소송신탁에 해당하여 무효라고 볼 여지가 있으나, 채무자인 소외 2로서는 소송신탁 여부에 따라 원고와 소외 1 중 누구에게 이행할 의무를 지느냐에 차이가 있을 뿐이고, 소송신탁 사실이 판결금 채권에 대한 청구이의의 사유가 될 수도 없는 점 등에 비추어, 소외 2로 하여금 판결금 채권에 기한 강제집행이나 권리행사를 수인하도록 하는 것이 명백히 정의에 반하여 사회생활상 용인할 수 없는 정도라고 볼 수는 없다고 한 예.

2304) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결.

2305) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결 등.

2306) 대법원 2013. 6. 28. 선고 2013다8564 판결: 甲 회사가 乙과의 물품 및 금전거래로 인한 채무를 담보하기 위하여 乙에게 채무를 변제하지 못하는 것을 정지조건으로 甲 회사의 丙에 대한 임대차보증금 반환채권을 양도하고 乙로부터 금전을 차용하였는데, 그 후 甲 회사가 부도를 내고 사업을 폐지한 다음 乙과 임대차보증금 반환채권에 관한 채권양도증서를 작성하여 채권양도 사실을 丙에게 통지한 사안에서, 甲 회사가 부도를 내고 사업을 사실상 폐지하게 됨으로써 위 정지조건이 성취되어 채권양도계약의 효력이 발생하였고, 甲 회사와 乙이 양도증서를 작성한 것은 새로이 채권양도계약을 체결한 것이 아니라 '기존 채권양도계약의 대항요건을 갖추기 위한 행위에 불과'하므로, 甲 회사와 乙이 체결한 채권양도계약이 사해행위에 해당하는지는 '양도증서가 작성된 시점이 아니라 당초 채권양도계약이 체결된 시점을 기준으로 판단하여야' 하는데도, 이와 달리 본 원심판결에 위법이 있다고 한 사례.

이 적극재산[2309]보다 많아져야 하는데, 채무자의 무자력 여부는 사해행위 당시를 기준으로 판단하여야 하고,[2310] 사해행위 당시에 채무자가 채무초과 상태에 있었다는 사실,[2311] 또는 채무자의 법률행위 등으로 인하여 무자력이 초래되었다는 사실[2312]은 이를 주장하는 취소채권자가 주장·증명하여야 하며, 채권의 존부 및 범위에 관한 증명이 있는 경우에 그 채권이 용이하게 변제를 받을 수 있는 확실성이 없는 등 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산에 해당한다는 점에 대한 주장·증명책임 역시 취소채권자가 부담한다.[2313]

합자회사 무한책임사원(채무자)의 법률행위에 대한 사해행위 취소의 경우, 원고는 '채무자가 무한책임사원인 점'과 '합자회사 채무의 존재'에 관하여, 피고는 '합자회사의 완제

2307) 연대보증인의 법률행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 주채무자의 일반적인 자력은 고려할 요소가 아니나(2003다13246), 주채무자 또는 제3자 소유의 부동산에 대하여 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 있고, 그 부동산의 가액 및 채권최고액이 당해 채무액을 초과하여 채무 전액에 대하여 채권자에게 우선변제권이 확보되어 있다면, 연대보증인이 비록 유일한 재산을 처분하는 법률행위를 하더라도 채권자에 대하여 사해행위가 성립되지 않는다(2000다21017).

2308) ❶ 채무초과상태를 판단할 때 소극재산은 원칙적으로 사해행위가 있기 전에 발생되어야 하지만, 사해행위 당시 이미 채무 성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있고 가까운 장래에 그 법률관계에 기초하여 채무가 성립되리라는 고도의 개연성이 있으며 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채무가 성립되었다면, 그 채무도 채무자의 소극재산에 포함된다. 여기에서 채무 성립의 기초가 되는 법률관계에는 당사자 사이의 약정에 의한 법률관계에 한정되지 않고 채무 성립의 개연성이 있는 준법률관계나 사실관계 등도 포함된다. 따라서 당사자 사이에 채권 발생을 목적으로 하는 계약의 교섭이 상당히 진행되어 계약체결의 개연성이 고도로 높아진 단계도 여기에 포함될 수 있다. 사해행위로 주장되는 토지나 건물의 양도 자체에 대한 양도소득세와 지방소득세 채무는 사해행위로 주장되는 행위 당시의 채무초과상태를 판단할 때 소극재산으로 고려할 수는 없다(대법원 2022. 7. 14. 선고 2019다281156 판결). ❷ 채무자가 일반채권자 일부에 대한 특정 채무의 이행과 관련하여 그보다 적은 가액의 다른 채권 기타 적극재산을 양도함에 따라 채무초과상태가 유발되었는지 여부를 판단하기 위한 채무자의 책임재산을 산정함에 있어 양도된 재산을 적극재산에서 제외하였다면, 특별한 사정이 없는 한 위 특정 채무 중 양도된 재산과 같은 금액에 해당하는 부분도 소극재산에서 제외하여야 한다(2023다237804).

2309) 채무자가 재산처분행위를 할 당시 적극재산을 산정함에 있어서 다른 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 이를 제외하여야 한다(2023다237804).

2310) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다47852 판결.

2311) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다99129 판결.

2312) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다28686 판결.

2313) 대법원 2023. 10. 18. 선고 2023다237804 판결; "채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되기 위해서는 그 행위로 말미암아 채무자의 총재산의 감소가 초래되어 채권의 공동담보에 부족이 생기게 되어야 하는 것, 즉 채무자의 소극재산이 적극재산보다 많아져야 하는 것인바, 채무자가 재산처분행위를 할 당시 적극재산을 산정함에 있어서는 다른 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 이를 제외하여야 하고, 재산이 채권인 경우에는 그것이 용이하게 변제를 받을 수 있는 확실성이 있는 것인지 여부를 합리적으로 판정하여 그것이 긍정되는 경우에 한하여 적극재산에 포함시켜야 한다. 나아가, 채무자의 재산처분행위가 사해행위에 해당함을 주장하면서 그 취소를 구하는 채권자는 채무자의 재산처분행위로 인하여 무자력 또는 채무초과상태가 초래되었다는 사실에 관한 주장·증명책임을 부담하므로, 어떠한 채권의 존부 및 범위에 관한 증명이 있는 경우에는, 그 채권이 용이하게 변제를 받을 수 있는 확실성이 없는 등 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산에 해당한다는 점에 대한 주장·증명책임 역시 취소채권자가 부담한다. … 채무자의 적극재산에 속하는 특정 채권의 일부가 변제되지 않았다거나 그에 관한 소 제기 등 적극적인 채권확보조치를 취하지 아니하였다는 사정만으로 해당 채권을 일반채권자의 공동담보에서 함부로 제외할 수는 없고, 적어도 무자력 상태 또는 행방을 알 수 없는 채무자에 대한 채권이거나 폐업신고 등으로 정상적인 경영이 불가능한 상태의 채무자에 대한 채권 혹은 이에 준하는 정도에 이르렀다는 점이 증명된 경우라야 할 것이다."

능력'에 관하여 각각 주장·증명책임을 진다.[2314]

그 외 무자력 산정의 구체적 기준에 관하여는 이미 '채권자대위' 설명 부분에서 살펴본 바를 참조하면 된다.

(2) 일반채권자의 책임재산

사해행위의 목적물은 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 채무자 소유의 책임재산이어야 한다.

위탁자의 신탁부동산에 관한 소유권이전등기청구권이나 부동산신탁계약상의 수익권도 위탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산에 해당할 수 있으나, 공동담보로서의 실질적 가치가 없는 경우에는 위탁자의 책임재산에 해당하지 않는데, 후순위 수익권의 가치는 신탁재산 가액에서 신탁 보수·비용, 우선수익자들에 대한 채무[2315]를 공제하여 평가한다.[2316]

2314) 대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다27847 판결: "**상법 제269조**에 의하여 합자회사에 준용되는 **상법 제212조 제1항**은 "회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때에는 합명회사의 각 사원은 연대하여 변제할 책임이 있다"고 규정하고, **제2항**은 "회사재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때에도 전항과 같다."고 규정하고 있는바, 합자회사의 무한책임사원의 책임은 회사가 채무를 부담하면 법률의 규정에 기해 당연히 발생하는 것이고, "회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때" 또는 "회사재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때"에 비로소 발생하는 것은 아니며, 이는 회사채권자가 그와 같은 경우에 해당함을 증명하여 합자회사의 무한책임사원에게 보충적으로 책임의 이행을 청구할 수 있다는 책임이행의 요건을 정한 것으로 봄이 타당하다. 따라서 합자회사의 무한책임사원이 한 대물변제계약 등의 법률행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, 무한책임사원 고유의 채무 총액과 합자회사의 부채 총액을 합한 액이 무한책임사원 고유의 재산 총액을 초과하는 경우에는 그 법률행위는 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당한다고 볼 수 있지만, 합자회사의 무한책임사원의 책임이 위와 같이 보충성을 갖고 있는 점 등에 비추어 그 법률행위 당시 합자회사가 그 재산으로 채무를 완제할 수 있었다는 점(상법 제212조 제1항)이 주장·입증된 경우에는 합자회사의 채무를 고려함이 없이 무한책임사원 고유의 채무 총액과 그 고유의 재산 총액을 비교하여 그 법률행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함이 상당하다. 한편 상법 제212조 제1항에서 규정하는 "회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때"라 함은 회사의 부채 총액이 회사의 자산 총액을 초과하는 상태, 즉 채무초과 상태를 의미하는바, 이는 회사가 실제 부담하는 채무의 총액과 실제 가치로 평가한 자산의 총액을 기준으로 판단하여야 하고, 대차대조표 등 재무제표에 기재된 명목상의 부채 및 자산의 총액을 기준으로 판단할 것은 아니며, 나아가 회사의 신용·노력·기능(기술)·장래의 수입 등은 원칙적으로 회사의 자산 총액을 산정함에 있어 고려할 대상이 아니다."

2315) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결: "우선수익권은 구 신탁법이나 신탁법에서 규정한 법률 용어는 아니나, 거래 관행상 통상 부동산담보신탁계약에서 우선수익자로 지정된 채권자가 채무자의 채무불이행 시에 신탁재산 처분을 요청하고 그 처분대금에서 자신의 채권을 위탁자인 채무자나 그 밖의 다른 채권자들에 우선하여 변제받을 수 있는 권리를 말한다. … 채권자는 담보신탁을 통하여 담보물권을 얻는 것이 아니라 신탁이라는 법적 형식을 통하여 도산 절연 및 담보적 기능이라는 경제적 효과를 달성하게 되는 것일 뿐이므로, 그 우선수익권은 우선 변제적 효과를 채권자에게 귀속시킬 수 있는 신탁계약상 권리이다." 신탁자가 우선수익자의 동의를 받아 신탁계약을 해지하고 수탁자로부터 신탁재산 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기를 넘겨받음과 동시에, 우선수익자에게 대물변제를 원인으로 소유권이전등기를 넘겨준 **사안**에서, 대물변제계약이 신탁계약에서 정한 처분·환가의 일환으로 체결된 것이라고 보기 어렵고, 신탁계약이 해지로 종료하여 우선수익자로서 수익권을 행사할 수는 없었다는 이유로, 대물변제계약이 사해행위에 해당한다고 판단한 예.

2316) 대법원 2021. 6. 10. 선고 2017다254891 판결: "위탁자가 부동산에 관하여 신탁을 한 경우, 그 신탁부동산에 대하여 위탁자가 가지고 있는 신탁계약상의 수익권은 위탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산에 해당한다. … 신탁이 존속하는 동안 위탁자가 언제든지 신탁계약을 종료시키고 신탁계약에서 정한 절차에 따라 위탁자 앞으로 소유권이전등기를 마칠 수 있다는 것이 합리적으로 긍정되는 경우에는 위탁자의 신탁부동

채무자의 재산적 법률행위라 하더라도 채무자의 책임재산이 아닌 재산에 관한 법률행위인 경우에는 이를 채권자취소권의 대상이 된다고 할 수 없다.[2317]

화물자동차 운송사업 등 영업의 양도,[2318] 건축 중인 건물의 건축주명의변경 약정[2319]도

산에 관한 소유권이전등기청구권이 위탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산에 해당된다고 볼 여지가 있다. 그러나 신탁계약상 신탁부동산을 처분하는 데 수익권자의 동의를 받도록 정해진 경우에는 그 처분에 관하여 수익권자의 동의를 받거나 받을 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위탁자가 신탁을 종료시키고 위탁자 앞으로 신탁부동산에 관한 소유권이전등기를 마치는 것은 허용되지 않는다. 이러한 경우에는 위탁자의 신탁부동산에 관한 소유권이전등기청구권은 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없으므로 그 소유권이전등기청구권을 위탁자의 적극재산에 포함시킬 수 없다. … 위탁자가 담보신탁된 부동산을 당초 예정된 신탁계약의 종료사유가 발생하기 전에 우선수익자 및 수탁자의 동의를 받아 제3자에게 처분하는 등으로 담보신탁계약상의 수익권을 소멸하게 하고, 그로써 위탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 무초과상태가 더 나빠지게 되었다면 이러한 위탁자의 처분행위는 위탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다. 다만 처분 당시 위탁자가 가지고 있는 담보신탁계약상의 수익권이 적극재산으로서의 가치가 없다면 위탁자가 위와 같이 신탁되어 있던 부동산을 매각하면서 신탁계약을 종료하고 부동산을 환수하여 제3자 앞으로 소유권이전등기를 넘겨주어도 이는 사해행위에 해당하지 않는다. 이는 위탁자가 「건축물의 분양에 관한 법률」에 따른 분양관리신탁을 해 둔 경우에도 마찬가지이다. 한편 신탁재산에 대한 후순위 수익권의 가치는 장차 신탁이 종료되었을 때 예상되는 신탁재산 가액에서 소요비용과 신탁보수 등을 공제하고 거기에서 다시 우선수익자들에 대한 채무를 공제한 후 남은 금액을 사해행위 당시의 현가로 할인하는 방식으로 평가하여야 하고, 단순히 사해행위 당시의 신탁재산의 시가를 기초로 그 가치를 평가해서는 아니 된다."

2317) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2011다27158 판결; 원고 회사 전무이사였던 소외인이 원고 명의로 위조된 출금청구서 등을 제출하여 원고의 농협 계좌에 예금되어 있던 2억 2,000만 원을 인출하여 그중 1억 원을 자신의 누나인 피고 1 명의의 계좌에, 7,000만 원을 자신의 처인 피고 2의 계좌에 각 송금하고, 원고의 현금카드를 이용하여 위 농협계좌에서 피고 2 명의의 계좌로 1,800만 원을 이체한 사안에서, 위 각 송금 및 이체행위가 증여행위임을 전제로 사해행위 취소를 구하는 원고의 청구에 대하여, **원심**이, 피고 1에 대한 송금행위는 변제를 위한 것이어서 증여행위가 아니므로 사해행위를 구성하지 않고, 피고 2에 대한 송금 및 이체행위는 증여행위로서 사해행위에 해당한다고 판단한 데 대하여, **대법원**은 직권으로, 소외인이 피고들에게 송금하거나 이체한 돈은 원고의 재산인데 이를 소외인이 횡령 또는 편취하여 피고들에게 귀속시킨 것에 불과하여 소외인의 책임재산이 아니므로, 이러한 소외인의 책임재산이 아닌 재산에 관한 송금 및 이체행위는 채권자취소권의 대상이 될 수 없다고 한 예.

2318) ○ 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013다36453 판결; "화물자동차 운송사업의 허가는 화물자동차 운송사업을 합법적으로 영위할 수 있는 자격에 불과하고, 화물자동차 운송사업의 양도가 이루어지면 그 허가를 포함하여 화물자동차 운송사업과 관련한 물적 시설인 화물자동차가 일체로서 이전되는 것이므로 화물자동차 운송사업을 떠난 허가만을 법원이 강제집행의 방법으로 압류하여 환가하기에 적합하지 아니하나, … 화물자동차 운송사업자는 관할관청에 대한 신고만으로 그 허가를 포함한 화물자동차 운송사업의 전부 또는 일부를 양도할 수 있고, 민사집행법 제251조에 의하여 화물자동차 운송사업의 물적 시설인 화물자동차가 일괄하여 강제집행될 경우에는 그에 관한 허가 역시 일체로서 환가될 수 있다. 따라서 화물자동차 운송사업자가 채무초과 상태에서 화물자동차 운송사업을 양도하는 행위는 그 물적 시설인 화물자동차가 양도의 대상에서 제외되었다는 특별한 사정이 없는 한 사해행위취소의 대상이 된다고 할 것이다. 나아가 위와 같은 사해행위 이후 화물자동차 운송사업의 물적 시설인 화물자동차가 모두 처분 또는 교체되어 이를 채무자에게 귀속시키는 것이 불가능하게 된 경우에는 사해행위취소와 그 원상회복으로서 가액배상을 청구할 수 있다고 할 것이다."

○ 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다84162 판결; "영업은 일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산이므로, 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 가지는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능하고, 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다. 그리고 여러 개의 부동산, 유체동산, 그 밖의 재산권에 대하여 일괄하여 강제집행을 할 수 있으므로(민사집행법 제98조 제1항, 제2항, 제197조 제1항, 제251조 제1항 참조), 영업재산에 대하여 일괄하여 강제집행이 될 경우에는 영업권도 일체로서 환가될 수 있다. 따라서 채무자가 영업재산과 영업권이 유기적으로 결합된 일체로서의 영업을 양도함으로써 채무초과상태에 이르거나 이미 채무초과상태에 있는 것을 심화시킨 경우, 그 영업양도는 채권자취소권 행사의 대상이 된다. 나아가 위와 같은 영업양도 후 종래의 영업조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능하면서 동일성을 유지한 채 채무자에게 회복되는 것이 불가능하거나 현저히 곤란하게 된 경우, 채권자는 사해행위취소

채권자취소권 행사의 대상이 된다.

(가) 명의신탁 부동산

① 명의수탁자의 처분행위

부동산에 관하여 부동산실명법 제4조 제2항 본문이 적용되어 명의수탁자인 채무자 명의의 소유권이전등기가 무효인 경우에는 그 부동산은 채무자의 소유가 아니기 때문에 이를 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이라고 볼 수 없고, 채무자가 위 부동산에 관하여 제3자와 매매계약을 체결하고 그에게 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도 그로써 채무자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로 이를 들어 채무자의 일반 채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없으며, 채무자에게 사해의 의사가 있다고 볼 수도 없다.[2320] [2321]

에 따른 원상회복으로 피보전채권액을 한도로 하여 영업재산과 영업권이 포함된 일체로서의 영업의 가액을 반환하라고 청구할 수 있다."

2319) 대법원 2017. 4. 27. 선고 2016다279206 판결: "건축 중인 건물 외에 별다른 재산이 없는 채무자가 수익자에게 책임재산인 위 건물을 양도하기 위해 수익자 앞으로 건축주명의를 변경해주기로 약정하였다면 위 양도 약정이 포함되어 있다고 볼 수 있는 건축주명의변경 약정은 채무자의 재산감소 효과를 가져오는 행위로서 다른 일반채권자의 이익을 해하는 사해행위가 될 수 있다."

2320) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다74874 판결, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다30622 판결('악의의 매도인 계약명의신탁' 사안).
대법원 2008. 9. 25. 선고 2008다41635 판결('중간생략등기형 명의신탁' 사안): 피고가 2001. 5. 17. 그 장남인 소외 1과 사이에 체결한 '계약명의신탁 약정'에 따라 소외 1이 매수당사자가 되어 피고의 자금으로 위 명의신탁 사실을 알지 못하는 소외 2 회사로부터 아파트를 매수하여 소외 1 명의로 소유권이전등기를 마쳤는데, 그 후 소외 1이 1가구 2주택자에 해당하게 되자, 2002. 6. 12. 피고 및 소외 1, 피고의 차남인 소외 3과 사이에 피고가 아파트 소유권을 보유하되 그 소유 명의만 소외 3 앞으로 마치기로 합의하여 소외 3 명의로 소유권이전등기를 마친 사안에서, 원심이 '피고와 소외 3 사이의 명의신탁약정 및 그에 기한 소외 3 명의의 소유권이전등기가 유효함을 전제로 소외 3이 피고에게 아파트 소유권이전등기를 마쳐 준 행위는 피고에 대하여 부담하는 기존 채무의 이행에 따른 것으로서 사해행위를 구성하지 않는다.'고 판단한 데 대하여, 대법원은, '부동산실명법 제4조 제2항 단서의 규정에 따라 소외 1은 아파트에 관한 소유권을 취득하였다고 할 것이고, 다만 명의수탁자인 소외 1은 피고에 대하여 그로부터 제공받은 매수자금 상당의 부당이득반환채무를 부담한다고 할 것인데, 아파트 소유권을 취득한 소외 1이 그 후 피고 및 소외 3과 사이의 합의에 의하여 아파트 소유권을 피고가 보유하기로 하되 그 소유권이전등기만을 소외 3 앞으로 마쳐 준 것은, 소외 1이 피고에 대한 부당이득반환채무의 변제에 갈음하는 등으로 피고에게 아파트 소유권을 넘겨주고, 피고는 이를 다시 소외 3에게 명의신탁하기로 하되, 다만 그 절차상의 편의를 위하여 피고 명의로의 소유권이전등기절차를 생략한 채 곧바로 소외 3 명의로 소유권이전등기를 마친 것으로 봄이 상당하고, 이로써 피고, 소외 1 및 소외 3 사이에서는 이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 3자간 등기명의신탁 관계가 성립되었다.'고 하고, '소외 3 명의의 위 소유권이전등기는 위 법 제4조 제2항 본문에 의하여 무효로서, 아파트는 소외 3의 소유가 아니므로 이를 소외 3의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이라고 볼 수 없고, 따라서 소외 3이 피고에게 아파트 소유권이전등기를 마쳐주었다 하더라도 그로써 소외 3의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로 이를 들어 소외 3의 일반 채권자들을 해하는 사해행위에 해당한다고 할 수 없다.'라고 하여 '원심의 판단에 잘못이 있으나, 소외 3의 행위가 채권자인 원고에 대한 사해행위에 해당하지 않는다고 본 결론에 있어서는 옳다.'고 한 예.

2321) 명의수탁자의 일반 채권자는 부동산실명법 제4조 제3항에서 말하는 '제3자'에 해당한다고 볼 수 없으므로(위 '제3자'는, '명의신탁 약정의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람'을 말하기 때문이다), '명의수탁자가 신탁부동산을 처분하는 경우 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동의 무효는 명의수탁자의 일반 채권자에게도 대항할 수 없으므로 명의수탁자는 자신 소유의 부동산을 처분한 것과 마찬가지의 결과가 되어 자신의

그러나 부동산실명법 시행 후 '선의의 매도인 계약명의신탁'의 경우, 수탁자가 취득한 부동산은 채무자인 명의수탁자의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이 되고, 신탁자는 수탁자에 대한 관계에서 금전채권자 중 한 명에 지나지 않으므로, 수탁자의 재산이 채무 전부를 변제하기에 부족한 경우 수탁자가 위 부동산을 신탁자 또는 그가 지정하는 자에게 양도하는 행위는 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다.[2322]

부동산에 관하여 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우 그 등기명의자는 적법한 절차와 원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 법률상 추정되므로, 채권자취소소송에서 채무자 명의의 소유권이전등기가 명의신탁등기로서 원인 무효라는 점은 피고인 수익자가 항변 사유로 주장·증명하여야 한다. 즉, 수익자는 2자간 또는 3자간 명의신탁의 경우에는 '2자간 또는 3자간 명의신탁 약정에 따라 채무자 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 사실'을, 계약명의신탁의 경우에는 '계약명의신탁 약정에 따라 채무자 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 사실'에 더하여 '채무자의 물권취득 계약 상대방이 명의신탁약정 사실을 안 사실(= 상대방의 악의)'까지 주장·증명하여야 한다.

② 명의신탁자의 처분행위

부동산실명법 시행 후 '양자 간 명의신탁'의 신탁자가 직접 자신의 명의 또는

일반 채권자에 대하여 사해행위가 성립할 수 있다'는 논리는 타당한 것이 아니다(대법원 2007. 12. 27. 선고 2005다54104 판결).

명의수탁자인 채무자 명의의 소유권이전등기가 무효인 경우, 채무자가 제3자와 근저당권설정계약을 체결하고 그에 따른 근저당권설정등기를 마쳐준 후에 채무자의 일반 채권자의 신청으로 그 부동산에 관하여 강제경매절차가 개시되었더라도 이로써 무효인 채무자 명의의 소유권이전등기가 유효로 되거나, 그 부동산이 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이 되는 것이 아니므로 채무자의 근저당권설정행위가 사해행위가 된다고 할 수 없다(대법원 2012. 8. 23. 선고 2012다45184 판결).

2322) ○ 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다74874 판결; "계약명의신탁 약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마친 경우에는 … 명의신탁 약정의 무효에도 불구하고 … 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고 다만 명의신탁자에 대하여 그로부터 제공받은 매수자금 상당액의 부당이득반환의무를 부담하게 되는바, … 명의수탁자가 취득한 부동산은 채무자인 명의수탁자의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이 되고, 명의신탁자는 명의수탁자에 대한 관계에서 금전채권자 중 한 명에 지나지 않으므로 명의수탁자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우 명의수탁자가 위 부동산을 명의신탁자 또는 그가 지정하는 자에게 양도하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다."

○ 대법원 2015. 12. 23. 선고 2012다202932 판결; 소외 2(신탁자)와 소외 1(수탁자) 사이의 아파트 수분양자 명의에 관한 명의신탁약정은 무효이지만, 소외 2와 소외 1 사이에 이루어진 분양권 매매계약은 그 실질이 아파트를 신축·매도한 분양자 조합의 승낙하에 소외 2가 소외 1에게 분양계약상의 매수인 지위를 포괄적으로 이전하는 내용의 계약인수약정에 해당하고, 위 명의신탁약정의 존재에 대하여 선의인 분양자 조합이 위 분양계약에 관한 수분양자 명의의 변경에 동의·승낙을 하여, 분양권 매매계약은 유효하므로, 소외 1은 아파트 분양권에 관하여 완전한 권리를 취득하였고, 이는 소외 1의 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이 되는 것이어서, 소외 1이 그 재산으로 채무의 전부를 변제하기에 부족함에도 위 분양권을 소외 2의 남편인 피고에게 양도한 행위는 원고를 포함한 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 사해행위가 된다고 한 예.

수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 실질적 당사자가 되어 사해행위를 한 경우, 사해행위취소의 대상은 신탁자와 제3자 사이의 법률행위이고, 원상회복은 제3자가 수탁자에게 말소등기절차를 이행하는 방법에 의한다.[2323]

'매도인 선의의 계약명의신탁'의 신탁자가 실질적인 당사자가 되어 제3자와 매매계약을 체결하는 등 처분행위를 한 경우 이를 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수는 없다.[2324]

'부부 간 명의신탁'의 신탁자가 명의신탁약정 해지를 전제로 신탁 부동산을 제3자에게 직접 처분하면서 곧바로 제3자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 준 경우, 이로 인하여 신탁자의 책임재산인 수탁자에 대한 소유권이전등기청구권이 소멸하므로, 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위가 될 수 있다.[2325]

(나) 담보권 설정 목적물

채무자가 처분한 목적물에 담보권이 설정되어 있는 경우 그 목적물 중에서

2323) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011다107382 판결: "'부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률'의 시행 후에 부동산의 소유자가 그 등기명의를 수탁자에게 이전하는 이른바 양자간 명의신탁의 경우에 그 명의신탁약정에 의하여 이루어진 수탁자 명의의 소유권이전등기는 원인무효로서 말소되어야 하고, 그 부동산은 여전히 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 법률행위가 될 것이고, 원상회복은 제3자가 수탁자에게 말소등기절차를 이행하는 방법에 의할 것이다."

2324) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다89903 판결: "계약명의신탁약정에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 경우에는 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 다만 수탁자는 신탁자에 대하여 매수대금 상당의 부당이득반환의무를 부담하게 된다. 신탁자와 수탁자 사이에 신탁자의 지시에 따라 부동산의 소유 명의를 이전하기로 약정하였더라도 이는 명의신탁약정이 유효함을 전제로 명의신탁 부동산 자체의 반환을 구하는 범주에 속하는 것에 해당하여 역시 무효이다. 그리고 이와 같이 신탁자가 수탁자에 대하여 부당이득반환채권만을 가지는 경우에는 그 부동산은 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이라고 볼 수 없고, 신탁자가 위 부동산에 관하여 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적인 당사자가 되어 처분행위를 하고 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도 그로써 신탁자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로, 이를 들어 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없다."

2325) 대법원 2016. 7. 29. 선고 2015다56086 판결: "부부간의 명의신탁약정은 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 이때 명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 신탁해지를 하고 신탁관계의 종료 그것만을 이유로 하여 소유 명의의 이전등기절차의 이행을 청구할 수 있음은 물론, 신탁해지를 원인으로 하고 소유권에 기해서도 그와 같은 청구를 할 수 있는바, 이와 같이 명의신탁관계가 종료된 경우 신탁자의 수탁자에 대한 소유권이전등기청구권은 신탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산이 된다. 그런데 신탁자가 이러한 유효한 명의신탁약정을 해지함을 전제로 신탁된 부동산을 제3자에게 직접 처분하면서 수탁자 및 제3자와의 합의 아래 중간등기를 생략하고 수탁자에게서 곧바로 제3자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 준 경우 이로 인하여 신탁자의 책임재산인 수탁자에 대한 소유권이전등기청구권이 소멸하게 되므로, 이로써 신탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 채무초과상태가 더 나빠지게 되고 신탁자도 그러한 사실을 인식하고 있었다면 이러한 신탁자의 법률행위는 신탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다."

일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 채권최고액 범위 내의 실제 피담보채권액[2326]을 공제한 나머지 부분만이고,[2327] 그 피담보채권액이 목적물의 가격을 초과하고 있는 때에는 당해 목적물의 처분은 사해행위에 해당하지 아니한다.[2328]

수 개의 부동산에 공동저당권이 설정되어 있는 경우 책임재산을 산정함에 있어 각 부동산이 부담하는 피담보채권액은 특별한 사정이 없는 한 민법 제368조[2329]의 규정 취지에 비추어 공동저당권의 목적으로 된 각 부동산의 가액에 비례하여 공동저당권의 피담보채권액을 안분한 금액이라고 보아야 하나, 그 수 개의 부동산 중 일부는 채무자의 소유이고 다른 일부는 '물상보증인'의 소유인 경우에는, 물상보증인이 민법 제481조, 제482조의 규정에 따른 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점 등을 고려할 때, 그 물상보증인이 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 없는 한 채무자 소유의 부동산에 관한 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권액 전액으로 봄이 상당하고, 이는 하나의 공유부동산 중 일부 지분이 채무자의 소유이고 다른 일부 지분이 물상보증인의 소유인 경우에도 마찬가지이다.[2330] 수 개의 부동산 중 일부는 채무자의 소유이고 일부는 공동저당권이 설정된 상태에

2326) 대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다42618 판결; "여기서 피담보채권액이라 함은 근저당권의 경우 채권최고액이 아니라 실제로 이미 발생하여 있는 채권금액이라고 할 것이다."

2327) 상가건물 공유자 전원으로부터 상가건물을 임차한 임차인이 대항요건을 갖추어 임차보증금에 관하여 우선변제를 받을 수 있는 권리를 가진 경우에, 공유자 중 1인인 채무자가 처분한 지분 중에 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 우선변제권이 있는 임차보증금 반환채권 전액을 공제한 나머지 부분이다(대법원 2017. 5. 30. 선고 2017다205073 판결).

2328) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다287891 판결(따라서 채무자가 근저당권이 설정된 부동산을 처분하면서 매매대금으로 그 부동산에 대해서 다른 채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있는 지위에 있는 근저당권자의 피담보채권액 중 '일부'를 변제하고 근저당권을 말소한 경우라면 특별한 사정이 없는 한 부동산 처분행위를 사해행위로 볼 수 없다).
그러나 저당권의 피담보채권액이 목적물의 가액을 초과하였더라도 채무자가 목적물을 양도하기에 앞서 자신의 출재로 피담보채무의 일부를 변제하여 잔존 피담보채권액이 목적물의 가액을 초과하지 않게 되었다면 이러한 목적물의 양도로 그 목적물의 가액에서 잔존 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서 사해행위가 성립하는 것이고, 이는 채무자의 출재에 의한 피담보채무의 일부 변제가 양도계약 체결 후 이에 따른 소유권이전등기 등이 마쳐지는 과정에서 이루어진 경우에도 마찬가지로 보아야 한다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다208792 판결).

2329) 민법 제368조(공동저당과 대가의 배당) ① 동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다.

2330) 대법원 2013. 7. 18. 선고 2012다5643 전원합의체 판결[이어서 '앞서 본 법리에 따라 물상보증인인 피고(처)가 소외인(남편)에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 있는지를 살펴서 위 지분의 시가에서 그 피담보채권 전액을 공제할지 아니면 지분 비율에 따른 금액만을 공제할지를 따져 사해행위 여부를 판단하여야 한다. … 특별한 사정이 있는지 여부는 소외인이 소외 은행 근저당권을 설정하고 대출받은 돈이 실제로 사건 부동산 구입 자금으로 사용되었는지, 위 대출금이 사건 부동산의 구입 자금으로 사용되었다면 그 대출금을 제외한 나머지 구입 자금은 어떻게 마련하였는지, 특히 피고가 자신의 고유재산으로 구입 자금 중 일부를 부담하였는지 및 피고가 소외인의 채무에 대하여 연대보증과 물상보증을 하게 된 경위 등을 종합적으로 심리하여 판단하여야 할 것이다.'라고 판시]. ☛ **[동일 판시]** 대법원 2023. 9. 21. 선고 2023다249739 판결; 채권자 원고가 채무자 소외인으로부터 소외인, 피고 공유의 부동산 중 소외인 지분 1/2을 매수한 피고를 상대로 매매계약을 사해행위로 취소하고 가액배상을 구하는 소를 제기하였는데, 매매계약 당시 위 부동산 전체에 소외인을

서 이를 취득한 '제3취득자'의 소유인 경우에도 동일한 법리가 적용된다.[2331]

선순위 담보권의 설정이 별소 또는 동일 소송에서 사해행위로 인정된 경우, 후순위 담보권 설정행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 그 선순위 담보권의 피담보채무액을 당해 부동산에 설정된 담보권의 피담보채무액에 포함시켜서는 아니 된다.[2332] 따라서 채무자가 선순위 근저당권이 설정되어 있는 상태에서 그 부동산을 제3자에게 양도한 후 선순위 근저당권설정계약을 해지하고 근저당권설정등기를 말소한 경우에, 비록 근저당권설정계약이 이미 해지되었지만 그것이 사해행위에 해당하는지 여부에 따라 후행 양도계약 당시 당해 부동산의 잔존가치가 피담보채무액을 초과하는지 여부가 달라지게 되고 그 결과 후행 양도계약에 대한 사해취소청구가 받아들여지는지 여부 및 반환범위가 달라지게 되는 때에는, 이미 해지된 근저당권설정계약이라 하더라도 그에 대한 사해행위취소청구를 할 수 있는 권리보호의 이익이 있고, 이는 근저당권설정계약이 양도계약보다 나중에 해지된 경우뿐 아니라 근저당권설정계약의 해지를 원인으로 한 근저당권설정등기의 말소등기와 양도계약을 원인으로 한 소유권이전등기가 같은 날 접수되어 함께 처리되고 그 원인일자가 동일한 경우에도 마찬가지이다.[2333]

피담보채권액이 목적물의 가격을 초과하는 담보권이 설정되어 있는 상태에서, 목적물

채무자로 한 근저당권이 설정되어 있었고, 소외인 지분에 조세채권에 기한 압류등기가 마쳐져 있었던 사안에서, 물상보증인인 피고가 소외인에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 있다고 보이지 아니하므로 소외인 지분 중 일반채권자의 공동담보에 제공되는 책임재산을 산정할 때에 피담보채무 전액 및 조세채무액을 공제하여야 하는데, 원심은 피담보채무액의 1/2만을 공제하고, 조세채무액을 공제하지 아니한 잘못이 있으나, 공동담보가액이 원고의 피보전채권액을 넘으므로 판결 결과에 영향을 미치지는 않았다고 한 예.

2331) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다25671 판결; "수 개의 부동산 중 일부는 채무자의 소유이고 일부는 공동저당권이 설정된 상태에서 이를 취득한 제3취득자의 소유로서 그 제3취득자가 민법 제481조, 제482조의 규정에 정한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 있는 지위에 있는 경우라면 채무자 소유 부동산에 관한 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권액 전액으로 보아야 한다. 이러한 법리는 한 개의 공유부동산 중 일부 지분이 채무자의 소유이고 일부는 제3취득자의 소유인 경우에도 마찬가지로 적용된다." ㉮ 채무자 甲이 A은행에 근저당권을 설정해 준 다음, 乙·丙에게 부동산 중 각 1/4 지분에 관한 소유권을 이전해 주었고, 이어 부동산 지분에 관하여 B은행에 근저당권을 설정해 준 후에 丁과 매매계약을 체결한 사안에서, 乙·丙은 A은행 명의의 근저당권이 설정된 상태에서 각 1/4 지분을 취득한 제3취득자이므로, 乙·丙은, 채무자 甲의 A은행 근저당권 피담보채무 내지 그 이행을 인수하는 등의 사정으로 甲에 대하여 구상권을 행사할 수 없다는 특별한 사정이 없는 이상, 매매계약 당시 변제자대위에 의하여 甲 소유의 부동산 지분에 대하여 저당권을 행사할 수 있는 지위에 있었고, 따라서 매매계약 당시 부동산 지분이 부담하는 A 은행 근저당권의 피담보채권액은 채권최고액 전액으로 보아야 한다고 판단한 예.

2332) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다23081 판결.

2333) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다75232 판결; 원고가 채무자와 피고 사이에 2009. 2. 26. 체결된 근저당권설정계약이 사해행위라고 주장하면서 그 취소를 구함에 대하여, 원심이, 위 설정계약에 따라 마친 근저당권설정등기가 2009. 3. 30. 해지를 원인으로 말소되었으므로 원칙적으로 권리보호의 이익이 없다고 할 것이나, 채무자는 2009. 3. 30. 그의 처제인 강OO과 사이에 매매계약을 체결하고 같은 날 매매를 원인으로 강OO 앞으로 소유권이전등기를 마쳤는데, 원고는 위 매매계약을 사해행위라고 주장하면서 별개의 채권자취소소송을 제기하였고, 그 소송 1심에서 위 근저당권설정등기의 피담보채권 1억 원을 포함하여 피담보채권 합계액이 부동산의 시가인 3억 원을 초과하므로 위 매매계약을 사해행위로 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구가 기각된 사실 등에 의하면, 위 근저당권설정계약이 사해행위로서 취소되는지 여부에 따라 관련 소송에서 강OO의 사해행위 여부 및 반환 범위도 달라지므로 권리보호의 이익이 있다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

가격에 미달하는 변제액에 기초한 담보권자의 조건부 담보해지의사에 따라 목적물이 양도된 경우, 이는 사해행위에 해당하지 아니한다.[2334]

채권자들 중에 임금채권자처럼 경매 등의 환가절차에서 저당권에 의하여 담보되는 채권보다 우선하여 배당을 받을 수 있는 채권자가 있는 경우에도 저당권의 피담보채권액이 부동산의 가액을 초과하는 때에는 당해 부동산의 양도는 사해행위에 해당한다고 할 수 없고, 피담보채권액이 그 재산의 가액을 초과하는 재산의 양도행위가 저당권의 피담보채권보다 우선하여 배당받을 수 있는 채권자에 대한 관계에 있어서만 사해행위가 된다고 할 수도 없다.[2335]

법원으로서는 당해 부동산의 시가 및 근저당권의 실제 피담보채권액을 심리하여 확정한 후 부동산의 시가에서 실제의 피담보채권액을 공제한 결과 사해행위 시는 물론 변론종결 시에 그 잔액이 있는 경우 그 한도에서 사해행위의 성립을 인정하여야 한다.[2336]

근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 관한 증명책임은 그 존재를 주장하는 피고에게 있다.[2337]

(3) 행위별 사해성의 검토

(가) 매 매

채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산[2338]을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위는 원칙적으로 사해행위가 된다고 할 것이지만, 그 부동산의 매각 목적이 채무의 변제 또는 변제자력을 얻기 위한 것이고, 그 대금이 부당한 염가가 아니며, 실제

2334) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다24954 판결; "사해행위에서 공동담보의 이탈로 인한 채권자의 손해는, 단순히 그러한 손해발생의 위험이 있다는 것만으로는 부족하고 현실적인 것임을 요하므로, 채무자의 양도행위 이전에 근저당권자가 자신이 산정한 회수예상가액에 기초하여 채무자에게, 부동산의 양수인이 회수예상가액에 상당하는 피담보채권액을 지급하면 근저당권을 해지하여 주겠다는 의사표시를 하였고, 그 약정된 지급액이 양도행위 당시의 목적물의 가격에 미달하더라도, 위와 같은 근저당권자의 조건부 의사표시만으로는 공동담보의 발생 가능성이 생긴 데 불과하므로, 양수인이 위와 같은 근저당권자의 의사표시에 기초하여 채무자로부터 목적물을 양수한 것이 일반 채권자들에 대하여 사해행위로 될 수는 없다."

2335) 대법원 2006. 4. 13. 선고 2005다70090 판결; 채무초과의 상태에 있는 채무자가 근로자들에 대한 임금채무 등의 지급을 면하고자 채무자의 유일한 재산인 선박을 채권자 중 1인에게 매도하였는데, 매도 당시 그 선박에 설정되어 있는 근저당권들의 피담보채권액의 합계가 선박의 시가를 초과하고 있는 사안에서, 위 선박의 양도행위가 임금채권 등 근저당권에 우선하는 채권을 가진 자에 대하여는 사해행위에 해당한다고 판단한 원심판결을, 채권자취소권에 관한 법리오해를 이유로 파기한 예.

2336) 대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다42618 판결.

2337) 대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다27847 판결; 대물변제계약 당시 채권최고액 3억 원과 1억 원의 각 근저당권 설정등기가 마쳐져 있었는데, 부동산 가액에서 위 각 근저당권의 피담보채무액을 공제하면 부동산의 재산가치가 없으므로 대물변제계약은 사해행위에 해당하지 않는다는 피고의 주장에 대하여, 원심이, 피고가 제출한 증거만으로 위 각 근저당권의 피담보채무가 존재한다고 볼 수 없고, 달리 그 피담보채무의 존재나 그 액수를 인정할 만한 증거가 없다고 판단하여 위 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 등기의 추정력, 증명책임의 분배에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다고 한 예.

2338) 유일한 재산이 '채권'인 경우에도 같다(2004다43909).

이를 채권자에 대한 변제에 사용하거나 변제자력을 유지하고 있는 경우에는, 채무자가 일부 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 사해행위에 해당한다고 볼 수 없다.[2339]

채무자가 수익자로부터 물건을 고가로 매수하면서 매수대금을 수익자에 대한 기존 채권으로 상계하여 지급한 경우, 사해행위인 매매계약의 취소로 족하고, 별도로 채무자의 상계 의사표시를 취소할 필요는 없다.[2340]

(나) 변제 등 채무 본지에 따른 이행행위

채무자가 채무초과 상태에서 특정채권자에게 채무의 본지에 따른 변제를 함으로써 다른 채권자의 공동담보가 감소하는 결과가 되는 경우에도 그 변제는, '특별한 사정'(채무자가 특히 일부의 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 한 경우)이 없는 한, 원칙적으로 사해행위에 해당하지 아니하므로, 변제가 사해행위임을 주장하는 사람은 위 '특별한 사정'에 대한 주장·증명책임을 진다.[2341] 사해행위가 '변제'인 경우에

2339) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다83992 판결. 이러한 법리는 유일한 재산으로서 영업재산과 영업권이 유기적으로 결합된 일체로서 영업을 양도하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2021. 10. 28. 선고 2018다223023 판결). ☛ 즉, ① '유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위'는 원칙적으로 사해행위에 해당하고, 예외적으로 ② 'ⓐ부동산의 매각 목적이 채무의 변제 또는 변제자력을 얻기 위한 것이고, ⓑ그 대금이 부당한 염가가 아니며, ⓒ실제 이를 채권자에 대한 변제에 사용하거나 변제자력을 유지하고 있는 경우'에는, 사해행위에 해당하지 않으나, ②(= ⓐ+ⓑ+ⓒ)의 경우에도 ③ '채무자가 일부 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 하는 등의 특별한 사정'이 있는 경우에는, 다시 원칙으로 돌아가 사해행위에 해당한다는 것이다.

2340) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2001다64073 판결: "사해행위에 해당하는 원심 인정 금원 범위 내의 주식매매의 반대급부로 수익자가 취득한 수익은 현실의 금전 등 유체물이 아니라 채무자의 상계의 의사표시에 의하여 수익자의 채무자에 대한 기존의 채무가 대등액에서 소멸함으로써 그 채무를 면하게 된 이익이라고 할 것인데 그 사해행위인 매매가 취소되는 경우에는 그 취소의 효과로 인하여 당연히 취소 채권자로서는 위 매매의 효력이 유효하게 존속함을 전제로 하여 이루어진 상계의 효력, 즉 기존채무 소멸의 효과를 부정할 수 있다고 할 것이므로 별도로 채무자의 상계의 의사표시를 취소할 것도 없이 채무자의 수익자에 대한 기존의 채권이 부활하는 것으로 취급할 수 있는 것이고, 그로써 취소채권자는 사해행위 취소의 목적을 달성하게 되는 것으로서 달리 수익자에게 반환을 명할 수익이 남아 있는 것도 아니라 할 것이니, 더 나아가 수익자에 대하여 금전채권의 이행을 별도로 직접 또는 대위의 방법에 의하여 구할 것까지는 없다고 할 것이다."

2341) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다10985, 10992 판결(채권자가 채무의 변제를 구하는 것은 그의 당연한 권리행사로서 다른 채권자가 존재한다는 이유로 이것이 방해받아서는 아니 되고 채무자도 채무의 본지에 따라 채무를 이행할 의무를 부담하고 있어 다른 채권자가 있다는 이유로 그 채무이행을 거절하지는 못하기 때문이다). 마찬가지의 이유로, ① 채무자의 재산에 대한 경매절차에서 평등하게 배당받기 위해 집행권원을 필요로 하는 채권자의 요구에 따라 채무자가 그 채권자에 대한 기존채무의 변제를 위하여 소비대차계약을 체결하고 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 준 경우에는, 그와 같은 행위로 인해 자신의 책임재산을 특정 채권자에게 실질적으로 양도한 것과 다를 바 없는 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에 해당하지 아니하는 한, 다른 채권자를 해하는 사해행위가 된다고 볼 수 없다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2010다103376 판결). ② 채무자의 부동산에 관한 매매계약 등의 유상행위가 사해행위라는 이유로 취소되고 그 원상회복이 이루어짐으로써 수익자에 대하여 부당이득반환채무를 부담하게 된 채무자가 그 부당이득반환채무의 변제를 위하여 수익자와 소비대차계약을 체결하고 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 준 경우에도, 그와 같은 행위로 인해 자신의 책임재산을 그 수익자에게 실질적으로 양도한 것과 다를 바 없는 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에 해당하지 아니하는 한, 다른 채권자를 해하는 새로운 사해행위가 된다고 볼 수 없다. 이러한 수익자의 채무자에 대한 채권은 당초의 사해행위 이후에 취득한 채권에 불과하므로 수익자

는, 채무자와 피고(수익자)의 '통모'가 사해행위의 성립요건으로서 청구원인 사실로 주장·증명되어야 하므로, 피고의 선의 항변은 성립될 여지가 없다.

채무자가 '금전채무'의 '변제에 갈음하여 또는 변제를 위하여' '다른 금전채권을 양도'하는 경우에 그 사해성의 판단 기준은 변제의 경우와 같이 볼 것이 아니라, 대물변제나 담보제공행위의 경우와 같이 볼 것이다.[2342]

한편, 부동산의 명의수탁자가 신탁행위에 기한 반환의무의 이행으로서 신탁부동산의 소유권이전등기를 경료하는 행위는 기존채무의 이행으로서 사해행위를 구성하지 아니한다.[2343] 같은 취지로, 등기행위,[2344] 채권양도통지[2345]는 채권자취소권 행사의 대상이 되지

는 그 원상회복된 재산에 대한 강제경매절차에서 배당을 요구할 권리가 없다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2012다14975 판결).

반면에, ③ 무자력 상태의 채무자가 기존채무에 관한 특정의 채권자로 하여금 채무자가 가지는 채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받음으로써 강제집행절차를 통하여 사실상 우선변제를 받게 할 목적으로 그 기존채무에 관하여 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 주어 채권자가 채무자의 그 채권에 관하여 압류 및 추심명령을 얻은 경우에는 그와 같은 공정증서 작성의 원인이 된 채권자와 채무자의 합의는 기존채무의 이행에 관한 별도의 계약인 이른바 채무변제계약에 해당하는 것으로서 다른 일반채권자의 이익을 해하여 사해행위가 된다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다33884 판결).

2342) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결, 대법원 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결 등(2010다52416, 2011다28045도 같다). '기존 금전채무'의 '변제에 갈음하여' '다른 금전채권을 양도'하는 경우에 사해성의 판단 기준을 변제의 경우와 마찬가지로 본 2003다1205 판결, 2003다60822 판결은 사실상 변경된 것으로 볼 수 있다(상세한 내용은 제11판 595면 각주 2131 참조). 위 2007다2718 판결 등은 채무 본지에 따른 변제의 경우 여전히 대물변제나 담보제공행위와는 사해성의 판단 기준을 달리 하고 있다.

2343) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다79704 판결(처인 피고가 남편인 소외인에게 명의신탁한 부동산에 관하여 피고 앞으로 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 것을 사해행위라고 볼 수는 없다고 한 사례)

2344) 대법원 1962. 11. 15. 선고 62다634 판결; "채권자의 채권을 해한다는 것은 채무자의 재산 감소를 목적으로 하는 채무자의 법률행위 자체를 말하는 것으로서 단지 기존채무의 이행으로서 등기를 하는 경우에 그 채무의 원인되는 행위가 취소권을 행사하려는 채권자의 채권보다 앞서 발생한 때에는 특별한 사정이 없는 한 그 등기는 채권자 취소권의 대상이 될 수 없다."

2345) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2011다32785, 32792 판결은 사해행위취소청구가 반소로 제기된 사안에서, "채권자취소권은 채무자가 채권자에 대한 책임재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 이를 취소하고 원상회복을 하여 공동담보를 보전하는 권리이고, 채권양도의 경우 그 권리이전의 효과는 원칙적으로 당사자 사이의 양도계약의 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."라고 일반론을 판시한 다음, "원심은 피고 리맥스가 이 사건 채권자취소권의 피보전권리로 주장하는 대여금채권은 원고가 쿨투로부터 이 사건 임대차보증금반환채권을 양도받은 이후에 발생하였고, 다만 채권양도 통지는 위 피보전권리가 발생한 후에 이루어진 사실을 인정한 다음, 채권양도행위와 분리하여 양도통지만을 사해행위로 취급하여 그것에 대한 채권자취소권의 행사를 인정할 수는 없다는 이유로 피고 리맥스의 반소청구를 기각하였다. 앞서 본 법리에 의하면, 이 사건 임대차보증금반환채권은 원고와 쿨투 사이의 채권양도계약으로 이미 원고에게 이전되는 효력이 발생한 것이니, 이는 그 이후에 피보전권리를 취득한 피고 리맥스에 대한 관계에서는 채권자취소권에 의하여 보전할 책임재산에 포함되지 않는 것이고, 결국 위 채권양도행위가 사해행위에 해당하지 않는 이상 그 이후에 이루어진 채권양도 통지만이 채권자취소의 대상이 될 수는 없다."라고 하였는바, 일반론 중 "채권양도행위가 사해행위에 해당하지 않는 경우에 양도통지가 따로 채권자취소권 행사의 대상이 될 수는 없다"는 부분이 "채권양도행위가 사해행위에 해당하는 경우에는 양도통지가 따로 채권자취소권 행사의 대상이 될 수 있다"는 취지로 읽혀질 여지가 있으나, 이는 타당한 것이 아니고, 기존의 채권양도행위에 따라 그 채무 본지에 따른 이행으로서 행해지는 채권양도통지는 채권양도행위가 사해행위에 해당하는지 여부와 관계없이 별도로 채권자취소권 행사의 대상 자체가 되지 않는다고 봄이 옳다. 양수도 대상 채권은 채권양도계약으로 양수인에게 이전되는 효력이 발생하고, 채권자취소권에 의하여 보전할 양도인의 책임재산에 포함되지 않는다

않는다고 보아야 한다.[2346]

(다) 어음발행행위

'기존 채무의 지급을 위하여' 약속어음이 발행된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 약속어음의 발행으로 인하여 채무자의 채무가 새로이 증가되는 것이 아니므로 약속어음의 발행이 사해행위에 해당한다고 할 수 없지만,[2347] 채무자가 약속어음을 발행함으로써 '새로운 채무를 부담'하게 되는 경우,[2348] 실질에 있어 채무자가 자신의 채권을 특정 채권자에게 양도한 것과 다를 바가 없는 것으로 볼 수 있는 경우[2349]에는, 약속어음의 발행이 사해행위에 해당할 수 있다.

채권자취소의 '구체적인 청구형태'는, ① 수익자가 사해행위인 약속어음 발행행위 및 그에 터잡은 추심명령 또는 전부명령에 기하여 배당에 참가하여 배당표는 확정되었으나 배당금을 현실적으로 지급받지 못한 경우에는, 채권자취소권의 행사는 어음 발행행위를 취소하고 원상회복으로 수익자가 취득한 배당금지급청구권을 채무자에게 반환하는 즉, '배당금지급채권의 양도'와 '그 채권양도의 통지'를 배당금지급채권의 채무자에게 하여 줄 것을 청구하는 형태가 되고, ② 사해행위가 취소되기 전에 이미 수익자 또는 전득자가 배당금을 지급받았거나 변제 등의 방법으로 제3채무자에 대한 채권이 소멸된 경우에는, 채권자는 원상회복방법으로 수익자 또는 전득자를 상대로 배당 또는 변제로 수령한 금전의 지급을 가액배상의 방법으로 청구하는 형태가 된다.[2350]

고 보아야 한다.

2346) '가등기에 기하여 본등기가 경료된 경우 가등기의 원인인 법률행위와 본등기의 원인인 법률행위가 명백히 다른 것이 아닌 한 사해행위 요건의 구비 여부는 가등기의 원인된 법률행위 당시를 기준으로 하여 판단하여야 한다'는 대법원 2001. 7. 27. 선고 2000다73377 판결 등도 같은 맥락이다.

2347) 대법원 2002. 8. 27. 선고 2002다27903 판결; 채무자가 기존 채무의 변제를 위하여 어음을 발행한 뒤 '5개월이 더 지나' 그 어음금 청구에 관하여 강제집행을 승낙하는 취지의 공정증서를 작성하여 주고 채권자가 이를 이용하여 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 관하여 압류 및 전부명령을 받은 경우, 채무자가 그 채권을 채권자에게 양도한 것과 같이 보아 사해행위에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례.

2348) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다64441 판결; "채무자가 약속어음을 발행함으로써 새로운 채무를 부담하게 되는 경우에 있어서는, 그 채무부담으로 인하여 채무자가 채무초과상태에 빠지거나 이미 빠져 있던 채무초과상태가 더욱 악화, 심화된다면, 그 약속어음의 발행은 다른 채권자를 해하는 것으로서 사해행위에 해당한다고 할 것이다."

2349) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다7783 판결; "어떤 행위를 사해행위라고 하려면 그 행위로 말미암아 위와 같은 상태가 초래되었다는 점이 전제되어야 한다고 할 것이고, 이는 채무자가 '처음부터' 특정 채권자로 하여금 채무자의 적극재산인 채권을 강제집행의 형식을 빌어 압류전부받게 할 목적으로 채무부담행위를 하고 그와 아울러 그에 대하여 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 주고 채권자는 이를 이용하여 채무자의 채권을 압류전부받은 때와 같이, 실질에 있어 채무자가 자신의 채권을 특정 채권자에게 양도한 것과 다를 바가 없는 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다."

2350) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다42711 판결 등(공정증서상 집행인낙의 의사표시나 압류, 전부명령이 사해행위취소의 대상이 되는 것은 아니다).
아직 강제집행절차가 종료되지 아니한 경우에 있어서는, 수익자가 어음채권을 취득한 것 외에 어떤 구체적인 수익을 얻었다고 할 수 없고, 집행권원을 얻은 것 자체를 원상회복의 대상이 되는 수익에 해당한다고도 할

(라) 증여 등 무상행위

채무자가 채무초과 상태에서 자신의 재산을 타인에게 증여하였다면 특별한 사정이 없는 한 이러한 행위는 사해행위가 된다.[2351]

사해행위의 취소를 구하는 채권자가 채무자의 수익자에 대한 금전지급행위[2352]를 증여라고 주장함에 대하여, 수익자가 이를 다툰다면, 위 금전지급행위가 사해행위로 인정되기 위해서는 그 금전지급행위가 증여에 해당한다는 사실이 증명되어야 하고, 그에 대한 증명책임은 사해행위를 주장하는 채권자에게 있다.[2353]

수 없으므로 그 집행권원의 반환이나 인도 등에 의한 원상회복을 청구할 여지는 없다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다64441 판결).
한편, 장래의 미확정의 채권이라도 전부될 수 있는 적격을 가지는 것이므로 채권이 압류, 전부되고 상당 기간이 경과되거나 일정한 조건이 성취되는 등의 사정이 있는 경우에는, 그 채권의 객관적 가치는 압류, 전부될 당시와는 차이가 있을 수 있으므로 채무부담행위가 사해행위로서 취소되는 경우 압류, 전부된 채권의 가치가 압류, 전부를 전후하여 달라졌다면, 원상회복으로서 그 압류, 전부된 채권 자체의 양도에 의한 반환을 구할 수는 없고, 압류, 전부될 당시에 있어서의 그 채권의 가액의 배상을 구하여야 한다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다7783 판결; 피고는 채무자의 제3채무자에 대한 공사도급계약에 따른 공사대금채권을 압류·전부받은 후 피고 스스로 공사를 수행하여 완공하였음을 알 수 있으므로 위 공사대금채권은 압류·전부 후에 그 성질이나 내용 또는 가치가 달라졌다고 할 것이고, 따라서 약속어음의 발행행위가 사해행위에 해당하여 취소되는 데 따른 원상회복은 현재 피고가 보유하고 있는 위 공사대금채권 그 자체의 양도에 의한 반환을 구할 수는 없고, 위 압류·전부 당시에 있어서의 위 공사대금채권의 객관적 평가액 또는 그 당시의 기성고에 따른 공사대금채권 상당액의 배상을 구하는 방법으로 하여야 한다고 한 예).

2351) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다28686 판결.
특정한 채권에 대한 공동 연대보증인 중 1인이 다른 공동 연대보증인에게 재산을 증여하여 특정채권자가 추급할 수 있는 채무자들의 총 책임재산에는 변동이 없다고 하더라도, 재산을 증여한 연대보증인의 재산이 감소되어 그 특정한 채권자를 포함한 일반채권자들의 공동담보에 부족이 생기거나 그 부족이 심화된 경우에는, 그 증여행위의 사해성을 부정할 수는 없다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결).

2352) '**금전의 지급**'을 사해행위로서 취소하여 원상회복으로 금전의 지급을 구하는 경우 원금 외에 지연배상금의 지급도 구할 수 있고, 이 경우 지연배상금의 기산점은 '상대방이 실제로 금전을 지급받은 때'이다(대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다76753 판결; 소외인이 피고 회사에 증여한 13억 5,000만 원에 대해 그 증여한 날부터의 지연손해금의 지급을 명한 예). 가액배상의 경우와는 다르다.

2353) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다309484 판결.
○ 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다28686 판결.: "채무자가 채무초과의 상태에서 특정 채권자에게 채무의 본지에 따른 변제를 함으로써 다른 채권자의 공동담보가 감소하는 결과가 되는 경우, 그 **변제**는 채무자가 특히 일부의 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 한 경우가 아닌 한 원칙적으로 사해행위가 되는 것이 아니다. 그런데 사해행위의 취소를 구하는 채권자가 채무자의 수익자에 대한 금원지급행위를 증여라고 주장함에 대하여, 수익자는 이를 기존 채무에 대한 변제로서 받은 것이라고 다투고 있는 경우, 이는 채권자의 주장사실에 대한 부인에 해당할 뿐 아니라, … 채무자의 금원지급행위가 증여인지, 변제인지에 따라 채권자가 주장·입증하여야 할 내용이 크게 달라지게 되므로, 결국 위 금원지급행위가 사해행위로 인정되기 위하여는 그 금전지급행위가 증여에 해당한다는 사실이 입증되거나 변제에 해당하지만 채권자를 해할 의사 등 앞서 본 특별한 사정이 있음이 입증되어야 할 것이고, 그에 대한 입증책임은 사해행위를 주장하는 측에 있다."
○ 대법원 2018. 12. 27. 선고 2017다290057 판결; "**송금 등 금전지급행위**가 증여에 해당하기 위해서는 객관적으로 채무자와 수익자 사이에 금전을 무상으로 수익자에게 **종국적으로 귀속**시키는 데에 의사의 합치가 있어야 한다. 다른 사람의 예금계좌에 금전을 이체하는 등으로 송금하는 경우 다양한 원인이 있을 수 있는데, 과세 당국 등의 추적을 피하기 위하여 일정한 인적 관계에 있는 사람이 그 소유의 금전을 자신의 예금계좌로 송금한다는 사실을 알면서 그에게 자신의 예금계좌로 송금할 것을 승낙 또는 양해하였다거나 그러한 목적으로 자신의 예금계좌를 사실상 지배하도록 용인하였다는 것만으로는 특별한 사정이 없는 한 송금인과 계좌명의인 사이에 송금액을 계좌명의인에게 무상으로 증여한다는 의사의 합치가 있었다고 쉽사리 추단할 수 없다. 이는

부부 간 금원 증여의 경우에는, 부부 관계의 특성(부부는 생활 경제 공동체로서 편의상 부부 일방 명의의 계좌를 함께 사용할 수 있고, 서로 쉽게 금전이 오갈 수 있는 관계)을 고려하여 증여 여부를 판단하여야 한다.[2354]

채무자가 '물상보증인이 되는 행위'로 인하여 채무자의 책임재산이 부족하게 되거나 그 상태가 심화되었다면 사해행위가 성립한다.[2355]

채무자가 소멸시효 완성 후에 한 '소멸시효이익의 포기행위'는 소멸하였던 채무가 소멸하지 않았던 것으로 되어 결과적으로 채무자가 부담하지 않아도 되는 채무를 새롭게 부담하게 되는 것이므로 채권자취소권의 대상인 사해행위가 될 수 있다.[2356] 매매예약완

금융실명제 아래에서 실명확인절차를 거쳐 개설된 예금계좌의 경우에 특별한 사정이 없는 한 명의인이 예금계약의 당사자로서 예금반환청구권을 가진다고 해도, 이는 계좌가 개설된 금융회사에 대한 관계에 관한 것으로서 그 점을 들어 곧바로 송금인과 계좌명의인 사이의 법률관계를 달리 볼 것이 아니다." ☛ **금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제5항**(실명 확인 계좌 보유 금융자산의 명의자 소유 추정 규정)이 2014. 5. 28. 신설되어 2014. 11. 29. 시행 된 이후부터는 계좌 개설 금융회사에 대한 상대적 관계에서 만이 아니라 대세적으로 실명 확인 계좌의 금융자산은 명의자의 소유로 법률상 추정된다고 보아야 하므로, 위 판결의 일부 판시는 타당하지 않다.

2354) 부부 간 부동산 매수대금 증여의 경우에는, 부부 관계의 특성(부부는 생활 경제 공동체로서 편의상 부부 일방 명의의 계좌를 함께 사용할 수 있고, 서로 쉽게 금전이 오갈 수 있는 관계)을 고려하여, 매수대금이 지급된 남편 명의 계좌의 관리 주체와 방법, 부동산 매수 목적과 그 매수대금이 부부의 재산에서 차지하는 비중, 부부의 재산형성에 처의 기여를 인정할 수 없는지 등도 충분히 심리하여야 하고, 남편 명의의 계좌 예금이나 대출금으로 처의 부동산 매수대금이 지급되었다는 사실만으로 증여하였다고 속단해서는 아니 된다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다309484 판결). 이는 조세부과처분 취소소송에서, "부부 사이에서 일방 배우자 명의의 예금이 인출되어 타방 배우자 명의의 예금계좌로 입금되는 경우에는 증여 외에도 단순한 공동생활의 편의, 일방 배우자 자금의 위탁 관리, 가족을 위한 생활비 지급 등 여러 원인이 있을 수 있으므로, 그와 같은 예금의 인출 및 입금 사실이 밝혀졌다는 사정만으로는 경험칙에 비추어 해당 예금이 타방 배우자에게 증여되었다는 과세요건사실이 추정된다고 할 수 없다."는 판시(2015두41937)와 그 궤를 같이 하는 것이다.

2355) ○ **대법원** 2015. 6. 11. 선고 2014다237192 판결: "채무자가 제3자의 채무를 담보하기 위하여 자신의 부동산에 근저당권을 설정함으로써 물상보증인이 되는 행위는 그 부동산의 담보가치만큼 채무자의 일반 책권자들을 위한 책임재산에 감소를 가져오는 것이므로, 물상담보로 제공된 부동산의 가액에서 다른 채권자가 가지는 피담보채권액을 채권최고액의 범위 내에서 공제한 잔액만을 채무자의 적극재산으로 평가하여야 하고, 그로 인하여 채무자의 책임재산이 부족하게 되거나 그 상태가 심화되었다면 사해행위가 성립한다."
○ 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다20617, 20624 판결: "채무자가 아무 채무도 없이 다른 사람을 위해 자신의 부동산에 관하여 근저당권을 설정함으로써 물상보증인이 되는 행위는 그 부동산의 담보가치만큼 채무자의 총재산에 감소를 가져오는 것이므로, 그 근저당권이 채권자의 가압류와 동순위의 효력밖에 없다 하여도, 그 자체로 다른 채권자를 해하는 행위가 된다고 볼 것이다."

2356) ○ 대법원 2013. 5. 31.자 2012마712 결정: 채무자가 그 소유 토지에 관하여 1998. 5. 20.자 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기를 1998. 6. 25. 수익자에게 마쳐주었다가, 1998. 9. 25.자 매매를 원인으로 하여 위 가등기에 기한 본등기를 2011. 8. 18. 마쳐준 사안에서, **원심**이, '본등기 경료행위는 가등기의 원인인 법률행위에서 발생한 효과에 따른 일련의 행위라고 보아야 하고, 채권자가 주장하는 채무자의 시효이익의 포기도 본등기 신청행위를 다른 면에서 평가한 것에 불과하여 궁극적으로는 본등기의 기초가 되는 가등기의 원인인 법률행위와 따로 떼어놓고 판단할 수 없다'고 전제한 후, '가등기의 원인인 법률행위는 1998. 5. 20.자 매매예약이고 이로부터 5년의 제척기간이 경과하였음이 역수상 명백하므로 가등기의 원인인 법률행위를 취소할 수 없고, 그와 따로 떼어 판단할 수 없는 채권자 주장의 시효이익 포기의 의사표시도 취소할 수 없다'고 한 데 대하여, **대법원**은, '수익자가 1998. 9. 25. 매매예약완결권을 행사하여 그때부터 채무자에 대하여 가등기에 기한 본등기청구권을 행사할 수 있었음에도 이를 10년간 행사하지 아니함으로써 소멸시효가 완성되었다고 할 것이고, 가등기에 기한 본등기청구권이 소멸되는 시효이익을 받는 자인 채무자가 2011. 8. 18. 채무자 명의로 가등기에 기한 본등기를 마쳐줌으로써 자신의 시효이익을 포기하는 행위를 하였다고 할 수 있으며,

결권이 제척기간 경과가 임박하여 소멸할 예정인 상태에서 '제척기간'을 '연장'하기 위하여 새로 매매예약을 하는 행위도 마찬가지이다.[2357]

'예금주 명의신탁계약'이 사해행위에 해당하여 취소될 경우, 그 취소에 따른 원상회복은, 특별한 사정(명의인이 예금계좌에서 예금을 인출하여 사용하였다거나[2358] 그 예금계좌를 해지하였다는 등)이 없는 한, 명의인에 대하여 '금융기관에 대한 예금채권을 출연자에게 양도'하고 아울러 '금융기관에 대하여 양도통지' 할 것을 명하는 방법으로 이루어진다.[2359]

이러한 채무자의 소멸시효이익 포기행위는 1998. 5. 20.자 매매예약과는 별개로 채권자취소권의 대상인 사해행위에 해당한다고 볼 수 있다'고 판단한 예.

○ 대법원 2018. 11. 9. 선고 2015다75308 판결; **원심**이, 원고가 민법 제1039조 본문에 따라 상속재산의 잔여가 있는 경우에 한하여 변제를 받을 수 있는 '**한정승인자가 알지 못한 자**'에 해당하고, 한정승인자인 소외 인들의 상속채무가 상속재산을 초과하여, 피고 명의의 근저당권등기가 말소되어도 상속재산으로 원고의 채권을 변제받을 수 없으므로, 위 근저당권등기의 피담보채권에 대한 소외인들의 채무승인은 원고에 대한 관계에서 공동담보의 감소를 초래하는 사해행위에 해당된다고 할 수 없다는 이유로 피고에 대한 위 채무승인 의사표시에 대한 원고의 사해행위취소 등 청구를 배척한 데 대하여, **대법원**은, 한정승인신고서에 첨부된 상속재산목록에 원고의 양수금채권이 기재되어 있지 않고, 소외인들이 다른 상속채권자들에게는 개별적으로 채권신고의 최고를 하면서도 원고에게는 최고를 하지 않은 점에 비추어 볼 때 적어도 소외인들이 채권신고의 최고를 한 시점에는 원고를 알지 못했던 것으로 보이나, 소외인들이 배당변제를 실시하기 전에 원고가 소외인들을 대위하여 피고를 상대로 피담보채권의 시효소멸을 원인으로 근저당권등기의 말소를 구하는 소송을 제기하고 소송 중 소외인들이 피고에게 채무승인서를 작성, 교부하기까지 하였으므로, 늦어도 그 시점에는 소외인들이 원고의 양수금채권의 존재를 알게 되었다고 봄이 타당하고, 따라서 원고는 민법 제1034조 제1항에 따라 배당변제를 받을 수 있는 '**한정승인자가 알고 있는 채권자**'에 해당한다고 보아야 한다고 판단함으로써 원심을 파기한 사례.

2357) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다247190 판결.

2358) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2017다290057 판결; "예금계좌에서 예금이 인출되어 사용된 경우에는 … 원상회복이 불가능하므로 가액반환만이 문제 되는데, 신탁자와 수탁자 중 누가 예금을 인출·사용하였는지에 따라 결론이 달라진다. 신탁자가 수탁자의 통장과 인장, 접근매체 등을 교부받아 사용하는 등 사실상 수탁자의 계좌를 지배·관리하고 있을 때에는 신탁자가 통상 예금을 인출·사용한 것이라고 볼 수 있다. 그러나 신탁자가 사실상 수탁자의 계좌를 지배·관리하고 있음이 명확하지 않은 경우에는 신탁자가 명의인의 예금계좌에서 예금을 인출하거나 이체하여 사용했다는 점을 수탁자가 증명하지 못하면 수탁자가 예금을 인출·사용한 것으로 보아야 한다. 예금을 인출·이체하는 데 명의인 본인 확인이나 본인 인증 등을 거쳐야 한다는 점에 비추어 일반적으로는 명의인이 예금을 사용했다고 보는 것이 보다 자연스럽기 때문이다." ☜ **원심**이, 피고들이 이 사건 각 계좌에 입금된 돈을 인출하여 사용하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상 사용된 금액에 대한 가액반환을 구할 수는 없고, 예금채권양도 방법으로 원상회복을 구해야 하는데, 위 계좌의 잔액이 남아 있지 않아 피고들이 해당 예금채권을 보유하고 있지 않은 점에 비추어 원상회복을 구할 수도 없다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 가액반환의 요건에 관해서 채권자인 원고가 항상 피고들이 계좌에 입금된 돈을 인출해서 사용하였다는 점에 관해서 증명책임을 지는 것처럼 판단한 것은 적절하지 않으나, 소외 1이 위 계좌를 지배·관리하면서 출금하여 사용한 사실이 인정됨을 이유로 소외 1에게 원상회복의 대상이 되는 돈이 반환되었다고 보아 원고의 가액반환 청구를 배척한 원심의 결론은 옳다고 판단한 예.

2359) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다212438 판결; 피고가 2007. 10. 16.경 소외 1에게 계좌 통장과 거래인장을 교부하였고, 소외 1이 채무초과 상태에서 소외 2로부터 받은 액면 10억 3,000만 원의 자기앞수표를 위 계좌에 입금한 뒤 피고가 아닌 소외 1이나 그 대리인이 그 돈을 출금하여 소외 1의 개인적인 용도로 사용하였으며, 그 결과 2012. 1. 29.경 계좌 잔액은 57,103원에 불과하였던 **사안**에서, **원심**이, 예금주 명의신탁계약의 사해행위취소로 인한 원상회복으로서 피고에 대하여 채권자인 원고에게 위 수표의 액면금 10억 3,000만 원 및 그 지연손해금을 지급할 것을 명한 데 대하여, **대법원**은, '피고가 소외 1의 부탁을 받고 위 계좌의 통장과 거래인장을 소외 1에게 교부하였으므로 피고와 소외 1 사이에는 계좌에 관한 예금주 명의신탁계약이 체결되었다고 할 것이고, 위 계좌가 잔액이 남아 있는 상태로 해지되지 아니한 채 존재하고 있다면 위 예금주 명의신탁계약의 취소로 인한 원상회복은 특별한 사정이 없는 한 피고에 대하여 위 계좌에 관한 예금반환채권을 원고에게 양도하고 금융기관에 대하여 그 양도의 통지를 할 것을 명하는 방법으로 이루어져야 할 것이다. 원심으로서는 원심 변론종결 당시 위 계좌가 해지되지 아니한 채 남아 있었는지, 그 잔액은 얼마인지, 계좌가 해지되었다

(마) 대물변제

채무초과의 상태에 있는 채무자가 부동산이나 다른 채권 등 적극재산을[2360] 채권자 중 일부에게 대물변제조로 양도하는 행위는 '채무자가 특정 채권자에게 채무 본지에 따른 변제를 하는 경우와는 달리' 원칙적으로 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다.[2361]

이러한 경우에도 사해성의 일반적인 판단 기준[2362]에 비추어 그 행위가 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 없는 경우에는 사해행위의 성립이 부정될 수 있다.[2363]

면 계좌의 돈을 누가 어떤 용도로 사용하였는지 등을 심리한 다음, 원상회복의 방법과 범위에 관하여 판단하였어야 한다.'고 한 예.

2360) 대물변제나 담보조로 제공된 재산이 채무자의 유일한 재산이 아니라거나 그 가치가 채권액에 미달한다고 하여도 마찬가지이다(대법원 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결 등). 따라서 '채무자가 그의 유일한 재산을 채권자들 가운데 어느 한 사람에게 대물변제로 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다'는 2004다7873 등의 판시처럼 '유일한 재산(부동산)'이 대물변제나 담보제공 행위를 사해행위로 인정하기 위한 요건인 것은 아니다.

2361) 대법원 2023. 10. 18. 선고 2023다237804 판결: "채무자가 여러 채권자 중 일부에게만 채무의 이행과 관련하여 그 채무의 본래 목적이 아닌 다른 채권 기타 적극재산을 양도함으로써 채무초과상태를 유발 또는 심화시킨 경우, 채무자의 총재산에는 변동이 없지만 일반채권자를 위한 공동담보가 되는 책임재산을 감소시키는 결과가 초래되므로, 그와 같은 적극재산의 양도 행위는 채무자가 특정 채권자에게 채무 본지에 따른 변제를 하는 경우와 달리 원칙적으로 다른 채권자들에 대한 관계에서는 사해행위가 될 수 있고, 예외적으로 사해성의 일반적인 판단 기준에 비추어 그 행위가 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 없는 경우에는 사해행위의 성립이 부정될 수 있다(2007다2718, 2011다28045 등 참조)." ☛ 따라서 '상당한 가격으로 된 대물변제라면 채무자의 재산에 증감이 없고 공동담보인 재산에 증감이 없다 할 것이므로 채권자 취소권의 대상이 될 수 없다'는 62다634 판결, '채무자가 어느 채권자로부터 압류당할 가능성이 있다고 판단하여 계쟁 부동산을 다른 채권자에게 양도했다 하여도 그것이 기존채무의 이행을 위하여 상당한 가격으로 평가되었을 때에는 사해의사가 없었다 할 것'이라는 80다2613 판결의 입장은 사실상 변경된 것으로 보아야 한다.

2362) 채무자가 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 일반채권자들을 위한 공동담보의 부족상태를 유발 또는 심화시킨 경우에 그 행위가 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지 여부는, 행위목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성 및 그 실현수단인 당해 행위의 상당성, 행위의 의무성 또는 상황의 불가피성, 채무자와 수익자 간 통모의 유무와 같은 공동담보의 부족 위험에 대한 당사자의 인식의 정도 등 그 행위에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 그 행위를 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 있는지 여부에 따라 최종 판단하여야 한다(대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결).

2363) ○ 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결(채무초과 상태의 채무자가 유일한 재산인 전세권과 전세금반환채권을 특정 채권자에게 그 채무 일부에 대한 대물변제조로 양도한 행위가 최고액 채권자와의 거래관계를 유지하면서 채무초과 상태에 있던 회사의 갱생을 도모하기 위한 유일한 방안이었던 점 등을 감안하면, 위 양도행위가 다른 채권자를 해하는 사해행위라고 단정하기 어렵다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례).
○ 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다28045 판결(채무자인 갑 주식회사가 기존채권자 중 1인인 을 주식회사에 대한 금전채무의 지급을 위하여 갑 회사가 제3채무자인 병 주식회사와 거래를 하여 지급받을 금전채권의 일정액을 양도한 사안에서, 위 채권양도는 갑 회사가 을 회사에 대하여 부담하는 금전채무의 본지에 따른 변제로 볼 수는 없으므로, 채권양도 당시에 갑 회사가 채무초과의 상태에 있었다면 위 채권양도는 다른 채권자들에 대한 관계에서 원칙적으로 사해행위가 될 수 있다고 할 것이지만, 양도되는 채권이 갑 회사의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 채권양도 때문에 초래된 갑 회사의 무자력 정도, 채권양도가 이루어진 경위나 그 경제적인 목적, 채무자인 갑 회사와 수익자인 을 회사 간 의사 연락의 내용 등 여러 사정에 따라 채권양도의 사해성이 부정되는 경우도 있을 수 있으므로 이에 관한 심리를 하였어야 하는데도, 갑 회사가 채권양도 당시 무자력이었다고 하더라도 을 회사와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 채권을 양도하였다고 보기 어렵다는 점만을 근거로 위 채권양도를 사해행위라 할 수 없다고 단정한 원심판결에는 사해행위의 성립에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 위법이 있다고 한 사례).

채권자들의 공동담보가 되는 채무자의 총재산에 대하여 다른 채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있는 권리를 가지는 채권자는 처음부터 채무자의 재산에 대한 환가절차에서 다른 채권자에 우선하여 배당을 받을 수 있는 지위에 있으므로 그와 같은 우선변제권 있는 채권자에 대한 대물변제의 제공행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들의 이익을 해한다고 볼 수 없어 사해행위가 되지 않는다.[2364]

(바) 담보제공

대물변제에 관한 위와 같은 법리는 부동산이나 다른 채권 등 적극재산을 채무의 변제를 위하여 또는 그 담보로 양도하는 경우에는 '더욱' 그러하다.[2365] 담보제공행위의 경우 대물변제보다 사해성 인정 범위가 넓다고 보아야 한다.

사업의 갱생이나 계속 추진 등 예외적인 경우가 아니면, 채무초과 상태에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 채권담보로 제공하는 행위는 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다.[2366]

2364) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다33357 판결(채무자 여객운수 회사가 채무초과의 상태에서 유일한 재산인 승합자동차를 우선변제권 있는 임금 등 채권자인 근로자들에게 대물변제로 제공한 행위는 사해행위에 해당하지 않는다고 한 예).

2365) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다52416 판결.

2366) ◎ **사업의 갱생이나 계속 추진을 위한 담보제공행위의 사해성**

○ 대법원 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결: "채무자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우에 채무자가 그의 재산을 어느 특정 채권자에게 대물변제나 담보조로 제공하였다면 특별한 사정이 없는 한 이는 곧 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 되는 것이고, 위와 같이 대물변제나 담보조로 제공된 재산이 채무자의 유일한 재산이 아니라거나 그 가치가 채권액에 미달한다고 하여도 마찬가지라고 할 것이다. 다만 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 특정 채권자에게 담보를 제공하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받았다면 채무자의 담보권 설정행위는 사해행위에 해당하지 않을 수 있다. 그러나 이러한 경우에도 채무자에게 사업의 갱생이나 계속 추진의 의도가 있더라도 신규자금의 융통 없이 단지 기존채무의 이행을 유예받기 위하여 자신의 채권자 중 한 사람에게 담보를 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서는 사해행위에 해당한다. … 이 사건 채권양도처럼 의료기관 운영자가 금융기관으로부터 대출을 받으면서 의료기관 운영자의 국민건강보험공단에 대한 현재 또는 장래의 요양급여채권을 합리적인 범위 내에서 담보로 제공하는 행위는 의료기관의 통상적인 자금운용 상황이나 현실적인 필요성 등을 고려할 때 신규자금의 유입을 통해 영업을 계속하여 변제능력을 향상시키는 유용한 방법이 될 수 있다. 그러나 이러한 방법의 담보제공도 다른 채권자의 이익을 해하는 것이라면 사해행위로 취소되어야 할 것이다. 의료기관 운영자가 채무초과 상태에서 실행한 대출이 신규자금의 유입이 아닌 기존채무의 변제에 사용되거나 채무자의 변제능력의 향상에 기여하지 않고, 나아가 담보로 제공된 요양급여채권이 지나치게 많은 금액이어서 상당한 기간 동안 다른 채권자들이 요양급여채권을 통한 채권만족이 어려워진 경우에는 위와 같은 담보제공이 다른 채권자들을 해하는 경우라 할 수 있다. … 이 사건 채권양도로 피고는 국민건강보험공단의 소외 1에 대한 요양급여비용이 30억 원에 이를 때까지 소외 1 대신 이를 지급받게 된다. 그 기간 동안 소외 1의 다른 일반채권자들은 요양급여채권에 대한 강제집행이 사실상 배제되어 이를 통한 채권만족이 어려워졌다." **[동일 취지]** ❶ 계속적인 거래관계에 있는 구입처로부터 외상매입대금채무에 대한 담보를 제공하지 않으면 사업에 필요한 물품의 공급을 중단하겠다는 통보를 받고 물품을 공급받아 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 물품을 공급받기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 물품을 공급받았다면 이 경우에도 특별한 사정이 없는 한 채무자의 담보권설정행위는 사해행위에 해당하지 않으며, 다만 사업의 계속 추진과는 아무런 관계가 없는 기존 채무를 아울러 피담보채무 범위에 포함시켰다면, 그 부분에 한하여 사해행위에

수익자가 채무초과 상태에 있는 채무자의 부동산에 관하여 설정된 선순위 근저당권의 피담보채무를 변제하여 그 근저당권설정등기를 말소하는 대신 동일한 금액을 피담보채무로 하는 새로운 근저당권설정등기나 담보가등기를 마치는 것은 채무자의 공동담보를 부족하게 하는 것이라고 볼 수 없어 사해행위가 성립하지 아니하지만,[2367] 선순위 담보가등기를 말소시킨 후 그 부동산에 관하여 매매예약을 하고, 그에 기하여 소유권이전등기청구권 보전의 가등기를 경료한 경우에는 그 부동산의 가액, 즉 시가에서 피담보채무액을 공제한 잔액의 범위 내에서 사해행위가 성립한다.[2368]

채무자가 차용금으로 매수한 부동산을 차용금채무에 대한 담보로 제공하거나, 매매대금 지급 전에 먼저 소유권을 이전받은 매수 부동산을 매매대금채무에 대한 담보로 제공한 경우, 그 담보제공행위를 사해행위라고 할 수는 없다.[2369]

신축건물의 도급인이 민법 제666조가 정한 수급인(또는 그로부터 공사대금채권을 양수받은 자)의 저당권설정청구권의 행사에 따라 공사대금채무의 담보로 그 건물에 저당권(공사대금이 종국적으로 귀속되어야 할 하수급업자·물품공급업자를 추가한 공동 저당권 포함)을 설정하는 행위

해당할 여지는 있다(2000다25842). ❷ 이미 채무초과 상태에 빠진 채무자에게 있어서 채권자의 강제집행 내지 가압류 등 채권회수를 위한 집행보전조치로 발생하는 사업추진상의 어려움은 그러한 조치를 행하는 채권자의 채권액이나 변제기의 도래 여부에 관계없이 동일하게 발생할 수 있는 사정이다. 또한 특정 채권자가 당시로서 채무자에 대하여 위와 같은 채권회수조치에 적극성을 보였다는 사정만으로 채권자들 사이에서 우선적 담보제공의 필요성에 관한 차별적 평가를 하기는 어렵다. 나아가 채무자가 사업활동에서 실제로 활용할 수 있는 신규자금의 유입과 기존채무의 이행기의 연장 내지 채권회수조치의 유예는 사업의 갱생이나 계속적 추진을 위하여 가지는 경제적 의미가 동일하다고 볼 수 없다. 따라서 비록 채무자가 사업의 갱생이나 계속 추진의 의도였다 하더라도 신규자금의 융통 없이 단지 기존채무의 이행을 유예받기 위하여 자신의 채권자 중 한 사람에게 담보를 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서는 사해행위에 해당한다고 보아야 한다(2009다104564).

○ 대법원 2022. 1. 13. 선고 2017다264072, 264089 판결; "담보제공행위가 사업계속 추진을 위한 신규자금 융통을 위한 행위로서 사해성이 부정되는지 여부는, 행위목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비율, 무자력의 정도, 그 행위가 사업을 계속 추진하여 채무를 변제하거나 변제자력을 얻기 위한 불가피하고 유효적절한 수단이었는지, 담보제공이 합리적인 범위에서 이루어진 것인지, 실제 자금이 채권자에 대한 변제나 사업의 계속을 위해 사용되어 채무자가 변제자력을 갖게 되었는지, 채무자가 일부 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해칠 의사를 가지고 행한 것은 아닌지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."

2367) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다64792 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결, 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19435 판결 등.

2368) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19435 판결.

2369) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2017다237186 판결; "채무자가 제3자로부터 자금을 차용하여 부동산을 매수하고 해당 부동산을 차용금채무에 대한 담보로 제공하거나, 채무자가 제3자로부터 부동산을 매수하여 매매대금을 지급하기 전에 소유권이전등기를 마치고 해당 부동산을 매매대금채무에 대한 담보로 제공한 경우와 같이 기존 채권자들의 공동담보가 감소되었다고 볼 수 없는 경우에는 그 담보제공행위를 사해행위라고 할 수 없다. 나아가 위와 같은 부동산매수행위와 담보제공행위가 한꺼번에 이루어지지 않고 단기간 내에 순차로 이루어졌다고 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 그 일련의 행위 전후를 통하여 기존 채권자들의 공동담보에 증감이 있었다고 평가할 것도 아니므로, 그 담보제공행위만을 분리하여 사해행위에 해당한다고 하여서도 아니 된다." ☞ 2007다45364 판결은, "수인의 채권자 중 특정 채권자에게 채무자의 유일한 부동산에 관하여 근저당권을 설정해 주는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당한다."라고 하면서, "그 특정 채권자로부터 차용한 금원의 사용처에 따라 사해행위의 범위가 달라지는 것은 아니라 할 것"이라고 판시한 바 있는데, 위 뒷부분 판시는 일반론으로서는 타당한 것이라 할 수 없다.

는 사해행위에 해당하지 아니한다.[2370]

선행 가압류채권자는 가압류 채권금액을 초과하는 부분의 채권을 피보전채권으로 삼아야 채무자의 근저당권설정행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 있다.[2371]

근저당권설정계약 중 일부만이 사해행위에 해당하는 경우, 그 원상회복은 가액배상이 아니라, 근저당권설정등기의 채권최고액을 감축하는 근저당권변경등기절차의 이행을 명하는 방법에 의한다.[2372]

공유지분에 담보가등기를 설정하였다가 공유물분할로 단독소유가 된 부동산에 종전 담보가등기에 대체하는 새로운 담보가등기를 설정하고 다른 공유자의 소유로 분할된 부동산에 전사된 담보가등기는 모두 말소한 경우, 담보권설정자에 대한 채권자가 채권자취소권을 행사할 때에, 종전 담보가등기 설정 당시를 기준으로 사해행위 여부를 판단하고, 특별한 사정(공유물분할 자체가 불공정하게 이루어져 사해행위에 해당하는 등)이 없는 한 새로운

2370) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2015다19827 판결; "**민법 제666조**는 '부동산공사의 수급인은 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다.'라고 규정하고 있는바, 이는 부동산공사에서 그 목적물이 보통 수급인의 자재와 노력으로 완성되는 점을 감안하여 그 목적물의 소유권이 원시적으로 도급인에게 귀속되는 경우 수급인에게 목적물에 대한 저당권설정청구권을 부여함으로써 수급인이 사실상 목적물로부터 공사대금을 우선적으로 변제받을 수 있도록 하는 데 그 취지가 있고, 이러한 수급인의 지위가 목적물에 대하여 유치권을 행사하는 지위보다 더 강화되는 것은 아니어서 도급인의 일반 채권자들에게 부당하게 불리해지는 것도 아닌 점 등에 비추어, 신축건물의 도급인이 민법 제666조가 정한 수급인의 저당권설정청구권의 행사에 따라 공사대금채무의 담보로 그 건물에 저당권을 설정하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 아니한다. … 수급인의 저당권설정청구권은 공사대금채권을 담보하기 위하여 인정되는 채권적 청구권으로서 공사대금채권에 부수하여 인정되는 권리이므로, 당사자 사이에 공사대금채권만을 양도하고 저당권설정청구권은 이와 함께 양도하지 않기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공사대금채권이 양도되는 경우 저당권설정청구권도 이에 수반하여 함께 이전된다고 봄이 타당하다. 따라서 신축건물의 수급인으로부터 공사대금채권을 양수받은 자의 저당권설정청구에 의하여 신축건물의 도급인이 그 건물에 저당권을 설정하는 행위 역시 다른 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 아니한다." ☛ 수급인이 피담보채권을 자신이 받을 공사대금으로 하고 그 공사대금이 종국적으로 귀속되어야 할 하수급업자 또는 물품공급업자들을 추가하여 공동 근저당권자로 하는 것은 도급인에게 추가적인 부담이 발생하지 않고, 도급인의 일반 채권자들이 불리해지는 것도 아니므로, 사해행위에 해당되지 않는다(대법원 2021. 5. 27. 선고 2017다225268 판결).

2371) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다77446 판결; "부동산에 대하여 가압류등기가 먼저 되고 나서 근저당권설정등기가 마쳐진 경우에 경매절차의 배당관계에서 근저당권자는 선순위 가압류채권자에 대하여는 우선변제권을 주장할 수 없으므로 그 가압류채권자는 근저당권자와 일반 채권자의 자격에서 평등배당을 받을 수 있고, 따라서 가압류채권자는 채무자의 근저당권설정행위로 인하여 아무런 불이익을 입지 않으므로 채권자취소권을 행사할 수 없다 할 것이나, 채권자의 실제 채권액이 가압류 채권금액보다 많은 경우 그 초과하는 부분에 관하여는 가압류의 효력이 미치지 아니하여 그 범위 내에서는 채무자의 처분행위가 채권자들의 공동담보를 감소시키는 사해행위가 되므로 그 부분 채권을 피보전채권으로 삼아 당연히 채권자취소권을 행사할 수 있다 할 것이다."

2372) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결; 채무자 소유 부동산에 채권최고액 5억 2,000만 원인 선순위 근저당권등기가 마쳐져 있다가, 채무자가 2002. 10. 28. 채무초과상태에서 피고로부터 15억 원을 차용하면서 근저당권설정계약을 체결하고 그 차용금 중 일부로 선순위 근저당권의 피담보채무 401,911,232원을 변제한 후 2002. 10. 29. 채권최고액 20억 원인 근저당권등기를 마치고, 선순위 근저당권등기는 2002. 10. 30. 말소된 **사안**에서, 원심처럼 2002. 10. 28.자 근저당권설정계약 중 이에 의해 담보되는 차용금의 일부로 선순위 근저당권의 피담보채무를 변제한 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여만 사해행위가 성립한다고 본다면, 위 근저당권설정계약의 채권최고액 20억 원에서 변제한 선순위 근저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고, 근저당권설정등기의 채권최고액 20억 원을 변제한 선순위 근저당권의 피담보채무액으로 감축하는 근저당권변경등기절차의 이행을 명하였어야 함에도, 원심이 가액배상을 명한 것은 위법하다고 한 예.

담보가등기 설정계약의 취소와 그 담보가등기의 말소를 구할 수 있다.[2373]

채무초과 상태에 있는 채무자가 '우선변제권'이 있는 '전세권'이나 '임차권'을 설정하는 행위 역시 사해행위취소의 대상이 된다.[2374]

(사) 상속재산의 분할협의

채무초과 상태에 있는 채무자가 '상속재산의 분할협의를 하면서 자신의 상속분에 관한 권리를 포기하는 행위'는 원칙적으로 채권자에 대한 사해행위에 해당한다.[2375] 반면에, '상속의 포기'는 민법 제406조 제1항에서 정하는 "재산권에 관한 법률행위"에 해당하지 아니하여 사해행위 취소의 대상이 되지 못한다.[2376] '유증의 포기'도 사해행위

2373) 대법원 2016. 5. 27. 선고 2014다230894 판결; "공유물분할은 형식적으로는 공유자 상호 간의 지분의 교환 또는 매매라고 볼 것이나 실질적으로는 공유물에 분산되어 있는 지분을 분할로 인하여 취득하는 특정 부분에 집중시켜 그 소유형태를 변경한 것에 불과하다. 그러므로 공유지분에 관하여 담보가등기를 설정하였다가 공유물분할로 단독소유가 된 부동산에 전사된 담보가등기에 관하여 사해행위를 이유로 채권자취소권을 행사할 경우에는 특별한 사정이 없는 한 공유지분에 대한 담보가등기 설정 당시를 기준으로 사해행위에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다. 또한 공유물분할 이후 당초 공유지분에 담보가등기를 설정한 공유자의 단독소유로 귀속된 부동산에 종전의 담보가등기에 대체하는 새로운 담보가등기를 설정하고 다른 공유자의 소유로 분할된 부동산에 전사된 담보가등기는 모두 말소한 경우에 그 담보권설정자에 대한 채권자가 채권자취소권을 행사할 때에는 공유물분할 자체가 불공정하게 이루어져 사해행위에 해당한다는 등 특별한 사정이 없는 한 공유물분할이 되어 단독소유로 된 부동산에 설정된 담보가등기 설정계약의 취소와 그 담보가등기의 말소를 구하는 방법으로 할 수 있다." ☜ 채무자가 피고에 대한 차용금채무의 지급을 담보하기 위하여 피고와 사이에 그 소유인 분할 전 토지의 공유지분에 관하여 제1 대물반환예약을 체결하고 위 지분에 관하여 제1 담보가등기를 마쳤다가 위 토지가 공유물분할되자 단독소유로 된 분할된 토지에 관하여 제1 대물반환예약과 동일한 내용의 제2 대물반환예약을 체결하고 제1 담보가등기는 말소한 뒤 분할된 토지에 관하여 다시 제2 담보가등기를 마친 **사안**에서, 원고가 사해행위를 주장하며 제2 대물반환예약의 취소와 제2 담보가등기의 말소를 구한 데 대하여, **원심**은 제2 대물반환예약은 제1 대물반환예약에 기한 분할 전 토지의 공유지분에 관한 제1 담보가등기를 공유물분할에 따라 분할된 토지에 관한 제2 담보가등기로 이전하기 위한 계약에 불과하여 분할 전 토지에 관한 제1 대물반환예약이 사해행위에 해당함은 별론으로 하고 제2 대물반환예약으로 인하여 별도로 채무자의 공동담보가 더욱 부족하게 되었다고 볼 수 없다는 이유로 제2 대물반환예약의 체결은 사해행위에 해당하지 않는다고 판단하였으나, **대법원**은 '제2 대물반환예약은 제1 대물반환예약을 형식적으로 대체한 것에 불과하고 그 실질은 같으므로, 이러한 경우 사해행위 요건의 구비 여부는 최초의 제1 대물반환예약 당시를 기준으로 판단하여야 하고, 나아가 사해행위취소 및 원상회복을 구하는 원고로서는 제1 대물반환예약은 이미 해제되고 제2 대물반환예약으로 대체된 데다가 제2 담보가등기의 직접적인 등기원인은 제2 대물반환예약이므로 유효하게 존속 중인 제2 대물반환예약의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다.'고 하여 원심을 파기한 사례.

2374) ○ 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007다21245 판결; "우선변제권이 있는 전세권을 설정하여 주고 전세금 3억원을 취득함으로써 … 담보가치 일부를 은닉 또는 소비하기 쉽게 현금화하여 그 공동담보 부족상태를 실질적으로 심화시킨 점 … 등에 비추어 보면, 이 사건 전세권설정계약은 채권자를 해하는 사해행위에 해당한다."
○ 대법원 2005. 5. 13. 선고 2003다50771 판결; "소액보증금 최우선변제권은 임차목적 주택에 대하여 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세 등에 우선하여 변제받을 수 있는 일종의 법정담보물권을 부여한 것이므로, 채무자가 채무초과상태에서 채무자 소유의 유일한 주택에 대하여 위 법조 소정의 임차권을 설정해 준 행위는 채무초과상태에서의 담보제공행위로서 … 사해행위취소의 대상이 된다."

2375) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결.
상속 개시 전에 채권을 취득한 채권자도 상속 개시 후 채무자의 상속재산 분할협의를 대상으로 사해행위취소권을 행사할 수 있다(대법원 2013. 6. 13. 선고 2013다2788 판결; '상속재산 분할협의를 통하여 자신의 상속분을 포기하거나 법정상속분에 못 미치는 상속재산을 취득한 채무자의 상속재산 분할협의는 그 채무자에 대하여 상속 개시 전에 채권을 취득한 채권자에 대한 관계에서는 채무자의 총 재산에 감소를 초래하는 행위라고 할 수 없으므로 사해행위에 해당하지 않는다.'고 한 원심을 파기한 예).

2376) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결{그 근거로는, "상속의 포기는 비록 포기자의 재산에 영향을 미치

취소의 대상이 되지 않는다.[2377]

채무초과 상태에 있는 채무자가 상속재산의 분할협의를 하면서 상속재산에 관한 권리를 포기함으로써 결과적으로 일반 채권자에 대한 공동담보가 감소되었다 하더라도, 그 재산분할결과가 구체적 상속분[2378]에 상당하는 정도에 미달하는 과소한 것이라고 인정되

는 바가 없지 아니하나(그러한 측면과 관련하여서는 '채무자 회생 및 파산에 관한 법률' 제386조도 참조) 앞서 본 대로 상속인으로서의 지위 자체를 소멸하게 하는 행위로서 이를 순전한 재산법적 행위와 같이 볼 것이 아니다. 오히려 상속의 포기는 1차적으로 피상속인 또는 후순위상속인을 포함하여 다른 상속인 등과의 인격적 관계를 전체적으로 판단하여 행하여지는 '인적 결단'으로서의 성질을 가진다고 할 것이다. 그러한 행위에 대하여 비록 상속인인 채무자가 무자력 상태에 있다고 하여서 그로 하여금 상속포기를 하지 못하게 하는 결과가 될 수 있는 채권자의 사해행위 취소를 쉽사리 인정할 것이 아니다. 그리고 상속은 피상속인이 사망 당시에 가지던 모든 재산적 권리 및 의무·부담을 포함하는 총체재산이 한꺼번에 포괄적으로 승계되는 것으로서 다수의 관련자가 이해관계를 가지는 바인데, 위와 같이 상속인으로서의 자격 자체를 좌우하는 상속포기의 의사표시에 사해행위에 해당하는 법률행위에 대하여 채권자 자신과 수익자 또는 전득자 사이에서만 상대적으로 그 효력이 없는 것으로 하는 채권자취소권의 적용이 있다고 하면, 상속을 둘러싼 법률관계는 그 법적 처리의 출발점이 되는 상속인 확정의 단계에서부터 복잡하게 얽히게 되는 것을 면할 수 없다. 또한 이 사건에서의 원고와 같이 상속인의 채권자의 입장에서는 상속의 포기가 그의 기대를 저버리는 측면이 있다고 하더라도 채무자인 상속인의 재산을 현재의 상태보다 악화시키지 아니한다."라고 판시하고 있다).

2377) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다260855 판결; "유증을 받을 자는 유언자의 사망 후에 언제든지 유증을 승인 또는 포기할 수 있고, 그 효력은 유언자가 사망한 때에 소급하여 발생하므로(민법 제1074조), 채무초과 상태에 있는 채무자라도 자유롭게 유증을 받을 것을 포기할 수 있다. 또한 채무자의 유증 포기가 직접적으로 채무자의 일반재산을 감소시켜 채무자의 재산을 유증 이전의 상태보다 악화시킨다고 볼 수도 없다. 따라서 유증을 받을 자가 이를 포기하는 것은 사해행위 취소의 대상이 되지 않는다고 보는 것이 옳다. … 이 사건 부동산에 대한 유증 포기의 취소 및 그 원상회복을 구하는 원고의 청구를 받아들이지 아니한 것은 정당하고"

2378) ○ 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다51797 판결; "공동상속인의 상속분은 그 유류분을 침해하지 않는 한 피상속인이 유언으로 지정한 때에는 그에 의하고, 그러한 유언이 없을 때에는 법정상속분에 의하나, 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자는 그 수증재산이 자기의 상속분에 부족한 한도 내에서만 상속분이 있고(민법 제1008조), 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여하거나 피상속인을 특별히 부양한 공동상속인은 상속 개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 그 기여분을 공제한 액을 상속재산으로 보고 지정상속분 또는 법정상속분에 기여분을 가산한 액으로써 그 자의 상속분으로 하므로(민법 제1008조의2 제1항), 지정상속분이나 법정상속분이 곧 공동상속인의 상속분이 되는 것이 아니고 특별수익이나 기여분이 있는 한 그에 의하여 수정된 것이 재산분할의 기준이 되는 구체적 상속분이라 할 수 있다."

○ 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012다26633 판결; "공동상속인 중 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자는 그 수증재산이 자기의 상속분에 부족한 한도 내에서만 상속분이 있으므로(민법 제1008조), 공동상속인 중에 특별수익자가 있는 경우에는 이러한 특별수익을 고려하여 상속인별로 고유의 법정상속분을 수정하여 구체적인 상속분을 산정하게 되는데, 이러한 구체적 상속분을 산정함에 있어서는 피상속인이 상속개시 당시에 가지고 있던 재산의 가액에 생전 증여의 가액을 가산한 후 이 가액에 각 공동상속인별로 법정상속분율을 곱하여 산출된 상속분 가액으로부터 특별수익자의 수증재산인 증여 또는 유증의 가액을 공제하는 계산방법에 의하여야 하고, 금전채무와 같이 급부의 내용이 가분인 채무가 공동상속된 경우 이는 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인에게 분할되어 귀속되는 것이므로 상속재산 분할의 대상이 될 여지가 없다. 따라서 특별수익자인 채무자의 상속재산 분할협의가 사해행위에 해당하는지를 판단함에 있어서도 위와 같은 방법으로 계산한 구체적 상속분을 기준으로 그 재산분할결과가 일반 채권자의 공동담보를 감소하게 하였는지 평가하여야 하고, 채무자가 상속한 금전채무를 구체적 상속분 산정에 포함할 것은 아니다." ☎ 채무자인 소외 1이 채무초과의 상태에서 부친인 소외 2의 유일한 재산인 시가 6억 원 상당의 사전 부동산을 상속받게 되자 다른 공동상속인들과 사이에 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무 70,492,636원을 피고가 면책적 인수하면서 부동산을 피고 단독 소유로 하기로 하는 상속재산 분할협의계약을 체결하였는데, 부동산의 가액에 소외 1의 특별수익 40,625,000원을 가산한 후 여기에 소외 1의 법정상속분을 곱하여 산출된 상속분 가액에서 특별수익의 가액을 공제하면 소외 1의 구체적 상속분은 57,932,692원인 사실을 인정한 다음, 이와 같이 채무초과의 상태에 있는 소외 1이 자신의 구체적 상속분에 미치지 못하는 상속채무 면제로 인한 10,845,020원의 이익만을 취득하고, 부동산에 관한 지분을 포기함으로써 공동담보가 감소되었으므로, 위 상속재산 분할협의는 사해행위

지 않는 한 사해행위로서 취소되어야 할 것은 아니고, 구체적 상속분에 상당하는 정도에 미달하는 과소한 경우에도 사해행위로서 취소되는 범위는 그 미달하는 부분에 한정하여야 하는데, 이때 지정상속분이나 기여분, 특별수익 등의 존부 등 구체적 상속분이 법정상속분과 다르다는 사정은 채무자 측이 주장·증명하여야 한다.[2379]

채무초과 상태에 있는 채무자가 상속재산의 분할협의를 하면서 유일한 상속재산인 부동산에 관하여는 자신의 상속분을 포기하고 대신 소비하기 쉬운 현금을 지급받기로 하였다면, 이러한 행위는 실질적으로 채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 것과 다르지 아니하여 특별한 사정이 없는 한 채권자에 대하여 사해행위가 되고, 이와 같은 금전의 성격에 비추어 상속재산 중에 위 부동산 외에 현금이 다소 있다 하여도 마찬가지로 보아야 한다.[2380]

(아) 이혼에 따른 재산분할

이미 채무초과 상태에 있는 채무자가 이혼을 함에 있어 자신의 배우자에게 재산분할로 일정한 재산을 양도함으로써 결과적으로 일반 채권자에 대한 공동담보를 감소시키는 결과로 되어도, 위 재산분할이 상당한 정도를 벗어나는 과대한 것이라고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한 사해행위로서 채권자에 의한 취소의 대상으로 되는 것은 아니라고 할 것이나, 위와 같은 상당한 정도를 벗어나는 초과부분에 관한 한 적법한 재산분할이라고 할 수 없기 때문에 그 취소의 대상으로 될 수 있다고 할 것인데, 위와 같이 상당한 정도를 벗어나는 과대한 재산분할이라고 볼 만한 특별한 사정이 있다는 점에 관한 증명책임은 채권자에게 있다.[2381]

이혼 성립 후 협의 또는 심판에 의하여 구체화되지 않은 이혼에 따른 재산분할청구권을 포기하는 행위는 채권자취소권의 대상이 되지 아니한다.[2382]

에 해당한다고 판단한 원심이 정당하다고 한 예.

2379) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다51797 판결.

2380) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73765 판결(원고에 대하여만도 억대에 이르는 채무를 부담하는 등 거액의 채무초과 상태에서 별다른 재산이 없던 소외 1이 망 소외 2의 상속을 받게 되자 다른 공동상속인들인 피고, 소외 3, 4, 5, 6과 사이에 상속재산분할협의를 하면서 망인의 상속재산으로는 시가 390,000,000원 상당의 부동산과 망인 명의의 예금 74,751,574원만이 있었음에도 위 부동산에 대한 자신의 상속지분인 13분의 2 지분을 포기하고 대신 현금으로만 80,000,000원을 지급받기로 합의한 사안에서, 소외 1의 위와 같은 행위는 채무자가 유일한 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 현금으로 바꾸는 행위와 달리 볼 것이 아니므로, 이는 채권자인 원고를 해하는 것으로서 사해행위에 해당하고, 위 부동산에 대한 소외 1의 상속지분에 대한 상속재산분할협의는 사해행위취소의 대상이 된다고 판단한 예).

2381) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다63516 판결.

2382) 대법원 2013. 10. 11. 선고 2013다7936 판결; "이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 권리로서 이혼이 성립한 때에 그 법적 효과로서 비로소 발생하는 것일 뿐만 아니라, 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로, 협의 또는 심판에 의하여 구체화되지 않은 재산분할청구권은 채무자의 책임재산에 해당하지 아니하고, 이를 포기하는 행위 또한 채권자취소권의 대상이

(자) 신탁행위

타인에 대하여 채무를 부담하는 사람이 자신이 소유한 재산 전부인 부동산에 관하여 제3자와 신탁계약을 체결하고 수탁자인 제3자에게 신탁재산으로 이전하는 경우 위탁자에게는 그 채권자가 강제집행을 할 수 있는 책임재산이 더 이상 남아 있지 아니하므로 신탁법 제8조[2383]에서 정한 사해신탁에 해당할 수 있는데, 사업의 계속 추진을 위한 자금 융통의 방편으로 신탁계약을 체결한 경우는 사해신탁에 해당되지 않을 수 있다.[2384]

될 수 없다고 할 것이다. … 원고들의 채무자인 소외인이 피고와 이혼한 후에 아직 협의 또는 심판을 거치지 않은 상태에서 피고에 대한 재산분할청구권을 포기한 행위가 사해행위 취소의 대상이 되지 않는다고 판단한 것은 정당하고," ☜ 협의 또는 심판에 의하여 구체화되지 않은 재산분할청구권을 '혼인이 해소되기 전'에 미리 포기하는 것은 그 성질상 허용되지 아니하고, 무효이다(대법원 2016. 1. 25.자 2015스451 결정).

2383) ○ 법률 제10924호로 2011. 7. 25. 전문개정된 신탁법 제8조(사해신탁)

① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 신탁을 설정한 경우 채권자는 수탁자가 선의일지라도 수탁자나 수익자에게 「민법」 제406조제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다. 다만, 수익자가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 단서의 경우에 여러 명의 수익자 중 일부가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 악의의 수익자만을 상대로 제1항 본문의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다.

③ 제1항 본문의 경우에 채권자는 선의의 수탁자에게 현존하는 신탁재산의 범위 내에서 원상회복을 청구할 수 있다.

④ 신탁이 취소되어 신탁재산이 원상회복된 경우 위탁자는 취소된 신탁과 관련하여 그 신탁의 수탁자와 거래한 선의의 제3자에 대하여 원상회복된 신탁재산의 한도 내에서 책임을 진다.

⑤ 채권자는 악의의 수익자에게 그가 취득한 수익권을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다. 이때 「민법」 제406조제2항을 준용한다.

⑥ 제1항의 경우 위탁자와 사해신탁의 설정을 공모하거나 위탁자에게 사해신탁의 설정을 교사·방조한 수익자 또는 수탁자는 위탁자와 연대하여 이로 인하여 채권자가 받은 손해를 배상할 책임을 진다.

○ 법률 제10924호로 2011. 7. 25. 전문개정되기 전의 신탁법 제8조(사해신탁)

① 채무자가 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우에는 채권자는 수탁자가 선의일지라도 민법 제406조제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다.

② 전항의 규정에 의한 취소와 원상회복은 수익자가 이미 받은 이익에 영향을 미치지 아니한다. 단, 수익자가 변제기가 도래하지 아니한 채권의 변제를 받은 경우 또는 수익자가 그 이익을 받은 당시에 채권자를 해함을 알았거나 중대한 과실로 이를 알지 못한 경우에는 예외로 한다.

2384) ○ 대법원 2011. 5. 23.자 2009마1176 결정: "자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위한 방편으로 신탁계약의 체결에 이르게 된 경우 이를 사해행위라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 신탁계약상 위탁자가 스스로 수익자가 되는 이른바 자익신탁(自益信託)의 경우 신탁재산은 위탁자의 책임재산에서 제외되지만 다른 한편으로 위탁자는 신탁계약에 따른 수익권을 갖게 되어 위탁자의 채권자가 이에 대하여 강제집행을 할 수 있고, 이러한 수익권은 채무자가 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 등의 행위와 달리 일반채권자들의 강제집행을 피해 은밀한 방법으로 처분되기 어려우며, 특히 수탁자가 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따라 인가받아 신탁을 영업으로 하는 신탁업자인 경우 공신력 있는 신탁사무의 처리를 기대할 수 있으므로, 위탁자가 사업의 계속을 위하여 자익신탁을 설정한 것이 사해행위에 해당하는지 여부를 판단할 때는 단순히 신탁재산이 위탁자의 책임재산에서 이탈하여 외견상 무자력에 이르게 된다는 측면에만 주목할 것이 아니라, 신탁의 동기와 신탁계약의 내용, 이에 따른 위탁자의 지위, 신탁의 상대방 등을 두루 살펴 신탁의 설정으로 위탁자의 책임재산이나 변제능력에 실질적인 감소가 초래되었는지, 이에 따라 위탁자의 채무면탈이 가능해지거나 수탁자 등 제3자에게 부당한 이익이 귀속되는지, 채권자들의 실효적 강제집행이나 그밖의 채권 만족의 가능성에 새로운 장애가 생겨났는지 여부를 신중히 검토하여 판단하여야 한다." ☜ 甲 회사가 담보신탁을 통하여 회사의 전 재산인 골프장 부지와 시설에 관한 소유 명의를 乙에게 이전한 행위가 사해행위에 해당하는지 문제된 사안에서, 신규 자금의 조달을 통한 골프장 시설 개선을 하지 않고는 영업을 계속할 수 없는 상황에서 골프장 부지 등을 담보신탁의 목적물로 제공하고 이를 통해 융통한 자금으로 영업시설을 개선하여 사업을 계속 추진하는 것이 일반 채권자들에 대하여도 채무변제력을 갖게 되는

(차) 연속한 수개의 재산행위

채무자가 연속하여 수개의 재산처분행위를 한 경우, 원칙적으로 각 행위별로 그로 인하여 무자력이 초래되었는지 여부에 따라 사해성 여부를 판단하여야 하지만, 그 일련의 행위를 하나의 행위로 볼만한 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 일괄하여 전체적으로 사해성이 있는지 여부를 판단하여야 하고, 그러한 특별 사정이 있는지 여부는 처분의 상대방이 동일한지, 각 처분이 시간적으로 근접한지, 상대방과 채무자가 특별한 관계가 있는지, 각 처분의 동기 내지 기회가 동일한지 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.[2385]

각 처분행위가 동일한 목적을 달성하기 위한 일련의 법적 처리과정에서 상호 연계하여 이루어진 것이라는 등 특별한 연관관계가 없는 경우까지도 그 범위를 함부로 넓혀서 하나의 행위인 것처럼 일괄 평가할 것은 아니다.[2386]

최선의 방법이라고 생각하여 신탁계약의 체결에 이르게 되었다고 볼 수 있고, 위탁자인 甲 회사 등이 신탁수익에 대한 수익자일 뿐만 아니라 신탁원본에 대하여도 위 골프장 개선공사 자금을 제공하는 乙 등에 대한 대출채무와 신탁에 따른 비용을 정산한 나머지를 돌려받을 수 있는 수익자의 지위에 있어 이러한 수익권을 통한 채권만족의 가능성이 남아 있으며, 특히 채권자의 甲 회사에 대한 대여금채권은 위 회사의 설립목적에 따른 제한으로 신탁계약 전에도 개별적인 지급청구나 이를 위한 강제집행 등 권리행사를 할 수 없도록 정관에 규정되어 있었던 이상 위 신탁으로 집행상 새로운 장애가 발생하였다고 볼 수도 없으므로, 위 신탁계약이 채권자를 해하는 사해행위에 해당한다고 단정하기 어렵다고 한 예.

○ 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다57884 판결: 채무자가 토지에 집합건물을 지어 분양하는 사업을 추진하던 중 이미 일부가 분양되었는데도 공정률 45.8%의 상태에서 자금난으로 공사를 계속할 수 없게 되자 건축을 계속 추진하여 건물을 완공하는 것이 이미 분양받은 채권자들을 포함하여 채권자들의 피해를 줄이고 자신도 채무변제력을 회복하는 최선의 방법이라고 생각하고, 사업을 계속하기 위한 방법으로 신탁업법상의 신탁회사와 사이에 신탁계약을 체결한 것으로 자금난으로 공사를 계속할 수 없었던 채무자로서는 최대한의 변제력을 확보하는 최선의 방법이었고 또한 공사를 완공하기 위한 부득이한 조치였다고 판단되므로 사해행위에 해당되지 않는다고 한 예.

2385) ○ 대법원 2014. 3. 27. 선고 2012다34740 판결; **원심**이, 소외 1이 피고(소외 2 처)에게 사건 각 아파트 수분양권을 양도할 당시 채무초과 상태에 있었는지 여부를 판단하면서, 소외 1이 오빠 소외 2, 남편 소외 3과 아들 소외 4 앞으로 소유권이전등기를 마쳐준 아파트 8채를 적극재산에 포함시킨 데 대하여, **대법원**은, 소외 1의 사건 각 아파트와 위 8채 아파트의 처분행위는 동일한 사해의사에 따른 일련의 행위로서 하나의 행위라고 평가할 여지가 충분하고, 그렇다면 수분양권을 양도함으로써 채무초과 상태에 이르렀는지를 판단함에 있어서는 위 8채 아파트를 적극재산으로 고려하면 아니 된다고 한 예.

○ 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다15387 판결: 채무자가 공장 부지·건물 등 합하여 하나의 '공장'으로서 경제적 일체를 이루는 부동산에 관한 매매계약을 체결하면서 그 부동산이 토지거래허가구역 내에 있어 거래허가를 받아야 함을 고려하여 소유권이전등기를 하기 전 상대방에게 근저당권을 설정해 주는 특약을 한 후, 그에 따라 근저당권설정계약을 체결하고 상대방에게 근저당권설정등기를 마쳐준 **사안**에서, 위 매매계약과 근저당권설정계약은 계약의 당사자가 동일하고, 목적물도 사실상 동일하며, 실질적으로 동시에 이루어졌고, 그 부동산이 토지거래허가의 대상임에도 그 허가를 얻지 아니한 채 매매계약이 체결되고 또 대금의 일부가 먼저 지급되는 등 근저당권설정계약이 주로 매매계약의 이행을 미리 확보할 목적으로 또는 매매계약이 무효로 확정된 경우 이미 지급된 매매대금의 반환을 담보할 목적으로 체결되었음을 알 수 있으므로, 위 계약들은 사해행위 여부의 판단에서 이를 하나의 행위로 봄이 상당하고, 채무자의 채무초과 상태 등 사해행위 요건의 구비 여부는 애초의 법률행위인 매매계약 당시를 기준으로 판단하여야 한다고 한 예.

2386) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다33874 판결: **원심**은, 채무자가 그 소유 부동산 처분 대금을 남편인 피고 명의의 계좌로 송금하게 한 것은 피고에게 그 송금액 상당을 증여한 것이라고 한 다음, 그 각 송금행위 당시를 기준으로 채무초과 상태가 되었는지를 개별적으로 구분하여, 일련의 송금행위 중 2008. 12. 30.자 송금 당시

당사자 사이에 일련의 약정과 그 이행으로 최종적인 법률행위를 한 경우, 일련의 약정과 최종적인 법률행위를 동일한 법률행위로 평가할 수 없다면, 일련의 약정과는 별도로 최종적인 법률행위에 대하여 사해행위의 성립 여부를 판단하여야 하고, 이때 동일한 법률행위로 평가할 수 있는지는 당사자가 같은지 여부, 일련의 약정에서 최종적인 법률행위의 내용이 특정되어 있거나 특정할 수 있는 방법과 기준이 정해져 있는지 여부, 조건 없이 최종적인 법률행위가 예정되어 있는지 여부 등을 종합하여 판단하여야 한다.[2387]

가등기에 기하여 본등기가 마쳐진 경우 가등기의 원인인 법률행위와 본등기의 원인인 법률행위가 '다르지 않다면', 사해행위 요건의 구비 여부는 '가등기의 원인인 법률행위'를 기준으로 하여 판단해야 하고, 서로 다르다면 본등기의 원인인 법률행위를 기준으로 판단해야 한다.[2388] 가등기권자가 가등기에 기한 본등기가 아니라 별도의 소유권이전등

는 아직 채무초과상태가 아니었다고 하여 그 증여행위에 대한 사해행위취소 청구는 배척하였는데, 원고(대한민국)가 **상고이유**로서, '2008. 12. 30.자로 송금된 1억 원과 2009. 1. 5.자로 송금된 2억 원은 동일한 부동산의 처분에 따른 중도금과 잔금으로서, 그 각 증여행위는 연속하여 수개의 처분행위를 한 것으로서 일련의 행위를 하나의 행위로 보아 전체적으로 사해성 여부를 판단하여야 하므로, 비록 위 1억 원을 송금할 당시는 아직 채무초과 상태가 아니었다 하더라도 그 부분 증여행위까지도 모두 사해행위취소의 대상에 포함시켜야 한다'고 주장한 데 대하여, **대법원**은, '원고의 피보전채권은 주로 채무자가 위 각 부동산을 처분한 데 따라 발생한 양도소득세 납부채무이니 위 각 부동산의 처분행위 자체는 사해행위가 될 수 없는 것이고, 그 매매대금을 피고에게 송금하는 방법으로 증여한 각 행위는 각 별도의 처분행위인 이상, 그것이 사해행위가 되는지 여부는 각 증여행위 당시의 조세채무와 잔존 적극재산의 금액을 비교하여 판단할 것이다. 그 각 증여행위의 상대방이 동일하고 동일한 부동산의 처분대금을 증여한 것이라는 등 … 사정이 있기는 하지만, 그 각 증여행위가 상호 연계되어 있다는 등 이를 전체적으로 일괄하여 하나의 사해행위로 평가할 특별한 사정이 있다고는 할 수 없다.'고 하여 원심의 결론이 옳다고 한 예.

2387) 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다53437 판결; 상가 신축·분양 사업의 시행사, 대출금융기관, 시공사 사이의 사업약정서, 그에 따른 시행사와 피고 신탁회사 사이의 상가부지에 대한 부동산관리신탁계약 및 그 변경 약정, 시행사와 피고 신탁회사 사이의 상가 신축건물에 대한 부동산담보신탁계약이 순차로 체결된 사안에서, 피고는 위 사업약정서의 당사자가 아니고, 1차 신탁계약은 상가부지가 될 토지에 대한 관리신탁에 지나지 않으며, 변경약정과 위 사업약정서는 '상가 신축건물의 보존등기 시까지 시행사의 대출금융기관에 대한 채무가 완제되지 않았을 경우'라는 조건부로 담보신탁계약을 체결할 의무를 부과하는 약정에 불과하여 향후 체결할 담보신탁계약의 신탁재산, 신탁기간, 수익자 등 그 구체적인 내용에 관하여 전혀 정함이 없으므로, 부동산담보신탁계약과 종전의 일련의 위와 같은 약정은 동일한 법률행위라고 볼 수 없다고 한 예.

2388) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2019다266409 판결; "가등기와 본등기의 원인인 법률행위가 다르다면 사해행위 요건의 구비 여부는 본등기의 원인인 법률행위를 기준으로 판단해야 하고 제척기간의 기산일도 본등기의 원인인 법률행위가 사해행위임을 안 때라고 보아야 한다. 채무자가 유일한 재산인 부동산에 관하여 가등기의 효력이 소멸한 상태에서 새로 매매계약을 체결하고 말소되어야 할 가등기를 기초로 하여 본등기를 한 행위는 가등기의 원인인 법률행위와 별개로 일반채권자의 공동담보를 감소시키는 것으로 특별한 사정이 없는 한 채권자취소권의 대상인 사해행위이고, 이때 본등기의 원인인 새로운 매매계약을 기준으로 사해행위 여부나 제척기간의 준수 여부를 판단해야 한다. … 소외 1과 소외 2의 매매예약에서 매매예약 완결일자를 2004. 8. 30.로 하고 별도 의사표시 없이 매매가 완결된 것으로 정하였다. 소외 2 명의의 가등기는 그 원인인 소유권이전등기청구권이 매매예약 완결일인 2004. 8. 30.부터 10년이 지나 소멸시효가 완성되었으므로 말소되어야 한다. 소외 1은 피고들과 새로 매매계약을 체결하면서 말소되어야 할 가등기를 유용하기로 합의하고 가등기를 기초로 하여 본등기를 해주었다. 이와 같이 본등기의 원인인 소외 1과 피고들의 매매계약은 가등기의 원인인 소외 1과 소외 2의 매매예약과 다르다. … 소외 1과 피고들이 말소되어야 할 가등기를 유용하기로 한 합의는 매매계약의 이행방법을 합의한 것에 불과하여 사해행위로 취소되는 매매계약에 포함되고, 매매계약이 취소됨에 따라 그 합의도 취소되었다고 보아야 한다. 따라서 피고들은 가등기를 유용하기로 한 합의를 이유로 가등기 말소 청구에 대항할 수 없다."

기를 마친 경우, 그 이전등기의 원인된 법률행위가 사해행위로서 취소되면, 그 원상회복으로서 위 이전등기는 말소되어야 하고, 가등기에 기한 본등기를 경료할 수 있는지 여부 등에 의하여 달리 볼 것은 아니다.[2389]

(카) 무효행위

무효인 통정허위표시,[2390] 명의신탁약정도[2391] 사해행위 취소의 대상이 될 수 있다.

(4) 사해행위 취소 및 원상회복의 범위

사해행위의 취소에 따른 원상회복은 원칙적으로 그 목적물 자체의 반환에 의하여야 하고, 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 예외적으로 가액반환에 의한다. 사해행위 취소 및 원상회복의 범위는 ① 취소채권자의 피보전채권액,[2392] ② 일반채권자의 공동담보가액,[2393] ③ 수익자·전득자의 취득 이익의 각 범위 내로 한정되나,

---

○ 채무자 소유 부동산에 관하여 소유권이전청구권을 보전하기 위한 가등기를 마친 경우에, 가등기 자체만으로는 소유권이전의 효력이 발생하지 않지만 후일 본등기를 마치면 가등기 시에 소급하여 소유권변동의 효력이 발생하고 그 결과 채권자가 채무자의 재산으로부터 완전한 변제를 받을 수 없게 되어 채권자를 해할 수 있다. 따라서 채권자를 해하는 가등기의 원인인 법률행위는 사해행위로서 취소의 대상이 되고, 그 법률행위가 사해행위로 취소되면 특별한 사정이 없는 한 가등기권자는 그 취소에 따른 원상회복으로서 원물반환의무인 가등기말소의무를 진다(대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체 판결).

○ 집합채권의 양도담보의 예약이 체결된 다음 예약완결권의 행사에 기하여 채권이 양도된 경우 사해행위 여부는 양도담보 예약 시를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다233268 판결).

2389) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다73138, 73145 판결: "수익자가 다른 원인에 의하여 다시 채무자로부터 이전등기를 받을 수 있다고 하여 이미 이루어진 수익자 명의의 이전등기의 말소를 명할 수 없게 되는 것은 아니 … 고 가등기권자가 가등기에 기한 본등기의 절차에 의하지 아니하고 별도의 소유권이전등기를 경료받은 경우에 있어서는, 특별한 사정이 없는 한 가등기권자가 재차 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 있는 것이므로 그 별도의 소유권이전등기를 가등기에 기한 본등기와 동일하게 볼 수는 없다고 할 것이다. … 피고가 소외인으로부터 이전등기를 경료받기 이전에 가등기를 경료해 두고 있었다고 하더라도, 피고가 그 가등기에 기한 본등기 절차에 의하지 아니하고 별도로 소유권이전등기를 경료받았고 그 후 위 가등기는 말소되었으므로 위 이전등기를 위 가등기에 기한 본등기와 동일하게 볼 수는 없다고 할 것이고, 따라서 위 이전등기의 원인된 법률행위가 사해행위로서 취소되는 이상, 그 원상회복으로서 위 이전등기는 말소되어야 하는 것이고, 장차 위 가등기가 혼동의 법리에 의하여 부활되는지의 여부나 그와 같이 부활되는 가등기에 기하여 피고가 다시 본등기를 경료할 수 있는지의 여부 등에 의하여 달리 볼 것은 아니라고 할 것이다."

2390) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2021다288020 판결.

2391) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다69358 판결[명의신탁자(채무자)가 채무초과상태에서 매수한 부동산의 등기 명의를 명의수탁자(수익자)에게 신탁(제3자간 등기명의신탁)한 다음 채권자들 중 1인(전득자)에게 대물변제로 양도한 경우, 명의신탁자의 채권자(원고)는 수익자 및 전득자를 상대로 위 명의신탁약정을 사해행위로 취소하고 그 각 소유권이전등기의 말소를 구하고, 매도인을 상대로 채무자를 대위하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있다]. ☛ 명의신탁에 따른 등기의 무효는 부동산실명법 제4조 제3항에 의하여 제3자에 대하여는 그가 선의든 악의든 주장할 수 없으나, 사해행위취소에 따른 등기의 무효는 악의의 전득자에 대하여는 주장할 수 있다는 점에서 차이가 있다.

2392) 대법원 2001. 9. 4. 선고 2000다66416 판결: "채권자가 채권자취소권을 행사할 때에는 원칙적으로 자신의 채권액을 초과하여 취소권을 행사할 수 없고, 이 때 채권자의 채권액에는 사해행위 이후 사실심 변론종결시까지 발생한 이자나 지연손해금이 포함된다." ☞ 피보전채권이 조세채권인 경우, 사해행위 이후 사실심 변론종결시까지 발생한 가산금과 중가산금이 포함된다(2006다66753).

2393) ○ 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결: "사해행위의 취소 및 원상회복은 책임재산의 보전을 위하

다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 취소채권자의 피보전채권액을 넘어서까지도 취소를 구할 수 있는데, 취소채권자가 위와 같은 특별한 사정을 주장·증명하여야 한다.[2394) 2395)]

다) 채무자의 사해의사

사해행위취소소송에 있어서 채무자의 사해의사(악의)[2396)]의 점에 대하여는 그 취

여 필요한 범위 내로 한정되어야 하므로 원래의 책임재산을 초과하는 부분까지 원상회복의 범위에 포함된다고 볼 수 없다. 따라서 부동산에 관한 법률행위가 사해행위에 해당하여 민법 제406조 제1항에 의하여 취소된 경우에 수익자 또는 전득자가 사해행위 이후 그 부동산을 직접 사용하거나 제3자에게 임대하였다고 하더라도, 당초 채권자의 공동담보를 이루는 채무자의 책임재산은 당해 부동산이었을 뿐 수익자 또는 전득자가 그 부동산을 사용함으로써 얻은 사용이익이나 임차인으로부터 받은 임료상당액까지 채무자의 책임재산이었다고 볼 수 없으므로 수익자 등이 원상회복으로서 당해 부동산을 반환하는 이외 그 사용이익이나 임료상당액을 반환해야 하는 것은 아니다."

○ 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다36209 판결; "사해행위취소권은 채권의 공동담보를 보전하는 것을 목적으로 하므로, 그 취소의 범위는 공동담보의 보전에 필요하고 충분한 범위에 한정된다. 따라서 채무자가 사해행위에 의하여 비로소 채무초과상태에 이르게 되는 경우에, 채권자는 사해행위가 가분(可分)인 한 그 중 채권의 공동담보로 부족하게 되는 부분만을 자신의 채권액을 한도로 취소하면 족하고, 그 행위 전부를 취소할 수는 없다고 할 것이다." ☜ 원고에 대하여 5억 5천만 원의 임대차보증금반환채무 등을 지고 있던 소외 1이 그 남편 소외 2의 피고에 대한 2억 5천만 원의 차용금채무를 연대보증하였는데, 그 연대보증 당시 소외 1은 적극재산으로 692,655,650원, 소극재산으로 588,520,547원이 있어, 연대보증으로 인하여 소극재산이 838,520,547원(= 588,520,547원+2억 5천만 원)이 됨으로써 소극재산이 145,864,897원(= 838,520,547원 - 692,655,650원)이 많은 채무초과상태에 이르게 된 사안에서, 위 연대보증계약 중 소극재산이 적극재산을 넘게 되는 부분이 사해행위에 해당한다고 판단하고, 위 연대보증계약 중 그 부분의 취소를 명한 원심이 정당하다고 한 예.

위 판결은, "그렇지 아니하고 그 행위 전부를 취소할 수 있다고 하면, 다음과 같은 불합리가 있다. 만일 이 사건의 경우에 소외 1이 소외 2의 채무를 1억 원의 범위에서 연대보증하였다고 하자. 이때 그 연대보증이 있어도 소외 1의 적극재산은 여전히 소극재산보다 많아서 그가 채무초과상태에 빠지지 않으므로 위 연대보증은 사해행위에 해당하지 아니하여, 원고는 그 연대보증행위에 대하여 전혀 사해취소를 할 수 없다. 그런데 소외 1이 1억 1천만 원의 범위에서 연대보증하였다면, 그는 이제 채무초과상태가 되므로, 원고는 돌연 그 연대보증행위 전부의 취소를 구할 수 있게 되는 것이다."라고 예를 들어 설명하고 있다.

2394) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결; "다른 하도급채권이 존재한다는 점 이외에는 달리 위 특별한 사정에 대한 주장·입증이 없으므로, 원고들의 피보전채권액에 한하여 취소를 명한 원심의 조치는 정당"

2395) ❶ 원고들을 포함한 32인의 채권자의 채권액만도 32억 원에 달하는 사실을 인정할 수 있으므로 위 채권자들 가운데 원고들 이외의 채권자들이 경매절차의 배당액 26억 여 원에 대한 강제집행에 참가할 것이 명백하다고 한 예(2004다5822). ❷ 다른 채권자들이 채권자단을 구성하고 있는 점에서 배당요구를 할 것이 명백하다고 보이므로 원고들의 채권액을 초과하여서까지 그 취소를 명한 원심은 정당하다고 한 예(97다10864). ❸ 동일인의 소유인 토지와 건물의 처분행위를 사해행위로 취소하는 경우 그중 대지의 가격이 채권자의 채권액보다 다액이라 하더라도 대지와 건물 중 일방만을 취소하게 되면 건물의 소유자와 대지의 소유자가 다르게 되어 가격과 효용을 현저히 감소시킬 것이므로 전부를 취소함이 정당하다고 한 예(74다2114).

2396) ○ 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결; "사해의사란 채무자가 법률행위를 함에 있어 그 채권자를 해함을 안다는 것이다. 여기서 '안다'고 함은 의도나 의욕을 의미하는 것이 아니라 단순한 인식으로 충분하다. 결국 사해의사란 공동담보 부족에 의하여 채권자가 채권변제를 받기 어렵게 될 위험이 생긴다는 사실을 인식하는 것이며, 이러한 인식은 일반 채권자에 대한 관계에서 있으면 족하고, 특정의 채권자를 해한다는 인식이 있어야 하는 것은 아니다."

○ 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다57884 판결; "채무자의 사해의사를 판단함에 있어 사해행위 당시의 사정을 기준으로 하여야 할 것임은 물론이나, 사해행위라고 주장되는 행위 이후의 채무자의 변제 노력과 채권자의 태도 등도 사해의사의 유무를 판단함에 있어 다른 사정과 더불어 간접사실로 삼을 수도 있는 것"

○ 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다12067 판결; "연대보증인에게 부동산의 매도행위 당시 사해의 의사가 있었는지 여부는 연대보증인이 자신의 자산상태가 채권자에 대한 연대보증채무를 담보하는 데 부족하게 되리

소를 주장하는 채권자에게 증명책임이 있다.[2397]

채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸거나 타인에게 무상으로 이전해 주는 경우, 채무자의 사해의사는 추정된다.[2398] 이는 사실상 추정에 해당하고 이로 인하여 증명책임이 전환되는 것은 아니므로[2399] 이 추정을 복멸시키는 사실을 증명하는 것은 간접반증에 해당한다.

4) 수익자·전득자의 항변

가) 채무자 자력 회복 등 책임재산 보전의 필요성 소멸의 항변

처분행위 당시에는 채권자를 해하는 것이었더라도, 그 후 채무자가 자력을 회복하거나,[2400] 채권자가 채무자 또는 제3자 소유의 부동산을 담보로 제공받아 우선변제권을 확보하는 등의 사유로 사해행위취소권을 행사하는 사실심의 변론종결 시에는 채권자를 해하지 않게 된 경우에는, 책임재산 보전의 필요성이 없어지게 되어 채권자취소권이 소멸하는바, 그러한 사정변경이 있다는 사실은 채권자취소소송의 상대방이 증명하여야 한다.[2401]

라는 것을 인식하였는가 하는 점에 의하여 판단하여야 하고, 연대보증인이 주채무자의 자산상태가 채무를 담보하는 데 부족하게 되리라는 것까지 인식하였어야만 사해의사를 인정할 수 있는 것은 아니며"

2397) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결: "사해행위취소소송에 있어서 채무자가 악의라는 점에 대하여는 그 취소를 주장하는 채권자에게 입증책임이 있으나 수익자 또는 전득자가 악의라는 점에 관하여는 채권자에게 입증책임이 있는 것이 아니라 수익자 또는 전득자 자신에게 선의라는 사실을 입증할 책임이 있다고 할 것이다."

2398) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다41875 판결.

2399) 따라서 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다41875 판결이 "원심으로서는 이 사건 증여계약이 사해행위임을 인정한 후 나아가 소외 2와 피고들에게 그러한 의사가 없었다는 피고들의 항변에 관하여 판단을 하였어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 원심이 위와 같이 소외 2가 이 사건 증여계약을 체결할 무렵 자신이 원고에 대하여 신원보증책임이 있음을 알았다고 볼 증거가 없다고 판단하여 원고의 사해행위 주장을 배척한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하였거나 사해의 의사의 추정에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니한 위법을 저질렀다."라고 판시한 것이나, 97다54420 판결이 "박OO이 그 액수의 많고 적음에 관계없이 원고에 대한 연대보증채무가 성립되어 있는 상태에서 그의 유일한 재산인 이 사건 부동산을 친형인 피고에게 매각함으로써 무자력이 되었다면 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 매도행위는 원고에 대하여 사해행위가 되고, 이 경우 박OO의 사해의 의사는 추정된다고 볼 것이므로, 원심으로서는 위 매도행위가 사해행위임을 인정한 후 나아가 박OO과 피고에게 그러한 의사가 없었다는 피고의 항변에 관하여 판단을 하였어야 할 것이다."라고 한 것은 타당한 것이 아니다. 위 2000다41875 판결을 참조판결로 하여, "채무자의 악의는 추정되는 것이고, 수익자인 임차인의 악의 또한 추정된다."라고 한 2003다50771 판결 역시 '채무자의 악의 추정'과 '수익자의 악의 추정'을 동일한 평면에서 본 것으로 보여 타당한 것이 아니다.

2400) 사실심 변론종결 당시의 채무자의 무자력 여부를 판단함에 있어서는 사해행위의 결과 수익자에게 귀속된 재산은 채무자의 적극재산에서 제외하여야 한다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2003다36478, 36485 판결).

2401) ○ 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다50763 판결: "채무자가 채권자를 해하는 처분행위를 하였더라도, 그 후에 채권자가 채무자 또는 제3자 소유의 부동산을 담보로 제공받아 우선변제권을 취득하였고 사해행위취소소송의 사실심 변론종결 시에 그 부동산의 가액 및 채권최고액이 당해 채무액을 초과하여 채무 전액에 대하여 채권자에게 우선변제권이 확보됨에 따라 그 처분행위로 인하여 채권자를 해하지 않게 되었다면, 채권자취소권에 의하여 책임재산을 보전할 필요성이 없으므로 채권자취소권은 소멸하고, 그 채무액이 부동산의 가액 및 채권최고액을 초과하는 경우에는 그 담보물로부터 우선변제 받을 금액을 공제한 나머지 채권액에 대하여만 채권자취소권이 인정된다."

○ 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결: "사해성의 요건은 행위 당시는 물론 채권자가 취소권을

피보전채권의 존재가 인정되어 사해행위 취소 및 원상회복을 명하는 판결이 확정되었으나 재산이나 가액의 회복을 마치기 전에 피보전채권이 소멸한 경우, 청구이의의 소의 적법한 이유가 된다.[2402]

나) 선의의 항변

사해행위취소소송에 있어서 채무자의 악의의 점에 대하여는 그 취소를 주장하는 채권자에게 증명책임이 있지만, 수익자 또는 전득자가 악의라는 점에 관하여는 채권자에게 증명책임이 있는 것이 아니라 수익자 또는 전득자 자신에게 선의라는 사실을 증명할 책임이 있다.[2403]

사해행위인지가 문제되는 법률행위가 대리인에 의하여 이루어진 때에는 수익자의 사해의사 또는 전득자의 사해행위에 대한 악의의 유무는 대리인을 표준으로 결정하여야

행사할 당시(사해행위취소소송의 사실심 변론종결시)에도 갖추고 있어야 하므로, 처분행위 당시에는 채권자를 해하는 것이었더라도 그 후 채무자가 자력을 회복하거나 채무가 감소하여 취소권 행사시에 채권자를 해하지 않게 되었다면, 채권자취소권에 의하여 책임재산을 보전할 필요성이 없으므로 채권자취소권은 소멸한다. … 회사에 대한 정리채권이 소멸하였다는 이유로 회사채무를 연대보증한 사람의 채무가 당연히 소멸하는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 원심이 피고의 주장, 즉 이 사건 증여계약이 … 정리채권이 모두 소멸함에 따라 소외 1의 연대보증채무도 모두 소멸하여 이 사건 증여계약의 사해성이 소멸하였다는 주장을 배척하고 이 사건 증여계약의 사해성을 인정한 것은 결론에 있어 정당하다."

○ 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다54849 판결; "처분행위 당시에는 채권자를 해하는 것이었다고 하더라도 그 후 채무자가 자력을 회복하여 사해행위취소권을 행사하는 사실심의 변론종결시에는 채권자를 해하지 않게 된 경우에는 책임재산 보전의 필요성이 없어지게 되어 채권자취소권이 소멸하는 것으로 보아야 할 것이나, 그러한 사정변경이 있다는 사실은 채권자취소소송의 상대방이 입증하여야 한다. … 피고가 원심까지 망인의 상속인들의 재산 상태에 관한 주장을 하거나 그에 관한 입증자료를 제출하지 않은 이 사건에서 원심이 이에 관한 심리를 하지 아니한 것을 심리미진으로 볼 수는 없다."

2402) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다224469 판결; "채권자취소권에 의하여 책임재산을 보전할 필요성이 없어지면 채권자취소권은 소멸한다. 따라서 채권자취소소송에서 피보전채권의 존재가 인정되어 사해행위 취소 및 원상회복을 명하는 판결이 확정되었다고 하더라도, 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마치기 전에 피보전채권이 소멸하여 채권자가 더 이상 채무자의 책임재산에 대하여 강제집행을 할 수 없게 되었다면, 이는 위 판결의 집행력을 배제하는 적법한 청구이의 이유가 된다." ☜ 신용보증기금이 甲에 대한 구상금채권을 피보전채권으로 하여 甲이 체결한 증여계약의 수익자인 乙 등을 상대로 채권자취소소송을 제기하여 가액배상금을 지급받기로 하는 내용의 화해권고결정이 확정되었는데, 그 후 甲에 대한 회생절차에서 신용보증기금의 구상금채권에 관한 회생채권 중 일부는 면제하고, 나머지는 현금으로 변제하는 내용의 회생계획 인가결정이 이루어졌으며, 이에 따라 甲이 회생계획에서 정한 변제의무를 완료한 후에 乙 등이 화해권고결정에 기한 강제집행의 불허를 구한 사안에서, 회생계획 인가결정이 이루어짐에 따라 구상금채권에 관한 회생채권이 회생계획에 따라 실체적으로 변경되어, 구상금채권에 관한 회생채권 중 회생계획에서 면제하기로 한 부분은 회생계획 인가결정 시점에, 현금으로 변제하기로 한 나머지 부분은 그 이후의 변제에 의하여 각 확정적으로 소멸하였으므로, 사해행위 취소로 인한 가액배상금 지급에 관한 화해권고결정의 전제가 된 신용보증기금의 피보전채권 역시 소멸하였는데도, 청구이의 사유가 존재하지 않는다고 본 원심판단에 위법이 있다고 한 사례.

2403) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결 등.

헌법재판소 2007. 10. 25. 2005헌바96 결정; "입법자는 이 사건 법률조항에서 본문, 단서의 형식으로 수익자의 악의를 채권자취소권의 장애사유로 정하였고, 이에 따라 대법원이 수익자의 악의에 대한 입증책임을 채권자가 아니라 수익자에게 있다고 해석하고 있는바, 이는 직접 거래의 당사자가 아닌 채권자가 수익자의 악의를 입증하게 하는 것보다는 직접적인 거래의 당사자인 수익자가 스스로의 선의를 입증하는 것이 훨씬 용이한 위치에 있다는 점을 고려한 것으로서 그 합리성을 인정할 수 있다 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 입증책임의 부담에 관한 입법재량의 범위를 벗어난 것이라고 할 수 없다."

한다.[2404]

전득자의 악의를 판단함에 있어서는 단지 전득자가 전득행위 당시 채무자와 수익자 사이의 법률행위의 사해성을 인식하였는지 여부만이 문제가 될 뿐이지, 수익자와 전득자 사이의 전득행위가 다시 채권자를 해하는 행위로서 사해행위의 요건을 갖추어야 하는 것은 아니고,[2405] 수익자가 채무자와 수익자 사이의 법률행위의 사해성을 인식하였는지 여부도 원칙적으로 문제가 되지 않는다.[2406]

수익자의 선의 여부는 ① 채무자와 수익자의 관계, ② 채무자와 수익자 사이의 처분행위의 내용과 그에 이르게 된 경위 또는 동기, ③ 그 처분행위의 거래조건이 정상적이고 이를 의심할 만한 특별한 사정이 없으며 정상적인 거래관계임을 뒷받침할 만한 객관적인 자료가 있는지 여부, ④ 그 처분행위 이후의 정황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 논리칙·경험칙에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다.[2407]

2404) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다22661 판결.

2405) 대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다61280 판결.

2406) 대법원 2012. 8. 17. 선고 2010다87672 판결(채무자들로부터 근저당권설정등기 또는 담보가등기를 경료받은 피고 1, 2가 선의의 수익자에 해당하더라도 그들로부터 근저당권설정등기와 가등기를 이전받은 피고 회사는 악의의 전득자에 해당한다고 판단한 원심이 정당하다고 한 예).
한편, 그 원심은, '채무자들과 수익자 피고 1, 2 사이의 각 근저당권설정계약 및 매매예약이 채권자인 원고와 악의의 전득자인 피고 회사에 대한 관계에 있어서는 사해행위에 해당하므로 이를 취소하고, 그 원상회복으로 피고 회사는 채무자들에게 근저당권설정등기 및 가등기를 말소할 의무가 있다'고 판단하였는데, 이에 대하여는 '수익자가 선의인 경우 전득자에 대하여는 선의·악의를 불문하고 사해행위취소를 부정하여야 하고, 그렇지 않더라도 악의의 전득자가 부기등기명의인인 경우 원상회복은 주등기인 근저당권설정등기 및 가등기가 아니라 그 이전의 부기등기를 말소하는 방법으로 하여야 한다.'고 하는 유력한 반대견해가 있다(임상민, "수익자 선의와 전득자에 대한 사해행위취소", 저스티스 제136호, 한국법학원(2013. 6.), 254면 이하).

2407) 대법원 2023. 9. 21. 선고 2023다234553 판결. ☛ ❶ ① 피고 및 피고와 채무자 사이의 계쟁 근저당권 담보조건 사채거래를 알선한 소외 2는 그 이전까지 채무자와는 모르던 사이로서, 위 사채거래는 등록된 대부업자인 소외 2의 생활정보지 광고를 매개로 통상의 사채거래 방식에 따라 이루어진 것인 점, ② 당시 채무자 소유의 계쟁 부동산에는 채권최고액 871,000,000원의 지축은행 명의의 근저당권 이외에 다른 담보권은 설정되어 있지 않았는데, 채무자의 부도 이후 위 선순위근저당권에 기하여 이루어진 임의경매절차에서 위 부동산이 1,165,300,000원에 매각되어 위 선순위 근저당채권액(547,725,637원) 및 피고의 위 근저당 채권액은 물론 3순위 근저당 채권(115,000,000원) 전액과 4순위 근저당 채권액 일부(162,897,206원)에 대해서까지 배당이 이루어질 정도로 위 부동산의 담보가치가 충분한 것으로 밝혀진 점, ③ 계쟁 근저당권 설정의 대가로 피고는 주거래 금융기관(새마을금고)에서 자신과 가족들 명의로 정기예탁금 인출 혹은 대출 등을 통해 위 대부액 상당의 금원을 조달하여 사채거래 수수료 등을 공제한 잔액을 채무자 측에 실제로 지급한 점 등의 사정들에다가, ④ 사해행위취소소송에서는 수익자의 선의 여부만이 문제되고 수익자의 선의에 과실이 있는지 여부는 문제되지 아니한다는 법리를 보태어 보면, 피고는 위 부동산을 담보로 채무자에게 사채를 제공하는 행위가 채무자에 대한 다른 채권자들을 해하는 사해행위가 된다는 정을 알지 못한 채 위 부동산의 객관적인 담보가치를 신뢰하여 통상적이고 정상적인 사채거래를 통해 그 담보가액 범위 내의 금원을 사채로 제공하였다고 보아야 할 것이고, 달리 피고 또는 소외 2와 채무자 사이에 위 부동산의 담보가치에도 불구하고 채무자의 구체적인 신용상태나 재산상황이 그와 다름을 쉽게 알 수 있을 만큼 특별한 관계가 존재한다는 다른 사정은 없는 것으로 보이는 이상, 단지 위 거래가 금융권을 통한 대출이 아닌 사채거래의 방식으로 이루어졌다는 사정만으로 피고의 선의를 인정함에 장애가 될 수는 없다고 한 예(2007다74621). ❷ 부동산 매매계약이 사해행위에 해당함을 이유로 한 사해행위취소소송에서, 매매계약 당사자 사이에 친인척관계나 거래관계가 없어 채권채무관계나 재산상태 등에 관하여 알기 어려운 상태였고, 매매대금의 지급 등 계약의 이행이 정상적으로 이루어지는 등의 제반 사정상 사해행위의 수익자와 전득자가 각 매매계약 체결 당시 선의라고 봄이 상당함에도 불구하고, 악의의 추정이

사해행위의 수익자가 실수요자로서 통상적인 거래에 의하여 부동산을 매수한 점, 수익자는 채무자와 친인척관계 등이 전혀 없어 채무자의 신용상태 등을 전혀 알 수 없는 처지에 있었던 점, 부동산등기부상으로도 장기간 가압류기입등기 등이 경료된 바 없어 채무자의 신용상태를 의심할 여지가 없었던 점, 매매대금이 시세보다 현저히 낮다고 할 수도 없는 점, 수익자가 매매대금 전액을 모두 지급하였을 뿐만 아니라 계쟁 부동산에 거주하면서 실제로 공장을 운영하고 있는 점, 매수가격이 시세보다 다소 낮다고 하더라도 그에 관해서는 수익자가 상응하여 잔금을 단기간에 지급하기로 약정한 것이라는 설명이 가능한 점, 수익자가 사해행위에 해당함을 알면서도 부동산을 매수할 만한 동기나 이유를 찾기 어려운 점 등은, 선의의 수익자로 볼 수 있는 사정들이다.[2408]

주택임대차보호법 제8조의 소액보증금 최우선변제권의 요건을 갖춘 임차인에 대하여 선행의 담보권자 등에 우선하여 소액보증금을 회수할 수 있도록 한 입법 취지에 비추어 보면, 위 법조 소정의 임차권을 취득하는 자는 자신의 보증금 회수에 대하여 상당한 신뢰를 갖게 되고, 따라서 임대인의 채무초과상태 여부를 비롯하여 자신의 임대차계약이 사

번복되지 않는다고 한 원심판결을 파기한 사례(2009다80484). ❸ 원심은, '나OO는 부인인 전OO 명의로 삼성유통이라는 상호로 주방용품 소매업을 운영하였고, 피고는 정수기·이온수기 등을 제조 및 판매하는 회사로서 피고의 대표이사인 이OO은 신용불량자인 점, 피고와 나OO와 사이에 작성된 매매계약서에는 매매계약이 체결되었음을 확인할 수 있는 증개인의 기재가 없을 뿐만 아니라 작성일자가 등기원인으로 등재된 매매계약일자와 다른 점, 위 매매계약서상 계약금만 지급하였을 시기인 2003. 11. 26. 피고는 벌써 피고의 본점 소재지를 사건 부동산의 소재지인 광주 북구 OO동으로 변경하는 등기를 마친 점, 사건 매매계약을 체결할 당시 위 부동산에는 이미 광주농업협동조합 명의의 채권최고액 1억 3,000만 원의 근저당권설정등기가 경료되어 있었고, 광주광역시 북구 명의의 압류등기가 기입되어 있었으나 위 매매계약서에서는 위 저당채무액 1억 원을 피고가 승계하기로 기재되어 있을 뿐 위 압류등기의 집행채무에 관하여는 아무런 언급이 없는 점 등에 비추어 보면, 사건 매매계약으로 채권자를 해함을 알았을 것이라는 이유로 피고의 선의 주장을 배척'한 데 대하여, **대법원**은 '피고는 사랑방신문에 게재된 광고를 보고 위 부동산을 매수하게 되었고, 당시 광고에 게재된 매매가격은 융자 1억 원과 전세 5,000만 원을 포함하여 2억 2,000만 원이었던 사실, 나OO는 처인 전OO 명의로 삼성유통이란 상호로 주방용품 소매점을 경영하였는데 피고와는 거래관계가 없었고 당시 피고 대표이사인 이OO과 친인척 관계에 있지도 않은 사실, 피고는 위 부동산을 2억 1,000만 원에 매수하였는데, 그 중 농업협동조합 대출금과 임대차보증금 반환채무 합계 1억 4,400만 원을 인수하고, 나머지 6,600만 원은 수표로 지급한 사실, 피고는 사건 매매계약 후부터 위 농업협동조합 대출금에 관한 이자를 지급하여 오고 있고, 원금 5,000만 원을 변제한 사실, 또한 피고는 위 부동산으로 본점 소재지를 변경하였으며, 실제 부동산을 사용하고 있는 사실 등이 인정되는바, 피고 또는 이OO과 나OO 사이에는 친인척 등 특수한 관계가 있다고 보이지 아니하고, 지역 사랑방신문에 게재된 광고를 통해 부동산을 매수하게 된 경위 및 실제 매매대금이 모두 지급된 점 등에 비추어 보면, 매매계약서에 증개인의 확인이 없다거나 계약서 작성일자와 등기부상 매매계약일이 다르다고 하여 피고가 선의가 아니라고 볼 수는 없고, 매매가격 역시 시세를 크게 벗어난 것으로는 보이지 아니하며, 나OO가 퇴거한 위 부동산을 피고가 사용하고 있는 점 등을 종합해 보면, 피고는 매매계약이 사해행위에 해당함을 알지 못하고 부동산을 매수한 선의의 수익자라고 볼 여지가 충분하다'라고 한 예(2006다39560). ❶ 사해행위의 수익자가 채무자와 일면식이 없어 이웃의 소개로 급히 금전이 필요한 채무자로부터 다소 저렴한 가격으로 토지를 매수하였을 뿐이어서 그 과정에서 단기간에 매매대금이 지급되고 그 직후 소유권이전등기가 경료되는 등 부동산거래관행과 다소 다르게 매매가 이루어진 사정이 있다고 하더라도 채무자로부터의 토지매수가 채권자를 해하는 사해행위임을 알지 못한 선의의 수익자에 해당한다고 판단한 사례(2002다62036).

2408) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다42100 판결(원심은 피고가 시세보다 매우 낮게 매매대금을 지급하면서 매매계약을 체결한 후 2일 만에 잔금까지 모두 지급한 점 등에 비추어 보면 피고가 악의로 보인다고 판단하였다).

해행위가 되는지에 대하여 통상적인 거래행위 때보다는 주의를 덜 기울이게 될 것이므로, 수익자인 임차인의 선의를 판단함에 있어서는 ① 실제로 보증금이 지급되었는지, ② 그 보증금의 액수는 적정한지, ③ 등기부상 다수의 권리제한관계가 있어서 임대인의 채무초과상태를 의심할 만한 사정이 있었는데도 굳이 임대차계약을 체결할 사정이 있었는지, ④ 임대인과 친인척관계 등 특별한 관계는 없는지 등을 종합적으로 고려하여 논리와 경험칙을 통하여 합리적으로 판단하여야 한다.[2409]

사해행위 당시 수익자가 선의였음을 인정함에 있어서는 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등에 의하여야 하고, 채무자의 일방적인 진술이나 제3자의 추측에 불과한 진술 등에만 터 잡아 사해행위 당시 수익자가 선의였다고 선뜻 단정하여서는 안 된다.[2410]

2409) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2003다50771 판결(① 채무자는 피고(1977년생의 여자)에게 방 두 개의 아파트 중 하나를 임대해 주고, 처, 1984년생인 딸, 1987년생인 아들과 함께 가족 4명이 방 하나를 사용하였다는 것이고, 또한 성년의 여자인 피고도 위와 같은 아파트에 1,500만 원이나 되는 보증금을 지급하고 임대차계약을 체결하였다는 것인데 이는 경험칙상 이례적인 것으로 보이는 점, ② 피고가 임대차계약을 체결할 때 이미 아파트에는 여러 건의 근저당권과 가압류등기 및 체납처분이 되어 있었으며, 피고도 임대차계약을 체결할 때 여러 건의 근저당권이 설정되어 있다는 것을 알았으면서도 소액보증금의 보호 한도인 1,200만 원을 넘는 금원을 지급한 점, 피고는 자신의 보증금이 주택임대차보호법 제8조에 의하여 전액 보호되므로 다수의 근저당권에도 불구하고 임대차계약을 체결하였다고 주장하나, 임대차계약 체결 시인 2000. 11.에는 소액보증금의 보호 범위가 3,000만 원 이하의 임차인 중 1,200만 원 한도였고, 2001. 9. 15.부터 비로소 4,000만 원 이하의 임차인 중 1,600만 원 한도까지 확대되었으므로, 임대차계약서의 작성일자인 2000. 11. 18.에는 자신의 보증금 1,500만 원 전액이 보호될 것이라는 신뢰를 가질 근거가 없는 점, ③ 피고는 자신이 2000. 12.에 점유를 취득하였다고 주장하였으나, 경매법원의 명을 받은 집행관이 2001. 9. 24. 아파트의 현황을 조사할 때 채무자는 피고의 보증금이 1,200만 원이고 점유개시일자가 2000. 10.이라고 하여, 피고가 주장하는 임대차계약일로부터 불과 10개월이 지난 후인데도 피고가 점유를 개시한 때가 가을인지, 겨울인지, 보증금이 얼마인지 조차 정확히 진술하지 못한 점, ④ 채무자의 처남(처의 오빠) 명의의 근저당권은 원고가 제기한 사해행위취소소송의 결과 사해행위로 말소되었으며, 피고는 자신이 근무하던 직장의 사람을 통하여 아파트를 소개받았다고 진술하여 마치 임대차계약 전에는 채무자나 그 처를 몰랐던 것처럼 주장하고 있으나, 피고는 채무자의 처와 친척관계가 있는 것으로 보이는 점 등 경험칙상 피고가 진정한 임차인인지에 대하여 의심의 여지가 있고, 이러한 사정하에서는 수익자인 피고의 악의에 대한 추정이 번복되었다고 보기 어렵다고 한 예).

2410) ❶ 원심은, 소외인과 피고 저축은행 사이에 2006. 11. 1. 계쟁 부동산에 관하여 체결된 근저당권설정계약이 소외인의 다른 채권자인 원고에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다는 원고의 청구원인에 대해, ① 피고가 금융기관으로서 소외인과 개인적인 친우관계에 있지 않다는 점, ② 피고로서는 자신의 채권을 보전하기 위한 조치를 취해야 할 객관적인 사정이 발생하였고 이에 따른 피고의 요청으로 소외인이 위 부동산을 담보로 제공하게 된 점, ③ 근저당권설정 당시 위 부동산에 소외인의 일반 채권자들에 의한 가압류가 이루어진 바 없었던 점을 들어 근저당권설정계약 당시 피고가 선의의 수익자였다는 취지로 판단하여 원고의 청구를 배척하였으나, 대법원은, 원심이 든 사정은 피고의 선의 인정 여부와는 직접 관계가 없거나 피고의 선의를 인정하기에 충분하지 못한 것들이고, 기록을 보아도 근저당권설정계약 당시 피고가 선의였다고 인정할 만한 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등은 찾을 수 없다고 하여, 원심판결을 파기한 예(2009다11617). ❷ ① 피고의 선의를 증명할 만한 자료로는, 피고의 주장 외에는 소외 1이 작성한 확인서가 유일하다고 할 수 있는데, 그 내용이, 계쟁 근저당권을 설정할 당시 피고가 소외 2 회사나 제1심 공동피고의 자금난을 알기 어려웠을 것으로 생각된다는 것으로서 자신의 의견이나 추측을 기재한 것에 불과하여, 이를 가지고 사해행위 당시 피고가 선의였음을 선뜻 인정하기가 어려울 뿐만 아니라, ② 소외 1은 피고와 제1심 공동피고를 소개함으로써 피고가 제1심 공동피고에게 금전을 대여하는 단초를 제공한 사람으로서, 만약 위 근저당권 설정행위가 사해행위로서 취소되어 피고가 대여금을 반환받지 못할 경우에는 입장이 난처해질 수도 있는 위치에 있기 때문에 그의 진술을 쉽사리 믿기도 어렵고, ③ 그 밖에 원심이 피고의 선의를 인정하는 근거로 삼은 사정들은 대체로 피고 명의의 근저당권의 피담보채권이 허위가 아니라 실제로 존재한다는 것에 관한 것일 뿐 피고의 선의 여부와는 직접적인 관련이 없어 보이고, ④ 피고가 제1심 공동피고와 계속적으로 금전거래를 한 것이 아니라거나 친인척 또는 친우관계가

수익자의 선의에 과실이 있는지 여부는 문제되지 아니한다.[2411] 즉, 무과실은 요건이 아니다.

이상에서 살펴본 바와 같은, 수익자가 선의인지 여부에 관한 추상적인 판단 기준이 구체적인 사례에의 적용에 있어서는 과연 '어떠한 경우'에 '어느 정도의 증명'이 있어야 악의의 추정이 번복되어 선의가 인정될 수 있는지에 관하여 판례상 불명확한 점이 많다. 마지막으로, 구체적인 사실관계가 상세히 드러나 있는 판결의 예를 아래에 하나 더 들어 본다.[2412]

아니라는 점, 위 근저당권 설정계약 당시 제1심 공동피고 소유의 계쟁 아파트에 대하여 가압류 등이 없었다는 점 등은, 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉, ⓐ 피고는 자신이 소외 2 회사의 주주일 뿐만 아니라 위 회사의 대표이사인 제1심 공동피고로부터 위 회사 주식 8만 주를 담보로 취득한 바 있었기 때문에 소외 2 회사의 재무상태에 관하여 상당한 경제적 이해관계와 이에 따른 각별한 관심을 가지고 있었을 것으로 보이고, ⓑ 피고의 전 직장동료로서 친분이 있는 소외 1이 마침 2003. 11. 13.부터 소외 2 회사의 감사로 재직하고 있었기 때문에 위와 같은 관심을 가진 피고로서는 소외 1에게 위 회사의 형편에 관하여 자주 문의하였을 것으로 보이며, 소외 1을 통해 소외 2 회사가 위 근저당권을 설정하기 약 20일 전인 2004. 5. 25. 중소기업은행에 대한 대출금채무를 연체하기 시작한 사실과 그 대표이사인 제1심 공동피고의 연대보증사실을 알게 되었을 가능성이 농후하다는 점에 비추어 볼 때, 피고의 선의를 인정할 근거가 되지 못한다고 하여, 원심판결을 파기한 예(2006다5710).

2411) 대법원 2023. 9. 21. 선고 2023다234553 판결. ☛ ❶ ① 피고는 대부업 등록을 마치고 대부업을 영위하는 자로서 소외 1과는 아무런 친·인척 관계가 없는 사실을 알 수 있는바, ② 비록 피고가 계쟁 양도담보설정계약 당시 계쟁 대지의 등기부등본을 통하여 소외 1과 원고, 소외 2, 농업협동조합 사이의 채권채무관계를 확인할 수 있었다고 할지라도, 피고로서는 소외 1의 재산상태를 조사함에 있어 위 대지에 관한 원고 명의의 근저당권 설정등기를 말소하고 새로 피고 명의의 근저당권설정등기를 마쳐줄 것을 요구함과 아울러 계쟁 건물에 관하여 피고 앞으로 건축주명의변경 및 소유권보존등기를 마쳐줄 것을 요구함으로써 그저 대여원리금을 회수할 수 있는 정도의 충분한 담보물의 확보에 주력하였을 뿐, 그 과정에서 소외 1의 채무내역에 세심한 관심을 가지고 이를 재산현황과 비교하면서 채무초과 여부를 확인하였다고 보기는 어려운 점, ③ 위 양도담보설정계약 당시 소외 1이 자금난으로 계속 추진할 수 없는 건축공사를 완공하기 위하여 부득이 위 건물을 담보로 제공하는 것이 피고를 비롯한 제3자에게 있어 특별히 불합리하다거나 의심할 만한 거래행위라고 보이지 아니한 점, ④ 피고가 사해행위에 해당함을 알면서도 위 양도담보설정계약을 체결할 만한 동기나 이유를 찾기 어려운 점, ⑤ 그 밖에 위 양도담보설정계약의 경위, 시기 등 제반 사정을 종합하여 보면, 피고는 위 양도담보설정계약이 사해행위에 해당됨을 알지 못하고 소유권보존등기를 경료받은 선의의 수익자라고 볼 여지가 충분하다고 하여 원심판결을 파기한 예(2007다52430). ❷ 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖는 최선의 방법이라고 생각하고 달리 자금을 융통할 방법이 없어 부득이 부동산을 담보로 제공하고 수익자에게 자금 융통을 간청하여 수익자가 채무자에게 그 사업자금을 융통하여 주면서 담보를 취득하였다면 수익자로서는 당시 채무자가 그 자금을 은닉하고자 한다는 것을 알았다고 볼 특별한 사정이 없는 한 설사 사후에 채무자가 그 자금 중 일부를 은닉하였다고 하더라도 수익자로서는 사해의사가 없었다고 할 것이고, 원심은 ① 피고 신용협동조합이 채무자로부터 대출 요청을 받고 신축 건물의 가치를 감정하지 않고, ② 기존 대출자로서 신축 건물을 양도담보로 제공받고 완공 후 제1순위 근저당권을 설정받기로 약정한 원고 은행에게 확인해 보지도 않았으며, ③ 피고의 대출한도를 위반한 금액을 대출한 사실을 중요한 사실로 들고 있으나, 수익자의 선의에 과실이 있는지 여부는 문제되지 않는 것이므로 원심이 들고 있는 사정을 참작하더라도 채무자의 사업이 진행된 경위, 채무자가 피고를 찾아가 대출을 간청할 수밖에 없었던 사정, 피고의 기존 대출금액이 금 4억 7,500만 원임에 비하여 신규대출금이 금 14억 5,500만 원의 거액인 점에 비추어 보면 달리 특별한 사정이 없는 한 피고가 채무자의 채권자들에 대한 사해의사를 갖고 있었다고 볼 수는 없을 것이라고 하여 원심판결을 파기한 예(2000다50015).

2412) 2010다102632 판결은, 원심이, '피고가 소외 1에게 매매대금 1억 2천만 원을 지급하고 계쟁 부동산을 매수하였다고 하지만, ① 매매대금의 10%를 계약금으로 지급하는 거래관행을 벗어나 매매대금의 40%에 해당하는 5,000만 원을 계약금으로 지급하기로 하였고, ② 그 계약금 5천만 원과 잔금 중 2천만 원을 현금으로 지급하였다고 하면서도 그 자금의 출처를 분명히 밝히지 못할 뿐만 아니라, ③ 전혀 모르는 피고로부터 현금을 수령한

다) 가액배상자의 안분액 상계 항변, 채무자 변제 항변의 인정 여부

채권자취소권은 채권의 공동담보인 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하고 채무자의 일반재산으로부터 일탈된 재산을 모든 채권자를 위하여[2413] 수익자 또는 전득자로부터 환원시키는 제도로서, 수익자인 채권자로 하여금 안분액의 반환을 거절하도록 하는 것은 자신의 채권에 대하여 변제를 받은 수익자를 보호하고 다른 채권자의 이익을 무시하는 결과가 되어 위 제도의 취지에 반하게 되므로, 수익자가 채무자의 채권자인 경우 수익자가 가액배상을 할 때에 수익자 자신도 사해행위취소의 효력을 받는 채권자 중의 1인이라는 이유로 취소채권자에 대하여 총채권액 중 자기의 채권에 대한 안분액의 분배를 청구하거나, 수익자가 취소채권자

소외 1이나 중개인도 이를 정확하게 세어보지 아니하였으며, ④ 계약금 영수증도 소외 1의 날인이 없고 발행일이 정정되어 있는 등의 제반 사정에 비추어 보면, 피고가 위 부동산을 매수할 당시 선의였음을 인정할 증거가 부족하다'라고 판단한 데 대하여, '① 피고는 2009. 2. 9. 결혼을 앞두고 있는 자신의 막내아들이 거주할 집을 구하려 소외 2의 공인중개사무소를 방문하였다가 위 부동산을 둘러보고 마음에 들어 구입하기로 결정한 것으로서, 피고가 실수요자로서 부동산중개사무소를 통하여 통상적인 거래에 의하여 부동산을 매수한 사실, ② 그 약정한 매매대금 1억 2천만 원은 적정한 시가에 상당한 것인 사실, ③ 피고는 부동산을 매수하는 과정에서 비로소 소외 1을 알게 되었을 뿐이고 이들 사이에 친인척 등의 인적 관계나 다른 거래관계 등은 전혀 없었던 사실, ④ 매매를 중개한 소외 2도 매도인 소외 1의 일반적인 재산상태 또는 신용상태는 불론이고 원고에 대한 연대보증채무의 부담 등에 대하여 알지 못하였고, 따라서 소외 2가 피고에게 그러한 사정을 전할 여지도 없는 사실, ⑤ 매매 당시 등기부등본에는 약 9년 전에 경료된 채권최고액 1,800만 원의 근저당권설정등기 외에 다른 담보에 관한 등기나 가압류 또는 압류등기 등이 경료되어 있지 아니하여 소외 1의 신용상태를 의심할 만한 다른 사정은 보이지 아니하는 사실, ⑥ 피고는 소외 1에게 매매대금 1억 2천만 원을 전부 제대로 지급하였고, 소외 1도 곧바로 부동산을 피고에게 인도한 것으로 보이는 사실, ⑦ 피고는 매매계약이 체결되기 몇 개월 전에 자기 소유의 다른 부동산을 1억 2,400만 원에 매도하여 그 대금을 수령한 바 있고, 피고가 운영하는 식당도 번창하여 신용카드나 현금영수증으로 드러나는 매출 외에 현금으로 거래되는 실제 매출이 더 있을 것이어서, 피고가 계약금 5천만 원과 잔금 중 2천만 원을 현금으로 지급하였다고 하더라도 그 자금출처를 특히 의심할 만한 다른 사정은 찾아볼 수 없는 사실, ⑧ 계약금의 영수증에 소외 1의 날인이 없거나 발행일이 정정되어 있다고 하더라도 이는 공인중개사인 소외 2의 실수 등으로 인한 것으로 보일 뿐이고 피고나 소외 1 등이 이를 허위로 작성할 이유는 찾아볼 수 없는 사실, ⑨ 그리고 피고는 사해행위에 해당함을 알면서도 부동산을 매수할 만한 동기나 이유가 없을 뿐만 아니라 소외 1과 잘 아는 사이라면 굳이 부동산중개수수료 등을 부담하고 공인중개사를 통하여 매매계약을 체결할 필요까지는 없었을 것으로 보이는 사실 등을 종합하여 보면, 피고는 매매계약 당시 채권자인 원고를 해함을 알지 못하였다고 봄이 상당하다'라고 판단하였다.
위 판시 내용만으로는 상세한 사실관계 파악에 한계가 있을 수 있겠지만, 채무자·수익자 간 통모에 의한 선의인정의 간접사실의 작출이 드물지 않게 발견되는 채권자취소사건의 재판실무상, 원심의 판단대로 '선의였음을 인정할 증거가 부족하다'라고 판단함이 옳은 것이 아닌가 싶다.

2413) ◎ **채권자취소의 효력이 미치는 '채권자'의 범위**
사해행위 취소와 원상회복은 '모든 채권자'의 이익을 위하여 그 효력이 있다(민법 제407조).
❶ 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자는 채권의 취득 당시에 사해행위취소에 의하여 회복되는 재산을 채권자의 공동담보로 파악하지 아니한 자로서 민법 제407조 소정의 사해행위취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자에 포함되지 않는다(대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다18502 판결). ❷ 채무자가 다수의 채권자들 중 1인(수익자)에게 담보를 제공하거나 대물변제를 한 것이 다른 채권자들에 대한 사해행위가 되어 채권자들 중 1인의 사해행위 취소소송 제기에 의하여 그 취소와 원상회복이 확정된 경우에, 사해행위의 상대방인 수익자는 그의 채권이 사해행위 당시에 그대로 존재하고 있었거나 또는 사해행위가 취소되면서 그의 채권이 부활하게 되는 결과 본래의 채권자로서의 지위를 회복하게 되는 것이므로, 다른 채권자들과 함께 민법 제407조에 의하여 그 취소 및 원상회복의 효력을 받게 되는 채권자에 포함된다고 할 것이고, 따라서 취소소송을 제기한 채권자 등이 원상회복된 채무자의 재산에 대한 강제집행을 신청하여 그 절차가 개시되면 수익자인 채권자도 그 집행권원을 갖추어 강제집행절차에서 배당을 요구할 권리가 있다(대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결).

의 원상회복에 대하여 총채권액 중 자기의 채권에 해당하는 안분액의 배당요구권으로써 원상회복청구와의 상계를 주장하여 그 안분액의 지급을 거절할 수는 없다[2414](나아가, 채권자가 사해행위취소권을 행사하여 직접 수령한 가액배상금에 대하여 '다른 채권자'가 취소채권자를 상대로 채권액에 따른 안분액의 지급을 구할 수도 없다).[2415]

수익자인 피고가 '채무자'에게 가액배상금 명목으로 금원을 지급하였다는 점을 들어 채권자취소권을 행사하는 원고에 대하여 가액배상에서의 공제를 주장할 수도 없다. 채권자취소권은 채권의 공동담보인 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 채무자의 일반재산으로부터 일탈된 재산을 모든 채권자를 위하여 수익자 또는 전득자로부터 환원시키는 제도로서, 그 행사의 효력은 '채권자와 수익자 또는 전득자와의 상대적인 관계'에서만 미치는 것이므로,[2416] 채권자취소권의 행사로 인하여 '채무자'가 수익자나 전득자에 대하

2414) 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44348 판결.

2415) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결; "사해행위의 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있으므로(민법 제407조), 채권자취소권의 행사로 채무자에게 회복된 재산에 대하여 취소채권자가 우선변제권을 가지는 것이 아니라 다른 채권자도 총채권액 중 자기의 채권에 해당하는 안분액을 변제받을 수 있는 것이지만, 이는 채권의 공동담보로 회복된 채무자의 책임재산으로부터 민사집행법 등의 법률상 절차를 거쳐 다른 채권자도 안분액을 지급받을 수 있다는 것을 의미하는 것일 뿐, 다른 채권자가 이러한 법률상 절차를 거치지 아니하고 취소채권자를 상대로 하여 안분액의 지급을 직접 구할 수 있는 권리를 취득한다거나 취소채권자가 인도받은 재산 또는 가액배상금의 분배의무를 부담한다고 볼 수는 없는 것이다. 가액배상금을 수령한 취소채권자가 이러한 분배의무를 부담하지 아니함으로 인하여 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과를 초래하는 경우가 생기더라도, 이러한 불공평은 채무자에 대한 파산절차 등 도산절차를 통하여 시정하거나 가액배상금의 분배절차에 관한 별도의 법률 규정을 마련하여 개선하는 것은 별론으로 하고, 현행 채권자취소 관련 규정의 해석상으로는 불가피한 것이다."
⇔ 반면에, 사해행위의 수익자 소유의 부동산에 대한 경매절차에서 취소채권자가 수익자에 대한 가액배상판결에 기하여 배당을 요구하여 배당을 받은 경우, 그 배당액은 배당요구를 한 취소채권자에게 그대로 귀속되는 것이 아니라 채무자의 책임재산으로 회복되는 것이며, 이에 대하여 채무자에 대한 채권자들은 채권만족에 관한 일반원칙에 따라 채권 내용을 실현할 수 있다(대법원 2005. 8. 25. 선고 2005다14595 판결).

2416) ◎ **채권자취소의 상대적 효력(제3자에 대한 효력)**; 사해행위의 취소는 취소소송의 당사자 사이에서 상대적으로 취소의 효력이 있는 것으로 당사자 이외의 제3자는 다른 특별한 사정이 없는 이상 취소로 인하여 그 법률관계에 영향을 받지 않는다. 사해행위의 목적 부동산 등을 새로운 법률관계에 의하여 취득한 전득자 등은 민법 제406조 제1항 단서에 의하여 보호되므로, 사해행위의 취소에 상대적 효력만을 인정하는 것은 사해행위 취소 채권자와 수익자 그리고 제3자의 이익을 조정하기 위한 것으로 그 취소의 효력이 미치지 아니하는 제3자의 범위를 사해행위를 기초로 목적부동산에 관하여 새롭게 법률행위를 한 그 목적부동산의 전득자 등만으로 한정할 것은 아니다(대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결 등).
❶ '사해행위 취소는 상대적 효력밖에 없으므로 사해행위의 목적 부동산에 수익자의 채권자인 피고의 가압류등기가 경료되었고 그 후 채무자, 수익자 사이의 매매계약이 사해행위라는 이유로 취소되어 수익자의 소유권이전등기가 말소되었다 하더라도 피고의 가압류의 효력이 당연히 소멸되는 것은 아니므로 채무자로부터 위 부동산을 전전하여 양도받은 원고들은 가압류의 부담이 있는 소유권을 취득하였다.'고 하고, '원심이 수익자 명의의 소유권이전등기가 원인무효라는 이유만으로 그 가압류권자인 피고의 부동산 강제집행을 불허한 조치는 사해행위취소의 효력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.'고 한 예(89다카35421). ❷ 채무자인 사용자 소유의 부동산이 제3자에게 양도된 후 그 부동산에 관하여 개시된 경매절차에서 위 부동산이 사용자의 책임재산이 아니라는 이유로 배당을 받지 못한 임금채권자가 제3자를 상대로 사해행위취소소송을 제기하고 제3자가 이를 인락하였다 하더라도 그 취소의 효력은 위 임금채권자와 수익자인 제3자 사이에만 발생할 뿐 사해행위 이전에 이미 위 부동산에 대하여 근저당권을 가지고 있던 자에게는 미치지 아니하며, 위 부동산이 소급하여 채무자의 책임재산으로 회복되는 것도 아니므로 임금채권자는 우선변제권을 내세워 위 근저당권자에게 경매절차에서 배당받은 금원의 반환을 구할 수 없다고 한 사례(99다9011). ❸ 수익자와 새로운 법률관계를 맺은 것이 아니라 수익

여 어떠한 권리를 취득하는 것은 아니기[2417] 때문이다.[2418] 마찬가지로, 사해행위인 채권

자의 채권자로서 이미 가지고 있던 채권확보를 위하여 부동산을 압류·가압류한 자에 불과하더라도 그 부동산의 매각대금에 대하여 사해행위 취소채권자에게 수익자의 채권자에 우선하여 변제받을 수 있는 권리를 부여하여 사해행위취소판결의 실효성을 확보하여야 할 아무런 근거가 없으므로 사해행위취소의 상대적 효력을 부정하여 수익자의 채권자로서 압류 또는 가압류한 자에게 사해행위취소판결의 효력이 미친다고는 볼 수 없다고 한 예(2004다49532). ❶ 수익자의 고유채권자로서 이미 가지고 있던 채권확보를 위하여 수익자가 사해행위로 취득한 근저당권에 배당된 배당금을 가압류한 자에게 사해행위취소판결의 효력이 미친다고 볼 수 없다고 한 사례(2008다7109). ❺ 전부명령 당시 피전부채권이 이미 채무자로부터 제3자에게 양도되어 대항요건까지 갖추었다면, 전부명령은 무효이고, 그 후 피전부채권 양도계약을 취소하는 사해행위취소판결이 확정되었다고 하더라도, 위 채권이 소급하여 채무자에게 복귀하거나 이미 무효로 된 전부명령이 다시 유효하게 되는 것은 아니라고 한 예(2005다1407). ❻ 대법원 2015. 5. 14. 선고 2014다12072 판결; "채권에 대한 압류의 처분금지의 효력은 절대적인 것이 아니고, 이에 저촉되는 채무자의 처분행위가 있어도 그 압류의 효력이 미치는 범위에서 압류채권자에게 대항할 수 없는 상대적 효력을 가지는 데 그치므로, 압류 후에 피압류채권이 제3자에게 양도된 경우 그 채권양도는 압류채무자의 다른 채권자 등에 대한 관계에서는 유효하다. … 채권양도 행위가 사해행위로 인정되어 그 취소 판결이 확정된 경우에도 그 취소의 효과는 그 사해행위 이전에 이미 그 채권을 압류한 다른 채권자에게는 미치지 아니한다." 임차인 소외 1의 채권자인 소외 2가 소외 1의 임대차보증금반환채권 중 2,000만 원 부분에 관하여 압류·추심명령을 받은 후, 소외 1이 피고에게 보증금반환채권을 양도하고, 원고는 보증금반환채권에 관하여 압류·추심명령을 받자, 임대인은 임대차 종료 후 압류·채권양도 등의 경합을 이유로 보증금반환채권에서 연체차임 등을 공제한 나머지를 공탁한 사안에서, '피고는 소외 2가 이미 압류·추심명령을 받은 2,000만 원 부분에 대하여 소외 2에게 대항할 수 없는 것에 그칠 뿐, 원고를 비롯한 소외 1의 다른 채권자에 대한 관계에서는 유효하게 채권을 양도받은 것이므로, 원심이 위 채권양도계약의 사해행위 취소에 의한 원상회복으로 소외 1의 보증금반환채권에서 소외 2가 압류·추심명령 받은 2,000만 원을 공제하지 아니한 채 위 공탁금출급청구권의 반환을 명한 것은 정당하다'고 한 예. ❼ 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 대하여, 채권자 A의 가압류가 있은 후 그 채권이 甲에게 양도되고, 그 후 다시 채권자 B의 가압류가 있자, 제3채무자가 위 사정을 이유로 공탁을 하고 공탁사유신고를 함으로 인해 열린 배당절차에서 A와 甲에게만 배당이 되고 채권자 B가 배당에서 제외되자, 채권자 B가 채권양수인 甲을 상대로는 위 채권양도가 사해행위에 해당한다고 하여 그 취소 및 그 배당액을 자신에게 배당하는 것으로 배당표의 경정을 구함과 동시에 채권자 A를 상대로는 위 채권이 여전히 채무자에 귀속됨을 전제로 하는 배당표의 경정을 구한 사안에서, 위 채권양도를 사해행위로 인정하여 취소하면서도 사해행위 취소의 효과는 또 다른 채권자인 A에게는 미치지 않는다고 한 예(2007다47216). ❽ 대법원 2015. 11. 17. 선고 2013다84995 판결; "어느 채권자가 수익자를 상대로 사해행위 취소 및 원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결을 받았으나 말소등기를 마치지 아니한 상태라면 그 소송의 당사자가 아닌 다른 채권자는 위 판결에 기하여 채무자를 대위하여 그 말소등기를 신청할 수 없다. … 다른 채권자가 위 판결에 기하여 채무자를 대위하여 마친 말소등기는 그 등기절차상의 흠에도 불구하고 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다고 볼 수 있다." ❾ 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다214319 판결; "저당권설정행위 등이 사해행위에 해당하여 채권자가 저당권설정자를 상대로 제기한 사해행위 취소소송에서 채권자의 청구를 인용하는 판결이 선고되었다고 하더라도 이러한 사해행위 취소판결의 효력은 해당 부동산의 소유권을 이전받은 자에게 미치지 아니하므로, 저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 양도된 경우 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 그 양도행위를 사해행위로 취소하고 가액의 배상을 구할 수 있다는 … 법리는 저당권설정행위 등이 사해행위로 인정되어 취소된 때에도 마찬가지로 적용된다."

2417) ◎ **채권자취소의 상대적 효력(채무자에 대한 효력)**

❶ 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결; "사해행위의 취소는 채권자와 수익자의 관계에서 상대적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 무효로 하는 데에 그치고 **채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니**하므로, 채무자와 수익자 사이의 부동산매매계약이 사해행위로 취소되고 그에 따른 원상회복으로 수익자 명의의 소유권이전등기가 말소되어 채무자의 등기명의가 회복되더라도, 그 부동산은 취소채권자나 민법 제407조에 따라 사해행위 취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자와 수익자 사이에서 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐, **채무자가 직접 그 부동산을 취득하여 권리자가 되는 것은 아니다**. 따라서 채무자가 사해행위 취소로 그 등기명의를 회복한 부동산을 제3자에게 처분하더라도 이는 무권리자의 처분에 불과하여 효력이 없으므로, 채무자로부터 제3자에게 마쳐진 소유권이전등기나 이에 기초하여 순차로 마쳐진 소유권이전등기 등은 모두 원인무효의 등기로서 말소되어야 한다. 이 경우 취소채권자나 민법 제407조에 따라 사해행위 취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자는 채무자의 책임재산으로 취급되는 그 부동산에 대한 강제집행을 위하여 위와

양도계약의 수익자가 양수채권을 추심하여 그 돈을 채무자에게 주었다고 하더라도 그 금액 상당을 원상회복이나 가액반환의 범위에서 공제할 것은 아니다.[2419]

그러나 수익자가 채권자에 대해 가지는 별개의 다른 채권을 집행채권으로 하여 채권자의 수익자에 대한 가액배상채권을 압류하고 전부명령을 받는 것은 허용된다.[2420]

채무자의 공동채무자가 수익자나 전득자의 가액배상의무를 대위변제한 경우, 특별한 사정이 없는 한 수익자나 전득자에게 구상할 수 있다.[2421]

같은 원인무효 등기의 명의인을 상대로 그 등기의 말소를 청구할 수 있다고 보아야 한다." ❷ 대법원 2015. 11. 17. 선고 2012다2743 판결; "채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되고, 그에 따른 원상회복으로서 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지가 이루어지더라도, 채권자와 수익자의 관계에서 그 채권이 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐, 채무자가 직접 그 채권을 취득하여 권리자로 되는 것은 아니므로, 채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에게 그 채권에 관한 지급을 청구할 수 없다." ❸ 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다73158 판결; "토지와 그 지상 건물이 함께 양도되었다가 채권자취소권의 행사에 따라 그중 건물에 관하여만 양도가 취소되고 수익자와 전득자 명의의 소유권이전등기가 말소되었다고 하더라도, 이는 관습상 법정지상권의 성립요건인 '동일인의 소유에 속하고 있던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우'에 해당한다고 할 수 없다." ❶ 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548, 47555 판결 "사해행위취소의 상대적 효력에 의하면, 원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위취소를 청구하면서 독립당사자참가신청을 하는 경우, 독립당사자참가인의 청구가 그대로 받아들여진다 하더라도 원고와 피고 사이의 법률관계에는 아무런 영향이 없고, 따라서 그러한 참가신청은 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없으므로 부적법하다." ❺ 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다204783 판결; "사해행위취소의 판결을 받은 경우 … 채권자와 채무자 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아니다. … 채무자와 수익자 사이의 소송절차에서 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소로 인한 원상회복으로써 말소된다고 하더라도, 그것이 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것이라고는 할 수 없다."

2418) 대법원 2001. 6. 1. 선고 99다63183 판결; 1심에서 '피고는 채무자에게 6,100만 원을 지급하라.'는 판결이 가집행과 함께 선고된 후에 원고가 원심에서 위 금원을 '원고'에게 지급하라는 내용으로 청구취지를 교환적으로 변경하였고, 그 후 수익자인 피고가 채무자에게 가액배상의 일부금으로 600만 원을 지급한 사안에서, 원심이, 피고는 가액배상금 6,100만 원에서 600만 원을 공제한 나머지인 5,500만 원만을 원고에게 지급할 의무가 있다고 판단한 데 대하여, '피고가 판결의 가집행을 면하기 위하여 판결 주문에 따라 채무자에게 가액배상금을 지급하였다면 그 범위 내에서 가액배상의 의무를 면할 수 있다고 볼 여지는 있을 것이나, 위 금원의 지급은 위 교환적 변경으로 구 청구가 취하의 효력이 발생하고 그에 따라 구 청구를 인용한 1심판결도 실효된 후에 이루어진 것이니, 위 금원을 1심판결의 가집행을 면하기 위하여 지급한 것이라고 볼 여지도 없다'고 한 예.

2419) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다211 판결.

2420) 대법원 2017. 8. 21.자 2017마499 결정; "수익자가 채권자취소권을 행사하는 채권자에 대해 가지는 별개의 다른 채권을 집행하기 위하여 그에 대한 집행권원을 가지고 위 채권자의 수익자에 대한 가액배상채권을 압류하고 전부명령을 받는 것은 허용된다. 이는 수익자의 채무자에 대한 채권을 기초로 한 상계나 임의적인 공제와는 그 내용과 성질이 다르다. 또한 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류하는 경우 제3채무자가 채권자 자신인 경우에도 이를 압류하는 것이 금지되지 않으므로 단지 채권자와 제3채무자가 같다고 하여 채권압류 및 전부명령이 위법하다고 볼 수 없다. 나아가 상계가 금지되는 채권이라고 하더라도 압류금지채권에 해당하지 않는 한 강제집행에 의한 전부명령의 대상이 될 수 있다."

2421) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2015다38910 판결; "채무자의 법률행위가 사해행위에 해당하여 그 취소를 이유로 원상회복이 이루어지는 경우, 특별한 사정이 없는 한 채무자는 수익자 또는 전득자에게 부당이득반환채무를 부담한다. 채무자의 책임재산이 위와 같이 원상회복되어 그로부터 채권자가 채권의 만족을 얻음으로써 채무자의 다른 공동채무자도 자신의 채무가 소멸하는 이익을 얻을 수 있다. 이러한 경우에 공동채무의 법적 성격이나 내용에 따라 채무자와 다른 공동채무자 사이에 구상관계가 성립하는 것은 별론으로 하고 공동채무자가 수익자나 전득자에게 직접 부당이득반환채무를 부담하는 것은 아니다. 따라서 채무자의 공동채무자가 수익자나 전득자의 가액배상의무를 대위변제한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 수익자나 전득자에게 구상할 수 있다고 보아야 한다."

라. 다수 당사자의 채무

1) 불가분 채권·채무

다수당사자의 채권채무관계는 원칙적으로 분할채권채무관계이고, 성질상 또는 당사자의 약정에 기하여 특히 불가분으로 하는 경우에 한하여 불가분채권채무관계로 되므로,[2422] 불가분채권채무관계임을 주장하는 자가 불가분채권채무관계로 하는 의사표시나 특별한 사정을 주장·증명하여야 한다.[2423]

판례가 '불가분채무'로 본 예로는, ① 공동의 점유·사용으로 인한 부당이득 반환채무,[2424] ② 공유자가 공유물에 대한 법률관계에서 법률상 원인 없이 이득을 하고 제3자에게 손해를 입게 한 경우 그 이득상환의무,[2425] ③ 건물의 공유자의 임대차보증금반환채무,[2426] ④ 산업재해보상보험에 있어서 공동사업자의 보험료채무[2427] 등이 있다.

수인이 성질상 또는 의사표시에 의하여 급부가 불가분인 불가분채무를 부담한 경우, 민법 제410조,[2428] 제413조 내지 제415조, 제422조,[2429] 제424조 내지 제427조[2430]의

2422) 대법원 1992. 10. 27. 선고 90다13628 판결.

2423) 대법원 1993. 8. 14. 선고 91다41316 판결; "채권자나 채무자가 여러 사람인 경우에 특별한 의사표시가 없으면 각 채권자 또는 각 채무자는 균등한 비율로 권리가 있고 의무를 부담한다고 할 것" ☜ 원심이, 피고를 포함한 4인의 매도인이 원고를 포함한 4인의 매수인에게 임야를 매도하는 계약을 체결하였다고 인정하였음에도 불구하고 매매계약의 무효를 원인으로 부당이득으로서 계약금의 반환을 구하는 원고의 예비적 청구에 관하여 그 채권이 어떠한 특별한 사정으로 인하여 불가분채권채무관계가 되었는가에 대하여 아무런 설시도 없이 매도인 중의 1인에 불과한 피고가 매수인 중의 1인에 불과한 원고에게 계약금 전액을 반환할 의무가 있다고 한 것은 잘못이라고 한 예.
⇔ 대법원 1997. 5. 16. 선고 97다7356 판결; 토지거래허가지역 내에 있는 토지에 관한 매매계약을 체결함에 있어서 매도인들이 매매계약 당시 특약사항으로 분묘의 이장과 같은 여러 가지 불가분채무를 부담하였을 뿐만 아니라 매도인들 상호 간에 밀접한 신분관계를 가지고 있어 계약 이행에 관하여 전원의 의사나 능력이 일체로서 고려되었다고 할 것이므로 매매계약이 확정적으로 무효로 되면서 발생한 매도인들의 매수인들에 대한 부당이득반환채무도 성질상 불가분채무라고 본 예.

2424) ○ 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000다13948 판결; "여러 사람이 공동으로 법률상 원인 없이 타인의 재산을 사용한 경우의 부당이득의 반환채무는 특별한 사정이 없는 한 불가분적 이득의 반환으로서 불가분채무이고, 불가분채무는 각 채무자가 채무 전부를 이행할 의무가 있으며, 1인의 채무이행으로 다른 채무자도 그 의무를 면하게 된다."
○ 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다219419, 219426 판결; "대지사용권이 없는 전유부분의 공유자는 위와 같이 대지 지분 소유자에게 부당이득을 반환할 의무가 있는데, 이 의무는 특별한 사정이 없는 한 불가분채무이므로, 일부 지분만을 공유하고 있더라도 그 전유부분 전체 면적에 관한 부당이득을 반환할 의무가 있다."

2425) 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다649 판결; 원고들 공유의 임야에 피고가 식재한 과수목이 부합에 의하여 원고들에게 귀속함에 따른 그 가액 상당의 부당이득반환의무에 대하여, 원심이 원고들 공유지분에 따른 분할채무라고 판단한 것은 위법이라고 한 예.

2426) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98다43137 판결; "건물의 공유자가 공동으로 건물을 임대하고 보증금을 수령한 경우 특별한 사정이 없는 한 그 임대는 각자 공유지분을 임대한 것이 아니고 임대목적물을 다수의 당사자로서 공동으로 임대한 것이고 그 보증금 반환채무는 성질상 불가분채무에 해당된다고 보아야 할 것이다." ☛ 상속으로 임대인 지위를 공동으로 승계한 공동임대인들의 임차보증금 반환채무도 성질상 불가분채무에 해당한다(대법원 2021. 1. 28. 선고 2015다59801 판결).

2427) 대법원 1994. 6. 24. 선고 93누6782 판결. 반면에, 공동사용자 개인의 '국민건강보험료채무'는 공동사용자들 사이에 성질상 불가분채무에 해당한다고 할 수 없다(2006두8419).

2428) **민법 제410조(1인의 채권자에 생긴 사항의 효력)** ① '전조'의 규정에 의하여 모든 채권자에게 효력이 있는

규정이 준용되므로(제411조), 수인의 채무자가 채무 전부를 각자 이행할 의무가 있고 채무자 1인의 이행으로 다른 채무자도 그 의무를 면하며(제413조), 채권자는 어느 한 채무자에 대하여 또는 동시나 순차로 모든 불가분채무자에 대하여 채무 전부의 이행을 청구할 수 있다(제414조).

변제, 공탁, 변제의 제공, 수령지체에 절대적 효력이 인정됨에는 다툼이 없으나, 대물변제, 상계, 총채무자를 위한 경개·면제에 절대적 효력을 인정할 것인지에 대해서는 견해의 대립이 있다.[2431]

위와 같은 사유 이외의 것은 모두 상대적 효력을 갖는 데 지나지 않는다. 민법 제411조에서 제416조를 준용하지 않고 있으므로 이행의 청구, 그에 따른 지체와 시효중단에 관하여 연대채무와 달리 상대적 효력을 갖는다는 것이 통설이나, 반대견해도 있다.[2432] 어느 채무자에 대한 법률행위의 무효나 취소의 원인은 다른 채무자의 채무에 영향을 미치지 아니한다(제415조).

2인 이상의 불가분채무자 또는 연대채무자 중 1인을 제3채무자로 한 채권압류·추심명령이 있는 경우, 추심채무자는 나머지 채무자들에 대해서만 추심권한을 갖고 이행을 청구할 수 있다.[2433] 불가분채권자들 중 1인을 집행채무자로 한 압류 및 전부명령이 이루어

사항을 제외하고는 불가분채권자 중 1인의 행위나 1인에 관한 사항은 다른 채권자에게 효력이 없다.
민법 제409조(불가분채권) 채권의 목적이 그 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 불가분인 경우에 채권자가 수인인 때에는 각 채권자는 모든 채권자를 위하여 이행을 청구할 수 있고 채무자는 모든 채권자를 위하여 각 채권자에게 이행할 수 있다.

2429) **민법 제422조(채권자지체의 절대적 효력)** 어느 연대채무자에 대한 채권자의 지체는 다른 연대채무자에게도 효력이 있다.

2430) 민법 제424조(**부담 부분의 균등**), 제425조(**출재 채무자의 구상권**), 제426조(**구상요건으로서의 통지**), 제427조(**상환 무자력자의 부담 부분**).
○ 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다208195 판결: "연대채무자 사이에 부담부분에 관한 특약이 있거나 특약이 없더라도 채무의 부담과 관련하여 각 채무자의 수익비율이 다르다면 그 특약 또는 비율에 따라 부담부분이 결정된다. 이러한 법리는 민법 제411조에 따라 연대채무자의 부담부분과 구상권에 관한 규정이 준용되는 불가분채무자가 변제 기타 자기의 출재로 공동면책을 얻은 때 다른 불가분채무자를 상대로 구상권을 행사하는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 불가분채무자 사이에 부담부분에 관한 특약이 있거나 특약이 없더라도 채무자의 수익비율이 다르다면 그 특약 또는 비율에 따라 부담부분이 결정된다. 따라서 불가분채무자가 변제 등으로 공동면책을 얻은 때에는 다른 채무자의 부담부분에 대하여 구상할 수 있다." ㉠ 원·피고가 1/2 지분씩 공유하고 있던 부동산에 관한 매매계약이 해제됨에 따른 계약금 반환채무(불가분채무)의 원·피고 부담비율은 원·피고가 각각 지급받았던 계약금의 전체 계약금에 대한 비율이라고 한 예.

2431) 민법주해 채권(3), 1995, 62면(허만 집필).
대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다15602 판결은, "채권의 목적을 달성시키는 변제와 같은 사유는 불가분채무자, 연대채무자 또는 연대보증채무자, 부진정연대채무자 전원에 대하여 절대적 효력을 가져 어느 채무자의 변제 등으로 다른 채무자와 공동으로 부담하는 부분의 채무가 소멸되면 그 채무소멸의 효과는 다른 채무자 전원에 대하여 미친다."고 하여, '채권의 목적을 달성시키는 변제와 같은 사유'는 '불가분채무, 연대채무, 연대보증채무, 부진정연대채무' 모든 경우에 절대적 효력이 있다는 것이므로, 변제, 공탁뿐만 아니라 대물변제, 상계도 '채권의 목적을 달성시키는 사유'로서 '연대채무, 연대보증채무, 부진정연대채무'와 동일하게 불가분채무의 경우도 절대적 효력 사유라는 것이 위 판결의 취지로 볼 수 있다.

2432) 민법주해 채권(3), 1995, 63면(허만 집필).

2433) 대법원 2013. 10. 31. 선고 2011다98426 판결: "2인 이상의 불가분채무자 또는 연대채무자('불가분채무자

진 경우, 전부채권자는 전부받은 채권액 범위 내에서 불가분채권자의 지위를 갖게 될 뿐이고, 다른 불가분채권자의 채권의 귀속에 변경이 생기는 것은 아니다.[2434]

2) 연대채무

판례에 나타난 연대채무의 예로는, ① 보험자와 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무,[2435] ② 채무자 부탁에 의한 중첩적 채무인수,[2436] ③ 조합원 전원을 위하여 상행

등')가 있는 금전채권의 경우에, 그 불가분채무자 등 중 1인을 제3채무자로 한 채권압류 및 추심명령이 이루어지면 그 채권압류 및 추심명령을 송달받은 불가분채무자 등에 대한 피압류채권에 관한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 추심채무자는 그 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하지만, 그 채권압류 및 추심명령의 제3채무자가 아닌 나머지 불가분채무자 등에 대하여는 추심채무자가 여전히 채권자로서 추심권한을 가지므로 나머지 불가분채무자 등을 상대로 이행을 청구할 수 있고, 이러한 법리는 위 금전채권 중 일부에 대하여만 채권압류 및 추심명령이 이루어진 경우에도 마찬가지이다." ☜ ① 원고의 채권자인 소외인이 제3채무자를 피고 1, 2로 하여 원고의 위 피고들에 대한 매매대금채권 중 각 3,500만 원에 대한 압류·추심명령을 받아 그 명령이 위 피고들에게 송달되었으므로, 원고의 위 피고들에 대한 매매대금채권 중 위 피압류채권액에 해당하는 각 3,500만 원에 대한 추심권은 소외인이 갖고 있고, 원고는 이에 관하여 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실하였다고 보아, 원고의 위 피고들에 대한 각 3,500만 원의 청구 부분은 부적법하다고 판단하는 한편, ② 원고의 피고 1, 2, 3에 대한 매매대금채권(불가분채무관계) 중 위 압류·추심명령의 피압류채권이 아닌 나머지 채권에 대하여는 원고가 여전히 채권자로서 추심권한을 가지고 피고들에 대하여 그 이행을 청구할 수 있음을 전제로 하여, 위 소각하 부분을 제외한 범위 내에서 원고의 피고들에 대한 매매대금 지급 청구를 일부 인용한 원심이 정당하다고 한 예.

2434) 대법원 2023. 3. 30. 선고 2021다264253 판결: "수인의 채권자에게 금전채권이 불가분적으로 귀속되는 경우에, 불가분채권자들 중 1인을 집행채무자로 한 압류 및 전부명령이 이루어지면 그 불가분채권자의 채권은 전부채권자에게 이전되지만, 그 압류 및 전부명령은 집행채무자가 아닌 다른 불가분채권자에게 효력이 없으므로, 다른 불가분채권자의 채권의 귀속에 변경이 생기는 것은 아니다. 따라서 다른 불가분채권자는 모든 채권자를 위하여 채무자에게 불가분채권 전부의 이행을 청구할 수 있고, 채무자는 모든 채권자를 위하여 다른 불가분채권자에게 전부를 이행할 수 있다. 이러한 법리는 불가분채권의 목적이 금전채권인 경우 그 일부에 대하여만 압류 및 전부명령이 이루어진 경우에도 마찬가지이다." ☜ ① 공동임차인인 원고들, 소외 1과 피고(임대인) 간 임대차계약 특약사항에 "본 계약에 대한 모든 책임은 공동명의자가 연대책임을 지기로 한다."라는 내용이 포함된 사실관계 하에서, 임대차보증금반환채권이 공동임차인의 불가분채권이라고 판단하고, ② 소외 1의 채권자 소외 2가 소외 1의 피고에 대한 임대차보증금반환채권 중 43,404,524원에 관하여 압류 및 전부명령을 받은 사실관계 하에서, 위 전부명령으로 소외 1의 피고에 대한 임대차보증금반환채권 중 43,404,524원은 소외 2에게 이전되지만, 원고들에게는 위 전부명령의 효력이 미치지 않으므로 원고들은 위 전부명령에 관계없이 임대차보증금반환채권의 이행을 구할 수 있고, 소외 2는 전부받은 채권액 범위 내에서 원고들과 임대차보증금반환채권에 대하여 불가분채권자의 지위를 갖게 될 뿐임에도, 원심은 위 전부명령의 효력이 원고들에게도 미친다는 전제 아래 불가분채권 중 일부가 소외 2에게 전부되었다는 이유만으로 전부된 만큼 원고들의 임대차보증금반환채권도 줄어든다고 판단한 것은 잘못이라고 한 예.

2435) **◎ 피해자의 보험자에 대한 직접청구권**

○ 대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다300708 판결: "상법 제724조 제2항에 의하여 피해자에게 인정되는 직접청구권의 법적 성질은 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것으로서 피해자가 보험자에 대하여 가지는 손해배상청구권이고 피보험자의 보험자에 대한 보험금청구권의 변형 내지는 이에 준하는 권리는 아니다. 이러한 피해자의 직접청구권에 따라 보험자가 부담하는 손해배상채무는 보험계약을 전제로 하는 것으로서 보험계약에 따른 보험자의 책임 한도액의 범위 내에서 인정되어야 한다는 취지일 뿐, 법원이 보험자가 피해자에게 보상하여야 할 손해액을 산정하면서 자동차종합보험약관의 지급기준에 구속될 것을 의미하는 것은 아니다." ☞ 따라서 보험자의 피해자에 대한 손해배상채무의 지연손해금에 관하여는 연 6%의 상사법정이율이 아닌 연 5%의 민사법정이율이 적용되고(대법원 2019. 5. 30. 선고 2016다205243 판결), 민법 제766조 제1항에 따라 피해자 또는 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다(2003다6774).

○ 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다53754 판결: "보험자의 채무인수는 피보험자의 부탁(보험계약이나 공제계약)에 따라 이루어지는 것이므로 보험자의 손해배상채무와 피보험자의 손해배상채무는 연대채무관계에 있

위가 되는 행위로 인하여 조합채무를 부담하게 된 경우 조합원들의 책임[2437] 등이 있다.

연대채무자 중 1인에 대하여 생긴 사유 중 채권의 만족을 가져 오는 변제 및 이와 동일시되는 대물변제, 공탁, 그리고 경개(민법 제417조), 상계(민법 제418조 제1항)의 경우 그 전범위에서,[2438] 면제(민법 제419조), 혼동(민법 제420조), 소멸시효 완성(민법 제421조)의 경우 그 부담 부분에 한하여 채무 소멸의 절대적 효력이 인정되므로, 다른 채무자는 위 사유들을 채무 소멸의 유효한 항변으로 주장할 수 있다.[2439]

다." ☞ 양 채권은 피해자에 대한 손해배상이라는 단일한 목적을 위하여 존재하는 것으로서 객관적으로 밀접한 관련공동성이 있어 그 중 하나의 채권이 만족되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권도 그 목적을 달성하여 소멸한다고 보아야 하므로, 보험자가 자신의 피해자에 대한 반대채권을 스스로 행사하여 상계를 한 경우에는 상계한 금액의 범위 내에서 피해자에 대한 변제가 이루어진 것과 같은 경제적 효과가 달성되어 피해자를 만족시키게 되므로 그 상계로 인한 손해배상채권 소멸의 효력은 피보험자에게도 미친다(99다34499). ○ 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013다75830 판결; "상법 제724조 제1항은 피보험자가 상법 제723조 제1항, 제2항의 규정에 의하여 보험자에 대하여 갖는 보험금청구권과 제3자가 상법 제724조 제2항의 규정에 의하여 보험자에 대하여 갖는 직접청구권의 관계에 관하여, 제3자의 직접청구권이 피보험자의 보험금청구권에 우선한다는 것을 선언하는 규정이라고 할 것이므로, 보험자로서는 제3자가 피보험자로부터 배상을 받기 전에는 피보험자에 대한 보험금 지급으로 직접청구권을 갖는 피해자에게 대항할 수 없다." ☞ 따라서 피보험자가 보험계약에 따라 보험자에 대하여 가지는 보험금청구권에 관한 가압류 등의 경합을 이유로 한 집행공탁은 피보험자에 대한 변제공탁의 성질을 가질 뿐이므로, 제3자의 보험자에 대한 직접청구권이 소멸된다고 볼 수 없어 위 집행공탁으로 제3자에게 대항할 수 없다(2014다207672).

2436) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다32409 판결; "중첩적 채무인수에서 인수인이 채무자의 부탁 없이 채권자와의 계약으로 채무를 인수하는 것은 매우 드문 일이므로 채무자와 인수인은 원칙적으로 주관적 공동관계가 있는 연대채무관계에 있고, 인수인이 채무자의 부탁을 받지 아니하여 주관적 공동관계가 없는 경우에는 부진정연대관계에 있는 것으로 보아야 한다."

2437) 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다25432 판결; "공동이행방식의 공동수급체는 민법상 조합의 성질을 가지는데, 조합의 채무는 조합원의 채무로서 특별한 사정이 없는 한 조합채권자는 각 조합원에 대하여 지분의 비율에 따라 또는 균일적으로 그 권리를 행사할 수 있지만, 조합채무가 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 인하여 부담하게 된 것이라면 상법 제57조 제1항을 적용하여 조합원들의 연대책임을 인정함이 상당하므로, 공동수급체의 구성원들이 상인인 경우 공사도급계약에 따라 도급인에게 하자보수를 이행할 의무는 그 구성원 전원의 상행위에 의하여 부담한 채무로서 공동수급체의 구성원들은 연대하여 도급인에게 하자보수를 이행할 의무가 있다." ☞ **[동일 취지]** ① 공동이행방식의 공동수급체의 구성원들이 상인인 경우, 잔존 조합원들이 연대하여 탈퇴 조합원에 대한 지분환급의무를 이행할 책임이 있다고 한 예(대법원 2016. 7. 14. 선고 2015다233098 판결). ② 공동 광업권자들이 연대하여 조광권설정계약 보증금을 반환할 의무가 있고, 원심이 각자 지급을 명하였더라도 판결결과에 영향이 없다고 한 예(92다30405).
cf. 상법 제57조 ① 수인이 그 1인 또는 전원에게 상행위가 되는 행위로 인하여 채무를 부담한 때에는 연대하여 변제할 책임이 있다.

2438) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다85281 판결; "채권의 목적을 달성시키는 변제와 같은 사유는 연대채무자 또는 연대보증채무자 전원에 대하여 절대적 효력을 가지므로 어느 채무자의 변제 등으로 다른 채무자와 공동으로 부담하는 부분의 채무가 소멸되면 그 채무소멸의 효과는 다른 채무자 전원에 대하여 미친다." ☞ **[동일 취지]** 연대채무자 1인이 한 상계의 절대적 효력을 인정한 예(96다56443, 2015다233098).

2439) 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019다216435 판결; "민법 제419조는 '어느 연대채무자에 대한 채무면제는 그 채무자의 부담부분에 한하여 다른 연대채무자의 이익을 위하여 효력이 있다.'라고 정하여 면제의 절대적 효력을 인정한다. 이는 당사자들 사이에 구상의 순환을 피하여 구상에 관한 법률관계를 간략히 하려는 데 그 취지가 있는바, 채권자가 연대채무자 중 1인에 대하여 채무를 일부 면제하는 경우에도 그와 같은 취지는 존중되어야 한다. 따라서 연대채무자 중 1인에 대한 채무의 일부 면제에 상대적 효력만 있다고 볼 특별한 사정이 없는 한 그 일부 면제의 경우에도 면제된 부담부분에 한하여 면제의 절대적 효력이 인정된다고 보아야 한다. 구체적으로 연대채무자 중 1인이 채무 일부를 면제받는 경우에 ① 그 연대채무자가 지급해야 할 잔존 채무액이 그 부담부분을 초과하는 경우에는 그 연대채무자의 부담부분이 감소한 것은 아니므로 다른 연대채무자의 채무에도 영향을 주지 않아 다른 연대채무자는 채무 전액을 부담하여야 한다. 반대로 ② 일부 면제에 의한 피면제자의

채무액이 다른 연대채무·연대보증채무의 경우, 다액채무자의 일부 변제는 비용·이자·원본의 각 채무별로, 다액채무자의 단독 부담 부분에 먼저 충당된 다음, 공동 부담 부분에 충당된다(예컨대, 즉, '지연손해금 단독 부담 부분 → 지연손해금 공동 부담 부분 → 원금 단독 부담 부분 → 원금 공동 부담 부분' 순으로 충당된다).[2440]

상계할 채권이 있는 연대채무자가 상계하지 아니한 때에는 그 채무자의 부담 부분에 한하여 다른 연대채무자가 상계할 수 있다(민법 제418조 제2항).

연대채무자 중 1인에 대한 이행청구는 다른 연대채무자에 대하여 절대적 효력이 있으므로(민법 제416조), 소멸시효 항변에 대하여 다른 연대채무자에 대한 재판상 청구나 재판외 청구(최고)를 소멸시효 중단사유로 주장하는 것은 유효한 재항변이 되나,[2441] 채무 승인, 압류·가압류·가처분, 시효이익의 포기 등은 상대적 효력만 인정될 뿐이어서 유효한 재항변이 되지 못한다.[2442]

잔존 채무액이 그 부담부분보다 적은 경우에는 그 차액(부담부분 - 잔존 채무액)만큼 피면제자의 부담부분이 감소하였으므로, 그 차액의 범위에서 면제의 절대적 효력이 발생하여 다른 연대채무자의 채무도 그 차액만큼 감소한다." ☞ 위 판시의 '특별한 사정'이란, 연대채무자 중 1인에 대한 채무를 면제하면서, 다른 연대채무자에 대해 채무 전액을 청구할 가능성을 유보하는 경우 등을 말한다.

ex) 위 **판시** ①: 90원의 연대채무자 갑, 을, 병(내부 부담부분 1/3 = 30원) 중 갑으로부터 40원 변제받으면서 나머지 50원을 면제하는 경우, 면제 후 잔존 채무액 40원(90-50) 〉부담부분 30원 → 갑 부담부분 감소×, 을, 병 연대채무 감축× ⇒ 을, 병 연대채무: 50원{= 90 - 40(변제의 절대적 효력)}

위 **판시** ②: 90원의 연대채무자 갑, 을, 병(내부 부담부분 1/3 = 30원) 중 갑으로부터 20원 변제받으면서 나머지 70원을 면제하는 경우, 면제 후 잔존 채무액 20원(90-70)〈 부담부분 30원 → 차액 10원(30-20)만큼 면제의 절대적 효력으로 을, 병 연대채무 감축 ⇒ 을, 병 연대채무: 60원{= 90 - 10(면제의 절대적 효력) - 20(변제의 절대적 효력)}

2440) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다85281 판결; "여러 명의 연대채무자 또는 연대보증인에 대하여 따로따로 소송이 제기되는 등으로 그 판결에 의하여 확정된 채무원본이나 지연손해금의 금액과 이율 등이 서로 달라지게 되어 원금이나 지연손해금에 채무자들이 공동으로 부담하는 부분과 공동으로 부담하지 않는 부분이 생긴 경우에 어느 채무자가 채무 일부를 변제한 때에는 그 변제자가 부담하는 채무 중 공동으로 부담하지 않는 부분의 채무 변제에 우선 충당되고 그 다음 공동 부담 부분의 채무 변제에 충당된다고 할 것이다. … 피고와 소외 1만이 연대보증책임을 지는데, 각자가 부담하는 원본채무의 금액과 지연손해금 채무의 기산일 및 지연손해금율에서 차이가 있어 … 원고가 소외 1을 채무자로 하는 경매사건에서 배당받은 … 원은 우선 소외 1의 연대보증채무 중 지연손해금채무 가운데 공동으로 부담하지 않는 부분과 공동 부담 부분 채무의 변제에 순차적으로 충당된 다음 원본채무의 변제에 충당"

2441) 회생채권이 그 소멸시효기간 경과 전에 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제251조에 의하여 실권되었다면 더 이상 그 채무의 소멸시효 중단이 문제될 여지가 없다. 따라서 회생채권자가 제3자를 상대로 한 소송 계속 중에 회생채무자를 상대로 소송고지를 하고 그 소송고지서에 실권된 회생채무의 이행을 청구하는 의사가 표명되어 있더라도, 회생채권자는 그로써 다른 연대채무자(공동수급인)에 대하여 민법 제416조에 따른 소멸시효 중단을 주장할 수 없다(대법원 2021. 6. 30. 선고 2018다290672 판결).

2442) ① 채권자 신청에 의한 경매개시결정에 따라 연대채무자 1인 소유 부동산이 압류된 경우, 이로써 그 채무자에 대한 소멸시효는 중단되지만, 압류에 의한 시효중단의 효력은 다른 연대채무자에게 미치지 아니하므로, 경매개시결정에 의한 시효중단 효력을 다른 연대채무자에 대하여 주장할 수 없다. 다만, 위 경매신청은 최고로서의 효력을 가지고 있고, 연대채무자에 대한 이행청구는 다른 연대채무자에게도 효력이 있으므로, 채권자가 6개월 내에 다른 연대채무자를 상대로 재판상 청구를 하였다면 그 다른 연대채무자에 대한 채권의 소멸시효가 중단되는데, 이로 인하여 중단된 시효는 위 경매절차가 종료된 때가 아니라 재판이 확정된 때로부터 새로 진행된다(2001다22840). ② 보험회사가 사고 발생 후 치료비로 책임보험금의 일부를 지급함으로써 채무승인 사유가 발생하여 보험회사에 대한 직접청구권의 소멸시효가 중단되었다 하더라도, 그 사유만으로는 피해자의 가해자

당해 채무자만 면제하는 '상대적 면제'에 대한 주장·증명책임은 면제의 절대적 효력을 부정하는 '채권자'에게 있다.[2443]

연대채무자의 부담부분은 균등한 것으로 추정되므로(민법 제424조),[2444] 부담부분이 균등하지 않다는 것은 이를 주장하는 자가 그러한 '특약'이나 '수익비율'의 존재 등을 주장·증명하여야 하고, 면제·혼동·소멸시효 완성된 연대채무자의 부담부분이 큰 경우 채무자는 '채권자가 부담부분의 불균등 사실을 알고 있거나 알 수 있었다는 점'[2445]까지 주장·증명하여야 한다.

원고가 피고들에게 연대 또는 불가분, 부진정연대로 일정액의 지급을 구함에 대하여, 피고들에게 분할채무로 피고별로는 위 일정액 이하지만 합계로는 위 일정액을 넘는 금원의 지급을 명하는 것은 '처분권주의'에 위배된다.[2446]

3) 부진정연대채무

가) 부진정연대채무 관계의 성립

부진정연대채무는, 수인의 채무자가 동일한 내용의 급부에 대하여 각자 독립하여 전부를 급부할 의무를 부담하는 다수당사자의 법률관계로서, 채무의 발생원인, 채무의 액수 등이 서로 동일할 것을 요하지 않는다.[2447]

에 대한 손해배상채권까지 소멸시효가 중단되었다 볼 수 없다(2018다234177).

2443) 대법원 1992. 9. 25. 선고 91다37553 판결; "민법 제419조의 규정은 임의규정이라고 할 것이므로 채권자가 의사표시 등으로 위 규정의 적용을 배제하여 어느 한 연대채무자에 대하여서만 채무면제를 할 수 있다고 할 것인바 , … 원고가 소외인이 약정분할상환금을 변제할 경우에 동인에 한하여 보증채무를 면제한다는 의사를 명백히 하여 면제한 사실을 알 수 있으므로 이 사건 주채무자인 피고에 대하여서는 물론이고 보증인들 사이에 연대관계가 인정된다고 할지라도 민법 제419조는 적용되지 아니할 것이다."

2444) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다208195 판결; "연대채무자 사이에 부담부분에 관한 특약이 있거나 특약이 없더라도 채무의 부담과 관련하여 각 채무자의 수익비율이 다르다면 그 특약 또는 비율에 따라 부담부분이 결정된다."

2445) 연대채무자 중 1인과 채권자 사이의 면제·혼동·소멸시효 완성 등이 다른 연대채무자에게 부담부분만큼 절대적 효력을 미치는 경우처럼 부담부분의 비율이 채권자에게 영향을 미치는 사항에 있어서는 채권자 보호를 위하여 채권자가 그 불균등 사실을 알고 있거나 알 수 있을 경우에 한하여 채무자는 채권자에게 부담부분의 불균등을 주장할 수 있다는 견해가 다수이다(민법주해 채권(3), 1995, 132~133면(차한성 집필); 주석민법 채권총칙(2), 2000, 223면(강봉수 집필) 등).

2446) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2008다69169 판결; 원고가 피고들에게 연대하여 동업정산금 총액 50,381,800원 및 그 지연손해금의 지급을 구함에 대하여, 원심이, 피고들이 원고에게 반환하여야 할 동업정산금 총액이 67,254,533원이라고 판단하면서 그 동업정산금 반환채무는 분할채무라는 이유로 피고들에 대하여 각 33,627,267원(= 67,254,533원 × 1/2)의 동업정산금 및 그 지연손해금의 지급을 명한 것은 처분권주의에 위배된다고 한 예. ⇔ 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012다89832 판결은, "원고는 청구취지로 피고들의 각 채무가 부진정연대채무의 관계에 있음을 전제로 피고들은 연대하여 2,520만 원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 것을 구하였음을 알 수 있는바, 원심판결 주문에서 피고들에게 중첩관계가 아닌 개별적인 지급책임을 인정한 것은 당사자가 청구한 범위를 넘는 것으로서 처분권주의에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것이다."(원심이 피고 1은 6,200,000원, 피고 2는 6,096,061원 및 각 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 한 사안)라고 하였으나, 이는 의문이다.

2447) ○ 대법원 2018. 3. 22. 선고 2012다74236 전원합의체 판결; "부진정연대채무란 수인의 채무자가 동일한 내용의 급부에 대하여 각자 독립하여 전부를 급부할 의무를 부담하는 다수당사자의 법률관계를 말한다. 부진정

판례에 나타난 '부진정연대채무'의 예로는, ① 직접점유자와 간접점유자의 점유·사용으로 부담하는 부당이득반환의무,[2448] ② 상법 제24조에 의한 명의대여자와 명의차용자의 책임,[2449] ③ 영업양도인의 영업으로 인한 채무와 영업양수인의 상호속용 또는 채무인수 광고에 따른 채무,[2450] ④ 상법 제530조의9 제1항에 의하여 분할당사회사가 부담하는 연대책임,[2451] ⑤ 공사도급계약에 따라 수급인이 도급인에게 부담하는 '하자보수에 갈음하는 손해배상채무'와 구 건설업법 제25조 제1항 등에 따라 하수급인이 도급인에게 부담하는 '수급인과 동일한 채무'[2452](수급인의 도급인에 대한 하자보수를 갈음한 손해배상채무와 하자보수보증회사의 입주자대표회의에 대한 하자보수보증금지급채무는 부진정연대채무 관계에 있지 않다),[2453]

연대채무자에게 생긴 사유 중 채권의 목적을 달성시키는 변제 등과 같은 사유 이외에는 다른 채무자에게 그 효력을 미치지 않는다. 이로 인하여 채권자는 채무 전액의 지급을 확실히 확보할 수 있게 되고, 이러한 점에서 부진정연대채무는 연대채무와 비교하여 채권자의 지위를 강화하는 의미를 가진다. 부진정연대채무의 대외적 관계로서 채권자는 채무자들 가운데 누구에게라도 그 책임범위 내에서 우선적으로 변제를 청구할 수 있다."
○ 대법원 2009. 3. 26. 선고 2006다47677 판결; "부진정연대채무 관계는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무라 하더라도 동일한 경제적 목적을 가지고 있고 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸할 경우 타방의 채무도 소멸하는 관계에 있으면 성립할 수 있고, 반드시 양 채무의 발생원인, 채무의 액수 등이 서로 동일할 것을 요한다고 할 수는 없으며"

2448) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2011다76747 판결.

2449) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010다91886 판결.

2450) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다114783 판결.

2451) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다95769 판결; "분할당사회사가 상법 제530조의9 제1항에 의하여 각자 분할계획서나 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무 이외의 채무에 대하여 연대책임을 지는 경우, 이는 회사분할로 인하여 채무자의 책임재산에 변동이 생기게 되어 채권 회수에 불이익한 영향을 받는 채권자를 보호하기 위하여 부과된 법정책임으로서 특별한 사정이 없는 한 그 법정 연대책임의 부담에 관하여 분할당사회사 사이에 주관적 공동관계가 있다고 보기 어려우므로, 분할당사회사는 각자 분할계획서나 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무 이외의 채무에 대하여 부진정연대관계에 있다고 봄이 상당하다."

2452) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다85861 판결; "소외 회사는 조합에게 … 하자의 보수에 갈음하는 손해배상채무를 부담하는데 이는 공사도급계약에 따른 계약책임이며, 하수급인인 피고는 구 건설업법 제25조 제1항 … 에 따라 하도급받은 철근콘크리트 공사에 대하여 조합에게 소외 회사와 동일한 채무를 부담하는데, 이는 법률에 의하여 특별히 인정되는 책임이므로, 소외 회사와 피고의 채무는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이기는 하지만, 어느 것이나 조합에 대하여 시공상 잘못으로 말미암아 발생한 하자의 보수에 갈음하는 손해를 배상하려는 것으로서 서로 동일한 경제적 목적을 가지고 있어, 원고가 조합에게 이 사건 공사의 하자보수에 갈음하는 손해배상채무를 이행함으로써 그와 중첩되는 부분인, 피고의 조합에 대한 이 사건 공사 중 철근콘크리트 공사 하자보수에 갈음하는 손해배상채무도 함께 소멸되는 관계에 있으므로, 양 채무는 서로 중첩되는 부분에 관하여 부진정연대채무 관계에 있다."

2453) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다107662 판결; "입주자대표회의가 구 주택법 … 에 근거하여 하자보수보증회사에 대하여 가지는 하자보수보증금청구권과 도급인이 구 건설산업기본법 … 등에 근거하여 수급인에 대하여 가지는 하자담보추급권은 그 인정 근거와 권리관계의 당사자 및 책임내용 등이 서로 다른 별개의 권리이다. 따라서 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률에 의하여 인정되는 분양자에 대한 하자보수를 갈음한 손해배상청구권을 양수한 후 집합건물법상 분양자인 도급인을 대위하여 수급인인 시공회사에 대하여 하자담보책임으로서의 하자보수를 갈음한 손해배상을 청구함과 아울러 하자보수보증계약에 따른 보증채권자로서 직접 하자보수보증회사에 대하여 하자보수보증금을 청구하는 경우라도, 수급인의 도급인에 대한 하자보수를 갈음한 손해배상채무와 하자보수보증회사의 입주자대표회의에 대한 하자보수보증금지급채무가 부진정연대채무 관계에 있다고 볼 수 없다. 다만 수급인의 도급인에 대한 하자보수를 갈음한 손해배상채무와 하자보수보증회사의 입주자대표회의에 대한 하자보수보증금지급채무는 그 대상인 하자가 일부 겹칠 수 있고 그렇게 겹치는 범위 내에서는 결과적으로 동일한 하자의 보수를 위하여 존재하고 있으므로, 향후 입주자대표회의가 도급인을 대위한 하자보수를 갈음한 손해배상청구소송 및 하자보수보증회사에 대한

⑥ 공사감리계약상 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 공사도급계약상 채무불이행으로 인한 손해배상채무,[2454] ⑦ 금융기관이 회사 임직원의 대규모 분식회계로 그 회사의 재무구조를 잘못 파악하고 대출을 해 준 경우, 회사의 대출금채무와 회사 임직원의 손해배상채무,[2455] ⑧ 채무자가 부담하는 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 제3자가 부담하는 불법행위로 인한 손해배상채무의 원인이 동일한 사실관계에 기한 경우,[2456] ⑨ 건물의 점유자로서 그 보존상의 하자에 따른 손해배상책임과 피용자의 안전에 대한 보호의무를 다하지 아니한 사용자의 채무불이행으로 인한 손해배상책임,[2457] ⑩ 자동차사고로 인한 각 가해 차량 운행자들의 손해배상채무,[2458] ⑪ 부부의 일방이 부정행위를 한 경우에 부부의 일방과 제3자가 부담하는 공동불법행위책임,[2459] ⑫ 구상권자인 공동불법행위자 측에 과실이 없는 경우 나머지 공동불법행위자들이 구상권자에게 부담하는 구상채무,[2460] ⑬ 영조물의 설치·관리자인 국가와 비용부담자인 지방자치단체의 구상권자인 다른 공동불법행위자에 대한 구상채무,[2461] ⑭ 상법 제672조 제1항의 중복보험자들의 연대책임[2462] 등이 있다.

하자보수보증금청구소송에서 모두 승소판결을 받은 다음, 입주자대표회의가 그중 어느 한 권리를 행사하여 하자에 관한 보수비용 상당 금원을 현실적으로 수령하여 그 금원이 지급된 하자와 관련된 범위 내에서 하자보수의 목적을 달성하게 되면 다른 권리가 소멸된다고 할 수 있으나, 도급인의 수급인에 대한 하자보수를 갈음한 손해배상채권이 수급인의 도급인에 대한 채권으로 상계된 경우에 그 사정만으로는 입주자대표회의가 구 주택법령에 근거하여 가지는 하자보수에 관한 권리의 목적이 달성되었다고 볼 수 없으므로 입주자대표회의가 하자보수보증회사에 대하여 가지는 하자보수보증금청구권에는 아무런 영향이 없다."

2454) 대법원 2017. 12. 28. 선고 2014다229023 판결. 설계용역계약상 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 공사도급계약상 채무불이행으로 인한 손해배상채무 사이도 같다(2012다89320 판결).

2455) 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다65579 판결.

2456) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2004다55230 판결. 同旨 대법원 1994. 11. 11. 선고 94다22446 판결(임대인의 이행보조자가 임차인으로 하여금 임차목적물을 사용·수익하지 못하게 함에 따른 임대인의 채무불이행책임과 이행보조자의 불법행위책임).

2457) 대법원 1999. 2. 23. 선고 97다12082 판결.

2458) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2018다226015 판결.

2459) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2013므2441 판결.

2460) 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다52727 판결; "공동불법행위자 중 1인에 대하여 구상의무를 부담하는 다른 공동불법행위자가 수인인 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 그들의 구상권자에 대한 채무는 각자의 부담부분에 따른 분할채무로 봄이 상당하지만, 구상권자인 공동불법행위자 측에 과실이 없는 경우, 즉 내부적인 부담 부분이 전혀 없는 경우에는 이와 달리 그에 대한 수인의 구상의무 사이의 관계를 부진정연대관계로 봄이 상당하다 할 것이다."

2461) 대법원 1998. 9. 22. 선고 97다42502, 42519 판결; "피고 대한민국은 이 사건 육교의 관리사무의 귀속주체로서, 피고 시는 이 사건 육교의 비용부담자로서 각 손해배상책임을 지는 것이고, … 성북구에게도 이 사건 육교의 비용부담자로서의 손해배상책임이 있는지의 여부와는 관계없이 피고들은 부진정연대채무자로서 각자 피고들 전체의 부담 부분(전체 손해액 중 원고가 부담할 부분을 제외한 전액)에 관하여 원고의 구상에 응하여야 하는 것이지 피고별로 분할채무를 지는 것이 아니며, 성북구에게도 손해배상책임이 있는지의 여부는 피고들과 성북구 사이의 내부의 구상에 영향을 미칠 뿐이다. … 원심판결에는 피고들의 원고에 대한 채무를 분할채무로 판시한 잘못이 있기는 하지만 원고는 상고하지 아니하고, 피고들만이 상고한 이 사건에 있어 피고들에게 불이익하게 변경할 수는 없으므로 위와 같은 잘못은 원심판결을 파기할 사유로 되지 아니한다."

2462) 대법원 2024. 2. 15. 선고 2023다272883 판결.

공동불법행위[2463]의 경우 공동불법행위자 등이 부진정연대채무자로서 각자 피해자의 손해 전부를 배상할 의무를 부담하지만, 민간인과 직무집행 중인 군인 등의 공동불법행위로 인하여 직무집행 중인 다른 군인 등이 피해를 입은 경우에는 예외적으로, 민간인은 피해 군인 등에 대하여 그 손해 중 국가 등이 민간인에 대한 구상의무를 부담한다면 그 내부적인 관계에서 부담하여야 할 부분을 제외한 나머지 자신의 부담 부분에 한하여 손해배상의무를 부담하고, 국가 등에 대하여는 그 귀책 부분의 구상을 청구할 수 없다.[2464]

부진정연대채무 관계에 관한 아무런 '주장'이 없음에도 피고들에게 '각자'[2465] 지급하라고 하는 것은 처분권주의, 변론주의에 반한다.[2466]

나) 공동소송 형태

부진정연대채무의 관계에 있는 채무자들을 공동피고로 한 이행의 소는 통상공동소송에 해당한다.[2467]

2463) 공동불법행위의 성립에는 공동불법행위자 상호 간에 의사의 공통이나 공동의 인식이 필요하지 아니하고 객관적으로 각 그 행위에 관련공동성이 있으면 되며, 그 관련공동성 있는 행위에 의하여 손해가 발생하였다면 그 손해배상책임을 면할 수 없다(대법원 2019. 6. 27. 선고 2018다226015 판결).

2464) 대법원 2001. 2. 15. 선고 96다42420 전원합의체 판결의 다수의견. 반대의견은 '피해자를 보호하기 위해서는 그 손해 발생의 다른 책임주체인 민간인의 손해배상의무까지 감축된다고 할 수 없고 그 민간인은 여전히 피해 군인 등의 손해 전부를 배상할 의무가 있다.'고 하고, '손해의 공평·타당한 부담·배분을 위해서는 군인 등의 손해를 배상한 민간인이 국가 등에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 해석하여야 한다.'고 한다.

2465) 현재는 '공동하여'라고 표시하고 있다(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다245702 판결; 피고들의 채무는 연대채무관계에 있는데, 원심이 피고들에게 '공동하여' 지급할 것을 명한 것은 피고들이 부진정연대책임을 부담함을 전제한 것이어서 적절하지 않다고 한 예).

2466) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다61646 판결.

2467) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2011다76747 판결: "부진정연대채무의 관계에 있는 채무자들을 공동피고로 하여 이행의 소가 제기된 경우 그 공동피고에 대한 각 청구는 법률상 양립할 수 없는 것이 아니므로 그 소송은 민사소송법 제70조 제1항에서 규정한 본래 의미의 예비적·선택적 공동소송이라고 할 수 없으므로, 따라서 거기에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조는 준용되지 않는다고 할 것이어서 상소로 인한 확정차단의 효력도 상소인과 그 상대방에 대해서만 생기고 다른 공동소송인에 대한 관계에는 미치지 않는다." 甲 재단법인 등이 소유한 토지 지상에 국가가 설치한 송전선로가 지나가고 있고 한국수자원공사가 위 송전선로 등 수도권 광역상수도시설에 대한 수도시설관리권을 국가로부터 출자받아 시설을 유지·관리하고 있는데, 甲 법인 등이 주위적으로 한국수자원공사에 대하여, 예비적으로는 국가에 대하여 위 토지 상공의 점유로 인한 부당이득반환청구의 소를 제기하여 제1심이 공사에 대한 청구는 기각하고 국가에 대한 청구는 인용하자 甲 법인 등이 공사에 대하여 항소를 제기하고 공사와 국가는 항소하지 않은 사안에서, 피고들 사이에는 민사소송법 제70조 제1항에 따라 민사소송법 제67조가 준용되는 진정한 의미의 예비적 공동소송의 관계가 있는 것이 아니므로 상소로 인한 확정차단의 효력도 당사자별로 따로 판단해야 하는데, 甲 법인 등이 제1심판결 중 공사에 대한 부분에 한하여 항소를 제기한 이상 공사에 대한 청구만이 항소심의 심판대상이 되고, 국가에 대한 제1심판결은 항소기간 만료일이 지남으로써 분리 확정되었음에도, 분리 확정된 국가에 대한 청구까지 항소심에 이심된 것으로 본 원심판결을 파기하고 그 부분에 대한 소송종료선언을 한 사례. ☛ **[동일 취지]** 피고 1에 대한 주위적 청구(수탁보증에 기한 구상금청구 또는 약정금청구), 제1예비적 청구(위임에 기한 비용상환청구, 사무관리에 기한 비용상환청구 또는 부당이득반환청구), 제2예비적 청구(불법행위에 기한 손해배상청구) 중 어느 하나와 피고 2에 대한 주위적 청구(약정금청구) 및 예비적 청구(불법행위에 기한 손해배상청구) 중 어느 하나는 서로 법률상 성립요건이 다르기는 하지만 동일한 경제적 목적을 가지고 있고 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 관계에 있으므로 서로 부진정연대채무의 관계에

다) 절대적 효력 사유의 주장

부진정연대채무자 중 1인에 대하여 생긴 사유 중 채권의 만족을 가져 오는 변제 및 이와 동일시되는 대물변제, 공탁, 상계 내지 상계계약에는 절대적 효력이 인정되므로,[2468] 다른 채무자는 위 사유들을 채무 소멸의 유효한 항변으로 주장할 수 있다.

상계 항변의 경우, 채권자가 상계 내지 상계계약이 이루어질 당시 다른 부진정연대채무자의 존재를 알았는지 여부는 요건사실이 아니고, 다른 연대채무자의 상계권 행사에 관한 민법 제418조 제2항이 부진정연대채무에는 적용되지 아니한다.[2469]

라) 일부 부진정연대의 경우 일부 변제의 효력

(1) 소액 부진정연대채무자에 의한 일부 변제의 경우

금액이 다른 채무가 서로 부진정연대 관계에 있을 때[2470] 소액채무자가 자신의 채무 중 일부를 변제한 경우, 변제된 금액은 소액채무자가 다액채무자와 공동으로 부담하는 부분에 관하여 민법의 변제충당의 일반원칙에 따라 지연손해금, 원본의 순서로 변제에 충당되고 이로써 공동 부담 부분의 채무 중 지연손해금과 일부 원금채무가 변제로

있고, 따라서 피고 1에 대한 위 각 청구 중 어느 하나와 피고 2에 대한 위 각 청구 중 어느 하나를 병합하여 심리·판단하더라도 서로 예비적·선택적 공동소송의 관계에 있다고 할 수 없으며, 통상의 공동소송관계라고 한 예(2006다47677).

2468) 대법원 2010. 9. 16. 선고 2008다97218 전원합의체 판결의 **다수의견**; "부진정연대채무자 중 1인이 자신의 채권자에 대한 반대채권으로 상계를 한 경우에도 채권은 변제, 대물변제, 또는 공탁이 행하여진 경우와 동일하게 현실적으로 만족을 얻어 그 목적을 달성하는 것이므로, 그 상계로 인한 채무소멸의 효력은 소멸한 채무 전액에 관하여 다른 부진정연대채무자에 대하여도 미친다고 보아야 한다. 이는 부진정연대채무자 중 1인이 채권자와 상계계약을 체결한 경우에도 마찬가지이고, 나아가 이러한 법리는 채권자가 상계 내지 상계계약이 이루어질 당시 다른 부진정연대채무자의 존재를 알았는지 여부에 의하여 좌우되지 아니한다." ⇔ **[반대의견]** "공동불법행위 등의 경우에 연대채무와 구별되는 부진정연대채무가 인정되는 취지와 사용자책임, 공작물의 점유자 등의 특수한 책임을 인정하고 특히 고의의 불법행위 채권을 수동채권으로 하는 상계를 금지하는 민법의 태도로부터 알 수 있는 바는, 민법은 채권자의 이중의 채권만족의 위험을 감수하면서까지도 불법행위 피해자로 하여금 현실적으로 채권의 만족을 얻게 하여 피해를 실질적으로 회복할 수 있도록 배려하고 있다는 것이다. … 부진정연대채무자 중 1인의 상계에는 절대적 효력을 인정하지 아니함이 타당하고, 나아가 부진정연대채무자 중 1인이 채권자와 상계계약을 한 경우에도 상계와 달리 볼 것이 아니다. 이에 관한 종전의 대법원의 견해를 변경할 필요는 없다."

2469) 부진정연대채무자 사이에는 고유의 의미에 있어서의 부담부분이 존재하지 아니하므로 고유의 의미의 부담부분의 존재를 전제로 하는 민법 제418조 제2항은 부진정연대채무에는 적용되지 아니하는 것으로 봄이 상당하고, 따라서 한 부진정연대채무자가 채권자에 대하여 상계할 채권을 가지고 있음에도 상계를 하지 않고 있다 하더라도 다른 부진정연대채무자가 그 채권을 가지고 상계를 할 수는 없다(93다21521).

2470) 금액이 다른 채무가 서로 부진정연대 관계에 있는 경우로는, ㉮ 부진정연대채무 관계인 공동불법행위자들이 피해자에 대한 과실비율이 서로 달라 배상할 손해액의 범위가 달라지는 경우로서, ① 고의의 불법행위로 타인에게 직접 손해를 가한 피용자의 손해배상의무와 그 사용자의 손해배상의무, ② 과실에 의한 불법행위자인 중개보조원이 고의에 의한 불법행위자와 공동불법행위책임을 부담하는 경우, 중개보조원의 책임과 그를 고용한 공인중개사의 책임(대법원 2018. 2. 13. 선고 2015다242429 판결), ③ 피해자가 공동불법행위자 별로 별개의 소를 제기하여 소송을 진행함으로써 과실상계비율과 손해액이 서로 달리 인정된 경우(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다60227 판결) 등, ㉯ 서로 '별개의 원인'으로 발생한 독립된 채무가 일부 부진정연대의 관계에 있는 경우{2009다87621 판결과 99다67376 판결의 사안(소외인의 차용금 채무와 피고의 사용자책임 채무)} 등이 있다.

소멸하게 되며, 부진정연대채무자 상호 간에 있어서 채권의 목적을 달성시키는 변제와 같은 사유는 채무자 전원에 대하여 절대적 효력을 발생시키므로, 이로써 다액 채무자의 채무도 지연손해금과 원금이 같은 범위에서 소멸하게 된다.[2471]

따라서 소액 부진정연대채무자의 변제는 그 자체로서 다액 부진정연대채무자에게도 채무 소멸의 유효한 항변이 된다. 다만, 소액 채무자의 변제금이 그 당시의 다액 채무자의 지연손해금 전체에 먼저 충당되고 나머지가 원금에 충당되는 것이 아니라, 소액 채무자의 지연손해금과 원금에 충당된 만큼만 다액 채무자의 지연손해금과 원금에 각각 충당되어 같은 범위에서 다액채무자의 채무가 소멸됨에 주의해야 한다.[2472]

(2) 다액 부진정연대채무자에 의한 일부 변제의 경우

다액의 부진정연대채무자가 채무의 일부를 변제한 경우 그 변제로 인하여 먼저 소멸하는 부분은 다액채무자가 단독으로 채무를 부담하는 부분이다.[2473] 예컨대, 다액

2471) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2009다72094 판결: "원심은, OO증권의 불법행위에 기한 손해배상채무는 원금 192,941,507,200원 및 이에 대한 2000. 7. 21.부터의 지연손해금이고, 피고의 이 사건 약정금 지급채무는 원금 241,176,884,000원 및 이에 대한 2000. 7. 21.부터의 지연손해금인데, 두 채무는 부진정연대채무관계에 있으므로, 원고가 OO증권으로부터 변제받은 금액은 피고의 이 사건 약정금 지급채무 중 OO증권과 공동으로 부담하는 부분에 충당되고, 부진정연대채무관계에 있어서 변제와 같은 채권을 만족시키는 사유는 절대적 효력이 있으므로 원고가 OO증권으로부터 변제받은 금액은 피고의 이 사건 약정금채무에서 공제되어야 하고, 변제액이 채무자가 지급하여야 할 정당한 금원인 원본 및 지연손해금 합계액에 미치지 못하는 경우 그 금원은 특별한 사정이 없는 한 민법의 변제충당의 순서에 따라 지연손해금, 원본의 순서로 변제에 충당되므로, 이러한 법리에 따라 OO증권이 지급한 금원을 변제에 충당하면, OO증권의 2002. 4. 17.자 가지급금 97,256,111,600원은 OO증권의 채무에 관하여 발생한 지연손해금인 16,809,698,435원[= 원금 192,941,507,200원에 대하여 2000. 7. 21.부터 2002. 4. 17.까지 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금(192,941,507,200원 × 0.05 × 636/365, 원 미만 버림)]에 먼저 충당되고, 나머지 80,446,413,165원(97,256,111,600원 - 16,809,698,435원)이 OO증권의 원금채무에 충당되어 2002. 4. 17. 기준 OO증권의 원금 잔액은 112,495,094,035원(192,941,507,200원 - 80,446,413,165원)이 되었으며, 위 변제로 인해 피고의 채무도 같은 범위에서 소멸하여 피고의 원금 241,176,884,000원과 이에 대한 2000. 7. 21.부터 2002. 4. 17.까지 연 6%의 비율로 계산한 지연손해금 25,214,547,653원 중 OO증권의 가지급금으로 충당된 지연손해금 16,809,698,435원을 공제한 지연손해금 잔액 8,404,849,218원과 OO증권의 가지급금으로 충당된 원금 80,446,413,165원을 공제한 잔액 160,730,470,835원이 남는다고 보았다. 그리고 OO증권의 2006. 7. 31.자 가지급금 1,916,349,149원은 OO증권의 원금 잔액 112,495,094,035원에 대하여 2002. 4. 18.부터 2006. 7. 31.까지 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금에 일부 변제충당되고, 그 결과 동일한 기간 동안 발생한 피고의 지연손해금채무 중 위 변제충당된 지연손해금과 같은 금액의 지연손해금채무가 소멸되는 효과가 발생하여 피고의 2002. 4. 17. 기준 지연손해금 잔액은 6,488,500,069원(8,404,849,218원 - 1,916,349,149원)이 남게 되었다고 보았다. 앞서 본 법리에 비추어 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 …."

2472) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다29013 판결: 소액 채무자가 원고(채권자)와의 확정판결에 따른 원금을 지급함으로써 다액 채무자인 피고의 원금채무도 같은 범위에서 소멸되었다고 보아야 하므로, 위 판결의 원금을 다액 채무 전체의 지연손해금에서 공제해서는 아니 된다고 한 예.

2473) 대법원 2018. 3. 22. 선고 2012다74236 전원합의체 판결: "금액이 다른 채무가 서로 부진정연대 관계에 있을 때 다액채무자가 일부 변제를 하는 경우 그 변제로 인하여 먼저 소멸하는 부분은 당사자의 의사와 채무 전액의 지급을 확실히 확보하려는 부진정연대채무 제도의 취지에 비추어 볼 때 다액채무자가 단독으로 채무를 부담하는 부분으로 보아야 한다. 이러한 법리는 사용자의 손해배상액이 피해자의 과실을 참작하여 과실상계를 한 결과 타인에게 직접 손해를 가한 피용자 자신의 손해배상액과 달라졌는데 다액채무자인 피용자가 손해배상액의 일부를 변제한 경우에 적용되고, 공동불법행위자들의 피해자에 대한 과실비율이 달라 손해배상액이 달라졌는데 다액채무자인 공동불법행위자가 손해배상액의 일부를 변제한 경우에도 적용된다. 또한 중개보조원을

부진정연대채무자의 변제금은 '지연손해금 단독 부담 부분 → 지연손해금 공동 부담 부분 → 원금 단독 부담 부분 → 원금 공동 부담 부분' 순으로 충당된다.[2474] 따라서 소액의 부진정연대채무자로서는 '다액의 부진정연대채무자가 그의 단독 부담 부분을 초과하는 변제 등을 하였다는 점'을 주장·증명하여야 다액 부진정연대채무자의 변제 등에 의한 채무 소멸의 항변이 받아들여질 수 있다.[2475]

마) 상대적 효력 사유의 주장

채권의 만족을 가져 오는 변제, 대물변제, 공탁, 상계 이외에, '채권의 포기나 채무의 면제',[2476] '소멸시효 완성'[2477] 등의 여타 사유는 다른 채무자의 채무에 영향을 미치지 아니하는 상대적 효력이 인정될 뿐이므로, 다른 채무자의 유효한 항변이 될 수 없다. 채무자 1인에 대한 이행청구 또는 채무자 1인이 행한 채무의 승인 등 '소멸시효의 중단사유'나 '시효이익의 포기'도 다른 채무자에 대하여 효력이 미치지 아니하므로,[2478]

고용한 개업공인중개사의 공인중개사법 제30조 제1항에 따른 손해배상액이 과실상계를 한 결과 거래당사자에게 직접 손해를 가한 중개보조원 자신의 손해배상액과 달라졌는데 다액채무자인 중개보조원이 손해배상액의 일부를 변제한 경우에도 마찬가지이다. 이와 달리 사용자책임 또는 공동불법행위책임이 문제 되는 사안에서 다액채무자가 손해배상액의 일부를 변제하는 경우 소액채무자의 과실비율에 상응하는 만큼 소액채무자와 공동으로 채무를 부담하는 부분에서도 변제된 것으로 보아야 한다고 판시한 … 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다." ☛ **[동일 취지]** 구조피해자 또는 그 상속인이 범죄자 본인에 대하여 고의의 불법행위를, 범죄자의 사용자에 대하여 사용자책임을 주장하며 공동하여 손해배상을 구하는 소송을 제기하여 법원이 이들에게 공동하여 손해배상금 지급을 명하되, 사용자에 대하여만 과실상계를 적용함으로써 더 적은 금액의 지급을 명하는 경우 구조피해자나 유족이 「범죄피해자 보호법」에 의한 범죄피해구조금을 받는다면, 위 구조금의 지급으로써 소멸하는 부분은 다액채무자인 범죄자 본인이 단독으로 부담하는 채무 부분이고, 지급한 범죄피해구조금이 다액채무자인 범죄자가 단독으로 채무를 부담하는 부분을 초과하지 않는 이상 그 구조금 상당액은 전액 위 단독 부담하는 부분에서만 공제하여야 한다(대법원 2023. 3. 9. 선고 2022다228704 판결).

2474) 채무 범위가 다른 연대채무자 또는 연대보증인에 관한 2012다85281 판결 참조.

2475) 이는, 불법행위 성립 후에 손해를 전보하여 채무를 소멸시키는 '변제'의 경우에 적용되는 것이고, 불법행위 과정에서 그 불법행위를 은폐하거나 기망의 수단으로 지급한 금원은 원고의 손해액을 산정함에 있어 공제되는 사항으로서 고유의 의미의 손익상계의 대상에 해당하므로, 이를 손해액 산정 단계에서 먼저 공제하고 난 후에 과실상계를 하게 되면, 결과에 있어서는 과실상계 후 산정된 손해배상채권이 위 지급 금원으로 말미암아 소액채무자의 과실비율만큼 소멸한다는 종전 판례의 입장(과실비율설)과 동일하게 된다. 불법행위를 은폐하거나 기망하려는 수단이라 하더라도 불법행위 성립 후에 피해자에게 변제약정을 체결한 다음 그에 따라 일부 돈을 지급한 경우에는, 위 전원합의체 판결이 적용된다.

2476) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다19378 판결.

2477) ❶ 97다42830; "연대채무에 있어서 소멸시효의 절대적 효력에 관한 민법 제421조의 규정은 공동불법행위자 상호 간의 부진정연대채무에 대하여는 그 적용이 없으므로, 공동불법행위자 중 1인의 손해배상채무가 시효로 소멸한 후에 다른 공동불법행위자 1인이 피해자에게 자기의 부담 부분을 넘는 손해를 배상하였을 경우에도, 그 공동불법행위자는 다른 공동불법행위자에게 구상권을 행사할 수 있다." ❷ 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다217178 판결; "상법 제672조 제1항의 연대채무는 부진정연대채무라고 봄이 타당하므로, 피고의 소외인에 대한 보험금 지급채무의 소멸시효가 완성되었다고 하더라도, 이는 채권자를 만족시키는 사유가 아니어서 상대적 효력이 있음에 불과하여 원고에게 대항할 수 없다는 이유로, '피고의 소외인에 대한 보험금지급채무는 그 소멸시효가 완성되었고, 연대채무자에 대한 소멸시효 완성에는 절대적 효력이 있으므로, 원고가 소멸시효 완성 이후에 지급한 위 보험금은 공동면책의 효력이 없어 그에 관하여는 피고에게 구상의무가 없다'는 피고의 주장을 배척하였다. … 원심의 판단은 정당하다."

채권자의 위와 같은 재항변도 유효하지 못하다.

4) 보증채무

가) 보증채무 이행청구의 요건사실

보증채무의 이행을 청구하기 위해서는, ① '주채무의 존재, 즉 주채무의 발생원인 사실', ② '그 주채무에 대한 보증계약의 성립 사실'(엄격해석의 원칙; 보증은 이를 부담할 특별한 사정이 있을 경우 이루어지는 것이므로 '보증의사'의 존재나 '보증범위'는 이를 엄격하게 제한하여 인정하여야 한다[2479]),[2480] ③ '보증계약이 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 체결된 사실'[2481]을 주장·증명하여야 하고, 주채무자와 연대보증인, 수인의 보증인을 공동 피고로 하여 연대 지급을 구하는 경우에는, ④ '연대 특약의 존재 내지는 상사보증

2478) ❶ 대법원 2017. 5. 30. 선고 2016다34687 판결; "부진정연대채무에서는 채무자 1인에 대한 이행청구 또는 채무자 1인이 행한 채무의 승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기가 다른 채무자에게 효력을 미치지 않는다. 따라서 채권자가 분할 또는 분할합병이 이루어진 후에 분할회사를 상대로 분할 또는 분할합병 전의 분할회사 채무에 관한 소를 제기하여 분할회사에 대한 관계에서 시효가 중단되거나 확정판결을 받아 소멸시효 기간이 연장된다고 하더라도 그와 같은 소멸시효 중단이나 연장의 효과는 다른 채무자인 수혜회사에 효력이 미치지 않는다." ❷ 대법원 2023. 12. 7. 선고 2020다225138 판결; "영업양도인의 영업으로 인한 채무와 상호를 속용하는 영업양수인의 상법 제42조 제1항에 따른 채무는 같은 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 다른 일방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다. 따라서 채권자가 영업양도인을 상대로 소를 제기하여 확정판결을 받아 소멸시효가 중단되거나 소멸시효 기간이 연장된 뒤 영업양도가 이루어졌다면 그와 같은 소멸시효 중단이나 소멸시효 연장의 효과는 상호를 속용하는 영업양수인에게 미치지만, 채권자가 영업양도가 이루어진 뒤 영업양도인을 상대로 소를 제기하여 확정판결을 받았다면 영업양도인에 대한 관계에서 소멸시효가 중단되거나 소멸시효 기간이 연장된다고 하더라도 그와 같은 소멸시효 중단이나 소멸시효 연장의 효과는 상호를 속용하는 영업양수인에게 미치지 않는다."

2479) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2004다34134 판결; "보증계약의 성립을 인정하려면 당연히 그 전제로서 보증인의 보증의사가 있어야 하고, 이러한 보증의사의 존부는 당사자가 거래에 관여하게 된 동기와 경위, 그 관여 형식 및 내용, 당사자가 그 거래행위에 의하여 달성하려는 목적, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 판단하여야 할 당사자의 의사해석과 사실인정의 문제이지만, 보증은 이를 인정할 특별한 사정이 있을 경우 이루어지는 것이므로, 보증의사의 존재나 보증범위는 이를 엄격하게 제한하여 인정하여야 할 것이다. 한정근보증의 경우 피보증채무의 범위란에 특정한 종류의 거래계약을 한정적으로 열거하고 그 거래계약과 관련하여 발생하는 채무를 피보증채무로 하는 것이므로, 피보증채무의 범위란에 일정한 약정에 기한 채무가 기재되어 있는 경우에 특별한 사정이 없는 한 그 범위에 속하는 채무만을 피보증채무로 인정하여야 한다." ☜ 보증인이 한정근보증을 할 당시 보증서의 피보증채무 범위란에 '지급보증거래약정서'라고 기재되어 있었는데 나중에 채권자가 그 범위란에 '수출거래약정서'를 추가하여 기재한 경우, 지급보증거래약정과 수출거래약정이 서로 밀접하게 관련되어 있다고 하더라도, 근보증서가 포괄근보증서가 아닌 한정근보증서로서 채무자가 근보증서를 작성할 당시 피보증채무 범위란에 '수출거래약정서'를 기재하지 않았고, 채권자에게 피보증채무의 범위를 보충할 권한이 있다는 점을 인정할 만한 뚜렷한 증거가 없는 이상 '지급보증거래'에 기한 채무만이 위 한정근보증의 피보증채무라고 본 사례.

2480) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다239345 판결; "신용보증약관에 일정한 요건을 충족해야만 신용보증관계가 성립한다고 정해져 있고 그에 따라 신용보증기관이 발급한 신용보증서에 그러한 요건이 특약사항으로 기재되어 있는 경우에는 그 특약사항이 충족되어야만 신용보증관계가 성립한다. 신용보증약관에 신용보증기관의 면책사유로 신용보증관계가 성립되지 않는 경우를 정하고 있더라도 이는 신용보증관계가 성립하지 않아 신용보증기관이 책임을 부담하지 않는 것을 확인하는 의미라고 보아야 하고, 신용보증관계의 불성립을 단순한 면책사유로 볼 수는 없다." ☞ 면책사유 중 하나로 신용보증관계의 불성립을 정하고 있더라도, 신용보증관계의 성립요건은 채권자인 원고가 주장·증명해야 할 청구원인사실이지, 피고가 그 부존재를 주장·증명해야 하는 면책 항변사실이 아니다.

2481) 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다233576 판결 참조.

사실'까지 주장·증명하여야 한다.

2008. 3. 21. 법률 제8918호로 제정되어 2008. 9. 22. 시행된 '보증인 보호를 위한 특별법'은 보증에 관하여 민법에 대한 특례를 규정하고 있는데,[2482] 보증의 방식,[2483] 보증채무 최고액의 특정,[2484] 채권자의 통지의무(제5조), 근보증의 특례,[2485] 간주 보증기간,[2486] 금융기관 보증계약의 특칙(제8조), 편면적 강행규정[2487] 등을 규정하고 있다. 그 후 2015. 2. 3. 법률 제13125호로 개정되어 2016. 2. 4. 시행된 민법에 제428조의2(보증의 방식),[2488] 제428조의3(근보증),[2489] 제436조의2(채권자의 정보제공의무와 통지의무 등)가 신설되어 법 시행 후 체결되거나 기간이 갱신된 보증계약부터 적용되게 되었고(부칙 제3조), 위 특별법 제3조는 삭제되었다.

따라서 보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생하므로(보증계약의 요식행위화), '③ 보증계약이 보증인의 '기명날인'(타인의 대행이 가능하다[2490]) 또는 '서명'(보증인이 직접 자신의 이름을 쓰는 것을 의미하고 타인이 보증인의 이름을 대신 쓰는 것은 이에 해당하지 아니하며, 직접 서명하였다는 점에 대하여는 보증의 효력을 주장하는 채권자가 증명책임을 진다[2491])이 있는 '서면'으로 체결된 사실'까지 주장·증명하여야 한다.[2492] 서

2482) 보증인보호법은 타인의 채무에 대하여 그 담보물의 한도 내에서 책임을 지는 물상보증의 경우에는 적용되지 아니한다(대법원 2015. 3. 26. 선고 2014다83142 판결).

2483) **제3조(보증의 방식)** ① 보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생한다. ② 보증인의 채무를 불리하게 변경하는 경우에도 제1항과 같다. ③ 보증인이 보증채무를 이행한 경우에는 그 한도에서 제1항과 제2항에 따른 방식의 하자를 이유로 무효를 주장할 수 없다.

2484) **제4조(보증채무 최고액의 특정)** 보증계약을 체결할 때에는 보증채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 한다. 보증기간을 갱신할 때에도 또한 같다.

2485) **제6조(근보증)** ① 보증은 채권자와 주채무자 사이의 특정한 계속적 거래계약이나 그 밖의 일정한 종류의 거래로부터 발생하는 채무 또는 특정한 원인에 기하여 계속적으로 발생하는 채무에 대하여도 할 수 있다. 이 경우 그 보증하는 채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 한다. ② 제1항의 경우 채무의 최고액을 서면으로 특정하지 아니한 보증계약은 효력이 없다.

2486) **제7조(보증기간 등)** ① 보증기간의 약정이 없는 때에는 그 기간을 3년으로 본다. ② 보증기간은 갱신할 수 있다. 이 경우 보증기간의 약정이 없는 때에는 계약체결 시의 보증기간을 그 기간으로 본다. 〈개정 2010. 3. 24.〉 ③ 제1항 및 제2항에서 간주되는 보증기간은 계약을 체결하거나 갱신하는 때에 채권자가 보증인에게 고지하여야 한다. 〈신설 2010. 3. 24.〉 ④ 보증계약 체결 후 채권자가 보증인의 승낙 없이 채무자에 대하여 변제기를 연장하여 준 경우에는 채권자나 채무자는 보증인에게 그 사실을 알려야 한다. 이 경우 보증인은 즉시 보증채무를 이행할 수 있다. 〈개정 2010. 3. 24.〉 ☛ 제7조의 '보증기간'은 보증책임을 부담하는 '주채무의 발생기간'이지, '보증채무의 존속기간'을 의미한다고 볼 수는 없다(대법원 2020. 7. 23. 선고 2018다42231 판결).

2487) **제11조(편면적 강행규정)** 이 법에 위반하는 약정으로서 보증인에게 불리한 것은 효력이 없다.

2488) **제428조의2(보증의 방식)** ① 보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생한다. 다만, 보증의 의사가 전자적 형태로 표시된 경우에는 효력이 없다. ② 보증채무를 보증인에게 불리하게 변경하는 경우에도 제1항과 같다. ③ 보증인이 보증채무를 이행한 경우에는 그 한도에서 제1항과 제2항에 따른 방식의 하자를 이유로 보증의 무효를 주장할 수 없다.

2489) **제428조의3(근보증)** ① 보증은 불확정한 다수의 채무에 대해서도 할 수 있다. 이 경우 보증하는 채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 한다. ② 제1항의 경우 채무의 최고액을 제428조의2 제1항에 따른 서면으로 특정하지 아니한 보증계약은 효력이 없다.

2490) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다282473 판결.

면에 반드시 '보증인' 또는 '보증한다'라는 문언의 기재가 있을 필요는 없고, 서면에 주채무자가 부담하는 원본채무의 금액이 명확하게 기재되어 있으면 족하며, 이자 또는 지연손해금 등과 같은 종된 채무에 관하여 별도로 그 액을 특정할 것이 요구되지는 아니한다.[2493] 물상보증인의 '근저당권설정계약서'를 '보증의사가 표시된 서면'으로 보기는 어

2491) 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다233576 판결: "일반적으로 서명은 기명날인과 달리 명의자 본인이 자신의 이름을 쓰는 것을 의미한다. 그런데 보증인의 서명에 대해 제3자가 보증인을 대신하여 이름을 쓰는 것이 포함된다면, 보증인이 직접 자신의 의사표시를 표시한다는 서명 고유의 목적은 퇴색되고 사실상 구두를 통한 보증계약 내지 보증인이 보증 내용을 구체적으로 알지 못하는 보증계약의 성립을 폭넓게 인정하는 결과를 초래하게 되며, 이는 경솔한 보증행위로부터 보증인을 보호하고자 하는 구 보증인보호법의 입법 취지를 몰각시키게 된다. 따라서 이러한 구 보증인보호법의 입법 목적과 취지, 규정 내용 등을 종합해 보면, 구 보증인보호법 제3조 제1항에서 정한 '보증인의 서명'은 원칙적으로 보증인이 직접 자신의 이름을 쓰는 것을 의미하며 타인이 보증인의 이름을 대신 쓰는 것은 이에 해당하지 아니한다고 해석함이 타당하다. … 이 사건 연대보증계약서가 피고의 서명에 의한 보증계약서로서 보증의 효력이 발생하려면, 원칙적으로 피고 본인에 의한 서명이어야 하며 타인에 의한 서명으로는 부족하다. 따라서 막연히 이 사건 연대보증계약서의 연대보증인란에 피고의 이름으로 된 서명이 있다는 사실만 가지고 피고의 서명이 있다고 판단할 것이 아니라, 그것이 피고가 직접 서명한 것인지 아니면 타인이 피고의 이름으로 서명한 것인지를 명확히 가려야 하며, 피고가 직접 서명하였다는 점에 대하여는 보증의 효력을 주장하는 원고가 증명책임을 진다." ㉠ 피고가 직접 연대보증계약서에 서명하였다는 점에 대한 증명이 충분하다고 볼 수 있을지 의문임에도, 원심이 연대보증계약서의 작성경위가 어떠한지, 특히 피고가 이에 직접 서명하였는지에 대하여 제대로 심리하지 아니한 채, 그 연대보증인란에 피고의 이름으로 된 서명이 있어 연대보증계약으로서 유효하다는 취지로 판단한 것은 잘못이라고 직권으로 판단하여 파기환송한 사례.

2492) 2016. 2. 4. 개정 민법 시행 전에는 위 특별법 제2조 제1호 각 목 소정의 보증인의 경우 그 법이 적용되지 않았으므로 위 ③이 요건사실이 아닌 경우도 있었으나, 2016. 2. 4. 이후에는 위 ③이 모든 보증의 요건사실로 필요하게 되었다.
타인의 채무에 대한 담보의 목적으로 어음이나 수표를 발행하거나 배서한 경우(이를 어음·수표법이 정한 전형적인 어음보증, 수표보증과 구별하여 흔히 '숨은 어음보증', '숨은 수표보증'이라고 일컫는다), 어음·수표법상의 채무만을 부담할 뿐이지, 민사상의 보증채무까지 부담하는 것으로 추인되지 않을 뿐만 아니라(2009다44884), 더욱이 보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 하므로, '숨은 어음·수표 보증'만으로는 민사상 보증채무까지 부담하는 것으로 볼 여지가 없어졌다. 어음 배서인이 원인채무를 보증한 경우에는 원칙적으로 연대보증을 지는 것으로 본 과거의 판례들 역시 현재는 사실상 그 의미를 상실한 것으로 보아야 한다(제9판 572면 각주 2042 참조).

2493) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013다23372 판결: "보증의 의사표시에 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면을 요구하는 것은, 한편으로 그 의사가 명확하게 표시되어서 보증의 존부 및 내용에 관하여 보다 분명한 확인수단이 보장되고, 다른 한편으로 보증인으로 하여금 가능한 한 경솔하게 보증에 이르지 아니하고 숙고의 결과로 보증을 하도록 하려는 취지에서 나온 것이다. 따라서 보증의 의사표시에 관하여 법률행위의 해석에 관한 일반 법리가 적용됨은 물론이나, 거기에서 더 나아가 위의 법규정이 정하는 방식이 준수되었는지 여부는 위와 같은 취지를 충족하는지 여부에 좇아 판단할 것이다. 그리고 이를 판단함에 있어서는 작성된 서면의 내용 및 그 체제 또는 형식, 보증에 이르게 된 경위, 주채무의 종류 또는 내용, 당사자 사이의 관계, 종전 거래의 내용이나 양상 등을 종합적으로 고려할 것이다. 그렇다면 위 법규정이 '보증의 의사'가 일정한 서면으로 표시되는 것을 정할 뿐이라는 점 등을 고려할 때, 작성된 서면에 반드시 '보증인' 또는 '보증한다'라는 문언의 기재가 있을 것이 요구되지는 아니한다고 봄이 상당하다. 한편 위 법률 제4조 전단은 "보증계약을 체결할 때에는 보증채무의 최고액을 서면으로 특정"할 것을 요구한다. 이는 앞서 본 위 법률 제3조 제1항과도 조응하여 보증인이 보증을 함에 있어서 자신이 지게 되는 법적 부담의 주요한 내용을 미리 예측할 수 있도록 하려는 것으로 이해된다. 따라서 확정된 주채무에 관한 채권증서에 보증인이 기명날인 또는 서명하는 방식으로 보증의 의사를 표시한 일반 보증의 경우에 그 서면에 주채무자가 부담하는 원본채무의 금액이 명확하게 기재되어 있다면 다른 특별한 사정이 없는 한 이로써 위 법률 제4조 전단의 요건은 적법하게 충족되었다고 볼 것이고, 그 외에 이자 또는 지연손해금 등과 같은 종된 채무에 관하여 별도로 그 액을 특정할 것이 요구되지는 아니한다고 할 것이다." ㉡ 소외 회사가 2010. 3. 31. 원고로부터 500만 원을 차용하면서, 그 차용의 취지 외에 원고에게 기존 차용금 1천만 원과 기계잔대금 950만 원을 합하여 합계 2,450만 원을 2010. 4. 10.까지 변제하겠다는 내용이 기재된 '차용증'이라는 제목의 문서를 작성하여 교부하였는데, 피고는 소외 회사의 대표이사인 소외 1과 처남

렵다.[2494]

(근보증의 경우) '근보증'의 경우 보증하는 채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 하고, 채무의 최고액을 서면으로 특정하지 아니한 보증계약은 효력이 없다.[2495] '한정근보증계약'인 경우, 미리 정한 기본거래의 종류에 의하여 장래 체결될 기본거래계약 또는 그에 기하여 발생하는 보증대상인 채무를 특정할 수 있다면, 비록 주채무 발생의 원인이 되는 기본거래계약이 한정근보증계약보다 먼저 체결되어 있지 아니하더라도 그 근보증계약의 성립이나 효력에는 아무런 영향이 없고, 채권자와 주채무자가 한정근보증계약 체결 이후 새로운 기본거래계약을 체결하거나 기존 기본거래계약의 기한을 갱신하고 그 거래 한도 금액을 증액하는 약정을 하였다고 하더라도, 새로운 기본거래계약 체결 등에 관하여 보증인의 동의를 받거나 보증인에게 통지하여야만 피보증채무의 범위에 속하게 되는 것은 아니다.[2496]

매부 사이로서 소외 회사의 이사 직함을 사용하면서 영업 및 자금 마련 등 소외 회사의 경영 전반에 관여하여 왔고, 원고의 위 500만 원 대여 시에 원고의 대표자인 소외 2가 소외 회사의 기존 미변제채무 때문에 500만 원의 추가 대여를 망설이자, 피고는 소외 1의 요청으로 위 차용증 중 '채무자'란의 소외 회사 명판이 찍힌 자리 옆에 자신의 이름을 직접 기재하여 서명하기에 이른 사안에서, 원심이, 피고가 소외 회사 채무를 보증하는 의사로 위 차용증에 서명하였다고 봄이 상당하다고 판단하고, '위 차용증에는 피고의 보증의사가 표시되어 있지 아니하고 보증채무의 최고액이 특정되었다고 할 수 없으므로 그 보증은 법 위반으로 무효'라는 피고의 주장에 대하여, 피고가 보증할 의사로 위 차용증에 서명하였고 "피고의 보증채무 최고액은 소외 회사의 원고에 대한 위 차용금 등 채무액이라고 할 것"이라는 이유로 이를 배척한 것은 정당하다고 한 예.

2494) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다296120 판결: "보증은 이를 부담할 특별한 사정이 있을 경우에 이루어지는 것이므로, 보증의사의 존재나 보증범위는 이를 엄격하게 제한하여 인정하여야 한다. … 근저당권설정계약서는 근저당권설정등기의 등기원인을 증명하는 서면으로서 … 등기신청서에 첨부하기 위하여 작성되는 것으로, 근저당권설정계약 당사자인 근저당권자와 근저당권설정자 사이에 근저당권설정을 목적으로 하는 합의가 있음을 증명하는 내용인 점, 물상보증으로서 근저당권설정계약과 인적보증으로서 연대보증계약은 별개의 계약이라는 점 등을 종합적으로 고려하면, 근저당권설정계약서가 … '보증의사가 표시된 서면'인지 여부는 엄격하게 판단하여야 한다."

2495) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다282473 판결: "민법 제428조의3은 … 불확정한 다수의 채무에 대하여 보증하는 경우 보증인이 부담하여야 할 보증채무의 액수가 당초 보증인이 예상하였거나 예상할 수 있었던 것보다 지나치게 확대될 우려가 있으므로, 보증인이 보증을 함에 있어 자신이 지게 되는 법적 부담의 한도액을 미리 명확하게 알 수 있도록 함으로써 보증인을 보호하려는 데에 그 입법 취지가 있다. 위와 같은 민법의 규정 및 그 입법 취지에 비추어 볼 때, 불확정한 다수의 채무에 대하여 보증하는 경우 보증채무의 최고액이 서면으로 특정되어 보증계약이 유효하다고 하기 위해서는, 보증인의 보증의사가 표시된 서면에 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재되어 있어야 하고, 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재되어 있지 않더라도 그 서면 자체로 보아 보증채무의 최고액이 얼마인지를 객관적으로 알 수 있는 등 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재되어 있는 경우와 동일시할 수 있을 정도의 구체적인 기재가 필요하다고 봄이 타당하다."

2496) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011다29987 판결: "**근보증**은 채권자와 주채무자 사이의 특정한 계속적 거래계약뿐 아니라 그 밖에 일정한 종류의 거래로부터 발생하는 채무 또는 특정한 원인에 기하여 계속적으로 발생하는 채무에 대하여도 할 수 있다. 또한 근보증의 대상인 주채무는 근보증계약을 체결할 당시에 이미 발생되어 있거나 구체적으로 내용이 특정되어 있을 필요는 없고, 장래의 채무, 조건부 채무는 물론 장래 증감·변동이 예정된 불특정의 채무라도 이를 특정할 수 있는 기준이 정해져 있으면 된다. 이와 같이 근보증은 그 보증대상인 주채무의 확정을 장래 근보증관계가 종료될 시점으로 유보하여 두는 것이므로, 그 종료 시점에 이르러 비로소 보증인이 부담할 피보증채무가 구체적으로 확정된다. 한편 위와 같은 근보증의 특질에 비추어 볼 때, 근보증계약이 특정 기본거래계약에 기하여 발생하는 채무만을 보증하기로 한 것이 아니라, 기본거래의 종류만을 정하고 그 종류에 속하는 현재 또는 장래의 기본거래계약에 기하여 근보증 결산기 이전에 발생하는 채무를 보증한도액

(연대보증, 보증연대의 증명책임) 민법 제437조나 제439조, 제448조 등의 조문 체계로 보아 보증의 원칙적인 형태로 단순보증, 단순 공동보증을 상정하고 있으므로, 연대보증, 보증연대의 공동보증 또는 연대보증이 원칙인 상사보증이라는 점에 관한 증명책임은 이를 주장하는 자가 부담한다.[2497] 따라서 주채무자와 연대보증인을 공동 피고로 하여 연대 지급을 구하는 경우, 앞서 본 세 가지 요건사실에 더하여 '④ 연대 특약의 존재 내지는 상사보증이라는 점'에 관하여 주장·증명하여야 한다(수인의 보증인을 공동피고로 하여 그 채무가 연대보증 또는 보증연대임을 이유로 연대 지급을 구하는 경우에도 마찬가지이다).

('공동보증인 간 분별의 이익' 주장의 필요 여부) '공동보증인 간의 분별의 이익'은 법률상 당연히 생기는 효과이므로 변론과정에서 공동보증이라는 사실이 드러나 있으면 설사 보증인으로부터의 원용이나 항변이 없더라도 법원은 이를 직권으로 고려, 판단하여야 한다.[2498]

범위 내에서 보증하기로 하는 이른바 '**한정근보증계약**'인 경우, 미리 정한 기본거래의 종류에 의하여 장래 체결될 기본거래계약 또는 그에 기하여 발생하는 보증대상인 채무를 특정할 수 있다면 비록 주채무 발생의 원인이 되는 기본거래계약이 한정근보증계약보다 먼저 체결되어 있지 아니하더라도 그 근보증계약의 성립이나 효력에는 아무런 영향이 없다. 또한 위와 같은 한정근보증계약은 거기에 정한 기본거래의 종류에 속하는 기본거래계약이 별도로 체결되는 것을 예정하고 있으므로, 채권자와 주채무자가 한정근보증계약 체결 이후 새로운 기본거래계약을 체결하거나 기존 기본거래계약의 기한을 갱신하고 그 거래 한도금액을 증액하는 약정을 하였다고 하더라도, 그것이 당초 정한 기본거래의 종류에 속하고 그로 인한 채무가 근보증 결산기 이전에 발생한 것으로서 근보증한도액을 넘지 않는다면, 이는 모두 한정근보증의 피보증채무 범위에 속한다고 보아야 할 것이고, 별도의 약정이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 새로운 기본거래계약 체결 등에 관하여 보증인의 동의를 받거나 보증인에게 통지하여야만 피보증채무의 범위에 속하게 되는 것은 아니다."

2497) 민법주해 채권(3), 1995, 199-200, 218-219면(박병대 집필).

2498) **공동보증**의 경우 원칙적으로 분별의 이익이 인정되는데(민법 제439조), 이에 관한 주장이 청구원인사실인가, 항변사실인가가 문제된다. 이를 청구원인사실로 보면, 원고가 수인의 보증인을 상대로 각각에게 전액의 지급을 청구할 때 설사 피고 측으로부터 분별의 이익에 관한 주장이 없더라도 법원은 주채무액을 보증인 수로 균분한 금액만을 인용하여야 할 것이고, 반대로 이를 항변사실로 보면, 피고 측의 항변이 없는 한 법원으로서는 각각에 대하여 전액 지급을 명하여야 할 것이다.

항변사실설{민법주해 채권(3), 1995, 226-227면(박병대 집필)}은, 보증채무는 원칙적으로 주채무와 내용의 동일성을 가지는 것이고, 분별의 이익에 관한 주장은 그러한 채권자의 기본적 권리에 대한 권리멸각사유의 하나로 봄이 상당하므로, 이는 항변사실로 볼 것이라고 한다. 따라서 ① 수인의 보증인이 단순 공동보증의 관계에 있는 경우에도 피고 측으로부터의 항변이 없는 한 법원으로서는 피고가 수인의 보증인 중 1인만이든 수인이든 상관없이 전액의 지급을 명할 것이고, ② 공동보증인이 연대보증인일 때 그 중 1인의 보증인만을 상대로 청구하는 경우에도 채권자로서는 단순 전액의 지급을 청구하면 족하고 전액 지급 청구의 요건으로서 연대보증임을 주장할 필요는 없으며, ③ 채권자가 애초에 수인의 보증인을 상대로 연대 지급을 청구하였는데 연대 지급에 대한 입증에 실패한 경우 법원으로서는 당연히 수인의 보증인 간의 균분액을 인용할 것은 아니고, 단지 각각에게 전액의 지급을 명하는 데 그쳐야 할 것이며, 피고로부터 분별의 이익에 관한 항변이 있을 때에만 비로소 분담액의 범위 내에서 인용하는 주문을 내는 것이 타당하다고 한다.

그러나 **공동**보증인 간의 분별의 이익은 법률상 당연히 생기는 효과이므로 변론과정에서 공동보증이라는 사실이 드러나 있으면 설사 보증인으로부터의 원용이나 항변이 없더라도 법원은 이를 직권으로 고려, 판단하여야 한다{同旨 민법주해 채권(3), 1995, 309면(박병대 집필). 이는 같은 책 226-227면(박병대 집필)과 모순되는 것이다}.

따라서 채권자가 수인의 연대보증인 중 1인의 보증인만을 상대로 청구하는 경우 채권자로서는 청구원인단계에서 공동보증임을 밝힘이 없이 단순 전액의 지급을 청구하면 족하고 피고가 항변으로 공동보증임을 주장하면 그 단계에서 연대 특약의 존재 등을 재항변으로 주장·입증하여야 할 것이다. 그러나 이는 이론상 그러한 것이고 실제 소송에 있어서는 채권자가 수인의 연대보증인 중 1인의 보증인만을 상대로 청구하는 경우 청구원인단계에서 보증계약 사실을 주장·입증하면서 공동보증 관계가 드러나는 경우가 많을 것이고 그러한 때에는 민법

나) 보증채무의 범위

보증채무의 범위에 관한 민법 제429조[2499] 제1항은 '보충적 의사해석규정'(특별한 사정이 없는 한 '원상회복의무'도 포함한다.[2500])으로서 이와 다른 '특약 또는 특별한 사정'의 존재는 보증채무자에게 주장·증명책임이 있다.[2501]

보증인의 부담이 주채무의 목적이나 형태보다 중한 때에는 주채무의 한도로 감축된다(민법 제430조[2502]).[2503] 그러나 채권자와 주채무자 사이의 소송에서 주채무의 존부나 범위

제439조의 적용으로 채권자의 청구원인 주장 자체에서 균분 분담액을 초과하는 부분은 이유 없게 되므로 그 부분에 대한 청구를 이유 있게 하기 위해서 채권자로서는 청구원인단계에서 연대 특약의 존재 등을 주장·입증하여야 할 것이다. 그리고 채권자가 애초에 수인의 보증인을 상대로 연대 지급을 청구하였는데 연대 지급에 대한 입증에 실패한 경우 법원으로서는 민법 제439조에 따라 당연히 수인의 보증인 간의 균분액만을 인용하면 되고, 피고로부터 분별의 이익에 관한 항변을 기다려 판단하여야 하는 것은 아니다.

2499) **민법 제429조(보증채무의 범위)** ① 보증채무는 주채무의 이자, 위약금, 손해배상 기타 주채무에 종속한 채무를 포함한다.

2500) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011다109586 판결: "선급금 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 도급계약에 있어 수급인의 보증인은 특별한 사정이 없다면 선급금 반환의무에 대하여도 보증책임을 진다. … 민간공사 도급계약 연대보증인의 보증책임은 … 특별한 약정이 없다면 수급인의 책임과 마찬가지로 금전채무보증과 시공보증을 포함한다고 보아야 한다."

2501) 대법원 1997. 8. 29. 선고 96다37879 판결: "보증채무가 주채무에 종속한 채무를 포함한다고 규정하고 있는 위 조항은 보증계약의 당사자 사이에 보증채무의 범위가 주채무의 종속채무에까지 미치는지의 여부에 관한 명시적 또는 묵시적 특약이 없고 이를 결정할 수 있는 특별한 사정도 없는 경우에 적용되는 보충적인 의사해석 규정이라고 보아야 할 것이므로, 위와 같은 명시적 또는 묵시적 특약이나 특별한 사정이 있는 경우에는 위 규정은 적용되지 않는다고 할 것인바, 기록에 의하면 피고가 위와 같은 특약 또는 특별한 사정의 존재를 주장하고 있음이 명백하다."

2502) 보증채무의 부종성을 배제하고 있는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제250조 제2항 제1호는 민법 제430조의 예외규정이고, 2013. 5. 28. 신설된 기술보증기금법 제37조의3과 신용보증기금법 제30조의3은 위 법률 제250조 제2항의 예외규정이어서, 위 각 기금이 채권자인 경우 결국 원래로 돌아가 민법 제430조에 따라 보증채무의 부종성이 인정되어, 주채무자인 중소기업이 회생계획인가결정을 받는 시점에 주채무가 감경·면제되면 보증채무도 동일한 비율로 감경·면제된다. 지역신용보증재단이 채권자인 경우에는, 지역신용보증재단법에 같은 규정이 없고 유추적용도 허용되지 않으므로, 주채무가 회생계획 인가에 따라 감경·면제되더라도 보증채무가 동일한 비율로 감경·면제되지는 않는다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2019다226135 판결).

2503) ○ 대법원 2002. 8. 27. 선고 2000다9734 판결: "보증채무는 채권자와 보증인 간의 보증계약에 의하여 성립하고, 주채무와는 별개 독립의 채무이지만 주채무와 동일한 내용의 급부를 목적으로 함이 원칙이라고 할 것이다. 그러나 채권자와 보증인은 보증채무의 내용, 이행의 시기, 방법 등에 관하여 특약을 할 수 있고, 그 특약에 따른 보증인의 부담이 주채무의 목적이나 형태보다 중하지 않는 한 그러한 특약이 무효라고 할 수도 없으므로(민법 제430조 참조), 주채무가 외화채무인 경우에도 채권자와 보증인 사이에 미리 약정한 환율로 환산한 원화로 보증채무를 이행하기로 약정하는 것도 허용된다 고 할 것이다."

○ 대법원 2000. 1. 21. 선고 97다1013 판결: "보증계약이 성립한 후에 보증인이 알지도 못하는 사이에 주채무의 목적이나 형태가 변경되었다면, ① 그 변경으로 인하여 주채무의 실질적 동일성이 상실된 경우에는 당초의 주채무는 경개로 인하여 소멸하였다고 보아야 할 것이므로 보증채무도 당연히 소멸하고, ② 그 변경으로 인하여 주채무의 실질적 동일성이 상실되지 아니하고 동시에 주채무의 부담 내용이 축소·감경된 경우에는 보증인은 그와 같이 축소·감경된 주채무의 내용에 따라 보증책임을 질 것이지만, ③ 그 변경으로 인하여 주채무의 실질적 동일성이 상실되지는 아니하고 주채무의 부담 내용이 확장·가중된 경우에는 보증인은 그와 같이 확장·가중된 주채무의 내용에 따른 보증책임은 지지 아니하고, 다만 변경되기 전의 주채무의 내용에 따른 보증책임만을 진다고 보아야 할 것이다."

○ 대법원 1999. 9. 7. 선고 98다19578 판결: "확정채무에 대한 물상보증인이나 연대보증인은 그 채무의 이행기가 연장되고 그가 거기에 동의한 바 없더라도 물상보증인으로서의 책임이나 연대보증인으로서의 채무에

에 관하여 주채무자가 전부 또는 일부 승소하는 판결이 확정된 경우, 그 판결의 기판력이 보증인에게는 미치지 아니하므로, 보증채무의 부종성 원칙에도 불구하고 보증인이 주채무자 승소판결을 원용하여 자신의 보증채무의 이행을 거절할 수는 없다.[2504]

'일부 보증'의 경우, 보증인으로서는 주채무자가 그의 단독 부담 부분 이상을 변제하였음을 주장·증명하여야 채무 소멸의 유효한 항변이 성립한다.[2505]

계속적인 신용거래 관계로부터 장래 발생할 불특정 채무를 보증하기 위해 '근보증'을 하고 아울러 그 불특정 채무를 담보하기 위하여 동일인이 근저당권설정등기를 하여 '물상보증'도 한 경우에, 그 담보 범위가 서로 공통된 것인지(重疊 擔保), 아니면 상호 배타적으로 담보하는 것인지(累積 擔保)에 관하여, 판례는 원칙적으로 중첩적 담보로 본 것[2506]과 원칙적으로 누적적 담보로 본 것[2507]으로 나뉘어 일관되지 않는데, 전자가 근자의 것이다.

영향을 받지 아니한다."

2504) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다228099 판결; 원고(채권자)와 주채무자 사이의 중재판정에서 주채무가 감축되고 주채무자의 동시이행항변권 주장이 받아들여졌으므로, 보증채무의 부종성 원칙과 보증인의 주채무자 항변권 원용 원칙에 따라 보증인인 피고의 보증채무를 감축하고 피고의 동시이행항변권 주장을 원심이 받아들였어야 한다는 피고의 상고이유 주장에 대하여, 원고와 주채무자 간 중재판정의 기판력이 피고에게는 미치지 아니하므로, 법원은 중재판정의 기판력에 기속되지 아니하고 피고의 주장을 배척할 수 있다고 한 예.

2505) ○ 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다34017 판결; "연대보증인이 주채무자의 채무를 일정한 한도에서 보증하기로 하는 이른바 일부보증을 한 경우에는 달리 특별한 사정이 없는 한, 보증인은 보증한 한도 이상의 채무에 대하여는 그 책임이 없음은 물론이지만 주채무의 일부가 변제되었다고 하더라도 그 보증한 한도 내의 주채무가 남아 있다면 그 남아 있는 채무에 대하여는 보증책임을 면할 수 없다고 보아야"

○ 대법원 2016. 8. 25. 선고 2016다2840 판결; "연대보증인이 주채무자의 채무 중 일정 범위에 대하여 보증을 한 경우에 주채무자가 일부변제를 하면, 특별한 사정이 없는 한 그 일부변제금은 주채무자의 채무 전부를 대상으로 변제충당의 일반원칙에 따라 충당되는 것이고, 연대보증인은 이러한 변제충당 후 남은 주채무자의 채무 중 보증한 범위 내의 것에 대하여 보증책임을 부담한다." ☞ 甲(1심 공동피고)이 2011. 8. 18. 원고로부터 3억 원을 이율 연 18%, 변제기 2013. 8. 18.로 정하여 차용하였고, 피고는 그 중 원금 전부와 연 4%의 비율에 의한 이자 및 연 8%의 비율에 의한 지연손해금에 대하여만 연대보증을 한 **사안**에서, 甲이 2011. 8. 18.부터 2013. 11. 14.까지 원고에게 변제한 합계 248,500,000원은 연 18%의 비율에 의한 각 변제일까지의 이자 또는 지연손해금에 우선 충당되고 나머지가 원금에 충당되는 것이지, 피고에 대한 관계에서라도 연 4% 또는 연 8%의 비율에 의한 각 변제일까지의 이자 또는 지연손해금에만 우선 충당되고 나머지는 원금에 충당되는 것이 아니라 하고, 같은 방식으로 변제충당하면 2013. 11. 14. 현재 원금 162,781,434원이 남게 되므로, 결국 피고는 보증한 범위 내에서 위 변제충당 후의 남은 원금 전부와 이에 대한 연 8%의 비율에 의한 2013. 11. 15. 이후의 지연손해금에 대하여 연대보증책임을 부담한다고 판단한 예.

2506) ○ 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다27160 판결; "계속적인 신용거래 관계로부터 장래 발생할 불특정 채무를 보증하기 위해 이른바 보증한도액을 정하여 근보증을 하고 아울러 그 불특정 채무를 담보하기 위하여 동일인이 근저당권설정등기를 하여 물상보증도 한 경우에, 근보증약정과 근저당권설정계약은 별개의 계약으로서 원칙적으로 그 성립과 소멸이 따로 다루어져야 할 것이나, 근보증의 주채무와 근저당권의 피담보채무가 동일한 채무인 이상 근보증과 근저당권은 특별한 사정이 없는 한 동일한 채무를 담보하기 위한 중첩적인 담보로서 근저당권의 실행으로 변제를 받은 금액은 근보증의 보증한도액에서 공제되어야 할 것이다" ☞ 따라서 중첩적 담보가 아닌 누적적 담보라는 특별한 사정에 대하여는 채권자가 주장·증명하여야 한다.

○ 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다34808 판결; "물상보증과 연대보증의 피담보채무의 중첩성이 인정될 경우, 특히 근저당권이 담보하는 피담보채무와 연대보증계약상의 주채무가 동일한 것으로 보아야 할 경우에 달리 특별한 사정이 없는 한 근저당권의 소멸과 동시에 연대보증계약도 해지되어 장래에 향하여 그 효력을 상실한다고 봄이 상당하므로 연대보증인은 위 해지 이전에 발생한 보증채무에 대하여는 연대보증계약을 해지하였다고 하더라도 면제 등의 특별한 사정이 없는 한 그 책임을 면할 수는 없다고 할 것이다."

2507) ○ 대법원 1993. 7. 13. 선고 93다17980 판결; "동일한 사람이 동일 채권의 담보를 위하여 연대보증계약과

보증한도액을 정한 근보증에 있어 보증채무는 특별한 사정이 없는 한 보증한도 범위 안에서 확정된 주채무 및 그 이자, 위약금, 손해배상 기타 주채무에 종속한 채무를 모두 포함하지만, 보증채무는 주채무와는 별개의 채무이기 때문에 보증채무 자체의 이행지체로 인한 지연손해금은 보증한도액과는 별도로 부담한다.[2508]

계속적 채권관계에서 발생하는 주계약상 불확정 채무에 대하여 보증계약이 체결된 후 주계약상 거래기간이 연장되었으나 보증기간이 연장되지 아니함으로써 보증계약이 종료된 경우, 보증인은 보증계약 종료 시의 주계약상의 채무에 대하여만 보증책임을 지고, 보증기간 중의 채무와 보증기간 종료 후의 채무 사이에 변제이익의 점에서 차이가 없으므로, 주채무자가 변제한 금원은 이행기가 먼저 도래한 채무부터 변제충당된다.[2509]

근저당설정계약을 체결한 경우라 하더라도, 위 두 계약은 별개의 계약이므로, 연대보증책임의 범위가 근저당권의 채권최고액의 범위 내로 제한되기 위하여는 이를 인정할 만한 특별한 사정의 존재가 입증되어야 하는 것이다."
○ 대법원 1990. 1. 25. 선고 88다카26406 판결; "어느 한 사람이 같은 채권의 담보를 위하여 연대보증계약과 물상보증계약을 체결한 경우 부종성을 인정할 특별한 사정이 없는 한 위 두 계약은 별개의 계약이고, 따라서 보증책임의 범위가 담보부동산의 가액 범위 내로 제한된다고 할 수 없다."
○ 대법원 1984. 12. 26. 선고 84다카1655 판결; "동일채권의 담보를 위하여 연대보증계약과 물상보증계약이 체결되었다 하더라도 연대보증계약과 물상보증계약은 엄연히 별개의 계약으로서 법률상 부종성이 없으므로 물상보증계약이 해제되었다 하더라도 특약이 없는 이상, 연대보증계약도 그와 운명을 같이하여 동시에 해제된다고 할 수 없다."

2508) ○ 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다12123 판결; "보증한도액을 정한 근보증에 있어 보증채무는 특별한 사정이 없는 한 보증한도 범위 안에서 확정된 주채무 및 그 이자, 위약금, 손해배상 기타 주채무에 종속한 채무를 모두 포함한다고 할 것이고, … 보증채무는 주채무와는 별개의 채무이기 때문에 보증채무 자체의 이행지체로 인한 지연손해금은 보증한도액과는 별도로 부담하고 이 경우 보증채무의 연체이율에 관하여 특별한 약정이 없는 경우라면 그 거래행위의 성질에 따라 상법 또는 민법에서 정한 법정이율에 따라야 하며, 주채무에 관하여 약정된 연체이율이 당연히 여기에 적용되는 것은 아니지만, 특별한 약정이 있다면 이에 따라야 한다."
○ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다74110 판결; "보증서의 보증금액은 보증인이 보증책임을 지게 될 주채무에 관한 한도액을 정한 것으로서 그 한도액에는 주채무자의 채권자에 대한 원금과 이자 및 지연손해금이 모두 포함되고 그 합계액이 보증의 한도액을 초과할 수 없지만, 보증채무는 주채무와는 별개의 채무이기 때문에 보증채무 자체의 이행지체로 인한 지연손해금은 보증의 한도액과는 별도로 부담하여야 하고, 이때 보증채무의 연체이율에 관하여 특별한 약정이 없는 경우라면 그 거래행위의 성질에 따라 상법 또는 민법에서 정한 법정이율에 따라야 한다."

2509) 대법원 2021. 1. 28. 선고 2019다207141 판결; "계속적 채권관계에서 발생하는 주계약상의 불확정 채무에 대하여 보증한 경우 그 보증채무는 통상적으로 주계약상의 채무가 확정된 때에 이와 함께 확정된다. 그러나 채권자와 주채무자 사이에서 주계약상의 거래기간이 연장되었으나 보증인과 사이에서 보증기간이 연장되지 아니하는 등의 사정으로 보증계약 관계가 먼저 종료된 때에는 그 종료로 보증채무가 확정되므로, 보증인은 그 당시의 주계약상의 채무에 대하여 보증책임을 지고, 그 후의 채무에 대하여는 보증책임을 지지 아니한다. 한편 변제자가 주채무자인 경우, 보증인이 있는 채무와 보증인이 없는 채무 사이에는 변제이익의 점에서 차이가 없다고 보아야 하므로, 보증기간 중의 채무와 보증기간 종료 후의 채무 사이에서도 변제이익의 점에서 차이가 없다. 따라서 주채무자가 변제한 금원은 이행기가 먼저 도래한 채무부터 법이 정하는 바에 따라 변제충당을 하여야 한다." ☜ 원고는 청구원인으로, 원고와 소외인 간 청과물 거래약정에 따른 소외인의 채무를 피고가 3,000만 원 한도에서 연대보증한 이 사건 보증약정은 기간의 정함이 없는 한정근보증으로서 주계약에 따른 위 거래관계가 종료될 때까지 존속하였으므로, 피고는 위 거래관계가 종료된 2017. 2. 1.을 기준으로 확정된 주채무인 소외인의 원고에 대한 거래대금채무 84,647,938원 중 보증한도액인 3,000만 원을 지급할 의무가 있다고 주장하는 한편, 원고가 소외인으로부터 거래대금으로 2012. 9.에 79,627,272원, 같은 해 12.에 14,351,400원, 2013. 1.에 43,749,290원 등을 입금받은 사실을 인정한 데 대하여, 피고는 '피고의 연대보증기간은 보증인 보호를 위한 특별법 제7조 제1항(보증기간의 약정이 없는 때에는 그 기간을 3년으로 본다)에 따라 2012. 8. 6. 만료되었고, 원고의 청구는 그 이후에 발생한 주채무에 대한 것'이라는 취지로 다툰 사안에

다) 소멸시효 항변

(1) 보증채무 시효소멸의 항변; 보증채무와 주채무의 소멸시효기간

보증채무가 주채무에 부종한다 할지라도 원래 보증채무는 주채무와는 별개의 독립된 채무이므로 보증채무와 주채무의 소멸시효기간은 그 채무의 성질에 따라 각각 별개로 정해진다.[2510]

채권자와 주채무자 사이의 확정판결에 의하여 주채무가 확정되어 그 소멸시효기간이 10년으로 연장되었다 할지라도 이로 인해 그 보증채무까지 당연히 단기소멸시효의 적용이 배제되어 10년의 소멸시효기간이 적용되는 것은 아니고, 채권자와 연대보증인 사이에 있어서 연대보증채무의 소멸시효기간은 여전히 종전의 소멸시효기간에 따른다고 보아야 한다.[2511]

서, **원심**이, 3년의 보증기간 종료일인 2012. 8. 5.을 기준으로 소외인의 원고에 대한 거래대금채무가 피고의 보증한도액을 초과하므로, 피고는 원고에게 3,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하였으나, **대법원**은, "피고의 위와 같은 주장에는 피고 주장의 위 보증기간 동안 발생한 주채무는 변제 등으로 소멸하였다는 취지가 포함되어 있다고 해석할 수 있다. 설령 그렇지 않다고 하더라도 원심으로서는 피고에 대하여 석명권을 행사하여 보증기간의 만료로 보증책임이 없다는 취지가 무엇인지, 즉 이 사건 연대보증약정 종료 시에 주채무가 존재하지 않았다는 것인지, 아니면 그 이후의 변제로 모두 소멸하였다는 것인지 등을 분명히 함으로써 피고 주장의 내용을 명확하게 할 필요가 있었다. … 피고의 보증기간이 주계약상의 거래기간에 앞서 만료되는 경우 소외인의 원고에 대한 이 사건 거래대금채무 중에서 피고의 보증기간 내에 발생한 부분이 그 후에 발생한 부분보다 이행기가 먼저 도래하므로 소외인이 원고에게 이 사건 거래약정에 따라 지급한 금원은 소외인의 원고에 대한 전체 거래대금채무 중에서 이행기가 먼저 도래한 피고의 보증기간 내에 발생한 채무 부분에 우선하여 변제충당되어야 하고, 그렇다면 앞서 본 사정에 비추어 볼 때 피고의 보증채무는 소멸하였을 가능성이 크다."라고 판단한 예.

2510) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다28031 판결.

2511) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다26287, 26294 판결. 그 이유로서, "민법 제440조가 '주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 그 효력이 있다.'고 정한 것은 민법 제169조에서 '시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있다.'고 정한 것에 대한 예외를 인정한 것으로, 이는 보증채무의 부종성에 기인한 당연한 법리를 선언한 것이라기보다 채권자보호 내지 채권담보의 확보를 위하여 마련한 특별 조항인바, 위 조항은 상충하는 채권자와 보증채무자의 이해관계를 조절하는 조항이라는 점을 고려하면 이를 해석함에 있어서는 가급적 문언에 충실함이 바람직하다 할 것인데, 위 조항의 문언상 의미는 주채무자에 대한 시효중단의 사유가 발생하였을 때는 그 보증인에 대한 별도의 중단조치가 이루어지지 아니하여도 동시에 시효중단의 효력이 생기도록 한 것에 불과하고 중단된 이후의 시효기간까지 당연히 보증인에게도 그 효력이 미친다고 하는 취지는 아니다. 한편, 민법 제165조 제1항이 '판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다.'고 정한 것은 단기소멸시효가 적용되는 채권이라도 판결에 의하여 채권의 존재가 확정되면 그 성립이나 소멸에 관한 증거자료의 일실 등으로 인한 다툼의 여지가 없어지고, 법률관계를 조속히 확정할 필요성도 소멸하며, 채권자로 하여금 단기소멸시효 중단을 위해 여러 차례 중단절차를 밟도록 하는 것은 바람직하지 않기 때문이다. 그런데 보증채무가 주채무에 부종한다 할지라도 원래 보증채무는 주채무와는 별개의 독립된 채무이어서 채권자와 주채무자 사이에서 주채무가 판결에 의하여 확정되었다고 하더라도 이로 인하여 보증채무 자체의 성립 및 소멸에 관한 분쟁까지 당연히 해결되어 보증채무의 존재가 명확하게 되는 것은 아니므로, 채권자가 보증채무에 대하여 뒤늦게 권리행사에 나선 경우 보증채무 자체의 성립과 소멸에 관한 분쟁에 대하여 단기소멸시효를 적용하여야 할 필요성은 여전히 남는다."라고 상세히 밝히고 있다. 한편, 주채무자에 대한 확정판결에 의하여 민법 제163조 각호의 단기소멸시효에 해당하는 주채무의 소멸시효기간이 10년으로 연장된 상태에서 그 주채무를 보증한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 보증채무에 대하여는 민법 제163조 각호의 단기소멸시효가 적용될 여지가 없고, 그 성질에 따라 보증인에 대한 채권이 민사채권인 경우에는 10년, 상사채권인 경우에는 5년의 소멸시효기간이 적용된다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2011다76105 판결).

(2) 주채무 시효소멸의 항변

민법 제433조[2512]에 따라, 주채무가 시효로 소멸한 때에는 보증인도 그 시효소멸을 원용할 수 있고,[2513] 주채무자가 시효의 이익을 포기하더라도 보증인에게는 그 효력이 없다.[2514] 주채무 시효소멸의 항변에 대하여 주채무자가 시효 이익을 포기하였다는 채권자의 주장은 그 주장 자체로 이유 없는 것으로서 유효한 재항변이라 할 수 없다.

주채무에 대한 소멸시효가 완성되어 보증채무가 소멸된 상태에서 보증인이 보증채무를 이행하거나 승인하였다고 하더라도, 주채무자가 아닌 보증인의 위 행위에 의하여 주채무에 대한 소멸시효 이익 포기 효과가 발생된다고 할 수 없고, 부종성을 부정하여야 할 다른 특별한 사정(주채무의 시효소멸에도 불구하고 보증채무를 이행하겠다는 의사의 표시나 채권자와의 약정 등[2515])이 없는 한, 보증인은 여전히 주채무의 시효소멸을 이유로 보증채무의 소멸을 주장할 수 있다.[2516]

주채무인 회생채권이 소멸시효기간 경과 전에 '면책'된 경우에는, 보증인이 주채무의 소멸시효 완성을 원용할 수 없다.[2517]

2512) **민법 제433조(보증인과 주채무자항변권)** ① 보증인은 주채무자의 항변으로 채권자에게 대항할 수 있다. ② 주채무자의 항변 포기는 보증인에게 효력이 없다.

2513) 보증채무에 대한 소멸시효가 중단되는 등의 사유로 완성되지 아니하였다고 하더라도, 주채무에 대한 소멸시효가 완성된 경우에는 시효완성의 사실로써 주채무가 당연히 소멸되므로 보증채무의 부종성에 따라 보증채무 역시 당연히 소멸된다(대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다51192 판결).
주장책임과 관련하여, 2000다62476 판결은, "피고들은 … 이 사건 각 채무 중 임OO, 조OO, 김OO가 주채무자로 되어 있는 채무에 대하여 소멸시효가 완성되었다는 항변을 하였는바, 위 항변에는 피고들의 연대보증채무가 시효로 소멸되었다는 주장 외에 피고들이 연대보증한 주채무에 대하여 소멸시효가 완성됨으로써 피고들의 연대보증채무도 아울러 소멸되었다는 취지의 주장도 포함되어 있는 것으로 보아야 한다."고 하였다.

2514) 89다카1114.

2515) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2016다211620 판결; "특별한 사정을 인정하여 보증채무의 본질적인 속성에 해당하는 부종성을 부정하려면 보증인이 주채무의 시효소멸에도 불구하고 보증채무를 이행하겠다는 의사를 표시하거나 채권자와 그러한 내용의 약정을 하였어야 하고, 단지 보증인이 주채무의 시효소멸에 원인을 제공하였다는 것만으로는 보증채무의 부종성을 부정할 수 없다."

2516) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다51192 판결; 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 신청하고 그 경매절차에서 배당금을 수령하여 채권의 일부 변제에 충당함에 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 소멸시효 완성을 이유로 보증채무의 소멸을 주장할 수 있다고 한 사례. ☞ 즉, 보증인의 주채무 시효소멸의 항변에 대하여, 채권자로서는 ① '주채무 소멸시효 완성 후 보증인이 보증채무를 이행하거나 승인했다는 점'이나 '보증인이 주채무의 시효소멸에 원인을 제공하였다는 점'의 주장·증명만으로는 부족하고, ② '보증인이 주채무의 시효소멸에도 불구하고 보증채무를 이행하겠다는 의사를 표시하거나 채권자와 그러한 내용의 약정을 하였다는 등의 특별한 사정'까지 주장·증명하여야 유효한 재항변이 된다.

2517) 대법원 2016. 11. 9. 선고 2015다218785 판결; "주채무인 회생채권이 그 소멸시효기간 경과 전에 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제251조에 의하여 실권되었다면 더 이상 주채무의 소멸시효 진행이나 중단이 문제될 여지가 없으므로, 이러한 경우 보증인은 보증채무 자체의 소멸시효 완성만을 주장할 수 있을 뿐 주채무의 소멸시효 완성을 원용할 수 없다." ☛ **[동일 취지]** 대법원 2021. 6. 30. 선고 2018다290672 판결; "회생채권

(3) 주채무자에 대한 시효중단으로 인한 보증채무 시효중단의 재항변

민법 제440조[2518]는 민법 제169조[2519]의 예외 규정으로서 주채무자에 대하여 시효중단의 사유가 발생하였을 때에는 보증인에 대하여 별도의 중단조치가 이루어지지 아니하여도 동시에 시효중단의 효력이 생기도록 한 것으로서 채권자보호와 채권담보의 확보를 위한 정책적 고려에서 나온 특별규정이고, 시효중단사유를 제한하지 않고 있으므로, 주채무자에 대한 '시효중단사유가 무엇인지에 관계없이' 보증인에 대해서도 시효중단의 효력이 생긴다.[2520]

'개인회생채권자목록의 제출'이나 '개인회생채권자의 개인회생절차 참가'로 인한 시효중단의 효력도 민법 제440조에 따라 개인회생채무자의 채무를 주채무로 하는 보증채무에 미치고, 그 효력은 개인회생절차가 진행되는 동안에 그대로 유지된다.[2521]

이 그 소멸시효기간 경과 전에 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제251조에 의하여 실권되었다면 더 이상 그 채무의 소멸시효 중단이 문제 될 여지가 없다. 따라서 회생채권자가 제3자를 상대로 한 소송 계속 중에 회생채무자를 상대로 소송고지를 하고 그 소송고지서에 실권된 회생채무의 이행을 청구하는 의사가 표명되어 있더라도, 회생채권자는 그로써 다른 연대채무자나 보증인에 대하여 민법 제416조 또는 제440조에 따른 소멸시효 중단을 주장할 수 없다." cf.위 제251조(회생채권 등의 면책 등) 회생계획인가의 결정이 있는 때에는 회생계획이나 이 법의 규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고는 채무자는 모든 회생채권과 회생담보권에 관하여 그 책임을 면하며, 주주·지분권자의 권리와 채무자의 재산상에 있던 모든 담보권은 소멸한다.

2518) **민법 제440조(시효중단의 보증인에 대한 효력)** 주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 그 효력이 있다.

2519) 민법 제169조(시효중단의 효력) 시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있다.

2520) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2020다46663 판결(따라서 채권자가 주채무자에 대하여 이행을 최고한 후 주채무자가 6개월 내에 '채무를 승인'한 경우 최고가 주채무자에게 도달한 때 시효중단의 효력이 발생한다고 보는 이상, 그 중단의 효력은 민법 제440조에 따라 보증인에게도 미친다. 민법 제433조 제2항에 따라 주채무자가 시효완성 후 시효이익을 포기한 경우 보증인에게는 효력이 없다고 보는 것은 이 부분 해석에 영향을 미치지 않는다). 즉, 주채무자의 주채무 시효완성 '전' 채무승인에 의한 시효중단은 보증인에게 효력이 있으나, 주채무자의 주채무 시효완성 '후' 채무승인에 의한 시효포기는 보증인에게 효력이 없다. ☛ **[동일 취지]** 시효중단사유가 압류, 가압류 및 가처분이라고 하더라도 이를 보증인에게 통지하여야 비로소 시효중단의 효력이 발생하는 것은 아니다[2005다35554, 35561; 채권자인 피고(반소원고)가 차용금채무의 시효 중단을 위하여 주채무자 재산에 가압류결정을 받았으나 그 사실을 보증인인 원고에게 통지하지 않았으므로 주채무자에 대한 시효중단의 효과가 원고에게는 미치지 않는다는 원고의 주장에 대하여, 원심이 민법 제440조는 보증인이 시효중단 사실을 통지받았는지 여부와 상관없이 적용된다는 이유로 배척한 것은 정당하다고 한 예]. cf. 민법 제176조(압류, 가압류, 가처분과 시효중단) 압류, 가압류 및 가처분은 시효의 이익을 받은 자에 대하여 하지 아니한 때에는 이를 그에게 통지한 후가 아니면 시효중단의 효력이 없다.

2521) 대법원 2019. 8. 30. 선고 2019다235528 판결; "주채무자인 소외인이 상사 소멸시효기간 5년이 지나기 전인 2008. 1. 25. 개인회생 신청을 하면서 원고를 채권자로 하는 채권자목록을 제출하여 2008. 7. 15. 변제계획인가결정을 받았고, 원심 변론종결일까지도 절차가 진행 중이다. 소외인의 채무는 2008. 1. 25. 소멸시효가 중단되었고, 소외인의 개인회생절차가 폐지되지 않고 계속 진행 중인 이상 시효중단의 효력은 그대로 유지되며, 소외인에 대한 시효의 중단은 보증인인 피고에게도 효력이 있다. … 회사정리절차에서는 정리계획인가결정이 있으면 정리계획에 따른 권리변동 또는 면책의 효력이 생기고(구 회사정리법 제241조, 제242조 제1항), 화의절차에서는 화의인가결정이 확정되면 화의조건에 따른 권리변동의 효력이 생긴다(구 화의법 제58조). 이처럼 회사정리계획인가결정이나 화의인가결정은 개인회생절차상 변제계획인가결정과는 그 효력이 다르다. 따라서 상고이유에서 들고 있는 판례는 이 사건과 사안이 달라 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다." ☛ 보증채무의 부종성을 배제하고 있는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제250조(회생계획의 효력범위) 제2항 규정이 있다 하여, 보증채무의 부종성에서 비롯된 당연한 규정이 아니라 채권자의 보호를 위하여 보증채무만이 따로 시효소멸하는 결과를 방지하기 위한 정책적 규정인 민법 제440조의 적용이 배제되는 것은 아니다(2007다11231

라) 보증인의 주채무자 채권에 의한 상계 항변

보증인은 주채무자의 채권에 의한 상계로 채권자에게 대항할 수 있다(민법 제434조). 이는 보증인이 주채무자의 채권으로 '직접' 상계할 수 있는 권리를 인정한 특별규정이다(보증인이 이행거절권을 갖는 것은 아니다).[2522] 이와 달리, 주채무자가 채권자에 대하여 취소권·해제권·해지권을 가지는 경우에는 그 동안 보증인은 채권자에 대하여 채무의 이행을 거절할 수 있는 '이행거절권'을 가질 뿐이고(민법 제435조), 직접 그 권리를 행사할 수는 없다.

마) 채권자의 담보 상실·감소행위에 따른 면책 항변

채권자의 담보 상실·감소행위에 따른 보증인(법정대위자)의 면책(민법 제485조)[2523] 항변의 요건사실은, ① '채권자의 고의나 과실로 담보가 상실되거나 감소된 사실', ② '그 상실·감소로 인하여 보증인(법정대위자)이 상환받을 수 없는 가액'이다('피고가 법정대위권자'라는 요건사실은 이미 청구원인 단계에서 드러나 있어 피고가 주장·증명할 필요가 없다).

여기서의 '담보'라 함은 주된 채무를 담보하기 위한 인적 담보 또는 물적 담보를 말하고, 담보의 상실 또는 감소의 전형적 예는 채권자가 인적 담보인 보증인의 채무를 면제해

참조).

2522) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2015다209347 판결: "건설산업기본법 … 에서 정한 계약보증 … 은 그 성질이 보증보험과 유사하나, 실질적으로 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 점에서 보증에 관한 민법 제434조 등의 규정이 유추적용된다. 따라서 건설공제조합은 계약자인 채무자의 채권에 의한 상계로 보증채권자에게 대항할 수 있고, 그 상계로 보증채권자의 채무자에 대한 채권이 소멸하는 만큼 건설공제조합의 보증채권자에 대한 계약보증금 지급채무도 소멸한다. … 상계는 단독행위로서 상계를 할지는 채권자의 의사에 따른 것이고 상계적상에 있는 자동채권이 있다고 하여 반드시 상계를 해야 할 것은 아니다. 채권자가 주채무자에 대하여 상계적상에 있는 자동채권을 상계하지 않았다고 하여 이를 이유로 보증채무자가 보증한 채무의 이행을 거부할 수 없으며 나아가 보증채무자의 책임이 면책되는 것도 아니다."(주채무자에 대한 회생절차 개시로 보증인의 주채무자 상계권이 제한된 사안) ☛ 한편, 공사도급계약을 해지하면서 그 동안의 기성고액을 수급인이 모두 수령한 것으로 하고, 그 대신 도급인이 수급인의 하수급인들에 대한 채무를 직접 지급하기로 정산합의를 함으로써 수급인의 도급인에 대한 기성금청구채권이 소멸하여 수급인의 보증인이 민법 제434조에 따른 주채무자의 채권에 기한 상계권을 행사하지 못하게 된 경우, 비록 상계가 담보적 기능을 가지고 있다 할지라도 그것만으로 위와 같은 결과를 신의칙에 반하는 것으로 볼 수는 없다(2000다61435).

2523) **민법 제485조(채권자의 담보상실, 감소행위와 법정대위자의 면책)** 제481조의 규정에 의하여 대위할 자가 있는 경우에 채권자의 고의나 과실로 담보가 상실되거나 감소된 때에는 대위할 자는 그 상실 또는 감소로 인하여 상환을 받을 수 없는 한도에서 그 책임을 면한다. ☛ 이는 보증인 등 법정대위를 할 자가 있는 경우에 채권자에게 담보보존의무를 부담시킴으로써 대위할 자의 구상권과 대위에 대한 기대권을 보호하려는 것이다(대법원 2022. 12. 29. 선고 2017다261882 판결). 따라서 구상권의 발생이 예상되지 않는 경우에 함부로 유추적용하는 것은 적절하지 않다. 즉, 민법 제368조 제2항 후문의 유추적용으로 후순위저당권자가 사용자 소유 다른 부동산에 대한 경매절차에서 임금채권 우선변제권을 대위할 수 있는 기대를 가진다고 하더라도, 이에서 더 나아가 근로자가 후순위저당권자가 존재하는 사용자의 재산에 대하여 임금채권 우선변제권을 행사하는 경우에 바로 민법 제485조를 유추적용하여 근로자의 고의·과실로 후순위저당권자의 대위에 관한 위 기대를 침해한 한도에서 임금채권 우선변제권이 배제되거나 제한된다고 볼 수는 없고, 다만 근로자가 임금채권 우선변제권을 사용자의 일부 재산에 대하여만 선택적으로 행사하는 것이 권리남용으로 평가될 수 있는 정도에 이른 경우에 후순위저당권자의 대위에 관한 정당한 기대가 침해된 한도에서 임금채권 우선변제권이 배제되거나 제한될 수 있을 뿐이다(2005다77558).

주거나, 물적 담보인 담보물권을 포기하거나 순위를 불리하게 변경하거나, 담보물을 훼손하거나 반환하는 행위 등을 들 수 있다.[2524] [2525] 법정대위의 전제가 되는 보증 등의 시점 이전에 이미 소멸한 채권자의 담보에 대해서는 민법 제485조가 적용되지 않는다.[2526]

면책 여부 및 그 범위의 기준시점은 '담보가 상실되거나 감소된 시점'이다.[2527] [2528]

2524) 대법원 2000. 12. 12. 선고 99다13669 판결.

2525) ◎ **담보 상실·감소행위의 구체적 사례**; ❶ 2009다60527; "주채무자가 채권자에게 가등기담보권을 설정하기로 약정한 뒤 이를 이행하지 않고 있음에도 채권자가 그 약정에 기하여 가등기가처분 명령신청, 가등기설정등기 이행청구 등과 같은 담보권자로서의 지위를 보전·실행·집행하기 위한 조치를 취하지 아니하다가 당해 부동산을 제3자가 압류 또는 가압류함으로써 가등기담보권자로서의 권리를 제대로 확보하지 못한 경우도 담보가 상실되거나 감소된 경우에 해당한다고 할 것이다." ⇔ 97다28858; "양도담보로 제공된 부동산에 대하여 양도담보권자의 채권자가 가압류나 가처분의 기입등기를 경료하였다고 하더라도 그러한 사실만으로는 양도담보권자가 고의 또는 과실로 그 담보를 상실하거나 감소케 한 것이라고는 볼 수 없다." ❷ 2000다37937; "약속어음의 소지인이 배서인에 대하여 가지는 소구권은 약속어음이 지급거절된 경우 어음금 지급에 대한 배서인의 담보책임의 이행을 구하는 권리이므로 소구권은 어음금 지급채무에 대한 담보라고 할 수 있고, 어음금 지급채무에 대한 민사상 보증인인 변제를 하게 되면 민법 제481조, 제482조에 따라 채권자인 소지인을 대위하여 담보에 관한 권리인 소구권을 행사할 수 있으며, 만일 채권자의 고의나 과실로 소구권이 상실되면 특별한 사정이 없는 한 그로 인하여 상환받을 수 없는 한도에서 위 보증인은 보증책임을 면하게 된다고 할 것" ❸ 2000다51339; '경매절차에서 채권자가 착오로 실제 채권액보다 적은 금액을 채권계산서에 기재, 제출함으로써 배당받을 수 있었던 채권액을 배당받지 못한 경우, 그 중 연대보증인이 연대보증한 채무에 충당되었어야 할 금액에 대하여는 민법 제485조를 유추하여 면책하게 함이 상당하다'고 한 예. ❶ 96다35774; 채권자가 일부 대위변제자에게 그가 대위변제한 비율을 넘어 근저당권 전부를 이전하여 준 경우, 결국 채권자는 근저당권의 피담보채무 중 일부를 대위변제한 다른 보증인이 법정대위권을 행사할 수 있는 채권의 담보를 고의로 상실되게 한 것이므로, 다른 보증인은 그의 보증채무를 이행함으로써 채권자에 대한 법정대위권자로서 근저당권을 실행하여 배당받을 수 있었던 금액의 한도에서 보증의 책임을 면한다고 한 사례.

2526) 대법원 2014. 10. 15. 선고 2013다91788 판결; "법정대위의 전제가 되는 보증 등의 시점 이전에 이미 소멸한 채권자의 담보에 대해서는 민법 제485조가 적용되지 않는다고 보아야 하고, 위와 같은 담보 소멸에 채권자의 고의나 과실이 있다거나 법정대위의 전제가 되는 보증 등의 시점 당시 소멸된 담보의 존재를 신뢰하였다는 등의 사정이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다." ☜ 원고(탈퇴)가 2004. 3. 29. 소외 회사에 9억 원을 대출(여신기한 2007. 3. 29.)함과 아울러, 그 담보로 소외 회사의 소외 공사에 대한 11억 7천만 원의 매매대금반환채권을 양도받았으나, 그 대항력을 갖추기 위해 소외 공사에 보낸 '승낙서'에 승낙의 대상인 양도채권을 특정하지 아니하였는데, 그후 위 채권액을 초과하는 조세채권에 기한 압류결정이 소외 공사에 송달되었고, 2007. 3. 위 채무의 여신기간이 연장됨과 아울러, 피고가 위 채무에 관하여 근보증(한도 10억 8천만 원)계약을 체결한 사안에서, **원심**이, ① 원고(탈퇴)가 여신업무처리기준을 위반한 과실로 대항력을 갖추지 못하였고, 그 과실이 매우 중하다고 보이는 점, ② 위 담보채권은 공기업에 대한 채권으로 부동산을 담보로 제공받은 경우보다 그 담보가치가 훨씬 높다고 평가되는 점, ③ 피고가 위 담보채권의 채권양도 및 그 대항력 취득이 정상적으로 이루어졌다고 신뢰한 상태에서 근보증하였고 이러한 피고의 신뢰는 보호되어야 하는 점, ④ 담보의 존재와 효력을 신용하고 보증한 보증인의 기대권 및 대위이익 보호라는 민법 제485조의 취지에 비추어, 유효한 담보가 존재하는 상황에서 보증하였다가 채권자의 고의나 과실로 담보가 상실된 경우뿐만 아니라, 담보가 이미 상실되었으나 보증인이 그와 같은 사정을 모른 채 위 담보가 보증 당시 유효하게 존재하고 자신이 보증채임을 다할 경우 변제자대위가 가능하리라고 신뢰하면서 보증한 경우도 보증인의 보호 필요성에 본질적인 차이가 없는 점 등을 들어, 피고가 담보 상실 사실을 모른 채 담보가 유효하게 존재한다고 신뢰하면서 이를 전제로 보증을 하였으나 그 담보가 원고(탈퇴)의 귀책사유로 이미 상실된 상태였던 이 사건의 경우에는 민법 제485조에 의하여 피고가 그 상실된 담보에 상응하는 보증책임을 면한다고 본 다음, 우선권 있는 조세채권에 기한 압류 무렵 위 담보채권의 담보로서의 가치가 상실되었고 담보채권액이 근보증한도액을 초과하는 이상, 피고는 보증채무를 면한다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, '위 채권이 이미 그 담보로서의 가치를 상실한 후 피고가 근보증계약을 체결한 이상, 민법 제485조가 적용될 수 없으므로 그 적용을 전제로 한 피고의 면책은 허용되지 않고, 피고가 이미 소멸한 담보채권의 존재를 신뢰하였다는 등의 사정은 근보증계약을 체결하게 된 동기 내지 경위에 불과할 뿐 민법 제485조의 적용 여부와는 무관하다.'라고 판단한 예.

근저당권설정등기의 말소등기가 마쳐진 경우, 채권자의 고의로 담보가 상실된 것으로 추정할 수 있으므로, 보증인(피고)의 면책항변에 대하여 채권자(원고)는 그 '말소등기가 자신의 의사에 기한 것이 아니라는 점'을 주장·증명하여야 한다.[2529]

물상보증인의 경우 '면책'은, 채무자가 부담하는 근저당권의 피담보채무 자체의 소멸이 아니라, 피담보채무에 관한 물상보증인의 책임 소멸을 말한다.[2530]

2527) ❶ 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다66590 판결; "법정대위자가 면책되는지 여부 및 면책되는 범위는 담보가 상실 또는 감소된 시점을 표준시점으로 하여 판단하여야 한다." ☜ 원고가 매매잔대금채권의 담보로 채무자 소외 1로부터 원고의 아들인 소외 2 명의로 채권최고액 1억 2천만 원의 2순위 토지 근저당권을 설정받았는데, 2003. 4. 22.경 소외 1에게 기망당하여 위 근저당권의 피담보채무를 변제받지 아니한 채 위 근저당권등기의 해지에 동의하는 바람에 등기가 말소된 **사안**에서, **원심**이, '위 근저당권의 상실은 원고의 과실에 의한 것이어서, 그로 인하여 상환받을 수 없는 한도에서 보증인인 피고는 면책된다.'는 **피고의 면책 주장**을, '위 근저당권 상실로 원고가 그 채권을 상환받을 수 없게 되었다고 인정할 수 있는 증거가 없고, 토지 임의경매절차가 진행되어 실제 배당할 금액 281,903,468원 중 17,340원이 1순위로 세무서장에게, 8,863,710원이 2순위로 군수에게, 273,022,418원이 3순위로 1순위 근저당권자인 새마을금고에 각 배당된 사실을 인정할 수 있을 뿐'이라는 이유로, 배척한 데 대하여, **대법원**은, '위 근저당권설정등기 말소 당시 토지의 시가가 557,856,000원인 반면, 1순위 근저당권의 채권최고액은 3억 5,100만 원에 불과하였던 사실 등을 알 수 있는바, 위 근저당권의 상실은 원고의 과실에 의한 것으로 볼 여지가 충분하고, 위 근저당권의 상실로 인하여 원고는 그 채권최고액인 1억 2,000만 원을 상환받을 수 없게 되었으므로, 피고는 위 근저당권이 말소된 때에 보증채무를 면하였다고 보아야 하고, 한편 위 근저당권이 말소된 후 임의경매절차에서 위 토지가 그 시가 이하로 매각됨으로써 위 근저당권에 기하여는 배당받을 수 없었다 하더라도, 이러한 사정은 피고가 이미 면책된 후의 사정에 불과하여 이를 참작할 수는 없다'고 한 예. ❷ 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001다42677 판결; 원심이, '면책의 여부 또는 면책의 액을 결정하는 표준시기는 객관적으로 보아 담보권을 실행하거나 또는 실행할 수 있었을 때'라고 한 데 대하여, '근저당권을 말소하여 준 시점'을 표준시점으로 하여야 한다고 판시. ☜ 원심은 학설상 다수설에 따른 것이나, 그 표준시기가 구체적인 경우 불명확하므로 판례의 태도가 옳다.

2528) ◎ **면책 범위;** ❶ 2001다36283; "담보가 상실된 경우 대위권자의 면책범위는 그 상실 당시의 교환가치 상당액을 기준으로 삼아야 하므로, 원심이 채권자가 담보를 취득할 당시의 교환가치 상당액을 기준으로 삼은 것은 잘못이다." ❷ 2001다67768; "소구권의 상실로 인하여 상환을 받을 수 없는 금액은 원칙적으로 약속어음의 액면금액 전액이 되는 것이지 어음상 채무자의 인원수 중 소구권이 소멸한 소구의무자의 인원수의 비율로 계산한 금액이 된다고 볼 수는 없으며, 다만 소구권이 상실된 때에 그 소구의무자의 변제자력이 약속어음의 액면금액보다 부족하였다는 특별한 사정이 인정되는 경우에는 그 변제자력 상당액이 된다."

2529) 대법원 1994. 9. 23. 선고 94다5359 판결; "대여금채권을 담보하기 위하여 채권자 앞으로 근저당권설정등기가 경료된 경우, 근저당권의 권리명의인인 채권자는 말소등기절차상 등기신청인이 되므로 근저당권의 말소등기가 되었다면 일응 그 말소등기는 채권자의 의사에 기하여 이루어진 것이고 따라서 채권자의 고의로 담보가 상실되었다고 추정할 수 있으나, 근저당권의 말소등기가 채권자의 의사에 기하여 이루어진 것이 아니라는 입증이 있는 경우에는 위와 같이 볼 수 없다."

2530) ○ 대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결; "물상보증인은 근저당권의 피담보채무를 변제할 정당한 이익이 있는 자로서 그 변제로 채권자를 대위할 법정대위권이 있다. 채권자가 고의나 과실로 담보를 상실하게 하거나 감소하게 한 때에는 특별한 사정이 없는 한 물상보증인의 대위권을 침해하는 것이므로 물상보증인은 민법 제485조에 따라 그 상실 또는 감소로 인하여 상환을 받을 수 없는 한도에서 면책 주장을 할 수 있다. 여기서 물상보증인이 면책 주장을 할 수 있다는 것은 채무자가 부담하는 근저당권의 피담보채무 자체가 소멸한다는 뜻은 아니고 피담보채무에 관한 물상보증인의 책임이 소멸한다는 의미이다. … 보증인 등 법정대위를 할 자가 있는 경우에 채권자는 민법 제485조에 따른 담보보존의무를 부담하므로, 채권자인 피고가 언제든지 자유롭게 일부 담보를 포기하고 나머지 담보로부터 채권 전부의 만족을 얻을 수 있는 것은 아니다. 또한 채권자인 피고가 공동근저당권 가운데 일부를 포기함으로써 물상보증인인 원고의 대위권을 침해하였다면, 비록 피담보채무 자체가 소멸하는 것은 아니지만 원고는 민법 제485조에 따라 상환을 받을 수 없는 한도에서 물상보증인으로서의 책임을 면한다. 안분분담권이 침해되었다는 이유로 일정한 범위에서 피담보채무가 소멸되었다는 확인을 구하는 원고의 청구에는 민법 제485조에 따른 책임 소멸의 확인을 구하는 취지도 포함되어 있다고 해석할 수 있다. 원심으로서는 원고의 청구 취지를 명확히 한 다음 피고가 이 사건 근저당권을 일부 포기함으로써 물상보증인의 책임이 소멸하는 범위에 관하여 심리·판단해 보았어야 한다. … 향후에 이 사건 근저당권이 실행

민법 제485조의 면책규정은 임의규정이므로, 채권자(원고)는 '면책 포기·제한의 특약'을 주장·증명하여 재항변할 수 있다.[2531]

(손해배상책임) ① 채권자가 제3자에 대하여 자신의 담보권을 성실하게 보존·행사하여야 할 의무를 부담하는 '특별한 사정'이 인정되는 경우에는 채권자의 담보권의 포기 행위가 '불법행위'에 해당할 수 있다.[2532] ② 일부 대위변제자의 채무자에 대한 구상채권에 대하여 보증한 사람이 보증채무 변제로 일부 대위변제자를 다시 대위하는 경우, 일부 대위변제자는 보증채무 변제자가 채권자 등을 상대로 채권자와 일부 대위변제자 간 '우선 회수 특약'에 따른 권리를 주장할 수 있도록 권리의 승계 등에 관한 절차를 이행할 의무가 있고, 이를 위반하여 보증채무 변제자가 손해를 입은 경우 손해배상책임을 진다.[2533]

되는 등으로 경매절차에서 담보부동산이 매각되어 배당표가 작성된 때에는 위와 같은 책임소멸의 확인보다는 책임 소멸을 전제로 실체적 배당수령권의 존부나 범위에 관하여 배당이의의 소 등을 제기하는 것이 분쟁을 직접적으로 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있을 것이다."

○ 대법원 2018. 7. 11. 선고 2017다292756 판결; "채무자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산에 공동근저당권을 설정한 채권자가 공동담보 중 채무자 소유 부동산에 대한 담보 일부를 포기하거나 순위를 불리하게 변경하여 담보를 상실하게 하거나 감소하게 한 경우, 물상보증인은 그로 인하여 상환받을 수 없는 한도에서 책임을 면한다. 그리고 이 경우 그 공동근저당권자는 나머지 공동담보 목적물인 물상보증인 소유 부동산에 관한 경매절차에서, 물상보증인이 위와 같이 담보 상실 내지 감소로 인한 면책을 주장할 수 있는 한도에서는, 물상보증인 소유 부동산의 후순위 근저당권자에 우선하여 배당받을 수 없다."

2531) 대법원 1987. 4. 14. 선고 86다카520 판결; "민법 제485조의 면책규정은 법정대위권자로 하여금 구상의 실을 걷을 수 있도록 하기 위하여 채권자에게 담보의 보존을 간접적으로 강제하는 취지의 규정으로서 그 규정 목적이 오로지 법정대위권자의 이익보호에 있으므로 위 규정은 그 성질상 임의규정으로 보아야 할 것이고 따라서 법정대위권자로서는 채권자와의 특약으로서 위 규정에 의한 면책이익을 포기하거나 면책의 사유와 범위를 제한 내지 축소할 수도 있다고 할 것"

2532) 대법원 2022. 12. 29. 선고 2017다261882 판결; 채무자 피고 1과 물상보증인 원고가 1/2 지분씩 소유하는 토지에 1순위 공동저당권을 보유하던 채권자 피고 2가 원고 지분에 관하여만 임의경매를 신청하여 원고 지분이 매각되고 매각대금의 배당절차만이 남게 된 상태에서, 피고 2가 곧 변제자대위의 대상이 될 채무자에 대한 근저당권설정등기를 말소하여 줌으로써 저당권을 포기한 행위는, 변제자대위에 의하여 취득한 권리의 침해에 준하는 물상보증인의 변제자대위에 대한 정당한 기대를 침해하는 행위로서 불법행위에 해당하고, 이는 원고가 피고 2에 대한 배당에 관하여 배당이의를 통하여 민법 제485조에 따른 면책을 주장하지 않았다거나, 그 면책을 전제로 피고 2에 대하여 면책되는 금액 상당의 배당금에 관한 부당이득반환을 청구할 수 있다고 하더라도 달라지지 않는다고 한 예. ⇔ 2001다42677; "채권자가 자신의 채권이나 담보권을 행사할지 여부는 채권자가 자유롭게 선택할 수 있는 영역에 속하는 것이므로 채권자가 제3자에 대하여 자신의 채권이나 담보권을 성실하게 행사하여야 할 의무를 부담하는 특단의 사정이 없는 한 채권자가 자신의 채권이나 담보권을 행사하지 않거나 포기하였다고 하여 이를 불법행위에 해당한다고 할 수는 없는 것이고, 대위변제의 정당한 이익을 갖는 자가 채권자의 담보상실 또는 감소 행위를 들어 민법 제485조 소정의 면책을 주장할 수 있음은 별론으로 하더라도 대위변제의 정당한 이익을 갖는 자가 있다는 사정만으로 채권자가 자신의 채권이나 담보권을 성실히 행사하여야 할 의무를 부담한다고는 할 수 없다."(불법행위 성립을 부정한 예).

2533) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2015다206973 판결; "변제할 정당한 이익이 있는 사람이 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제할 경우에 대위변제자는 변제한 가액의 범위 내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 취득하므로, … 채권자는 대위변제자에게 일부 대위변제에 따른 저당권 일부 이전의 부기등기를 할 의무를 진다. … 이 경우에도 채권자는 일부 대위변제자에 대하여 우선변제권을 가진다 할 것이고, 다만 일부 대위변제자와 채권자 사이에 변제의 순위에 관하여 따로 약정('우선회수특약')을 하였다면 그 우선회수특약에 따라 변제의 순위가 정해진다. … 변제로 채권자를 대위하는 경우에 '채권 및 그 담보에 관한 권리'가 변제자에게 이전될 뿐 계약당사자의 지위가 이전되는 것은 아니다. … 변제로 채권자를 대위하는 사람이 구상권 범위에서 행사할 수 있는 '채권 및 그 담보에 관한 권리'에는 채권자와 채무자 사이에 채무의 이행을 확보하기 위한 특약이 있는 경우에 그 특약에 기하여 채권자가 가지는 권리도 포함된다고 할 것이나, 채권자와 일부

바) 단순보증인의 최고와 검색의 항변권

단순보증인은 민법 제437조[2534] 본문에 따라, '주채무자에게 변제자력이 있고 집행이 용이한 사실'을 증명함으로써 최고와 검색의 항변권을 행사할 수 있고, 단순히 주채무자에게 먼저 청구할 것을 항변할 수는 없다.[2535] 보증인의 최고와 검색의 항변권은 '권리항변'에 해당하므로 그 요건사실의 주장·증명만으로써는 부족하고 항변권을 행사하는 의사표시를 하지 않으면 안 된다.

'주채무자에게 이미 청구하고 그 재산에 대하여 집행하는 등 권리를 행사하였다'는 점은 최고·검색의 항변권의 권리발생장애사유 내지 소멸사유로서 채권자가 주장·증명하여야 할 재항변 사유이다.[2536]

보증인은 ① '보증인의 항변에도 불구하고 채권자가 최고·검색을 해태한 사실' 및 ② '채권자의 해태로 미변제된 금액(면책 범위)'[2537]을 주장·증명하여 항변할 수도 있다.[2538]

사) 채권자 의무 위반과 신의칙에 따른 책임 제한 및 해지

채권자가 보증인에 대한 '정보제공의무'나 '통지의무'[2539] [2540]를 '위반'하여 보증

대위변제자 사이의 약정에 지나지 아니하는 '우선회수특약'이 '채권 및 그 담보에 관한 권리'에 포함된다고 보기는 어렵다. … 일부 대위변제자의 채무자에 대한 구상채권에 대하여 보증한 사람이 자신의 보증채무를 변제함으로써 일부 대위변제자를 다시 대위하게 되었다 하더라도, 그것만으로 채권자의 채무자에 대한 권리가 아니라 채권자와 일부 대위변제자 사이의 약정에 해당하는 '우선회수특약'에 따른 권리까지 당연히 대위하거나 이전받게 된다고 볼 수는 없다. … '우선회수특약'은 일부 대위변제 후의 잔존 채권 변제 및 그 담보권 행사의 순위를 정한 약정으로서 그 일부 대위에 부수하여 이루어진 약정이라 할 수 있고, 일부 대위변제자는 자신을 다시 대위하는 보증채무 변제자를 위하여 민법 제484조 및 제485조에 따라 채권 및 그 담보권 행사에 협조하고 이에 관한 권리를 보존할 의무를 진다는 사정 등에 비추어 보면, 일부 대위변제자로서는 … 보증채무 변제자가 대위로 이전받은 담보에 관한 권리 행사 등과 관련하여 채권자 등을 상대로 '우선회수특약'에 따른 권리를 주장할 수 있도록 그 권리의 승계 등에 관한 절차를 해 주어야 할 의무를 지고, 이를 위반함으로 인해 그 보증채무 변제자가 채권자 등에 대하여 그 권리를 주장할 수 없게 되어 손해를 입은 경우에는 그에 대한 손해배상책임을 진다고 봄이 타당하다."

2534) **민법 제437조(보증인의 최고, 검색의 항변)** 채권자가 보증인에게 채무의 이행을 청구한 때에는 보증인은 주채무자의 변제자력이 있는 사실 및 그 집행이 용이할 것을 증명하여 먼저 주채무자에게 청구할 것과 그 재산에 대하여 집행할 것을 항변할 수 있다. 그러나 보증인이 주채무자와 연대하여 채무를 부담한 때에는 그러하지 아니하다.

2535) 대법원 1968. 9. 24. 선고 68다1271 판결.

2536) 민법주해 채권(3), 1995, 293면(박병대 집필).

2537) **민법 제438조(최고, 검색의 해태의 효과)** 전조의 규정에 의한 보증인의 항변에 불구하고 채권자의 해태로 인하여 채무자로부터 전부나 일부의 변제를 받지 못한 경우에는 채권자가 해태하지 아니하였으면 변제받았을 한도에서 보증인은 그 의무를 면한다.

2538) 민법주해 채권(3), 1995, 299면(박병대 집필). 이에 대하여, 채권자가 최고와 검색을 게을리 하지 않았음을 증명하지 못하면 그 한도 내에서 보증인은 면책된다는 견해도 있다.

2539) **민법 제436조의2(채권자의 정보제공의무와 통지의무 등)** ① 채권자는 보증계약을 체결할 때 보증계약의 체결 여부 또는 그 내용에 영향을 미칠 수 있는 주채무자의 채무 관련 신용정보를 보유하고 있거나 알고 있는 경우에는 보증인에게 그 정보를 알려야 한다. 보증계약을 갱신할 때에도 또한 같다.
② 채권자는 보증계약을 체결한 후에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 지체 없이 보증인에게 그 사실을 알려야 한다.
1. 주채무자가 원본, 이자, 위약금, 손해배상 또는 그 밖에 주채무에 종속한 채무를 3개월 이상 이행하지 아니

인에게 손해를 입힌 경우, 법원은 그 내용과 정도 등을 고려하여 보증채무를 감경하거나 면제할 수 있고, 금융기관이 채무관련 신용정보 제시요구에 응하지 아니하는 경우에 보증인은 보증계약의 해지를 통고할 수 있다.[2541]

채권자가 보증인에게 주채무의 전부이행을 청구하는 것이 '신의칙에 반'하는 것으로 인정될 만한 '특별한 사정'[2542]이 있는 경우에는 보증인의 책임을 합리적인 범위 내에서 제한할 수 있는데(직권판단사항),[2543] 특정채무를 보증하는 '일반보증'의 경우에는 신중을 기하여 극히 예외적으로 인정하여야 한다.[2544]

도급인은 지체상금 등 공사도급계약상 손해배상채무의 연대보증인과의 관계에서 손해

하는 경우

2. 주채무자가 이행기에 이행할 수 없음을 미리 안 경우

3. 주채무자의 채무 관련 신용정보에 중대한 변화가 생겼음을 알게 된 경우

③ 채권자는 보증인의 청구가 있으면 주채무의 내용 및 그 이행 여부를 알려야 한다.

④ 채권자가 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 의무를 위반하여 보증인에게 손해를 입힌 경우에는 법원은 그 내용과 정도 등을 고려하여 보증채무를 감경하거나 면제할 수 있다.

2540) **보증인 보호를 위한 특별법 제5조(채권자의 통지의무 등)** ① 채권자는 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 3개월 이상 이행하지 아니하는 경우 또는 주채무자가 이행기에 이행할 수 없음을 미리 안 경우에는 지체 없이 보증인에게 그 사실을 알려야 한다. ② 채권자로서 보증계약을 체결한 금융기관은 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 1개월 이상 이행하지 아니하는 경우에는 지체 없이 그 사실을 보증인에게 알려야 한다. ③ 채권자는 보증인의 청구가 있으면 주채무의 내용 및 그 이행 여부를 보증인에게 알려야 한다. ④ 채권자가 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 의무를 위반한 경우에는 보증인은 그로 인하여 손해를 입은 한도에서 채무를 면한다. 〈신설 2010. 3. 24.〉

2541) **보증인 보호를 위한 특별법 제8조(금융기관 보증계약의 특칙)** ① 금융기관이 채권자로서 보증계약을 체결할 때에는 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에 따라 종합신용정보집중기관으로부터 제공받은 채무자의 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시하고 그 서면에 보증인의 기명날인이나 서명을 받아야 한다. 보증기간을 갱신할 때에도 또한 같다. ② 금융기관이 제1항에 따라 채무자의 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시할 때에는 채무자의 동의를 받아야 한다. ③ 금융기관이 제1항에 따라 보증인에게 채무관련 신용정보를 제시하지 아니한 경우에는 보증인은 금융기관에 대하여 보증계약 체결 당시 채무자의 채무관련 신용정보를 제시하여 줄 것을 요구할 수 있다. ④ 금융기관이 제3항에 따라 채무관련 신용정보의 제시요구를 받은 날부터 7일 이내에 그 요구에 응하지 아니하는 경우에는 보증인은 그 사실을 안 날부터 1개월 이내에 보증계약의 해지를 통고할 수 있다. 이 경우 금융기관이 해지통고를 받은 날부터 1개월이 경과하면 해지의 효력이 생긴다.

2542) 보증인이 보증책임에 관하여 다투는 채무부존재확인소송을 진행하면서 장기간 채무이행을 하지 않아 이로 인하여 보증 당시 예상하지 못한 과다한 지연손해금이 발생하게 된 경우는 채권자의 신의칙에 반하는 행위로 인한 것이 아니라 보증인이 자초한 사정이므로 이로써 보증책임의 범위를 제한할 것은 아니다(2005다35554, 35561).

2543) 이 경우, 그와 같이 제한된 비율에 상응한 정당한 보증채무액에 대하여는 이행청구를 받은 이후부터 보증한도액과 별도로 지연손해금이 발생할 수 있으므로, 이행청구 당시의 전체 보증채무액에 대하여 먼저 책임제한 비율을 적용하여 그 중 정당한 채무액을 산정하여야지, 전체 보증채무액에 대한 이행청구 이후 판결 선고일에 이르기까지 발생한 모든 지연손해금까지를 먼저 합산하고 이에 보증한도액을 적용한 다음에 비로소 책임제한 비율을 적용하여서는 아니 된다(97다1433). 당사자의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 판단할 수 있다(94다42129).

2544) 채권자와 채무자 사이에 계속적인 거래관계에서 발생하는 불확정한 채무를 보증하는 이른바 계속적 보증의 경우뿐만 아니라 특정채무를 보증하는 일반보증의 경우에 있어서도, 채권자의 권리행사가 신의칙에 비추어 용납할 수 없는 성질의 것인 때에는 보증인의 책임을 제한하는 것이 예외적으로 허용될 수 있을 것이나, 일단 유효하게 성립된 보증계약에 따른 책임을 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한하는 것은 자칫 잘못하면 사적 자치의 원칙이나 법적 안정성에 대한 중대한 위협이 될 수 있으므로 신중을 기하여 극히 예외적으로 인정하여야 한다(2003다45410).

배상채무의 발생이나 확대를 방지하는 도급계약상의 각종 장치가 그 취지대로 가동되도록 적절히 권한을 행사함으로써 예상 밖으로 손해배상의 범위가 확대되는 것을 방지할 신의칙상의 의무가 있고, 만일 도급인이 고의 또는 과실로 그러한 장치의 가동을 불가능하게 하여 손해배상채무가 확대되었다면 그 한도 안에서 연대보증인은 책임을 면한다.[2545]

'계속적 보증'에서 보증인의 주채무자에 대한 신뢰가 깨어지는 등 정당한 이유가 있는 경우에는 '신의칙'에 따라 보증인은 보증계약을 '해지'할 수 있다(예컨대, 임직원의 지위에서 부득이 회사의 계속적 거래관계로 인한 불확정한 채무에 대하여 보증인이 된 자가 그 지위를 떠난 경우 '사정변경'을 이유로 보증계약을 '해지'할 수 있다).[2546]

2545) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2002다59764 판결: "지체상금과 같은 공사도급계약상의 손해배상채무는 그 발생이 불확실하고 범위 역시 불확정적이어서 경우에 따라서는 감당하기 어려울 정도의 거액에 달할 수도 있는 것이므로, 그러한 채무를 연대보증하는 사람으로서는 당해 도급계약을 검토하여 채무의 발생가능성과 그 범위를 미리 예측한 바탕 위에서 연대보증을 하는 것이 통상적이고, 이 경우 그 도급계약에 손해배상채무의 발생이나 확대를 방지하는 장치가 마련되어 있다면 그러한 장치는 일종의 담보적 기능을 하는 극히 중요한 사항으로서 연대보증계약을 체결함에 있어 당사자들은 그 장치가 도급계약상의 취지대로 가동될 것을 당연한 전제로 하여 예후를 가늠하게 될 것이다. 그런데 일반적으로 그러한 장치는 도급계약의 직접 당사자인 도급인에게만 이를 가동할 권한이 있을 뿐 연대보증인에게는 아무런 권한이 없는 경우가 대부분이므로, 위와 같은 거래상의 신뢰관계에 비추어 도급인으로서는 연대보증인과의 관계에서 손해배상채무의 발생이나 확대를 방지하는 도급계약상의 각종 장치가 그 취지대로 가동되도록 적절히 권한을 행사함으로써 예상 밖으로 손해배상의 범위가 확대되는 것을 방지할 신의칙상의 의무가 있다고 할 것이고, 만일 도급인이 고의 또는 과실로 그러한 장치의 가동을 불가능하게 하여 손해배상채무가 확대되었다면 그 한도 안에서 연대보증인은 책임을 면한다고 해석함이 상당한바, 이러한 법리는 채권자의 고의 또는 과실로 담보가 상실 또는 감소된 경우 보증인 등의 책임을 감면하도록 한 민법 제485조로부터 유추될 수 있는 것이기도 하다."

2546) 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다12130 판결: "계속적 보증은 계속적 거래관계에서 발생하는 불확정한 채무를 보증하는 것으로 보증인의 주채무자에 대한 신뢰가 깨어지는 등 정당한 이유가 있는 경우에는 보증인으로 하여금 그 보증계약을 그대로 유지·존속시키는 것이 신의칙상 부당하므로 특별한 사정이 없는 한 보증인은 보증계약을 해지할 수 있다. 이때 보증계약을 해지할 정당한 이유가 있는지 여부는 보증을 하게 된 경위, 주채무자와 보증인의 관계, 보증계약의 내용과 기간, 채무증가의 구체적 경과와 채무의 규모, 주채무자의 신뢰상실 여부와 그 정도, 보증인의 지위 변화, 채권자와 보증인의 이익상황, 주채무자의 자력에 관한 채권자나 보증인의 인식 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 회사의 임원이나 직원의 지위에 있었기 때문에 부득이 회사와 제3자 사이의 계속적 거래에서 발생하는 회사의 채무를 연대보증한 사람이 그 후 회사에서 퇴직하여 임직원의 지위에서 떠난 때에는 연대보증계약의 기초가 된 사정이 현저히 변경되어 그가 계속 연대보증인의 지위를 유지하도록 하는 것이 사회통념상 부당하다고 볼 수 있다. 이러한 경우 연대보증인은 특별한 사정이 없는 한 연대보증계약을 일방적으로 해지할 수 있다고 보아야 한다. 보험자가 보험계약자와 현재 또는 장래에 체결하는 보증보험계약에 관하여 보증기간과 보증한도액을 정하여 보증보험 한도거래 약정을 하면서 보험계약자의 채무불이행 등 보험사고 발생으로 보험금을 지급할 경우, 보험계약자가 보험자에게 부담하게 될 불확정한 구상채무를 보증한 사람도 위와 같은 사정이 있는 경우에는 마찬가지로 해지권을 행사할 수 있다고 보아야 한다. 한편 보증보험계약에서 이행을 담보하는 주계약상의 채무가 확정되기 전에 구상채무의 보증인이 적법하게 보증계약을 해지하면 구체적인 보증채무가 발생하기 전에 보증계약관계가 종료된다. 따라서 그 이후 보험사고가 발생하여 보험자의 보험금지급채무가 확정되고 나아가 보험계약자의 구상채무까지 확정되더라도 구상채무의 보증인은 그에 관하여 보증책임을 지지 않는다. … 상고이유에서 들고 있는 … 판결은 구상채무의 보증인이 퇴사하거나 보증기한이 종료하기 전에 구상채권자가 채무액과 변제기 등이 특정되어 있는 확정채무를 보증한 사안에 관한 것으로서 이 사건과는 사안이 다르다."

아) 회사 보증행위의 무효의 항변

채권자(원고)가 회사(피고)의 대표이사가 회사를 대표하여 한 보증계약에 기초하여 보증채무의 이행을 청구하는 경우, 회사(피고)는 권리발생의 장애사유로서, ① 대표권 남용 및 그에 대한 원고의 악의·과실, ② 상법 제398조 소정의 이사 또는 주요주주 등의 자기거래행위에 대한 이사회 승인의 부존재 및 그에 대한 원고의 악의·중과실, ③ 상법 제393조 제1항(이사회의 권한; 대표권에 대한 법률상 제한) 또는 정관·이사회 규정 등(대표권에 대한 내부적 제한)에서 정한 '이사회 결의 사항'에 대한 이사회 결의의 부존재 및 그에 대한 원고의 악의·중과실, ④ 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 '상장회사인 피고가 그 이사, 주요주주 등을 위하여 보증한 사실' 및 그에 대한 원고의 악의·중과실을 주장·증명하여 보증계약이 무효임을 항변할 수 있다.[2547] [2548]

자) 신원보증인의 책임

신원보증인의 책임은 피보증인이 배상해야 할 손해액을 기초로 그 책임원인이 되는 사유 발생 전후의 일체의 사정을 참작하여 정해야 하므로,[2549] 이미 피보증인의 배상

2547) ◎ **회사의 보증행위의 효력**

❶ 회사가 거래관계 또는 자본관계에 있는 주채무자를 위하여 보증하는 등의 행위는, 그 행위의 객관적 성질에 비추어 특별한 사정이 없는 한 회사의 목적범위 내의 행위이지만(2005다480), ❷ 대표이사가 대표권의 범위 내에서 한 보증행위라도 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용하고 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다(2013다5091). ❸ 대표이사가 회사를 대표하여 대표이사 개인을 위하여 그의 개인 채권자인 제3자와 사이에 연대보증계약을 체결하는 것과 같이 상법 제398조 소정의 이사의 자기거래행위에 해당하여 이사회의 결의를 거쳐야 함에도 이를 거치지 아니한 경우, 거래상대방이 이사회 결의가 없었음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하며, 거래상대방이 이사회 결의가 없음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 사정은 이를 주장하는 회사가 주장·증명하여야 한다(2013다16473). ❶ 대표이사가 상법 제393조 제1항(법률상 제한) 또는 정관이나 이사회 규정 등(내부적 제한)에 따라 이사회 결의를 거쳐야 할 보증 등의 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 않은 경우, 거래 상대방이 이사회 결의가 없었다는 점에 대하여 '선의·무중과실'이라면 그 거래행위가 '유효'하고, 거래 상대방이 '악의·중과실'이면 그 거래행위는 '무효'인데, 이는 회사가 주장·증명하여야 한다(대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결). ❺ 상법 제542조의9 제1항을 위반한 '상장회사의 그 이사, 주요주주 등에 대한 신용공여(채무이행의 보증 등)'는 사법상 무효이고, 제3자가 그에 대해 알지 못하였고 알지 못한 데에 중대한 과실이 없는 경우(제3자의 선의·무중과실) 그 제3자에 대하여는 무효를 주장할 수 없는데, 거래의 무효를 주장하는 쪽이 제3자의 악의 또는 중과실을 증명하여야 한다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다261943 판결).

2548) 이사회 결의 부존재에 대한 원고의 '악의·과실'을 보증계약 무효의 요건으로 본 종전 판례 하에서는, 원고는 자신의 과실의 존재로 말미암아 피고 회사의 항변이 받아들여지는 경우에 대비하여 예비적으로 대표이사의 업무집행상 과실을 이유로 회사(주위적 피고)와 대표이사(예비적 피고)에게 불법행위에 기한 손해배상청구(회사에 대한 보증채무이행청구와는 주위적·예비적 청구의 관계에 있다)를 할 수 있었으나(2006다47677), '악의·중과실'을 보증계약 무효의 요건으로 보는 현재의 판례 하에서는, 원고에게 중대한 과실이 있으면 회사의 손해배상책임은 면책되어 인정되기 어렵다.

2549) 피용자가 업무를 수행하는 과정에서 그의 고의 또는 중과실로 인한 행위로 사용자에게 손해를 입힌 경우에 그 손해를 배상할 채무를 부담할 것을 약정하는 신원보증계약에 의한 신원보증인의 책임은, 피용자의 감독에 관한 사용자의 과실 유무, 신원보증을 하게 된 사유 및 이를 할 때 주의를 한 정도, 피용자의 업무 또는 신원의 변화, 그 밖의 사정을 고려하여 산정하여야 하고, 신원보증인이 2명 이상인 경우에는 특별한 의사표시가 없으면 각 신원보증인은 같은 비율로 의무를 부담한다(신원보증법 제2조, 제6조). ⇔ 영업책임보험의 성격을 가지

책임액 일부가 '변제'되어 신원보증인에 대하여 그 잔액의 지급이 청구된 경우라면 그 잔액을 기준으로 그 변제의 사정까지 참작하여 보증책임의 유무 및 한도를 정해야 한다.[2550]

사용자가 고의 또는 중과실로 통지의무를 게을리 하여 신원보증인이 해지권을 행사하지 못한 경우 신원보증인은 그로 인하여 발생한 손해의 한도에서 의무를 면한다(제4조, 제5조).[2551]

차) 보증보험금 청구

보증보험의 피보험자가 보험자를 상대로 보증보험금의 지급을 청구하는 경우 그 청구원인사실로서, ① '보험자와 보험계약자 간 보증보험계약 체결' 사실, ② '보험계약자와 피보험자 간 주계약 체결' 사실,[2552] ③ '보험사고(보험계약자의 주계약상의 채무불이행 등)의 발생' 사실,[2553] ④ 이에 기한 '피보험자의 재산상 손해의 발생' 사실을 주장·증명하

는 신원보증보험계약에서 피보험자인 회사에게 피보증인인 직원에 대한 관리·감독상의 과실이 있다 하여 보험자의 보험금지급책임을 제한하는 것은 피보험자의 손해의 보상을 목적으로 하는 보험의 성격에 비추어 허용될 수 없으므로, 신원보증법 제6조 제3항 또는 신의칙에 따라 보험금을 감액할 수는 없다(2005다15949).

2550) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다59671 판결(신원보증인의 채무는 피보증인의 불법행위로 인한 손해배상채무 그 자체가 아니고 신원보증계약에 기하여 발생한 채무로서 이행기의 정함이 없는 채무이므로 채권자로부터 이행청구를 받지 않으면 지체의 책임이 생기지 않는다).

2551) **제4조(사용자의 통지의무)** ① 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 지체 없이 신원보증인에게 통지하여야 한다.

1. 피용자가 업무상 부적격자이거나 불성실한 행적이 있어 이로 인하여 신원보증인의 책임을 야기할 우려가 있음을 안 경우
2. 피용자의 업무 또는 업무수행의 장소를 변경함으로써 신원보증인의 책임이 가중되거나 업무 감독이 곤란하게 될 경우

② 사용자가 고의 또는 중과실로 제1항의 통지의무를 게을리 하여 신원보증인이 제5조에 따른 해지권을 행사하지 못한 경우 신원보증인은 그로 인하여 발생한 손해의 한도에서 의무를 면한다.

제5조(신원보증인의 계약해지권) 신원보증인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 계약을 해지할 수 있다.

1. 사용자로부터 제4조 제1항의 통지를 받거나 신원보증인이 스스로 제4조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있음을 안 경우
2. 피용자의 고의 또는 과실로 인한 행위로 발생한 손해를 신원보증인이 배상한 경우
3. 그 밖에 계약의 기초가 되는 사정에 중대한 변경이 있는 경우

2552) **보증보험**이란 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, 보증보험계약은 주계약 등의 법률관계를 전제로 하고 보험계약자가 주계약 등에 따른 채무를 이행하지 아니함으로써 피보험자가 입게 되는 손해를 보험약관이 정하는 바에 따라 그리고 그 보험계약금액의 범위 내에서 보상하는 것이다. 따라서 보증보험계약이 효력을 가지려면 보험계약자와 피보험자 사이에 **주계약** 등이 유효하게 존재하여야 한다. 그리고 보증보험계약의 전제가 되는 주계약이 무엇이고 피보험자가 누구인지는 보험계약서와 그 보험계**약**의 내용으로 삼은 보험약관의 내용, 당사자가 보험계약을 체결하게 된 경위와 그 과정 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다. 보증보험회사는 보증보험계약을 체결함에 있어서 일반적으로 보증 대상인 주계약의 부존재나 무효 여부 등에 관하여 조사·확인할 의무가 없다. 다만 보증보험청약서 등 보험계약자가 제출하는 서류에 보증 대상인 주계약의 부존재나 무효 등을 의심할 만한 점이 발견되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 위와 같은 조사·확인 의무가 면제되지 않는다(대법원 2014. 9. 25. 선고 2011다30949 판결).

여야 한다.[2554]

보증보험은 '보증'의 성격과 '보험'의 성격을 함께 가지고 '그 성질에 반하지 않는 범위'에서 보험과 보증의 규정이 모두 적용된다.[2555] 2014. 3. 11. 상법 개정(2015. 3. 12. 시행) 시 제726조의 5, 6, 7에 '보증보험' 규정이 신설되었고, 이는 시행일 전에 체결된 보험계약의 보험기간이 시행일 이후에도 계속되는 경우에도 적용한다(부칙 제2조 제2항).[2556]

보증보험계약이나 주계약의 무효·취소 사유는 '보험자'가 주장·증명하여야 할 '항변사유'이다. 보험자가 보험계약자의 기망을 이유로 계약을 취소하는 경우, 그 취소로써

2553) 보험사고란 보험계약에서 보험자의 보험금 지급책임을 구체화하는 불확정한 사고를 의미하는 것으로서, 보증보험에서 보험사고가 구체적으로 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약내용에 편입된 보험약관과 보험약관이 인용하고 있는 보험증권 및 주계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다. 보증보험증권에 보험기간이 정해져 있는 경우에는 보험사고가 그 기간 내에 발생한 때에 한하여 보험자가 보험계약상의 책임을 지는 것이 원칙이지만, 보증보험계약의 목적이 주계약의 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 보험계약자의 하자보수의무 불이행으로 인한 손해를 보상하기 위한 것임에도 보험기간을 주계약의 하자담보책임기간과 동일하게 정한 경우 특단의 사정이 없으면 위 보증보험계약은 그 계약의 보험기간, 즉 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여는 비록 보험기간이 종료한 후 보험사고가 발생하였다고 하더라도 보험자로서 책임을 지기로 하는 내용의 계약이라고 해석함이 상당하다(대법원 2021. 2. 25. 선고 2020다248698 판결). 피보험자와 보험계약자 사이의 주계약의 이행기간이 당초 보험기간 내이던 것이 보험기간 이후로 연장되었다 하여 보험기간도 연장된 주계약의 이행기간에 맞추어 연장되는 것은 아니고 보험자로서는 당초 정해진 보험기간 내에 발생한 보험사고에 대해서만 보험책임을 부담할 뿐이므로 그러한 주계약의 이행기간 연장이 보험자의 동의 없이 이루어졌다 하여 당초 약정한 보험기간 내에 발생한 보험사고를 대상으로 하는 보험계약의 효력이 당연히 소멸된다고 볼 수는 없다(2004다16976).

2554) ③, ④의 두 요건은 별개의 문제이므로, 보상하지 아니하는 보험사고에 관한 규정과 보상하지 아니하는 피보험자의 재산상 손해에 관한 규정은 별개의 요건에 관한 것으로서 서로 저촉 여부의 문제가 발생할 수 없다(99다3693).

2555) 보증보험은 보증의 성격과 보험의 성격을 함께 가지고 그 성질에 반하지 않는 범위에서 보험과 보증의 규정이 모두 적용된다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2014다232784 판결). 이는 성질상 보증보험과 유사한 주택분양보증계약에서도 마찬가지이다. 보증보험이 담보하는 채권이 양도되면 당사자 사이에 다른 약정이 없는 한 보험금 청구권도 그에 수반하여 채권양수인에게 함께 이전되고(2000다70156), 보증인의 주채무자 채권에 의한 상계권에 관한 민법 제434조(2000다16251), 주채무자에 대한 시효중단의 효과에 관한 민법 제440조(2011다62090), 보증인의 구상권에 관한 민법 제441조 이하의 규정(2011다62144)이 준용된다. 보험금을 지급한 리스보증보험의 보험자는 민법 제481조가 정하는 변제자대위의 법리에 따라 피보험자인 리스회사가 리스이용자에 대하여 가지는 채권 및 그 담보에 관한 권리를 대위하여 행사할 수 있다(97다1013). 성질상 허용되는 범위 내에서 보증의 법리가 보증보험에도 적용될 수 있다는 것에 불과할 뿐, 보험계약이 민법상 순수한 보증계약과 같게 된다거나 보증계약으로 전환된다는 의미로 볼 수는 없으므로, 보증보험계약이 보험계약으로서 효력이 없다면 이는 그 자체로 무효이고, 이를 보증계약으로나마 유효하다고 할 수는 없다(2009다81623). 보증보험의 성질상 상법 제659조의 규정은 보증보험계약이 보험계약자의 사기행위에 피보험자가 공모하였다든지 적극적으로 가담하지는 않았더라도 그러한 사실을 알면서도 묵인한 상태에서 체결되었다고 인정되는 경우를 제외하고는 원칙적으로 보증보험에는 그 적용이 없다(99다13737).

2556) **상법 제726조의6**은 '적용 제외' 규정으로, 제1항에서 보증보험계약에 관하여는 제639조제2항 단서(손해보험계약의 경우에 보험계약자가 그 타인에게 보험사고의 발생으로 생긴 손해의 배상을 한 때에는 보험계약자는 그 타인의 권리를 해하지 아니하는 범위 안에서 보험자에게 보험금액의 지급을 청구할 수 있다)를 적용하지 않도록 하고, 제2항에서 "보증보험계약에 관하여는 보험계약자의 사기, 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에도 이에 대하여 피보험자에게 책임이 있는 사유가 없으면 제651조(고지의무위반으로 인한 계약해지), 제652조(위험변경증가의 통지와 계약해지), 제653조(보험계약자 등의 고의나 중과실로 인한 위험증가와 계약해지) 및 제659조제1항(보험사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 생긴 때에는 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없다)을 적용하지 아니한다."라고 규정하는 한편, **제726조의7**은 '성질에 반하지 아니하는 범위에서 보증채무에 관한 민법의 규정을 준용'하는 것으로 규정하고 있다.

피보험자에게 대항하기 위해서는, ① '피보험자가 보험계약자의 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었던 사실'(피보험자의 악의, 과실) 또는 ② 피보험자의 과실로 보험자가 구상권을 확보할 수 없게 되었다는 등의 '특별한 사정'을 추가적으로 주장·증명하여야 한다.[2557] 주계약이 통정허위표시로 무효인 보증보험계약은 상법 제644조[2558] 본문에 따라 무효이다.[2559] 보증보험금청구권의 소멸시효 기산점은 특별한 사정이 없는 한 '보증보

2557) ○ 대법원 1999. 7. 13. 선고 98다63162 판결; "일반적으로 타인을 위한 보험계약에서 보험계약자의 사기를 이유로 보험자가 보험계약을 취소하는 경우 보험사고가 발생하더라도 피보험자는 보험금청구권을 취득할 수 없는 것과는 달리, 보증보험계약의 경우 보험자가 이미 보증보험증권을 교부하여 피보험자가 그 보증보험증권을 수령한 후 이에 터잡아 새로운 계약을 체결하거나 혹은 이미 체결한 계약에 따른 의무를 이행하는 등으로 보증보험계약의 채권담보적 기능을 신뢰하여 새로운 이해관계를 가지게 되었다면 그와 같은 피보험자의 신뢰를 보호할 필요가 있다. 그러므로 주채무자에 해당하는 보험계약자가 보증보험계약 체결에 있어서 보험자를 기망하였고, 보험자는 그로 인하여 착오를 일으켜 보증보험계약을 체결하였다는 이유로 보증보험계약 체결의 의사표시를 취소하였다 하더라도, 이미 그 보증보험계약의 피보험자인 채권자가 보증보험계약의 채권담보적 기능을 신뢰하여 새로운 이해관계를 가지게 되었다면, 피보험자가 그와 같은 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었던 경우이거나, … 피보험자가 보험자를 위하여 보험계약자가 제출하는 보증보험계약 체결 소요 서류들이 진정한 것인지 등을 심사할 책임을 지고 보험자는 그와 같은 심사를 거친 서류만을 확인하고 보증보험계약을 체결하도록 피보험자와 보험자 사이에 미리 약정이 되어 있는데, 피보험자가 그와 같은 서류심사에 있어서 필요한 주의의무를 다하지 아니한 과실이 있었던 탓으로 보험자가 보증책임을 이행한 후 구상권을 확보할 수 없게 되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 취소를 가지고 피보험자에게 대항할 수 없다." ☛ 나아가 "**원심**이 … 보증보험에 있어서 보험자의 보상책임의 성질이 본질적으로 보증책임과 같은 것이라고 하더라도 보증계약과 보증보험은 계약당사자를 달리하는 것이어서, 보증보험이 보험계약의 형태를 취하는 이상 피보험자는 보증계약에 있어서의 채권자와는 달리 보험계약자와 보험자 사이의 무효, 취소 등 보험계약상 장애사유의 영향을 받을 수밖에 없고, 한편 사기를 이유로 하는 의사표시의 취소로써 대항할 수 없는 제3자는 그 의사표시를 기초로 하여 새로운 이해관계를 맺은 제3자만을 가리키는 것인바, 제3자를 위한 보험계약의 일종인 보증보험의 피보험자는 사기에 의한 의사표시를 기초로 하여 새로운 이해관계를 맺은 자가 아니라 직접 그 의사표시에 의하여 권리를 취득하는 자라고 할 것이므로, 보증보험이 보증계약과 같다거나 보증보험의 피보험자가 보험계약의 취소로 대항할 수 없는 제3자에 해당한다는 점을 전제로 한 피고의 주장을 받아들일 수 없다고 판단하고 만 것은 보증보험계약의 특성에 관한 법리를 오해한 나머지 심리를 다하지 아니한 위법이 있다."라고 하여 반대견해를 배척하였다.

○ 위와 같은 법리는, 공제계약에서도 동일하고 '공제계약에 관하여 공제가입자 또는 그 대리인의 사기가 있었을 때에는 무효로 한다.'는 공제약관에 의하여 피고가 공제계약의 무효를 주장하는 경우에도 마찬가지로 적용되며(2010다93035), 착오를 이유로 취소하는 경우에도 동일하다(2001다33000, 2013다5121; 둘 다 보증채권자의 악의·유과실이 인정된 예). 공사도급계약과 관련하여 체결되는 이행(계약)보증보험계약이나 지급계약보증보험에 있어 그 보험사고에 해당하는 수급인의 채무불이행이 있는지 여부는 그 보험계약의 대상으로 약정된 도급공사의 공사금액, 공사내용 및 공사기간과 지급된 선급금 등을 기준으로 판정하여야 하므로, 이러한 보증보험계약에 있어 공사계약 체결일이나 실제 착공일, 공사기간, 공사대금, 선급금 등은 그 계약상 중요한 사항으로서 수급인 측에서 이를 허위로 고지함으로 말미암아 보험자가 그 실제 공사의 진행상황을 알지 못한 채 보증보험계약을 체결한 경우에는 이는 법률행위의 중요한 부분에 관한 착오(2001다36450) 또는 기망행위(97다53380)에 해당하여 민법의 일반원칙에 따라 보험자가 그 보험계약을 취소할 수 있다.

2558) 상법 제644조(보험사고의 객관적 확정의 효과) 보험계약 당시에 보험사고가 이미 발생하였거나 또는 발생할 수 없는 것인 때에는 그 계약은 무효로 한다. 그러나 당사자 쌍방과 피보험자가 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

2559) 소외 1, 2가 통모하여 실제 임대차계약을 체결하거나 임대차보증금을 수수함이 없이 원고 은행으로부터 대출을 받기 위하여 허위로 임대차계약서를 작성한 후, 소외 1이 피고 보증보험회사와 그 임대차계약을 주계약으로 삼아 소외 1이 임대차보증금반환의무를 불이행하는 보험사고가 발생할 경우 피고가 보험금수령권자로 지정된 원고에게 직접 보험금을 지급하기로 하는 내용의 보증보험계약을 체결하고, 원고는 소외 2로부터 보증보험계약에 따른 이행보증보험증권을 담보로 제공받고 소외 2에게 대출을 한 **사안**에서, 위 보증보험계약은 성립 당시 주계약인 임대차계약이 통정허위표시로 무효여서 보험사고가 발생할 수 없는 경우에 해당하므로 상법 제644조 본문에 따라 무효이고, 이는 보험계약으로서의 고유한 요건을 갖추지 못한 것이 그 원인이므로, 원고가 주계약

험사고가 발생한 때'이다.[2560]

보증보험계약이 체결된 후 보험금이 아직 지급되지 않은 상태에서 주계약의 당사자인 보험계약자와 피보험자 사이에 주계약에 따른 채무의 존부와 범위에 관하여 다툼이 있는 경우, 보험계약자는 피보험자를 상대로 주계약에 따른 채무의 부존재 확인을 구할 이익이 있다.[2561]

5) 구상채무

가) 요건사실

구상금청구의 청구원인사실은, ① '구상의 기초가 되는 법률관계의 성립' 사실,[2562] ② '원고의 (자기의 부담 부분 초과) 출재에 의한 공동면책' 사실이다.

(1) 구상의 기초가 되는 법률관계

위 ①의 요건을 구체적으로 살펴보면, 연대채무자·불가분채무자 사이에 구상하는 경우라면 '연대채무·불가분채무의 성립' 사실, 연대보증인이 주채무자나 다른 연대보증인에게 구상하는 경우라면 '주채무의 성립과 그 연대보증' 사실,[2563] 공동불법행위자

인 임대차계약이 통정허위표시인 사정을 알지 못하고 대출에 이르렀다고 하더라도 피고가 원고에게 보증보험계약이 무효임을 주장할 수 없다고 볼 것은 아니라고 한 예(2009다81623).

2560) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2021다294902, 294919 판결(보증기간을 주계약의 하자담보책임기간과 동일하게 정한 하자보수보증계약에서, 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 보증기간이 종료된 후 보증사고가 발생하였다면 그 보증사고가 발생한 때로부터 보증금청구권의 소멸시효가 진행한다).

2561) 대법원 2022. 12. 15. 선고 2019다269156 판결.

2562) 구상권발생의 근거로, 불가분채무자, 연대채무자, 보증인, 물상보증인, 담보물의 제3취득자, 후순위 담보권자가 구상권을 가짐은 민법의 개별 규정에 의하여 분명하고, 제3자가 채무자의 부탁으로 채무자를 위하여 변제하는 경우에는 민법 제688조 소정의 위임사무처리비용의 상환청구권에 의하여 구상권을 취득할 수 있다(94다38106). 제3자가 유효하게 채무자가 부담하는 채무를 변제한 경우에 채무자와 계약관계가 있으면 그에 따라 구상권을 취득하고, 그러한 계약관계가 없으면 특별한 사정이 없는 한 민법 제734조 제1항에서 정한 사무관리가 성립하여 민법 제739조에 정한 사무관리비용의 상환청구권에 따라 구상권을 취득한다(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다276539 판결).

2563) ◎ **형식과 실질이 다른 차명대출 보증의 경우 구상관계**
❶ 채권자에 대한 관계에서는 공동연대보증인이지만 내부관계에서는 실질상의 주채무자인 경우에 다른 연대보증인이 채권자에 대하여 그 보증채무를 변제한 때에 그 연대보증인은 실질상의 주채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 있는(**다른 연대보증인 ⇒ 형식=공동연대보증인·실질=주채무자**) 반면에, 실질상의 주채무자인 연대보증인이 자기의 부담부분을 넘어서 그 보증채무를 변제한 경우에는 다른 연대보증인에 대하여 구상권을 행사할 수는 없다(**형식=공동연대보증인·실질=주채무자 ⇏ 다른 연대보증인**)(2004다27440). ❷ 금융기관으로부터 대출을 받음에 있어 제3자가 자신의 명의를 사용하도록 한 경우, 그가 채권자인 금융기관에 대하여 주채무자로서의 책임을 지는지 여부와 관계없이, 내부관계에서는 실질상의 주채무자가 아닌 한 연대보증책임을 이행한 연대보증인에 대하여 당연히 주채무자로서의 구상의무를 부담한다고 할 수는 없고(**다른 연대보증인 ⇏ 형식=주채무자·실질≠주채무자**), 그 연대보증인이 제3자가 실질적 주채무자라고 믿고 보증을 하였거나 보증책임을 이행하였고, 그와 같이 믿은 데에 제3자에게 귀책사유가 있어 제3자에게 그 책임을 부담시키는 것이 구체적으로 타당하다고 보이는 경우 등에 한하여 제3자가 연대보증인에 대하여 주채무자로서의 전액 구상의무를 부담한다(**다른 연대보증인(선의) ⇒ 형식=주채무자·실질≠주채무자(유책)**). 이는 물상보증의 경우에도 마찬가지이다(2007다75648). ❸ 형식상의 주채무자가 실질상의 주채무자를 연대보증한 것으로 인정할 수 있는 경우 또는 형식상의 주채무자와 연대보증인 사이의 내부관계에서 실질상의 주채무자의 채무의 상환을 각기 연대보증한다

사이에 구상하는 경우라면 '공동불법행위책임의 발생(국가·지방자치단체가 산하 공무원에 대하여 구상권을 행사하는 경우에는 그 공무원의 '고의 또는 중대한 과실'을 요한다)'[2564] 사실,[2565] 물상보증인이 채무자에게 구상하는 경우라면 '타인의 채무를 담보하기 위한 저당권설정계약 체결' 사실이다('물상보증인으로부터 저당부동산의 소유권을 취득한 제3취득자'에게도 물상보증인의 구상권에 관한 규정이 유추적용된다[2566]).

구상채권자는 '구상채무자의 채무 존재 사실'에 대한 증명책임을 부담한다.[2567]

는 취지의 양해가 묵시적으로나마 있었던 경우에는, 형식상의 주채무자는 연대보증인에 대하여 공동보증인 간의 구상권 행사 법리에 따른 구상의무를 부담한다(**다른 연대보증인 ⇒ 형식=주채무자·실질=연대보증인**) 할 것이지만, 형식상의 주채무자와 연대보증인 사이에서 채무의 보증책임 또는 이행책임을 연대보증인만이 부담하며 형식상의 주채무자는 이를 부담하지 않기로 하는 특약이나 그러한 취지의 명시적 내지 묵시적 양해가 있는 경우라면, 형식상의 주채무자는 연대보증인에 대하여 아무런 구상의무를 부담하지 않는다(**다른 연대보증인 ⇏ 형식=주채무자·실질≠연대보증인**)(2007다75648). ❶ 제3자가 금융기관으로부터 대출을 받음에 있어 자신을 주채무자로 하도록 승낙한 경우의 제3자의 의사는 특별한 사정이 없는 한 대출에 따른 경제적인 효과는 실질상의 주채무자에게 귀속시킬지라도 법률상의 효과는 자신에게 귀속시킬 의사로서, 최소한 연대보증의 책임은 지겠다는 의사였다고 보아야 한다(2002다47631).

2564) 산하 공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 자동차손해배상 보장법에 따라 손해배상의 책임이 있는 경우에, 그 손해를 배상한 국가나 지방자치단체는 공무원에게 '고의 또는 중대한 과실'이 있으면 그 공무원에게 구상할 수 있다(**국가배상법 제2조** 제2항, 제1항).
이 경우 국가나 지방자치단체는 해당 공무원의 직무내용, 불법행위의 상황과 손해발생에 대한 해당 공무원의 기여 정도, 평소 근무태도, 불법행위의 예방이나 손실분산에 관한 국가 또는 지방자치단체의 배려의 정도 등 제반 사정을 참작하여 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서 구상권을 행사할 수 있으나, 공무원의 불법행위로 손해를 입은 피해자의 국가배상청구권의 소멸시효기간이 지났으나 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없어 배상책임을 이행한 경우에는, 그 소멸시효 완성 주장이 권리남용에 해당하게 된 원인행위와 관련하여 해당 공무원이 그 원인이 되는 행위를 적극적으로 주도하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 국가가 해당 공무원에게 구상권을 행사하는 것이 신의칙상 허용되지 않는다(대법원 2016. 6. 9. 선고 2015다200258 판결).

2565) ◎ **부진정연대채무자에 대한 구상권 취득**
○ 어느 부진정연대채무자를 위하여 보증인이 된 자가 채무를 이행한 경우에는 다른 부진정연대채무자에 대하여도 직접 구상권을 취득하게 되고, 그와 같은 구상권을 확보하기 위하여 채권자를 대위하여 채권자의 다른 부진정연대채무자에 대한 채권 및 그 담보에 관한 권리를 구상권의 범위 내에서 행사할 수 있다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다85861 판결).
○ 채무의 변제는 원칙적으로 채무자뿐만 아니라 제3자도 할 수 있으므로, 제3자가 부진정연대채무자 중 1인을 위하여 채무를 변제한 경우에도 다른 채무자에 대하여 구상권을 취득한다(대법원 2009. 8. 20. 선고 2007다7959 판결).
경과실의 공무원은 피해자에게 손해배상책임을 지지 아니함에도 피해자에게 손해를 배상하였다면 이는 채무자 아닌 사람이 타인의 채무를 변제한 경우에 해당하고, '제3자의 변제' 또는 '도의관념에 적합한 비채변제'로서 피해자는 공무원에 대하여 이를 반환할 의무가 없으며, 그에 따라 피해자의 국가에 대한 손해배상청구권이 소멸하여 국가는 자신의 출연 없이 그 채무를 면하게 되므로, 피해자에게 손해를 직접 배상한 경과실의 공무원은 특별한 사정이 없는 한 국가에 대하여 국가의 피해자에 대한 손해배상책임의 범위 내에서 자신이 변제한 금액에 관하여 구상권을 취득한다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다54478 판결).

2566) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다49285 판결; "타인의 채무를 담보하기 위하여 저당권을 설정한 부동산의 소유자인 물상보증인으로부터 저당부동산의 소유권을 취득한 제3취득자는 그 저당권이 실행되면 저당부동산에 대한 소유권을 잃는다는 점에서 물상보증인과 유사한 지위에 있다고 할 것이다. 따라서 물상보증의 목적물인 저당부동산의 제3취득자가 그 채무를 변제하거나 저당권의 실행으로 인하여 저당부동산의 소유권을 잃은 때에는 특별한 사정이 없는 한 물상보증인의 구상권에 관한 민법 제370조, 제341조의 규정을 유추적용하여, 물상보증인으로부터 저당부동산을 양수한 제3취득자는 보증채무에 관한 규정에 의하여 채무자에 대한 구상권이 있다고 할 것이다" ☜ 이 경우 저당권 실행으로 소유권을 잃은 제3취득자가 채무자에 대한 구상권을 가질 뿐, 물상보증인은 채무자에 대한 구상권을 가진다고 볼 수 없다.

(2) 원고의 출재에 의한 공동면책

위 ②의 요건과 관련하여 '원고의 자기 부담 부분 초과' 변제가 필요한지 여부는 구상의 기초가 되는 법률관계에 따라 다르다. 수탁보증인의 사전구상 청구의 경우에는 '원고의 출재에 의한 공동면책' 요건이 '보증인이 (과실 없이) 채권자에게 변제할 재판을 받은 때', '채무의 이행기가 도래한 때' 등의 '사전구상청구사유'[2568]로 대체된다.

(가) '부담 부분 초과' 변제가 필요한 경우

주채무자를 위하여 수인이 연대보증을 한 경우, 어느 연대보증인이 채무를 변제하였음을 내세워 다른 연대보증인에게 구상권을 행사함에 있어서는, 민법 제448조 제2항[2569]에 따라 '자기의 부담부분을 초과하여 변제'하여야 하고, 그 변제로 인하여 다른 연대보증인도 '공동으로 면책'되었음을 요건으로 한다.[2570] 따라서 연대보증인 가운데 한 사람이 자기 부담 부분을 초과하여 변제하였더라도 그 '변제 당시' 이미 자기 부담 부분 이상을 변제한 연대보증인에 대하여는 구상권을 행사할 수 없고, 아직 자기 부담 부분을 변제하지 아니한 사람에 대하여만 구상권을 행사할 수 있으며,[2571] 각 연대보증인이 주채

2567) ❶ 대법원 1995. 8. 22. 선고 94다32054 판결: "제3자가 자신의 출연으로 인하여 채무자의 채무가 소멸하였음을 주장하면서 채무자를 상대로 구상권을 행사하거나 부당이득의 반환을 구하는 경우 제3자로서는 채무자의 채무가 존재한 사실에 대한 입증책임을 부담한다." ❷ 대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다82491 판결: "원천징수의무자가 … 구상권을 행사할 때에는 국가에 원천징수세액을 납부한 사실뿐만 아니라 원천납세의무자의 납세의무가 존재한 사실까지 증명하여야 하는 것이 원칙이므로, 과세관청의 대표자 상여 소득처분 및 소득금액변동통지에 따라 원천징수세액을 납부한 법인이 구상권을 행사하고자 하는 경우에도 마찬가지로 원천징수의무자인 법인은 원천징수세액을 납부한 사실뿐만 아니라 원천납세의무자인 대표자의 해당 납세의무가 존재한 사실을 증명할 책임이 있다." ❸ 대법원 2004. 2. 13. 선고 2003다43858 판결: "보증채무자가 주채무를 소멸시키는 행위는 주채무의 존재를 전제로 하므로, 보증인의 출연행위 당시 주채무가 성립되지 아니하였거나 타인의 면책행위로 이미 소멸된 경우에는 비채변제가 되어 채권자와 사이에 부당이득반환의 문제를 남길 뿐, 주채무자에 대한 구상권은 발생하지 않는다."

2568) **민법 제442조(수탁보증인의 사전구상권)** ① 주채무자의 부탁으로 보증인이 된 자는 다음 각호의 경우에 주채무자에 대하여 미리 구상권을 행사할 수 있다. 1. 보증인이 과실없이 채권자에게 변제할 재판을 받은 때 2. 주채무자가 파산선고를 받은 경우에 채권자가 파산재단에 가입하지 아니한 때 3. 채무의 이행기가 확정되지 아니하고 그 최장기도 확정할 수 없는 경우에 보증계약후 5년을 경과한 때 4. 채무의 이행기가 도래한 때 ② 전항제4호의 경우에는 보증계약후에 채권자가 주채무자에게 허여한 기한으로 보증인에게 대항하지 못한다. ☛ 제1항 제1호의 '과실 없이'는 청구원인사실에 포함되는 것이 아니라, '과실'을 항변사실로 위치시킴이 자연스러운 해석이고, 제2항의 '보증계약 후 채권자의 주채무자에 대한 기한 허여' 주장은 그 자체로 이유 없는 주장에 해당한다. cf. 사후구상의 경우에도, 수탁보증인이 본래의 변제기가 도래한 후 과실 없이 변제 기타의 출재로 주채무를 소멸하게 한 후 이를 주채무자에게 통지하였다면, 민법 제445조 제1항에 의하여 주채무자는 위 통지를 받은 후 채권자와 사이에 이루어진 변제기 연장에 관한 합의로서 사후구상권을 행사하는 수탁보증인에게 대항할 수는 없다(2006다22715).

2569) **민법 제448조(공동보증인 간의 구상권)** ① 수인의 보증인이 있는 경우에 어느 보증인이 자기의 부담 부분을 넘은 변제를 한 때에는 제444조의 규정을 준용한다. ② 주채무가 불가분이거나 각 보증인이 상호연대로 또는 주채무자와 연대로 채무를 부담한 경우에 어느 보증인이 자기의 부담부분을 넘은 변제를 한 때에는 제425조 내지 제427조의 규정을 준용한다. ☛ 보증보험자와 주계약상 보증인은 공동보증인의 관계에 있고, 민법 제448조에 의하여 서로 구상권을 행사할 수 있다(대법원 2008. 6. 19. 선고 2005다37154 전원합의체 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011다109586 판결).

2570) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다59071 판결.

무자의 채무를 일정한 한도에서 보증하기로 하는 이른바 '일부보증'을 한 경우,[2572] 연대보증인 중 1인이 자신의 채무를 변제하고 다른 연대보증인에게 구상하기 위해서는, 다른 연대보증인에 대한 '공동면책' 요건으로서 '잔존 주채무가 다른 연대보증인의 책임한도보다 하회함'을 주장·증명하여야 한다.[2573]

공동불법행위자 중의 한 사람이 다른 공동불법행위자에 대하여 구상권을 행사하는 경

2571) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2007다70155 판결; "수인의 보증인이 있는 경우에는 그 사이에 분별의 이익이 있는 것이 원칙이지만, 그 수인이 연대보증인일 때에는 각자가 별개의 법률행위로 보증인이 되었고 또한 보증인 상호간에 연대의 특약(보증연대)이 없었더라도 **채권자에 대하여**는 분별의 이익을 갖지 못하고 각자의 채무의 **전액을 변제**하여야 하나, 연대보증인들 상호간의 내부관계에 있어서는 주채무에 대하**여** 출재를 분담하는 일정한 **금액**을 의미하는 부담부분이 있고, 그 부담부분의 비율, 즉 분담비율에 관하여는 그들 사이에 특약이 있으면 당연히 그에 따르되 그 특약이 없는 한 각자 평등한 비율로 부담을 지게 된다. 그러므로 연대보증인 가운데 한 사람이 **자기의 부담부분을 초과하여 변제**하였을 때에는 다른 연대보증인에 대하여 구상을 할 수 있는데, 다만 다른 연대보증인 가운데 이미 자기의 부담부분을 변제한 사람에 대하여는 구상을 할 수 없으므로 그를 제외하고 아직 **자기의 부담부분을 변제하지 아니한 사람에 대하여만** 구상권을 행사하여야 한다. … 이러한 부담부분은 수인의 연대보증이 성립할 당시 주채무액에 분담비율을 적용하여 산출된 금액으로 일단 정하여지지만 그 후 주**채무자**의 변제 등으로 주채무가 소멸하면 부종성에 따라 각 연대보증인의 부담부분이 그 소멸액만큼 분담비율에 따라 감소하고 또한 **연대보증인**의 변제가 있으면 당해 연대보증인의 부담부분이 그 변제액만큼 감소하게 되므로, 자기의 부담부분을 초과한 변제를 함으로써 그 초과 변제액에 대하여 다른 연대보증인을 상대로 구상**권을 행사할** 수 있는 **연대보증인인지 여부**는 **당해 변제시**를 기준으로 판단하되, 구체적으로는 우선 그때까지 발생·증가하였던 주채무의 총액에 분담비율을 적용하여 당해 연대보증인의 부담부분 총액을 산출하고 그 전에 앞서 본 바와 같은 사유 등으로 감소한 그의 부담부분이 있다면 이를 위 부담부분 총액에서 공제하는 방법으로 당해 연대보증인의 부담부분을 확정한 다음 당해 변제액이 위 확정된 부담부분을 초과하는지 여부에 따라 판단하여야 하며, 한편 이미 자기의 부담부분을 변제함으로써 위와 같은 구상권 행사의 대상에서 제외되는 다른 **연**대보증인인지 여부도 원칙적으로 **구상**의 **기초가 되는 변제 당시**에 위와 같은 방법에 의하여 확정되는 그 연대보증인의 부담부분을 기준으로 판단하여야 한다."

2572) 그 '부담부분의 비율'에 대하여는 그들 사이에 특약이 있으면 당연히 그에 따르되 그 특약이 없는 경우에는 각자 '보증한도액의 비율'로 부담한다(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004다42104 판결; 채무자의 채권자에 대한 별개의 각 대출금을 각각 보증한 두 개의 보증회사 중 하나인 신용보증기금이 채무자의 잔존채무를 모두 변제함으로써 채무자의 다른 보증회사**에** 대한 **구상**금채무를 보증한 연대보증인이 공동으로 면책된 경우, 신용보증기금은 연대보증인에 대하여 '부**기**등기금액에 의한 배당금의 안분비율'에 따른 자기의 부담부분을 초과하는 부분에 대하여 구상할 수 있다고 한 사례).

2573) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다59071 판결; "주채무자를 위하여 수인이 연대보증을 한 경우, 어느 연대보증인이 채무를 변제하였음을 내세워 다른 연대보증인에게 구상권을 행사함에 있어서는 그 변제로 인하여 다른 연대보증인도 공동으로 면책되었음을 요건으로 하는 것인데, 각 연대보증인이 주채무자의 채무를 일정한 한도에서 보증하기로 하는 이른**바** 일부보증을 한 경우에는 달리 특별한 사정이 없는 한, 각 보증인은 보증한 한도 이상의 채무에 대하**여**는 그 책임이 없음은 물론이지만 주채무의 일부가 변제되었다고 하더라도 그 보증한 한도 내의 주채무가 남아 있다면 그 남아 있는 채무에 대하여는 보증책임을 면할 수 없다고 보아야 하므로, 이와 같은 경우에 연대보증인 중 1인이 변제로써 주채무를 감소시켰다고 하더라도 주채무의 남은 금액이 다른 연대보증인의 책임한도를 초과하고 있다면 그 다른 연대보증인으로서는 그 한도금액 전부에 대한 보증책임이 그대로 남아 있어 위의 채무변제로써 면책된 부분이 전혀 없다고 볼 수밖에 없고, 따라서 이러한 경우에는 채무를 변제한 위 연대보증인이 그 채무의 변제를 내세워 보증책임이 그대로 남아 있는 다른 연대보증인에게 **구**상권을 행사할 수는 없을 것이다." ☎ 원고(= 신용보증기금)는 1억 원의 범위 내에서, 피고는 2억 2,000만 원의 범위 내에서 각각 주채무자의 소외 은행에 대한 채무를 연대보증한 **사안**에서, **원심**이, 피고는 원고와 공동보증인으로서 원고가 소외 은행에 대위변제한 금원 중 2분의 1에 해당하는 52,593,128원을 지급할 의무가 있다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 원고가 대위변제를 한 후에도 소외 은행에 대한 채무 808,976,643원이 여전히 남아 있으므로, 원고가 자신의 보증채무를 변제하였다고 하더라도 피고의 연대보증채무는 그 보증책임의 한도 범위 내에서 여전히 존재하고, 원고의 변제로써 피고의 보증채무를 소멸시키지 못하여 공동면책이 이루어지지 아니한 이상, 원고는 피고에 대하여 구상권을 행사할 수 없다고 한 예.

우에도 '자기의 부담 부분(공동불법행위자 중 독립된 책임주체 간 과실의 정도에 따라 정하여지는데, 사용자와 피용자는 하나의 책임주체로 평가한다)을 초과'하는 변제를 하여 공동면책 되었음을 주장·증명하여야 한다.[2574] 피용자와 제3자의 공동불법행위로 인한 손해배상채무에 대하여 사용자가 피용자와 제3자의 책임비율에 의하여 정해진 '피용자의 부담 부분을 초과하여' 피해자에게 손해를 배상한 경우에 제3자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.[2575] 공동불법행위자의 1인을 피보험자로 하는 보험계약의 보험자가 보험금을 지급하고 보험자대위에 의하여 취득하는 피보험자의 다른 공동불법행위자에 대한 구상권도 '피보험자의 부담 부분 이상'을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에 다른 공동불법행위자의 부담 부분의 비율에 따른 범위에서 성립한다.[2576] 공동불법행위자 중 1인이 그 불법행위로 인한 손해배상채무와 청구권경합 관계에 있는 부당이득반환채무를 변제한 것도 공동면책행위에 해당한다.[2577]

2574) 대법원 1997. 12. 12. 선고 96다50896 판결: "공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에서는 연대책임(부진정연대채무)을 지되, 공동불법행위자들 내부관계에서는 일정한 부담 부분이 있고, 이 부담 부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여지는 것으로서 공동불법행위자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다. 그리고 공동불법행위자 중 1인이 다른 공동불법행위자에 대하여 구상권을 행사하기 위하여는 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻었음을 주장·입증하여야 하며, 위와 같은 법리는 피해자의 다른 공동불법행위자에 대한 손해배상청구권이 시효소멸한 후에 구상권을 행사하는 경우라고 하여 달리 볼 것이 아니다. … 원심은 … 공동불법행위자 중 1인 …의 보험자로서 피해자…에게 대위지급한 금액이 …가 부담하여야 할 내부적 부담 부분을 초과한다고 인정할 증거가 없다고 하여 그 대위지급에 기한 원고의 구상권을 부인하였는바, … 공동불법행위자 사이의 구상권의 발생 요건 및 주장·입증책임에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다."

2575) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005다28426 판결.
그 역(逆)으로, 주식회사 및 대표이사 이외의 다른 공동불법행위자 중 한 사람이 자신의 부담부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 한 후 구상권을 행사하는 경우에, 그 주식회사 및 대표이사는 구상권자에 대한 관계에서는 하나의 책임주체로 평가되어 각자 구상금액의 전부에 대하여 책임을 부담하여야 하고, 이는 위 대표이사가 공동대표이사인 경우에도 마찬가지이며, 그 공동대표이사는 주식회사가 원래 부담하는 책임부분 전체에 관하여 구상에 응하여야 하고 주식회사와 공동대표이사들 사이 또는 각 공동대표이사 사이의 내부적인 부담비율을 내세워 구상권자에게 대항할 수는 없다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다55473 판결).

2576) 나아가, ❶ 공동불법행위자들과 각각 보험계약을 체결한 보험자들은 각자 그 공동불법행위의 피해자에 대한 관계에서 상법 제724조 제2항에 의한 손해배상채무를 직접 부담하는 것이므로, 이러한 관계에 있는 보험자가 그 부담 부분을 넘어 피해자에게 손해배상금을 보험금으로 지급함으로써 공동불법행위자들의 보험자들이 공동면책되었다면 그 손해배상금을 지급한 보험자는 다른 공동불법행위자들의 보험자들이 부담하여야 할 부분에 대하여 직접 구상권을 행사할 수 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다53499 판결). ❷ 자신의 부담 부분을 넘어 공동면책을 시킨 공동불법행위자(A)의 다른 공동불법행위자들(B, C)에 대한 구상청구에 대하여 분할채무 관계에 있는 공동불법행위자들(B, C) 중 1인(B)이 자신의 부담 부분을 초과하여 구상에 응하고, 그로 인하여 다른 공동불법행위자(C)가 자신의 출연 없이 채무를 면하게 되는 경우, 구상에 응한 공동불법행위자(B)는 그 다른 공동불법행위자(C)의 부담 부분 내에서 자신의 부담 부분을 초과하여 변제한 금액에 관하여 구상권을 취득한다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2022다309474 판결).

2577) 대법원 2021. 6. 10. 선고 2019다226005 판결; "계약 당사자 사이에서 일방 당사자의 잘못으로 인해 상대방 당사자가 계약을 취소하거나 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있는 경우 계약 취소로 인한 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 동일한 경제적 급부를 목적으로 경합하여 병존하게 되고, 특별한 사정이 없는 한 어느 하나의 청구권이 만족을 얻어 소멸하면 그 범위 내에서 다른 나머지 청구권도 소멸하는 관계에 있다. 따라서 채무자가 부당이득반환채무를 변제하였다면 그와 경합관계에 있는 손해배상채무도 소멸

(나) '부담 부분 초과' 변제가 필요하지 않은 경우

'연대채무자' 중의 한 사람이 다른 연대채무자에게 구상권을 행사하는 경우에는 자기 부담 부분 이하의 변제를 하였더라도 다른 연대채무자의 부담 부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.[2578] [2579] 그 결과 변제 기타 자기의 출재로 일부 공동면책되게 한 연대채무자는 역시 변제 기타 자기의 출재로 일부 공동면책되게 한 다른 연대채무자를 상대로 하여서도 자신의 공동면책액 중 다른 연대채무자의 분담비율에 해당하는 금액이 다른 연대채무자의 공동면책액 중 자신의 분담비율에 해당하는 금액을 초과한다면 그 범위에서 여전히 구상권을 행사할 수 있다.[2580]

'보증인'이 변제 기타의 출재로 주채무를 소멸하게 한 때에는 그 출재한 금액에 불구하고 주채무자에게 구상을 할 수 있다(민법 제441조 제1항, 제444조). '물상보증인'이 피담보채무를 '변제'[2581]하거나 '저당권의 실행으로 저당물의 소유권을 잃은 때'[2582]에는 보증채무

한다. 이때 불법행위로 인한 손해배상채무에 관하여 채무자와 함께 공동불법행위책임을 부담하는 자가 있고, 채무자의 위와 같은 변제가 공동불법행위자들 내부관계에서 인정되는 자기의 부담 부분을 초과한 것이라면, 채무자는 다른 공동불법행위자에게 공동 면책을 이유로 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다." ☜ 원심이, 원고 증권회사가 선행판결에 따라 개인투자자들에게 부당이득반환채무를 변제하였더라도 이는 별개의 소송물인 불법행위로 인한 손해배상채무에는 아무런 영향이 없으므로 원고와 피고들이 공동불법행위자에 해당한다고 하더라도 피고들이 공동의 면책을 얻게 한 것이라고 볼 수 없다는 이유만으로 원고의 피고들에 대한 구상금청구를 배척한 것을 파기한 예.

2578) **민법 제425조(출재채무자의 구상권)** ① 어느 연대채무자가 변제 기타 자기의 출재로 공동면책이 된 때에는 다른 연대채무자의 부담 부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있다. ② 전항의 구상권은 면책된 날 이후의 법정이자 및 피할 수 없는 비용 기타 손해배상을 포함한다. ☛ **민법 제411조**에 따라 연대채무자의 부담부분과 구상권에 관한 규정이 불가분채무자에 준용된다.

2579) 연대채무자들 중 어느 1인이 자신의 내부 부담 부분을 넘어 채무를 변제함으로써 채권자의 다른 연대채무자에 대한 원채권을 행사하는 경우에도 자신의 연대보증인도 겸한 다른 연대채무자의 연대보증인에 대하여는 대위할 수 없다(91다3062).

2580) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다46023 판결; "연대보증인들 사이의 내부관계에서는 연대보증인 각자가 자신의 분담금액을 한도로 일부 보증을 한 것과 같이 볼 수 있어서 그 분담금액 범위 내의 출재에 관한 구상관계는 주채무자만을 상대로 해결할 것을 예정하고 있는 반면, 연대채무자들 사이에서는 연대채무자 각자가 행한 모든 출재에 관하여 다른 연대채무자의 공동부담을 기대하는 것이 보통이다. 그리하여 민법은 연대보증인 중의 한 사람이 공동면책을 이유로 다른 연대보증인에게 구상권을 행사하려면 '자기의 부담부분을 넘은' 변제를 하였을 것을 그 요건으로 규정하였으나(제448조 제2항), 연대채무자 중의 한 사람이 공동면책을 이유로 다른 연대채무자에게 구상권을 행사하는 데 있어서는 그러한 제한 없이 '부담부분'에 대하여 구상권을 행사할 수 있는 것으로 규정하고 있다(제425조 제1항). 따라서 연대채무자 사이의 구상권 행사에 있어서 '부담부분'이란 연대채무자가 그 내부관계에서 출재를 분담하기로 한 비율을 말한다고 봄이 상당하다. 그 결과 변제 기타 자기의 출재로 일부 공동면책되게 한 연대채무자는 역시 변제 기타 자기의 출재로 일부 공동면책되게 한 다른 연대채무자를 상대로 하여서도 자신의 공동면책액 중 다른 연대채무자의 분담비율에 해당하는 금액이 다른 연대채무자의 공동면책액 중 자신의 분담비율에 해당하는 금액을 초과한다면 그 범위에서 여전히 구상권을 행사할 수 있다고 보아야 한다."
⇒ 예컨대, 甲, 乙, 丙이 균등 부담으로 90만원의 연대채무를 지는 경우, 甲이 45만원을 변제하였으면 乙, 丙에 대하여 각 15만원씩(= 45만 × 1/3)을 구상할 수 있는데, 乙도 30만원을 변제하였으면 甲은 乙에게 5만원(15만 – 10만원(= 30만 × 1/3))을 구상할 수 있다.

2581) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결; "구상권 취득의 요건인 '채무의 변제'라 함은 채무의 내용인 급부가 실현되고 이로써 채권이 그 목적을 달성하여 소멸하는 것을 의미하므로, 기존 채무가 동일성을 유지하면서 인수 당시의 상태로 종래의 채무자로부터 인수인에게 이전할 뿐 기존 채무를 소멸시키는 효력이 없는

에 관한 규정에 의하여 채무자에 대한 구상권을 취득한다(민법 제370조, 제341조).

매도인이 매수인에게 이행인수된 채무를 변제한 후 그 변제액만큼의 매매대금의 지급을 구하는 경우, 그 인수채무 변제에 관한 증명책임은 매도인 측에 있다.[2583]

(다) 구상권의 범위

구상권의 범위는 원고가 주장·증명하여야 할 사항이고, 원고의 주장·증명을 토대로 어떠한 방식에 따라 구상금의 수액을 계산할 것인지는 법원의 판단에 맡겨져 있다.[2584]

담보권 실행으로 부동산 소유권을 잃은 물상보증인의 채무자에 대한 구상 범위는 '소유권 상실 시'(매각대금 완납 시) '시가'를 기준으로 한다.[2585]

구상권의 범위[2586]에는 '면책된 날 이후의 법정이자[2587] 및 피할 수 없는 비용 기타 손해배상'을 포함한다.[2588] 법정이자청구권과 지연손해금청구권은 별개의 청구권으로서 청구

면책적 채무인수는 설령 이로 인하여 기존 채무자가 채무를 면한다고 하더라도 이를 가리켜 채무가 변제된 경우에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 채무인수의 대가로 기존 채무자가 물상보증인에게 어떤 급부를 하기로 약정하였다는 등의 사정이 없는 한 물상보증인이 기존 채무자의 채무를 면책적으로 인수하였다는 것만으로 물상보증인이 기존 채무자에 대하여 구상권 등의 권리를 가진다고 할 수 없다."

2582) 물상보증인은 '피담보채무 변제 시나 저당물의 소유권 상실 시'에 구상권을 취득하므로, 사전구상권을 행사할 수는 없다(2009다19802).

2583) 대법원 1994. 5. 13. 선고 94다2190 판결: "부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 가등기담보부 채무, 임대차보증금반환채무를 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 다른 특별한 약정이 없는 이상 이는 이행인수로서, 매수인은 매매대금에서 그 채무를 공제한 나머지를 지급함으로써 잔대금지급의무를 다한 것으로 된다 할 것이며, 이러한 경우 매도인이 매수인의 인수채무불이행으로 말미암아 또는 임의로 매수인을 대신하여 위 매수인의 인수채무를 변제하였다면 매도인은 매수인에 대하여 그로인한 손해배상채권 또는 구상채권을 갖게 된다 할 것이므로, 매도인이 위 채무를 변제하고 매수인에 대하여 그 변제액만큼의 매매대금의 지급을 구하는 경우 이는 위와 같은 손해배상채무 또는 구상채무를 청구하는 경우에 해당되어 그 인수채무를 변제한 여부에 관한 입증책임은 매도인 측에 있다 할 것이다."

2584) 따라서 구상금 수액의 계산방식과 관련하여 피고가 원심에서 어떠한 주장을 하지 아니하였다고 하더라도 계산방식의 잘못을 상고이유로 삼을 수 있다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다98928 판결; 산업재해가 보험가입자와 제3자의 공동불법행위로 인하여 발생한 경우, 근로복지공단이 제3자에 대하여 구상권을 행사할 수 있는 범위에 관한 사례).

2585) 대법원 2018. 4. 10. 선고 2017다283028 판결: "물상보증인이 담보권의 실행으로 타인의 채무를 담보하기 위하여 제공한 부동산의 소유권을 잃은 경우 물상보증인이 채무자에게 구상할 수 있는 범위는 특별한 사정이 없는 한 담보권의 실행으로 그 부동산의 소유권을 잃게 된 때, 즉 매수인이 매각대금을 다 낸 때의 부동산 시가를 기준으로 하여야 하고, 매각대금을 기준으로 할 것이 아니다. 경매절차에서 유찰 등의 사유로 소유권 상실 당시의 시가에 비하여 낮은 가격으로 매각되는 경우가 있는데, 이 경우 소유권 상실로 인한 부동산 시가와 매각대금의 차액에 해당하는 손해는 채무자가 채무를 변제하지 못한 데 따른 담보권의 실행으로 물상보증인에게 발생한 손해이므로, 이를 채무자에게 구상할 수 있어야 하기 때문이다."

2586) 민법 제425조(연대채무자 간의 구상권) ②, 제448조(공동보증인 간의 구상권) ②. ☛ 민법 제425조 제2항은 공동불법행위자간의 구상관계에도 준용되는 것으로 해석된다(2005다7085).

2587) '면책 당일'을 포함한다(2005다7085). 법문상 '이후'라 되어 있고, '이후'는 '당일'을 포함하는 사전적 의미를 갖고 있으므로, 공동면책 금원에 대하여 면책일 당일부터 최소한 민사법정이율에 따른 법정이자가 가산된다. 대위변제자와 채무자 간 대위변제약정에 이자 약정이 있는 경우에는 대위변제일 이후의 약정이자를 가산하여야 한다(대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결).

2588) ❶ 출재액 중에 이자제한법 소정의 제한이율을 초과하는 이자나 지연손해금이 포함되어 있다면 그 초과 부분은

권경합의 관계에 있다.

사용자가 신원보증보험에 가입한 경우, 피용인(피보증인)의 행위로 인하여 제3자가 입은 손해를 배상한 사용자(피보험자)는, 보험자로부터 수령한 보험금으로 전보되지 않고 남은 부분에 대하여 피용인을 상대로 구상책임(신의칙 등에 의하여 제한된 범위 내의 책임)의 이행을 청구할 수 있다.[2589]

처음부터 채무가 존재하지 않는 것이었기 때문에 공동면책이 있을 수 없으므로 구상도 할 수 없다. 판례는, 연대보증인이 주채무자의 위탁 내지 동의 없이 이자제한법 소정의 제한을 넘는 이자를 지급하면 그 부분에 대한 구상권이 없다(4294민상1413)고 한다. ❷ 공동불법행위자 중 1인이 피해자에 대한 손해배상판결에 따라 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 법정이율에 의한 지연손해금을 지급한 경우, 그 중 민법 소정의 법정이율을 초과하는 부분은 다른 공동불법행위자의 책임을 공동으로 면책시킨 금원이나 피할 수 없는 비용 또는 손해에 해당한다고 볼 수 없다(2008다65402). ❸ 공동 면책에 소요된 자금을 자신의 보유자금으로 충당하지 아니하고 다른 데에서 차용·조달하였다 하더라도 실제의 차용이자가 법정이자를 상회하는지의 여부에 관계없이 그 법정이자 상당의 금원만을 구상할 수 있을 뿐이고, 법정이자와 별도로 실제의 차용이자 전액 또는 그 중 법정이자를 초과하는 부분만을 다시 이른바 '피할 수 없는 비용 또는 손해'에 해당한다고 하여 구상할 수는 없다(2000다29325). ❹ 피할 수 없는 비용 기타의 손해배상에는 소송을 제기당한 공동불법행위자가 피해자에게 지급한 소송비용상환액뿐만 아니라 소송을 수행하는 과정에서 지출한 소송비용도 포함되고, 지출한 변호사보수 중에서 「변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙」에 의한 보수기준, 소속 변호사회의 규약, 소송물가액, 사건의 난이도, 소송 진행 과정, 판결 결과 등 여러 가지 사정을 참작하여 합리적으로 판단하여 상당하다고 인정되는 범위 내의 금원은 피할 수 없는 비용 기타의 손해로서 구상할 수 있다. 반면 공동불법행위자가 다른 공동불법행위자와의 공동면책이 아니라 자신의 권리를 방어하기 위하여 지출한 소송비용은 다른 공동불법행위자에 대하여 구상하는 것이 허용되지 않는다. 공동불법행위자 중 1인이 공동면책을 시킨 다른 공동불법행위자로부터 구상금 청구 소송을 당한 경우 그 구상금 채무는 특별한 사정이 없는 한 자신의 부담 부분에 따른 분할채무이므로, 그 소송과 관련하여 지출한 변호사보수나 소송비용상환액은 나머지 공동불법행위자들과의 공동면책이 아니라 자신의 권리를 방어하기 위한 것으로 이들에 대하여 구상을 할 수 없다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2022다309474 판결). ❺ 통설은 '피할 수 없는 비용'에 대한 면책일 이후의 법정이자도 구상범위에 포함된다고 볼 것이라고 하고 있으나(주석민법 채권총칙(2), 2000, 231면(강봉수 집필); 민법주해 채권(3), 1995, 143면(차한성 집필)), '피할 수 없는 손해'에 대한 면책일 이후의 법정이자도 구상범위에 포함되는 것으로 볼 것인지에 대해서는 명시적인 언급이 없다. '구상권은 면책된 날 이후의 법정이자 및 피할 수 없는 비용 기타 손해배상을 포함한다'고 규정하고 있어, 법문상으로는 '피할 수 없는 비용 기타 손해배상'에 대해서도 '면책된 날 이후의 법정이자'를 인정하고 있다고 보기 어렵다. 법정이자는 법률이 특별히 인정한 것이므로 법문에 충실하게 제한적으로 해석함이 옳다. 따라서 공동면책을 위한 출재액 자체에 대해서만 법정이자가 인정되고 비용이나 손해배상에 대해서는 법정이자가 인정되지 않으므로, 비용이나 손해배상 부분에 대해서는 기한의 정함이 없는 채무로서 그 이행을 최고한 다음 날부터 지연손해금을 구할 수 있을 뿐이다. ❻ 수탁보증인의 사전구상권에는 주채무인 원금과 사전구상에 응할 때까지 이미 발생한 이자와 기한 후의 지연손해금, 피할 수 없는 비용 기타의 손해액이 포함될 뿐이고, 주채무인 원금에 대한 완제일까지의 지연손해금은 포함될 수 없으며, 사전구상권은 장래의 변제를 위하여 자금의 제공을 청구하는 것이므로 수탁보증인이 아직 지출하지 아니한 금원에 대하여 지연손해금을 청구할 수는 없다(2003다46758).

2589) 대법원 2022. 12. 29. 선고 2019다210697 판결; "신원보증보험계약(특별약관 포함) 중 피보험자가 법률상의 손해배상책임을 부담함으로써 입은 손해에 대하여 보험자가 보상하기로 약정한 부분은, 피보험자가 피보증인의 행위로 인하여 직접 입은 손해를 보상하는 것이 아니라 피보험자의 피용인인 피보증인의 행위로 인하여 제3자가 손해를 입게 된 결과 피보험자가 그 제3자에 대하여 법률상 손해배상책임을 부담함으로써 입은 손해를 보상하는 것을 그 내용으로 하고 있으므로, 손해보험 중에서도 일종의 영업책임보험(상법 제721조)의 성격을 가지고 있다. 따라서 이러한 신원보증보험에 있어서 피보증인의 행위로 인하여 제3자가 입은 손해를 배상한 피보험자는, 보험자로부터 수령한 보험금으로 전보되지 않고 남은 부분에 대하여 피보증인을 상대로 구상책임(다만 신의칙 등에 의하여 제한된 범위 내의 책임이다. 이하 같다)의 이행을 청구할 수 있다. … 특별한 사정이 없는 한 피보험자는 제3자에게 지급한 전체 손해배상액에서 보험금으로 전보되지 않고 남은 부분이 피보증인의 구상책임액보다 많은 경우에는 피보증인에 대하여 구상책임액 전부를 이행할 것을 청구할 수 있고, 위 남은 부분이 피보증인의 구상책임액보다 적을 경우에는 그 남은 부분의 구상을 청구할 수 있다." ☜ **원심**이, 원고가 투자자들에게 지급한 전체 손해배상액 1,881,697,453원 중 피고의 책임을 신의칙에 기해 20%로 제한하여

나) 소송물과 기판력

채무를 변제할 이익이 있는 자가 채무를 대위변제한 경우에 갖는 '구상권'과 '변제자 대위권'('변제자대위'에 관하여는, '물권-저당권' 기술 부분 참조),[2590] 수탁보증인의 '사전구상권'과 '사후구상권'은 서로 별개의 권리이다.[2591]

금융기관이 승소확정판결 받은 구상금이나 대여금 채권의 소멸시효 중단을 위하여 다시 소를 제기하는 경우가 실무상 자주 보이는데, 전소인 구상금 청구소송에서 원고의 피고에 대한 구상금채권이 확정된 이상 그 확정된 채권의 소멸시효 중단을 위하여 제기된 후소에서는 보증보험계약서의 진정성립 여부 등 모든 요건사실의 구비 여부에 관하여 다시 심리할 수 없다.[2592] 따라서 공시송달로 확정된 원고 승소 확정 판결의 전소 권리관

구상책임액을 376,339,490원(= 1,881,697,453원 × 20%)으로 정한 후, 보험금 2억 원을 공제한 잔액인 176,339,490원이 피고가 원고에게 지급하여야 할 구상금이라고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 피고의 구상책임액은 376,339,490원이고, 전체 손해배상액 1,881,697,453원에서 보험금 2억 원을 공제한 잔액은 1,681,697,453원으로 피고의 구상책임액을 초과하므로, 피고는 원고에게 구상금으로 위 376,339,490원 전액을 지급할 의무가 있다고 한 예(보험금은 사용자 부담분에 우선 충당된다고 보면 이해하기 쉽다).

2590) 대법원 1997. 5. 30. 선고 97다1556 판결: "구상권과 변제자 대위권은 그 원본, 변제기, 이자, 지연손해금의 유무 등에 있어서 그 내용이 다른 별개의 권리로서, 물상보증인은 고유의 구상권을 행사하든 대위하여 채권자의 권리를 행사하든 자유이며, 다만 채권자를 대위하는 경우에는 같은 법 제482조 제1항에 의하여 고유의 구상권의 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있는 것이어서, 변제자 대위권은 고유의 구상권의 효력을 확보하는 역할을 한다." ☛ ❶ '구상권'과 '보험자대위권' 역시 서로 다른 별개의 권리이다(대법원 2022. 4. 28. 선고 2019다200843 판결). ❷ 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 경우에 회생채권자가 자신의 구상권을 회생채권으로 신고하지 아니하여 채무자가 그 구상권에 관하여 책임을 면한다 하더라도 회생채권자가 채무자에 대하여 이행을 강제할 수 없을 뿐 구상권 자체는 그대로 존속한다고 봄이 타당하므로, 회생채권자가 변제자대위에 의하여 채권자를 대위하여 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사하는 데에는 영향이 없다(대법원 2015. 11. 12. 선고 2013다214970 판결). ❸ 대위변제자와 채무자 사이에 구상금에 관한 지연손해금 약정이 있더라도 이 약정은 구상금을 청구하는 경우에 적용될 뿐이고, 변제자대위권을 행사하는 경우에는 적용될 수 없다(2005다32418). ❹ 구상금 청구에 대해 원고가 주장하지도 않은 변제자대위 요건을 심사한 뒤 이를 충족하지 않는다는 이유도 함께 들어 원고의 주장을 배척하는 것은 처분권주의, 변론주의 원칙을 위반한 것이다(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다276539 판결).

2591) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결: "수탁보증인의 사전구상권과 사후구상권은 그 종국적 목적과 사회적 효용을 같이하는 공통성을 가지고 있으나, 사후구상권은 보증인이 채무자에 갈음하여 변제 등 자신의 출연으로 채무를 소멸시켰다고 하는 사실에 의하여 발생하는 것이고, 이에 대하여 사전구상권은 그 외의 민법 제442조 제1항 소정의 사유나 약정으로 정한 일정한 사실에 의하여 발생하는 등 그 발생원인을 달리하고 그 법적 성질도 달리하는 별개의 독립된 권리이므로, 사후구상권이 발생한 이후에도 사전구상권은 소멸하지 아니하고 병존하며, 다만 목적달성으로 일방이 소멸하면 타방도 소멸하는 관계에 있을 뿐이다."☛ 소멸시효도 각각 별도로 진행되고, 사후구상권의 소멸시효는 사전구상권이 발생되었는가 여부와는 관계없이 사후구상권 그 자체가 발생되어 이를 행사할 수 있는 때로부터 진행된다(91다37553; 수탁보증인의 주채무자에 대한 사후구상권은 면책행위를 한 때에 발생하고 그 행사가 가능하게 되므로, 원고 신용보증기금의 사후구상채권의 시효기간은 원고가 대위변제한 날부터 진행되고, 상사시효기간인 5년이 경과되기 전에 소가 제기되었다 하여 소멸시효 항변을 배척한 예).

2592) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다61557 판결; **원심**이, 보증보험계약서의 진정성립이 인정되지 않고 그 밖에 보증보험계약이 피고의 의사에 기해 체결되었음을 인정할 증거가 없다는 이유로 원고의 보증보험계약에 기한 주장을 배척하고, 나아가 피고가 기본대리권을 수여하였다고 볼 증거가 없는 이상 제3자가 피고의 인감도장, 인감증명서, 사업자등록증, 주민등록등본 등을 소지하고 있다고 하더라도 계약체결의 권한이 있다고 믿음에 정당한 사유가 있다고 보기 어렵다는 이유로 원고의 표현대리 주장도 배척하여 원고의 구상금청구를 기각한 데 대하여, **대법원**은, 전소 구상금 청구소송에서 원고의 피고에 대한 구상금채권이 확정된 이상 그 확정된 채권의 소멸시효의 중단을 위하여 제기된 소송에서 보증보험계약서의 진정성립 여부 등을 다시 심리할 수는

계를 피고가 후소에서 다투기 위해서는 먼저 전소의 원고 승소 확정판결에 대하여 '적법한 추완항소'를 제기함으로써 그 기판력을 소멸시켜야 한다.[2593]

다) 항 변

공동보증인 간의 구상권에 관한 민법 제448조는 임의규정이므로 구상의무를 면제하는 특약의 존재를 주장·증명하여 항변할 수 있다.[2594]

공동연대보증인 중 1인이 채무 전액을 대위변제한 후 주채무자로부터 구상금의 일부를 변제받은 경우, 주채무자의 구상금 일부 변제는 특별한 사정이 없는 한 대위변제를 한 연대보증인의 부담 부분에 상응하는 주채무자의 구상채무를 먼저 감소시키고 이 부분 구상채무가 전부 소멸되기 전까지는 다른 연대보증인들이 부담하는 구상채무의 범위에는 아무런 영향을 미치지 않지만, '주채무자의 구상금 일부 변제 금액이 대위변제를 한 연대보증인의 부담 부분을 넘는 경우'에는 그 '넘는 변제 금액'은 주채무자의 구상채무를 감소시킴과 동시에 '다른 연대보증인들의 구상채무도 각자의 부담비율에 상응하여 감소'시키므로,[2595] 대위변제한 연대보증인(= 원고)의 다른 연대보증인(= 피고)에 대한 구상청구

없다고 하여 원심을 파기한 예.

2593) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다111340 판결; ① 원고의 피고에 대한 전소 소장 등이 공시송달 되어 소송절차가 진행된 뒤 원고 승소의 제1심판결이 선고되고 그 판결정본 역시 공시송달로 피고에게 송달, 확정되었고, ② 원고는 전소 제1심판결에 기한 채권의 소멸시효 중단을 위해 피고를 상대로 후소를 제기하였는데, 후소 역시 공시송달로 진행되어 형식적으로 원고 승소의 제1심판결이 확정되었으며, ③ 원고는 이를 집행권원으로 피고 소유 부동산에 관한 강제경매개시결정을 받았는데, 피고는 외국에 거주하던 중 2011. 11. 4. 강제경매개시결정을 송달받고 그 무렵 후소 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되어 2011. 11. 9. 그에 대한 추완항소를 제기하였고, ④ 피고 소송대리인은 후소 추완항소심 계속 중인 2012. 4. 26. 원고 측 소송대리인이 제출한 준비서면 및 그에 첨부된 전소 제1심판결문을 송달받고, 같은 날 대법원 사건검색을 통하여 전소 제1심의 진행상황을 검색한 사실관계하에서, 원심(후소의 추완항소심)이 2012. 6. 21. '피고 주장과 같이 전소의 제1심 소송절차가 공시송달에 의하여 진행되었다 하더라도 그에 대한 추완항소 등이 제기되지 아니한 결과 원고의 피고에 대한 채권을 확정하는 확정판결이 존재하는 이상, 피고로서는 그 확정판결의 변론종결일 이전의 사유를 들어 후소에서 다툴 수 없다'고 판단한 데 대하여, 피고가 그 판결 선고 후인 2012. 7. 3. 비로소 전소 추완항소를 제기하고 후소에 대해 상고하자, 대법원은, '피고 소송대리인은 2012. 4. 26. 전소 제1심판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었으므로, 당시 외국에 거주하고 있던 피고가 그로부터 30일이 경과한 후에 제기한 전소 추완항소는 부적법하고, 피고가 마찬가지로 공시송달로 진행되어 선고된 후소의 확정판결에 대하여 적법한 기간 내에 이미 추완항소를 제기한 사정은 이러한 결론에 아무런 영향을 미칠 수 없다.'라고 하여 원심이 정당하다고 한 예.

2594) 원고와 피고를 비롯한 연대보증인들 사이에 원고를 포함한 법인 연대보증인 5인만이 채무를 균등하게 분담하여 분할변제하고 피고를 포함한 개인 연대보증인 6인에 대하여는 그 변제책임 내지 구상의무를 면제하는 취지의 특약이 있었으므로 원고의 구상청구에 응할 수 없다는 피고의 주장에 대하여, 위 주장과 같은 특약이 있었음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고의 주장을 배척한 예(2007다70155).

2595) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2009다46873 판결; 원심공동피고(도·소매업자)는 1998. 1. 5. 소외회사와 사이에, 소외 회사가 생산하거나 취급하는 일체의 제품을 공급받기로 하는 거래약정을 체결하고, 피고 1, 2는 위 약정에 기한 원심공동피고의 소외 회사에 대한 채무를 연대보증하였고, 원고는 2006. 6. 14. 원심공동피고가 소외 회사에게 부담하게 될 물품대금채무에 관하여 보증원금 120,000,000원, 보증기한 2006. 12. 13.로 하는 신용보증약정을 체결한 후, 소외 회사가 2007. 2. 1. 원심공동피고가 소외 회사에 대한 미수금을 지급하지 않고 있음을 이유로 원고에게 위 신용보증약정에 따른 보증채무의 이행을 청구함에 따라, 원고는 2007. 2. 12. 소외 회사에 72,996,040원을 대위변제 한 다음, 원심공동피고로부터 2007. 3. 29. 6,925,854원, 2007. 4.

에서, 피고로서는 '주채무자가 원고 부담 부분을 초과하는 구상금을 변제한 사실'을 주장·증명하여야, 주채무자의 구상금 변제로 인한 채무 소멸의 항변이 유효하게 된다.

변제로 공동면책시켜 구상권을 가지는 연대보증인이 주채무자에 대한 채권의 담보를 상실 또는 감소시킨 때에는 민법 제485조(채권자의 담보 상실·감소행위에 따른 법정대위자의 면책, 상세한 설명은 '보증채무' 기술 부분 참조)의 '채권자의 고의나 과실로 담보가 상실되거나 감소된 때'에 해당하여, 다른 연대보증인은 구상의무를 이행하였을 경우에 그 '담보의 소멸로 인하여 주채무자로부터 상환을 받을 수 없는 한도'에서 그 책임을 면한다는[2596] 면책항변을 할 수 있다.

수탁보증인의 사전구상 청구에 대해, 주채무자는 민법 제443조[2597] 전단을 근거로 담보의 제공을 구할 수 있고, 그 담보제공이 있을 때까지 사전구상의무 이행을 거절할 수 있으나,[2598] 채권자와 보증인 간 중첩적 채무인수로 보증인 지위를 상실했다는 주장은

---

18. 20,000,000원 등 합계 26,925,854원을 지급받아 위 신용보증약정에 따른 구상채권의 변제에 충당한 **사안**에서, **원심**이, '주채무자인 원심공동피고가 원고에게 구상금 중 일부인 26,925,854원을 변제하였다 하더라도 피고들의 구상채무는 여전히 원래 각자의 부담 부분에 상응하는 각 24,332,013원'이라는 취지로 판단한 데 대하여, **대법원**은, "원고가 주채무자인 원심공동피고의 상행위로 인한 물품대금채무에 관하여 소외 회사에게 한 신용보증은 연대보증에 해당하므로 원고와 피고들은 위 물품대금채무에 관하여 공동연대보증인의 지위에 있다. 그런데 원고가 소외 회사에게 물품대금채무 72,996,040원을 전액 대위변제함으로써 주채무자인 원심공동피고는 원고에게 동액 상당의 구상채무를 지게 되고, 한편 공동연대보증인 간의 부담비율은 특별한 사정이 없는 한 균등하므로 피고들은 원고에게 각자의 부담 부분인 각 24,332,013원(72,996,040원 × 1/3, 원미만 버림) 상당의 구상채무를 지게 된다. 이러한 구상관계 아래에서 주채무자인 원심공동피고가 원고에 대한 구상채무의 변제로 지급한 **26,925,854원** 중 원고의 부담 부분에 상응하는 24,332,013원은 주채무자 원심공동피고의 구상채무만을 감소시킬 뿐 피고들의 구상채무를 감소시키지 못하고, 원고의 부담 부분을 넘는 나머지 변제 금액 **2,593,841원**(26,925,854원 − 24,332,013원)에 한하여 동액 상당의 원심공동피고의 구상채무를 감소시킴과 동시에 피고들의 부담 부분 중 **각 1,296,920원**(2,593,841원 × 1/2)에 상응하는 피고들의 구상채무를 감소시킨다."라고 한 다음, "원심이 원심공동피고의 변제 금액 중 원고의 부담 부분에 상응하는 24,332,013원은 원심공동피고의 구상채무만을 감소시킬 뿐 피고들의 구상채무를 감소시키지 못한다고 판단한 것은 정당하지만, 원고의 부담 부분을 넘는 원심공동피고의 변제 금액 2,593,841원에 관하여도 피고들의 구상채무를 전혀 감소시키지 못한다고 판단한 데에는 공동연대보증인 중 1인의 대위변제 후 주채무자의 구상금 일부 변제 시 다른 공동연대보증인들의 구상채무 소멸 범위에 관한 법리를 오해한 나머지 판결에 영향을 미친 위법이 있다."라고 한 예.

2596) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다11651 판결: "민법 제485조는 보증인 기타 법정대위권자를 보호하여 주채무자에 대한 구상권을 확보할 수 있도록 채권자에게 담보보존의 의무를 부담시키는 것으로서, 그 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 구상권의 범위 내에서 채권자로 되고, 위 연대보증인에 대하여 자기의 부담부분에 대하여 상환을 하는 다른 연대보증인은 그의 상환액을 다시 주채무자에 대하여 구상할 수 있고 이 구상권의 범위 내에서는 그 자는 공동면책시킨 위 연대보증인이 당초 채권자를 대위하여 가지는 권리를 다시 대위취득할 수 있기 때문에, 변제로 당초의 채권을 대위 행사하는 연대보증인과 다른 연대보증인과의 관계는 바로 민법 제485조에서 정한 '채권자'와 '제481조의 규정에 의하여 대위할 자'의 관계가 되는 것이다."

2597) **민법 제443조(주채무자의 면책청구)** 전조의 규정에 의하여 주채무자가 보증인에게 배상하는 경우에 주채무자는 자기를 면책하게 하거나 자기에게 담보를 제공할 것을 보증인에게 청구할 수 있고 또는 배상할 금액을 공탁하거나 담보를 제공하거나 보증인을 면책하게 함으로써 그 배상의무를 면할 수 있다.

2598) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다283578 판결(만약 수탁보증인이 주채무자의 담보제공청구에 응하여 구상금

유효한 항변이 아니다.[2599]

주채무자가 면책사실을 수탁보증인에게 통지하지 않고 있던 중 보증인도 사전 통지 없이 이중의 면책행위를 한 경우, 선행의 주채무자 면책행위가 유효하고 후행의 보증인의 면책행위는 무효이다.[2600]

'신의칙'에 기하여 구상권의 제한이나 면책을 항변할 수도 있다.[2601]

물상보증인의 채무자에 대한 구상권,[2602] 공동불법행위자의 다른 공동불법행위자에 대

액에 상당한 담보를 특정하여 제공할 의사를 표시한다면 법원은 주채무자가 수탁보증인으로부터 그 특정한 담보를 제공받음과 동시에 사전구상의무를 이행하여야 한다고 판결하여야 하지만, 수탁보증인이 주채무자의 담보제공청구를 거절하거나 구상금액에 상당한 담보를 제공하려는 의사를 표시하지 않는다면 법원은 수탁보증인의 사전구상금 청구를 기각하는 판결을 하여야 한다).

2599) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003다37730 판결; "채권자와 보증인 사이에 보증인이 주채무를 중첩적으로 인수하기로 약정하였다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 보증인은 주채무자에 대한 관계에서는 종전의 보증인의 지위를 그대로 유지한다고 봄이 상당하므로, 채무인수로 인하여 보증인과 주채무자 사이의 주채무에 관련된 구상관계가 달라지는 것은 아니라 할 것이다. … 원심이, 원고가 ○○건설의 건설공제조합에 대한 구상채무를 인수함으로써 보증인의 지위를 상실하였으므로 사전구상권을 행사할 수 없다는 피고의 주장을 배척한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고"

2600) 대법원 1997. 10. 10. 선고 95다46265 판결; "민법 제446조의 규정은 같은 법 제445조 제1항의 규정을 전제로 하는 것이어서 같은 법 제445조 제1항의 사전 통지를 하지 아니한 수탁보증인까지 보호하는 취지의 규정은 아니라 할 것이므로, 수탁보증에 있어서 주채무자가 면책행위를 하고도 그 사실을 보증인에게 통지하지 아니하고 있던 중에 보증인도 사전 통지를 하지 아니한 채 이중의 면책행위를 한 경우에는 보증인은 주채무자에 대하여 같은 법 제446조에 의하여 자기의 면책행위의 유효를 주장할 수 없다. 따라서 이 경우에는 이중변제의 기본 원칙으로 돌아가 먼저 이루어진 주채무자의 면책행위가 유효하고 나중에 이루어진 보증인의 면책행위는 무효로 보아야 할 것이므로 보증인은 같은 법 제446조에 기하여 주채무자에게 구상권을 행사할 수 없다" ☛ 이 경우 **공방구조**는, "❶ 수탁보증인(원고)의 변제에 따른 구상금 청구 ⇔ ❷ 주채무자(피고)의 선행 변제 항변(양 변제의 선후는 자연스럽게 드러남); 주채무자의 변제가 선행한 경우 주채무가 소멸하면서 보증채무도 부종성으로 함께 소멸하고 후행의 보증인 변제는 비채변제일 뿐이므로, 피고의 변제 항변 유효. ⇔ ❸ 원고의 재항변; ① 보증인의 사전 통지(제445조①, 판례) + ② 주채무자의 보증인에 대한 면책 미통지(제446조) + ③ 보증인의 선의 변제(제446조) + ④ 보증인의 자기 면책행위의 유효 주장(제446조)이 요건사실임"의 순서로 된다.

2601) ❶ 대법원 2017. 4. 27. 선고 2016다271226 판결; "일반적으로 사용자가 피용자의 업무수행과 관련하여 행하여진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나 그 피해자인 제3자에게 사용자로서의 손해배상책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 시설의 현황, 피용자의 업무내용과 근로조건 및 근무태도, 가해행위의 발생원인과 성격, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려의 정도, 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 손해배상을 청구하거나 구상권을 행사할 수 있고, 이러한 구상권 제한의 법리는 사용자의 보험자가 피용자에 대하여 구상권을 행사하는 경우에도 다를 바 없다. **그러나** 사용자의 보험자가 피해자인 제3자에게 사용자와 피용자의 공동불법행위로 인한 손해배상금을 보험금으로 모두 지급하여 피용자의 보험자가 면책됨으로써 사용자의 보험자가 피용자의 보험자에게 그 부담하여야 할 부분에 대하여 직접 구상권을 행사하는 경우에는, 그와 같은 구상권의 행사는 상법 제724조 제2항에 의한 피해자의 직접청구권을 대위하는 성격을 갖는 것이어서 피용자의 보험자는 사용자의 보험자에 대하여 앞서 살펴 본 구상권 제한의 법리를 주장할 수 없다고 보아야 한다." ❷ 2002다1321; 보증인이 채권자에 대하여 보증채무를 부담하지 아니함을 주장할 수 있었는데도 중과실로 그 주장을 하지 아니한 채 보증채무의 전부를 이행하였다면 그 주장을 할 수 있는 범위 내에서는 '신의칙'상 그 보증채무의 이행으로 인한 구상금채권에 대한 연대보증인들에 대하여도 그 구상금을 청구할 수 없다고 한 예.

2602) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001다6237 판결; "물상보증은 채무자 아닌 사람이 채무자를 위하여 담보물권을 설정하는 행위이고 채무자를 대신해서 채무를 이행하는 사무의 처리를 위탁받는 것이 아니므로, 물상보증인이 변제 등에 의하여 채무자를 면책시키는 것은 위임사무의 처리가 아니고 법적 의미에서는 의무 없이 채무자를 위하여 사무를 관리한 것에 유사하다. 따라서 물상보증인의 채무자에 대한 구상권은 그들 사이의 물상보증위탁

한 구상권[2603]의 소멸시효기간은 10년이다.

피해자의 권리포기·채무면제,[2604] 시효소멸[2605] 등 부진정연대채무자 상호 간의 상대적 효력 사유[2606]로는 구상금청구에 대한 유효한 항변이 될 수 없다.

마. 채권양도, 채무인수

1) 채권양도

가) 채권양도 관련 청구에서 소송요건이 문제되는 경우

① (양수금청구의 대상인 양수도채권의 특정) 양수금청구 대상인 양수도채권이 특정되지 않으면 소송물이 특정되지 않아 소송요건 흠결로 부적법 각하된다.[2607] ② (대항요건

계약의 법적 성질과 관계없이 민법에 의하여 인정된 별개의 독립한 권리이고, 그 소멸시효에 있어서는 민법상 일반채권에 관한 규정이 적용된다."

2603) 대법원 1996. 3. 26. 선고 96다3791 판결. 보험자가 '보험자대위'에 의하여 취득한 공동불법행위자의 다른 공동불법행위자 및 그 보험자에 대한 구상권(대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3143 판결), 공동불법행위자의 보증인이 그 공동불법행위자 또는 다른 공동불법행위자에 대하여 가지는 구상권(대법원 2008. 7. 24. 선고 2007다37530 판결)의 소멸시효기간도 10년이다(상세한 판시 내용은 '상법-상사시효' 부분 참조).

2604) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다19378 판결.

2605) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다52225 판결; "공동불법행위자 중 1인의 손해배상채무가 시효로 소멸한 후에 다른 공동불법행위자 1인이 피해자에게 자기의 부담 부분을 넘는 손해를 배상하였을 경우에도, 그 공동불법행위자는 다른 공동불법행위자에게 구상권을 행사할 수 있다." ☜ 원고들은 소외 회사의 연대보증인으로서 소외 조합에 대하여 사건 공사로 인한 손해를 변제함으로써 소외 회사와 부진정연대채무 관계에 있는 회생회사에 대하여 그 부담 부분에 한하여 직접 구상권을 행사할 수 있다고 하여 원고들의 청구원인에 대한 주장을 받아들인 후, 원고의 변제 당시 회생회사의 소외 조합에 대한 채무가 이미 시효로 소멸하였으므로 원고들은 피고에게 구상권을 행사할 수 없다는 피고의 주장을 배척한 원심이 정당하다고 한 예.

2606) 대법원 2000. 12. 26. 선고 2000다38275 판결은, "가해 운행자 중 일방이 피해자와 운행지배 및 운행이익을 어느 정도 공유하여 그와의 관계에서 손해배상액이 감액되어야 한다는 사정은 운행자성을 가지는 피해자에 대한 관계에서만 주장할 수 있는 것으로서, 자신과 부진정연대의 관계에 있는 다른 채무자와의 구상관계에서 감액된 금액을 기준으로 면책 범위를 정하거나 자기의 부담 부분을 산정하여야 한다고 주장할 수는 없다."라고 하였으나, 호의동승으로 인한 감액 비율을 참작하여 공동불법행위자들이 동승자에 대하여 배상하여야 할 수액을 정하여야 하므로(대법원 2014. 3. 27. 선고 2012다87263 판결), 피해자에 대한 구상채권자와 구상채무자의 공동불법행위책임 범위를 산정하는 단계에서 이미 호의동승 감액 사유가 전체에 대하여 참작되어진다.

2607) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다28946 판결; "민사소송에서 당사자가 소송물로 하는 권리 또는 법률관계는 특정되어야 하고, 소송물이 특정되지 아니한 때에는 법원이 심리·판단할 대상과 재판의 효력범위가 특정되지 않게 되므로, 소송물이 특정되었는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항에 속한다. 한편 채권양도에 있어서 양도채권의 종류나 금액 등이 구체적으로 적시되어 있어야 하는 것은 아니지만, 사회통념상 양도채권은 다른 채권과 구별하여 그 동일성을 인식할 수 있을 정도로 특정되어야 한다." ☜ 피고는 소외 회사에 가구제작·설치공사를 하도급하였고, 소외 회사는 피고에 대한 물품대금 채권(기성고 채권) 중 9,850만 원을 원고에게 양도한 후, 그 통지를 피고에게 한 **사안**에서, **원심**이, 원고의 양수금청구를 인용한 데 대하여, **대법원**은 '직권판단'으로, 위와 같은 일반론을 판시한 다음, "소외 회사가 원고에게 채권을 양도하면서 그 양도채권을 '양도인이 제3채무자 피고와의 물품거래로 발생한 물품대금 중 9,850만 원에 대한 청구채권'이라고만 특정한 사실을 알 수 있는바, ① 그 당시 피고와 소외 회사 사이에 운서동 현장, 화성파크 현장, 청주 현장, 김포 현장의 각 하도급이 있어 여러 개의 기성고 채권이 존재하였던 점, ② 채권은 관념적인 권리로서 동일당사자 사이에도 이와 같이 같거나 비슷한 내용의 수개의 권리가 발생할 수도 있으므로 채권자와 채무자, 채권의 종류, 발생원인, 발생일시, 급부의 내용, 채권액, 변제기 등에 의하여 사회통념상 다른 채권과 구별할 수 있을 정도로 특정되어야 하는 점, ③ 동일한 당사자 사이에 동종의 하도급 계약이 여러 개 체결된 경우라도 각 하도급 계약에 기한 기성고 채권은 서로 별개의 권리이므로 각 기성고 채권이 양도된 후 양수인이 각 양수금을 청구하는

구비 전 장래이행의 양수금 청구) 판례는, '채무자에 대하여 채권양도인으로부터 양도통지를 받은 다음 채무를 이행하라는 청구는 장래이행의 소로서의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다'고 하나,[2608] 여기에는 의문이 있다.[2609] ③ (양도 금지 채권에 대한 양도통지 이행 청구) 채권의 성질상 또는 당사자의 의사표시에 의하여 양도가 제한되는 채권에 대하여 채권양수인이 양도인을 상대로 채무자에 대한 채권양도 통지의 이행을 소구하는 것은 권리보호이익이 없어 부적법하다.[2610] ④ 담보 목적의 채권양도 후 양도인에 대한 회생절차가 개시된 경우 양도담보권자의 제3채무자에 대한 양수금청구는 부적법하다.[2611]

나) 양수금청구의 청구원인 요건사실

채권양도에 따른 양수금청구의 청구원인 요건사실은, ① '양도인의 채무자에 대한 채권의 발생 사실', ② '양도인과 양수인 간의 채권 양수도 사실',[2612] ③ '양도인의

경우 각 양수금마다 별개의 소송물이라고 보아야 하는 점 등을 고려하면, 여러 개의 하도급 중 어느 것인지를 특정하지 않은 채 '물품대금 중 9,850만 원에 대한 청구채권'이라는 특정만으로는 위 각 현장의 각 하도급 중 어느 하도급에서 발생한 기성고 채권이 양도된 것인지, 아울러 원고가 이 사건 소의 소송물로 삼은 양수금이 어느 하도급에서 발생한 기성고에 관한 것인지 특정되었다고 보기 어렵다."고 하고, "원심으로서는 석명권을 적절히 행사하여 원고로 하여금 소외 회사로부터 양도받은 채권이 어느 현장의 하도급에서 발생한 기성고 채권인지를 특정하게 하고 소외 회사의 양도통지가 그 특정한 채권의 양도로서의 효력이 있는지를 심리·판단하였어야 한다."고 하여, 원심을 파기한 예.

2608) 대법원 1992. 8. 18. 선고 90다9452, 9469 판결(그 이유는, '채권을 양수하기는 하였으나 아직 양도인에 의한 통지 또는 채무자의 승낙이라는 대항요건을 갖추지 못하였다면 채권양수인은 현재는 채무자와 사이에 아무런 법률관계가 없어 채무자에 대하여 아무런 권리 주장을 할 수 없기 때문'이라고 한다).

2609) 장래 발생할 청구권이라도 그 기초가 되는 법률관계가 이미 존재하고 장차 조건 성취에 따라 그 청구권이 발생할 개연성이 충분한 경우에는 미리 그 청구를 할 필요가 있고(96다27988), 소송 경제와 분쟁의 일회적 해결이라는 측면에서 가급적이면 소의 이익 인정에 인색할 필요가 없으므로, 채권양수인은 양도인을 상대로 채무자에 대한 채권양도통지의 이행을 소구하고 그에 병합하여 채무자를 상대로 양도인으로부터 양도통지를 받은 다음 채무를 이행할 것을 장래이행의 소로서 구할 수 있다고 봄이 옳다고 생각한다.

2610) 대법원 1996. 2. 9. 선고 95다49325 판결; "채권의 성질상 또는 당사자의 의사표시에 의하여 권리의 양도가 제한되어 그 양도에 채무자의 동의를 얻어야 하는 경우에는 통상의 채권양도와 달리 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며 반드시 채무자의 동의를 얻어야 대항력이 생기는 것이다. … 피고가 소외 연구원에 권리 양도의 통지를 한다고 하더라도 연구원의 동의가 없는 이상 이러한 통지는 단순히 원·피고 사이에 권리양도계약이 있었음을 알리는 사실행위에 불과하고 연구원에 대한 대항력의 취득 등 아무런 법률효과도 가져오지 아니하므로, 원고가 피고에 대하여 이 사건 소로서 위와 같은 통지를 구하는 것은 위 양도계약상 원·피고 사이에서 권리양도 자체의 효력과 관계없이 양도인이 채무자에게 권리양도 통지를 하기로 하는 등의 특약이 없는 한 결국 아무런 법률상의 권리보호이익도 없어서 부적법함을 면할 수 없다고 판단하여 원고의 이 사건 소를 각하하였다. … 원심의 위 인정과 판단은 정당하고,"

2611) 채권이 담보 목적으로 양도된 후 채권양도인인 채무자에 대하여 회생절차가 개시되었을 경우 채권양수인인 양도담보권자가 제3채무자를 상대로 그 채권의 지급을 구하는 이행의 소를 제기하는 행위는 회생절차개시결정으로 인해 금지되는 양도담보권의 실행행위에 해당한다(대법원 2020. 12. 10. 선고 2017다256439, 256446 판결).

2612) ◎ **채권양도계약과 양도의무계약**
지명채권(이하 단지 '채권'이라고만 한다)의 양도라 함은, 채권의 귀속주체가 법률행위에 의하여 변경되는 것, 즉 법률행위에 의한 이전을 의미한다. 여기서 '법률행위'란 유언 외에는 통상 채권이 양도인에게서 양수인으로 이전하는 것 자체를 내용으로 하는 그들 사이의 합의(이하 '채권양도계약'이라고 한다)를 가리키고, 이는 이른바 준물권행위 또는 처분행위로서의 성질을 가진다. 그와 달리 채권양도의 의무를 발생시키는 것을 내용으로 하는 계약(이하 '양도의무계약'이라고 한다)은 채권행위 또는 의무부담행위의 일종으로서, 이는 구체적으로는

채무자에 대한 채권양도 통지와 그 도달 사실' 또는 '채무자의 양도인 또는 양수인에 대한 승낙 사실'이다.

이행기의 정함이 없는 채권 양수인의 양수금 청구 소송 계속 중 채권양도통지가 이루어진 경우 채무자는 그 양도통지가 도달된 다음 날부터 이행지체의 책임을 진다.[2613]

(1) 장래 채권의 양도 요건

위 ① 요건과 관련해서, 장래 채권의 경우 일정한 요건이 필요하다. 즉, 장래 채권 양도의 경우, 양도 당시 기본적 채권관계가 어느 정도 확정되어 있어 그 권리의 특정이 가능하고 가까운 장래에 발생할 것임이 상당 정도 기대되는 경우여야 한다.[2614]

(2) 채권양도계약

채권자가 복수의 채무자에 대하여 서로 동일한 경제적 목적을 가지지만 법률적으로 발생원인을 달리하는 별개의 채권을 가지는 경우, 채권자가 한 채권을 타인에게 양도하였다는 사정만으로 다른 채권까지 당연히 함께 양도된 것이라고 단정할 수 없고, 채권양도 사실을 별도로 증명하여야 하며, 함께 양도된 경우라도 채권양도의 대항요건을 채무자별로 갖추고 이를 증명하여야 한다(영업양도인에 대한 영업 채권과 상호속용·채무인수 광고에 따른 영업양수인에 대한 채권의 경우 등[2615]).

채권의 매매(민법 제579조 참조)나 증여, 채권을 대물변제로 제공하기로 하는 약정, 담보를 위하여 채권을 양도하기로 하는 합의(즉 채권양도담보계약), 채권의 추심을 위임하는 계약(지명채권이 아닌 증권적 채권에 관하여서이기는 하나, 어음법 제18조, 수표법 제23조는 어음상 또는 수표상 권리가 추심을 위하여 양도되는 방식으로서의 추심위임배서에 대하여 정한다), 신탁(다만 신탁법 제6조 참조) 등 다양한 형태를 가질 수 있다. 비록 채권양도계약과 양도의무계약은 실제의 거래에서는 한꺼번에 일체로 이루어지는 경우가 적지 않으나, 그 법적 파악에 있어서는 역시 구별되어야 하는 별개의 독립한 행위이다. 그리하여 채권양도계약에 대하여는 그 원인이 되는 개별적 채권계약의 효과에 관한 민법상의 임의규정은 다른 특별한 사정이 없는 한 적용되지 아니한다고 할 것이다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다100711 판결).

2613) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다29557 판결; "채무에 이행기의 정함이 없는 경우에는 채무자가 그 이행의 청구를 받은 다음 날부터 이행지체의 책임을 지는 것이나, 한편 지명채권이 양도된 경우 채무자에 대한 대항요건이 갖추어질 때까지 채권양수인은 채무자에게 대항할 수 없으므로, 이행기의 정함이 없는 채권을 양수한 채권양수인이 채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소를 제기하고 그 소송 계속 중 채무자에 대한 채권양도통지가 이루어진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 채무자는 그 채권양도통지가 도달된 다음 날부터 이행지체의 책임을 진다."

2614) 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009다96069 판결; 장래채권의 양도요건을 갖추지 못하였다고 한 예.

2615) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다114783 판결; "영업양수인이 양도인의 상호를 계속사용하지 아니하는 경우에 양도인의 영업으로 인한 채무를 인수할 것을 광고한 때에는 양수인에게도 변제할 책임이 있다(상법 제44조). 이 경우에 채권자의 영업양도인에 대한 채권과 영업양수인에 대한 채권은 법률적으로 발생원인을 달리하는 별개의 채권으로서 그 성질상 영업양수인에 대한 채권이 영업양도인에 대한 채권의 처분에 당연히 종속된다고 볼 수 없으므로, 채권자가 영업양도인에 대한 채권을 타인에게 양도하였다는 사정만으로 영업양수인에 대한 채권까지 당연히 함께 양도된 것이라고 단정할 수 없고, 함께 양도된 경우라도 채권양도의 대항요건은 채무자별로 갖추어야 한다. 이러한 법리는 상법 제44조와 그 책임의 근거를 같이 하며 동일한 효과를 규정하고 있는 상호를 속용하는 양수인의 책임에 관한 상법 제42조의 사안에도 마찬가지로 적용된다."(소외 은행이 소외인에 대한 대출채권자로서 소외인으로부터 치과 영업을 양수한 피고에 대하여 상호속용에 따른 채권을 가진다 하더라도, 대출채권 양도와 함께 상호속용에 따른 채권을 양도하였거나 그 양도사실을 피고에게 통지하였다고 인정

가분채권(금전채권 등)은 특별한 사정(초과특별수익자의 존재 등)이 없는 한 상속재산분할의 대상이 될 수 없으므로,[2616] 상속재산분할협의로 상속인 중 1인이 법정상속분을 초과하는 채권을 취득하기로 하는 것은 공동상속인 간 채권양도계약의 실질을 갖고, 채무자에 대한 통지나 승낙의 대항요건이 필요하다.

보증채무는 주채무에 대한 부종성 또는 수반성이 있어서 주채무자에 대한 채권이 이전되면 당사자 사이에 별도의 특약이 없는 한 보증인에 대한 채권도 함께 이전하고, 이 경우 채권양도의 대항요건도 주채권의 이전에 관하여 구비하면 족하고, 별도로 보증채권에 관하여 대항요건을 갖출 필요는 없다.[2617] 민법 제666조에서 정한 수급인의 저당권설정청구권은 공사대금채권의 양도에 수반하여 함께 이전된다.[2618] 금전채권을 담보하기 위한 부동산 신탁계약상의 우선수익권은 금전채권의 양도에 수반하여 이전되지 않고, 양자의 귀속이 달라졌다는 이유만으로 우선수익권이 소멸하는 것도 아니다.[2619]

채무자가 채권자에게 '채무변제와 관련'하여 다른 채권을 '양도'하는 것은 특별한 사정이 없는 한 채무변제를 위한 담보 또는 변제의 방법으로 양도되는 것으로 추정할 것이지 채무변제에 갈음한 것으로 볼 것은 아니다.[2620] 사용자가 임금 지급에 '갈음하여' 채권을

할 증거가 없다는 이유로, 상호속용에 따른 채권을 순차로 양수하였다는 원고 승계참가인의 주장을 배척한 예) **[동일 판시]** ❶ 2009다23696(영업을 양수한 피고에 대한 채무인수광고에 따른 채권도 원고에게 양도하고 대항요건을 따로 갖추었다는 점에 대한 원고의 아무런 입증이 없다고 하여, 원고의 청구를 기각한 예). ❷ 2005다65579(금융기관이 회사 임직원의 대규모 분식회계로 회사의 재무구조를 잘못 파악하고 회사에 대출한 경우, 금융기관의 회사에 대한 대출금채권과 회사 임직원에 대한 손해배상채권의 수반성을 부정한 예).

2616) 대법원 2016. 5. 4.자 2014스122 결정.

2617) 대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다21509 판결. 따라서 약속어음의 어음상의 권리를 지명채권의 양도에 관한 방식에 따라서 양도함에 있어서도 민법 제450조 제1항에 소정의 대항요건을 갖추지 아니하면 어음채무자에게 대항할 수 없다고 할 것이나, 주채무자인 약속어음의 발행인에 대하여 그 대항요건을 갖추었으면 보증인에 대하여 별도의 대항요건(통지, 승낙)을 갖추지 아니하였어도 주된 채권양도의 효력으로써 보증인에 대하여 이를 주장할 수 있다(88다카20774).
보증보험에는 보증에 관한 규정이 준용되므로, 보증보험이 담보하는 채권이 양도되면 다른 약정이 없는 한 보험금청구권도 그에 수반하여 채권양수인에게 함께 이전된다(2000다70156).

2618) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2015다19827 판결; "민법 제666조에서 정한 수급인의 저당권설정청구권은 공사대금채권을 담보하기 위하여 인정되는 채권적 청구권으로서 공사대금채권에 부수하여 인정되는 권리이므로, 당사자 사이에 공사대금채권만을 양도하고 저당권설정청구권은 이와 함께 양도하지 않기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공사대금채권이 양도되는 경우 저당권설정청구권도 이에 수반하여 함께 이전된다."

2619) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다52589 판결; "위탁자가 금전채권을 담보하기 위하여 그 금전채권자를 우선수익자로, 위탁자를 수익자로 하여 위탁자 소유의 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하면서 채무불이행 시에는 신탁부동산을 처분하여 우선수익자의 채권 변제 등에 충당하고 나머지를 위탁자에게 반환하기로 하는 내용의 담보신탁을 해 둔 경우, 특별한 사정이 없는 한 우선수익권은 경제적으로 금전채권에 대한 담보로 기능할 뿐 금전채권과는 독립한 신탁계약상의 별개의 권리가 된다. … 우선수익권과 별도로 금전채권이 제3자에게 양도 또는 전부되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 우선수익권이 금전채권에 수반하여 제3자에게 이전되는 것은 아니고, 금전채권과 우선수익권의 귀속이 달라졌다는 이유만으로 우선수익권이 소멸하는 것도 아니다."

2620) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다233268 판결; "채무자가 자신의 채무를 담보하기 위하여 현재 보유하고 있거나 장래에 보유하게 될 채권을 일괄하여 채권자에게 양도하기로 하는 예약은 이른바 집합채권의 양도예약에 해당한다. 집합채권의 양도예약은 당사자의 계약 내용이 장차 선택권과 예약완결권의 행사로 채권양도의 효력이 발생하는 경우에 그 채권이 다른 채무의 변제를 위한 담보로 양도될 것을 예정하고 있는지 아니면

근로자에게 양도하는 약정은 그 전부가 무효임이 원칙이나, 무효행위 전환의 법리에 따라 임금의 '지급을 위하여' 한 것으로서 효력을 가질 수 있다.[2621]

수표상 권리가 소멸된 자기앞수표 등 수표의 교부는 수표법 제63조에 따른 '이득상환청구권'(법률의 직접 규정에 의하여 수표의 효력 소멸 당시 정당한 소지인에게 부여된 지명채권)[2622]의 양도 및 그 양도 통지 권능의 부여로 볼 수 있다.[2623]

(3) 법률이나 채권의 성질상 양도가 제한되는 채권의 양도

법률의 규정이나 채권의 성질에 의하여 채권양도가 금지·제한되는지 여부는 법원 직권에 의한 법률 적용이나 해석·판단의 문제이므로, ⓐ '법률의 규정이나 채권의 성질에 의하여 절대적으로 양도가 금지되는 채권(예컨대, 주채권과 분리된 보증채권, 전세권 존속 중 전세권과 분리된 전세금반환채권,[2624] 이혼 성립 전 추상적 재산분할청구권[2625])'에 관한 양수금

다른 채무의 변제에 갈음하여 양도될 것을 예정하고 있는지에 따라 집합채권의 양도담보의 예약 또는 대물변제의 예약으로서의 성질을 가질 수 있고, 그 계약 내용이 명백하지 아니한 경우에는 일반적인 채권양도에서와 마찬가지로 특별한 사정이 없는 한 채무변제를 위한 담보로 양도되는 것을 예정하고 있는 양도담보의 예약으로 추정된다."

2621) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다101308 판결; "임금은 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 한다(근로기준법 제43조 제1항). 따라서 사용자가 근로자의 임금 지급에 갈음하여 사용자가 제3자에 대하여 가지는 채권을 근로자에게 양도하기로 하는 약정은 그 전부가 무효임이 원칙이다. 다만 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 임금의 지급에 갈음하는 것이 아니라 그 지급을 위하여 채권을 양도하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 무효행위 전환의 법리(민법 제138조)에 따라 그 채권양도 약정은 임금의 지급을 위하여 한 것으로서 효력을 가질 수 있다."

2622) 수표상의 권리가 절차의 흠결로 인하여 또는 소멸시효의 완성으로 말미암아 소멸될 당시 수표의 정당한 소지인으로서 그 수표상의 권리를 행사할 수 있었던 사람은 수표법 제63조에 따라 발행인 등에 대하여 그가 받은 이익의 한도에서 상환을 구할 수 있다. 이러한 이득상환청구권은 법률의 직접 규정에 의하여 수표의 효력 소멸 당시 정당한 소지인에게 부여된 지명채권에 속하고, 이러한 법리는 그 수표가 은행 등이 자신을 지급인으로 하여 발행한 자기앞수표(수표법 제6조 제3항)의 경우에도 마찬가지이다(대법원 2023. 11. 30. 선고 2019다203286 판결).

2623) 대법원 2023. 11. 30. 선고 2019다203286 판결; "자기앞수표의 정당한 소지인이 수표법상의 보전절차를 취하지 않고 지급제시기간을 경과하여 수표상의 권리가 소멸된 자기앞수표를 교부하는 경우, 특별한 사정이 없으면 자기앞수표의 이득상환청구권을 양도함과 동시에 그에 수반하여 이득을 얻은 발행인인 은행 등에 대하여 소지인을 대신해서 그 양도에 관한 통지를 할 수 있는 권능을 부여하는 것으로 볼 수 있다." ☜ 지급제시기간이 경과한 자기앞수표는 이득상환청구권이 화체된 유가증권이 아니라 그 소지자가 이득상환청구권을 취득 또는 양수하였다는 점을 유력하게 뒷받침하는 증거증권으로서의 의미를 가지므로, 자기앞수표를 소지하지 않은 상태에서 자기앞수표의 이득상환청구권을 행사하고자 하는 사람은 다른 증거에 의하여 자신이 이득상환청구권자임을 증명하여 이득상환청구권을 행사할 수 있다.

2624) ○ 대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다21509 판결; "주채권과 보증인에 대한 채권의 귀속주체를 달리하는 것은, 주채무자의 항변권으로 채권자에게 대항할 수 있는 보증인의 권리가 침해되는 등 보증채무의 부종성에 반하고, 주채권을 가지지 않는 자에게 보증채권만을 인정할 실익도 없기 때문에 주채권과 분리하여 보증채권만을 양도하기로 하는 약정은 그 효력이 없다고 할 것이다." ☞ 따라서 보증채권만의 양수에 기한 양수금청구는 그 주장 자체로 이유 없다고 보아야 한다.

○ 대법원 2002. 8. 23. 선고 2001다69122 판결; "전세권은 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 그 용도에 따라 사용·수익하는 권리로서 전세금의 지급이 없으면 전세권은 성립하지 아니하는 등으로 전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소일 뿐 아니라, 전세권에 있어서는 그 설정행위에서 금지하지 아니하는 한 전세권자는 전세권 자체를 처분하여 전세금으로 지출한 자본을 회수할 수 있도록 되어 있으므로 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지

청구는 그 청구원인 주장 자체로 이유 없다고 보아야 하고, ⓑ 양수인이 '채무자 보호 목적에서 채권의 성질에 의하여 상대적으로 양도가 금지되는 채권(예컨대, 부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권)'의 이행을 구하는 경우에는, 앞서 본 ③ 요건(대항요건)이 '채무자의 동의·승낙 사실'만으로 대체되어[2626] '채무자에 대한 채권양도 통지 사실'만 청구원인

않는 것이며, 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금 반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이라 할 것이다." ☛ 전세금반환채권의 양수인은 양수금 청구 시 청구원인사실로 '전세권 소멸 사실'을 추가적으로 주장·증명하여야 한다. 전세권 존속 중에 전세금반환채권을 장래 발생 채권으로서 양도할 수는 있다.

2625) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다61286 판결; "이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 권리로서, 이혼이 성립한 때에 그 법적 효과로서 비로소 발생하며, 또한 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기 전까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없다. 따라서 당사자가 이혼이 성립하기 전에 이혼소송과 병합하여 재산분할의 청구를 한 경우에, 아직 발생하지 아니하였고 그 구체적 내용이 형성되지 아니한 재산분할청구권을 미리 양도하는 것은 성질상 허용되지 아니하며, 법원이 이혼과 동시에 재산분할로서 금전의 지급을 명하는 판결이 확정된 이후부터 채권 양도의 대상이 될 수 있다."[**원심**이, 소외인이 제기한 이혼 및 재산분할 등을 청구하는 본소와 피고가 제기한 이혼 및 위자료 등을 청구하는 반소가 병합된 소송의 2012. 11. 8.자 선고 항소심 판결(상고기각판결로 2013. 4. 2. 확정)에서 지급을 명한 소외인의 피고에 대한 판결금 채권은 소외인이 원고들에게 그 중 일부씩을 각 양도할 당시 이미 그 기본적 채권관계가 어느 정도 확정되어 그 권리의 특정이 가능하고 가까운 장래에 그 발생이 기대되는 경우에 해당한다고 판단하여 원고들의 양수금청구를 인용한 데 대하여, **대법원**은, '소외인이 원고들에게 위 판결금 채권 중 일부를 각 양도한 시기는 위 항소심판결이 선고되었으나 아직 확정되지 아니한 때로서 이혼이 성립하지 아니하였고 재산분할에 관한 심판이 확정되기 전이므로, 그 각 채권양도 중 재산분할청구에 따른 채권 부분은 성질상 채권양도가 허용되지 아니하는 채권을 목적으로 한 것으로서 무효라고 봄이 타당하다.'고 한 예] ☛ 따라서 장래 발생 채권으로서도 채권양도 대상이 될 수 없고, 양수금 청구 시 청구원인사실로 '이혼과 동시에 재산분할로서 금전의 지급을 명하는 판결이 확정된 사실'까지 주장·증명하여야 한다.

2626) 대법원 2005. 3. 10. 선고 2004다67653, 67660 판결; "부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 물권의 이전을 목적으로 하는 매매의 효과로서 매도인이 부담하는 재산권이전의무의 한 내용을 이루는 것이고, 매도인이 물권행위의 성립요건을 갖추도록 의무를 부담하는 경우에 발생하는 채권적 청구권으로 그 이행과정에 신뢰관계가 따르므로, 소유권이전등기청구권을 매수인으로부터 양도받은 양수인은 매도인이 그 양도에 대하여 동의하지 않고 있다면 매도인에 대하여 채권양도를 원인으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 없고, 따라서 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 특별한 사정이 없는 이상 그 권리의 성질상 양도가 제한되고 그 양도에 채무자의 승낙이나 동의를 요한다고 할 것이므로 통상의 채권양도와 달리 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다." ☛ ❶ 이는, 부동산이 전전 양도된 경우에 관계 당사자 전원의 중간생략등기의 합의가 없는 한 그 최종 양수인은 최초 양도인에 대하여 직접 자기 명의로의 소유권이전등기를 청구할 수 없으므로, 비록 최종 양수인이 중간자로부터 소유권이전등기청구권을 양도받았다 하더라도 최초 양도인이 그 양도에 대하여 동의하지 않고 있다면 최종 양수인은 최초 양도인에 대하여 채권양도를 원인으로 하여 소유권이전등기절차 이행을 청구할 수 없다는 법리에 의하더라도 같은 결론이다(대법원 2021. 6. 3. 선고 2018다280316 판결). ❷ 매매대금이 지급되었다는 이유로 소유권이전등기청구권 양도에 채무자의 동의나 승낙을 요하지 않는다고 볼 수는 없다(대법원 2023. 6. 15. 선고 2022다297632 판결). ❸ 채권양수인의 매도인에 대한 소유권이전등기청구의 경우에는 채권양수인(원고)이 청구원인사실로서, 매수인(채권양도인)의 매도인에 대한 소유권이전등기청구의 경우에는 매도인(피고)이 채권양도의 항변사실로서 그 양도에 대한 '매도인의 동의나 승낙'을 주장·증명하여야 하고, '매수인의 매도인에 대한 통지'는 요건사실이 아니다.

⇔ 대법원 2018. 7. 12. 선고 2015다36167 판결; "취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 채권자와 채무자 사이에 아무런 계약관계나 신뢰관계가 없고, 그에 따라 채권자가 채무자에게 반대급부로 부담하여야 하는 의무도 없다. 따라서 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권의 양도의 경우에는 매매로 인한 소유권이전등기청구권에 관한 양도제한의 법리가 적용되지 않는다고 보아야 한다." ☛ 여기에도 2018다280316 판결의 법리가 적용됨이 옳다.

⇔ 부동산 명의신탁자가 명의신탁약정을 해지한 다음 제3자에게 '명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등

사실로 주장하면 이 역시 그 청구원인 주장 자체로 이유 없다고 보아야 한다(즉, 피고인 채무자의 '법률상·성질상 채권양도 금지·제한' 주장이 있어야 하는 것은 아니다. 반면에 '당사자 간 의사표시에 의한 양도 금지 채권'에 대한 양수금 청구의 경우에는 후술하는 바와 같이 피고의 항변 사항에 해당한다).

근로자의 임금채권은 이를 양도할 수 있으나, 양수인이 사용자에 대하여 임금의 지급을 청구할 수는 없다.[2627]

(4) 채무자에 대한 대항요건

(가) 주장·증명책임

채권양수인의 채무자에 대한 대항요건인, 양도인의 채무자에 대한 채권양도 통지 사실 또는 채무자의 승낙 사실이 양수금청구의 청구원인사실인지에 대하여 학설상 다툼이 있으나, 판례[2628]는 양수금청구의 청구원인사실로서 양수인에게 주장·증명책임이 있다는 입장이다.

저당권과 그 피담보채권의 양수인은 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 아니하더라

기청구권'을 양도한 경우, 명의수탁자가 그 양도에 대하여 동의하거나 승낙하지 않고 있다면, 그 양수인은 위와 같은 소유권이전등기청구권을 양수하였다는 이유로 명의수탁자에 대하여 직접 소유권이전등기청구를 할 수 없다. 이 경우 역시 부동산이 전전 양도된 경우에 관계 당사자 전원의 중간생략등기의 합의가 없는 한 그 최종 양수인은 최초 양도인에 대하여 직접 자기 명의로의 소유권이전등기를 청구할 수 없다는 법리가 적용되기 때문이다(대법원 2021. 6. 3. 선고 2018다280316 판결; 원심이 원고 청구 인용의 근거로 든 2015다36167 판결은 사안이 달라 원용하기에 적절하지 않다고 판시하였다).

2627) 대법원 1988. 12. 13. 선고 87다카2803 전원합의체 판결의 다수의견; "근로자의 임금채권의 양도를 금지하는 법률의 규정이 없으므로 이를 양도할 수 있다는 원심의 판단부분에 잘못이 있다고 할 수는 없다. 그러나 근로기준법 제36조 제1항에서 임금직접지급의 원칙을 규정하고 그에 위반하는 자는 처벌을 하도록 하는 규정(같은 법 제109조)을 두어 그 이행을 강제하고 있는 이유는 임금이 확실하게 근로자 본인의 수중에 들어가게 하여 그의 자유로운 처분에 맡기고 나아가 근로자의 생활을 보호하고자 하는데 있는 것이므로 이와 같은 근로기준법의 규정의 취지에 비추어 보면 근로자가 그 임금채권을 양도한 경우라 할지라도 그 임금의 지급에 관하여는 같은 원칙이 적용되어 사용자는 직접 근로자에게 임금을 지급하지 아니하면 안 되는 것이고 그 결과 비록 양수인이라고 할지라도 스스로 사용자에 대하여 임금의 지급을 청구할 수는 없다고 해석하여야 할 것이며, 그렇게 하지 아니하면 임금직접지급의 원칙을 정한 근로기준법의 규정은 그 실효를 거둘 수가 없게 될 것이다."

2628) ❶ 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다100315 판결; "채권양수인이 채권양도인으로부터 지명채권을 양도받았음을 이유로 채무자에 대하여 그 채권을 행사하기 위하여는 지명채권 양도에 관한 합의 이외에 양도받은 당해 채권에 관하여 민법 제450조 소정의 대항요건을 갖추어야 하는 것이고, 이러한 법리는 채권양도인과 채무자 사이의 법률행위가 허위표시인 경우에도 마찬가지로 적용된다." ❷ 91다22018, 22025; "**영업양도**는 채권계약이므로 양도인이 재산이전의무를 이행함에 있어서는 상속이나 회사의 합병의 경우와 같이 포괄적 승계가 인정되지 않고 특정승계의 방법에 의하여 재산의 종류에 따라 개별적으로 이전행위를 하여야 할 것인바, 위 매매계약해제에 따른 원상회복청구권은 지명채권이므로 그 양도에는 양도인(소외회사)의 채무자(피고)에 대한 통지나 채무자의 승낙이 있어야 채무자인 피고에게 대항할 수 있는데, 그와 같은 대항요건을 갖추었음에 대한 원고의 주장, 입증이 없으므로, 원고로서는 위 영업양수를 이유로 피고에게 원상회복청구권을 주장할 수 없고" ❸ 90다카27662; "원고로서는 양도인인 소외인이 피고에게 채권양도통지를 하거나 피고가 이를 승낙하여야 피고에게 채권양수를 주장(대항)할 수 있는 것이며, 그 입증은 원고가 사실심에서 하여야 할 책임이 있는 것이다." ❶ 77다2513; "지명채권양도의 사실에 대한 인식을 표명하는 채무자의 행위인 승낙은 양수인이 채무자에 대하여 양수한 채권을 주장하는 요건이 되는 것" ❺ 68다164; "소외인이 피고에게 대한 도급공사금채권이 있고, 원고가 그 일부인 본건 채권을 양수하였다 하더라도, … 대항요건이 구비되었는가 여부를 확정하지 아니하고는 원고의 본건 청구를 인용할 수 없음에도 … 대항요건의 구비 여부에 대하여 전혀 심리판단을 한 바 없이 원고의 본건 청구를 인용하였음은 이유불비의 위법이 있어"

도 경매신청을 할 수 있으나, 채무자가 경매개시결정에 대한 이의 등으로 다투는 경우에는 대항요건 구비 사실을 증명하여야 한다.[2629]

(나) 채권양도 통지 또는 채무자 승낙의 증명

채권 양수인은 채무자에 대한 대항요건으로서, '채권 양도인'[2630]이 '채무자'에게 채권양도 통지를 하고 그 통지가 도달한[2631] 사실 또는 '채무자'가 '양도인 또는 양수인'에게[2632] 채권양도를 승낙한[2633] 사실을 주장·증명하여야 한다. 통지·승낙의 대상인 채권의 양도와 채권액은 '특정' 가능해야 한다.[2634]

채권양도가 있기 전에 미리 하는 '사전 통지'는 원칙적으로 허용되지 않으나,[2635] 채무

2629) ◎ **저당권 실행과 대항요건의 증명**

○ **대법원** 2005. 6. 23. 선고 2004다29279 판결; "경매개시결정을 함에 있어서 채권자에게 피담보채권의 존부를 입증하게 할 것은 아니므로, 피담보채권을 저당권과 함께 양수한 자는 저당권이전의 부기등기를 마치고 저당권실행의 요건을 갖추고 있는 한 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 아니하더라도 경매신청을 할 수 있으며, 채무자는 경매절차의 이해관계인으로서 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다는 사유를 들어 경매개시결정에 대한 이의나 즉시항고절차에서 다툴 수 있고, 이 경우는 신청채권자가 대항요건을 갖추었다는 사실을 증명하여야 할 것이나, 이러한 절차를 통하여 채권 및 근저당권의 양수인의 신청에 의하여 개시된 경매절차가 실효되지 아니한 이상 그 경매절차는 적법한 것이고, 또한 그 경매신청인은 양수채권의 변제를 받을 수도 있다고 할 것이며, 이러한 법리는 양수인의 경매신청이 이중경매로서 선행경매절차가 취소되지 아니하고 종료되어 실제로 매각절차에 나아가지 못한 채 종결되었다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다. … 채권양도의 대항요건의 흠결의 경우 채권을 주장할 수 없는 채무자 이외의 제3자는 양도된 채권 자체에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 자에 한하므로, 선순위의 근저당권부채권을 양수한 채권자보다 후순위의 근저당권자는 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니한 경우 대항할 수 없는 제3자에 포함되지 않는다고 할 것이니, 원고가 피고보다 우선하여 양수채권의 변제를 받는 데 이 사건 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니한 것이 장애가 된다고 할 수도 없다."

☛ 이는, 근저당권부채권의 양도통지 후 채권양도계약이 해제된 경우에 양수인의 채무자에 대한 해제사실의 통지 없이 양도인이 경매신청을 하는 경우에도 마찬가지이다(**대법원** 2012. 4. 12. 선고 2011다109357 판결; 선순위 근저당권부채권의 일부 채권을 양도하였다가 채권양도계약의 해제로 위 채권을 반환받은 피고보다 후순위의 근저당권자인 원고는 채권양도계약 해제의 대항요건을 갖추지 아니한 경우 대항할 수 없는 제3자에 포함되지 않을 뿐만 아니라, 위 채권의 양수인이었던 소외 2가 원심 변론종결 전에 채무자인 소외 1에게 채권양도계약의 해제사실을 통지함으로써 소외 1에 대한 대항요건을 갖추었으므로, 피고가 위 채권을 포함한 근저당권부채권으로 경매를 신청해 원고에 우선하여 배당을 받은 것은 적법하다고 한 예).

2630) 자산유동화계획에 따른 채권을 양도하는 경우에는, '양수인'도 채무자에 대한 양도 통지를 할 수 있는 등 채권양도의 대항요건에 관한 특례가 인정된다(자산유동화에 관한 법률 제7조).

2631) 채권양도 통지의 '도달'에 관한 상세한 내용은 '민법-총칙-법률행위-의사표시의 도달과 효력발생' 기술 부분 참조.

2632) 채권양도의 통지가 채무자에 대하여 이루어져야 하는 것과는 달리, 채무자의 승낙은 양도인 또는 양수인 모두가 상대방이 될 수 있다(**대법원** 2011. 6. 30. 선고 2011다8614 판결).

2633) '승낙'은, 채무자가 채권양도 사실에 관한 인식을 표명하는 것으로서 이른바 '관념의 통지'에 해당하고, '대리인'에 의하여도 할 수 있다(**대법원** 2013. 6. 28. 선고 2011다83110 판결).

2634) **대법원** 2011. 7. 14. 선고 2009**다**49469 판결; 채무자의 채권양도승낙의 효력이 문제가 된 사안에서, 채무자가 채권양도인에게 甲 토지에 관한 장래 분양대금반환채무 외에 乙 토지에 관한 장래 분양대금반환채무도 부담하고 있었음에도 승낙서에는 양도된 채권의 표시나 금액에 관하여 아무런 기재가 없는 점 등에 비추어 위 채권양도승낙에는 승낙 대상인 채권이 특정되지 않았다고 본 사례.

2635) 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000**다**2627 판결; "채권양도의 통지는 양도인이 채무자에 대하여 당해 채권을 양수인에게 양도하였다는 사실을 통지하는 이른바 관념의 통지로서, 채권양도가 있기 전에 미리 하는 사전 통지는 채무자로 하여금 양도의 시기를 확정할 수 없는 불안한 상태에 있게 하는 결과가 되어 원칙적으로 허용될 수 없고"

자에게 법적으로 아무런 불안정한 상황이 발생하지 않는 예외적인 경우에는 그 효력이 인정된다.[2636]

실무상으로는 채권양수인이 양도인을 대리하여 채권양도 통지를 하는 경우가 흔히 보이는데, 대리인에 의한 채권양도 통지의 경우,[2637] 양도인이 채권양도통지 권한을 위임한 사실 및 대리관계의 현명(顯名) 또는 대리하여 통지한 것임을 채무자가 알았거나 알 수 있었다는 제반 사정까지 양수인이 주장·증명하여야 한다.

채권양도에 대한 조건부 승낙도 가능한데,[2638] 그 주장·증명책임은 조건부 법률행위의 주장·증명책임 분배에 따를 것이다.

채무자가 채권양도의 통지나 그 승낙의 이익을 미리 포기하는 특약이나,[2639] 채권양도 통지 도달 간주의 특약[2640]과 도달 간주 사유의 발생 사실을 양수인이 주장·증명함으로써

2636) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다90740 판결; 채권양도인의 2003. 4. 22.자 확정일자부 채권양도통지와 채무자의 2003. 4. 22.자 확정일자부 채권양도승낙이 모두 있었던 직후인 2003. 5. 6. 채권양도인이 피고에게 채권을 양도하였으므로, 채무자로 하여금 양도의 시기를 확정할 수 없는 불안한 상태에 있게 하는 결과가 발생할 우려가 없었고, 따라서 실제로 채권양도계약이 체결된 2003. 5. 6. 채권 양도의 제3자에 대한 대항력이 발생하였다고 한 예.

2637) ◎ **양도인을 대리한 양수인의 채권양도 통지**
○ 법률행위의 대리에 관한 규정은 관념의 통지에도 유추적용되므로(대법원 1997. 6. 27. 선고 95다40977 판결), 채권양도 통지는 양도인이 직접 하지 아니하고 사자나 대리인으로 하여금 하게 하여도 무방하고, 채권의 양수인도 양도인으로부터 채권양도 통지 권한을 위임받아 대리인으로서 그 통지를 할 수 있으며, 채권양도 통지 권한을 위임받은 양수인이 양도인을 대리하여 통지를 함에 있어서는 양도인 본인과 대리인을 표시하여야 하므로(민법 제114조 제1항) 대리에 있어 본인을 위한 것임을 표시하는 이른바 현명을 하지 아니한 채 양수인 명의로 된 채권양도 통지는 효력이 없지만, 현명은 반드시 명시적으로만 할 필요는 없고 묵시적으로도 할 수 있고, 현명을 하지 아니한 경우라도 여러 사정에 비추어 양수인이 대리인으로서 통지한 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때에는 유효하다(민법 제115조 단서)(대법원 2004. 2. 13. 선고 2003다43490 판결).
○ 양수인이 양도인을 대리하여 채권양도의 통지를 한 경우, 그 대리권이 적법하게 수여되었는지, 현명의 요구가 준수되었는지 등을 판단함에 있어서 양도인이 한 채권양도의 통지만이 대항요건으로서의 효력을 가지게 한 뜻이 훼손되지 아니하도록 채무자의 입장에서 양도인의 적법한 수권에 기하여 그러한 대리통지가 행하여졌음을 제반 사정에 비추어 커다란 노력 없이 확인할 수 있는지를 무겁게 고려하여야 한다(대법원 2011. 2. 24. 선고 2010다96911 판결).

2638) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다8614 판결; 甲 회사(=양수인)가 수급인 乙 회사(=양도인)에 공사자재를 공급하면서 도급인 丙 회사(=채무자)에 자재대금 상당액을 甲 회사에 직불하겠다는 내용의 확인서('제1확인서')를 받아올 것을 요구하자, 丙 회사가 제1확인서를 작성하여 주는 조건으로 乙 회사가 일정 날짜까지 공사를 완료하지 못할 경우 제1확인서를 무효화하기로 하는 내용의 확인서('제2확인서')를 乙 회사에 요구하여, 丙, 乙 회사가 각각 제1, 2확인서를 작성하여 주었는데, 乙 회사가 丙 회사에게서 받은 제1확인서를 甲 회사에 전달함으로써 乙 회사가 丙 회사에 대한 공사대금채권을 甲 회사에 양도한 사안에서, 채무자 丙 회사는 채권양도계약상 양도인인 乙 회사에게 채권양도에 관하여 사전에 해제조건이 붙은 승낙을 한 것이고 丙 회사의 조건부 승낙은 乙 회사가 일정 날짜까지 공사를 완료하지 못함으로써 해제조건이 성취되어 그때로부터 효력을 상실하였으므로, 甲 회사는 채권양도로써 채무자인 丙 회사에 대하여 대항할 수 없게 되었다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

2639) 대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카908 판결; '택지개발사업지구 내의 택지를 분양받은 자(수분양자)가 그 택지 분양권은 타에 양도하면서 장래 택지가 분양되면 위 분양권을 전전양수한 자에게 직접 그 분양자명의변경에 필요한 모든 절차를 이행하여 주기로 특약하였다면 이는 위 택지수분양자가 택지분양권이 전전양도되는 경우를 예상하여 그에 대한 채권양도의 통지를 받거나 그 승낙을 할 이익을 미리 포기하여 그 통지나 승낙 없이 그 채권양도를 위 택지수분양자에게 대항할 수 있게 하는 특약을 한 것으로 볼 것이다'라고 한 사례.

2640) 대법원 2008. 1. 10. 선고 2006다41204 판결; "민법 제450조 제1항 … 규정이 채권자가 채권양도의 통지를 하였으나 채무자가 변동된 주소의 신고의무를 게을리 하는 등의 귀책사유로 인하여 위 통지를 수령하지 못할

대항요건의 주장·증명이 갈음될 수도 있다.

양수인이 양도인을 상대로 채권양도의 통지를 채무자에게 하도록 '의사의 진술을 명' 하는 확정판결을 받고[2641] 그 판결을 채무자에게 확정일자 있는 증서에 의하여 송부·제시할 수도 있다.

양수금청구의 전소에서 승소확정된 양수금채권의 전전 양수인이 시효중단을 위해 제기한 후소에서는 전소 채권양도 대항요건의 구비 여부를 다시 심리할 필요가 없다.[2642]

(다) 지명채권에 대한 질권 설정에의 준용

지명채권양도의 대항요건, 승낙·통지의 효과 등은 민법 제349조에 의하여 '지명채권을 목적으로 한 질권 설정'[2643]의 경우에도 준용된다.[2644]

채권질권자의 제3채무자에 대한 이행청구[2645]에 대하여, 제3채무자는 '질권설정자에게

경우 위 통지가 채무자에게 도달한 것으로 간주하기로 하는 합의의 효력까지 부정하게 하는 것은 아니라 할 것이다."

2641) 양수인은 대항요건을 구비하기 위해 채권자에게 채권양도통지절차의 이행을 청구할 수 있다(대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다243143 판결). ☛ **주문(청구취지)**: "피고(양도인)는 소외 채무자(주민등록번호, 주소)에게 별지 채권을 (언제) 원고(양수인)에게 양도하였다는 취지의 통지를 하라."

2642) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다293858 판결.

2643) ○ **민법 제347조(설정계약의 요물성)** 채권을 질권의 목적으로 하는 경우에 채권증서가 있는 때에는 질권의 설정은 그 증서를 질권자에게 교부함으로써 그 효력이 생긴다. ☛ 여기에서 '채권증서'는 채권의 존재를 증명하기 위하여 채권자에게 재공된 문서로서 특정한 이름이나 형식을 따라야 하는 것은 아니지만, 장차 변제 등으로 채권이 소멸하는 경우에는 민법 제475조에 따라 채무자가 채권자에게 그 반환을 청구할 수 있는 것이어야 한다. 임대차계약서와 같이 계약 당사자 쌍방의 권리의무관계의 내용을 정한 서면은 그 계약에 의한 권리의 존속을 표상하기 위한 것이라고 할 수는 없으므로 위 채권증서에 해당하지 않는다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다32574 판결).

○ **민법 제348조(저당채권에 대한 질권과 부기등기)** 저당권으로 담보한 채권을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 그 효력이 저당권에 미친다. ☛ ❶ 이는 민법 제186조에서 정하는 물권변동에 해당한다. 담보가 없는 채권에 질권을 설정한 다음 그 채권을 담보하기 위해 저당권이 설정되었더라도, 민법 제348조가 유추적용되어 저당권설정등기에 질권의 부기등기를 하지 않으면 질권의 효력이 저당권에 미친다고 볼 수 없다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2016다235411 판결). ❷ 채권의 지연손해금을 별도로 등기부에 기재하지 않았더라도 근저당권부 질권의 피담보채권의 범위가 등기부에 기재된 약정이자에 한정된다고 볼 수 없다(대법원 2023. 1. 12. 선고 2020다296840 판결).

2644) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다76192 판결; "지명채권을 목적으로 한 질권의 설정은 설정자가 민법 제450조의 규정에 의하여 제3채무자에게 질권설정의 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙함이 아니면 이로써 제3채무자 기타 제3자에게 대항하지 못하고(**민법 제349조** 제1항), 그 경우 채권양도에 있어서의 승낙, 통지의 효과와 관련한 민법 제451조의 규정을 준용하고 있는데(민법 제349조 제2항), 채권양도인이 채무자에게 채권양도를 통지한 때에는 아직 양도하지 아니한 경우에도 선의인 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있다고 규정한 민법 제452조 제1항 역시 지명채권을 목적으로 한 질권 설정의 경우에 유추적용된다고 할 것이다. 한편 지명채권의 양도통지를 한 후 그 양도계약이 해제 또는 합의해제된 경우 채권양도인이 그 해제를 이유로 다시 원래의 채무자에 대하여 양도채권으로 대항하려면 채권양수인이 채무자에게 위와 같은 해제 등 사실을 통지하여야 한다. 이러한 법리는 지명채권을 목적으로 한 질권설정 사실을 제3채무자에게 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙한 후 그 질권설정계약이 해제, 합의해제 또는 합의해지된 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다."

2645) **민법 제353조(질권의 목적이 된 채권의 실행방법)** ① 질권자는 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있다. ② 채권의 목적물이 금전인 때에는 질권자는 자기채권의 한도에서 직접 청구할 수 있다. ☛ 이 경우, 질권자는 질권설정자의 대리인과 같은 지위에서 입질채권을 추심하여 자기채권의 변제에 충당하고 그 한도에서 질권설

대항할 수 있는 사유'가 '채권질권 설정의 통지 또는 승낙 수령 전에 발생한 사실'(대항사유가 가까운 장래에 상당한 정도로 발생할 가능성이 예정되어 있던 경우를 포함한다[2646])을 주장·증명하여 항변하여야 하고, 위 통지 또는 승낙 후의 사유라면 '질권자의 동의'[2647] 사실을 주장·증명하여야 유효한 항변이 된다.[2648]

약식질의 대상인 기명주식의 주권을 제3자에게 보관시키는 점유매개관계가 중첩적으로 이루어진 경우, 최상위의 간접점유자인 질권설정자는 자신의 점유매개자인 제3자에 대한 반환청구권을 질권자에게 양도하고, 그 대항요건으로서 그 제3자의 승낙 또는 그 제3자에 대한 통지를 갖추면 충분하며, 직접점유자의 승낙이나 그에 대한 질권설정자 또는 제3자의 통지까지 갖출 필요는 없다.[2649]

정자에 의한 변제가 있었던 것으로 보므로, 위 범위 내에서는 제3채무자의 질권자에 대한 금전지급으로써 제3채무자의 질권설정자에 대한 급부가 이루어질 뿐만 아니라 질권설정자의 질권자에 대한 급부도 이루어진다고 보아야 한다. 이러한 법리는 근저당권부채권의 질권자가 부동산 임의경매절차에서 집행법원으로부터 배당금을 직접 수령하는 경우에도 적용된다(대법원 2024. 4. 12. 선고 2023다315155 판결). 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우 근질권의 피담보채권은 근질권자가 그 강제집행이 개시된 사실을 알게 된 때에 확정된다(2009다43621). 채권질권자는 질권의 목적이 된 채권과 그에 대한 지연손해금채권을 피담보채권의 범위에 속하는 자기채권액에 대한 부분에 한하여 직접 추심하여 자기채권의 변제에 충당할 수 있다(2003다40668).

2646) 대법원 2018. 7. 24. 선고 2016다205687 판결.

2647) **민법 제352조(질권설정자의 권리처분제한)** 질권설정자는 질권자의 동의 없이 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다. ☛ 이 규정은 질권자가 질권의 목적인 채권의 교환가치에 대하여 가지는 배타적 지배권능을 보호하기 위한 것으로서, 질권설정자와 제3채무자가 채권의 추심, 변제의 수령, 면제, 상계 등 질권자의 이익을 해하는 행위를 하였더라도 이는 질권자에 대한 관계에서는 무효이나, 특별한 사정이 없는 한 질권설정자와 제3채무자가 질권의 목적인 권리를 발생시키는 기본적 계약관계를 해제하거나 해지하는 것은 가능하다(2010도4613). 임대인이 별도로 갱신거절을 하지 아니함에 따라 임대차계약이 묵시적으로 갱신되는 결과가 발생하는 것은, 질권의 목적인 임대차보증금반환채권 자체가 아니라 이를 발생시키는 기본적 계약관계에 관한 사유에 속할 뿐만 아니라, 질권설정자인 임차인이 위 채권 자체의 소멸을 목적으로 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 한 것으로도 볼 수 없으므로 이 경우에는 민법 제352조의 제한을 받지 않는다(대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다223781 판결). 질권의 목적인 채권의 양도행위는 질권자의 이익을 해하는 변경에 해당되지 않으므로 질권자의 동의를 요하지 않는다(2003다55059).

2648) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다265689 판결: "질권설정자가 제3채무자에게 질권설정의 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙한 때에는 제3채무자가 질권자의 동의 없이 질권의 목적인 채무를 변제하더라도 이로써 질권자에게 대항할 수 없고, 질권자는 민법 제353조 제2항에 따라 여전히 제3채무자에 대하여 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다. 제3채무자가 질권자의 동의 없이 질권설정자와 상계합의를 함으로써 질권의 목적인 채무를 소멸하게 한 경우에도 마찬가지로 질권자에게 대항할 수 없고, 질권자는 여전히 제3채무자에 대하여 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다고 보아야 한다." ☛ 채권질권자의 지위는 채권양수인의 지위와 유사하다. 채권양수인의 이행청구에 대하여 채무자가 원채권자인 양도인에게 대항할 수 있는 사유(예컨대 변제)로 항변하는 경우, 채무자가 '양도인에게 대항할 수 있는 사유'가 '채권양도의 통지 또는 승낙 수령 전에 발생한 사실'까지 주장·증명하여야 하는 것과 마찬가지로, 채권질권자의 이행청구에 대하여 제3채무자는 '질권설정자에게 대항할 수 있는 사유'가 '채권질권 설정의 통지 또는 승낙 수령 전에 발생한 사실'까지 주장·증명하여 항변하여야 하고, 위 통지 또는 승낙 후의 사유라면 '질권자의 동의' 사실을 주장·증명하여야 유효한 항변이 된다.

2649) 대법원 2012. 8. 23. 선고 2012다34764 판결:"기명주식의 약식질에 관한 상법 제338조는 기명주식을 질권의 목적으로 하는 때에는 주권을 질권자에게 교부하여야 하고(제1항), 질권자는 계속하여 주권을 점유하지 아니하면 그 질권으로써 제3자에게 대항하지 못한다고(제2항) 규정하고 있다. … 주식의 질권설정에 필요한 요건인 주권의 점유를 이전하는 방법으로는 현실의 인도(교부) 외에 간이인도나 반환청구권의 양도도 허용되고, 주권을 제3자에게 보관시킨 경우 주권을 간접점유하고 있는 질권설정자가 반환청구권의 양도에 의하여 주권의

부동산 신탁계약상의 우선수익권에 대한 질권설정 승낙으로 원인채권에 대한 질권설정 승낙의 효력이 발생한다고 볼 수 없다.[2650]

합자회사 유한책임사원, 합명회사 사원, 민법상 조합원의 각 지분권의 양도나 질권설정의 경우, 제3자에 대한 대항요건에 관한 규정을 별도로 두고 있지 아니하므로, 대항요건을 추가하여 갖출 필요가 없다.[2651]

다) 양도인에게 대항할 수 있는 사유에 기한 항변

양수인(원고)의 양수금청구에 대하여 채무자(피고)는 ① 요건인 '양도인의 채무자에 대한 채권 발생'에 대한 장애, 소멸, 저지 등의 사유로서 원고에게 항변할 수 있는데,

---

점유를 이전하려면 질권자에게 자신의 점유매개자인 제3자에 대한 반환청구권을 양도하여야 하고, 이 경우 대항요건으로서 그 제3자의 승낙 또는 질권설정자의 그 제3자에 대한 통지를 갖추어야 한다. … 이는 그 제3자가 다시 타인에게 주권을 보관시킴으로써 점유매개관계가 중첩적으로 이루어진 경우에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이므로, 최상위의 간접점유자인 질권설정자는 질권자에게 자신의 점유매개자인 제3자에 대한 반환청구권을 양도하고, 그 대항요건으로서 그 제3자의 승낙 또는 그 제3자에 대한 통지를 갖추면 충분하며, 직접점유자인 타인의 승낙이나 그에 대한 질권설정자 또는 제3자의 통지까지 갖출 필요는 없다."

2650) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2020다245408 판결; "위탁자가 자신이 소유하는 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하여 건물을 신축·분양하는 사업을 시행하게 하고 대주와 시공사를 우선수익자로 정하는 관리형 토지신탁을 한 경우, 특별한 사정이 없는 한 우선수익권은 원인채권과는 독립한 신탁계약상 별개의 권리가 된다. 이러한 경우 우선수익권은 원인채권과 별도로 담보로 제공될 수 있으므로 우선수익자인 시공사가 우선수익권에 질권을 설정하는 것에 대하여 수탁자가 승낙했다고 해서 그 원인채권에 대해서까지 질권설정승낙의 효력이 발생한다고 볼 수 없다."

2651) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다218863 판결; "상법 중 합자회사에 관한 규정 중에도 합자회사의 유한책임사원 지분에 대한 질권 설정에 관한 규정이 없다. 한편 권리질권의 설정에 관하여 민법 제346조는 법률에 다른 규정이 없으면 그 권리의 양도에 관한 방법에 의하여야 한다고 규정하고 있고, … 상법에도 합자회사의 유한책임사원 지분 양도에 있어 제3자에 대한 대항요건에 관한 규정이 별도로 존재하지 아니한다. 그리고 상법 제269조는 합자회사에는 … 합명회사에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있고, 합명회사에 관한 상법 제195조는 합명회사의 내부관계에 관하여는 정관 또는 본법에 다른 규정이 없으면 조합에 관한 민법의 규정을 준용하도록 되어 있는데, 민법 조합편은 조합원의 지분권 또는 조합원 지위 이전에 있어 제3자에 대한 대항요건에 관한 규정을 별도로 두고 있지 아니하다. … 사모투자전문회사의 유한책임사원 지분에 대한 질권 설정에 관하여 간접투자법, 상법 등 관련 법률에 달리 규정이 없는 이상 이에 대하여 질권을 설정하기 위하여는 권리질권의 설정에 관한 민법 제346조에 기하여 그 지분 양도에 관한 방법에 의하여야 할 것이고, 그 지분 양도에 관하여는 간접투자법 제144조의14 제3항이 규정하고 있으므로, 이에 따라 사모투자전문회사의 유한책임사원이 자신의 지분에 관하여 그 질권자와 질권 설정계약을 체결하고 위 질권 설정에 대하여 무한책임사원 전원의 동의를 얻으면 이로써 질권 설정의 효력이 발생한다 할 것이다. 그런데 사모투자전문회사의 유한책임사원 지분에 대한 질권 설정 시 제3자에 대한 대항요건에 관하여는 위와 같이 관련 법률에 별도의 규정이 없고, 이와 유사한 성질을 가지는 합자회사의 유한책임사원 지분권, 합명회사 사원 지분권, 조합원 지위 양도에 관하여 제3자에 대한 대항요건을 요구하는 규정도 존재하지 아니하며, 사모투자전문회사의 유한책임사원 지분권은 인적 회사의 사원권으로서 지명채권과는 성질을 달리하는 이상 지명채권에 대한 질권 설정의 대항요건에 관한 민법 제349조 제1항이 유추적용될 수도 없으므로, 그 질권자로서는 사모투자전문회사의 유한책임사원과 질권 설정계약을 체결하고 이에 대하여 무한책임사원 전원의 동의를 얻어 질권 설정의 효력이 발생하였다면, 이에 더하여 별도로 그 질권으로써 제3자에 대하여 대항하기 위하여 추가적인 대항요건을 갖출 필요는 없다." ☜ '피고 유한책임사원 지분의 근질권자인 원고가 근질권을 실행함에 따라 피고는 피고 정관에 유한책임사원으로 기재된 소외 회사의 명의를 원고로 변경해 줄 의무를 부담한다'고 판단하면서, '위 근질권 설정 당시 무한책임사원 전원의 동의가 확정일자 있는 문서에 의하지 아니하였고 그 후 위 지분에 대하여 압류 등 강제집행이 행해졌으므로 원고가 위 근질권으로써 위 지분에 대한 압류채권자 등에게 대항할 수 없다'는 피고의 주장을, 위 판시와 같은 이유로 배척한 예.

그 항변사실에 관하여 피고가 주장·증명책임을 부담함은 당연하다.

원채권자인 양도인에게 대항할 수 있는 사유로 항변하는 경우,[2652] 채무자는 '양도인에 대항할 수 있는 사유'가 '채권양도의 통지 또는 승낙 수령 전에 발생한 사실'을 주장·증명하여 항변하여야 하나,[2653] 대항사유가 가까운 장래에 상당한 정도로 발생할 가능성이 예정되어 있던 경우에도 항변이 가능하다.[2654]

(1) 이의를 보류하지 않은 승낙

양도인에게 대항할 수 있는 사유에 기한 피고의 항변에 대하여, '피고가 이의를 보류하지 아니하고 승낙한 사실'은 원고의 재항변이 되고, '원고의 악의(중과실) 사실'[2655]

2652) **민법 제451조(승낙, 통지의 효과)** ① 채무자가 이의를 보류하지 아니하고 전조의 승낙을 한 때에는 양도인에게 대항할 수 있는 사유로써 양수인에게 대항하지 못한다. 그러나 채무자가 채무를 소멸하게 하기 위하여 양도인에게 급여한 것이 있으면 이를 회수할 수 있고 양도인에 대하여 부담한 채무가 있으면 그 성립되지 아니함을 주장할 수 있다. ② 양도인이 양도통지만을 한 때에는 채무자는 그 통지를 받은 때까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다.

2653) 대법원 1982. 5. 25. 선고 81다595 판결: "민법 제451조 제2항 … 채무자는 그 통지를 받을 때까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다고 규정하고 있다. … 피고 회사는 … 차용금 채무에 대한 보증인으로서 … 1979. 9. 550만 원, 같은 해 9. 30. 1350만 원을 … 대위변제한 사실을 단정하여 이에 관한 피고의 상계항변을 인용하고 또 본건 채권양도를 1979. 9. 5. 피고에게 통지하였다고 확정하고 있다. 그런데 위 인정과 같은 피고의 1979. 9. 5. 500만 원의 변제가 위 채권양도 통지를 받은 후인지 전인지를 분간할만한 자료를 찾아볼 수 없으니, 이로써 과연 양수인인 원고들에 대항할 수 있는지를 가려볼 수 없다. 그리고 위 9. 30. 1350만 원을 변제한 것은 위 양도통지 후임이 위 판시 자체에서 명백하니 … 이로써는 채권양수인에게 대항할 수 없다."

2654) ○ 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다13512 판결: "채무자가 기존채무의 지급을 위하여 채권자에게 수표를 교부하였는데 채권자가 그 수표와 분리하여 기존 원인채권만을 제3자에게 양도한 경우, 채무자는 … 기존 원인채권의 양도인에 대하여 채권자가 위 수표의 반환 없는 기존 원인채무의 이행을 거절할 수 있는 항변권을 그 채권양도통지를 받기 이전부터 이미 가지고 있었으므로 채권양수인에 대하여도 이와 같은 항변권을 행사할 수 있다 할 것이고, 나아가 기존채무의 지급을 위하여 수표를 교부하였다는 것은 채무자와 기존채권의 양도인 사이에서는 그 수표금이 지급되는 등 채무자가 그 수표상의 상환의무를 면하게 되면 원인채무 또한 소멸할 것을 예정하고 있었던 것으로 보아야 할 것인데, 이처럼 수표금의 지급으로써 기존 원인채무도 소멸할 것을 예정하고 있었던 사정은 그 채권양도통지 이전에 이미 존재하고 있었던 것이므로, 그 채권양도통지 후에 수표금의 지급이 이루어지더라도 이는 양도통지 후에 새로이 발생한 사유로 볼 수는 없다고 할 것이니, 따라서 채무자로서는 기존 원인채권의 양수인에 대하여 기존채무의 지급을 위하여 교부한 수표가 양도통지 이후에 결제되었다는 사유로써 그 기존채무의 소멸을 주장할 수 있다고 할 것이다."
○ 대법원 2018. 7. 24. 선고 2016다205687 판결: "질권 설정 후에 비로소 질권설정자에 대한 대항사유가 발생하였더라도, 질권 설정에 대한 승낙 당시 채무자가 그와 같은 대항사유가 가까운 장래에 상당한 정도로 발생할 가능성이 있음을 인식하였고, 승낙 당시 이의를 보류하지 않았다면, 채무자는 그와 같은 사유를 질권자에게 주장할 수 없다."['계약 해지 시 장래에 발생할 금전채권'에 관한 원고(질권자)의 근질권 설정에 대해, 피고(채무자)가 이의를 보류하지 않고 승낙할 당시 위 채무가 발생할 때 이행상 견련관계에 있는 건물인도의무도 마찬가지로 발생할 것임을 예상할 수 있었으나, 원고는 위 채무 지급이 건물인도와 동시이행관계에 있음을 알았거나 중과실로 알지 못했다고 봄이 상당하므로, 피고는 동시이행항변으로 원고에게 대항할 수 있다고 한 예]

2655) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다13887 판결: "민법 제451조 제1항이 위와 같이 이의를 보류하지 않은 승낙에 대하여 항변사유를 제한한 취지는 위와 같이 이의를 보류하지 않은 승낙이 이루어진 경우 양수인은 양수한 채권에 아무런 항변권도 부착되지 아니한 것으로 신뢰하는 것이 보통이므로 채무자의 '승낙'이라는 사실에 공신력을 주어 양수인의 신뢰를 보호하고 채권양도나 질권 설정과 같은 거래의 안전을 꾀하기 위한 규정이라 할 것이므로, 채권의 양도나 질권의 설정에 대하여 이의를 보류하지 아니하고 승낙을 하였더라도 양수인 또는 질권자가 악의 또는 중과실의 경우에 해당하는 한 채무자의 승낙 당시까지 양도인 또는 질권설정

은 피고의 재재항변이 된다. 판례도 같은 취지로 볼 수 있다.[2656] 요컨대, '양수인(원고)의 양수금청구 → 양도인에게 대항할 수 있는 사유에 기한 채무자(피고)의 항변 → 이의를 보류하지 않은 승낙의 재항변 → 악의·중과실의 재재항변'의 공방구조이다.

민법 제451조 제1항 본문은 '채무자의 이의를 보류하지 않은 승낙'이라는 사실에 '공신력'을 주어 양수인을 보호하고 거래의 안전을 꾀하기 위한 규정으로서, 여기에서 양도인·질권설정자에게 대항할 수 있지만 양수인·질권자에게는 대항하지 못하는 사유는 협의의 항변권에 한정되지 않고 넓게 채권의 성립·존속·행사를 저지하거나 배척하는 사유를 포함하지만,[2657] 채권의 귀속(채권이 이미 타인에게 양도되었다는 사실),[2658] 기판력[2659]은 이에 포함되지 않는다.

채무자가 이의를 보류하지 않은 승낙을 했는지 여부는, 양수인으로 하여금 양도된 채권에 대하여 '대항사유가 없을 것을 신뢰하게 할 정도'에 이르렀는지를 감안하여 판단해야 한다('단순한 승낙'만으로는 부족하다).[2660]

자에 대하여 생긴 사유로써도 양수인 또는 질권자에게 대항할 수 있다고 할 것"

2656) 판례는 이의를 보류하지 않은 승낙을 채무자 항변의 제한(2000다13887) 내지 상실(93다35551) 사유로 보고, '채무자가 양도인에게 이의를 보류하지 아니하고 승낙을 하였다는 사정', '양수인의 악의 또는 중과실'을 요증사실로 삼고 있어(99다18039) 같은 취지로 볼 수 있다.

2657) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다222962 판결. ex) 96다22648(은행 지점의 지점장 대리가 허위의 정기예금 통장을 만들어 가공의 정기예금에 대한 질권설정승낙의뢰서에 질권 설정에 대하여 아무런 이의를 유보하지 아니하고 승낙한다는 뜻을 기재하고 은행의 대리 약인을 찍은 질권설정승낙서를 교부한 경우, 은행은 그 질권자에게 그 정기예금채권에 대한 질권 설정에 이의를 유보하지 아니한 승낙을 하였으므로 그 정기예금채권의 부존재를 이유로 질권자에게 대항할 수 없다고 한 사례).

2658) 대법원 1994. 4. 29. 선고 93다35551 판결; "민법은 채권의 귀속에 관한 우열을 오로지 확정일자 있는 증서에 의한 통지 또는 승낙의 유무와 그 선후로써만 결정하도록 규정하고 있는데다가, 채무자의 '이의를 보류하지 아니한 승낙'은 위 규정 자체로 보더라도 그의 양도인에 대한 항변을 상실시키는 효과밖에 없고, 채권에 관하여 권리를 주장하는 자가 여럿인 경우 그들 사이의 우열은 채무자에게도 효력이 미치므로, 위 '양도인에게 대항할 수 있는 사유'란 채권의 성립, 존속, 행사를 저지·배척하는 사유를 가리킬 뿐이고, 채권의 귀속은 이에 포함되지 아니한다고 해석함이 상당하다."

2659) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020다210747 판결 ; 원심이 "확정판결의 효력인 기판력은 당사자 뿐 아니라 법원을 구속하는 것으로서 단순히 양도인에 대해 주장할 수 있는 항변이나 이의의 권리로서 채무자가 이의를 유보하지 않고 채권양도를 승낙할 경우 양수인에게 이를 행사할 수 없는 것에 해당한다고 볼 수 없다."는 이유로, 양도인의 전소 변론종결 이후에 피고가 채권양도에 대하여 이의를 보류하지 않고 승낙하였으므로 양수인인 원고에 대하여 전소 확정판결의 기판력으로써 대항할 수 없다는 원고의 주장을 배척한 것은 정당하다고 판단한 예.

2660) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다222962 판결; "채무자가 이 조항에 따른 이의를 보류하지 않은 승낙을 할 때에 명시적으로 항변사유를 포기한다거나 양도되는 채권에 대하여 이의가 없다는 뜻을 표시할 것까지 요구하지는 않는다. 그러나 이의를 보류하지 않은 승낙으로 말미암아 채무자가 양도인에 대하여 갖는 대항사유가 단절되는 점을 감안하면, 채무자가 이 조항에 따라 이의를 보류하지 않은 승낙을 했는지 여부는 문제 되는 행위의 내용, 채무자가 그 행위에 이른 동기와 경위, 채무자가 그 행위로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의도, 그 행위를 전후로 채무자가 보인 태도 등을 종합적으로 고려하여 양수인으로 하여금 양도된 채권에 대하여 대항사유가 없을 것을 신뢰하게 할 정도에 이르렀는지를 감안하여 판단해야 한다."('피고(국민건강보험공단)가 소외인(의사)에 대한 손해배상채권이나 그에 따른 상계 가능성을 알지 못하였던 것으로 보이는 상황에서, 소외인의 요양급여 등 채권에 대하여 피고에게 접수된 확정일자 있는 채권양도 통지나 압류 등 내역을 확인하는 '압류진료비 채권압류 확인서'를 원고(양수인)에게 발급할 당시 소외인에 대한 대항사유를 구체적으로 보류할 것을 기대하기는 어렵고, 위 확인서에는 진료비채권에 대한 압류확인 외의 목적으로 확인서를 사용하는 것을 금지하고 확인서의 발급으로 인해서 어떠한 책임도 피고에게 물을 수 없다는 내용이 기재되어 있으므로, 피고

채권양도를 승낙한 채무자가 양도채권의 성립이나 소멸에 영향을 미치는 사정에 관하여 양수인에게 알리지 아니하였다고 하여, 특별한 사정(신의칙상 주의의무의 존재)이 없는 한 불법행위가 성립한다고 볼 수는 없다.[2661]

(2) 보험금청구권의 경우

보험금청구권의 경우에는 그 특성에 기해 민법 제451조 제1항의 적용에 대한 예외가 인정된다. 보험자는 보험금청구권의 양도나 질권 설정에 대한 승낙 시에 '보험계약상의 면책사유'에 대한 이의를 보류하지 않았다 하더라도 면책사유를 양수인 또는 질권자에게 주장할 수 있다(즉, '보험자인 피고의 이의 보류 없는 승낙'이라는 원고의 재항변이 그 자체로는 유효하지 않다). 다만, '보험료 미납'을 이유로 한 해지 항변의 경우처럼, '보험자가 자신의 항변사유가 상당한 정도로 발생할 가능성이 있음을 인식하였다는 등의 특별한 사정'이 있으면, 보험금청구권이나 보험료환급청구권 양도 시 '보험자인 피고의 이의 보류 없는 승낙'이 원고의 재항변으로서 유효하다.[2662]

는 그 기재내용을 통하여 대항사유의 단절이라는 법적 책임이나 불이익을 지지 않음을 포괄적으로 표시하였다고 볼 수도 있다.'는 등의 이유로, 피고가 채권양도에 대하여 이의를 보류하지 않은 승낙을 한 것으로 보기는 어렵다고 한 예). ☞ 즉, '이의를 보류하지 않은 승낙'은 '대항사유가 없을 것을 신뢰하게 할 정도의 승낙'을 말하고, 이는 '단순한 승낙'만으로는 부족하지만 '명시적으로 항변사유를 포기한다거나 양도되는 채권에 대하여 이의가 없다는 뜻을 표시'할 것까지 요구하지는 않는다.

2661) 대법원 2015. 12. 24. 선고 2014다49241 판결; "채무자가 채권양도에 대하여 이의를 보류하지 아니하는 승낙을 하였더라도 양도인에게 대항할 수 있는 사유로서 양수인에게 대항하지 못할 분이고(민법 제451조), 채권의 내용이나 양수인의 권리 확보에 위험을 초래할 만한 사정을 조사, 확인할 책임은 원칙적으로 양수인 자신에게 있으므로, 채무자는 양수인이 대상 채권의 내용이나 그 원인이 되는 법률관계에 대하여 잘 알고 있을 것을 전제로 채권양도를 승낙할지를 결정하면 되고 양수인이 채권의 내용 등을 실제와 다르게 인식하고 있는지까지 확인하여 그 위험을 경고할 의무는 없다. 따라서 채무자가 양도되는 채권의 성립이나 소멸에 영향을 미치는 사정에 관하여 양수인에게 알려야 할 신의칙상 주의의무가 있다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 채무자가 그러한 사정을 알리지 아니하였다고 하여 불법행위가 성립한다고 볼 수 없다."

2662) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다13887 판결; "보험금청구권은 보험자의 면책사유 없는 보험사고에 의하여 피보험자에게 손해가 발생한 경우에 비로소 권리로서 구체화되는 정지조건부권리이고, 그 조건부권리도 보험사고가 면책사유에 해당하는 경우에는 그에 의하여 조건불성취로 확정되어 소멸하는 것이라 할 것이므로, 위와 같은 보험금청구권의 양도 또는 질권설정에 대한 채무자의 승낙은 별도로 면책사유가 있으면 보험금을 지급하지 않겠다는 취지를 명시하지 않아도 당연히 그것을 전제로 하고 있다고 보아야 하고, 그 양수인 또는 질권자도 그러한 사실을 알고 있었다고 보아야 할 것이며, 더구나 보험사고 발생 전의 보험금청구권 양도 또는 질권설정을 승낙함에 있어서 보험자가 위 항변사유가 상당한 정도로 발생할 가능성이 있음을 인식하였다는 등의 사정이 없는 한 존재하지도 아니하는 면책사유 항변을 보류하고 이의하여야 한다고 할 수는 없으므로, 보험자가 비록 위 보험금청구권 양도 승낙 시나 질권설정 승낙 시에 면책사유에 대한 이의를 보류하지 않았다 하더라도 보험계약상의 면책사유를 양수인 또는 질권자에게 주장할 수 있다고 보아야 할 것이기는 하다. … 이의를 보류하지 않은 채권양도 또는 질권설정 승낙의 경우 … 양수인 또는 질권자에게 대항할 수 없도록 한 것은 양수인 또는 질권자의 신뢰보호를 위한 것인바, 다른 면책사유의 경우에는 보험자가 채권양도 또는 질권설정 승낙 시에 면책사유 발생 가능성을 인식할 수 있었다고 단언할 수 없는 것이지만, 보험료 미납이라는 사유는 승낙 시에 이미 발생할 수 있는 가능성이 있다는 점을 보험자가 누구보다도 잘 알고 있었다고 보아야 할 것이어서, 보험료 미납이라는 면책사유는 당연히 승낙 시에 보험자가 이의를 보류할 수 있는 것이라 할 것이고, 그러함에도 보험자가 이의를 보류하지 아니한 경우에까지 면책사유의 일종이라는 이유만으로 양수인 또는 질권자에게 대항할 수 있다고 하는 것은 양수인 또는 질권자의 신뢰보호라는 원칙을 무시하는 결과가 된다 할 것이므로, 보험료 미납을 이유로 한 해지 항변은 보험자가 이의를 보류하지 아니하고 양도 또는 질권설정을 승낙한 경우에는

(3) 채권양도와 통정허위표시

통정허위표시 채권의 양수인이 양수금청구를 하는 경우, 이 경우에도 청구원인 사실로서 '대항요건의 구비'가 필요하고,[2663] 채무자는 통정허위표시 무효 항변의 요건사실로서 ① '통정허위표시 사실'과 함께 ② '채권양도 당시 통정허위표시에 대한 양수인의 악의'(민법 제108조 제2항의 적용)를 주장·증명하여야 한다.[2664] 이는 착오·사기·강박에 의한 의사표시 취소의 경우에도 동일하게 볼 수 있다.

(4) 채권양도와 소멸시효

채권양도에 의하여 권리자가 바뀌는 것은 소멸시효의 진행에 아무런 영향을 미치지 않는다. 다만, 채권양도에 대하여 채무자가 이의를 보류하지 않은 승낙을 한 때에는 채무자는 양도인에게 주장할 수 있었던 소멸시효의 항변을 양수인에게 주장하지 못한다.

채무자에 대한 시효중단의 효력은 그 이후의 채권양수인에게 미친다.[2665]

❶ 양도인이 채권을 양도하고 대항요건을 구비한 '후'에 '양도인'이 채무자를 상대로 제기한 재판상 청구는 당초부터 무권리자에 의한 청구로서 민법 제170조[2666] 제2항이 적용될 여지가 없으나,[2667] ❷ 양도인이 채권을 양도하고 대항요건을 구비하기 '전'에 '양도인'이 채무자를 상대로 소를 제기하고 그 소송 중에 대항요건을 구비하여, 양도인 제기

양수인 또는 질권자에 대하여 대항할 수 없다고 보아야 할 것이다. … 보험계약상 보험료가 현실로 납입된 이상은 중도해지의 경우든 만기 도달의 경우든 어떠한 경우에도 보험료환급금이 발생하게 되어 있는 경우에 있어서는, 보험료 미납이 있으면 당연히 보험료환급청구권이 발생할 여지가 없다고 보아야 할 것이지, 보험금 청구권의 경우와 같이 보험료환급책임이 면제되는 것이 아니라 할 것이므로, 그 양도 또는 질권설정 승낙 시 이의를 보류하지 않았다면 보험료가 현실적으로 납입된 것으로 추정하는 것이 일반적이지, 보험료 미납 시에는 보험료환급금을 지급하지 않겠다는 취지를 당연히 전제로 하고 있다고 볼 수도 없다 할 것이어서, 그러한 이의를 보류하지 아니하고 질권설정을 승낙한 이상 당연히 질권자에 대하여 대항할 수 없다고 보아야 할 것이며, 또 그러한 경우에 그 환급청구권에 대하여 질권을 취득하는 질권자로서는 보험료 미납 사실을 알지 못하는 한 당연히 환급청구권에 대하여 어떠한 항변권도 없다고 믿을 수밖에는 없다 할 것이므로, 보험료 미납으로 인하여 보험료환급금 지급이 거절될 수도 있다는 예상을 하지 못한 것에 중과실이 있다고 볼 수도 없다."

2663) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다100315 판결.

2664) 통정허위표시 채권의 양수인은 민법 제108조 제2항의 '제3자'에 해당하고(2010다100315), 허위표시의 무효를 주장하는 자가 '제3자의 악의'에 관한 주장·증명책임은 진다(2002다1321 참조).
한편, '채권양도계약'이 통정허위표시인 경우, ① 허위양수인의 채권자로서 허위양수금채권에 대한 압류·추심명령을 받은 자는 제3자에 해당하고(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다59753 판결), ② '채무자'는 위 '제3자'에 해당하지 않는다(82다594).

2665) **민법 제169조(시효중단의 효력)** 시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있다. ☛ 민법 제169조의 '승계인'이라 함은 시효중단에 관여한 당사자로부터 중단의 효과를 받는 권리 또는 의무를 그 중단 효과 발생 이후에 승계한 자를 뜻하고 포괄승계인은 물론 특정승계인도 이에 포함된다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다81474 판결).

2666) **민법 제170조(재판상의 청구와 시효중단)** ① 재판상의 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효중단의 효력이 없다. ② 전항의 경우에 6월 내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 압류 또는 가압류, 가처분을 한 때에는 시효는 최초의 재판상 청구로 인하여 중단된 것으로 본다.

2667) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다84229 판결, 대법원 2014. 6. 26. 선고 2013다45716 판결 참조.

소송이 기각되고 그 후 6월 내에 '양수인'이 재판상 청구 등을 한 경우에는, 민법 제170조 제2항에 의하여 양도인의 최초의 재판상 청구로 인하여 시효가 중단된 것으로 본다.[2668] ❸ '양도인'이 채무자를 상대로 제기한 재판상 청구 '계속 중'에 채권을 양도하고 대항요건을 구비한 경우, ⓐ '양수인'이 '승계참가'나 '인수참가' 한 경우에는, 민사소송법 제81조, 제82조 제3항[2669]에 의하여 양도인의 '소 제기 시'[2670]에 소급하여 시효중단의 효력이 생기고, 양도인 탈퇴 후 양수인의 참가청구가 소송신탁 목적의 채권양수도라는 이유로 그 효력이 부정되어 각하·기각[2671]된 다음 그 확정일로부터 6개월 내에 양도인이 다시 소를 제기한 때에는, 양도인의 전소로 발생한 시효중단 효력이 그대로 유지되며,[2672]

2668) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두20109 판결; "채권양도 후 대항요건이 구비되기 전의 양도인은 채무자에 대한 관계에서는 여전히 채권자의 지위에 있으므로 채무자를 상대로 시효중단의 효력이 있는 재판상의 청구를 할 수 있고, 이 경우 양도인이 제기한 소송 중에 채무자가 채권양도의 효력을 인정하는 등의 사정으로 인하여 양도인의 청구가 기각됨으로써 민법 제170조 제1항에 의하여 시효중단의 효과가 소멸된다고 하더라도, 양도인의 청구가 당초부터 무권리자에 의한 청구로 되는 것은 아니므로, 양수인이 그로부터 6월 내에 채무자를 상대로 재판상의 청구 등을 하였다면, 민법 제169조 및 제170조 제2항에 의하여 양도인의 최초의 재판상의 청구로 인하여 시효가 중단된다." ☞ 같은 이유에서, 채권양도 후 대항요건이 구비되기 전의 채권양도인은 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 대하여 채권가압류 등의 보전조치를 할 수 있고, 이 경우 채권가압류에 기하여 채권양도인이 배당절차에서 배당을 받았다면 그 배당은 유효하다(대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다8589 판결).

2669) **민사소송법 제81조(승계인의 소송참가)** 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 제79조의 규정에 따라 소송에 참가한 경우 그 참가는 소송이 법원에 처음 계속된 때에 소급하여 시효의 중단 또는 법률상 기간준수의 효력이 생긴다. **제82조(승계인의 소송인수)** ③ 제1항의 소송인수의 경우에는 제80조의 규정 가운데 탈퇴 및 판결의 효력에 관한 것과, 제81조의 규정 가운데 참가의 효력에 관한 것을 준용한다.

2670) 법문상으로는 '소송이 법원에 처음 계속된 때'라고 되어 있어 '소장 부본이 피고에게 송달되어 소송이 계속된 시점'으로 볼 여지도 있으나, 당초의 '소 제기' 시(소장 접수 시)를 의미한다고 해석된다(2000다42786).

2671) ○ 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다43192 판결; "소송 계속 중에 소송목적인 권리의 승계를 이유로 하는 소송인수신청이 있는 경우 신청의 이유로 주장하는 사실관계 자체에서 그 승계적격의 흠결이 명백하지 아니하는 한 결정으로 그 신청을 인용하여야 하고, 그 승계인에 해당하는지 여부는 인수참가인의 청구의 당부와 관련하여 판단할 사항으로서 심리한 결과 승계사실이 인정되지 아니하면 청구기각의 본안판결을 하면 되는 것이지 인수참가신청 자체가 부적법하게 되는 것은 아니다. … 원고와 원고 인수참가인 사이의 채권양도가 무효로 인정되더라도 그러한 사유만으로 원고의 인수참가신청이나 원고 인수참가인의 소가 부적법하게 되는 것은 아니므로, 무효의 채권양도를 원인으로 하는 원고 인수참가인의 청구는 기각되어야 할 것이다."
○ 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다67105, 67112 판결; "제3자가 소송 계속 중에 소송목적인 권리를 승계하였다고 주장하며 소송에 참가한 경우, 참가신청의 이유로 주장하는 사실관계 자체에서 승계적격의 흠이 명백하지 않는 한 승계인에 해당하는지 여부는 승계참가인의 청구의 당부와 관련하여 판단할 사항이므로, 심리 결과 승계사실이 인정되지 않으면 승계참가인의 청구를 기각하는 판결을 하여야지 승계참가신청을 각하하는 판결을 할 것은 아니다. 그리고 승계참가인의 참가신청이 적법한 이상 피승계참가인과 상대방의 소송관계는 피승계참가인이 상대방의 승낙을 얻어 소송에서 탈퇴함으로써 종료된다고 보아야 하므로, 법원은 탈퇴한 피승계참가인의 청구에 관하여 심리·판단할 수 없다." ☞ 원심이, ① 건물 소유권이전등기가 원고 승계참가인들로 하여금 소송행위를 하게 하는 것을 주목적으로 이루어진 소송신탁에 해당하므로, 원고 승계참가인들이 건물 소유자임을 전제로 한 건물인도청구를 받아들일 수 없다 하여 원고 승계참가인들의 청구를 기각하는 한편, ② 원고와 피고들의 소송관계는 원고가 피고들의 승낙을 얻어 소송에서 탈퇴함으로써 종료되었다는 이유로 원고의 청구에 관해서는 아무런 판단을 하지 않은 것은 정당하다고 한 예.

2672) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2016다35789 판결; "소송목적인 권리를 양도한 원고는 법원이 소송인수 결정을 한 후 피고의 승낙을 받아 소송에서 탈퇴할 수 있는데(민사소송법 제82조 제3항, 제80조), 그 후 법원이 인수참가인의 청구의 당부에 관하여 심리한 결과 인수참가인의 청구를 기각하거나 소를 각하하는 판결을 선고하여 그 판결이 확정된 경우에는 원고가 제기한 최초의 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력은 소멸한다. 다만 소송

ⓑ '양수인'이 소송참가 없이 '별소'를 제기한 경우에는, 양도인 제기 소송의 기각·취하 후 6개월 내의 제소라면, 민법 제170조 제2항에 의하여 양도인의 최초의 재판상 청구로 인하여 시효가 중단된 것으로 본다(❷의 경우에 준한다). ❹ ⓐ 채권양수도 '전'에 '양수인'이 채무자를 상대로 한 재판상의 청구는 무권리자에 의한 청구로서 시효중단의 효력이 생길 수 없고,[2673] ⓑ 채권양수도 '후'에 '양수인'이 대항요건을 갖추지 못한 상태[2674]에서 채무자를 상대로 한 재판상의 청구는 소멸시효 중단사유인 재판상의 청구에 해당한다.[2675]

탈퇴는 소취하와는 그 성질이 다르며, 탈퇴 후 잔존하는 소송에서 내린 판결은 탈퇴자에 대하여도 그 효력이 미친다(민사소송법 제82조 제3항, 제80조 단서). 이에 비추어 보면 인수참가인의 소송목적 양수 효력이 부정되어 인수참가인에 대한 청구기각 또는 소각하 판결이 확정된 날부터 6개월 내에 탈퇴한 원고가 다시 탈퇴 전과 같은 재판상의 청구 등을 한 때에는, 탈퇴 전에 원고가 제기한 재판상의 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력은 그대로 유지된다고 봄이 타당하다." ☜ **원심**이, 원고(양도인)의 전소 소송탈퇴를 소취하와 같이 보아, 전소로 인한 시효중단 효력이 원고의 전소 탈퇴일에 소멸하였고, 그때부터 6개월이 지난 후에 원고가 이 사건 후소를 제기하였다는 이유로 채권의 소멸시효가 완성하였다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 소외인(양수인)의 인수참가 소송이 소 각하로 확정된 날로부터 6개월 내에 원고가 전소와 같은 이 사건 후소를 제기하였으므로 전소로 인한 시효중단의 효력은 위와 같은 확정판결에도 불구하고 그대로 유지된다고 판단한 예.

2673) ○ 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다84229 판결; "원고가 당초에 한 소 제기는 아무 권리 없는 자가 한 것이어서 그에 의해 시효중단의 효력이 생길 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 채권양도를 받아 정당한 권리자로서 예비적 청구원인의 준비서면을 제출한 날에 비로소 시효중단의 효과가 발생한다고 보아야 할 것"
○ 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다31483 판결; 원고가 1997. 8. 23. 토지 소유권을 취득한 다음 1998. 2. 18. 토지 인도청구의 소를 제기하였고, 이후 소송 계속 중인 1998. 6. 19. 토지의 전 소유자(소외인)로부터 그가 피고에 대하여 갖는 부당이득반환채권 일체를 양수받은 다음, 2001. 8. 24. 소변경신청을 통하여 비로소 임료 상당의 부당이득반환청구를 한 **사안**에서, '비록 원고가 소를 제기하면서 피고의 불법점유로 인하여 1991. 12. 19.부터 매월 50만 원 상당의 손해를 입고 있다고 주장하였다고 하더라도 소제기 당시에는 소외인의 피고에 대한 청구권을 양수받기 전이므로, 원고가 소유자로 되기 전에 이미 발생한 부당이득청구권은 여전히 소외인의 권리라 할 것이고 원고는 그 부분 청구권에 대하여 아무런 권리가 없었으니, 원고의 소제기로 인하여 소외인이 피고에 대하여 갖고 있는 부당이득청구권에 관해서 소멸시효가 중단되어야 할 아무런 이유가 없다.' 고 하여, 원심이, 원고가 채권을 양수한 이후 비로소 부당이득청구를 한 2001. 8. 24.을 기준으로 역산하여 5년을 초과한 부분의 청구에 대해 소멸시효가 완성되었음을 이유로 이를 배척한 것은 잘못하다고 한 예.

2674) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다8589 판결; "채권을 양수하기는 하였으나 아직 양도인에 의한 통지 또는 채무자의 승낙이라는 대항요건을 갖추지 못하였다면 채권양수인은 채무자와 사이에 아무런 법률관계가 없어 채무자에 대하여 아무런 권리주장을 할 수 없고, 채권양수인으로서는 양도인이 채무자에게 채권양도통지를 하거나 채무자가 이를 승낙하여야 채무자에게 채권양수를 주장(대항)할 수 있다."

2675) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41818 판결; "채권양도는 구 채권자인 양도인과 신 채권자인 양수인 사이에 채권을 그 동일성을 유지하면서 전자로부터 후자에게로 이전시킬 것을 목적으로 하는 계약을 말한다 할 것이고, 채권양도에 의하여 채권은 그 동일성을 잃지 않고 양도인으로부터 양수인에게 이전되며, 이러한 법리는 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다고 하더라도 마찬가지인 점, 민법 제149조의 '조건의 성취가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다.'는 규정은 대항요건을 갖추지 못하여 채무자에게 대항하지 못한다고 하더라도 채권양도에 의하여 채권을 이전받은 양수인의 경우에도 그대로 준용될 수 있는 점, 채무자를 상대로 재판상의 청구를 한 채권의 양수인을 '권리 위에 잠자는 자'라고 할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 비록 대항요건을 갖추지 못하여 채무자에게 대항하지 못한다고 하더라도 채권의 양수인이 채무자를 상대로 재판상의 청구를 하였다면 이는 소멸시효 중단사유인 재판상의 청구에 해당한다고 보아야 할 것이다." ☜ 소멸시효 기간 경과 전에 채권양도가 이루어지고 채권양수인인 원고(탈퇴)가 양수금청구의 소를 제기하였으나 소멸시효 기간 경과 후에 채권양도 통지가 된 **사안**에서, **원심**이, 소 제기 당시는 채무자 피고에게 채권양도 통지가 이루어지기 전이어서 대항력을 갖추지 못하였으므로, 피고에게 대항할 수 없는 양수인인 원고(탈퇴)가 소를 제기하였다고 하여 소멸시효가 중단되었다고 할 수 없다는 이유로, 피고의 소멸시효의 항변을 받아들여 최종 승계참가인의 청구를 배척한 것을 파기한 예. 같은 취지에서, 채권양수인이 제척기간 내에 채무자를 상대로 재소만 하면 그 기간을 준수한 것으로 보아야 하고 채무자에 대한 대항요건까지 갖출 필요는 없다(2000다1006).

❺ ① 원고가 채권자대위권에 기해 청구를 하다가 당해 피대위채권 자체를 양수하여 양수금청구로 소를 변경한 경우, 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력이 소멸하지 않으나,[2676] ② 원고가 자신의 권원에 기하여 직접 청구를 하다가 채무자의 권리를 대위하거나[2677] 이를 양수하여 청구한 경우에는 당초의 소를 제기한 때가 아니라 청구변경서면을 제출한 때에 소멸시효 중단의 효과가 발생한다.[2678]

(5) 채권양도와 상계

채무자가 채권양수인에 대하여 상계로 대항할 수 있는 양도인에 대한 자동채권의 범위에 관하여, 채무자의 채권양도인에 대한 자동채권이 발생하는 기초가 되는 원인이 양도 전에 이미 성립하여 존재하고 자동채권이 수동채권인 양도채권과 동시이행의 관계에 있는 경우 이외에는,[2679] 양도 통지나 승낙 후에 취득한 자동채권으로는 양수인에 대하여 상계로 대항하지 못한다는 점에 대하여 이론이 없다.[2680] 다만, 상계가 아닌 당연

2676) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다17284 판결: 원고가 채권자대위권에 기해 청구를 하다가 당해 피대위채권 자체를 양수하여 양수금청구로 소를 변경한 사안에서, 이는 청구원인의 교환적 변경으로서 채권자대위권에 기한 구 청구는 취하된 것으로 보아야 하나, ① 그 채권자대위소송의 소송물은 채무자의 제3채무자에 대한 계약금반환청구권인데 위 양수금청구는 원고가 위 계약금반환청구권 자체를 양수하였다는 것이어서 양 청구는 동일한 소송물에 관한 권리의무의 특정승계가 있을 뿐 그 소송물은 동일한 점, ② 시효중단의 효력은 특정승계인에게도 미치는 점, ③ 계속 중인 소송에 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계한 특정승계인이 소송참가하거나 소송인수한 경우에는 소송이 법원에 처음 계속된 때에 소급하여 시효중단의 효력이 생기는 점, ④ 원고는 위 계약금반환채권을 채권자대위권에 기해 행사하다 다시 이를 양수받아 직접 행사한 것이어서 위 계약금반환채권과 관련하여 원고를 '권리 위에 잠자는 자'로 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력이 소멸하지 않는다고 본 사례.

2677) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2020다294516 판결: 원고는 소 제기 시 피고에게 직접 손해배상청구를 하였다가, 나중에 채권자대위에 기한 손해배상청구를 예비적으로 추가하였으므로 그 서면이 법원에 제출된 때에 시효중단의 효력이 생긴다고 한 예.

2678) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다84229 판결(아파트입주자대표회의가 직접 하자보수에 갈음한 손해배상청구의 소를 제기하였다가 구분소유자들로부터 손해배상채권을 양도받아 양수금청구를 하는 것으로 청구원인을 변경한 사안에서, 소를 제기한 때가 아니라 청구원인을 변경하는 취지의 준비서면을 제출한 때에 소멸시효 중단의 효과가 발생한다고 한 사례).
같은 취지의 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908 판결 중 "소송 계속 중 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 양수하고 채권양도통지를 함으로써 최고의 효력이 생기고 그 통지시점으로부터 6월 이내에 청구취지 및 원인 변경신청서가 법원에 제출된 경우라면 위 채권양도통지 시점에 시효중단의 효력이 생겼다고 볼 수 있을 것이다."라고 한 판시 부분은, 이행청구의 뜻이 별도로 덧붙여진 '특별한 사정'이 있는 '예외적 경우'로 봄은 별론으로 하고, "채권양도의 통지는 그 양도인이 채권이 양도되었다는 사실을 채무자에게 알리는 것에 그치는 행위이므로, 그것만으로 제척기간의 준수에 필요한 권리의 재판 외 행사에 해당한다고 할 수 없다."는 대법원 2012. 3. 22. 선고 2010다28840 전원합의체 판결에 저촉되는 것이어서 일반론으로 삼을 것은 아니다(반대의견조차 "비록 그것이 이행청구나 최고와 같이 시효중단의 효력이 인정될 정도의 사유는 아니라고 하더라도 제척기간 준수의 효과가 부여될 수 있는 권리행사의 객관적 행위 태양이라고 인정하는 데에는 부족함이 없다."라고 하였다).

2679) 대법원 2015. 4. 9. 선고 2014다80945 판결: "채권양도에 의하여 채권은 그 동일성을 유지하면서 양수인에게 이전되고, 채무자는 양도통지를 받은 때까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다(민법 제451조 제2항). 따라서 채무자의 채권양도인에 대한 자동채권이 발생하는 기초가 되는 원인이 양도 전에 이미 성립하여 존재하고 그 자동채권이 수동채권인 양도채권과 동시이행의 관계에 있는 경우에는, 양도통지가 채무자에게 도달하여 채권양도의 대항요건이 갖추어진 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 채무자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 있고, 따라서 그 채권에 의한 상계로 양수인에게 대항할 수 있다."

공제의 경우에는 양도 통지나 승낙 후에 발생한 채권이라도 그 공제를 주장할 수 있다.[2681]

양도 통지나 승낙 당시 이미 취득하였으나 변제기는 아직 도래하지 않은 자동채권의 변제기가 수동채권의 변제기 후에 도래하는 경우에 채무자가 양수인에게 상계로 대항할 수 있는지에 관하여는, 종전에 무제한설(양도 통지나 승낙 당시 이미 상계할 수 있는 원인이 있었던 경우, 즉 자동채권이 존재하는 경우라면, 그 후에 상계적상에 이르게 되더라도 채무자는 양수인에게 상계로써 대항할 수 있다는 견해)로 보이는 판례가 있었고,[2682] 근자에도 동일 판시가 반복되었으나,[2683] 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결에 의하면, 채권양도의 경우에도 지급금지채권을 수동채권으로 하는 경우와 동일하게 무제한설을 배척하고 제한설(양도 통지나 승낙 당시 양 채권이 상계적상에 있거나, 그 당시 자동채권의 변제기가 도래하지 아니한 경우에는 그것이 수동채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하여야 채무자는 양수인에게 상계로써 대항할 수 있다는 견해)을 취할 여지가 있는 것으로 보인다.[2684]

2680) 대법원 1984. 9. 11. 선고 83다카2288 판결.

2681) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012다49490 판결; 2009. 12. 1. 피고로부터 건물을 36개월간 임차한 소외 회사가 2010. 12. 30. 원고에게 1억 원의 임대차보증금 반환채권을 양도하고, 2011. 1. 6. 피고에게 채권양도 통지를 하였는데, 피고가 2011. 6. 16. 소외 회사를 상대로 임대차계약이 차임연체로 인한 피고의 해지로 종료되었음을 이유로 건물인도 및 차임지급을 구하는 소를 제기하여, 2011. 10. 28. '소외 회사는 피고에게 건물을 인도하고 인도 시까지 차임 내지 차임 상당 부당이득금을 지급하며 소송비용은 소외 회사의 부담으로 한다'는 판결이 선고되었고 그 무렵 위 판결이 확정되었으며, 그 후 피고는 위 소송에 관한 소송비용액의 확정을 신청하여 소외 회사가 피고에게 상환하여야 할 소송비용액이 3,154,162원으로 확정된 **사안**에서, **원심**이, '채권양도통지 당시에는 피고의 소외 회사에 대한 소송비용액채권이 성립하였다고 볼 수 없고, 그 당시 상계를 할 수 있는 원인이 있었다고도 볼 수 없으므로, 피고는 소송비용액채권과의 상계로 원고에게 대항할 수 없다.' 라고 한 데 대하여, **대법원**은, '위 소송비용은 임차인이 부담할 원상복구비용 및 차임지급의무 불이행으로 인한 것이어서 임대차관계에서 발생하는 임차인의 채무에 해당하므로 피고가 반환할 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있다고 할 것이고, 소외 회사가 원고에게 임대차보증금 반환채권을 양도하고 피고에게 그 양도통지를 하였어도 피고는 소외 회사가 건물을 피고에게 반환하기 전까지는 위 소송비용을 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있다.'고 한 예.

2682) 대법원 1999. 8. 20. 선고 99다18039 판결; "채무자의 승낙 당시까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다고 할 것인데, 승낙 당시 이미 상계를 할 수 있는 원인이 있었던 경우에는 아직 상계적상에 있지 아니하였다 하더라도 그 후에 상계적상이 생기면 채무자는 양수인에 대하여 상계로 대항할 수 있다고 할 것이다." ☛ 2007다30171도 동일하다.

2683) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다222962 판결(양도 승낙 당시 자동채권의 변제기가 이미 먼저 도래해 있는 사안이다).

2684) 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결의 다수의견은, "채권압류명령 또는 채권가압류명령을 받은 제3채무자가 압류채무자에 대한 반대채권을 가지고 있는 경우에 상계로써 압류채권자에게 대항하기 위하여는, 압류의 효력 발생 당시에 대립하는 양 채권이 상계적상에 있거나, 그 당시 반대채권(자동채권)의 변제기가 도래하지 아니한 경우에는 그것이 피압류채권(수동채권)의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하여야 할 것이다."라고 하였는데, 그 보충의견은, "상계의 담보적 기능은 어디까지나 앞서 본 상계의 간편한 변제수단으로서의 기능에 부수적으로만 인정되는 것으로서 이를 무한정으로 수긍할 것은 아니며, 상계를 하려는 채권자의 앞서 본 상계기대의 정당한 이익과 압류채권자를 포함하는 다른 채권자들이나 **채권양수인** 등의 채권 만족의 이익을 균형 있게 고려하여 그 범위를 정함으로써 이에 적절한 제한을 가하는 것이 바람직하다."고 하고, "제3채무자가 자기 채무의 이행을 늦추고 있다가 후에 그 이행기가 도래함으로써 가능하게 된 상계를 가지고 압류채권자에게 대항하여 자기 채권의 우선적 만족을 얻고 압류채권자의 채권 실행을 좌절시킬 수 있다는 것은 상계의 담보적 기능을 지나치게 강조하는 것으로서 부당하다고 할 것이다."라고 하였는바, 위와

채무자가 양도인에 대한 반대채권이 존재한다는 이의를 보류하지 아니한 채 양도인의 채권양도를 승낙을 한 때에는 위 반대채권과의 상계로 채권양수인에게 대항할 수 없으나, 당연 공제의 경우에는 채무자가 이의를 보류하지 아니한 채 채권양도를 승낙하였더라도 공제 주장으로 채권양수인에게 대항할 수 있다.[2685]

채권의 일부 양도가 이루어지면 특별한 사정이 없는 한 각 분할된 부분에 대하여 독립한 분할채권이 성립하므로 그 채권에 대하여 양도인에 대한 반대채권으로 상계하고자 하는 채무자로서는 양도인을 비롯한 각 분할채권자 중 어느 누구도 상계의 상대방으로 지정하여 상계할 수 있고, 그러한 채무자의 상계 의사표시를 수령한 분할채권자는 제3자에 대한 대항요건을 갖춘 양수인이라 하더라도 양도인 또는 다른 양수인에 귀속된 부분에 대하여 먼저 상계되어야 한다거나 각 분할채권액의 채권 총액에 대한 비율에 따라 상계되어야 한다는 이의를 할 수 없다.[2686] 이는 채권이 전부(轉付)된 경우에도 마찬가지이다.[2687]

라) 이중양도의 항변

채권양도 통지나 승낙은 '확정일자 있는 증서'[2688] [2689]에 의하지 아니하면 채무

같은 판시에 비추어 보면, 향후 채권양도의 경우에도 무제한설을 배척하고 "채무자가 채권양도인에 대한 반대채권으로 상계로써 채권양수인에게 대항하기 위해서는, 채권양도의 대항요건(통지 또는 승낙) 구비 당시에 대립하는 양 채권이 상계적상에 있거나, 그 당시 반대채권(자동채권)의 변제기가 도래하지 아니한 경우에는 그것이 양도채권(수동채권)의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하여야 한다."는 제한설의 입장을 취할 여지가 있는 것으로 볼 수 있다.

2685) ○ 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다52657 판결: "임대차보증금 반환 채권을 양도함에 있어서 임대인이 아무런 이의를 보류하지 아니한 채 채권양도를 승낙하였어도 임차 목적물을 개축하는 등 하여 임차인이 부담할 원상복구비용 상당의 손해배상액은 반환할 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있다 할 것이나, 임대인과 임차인 사이에서 장래 임대목적물 반환 시 위 원상복구비용의 보증금 명목으로 지급하기로 약정한 금액은, 임대차관계에서 당연히 발생하는 임차인의 채무가 아니라 임대인과 임차인 사이의 약정에 기하여 비로소 발생하는 채무에 불과하므로, 반환할 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있는 것은 아니라 할 것이어서, 임대차보증금 반환 채권을 양도하기 전에 임차인과 사이에 이와 같은 약정을 한 임대인이 이와 같은 약정에 기한 원상복구비용의 보증금 청구 채권이 존재한다는 이의를 보류하지 아니한 채 채권양도를 승낙하였다면 민법 제451조 제1항이 적용되어 그 원상복구비용의 보증금 청구 채권으로 채권양수인에게 대항할 수 없다 할 것이다."
○ 대법원 2015. 3. 26. 선고 2013다77225 판결: "보증금은 차임채무, 목적물의 멸실·훼손 등으로 인한 손해배상채무 등 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서 그 피담보채무 상당액은 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제되므로, 보증금이 수수된 임대차계약에서 차임채권이 양도되었다고 하더라도, 임차인은 그 임대차계약이 종료되어 목적물을 반환할 때까지 연체한 차임 상당액을 보증금에서 공제할 것을 주장할 수 있다. … 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 의사표시 해석과 채권양도에서 이의를 유보하지 않은 승낙 및 임대차보증금의 법적 성질에 관한 법리를 오해 … 위법이 없다."

2686) 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000다50596 판결; 소와 회사의 피고 교회에 대한 교회건물 신축공사 잔대금 채권 643,480,000원 중 283,000,000원을 양수한 원고들의 양수금청구에 대하여, 위 피고가 건축공사의 하자로 인하여 위 회사에 대하여 가지는 130,031,000원의 손해배상채권 중 위 건축공사 잔대금 채권 총액에 대한 원고들의 양수금 비율에 상당한 57,187,127원을 자동채권으로 원고들의 채권과 상계한다고 항변한 **사안**에서, **원심**이 위 상계항변을 그대로 전부 받아들여 원고들의 청구 중 위 상계금액에 해당한 부분을 기각한 데 대하여, **대법원**은 원심이 이유는 다르나 상계항변을 전부 받아들인 조치는 결과적으로 정당하다고 한 예.

2687) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다35152 판결.

자 이외의 '제3자(양도된 채권이 '존속'하는 동안에[2690] 그 채권 자체에 관하여[2691] 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 자)'에게 대항하지 못한다(민법 제450조 제2항). 이는 자기앞수표의 이득상환청구권 양도,[2692] 계약상 지위 양도 등 계약상의 권리의무를 포괄적으로 양도하는 경우에 그 권리의무의 내용을 이루고 있는 채권의 양도 부분[2693]에 관하여도

2688) **'확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙'**은, 채권의 양도인·양수인·채무자가 통모하여 통지일 또는 승낙일을 소급함으로써 제3자의 권리를 침해하는 것을 방지하기 위한 것으로서, 통지나 승낙행위 자체를 확정일자 있는 증서로 하여야 한다는 것을 의미하는데, **'확정일자'**는 민법 부칙 제3조 제4항('공정증서에 기입한 일자 또는 공무소에서 사문서에 어느 사항을 증명하고 기입한 일자'를 확정일자로 한다) 등 법령에 의하여 확정일자로 인정되는 일자를 말하는 것으로서(2009다49469), 증서에 대하여 그 작성한 일자에 관한 완전한 증거가 될 수 있는 것으로 당사자가 나중에 변경하는 것이 불가능한 확정된 일자를 가리키는바, 지명채권의 양도통지가 확정일자 없는 증서에 의하여 이루어짐으로써 제3자에 대한 대항력을 갖추지 못하였으나 그 후 그 증서에 확정일자를 얻은 경우에는 '그 일자 이후'에는 제3자에 대한 대항력을 취득하며(2010다8310), 나중에 증서 '사본'에 확정일자를 갖추었다 하더라도 대항력의 판단에 있어서는 아무런 차이가 없다(2005다45537).

2689) ◎ **긍정례;** ❶ 임대차보증금 반환채권의 지분권자로부터 그 지분을 양수한 자가 지분양도서류에 채무자의 승낙서이기도 한 임차인명의변경 계약서를 첨부하여 공증담당 변호사로부터 사서증서 인증을 받은 경우, 그 인증서에 기입한 날자는 첨부서류인 임차인명의변경 계약서에 대한 '확정일자'에 해당한다(2010다8310). ❷ 채권자가 채권양도통지서에 공증인가 합동법률사무소의 확정일자 인증을 받아 이를 채무자에게 통지하였다면 확정일자 있는 증서에 의하여 채권양도를 통지하였다고 보아야 한다(2014다2723). ❸ 확정일자 없는 증서에 의한 지명채권의 양도 승낙 후에 채권양수인이 그 증서를 첨부하여 법원에 양수금채권을 피보전권리로 하여 채무자의 재산에 대한 가압류를 신청하고, 법원공무원이 가압류신청서를 접수하면서 이에 접수일자를 표시하는 접수인을 찍은 경우, 가압류신청서에 찍힌 접수일자는 그 첨부서류인 승낙서에 대하여 확정일자에 해당한다(2004다17481). ❹ 한국토지공사가 작성한 권리의무승계계약서에 기입한 일자는 구 한국토지공사법 제4조 등에 비추어 확정일자로 볼 수 있다(98다52995). ❺ 확정일자에 의하지 아니한 채권양도가 있은 후 채권양수인이 채무자를 상대로 제기한 양수금 청구소송에서 승소의 확정판결을 받으면, 이로써 채권의 양도인, 양수인 및 채무자가 통모하여 통지일 또는 승낙일을 소급하여 제3자의 권리를 침해하는 것이 불가능하게 되므로, 이 경우 그 확정일자가 기재된 판결서, 즉 확정판결은 확정일자 있는 증서에 해당한다(97다30622).
◎ **부정례;** ❶ 배달증명은 내용증명과는 달리, 우체국이 우편물의 내용을 확인하거나 거기에 확정일자를 기재하는 것이 아니라 단지 우편물의 배달만을 증명하기 위한 것에 불과하므로, 배달증명만으로는 그 우편물이 확정일자 있는 증서로 된다고 할 수 없다(2001다80815). ❷ 전세기간 만료 이후 전세권양도계약 및 전세권이전의 부기등기가 이루어진 것만으로는 전세금반환채권의 양도에 관하여 확정일자 있는 통지나 승낙이 있었다고 볼 수 없어 이로써 제3자인 전세금반환채권의 압류·전부 채권자에게 대항할 수 없다(2003다35659).

2690) ❶ 지명채권 양수인이 '양도되는 채권의 채무자'여서 양도된 채권이 혼동에 의하여 소멸한 경우에는 그 후에 그 채권에 관한 압류 또는 가압류결정이 제3채무자에게 송달되더라도 그 채권압류 또는 가압류결정은 존재하지 아니하는 채권에 대한 것으로서 무효이고, 그 압류 또는 가압류채권자는 민법 제450조 제2항에서 정한 제3자에 해당하지 아니한다(대법원 2022. 1. 13. 선고 2019다272855 판결). ❷ 임대차보증금 반환채권이 양도되거나 그 임대차보증금 반환채권에 대하여 채권가압류명령 등이 이루어지기에 앞서 임대차계약의 종료 등을 원인으로 한 변제, 상계, 정산합의 등에 의하여 임대차보증금 반환채권이 이미 소멸하였다면, 이러한 채권 양도나 채권가압류명령 등은 모두 존재하지 아니하는 채권에 대한 것으로서 효력이 없고, 대항요건의 문제는 발생할 여지가 없다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다52933 판결).

2691) 따라서 선순위 근저당권부채권을 양수한 자보다 '후순위의 근저당권자'는 채권양도 대항요건을 갖추지 아니한 경우 대항할 수 없는 제3자에 포함되지 않는다. 선순위근저당권부채권 양수인이 후순위근저당권자보다 우선하여 변제를 받는 데에 채권양도 대항요건을 갖추지 않은 것이 장애가 되지 아니한다(2004다29279).

2692) 대법원 2023. 11. 30. 선고 2019다203286 판결; "자기앞수표의 교부로 이득상환청구권을 양도하고 양도통지 권능을 부여하였다고 볼 수 있는 경우에도 자기앞수표 교부 사실 자체만으로는 당연히 민법 제450조 제2항에서 정한 채무자 이외의 제3자에 대한 대항요건이 갖추어졌다고 볼 수 없고, 그러한 대항요건을 갖출 필요가 없다고 인정되는 것도 아니다. 따라서 자기앞수표의 이득상환청구권 역시 일반 지명채권과 마찬가지로 그 양도에 관하여 양도통지 또는 채무자의 승낙이 확정일자 있는 증서에 의하여 이루어지지 않는 이상, 채무자인 자기앞수표 발행 은행 등은 이득상환청구권의 양도, 그에 기한 채무의 변제라는 사정을 들어 양도인의 위 채권에 대한 압류채권자 등 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 사람에게 대항할 수 없다."

마찬가지로 적용된다.

이중양도의 경우 '양수인들 사이의 우열'은 확정일자 있는 양도통지가 채무자에게 도달한 일시 또는 확정일자 있는 승낙 일시의 선후에 의하여, '채권양수인 또는 채권질권자와 동일 채권에 대하여 (가)압류명령을 집행한 자 사이의 우열'은 확정일자 있는 채권양도통지 또는 질권설정통지와 (가)압류결정 정본의 채무자 내지 제3채무자에 대한 도달 선후에 의하여[2694](채권 압류·전부명령, 압류·추심명령에 대하여 동일성을 실질적으로 변경하는 '경정' 결정이 확정된 경우에는, '경정결정이 제3채무자에게 송달된 때'를 기준으로 우열을 정한다[2695]), '동산·채권

2693) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다52933 판결: "임대차보증금 반환채권을 양도하는 경우에 확정일자 있는 증서로 이를 채무자에게 통지하거나 채무자가 확정일자 있는 증서로 이를 승낙하지 아니한 이상 그 양도로써 채무자 이외의 제3자에게 대항할 수 없으며(민법 제450조 참조), 이러한 법리는 임대차계약상의 지위를 양도하는 등 임대차계약상의 권리의무를 포괄적으로 양도하는 경우에 그 권리의무의 내용을 이루고 있는 임대차보증금 반환채권의 양도 부분에 관하여도 마찬가지로 적용된다. 따라서 위 경우에 기존 임차인과 새로운 임차인 및 임대인 사이에 임대차계약상의 지위 양도 등 그 권리의무의 포괄적 양도에 관한 계약이 확정일자 있는 증서에 의하여 체결되거나, 임대차보증금 반환채권의 양도에 대한 통지·승낙이 확정일자 있는 증서에 의하여 이루어지는 등의 절차를 거치지 아니하는 한, 기존의 임대차계약에 따른 임대차보증금 반환채권에 대하여 채권가압류명령, 채권압류 및 추심명령 등을 받은 채권자 등 그 임대차보증금 반환채권에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상의 지위를 취득한 제3자에 대하여는 임대차계약상의 지위 양도 등 그 권리의무의 포괄적 양도에 포함된 임대차보증금 반환채권의 양도로써 대항할 수 없다고 보아야 한다."

2694) ○ 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다24223 전원합의체 판결: "채권이 이중으로 양도된 경우의 양수인 상호간의 우열은 통지 또는 승낙에 붙여진 확정일자의 선후에 의하여 결정할 것이 아니라, 채권양도에 대한 채무자의 인식, 즉 확정일자 있는 양도통지가 채무자에게 도달한 일시 또는 확정일자 있는 승낙의 일시의 선후에 의하여 결정하여야 할 것이고, 이러한 법리는 채권양수인과 동일 채권에 대하여 가압류명령을 집행한 자 사이의 우열을 결정하는 경우에 있어서도 마찬가지라 할 것이므로, 확정일자 있는 채권양도통지와 가압류결정 정본의 제3채무자(채권양도의 경우는 채무자)에 대한 도달의 선후에 의하여 그 우열을 결정하여야 할 것이다."
○ 대법원 2022. 3. 31. 선고 2018다21326 판결: "질권의 목적인 채권에 대하여 질권설정자의 일반채권자의 신청으로 압류·전부명령이 내려진 경우에도 그 명령이 송달된 날보다 먼저 질권자가 확정일자 있는 문서에 의해 민법 제349조 제1항에서 정한 대항요건을 갖추었다면, 전부채권자는 질권이 설정된 채권을 이전받을 뿐이고 제3채무자는 전부채권자에게 변제했음을 들어 질권자에게 대항할 수 없다. … 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 사안이 달라 이 사건에 적용하기에 적절하지 않다." ☜ 근질권자가 임대차보증금반환채권에 관한 근질권을 설정할 당시 제3채무자인 임대인으로부터 확정일자 있는 승낙을 받았으므로, 그보다 나중에 압류·전부명령을 받은 피고가 임대차보증금을 지급받았더라도 원고(근질권 양수인)는 여전히 임대인에게 임대차보증금의 지급을 청구할 수 있다(부당이득반환의 '손해' 요건 흠결)는 이유를 들어, 피고가 근질권을 침해하여 부당이득을 얻었다는 원고의 주장을 배척한 예. ☛ 2009다43621 판결의 "근질권의 목적이 된 금전채권에 대하여 근질권자가 아닌 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우, 제3채무자가 그 절차의 전부명령 …에 따라 전부금…을 제3자에게 지급하…면 그 변제의 효과로서 위 금전채권은 소멸하고"라는 판시 부분은 잘못임을 함의하고 있다.

2695) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다38658 판결: "채권압류 및 추심명령은 제3채무자를 심문하지 않은 채 이루어지고 제3채무자에게 송달함으로써 그 효력이 생긴다. **그 후 채권압류 및 추심명령의 경정결정이 확정되는** 경우 당초의 채권압류 및 추심명령은 그 경정결정과 일체가 되어 처음부터 경정된 내용의 채권압류 및 추심명령이 있었던 것과 같은 효력이 있으므로, 원칙적으로 당초의 결정이 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 경정된 내용으로 결정의 효력이 있다. 그런데 직접 당사자가 아닌 제3채무자는 피보전권리의 존재와 내용을 모르고 있다가 그 결정을 송달받고 비로소 이를 알게 되는 것이 일반적이기 때문에 당초의 결정에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 객관적으로는 명백하더라도 제3채무자의 입장에서는 당초의 결정 그 자체만으로 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있다는 것을 알 수 없는 경우가 있다. 이러한 경우에도 일률적으로 채권압류 및 추심명령의 경정결정이 확정되면 당초의 채권압류 및 추심명령이 송달되었을 때에 소급하여 경정된 내용의 채권압류 및 추심명령이 있었던 것과 같은 효력이 있다고 하게 되면 순전히 타의에 의하여 다른 사람들 사이의 분쟁에 편입된 제3채무자를 보호한다는 견지에서 타당하지 않다. 그러므로

등의 담보에 관한 법률'상 채권담보권자와 채권양수인 사이의 우열'은 담보등기부의 등기와 확정일자 있는 채권양도 통지의 도달 또는 승낙의 선후에 의하여 결정된다.[2696]

지명채권양도의 제3자에 대한 대항요건으로서 '확정일자 있는 증서에 의한 통지의 도달이나 승낙'에 관한 주장·증명책임에 대해서는 여러 가지의 복잡한 견해가 있다.[2697]

명시적인 판례가 존재하지는 않는 상태이지만, 채권양수인(원고)의 양수금청구에 대하여 채무자(피고)가 제3자에 대한 이중양도로 항변하는 경우[양도인이 지명채권을 제1양수인에게 양도한 다음 확정일자 있는 증서에 의한 대항요건을 갖추면 이로써 채권이 제1양수인에게 이전하고 양도인은 그 채권에 대한 처분권한을 상실하므로, 그 후 양도인이 동일 채권을 제2양수인에게 양도하는 것은 처분권한 없는 자에 의한 양도로서 무효이고 제2양수인은 그 채권을 취득할 수 없다.[2698] 같은 맥락에서, 채무자가 (가)압류의 대상인 채권을 양도하고 확정일자 있는 통지 등에 의한 채권양도의 대항요건을 갖춘 **후**에, 채무자의 다른 채권자가 그 양도된 채권에 대하여 한 (가)압류 및 추심·전부 명령은 피압류채권

제3채무자의 입장에서 볼 때 객관적으로 경정결정이 당초의 채권압류 및 추심명령의 동일성을 실질적으로 변경한 것이라고 인정되는 경우에는 경정결정이 제3채무자에게 송달된 때에 비로소 경정된 내용의 채권압류 및 추심명령의 효력이 생긴다." ☜ ① 소외 甲이 소외 乙을 채무자, 피고를 제3채무자로 하여 소외 乙의 피고에 대한 공사대금 채권에 대하여 채권압류·추심명령을 받았고, 그 명령이 2013. 5. 6. 피고에게 도달된 후, ② 소외 乙이 원고에게 위 공사대금 채권을 양도하였고 그 채권양도 통지가 2013. 8. 28. 피고에게 도달되었는데, ③ 위 채권압류·추심명령의 제3채무자 표시(피고 이름)를 경정하는 결정이 2013. 12. 18. 피고에게 송달되어 그즈음 확정된 **사안**에서, 원고의 양수금 청구에 대하여, 제3채무자의 입장에서 볼 때 객관적으로 위 경정결정이 채권압류·추심명령의 동일성을 실질적으로 변경하였다고 할 수 없으므로, 채권압류·추심명령이 채권양도에 우선하는 것으로 판단한 예.

2696) 동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제35조.
대법원 2016. 7. 14. 선고 2015다71856 판결; "동산채권담보법에 의한 채권담보권자가 담보등기를 마친 후에서야 동일한 채권에 관한 채권양도가 이루어지고 확정일자 있는 증서에 의한 채권양도의 통지가 제3채무자에게 도달하였으나, 동산채권담보법 제35조 제2항에 따른 담보권설정의 통지는 제3채무자에게 도달하지 않은 상태에서는, 제3채무자에 대한 관계에서 채권양수인만이 대항요건을 갖추었으므로 제3채무자로서는 채권양수인에게 유효하게 채무를 변제할 수 있고 이로써 채권담보권자에 대하여도 면책된다. 다만 채권양수인은 채권담보권자에 대한 관계에서는 후순위로서, 채권담보권자의 우선변제적 지위를 침해하여 이익을 받은 것이 되므로, 채권담보권자는 채권양수인에게 부당이득으로서 그 변제받은 것의 반환을 청구할 수 있다. 그러나 그 후 동산채권담보법 제35조 제2항에 따른 담보권설정의 통지가 제3채무자에게 도달한 경우에는, 그 통지가 채권양도의 통지보다 늦게 제3채무자에게 도달하였더라도, 채권양수인에게 우선하는 채권담보권자가 제3채무자에 대한 대항요건까지 갖추었으므로 제3채무자로서는 채권담보권자에게 채무를 변제하여야 하고, 채권양수인에게 변제하였다면 특별한 사정이 없는 한 이로써 채권담보권자에게 대항할 수 없다."

2697) 김정만, "지명채권양도의 요건사실 및 입증책임", 청연논총 제6집, 사법연수원, 2009. 1., 25면 이하 참조.

2698) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015다46119 판결; "지명채권의 양도란 채권의 귀속주체가 법률행위에 의하여 변경되는 것으로서 이른바 준물권행위 내지 처분행위의 성질을 가지므로, 그것이 유효하기 위하여는 양도인이 그 채권을 처분할 수 있는 권한을 가지고 있어야 한다. 처분권한 없는 자가 지명채권을 양도한 경우 특별한 사정이 없는 한 채권양도로서 효력을 가질 수 없으므로 양수인은 그 채권을 취득하지 못한다. 양도인이 지명채권을 제1양수인에게 1차로 양도한 다음 제1양수인이 그에 따라 확정일자 있는 증서에 의한 대항요건을 적법하게 갖추었다면 이로써 채권이 제1양수인에게 이전하고 양도인은 그 채권에 대한 처분권한을 상실한다고 할 것이므로, 그 후 양도인이 동일한 채권을 제2양수인에게 양도하였더라도 제2양수인은 그 채권을 취득할 수 없다. 이 경우 양도인이 다른 채무를 담보하기 위하여 제1차 양도계약을 한 것이더라도 대외적으로 채권이 제1양수인에게 이전되어 제1양수인이 채권을 취득하게 되므로 그 후에 이루어진 제2차 양도계약에 의하여 제2양수인이 채권을 취득하지 못하게 됨은 마찬가지이다. 또한 제2차 양도계약 후 양도인과 제1양수인이 제1차 양도계약을 합의해지한 다음 제1양수인이 그 사실을 채무자에게 통지함으로써 채권이 다시 양도인에게 귀속하게 되었더라도 특별한 사정이 없는 한 양도인이 처분권한 없이 한 제2차 양도계약이 채권양도로서 유효하게 될 수는 없으므로, 그로 인하여 제2양수인이 당연히 그 채권을 취득하게 된다고 볼 수는 없다."

의 부존재로 모두 무효이다.[2699]], 피고로서는 ① '양도인이 제3자에게 피고에 대한 채권을 양도한 사실', ② '그 양도에 관한 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙의 도달 사실'을 항변사실로 주장·증명하여야 하고, 그에 대하여 원고는 '원고에 대한 채권양도에 관한 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙이 제3자에 대한 그것보다 먼저 또는 동시에[2700] 피고에게 도달한 사실'을 재항변사실로 주장·증명하여야 한다고 봄이 옳고,[2701] 판례도 같은 취지로 볼 수 있다.

왜냐하면, 제3자가 채무자에 대하여 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추었다 하더라도, 그 통지 또는 승낙이 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 것이라면 그 양수로써 다른

2699) ❶ 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다247521 판결: "채무자가 압류 또는 가압류의 대상인 채권을 양도하고 확정일자 있는 통지 등에 의한 채권양도의 대항요건을 갖추었다면, 그 후 채무자의 다른 채권자가 그 양도된 채권에 대하여 압류 또는 가압류를 하더라도 그 압류 또는 가압류 당시에 피압류채권은 이미 존재하지 않는 것과 같아 압류 또는 가압류로서의 효력이 없고, 그에 기한 추심명령 또한 무효이므로, 그 다른 채권자는 압류 등에 따른 집행절차에 참여할 수 없다. 또한 압류된 금전채권에 대한 전부명령이 절차상 적법하게 발부되어 확정되었다고 하더라도 전부명령이 제3채무자에게 송달될 때에 피압류채권이 존재하지 않으면 전부명령도 무효이므로, 피압류채권이 전부채권자에게 이전되거나 집행채권이 변제되어 소멸하는 효과는 발생할 수 없다. … 채권압류명령 등 당시 피압류채권이 이미 제3자에 대한 대항요건을 갖추어 양도되어 그 명령이 효력이 없는 것이 되었다면, 그 후의 사해행위취소소송에서 위 채권양도계약이 취소되어 채권이 원채권자에게 복귀하였다고 하더라도 이미 무효로 된 채권압류명령 등이 다시 유효로 되는 것은 아니다." ❷ 대법원 2022. 1. 27. 선고 2017다256378 판결: "채권압류의 효력발생 전에 채무자가 그 채권을 처분한 경우에는 그보다 먼저 압류한 채권자가 있어 그 채권자에게는 대항할 수 없는 사정이 있더라도 그 처분 후에 집행에 참가하는 채권자에 대하여는 처분의 효력을 대항할 수 있는 것이므로, 채무자가 압류 또는 가압류의 대상인 채권을 양도하고 확정일자 있는 통지 등에 의한 채권양도의 대항요건을 갖추었다면, 그 후 채무자의 다른 채권자가 그 양도된 채권에 대하여 압류 또는 가압류를 하더라도 그 압류 또는 가압류 당시에 피압류채권은 이미 존재하지 않는 것과 같아 압류 또는 가압류로서의 효력이 없다." ❸ 2010다57213,57220: **원심**은, 채권자인 피고가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 가압류한 후 채무자가 원고 1에게 채권을 양도하고 그 채권양도 통지가 제3채무자에게 도달한 사실, 채권이 양도된 후 그 채권에 대하여 피고의 가압류를 본압류로 전이하는 채권압류 및 추심명령과 원고 2의 채권압류 및 추심명령, 원고 1의 채권가압류결정이 제3채무자에게 차례로 송달되자 제3채무자는 그 채무액을 공탁한 사실, 그 후 채무자가 채권양수인인 원고 1의 동의를 얻어 제3채무자에게 위 채권양도계약을 취소 또는 철회한다는 통지를 보낸 사실 등을 인정한 다음, 압류 및 추심명령의 경우 대상채권의 양도로 인하여 현실적인 만족을 얻지 못하였다고 하더라도 압류권자로서의 지위가 소멸된다고 볼 수 없으므로 위 채권양도의 철회로 채무자에게 복귀한 채권에 대하여 원고들의 압류 및 가압류의 효력이 미친다고 보아, 위 공탁금은 원고들과 피고의 압류채권액에 비례하여 안분배당되어야 한다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, '원고들의 압류 또는 가압류 당시에 그 피압류채권이 이미 채무자로부터 원고1에게 양도되어 대항요건까지 갖추었다면, 그 채권양도가 처음부터 무효라는 등의 사정이 없는 한 원고들의 압류 및 가압류명령은 모두 무효이고 그에 기한 추심명령 또한 무효라고 하겠으므로, 그 후 채권양도인인 채무자가 채권양수인의 동의를 얻어 피압류채권에 대한 채권양도계약을 취소 또는 철회하였다는 사정만으로는 무효인 압류 및 추심명령이나 채권가압류가 유효하게 된다고 볼 수 없다.'고 한 예.

2700) ◎ **양도통지, (가)압류명령 등이 제3채무자에 동시 송달된 경우의 법률관계**
대법원 1994. 4. 26. 선고 93다24223 전원합의체 판결: "채권양도 통지, 가압류 또는 압류명령 등이 제3채무자에 동시에 송달되어 그들 상호 간에 우열이 없는 경우에도 그 채권양수인, 가압류 또는 압류채권자는 모두 제3채무자에 대하여 완전한 대항력을 갖추었다고 할 것이므로, 그 전액에 대하여 채권양수금, 압류전부금 또는 추심금의 이행청구를 하고 적법하게 이를 변제받을 수 있고, 제3채무자로서는 이들 중 누구에게라도 그 채무 전액을 변제하면 다른 채권자에 대한 관계에서도 유효하게 면책되는 것이며, 만약 양수채권액과 가압류 또는 압류된 채권액의 합계액이 제3채무자에 대한 채권액을 초과할 때에는 그들 상호간에는 법률상의 지위가 대등하므로 공평의 원칙상 각 채권액에 안분하여 이를 내부적으로 다시 정산할 의무가 있다."

2701) 同旨 김정만, 앞의 글, 29면.

양수인(원고)에 대한 관계에서 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없으므로,[2702] 채무자(피고)로서는 다른 양수인(원고)에 대한 채권양도에 관한 '확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙' 사실이 드러나지 않은 단계에서는 제3자에 대한 채권양도에 관하여 위 ② 사실까지 항변사실로 주장·증명하면 양수인(원고)의 양수금청구를 배척할 수 있는 것이고, 그에 대하여 양수인(원고)은 제3자가 자신과 양립할 수 없는 지위를 취득하기 전에 자신이 '확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙'이라는 대항요건 모두를 먼저 구비하였다면 자신의 채권양수로 제3자에게 대항할 수 있으므로,[2703] 위 재항변사실을 주장·증명하여야 한다고 봄이 옳기 때문이다.

같은 맥락에서, 채무자(피고)로서는 '양도인의 채무자에 대한 채권이 전부(轉付)된 사실'{= ① 전부명령의 발령 + ② 제3채무자에 대한 송달 + ③ 전부명령의 확정(≒ 채무자에 대한 송달)}을 항변사실로 삼을 수 있고, 그에 대해 양수인(원고)은 '원고에 대한 채권양도에 관한 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙이 전부명령보다 먼저 또는 동시에 피고에게 도달한 사실'을 재항변사실로 주장·증명하여야 한다.

마) 채권양도 자체의 효력에 관한 항변

양수인(원고)의 양수금청구에 대하여 채무자(피고)는 양수금청구의 ② 요건인 '양도인과 양수인 간의 채권 양수도'에 대한 장애, 소멸 등의 사유로써 원고에게 항변할 수 있는데, 그 항변사실에 관하여 피고가 주장·증명책임을 부담함은 당연하다.

(1) 소송신탁 목적의 채권양도 항변

소송행위(강제집행 포함)를 하게 하는 것을 주목적으로 채권양도 등이 이루어진

2702) ○ 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011다83110 판결; "확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 통지나 승낙이 있는 채권양도의 양수인은 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙이 있는 채권양도의 양수인에게 대항할 수 없다."
○ 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결; "주권발행 전의 주식의 양도는 지명채권 양도의 일반원칙에 따르는 것이므로, 주권발행 전의 주식양도의 제3자에 대한 대항요건으로는 지명채권의 양도와 마찬가지로 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 회사의 승낙이라고 보는 것이 상당하다. 그런데 주권발행 전 주식이 양도된 경우 그 주식을 발행한 회사가 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 주식의 양도 통지나 승낙의 요건을 갖춘 주식양수인(이하 '제1 주식양수인'이라 한다)에게 명의개서를 마쳐 준 경우, 그 주식을 이중으로 양수한 주식양수인(이하 '제2 주식양수인'이라 한다)이 그 후 회사에 대하여 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추었다 하더라도, 그 통지 또는 승낙 역시 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 것이라면 제2 주식양수인으로서는 그 주식 양수로써 제1 주식양수인에 대한 관계에서 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없으므로, 회사에 대하여 제1 주식양수인 명의로 이미 적법하게 마쳐진 명의개서를 말소하고, 제2 주식양수인 명의로 명의개서를 하여 줄 것을 청구할 권리가 없다고 할 것이다. 따라서 이러한 경우 회사가 제2 주식양수인의 청구를 받아들여 그 명의로 명의개서를 마쳐 주었다 하더라도 이러한 명의개서는 위법하므로 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사할 수 있는 자는 여전히 제1 주식양수인이라고 봄이 타당하다."

2703) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다49469 판결; "지명채권의 양수인과 양립할 수 없는 지위에 있는 제3자가 존재하는 경우에, 만일 제3자가 그러한 지위를 취득하기 전에 채권양수인이 민법 제450조 제2항 소정의 '확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙'이라는 대항요건 모두를 먼저 구비하였다면 채권양수인은 그 채권양도를 위 제3자에게 대항할 수 있는바"

경우 그 채권양도가 신탁법상의 신탁에 해당하지 않는다고 하여도 신탁법 제6조가 유추적용되므로 무효라고 할 것인바,[2704] 소송신탁행위[2705]라는 점에 대한 증명책임은 그 무효를 주장하는 자에게 있다.[2706]

(2) 채권양도 금지 특약의 항변

채권양수인이 채무자에게 채무의 이행을 청구하는 경우, 채무자는 '① 채권양도 금지 특약[2707] [2708]의 존재 + ② 양수인의 악의 또는 중과실'[2709]을 주장·증명[2710] [2711]함

2704) 신탁법 제6조(소송을 목적으로 하는 신탁의 금지) 수탁자로 하여금 소송행위를 하게 하는 것을 주된 목적으로 하는 신탁은 무효로 한다.

2705) 대법원 2022. 1. 14. 선고 2017다257098 판결: "소송신탁에서의 소송행위란 민사소송법상의 소송행위에 한정되지 않고 널리 사법기관을 통하여 권리의 실현을 도모하는 행위를 말하는 것으로서 민사집행법에 의한 강제집행의 신청도 이에 포함된다." ☞ 피고 1 및 소외 2(양도인)와 소외 1(양수인) 사이에 이루어진 각 대여금 채권의 양도는, 소외 회사에 대한 일반채권자의 지위에 있던 피고 1 및 소외 2가 실질적인 권리의 이전 없이 오로지 자신들의 채권을 소외 1 명의의 근저당권의 피담보채권에 편입되게 함으로써 다른 일반채권자들보다 우선하여 변제받기 위한 목적에서 형식적으로만 이루어진 것으로서, 근저당권자인 소외 1로 하여금 강제집행의 신청이라는 소송행위를 하게 하는 것을 주된 목적으로 이루어진 소송신탁에 해당한다고 한 예.

2706) 대법원 2006. 7. 28. 선고 2006다9156 판결(소송행위를 하게 하는 것이 주목적인지의 여부는 채권양도계약이 체결된 경위와 방식, 양도계약이 이루어진 후 제소에 이르기까지의 시간적 간격, 양도인과 양수인 간의 신분관계 등 제반 상황에 비추어 판단하여야 한다).
수표의 숨은 추심위임배서가 소송행위를 하게 하는 것을 그 주된 목적으로 하는 경우에도 이는 신탁법 제6조에 위반하는 권리이전행위이므로 무효이고, 소송행위를 하게 하는 것이 주목적인지의 여부는 추심위임배서에 이르게 된 경위와 방식, 추심위임배서가 이루어진 후 제소에 이르기까지의 시간적 간격, 배서인과 피배서인 간의 신분관계 등 여러 상황에 비추어 판단하여야 한다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다53464 판결; 원심이, 수표의 배서양도가 소송신탁에 해당한다는 피고의 항변을 배척한 데 대하여, '수표의 수취인이 발행인과의 분쟁으로 인한 인적 항변에 의하여 수표금을 지급받지 못하게 될 것이 예상되자 제3자를 통한 소제기로 승소판결을 받아 수표금을 지급받기 위하여 제3자를 피배서인으로 하여 수표의 배서양도를 한 경우, 이러한 배서는 제3자로 하여금 소송행위를 하게 하는 것을 주된 목적으로 하는 소송신탁에 해당하여 무효'라고 한 사례).

2707) **민법 제449조 (채권의 양도성)** ① 채권은 양도할 수 있다. 그러나 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 그러나 그 의사표시로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

2708) ○ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2012다104366, 104373 판결: "임대차계약의 당사자 사이에 '임차인은 임대인의 동의 없이는 임차권을 양도 또는 담보제공 하지 못한다.'는 약정을 하였다면, 그 약정의 취지는 임차권의 양도를 금지한 것으로 볼 것이지 임대차계약에 기한 임대보증금반환채권의 양도를 금지하는 것으로 볼 수는 없다."
○ 대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다54781 판결: "피보험자 등의 제3자에 대한 권리의 양도가 법률상 금지되어 있다거나 상법 제729조 전문 등의 취지를 잠탈하여 피보험자 등의 권리를 부당히 침해하는 경우에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 상법 제729조 전문이나 보험약관에서 보험자대위를 금지하거나 포기하는 규정을 두고 있다는 사정만으로 피보험자 등이 보험자와의 다른 원인관계나 대가관계 등에 기하여 자신의 제3자에 대한 권리를 보험자에게 자유롭게 양도하는 것까지 금지된다고 볼 수는 없다."

2709) 대법원 1996. 6. 28. 선고 96다18281 판결: "민법 제449조 제2항 … 문언상 제3자의 과실의 유무를 문제삼고 있지는 아니하지만, 제3자의 중대한 과실은 악의와 같이 취급되어야 할 것이므로 양도금지 특약의 존재를 알지 못하고 채권을 양수한 경우에 있어서 그 알지 못함에 중대한 과실이 있는 때에는 악의의 양수인과 같이 양도에 의한 그 채권을 취득할 수 없다고 해석하는 것이 상당하다 할 것이다."

2710) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다8310 판결: "채무자는 … 채권양도금지 특약의 존재를 알고 있는 양수인이나 그 특약의 존재를 알지 못함에 중대한 과실이 있는 양수인에게 그 특약으로써 대항할 수 있고, … 중과실이란 통상인에게 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 그 특약의 존재를 알 수 있음에도 불구하고 그러한 주의조차 기울이지 아니하여 특약의 존재를 알지 못한 것을 말하며, 제3자의 악의 내지 중과실은 채권양도금지의 특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 이를 주장·입증하여야 한다."

으로써, 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력을 부정[2712]하는 항변을 할 수 있고(채권이 순차로 양도된 경우 순차 양수인들 모두의 악의 또는 중과실을 주장·증명하여야 한다),[2713] 채권양수인은 '채권양도에 대한 채무자의 사후 승낙'으로 추인되었음을 주장·증명하여 재항변할 수 있다.[2714]

양도금지 특약부 채권이라도 '전부명령'에 의하여 전부되는 데에는 지장이 없다(양도금

2711) ◎ **양수인의 악의·중과실 인정 여부에 관한 구체적 예**

○ 부정례; "일반적으로 지명채권의 양도거래에 있어 양도대상인 지명채권의 행사 등에 그 채권증서(계약서 등)의 소지·제시가 필수적인 것은 아닌 만큼 양도·양수 당사자 간에 그 채권증서를 수수하지 않는 경우도 적지 아니한 실정이고(특히 양수인이 채권양도 거래의 경험이 없는 개인이라면 더욱 그렇다.), 또한 수수하더라도 양수인이 그 채권증서의 내용에 대한 검토를 아예 하지 아니하거나 혹은 통상의 주된 관심사인 채권금액, 채권의 행사시기 등에만 치중한 채 전반적·세부적 검토를 소홀히 하는 경우가 있을 수 있으며, 그 밖에 전체 계약조항의 수, 양도금지 특약조항의 위치나 형상 등에 따라서는 채권증서의 내용을 일일이 그리고 꼼꼼하게 검토하지 않은 채 간단히 훑어보는 정도만으로는 손쉽게 그 특약의 존재를 알 수 없는 경우도 있을 수 있음에 비추어, 나아가 '양도금지 특약이 기재된 채권증서가 양도인으로부터 양수인에게 수수되어 양수인이 그 특약의 존재를 알 수 있는 상태에 있었고 그 특약도 쉽게 눈에 띄는 곳에 알아보기 좋은 형태로 기재되어 있어 간단한 검토만으로 쉽게 그 존재와 내용을 알아차릴 수 있었다는 등의 특별한 사정'이 인정된다면 모르되, 그렇지 아니하는 한 양도금지 특약이 기재된 채권증서의 존재만으로 곧바로 그 특약의 존재에 관한 양수인의 악의나 중과실을 추단할 수는 없다."(99다67482).

○ 긍정례; 종합병원 영안실의 임차인으로부터 임대차보증금 반환채권을 양수한 자가 그 채권을 양수하면서 채권양도금지 특약이 기재된 임대차계약서를 교부받고 이를 채권양도서류에 첨부하여 사서증서 인증까지 받았고, 채권양수 당시 채권양도통지서를 교부받았음에도 그로부터 6개월여 후에서야 채권양도통지를 하였으며, 양도금지특약이 그 규정 형식으로 보아 특별히 어려운 해석을 거침이 없이 한 번만 읽어보아도 쉽게 이를 인식할 수 있을 정도로 단순 명료하게 규정되어 있으므로, 원고가 그에 관한 임대차계약서를 교부받았다면 얼마든지 이를 알 수 있는 상태에 있었다고 보일 뿐 아니라 사서증서 인증을 받는 과정에서 이를 충분히 검토할 여유도 있었다고 보이며, 나아가 채권액수가 20억 원이나 되는 거액인 점, 일반적으로 임대차보증금반환채권에 관하여 양도금지의 특약이 붙는 경우가 그리 드물지 않다는 점 등의 사정까지 합해 보면, 위 임대차계약서가 6면에 걸쳐 30개의 조문으로 구성되어 있더라도 위 양수인은 채권양도금지 특약이 존재한다는 사실을 알았거나 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있다고 본 예(2010다8310).

2712) 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결의 다수의견은 '양도금지특약을 위반하여 이루어진 채권양도는 원칙적으로 그 효력이 없음'(물권적 효력설)을 다시 확인하였고, 반대의견은 '양도금지특약은 당사자만을 구속할 뿐이고 이를 위반하는 채권양도는 원칙적으로 유효하다'(채권적 효력설)고 하였다.

2713) 대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다118020 판결; "민법 제449조 제2항 단서는 채권양도금지특약으로써 대항할 수 없는 자를 '선의의 제3자'라고만 규정하고 있어 채권자로부터 직접 양수한 자만을 가리키는 것으로 해석할 이유는 없으므로, 악의의 양수인으로부터 다시 선의로 양수한 전득자도 위 조항에서의 선의의 제3자에 해당한다. 또한 선의의 양수인을 보호하고자 하는 위 조항의 입법취지에 비추어 볼 때, 이러한 선의의 양수인으로부터 다시 채권을 양수한 전득자는 그 선의·악의를 불문하고 채권을 유효하게 취득한다고 할 것이다. … 공사대금채권을 최초로 양수한 소외 2가 이 사건 양도금지 특약을 알았거나 알지 못한 데에 중과실이 있다는 점에 관하여 피고의 아무런 주장·입증이 없으므로 그 채권양도는 유효하다고 볼 수밖에 없고, 이를 다시 양수한 소외 1이 이 사건 양도금지 특약을 알았거나 알지 못한 데에 중과실이 있다는 사정만으로는 이 사건 채권양도가 효력을 잃는다고 할 수 없다고 판단하여, 피고의 채권양도금지 특약의 항변을 배척하였다. … 원심의 위와 같은 판단은 앞서 본 법리에 따른 것으로 정당하고"

2714) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다47685 판결; "당사자의 양도금지의 의사표시로써 채권은 양도성을 상실하며 양도금지의 특약에 위반해서 채권을 제3자에게 양도한 경우에 악의 또는 중과실의 채권양수인에 대하여는 채권 이전의 효과가 생기지 아니하나, 악의 또는 중과실로 채권양수를 받은 후 채무자가 그 양도에 대하여 승낙을 한 때에는 채무자의 사후승낙에 의하여 무효인 채권양도행위가 추인되어 유효하게 되며 이 경우 다른 약정이 없는 한 소급효가 인정되지 않고 양도의 효과는 승낙 시부터 발생한다고 할 것이다. 이른바 집합채권의 양도가 양도금지특약에 위반해서 무효인 경우 채무자는 일부 개별 채권을 특정하여 추인하는 것이 가능하다고 할 것이다."

지 특약에 관한 악의·중과실 유무는 전부명령의 효력에 영향이 없다).[2715]

(3) 유효하지 않은 항변

채권양도가 다른 채무의 담보조로 이루어지고 그 채무가 변제되었다고 하더라도, 양도채권의 채무자로서는 이를 이유로 채권양수인의 양수금 청구를 거절할 수 없다.[2716]

바) 양도인의 채권양도계약 해제 등 소멸의 주장

민법 제452조[2717]는 '양도통지와 금반언'이라는 제목 아래 채권양도가 불성립 또는 무효인 경우에 선의인 채무자를 보호하는 규정을 두고 있는데, 이는 채권양도가 해제 또는 합의해제되어 소급적으로 무효가 되는 경우에도 유추적용된다.[2718]

따라서 지명채권의 양도 통지 후 그 양도계약이 해제·합의해제된 경우에 이로써 채권은 양도인에게 복귀하게 되나, '양도인'이 그 해제 등을 이유로 다시 '채무자'에 대하여 양도채권으로 '대항'하려면, 해제 등의 사실을 '양수인'이 채무자에게 통지[2719]하거나, 양

2715) 대법원 2003. 12. 11. 선고 2001다3771 판결: "당사자 사이에 양도금지의 특약이 있는 채권이더라도 전부명령에 의하여 전부되는 데에는 지장이 없고, 양도금지의 특약이 있는 사실에 관하여 집행채권자가 선의인가 악의인가는 전부명령의 효력에 영향을 미치지 못하는 것인바, 이와 같이 양도금지특약부 채권에 대한 전부명령이 유효한 이상, 그 전부채권자로부터 다시 그 채권을 양수한 자가 그 특약의 존재를 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 하더라도 채무자는 위 특약을 근거로 삼아 채권양도의 무효를 주장할 수 없다고 보아야 한다."

2716) 대법원 1999. 11. 26. 선고 99다23093 판결: "채권양도가 다른 채무의 담보조로 이루어졌으며 또한 그 채무가 변제되었다고 하더라도, 이는 채권 양도인과 양수인 간의 문제일 뿐이고, 양도채권의 채무자는 채권 양도·양수인 간의 채무 소멸 여하에 관계없이 양도된 채무를 양수인에게 변제하여야 하는 것이므로, 설령 원고의 이OO에 대한 대여금채권이 그 후 변제로 소멸되었다고 하더라도, 피고로서는 이를 이유로 원고의 양수금 청구를 거절할 수 없다. … 원심이 … 피고의 변제항변을 받아들인 것은 채권양도에 관한 법리를 오해하여 … 위법을 저지른 것" ☜ 판례는 양도담보를 신탁적 양도라고 보고 있으므로, 채권양도담보의 경우 피담보채무가 변제되었다 하더라도 채권은 여전히 양수인에게 남아 있고, 다만 양도인은 양수인에게 채권을 다시 자신에게 반환할 것을 요구하고, 채권양도 통지의 철회에 동의하거나 다시 채무자에게 양도통지할 것을 청구할 수 있을 뿐이기 때문이다.

2717) **민법 제452조(양도통지와 금반언)** ① 양도인이 채무자에게 채권양도를 통지한 때에는 아직 양도하지 아니하였거나 그 양도가 무효인 경우에도 선의인 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있다. ② 전항의 통지는 양수인의 동의가 없으면 철회하지 못한다.

2718) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결.

2719) ❶ 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결: "지명채권의 양도통지를 한 후 그 양도계약이 해제 또는 합의해제된 경우에 채권양도인이 그 해제 등을 이유로 다시 원래의 채무자에 대하여 양도채권으로 대항하려면 채권양도인이 채권양수인의 동의를 받거나 채권양수인이 채무자에게 위와 같은 해제 등 사실을 통지하여야 한다." ❷ 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다100711 판결: "종전의 채권자가 채권의 추심 기타 행사를 위임하며 채권을 양도하였으나 양도의 '원인'이 되는 그 위임이 해지 등으로 효력이 소멸한 경우에 이로써 채권은 양도인에게 복귀하게 되고, 나아가 양수인은 그 양도의무계약의 해지로 인하여 양도인에 대하여 부담하는 원상회복의무(이는 계약의 효력불발생에서의 원상회복의무 일반과 마찬가지로 부당이득반환의무의 성질을 가진다)의 한 내용으로 채무자에게 이를 통지할 의무를 부담한다." ❸ 93다17379: "소외인이 양도약정에서 정한 공사대금의 지급을 지체하여 이를 해제하였다는 원고의 주장에 대하여, 원고가 소외인에게 위 양도약정을 해제한다는 취지의 통지를 한 사실이 있다고 하더라도 양수인인 소외인이 피고 박OO에게 그와 같은 양도약정의 해제사실을 통지한 사실이 인정되지 않는 이상 위 피고에게 대항할 수 없다고 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고,"

수인의 동의하에 양도인이 통지[2720]하여야 하므로,[2721] 채무자에게 채권양도계약의 해제를 주장하는 양도인은 해제의 요건사실과 함께 '양수인의 채무자에 대한 해제 통지' 사실까지 주장·증명하여야 하지만, 판례[2722]는 '양수인의 채무자에 대한 해제 통지가 있었다면 그 해제 사실은 추정된다'는 입장이므로, 양도인은 '양수인의 채무자에 대한 해제 통지' 사실만 주장·증명하면 되고, 상대방인 채무자가 '채권양도계약이 적법하게 해제되지 아니한 사실'을 주장·증명하여야 한다.

나아가, 선의인 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있는데, 예컨대, 해제 등 사실의 통지와 같은 대항요건이 갖추어질 때까지 양도계약의 해제 등을 알지 못한 선의인 채무자는 해제 등의 통지가 있은 다음에도 그 통지 전에 취득한 양수인에 대한 반대채권에 의한 상계로써 양도인에게 대항할 수 있다.[2723] 판례[2724]는 '해지 통지를 믿은 채무자의 선의 또한 추정되고, 채무자가 악의라는 점은 그 선의를 다투는 자가 증명할 책임이 있다.'는 입장이다.

결국, ❶ 원채권자인 양도인(원고)이 채무자(피고)를 상대로 원채권의 이행을 청구하는 경우, 원고(양도인)의 피고(채무자)에 대한 이행청구 → 피고(채무자); 채권양도 항변 → 원고

2720) 92다4178(양도인이 원고로서 채무자인 피고에게 이행 청구한 사안); "원고는 1990. 10. 29. 피고 백OO에게 1989. 5. 26.자의 위 채권양도통지를 취소한다는 통지를 한 사실을 인정하고서 양수인인 강OO이 원고의 위 채권양도통지철회에 동의하였다고 볼 증거가 없어 위 채권양도통지철회는 그 효력이 없다고 판단하여 이를 배척하였다. … 위 인정 판단은 이를 수긍할 수 있고"

2721) 양도인은 양수인을 상대로 채무자에 대한 채권양도계약 해제의 통지를 소구할 수 있다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다100711 판결).

2722) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다76192 판결; "제3채무자가 질권설정 사실을 승낙한 후 그 질권설정계약이 합의해지된 경우 질권설정자가 그 해지를 이유로 제3채무자에게 원래의 채권으로 대항하려면 질권자가 제3채무자에게 해지 사실을 통지하여야 하고, 만일 질권자가 제3채무자에게 질권설정계약의 해지 사실을 통지하였다면, 설사 아직 해지가 되지 아니하였다고 하더라도 선의인 제3채무자는 질권설정자에게 대항할 수 있는 사유로 질권자에게 대항할 수 있다고 봄이 상당하다. 그리고 위와 같은 해지 통지가 있었다면 그 해지 사실은 추정되고, 그렇다면 해지 통지를 믿은 제3채무자의 선의 또한 추정된다고 볼 것이어서 제3채무자가 악의라는 점은 그 선의를 다투는 질권자가 증명할 책임이 있다. 그리고 위와 같은 해지 사실의 통지는 질권자가 질권설정계약이 해제되었다는 사실을 제3채무자에게 알리는 이른바 관념의 통지로서, 그 통지는 제3채무자에게 도달됨으로써 효력이 발생하고, 통지에 특별한 방식이 필요하지는 않다." ☞ 제3채무자인 甲 은행(피고)이 乙 회사(원고)와 丙 회사 간 예금채권에 대한 질권설정을 승낙하였는데, 질권자인 乙 회사가 甲 은행 지점에 모사전송의 방법으로 질권해제통지서를 전송하였고 甲 은행 직원이 질권해제통지서를 받은 직후 질권설정자인 丙 회사에 예금채권을 변제한 사안에서, 질권해제통지서에 통지의 상대방이 기재되어 있지 않았더라도 문서의 형식이나 기재 내용, 수신처 등에 비추어 통지의 상대방은 甲 은행이라고 볼 수밖에 없고, 乙 회사가 질권해제통지서를 모사전송의 방법으로 甲 은행에 전송함으로써 질권설정계약 해지의 통지는 甲 은행에 도달하여 효력이 발생하였다고 할 것이므로, 아직 乙 회사와 丙 회사 사이에 합의해지가 되지 아니한 경우에도 선의인 甲 은행으로서는 丙 회사에 대한 변제를 乙 회사에도 유효하다고 주장할 수 있다고 한 사례.

2723) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결(원고가 피고에 대한 공탁금반환채권을 소외 회사에 양도하고 그 양도사실을 피고에게 통지한 후 원고와 소외 회사가 위 채권양도계약을 해제하기로 합의하고 이를 피고에게 통지하였으나, 그 통지가 있기 전에 피고가 소외 회사에 대하여 상계적상에 있는 반대채권을 가지고 있었다고 인정하고, 나아가 피고는 위 합의해제 이후 원고에게 상계로써 대항할 수 있다고 본 원심 판단이 정당하다고 한 예).

2724) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다76192 판결.

(양도인); 채권양도계약 해제('양수인의 피고에 대한 해제 통지 및 도달' 사실)의 재항변 → 피고(채무자); '채권양도계약이 해제되지 않았다'는 재재항변, (채권양도계약이 적법하게 해제된 경우) '해제 통지 도달 전 양수인에 대한 변제 등 대항 가능한 사유'(민법 제452조 ①)에 기한 재재항변 → 원고(양도인); '해제 사실에 대한 피고 악의'의 재재재항변의 순으로 공격방어가 이루어질 수 있다.

한편, ❷ 양수인(원고)이 채무자(피고)를 상대로 양수금의 이행을 청구하는 경우, 원고(양수인)의 피고(채무자)에 대한 이행청구 → 피고(채무자); 채권양도 해제('원고의 피고에 대한 해제 사실의 통지 및 도달' 사실 등[2725])의 항변 → 원고(양수인); '채권양도계약이 해제되지 않았다'는 재항변 → 피고(채무자); '해제 통지 후 양도인에 대한 변제 등 대항 가능한 사유'(민법 제452조 ①)에 기한 재재항변 → 원고(양수인); '채권양도계약 미해제에 대한 피고 악의'의 재재재항변의 순으로 공격방어가 이루어질 수 있다.

사) 가압류된 금전채권 양수인의 양수금 이행청구

가압류된 채권도 이를 양도하는 데 아무런 제한이 없으나, 가압류된 채권을 양수받은 양수인은 '가압류에 의하여 권리가 제한된 상태의 채권'을 양수받는다고 보아야 하고,[2726] 이는 채권을 양도받았으나 확정일자 있는 양도통지나 승낙에 의한 대항요건을 갖추지 아니하는 사이에 양도된 채권이 가압류된 경우에도 동일하다.[2727] 가압류 집행 '취소' 통지가 제3채무자에게 송달된 경우, 채권양수인은 '가압류 부담이 없는 채권'을 취득하고, 그 후 항고심에서 가압류 취소 결정을 취소하고 가압류결정을 인가하더라도 마찬가지이다.[2728]

2725) 한편, '양수인'의 '채무자'에 대한 이행 청구 사안에서도, 78다468 판결은 '비록 채권양도인과 양수인 간의 채권양도계약이 해제되었고 양도인이 채무자에게 양도철회통지를 하였다 할지라도 이것을 채권양수인에게는 대항할 수 없는 것'이라고 판시하여, 채권양도계약 해제 시 양수인의 동의를 얻어 통지가 철회되지 않는 한 '채무자'는 '양수인'에 대항할 수 없다고 하였으나, 이는 타당한 것이 아니다. 78다468 판결에 나타나 있는 그 원심이 판시한 대로, "채권양도의 통지가 채권양도에 있어 채무자에 대한 대항요건인 것과 같이 채권양도 통지 철회도 어디까지나 채권양도 계약이 무효 또는 해제된 경우에 있어 채무자에 대한 대항요건에 불과하다 할 것이고, 채권양도계약이 있고 그 대항요건이 구비된 후에 채권양도계약이 해제된 경우에는 당사자 사이에는 채권은 당연히 양도인에게 복귀하고 원상으로 회복되는 것으로 다만 양도인이 양수인의 동의를 얻어 채무자에 그 해제의 사실을 통지하지 않으면 양도인은 이를 채무자에 대항할 수 없음에 그치고 위 민법 제452조 제2항은 채권양도인으로부터 채무자에게 일단 채권양도 통지가 된 후에는 그 채권양도 계약이 처음부터 무효이거나 사후에 해제가 되더라도 양도인이 양수인과 합의하여 적법한 채권양도 통지의 철회를 하기까지는 채무자로 하여금 채권양수인을 진정한 채권자로 인정하여 그에게 채무의 지급을 강요하는 취지를 규정한 것은 아니라고 할 것"이므로, "위 채권양도의 철회에 있어 비록 양도인이 양수인인 원고의 동의를 받지 아니하였다 하더라도 위 채권양도계약이 적법히 해제된 이상 원고는 위 양수채권에 대하여 아무런 권원이 없게 된 것인즉 채무자인 피고는 채권양수인이었던 원고에 대한 채무의 지급을 거절할 수 있다"라고 봄이 타당하다.

2726) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다23888 판결.

2727) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다59033 판결. 동일 채권에 대한 채권양수인과 가압류채권자 사이의 우열은 확정일자 있는 채권양도 통지와 가압류결정 정본의 채무자 내지 제3채무자에 대한 도달의 선후에 의하여 결정된다.

일반적으로 채권에 대한 가압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것일 뿐 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고 법원은 가압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수는 없는 것이 원칙[2729]이므로, 가압류된 금전채권의 양수인이 양수금의 이행을 청구한 경우 가압류가 되어 있다는 이유로 배척되지는 않는다.

채권가압류의 처분금지 효력은[2730] 본안소송에서 가압류채권자가 승소하여 집행권원

2728) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2017다256378 판결; "채권가압류취소결정의 집행으로서 집행법원이 제3채무자에게 가압류집행취소통지서를 송달한 경우 그 효력은 확정적이므로, 채권가압류결정이 제3채무자에게 송달된 상태에서 그 채권을 양수하여 확정일자 있는 통지 등에 의한 대항요건을 갖춘 채권양수인은 위와 같이 가압류 집행취소통지서가 제3채무자에게 송달된 이후에는 더 이상 처분금지효의 제한을 받지 않고 아무런 부담이 없는 채권 취득의 효력을 가압류채권자에게 대항할 수 있게 된다. 위와 같이 가압류취소결정의 집행이 완료된 이상 그 이후 항고심에서 가압류취소결정을 취소하여 가압류결정을 인가하였다고 하더라도, 이미 취소된 가압류집행이 소급하여 부활하는 것은 아니므로, 채권양수인이 아무런 부담이 없는 채권 취득의 효력을 가압류채권자에게 대항할 수 있음은 마찬가지이다."(원고가 소외 1의 피고에 대한 임대차보증금반환채권을 가압류한 상태에서 소외 2가 소외 1로부터 위 보증금반환채권을 양수하였는데, 그 후 가압류취소결정에 따라 제3채무자인 피고에게 집행취소통지가 송달된 **사안**에서, 소외 2는 가압류의 부담이 없는 보증금반환채권을 취득하게 되었고, 이는 원고가 항고심에서 가압류결정을 인가하는 결정을 받았다고 하더라도 달리 볼 수 없으므로, 위 가압류 인가결정 후 원고가 받은 채권압류 및 추심명령은 존재하지 않는 채권에 대한 것으로서 효력이 없다 하여, 원고의 추심금청구를 '기각'한 예 ☛ 추심금청구의 원고적격 흠결로 '각하'함이 옳았다).

2729) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다59033 판결("왜냐하면 채무자로서는 제3채무자에 대한 그의 채권이 가압류되어 있다 하더라도 집행권원을 취득할 필요가 있고 또는 시효를 중단할 필요도 있는 경우도 있을 것이며 또한 소송 계속 중에 가압류가 행하여진 경우에 이를 이유로 청구가 배척된다면 장차 가압류가 취소된 후 다시 소를 제기하여야 하는 불편함이 있는데 반하여 제3채무자로서는 이행을 명하는 판결이 있더라도 집행단계에서 이를 저지하면 될 것이기 때문이다.").

○ 대법원 2020. 6. 25. 선고 2016두55896 판결; "채권의 가압류는 제3채무자에 대하여 채무자에게 지급하는 것을 금지하는 데 그칠 뿐이므로, 가압류가 있더라도 그 채권의 이행기가 도래한 때에는 제3채무자는 그 지체책임을 면할 수 없고, 이러한 경우 제3채무자로서는 민사집행법 제291조, 제248조 제1항에 의한 공탁을 함으로써 이중변제의 위험에서 벗어날 수 있으며, 이로써 이행지체의 책임도 면하게 된다." ☜ 민사집행법 제291조(가압류집행에 대한 본집행의 준용) 가압류의 집행에 대하여는 강제집행에 관한 규정을 준용한다. 제248조(제3채무자의 채무액의 공탁) ① 제3채무자는 압류에 관련된 금전채권의 전액을 공탁할 수 있다.

○ 대법원 2008. 5. 15. 선고 2006다74693 판결; "민사집행법 제248조 제1항은 … 채권자의 공탁청구, 추심청구, 경합 여부 등을 따질 필요 없이 당해 압류에 관련된 채권 전액을 공탁할 수 있도록 규정하고 있는바, 이에 따라 금전채권의 일부만이 압류되었음에도 그 채권 전액을 공탁한 경우에는 그 공탁금 중 압류의 효력이 미치는 금전채권액은 그 성질상 당연히 집행공탁으로 보아야 하나, 압류금액을 초과하는 부분은 압류의 효력이 미치지 않으므로 집행공탁이 아니라 변제공탁으로 보아야 한다."

2730) ◎ **채권 압류의 처분금지 효력**

○ **민사집행법 제227조(금전채권의 압류)** ① 금전채권을 압류할 때에는 법원은 제3채무자에게 채무자에 대한 지급을 금지하고 채무자에게 채권의 처분과 영수를 금지하여야 한다. ② 압류명령은 제3채무자와 채무자에게 송달하여야 한다. ③ 압류명령이 제3채무자에게 송달되면 압류의 효력이 생긴다. ④ 압류명령의 신청에 관한 재판에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. **제296조(동산가압류집행)** ③ 채권의 가압류에는 제3채무자에 대하여 채무자에게 지급하여서는 아니 된다는 명령만을 하여야 한다.

○ **채권가압류 주문례**; 1. 채무자의 제3채무자에 대한 별지 기재 채권을 가압류한다. 2. 제3채무자는 채무자에게 위 채권에 관한 지급을 하여서는 아니 된다. 3. 채무자는 다음 청구금액을 공탁하고 집행정지 또는 그 취소를 신청할 수 있다. / **채권압류 주문례**; 1. 채무자의 제3채무자에 대한 별지 기재 채권을 압류한다. 2. 제3채무자는 채무자에게 위 채권에 관한 지급을 하여서는 아니 된다. 3. 채무자는 위 채권의 처분과 영수를 하여서는 아니 된다.

○ **상대적 효력**; 압류의 처분금지 효력은 절대적인 것이 아니고, 채무자의 처분행위 또는 제3채무자의 변제로써 처분 또는 변제 전에 집행절차에 참가한 압류채권자나 배당요구채권자에게 대항하지 못한다는 의미에서의

을 얻는 등으로 피보전권리의 존재가 확정되는 것을 조건으로 하여 발생하는 것이므로, 채권가압류결정의 채권자가 본안소송에서 승소하는 등으로 집행권원을 취득하고 '집행'까지 이루어진 경우에는 가압류에 의하여 권리가 제한된 상태의 채권을 양수받는 양수인에 대한 채권양도는 무효가 되므로,[2731] 금전채권이 가압류된 후 그 채권의 양도가 이루어지고 채권양수인이 양수금 이행청구를 하였는데 위 가압류를 본압류로 전이하는 채권압류 및 전부명령이 있고 피고가 이를 항변으로 삼게 되면 위 양수금 청구는 이유 없어 기각된다.

채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하므로, 채권이 가압류된 후 그 채권의 양도가 이루어지고 채권양수인이 양수금 이행청구를 하였는데 위 가압류를 본압류로 전이하는 채권압류 및 추심명령이 있게 되면 위 양수금 청구의 소는 당사자적격 흠결의 직권조사사항으로 부적법 각하된다.[2732]

아) 채권양수인의 소송법상 '승계인'으로서의 지위

채권 양수인은 민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위),[2733] 제81조(승계인의 소송참가)와 제82조(승계인의 소송인수),[2734] 민사집행법 제31조(승계집행문)[2735]에서 정하고 있는

상대적 효력만을 가지는 것이어서, 압류의 효력발생 전에 채무자가 처분하였거나 제3채무자가 변제한 경우에는, 그 보다 먼저 압류한 채권자가 있어 그 채권자에게는 대항할 수 없는 사정이 있더라도, 그 처분이나 변제 후에 압류명령을 얻은 채권자에 대하여는 유효한 처분 또는 변제가 된다(2001다10748; 채권자인 원고의 압류추심명령 전에 제3채무자인 피고가 채무자에게 피압류채권을 변제한 경우, 원고에게 그 전액으로써 변제의 효과를 주장할 수 있다고 한 예).

2731) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다59033 판결; 피고가 임대인인 원고에 대한 소외 임차인의 보증금반환채권의 일부를 양도받았으나 확정일자 있는 양도통지 또는 승낙에 의한 대항요건을 갖추지 아니하는 사이에 임차인의 채권자들이 위 보증금반환채권 전부를 가압류하였으므로 피고는 위 가압류에 의하여 제한받은 상태의 채권을 양도받게 되었고, 이는 피고가 원고를 상대로 위 양수금의 지급을 명하는 판결을 받았다고 하여 달리 볼 수 없으며, 그 후 임차인의 채권자가 임차인에 대한 집행권원에 기하여 가압류를 본압류로 전이하는 압류 및 추심명령을 받았고, 나아가 원고가 채권가압류의 중복 등을 이유로 하는 집행공탁을 한 결과 그 공탁금이 가압류채권자들에게 배당되기까지 하였으므로 이로써 피고에 대한 채권양도는 확정적으로 효력을 잃게 되었다 할 것이고, 따라서 원고는 이를 이유로 피고에 대하여 위 확정판결에 의한 강제집행의 배제를 구할 수 있다고 한 예.

2732) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다23888 판결.

2733) **민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위)** ① 확정판결은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인) 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람에 대하여 효력이 미친다.

2734) **민사소송법 제81조(승계인의 소송참가)** 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 제79조의 규정에 따라 소송에 참가한 경우 그 참가는 소송이 법원에 처음 계속된 때에 소급하여 시효의 중단 또는 법률상 기간준수의 효력이 생긴다. **제82조(승계인의 소송인수)** ① 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계한 때에는 법원은 당사자의 신청에 따라 그 제3자로 하여금 소송을 인수하게 할 수 있다. ③ 제1항의 소송인수의 경우에는 제80조의 규정 가운데 탈퇴 및 판결의 효력에 관한 것과, 제81조의 규정 가운데 참가의 효력에 관한 것을 준용한다. ☞ 여기에서의 '승계'는 '특정승계'를 의미한다. 상속, 합병과 같은 포괄승계의 경우에는 '당연승계'가 일어나는데, 소송절차가 중단되는 경우에는 소송수계절차를 밟아 속행하게 된다.

2735) **민사집행법 제31조(승계집행문)** ① 집행문은 판결에 표시된 채권자의 승계인을 위하여 내어 주거나 판결에

'승계인'에 해당한다. 여기에서 '승계'란, 소송물[2736]인 실체법상 권리의무 자체의 승계[2737]뿐만 아니라 계쟁물(분쟁의 대상이 된 목적물)에 관한 당사자적격의 승계[2738]를 포함한다(적격승계설).

승계가 변론종결 전의 것인지 변론종결 후의 것인지 여부의 판단 기준 시점은 권리변동의 효력이 생기는 때 즉, 채권양도의 경우 '채무자에 대한 대항요건(채무자에 대한 통지 또는 채무자의 승낙) 구비 시점'이다.[2739]

'권리승계형 승계참가'[2740]의 경우에, 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않거나 이에 대하여 피고가 부동의하여 원고가 소송에 남아 있다면, 승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적

표시된 채무자의 승계인에 대한 집행을 위하여 내어 줄 수 있다. 다만, 그 승계가 법원에 명백한 사실이거나, 증명서로 승계를 증명한 때에 한한다.

2736) 채무자나 소유자가 제기한 배당이의의 소 계속 중에 채무자나 소유자의 배당받을 권리를 양수한 것은 소송목적인 권리를 승계한 경우에 해당하지 않고 양수인의 승계참가신청은 부적법하다(대법원 2023. 2. 23. 선고 2022다285288 판결).

2737) 채권양도, 전부명령, 면책적 채무인수, 계약인수 등. ☛ 토지의 불법점유로 인한 부당이득반환청구권은 토지 소유를 요건으로 하므로 토지 소유권이 다른 사람으로 이전된 이후에는 더 이상 발생하지 않고 그에 대한 양도도 있을 수 없으므로, '인도 시까지'의 부당이득반환을 명한 전소 확정판결을 받은 종전 소유자로부터 토지 소유권을 이전받은 후 자신이 토지 소유권을 취득한 이후의 부당이득반환을 구하는 전득자는, 종전 소유자의 전소 확정판결의 '소송물'을 양수한 변론 종결 뒤의 승계인에 해당하지 않는다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다206349 판결).

2738) 대지 소유권에 기한 건물 철거 및 대지 인도 소송의 대상인 건물의 양도(91다650, 667), 신주발행무효의 소의 원고 적격의 근거가 되는 주식의 양도(2000다42786), 공유물분할소송의 대상인 부동산 공유지분의 양도(2013다78556) 등.

2739) ◎ **채권양도 대항요건의 구비 시점과 승계참가신청의 적법 여부**
소송 계속 중 소송목적인 채권을 양수하여 대항요건을 갖춘 사람은 소송에 참가할 수 있다. 채권양수인이 소송계속 중의 승계인이라고 주장하며 참가신청을 한 경우에, 채권자로서의 지위의 승계가 소송계속 중에 이루어진 것인지 여부는 채권양도의 합의가 이루어진 때가 아니라 '대항요건이 갖추어진 때'를 기준으로 판단한다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2020다210747 판결). 소송 제기 전에 채권양도계약이 있고 그 대항요건을 소송계속 중에 갖춘 경우에는, 채권양수인의 승계참가신청이 적법하나, 채권양도계약 및 그 대항요건의 구비가 소 제기 이전에 모두 이루어진 경우의 승계참가신청은 부적법하다. 법률심인 상고심에서는 승계인의 소송참가가 허용되지 않는다(2002다48399).
○ 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다8589 판결; "피고와 승계참가인은 이 사건 배당절차가 개시되기 전에 이 사건 채권양도계약을 체결하였고, 그 대항요건을 갖추지 않고 있던 중 이 사건 배당이의 소송이 제기되었으며, 원고 보조참가인이 2012. 1. 6.자 상고이유서를 제출함으로써 채권양도를 승인한 이후, 비로소 승계참가인이 '피고로부터 원고 보조참가인에 대한 채권을 양수하였다'고 주장하면서 이 사건 승계참가신청을 하였음을 알 수 있다. … 승계참가인은 채권양도의 대항요건을 갖추기 전까지 채무자에 대하여 아무런 권리주장을 할 수 없음은 물론, 이 사건 배당절차에서도 피고로부터 채권을 양도받았다고 주장하면서 적법하게 배당을 받을 수 없다. 따라서 … 배당이의 소송 제기 전에 채권양도가 있었고, 그 대항요건을 배당이의 소송계속 중에 갖추었다면, 대항요건을 갖춘 이후에야 비로소 채권양수인으로서는 배당이의 소송에 승계참가하여 채권양도인의 승계인으로서 배당받을 권리가 있음을 주장할 수 있다고 보아야 한다. 그러므로 원심이 이 사건 승계참가신청이 적법하다고 판단한 것은 정당하고 … 원고는 83다카1027 판결을 들어 승계참가신청이 부적법하다고 주장하나, 위 판결은 채권양도 및 그 대항요건이 소 제기 이전에 모두 갖추어진 사안이어서 이 사건에 원용하기에는 적절하지 않다."

2740) 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 민사소송법 제81조에 따라 소송에 참가한 경우.

공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다.[2741]

집행권원상의 청구권이 양도되어 '대항요건'을 갖춘 경우에는 '집행당사자적격'이 양수인으로 변경되고, 양수인이 '승계집행문을 부여'받음에 따라 '집행채권자'가 양수인으로 확정된다.[2742]

2741) 대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결: "권리승계형 승계참가에서 피참가인인 원고가 소송탈퇴, 소 취하(일부 취하의 의미를 갖는 청구감축 포함) 등을 하지 않아 승계된 부분에 관한 원고의 청구가 그대로 유지되는 경우 원고의 피고에 대한 청구와 승계참가인의 피고에 대한 청구는 그 주장 자체로 법률상 양립할 수 없는 관계에 있다. 원고의 피고에 대한 채권이 존재하는 경우 승계참가인이 승계 원인으로 주장하는 채권양도나 전부명령에 의하여 채권이 법률상 유효하게 승계되었는지 여부에 따라 원고 또는 승계참가인 중 어느 쪽의 청구는 인용되고 다른 쪽의 청구는 기각되어 두 청구가 모두 인용될 수는 없기 때문이다. 따라서 권리승계형 승계참가의 경우에도 원고의 청구가 그대로 유지되고 있는 한 독립당사자참가소송이나 예비적·선택적 공동소송과 마찬가지로 필수적 공동소송에 관한 규정을 적용하여 같은 소송 절차에서 두 청구에 대한 판단의 모순, 저촉을 방지하고 이를 합일적으로 확정할 필요성이 있다. 민사소송법 제81조는 승계인이 독립당사자참가에 관한 제79조에 따라 소송에 참가할 것을 정하는데, 제79조는 제2항에서 필수적 공동소송에 관한 특칙인 제67조를 준용하고 있으므로 제81조는 승계참가에 관하여도 필수적 공동소송에 관한 특별규정을 준용할 근거가 된다고 할 수 있다." ☜ ① 원고(수급인)는 피고들(도급인)을 상대로 공사 정산금의 지급을 구하였고, ② 원고 승계참가인은 위 정산금 채권 중 일부에 관하여 채권압류 및 전부명령을 받은 뒤, 제1심 소송 계속 중 피고들에 대하여 전부금의 지급을 구하면서 승계참가신청을 하였는데, 원고는 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않았으나 승계참가한 부분의 소를 일부 취하하지 않았는바, ③ 제1심은 인정된 정산금 채권 전부가 채권압류 및 전부명령으로 인하여 모두 승계참가인에게 이전되었음을 이유로, 원고의 청구를 기각하고 승계참가인의 청구를 일부 인용하였고, ④ 이에 승계참가인과 피고들은 자신의 패소 부분에 대해 항소하였으나 원고는 항소하지 않았는데, ⑤ 원심 계속 중 피고들이 승계참가인의 전부명령이 압류 경합으로 무효라고 다투자 원고는 부대항소를 제기하였고, ⑥ 이에 원심은 승계참가인의 전부명령이 무효라고 판단하고, 원고의 부대항소를 받아들여 원고의 청구를 일부 인용하고 승계참가인의 청구를 기각하였으며, ⑦ 피고들은 상고이유로, 원고가 제1심에서 패소한 뒤 불복하지 않아 원고에 대한 판결은 분리확정되었고 그에 따라 원고가 제기한 부대항소는 부적법하므로 원심이 원고의 부대항소를 받아들인 것은 잘못이라고 주장한 데 대하여, **대법원**은, '승계된 부분에 관한 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용되므로, 제1심판결 중 원고의 청구를 기각한 부분에 대하여 원고가 항소하지 않았다고 하더라도, 원고 청구 부분을 포함한 제1심판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생기고, 원고가 원심에서 제기한 부대항소는 적법하다.'라고 하여, 원심 판단에 잘못이 없다고 한 예. **[보충의견]** 구체적인 소송절차의 진행과 심리 방법에 관하여 상세히 적고 있다.

2742) ○ 대법원 2019. 1. 31. 선고 2015다26009 판결: "집행권원상의 청구권(이하 '집행채권'이라 한다)이 양도되어 대항요건을 갖춘 경우에는 집행당사자적격이 양수인으로 변경되며, 양수인이 승계집행문을 부여받음에 따라 집행채권자가 양수인으로 확정된다. 승계집행문의 부여로 인하여 양도인에 대한 기존 집행권원의 집행력은 소멸한다. 이러한 법리에 비추어 보면, 민사집행법 제248조에 따라 공탁이 이루어져 배당절차가 개시된 다음 집행채권이 양도되고 그 채무자에게 양도 통지를 했더라도, 양수인이 승계집행문을 부여받아 집행법원에 제출하지 않은 이상, 집행법원은 여전히 배당절차에서 양도인을 배당금채권자로 취급할 수밖에 없다. 이러한 상태에서는 양수인이 집행법원을 상대로 자신에게 배당금을 지급하여 달라고 청구할 수 없다. 양수인이 집행채권 양수 사실을 집행법원에 소명하였다고 하더라도 마찬가지이다. 집행채권의 양도와 채무자에 대한 양도 통지가 있었더라도, 승계집행문의 부여·제출 전에는 배당금채권은 여전히 양도인의 책임재산으로 남아 있게 된다. 따라서 승계집행문의 부여·제출 전에 양수인의 채권자가 위 배당금채권에 대한 압류 및 전부명령을 받았다고 하더라도, 이는 무효라고 보아야 한다."

○ 대법원 2008. 2. 1. 선고 2005다23889 판결: "(승계집행문의 부여로 인하여 양도인에 대한 기존 집행권원의 집행력이 소멸된) 후 양도인을 상대로 제기한 청구이의의 소는 피고적격이 없는 자를 상대로 한 소이거나 이미 집행력이 소멸한 집행권원의 집행력 배제를 구하는 것으로 권리보호의 이익이 없어 부적법하다."

○ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2010다63591 판결: "채권자가 집행권원에 기하여 채권압류 및 추심명령을 받은 후 그 집행권원상의 채권을 양도하였다고 하더라도 양수인은 승계집행문을 부여받음으로써 비로소 집행채권자로 확정되는 것이므로, 양수인이 기존 집행권원에 대하여 승계집행문을 부여받지 않았다면, 양도인이 여전히 집행채권자의 지위에서 압류채권을 추심하거나 압류명령 신청을 취하할 수 있다." ☛ 승계집행문을

채권 양도인의 채무자에 대한 소송의 계속 중에 채권 양수인이 승계참가한 경우, 채권 양수인의 채무자에 대한 별도의 양수금 청구의 소는 '중복소송'에 해당한다.[2743]

자) 채권양도와 사해행위취소

사해행위 후 채권자가 취소원인을 알면서 피보전채권을 양도하고 양수인이 그 채권을 보전하기 위하여 채권자취소권을 행사하는 경우, 채권 양도인이 취소원인을 안 날을 기준으로 제척기간 도과 여부를 판단한다.[2744] 채무자가 '금전채무'의 '변제에 갈음하여 또는 변제를 위하여' '다른 금전채권을 양도'하는 경우에 그 사해성의 판단 기준은 '변제'의 경우와 달리 하여 '대물변제'나 '담보제공행위'의 경우와 같이 본다.[2745] 사해성 판단 기준 시점은, 정지조건부 채권양도의 경우에도 '채권양도계약 체결 시'이고,[2746] 집합채권 양도담보 예약이 체결된 다음 예약완결권의 행사에 기하여 채권이 양도된 경우에는 양도담보 예약 시[2747]이다.

사해행위인 채권양도계약의 취소에 따른 원상회복으로서, ① 채권이 이미 변제된 경우에는 가액배상으로서 채권자에게 직접 변제금원을 지급할 것을,[2748] ② 채권이 추심되지

부여받지 않은 양수인은 집행채권자의 지위에서 압류채권을 추심할 수 있는 권능이 없다(대법원 2008. 8. 11. 선고 2008다32310 판결).

2743) 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017다23066 판결; "법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다(민사소송법 제259조). 따라서 당사자와 소송물이 동일한 소송이 시간을 달리하여 제기된 경우 전소가 후소의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되지 않으면 후소는 중복제소금지에 위반하여 제기된 소송으로서 부적법하다. 한편 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 후소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다." ㅁ 갑 보험회사(채권양도인)가 피고(채무자)와 체결한 보증보험계약에 따라 보험금을 지급한 후 피고를 상대로 구상금의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 항소심에서 원고(채권양수인)가 갑회사로부터 채권을 양수하였다고 주장하며 승계참가신청을 하여 원고의 청구를 전부 인용하는 판결이 선고·확정되었는데, 원고가 위 판결이 선고되기 전 피고를 상대로 갑 회사로부터 양수받은 채권의 지급을 구하는 소를 제기한 사안에서, 원고의 청구는 중복소송에 해당하고 선행사건의 항소심 판결이 그대로 확정되었으므로 권리보호의 이익도 없어 부적법하다고 한 사례. **[비교]** 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있는 경우에도, 압류 및 추심명령을 받은 채권자는 제3채무자를 상대로 압류된 채권의 이행을 청구하는 추심의 소를 제기할 수 있고, 그 추심의 소는 채무자가 제기한 이행의 소에 대한 관계에서 중복된 소제기에 해당하지 않는다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다202120 전원합의체 판결).

2744) 대법원 2018. 4. 10. 선고 2016다272311 판결.

2745) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결, 대법원 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결 등. '기존 금전채무'의 '변제에 갈음하여' '다른 금전채권을 양도'하는 경우에 사해성의 판단 기준을 변제의 경우와 마찬가지로 본 2003다1205 판결, 2003다60822 판결은 사실상 변경된 것으로 볼 수 있다.

2746) 대법원 2013. 6. 28. 선고 2013다8564 판결.

2747) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다233268 판결.

2748) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다50061 판결. 수익자가 제3채무자로부터 지급받은 금원 중 상당한 금액을 채무자에게 반환하였다고 하더라도 양도받은 채권 자체를 반환한 것이 아닌 이상 가액배상의 의무를 면하는 것은 아니다(대법원 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결). 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권의 채무자는 그 채권을 수동채권으로 한 상계로 채권자에게 대항하지 못하고(민법 제496조) 그 결과 그 채권이 양도된 경우에 양수인에게도 상계로 대항할 수 없게 되나(민법 제451조 제2항 참조), 그 채권양도가 사해행위에 해당하는 경우 그 손해배상채권의 채무자가 채권양도인에 대한 채권자 지위에서 채권자취소권을 행사하여 채권양

않은 경우에는 수익자가 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 각각 청구할 수 있는데, ②의 경우 채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에게 채권에 관한 지급을 청구할 수는 없다.[2749]

2) 채무인수

가) 면책적 채무인수

(1) 인수금 청구의 요건사실

채권자의 면책적 채무 인수인에 대한 인수금 청구의 요건사실은, ① '원고의 채권 발생원인' 사실, ② '채무자와 피고(= 인수인) 사이의 면책적 채무 인수계약' 및 '채권자의 승낙'[2750] [2751] 사실이다. ② 요건은, '채권자·인수인 사이의 인수계약'[2752]으로 대체

도의 취소를 구함과 아울러 그 취소에 따른 원상회복의 방법으로 직접 자신 앞으로 가액배상의 지급을 구하는 것 자체는 민법 제496조에 반하지 않으므로 허용된다(대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다8980, 8997 판결).

2749) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2012다2743 판결 : "수익자가 제3채무자로부터 아직 그 채권을 추심하지 아니한 때에는, 채권자는 사해행위취소에 따른 원상회복으로서 수익자가 제3채무자에 대하여 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 청구할 수 있다. … 채권자와 수익자의 관계에서 그 채권이 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐, 채무자가 직접 그 채권을 취득하여 권리자로 되는 것은 아니므로, 채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에게 그 채권에 관한 지급을 청구할 수 없다." ☛ 대위청구는 피대위채권의 부존재로 기각된다.

2750) **민법 제454조(채무자와의 계약에 의한 채무인수)** ① 제3자가 채무자와의 계약으로 채무를 인수한 경우에는 채권자의 승낙에 의하여 그 효력이 생긴다. ② 채권자의 승낙 또는 거절의 상대방은 채무자나 제3자이다.

2751) ◎ **채권자의 승낙**

○ 채무자에 대한 채권을 상실시키는 효과가 있는 면책적 채무인수의 경우 채권자의 승낙은 계약의 효력발생요건이다(대법원 2013. 9. 13. 선고 2011다56033 판결).

○ 부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 임대차보증금 반환채무 등을 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 면책적 채무인수로 보기 위해서는 이에 대한 채권자 측 임차인의 승낙이 있어야 한다. 채무자인 매도인이나 제3자인 매수인은 임차인에게 임대차보증금 반환채무에 대한 매도인의 면책에 관한 승낙 여부를 최고할 수 있으며, 임차인이 상당한 기간 내에 확답을 발송하지 아니한 경우에는 이를 거절한 것으로 본다(민법 제455조). 한편 임차인의 승낙은 반드시 명시적 의사표시에 의하여야 하는 것은 아니고 묵시적 의사표시에 의하여서도 가능하다. 그러나 임차인이 채무자인 임대인을 면책시키는 것은 그의 채권을 처분하는 행위이므로, 만약 임대보증금 반환채권의 회수가능성 등이 의문시되는 상황이라면 임차인의 어떠한 행위를 임대차보증금 반환채무의 면책적 인수에 대한 묵시적 승낙의 의사표시에 해당한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다(대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다84370 판결).

○ 채권자의 승낙은 반드시 명시적 의사표시에 의하여야 하는 것은 아니고 묵시적 의사표시에 의하여서도 가능한데, 채권자가 직접 채무인수인에 대하여 인수채무금의 지급을 청구하였다면 그 지급청구로써 묵시적으로 채무인수를 승낙한 것으로 보아야 한다(88다카29962).

○ 주택의 임차인이 제3자에 대한 대항력을 갖추기 전에 임차주택의 소유권이 양도되어 당연히 양수인이 임대차보증금 반환채무를 면책적으로 인수한 것으로 볼 수 없는 경우, 주택임차인의 어떠한 행위를 양도인과 양수인 간 임대차보증금 반환채무의 면책적 인수에 대한 묵시적 승낙의 의사표시에 해당한다고 볼 것인지 여부는, 그 행위 당시 임대차보증금의 객관적 회수가능성 등 제반 사정을 고려하여 '신중하게' 판단하여야 한다(2008다39663). 제3자가 대여금 채무를 지급하기 위하여 발행한 당좌수표를 채권자가 교부받았다거나 그 당좌수표를 채권자에게 발행한 이후 제3자가 매월 이자를 채권자에게 지급하여 왔다는 사정 등만으로는 제3자가 대여금 채무를 면책적으로 인수하였다거나 채권자가 채무자와 제3자 사이의 면책적 채무인수의 약정을 묵시적으로 승낙한 것으로 볼 수는 없다(97다52493).

2752) **민법 제453조(채권자와의 계약에 의한 채무인수)** ① 제3자는 채권자와의 계약으로 채무를 인수하여 채무자의 채무를 면하게 할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 인수를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 채무를 인수하지 못한다.

될 수 있는데,[2753] 채무자는 이익을 얻는 데 지나지 아니하므로 채무자의 동의나 수익의 의사표시는 필요하지 않다.

채무인수가 면책적인가 중첩적인가 하는 것은 채무인수계약에 나타난 당사자의 의사의 해석에 관한 문제로서, 채무인수가 면책적 인수인지, 중첩적 인수인지가 분명하지 아니한 때에는 이를 중첩적으로 인수한 것으로 보는 것이므로, 면책적 채무인수라고 보아야 할 특별한 사정이 있다는 점에 대한 증명책임은 이를 주장하는 측에게 있다.[2754]

채권자의 채무자에 대한 이행청구의 경우, 위 ② 요건사실은 채무자의 채무 소멸의 면책 항변사실로 기능한다.[2755]

(2) 기 판 력

채무자에 대한 확정판결의 기판력은 변론을 종결한 뒤의 면책적 채무인수인에게 미치고,[2756] 당사자가 변론을 종결할 때까지 승계사실을 진술하지 아니한 때에는 변론을 종결한 뒤에 승계한 것으로 추정된다(민사소송법 제218조 제1, 2항).

2753) '채권자·채무자·인수인 사이의 3면 인수계약'으로 대체될 수도 있으나, 엄밀하게 보면 '3면 인수계약' 중 '채권자·인수인 사이의 계약' 부분만 요건사실이고, '채무자와의 계약' 부분은 '채무자 의사에 반하는 채무인수'라는 항변의 부인에 해당한다.

2754) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다81948 판결.

2755) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다241901 판결; "민사집행법 제143조 제1항에 따라 매수인이 관계채권자의 승낙을 얻어 매각대금의 지급을 갈음하여 채무를 인수한 경우 매수인이 현금으로 매각대금을 내는 것과 그 효과가 같다고 보아야 한다. 이러한 채무인수를 승낙한 관계채권자는 인수된 채무액 범위에서 채권의 만족을 얻은 것으로 보아야 하므로, 그 범위에서 채무자의 채무도 소멸하게 된다. 따라서 위 규정에서 정하고 있는 채무인수는 면책적 채무인수로 보아야 한다."

2756) ○ 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다13482 판결; "전소 변론종결 또는 판결선고 후에 채무자의 채무를 소멸시켜 당사자인 채무자의 지위를 승계하는 이른바 면책적 채무인수를 한 자는 변론종결 후의 승계인으로서 전소 확정판결의 기판력이 미치게 되므로" ☜ 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제27조 제1항에 따라 양수인이 사업의 인허가와 관련한 공법상의 관리체계와 함께 기존 회원들에 대한 의무를 승계하는 경우, 양도인은 기존 회원들에 대한 의무를 면하게 되고, 양수인이 민사소송법 제218조 제1항 소정의 변론종결 후의 승계인에 해당하여, 원고(채권자)와 양도인 사이의 전소 확정판결의 기판력이 피고(양수인)에게도 미치므로, 원고는 위 확정판결에 따라 부여받은 승계집행문으로 집행을 하면 되는 것이지 피고를 상대로 다시 이 사건 소송을 구할 소의 이익이 없으므로, 결국 이 사건 소는 부적법하여 각하하였어야 한다고 판시한 예.

○ 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다21967 판결; "민사집행법 제31조 제1항에서 '집행문은 판결에 표시된 채권자의 승계인을 위하여 내어 주거나 판결에 표시된 채무자의 승계인에 대한 집행을 위하여 내어 줄 수 있다.'라고 규정하고 있는바, 중첩적 채무인수는 당사자의 채무는 그대로 존속하며 이와 별개의 채무를 부담하는 것에 불과하므로 새로 채무의 이행을 소구하는 것은 별론으로 하고 판결에 표시된 채무자에 대한 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 채무자 이외의 자에게 확장하여 승계집행문을 부여할 수는 없으나, 채무자의 채무를 소멸시켜 당사자인 채무자의 지위를 승계하는 이른바 면책적 채무인수는 위 조항에서 말하는 승계인에 해당한다고 볼 수 있다."

○ 대법원 1979. 3. 13. 선고 78다2330 판결; "영업양도인의 상호를 계속 사용하는 영업양수인이 상법 제42조 제1항에 의하여 그 양도인의 영업으로 인한 채무를 변제할 책임이 있다 하여도 그 채무에 관하여 이를 면책적으로 인수하는 등 특별한 사정이 없는 한 그 영업양수인을 곧 민사소송법 제204조의 변론종결후의 승계인에 해당한다고 할 수 없다 할 것이므로"

(3) 항 변

채무자와 인수인 간 채무인수계약을 채권자가 승낙한 후, 채무인수인이 채무인수계약을 적법하게 취소하려면, ① 채권자의 승낙이 있다든가 또는 ② 채권자의 인수계약 승낙 시 채무인수인의 취소권 유보를 승낙하였다는 등의 특별한 사정이 있어야 한다.[2757]

인수인은 무효, 취소,[2758] 변제, 동시이행항변 등 채무자가 항변할 수 있는 사유로 채권자에게 대항할 수 있다.[2759]

인수채무의 소멸시효기간은 채무인수와 동시에 이루어진 채무승인의 소멸시효 중단사유에 따라 채무인수일로부터 새로이 진행되고, 원래 5년 상사시효의 적용을 받던 채무라면 채무자 지위가 인수인으로 교체되더라도 그 소멸시효기간은 여전히 5년 상사시효의 적용을 받는다.[2760]

이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 채무를 인수하지 못하는데(민법 제453조 제2항), 인수계약의 무효를 주장하는 측에 '채무자의 의사에 반한다'는 점에 대한 증명책임이 있다.[2761] 이는, 이해관계 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 채무를 인수하여 변제한 다음 채무자에게 구상권을 행사하는 경우에 채무자의 항변사유가 된다.

나) 중첩적(= 병존적) 채무인수

(1) 인수금 청구의 요건사실

채무자와 인수인의 '합의'에 의한 중첩적 채무인수의 경우, 채권자의 인수인에 대한 인수금 청구의 요건사실은, ① '원고의 채권 발생원인' 사실, ② '채무자와 피고 사이의 중첩적 채무 인수계약' 및 '채권자의 수익의 의사표시'[2762] 사실이다. ② 요건은,

---

2757) 대법원 1962. 5. 17. 선고 62다161 판결.

2758) 인수인이 채무발생 원인인 계약의 취소권, 해제권을 행사할 수는 없고, 계약 당사자인 채무자에 의한 취소권, 해제권 행사로 채무가 소멸되었음을 항변할 수 있다.

2759) **민법 제458조(전채무자의 항변사유)** 인수인은 전채무자의 항변할 수 있는 사유로 채권자에게 대항할 수 있다.

2760) 대법원 1999. 7. 9. 선고 99다12376 판결; "면책적 채무인수라 함은 채무의 동일성을 유지하면서 이를 종래의 채무자로부터 제3자인 인수인에게 이전하는 것을 목적으로 하는 계약으로서, 채무인수로 인하여 인수인은 종래의 채무자와 지위를 교체하여 새로이 당사자로서 채무관계에 들어서서 종래의 채무자와 동일한 채무를 부담하고 동시에 종래의 채무자는 채무관계에서 탈퇴하여 면책되는 것일 뿐이므로, 인수채무가 원래 5년의 상사시효의 적용을 받던 채무라면 그 후 면책적 채무인수에 따라 그 채무자의 지위가 인수인으로 교체되었다고 하더라도 그 소멸시효의 기간은 여전히 5년의 상사시효의 적용을 받는다 할 것이고, 이는 채무인수행위가 상행위나 보조적 상행위에 해당하지 아니한다고 하여 달리 볼 것이 아니다. 다만, 그 소멸시효기간은 채무인수와 동시에 이루어진 소멸시효 중단사유, 즉 채무승인에 따라 채무인수일로부터 새로이 진행되는 것일 뿐이므로 …."

2761) 그 근거로는, ① 민법 제453조 제1항·제2항의 규정 형식, ② 채무자가 면책되는 것은 통상 채무자의 의사에 반하는 것이 아닌 점, ③ 민법 제469조의 '이해관계 없는 제3자의 변제'에서 '변제 효과를 다투는 상대방이 채무자의 의사에 반한 사실의 증명책임을 진다'는 견해가 타당한 점 등을 들 수 있다.

2762) ◎ **채권자의 수익의 의사표시**
○ 채무자와 인수인의 합의에 의한 중첩적 채무인수는 일종의 **제3자를 위한 계약**이라고 할 것이므로, 채권자는

'원고와 인수인 사이의 인수계약'으로 대체될 수 있는데,[2763] 채무자는 이익을 얻는 데 지나지 아니하므로 채무자의 동의나 수익의 의사표시는 필요하지 않고, 채권자와 인수인과의 합의가 있는 이상 채무자의 의사에 반하여서도 이루어질 수 있다.[2764]

사업이나 부동산을 매수하는 사람이 근저당채무 등 그 부동산에 결부된 부담을 인수하고 그 채무액만큼 매매대금을 공제하기로 약정하는 경우에, 매수인의 그러한 채무부담의 약정은 채권자의 승낙이 없는 한 매도인 측을 면책시키는 이른바 면책적 채무인수라고 볼 수 없고, 나아가서 그러한 약정이 이행인수에 불과한지 아니면 병존적 채무인수(= 제3자를 위한 계약)인지를 구별함에 있어서 그 판별 기준은, 계약 당사자에게 제3자 또는 채권자가 계약 당사자 일방 또는 채무인수인에 대하여 '직접 채권을 취득하게 할 의사'가 있는지 여부에 달려 있으며,[2765] 인수의 대상으로 된 채무의 책임을 구성하는 권리관계도 함께 양도된 경우이거나 채무인수인이 그 채무부담에 상응하는 대가를 얻을 때에는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 이행인수가 아닌 병존적 채무인수로 보아야 한다(특별한 사정이 없는 한, '이행인수'로 보아야 한다는 판시도 있어 판례는 혼돈상태이다).[2766]

인수인에 대하여 채무이행을 청구하거나 기타 채권자로서의 권리를 행사하는 방법으로 수익의 의사표시를 함으로써 인수인에 대하여 직접 청구할 권리를 갖게 된다. 이러한 점에서 채무자에 대한 채권을 상실시키는 효과가 있는 면책적 채무인수의 경우 채권자의 승낙을 계약의 효력발생요건으로 보아야 하는 것과는 달리, 채무자와 인수인의 합의에 의한 중첩적 채무인수의 경우 채권자의 수익의 의사표시는 그 계약의 성립요건이나 효력발생요건이 아니라 채권자가 인수인에 대하여 채권을 취득하기 위한 요건이다(대법원 2013. 9. 13. 선고 2011다56033 판결). 구 채무자와 채무인수자 사이의 제3자(채권자)를 위한 계약 체결 시에 채권자의 승낙이나 채무자 변경절차를 필요로 하는 것이 아니다(2007다54627).

○ 채무자와 인수인의 합의에 의한 중첩적 채무인수의 경우 채권자가 수익을 받지 않겠다는 의사표시를 하였다면 채권자는 인수인에 대하여 채권을 취득하지 못하고, 특별한 사정이 없는 한 사후에 이를 번복하고 다시 수익의 의사표시를 할 수는 없다고 할 것이지만, 인수인이 채권자에게 중첩적 채무인수라는 취지를 알리지 아니한 채 채무인수에 대한 승낙 여부만을 최고하여 채권자가 인수인으로부터 최고받은 채무인수가 채무자에 대한 채권을 상실하게 하는 면책적 채무인 것으로 잘못 알고 면책적 채무인수를 승낙하지 아니한다는 취지의 의사표시를 한 경우에는, 이는 중첩적 채무인수에 대하여 수익 거절의 의사표시를 한 것이라고 볼 수 없으므로, 채권자는 그 후 중첩적 채무인수 계약이 유효하게 존속하고 있는 한 수익의 의사표시를 하여 인수인에 대한 채권을 취득할 수 있다(대법원 2013. 9. 13. 선고 2011다56033 판결).

○ 제3자를 위한 계약에서 제3자는 채무자(낙약자)에 대하여 계약의 이익을 받을 의사를 표시한 때에 채무자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있는 권리를 취득하고(민법 제539조), 요약자는 제3자를 위한 계약의 당사자로서 원칙적으로 제3자의 권리와는 별도로 낙약자에 대하여 제3자에게 급부를 이행할 것을 요구할 수 있는 권리를 가진다. 이때 낙약자가 요약자의 이행청구에 응하지 아니하면 특별한 사정이 없는 한 요약자는 낙약자에 대하여 제3자에게 급부를 이행할 것을 소로써 구할 이익이 있다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2018다259565 판결).

2763) '채권자·채무자·인수인 사이의 3면 인수계약'으로 대체될 수도 있으나, 엄밀하게 보면 그 중 '채권자·인수인 사이의 계약' 부분만 요건사실이다.

2764) 대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카1836 판결.

2765) 구체적으로는 계약 체결의 동기, 경위 및 목적, 계약에 있어서의 당사자의 지위, 당사자 사이 및 당사자와 제3자 사이의 이해관계, 거래 관행 등을 종합적으로 고려하여 그 의사를 해석하여야 한다.

2766) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다54627 판결: 사업권, 토지 등 양수도계약에서 양수인이 양도인의 은행 대출금 채무를 인수한 사안에서, 대금을 정함에 있어 은행 대출금 채무액 상당을 미리 공제받음으로써 양수인이 인수한 채무 부담에 상응하는 이득을 취하였고, 양수인이 관할 시장에 제출하는 '사업주체변경동의서' 발급을 채권자 은행에 요청한 것은 사업권 등 양도양수계약이 채권자 은행을 위한 계약으로서의 성격을 가지고 있음을 스스로 표시한 것이라고 볼 것이므로, 은행 대출금 채무인수를 병존적 채무인수로 보아야 한다고 하여,

집합건물의 구분소유권이 순차로 양도된 경우 각 특별승계인들은 이전 구분소유권자들의 채무를 중첩적으로 인수하므로, 현재 구분소유권을 보유하고 있는 최종 특별승계인뿐만 아니라 그 이전의 구분소유자들도 구분소유권의 보유 여부와 상관없이 공용부분에 관한 종전 구분소유자들의 체납관리비채무를 부담한다.[2767]

(2) 항 변

면책적 채무인수와 마찬가지로, 중첩적 채무 인수인은 종래의 채무자가 그 채무관계에서 가졌던 모든 항변사유로 채권자에게 대항할 수 있다. 그러나 계약당사자로서의 지위에 기하여 갖는 해제권이나 취소권은 인수인이 이를 갖지 못하고,[2768] 종래 채무자가 해제권이나 취소권을 행사하여 종래 채무가 소멸된 경우에는 이로써 대항할 수 있다.[2769]

이행인수로 본 원심을 파기한 예.

⇒ 이어서, 2009다73905 판결(부동산 매수인이 근저당·가압류 채무 등 그 부동산에 결부된 부담을 인수하고 그 채무액만큼 매매대금을 공제하기로 약정한 사안), 2009다105222 판결(임대아파트 매수인이 매도인과 체결한 약정에 따라 매도인으로부터 '임대아파트 각 세대에 대한 임대차보증금 반환채무'와 '은행에 대한 대출금 채무'를 인수하는 대신 매매대금에서 그 금액을 공제한 나머지 금원만을 매도인에게 지급한 뒤 임대아파트 각 세대의 소유권을 이전받아 매도인의 임대사업자 지위를 승계한 사안에서, 매수인이 위 대출금 채무를 인수한 것은 이행인수가 아닌 병존적 채무인수라고 본 사례) 등은 동일한 일반론을 반복하여 판시하면서, 이행인수로 본 원심을 파기하였다. 특히, 2009다105222 판결은, "피고들이 들고 있는 판례는 매도인이 채권자에 대한 채무로부터 면책되는지 여부가 쟁점이 된 사안에서 채권자의 승낙이 없었으므로 이를 면책적 채무인수로 볼 수 없다고 본 사안으로, 채권자가 인수인에게 직접 청구를 할 수 있는지를 쟁점으로 하는 이 사건과 쟁점을 달리하여 이 사건에 적용될 수 없다."라고 하여 이행인수로 본 판례들을 명시적으로 배척하였다. 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다96526 판결(피고 및 ○○건설은 이행각서를 통하여 소외 2 및 ○○개발로부터 오피스텔 사업권을 양수하면서 소외 2 및 ○○개발이 원고에 대하여 부담하는 채무를 병존적으로 인수하기로 하는 제3자를 위한 계약을 체결하였다고 판단한 예)도 동일한 일반론을 판시하였다.

⇒ 반면에, '부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 채무(근저당권의 피담보채무, 가압류채무, 가등기담보부채무, 임대차보증금반환채무 등)를 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 그 인수는 특별한 사정이 없는 한 매도인을 면책시키는 채무인수가 아니라 이행인수로 보아야 한다'는 판시(2006다69479 등)는, 2008다39663 판결, 2009다5193 판결 후에는 발견되지 않다가, 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다84370 판결, 대법원 2021. 11. 25. 선고 2020다294516 판결에서 다시 판시되고 있다.

2767) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다50420 판결. ☞ 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결: "위탁자의 구분소유권에 관하여 신탁을 원인으로 수탁자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다가 신탁계약에 따른 신탁재산의 처분으로 제3취득자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지고 신탁등기는 말소됨으로써, 위탁자의 구분소유권이 수탁자, 제3취득자 앞으로 순차로 이전된 경우, 각 구분소유권의 특별승계인들인 수탁자와 제3취득자는 특별한 사정이 없는 한 각 종전 구분소유권자들의 공용부분 체납관리비채무를 중첩적으로 인수한다고 봄이 타당하다. 또한 등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자가 부담한다는 내용이 기재되어 있더라도, 제3취득자는 이와 상관없이 종전 구분소유권자들의 소유기간 동안 발생한 공용부분 체납관리비채무를 인수한다고 보아야 한다."

2768) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다96526 판결('피고가 소외 2 등으로부터 오피스텔 사업권을 양수하면서 소외 2 등이 원고에 대하여 부담하는 분양계약상 매도인의 채무를 병존적으로 인수하였다고 보더라도, 피고가 분양계약상 당사자의 지위를 포괄적으로 인수하였다고 볼 아무런 자료가 없는 이상, 피고가 분양계약의 매도인이 되거나 그와 동일한 지위에 놓인다고 할 수도 없다.'고 하여, '원고가 피고를 상대로 분양계약의 해제 및 원상회복을 청구할 수 있다'고 본 원심 판단에 위법이 있다고 한 예) 참조.

2769) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566 판결: "제3자를 위한 계약관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이루는 계약이 해제된 경우 그 계약관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이

중첩적 채무인수에서 인수인이 채무자의 부탁 없이 채권자와의 계약으로 채무를 인수하는 것은 매우 드문 일이므로 채무자와 인수인은 원칙적으로 주관적 공동관계가 있는 연대채무관계에 있고, 인수인이 채무자의 부탁을 받지 아니하여 주관적 공동관계가 없는 경우에는 부진정연대관계에 있는 것으로 보아야 한다.[2770]

따라서 중첩적 채무인수인이 자신의 채권자에 대한 자동채권으로 상계하면, 다른 연대채무자인 원채무자의 채권자에 대한 채무도 상계에 의하여 소멸하고,[2771] 중첩적 채무인수인이 자신의 채권자에 대한 채권을 자동채권으로 하여 상계하지 아니하면, 다른 연대채무자인 원채무자가 상계할 수 있다.[2772] [2773]

다) 이행인수

'이행인수'는 인수인이 채무자에 대하여 그 채무를 이행할 것을 약정하는 채무자와 인수인 사이의 계약으로서, 인수인은 채무자와 사이에 채권자에게 채무를 이행할 의무를 부담하는 데 그치고 직접 채권자에 대하여 채무를 부담하는 것이 아니므로, 채권자는 직접 인수인에 대하여 채무를 이행할 것을 청구할 수 없으나, 채무자는 인수인이 그 채무를 이행하지 아니하는 경우 인수인에 대하여 채권자에게 이행할 것을 청구할 수 있고, 그에 관한 승소의 판결을 받은 때에는 금전채권의 집행에 관한 규정을 준용하여 강제집행을 할 수도 있으며, 이러한 채무자의 인수인에 대한 청구권은 그 성질상 재산권의 일종으로서 일신전속적 권리라고 할 수는 없으므로, 채권자는 채권자대위권에 의하여 채무자의 인수인에 대한 청구권을 대위행사 할 수 있다.[2774] 이행인수의무 불이행으로

에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다. … 제3자를 위한 계약에서의 제3자가 계약해제 시 보호되는 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당하지 않음은 물론이나, 그렇다고 당연히 계약해제로 인한 원상회복의무를 부담해야 하는 것은 아니고, 또한 낙약자는 미지급급부에 대해서는 민법 제542조에 따라 계약해제에 따른 항변으로 제3자에게 그 지급을 거절할 수 있는 것이나, 이는 이미 지급한 급부에 대해 계약해제에 따른 원상회복을 구하는 것과는 다른 경우로서 동일한 법리가 적용될 수는 없는 것이므로" ☜ 민법 제542조(채무자의 항변권) 채무자는 제539조의 계약에 기한 항변으로 그 계약의 이익을 받을 제3자에게 대항할 수 있다.

2770) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다32409 판결.

2771) 대법원 1997. 4. 22. 선고 96다56443 판결.

2772) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다53754 판결: "상법 제724조 제2항에 의하여 피해자에게 인정되는 직접청구권의 법적 성질은 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 중첩적으로 인수한 결과 피해자가 보험자에 대하여 가지게 된 손해배상청구권이고, 중첩적 채무인수에서 인수인이 채무자의 부탁으로 인수한 경우 채무자와 인수인은 주관적 공동관계가 있는 연대채무관계에 있다 할 것인바, 보험자의 채무인수는 피보험자의 부탁(보험계약이나 공제계약)에 따라 이루어지는 것이므로 보험자의 손해배상채무와 피보험자의 손해배상채무는 연대채무관계에 있다"고 한 다음, 피고들(= 교통사고 버스 운전자들과 소유자들)이 그들과의 관계에서 최종적으로 손해배상책임을 부담하는 소외 공제사업자가 원고 1(= 피해자)에 대하여 가지고 있는 소송비용상환채권을 자동채권으로 하여 상계함으로써 원고 1의 피고들에 대한 손해배상채권이 소멸하였다고 판단한 예.

2773) 민법 제418조(상계의 절대적 효력) ① 어느 연대채무자가 채권자에 대하여 채권이 있는 경우에 그 채무자가 상계한 때에는 채권은 모든 연대채무자의 이익을 위하여 소멸한다. ② 상계할 채권이 있는 연대채무자가 상계하지 아니한 때에는 그 채무자의 부담부분에 한하여 다른 연대채무자가 상계할 수 있다.

인한 통상의 손해액은 인수인의 미변제로 늘어난 원리금 상당액이다.[2775]

라) 계약인수

계약당사자로서 지위 승계를 목적으로 하는 계약인수는 계약으로부터 발생하는 채권·채무의 이전(계약관계에서 이미 발생한 채권·채무도 특별한 사정이 없는 한 이전되고, 채권양도의 대항요건이 별도로 요구되지 않는다[2776]) 외에 계약관계로부터 생기는 해제권 등 포괄적 권리의무의 양도를 포함하는 것으로서, 계약인수가 적법하게 이루어지면 양도인은 계약관계에서 탈퇴하게 되고, 계약인수 후에는 특별한 사정(양도인 면책의 유보 등)이 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 승낙[2777]하여야 그 효력이 생긴다.[2778]

2774) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다75072 판결.

2775) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2020다294516 판결: "부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하고 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 특별한 사정이 없는 한 매도인을 면책시키는 채무인수가 아니라 이행인수로 보아야 한다. 이행인수계약의 불이행으로 인한 손해배상의 범위는 원칙적으로 채무자가 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않음으로써 생긴 통상의 손해를 한도로 한다. 매수인이 인수하기로 한 근저당권의 피담보채무를 변제하지 않아 원리금이 늘어났다면 그 원리금이 매수인의 이행인수계약 불이행으로 인한 통상의 손해액이 된다." ☛ 앞부분 판시는 '원칙적으로 이행인수가 아닌 병존적 채무인수로 보아야 한다'는 판례도 있어 혼돈상태이다(앞서의 '중첩적 채무인수' 부분 참조).

2776) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다245958 판결: "계약인수가 이루어지면 그 계약관계에서 이미 발생한 채권·채무도 이를 인수 대상에서 배제하기로 하는 특약이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 인수인에게 이전된다. 계약인수는 개별 채권·채무의 이전을 목적으로 하는 것이 아니라 다수의 채권·채무를 포함한 계약당사자로서의 지위의 포괄적 이전을 목적으로 하는 것으로서 계약당사자 3인의 관여에 의해 비로소 효력을 발생하는 반면, 개별 채권의 양도는 채권양도인과 양수인 2인만의 관여로 성립하고 효력을 발생하는 등 양자가 그 법적인 성질과 요건을 달리하므로, 채무자 보호를 위해 개별 채권양도에서 요구되는 대항요건은 계약인수에서는 별도로 요구되지 않는다. 그리고 이러한 법리는 상법상 영업양도에 수반된 계약인수에 대해서도 마찬가지로 적용된다."(근로계약관계를 기초로 하여 이미 발생한 근로자에 대한 손해배상채권(영업양도가 있기 전에 양도인 회사의 근로자가 고객 등이 송금한 돈을 개인 용도로 사용함으로 말미암아 발생한 양도인 회사의 근로자에 대한 손해배상채권)도 특별한 사정이 없는 한 이전된다고 한 예. **[동일 취지]** 2007다63089(분양계약상 계약자 지위의 포괄적 인수로 분양계약과 관련하여 발생한 부당이득반환채권까지도 포괄적으로 인수하였다고 판단한 예). ⇔ 대법원 2015. 7. 23. 선고 2012다15336 판결: "표시·광고의 공정화에 관한 법률상 허위·과장광고로 인한 손해배상청구권은 불법행위에 기한 손해배상청구권의 성격을 가진다고 할 것인데, 계약상 지위의 양도에 의하여 계약당사자로서의 지위가 제3자에게 이전되는 경우 계약상의 지위를 전제로 한 권리관계만이 이전될 뿐 불법행위에 기한 손해배상청구권은 별도의 채권양도절차 없이 제3자에게 당연히 이전되는 것이 아니므로, 표시광고법상 허위·과장광고로 인한 손해배상청구권을 가지고 있던 아파트 수분양자가 수분양자의 지위를 제3자에게 양도하였다는 사정만으로 그 양수인이 당연히 위 손해배상청구권을 행사할 수 있다고 볼 수는 없고, 다만 허위·과장광고를 그대로 믿고 허위·과장광고로 높아진 가격에 수분양자 지위를 양수하는 등으로 양수인이 수분양자 지위를 양도받으면서 허위·과장광고로 인한 손해를 입었다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에만 양수인이 그 손해배상청구권을 행사할 수 있다고 할 것이다."

2777) 묵시적 의사표시에 의하여서도 가능하다(2010다54535,54542).

2778) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다245958 판결.
계약인수 여부가 다투어지는 경우, 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 한다(2010다

피보험자가 보험의 목적을 양도(= 소유권 이전)한 때에는 양수인은 보험계약상의 권리와 의무를 승계한 것으로 추정되는데(상법 제679조 제1항), 이 추정은 보험 목적의 양수인에게 보험승계의 의사가 없다는 것이 증명된 경우에는 번복된다.[2779] 생명보험계약에서 보험계약자의 지위를 변경하는 데 보험자의 승낙이 필요하다고 정한 경우, 보험계약자가 보험자의 승낙 없이 일방적인 의사표시만으로 보험계약상의 지위를 이전할 수는 없고, 이는 유증에 따라 보험계약자의 지위를 이전하는 경우에도 마찬가지이다.[2780]

바. 변 제

변제는 채무 내용에 좇은 현실제공으로 하여야 하고, 변제제공 한 때로부터 채무불이행의 책임을 면한다.[2781] 변제장소와 관련해서는 '지참채무'가 원칙적이고,[2782] 의무

54535).
제3자가 토지거래허가를 받기 전의 토지 매매계약상 매수인 지위를 인수하는 경우와 달리 매도인 지위를 인수하는 경우에는 최초매도인과 매수인 사이의 매매계약에 대하여 관할 관청의 허가가 있어야만 매도인 지위의 인수에 관한 합의의 효력이 발생한다고 볼 것은 아니다(2012다1863).

2779) **상법 제679조(보험목적의 양도)** ① 피보험자가 보험의 목적을 양도한 때에는 양수인은 보험계약상의 권리와 의무를 승계한 것으로 추정한다. ② 제1항의 경우에 보험의 목적의 양도인 또는 양수인은 보험자에 대하여 지체 없이 그 사실을 통지하여야 한다. ☛ 이 추정 규정의 취지는 보험의 목적이 양도된 경우 양수인의 양도인에 대한 관계에서 보험계약상의 권리도 함께 양도된 것으로 당사자의 통상의 의사를 추정하고 이것을 사회경제적 관점에서 긍정한 것인바, 위 추정은 보험 목적의 양수인에게 보험승계의 의사가 없다는 것이 증명된 경우에는 번복된다(97다35375).

2780) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017다235647 판결: "생명보험계약에서 보험계약자의 지위를 변경하는 데 보험자의 승낙이 필요하다고 정하고 있는 경우, … 유증은 유언으로 수증자에게 일정한 재산을 무상으로 주기로 하는 단독행위로서 유증에 따라 보험계약자의 지위를 이전하는 데에도 보험자의 승낙이 필요하다고 보아야 한다. 보험계약자가 보험계약에 따른 보험료를 전액 지급하여 보험료 지급이 문제 되지 않는 경우에도 마찬가지이다."

2781) **민법 제460조(변제제공의 방법)** 변제는 채무내용에 좇은 현실제공으로 이를 하여야 한다. 그러나 채권자가 미리 변제받기를 거절하거나 채무의 이행에 채권자의 행위를 요하는 경우에는 변제준비의 완료를 통지하고 그 수령을 최고하면 된다. ☛ **제461조(변제제공의 효과)** 변제의 제공은 그때로부터 채무불이행의 책임을 면하게 한다.
제462조(특정물의 현상인도) 특정물의 인도가 채권의 목적인 때에는 채무자는 이행기의 현상대로 그 물건을 인도하여야 한다.
제468조(변제기전의 변제) 당사자의 특별한 의사표시가 없으면 변제기전이라도 채무자는 변제할 수 있다. 그러나 상대방의 손해는 배상하여야 한다. ☛ 채권자와 채무자 모두가 기한의 이익을 갖는 이자부 금전소비대차 계약 등에 있어서, 채무자가 변제기로 인한 기한의 이익을 포기하고 변제기 전에 변제하는 경우 변제기까지의 약정이자 등 채권자의 손해를 배상하여야 하고, 이러한 약정이자 등 손해액을 함께 제공하지 않으면 채무의 내용에 따른 변제제공이라고 볼 수 없으므로, 채권자는 수령을 거절할 수 있다. 다. 그러나 기한의 이익과 그 포기에 관한 민법 제153조 제2항, 변제기 전의 변제에 관한 민법 제468조의 규정들은 임의규정으로서 당사자가 그와 다른 약정을 할 수 있고, 은행여신거래에 있어서 당사자는 계약 내용에 편입된 약관에서 정한 바에 따라 위 민법 규정들과 다른 약정을 할 수도 있다(대법원 2023. 4. 13. 선고 2021다305338 판결).
제473조(변제비용의 부담) 변제비용은 다른 의사표시가 없으면 채무자의 부담으로 한다. 그러나 채권자의 주소이전 기타의 행위로 인하여 변제비용이 증가된 때에는 그 증가액은 채권자의 부담으로 한다.

2782) **민법 제467조(변제의 장소)** ① 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 변제장소를 정하지 아니한 때에는 특정물의 인도는 채권성립당시에 그 물건이 있던 장소에서 하여야 한다. ② 전항의 경우에 특정물인도 이외의 채무변제는 채권자의 현주소에서 하여야 한다. 그러나 영업에 관한 채무의 변제는 채권자의 현영업소에서 하여야 한다. **상법 제56조(지점거래의 채무이행장소)** 채권자의 지점에서의 거래로 인한 채무이행의 장소가 그 행위의

이행지에 특별재판적이 인정된다.[2783] 소송대리인은 위임을 받은 사건에 대하여 변제의 영수를 할 수 있다.[2784]

1) 주장책임

변제에 관한 주장책임에 대해서 그 주장책임을 완화하여 본 판례[2785]가 있는가 하면, 그 주장책임을 강조한 판례[2786]도 있다.

2) 요건사실

가) 변제사실

변제사실은 변제자인 채무자에게 그 증명책임이 있다.[2787]

채권자가 채무자에게 '채권증서'[2788]를 반환하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 채권은

성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 특정되지 아니한 경우 특정물 인도 외의 채무이행은 그 지참을 이행장소로 본다.

대법원 2022. 5. 3.자 2021마6868 결정: "민법 제467조 제2항의 '영업에 관한 채무'는 영업과 관련성이 인정되는 채무를 의미하고, '현영업소'는 변제 당시를 기준으로 그 채무와 관련된 채권자의 영업소로서 주된 영업소(본점)에 한정되는 것이 아니라 그 채권의 추심 관련 업무를 실제로 담당하는 영업소까지 포함된다. 따라서 영업에 관한 채무의 이행을 구하는 소는 제소 당시 채권 추심 관련 업무를 실제로 담당하는 채권자의 영업소 소재지 법원에 제기할 수 있다."

2783) **민사소송법 제8조(거소지 또는 의무이행지의 특별재판적)** 재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 거소지 또는 의무이행지의 법원에 제기할 수 있다.

2784) 민사소송법 제90조 제1항.

2785) '피고가 을호증으로 공탁서를 제출하였을 뿐 그에 기재된 금액 상당에 대한 변제 주장을 명시적으로 하지 않았다고 하더라도, 피고가 을호증으로 공탁서를 제출한 것은 그 금액에 해당하는 만큼 변제되었음을 주장하는 취지임이 명백하므로, 법원으로서는 그와 같은 주장이 있는 것으로 보고 그 당부를 판단하거나 아니면 그렇게 주장하는 취지인지 석명을 구하여 피고의 진의를 밝히고 그에 대한 판단을 하여야 하고, 이에 이르지 아니한 경우에는 판단유탈 또는 석명권 불행사로 인한 심리미진의 위법이 있게 된다.'고 한 예(2001다42080). **[동일취지]** 대법원 2021. 1. 28. 선고 2019다207141 판결.

2786) 부동산실명법 시행 후의 이른바 선의의 계약명의신탁의 사안에서, '명의신탁자의 수탁자에 대한 매수자금 상당의 부당이득반환채권이 변제 등으로 인하여 소멸되었음이 주장·입증되지 아니하는 한 최소한 원심의 변론종결 시까지는 적법하게 존속하는 것으로 보아야 함에도, 원심이 단지 아파트가 제3자에게 처분되었다는 사실만으로 신탁자가 그 처분권을 행사함으로써 매수가액 상당의 종국적인 손해가 발생한 것으로 볼 수 없다는 이유를 내세워 위 부당이득반환채권 자체가 성립되지 아니하였다고 판단한 것에는 부당이득반환채권의 성립에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 만약 원심이 위 부당이득반환채권이 성립하기는 하였으나 위와 같은 처분권의 행사로써 소멸된 것으로 보았다면, 원심판결에는 법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 대하여 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 인정하여 판단한 것으로서 변론주의에 위배하였을 뿐만 아니라 실제로 신탁자가 아파트의 처분권을 행사하여 그 매매대금까지 수령하였는지에 관하여 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.'고 한 예(2007다17284).

2787) ❶ 채무자가 채무 변제를 위하여 은행 발행의 자기앞수표를 채권자에게 교부하였는데 그 수표의 금액, 발행은행, 발행일자와 교부일자에 관하여 다툼이 있는 경우 채무자가 채권자에게 채무 변제를 위하여 교부한 수표가 특정된 수표 3매 중의 1매라는 사실은 변제사실에 속하는 것이므로 이는 변제자인 채무자에게 그 증명책임이 있다고 한 예(83다카2014). ❷ 甲이 동업관계에서 탈퇴하는 乙에게 청산 금원을 지급하면서 乙로부터 乙 자신이 제3자로부터 금원을 차용하여 동업자금으로 투자한 후 그 제3자에게 설정해 준 바 있는 근저당권설정계약을 해제하기 위한 금액이라는 취지가 명시된 영수증을 교부받은 경우, 그 근저당권의 피담보채무가 동업관계의 탈퇴로 인한 합의금 채무 속에 포함된 것이라는 점에 관한 주장·증명책임은 피담보채무의 변제로 인하여 합의금 채무도 아울러 그 범위 내에서 이행되었다고 주장하는 甲에게 있다고 한 예(97다11072).

2788) **민법 제475조(채권증서반환청구권)** 채권증서가 있는 경우에 변제자가 채무전부를 변제한 때에는 채권증서의

변제 등의 사유로 소멸하였다고 (사실상) 추정할 수 있다.[2789] 채무자가 채권자에게 기존 채무의 이행에 관하여 어음이나 수표를 교부하는 경우 '지급을 위하여' 또는 '지급 확보를 위하여' 교부하는 것으로 추정되고, 채권자가 기존 채무의 이행에 관하여 채무자로부터 어음·수표를 교부받은 후 이를 다시 채무자에게 반환하였다면 채무자로부터 기존의 원인채권을 변제받은 사실을 추정할 수 있다.[2790] 어음할인이 대출에 해당하는 경우,[2791]

반환을 청구할 수 있다. 채권이 변제 이외의 사유로 전부 소멸한 때에도 같다. ☛ ❶ 채권증서'는 채권의 존재를 증명하기 위하여 채권자에게 제공된 문서로서 특정한 이름이나 형식을 따라야 하는 것은 아니지만, 장차 변제 등으로 채권이 소멸하는 경우에는 민법 제475조에 따라 채무자가 채권자에게 그 반환을 청구할 수 있는 것이어야 한다. 이에 비추어 임대차계약서와 같이 계약 당사자 쌍방의 권리의무관계의 내용을 정한 서면은 그 계약에 의한 권리의 존속을 표상하기 위한 것이라고 할 수는 없으므로 위 채권증서에 해당하지 않는다(2013다32574). ❷ 채권증서 반환청구권은 채권 전부를 변제한 경우에 인정되는 것이고, 영수증 교부의무와는 달리 변제와 동시이행관계에 있지 않다(2003다22042).

2789) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011다74550 판결; "지불각서와 같은 채권증서는 채무자가 작성하여 채권자에게 교부하는 것이고, 채무자가 채무 전부를 변제하거나 그 밖의 사유로 채권이 소멸한 때에는 채권자에게 채권증서의 반환을 청구할 수 있고(민법 제475조), 이러한 채권증서 반환청구권은 채무 전부를 변제하는 등 채권이 소멸한 경우에 인정되므로, 채권자가 채무자로부터 채권증서를 교부받은 후 이를 다시 채무자에게 반환하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 채권은 변제 등의 사유로 소멸하였다고 추정할 수 있다." ☜ 원고가 피고에게 금전을 대여하고 피고로부터 교부받은 지불각서가 다시 피고에게 반환된 후 그 사본에 의하여 대여금 청구를 한 사안에서, 위 지불각서 반환으로 원고의 대여금 채권이 소멸하였다고 추정하고, 피고가 위 지불각서를 탈취해간 것이라는 원고의 주장을 인정할 증거가 없어 위 추정이 번복되지 않는다는 취지에서 원고의 청구를 기각한 원심을 정당한 것으로 수긍한 예. **[동일 취지]** ❶ 금전을 대여한 채권자가 그 채권증서로서 그 채권에 관하여 기한이익의 상실사유 및 지연손해금 등을 정하고 강제집행을 승낙한다는 내용이 기재되어 채권자에게 유리한 공정증서를 작성받아 소지하고 있다가 공정증서에 표시된 채권금 중 일부를 지급받고 자의로 당해 공정증서 원본을 채무자에게 반환하였다면, 진정한 채권액이 처음부터 위 지급금액에 한정되거나 채권자가 나머지 채권의 일부를 포기하는 등 그 법적 원인이 어떠한 것이든 간에 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 채권관계는 소멸되었다고 보는 것이 경험칙에 부합한다(2011다23170). ❷ 금원을 차용한 채무자가 채권자에게 차용금을 변제하면서 영수증을 교부받지 아니하거나 그 차용금에 관하여 채권자에게 교부한 차용증 또는 어음 등 채권증서를 회수 또는 개서하지도 않은 채 채권자의 수중에 남겨 둔다는 것은 극히 이례에 속하는 일이므로, 영수증을 받거나 채권증서를 회수 또는 개서하지 못한 채 변제를 할 수 밖에 없었음을 수긍할 만한 특별한 사정이 인정되지 않는 한 그 변제사실을 인정하는 것은 경험칙에 반하는 판단이라고 하지 않을 수 없다(88다카11916). ☛ '경험칙'에 따른 추정이므로 '사실상 추정'에 해당한다.

2790) 대법원 1996. 12. 20. 선고 96다41588 판결; "채무자가 채권자에게 기존 채무의 이행에 관하여 어음이나 수표를 교부하는 경우 당사자 사이에 특약이 없는 한 '지급을 위하여' 또는 '지급 확보를 위하여' 교부하는 것으로 추정할 것이고, 따라서 특별한 사정이 없는 한 기존의 원인채무는 소멸하지 아니하고 어음, 수표상의 채무와 병존한다고 보아야 하는바, 기존의 원인채권과 어음, 수표 채권이 병존하는 경우에 채권자가 기존의 원인채권을 행사함에 있어서는 어음이나 수표를 채무자에게 반환하여야 하는 것이므로, 채권자가 기존 채무의 이행에 관하여 채무자로부터 어음을 교부받은 후 이를 다시 채무자에게 반환하였다면 특단의 사정이 없는 한 채무자로부터 기존의 원인채권을 변제받은 사실을 추정할 수 있다 할 것이다." ☜ 채권자가 기존 채무의 이행에 관하여 교부받은 어음을 그 지급기일이 장기라는 이유로 채무자에게 반환한 경우, 이는 기존의 원인채무의 변제와 상환으로 이루어진 것이 아니라, 오히려 그 어음을 기존의 원인채무의 '지급을 위하여' 또는 '지급 확보를 위하여' 교부받기를 거부하는 채권자의 의사에 기하여 이루어진 것이므로, 채권자가 어음을 교부받으면서 채무자에게 작성하여 준 어음 액면 합계액의 입금표를 회수하지 아니하였다거나 채무자가 채권자에게 그 어음 대신 같은 액면의 다른 어음을 교부하였다는 증거가 없다는 점을 들어 채무자가 원인채무를 변제한 사실을 곧바로 추정할 수는 없고, 그 기존 원인채무의 변제 사실은 여전히 이를 주장하는 채무자가 증명하여야 한다고 한 예.

2791) 통상 **어음할인**이라 함은, 아직 만기가 도래하지 아니한 어음의 소지인이 상대방에게 어음을 양도하고 상대방이 어음의 액면금액에서 만기까지의 이자 기타 비용을 공제한 금액을 할인의뢰자에게 교부하는 거래를 말하는 것인데, 수표의 경우에는 만기가 없으므로 어음할인과 같은 엄격한 의미에서의 수표할인은 존재할 수 없으나 특정기일 전까지 지급제시를 하지 않기로 하고 수표금액에서 그 기간까지의 이자를 공제하는 방법에 의한

채권자가 그 어음을 다른 사람에게 매도하거나 배서양도하여 그 대가를 얻었다고 하더라도, 채권자가 그 어음의 재할인이나 배서양도와 관련한 책임을 면하지 못하는 한, 대출금 채권이 당연히 소멸되는 것이라고는 할 수 없다.[2792]

채무자가 채권자에게 채무변제와 관련하여 다른 채권을 양도한 경우 특별한 사정이 없는 한 채권양도만으로 바로 원래의 채권이 소멸한다고 볼 수는 없고, 채권자가 양도받은 채권을 변제받음으로써 그 범위 내에서 채무자가 면책되는 것이므로, '양도 채권의 변제'에 관하여 기존채무의 채무자에게 주장·증명책임이 있다.[2793] 반면에, 채무변제에 '갈음하여' 다른 채권을 양도하기로 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 채권양도의 요건을 갖추어 대체급부가 이루어짐으로써 원래의 채무는 소멸하고, 그 양수한 채권의 변제까지 이루어져야만 원래의 채무가 소멸하는 것은 아니다.[2794]

'배당표에 대한 이의가 있는 채권'에 관하여 배당이의의 소가 제기되어 배당액이 공탁되었다가 배당표가 확정됨에 따라 공탁된 배당금이 지급된 경우, 변제의 효력이 발생하는 시점은 원칙적으로 '배당표의 확정 시'이고(배당표 확정 전에 채권자가 공탁된 배당금을 수령하고 그 후 같은 내용으로 배당표가 확정된 경우에는, '공탁금 수령 시'이다),[2795] 그 배당금은 '배당표의 확정 시'(또는 '공탁금 수령 시')까지 발생한 이자나 지연손해금 채권에 먼저 충당된 다음

수표할인은 가능한바, 그와 같은 형태의 어음 또는 수표의 할인이 금융기관이 아닌 사인 간에 이루어진 경우 그 성질이 소비대차에 해당하는 것인지 아니면 어음의 매매에 해당하는 것인지의 여부는 그 거래의 실태와 당사자의 의사에 의하여 결정되어야 할 것이다(2001다55598).

2792) 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다10814 판결.

2793) 대법원 1995. 12. 22. 선고 95다16660 판결 등(채무자가 채권자에게 채무변제와 관련하여 다른 채권을 양도하는 것은 특단의 사정이 없는 한 채무변제를 위한 담보 또는 변제의 방법으로 양도되는 것으로 추정할 것이지 채무변제에 갈음한 것으로 볼 것은 아니기 때문이다).

2794) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다40998 판결(이 경우 대체급부로서 채권을 양도한 양도인은 양도 당시 양도대상인 채권의 존재에 대해서는 담보책임을 지지만 당사자 사이에 별도의 약정이 있다는 등 특별한 사정이 없는 한 그 채무자의 변제자력까지 담보하는 것은 아니다).

2795) 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다70822 판결; "배당표가 확정되어야 비로소 채권자가 공탁된 배당금의 지급을 신청할 수 있으므로, 배당표 확정 이전에 채권자가 배당금을 수령하지 않았는데도 채권에 대해 변제의 효력이 발생한다고 볼 수는 없다. 한편 배당표가 일단 확정되면 채권자는 공탁금을 즉시 지급받아 수령할 수 있는 지위에 있는데, 배당표 확정 이후의 어느 시점(가령 배당액 지급증 교부 시 또는 공탁금 출급 시)을 기준으로 변제의 효력이 발생한다고 보게 되면, 채권자의 의사에 따라 채무의 소멸 시점이 늦추어질 수 있고, 그때까지 채무자는 지연손해금을 추가로 부담하게 되어 불합리하다. 따라서 채무자가 공탁금 출급을 곤란하게 하는 장애요인을 스스로 형성·유지하는 등의 특별한 사정이 없는 한 배당액에 대한 이의가 있었던 채권은 공탁된 배당액으로 충당되는 범위에서 배당표의 확정 시에 소멸한다고 보아야 한다. 다만 위와 같은 배당표의 확정 전에 어떤 경위로든 채권자가 공탁된 배당금을 지급받아 수령하고 그 후 같은 내용으로 배당표가 확정된 경우에는, 채권자가 현실적으로 채권의 만족을 얻은 시점인 공탁금 수령 시에 변제의 효력이 발생한다고 봄이 타당하다. 이러한 법리는 근저당권자의 피담보채권에 대하여 다른 채권자가 이의함으로써 해당 배당액이 공탁되었다가 배당이의소송을 거쳐 배당표가 확정됨에 따라 공탁된 배당금이 지급되는 경우에도 마찬가지로 적용된다." ☛ 배당이의의 소 수소법원이 피고에 대한 배당액을 삭제하면서 채권자인 원고가 배당받을 금액을 정하지 않고 배당표를 다시 만들고 다른 배당절차를 밟도록 명한 경우에는(민사집행법 제157조 후문), 그 판결에 따라 배당법원이 실시한 재배당절차에서 재조제한 배당표가 확정되어야 원고의 채권이 소멸한다(대법원 2022. 11. 30. 선고 2021다287171 판결).

원금에 충당된다(이자나 지연손해금의 종기가 '배당액을 정'하는 단계에서는 '배당기일'까지, 확정된 배당액의 '변제충당' 단계에서는 변제충당의 기준시점으로서 변제효력발생시점인 '배당표 확정 시'까지로 서로 다르다).[2796] 가압류채권자의 채권에 대하여 배당액이 공탁된 후 그 채권에 관하여 채권자 승소의 본안판결이 확정된 경우, 가압류채권자의 채권은 공탁 배당액으로 충당되는 범위에서 '본안판결의 확정 시'에 소멸한다.[2797]

채무의 변제로 ① 타인의 물건을 인도하거나, ② 양도할 능력 없는 소유자가 물건을 인도한 경우, 채권자가 변제로 받은 물건을 선의로 소비하거나 타인에게 양도한 때에는 그 변제는 효력이 있다.[2798]

나) 급부와 채무 사이의 견련관계

변제에 있어서 급부와 당해 채무 사이의 견련관계에 대한 증명책임이 누구에게 있는지에 관하여는, 급부가 당해 채무의 변제를 위한 것임을 변제의 효과를 주장하는

2796) 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다70822 판결: "근저당권자가 배당요구의 종기 전에 피담보채권액에 관한 채권계산서를 제출하거나 그 후 배당표가 작성될 때까지 이를 보정함으로써 그에 따라 배당표가 확정되었다면, 채권최고액 범위 내에서 제출되거나 보정된 채권계산서에 기재된 이자 또는 지연손해금으로서 배당기일까지 발생한 것은 배당에 포함될 수 있지만 배당기일 이후에 발생한 이자나 지연손해금은 배당에 포함될 여지가 없다. 이러한 법리는 채권계산서를 제출한 근저당권자의 피담보채권에 대하여 다른 채권자가 이의를 하여 해당 배당액이 공탁되었다가 배당이의소송을 거쳐 배당표가 확정됨에 따라 공탁된 배당금이 지급되는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 따라서 위와 같은 경우에 배당기일 이후 배당금이 공탁되어 있는 동안 실체법상 이자나 지연손해금이 발생하더라도, 해당 근저당권자가 수령할 배당액을 정하는 단계에서는 채권최고액 범위 내에서 배당기일까지의 이자나 지연손해금만이 배당액에 포함될 수 있다. 그러나 위와 같이 확정된 배당액을 변제의 효력 발생 시점까지 발생한 채권의 변제에 충당하는 단계에서도 당연히 같은 법리가 적용된다고 볼 수 없다. 채권계산서를 제출한 근저당권자의 피담보채권에 대하여 다른 채권자가 이의함으로써 해당 배당액이 공탁되었다가 배당이의소송을 거쳐 배당표가 확정됨에 따라 공탁된 배당금이 지급되는 경우에, 그 배당금은 특별한 사정이 없는 한 민법 제479조 제1항에 따라 배당표의 확정 시까지(배당표 확정 시보다 앞서는 공탁금 수령 시에 변제의 효력이 발생한다고 볼 수 있는 경우에는 공탁금 수령 시까지를 의미한다) 발생한 이자나 지연손해금 채권에 먼저 충당된 다음 원금에 충당된다고 보아야 한다."

2797) 대법원 2018. 7. 24. 선고 2016다227014 판결: "부동산에 대한 경매절차에서 배당법원은 배당을 실시할 때에 가압류채권자의 채권에 대하여는 그에 대한 배당액을 공탁하여야 하고, 그 후 그 채권에 관하여 채권자 승소의 본안판결이 확정됨에 따라 공탁의 사유가 소멸한 때에는 가압류채권자에게 그 공탁금을 지급하여야 한다(민사집행법 제160조 제1항 제2호, 제161조 제1항). 따라서 특별한 사정이 없는 한 본안의 확정판결에서 지급을 명한 가압류채권자의 채권은 위와 같이 공탁된 배당액으로 충당되는 범위에서 본안판결의 확정 시에 소멸한다. 이러한 법리는 위와 같은 본안판결 확정 이후에 채무자에 대하여 파산이 선고되었다 하더라도 마찬가지로 적용되므로, 본안판결 확정 시에 이미 발생한 채권 소멸의 효력은 채무자회생법 제348조 제1항에도 불구하고 그대로 유지된다고 보아야 한다. 이러한 경우에 가압류채권자가 공탁된 배당금을 채무자의 파산선고 후에 수령하더라도 이는 본안판결 확정 시에 이미 가압류채권의 소멸에 충당된 공탁금에 관하여 단지 그 수령만이 본안판결 확정 이후의 별도의 시점에 이루어지는 것에 지나지 않는다. 따라서 가압류채권자가 위와 같이 수령한 공탁금은 파산관재인과의 관계에서 민법상의 부당이득에 해당하지 않는다고 보아야 한다."

2798) **민법 제463조(변제로서의 타인의 물건의 인도)** 채무의 변제로 타인의 물건을 인도한 채무자는 다시 유효한 변제를 하지 아니하면 그 물건의 반환을 청구하지 못한다. **제464조(양도능력없는 소유자의 물건인도) 양**도할 능력없는 소유자가 채무의 변제로 물건을 인도한 경우에는 그 변제가 취소된 때에도 다시 유효한 변제를 하지 아니하면 그 물건의 반환을 청구하지 못한다. **제465조(채권자의 선의소비, 양도와 구상권)** ① 전2조의 경우에 채권자가 변제로 받은 물건을 선의로 소비하거나 타인에게 양도한 때에는 그 변제는 효력이 있다. ② 전항의 경우에 채권자가 제삼자로부터 배상의 청구를 받은 때에는 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

채무자 측에게 있다는 채무자설과,[2799] 급부가 당해 채무의 변제와 관련이 없음을 변제의 효과를 다투는 채권자 측에게 있다는 채권자설로 나뉘는데, 통설은 채권자설에 기초하여 아래 각주와 같이 본다.[2800] [2801]

판례도, 통설과 같은 입장을 취한 것으로 이해할 수 있다. 즉, 채무자가 특정한 채무의 변제조로 금원 등을 지급한 사실을 주장함에 대하여, 채권자가 이를 수령한 사실을 인정하고서 다만 타 채무의 변제에 충당하였다고 주장하는 경우에는, 채권자는 타 채권이 존재하는 사실과 타 채권에 대한 변제충당의 합의가 있었다거나 타 채권이 법정충당의 우선순위에 있다는 사실을 주장·증명하여야 하고,[2802] 그러한 사실의 증명을 다하지 못했다 하더라도, 법정변제충당의 규정은 임의규정이므로 당연히 각 채무액의 안분비례에 의하여 법정충당이 행해진다고 한다.[2803] 또한, 채무자가 동일한 채권자에 대하여 같은 종류를 목적으로 한 수개의 채무를 부담한 경우에 변제의 제공에 있어서 당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 민법 제477조의 규정에 따라 법정변제충당되는 것이고, 특히 민법 제477조 제4호에 의하면 법정변제충당의 순위가 동일한 경우에는

2799) 민법주해 채권(4), 1995, 28-30면(김대휘 집필).

2800) 박영하, "변제충당주장판단의 설시방식에 관한 소고", 사법연수원논문집 제1집, 8면 이하; 민법주해 채권(4), 1995, 175면(이인재 집필); 곽현수, "변제에 관한 입증책임", 재판자료 제26집 민사증거법(하), 법원행정처(1985), 212-214면; 한종렬, "변제충당의 주장책임과 입증책임", 경북대법대논총 11집, 경북대학교법학연구소(1973), 61-64면.

2801) ◎ **변제에 있어서 급부와 당해 채무 사이의 견련관계에 관한 채권자설의 입장**
원고의 청구채권을 변제하였다는 피고의 항변에 대하여, 원고가 별개 채권의 성립을 주장·증명한다면, 각 당사자의 변제충당에 관한 주장·증명이 없더라도, 임의규정인 민법 제477조에 의하여 자동적으로 법정충당이 행해지고, 최종적으로 각 채권에 관한 안분충당을 규정한 같은 조 제4호가 적용되어, 원고는 적어도 급부금 중 별개 채권에 대한 안분충당액의 한도에서 이익을 받게 된다. 원고가 별개 채권의 성립을 주장하는 것은 급부금 중 별개 채권에 대한 안분충당액의 범위에서 재항변인 것이다. 원고가 나아가 별개 채권이 법정충당 우선순위에 있다거나 이에 대한 충당합의 내지 지정을 이유로 급부금 전액(별개 채권금액을 한도로 한다)이 별개 채권에 충당되어야 한다고 하여 안분충당보다 원고에게 더욱 유리한 충당을 주장한다면 이는 급부금 전액에 대한 재항변이 된다. 원고는 이 경우에 민법 제477조 제4호의 예외인 같은 조 제1, 2, 3호의 전제사실이나 별개 채권에 대한 충당합의 내지 지정 사실을 증명하여야 한다. 원고가 하는 위 두 가지 사실 주장은 모두 재항변으로서 효력범위를 달리할 뿐 같은 순위의 항변이다. 이에 대하여 피고가 급부금 전액이 청구채권에 충당되어야 한다고 주장하는 경우에는 원고의 별개 채권 성립의 재항변에 대한 재재항변이 되고 피고는 안분충당보다 자기에게 더욱 유리한 청구채권에의 급부금 전액 충당에 대한 증명책임을 지게 된다.
즉, ① 원고의 금원 청구 → 피고의 변제 항변 → 원고의 별개 채권 성립 재항변(= 별개 채권에 대한 법정안분충당액 재항변) → 청구 채권에 대한 충당 합의, 충당 지정, 법정충당 우선 순위 사실의 피고 재재항변(= 청구 채권에 대한 법정안분충당액 이상 충당의 재재항변), ② 원고의 금원 청구 → 피고의 변제 항변 → 원고의 별개 채권 성립+별개 채권에 대한 충당 합의, 충당 지정, 법정충당 우선 순위 사실 재항변(= 별개 채권에 대한 법정안분충당액 이상 충당의 재항변)의 구조로 이어진다. ①에서 원고의 별개 채권 성립 재항변의 주장 자체로 보아 법정충당 순서에서 별개 채권이 청구 채권보다 열위인 경우에는 피고의 재재항변으로 주장될 사실을 원고가 먼저 자인한 셈이 된다. ①에서의 피고 재재항변이 ②에서는 원고의 재항변에 대한 피고의 부인이 된다.

2802) 대법원 1999. 12. 10. 선고 99다14433 판결, 대법원 1994. 2. 22. 선고 93다49338 판결, 대법원 1957. 7. 27. 선고 4290민상117 판결.

2803) 대법원 1994. 2. 22. 선고 93다49338 판결.

각 채무액에 안분비례하여 각 채무의 변제에 충당되는 것이므로, 위 안분비례에 의한 법정변제충당과는 달리, 그 법정변제충당에 의하여 부여되는 법률효과 이상으로 자신에게 유리한 변제충당의 지정, 당사자 사이의 변제충당의 합의가 있다거나 또는 당해 채무가 법정변제충당에 있어 우선순위에 있어서 당해 채무에 전액 변제충당되었다고 주장하는 자는 그 사실을 주장·증명할 책임을 부담하고, 이 경우 위 사실을 주장하는 자가 변제충당의 지정 또는 변제충당의 합의가 있었다거나 당해 채무가 법정변제충당에 있어 우선순위에 있어서 당해 채무에 전액 변제되었다는 점에 관하여 증명을 다하지 못하였다면 당연히 각 채무액에 안분비례하여 법정충당이 행하여진다고 한다.[2804]

3) 변제충당

가) 변제충당 순서

변제충당에 관한 민법 제476조 내지 제479조의 규정은 임의규정이므로 변제자와 변제수령자 사이에 위 규정과 다른 약정이 있다면 그 약정에 따라 변제충당의 효력이 발생하고,[2805] 위 규정과 다른 약정이 없는 경우에 변제의 제공이 채무 전부를 소멸하게 하지 못하는 때에는 민법 제476조의 지정변제충당에 의하여 변제충당의 효력이 발생

2804) ❶ 대법원 2009. 2. 12. 선고 2007다77712 판결; 피고가 변제를 위해 교부하였다는 41,000,000원 전액이 별개 채권의 변제에 충당되었다고 주장하는 원고로서는 그와 같은 변제충당의 지정이나 합의가 있었다는 점 또는 별개 채권이 법정변제충당에 있어 우선순위에 있다는 점을 입증할 책임이 있다 할 것이나, 원고가 그 입증에 성공하지 못한다 하더라도 그 별개 채권이 존재하는 이상 당연히 양 채권에 법정변제충당이 행하여지고, 상호 간의 우선순위를 가릴 수 없다면 최종적으로는 각 채무액에 안분비례하여 변제에 충당하게 될 것인데도, 원심이 별개 채권의 존재는 인정하면서도 위 사항에 관한 원고의 입증이 없다는 이유만으로 바로 위 41,000,000원이 이 사건 대여금에 전액 충당되었다고 판단한 것은 잘못이라고 판단한 예. ❷ 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021다247937, 247951, 247968 판결; 원심이, 피고들이 원고가 제시한 계산 방식에 대하여 별다른 의견을 제시하지 않고 있다는 이유를 들어 원고가 계산한 방식에 따라 피고들의 미지급 차임 및 연체료를 계산한 데 대하여, 대법원은, 위와 같은 사정만으로는 위 방식으로 변제충당의 지정이나 합의가 있었다거나 우선적 법정변제충당사유 등이 있었다고 보기 부족하고, 변제충당의 지정이나 합의가 있는지 추가로 심리하여 그러한 사정이 존재하지 않는다면 법정변제충당에 의하여 피고들의 미지급 차임 및 연체료를 계산하였어야 한다고 한 예.

2805) ○ 대법원 2004. 3. 25. 선고 2001다53349 판결; "변제충당에 관한 민법 제476조 내지 제479조의 규정은 임의규정이므로 변제자(채무자)와 변제수령자(채권자)는 약정에 의하여 위 각 규정을 배제하고 제공된 급부를 어느 채무에 어떤 방법으로 충당할 것인가를 결정할 수 있고, 이와 같이 채권자와 채무자 사이에 미리 변제충당에 관한 약정이 있으며, 그 약정 내용이, 변제가 채권자에 대한 모든 채무를 소멸시키기에 부족한 경우 채권자가 적당하다고 인정하는 순서와 방법에 의하여 충당하기로 한 것이라면, 채권자가 위 약정에 터잡아 스스로 적당하다고 인정하는 순서와 방법에 좇아 변제충당을 한 이상 채무자에 대한 의사표시와 관계없이 그 충당의 효력이 있고, 위와 같이 미리 변제충당에 관한 별도의 약정이 있는 경우에는 채무자가 변제를 하면서 위 약정과 달리 특정 채무의 변제에 우선적으로 충당한다고 지정하더라도 그에 대하여 채권자가 명시적 또는 묵시적으로 동의하지 않는 한 그 지정은 효력이 없어 채무자가 지정한 채무가 변제되어 소멸하는 것은 아니다." ☛ 이러한 법리는 민법 제499조에 의하여 변제충당에 관한 규정이 준용되는 상계의 경우에도 마찬가지이다(대법원 2015. 6. 11. 선고 2012다10386 판결).
○ 대법원 2013. 9. 12. 선고 2012다118044, 118051 판결; "변제자(채무자)와 변제수령자(채권자)는 변제로 소멸한 채무에 관한 보증인 등 이해관계 있는 제3자의 이익을 해하지 않는 이상 이미 급부를 마친 뒤에도 기존의 충당방법을 배제하고 제공된 급부를 어느 채무에 어떤 방법으로 다시 충당할 것인가를 약정할 수 있다."

하며,[2806] 보충적으로 민법 제477조[2807]의 법정변제충당의 순서에 따라 변제충당의 효력이 발생한다.[2808] 변제자가 지정충당권을 행사하였다는 주장·증명이 없다면 변제수령자가 어느 채무를 지정하여 변제에 충당할 수 있다.[2809] 즉, ① 합의변제충당 → ② 채무자 지정변제충당 → ③ 채권자 지정변제충당 → ④ 법정변제충당의 순으로 변제충당이 이루어진다.

편면적 강행규정에 반하는, 임차인에 불리한 임대인의 지정변제충당은 무효이고, 임차인의 지정변제충당이나 법정변제충당이 적용된다.[2810]

채무자가 수 개의 채무 중 특정채무를 지정하여 변제하였는데 변제액수가 지정한 특정채무의 액수를 초과한 경우, 특별한 사정이 없는 한 초과액수가 다른 채권의 변제에 당연충당된다거나 공제의 대상이 된다고 볼 수는 없다.[2811]

2806) **민법 제476조(지정변제충당)** ① 채무자가 동일한 채권자에 대하여 같은 종류를 목적으로 한 수개의 채무를 부담한 경우에 변제의 제공이 그 채무 전부를 소멸하게 하지 못하는 때에는 변제자는 그 당시 어느 채무를 지정하여 그 변제에 충당할 수 있다. ② 변제자가 전항의 지정을 하지 아니할 때에는 변제받는 자는 그 당시 어느 채무를 지정하여 변제에 충당할 수 있다. 그러나 변제자가 그 충당에 대하여 즉시 이의를 한 때에는 그러하지 아니하다. ③ 전 2항의 변제충당은 상대방에 대한 의사표시로써 한다.

2807) **민법 제477조(법정변제충당)** 당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 다음 각 호의 규정에 의한다.
1. 채무 중에 이행기가 도래한 것과 도래하지 아니한 것이 있으면 이행기가 도래한 채무의 변제에 충당한다.
2. 채무 전부의 이행기가 도래하였거나 도래하지 아니한 때에는 채무자에게 변제이익이 많은 채무의 변제에 충당한다.
3. 채무자에게 변제이익이 같으면 이행기가 먼저 도래한 채무나 먼저 도래할 채무의 변제에 충당한다.
4. 전 2호의 사항이 같은 때에는 그 채무액에 비례하여 각 채무의 변제에 충당한다.

2808) 대법원 2010. 3. 10.자 2009마1942 결정.

2809) 대법원 1984. 1. 31. 선고 83다카1560 판결.

2810) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다309337 판결; "변제충당에 관한 민법 제476조 내지 제479조는 임의규정이지만, 상가임대차법의 규정에 위반된 약정으로서 임차인에게 불리한 것은 효력이 없으므로(상가임대차법 제15조), 임대인과 임차인이 연체 차임과 관련하여 민법상 변제충당과 다른 약정을 체결하였더라도 그것이 임차인에게 불리한 경우에는 효력을 인정할 수 없고, 이 경우에는 상가임대차법 제10조의9의 규정에 반하지 않는 범위 내에서만 민법상 변제충당 규정이 적용된다. 따라서 임차인의 변제제공이 연체 차임액 전부에 미치지 못할 경우에는 임차인이 지정변제충당(민법 제476조 제1항)을 할 수 있으나, 임대인의 지정변제충당(민법 제476조 제2항)이 상가임대차법 제10조의9에 반하는 경우에는 이를 적용할 수 없고, 임차인의 변제제공 당시를 기준으로 민법 제477조의 법정변제충당의 순서에 따라 변제충당의 효력이 발생할 뿐이다. … 임차인의 변제제공이 특례기간을 포함하여 그 전후의 연체 차임액 전부에 미치지 못하는 경우에는, 합의충당이나 임차인의 지정변제충당(민법 제476조 제1항) 등의 특별한 사정이 없는 이상 변제기가 도래하지 않은 차임에 먼저 충당된다고 볼 수 없으므로, 민법 제477조의 법정변제충당이 적용된다. 따라서 변제제공 시점에 이미 이행기가 도래한 연체 차임의 변제에 먼저 충당되고(민법 제477조 제1호), 그중 상가임대차법 제10조의9에 따른 '특례기간의 연체 차임'은 임대인의 계약갱신 거절권·계약 해지권 등의 권리 행사가 제한되어 상대적으로 변제이익이 적은 경우에 해당되므로, 이행기가 도래한 다른 연체 차임보다 후순위로 충당된다(민법 제477조 제2호)." ☛ '코로나 19' 대책으로, 2020. 9. 29. 개정 상가건물 임대차보호법 제10조의9는 그 날부터 6개월 동안(특례기간)의 연체 차임액을 '계약갱신의 거절사유(제10조 제1항 제1호)', '권리금 회수기회의 제외사유(제10조의4 제1항 단서)' 및 '계약 해지사유(제10조의8)'에서 정한 연체 차임액에서 제외하도록 규정하였다.

2811) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020다261776 판결; "동일 당사자 사이에 수 개의 채권관계가 성립되어 있는 경우 채무자가 특정채무를 지정하여 변제를 한 때에는 그 특정채무에 대한 변제의 효과가 인정된다. 이때 그 변제액수가 지정한 특정채무의 액수를 초과하더라도, 초과액수 상당의 채권이 부당이득관계에 따라 다른 채권에 대한 상계의 자동채권이 될 수 있음은 별론으로 하고, 당사자 사이에 다른 채권의 변제에 충당하거나 공제의

전부명령에 의해 변제로 소멸하는 집행채권은, 법정변제충당의 법리가 적용되기에 앞서, 압류명령신청서에 기재한 집행채권의 확정에 의하여 결정된다.[2812]

나) 법정변제충당

민법 제477조 및 제479조의 규정에 의한 법정변제충당은 이자 혹은 지연손해금과 원본 간에는 이자 혹은 지연손해금과 원본의 순으로 이루어지고, 원본 상호 간에는 채무자의 '변제제공 당시'를 기준으로[2813] 그 이행기의 도래 여부와 도래 시기,[2814] 그리고 이율의 고저와 같은 변제이익의 다과[2815]에 따라 순차적으로 이루어지나, 다만 그 이행기

대상으로 삼기로 하는 합의가 있는 등 특별한 사정이 없는 한 초과액수가 다른 채권의 변제에 당연 충당된다거나 공제의 대상이 된다고 볼 수는 없다."

2812) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2018다250087 판결; "전부명령이 확정된 경우에는 전부명령이 제3채무자에게 송달된 때에 채무자가 채무를 변제한 것으로 보고, 다만 이전된 채권이 존재하지 아니한 때에는 그러하지 아니하며(제231조), 위와 같은 전부명령에 의한 채무소멸의 효과는 채권자가 압류명령신청 시에 명시한 집행채권의 변제를 위하여서만 생긴다. 따라서 압류명령신청에 기재된 집행채권이 수 개인 경우에 전부명령에 의한 채무변제의 효과가 어느 채무에 대하여 생기는지는 법정변제충당의 법리가 적용되기에 앞서 집행채권의 확정에 의하여 결정되고, 구체적으로는 집행권원과 청구금원 등 채권자가 압류명령신청서에 기재한 내용에 의하여 정하여진다. 이는 채권자의 의사에 기하여 전부명령에 의해 소멸할 집행채권의 종류와 범위를 확정하는 문제이지 민법 제476조에서 정한 지정변제충당의 문제가 아니다." ☛ 95다55047; 원고가 소외 1을 상대로 대여금 청구소송을 제기하여 2214만 원 및 그 이자, 지연손해금을 지급하라는 판결을 선고받은 다음, 그 판결에 기하여 소외 1 공탁의 부동산가압류 해방공탁금 2212만 원에 대하여 채권 압류 및 전부 명령을 받았다고 하더라도, 압류 및 전부 명령의 청구금액란에 '금 22,120,000원 대여금 중 일부금'이라고 기재되어 있음이 분명하므로, 원고는 위 집행권원에 기한 대여금채권의 원금 중 일부를 집행채권으로 하여 압류 및 전부 명령을 신청한 것으로 보아야 하고 이자, 지연손해금 등의 부대청구를 원금에 부기하여 청구한 것으로 볼 수는 없을 것이니, 전부금은 원고가 압류 및 전부 명령 신청 시에 집행채권으로 명시한 위 집행권원상 원금 일부의 변제에 충당되었다고 보아야 하고, 피전부채권의 수액이 집행채권의 전부를 소멸시키기에 부족한 경우에는 법정변제충당의 규정에 의하여 어느 채권이 소멸하는가를 결정하여야 할 것이나, 위 집행권원상의 대여금채권만이 집행채권으로 되었을 뿐 위 대여금을 다 갚을 때까지의 이자나 지연손해금은 집행채권으로 되었다고 할 수 없으므로 집행채권 중 원금과 이자 사이의 변제충당에 관한 문제는 발생할 여지가 없음에도 불구하고 원심이 전부금은 법정충당의 순서에 따라 위 대여금에 대한 이자에 먼저 충당되고 나머지만이 원금에 충당되었다고 판단한 것은 법리를 오해한 위법이 있다고 한 예.

2813) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2014다71712 판결. 즉, 변제충당의 기준시점은 변제(채무소멸)의 효력이 발생하는 시점과 같다(대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다70822 판결).

2814) 법정변제충당의 순위를 정함에 있어서 변제의 유예가 있는 채무에 대하여는 유예기까지 변제기가 도래하지 않은 것과 같게 보아야 한다(99다22281,22298).

2815) ◎ **변제이익**

❶ 이자와 변제기의 정함이 없는 차용금채무보다는 발생 시부터 법정이자가 가산되는 구상금채무의 변제이익이 더 많다(2003다29968). ❷ 특별한 사정이 없는 한, 변제자가 타인의 채무에 대한 보증인으로서 부담하는 보증채무(연대보증채무도 포함)는 변제자 자신의 채무에 비하여, 연대채무는 단순채무에 비하여, 각각 변제자에게 그 변제의 이익이 적다(98다55543). ❸ 변제자가 주채무자인 경우, 보증인이 있는 채무와 보증인이 없는 채무 사이에 변제이익의 점에서 차이가 없으므로, 보증기간 중의 채무와 보증기간 종료 후의 채무 사이에서는 변제이익의 점에서 차이가 없고, 따라서 주채무자가 변제한 금원은 이행기가 먼저 도래한 채무부터 법정변제충당하여야 한다(대법원 2021. 1. 28. 선고 2019다207141 판결). ❹ 마찬가지로, 변제자가 채무자인 경우, 물상보증인이 제공한 물적 담보가 있는 채무와 그러한 담보가 없는 채무 사이에도 변제이익의 점에서 차이가 없다(대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다8250 판결). ❺ 주채무자 이외의 자가 변제자인 경우에는, 변제자가 발행 또는 배서한 어음에 의하여 담보되는 채무가 다른 채무보다 변제이익이 많다고 보아야 하고, 주채무자가 변제자인 경우에는, 담보로 제3자가 발행 또는 배서한 약속어음이 교부된 채무와 다른 채무 사이에 변제이익의 점에서 차이가 없다고 보아야 하나, 담보로 주채무자 자신이 발행 또는 배서한 어음이 교부된 채무는 다른

나 변제이익의 다과에 있어 아무런 차등이 없을 경우에는 각 원본 채무액에 비례하여 안분하게 된다.[2816] [2817]

법정변제충당의 순서를 정하는 기준이 되는 이행기나 변제이익에 관한 사항 등은 자백의 대상이나, 법정변제충당의 순서 자체는 그렇지 않다.[2818]

다) 비용·이자·원본의 충당 순서

비용,[2819] 이자(지연손해금 포함[2820]), 원본에 대한 변제충당에 있어서는 민법 제479조에 그 충당 순서가 법정되어 있고 지정 변제충당에 관한 같은 법 제476조는 준용되지 않으므로[2821] 원칙적으로 비용, 이자, 원본의 순서로 충당하여야 하고, 채무자는 물론 채권자라고 할지라도 위 법정 순서와 다르게 일방적으로 충당의 순서를 지정할 수 없지만, 당사자 사이에 특별한 합의가 있는 경우에는 그 법정충당의 순서와는 달리 충당의 순서를 인정할 수 있다.[2822]

판례는,[2823] '당사자 사이에 특별한 합의가 있는 경우'뿐만 아니라, '당사자의 일방적인

채무보다 변제이익이 많은 것으로 보아야 한다(99다22281,22298). ⓑ 법정변제충당을 위한 변제이익은 변제자를 기준으로 판단하여야 한다. 채권자가 공동광업권 근저당권에 기한 경락대금을 그 근저당권이 담보하는 수개의 채무 중 일부변제조로 배당받아 간 경우, 그 배당금은 공동광업권자들이 합유지분 비율에 따라 출재하여 변제한 것으로 보아야 할 것이므로, 위 배당금의 법정변제충당을 위한 변제이익은 위 수개의 채무에 대하여 공동광업권자별로 따로 판단한 후, 정해진 법정변제충당의 순위에 따라 위 배당금 중 공동광업권자 각자의 합유지분 비율에 따른 금원을 각 변제충당하여야 한다(99다22281,22298).

2816) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다51339 판결.

2817) 조세채권의 충당에서는 법정변제충당의 법리가 그대로 적용되지 아니 한다(2011두20321).

2818) 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다6763 판결; "법정변제충당의 순서를 정함에 있어 기준이 되는 이행기나 변제이익에 관한 사항 등은 구체적 사실로서 자백의 대상이 될 수 있으나, 법정변제충당의 순서 자체는 법률 규정의 적용에 의하여 정하여지는 법률상의 효과여서 그에 관한 진술이 비록 그 진술자에게 불리하더라도 이를 자백이라고 볼 수는 없다."

2819) ◎ **채무의 비용**: 여기서의 '비용'은 당사자 사이의 약정이나 법률의 규정 등에 의하여 채무자가 당해 채권에 관하여 부담하여야 하는 비용을 의미한다. 따라서 채무자가 부담하여야 하는 '변제비용'(민법 제473조 본문)이나, 채권자의 권리실행비용 중에서 '소송비용액확정결정이나 집행비용액확정결정에 의하여 채무자가 부담하는 것으로 확정된 소송비용 또는 집행비용' 등은 위와 같은 비용의 범주에 속한다. 그러나 변제비용이라고 하여도 채권자의 주소이전 기타의 행위로 인하여 증가된 액수는 원칙적으로 채권자가 부담하여야 하므로(민법 제473조 단서), 이를 위 규정에서 말하는 비용에 해당한다고 할 수 없다(2008다61172). '집행비용'에 관하여는 '배당이의의 소' 참조.

2820) 민법 제479조에 따라 변제충당을 할 때 지연손해금은 이자와 같이 보아 원본보다 먼저 충당된다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2018다204787 판결).

2821) **민법 제479조(비용, 이자, 원본에 대한 변제충당의 순서)** ① 채무자가 1개 또는 수개의 채무의 비용 및 이자를 지급할 경우에 변제자가 그 전부를 소멸하게 하지 못한 급여를 한 때에는 비용, 이자, 원본의 순서로 변제에 충당하여야 한다. ② 전항의 경우에 제477조의 규정을 준용한다.

2822) 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018다204787 판결, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다12399 판결, 대법원 2002. 5. 10. 선고 2002다12871, 12888 판결, 대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카7262 판결.

2823) 그 구체적인 판시의 변천은 다음과 같다.
① 대법원 1981. 5. 26. 선고 80다3009 판결("당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한 비용, 이자, 원본의 순서로 충당하여야 할 것이요, … 다만 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보여지는 경우는 별 문제이다" ☞ '특별한 합의'를 否定한 예) ⇒ ② 대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카7262 판결("당사자 사이에 그와 다른 특별한 합의가 있었다거나 일방의 지정에 대하여

지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보이는 경우'에도 비용, 이자, 원본의 충당 순서와 달리 충당의 순서를 인정할 수 있다고 함으로써, '당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니한 사실'만으로 묵시적인 합의 충당이 인정되는 듯한 판시를 보이고 있으나, 이는 타당치 않은 것이다.[2824]

상대방이 지체없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보여지는 경우 등 특단의 사정이 없는 한 위의 법정순서에 의하여 변제충당이 이루어져야 하는 것이며, …" ☞ '특별한 합의'를 否定한 예) ⇒ ③ 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다60767 판결("당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한 비용, 이자, 원본의 순서로 변제에 충당하여야 할 것이며, …" ☞ '특별한 합의'를 否定한 예) ⇒ ④ 대법원 2002. 5. 10. 선고 2002다12871, 12888 판결("당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한 비용, 이자, 원본의 순서로 충당하여야 할 것이고, … 당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보여지는 경우에는 그 법정충당의 순서와는 달리 충당의 순서를 인정할 수 있는 것이다" ☞ '특별한 합의'를 肯定한 예) ⇒ ⑤ 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다12399 판결("당사자 사이에 특별한 합의가 있는 경우이거나 당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보여지는 경우에는 그 법정충당의 순서와는 달리 충당의 순서를 인정할 수 있는 것이다" ☞ '특별한 합의'를 肯定한 예).

2824) 이는 다른 경우의 묵시적 합의(예컨대, '묵시적 합의해제'에 관한 98다17602 판결, '채권의 포기'에 관한 2008다3671 판결, '묵시적 추인'에 관한 2009다37718 판결 등)보다 너무 완화하여 폭넓게 인정하는 것이어서 다른 묵시적 합의에 대한 증명 정도와의 균형상 타당치 않다. '침묵에 의한 의사표시'는, '당사자의 약정이나 거래관행 또는 신의칙 등에 의하여 적극적으로 표시를 하였어야 하는 경우'에 인정될 수 있고, 침묵을 표시행위로 만드는 특별한 사정이 없는 경우에는 침묵은 결코 표시행위, 의사표시가 아니어서 동의도 거절도 아니며, 침묵이 의사표시로 되는 경우에 비로소 침묵은 원칙적으로 동의를 의미한다고 할 수 있는 것{민법주해 총칙(2), 1992, 148~149면(송덕수 집필)}이라는 점에서도 위와 같은 판시의 해석은 타당치 않은 것이다.
위 판시의 앞에 있는 '특별한 합의' 및 위 판시의 뒷부분인 '묵시적인 합의가 되었다고 보이는 경우'에 각 방점을 두고서, '당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니한 사실'은 '묵시적 합의 충당'을 인정하기 위한 하나의 간접사실에 지나지 않고 추가적인 제반 사정을 더하여 '특별한 합의'에 준할 정도의 '묵시적 합의 충당'을 인정할 수 있는지를 기준으로 삼음이 타당하다고 본다.
묵시적 변제충당 합의의 예로서, 민법주해 채권(4), 1995, 170면(이인재 집필)은, '채무자가 원본에 상당하는 금액을 지급하고 채권자가 이의 없이 이를 수령한 경우', '채무자가 채권자의 충당 의사표시를 반박 없이 받아들이는 경우'를, 주석민법 채권총칙(3), 2000, 262면(강현중 집필)은, '채권자 스스로 법정의 충당방법에 반한 청구를 하고 채무자가 이에 응하여 지급하였을 때', '원본 이외에 이자 및 비용을 지급하여야 할 경우에 채무자가 변제로서 제공한 급부가 원본에 충당하여 채권자가 이의 없이 이를 원본으로 수령한 때'를 각 들고 있으나, 추상적 일반론으로 무조건 받아들여지기보다는 구체적인 케이스별로 제반사정을 참작하여 판단하여야 한다. '묵시적 변제충당 합의'를 긍정한 2002다12871, 12888 판결도, '당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니한 사실'만으로 '묵시적인 합의'를 인정한 것은 아니었다(대법원 2002. 5. 10. 선고 2002다12871, 12888 판결; "원고는 1999. 3. 31. 피고와 이 사건 약정을 하면서 피고에 대한 잔여 외상대금채무를 88,259,505원으로 확정하고 이에 대한 연 13%의 비율에 의한 이자를 아울러 지급하기로 한 바 있었는데, 그 후 원고는 피고에게 외상대금채무 변제 명목으로 1999. 5. 31. 800만 원, 1999. 6. 8. 1,200만 원, 1999. 7. 5. 1,000만 원 등 합계 3,000만 원을 각 변제한 사실을 인정할 수 있고, … 피고는 원고로부터 위 약정상의 채무원리금 전액을 변제받지 못하자 1999. 8. 17. 이 사건 근저당권에 기하여 부동산임의경매신청을 하면서, 그 청구금액을 위 약정에서 확정한 88,259,505원에서 위 변제금 3,000만 원을 차감한 '58,259,505원 및 이에 대한 1998. 3. 1.부터 완제일까지 연 25%의 비율에 의한 연체이자'로 특정한 다음 신청원인에서 외상매출금이 58,259,505원이라고 주장한바 있음을 알 수 있는바, 피고가 위 임의경매에서 보인 이러한 태도에 비추어 볼 때 피고는 이미 원고로부터 위 합계 3,000만 원을 변제받을 때 스스로 이를 원금에 충당한 것을 전제로 한 것으로 보이고, 이에 대하여 원·피고 쌍방 모두 특별한 이의가 없었다면 원·피고 사이에 위 합계 3,000만 원을 원금에 충당하기로 한 묵시적 합의가 있었다고 볼 여지가 있으므로, 원심으로서는 어떤 연유에서 피고가 위 경매시점에서 청구금액을 그렇게 특정한 것인지, 원·피고 사이에 위 합계 3,000만 원의 원금 충당에 관한 묵시적 합의가 있었는지 여부를 더 나아가 심리하였어야 할 것").

라) 일부청구의 경우

일부청구에 대하여 변제나 상계 항변이 있는 경우에 그 항변을 채권 전체에 대한 소멸원인으로 해석하여 그 변제나 상계는 청구되지 않은 부분부터 충당된다(이른바 외측설의 입장).[2825]

마) 채무액이 서로 다른 다수당사자채무의 경우

다수당사자채무 관계에서 채무액이 서로 다른 경우, 다액 채무자의 일부 변제는 다액 채무자의 단독 부담 부분에 우선 충당됨이 일반적이다.[2826] 따라서 소액 채무자로서는 '다액 채무자가 그의 단독 부담 부분을 초과하는 변제 등을 하였다는 점'을 주장·증명하여야 다액 채무자의 변제 등에 의한 채무 소멸의 항변이 받아들여질 수 있다.

소액채무자의 일부 변제가 자신의 채무 즉, 공동 부담 부분의 채무 변제에 비용·이자·원본의 순으로 충당됨은 당연하고, 그 해당 부분만큼 다액 채무자의 채무도 소멸한다.[2827]

4) 이해관계 없는 제3자의 변제

이해관계 없는 제3자 변제[2828]의 경우, '변제 효과를 다투는 상대방'이 '채무자의 의사에 반한 사실'의 증명책임을 진다.[2829]

2825) 대법원 1984. 3. 27. 선고 83다323, 83다카1037 판결; "원고가 피고에게 위 합계 금 5,151,900원의 금전채권 중 그 일부인 금 3,500,000원을 소송상 청구하고 있는 경우에 이를 피고의 반대채권으로서 상계함에 있어서는 위 금전채권 전액에서 상계를 하고 그 잔액이 청구액을 초과하지 아니할 경우에는 그 잔액을 인용할 것이고, 그 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 것으로 해석을 하여야 할 것이며 이와 같이 풀이하는 것이 일부 청구를 하는 당사자의 통상적인 의사라고 할 것이다. 그렇다면 청구액을 기초로 하여 위와 같이 반대채권으로 상계하고 그 잔액만을 인용한 원심판결은 … 위법을 저지른 것"

2826) 즉 일부보증의 경우, 주채무자의 일부 변제는 주채무자의 채무 전부를 대상으로 충당되고 보증인은 보증한도 내에서 일부 변제되고 남은 채무를 변제할 의무가 있고(대법원 2016. 8. 25. 선고 2016다2840 판결), 연대채무나 연대보증채무, 부진정연대채무의 경우에도 다액 채무자가 일부 변제한 경우 비용·이자·원본의 각 채무별로, 다액 채무자의 단독 부담 부분의 채무 변제에 우선 충당되고 그 다음 공동 부담 부분의 채무 변제에 충당된다(예컨대, 다액 채무자의 변제금은 '지연손해금 단독 부담 부분 → 지연손해금 공동 부담 부분 → 원금 단독 부담 부분 → 원금 공동 부담 부분' 순으로 충당된다)(대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다85281 판결, 대법원 2018. 3. 22. 선고 2012다74236 전원합의체 판결).

2827) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2009다72094 판결.

2828) **민법 제469조(제3자의 변제)** ① 채무의 변제는 제3자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 제3자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다.

○ 대법원 2020. 7. 23. 선고 2016다271455 판결; "채무자 아닌 제3자가 타인의 채무를 변제할 의사로 타인의 채무를 변제하고 채권자도 변제를 수령하면서 그러한 사정을 인식하였다면 민법 제469조에 의하여 제3자 변제의 대상인 타인의 채무는 소멸하고 제3자는 채무자에게 구상할 수 있다." ☜ 근로자재해보장보험의 보험자가 피해 근로자에게 의무보험인 산업재해보상보험법에 의해 전보되는 부분의 손해까지 보상한 경우 이는 근로복지공단의 산재보험급여 지급의무를 대신 이행한 것으로서, 이런 사정을 보험자와 피해 근로자가 알고 있었다면 근로복지공단의 산재보험급여 지급의무가 소멸하고 보험자는 근로복지공단에 산재보상분 상당을 구상할 수 있다고 한 예.

2829) 채무의 변제는 제3자도 할 수 있음이 원칙이고(민법 제469조 제1항 본문), 그 예외로서 같은 항 단서의 경우와 함께 제2항에서 채무자의 의사에 반한 이해관계 없는 제3자의 변제를 규정하는 구조를 취하고 있기 때문이다

5) 변제받을 권한 없는 자에 대한 변제

채무자의 변제항변이 '급부 수령자에게 변제 수령 권한이 있다는 점'에 대한 증명의 실패로 인용되지 않는 경우에도, 다음과 같은 경우에는 변제의 효력이 있어, 변제항변에 대한 예비적 권리소멸 항변으로서 유효하다.

가) 채권의 준점유자에 대한 변제

(1) 요건사실

민법 제470조[2830] 소정의 '채권의 준점유자에 대한 변제' 주장은 통상 원고의 이행청구에 대한 권리소멸 항변으로서 기능하고, 그 요건사실은, 변제자가 ① '채권의 준점유자'에게[2831] ② '선의이며 과실 없이'[2832] ③ '채무를 변제'[2833]한 사실이다. ③ 사실

{同旨 오석락, 앞의 책, 339-340면; 민법주해 채권(4), 1995, 114면(김대휘 집필)}. 판례는, 제3자가 채무를 변제하는 경우에 '제3자의 변제를 허용하지 아니하는 때가 아니라면' 그것은 유효한 변제로 인정되어 채권자의 채권은 그 변제로서 적법하게 소멸한다(99다18978)고 하고, 채무자의 반대의사는 제3자가 변제할 당시의 객관적인 제반 사정에 비추어 명확하게 인식될 수 있는 것이어야 하고, 함부로 채무자의 반대의사를 추정함으로써 제3자의 변제 효과를 무효화시키는 일은 피해야 한다(대법원 2020. 7. 23. 선고 2016다271455 판결)고 판시하고 있어, 같은 취지로 볼 수 있다.

2830) **민법 제470조(채권의 준점유자에 대한 변제)** 채권의 준점유자에 대한 변제는 변제자가 선의이며 과실 없는 때에 한하여 효력이 있다.

2831) '**채권의 준점유자**'라 함은, ❶ 진정한 채권자 등 변제수령의 권한이 있는 자 이외의 자(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다29034 판결; 따라서 채권의 준점유자에 대한 변제인지를 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)로서, ❷ 변제자의 입장에서 볼 때 일반의 거래관념상 채권을 행사할 정당한 권한을 가진 것으로 믿을 만한 외관을 가지는 사람을 말한다. 스스로 채권자라고 하여 채권을 행사하는 경우뿐만 아니라 채권자의 대리인이라고 하면서 채권을 행사하는 때에도 채권의 준점유자에 해당하고(2004다5389), 가압류로 인하여 채권의 추심 기타 처분행위에 제한을 받다가 가압류를 취소하는 가집행선고부 판결을 선고받아 다시 채권을 제한 없이 행사할 수 있을 듯한 외관을 가지게 된 채권자 또한 채권의 준점유자로 볼 수 있다(2003다24598).

2832) 여기서 '선의'라 함은 준점유자에게 변제수령의 권한이 없음을 알지 못하는 것뿐만 아니라 적극적으로 진정한 권리자라고 믿었음을 요하는 것으로 해석되고 있고, '**무과실**'이란 그렇게 믿는 데에 과실이 없음을 의미한다(98다61593). 선의·무과실의 증명책임도 채무자인 피고에게 있다(99다38644).
한편, 보험금을 지급한 보험자가, 그 후 다시 제3자로부터 손해배상을 받은 피보험자를 상대로 보험자대위권 침해를 이유로 부당이득반환 또는 손해배상청구를 하기 위하여는, ① 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급한 사실, ② 피보험자가 보험금을 수령한 후 무권한자임에도 불구하고 제3자로부터 손해배상을 받은 사실(피보험자가 보험자로부터 받은 보험금이 실제 발생된 손해액에 미치지 못한 경우에는 피보험자는 그 차액 부분에 관하여는 여전히 제3자에 대하여 자신의 권리를 가지고 있으므로 피보험자가 이를 초과하여 제3자로부터 손해배상을 받은 사실), ③ 제3자의 피보험자에 대한 손해배상이 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효한 사실을 주장·증명하여야 할 것인데, ⓐ 제3자가 피보험자가 보험에 가입하여 보험금을 수령한 사실을 전혀 모르고 이 점에 대하여 과실이 없이 피보험자에게 손해배상을 한 경우, 또는 ⓑ 제3자가 피보험자가 보험에 가입하여 이미 보험금을 수령한 사실을 알고 있었던 경우에는 피보험자가 입은 손해액과 피보험자가 보험자로부터 보험금을 수령함으로써 보험자대위권(상해보험의 경우에는 대위 약정에 따라)의 대상이 된 금액을 살펴, 피보험자에게 아직도 자신에 대한 손해배상청구권이 남아 있다고 믿고 손해배상을 한 경우에만 선의, 무과실에 해당된다고 할 수 있을 것이고, 위 요건의 주장·증명책임도 보험자에게 있다(98다61593).

2833) **대법원** 2020. 12. 24. 선고 2016다259851 판결: "일정기간 차주에게 신용을 공여하는 대출한도 거래약정이라고 하더라도 당사자 사이에 차주의 사망으로 인해 계약이 당연히 종료된다고 정하는 등 특별한 사정이 없는 한 차주의 사망으로 인하여 당연히 대출계약이 종료되는 것은 아니고, 그 상속인이 차주의 지위를 승계한다. 또한 이 사건 여신거래와 같은 대출한도거래에서 대출계약 이후 예금 잔액을 초과하여 돈을 인출하는 행위를

은 변제항변 단계에서 이미 인정되는 경우가 많을 것이므로, 통상은 ①, ② 사실을 주장·증명하면 된다. 판례는 채권의 준점유자에 대한 변제에 관하여도 주장책임을 완화하고 있다.[2834]

(2) 금융기관이 수령권한 없는 자에게 예금을 지급한 경우

금융기관이 예금 수령의 권한이 없는 자에게 예금을 지급한 경우 채권의 준점유자에 대한 변제로서 면책되는지 여부에 관한 판례[2835]에서, 금융기관의 과실이 부정되어 변제의 효력이 인정된 구체적 사례[2836]와 금융기관의 과실이 인정되어 변제의 효력이

개별 대출의 실행으로 볼 수 있다고 하더라도 대출계약에서 이미 대출한도, 기한 등 변제에 관한 구체적 내용이 체결되어 있고, 대주인 금융기관이 대출계약의 이행으로 차주에게 그 대출금을 지급할 의무가 있게 되는 이상, 대출금 신청에 대하여 금융기관이 대출금을 지급하는 것은 대출계약에 따른 금융기관의 채무를 이행하는 것이므로 대출금을 지급하는 행위에도 민법 제470조의 채권의 준점유자에 대한 변제 규정이 적용될 수 있다." ☞ 마이너스통장 계좌 명의인의 사망 후 피고 2(망인 동생)가 망인의 휴대폰, 비밀번호 등을 이용하여 대출한 금액을 원고(망인의 신용보증약정 기관)가 은행에 대위변제하고 피고 1(망인의 상속인)에게 구상금을 청구한 **사안**에서, **원심**이, 마이너스통장 여신거래가 망인의 사망으로 종료되었고 피고 2가 돈을 인출한 것은 은행이 채권의 준점유자인 피고 2에게 채무를 변제한 것이 아니라 대출을 실행한 것이라고 본 데 대하여, **대법원**은, 위 여신거래가 망인의 사망으로 당연히 종료된다고 볼 수 없고, 피고 2가 대출금을 인출한 것도 은행이 위 여신거래 약정에 따라 채무를 이행한 것으로 볼 수 있고, 민법 제470조가 적용된다고 한 예.

2834) 가해자가 교통사고로 사망한 피해자의 호적부상 상속인에게 사고로 인한 손해배상금으로 금원을 지급하고 그와 그 나머지 손해배상채권을 포기하고 민·형사상 합의를 하여, 손해배상을 이중으로 지급할 수 없으니, 친생자관계부존재확인의 소에 의하여 새로 피해자의 상속인으로 확정된 자들의 청구는 이유 없다는 가해자의 주장 속에는, 호적부상 상속인에 대한 가해자의 변제 및 손해배상채권 포기의 합의는 표현상속인과의 합의로서 채권의 준점유자에 대한 변제의 법리에 따라 유효하여 가해자는 위 사고로 인한 손해배상책임에서 면책되어야 한다는 주장이 포함된 것으로 보아야 한다고 한 예(93다32996).

2835) 은행이 예금청구자에게 예금 수령의 권한이 있는지 없는지를 판별하는 방편의 하나로 예금청구서에 압날한 인영과 은행에 신고하여 예금통장에 찍힌 인감을 대조 확인할 때에는 인감 대조에 숙련된 은행원으로 하여금 그 직무수행상 필요로 하는 충분한 주의를 다하여 인감을 대조하도록 하여야 하고, 그러한 주의의무를 다하지 못하여 예금 수령의 권한이 없는 자에게 예금을 지급하였다면 은행으로서는 그 예금 지급으로서 채권의 준점유자에 대한 변제로서의 면책을 주장할 수 없지만(91다9244), 은행 직원이 인감 대조 및 비밀번호 확인 등의 통상적인 조사 외에, 당해 청구자의 신원을 확인하거나 전산 입력된 예금주의 연락처에 연결하여 예금주 본인의 의사를 확인하는 등의 방법으로 그 청구자가 정당한 예금인출권한을 가지는지 여부를 조사하여야 할 업무상 주의의무를 부담하는 것으로 보기 위해서는, 그 예금의 지급을 구하는 청구자에게 '정당한 변제수령권한이 없을 수 있다는 의심을 가질 만한 특별한 사정'이 인정되어야 하고, 그러한 특별한 사정이 있다고 볼 것인지 여부는, ① 인감 대조와 비밀번호의 확인 등 통상적인 조사만으로 예금을 지급하는 금융거래의 관행이 금융기관이 대량의 사무를 원활하게 처리하기 위한 필요에서 만들어진 것이기도 하지만, 다른 한편으로는 예금인출의 편리성이라는 예금자의 이익도 고려된 것인 점, ② 비밀번호가 가지는 성질에 비추어 비밀번호까지 일치하는 경우에는 금융기관이 그 예금인출권한에 대하여 의심을 가지기는 어려운 것으로 보이는 점, ③ 금융기관에게 추가적인 확인의무를 부과하는 것보다는 예금자에게 비밀번호 등의 관리를 철저히 하도록 요구하는 것이 사회 전체적인 거래비용을 줄일 수 있는 것으로 보이는 점 등을 참작하여 신중하게 판단하여야 한다(2006다44791).

2836) ◎ **금융기관의 과실이 부정되어 변제의 효력이 인정된 사례**
❶ 예금주의 대리인이라고 주장하는 자가 예금주의 통장과 인감을 소지하고 예금반환청구를 한 경우, 은행이 예금청구서에 나타난 인영과 비밀번호를 신고된 것과 대조 확인하는 외에 주민등록증을 통하여 예금주와 청구인의 호주가 동일인이라는 점까지 확인하여 예금을 지급하였다면 이는 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효하다고 한 사례(2004다5389). ❷ 절취한 예금통장에서 제1 예금인출이 행해진 후 1시간 반 내에 거래지점을 바꿔가면서 행해진 제2 예금인출과 제3 예금인출에서도 제1 예금인출과 같이 통장과 예금지급청구서에 아무런 하자가 없었고, 이미 신고된 진정한 인감이 사용되었으며, 철저한 보안이 요구되는 비밀번호까지 일치한 경우, 예금거래 기본약관의 내용과 그에 따른 금융거래의 관행에 비추어 제1 예금인출에 따른 예금의 지급뿐만

부인된 구체적 사례[2837]는 아래와 같다.

(3) 금융기관의 변제 이외의 사례

그 외 판례에서, 채무자의 과실이 부정되어 변제의 효력이 인정된 구체적 사례[2838]와 채무자의 과실이 인정되어 변제의 효력이 부인된 구체적 사례[2839]는 아래와 같다.

아니라 제2, 제3의 예금인출에 따른 예금의 지급도 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효하다고 한 사례(2006다44791). ❸ 甲이 사실혼관계에 있던 乙의 동의 없이 丙 은행에서 예금청구서에 위조한 乙 명의의 도장을 날인하여 乙 명의의 예금통장과 함께 제출하고, 비밀번호 입력기에 비밀번호를 입력하여 예금을 인출한 사안에서, 인감 대조에 숙련된 금융기관 직원이 충분히 주의를 다하여도 육안에 의한 통상의 대조 방법으로는 예금거래신청서와 예금청구서상의 각 인영이 다른 인감에 의하여 날인되었다는 것을 확인할 수 없고, 나아가 甲에게 정당한 변제수령권한이 없을 수 있다는 의심을 가질 만한 특별한 사정이 있어 예금주 乙의 의사를 확인하는 등의 방법으로 정당한 예금인출권한 여부를 조사하여야 할 업무상 주의의무가 있었던 것으로 보기 어려우므로, 육안에 의한 통상의 인감 대조만으로 甲에게 예금을 인출하여 준 丙 은행의 출금 담당 직원들에게 어떠한 과실이 있었다고 할 수 없다는 이유로, 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효하다고 한 사례(2012다91224).

2837) ◎ **금융기관의 과실이 인정되어 변제의 효력이 부인된 사례**
❶ 통장에 날인된 신고인감 인영과 예금청구서상 인영에 여러 가지 상위가 있음을 알 수 있고, 이는 인영대조 사무에 숙달된 담당행원이 사회통념상 일반적으로 기대되는 업무상의 상당한 주의를 기울여 세심하게 살펴보았더라면 어렵지 않게 육안으로 발견할 수 있는 것이라 하여, 예금의 정당한 수령권자인지 여부를 확인함에 있어 과실이 있다고 한 예(91다9244). ❷ 금융실명거래…긴급재정경제명령 제3조 제1항은 "금융기관은 거래자의 실지명의에 의한 금융거래를 하여야 한다."고 규정하고 있으므로, 금융기관에 예금을 하고자 하는 자는 원칙적으로 직접 주민등록증과 인감을 지참하고 금융기관에 나가 자기 이름으로 예금을 하여야 하나, 대리인이 본인의 주민등록증과 인감을 가지고 가서 본인의 이름으로 예금하는 것이 허용된다고 하더라도, 이 경우 금융기관으로서는 자기가 주민등록증을 통하여 실명확인을 한 예금명의자를 위 명령 제3조에서 규정한 거래자로 보아 그와 예금계약을 체결할 의도를 가지고 있었다고 보아야 하므로, 예금명의자가 아니고 예금통장도 소지하지 않은 예금행위자에 불과한 자는 금융실명제가 시행된 후에는 극히 예외적인 특별한 사정이 인정되지 않는 한 예금채권을 준점유하는 자에 해당될 수가 없다는 이유로, 예금행위자에게 예금을 지급한 은행의 과실을 부인한 원심을 파기한 예(95다55986). ❸ 폰뱅킹에 의한 자금이체신청의 경우는 은행 창구직원이 직접 손으로 처리하는 경우와 달리 자금이체가 기계에 의하여 순간적으로 이루어지지만, 그것이 채권의 준점유자에 대한 변제로서 은행에 대하여 요구되는 주의의무를 다하였는지 여부를 판단함에 있어서는, 자금이체 시의 사정만을 고려할 것이 아니라, 그 이전에 행하여진 폰뱅킹 등록을 비롯한 제반 사정을 총체적으로 고려하여야 하며, 한편 은행이 거래상대방의 본인 여부를 확인할 필요가 있는 경우에 담당직원으로 하여금 그 상대방이 거래명의인의 주민등록증을 소지하고 있는지 여부를 확인하는 것만으로는 부족하고 그 직무수행상 필요로 하는 충분한 주의를 다하여 주민등록증의 진정 여부 등을 확인함과 아울러 그에 부착된 사진과 실물을 대조하여야 할 것인바, 만일 실제로 거래행위를 한 상대방이 주민등록상의 본인과 다른 사람이었음이 사후에 밝혀졌다고 한다면, 특별한 사정이 없는 한, 은행으로서는 위와 같은 본인 확인의무를 다하지 못한 과실이 있는 것으로 사실상 추정된다고 한 예(98다20059). ❶ 제권판결 받은 자에게 지급은행이 사고신고담보금을 지급한 후 그 제권판결이 취소되어 소급하여 효력을 상실하더라도 지급은행이 지급을 할 당시에는 제권판결 받은 자가 채권의 준점유자에 해당한다고 할 것이므로 지급 당시에 지급은행에게 악의 또는 과실이 없으면 지급은행이 면책된다고 할 것이나, 여기서 과실이 없다고 하려면 제권판결 받은 자가 실질적으로 무권리자라는 점을 과실 없이 알지 못하였음은 물론, 사고신고담보금의 지급시기와 지급절차에 관한 약정의 위반도 없어야 할 것인데, "제권판결을 받아 법원 판결문을 제출하고 1개월이 경과한 경우"에 사고신고담보금을 지급하는 어음교환소규약은, 제권판결에 대한 불복의 소의 제기기간을 원고가 제권판결 있음을 안 날로부터 1개월로 규정하고 있는 것을 감안할 때 제권판결 제출 시로부터 1개월 내의 시점에 있어서는 제권판결에 대한 불복의 소가 제기될지 여부를 거의 알 수 없고 따라서 누가 정당한 권리자인지를 종국적으로 확정하는 것이 거의 불가능하므로, 적어도 제권판결 제출 시로부터 1개월 내에는 사고신고담보금을 지급할 수 없게 한 취지로 해석되며, 위 규약의 적용을 받는 지급은행이 위 규약 규정을 위반한 경우에는 특단의 사정이 없는 한 과실이 있다고 한 예(97다44966).

2838) ◎ **채무자의 과실이 부정되어 변제의 효력이 인정된 사례**
❶ 혼인외 자의 생부가 사망한 경우, 혼인외 출생자는 그가 인지청구의 소를 제기하였다고 하더라도 그 인지판결이 확정되기 전에는 상속인으로서의 권리를 행사할 수 없고, 그 인지판결이 확정되기 전의 정당한 상속인이

나) 영수증 소지자에 대한 변제

영수증소지자에 대한 변제[2840]의 경우, 본문의 '영수증'에 관한 사실(수령권한 있는 자 또는 영수증 작성권한이 있는 자가 작성한 변제 수령을 증명하는 서면이라는 점)은 변제의 효력을 주장하는 변제자가 항변사실로서 주장·증명하여야 하고, 단서의 '변제자의 악의나 과실'의 점에 대해서는 변제의 효력을 부인하는 채권자가 재항변사실로서 주장·증명하여야 한다. 영수증의 진정성이 증명되지 못하거나 오히려 위조된 것이 판명되면, 변제자로서는 민법 제470조 소정의 '채권의 준점유자에 대한 변제' 규정에 의하여 보호받기 위하여

채무자에 대하여 소를 제기하고, 나아가 승소판결까지 받았다면, 채무자로서는 그 상속인이 장래 혼인외 자에 대한 인지판결이 확정됨으로 인하여 소급하여 상속인으로서의 지위를 상실하게 될 수 있음을 들어 그 권리행사를 거부할 수는 없다고 할 것이므로(만약 혼인외 자의 인지청구의 소가 확정될 때까지 채무자가 판결에 따른 이행을 하지 아니하고 상소하지 않으면 안 된다고 한다면, 이는 결국 부당한 항쟁을 조장하는 결과가 된다고 하지 않을 수 없다) 그러한 표현상속인에 대한 채무자의 변제는, 채무자가 표현상속인이 정당한 권리자라고 믿은 데에 과실이 있다 할 수 없어, 채권의 준점유자에 대한 변제로서 적법한 것이라고 한 예(93다32200). ❷ 가해자가 교통사고로 사망한 피해자의 호적부상 표현상속인과 손해배상채권 포기의 합의를 하고 합의금을 지급한 후 친생자관계부존재확인판결에 기하여 진정한 상속인이 등재된 경우, 호적부상 표현상속인과 합의를 하고 합의금을 지급할 당시에는 가해자로서는 망인의 진정한 상속인을 알지 못하여 호적부상 표현상속인을 진정한 상속인인 것으로 오인하였고 이와 같은 오인에는 정당한 사유가 있었다고 할 것이므로 가해자는 변제에 관한 한 선의이며 무과실이라 할 것이고, 따라서 가해자의 변제는 준점유자에 대한 변제로서 유효하다고 한 예(93다32996). ❸ 채무자 乙이 제3채무자 丙에 대하여 가지고 있던 채권에 관하여 제3자 丁 앞으로 대항력 있는 채권양도가 이루어진 후 乙이 丁의 승낙 없이 임의로 丙에게 채권양도철회의 통지를 한 상태에서 乙에 대한 채권자 甲이 위 채권에 대하여 채권압류·전부명령을 받고 이어 甲이 제기한 전부금소송에서 丙이 패소판결을 받고 甲에게 그 금원을 지급한 경우, 법률전문가가 아닌 丙으로서는 乙의 채권양도철회통지로 인하여 채권양도가 없었던 것과 같이 되었다고 믿을 수밖에 없었고, 더욱이 甲이 제기한 전부금청구의 소에서 전부명령의 효력을 적극 다투었다가 패소판결을 선고받았다면, 甲이 유효하게 임대보증금반환채권을 전부받은 채권자인 것으로 丙이 오인한 데 대하여 과실이 있다고 볼 수 없고, 따라서 丙의 甲에 대한 변제는 유효하다고 본 사례(96다44747).

2839) ◎ **채무자의 과실이 인정되어 변제의 효력이 부인된 사례**
❶ 甲의 전부명령을 송달받기 이전에 이미 乙의 가압류결정을 송달받았을 뿐만 아니라, 乙이 제기한 전부금청구소송에서 乙의 전부명령을 압류 또는 가압류가 경합된 상태에서 발하여진 것으로서 무효라는 주장을 스스로 제기한 바 있음에도, 그 후 甲이 제기한 전부금 소송절차에서 乙의 압류가 경합되어 있다는 주장을 내세우지도 아니함으로써 패소판결을 받고 바로 그 전부금을 변제하여 버렸다면, 제3채무자로서는 乙의 전부명령은 물론 甲의 전부명령 또한 乙의 가압류와 경합된 상태에서 발하여진 것으로서 무효라는 것을 알았거나 알 수 있었다는 이유로 위 제3채무자가 한 변제의 효력을 부인한 사례(94다59868). ❷ 선박충돌 사고와 관련하여 공제사업자가 피해선박 소유자인 피공제자에게 공제금을 지급함으로써 가해선박 소유자에 대한 구상채권을 보험자대위로 이전받은 상태임에도 가해선박 소유자가 피공제자에게 합의금을 지급한 사안에서 가해선박 소유자의 위 변제행위에 악의 내지 과실이 있다고 보아, 이를 유효로 인정한 원심판결을 파기한 사례(93다56664). ❸ 채권(가)압류가 경합되어 전부명령이 무효인데 제3채무자가 고문변호사에게 전화로 법률관계를 문의하면서 압류 경합상태 등에 관하여 제대로 설명하지 못한 채 제3채권자들의 압류금액 등을 제외하고도 지급할 채권액이 있다는 취지로 질의를 하고 이를 기초로 한 변호사의 답변을 들은 후 전부채권자에게 전부금을 변제한 경우, 그 법률관계 문의과정에서 사실관계에 대한 설명과 자료의 제공을 제대로 하지 못한 제3채무자 때문에 변호사도 충분한 자료검토와 신중한 판단을 하지 못하게 되어 잘못된 답변을 함으로써 이를 참고로 제3채무자가 전부금을 지급하기로 결정한 것이어서 제3채무자에게 과실이 있다는 이유로 그 변제의 효력을 부인한 사례(2000다23006).

2840) **민법 제471조(영수증소지자에 대한 변제)** 영수증을 소지한 자에 대한 변제는 그 소지자가 변제를 받을 권한이 없는 경우에도 효력이 있다. 그러나 변제자가 그 권한 없음을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그러하지 아니하다.

자신의 '선의·무과실'을 주장·증명하여야 한다.[2841]

다) 채권자가 이익을 받은 경우

변제받을 권한 없는 자에 대한 변제라도 채권자가 이익을 받은 한도에서 효력이 있으므로(민법 제472조), 채무자는 '채권자가 이익을 받은 사실'을 주장·증명함으로써, 채무 소멸을 항변할 수 있다.

'채권자가 이익을 받은' 경우란, ① 변제수령자가 채권자에게 변제로 받은 급부를 전달한 경우는 물론이고, ② 변제수령자가 변제로 받은 급부를 가지고 채권자의 자신에 대한 채무의 변제에 충당하거나 채권자의 제3자에 대한 채무를 대신 변제함으로써 채권자의 기존 채무를 소멸시키는 등 채권자에게 실질적인 이익이 생긴 경우나, ③ 무권한자의 변제수령을 채권자가 사후에 추인한 때(이 경우에 채권자는 무권한자에게 부당이득으로서 그 변제받은 것의 반환을 청구할 수 있다[2842])와 같이 무권한자의 변제수령을 채권자의 이익으로 돌릴 만한 실질적 관련성이 인정되는 경우[2843]를 포함한다.[2844]

2841) 同旨 민법주해 채권(4), 1995, 148-149면(김대휘 집필). 같은 책 149면에서 "영수증의 진정성이 입증된 경우에는 변제자의 선의·무과실은 사실상 추정되는 것이고, 따라서 채권자가 변제자의 악의·과실을 주장·입증하여야 본조의 적용을 배제할 수 있는 것으로 이해된다."고 한 부분은 '사실상 추정'이 입증책임의 전환이나 분배와는 무관한 개념이라는 점에서 적절치 않은 기술이다.

2842) ❶ 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015다71856, 71863 판결; '동산·채권 등의 담보에 관한 법률'상 채권담보권자가 채권양수인보다 우선하고 담보권설정 통지가 제3채무자에게 도달하였음에도, 그 통지보다 채권양도 통지가 먼저 도달하였다는 등의 이유로 제3채무자가 채권양수인에게 채무를 변제한 경우에 담보권자가 무권한자인 양수인의 변제수령을 추인하였다면, 그 추인에 의해 제3채무자의 양수인에 대한 변제는 유효하게 되고 담보권자는 양수인에게 부당이득으로 그 변제받은 것의 반환을 청구할 수 있다고 한 예. ❷ 대법원 2023. 12. 14. 선고 2023다272234 판결; 공동상속인 중 1인인 피고가 채무자로부터 상속재산인 투자수익금채권 4억 원을 단독으로 수령하였다고 주장하며 보관금 또는 부당이득을 원인으로 원고의 상속분 8,000만 원(= 4억 원 × 1/5)의 반환을 구한 사안에서, 원심은, 피고의 상속분(1/5)을 초과하는 부분에 관하여는 피고의 변제수령행위가 무효라고 보아 원고의 채무자에 대한 8,000만 원의 채권이 소멸되었다고 보기 어렵다고 판단하였으나, 대법원은, 이 사건 소 제기는 무권한자인 피고의 변제수령행위를 묵시적으로 추인한 것이므로, 피고에 대한 변제는 원고에 대하여도 유효하게 되었다고 볼 여지가 있다고 본 예(추인은 묵시적인 방법으로도 가능하고 그 의사표시는 무권대리인이나 그 상대방 어느 쪽에 하여도 무방하다).

2843) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다32214 판결; 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 **사안**에서, 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 공단(피고)의 변제행위는 甲(원고)에 대하여도 유효하게 되어 甲의 보험급여 청구채권은 변제로 소멸하였음에도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

2844) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2017다278729 판결(그러나 변제수령자가 변제로 받은 급부를 가지고 자신이나 제3자의 채권자에 대한 채무를 변제함으로써 채권자의 기존 채권을 소멸시킨 경우에는 채권자에게 실질적인 이익이 생겼다고 할 수 없으므로, 변제의 효력을 인정할 수 없다). **[동일 판시]** 소외인들이 공모하여 권한 없이 원고 명의 피고 은행 계좌(구 계좌)에서 예금을 인출하여 원고 명의 피고 은행 다른 계좌(신 계좌)로 이체한

6) 전부명령과 추심명령에 의한 집행채권의 변제

전부금 청구의 청구원인 요건사실인, "① 피전부채권의 발생+② 전부명령의 발령+③ 제3채무자에 대한 송달+④ 전부명령의 확정(≒ 채무자에 대한 송달)" 사실은 전부채권자의 '(압류명령신청 시에 명시한) 집행채권'에 대한 '변제효'의 요건사실로서 집행채권 지급 청구에 대한 항변의 역할을 한다.[2845]

전부금 청구의 항변 사실은 집행채권 지급 청구의 변제 항변에 대한 재항변 사실이 된다. 예컨대, 집행채권자는 "① 집행채무자가 제3자에게 피전부채권을 양도한 사실+② 집행채무자가 제3채무자에게 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지를 한 사실 +③ 그 양도통지가 압류명령의 송달 전에 제3채무자에게 도달한 사실"을 주장·증명함으로써,[2846] 채무자의 변제 항변에 대한 재항변을 할 수 있다. 이에 대하여, 피전부채권 양도계약에 대한 해제나 사해행위취소판결로 전부명령이 소급하여 유효하게 되었다는 주장은 유효한 재재항변이 될 수 없다.[2847]

다음, 다시 인출하여 임의로 사용한 사안에서, 원고는 소외인들의 구 계좌 예금인출이 무효임을 이유로 피고 은행을 상대로 구 계좌 예금반환을 청구하였고, 이에 피고 은행은 소외인들의 행위로 원고가 구 계좌 인출액만큼 신 계좌에서 이익을 받았다는 이유로 유효한 변제라고 항변하였는데, 위 항변을 받아들여 원고의 청구를 기각한 원심을 파기한 예(2013다17117).

2845) **민사집행법 제231조 본문**("전부명령이 확정된 경우에는 전부명령이 제3채무자에게 송달된 때에 채무자가 채무를 변제한 것으로 본다.")은, 집행채권자가 전부명령에 의하여 피전부채권에 대하여 독점적인 권리를 취득하는 것에 상응하여 전부명령으로 집행채권이 변제되는 것과 동일한 효과가 발생한다는 취지를 정한 것이다(2006다88234). 전부명령이 확정되면 피압류채권은 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 집행채권의 범위 안에서 당연히 전부채권자에게 이전하고(**이전효**; 移轉效), 그와 동시에 집행채무자가 채무의 이행에 갈음하여 현실적인 출연을 한 것과 법률상 동일하게 취급되어 집행채권은 변제된 것으로 보아(간주) 소멸된다(**변제효**; 辨濟效). 따라서 원금과 이에 대한 변제일까지의 부대채권을 집행채권으로 하여 전부명령을 받은 경우에는 집행채권의 원금의 변제일은 전부명령이 제3채무자에게 송달된 때가 되어 결국 집행채권액은 원금과 제3채무자에 대한 전부명령 송달시까지의 부대채권액을 합한 금액이 되므로 피압류채권은 그 금액 범위 안에서 전부채권자에게 이전한다(99다36860).

전부명령에 의한 채무소멸의 효과는 채권자가 압류명령신청 시에 명시한 집행채권의 변제를 위하여서만 생긴다. 따라서 압류명령신청에 기재된 집행채권이 수 개인 경우에 전부명령에 의한 채무변제의 효과가 어느 채무에 대하여 생기는지는 법정변제충당의 법리가 적용되기에 앞서 집행채권의 확정에 의하여 결정되고, 구체적으로는 집행권원과 청구금원 등 채권자가 압류명령신청서에 기재한 내용에 의하여 정하여진다. 이는 채권자의 의사에 기하여 전부명령에 의해 소멸할 집행채권의 종류와 범위를 확정하는 문제이지 민법 제476조에서 정한 지정변제충당의 문제가 아니다(**대법원 2021. 11. 11. 선고 2018다250087 판결**). ☛ 채권자가 대여금 청구소송을 제기하여 원금 및 이자 등의 지급을 명하는 승소 판결을 받은 다음 그 판결에 기하여 청구금액을 '대여금 중 일부금'으로 표시한 채권 압류 및 전부 명령을 신청한 경우, 집행권원상의 대여금채권만이 집행채권으로 되었을 뿐 그 이자나 지연손해금은 집행채권으로 되었다고 할 수 없으므로, 전부금은 압류 및 전부 명령 신청 시에 집행채권으로 명시한 집행권원상 원금의 일부의 변제에 충당되었다고 보아야 하고, 원금과 이자 사이의 변제충당에 관한 문제가 발생할 여지가 없다(95다55047).

2846) 압류된 금전채권에 대한 전부명령이 절차상 적법하게 발부되어 확정되었다고 하더라도, 전부명령이 제3채무자에게 송달될 때에 피압류채권이 이미 제3자에게 대항요건을 갖춘 채 양도되어 집행채무자에게 존재하지 않으면 전부명령은 무효여서, 피압류채권이 전부채권자에게 이전되거나 집행채권이 변제되어 소멸하는 효과는 발생할 수 없고, 그 후에 채권양도계약이 해제되어 집행채무자의 채권이 되었다 하더라도 전부명령의 효력이 유효하게 되는 것은 아니다(80누484).

2847) **대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다1407 판결**(그 이유는, 채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 그 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는

추심채권자의 집행채권은 배당절차에서 실제로 배당받은 금액의 범위 내에서 소멸한다.[2848]

7) 가집행선고 붙는 판결에 기한 변제

가) 변제효 유무

가집행이 붙은 제1, 2심판결 선고 이후 채무자가 강제집행을 피하기 위해[2849] 돈을 지급한 경우 변제의 효과가 지급 시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 가집행 붙은 판결이 상소심에서 취소 또는 변경되지 아니하고 확정된 때에 비로소 발생한다.[2850] 따라서 채무자가 항소심에서 위와 같이 돈을 지급한 사실을 주장하더라도 항소심법원은 그러한 사유를 참작하지 않고 청구의 당부를 판단해야 하므로,[2851] 위와 같은 피고의 변제

전득자 사이에만 미치므로, 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채무자와 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되거나 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 회복되는 것은 아니기 때문이다). ☜ **원심**이, 제3채무자에 대한 송달일 당시 피전부채권인 전세금반환채권이 이미 타에 양도되어 존재하지 아니하므로 전부명령이 무효인 상태로 있다가, 그 후 전세권양도계약에 대한 사해행위취소판결이 확정되어 전세금반환채권이 그 양수인으로부터 양도인인 피고 회사에 원상회복됨에 따라 위 송달일로 소급하여 유효하게 되었다고 보고, 원고의 피고들에 대한 대여금채권은 전부명령의 효력에 의하여 전액 변제되었다는 피고들의 항변을 받아들여 원고의 대여금청구를 기각한 데 대하여, **대법원**은, 위 전부명령 당시 피전부채권이 이미 채무자인 피고 회사로부터 제3자에게 양도되어 대항요건까지 갖추었다면, 원고의 전부명령은 무효라 하겠고, 그 후의 사해행위취소소송에서 피전부채권에 대한 채권양도계약이 취소되고 그 채권의 복귀를 명하는 판결이 확정되었다고 하더라도, 위 채권이 소급하여 피고 회사에 복귀하거나 이미 무효로 된 전부명령이 다시 유효하게 되는 것은 아니라고 한 예.

2848) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2017다278729 판결; "추심채권자는 집행법원의 수권에 따라 일종의 추심기관으로서 압류나 배당에 참가한 모든 채권자를 위하여 제3채무자로부터 피압류채권을 추심하는 것일 뿐 자신의 집행채권을 변제받는 것이 아니다. 제3채무자가 추심채권자에게 변제한 경우 추심채권자는 집행법원에 공탁과 사유신고를 해야 하고, 추심채권자가 그 배당절차에서 실제로 배당받은 금액의 범위 내에서만 집행채권이 소멸하게 된다."

2849) 가집행이 붙은 제1심 판결을 선고받은 채무자가 선고일 약 1달 후에 그 판결에 의한 그때까지의 원리금을 채권자에게 스스로 지급하기는 하였으나 그 제1심 판결에 대하여 항소를 제기하여 제1심에서 인용된 금액에 대하여 다투었다면, 그 채무자는 제1심 판결이 인용한 금액에 상당하는 채무가 있음을 스스로 인정하고 이에 대한 확정적 변제행위로 추심 채권자에게 그 금원을 지급한 것이 아니라, 제1심 판결이 인용한 지연손해금의 확대를 방지하고 그 판결에 붙은 가집행 선고에 기한 강제집행을 면하기 위하여 그 금원을 지급한 것으로 봄이 상당하다(95다15827).

2850) 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000다56259 판결(원고가 망인의 유족들에게 가집행선고가 붙은 제1심 및 제2심 판결에 기하여 그 소송 도중 불법행위로 인한 손해배상금을 각 지급하는 한편, 원고 및 피고들의 손해배상채무를 인정한 가집행선고부 항소심판결에 대하여 원·피고들이 상고하였으나 1995. 11. 7. 상고가 기각되어 확정되었으므로, 원고의 금원 지급으로 인한 면책의 효과는 위 상고기각 판결 선고 시에 확정적으로 발생한다고 판단하여, 원고의 피고들에 대한 구상금 채권이 위 항소심판결에 따라 망인의 유족들에게 최종적으로 손해배상금을 지급한 1994. 7. 22.부터 5년이 경과함에 따라 시효완성으로 소멸되었다는 피고들의 항변을 배척한 원심의 판단이 정당하다고 한 예). ☞ 따라서 위 구상금채권의 발생 시점 및 그 소멸시효 기산점은 '위 상고기각 판결 선고 시'이다.

2851) 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018다204787 판결. 이는 당해 소송절차에서 취소·변경대상이 되는 본안판결이 존재하는 경우에 만약 가집행에 기한 이행 상태를 판결자료로 채용한다면 가집행선고에 기한 집행 때문에 그 본안청구에 관하여 승소의 종국판결을 얻을 길이 막히게 되는 이상한 결과가 되어 실제상 불합리하기 때문이다(94다58490,58506). ☛ 가집행선고 있는 제1심판결에 기하여 인도 집행을 마친 경우에도, 항소심으로서는 위 법리에 따라 인도 집행의 결과를 고려하지 아니하고 청구의 당부에 관하여 판단하여야 한다(2011다35722).

항변은 유효하지 않다.[2852]

가지급금이 채무액에 미치지 못하는 경우, 변제충당 법리에 따른다.[2853]

가집행선고부 판결에 대한 강제집행정지를 위하여 공탁한 담보의 우선변제적 효력[2854]은 강제집행정지로 인한 손해배상청구권에만 미치고, 정지의 대상인 기본채권에까지 미치는 것은 아니다(토지 인도 시까지의 차임 상당 손해배상청구권은 기본채권 자체라 할 것은 아니어서 인도집행정지를 위한 공탁금의 피담보채무가 된다).[2855]

2852) 채무자가 그와 같이 금원을 지급하였다는 사유는 확정판결의 집행력을 배제하는 적법한 청구이의사유가 된다(95다15827).

2853) 대법원 1995. 12. 12. 선고 95다38127 판결; "가집행선고로 인하여 강제집행을 면하기 위하여 피고가 원고에게 금원을 지급하였으나 그 가지급금의 액수가 피고가 원고에게 지급하여야 할 정당한 금원인 원본 및 지연손해금 합계액에 미치지 못하였다면, 그 가지급금으로는 특별한 사정이 없는 한, 민법 소정의 변제충당의 법리에 따라 피고가 원고에게 지급하여야 할 금원에 관하여 지연손해금, 원본의 순서로 변제에 충당되고, 지연손해금에 충당되고 남은 때에는 원본 중에서도 변제이익이 많은 부분에 우선 충당된다고 할 것이다. 따라서 피고가 가집행선고에 기하여 원고에게 수차례 금원을 지급한 경우에 있어서 피고로부터 가지급물반환 신청을 받아 그 당부를 가리는 법원으로서는, 피고가 각 금원을 지급한 때마다 민법이 정한 변제충당의 순서에 따라 충당하여 원본 및 지연손해금 채무가 전부 소멸하였는지 여부를 살펴보아야 할 것이다."

2854) 가집행의 선고가 붙은 판결에 대하여 상소를 한 경우 법원은 당사자의 신청에 따라 담보를 제공하게 하거나 담보를 제공하지 아니하게 하고 강제집행을 일시정지하도록 명할 수 있고(민소법 제501조, 제500조), 상대방은 담보물에 대하여 질권자와 동일한 권리를 가진다(민소법 제502조 제3항, 제123조). 질권자는 질권의 목적이 된 채권의 직접 청구 외에 민사집행법에 정한 집행방법(민사집행법 제223조 이하; 금전채권에 대한 압류 및 추심·전부명령 등)에 의하여 질권을 실행할 수 있다(민법 제353조, 제354조).

2855) ◎ **가집행선고부 판결에 대한 강제집행정지를 위하여 공탁한 담보의 담보적 효력이 미치는 범위**
대법원 2021. 11. 11. 선고 2018다250087 판결; "(1) 재판상 담보공탁의 담보권리자가 공탁금회수청구권을 압류하고 추심명령이나 확정된 전부명령을 받은 후 담보취소결정을 받아 공탁금회수청구를 하는 경우, 그 담보공탁금의 피담보채권을 집행채권으로 하는 것인 이상, 담보권리자의 위와 같은 담보취소신청은 어디까지나 담보권을 포기하고 일반 채권자로서 강제집행을 하는 것이 아니라 오히려 적극적인 담보권실행에 의하여 그 공탁물회수청구권을 행사하기 위한 방법으로 보는 것이 타당하다. 따라서 이는 담보권의 실행방법으로 인정되고, 이 경우 그에 선행하는 일반 채권자의 압류 및 추심명령이나 전부명령으로 이에 대항할 수 없다. 한편 가집행선고부 판결에 대한 강제집행정지를 위하여 공탁한 담보는 강제집행정지로 인하여 채권자에게 생길 손해를 담보하기 위한 것이고 정지의 대상인 기본채권 자체를 담보하는 것은 아니므로, 채권자는 그 손해배상청구권에 한하여서만 담보권을 가질 뿐 기본채권에까지 담보적 효력이 미치는 것은 아니다. (2) 가집행선고부 판결에 대한 강제집행정지를 위하여 공탁한 담보금액과 피공탁자인 담보권자가 그 공탁금회수청구권에 대하여 압류·전부명령을 신청하면서 신청서에 적은 청구금액이 모두 피담보채권인 손해배상채권액을 초과하고 압류·전부명령신청서에 적은 집행권원이 그 손해배상채권을 포함하여 이를 초과하는 금액의 지급을 명하는 것일 경우에, 담보권자인 채권자의 의사는 그 신청서에 다른 의사를 표시하는 등의 특별한 사정이 없는 한 담보되는 손해배상채권부터 우선적으로 집행채권에 포함시키려 하는 데에 있다고 봄이 합리적이다. 따라서 이때에는 담보되는 손해배상채권부터 우선적으로 집행채권에 포함되고, 담보되지 않는 기본채권은 압류명령신청서에 적은 청구금액에서 손해배상채권을 뺀 잔액의 범위에서 집행채권에 포함된다고 보아야 한다. (3) 또한 이와 같은 경우에 담보공탁을 한 채무자가 수인이고 그 채무가 서로 부진정연대채무관계이며 채권자가 수인의 채무자들이 갖는 공탁금회수청구권 전체에 대해 동시에 압류·전부명령을 신청하면서 그 신청서에 그중 어느 채무자로부터 담보적 효력이 미치는 손해배상채권의 만족을 구한다는 취지를 특정하여 기재하지 않았다면, 채권자는 어느 채무자가 제공한 담보에서 그 피담보채권의 만족을 구할 것인지에 관한 실행선택권을 포기한 것으로 보아야 한다. 이 경우 오로지 각 공탁 채무자와 그에 대한 채권자 사이에서 이해관계의 공평한 조절이 문제될 뿐이므로, 특별한 사정이 없는 한 각 채무자가 공탁한 담보에 비례하여 각 공탁 채무자에 대한 집행채권에 손해배상채권을 배분하여야 한다." ☛ 토지 인도 및 그 인도 시까지의 차임 상당액의 지급을 명한 가집행선고부 판결에 대한 강제집행정지를 위하여 담보공탁을 한 경우, 그 토지의 인도집행이 지연됨으로 인한 손해에는 반대되는 사정이 없는 한 집행의 정지가 효력을 갖는 기간 내에 발생된 차임 상당의 손해가 포함되고, 그 경우 차임 상당의 그 손해배상청구권은 기본채권 자체라 할 것은 아니어서 인도집행정지를 위한 공탁금의 피담보채

나) 가집행 원상회복의 예비적 반소

민사소송법 제215조[2856] 제2항에 따라, 법원은 본안판결을 바꾸는 경우[2857]에 피고의 신청(피고가 가집행선고부 제1심판결에 대하여 항소를 제기하면서 그 항소심 법원에 제1심판결의 가집행선고에 기한 가지급물의 반환 신청을 하는 것이 보통이고, 사실관계에 다툼이 없어 사실심리를 요하지 않는 경우를 제외하고는 상고심에서는 원칙적으로 신청이 허용되지 않는다[2858])에 따라 그 판결에서 가집행의 선고에 따라 지급한 물건[2859]을 돌려 줄 것[2860]과, 가집행으로 말미암은

무가 된다(대법원 2024. 1. 5.자 2023마7070 결정).

2856) **민사소송법 제215조(가집행선고의 실효, 가집행의 원상회복과 손해배상)** ① 가집행의 선고는 그 선고 또는 본안판결을 바꾸는 판결의 선고로 바뀌는 한도에서 그 효력을 잃는다. ② 본안판결을 바꾸는 경우에는 법원은 피고의 신청에 따라 그 판결에서 가집행의 선고에 따라 지급한 물건을 돌려 줄 것과, 가집행으로 말미암은 손해 또는 그 면제를 받기 위하여 입은 손해를 배상할 것을 원고에게 명하여야 한다. ③ 가집행의 선고를 바꾼 뒤 본안판결을 바꾸는 경우에는 제2항의 규정을 준용한다.

2857) 제1심에서 가집행선고부 승소판결을 받아 그 판결에 기해 강제경매를 신청한 다음 항소심에서 조정(조정에 갈음하는 결정 포함) 내지 화해가 성립한 경우, 제1심판결 및 그 가집행선고의 효력은 조정 내지 화해에서 제1심판결보다 인용 범위가 줄어든 부분에 한하여 실효되고 그 나머지 부분에 대하여는 여전히 효력이 미친다(2011마1482).

2858) ❶ 가집행선고로 인한 지급물의 반환신청은 가집행에 의하여 집행을 당한 채무자로 하여금 본안 심리절차를 이용하여 그 신청의 심리를 받을 수 있게 함으로써 반소나 별소를 제기하는 비용과 시간 등을 절약할 수 있게 하려는 제도로서, 그 신청은 집행을 당한 채무자가 본안에 대하여 불복을 제기함과 아울러 본안을 심리하고 있는 상소심에서 그 변론종결 전에 함이 원칙이고, 그 신청의 이유인 사실의 진술 및 그 당부의 판단을 위하여서는 소송에 준하여 변론이 필요한 것인데, 상고심은 법률심이어서 과연 집행에 의하여 어떠한 지급이 이행되었으며 어느 범위의 손해가 있었는가 등의 사실관계를 심리 확정할 수 없기 때문에 신청의 이유로서 주장하는 사실관계에 대하여 당사자 사이에 다툼이 없어 사실심리를 요하지 아니하는 경우를 제외하고는 가집행선고로 인한 지급물의 반환신청은 상고심에서는 원칙적으로 허용되지 아니한다(2005다57691) ❷ 피고가 가집행선고부 제1심판결에 대하여 항소를 제기하면서 그 항소심 법원에 위 제1심판결의 가집행선고에 기한 가지급물의 반환 신청을 하는 것이 보통이지만, 가집행선고부 항소심 판결이 대법원에서 파기환송된 경우에는 환송 후 항소심 법원에 대하여도 환송 전 항소심 판결에 기한 가지급물의 반환 신청을 할 수 있다(95다38127). ❸ 제1심에서 가집행선고부 승소판결을 받고 그에 기하여 판결원리금을 지급받았다가 항소심에 이르러 당초의 소가 교환적으로 변경되어 취하된 것으로 되는 경우에는 항소심 절차에서 곧바로 가지급물의 반환 등을 구할 수 있다고 보아야 하고, 그것을 별소의 형식으로 청구하여야만 된다고 볼 것은 아니다(대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다293272 판결). ❹ 제1심에서 가집행선고가 붙은 패소의 이행판결을 선고받고 항소한 당사자는 항소심에서 민사소송법 제215조 제2항의 재판을 구하는 신청을 하지 아니하고 제1심의 본안판결을 바꾸는 판결을 선고받아 상대방이 상고한 경우에는 상고심에서 위와 같은 신청을 하지 못한다(2003다14010,14027).

2859) 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011다17847 판결; "반환의 대상이 되는 가집행선고로 인한 지급물이라 함은 가집행의 결과 피고가 원고에게 이행한 물건 또는 그와 동일시 할 수 있는 것을 의미하는 것으로 볼 수 있다. … 가집행선고부 판결에 기한 공탁은 채무를 확정적으로 소멸시키는 원래의 변제공탁이 아니고 상소심에서 그 가집행의 선고 또는 본안판결이 취소되는 것을 해제조건으로 하는 것이므로 가집행선고부 판결이 선고된 후 피고가 판결인용금액을 변제공탁하였다 하더라도 원고가 이를 수령하지 아니한 이상, 그와 같이 공탁된 금원 자체를 가집행선고로 인한 지급물이라고 할 수 없다." ☛ 원고가 가집행선고부 판결을 집행권원으로 하여 피고의 제3채무자에 대한 채권에 대하여 전부명령을 얻어 전부금을 수령한 후 본안판결의 변경으로 가집행선고가 실효된 경우, 위 전부금은 가집행선고로 인한 지급물에 해당한다(92다38812)

2860) ❶ 가집행선고 있는 본안판결이 변경되어 그 가집행선고가 실효된 경우에는 가집행으로 인하여 지급받은 원고(가집행채권자)는 그 지급물을 반환할 의무가 있으나, 가집행에 기하여 제3자가 취득한 권리에는 하등의 영향을 미치지 아니하고, 그로 인하여 피고(채무자)가 입은 손해는 가집행채권자에게 배상을 청구할 수 밖에 없다(80다2591; 소외 회사가 원고를 상대로 한 점포명도사건의 가집행선고부 승소판결에 기하여 점포 명도 집행을 하여 이를 피고들에게 임대한 후에 상소심에서 위 가집행선고가 실효되었다고 하여도 위 가집행에 기하여 피고들이 취득한 임차권에는 아무런 영향을 미치지 아니하고, 원고가 소외 회사를 상대로 위 가집행실효에 의한 원상회복 청구소송을 제기하여 가집행선고부 승소판결을 얻었다고 하여도 피고들은 위 원상회복판결의

손해[2861] 또는 그 면제를 받기 위하여 입은 손해[2862]를 배상('무과실책임'이고, 가집행과 '상당인과관계'에 있는 모든 손해가 포함되며,[2863] '과실상계'가 적용된다)할 것을 원고에게 명하여야 한다.

효력이 미치는 승계인이 아니라고 한 예). ❷ 원고가 가집행선고부 판결에 기하여 피고로부터 인도받은 유체동산에 대하여 경매절차가 진행되어 제3자가 이를 경락받아 점유함으로써 원고가 그 점유를 상실한 경우, 피고는 원고에 대하여 그 유체동산 자체를 가지급물의 반환으로 구할 수 없다(99다68768).

2861) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다23357 판결; "항소심이 무조건 이행을 명한 가집행선고부 제1심판결을 변경하여 상환이행을 명하면서 다시 가집행선고를 붙인 경우, 제1심판결에서 인정된 소송의 목적인 권리가 항소심에서도 여전히 인정되는 점에서는 아무런 변경이 없고, 다만 가집행채권자는 항소심판결에 따라 상환조건을 성취하여야만 강제집행을 할 수 있게 되었을 뿐이므로, 무조건 이행을 명한 제1심판결의 가집행선고는 그 차이가 나는 한도 내에서만 실효되었다고 봄이 상당하고, 따라서 이 경우에 가집행 채무자로서는 … 제1심판결의 가집행선고로 인한 지급물의 반환을 구할 수 없음은 물론, 소송의 목적인 권리가 인정되지 아니함을 전제로 하는 손해도 특별한 사정이 없는 한 위 제1심판결의 가집행과 상당인과관계에 있는 손해라고 할 수 없으므로 이에 대하여 위 같은 조항에 의한 배상을 구할 수는 없다고 할 것이다."(❶ 원고(임차인) 주장 손해 중 건물 명도 집행 시 물건의 파손·부패로 입은 손해나 명도 집행일부터 임차보증금의 공탁일까지 건물에서 영업하지 못함으로 인한 손해 및 명도 집행으로 입은 정신적 손해는 피고(임대인)의 건물명도청구권이 인정되지 않음을 전제로 하는 것인데, 피고에게 건물 명도를 구할 권리가 있다는 점은 무조건 이행의 제1심판결과 보증금 상환이행의 제2심판결을 통하여 변경이 없으므로, 위 각 손해는 제1심판결의 가집행과 상당인과관계가 있는 손해라고 할 수 없으나, ❷ 원고는 제2심판결에 의해 피고로부터 임차보증금을 수령함과 상환으로 건물을 명도할 의무가 있음에 그치게 되었는데도 제1심판결에 붙여진 가집행선고에 기하여 임차보증금을 수령함이 없이 건물 명도 집행을 당하였으므로, 원고는 건물 명도와 상환으로 수령하였어야 할 임차보증금 5천만 원을 위 가집행 당시 지급받지 못한 손해, 즉 임차보증금을 늦게 지급받게 된 손해를 입게 되었음은 분명하고, 그 손해액은 위 가집행 명도일로부터 임차보증금을 반환받은 날까지 민법 소정의 연 5푼의 비율에 의한 이자상당액으로서, 이는 제1심판결의 가집행과 상당인과관계에 있는 손해라고 봄이 상당하므로, 피고는 원고에게 이를 배상할 의무가 있다고 한 다음, 원고가 제1심에서 임차보증금에 대한 동시이행항변을 하지 아니하여 전부 패소하였다가 항소심에 이르러서야 비로소 그 항변을 함으로써 제1심판결이 변경된 과정에서 원고에게 과실이 있는지 여부를 살펴보아 그 과실이 인정된다면 피고가 배상할 손해액을 산정함에 있어서 이를 참작하여야 한다고 한 예)

2862) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2009다18557 판결; "'가집행의 면제를 받기 위하여 입은' 가집행채무자의 손해에 대한 가집행채권자의 배상책임은 가집행채권자의 고의 또는 과실 유무를 묻지 아니하고 인정되고, 그 손해배상의 범위에는 가집행과 상당인과관계에 있는 모든 손해가 포함된다. … '가집행의 면제를 받기 위하여 입은 손해'에 대한 가집행채권자의 배상책임이 발생하는 데에는 개별적인 사안에서 가집행채무자가 가집행채권자의 집행을 예기하여 그 집행을 면하기 위한 조치에 나아가는 것이 사회관념상 불합리하지 아니한 것으로 평가될 수 있어야 한다. … 가집행채무자가 가집행선고부 판결에 대하여 상소하면서 그 강제집행의 정지를 구하는 과정에서 그 담보로 일정한 금전을 공탁한 경우에 있어서도, 가집행선고부 승소판결이 있었으나 그 후 가집행선고가 실효되었다는 것만으로 그 공탁으로 인한 가집행채무자의 손해에 대한 가집행채권자의 손해배상책임이 바로 긍정된다고는 할 수 없고, 가집행채권자가 집행문을 부여받거나 미리 가압류 등의 보전처분을 하여 두는 등으로 집행절차에 착수하거나 준비한 경우 또는 그 전이라도 가집행채권자가 가집행채무자에 대하여 임의의 이행이 없으면 강제집행에 들어가겠다는 태도를 보인 경우이거나 적어도 가집행채무자가 가집행채권자의 집행을 예기하여 위와 같은 공탁으로써 강제집행의 정지를 구하는 것이 구체적인 분쟁의 경위나 성질, 당사자들의 관계, 경제적 지위 또는 재산상황, 가집행선고부 판결 및 그 상소심 판결의 내용이나 이유 또는 당해 소송에서 현출된 소송자료의 내용 등 제반 사정에 비추어 사회관념상 수긍할 만한 것으로 평가되는 경우에 해당하여야 할 것이다." ☞ 원심이, 가집행선고부 이행판결이 있은 후 그 가집행선고가 실효되었다는 것만으로 원고가 가집행선고부 일부 패소판결에 관하여 상소를 이유로 강제집행정지신청을 하면서 공탁한 금전에 대하여 그 회수 전날까지의 민법 소정의 연 5%의 이자와 그 공탁금에 딸린 이자의 차이에 상당하는 금액을 원고가 가집행의 면제를 받기 위하여 입은 손해로 보고 그 손해에 대한 피고의 배상책임을 긍정하는 한편, 가집행에 착수하였다거나 가집행이 임박하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상 위와 같은 책임을 부담할 수 없다는 피고의 주장을 배척한 데에는 법리오해나 심리미진의 위법이 있다고 한 예.

2863) ❶ 강제집행비용은 가집행선고로 인한 지급물 자체라고는 할 수 없으나 원고의 집행에 의하여 피고가 부담하게 된 손해에 해당하나(79다1476), ❷ 부동산처분금지가처분채무자가 가집행선고부 가처분취소판결에 기하여 가처분등기를 말소한 후에 그 판결을 취소, 변경하는 판결이 선고되기 전에 그 부동산을 타에 처분함으로써 가처분채권자(가집행채무자)가 그 부동산을 취득할 수 없게 된 경우에 있어서 비록 가처분채권자가 그로 인하여 손해를 입었다 하더라도 그 손해는 가처분채무자(가집행채권자)의 별도의 처분행위에 의한 것일 뿐 가집행

가집행의 원상회복신청은 소송 중의 소의 일종으로서 본안판결이 변경되지 아니할 것을 해제조건으로 하는 '예비적 반소'의 성질을 갖는다.[2864]

원상회복의무는 성질상 '부당이득반환채무'이고 공평의 관념에서 민사소송법이 인정한 '법정채무'로서 지급 금원에 대해서는 '지급된 날 이후부터 법정이율에 의한 지연손해금'이 인정된다.[2865]

사. 대물변제

채권자의 본래 채무 이행 청구에 대한 채무자의 대물변제 항변의 요건사실은 ① "대물변제 합의의 존재 사실", ② "본래의 채무 이행에 '갈음'하여 '다른 급부를 이행'한 사실"이다.[2866] 대물변제 계약을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행 청구의 청구원인 사실은 위 ① 요건만으로 족하다.[2867]

위 ① 요건과 관련하여 보면, 기존채무와 관련하여 채무자 소유 부동산에 관하여 채권자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 이는 대물변제 조로 이전된 것으로 추정되고, 채권자 측이 채무담보 목적임을 재항변으로 주장·증명할 책임이 있다.[2868] [2869] 즉, 부동산

선고부판결의 가집행으로 인한 것이라고는 볼 수 없으므로 그 취소변경된 판결의 가집행과 가처분채권자의 손해와의 사이에는 상당인과관계가 없다(87다카3101).

2864) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2017다235791 판결. 가지급물반환 신청은 소송 중의 소의 일종으로서 그 성질은 예비적 반소라 할 것이므로, 본안에 관하여 원심판결을 파기하는 이상 원심의 가지급물반환명령 부분도 그 당부를 판단할 필요도 없이 당연히 파기를 면할 수 없다(2019다215593).

2865) ❶ 가집행선고부 제1심판결에 기하여 금원을 지급하였다가 다시 상소심판결의 선고에 의해 그 가집행선고가 실효됨에 따라 금원의 수령자가 부담하게 되는 원상회복의무는 성질상 부당이득의 반환채무이지만, 이러한 원상회복의무는 가집행선고의 실효가 기왕에 소급하는 것이 아니기 때문에 본래부터 가집행이 없었던 것과 같은 원상으로 회복시키려는 공평의 관념에서 민사소송법이 인정한 법정채무이다(2012다79866). ❷ 가집행으로 인하여 지급된 것이 금전이라면 특단의 사정이 없는 한 가집행채권자는 그 지급된 금원과 그 지급된 금원에 대하여 지급된 날 이후부터 법정이율에 의한 지연손해금을 지급하여야 하고(2013다52073,52080; 가지급일부터 원심판결 선고일까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진등에관한특례법이 정한 연 20%의 각 비율에 의한 금원의 지급을 인정한 예), ❸ 소송촉진등에관한특례법의 법정이율이 적용될 수 있다(2001다81320).

2866) **요물계약**(계약이 유효하게 성립하기 위하여 당사자 간 의사의 합치 이외에 물건의 인도나 어떠한 급부의 실현이 있어야 하는 계약)으로, 민법상 전형계약으로는 '현상광고'(제675조), 민법 규정상으로는 '질권설정계약'(제330조), '대물변제계약'(제466조), 판례·학설상으로는 '계약금계약'이 있다.

2867) 대법원 1972. 5. 23. 선고 72다414 판결.

2868) 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다19880 판결: "채무와 관련하여 채무자 소유의 부동산이 채권자 앞으로 소유권이전등기가 경료된 경우, 그것이 종전채무의 변제에 갈음하여(즉 대물변제조로) 이전된 것인가, 아니면 종전채무의 담보를 위하여(즉 추후 청산절차를 유보하고) 이전된 것인가의 문제는 그 소유권이전 당시의 당사자 의사해석에 관한 문제인 것이고, 이 점에 관하여 명확한 증명이 없는 경우에는(물론 담보목적임을 주장하는 측에 그 입증책임이 있는 것이다) 소유권이전 당시의 채무액(당해 부동산이 부담하는 제3자에 대한 채무를 포함하여)과 그 당시의 부동산의 가액, 당해 채무를 지게 된 경위와 그 후의 과정(가등기의 경료관계), 소유권이전 당시의 상황, 그 이후에 있어서의 당해 부동산의 지배 및 처분관계 등 제반사정을 종합하여 그것이 담보목적인지 여부를 가려야 할 것."

2869) 이에 대하여 '채무담보 조로 양도한 것으로 추정된다고 봄이 상당하다'는 견해{민법주해 채권(4), 1995, 77면(김대휘 집필)}가 있으나, 기존채무와 관련하여 어음·수표를 교부하거나 다른 채권을 양도하는 경우와 달리,

의 경우 위 ①, ② 요건은 '기존채무와 관련하여 채무자 소유 부동산에 관하여 채권자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 사실'로 대체될 수 있다.[2870] 일정 기간 내에 채무 원리금을 변제할 때에는 재산을 반환받기로 하는 약정이 이루어졌다면, 특별한 사정이 없는 한 담보약정이 이루어진 것으로 해석하여야 한다.[2871] 기존채무와 관련하여 어음·수표를 교부하거나 다른 채권을 양도한 경우에는 채무자 측이 대물변제 목적임을 적극적으로 주장·증명하여야 한다.[2872]

위 ② 요건과 관련하여, 대물변제가 효력을 발생하려면 채무자가 본래의 이행에 갈음하여 행하는 다른 급여가 '현실적'이어야 하고, 등기나 등록이 필요한 경우 그 '등기나 등록'까지 마쳐주어야 하며,[2873] 채무변제에 갈음하여 다른 채권을 양도하기로 한 경우에

소유권이전등기를 마쳐준 경우는 등기의 법률상 권리추정력에 의하여 소유권이 등기명의자인 채권자에게 이전, 귀속되어 있는 것으로 추정되므로, 담보 목적의 등기임을 주장하는 측에 그 증명책임이 있다고 봄이 옳다. ☛ 부동산등기 특별조치법 제6조(등기원인 허위기재등의 금지) 제2조의 규정에 의하여 소유권이전등기를 신청하여야 할 자는 그 등기를 신청함에 있어서 등기신청서에 등기원인을 허위로 기재하여 신청하거나 소유권이전등기외의 등기를 신청하여서는 아니된다.

2870) 소유권이전등기가 대물변제 조인지 채무담보 조인지에 관한 구체적 판단 사례로는, 2012다11648 판결, 2010다94410, 94427 판결, 92다19880 판결 등 참조.

2871) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다64505 판결; "기존의 채무를 정리하는 방법으로 다른 재산권을 이전하기로 하면서 일정 기간 내에 채무 원리금을 변제할 때에는 그 재산을 반환받기로 하는 약정이 이루어졌다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에는 그 재산을 담보의 목적으로 이전하고 변제기 내에 변제가 이루어지지 않으면 담보권 행사에 의한 정산절차를 거쳐 원리금을 변제받기로 하는 양도담보약정이 이루어진 것으로 해석하여야 한다." ☛ 아파트 신축공사 수급인인 피고가 하수급인인 원고 1에게 공사대금의 지급을 위하여 약속어음을 발행·교부하며, 원고 1의 대표이사인 원고 2와 사이에 피고가 원고 2에게 위 어음금의 담보로 아파트 분양계약서를 작성·교부하되, 만약 피고가 지급기일에 위 어음금을 정상적으로 결제할 경우 분양계약서는 효력이 없다는 약정을 체결한 사안에서, 원고 2와 피고 사이에는 아파트를 피고의 원고 1에 대한 채무의 담보 목적으로 이전하고 변제기 내에 변제가 이루어지지 않으면 담보권 행사에 의한 정산절차를 거쳐 원리금을 변제받기로 하는 양도담보약정이 이루어진 것으로 봄이 상당하므로, 원고 2는 피고에 대하여 위 양도담보약정에 따른 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있음은 별론, 매매를 원인으로 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수는 없다고 한 사례.

2872) 86다카2055 판결은, "원고와 피고 사이에 채권담보의 목적이 된 아파트입주권에 대하여 대물변제의 예약을 하고 그 예약완결권을 원고에게 유보한 경우에 원고가 그 예약완결권을 행사하여 그 입주권을 처분하였다면 특별한 사정이 없는 한 위 채권은 대물변제로 인하여 소멸하였다 할 것이고 위 담보목적물을 채권의 일부에 대한 대물변제로 하여 그 나머지 채권을 남겨두기로 하였다면 이를 주장하고 입증할 책임은 원고에게 있다 할 것이다."라고 하였는데, 이는 피고가 원고로부터 차용한 21,000,000원의 원리금의 담보로 아파트입주권을 원고에게 교부하면서 만일 피고가 변제기까지 갚지 않을 때에는 그 입주권을 원고가 마음대로 처분하여도 이의가 없기로 약정한 사실 관계하에서, 피고는 차용금채무 전부가 대물변제로 소멸하였다고 주장하고, 원고는 17,000,000원에 대하여서만 대물변제한 것으로 하고 나머지 4,000,000원은 피고가 변제하기로 약정하였다고 주장한 사안이므로, '대물변제로 인하여 소멸하였다 할 것'이라는 위 판시의 앞부분은 일반론으로서 의미가 있는 것은 아니다.

2873) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022다276789 판결; "다른 급여가 부동산의 소유권이전인 경우 등기를 완료하면 대물변제가 성립되어 기존채무가 소멸한다. 한편 대물변제도 유상계약이므로 목적물에 하자가 있을 경우 매도인의 담보책임에 관한 민법 조항이 준용된다. … 원고가 당초의 약정대로 하도급 공사대금에 대한 대물변제를 원인으로 이 사건 구분건물에 관하여 소유권이전등기를 마친 이상 피고는 본래 채무에 갈음하여 이행하기로 한 다른 급여를 현실적으로 한 것으로 보아야 한다. 이 사건 구분건물이 아직 사용승인을 받지 않았고 대지지분에 제한물권이 설정되어 있기는 하나, 이러한 사정은 대물변제 목적물의 하자로서 담보책임을 물을 수 있는 사유가 될 뿐이다." ☛ 채무자와 채권자(명의신탁자), 명의수탁자 3자간의 대물변제 조의 등기명의신탁의 경우 부동산실명법에 따라 명의신탁약정과 그에 의한 등기는 무효이고, 명의수탁자가 제3자에게 명의수탁 부동산에

는 특별한 사정이 없는 한 '채권양도의 요건'으로서 채권양도의 '대항요건'까지 갖추면 채무소멸의 효력이 생기고,[2874] 그 양수 채권의 변제까지 이루어져야만 원래의 채무가 소멸하는 것은 아니다.[2875]

신주발행 방식의 출자전환으로 기존채권의 변제에 갈음하기로 한 경우, 특별한 사정이 없는 한, 신주발행의 효력발생일을 기준으로 신주의 가액을 평가하여 그 평가액 상당의 기존채권이 변제된 것으로 보아야 한다.[2876]

아. 변제공탁

변제공탁 주장은 통상 원고의 이행청구에 대하여 권리소멸항변으로 기능한다.

변제공탁 항변의 요건사실은[2877] ① '공탁원인사실의 존재, 즉 ⓐ 수령거절, 또는 ⓑ 수령불능 또는 ⓒ 채무자의 과실 없는 채권자 불확지[2878] 사실',[2879] ② '채무 전부에 대한

대한 처분행위를 한 경우 3자간 등기명의신탁에 의한 소유권이전등기의 무효로써 제3자에게 대항할 수 없다고 하더라도, 대물변제약정에 따른 채무자의 채권자(명의신탁자)에 대한 소유권이전등기의무가 대물변제로 적법하게 이행된 것으로는 볼 수 없다(2001다27470).

2874) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2011다82995 판결; 채권자 甲이 채무자 乙 주식회사의 제3채무자 丙 주식회사에 대한 공사대금채권을 피압류채권으로 하여 채권가압류결정과 채권압류 및 추심명령을 받고 丙 회사를 상대로 추심금을 청구하자, 丙 회사가 채권가압류 전에 피압류채권이 대물변제로 소멸하였다고 주장한 사안에서, 乙 회사와 丙 회사가 채권가압류 전 丙 회사 보유 채권을 乙 회사에 양도함으로써 피압류채권인 공사대금채권이 소멸되는 것으로 합의한 사실 등은 인정되나, 丙 회사가 채권가압류 전에 대항요건까지 갖추어 乙 회사에 채권양도를 하였다고 볼 증거가 없다는 이유로 위 주장을 배척한 원심판단을 정당하다고 한 사례.

2875) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다40998 판결.

2876) 대법원 2015. 4. 9. 선고 2014다54168 판결; "대출채권의 담보를 위하여 채무자가 채권자에게 자신의 제3자에 대한 다른 채권을 담보 목적으로 양도하였는데 그 양도된 채권이 후일 제3자에 대한 회생절차에서 채권자에 의하여 회생채권으로 신고되어 회생계획에 따라 그 전부 또는 일부가 출자전환됨으로써 그 회생채권의 변제에 갈음하기로 한 경우, 신주발행의 효력발생일 당시를 기준으로 하여 채권자가 인수한 신주의 시가를 평가하여 그 평가액에 상당하는 부분의 대출채권이 변제된 것으로 보아야 한다."

2877) **민법 제487조(변제공탁의 요건, 효과)** 채권자가 '변제를 받지 아니하거나' '받을 수 없는 때'에는 변제자는 채권자를 위하여 변제의 목적물을 공탁하여 그 채무를 면할 수 있다. 변제자가 '과실 없이 채권자를 알 수 없는 경우'에도 같다.

2878) ◎ **상대적 채권자 불확지 공탁의 구체적 예**
❶ 신탁계약의 해지·종료로 수탁자가 위탁자와 약정에 따라 최종 계산을 거쳐 수익자에게 신탁재산을 교부한 후 잔여재산을 위탁자에게 반환하여야 하는데, 정당한 수익자인지 다툼이 있어 수탁자가 누구에게 신탁재산을 지급하여야 하는지 알 수 없는 경우, 채권자 불확지를 원인으로 하여 신탁재산을 변제공탁할 수 있다고 한 사례(2014다207245,207252). ❷ 증권예탁결제원이 선량한 관리자의 주의를 다하여도 보호예수의무자와 제3자 중 누구에게 보호예수 주권을 반환해야 할 것인지를 알 수 없는 경우 채권자 불확지를 원인으로 하여 주권을 변제공탁할 수 있다고 한 사례(2007다35596). ❸ 예금계약의 출연자와 예금명의자가 서로 다르고 양자 모두 예금채권에 관한 권리를 적극 주장하고 있는 경우로서 금융기관이 그 예금의 지급 시는 물론 예금계약 성립 시의 사정까지 모두 고려하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여도 어느 쪽이 진정한 예금주인지에 관하여 사실상 혹은 법률상 의문이 제기될 여지가 충분히 있다고 인정되는 때에는 채무자인 금융기관으로서는 채권자 불확지를 원인으로 하여 변제공탁을 할 수 있다고 한 사례(2004다37737). ❹ 확정일자 있는 채권양도 통지와 채권가압류명령이 제3채무자에게 동시에 도달된 경우에 제3채무자는 송달의 선후가 불명한 경우에 준하여 채권자를 알 수 없다는 이유로 변제공탁을 할 수 있다고 한 사례(2003다22561). ❺ 양도금지의 특약이 붙은 채권이 양도된 경우에 채무자로서는 양수인의 선의 등의 여부를 알 수 없어 과연 채권이 적법하게 양도된 것인지에 관하여 의문이 제기될 여지가 충분히 있으므로 특별한 사정이 없는 한 채권자 불확지를 원인으로

변제공탁 사실'이다.

그 중 흔히 행해지는 수령거절에 의한 변제공탁 항변의 구체적 요건사실은 ① '변제자가 채무 전부에 대한 변제의 제공을 하였으나 채권자[2880]가 이를 수령하지 아니한 사실' 또는 '채권자가 미리 수령거절의 의사표시를 하는 등 변제제공을 하였더라도 그 수령을 거절하였을 것이 명백한 사실',[2881] ② '변제자가 채무 전부[2882] [2883]를 변제공탁한 사실'이다.

변제공탁 항변의 요건사실은 ① '변제자가 채무 전액에 대한 변제공탁임을 공탁원인으로 밝히고 공탁한 사실'과 ② (전부 변제 항변) '채권자가 그 공탁원인을 수락하거나 이의 유보 의사표시 없이[2884] 공탁금을 수령한 사실' 또는 (일부 변제 항변) '채권자가 채권의 일부에 충당한다는 유보의 의사표시를 하고 공탁금을 수령한 사실'로 대체될 수도 있다.[2885]

하여 변제공탁을 할 수 있다고 한 사례(2000다55904). ⓑ 특정 채권에 대하여 채권양도의 통지가 있었으나 그 후 통지가 철회되는 등으로 채권이 적법하게 양도되었는지 여부에 관하여 의문이 있어 채권자 불확지를 원인으로 하여 변제공탁을 할 수 있다고 한 사례(96다2583).

2879) 공탁자는 자신의 의사에 좇아 공탁의 종류(변제공탁, 집행공탁, 혼합공탁), 공탁원인사실(수령거절, 수령불능, 채권자 불확지)을 선택하여 할 수 있고, 공탁자가 그 중 어떠한 공탁을 하였는지는 피공탁자의 지정 여부, 공탁의 근거가 되는 법령조항, 공탁원인사실 등을 종합적·합리적으로 고려하여 객관적으로 판단되어야 한다(2011다84076). 공탁서의 정정은 공탁신청이 수리된 후 공탁서의 착오 기재가 발견된 때에 공탁의 동일성을 해하지 않는 범위 내에서만 허용되는 것이므로, '과실 없이 채권자를 알 수 없는 경우'라고 하여 변제공탁을 하였다가 공탁원인사실에 '채권자의 수령불능'을 추가하는 것은 단순한 착오 기재의 정정에 그치지 않고 공탁의 동일성을 해하는 내용의 정정이므로 허용될 수 없다(2007다35596).

2880) 매수인이 매도인을 대리하여 매매대금을 수령할 권한을 가진 자에게 잔대금의 수령을 최고하고 그 자를 공탁물 수령자로 지정하여 한 변제공탁은 매도인에 대한 잔대금 지급의 효력이 있다(2011다77849).

2881) 채권자의 태도로 보아 채무자가 설사 채무의 이행제공을 하였더라도 그 수령을 거절하였을 것이 명백한 경우에는 채무자는 이행의 제공을 하지 않고 바로 변제공탁 할 수 있으므로(93다42276), ① 요건은 '채권자가 미리 수령거절의 의사표시를 하는 등 변제제공을 하였더라도 그 수령을 거절하였을 것이 명백한 사실'로 대체될 수 있다. 당사자가 주장하지 아니한 일련의 사실을 인정하고 이로부터 변제를 제공하였더라도 이를 수령하지 아니하였을 것이라고 판단하였다고 하더라도, 이와 같이 수령거절을 추인하게 해주는 일련의 사실은 당사자 주장의 공탁원인에 대한 간접사실에 불과한 것이므로 변론주의의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다(93다42276).

2882) 채권자에 대한 변제자의 공탁금액이 채무의 총액에 비하여 아주 근소하게 부족한 경우에는 당해 변제공탁은 신의칙상 유효한 것이라고 보아야 한다. ex ① 원고가 나름대로 계산을 하여 채무원리금 전액을 변제공탁한다는 취지로 공탁을 하였는데 집행비용의 차이, 계산상 과오 등으로 인하여 근소한 부족금액이 발생하였고, 그 부족비율이 0.35%(= 248,816/69,384,761)에 지나지 않는 것이라고 한다면, 그 공탁은 그 공탁시점에서 신의칙상 유효한 것으로 볼 수 있다고 한 사례(2002다12871,12888). ② 부족 금액 63,700원(채무총액 49,050,000원 - 변제공탁금액 48,986,300원)이 채무총액에 비해 0.12%에 해당하는 적은 금액이고 원고의 계산방식의 착오에 의한 것임이 명백한 점, 피고가 원고로부터 투자원금 3,000만 원에 대한 이득금으로 받는 금액이 불과 1년 남짓한 기간 동안에 원금의 2/3 정도에 육박하는 1,900여만 원인데 비하여 위 부족금 63,700원은 하루 남짓한 일수의 이득금에 불과한 점 등을 고려하면 신의칙상 위 공탁은 유효하다고 봄이 상당하다고 한 사례(86다카909).

2883) 채권자에게 반대급부 기타 조건의 이행의무가 없음에도 불구하고 채무자가 이를 조건으로 변제공탁(조건부 변제공탁)한 때에는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 무효이다(2001다2846).

2884) 일반적으로 이의 유보는 채권자가 공탁금 수령 시에 공탁공무원에 대하여 명시적으로 하는 것이므로, 변제자로서는 '채권자가 공탁금을 수령하면서 공탁공무원에게 이의를 유보하지 않은 사실'을 증명하면 족하다고 볼 것이다. 이의 유보 의사표시의 상대방은 공탁공무원에 국한되지 않고 채무자도 될 수 있으나(대법원 1982. 11. 9. 선고 82누197 전원합의체 판결), '공탁공무원에게 이의를 유보하지 않은 사실'로부터 '채무자에게도 이의를 유보하지 않은 사실'이 추인되고, '채무자에 대한 이의 유보 사실'은 채권자가 증명하여 위 추인을 번복토록 함이 타당하다.

변제공탁이 적법한 경우에는 채권자가 공탁물 출급청구를 하였는지 여부와는 관계없이 '공탁을 한 때'에 변제의 효력이 발생하고,[2886] 공탁물이 회수된 경우에는 공탁하지 아니한 것으로 보아[2887] 채권소멸의 효력은 소급하여 없어진다.[2888]

공탁 관련 부적법한 소의 예로는, 피공탁자가 아닌 제3자가 피공탁자를 상대로 공탁물 출급청구권의 확인을 구하는 소,[2889] 직접 민사소송으로써 국가를 상대로 공탁금지급을 구하는 소,[2890] 약정에 기하여 공탁의 이행을 구하는 소[2891] 등이 있다.

2885) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다93568, 93575 판결; "일부 공탁이 유효하게 될 예외적인 사정이 있다거나, 원고가 일부 공탁을 이의를 유보함이 없이 수락하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 위 변제공탁은 채무소멸의 효력이 없다고 판단하였는바, … 옳은 것으로 수긍이 가고" ☛ 변제공탁이 유효하려면 채무 전부에 대한 변제의 제공 및 채무 전액에 대한 공탁이 있어야 하고, 채무 전액이 아닌 일부에 대한 공탁은 일부의 제공이 유효한 제공이라고 볼 수 있거나 변제자의 공탁금액이 채무의 총액에 비하여 아주 근소하게 부족하여 해당 변제공탁을 신의칙상 유효한 것이라고 볼 수 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 그 공탁 부분에 관하여서도 채무소멸의 효과가 발생하지 않는다(대법원 2022. 11. 30. 선고 2017다232167, 232174 판결). 채무자가 채무액 일부만 변제공탁을 하였으나 그 후 부족분을 추가로 공탁하였다면 그 때부터는 모든 채무액에 대하여 유효한 공탁을 한 것으로 볼 수 있다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2020다239366 판결). 채무 액수에 관하여 다툼이 있는 경우에 채무자가 채무 전액의 변제임을 공탁원인 중에 밝히고 공탁을 하였는데, 채권자가 그 공탁금을 수령하면서 공탁공무원이나 채무자에게 채권의 일부로 수령한다는 등 이의 유보 의사표시를 한 바 없다면, 채권자는 그 공탁 취지에 따라 채권 전액에 대한 변제공탁의 효력을 인정한 것으로 보아야 한다(97다37784, 83다카88.89). 채권자가 공탁금을 채권의 일부에 충당한다는 유보의 의사표시를 하고 이를 수령한 때에는 그 공탁금은 채권의 일부의 변제에 충당되고, 그 경우 유보의 의사표시는 반드시 명시적으로 하여야 하는 것은 아니다(2008다51359).

2886) 그 후 공탁물 출급청구권에 대하여 가압류 집행이 되더라도 그 변제의 효력에 영향을 미치지 아니 한다(2011다11580).

2887) **민법 제489조(공탁물의 회수)** ① 채권자가 공탁을 승인하거나 공탁소에 대하여 공탁물을 받기를 통고하거나 공탁유효의 판결이 확정되기까지는 변제자는 공탁물을 회수할 수 있다. 이 경우에는 공탁하지 아니한 것으로 본다. ② 전항의 규정은 질권 또는 저당권이 공탁으로 인하여 소멸한 때에는 적용하지 아니한다.

2888) 채권소멸의 효력을 소급적으로 소멸시키는 공탁물의 회수에는 공탁자에 의하여 이루어진 경우뿐만 아니라, 피공탁자를 포함한 제3자가 공탁자에 대하여 가지는 별도 채권의 집행권원으로써 공탁자의 공탁물 회수청구권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 그 집행으로 공탁물을 회수한 경우도 포함되고, 나아가 부적법한 변제공탁으로 변제의 효력이 발생하지 않았다고 하더라도, 피공탁자는 이를 수락하여 공탁물 출급청구를 하는 대신 공탁자에 대한 다른 채권에 기하여 공탁자의 공탁물 회수청구권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 그 집행으로 공탁물을 회수할 수 있으며, 한편 공탁물 출급청구권과 공탁물 회수청구권은 서로 독립한 별개의 청구권이므로 설령 공탁물 출급청구권에 대한 압류 등이 있었다고 하더라도 이는 공탁물 회수청구권에 대하여 아무런 영향을 미치지 않는다(대법원 2020. 5. 22.자 2018마5697 결정).

2889) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2014다3122, 3139 판결; "변제공탁의 공탁물출급청구권자는 피공탁자 또는 그 승계인이고 피공탁자는 공탁서의 기재에 의하여 형식적으로 기재되므로, 실체법상의 채권자라고 하더라도 피공탁자로 지정되어 있지 않으면 공탁물출급청구권을 행사할 수 없고, 따라서 피공탁자가 아닌 제3자가 피공탁자를 상대로 하여 공탁물출급청구권 확인판결을 받았더라도 그 확인판결을 받은 제3자가 직접 공탁물출급청구를 할 수 없으므로, 피공탁자 중 1인을 채무자로 하여 그의 공탁물출급청구권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받은 추심채권자라는 등의 특별한 사정이 없는 한 피공탁자가 아닌 제3자는 피공탁자를 상대로 하여 공탁물 출급청구권의 확인을 구할 이익이 없다."

2890) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2012다204815 판결; "공탁관의 처분에 대하여 불복이 있는 때에는 공탁법이 정한 바에 따라 이의신청과 항고를 할 수 있고, 공탁관에 대하여 공탁법이 정한 절차에 의하여 공탁금지급청구를 하지 아니하고 직접 민사소송으로써 국가를 상대로 공탁금지급청구를 할 수는 없다." ☜ **원심**은, 공탁관의 형식적 심사범위를 넘어선다는 이유로 예외적으로 공탁법이 정한 절차를 거치지 아니하더라도 직접 민사소송을 제기할 수 있다고 보아, 공탁금지급청구의 소는 공탁법상 불복절차를 거치지 아니하여 부적법하다는 피고의 본안전 항변을 배척하였으나, **대법원**은, 원심을 파기·자판하여 소 각하한 예.

2891) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다52526 판결; "공탁은 반드시 법령에 근거하여야 하고 당사자가 임의로

채권자 '상대적 불확지' 변제공탁으로 피공탁자 중 1인이 다른 피공탁자들을 상대로 '공탁금출급청구권 존재 확인'을 구하는 경우, 원고는 '피공탁자들과 공탁자인 채무자 사이의 법률관계'에서 자신이 본래의 채권을 행사할 수 있는 진정한 채권자임을 주장·증명하여야 한다.[2892]

자. 상 계

1) 요건사실

상계의 실체법상 요건사실[2893]은, ① 쌍방이 서로 대립하는 채권을 가질 것, ② 그 채권의 목적이 동종일 것,[2894] ③ 양 채권이 변제기에 있을 것,[2895] ④ 상계의 의사표시 및 그 도달 등 4가지이나, 상계 항변의 요건사실은 ① '자동채권의 발생 및 그 변제기 도래', ② '상계의 의사표시 및 그 도달' 사실로 축약된다.

위 ①, ②의 경우, 수동채권의 존재[2896]는 상계항변 이전 단계인 청구원인 단계에서 이미 드러나 있을 것이므로[2897] 상계 항변자는 사실상 '자동채권의 발생' 사실만을 주장·증명하면 된다.[2898] 법률의 규정 등 특별한 사정[2899]이 없는 한, 자동채권으로 될 수 있는

할 수 없는 것이므로, 금전채권의 채무자가 공탁의 방법에 의한 채무의 지급을 약속하더라도 채권자가 채무자에게 이러한 약정에 기하여 공탁할 것을 청구하는 것은 허용되지 않는다. 그리고 이러한 법리는 채무자에게 민사집행법 제248조에서 정한 집행공탁의 요건이 갖추어져 있는 경우라도 다르지 않다."

2892) 대법원 2017. 5. 17. 선고 2016다270049 판결: "채무자가 과실 없이 채권자를 알 수 없는 경우에는 변제의 목적물을 공탁하면 채무를 면하고(민법 제487조 후단), 채권자는 공탁소에 대하여 공탁금출급청구권을 가지게 된다. 이때 피공탁자가 된 채권자가 가지는 공탁금출급청구권은 채무자에 대한 본래의 채권을 갈음하는 권리이므로, 그 귀속 주체와 권리 범위는 본래의 채권이 성립한 법률관계에 따라 정해진다. 따라서 채무자가 누가 진정한 채권자인지를 알 수 없어 상대적 불확지의 변제공탁을 하여 피공탁자 중 1인이 다른 피공탁자들을 상대로 자기에게 공탁금출급청구권이 있다는 확인을 구한 경우에, 피공탁자들 사이에서 누가 진정한 채권자로서 공탁금출급청구권을 가지는지는 피공탁자들과 공탁자인 채무자 사이의 법률관계에서 누가 본래의 채권을 행사할 수 있는 진정한 채권자인지를 기준으로 판단하여야 한다."

2893) **민법 제492조(상계의 요건)** ① 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때에는 각 채무자는 대등액에 관하여 상계할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 상계를 허용하지 아니할 때에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 규정은 당사자가 다른 의사를 표시한 경우에는 적용하지 아니한다. 그러나 그 의사표시로써 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

2894) 위임인의 수임인에 대한 별개의 금전채권과 수임인의 위임인에 대한 대변제청구권은 동종의 채권으로 볼 수 없어 상계가 허용되지 않는다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2016다48808 판결).

2895) 민법 제492조 제1항에서 정한 '채무의 이행기가 도래한 때'는 채권자가 채무자에게 이행의 청구를 할 수 있는 시기가 도래하였음을 의미하고 채무자가 이행지체에 빠지는 시기를 말하는 것이 아니다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다25946 판결).

2896) 쌍방의 채무가 상계할 수 있는 이른바 상계적상에 있었는데, 채무자가 수동채권에 관하여 상계의 의사표시를 하지 않고 그것이 변제, 기타의 사유로 소멸한 경우에는, 다시 이를 수동채권으로 하여 상계할 수 없다(79다1077).

2897) 대법원 1997. 12. 9. 선고 96다47586 판결: "상계의 수동채권은 상계의 의사표시를 하는 자에 의하여 특정된다고 할 것인데, … 원고들이 원금과 그에 대한 이자채권 일부를 소구하자 소송 중 피고가 자신의 채권으로 그와 상계하겠다는 의사표시를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피고는 소구하는 원금과 이자채권을 수동채권으로 하려는 의사였다고 볼 것이므로, 원금채권이 상계로 소멸되기 이전에 발생한 이자채권 중 소구되지 않은 부분이 있다고 하더라도 그 부분을 상계의 수동채권으로 볼 수는 없다고 할 것"

채권은 상계자가 상대방에 대하여 가지는 채권이어야 하고 제3자가 상대방에 대하여 가지는 채권으로는 상계할 수 없다.[2900] 조합의 채무자는 그 채무와 조합원에 대한 채권으

2898) ❶ 대법원 2008. 6. 26. 선고 2006다77197 판결; "정리회사의 관리인의 상계허가신청에 대하여 정리법원의 허가결정이 내려지고 그 결정이 확정되었다 하더라도 정리회사의 상대방에 대한 자동채권의 존부 및 범위와 그에 따른 상계의 효력에 관하여는 별개의 절차에서 여전히 다툴 수 있다고 보아야 할 것이다. 한편, 이 경우 자동채권의 존부 및 범위는 그 권리의 존재를 주장하는 측에서 증명할 책임이 있고, 정리법원의 상계허가결정에 의하여 자동채권의 존부 및 범위가 법률상 추정되어 그에 대한 증명책임이 정리회사의 관리인으로부터 상대방에게 전환되는 것은 아니라고 할 것이다. … 원심이 피고가 제출한 증거만으로는 정리회사 … 가 2000. 3. 2. 상계 당시 원고에 대하여 미수금 채권 … 원 상당을 가지고 있었다는 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다고 판단한 것은 정당하고, … 자동채권의 존재에 대한 증명책임에 관한 법리오해 등의 위법이 없다." ❷ 63다429; "이식제한령 소정 범위를 초과한 이식은 무효이므로 이를 자동채권으로 하여 상계의 의사표시를 하였다 하여도 그 효력을 발생할 수 없는 것이고" ❸ 91다28979; "상계의 원인되는 자동채권이 존재하지 않는 것으로 확정되어 상계의 효력이 없다면 수동채권은 여전히 존재하는 것이어서 단순히 그 채무를 이행하지 않고 있다는 점만으로 법률상 원인 없이 이득을 얻었다 할 수 없는 것이고, 가사 수동채권이 시효로 소멸하게 되었다 하더라도 달리 볼 것은 아닌 것" ❶ 대법원 2015. 11. 27. 선고 2011다28939 판결; "원심이, 원고 1에 대한 이 사건 시술 당시 피고 병원 의료진이 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 못한 탓으로 오히려 원고 1의 신체기능이 회복불가능하게 손상되었고, 또 손상 이후에는 그 후유증세의 치유 또는 더 이상의 악화를 방지하는 정도의 치료만이 계속되어 온 것뿐이어서 피고 병원의 치료행위는 진료채무의 본지에 따른 것이 되지 못하거나 손해전보의 일환으로 행하여진 것에 불과하여, 피고로서는 원고 1에게 그 치료비의 지급을 청구할 수 없다는 이유로, 원고 1에 대한 피고 병원의 치료비 726,532,888원을 자동채권으로 하는 피고의 상계항변을 모두 배척하였다. … 원심의 위와 같은 판단은 정당하다." ☞ 피고의 의료과실에 따른 원고의 손해배상청구에 대하여, 치료비채권을 자동채권으로 한 피고의 상계항변은 그 주장 자체에서 자동채권이 성립되지 아니하여 배척되어야 한다.

2899) 예외적으로, 연대채무자의 다른 연대채무자 채권에 의한 상계(민법 제418조 제2항), 보증인의 주채무자 채권에 의한 상계(민법 제434조), 이행보증보험의 보험자가 보험계약자의 피보험자에 대한 채권으로 상계하는 경우(2000다16251), 보험가입자인 가해자가 보험자의 피해자에 대한 부당이득반환채권으로 상계하는 경우(80다2271) 등과 같이 구상관계의 편의성, 공평의 요청 등의 합리적인 사유가 있는 때에는 예외적으로 제3자의 채권을 자동채권으로 하는 상계가 허용될 수 있다.

2900) ○ 대법원 2022. 12. 16. 선고 2022다218271 판결; **원심**이, "추심채권자가 최우선순위 채권자인 경우, 채권자가 추심신고를 하기 전까지 다른 압류, 가압류 또는 배당요구가 없었던 경우 등과 같이 피압류채권에 관한 상계자의 독점적인 만족이 본래 가능한 경우에는 추심채권자의 상계를 굳이 불허할 필요가 없다."라고 한 다음, '피고(市)가 피압류채권의 환가 절차에서 최우선순위로 배당받을 수 있는 채권자에 해당할 뿐만 아니라, 피고가 추심신고를 하기 전까지 피압류채권에 관하여 다른 압류, 가압류 또는 배당요구도 없었으므로, 피압류채권을 자동채권으로 하는 피고의 상계를 허용하더라도 이로써 다른 채권자의 권리 내지 민사집행법이 규정한 채권자 평등주의를 해하게 될 염려는 없다.'라고 한 데 대하여, **대법원**은, "국세징수법에 의한 채권압류의 경우 압류채권자는 체납자에 대신하여 추심권을 취득할 뿐이고, 이로 인하여 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권이 압류채권자에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니다. 따라서 압류채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류한 경우 그 채권은 압류채권자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권이 아니므로, 압류채권자는 이를 자동채권으로 하여 제3채무자의 압류채권자에 대한 채권과 상계할 수 없고, 이는 피압류채권에 대하여 이중압류, 배분요구 등이 없다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다."라고 한 다음, '피고가 국세징수법에 기하여 소외1회사의 소외2회사에 대한 채권을 압류하였다고 하더라도, 그 피압류채권은 피고가 소외2회사에 대하여 가지는 채권이 아니므로 피고는 소외2회사에 대하여 피압류채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 없고, 소외2회사의 피고에 대한 채권을 양수한 원고에게 상계의 효력을 주장할 수 없다.'고 한 예. ☛ ❶ 2010다101394; "상계는 당사자 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 서로 같은 종류의 급부를 현실로 이행하는 대신 어느 일방 당사자의 의사표시로 그 대등액에 관하여 채권과 채무를 동시에 소멸시키는 것이고, 이러한 상계제도의 취지는 서로 대립하는 두 당사자 사이의 채권·채무를 간이한 방법으로 원활하고 공평하게 처리하려는 데에 있으므로, … 상대방이 제3자에 대하여 가지는 채권과는 상계할 수 없다고 보아야 한다. … 상대방이 제3자에 대하여 가지는 채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있다고 한다면, 이는 상계의 당사자가 아닌 상대방과 제3자 사이의 채권채무관계에서 상대방이 제3자로부터 채무의 본지에 따른 현실급부를 받을 이익을 침해하게 될 뿐 아니라, 그 상대방의 채권자들 사이에서 상계자만 독점적인 만족을 얻게 되는 불합리한 결과를 초래하게 되므로, 상계의 담보적 기능과 관련하여 법적으로 보호받을 수 있는 당사자의 합리적 기대가 이러한

로 상계하지 못한다.[2901] 자동채권 발생의 장애나 소멸 사실은 재항변사유에 해당하나, 소멸시효 완성 전에 상계할 수 있었던 자동채권의 시효소멸 주장은 유효한 재항변사유가 될 수 없다.[2902]

위 ③의 경우, 양 채권이 모두 그 변제기가 도래한 경우는 물론, 수동채권에 관한 변제기가 도래하지 않았다 하더라도 그 기한의 이익을 포기할 수 있는 경우이면 상계가 가능하다(이 경우 상계의 의사표시에는 자신의 채무에 관한 기한의 이익을 포기하는 의사표시가 포함되어 있다고 볼 수 있다).[2903] 그러나 자동채권에 관한 변제기가 도래하지 아니한 경우에는 상계적상에 있는 것이라고 할 수 없어 상계를 할 수 없다.[2904] 따라서 위 ③의 요건은 결국 '자동

경우에까지 미친다고 볼 수는 없다." ❷ 94다2886은, "강제집행절차에 의하여 채권압류 및 추심명령을 받은 채권자는 피압류채권에 대하여 2중의 압류가 되어 있거나 배당요구가 있는 경우에는 추심의 방법으로 피압류채권을 자동채권으로 하여 채권자가 제3채무자에 대하여 부담하고 있던 다른 채무를 상계할 수 없다."라고 판시하여, 위 원심처럼 해석할 여지가 있었다.

○ 채권자대위소송에서는 제3채무자로 하여금 직접 대위채권자에게 금전을 지급하도록 하는 판결이 확정되더라도, 대위채권자가 제3채무자에 대하여 그 판결금 채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 없다(2016다239420).

2901) ◎ **조합의 채권에 대한 채무자의 상계 가부**: 조합의 채무자는 '조합원'에 대한 개인적 채권을 자동채권으로 하여 '조합'의 채무자에 대한 채권(수동채권)과 상계하지 못한다(민법 제715조). '조합원의 조합채권에 대한 지분'만큼과도 상계할 수 없다. '**조합**'에 대한 채권으로 상계할 수 있음은 당연하다. ❶ 97다6919; "원고가 위 동업체의 조합원 중의 1인인 소외인에 대하여 개인 채권을 가지고 있었다고 하더라도 그 채권과 동업체와의 위 매매계약으로 인한 잔대금채무를 서로 대등액에서 상계할 수는 없는 법리라고 할 것" ❷ 83다카542; 동업체 탈퇴자가 동업체 사무집행 중 돈을 횡령한 경우, 동업체의 업무집행자는 그 손해배상채권을 자동채권으로 하여 탈퇴자의 출자금반환채권과 상계할 수 있다고 한 예.

2902) **민법 제495조(소멸시효 완성된 채권에 의한 상계)** 소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다. ☛ ❶ 이는 당사자 쌍방의 채권이 상계적상에 있었던 경우에 당사자들은 그 채권·채무관계가 이미 정산되어 소멸하였다고 생각하는 것이 일반적이라는 점을 고려하여 당사자들의 신뢰를 보호하기 위한 것이다. 다만 이는 '자동채권의 소멸시효 완성 전에 양 채권이 상계적상에 이르렀을 것'을 요건으로 한다. ❷ 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 매수인이나 도급인의 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 유추적용된다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다255648 판결). ❸ 임대차 존속 중에 임대인의 차임채권 등 자동채권의 소멸시효가 완성된 경우에는, 임대차계약 종료 시 발생하는 임차인의 임대차보증금반환채권이나 유익비상환채권과 임대인의 위 채권이 특별한 사정이 없는 한 상계할 수 있는 상태에 있었다고 할 수 없으므로, 임대차계약 종료 후에 임대인이 이미 소멸시효가 완성된 채권을 자동채권으로 삼아 임차인의 임대차보증금반환채권이나 유익비상환채권과 상계하는 것은 인정될 수 없지만, 연체차임은 민법 제495조의 유추적용에 의하여 임대차보증금에서 '공제'할 수는 있다(대법원 2021. 2. 10. 선고 2017다258787 판결, 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다211309 판결).

cf. 공방구조: '자동채권 소멸시효 완성'이라는 원고 재항변의 요건사실 중 '소멸시효 기산점'은 상계항변에서 이미 드러나 있고 '소멸시효기간'은 직권조사사항이며 '그 경과'는 공지의 사실이므로, 결국 '원고의 소멸시효 원용의 의사표시'만 필요하지만, 민법 제495조 적용 여부에 관한 요건사실이 모두 이미 드러나 있는 상태이므로, 피고가 재재항변으로 주장할 필요 없이, '**자동채권의 소멸시효 완성 전에 상계적상**'에 있었던 경우라면 원고의 재항변은 그 주장 자체로 이유 없어 배척되어야 하고, 피고의 상계항변은 인용된다.

2903) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2015다252501 판결; "특별한 사정이 없는 한, 임대인의 임대차보증금반환채무는 장래에 실현되거나 도래할 것이 확실한 임대차계약의 종료시점에 이행기에 도달한다. 그리고 임대인으로서는 임대차보증금 없이도 부동산 임대차계약을 유지할 수 있으므로, 임대차계약이 존속 중이라도 임대차보증금반환채무에 관한 기한의 이익을 포기하고 임차인의 임대차보증금반환채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있고, 임대차 존속 중에 그와 같은 상계의 의사표시를 한 경우에는 임대차보증금반환채무에 관한 기한의 이익을 포기한 것으로 볼 수 있다."

2904) 대법원 1980. 9. 9. 선고 80다939 판결.

채권의 변제기 도래'로 대체될 수 있는 것이다.[2905] [2906]

위 ④의 경우, 상계는 상계적상에 있는 채권을 가진 채권자가 '별도로 의사표시'를 하여야 한다(민법 제493조 제1항).[2907] 상계의 의사표시 없이 상계된다는 '약정'이 있으면 상계의 의사표시는 필요치 않다.[2908]

2) 공제, 상계계약과의 구별

상계와 구별되는 개념으로 '공제'가 있다. 공제는, 상계적상 여부를 따지지 않고 별도의 의사표시 없이 당연히 충당, 차감(실체법상 별도의 의사표시 없이 당연히 공제되더라도 소송상 공제 주장은 필요하고, 공제될 채권의 발생을 주장·증명을 하여야 한다[2909])되는 것이다(판례상 구체적 예로는, ① 임대차보증금반환채권에서 임대차 관련 임차인 채무의 공제, ② 기성공사대금채권에서 공사선급금의 공제, ③ 보험금이나 해약환급금 채권에서 보험약관대출금의 공제,[2910] ④ 건설공동수급체

2905) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다70018 판결; "상계는 쌍방이 서로 상대방에 대하여 같은 종류의 급부를 목적으로 하는 채권을 가지고 자동채권의 변제기가 도래하였을 것을 그 요건으로 하는데, 여기서 같은 종류의 급부를 목적으로 한다고 함은 그 목적이 같은 종류이면 충분하다는 뜻이고, 나아가 채권의 발생원인·액수·이행기·이행지 등이 동일할 필요는 없다."

2906) "자동채권의 발생원인이 대차형 계약인 경우에는 이행기가 계약의 불가결한 요소이어서 '자동채권의 발생 사실'을 주장하는 과정에서 그 이행기가 드러나게 되므로, 상계를 주장하는 피고에게 '자동채권의 이행기가 도래한 사실'에 대한 주장·입증책임이 있으나, 자동채권의 발생원인이 매매형 계약인 경우에는 원칙적으로 계약의 체결과 동시에 이행기가 도래하므로 '자동채권의 발생 사실'을 주장·입증하는 것으로 족하고, 이행기에 관한 약정사실은 상대방이 재항변으로 주장하여야 한다."는 견해(요건사실론, 사법연수원, 2014년, 71면)도 있으나, 민법 제492조에 상계의 요건으로 '쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때'로 규정하고 있고, 이행기가 계약의 불가결한 요소가 아니라 하여 계약의 체결과 동시에 이행기가 도래함이 반드시 원칙이라 할 것은 아니며, 매매형 계약의 경우에도 '자동채권의 발생 사실'을 주장하는 과정에서 그 이행기가 드러남이 통상일 것이고, '이행기 약정'을 원고의 재항변 사유로 하더라도 결국 피고가 '약정 이행기의 도래'을 재재항변으로 주장·증명하게 되는 것이므로, 실제로는 무의미한 재항변·재재항변의 공방단계를 개입시키기보다는 '자동채권의 변제기 도래 사실'을 애초에 피고의 상계항변 요건사실로 위치시킴이 옳다고 본다. 매매형 계약에 있어서 '이행기 도래'의 요건사실을 계약에 기한 이행청구와 상계항변 양자 간에 반드시 동일하게 취급할 것은 아니라고 본다.

2907) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008다51359 판결; "그 의사표시 여부는 원칙적으로 채권자의 자유에 맡겨져 있는 것이므로, 비록 상계의 의사표시가 묵시적으로도 가능하다 하더라도, 다른 의사와 구분되는 별도의 상계의사를 확인하지 않은 채 이를 인정할 수는 없다 할 것이다. … 원고는 명시적으로 상계 또는 그 전제로서의 부당이득반환채권에 관한 주장을 한 바 없다는 것이고, 원고의 주장은 확정판결에 의한 채무가 변제로 소멸하였다는 취지일 뿐인바, 상계는 확정판결의 변론종결 전에 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었던 경우에도 변론종결 후에 그 의사표시를 하고 이를 청구이의 사유로 삼을 수 있는 것으로서 확정판결에 의한 채무가 변제로 소멸하였다는 주장 속에 당연히 포함되어 있는 내용으로 보기는 어렵다."

2908) 대법원 1974. 2. 12. 선고 73다1052 판결.

2909) 대법원 2021. 5. 27. 선고 2020다263635, 263642 판결; "임대차보증금에서 피담보채무 등을 공제하려면 임대인은 피담보채무인 연체차임, 연체관리비 등을 임대차보증금에서 공제하여야 한다는 주장을 해야 하고, 임대차보증금에서 공제될 차임채권, 관리비채권 등의 발생 원인에 관하여 주장·증명을 해야 한다."

2910) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005다15598 전원합의체 판결의 다수의견; "생명보험계약의 약관에 보험계약자는 보험계약의 해약환급금의 범위 내에서 보험회사가 정한 방법에 따라 대출을 받을 수 있고, 이에 따라 대출이 된 경우에 보험계약자는 그 대출 원리금을 언제든지 상환할 수 있으며, 만약 상환하지 아니한 동안에 보험금이나 해약환급금의 지급사유가 발생한 때에는 위 대출 원리금을 공제하고 나머지 금액만을 지급한다는 취지로 규정되어 있다면, 그와 같은 약관에 따른 대출계약(이하 '보험약관대출계약'이라고 한다)은 약관상의 의무의 이행으로 행하여지는 것으로서 보험계약과 별개의 독립된 계약이 아니라 보험계약과 일체를 이루는 하나의 계약이라고 보아야 하고, 보험약관대출금의 경제적 실질은 보험회사가 장차 지급하여야 할 보험금이나 해약환급금을 미리 지급하는 선급금과 같은 성격이라고 보아야 한다. 따라서 위와 같은 약관에서 비록 '대출'이라는

구성원들 간 '출자의무와 이익분배를 직접 연계시키는 사전 특약'에 따라 이익분배금에서 미지급 출자금을 공제하는 것[2911] 등이 있는데, ①의 경우 판례는 ⓐ 채무자가 채권양수인에 대하여 상계·공제로 대항할 수 있는 양도인에 대한 반대채권의 범위,[2912] ⓑ 제3채무자가 압류 전부·추심권자에 대하여 상계·공제로 대항할 수 있는 압류 채무자에 대한 반대채권의 범위,[2913] ⓒ 채무자가 채권양도인에 대한 반대채권 존재에 관하여 '이의를 보류하지 아니한 승낙'을 한 경우 채권양수인에 대한 대항 여부[2914]에서 상계와 법률상 달리 취급하고 있고,[2915] 이는 ②, ③의 경우에도 동일하게 적용할 수 있을 것으로 보이나, 양 채권의 객관

용어를 사용하고 있더라도 이는 일반적인 대출과는 달리 소비대차로서의 법적 성격을 가지는 것은 아니라고 할 것이며, 보험금이나 해약환급금에서 대출 원리금을 공제하고 지급한다는 것은 보험금이나 해약환급금의 선급금의 성격을 가지는 위 대출 원리금을 제외한 나머지 금액만을 지급한다는 의미이므로 민법상의 상계와는 성격이 다르다고 할 것이다." ☜ 생명보험계약의 해지 전에 보험회사에 대한 정리절차가 개시되어 정리채권신고기간이 만료한 경우 해약환급금과 보험약관대출금 간 공제에 구 회사정리법상 상계제한 규정의 적용을 부정한 예.

2911) 대법원 2018. 1. 24. 선고 2015다69990 판결: "건설공동수급체 구성원은 공동수급체에 출자의무를 지는 반면 공동수급체에 대한 이익분배청구권을 가지는데, 이익분배청구권과 출자의무는 별개의 권리·의무이다. 따라서 공동수급체의 구성원이 출자의무를 이행하지 않더라도, 공동수급체가 출자의무의 불이행을 이유로 이익분배 자체를 거부할 수도 없고, 그 구성원에게 지급할 이익분배금에서 출자금이나 그 연체이자를 당연히 공제할 수도 없다. 다만 구성원에 대한 공동수급체의 출자금 채권과 공동수급체에 대한 구성원의 이익분배청구권이 상계적상에 있으면 상계에 관한 민법 규정에 따라 두 채권을 대등액에서 상계할 수 있을 따름이다. 한편 조합계약에도 계약자유의 원칙이 적용되므로, 당사자들은 자유로운 의사에 따라 조합계약의 내용을 정할 수 있다. 당사자들 사이에 내부적인 법률관계를 규율하기 위한 약정이 있으면, 그들 사이의 권리와 의무는 원칙적으로 그 약정에 따라 정해진다. 공동수급체의 구성원들 사이에 '출자의무와 이익분배를 직접 연계시키는 특약'을 하는 것도 계약자유의 원칙상 허용된다. 따라서 구성원들이 출자의무를 먼저 이행한 경우에 한하여 이익분배를 받을 수 있다고 약정하거나 출자의무의 불이행 정도에 따라 이익분배금을 전부 또는 일부 삭감하기로 약정할 수도 있다. 나아가 금전을 출자하기로 한 구성원이 그 출자를 지연하는 경우 그 구성원이 지급받을 이익분배금에서 출자금과 그 연체이자를 '공제'하기로 하는 약정을 할 수도 있다. 이러한 약정이 있으면 공동수급체는 그 특약에 따라 출자의무를 불이행한 구성원에 대한 이익분배를 거부하거나 구성원에게 지급할 이익분배금에서 출자금과 그 연체이자를 공제할 수 있다. 이러한 '**공제**'는 특별한 약정이 없는 한 당사자 쌍방의 채권이 서로 상계적상에 있는지 여부와 관계없이 가능하고 별도의 의사표시도 필요하지 않다. 이 점에서 상계적상에 있는 채권을 가진 채권자가 별도로 의사표시를 하여야 하는 상계(민법 제493조 제1항)와는 구별된다. 물론 상계의 경우에도 쌍방의 채무가 상계적상에 이르면 별도의 의사표시 없이도 상계된 것으로 한다는 특약을 할 수 있다. 그러나 공제 약정이 있으면 별도의 의사표시 없이도 당연히 공제되는 것이 원칙이다. 공동수급체의 구성원들 사이에 작성된 공동수급협정서 등 처분문서에 상계적상 여부나 상계의 의사표시와 관계없이 당연히 이익분배금에서 미지급 출자금 등을 공제할 수 있도록 기재하고 있고 그 처분문서의 진정성립이 인정된다면, 특별한 사정이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로 공제 약정이 있었던 것으로 보아야 한다. 또한 출자의무를 이행하지 않은 구성원에 대하여 회생절차가 개시되었더라도 그 개시 이전에 이익분배금에서 미지급 출자금을 공제하기로 하는 특약을 하였다면 특별한 사정이 없는 한 그에 따른 공제의 법적 효과가 발생함에는 아무런 영향이 없다." ☜ 원고 회생절차 개시 전의 사전 공제약정에 따라 피고(공동수급체 대표자)는 원고(회생채무자)에게 지급할 이익분배금(기성공사대금)에서 미납 분담금(출자금)을 공제할 수 있다고 한 예.
⇔ 대법원 2017. 11. 9. 선고 2016다223456 판결; 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제422조 제1호('파산채권자가 파산선고 후에 파산재단에 대하여 채무를 부담한 때'를 상계금지사유로 규정)는 파산채권자가 파산선고 후에 부담한 채무에서 파산채권을 공제하는 경우에도 적용되고, 파산채권자와 파산관재인이 그 공제에 관하여 합의하였다 하더라도 마찬가지이며, 임대인 파산 전에 대항력과 우선변제권 요건을 갖춘 주택임차인이 임대차보증금반환채권을 가지고 임대인에 대한 파산선고 후에 파산재단에 부담한 채무에 대하여 상계하거나 그 채무에서 공제하는 것은 허용되지 않고, 그에 관한 합의 역시 효력이 없다고 하면서, 원고들의 피고 파산관재인에 대한 임대차보증금 반환채권(파산채권)을 임대인 파산선고 후에 부담한 임대주택의 분양전환대금채무에서 공제할 수 없고, 그 공제합의도 효력이 없다고 판시.

2912) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012다49490 판결.

2913) 대법원 1987. 6. 9. 선고 87다68 판결.

2914) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다52657 판결.

적 성질상 밀접한 견련관계가 인정되는 ①, ②, ③의 경우와 달리 당사자 간 '사전 특약'에 의한 ④의 경우에도 동일하게 볼 것인지는 의문이 있다[2916]). 주장책임의 측면에서 볼 때 '공제' 주장에는 '상계' 주장이 포함되어 있다고 볼 수 있다.[2917]

'상계계약'은 당사자 사이에 서로 대립하는 채권이 유효하게 존재하는 것을 전제로 서로 채무를 대등액 또는 대등의 평가액에 관하여 면제시키는 것을 내용으로 하는 쌍무적·유인적(有因的) 상호 면제계약이다.[2918]

3) 상계의 금지·불허

가) 항변권 부착 자동채권과의 상계 불허

판례는, 자동채권에 동시이행항변권이 붙어 있는 것으로 볼 수 있는 구체적 사안에서 "항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 타의 채무(수동채권)와의 상계를 허용한다면 상계자 일방의 의사표시에 의하여 상대방의 항변권행사의 기회를 상실케 하는 결과가 되므로 이와 같은 상계는 그 '성질상' 허용될 수 없다."고 하거나,[2919] "동시이

2915) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제144조 제2항, 제421조은 임대차보증금과 차임채무에 관하여 상계 제한·금지에 대한 예외를 규정하고 있다.

2916) 회생절차개시 당시에 쌍방 미이행이어서 계약의 이행·해제에 관한 관리인의 선택권이 부여되는 '쌍무계약'의 개념에 관하여, 판례가, "쌍방 당사자가 상호 대등한 대가관계에 있는 채무를 부담하는 계약으로서, 본래적으로 쌍방의 채무 사이에 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 것을 가리키는 것"이라고 하고, "이와 같은 법률적·경제적 견련관계가 없는데도 당사자 사이의 특약으로 쌍방의 채무를 상환 이행하기로 한 경우는 여기서 말하는 쌍무계약이라고 할 수 없다."고 판시한 것(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다35851 판결)처럼, 양 채권의 객관적 성질을 기준으로 삼아 상계와 구별되는 공제에 해당하는지 여부를 정하여야지, 당사자 간의 특약만으로 '공제'로 인정하고 상계와 다른 공제의 효과를 부여할 것은 아니라고 본다.

2917) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다214691 판결; 피고의 미시공 부분 공사대금이 전체 공사대금에서 공제되어야 한다는 원고 주장에 대하여, 미시공 부분을 포함한 전체 공정에 대한 공사대금을 원고가 피고에게 지급할 의무가 있다고 판단한 다음, 원고의 위 공제 주장을 상계 주장으로 보아 원고의 손해배상채권 등이 피고의 공사대금채권 중 대등액의 범위에서 소멸하였다고 판단한 예.

2918) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다225978, 225985 판결; "상계계약은 당사자 사이에 서로 대립하는 채권이 유효하게 존재하는 것을 전제로 서로 채무를 대등액 또는 대등의 평가액에 관하여 면제시키는 것을 내용으로 하는 계약이다. 두 채권의 소멸은 서로 인과관계가 있으므로 한쪽 당사자의 채권이 불성립 또는 무효이어서 그 면제가 무효가 되면 상대방의 채무면제도 당연히 무효가 된다. 이때 상대방의 채권이 유효하게 존재하였던 경우라면, 그 채권은 여전히 존재하는 것이 되므로 채무자는 그 채무를 이행할 의무를 부담한다. 채무자가 이를 이행하지 않았다고 하더라도 그가 법률상 원인 없이 채무를 면하는 이익을 얻었다고 볼 수 없다. 그리고 상대방의 채권도 불성립 또는 무효이어서 존재하지 않았던 경우라면, 그 채무자는 부존재하는 채무에 관하여 무효인 채무면제를 받은 것에 지나지 않으므로 채무를 이행할 의무도 없고 채무를 면하는 이익을 얻은 것도 아니다." ☞ 이러한 법리는 가사 상대방 채권이 시효로 소멸하게 되었다 하더라도 달리 볼 것은 아니다(2005다3113 판결; 피고의 사용료 채권이 존재하지 아니하여 상계계약이 무효가 되면 원고들의 사용료 상당의 탁송료 채권은 소멸하지 않은 것이 되어 원고들은 사용료에 상당하는 탁송료 채권을 여전히 보유하게 되므로, 결국 원고들의 손해가 없는 셈이어서 피고의 부당이득은 성립할 여지가 없고, 원고들의 탁송료 채권은 상법 제147조, 제122조 소정의 1년의 단기소멸시효가 완성되어 모두 소멸하였다고 판단한 예).

2919) ○ 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002다25242 판결; "원고가 소외 회사와의 사이에 소외 회사가 근로자들에 대한 노임지급을 지체한 경우 원고가 소외 회사에 대한 기성공사대금에서 노임 상당액을 공제하여 근로자들에게 직접 지불할 수 있다고 약정하였다면, 소외 회사가 근로자들에게 노임지급을 지체한 상태에서 원고에게 기성공사대금의 지급을 구할 경우 원고로서는 위 약정에 따라 적어도 소외 회사가 근로자들에게 노임을 지급할

행의 항변권의 대항을 받는 채권을 자동채권으로 하여 상대방의 채권과의 상계를 허용하면 상계자 일방의 의사표시에 의하여 상대방의 항변권 행사의 기회를 상실시키는 결과가 되어서 그러한 상계는 '허용될 수 없'는 것이 원칙이다."라고[2920] 판시함으로써, 명확하지는 않으나 판시의 문언상 항변권의 존재 자체로서 그 성질상 상계가 허용되지 아니함을 나타내고 있다.

'항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 한 상계'는 민법 제492조 제1항 단서의 '채무의 성질이 상계를 허용하지 아니할 때'의 한 예에 해당하는데, 이 경우의 주장증명책임의 소재에 관하여 견해의 대립이 있으나, 민법 제492조 제1항의 규정 형식상 '본문'에 의한 '상계권 발생'에 대하여 '단서'는 그 '장애사유'로 규정되어 있으므로, 그 요건사실에 대한 주장·증명책임은 상계권의 존재를 다투는 자가 부담한다(피고의 상계항변에 대한 원고의 재항변 사유)고 봄이 옳다.[2921] 그런데 쌍무계약상 서로 대가관계 있는 쌍방의 의무가 동시이행관계 있는 경우처럼, 피고의 상계항변 요건사실 중 하나인 '자동채권의 발생' 사실 주장 자체에서 위 단서가 적용되는 '자동채권에 항변권이 붙어 있다는 점'이 이미 드러나 있는 경우라면,[2922] 동시이행항변권의 경우 그 존재(存在) 자체로부터 당연효(當然效)로서 '이행지체를 저지하는 효과'와 함께 '상계를 금지하는 효과'가 인정되기 때문에, 피고로서는 자동채권에 붙어 있는 항변권 발생의 장애·소멸 사실까지 함께 주장·증명하지 않으면 상계항변이 그 주장 자체로 이유 없게 되므로, 피고가 동시이행관계에 있는 '자신의 반대채무의 이행 또는 이행제공' 사실까지 주장·증명하여야 유효한 상계항변이

때까지는 기성공사대금 중 소외 회사가 지체한 노임 상당액의 지급을 거절할 수 있다 할 것이므로, 소외 회사의 원고에 대한 위 기성공사대금채권은 원고가 위와 같이 일정한 경우 그 지급을 거절할 수 있는 항변권이 부착되어 있는 채권이라고 할 수 있을 것이고, 따라서 위 채권을 자동채권으로 한 상계는 허용될 수 없다 할 것이다."
○ 대법원 2004. 5. 28. 선고 2001다81245 판결: "수탁보증인이 주채무자에 대하여 가지는 민법 제442조의 사전구상권에는 민법 제443조 소정의 담보제공청구권이 항변권으로 부착되어 있는 만큼 이를 자동채권으로 하는 상계는 허용될 수 없으며, 다만 민법 제443조는 임의규정으로서 주채무자가 사전에 담보제공청구권의 항변권을 포기한 경우에는 보증인은 사전구상권을 자동채권으로 하여 주채무자에 대한 채무와 상계할 수 있다 할 것이다."

2920) 대법원 2014. 4. 30. 선고 2010다11323 판결.

2921) 이 점에 관하여는, ① 채무의 성질이 상계를 허용하지 않는 것이 아니라는 점, 즉 허용된다고 하는 점은 상계권의 발생원인사실이고, 따라서 이 요건사실의 주장·증명책임을 상계권자에게 부담시키는 견해와 ② 채무의 성질이 상계를 허용하지 않는다는 점은 상계권 발생의 장애사실이고, 따라서 이 요건사실의 주장·증명책임을 상계권의 존재를 다투는 자에게 부담시키는 견해로 나눌 수 있는데, 민법 제492조 제1항의 규정 형식이 "쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때에는 각 채무자는 대등액에 관하여 상계할 수 있다."는 본문에, "그러나 채무의 성질이 상계를 허용하지 아니할 때에는 그러하지 아니하다."는 단서로 되어 있으므로, 통설·판례인 법률요건분류설 내지 규범설에 따를 때 단서는 본문의 예외로서 권리주장자의 상대방이 증명하여야 하는 것이기 때문에, 상계의 경우에도 상계주장자는 본문의 요건인 "쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무을 부담한 경우로서 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 사실"을 주장·증명하여야 하고 그 상대방이 단서의 요건인 "채무의 성질이 상계를 허용하지 아니한다는 점"을 주장·증명하여야 함이 원칙이다.

2922) 예컨대, 부동산 매매계약상 매매대금채권을 자동채권으로 한 상계 항변의 경우, 그 주장 자체에서 자동채권에 소유권이전등기 및 인도 의무와의 동시이행항변권이 붙어 있다는 것이 이미 드러나 있다.

된다. 반면에, 당사자 간 '약정'에 의한 동시이행관계처럼[2923] 위 단서 적용에 추가적인 요건사실의 주장·증명이 필요한 경우라면, 같은 논리가 적용될 수 없고, 원칙으로 돌아가 원고가 재항변으로 상계권 발생에 대한 장애사유로서 '동시이행관계 성립의 약정 사실' 및 '동시이행관계 있는 채권의 발생 사실'을, 이에 대하여 피고가 재재항변으로 '동시이행관계 발생의 장애, 소멸 사실'을 각각 주장·증명하여야 한다.

수동채권에 동시이행항변권이 붙어 있는 경우에는 상계의 의사표시를 하는 자가 자신의 동시이행항변권을 포기하면 되므로 상계가 가능하고, 수동채권과 자동채권이 서로 동시이행항변관계에 있는 경우에도 상계가 가능하다.[2924]

피고가 '어음채권'을 자동채권으로 하여 상계항변을 하는 경우에는, 어음의 제시증권성·상환증권성(어음법 제38조, 제39조)으로 말미암아 상계의 요건사실로 '어음의 교부' 사실(소송 외 상계 의사표시의 경우에는 '어음의 교부'가 필요하나, 재판상의 상계의 경우에는 어음을 서증으로 법정에 제출하여 상대방에게 제시되게 함으로써 충분하다)까지 주장·증명하여야 한다.[2925] 반면에, 피고가 어음채권의 '원인채권'을 자동채권으로 하여 상계항변을 하는 경우에는, 앞서 본 민법 제492조 제1항 단서의 증명책임분배 일반론에 따라, 특별한 사정[2926]이 없는 한, 원고가 재항변으로 '원인채권에 어음 반환과의 동시이행항변권[2927]이 붙어 있다는 점'을,

---

2923) 예컨대 2002다25242 판결의 사안.

2924) 대법원 2006. 7. 28. 선고 2004다54633 판결; "상계제도는 서로 대립하는 채권·채무를 간이한 방법에 의하여 결제함으로써 양자의 채권·채무관계를 원활하고 공평하게 처리함을 목적으로 하고 있으므로, 상계의 대상이 될 수 있는 자동채권과 수동채권이 동시이행관계에 있다고 하더라도 서로 현실적으로 이행하여야 할 필요가 없는 경우라면 상계로 인한 불이익이 발생할 우려가 없고 오히려 상계를 허용하는 것이 동시이행관계에 있는 채권·채무관계를 간명하게 해소할 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 상계가 허용된다고 할 것이다." ☛ 전부금·추심금 청구 사건에서, 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행관계에 있는 경우, 그 자동채권이 압류의 효력이 생긴 후에 발생한 것이더라도 피압류채권과 상계할 수 있다고 판시한 92다55794 판결, 2000다43819 판결, 2004다37676 판결, 2007다35152 판결 등도 자동채권과 수동채권이 서로 동시이행관계인 경우 상계가 가능함을 전제로 한 판례이다.

2925) ○ 대법원 1976. 4. 27. 선고 75다739 판결; "어음법은 어음채무자의 2중지급의 위험을 막으려는 취지에서 어음을 상환증권으로 함으로써 어음채권자의 권리를 규정(어음법 39조, 77조)한 점으로 보아 어음채무자가 어음채권자에 대하여 부담하는 채무와 어음채권과를 상계하려면 위 조문을 준용하여 어음의 교부가 필요불가결하다고 해석하여야 된다고 하겠다. 상계의 경우에 어음채무가 소멸됨이 자금의 경우와 같아 2중지급의 위험이 따름이 동일하기 때문이다. 그렇다면 위 법리로 미루어 어음채무자의 승낙이 없는 이상 어음채권자가 어음채권을 자동채권으로 상계의 의사표시를 함에 어음의 교부가 없으면 상계의 효력이 아니 생긴다고 할 것이다."
○ 대법원 1991. 4. 9. 선고 91다2892 판결; "어음채권을 자동채권으로 하여 상계의 의사표시를 하는 경우에는 이를 재판외의 상계와 재판상의 상계로 나누어 전자의 경우에는 어음채무자의 승낙이 없는 이상 어음의 교부가 필요불가결하고 어음의 교부가 없으면 상계의 효력이 생기지 아니 한다 할 것이지만, 후자의 경우에는 어음을 서증으로써 법정에 제출하여 상대방에 제시되게 함으로써 충분하다는 것이 당원의 판례이다."
○ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다24981 판결; "소송 외에서 어음채권을 자동채권으로 하여 상계의 의사표시를 하는 경우에는 어음채무자의 승낙이 있다는 등의 사정이 없는 이상 어음의 교부가 필요불가결하고 어음의 교부가 없으면 상계의 효력이 생기지 아니하는 것이며, 이때 어음의 교부는 상계의 효력발생요건이라 할 것이므로 상계의 의사표시를 하는 자가 이를 주장·입증하여야 한다."

2926) 피고의 '원인채권의 발생 사실' 주장 자체에서 '원인채권에 어음 반환과의 동시이행항변권이 붙어 있다는 점'이 이미 드러나 있는 경우.

2927) 대법원 1993. 11. 9. 선고 93다11203, 11210 판결; "기존의 원인채권과 어음, 수표채권이 병존하는 경우에

이에 대하여 피고가 재재항변으로 '어음의 교부·반환'을 각각 주장·증명하여야 한다.

채무자에게 이중지급의 위험이 없고, 다른 어음상 채무자에 대하여 권리를 행사할 필요도 없는 경우, 또는 어음의 반환을 고집하는 것이 오히려 이익균형에 반할 경우의 예로서 논의되고 있는,[2928] 기한후배서가 이루어진 경우, 어음채권이 시효소멸한 경우,[2929] 어음이 상실된 경우, 채무자가 이미 어음금을 지급하는 등으로 어음을 회수하고 있는 경우[2930] 등의 경우에는 어음 반환과의 동시이행항변권 행사가 부정될 수 있으므로, 상계의 의사표시를 하는 자가 어음의 교부 사실 대신에 위와 같은 사정을 주장·증명하면 될 것이다.

은행여신거래기본약관 제12조 제1항은, 어음이 따르는 거래에 있어서 은행이 어음채권에 의하지 아니하고 상계할 경우 은행은 그 어음을 동시에 반환하지 아니하여도 되는 것으로 규정하고 있다.

나) 상계금지 특약에 반하는 상계의 금지

당사자가 다른 의사를 표시(상계금지 특약)한 경우[2931]에는 상계할 수 없으나, 그 의사표시로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(민법 제492조 제2항). 이는 상계항변에 대한 재항변 사유로서 원고가 '① 상계금지 특약의 존재 + ② 제3자의 악의' 사실을 주장·증명하여야 한다.[2932] 채무자에 대한 회생절차가 개시된 경우 채무자의 관리인은 상계

채권자가 원인채권을 행사함에 있어서는 어음, 수표의 반환이 필요하고, 이는 채무자의 채무이행과 동시이행의 관계에 있다고 할 것이고, 따라서 채무자는 어음, 수표와 상환으로 지급하겠다고 하는 항변으로 채권자에게 대항할 수 있고, 이와 같은 항변이 있을 때에는 법원은 어음, 수표와 상환으로 지급하라는 취지의 상환이행의 판결을 하여야 할 것이다."

2928) 이에 대한 상세한 논의는, 권순일, "어음의 상환증권성과 원인채무의 이행지체", 상사판례연구 제V권, 452면 이하 참조.

2929) 대법원 2010. 7. 29. 선고 2009다69692 판결; "어음상 권리가 시효완성으로 소멸하여 채무자에게 이중지급의 위험이 없고 채무자가 다른 어음상 채무자에 대하여 권리를 행사할 수도 없는 경우에는 채권자의 원인채권 행사에 대하여 채무자에게 어음상환의 동시이행항변을 인정할 필요가 없으므로 결국 채무자의 동시이행항변권은 부인된다."

2930) 대법원 2001. 6. 1. 선고 99다60948 판결; "어음은 제시증권, 상환증권이므로(어음법 제38조, 제39조) 어음을 소지하지 않으면 어음상의 권리를 행사할 수 없는 것이 원칙이지만, 이와 같이 어음상의 권리 행사에 어음의 소지가 요구되는 것은 어음채무자에게 채권자를 확지시키고 또 채무자로 하여금 이중지급의 위험을 회피·저지할 수 있게 하는 데 그 취지가 있는 것이므로, 어음이 어떤 이유로 이미 채무자의 점유에 귀속하는 경우에는 위와 같은 점을 고려할 필요가 없어 어음의 소지는 채무자에 대한 권리행사의 요건이 되지 아니하고, 채무자는 상환이행의 항변을 하지 못한다고 할 것이다."

2931) ① 반드시 현실로 변제되어야 한다는 의미에서 수동채권으로 하는 것을 금지하는 경우, ② 다른 채무를 변제하는 용도로 쓰지 않겠다는 의미에서 자동채권으로 하는 것을 금지하는 경우, ③ 수동채권·자동채권 어느 쪽으로 하는 것이든 둘 다 금지하는 경우가 있을 수 있다.

2932) 민법 제449조(채권의 양도성) 제1항은, "채권은 양도할 수 있다. 그러나 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.", 제2항은, "채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 그러나 그 의사표시로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다."라고 규정하여, 제1항과 제2항, 본문과 단서의 규정 형식이 민법 제492조(상계의 요건)와 동일한데, 판례(대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다8310 판결 등)는, 채권양수인인 원고의 양수금청구에 대하여, 채무자인 피고는 항변사실로서 제2항의 본문 및 단서 사실 모두,

금지특약에 대한 선의의 제3자에 해당한다.[2933]

다) 불법행위채권을 수동채권으로 한 상계의 금지

채무가 '고의(중과실의 경우는 적용되지 않는다)'의[2934] '불법행위로 인한 것'인 때(① 피용자의 고의의 불법행위로 인한 사용자에 대한 손해배상채권,[2935] ② 고의의 불법행위에 기인하는 부당이득반환채권,[2936] ③ 고의의 불법행위에 기인하는 고의의 채무불이행으로 인한 손해배상채권,[2937] ④ 자동

즉 "① 채권양도 금지의 특약(= 제2항 본문의 '당사자가 반대의 의사를 표시한 경우')+② 양수인의 악의 또는 중과실(= 제2항 단서의 '선의의 제3자에게 대항하지 못한다')"에 대한 주장·증명책임을 진다고 해석하고 있다. "선의의 제3자에게 대항하지 못한다."는 규정 형식의 민법 제107조(진의 아닌 의사표시), 민법 제108조(통정한 허위의 의사표시), 상법 제11조 제3항(지배인의 대리권에 대한 제한)의 경우에도 판례(대법원 2018. 4. 26. 선고 2016다3201 판결, 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53013 판결, 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결)는 무효를 주장하는 자가 '제3자가 악의라는 사실'에 관한 주장·증명책임을 진다고 해석한다.

2933) 대법원 2024. 5. 30. 선고 2019다47387 판결; "회생절차개시결정이 있는 때에는 채무자의 업무수행권과 재산의 관리처분권은 관리인에게 전속한다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제56조 제1항). 관리인은 채무자나 그의 기관 또는 대표자가 아니고 채무자와 그 채권자 등으로 구성되는 이른바 이해관계인 단체의 관리자로서 일종의 공적 수탁자에 해당한다. 이와 같이 관리인은 회생절차개시결정에 따라 채무자와 독립하여 채권자 등 전체의 공동의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 직무를 수행하게 된다. 따라서 채권자와 채무자가 채무자의 상계를 금지하는 특약을 한 후에 채무자에 대한 회생절차가 개시된 경우 채무자의 관리인은 상계금지 특약에 있어 민법 제492조 제2항 단서에 정한 제3자에 해당한다. 이때 상계금지특약 사실에 대한 관리인의 선의·악의는 관리인 개인의 선의·악의를 기준으로 할 수는 없고, 모든 회생채권자 및 회생담보권자를 기준으로 하여 회생채권자 및 회생담보권자 모두가 악의로 되지 않는 한 관리인은 선의의 제3자라고 할 수밖에 없다."
☛ 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다96083 판결(통정허위표시, 사기에 의한 의사표시), 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다206563 판결(이사회 결의 없는 거래행위)과 동일한 취지이다.

2934) ○ 불법행위에 있어서 '고의'는 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태로서, 객관적으로 위법이라고 평가되는 일정한 결과의 발생이라는 사실의 인식만 있으면 되고 그 외에 그것이 위법한 것으로 평가된다는 것까지 인식하는 것을 필요로 하는 것은 아니다(대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다46440 판결(가해자가 양식장의 차양막을 걷어내면 수조관에 있는 우럭과 광어 치어들이 죽는다는 것을 알고 있었으면서도 '피해자의 채무 불이행 시 양식장 시설과 그 곳의 생물을 모두 철거하여도 일체의 민·형사상 이의를 제기하지 않겠다'는 내용의 각서로 인하여 그 결과에 대하여 책임이 없다고 믿고서 위 치어들을 살리기 위한 아무런 조치도 강구하지 아니한 채 임의로 양식장의 시설을 철거함으로써 위 치어들을 모두 폐사시킨 사안에서, 위 불법행위는 고의에 의한 것이므로, 그 손해배상채무에 대하여 상계로써 대항할 수 없다고 한 사례)).
○ 고의의 불법행위에 인한 손해배상채권에 대한 상계금지가 '중과실'의 불법행위에 인한 손해배상채권에까지 유추 또는 확장 적용되지는 않는다(93다52808).

2935) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다63019 판결; "사용자의 손해배상책임은 피용자의 배상책임에 대한 대체적 책임이라 할 것이고, … 사용자책임에서의 사용자의 과실은 직접의 가해행위가 아닌 피용자의 선임·감독에 관련된 것 … 피용자의 고의의 불법행위로 인하여 사용자책임이 성립하는 경우에도, 불법행위의 피해자에게 현실의 변제에 의하여 손해를 전보케 하려는 취지에서 규정된 민법 제496조의 적용을 배제하여야 할 이유는 없다고 할 것이므로, 사용자책임이 성립하는 경우 사용자는 자신의 고의의 불법행위가 아니라는 이유로 민법 제496조의 적용을 면할 수는 없다고 할 것이다."

2936) 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다52506 판결; "부당이득의 원인이 고의의 불법행위에 기인함으로써 불법행위로 인한 손해배상채권과 부당이득반환채권이 모두 성립하여 양채권이 경합하는 경우 피해자가 부당이득반환채권만을 청구하고 불법행위로 인한 손해배상채권을 청구하지 아니한 때에도, 그 청구의 실질적 이유, 즉 부당이득의 원인이 고의의 불법행위였다는 점은 불법행위로 인한 손해배상채권을 청구하는 경우와 다를 바 없다 할 것이어서, 고의의 불법행위에 의한 손해배상채권은 현실적으로 만족을 받아야 한다는 상계금지의 취지는 이러한 경우에도 타당하므로, 민법 제496조를 유추적용함이 상당하다."

2937) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다19776, 19783 판결; "이 규정은 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권을 수동채권으로 한 상계에 관한 것이고 고의의 채무불이행으로 인한 손해배상채권에는 적용되지 않는다. 다만 고의에 의한 행위가 불법행위를 구성함과 동시에 채무불이행을 구성하여 불법행위로 인한 손해배상채권과 채무불이행으로 인한 손해배상채권이 경합하는 경우에는 이 규정을 유추적용할 필요가 있다. 이러한 경우에 고의

채권이 동일한 사안에서 발생한 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권,[2938] ⑤ 고의의 불법행위에 기한 손해배상청구권의 성격을 갖는 '특별법'상의 손해배상채권[2939]의 경우에도 적용된다)에는 그 채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못한다(민법 제496조).

수동채권이[2940] 고의의 불법행위에 의하여 생긴 손해배상청구권이라는 점은 상계 항변 이전의 수동채권 발생원인 사실의 청구원인 주장 자체에 의하여 명백하게 될 것이므로, 상계 주장은 그 자체로 이유 없어 배척된다고 봄이 타당하다.[2941]

판례는 명확하지 않으나 그 판시상 동일한 취지로 볼 수 있다.[2942]

라) 압류금지채권을 수동채권으로 한 상계의 금지

채무가 압류하지 못할 것(민사집행법 제246조 제1항 등[2943])인 때에는 그 채무자는

의 채무불이행으로 인한 손해배상채권을 수동채권으로 한 상계를 허용하면 이로써 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권까지 소멸하게 되어 고의의 불법행위에 의한 손해배상채권은 현실적으로 만족을 받아야 한다는 이 규정의 입법 취지가 몰각될 우려가 있기 때문이다."

2938) 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다38444 판결; "자동채권이 동시에 행하여진 싸움에서 서로 상해를 가한 경우와 같이 동일한 사안에서 발생한 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권인 경우에도 마찬가지"

2939) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2012다15336 판결; 분양대금 미납금채권을 자동채권으로 하여 원고들(수분양자)의 피고들(시행사와 시공사)에 대한 '표시·광고의 공정화에 관한 법률' 제10조의 손해배상채권과 상계한다는 항변에 대하여, 위 손해배상채권은 고의의 불법행위로 인한 것이므로 상계가 허용될 수 없다고 한 예.

2940) 고의의 불법행위의 피해자가 그 손해배상채권을 자동채권으로 하여 상계하는 것은 가능하다(75다103).

2941) 민법주해 채권(4), 1995, 416면(윤용섭 집필); 주석민법 채권총칙(3), 2000, 485면(조용구 집필)

2942) ○ 대법원 1984. 2. 14. 선고 83다카659 판결; "원심판결의 이 사건 손해배상청구권이 상계에 의하여 소멸하였다는 판단에는 상계에 관한 법리를 오해한 위법이 있고 이는 판결에 영향을 미침이 명백하므로 원심판결은 파기하지 않으면 정의와 형평에 크게 반한다 할 것이다."
○ 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다52506 판결; "민법 제496조의 취지는, 고의의 불법행위에 의한 손해배상채권에 대하여 상계를 허용한다면 고의로 불법행위를 한 자까지도 상계권 행사로 현실적으로 손해배상을 지급할 필요가 없게 되어 보복적 불법행위를 유발하게 될 우려가 있고, 또 고의의 불법행위로 인한 피해자가 가해자의 상계권 행사로 인하여 현실의 변제를 받을 수 없는 결과가 됨은 사회적 정의관념에 맞지 아니하므로 고의에 의한 불법행위의 발생을 방지함과 아울러 고의의 불법행위로 인한 피해자에게 현실의 변제를 받게 하려는 데 있다 할 것인바, 법이 보장하는 상계권은 이처럼 그의 채무가 고의의 불법행위에 기인하는 채무자에게는 적용이 없는 것이고."

2943) ○ 대법원 2018. 5. 30. 선고 2015다51968 판결; "민사집행법 제246조 제1항은 제4호 본문에서 '급료·연금·봉급·상여금·퇴직연금, 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액'을, 제5호에서 '퇴직금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액'을 압류금지채권으로 규정하고 있다. … 주식회사의 이사, 대표이사(이하 '이사 등'이라고 한다)의 보수청구권(퇴직금 등의 청구권을 포함한다, 이하 같다)은, 그 보수가 합리적인 수준을 벗어나서 현저히 균형을 잃을 정도로 과다하거나, 이를 행사하는 사람이 법적으로는 주식회사 이사 등의 지위에 있으나 이사 등으로서의 실질적인 직무를 수행하지 않는 이른바 명목상 이사 등에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 민사집행법 제246조 제1항 제4호 또는 제5호가 정하는 압류금지채권에 해당한다고 보아야 한다. … 회사가 퇴직하는 근로자나 이사 등 임원에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직연금 제도를 설정하고 은행, 보험회사 등 근로자퇴직급여 보장법 제26조가 정하는 퇴직연금사업자(이하 '퇴직연금사업자'라고만 한다)와 퇴직연금의 운용관리 및 자산관리 업무에 관한 계약을 체결하였을 때, 재직 중에 위와 같은 퇴직연금에 가입하였다가 퇴직한 이사 등은 그러한 퇴직연금사업자를 상대로 퇴직연금 채권을 가진다. 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는 이사 등의 퇴직연금 채권에 대해서는 '퇴직연금 제도의 급여를 받을 권리'의 양도 금지를 규정한 근로자퇴직급여 보장법 제7조 제1항은 적용되지 않는다. 그러나 위와 같은 퇴직연금이 이사 등의 재직 중의 직무수행에 대한 대가로서 지급되는 급여라고 볼 수 있는 경우에는 그 이사 등의 퇴직연금사업자에 대한 퇴직연금 채권은 민사집행법 제246조 제1항 제4호 본문이 정하는 '퇴직연금, 그 밖에 이와 비슷한 성질의 급여채권'으로서 압류금지채권에 해당한다고 보아야 한다. … 회사

상계로 채권자에게[2944] 대항하지 못한다(민법 제497조).[2945]

이 경우에도 수동채권이 압류금지채권이라는 점은 상계 항변 이전의 수동채권 발생원인 사실의 청구원인 주장 자체에 의하여 명백하게 되는 경우가 많을 것이므로 상계 주장은 그 자체로 이유 없어 배척된다고 봄이 타당하나, 주장 자체에 의하여 명백히 밝혀지지 않은 경우에는 상계의 효력을 다투는 측이 이를 주장·증명하여야 한다.[2946] [2947]

채무자의 제3채무자에 대한 금전채권이 법률의 규정에 의하여 양도가 금지된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 압류하더라도 현금화할 수 없으므로 피압류 적격이 없다.[2948] 압류금지채권의 목적물이 채무자의 예금계좌에 입금된 경우에는 그 예금채권에 대하여 더 이상 압류금지의 효력이 미치지 아니하므로, 그 예금은 압류금지채권에 해당하지 아니한다.[2949]

또는 퇴직연금사업자가 이사 등에 대한 채권자로서의 지위를 겸하는 경우에, 이사 등의 보수청구권과 퇴직연금채권을 민사집행법상의 압류금지채권으로 보더라도, 이사 등의 직무수행에 비하여 합리적이라고 인정되는 범위를 벗어난 부분에 대해서는 이사 등의 보수청구권 행사 자체가 제한됨에 비추어 보면, 민법 제497조에 따라 회사 또는 퇴직연금사업자의 상계가 금지되는 범위 또한 합리적인 범위 내에 있는 이사 등의 보수청구권과 퇴직연금 채권 부분에 한정된다고 보아야 한다."

○ 대법원 2018. 12. 27. 선고 2015다50286 판결; 민사집행법 제246조 제1항 제7호에서 보장성보험의 보험금 채권을 압류금지채권으로 규정하는 입법 취지, '보장성보험'에 해당하는지 판단하는 기준 등.

2944) 양도 또는 대위되는 채권이 원래 압류가 금지되는 것이었던 경우에는, 처음부터 이를 수동채권으로 한 상계로 채권자에게 대항하지 못하던 것이어서 그 채권의 존재가 채무자의 자동채권에 대한 담보로서 기능할 여지가 없고 따라서 그 담보적 기능에 대한 채무자의 합리적 기대가 있다고도 할 수 없으므로, 그 채권이 양도되거나 대위의 요건이 구비된 이후에 있어서도 여전히 이를 수동채권으로 한 상계로써 채권양수인 또는 대위채권자에게 대항할 수 없다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007다30171 판결).

2945) 압류금지채권에 대한 압류전부(추심)명령은 그 효력이 없으나, 제3채무자가 선의이고 과실 없이 그와 같이 무효인 명령을 받은 집행채권자에게 변제하는 것은 채권의 준점유자에 대한 변제로서 효력이 있으므로 그로써 제3채무자는 채무를 면하고 집행채무자는 채권을 잃는 대신 변제를 받은 집행채권자에 대하여 부당이득반환채권을 얻는데, 그 부당이득반환채권은 압류금지채권의 변형으로서 실질적으로 동일한 채권으로 볼 것이므로 민법 제497조를 유추적용하여 이를 수동채권으로 한 상계는 허용되지 아니한다{대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다77719 판결(유류보조금채권 압류추심명령 사안), 77다309 판결(퇴직금채권 압류전부명령 사안)}.

2946) 민법주해 채권(4), 1995, 421면(윤용섭 집필); 주석민법 채권총칙(3), 2000, 491면(조용구 집필).

2947) 대법원 2010. 5. 20. 선고 2007다90760 전원합의체 판결의 다수의견은, '사용자가, 강행법규인 근로기준법에 위배되어 무효인 퇴직금분할약정에 따라 퇴직금 명목으로 근로자에게 지급한 금원의 부당이득반환채권을 자동채권으로 하여, 민사집행법 제246조 제1항 제5호 소정의 압류금지채권인 근로자의 퇴직금채권을 상계하는 것은 퇴직금채권의 2분의 1을 초과하는 부분에 해당하는 금액에 관하여만 허용된다'고 한 다음, 원심이 피고의 위 부당이득반환채권으로 원고들의 퇴직금채권과 상계한다는 피고의 상계 항변을 전부 인용한 데 대하여, '피고의 위 상계항변은 근로자인 원고들의 퇴직금채권을 수동채권으로 하는 것이므로, 위 법리에 비추어 보면, 원심으로서는 상계가 제한되는 압류금지채권인 퇴직금채권의 2분의 1에 해당하는 금액을 특정한 후 이를 초과하는 범위 내에서만 상계를 허용하였어야 했다.'라고 판시하였는데, 원심판결에 압류금지채권에 관한 주장이 드러나 있지 않는 것으로 보아, 피고의 상계항변 중 2분의 1 부분은 그 주장 자체로 이유 없다고 보아 배척한 것으로 볼 수 있다.

2948) 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다71180 판결. 민사집행법은 제246조 제1항 제4호에서 퇴직연금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권은 그 1/2에 해당하는 금액만 압류하지 못하는 것으로 규정하고 있으나, 이는 '근로자퇴직급여 보장법' 제7조에서 '퇴직연금제도의 급여를 받을 권리에 대하여 양도를 금지'한 것과의 사이에서 일반법과 특별법의 관계에 있으므로, 위 보장법 소정의 퇴직연금채권은 1/2만이 아니라 그 전액에 관하여 압류가 금지된다.

2949) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다25552 판결. 그 예금에 대한 압류명령은 민사집행법 제246조 제2항에

압류금지채권을 자동채권으로 한 상계는 가능하다.[2950]

마) 임금채권을 수동채권으로 한 상계의 금지

근로자에 대한 임금은 직접 근로자에게 전액을 지급하여야 함이 원칙이므로, 초과 지급된 임금의 반환채권을 제외하고는, 사용자가 근로자에 대하여 가지는 대출금이나 불법행위를 원인으로 한 채권으로써 근로자의 임금채권과 상계하지 못한다(다만, 단체협약에 상계 허용 규정이 있거나, 사용자가 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 동의를 얻어 근로자의 임금채권에 대하여 상계하는 것은 가능하고,[2951] 사용자가 근로자의 자신에 대한 임금채권에 관하여 압류 및 전부명령을 받을 수는 있다[2952]). 수동채권이 임금채권이라는 점 역시 상계 항변 이전의 수동채권 발생원인 사실의 청구원인 주장 자체에 의하여 명백하게 될 것이므로, 상계가

기한 채무자의 신청에 의하여 취소될 수 있는데, 그에 따라 압류명령은 장래에 대하여만 효력을 상실하고 이미 완결된 집행행위에는 영향이 없으므로, 채권자가 집행행위로 취득한 금전을 채무자에게 부당이득으로 반환할 필요가 없다.

2950) 대법원 2006. 7. 4. 선고 2006므751 판결; "이혼한 부부 사이에서 자에 대한 양육비의 지급을 구할 권리(이하 '양육비채권'이라 한다)는 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정되기 전에는 '상대방에 대하여 양육비의 분담액을 구할 권리를 가진다'라는 추상적인 청구권에 불과하고 당사자의 협의나 가정법원이 당해 양육비의 범위 등을 재량적·형성적으로 정하는 심판에 의하여 비로소 구체적인 액수만큼의 지급청구권이 발생하게 된다고 보아야 하므로, 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정되기 전에는 그 내용이 극히 불확정하여 상계할 수 없지만, 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정된 후의 양육비채권 중 이미 이행기에 도달한 후의 양육비채권은 완전한 재산권(손해배상청구권)으로서 친족법상의 신분으로부터 독립하여 처분이 가능하고, 권리자의 의사에 따라 포기, 양도 또는 상계의 자동채권으로 하는 것도 가능하다고 할 것이다. … 원심은 이미 이행기에 도달한 과거의 양육비채권의 임의 양도나 처분이 가능하다고 본다면 양육비 지급의무를 부담하는 자가 일부러 양육비를 지급하지 않고 있다가 양육자에 대한 자신의 채권과 과거의 양육비채권을 상계함으로써 자녀들에 대한 양육의 의무를 회피하게 되는 문제가 생긴다는 점을 지적하고 있으나, 이는 양육비채권을 수동채권으로 하는 상계의 경우에 생길 수 있는 문제점이므로, 이 사건의 경우와 같이 양육비채권을 자동채권으로 하는 상계에 대해서는 그 이유의 설시로 적절하지 않다 할 것이다."

2951) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다219540, 219557 판결; "**근로기준법 제43조 제1항**에 의하면 임금은 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 하므로, 사용자가 임의로 근로자에게 지급하여야 할 임금 중 일부를 공제하지 못하는 것이 원칙이고, 이는 경제적·사회적으로 종속관계에 있는 근로자를 보호하기 위한 것이다. 다만 사용자는 같은 항 단서에 따라 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외적으로 임금의 일부를 공제하여 지급할 수 있지만, 그 예외의 경우를 넓게 인정하게 되면 임금을 생계수단으로 하는 근로자의 생활안정을 저해할 우려가 있으므로 그에 해당하는지 여부는 엄격하게 판단하여야 한다. 위와 같은 근로기준법 제43조의 규정 형식이나 취지, 그 법적 성격 등에 비추어 보면, 취업규칙이나 근로계약에 임금의 일부를 공제할 수 있는 근거를 마련하였다고 하더라도 그 효력이 없다고 보아야 한다." ☛ ❶ 2003다7623; 단체협약에서 조합원의 임금 중에서 피고(사용자)의 대출원리금 등 채권을 공제할 수 있도록 규정하고 있으므로, 원고의 추심금 청구에 대하여 제3채무자 피고의 채무자 소외인(피용자)에 대한 대출금 등 채권을 자동채권으로 하는 상계가 허용된다고 판단한 예. ❷ 2001다25184; "사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권을 가지고 일방적으로 근로자의 임금채권을 상계하는 것은 금지된다고 할 것이지만, 사용자가 근로자의 동의를 얻어 근로자의 임금채권에 대하여 상계하는 경우에 그 동의가 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 것이라고 인정할 만한 합리적인 이유가 객관적으로 존재하는 때에는 근로기준법 … 에 위반하지 아니한다고 보아야 할 것이고, 다만 임금 전액지급의 원칙의 취지에 비추어 볼 때 그 동의가 근로자의 자유로운 의사에 기한 것이라는 판단은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다."

2952) 대법원 1994. 3. 16.자 93마1822, 1823 결정; '임금의 전액지급의 원칙에 비추어 사용자가 근로자의 급료나 퇴직금 등 임금채권을 수동채권으로 하여 사용자의 근로자에 대한 다른 채권으로 상계할 수 없지만, 그렇다고 하여 사용자가 근로자에 대한 집행권원의 집행을 위하여 근로자의 자신에 대한 임금채권 중 2분의 1 상당액에 관하여 압류 및 전부명령을 받는 것까지 금지하는 취지는 아니다.'라고 판시.

허용되는 예외적 사실(초과 지급된 임금 반환채권과의 상계, 단체협약상 상계 허용 규정의 존재, 근로자의 동의 등)까지 주장·증명하여야 유효한 상계 항변이 되고, 그렇지 않으면 상계 항변은 그 자체로 이유 없어 배척된다고 봄이 옳다.[2953]

바) 지급금지채권을 수동채권으로 하는 상계의 금지

지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로 그 명령을 신청한 채권자에게 대항하지 못한다(민법 제498조).

수동채권이 지급금지 명령을 받은 채권인지의 여부에 관한 주장·증명책임의 소재에 관하여는 상계의 효과를 다투는 쪽에 있다는 견해와 민법 제492조의 요건사실과 함께 상계를 주장하는 측에 있다는 견해로 나뉜다. 후자에 의하면, 피고가 상계의 항변을 하면서 자동채권이 수동채권의 압류 전에 취득된 것임을 주장·증명해야 한다.[2954]

판례는 명확하지는 않으나, "제3채무자가 압류채무자에 대한 반대채권을 가지고 있는 경우에 상계로써 압류채권자에게 대항하기 위하여는, 압류의 효력 발생 당시에 대립하는 양 채권이 상계적상에 있거나, 그 당시 반대채권(자동채권)의 변제기가 도래하지 아니한 경우에는 그것이 피압류채권(수동채권)의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하여야 할 것이다"라고[2955] 하거나, "수동채권이 가압류될 당시 자동채권과 수동채권이 상계적상에 있거나 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것과 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우에는 제3채무자는 자동채권에 의한 상계로 가압류채권자에게 대항할 수 있다"라고[2956] 하여(합리적 기대 이익설 중 변제기 기준설 채택[2957]), '압류 당시 자동채권과 수동채권이

2953) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다88880 판결; 원고의 임금청구에 대하여, "피고가 상계항변의 자동채권으로 주장한 것은 원고의 불법행위를 원인으로 한 손해배상채권임이 기록상 분명하다."고 하고, "피고의 상계항변은 그 자동채권이 인정되는지 여부와 관계없이 배척되어야 할 것임이 명백하다."고 판시.

2954) 일본 사법연수소, 民事訴訟における要件事實 제1권, 137면.

2955) 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결의 다수의견(가압류의 효력이 발생할 당시 피압류채권은 이미 변제기가 도래하였으나 반대채권은 변제기가 도래하지 아니하였기 때문에 그 당시 양 채권이 상계적상에 있었다고 할 수 없고, 나아가 반대채권의 변제기가 피압류채권의 변제기보다 나중에 도래하므로, 피고는 반대채권에 의한 상계로써 압류채권자인 원고에게 대항할 수 없다고 보아야 한다고 한 예).
이에 대하여 反對意見은 "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."라고 하였다(무제한설).

2956) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다7623 판결 등.

2957) 다만, 이에 대한 **예외**로서, ① 제3채무자의 반대채권(자동채권)과 피압류채권이 동시이행관계에 있는 경우에는 제3채무자는 사실상 제한 없이 상계권을 행사할 수 있고(대법원 1993. 9. 28. 선고 92다55794 판결 등), ② 은행 등 금융기관(제3채무자)의 반대채권(자동채권)인 대출금 등 채권과 관련하여 채권가압류나 압류 등 채무자의 변제자력에 의심이 가는 상황이 발생한 때에는 기한의 이익을 상실시키면서 피압류채권(수동채권)인 예금 등의 채권과 상계를 할 수 있다는 특약이 있는 경우, 그 특약에 따라 채권(가)압류로 반대채권과 피압류채권이 곧바로 상계적상에 이르기 때문에 제3채무자인 은행 등 금융기관은 사실상 제한 없이 상계권을 행사할

상계적상에 있거나 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것과 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우'를 채권(가)압류결정을 받은 제3채무자가 자동채권에 의한 상계로 가압류채권자에게 대항할 수 있는 적극적 요건으로 판시하고 있어 그 판시 문언상 후자의 견해를 취하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

따라서 피고인 제3채무자로서는 일반적인 상계의 요건사실에 더하여, (가)압류명령 송달 전 자동채권을 취득한 사실 및 (가)압류 당시 자동채권과 수동채권이 상계적상에 있거나 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것과 동시 또는 그보다 먼저 도래한 사실을 주장·증명하여야 한다.[2958]

한편, 물상대위권 행사로서 압류한 경우에는, '압류 시'가 아니라 '담보권설정 시'가 상계 허용 여부 판단의 기준시점이 된다.[2959] 상계가 아닌 '공제'의 경우에는, 제3채무자가 압류명령을 송달받은 후에 취득한 채권에 의한 공제로 압류채권자에게 대항할 수 있다.[2960]

수 있다(대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다7623 판결; 원고(추심채권자)의 신청에 의한 채권가압류결정이 1998. 5. 6. 발령되어 1998. 5. 8. 피고(제3채무자, 농협)에게 송달됨으로써, '예금 기타 피고에 대한 채권이나 채무자가 제공한 담보재산에 대하여 가압류·압류명령 등이 발송된 때에는 채무자는 피고에 대한 기한의 이익을 상실한다.'는 피고의 여신거래기본약관 규정에 의하여 피고의 소외 1(채무자)에 대한 대출금 등 채권(자동채권)은 위 채권가압류결정이 피고에게 송달된 1998. 5. 8. 이전에 이미 이행기가 도래하였고, 채권가압류의 목적물인 소외 1의 피고에 대한 퇴직금 등 채권(수동채권)이 그 이후인 1998. 9. 1. 변제기가 도래한 이상, 제3채무자인 피고는 자동채권인 대출금 등 채권에 의한 상계로 가압류채권자인 원고에게 대항할 수 있다고 한 예).

2958) 이러한 법리는 채권압류명령을 받은 제3채무자이자 보증채무자인 사람이 압류 이후 보증채무를 변제함으로써 담보제공청구의 항변권을 소멸시킨 다음, 압류채무자에 대하여 압류 이전에 취득한 사전구상권으로 피압류채권과 상계하려는 경우에도 적용된다. 제3채무자가 압류채무자에 대한 사전구상권을 가지고 있는 경우에 상계로써 압류채권자에게 대항하기 위해서는, ① 압류의 효력 발생 당시 사전구상권에 부착된 담보제공청구의 항변권이 소멸하여 사전구상권과 피압류채권이 상계적상에 있거나, ② 압류 당시 여전히 사전구상권에 담보제공청구의 항변권이 부착되어 있는 경우에는 제3채무자의 면책행위 등으로 인해 위 항변권을 소멸시켜 사전구상권을 통한 상계가 가능하게 된 때가 피압류채권의 변제기보다 먼저 도래하여야 한다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결; 자동채권인 피고(제3채무자, 물상보증인·연대보증인)의 소외 농협(채무자, 주채무자)에 대한 사전구상권 취득일은 2013. 4. 19., 수동채권인 소외 농협의 피고에 대한 부당이득반환채권의 변제기는 2013. 12. 27., 원고(채권자)에 의한 압류·추심명령의 효력 발생일은 2015. 11. 23., 피고가 1억 1,000만 원을 변제하여 그 범위에서 사전구상권에 부착된 담보제공청구권을 소멸시킨 시점은 2016. 9. 29.인 사안에서, 위 압류·추심명령 이후에 비로소 담보제공청구의 항변권이 일부 소멸한 위 사전구상권으로 그 이전에 이미 변제기가 도래한 위 부당이득반환채권과 상계하는 것은 허용되지 않는다고 판단한 예).

2959) 즉, 전세권저당권자가 전세금반환채권을 압류하거나 배당요구하여 물상대위권을 행사한 후에 전세권설정자가 전세권자에 대한 반대채권을 자동채권으로 하여 전세금반환채권과 상계하는 경우, 전세권저당권 설정 시점을 기준으로, 전세권설정자의 전세권자에 대한 반대채권이 존재하고, 반대채권의 변제기가 장래 발생할 전세금반환채권의 변제기보다 먼저 도래하거나 적어도 동시에 도래하는 경우에는 상계가 허용되고, 그렇지 않은 경우에는 상계가 허용되지 않는다(대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다91672 판결). 동산양도담보권자의 화재보험금 청구권·공제금청구권에 대한 물상대위권 행사 사안인 대법원 2014. 9. 25. 선고 2012다58609 판결도 같은 취지이다.

2960) 예컨대, 피전부채권인 임대차보증금반환채권에서 공제되는 미납차임과 손해배상채권 등의 범위에 관한 87다68 참조.

사) 한정승인에 의한 상계 불허

상속채권자의 피상속인에 대한 채권(자동채권)과 한정승인 상속인에 대한 채무 사이의 상계는 제3자의 상계에 해당하여 허용될 수 없다.[2961] 상속채권자의 상계항변에 대해, 상속인의 한정승인 주장은 재항변에 해당한다.

아) 신의칙에 반하는 상계의 불허

상계 제도의 목적이나 기능을 일탈하고 법적으로 보호받을 만한 가치가 없는 상계권 행사는 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것으로서 허용되지 않는다(일반적인 권리 남용의 경우에 요구되는 '주관적 요건'(권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우)은 필요하지 않다).[2962] 송금의 뢰인이 착오송금임을 이유로 수취은행에 송금액의 반환을 요청하고 수취인도 착오송금을 인정하여 수취은행에 반환을 승낙하고 있는 경우, 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인 계좌에 착오송금된 금원 상당의 예금채권과 상계하는

2961) 대법원 2022. 10. 27. 선고 2022다254154, 254161 판결; "상속인이 **한정승인**을 하는 경우에도, 피상속인의 채무와 유증에 대한 책임 범위가 한정될 뿐 상속인은 상속이 개시된 때부터 피상속인의 일신에 전속한 것을 제외한 피상속인의 재산에 관한 포괄적인 권리·의무를 승계하지만(민법 제1005조), 피상속인의 상속재산을 상속인의 고유재산으로부터 분리하여 청산하려는 한정승인 제도의 취지에 따라 상속인의 피상속인에 대한 재산상 권리·의무는 소멸하지 아니한다(민법 제1031조). 그러므로 상속채권자가 피상속인에 대하여는 채권을 보유하면서 상속인에 대하여는 채무를 부담하는 경우, 상속이 개시되면 위 채권 및 채무가 모두 상속인에게 귀속되어 상계적상이 생기지만, 상속인이 한정승인을 하면 상속이 개시된 때부터 민법 제1031조에 따라 피상속인의 상속재산과 상속인의 고유재산이 분리되는 결과가 발생하므로, 상속채권자의 피상속인에 대한 채권과 상속인에 대한 채무 사이의 상계는 제3자의 상계에 해당하여 허용될 수 없다. 즉, 상속채권자가 상속이 개시된 후 한정승인 이전에 피상속인에 대한 채권을 자동채권으로 하여 상속인에 대한 채무에 대하여 상계하였더라도, 그 이후 상속인이 한정승인을 하는 경우에는 민법 제1031조의 취지에 따라 상계가 소급하여 효력을 상실하고, 상계의 자동채권인 상속채권자의 피상속인에 대한 채권과 수동채권인 상속인에 대한 채무는 모두 부활한다."

2962) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다59481 판결; "일반적으로 당사자 사이에 상계적상이 있는 채권이 병존하고 있는 경우에는 이를 상계할 수 있는 것이 원칙이고, 이러한 상계의 대상이 되는 채권은 상대방과 사이에서 직접 발생한 채권에 한하는 것이 아니라, 제3자로부터 양수 등을 원인으로 하여 취득한 채권도 포함한다 할 것인바, 이러한 상계권자의 지위가 법률상 보호를 받는 것은, 원래 상계제도가 서로 대립하는 채권, 채무를 간이한 방법에 의하여 결제함으로써 양자의 채권채무관계를 원활하고 공평하게 처리함을 목적으로 하고 있고, 상계권을 행사하려고 하는 자에 대하여는 수동채권의 존재가 사실상 자동채권에 대한 담보로서의 기능을 하는 것이어서 그 담보적 기능에 대한 당사자의 합리적 기대가 법적으로 보호받을 만한 가치가 있음에 근거하는 것이다. 따라서 당사자가 상계의 대상이 되는 채권이나 채무를 취득하게 된 목적과 경위, 상계권을 행사함에 이른 구체적·개별적 사정에 비추어, 그것이 위와 같은 상계 제도의 목적이나 기능을 일탈하고, 법적으로 보호받을 만한 가치가 없는 경우에는, 그 상계권의 행사는 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것으로서 허용되지 않는다고 함이 상당하고, 상계권 행사를 제한하는 위와 같은 근거에 비추어 볼 때 일반적인 권리 남용의 경우에 요구되는 주관적 요건을 필요로 하는 것은 아니라고 할 것이다." ☜ **원고**가 소외 회사의 부도로 소외 회사 발행 약속어음의 가치가 현저하게 하락된 사정을 잘 알면서 오로지 자신이 소외 회사에 대하여 부담하는 임대차보증금반환채무와 상계할 목적으로 소외 회사 발행 약속어음 20장을 액면가의 40%에도 미치지 못하는 가격으로 할인·취득하고, 그 약속어음채권을 자동채권으로 하여 상계한 것은, 원고가 위 약속어음채권을 취득한 목적과 경위, 그 대가로 지급한 금액, 상계권을 행사하게 된 위와 같은 사정에 비추어, 상계제도의 목적이나 기능을 일탈하는 것이고, 법적으로 보호받을 만한 대립하는 채권, 채무의 담보적 기능에 대한 정당한 기대가 없는 경우에 해당하여 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것으로서 허용되지 않는다고 한 예.

것은, '특별한 사정'이 없는 한, 송금의뢰인에 대한 관계에서 신의칙에 반하거나 상계권 남용에 해당한다.[2963] 신의칙 위반이나 권리남용은 직권판단사항이므로, 상계항변자인 수취은행은 상계가 허용되는 '특별한 사정'[2964]까지 추가적으로 주장·증명해야 유효한 항변이 될 수 있다.

4) 상계의 효과

상계의 의사표시가 있는 경우, 양 채무는 상계적상 시에 소급하여 대등액에서 소멸한 것으로 보게 되므로, 상계에 의한 양 채권의 차액 계산 또는 상계충당은 상계적상 시점을 기준으로 하고, 변제충당의 법리가 준용된다(민법 제499조).[2965] 양 채권의 변제기 도래 후 채권양도가 있고, 양수채권을 자동채권으로 상계한 경우, 상계적상 시점은 '채권양도의 대항요건 구비 시점'이다.[2966]

2963) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2020다212958 판결; "송금의뢰인이 착오송금임을 이유로 거래은행을 통하여 혹은 수취은행에 직접 송금액의 반환을 요청하고, 수취인도 송금의뢰인의 착오송금에 의하여 수취인의 계좌에 금원이 입금된 사실을 인정하여 수취은행에 그 반환을 승낙하고 있는 경우, 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 계좌에 착오로 입금된 금원 상당의 예금채권과 상계하는 것은 수취은행이 선의인 상태에서 수취인의 예금채권을 담보로 대출을 하여 그 자동채권을 취득한 것이라거나 그 예금채권이 이미 제3자에 의하여 압류되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공공성을 지닌 자금이체시스템의 운영자가 그 이용자인 송금의뢰인의 실수를 기화로 그의 희생하에 당초 기대하지 않았던 채권회수의 이익을 취하는 행위로서 상계제도의 목적이나 기능을 일탈하고 법적으로 보호받을 만한 가치가 없으므로, 송금의뢰인에 대한 관계에서 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것이다. 수취인의 계좌에 착오로 입금된 금원 상당의 예금채권이 이미 제3자에 의하여 압류되었다는 특별한 사정이 있어 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 그 예금채권과 상계하는 것이 허용되더라도 이는 피압류채권액의 범위 내에서만 가능하고, 그 범위를 벗어나는 상계는 신의칙에 반하거나 권리를 남용하는 것으로서 허용되지 않는다."

2964) ❶ 수취은행이 선의인 상태에서 수취인의 예금채권을 담보로 대출을 하여 그 자동채권을 취득한 것이라거나 ❷ 그 예금채권이 이미 제3자에 의하여 압류되었다는 사실 등.

2965) 따라서 ① 상계적상 시점 이전에 수동채권의 변제기가 이미 도래하여 지체가 발생한 경우에는 상계적상 시점까지의 수동채권의 약정이자 및 지연손해금을 계산한 다음 자동채권으로 그 약정이자 및 지연손해금을 먼저 소각하고 잔액을 가지고 원본을 소각하여야 하고(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다25946 판결), ② 여러 개의 자동채권이 있고 수동채권의 원리금이 자동채권의 원리금 합계에 미치지 못하는 경우에는 우선 자동채권의 채권자가 상계의 대상이 되는 자동채권을 지정할 수 있고, 다음으로 자동채권의 채무자가 이를 지정할 수 있으며, 양 당사자가 모두 지정하지 아니한 때에는 법정변제충당의 방법으로 상계충당이 이루어지게 된다(대법원 2011. 8. 25. 선고 2011다24814 판결).
은행여신거래기본약관에서 은행이 상계를 하는 경우 상계로 인하여 소멸하는 채권·채무액수 계산의 복잡 곤란성을 배제하고자 하는 등의 취지에서 민법 규정에 의한 경우와는 달리 채권·채무의 이자나 지연손해금 등의 계산의 종기를 달리 정하는 규정을 둘 경우에는 적어도 그 계산의 종기가 상계적상 시로부터 과도하게 이탈하지 않도록 필요한 범위 내에서 이탈의 정도를 최소화함과 동시에 고객인 채무자가 어느 시점을 기준으로 이자나 지연손해금 등이 계산될 것인지를 예측할 수 있도록 하는 등 채무자 측의 이익도 배려하여야 할 뿐만 아니라 상당한 이유가 없는 한 채무자가 상계를 하는 경우와 사이에 형평을 유지하여야 한다(2002다64551).

2966) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2022다200089 판결; **"민법 제493조 제2항**은 '상계의 의사표시는 각 채무가 상계할 수 있는 때에 대등액에 관하여 소멸한 것으로 본다.'라고 정하고 있으므로 상계의 효력은 상계적상 시로 소급하여 발생한다. 상계적상은 자동채권과 수동채권이 상호 대립하는 때에 비로소 생긴다. 채권양수인이 양수채권을 자동채권으로 하여 그 채무자가 채권양수인에 대해 가지고 있던 기존 채권과 상계한 경우, 채권양수인은 채권양도의 대항요건이 갖추어진 때 비로소 자동채권을 행사할 수 있으므로 채권양도 전에 이미 양 채권의 변제기가 도래하였다고 하더라도 상계의 효력은 변제기로 소급하는 것이 아니라 채권양도의 대항요건이 갖추어진 시점으로 소급한다." ☜ '양수채권의 이행기'로 판단한 원심을 파기한 예.

상계의 소급효는 양 채권 및 이에 관한 이자나 지연손해금 등을 정산하는 기준시기를 소급하는 것일 뿐이고, 특별한 사정이 없는 한 상계의 의사표시 전에 이미 발생한 사실을 복멸시키지는 아니한다.[2967]

5) 상계 항변의 소송상 취급

가) 예비적 항변

소송상 방어방법으로서의 상계 항변은 통상 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적,[2968] 가정적[2969] 항변으로서, 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니라, 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실체법상 상계의 효과가 발생한다.[2970]

2967) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다32585 판결; **원심**이, 상계의 소급효에 의하여 동시이행 관계 내지는 점유의 권원이 소급하여 상실된다는 전제에서 임차인의 점포 점유가 불법점유에 해당한다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, '점포 임차인이 임대차계약 종료 후에 잔존 임대차보증금 반환채권과의 동시이행항변권에 기하여 점포를 점유해 오다가 그 점유를 중단하고 임대인에게 이를 인도한 후, 임대인이 별개의 반대채권으로 잔존 임대차보증금 반환채권과 상계하는 의사표시를 하여 보증금 반환채권이 소멸되었다 하더라도, 그 상계의 의사표시에 의하여 양 채권을 정산하는 기준시기가 상계적상이 있었던 임대차계약 종료 시로 소급하여 그 대등액에 관하여 정산되는 것일 뿐, 그 상계의 의사표시 전까지 있었던 잔존 보증금 반환채권과 임차인의 점포 인도의무 사이의 동시이행관계가 상계적상이 있었던 임대차계약 종료 시로 소급하여 소멸되고 이로 인하여 임차인의 인도의무가 소급하여 이행지체에 빠지며 점포에 대한 임차인의 점유가 임대차계약 종료 시에 소급하여 불법점유로 된다고 할 수는 없다.'고 판단한 예.

2968) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결.

2969) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000다21123 판결; "피고는 상고이유에서, 원고 등이 이OO의 예금통장에서 7,000만 원을 인출하여 갔다는 이유를 들어 위 금원에 대한 상계의 주장을 하였음에도 원심이 이에 대하여 아무런 판단도 하지 않은 잘못이 있다고 주장하고 있는바, 피고 대리인이 2000. 3. 9. 원심 제4차 변론기일에서 위와 같은 취지의 주장이 기재된 준비서면을 진술한 사실은 기록상 명백하나, 이는 원고의 주위적 또는 예비적 청구 중 금전청구가 인용되는 경우 이를 수동채권으로 상계한다는 취지의 가정적 항변을 한 것으로 볼 것이므로, 이 사건에서 원심이 금전청구를 모두 배척하고 소유권이전등기절차이행청구만을 인용한 이상 위 상계의 주장에 관하여 판단하지 않은 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 판단유탈의 위법이 있다고 볼 수 없다."

2970) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결.
소송절차 진행 중 당사자 사이에 조정이 성립됨으로써 수동채권의 존재에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 아니한 경우에는 그 소송절차에서 행하여진 소송상 상계항변의 사법상 효과도 발생하지 않는다(대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결). ☎ 피고가 원고에게 공사 관련 손해분담금 709,050,000원의 지급을 구한 관련 소송에서, 원고는 손해부담약정의 효력 및 손해의 범위를 다투는 한편 예비적으로 152,091,039원의 미지급대금 채권을 자동채권으로 하여 상계한다고 주장하였고, 그 후 '원고가 피고에게 330,000,000원을 지급하되, 피고는 나머지 청구를 포기'하는 내용의 조정이 성립된 다음, 원고가 위 미지급대금 지급의 소를 제기한 **사안**에서, **원심**이, '상계항변 당시 수동채권의 액수가 적어도 미지급대금 채권액보다는 많았고, 상계 의사표시가 있는 경우에는 그 상계적상 시에 소급하여 쌍방의 채권액이 대등액에서 소멸하므로 미지급대금 채권은 위 상계항변으로 인하여 소멸하였고, 원고와 피고가 위 상계항변까지 고려하여 조정조항을 도출하였다'고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "원고가 관련 소송에서 피고의 원고에 대한 손해배상청구가 인용될 것에 대비하여 이 사건 미지급대금 채권을 자동채권으로 하는 예비적 상계항변을 하였다고는 하나 그 소송절차 진행 중에 원고와 피고 사이에 조정이 성립됨으로써 수동채권인 피고의 청구채권에 대한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 아니한 이상 원고의 위 상계항변은 그 사법상 효과도 발생하지 않는다고 보아야 한다. 또한 이 사건 미지급대금 채권은 관련 소송의 소송물이 아니었을 뿐만 아니라 그 조정조서의 조정조항에 특정되거나 청구의

따라서 원고의 소구채권인 수동채권의 존재가 인정되는 경우 나아가 상계 항변에 대해 판단하여야 하고, 그 존재를 가정한 다음 상계 항변을 인용하여 원고 청구를 기각해서는 아니 되고, 동시이행항변을 제외하고는 다른 항변보다 후순위로 판단된다.

소송상 상계항변이 먼저 이루어지고 그 후 금전채권의 소멸을 주장하는 소멸시효항변이 있었던 경우에, 상계항변 당시 채무자인 피고에게 수동채권의 시효이익을 포기하려는 효과의사가 있었다고 단정할 수 없다.[2971]

상계 항변은 상대방의 동의 없이 철회할 수 있고, 이 경우 법원은 이에 대해 심판할 수 없다.[2972]

피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 다시 피고의 자동채권을 소멸시키기 위하여 소송상 상계의 재항변을 하는 것은 일반적으로 이를 허용할 이익이 없어 소송상 상계의 재항변은 주장 자체로 받아들일 수 없는 것이다.[2973] 이러한 법리는, 원고가 2개의 채권을 청구하고, 피고가 그중 1개의 채권을 수동채권으로 삼아 소송상 상계항변을 하자, 원고가 다시 위 청구채권 중 다른 1개의 채권을 자동채권으로 소송상 상계의 재항변을 하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.[2974]

표시 다음에 부가적으로 기재되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 위 조정조서의 효력이 이 사건 미지급대금 채권에 미친다고 보기 어렵다."라고 하면서 "그럼에도 원심은 상계의 의사표시가 소송 외에서 이루어진 경우나 소송 중에 이루어진 경우나 구별 없이 쌍방의 채권이 상계적상에 있는 한 그 의사표시가 상대방에게 도달함으로써 바로 효력이 생긴다는 전제 아래 이 사건 미지급대금 채권이 상계로 소멸하였고, 원고와 피고 사이에 상계항변까지 고려한 조정이 이루어졌다고 잘못 판단"하였다고 판시한 예.

2971) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다21556 판결.

2972) 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결. 반면에 일반적인 형성권에 관한 법리로는, 이미 행사되어 효력이 발생한 형성권의 철회는 형성권 및 상대방 있는 단독행위의 본질에 반하므로, 형성권을 행사하여 이미 법률효과가 발생한 후에는 그 일방적인 철회가 인정되지 않는다(상세한 내용은 '민법-총칙-법률행위-의사표시의 도달과 효력발생' 기술 부분 참조).

2973) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결: "피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 다시 피고의 자동채권을 소멸시키기 위하여 소송상 상계의 재항변을 하는 경우, 법원이 원고의 소송상 상계의 재항변과 무관한 사유로 피고의 소송상 상계항변을 배척하는 경우에는 소송상 상계의 재항변을 판단할 필요가 없고, 피고의 소송상 상계항변이 이유 있다고 판단하는 경우에는 원고의 청구채권인 수동채권과 피고의 자동채권이 상계적상 당시에 대등액에서 소멸한 것으로 보게 될 것이므로 원고가 소송상 상계의 재항변으로써 상계할 대상인 피고의 자동채권이 그 범위에서 존재하지 아니하는 것이 되어 이때에도 역시 원고의 소송상 상계의 재항변에 관하여 판단할 필요가 없게 된다. 또한 원고가 소송물인 청구채권 외에 피고에 대하여 다른 채권을 가지고 있다면 소의 추가적 변경에 의하여 그 채권을 당해 소송에서 청구하거나 별소를 제기할 수 있는 것이다. 그렇다면 원고의 소송상 상계의 재항변은 일반적으로 이를 허용할 이익이 없다고 할 것이다. 따라서 피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 소송상 상계의 재항변을 하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다." ☜ 원고가 피고의 상계항변에 대하여 원고의 피고에 대한 별개 채권과 피고의 채권을 대등액에서 상계한다고 주장한 데 대하여, **원심**은 원고가 주장한 별개 채권을 인정할 수 없다는 이유로 원고의 소송상 상계의 재항변을 배척하였으나, **대법원**은, 원고의 소송상 상계의 재항변은 주장 자체로 받아들일 수 없는 것으로, 원심이 원고가 주장한 채권의 존부에 대하여 나아가 판단한 것은 잘못이나 원고의 소송상 상계의 재항변을 배척한 결과에 있어서는 정당하다고 한 예.

2974) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다107662 판결.

나) 기 판 력

상계 주장에 관한 판단에 기판력이 인정되는 경우는,[2975] 상계 주장[2976]의 대상이 된 수동채권이 소송물로서 심판되는 소구채권이거나, 그와 실질적으로 동일하다고 보이는 경우(가령 원고가 상계를 주장하면서 청구이의의 소송을 제기하는 경우 등)로서 상계를 주장한 반대채권과 그 수동채권을 기판력의 관점에서 동일하게 취급하여야 할 필요성이 인정되는 경우를 말한다.[2977] 따라서 만일 상계 주장의 대상이 된 수동채권이 동시이행항변에 행사된 채권일 경우에는 그러한 상계 주장에 대한 판단에는 기판력이 발생하지 않는다.[2978]

상계 항변에 대한 기판력은 자동채권의 존부에 관하여 실질적으로 판단된 경우에 인정되고, 자동채권의 존재는 인정되나 항변권 부착으로 성질상 상계가 허용되지 않는다 하여 상계 항변을 배척하는 등의 경우에는 기판력이 인정되지 않는다.[2979]

여러 개의 자동채권이 있는 경우에 법원으로서는 그 중 어느 자동채권에 대하여 어느 범위에서 상계의 기판력이 미치는지 판결이유 자체로 당사자가 분명하게 알 수 있을 정도까지는 밝혀 주어야 한다.[2980]

2975) **민사소송법 제216조(기판력의 객관적 범위)** ① 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다. ② 상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다.

2976) **대법원** 2014. 4. 10. 선고 2013다54390 판결; "여기서 말하는 상계는 민법 제492조 이하에 규정된 단독행위로서의 상계를 의미하는데, … 위 피고는 상계항변을 한 것이 아니라 위 피고와 소외인과의 사이에 원고의 위 피고에 대한 임대수익금 채권과 위 피고의 ○○농산에 대한 농산물대금 채권을 상계하여 정산하기로 하는 내용의 합의를 하였다는 취지의 항변을 한 것에 지나지 않음을 알 수 있고, … 위 피고의 항변은 본래 의미의 상계를 주장하는 것이 아니므로 원심의 이 부분 판단에 관하여는 기판력이 미치지 않는다."

2977) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판결(판결 이유 중의 판단임에도 불구하고 상계 주장에 관한 법원의 판단에 기판력을 인정한 취지는, "만일 이에 대하여 기판력을 인정하지 않는다면, 원고의 청구권의 존부에 대한 분쟁이 나중에 다른 소송으로 제기되는 반대채권의 존부에 대한 분쟁으로 변형됨으로써 상계 주장의 상대방은 상계를 주장한 자가 그 반대채권을 이중으로 행사하는 것에 의하여 불이익을 입을 수 있게 될 뿐만 아니라 상계 주장에 대한 판단을 전제로 이루어진 원고의 청구권의 존부에 대한 전소의 판결이 결과적으로 무의미하게 될 우려가 있게 되므로, 이를 막기 위함"이라고 한다).

2978) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판결("위와 같이 해석하지 않을 경우 동시이행항변이 상대방의 상계의 재항변에 의하여 배척된 경우에 그 동시이행항변에 행사된 채권을 나중에 소송상 행사할 수 없게 되어 민사소송법 제216조가 예정하고 있는 것과 달리 동시이행항변에 행사된 채권의 존부나 범위에 관한 판결 이유 중의 판단에 기판력이 미치는 결과에 이르기 때문이다"); 매매계약 해제를 원인으로 한 매도인의 건물·토지 인도 청구의 前訴에서 계약금·중도금 반환과의 동시이행의 항변을 하였으나, 계약금은 매매계약이 매수인의 귀책사유로 해제됨으로써 매도인에게 귀속되었고, 중도금은 건물·토지 점유·사용료채권을 자동채권으로 한 상계로 소멸되었다는 재항변이 받아들여져 결국 위 동시이행항변이 배척되었는데, 그 후 매수인이 後訴로서 중도금 중 일부의 반환을 청구한 사안에서, 원심이 전소에서 중도금 반환채권이 상계로 소멸하였다고 판단한 부분에 기판력이 발생하여 후소가 전소의 확정판결의 기판력에 저촉된다고 판단한 데 대하여, 대법원은 원심이 기판력의 객관적 범위에 관한 법리를 오해한 것이라고 판시한 예.

2979) 대법원 1975. 10. 21. 선고 75다48 판결. 제1심에서 상계 항변을 하였다가 항소심에서 이를 철회하여 판단하지 않은 경우, 기판력을 갖지 않는다(대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결). 상계 항변이 실기한 공격방어방법으로 각하되거나, 상계적상 요건의 흠결로 배척되는 경우에도 기판력이 인정되지 않는다.

2980) 대법원 2011. 8. 25. 선고 2011다24814 판결. 즉, 상계항변이 이유 있는 경우에는, 상계에 의하여 소멸되는 채권의 금액을 일일이 계산할 것까지는 없다고 하더라도, 최소한 상계충당이 지정충당에 의하게 되는지 법정충

법원이 반대채권의 존재를 인정하지 않고 상계항변을 배척한 경우, '반대채권'이 '부존재'한다는 판결이유 중의 판단의 '기판력'은 '법원이 반대채권의 존재를 인정하였더라면 상계에 관한 실질적 판단으로 나아가 수동채권의 상계적상일까지의 원리금과 대등액에서 소멸하는 것으로 판단할 수 있었던 반대채권의 원리금 액수'의 범위에서 발생한다(이는 피고가 상계항변으로 주장하는 반대채권의 액수가 소송물로서 심판되는 소구채권의 액수보다 더 큰 경우에도 마찬가지이다). 피고가 상계항변으로 '2개 이상의 반대채권'을 '주장'하였는데 법원이 그중 어느 '하나의 반대채권'의 존재를 '인정'하여 수동채권의 일부와 대등액에서 상계하는 판단을 하고, '나머지 반대채권들'은 모두 '부존재'한다고 판단하여 그 부분 상계항변은 배척한 경우에, '반대채권들'이 '부존재'한다는 판단에 대하여 '기판력'이 발생하는 전체 범위는 위와 같이 '상계를 마친 후의 수동채권의 잔액'(수동채권의 '원금'의 잔액만을 의미한다)을 초과할 수 없다(이는 피고가 주장하는 2개 이상의 반대채권의 원리금 액수의 합계가 법원이 인정하는 수동채권의 원리금 액수를 초과하는 경우에도 마찬가지이다).[2981]

다른 소송에서 항변으로 주장되어 인용, 확정된 상계 항변의 자동채권의 이행을 구하는 소는 소의 이익이 없어 부적법하나,[2982] 별도로 제기된 소송에서 판결에 의하여 확정된 채권을 자동채권으로 하여 상계 항변을 할 수 있음은 당연하다.[2983]

당에 의하게 되는지 여부를 밝히고, 지정충당이 되는 경우라면 어느 자동채권이 우선 충당되는지를 특정하여야 하며, 자동채권으로 이자나 지연손해금채권이 함께 주장되는 경우에는 그 기산일이나 이율 등도 구체적으로 특정해 주어야 한다.

2981) 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결: "확정된 판결의 이유 부분의 논리구조상 법원이 당해 소송의 소송물인 수동채권의 전부 또는 일부의 존재를 인정하는 판단을 한 다음 피고의 상계항변에 대한 판단으로 나아가 피고가 주장한 반대채권의 존재를 인정하지 않고 상계항변을 배척하는 판단을 한 경우에, 그와 같이 반대채권이 부존재한다는 판결이유 중의 판단의 기판력은 특별한 사정이 없는 한 '법원이 반대채권의 존재를 인정하였더라면 상계에 관한 실질적 판단으로 나아가 수동채권의 상계적상일까지의 원리금과 대등액에서 소멸하는 것으로 판단할 수 있었던 반대채권의 원리금 액수'의 범위에서 발생한다고 보아야 한다. 그리고 이러한 법리는 피고가 상계항변으로 주장하는 반대채권의 액수가 소송물로서 심판되는 소구채권의 액수보다 더 큰 경우에도 마찬가지로 적용된다. … 피고가 상계항변으로 2개 이상의 반대채권을 주장하였는데 법원이 그중 어느 하나의 반대채권의 존재를 인정하여 수동채권의 일부와 대등액에서 상계하는 판단을 하고, 나머지 반대채권들은 모두 부존재한다고 판단하여 그 부분 상계항변은 배척한 경우에, 수동채권 중 위와 같이 상계로 소멸하는 것으로 판단된 부분은 피고가 주장하는 반대채권들 중 그 존재가 인정되지 않은 채권들에 관한 분쟁이나 그에 관한 법원의 판단과는 관련이 없어 기판력의 관점에서 동일하게 취급할 수 없으므로, 그와 같이 반대채권들이 부존재한다는 판단에 대하여 기판력이 발생하는 전체 범위는 위와 같이 상계를 마친 후의 수동채권의 잔액을 초과할 수 없다고 보아야 한다. 그리고 이러한 법리는 피고가 주장하는 2개 이상의 반대채권의 원리금 액수의 합계가 법원이 인정하는 수동채권의 원리금 액수를 초과하는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 이때 '부존재한다고 판단된 반대채권'에 관하여 법원이 그 존재를 인정하여 수동채권 중 일부와 상계하는 것으로 판단하였을 경우를 가정하더라도, 그러한 상계에 의한 수동채권과 당해 반대채권의 차액 계산 또는 상계충당은 수동채권과 당해 반대채권의 상계적상의 시점을 기준으로 하였을 것이고, 그 이후에 발생하는 이자, 지연손해금 채권은 어차피 그 상계의 대상이 되지 않았을 것이므로, 위와 같은 가정적인 상계적상 시점이 '실제 법원이 상계항변을 받아들인 반대채권'에 관한 상계적상 시점보다 더 뒤라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 앞에서 본 기판력의 범위의 상한이 되는 '상계를 마친 후의 수동채권의 잔액'은 수동채권의 '원금'의 잔액만을 의미한다고 보아야 한다."

2982) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다30966, 30973 판결; 예비적 반소의 원인채권에 기한 상계항변이 다른 사건에서 인용되어 이미 확정되었으므로 그 예비적 반소는 소의 이익이 없게 되어 부적법하다고 한 사례.

채무자가 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었으나 상계의 의사표시는 그 변론종결 후에 한 경우, 그 전에 자동채권의 존재를 알았는지 몰랐는지에 관계없이 적법한 청구이의 사유가 된다.[2984]

다) 중복소제기 금지, 재소금지 원칙의 적용 여부

별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 상계 항변이나, 역으로, 현재 계속 중인 소송에서 주장한 상계 항변의 자동채권을 별소나 반소로 청구하는 것 모두 허용되고, 중복소제기 저촉의 문제가 생기지 않는다.[2985]

상계 항변의 철회에는 소취하에 따른 재소금지 원칙이 적용되지 않는다.[2986]

라) 상소의 이익

원고가 청구한 채권의 존재를 인정한 후 피고가 한 상계 항변을 받아들여 원고의 청구를 기각한 경우, 판결 주문의 형식상으로는 원고청구기각이어서 형식적으로는 불복할 것이 없어 보이나, 피고로서는 원심판결 이유 중 원고 청구 채권의 존재를 인정하는 전제에서 피고의 상계 항변이 받아들여진 부분에 관하여 불복하여 상소를 제기할 수 있고, 상소심의 심리 결과 원고 청구 채권의 발생이 인정되지 않거나 그 발생은 인정되나 변제 등으로 소멸되어 상계 항변의 당부까지 나아가 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척되어야 한다면, 항소심은 항소기각판결이 아니라 '원심판결을 취소하고 원고청구를 기각하는 판결'을 하여야 하고, 상고심은 상고기각판결이 아니라 '원심판결을 파기하고

2983) 대법원 2000. 10. 6. 선고 2000다39049 판결.

2984) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41443 판결; "당사자 쌍방의 채무가 서로 상계적상에 있다 하더라도 그 자체만으로 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것은 아니고, 상계의 의사표시를 기다려 비로소 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것이므로, 채무자가 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었다 하더라도 채무명의인 확정판결의 변론종결 후에 이르러 비로소 상계의 의사표시를 한 때에는 … '이의원인이 변론종결 후에 생긴 때'에 해당하는 것으로서, 당사자가 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는가 몰랐는가에 관계 없이 적법한 청구이의 사유로 된다."

2985) 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결; "상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중인 경우, 사실심의 담당재판부로서는 전소와 후소를 같은 기회에 심리·판단하기 위하여 이부, 이송 또는 변론병합 등을 시도함으로써 기판력의 저촉·모순을 방지함과 아울러 소송경제를 도모함이 바람직하나, 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다. 마찬가지로 먼저 제기된 소송에서 상계 항변을 제출한 다음 그 소송계속 중에 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도의 소나 반소로 제기하는 것도 가능하다."

2986) 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결; "상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술 또는 변론을 한 뒤에는 상대방의 동의를 받아야 효력을 가지는 소의 취하와 달리 소송상 방어방법으로서의 상계 항변은 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고, 그 경우 법원은 처분권주의의 원칙상 이에 대하여 심판할 수 없다. 따라서 먼저 제기된 소송의 제1심에서 상계 항변을 제출하여 제1심판결로 본안에 관한 판단을 받았다가 항소심에서 상계 항변을 철회하였더라도 이는 소송상 방어방법의 철회에 불과하여 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 원칙이 적용되지 않으므로, 그 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기할 수 있다." ☛ 위 판시 중 '처분권주의'는 '변론주의'로 수정함이 옳다.

환송하는 판결'을 하여야 한다.[2987]

한편, 제1심이 원고의 청구 채권 자체를 인정하지 아니하여 원고의 청구를 기각한 데 대하여 원고가 항소하였는데, 항소심이 원고의 채권 자체는 인정한 후 피고의 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각하는 경우, 제1심판결과 항소심판결은 기판력의 범위를 서로 달리하므로, 그 결론이 같다고 하여 원고의 항소를 기각할 것이 아니라 제1심판결을 취소하고 다시 원고의 청구를 기각하는 판결을 하여야 하고,[2988] 항소심판결에 대하여 피고는 상소의 이익이 있다.[2989]

마) 불이익변경금지의 원칙

제1심 판결은 그 불복의 한도 안에서 바꿀 수 있다. 다만, 상계에 관한 주장을 인정한 때에는 그러하지 아니하다(민사소송법 제415조).[2990]

원고가 청구한 채권의 발생을 인정한 후 피고가 한 상계 항변을 받아들여 원고의 청구를 기각하였는데, 피고는 항소하지 않고 원고만 항소한 경우, 항소심이 제1심과는 다르

2987) ○ 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다34666 판결; "원심은 원고의 청구원인사실을 모두 인정한 다음 피고의 상계항변을 받아들여 상계 후 잔존하는 원고의 나머지 청구부분만을 일부 인용하였는데, 이 경우 피고들로서는 원심판결 이유 중 원고의 소구채권을 인정하는 전제에서 피고의 상계항변이 받아들여진 부분에 관하여도 상고를 제기할 수 있고, 위에서 본 바와 같이 원고의 합의해제사실을 인정하기에 충분한 증거가 없는 이상 더 나아가 피고의 상계항변의 당부를 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척될 것이므로, 결국 원심판결은 그 전부에 대하여 파기를 면치 못한다고 할 것이다" ☜ 원고의 청구원인사실이 인정되지 않아 원고청구채권이 발생하지 않은 경우.

○ 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012다91224 판결; "원심은 원고의 청구원인사실을 인정한 다음 피고로부터 이 사건 예금을 인출한 소외 1의 불법행위에 있어 원고가 과실에 의한 방조자로서 공동불법행위책임을 부담함으로 인한 피고의 상계항변 중 일부를 받아들여 원고의 청구 중 상계 후 잔존하는 부분만을 일부 인용하였는데, 위에서 본 바와 같이 피고의 소외 1에 대한 예금 지급이 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효한 이상 원고의 소구채권인 예금반환채권 자체가 인정되지 아니하여 더 나아가 피고의 상계항변의 당부를 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척되어야 하므로, 원심판결은 그 전부에 있어서 파기를 면하지 못한다." ☜ 원고청구채권의 발생은 인정되나 다른 권리소멸항변(변제, 채권의 준점유자에 대한 변제 등)의 인용으로 소멸한 경우.

2988) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다46023 판결; **제1심**은 원고의 구상금채권 자체를 인정하지 아니하여 원고의 청구를 기각하였는데, **원심**은 원고의 구상금채권은 인정하면서도 피고의 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 제1심판결이 정당하다고 하여 원고의 항소를 기각한 데 대하여, **대법원**은, "소구채권 그 자체를 부정하여 원고의 청구를 기각한 제1심판결과 소구채권은 인정하면서도 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 원심판결은 민사소송법 제216조에 따라 기판력의 범위를 서로 달리하므로, 원심으로서는 그 결론이 같다고 하여 원고의 항소를 기각할 것이 아니라 제1심판결을 취소하고 다시 원고의 청구를 기각하는 판결을 하여야 했다."라고 한 예.

2989) 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결; "소송상 방어방법으로서의 상계항변은 … 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실체법상 상계의 효과가 발생한다. 따라서 원고의 소구채권 자체가 인정되지 않는 경우 더 나아가 피고의 상계항변의 당부를 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척될 것이므로, '원고의 소구채권 그 자체를 부정하여 원고의 청구를 기각한 판결'과 '소구채권의 존재를 인정하면서도 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 판결'은 민사소송법 제216조에 따라 기판력의 범위를 서로 달리하고, 후자의 판결에 대하여 피고는 상소의 이익이 있다."

2990) 예컨대, 원고의 대여금 100만원 청구에 대해 피고가 100만원 전부 변제의 항변을 하였는데, 1심이 60만원의 변제항변만 인정하고 원고의 40만원 청구를 인용하였고 이에 원고만 항소한 경우, 항소심에서 변제항변은 전부 이유 없지만 항소하지 아니한 피고 제출의 100만원 상계항변이 전부 이유 있는 것으로 밝혀졌다면 항소심은 원고에게 불리하게 1심의 원고 승소(40만원) 부분을 취소하고 원고의 청구를 전부 기각할 수 있다.

게 원고가 청구한 채권의 발생이 인정되지 않는다는 이유로 원고의 청구를 기각하는 것은, 항소인인 원고에게 불이익하게 제1심판결을 변경하는 것이 되어 허용되지 아니한다.[2991]

바) 일부청구에 대한 상계 항변

일부청구에 대하여 상계 항변이 있는 경우, 채권 전액에서 상계를 하고 그 잔액이 청구액을 초과하지 아니할 경우에는 그 잔액을, 그 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구 전액을 인용한다.[2992]

차. 면 제

1) 민법상 면제

채권자가 채무자에게 채무를 면제하는 의사를 표시한 때에는 채권은 소멸한다. 그러나 면제로써 정당한 이익을 가진 제3자에게 대항하지 못한다(민법 제506조).

채권의 포기 내지 채무 면제는 채권자의 이행 청구에 대한 권리 소멸의 항변사유로 기능하는데, 그 요건사실은 ① '채권의 처분권한 있는 자'에 의한[2993] ② '채무자에 대한'[2994] ③ '포기 또는 면제의 의사표시(단독행위) 및 그 도달[2995](계약으로도 가능함은 물론이다)'이다.

2991) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다67258 판결 등.

2992) 대법원 1984. 3. 27. 선고 83다323, 83다카1037 판결(이른바 외측설의 입장). 불법행위 또는 채무불이행에 따른 손해배상청구에 대하여 상계항변을 한 경우, 과실상계나 공평의 원칙에 기한 책임제한 후의 손해배상액과 반대채권으로 상계하여야 한다(대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다107662 판결).

2993) 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다19153, 19160 판결; "채권의 담보를 위하여 담보계약을 체결함에 있어서 그 담보권의 명의를 제3자로 한 경우에 그 담보권명의자는 그 피담보채권을 수령하고 그 담보권을 실행하는 등의 권한을 가지는 것이지만 특별한 수권이 없는 한 그 담보계약 자체의 합의해제나 그 피담보채권의 포기와 같은 담보계약상의 권리가 아닌 기존의 채권을 포기할 권리는 갖지 않는다고 해석함이 상당하다."

2994) 대법원 1998. 10. 13. 선고 98다17046 판결; "민법상 채무면제는 채권을 무상으로 소멸시키는 채권자의 채무자에 대한 단독행위이고 다만 계약에 의하여도 동일한 법률효과를 발생시킬 수 있는 것인 반면, 검사 작성의 피의자신문조서는 검사가 피의자를 신문하여 그 진술을 기재한 조서로서 그 작성형식은 원칙적으로 검사의 신문에 대하여 피의자가 응답하는 형태를 취하므로, 비록 당해 신문과정에서 다른 피의자나 참고인과 대질이 이루어진 경우라고 할지라도 피의자 진술은 어디까지나 검사를 상대로 이루어지는 것이므로 그 진술기재 가운데 채무면제의 의사가 표시되어 있다고 하더라도 그 부분이 곧바로 채무면제의 처분문서에 해당한다고 보기 어려울 뿐만 아니라"

2995) 대법원 1989. 1. 31. 선고 87누760 판결; "손해배상청구권의 포기는 그 의사표시가 채무자에게 도달되거나 채무자가 알 수 있는 상태에 있었어야만 그 효력이 발생하고 그 이전에는 면제의 의사표시를 자유로 철회할 수 있는 것이며, 이와 같이 청구권의 포기 따라서 채무의 면제 의사표시가 적법하게 철회된 경우에는 청구권의 법적 소멸 상태는 없는 것이므로" ㉮ 임시주주총회에서 대표이사에 대한 채권을 부도채권으로 일시 특별손실로 처리하는 결의를 하고 회사의 장부상 일시 특별손실비용으로 계상하여 결산을 확정하고 일간지에 대차대조표를 공고하였다가 특별손실비용으로 처리한 것을 철회하고 회사의 자산계정에 유보시켜 둔 경우라면 대차대조표의 신문지상 공고로 채권포기의 의사표시가 채무자에게 요지될 수 있는 상태에 있었다고 볼 수 없으므로 이 경우 대표이사에 대한 채권을 포기하였다고 볼 수 없다고 한 예.

채권의 포기 내지 채무의 면제는 반드시 명시적인 의사표시만에 의하여야 하는 것은 아니나,[2996] 채권자의 행위 내지 의사표시의 해석을 엄격히 하여 그 적용 여부를 결정하여야 한다(엄격해석의 원칙의 적용).[2997] 판례에 나타난 채권 포기 내지 채무 면제의 구체적 긍정례[2998]와 부정례[2999]는 아래와 같다.

다수당사자채무 관계에서 그 중 1인에 대한 채무 면제는, ① 부진정연대채무나 불가분채무의 경우 다른 채무자의 채무에 영향을 미치지 아니하는 상대적 효력이 인정될 뿐이

2996) 채무 면제의 사실을 인정하는 데 반드시 처분문서가 필요한 것이 아님은 물론이다(대법원 2006. 12. 21. 선고 2004다45400 판결).

2997) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다40505 판결 등.

2998) ○ 원고가 이미 발생한 지체상금을 공제하는 등의 조건 없이 피고에게 원래의 계약금액을 모두 지급하기로 하였다면, 피고가 추가비용을 청구하지 않는 대신 원고도 지체상금청구권을 묵시적으로 포기한 것으로 봄이 상당하다고 한 예(2008다3671) / ○ 공사도급계약을 해지하면서 그 동안의 기성고액을 수급인이 모두 수령한 것으로 하고, 그 대신 도급인이 수급인의 하수급인들에 대한 채무를 직접 지급하기로 정산합의를 한 경우, 당사자의 의사는 정산합의 시점에서 확정적으로 수급인의 기성금청구채권 포기의 효력이 생기도록 하고, 다만 도급인이 하수급인들에 대한 채무의 이행을 하지 아니하는 것을 해제조건으로 하였다고 보는 것이 합당하다 할 것이므로, 일단 정산합의 시점부터 권리포기의 효과는 발생하였다고 봄이 상당하다고 한 예(2000다61435)/ ○ 원고가 대지의 소유권을 취득한 후 그 지상 가건물 철거 청구 소송을 할 때까지 피고의 위 대지 점유를 묵인한 바 있고, 피고가 위 가건물을 철거하기로 법정화해할 당시 그때까지의 지료 상당 손해배상 채무의 변제가 거론되었는데 원고가 위 법정화해 당시 그 청구원인에 지료상당의 손해를 포함시키지 아니하였다면, 이를 면제하기로 원·피고 간에 묵시적으로 약정되었다고 봄이 상당하다고 한 예(79다705)/ ○ 민사분쟁에 관련하여 형사고소를 제기하였다가 고소인과 피고소인 간에 합의가 이루어져서 고소인의 피해가 완전 회복되었음을 이유로 고소를 취소하는 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 고소사건에 관련된 그때까지의 모든 분쟁관계를 일응 해결하고 나서 그 고소를 취소하게 되는 것이 일반적인 상례이므로 고소인은 손해배상청구권을 행사하지 않기로 약정하였던 것이라고 볼 수 있다고 한 예(75다1291)

2999) ○ "특정금전신탁에 있어서 신탁회사의 선관주의의무 위반 등으로 인한 손해배상청구권의 묵시적 포기를 인정하기 위해서는 단순히 위탁자 또는 수익자가 거래 내용과 손실 발생 여부를 알고서도 신탁회사에게 아무런 이의를 제기하지 않았다거나 선관주의의무 등을 위반하여 취득한 신탁자산의 운용수익을 일부 지급받았다는 사정만으로는 부족하고, 수익자 등이 이의를 제기하지 않거나 운용수익을 일부 지급받은 동기나 경위 등 그러한 행위를 하게 된 전후 사정뿐만 아니라, 그와 같은 행위를 함에 있어서 수익자 등이 신탁회사에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 있음에도 불구하고 이를 포기한다는 점을 충분히 인식할 수 있는 상황에 있었는지, 수익자 등이 손해배상청구권을 포기할 만한 동기나 이유가 있었는지 여부 등 여러 사정을 종합적으로 검토하여 신중하게 판단하여야 한다."(2005다64552)/ ○ 매수인이 매매 목적 부동산을 담보로 대출을 받아 매도인에게 매매대금의 일부를 지급한 후 그 부동산에 가압류집행이 되자 매수인이 이를 이유로 계약해제를 주장하면서 대출 원리금을 변제하지 아니하여 매도인이 위 대출금에 대한 이자 및 연체료를 대위변제한 경우, 그 부동산에 대한 가압류등기가 그 후 말소되어 매수인이 매도인에게 나머지 잔대금을 지급하고, 매도인으로부터 어떠한 이의도 받지 아니한 상태에서 그 부동산에 관하여 매수인 명의의 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도, 그와 같은 사정만으로 매도인과 매수인 사이에 매도인이 대위지급한 대출금의 이자 및 연체료에 대한 매수인의 구상의무를 면제하기로 하는 합의가 있었다고 단정하거나 의제할 수는 없다고 한 예(99다11045)/ ○ 회사의 이사가 채무액과 변제기가 특정되어 있고 다만 채무의 이행기만 수년에 걸쳐 있는 회사채무에 대하여 연대보증계약을 체결한 경우에는 계속적 보증이나 포괄근보증과는 달리 이사직 사임이라는 사정변경을 이유로 연대보증인인 이사가 일방적으로 계약을 해지할 수 없고, 채권자가 이사직 사임통보를 받고 답보로 보관하고 있던 이사 명의의 백지당좌수표를 반환하였다는 사정만으로 채권자가 이사의 연대보증채무를 면제하였다거나 위 계약해지의 의사표시를 한 것이라거나 또는 이사의 계약해지 의사표시를 묵시적으로 인정한 것이라고 볼 수 없다고 한 예(90다15501)/ ○ "상대방에 대한 반대채권이 있음에도 불구하고 자신의 채무이행을 약정하였다는 사실만으로는 반대채권을 포기한 것으로 볼 수 없다고 할 것인바, … 피고가 이 사건 원고의 계약불이행으로 인한 원고에 대한 손해배상채권에 충당할 수 있는 위 계약금을 원고에게 반환하기로 약정한 사실이 있다는 사유만으로는 원고에 대한 위 손해배상채권을 포기하였다고 단정하기에 부족하다고 할 것"(86다카1907, 1908)

므로, 다른 채무자의 유효한 항변 사유가 될 수 없지만, ② 연대채무의 경우 부담 부분에 한하여 채무 소멸의 절대적 효력이 인정되므로(민법 제419조), 다른 채무자의 유효한 항변 사유가 될 수 있으나, 채권자로서는 의사표시 등으로 임의규정인 위 규정의 적용을 배제하여 어느 한 연대채무자에 대하여서만 채무면제를 할 수 있다.

퇴직금청구권의 사전 포기, 이미 구체적으로 발생한 임금채권을 단체협약만으로 포기 및 지급유예하는 등의 처분행위는 무효다.[3000]

2) 회사법상 면제

가) 주주 전원의 동의에 의한 이사·감사의 책임 면제

회사의 이사·감사에 대한 상법 제399조,[3001] 제414조[3002] 소정의 손해배상(위임관계로 인한 채무불이행 책임) 청구에 대하여, 이사·감사는 '주주 전원의 동의'[3003]로 면제되거나, 또는 정관으로 정하는 바에 따라 이사·감사가 그 행위를 한 날 이전 최근 1년간 보수액의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제된 사실을 주장·증명하여[3004] 항변할 수 있다(상법 제400조,[3005] 제415조).

3000) ○ 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다21821, 25502 판결: "퇴직금은 사용자가 일정 기간을 계속근로하고 퇴직하는 근로자에게 계속근로에 대한 대가로서 지급하는 후불적 임금의 성질을 띤 금원으로서 구체적인 퇴직금청구권은 근로관계가 끝나는 퇴직이라는 사실을 요건으로 발생한다. 최종 퇴직 시 발생하는 퇴직금청구권을 미리 포기하는 것은 강행법규인 근로기준법, 근로자퇴직급여 보장법에 위반되어 무효이다. 그러나 근로자가 퇴직하여 더 이상 근로계약관계에 있지 않은 상황에서 퇴직 시 발생한 퇴직금청구권을 나중에 포기하는 것은 허용되고, 이러한 약정이 강행법규에 위반된다고 볼 수 없다."
○ 대법원 2019. 10. 18. 선고 2015다60207 판결: "현실적으로 지급되었거나 이미 구체적으로 그 지급청구권이 발생한 임금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상, 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 반환이나 포기 및 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없다." ☛ 이때 구체적으로 지급청구권이 발생하여 단체협약만으로 포기 등을 할 수 없게 되는 임금인지 여부는 근로계약, 취업규칙 등에서 정한 지급기일이 도래하였는지를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2022. 3. 31. 선고 2021다229861 판결).

3001) 상법 제399조(회사에 대한 책임) ① 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.

3002) 상법 제414조(감사의 책임) ① 감사가 그 임무를 해태한 때에는 그 감사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.

3003) ○ 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결: "총주주의 동의는 반드시 명시적, 적극적으로 이루어질 필요는 없고 회사의 주식 전부를 양수도하는 과정에서 묵시적 의사표시의 방법으로 할 수 있으나, 이는 주식 전부의 양수인이 이사 등의 책임으로 발생한 부실채권에 대하여 그 발생과 회수불능에 대한 책임을 이사 등에게 더 이상 묻지 않기로 하는 의사표시를 하였다고 볼만한 사정이 있어야 할 것이다."
○ 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002다11441 판결: "총주주의 동의는 묵시적 의사표시의 방법으로 할 수 있고 반드시 명시적, 적극적으로 이루어질 필요는 없으며, 실질적으로는 1인에게 주식 전부가 귀속되어 있지만 그 주주 명부상으로만 일부 주식이 타인 명의로 신탁되어 있는 경우라도 사실상의 1인 주주가 한 동의도 총주주의 동의로 볼 것이다."

3004) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다24144 판결: "상고이유는 … 주주 전원이 위 피고들의 책임 면제에 동의하였으므로 위 피고들은 상법 제400조에 따라 면책되었다는 것이다. 그러나 이는 상고심에서 처음으로 주장된 것으로 적법한 상고이유가 되지 못할 뿐더러, 기록상 … 주주 전원이 위 피고들의 면책에 동의하였다고 볼 증거도 찾아볼 수 없으므로 위 주장은 받아들일 수 없다."

3005) 상법 제400조(회사에 대한 책임의 감면) [전문개정 2011.4.14.]

이사·감사의 채무불이행 책임과 청구권 경합 관계에 있는 '불법행위 책임'에는 위 규정이 적용되지 아니하고 민법 제506조의 법리에 따른다.[3006]

나) 재무제표 등의 승인에 의한 이사·감사의 책임 해제

정기총회에서 재무제표 등의 승인을 한 후 2년 내에 다른 결의가 없으면 회사는 이사와 감사의 책임을 해제한 것으로 본다. 그러나 이사 또는 감사의 부정행위에 대하여는 그러하지 아니하다(상법 제450조).

회사의 이사·감사에 대한 손해배상청구에 대하여, 위 규정에 의한 책임 해제를 항변하는 이사·감사는 '정기총회에 이사·감사의 책임사유가 기재된 재무제표 등이 제출되고 승인을 받았다는 사실'의 증명책임을 진다.[3007]

---

① 제399조에 따른 이사의 책임은 주주 전원의 동의로 면제할 수 있다.

② 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 제399조에 따른 이사의 책임을 이사가 그 행위를 한 날 이전 최근 1년간의 보수액(상여금과 주식매수선택권의 행사로 인한 이익 등을 포함한다)의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제할 수 있다. 다만, 이사가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 제397조 제397조의2 및 제398조에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

3006) 대법원 1989. 1. 31. 선고 87누760 판결; "주식회사의 대표이사가 그의 개인적인 용도에 사용할 목적으로 회사 명의의 수표를 발행하거나 타인이 발행한 약속어음에 회사명의의 배서를 해주어 회사가 그 지급책임을 부담 이행하여 손해를 입은 경우에는 당해 주식회사는 대표이사의 위와 같은 행위가 상법 제398조 소정의 이사와 회사 간의 이해상반 하는 거래행위에 해당한다 하여 이사회의 승인 여부에 불구하고 같은 법 제399조 소정의 손해배상청구권을 행사할 수 있음은 물론이고 대표권의 남용에 따른 불법행위를 이유로 한 손해배상청구권도 행사할 수 있는 것이다. 그리고 같은 회사에서 총주주의 동의를 얻어 대표이사의 위와 같은 행위로 손해를 입게 된 금액을 특별손실로 처리하기로 결의했다면 그것은 바로 상법 제400조 소정의 이사의 책임소멸의 원인이 되는 면제에 해당되는 것이라 할 것이므로 총주주의 동의를 개별적인 방법으로 얻을 때에는 최종적인 주주의 동의를 얻은 때부터, 주주총회의 결의와 같은 일괄적인 방법으로 얻을 때에는 당해 총회의 종료시부터 대표이사에게 손해배상청구를 할 수 없게 되는 것이고 이렇게 해서 법적으로 손해배상청구권 자체가 소멸되어 버린 경우에는 기업회계상은 물론이고 세무회계상으로도 청구권의 소멸을 전제로 하여 각각 계산의 대상으로 삼아야 하는 것이다. 그러나 위에서 본 바에 따라 법적으로 소멸되는 손해배상청구권은 상법 제399조 소정의 권리에 국한되는 것이지 불법행위로 인한 손해배상청구권까지 소멸되는 것으로는 볼 수 없는 것이다. 그 이유는 상법 제399조 소정의 손해배상청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 그 각 권리의 발생요건과 근거가 다를 뿐만 아니라 그 소멸원인의 하나인 채권자의 포기, 따라서 채무의 면제에 있어서도 전자는 상법 제400조의 방법과 효력에 의하는 반면에 후자는 민법 제506조의 방법과 효력에 의하도록 되어 있기 때문이다. 물론 총주주의 동의를 얻어 대표이사의 손해배상책임을 면제시킨 당해 주식회사의 의사는 불법행위로 인한 청구권까지 포함시켰을 것으로 보는 것이 당연하다 하겠으나 불법행위로 인한 손해배상청구권의 포기는 그 의사표시가 채무자에게 도달되거나 채무자가 알 수 있는 상태에 있었어야만 그 효력이 발생하고 그 이전에는 면제의 의사표시를 자유로 철회할 수 있는 것이며, 이와 같이 청구권의 포기 따라서 채무의 면제 의사표시가 적법하게 철회된 경우에는 청구권의 법적소멸 상태는 없는 것이므로 회사의 확정결산과 세무조정 계산상 당해 청구권은 회사의 내부에 유보되어 있는 것으로 처리되어야 하는 것이다."

3007) ○ 대법원 1969. 1. 28. 선고 68다305 판결; "책임 해제를 주장하는 주식회사의 이사는 그 회사의 주주총회에 제출 승인된 서류에 그 책임 사유가 기재되어 있다는 것을 입증할 책임을 져야 한다고 할 것이니 본 건에 있어서는 주주총회에 피고들의 책임 사항에 관한 서류를 제출하고 승인을 받았다는 사실의 입증책임이 피고들에게 있다고 하여야 할 것"

○ 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결; "상법 제450조에 따른 이사, 감사의 책임 해제는 재무제표 등에 그 책임사유가 기재되어 정기총회에서 승인을 얻은 경우에 한정되는 것이다."

○ 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다76854 판결; 상호신용금고의 대표이사가 충분한 담보를 확보하지 아니하고 동일인 대출 한도를 초과하여 대출한 것은 재무제표 등을 통하여 알 수 있는 사항이 아니므로, 상호신용금고의 정기총회에서 재무제표 등을 승인한 후 2년 내에 다른 결의가 없었다고 하여 대표이사의 손해배상책임이

위 규정 단서 소정의 '부정행위'[3008]에 해당한다는 점은 형식적으로는 회사의 재항변 사유이나, 회사의 손해배상청구 청구원인사실에서 이미 '부정행위'에 해당한다는 점이 드러나 있다면 이사·감사의 책임 해제 항변은 그 주장 자체로 이유 없는 것으로 볼 것이다.

3) 회생·파산절차상 책임면제와 채무면제

파산·회생 채무자에 대한 '책임 면제'는 채무 자체는 존속하지만 파산·회생 채무자에 대하여 이행을 강제할 수 없다는 의미(자연채무)이다. 따라서 파산·회생 채무자에 대한 면책결정이 확정되면, 면책된 채권은 소 제기 권능을 상실하게 되고, 그 이행청구의 소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하게 된다.[3009]

해제되었다고 볼 수 없다고 한 예.

3008) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결; 이사가 회사가 보유하고 있는 비상장주식을 매도하면서 그 매도에 따른 회사의 손익을 제대로 따져보지 않은 채 당시 시행되던 상속세법 시행령만에 근거하여 주식의 가치를 평가함으로써 적정가격보다 현저히 낮은 가액으로 거래가액을 결정하기에 이른 것은 회사의 손해를 묵인 내지는 감수하였던 것이라 할 것이므로, 이러한 이사의 행위는 상법 제450조에 의하여 책임이 해제될 수 없는 부정행위에 해당한다고 한 사례.

3009) ○ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다28173 판결(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제566조 본문 소정의 '파산채무자의 책임 면제'), 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다281159 판결(위 법률 제251조 소정의 '회생채무자의 책임 면제'). 위 2015다28173 판결은, 대여금 청구 소송이 상고심 계속 중 면책결정의 확정에 따라 권리보호의 이익이 없어 부적법하게 되었다고 한 사례이다.

○ 대법원 2019. 7. 25.자 2018마6313 결정; "채무자회생법 제625조 제2항 본문은 '면책을 받은 채무자는 변제계획에 따라 변제한 것을 제외하고 개인회생채권자에 대한 채무에 관하여 그 책임이 면제된다.'라고 규정하고 있다. 여기서 말하는 **면책**이란 채무 자체는 존속하지만 채무자에 대하여 이행을 강제할 수 없다는 의미이므로 면책된 개인회생채권은 통상의 채권이 가지는 소 제기 권능을 상실하게 된다. … 채무자회생법 제2편의 회생절차에서는 회생계획 인가결정이 있은 때에 회생채권자 등의 권리변경 효력이 발생하여 채무의 전부 또는 일부의 면제, 기한의 연장, 권리의 소멸이 이루어진다(제252조 제1항). … 이와 달리 채무자회생법 제4편의 개인회생절차에서는 변제계획 인가결정으로 개인회생채권자의 권리가 변경되지 않고, 다만 면책결정으로 그 책임이 면제될 뿐이다(제615조 제1항). … 면책결정의 확정으로 항고인의 개인회생채권은 채무자에 대한 관계에서 자연채무의 상태로 남게 …"

○ 대법원 2021. 2. 25. 선고 2018다43180 판결; "채무자회생법상 개인회생절차에서는 변제계획인가결정으로 개인회생채권자의 권리가 변경되지 않고, 면책결정으로 그 책임이 면제된다(제615조). 즉, 개인회생절차의 변제계획이 인가되었다 하더라도, 변제계획 자체로 권리변경의 효력을 발생시키는 형성적 효력을 갖는 것이 아니라, 단지 변제계획에서 정하여진 변제기간 동안 정해진 변제율과 변제방법에 따라 변제를 완료하면 추후 면책신청절차를 통해 면책결정을 받아 변제계획에 포함된 나머지 채무를 모두 면책받을 수 있다는 취지를 채권자들에게 명백히 알리는 의미만 있을 뿐이고, 채무자가 변제계획에 따른 변제를 완료한 후 채무자회생법 제624조에 따른 법원의 면책결정이 있어야 비로소 면책의 효과가 발생한다. 이는 개인회생절차가 아닌 회생절차에서 회생계획인가의 결정이 있는 때에 회생계획이나 채무자회생법의 규정에 의해 인정된 권리를 제외하고는 채무자는 모든 회생채권과 회생담보권에 관한 책임을 면하는 경우(제251조)와 구별된다."

○ 대법원 2016. 4. 29. 선고 2015다71177 판결; "파산 및 면책결정을 받은 채무자는 파산절차에 의한 배당을 제외하고는 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임이 면제되므로, 면책신청의 채권자목록에 기재하지 않은 파산채권이라도 면책 대상이 된다. 다만 채무자가 면책결정 이전에 채권의 존재 사실을 알면서도 이를 채권자목록에 기재하지 아니한 경우에는 그 파산채권에 대한 책임은 면제되지 아니하나, 그 경우에도 채권자가 파산선고가 있음을 알았다면 면책이 된다(제566조 제7호). … 채무자가 면책신청의 채권자목록에 파산채권자 및 그 파산채권의 원본 내역을 기재하여 제출하면 그 채권자는 면책절차에 참여할 수 있는 기회가 보장된다 할 것이므로, 채무자가 채권자목록에 원본 채권만을 기재하고 이자 등 그에 부수하는 채권을 따로 기재하지 않았다고 하더라도, 그 부수채권이 채무자가 악의로 채권자목록에 기재하지 아니한 비면책채권에 해당한다고 할 것은 아니다."

(채무재승인의 효력) 채무자가 면책결정 확정 '전'에 변제계획과 별도로 개인회생채무를 변제하겠다는 의사를 표시한 경우, 그 채무에도 원래의 개인회생채무와 동일하게 면책결정의 효력이 미치고,[3010] 면책결정 확정 '후' 파산채권을 변제하기로 하는 채무자와 파산채권자 사이의 합의는 ① 채무자가 면책된 채무를 변제한다는 점에 대해 이를 충분히 인식하였음에도 자신의 '자발적인 의사'로 위 채무를 변제하기로 약정한 것일 뿐 아니라 ② 위 약정으로 인해 채무자에게 '과도한 부담이 발생하지 않는 경우'에 한하여 그 효력을 인정할 수 있다.[3011]

회생계획인가 결정의 회생계획에 따른 회생채권자 등의 '권리 변경'은, 책임만의 변경이 아니라 권리가 실체적으로 변경되는 것으로서 채무면제에 해당한다.[3012]

카. 혼 동

혼동[3013]도 채권자의 이행 청구에 대한 권리 소멸의 항변사유이지만, 그 요건사실

3010) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020다277184 판결; "채무자가 개인회생절차가 개시된 후 면책결정 확정 전에 개인회생채권자에게 '변제계획과 별도로 개인회생채무를 변제하겠다.'는 취지의 의사를 표시한 경우에 면책결정이 확정된 이후에도 채무자에게 개인회생채무 전부나 일부를 이행할 책임이 존속한다고 보게 되면, 이는 앞서 본 면책제도의 취지에 반한다. 따라서 채무자가 면책결정 확정 전에 변제계획과 별도로 개인회생채무를 변제하겠다는 취지의 의사를 표시한 경우, 이로 인한 채무가 실질적으로 개인회생채무와 동일성이 없는 완전히 새로운 별개 채무라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 원래의 개인회생채무와 동일하게 면책결정의 효력이 미친다고 보아야 한다." ☞ 피고에 대한 면책결정의 효력이 미치는 재승인채무의 이행을 구하는 소로서 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 한 예.

3011) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020다269794 판결; "면책결정 확정 후 파산채권을 변제하기로 하는 채무자와 파산채권자 사이의 합의(이하 '채무재승인약정'이라고 한다)가 면책제도의 취지에 반하거나 확정된 면책결정의 효력을 잠탈하는 결과를 가져온다면 그 효력을 인정하기 어렵다. 나아가 채무재승인약정의 효력을 인정하여 판결을 통해 집행력을 부여할 것인지 여부를 판단할 때에는 면책제도의 입법 목적에 따라 위 약정이 채무자의 회생에 지장이 없는지 여부가 충분히 고려되어야 한다. 즉, 채무재승인약정은 채무자가 면책된 채무를 변제한다는 점에 대해 이를 충분히 인식하였음에도 자신의 자발적인 의사로 위 채무를 변제하기로 약정한 것일 뿐 아니라 위 약정으로 인해 채무자에게 과도한 부담이 발생하지 않는 경우에 한하여 그 효력을 인정할 수 있다. 이때 채무자가 자발적으로 채무재승인약정을 체결한 것인지, 채무재승인약정의 내용이 채무자에게 과도한 부담을 초래하는지 여부는 채무재승인약정을 체결하게 된 동기 또는 목적, 채무재승인약정을 체결한 시기와 경위, 당시의 채무자의 재산·수입 등 경제적 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."

3012) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다224469 판결; "채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제252조 제1항은, '회생계획인가의 결정이 있은 때에는 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자의 권리는 회생계획에 따라 변경된다.'라고 규정하고 있다. 여기서 **권리변경**이란 회생계획인가의 결정에 의하여 회생채권자 등의 권리가 그 회생계획의 내용대로 실체적으로 변경되는 것을 말한다. 이는 단지 채무와 구별되는 책임만의 변경을 뜻하는 것이 아니므로, 회생계획 등에 의하여 인정되지 아니한 회생채권과 회생담보권에 대한 채무자회생법 제251조의 면책과는 성질이 다르다. 따라서 회생계획인가의 결정이 있으면 회생채권자 등의 권리는 회생계획에 따라 변경되어 채무의 전부 또는 일부의 면제효과가 생기고"

3013) **민법 제507조(혼동의 요건, 효과)** 채권과 채무가 동일한 주체에 귀속한 때에는 채권은 소멸한다. 그러나 그 채권이 제삼자의 권리의 목적인 때에는 그러하지 아니하다. ☛ 민법이 혼동을 채권의 소멸사유로 인정하고 있는 것은 채권과 채무가 동일한 주체에 귀속한 때에 채권과 채무의 존속을 인정하여서는 안 될 적극적인 이유가 있어서가 아니고 그러한 경우에 채권과 채무의 존속을 인정하는 것이 별다른 의미를 가지지 않기 때문에 채권 채무의 소멸을 인정함으로써 그 후의 권리 의무관계를 간소화 하려는데 그 목적이 있다(대법원 1995. 5. 12. 선고 93다48373 판결).

인 상속, 채무자의 채권양수[3014] 등 '채권과 채무가 동일한 주체에 귀속[3015]한 사실'이 소송과정에서 드러나거나,[3016] '채권이 제삼자의 권리의 목적인 때', '그 채권의 존재가 채권자 겸 채무자로 된 사람의 제3자에 대한 권리행사의 전제가 되는 관계로 채권의 존속을 인정하여야 할 정당한 이익이 있을 때'[3017] 등 채권과 채무가 동일한 주체에 귀속하게

3014) 대법원 2022. 1. 13. 선고 2019다272855 판결; "채권양도에 의하여 채권은 그 동일성을 잃지 않고 양도인으로부터 양수인에게 이전되는데, 이는 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다고 하더라도 마찬가지이다. 이와 같은 채권의 귀속주체 변경의 효과는 원칙적으로 채권양도에 따른 처분행위 시 발생하는바, 지명채권 양수인이 '양도되는 채권의 채무자'인 경우에는 채권양도에 따른 처분행위 시 채권과 채무가 동일한 주체에 귀속한 때에 해당하므로 민법 제507조 본문에 따라 채권이 혼동에 의하여 소멸한다."

3015) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2004다59546 판결; "채권은 채권과 채무가 동일한 주체에 귀속한 때에 한하여 혼동으로 소멸하는 것이 원칙이고, 어느 특정의 물건에 관한 채권을 가지는 자가 그 물건의 소유자가 되었다는 사정만으로는 채권과 채무가 동일한 주체에 귀속한 경우에 해당한다고 할 수 없어 그 물건에 관한 채권이 혼동으로 소멸하는 것은 아닌바, 매매계약에 따른 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 가등기가 경료된 경우 그 가등기권자가 가등기설정자에게 가지는 가등기에 기한 본등기청구권은 채권으로서 가등기권자가 가등기설정자를 상속하거나 그의 가등기에 기한 본등기절차 이행의 의무를 인수하지 아니하는 이상, 가등기권자가 가등기에 기한 본등기절차에 의하지 아니하고 가등기설정자로부터 별도의 소유권이전등기를 경료받았다고 하여 혼동의 법리에 의하여 가등기권자의 가등기에 기한 본등기청구권이 소멸하지는 않는다 할 것이다. 한편 그와 같이 가등기권자가 별도의 소유권이전등기를 경료받았다 하더라도, 가등기 경료 이후에 가등기된 목적물에 관하여 제3자 앞으로 처분제한의 등기가 되어 있거나 중간처분의 등기가 되어 있지 않고 가등기와 소유권이전등기의 등기원인도 실질상 동일하다면, 가등기의 원인이 된 가등기의무자의 소유권이전등기의무는 그 내용에 좇은 의무이행이 완료되었다 할 것이어서 가등기에 의하여 보전될 소유권이전등기청구권은 소멸되었다고 보아야 하므로, 가등기권자는 가등기의무자에 대하여 더 이상 그 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구할 수 없는 것이다."

3016) 예컨대, 아들인 원고의 아버지인 피고를 상대로 한 대여금청구 소송 계속 중 피고가 사망하여 소송수계가 있는 경우, 원고의 상속분에 해당하는 청구는 그 주장 자체로 이유 없어 기각된다.

3017) 대법원 1995. 5. 12. 선고 93다48373 판결; "채권과 채무가 동일한 주체에 귀속하게 되더라도 그 채권의 존속을 인정하여야 할 특별한 이유가 있는 때에는 그 채권은 혼동에 의하여 소멸되지 아니하고 그대로 존속한다고 봄이 상당할 것이다. 민법 제507조 단서에서 채권이 제3자의 권리의 목적인 때에는 혼동에 의한 채권소멸이 생기지 아니한다고 규정하고 있는 것은 그러한 이유 때문이며, 상속인이 한정승인을 하거나 상속재산과 고유재산이 분리된 때(민법 제1031조, 제1050조), 어음이나 수표 등 유가증권상의 채무자가 채권자가 된 때(어음법 제11조 제3항, 제77조 제1항 제1호, 수표법 제14조 제3항) 등에는 이러한 혼동에 의한 채권소멸의 예외가 인정되는 이치도 같은 것이라고 할 것이다. … 민법 제507조 본문과 단서의 취지에 비추어 보면, 채권과 채무가 동일인에게 귀속되는 경우라도 그 채권의 존재가 채권자 겸 채무자로 된 사람의 제3자에 대한 권리행사의 전제가 되는 관계로 채권의 존속을 인정하여야 할 정당한 이익이 있을 때에는 그 채권은 혼동에 의하여 소멸하는 것이 아니라고 봄이 상당하다. … 자동차 운행 중 교통사고가 일어나 자동차의 운행자나 동승한 그의 친족이 사망하여 자동차손해배상보장법 제3조에 의한 손해배상채권과 채무가 상속으로 동일인에게 귀속하게 되는 때에, 교통사고를 일으킨 차량의 운행자가 자동차 손해배상 책임보험에 가입한 경우의 문제를 살펴본다면, 가해자가 피해자의 상속인이 되는 등의 특별한 경우를 제외하고는 생존한 교통사고 피해자나 사망자의 상속인에게 책임보험에 의한 보험의 혜택을 부여하여 이들을 보호할 사회적 필요성이 있는 점은 다른 교통사고와 다를 바 없고, 다른 한편 원래 자동차 손해배상 책임보험의 보험자는 상속에 의한 채권·채무의 혼동 그 자체와는 무관한 제3자일뿐 아니라 이미 자신의 보상의무에 대한 대가인 보험료까지 받고 있는 처지여서 교통사고의 가해자와 피해자 사이에 상속에 의한 혼동이 생긴다는 우연한 사정에 의하여 자기의 보상책임을 면할 만한 합리적인 이유가 없으므로, … 피해자가 보험회사에 대하여 직접 보험금의 지급청구를 할 수 있는 이른바 직접청구권이 수반되는 경우에는 그 직접청구권의 전제가 되는 자동차손해배상보장법 제3조에 의한 피해자의 운행자에 대한 손해배상청구권은 상속에 의한 혼동에 의하여 소멸되지 아니한다고 보아야 할 것이다." **[구체적 사례]** 피고 소유 차량에 관하여 원고(보험회사)와 책임보험계약을 체결한 피고의 처(1심 공동피고)가 위 차량을 운행하던 중 중앙선 침범함으로 마주 오던 차와 충돌하여 조수석의 아들이 사망한 사안에서, ❶ 피고는 자동차손해배상보장법상 '운행자'에 불과하므로 사고 발생에 대한 귀책사유 있음에 대한 자료가 없는 이상, 피고에게 위 사고로 인한 손해배상채권과 손해배상채무가 함께 귀속된다 하더라도, 위 손해배상청구권은 망인의 원고에

되더라도 그 채권의 존속을 인정하여야 할 '특별한 이유'가 청구원인단계에서 이미 드러나는 경우가 있어,[3018] 독립된 유효한 항변으로 기능하는 경우는 드물다. 상속포기, 채권양도의 무효는 재항변사유에 해당한다.

타. 증서·어음·수표·주권의 선의취득

증서, 어음, 수표나 주권의 선의취득[3019]을 부정하는 상대방은 선의취득 규정[3020]의 단서 규정 소정의 '소지인이 악의 또는 중대한 과실[3021]로 취득하였음'을 주장·증명하여야 한다.[3022]

대한 직접청구권의 전제가 되기 때문에 혼동으로 소멸하지 않고, 따라서 피고는 망인의 상속인으로서 원고에 대하여 직접청구권을 행사할 수 있다고 한 다음, ❷ 피해자인 망인의 원고에 대한 직접청구권은 그의 사망으로 상속인인 피고와 1심 공동피고에게 1/2지분씩 상속되었으므로, 피고는 자신의 상속분에 한하여 직접청구권을 행사할 수 있고, 1심 공동피고는 가해자로서 위 직접청구권의 전제가 되는 망인의 1심 공동피고에 대한 손해배상청구권과 1심 공동피고의 망인에 대한 손해배상채무가 혼동으로 소멸하였으므로 자신의 상속분에 상응하는 직접청구권을 행사할 수 없다고 판단한 예(2000다41653,41660). ☛ 피해자의 사망으로 상속이 개시되어 가해자가 피해자의 자신에 대한 손해배상청구권을 상속함으로써 위의 법리에 따라 그 손해배상청구권과 이를 전제로 하는 직접청구권이 소멸하였다고 할지라도 가해자가 적법하게 상속을 포기하면 그 소급효로 인하여 위 손해배상청구권과 직접청구권은 소급하여 소멸하지 않았던 것으로 되어 다른 상속인에게 귀속되고, 그 결과 위에서 본 '가해자가 피해자의 상속인이 되는 등의 특별한 경우'에 해당하지 않게 되므로 위 손해배상청구권과 이를 전제로 하는 직접청구권은 소멸하지 않으며, 그러한 상속포기가 신의칙에 반하여 무효라고 할 수는 없다(2003다38573,38580).

3018) 예컨대, 채권질권자(원고)가 입질채권의 채무자(피고)를 상대로 그 이행을 직접 구하는 소송 계속 중 입질채권의 채권자(질권설정자)가 사망하고 피고가 입질채권을 상속한 경우, '채권이 제삼자의 권리의 목적인 사실'이 청구원인단계에서 이미 드러나 있으므로, 혼동에 의한 채권소멸의 항변은 그 주장 자체로 이유 없게 된다.

3019) 기존 주권을 무효로 하는 제권판결에 기하여 주권이 재발행되었다고 하더라도 제권판결에 대한 불복의 소가 제기되어 제권판결을 취소하는 판결이 선고·확정되면, 재발행된 주권은 소급하여 무효로 되고, 그 소지인이 그 후 이를 선의취득할 수는 없다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2011다112247 판결).

3020) 지시채권, 무기명채권의 선의취득에 관하여, 민법 제514조는, "누구든지 증서의 적법한 소지인에 대하여 그 반환을 청구하지 못한다. 그러나 소지인이 취득한 때에 양도인이 권리 없음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다."라고 규정한 다음, 민법 제524조는 위 규정을 무기명채권에 준용하고 있고, 어음의 선의취득에 관하여, 어음법 제16조 제2항은, "어떤 사유로든 환어음의 점유를 잃은 자가 있는 경우에 그 어음의 소지인이 제1항에 따라 그 권리를 증명할 때에는 그 어음을 반환할 의무가 없다. 그러나 소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 어음을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정한 다음, 어음법 제77조 제1항은 위 규정을 약속어음에 준용하고 있고, 수표의 선의취득에 관하여, 수표법 제21조는, "어떤 사유로든 수표의 점유를 잃은 자가 있는 경우에 그 수표의 소지인은 그 수표가 소지인출급식일 때 또는 배서로 양도할 수 있는 수표의 소지인이 제19조에 따라 그 권리를 증명할 때에는 그 수표를 반환할 의무가 없다. 그러나 소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 수표를 취득한 경우에는 그러하지 아니하다."라고 각 규정하고, 주권의 선의취득에 관하여 상법 제359조는 수표법 제21조의 규정을 준용하고 있다.

3021) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2015다251812 판결: "악의 또는 중대한 과실이 있는지 여부는 그 취득 시기를 기준으로 결정하여야 하며, '악의'란 교부계약에 하자가 있다는 것을 알고 있었던 경우, 즉 종전 소지인이 무권리자 또는 무능력자라거나 대리권이 흠결되었다는 등의 사정을 알고 취득한 것을 말하고, 중대한 과실이란 거래에서 필요로 하는 주의의무를 현저히 결여한 것을 말한다. 그리고 주권 등을 취득하면서 통상적인 거래기준으로 판단하여 볼 때 양도인이 무권리자임을 의심할 만한 사정이 있음에도 불구하고 이에 대하여 상당하다고 인정될 만한 조사를 하지 아니한 채 만연히 주권을 양수한 경우에는 양수인에게 상법 제359조, 수표법 제21조 단서에서 말하는 '중대한 과실'이 있다고 보아야 한다."

3022) 판례도 동일한 취지로, "이 사건 약속어음의 배서는 형식상으로는 연속되어 있고 원고는 그 배서양도에 의하여 이 사건 약속어음을 소지하게 되었다는 것이므로 피배서인인 원고는 그 배서가 위조되었는가의 여부에 관계없이 배서의 연속이 있는 이 사건 약속어음의 적법한 소지인으로 추정된다 할 것이고 다만 이 경우에 발행인은 그

4. 채권각칙

가. 동시이행항변

1) 요건사실

동시이행 항변의 요건사실은 ① '(동시이행관계 있는) 반대채권의 발생 사실', ② '항변권의 행사 사실'이다.

위 ① 요건은 원고의 청구원인 사실에서 이미 드러나 있는 경우가 많을 것이다. 동시이행관계는 ⓐ 쌍무계약, ⓑ 법률의 규정, ⓒ 당사자 간의 약정, ⓓ 공평의 관념과 신의칙에 의해서 인정될 수 있다.[3023]

위 ② 요건은, 동시이행의 항변권은 당사자가 이를 원용하여야 그 인정 여부에 대하여 심리할 수 있는[3024] 이른바 '권리항변'이기 때문에 필요하다.

소지인이 약의 또는 중대한 과실로 인하여 동인이 이를 취득한 사실을 주장 입증을 하지 않는 한 발행인으로서의 어음채무를 부담하는 것"이라고 판시한 바 있고(74다902), '중대한 과실의 존재'를 요증사항으로 하여 판시하고 있다(2005다27287(수표), 99다58471(주권), 99다71573(양도성예금증서), 85다카1189(약속어음) 등).

3023) **◎ 동시이행관계 일반론**
동시이행의 항변권은 공평의 관념과 신의칙에 입각하여 각 당사자가 부담하는 채무가 서로 대가적 의미를 가지고 관련되어 있을 때 그 이행에 있어서 견련관계를 인정하여 당사자 일방은 상대방이 채무를 이행하거나 이행의 제공을 하지 아니한 채 당사자 일방의 채무의 이행을 청구할 때에는 자기의 채무이행을 거절할 수 있도록 하는 제도로서, 쌍무계약에서 서로 대가관계에 있는 당사자 쌍방의 의무는 원칙적으로 동시이행의 관계에 있고, 위와 같은 제도의 취지에서 볼 때 당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약에 있어 고유의 대가관계에 있는 채무가 아니라고 하더라도, 구체적인 계약관계에서 각 당사자가 부담하는 채무에 관한 약정 내용에 따라 그것이 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우에는 동시이행의 항변권을 인정할 수 있다(2004다24557). 이러한 법리는 민법 제536조 제1항뿐만 아니라 같은 조 제2항에서 정한 이른바 '불안의 항변권'의 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다215791 판결).
원래 쌍무계약에서 인정되는 동시이행의 항변권을 비쌍무계약에 확장함에 있어서는 양 채무가 동일한 법률요건으로부터 생겨서 공평의 관점에서 보아 견련적으로 이행시킴이 마땅한 경우라야 한다(2000다36118).
하나의 계약 혹은 그 계약에 추가된 약정으로 둘 이상의 민법상의 전형계약 내지 민법상의 채권적 권리의무관계가 포괄되어 있고, 이에 따른 당사자 사이의 여러 권리의무가 동일한 경제적 목적을 위하여 서로 밀접하게 연관되어 있는 경우에는, 이를 민법상의 전형계약 등에 상응하는 부분으로 서로 분리하여 그 각각의 전형계약 등의 범위 안에서 대가관계에 있는 의무만을 동시이행관계에 있다고 볼 것이 아니고, 당사자 일방의 여러 의무가 포괄하여 상대방의 여러 의무와 사이에 대가관계에 있다고 인정되는 한, 이러한 당사자 일방의 여러 의무와 상대방의 여러 의무는 동시이행의 관계에 있다고 볼 수 있다(① 공사도급계약의 도급인이 자신 소유의 토지에 근저당권을 설정하여 수급인으로 하여금 공사에 필요한 자금을 대출받도록 한 사안에서, 수급인의 근저당권 말소의무는 도급인의 공사대금채무에 대하여 공사도급계약상 고유한 대가관계가 있는 의무는 아니지만, 담보 제공의 경위와 목적, 대출금의 사용용도 및 그에 따른 공사대금의 실질적 선급과 같은 자금지원 효과와 이로 인하여 도급인이 처하게 될 이중지급의 위험 등 구체적인 계약관계에 비추어 볼 때, 이행상의 견련관계가 인정되므로 양자는 서로 동시이행의 관계에 있고, 나아가 수급인이 근저당권 말소의무를 이행하지 아니한 결과 도급인이 위 대출금 및 연체이자를 대위변제함으로써 수급인이 지게 된 구상금채무도 근저당권 말소의무의 변형물로서 그 대등액의 범위 내에서 도급인의 공사대금채무와 동시이행의 관계에 있다고 한 사례(2007다35152), ② 甲의 대지 위에 甲 명의로 건축허가를 받아 乙이 3층 건물을 신축한 뒤 일부 층은 甲, 나머지 층은 乙의 소유로 하고 그 비율에 따른 대지지분을 乙에게 이전하기로 한 경우, 그로 인한 甲과 乙 사이의 여러 권리의무가 전체로서 동시이행관계에 있다고 인정한 사례(95다1521)).
당사자 쌍방이 각각 별개의 약정으로 채무를 부담하게 된 경우에는 당사자 간의 특약으로 그 채무이행과 상대방의 어떤 채무이행과를 견련시켜 동시이행을 하기로 특약한 사실이 없는 한 상대방이 자기에게 이행할 채무가 있다 하더라도 동시이행의 항변권이 생긴다고 할 수는 없다(89다카23794).

위 ①, ② 요건에 더하여 ③ '반대채권의 이행기 도래 사실'이 동시이행 항변의 요건사실인지에 대해서는 견해가 엇갈린다.

2) 동시이행관계

가) 매매계약

부동산의 매매계약이 체결된 경우에는 매도인의 소유권이전등기의무, 인도의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것이 원칙이고, 이 경우 매도인은 특별한 사정이 없는 한 '제한이나 부담이 없는' 완전한 소유권이전등기의무를 지는 것이므로, 매매목적 부동산에 지상권설정등기나 가압류등기,[3025] 처분금지가처분등기나 소유권말소예고등기,[3026] 매수인의 부동산처분금지가처분등기 후 경료된 가처분 위반의 처분등기,[3027] 근저당권설정등기[3028] 등이 되어 있는 경우에는, 비록 매매가액에 비하여 소액인 금원의 변제로써 언제든지 말소할 수 있는 것이거나 나아가 아무런 변제도 없이 말소할 수 있는 것이라 할지라도,[3029] 매도인은 위와 같은 등기를 모두 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 하고,[3030] 따라서 가압류등기 등이 있는 부동산의 매매계약

3024) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다53187 판결.

3025) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다6368 판결.

3026) 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754, 13761 판결.

3027) 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다12349 판결; "부동산처분금지가처분등기가 유효하게 기입된 이후에도 가처분채권자의 지위만으로는 가처분 이후에 경료된 처분등기의 말소청구권은 없으며, 나중에 가처분채권자가 본안 승소판결에 의한 등기의 기재를 청구할 수 있게 되면서 가처분등기 후에 경료 된 가처분 내용에 위반된 위 등기의 말소를 청구할 수 있는 것이고, 또 등기공무원도 가처분 이후에 이루어진 가처분 위반등기를 직권으로 말소할 수도 없으므로 가처분 위반의 등기가 소유권이전등기 시에 말소되지 아니한 채 남아 있다면 이는 말소하여야 할 등기상의 부담이라고 보아야 할 것이다. 처분금지가처분등기 때문에 근저당권에 의한 금원을 차용하지 못하였고 피고의 요구가 있으면 언제든지 근저당권을 말소할 수 있는 상태라고 하여도 마찬가지이다."

3028) 대법원 1991. 11. 26. 선고 91다23103 판결; "근저당권설정등기가 되어 있는 부동산을 매매하는 경우 매수인이 근저당권의 피담보채무를 인수하여 그 채무금 상당을 매매잔대금에서 공제하기로 하는 특약을 하는 등 특별한 사정이 없는 한 매도인의 근저당권말소 및 소유권이전등기의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것"

3029) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다6368 판결. 이 판결은, 채무담보를 위하여 근저당권설정등기와 함께 지상권설정등기가 마쳐졌다가 채무의 변제로 근저당권설정등기는 말소되고 지상권설정등기만 남아 있는 경우, 지상권설정등기나 가압류등기가 6백만 원을 변제하면 언제라도 말소될 수 있는 것이고 6백만 원은 매매가인 2억 원에 비하면 적은 금액인 경우에 관한 것이다. 이러한 해석은, 근저당권설정등기 있는 부동산의 매매계약을 해제함에 있어서, 근저당권설정등기의 말소의무에 관한 이행제공은 그 근저당채무가 변제되었다는 것만으로는 부족하고, 근저당권설정등기의 말소에 필요한 서류까지도 준비함이 필요하며, 그 근저당채무가 이미 변제되어 근저당채무자의 신청만 있으면 근저당권자가 그 말소등기절차를 이행하여 주도록 되어 있는 사실만 가지고는 근저당권설정등기 말소의무에 관한 이행의 제공이 있었다고 할 수 없다는 판례(79다1562 판결, 65다1367 판결)와 그 궤를 같이 하는 것이다.

3030) ○ 소유권이전등기청구권이 가압류되어 있어 가압류를 해제하여야만 소유권이전등기를 경료받을 수 있는 자가 그 목적물을 매도한 경우, 매수인은 위 가압류가 해제되어 완전한 소유권이전등기를 경료받을 때까지 동시이행의 항변권을 행사하여 매매잔대금의 지급을 거절할 수 있다(2001다27784,27791).
○ 토지거래 '신고'구역 내 토지에 대한 토지거래 신고필증 제공의무와 매매대금지급의무도 서로 동시이행의 관계에 있다(91다12349).

에 있어서는 매도인의 소유권이전등기 의무와 아울러 가압류등기 등의 말소의무도, 특별한 사정(가압류의 피보전 채무, 저당권의 피담보채무 등에 대한 매수인의 이행인수 계약 등)이 없는 한, 매수인의 잔대금지급의무와 동시이행 관계에 있다.[3031]

매수인이 선이행의무 있는 중도금을 지급하지 않았다 하더라도 계약이 해제되지 않은 상태에서 잔대금 지급일이 도래하여 그 때까지 중도금과 잔대금이 지급되지 아니하고 잔대금과 동시이행관계에 있는 매도인의 소유권이전등기 소요 서류가 제공된 바 없이

3031) 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다8533 판결.

○ 이는 제한물권이나 가압류등기 등의 말소의무를 포함하는 '제한이나 부담이 없는' 완전한 소유권이전등기의무에 대응하여 매수인의 잔대금지급의무가 동시이행의 관계에 있다는 것이지, 제한물권이나 가압류등기 등의 각 말소의무가 소유권이전등기의무와는 별도로 각각 매수인의 잔대금지급의무에 대응하여 동시이행의 관계에 있다는 의미는 아니라 보아야 한다.

○ 따라서 매수인의 잔대금지급의무 전체와 동시이행관계에 있는 소유권이전등기의무가 이행되지 않은 경우라면, 매도인의 대금청구에 대하여 매수인은 소유권이전등기의무에 터 잡은 동시이행항변권에 따라 잔대금 전부의 지급을 거절할 수 있고 잔대금 전부에 대한 지체책임을 지지 않는다 할 것이며, 제한물권이나 가압류등기 등의 각 말소의무별로 잔대금지급의무와 동시이행관계 있는 범위를 따로 획정, 고려할 필요는 없다. 가령 매도인이 원고가 되어 매수인을 상대로 매매잔대금 10,000,000원의 지급을 구하는 경우, 목적부동산에 채무액 3,000,000원의 저당권설정등기 또는 가압류기입등기가 말소되지 않고 있다면, 주문은 "피고는 원고로부터 … 부동산에 관하여 … 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행받음과 동시에 원고에게 금 10,000,000원을 지급하되 그 중 금 3,000,000원은 위 부동산에 관한 ……저당권설정등기(또는 가압류기입등기)를 말소받음과 동시에 지급하라"(사법연수원, 민사실무 Ⅱ(2006), 117면)라고 할 것이 아니라, "피고는 원고로부터 … 부동산에 관하여 … 저당권설정등기(또는 가압류기입등기)를 말소받고 … 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행받음과 동시에 원고에게 금 10,000,000원을 지급하라"라고 하면 족할 것이다.

○ 반면에, 매수인의 잔대금지급의무 전체와 동시이행관계에 있는 소유권이전등기의무가 이미 이행된 경우라면 제한물권이나 가압류등기 등의 각 말소의무별로 잔대금지급의무와 동시이행관계 있는 범위를 따로 획정, 고려할 필요가 있다. 근저당권등기의 경우에는 채권최고액에 상당하는 매매대금, 가압류등기의 경우에는 청구금액에 상당하는 매매대금이 그 지급을 거절할 수 있고 지체책임을 면하는 범위이다.

cf. 대법원 2015. 11. 19. 선고 2012다114776 전원합의체 판결; "구 도시 및 주거환경정비법 … 제47조가 정한 요건에 해당하여 토지·건축물 등(이하 '토지 등'이라고 한다)을 현금으로 청산하여야 하는 경우, 사업시행자인 재건축조합이 부담하는 청산금 지급의무와 토지 등 소유자가 부담하는 권리제한등기 없는 소유권이전의무는 동시이행의 관계에 있다. 다만 토지 등 소유자가 재건축조합에 대하여 토지 등에 관한 소유권이전등기 및 인도를 마쳤으나 근저당권설정등기를 말소하지 아니한 경우, 재건축조합이 구 도시정비법 제47조에 따른 현금청산에서 근저당권설정등기말소와의 동시이행을 주장하여 지급을 거절할 수 있는 청산금의 범위는 동시이행의 항변권이 인정되는 근본 취지에 비추어 공평의 관념과 신의칙에 따라 정하여야 한다. … 재건축조합은 말소되지 아니한 근저당권의 채권최고액 또는 채권최고액의 범위 내에서 확정된 피담보채무액에 해당하는 청산금에 대하여만 동시이행의 항변권에 기초하여 지급을 거절할 수 있다고 보는 것이 공평의 관념과 신의칙에 부합한다. … 청산금 전부에 대하여 근저당권설정등기말소와의 동시이행을 주장하여 지급을 거절할 수 있다는 … 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다."

cf. 대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카1029 판결은 동시이행항변권에 관한 민법 제536조를 참조조문으로 하여 "부동산매매계약에 있어 특별한 약정이 없는 한 매수인은 그 부동산에 설정된 근저당권설정등기가 있어 완전한 소유권이전을 받지 못할 우려가 있으면 그 근저당권의 말소등기가 될 때까지 그 등기상의 담보한도금액에 상당한 대금지급을 거절할 수 있다"고 하였고, 대법원 1996. 5. 10. 선고 96다6554 판결은, 민법 제588조 소정의 대금지급거절권(매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 매수인은 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있다)에 터 잡아 "지급을 거절할 수 있는 매매대금이 어느 경우에나 근저당권의 채권최고액에 상당하는 금액인 것은 아니고, 매수인이 근저당권의 피담보채무액을 확인하여 이를 알고 있는 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 지급을 거절할 수 있는 매매대금은 확인된 피담보채무액에 한정된다."고 하였다. 위 96다6554 판결은 소유권이전등기가 이미 경료되어 근저당권설정등기의 말소의무만 잔존한 상태에서 매매대금 지급 거절 범위가 문제된 사안이다.

그 기일이 도과하였다면, 특별한 사정(이행기가 지난 후에도 여전히 선이행하기로 하는 약정 등[3032])이 없는 한, 매수인의 중도금 및 잔대금의 지급과 매도인의 소유권이전등기 소요 서류의 제공은 동시이행관계에 있다[3033] 할 것이어서 그 때부터는 매수인은 중도금을 지급하지 아니한 데 대한 이행지체의 책임을 지지 아니하고,[3034] "중도금+중도금에 대한 중도금 지급기일 다음날부터 잔대금 지급기일까지[3035]의 지연손해금[3036]+잔대금"의 합계액에 대한 매수인의 지급의무와 매도인의 소유권이전등기의무가 동시이행관계에 있게 된다.

매수인이 매도인을 상대로 매매 목적 부동산 중 '일부'에 대해서만 소유권이전등기의무의 이행을 구하고 있는 경우에도 매도인은 특별한 사정이 없는 한 그 매매잔대금 전부에 대하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다.[3037]

부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무, 가압류채무, 임대차보증금반환채무 등의 채무를 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 하는 부동산매매계약과 이행인수계약이 함께 이루어진 경우, 특별한 사정이 없는 한 매수인은

3032) 매도인이 매수인으로부터 중도금을 지급받아 원매도인에게 매매잔대금을 지급하지 아니하고서는 토지의 소유권이전등기서류를 갖추어 매수인에게 제공하기 어려운 특별한 사정이 있었고, 매수인도 그러한 사정을 알고 매매계약을 체결하였던 경우, 매도인의 소유권이전등기절차 서류의 제공의무는 매수인의 중도금 지급이 선행되었을 때에 매수인의 잔대금의 지급과 동시에 이를 이행하기로 약정한 것이라고 할 것이므로, 매수인의 중도금 지급의무는 당초 계약상의 잔금지급기일을 도과하였다고 하여도 매도인의 소유권이전등기서류의 제공과 동시이행의 관계에 있다고 할 수 없다(96다31109).

3033) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2017다3222, 3239 판결; "매매계약에서 대가적 의미가 있는 매도인의 소유권이전의무와 매수인의 대금지급의무는 다른 약정이 없는 한 동시이행의 관계에 있다. 설령 어느 의무가 선이행의무라고 하더라도 이행기가 지난 때에는 이행기가 지난 후에도 여전히 선이행하기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 의무를 포함하여 매도인과 매수인 쌍방의 의무는 동시이행관계에 놓이게 된다."

3034) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다577 판결 등.

3035) 잔대금 지급기일 당일의 지연손해금도 포함되는 것은 민법 제536조 단서에 따라 상대방의 의무가 변제기, 즉 이행 기한을 도과해야 동시이행항변권이 발생하기 때문이다.

3036) = **미지급 중도금×약정 지연손해금률 또는 연 5%·6%의 민사·상사 법정이율×기간.**

3037) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다53187 판결.
그러나 ① 매수인인 원고가 여러 필지의 토지를 매수하였다고 주장하고 소유권이전등기를 청구하였으나 사실은 매매대금의 일부만 지급되었고 매도인인 피고가 동시이행의 항변을 하는 경우, 그 토지의 매매계약이나 그 이행이 불가분적인 것이 아니어서 그 일부에 관하여만 매매계약이 유효하거나 일부 토지에 관하여만 소유권이전등기가 가능하여 그 일부 토지에 대하여만 소유권이전등기를 명하는 경우에는, 매수인이 지급한 매매대금의 합계액이 소유권이전등기를 명하는 토지의 매매대금에 미치지 못하는 때에 한하여, 그 범위 안에서만 동시이행의 항변을 받아들여 부족한 매매대금의 수령과 동시이행을 명하는 판결을 할 수 있다고 볼 것이고, 이미 지급한 매매대금액이 이전등기를 명하는 토지가액을 넘는 경우에는 동시이행을 명하여서는 아니 된다. 그렇지 아니하면 원고가 이전등기를 받을 수 없거나 이전등기를 받지 아니하는 토지의 대금까지도 지급을 명하는 결과가 되어 부당하다(92다32807). ② 토지의 일부를 매매한 후 대금 감액의 합의가 되어 매도인이 매수인에게 이미 지급받은 대금의 일부를 반환할 의무를 부담한 상태에서 매수인 명의로 토지 전체에 대한 소유권이전등기를 경료한 경우, 매수인의 매도인에 대한 매매 목적 이외의 토지 부분에 관한 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행의무와 매도인의 매수인에 대한 대금 반환의무는 공평의 견지에서 서로 대가적 의미를 지니고 있어 그 이행에 있어서 견련관계를 인정함이 타당하므로 상호 동시이행의 관계에 있다고 볼 수 있다(98다53899 판결, 97다54604,54611 판결).

매매대금에서 매매목적물에 관한 채무인수액을 공제한 나머지를 지급함으로써 잔금지급의무를 다한 것이 되고,[3038] 매수인의 인수채무불이행 또는 매도인의 임의변제로 인한 매수인의 손해배상채무 또는 구상채무와 매도인의 소유권이전등기의무는 동시이행의 관계에 있다.[3039]

분양권매매계약의 체결 당시 매매계약서상의 명목상 매매대금을 실제 매매대금보다 줄여서 기재하고 그 차액에 해당하는 금원에 관해 따로 현금보관증을 작성하여 둔 경우, 매수인의 위 금원 지급의무와 매도인의 수분양자명의 변경절차이행의무는 동시이행의 관계에 있다.[3040]

3038) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2008다3053, 3060 판결 등.

3039) ○ 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다23193 판결; "부동산매매계약과 함께 이 사건과 같은 이행인수계약이 이루어진 경우, 매수인이 인수한 채무는 매매대금지급채무에 갈음한 것으로서, 피고가 원고의 이 사건 인수채무불이행으로 말미암아 또는 임의로 원고를 대신하여 위 인수채무를 변제하였다면, 그로 인한 손해배상채무 또는 구상채무는 위 인수채무의 변형으로서 매매대금지급채무에 갈음한 것의 변형이므로, 원고의 위 손해배상채무 또는 구상채무와 피고의 이 사건 소유권이전등기의무는 대가적 의미가 있어 이행상 견련관계에 있다고 인정되고, 따라서 양자는 동시이행의 관계에 있다고 해석함이 공평의 관념 및 신의칙에 합당하다고 하겠다."

○ 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007다3285 판결; **원심**이, 약정 잔금지급일 후에 발생한 기존 대출금에 대한 이자 23,401,220원은 매수인인 원고들이 부담하여야 할 것이나, 매매계약의 내용과 목적 및 불이행의 결과 등에 비추어 원고들의 위 이자 납부의무는 매매계약에 있어 매수인의 주된 채무라고 볼 수 없으므로 매도인인 피고의 수분양자명의 변경절차이행의무와 서로 이행상의 견련관계에 있다고 할 수 없다는 이유로, 동시이행항변을 배척한 데 대하여, **대법원**은, "피고가 기존 대출금에 대한 위 약정 잔금지급일 후의 이자를 원고들 대신 변제하였다면 그로 인한 원고들의 피고에 대한 그 이자 상당액의 구상채무는 원고들이 인수키로 한 기존 대출금 채무의 내용에 속하는 이자 채무의 변형으로서 결국 매매대금 지급채무에 갈음한 것의 변형에 속하는 것이므로, 이러한 원고들의 위 이자 상당액의 구상채무와 피고의 수분양자명의 변경절차이행의무는 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계에 있다고 보아야 할 것이다."라고 한 예.

○ 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다13877 판결; "교환계약에서 당사자의 일방이 교환 목적물인 각 재산권의 차액에 해당하는 금원인 보충금의 지급에 갈음하여 상대방으로부터 이전받을 목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하기로 약정한 경우, 특별한 사정이 없는 한 채무를 인수한 일방은 위 보충금을 제외한 나머지 재산권을 상대방에게 이전하여 줌으로써 교환계약상의 의무를 다한 것이 된다 할 것이고, 다만 채무를 인수한 일방이 인수채무인 근저당권의 피담보채무의 변제를 게을리함으로써 교환 목적물에 관하여 설정된 근저당권의 실행으로 임의경매절차가 개시되었거나 개시될 염려가 있어 상대방이 이를 막기 위하여 부득이 피담보채무를 변제한 경우 등 채무를 인수한 일방이 보충금을 지급하지 아니한 것으로 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는, 상대방은 채무인수인에 대하여 동액 상당의 손해배상채권 또는 구상채권을 갖게 되는 것이며, 한편 이와 같은 특별한 사정이 있다는 사유를 들어 교환계약을 해제할 수도 있는 것이다. … 소외 1의 위 대출이자지급의무는 피고의 위 소유권이전등기의무보다 선이행의무이고, 피고의 위 소유권이전등기의무는 소외 1의 위 대출원금지급의무보다 선이행의무라고 할 것인데, 소외 1과 피고의 위 각 의무는 모두 그 각 이행기에 이행되지 않은 채 이 사건 교환계약이 해제되지 않은 상태에서 각 이행기를 도과하였으므로, 각 이행기 도과 이후 피고가 위 해제통고를 한 1996. 1. 19. 당시에는 쌍무계약인 이 사건 교환계약에 기한 소외 1의 위 대출원리금 지급의무(또는 피고가 당시까지 위 대출금의 이자채무를 위 은행에 변제한 범위 내에서는 소외 1의 위 대출이자지급의무의 변형인 소외 1의 피고에 대한 구상채무)와 피고의 위 소유권이전등기의무는 동시이행의 관계에 있었다고 할 것이고, 따라서 피고가 1996. 1. 19. 위 해제통고를 함에 있어서는, 그 최고기간인 1996. 1. 31.까지 자기의 반대채무인 소유권이전등기의무의 이행 또는 그 이행의 제공을 하여야 위 약정해제권을 적법하게 취득하고 최고기간의 만료로 해제의 효력이 발생한다고 할 것이다."

3040) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007다3285 판결; **원심**이, 현금보관증상의 금원은 실질적으로는 매매대금의 일환이라고 할 것이나 원·피고들은 위 금원의 지급에 관하여 매매계약서상의 채무의 이행과는 별도로 그 지급방법과 시기 등을 정한 바 있으므로, 원고들의 피고에 대한 위 금원의 지급의무와 피고의 원고들에 대한 아파트 수분양자명의 변경절차이행의무는 서로 대가적 의미가 있는 견련관계에 있다고 할 수 없다는 이유로, 동시이행항변을 배척한 데 대하여, **대법원**은, "위 금원의 지급시기를 이 사건 매매계약서상의 잔금지급일 이전으로

부동산 매매계약에서 매수인이 부가가치세나 양도소득세를 부담하기로 약정[3041]한 경우 그 이행제공의 형태, 방법, 시기 등에 관한 약정에 따라 동시이행 관계 여부가 정해진다(부가가치세는 특별한 사정이 없는 한 소유권이전등기의무와 동시이행의 관계에 있다).[3042]

주식 양도·양수계약상으로 발행주식 전부 또는 지배주식의 양도의무 및 경영권 양도의무가 대금지급의무와 동시이행관계에 있다 하더라도 주문에서 동시이행 대상으로 별도로 경영권의 양도를 명할 필요는 없다.[3043]

정한 점, 위 금원의 지급방법에 관한 약정 위반 시는 이 사건 매매계약 자체를 무효로 하기로 한 점 등에 비추어 보면, 비록 원·피고들이 위 금원을 매매계약서상의 매매대금에 포함시키지 아니하고 따로 이에 관한 현금보관증을 작성하였다 하더라도, 위 금원은 어디까지나 이 사건 매매대금의 일부에 해당하는 것이라고 하지 않을 수 없는 것이므로, 달리 원·피고들이 위 금원의 지급의무를 이 사건 매매계약과는 무관한 별개의 독립된 채무로 하기로 특별히 약정하였다고 볼 만한 사정이 없는 이상, 원고들의 위 금원 지급의무와 피고의 수분양자 명의 변경절차이행의무는 서로 대가관계에 있는 것이어서 당연히 동시이행의 관계에 있다고 보아야 할 것이다."라고 한 예.

3041) ◎ **부가가치세 상당액 지급 청구권**: 사업자가 재화 또는 용역을 공급하는 때에는 부가가치세 상당액을 그 공급을 받는 자로부터 징수하여야 한다는 부가가치세법 규정은 사업자로부터 징수하는 부가가치세 상당액을 공급을 받는 자에게 차례로 전가시킴으로써 궁극적으로 최종소비자에게 이를 부담시키겠다는 취지를 선언한 것에 불과한 것이어서 사업자가 위 규정을 근거로 공급을 받는 자로부터 부가가치세 상당액을 직접 징수할 사법상의 권리는 없는 것이지만, 거래당사자 사이에 부가가치세를 부담하기로 하는 약정이 따로 있는 경우에는 사업자는 그 약정에 기하여 공급을 받는 자에게 부가가치세 상당액의 지급을 직접 청구할 수 있는 것으로, 부가가치세의 부담에 관한 위와 같은 약정은 반드시 재화 또는 용역의 공급 당시에 있어야 하는 것은 아니고 공급 후에 한 경우에도 유효하며, 또한 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니고 묵시적인 형태로 이루어질 수도 있다(99다33984).

3042) ○ **대법원** 2006. 2. 24. 선고 2005다58656, 58663 판결; "부동산 매매계약에 있어 매수인이 부가가치세를 부담하기로 약정한 경우 부가가치세를 매매대금과 별도로 지급하기로 했다는 등의 특별한 사정이 없는 한 부가가치세를 포함한 매매대금 전부와 부동산의 소유권이전등기의무가 동시이행의 관계에 있다고 봄이 상당하다." ☜ **원심**은, 매수인인 원고가 건물의 공급에 따른 부가가치세를 부담하기로 약정한 사실은 인정되나, 이러한 원고의 부가가치세 지급의무는 피고의 세금계산서 교부의무와 동시이행관계에 있을 뿐, 그것이 피고의 이전등기의무와 서로 대가적 의미를 갖는다고 볼 수는 없다는 이유로 동시이행항변을 배척한 데 대하여, **대법원**은, "원심으로서는 원고가 부가가치세를 부담하기 위한 이행제공의 형태, 방법, 시기 등에 관하여 당사자 간에 어떤 약정이 있었는지를 확정한 다음, 만약 매매대금과는 별도의 시기와 방법으로 부가가치세를 지급하기로 한 것이 아니라면, 부가가치세를 포함한 매매대금 전부와 피고의 이전등기의무가 동시이행의 관계에 있다고 보아야 할 것"이라고 한 예.

○ **대법원** 1995. 3. 10. 선고 94다27977 판결; 부동산 매매계약의 이행각서에 "매도인이 세무서에 신고납부하는 양도소득세액 외에 차후 부과되는 제반 세금추징분에 대하여는 매수인 측이 그 전액을 납부하겠다."는 취지로만 기재되어 있을 뿐이라면, 원심으로서는 매수인이 매도인에게 추징된 양도소득세액을 부담하기 위한 이행제공의 형태, 방법, 시기 등에 관하여 당사자 사이에 어떤 약정이 있었는지를 구체적으로 심리·확정하지 않고서는, 매수인의 그러한 약정상의 조세부담의무가 매도인의 소유권이전등기의무와 서로 동시이행 관계에 있다고 곧바로 단정할 수 없다고 한 사례. ⇔ **대법원** 1992. 8. 18. 선고 91다30927 판결; **원심**으로서는 원고와 피고의 계약에서 우선 원고가 피고의 토지양도에 따른 양도소득세액을 부담하기로 하였는지의 여부를 밝혀서 만약 원고가 이를 부담하기로 한 경우라면 원고가 이를 부담하기 위한 이행제공의 형태, 방법, 시기 등에 관하여 당사자 간에 어떤 약정이 있었는지를 확정한 다음, 그것이 위 토지에 대한 피고의 소유권이전등기의무와 견련관계에 있다고 볼 수 있는지의 여부를 판단하였어야 함에도 불구하고 막연히 가사 원고가 위 양도소득세액을 부담하기로 하였다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그것이 위 소유권이전의무와 동시이행에 관계가 있지 아니하다고 판단한 것은 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 한 예.

3043) **대법원** 2021. 7. 29. 선고 2017다3222, 3239 판결; "발행주식 전부 또는 지배주식의 양도와 함께 경영권이 주식 양도인으로부터 주식 양수인에게 이전하는 경우 경영권의 이전은 발행주식 전부 또는 지배주식의 양도에 따른 부수적인 효과에 지나지 않아 주식 양도의무와 독립적으로 경영권 양도의무를 인정하기 어렵다." ☜ **원심**이, 판결이유에서 이 사건 주식 양도·양수계약은 피고 등이 소외 회사 발행 주식 전부와 그에 따른 경영권

나) 도급계약

민법 제665조 제1항[3044]에 따라, 도급인의 공사대금지급의무와 수급인의 건물·대지[3045] 인도의무는 동시이행관계에 있다. 민법 제667조[3046] 제3항에 따라, 도급인의 공사대금지급의무와 수급인의 하자보수 및 그에 갈음한 손해배상의무는 동시이행관계에 있다.[3047] '하자확대손해'로 인한 수급인의 손해배상채무나 그 변형물인 구상채무도 마찬가지이다.[3048] 도급인의 지체상금채권과 수급인의 공사대금채권은 동시이행의 관계에 있

등을 원고에게 양도하고 원고로부터 그에 대한 매매대금을 지급받는 것을 목적으로 체결되었고 그 후 위 계약에 따른 원고의 매매대금 지급의무와 피고의 주식 양도의무, 경영권 양도의무는 모두 이행기가 지남으로써 당초 계약상 쌍방의 의무 중 어느 의무를 선이행하도록 되어 있었는지와 상관없이 모두 동시이행의 관계에 있다고 기재한 반면, 판결이유의 다른 부분과 주문에서는 피고의 경영권 양도의무를 언급하지 않고 오로지 피고 등의 주식 양도의무와 원고의 매매대금 지급의무만 동시이행관계에 있다고 기재한 데 대하여, **대법원**은, '원래 이 사건 주식 양도·양수계약상으로는 잔금 지급기일에 피고 등의 경영권 양도의무가 잔존 주식 양도의무와 함께 원고의 미지급 중도금·잔금 지급의무와 동시이행관계에 있으나, 잔금 지급기일에 원고가 잔존 주식을 양도받음으로써 이미 양도받은 주식과 합하면 발행 주식 전부를 취득하게 되고 경영권은 그에 부수하여 이전되므로, 동시이행 대상으로 별도로 경영권의 양도를 명할 필요가 없다. 원심은 이와 같이 원고의 미지급 중도금·잔금 지급의무와 동시이행으로 이행되어야 하는 의무에서 피고의 경영권 양도의무를 제외한 것으로 볼 수 있다.'라고 하여, 원심판결에 잘못이 없다고 한 예. **[동일 취지]** 양도대상 주식 중 일부만이 양도된 상태에서 주식 및 경영권 양도계약이 무효가 된 이상 양도대상 회사의 주주들은 주주총회에서 양수인이 지정한 이사 등을 해임하는 방법으로 경영권을 행사할 수 있으므로 양수인에게 주식 반환의무 외의 독립된 경영권 반환의무를 인정하기 어렵다고 한 예(2013다29424).

3044) **민법 제665조(보수의 지급시기)** ① 보수는 그 완성된 목적물의 인도와 동시에 지급하여야 한다.

3045) 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다22114 판결; "수급인이 공사대금을 변제받을 때까지 동시이행의 항변권에 기하여 인도를 거절할 수 있는 목적물은 도급계약의 목적물인 건물에 한하는 것이 원칙이라고 하겠으나, 그 건물점유의 결과 대지의 점유는 필연적으로 수반되기 때문에 그 건물의 유지사용에 필요한 범위 내의 대지부분에 대해서는 동시이행의 항변권에 기하여 인도를 거절할 수 있다고 풀이하여야 할 것이다. 그러나 위와 같은 항변권은 공사대금을 받을 때까지 건물의 인도를 거부할 수 있는 권능이 있다는 것이지(이 사건 건물은 수급인인 피고가 원시취득하였다는 것이므로 건물의 사용, 수익으로 인한 부당이득문제는 발생할 여지가 없다) 동시이행의 항변권에 의하여 이 사건 대지를 무상으로 사용, 수익할 수 있는 권능이 있다고 할 수는 없다. 건물건축공사 도급계약의 성질면에서도 그렇다. 이러한 도급계약은 수급인이 건물을 완공할 것을 약정하고 도급인이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립되는 계약이므로, 그 특성상 건물완공 시까지 수급인의 건축을 위하여 대지를 무상으로 사용할 권능이 있다고 보는 것이 보통의 경우라 할 것이나, 건물완공 후에도 도급인 아닌 제3자와의 관계에서 수급인에게 대지를 무상으로 사용, 수익할 권능이 있다고 보기는 어렵다."

3046) **민법 제667조(수급인의 담보책임)** ① 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. 그러나 하자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 그러하지 아니하다. ② 도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다. 〈개정 2014.12.30.〉 ③ 전항의 경우에는 제536조의 규정을 준용한다.

3047) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007다31914 판결; "수급인의 하수급인에 대한 하도급 공사대금채무를 인수한 도급인은 특별한 사정이 없는 한 수급인이 하수급인과 사이의 하도급계약상 동시이행의 관계에 있는 수급인의 하수급인에 대한 하자보수청구권 내지 하자에 갈음한 손해배상채권 등에 기한 동시이행의 항변으로서 하수급인에게 대항할 수 있다고 할 것"

3048) ○ 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결; "수급인이 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 말미암아 도급인의 신체 또는 재산에 손해가 발생한 경우 수급인에게 귀책사유가 없었다는 점을 스스로 입증하지 못하는 한 도급인에게 그 손해를 배상할 의무가 있다고 보아야 할 것이고 … 민법 제667조 제3항에 의하여 민법 제536조가 준용되는 결과 도급인이 수급인에 대하여 하자보수와 함께 청구할 수 있는 손해배상채권과 수급인의 공사대금채권은 서로 동시이행관계에 있는 점 등에 비추어 보면, 하자확대손해로 인한 수급인의 손해배상채무와 도급인의 공사대금채무도 동시이행관계에 있는 것으로 보아야 할 것이다."(하수급인이 고의 또는 과실로 미끄럼방지 포장공사의 시공을 조잡하게 한 것이 하나의 중요한 원인이 되어 교통사고가 발생하여 도급인이 피해자에게 손해를 배상한 사안) ☞ **[동일 판시]** 2007다26455, 26462; 원단 가공 도급계약에 의하여

다 할 수 없다.[3049]

도급인이 '하자의 보수에 갈음한 손해배상'을 청구한 경우, 주류적 판례는, 동시이행관계에 있는 수급인의 공사대금 채권의 범위는 같은 금액에 한한다[3050]고 한다(따라서 공사대금에서 하자보수비 상당액을 공제한 나머지 금액에 대해서는 상계적상일[3051] 다음날부터 지연손해금이 부가된다). 도급인이 '하자보수청구권' 자체를 행사하는 경우, 원칙적으로 공사대금 전부의 지급을 거절할 수 있고 예외적으로 공평과 신의칙에 따라 하자 및 손해에 상응하는 금액으로 지급거절 범위가 한정되는 것인지, 애초에 하자보수비에 상응하는 공사대금의 지급만 거절할 수 있는 것인지에 관하여는 판례의 입장이 명확하지 않으나 후자로 보인다.[3052] [3053] 기성고에 따라 공사대금을 분할하여 지급하기로 약정한 경우라도, 특별한 사

납품된 물건에 하자가 발생함으로 말미암아 도급인이 외국에 수출하여 지급받기로 한 물품대금을 지급받지 못한 데 대한 손해배상 사건.

○ 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결: "부진정 연대채무자 중 1인으로서 피해자에 대한 손해배상 의무를 실제로 이행한 도급인이 사용자책임을 부담하게 되는 수급인에 대하여 취득하게 되는 구상권은 도급인이 하자보수와 함께 청구할 수 있는 손해배상채권이나 이른바 하자확대손해의 배상채권의 변형물로서 수급인의 공사대금채권과 그 실질에 있어서 대가적인 의미가 있어 공평의 원칙에 비추어 이행상의 견련관계를 인정함이 상당하므로 위 양 채권은 서로 동시이행의 관계에 있다고 보아야 할 것"

3049) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다81224, 81231 판결.

3050) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007다69186 판결: "완성된 목적물에 하자가 있어 도급인이 하자의 보수에 갈음하여 손해배상을 청구한 경우에, 도급인은 수급인이 그 손해배상청구에 관하여 채무이행을 제공할 때까지 그 손해배상액에 상응하는 보수액에 관하여만 자기의 채무이행을 거절할 수 있을 뿐이고 그 나머지 보수액은 지급을 거절할 수 없다고 할 것이므로, 도급인의 손해배상채권과 동시이행관계에 있는 수급인의 공사대금채권은 공사잔대금채권 중 위 손해배상채권액과 동액의 채권에 한하고, 그 나머지 공사잔대금채권은 위 손해배상채권과 동시이행관계에 있다고 할 수 없다." ☞ **[동일 판시]** 2007다26455,26462 판결, 95다12798 판결, 94다26011 판결, 91다33056 판결, 90다카230 판결 및 2007다26455,26462 판결('하자확대손해' 사안).

⇔ 이에 반하여, 88다카18788 판결, 96다7250, 7267 판결은, "도급인이 하자보수나 손해배상청구권을 보유하고 이를 행사하는 한에 있어서는 도급인의 공사대금 지급채무는 이행지체에 빠지지 아니하고, 도급인이 하자보수나 손해배상 채권을 자동채권으로 하고 수급인의 공사잔대금 채권을 수동채권으로 하여 상계의 의사표시를 한 다음날 비로소 지체에 빠진다."고 하였으나, 위 96다7250, 7267 판결은 원고의 공사잔대금채권이 피고의 손해배상 채권에 미달하는 사안이어서 공사대금 지급의 이행지체가 문제되지 않는 사안이었고, 위 88다카18788 판결은 위 95다12798 판결에서 "원용하기에 적절한 것이라고 할 수 없다"고 명시적으로 배척된 바 있으며, 최근의 위 2007다69186 판결은 95다12798 판결을 참조판례로 들고 있어, 후자의 위 판례들은 사실상 변경된 것으로 보아야 한다. 일본 판례의 입장은 후자의 위 판례들과 같다(最高裁判所 平成 9. 2. 14. 判決, 平成 9. 7. 15. 判決).

3051) 민법 제667조 제2항의 하자보수에 갈음한 손해배상청구권은 하자보수청구권과 병존하여 처음부터 도급인에게 존재하는 권리이고, 일반적으로 손해배상청구권은 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하는 것이므로, 하자보수에 갈음한 손해배상청구권은 하자가 발생하여 보수가 필요하게 된 시점에서 성립되고(99다55632), 그 때가 상계적상시점을 정하는 이행기이다. 준공검사일 등의 대금지급기일에 이미 하자는 발생되어 있다 할 것이므로 양 채권의 상계적상일은 통상 준공검사일 등의 대금지급기일일 것이다.

3052) ○ 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다54276 판결: "수급인이 완성한 건축물에 미시공으로 인한 하자가 있어 준공검사를 받지 못하고 있는 경우, 도급인은 민법 제667조 등에 의하여 미시공 부분을 시공하는 데 드는 비용 상당액에 대한 보수의 지급을 거절할 수 있다"고 하면서 "도급인이 준공검사 완료와 동시에 수급인에게 공사잔대금을 지급하기로 특약하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 도급인으로서는 위 특약에 기하여 준공검사가 완료될 때까지 공사잔대금 전체의 지급을 거절할 수 있다"라고 판시.

○ 대법원 2001. 9. 18. 선고 2001다9304 판결: "사건 건물은 슬라브, 보, 기둥 부분에 광범위하게 하자가 발생하였고 이를 보수하지 않으면 건물을 사용할 수 없으며, 그 보수를 위하여 약 676,401,000원의 비용이

정이 없는 한 하자보수의무와 동시이행관계에 있는 공사대금지급채무는 당해 하자가 발생한 부분의 기성공사대금에 한정되는 것이 아니다.[3054]

다) 전세계약

① 전세권이 소멸한 때 전세권설정자의 전세금반환의무와 전세권자의 목적물 인도 및 전세권설정등기의 말소등기 의무,[3055] [3056] ② 임대차보증금을 전세금으로 한 전세

소요되는바, 사정이 이러하다면 하자의 정도가 중하여 반드시 하자보수가 필요하고 그 보수를 위하여 과다한 비용이 소요되는 정도라고 보이지 않으므로, 피고의 하자보수청구권의 행사 자체를 권리남용이라고 할 수는 없다."라고 하면서, "피고가 미지급한 기성공사대금은 5,402,595,000원인데 비하여 건물의 하자보수비용은 676,401,000원에 불과하고, 피고는 선급금을 지급한 이래 약정에 따른 기성공사대금을 전혀 지급하지 않고 있을 뿐만 아니라 현재 자력이 없고 앞으로 하자보수공사가 완성되어도 공사대금을 지급할지 여부가 불확실한 상태임이 인정되므로, 피고가 하자보수청구권을 행사하여 동시이행의 항변을 할 수 있는 기성공사대금의 범위는 하자 및 손해에 상응하는 금액으로 한정하는 것이 공평과 신의칙에 부합한다. … 그럼에도 불구하고, 피고에게 기성공사대금 전부를 원고의 하자보수 완료와 상환으로 지급할 것을 명한 원심에는 수급인의 하자보수의무와 도급인의 대금지급채무의 동시이행관계에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다"라고 한 예. ○ 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다33056 판결; "도급인이 인도받은 목적물에 하자가 있는 것만을 이유로, 하자의 보수나 하자의 보수에 갈음하는 손해배상을 청구하지 아니하고 막 바로 보수의 지급을 거절할 수는 없는 것인바, 도급인이 하자의 보수를 청구하려면 그 하자가 중요한 경우이거나, 중요하지 아니한 것이라고 하더라도 그 보수에 과다한 비용을 요하지 아니할 경우이어야 하고, 도급인이 하자의 보수에 갈음하여 손해배상을 청구하는 경우에는, 수급인이 그 손해배상청구에 관하여 채무이행을 제공할 때까지 그 손해배상의 액에 상응하는 보수의 액에 관하여만 자기의 채무이행을 거절할 수 있을 뿐, 그 나머지 액의 보수에 관하여는 지급을 거절할 수 없는 것이므로, 도급인이 완성된 목적물에 하자가 있는 것을 이유로 삼아 보수의 지급을 거절하기 위하여서는 먼저, 그 하자의 보수를 청구하는 것인지, 아니면 하자의 보수에 갈음하여 손해배상을 청구하는 것인지, 또는 하자의 보수와 함께 손해배상을 아울러 청구하는 것인지를 명료하게 하지 않으면 안된다고 보아야 할 것이다. … 원심으로서는 먼저 피고에게 이 점을 석명하도록 한 다음, 만일 피고가 여전히 하자의 보수를 청구하고 있는 것이라면, 보수하여야 할 하자의 종류와 정도를 특정함과 아울러 그 하자를 보수하는 적당한 방법과 그 보수에 요할 비용 등에 관하여 심리하여 봄으로써(원고의 주장이 어떤 것인지에 따라서 이 사건 건물에 있는 하자가 중요한 것인지, 또는 그 하자가 중요한 것은 아니더라도 그 보수에 과다한 비용을 요하지 않는 것인지의 여부도 가려보아야 할 것이다), 과연 이 사건 건물에 있는 하자가 그 보수에 요할 비용 등에 비추어 신의칙상 보수지급청구를 전부 거절할 만한 정도의 것인지의 여부에 관하여 판단하였어야 할 것이고, 만일 피고가 하자의 보수를 청구하는 것이 아니라 하자에 갈음하는 손해배상을 청구하고 있는 것이라면, 원고가 배상하여야 할 손해의 액을 확정함으로써 원고의 보수지급청구권의 액과 비교하여 동시이행의 항변권이 인정되는 범위를 밝혀 보았어야 할 것이다."

3053) 同旨 홍기태, "공사 도급인이 하자보수청구권을 행사하여 동시이행의 항변을 할 수 있는 기성공사대금의 범위", 대법원판례해설 제38호, 법원도서관, 203면. 반대견해로는, 윤근수, "도급인이 하자보수를 청구하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있는 범위", 판례연구 14집, 부산판례연구회(2001), 383면이 있다. 원칙과 예외를 어느 쪽으로 하는가에 따라 주장, 증명책임의 측면에서는 차이가 있을 수 있으나, 결론적으로는 지급거절 범위가 공평과 신의칙에 따라 일부 금액으로 한정되므로 지연손해금 범위의 측면에서는 차이가 없다.

3054) 왜냐하면, 이와 달리 본다면 도급인이 하자발생사실을 모른 채 하자가 발생한 부분에 해당하는 기성공사의 대금을 지급하고 난 후 뒤늦게 하자를 발견한 경우에는 동시이행의 항변권을 행사하지 못하게 되어 공평에 반하기 때문이다(2001다9304).

3055) 민법 제317조(전세권의 소멸과 동시이행) 전세권이 소멸한 때에는 전세권설정자는 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환하여야 한다.

3056) 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다62091 판결; "전세권설정자는 전세권이 소멸한 경우 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환할 의무가 있을 뿐이므로, 전세권자가 그 목적물을 인도하였다고 하더라도 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류를 교부하거나 그 이행의 제공을 하지 아니하는 이상, 전세권설정자는 전세금의 반환을 거부할 수 있고, 이 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 그가 전세금에 대한 이자 상당액의 이득을 법률상 원인 없이 얻는다고 볼 수 없다."

권설정등기의 말소의무와 임대차보증금 반환의무[3057]는 서로 동시이행의 관계에 있다.

라) 계약의 무효, 취소, 해제의 경우

① 쌍무계약의 무효로 인한 각 당사자의 반환의무,[3058] ② 경매절차 무효로 인한 경락인의 소유권이전등기 말소의무와 소유자의 배당금 반환의무,[3059] ③ 의사무능력자가 자신이 소유하는 부동산에 근저당권을 설정해 주고 금융기관으로부터 금원을 대출받아 이를 제3자에게 대여한 경우, 의사무능력자가 제3자에 대한 대여금채권 또는 부당이득반환채권을 금융기관에 양도할 의무와 금융기관의 근저당권설정등기말소의무,[3060] ④ 매매계약이 취소된 경우에 당사자 쌍방의 원상회복의무,[3061] ⑤ 계약해제로 인하여 발생하는 원상회복의무와 손해배상의무,[3062] ⑥ 매도인이 타인 소유의 부동산에 관하여 매매계약을 체결하고 이를 인도한 후 민법 제571조에 따라 매매계약을 해제한 경우 매수인의 목적물인도의무와 매도인의 손해배상의무[3063]는 서로 동시이행의 관계에 있다.

3057) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다95062 판결.

3058) ○ 대법원 2007. 12. 28. 선고 2005다38843 판결: "쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 할 경우, 어느 일방의 당사자에게만 먼저 그 반환의무의 이행이 강제된다면 공평과 신의칙에 위배되는 결과가 되므로 각 당사자의 반환의무는 동시이행관계에 있다고 봄이 상당하다."
○ 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다45025 판결: "동시이행의 항변권을 규정한 민법 제536조의 취지는 공평의 관념과 신의칙에 합당하기 때문이며 동조가 민법 제549조에 의하여 계약해제의 경우 각 당사자의 원상회복의무에 준용되고 있는 점을 생각할 때, 쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 하는 경우에도 동시이행관계가 있다고 보아 민법 제536조를 준용함이 옳다고 해석된다. 공평의 관념상 계약이 무효인 때의 원상회복의무이행과 계약해제 때의 그것이 다를 바 없어 이를 구별하여야 할 이유가 없으며, 계약무효의 경우라 하여 어느 일방의 당사자에게만 먼저 그 반환의무이행이 강제된다면 공평과 신의칙에 위배되기 때문이다."

3059) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94다55071 판결.

3060) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다58367 판결, 대법원 1994. 9. 9. 선고 93다31191 판결.

3061) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다47438 판결, 대법원 2001. 7. 10. 선고 2001다3764 판결 등.

3062) 대법원 1996. 7. 26. 선고 95다25138, 25145 판결: "계약이 해제되면 계약당사자는 상대방에 대하여 원상회복의무와 손해배상의무를 부담하는바, 이 때 계약당사자가 부담하는 원상회복의무뿐만 아니라 손해배상의무도 함께 동시이행의 관계에 있다고 봄이 상당하다."

3063) 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다25946 판결: "민법 제583조는 '제536조의 규정은 제572조 내지 제575조, 제580조 및 제581조의 경우에 준용한다.'고 규정하고 있을 뿐, '매매의 목적인 권리가 전부 타인에게 속하여 매도인이 매매계약을 해제한 경우(민법 제571조)'에는 '동시이행의 항변권'을 규정한 민법 제536조를 준용한다는 명문을 두지 아니하고 있다. 따라서 매도인이 타인 소유의 부동산에 관하여 매매계약을 체결하고 이를 인도한 후 민법 제571조에 따라 매매계약을 해제한 경우에는 매수인의 목적물인도의무와 매도인의 손해배상의무 사이에 동시이행관계가 없다고 해석할 여지가 생길 수 있고, 원심은 위에서 본 이유를 들어 그 동시이행관계를 부정하였으므로, 그 당부를 살피기로 한다. 민법 제571조의 취지는, 선의의 매도인에게 무과실의 손해배상책임을 부담하도록 하면서, 그의 보호를 위하여 특별히 해제권을 부여한다는 것인바, 그 해제의 효과에 대하여 특별한 규정은 없지만 일반적인 해제와 달리 해석할 이유가 전혀 없다. … 민법 제583조의 취지는, 매도인은 민법 제583조에서 명시한 규정들에 터잡아 이미 지급받은 대금의 전부나 일부의 반환의무, 손해배상의무, 하자 없는 물건의 지급의무가 있는 반면, 매수인은 매도인에게서 수령한 목적물이 있다면 원상회복의무로서 이를 반환할 의무가 있는데, 이러한 쌍방 당사자의 의무는 하나의 쌍무계약에서 발생한 것은 아닐지라도, 동일한 생활관계에서 발생한 것으로 서로 밀접한 관계에 있어 그 이행에 견련관계를 인정함이 공평의 원칙에 부합하기 때문에, 일반 해제의 경우와 마찬가지로(민법 제549조 참조) 이들 경우에도 민법 제536조를 준용한다는 것이다. 그런데, 비록 피고의 이 사건 손해배상의무와 원고의 이 사건 대지인도의무는 그 발생원인이 다르다

마) 지입계약

지입계약의 종료에 따른 지입회사의 지입차량에 대한 소유권이전등록절차 이행의무와 ① 지입차주의 연체된 관리비 등의 지급의무, ② '사실심 변론종결 시'까지의 지입료 상당 부당이득 반환의무,[3064] ③ 지입차량 운행과 관련하여 지입회사에 부과된 세금, 과태료 등에 대한 지입차주의 정산의무[3065]는 서로 동시이행의 관계에 있다.

바) 기타 동시이행 관계 긍정례

① 위탁자 또는 수익자가 부담하는 신탁비용 및 신탁보수 지급의무와 신탁종료 시에 수탁자가 신탁재산의 귀속권리자인 수익자나 위탁자 등에 대하여 부담하는 신탁재산을 이전할 의무,[3066] ② 구 도시 및 주거환경정비법 제47조에 따른 사업시행자의 청산금 지급의무와 토지 등 소유자의 권리제한등기 없는 소유권이전의무,[3067] ③ 명의수탁재산이 상속재산에 포함됨으로써 명의수탁자의 상속인이 추가로 부담한 상속세 상당액에 대하여 명의신탁자가 상환의무를 부담하는 경우, 명의신탁자가 상속인에 대하여 부담하는 위 상환의무와 상속인이 명의신탁자에 대하여 부담하는 소유권이전등기의무,[3068]

하더라도, 위에서 본 이행의 견련관계는 위 양 의무에도 그대로 존재하므로, 원고와 피고의 의무 사이에는 동시이행관계가 있다고 인정함이 공평의 원칙에 합치한다고 할 것이다."

3064) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다70357 판결; "지입차주가 지입회사를 상대로 지입계약 종료 등을 원인으로 지입차량에 대한 소유권이전등록절차의 이행을 구하는 소송에 있어서는 사실심 변론종결 시까지 지입차주가 지입차량을 계속 운행하여 화물자동차운송사업을 영위하였음이 인정되는 기간에 대한 지입료 상당 부당이득 반환의무에 대하여만 소유권이전등록절차 이행의무와 동시이행관계에 있다고 보아야 한다. 이는 사실심 변론종결일 이후 소유권이전등록일까지의 기간에도 지입차주가 지입회사의 화물자동차운송사업 등록명의를 이용하여 화물자동차운송사업을 영위함으로써 지입료 상당 부당이득을 얻게 되리라는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 없기 때문이며, 만약 변론종결일 이후 소유권이전등록일까지의 지입료 상당 부당이득 반환의무에 대하여도 소유권이전등록절차 이행의무와 동시이행관계에 있다고 하면, 지입료 상당 부당이득 반환의무의 발생을 스스로 저지할 방법이 없는 지입차주로서는 언제나 선이행을 할 수밖에 없고, 지입회사로서는 소유권이전등록절차의 이행을 미룸으로써 지입계약이 종료된 후에도 계속하여 지입료 상당 이득을 얻을 수 있게 되어 매우 부당하기 때문이다. 따라서 사실심 변론종결일 이후 소유권이전등록일까지의 기간에도 지입차주가 지입회사의 화물자동차운송사업 등록명의를 이용하여 화물자동차운송사업을 영위하였다면 그 기간의 지입료 상당 부당이득금에 대하여는 지입회사가 별소로 그 반환을 구하여야 한다."

3065) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다22989 판결.

3066) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다7532, 7549 판결, 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결.

3067) 대법원 2015. 11. 19. 선고 2012다114776 전원합의체 판결; "구 도시 및 주거환경정비법 … 제47조가 정한 요건에 해당하여 토지·건축물 등(이하 '토지 등'이라고 한다)을 현금으로 청산하여야 하는 경우, 사업시행자인 재건축조합이 부담하는 청산금 지급의무와 토지 등 소유자가 부담하는 권리제한등기 없는 소유권이전의무는 동시이행의 관계에 있다. 다만 토지 등 소유자가 재건축조합에 대하여 토지 등에 관한 소유권이전등기 및 인도를 마쳤으나 근저당권설정등기를 말소하지 아니한 경우, 재건축조합이 구 도시정비법 제47조에 따른 현금청산에서 근저당권설정등기말소와의 동시이행을 주장하며 지급을 거절할 수 있는 청산금의 범위는 동시이행의 항변권이 인정되는 근본 취지에 비추어 공평의 관념과 신의칙에 따라 정하여야 한다. … 재건축조합은 말소되지 아니한 근저당권의 채권최고액 또는 채권최고액의 범위 내에서 확정된 피담보채무액에 해당하는 청산금에 대하여만 동시이행의 항변권에 기초하여 지급을 거절할 수 있다고 보는 것이 공평의 관념과 신의칙에 부합한다. … 청산금 전부에 대하여 근저당권설정등기말소와의 동시이행을 주장하여 지급을 거절할 수 있다는 … 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다."

3068) 대법원 1999. 10. 12. 선고 98다6176 판결.

④ 리스계약에 있어서 대여 시설 이용자의 리스회사에 대한 물품수령증 발급의무와 리스회사의 대여 시설 공급자에 대한 물품대금 지급의무,[3069] ⑤ 가등기담보등에 관한 법률상 청산금의 지급채무와 부동산의 소유권이전등기 및 인도채무,[3070] ⑥ 동시이행의 관계에 있는 쌍방의 채무 중 어느 일방의 채무가 이행불능이 됨으로 인하여 발생한 손해배상채무와 다른 일방의 채무,[3071] ⑦ 채무의 이행확보를 위하여 어음을 발행한 경우 그 채무의 이행의무와 어음의 반환의무[3072]는 서로 동시이행의 관계에 있다.

사) 동시이행 관계가 부정된 예

'매매계약'과 관련된 경우로서, ① 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 매수인 앞으로 소유권이전등기를 마치기 전에 매수인으로부터 그 부동산을 다시 매수한 제3자의 처분금지가처분신청으로 매매목적부동산에 관하여 가처분등기가 이루어진 상태에서 매도인과 매수인 사이의 매매계약이 해제된 경우, 가처분등기의 말소와 매도인의 대금반환의무,[3073] ② 토지소유자가 건축업자에게 토지를 매도하고 건축업자는 그 대금의 지급을 담보하기 위하여 토지소유자 명의로 건축허가를 받아 건축업자의 비용으로 건물을 신축한 경우, 토지소유자의 건축업자에 대한 토지 및 건물에 관한 소유권이전등기의무와 건축업자의 토지소유자에 대한 토지잔대금지급의무,[3074] ③ 매도인의 토지거래허가 신청

3069) 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다6193 판결.

3070) 가등기담보등에 관한 법률 제4조 ③ 청산금의 지급채무와 부동산의 소유권이전등기 및 인도채무의 이행에 관하여는 동시이행의 항변권에 관한 「민법」 제536조를 준용한다. ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 어긋나는 특약으로서 채무자 등에게 불리한 것은 그 효력이 없다. 다만, 청산기간이 지난 후에 행하여진 특약으로서 제3자의 권리를 침해하지 아니하는 것은 그러하지 아니하다.
가등기담보권의 사적 실행에 있어서 채권자가 청산금의 지급 이전에 본등기와 담보 목적물의 인도를 받을 수 있다거나 청산기간이나 동시이행관계를 인정하지 아니하는 '처분정산'형의 담보권실행은 가등기담보법상 허용되지 아니하므로(대법원 2002. 4. 23. 선고 2001다81856 판결), 채권자의 위와 같은 특약의 주장은 그 자체로 이유 없는 것으로 보아야 한다.

3071) 대법원 2000. 2. 25. 선고 97다30066 판결, 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다40677, 40684 판결.

3072) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다8712 판결 등.

3073) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다18526 판결; "부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 매수인 앞으로 소유권이전등기를 마치기 전에 매수인으로부터 그 부동산을 다시 매수한 제3자의 처분금지가처분신청으로 매매목적부동산에 관하여 가처분등기가 이루어진 상태에서 매도인과 매수인 사이의 매매계약이 해제된 경우, 매도인만이 가처분이의 등을 신청할 수 있을 뿐 매수인은 가처분의 당사자가 아니어서 가처분이의 등에 의하여 가처분등기를 말소할 수 있는 법률상의 지위에 있지 않고, 제3자가 한 가처분을 매도인의 매수인에 대한 소유권이전등기의무의 일부이행으로 평가할 수 없어 그 가처분등기를 말소하는 것이 매매계약 해제에 따른 매수인의 원상회복의무에 포함된다고 보기도 어려우므로, 위와 같은 가처분등기의 말소와 매도인의 대금반환의무는 동시이행의 관계에 있다고 할 수 없다."

3074) 대법원 2001. 6. 26. 선고 99다47501 판결; "원고들과 피고 조OO 사이의 이 사건 토지 및 신축건물에 관한 위 약정내용은 토지의 매매계약과 아울러 그 토지대금의 지급을 담보하기 위하여 토지 위에 위 피고의 비용으로 건축하여 완공될 건물을 담보로 제공하기로 하는 담보권설정계약이 상호 불가분적으로 결합되어 있는 것이라고 할 것이고, 그 결과 피고가 신축한 다세대주택과 그 대지의 분양대금에서 먼저 위 토지의 잔대금을 원고 등에게 지급하면 원고 등이 다세대주택과 그 대지의 소유권이전등기에 필요한 서류를 수분양자들에게 직접 교부하기로 약정한 것은, 원고 등이 위 피고로부터 담보권설정계약의 피담보채권인 토지의 잔대금을 그 분양대금에서 먼저 변제받는 경우에는 담보로 제공받은 다세대주택에 대한 담보목적을 달성하기 때문에 원고 등이

절차 협력의무와 매수인의 매매대금 또는 약정에 따른 양도소득세 상당의 금원 지급의무,[3075] ④ 환지예정지를 구분특정 하여 매수하면서 종전토지에 관하여 공유등기를 함으로써 상호명의신탁관계에 있는 자들 사이의 명의신탁해지로 인한 소유권이전등기청구권과 환지처분 결과 면적의 증감에 따라 발생한 청산금의 정산을 요구할 권리,[3076] ⑤ 갑, 을 대지상에 위치한 상가점포의 분양에 있어 비율을 초과하여 지분 소유권이전등기가 경료된 갑 대지의 초과지분에 대한 수분양자의 말소등기절차이행의무와 분양자의 을 대지에 대한 지분소유권이전등기절차이행의무[3077]는 서로 동시이행의 관계에 있지 아니 하다. ⑥ 매매대금을 전액 수납한 경우 토지의 소유권을 이전하기로 한 매매계약상의 약정내용 및 매도인인 한국토지공사의 용지규정("공급용지의 소유권이전 및 사용승낙은 매매대금을 전액 수납한 후에 행함을 원칙으로 한다.") 등에 비추어, 매수인의 매매대금지급의무가 매도인의 소유권이전등기의무와 동시이행의 관계에 있는 것이 아니라 선이행의 관계에 있다고 한 사례도[3078] 있다.

'임대차계약'과 관련된 경우로서, ① 임대인의 임대차보증금 반환의무와 임차인의 주택임대차보호법 제3조의3에 의한 임차권등기 말소의무,[3079] ② 임대차계약 종료에 따른 임차인의 임차목적물 반환의무와 임대인의 권리금 회수 방해로 인한 손해배상의무,[3080]

토지와 그 주택에 관하여 위 피고 또는 그가 지정하는 분양자들에게 소유권이전등기를 하여 주기로 약정한 것이라 할 것이고, 이러한 경우에 위 피고의 원고 등 매도인에 대한 토지의 매매잔대금지급은 다세대주택에 의해 담보된 피담보채권의 변제로서의 성격을 아울러 가지게 되므로, 위 피고의 매매잔대금지급의무는 원고 등의 토지소유권이전등기의무와 동시이행의 관계에 있는 것이 아니라 그 소유권이전등기의무보다 선이행하기로 약정한 것이라고 보는 것이 담보권의 성질 및 당사자의 합리적 의사에 부합한다고 할 것이다."

3075) 대법원 1996. 10. 25. 선고 96다23825 판결; "국토이용관리법상의 토지거래규제구역 내의 토지에 관하여 관할 관청의 토지거래허가 없이 매매계약이 체결됨에 따라, 그 매수인이 위 계약을 효력이 있는 것으로 완성시키기 위하여 매도인에 대하여 위 매매계약에 관한 토지거래허가 신청절차에 협력할 의무의 이행을 청구하는 경우, 매도인의 토지거래계약허가 신청절차에 협력할 의무와 토지거래허가를 받으면 매매계약 내용에 따라 매수인이 이행하여야 할 매매대금 지급의무나 이에 부수하여 매수인이 부담하기로 특약한 양도소득세 상당 금원의 지급의무 사이에는 상호 이행상의 견련성이 있다고 할 수 없으므로, 매도인으로서는 그러한 의무이행의 제공이 있을 때까지 위 협력의무의 이행을 거절할 수 없다."

3076) 대법원 1993. 2. 9. 선고 92다21005, 21012(반소) 판결.

3077) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다2984 판결(상가점포를 분양받은 수분양자가 점포를 분양받을 때 건물이 위치한 갑, 을 두 필지의 대지 중 그 점포가 건물의 전체면적에서 차지하는 비율에 따라 각 대지에 대한 지분소유권이전등기를 받기로 약정한 이상 그 중 갑 대지에 대하여 위 비율보다 초과하여 지분소유권이전등기가 경료되어 있다면 이는 원인무효의 등기이므로 분양자로서는 언제든지 수분양자에게 위 초과지분소유권의 말소를 구할 수 있다 할 것이고 수분양자의 위 지분 소유권말소등기절차이행의무는 분양자의 수분양자에 대한 을 대지 중 위 각 점포면적 비율에 의한 지분소유권이전등기절차이행의무와 동시이행관계에 있는 것은 아니다라고 한 예).

3078) 대법원 2005. 12. 8. 선고 2003다41463 판결.

3079) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다4529 판결; "위 규정에 의한 임차권등기는 이미 임대차계약이 종료하였음에도 임대인이 그 보증금을 반환하지 않는 상태에서 경료되게 되므로, 이미 사실상 이행지체에 빠진 임대인의 임대차보증금의 반환의무와 그에 대응하는 임차인의 권리를 보전하기 위하여 새로이 경료하는 임차권등기에 대한 임차인의 말소의무를 동시이행관계에 있는 것으로 해석할 것은 아니고, 특히 위 임차권등기는 임차인으로 하여금 기왕의 대항력이나 우선변제권을 유지하도록 해 주는 담보적 기능만을 주목적으로 하는 점 등에 비추어 볼 때, 임대인의 임대차보증금의 반환의무가 임차인의 임차권등기 말소의무보다 먼저 이행되어야 할 의무라고 할 것이다."

③ 건물매수인이 소유권을 취득하지 아니한 채 매도인의 동의를 얻어 제3자에게 임대하였으나 매수인(임대인)의 채무불이행으로 매매계약이 해제된 경우 임차인의 매도인에 대한 건물인도의무와 매수인(임대인)의 임차인에 대한 보증금반환의무[3081]는 서로 동시이행의 관계에 있지 아니 하다.

'환매'와 관련된 경우로서, ① '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률' 제91조 소정의 환매권 행사로 인한 사업시행자의 환매권자에 대한 소유권이전등기의무와 사업시행자의 환매대금 증액청구권에 따른 환매권자의 증액 환매대금 지급의무,[3082] ② 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 소정의 환매권 행사에 있어 환매대금 지급의무와 환매로 인한 소유권이전등기의무[3083]는 서로 동시이행의 관계에 있지 아니 하다.

'담보계약'과 관련된 경우로서, ① 제소전화해조항에 채무원금의 변제와 담보가등기말소를 동시이행으로 규정한 경우 변제기 이후의 원리금 채무와 담보권말소의무,[3084] ② 채권담보로 경료된 가등기의 말소와 피담보채무의 변제,[3085] ③ 저당권설정등기 말소등기의무와 피담보채무이행의무,[3086] ④ 근저당권 실행을 위한 경매가 무효가 된 경우, 낙찰자의 채무자에 대한 소유권이전등기 말소의무와 근저당권자의 낙찰자에 대한 배당금 반환의무[3087]는 서로 동시이행의 관계에 있지 아니 하다.

3080) 대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다242727 판결; "임차인의 임차목적물 반환의무는 임대차계약의 종료에 의하여 발생하나, 임대인의 권리금 회수 방해로 인한 손해배상의무는 상가건물 임대차보호법에서 정한 권리금 회수기회 보호의무 위반을 원인으로 하고 있으므로 양 채무는 동일한 법률요건이 아닌 별개의 원인에 기하여 발생한 것일 뿐 아니라 공평의 관점에서 보더라도 그 사이에 이행상 견련관계를 인정하기 어렵다."

3081) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카24939 판결; '건물매수인이 아직 건물의 소유권을 취득하지 못한 채 매도인의 동의를 얻어 제3자에게 임대하였으나 매수인(임대인)의 채무불이행으로 매도인이 매매계약을 해제하고 임차인에게 건물의 인도를 구하는 경우 임차인은 매도인에 대한 관계에서 건물의 전차인의 지위와 흡사하다 할 것인바, 임대인의 동의 있는 전차인도 임차인의 채무불이행으로 임대차계약이 해지되면 특단의 사정이 없는 한 임대인에 대해서 전차인의 전대인에 대한 권리를 주장할 수가 없고, 또 임차인이 매매계약목적물에 대하여 직접 임차권을 취득했다고 보더라도, 대항력을 갖추지 아니한 상태에서는 그 매매계약이 해제되어 소급적으로 실효되면 그 권리를 보호받을 수가 없다는 점에 비추어 볼 때, 임차인의 매도인에 대한 건물인도의무와 매수인(임대인)의 임차인에 대한 보증금반환의무를 동시이행관계에 두는 것은 오히려 공평의 원칙에 반한다.'고 한 예.

3082) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다49277 판결.

3083) 대법원 1992. 6. 26. 선고 92다12452 판결.
같은 법 제9조(환매권) ① … 토지 등에 대하여 지급한 보상금의 상당금액을 사업시행자에게 '지급하고 그 토지 등을 매수'할 수 있다.

3084) 대법원 1990. 6. 8. 선고 89다카20481 판결; '제소전화해조항에 채무의 변제기와 채무원금만 정하고 변제기 이후의 지연손해금에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니한 경우에는 원칙으로 돌아가 변제기 이후에는 민법 소정의 연 5푼의 비율에 의한 지연손해금을 지급하여야 하며, 또한 위 화해조항에 채무원금의 지급과 담보가등기말소를 동시이행 하도록 규정하고 있는 경우에는 그 변제기까지 원금을 지급하는 경우에만 위의 동시이행조항이 적용되고, 변제기 이후에는 채무의 변제와 담보권말소의 일반원칙으로 돌아가 채무의 이행이 선이행관계에 있다고 보아야 한다'고 한 예.

3085) 대법원 1984. 9. 11. 선고 84다카781 판결.

3086) 대법원 1969. 9. 30. 선고 69다1173 판결.

3087) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2006다24049 판결; '근저당권 실행을 위한 경매가 무효로 되어 채권자(=근저당권자)가 채무자를 대위하여 낙찰자에 대한 소유권이전등기 말소청구권을 행사하는 경우, 낙찰자가 부담하는 소유

3) 권리항변

가) 원 칙

동시이행의 항변권은 상대방 청구권의 작용을 일시적으로 저지할 수 있는 실체법상 독립된 연기적 항변권으로서, 소송에서는 권리 주체 당사자의 원용, 주장이 필요한 권리항변에 해당하고 단순한 공격방어방법에 그치는 것이 아니므로, 소송에서 당사자가 이를 원용, 주장하여야 법원은 상환이행을 명할 수 있는 것이지, 상대방의 청구원인 주장으로 동시이행 항변권의 존재가 드러나 있다 하더라도 당사자가 이를 원용, 주장한 바가 없다면 동시이행 항변권의 존재를 고려함이 없이 상대방의 청구를 단순 인용하여야 한다.[3088] 즉, 동시이행 항변의 요건사실로서 '동시이행의 항변권 행사의 의사표시'가 별도로 필요하고, 여기에는 원·피고 간 주장공통의 원칙이 적용될 여지가 없다. 원고가 단순 이행청구를 감축하여 상환이행을 청구한 경우 그에 따라 판결하는 것은 '처분권주의'에 따른 것으로 당연하다.

나) 주장책임의 완화

판례는 동시이행의 항변에 관하여도 간접적인 주장을 폭넓게 인정하고 있고 동시이행의 항변으로 볼 수 있는 주장이 있는 경우 석명권 행사를 강조하고 있다.[3089]

권이전등기 말소의무는 채무자에 대한 것인 반면, 낙찰자의 배당금 반환청구권은 실제 배당금을 수령한 채권자(=근저당권자)에 대한 채권인바, 채권자(=근저당권자)가 낙찰자에 대하여 부담하는 배당금 반환채무와 낙찰자가 채무자에 대하여 부담하는 소유권이전등기 말소의무는 서로 이행의 상대방을 달리하는 것으로서, 채권자(=근저당권자)의 배당금 반환채무가 동시이행의 항변권이 부착된 채 채무자로부터 승계된 채무도 아니므로, 위 두 채무는 동시에 이행되어야 할 관계에 있지 아니하다.'

3088) ○ 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다242273 판결; "동시이행의 항변권은 당사자가 이를 원용하여야 그 인정 여부에 대하여 심리할 수 있다." ☜ 피고는 동시이행의 항변권을 행사한 사실이 없으므로, '동시이행 항변권의 효과에 관한 법리오해, 판단누락'의 피고 상고이유 주장은 이유 없다고 한 예.
○ 대법원 1993. 5. 25. 선고 93다1114 판결; "부동산매매계약에 있어 잔대금지급의무와 소유권이전등기의무는 특별한 사정이 없는 한 동시이행의 관계에 있음은 소론과 같으나, 법원은 당사자의 동시이행에 관한 항변이 없는 이상 이에 관한 판단을 할 수 없고 또한 상환이행을 명하는 판결을 할 수 없는 것이므로, 피고가 잔대금의 지급과 상환으로 이행하겠다는 취지의 항변을 제출한 바 없는 이 사건에서 피고에게 소유권이전등기의무의 전부이행을 명한 원심의 조치는 옳고"
○ 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다777 판결; "매매계약이 해제 또는 무효로 되었다는 피고의 항변에 피고의 소유권이전등기의무와 원고의 잔대금지급의무가 동시이행관계에 있다는 항변이 포함되어 있다고 볼 수 없으므로 … 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 있어서 매수인이 매매계약 사실을 주장, 입증하면, 특단의 사정이 없는 한, 매도인은 소유권이전등기의무가 있게 되는 것이며, 매도인이 매매잔대금을 수령한 바 없다면 동시이행의 항변을 제기하여야 하는 것이고 법원은 매도인의 이와 같은 항변이 있을 때에 비로소 매수인의 매매잔대금지급 사실의 유무를 심리하여 매수인이 매매잔대금을 지급하지 않았다면 매도인에 대하여 매수인으로부터 매매잔대금을 지급받음과 동시에 소유권이전등기절차를 이행하라는 판결을 할 수 있는 것" ☞ 따라서 피고가 동시이행의 항변을 하지 않은 이상 법원이 피고에게 이를 촉구할 의무까지 있다고 하기는 어려우므로, 피고의 동시이행항변 여부를 석명하지 않은 법원의 조치에 어떤 위법이 있다고 할 수도 없다(2004다13687).

3089) ○ 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007다31914 판결; 피고(수급인의 하수급인에 대한 공사대금채무를 인수한 도급인)는 원고들(하수급인)이 미시공부분이 있거나 부실공사를 하였음에도 그들의 '의무이행은 다하지 않은 채 공사비를 모두 지급받는 것은 부당'하므로 원고들로부터 미시공부분의 시공 및 부실공사로 인한 하자보수 등으로 인하여 발생한 금액을 '변상받아야' 한다고 주장하고 있으므로, 피고의 이러한 주장 속에는 원고들이

선이행의무라고 다투는 주장 속에는 동시이행의 항변이 당연히 포함되므로, 선이행의무로는 인정되지 않지만 동시이행 관계가 인정되는 경우 상환이행을 인정하여야 한다.[3090]

4) 재항변 사유

가) 반대채권의 이행기 도래 여부

'반대채권의 이행기' 요건과 관련해서는, 일반적으로 '기한 내지 이행기의 도래 사실'을 요증대상으로 보는 것과의 균형상 '이행기 도래 사실'을 동시이행 항변의 요건사실로 봄이 타당하다는 견해가 있고 판례 중 같은 취지로 해석될 여지가 있는 판시가 있으나,[3091] 민법 제536조 제1항 '단서'에 "그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니

구하는 공사대금에서 하자보수비용 등을 '공제 내지 상계'하여야 한다는 취지의 주장뿐만 아니라, '원고들이 미시공부분의 시공 및 부실공사에 대한 하자보수에 갈음한 손해배상채무를 이행할 때까지 원고들의 청구에 응할 수 없다'는 취지의 주장도 포함되어 있는 것으로 보이므로, 법원으로서는 하도급계약상 동시이행의 관계에 있는 하자보수청구권 내지 손해배상채권에 기한 피고의 동시이행의 항변에 대하여 판단하였어야 한다고 한 예.

○ 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다53187 판결; "피고는 매매계약에 따라 소유권이전등기의무의 이행을 구하는 원고의 본소에 대하여, 제1심에서 소유권이전등기의무의 이행과 동시에 매매잔대금의 지급을 구하는 반소를 제기하였다가 원심에서 이를 취하하였으나, 위 반소는 본소와 병합되어 그에 대한 변론이 공통으로 진행되었고, 그 취하 전에 제출하여 진술된 항소이유서에서 본, 반소에 걸쳐 원고에 대하여 매매잔대금의 지급을 구하는 취지로 주장하여 동시이행의 항변을 하였다고 못 볼 바 아니므로, 원심이 피고의 동시이행의 항변에 대하여 판단한 것에 변론주의와 당사자처분권주의에 위반한 위법이 없다."

○ 대법원 2000. 2. 25. 선고 97다30066 판결; "이 사건 양도계약이 해제되는 경우에는 원고도 계약 해제에 따른 원상회복으로서 벽돌기계 등을 가져갈 때의 현상 그대로 반환해주거나 변상해 주어야 한다는 주장을 한 사실을 알 수 있다. 피고의 위와 같은 주장은 위 벽돌기계의 인도의무가 이행불능될 때에는 그 이행불능으로 인한 손해배상을 구하는 취지까지 포함된 것으로 볼 여지가 있고, 한편 동시이행의 관계에 있는 쌍방의 채무 중 어느 한 채무가 이행불능이 됨으로 인하여 발생한 손해배상채무도 여전히 다른 채무와 동시이행의 관계에 있다 할 것이므로, 원심으로서는 피고의 위와 같은 동시이행의 항변 속에 위 벽돌기계의 인도의무가 이행불능된 경우 그로 인한 손해배상을 구하는 취지까지 포함된 것인지를 석명권을 행사하는 등으로 명확히 한 다음 이를 심리·판단하여야 할 것"

○ 대법원 1995. 2. 28. 선고 93다53887 판결; "동시이행의 항변권 또는 '불안의 항변권'을 행사하였다고 명확히 주장하지는 아니하였지만, 피고가 종전의 임가공비 지급을 지체하였기 때문에 가공원단을 납품하지 아니한 것이어서 자기의 납품거부행위가 채무불이행이 되지 아니하기 때문에 손해배상책임이 없다는 취지로 주장하였는바 … 위 주장에는 자신의 납품거부행위가 동시이행의 항변권 또는 불안의 항변권의 행사로서 위법하지 아니하다는 주장을 포함하는 것으로 해석할 수 있다."

○ 대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카19412 판결; "피고 소송대리인은 피고가 원고에게 지급한 위 계약금을 반환받기 전에는 원고의 건물명도청구에 응할 수 없다고 동시이행의 항변을 하였음이 인정되고 여기에서 건물명도청구라 함은 가등기말소청구의 착오임이 명백하므로 이 동시이행의 항변에 따라 위 계약금의 지급과 상환으로 위 가등기의 말소를 명한 원심판단은 정당하다."

3090) 대법원 1963. 3. 21. 선고 63다43 판결.

3091) 예컨대, 2001다27784, 27791 판결("쌍무계약인 매매계약에서 매수인이 선이행의무인 분양잔대금 지급의무를 이행하지 않고 있는 사이에 매도인의 소유권이전등기의무의 '이행기가 도래'하여 도과한 경우, 분양잔대금 지급채무를 여전히 선이행하기로 약정하는 등 특별한 사정이 없는 한 매도인과 매수인 쌍방의 의무는 '동시이행 관계'에 놓이게 된다. … 건물의 완공 이전에 이미 이 사건 토지에 대하여 지적정리 또는 공부정리가 완료됨으로써 분양계약에 따라 토지에 관한 소유권이전등기의무의 '이행기도 도래'하였다면 피고의 분양잔대금 지급의무와 이 사건 토지에 대한 조합의 소유권이전등기의무는 동시이행관계에 놓이게 되는 것이고, 피고는 조합에 대한 그와 같은 항변사유로써 분양잔대금 채권의 양수인인 원고에게 대항할 수 있는 것이다."), 90다18173

하는 때에는 그러하지 아니하다."라고 규정되어 있고, 민법 제585조에 '동일기한의 추정' 규정이 있으므로,[3092] '이행기 미도래 사실'을 동시이행 항변의 상대방(원고)이 재항변으로 주장·증명하여야 한다고 봄이 옳다.

나) 동시이행항변권 소멸의 재항변

동시이행의 항변권을 소멸시키는, '이행' 또는 '이행 제공'('이행 제공'의 재항변이 유효하기 위해서는 '이행의 제공이 계속되고 있음'을 주장·증명하여야 한다[3093]), '항변권 포기',[3094] '권리남용'[3095] 등의 주장은 재항변 사유에 해당한다.

5) 불안의 항변권

민법 제536조 제2항[3096]은 선이행의무자의 예외적 동시이행 항변권[3097]으로서 '불안의 항변권'이라고 한다. 불안의 항변권 행사는 원고의 쌍무계약상 이행청구에서 피고의 동시이행 항변, 원고의 '이행기 미도래' 재항변에 이어지는 피고의 '재재항변'에 해당한다(실무상 흔히 보이듯이, 원고가 쌍무계약상 이행청구의 청구원인에서 재항변 사유인 '채무의 이행기 미도래'를 미리 주장하고 있다면, 피고의 동시이행 항변은 그 주장 자체에서 이유 없는 것이어서 피고로서는 항변 단계에서 바로 재재항변 사유인 '불안의 항변'을 주장하여야 한다).[3098]

불안의 항변권에 기초한 항변의 요건사실은, ① '상대방의 이행이 곤란할 현저한 사

판결("원고의 위 하자보증금 등 예치 의무와 소외 조합의 공사잔대금 채무는 모두 그 이행기를 경과한 것으로서 동시이행관계에 있다.") 등.

3092) 민법 제585조(동일기한의 추정) 매매의 당사자 일방에 대한 의무이행의 기한이 있는 때에는 상대방의 의무이행에 대하여도 동일한 기한이 있는 것으로 추정한다.

3093) 쌍무계약의 당사자 일방이 먼저 한번 현실의 제공을 하고, 상대방을 수령지체에 빠지게 하였다 하더라도 그 이행의 제공이 계속되지 않는 경우는 과거에 이행의 제공이 있었다는 사실만으로 상대방이 가지는 동시이행의 항변권이 소멸하는 것은 아니기 때문이다(98다13754,13761).

3094) 아파트 공급계약서상 분양자의 지체상금 지급의무와 수분양자의 중도금 및 잔금지급 지연에 따른 연체료 지급의무를 별도로 약정하고, 각 이행기를 도과하면 곧바로 지체책임이 발생하며, 중도금도 건축공정에 상응하여 분납하도록 한 경우, 그 지체상금 및 연체료의 약정은 동시이행에 관한 권리를 쌍방이 포기하기로 하는 특약으로 해석된다고 한 예(97다37852,37869).

3095) 91다29972: "일반적으로는 동시이행의 관계가 인정되는 경우에는 그러한 항변권을 행사하는 자의 상대방이 그 동시이행의 의무를 이행하기 위하여 과다한 비용이 소요되거나 또는 그 의무의 이행이 실제적으로 어려운 반면 그 의무의 이행으로 인하여 항변권자가 얻는 이득은 별달리 크지 아니하여 동시이행의 항변권의 행사가 주로 자기 채무의 이행만을 회피하기 위한 수단이라고 보여지는 경우에는 그 항변권의 행사는 권리남용으로서 배척되어야 할 것이나, … 원고가 위와 같은 특별한 사정의 존재를 입증한 바 없으므로"

3096) 민법 제536조(동시이행의 항변권) ② 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다.

3097) 선이행의무자가 이행하지 않고 있는 사이에 상대방 채무가 변제기에 이른 경우에도, 선이행의무자는 상대방의 청구에 대하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다(98다13754, 13761 등).

3098) 민법 제536조의 표제가 '동시이행의 항변권'인 점에서 보듯이 제2항의 '불안의 항변권'이 제1항의 동시이행 항변권과 별개의 권리라기보다는 동시이행 항변권의 일종으로 내포된 것이라 할 것이므로, '불안의 항변'을 동시이행 항변에 대한 '예비적 항변'으로 볼 것은 아니고 동시이행 항변에서 이어진 '재재항변'의 위치에 두는 것이 옳다.

유'[3099]에 대한 근거사실, ② 항변권 행사의 주장 사실이다.

불안의 항변권이라는 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않는다.[3100]

3099) ❶ 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다269139 판결: "민법 제536조 제2항에서 정한 '선이행의무를 지고 있는 당사자가 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 경우'란 선이행 채무를 지고 있는 당사자가 계약 성립 후 상대방의 신용불안이나 재산상태 악화 등과 같은 사정으로 상대방의 이행을 받을 수 없는 사정변경이 생기고 이로 말미암아 당초의 계약 내용에 따른 선이행의무를 이행하게 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우를 가리킨다. 상대방의 채무가 아직 이행기에 이르지 않았지만 이행기에 이행될 것인지 여부가 현저히 불확실하게 된 경우에는 선이행채무를 지고 있는 당사자라도 상대방의 이행이 확실하게 될 때까지 선이행의무의 이행을 거절할 수 있다."(아파트 매매계약 당시 거주 임차인이 임대차기간 만료 후 갱신요구권을 행사하지 않겠다고 하였다가, 잔금 지급일 직전 갱신요구권을 행사해 아파트에 2년 더 거주하겠다고 하자, 실거주 목적의 매수인인 원고가 피고에게 잔금 지급을 하지 않았고, 피고가 이를 이유로 계약 해제를 주장한 사안에서, ① '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 있고, ② 원고는 피고의 아파트 현실인도의무보다 먼저 이행할 잔금 지급의무를 부담하지만, 임차인이 잔금 지급일 직전 갱신요구권을 행사함에 따라 피고의 현실인도의무 이행이 곤란할 현저한 사정변경이 생겼다고 볼 수 있고, 이로 말미암아 당초의 계약 내용에 따른 원고의 선이행의무를 이행하게 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되었다고 볼 여지가 있다고 한 예) ❷ 2011다93025: "불안의 항변권을 발생시키는 사유에 관하여 신용불안이나 재산상태 악화와 같이 채권자 측에 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 축차적인 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 있다." ❸ 93다53887: "계속적 거래관계에 있어서 재화나 용역을 먼저 공급한 후 일정기간마다 거래대금을 정산하여 일정기일 후에 지급받기로 약정한 경우에 공급자가 선이행의 자기 채무를 이행하고, 이미 정산이 완료되어 이행기가 지난 전기의 대금을 지급받지 못하였거나 정산은 완료되었으나 후이행의 상대방의 채무는 아직 이행기가 되지 아니하였지만 이행기의 이행이 현저히 불안한 사유가 있는 경우에는 민법 제536조 제2항 및 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 공급자는 이미 이행기가 지난 전기의 대금을 지급받을 때 또는 전기에 대한 상대방의 이행기 미도래채무의 이행불안 사유가 해소될 때까지 선이행의무가 있는 다음 기간의 자기채무의 이행을 거절할 수 있다고 해석할 것이다" ☜ 계속적 임가공거래 사례. ❹ 2001다833: "구상권자가 구상금채무의 보증인으로부터 사전구상을 받은 경우 채권자에게 이를 지급하여 주채무자를 면책시킬 의무는 실질적으로 구상금채무 보증인의 보증채무금 지급과 견련관계에 있다 할 것인데, … 구상권자에 대하여 파산이 선고된 후에 사전구상권을 행사하는 경우에는, 구상금채무의 보증인이 사전구상에 응하더라도 특별한 사정이 없는 한 구상권자가 이를 전부 주채무자의 면책을 위하여 사용하는 것은 파산절차의 제약상 기대하기 어려우므로, 파산절차에도 불구하고 구상금이 전액 주채무자의 면책을 위하여 사용될 것이라는 점이 확인되기 전에는 구상금채무의 보증인은 신의칙과 공평의 원칙에 터잡아 민법 제536조 제2항을 유추적용하여 사전구상에 대한 보증채무의 이행을 거절할 수 있다."

3100) ❶ 97다5541: "민법 제536조 제2항 및 신의칙에 의하여 그 당사자에게 반대급부의 이행이 확실하여 질 때까지 선이행의무의 이행을 거절할 수 있다고 보아야 하고, 이와 같이 대가적 채무 간에 이행거절의 권능을 가지는 경우에는 비록 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않지만, 이러한 이행거절의 권능은 어디까지나 자기 채무의 이행을 거절할 권능에 지나지 아니할 뿐 당초에 약정된 변제기를 변경시키거나 변제기의 정함이 없는 채무로 그 성질을 변경시키는 효력을 가지는 것이 아니므로 설사 이행거절 권능을 가지는 매수인이 이를 행사하지 않고 대금채무를 이행하였다고

6) 이행지체 저지효

판례는, 동시이행의 항변권을 행사하지 않더라도 그 존재 자체만으로 채권자의 반대채무의 이행 또는 이행제공이 없는 한 이행기를 도과하더라도 채무자는 이행지체에 빠지지 않는다고 한다. 이른바 '이행지체 저지효'(履行遲滯 沮止效)를 '당연효'(當然效)로 인정한다.

즉, 쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우[3101] 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않고(이행제공이 있다가 계속되지 않고 중지되면 그 이후부터는 다시 동시이행의 항변권에 의해 이행지체가 저지된다[3102]), 이러한 효과는 이행지체 책임이 없다고 주장하는 자

할지라도 납부기한 전에 선납한 것에 해당한다고 볼 수 없다." ❷ 2004다24106,24113; 아파트 수분양자의 중도금 지급의무는 아파트를 분양한 건설회사가 수분양자를 아파트에 입주시켜 주어야 할 의무보다 선이행하여야 하는 의무이나, 건설회사의 신용불안이나 재산상태의 악화 등은 민법 제536조 제2항의 건설회사의 의무이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때 또는 민법 제588조의 매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에 해당하여, 아파트 수분양자는 건설회사가 그 의무이행을 제공하거나 매수한 권리를 잃을 염려가 없어질 때까지 자기의 의무이행을 거절할 수 있고, 수분양자에게는 이러한 거절권능의 존재 자체로 인하여 이행지체 책임이 발생하지 않으므로, 수분양자가 건설회사에 중도금을 지급하지 아니하였다고 하더라도 그 지체책임을 지지 않는다고 한 예. cf 민법 제588조(권리주장자가 있는 경우와 대금지급거절권) 매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 매수인은 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있다. 그러나 매도인이 상당한 담보를 제공한 때에는 그러하지 아니하다.

3101) 금전채권의 채무자가 채권자에게 담보를 제공한 경우, 채권자는 채무를 모두 변제받은 다음 담보를 반환하면 될 뿐 채무자의 변제의무와 채권자의 담보 반환의무가 동시이행관계에 있다고 볼 수 없으므로, 채권자가 채무자로부터 제공받은 담보를 반환하기 전에도 특별한 사정이 없는 한 채무자는 이행지체 책임을 진다(대법원 2019. 10. 31. 선고 2019다247651 판결).

3102) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다302497, 302503 판결; "동시이행관계에 있는 쌍무계약상 자기채무의 이행을 제공하는 경우 그 채무를 이행함에 있어 상대방이 미리 변제받기를 거절하거나 상대방의 행위를 필요로 할 때에는 언제든지 현실로 이행을 할 수 있는 준비를 완료하고 그 뜻을 상대방에게 통지하여 그 수령을 최고하여야만 상대방으로 하여금 이행지체에 빠지게 할 수 있는 것이다. … 쌍무계약의 당사자 일방이 먼저 한번 현실의 제공을 하고 상대방을 수령지체에 빠지게 하였다 하더라도 그 이행의 제공이 계속되지 않는 경우는 과거에 이행의 제공이 있었다는 사실만으로 상대방이 가지는 동시이행의 항변권이 소멸하는 것은 아니므로, 일시적으로 당사자 일방의 의무의 이행제공이 있었으나 곧 그 이행의 제공이 중지되어 더 이상 그 제공이 계속되지 아니하는 기간 동안에는 상대방의 의무가 이행지체 상태에 빠졌다고 할 수는 없다." ➡ 피고(임차인)가 임대차기간 만료 후 원고(임대인)를 상대로 임대차보증금 반환을 구하는 소를 제기하여 무변론으로 임대차보증금 및 그 지연손해금 지급을 명하는 확정판결을 받았는데, 이후에도 피고가 계속 거주하자, 원고는 피고를 상대로 원고의 임대차보증금 반환의무와 피고의 부동산 인도의무가 동시이행관계에 있다는 이유로 종전판결 중 지연손해금 부분의 집행력 배제를 구하는 청구이의의 소를 제기한 사안에서, **원심**이, 종전소송에서 그 판결이 선고되기 전에 이미 위 각 의무는 동시이행관계에 있었으므로 그 후 원고가 동시이행항변을 한다고 하더라도 이를 종전판결 선고 뒤에 생긴 사유라고 할 수 없다는 이유로 청구이의 사유에 해당하지 않는다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 피고는 종전판결 선고 전까지는 원고가 새로운 임차인을 구하는 데 협조하였고 종전판결은 이를 피고의 이행제공으로 보아 원고의 임대차보증금반환채무의 이행지체에 따른 지연손해금을 인정한 것으로 보이는데, 피고가 종전판결 선고 이후에는 원고 측의 협조요청을 거절한 사실이 인정되고 이는 종전판결 선고 이후 새로 발생한 사유로서 이행제공의 중지라고 평가될 수 있으므로, 원고의 동시이행항변권이 소멸되지 않았다고 볼 여지가 있고, 이는 종전판결의 기판력에 저촉되지 아니하여 청구이의 사유가 될 수 있다고 한 다음, 원심은 피고의 이행제공이 어느 시점에서 중지되었는지에 관하여 심리하여 그 시점까지의 지연손해금만을 인정한 후, 그 이후에 발생한 지연손해금에 관여는 종전판결의 집행력을 배제하였어야 한다고 한 예.

가 상대방의 이행청구에 대하여 반드시 동시이행의 항변권을 재판상 또는 재판 외에서 행사하여야만 발생하는 것은 아니다.[3103] [3104]

서로 대가관계에 있어서가 아니라, 어음이나 상품권의 이중지급 위험을 방지하기 위해 인정되는 동시이행 관계에서는, 이행지체를 저지하는 효력이 없고 이행기 도과로 이행지체의 책임을 진다.[3105]

3103) 대법원 2024. 2. 29. 선고 2023다289720 판결.

3104) ◎ **동시이행 항변권 존재에 따른 '이행지체 저지효'의 구체적 사례;** ❶ 98다505: "부동산 매매계약에 있어서 매수인이 잔대금 지급기일까지 그 대금을 지급하지 못하면 그 계약이 자동적으로 해제된다는 취지의 약정이 있더라도 특별한 사정이 없는 한 매수인의 잔대금 지급의무와 매도인의 소유권이전등기의무는 동시이행의 관계에 있으므로 매도인이 잔대금 지급기일에 소유권이전등기에 필요한 서류를 준비하여 매수인에게 알리는 등 이행의 제공을 하여 매수인으로 하여금 이행지체에 빠지게 하였을 때에 비로소 자동적으로 매매계약이 해제된다고 보아야 하고 매수인이 그 약정 기한을 도과하였더라도 이행지체에 빠진 것이 아니라면 대금 미지급으로 계약이 자동해제된 것으로 볼 수 없다." ❷ 2001다68839: "임차인의 임차보증금반환청구채권이 전부된 경우에도 채권의 동일성은 그대로 유지되는 것이어서 동시이행관계도 당연히 그대로 존속한다고 해석할 것이므로 임대차계약이 해지된 후에 임대인이 잔존임차보증금반환청구채권을 전부받은 자에게 그 채무를 현실적으로 이행하였거나 그 채무이행을 제공하였음에도 불구하고, 임차인이 목적물을 명도하지 않음으로써 임차목적물반환채무가 이행지체에 빠지는 등의 사유로 동시이행의 항변권을 상실하게 되었다는 점에 관하여 임대인이 주장·입증을 하지 않은 이상 임차인의 목적물에 대한 점유는 동시이행의 항변권에 기한 것이어서 불법점유라고 볼 수 없다." ❸ 97다53588: "쌍무계약인 이 사건 분양계약에 있어서, 수분양자가 먼저 이행하여야 할 중도금 지급의무를 이행하지 않은 상태에서 입주예정일이 도래하였다면, 특별한 사정이 없는 한 수분양자의 남은 중도금 전부의 지급의무와 분양자의 입주를 가능하게 할 의무는 동시이행관계에 있게 되어 수분양자가 중도금을 전부 지급할 때까지는 분양자가 지체책임을 지지 아니하지만 수분양자가 남은 중도금을 전부 지급하면 분양자는 그 때부터 지체책임을 져야 하는바, 이 사건에서 위 공급계약서 제10조 제2항 소정의 지체상금의 산정대상인 '기납부한 중도금'을 입주예정일 이전에 납부한 중도금으로 한정할 특별한 사정도 없으므로, 정리회사는 입주예정일이 지나 중도금을 전부 지급한 원고들에게는 그 지급받은 때부터 그에 대한 지체상금을 지급하여야 한다." ❶ 2007다26455,26462: "도급인이 하자로 인한 손해배상청구권을 보유하고 이를 행사하는 한에 있어서는, 그와 동시이행관계에 있는 보수지급채무에 대한 이행거절의사를 밝히지 않더라도 수급인이 그 손해배상청구에 관하여 채무이행을 제공할 때까지 그러한 이행거절권능의 존재 자체로 도급인의 이행지체책임은 발생하지 아니하고, 이와 같은 관계는 동일한 도급계약에서 보수채권을 보유하고 행사하는 수급인이 도급인에게 부담하는 손해배상채무에 대한 이행지체책임의 발생 여부에 관하여도 마찬가지로 적용되나, 다만 그와 같이 도급계약에 기하여 동시이행관계에 있는 반대채권의 존재로 인하여 상대방에 대한 채무의 이행을 거절할 권능을 가지고 이행지체책임을 지지 않는 것은 서로 자신과 상대방의 채무액 중 대등액의 범위에 한하여 인정될 뿐이므로, 당사자 쌍방의 채무액을 비교하여 일방의 채무액이 상대방의 채무액을 초과하는 부분이 있다면 그 일방의 나머지 채무액에 대하여는 동시이행관계 및 이로 인한 이행거절권능이 허용되지 아니한다." ❺ 2002다43370: "사실심 변론종결일까지 원고가 피고에게 이 사건 건물의 인도를 위한 이행제공 또는 이행을 하였다고 볼 수 없어 이 사건 건물의 인도의무와 동시이행 관계에 있는 공사대금 지급의무에 관하여 피고에게 이행지체의 책임이 있다고 할 수 없으므로"

3105) 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다47542, 47559 판결: "채무자가 어음의 반환이 없음을 이유로 원인채무의 변제를 거절할 수 있는 것은 … 무조건적인 원인채무의 이행으로 인한 이중지급의 위험을 면하게 하려는 데에 그 목적이 있는 것이지, 기존의 원인채권에 터잡은 이행청구권과 상대방의 어음 반환청구권이 민법 제536조에 정하는 쌍무계약상의 채권채무관계나 그와 유사한 대가관계가 있어서 그러는 것은 아니므로 … 피고의 원인채무 이행의무와 원고의 어음 반환의무가 동시이행의 관계에 있다 하더라도 이는 어음의 반환과 상환으로 하지 아니하면 지급을 할 필요가 없으므로 이를 거절할 수 있다는 것을 의미하는 것에 지나지 아니하는 것이며, 따라서 채무자가 어음의 반환이 없음을 이유로 원인채무의 변제를 거절할 수 있는 권능을 가진다고 하여 채권자가 어음의 반환을 제공하지 아니하면 채무자에게 적법한 이행의 최고를 할 수 없다고 할 수는 없고, 채무자는 원인채무의 이행기를 도과하면 원칙적으로 이행지체의 책임을 지는 것이다." ☛ 이는 상품권 발행의 법률관계에서도 마찬가지이다. 상품권 발행인의 상품권 내용에 따른 제품제공의무 이행에 갈음한 손해배상의무와 소지인의 상품권 반환의무는 동시이행관계에 있으나, 이는 이중지급의 위험을 방지하기 위한 것이지 쌍무계약상의 채권채무관계나 그와 유사한 대가관계가 있어서 그러는 것이 아니므로, 발행인의 손해배상의무에 관하여 그

'법정이자'의 지급은 이행지체로 인한 손해배상(지연손해금)이 아니므로, 쌍방의 채무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계가 없이 인정된다.[3106]

7) 동시이행판결

소유권이전등기절차 이행의 단순 청구에는 미지급 잔대금 수령과의 상환이행을 구하는 취지도 포함된 것으로 보아야 한다.[3107]

동시이행판결의 반대의무의 내용은 '명확하게 특정'되어야 하고, 반대의무의 내용이 특정되지 아니하여 강제집행을 할 수 없는 경우에는 강제집행을 위해 다시 동일한 청구의 소를 제기할 소의 이익이 인정된다.[3108]

동시이행 판결의 기판력은, '동시이행이 조건으로 붙어 있다'는 점에 미치고(따라서 무조건의 이행의무가 있다는 주장은 기판력에 저촉된다), 동시이행을 명한 반대채권의 존부나 그 액수에는 미치지 않는다.[3109] 상계 주장의 대상이 된 수동채권이 동시이행항변에 행사된 채권

이행 최고를 받은 다음부터 이행지체의 책임을 진다(2005다63337).

3106) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다47478 판결(부당이득에 있어 악의의 수익자에 부가되는 법정이자), 대법원 2000. 6. 9. 선고 2000다9123 판결(계약 해제로 인한 원상회복의무의 이행으로 반환하는 금전에 부가하는 법정이자).

3107) 대법원 1979. 10. 10. 선고 79다1508 판결; "원고가 원·피고 간의 매매계약 체결과 대금완납을 청구원인으로 하고 청구취지로서 (무조건) 이전등기절차를 이행하라고 청구한 경우에 위 청구취지 가운데는 소송심리결과 예금 중 미지급 부분이 판명되었을 때는 그 미지급 잔대금의 수령과 상환으로 이전등기절차를 이행하라는 취지도 포함된다고 하여야 할 것" ☛ 그 청구가 반대급부 의무가 없다는 취지인이 분명한 경우에는 청구를 기각하여야 하나, 그 후 원고가 잔대금지급의무 있음을 인정하여 전소의 구두변론종결 후에 잔대금을 변제한 후에 제기한 소유권이전등기절차 이행청구의 후소는 전소 판결의 기판력에 저촉되지 아니 한다(80다56).

3108) 대법원 2021. 7. 8. 선고 2020다290804 판결; "동시이행판결의 반대의무 이행 또는 이행제공은 집행개시의 요건으로서 채권자가 이를 증명하는 방법에는 제한이 없으나, 반대의무의 내용이 특정되지 아니하여 반대의무의 이행 또는 그 이행제공을 증명할 수 없는 경우에는 강제집행을 할 수 없게 되어 결국 채권자는 강제집행을 위해 동일한 청구의 소를 다시 제기하여야 하므로, 동시이행판결을 하는 법원으로서는 반대의무의 내용을 명확하게 특정하여야 하고 자칫 이를 가볍게 여겨 강제집행에 지장이 생김으로써 무익한 절차의 반복을 하게 하는 것은 아닌지 여부 등을 확인할 필요가 있다." ☜ **원심**이, 피고들에게 매매계약 해제로 인한 원상회복을 명하면서 '원고들이 소외 은행과 사이에 별지 채무를 면책적으로 인수하기로 합의하거나 위 채무를 변제하는 등으로 소멸시킬 것' 등을 반대의무로 하는 동시이행판결을 선고한 데 대하여, **대법원**은, '직권판단'으로, '원심판결의 반대의무에 기재된 내용은 명확하게 특정되어 있다고 보기 어렵고, 나아가 원심이 명한 반대의무는 소송당사자가 아닌 제3자인 금융기관과 사이에 채무의 면책적 인수합의 또는 금융기관에 대한 채무의 소멸인바, 이는 제3자와의 법률행위 또는 법률효과를 발생하게 하는 것이어서 원고들의 의사만으로는 이행할 수 없어 강제집행을 할 수 없게 될 가능성을 배제하기 어렵다.'고 하고, '위 채무는 이 사건 건물 등에 설정된 근저당권의 피담보채무로서, 본래 이 사건 계약상 매매대금 일부의 지급에 갈음하여 피고들이 이를 인수하기로 하고 그 이행을 위해 계약인수를 원인으로 피고 유한회사를 채무자로 변경하는 내용의 근저당권변경등기를 한 사실을 인정할 수 있으므로, 그 원상회복으로서 다시 채무자를 변경하는 내용의 근저당권변경등기를 할 것을 반대의무로 하는 것도 고려하여 볼 수 있다.'고 한 예. **[참조판결]** 재판상 화해조항이 '피고는 원고로부터 1992. 8. 31.까지 별지 기재의 금형 중 ○○ 금형에 대한 하자보수를 완성받음과 동시에 원고에게 650만 원을 지급한다.'라고 되어 있어 반대의무의 내용인 하자의 범위와 정도가 특정되었다고 볼 수 없고, 또 하자보수의 완성 여부에 대한 객관적인 명백한 기준도 없으므로 원고가 집행개시요건인 위 반대의무를 이행할 방법이 없어 강제집행을 할 수 없고, 이 경우에는 원고가 다시 동일한 청구의 소를 제기할 이익이 있다고 할 것임에도 불구하고, 화해조서의 기판력에 저촉된다고 보아 소를 각하한 원심을 파기한 예(94다25216).

3109) ◎ **상환이행판결의 기판력**

○ 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다19017 판결; 제소전화해의 내용이 채권자 등은 대여금 채권의 원본 및

일 경우에는 그 상계 주장에 대한 판단에 기판력이 발생하지 않는다.[3110]

항소심에서 반대급부 내용이 불리하게 변경된 경우 '불이익변경금지' 원칙에 반한다.[3111] 반대급부와 동시이행을 명하는 '지급명령'도 허용되고, 그 반대급부에는 민사소송법 제462조의 제한이 적용되지 않는다.[3112]

나. 해 제

1) 처분권주의, 소송물, 변론주의

계약의 해제는, 계약에 기한 이행청구에 대해서는 권리소멸의 항변사실로, 계약해제에 따른 원상회복청구의 경우에는 청구원인사실로 각 기능한다.

계약을 위반한 당사자도 계약이 상대방의 해제로 소멸되었음을 주장할 수 있다.[3113]

이자의 지급과 상환으로 채무자에게 부동산에 관한 가등기의 말소등기절차를 이행할 것을 명하고, 채무자는 가등기담보등에관한법률 소정의 청산금 지급과 상환으로 채권자 등에게 가등기에 기한 소유권이전의 본등기절차를 이행할 것과 그 부동산의 인도를 명하고 있는 경우, 그 재소전화해는 가등기말소절차 이행이나 소유권이전의 본등기절차 이행을 대여금 또는 청산금의 지급을 그 조건으로 하고 있는 데 불과하여 그 기판력은 가등기말소나 소유권이전의 본등기절차 이행을 명한 화해내용이 대여금 또는 청산금 지급의 상환이 조건으로 붙어 있다는 점에 미치는 데 불과하고, 상환이행을 명한 반대채권의 존부나 그 수액에 기판력이 미치는 것이 아니라고 한 예.

○ 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다2074 판결; 甲은 乙로부터 A부동산에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행받음과 동시에 丙 에게 본건 B부동산에 관하여 같은 날 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라는 확정판결에 있어서 乙이 반대의무의 이행을 하지 않더라도 甲은 丙에게 본건 B부동산에 대한 소유권이전등기를 이행할 의무가 있다는 주장은 위 확정판결의 기판력에 저촉된다고 한 예.

3110) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판결; 매매계약 해제를 원인으로 한 매도인의 건물·토지 인도 청구의 前訴에서 계약금·중도금 반환과의 동시이행 항변을 하였으나, 계약금은 매매계약이 매수인의 귀책사유로 해제됨으로써 매도인에게 귀속되었고, 중도금은 건물·토지 점유·사용료채권을 자동채권으로 한 상계로 소멸되었다는 재항변이 받아들여져 결국 동시이행항변이 배척되었는데, 그 후 매수인이 後訴로서 중도금 중 일부의 반환을 청구한 사안에서, 원심이 전소에서 중도금반환채권이 상계로 소멸하였다고 판단한 부분에 기판력이 발생하여 후소가 전소의 확정판결의 기판력에 저촉된다고 판단한 데 대하여, 대법원은 원심이 기판력의 객관적 범위에 관한 법리를 오해한 것이라고 판시한 예.

3111) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2022다211928 판결; "항소심은 당사자의 불복신청 범위 내에서 제1심판결의 당부를 판단할 수 있을 뿐이므로, 설령 제1심판결이 부당하다고 인정되는 경우라 하더라도 그 판결을 불복당사자의 불이익으로 변경하는 것은 당사자가 신청한 불복의 한도를 넘어 제1심판결의 당부를 판단하는 것이 되어 허용될 수 없고, 당사자 일방만이 항소한 경우에 항소심으로서는 제1심보다 항소인에게 불리한 판결을 할 수는 없다. 불이익하게 변경된 것인지 여부는 기판력의 범위를 기준으로 하나, 일방 당사자의 금전채권에 기한 동시이행 주장을 받아들인 판결의 경우 반대 당사자는 그 금전채권에 관한 이행을 제공하지 아니하고는 자신의 채권을 집행할 수 없으므로, 동시이행 주장을 한 당사자만 항소하였음에도 항소심이 제1심판결에서 인정된 금전채권에 기한 동시이행 주장을 공제 또는 상계 주장으로 바꾸어 인정하면서 그 금전채권의 내용을 항소인에게 불리하게 변경하는 것은 특별한 사정이 없는 한 불이익변경금지 원칙에 반한다."

3112) 대법원 2022. 6. 21.자 2021그753 결정; "법원은 금전 등 대체물이나 유가증권의 일정한 수량의 지급을 목적으로 하는 청구에 대하여 채권자의 신청에 따라 지급명령을 할 수 있고(민사소송법 제462조), 반대급부의 이행과 동시에 금전 등 대체물이나 일정한 수량의 유가증권의 지급을 명하는 지급명령도 허용된다. 이때 반대급부는 지급명령신청의 대상이 아니어서 민사소송법 제462조에서 정한 '금전 등 대체물이나 유가증권의 일정한 수량의 지급을 목적으로 하는 청구'라는 제한을 받지 아니하고, 반대급부를 이행하여야 하는 자도 '지급명령의 신청인'에 한정되는 것은 아니다." 예 '채무자는 신청외 ○○로부터 부동산을 인도받음과 동시에 채권자에게 금전을 지급하라.'는 지급명령이 허용된다고 한 예.

3113) 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001다21441 판결; "계약의 해제권은 일종의 형성권으로서 당사자의 일방에 의한

각각의 해제 사유는 별개의 독립한 공격방어방법으로서 변론주의의 적용대상이나,[3114] 각각의 해제 사유에 따른 원상회복청구는 동일한 소송물에 해당한다.[3115]

이행불능에 따른 손해배상청구에 계약해제에 관한 주장이나 계약해제로 인한 원상회복청구가 포함되어 있다고 볼 수 없다.[3116]

2) 법정해제의 요건사실

가) 이행지체에 따른 해제

이행지체를 이유로 한 해제의 경우, 해제자는 ① '상대방이 주된 채무(계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 채무)[3117]의 이행을 지체[3118]한 사실'(판례는,

---

계약해제의 의사표시가 있으면 그 효과로서 새로운 법률관계가 발생하고 각 당사자는 그에 구속되는 것이므로, 일방 당사자의 계약위반을 이유로 한 상대방의 계약해제 의사표시에 의하여 계약이 해제되었음에도 상대방이 계약이 존속함을 전제로 계약상 의무의 이행을 구하는 경우 계약을 위반한 당사자도 당해 계약이 상대방의 해제로 소멸되었음을 들어 그 이행을 거절할 수 있는 것이고, 다른 특별한 사정이 없는 한 그러한 주장이 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배된다고 할 수도 없는 것이다."

3114) ❶ 원고의 청구원인은 피고의 귀책사유로 인한 이행불능으로 입주계약을 해제하고 그 원상회복 및 손해배상을 구한다는 것이고, 피고가 약정해지사유에 기한 해지 주장을 했다고 하더라도 기록상 원고가 그러한 피고의 해지주장을 적극적으로 원용하여 자기의 청구를 뒷받침하는 자료로 주장하였다고 볼 수도 없으므로 원고가 주장하지도 아니한 다른 사유를 들어 원고의 청구를 인용하는 것은 변론주의에 위반된 것으로서 허용될 수 없다고 한 예(2001다75295). ❷ 원고가 피고 의무의 이행불능에 기하여 계약 해제를 주장함에 대하여 원고의 의무 불이행에 기한 피고의 해제를 들어 원고의 청구를 인용하는 것은 변론주의에 위반되는 것으로서 허용될 수 없다고 한 예(2000다1150). ❸ 당사자가 계약의 해제를 주장하면서 상당한 기간을 정하여 계약 이행을 최고하였으나 그 기간 내에 채무를 불이행하였다고만 주장하는 경우에 당사자가 주장하지도 아니한 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하였다는 사실을 인정하여 계약해제가 적법하다고 판단하는 것은 변론주의에 위배된다고 할 것이나, 당사자의 이러한 주장은 직접적으로 명백히 한 경우뿐만 아니라 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 간접적으로 주장한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주장이 있는 것으로 보아 적법한 계약해제가 있었다고 판단하여도 무방하다(94다16083). ❹ 상법 제68조의 확정기매매에 대한 당사자의 주장이 필요하다고 한 예(2009다15565). ❺ '도급'의 경우에는 채무불이행을 이유로 한 해제 의사표시에 임의해제의 의사가 포함되어 있다고 볼 수 없으나(대법원 2022. 10. 14. 선고 2022다246757 판결), 이와 달리 위임의 경우에는 채무불이행을 이유로 한 해지에 임의해지로서의 효력이 인정된다(2012다71411).

3115) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다244013 판결; "채무불이행을 이유로 한 이 사건 매매계약 해제에 따른 원상회복으로서 이미 지급한 매매대금 반환을 구하는 소송은 … 매매계약이 자동으로 해제 또는 실효되었음을 이유로 이미 지급한 매매대금의 반환을 부당이득반환으로서 구하는 소송과 소송물이 동일하다. 따라서 원고의 예비적 청구를 기각하는 원심판결이 확정될 경우, … 매매계약이 이 사건 합의에 기해 자동으로 해제 또는 실효되었음을 이유로 이미 지급한 매매대금의 반환을 부당이득반환으로서 구하는 것은 위 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다."

3116) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2018다256023 판결 ; **원심**이, 소외인들(매도인)의 소유권이전등기의무 이행불능에 따른 원고(매수인)의 매매계약 해제로 소외인들은 원고에게 원상회복의무 및 손해배상의무가 있다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 채무불이행 및 불법행위로 인한 각 손해배상청구와 계약해제로 인한 원상회복청구는 소송물을 달리하는 별개의 청구이므로, 원고의 이행불능에 따른 각 손해배상청구 주장에 계약해제에 관한 주장이 포함되어 있다거나 원고의 청구에 계약해제로 인한 원상회복청구가 포함되어 있다고 볼 수 없으므로, 원심의 판단에는 원고가 신청하지도 않은 사항에 대하여 판결함으로써 민사소송법 제203조에 정한 처분권주의와 변론주의를 위반한 위법이 있다고 한 예.

3117) 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 주된 채무이어야 하고 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다. 계약상의 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게

채권자·해제자가 해제권 발생의 요건사실로서 상대방의 채무 불이행 사실을 주장·증명해야 한다는 '채권자설'을 취하고 있다),[3119] ② '상당한 기간을 정하여 이행을 최고하였으나(또는 이행 최고 후 상당한 기간의 경과)[3120] 그 기간 내 상대방이 이행 또는 이행제공을 하지 아니한 사실'(정기행

객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 한다(대법원 2022. 6. 16. 선고 2022다203804 판결: 휴양 콘도미니엄 분양자의 분양계약상 고압선 지중화 의무를 주된 채무라고 볼 여지가 있어 추가 심리가 필요하다고 본 예).

판례에 나타난 부수적 채무의 예로는, ① 대기환경보전법상의 배출시설설치신고에 필요한 사양서 등 서류의 교부의무는 배출시설설치계약에 있어서 그 설치업자의 주된 채무라 볼 수 없으므로, 이 의무의 불이행을 사유로 한 계약해제는 효력이 없다고 한 사례(2005다53705, 53712), ② 전대차계약을 체결한 후 중도금 수수시에 비로소 전차보증금의 반환을 담보하기 위하여 전대인이 그 소유 부동산에 근저당권을 설정하여 주기로 약정한 경우, 전대인의 근저당권설정등기의무는 부수적 채무에 불과하여 전차인은 그 채무불이행을 이유로 전대차계약을 해지할 수 없다고 한 사례(2001다20394, 20400), ③ 검인계약서상의 매매대금을 실제 대금과는 달리 매매대상 부동산의 과세표준액으로 작성하기로 한 약정은 조세회피 등의 의도에서 매도인의 편의를 보아 준다는 것일 뿐 매매계약의 주된 목적을 달성하는 데 필수불가결한 것은 아니라 할 것이므로 위 매매계약에 부수되는 의무를 규정한 것에 불과한 것이어서 그 불이행에 의하여 매매계약의 목적을 달성할 수 없게 되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 불이행만을 들어 매도인이 매매계약을 해제할 수는 없다고 한 사례(92다7795) 등이 있다.

주된 채무로 본 예는, ① 매매계약의 체결 및 이행과정, 매매대금과 양도소득세 상당액의 액수 등에 비추어 보면 채무자가 부담하는 양도소득세 상당액 지급의무가 매매계약의 부수적 채무에 불과하다고 보기 어렵다고 한 사례(2011다87235), ② 상가분양계약상의 업종제한약정의 규정 취지 등에 비추어 볼 때, 위 약정에 의한 분양회사의 경업금지의무는 분양계약의 주된 채무라고 봄이 상당하다고 한 사례(2004다67011), ③ 상가의 일부 층을 먼저 분양하면서 그 수분양자에게 장차 나머지 상가의 분양에 있어 상가 내 기존 업종과 중복되지 않는 업종을 지정하여 기존 수분양자의 영업권을 보호하겠다고 약정한 경우, 그 약정에 기한 영업권 보호 채무를 분양계약의 주된 채무로 본 사례(97마575) 등이 있다.

3118) 계약해제권의 발생사유인 **이행지체**라 함은 채무의 이행이 가능한 데도 채무자가 그 이행기를 도과한 것을 말하는 것이어서 그 이행기가 도래하기 전에는 이행지체란 있을 수 없다(대법원 2021. 7. 8. 선고 2020다290804 판결).

3119) ○ 대법원 1995. 4. 28. 선고 94다16083 판결: "쌍무계약에서 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 있어서 **계약해제** 주장에 필요한 **주요사실**은 상대방이 **이행지체**한 사실, 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 사실 및 계약해제의 의사를 표시한 사실이라고 할 것"

○ 대법원 1977. 3. 8. 선고 76다2461 판결: "계약이 일단 성립한 후 그 **해제원인의 존부에 대한 다툼이 있는 경**우에는 그 계약상의 **채무불이행**에 기한 권리를 주장하는 **해제권자** … 가 이를 **증명**하여야"

○ 대법원 1969. 9. 23. 선고 69다804, 805 판결: "매도인이 매수인에게 지체책임을 지워 매매계약을 해제하려면 매수인이 **이행기일에 잔대금을 지급하지 아니**한 사실만으로는 부족하고 매도인이 등기신청에 필요한 일체의 서류를 수리할 수 있을 정도로 준비하여 제공하고 또 상당한 기간을 정하여 잔대금의 지급을 최고하였음에도 불구하고 매수인이 이에 **응하지 아니**한 사실이 있어야 할 것"

3120) ◎ **이행최고**

❶ 이행지체를 이유로 계약을 해제함에 있어서 그 전제요건인 이행의 최고는 반드시 미리 일정기간을 명시하여 최고하여야 하는 것은 아니고 최고한 때로부터 상당한 기간이 경과하면 해제권이 발생한다(2013다58668). **[동일 취지]** 채권자가 채무자의 급부불이행 사정을 들어 계약을 해제하겠다는 통지를 한 때에는 특별히 그 급부의 수령을 거부하는 취지가 포함되어 있지 아니하는 한 그로써 이행의 최고를 하였다고 볼 수 있으며, 그로부터 상당한 기간이 경과하도록 이행되지 아니하였다면 채권자는 계약을 해제할 수 있다(대법원 2022. 10. 27. 선고 2022다238053 판결: 매매계약서에 서면으로 이행을 최고하도록 정하였고, 제1심 소송 중에 매매계약이 잔금 미지급으로 해제되었다는 취지의 답변서 및 준비서면이 제출된 사안에서, 문자메시지에 의한 해제 통지는 그에 앞서 서면에 의한 이행의 최고가 없어 해제 통지로서의 효력을 인정할 수 없을 뿐만 아니라 서면에 의한 것이 아니므로 이행의 최고로서의 효력을 인정할 수도 없으나, 답변서에 의한 해제 통지는 그에 앞서 서면에 의한 이행의 최고가 없어 해제 통지로서의 효력은 없지만, 위 답변서에 특별히 잔금의 수령을 거부하는 취지가 포함되어 있지 않은 이상 서면에 의한 이행의 최고로서의 효력이 있어, 그 후 준비서면이 송달된 무렵 매매계약이 적법하게 해제되었을 여지가 있다고 한 예). ❷ 이행최고가 본래 이행하여야 할 채무액을 초과하는 경우에도 본래 급부하여야 할 수량과의 차이가 비교적 적거나 채권자가 급부의 수량을 잘못 알고

위나 이행거절, 이행불능 해제의 경우에는 ② 요건이 필요하지 않다), ③ '해제의 의사표시를 하고 그 의사표시가 도달한 사실'을 주장·증명할 책임이 있다.

동시이행관계에 있는 채무가 있는 경우에는 ④ '해제자가 자기 채무를 이행 또는 이행의 제공을 한 사실'도 주장·증명하여야 한다(동시이행항변권의 존재효인 이행지체 저지효를 제거하여 상대방을 이행지체에 빠뜨리게 하기 위한 것으로서 위 ① 요건에 내포된 것이나, 간과하기 쉬우므로 별도로 분리한 것이다).[3121] '이행 제공의 정도'는 그 시기와 구체적인 상황에 따라 신의성실의 원칙에 어긋나지 않게 합리적으로 정하여야 하는데, 부동산 매도인은 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 현실적으로 제공할 필요까지는 없으나, 최소한 그 서류 등을 '준비'[3122]하여 두고 매수인에게 그 뜻을 통지하고 수령하여 갈 것을 최고함은 요한다.[3123]

과다한 최고를 한 것으로서 과다하게 최고한 진의가 본래의 급부를 청구하는 취지라면, 그 최고는 본래 급부하여야 할 수량의 범위 내에서 유효하다고 할 것이나, 그 과다한 정도가 현저하고 채권자가 청구한 금액을 제공하지 않으면 그것을 수령하지 않을 것이라는 의사가 분명한 경우에는 그 최고는 부적법하고 이러한 최고에 터잡은 계약의 해제는 그 효력이 없다(2004다13083). **[동일 취지]** 94다35930(미지급 중도금이 260만 원임에도 천만 원이라고 최고한 경우 이행의 최고로서 부적법하고 그 최고에 기한 계약해제는 효력이 없다고 한 예). ❸ 계약해제를 위한 이행최고를 함에 있어서 그 최고되는 채무가 소유권이전등기를 하는 채무와 같이 그 채무의 성질상 채권자에게도 단순한 수령 이상의 행위를 하여야 이행이 완료되는 경우에는 채권자는 이행의 완료를 위하여 필요한 행위를 할 수 있는 일시·장소 등을 채무자에게 알리는 최고를 하여야 할 필요성은 있다 할 것이나, 위와 같은 채무의 이행은 채권자와 채무자의 협력에 의하여 이루어져야 하는 것이므로, 채권자가 위와 같은 내용을 알리는 최고를 하지 아니하고, 단지 언제까지 이행하여야 한다는 최고만 하였다고 하여 곧바로 그 이행최고를 계약해제를 위한 이행최고로서의 효력이 없다고 볼 수는 없는 것이고, 채권자가 위와 같은 최고를 한 경우에는 채무자로서도 채권자에게 문의를 하는 등의 방법으로 확정적인 이행일시 및 장소의 결정에 협력하여야 한다 할 것이며, 채무자가 이와 같이 하지 아니하고 만연히 최고기간을 도과한 때에는, 그에 이르기까지의 채권자와 채무자의 계약 이행을 위한 성의, 채권자가 채무자에게 구두로 연락을 취하여 이행 일시와 장소를 채무자에게 문의한 적이 있는지 등 기타 사정을 고려하여, 위의 최고도 유효하다고 보아야 할 경우가 있을 수 있다(2000다50497).

3121) ○ 대법원 1982. 6. 22. 선고 81다카1283 판결; "쌍무계약에 있어서 법정해제권을 취득하는 즉 계약의 **해제요건**은 계약 약지에 따른 **자신의 채무이행을 제공**하였음에도 불구하고 다른 일방 당사자가 그 채무이행을 제공치 않음으로써 이행지체에 빠진 후 다시 상당한 기간을 정하여 상대방에게 이행을 최고하여도 그 이행 없이 그 기간을 도과하는 것이고, **이행기에 한번 이행의 제공**을 하여 상대방을 이행지체에 빠지게 하였다면 쌍무계약에 있어서의 신의성실의 원칙상 최고를 하는 당사자는 그 채무이행의 제공을 **계속할 필요는 없다**고 하더라도 상대방이 최고 기간 내에 이행 또는 이행의 제공을 하면 해제권은 소멸하는 것이므로 상대방의 이행을 수령하고 자신의 채무를 이행할 수 있는 정도의 **준비**는 되어 있어야 된다." ☛ 부동산 매수인이 잔대금 지급기일에 잔대금의 이행제공을 하였음에도 매도인이 인도의무를 이행하지 못하여 이행지체에 빠진 경우, 매수인이 매도인에게 상당한 기간 내에 인도의무의 이행이 없을 것을 정지조건으로 하여 미리 해제의 의사표시를 함과 동시에 매도인으로서의 이행을 최고함에 있어서 현실로 이행제공하였던 잔대금으로 양도성예금증서를 구입하여 보관하고 있으면서 자신의 채무를 이행할 수 있는 **준비**를 하고 있었다면 이는 해제권 발생을 위한 적법한 최고라고 한 사례(96다35590).

○ 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다47438 판결; "쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는 것이며, 이와 같은 효과는 이행지체의 책임이 없다고 주장하는 자가 반드시 동시이행의 항변권을 행사하여야만 발생하는 것은 아니다. 따라서 동시이행관계에 있는 쌍무계약상 자기채무의 이행을 제공하는 경우 그 채무를 이행함에 있어 상대방의 행위를 필요로 할 때에는 언제든지 현실로 이행을 할 수 있는 준비를 완료하고 그 뜻을 상대방에게 통지하여 그 수령을 최고하여야만 상대방으로 하여금 이행지체에 빠지게 할 수 있다."

3122) 매도인이 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 전혀 준비하지 아니하였다면, 매수인의 주소지가 서울이고, 매도인은 부동산 소재지에 거주하며, 등기소도 매도인의 거주지에 있어 매수인이 요구하기만 하면 언제든지 위

금전채무의 현실제공은 특별한 사정이 없는 한 채권자가 급부를 즉시 수령할 수 있는 상태에 있어야만 인정될 수 있다.[3124] 일단 채무자의 이행지체로 인하여 채권자에게 계약해제권이 발생하면, 그 이후로는 채권자는 특별한 사정이 없는 한 자기채무의 이행제공을 하지 않은 상태에서도 그 해제권을 행사할 수 있다.[3125]

이행지체에 따른 법정해제권의 발생요건을 경감하는 특약은 원칙적으로 유효하므로, 위 ②의 최고나 위 ③의 해제 의사표시 없이도 자동적으로 해제된 것으로 간주하는 특약

서류 등을 제공할 수 있는 등의 사정이 있다고 하더라도, 매수인을 이행지체에 빠뜨릴 수 있는 이행의 제공을 적법하게 하였다고 할 수 없고, 따라서 매도인의 해제권도 발생하지 않는다(96다17738).

3123) ○ 대법원 2021. 10. 28. 선고 2020다278354, 278361 판결: "쌍무계약에 있어서 당사자의 채무에 관하여 이행의 제공을 엄격하게 요구하면 불성실한 상대 당사자에게 구실을 주게 될 수도 있으므로 당사자가 하여야 할 **제공의 정도**는 그 시기와 구체적인 상황에 따라 신의성실의 원칙에 어긋나지 않게 합리적으로 정하여야 하는 것이며, 부동산매매계약에서 매도인의 소유권이전등기절차 이행의무와 매수인의 매매잔대금 지급의무가 동시이행관계에 있는 한 쌍방이 이행을 제공하지 않는 상태에서는 이행지체로 되는 일이 없을 것인바, 매도인이 매수인을 이행지체로 되게 하기 위하여는 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 현실적으로 제공하거나 그렇지 않더라도 그 서류 등을 준비하여 두고 매수인에게 그 뜻을 통지하고 수령하여 갈 것을 최고하면 된다."[피고(현금청산대상자)가 소유권이전등기절차 이행을 위해 필요한 서류 및 출입문 열쇠 등을 변호사에게 맡긴 후 원고(주택재건축정비사업조합)에게 이를 수령하도록 통지하는 등의 방법으로 자신의 소유권이전등기의무 및 인도의무와 관련하여 합리적인 범위 내에서 신의칙에 따라 요구되는 이행제공을 마쳤다고 볼 여지가 많다고 한 예]. ☛ 특별한 사정이 없으면 이행장소로 정한 법무사 사무실에 위 서류 등을 계속 보관시키면서 언제든지 잔대금과 상환으로 그 서류들을 수령할 수 있음을 통지하고 신의칙상 요구되는 상당한 시간 간격을 두고 거듭 수령을 최고하면 이행의 제공을 다한 것이 되고 그러한 상태가 계속된 기간 동안은 매수인이 이행지체로 된다(2012다83827).

○ 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다65867 판결: "매수인이 잔대금의 지급준비가 되어 있지 아니하여 소유권이전등기서류를 수령할 준비를 안 한 경우에는 매도인으로서도 그에 상응한 이행의 준비를 하면 족하다."[매도인 甲과 매수인 乙이 체결한 부동산 매매계약에서 乙이 잔금 지급을 연체하며 잔금지급기일의 연장을 요청하자 甲이 이를 받아들여 '연장된 기일까지 잔금과 지연이자를 지급하지 않으면 매매계약이 해제된다'는 취지로 통지한 다음, 乙이 연장된 기일에도 잔금을 지급하지 못하자 그 다음 날 부동산 소유권을 제3자에 이전해 주었는데, 甲은 연장된 기일에 소유권이전등기에 필요한 제반 서류 중 부동산 매도용 인감증명서만을 발급받지 않고 있었던 **사안**에서, 연장된 기일까지도 잔금 지급을 준비하지 못한 乙의 약정의무 불이행 정도에 비추어 甲이 비록 연장된 기일까지 부동산 매도용 인감증명서를 발급받지 않고 있었다고 하더라도 이는 언제라도 발급받아 교부할 수 있는 것이므로 乙에게 소유권이전등기의무에 관한 이행 제공을 마쳤다고 보아야 하고, 따라서 부동산 매매계약은 甲이 통지한 조건부 해제의사표시에 따라 乙이 연장된 기일까지 잔금지급의무를 이행하지 않음으로써 적법하게 해제되었다고 한 사례]. ☛ **[동일 취지]** 원고들이 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 준비하여 두고 언제든지 나머지 매매대금과 상환으로 그 서류들을 수령할 수 있음을 통지하고 수령을 최고함과 아울러 피고의 이행을 최고하였음에도 여전히 자신의 채무를 불이행하고 있는 피고에게 단기간 내에 다시 이행을 최고함에 있어, 그 이행 최고 시마다 일일이 소유권이전등기에 필요한 서류가 준비되어 있음을 고지하면서 그 수령을 최고하지 않았더라도 원고들이 종전에 갖추어 둔 이행 준비 상태가 변동될 만한 사정이 없는 신의칙상 상당한 기간 이내까지는 종전 이행 제공의 효력이 유지된다(2015다229006).

3124) 대법원 2022. 10. 27. 선고 2022다238053 판결(원고는 최종 잔금 지급기일 다음 날 잔금 상당의 대출을 받기 위하여 부동산담보신탁계약을 체결하는 등 잔금의 지급을 준비하고 있었을 뿐 피고들에게 잔금을 즉시 수령할 수 있는 상태로 현실제공하였다고 볼 수 없는 반면, 피고들은 잔금 지급기일 이전에 부동산의 소유권이전등기에 필요한 서류의 준비를 마치고 담당 공인중개사에게 이를 통지하였고, 부동산을 인도하기 위한 준비를 마치는 등으로 원고에게 이행제공을 하였으므로, 원고는 위 잔금 지급기일 무렵 이행지체 상태에 있었다고 한 예). ☛ ❶ 2004다49525; 중도금 및 잔금 액수를 초과하는 금원이 예치되어 있는 예금통장의 사본을 제시한 것은 중도금 및 잔금의 준비에 불과할 뿐 적법하게 이행제공을 한 것이 아니라고 판단하여 계약해제의 주장을 배척한 예. ❷ 채무자가 채무내용에 좇은 급부를 제공하면서도 채권자가 그 급부를 즉시 수령하기 어려운 장애요인을 형성·유지한 경우에는 현실제공이 있다고 할 수 없다(2011다17403).

3125) 대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다69479 판결.

도 가능하다. 이 경우 해제자는 그 '실권 특약의 존재'[3126]와 함께, 위 ①, ④[3127]의 사실을 주장·증명하여야 한다. 위 ④ 요건이 없이 자동해제 되는 '특별한 사정[3128]의 존재'[3129]를 주장·증명하여 위 ④ 요건을 대체할 수도 있다.

소정의 기간 내에 이행이 없으면 계약은 당연히 해제된 것으로 한다는 뜻을 포함하고 있는 이행청구는 그 이행청구와 동시에 기간 또는 기일 내에 이행이 없는 것을 정지조건으로 하여 미리 해제의 의사를 표시하고 있는 것으로 보아야 하므로,[3130] 위 ②의 최고와 위 ③의 해제 의사표시를 함께 하는 것도 가능하다.

위 ③ 요건의 경우, 당사자의 일방 또는 쌍방이 수인이라면 계약의 해지나 해제는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 하는데(민법 제547조 제1항),[3131] 해제불가분의

3126) '매도인이 위약 시에는 계약금의 배액을 배상하고 매수인이 위약 시에는 지급한 계약금을 매도인이 취득하고 계약은 자동적으로 해제된다'는 조항은 위약 당사자가 상대방에 대하여 계약금을 포기하거나 그 배액을 배상하여 계약을 해제할 수 있다는 해제권 유보조항이라 할 것이고, 최고나 통지 없이 해제할 수 있다는 특약이라고 볼 수 없다(대법원 1982. 4. 27. 선고 80다851 판결 등).

3127) 부동산매매계약에 있어서 매수인이 **잔대금** 지급기일까지 그 대금을 지급하지 못하면 그 계약이 자동적으로 해제된다는 취지의 약정이 있더라도, 특별한 사정이 없는 한 매수인의 잔대금지급의무와 매도인의 소유권이전등기의무는 동시이행의 관계에 있으므로 매도인이 잔대금지급기일에 소유권이전등기에 필요한 서류를 준비하여 매수인에게 알리는 등 이행의 제공을 하여 매수인으로 하여금 이행지체에 빠지게 하였을 때에 비로소 자동적으로 매매계약이 해제된다고 보아야 하고, 매수인이 그 약정기한을 초과하였더라도 이행지체에 빠진 것이 아니라면 대금 미지급으로 계약이 자동 해제된다고는 볼 수 없다(대법원 1998. 6. 12. 선고 98다505 판결 등).
반면에, 매매계약에 있어 매수인이 **중도금**을 약정한 일자에 지급하지 아니하면 그 계약을 무효로 한다고 하는 특약이 있는 경우 매수인이 약정한대로 중도금을 지급하지 아니하면 그 불이행 자체로써 계약은 그 일자에 자동적으로 해제된 것이라고 보아야 한다(대법원 1988. 12. 20. 선고 88다카132 판결 등). 매수인의 중도금지급의무는 매도인의 소유권이전의무에 대하여 선이행 관계에 있기 때문이다.

3128) ❶ '매도인이 소유권이전등기에 필요한 서류를 갖추었는지 여부를 묻지 않고 매수인의 지급기일 도과사실 자체만으로 계약을 실효시키기로 특약'을 하였다거나, ❷ '매수인이 수회에 걸친 채무불이행에 대하여 책임을 느끼고 잔금 지급기일의 연기를 요청하면서 새로운 약정기일까지는 반드시 계약을 이행할 것을 확약하고 불이행 시에는 매매계약이 자동적으로 해제되는 것을 감수하겠다는 내용의 약정'을 하였다고 볼 특별한 사정.

3129) **긍정례**; 대법원 2020. 12. 24. 선고 2018다256023 판결 등(2010다1456, 2007도5030, 94다8600, 91다32022) ⇔ **부정례**; 대법원 2022. 11. 30. 선고 2022다255614 판결 등(98다505)

3130) ❶ 92다28549; "소정의 기간 내에 이행이 없으면 계약은 당연히 해제된 것으로 한다는 뜻을 포함하고 있는 이행청구는 그 이행청구와 동시에 그 기간 내에 이행이 없는 것을 정지조건으로 하여 미리 해제의 의사를 표시한 것으로 볼 수 있을 것이지만, 그 경우에 있어서도 동시이행관계에 있는 의무자의 일방이 상대방의 이행지체를 이유로 한 해제권을 적법하게 취득하기 위하여는 그 이행청구에 표시된 이행기가 "일정한 기간 내"로 정하여진 경우라면 그 이행의 청구한 자가 원칙으로 그 기간 중 이행제공을 계속하여야 할 것이고, "일정한 일시"등과 같이 기일로 정하여진 경우에는 그 기일에 이행제공이 있어야 할 것이다." ❷ 92다49430; "채권자가 채무자의 이행지체를 이유로 계약을 해제함에 있어 그 전제요건으로서 일정한 기간을 명시하여 이행을 최고한 경우 최고기간 내에 채무자의 이행 또는 이행의 제공이 없어 해제권이 발생하였다고 하기 위하여는 채권자로서는 채무자로부터의 이행 일시에 관한 통지 유무에 불구하고 적어도 그 기간의 최종일에는 변제의 장소에서 변제를 수령할 준비를 갖추어야 한다고 보는 것이 상당하고, 이 때 변제의 장소는 당해 계약에서 약정된 장소가 있는 경우 그 약정장소라고 할 것,"

3131) ❶ 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다22812 판결; "매매계약의 일방 당사자가 사망하였고 그에게 여러 명의 상속인이 있는 경우에 그 상속인들이 위 계약을 해제하려면, 상대방과 사이에 다른 내용의 특약이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 상속인들 전원이 해제의 의사표시를 하여야 한다." ❷ 대법원 2015. 10. 29. 선고 2012다5537 판결; "여러 사람이 공동임대인으로서 임차인과 사이에 하나의 임대차계약을 체결한 경우에는 민법 제547조 제1항의 적용을 배제하는 특약이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 공동임대인 전원의 해지의 의사표시에 의하여 임대차계약 전부를 해지하여야 한다. 이러한 법리는 임대차계약의 체결 당시부터 공동임대

원칙을 배제하는 약정이 가능하므로 해제자는 그 특약에 따른 해제의 의사표시를 주장·증명할 수도 있다.[3132]

제3자를 위한 계약에서 요약자는 '제3자의 동의 없이' 단독으로 해제권을 행사할 수 있다.[3133]

조합계약, 경개계약과 같이 계약 그 자체의 성질상 해제가 허용되지 않는 경우,[3134] 해제 주장은 그 자체로 이유 없다고 보아야 한다.

상인 간 확정기매매의 경우, '이행기의 도과'만으로('이행의 최고'나 '해제의 의사표시' 없이) 바로 해제의 효력이 발생한다.[3135]

인이었던 경우뿐만 아니라 임대차목적물 중 일부가 양도되어 그에 관한 임대인의 지위가 승계됨으로써 공동임대인으로 되는 경우에도 마찬가지로 적용된다." ❸ 대법원 2022. 7. 14. 선고 2021다294674 판결: "주택공급을 신청할 권리와 분리될 수 없는 청약저축의 가입자가 사망하였고 그에게 여러 명의 상속인이 있는 경우에 그 상속인들이 청약저축 예금계약을 해지하려면, 금융기관과 사이에 다른 내용의 특약이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 상속인들 전원이 해지의 의사표시를 하여야 한다."

3132) 대법원 1994. 11. 18. 선고 93다46209 판결.

3133) 제3자를 위한 유상쌍무계약의 경우 특별한 사정이 없는 한 낙약자의 귀책사유로 인한 이행불능 또는 이행지체가 있을 때 요약자의 해제권이 허용되지 않는 독립된 권리를 제3자에게 부여하는 계약당사자의 의사라 볼 수 없고, 또한 요약자가 낙약자에게 반대급부 의무를 부담하고 있는 경우에 이러한 해제권을 허용치 아니함은 부당한 결과를 가져온다 할 것이므로 위와 같은 이행불능 또는 이행지체가 있을 때에는 요약자는 제3자의 동의 없이 계약당사자로서 계약을 해제할 수 있다고 해석함이 상당하다(69다1410,1411).

3134) ❶ **동업계약**과 같은 **조합계약**에 있어서는 조합의 해산청구를 하거나 조합으로부터 탈퇴를 하거나 또는 다른 조합원을 제명할 수 있을 뿐이지 일반계약에 있어서처럼 조합계약을 해제 또는 해지하고 상대방에게 그로 인한 원상회복의 의무를 부담지울 수는 없다(대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다29714 판결). ❷ **경개계약**은 신채권을 성립시키고 구채권을 소멸시키는 처분행위로서 신채권이 성립되면 그 효과는 완결되고 경개계약 자체의 이행의 문제는 발생할 여지가 없으므로 경개에 의하여 성립된 신채무의 불이행을 이유로 경개계약을 해제할 수는 없다 할 것이나, 계약자유의 원칙상 경개계약의 성립 후에 그 계약을 합의해제하여 구채권을 부활시키는 것은 적어도 당사자 사이에서는 가능하다(2002다62333). ❸ 주택법상 지역주택조합 사업은 통상 지역주택조합 설립 전에 미리 조합원을 모집하면서 그 분담금 등으로 사업부지를 매수하거나 사용승낙을 얻고, 그 이후 조합설립인가를 받아 추가적으로 소유권을 확보하고 사업승인을 얻어 아파트 등 주택을 건축하는 방식으로 진행되므로, 그 진행과정에서 조합원의 모집, 재정의 확보, 토지매입 작업 등 사업의 성패를 좌우하는 여러 변수들에 따라 최초 사업계획이 변경되는 등의 사정이 발생할 수 있다. 따라서 지역주택조합의 조합원이 된 사람이, 사업 추진 과정에서 조합규약이나 사업계획 등에 따라 당초 체결한 조합가입계약의 내용과 다르게 조합원으로서의 권리·의무가 변경될 수 있음을 전제로 **조합가입계약**을 체결한 경우에는 그러한 권리·의무의 변경이 당사자가 예측가능한 범위를 초과하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이를 조합가입계약의 불이행으로 보아 조합가입계약을 해제할 수는 없다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다286116 판결). 해제의 요건으로 '특별한 사정'을 추가적으로 주장·증명하여야 한다.

3135) **상법 제68조(확정기매매의 해제)** 상인간의 매매에 있어서 매매의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 일시 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 당사자의 일방이 이행시기를 경과한 때에는 상대방은 즉시 그 이행을 청구하지 아니하면 계약을 해제한 것으로 본다. ☛ ❶ 상인간의 확정기매매의 경우 당사자의 일방이 이행시기를 경과하면 상대방은 이행의 최고나 해제의 의사표시 없이 바로 해제의 효력을 주장할 수 있는데, 상인간의 확정기매매인지 여부는 매매목적물의 가격 변동성, 매매계약을 체결한 목적 및 그러한 사정을 상대방이 알고 있었는지 여부, 매매대금의 결제 방법 등과 더불어 이른바 시.아이.에프(C. I. F.) 약관과 같이 선적기간의 표기가 불가결하고 중요한 약관이 있는지 여부, 계약 당사자 사이에 종전에 계약이 체결되어 이행된 방식, 당해 매매계약에서의 구체적인 이행 상황 등을 종합하여 판단한다(2009다15565; 가격변동이 심한 원자재를 계약 목적물로 한 국제 중개무역이라는 사유만으로는 확정기매매에 해당한다고 볼 수 없고, 상법 제68조의 확정기매매에 대한 당사자의 주장이 필요하다고 한 예). ❷ 상인 사이에 이루어진 선물환계약은 그 약정 결제일에 즈음하여 생길 수 있는 환율변동의 위험(환리스크)을 회피하

나) 이행거절에 따른 해제

'이행거절'로 인한 계약해제의 경우에는, '이행기 전'이라도 최고나 자기 채무의 이행제공 없이 계약을 해제할 수 있어,[3136] '상대방이 미리 주된 채무를 이행하지 아니할 의사를 표시한 사실'로써 앞서 본 ①, ②, ④의 요건사실이 대체될 수 있는데, 이행거절의사가 위법한 것으로 평가되어야 하고,[3137] 묵시적 이행거절의사를 인정하기 위해서는 그 거절의사가 명백하고 종국적으로 표시되어야 한다.[3138] 이행거절의 의사표시가 적법하게 철회된 경우에는 원칙으로 되돌아간다.[3139]

다) 이행불능에 따른 해제

이행불능을 이유로 한 해제의 경우, 해제자는 위 ①에 갈음한 '상대방의 의무이행이 불가능한 사실'[3140]과 위 ③의 사실 두 가지를 주장·증명하면 된다.[3141]

라) 채권자지체와 해제

채권자지체의 효과로서 원칙적으로 손해배상이나 계약 해제를 주장할 수는 없으나, 예외적으로 계약상 또는 신의칙상 인정되는 채권자의 수령의무나 협력의무 위반을

기 위하여 체결되는 것으로서 확정기매매에 해당하고, 그 계약 불이행으로 인한 손해배상액의 산정에 관한 미화 1$당 원화의 환율은, 원래 약정되었던 결제일 당시를 기준으로 하여야 한다(2001다38593).

3136) 쌍무계약에서 상대방이 자신의 채무를 이행할 의사가 없음을 명백히 표시한 경우에는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 자신의 채무의 이행제공이나 최고 없이도 계약을 해제할 수 있다(2007다54979). 쌍무계약인 부동산 매매계약에서 매수인이 이행기일을 도과한 후에 매도인에 대해 계약상 의무 없는 과다한 채무의 이행을 요구하고 있는 경우에는 매도인으로서는 매수인이 이미 자신의 채무를 이행할 의사가 없음을 표시한 것으로 보고 자기 채무의 이행제공이나 최고 없이도 계약을 해제할 수 있다(92다9463).

3137) 대법원 2015. 2. 12. 선고 2014다227225 판결.

3138) 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에 인정되는 계약 해제는 상대방의 최고 및 동시이행관계에 있는 자기 채무의 이행제공을 요하지 아니하여 이행지체 시의 계약해제와 비교할 때 계약해제의 요건이 완화되어 있으므로 명시적으로 이행거절의사를 표명하는 경우 외에 계약 당시나 계약 후의 여러 사정을 종합하여 묵시적 이행거절의사를 인정하기 위하여는 분명한 거절의 의사가 명백하고 종국적으로 표시되어야 하고(대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다214210 판결; 오피스텔 임대차계약에서 임대인의 명백한 이행거절의사 존재를 부정한 예), 매수인이 매도인과 사이의 매매계약에 의한 잔대금지급기일에 잔대금을 지급하지 못하여 그 지급의 연기를 수차 요청하였다는 것만으로는 그 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 한 것으로는 볼 수 없다(2019다277911). ex. 甲이 乙로부터 토지와 건물의 소유권을 이전받는 대가로 토지에 설정된 근저당권의 피담보채무 등을 인수하기로 약정을 하였으나, 乙이 토지에 관하여 丙 명의로 소유권이전등기청구권 가등기를 경료한 채 위 약정에 따른 소유권이전등기를 지체하자 甲이 토지에 관한 가압류를 신청한 사안에서, 가압류신청 전후의 여러 사정을 감안하면 가압류신청서를 제출한 사실만으로 甲의 이행거절의사가 명백하고 종국적으로 표시되었다고 단정하기도 어려우므로, 위 약정이 합의해제되거나 甲의 이행거절로 해제되었다고 볼 수 없다고 한 사례(2010다77385).

3139) 이행거절의 의사표시가 적법하게 철회된 경우 상대방으로서는 자기 채무의 이행을 제공하고 상당한 기간을 정하여 이행을 최고한 후가 아니면 채무불이행을 이유로 계약을 해제할 수 없다(2000다40995).

3140) 계약의 일부의 이행이 불능인 경우에는 이행이 가능한 나머지 부분만의 이행으로 계약의 목적을 달할 수 없을 경우에만 계약 전부의 해제가 가능하다(94다57817).

3141) 매도인의 매매계약상의 의무가 이행불능이 되어 이를 이유로 매매계약을 해제함에 있어서는 상대방인 매수인의 잔대금지급의무가 매도인의 위 의무와 동시이행관계에 있다고 하더라도 그 이행의 제공을 필요로 하지 않는다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결).

이유로 채무자가 계약을 해제할 수 있는 경우가 있다.[3142]

3) 해제권 발생에 대한 장애·소멸의 주장

해제권 발생에 대한 장애·소멸 사실의 주장은, 계약에 기한 이행청구의 경우에는 해제 항변에 대한 재항변으로, 계약 해제에 따른 원상회복청구의 경우에는 항변으로 각각 기능한다.

해제 원인의 존부에 대한 다툼이 있는 경우 그 해제권을 주장하는 자가 이를 증명하여야 하나, 이미 발생한 해제권이 다른 사유로 소멸되었거나[3143] 그 행사가 저지되는지 여부에 대해 다툼이 있는 경우에는 이를 주장하는 상대방이 이를 증명하여야 한다.[3144] 법정해

3142) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2019다293036 판결: "채권자지체가 성립하는 경우 그 효과로서 원칙적으로 채권자에게 민법 규정에 따른 일정한 책임이 인정되는 것 외에, 채무자가 채권자에 대하여 일반적인 채무불이행책임과 마찬가지로 손해배상이나 계약 해제를 주장할 수는 없다. 그러나 계약 당사자가 명시적·묵시적으로 채권자에게 급부를 수령할 의무 또는 채무자의 급부 이행에 협력할 의무가 있다고 약정한 경우, 또는 구체적 사안에서 신의칙상 채권자에게 위와 같은 수령의무나 협력의무가 있다고 볼 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우에는 그러한 의무 위반에 대한 책임이 발생할 수 있다. … 채권자에게 계약상 의무로서 수령의무나 협력의무가 인정되는 경우, 그 수령의무나 협력의무가 이행되지 않으면 계약 목적을 달성할 수 없거나 채무자에게 계약의 유지를 더 이상 기대할 수 없다고 볼 수 있는 때에는 채무자는 수령의무나 협력의무 위반을 이유로 계약을 해제할 수 있다. … 원고가 피고의 정당한 이행제공을 수령거절하여 채권자지체에 빠졌다고 하더라도, … 그것만으로 이 사건 매매계약을 해제할 수 없다. 피고의 해제 주장이 타당한지를 판단하려면 먼저 이 사건 매매계약의 해석상 원고의 수령의무나 협력의무에 관한 명시적·묵시적 약정이 있었는지, 또는 신의칙상 원고에게 계약상 의무로서 수령의무나 협력의무가 인정되는지를 심리해야 하고, 만일 원고에게 위와 같은 수령의무나 협력의무가 인정될 경우 그 의무가 이 사건 매매계약의 본질적 내용과 목적에 해당하는지 여부 등을 가려야 한다."

3143) 일단 발생한 해제권의 소멸 사유로는, ① 이행지체로 인한 해제권이 발생한 후 채권자가 해제권을 행사하기 전에 채무자가 채무 내용에 좇은 이행을 하거나, ② 채권자가 해제권을 포기한 경우, ③ 상당한 기간을 정하여 해제권 행사 여부의 확답을 해제권자에게 최고하였으나 그 기간 내에 해제의 통지를 받지 못한 경우(민법 제552조, 그 후 새로운 사유에 의하여 발생한 해제권 행사는 가능하다(2003다41463)) 등을 들 수 있다.

3144) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2006다67602, 67619 판결; 원고가 2002. 11. 22. 피고와 인쇄회로기판가공기계를 공급받기로 하는 계약을 체결한 후, 원고와 피고는 2003. 3. 11. 위 기계의 하자 보수를 2003. 3. 15.까지 마치고, 원고의 제품생산에 문제가 없도록 설비를 완벽하게 보완하되, 2003. 3. 15. 이후에도 피고의 귀책사유로 문제가 발생하여 제품생산이 지연될 시에는 원고가 계약을 파기하여도 피고는 민·형사상 책임을 묻지 않기로 약정하였으나, 2003. 3. 18. 시운전 시 가공형상 불량의 하자가 발생하였고, 이에 피고는 2003. 3. 21. 원고와 사이에, 하자 중 일부에 대해서는 2003. 3. 26.까지 반드시 보완조치를 완료하되, 피고가 이를 이행하지 못하여 원고의 생산활동이 정상화되지 못할 때에는 원고가 피고의 귀책사유를 원인으로 계약을 파기할 수 있고, 위 보완조치를 완료한 이후라도 추가로 중대결함이 발생하여 원고의 정상적인 설비가동 및 생산활동이 불가능할 때에는 원고가 피고의 귀책사유를 원인으로 계약을 파기하여도 피고는 민·형사상 책임을 묻지 않기로 약정하였는데, 원고는 2003. 4. 2. 피고에게 기계의 인도가 지연되고, 하자들이 제대로 보완되지 못하였을 뿐 아니라, 추가로 하자가 발견되는 등 하자가 지속적으로 발생하여 정상적인 설비가동 및 생산 활동이 불가능하다는 이유로 계약을 해제한다고 통지한 **사안**에서, '원·피고 사이의 2003. 3. 21.자 약정은 그 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 그 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 볼 때, 기계가 정상적으로 가동되지 아니한 상태에서 피고가 원고의 계약의 해제권을 인정하는 전제 아래 최종적으로 2003. 3. 26.까지 정상적인 생산활동이 가능하도록 조치한다면 원고가 계약해제권을 행사하지 않기로 약정한 것이라고 볼 것이고, … 피고가 기계의 납품시기를 상당히 넘긴 2003. 3. 21.까지도 원고의 정상적인 생산활동이 불가능하다고 인정하고 위와 같이 원고의 해제권을 확인한 이상, 원고의 해제권 행사를 저지할 사유가 발생하였다는 점은 피고가 이를 입증하여야 할 것인데, 위 약정 내용에 비추어 볼 때, 피고가 원고의 해제권 행사를 저지하기 위해서는 기계에 본질적인 결함이 있어 상당한 기간 수리를 하여도 계약목적 달성이 불가능한 경우에 해당하지 않는다는 것뿐만 아니라 최종적으로 2003. 3. 26.까지 별다른 하자 없이 원고의 정상적인 생산활동이 가능하도록 조치하였다는 것도 증명하여야 한다'라고 판시.

제권을 배제하는 약정은 엄격하게 제한 해석하여야 한다.[3145]

해제의 상대방은, '해제의 의사표시 당시'에 이미 채무불이행의 대상인 자신의 채무가 이미 '시효소멸' 하여 해제권을 행사할 수 없음을 주장할 수 있다.[3146]

이행지체를 이유로 한 해제에 관한 민법 제544조와 달리,[3147] 이행불능을 이유로 한 해제의 경우 민법 제546조는 법문상 '채무자의 책임 있는 사유'를 해제의 적극적 요건으로 정하고 있으나,[3148] 이행지체를 이유로 한 해제든, 이행불능을 이유로 한 해제든 간에 해제자가 '상대방인 채무자의 귀책사유(고의·과실)'를 주장·증명할 것이 아니고, 해제 주장에 대하여 상대방인 채무자가 귀책사유(고의·과실)의 부존재에 대한 주장·증명책임을 진다고 보아야 한다.[3149]

신의칙 내지 실효의 원칙에 따라 해제권 행사가 허용되지 않을 수도 있다.[3150]

3145) ❶ 계약당사자 사이의 채무불이행에 따른 법정해제권을 배제하는 약정은 비록 손해배상의 청구가 보장된다고 하더라도 그 자체로서 채무불이행을 용인하는 결과가 되므로 계약당사자의 합의에 따라 명시적으로 법정해제권을 배제하기로 약정하였다고 볼 수 있는 경우가 아닌 이상 엄격하게 제한 해석하여야 한다(2004다22971). ❷ 계약서에 명문으로 위약 시의 법정해제권의 포기 또는 배제를 규정하지 않은 이상, 계약당사자 중 어느 일방에 대한 약정해제권의 유보 또는 위약벌에 관한 특약의 유무 등은 채무불이행으로 인한 법정해제권의 성립에 아무런 영향을 미칠 수 없다(89다카14110).

3146) 대법원 2022. 9. 29. 선고 2019다204593 판결; "본래 채권이 시효로 인하여 소멸하였다면 그 채권은 그 기산일에 소급하여 더는 존재하지 않는 것이 되어 채권자는 그 권리의 이행을 구할 수 없는 것이고, 이와 같이 본래 채권이 유효하게 존속하지 않는 이상 본래 채무의 불이행을 이유로 계약을 해제할 수 없다고 보아야 한다. 결국 채무불이행에 따른 해제의 의사표시 당시에 이미 채무불이행의 대상이 되는 본래 채권이 시효가 완성되어 소멸하였다면, 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 채권자는 채무불이행 시점이 본래 채권의 시효 완성 전인지 후인지를 불문하고 그 채무불이행을 이유로 한 해제권 및 이에 기한 원상회복청구권을 행사할 수 없다."

3147) 민법 제544조(이행지체와 해제) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다.

3148) 민법 제546조(이행불능과 해제) 채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.

3149) 민법 제390조 단서 및 **대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결, 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다249383 판결** 등 참조. ☛ "매도인의 매매목적물에 관한 소유권이전의무가 이행불능이 되었다고 할지라도, 그 이행불능이 매수인의 귀책사유에 의한 경우에는 매수인은 그 이행불능을 이유로 계약을 해제할 수 없다"는 판례(2008다88207, 2000다50497)도 매수인의 해제 주장에 대하여 매도인의 귀책사유 부존재의 항변이 성공한 경우로 이해함이 옳다.

3150) ◎ **신의칙에 따른 해제권 제한**

❶ 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013다14880, 14897 판결; "채권자가 채무자에게 지급하여야 할 채무의 이행을 최고한 것을 부적법한 이행의 최고라고 할 수는 없다고 할지라도 그 이행을 지체하게 된 전후 사정, 그 이행에 관한 당사자의 태도, 소송의 경과 등 제반 사정에 비추어 보아 채무자가 최고기간 또는 상당한 기간 내에 이행하지 아니한 데에 정당한 사유가 있다고 여겨질 경우에는 신의칙상 그 최고기간 또는 상당한 기간 내에 이행 또는 이행의 제공이 없다는 이유로 해제권을 행사하는 것이 제한될 수 있다." ❷ 94다12234; "해제권을 갖는 자가 상당한 기간이 경과하도록 이를 행사하지 아니하여 상대방으로서도 이제는 그 권리가 행사되지 아니할 것이라고 신뢰할 만한 정당한 사유를 갖기에 이르러 그 후 새삼스럽게 이를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때에는 이른바 실효의 원칙에 따라 그 해제권의 행사가 허용되지 않는다고 보아야 할 것" ☜ 해제의 의사표시가 있은 무렵을 기준으로 볼 때 무려 1년 4개월 가량 전에 발생한 해제권을 장기간 행사하지 아니하고 오히려 매매계약이 여전히 유효함을 전제로 잔존채무의 이행을 최고함에 따라 상대방으로서는 그 해제권이 더이상 행사되지 아니할 것으로 신뢰하

기판력은 후소와 동일한 내용의 전소의 변론종결 전에 주장할 수 있었던 모든 공격방어방법에 미치므로(이는 직권조사사항에 해당한다), 해제 사유가 전소의 변론종결 전에 존재하였다면 그 후에 해제의 의사표시를 하였다고 하여도 후소에서의 해제 주장은 전소의 기판력에 저촉되는 것이어서 허용되지 아니하나,[3151] 전소의 변론종결 후에 새로 발생한 사실을 주장하여 해제하는 것은 기판력에 저촉되지 아니한다.[3152]

4) 계약 해제에 따른 원상회복청구와 손해배상청구

가) 원상회복청구

계약이 적법하게 해제되면 그 효력이 소급적으로 소멸하므로 그 계약상 의무에 기하여 실행된 급부는 원상회복[3153]을 위하여 부당이득으로 반환되어야 하고, 그 계약의 이행으로 변동이 되었던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 상태로 복귀한다.[3154] 따라서 예컨대, 부동산 매매계약이 해제된 경우, 매도인은 매수인에게 소유권이전등기 말소등기 절차의 이행청구와 부동산 인도청구, 사용이익의 반환청구를, 매수인은 매도인에게 매매대금의 반환청구와 법정이자의 지급청구를 할 수 있다.[3155]

였고 또 매매계약상의 매매대금 자체는 거의 전부가 지급된 점 등에 비추어 보면 그와 같이 신뢰한 데에는 정당한 사유도 있었다고 봄이 상당하다면, 그 후 새삼스럽게 그 해제권을 행사한다는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용되지 아니한다 할 것이므로, 이제 와서 매매계약을 해제하기 위하여는 다시 이행제공을 하면서 최고를 할 필요가 있다고 한 사례. ❸ 93다50130: 토지 매수인이 매도인을 상대로 소유권이전등기소송을 제기하자 매도인이 계약체결 후 3년 가까이 매수인의 중도금 및 잔금 지급의무의 지체를 문제삼지 않은 채 사업계획허가서의 제출을 요구하면서 오로지 매매계약상 "허위진술, 부실한 증빙서류의 제시, 담합 기타 부정한 방법에 의하여 토지를 매수하였을 때"의 해제사유만을 문제삼고 있다가 항소심의 제5차 변론기일에 이르러 갑자기 계약상의 "중도금이나 잔금의 납부를 30일 이상 지연하였을 때" 사전통고 없이 계약을 해제할 수 있도록 한 규정을 들어 중도금 및 잔금 지급의 지체를 이유로 해제의 의사표시를 하였다면, 매수인으로서는 대금을 지급하더라도 매도인이 대금을 수령하지 않으리라는 정당한 신뢰를 가지게 된 것으로 봄이 상당하므로, 매도인이 매수인의 그러한 신뢰를 저버리고, 예고 한 번도 하지 아니한 채, 대뜸 중도금 및 잔금 지급의무의 지체를 들어 해제권을 행사한다는 것은 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 한 사례.

3151) 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2751 판결.

3152) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다17680 판결; 甲(매수인)과 乙(전득 매수인) 사이에 甲이 丙(매도인)으로부터 부동산을 매수하였으나 소유권이전등기를 마치지 않는 상태에서 부동산을 乙에게 매도하기로 하되 등기명의를 丙에서 직접 乙 앞으로 제소전화해절차를 통하여 소유권이전등기를 마침과 동시에 乙이 甲에게 잔대금을 지급하기로 약정하였는데, 乙이 당초의 약정과 달리 잔대금을 지급하지 아니한 상태에서 丙을 상대로 제소전화해신청을 하여 그 화해조서에 기하여 소유권이전등기를 마친 경우, 乙 명의의 소유권이전등기가 丙과 乙 사이에 제소전화해에 의하여 이루어진 것이라 할지라도 이는 甲과 乙 사이에 체결된 매매계약과 당사자들 사이에 이루어진 중간등기생략에 관한 합의에 의한 것이라면 그 매매계약상의 甲의 채무는 乙이 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마침으로써 전부 이행되었다고 할 것이니 乙이 당초의 약정과 달리 소유권이전등기를 마친 후에도 甲에게 잔대금을 지급하지 아니한 경우에는 甲은 적법한 최고절차를 거쳐 매매계약을 해제하고 계약 당사자로서 乙에게 직접 매매계약 해제를 원인으로 한 원상회복으로서 소유권이전등기 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다고 한 예.

3153) **민법 제548조(해제의 효과, 원상회복의무)** ① 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다. ② 전항의 경우에 반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가하여야 한다.

3154) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다244976 판결.

3155) 한편, 아파트 분양과 관련된 허위·과장광고로 인한 손해배상청구에서 손해는 수분양권의 실제 가격과 허위·과

원상회복의무자는 '계약의 당사자'로서 대리행위의 경우 본인,[3156] 제3자를 위한 계약의 경우 낙약자와 요약자이다.[3157] 채권양도의 경우 원상회복의무자가 양도인인지 양수인인지에 관하여는 다툼이 있다.[3158]

민법 제548조는 부당이득에 관한 특별 규정의 성격을 가진 것이므로, 그 '이익 반환의 범위'는 이익의 현존 여부나 선의·악의에 불문하고 특별한 사유가 없는 한 받은 이익의

장광고가 없었을 경우 수분양권의 적정한 가격 사이의 차액인데, 수분양자가 허위·과장광고로 인한 손해배상청구권을 보유하고 있던 중 분양계약이 해제로 소급하여 소멸하게 되면 해제의 효과로서 당시까지 납입하였던 분양대금에 대하여는 반환청구권을 가지게 되고 향후의 분양대금 지급채무는 소멸하게 되므로, 분양계약이 유효하게 존재함을 전제로 하는 위와 같은 차액 상당의 손해도 없어지게 된다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2012다15336 판결).

3156) 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30871 판결; "계약이 적법한 대리인에 의하여 체결된 경우에 대리인은 다른 특별한 사정이 없는 한 본인을 위하여 그 계약상 급부를 변제로서 수령할 권한도 가진다고 할 것이다. 그리고 대리인이 그 권한에 기하여 계약상 급부를 수령한 경우에, 그 법률효과는 계약 자체에서와 마찬가지로 직접 본인에게 귀속되고 대리인에게 돌아가지 아니한다. 따라서 계약상 채무의 불이행을 이유로 계약이 상대방 당사자에 의하여 유효하게 해제되었다면, 그 해제로 인한 원상회복의무는 대리인이 아니라 계약의 당사자인 본인이 부담한다. 이는 본인이 대리인으로부터 그 수령한 급부를 현실적으로 인도받지 못하였다거나 해제의 원인이 된 계약상 채무의 불이행에 관하여 대리인에게 책임 있는 사유가 있다고 하여도 다른 특별한 사정이 없는 한 마찬가지라고 할 것이다."

3157) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다31860 판결; "**제3자를 위한 계약**관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이루는 계약이 무효이거나 해제된 경우 그 계약관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제 등에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다."(매도인 甲과 매수인 乙이 토지거래허가구역 내 토지의 지분에 관한 매매계약을 체결하면서 매매대금을 丙에게 지급하기로 하는 **제3자**를 위한 계약을 체결하고 그 후 매수인 乙이 그 매매대금을 丙에게 지급하였는데, 토지거래허가를 받지 않아 유동적 무효였던 위 매매계약이 확정적으로 무효가 된 **사안**에서, 그 계약관계의 청산은 요약자인 甲과 낙약자인 乙 사이에 이루어져야 하므로 특별한 사정이 없는 한 乙은 丙에게 매매대금 상당액의 부당이득반환을 구할 수 없다고 한 사례) ☛ 낙약자는 미지급급부에 대해서는 민법 제542조에 따라 계약해제에 따른 항변으로 제3자에게 그 지급을 거절할 수 있는데, 이는 이미 지급한 급부에 대해 계약해제에 따른 원상회복을 구하는 것과는 다른 경우로서 동일한 법리가 적용될 수는 없다(2005다7566,7573). 수익의 의사표시를 한 수익자는 낙약자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 요약자가 계약을 해제한 경우에는 낙약자에게 자기가 입은 **손해의 배상**을 청구할 수 있다(92다41559).

⇔ 대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다255125 판결; "타인을 보험수익자로 하는 생명보험이나 상해보험 계약을 체결하여 보험수익자가 보험금 청구권을 취득한 경우, 보험자의 보험수익자에 대한 급부는 보험수익자에 대한 보험자 **자신의 고유한 채무를 이행**한 것이다. 따라서 보험자는 보험계약이 무효이거나 해제되었다는 것을 이유로 보험수익자를 상대로 하여 그가 이미 보험수익자에게 급부한 것의 반환을 구할 수 있고, 이는 타인을 위한 생명보험이나 상해보험이 제3자를 위한 계약의 성질을 가지고 있다고 하더라도 달리 볼 수 없다."

3158) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결은, "계약이 해제된 경우 계약해제 이전에 해제로 인하여 소멸되는 채권을 양수한 자는 계약해제의 효과에 반하여 자신의 권리를 주장할 수 없음은 물론이고, 나아가 특단의 사정이 없는 한 채무자로부터 이행받은 급부를 원상회복하여야 할 의무가 있다."라고 하였으나, 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결은, 피고 분양회사가 원고들과 상가 분양계약을 체결할 당시 피고 신탁회사와의 분양관리신탁계약 등에 따라 분양대금**채권**을 피고 신탁회사에 **양도**하였고, 원고들이 이를 **승낙**하여 분양대금을 전부 피고 신탁회사의 계좌로 납입하였는데, 그 후 원고들이 피고 회사들을 상대로 분양계약 해제·취소로 인한 원상회복·부당이득반환으로 원고들이 납부한 분양대금 등의 지급을 구한 **사안**에서, 원고들이 분양계약에 따라 피고 신탁회사 명의의 계좌에 분양대금을 입금한 것은 이른바 '**단축급부**'에 해당하고, 이러한 경우 피고 신탁회사는 피고 분양회사와의 계약에 따른 변제로서 정당하게 분양대금을 수령한 것이므로, 원고들이 피고 신탁회사를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 원상회복·부당이득반환청구를 할 수 없다고 하면서 "원심이 인용한 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결은 이 사건과 사안을 달리하므로 이 사건에 원용할 수 있는 것이 아니다."라고 하였는데, 2000다22850의 일반론을 사실상 변경한 것이라기보다는 '사안을 달리'한다는 판시에 비추어 '특단의 사정'에 해당한다는 의미로 보인다.

전부이다.[3159]

원상회복은 '원물반환'이 원칙이나, 원물반환이 불가능하게 된 경우에는 '가액을 반환'하여야 한다. 예컨대, 매도인으로부터 매매 목적물의 소유권을 이전받은 매수인이 매도인의 계약해제 이전에 제3자에게 목적물을 처분하여 계약해제에 따른 원물반환이 불가능하게 된 경우에 매수인은 원상회복의무로서 가액을 반환하여야 하고, 이때에 반환할 금액은 특별한 사정이 없는 한 그 처분 당시의 목적물의 대가 또는 그 시가 상당액과 처분으로 얻은 이익에 대하여 그 이득일부터의 법정이자를 가산한 금액이다.[3160] [3161]

원상회복으로 반환할 금전에는 그 '받은 날부터' '이자'를 가산하여 지급하여야 한다(민법 제548조 제2항). 이 법정이자청구권[3162]은 매매대금반환의무의 이행지체로 인한 지연

3159) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다34143 판결. 원고가 설계비 등을 지출함으로써 그 지출액 상당의 손해를 입게 되었다고 하더라도 이로 인하여 피고가 아무런 이득을 한 바 없다면 원고의 반환 주장은 배척된다(98다43175 판결).

3160) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다14675 판결; **원심**이, 원상회복의무로서 매수인 피고의 처분일에 근접한 시점의 토지 시가 및 매매계약 해제 다음날부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 피고가 토지를 대금 6,600만 원에 소외인에게 처분한 자료들이 나타나 있음을 알 수 있고, 그 대금이 시가를 벗어나 정하였다는 등의 특별한 사정이 없다면, 피고가 원상회복의무로서 반환할 가액은 위 처분대금 및 이에 대하여 그 지급일부터의 법정이자를 가산한 금액이라고 한 예.

3161) 법원으로서는 원물반환 불능 당시의 가액에 관한 원고의 주장·증명이 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 주장을 정리함과 함께 입증을 촉구하여야 하고, 경우에 따라서는 직권으로라도 그 가액을 심리·판단하여야 한다(96다47913).

3162) ◎ **해제 시 반환 금전에 대한 법정이자**

○ 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다50509 판결; "당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의무가 있고, 이 경우 반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가산하여 지급하여야 한다. 여기서 가산되는 이자는 원상회복의 범위에 속하는 것으로서 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이고 반환의무의 이행지체로 인한 지연손해금이 아니다. 따라서 당사자 사이에 그 이자에 관하여 특별한 약정이 있으면 그 약정이율이 우선 적용되고 약정이율이 없으면 민사 또는 상사 법정이율이 적용된다. 반면 원상회복의무가 이행지체에 빠진 이후의 기간에 대해서는 부당이득반환의무로서의 이자가 아니라 반환채무에 대한 지연손해금이 발생하게 되므로 거기에는 지연손해금률이 적용되어야 한다. 그 지연손해금률에 관하여도 당사자 사이에 별도의 약정이 있으면 그에 따라야 할 것이고, 설사 그것이 법정이율보다 낮다 하더라도 마찬가지이다. 한편 계약해제 시 반환할 금전에 가산할 이자에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이행지체로 인한 지연손해금도 그 약정이율에 의하기로 하였다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다. 다만 그 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 약정이율에 의하지 아니하고 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다고 봄이 상당하다."

○ 부동산 매매계약이 해제된 경우 매도인의 매매대금 반환의무와 매수인의 소유권이전등기말소등기 절차이행의무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계없이 매도인이 반환하여야 할 매매대금에 대하여는 그 받은 날로부터 민법 소정의 법정이율인 연 5푼의 비율에 의한 법정이자를 부가하여 지급하여야 하는 것이고, 이와 같은 법리는 약정된 해제권을 행사하는 경우라 하여 달라지는 것은 아니다(2000다9123).

○ 소송촉진등에 관한 특례법 제3조 제1항은 금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결을 선고할 경우에 있어서 금전채무불이행으로 인한 손해배상액 산정의 기준이 되는 법정이율에 관한 특별규정이므로, 위 이자에는 위 제3조 제1항에서 정한 이율을 적용할 수 없다(대법원 2024. 2. 29. 선고 2023다289720 판결). 원상회복의무의 이행으로 금전의 반환을 구하는 소가 제기되어 채무자가 그 소장을 송달받은 다음날부터 반환의무의 이행지체로 인한 지체책임을 지는 경우 그 지연손해금에 대해서는 위 특례법 제3조 제1항에 의한 이율이 적용된다(2001다76298). 민법 제548조 제2항 소정의 법정이자청구권과 이행지체로 인한 지연손해금청구권은 별개의 청구권으로서 청구권경합의 관계에 있고, 동일한 급부를 목적으로 하는 것이므로 두 청구가 중첩적으로 인정되는 것이 아니라 하나의 청구가 만족되면 다른 청구도 그 범위 내에서 소멸된다(납세자가 조세환급금에 대하여 이행청구를 한 이후에는 법정이자의 성질을 가지는 환급가산금청구권 및 이행지체로 인한 지연손

손해금청구권(반대채무인 자신의 원상회복의무에 관한 이행·이행제공 사실을 주장·증명하여야 지체책임을 물을 수 있다)[3163]과는 별개의 청구권으로서 양자는 청구권경합의 관계에 있다.

매매계약이 해제된 경우에 매수인이 그 목적물을 인도받아 사용하였다면[3164] 원상회복으로서 그 '사용이익'(그 재산으로부터 통상 수익할 수 있을 것으로 예상되는 이익, 즉 임료 상당액 등)을 반환하여야 한다.[3165] 선의 점유자의 과실수취권에 관한 민법 제201조의 적용은 배제된다. '타인의 권리'에 대한 매도인이 매수인으로부터 반환받은 사용이익을 궁극적으로 정당한 권리자에게 반환하여야 할 입장이라 하더라도 마찬가지이다(다만, 매수인이 진정한 권리자에게 직접 목적물·사용이익을 반환하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 매수인은 적어도 그 반환 등의 한도에서는 매도인에게 목적물·사용이익을 반환할 의무를 부담하지 않는다).[3166]

해금청구권이 경합적으로 발생하고, 납세자는 자신의 선택에 좇아 그 중 하나의 청구권을 행사할 수 있다고 한 2009다11808 판결 참조).

○ 계약해제로 인하여 사업자가 이미 받은 금전을 반환함에 있어 이자의 반환의무를 배제하는 약관조항은 고객에게 부당하게 불리하여 공정을 잃은 것으로 추정되어 이를 정당화할 합리적인 사유가 없는 한 무효라고 보아야 한다(2010다21849). 합의해지의 효력은 그 합의의 내용에 의하여 결정되고 여기에는 해제, 해지에 관한 민법 제548조 제2항의 규정은 적용되지 아니하므로, 당사자 사이에 약정이 없는 이상 합의해지로 인하여 반환할 금전에 그 받은 날로부터의 이자를 가하여야 할 의무가 있는 것은 아니다(2000다5336,5343).

3163) 대법원 2024. 2. 29. 선고 2023다289720 판결; 원고(매수인)의 매매계약 해제로 인한 원고 자신의 원상회복의무(임야 점유 부분 및 그 점유·사용이익의 각 반환의무)에 관한 이행제공이 있었음에 관한 주장·증명이 없는 이상, 피고들(매도인)은 계약금반환의무와 위약금지급의무에 관한 지체책임을 지지 않으므로, 지연손해금의 지급을 명할 수 없다고 한 예. ☛ 매도인이 부동산 매매계약 해제에 따른 매매대금 반환 및 소유권이전등기절차 인수 거절의사를 명백히 하고 있는 상황하에서, 매수인이 소유권이전등기에 필요한 제반 서류를 준비하여 두고 매도인에게 그 수령을 최고함으로써 자신의 채무이행의 제공을 마치고 그러한 상태를 계속 유지하고 있는 경우, 매도인은 최고일 이후로는 매매대금 반환을 지체함으로 인한 책임을 면할 수 없다(2005다8637).

3164) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다30724 판결; "매수인의 사용이익 반환의무는 매매계약의 해제에 따른 원상회복 의무의 일환으로서 인정되는 것이므로 매도인이 매매계약의 이행으로서 목적물을 매수인에게 인도하여 매수인이 그 목적물을 사용한 경우에 비로소 인정될 수 있다." ☜ 임대인 甲이 임차인 乙에게 임대차 부분을 매도하기로 하였는데, 乙이 중도금 지급을 하지 않아 매매계약이 해제된 사안에서, 乙이 위 부분을 점용한 것은 위 매매계약에 앞서 체결된 임대차계약에 기한 것일 뿐 매매계약의 이행으로서 인도받았다고는 볼 수 없으므로, 乙이 임대차계약에 기하여 인도 및 임료 상당의 부당이득반환의무를 지는 것은 별론으로 하고 매매계약의 해제에 따른 원상회복으로서 인도 및 임료 상당의 사용이익을 반환할 의무를 진다고는 볼 수 없다고 한 사례.

3165) ❶ 사용이익의 반환의무는 부당이득반환의무에 해당하므로, 특별한 사정이 없는 한 매수인이 점유·사용한 기간 당해 재산으로부터 통상 수익할 수 있을 것으로 예상되는 이익, 즉 임료 상당액을 매수인이 반환하여야 할 사용이익으로 보아야 한다(대법원 2024. 2. 29. 선고 2023다289720 판결). ❷ 대법원 2021. 7. 8. 선고 2020다290804 판결; **원심**이, 피고들이 이 사건 건물 등에서 한 웨딩홀 영업으로 인해 얻은 영업이익도 반환하여야 할 사용이익에 해당한다고 보고, 원고들이 2013년경 웨딩홀 영업을 할 당시 얻었던 영업이익에 해당하는 부분이 사회통념상 피고들의 행위가 개입되지 않았더라도 2014년 이후에도 원고들이 당연히 취득하였으리라고 생각되는 범위 내에 있다고 보아 이를 반환할 의무가 있다고 한 데 대하여, **대법원**은, 피고들이 웨딩홀 시설이 갖추어진 건물 등을 인도받아 그곳에서 웨딩홀 영업을 하여 왔으므로 다른 특별한 사정이 없는 한 피고들이 반환하여야 할 건물 등의 사용이익은 점유·사용한 기간 당해 재산으로부터 통상 수익할 수 있을 것으로 예상되는 이익, 즉 웨딩홀시설이 갖추어진 건물 등을 임차하는 경우의 임료 상당액으로 봄이 상당하고, 이를 넘어서 피고들이 웨딩홀 영업으로 인해 얻은 영업이익이 바로 건물 등의 사용이익에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단한 예. ❸ 매수인이 반환하여야 할 목적물의 사용이익을 산정함에 있어서 매수인이 투입한 현금자본(수리비 등)의 기여분 및 매수인의 영업수완 등 노력으로 인한 이른바 운용이익을 공제하여야 한다(2006다26328). ❹ 사용으로 인한 감가비 상당은 원상회복으로 반환할 것이 아니다(91다13267).

3166) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016다240 판결; "타인의 권리의 매매의 경우에 매도인이 그 권리를 취득하여

매매계약이 해제된 경우에 그 대금과 상계로 소멸된 채권은 다시 부활한다.[3167]

나) 손해배상청구

계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다(민법 제551조). 그 손해배상책임 역시 채무불이행으로 인한 손해배상책임과 다를 것이 없으므로, 상대방에게 고의·과실이 없을 때에는 배상책임을 지지 아니한다(이는 채무불이행 여부와 상관없이 일정한 사유가 발생하면 계약을 해지·해제할 수 있도록 하는 약정 해지·해제권을 유보한 경우에도 마찬가지이고, 상대방의 귀책사유와 상관없이 손해배상책임을 지기로 한 것이 계약내용이라고 해석하려면, 그렇게 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다).[3168]

채무불이행을 이유로 계약해제와 아울러 손해배상을 청구하는 경우에 이행이익(= 계약이행으로 인하여 채권자가 얻을 이익)의 배상을 구하는 것이 원칙이지만,[3169] 그에 갈음하여 신뢰이익(= 계약이 이행되리라고 믿고 채권자가 지출한 비용)의 배상을 이행이익의 범위 안에서 구할 수도 있다.[3170] 채권자가 계약의 이행으로 얻을 수 있는 이익이 인정되지 않는 경우

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 대매대금과 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 매수인으로부터 반환받은 사용이익을 궁극적으로 정당한 권리자에게 반환하여야 할 입장이라 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 않는다고 할 것이다."

3167) 대법원 1980. 8. 26. 선고 79다1257 판결.

3168) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다59115 판결; "계약 상대방의 채무불이행을 이유로 한 계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니하지만(민법 제551조), 다른 특별한 사정이 없는 한 그 손해배상책임 역시 채무불이행으로 인한 손해배상책임과 다를 것이 없으므로, 상대방에게 고의 또는 과실이 없을 때에는 배상책임을 지지 아니한다고 보아야 한다(민법 제390조). 이는 상대방의 채무불이행 여부와 상관없이 일정한 사유가 발생하면 계약을 해지 또는 해제할 수 있도록 하는 약정해지·해제권을 유보한 경우에도 마찬가지이고 그것이 자기책임의 원칙에 부합한다. 또한 계약의 내용이 통상의 경우와 달리 어느 일방에게 무거운 책임을 부과하게 하는 경우에는 그 계약 문언은 엄격하게 해석하여야 하므로, 당사자의 고의 또는 과실과 무관한 사유를 약정해지 또는 해제사유로 정한 경우에 그 사유로 계약을 해지 또는 해제하면서 귀책사유와 상관없이 손해배상책임을 지기로 한 것이 계약내용이라고 해석하려면, 계약의 내용과 경위, 거래관행 등에 비추어 그렇게 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다."

3169) 토지의 매매계약이 매수인 측의 귀책사유로 해제되는 경우에 매도인 측이 입는 통상의 손해액은, 그 계약이 해제되지 아니하고 이행된 경우에 매도인이 얻게 되는 경제적 이익과 계약이 해제된 경우에 매도인에게 남아 있는 경제적 이익의 차액이라고 할 것이고, 매매계약이 해제된 후에 매도인이 제3자에게 그 매매목적물을 다시 매도한 경우라면, 제3자에의 매도가격이 시가에 비추어 현저히 저렴하게 책정된 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 매도인이 당초의 매매계약에 의하여 취득할 것으로 예상되었던 매매대금과 제3자와 사이의 매매계약에 의하여 취득하게 되는 매매대금과의 차액에 당초의 매매대금의 취득예정시기로부터 후의 매매대금의 취득시기까지의 기간 동안 당초의 매매대금에 대한 법정이율에 의한 이자 상당액을 합한 금액이다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다3543 판결).

3170) 신뢰이익 중 계약의 체결과 이행을 위하여 통상적으로 지출되는 비용은 통상의 손해로서 상대방이 알았거나 알 수 있었는지의 여부와는 관계없이 그 배상을 구할 수 있지만, 이를 초과하여 지출되는 비용은 특별한 사정으로 인한 손해로서 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었던 경우에 한하여 그 배상을 구할 수 있으며, 신뢰이익은

라면, 지출비용의 배상을 청구할 수 없다.[3171]

합의 해제·해지의 경우에는 특별한 사정(= 손해배상의 특약이나 손해배상 청구 유보의 의사표시 등)이 없는 한 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없고, 위와 같은 특별한 사정은 이를 주장하는 당사자가 증명할 책임이 있다.[3172]

채권자가 채무불이행을 이유로 계약을 해제·해지한 경우, 특별한 사정(손해배상액의 예정이 계약의 유지를 전제로 한 경우 등)이 없는 한, 채무불이행으로 인한 전보배상에 관한 '손해배상액의 예정'이 실효되지는 않는다.[3173] 일방 당사자의 귀책사유로 계약이 해제된 경우에 관해서만 위약금약정을 둔 경우, 상대방의 귀책사유로 계약이 해제되는 경우에도 같

과잉배상금지의 원칙에 비추어 이행이익의 범위를 초과할 수는 없다(대법원 2002. 6. 11. 선고 2002다2539 판결).

cf. 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다223171, 223188 판결; "계약의 일방 당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용도 그러한 지출사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었고 또 그것이 통상적인 지출비용의 범위 내에 속한다면 그에 대하여도 이행이익의 한도 내에서는 배상을 청구할 수 있으며 다만 이러한 비용 상당의 손해를 일실이익 상당의 손해와 같이 청구하는 경우에는 중복배상을 방지하기 위하여 일실이익은 제반 비용을 공제한 순이익에 한정된다고 보아야 한다. … 신뢰이익 상당의 손해배상청구는 그 성질상 목적이 불능한 계약을 체결한 경우이거나(민법 제535조 제1항 본문) 유효하게 성립한 계약이 해지 또는 해제되는 경우(2015다59115)에 인정되는 것이어서, 계약이 유효함으로 인하여 생기는 이익(민법 제535조 제1항 단서)인 이행이익 상당의 손해배상청구와는 성립 요건이나 산정방법을 달리한다. … 중복배상은 허용되지 않으나, 신뢰이익의 배상과 별도로 제반 비용을 공제한 순이익에 한하여 일실이익, 즉 이행이익의 배상이 허용될 수 있다."

3171) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다235766 판결; "채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 해지하고 손해배상을 청구하는 경우에, 채권자는 채무가 이행되었더라면 얻었을 이익을 얻지 못하는 손해를 입은 것이므로 계약의 이행으로 얻을 이익, 즉 이행이익의 배상을 구하는 것이 원칙이다. 그러나 채권자는 그 대신에 계약이 이행되리라고 믿고 지출한 비용의 배상을 채무불이행으로 인한 손해라고 볼 수 있는 한도에서 청구할 수도 있다. 이러한 지출비용의 배상은 이행이익의 증명이 곤란한 경우에 그 증명을 용이하게 하기 위하여 인정되는데, 이 경우에도 채권자가 입은 손해, 즉 이행이익의 범위를 초과할 수는 없다고 보아야 한다. 한편 채권자가 계약의 이행으로 얻을 수 있는 이익이 인정되지 않는 경우라면, 채권자에게 배상해야 할 손해가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 당연히 지출비용의 배상을 청구할 수 없다." ☜ 주택조합원 모집 업무를 위임받은 소외 회사가 조합원을 정상적으로 모집하였더라도, 계약상 수수료를 청구할 수 있는 기준인 170세대를 모집할 수 없었다면, 소외 회사로서는 피고 회사에 수수료를 청구할 수 없으므로, 피고의 채무불이행으로 인하여 소외 회사가 손해배상으로 청구할 수 있는 이행이익의 손해는 없고, 계약이 유효하게 존속하였다면 얻을 수 있었던 수수료 상당의 이행이익이 인정되지 않는다면 조합원 모집업무를 수행하기 위하여 지출한 전단광고비 등 지출비용의 배상을 청구할 수 없다고 한 예.

3172) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다285048 판결, 대법원 2021. 5. 7. 선고 2017다220416 판결.

3173) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2019다292736, 292743 판결; "민법 제398조 … 제3항은 '손해배상액의 예정은 이행의 청구나 계약의 해제에 영향을 미치지 아니한다.'라고 정한다. 제551조는 '계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다.'라고 정한다. 이러한 규정의 문언·내용과 계약당사자의 일반적인 의사 등을 고려하면, 계약당사자가 채무불이행으로 인한 전보배상에 관하여 손해배상액을 예정한 경우에 채권자가 채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 해지하더라도 원칙적으로 손해배상액의 예정은 실효되지 않고, 전보배상에 관하여 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정에 따라 그 배상액을 정해야 한다. 다만 위와 같은 손해배상액의 예정이 계약의 유지를 전제로 정해진 약정이라는 등의 사정이 있는 경우에 채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 해지하면 손해배상액의 예정도 실효될 수 있다."(甲 회사가 乙 회사에 자신이 주최하는 공연의 티켓을 판매하고 乙 회사가 소비자에게 위 티켓을 다시 판매하는 계약 중 '공연이 취소된 경우, 甲 회사는 乙 회사에 판매대금 전액을 지급해야 하며, 乙 회사의 귀책으로 계약이 이행되지 않을 경우 구매대금은 반환하지 않는다.'는 조항이 계약의 유지를 전제로 한 것이라고 단정할 수 없는데도, 계약이 해제된 이상 그 소급효로 위 조항도 함께 실효된다고 본 원심을 파기한 예) ☛ 위 '특별한 사정'은 손해배상액 예정 약정의 실효를 주장하는 측이 부담한다.

은 내용의 위약금약정이 인정된다고 해석할 수는 없다.[3174]

'계약 해제·해지의 효력정지 가처분'에서 계약 해제 등의 효력이 없음이 본안 판결에 의하여 확정된다고 하더라도 채권자는 손해배상의 방법으로 구제받을 수 있기 때문에 그 효력정지 가처분에 대한 보전의 필요성 판단에 신중을 기해야 한다.[3175]

다) 항 변

❶ (동시이행항변) 계약 해제에 따른 쌍방의 원상회복의무는 서로 동시이행관계에 있고(민법 제549조),[3176] 손해배상의무도 함께 동시이행의 관계에 있다.[3177] ❷ (소멸시효 항변) 계약의 해제로 인한 원상회복청구권의 소멸시효는 '해제권 발생 시'가 아니라 '해제 시', 즉 원상회복청구권이 발생한 때부터 진행하고,[3178] 상행위인 계약의 해제로 인한 원상회복청구권은 상사시효의 대상이 된다.[3179] ❸ (과실상계에 준한 원상회복 제한 주장의 불허) 해제원인인 채무불이행에 관하여 해제자가 원인의 일부를 제공하였다는 등의 사유로 과실상계에 준해 원상회복 범위를 제한할 수는 없다.[3180] ❹ (취소 항변) 매도인이 매수인의 중도금 지급채무불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 매수인으로서는 상대

3174) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다37892 판결: "계약의 일방 당사자인 피고의 귀책사유로 인하여 계약이 해제되는 경우에는 위약금 약정을 두지 않고 그 상대방인 원고의 귀책사유로 인하여 계약이 해제된 경우에 대해서만 위약금 약정을 두었다 하더라도, 그 위약금 약정이 무효로 되는지 여부는 별론으로 하고 원고에 대한 위약금 규정이 있다고 하여 공평의 원칙상 그 상대방인 피고의 귀책사유로 계약이 해제되는 경우에도 원고의 귀책사유로 인한 해제의 경우와 마찬가지로 피고에게 위약금 지급의무가 인정되는 것은 아니므로, … 원고의 채무불이행으로 인한 위약금에 관한 규정을 두었다 하여 당연히 이를 피고의 채무불이행으로 인한 경우에도 같은 내용의 위약금 약정이 인정되어야 한다고 해석할 수는 없다."

3175) 특히 계약위반으로 인하여 채권자가 입은 손해가 금전에 의한 손해배상으로 전보될 수 있고, 달리 금전적 손해배상의 방법으로는 그 손해를 회복하기 어려운 특별한 사정이 없는 반면, 상대방의 협력 없이 그 계약의 이행 자체를 강제적으로 관철하기 어려운 성질의 계약인 경우에는 그 계약위반 및 이로 인한 손해를 주장·입증하여 손해배상의 권리구제를 받는 것은 별론으로 하고, 계약의 이행을 전제로 하는 가처분에 대한 보전의 필요성을 인정함에는 한층 신중을 기할 필요가 있다(대법원 2022. 2. 8.자 2021마6668 결정; 공동주택신축사업의 시행사인 채무자와 시공자인 채권자 사이에 공사도급계약 체결에 관한 개괄적인 내용과 기준을 규정한 약정에 대하여 채무자가 한 해지통보의 효력정지를 채권자가 구한 가처분 사건에서, 위 약정에 따라 구체적인 공사도급계약이 체결되고 그에 기하여 시공자로서의 공사대금 상당 수익금 및 기준 분양가를 초과하는 분양수입금 중 40% 상당의 수익금에 대한 채권자의 기대와 신뢰는 위 약정에 근거하여 보호받을 수 있는 법적 이익에 해당하므로, 해지통보의 효력정지를 구할 피보전권리는 존재하나, 보전의 필요성는 인정되지 않는다고 한 예).

3176) 민법 제549조(원상회복의무와 동시이행) 제536조의 규정은 전조의 경우에 준용한다.
동시이행관계가 부정된 사례로는 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다53866 판결(매도인의 매매대금반환의무는 매매계약 해제로 인한 원상회복의무인 반면 상대방의 소유권이전등기 말소의무는 매매계약 해제로 인하여 발생한 것이 아니라 매매계약이 이미 해제되었음에도 상대방이 원인 없이 소유권이전등기를 함으로써 발생한 것인 경우, 양 의무는 별개의 발생원인에 기한 것이어서 이행상의 견련관계가 없다고 한 예) 참조.

3177) 대법원 2024. 2. 29. 선고 2023다289720 판결; 매매계약 해제로 인한 매수인의 원상회복의무(임야 점유 부분 및 그 점유·사용이익의 각 반환의무)와 매도인의 계약금반환의무, 위약금지급의무가 동시이행관계에 있다고 한 예.

3178) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다63267 판결.

3179) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93다21569 판결.

3180) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다34143 판결.

방이 한 계약해제의 효과로서 발생하는 손해배상책임을 지거나 매매계약에 따른 계약금의 반환을 받을 수 없는 불이익을 면하기 위하여 착오를 이유로 한 취소권을 행사하여 위 매매계약 전체를 무효로 돌리게 할 수 있다.[3181]

5) 제3자 보호 규정

계약해제의 소급효는 제3자의 권리를 해할 수 없다(민법 제548조 제1항 단서).[3182] [3183] 이때 계약해제의 소급효가 제한되는 '제3자'는 일반적으로 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐만 아니라 등기, 인도 등으로 권리를 취득한 사람을 말한다.[3184] 계약이 해제될 가능성이 있다는 것을 알았거나 알 수 있었는지 여부는 제3자 보호 여부와 관계없다.[3185]

'제3자'에 해당하는 예로는, ① 양수인으로부터 전득하면서 양도인으로부터 바로 소유권이전등기를 마친 사람,[3186] ② 양수인으로부터 임차하여 대항요건을 갖춘 주택임차인,[3187] ③ 양수인의 책임재산이 된 계약 목적물에 대한 가압류권자나[3188] 체납처분의 일

3181) 대법원 1996. 12. 6. 선고 95다24982 판결.

3182) 즉, 계약해제 이전에 계약으로 인하여 생긴 법률효과를 기초로 하여 새로운 권리를 취득한 제3자가 있을 때에는 그 계약해제의 소급효는 제한을 받아 그 제3자의 권리를 해하지 아니하는 한도에서만 생긴다.

3183) 이는 상속재산 분할협의 등 계약이 '합의해제'된 경우(대법원 2004. 7. 8. 선고 2002다73203 판결), 실권특약부 계약이 그 특약에 의하여 소급적으로 실효되는 경우(2000다584)에도 적용된다.

3184) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다244976 판결.

3185) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다57746 판결(주식회사 A가 2003. 10. 29. 건물 및 대지 등의 매수인인 주식회사 B에게 매매계약의 해제를 통보하기 전에 원고가 2003. 10. 22.자로 건물 및 대지 등에 관하여 가등기를 마친 사안에서, 원고는 위 매매계약의 해제 사실을 알았는지 여부와 관계없이 민법 제548조 제1항 단서 소정의 제3자에 해당하므로, A는 원고에게 위 해제의 효과를 주장할 수 없다고 판단한 예).

3186) 제1심 공동피고가 원고와의 교환계약에 의하여 취득한 토지를 피고가 소외인을 거쳐 전득하고 자신의 앞으로 바로 소유권이전등기를 마쳤다면 피고는 원고가 해제되었다고 주장하는 위 교환계약으로부터 생긴 법률적 효과를 기초로 하여 새로운 이해관계를 가졌을 뿐만 아니라 등기를 마침으로써 완전한 권리를 취득한 자로서 민법 제548조 제1항 단서 소정의 제3자에 해당한다(96다44860).

3187) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다38908, 38915 판결; "매매계약의 이행으로 매매목적물을 인도받은 매수인은 그 물건을 사용·수익할 수 있는 지위에서 그 물건을 타인에게 적법하게 임대할 수 있으며, 이러한 지위에 있는 매수인으로부터 매매계약이 해제되기 전에 매매목적물인 주택을 임차받아 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항요건을 갖춘 임차인은 민법 제548조 제1항 단서의 규정에 따라 계약해제로 인하여 권리를 침해받지 않는 제3자에 해당하므로 임대인의 임대권원의 바탕이 되는 계약의 해제에도 불구하고 자신의 임차권을 새로운 소유자에게 대항할 수 있다." ☛ 이는 임대인의 소유권 취득을 요건으로 하지 않았고 따름판례인 2008다65617도 동일한데, 이로써 임대인의 소유권 취득을 요건으로 했던 95다32037, 96다17653는 사실상 판례변경된 것으로 볼 수 있다. ⇔ 매도인이 매매대금을 모두 지급받기 전에 매수인에게 소유권이전등기를 경료하면서 매매계약이 해제될 경우 매수인이 매도인에게 소유권이전등기를 하여 주기로 하는 별도의 약정을 하고 위 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 가등기를 마친 경우, 위 가등기 후에 상가건물 임대차보호법상 대항력을 취득한 임차인은 그 후 가등기에 기하여 본등기를 마친 매도인에 대하여 임대차의 효력으로써 대항할 수 없다(2007다25599).

3188) 해제된 계약에 의하여 채무자의 책임재산이 된 계약의 목적물을 가압류한 가압류채권자는 그 가압류에 의하여 당해 목적물에 대하여 잠정적으로 그 권리행사만을 제한하는 것이나 종국적으로는 이를 환가하여 그 대금으로 피보전채권의 만족을 얻을 수 있는 권리를 취득하는 것이므로 그 권리를 보전하기 위하여서는 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에는 위 가압류채권자도 포함된다고 보아야 한다(99다40937). ⇔ 다만, 양수인 소유 명의의 부동산에 대한 가압류 집행에 앞서, 양도인이 양수인 명의 소유권이전등기의 말소등기청구권을 보전하기

환으로 압류등기한 자,[3189] ④ 매수인과 매매예약을 체결한 후 그에 기한 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기를 마친 사람,[3190] ⑤ 제3자를 위한 계약에서 요약자로부터 동산을 인도받은 수익자[3191] 등이 있다.

'제3자'에 해당하지 않는 예로는, ① 계약상 채권의 양수인,[3192] ② 계약상 채권 자체를 압류 또는 전부한 채권자,[3193] ③ 계약상 채권(소유권이전등기청구권)을 양수하여 이를 피보전권리로 처분금지가처분결정을 받은 사람,[3194] ④ 건축주 허가 명의만을 양수한 자,[3195] ⑤ 미등기 무허가건물을 매수하여 무허가건물관리대장에 소유자로 등재한 자,[3196] ⑥ 매매 토지 위에 신축된 건물의 매수인[3197] 등이 있다.

계약 해제로 인한 원상회복등기 등이 이루어지기 이전에 해악당사자와 양립되지 아니하는 법률관계를 가지게 되었고 계약 해제 사실을 몰랐던 제3자에 대하여는 계약 해제를 주장할 수 없는데(결국, 보호되는 제3자의 범위는 ① 해제 이전의 권리취득자, ② 해제 후 원상회복등기 전 '선의'의 권리취득자가 된다), 이 경우 제3자가 악의라는 사실의 주장·증명책임은 계약 해제를 주장하는 자에게 있다.[3198]

위한 처분금지가처분등기를 마친 다음, 양수인을 상대로 계약 해제를 원인으로 소유권이전등기 말소등기의 승소확정판결을 받은 경우, 위 가압류는 결국 말소될 수밖에 없으므로, 위 가압류채권자는 민법 제548조 제1항 단서에서 말하는 제3자로 볼 수 없고, 위 승소확정판결이 전부 승소판결이 아닌 매매대금 반환과의 동시이행판결인 경우도 마찬가지이다(2003다33004).

3189) 실권특약부 매매계약에 기하여 매수인 앞으로 소유권이전등기가 경료되어 매수인의 책임재산이 된 토지를 체납처분의 일환으로 압류하고 그 등기까지 마친 자는 위 토지를 환가하여 그 대금으로 채권의 만족을 얻을 수 있는 별개의 새로운 권리를 취득하였으므로 민법 제548조 제1항 단서 소정의 제3자에 포함되고, 따라서 매도인은 실권특약에 의한 계약의 실효나 계약해제의 효과 등으로써 위 압류채권자에게 대항할 수 없다(2000다584).

3190) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다14569 판결.

3191) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다244976 판결: "제3자를 위한 계약에서도 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(기본관계)에 기초하여 수익자가 요약자와 원인관계(대가관계)를 맺음으로써 해제 전에 새로운 이해관계를 갖고 그에 따라 등기, 인도 등을 마쳐 권리를 취득하였다면, 수익자는 민법 제548조 제1항 단서에서 말하는 계약해제의 소급효가 제한되는 제3자에 해당한다고 봄이 타당하다."[원고(요약자, 함포제작회사)가 피고(낙약자, 군함건조회사)와의 함포납품계약(제3자를 위한 계약)에 따라 군함장착용 함포를 제작하여 피고의 조선소에 납품함으로써 수익자인 피고 승계인수인(방위사업청)이 피고와의 점유매개관계를 통하여 원고로부터 함포를 인도받아 그 소유권을 취득하였으므로, 피고 승계인수인은 계약해제의 소급효가 제한되는 제3자에 해당하고, 원고가 그 후 대금 지급 지체를 이유로 함포납품계약을 해제하였다고 하더라도 원고는 피고 승계인수인에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하여 함포의 반환을 구할 수 없다고 한 예] ⇔ 2005다7566,7573은 "제3자를 위한 계약에서의 제3자가 계약해제 시 보호되는 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당하지 않음은 물론"이라는 상치되는 판시를 한 적이 있다.

3192) 아파트 분양신청권 전전매수자(95다49882). 분양대금채권을 양도받은 사람(2000다22850).

3193) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다51685 판결(매수인의 소유권이전등기청구권를 가압류·압류한 사람).

3194) 대법원 2000. 8. 22. 선고 2000다23433 판결.

3195) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다19156 판결.

3196) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다64782 판결.

3197) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다카16761 판결.

3198) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다6341 판결: 매도인 원고의 원상회복청구에 대하여, 전득자 피고가 매매계약이 해제된 것을 모르고 양도받아 소유권이전등기를 마쳤으므로 계약 해제의 소급효가 미치지 않는다고 주장한

'제3자'에 해당하는지는 다른 청구원인 사실 자체에서 드러나는 경우가 많아 통상의 경우 주장·증명책임이 문제되지 아니한다.[3199]

계약 해제 시 원상회복 방법으로 매도인에게 소유권이전등기를 하기로 하는 '약정'에 따른 청구권을 보전하기 위한 '가등기'가 된 경우, 그 가등기 후 본등기 전에 된 제3자 명의의 소유권이전등기는 후일 가등기에 기한 본등기가 마쳐지면 말소를 면할 수 없다.[3200]

사안에서, **원심**이, 계약 해제가 있은 후 그 해제에 의하여 말소등기 등이 있기 전에 새로운 이해관계를 갖게 된 자가 계약 해제의 효과를 주장하는 계약당사자에게 대항하기 위해서는 이해관계를 가질 당시 계약 해제 사실을 몰랐던 점을 입증할 책임이 있다고 전제한 후, 피고가 계약 해제 사실을 몰랐던 선의의 제3자라고 추인하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 원심판결에는 입증책임에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 예.

3199) ○ 예컨대, 매도인 원고가 매매계약 해제를 원인으로 매수인과 전득자를 상대로 그 각 명의의 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 경우, 전득자가 '제3자'에 해당함은 청구원인 사실 자체에서 이미 가려져, 전득자가 해제 전 이전등기자라면 민법 제548조 제1항 단서의 적용으로 전득자에 대한 말소등기청구는 주장 자체로 이유 없는 것이 되고, 전득자가 해제 후 이전등기자라면 판례의 해석론에 따라 전득자의 악의 사실까지 청구원인 사실로 주장·증명되어야 인용될 수 있다.

○ 90다카16761은, 원고의 피고에 대한 건물철거 등 청구 사건에서, "원고는 소외 회사에게 이 사건 토지를 매도하였다가 대금지급을 받지 못하여 그 매매계약을 해제하였고, 피고는 소외 회사로부터 이 사건 토지 위에 신축된 건물을 매수하였다는 것이므로 피고는 위 계약해제로 권리를 침해당하지 않을 제3자에 해당할 수 없는 것이고, 뿐만 아니라 이 점에 관한 소론 주장은 원심에 이르기까지 주장한 바도 없는 새로운 주장이어서 적법한 상고이유가 될 수도 없는 것이다."라고 하여, 원고의 토지 소유권에 기초한 지상건물 철거청구에 대하여 피고가 토지 매매계약 해제에 대해 보호되는 '제3자'에 해당함을 주장하여야 함을 보여주고 있다.

○ 99다40937은, 원고가 매매계약을 적법하게 해제함으로써 그 계약에 의하여 소외인 앞으로 소유권이전등기 되었던 부동산의 소유권이 소급하여 원고에게 복귀되었으니, 소외인에 대한 금전채권을 보전하기 위하여 위 부동산에 대하여 한 피고의 가압류집행은 소외인 아닌 원고 소유의 부동산에 대하여 한 셈이 되어 결과적으로 부당하므로 불허되어야 한다는 원고의 제3자이의의 소에 대하여, "계약해제에 의하여 그 권리를 해할 수 없는 제3자에는 그 계약에 기한 급부의 목적인 부동산을 가압류한 가압류채권자도 포함되므로 원고는 피고에 대하여 계약해제의 소급효를 주장할 수 없고, 따라서 원고의 위 주장은 그 주장 자체로 이유 없다"고 판단한 원심의 판단을 수긍하면서, "계약해제의 효과를 가지고 가압류채권자에게 대항할 수 있는지의 여부에 관한 원고의 주장은 사실상의 주장이 아니라 법률상의 주장이므로 그에 관하여는 의제자백이 성립할 여지가 없다. 따라서 원심이 계약해제에 의하여 그 권리를 해할 수 없는 제3자에는 가압류채권자도 포함된다고 판단하여 그에 관한 원고의 주장을 배척한 조치는 피고가 원고의 사실상의 주장을 명백히 다투었는지의 여부와 관계없이 정당하고, 거기에 의제자백에 관한 법리를 오해한 위법이 없다."고 하여, 위 90다카16761 판결과 배치되는 듯한 판시를 하고 있으나, 위 99다40937 판결 사안의 경우는 위 90다카16761의 사안과 달리 원고의 청구원인 주장사실 속에 '피고가 해제로 권리를 침해당하지 않을 제3자에 해당하는 가압류권자'라는 점이 이미 드러나 있어 결국 원고의 주장이 그 자체로 이유 없게 되는 결과에 이른다고 이해함이 타당하다. 다만, 위 99다40937의 판시와 같이 '계약해제의 효과를 가지고 가압류채권자에게 대항할 수 있는지의 여부에 관한 원고의 주장'이 사실상의 주장을 포함하지 않고 전적으로 '법률상의 주장'이라고만 봄은 의문이다.

3200) 제3자에게 소유권이전등기가 경료된 뒤에 계약이 해제된 경우에는 계약해제의 효과로서 당연히 그 소유권이 매도인에게 복귀하지 아니하므로 매도인은 소유권에 기하여 매수인 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없지만, 그 매매계약 당시 계약당사자 사이에 '계약이 해제되면 매수인은 매도인에게 소유권이전등기를 하여 주기로 하는 약정'이 있었다면, 매도인은 그 약정에 기하여 매수인에게 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있고, 매도인의 위와 같은 소유권이전등기청구권은 물권변동을 목적으로 하는 청구권으로서 가등기에 의하여 보전될 수 있으며, 가등기는 본등기의 순위를 보전하는 효력이 있어, 후일 가등기에 기한 본등기가 마쳐진 때에는 본등기의 순위가 가등기한 때로 소급함으로써 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간처분은 실효되기 때문이다. 위와 같은 가등기가 된 뒤에 계약당사자가 아닌 제3자가 취득한 권리는 이미 이루어진 가등기에 의하여 보전된 청구권에 기한 본등기가 마쳐지면 실효될 가능성을 띤 상태에서 취득한 권리이고, 그 제3자의 지위는 가등기에 의하여 순위가 보전된 매도인의 권리보다 앞설 수는 없으며, 위와 같이 매매계약 당사자 사이

판례 중에는, '해제조건부' 증여로 인한 소유권이전등기를 마친 경우, 그 조건이 등기되어 있지 않는 한, 조건성취 전 수증자의 처분행위로 인하여 권리를 취득한 제3자에게는 위 처분행위의 무효를 대항할 수 없다고 한 것이 있다.[3201]

6) 약정해제와 해약금 해제

약정해제에 의한 해제의 요건사실은, ① '해제권 유보의 약정 사실', ② '약정상 해제권 발생 요건사실의 발생 사실', ③ '해제의 의사표시 및 그 도달 사실'이다.

민법 제565조[3202]의 해약금 해제는 약정해제의 일종이다.

해약금 해제를 항변하는 피고로서는 그 요건사실인 ① '매매계약 체결 시 계약금이 교부된 사실',[3203] ② '매도인이 계약금 배액을 상환하거나 그 이행제공한 사실',[3204] 또는

의 약정에 의하여 생긴 매도인의 소유권이전등기청구권은 계약해제의 소급효 그 자체에 의하여 생긴 것이 아니므로 그 등기청구권의 실현과 계약해제의 소급효 제한에 관한 민법 제548조 제1항 단서의 규정은 직접적으로 관련이 없다(81다카1110).

3201) 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다5584 판결; "해제조건부증여로 인한 부동산소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 그 해제조건이 성취되면 그 소유권은 증여자에게 복귀한다고 할 것이고, 이 경우 당사자간에 별단의 의사표시가 없는 한 그 조건성취의 효과는 소급하지 아니하나, 조건성취 전에 수증자가 한 처분행위는 조건성취의 효과를 제한하는 한도 내에서는 무효라고 할 것이고, 다만 그 조건이 등기되어 있지 않는 한 그 처분행위로 인하여 권리를 취득한 제3자에게 위 무효를 대항할 수 없다." cf. **민법 제147조(조건성취의 효과)** ② 해제조건있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력을 잃는다. **제148조(조건부권리의 침해금지)** 조건있는 법률행위의 당사자는 조건의 성부가 미정한 동안에 조건의 성취로 인하여 생길 상대방의 이익을 해하지 못한다. ☛ 실권특약부 계약이 그 특약에 의하여 소급적으로 실효된 경우, 민법 제548조 제1항 단서가 적용된다는 판례(2000다584)와는 정합적이지 않다. ⬌ 한편, 농지 미분배를 '해제조건'(법정조건)으로 한 구 농지개혁법에 의한 국가의 미자경 농지 취득 후에 농지 미분배가 확정되어 원소유자에게 소유권이 환원되는 경우에는, 원인무효인 국가명의의 소유권이전등기에 근거하여 제3자가 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 민법 제548조 제1항 단서가 적용 또는 유추적용되지 않는다(대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다294186 판결).

3202) **민법 제565조(해약금)** ① 매매의 당사자 일방이 계약 당시에 금전 기타 물건을 계약금, 보증금 등의 명목으로 상대방에게 교부한 때에는 당사자 간에 다른 약정이 없는 한 당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다. ② 제551조의 규정은 전항의 경우에 이를 적용하지 아니한다.

3203) ◎ **계약금계약**

○ 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73611 판결; "**주된** 계약과 더불어 계약금계약을 한 경우에는 민법 제565조 제1항의 규정에 **따라** 임의 해제를 할 수 있기는 하나, 계약금계약은 금전 기타 유가물의 교부를 요건으로 하므로 단지 계약금을 지급하기로 약정만 한 단계에서는 아직 계약금으로서의 효력, 즉 위 민법 규정에 의해 계약해제를 할 수 있는 권리는 발생하지 않는다고 할 것이다. 따라서 당사자가 계약금의 일부만을 먼저 지급하고 잔액은 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우, 교부자가 계약금의 잔금이나 전부를 약정대로 지급하지 않으면 상대방은 계약금 지급의무의 이행을 청구하거나 채무불이행을 이유로 계약금약정을 해제할 수 있고, 나아가 위 약정이 없었더라면 주계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정이 인정된다면 주계약도 해제할 수도 있을 것이나, 교부자가 계약금의 잔금 또는 전부를 지급하지 아니하는 한 계약금계약은 성립하지 아니하므로 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수는 없다 할 것이다." ☜ **원심**이, 계약금계약은 요물계약이기 때문에 약정에 따른 계약금이 지급되기 전까지는 계약당사자 어느 일방도 그 계약에 구속되지 않고 자유로이 이를 파기할 수 있도록 계약해제권이 유보되어 있다는 것을 전제로 판단한 데 대하여, **대법원**은, "계약금이 교부되지 아니한 이상 아직 계약금계약은 성립되지 아니하였다고 할 것이니, **매도**인 측은 매수인인 원고의 채무불이행이 없는 한 이 사건 매매계약을 임의로 해제할 수 없다고 할 것이므로, 이 사건 계약금을 수령하기 전에 피고 측이 일방적으로 한 이 사건 매매계약 해제의 의사표시는 부적법하여 효력이 없다"라고 한 예.

○ 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다231378 판결; "계약금 일부만 지급된 경우 수령자가 매매계약을 해제할

'매수인이 계약금 반환청구권 포기의 의사표시를 한 사실', ③ '매매계약 해제의 의사표시 및 그 도달 사실'[3205]을 주장·증명하여야 한다.[3206]

이에 대하여 해제의 효력을 다투는 원고로서는 '재항변' 사유로서 '계약금을 해약금으로 하지 않기로 약정한 사실(민법 제565조 제1항 소정의 '다른 약정'에 해당하는 '해약금 해제 배제 약정')',[3207] 또는 '당사자 일방이 해제의 의사표시가 있기 전에 이행에 착수한 사실' 등을 주장할 수 있고, 피고로서는 '재재항변' 사유로서 '해약금 해제 배제 약정의 실효',[3208]

수 있다고 하더라도, 그 해약금의 기준이 되는 금원은 '실제 교부받은 계약금'이 아니라 '약정 계약금'이라고 봄이 타당하다. '실제 교부받은 계약금'의 배액만을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다면 이는 당사자가 일정한 금액을 계약금으로 정한 의사에 반하게 될 뿐 아니라, 교부받은 금원이 소액일 경우에는 사실상 계약을 자유로이 해제할 수 있어 계약의 구속력이 약화되는 결과가 되어 부당하기 때문이다."

○ 대법원 1991. 5. 28. 선고 91다9251 판결; "원고의 사정으로 그 날 계약금을 마련하지 못하여 피고에게 실제로는 그 다음날 10:00경 계약금을 지급하기로 하면서도 형식상 원고로부터 계약금을 받은 것으로 하고 피고가 다시 이를 원고에게 보관한 것으로 하여 원고가 피고에게 현금보관증을 작성교부하였다면 위 계약금은 계약해제권유보를 위한 해약금의 성질을 갖는다 할 것이고 원·피고사이에는 적어도 다음날 10:00까지는 계약금이 현실로 지급된 것과 마찬가지의 구속력을 갖게 된 것이라고 할 것이어서 당사자는 약정된 계약금의 배액상환 또는 포기 등에 의하지 아니하는 한 계약을 해제할 수 없기로 약정한 것으로 보는 것이 상당하다."

○ 대법원 1994. 11. 11. 선고 94다17659 판결; "매매계약 당사자의 일방 또는 쌍방이 이행에 착수한 후에 당초 매매계약의 내용을 그대로 유지하면서 다만 이미 수수된 계약금과 중도금의 합계 금원을 새로이 계약금으로, 나머지 미지급 금원을 잔금으로 하고 그 잔금지급일자를 새로이 정하는 내용의 재계약을 체결하였다 하더라도, 당사자 간에 다른 약정이 없는 한 당사자 일방이나 상대방이 새로이 결정된 위 계약금의 배액상환 또는 포기로써 해제권을 행사할 수는 없다."

3204) 대법원 2021. 9. 16. 선고 2020다213364 판결; "매도인이 받은 계약금의 배액을 매수인에게 상환하거나 적어도 그 이행제공을 하지 않으면 이 조항에 따라 해제할 수 없다. 원심은, 매도인인 피고가 매수인인 원고에게 계약금의 배액을 상환하고 이 사건 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였다거나 계약금의 배액에 관한 이행제공을 하였다고 인정할 증거가 없으므로, 피고가 민법 제565조 제1항에 따라 이 사건 매매계약을 해제한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 원심판결은 위에서 본 법리에 따른 것으로 정당하고" ☛ 계약금 배액의 이행의 제공이 있으면 족하고 상대방이 이를 수령하지 아니한다 하여 이를 공탁하여야 유효한 것은 아니다(91다2151).

3205) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92다31323 판결; "매도인이 민법 제565조에 의하여 계약을 해제하고자 하는 경우에는 계약금의 배액을 제공하고 하여야 할 것이나, 이 해약금의 제공이 적법하지 못하다면 해제권을 보유하고 있는 기간 안에 적법한 제공을 한 때에 계약이 해제된다고 볼 것이고, 또 매도인이 계약을 해제하기 위하여 계약금의 배액을 공탁하는 경우에는 그 공탁원인사실에 계약해제의 의사가 포함되어 있다고 할 것이므로, 상대방에게 그 공탁통지가 도달한 때에는 계약해제 의사표시가 있었다고 보는 것이 옳을 것이다."

3206) 주장책임; 매수인이 매도인에게 '아파트 신축사업 불가능으로 인한 해제 특약'을 내세워 해제통지를 하였을 뿐만 아니라 당시 명시적으로 계약금의 반환을 요구하였고, 후에 매도인을 상대로 계약 취소를 원인으로 한 계약금 반환 청구 소송까지 제기한 경우, 해제 통지에 계약금을 포기하고서라도 계약을 해제하겠다는 뜻이 포함되어 있다고 보기 어려우므로, 매수인의 해제통지는 매매계약의 특약에 따른 약정해제권을 행사하는 취지이지, 해약금약정에 기한 해제권 행사로 볼 수는 없다(2007다24930).

3207) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008다50615 판결; "민법 제565조의 해약권은 당사자 간에 다른 약정이 없는 경우에 한하여 인정되는 것이고, 만일 당사자가 위 조항의 해약권을 배제하기로 하는 약정을 하였다면 더 이상 그 해제권을 행사할 수 없는 것이다. … 위 해제권을 배제하는 취지로 볼 수 있는 조항이 있고, 원고들은 … 민법 제565조의 해제권을 배제하는 약정을 하였으므로 피고로서는 계약금의 배액을 반환하는 방법으로 이를 해제할 수 없다고 주장한 바 있음이 명백하다. … 원고들 주장과 같은 해제권 배제약정이 있는지 여부에 관하여 심리·판단하였어야"

3208) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다41153 판결; "일반적으로 대규모 아파트건설사업을 진행하는 사업자로서는 그 사업부지 내의 다수의 토지를 취득하여 확보하고 있어야 하는데 만약 그 사업추진 도중에 부지의 매도인들이 단지 계약금의 배액상환이라는 방법에 의하여 매매계약을 해제할 수 있다면 아파트건설사업 전체의 수행이 어렵게 되는 심각한 결과를 초래하게 될 것인 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 매매계약에는 해약금(계약금의

'이행기 전에는 이행에 착수하지 않기로 하는 특약'이나 '이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정'의 존재를 주장할 수 있다.

'해약금 해제 전 이행 착수'[3209]의 재항변에서, '이행의 착수'는 객관적으로 외부에서 인식할 수 있는 정도로 채무 이행행위의 일부를 하거나 또는 이행을 하기 위하여 필요한 전제행위를 하는 경우를 말하는 것으로서, 단순히 이행의 준비를 하는 것으로는 부족하지만, 반드시 계약 내용에 들어맞는 이행의 제공에까지 이르러야 하는 것은 아니고,[3210]

배액상환)에 의한 계약 해제를 배제하는 당사자 사이의 약정이 있다고 봄이 상당하다. 그리고 위 특약에 의한 해제의 제한은 아파트건설사업의 원활한 수행을 위한 것인 만큼, 원고의 아파트건설사업의 추진이 합리적 이유도 없이 상당기간 이상 지체되거나 사업추진 자체가 객관적으로 불가능한 것으로 보이는 사정이 발생한 경우에는 위 해약 금지의 특약도 실효된다고 볼 소지가 없는 것은 아니지만, 위에서 본 바와 같이 원고의 아파트건설사업의 규모 등에 비추어 그 사업계획승인을 얻기 위하여는 상당한 기간이 소요될 것으로 예상되고, 피고 등도 이 사건 매매계약이 그러한 사업의 추진을 위한 것임을 충분히 알고 그에 협조하기로 하여 계약을 체결하였던 점에다가, 기록상 나타나는 원고의 사업추진노력 및 관련 분쟁의 경과 등을 모두 종합하여 보면, 이 사건 계약 해제 당시는 매매계약 체결 후 불과 1년 2, 3개월이 경과한 시점으로서 그 사이 원고가 사업부지 내 일부 매도인 등과 분쟁이 발생하였다거나 위 사업계획의 승인을 받지 못하고 있었다는 사정들만으로는, 당시 원고의 사업추진이 합리적 이유 없이 상당기간 이상 지체되었다거나 객관적으로 불가능하게 되었다고 보기에 부족하다. 결국, 피고 등의 이 사건 계약 해제는 위 해약 제한의 특약에 반하여 행하여진 것으로서 그 효력이 없다고 할 것이다. … 원심은, 이 사건 매매계약에는 해약금에 의한 계약 해제를 배제하는 당사자 간의 약정이 있다고 인정하고서도, 그 판시와 같은 사정만을 들어 위 특약의 효력이 실효되었다고 보고, 피고 등의 이 사건 계약 해제가 적법하다고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 … 위법이 있다."

3209) 민법 제565조가 해제권 행사의 시기를 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지로 제한한 것은 당사자 일방이 이미 이행에 착수한 경우 필요한 비용을 지출하였을 것임은 물론 계약이 이행될 것으로 기대하고 있다고 볼 수 있으므로, 이 단계에서 상대방이 계약을 해제함에 따라 입게 될 불측의 손해를 방지하기 위함이다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다256624 판결).

3210) ○ **'이행의 착수'를 긍정한 예:** ① 주권발행 전 주식의 매매에 있어서 매도인이 회사에 대하여 주식의 양도사실을 통지하거나 통지하기 위하여 필요한 전제행위를 하는 경우(2007다72274, 72281), ② 이행기 전의 중도금 제공(2004다11599), ③ 매매계약 당시 매수인이 중도금 일부의 지급에 갈음하여 매도인에게 제3자에 대한 대여금채권을 양도하기로 약정하고, 그 자리에 제3자도 참석한 경우(2005다39594), ④ 공장설립부지로 사용하기 위하여 토지를 매수한 매수인에게 매도인이 자신 명의로 받아 두었던 공장설립허가 명의변경에 필요한 토지사용승낙서와 인감증명서를 제공한 경우(2004다52392), ⑤ 매수인이 매도인의 동의하에 매매계약 당시 계약금 및 중도금 지급을 위하여 은행도어음을 교부한 경우(2002다46492), ⑥ 매수인이 중도금 및 잔금 중 일부를 적법하게 변제공탁한 경우(91다25369), ⑦ 매도인이 매매계약 체결 시 중도금 지급기일에 그 소유의 다른 부동산에 대하여 매수인 앞으로 근저당권을 설정하여 주고 중도금을 지급받기로 약정하였고, 매수인의 대리인이 약정된 중도금 지급기일에 그 지급을 위하여 중도금을 마련하여 가지고 매도인의 처를 만나 중도금 지급에 앞서 위 약정과 같이 근저당권을 설정하여 줄 것을 요구하였으나 매도인의 처가 우여곡절 끝에 결국 이에 응하지 아니할 뜻을 밝히면서 중도금 지급만을 요구하자 중도금을 지급하지 아니한 채 돌아온 경우(93다56954), ⑧ 토지의 매수인이 매매계약상의 잔금지급기일에 잔금 2,700,000원을 지참하고 매도인을 찾아가 이를 매도인에게 지급하려고 하였으나 매도인이 그때까지 위 토지에 관하여 경료되어 있는 근저당권설정등기의 말소 및 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 준비하지 아니한 것을 알고 매도인에게 잔금 2,700,000원 중 우선 중도금조로 1,000,000원만을 지급하고 나머지 1,700,000원은 위 근저당권설정등기의 말소 및 소유권이전등기에 필요한 서류가 모두 준비되면 위 각 서류를 교부받음과 동시에 지급하겠다고 제의하였으나 매수인이 이를 거절하자 위 잔금을 지급하지 아니한 채 그대로 돌아간 경우(93다11968).

○ **'이행의 착수'를 부정한 예:** ① 토지거래허가신청을 하고 그에 따라 관할관청으로부터 그 허가를 받은 것(2008다62427; "여기서의 '이행'의 개념을 이행지체와 해제에 관한 민법 제544조 소정의 '이행'의 개념과 달리 볼 아무런 근거가 없고, 한편 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 소정의 토지거래계약에 관한 허가구역으로 지정된 구역 안에 위치한 토지에 관하여 매매계약이 체결된 경우 당사자 사이에는 그 매매계약이 효력이 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있는 것이지만, 이러한 의무는 그 매매계약의 효력으로서 발생하는 매도인의 재산권이전의무나 매수인의 대금지급의무와는 달리 신의칙상의 의무에 해당하는 것이어서 당사자

이행기의 약정이 있더라도 당사자가 채무의 '이행기 전에 착수하지 아니하기로 하는 특약'[3211]을 하는 등의 '특별한 사정'[3212](재재항변' 사유)이 없는 이상, 이행기 전에 이행에 착수할 수 있으며,[3213] 이행에 착수한 '당사자의 일방'은 당사자 쌍방 중 어느 일방을 지칭하는 것이고 상대방에 국한하여 해석할 것은 아니므로 해제권의 행사를 주장하는 당사자가 이행에 착수한 경우에도 역시 해제권을 행사할 수 없다.[3214]

7) 사정변경에 의한 해제

사정변경을 이유로 한 해제·해지의 요건사실은, ① '계약 성립의 기초가 된 사정의 현저한 변경', ② '당사자가 계약의 성립 당시 ①사실을 예견할 수 없었을 것',[3215] ③ '계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하거나 계약을 체결

쌍방이 위 협력의무에 기초해 토지거래허가신청을 하고 이에 따라 관할관청으로부터 그 허가를 받았다 하더라도, 아직 그 단계에서는 당사자 쌍방 모두 매매계약의 효력으로서 발생하는 의무를 이행하였거나 이행에 착수하였다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그 단계에서 매매계약에 대한 이행의 착수가 있다고 보아 민법 제565조의 규정에 의한 해제권 행사를 부정하게 되면 당사자 쌍방 모두에게 해제권의 행사 기한을 부당하게 단축시키는 결과를 가져올 수도 있으므로, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 소정의 토지거래계약에 관한 허가구역으로 지정된 구역 안의 토지에 관하여 매매계약이 체결된 후 계약금만 수수된 상태에서 당사자가 토지거래허가신청을 하고 이에 따라 관할관청으로부터 그 허가를 받았다 하더라도 그러한 사정만으로는 아직 이행의 착수가 있다고 볼 수 없어 매도인으로서는 민법 제565조에 의하여 계약금의 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다고 할 것이다."), ② 매도인이 매수인에게 매매계약의 이행을 최고하고 매매잔대금의 지급을 구하는 소송을 제기한 것(2007다72274, 72281), ③ 유동적 무효 상태인 매매계약에 있어서 매수인이 토지거래허가 협력의무 이행의 소를 제기한 것(97다9369), ④ 이행기가 되기 전에 잔대금 수령을 최고한 행위(79다1663).

3211) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다256624 판결; "부동산 매매계약에서 중도금 또는 잔금 지급기일은 일반적으로 계약금에 의한 해제권의 유보기간의 의미를 가진다고 이해되고 있으므로, 계약에서 정한 매매대금의 이행기가 매도인을 위해서도 기한의 이익을 부여하는 것이라고 볼 수 있다면, 채무자가 이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 할 수 있다. 이에 해당하는지 여부는 채무 내용, 이행기가 정하여진 목적, 이행기까지 기간의 장단 및 그에 관한 부수적인 약정의 존재와 내용, 채무 이행행위를 비롯하여 당사자들이 계약 이행과정에서 보인 행위의 태양, 이행기 전 이행행위가 통상적인 계약의 이행에 해당하기보다 상대방의 해제권의 행사를 부당하게 방해하기 위한 것으로 볼 수 있는지, 채권자가 채무자의 이행의 착수에도 불구하고 계약을 해제하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 있는지 등 여러 가지 사정을 종합하여 구체적으로 판단해야 한다." 취 아파트분양권 매매계약에서 중도금 지급 약정 없이 잔금 지급기일을 정하면서, 시공사의 일정 및 상호협의 아래 이를 앞당길 수 있도록 한 '사전 지급에 관한 특약'까지 명시한 점 등을 종합해 볼 때, 잔금 지급기일과 관련하여 매도인(피고)에게도 기한의 이익이 인정되므로 매수인(원고)이 잔금 지급기일 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 한 다음, 잔금 지급기일이 도래하기 전에 원고가 잔금 중 일부를 일방적으로 지급한 사정만으로 잔금 지급의 이행에 착수하였다거나 피고의 계약해제권이 소멸하였다고 볼 수 없으므로, 위 계약은 피고의 계약금 배액의 제공 및 해제 의사표시에 따라 적법하게 해제되었다고 본 예.

3212) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92다31323 판결; 매도인이 민법 제565조에 의하여 계약을 해제한다는 의사표시를 하고 일정한 기한까지 해약금의 수령을 최고하며 기한을 넘기면 공탁하겠다고 통지를 한 사안에서, 매수인이 이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 판시.

3213) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다256624 판결.

3214) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다62074 판결.

3215) 사정변경에 대한 예견가능성이 있었는지는 추상적·일반적으로 판단할 것이 아니라, 구체적인 사안에서 계약의 유형과 내용, 당사자의 지위, 거래경험과 인식가능성, 사정변경의 위험이 크고 구체적인지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다. 이때 합리적인 사람의 입장에서 볼 때 당사자들이 사정변경을 예견했다면 계약을 체결하지 않거나 다른 내용으로 체결했을 것이라고 기대되는 경우 특별한 사정이 없는 한 예견가능성이 없다고 볼 수 있다(대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다276338 판결).

한 목적을 달성할 수 없는 경우일 것',[3216] ④ '해제·해지의 의사표시 및 그 도달'이다.

'계속적 계약'에서 '사정변경'[3217]을 이유로 계약의 효력을 소멸시킬 때에는 다른 특별한 사정이 없는 한 '해지'만 가능할 뿐 '해제'를 할 수는 없다.[3218]

8) 합의해제

계약의 '합의해제(해제계약)'는, 해제권의 유무를 불문하고 계약당사자 쌍방이 합의에 의하여 '기존의 계약의 효력을 소멸시켜 당초부터 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 복귀'[3219] [3220]시킬 것을 내용으로 하는 '새로운 계약'으로서, 계약이 합의해

3216) 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016다249557 판결: "계약 성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되고 당사자가 계약의 성립 당시 이를 예견할 수 없었으며, 그로 인하여 계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하거나 계약을 체결한 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약준수 원칙의 예외로서 사정변경을 이유로 계약을 해제하거나 해지할 수 있다. 여기에서 말하는 사정이란 당사자들에게 계약 성립의 기초가 된 사정을 가리키고, 당사자들이 계약의 기초로 삼지 않은 사정이나 어느 일방당사자가 변경에 따른 불이익이나 위험을 떠안기로 한 사정은 포함되지 않는다. 경제상황 등의 변동으로 당사자에게 손해가 생기더라도 합리적인 사람의 입장에서 사정변경을 예견할 수 있었다면 사정변경을 이유로 계약을 해제할 수 없다. 특히 계속적 계약에서는 계약의 체결 시와 이행 시 사이에 간극이 크기 때문에 당사자들이 예상할 수 없었던 사정변경이 발생할 가능성이 높지만, 이러한 경우에도 위 계약을 해지하려면 경제적 상황의 변화로 당사자에게 불이익이 발생했다는 것만으로는 부족하고 위에서 본 요건을 충족하여야 한다." ☞ 종래에는 '사정변경에 의한 계약해제'의 요건을 "계약 성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약 내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우"로 보았으나(대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결 등), 위 2016다249557 판결로 일부 수정되었고(대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다12175 판결, 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다254846 판결도 동일 판시이다), 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결도 같은 취지이다.

3217) 계속적 계약은 당사자 상호간의 신뢰관계를 기초로 하는 것으로서, 당해 계약의 존속 중에 당사자 일방의 계약상 의무 위반이나 기타 부당한 행위 등으로 인하여 계약의 기초가 되는 신뢰관계가 파괴되어 계약관계를 그대로 유지하기 어려운 정도에 이르렀다면 상대방은 그 계약관계를 해지함으로써 장래에 향하여 그 효력을 소멸시킬 수 있지만, 그와 같이 계약관계를 유지하기 어려운 정도에 이른 사정에 관하여는 계약관계의 소멸을 주장하는 사람이 증명할 책임이 있다(2011다19102,19119).

3218) 대법원 2022. 3. 11. 선고 2020다297430 판결: "임대차계약, 고용계약, 위임계약 등에서와 같이 계약으로부터 생기는 채권·채무의 내용을 이루는 급부가 일정 기간 계속하여 행하여지게 되는 경우 이는 이른바 계속적 계약에 해당한다. 개별 사안에서 계약당사자 사이의 약정이 계속적 계약인지 여부는 계약 체결에 이르게 된 경위와 사정, 당사자의 의사, 계약의 목적과 내용, 급부의 성질, 이행의 형태와 방법 등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 판단해야 한다. … 계속적 계약인 이 사건 각 계약에서 정한 피고의 각 업무 중 여러 부분이 이미 이행되고 상당한 기간이 흐른 이 사건과 같은 경우 원고들이 사정변경을 이유로 계약의 효력을 소멸시킬 때에는 다른 특별한 사정이 없는 한 소멸에 따른 효과를 장래에 향하여 발생시키는 민법 제550조의 '해지'만 가능할 뿐 민법 제548조에서 정한 '해제'를 할 수는 없다고 보아야 한다."

3219) 합의해지(해지계약)는, 해지권의 유무에 불구하고 계약 당사자 쌍방이 합의에 의하여 계속적 계약의 효력을 해지시점 이후부터 장래를 향하여 소멸하게 하는 것을 내용으로 하는 것이다.

3220) ◎ **합의해제의 효력**

○ 합의해제의 효력은 그 합의의 내용에 의하여 결정되고 여기에는 해제에 관한 민법 제548조 제2항의 규정은 적용되지 아니하므로 당사자 사이에 약정이 없는 이상 합의해제로 인하여 반환할 금전에 그 받은 날로부터의 이자를 가하여야 할 의무가 있는 것은 아니다(95다16011). 계약의 합의해제에 있어서도 민법 제548조의 계약해제의 경우와 같이 이로써 제3자의 권리를 해할 수 없다(2005다6341).

○ 대법원 2021. 5. 7. 선고 2017다220416 판결: "계약이 합의에 따라 해제되거나 해지된 경우에는 상대방에게 손해배상을 하기로 특약하거나 손해배상 청구를 유보하는 의사표시를 하는 등 다른 사정이 없는 한 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없다. 그와 같은 손해배상의 특약이 있었다거나 손해배상 청구를 유보하

제되기 위해서는 일반적으로 계약이 성립하는 경우와 마찬가지로 '계약의 청약[3221]과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것(합의)'을 그 요건으로 하고('자기채무의 이행 제공'은 요건이 아니다),[3222] 이러한 합의가 성립하기 위해서는 쌍방 당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용이 서로 객관적으로 일치하여야 하며, 계약의 합의해제는 묵시적으로 이루어질 수도 있으나, 계약이 '묵시적으로 합의해제'되었다고 하려면 계약의 성립 후에 당사자 쌍방의 계약실현 의사의 결여 또는 포기로 인하여 당사자 쌍방의 계약을 실현하지 아니할 의사가 일치되어야만 한다(예컨대, 일부가 이행된 상태에서 당사자 쌍방이 장기간에 걸쳐 나머지 의무를 이행하지 아니함으로써 이를 방치한 것만으로는 부족하고, 당사자 쌍방에게 계약을 실현할 의사가 없거나 계약을 포기할 의사가 있다고 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다).[3223]

계약이 일부 이행된 경우에 그 '원상회복'에 관하여도 의사가 일치되어야 한다.[3224] 일

였다는 점은 이를 주장하는 당사자가 증명할 책임이 있다. … 위와 같은 특약이나 의사표시가 있었는지는 합의해제·해지 당시를 기준으로 판단하여야 하는데, 원래의 계약에 있는 위약금이나 손해배상에 관한 약정은 그것이 계약 내용이나 당사자의 의사표시 등에 비추어 합의해제·해지의 경우에도 적용된다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 합의해제·해지의 경우에까지 적용되지는 않는다."(사업인수계약 제5조의 '잔금 지급 시까지 문제가 발생하여 피해가 발생할 경우 사업인수계약을 해제하고, 원인제공자는 계약상대방에게 이에 상응하는 손해배상금조로 매매대금의 10%의 해약금을 지급하기로 한다.'는 조항은, 합의해제 당시를 기준으로 판단할 때 일반적인 채무불이행 상황에 대한 위약금 약정으로서 합의해제의 경우에 적용되는 손해배상 특약으로 확대해석할 수 없다고 한 예.) ⇔ 위탁운영계약상 '피고는 원고가 계약사항을 위반하지 않았으나 계약이 해지될 경우 원고가 센터에 투자한 투자금 및 손해배상금을 변상하여야 한다.'는 조항이 합의해지를 포함하여 원고의 중대한 계약 위반 이외의 사유로 해지되는 경우에 적용되므로, 위 약정금을 지급할 의무가 있다고 한 예(대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다285048 판결).

○ 근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 사용자의 승낙의사가 형성되어 근로자에게 도달하기 이전에는 청약의 의사표시를 철회할 수 있으나, 근로자와 사용자가 근로계약관계를 해지시키기로 합의하였다면 그 합의 시에 근로자의 근로계약관계 해지의 청약의 의사표시에 대하여 사용자의 승낙의 의사가 확정적으로 형성, 표시되어 해지의 의사의 합치가 있었다고 할 것이므로 이러한 경우 어느 일방 당사자가 임의로 이를 철회할 수는 없고, 이는 근로자와 사용자가 위 합의 시 특별히 근로계약관계를 일정기간 경과 후 종료키로 약정하였다고 하여도 마찬가지이다(94다14629).

3221) 매매계약 당사자 중 매도인이 매수인에게 매매계약을 합의해제할 것을 청약하였다고 할지라도, 매수인이 그 청약에 대하여 조건을 붙이거나 변경을 가하여 승낙한 때에는 민법 제534조의 규정에 비추어 그 청약의 거절과 동시에 새로 청약한 것으로 보게 되고, 그로 인하여 종전의 매도인의 청약은 실효된다(2000다17834).

3222) 계약의 합의해제에 있어서는 쌍방의 자기채무의 이행의 제공이 없이도 합의에 의하여 해제를 할 수 있음은 계약자유의 원칙상 당연하고 묵시적 합의해제의 경우에도 마찬가지라고 할 것인바, 원심이 피고의 묵시적 합의해제 주장에 대하여 피고가 자기채무를 이행제공 하였는가에 관하여 아무런 주장입증이 없다는 이유로 이를 배척한 것은 묵시적 합의해제에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 예(90다8343).

3223) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다300176 판결, 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다77385 판결.

3224) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다98412 판결.
당사자 사이에 계약을 종료시킬 의사가 일치되었더라도 계약 종료에 따른 법률관계가 당사자들에게 중요한 관심사가 되고 있는 경우 그러한 법률관계에 관하여 아무런 약정 없이 계약을 종료시키는 합의만 하는 것은 경험칙에 비추어 이례적이고, 이 경우 합의해지가 성립하였다고 보기 어렵다(대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다274270, 274287 판결). 계약을 합의해제할 때에 원상회복에 관하여 반드시 약정을 하여야 하는 것은 아니지만, 매매계약을 합의해제하는 경우에 이미 지급된 계약금, 중도금의 반환 및 손해배상금에 관하여는 아무런 약정도 하지 아니한 채 매매계약을 해제하기만 하는 것은 우리의 경험칙에 비추어 이례에 속하는 일이고(2006다2490 판결), 임대차계약을 합의해제하는 경우에 이미 지급된 임차보증금의 반환에 관하여는 아무런 약정도 하지 아니한 채 임대차계약을 해제하기만 하는 것은 우리의 경험칙에 비추어 이례에 속하는 일이다(92다4130).

방이 계약해제에 따른 원상회복 및 손해배상의 범위에 관한 조건을 제시한 경우 그 조건에 관한 합의까지 이루어져야 합의해제가 성립된다.[3225]

매수인이 명시적인 이의유보 없이 매도인이 제공하는 계약해제에 따른 정산금을 수령하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 이는 매도인이 주장한 계약해제 사유 및 그 매매대금 정산액을 인정한 것으로 보아야 한다.[3226] 다수 당사자 사이에서 경개계약이 체결된 경우 일부 당사자만이 경개계약을 합의해제하기로 합의하는 것은 경험칙에 비추어 이례에 속한다.[3227]

9) 증여계약의 해제

증여계약은, ① 증여의 의사가 서면으로 표시[3225]되지 아니한 경우에는 각 당사자

3225) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다274270, 274287 판결.

3226) 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다63575 판결; "부동산 매수인이 매도인으로부터 계약해제에 따른 기지급 매매대금의 정산금을 반환받음에 있어서 매도인에 대하여 이의를 유보하는 의사표시는 반드시 명시적으로 하여야 하는 것은 아니고 묵시적으로도 이의를 유보할 수 있음은 상고이유에서 지적하는 바와 같으나, 매수인이 명시적인 이의유보 없이 매도인이 제공하는 계약해제에 따른 정산금을 수령하였다면, 당시 매수인이 계약해제의 효력을 인정하지 아니하고 이를 다투고 있었다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있었다거나, 그 외에 상당한 이유가 있는 상황에서 위 정산금을 수령하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이는 매도인이 주장한 계약해제 사유 및 그 매매대금 정산액을 인정한 것으로 보아야 할 것이다."

3227) 대법원 2010. 7. 29. 선고 2010다699 판결; "계약자유의 원칙상 경개계약의 성립 후에 그 계약을 명시적이든 묵시적이든 합의해제하여 구채무를 부활시키는 것은 적어도 당사자 사이에서는 가능하다. 또한, 다수 당사자 사이에서 경개계약이 체결된 경우 일부 당사자만이 경개계약을 합의해제하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없고, 다만 그 효과가 경개계약을 해제하기로 합의한 당사자들에게만 미치는 것에 불과하다. 그런데 일부 당사자만이 경개계약을 합의해제하게 되면 그들 사이에서는 구채무가 부활하고 나머지 당사자들 사이에서는 경개계약에 따른 신채무가 여전히 효력을 가지게 됨으로써 당사자들 사이의 법률관계가 간명하게 규율되지 않는 경우가 발생할 수 있고, 경개계약을 합의해제하는 당사자들로서도 이러한 문제를 해결하는 것이 중요한 관심사가 될 터이므로 이에 관한 아무런 약정이나 논의 없이 그들 사이에서만 경개계약을 해제하기로 합의하는 것은 경험칙에 비추어 이례에 속하는 일이다." ☞ 채권채무관계에 있는 甲, 乙, 丙 사이에 乙의 甲에 대한 대여금채무는 甲에 대한 채무자가 乙에서 丙으로, 丙의 乙에 대한 대여금채무는 丙에 대한 채권자가 乙에서 甲으로 각 변경되고, 기존의 위 각 채무의 내용도 甲과 丙 사이의 매매계약상 채무 이행으로 바뀌게 되는 정산약정 및 매매계약을 체결한 사안에서, 위 정산약정 및 매매계약은 민법 제500조에서 규정한 경개계약에 해당하는데, 甲과 乙 사이에 위 정산약정을 합의해제하는 것만으로는 그 해제의 효력이 丙에게 미칠 수 없어 丙과 사이의 각 법률관계가 해결되지 않으므로 甲과 乙이 그에 관하여 아무런 약정이나 논의도 없이 정산약정만을 합의해제하였다는 것은 경험칙상 이례적이라는 점을 감안하면, 甲이 지급한 매매대금을 乙로부터 회수하였다는 사정만으로 甲과 乙이 정산약정을 합의해제하였다고 인정할 수 없다고 한 사례.

3228) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결; "**민법 제555조**에서 서면에 의한 증여에 한하여 증여자의 해제권을 제한하고 있는 입법취지는 증여자가 경솔하게 증여하는 것을 방지함과 동시에 증여자의 의사를 명확히 하여 후일에 분쟁이 생기는 것을 피하려는 데 있다 할 것인바, 비록 서면의 문언 자체는 증여계약서로 되어 있지 않더라도 그 서면의 작성에 이르게 된 경위를 아울러 고려할 때 그 서면이 바로 증여의사를 표시한 서면이라고 인정되면 위 서면에 해당하고, 나아가 증여 당시가 아닌 그 이후에 작성된 서면에 대해서도 마찬가지로 볼 수 있다 할 것이나, 이러한 서면에 의한 증여란 증여계약 당사자 사이에 있어서 증여자가 자기의 재산을 상대방에게 준다는 취지의 증여의사가 문서를 통하여 확실히 알 수 있는 정도로 서면에 나타난 것을 말하는 것으로, 이는 수증자에 대하여 서면으로 표시되어야 한다." ☛ ❶ 민법 제555조 소정의 증여의 의사가 표시된 서면의 작성시기에 대하여는 법률상 아무런 제한이 없으므로 증여계약이 성립한 당시에는 서면이 작성되지 않았다 하더라도 그 후 위 계약이 존속하는 동안 서면을 작성한 때에는 그 때부터는 서면에 의한 증여로서 당사자가 임의로 이를 해제할 수 없게 된다(88다카2271). ❷ 증여자가 부동산을 증여하고 그 증여 의사를 강제집행의 방법으로 실현하기 위하여 스스로 선임료를 지급하고 소송대리인을 선임하여 그 부동산에 가압류

가 이를 해제(철회)[3229]할 수 있고(민법 제555조), ② 수증자의 증여자(또는 그 배우자나 직계혈족)에 대한 범죄행위,[3230] 증여자에 대한 부양의무[3231] 불이행 시 증여자가(민법 제556조),[3232] ③ 증여 후 증여자 재산상태의 현저한 변경 시 증여자가(민법 제557조)[3233] 해제할 수 있다. 위 각 해제는 이미 이행한 부분에 대하여는 영향을 미치지 아니한다(민법 제558조).[3234]

신청을 하고 나아가 자신을 상대로 사실혼관계 해소에 따른 위자료 지급을 구하는 조정신청을 하도록 하였다는 사정만으로는, 그 증여의 의사표시가 서면으로 표시되었다고 볼 수 없다(95다54006). ❸ 소유권이전등기신청 행위를 사법서사에게 위임하는 위임장과 부동산매매에 관한 매도증서는 민법 제555조 소정의 서면에 해당한다(92다18481).

3229) ❶ **민법 제555조**에서 말하는 증여계약의 해제는 민법 제543조 이하에서 규정한 본래 의미의 해제와는 달리 형성권의 제척기간의 적용을 받지 않는 특수한 철회로서, 10년이 경과한 후에 이루어졌다 하더라도 원칙적으로 적법하다(2009다37831). ❷ 생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에 준용되는 민법 제555조는 서면에 의한 증여(출연)의 해제를 제한하고 있으나, 그 해제는 민법 총칙상의 취소와는 요건과 효과가 다르므로 서면에 의한 출연이더라도 민법 총칙규정에 따라 출연자가 착오에 기한 의사표시라는 이유로 출연의 의사표시를 취소할 수 있고, 상대방 없는 단독행위인 재단법인에 대한 출연행위라고 하여 달리 볼 것은 아니다(98다9045). ☜ 민법 제47조(증여, 유증에 관한 규정의 준용) ① 생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에는 증여에 관한 규정을 준용한다. ❸ 민법 제555조의 해제 의사표시는 묵시적으로 가능하다 하더라도 당사자가 단순히 변론에서 상대방의 주장사실을 다투는 것과 독립된 항변사유인 해제의 주장을 하는 것과는 엄연히 구별된다(88다카2271).

3230) 대법원 2022. 3. 11. 선고 2017다207475, 207482 판결: "**민법 제556조 제1항 제1호**는 '수증자가 증여자에 대하여 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족에 대한 **범죄행위**가 있는 때에는 증여자는 그 증여를 해제할 수 있다.'고 정한다. 이는 중대한 배은행위를 한 수증자에 대해서까지 증여자로 하여금 증여계약상의 의무를 이행하게 할 필요가 없다는 윤리적 요청을 법률적으로 고려한 것이다. 여기에서 '범죄행위'는, 수증자가 증여자에게 감사의 마음을 가져야 함에도 불구하고 증여자가 배은망덕하다고 느낄 정도로 둘 사이의 신뢰관계를 중대하게 침해하여 수증자에게 증여의 효과를 그대로 유지시키는 것이 사회통념상 허용되지 아니할 정도의 범죄를 저지르는 것을 말한다. 이때 이러한 범죄행위에 해당하는지 여부는 수증자가 범죄행위에 이르게 된 동기 및 경위, 수증자의 범죄행위로 증여자가 받은 피해의 정도, 침해되는 법익의 유형, 증여자와 수증자의 관계 및 친밀도, 증여행위의 동기와 목적 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 반드시 수증자가 그 범죄행위로 형사처벌을 받을 필요는 없다." ☜ 해제를 부정한 예.

3231) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다43358 판결: "민법 제556조 제1항 제2호에 규정되어 있는 '**부양의무**'라 함은 민법 제974조에 규정되어 있는 직계혈족 및 그 배우자 또는 생계를 같이하는 친족 간의 부양의무를 가리키는 것으로서, … 위와 같은 친족 간이 아닌 당사자 사이의 약정에 의한 부양의무는 이에 해당하지 아니하여 이 사건 부담부증여에는 민법 제556조 제2항이나 민법 제558조가 적용되지 않는다면서 피고의 위 주장을 배척하였는바, … 위와 같은 인정 및 판단은 정당하고"

3232) 이 해제권은 해제원인 있음을 안 날로부터 6월을 경과하거나 증여자가 수증자에 대하여 용서의 의사를 표시한 때에는 소멸한다(제2항).

3233) **민법 제557조(증여자의 재산상태변경과 증여의 해제)** 증여계약 후에 증여자의 재산상태가 현저히 변경되고 그 이행으로 인하여 생계에 중대한 영향을 미칠 경우에는 증여자는 증여를 해제할 수 있다.

3234) ❶ 부동산 증여의 경우에 이행이 되었다고 함은 그 부동산의 인도만으로써는 부족하고 이에 대한 소유권이전등기절차까지 마친 것을 의미한다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2011다56873 판결: 甲이 자기 소유 부동산을 乙에게 증여하기로 하고 인도하였으나 그에 관한 서면을 작성하지 않았고 乙 앞으로 소유권이전등기를 하지도 않았는데, 그 후 甲이 乙에게 증여계약 해제의 의사표시를 전달하였고, 나중에 丙이 위 부동산을 유증받은 사안에서, 해제의 의사표시가 전달됨으로써 증여계약은 적법하게 해제되었고, 나아가 그 의사표시가 丙의 관여하에 이루어지고 나중에 丙이 부동산을 유증받았다고 하더라도 증여자 본인의 의사로 해제의 의사표시가 이루어진 이상 이를 乙에 대한 배임행위라고 볼 수 없다고 한 원심을 수긍한 사례). ❷ 토지에 대한 증여는 증여자의 의사에 기하여 그 소유권이전등기에 필요한 서류가 제공되고 수증자 명의로 소유권이전등기가 경료됨으로써 이행이 완료되는 것이므로, 증여자가 그러한 이행 후 증여계약을 해제하였다고 하더라도 증여계약이나 그에 의한 소유권이전등기의 효력에 영향을 미치지 아니한다 할 것이지만, 이와는 달리 증여자의 의사에 기하지 아니한 원인무효의 등기가 경료된 경우에는 증여계약의 적법한 이행이 있다고 볼 수 없으므로 서면에 의하지 아니한 증여자의 증여계약의 해제에 대해 수증자가 실체관계에 부합한다는 주장으로 대항할 수 없다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결). ❸ 증여의 의사가 서면으로 표시되지 아니한 경우라도 망인이 생전에 부동산을

'기부채납'은 증여계약에 해당한다.[3235] 상대 부담 있는(부담부) 증여에 대하여는 쌍무계약에 관한 규정이 준용되어[3236] 부담의무 있는 상대방이 자신의 의무를 이행하지 아니할 때에는 비록 증여계약이 이미 이행되어 있다 하더라도 증여자는 그 계약을 해제할 수 있고, 그 경우 민법 제555조와 제558조는 적용되지 않는다.[3237] 증여자의 증여 이행이 완료되지 않았더라도 '수증자가 부담의 이행을 완료'한 경우에는, 특별한 사정[3238]이 없는 한, 각 당사자가 서면에 의하지 않은 증여임을 이유로 증여계약의 전부·일부를 해제할 수 없다.[3239] 증여에 상대부담 등의 부관이 붙어 있는지 또는 증여와 관련하여 상대방이 별도의 의무를 부담하는 약정을 하였는지 여부는 사실인정의 문제로서 그 존재를 주장하는 자가 증명하여야 한다.[3240]

다. 매 매

1) 소유권이전등기청구의 소송물과 기판력

등기원인을 달리하는 소유권이전등기청구(등기원인의 경정 예컨대, 등기원인을 '증여'에서 '매매'로 경정하는 절차의 이행을 구하는 소도 허용된다[3241])는 단순히 공격·방어방법의 차이에

증여하고 그의 뜻에 따라 그 소유권이전등기에 필요한 서류를 제공하였다면 망인이 사망한 후에 그 등기가 경료되었다고 하더라도 위 망인의 의사에 따른 증여의 이행으로서의 소유권이전등기가 경료되었다 할 것이므로 증여는 이미 이행되었다 할 것이어서 망인의 상속인이 서면에 의하지 아니한 증여라는 이유로 증여계약을 해제하였다 하더라도 이에 아무런 영향이 없다(2001다29643). ❶ 증여자가 서면에 의하지 않고 소유권이전등기가 경료되지 않은 매수 토지를 증여하였으나 위 토지에 관한 소유권이전등기청구권을 수증자에게 양도하고 매도인에게 양도통지까지 마친 경우에는, 그 이후 증여자의 상속인들에 의한 해제는 이에 아무런 영향을 끼치지 않는다(98다22543).

3235) 기부채납이란 지방자치단체 외의 자가 부동산 등의 소유권을 무상으로 지방자치단체에 이전하여 지방자치단체가 이를 취득하는 것으로서, 기부자가 재산을 지방자치단체의 공유재산으로 증여하는 의사표시를 하고 지방자치단체가 이를 승낙하는 채납의 의사표시를 함으로써 성립하는 증여계약에 해당한다(대법원 2022. 4. 28. 선고 2019다272053 판결).

3236) **민법 제561조(부담부증여)** 상대 부담 있는 증여에 대하여는 본절의 규정 외에 쌍무계약에 관한 규정을 적용한다.

3237) 대법원 1997. 7. 8. 선고 97다2177 판결.

3238) 그 부담이 의례적·명목적인 것에 그치거나 그 이행에 특별한 노력과 비용이 필요하지 않는 등 실질적으로는 부담 없는 증여가 이루어지는 것과 마찬가지라고 볼 만한 특별한 사정.

3239) 대법원 2022. 9. 29. 선고 2021다299976, 299983 판결.

3240) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다5878 판결; 甲이 乙에게 증여한 A 부동산에 관한 상속세를 乙이 부담하기로 하는 묵시적 의사합치가 있었는지 여부가 문제된 사안에서, 증여계약이 체결될 무렵을 전후하여 甲과 乙 사이에는 위 증여 부동산에 관한 상속세를 누가 부담할 것인지에 관하여 아무런 논의조차 없었던 것으로 보이고, 설령 甲이 내심으로 乙이 상속세를 부담할 것으로 희망 내지 기대하였고 나아가 乙 또한 이를 자신이 부담하리라고 생각하였다고 하더라도, 위와 같은 두 사람의 의사가 명시적 또는 묵시적으로 외부에 표시되었다고 볼 아무런 증거가 없는 이상, 그와 같은 사정만으로 두 사람 사이에 묵시적 의사합치가 이루어져 그것이 위 증여계약의 내용이 되었다거나 또는 별도의 약정이 체결되었다고 볼 수는 없다고 한 사례.

3241) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다118549 판결; "권리의 등기에 있어서 등기원인의 경정은 허용되고, 등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청하여야 한다 … 부동산표시의 변경이나 경정의 등기는 … 소유권의 등기명의인이 단독으로 신청할 수 있고, 등기명의인표시의 변경이나 경정등기는 … 해당 권리의 등기명의인이 단독으로 신청할 수 있으나, … 등기원인을 경정하는 등기는 위 각 표시의 변경이나 경정에 해당하지 않으므로 단독 신청에 의한 등기의 경우에는 단독 신청으로, 공동 신청에 의한 등기

불과한 것이 아니라 '등기원인별'로 '별개의 소송물'로 인정된다.[3242]

매매계약에 따른 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 가등기가 경료된 경우, 매매계약과는 '별도의 약정'에 의한 '가등기에 기초한 본등기청구권'과 단순한 '매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구권'은 설사 그 등기원인이 동일하다 하더라도 별개의 청구권으로 보아야 한다.[3243]

전소 소송물이 채권적 청구권인 소유권이전등기청구권인 경우에 전소 변론종결 후에 그 목적물에 관한 소유권이전등기를 넘겨받은 사람은 전소의 기판력이 미치는 '변론종결 후의 승계인'에 해당하지 아니한다.[3244] 같은 맥락에서, 소유권이전등기 청구소송의 계속 중 부동산을 양수한 자에 대한 소송인수는 허용되지 않는다.[3245]

의 경우에는 공동으로 신청하여야 한다." ☎ 원고가 피고를 상대로 소유권이전등기의 등기원인을 '증여'에서 '매매'로 경정하는 절차의 이행을 청구한 사안에서, '공동 신청에 의한 소유권이전등기의 경우 쌍방이 공동으로 등기원인을 경정하는 등기를 신청할 수 있고, 상대방이 이를 거부하는 경우에는 그를 상대로 경정등기절차이행을 명하는 판결을 받아 단독으로 신청할 수 있으므로 소의 이익을 부정할 수 없다'고 한 다음, '경정등기의 요건을 갖추었다고 할 수 없으므로, 원심이 경정등기청구를 기각하여야 할 것임에도 소를 각하한 것은 잘못이라 할 것이나 원고만이 상고한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 원고에게 더 불리한 청구기각의 판결을 선고할 수는 없으므로 원고의 상고를 기각한다.'고 한 예.

3242) ○ 대법원 1992. 3. 27. 선고 91다40696 판결; 원고가 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구한 데 대하여 원심이 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기를 명하였다면 판결주문상으로는 원고가 전부 승소한 것으로 보이기는 하나, 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구와 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구와는 청구원인사실이 달라 동일한 청구라 할 수 없음에 비추어, 원심은 원고가 주장하지도 아니한 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관하여 심판하였을 뿐, 정작 원고가 주장한 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관하여는 심판을 한 것으로 볼 수 없어 결국 원고의 청구는 실질적으로 인용한 것이 아니어서 판결의 결과가 불이익하게 되었으므로 원심판결에 처분권주의를 위반한 위법이 있고 따라서 그에 대한 원고의 상소의 이익이 인정된다고 한 사례.

○ 대법원 1996. 8. 23. 선고 94다49922 판결; 부동산 처분 위임사무 처리를 위하여 소유권이전등기를 넘겨주기로 한 약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 별개의 소송물이므로, 매매로 인한 소유권이전등기청구를 인낙하는 조서가 준재심에서 취소되고 청구기각 판결이 선고·확정되었다 해도 그 기판력은 위 약정으로 인한 소유권이전등기청구권의 존부에 미친다고 볼 수 없다고 한 예.

3243) ○ 대법원 2007. 2. 22. 선고 2004다59546 판결; "매매계약에 따른 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 가등기가 경료된 경우 그 가등기권자가 가등기설정자에게 가지는 가등기에 기한 본등기청구권은 채권으로서 … 가등기권자가 가등기에 기한 본등기절차에 의하지 아니하고 가등기설정자로부터 별도의 소유권이전등기를 경료받았다고 하여 혼동의 법리에 의하여 가등기권자의 가등기에 기한 본등기청구권이 소멸하지는 않는다 할 것이다. 한편 그와 같이 가등기권자가 별도의 소유권이전등기를 경료받았다 하더라도, 가등기 경료 이후에 가등기된 목적물에 관하여 제3자 앞으로 처분제한의 등기가 되어 있거나 중간처분의 등기가 되어 있지 않고 가등기와 소유권이전등기의 등기원인도 실질상 동일하다면, 가등기의 원인이 된 가등기의무자의 소유권이전등기의무는 그 내용에 좇은 의무이행이 완료되었다 할 것이어서 가등기에 의하여 보전될 소유권이전등기청구권은 소멸되었다고 보아야 하므로, 가등기권자는 가등기의무자에 대하여 더 이상 그 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구할 수 없는 것이다."

○ 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다29888 판결; "가등기에 기한 본등기를 경료함으로써 장차 가등기 경료 이후에 이 사건 토지에 관하여 발생할지도 모르는 등기상의 부담에 대비하여 원고가 완전한 소유권을 취득하기 위하여, 원·피고 사이의 별도의 약정에 의하여 이 사건 가등기가 경료된 것이므로, 실제로 이 사건 가등기 경료 이후에 4건의 가압류 등기가 경료되었다면, 위 가등기에 기한 본등기 절차에 의하지 아니하고 별도로 원고 명의의 소유권이전등기가 경료되었다고 하여, 원·피고 사이의 약정상의 피고의 채무의 본지에 따른 이행이 완료되었다고 할 수는 없으니, 특별한 사정이 없는 한, 원고로서는 피고에 대하여 위 가등기에 기한 본등기 절차의 이행을 구할 수도 있다."

3244) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2002다64148 판결.

1필지 토지의 특정 부분에 대한 소유권이전등기 청구와 1필지 전체 토지의 지분소유권이전등기 청구는 그 특정 부분에 관하여서까지 소송물이 동일하다고 볼 수는 없고, 1필지 토지에 대한 소유권이전등기 청구의 전소에서 일부 매수사실은 인정되나 특정할 수 없다는 이유로 전부패소된 후 매수부분을 특정하여 소유권이전등기를 구하는 것은 전소의 기판력에 저촉되지 않으나, 일부청구임을 명시하지 아니한 공유지분 이전등기청구의 기판력은 잔존 지분 청구에 미친다.[3246]

2) 매매계약에 기초한 이행청구의 청구원인 사실

가) 매매계약 체결 사실

매매는 당사자 일방이 '재산권'을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 '대금'을 지급할 것을 약정(즉, 매매 '목적물'과 '대금액'은 매매계약의 본질적 요소이다)함으로써 효력이 생기는 것(민법 제563조)이므로, 매매계약은 매도인이 '재산권'을 이전하는 것과 매수인이 대가로서 '대금'을 지급하는 것에 관하여 쌍방 당사자의 '합의(청약과 승낙의 각 의사표시의 합치[3247]; 이러한 계약 성립의 요건사실을 통상은 간략하게 '계약의 체결'이라고 표현한다)'가

3245) ○ 대법원 2019. 2. 28. 선고 2016다255613 판결: "민사소송법 제82조 제1항은 '승계인의 소송인수'에 관하여 '소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계한 때에는 법원은 당사자의 신청에 따라 그 제3자로 하여금 소송을 인수하게 할 수 있다.'라고 정하고 있다. 토지 또는 건축물에 관한 특정승계를 한 것이 토지 또는 건축물에 관한 소유권이전등기의무를 승계하는 것은 아니다. 따라서 사업시행자가 조합 설립에 동의하지 않은 토지 또는 건축물 소유자를 상대로 매도청구의 소를 제기하여 매도청구권을 행사한 이후에 제3자가 매도청구 대상인 토지 또는 건축물을 특정승계하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 사업시행자는 민사소송법 제82조 제1항에 따라 제3자로 하여금 매도청구소송을 인수하도록 신청할 수 없다."
○ 대법원 1983. 3. 22.자 80마283 결정: "피고 회사에 대한 채권적 청구권에 기한 이전 부동산 소유권이전등기청구의 소송 계속 중 그 소송목적이 된 피고 회사의 위 부동산에 대한 이전등기이행채무 자체를 승계함이 없이 단순히 위 부동산에 대한 소유권이전등기(또는 근저당설정등기)가 피고 회사로부터 상대방들 앞으로 경료되었다 하여 이를 가지고 … 소송의 목적이 된 채무를 승계한 때에 해당한다고 할 수 없고 이와 같은 상대방들에 대하여 위 경료된 상대방들 명의의 각 등기의 말소를 구하기 위한 소송의 인수는 허용되지 않는다고 판단하고 있는바, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고"

3246) ◎ **1필지 중 일부 매수에 따른 이전등기청구와 기판력**
○ 대법원 1995. 4. 25. 선고 94다17956 전원합의체 판결의 다수의견: 甲이 乙로부터 1필의 토지 일부를 특정하여 매수하였다고 주장하면서 乙을 상대로 그 부분에 대한 소유권이전등기청구소송을 제기하였으나, 목적물이 甲의 주장과 같은 부분으로 특정되었다고 볼 증거가 없다는 이유로 패소 확정되자, 다시 乙을 상대로 그 전체 토지 중 일정 지분을 매수하였다고 주장하면서 그 지분에 대한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기한 경우, 전소와 후소는 그 각 청구취지를 달리하여 소송물이 동일하다고 볼 수 없으므로, 전소의 기판력은 후소에 미칠 수 없다고 판시.
○ 대법원 1992. 11. 24. 선고 91다28283 판결: 전소에서는 그 특정부분을 매수하였는지 여부, 즉 권리관계의 존부에 대하여 실질적으로 판단이 되었다고 할 수 없으므로 매수부분에 관한 한 전소 기판력에 저촉되지 아니한다고 판시.
○ 대법원 1993. 6. 25. 선고 92다33008 판결: 전소의 사실심 변론종결 당시까지 소유권이전을 소구할 수 있는 공유지분의 범위를 정확히 알 수 없어 결과적으로 전소에서 일부 공유지분에 관한 청구를 하지 못하게 되었다 할지라도 이를 일부청구임을 명시한 경우와 마찬가지로 취급하여 전소의 확정판결의 기판력이 그 잔부 청구에 미치지 않는다고 볼 수는 없다고 한 예.

3247) ◎ **계약의 성립(청약과 승낙)**

이루어짐으로써 성립한다.[3248] 매매계약 '체결 당시'에 반드시 '매매목적물'과 '대금'을 구체적으로 특정할 필요는 없지만, 적어도 매매계약의 당사자인 '매도인과 매수인'이 누구인지는 구체적으로 특정되어 있어야만 매매계약이 성립할 수 있다.[3249]

매매 계약의 체결로 매도인의 매매대금 지급청구권과 매수인의 재산권이전청구권이 발생하고, 바로 이행을 청구할 수 있다.

따라서 매매대금 청구의 청구원인 사실은 ① '매매 계약(계약일, 목적물, 대금) 체결 사실'[3250]뿐이다. 타인의 권리에 대한 매매[3251]가 허용된다는 점에서 '매도인이 매매 목적물의 소유자인 사실'은 청구원인 사실이 아니고,[3252] '이행기(대금 지급기일)의 약정 및 그 도래 사실'은 항변, 재항변 사실이며, '매매 목적물의 소유권이전·인도 내지 그 이행 제공 사실'도 청구원인 사실이 아니라 상대방의 '매매목적물의 소유권이전·인도와의 동시이행 항변'에 대하여 동시이행 항변권 소멸의 재항변 사실에 해당한다.

매매로 인한 소유권이전등기 청구 또는 인도 청구의 청구원인 사실도 ① '매매 계약(계약일, 목적물,[3253] 대금) 체결 사실'[3254]뿐이고,[3255] '이행기(등기신청서류의 교부 또는 인도 기일)의

---

❶ 대법원 2017. 10. 26. 선고 2017다242867 판결; "계약이 성립하기 위해서는 당사자 사이에 의사의 합치가 있을 것이 요구되고 이러한 의사의 합치는 당해 계약의 내용을 이루는 모든 사항에 관하여 있어야 하는 것은 아니지만 그 본질적 사항이나 중요 사항에 관하여는 구체적으로 의사의 합치가 있거나 적어도 장래 구체적으로 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관한 합의는 있어야 하고, 그러한 정도의 의사의 합치나 합의가 이루어지지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약은 성립하지 아니한 것으로 보는 것이 타당하다. 그리고 계약이 성립하기 위한 법률요건인 청약은 그에 응하는 승낙만 있으면 곧 계약이 성립하는 구체적, 확정적 의사표시여야 하므로, 청약은 계약의 내용을 결정할 수 있을 정도의 사항을 포함시키는 것이 필요하다." ❷ 대법원 2018. 2. 13. 선고 2017다275447 판결; "광고는 일반적으로 청약의 유인에 불과하지만 그 내용이 명확하고 확정적이며 광고주가 광고의 내용대로 계약에 구속되려는 의사가 명백한 경우에는 이를 청약으로 볼 수 있다. 나아가 광고가 청약의 유인에 불과하더라도 이후의 거래과정에서 상대방이 광고의 내용을 전제로 청약을 하고 광고주가 이를 승낙하여 계약이 체결된 경우에는 광고의 내용이 계약의 내용으로 된다고 보아야 한다." ❸ 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5829, 5836 판결; "청약은 이에 대응하는 상대방의 승낙과 결합하여 일정한 내용의 계약을 성립시킬 것을 목적으로 하는 확정적인 의사표시인 반면 청약의 유인은 이와 달리 합의를 구성하는 의사표시가 되지 못하므로 피유인자가 그에 대응하여 의사표시를 하더라도 계약은 성립하지 않고 다시 유인한 자가 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 계약이 성립하는 것으로서 서로 구분되는 것이다."

3248) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2017다20371 판결 등.

3249) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결.

3250) 이를 구체적으로는 '원고가 (언제) 피고에게 (목적물)을 금 ○원에 매도한 사실'로 적을 수 있다(권리자인 원고를 주어로 하고 그에 상응하는 동사로 '매도'를 적는다).

3251) 부동산을 매수한 후 그 소유권이전등기를 하지 아니한 채 이를 다시 제3자에게 매도한 경우에는 그것을 민법 제569조에서 말하는 '타인의 권리 매매'라고 할 수 없다(95다55245).

3252) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2021다220666 판결; "매매의 목적이 된 권리가 매도인이 아닌 타인에게 속한 경우에도 매도인은 매매계약을 체결할 수 있고, 이때 매도인은 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 할 의무를 부담한다(민법 제569조). 이와 같은 법리는 매매의 목적이 된 권리가 매도인과 타인의 공유라고 해도 마찬가지이다."(원·피고 간 매매계약에서 그 매매목적물을 피고의 단독소유라고 볼 수 없는 상가건물의 특정 부분으로 정하였다고 하더라도 이를 이유로 매매계약의 효력을 부인하거나, 매매목적물을 매매계약서에서 정한 특정 부분이 아닌 공유지분이라고 해석할 수는 없다고 한 예) ☛ **[동일 취지]** 매도인에게 매매목적물에 관한 소유권 기타 처분권한이 없다고 하더라도 매매계약은 유효하게 성립하므로, 무효인 명의신탁약정에 의하여 소유권보존등기를 마친 명의수탁자가 제3자와 사이에 그 부동산에 관하여 매매계약을 체결한 경우에도 매매계약은 유효하고, 그 매매계약이 해제된 때에는 매수인에 대하여 원상회복을 구할 수 있다(2008다94714).

약정[3256]과 그 도래[3257] 사실'이나 '매도인이 매매 목적물의 소유자 내지 그 등기명의자인 사실', '매도인이 현재 목적물을 점유하고 있다는 사실'은 요건사실이 아니며, '매매대금 지급 내지 그 이행 제공 사실'도 청구원인 사실이 아니라 상대방의 '매매대금 지급과의 동시이행 항변'에 대하여 동시이행 항변권 소멸의 재항변 사실에 해당한다.

매도인이 매수인에게 부동산 등기나 자동차 등록의 '인수절차 이행'을 청구할 수도 있다.[3258]

3253) 등기절차 이행 청구의 목적물 표시는 '등기기록'상 표시에 의하고 토지·임야대장상 표시와 다른 경우에는 괄호로 대장상 표시를 병기한다. 토지에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송 중 사실심 변론종결 전에 토지가 분할되었는데도 그 내용이 변론에 드러나지 않은 채 토지에 관한 원고 청구가 인용된 경우에 판결에 표시된 토지에 관한 표시를 분할된 토지에 관한 표시로 경정해 달라는 신청은 특별한 사정이 없는 한 받아들여야 한다(대법원 2020. 3. 16.자 2020그507 결정).

3254) 이를 구체적으로는 '원고가 (언제) 피고로부터 (목적물)을 금 ○원에 매수한 사실'로 적을 수 있다(권리자인 원고를 주어로 하고 그에 상응하는 동사로 '매수'를 적는다).

3255) 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다777 판결: "매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 있어서 매수인이 매매계약 사실을 주장, 입증하면 … 매도인은 소유권이전등기의무가 있게 되는 것이며, 매도인이 매매잔대금을 수령한 바 없다면 동시이행의 항변을 제기하여야 하는 것이고"

3256) 아파트·상가 등 '분양계약'의 경우, 기본적으로 매매계약의 성질을 갖기는 하지만, 판례는, "(분양)계약이 성립하기 위해서는 분양 목적물 외에 분양대금의 액수, 목적물의 인도와 소유권이전등기 시기 등 계약의 중요 사항이 정해져 있거나 장래 구체적으로 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관한 합의가 있어야 한다."고 하고, "아파트의 동·호수만을 지정하는 계약에 목적물만 특정되어 있을 뿐 그 밖에 분양대금의 액수, 목적물의 인도 시기 등 계약의 중요 사항이 정해져 있지 않고 나아가 장래에 이를 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관하여 구속력이 있는 합의가 있다고 보기 어려운 경우에는 위 계약을 분양계약이라고 할 수는 없고, 나중에 분양계약을 체결한 경우 동·호수만을 확보하는 의미가 있을 뿐이다."라고 하였다(대법원 2017. 5. 30. 선고 2015다34437 판결).

3257) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2006다25745 판결: "상가건물의 점포를 분양하면서 분양대금을 완납하고 건물 준공 후 공부정리가 완료되는 즉시 소유권을 이전하기로 약정한 경우, 그 점포에 관한 소유권이전등기에 관하여 확정기한이 아니라 불확정기한을 이행기로 정하는 합의가 이루어진 것으로 보아야 할 것이며, 건설공사의 진척상황 및 사회경제적 상황에 비추어 분양대금이 완납되고 분양자가 건물을 준공한 날로부터 사용승인검사 및 소유권보존등기에 소요될 것으로 예상할 수 있는 합리적이고 상당한 기간이 경과한 때 그 이행기가 도래한다고 보아야 한다." ☞ 피고 조합이 상가 임시사용승인을 받고 원고가 분양대금을 완납한 날 이후 약 1년이 경과한 때에는 소유권이전등기의무의 이행기가 도래하였다고 한 예.

3258) **청구취지**는 '피고는 원고로부터 ~에 관하여 ~ 소유권이전등기(등록)신청절차를 인수(수취)하라.'는 형태가 된다.
○ 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다60708 판결: "부동산등기법은 등기는 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청하여야 함을 원칙으로 하면서도(제28조), 제29조에서 '판결에 의한 등기는 승소한 등기권리자 또는 등기의무자만으로' 신청할 수 있도록 규정하고 있는바, 위 법조에서 승소한 등기권리자 외에 등기의무자도 단독으로 등기를 신청할 수 있게 한 것은, 통상의 채권채무 관계에서는 채권자가 수령을 지체하는 경우 채무자는 공탁 등에 의한 방법으로 채무부담에서 벗어날 수 있으나 등기에 관한 채권채무 관계에 있어서는 이러한 방법을 사용할 수 없으므로, 등기의무자가 자기 명의로 있어서는 안 될 등기가 자기 명의로 있음으로 인하여 사회생활상 또는 법상 불이익을 입을 우려가 있는 경우에는 소의 방법으로 등기권리자를 상대로 등기를 인수받아 갈 것을 구하고 그 판결을 받아 등기를 강제로 실현할 수 있도록 한 것이다." ☛ 현행 부동산등기법은 제23조 제1항, 제4항 참조.
○ 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다9244 판결: "자동차관리법령의 문언·내용과 체계 등에 비추어 보면, 자동차 양수인이 양도인으로부터 자동차를 인도받고서도 등록명의의 이전을 하지 않는 경우 양도인은 자동차관리법 제12조 제4항에 따라 양수인을 상대로 소유권이전등록의 인수절차 이행을 구할 수 있다. 그러나 자동차가 전전 양도된 경우 중간생략등록의 합의가 없는 한 양도인은 전전 양수인에 대하여 직접 그 양수인 명의로 소유권이전등록의 인수절차 이행을 구할 수 없다." ☛ 자동차가 전전 양도된 경우에는 인수절차이행청구의 추가적인 청구원인사실로서 '원고와 피고 사이의 양수인들 모두의 중간생략등록의 합의'가 필요하다.
○ 공공시설의 '무상귀속'을 원인으로 한 소유권이전등기 인수 청구와 '합의'를 원인으로 한 소유권이전등기 인수 청구는 별개의 소송물이다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다209611 판결).

'매매 목적물'과 '대금'은 매매계약의 본질적 요소로서 '특정'되어야 한다. 하지만, 반드시 계약 체결 당시에 구체적으로 특정할 필요는 없고 이를 사후에라도 구체적으로 특정할 수 있는 방법과 기준이 정하여져 있으면 족하다.[3259] '토지' 매매의 목적물은 특별한 사정이 없으면, 현실의 경계와 관계없이 지적공부상의 경계와 지적에 의하여 확정된 토지이고,[3260] 상가집합건물의 '구분점포'에 대한 매매도 원칙적으로 실제 이용현황과 관계없이 집합건축물대장 등 공부에 따라 구조, 위치, 면적이 확정된 구분점포를 매매의 대상으로 삼았다고 보아야 한다.[3261] 토지소유자가 1필 또는 수필의 토지 중 일정 면적의 소유권을 상대방에게 양도하기로 하였으나 그 위치가 확정되지 않은 경우, 상대방이 토지소유자에게 가지는 채권은 선택채권[3262]에 해당한다.[3263] 판례는, "1필의 토지의 일부에 대

3259) 이 경우 그 약정된 기준에 따른 대금액 산정에 관하여 당사자 간에 다툼이 있다면 법원이 이를 정할 수밖에 없다. 매매대금 액수를 일정 기간 후 시가에 의하여 정하기로 하였다는 사유만을 들어 매매계약이 아닌 매매예약이라고 단정할 것은 아니다. 그 밖에 특별한 사정이 없는 한 이행시기, 이행장소, 담보책임 등에 관한 합의가 없었더라도 매매계약이 성립하는 데에 지장이 없다(대법원 2023. 9. 14. 선고 2023다227500 판결). ☛ 당사자 사이에 체결된 계약과 이에 따라 장래 체결할 본계약을 구별하고자 하는 의사가 명확하거나 일정한 형식을 갖춘 본계약 체결이 별도로 요구되는 경우 등의 특별한 사정이 없다면, 매매계약이 성립하였다고 보기에 충분한 합의가 있었음에도 법원이 매매계약 성립을 부정하고 별도의 본계약이 체결되어야 하는 매매예약에 불과하다고 단정할 것은 아니다(대법원 2022. 7. 14. 선고 2022다225767, 225774 판결). ⇔ 아파트·상가 등 '분양계약'의 경우는 대법원 2017. 5. 30. 선고 2015다34437 판결 참조.

3260) 지적법에 의하여 어떤 토지가 지적공부에 1필지의 토지로 등록되면 그 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 및 경계는 다른 특별한 사정이 없는 한 이 등록으로서 특정되고 그 소유권의 범위는 현실의 경계와 관계없이 공부상의 경계에 의하여 확정되는 것이어서, 토지에 대한 매매는 매매당사자가 지적공부에 의하여 소유권의 범위가 확정된 토지를 매매할 의사가 아니고 사실상의 경계대로의 토지를 매매할 의사를 가지고 매매한 사실이 인정되는 등 특별한 사정이 없으면, 현실의 경계와 관계없이 지적공부상의 경계와 지적에 의하여 확정된 토지를 매매의 대상으로 하는 것으로 보아야 하고, 매매당사자가 그 토지의 실제의 경계가 지적공부상의 경계와 상이한 것을 모르는 상태에서 당시 실제의 경계를 대지의 경계로 알고 매매하였다고 해서 매매당사자들이 지적공부상의 경계를 떠나 현실의 경계에 따라 매매목적물을 특정하여 매매한 것이라고 볼 수는 없다(2015다5514).

3261) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2021다220666 판결(그러나 1동의 상가집합건물의 점포들이 구분소유 등기가 되어 있기는 하나 실제로는 위 상가건물의 각 점포들에 관한 집합건축물대장 등 공부상 호수와 구조, 위치 및 면적이 실제 이용현황과 일치하지 아니할 뿐만 아니라 그 복원조차 용이하지 아니하여 단지 공부가 위 상가건물에서 각 점포들이 차지하는 면적비율에 관하여 공유지분을 표시하는 정도의 역할만을 하고 있고, 위 점포들이 전전 매도되면서 매매당사자들이 실제 이용현황대로의 점포를 매매할 의사를 가지고 거래한 경우 등과 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 그 점포의 구조, 위치, 면적은 실제 이용현황에 의할 수밖에 없다). ☛ 매매당사자가 매매계약 당시 그 구분점포의 실제 이용현황이 집합건축물대장 등 공부와 상이한 것을 모르는 상태에서 점포로서의 이용현황대로의 위치 및 면적을 매매목적물의 그것으로 알고 매매하였다고 해서 매매당사자들이 건축물대장 등 공부상의 위치와 면적을 떠나 이용현황대로 매매목적물을 특정하여 매매한 것이라고 볼 수 없고, 이는 교환계약의 목적물 특정에 있어서도 마찬가지이다(2012다105).

3262) 민법 제380조(선택채권) 채권의 목적이 수개의 행위 중에서 선택에 좇아 확정될 경우에 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 선택권은 채무자에게 있다.

3263) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2010다16090 판결: "토지소유자가 1필 또는 수필의 토지 중 일정 면적의 소유권을 상대방에게 양도하기로 하는 계약을 체결한 경우, 상대방이 토지소유자에 대하여 구체적으로 어떠한 내용의 권리를 가지는 것인지는 원칙적으로 당해 계약의 해석문제로 귀착되는 것이지만, 위치와 형상이 중요시되는 토지의 특성 등을 감안하여 볼 때 특별한 사정이 없는 한 위치가 특정된 일정 면적의 토지 소유권을 양도받을 수 있는 권리를 가지는 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 위와 같은 계약에 있어서 양도받을 토지의 위치가 확정되지 아니하였다면 상대방이 토지소유자에 대하여 가지는 채권은 민법 제380조 소정의 선택채권에 해당하는 것으로 보아야 한다." ☜ 가구공장 경영 목적으로 매수한 부지가 맹지여서 공장설립허가를 받을 수 없었던 甲(피고)과, 연접한 토지로서 맹지는 아니나 형상이 남북으로 좁고 길어 활용을 못하고 있던 乙(원고)이, 乙

하여 매매를 원인으로 이전등기 의무의 이행을 청구하는 소송을 제기하거나 그 의무의 이행을 주장하여 동시이행의 항변을 하는 경우에, 그 이행을 주장하는 당사자가 그 의무의 대상인 토지 부분을 특정하여야 하고 그 특정된 토지 부분이 매매목적물이라는 점에 관하여 증명할 책임을 부담한다."고[3264] 한다.[3265] 계약서에 착오로 매매 목적물이 아닌 다른 물건을 기재한 경우 쌍방의 의사합치가 있는 물건에 관하여 매매계약이 성립한다{오표시(誤表示) 무해(無害)의 원칙}.[3266]

아파트·상가 '분양계약'은 기본적으로 '매매계약'의 성질을 갖는다. 분양광고 내용이나 견본주택의 조건 중 아파트 등의 외형·재질·구조·실내장식 등이 분양계약 내용으로 포함되는지에 관하여, '선분양·후시공'의 경우에는 긍정되나, '선시공·후분양'의 경우에는 부정된다. '준공도면', '기본적인 건축 계획'은 분양자의 채무불이행책임이나 하자담보책임의 발생 여부 판단에 원칙적 기준이 된다.[3267]

소유 토지를 甲 소유 토지에 합병한 후 합병토지 중 乙 소유 토지 면적만큼의 토지를 분할하여 乙에게 이전하여 주기로 하는 교환계약을 체결하였으나 이전 토지의 위치에 관하여는 합의를 하지 않은 사안에서, **원심**이, 위치 선정에 관한 합의가 되지 않았다는 사정만으로 공유관계 설정에 관한 합의를 의제하여 甲에게 지분소유권이전등기를 명한 데 대하여, **대법원**은, 위 교환계약은 합병된 토지 중 乙 소유 토지 면적에 상응하는 만큼의 토지를 선정한 다음 그와 같이 확정된 토지의 소유권을 乙에게 이전해 주기로 약정한 것이라고 보아야 하고, 따라서 이전받을 토지의 위치가 확정되지 않았다면 乙이 甲에게 가지는 채권은 선택채권에 해당하는 것으로 보아야 한다고 하여, 원심을 파기한 예.

3264) 대**법**원 2012. 9. 13. 선고 2010다5663, 5670 판결; 매도인의 매매대금지급청구에 대하여 매수인이 소유권이전등기절차이행의무와의 동시이행항변을 한 **사안**에서, 매수인이 재판부의 증명 촉구에도 불구하고 매매목적물을 특정하기 위한 측량감정 신청을 할 의사가 전혀 없음을 명백히 밝히고 있음에 따라 동시이행을 명할 매매목적물을 특정할 수 없으므로, 위 항변은 더 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다고 판단한 원심에 위법이 없다고 한 예.

3265) 매수인의 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행 청구의 경우뿐만 아니라, 매도인의 매매대금 지급 청구의 경우에도 원고가 청구원인 단계에서 '매매계약 체결' 사실, 나아가 매매계약의 본질적 요소인 '매매목적물'까지 주장·증명하여야 하므로, 매매대금 지급을 청구하는 매도인이 일단은 '매매목적물'을 어느 정도는 특정하여 주장·증명하여야 하고, 이에 대하여 동시이행 항변을 하는 매수인은, 판결 주문에 기재될 수 있을 정도로 동시이행의무의 대상 범위를 정확하게 특정하여 주장·증명할 책임을 부담한다고 봄이 옳다.

3266) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다2629, 2636 판결; "부동산의 매매계약에 있어 쌍방당사자가 모두 특정의 甲 토지를 계약의 목적물로 삼았으나 그 목적물의 지번 등에 관하여 착오를 일으켜 계약을 체결함에 있어서는 계약서상 그 목적물을 甲 토지와는 별개인 乙 토지로 표시하였다 하여도 위 甲 토지에 관하여 이를 매매의 목적물로 한다는 쌍방당사자의 의사합치가 있은 이상 위 매매계약은 甲 토지에 관하여 성립한 것으로 보아야 할 것이고 乙 토지에 관하여 매매계약이 체결된 것으로 보아서는 안 될 것이며, 만일 乙 토지에 관하여 위 매매계약을 원인으로 하여 매수인 명의로 소유권이전등기가 경료되었다면 이는 원인이 없이 경료된 것으로써 무효라고 하지 않을 수 없다."

3267) ◎ **분양계약의 내용**

❶ 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5829, 5836 판결; "상가나 아파트의 분양광고의 내용은 청약의 유인으로서의 성질을 갖는데 불과한 것이 일반적이라 할 수 있다. 그런데 선분양·후시공의 방식으로 분양되는 대규모 아파트단지의 거래사례에 있어서 분양계약서에는 동·호수·평형·입주예정일·대금지급방법과 시기 정도만이 기재되어 있고 분양계약의 목적물인 아파트 및 그 부대시설의 외형·재질·구조 및 실내장식 등에 대하여 구체적인 내용이 기재되어 있지 아니한 경우가 있으나, 분양계약의 목적물인 아파트에 관한 외형·재질 등이 제대로 특정되지 아니한 상태에서 체결된 분양계약은 그 자체로서 완결된 것이라고 보기 어렵다 할 것이므로, 비록 분양광고의 내용, 모델하우스의 조건 또는 그 무렵 분양회사가 수분양자에게 행한 설명 등이 비록 청약의 유인에 불과하다 할지라도 그러한 광고 내용이나 조건 또는 설명 중 구체적 거래조건, 즉 아파트의 외형·재질

나) 매매계약 체결의 형성권 행사

(1) 매매예약

매매계약 체결 사실은 '① 매매예약의 체결[3268] + ② 매매예약 완결의 의사표시 및 그 도달'로 대체될 수 있다.

매매의 일방예약[3269]에서 예약자의 상대방이 매매예약완결의 의사표시를 하여 매매의

등에 관한 것으로서 사회통념에 비추어 수분양자가 분양자에게 계약 내용으로서 이행을 청구할 수 있다고 보여지는 사항에 관한 한 수분양자들은 이를 신뢰하고 분양계약을 체결하는 것이고 분양자들도 이를 알고 있었다고 보아야 할 것이므로, … 특단의 사정이 없는 한, 분양자와 수분양자 사이에 이를 분양계약의 내용으로 하기로 하는 묵시적 합의가 있었다고 봄이 상당하다." ❷ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다29601 판결; "선시공·후분양의 방식으로 분양되거나, 당초 선분양·후시공의 방식으로 분양하기로 계획되었으나 계획과 달리 준공 전에 분양이 이루어지지 아니하여 준공 후에 분양이 되는 아파트 등의 경우에는 수분양자는 실제로 완공된 아파트 등의 외형·재질 등에 관한 시공 상태를 직접 확인하고 분양계약 체결 여부를 결정할 수 있어 완공된 아파트 등 그 자체가 분양계약의 목적물로 된다고 봄이 상당하다. 따라서 비록 준공 전에 분양안내서 등을 통해 분양광고를 하거나 견본주택 등을 설치한 적이 있고, 그러한 광고내용과 달리 아파트 등이 시공되었다고 하더라도, 완공된 아파트 등의 현황과 달리 분양광고 등에만 표현되어 있는 아파트 등의 외형·재질 등에 관한 사항은 분양계약 시에 아파트 등의 현황과는 별도로 다시 시공해 주기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이를 분양계약의 내용으로 하기로 하는 묵시적 합의가 있었다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 그리고 선분양·후시공의 방식으로 분양하기로 한 아파트 등의 단지 중 일부는 준공 전에, 일부는 준공 후에 분양된 경우에는 각 수분양자마다 분양계약 체결의 시기 및 아파트 등의 외형·재질 등에 관한 구체적 거래조건이 분양계약에 편입되었다고 볼 수 있는 사정이 있는지 여부 등을 개별적으로 살펴 분양회사와 각 수분양자 사이에 이를 분양계약의 내용으로 하기로 하는 묵시적 합의가 있었는지 여부를 판단하여야 한다." ❸ 대법원 2014. 10. 15. 선고 2012다18762 판결; "아파트 분양계약에서의 분양자의 채무불이행책임이나 하자담보책임은 분양된 아파트가 당사자의 특약에 의하여 보유하여야 하거나 주택법상의 주택건설기준 등 거래상 통상 갖추어야 할 품질이나 성질을 갖추지 못한 경우에 인정되고 … 특별한 사정이 없는 한 아파트에 하자가 발생하였는지 여부는 원칙적으로 준공도면을 기준으로 판단함이 타당하다고 할 것이다. 따라서 아파트가 사업승인도면이나 착공도면과 달리 시공되었더라도 준공도면에 따라 시공되었다면 특별한 사정이 없는 한 이를 하자라고 볼 수 없다." ❹ 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011다107184 판결; "택지를 조성하여 분할하여 분양하는 사업을 하는 경우에 … 분양계약에 명시적인 약정이 없더라도 분양사업자로서는 수분양 택지에서의 주택 건축 및 수분양자의 통행이 가능하도록 조성·분양된 택지들의 현황에 적합하게 그 인접 부지에 건축법 등 관계 법령의 기준에 맞는 도로를 개설하여 제공하고 수분양자에 대하여 그 도로를 이용할 수 있는 권한을 부여하는 것을 전제로 하여 분양계약이 이루어졌다고 추정하는 것이 거래상의 관념에 부합되고 분양계약 당사자의 의사에도 합치된다." ❺ 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007다9139 판결; "각 세대의 일조나 조망, 사생활의 노출 차단 등에 관한 상황은 아파트 각 동·세대의 배치 및 구조, 아파트의 층수, 아파트 각 동·세대 사이의 거리 등에 관한 기본적인 계획(이하 '기본적인 건축 계획'이라 한다)에 따라 결정되는바, 기본적인 건축 계획은 분양계약 과정에서 계약서 및 그 부속서류, 광고·설명 자료를 통하여 수분양자에게 제공되어 계약의 내용을 이루게 된다. … 기본적인 건축 계획에 의하여 결정되는 일조나 조망, 사생활의 노출 등에 관한 상황에 대하여 수분양자가 이를 예상하고 받아들여 분양계약에 이르렀다고 봄이 상당하다. … 건축관계법령 및 주택법상의 주택건설기준 등에 적합할 뿐만 아니라 분양계약 체결 당시 수분양자에게 알려진 기본적인 건축 계획대로 건축된 경우에는, 아파트 각 동·세대의 방위나 높이, 구조 또는 다른 동과의 인접 거리 등으로 인하여 일정 시간 이상의 일조가 확보되지 아니하고 조망이 가려지며 사생활이 노출된다고 하더라도, … 분양계약 당시 수분양자에게 제공된 기본적인 건축 계획에 관한 정보에 의하여 예상할 수 있었던 범위를 벗어나 분양계약의 목적물로서 거래상 통상 갖추어야 하거나 당사자의 특약에 의하여 보유하여야 할 품질이나 성질을 갖추지 못한 경우에 해당된다고 할 수 없다."

3268) **매매의 예약**은 당사자의 일방이 매매를 완결할 의사를 표시한 때에 매매의 효력이 생기는 것이므로 적어도 일방예약이 성립하려면 그 예약에 터잡아 맺어질 본계약의 요소가 되는 매매목적물, 이전방법, 매매가액 및 지급방법 등의 내용이 확정되어 있거나 확정할 수 있어야 한다(93다4908,4915,4922; 본계약의 구성요소들이 확정되어 있다고 할 수 없고 약정의 당사자도 달라서 매매의 예약이라고 단정할 수 없다 한 사례).

3269) **민법 제564조(매매의 일방예약)** ① 매매의 일방예약은 상대방이 매매를 완결할 의사를 표시하는 때에 매매의

효력을 생기게 하는 권리, 즉 매매예약의 완결권[3270]은 일종의 형성권으로서 당사자 사이에 그 행사기간을 약정한 때(약정하는 예약 완결권의 행사기간에 특별한 제한은 없고,[3271] '10년을 초과하는 제척기간 약정'의 증명책임은 이를 주장하는 당사자가 부담한다[3272])에는 그 기간 내에,[3273] 그러한 약정이 없는 때[3274]에는 그 예약이 성립한 때로부터 10년 내에 이를 행사하여야[3275] 하고, 그 기간이 지난 때에는 예약완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸하며, 제척기간에 있어서는 소멸시효와 같은 기간의 중단이 있을 수 없다.[3276] 매매예약완결권

효력이 생긴다. ② 전항의 의사표시의 기간을 정하지 아니한 때에는 예약자는 상당한 기간을 정하여 매매완결 여부의 확답을 상대방에게 최고할 수 있다. ③ 예약자가 전항의 기간 내에 확답을 받지 못한 때에는 예약은 그 효력을 잃는다.

3270) 매매예약이 성립한 이후 상대방의 매매예약 완결의 의사표시 전에 목적물이 멸실 기타의 사유로 이전할 수 없게 되어 예약 완결권의 행사가 이행불능이 된 경우에는 예약 완결권을 행사할 수 없고, 이행불능 이후에 상대방이 매매예약 완결의 의사표시를 하여도 매매의 효력이 생기지 않는다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다28247 판결).

3271) **대법원** 2017. 1. 25. 선고 2016다42077 판결: **원심**이, 원고가 피고에게 2002. 4. 26.자 매매의 일방예약을 원인으로 한 가등기를 마쳐 준 사실을 인정한 **다음**, 원·피고 사이에 예약 완결권을 2032. 4. 25.까지 행사할 수 있도록 약정한 사실은 인정되나, 피고의 예약 완결권은 10년을 초과하여 약정한 위 기간까지 존속하는 것은 아니고, 2002. 4. 26.부터 10년이 경과한 2012. 4. 25. 제척기간 10년의 도과로 소멸하였으므로, 피고는 원고에게 가등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 약정한 2032. 4. 25.이 지나야 예약 완결권이 제척기간의 경과로 소멸한다고 판단한 예). ⇔ 이와 배치되는 94다22682,22699(당사자 사이에 매매예약 완결권을 '행사할 수 있는 시기'를 특별히 약정한 경우에도 그 제척기간은 당초 권리의 발생일로부터 10년간의 기간이 경과되면 만료되는 것이지 그 기간을 넘어서 위 약정에 따라 권리를 행사할 수 있는 때로부터 10년이 되는 날까지로 연장된다고 볼 수 없다)는 사실상 폐기된 것으로 보인다.

3272) 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다227817 판결: **원심**은, 매매예약완결권이 10년의 제척기간의 도과로 소멸하였음을 주장하는 피고에게 '당사자 사이에 10년을 초과하는 제척기간을 정한 약정이 없었다는 것'까지 증명할 책임이 있다고 하였으나, **대법원**은, "10년을 초과하는 제척기간을 정한 약정이 있었다고 볼 자료가 없으므로 원고의 예약완결권의 제척기간은 10년"이라고 판단한 예

3273) 민법 제564조 제2항('의사표시의 기간을 정하지 아니한 때에는') 참조.

3274) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다247190 판결: 예약완결권 행사기한을 2005. 12. 30.로 하면서 그 이후에도 매매예약이 유효하게 존속하는 한 행사할 수 있도록 약정한 경우, 이는 그 기한을 확정하지 않은 것이므로 예약완결권은 매매예약일로부터 10년이 지난 2015. 9. 5. 제척기간 경과로 소멸하였다고 한 예.

3275) 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다227817 판결: "예약완결권은 재판상이든 재판외이든 그 기간 내에 행사하면 되는 것으로서, 예약완결권자가 예약완결권 행사의 의사표시를 담은 소장 부본을 상대방에게 송달함으로써 재판상 행사하는 경우에는 그 소장 부본이 상대방에게 도달한 때에 비로소 예약완결권 행사의 효력이 발생하여 예약완결권자와 상대방 사이에 매매의 효력이 생기므로, 예약완결권 행사의 의사표시가 담긴 소장 부본이 제척기간 내에 상대방에게 송달되어야만 예약완결권자가 제척기간 내에 적법하게 예약완결권을 행사하였다고 볼 수 있다."

3276) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다26425 판결: 원고가 1979. 8. 23. 피고 이OO, 소외 망 이OO, 소외 유OO와 사이에 사건 토지에 관하여 매매예약을 체결하고, 같은 해 9. 7. 위 3인 앞으로 위 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권보전의 가등기를 경료하여 준 **사안**에서, 원고가 1989. 7. 28. 피고 이OO, 소외 망 이OO에게 그들의 지분을 인정하는 합의각서를 작성하여 준 사실이 있다고 하더라도, 매매예약완결권은 예약일인 1979. 8. 23.부터 10년이 되는 1989. 8. 23.이 경과함으로써 그 제척기간이 경과되어 소멸되었다고 보아야 한다고 한 예. ☛ **[동일 취지]** 96다47494,47500(원심이, 원고가 예약완결권을 그 예약이 성립한 때로부터 10년 내에 행사하지 아니하여 소멸하였으므로 원고 명의의 가등기는 말소되어야 한다는 피고들의 주장에 대하여, 부동산 매수인이 목적물을 인도받아 점유하고 있는 경우에는 그 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 아니한다고 전제한 다음, 원고가 1958년경부터 관리인을 통하여 토지를 점유해 오고 있는 사실을 인정하고 피고들의 위와 같은 주장을 배척한 것은 위법하다고 한 예) 및 91다44766,44773("예약목적물인 부동산을 인도받은 경우라도 예약완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸된다. … 매매예약완결권이 제척기간에 걸리는 권리인 이상 소멸시효에 관한 중단을 여기에 원용할 수도 없다.").

의 제척기간 도과 여부는 직권조사사항이다.[3277] 담보가등기권자가 귀속정산절차에 따라 담보가등기에 기한 본등기청구를 하는 경우에는 매매예약완결권 행사의 제척기간이 적용되지 않는다.[3278]

매매예약에 따른 소유권이전등기청구권 보전의 '가등기에 기초한 본등기청구'의 요건사실은, '① 매매예약 체결+② 소유권이전등기청구권 보전의 가등기 경료+③ 매매예약완결의 의사표시 및 그 도달'이다. 복수의 권리자가 소유권이전청구권을 보존하기 위하여 매매예약을 원인으로 하여 공동 명의로 가등기를 마쳐 둔 경우 특별한 사정이 없는 한 그 권리자 중 한 사람은 자신의 지분에 관하여 단독으로 그 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 있고,[3279] [3280] 그 가등기의 말소청구소송은 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필수적 공동소송이 아니라 통상의 공동소송이다.[3281]

3277) 이에 대한 당사자의 주장이 없더라도 법원이 당연히 직권으로 조사하여 재판에 고려하여야 하므로, 상고법원은 매매예약완결권이 제척기간 도과로 인하여 소멸되었다는 주장이 적법한 상고이유서 제출기간 경과 후에 주장되었다 할지라도 이를 판단하여야 한다(99다18725).

3278) 대법원 2024. 1. 11. 선고 2021다210799 판결: "원고의 청구는 이 사건 가등기가 담보가등기임을 전제로 가등기담보법에서 정한 청산기간이 경과하였음을 원인으로 하여 본등기절차의 이행을 구하는 것이다. 이 사건 가등기의 등기원인이 매매예약으로 기재되어 있기는 하나 그것은 통상의 매매예약이 아니라 장래의 담보권실행을 위한 수단으로서의 등기형식에 불과하므로 제척기간의 적용 대상이 아니다."라고 판단한 원심의 결론이 정당하다고 한 예.

3279) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다43922, 43939 판결(이는 명의신탁해지에 따라 발생한 소유권이전청구권을 보존하기 위하여 복수의 권리자 명의로 가등기를 마쳐 둔 경우에도 마찬가지이며, 이때 그 가등기 원인을 매매예약으로 하였다는 이유만으로 가등기권리자 전원이 동시에 본등기절차의 이행을 청구하여야 한다고 볼 수 없다).

3280) 한편, 수인의 채권자가 각기 그 채권을 담보하기 위하여 채무자와 채무자 소유 부동산에 관하여 수인의 채권자를 공동매수인으로 하는 1개의 매매예약을 체결하고 그에 따라 수인의 채권자 공동 명의로 가등기를 마친 경우, 수인의 채권자가 공동으로 매매예약완결권을 가지는 관계인지 아니면 채권자 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약완결권을 가지는 관계인지는 매매예약의 내용에 따라야 하고, 매매예약에서 그러한 내용을 명시적으로 정하지 않은 경우에는 수인의 채권자가 공동으로 매매예약을 체결하게 된 동기 및 경위, 그 매매예약에 의하여 달성하려는 담보의 목적, 담보 관련 권리를 공동 행사하려는 의사의 유무, 채권자별 구체적인 지분권의 표시 여부 및 그 지분권 비율과 피담보채권 비율의 일치 여부, 가등기담보권 설정의 관행 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2012. 2. 16. 선고 2010다82530 전원합의체 판결; 원고가 2005. 3. 11. 피고에게 1억 원을 대여하면서 이를 담보하기 위하여 피고에 대한 다른 채권자들인 소외 1~5와 공동명의로 피고와 피고 소유의 부동산 지분에 관하여 매매예약을 체결한 다음, 그에 따라 원고 등 6인 각자의 채권액 비율에 따라 산정된 각 부동산 지분의 가등기를 마친 **사안**에서, 원고를 포함한 6인의 채권자가 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약완결권을 갖는 것으로 보아, 채권자 중 1인인 원고는 단독으로 자신의 지분에 관하여 매매예약완결권을 행사할 수 있고, 이에 따라 단독으로 그 지분에 관하여 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구할 수 있다고 한 원심 판단이 정당하다고 한 예). ⇔ 이와 달리 위와 같은 경우에, 매매예약의 내용이나 매매예약완결권 행사와 관련한 당사자의 의사와 관계없이 언제나 수인의 채권자가 매매예약완결권을 준공유한다고 보고, 매매예약완결의 의사표시도 수인의 채권자 전원이 공동으로 행사하여야 하며 채권자가 채무자에 대하여 예약이 완결된 매매목적물의 소유권이전의 본등기를 구하는 소는 필수적 공동소송으로서 매매예약완결권을 준공유하고 있던 복수채권자 전원이 제기하여야 한다는 취지의 판결은 위 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경되었다.

3281) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다26425 판결.

(2) 환매권, 매도·매수청구권의 행사

환매권, 매도·매수청구권 등 형성권 행사[3282]에 따른 매매계약 체결을 주장하는 경우 '① 그 형성권 발생의 요건사실 및 ② 그 권리 행사의 의사표시 및 그 도달 사실'을 증명하여야 한다.[3283]

다) 중간생략등기의 합의

부동산이 전전 양도된 경우, 최종 양수인이 최초 양도인에게 직접 소유권이전등기를 청구하기 위해서는, 추가적인 청구원인사실로서 '관계 당사자 전원의 중간생략등기 합의'가 필요하다.[3284]

라) 매매대금에 대한 지연손해금

매매대금과 그 지연손해금을 함께 청구하는 경우의 청구원인 사실은, ① '매매계약(계약일, 목적물, 대금) 체결 사실', ② (부동산의 경우) '소유권이전등기의무의 이행 또는 이행의 제공', ③ '대금 지급 기한의 도과', ④ '목적물의 인도', ⑤ '손해의 발생 및 범위'[3285]이다.

민법 제587조[3286] 후문에 따라, 매매목적물의 인도가 이루어지지 아니하는 한 매도인

3282) 집합건물법 제48조 제4항에서 정한 재건축 참가 구분소유자들과 매수지정자의 매도청구권은 단독으로 행사하거나 여러 명 또는 전원이 함께 행사할 수도 있고, 반드시 공동으로 행사하여야 하는 것은 아니므로, 그에 따른 소유권이전등기절차의 이행 등을 구하는 소도 매도청구권자 전원이 소를 제기하여야 하는 고유필수적 공동소송이 아니다(대법원 2023. 7. 27. 선고 2020다263857 판결).

3283) 예컨대, 주택건설사업계획승인을 얻은 사업주체가 주택건설사업에 필요한 대지를 그 소유자로부터 매수할 수 있게 하는 매도청구권을 행사하기 전에 거쳐야 할 요건으로서 '대지 소유자와의 사전 3개월 이상의 협의' 요건 충족에 대한 증명책임은 사업주체가 부담한다(2011다101315,101322).

3284) 대법원 2021. 6. 3. 선고 2018다280316 판결: "부동산이 전전 양도된 경우에 중간생략등기의 합의가 없는 한 그 최종 양수인은 최초 양도인에 대하여 직접 자기 명의로의 소유권이전등기를 청구할 수 없고, 부동산의 양도계약이 순차 이루어져 최종 양수인이 중간생략등기의 합의를 이유로 최초 양도인에게 직접 그 소유권이전등기청구권을 행사하기 위하여는 관계 당사자 전원의 의사합치, 즉 중간생략등기에 대한 최초 양도인과 중간자의 동의가 있는 외에 최초 양도인과 최종 양수인 사이에도 그 중간등기 생략의 합의가 있었음이 요구된다. 그러므로 비록 최종 양수인이 중간자로부터 소유권이전등기청구권을 양도받았다 하더라도 최초 양도인이 그 양도에 대하여 동의하지 않고 있다면 최종 양수인은 최초 양도인에 대하여 채권양도를 원인으로 하여 소유권이전등기절차 이행을 청구할 수 없다. 이와 같은 법리는 명의신탁자가 부동산에 관한 유효한 명의신탁약정을 해지한 후 이를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 양도한 경우에도 적용된다. 따라서 비록 부동산 명의신탁자가 명의신탁약정을 해지한 다음 제3자에게 '명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권'을 양도하였다고 하더라도 명의수탁자가 그 양도에 대하여 동의하거나 승낙하지 않고 있다면 그 양수인은 위와 같은 소유권이전등기청구권을 양수하였다는 이유로 명의수탁자에 대하여 직접 소유권이전등기청구를 할 수 없다."

3285) 민사법정이율에 의한 지연손해금을 주장하는 경우에는 별도의 사실을 증명하지 않더라도 민법 제397조에 의하여 매매대금에 대한 연 5%의 민사법정비율에 의한 지연손해금이 인정되고, 매매계약 당사자의 일방이 상인인 사실을 주장·증명하면 연 6%의 상사법정이율에 의한 지연손해금이, 지연손해금에 관한 약정 사실을 주장·증명하면 그 약정의 지연손해금이 인정될 수 있다.

3286) **민법 제587조(과실의 귀속, 대금의 이자)** 매매계약 있은 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속한다. 매수인은 목적물의 인도를 받은 날로부터 대금의 이자를 지급하여야 한다. 그러나 대금의 지급에 대하여 기한이 있는 때에는 그러하지 아니하다.
☞ 법문상 '이자'의 성질이 '법정이자'인지 '지연손해금'인지에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있다. 주석민법

은 매수인의 대금지급의무 이행의 지체를 이유로 매매대금의 이자 상당액의 손해배상청구를 할 수 없다.[3287] [3288] 따라서 매도인으로서는 인도의무 이외의 자기채무 예컨대 완전한 소유권이전등기의무의 이행 또는 이행제공으로 매수인의 동시이행항변권을 소멸케 하였다는 점[3289]에 더하여 인도의무의 경우 이행제공만으로는 부족하고 현실적인 이행의

채권각칙(3), 1999, 206면(김대정 집필)은 '지연이자' 즉 지연손해금을 의미하는 것으로 보고 있고, 민법주해 채권(7), 1997, 601면(남효순 집필)은 '지연이자'임을 전제로 설명하고 있으며, 판례도 다음의 95다14190 판결, 80다211 판결, 95다33962 판결 모두 '지연손해금'에 관한 사안의 판시인바, 사견으로는, 법문상 '이자'는 이행기까지의 '법정이자', 그 후의 '지연손해금'을 포괄하는 의미로 해함이 타당하고 이렇듯 병렬적 의미로 이해하는 이상 양자 사이의 '경합' 문제는 논할 필요가 없다고 생각된다. 법문상 '이자'의 개념 속에 '지연손해금'을 포괄하는 의미로 사용하는 예로서 민법 제357조 제2항(근저당 최고액에 산입되는 '이자'), 민법 제479조(비용, '이자', 원본에 대한 변제충당 순서) 등을 들 수 있다.

3287) ○ 대법원 1995. 6. 30. 선고 95다14190 판결; "특정물의 매매에 있어서 매수인의 대금지급채무가 이행지체에 빠졌다 하더라도 그 목적물이 매수인에게 인도될 때까지는 매수인은 매매대금의 이자를 지급할 필요가 없는 것이므로(민법 제587조 참조), 그 목적물의 인도가 이루어지지 아니하는 한 매도인은 매수인의 대금지급의무 이행의 지체를 이유로 매매대금의 이자 상당액의 손해배상청구를 할 수 없다 할 것이다."
○ 대법원 1981. 5. 26. 선고 80다211 판결; "특정물의 매매에 있어서 매수인의 대금지급 채무가 이행지체에 빠졌다 하더라도 그 목적물이 매수인에게 인도될 때까지는 매도인은 그 목적물에서 생기는 과실을 수취할 수 있는 한편 그 목적물의 관리 보존의 비용도 자기가 부담하여야 하는 것이고, 그 반면 매수인은 매매대금의 이자를 지급할 필요가 없는 것이므로, 매도인은 매수인의 대금지급의무 이행의 지체를 이유로 하여 그 목적물의 인도가 이루어지기 이전의 기간 동안의 목적물의 관리보존의 비용의 상환이나 매매대금의 이자 상당액의 손해배상청구를 할 수 없다."

3288) 쌍무계약이 취소된 경우, 선의의 매수인에게 민법 제201조가 적용되어 과실취득권이 인정되는 이상, 형평상 선의의 매도인에게도 민법 제587조의 유추적용에 의하여 대금의 운용이익 내지 법정이자의 반환이 부정된다(대법원 1993. 5. 14. 선고 92다45025 판결).

3289) ○ 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다98129 판결; "매수인의 대금지급의무와 매도인의 소유권이전등기의무가 동시이행관계에 있는 등으로 매수인이 대금지급을 거절할 정당한 사유가 있는 경우에는 매매목적물을 미리 인도받았다 하더라도 위 민법 규정에 의한 이자를 지급할 의무는 없다고 보아야 한다. … 원고와 피고 사이에 협의 또는 피고의 매도청구에 의한 매매계약이 성립되었다고 봄이 상당하므로, 피고는 원고에게 청산금을 지급할 의무가 있고, 원고는 피고에게 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다 할 것이며, 쌍방의 위 각 의무는 서로 동시이행관계에 있다 할 것인데, 원고가 피고에게 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기의무를 이행하거나 이행의 제공을 하였다고 볼 만한 사정은 찾아볼 수 없다. 따라서 피고는 원고로부터 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 넘겨받기까지는 위 청산금 잔액의 지급을 거절할 정당한 사유가 있다 할 것이므로, 앞서 본 법리에 따라 비록 피고가 이 사건 부동산을 미리 인도받았다 하더라도 민법 587조에 따른 이자를 지급할 의무는 없다고 보아야 할 것이다. … 원심은, 피고의 원고에 대한 청산금 지급의무와 원고의 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기의무가 동시이행관계에 있고 원고가 그 의무를 이행하였거나 이행의 제공을 하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로, 청산금지급의무의 이행기 이후의 지연손해금의 지급을 구하는 원고의 청구를 배척하였다. … 원심의 위와 같은 판단은 정당하고"
○ 대법원 2018. 9. 28. 선고 2016다246800 판결; "매수인의 대금 지급의무와 매도인의 근저당권설정등기 내지 가압류등기 말소의무가 동시이행관계에 있는 등으로 매수인이 대금 지급을 거절할 정당한 사유가 있는 경우에는 매매목적물을 미리 인도받았다 하더라도 위 민법 규정에 의한 이자를 지급할 의무는 없다고 보아야 한다." ☜ 매수인인 피고가 인도 및 소유권이전등기는 이미 넘겨받았고, 근저당권의 피담보채권액과 가압류의 피보전채권액 합계가 피고가 지급해야 할 대금액을 초과하는 사안임.
○ 대법원 1996. 5. 10. 선고 96다6554 판결; "매매목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있어 매수인이 매수한 권리의 전부 또는 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 매수인은 민법 제588조에 의하여 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있고, 여기에는 매매목적물에 저당권과 같은 담보권이 설정되어 있는 경우도 포함되는 것이므로, 매도인이 말소할 의무를 부담하고 있는 매매목적물상의 저당권을 말소하지 못하고 있다면 매수인은 그 위험의 한도에서 매매대금의 지급을 거절할 수 있고, 그 결과 민법 제587조 단서에 의하여 매수인이 매매목적물을 인도받았다고 하더라도 미지급 대금에 대한 인도일 이후의 이자를 지급할 의무가 없다고 할 것이나, 이 경우 지급을 거절할 수 있는 매매대금이 어느 경우에나 근저당권의 채권최고액에

점까지 주장·증명하여야 매매대금에 대한 지연손해금의 지급을 구할 수 있다. 매수인으로서는 대금의 지급기한이 있는 때에는 대금을 전부 지급하지 아니한 채 매매목적물을 인도받았다 하더라도 그 기한까지는 미지급대금에 대한 이자를 지급할 의무가 없다.[3290]

한편, 매수인이 매도인을 상대로 매매목적물 인도의무 지체로 인한 손해배상을 청구하기 위해서는 '매매대금을 전부 지급한 사실'을 주장·증명하여야 한다.[3291]

매매 등 유상계약의 당사자 일방에 대한 의무이행의 기한이 있는 때에는 상대방의 의무이행에 대하여도 동일한 기한이 있는 것으로 추정한다(민법 제585, 567조). 예컨대, 매수인의 대금지급의무에 기한이 있는 경우 매도인의 소유권이전등기의무 또는 인도의무는 동일한 기한에 이행되어야 한다. 반대의 경우도 마찬가지이다. 위 추정 규정은 당사자의 의사해석 규정으로서 다른 약정이나 관습의 존재는 상대방이 주장·증명하여야 한다.

상당하는 금액인 것은 아니고, 매수인이 근저당권의 피담보채무액을 확인하여 이를 알고 있는 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 지급을 거절할 수 있는 매매대금은 위 확인된 피담보채무액에 한정된다고 보아야 할 것이다. … 피고가 이 사건 부동산의 매매대금 중 금 460,000,000원의 지급을 보류할 당시 원고의 소외 회사에 대한 실채무액이 금 150,000,000원이라는 것을 확인하였으므로 피고는 원고에게 미지급 잔대금에서 위 실채무액을 공제한 금 310,000,000원에 대한 이 사건 부동산의 인도일 이후의 법정이자 상당 금원을 지급할 의무가 있다고 한 원심의 인정 판단은 정당하고"

3290) 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다33962 판결.

3291) ○ 대법원 2004. 4. 23. 선고 2004다8210 판결; "민법 제587조 … 는 매매당사자 사이의 형평을 꾀하기 위하여 매매목적물이 인도되지 아니하더라도 매수인이 대금을 완제한 때에는 그 시점 이후의 과실은 매수인에게 귀속되지만, 매매목적물이 인도되지 아니하고 또한 매수인이 대금을 완제하지 아니한 때에는 매도인의 이행지체가 있더라도 과실은 매도인에게 귀속되는 것이므로, 매수인은 인도의무의 지체로 인한 손해배상금의 지급을 구할 수 없다고 할 것이다. … 피고들이 … 까지 원고에게 이 사건 토지와 건물을 명도하여 주기로 약정하였음에도 불구하고, 이를 이행하지 아니하였다고 하더라도 원고가 피고들에게 **매매잔대금을 전부 지급하였다는 주장과 입증**이 없는 이 사건에서 특별한 사정이 없는 한 매수인인 원고는 매도인인 피고들에 대하여 매매목적물의 인도의무의 이행지체를 원인으로 한 손해배상을 청구할 수는 없다고 보아야 한다."

○ 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다20465 판결; "일반적으로 담보목적으로 가등기를 경료한 경우 담보물에 대한 사용·수익권은 가등기설정자인 소유자에게 있다고 할 것이나, 가등기담보약정은 채무자가 본래의 채무를 이행하지 못할 경우 채권자에게 담보목적물의 소유권을 이전하기로 하는 예약으로서 유상계약인 쌍무계약적 재산권이전약정에 해당하므로 그 성질에 반하지 않는 한 매매에 관한 민법 규정이 준용된다 할 것이고(민법 제567조), 채권자가 가등기담보권을 실행하여 그 담보목적부동산의 소유권을 취득하기 위하여 가등기담보등에관한법률에 따라 채무자에게 담보권 실행을 통지한 경우 이 사건과 같이 청산금을 지급할 여지가 없는 때에는 2월의 청산기간이 경과함으로써 청산절차는 종료되고, 이에 따라 채권자는 더 이상의 반대급부의 제공 없이 채무자에 대하여 소유권이전등기청구권 및 목적물 인도청구권을 가진다 할 것임에도 채무자가 소유권이전등기의무 및 목적물 인도의무의 이행을 지연하면서 자신이 담보목적물을 사용·수익할 수 있다고 하는 것은 심히 공평에 반하여 허용될 수 없으므로 이러한 경우 담보목적물에 대한 과실수취권 등을 포함한 사용·수익권은 청산절차의 종료와 함께 채권자에게 귀속된다고 보아야 할 것이다. … 이 사건 건물의 사용·수익권자로서 그 소유권을 취득하기 이전이라도 이 사건 건물을 타에 임대하여 차임을 수령할 권한이 있다 할 것이다."

○ 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다32527 판결; '매매 목적 부동산을 제3자가 점유하고 있어 인도받지 아니한 매수인이 인도소송 제기의 방편으로 미리 소유권이전등기를 경료받았다고 하여도 아직 매매대금을 완급하지 않은 이상 부동산으로부터 발생하는 과실은 매수인이 아니라 매도인에게 귀속되어야 한다.'고 하고, '매도인이 인도를 지체했다 하더라도 대금 전액을 지급받기 전에는 이미 지급받은 일부 대금에 대하여 이자 상당의 손해배상책임을 지지는 않는다.'고 한 예.

3) 항 변

가) 동시이행 항변 등

매도인의 소유권이전등기의무, 인도의무(반환청구권 양도에 의한 간접점유 이전의무와 별도로 현실적 인도의무를 부담하는 경우도 있다[3292])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 매도인으로서는 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 매매예약을 체결한 경우

이나 부당이득 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 채무자위험부담주의[3297]에 따라 채무자는 본래급부의무를 면하고, 채무자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무불이행인 이행불능[3298]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 제538조[3300] 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, 매도인으로서는 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 부당이득의 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 제537조**는 … **채무자위험부담주의**를 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 부당이득 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 임료 상당의 부당이득을 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 과실책임[3301]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. ☛ ❶ 쌍무계약의 위험부담에 관한 채무자주의 원칙의 예외규정인 민법 제538조 제1항에서 '**채권자의 책임 있는 사유**'라고 함은 채권자의 어떤 작위나 부작위가 채무자의 이행의 실현을 방해하고 그 작위나 부작위는 채권자가 이를 피할 수 있었다는 점에서 신의칙상 비난받을 수 있는 경우를 의미하고, '**채권자의 수령지체 중**에 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 신의성실의 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). ❷ 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 소유권이전의무가 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). ❸ 경매로 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 인정[3304]되는 매도인의 담보책임(법이 특별히 인정한 무과실책임)에 기초하여 매수인은 계약의 해제[3305](일반적인 해제와 효과가 동일하고, 해제에 따른 쌍방의 의무는 동시이행관계에 있다[3306])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 출재로 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. ☛ ❶ 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하는 것으로 매매대금의 지급에 갈음하기로 약정한 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 매수인으로서는 매도인에 대하여 민법 제576조 제1항의 담보책임을 면제하여 주었거나 이를 포기한 것으로 봄이 상당하므로, 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무 중 일부만을 인수한 경우 매도인으로서는 자신이 부담하는 피담보채무를 모두 이행한 이상 매수인이 인수한 부분을 이행하지 않음으로써 근저당권이 실행되어 매수인이 취득한 소유권을 잃게 되더라도 민법 제576조 소정의 담보책임을 부담하게 되는 것은 아니다.(2002다11151). ❷ 임대차계약에 기한 임차권을 목적물로 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). ❸ 부동산 매수인이 소유권을 보존하기 위하여 자신의 출재로 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 출재의 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 매수인으로부터 반환받은 사용이익을 궁극적으로 정당한 권리자에게 반환하여야 할 입장이라 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 손해배상의무와 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. ☛ ❶ 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). ❷ 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 목적물이 부족되는 경우와 매매목적물의 일부가 계약당시에 이미 멸실된 경우에 매수인이 그 부족 또는 멸실을 알지 못한 때에 준용한다. ☛ ❶ 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 지정된 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 방법에 지나지 아니한 것이고, 그 최저경매가격을 결정함에 있어 감정인이 단위면적당 가액에 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). ❷ 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).❸ 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). ❹ 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). ❺ 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). ❻ 수량지정매매 매수인의 대금감액청구권의 제척기간 기산점인 '사실을 안 날'은 단순히 권리의 일부가 타인에게 속한 사실을 안 날이 아니라 그

손해배상청구권[3308]과의 상계를 항변으로 주장·증명할 수도 있다.

때문에 매도인이 이를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없게 되었음이 확실하게 된 사실을 안 날을 말한다(99다58136).

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. ☛ ❶ 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 부당이득의 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). ❷ 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 방론(傍論)을 설시하였으나, 이에는 비판적인 견해가 많다. ❸ 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, 매수인으로서는 매도인의 담보책임에 관한 민법 규정을 적용하거나 유추적용하여 담보책임을 물을 수 있는데, 그 담보책임은 매수인이 경매절차 밖에서 별소로써 채무자 또는 채권자를 상대로 추급하는 것이 원칙이지만, 아직 배당이 실시되기 전이라면 매수인은 민사집행법 제96조를 유추적용하여 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 경료됨으로써 일단 취득한 소유권을 상실하게 된 때에도 동일하다(96그64). ❶ 경매의 목적물에 대항력 있는 임대차가 존재하는 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 대항력 있는 임차인에 대한 임대차보증금에 상당하는 경락대금의 전부나 일부를 부당이득하였다고 하여 바로 그 반환을 구할 수는 없다(96다7106). ❺ 선순위 근저당권의 존재로 후순위 임차권이 소멸하는 것으로 알고 부동산을 낙찰받았으나, 그 후 채무자가 후순위 임차권의 대항력을 존속시킬 목적으로 선순위 근저당권의 피담보채무를 모두 변제하고 그 근저당권을 소멸시키고도 이 점에 대하여 낙찰자에게 아무런 고지도 하지 않아 낙찰자가 대항력 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) ❶ 민법 제571조 제1항의 선의의 매도인의 손해배상책임은 '무과실'의 **손해배상책임**이다(92다25946). 타인의 권리를 매매의 목적으로 한 경우에 있어서 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 할 매도인의 의무가 매도인의 귀책사유로 인하여 이행불능이 되었다면, 매수인이 매매계약 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 좇아서 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다(93다37328). 이 경우 '이행불능이 매도인의 귀책사유로 인한 것인가 아닌가의 점은 매수인이 이를 주장 입증하여야 하고, 이행불능이 있었다고 하여 만연이 매도인의 귀책사유로 인한 것이라고 추정을 할 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. ❷ 타인의 권리를 매매한 자가 권리이전을 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 권리[3310]의 경우, 해제 상대방인 매도인이 매수인의 '악의' 또는 '과실'에 대한 주장·증명책임을 부담한다고 봄이 타당하고,[3311] 이는 매도인의 대금청구에 대한 매수인의 해제, 대금감액 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). ❸ 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). ❹ 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, 선의 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 제576조[3315]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 제572조**는 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 제2항**은 매매의 목적인 부동산을 위하여 존재할 지역권이 없는 경우 매도인의 담보책임에 대하여 규정하나, 이는 목적물 용익의 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 제580조**는 매매목적물의 물질적 성상에 흠이 있는 경우에 관한 것으로서 이 사건에서와 같이 매매목적물의 권리상태에 흠이 있는 경우에 쉽사리 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 추급할 수 있다(96그64). 한편, 국세체납에 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, 국세체납절차와 민사집행절차가 별개의 절차로 진행된 결과일 뿐이므로, 공매절차의 매각결정 당시 이미 존재하였던 원인에 의하여 후발적으로 소유권을 취득할 수 없게 되는 경우에 해당하지 아니하고, 이러한 경우에까지 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 없다[3319]). 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 달할 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 발생되는 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 사안에서, 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 것임이 경험칙상 명백한 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·증명책임을 지는 항변 사유에 해당한다[3321])하는 경우, 금전채권의 경우와 달

3319) ○ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다54997 판결; "일반적으로 매매거래에 있어서 매수인은 목적물을 염가로 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 행위하는 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 기망에 해당하여 민법 제110조 제1항에서 정하는 사기가 된다고 쉽사리 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 일방 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 일방 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 임차 또는 매수하여 사용하는 원고들에게 이를 알리지 않은 사안에서, 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 경우에 비로소 고려될 수 있는 것이므로, 피고가 답변서를 제출하지 아니하고 변론기일에 출석하지도 아니하여 그 사건의 원고가 주장하는 소유권이전등기청구권의 요건 사실에 관하여 의제자백의 효과가 발생한 이상 법원으로서는 전부승소의 판결을 할 것이지 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)압류**가 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·정리 ① (가)압류만된 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 일방적으로 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 것이고, 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 일방적으로 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 소유권이전등기의무를 마쳐준 사안에서, 이는 제3채무자인 피고가 (가)압류결정을 무시한 채 담보신탁계약의 해지에 따른 피고의 위탁자에 대한 소유권이전등기의무와 위탁자의 매수인들에 대한 소유권이전등기의무를 단축하여 이행한 것이므로, 원고들에 대한 불법행위책임이 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]

4) 소유권이전등기청구권 보전을 위한 부동산처분금지가처분

부동산에 대한 채무자의 소유권이전, 저당권·전세권·임차권의 설정 그 밖에 일체의 처분행위를 금지하는 부동산처분금지가처분은 그 후 채무자로부터 부동산을 양수한 제3자는 가처분채권자에게 대항할 수 없게 되어 피보전권리의 실현을 위한 소송과 집행절차에서 당사자를 고정시킬 수 있게 된다.

부동산처분금지가처분 등기 후에 가처분채권자가 본안소송에서 승소판결을 받아 확정되면 그 피보전권리[3327]의 범위 내에서 그 가처분에 저촉되는 채무자의 제3자에 대한 처분행위(가처분등기 후에 그 피보전권리를 실현하는 내용의 등기가 마쳐진 경우 그 등기는 유효하다[3328])의 효력을 부정할 수 있고,[3329] 이 때 그 처분행위가 가처분에 저촉되는 것인지의

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."

3327) 토지거래허가구역 내의 토지에 관하여 관할관청의 허가를 받을 것을 전제로 한 매매계약은 법률상 미완성의 법률행위로서 허가받기 전의 상태에서는 아무런 효력이 없어, 그 매수인이 매도인을 상대로 하여 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 이행청구도 할 수 없고 그 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권 또는 토지거래계약에 관한 허가를 받을 것을 조건으로 한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 한 부동산처분금지가처분신청 또한 허용되지 않으며, 가처분결정 후 토지거래계약에 관한 허가를 받았다고 하여 소급적으로 또는 장래에 있어 '피보전권리를 완전히 갖춘 온전한 가처분'과 같은 효력을 가질 수는 없고, 피보전권리가 없음에도 불구하고 그 권리보전이라는 구실 아래 처분금지가처분 결정을 받아 이를 집행한 경우에는 그 가처분 후에 그 가처분에 반하여 한 행위라도 그 행위의 효력은 그 가처분에 의하여 무시될 수 없다(대법원 2010. 8. 26.자 2010마818 결정).

3328) 대법원 1994. 3. 8. 선고 93다42665 판결; "부동산의 전득자(채권자)가 양수인 겸 전매인(채무자)에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양수인을 대위하여 양도인(제3채무자)을 상대로 처분금지가처분결

여부는 그 처분행위에 따른 등기와 가처분등기의 선후에 의하여 정해진다.[3330]

가처분 '취소' 결정의 집행에 의하여 처분금지가처분등기가 '말소'된 경우에는 가처분등기 후 소유권이전등기를 마친 제3자는 처분금지효의 제한을 받지 않고 그 소유권 취득의 효력을 가처분채권자에게 대항할 수 있다.[3331] [3332]

정을 받아 그 등기를 마친 경우 그 가처분은 전득자가 자신의 양수인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양도인이 양수인 이외의 자에게 그 소유권의 이전 등 처분행위를 못하게 하는 데에 그 목적이 있는 것으로서 그 피보전권리는 양수인의 양도인에 대한 소유권이전등기청구권이고, 전득자의 양수인에 대한 소유권이전등기청구권까지 포함되는 것은 아닐 뿐만 아니라 그 가처분결정에서 제3자에 대한 처분을 금지하였다고 하여도 그 제3자 중에는 양수인은 포함되지 아니하며 따라서 그 가처분 이후에 양수인이 양도인으로부터 소유권이전등기를 넘겨 받았고 이에 터잡아 다른 등기가 경료되었다고 하여도 그 각 등기는 위 가처분의 효력에 위배되는 것이 아니다." **[동일 취지]** 갑으로부터 을, 병을 거쳐 부동산을 전득한 정이 그의 병에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 을 및 병을 순차 대위하여 갑을 상대로 처분금지가처분을 한 경우, 그 처분금지가처분은 정의 병에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 병 및 을을 순차 대위하여 갑이 을 이외의 자에게 그 소유권의 이전 등 처분행위를 못하게 하는 데 그 목적이 있는 것으로서, 그 피보전권리는 실질적 가처분채권자인 을의 갑에 대한 소유권이전등기청구권이고 병의 을에 대한 소유권이전등기청구권이나 정의 병에 대한 소유권이전등기청구권까지 포함하는 것은 아니므로, 위 처분금지가처분 이후에 가처분채무자인 갑으로부터 병 앞으로 경료된 소유권이전등기는 비록 그 등기가 가처분채권자인 정에 대하여 소유권이전등기의 무를 부담하고 있는 자에게로의 처분이라 하여도 위 처분금지가처분의 효력에 위배되어 가처분채권자인 정에게 대항할 수 없고, 따라서 정의 말소신청에 따라 처분금지가처분의 본안에 관한 확정판결에 기하여 병 명의의 소유권이전등기를 말소한 것은 적법하다고 한 예(97다47897).

3329) 가처분위반의 처분행위는 가처분채무자와 그 상대방 및 제3자 사이에서는 완전히 유효하고 단지 가처분채권자에게만 대항할 수 없는 상대적 효력을 갖는 데 그친다.

3330) 대법원 2003. 2. 28. 선고 2000다65802, 65819 판결. 가처분등기보다 먼저 등기된 가등기로 본등기가 마쳐진 경우에는 그 본등기가 설사 가처분등기 후에 마쳐졌다 하더라도 가처분채권자에게 대항할 수 있다(가등기의 순위보전적 효력).

3331) 대법원 2017. 10. 19.자 2015마1383 결정; "가처분취소결정의 집행에 의하여 처분금지가처분등기가 말소된 경우 그 효력은 확정적인 것이다. 따라서 처분금지가처분결정에 따른 가처분등기가 마쳐져 있던 상태에서 그 부동산을 양수하여 소유권이전등기를 마친 제3자라 하더라도 위와 같이 가처분등기가 말소된 이후에는 더 이상 처분금지효의 제한을 받지 않고 그 소유권취득의 효력을 가처분 채권자에게 대항할 수 있게 된다. 이러한 경우 가처분 채권자는 더 이상 그 처분금지가처분을 신청할 이익이 없게 된다." ☛ 이 경우, ❶ 제3자는 가처분등기 말소 후에는 아무런 제한을 받지 않고 소유권취득의 효력을 가처분채권자인 원고에게 대항할 수 있으므로, 피고(매도인)의 원고에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 된다(2000다32147). ❷ 제3자 명의의 소유권이전등기 이전에 원고가 처분금지가처분등기를 경료하였음을 이유로 피고의 이행불능항변을 배척하려면 위 처분금지가처분에 대한 이의·취소절차에 따라 가처분등기가 말소되었는지 여부를 나아가 심리하여 보아야 한다(93다60274; 이어서 "가처분등기가 말소되지 않았음이 인정된 연후에야 비로소 피고의 이행불능항변을 배척하였어야 할 것이다."라고 한 부분은 주장·증명책임의 분배 측면에서 적절치 않다). ❸ 가처분취소결정에 대하여 즉시항고가 있는 경우에, 불복의 이유로 주장한 사유가 법률상 정당한 사유가 있다고 인정되고 사실에 대한 소명이 있으며, 그 가처분을 취소함으로 인하여 회복할 수 없는 손해가 생길 위험이 있다는 사정에 대한 소명이 있는 때에는, 법원은 당사자의 신청에 따라 가처분취소결정의 효력을 정지시킬 수 있다(민사집행법 제289조 ①, 제301조). ❶ 가처분취소결정에 대하여 효력정지의 재판을 하기 전에 가처분취소결정의 집행이 마쳐진 경우에는 효력정지의 재판을 할 수 없고, 가처분취소결정의 집행이 마쳐진 후에 이를 간과하고 효력정지의 재판을 받았다고 하더라도 이미 집행된 가처분등기말소 및 그 이후에 이루어진 제3자 명의의 소유권이전등기의 효력에는 아무런 영향을 미치지 못한다(2008마1963).

3332) 소유권이전등기의무의 이행불능 여부와 관련하여, 논리적으로는 "① 제1양수인의 피고에 대한 소유권이전등기청구 → ② 제3자(제2양수인) 명의 소유권이전등기(이행불능 항변) → ③ 제1양수인의 처분금지가처분 등기('이행가능 한 특별한 사정'의 재항변) → ④ 처분금지가처분 '취소'결정에 따른 가처분등기의 말소(재재항변)" 순으로 공격방어가 이루어질 수 있으나, 등기기록 제출 시에 ②, ③이 함께 소송에서 현출될 것이므로 실제 소송에서는 피고가 ④ 사실까지 주장·증명하여야 ②의 이행불능 항변이 유효하게 된다.

가처분채권자가 본안의 승소확정판결을 받고 그 정본을 첨부하여 소유권이전등기신청과 함께 단독으로 그 가처분등기 이후에 마쳐진 제3자 명의 소유권이전등기의 말소신청을 하면 제3자 명의의 소유권이전등기를 말소하고 가처분채권자 앞으로 소유권이전등기를 하게 된다.[3333]

소유권이전청구권가등기 청구채권, 저당권설정등기청구권 등 소유권 외의 권리의 등기청구권을 보전하기 위한 부동산 처분금지가처분도 가능하다.[3334]

5) 예비적 반소

원고(매도인)의 매매계약에 기한 매매대금청구에 대하여, 피고(매수인)가 계약의 무효·취소·해제 등을 주장하면서 청구기각을 구하고 '원고 청구가 인용될 경우'를 대비하여 조건부로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 형태의 '예비적 반소',[3335] [3336] 원고(매

3333) **부동산등기법 제94조(가처분등기 이후의 등기 등의 말소)** ① 「민사집행법」 제305조제3항에 따라 권리의 이전, 말소 또는 설정등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분등기가 된 후 가처분채권자가 가처분채무자를 등기의무자로 하여 권리의 이전, 말소 또는 설정의 등기를 신청하는 경우에는, 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 그 가처분등기 이후에 된 등기로서 가처분채권자의 권리를 침해하는 등기의 말소를 단독으로 신청할 수 있다. ② 등기관이 제1항의 신청에 따라 가처분등기 이후의 등기를 말소할 때에는 직권으로 그 가처분등기도 말소하여야 한다. 가처분등기 이후의 등기가 없는 경우로서 가처분채무자를 등기의무자로 하는 권리의 이전, 말소 또는 설정의 등기만을 할 때에도 또한 같다. ③ 등기관이 제1항의 신청에 따라 가처분등기 이후의 등기를 말소하였을 때에는 지체 없이 그 사실을 말소된 권리의 등기명의인에게 통지하여야 한다.

3334) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015다202360 판결: "저당권설정등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분의 등기가 이미 되어 있는 부동산에 관하여 그 후 소유권이전등기나 처분제한의 등기 등이 이루어지고, 그 뒤 가처분채권자가 본안소송의 승소확정으로 그 피보전권리 실현을 위한 저당권설정등기를 하는 경우에, 가처분등기 후에 이루어진 위와 같은 소유권이전등기나 처분제한의 등기 등 자체가 가처분채권자의 저당권 취득에 장애가 되는 것은 아니어서 그 등기가 말소되지는 않지만, 가처분채권자의 저당권 취득과 저촉되는 범위에서는 가처분등기 후에 등기된 권리의 취득이나 처분의 제한으로 가처분채권자에게 대항할 수 없게 된다. 저당권 등 소유권 외의 권리의 설정등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분의 등기 후 그 피보전권리 실현을 위한 저당권 등의 설정등기를 하는 때에는 가처분등기 후에 등기된 권리의 취득이나 처분의 제한으로 가처분채권자의 저당권 등의 취득에 대항할 수 없다는 점을 표시하기 위하여 그 설정등기가 가처분에 기초한 것이라는 뜻도 함께 등기하게 되어 있고(부동산등기법 제95조 참조), 이와 같이 가처분의 피보전권리 실현을 위한 등기가 되면 가처분은 목적을 달성하여 효력을 잃고 그 가처분등기는 존치할 필요가 없는 것에 불과하게 된다. 따라서 저당권설정등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분의 등기 후 그 피보전권리 실현을 위한 저당권설정등기가 되면, 그 후 가처분등기가 말소되더라도 여전히 가처분등기 후에 등기된 권리의 취득이나 처분의 제한으로 가처분채권자의 저당권 취득에 대항할 수 없다." ☛ 이러한 법리는 소유권이전청구권가등기 청구채권을 보전하기 위한 처분금지가처분의 등기가 마쳐진 부동산에 관하여 그 피보전권리 실현을 위한 가등기와 그에 의한 소유권이전의 본등기가 마쳐진 때에도 마찬가지로 적용되어야 한다(대법원 2022. 6. 30. 선고 2018다276218 판결).

3335) ❶ 매수인의 소유권이전등기청구(본소)가 인용될 것을 조건으로 구하는 매도인의 매매대금청구[2020다34561,34585,34608; 피고들의 각 반소(매매대금청구)는 본소청구(소유권이전등기청구)가 인용될 것을 정지조건으로 심판을 구하는 예비적 반소이고, 본소청구가 각하되거나 취하되면 예비적 반소도 본소와 같이 소멸하는데, 이 사건 본소가 취하된 이상 피고들의 반소 역시 본소와 함께 모두 종료되었으므로, 본소와 반소 모두 소취하로 종료되었음을 선언한 예], ❷ 점유자의 점유권에 기한 인도청구(본소)에 대하여 소유권자가 본소청구 인용에 대비하여 소유권에 기한 인도청구를 하는 경우(대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다202795, 202801 판결)도 동일한 형태의 예비적 반소이다.

3336) ◎ **예비적 반소 관련 판례:** ❶ 본소청구가 인용될 경우를 대비하여 조건부로 반소청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 예비적 반소는 본소청구 기각판결이 확정되면 해제조건의 성취로 인하여 소송의 계속은 소급적으로

도인)의 매매계약에 기한 매매잔대금청구에 대하여, 피고(매수인)가 계약의 무효 등을 주장하면서 청구기각을 구하고 '원고 청구가 배척될 경우'를 대비하여 조건부로 기지급 매매대금의 반환을 구하는 형태의 '예비적 반소'[3337]의 제기가 가능하다.

라. 소비대차

1) 대여 원리금 반환 청구의 요건사실

소비대차계약[3338]에 기한 대여 원리금 반환 청구의 청구원인 사실은 ① '금전 소비대차계약(대여일, 대여금액, 이자, 변제기) 체결 사실',[3339] ② '금전(금융기관 발행 자기앞 수표 포함) 수수(교부, 인도, 지급) 사실', ③ '변제기 도과 사실'이다.

당사자 사이에 위 ② 사실(금전 수수)에 관하여 다툼이 없다고 하더라도, 이를 대여하였다는 원고의 주장에 대하여 피고가 다투는 때에는, 위 ① 사실(소비대차계약 체결)에 대하여 이를 주장하는 원고에게 증명책임이 있다('증여, 변제'라고 다투는 피고의 주장은 상대방 주장과 양립 불가능한 '적극부인, 간접부인'에 해당하고, 상대방 주장과 양립 가능한 '항변'이 아니다).[3340] 제1심

소멸한다. 이러한 예비적 반소는 소송이 재판에 의하지 않고 끝난 경우에 해당하므로 당시의 소송계속 법원은 본안재판에서 반소비용에 관하여 판단할 필요가 없고, 이에 대하여 판단하였더라도 아무런 효력이 없다. 따라서 예비적 반소가 소급적으로 소멸한 경우 당사자는 소송비용 부담의 재판 및 확정절차를 통해서만 예비적 반소의 소송비용을 상환받을 수 있고, 그 소송비용은 소취하의 경우와 마찬가지로 패소한 당사자에 준하여 피고가 부담하는 것이 원칙이다. 예비적 반소를 제기한 피고가 본안소송에 관하여 소송비용액 확정을 신청한 경우 법원은 본소의 소송비용에 대해서만 소송비용액을 확정하면 충분하고, 이 경우 소송비용에 산입되는 변호사보수의 기준이 되는 소송목적의 값은 예비적 반소를 고려함이 없이 본소의 소가만을 기준으로 산정하여야 한다(2017마6406). ❷ 제1심이 원고의 본소청구를 배척한 경우 피고의 예비적 반소는 제1심의 심판대상이 될 수 없고, 이와 같이 심판대상이 될 수 없는 소에 대하여 제1심이 판단하였다고 하더라도 그 효력은 없으므로, 피고가 제1심에서 각하된 반소에 대하여 항소를 하지 아니하였다는 사유만으로 예비적 반소가 항소심의 심판대상으로 될 수 없는 것은 아니고, 따라서 항소심이 원고의 항소를 받아들여 원고의 본소청구를 인용하는 경우 피고의 예비적 반소청구를 심판대상으로 삼아 이를 판단하여야 한다(2006다19061,19078).

3337) 본안판결의 취소·변경을 조건으로 하는 가지급물 반환신청도 동일한 형태의 예비적 반소이다(2011다25145).

3338) **민법 제598조(소비대차의 의의)** 소비대차는 당사자 일방이 금전 기타 대체물의 소유권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방은 그와 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.
민법 제603조(반환시기) ① 차주는 약정시기에 차용물과 같은 종류, 품질 및 수량의 물건을 반환하여야 한다. ② 반환시기의 약정이 없는 때에는 대주는 상당한 기간을 정하여 반환을 최고하여야 한다. 그러나 차주는 언제든지 반환할 수 있다.

3339) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2015다73098 판결; "민법상 소비대차는 당사자 일방이 금전 기타 대체물의 소유권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방은 그와 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 이른바 낙성계약이므로, 차주가 현실로 금전 등을 수수하거나 현실의 수수가 있은 것과 같은 경제적 이익을 취득하여야만 소비대차가 성립하는 것은 아니다. 반대로 당사자 일방이 상대방에게 현실로 금전 기타 대체물의 소유권을 상대방에게 이전하였다고 하더라도 상대방이 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 약정한 경우가 아니라면 이들 사이의 법률행위를 소비대차라 할 수 없다."

3340) ○ 대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결; "당사자 사이에 금전을 주고받았다는 사실에 관하여 다툼이 없다고 하더라도 이를 대여하였다는 원고의 주장에 대하여 피고가 다투는 때에는 대여사실에 대하여 이를 주장하는 원고에게 증명책임이 있다." ☜ 원심이, 원고가 피고에게 7회에 걸쳐 합계 7,200만 원을 송금한 사실이 인정되나 원고 제출 증거만으로는 원고가 피고에게 위 7,200만 원을 대여하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 한 것은 정당하다고 한 예.
○ 대법원 1972. 12. 12. 선고 72다221 판결; "원고가 피고에게 174만 원을 교부한 사실에 관하여는 당사자

에서 원고 청구가 인용되고 기록이 폐기된 후에 추완항소가 제기된 사정만으로 대여사실에 대한 증명책임이 전환되지 않는다(다만, 원고에게 충분한 증명의 기회가 주어져야 한다).[3341]

실무상으로는 ①, ② 사실을 합하여 '원고는 (언제) 피고에게 금 O원을 이자 O%, 변제기 O로 정하여 "대여"한 사실'이라는 식으로 기재하는 것이 일반적이다.

금전소비대차계약이 성립된 이후에 '차주의 신용불안이나 재산상태의 현저한 변경'이 생겨 장차 대주의 대여금반환청구권 행사가 위태롭게 되는 등 '사정변경'이 생기고 이로 인하여 당초의 계약내용에 따른 대여의무를 이행케 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우에 대주는 '대여의무의 이행을 거절'할 수 있다.[3342]

2) 이자 청구의 요건사실

위 ① 중 '이자' 약정 사실은 이자 청구의 요건사실이다. 이자 약정이 없더라도, '대주가 상인인 사실'을 주장·증명하면 연 6%에 의한 이자를 청구할 수 있다.[3343]

이자 산정의 기초가 되는 원금, 이율, 기간(대여 당일, 반환 당일에도 이자나 지연손해금이 발생한다[3344]) 중 어느 하나라도 원고가 구하는 범위를 넘어서 인용하면 처분권주의에 위배

사이에 다툼이 없고 원고는 위 금원의 수수관계는 소비대차로서 … 대여하였다고 주장하고, 피고는 위 금원은 당초 피고가 일본국에서 위 금원에 해당하는 일화를 원고에게 교부하고 한국에 나와서 이를 변제받는데 불과하다 하여 원고의 주장을 적극적으로 부인하였는바, 원 판결은 피고의 위 적극적 부인 사실을 인정할 아무런 입증이 없으므로 받아드릴 수 없다고 판시하였을 뿐이고, 이 금원 수수가 소비대차라는 원고 주장사실을 증거에 의하여 인정함이 없이 특단의 사정이 없는 한 피고는 원고에게 174만 원 … 을 지급할 의무가 있다고 판단하였음은 … 잘못"

3341) 대법원 2019. 7. 25. 선고 2018다42538 판결; **원심**이, 원고의 대여금 청구를 인용한 제1심을 유지하고 피고의 추완항소를 기각하면서 '제1심 소송기록은 제1심판결이 확정된 후 기록보존기간이 지나 폐기되어 원고가 제출하여 조사된 증거들은 현재 현출할 수 없게 되었다. 이 사건은 소액사건으로 제1심판결에 이유마저 기재되지 않았는데, 이러한 경우 제1심판결에서 인정한 사실은 적법하게 인정한 것으로 추정된다.'라고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "금전을 대여하였다는 원고의 주장에 대하여 피고가 다투고 있으므로, 대여사실을 주장하는 원고에게 증명책임이 있다. 제1심에서 원고의 청구가 인용되고 기록이 폐기된 후에 추완항소가 제기되었다는 사정만으로 위와 같은 증명책임이 전환된다고 볼 수는 없다."라고 판단한 예.

3342) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2017다224302 판결; 시공자가 재개발조합에 사업추진경비나 조합운영비를 대여하더라도 장차 대여금반환청구권을 행사하는 것이 위태롭게 되는 등의 사정변경이 발생하였다 하여 대여의무의 이행을 거절할 수 있다고 한 예.

3343) 이자의 약정이 없더라도, '상인이 그 영업에 관하여 금전을 대여한 경우'에는 상사법정이율인 연 6%의 법정이자를 청구할 수 있는데(상법 제55조 제1항, 제54조), 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되고(상법 제47조 제2항), 영업을 위하여 하는 행위라 함은 직접적으로 영업을 위한 행위뿐만 아니라 영업과 관련이 있는 모든 행위를 의미하기 때문이다. 2010. 5. 14. 법률 제10281호로 개정되어 2010. 11. 15. 시행되기 전의 구 상법 제55조 제1항은, "상인 간에서 금전의 소비대차를 한 때에는 대주는 법정이자를 청구할 수 있다."라고 규정하였으므로, '대주와 차주가 모두 대차 당시 상인인 사실'을 주장·증명하여야 상사법정이율인 연 6%에 의한 이자를 청구할 수 있었다.

3344) 대법원 2003. 5. 16. 선고 2002다65745 판결; 상호신용금고가 대출일에 대출금을 금융기관 발행 자기앞수표로 교부한 경우, 거래통념상 자기앞수표는 현금과 다름없이 취급되는 것이므로 자기앞수표의 교부로서 대출은 실행되어 당연히 약정이자가 발생되고, 그 후 상호신용금고에 의하여 위 수표에 대한 피사취신고가 있었다고 하더라도 이는 원래 의미로서의 수표의 지급위탁 취소가 아니라 단지 사고신고에 불과한 것이어서 수표금 상당의 대출에 대한 이자발생을 부정할 수는 없다고 하면서, '대출 당일'부터 차용인의 수표 '반환 시'까지 이자발생을 인정한 예. ☞ 민법 제600조(이자계산의 시기) 이자있는 소비대차는 차주가 목적물의 '인도를 받은

된다.[3345]

'약정이율'에 의한 이자나 지연손해금 지급 청구에는 '법정이율'에 의한 지급 청구가 포함되어 있으므로, 대여금에 대한 이자 지급 약정이 인정되지 않는다 하더라도 곧바로 이자나 지연손해금 지급 청구를 배척할 것이 아니라 법정이율에 의한 청구에 대해서 판단해야 한다.[3346]

현저하게 고율인 이자 약정은 민법 제103조에 의해 무효가 될 수 있으나,[3347] 현재는 금전대차의 경우에 이자제한법에 의해 최고이자율의 제한이 있고(지연손해금 약정,[3348] 복리약정[3349]에도 적용된다),[3350] '대부업 등의 등록 및 금융이용자보호에 관한 법률'(이하, '대부업

때'로부터 이자를 계산하여야 하며 차주가 그 책임 있는 사유로 수령을 지체할 때에는 대주가 이행을 제공한 때로부터 이자를 계산하여야 한다.

3345) **처분권주의 위배** 사례; 1억 원 및 이에 대한 2009. 4. 19.부터 다 갚는 날까지 연 30%의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 구하였는데, 76,288,906원 및 이에 대한 2008. 11. 1.부터 다 갚는 날까지 연 30%의 비율에 의한 금원의 지급을 명한 경우(2012다55198), '소장 송달 다음날부터 완제일까지 연 25%의 비율에 의한 지연손해금'을 청구함에 대하여 '대여일부터 완제일까지 연 25%의 약정이자 및 지연손해금'의 지급을 명한 경우(88다카19231), '1972. 6. 29.부터 완제일까지 연 5푼'의 금원을 청구함에 대하여 '1973. 4. 20.부터 연 6푼'의 금원 지급을 명한 경우(74다418).

3346) 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006다73072 판결; "상인 간에서 금전소비대차가 있었음을 주장하면서 약정이자의 지급을 구하는 청구에는 약정 이자율이 인정되지 않더라도 상법 소정의 법정이자의 지급을 구하는 취지가 포함되어 있다고 보아야 할 것이다." ☜ 원고회사의 피고회사에 대한 대여금채권에 대하여 연 10%의 비율에 의한 약정이자 및 지연손해금의 지급을 구하는 원고의 청구에 대하여, **원심**이, 이자 지급약정이 체결되었음을 인정할 증거가 없다는 이유로 이를 배척하고, 다만 소장 송달 다음날 이후의 지연손해금 청구만을 인용한 것은 위법하다고 한 예.

3347) 대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원합의체 판결의 다수의견; "금전 소비대차계약과 함께 이자의 약정을 하는 경우, 양쪽 당사자 사이의 경제력의 차이로 인하여 그 이율이 당시의 경제적·사회적 여건에 비추어 사회통념상 허용되는 한도를 초과하여 현저하게 고율로 정하여졌다면, 그와 같이 허용할 수 있는 한도를 초과하는 부분의 이자 약정은 대주가 그의 우월한 지위를 이용하여 부당한 이득을 얻고 차주에게는 과도한 반대급부 또는 기타의 부당한 부담을 지우는 것이므로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효라 할 것이다. … 불법의 원인이 수익자인 대주에게만 있거나 또는 적어도 대주의 불법성이 차주의 불법성에 비하여 현저히 크다고 할 것이어서 차주는 그 이자의 반환을 청구할 수 있다고 봄이 상당하다."

3348) 대법원 1984. 3. 13. 선고 83누720 판결; "이자제한법 소정의 제한이율을 초과하는 부분의 이자, 손해금에 관한 약정은 무효이므로 그 약정에 의하여 이자손해금은 발생할 여지가 없고"

3349) 이자제한법 제5조(복리약정제한) 이자에 대하여 다시 이자를 지급하기로 하는 복리약정은 제2조제1항에서 정한 최고이자율을 초과하는 부분에 해당하는 금액에 대하여는 무효로 한다.

3350) 2007. 3. 29. 법률 제8322호로 제정되어 2007. 6. 30.부터 시행된 이자제한법 제2조 제1항은 "금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 40퍼센트를 초과하지 아니하는 범위 안에서 대통령령으로 정한다.", 제3항은 "계약상의 이자로서 제1항에서 정한 최고이자율을 초과하는 부분은 무효로 한다.", 부칙 제2항은 "이 법 시행 전에 성립한 대차관계에 관한 계약상의 이자율에 관하여도 이 법 시행일 이후부터는 이 법에 따라 이자율을 계산한다."라고, 2007. 6. 28. 대통령령 제20118호로 제정되어 2007. 6. 30.부터 시행된 '이자제한법 제2조 제1항의 최고이자율에 관한 규정'은 "이자제한법 제2조 제1항에 따른 금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 30퍼센트로 한다."라고 각 규정하였고, 2011. 7. 25. 법률 제10925호로 개정되어 2011. 10. 26.부터 시행된 이자제한법 제2조 제1항은 "금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 30퍼센트를 초과하지 아니하는 범위 안에서 대통령령으로 정한다.", 부칙 제2항은 "이 법 시행 전에 성립한 대차관계에 관한 계약상의 이자율에 관하여도 이 법 시행일 이후부터는 이 법에 따라 이자율을 계산한다."라고 각 규정하고, 위 대통령령은 개정됨이 없이 그대로였다가, 2014. 1. 14. 법률 제12227호로 개정되어 2014. 7. 15. 시행된 이자제한법 제2조 제1항은 "금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 25퍼센트를 초과하지 아니하는 범위 안에서 대통령령으로 정한다.", 부칙 제2조는 "제2조제1항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 계약을 체결하거나 갱신하

법'이라 한다)이 대부업자의 이율 및 여신금융기관의 연체이자율을 제한하고 있으므로,[3351] 이자약정에 민법 제103조가 적용될 여지는 없다. 대부계약의 이자율 상한에 관한 규정은 특별한 사정이 없는 한 대부계약에 따른 채권이나 채권자의 지위가 양도되거나 신탁되는 경우에도 적용된다.[3352]

대주인 원고가 금전대차계약에 기하여 대여원리금의 반환을 구하는 경우, 추가적인 요건사실의 주장 없이 청구원인 사실 자체만 보더라도 바로 이자제한법이 적용될 수 있으므로, 이자제한법 소정의 최고이자율 초과 이자 부분은 무효라는 당사자의 법률상 주장이 없더라도 법원으로서는 당연히 직권으로 최고이자율 범위 내의 이자 부분만을 인용하여야 한다. 판례도 같은 취지이다.[3353]

대주인 원고가 대부업법을 적용하여 이자제한법 소정의 최고이자율을 초과하는 이자를 청구하기 위해서는, 대주가 '금전의 대부 또는 대부채권매입추심을 업으로 하는 자', 차주가 '개인 또는 중소기업기본법상 소기업 법인'이라는 추가적인 청구원인 요건사실의 주장·증명이 필요하다.

는 분부터 적용한다."라고, 2014. 6. 11. 대통령령 25376호로 개정되어 2014. 7. 15.부터 시행된 '이자제한법 제2조제1항의 최고이자율에 관한 규정'은 "이자제한법 제2조 제1항에 따른 금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 25퍼센트로 한다.", "이 영은 이 영 시행 후 최초로 계약을 체결하거나 갱신하는 분부터 적용한다."라고 각 규정하였고, 2017. 11. 7. 대통령령 제28413호로 개정되어 2018. 2. 8. 시행된 위 대통령령은 최고이자율을 "연 24퍼센트"로, 2021. 4. 6. 대통령령 제31593호로 개정되어 2021. 7. 7. 시행된 위 대통령령은 최고이자율을 "연 20퍼센트"로 각 개정하였다.

3351) 같은 법 시행령 제5조 등에 따라 제한이율은 연 66%(영 제17765호 2002. 10. 28. 제정, 시행) → 연 49%(영 제20313호 2007. 10. 4. 개정, 시행) → 연 44%(영 제22298호 2010. 7. 21. 개정, 시행) → 연 39%(영 제22991호 2011. 6. 27. 개정, 시행) → 연 34.9%(영 제25293호 2014. 4. 1. 개정, 다음날 시행 ~ 2014. 1. 1. 개정 법률 제12156호 부칙 제2조 제1항에 의하여 2015. 12. 31.까지 유효) → 제한이율 무(2016. 1. 1. ~ 2016. 3. 2.) → 연 27.9%(2016. 3. 3. 법률 제14072호로 개정·시행된 법 제8조 제1항, 부칙 제5조) → 연 24%(영 제28420호 2017. 11. 7. 개정, 2018. 2. 8. 시행) → 연 20%(영 제31613호 2021. 4. 6. 개정, 2021. 7. 7. 시행)로 변천하였다.

3352) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2020다271322 판결.

3353) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008다37742 판결은, "**직권으로 본다**"는 제하의 항목에서 "(이자제한법 제5조, 부칙 제2항, '이자제한법 제2조 제1항의 최고이자율에 관한 규정')에 의하면, 복리약정은 연 30퍼센트를 초과하는 부분에 한하여 무효라 할 것이고, 그러한 복리약정이 이자제한법 시행 전에 체결된 것인 때에는 이자제한법이 시행된 2007. 6. 30.부터 그 초과 부분은 무효로 된다"라고 한 다음, "원고와 피고 사이의 1995. 7. 15.자 소비대차계약은 원고가 피고로부터 30억 원을 차용하면서 이에 대하여 연 14.5%의 이율로 6개월마다 복리로 계산한 이자를 지급하기로 한 것으로서 복리약정에 해당함이 분명한바, 그렇다면 원심으로서는 원금 30억 원에 대하여 연 14.5%의 이율로 6개월마다 복리에 의한 이자를 계산해 본 다음, 그와 같이 계산한 1년간의 이자가 이자제한법이 시행된 2007. 6. 30. 이전에 제한최고이율인 연 30%를 초과하고 있다면 그 시행일인 2007. 6. 30.부터, 이자제한법 시행 이후에 연 30%를 초과하고 있다면 그때부터 원금 30억 원에 대한 이자제한법 초과 이자 부분에 관하여는 이를 무효라고 판단하였어야 할 것이다(한편, 원고는 원심 변론종결 후에 제출한 2008. 3. 18.자 참고준비서면에서 이 사건 복리약정이 이자제한법에 위반된다고 주장하였다). 그럼에도 불구하고, 원심은 원고의 피고에 대한 이자채무의 범위를 판단함에 있어 위와 같은 조치까지 나아가지 아니한 채 이자제한법이 시행된 2007. 6. 30. 이후에도 36억 2,200만 원에 대하여 연 14.5%의 이율로 6개월마다 복리로 계산한 이자채무가 남아 있다고 판단하고 말았으니, 원심판결에는 이자제한법상 복리약정의 제한에 관한 법리를 오해한 위법이 있다"라고 판시하였다.

3) 선이자 공제의 경우

선이자를 사전 공제한 경우에(간주이자[3354]를 대여금에서 미리 공제하는 것도 선이자의 공제에 해당한다[3355]) 그 공제액이 채무자가 실제 수령한 금액을 원본으로 하여 최고이자율에 따라 계산한 금액을 초과하는 때에는 그 초과 부분은 원본에 충당한 것으로 보는데(이자제한법 제3조, 대부업법 제8조 ④ ⑤), 사전 공제한 선이자가 제한이자율을 초과하는지 여부는 그 선이자 공제액을 제외하고 채무자가 실제로 받은 금액을 기초로 하여 선이자 공제기간에 대한 제한이자율에 따른 이자를 기준으로 그 초과 여부를 판단하여야 하고, '(선이자 기간 도과 시점 잔존) 대여원금 = 실제 교부액 + 실제 교부액 × 제한이율 × 선이자공제기간'의 산식이 된다.[3356] [3357]

3354) ◎ **간주이자**

이자제한법 제4조(간주이자) ① 예금, 할인금, 수수료, 공제금, 체당금, 그 밖의 명칭에도 불구하고 금전의 대차와 관련하여 채권자가 받은 것은 이를 이자로 본다. ② 채무자가 금전대차와 관련하여 금전지급의무를 부담하기로 약정하는 경우 의무 발생의 원인 및 근거법령, 의무의 내용, 거래상 일반원칙 등에 비추어 그 의무가 원래 채권자가 부담하여야 할 성질인 때에는 이를 이자로 본다.

대부업법 제8조 ② 제1항에 따른 이자율을 산정할 때 사례금, 할인금, 수수료, 공제금, 연체이자, 체당금 등 그 명칭이 무엇이든 대부와 관련하여 대부업자가 받는 것은 모두 이자로 본다. 다만, 해당 거래의 체결과 변제에 관한 부대비용으로서 대통령령으로 정한 사항은 그러하지 아니하다.

판례상 간주이자의 예로는, 중개수수료, 공증료(2014다24785,24792,24808), 중도상환수수료(2010도11258), 신용조사료, 공증료, 대출취급수수료(대법원 2023. 6. 15. 선고 2022다211959 판결) 등이 있다.

채권자가 채무자로부터 징수한 돈을 나중에 채무자에게 반환하기로 약정하였다 하더라도, 그 반환 조건이나 시기, 채권자의 의사나 행태 등 제반 사정에 비추어 볼 때 그 약정이 제한 이자율을 회피하기 위한 형식적인 것에 불과하고 실제로는 반환의사가 없거나 반환이 사실상 불가능 또는 현저히 곤란한 것으로 인정될 경우에는 그 징수한 돈은 실질적으로 채권자에게 귀속된 이자로 보아야 한다(2014도8289 판결). 대부업자가 대부계약의 채무자 외의 자와 별도로 체결한 약정에 따라 받은 것도 간주이자에 해당할 수 있다(대법원 2024. 1. 25. 선고 2022다229615 판결; 원고가 피고 2 회사에 대출하면서 그 1인 주주 겸 대표자인 피고 1로부터 취득한 피고 2 발행 주식에 대한 매매예약 완결권, 피고 2와의 금융자문계약에 따른 수수료가 간주이자에 해당하고, 원고가 위 예약완결권을 제외하고도 대부업법에 따라 받을 수 있는 이자 또는 간주이자를 초과하여 금전을 수취한 이상, 위 주식매매예약은 무효이고 원고는 그 이행이나 위약벌의 지급을 구할 수 없다고 한 예).

3355) 대법원 2023. 11. 16. 선고 2023다266390 판결.

3356) ○ 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012다55198 판결; 원고가 2008. 8. 18. 피고의 연대보증하에 주채무자에게 1억 원을 이자는 월 10%, 변제기는 2008. 10. 17.로 정하여 대여하기로 약정하고, 2008. 8. 19. 1개월분의 선이자로 1,000만 원을 공제한 9,000만 원을 교부한 **사안**에서, 선이자로 사전공제한 1,000만 원 중에서 원고가 실제 수령한 9,000만 원에 대하여 이자제한법상 최고이자율인 연 30%의 비율에 의한 1개월분의 이자 225만 원(= 9,000만 × 0.3 × 1/12)은 이자에 충당되고, 이를 초과하는 775만 원(=1,000만-225만)은 원본인 1억 원에 충당되므로, 피고는 남은 대여원금 9,225만 원(=1억 원-775만 원) 및 이에 대하여 첫 번째 이자지급기일의 다음 날인 2008. 9. 18.부터 다 갚는 날까지 연 30%의 비율에 의한 약정이자를 지급할 의무가 있다고 한 예.

○ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다24785, 24792, 24808 판결; "선이자가 공제된 경우에 구 대부업법에서 정하는 제한이자율을 초과하는지 여부는 그 선이자 공제액을 제외하고 채무자가 실제로 받은 금액을 기초로 하여 대부일부터 변제기까지의 기간에 대한 제한이자율에 따른 이자를 기준으로, 선이자 공제액(채무자가 변제기까지 실제 지급한 이자가 있다면 이를 포함한다)이 그것을 초과하는지에 따라 판단하여야 하고, 그와 같은 판단의 결과 초과하는 부분이 있다면 그 초과 부분은 구 대부업법 제8조 제4항에 따라 당사자 사이에서 약정된 선이자 공제 전의 대부원금에 충당되어 그 충당 후의 나머지가 채무자가 변제기에 갚아야 할 대부원금이 된다."

☜ 원고가 2010. 5. 19. 피고로부터 90,000,000원을 변제기 2010. 8. 18., 이자 연 36%, 지연손해금 연 49%로 정하여 차용하면서, 소외인들에게 중개수수료 7,600,000원, 공증료 1,000,000원 합계 8,600,000원을 지급하였고, 원고는 피고에게 변제기 전인 2010. 6. 18.과 2010. 7. 20. 각 2,700,000원 합계 5,400,000원

선이자의 이자율이 제한이자율을 초과하지 아니하는 경우에는, 그 선이자 공제는 당사자가 약정한 이자의 지급으로서 유효하고, 선이자 공제 전의 당사자 사이에서 약정된 대여원금이 채무자가 변제기에 갚아야 할 대여원금이 된다.[3358]

을, 변제기 후인 2010. 12. 13. 5,000,000원, 2010. 12. 23. 4,000,000원을 각 지급하였으며, 2012. 1. 11. 피고를 피공탁자로 하여 65,500,000원을 변제공탁하였는데, 피고가 위 공탁금을 출급한 사안에서, **원심**이, 중개수수료, 공증료 합계 8,600,000원이 간주이자에 해당하지 않는다는 전제 아래 판단한 데 대하여, **대법원**은, '위 8,600,000원은 간주이자로서 선이자로 사전에 공제된 것이고, 81,400,000원(90,000,000원-8,600,000원)이 원고가 실제로 받은 금액이라고 할 것인데, 이를 기초로 하여 대부일인 2010. 5. 19.부터 변제기인 2010. 8. 18.까지의 기간에 대한 구 대부업법에서 정하는 연 49%의 제한이자율에 따른 이자는 9,971,500원(81,400,000원×연 49%×3/12)인 반면, 8,600,000원이 선이자로 사전 공제된 외에 그 변제기 전에 합계 5,400,000원이 지급되었으므로, 4,028,500원(선이자 8,600,000원+변제기 전 이자 5,400,000원-제한이율이자 9,971,500원)이 제한이자율 초과 부분이 되고, 4,028,500원은 원고와 피고 사이에서 약정된 선이자 공제 전의 대부원금 90,000,000원에 충당되어 85,971,500원(90,000,000원-4,028,500원)이 변제기인 2010. 8. 18.에 원고가 갚아야 할 대부원금이 되고, 그 후의 변제금은 원금 85,971,500원 및 이에 대한 2010. 8. 19.부터의 지연손해금에 지연손해금, 원금 순으로 변제충당된다'고 판시한 예. 결국, 변제기의 (잔존) **대**여원금 = 실제 교부액+실제 교부액×제한이율×선이자공제기간(= 대부기간)-변제기 전 지급 이자'의 산식이 된다.

○ 대법원 2012. 3. 15. 선고 2010도11258 판결: "대부업자가 선이자를 사전에 공제한 후 대부하였는데 선이자 산정의 대상기간 또는 약정 대부기간이 도과하기 전에 중도에 대부원금이 상환된 경우 **대**부업자가 사전에 공제한 선이자가 구 대부업법 소정의 제한이자율을 초과하는지 여부는, 그 선이자 공제액을 제외하고 채무자가 실제로 받은 금액을 원본으로 하여 대부일부터 실제 변제일까지의 기간에 대한 제한이자율 소정의 이자를 기준으로 그 초과 여부를 판단하여야 하고, 이러한 법리는 금융이용자가 약정 변제기 전에 대부금을 변제하는 경우 그로 인한 대부업자의 손해배상 명목으로 중도상환수수료를 지급하기로 하는 약정이 있는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다. 결국 구 대부업법이 적용되는 대부에 있어서는, 중도상환수수료를 포함하여 그 명목이나 명칭에 불구하고 대부업자가 받은 일체의 금원 중 그 시행령 제5조 제4항에 열거된 비용을 제외한 금원을 모두 이자로 보아, 그 금액이 실제 대부기간에 대한 제한이자율 소정의 이율을 초과하게 되면 구 대부업법 제8조 제1항을 위반한 죄에 해당하게 된다."

3357) 1998. 1. 13. 법률 제5507호로 폐지된 구 이자제한법에는 '최고이자율 초과 지급 이자의 원본 충당' 규정이 없었고, 판례(93다23459 판결 등)는 "이자제한법의 제한을 초과하는 이자를 선이자로 공제한 경우에 그 제한 초과부분은 무효이므로 채무자는 실지로 교부받은 대여금액에다가 이 금액에 대한 변제기까지의 위 법 제한범위 내의 이자액을 합산한 금액만을 변제기일에 대여원금으로서 변제할 의무가 있고 이 금액과 약정대여원금액과의 차액부분에 대한 소비대차는 무효라고 보아야 한다."라고 판시하여, '실제 교부액+실제 교부액×제한이율×선이자공제기간'을 '대여원금'으로 보았다. 예컨대, 원고가 피고에게 1,000,000원을 이자 월 4푼, 기간은 2개월로 정하여 대여하기로 하고 1개월분의 선이자조로 40,000원을 공제한 960,000원을 교부한 경우에, 대여 원금은 980,000원(960,000+960,000×당시 제한이율 0.25×1/12)이라고 하였다(80다2694 참조). 결론적으로는 현행 이자제한법과 동일하다.

3358) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다56245, 56252 판결: 대부업자 원고가 2005. 1. 17. 피고에게 10,000,000원을 기간 6개월, 이자는 최초 3개월간은 월 3%, 그 후부터는 월 4%(단 3회 이상 체납 시에는 그 전월 2개월분 이자부터 1% 가산 적용)로 정하여 대부하면서 선이자 300,000원, 수수료 500,000원, 금융알선료 500,000원을 공제한 나머지 8,700,000원을 지급한 **사안**에서, **원심**이, 금융알선료 500,000원을 제외한 선이자 300,000원, 수수료 500,000원 합계 800,000원만이 간주이자에 해당하고, 대부업법상 제한이율을 초과하지 아니하는지를 가리지 아니한 채 약정원본 10,000,000원에서 위 800,000원을 공제한 9,200,000원이 바로 대부원금이 된다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 선이자 300,000원, 수수료 500,000원, 금융알선료 500,000원 합계 1,300,000원 모두 간주이자에 해당하고, 공제된 선이자 1,300,000원은 피고가 실제로 지급받은 8,700,000원을 기초로 대부업법상 제한이율 연 66%에 대부기간 등을 감안하여 산출한 제한이자를 초과하지 아니하므로, 무효로 되는 이자계약 부분이 없으며, 이에 따라 피고가 원고에게 변제기에 갚아야 할 대부원금은 당사자 사이의 약정원본인 10,000,000원이라고 한 예.

4) 변제기의 도과

목적물을 일정 기간 차주에게 이용하게 하는 이른바 대차형 계약에 해당하는 소비대차계약에서 '변제기' 약정은 그 계약의 불가결한 요소이지, 법률행위의 부관이 아니므로, 소비대차계약의 성립을 위해서는 그것이 확정기한이든, 불확정기한이든 아니면 기한의 약정이 없든 간에 변제기에 관한 주장·증명이 있어야 하고, 대여 원금의 반환을 위해서는 ③ '변제기 도과 사실'이 주장·증명되어야 한다(변제기 또는 이행기한에 관하여는 앞서 본 '총칙-조건과 기한' 부분 참조).

확정기한이 도래한 경우라면 이는 역수상 분명할 것이므로 결국 앞서 본 ①, ② 요건사실의 주장·증명으로 족하나, 확정기한이 도래하지 않은 경우라면 '차주가 기한의 이익을 상실한 사실', 즉, '민법 제388조 소정의 사유 발생 사실' 또는 '기한이익 상실 특약의 존재 사실+그 특약상 사유의 발생 사실+형성권적 기한이익 상실 특약의 경우 기한의 이익을 상실시키는 의사표시 및 그 도달 사실'을 주장·증명하여야 한다. 불확정기한의 경우라면, '그 기한을 정하는 사실이 발생한 사실'이나 '그 기한을 정하는 사실의 발생이 불가능하게 된 사실'(또는 일정한 경우에는 '합리적인 기간 내에 발생하지 않은 사실'[3359])을 주장·증명하여야 한다. 반환시기의 약정이 없는 경우에 관하여는, 견해의 대립이 있다.[3360]

3359) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결.

3360) 68다2313 판결, 63다131 판결은, 민법 제603조 규정을 차주의 이익을 보호하기 위하여 차주에게 항변권을 부여한 것에 불과한 것으로 보고 있어, 상당한 기간을 정한 최고는 대주가 반환청구권을 행사하는 데 필요한 요건은 아니고, 대주의 반환청구권은 계약의 성립과 동시에 변제기에 도달하며, 차주의 항변이 없는 한 차주는 청구를 받은 때부터 지체에 빠지는 것으로 이해된다(장성원, "대여금 청구사건에서 변제기의 입증책임", 사법연수원논문집(제1집), 사법연수원(2004), 77면). 위 판례들을 근거로 '판례는 소비대차의 경우 시기(始期)에 관하여 항변설의 입장을 따르고 있다'고 보는 견해도 있으나(민법주해 총칙(3), 1992, 320면 이하(민형기 집필); 정갑주, "조건과 기한의 증명책임", 민사증거법(하), 재판자료 제26집, 52면), 위 판례들은 소비대차계약의 변제기에 관한 것일 뿐이지, 정지기한이나 매매계약의 이행기 등 모든 기한에 위 판례들의 입장을 확장, 적용할 것은 아니다.
한편, 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다17364 판결은, 민법 제603조가 계속적 계약에 관한 민법의 규정들인 민법 제613조(사용대차), 제635조(임대차), 제660조(고용), 제689조(위임), 제699조(임치) 등과 동일하게 존속기간의 약정이 없는 경우 당사자는 언제라도 일정한 유예기간을 두고 계약을 해지할 수 있도록 한 규정으로 보고 있는바, 이는 기한의 정함이 없는 소비대차에서 상당한 기간을 정한 최고는 차주의 반환의무의 이행기를 도래시킴과 동시에 차주의 이행지체를 발생시키는 요건으로 해석할 여지가 있는 것이다. 2016마899 결정도, "차용금 채무는 기한의 정함이 없는 채무로서 위와 같은 채권자들의 최고와 상당한 기간의 경과로 그 변제기가 도래하였다(민법 제387조 제2항, 제603조 제2항 참조)고 볼 여지가 없지 아니하다."라고 판시하여, 같은 취지이다.
임대차 등 다른 계속적 계약과 비교해 볼 때 후자의 입장이 타당하다. 대주의 반환 최고는 한편으로는 소비대차 관계를 종료시키는 의미, 즉 해지의 의미를 가짐과 아울러, 다른 한편으로는 상당한 기간의 경과로 해지의 효과가 발생하는 그 시점에 행하여져야 한다는 이행청구로서의 의미를 아울러 가진다(민법주해 채권(2), 1995, 105면 이하(양창수 집필)).
기한의 정함이 없는 소비대차에서 '상당한 기간을 정한 최고+그 기간의 도과'를 반환청구권 발생의 권리근거 사실로 봄이 옳다 하겠으나, 소장 송달로써 최고가 이루어지는 경우 소송 진행 중 상당한 기간이 경과함이 명백할 것이므로 논의의 실익이 없고, 제소 전 사적인 최고가 있었는지 문제되는 경우에는 논의의 실익이 있다. 연대채무의 경우 연대채무자 1인에 대한 이행청구는 다른 연대채무자에 대하여도 효력이 미친다(민법 제416조).

5) 지연손해금 청구의 요건사실

지연손해금도 함께 청구하는 경우 '① 원본채권의 발생+② 변제기 및 그 도과+③ 손해의 발생과 그 범위'를 주장·증명하여야 하는데, 불확정 기한의 경우 '차주인 피고가 불확정 기한의 도래를 안 사실'을 추가로 주장·증명하여야 하는 것[3361] 외에는 이미 위 ①, ② 요건사실이 원본 반환의 청구원인 사실에 포함되어 있고, 위 ③의 요건사실도 '법정이율이나 약정이율에 의한 지연손해금'을 구하는 경우에는 추가적인 주장·증명이 불필요하며, 다만 '지연손해금률에 관한 약정'이 있는 경우에는 그 약정을 추가로 주장·증명하면 될 것이다.[3362]

6) 청구의 병합

대여 원금 반환 청구와 이자 청구, 지연손해금 청구는 각각 별개의 소송물이고, 함께 청구하는 경우 단순병합 관계에 있다. 대여금 반환 청구와 불법행위(사기)에 따른 손해배상 청구는 선택적 병합 관계에 있고,[3363] 소비대차계약이 유효함을 전제로 한 대여금 반환 청구와 소비대차계약이 무효인 때를 대비한 부당이득반환청구는 예비적 병합 관계에 있다. 이자제한법상 최고이율을 초과한 이자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상 청구권이 인정되고, 이는 부당이득반환청구권과 서로 별개의 청구권(청구권 경합, 선택적 병합 관계)이다.[3364] 대여금 반환 청구와 투자금반환청구 또는 정산금청구도 서로 소송물을

3361) 원본반환채무의 이행기는 불확정기한이 도래한 때이나, 그 지체책임은 이행기가 도과한 때부터가 아니라 채무자가 그 기한의 도래를 안 때로부터 발생한다(민법 제387조 참조).

3362) '약정이율'에 따른 '이자'의 지급을 구하는 경우, 변제기 이후의 기간에 대해서는 '약정이율'에 따른 '지연손해금'을 구하는 것으로 보아야 하고, 약정이율이 인정되지 않는다면 '법정이율'에 의한 지연손해금을 구하는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 있다(대법원 2017. 9. 26. 선고 2017다22407 판결). 지연손해금률에 관하여 별도의 약정이 있으면 설사 그것('약정 지연손해금률')이 법정이율보다 낮다 하더라도 그에 따라야 하지만, '약정이율에 의한 지연손해금'의 경우 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 약정이율에 의하지 아니하고 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다50509 판결).

3363) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결; 원고가 피고에게 주위적으로 대여를 주장하며 그 지급을 구하고 예비적으로 불법행위(사기)를 원인으로 한 손해배상을 구한 데 대하여, 제1심이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하여, 피고만이 항소하자, 원심은, 피고만이 항소한 이상 심판대상은 예비적 청구 부분에 한정된다고 전제한 다음, 피고의 불법행위가 인정되지 않는다는 이유로 피고의 항소를 받아들여 예비적 청구마저 기각하였으나, 대법원은, "병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심 법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서는 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다."라고 한 다음, 위 주위적 청구와 예비적 청구는 그 명칭에도 불구하고 실질적으로는 선택적 병합 관계에 있으므로, 원심으로서는 피고가 항소의 대상으로 삼은 예비적 청구만을 심판대상으로 삼을 것이 아니라 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하였어야 한다고 직권으로 판단한 예. ☛ 이는 '합리적인 필요성'이 있는 경우에는 '부진정 예비적 청구병합'을 허용한 종전 판례(2001다17633, 2002다23598, 98다17145 등)와 일부 상치되는 것이다.

3364) 대법원 2021. 2. 25. 선고 2020다230239 판결; "금전을 대여한 채권자가 고의 또는 과실로 이자제한법을 위반하여 최고이자율을 초과하는 이자를 받아 채무자에게 손해를 입힌 경우에는 특별한 사정이 없는 한 민법

달리하는 별개의 청구이다.[3365]

원금 청구에 관하여 원고 청구기각의 패소 확정판결이 있은 후 원고가 지연손해금 청구를 한 경우, 그 중 확정판결의 사실심 변론종결 다음 날부터의 지연손해금 청구 부분은 그 선결문제로서 확정판결에 저촉되는 원금에 관한 피고의 지급의무의 존재를 주장하게 되어 논리상 확정판결의 기판력의 효과를 받게 되는 것이나, 변론종결 당일까지 지연손해금 청구 부분은 확정판결의 기판력의 효과를 받지 않는다.[3366]

7) 준소비대차

준소비대차계약[3367]에 기한 대여 원리금 반환 청구의 청구원인 사실은 ① '구채무의 발생 원인 사실', ② '준소비대차계약 체결 사실(구채무의 목적물을 소비대차의 목적물로 할 것을 약정하고 그 변제기를 정한 사실)', ③ '변제기 도과 사실'이다. 위 ① 요건에 관하여는,

---

제750조에 따라 불법행위가 성립한다고 보아야 한다. 최고이자율을 초과하여 지급된 이자는 이자제한법 제2조 제4항에 따라 원본에 충당되므로, 이와 같이 충당하여 원본이 소멸하고도 남아 있는 초과 지급액은 이자제한법 위반 행위로 인한 손해라고 볼 수 있다. 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 별개의 청구권으로서, 제한 초과이자에 대하여 부당이득반환청구권이 있다고 해서 그것만으로 불법행위의 성립이 방해되지 않는다. 나아가 채권자와 공동으로 위와 같은 이자제한법 위반 행위를 하였거나 이에 가담한 사람도 민법 제760조에 따라 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다." ☜ 대부업 등록을 마친 대부업자인 피고가 금전거래를 중개하는 과정에서 대주인 소외인의 이자제한법 위반 행위에 적극 가담하였다고 보아, 피고는 공동불법행위자로서 원고가 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 판단한 예.

3365) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2013다10482 판결; 원고가 피고에게 대여금의 반환을 청구하면서, 그 돈이 투자금은 아니라고 일관되게 주장하고 있음에도, 원심이, '원고가 대여금이라고 주장하면서 그 지급을 구하고 있으나, 그 실질은 대여금이든 투자금이든 명칭에 불구하고 피고로부터 지급받아야 할 돈이 남아있다고 주장하는 것으로 이해하여야 한다.'면서, 원고가 피고에게 3,372만 원을 투자금으로 지급하였는데 그 후 피고가 원고에게 2,070만 원을 지급하는 것으로 정산하기로 한 사실을 알 수 있으므로, 피고는 2,070만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단한 것은, 원고가 신청하지 아니한 사항에 대하여 판결한 것으로서 처분권주의를 위반한 것이라고 한 사례.

3366) 대법원 1976. 12. 14. 선고 76다1488 판결; "원고는 피고를 상대로 이건 청구원인과 동일한 사실을 청구원인으로 하고 880,000원의 지급을 구하는 소를 … 제기하였으나 1974. 10. 8. 이유 없다고 청구기각이 되어 동 원고패소의 판결은 그 시경 확정된 사실을 엿볼 수 있음이 명백하다. 그런데 이건 청구는 880,000원과 이에 대한 1974. 5. 2부터 완제일까지 연 5푼의 비율에 의한 금원의 지급을 구하고 있는 바이므로 위 880,000원 청구 부분은 위 확정판결의 기판력에 저촉됨이 명백하나, … 1974. 5. 2.부터 완제일까지 연 5푼의 비율에 의한 금원의 지급을 구하는 부분은 위 880,000원에 대한 피고의 지급의무를 전제로 하고 그에 대한 이행지연으로 인한 손해배상청구임이 명백하고, 한편 확정판결의 기판력은 사실심의 최종변론종결 당시의 권리관계를 확정하는 것이므로 그 중 위 확정판결의 사실심의 변론종결 시 후의 부분은 그 선결문제로서 위 880,000원에 대한 피고의 지급의무의 존재를 주장하게 되어 논리상 위 확정판결의 기판력의 효과를 받게 되는 것이라고 할 것이나, 그 외의 부분(변론종결 당시까지의 분)의 청구는 위 확정판결의 기판력의 효과를 받을 리가 없게 된다고 할 것이므로 막연히 위 지연손해금청구 전부를 위 확정판결의 기판력에 저촉된다고 논단할 수 없는 것이라고 할 것이다. … 위 확정판결은 … 원고가 피고를 상대로 위 880,000원의 지급을 구하였다가 이유 없다고 하여 청구기각의 원고패소의 판결임이 명백하므로 원고의 이건 청구 중 동 확정판결의 기판력에 저촉되는 부분에 대하여도 위 확정판결과 모순 없는 판단을 함으로써 동 청구를 배척(기각)하는 것은 물라도 그것이 단지 권리보호의 필요가 없어서 부적법하다고 하고(소권의 남용이라고 인정되는 경우는 별문제이다) 소를 각하할 것은 아니라고 할 것이다."

3367) **민법 제605조(준소비대차)** 당사자 쌍방이 소비대차에 의하지 아니하고 금전 기타의 대체물을 지급할 의무가 있는 경우에 당사자가 그 목적물을 소비대차의 목적으로 할 것을 약정한 때에는 소비대차의 효력이 생긴다. ☛ 구채무가 소비대차인 경우에도 성립한다(94다8440).

준소비대차의 효력을 다투는 피고가 '구채무의 부존재'에 대한 주장증명책임을 진다는 견해도 있으나,[3368] 민법 제605조의 규정 형식, 소비대차의 '금전 교부'에 대응하는 요건인 점 등에 비추어 준소비대차의 효과를 주장하는 원고가 '구채무의 발생 원인 사실'에 대한 주장증명책임을 진다고 봄이 옳다.[3369]

기존 채권·채무의 당사자가 그 목적물을 소비대차의 목적으로 할 것을 약정한 경우, 경개인지 준소비대차인지 당사자의 의사가 명백하지 않을 때에는 일반적으로 준소비대차로 보아야 한다.[3370] '대환'은 준소비대차에 해당한다.[3371]

가압류 채권에 대한 준소비대차의 경우, 채무자와 제3채무자 사이에서는 준소비대차가 유효하나, 채무자와 제3채무자는 준소비대차의 성립을 가압류채권자에게 주장할 수 없다(다만, 가압류채권자는 신의칙에 반하지 않는 한 그 효력을 긍정할 수도 있다).[3372]

3368) 일본 최고재판소 1968(昭和 43). 2. 16. 판결.

3369) 대법원 2024. 4. 25. 선고 2022다254024 판결: "준소비대차계약이 성립하려면 당사자 사이에 금전 기타의 대체물의 급부를 목적으로 하는 기존 채무가 존재하여야 하고, 기존 채무가 존재하지 않거나 또는 존재하고 있더라도 그것이 무효가 된 때에는 준소비대차계약은 효력이 없다. 준소비대차계약의 채무자가 기존 채무의 부존재를 주장하는 이상 채권자로서는 기존 채무의 존재를 증명할 책임이 있는데, 원고가 제출한 증거들을 종합하여 보더라도 … 준소비대차계약의 기존 채무로 존재하였음을 인정하기 어렵다." **[동일취지]** ① 2001다2846; "준소비대차는 … 기존 채무의 당사자가 그 채무의 목적물을 소비대차의 목적물로 한다는 합의를 할 것을 요건으로 하므로 준소비대차계약의 당사자는 기초가 되는 기존 채무의 당사자이어야 한다." ② 98다17046; "제한초과의 이자에 대하여 준소비대차계약 또는 경개계약을 체결하더라도 그 초과 부분에 대하여는 효력이 생기지 아니하므로, 그 동안의 금전거래를 이자제한법의 제한이율 범위 내에서 정산하여 보지 아니한 채 … 근저당권의 피담보채무액을 확정할 수 없다."

3370) ❶ 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다31803, 31810 판결: "준소비대차는 당사자 쌍방이 소비대차에 의하지 아니하고 금전 기타의 대체물을 지급할 의무가 있는 경우에 당사자가 그 목적물을 소비대차의 목적으로 할 것을 약정한 때에 성립하는 것으로서, 기존채무를 소멸케 하고 신채무를 성립시키는 계약인 점에 있어서는 경개와 동일하지만 경개에 있어서는 기존채무와 신채무 사이에 동일성이 없는 반면, 준소비대차에 있어서는 원칙적으로 동일성이 인정된다는 점에 차이가 있고, 기존채권, 채무의 당사자가 그 목적물을 소비대차의 목적으로 할 것을 약정한 경우 그 약정을 경개로 볼 것인가 또는 준소비대차로 볼 것인가는 일차적으로 당사자의 의사에 의하여 결정되고, 만약 당사자의 의사가 명백하지 않을 때에는 특별한 사정이 없는 한 동일성을 상실함으로써 채권자가 담보를 잃고 채무자가 항변권을 잃게 되는 것과 같이 스스로 불이익을 초래하는 의사를 표시하였다고는 볼 수 없으므로 일반적으로 준소비대차로 보아야 하지만, 신채무의 성질이 소비대차가 아니거나 기존채무와 동일성이 없는 경우에는 준소비대차로 볼 수 없다." ㅁ 채권자가 채무자 발행의 전환사채를 인수하고 채무자는 그 인수대금으로 채권자에 대한 기존의 대출금채무를 변제한 경우 전환사채와 기존의 대출금채권 사이에 동일성을 인정할 수 없다고 한 사례. ❷ 대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다47175 판결: "경개에 있어서는 기존채무와 신채무 사이에 동일성이 없는 반면, 준소비대차에 있어서는 원칙적으로 동일성이 인정된다는 점에서 차이가 있는 것인바, 이때 신채무와 기존채무의 소멸은 서로 조건을 이루어, 기존채무가 부존재하거나 무효인 경우에는 신채무는 성립하지 않고 신채무가 무효이거나 취소된 때에는 기존채무는 소멸하지 않았던 것이 되는 것이고, 기존채무와 신채무의 동일성이란 기존채무에 동반한 담보권, 항변권 등이 당사자의 의사나 그 계약의 성질에 반하지 않는 한 신채무에도 그대로 존속한다는 의미라고 할 것이다."

3371) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011다76426 판결: "현실적인 자금의 수수 없이 형식적으로만 신규 대출을 하여 기존 채무를 변제하는 이른바 대환은 특별한 사정이 없는 한 형식적으로는 별도의 대출에 해당하나 실질적으로는 기존 채무의 변제기 연장에 불과하므로, 그 법률적 성질은 기존 채무가 여전히 동일성을 유지한 채 존속하는 준소비대차로 보아야 하고, 이러한 경우 채권자와 보증인 사이에 사전에 신규 대출 형식에 의한 대환을 하는 경우 보증책임을 면하기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 기존 채무에 대한 보증책임이 존속된다."

3372) 즉, ① 기존채무에 대하여 채권가압류가 마쳐진 후 채무자와 제3채무자 사이에 준소비대차 약정이 체결된 경우, 준소비대차 약정은 가압류된 채권을 소멸하게 하는 것으로서 채권가압류의 효력에 반하므로, 가압류의 처분제

마. 임 대 차

1) 임대차 목적물의 반환청구

가) 청구원인사실

(1) 임대차계약상 의무

임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 것으로서(민법 제618조 참조), 임대인이 그 목적물에 대한 소유권 기타 이를 임대할 권한이 없다고 하더라도 임대차계약은 유효하게 성립한다.

따라서 임대인은 임차인으로 하여금 그 목적물을 완전하게 사용·수익하게 할 의무[3373]가 있고, 또한 임차인은 이러한 임대인의 의무가 이행불능으로 되지 아니하는 한 그 사용·수익의 대가로 차임을 지급할 의무가 있으며, 그 임대차관계가 종료되면 임차인은 임차목적물을 '원상회복'하여 임대인에게 '반환'하여야 할 '계약상의 의무'가 있다.[3374]

(2) 목적물 반환 청구

임대인 측의 임대차계약에 기초한 목적물 반환 청구[3375]의 청구원인 사실은 ①

한의 효력에 따라 채무자와 제3채무자는 준소비대차의 성립을 가압류채권자에게 주장할 수 없고, 다만 채무자와 제3채무자 사이에서는 준소비대차가 유효하다. ② 가압류채무자가 가압류에 반하는 처분행위를 한 경우 그 처분의 유효를 가압류채권자에게 주장할 수 없지만, 이러한 가압류의 처분제한의 효력은 가압류채권자의 이익보호를 위하여 인정되는 것이므로 가압류채권자는 그 처분행위의 효력을 긍정할 수도 있다. ③ 준소비대차에 관한 법리에 비추어 신채권의 성립은 기존채권의 소멸을 전제로 하는 것으로서, 두 채권이 법적 평가에서 완전히 동일한 채권이라고 할 수는 없다고 하더라도 적어도 같은 당사자와의 관계에서 두 채권이 동시에 양립할 수는 없는바, 가압류채권자가 이미 위 준소비대차가 기존채권에 대한 자신의 가압류의 효력에 반하는 것으로 '가압류채권자에 대한 관계에서는 무효'임을 전제로 하여 신채권이 공제되지 않은 기존채권 전액에 대한 추심을 마친 경우, 가압류채권자가 이번에는 위 준소비대차가 채무자와 제3채무자 사이에서는 유효하므로 '가압류채권자에 대한 관계에서도 유효'함을 전제로 하여 신채권에 대한 추심을 주장하는 것은 금반언 내지 신의칙에 반하여 원칙적으로 허용될 수 없다(대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다47175 판결).

3373) **민법 제623조(임대인의 의무)** 임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 계약존속 중 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담한다.
○ 임대인은 임차인이 목적물을 사용·수익할 수 있도록 목적물을 임차인에게 인도하여야 한다. 임차인이 계약에 의하여 정하여진 목적에 따라 사용·수익하는 데 하자가 있는 목적물인 경우 임대인은 하자를 제거한 다음 임차인에게 하자 없는 목적물을 인도할 의무가 있다. 임대인이 임차인에게 그와 같은 하자를 제거하지 아니하고 목적물을 인도하였다면 사후에라도 위 하자를 제거하여 임차인이 목적물을 사용·수익하는 데 아무런 장해가 없도록 해야만 한다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2021다202309 판결).
○ 임대차계약에 있어서 임대인은 임대차 목적물을, 계약 존속 중 그 사용·수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무(**임대인의 수선의무**)를 부담하는 것이므로, 목적물에 파손 또는 장해가 생긴 경우 그것이 임차인이 별 비용을 들이지 아니하고도 손쉽게 고칠 수 있을 정도의 사소한 것이어서 임차인의 사용·수익을 방해할 정도의 것이 아니라면 임대인은 수선의무를 부담하지 않지만, 그것을 수선하지 아니하면 임차인이 계약에 의하여 정하여진 목적에 따라 사용·수익할 수 없는 상태로 될 정도의 것이라면, 임대인은 그 수선의무를 부담한다 할 것이고, 이는 자신에게 귀책사유가 있는 임대차 목적물의 훼손의 경우에는 물론 자신에게 귀책사유가 없는 훼손의 경우에도 마찬가지이다(2009다96984). 임대인이 하자 발생 사실을 몰랐다거나 반대로 임차인이 이를 알거나 알 수 있었다고 하더라도 마찬가지이다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2021다202309 판결).

3374) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다38325 판결.

'임대차계약(계약일자, 목적물, 보증금액, 차임, 기간) 체결 사실', ② '임대차 목적물의 인도 사실', ③ '임대차 종료 사실'이고, 소유권에 기한 인도 청구와 달리, 임대차 목적물에 대한 '임대인의 소유' 및 '임차인의 점유' 사실은 요건사실이 아니며, 임대차계약종료로 인한 원상회복으로서 임차물의 반환을 구하는 경우 임차목적물을 직접점유하지 않다는 이유로 그 반환을 거부할 수는 없다(반환의무 이행불능의 항변으로 다툴 수는 있다).[3376]

(가) 임대차기간과 그 만료

위 ①의 요건 중 임대차기간(또는 반환시기의 약정)은 대차형 계약인 임대차계약에서 계약의 불가결한 요소이지 법률행위의 부관이 아니므로, 임대차계약의 성립을 위해서는 그것이 확정기한이든, 불확정기한이든 아니면 기한의 약정이 없든 간에 임대차기간에 관한 주장·증명이 있어야 한다. 확정기한의 경우 그 만료는 역수상 분명할 것이다.

당사자들이 자유로운 의사에 따라 '임대차기간'을 '영구'로 정한 약정은 이를 무효로 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 계약자유의 원칙에 의하여 허용된다.[3377]

주택임대차보호법이 적용되는 '주거용 건물(= 주택)' 임대차의 경우,[3378] 기간을 정하지

3375) 소송물은 '임대차계약 (종료)에 기초한 목적물 반환 청구권'이고 이는 '소유권에 기초한 목적물 반환 청구권'과는 별개의 소송물이지만, 각각의 '임대차계약 종료원인'은 공격방어방법의 차이에 지나지 않고 각각 별개의 소송물을 구성하는 것은 아니다(일원설). 대법원 1993. 4. 27. 선고 93다1688 판결('별개의 독립한 공격방어방법' 판시 부분), 대법원 1989. 2. 28. 선고 87다카823, 824 판결('선택적 주장' 판시 부분)은 같은 취지이다.

3376) 대법원 1991. 4. 23. 선고 90다19695 판결. 임차인이 직접점유와 간접점유를 모두 상실하고 점유를 회수할 가능성이 없는 경우에는 임차인의 목적물반환의무가 이행불능으로 소멸하였다는 '이행불능의 항변'이 성립될 여지가 있다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다5813 판결). 한편, 불법점유를 이유로 하여 그 인도를 청구하려면 현실적으로 그 목적물을 점유하고 있는 자를 상대로 하여야 하고 불법점유자라 하여도 그 물건을 다른 사람에게 인도하여 현실적으로 점유를 하고 있지 않은 이상, 그 자를 상대로 한 인도 청구는 부당하다(대법원 1999. 7. 9. 선고 98다9045 판결 등).

3377) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2023다209045 판결; "민법 제619조에서 처분능력, 권한 없는 자의 단기임대차의 경우에만 임대차기간의 최장기를 제한하는 규정만 있을 뿐, 민법상 임대차기간이 영구인 임대차계약의 체결을 불허하는 규정은 없다. … 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익의 권능을 대세적으로 포기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않으나, 특정인에 대한 관계에서 채권적으로 사용·수익권을 포기하는 것까지 금지되는 것은 아니다. 따라서 임대차기간이 영구인 임대차계약을 인정할 실제의 필요성도 있고, 이러한 임대차계약을 인정한다고 하더라도 사정변경에 의한 차임증감청구권이나 계약 해지 등으로 당사자들의 이해관계를 조정할 수 있는 방법이 있을 뿐만 아니라, 임차인에 대한 관계에서만 사용·수익권이 제한되는 외에 임대인의 소유권을 전면적으로 제한하는 것도 아닌 점 등에 비추어 보면, 당사자들이 자유로운 의사에 따라 임대차기간을 영구로 정한 약정은 이를 무효로 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 계약자유의 원칙에 의하여 허용된다고 보아야 한다. … 영구임대라는 취지는, 임대인이 차임지급 지체 등 임차인의 귀책사유로 인한 채무불이행이 없는 한 임차인이 임대차관계의 유지를 원하는 동안 임대차계약이 존속되도록 이를 보장하여 주는 의미로, 위와 같은 임대차기간의 보장은 임대인에게는 의무가 되나 임차인에게는 권리의 성격을 갖는 것이므로 임차인으로서는 언제라도 그 권리를 포기할 수 있고, 그렇게 되면 임대차계약은 임차인에게 기간의 정함이 없는 임대차가 된다."

3378) ◎ **주택임대차보호법의 적용 범위**
○ 법 규정; 같은 법 제2조(적용 범위) 이 법은 주거용 건물(이하 "주택"이라 한다)의 전부 또는 일부의 임대차에 관하여 적용한다. 그 임차주택의 일부가 주거 외의 목적으로 사용되는 경우에도 또한 같다.
○ '주거용 건물'의 임대차라 함은 임차목적물 중 건물의 용도가 점포나 사무실 등이 아닌 주거용인 경우의 임대차를 뜻하는 것일 뿐이고, 같은 법의 적용 대상을 대지를 제외한 건물에만 한정하는 취지는 아니다(96다

아니하거나 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 보되, 임차인은 2년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있도록 규정하고 있다(같은 법 제4조 제1항).

상가건물 임대차보호법이 적용되는 같은 법 제2조[3379] 제1항 소정의 '대통령령으로 정하는 보증금액[3380] [3381] 이하인 상가건물(= 제3조 제1항에 따른 사업자등록의 대상이 되는 건물)

7595 판결). '주거용 건물'에 해당하는지 여부는, 임대차목적물의 공부상의 표시만을 기준으로 할 것이 아니라 그 실지용도에 따라서 정하여야 하고 건물의 일부가 임대차의 목적이 되어 주거용과 비주거용으로 겸용되는 경우에는 구체적인 경우에 따라 그 임대차의 목적, 전체 건물과 임대차목적물의 구조와 형태 및 임차인의 임대차목적물의 이용관계 그리고 임차인이 그곳에서 일상생활을 영위하는지 여부 등을 아울러 고려하여 합목적적으로 결정하여야 한다. 【긍정례】① 94다52522 판결: 건물이 공부상으로는 단층 작업소 및 근린생활시설로 표시되어 있으나 실제로 甲은 주거 및 인쇄소 경영 목적으로, 乙은 주거 및 슈퍼마켓 경영 목적으로 임차하여 가족들과 함께 입주하여 그곳에서 일상생활을 영위하는 한편 인쇄소 또는 슈퍼마켓을 경영하고 있으며, 甲의 경우는 주거용으로 사용되는 부분이 비주거용으로 사용되는 부분보다 넓고, 乙의 경우는 비주거용으로 사용되는 부분이 더 넓기는 하지만 주거용으로 사용되는 부분도 상당한 면적이고, 위 각 부분이 甲·乙의 유일한 주거인 경우 주거용 건물로 인정한 사례, ② 96다5971 판결: 전체 건물 중 1층인 임대차목적물이 공부상 소매점으로 표시되어 있으나, 건축 당시부터 그 면적의 절반 정도가 방(2칸)으로, 나머지 절반 정도가 소매점 등 영업소를 하기 위한 홀(Hall)로 건축되어 있었고, 그러한 상태에서 임차인이 가족들과 함께 거주하면서 음식점을 영업하여 온 사실 등을 인정하여, 주거용건물에 해당한다고 판단한 사례. ⇔【부정례】95다51953 판결: 다방영업장 약 21평, 주방 약 3평, 약 2 내지 3평 가량의 방 2개.

○ 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(매매계약의 이행으로 매매목적물을 인도받은 매수인(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다38908, 38915 판결), 명의신탁자(98다49753 판결), 부동산담보신탁계약의 위탁자가 수탁자 동의 없이 임대차계약을 체결하였으나 그 후 수탁자로부터 소유권을 회복한 경우(대법원 2019. 3. 28. 선고 2018다44879, 44886 판결) 등). 경매절차에서 '매각대금을 납부하지 아니한 최고가매수신고인'은 적법한 임대권한이 없다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012다93794 판결; 최고가매수신고인으로부터 임차하여 주택을 인도받고 전입신고 및 확정일자를 갖추었더라도, 그 다음 날 최고가매수신고인이 매각대금을 완납하고 근저당권설정등기를 해 준 경우, 임차인은 근저당권자에게 우선하지 못한다고 한 사례).

○ 미등기 또는 무허가 건물도 적용대상이 된다(대법원 2007. 6. 21. 선고 2004다26133 전원합의체 판결).

3379) 상가건물 **임대차보호법 제2조(적용범위)**

① 이 법은 상가건물(제3조제1항에 따른 사업자등록의 대상이 되는 건물을 말한다)의 임대차(임대차 목적물의 주된 부분을 영업용으로 사용하는 경우를 포함한다)에 대하여 적용한다. 다만, 대통령령으로 정하는 보증금액을 초과하는 임대차에 대하여는 그러하지 아니하다.

② 제1항 단서에 따른 보증금액을 정할 때에는 해당 지역의 경제 여건 및 임대차 목적물의 규모 등을 고려하여 지역별로 구분하여 규정하되, 보증금 외에 차임이 있는 경우에는 그 차임액에 「은행법」에 따른 은행의 대출금리 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 비율을 곱하여 환산한 금액을 포함하여야 한다.

③ 제1항 단서에도 불구하고 제3조, 제10조 제1항, 제2항, 제3항 본문, 제10조의2부터 제10조의8까지의 규정 및 제19조는 제1항 단서에 따른 보증금액을 초과하는 임대차에 대하여도 적용한다. ☜ 제10조(계약갱신 요구 등) 제1항, 제2항, 제3항 본문, 제10조의2(계약갱신의 특례)는 2013. 8. 13.부터, 제3조(대항력), 제10조의3부터 제10조의7(권리금), 제10조의8(차임연체와 해지), 제19조(표준계약서의 작성 등)는 2015. 5. 13.부터 시행.

3380) **상가건물 임대차보호법 시행령 제2조(적용범위)**

① 「상가건물 임대차보호법」(이하 "법"이라 한다) 제2조 제1항 단서에서 "**대통령령으로 정하는 보증금액**"이란 다음 각호의 구분에 의한 금액을 말한다. 〈개정 2013.12.30, 2018.1.26, 2019.4.2〉

1. 서울특별시: 9억 원
2. 「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역(서울특별시는 제외한다) 및 부산광역시: 6억 9천만 원
3. 광역시(「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군지역, 부산광역시는 제외한다), 세종특별자치시, 파주시, 화성시, 안산시, 용인시, 김포시 및 광주시: 5억 4천만 원
4. 그 밖의 지역: 3억 7천만 원

② 법 제2조 제2항의 규정에 의하여 보증금 외에 차임이 있는 경우의 차임액은 월 단위의 차임액으로 한다.

③ 법 제2조제 2항에서 "대통령령으로 정하는 비율"이라 함은 1분의 100을 말한다. 〈개정 2010. 7. 21〉

의 임대차(임대차 목적물의 주된 부분을 영업용으로 사용하는 경우 포함)'의 경우,[3382] 기간을 정하지 아니하거나 기간을 1년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 1년으로 보되, 임차인은 1년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있도록 규정하고 있다(같은 법 제9조 제1항).

(나) 해지로 인한 종료

위 ③의 요건은, 그 종료 원인이 해지인 경우에는 해지권의 근거 내지 발생원인, 해지 의사표시[3383] 및 그 도달 사실 등이 요건사실이 된다.

3381) 상가건물 임대차보호법 제14조의 '우선변제를 받을 임차인의 범위'에 관한 판례는, "임차인이 수 개의 구분점포를 동일한 임대인으로부터 임차하여 하나의 사업장으로 사용하면서 단일한 영업을 하는 경우 등과 같이, 임차인과 임대인 사이에 구분점포 각각에 대하여 별도의 임대차관계가 성립한 것이 아니라 일괄하여 단일한 임대차관계가 성립한 것으로 볼 수 있는 때에는, 비록 구분점포 각각에 대하여 별개의 임대차계약서가 작성되어 있더라도 그 구분점포 전부에 관하여 상가건물 임대차보호법 제2조 제2항의 규정에 따라 환산한 보증금액의 합산액을 기준으로 … 우선변제를 받을 임차인의 범위를 판단하여야 한다."고 한다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다27152 판결).

3382) ◎ **'상가건물 임대차'의 해당 여부**
대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다40967 판결: "상가건물 임대차보호법이 적용되는 상가건물의 임대차는 사업자등록의 대상이 되는 건물로서 임대차 목적물인 건물을 영리를 목적으로 하는 영업용으로 사용하는 임대차를 가리킨다고 볼 것이다. 그리고 상가건물 임대차보호법이 적용되는 상가건물에 해당하는지 여부는 공부상의 표시가 아닌 건물의 현황·용도 등에 비추어 영업용으로 사용하느냐에 따라 실질적으로 판단하여야 하고, 단순히 상품의 보관·제조·가공 등 사실행위만이 이루어지는 공장·창고 등은 영업용으로 사용하는 경우라고 할 수 없으나 그곳에서 그러한 사실행위와 더불어 영리를 목적으로 하는 활동이 함께 이루어진다면 상가건물 임대차보호법의 적용대상인 상가건물에 해당한다고 할 것이다." ☜ 임차인이 상가건물의 일부를 임차하여 도금작업을 하면서 임차 부분에 인접한 컨테이너 박스에서 도금작업의 주문을 받고 완성된 도금제품을 고객에 인도하여 수수료를 받는 등 영업활동을 해 온 사안에서, 임차 부분과 이에 인접한 컨테이너 박스는 일체로서 도금작업과 더불어 영업활동을 하는 하나의 사업장이므로 위 임차 부분은 상가건물 임대차보호법이 적용되는 상가건물에 해당한다고 보아야 하는데도, 그와 같은 사정은 고려하지 않고 임차의 주된 부분이 영업용이 아닌 사실행위가 이루어지는 공장으로서 상가건물 임대차보호법의 적용대상이 아니라고 본 원심판단에는 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

3383) ○ **해지의 의사표시**는 묵시적으로 할 수도 있는바, 법정 혹은 약정해지사유가 발생한 경우에 당사자가 경매신청 등 계약의 해지를 전제로 하는 행위 또는 기존 계약관계를 유지할 의사가 없음을 파악할 수 있는 어떤 외부적, 객관적 행위를 하고, 그에 따라 법원에 의하여 경매개시결정이 상대방에게 송달되는 등 상대방도 그와 같은 사정 때문에 계약이 종료됨을 객관적으로 인식할 수 있었던 경우라면, 그로써 계약해지의 효과는 발생한다. 따라서 건물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차에서 차임을 담보할 목적으로 그 건물에 대한 근저당권을 설정받은 임대인이 차임 연체를 이유로 근저당권을 실행하여 임의경매를 신청하였다면 이는 묵시적 임대차계약 해지의 의사표시라 볼 수 있으므로, 법원의 경매개시결정이 임차인에게 송달된 때에 위 임대차는 종료되었다고 볼 수 있다(2006다62492,62508).
○ 임대차계약을 체결하면서, '임대차계약은 임차인이 임차보증금을 완급한 때부터 효력이 생기고, 그 때부터 한 달 이내에 임차인이 임차부분에 입점하지 아니하면 자동적으로 해지된다.'고 약정하였는데, 그 후 임차인이 위 기한 내에 입점하지 않았다면 해지의 의사표시를 요하지 않고 그 불이행 자체로써 위 임대차계약은 그 일자에 자동적으로 해지된 것으로 보아야 할 것이지만, 임대차계약이 자동해지된 후에도 계약당사자들이 계약이 유효함을 전제로 한 논의를 하였음은 물론 임대인은 해지에 따른 법률효과를 주장하지 아니한 채 임차인에게 계약 내용에 따른 이행을 촉구하였다면, 계약당사자들 사이에 자동해지 조항의 효력을 상실시키고 자동해지된 계약을 다시 부활시키는 약정이 있었다고 해석할 수 있다(2000다5336,5343).
○ 임대차기간 중의 해제·해지 의사표시에 어떤 절차가 요구되거나 제한이 따른다 하여 기간 만료에 의한 임대차계약의 종료 시에도 당연히 그와 같은 제한이 적용된다고 확대해석해서는 안 된다(2014다14115).
○ 여러 사람이 공동임대인으로서 임차인과 사이에 하나의 임대차계약을 체결한 경우, 공동임대인 전원의 해지의 의사표시에 의하여 임대차계약 전부를 해지하여야 하고, 이는 임대차계약의 체결 당시부터 공동임대인이었던 경우뿐만 아니라 임대차목적물 중 일부가 양도되어 임대인의 지위가 승계됨으로써 공동임대인으로 되는

'임대차기간의 약정이 없는 때'에는 당사자는 언제든지 계약 '해지의 통고'를 할 수 있고, 상대방이 그 통고를 받은 날로부터 일정 기간[3384]이 경과하면 해지의 효력이 생긴다(민법 제635조). '임차인이 파산선고를 받은 경우'에는 임대차기간의 약정이 있는 때에도 임대인 또는 파산관재인은 민법 제635조의 규정에 의하여 계약 '해지의 통고'를 할 수 있고, 각 당사자는 상대방에 대하여 계약해지로 인하여 생긴 손해의 배상을 청구하지 못한다(민법 제637조). '사정변경'을 이유로 임대차계약을 해지할 수 있는 경우도 있다.[3385]

해제·해지의 원인인 채무불이행 사실의 증명책임에 관하여 판례는 채권자설에 입각하여 해제·해지를 주장하는 채권자가 상대방의 채무불이행 사실을 증명하여야 하는 것으로 보고 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 차임 연체에 따른 해지의 경우 '임차인이 2기(상가건물 임대차의 경우 2015. 5. 13. 전에는 2기, 이후에는 3기)[3386]의 차임을 지급하지 아니한(차임 연체가 2기 또는 3기 연속될 필요는 없고 연체액이 합산하여 2기분 또는 3기분에 달하면 되지만, 민간임대주택과 공공임대주택의 경우 '월 임대료를 3개월 이상 연속하여 연체'하여야 한다[3387]) 사실'을, 임차권

경우에도 마찬가지이다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2012다5537 판결).

3384) 토지, 건물 기타 공작물에 대하여는 임대인이 해지를 통고한 경우에는 6월, 임차인이 해지를 통고한 경우에는 1월, 동산에 대하여는 5일.

3385) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다254846 판결: 원고가 주택건설사업을 위한 견본주택 건설을 목적으로 피고로부터 토지를 임차하면서 임대차계약서에 특약사항으로 위 목적을 명시하였는데, 지방자치단체장으로부터 가설건축물 축조신고 반려통보 등을 받고 위 토지에 견본주택을 건축할 수 없게 되자, 임대차계약의 해지 및 임차보증금 반환을 구한 사안에서, 견본주택 건축은 위 임대차계약 성립의 기초가 된 사정인데, 견본주택을 건축할 수 없어 원고가 임대차계약을 체결한 목적을 달성할 수 없게 되었고, 위 임대차계약을 그대로 유지하는 것은 원고와 피고 사이에 중대한 불균형을 초래하는 경우에 해당하므로, 위 임대차계약은 적법하게 해지되었다고 한 예.

3386) ◎ **'상가건물 임대차'의 차임 연체 해지**

○ 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다28486 판결: "상가건물 임대차보호법에서 정한 임대인의 갱신요구거절권은 계약해지권과 그 행사시기, 효과 등이 서로 다를 뿐만 아니라, 상가건물 임대차보호법 제10조 제1항이 민법 제640조에서 정한 계약해지에 관하여 별도로 규정하고 있지 아니하므로, 상가건물 임대차보호법 제10조 제1항 제1호가 민법 제640조에 대한 특례에 해당한다고 할 수 없다. 그러므로 상가건물 임대차보호법의 적용을 받는 상가건물의 임대차에도 민법 제640조가 적용되고, 상가건물의 임대인이라도 임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 이르는 때에는 임대차계약을 해지할 수 있다고 할 것이다. 그리고 같은 이유에서 민법 제640조와 동일한 내용을 정한 약정이 상가건물 임대차보호법의 규정에 위반되고 임차인에게 불리한 것으로서 위 법 제15조에 의하여 효력이 없다고 할 수 없다. 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다3022 판결은 임대인이 스스로 임차인의 3기 이상의 차임연체를 주장한 사안에서 임대인 지위를 승계한 사람이 그 승계 전의 차임연체를 이유로 임대차계약을 해지한 것이 적법한지 여부만을 판단한 것으로 위에 설시한 법리와 다른 전제에 선 것이 아니다. … 상가건물의 임차인이 갱신 전부터 차인을 연체하기 시작하여 갱신 후에 차임연체액이 2기의 차임액에 이른 경우에도 임대차계약의 해지사유인 '임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 달하는 때'에 해당하므로, 이러한 경우 특별한 사정이 없는 한 임대인은 2기 이상의 차임연체를 이유로 갱신된 임대차계약을 해지할 수 있다고 보아야 한다."

⇔ 대통령령으로 정하는 보증금액 초과 여부에 상관 없이 모든 '상가건물 임대차'에 관하여 상가건물 임대차보호법 제10조의8("임차인의 차임연체액이 3기의 차임액에 달하는 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다.")이 2015. 5. 13. 신설, 시행되었다.

○ 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다3022 판결: "임대인 지위가 양수인에게 승계된 경우 이미 발생한 연체차임채권은 따로 채권양도의 요건을 갖추지 않는 한 승계되지 않고, 따라서 양수인이 연체차임채권을 양수받지 않은 이상 승계 이후의 연체차임액이 3기 이상의 차임액에 달하여야만 비로소 임대차계약을 해지할 수 있는 것"

3387) ❶ **민간임대주택**과 **공공임대주택**의 경우 민간임대주택에 관한 특별법·공공주택특별법이 적용된다. 위 각 임대

의 무단양도·전대로 인한 해지의 경우[3388] '임차인이 임대인의 동의 없이[3389] 그 권리를 양도하거나[3390] 전대한 사실'을 임대인 측이 해지권의 발생요건으로 주장·증명하여야 한다.

임차인이 비록 임대인으로부터 별도의 승낙을 얻지 아니하고 제3자에게 임차물을 사용·수익하도록 한 경우에 있어서도, 임차인의 당해 행위가 '임대인에 대한 배신적 행위라고 할 수 없는 특별한 사정'이 인정되는 경우에는, 임대인은 자신의 동의 없이 전대차가 이루어졌다는 것만을 이유로 임대차계약을 해지할 수 없으며, 전차인은 그 전대차나 그에 따른 사용·수익을 임대인에게 주장할 수 있는바,[3391] 위와 같은 특별한 사정의 존재

주택에 관해서는 민간임대주택에 관한 특별법 제45조 ①, 시행령 제35조 ①, ②, 공공주택 특별법 제49조의3 ①, 시행령 제47조 ①, ②, 각 표준임대차계약서에서 정한 각 호 중 하나에 해당하는 사유가 있는 경우라야(즉, 제한적 열거의 강행규정에 해당한다) 임대인이 그 임대차계약을 해제 또는 해지하거나 재계약을 거절할 수 있다(대법원 2020. 5. 28. 선고 2020다202371 판결). ❷ 위 각 특별법상 차임연체 해지사유는 '월 임대료를 3개월 이상 연속하여 연체한 경우'인데(민간임대주택에 관한 특별법 시행령 제35조 제1항 제3호, 공공주택 특별법 시행령 제47조 제1항 제2호), 이는 ① 연체횟수가 3회 이상, 연체금액이 3개월분 이상 되어야 하고, ② 매월 지급할 임대료 전액을 '3월 이상' 연속하여 연체할 것을 요건으로 하고 있지는 않으므로 매월 임대료 중 일부씩을 3개월 이상 연속하여 연체한 때에도 전체 연체액 합계가 3개월분 임대료 이상이 되는 경우에는 해지사유에 해당한다는 뜻이다(대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결). ❸ '표준임대차계약서상의 의무를 위반한 경우'가 해제·해지 사유로 규정되어 있지만, 임대사업자가 임차인의 채무불이행을 이유로 해제·해지하려면, 그 채무가 임대차계약의 주된 채무에 해당하여야 함은 물론, 표준임대차계약서에서 정한 그 밖의 해제 또는 해지사유와 동등하게 평가될 정도로 중대한 사유이어야 하고, 이에 이르지 못한 경우에는 해제 또는 해지할 수 없다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2016다241805, 241812 판결).

3388) **민법 제629조(임차권의 양도, 전대의 제한)** ① 임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다. ② 임차인이 전항의 규정에 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다.

3389) 건물 임대인이 현금보관증 소지인에게 임대차보증금 중 일부를 지급하기로 약정하였다고 하더라도 임차인의 건물 전대에 동의할 때 현금보관증 소지인의 동의를 받을 필요는 없다(2001다62688).

3390) 대법원 1995. 7. 25. 선고 94다46428 판결; "건물 소유를 목적으로 한 대지 임차권을 가지고 있는 자가 위 대지상의 자기 소유 건물을 제3자에게 양도하는 경우 특별한 다른 사정이 없는 한 그 건물의 소유를 목적으로 한 대지의 임차권도 그 건물의 소유권과 함께 양수인에게 이전된다고 할 것이나, 이 경우 민법 제629조가 적용되기 때문에 대지의 임대인에 대한 관계에서는 그의 동의가 없는 한 양수인이 그 임차권의 취득을 대항할 수 없다고 할 것이므로 임대인은 대지 임차권의 무단양도를 이유로 대지 임차인과 사이의 임대차계약을 해지할 수 있다고 할 것이다. 그러나 건물 소유를 목적으로 한 대지 임차권을 가지고 있는 자가 위 대지상의 자기소유 건물에 대하여 제3자에 대한 채권담보의 목적으로 제3자 명의의 소유권이전등기를 경료하여 준 이른바 양도담보의 경우에는 채권담보를 위하여 신탁적으로 양도담보권자에게 건물의 소유권이 이전될 뿐 확정적, 종국적으로 이전되는 것은 아니고 또한 특별한 사정이 없는 한 양도담보권자가 건물의 사용수익권을 갖게 되는 것도 아니므로, 이러한 경우 위 건물의 부지에 관하여 민법 제629조 소정의 해지의 원인인 임차권의 양도 또는 전대가 이루어지지 않았다고 해석함이 상당하다고 할 것이고, 따라서 이 사건의 경우 대지임차권의 무단양도를 이유로 한 원고들의 임대차계약해지의 의사표시는 그 효력이 있다고 할 수 없다."

3391) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64255 판결; "민법상 임차인은 임대인의 동의 없이 임차물을 전대하지 못하고 임차인이 이에 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있으나(민법 제629조), 이는 임대차계약이 원래 당사자의 개인적 신뢰를 기초로 하는 계속적 법률관계임을 고려하여 임대인의 인적 신뢰나 경제적 이익을 보호하여 이를 해치지 않게 하고자 함에 있고, 임차인이 임대인의 동의 없이 제3자에게 임차물을 사용·수익시키는 것은 임대인에게 임대차관계를 계속시키기 어려운 배신적 행위가 될 수 있는 것이기 때문에 임대인에게 일방적으로 임대차관계를 종료시킬 수 있도록 하고자 함에 있다. 따라서 임차인이 비록 임대인으로부터 별도의 승낙을 얻지 아니하고 제3자에게 임차물을 사용·수익하도록 한 경우에 있어서도, 임차인의 당해 행위가 임대인에 대한 배신적 행위라고 할 수 없는 특별한 사정이 인정되는 경우에는, 임대인은 자신의 동의 없이 전대차가 이루어졌다는 것만을 이유로 임대차계약을 해지할 수 없으며, 전차인은 그 전대차나 그에 따른 사용·수익을 임대인에게 주장할 수 있다." ☞ **[동일 판시]** 임차권의 양수인이 임차인과 부부로서 임차건물에 동거하면서 함께 가구점을 경영하고 있는 등의 사정이 위 "특별한 사정"에 해당한다고 한 사례(92다45308).

사실은 임차인 측이 항변으로 주장·증명하여야 한다.[3392]

임차인의 차임 연체에 따른 해지의 경우에는, 기간 약정 없는 임대차계약 해지통고와 달리, 적법한 전차인에 대하여 그 사유를 통지하지 않더라도 해지로써 전차인에게 대항할 수 있고, 해지 의사표시가 임차인에게 도달하는 즉시 임대차는 종료된다.[3393]

'임차인의 차임 연체에 따른 해지' 주장과 '기간 약정 없는 임대차계약의 해지통고' 주장은 서로 양립 가능한 별개의 독립한 공격방어방법으로서 선택적 주장의 관계에 있다.[3394]

(3) 부대(附帶)청구

(가) 차임청구

목적물 반환 청구의 부대청구로서 임대차 존속 중의 차임 청구를 병합하여 구하는 경우, 차임 약정이 포함된 '임대차계약 체결'의 요건사실만으로 족하고, '임차인이 차임을 지급하지 아니한 사실'은 요건사실이 아니며, '차임 지급 사실'이 임차인 측의 항변사실에 해당한다.

임대인 동의 있는 '전대차'의 경우, 전차인은 임대인에 대하여 직접 의무를 부담하는데, 임대인의 차임지급청구에 대하여 전차인은 ⓐ 전대차계약상의 차임지급시기 '이후'에 전대인에게 차임을 지급한 사실이나 ⓑ 전대차계약상의 차임지급시기 '전'에 전대인에게 차임을 지급하였으나 '임대인의 차임청구 전'에 전대차계약상의 차임지급시기가 도래한 사실, ⓒ 전대차계약의 변경으로 차임이 감액된 사실을 들어 임대인에게 항변할 수 있다.[3395]

3392) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다24950 판결. 일본의 판례도 동일하다(최고재판소 1969. 2. 18. 제3소법정).

3393) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012다55860 판결. 반면에, 기간의 약정 없는 임대차계약이 해지 통고로 종료된 경우에는 임대인은 적법한 전차인에 대하여 그 사유를 통지하지 아니하면 해지로써 전차인에게 대항하지 못하고(민법 제638조 제1항), 전차인이 그 통지를 받은 때에는 토지, 건물 기타 공작물에 대하여는 임대인이 해지를 통고한 경우에는 6월, 임차인이 해지를 통고한 경우에는 1월, 동산에 대하여는 5일이 경과하면 해지의 효력이 생긴다(민법 제638조 제2항, 제635조 제2항).

3394) ❶ 대법원 1993. 4. 27. 선고 93다1688 판결; "임대인이 임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 달한다는 이유로 임대차계약을 해지하고 임차목적물의 반환을 청구한다는 주장과 임대차기간의 약정이 없어서 바로 계약해지의 통고를 하고 임차목적물의 반환을 청구한다는 주장은, 양립할 수 있는 별개의 독립한 공격방어방법이므로, 임대인이 그중 어느 한쪽만을 주장한 경우에는 법원은 처분권주의의 원칙상 그 주장에 대하여만 판단하여야지 당사자가 주장하지도 아니한 사항에 관하여까지 주장을 촉구하거나 판단하지는 못하는 것이다." ☞ 판시의 '처분권주의'는 '변론주의'로 교정함이 옳다. ❷ 대법원 1989. 2. 28. 선고 87다카823, 824 판결; "피고가 임대차계약의 해지를 주장하면서 원고들의 차임체불을 해지이유로 내세우고 그것이 이유 없다고 하더라도 기한의 정함이 없는 임대차로서 피고의 해지통고에 따라 해지되었다고 주장하고 임대목적물의 명도를 구한데 대하여, … 후자의 주장을 받아들이면서 차임연체로 인한 해지의 주장이 적법한지 여부에 관하여 판단하지 아니한 것은 소론과 같으나 피고의 위 주장은 서로 양립이 가능한 것으로서 이를 선택적 주장으로 볼 수 있는 만큼 어느 하나의 해지사유를 인용하면 되므로 그 경우 다른 주장에 관하여 심리판단할 필요가 없을 것이다."

3395) **민법 제630조(전대의 효과)** ① 임차인이 임대인의 동의를 얻어 임차물을 전대한 때에는 전차인은 직접 임대인에 대하여 의무를 부담한다. 이 경우에 전차인은 전대인에 대한 차임의 지급으로써 임대인에게 대항하지 못한

차임지급시기에 관한 민법 규정은[3396] 당사자의 의사해석 규정으로서 그 시기에 관하여 달리 특약이 있다는 점은 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다.

임대차계약상 차임조정약정[3397]이나 법규정[3398]에 의한 '차임증감청구권' 행사로 법원

다. ② 전항의 규정은 임대인의 임차인에 대한 권리행사에 영향을 미치지 아니한다.

○ 대법원 2018. 7. 11. 선고 2018다200518 판결; "임차인이 임대인의 동의를 얻어 임차물을 전대한 경우, 임대인과 임차인 사이의 종전 임대차계약은 계속 유지되고(민법 제630조 제2항), 임차인과 전차인 사이에는 별개의 새로운 전대차계약이 성립한다. 한편 임대인과 전차인 사이에는 직접적인 법률관계가 형성되지 않지만, 임대인의 보호를 위하여 전차인이 임대인에 대하여 직접 의무를 부담한다(민법 제630조 제1항). 이 경우 전차인은 전대차계약으로 전대인에 대하여 부담하는 의무 이상으로 임대인에게 의무를 지지 않고 동시에 임대차계약으로 임차인이 임대인에 대하여 부담하는 의무 이상으로 임대인에게 의무를 지지 않는다. 전대인과 전차인은 계약자유의 원칙에 따라 전대차계약의 내용을 변경할 수 있다. 그로 인하여 민법 제630조 제1항에 따라 전차인이 임대인에 대하여 직접 부담하는 의무의 범위가 변경되더라도, 전대차계약의 내용 변경이 전대차에 동의한 임대인 보호를 목적으로 한 민법 제630조 제1항의 취지에 반하여 이루어진 것이라고 볼 특별한 사정이 없는 한 전차인은 변경된 전대차계약의 내용을 임대인에게 주장할 수 있다. 전대인과 전차인이 전대차계약상의 차임을 감액한 경우도 마찬가지이다. 또한 그 경우, 임대차종료 후 전차인이 임대인에게 반환하여야 할 차임 상당 부당이득액을 산정함에 있어서도, 부당이득 당시의 실제 차임액수를 심리하여 이를 기준으로 삼지 아니하고 약정 차임을 기준으로 삼는 경우라면, 전차인이 임대인에 대하여 직접 의무를 부담하는 차임인 변경된 차임을 기준으로 할 것이지, 변경 전 전대차계약상의 차임을 기준으로 할 것은 아니다. 한편 전차인은 전대차계약상의 차임지급시기 전에 전대인에게 차임을 지급한 사정을 들어 임대인에게 대항하지 못하지만, 그 차임지급시기 이후에 지급한 차임으로는 임대인에게 대항할 수 있고, 전대차계약상의 차임지급시기 전에 전대인에게 지급한 차임이라도, 임대인의 차임청구 전에 그 차임지급시기가 도래한 경우에는 그 지급으로 임대인에게 대항할 수 있다."

○ 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다45459 판결; "민법 제630조 제1항 … 에 의하여 전차인이 임대인에게 대항할 수 없는 차임의 범위는 전대차계약상의 차임지급시기를 기준으로 하여 그 전에 전대인에게 지급한 차임에 한정되고, 그 이후에 지급한 차임으로는 임대인에게 대항할 수 있다고 봄이 상당하다. … 전대차계약 종료와 전대차목적물의 반환 당시 피고의 연체차임은 전대차보증금에서 당연히 공제되어 소멸되었고, 이는 이 사건 전대차계약상의 차임지급시기 이후에 발생한 채무소멸사유로서 전차인은 위와 같은 사유로 임대인에게 대항할 수 있다고 본 원심의 판단은 정당한 것"

3396) **민법 제633조(차임지급의 시기)** 차임은 동산, 건물이나 대지에 대하여는 매월 말에, 기타 토지에 대하여는 매년 말에 지급하여야 한다. 그러나 수확기 있는 것에 대하여는 그 수확 후 지체 없이 지급하여야 한다.

3397) 대법원 2018. 3. 15. 선고 2015다239508, 239515 판결; "임대차계약을 할 때에 임대인이 임대 후 일정 기간이 경과할 때마다 물가상승 등 경제사정의 변경을 이유로 임차인과의 협의에 의하여 그 차임을 조정할 수 있도록 약정하였다면, 그 취지는 임대인에게 일정 기간이 지날 때마다 물가상승 등을 고려하여 상호 합의에 의하여 차임을 증액할 수 있는 권리를 부여하되 차임 인상요인이 생겼는데도 임차인이 그 인상을 거부하여 협의가 성립하지 않는 경우에는 법원이 물가상승 등 여러 요인을 고려하여 정한 적정한 액수의 차임에 따르기로 한 것으로 보아야 한다." ☛ 임대인이 일방적으로 차임을 인상할 수 있고 상대방은 이의를 할 수 없다고 약정하였다면, 이는 상가건물 임대차보호법 등의 차임 등의 증감청구권에 위반하는 약정으로서 임차인에게 불리한 것이므로 무효이다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2009다39233 판결).

3398) **민법 제628조(차임증감청구권)** 임대물에 대한 공과부담의 증감 기타 경제사정의 변동으로 인하여 약정한 차임이 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대한 차임의 증감을 청구할 수 있다.

주택임대차보호법 제7조(차임 등의 증감청구권) ① 당사자는 약정한 차임이나 보증금이 임차주택에 관한 조세, 공과금, 그 밖의 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 적절하지 아니하게 된 때에는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있다. 이 경우 증액청구는 임대차계약 또는 약정한 차임이나 보증금의 증액이 있은 후 1년 이내에는 하지 못한다. 〈개정 2020.7.31.〉 ② 제1항에 따른 증액청구는 약정한 차임이나 보증금의 20분의 1의 금액을 초과하지 못한다. 다만, 특별시·광역시·특별자치시·도 및 특별자치도는 관할 구역 내의 지역별 임대차 시장 여건 등을 고려하여 본문의 범위에서 증액청구의 상한을 조례로 달리 정할 수 있다. 〈신설 2020.7.31〉

상가건물 임대차보호법 제11조(차임 등의 증감청구권) ① 차임 또는 보증금이 임차건물에 관한 조세, 공과금, 그 밖의 부담의 증감이나 경제 사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 경우에는 당사자는 장래의 차임 또는 보증금에 대하여 증감을 청구할 수 있다. 그러나 증액의 경우에는 대통령령으로 정하는 기준에 따른 비율

이 결정한 차임은 증감청구의 의사표시를 한 때에 소급하여 그 효력이 생긴다(따라서 증액 차임의 이행기는 임대인의 증액청구 의사표시가 임차인에게 도달한 때이다[3399]). 상가건물 임대차보호법의 차임 등의 증감청구권은, 임대차계약의 '존속 중' 당사자 일방이 약정한 차임 등의 증감을 청구한 경우에 한하여 적용되고(증액 한도 초과 차임 약정은 그 초과 범위 내에서 무효이고, 임차인은 초과 지급 차임에 대하여 부당이득으로 반환을 구할 수 있으며, 불법원인급여에 해당하지 않는다[3400]), 임대차계약이 종료한 후 재계약을 하거나 임대차계약 종료 전이라도 당사자의 합의로 차임 등을 증액하는 경우에는 적용되지 않는다.[3401]

임대인이 목적물을 사용·수익하게 할 의무를 불이행한 경우, 그 사용·수익에 지장이 있는 한도 또는 임차인이 지출한 필요비 금액의 한도에서 임차인은 차임의 지급을 거절할 수 있고, 그 지급을 연체한 것으로 볼 수 없다.[3402] 임대차계약이 종료되었다 하더라도

을 초과하지 못한다. ② 제1항에 따른 증액 청구는 임대차계약 또는 약정한 차임 등의 증액이 있은 후 1년 이내에는 하지 못한다.

3399) 대법원 2018. 3. 15. 선고 2015다239508, 239515 판결: "임대인이 민법 제628조에 의하여 장래에 대한 차임의 증액을 청구하였을 때에 당사자 사이에 협의가 성립되지 아니하여 법원이 결정해 주는 차임은 그 증액청구의 의사표시를 한 때에 소급하여 그 효력이 생기는 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 증액된 차임에 대하여는 법원 결정 시가 아니라 증액청구의 의사표시가 상대방에게 도달한 때를 그 이행기로 보아야 한다." ☞ 원심이 증액 차임에 대한 지체책임이 법원 결정 시부터 발생한다고 보아 임대차계약에서 정한 이행기인 각 지급기일(익월 10일) 다음 날부터 원심판결 선고일 전 기간에 대한 지연손해금 청구를 배척한 것은 잘못이라고 한 예. 다만, 법원이 차임을 결정할 때까지는 종전의 차임액을 지급하여도 임대차계약의 해지 사유인 차임연체에 해당하지 않는다.

3400) 대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다35115 판결.

3401) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013다80481 판결: 원·피고가 임대차계약을 다시 체결하면서 합의에 의하여 차임을 증액한 **사안**에서, **원심**이, 상가건물 임대차보호법 제11조의 적용을 배제하고, '피고가 위 규정에서 정한 증액한도를 초과하여 차임을 지급하였으므로 차임 연체를 이유로 한 임대차계약의 해지는 적법하지 않다'는 피고의 주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예.

3402) ○ 대법원 2019. 11. 14. 선고 2016다227694 판결: "임대차는 타인의 물건을 빌려 사용·수익하고 그 대가로 차임을 지급하기로 하는 계약이다(민법 제618조). 임대차계약에서 임대인은 목적물을 계약존속 중 사용·수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담한다(민법 제623조). 임대인이 목적물을 사용·수익하게 할 의무는 임차인의 차임지급의무와 서로 대응하는 관계에 있으므로, 임대인이 이러한 의무를 불이행하여 목적물의 사용·수익에 지장이 있으면 임차인은 지장이 있는 한도에서 차임의 지급을 거절할 수 있다. … 임대인은 목적물을 계약존속 중 사용·수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담하고, 이러한 의무와 관련한 임차물의 보존을 위한 비용도 임대인이 부담해야 하므로, 임차인이 필요비를 지출하면, 임대인은 이를 상환할 의무가 있다. 임대인의 필요비상환의무는 특별한 사정이 없는 한 임차인의 차임지급의무와 서로 대응하는 관계에 있으므로, 임차인은 지출한 필요비 금액의 한도에서 차임의 지급을 거절할 수 있다. … 1,500만 원에 대해서는 위 필요비의 상환과 동시이행을 주장할 수 있어 그 지급을 연체한 것으로 볼 수 없고 … 피고가 2기 이상의 차임을 연체한 것이 아니어서 원고의 이 사건 임대차계약 해지는 부적법하다."
○ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다65724 판결: "임대인이 목적물을 사용·수익하게 할 의무를 불이행하여 목적물의 사용·수익이 부분적으로 지장이 있는 상태인 경우에는 임차인은 그 지장의 한도 내에서 차임의 지급을 거절할 수 있고, 이는 임대인이 수선의무를 이행함으로써 목적물의 사용·수익에 지장이 초래된 경우에도 마찬가지이다." ☞ 임차인이 목적물을 전혀 사용할 수 없을 경우에는 임차인은 차임 전부의 지급을 거절할 수 있다.
○ 대법원 1996. 9. 6. 선고 94다54641 판결: "임차인이 진실한 소유자로부터 목적물의 반환청구나 임료 내지 그 해당액의 지급요구를 받는 등의 이유로 임대인이 임차인으로 하여금 사용·수익케 할 수가 없게 되면 임대인의 채무는 이행불능으로 되고 임차인은 이행불능으로 인한 임대차의 종료를 이유로 그 때 이후의 임대인의 차임지급 청구를 거절할 수 있다."

목적물이 인도되지 않았다면 임차인은 임대차보증금이 있음을 이유로 연체차임의 지급을 거절하거나 연체에 따른 채무불이행책임을 면할 수는 없다(즉, 연체차임에 대한 지연손해금은 '지급기일 다음 날'부터 보증금과 당연 공제되는 '목적물 반환 시'까지 생긴다).[3403]

차임채권의 소멸시효는 특별한 사정[3404]이 없는 한 임대차계약에서 정한 지급기일부터 진행하는데,[3405] 1년 이내의 정기로 지급되는 차임채권은 3년의 단기소멸시효에 걸리고(민법 제163조 제1호), 그렇지 않은 경우 상행위로 인한 차임채권은 5년의 상사시효에 걸린다(상법 제64조). 임대차계약이 상행위에 해당한다고 하더라도 그 계약기간 만료를 원인으로 한 부당이득반환채권은 10년의 민사소멸시효 기간이 적용된다.[3406]

행정재산의 사용·수익을 허가받은 자가 사용료 부과처분을 받고도 체납하는 경우 그 사용료와 연체료의 지급 및 국·공유 일반재산의 대부료와 연체료의 지급을 민사소송의 방법으로 구하는 것은 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.[3407]

(나) 차임 상당 부당이득 반환 또는 손해배상 청구

임대차계약이 종료된 경우, 특별한 사정이 없는 한 임차인은 그 다음 날부터 목적물 인도 완료일까지[3408] 그 점유·사용함에 따른 차임 상당의 부당이득금(차임에 대한

3403) ❶ 임대차보증금은 임대차계약이 종료된 후 임차인이 목적물을 인도할 때까지 발생하는 차임 및 기타 임차인의 채무를 담보하는 것으로서 그 피담보채무액은 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 임대차보증금에서 당연히 공제되는 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 임대차계약이 종료되었다 하더라도 목적물이 인도되지 않았다면 임차인은 임대차보증금이 있음을 이유로 연체차임의 지급을 거절할 수 없다(2007다21856, 21863). ❷ 보증금에 의하여 담보되는 채권에는 연체차임 및 그에 대한 지연손해금도 포함되고, 차임지급채무는 그 지급에 확정된 기일이 있는 경우에는 그 지급기일 다음 날부터 지체책임이 발생하고 보증금에서 공제되었을 때 비로소 그 채무 및 그에 따른 지체책임이 소멸되는 것이므로, 연체차임에 대한 지연손해금의 발생종기는 다른 특별한 사정이 없는 한 임대차계약의 해지 시가 아니라 목적물이 반환되는 때이다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2009다39233 판결). ❸ 임대차계약의 특약사항("임차인은 보증금과 차임·사용료 … 지급을 지연하는 때에는 … 임대인이 지정하는 일반적으로 판결 시 정하는 법정이자를 가산한다.")에서 말하는 '일반적으로 판결 시 정하는 법정이자'는 '소송촉진 등에 관한 특례법'에서 정한 이율이 아니라 민법에서 정한 연 5%의 법정이율을 의미한다(2009다39233).

3404) 임대차 종료 후 목적물 인도 시에 임대차보증금에서 일괄 공제하는 방식에 의하여 정산하기로 약정한 경우 등.

3405) 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다211309 판결.

3406) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2012다4633 판결; 임대인 甲 주식회사와 임차인 乙 주식회사 사이에 체결된 건물임대차계약이 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, 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.

3407) 대법원 2017. 4. 13. 선고 2013다207941 판결.
반면에, 무단점유자에 대해서는 국가는 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다(대법원 2014. 7. 16. 선고 2011다76402 전원합의체 판결).

3408) 점포 내 집기가 반출된 상태에서 점포 임대인의 소송대리인이 임차인으로부터 점포 출입 열쇠를 수령하였다면, 이는 그의 대리권 범위 내에서 소송목적에 관한 급부를 수령한 것으로서, 이로써 임대인이 위 열쇠를 수령하여 점포를 인도받았다고 할 수 있다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다32585 판결).

부가가치세 상당액을 임차인이 부담하기로 하는 '약정'이 있다면, 차임 상당 부당이득에 대한 부가가치세 상당액도 임차인이 부담한다[3409])을 반환할 의무가 있는바,[3410] 비용상환청구권에 기초한 유치권이나 동시이행의 항변권 등으로 인도거절권능을 갖고 있는 임차인에게 임대차 종료 후 차임 상당의 부당이득반환을 함께 구하는 경우에는,[3411] 앞서 본 '목적물 반환청구' 요건사실 ①, ②, ③에 더하여 ④ '임차인이 목적물을 본래의 용법대로 사용·수익하고 있는 사실'까지 주장·증명하여야 한다.[3412]

3409) 대법원 2021. 5. 13. 선고 2020다255429 판결; "임차인이 계약종료 후에도 건물을 계속 사용하고 있고 임대인도 보증금을 반환하지 않은 채 거기에서 향후 임료 상당액을 공제하는 관계라면 부가가치세의 과세대상인 용역의 공급에 해당하므로, 차임에 대한 부가가치세 상당액을 임차인이 부담하기로 하는 약정이 있었다면, 특별한 사정이 없는 한 임대차계약 종료 후의 계속점유를 원인으로 지급되는 차임 상당 부당이득에 대한 부가가치세 상당액도 임차인이 부담하여야 한다." ☛ ❶ '사업자가 재화 또는 용역을 공급하는 때에는 부가가치세 상당액을 그 공급을 받는 자로부터 징수하여야 한다.'는 부가가치세법 규정을 근거로 공급을 받는 자로부터 부가가치세 상당액을 징수할 사법상의 권리는 없고, 부가가치세 부담 약정이 따로 있는 경우에 사업자는 그 약정에 기하여 공급을 받는 자에게 부가가치세 상당액의 지급을 청구할 수 있다(2002다38828). ❷ 부가가치세 부담에 관한 약정이 '부가가치세 별도'의 형식으로 이루어진 경우에 사업자가 공급을 받는 자에게 청구할 수 있는 구체적인 부가가치세 상당액은, 거래당사자 사이에 명시적 또는 묵시적 형태의 약정이나 거래관행이 존재하는 때에는 그에 따른 금액을 의미하고, 그러한 약정이나 거래관행이 존재하지 않는 때에는 해당 거래에 적용되는 부가가치세법령에 따라 계산한 금액을 의미한다. 간이과세자인 사업자는 공급을 받는 자에게 간이과세자의 납부세액 상당액의 지급을 청구할 수 있다(2023다290485).

3410) 대법원 1996. 9. 6. 선고 94다54641 판결. 불법점유의 경우 차임 상당의 손해배상채권도 인정되고 부당이득반환채권과는 청구권경합 관계이다.

3411) 이 경우 인도거절권능이 인정되는 이상 점유 자체는 적법하므로, 불법점유에 따른 차임 상당의 손해배상채권은 인정되지 않는다. 임대인이 임차인의 동시이행항변권이 상실되었다는 점(= 임대인이 임차인에게 보증금반환의무를 이행하였거나 그 이행제공을 하여 임차인의 건물인도의무가 지체에 빠지는 등의 사유)을 주장·증명하면, 불법점유에 따른 손해배상채권이 인정된다(98다6497).
cf. 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다252042 판결; "임대차계약이 종료되면 … 임차인의 목적물반환의무와 임대인의 보증금반환의무는 동시이행관계에 있으므로, 임대인이 임대차보증금의 반환의무를 이행하거나 적법하게 이행제공을 하는 등으로 임차인의 동시이행항변권을 상실시키지 않은 이상, 임대차계약 종료 후 임차인이 목적물을 계속 점유하더라도 그 점유를 불법점유라고 할 수 없고 임차인은 이에 대한 손해배상의무를 지지 않는다. 그러나 임차인이 그러한 동시이행항변권을 상실하였는데도 목적물의 반환을 계속 거부하면서 점유하고 있다면, 달리 점유에 관한 적법한 권원이 인정될 수 있는 특별한 사정이 없는 한 이러한 점유는 적어도 과실에 의한 점유로서 불법행위를 구성한다." ☜ 임대차계약 종료 후 임대차보증금이 적법하게 변제공탁된 경우, 변제공탁 통지를 받은 다음부터 과실에 의한 불법점유를 한 것으로 볼 수 있다고 한 예.

3412) ○ 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다76986, 76993 판결; "임차인이 임대차계약 종료 이후에도 동시이행의 항변권을 행사하는 방법으로 목적물의 반환을 거부하기 위하여 임대차건물 부분을 계속 점유하기는 하였으나 이를 본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없는 경우에는 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다고 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립되지 아니한다."
○ 종래에 대법원 1998. 5. 29. 선고 98다6497 판결 등은, '법률상의 원인 없이 이득 하였음을 이유로 한 부당이득의 반환에 있어 이득이라 함은 실질적인 이익을 의미하므로, 임차인이 임대차계약관계가 소멸된 이후에도 임차목적물을 계속 점유하기는 하였으나 이를 본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없는 경우에는 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립되지 아니한다.'라고 일반론을 판시하였으나, 앞부분의 '이득' 개념에 관한 일반론 설시 및 동시이행항변권 등 인도거절권능 행사를 고려하지 않은 뒷부분 설시 모두 적절치 않은 것이었다(동시이행항변권 등 인도거절권능이 없는 경우, 점유에 따른 사용·수익 가능성 자체가 '이득'에 해당할 수 있고, 임차인의 점유로 임대인의 '손해'가 발생하는 이상 임차인의 '이득' 유무에 상관없이 어차피 불법점유에 따른 손해배상채무는 지게 된다).
○ 최근에 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다240424, 240431 판결과 대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다291347 판결은 종래의 부적절한 일반론을 다시 되풀이 하였는데, 전자의 구체적 사안은 임대차계약상의 본래

'주택'이나 '일정 보증금 이하 상가건물'의 임차인이 임대차 종료 후에 보증금을 반환받기 전에 임대차 목적물을 점유하고 있는 경우, 종전 임대차계약상 차임을 지급할 의무를 부담할 뿐, 시가에 따른 차임 상당의 부당이득금을 지급할 의무를 부담하는 것은 아니다.[3413]

임대차계약이 존속하는 한도 내에서는 제3자에게 불법점유를 이유로 한 차임 상당 손해배상청구나 부당이득반환청구를 할 수 없다.[3414]

통상의 경우 부동산의 점유·사용으로 인한 이득액은 그 부동산의 차임 상당액이고 변론종결일 후의 차임도 같은 액수일 것으로 추인된다. 건물에 관한 임대차계약 종료 후 이를 계속 점유·사용하는 건물임차인은, 건물 대지 소유권을 상실한 건물소유자에 대한 관계에 있어서도 대지의 사용·수익으로 인한 이득이 포함된 건물 차임 상당의 부당이득을 반환하여야 한다.[3415] 차임에 관하여 별도의 약정이 없는 이른바 채권적 전세계약

목적에 따른 사용·수익 종료 당시에 임대차보증금이 잔존하여 임차인에게 동시이행항변권이 존재하는 사안이었고, 후자의 경우 원심이, 피고가 임대차계약이 종료한 다음에도 임대차 목적물인 장비를 계속 점유하였지만 그 장비의 고장으로 본래의 목적에 따라 장비를 사용·수익하지 않았으므로 피고의 부당이득반환의무는 성립하지 않는다고 판단한 것은 정당하다고 판단하였는바, '수선의무를 부담하는 임대인이 수선하지 아니하면 임차인이 계약에 의하여 정하여진 목적에 따라 사용·수익할 수 없는 상태'인지 여부에 따라 '임차인의 이익(장비의 실제 사용수익이 아니라, 장비를 사용수익할 수 있는 이익) 발생' 유무가 정해지고 그에 따라 임차인의 부당이득반환의무 성립 여부가 정해지는 것으로 봄이 옳고, 임대인이 수선의무를 부담하지 않는 경우, 즉, '임차인이 별 비용을 들이지 아니하고도 손쉽게 고칠 수 있을 정도의 사소한 것'이어서 임차인의 사용·수익을 방해할 정도의 것이 아니라면, 장비를 사용수익할 수 있는 이익을 이미 보유하고 있는 임차인이 장비를 사용수익할 수 있음에도 자신의 선택에 따라 실제 사용수익을 하지 아니한 것을 가지고 이익이 없다 할 수 없으므로 임차인의 부당이득반환의무가 성립한다고 봄이 타당하므로, 위 각 판결의 일반론 설시는 타당한 것이 아니라 생각된다.

3413) 대법원 2023. 11. 9. 선고 2023다257600 판결; "상가건물 임대차에서 기간만료나 당사자의 합의 등으로 임대차가 종료된 경우에도 **상가건물 임대차보호법 제9조 제2항**에 의하여 임차인은 보증금을 반환받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제된다. 이는 임대차기간이 끝난 후에도 상가건물의 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 임차인의 목적물에 대한 점유를 임대차기간이 끝나기 전과 마찬가지 정도로 강하게 보호함으로써 임차인의 보증금반환채권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다. 따라서 상가임대차법이 적용되는 상가건물의 임차인이 임대차 종료 이후에 보증금을 반환받기 전에 임차 목적물을 점유하고 있다고 하더라도 임차인에게 차임 상당의 부당이득이 성립한다고 할 수 없다. 위와 같은 상가임대차법 제9조 제2항의 입법 취지, 상가건물 임대차 종료 후 의제되는 임대차관계의 법적 성격 등을 종합하면, 상가임대차법이 적용되는 임대차가 기간만료나 당사자의 합의, 해지 등으로 종료된 경우 보증금을 반환받을 때까지 임차 목적물을 계속 점유하면서 사용·수익한 임차인은 종전 임대차계약에서 정한 차임을 지급할 의무를 부담할 뿐이고, 시가에 따른 차임에 상응하는 부당이득금을 지급할 의무를 부담하는 것은 아니다." **cf. 주택임대차보호법 제4조**(임대차기간 등) ② 임대차기간이 끝난 경우에도 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 임대차관계가 존속되는 것으로 본다.

3414) 임차인이 임대인의 동의를 받지 않고 제3자에게 임차권을 양도하거나 전대하는 등의 방법으로 임차물을 사용·수익하게 하더라도, 임대인이 이를 이유로 임대차계약을 해지하거나 그 밖의 다른 사유로 임대차계약이 적법하게 종료되지 않는 한 임대인은 임차인에 대하여 여전히 차임청구권을 가지므로, 임대차계약이 존속하는 한도 내에서는 제3자에게 불법점유를 이유로 한 차임 상당 손해배상청구나 부당이득반환청구를 할 수 없다. 그러나 임대차계약이 종료된 이후에는 임차물을 소유하고 있는 임대인은 제3자를 상대로 위와 같은 손해배상청구나 부당이득반환청구를 할 수 있다(대법원 2023. 3. 30. 선고 2022다296165 판결).

3415) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2012다4633 판결; "건물에 관한 임대차계약이 종료된 이후 이를 건물임대인에게 반환하지 않고 그대로 계속 점유·사용하는 자는 그 점유기간 동안 건물의 사용·수익에 따른 차임 상당액을 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 할 것인데, 여기서 그 차임 상당액을 산정함에 있어, 통상적으로 건물을 임대하는 경우는 당연히 그 부지 부분의 이용을 수반하는 것이고 그 차임 상당액 속에는 건물의 차임 외에도

에 있어서는 특별한 사정이 없는 한 전세금에 대한 이자 상당액이 점유·사용에 따른 차임 상당액과 대가관계에 있다.[3416]

임차인은, '임대차 목적물의 소유자가 목적물 반환청구나 임료 상당액의 지급을 요구한다는 등의 특별한 사정'을 주장·증명하여 항변할 수 있다.[3417]

(다) 원상회복 또는 그에 갈음한 손해배상 청구

임차인이 임대인에게 임차목적물을 반환하는 때에는 원상회복의무가 있다.[3418] 임차인이 임차목적물의 그 현상을 변경한 때에는 원칙적으로 변경 부분을 철거하는 등으로 임차목적물을 임대 당시의 상태로 사용할 수 있도록 해야 한다.[3419]

부지 부분의 차임(지대)도 포함되는 것이므로, 건물의 차임은 물론이고 그 부지 부분의 차임도 함께 계산되어야 할 것이다. 그리고 건물소유자가 부지 부분에 관한 소유권을 상실하였다 하여도 건물소유자는 의연 토지소유자의 관계에 있어서는 토지 위에 있는 건물의 소유자인 관계로 건물 부지의 불법점유자라 할 것이고, 따라서 건물 부지 부분에 관한 차임 상당의 부당이득 전부에 관한 반환의무를 부담하게 되는 것이며, 건물을 점유하고 있는 건물임차인이 토지소유자에 대하여 부지점유자로서 부당이득반환의무를 진다고 볼 수 없을 것이므로, 건물소유자는 이러한 채무의 부담한도 내에서 건물임차인의 건물 불법점유에 상응하는 부지 부분의 사용·수익에 따른 임료 상당의 손실이 생긴 것이고, 앞서 본 바와 같이 건물에 관한 임대차계약 종료 이후 이를 계속 점유·사용하는 건물임차인은 건물소유자에 대한 관계에 있어서 건물 부지의 사용·수익으로 인한 이득이 포함된 건물임료 상당의 부당이득을 하였다고 보아야 한다."

3416) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2009다65942 판결.

3417) ❶ 2000다68290; "임대차가 종료된 경우 임대목적물이 타인 소유라고 하더라도 그 타인이 목적물의 반환청구나 임료 내지 그 해당액의 지급을 요구하는 등 특별한 사정이 없는 한 임차인은 임대인에게 그 부동산을 명도하고 임대차 종료일까지의 연체차임을 지급할 의무가 있음은 물론, 임대차 종료일 이후부터 부동산 명도 완료일까지 그 부동산을 점유·사용함에 따른 차임 상당의 부당이득금을 반환할 의무도 있다고 할 것인바, 이와 같은 법리는 임차인이 임차물을 전대하였다가 임대차 및 전대차가 모두 종료된 경우의 전차인에 대하여도 특별한 사정이 없는 한 그대로 적용된다고 할 것이다. … 피고는 이 사건 가계약에 따라 서울특별시 시설관리공단에 대하여 월 금 239,400원의 임료를 지급한 것으로 보이나, 위 시설관리공단으로부터 이 사건 점포의 명도나 이 사건에서 원고가 구하는 금액(위 금 239,400원을 제외한 금액이다)에 해당하는 부당이득반환청구를 받거나 이를 지급하였다고 인정할 증거가 없으므로, … 명도일까지 전차임 상당의 부당이득반환을 명한 것은 정당하고" ❷ 2005다4048,4055; '임대차계약 해지의 의사표시에 의하여 소유자와 임차인 사이의 임대차계약이 종료되고 소유자가 전차인에게 목적물의 반환과 차임 상당 손해배상을 청구하였다면, 그 이후에는 전차인이 임차인에게 차임 상당의 부당이득을 반환할 의무가 없다.'고 하는 한편, "보증금에서 연체 차임 등을 공제한 잔액의 지급과 상환으로 건물인도를 구하는 청구 속에 보증금이 모두 공제된 이후의 차임 상당 부당이득금의 지급을 구하는 청구가 포함되어 있다고 할 수는 없다."고 판시한 사례.

3418) **민법 제654조(준용규정)** 제610조제1항, 제615조 내지 제617조의 규정은 임대차에 이를 준용한다. **제615조(차주의 원상회복의무와 철거권)** 차주가 차용물을 반환하는 때에는 이를 원상에 회복하여야 한다. 이에 부속시킨 물건은 철거할 수 있다.

3419) ❶ 대법원 2023. 11. 2. 선고 2023다249661 판결; "임차인이 임차목적물의 그 현상을 변경한 때에는 원칙적으로 변경 부분을 철거하는 등으로 임차목적물을 임대 당시의 상태로 사용할 수 있도록 해야 하나, 토지 임대 당시 이미 임차목적물인 토지에 종전 임차인 등이 설치한 가건물 기타 공작물이 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 임차인은 그가 임차하였을 때의 상태로 임차목적물을 반환하면 되고 종전 임차인 등이 설치한 부분까지 원상회복할 의무는 없다. 위 특별한 사정의 인정은 임대차계약의 체결 경위와 내용, 임대 당시 목적물의 상태, 임차인에 의한 현상 변경 유무 등을 심리하여 구체적·개별적으로 이루어져야 한다." ☜ '임대차계약의 임차목적물은 토지로 특정되어 있고, 계약 당시 토지에 주택과 개 사육용 철창이 이미 존재하였음에도, 임대차계약서에서 임차목적물로 기재되어 있지 않을뿐더러 사용 또는 원상회복 등에 관한 내용을 찾기 어렵다. 임대차계약서에 '임차인은 임대인의 승인하에 개축 또는 변조할 수 있으나 부동산의 반환기일 전에 임차인의 부담으로 원상 복구키로 한다.'는 내용이 기재되어 있고, 특약사항에 '계약 만료 시 권리금 없음', '계약 만료 시 땅 원상복구할 것'이라는 내용이 기재되어 있으나, 위 기재 내용만으로는 임차목적물이 아닌 지상 가건물과

나) 항변, 재항변 사실

(1) 계약의 갱신

(가) 민법의 묵시적 갱신

원고의 '임대차기간 만료' 주장에 대한 민법 제639조 제1항[3420] 본문 소정의 '묵시적 갱신' 항변[3421]의 요건사실은 ① '임대차기간이 만료한 후 임차인이 임차물의 사

철창 구조물까지 원상회복의 대상으로 약정하였다고 보기 어렵다.'고 한 예. ❷ 대법원 2019. 8. 30. 선고 2017다268142 판결; 소외 회사가 점포를 임차하여 커피전문점 영업에 필요한 시설 설치공사를 하고 프랜차이즈 커피전문점을 운영하였고, 원고가 이전 임차인으로부터 위 커피전문점 영업을 양수하고 피고 회사로부터 점포를 임차하여 커피전문점을 운영하였는데, 임대차 종료 시 원고가 인테리어시설 등을 철거하지 않자 피고 회사가 비용을 들여 철거하고 반환할 보증금에서 시설물 철거비용을 공제한 사안에서, 임대차계약서에 임대차 종료 시 원고의 원상회복의무를 정하고 있으므로 피고 회사가 철거한 시설물이 점포에 부합되었다고 할지라도 임대차계약의 해석상 원고가 원상회복의무를 부담하지 않는다고 보기 어렵고, 피고 회사가 철거한 시설은 프랜차이즈 커피전문점의 운영을 위해 설치된 것으로서 점포를 그 밖의 용도로 사용할 경우에는 불필요한 시설이고, 원고가 비용상환청구권을 포기하였다고 해서 피고 회사가 위와 같이 한정된 목적으로만 사용할 수 있는 시설의 원상회복의무를 면제해 주었다고 보기 어려우므로, 피고 회사가 비용을 들여 철거한 시설물이 원고의 전 임차인이 설치한 것이라고 해도 원고가 철거하여 원상회복할 의무가 있다고 보아 피고 회사가 원고에게 반환할 보증금에서 피고 회사가 지출한 시설물 철거비용이 공제되어야 한다고 한 예. ❸ 대법원 2002. 12. 6. 선고 2002다42278 판결; "임대인의 귀책사유로 임대차계약이 해지되었다고 하더라도 임차인은 그로 인한 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 하고 원상회복의무를 부담하지 않는다고 할 수는 없다. … 임차인이 자신의 영업을 위하여 설치한 시설에 관한 비용을 임대인에게 청구하지 않기로 약정한 사정만으로 원상복구의무를 부담하지 아니하기로 하는 합의가 있었다고 볼 수 없고, 임대차계약서상 기재된 임차인의 원상복구의무에 관한 조항이 단지 부동문자로 남아 있는 무의미한 내용에 불과하다고 볼 수 없다. 상고이유에서 내세우는 대법원판결은 임차인이 시설비 상환청구권을 포기하는 경우 언제나 원상복구의무를 부담하지 않는다는 취지를 설시한 것이 아닐 뿐만 아니라 이 사건과는 사안을 달리하므로 이 사건에서 원용하기에 적절하지 아니하다." ☛ [동일 판시] 2006다39720. ⇔ 이와 달리, 임대차계약 종료 시 임차인이 시설비용이나 보수비용의 상환청구권을 포기하는 대신 원상복구의무도 부담하지 않기로 합의한 것이라고 본 사례로는, 2002다38828, 98다6497, 94다44705,44712, 80다589 등이 있었다. ❹ 임대인이 원상복구할 의사 없이 임차인이 설치한 시설을 그대로 이용하여 타에 다시 임대하려 하는 경우에는 원상복구비용을 임대차보증금에서 공제할 수 없다(2002다52657). ❺ 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다34903 판결; "원심이 … 피고가 임대인인 원고들 또는 원고들의 승낙 아래 제3자가 임차건물 부분에서 다시 영업허가를 받는 데에 방해되지 않도록 원고들에게 그 판시 영업허가에 관하여 폐업신고절차를 이행할 의무가 있다고 판단하였다. 임대차종료로 인한 임차인의 원상회복의무는 임차인이 사용하고 있던 부동산의 점유를 임대인에게 이전하는 것은 물론 임대인이 임대 당시의 부동산 용도에 맞게 다시 사용할 수 있도록 협력할 의무도 포함한다고 할 것인바, … 피고로 하여금 원고들에게 위 영업허가에 관하여 폐업신고절차를 이행할 것을 명한 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다." ❻ 임대차 목적물이 훼손된 경우 통상의 손해는 그 수리나 원상복구가 불가능하다면 훼손 당시의 임대차 목적물의 교환가치, 수리나 원상복구가 가능하다면 교환가치 감소분 범위 내의 수리비나 원상복구비이고, 임차인의 원상회복의무 지체로 인하여 임대인이 입은 손해는 이행지체일로부터 임대인이 실제로 원상회복을 완료한 날까지의 임대료 상당액이 아니라 임대인 스스로 원상회복을 할 수 있었던 기간까지의 임료 상당액이다(97다15104).

3420) **민법 제639조(묵시의 갱신)** ① 임대차기간이 만료한 후 임차인이 임차물의 사용, 수익을 계속하는 경우에 임대인이 상당한 기간 내에 이의를 하지 아니한 때에는 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다. 그러나 당사자는 제635조의 규정에 의하여 해지의 통고를 할 수 있다. ☛ 임차인이 임대차기간 만료 전에 갱신거절의 통지를 하는 경우에는 묵시의 갱신이 인정될 여지가 없다(대법원 2024. 6. 27. 선고 2023다307024 판결).

3421) 주장책임을 완화한 판례로, 임차인이 전차인을 상대로 전대차기간 만료로 인한 점포인도 및 차임 상당의 부당이득금의 지급을 구하는 소송에서, '임차인이 임대인으로부터 임대차보증금을 반환받지 못하고 임대차 해지 통고를 받은 바 없으므로 임대차가 종료하지 아니하였다'고 주장하는 것은 묵시의 갱신이 있었음을 주장한 것으로 보고 판단하여야 하고, 그 취지가 분명하지 않다면 석명을 통하여 그 주장의 취지를 명백히 하여야 한다고 한 것이 있다(91다7682).

용, 수익을 계속한 사실', ② '임대인이 상당한 기간 내에 이의를 하지 아니한 사실'[3422]이다.[3423]

(나) 주택임대차보호법상 갱신

주택임대차의 경우, ❶ '묵시적 갱신'[3424]으로, 임대인이 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 2개월[3425] 전까지 사이에 갱신 거절이나 계약조건 변경의 통지를 하지 아니한 경우에는 임대차기간이 끝난 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 보고(2기의 차임액에 달하도록 연체하거나 임차인으로서의 의무를 현저히 위반한 임차인에게는 적용되지 않는다), 그 존속기간은 2년[3426]으로 보지만(주택임대차보호법 제6조), 임차인은 언제든지 그 계약 해지를 통지할 수 있고, 임대인이 그 통지를 받은 날부터 3개월이 지나면 그 효력이 발생한다(제6조의2). 임대인에게는 그와 같은 계약해지권이 없다.

❷ '임차인의 계약갱신요구권에 의한 갱신'[3427]으로, 임대인은 임차인이 임대차기간이

3422) ②의 반대사실인 '임대인이 상당한 기간 내에 이의한 사실'이 원고의 재항변 사실로 보는 견해도 있으나, 2003다14720은, 원심이 '원고는 임대차기간이 만료한 후 상당한 기간 내에 이의를 하지 아니한 사실' 등을 인정한 후 '임대차기간이 만료한 후에도 피고가 임차물의 사용·수익을 계속하였고 원고가 상당한 기간 내에 이의를 하지 아니하여 최초의 임대차계약이 묵시적으로 갱신되었다'고 판단한 조치에 대하여 '옳은 것으로 수긍'한 바 있다.

3423) 묵시적으로 갱신된 임대차계약은 존속기간을 제외하고 전의 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차를 한 것으로 보아야 하고, 그 갱신된 임대차계약은 기간의 약정이 없는 임대차계약이 되므로(2003다14720 등), 원고는 민법 제639조 제1항 단서에 따라 민법 제635조 소정의 해지 통고에 의한 임대차 종료를 주장할 수 있는데, 묵시적 갱신으로 종래의 임대차계약이 유효로 되어 존속하는 것이 아니라 종래의 임대차계약과는 별개의 임대차계약이 성립한 것이므로(91다25017), 묵시적 갱신 계약에 대한 해지 종료의 원고 주장은 '묵시적 갱신' 항변에 대한 재항변이라기보다는, 종래 임대차계약 만료에 따른 청구에 대하여 예비적 청구의 위치에 있다고 볼 수 있다. ☛ 93다44104의 판시 중에는, "원고는 피고에게 이 사건 각 건물의 철거와 그 부지의 인도를 구함에 있어서, 당초에는 원심이 전제한 바와 같이 위 임대차계약의 기간 만료를 그 청구원인으로 하였다가, 피고가 위 임대차는 기간만료 후 묵시적으로 갱신되었다고 주장하면서 원고에게 위 건물의 매수를 청구하자, 원심 제5차 변론기일에 위 임대차가 피고 주장대로 묵시적으로 갱신되었음을 인정하는 한편 피고가 2기 이상의 차임을 연체하였다고 하여 이를 사유로 위 임대차를 해지하고 이로써 위 건물의 철거와 부지의 인도를 구하는 내용의 1993. 4. 16.자 주위적 청구원인변경 및 예비적 청구취지와 예비적 청구원인 추가신청서를 진술하여 종전의 주장을 변경하였음"이 보인다.

3424) **주택임대차보호법 제6조(계약의 갱신)** ① 임대인이 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 2개월 전까지의 기간에 임차인에게 갱신거절의 통지를 하지 아니하거나 계약조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 끝난 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다. 임차인이 임대차기간이 끝나기 2개월 전까지 통지하지 아니한 경우에도 또한 같다.〈개정 2020.6.9〉 ② 제1항의 경우 임대차의 존속기간은 2년으로 본다. ③ 2기의 차임액에 달하도록 연체하거나 그 밖에 임차인으로서의 의무를 현저히 위반한 임차인에 대하여는 제1항을 적용하지 아니한다.
제6조의2(묵시적 갱신의 경우 계약의 해지) ① 제6조제1항에 따라 계약이 갱신된 경우 같은 조 제2항에도 불구하고 임차인은 언제든지 임대인에게 계약해지를 통지할 수 있다. ② 제1항에 따른 해지는 임대인이 그 통지를 받은 날부터 3개월이 지나면 그 효력이 발생한다.

3425) 2020. 6. 9. 개정 시 종전의 '1개월'에서 '2개월'로 변경되었다.

3426) 당사자가 별도로 임대차기간을 2년 이상으로 정하기로 약정하는 것은 가능하다(2020다223781).

3427) **주택임대차보호법 제6조의3(계약갱신 요구 등)** [본조신설 2020.7.31.]
① 제6조에도 불구하고 임대인은 임차인이 제6조제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 임차인이 2기의 차임액에 해당하는 금액에 이르도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우

끝나기 6개월 전부터 2개월 전까지 사이에 계약갱신을 요구(1회에 한한다)할 경우, 정당한 사유(임차인이 2기의 차임액에 해당하는 금액에 이르도록 차임을 연체한 사실[3428])이 있는 경우, 임대인이나 그의 직계존속·직계비속 또는 임대인 지위 승계인[3429]이 실제 거주하려는[3430] 경우 등 계약갱신 거절사

---

2. 임차인이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우
3. 서로 합의하여 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우
4. 임차인이 임대인의 동의 없이 목적 주택의 전부 또는 일부를 전대한 경우
5. 임차인이 임차한 주택의 전부 또는 일부를 고의나 중대한 과실로 파손한 경우
6. 임차한 주택의 전부 또는 일부가 멸실되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우
7. 임대인이 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유로 목적 주택의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적 주택의 점유를 회복할 필요가 있는 경우
   가. 임대차계약 체결 당시 공사시기 및 소요기간 등을 포함한 철거 또는 재건축 계획을 임차인에게 구체적으로 고지하고 그 계획에 따르는 경우
   나. 건물이 노후·훼손 또는 일부 멸실되는 등 안전사고의 우려가 있는 경우
   다. 다른 법령에 따라 철거 또는 재건축이 이루어지는 경우
8. 임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우
9. 그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우

② 임차인은 제1항에 따른 계약갱신요구권을 1회에 한하여 행사할 수 있다. 이 경우 갱신되는 임대차의 존속기간은 2년으로 본다.

③ 갱신되는 임대차는 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 계약된 것으로 본다. 다만, 차임과 보증금은 제7조의 범위에서 증감할 수 있다.

④ 제1항에 따라 갱신되는 임대차의 해지에 관하여는 제6조의2를 준용한다.

⑤ 임대인이 제1항 제8호의 사유로 갱신을 거절하였음에도 불구하고 갱신요구가 거절되지 아니하였더라면 갱신되었을 기간이 만료되기 전에 정당한 사유 없이 제3자에게 목적 주택을 임대한 경우 임대인은 갱신거절로 인하여 임차인이 입은 손해를 배상하여야 한다.

⑥ 제5항에 따른 손해배상액은 거절 당시 당사자 간에 손해배상액의 예정에 관한 합의가 이루어지지 않는 한 다음 각 호의 금액 중 큰 금액으로 한다.

1. 갱신거절 당시 월차임(차임 외에 보증금이 있는 경우에는 그 보증금을 제7조의2 각 호 중 낮은 비율에 따라 월 단위의 차임으로 전환한 금액을 포함한다. 이하 "환산월차임"이라 한다)의 3개월분에 해당하는 금액
2. 임대인이 제3자에게 임대하여 얻은 환산월차임과 갱신거절 당시 환산월차임 간 차액의 2년분에 해당하는 금액
3. 제1항제8호의 사유로 인한 갱신거절로 인하여 임차인이 입은 손해액

3428) 임대차기간 중 어느 때라도 차임이 2기분에 달하도록 연체된 사실이 있다면 그 임차인과의 계약관계 연장을 받아들여야 할 만큼의 신뢰가 깨어졌으므로 임대인은 계약갱신 요구를 거절할 수 있고, 반드시 임차인이 계약갱신요구권을 행사할 당시에 2기분에 이르는 차임이 연체되어 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2021. 5. 13. 선고 2020다255429 판결).

3429) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2021다266631 판결: "임차인이 주택임대차법 제6조의3 제1항 본문에 따라 계약갱신을 요구하였더라도, 임대인으로서는 특별한 사정이 없는 한 같은 법 제6조 제1항 전단에서 정한 기간 내라면 제6조의3 제1항 단서 제8호에 따라 임대인이 목적 주택에 실제 거주하려고 한다는 사유를 들어 임차인의 계약갱신 요구를 거절할 수 있고, 같은 법 제3조 제4항에 의하여 임대인의 지위를 승계한 임차주택의 양수인도 그 주택에 실제 거주하려는 경우 위 갱신거절 기간 내에 위 제8호에 따른 갱신거절 사유를 주장할 수 있다고 보아야 한다. … 주택임대차법 제6조의3 제1항 단서 각호에 따른 정당한 사유가 있는 경우 임대인은 같은 법 제6조 제1항 전단에서 정한 기간에 임차인의 계약갱신 요구를 거절할 수 있다고 봄이 타당하고, 그렇다면 위 각호의 사유가 임차인의 갱신요구권 행사 후에 발생한 때에도 임대인은 위 기간 내라면 갱신거절권을 행사할 수 있다. … 제8호가 정한 '임대인'을 임차인이 갱신을 요구할 당시의 임대인만으로 제한하여 해석하기 어렵고, 구 임대인이 갱신거절 기간 내에 실거주 여부를 자유롭게 결정할 수 있다면 그 기간 내에 실거주가 필요한 새로운 임대인에게 매각할 수도 있다고 보아야 할 것인 점 등을 고려하면, 위 기간 내에 … 임대인의 지위를 승계한 양수인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우에는 위 제8호 사유를 주장할 수 있다."

3430) 대법원 2023. 12. 7. 선고 2022다279795 판결: "임대인 … 이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우에 해당한다

유) 없이 거절하지 못하고,[3431] 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 계약된 것으로 본다. 계약갱신 거절 사유에 대한 증명책임은 임대인에게 있다.[3432] 갱신 임대차의 존속기간은 2년으로 보고, 차임과 보증금은 제7조의 범위에서 증감할 수 있으며, 그 해지는 제6조의 2를 준용하는데, 임차인의 갱신요구권에 의해 갱신된 임대차계약에 대한 임차인의 해지 통지가 갱신 임대차계약 기간 개시 전에 임대인에게 도달한 경우에도, 해지 통지 후 3개월이 지나면 해지의 효력이 발생한다.[3433]

(다) 상가건물 임대차보호법상 갱신

상가건물 임대차의 경우,[3434] ❶ '임차인의 계약갱신요구권에 의한 갱신'으로

는 점에 대한 증명책임은 임대인에게 있다. '실제 거주하려는 의사'의 존재는 임대인이 단순히 그러한 의사를 표명하였다는 사정이 있다고 하여 곧바로 인정될 수는 없지만, 임대인의 내심에 있는 장래에 대한 계획이라는 위 거절사유의 특성을 고려할 때 임대인의 의사가 가공된 것이 아니라 진정하다는 것을 통상적으로 수긍할 수 있을 정도의 사정이 인정된다면 그러한 의사의 존재를 추인할 수 있을 것이다. 이는 임대인의 주거 상황, 임대인이나 그의 가족의 직장이나 학교 등 사회적 환경, 임대인이 실제 거주하려는 의사를 가지게 된 경위, 임대차계약 갱신요구 거절 전후 임대인의 사정, 임대인의 실제 거주 의사와 배치·모순되는 언동의 유무, 이러한 언동으로 계약갱신에 대하여 형성된 임차인의 정당한 신뢰가 훼손될 여지가 있는지 여부, 임대인이 기존 주거지에서 목적 주택으로 이사하기 위한 준비의 유무 및 내용 등 여러 사정을 종합하여 판단할 수 있다."

3431) 임대인이 실거주를 사유로 갱신을 거절하고 정당한 사유 없이 제3자에게 임대한 경우 임차인에게 손해배상책임을 진다(제5항).

3432) 대법원 2023. 12. 7. 선고 2022다279795 판결, 대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다249831 판결.

3433) 대법원 2024. 1. 11. 선고 2023다258672 판결; "임차인이 주택임대차보호법 제6조의3 제1항에 따라 임대차계약의 갱신을 요구하면 임대인에게 갱신거절 사유가 존재하지 않는 한 임대인에게 갱신요구가 도달한 때 갱신의 효력이 발생한다. 갱신요구에 따라 임대차계약에 갱신의 효력이 발생한 경우 임차인은 제6조의2 제1항에 따라 언제든지 계약의 해지통지를 할 수 있고, 해지통지 후 3개월이 지나면 그 효력이 발생하며, 이는 계약해지의 통지가 갱신된 임대차계약 기간이 개시되기 전에 임대인에게 도달하였더라도 마찬가지이다. … 이 사건 통지가 갱신된 임대차계약 기간이 개시되기 전에 피고에게 도달하였다고 하여 갱신된 임대차계약 기간이 개시되기를 기다려 그때부터 3개월이 지나야 이 사건 통지에 따른 해지 효력이 발생하는 것은 아니다." [구체적 사안] 임대차기간 2019. 3. 10.~2021. 3. 9. ⇒ 임차인(원고)의 임대차계약 갱신 요구 통지 2021. 1. 5. 도달 ⇒ 1. 28.자 갱신 임대차계약 해지 통지 1. 29. 도달 ☛ 해지일; 원고(대법원)= 2021. 4. 29.(해지도달일 1. 29.부터 3개월 후) ⇔ 피고(원심) = 2021. 6. 9.(갱신일 2021. 3. 10.부터 3개월 후)

3434) **상가건물 임대차보호법 제10조(계약갱신 요구 등)** ① 임대인은 임차인이 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나의 경우에는 그러하지 아니하다.〈개정 2013. 8. 13.〉

1. 임차인이 3기의 차임액에 해당하는 금액에 이르도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우
2. 임차인이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우
3. 서로 합의하여 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우
4. 임차인이 임대인의 동의 없이 목적 건물의 전부 또는 일부를 전대한 경우
5. 임차인이 임차한 건물의 전부 또는 일부를 고의나 중대한 과실로 파손한 경우
6. 임차한 건물의 전부 또는 일부가 멸실되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우
7. 임대인이 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유로 목적 건물의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적 건물의 점유를 회복할 필요가 있는 경우
   가. 임대차계약 체결 당시 공사시기 및 소요기간 등을 포함한 철거 또는 재건축 계획을 임차인에게 구체적으로 고지하고 그 계획에 따르는 경우
   나. 건물이 노후·훼손 또는 일부 멸실되는 등 안전사고의 우려가 있는 경우
   다. 다른 법령에 따라 철거 또는 재건축이 이루어지는 경우
8. 그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우

서, 임대인은 임차인이 임대차기간이 만료(임차인의 계약갱신요구권은, 법 제2조 제1항 단서 소정의 '대통령령으로 정한 보증금액을 초과하는 임대차'에 대해서도 적용되나,[3435] 그 보증금액 초과 임대차에서 기간을 정하지 않은 경우에는 인정되지 않는다[3436])되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신을 요구[3437]할 경우 정당한 사유(3기 차임액의 연체 사실,[3438] 건물의 철거나 재건축을 위해 점유를 회복할 필요가 있는 경우[3439] 등 계약갱신 거절 사유) 없이 거절하지 못하고, 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 10년[3440]을 초과하지 아니하는 범위 내에서 전

---

② 임차인의 계약갱신요구권은 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 10년을 초과하지 아니하는 범위에서만 행사할 수 있다. 〈개정 2018.10.16.〉

③ 갱신되는 임대차는 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 계약된 것으로 본다. 다만, 차임과 보증금은 제11조에 따른 범위에서 증감할 수 있다.

④ 임대인이 제1항의 기간 이내에 임차인에게 갱신 거절의 통지 또는 조건 변경의 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 만료된 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다. 이 경우에 임대차의 존속기간은 1년으로 본다.

⑤ 제4항의 경우 임차인은 언제든지 임대인에게 계약해지의 통고를 할 수 있고, 임대인이 통고를 받은 날부터 3개월이 지나면 효력이 발생한다.

3435) 임차인의 계약갱신요구에 관한 상가건물 임대차보호법 제10조 제1항, 제2항, 제3항 본문 및 제10조의2(차임과 보증금의 증감)는 같은 법 제2조 제1항 단서에 따른 보증금액을 초과하는 임대차에 대하여도 적용한다(같은 법 제2조 제3항: 2013. 8. 13. 신설, 시행).

3436) 대법원 2021. 12. 30. 선고 2021다233730 판결; "「상가건물 임대차보호법」에서 기간을 정하지 않은 임대차는 그 기간을 1년으로 간주하지만(제9조 제1항), 대통령령으로 정한 보증금액을 초과하는 임대차는 위 규정이 적용되지 않으므로(제2조 제1항 단서), 원래의 상태 그대로 기간을 정하지 않은 것이 되어 민법의 적용을 받는다. 민법 제635조 제1항, 제2항 제1호에 따라 이러한 임대차는 임대인이 언제든지 해지를 통고할 수 있고 임차인이 그 통고를 받은 날로부터 6개월이 지남으로써 효력이 생기므로, 임대차기간이 정해져 있음을 전제로 그 기간 만료 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 행사하도록 규정된 임차인의 계약갱신요구권(상가임대차법 제10조 제1항)은 발생할 여지가 없다."

3437) 임대인의 동의를 받고 전대차계약을 체결한 전차인은 임차인의 계약갱신요구권 행사기간 이내에 임차인을 대위하여 임대인에게 계약갱신요구권을 행사할 수 있다(같은 법 제13조 제2항).

3438) 대법원 2021. 5. 13. 선고 2020다255429 판결; "상가건물 임대차보호법 제10조의8은 임대인이 차임연체를 이유로 계약을 해지할 수 있는 요건을 '차임연체액이 3기의 차임액에 달하는 때'라고 규정하였다. 반면 임대인이 임대차기간 만료를 앞두고 임차인의 계약갱신요구를 거부할 수 있는 사유에 관해서는 '3기의 차임액에 해당하는 금액에 이르도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우'라고 문언을 달리하여 규정하고 있다(제10조 제1항 제1호). 그 취지는, 임대차계약관계는 당사자 사이의 신뢰를 기초로 하므로, 종전 임대차기간에 차임을 3기분에 달하도록 연체한 사실이 있는 경우에까지 임차인의 일방적 의사에 의하여 계약관계가 연장되는 것을 허용하지 아니한다는 것이다. 위 규정들의 문언과 취지에 비추어 보면, 임대차기간 중 어느 때라도 차임이 3기분에 달하도록 연체된 사실이 있다면 그 임차인과의 계약관계 연장을 받아들여야 할 만큼의 신뢰가 깨어졌으므로 임대인은 계약갱신 요구를 거절할 수 있고, 반드시 임차인이 계약갱신요구권을 행사할 당시에 3기분에 이르는 차임이 연체되어 있어야 하는 것은 아니다."

3439) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다249831 판결; "정비사업의 진행 경과에 비추어 임대차 종료 시 단기간 내에 관리처분계획인가·고시가 이루어질 것이 객관적으로 예상되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 구 도시정비법에 따른 사업시행인가·고시가 이루어졌다는 사정만으로는 임대인이 건물 철거 등을 위하여 건물의 점유를 회복할 필요가 있다고 할 수 없어 구 상가임대차법 제10조 제1항 제7호 (다)목에서 정한 계약갱신 거절사유가 있다고 할 수 없다. 이와 같이 임대차 종료 시 관리처분계획인가·고시가 이루어졌거나 이루어질 것이 객관적으로 예상되는 등으로 구 상가임대차법 제10조 제1항 제7호 (다)목의 사유가 존재한다는 점에 대한 증명책임은 임대인에게 있다."

3440) 2018. 10. 16. 개정 시 종전의 5년에서 10년으로 늘렸다. 이는 개정법 부칙 제2조에 따라 2018. 10. 16. 이후 처음으로 체결된 임대차 또는 2018. 10. 16. 이전에 체결되었지만 2018. 10. 16. 이후 그 이전에 인정되던 계약 갱신 사유에 따라 갱신되는 임대차에 적용되나, 개정 법률 시행 후에 개정 전 법률에 따른 의무임대차기간이 경과하여 임대차가 갱신되지 않고 기간만료 등으로 종료된 경우는 적용되지 않는다(대법원 2020. 11.

임대차와 동일한 조건으로 다시 계약된 것으로 본다(차임과 보증금은 제11조에 따른 범위에서 증감할 수 있다).[3441] 계약갱신 거절 사유에 대한 증명책임은 임대인에게 있다.[3442]

❷ 묵시적 갱신으로서, 임대인이 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 임차인에게 갱신 거절의 통지[3443] 또는 조건 변경의 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 만료된 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다(그 존속기간은 1년으로 보며, 임차인은 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있고, 임대인이 통고를 받은 날부터 3개월이 지나면 효력이 발생한다).[3444] 상가 임차인이 임대차기간 만료 1개월 전부터 만료일 사이에 갱신거절의 통지를 한 경우, 그 임대차계약은 묵시적 갱신이 인정되지 않고 임대차기간 만료일에 종료한다.[3445]

(라) 임대주택 특별법상 갱신

'민간임대주택'과 '공공임대주택'의 경우 민간임대주택에 관한 특별법·공공주택특별법과 그 각 시행령에서 정한 각 호 규정 중 하나에 해당하는 사유가 있는 경우라야 임대인은 임대차계약의 갱신을 거절할 수 있고, 그렇지 아니한 경우에는 임차인이 임대차계약의 갱신을 원하는 이상 특별한 사정이 없는 한 임대의무기간 동안에는 갱신을 거절할 수 없다.[3446] 이는 강행규정으로서 이에 위반되는 약정은 무효이다.[3447]

---

5. 선고 2020다241017 판결).

3441) 법 제10조 제4항에 따른 '임대인의 갱신 거절 통지'가 제10조 제1항 제1호 내지 제8호에서 정한 정당한 사유에 근거한 것으로 볼 수 없다면, 그와 같은 임대인의 갱신 거절 통지의 선후와 관계없이 임차인은 법 제10조 제1항에 따른 계약갱신요구권을 행사할 수 있고, 그에 따라 종전 임대차는 제10조 제3항에 따라 갱신되며, 임차인이 계약갱신요구권을 행사한 이후 임차인과 임대인이 종전 임대차기간이 만료할 무렵 새로운 임대차의 형식으로 계약을 체결한 경우에도 그것이 임차인의 계약갱신요구권 행사에 따른 갱신의 실질을 갖는다고 평가되는 한 이를 두고 종전 임대차에 관한 재계약으로 볼 것은 아니고, 갱신된 임대차에 관하여 차임의 증감청구권에 관한 제11조가 적용된다(대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다35115 판결).

3442) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다249831 판결, 대법원 2023. 12. 7. 선고 2022다279795 판결.

3443) 공유자가 공유물을 타인에게 임대하는 행위 및 그 임대차계약을 해지하는 행위는 공유물의 관리행위에 해당하므로 민법 제265조 본문에 의하여 공유자의 지분의 과반수로써 결정하여야 하는바, 상가건물 임대차보호법이 적용되는 상가건물의 공유자인 임대인이 같은 법 제10조 제4항에 의하여 임차인에게 갱신 거절의 통지를 하는 행위는 실질적으로 임대차계약의 해지와 같이 공유물의 임대차를 종료시키는 것이므로, 공유물의 관리행위에 해당하고, 따라서 공유자의 지분의 과반수로써 결정하여야 한다(2010다37905).

3444) 상가건물 임대차보호법 제10조 제1항의 임차인의 갱신요구권에 관한 전체 임대차기간의 제한은 같은 조 제4항의 법정갱신에 대하여는 적용되지 않는다(2009다64307).

3445) 대법원 2024. 6. 27. 선고 2023다307024 판결; "상가건물 임대차보호법 제10조 제1항은 … 임차인의 계약갱신 요구권을 인정할 뿐이고, 임차인이 갱신거절의 통지를 할 수 있는 기간은 제한하지 않았다. … 제4항은 … 묵시적 갱신을 규정하면서 임대인의 갱신거절 또는 조건변경의 통지기간을 제한하였을 뿐, 주택임대차보호법 제6조 제1항 후문과 달리 상가의 임차인에 대하여는 기간의 제한을 두지 않았다. 상가임대차법에 임차인의 갱신거절 통지기간에 대하여 명시적인 규정이 없는 이상 원칙으로 돌아가 임차인의 갱신거절 통지기간은 제한이 없다고 보아야 한다." ☜ 묵시적 갱신이 인정되어 갱신거절 통지를 한 날부터 3개월이 지난 시점에 임대차계약이 해지되어 종료된다고 본 원심을 파기한 예.

3446) 대법원 2020. 5. 28. 선고 2020다202371 판결(임차인의 채권자로부터 임대보증금반환청구권에 대한 압류 및 추심명령이 발령되었다는 사정은 임대인이 임대차계약의 갱신을 거절할 수 있는 특별한 사정에 해당한다고 보기 어렵다). ☛ 나아가, 임대인에게 임대차계약의 갱신을 적법하게 거절할 수 있는 사유가 존재하더라도,

(2) 부속물매수청구권의 행사

임대인이 임대차 건물의 인도와 함께 임차인이 시설한 부속물의 철거를 청구할 경우, 임차인이 민법 제646조[3448]에 의한 부속물매수청구권의 행사를 주장하는 것은 임대인의 부속물철거청구에 대해서는 철거청구권의 소멸사유, 건물인도 청구에 대해서는 부속물매수대금 지급과의 동시이행이라는 인도청구권의 행사저지사유에 해당하는 항변이다.[3449]

민법 제646조 제1항에서 "임대차의 종료 시"라고 규정하고 있을 뿐, 그 종료 원인을 제한하고 있지는 않으나, 판례는 위 법 문언과 달리 임차인의 차임연체 등 임차인의 채무불이행을 이유로 임대차계약이 해지된 경우에는 부속물매수청구권이 인정되지 않는다는 것이므로,[3450] 청구원인단계에서 이미 임차인의 채무불이행으로 인한 임대차 종료사실이 인정된 경우에는 부속물매수청구권 행사의 항변은 유효한 항변이 되지 못한다.

부속물매수청구권의 행사로 항변하는 임차인으로서는 ① '임대인의 동의를 얻어 부속물[3451]을 설치하였거나 그 부속물이 임대인으로부터 매수한 것인 사실', ② '그 부속물이

임대인이 반드시 임대차계약의 갱신을 거절하여야 하는 것은 아니고, 임대인에게 임대차계약의 갱신을 거절할 수 있는 권한이 발생한 뒤에라도 임차인은 임대인이 실제로 그러한 의사표시를 하기 이전에 갱신거절의 사유를 해소시킴으로써 임대인의 갱신거절 권한을 소멸시킬 수 있다(대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다223781 판결; 소외 공사(임대인)는 원심 변론종결일까지 피고(임차인)를 상대로 민간임대주택법 시행령이나 표준임대차계약서의 각호의 사유를 제시하면서 계약갱신을 거절하겠다는 의사표시를 한 바가 없고, 계약이 갱신되어 존속중임을 전제로 증액보증금 등의 납부를 피고에게 구하였을 뿐이며, 피고는 그 청구에 따른 이행을 이미 마친 상태이므로, 소외 공사는 계약갱신거절을 더 이상 주장할 수 없게 되었다고 한 예).

3447) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2021다265171 판결(피고공사로부터 공공임대주택을 임차한 소외인이 원고에게 임대차보증금반환채권 일부를 양도하면서 원고의 승낙 없이는 재계약을 하지 않겠다고 약정하였으나, 임대차기간 만료 전 재계약을 한 사안에서, 피고공사는 공공주택 특별법 시행령 또는 표준임대차계약서 해당 조문의 각호에서 정한 사유가 없는 한 임대차계약의 갱신을 거절할 수 없고, 이에 반하는 소외인과 원고의 약정으로 위 규정의 적용을 배제할 수 없어 유효하게 임대차계약이 갱신되었다고 한 사례). **[동일 취지]** 공공임대주택의 임차인이 공공주택사업자에 대한 임대차보증금반환채권을 자신의 대출채권자에게 양도하고, 대출금의 상환이 지체되면 대출채권자 또는 지정된 제3자에게 임차주택을 인도하겠다는 각서를 교부한 경우에도 그 채권자가 대출금의 상환이 지체되었다는 이유로 임차인을 대위하여 공공임대주택의 임대차계약을 해지할 수 없고, 그 해지의 의사표시는 무효이다(대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다230165 판결).

3448) **민법 제646조(임차인의 부속물매수청구권)** ① 건물 기타 공작물의 임차인이 그 사용의 편익을 위하여 임대인의 동의를 얻어 이에 부속한 물건이 있는 때에는 임대차의 종료 시에 임대인에 대하여 그 부속물의 매수를 청구할 수 있다. ② 임대인으로부터 매수한 부속물에 대하여도 전항과 같다.

3449) 대법원 1981. 11. 10. 선고 81다378 판결; "소외 김OO과 피고 사이의 위 전대차계약이 만일 소외 회사의 동의를 얻은 것이라면 전차인인 피고는 임대인인 위 소외 회사에 대하여, 그 사용의 편익을 위하여 임대인의 동의를 얻어 시설한 부속물의 매수청구권을 행사할 수 있고, 임대인인 위 소외 회사를 대위한 원고들에 대하여도 부속물 매수대금 지급 시까지의 연기적 항변권을 주장할 수 있는 이치라고 할 것"

3450) 대법원 1990. 1. 23. 선고 88다카7245, 7252 판결.

3451) '**부속물**'이란, 건물에 부속된 물건으로서 임차인의 소유에 속하고, 건물의 구성부분으로는 되지 아니한 것으로서 건물의 사용에 객관적인 편익을 가져오게 하는 물건이라 할 것이므로, 부속된 물건이 오로지 임차인의 특수목적에 사용하기 위하여 부속된 것일 때에는 이에 해당하지 않고, 당해 건물의 객관적인 사용목적은 그 건물 자체의 구조와 임대차계약 당시 당사자 사이에 합의된 사용목적, 기타 건물의 위치, 주위환경 등 제반사정을 참작하여 정한다(93다25738,25745).

현존하는 사실', ③ '매수청구권(형성권)을 행사한 사실'은 물론,[3452] 동시이행의 범위를 정하기 위하여 '매수청구권 행사 당시 부속물의 시가'[3453]까지 주장·증명하여야 한다.

부속물매수청구권 포기의 특약은 특별한 사정이 없는 한 임차인 또는 전차인에게 불리한 것이고 민법 제652조[3454]의 적용으로 그 효력이 없으므로, 임대인으로서는 '매수청구권 포기의 특약 사실'과 함께 '그 특약이 임차인 등에게 일방적으로 불리한 것이 아니라는 특별한 사정에 관한 사실'[3455]까지 주장·증명하여야 부속물매수청구권 포기의 유효한 재항변이 된다.

(3) 지상물매수청구권의 행사

토지 임대인이 그 임차인에 대하여 지상물철거 및 그 대지의 인도를 청구한 데 대하여 임차인이 민법 제643조의 지상물매수청구권[3456]을 행사하게 되면 임대인과 임차인 사이에는 그 지상물에 관한 매매가 성립하게 되므로 임대인의 청구는 이를 그대

3452) '임대차계약이 체결되었다가 종료한 사실'도 요건사실에 포함되지만, 이는 이미 청구원인 단계에서 이미 인정되었을 것이므로 항변 단계에서 따로 주장·증명할 필요가 없다.

3453) 부속물매수청구권의 행사로 인한 부속물매매대금은 그 매수청구권 행사 당시의 시가를 기준으로 산정한다(95다12927).

3454) **민법 제652조(강행규정)** 제627조, 제628조, 제631조, 제635조, 제638조, 제640조, 제641조, 제643조 내지 제647조의 규정에 위반하는 약정으로 임차인이나 전차인에게 불리한 것은 그 효력이 없다.

3455) ❶ 甲이 乙에게 건물부분을 임대할 때 그 임차보증금과 임료를 시가보다 저렴하게 해 주고 그 대신 乙은 임대차가 종료될 때 그가 설치한 부속물에 대한 시설비나 필요비, 유익비, 권리금 등을 일체 청구하지 아니하기로 약정하였고 丙 등이 乙로부터 위 임차권을 양수할 때에도 甲에게 위 시설비 등을 일체 청구하지 아니하기로 약정하였다면, 乙이나 丙 등은 매수청구권을 포기하였다 할 것이고 또 위와 같은 약정이 임차인에게 일방적으로 불리한 것이라고 볼 수도 없다고 한 사례(92다24998,25007). ❷ 건물임차인인 피고들이 증·개축한 시설물과 부대시설을 포기하고 임대차 종료 시의 현상대로 임대인의 소유에 귀속하기로 하는 대가로 임대차계약의 보증금 및 월차임을 파격적으로 저렴하게 하고, 그 임대기간도 장기간으로 약정하고, 임대인은 임대차계약의 종료 즉시 임대건물을 철거하고 그 부지에 건물을 신축하려고 하고 있으며 임대차계약 당시부터 임차인도 그와 같은 사정을 알고 있었다면, 임대차계약 시 임차인의 부속시설의 소유권이 임대인에게 귀속하기로 한 특약은 단지 부속물매수청구권을 배제하기로 하거나 또는 부속물을 대가없이 임대인의 소유에 속하게 하는 약정들과는 달라서 임차인에게 불리한 약정이라고 할 수 없다고 한 사례(81다1001).

3456) 대법원 2021. 12. 10. 선고 2021다260671 판결: "민법은 임대차계약 종료 시에 계약 목적 대지 위에 존재하는 지상물의 잔존가치를 보존하자는 국민경제적 요청과 아울러 토지 소유자의 배타적 소유권 행사로 인해 희생당하기 쉬운 임차인을 보호하기 위해서 임대차계약을 위반하지 않고, 계약을 성실하게 지켜온 임차인에게는 임대차계약 종료 시에 계약갱신 요구권을 부여하고, 임대인이 굳이 위 요구를 벗어나 자신의 뜻대로 토지를 사용하고자 할 때에는 계약 목적 토지 위에 임차인이 설치한 건물 등 지상물을 매수하도록 강제함으로써 비로소 위와 같은 제한으로부터 벗어날 수 있게 하는 지상물매수청구권을 두었다. 그렇다면 임대인에게는 지상물을 매수한 후 이와 같은 제한으로부터 완전히 벗어나 그가 매수한 지상건물과 대지를 그의 뜻대로 자유롭게 사용·처분할 수 있는 권리가 보장되어야 한다. 또 임대인의 재산권 행사를 제한하는 위와 같은 예외적 강행규정은 그 해석을 엄격하게 하여야 한다." ☜ 피고의 불법 증축으로 매수청구권 대상 건물 절반 이상이 원고 소유의 임대차 목적 토지가 아닌 원고 소유의 3필지 인접 토지를 무단으로 침범하여 건립되었고, 매수청구가 허용된다면 원고로서는 인접 3필지의 토지에 대해서도 소유권 행사에 상당한 제한을 받게 되며, 매수에 따른 소유권이전등기를 마칠 수 있는지 여부도 불확실하고, 건물의 절반에 가까운 부분이 지목이 '전'인 인접 토지 위에 걸쳐 있어 사실상 건물 전체에 대한 철거가 불가피할 것으로 보이며, 불법 증개축 부분에 대해서는 원고가 철거 등 원상회복 의무를 부담하게 되고, 이행강제금 부과의 위험 역시 이전되는 결과가 되는 사정을 종합하면, 원고는 건물과 부지를 자유롭게 사용·처분할 수 없고, 이는 원고의 재산권 행사에 지나친 제약이 된다고 보기에 충분하므로 건물매수청구는 허용된다고 보기 어렵다고 한 예.

로 받아들일 수 없게 되고,[3457] 지상물철거와 그 대지 인도청구 속에 지상물매수대금 지급과 동시에 인도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 볼 수는 없으므로,[3458] 임대인의 청구는 모두 기각되어져야 한다.[3459] 즉, 임차인의 지상물매수청구권 행사는 임대인의 지상물철거청구뿐만 아니라 토지 인도청구에 대하여도 각 권리소멸사유로 기능하는 유효한 항변이다.

이 경우, 법원으로서는 임대인이 종전의 청구를 계속 유지할 것인지, 아니면 대금지급과 상환으로 지상물의 인도를 청구할 의사가 있는 것인지(예비적으로라도)를 석명하고 임대인이 그 석명에 응하여 소를 변경한 때에는 지상물 인도의 판결을 함으로써 분쟁의 1회적 해결을 꾀하여야 한다.[3460] 법원으로서는 석명권을 적절히 행사하여 임대인으로 하여금 건물철거청구를 건물소유권이전등기·건물인도청구로 소를 변경하게 한 후 매매대금과의 상환이행을 명하는 판결을 함이 바람직하다.

토지 임차인이 건물매수청구권을 행사할 수 있음에도 불구하고 이를 행사하지 아니한 채, 토지 임대인이 임차인에 대하여 제기한 토지인도 및 건물철거 청구소송에서 패소하여 그 패소판결이 확정되었다고 하더라도, 그 확정판결에 의하여 건물철거가 집행되지 아니한 이상, 토지 임차인으로서는 건물매수청구권을 행사하여 별소로써 임대인에 대하여 건물 매매대금의 지급을 구할 수 있다.[3461]

임대인(임차권 소멸 당시에 토지 소유권을 가진 임대인)[3462]에 대하여 지상물매수청구권의 행

3457) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94다34265 전원합의체 판결.

3458) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94다34265 전원합의체 판결.

3459) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다70012 판결, 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다51178, 51185 판결.

3460) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94다34265 전원합의체 판결. 왜냐하면, 이처럼 제소 당시에는 임대인의 청구가 이유 있는 것이었으나 제소 후에 임차인의 매수청구권 행사라는 사정변화가 생겨 임대인의 청구가 받아들여질 수 없게 된 경우에는 임대인으로서는 통상 지상물 철거 등의 청구에서 전부 패소하는 것보다는 대금지급과 상환으로 지상물 인도를 명하는 판결이라도 받겠다는 의사를 가질 수도 있다고 봄이 합리적이라 할 것이고, 또 임차인의 처지에서도 이러한 법원의 석명은 임차인의 항변에 기초한 것으로서 그에 의하여 논리상 예기되는 범위 내에 있는 것이므로 그러한 법원의 석명에 의하여 임차인이 특별히 불리하게 되는 것도 아니며, 오히려 법원의 석명에 의하여 지상물 인도와 상환으로 대금지급의 판결을 받게 되는 것이 매수청구권을 행사한 임차인의 진의에도 부합한다고 할 수 있고, 위와 같은 경우에 법원이 이러한 점을 석명하지 아니한 채 토지 임대인의 청구를 기각하고 만다면, 또다시 지상물 인도 청구의 소를 제기하지 않으면 안 되게 되어 쌍방 당사자에게 다 같이 불리한 결과를 안겨 줄 수밖에 없으므로 소송경제상으로도 매우 불합리하다고 하지 않을 수 없기 때문이다.

3461) 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다42195 판결(건물매수청구권이 종전 소송에서 행사되지 아니하여 그 확정판결에 의하여 소멸되었다고 볼 수는 없고, 전소인 토지인도 및 건물철거 청구소송과 후소인 매매대금 청구소송은 서로 그 소송물을 달리하는 것이므로, 종전 소송의 확정판결의 기판력에 의하여 건물매수청구권의 행사가 차단된다고 할 수도 없다).

3462) ◎ **매수청구권 행사의 상대방**

❶ 대법원 2017. 4. 26. 선고 2014다72449, 72456 판결: "임차인의 지상물매수청구권은 국민경제적 관점에서 지상 건물의 잔존 가치를 보존하고 토지 소유자의 배타적 소유권 행사로부터 임차인을 보호하기 위한 것으로서, 원칙적으로 임차권 소멸 당시에 토지 소유권을 가진 임대인을 상대로 행사할 수 있다. 임대인이 제3자에게 토지를 양도하는 등으로 토지 소유권이 이전된 경우에는 임대인의 지위가 승계되거나 임차인이 토지 소유자

사를 주장하는 임차인[3463]으로서는, ① '지상물 소유를 목적으로 한 토지임대차계약을 체결하고[3464] 그 기간이 만료한[3465] 사실'(임대차계약의 만료 사실은 이미 청구원인단계에서 이미 인정되었을 것이므로, 이를 항변단계에서 다시 주장·증명할 필요는 없을 것이고, 청구원인단계에서 임대차 종료원인이 임차인의 채무불이행으로 인한 해지였음이 밝혀진 경우라면 지상물매수청구권행사의 항변은

에게 임차권을 대항할 수 있다면 새로운 토지 소유자를 상대로 위 매수청구권을 행사할 수 있다. 한편 토지 소유자가 아닌 제3자가 토지 임대행위를 한 경우에는 제3자가 토지 소유자를 적법하게 대리하거나 토지 소유자가 제3자의 무권대리행위를 추인하는 등으로 임대차계약의 효과가 토지 소유자에게 귀속되었다면 토지 소유자가 임대인으로서 지상물매수청구권의 상대방이 된다. 그러나 제3자가 임대차계약의 당사자로서 토지를 임대하였다면, 토지 소유자가 임대인의 지위를 승계하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 임대인이 아닌 토지 소유자가 직접 지상물매수청구권의 상대방이 될 수는 없다." ❷ 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다254228, 254235 판결; 갑 회사는 국유 토지의 관리를 위탁받아 을 회사와 사용수익계약을 체결한 자일뿐 토지 소유자가 아니므로 지상물매수청구권의 상대방이 될 수 없다고 한 사례. ❸ 대법원 1977. 4. 26. 선고 75다348 판결; "임차권 소멸 후 임대인이 그 토지를 제3자에게 양도하는 등으로 그 소유권이 이전되었을 때에는 제3자에 대하여 대항할 수 있는 차지권을 가지고 있던 토지 임차인은 그 신소유자에게 대하여도 위 매수청구권을 행사할 수 있다 … 피고는 건물의 보존등기를 필함으로써 제3자에 대하여 대항할 수 있는 차지권을 가지고 있던 사람이며, … 원고에 대한 위 건물매수청구권의 행사는 적법유효하다." ❶ 대법원 2003. 2. 28. 선고 2000다65802, 65819 판결; "임차인이 그 지상건물을 등기하기 전에 제3자가 그 토지에 관하여 물권취득의 등기를 한 때에는 임차인이 그 지상건물을 등기하더라도 그 제3자에 대하여 임대차의 효력이 생기지 아니한다. … 피고가 박OO으로부터 이 사건 토지를 임차하고 그 지상에 이 사건 건물을 신축함으로써 이를 원시취득하였다고 하더라도, 그 건물의 보존등기를 하기 이전에 이미 이 사건 토지에 관하여 처분금지가처분등기를 마친 원고에 대하여는 그 토지임대차의 효력이 생기지 아니한다." ⇔ 96다14517 판결은, 그 판시사항과 판결요지에 일반적으로 토지 임차인이 그 신소유자에게 대하여 위 매수청구권을 행사할 수 있는 것으로 기재되어 있으나, 그 구체적 사안은 임차인이 지상건물을 등기하여 제3자에 대하여 대항력을 가진 사안이므로, 위 판시사항과 판결요지를 일반론으로 볼 것은 아니다.

3463) ◎ **매수청구권자**
지상물매수청구권은 지상물의 소유자에 한하여 행사할 수 있는바, 임차인이 토지에 관한 임대차기간이 만료하기 전에 지상건물을 양도하였다면 이미 건물의 소유자가 아니어서 매수청구권을 행사할 수 없으므로(93다6386), 지상건물의 양수인이 임차인을 대위하여 매수청구권을 행사할 수도 없다.
종전 임차인으로부터 미등기 무허가건물을 매수하여 점유하고 있는 임차인은 그 건물에 대하여 법률상 또는 사실상의 처분권을 가지고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 비록 소유자로서의 등기명의가 없어 소유권을 취득하지 못하였다 하더라도 임대인에 대하여 지상물매수청구권을 행사할 수 있는 지위에 있다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다48364 판결).
지상물매수청구권 규정은 성질상 토지의 전세권에도 유추적용될 수 있다(2005다41740).

3464) 토지 및 그 지상건물에 대한 임대차와 건물의 소유를 목적으로 하는 임대차는 그 임대차 종료 시에 있어서 임차인의 갱신청구권 또는 건물매수청구권이 인정되는지 여부 및 원상회복약정의 유효 여부 등 그 법률효과에 있어 현저한 차이가 있으므로 토지 및 지상건물에 대한 임대차가 건물의 소유를 목적으로 하는 임대차로 변경되었다고 인정함에는 신중을 기하여야 한다(2008다90095,90101).

3465) ◎ **임대차기간의 '만료'**
임차인의 차임연체, 무단전대 등 채무불이행으로 계약이 해지된 경우에는 지상물매수청구권이 인정되지 않는다(2003다7685 판결(무단전대, 차임연체), 95다29345 판결(차임연체), 93다44104 판결(차임연체)). 리딩 케이스인 72다2013 판결은, "임대차 계약에 준용되는 민법 제283조 소정 지상권자의 매수청구권은 지상권이 존속기간의 만료로 인하여 소멸하였을 때, 지상권자에게 갱신청구권이 있어 그 갱신청구를 하였을 경우, 지상권설정자가 계약갱신을 원하지 아니할 때 비로소 매수청구권을 행사할 수 있는 법리라 할 것이므로, 임대차의 경우에 있어서도 임차인의 채무불이행 등 사유로 인하여 임대차 계약이 해지되었을 때에는 임차인에게 계약갱신권이 발생할 여지가 없고 따라서 임차인에게 매수청구권을 발생할 수 없다고 해석하여야 할 것"이라고 판시하였다.
임대인과 임차인의 합의로 임대차 계약을 해약하고 임차인이 지상 건물을 철거하기로 약정한 경우에는 민법 제643조, 제652조의 규정은 적용될 수 없다(69다617).
하지만, 기간 약정 없는 토지임대차계약이 임대인의 해지로 종료한 경우(2009다70012), 임대차기간 만료에 따른 해지통고의 경우(90다19695)에는 지상물매수청구권 행사가 가능하다.

주장 자체로 이유 없게 된다), ② '임대차기간 만료 당시 지상물이 현존하고 있는 사실',[3466] ③ '계약갱신을 청구하였으나 임대인이 이를 거절한 사실',[3467] ④ '매수청구권(형성권)을 행사한 사실(매수청구의 의사표시 및 그 도달)'[3468]을 주장·증명하면 되고,[3469] 매수청구권 행사 당시 지상물의 시가까지 주장·증명하여야 할 필요는 없으나, 임대인이 임차인의 지상물 매수청구권 행사의 항변이 받아들여질 것을 대비하여 예비적으로 지상물의 인도 및 소유권이전등기를 청구하고 그에 대해 임차인이 지상물 매매대금 지급과의 동시이행항변을 하는 경우나 임차인이 지상물 매매대금의 지급을 반소로 구하는 경우에는 지상물 매매대금의 액수를 정하기 위하여 지상물의 시가를 주장·증명하여야 한다.[3470]

3466) ◎ **'지상물'의 현존**
임대차계약 종료 시에 경제적 가치가 잔존하고 있는 건물은 그것이 '토지의 임대 목적에 반하여 축조되고 임대인이 예상할 수 없을 정도의 고가의 것'이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 비록 행정관청의 허가를 받은 적법한 건물이 아니더라도 임차인의 건물매수청구권의 대상이 될 수 있다(97다37753). '지상건물이 토지의 임대 목적에 반하여 축조되고, 임대인이 예상할 수 없을 정도의 고가의 것이라는 특별한 사정'에 대해서는 임대인이 주장·증명하여야 할 것이다. 2001다42080 판결은, '지상건물이 객관적으로 경제적 가치가 있는지 여부나 임대인에게 소용이 있는지 여부는 행사요건이라 볼 수 없다'고 하였는데, '객관적으로 경제적 가치가 있는지 여부' 부분은 적절치 않은 판시로 보인다.
임대차계약 당시의 기존 건물이거나 임대인의 동의를 얻어 신축한 것에 한정되는 것은 아니다(93다34589). 재산권 행사를 제한하는 예외적 강행규정은 그 해석을 엄격하게 해야 하므로, 매수청구권의 대상은 계약 목적 대지상에 설치된 지상물에 한정해야 하고, 계약 목적도 아닌 타인의 토지 위에 존재하는 시설물까지 매입을 강요할 수는 없으며, 임차인 소유 건물이 임대인이 임대한 토지 외에 임차인 또는 제3자 소유의 토지 위에 걸쳐서 건립되어 있는 경우에는, 임차지상에 서 있는 건물 부분 중 구분소유의 객체가 될 수 있는 부분에 한하여 임차인에게 매수청구가 허용된다(대법원 1996. 3. 21. 선고 93다42634 전원합의체 판결 ☞ 따름판례 대법원 2021. 12. 10. 선고 2021다260671 판결).

3467) 다만, 기한의 정함이 없는 임대차에 있어서 임대인에 의한 해지통고에 의하여 그 임차권이 소멸한 경우에는 임대인이 해지통고로 임대차계약 갱신 거절의 의사를 명백히 하였으므로 임차인이 임대차계약의 갱신을 청구할 필요 없이 바로 지상물의 매수를 청구할 수 있다(95다42195).

3468) 대법원 2002. 5. 31. 선고 2001다42080 판결: "건물의 소유를 목적으로 한 토지 임대차가 종료한 경우에 임차인이 그 지상의 현존하는 건물에 대하여 가지는 매수청구권은 그 행사에 특정의 방식을 요하지 않는 것으로서 재판상으로 뿐만 아니라 재판 외에서도 행사할 수 있는 것이고 그 행사의 시기에 대하여도 제한이 없는 것이므로, 피고들이 자신들의 건물매수청구권을 제1심에서 행사하였다가 철회한 후 원심에서 다시 행사하였다고 하여 그 매수청구권의 행사가 허용되지 아니할 이유는 없는 것이다(매수청구권 행사의 효력으로 매매가 성립하면 그 후 일방의 의사만으로 매수청구를 철회할 수는 없는 것이나, … 원고들은 피고들의 제1심에서의 매수청구의 철회를 용인하였던 것으로 보인다). 상고이유는 임차인의 건물매수청구권의 행사가 소송행위임을 전제로 소송행위의 철회 후 재행사는 허용되지 아니한다는 것이라거나, 매수청구권의 행사는 반소에 준하는 것으로서 항소심에서의 행사에는 상대방의 동의를 요한다는 것이나, 그와 같은 주장은 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없고,"

3469) 건물매수청구권 행사 여부에 대한 법원의 '석명의무'를 인정한 예로는 2009다70012 판결 참조.

3470) ❶ 대법원 2024. 4. 12. 선고 2023다309020, 309037 판결: "지상물매수청구권을 행사한 경우에 그 건물의 매수가격은 건물 자체의 가격 외에 건물의 위치, 주변 토지의 여러 사정 등을 종합적으로 고려하여 매수청구권의 행사 당시 건물이 현재하는 대로의 상태에서 평가된 시가를 말한다. 그런데 민법 제643조에서 정한 지상물매수청구권은 이른바 형성권이므로, 그 행사로써 곧바로 임대인과 임차인 사이에 임차 토지 지상의 건물에 관하여 매수청구권 행사 당시의 건물 시가를 대금으로 하는 매매계약이 체결된 것과 같은 효과가 발생한다. 따라서 지상물매수청구의 대상이 된 건물의 매수가격에 관하여 당사자 사이에 의사합치가 이루어지지 않았다면, 법원은 위와 같은 여러 사정을 종합적으로 고려하여 인정된 매수청구권 행사 당시의 건물 시가를 매매대금으로 하는 매매계약이 성립하였음을 인정할 수 있을 뿐, 그와 같이 인정된 시가를 임의로 증감하여 직권으로 매매대금을 정할 수는 없다."(제1심 감정인이 건물 시가를 50,818,560원으로 감정하였고, 원심도 이를 시가로

앞서의 '부속물매수청구권 행사' 기술 부분에서 이미 본 바와 같이, 토지임대차 기간 만료 시 임차인이 지상물을 임대인에게 양도하거나 철거하기로 하는 지상물매수청구권 포기의 특약 역시 특별한 사정이 없는 한 임차인 또는 전차인에게 불리한 것이고 민법 제652조의 적용으로 그 효력이 없으므로, 임대인으로서는 '매수청구권 포기의 특약 사실'과 함께 '그 특약이 임차인 등에게 일방적으로 불리한 것이 아니라는 특별한 사정에 관한 사실'까지 주장·증명하여야[3471] 매수청구권 포기의 유효한 재항변이 된다.[3472]

임차인의 채무불이행을 이유로 임대차계약이 해지된 경우에는 임차인이 지상물매수청구권을 행사할 수 없으므로, '임차인의 원상 미복구 시 지상물을 임대인에게 귀속시키기로 하는 약정'은 특별한 사정이 없는 한 민법 제643조에 위반되지 아니하여 그 효력이 있고, 그 약정에 따라 임차인은 임대인에게 지상물을 인도할 의무가 있다.[3473]

인정하였으므로, 이를 지상물매수청구권 행사로 성립한 매매계약의 매매대금으로 정하였어야 함에도, 원심이 위 시가를 임의로 감액하여 직권으로 매매대금을 2천만 원으로 정한 것은 잘못이라고 한 예) ❷ 토지임차인의 건물매수청구권은 건물에 근저당권이 설정되어 있는 경우에도 인정되는데, 이 경우에도 그 건물의 매수가격은 매수청구권 행사 당시 건물이 현재하는 대로의 상태에서 평가된 시가 상당액을 의미하고, 여기에서 근저당권의 채권최고액이나 피담보채무액을 공제한 금액을 매수가격으로 정할 것은 아니며, 다만 매수청구권을 행사한 지상건물 소유자가 위와 같은 근저당권을 말소하지 않는 경우 토지소유자는 민법 제588조에 의하여 위 근저당권의 말소등기가 될 때까지 그 채권최고액에 상당한 대금의 지급을 거절할 수 있다(2007다4356). 이는 임차인의 지상물 매매대금 지급과의 동시이행항변에 대해서는 재항변사유, 임차인의 매매대금 지급청구의 반소에 대해서는 항변사유에 해당한다.

3471) 대법원 2002. 5. 31. 선고 2001다42080 판결("원고들 주장과 같은 약정이 있었다고 하더라도 기록상 위에서 본 특별한 사정에 대한 자료를 찾아볼 수 없어"), 대법원 1993. 6. 22. 선고 93다16130 판결("특별한 사정이 있음을 인정할 증거가 없으므로, 피고가 이 사건 건물들의 매수청구권을 포기하였다는 원고의 주장은 이유가 없고,") 참조.

3472) ◎ **구체적 사례**; 임차인 등에게 불리한 약정인지는, 우선 당해 계약의 조건 자체에 의하여 가려져야 하지만, 계약체결 경위와 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 실질적으로 임차인 등에게 불리하다고 볼 수 없는 특별한 사정을 인정할 수 있을 때에는 강행규정에 저촉되지 않는 것으로 보아야 한다. '부속물'과 '지상물'은 통상 그 가치에 큰 차이가 있으므로, 그 포기의 특약에 동일한 법리가 적용된다 하더라도 부속물매수청구권에 관한 사례를 바로 지상물매수청구권의 사례에 적용할 것은 아니고 구별해 살펴보아야 할 것이다.
① 甲 지방자치단체와 임차인 乙이 대부계약(실질은 식목을 목적으로 하는 토지임대차)을 체결하면서 한 지상물매수청구권 포기 약정이 乙에게 불리한 것인지가 문제된 사안에서, 대부계약의 경우 대부료는 엄격히 법이 정한대로 징수하게 할 뿐 아니라 대부료가 저렴한 경우가 일반적인 점, 공유재산은 언제든지 행정목적이 변경됨에 따라 다른 용도로 사용될 수 있기 때문에 대부계약에서는 공용·공공용 또는 공익사업에 필요할 때 언제든지 대부계약을 해지할 수 있다는 조항을 두는 것이 통상적이고 대부계약의 해제 및 원상회복의무와 민법 제203조 또는 제626조의 적용 배제에 관한 약정도 그러한 취지에서 포함된 것으로 보이는 점, 수목의 경우 지상건물과 달리 이식으로 인한 가치 저하가 적고, 乙은 이를 이식해 당초 자신의 사업대로 활용할 수 있으나 甲 지방자치단체는 활용하기 어려운 점 등을 종합해 보면 위 지상물매수청구권 포기 약정이 전체적으로 보아 반드시 일방적으로 乙에게 불리한 것이었다고 단정할 수 없다고 한 사례(2011다1231). ② 전임차인인 甲이 그 임차권을 乙에게 무단양도하여 임대차계약이 해지됨으로써 甲은 물론 乙도 임대차계약 만료 시의 건물매수청구권을 주장할 여지가 없게 되었고 당장 지상건물을 철거하여 임차토지를 임대인에게 반환하여야 할 처지였으므로, 임대인이 乙의 간청을 받아들여 乙과 사이에 기간을 3년으로 한 임대차계약을 체결하고 임대차기간 만료 시에 지상건물의 권리를 포기하도록 한 것은 임대인이 전임차인과의 임대차 종료 시에 행사하려던 건물의 철거와 토지인도를 乙의 이익을 위하여 3년 간 유예하고 그 동안 임차토지를 더 사용수익할 수 있게 해 줌으로써 乙은 형식상 새로운 임차인이 되었지만 실질적으로는 매수청구권을 행사할 수 없는 전임차인의 지위를 승계한 것과 다를 바 없는 점 등 임대차계약체결의 경위와 제반 사정을 종합하면 건물매수청구권의 포기약정이 임차인에게 반드시 불리하기만 한 것이 아니라고 한 사례(91다36130).

(4) 임대차보증금 반환과의 동시이행항변

임차인 측은 '임대차보증금 반환채권과의 동시이행항변권을 행사'하여 항변할 수 있고(임대차보증금반환채권에 관한 '압류·추심명령'의 존재는 항변권 행사에 장애가 되지 아니 한다[3474]), 임대인 측은 '임대차보증금반환채무의 이행(변제) 또는 이행제공, 차임 등의 공제에 의한 소멸('소멸시효 완성'은 유효한 재항변 사유가 아니다[3475])로 동시이행항변권이 소멸하였음을 주장·증명하여 재항변할 수 있다.

임대인이 전차인을 상대로 임대차 목적물의 반환을 직접 청구한 경우, 적법하게 전차한 전차인은 임대인에게 임차인의 임대차보증금반환청구권에 기한 동시이행항변권을 원용하여 행사할 수 있다.[3476] [3477]

3473) 대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다7685 판결: '임차인은 토지 위에 흙으로 초가를 건축하여 사용하다가 기간이 만료되면 원상으로 회복하여 임대인에게 토지를 인도하고, 원상복구가 되지 아니할 때에는 지상 건축물과 시설물을 임대인에게 귀속시키며 원상복구비는 보증금에서 공제하기로 하고, 임차인은 토지와 그 지상에 신축될 건물에 관한 권리를 임대인의 동의 없이 제3자에게 양도할 수 없으며, 위 약정에 위배할 경우에 임대인은 임차인에게 임차기간 중이라도 바로 인도를 요구할 수 있고 임차인은 보증금을 포기'하기로 약정한 사안에서, 임대인이 임차인의 무단전대와 차임 미지급의 채무불이행을 이유로 임대차계약을 해지하고 건물의 소유권 또는 약정에 따른 인도청구권을 행사하여 건물의 인도를 구한 데 대하여, 원심은, '건물의 소유를 목적으로 한 토지 임대차의 기간이 만료한 경우에 임차인이 지상건물을 양도하거나 이를 철거하기로 하는 약정은 특별한 사정이 없는 한 민법 제643조에 정하여진 임차인의 지상물매수청구권을 배제하기로 하는 약정으로서 임차인에게 불리한 것이므로 민법 제652조에 의하여 그 효력이 없고, 따라서 임대차계약의 지상물 양도약정은 무효'라고 하면서 원고의 청구를 모두 기각하였으나, 대법원은, "공작물의 소유 등을 목적으로 하는 토지임대차에 있어서 임차인의 채무불이행을 이유로 계약이 해지된 경우에는 임차인은 임대인에 대하여 민법 제643조, 제283조에 의한 매수청구권을 가지지 아니한다."라고 한 다음, '피고가 토지 위에 건물을 신축하여 제3자에게 무단으로 전대하고 차임을 2기 이상 연체함으로써 이러한 피고의 채무불이행을 이유로 그 계약을 해지하는 원고의 의사표시에 따라 종료되었으므로, 피고로서는 원고에게 지상물매수청구권을 행사할 수 없고, 따라서 피고가 원고에게 건물을 양도하기로 하는 약정은 특별한 사정이 없는 한 민법 제643조에 위반되지 아니하여 그 효력이 있다. 그렇다면 위 약정에 따라 피고는 원고에게 건물을 명도하고, 1999. 4. 1.부터 그 명도에 이르기까지 임료 내지는 부당이득액을 지급할 의무가 있다.'라고 판시한 사례.

3474) 대법원 2001. 3. 9. 선고 2000다73490 판결: "금전채권에 대한 압류 및 추심명령이 있는 경우라도 이는 강제집행절차에서 추심채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 추심할 권능만을 부여하는 것으로서, 이로 인하여 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권이 추심채권자에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니므로, 추심채무자로서는 제3채무자에 대하여 피압류채권에 기하여 그 동시이행을 구하는 항변권을 상실하지는 않는다고 할 것이고, 그 항변이 인용되어 동시이행 의무를 부담하게 되는 제3채무자로서는 위 압류추심명령의 효력에 의한 제한을 받는 데 불과하다 할 것인바, … 피고에게 원고로부터 위 금원을 지급받음과 상환으로 …명도를 명한 원심의 조치는 … 정당하고,"

3475) 임차인이 임대차 종료 후 동시이행항변권을 근거로 임차목적물을 계속 점유하고 있는 경우에는, 보증금반환채권에 대한 소멸시효가 진행하지 않으므로(대법원 2020. 7. 9. 선고 2016다244224, 244231 판결), 보증금반환채권의 소멸시효 완성에 따른 동시이행항변권 소멸의 주장은 그 자체로 이유 없는 주장이어서 유효한 재항변이 될 수 없다. 위 판결은 그 일반론 말미에서 '주택임대차보호법에 따른 임대차'를 적용대상으로 적고 있으나, 앞부분의 논거 부분 판시에 비추어 '임대차 일반'에 적용 가능한 것으로 볼 수 있다.

3476) 대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카2509 판결: "주택의 임차인인 정OO가 이를 피고에게 전대한 이후에도 그의 임차권의 대항력이 소멸되지 아니하고 그대로 존속하고 있다면 정OO는 그의 임차권의 대항력을 취득한 후에 경료된 근저당권의 실행으로 소유권을 취득하게 된 원고에 대하여 임대보증금 반환청구권에 기한 동시이행 항변권을 행사하여 그 반환을 받을 때까지는 위 주택을 적법하게 점유할 권리를 갖게 되는 것이고, 따라서 그로부터 위 주택을 전차한 피고 또한 그의 동시이행항변권을 원용하여 정OO가 보증금의 반환을 받을 때까지 위 주택을 적법하게 점유, 사용할 권리를 갖게 된다 할 것이므로 … 피고의 위 주택명도 의무와 정OO의 보증금 반환청구권이 동시이행관계에 있는 것으로 판단한 것은 정당하고,"

임차건물에 관한 저당권설정등기 전에 대항력을 갖춘 임차인이 저당권설정등기 후 임대인과 합의하여 임대차보증금을 증액한 경우, 저당권에 기하여 건물을 경락받은 소유자의 건물인도 청구에 대하여 임차인은 증액 전 임대차보증금을 상환받을 때까지 그 건물의 인도를 거절할 수 있을 뿐, 증액한 임차보증금으로써는 소유자에게 대항할 수 없다.[3478] [3479]

대항력을 갖춘 임차인의 행위에서 비롯된 매수인의 신뢰가 매각절차에 반영되어 낙찰받은 매수인의 인도청구에 대하여, 임차인이 대항력 있는 임대차를 주장하여 임차보증금 반환과의 동시이행항변을 하는 것은 금반언·신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다.[3480]

(5) 보증금에 대한 차임 등 공제의 재항변과 재재항변

임대차보증금 반환채권과의 동시이행항변에 대하여, 임대인 측은 '임대차보증

3477) 적법한 전차인은 원래의 임차인이 주택임대차보호법 제3조의2 제2항 및 같은 법 제8조 제1항에 의하여 가지는 우선변제권도 대위 행사할 수 있다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다101275 판결).

3478) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다12753 판결: "임차인이 임차건물에 관한 저당권설정등기 이전에 대항력을 갖춘 임차권을 취득한 경우에는 그 임차권으로써 저당권자에게 대항할 수 있음은 물론이나, 저당권설정등기 후에 임대인과 사이에 임차보증금을 증액하기로 합의하고 증액된 부분의 보증금을 지급하였다면 그 합의는 저당권자의 권리를 해하는 것이므로 저당권자에게는 대항할 수 없다고 할 것이다. 따라서 임차인은 위 저당권에 기하여 건물을 경락받은 소유자의 건물명도 청구에 대하여 증액 전 임차보증금을 상환받을 때까지 그 건물을 명도할 수 없다고 주장할 수 있을 뿐이고 저당권설정등기 이후에 증액한 임차보증금으로써는 소유자에게 대항할 수 없는 것이다. 이러한 법리는 대항력을 갖춘 임차인이 체납처분에 의한 압류등기 이후에 임대인과 보증금을 증액하기로 합의하고 초과부분을 지급한 경우에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다."

3479) 같은 취지로, 임차인이 대항력과 확정일자를 갖춘 후에 임대차계약이 갱신되더라도 대항력과 확정일자를 갖춘 때를 기준으로 종전 임대차 내용에 따른 우선변제권을 행사할 수 있다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012다45689 판결). 주택임대차보호법은 임차인에게 우선변제권이 인정되기 위하여 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖추는 것 외에 계약 당시 임차보증금이 전액 지급되어 있을 것을 요구하지는 않는다. 따라서 임차인이 임대인에게 임차보증금의 일부만을 지급하고 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 정한 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 다음 나머지 보증금을 나중에 지급하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 대항요건과 확정일자를 갖춘 때를 기준으로 임차보증금 전액에 대해서 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 변제를 받을 권리를 갖는다고 보아야 한다(대법원 2017. 8. 29. 선고 2017다212194 판결).

3480) ❶ 대법원 2016. 12. 1. 선고 2016다228215 판결: "근저당권자가 담보로 제공된 건물에 대한 담보가치를 조사할 당시 대항력을 갖춘 임차인이 그 임대차 사실을 부인하고 그 건물에 관하여 임차인으로서의 권리를 주장하지 않겠다는 내용의 무상임대차 확인서를 작성해 주었고, 그 후 개시된 경매절차에 그 무상임대차 확인서가 제출되어 매수인이 그 확인서의 내용을 신뢰하여 매수신청금액을 결정하는 경우와 같이, 임차인이 작성한 무상임대차 확인서에서 비롯된 매수인의 신뢰가 매각절차에 반영되었다고 볼 수 있는 사정이 존재하는 경우에는, 비록 매각물건명세서 등에 위 건물에 대항력 있는 임대차 관계가 존재한다는 취지로 기재되었다고 하더라도 임차인이 제3자인 매수인의 건물인도청구에 대하여 대항력 있는 임대차를 주장하여 임차보증금반환과의 동시이행의 항변을 하는 것은 금반언 또는 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다." ❷ 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다248431 판결: "주택 경매절차의 매수인이 권리신고 및 배당요구를 한 주택임차인의 배당순위가 1순위 근저당권자보다 우선한다고 신뢰하여 임차보증금 전액이 매각대금에서 배당되어 임차보증금반환채무를 인수하지 않는다는 전제 아래 매수가격을 정하여 낙찰을 받아 그 주택에 관한 소유권을 취득하였다면, 설령 그 주택임차인이 1순위 근저당권자에게 무상거주확인서를 작성해 준 사실이 있어 임차보증금을 배당받지 못하게 되었다고 하더라도, 그러한 사정을 들어 주택의 인도를 구하는 매수인에게 주택임대차보호법상 대항력을 주장하는 것은 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다."

금에 의하여 담보되는 차임채권 등의 발생'을 주장·증명하여 공제의 재항변을 할 수 있고, 임차인 측은 '차임채권 등이 변제 등의 이유로 소멸한 사실'을 주장·증명하여 재재항변할 수 있다(이미 소멸시효가 완성된 차임채권은 민법 제495조의 유추적용에 의하여 임대차보증금에서 공제할 수 있으므로, 공제 재항변 대상인 차임채권이 그 '소멸시효 완성'으로 이미 소멸하였다는 임차인 측의 주장은 그 자체로 유효한 재재항변이라 할 수 없어 배척되어져야 한다).[3481]

임대차보증금은 임대차계약 종료 후 목적물을 임대인에게 인도할 때까지 발생하는, 임대차관계에 따른 임차인의 모든 채무(예컨대, ① 차임채무, ② 임대차목적물 사용·수익을 위하여 그 목적물에 관하여 발생한 관리비·수도료·전기료 등 용익에 관한 채무,[3482] ③ 임대차계약 종료 후에 발생하는 임료 상당의 부당이득반환 채무, ④ 원상회복 비용 상당의 손해배상 채무,[3483] ⑤ 임대인이 임차인을 상대로 차임연체로 인한 임대차계약의 해지를 원인으로 임대차목적물인 부동산의 인도 및 연체차임의 지급을 구하는 소의 소송비용[3484] 등)를 담보하는 것으로서,[3485] 그 피담보채무 상당액은 임

3481) 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다211309 판결: "임대차보증금은 차임의 미지급, 목적물의 멸실이나 훼손 등 임대차 관계에서 발생할 수 있는 임차인의 모든 채무를 담보하게 하고자 하는 것이므로, 차임의 지급이 연체되면 장차 임대차 관계가 종료되었을 때 임대차보증금으로 충당될 것으로 생각하는 것이 당사자의 일반적인 의사라고 할 수 있다. 이는 차임채권의 변제기가 따로 정해져 있어 임대차 존속 중 소멸시효가 진행되고 있는데도 임대인이 임대차보증금에서 연체차임을 충당하여 공제하겠다는 의사표시를 하지 않고 있었던 경우에도 마찬가지라고 할 것이다. 더욱이 임대차보증금의 액수가 차임에 비해 상당히 큰 금액인 경우가 많은 우리 사회의 실정에 비추어 보면, 차임 지급채무가 상당기간 연체되고 있음에도, 임대인이 임대차계약을 해지하지 아니하고 임차인도 연체차임에 대한 담보가 충분하다는 것에 의지하여 임대차관계를 지속하는 경우에는, 임대인과 임차인 모두 차임채권이 소멸시효와 상관없이 임대차보증금에 의하여 담보되는 것으로 신뢰하고, 나아가 장차 임대차보증금에서 충당 공제되는 것을 용인하겠다는 묵시적 의사를 가지고 있는 것이 일반적이라고 할 수 있다. 한편 민법 제495조는 '소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다.'라고 규정하고 있다. 이는 당사자 쌍방의 채권이 상계적상에 있었던 경우에 당사자들은 그 채권·채무관계가 이미 정산되어 소멸하였다고 생각하는 것이 일반적이라는 점을 고려하여 당사자들의 신뢰를 보호하기 위한 것이다. 다만 이는 '자동채권의 소멸시효 완성 전에 양 채권이 상계적상에 이르렀을 것'을 요건으로 하는 것인데, 임대인의 임대차보증금 반환채무는 임대차계약이 종료된 때에 비로소 이행기에 도달하므로, 임대차 존속 중 차임채권의 소멸시효가 완성된 경우에는 그 소멸시효 완성 전에 임대인이 임대차보증금 반환채무에 관한 기한의 이익을 실제로 포기하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 양 채권이 상계할 수 있는 상태에 있었다고 할 수 없다. 그러므로 그 이후에 임대인이 이미 소멸시효가 완성된 차임채권을 자동채권으로 삼아 임대차보증금 반환채무와 상계하는 것은 민법 제495조에 의하더라도 인정될 수 없다고 보아야 할 것이지만, 임대차 존속 중 차임이 연체되고 있음에도 임대차보증금에서 연체차임을 충당하지 않고 있었던 임대인의 신뢰와 차임연체 상태에서 임대차관계를 지속해 온 임차인의 묵시적 의사를 감안하면 그 연체차임은 민법 제495조의 유추적용에 의하여 임대차보증금에서 공제할 수는 있다고 봄이 타당하다."

3482) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012다19154 판결.

3483) 임차인이 임차목적물을 변경한 때에는 임대차 종료 시에 원칙적으로 변경 부분을 철거하여 임대 당시의 상태로 사용할 수 있도록 해야 하고, 임대인이 철거한 경우 그 비용을 보증금에서 공제한다(2017다268142, 2002다42278). 임대인이 원상복구할 의사 없어 임차인이 설치한 시설을 그대로 이용하여 타에 다시 임대하려 하는 경우에는 원상복구비용을 임대차보증금에서 공제할 수 없다(2002다52657).

3484) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012다49490 판결: "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,"

3485) 그러나 임대차관계와 사실상 관련되어 있는 채무라고 하더라도, 임대인과 임차인 사이에서 장래 임대목적물 반환 시 원상복구비용의 보증금 명목으로 지급하기로 약정한 금액 등과 같이, 임대차관계에서 당연히 발생하는 임차인의 채무가 아니라 임대차계약과 별도로 이루어진 약정 등에 기하여 비로소 발생하는 채무의 경우에는,

대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에, 특별한 사정이 없는 한, 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제되므로(① 차임채권에 대한 압류 및 추심명령의 존재,[3486] ② 임대차 목적물인 저당부동산에 대한 압류의 전후 및 그 차임채권에 대한 저당권 실행 여부와 관계없이[3487] '잔존' 차임채권은 보증금에서 당연히 공제되고, ③ '대항력 있는 임대차'의 경우 임대인 지위 '승계 전'에 발생한 연체차임 등도 보증금에서 당연히 공제된다[3488]), 임대인은 임대차보증금에서 그 피담보채무를 공제한 나머지만을 임차인에게 반환할 의무가 있다고 할 것이나, 이 경우 임대차보증금에서 그 피담보채무 등을 공제하려면 임대인으로서는 그 피담보채무인 연체차임 등을 임대차보증금에서 공제하여야 한다는 주장을 하여야 하고, 나아가 그 임대차보증금에서 공제될 차임채권 등의 발생원인에 관하여 주장·증명을 하여야 하며, 다만 그 발생한 채권이 변제 등의 이유로 소멸하였는지에 관하여는 임차인이 주장·증명책임을 부담한다.[3489]

임대차보증금이 임대인에게 교부되어 있더라도 임대인은 임대차관계가 계속되고 있는

반환할 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있는 것은 아니다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다65881 판결).

3486) 대법원 2004. 12. 23. 선고 2004다56554 판결; "임대보증금이 수수된 임대차계약에서 차임채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있었다 하더라도, 당해 임대차계약이 종료되어 목적물이 반환될 때에는 그 때까지 추심되지 아니한 채 잔존하는 차임채권 상당액도 임대보증금에서 당연히 공제된다고 할 것이다."

3487) 대법원 2016. 7. 27. 선고 2015다230020 판결; "민법 제359조 전문은 '저당권의 효력은 저당부동산에 대한 압류가 있은 후에 저당권설정자가 그 부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미친다.'라고 규정하고 있는데, 위 규정상의 '과실'에는 천연과실뿐만 아니라 법정과실도 포함된다고 할 것이므로, 저당부동산에 대한 압류가 있으면 그 압류 이후의 저당권설정자의 저당부동산에 관한 차임채권 등에도 저당권의 효력이 미친다. 다만, 저당부동산에 대한 경매절차에서 저당부동산에 관한 차임채권 등을 관리하면서 이를 추심하거나 저당부동산과 함께 매각할 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니하므로, 저당권의 효력이 미치는 차임채권 등에 대한 저당권의 실행이 저당부동산에 대한 경매절차에 의하여 이루어질 수는 없고, 그 저당권의 실행은 저당권의 효력이 존속하는 동안에 채권에 대한 담보권의 실행에 관하여 규정하고 있는 민사집행법 제273조에 따른 채권집행의 방법으로 저당부동산에 대한 경매절차와 별개로 이루어질 수 있을 뿐이다. … 보증금이 수수된 저당부동산에 관한 임대차계약이 저당부동산에 대한 경매로 종료되었는데, 저당권자가 차임채권 등에 대하여는 민사집행법 제273조에 따른 채권집행의 방법으로 별개로 저당권을 실행하지 아니한 경우에 저당부동산에 대한 압류의 전후와 관계없이 임차인이 연체한 차임 등의 상당액이 임차인이 배당받을 보증금에서 당연히 공제됨은 물론, 저당권자가 차임채권 등에 대하여 위와 같은 방법으로 별개로 저당권을 실행한 경우에도 그 채권집행 절차에서 임차인이 실제로 그 차임 등을 지급하거나 공탁하지 아니하였다면 잔존하는 차임채권 등의 상당액은 임차인이 배당받을 보증금에서 당연히 공제된다."

3488) 대법원 2017. 3. 22. 선고 2016다218874 판결; "임차건물의 소유권이 이전되기 전에 이미 발생한 연체차임이나 관리비 등은 별도의 채권양도절차가 없는 한 원칙적으로 양수인에게 이전되지 않고 임대인만이 임차인에게 청구할 수 있다고 보아야 한다. 차임이나 관리비 등은 임차건물을 사용한 대가로서 임차인에게 임차건물을 사용하도록 할 당시의 소유자 등 처분권한 있는 자에게 귀속된다고 볼 수 있기 때문이다. … 임차건물의 양수인이 건물 소유권을 취득한 후 임대차관계가 종료되어 임차인에게 임대차보증금을 반환해야 하는 경우에 임대인의 지위를 승계하기 전까지 발생한 연체차임이나 관리비 등이 있으면 이는 특별한 사정이 없는 한 임대차보증금에서 당연히 공제된다고 보아야 한다. 일반적으로 임차건물의 양도 시에 연체차임이나 관리비 등이 남아있더라도 나중에 임대차관계가 종료되는 경우 임대차보증금에서 이를 공제하겠다는 것이 당사자들의 의사나 거래관념에 부합하기 때문이다."

3489) 대법원 2021. 5. 27. 선고 2020다263635, 263642 판결(연체차임을 임대차보증금에서 공제해야 한다는 원고 주장은 상고심에 이르러 비로소 내세우는 주장으로 적법한 상고이유가 아니라고 한 예). ☛ 임대차계약이 성립하였다면 임대인에게 임대차계약에 기한 임료채권이 발생하였다 할 것이므로, 임료를 지급하였다는 증명책임은 임차인이 부담한다(2004다19647).

동안에는 그 임대차보증금에서 연체차임을 충당할 것인지 여부를 자유로이 선택할 수 있으므로, 임대차계약 종료 전에는 연체차임이 공제 등의 별도의 의사표시 없이 임대차보증금에서 당연히 공제되는 것은 아니고(임차인도 임대차보증금의 존재를 이유로 차임의 지급을 거절할 수 없다), 임대인이 차임채권을 양도하는 등의 사정으로 인하여 차임채권을 가지고 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 임대차계약의 종료 전에 임대차보증금에서 공제한다는 의사표시를 할 수 있는 권한이 있다고 할 수 없다.[3490]

임대차보증금액보다도 임차인의 채무액이 많은 경우에는 민법 제477조에서 정하고 있는 법정충당순서에 따라 공제한다.[3491]

(6) 유치권 항변

임차인은 민법 제626조[3492]에서 정한 필요비(임차물의 보존을 위하여 지출한 비용) 및 유익비(임차물의 객관적 가치를 증가시키기 위하여 투입한 비용)[3493] 상환청구권에 기하여 유치권을 행사할 수 있다.[3494]

필요비상환청구권의 경우, 임차인은 '임차물의 보존에 관한 필요비를 지출한 사실'을 주장·증명하면 되고 가액의 현존 여부는 따질 필요가 없으나, 유익비상환청구권의 경우,

---

3490) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다49608, 49615 판결; **원심**이, 임차인인 피고들이 차임채권의 전전 양수인인 원고에게 1995. 11.부터 임대차계약이 종료된 2008. 7. 7.까지의 연체차임 및 그 다음날부터의 차임 상당 부당이득을 지급할 의무가 있으나, 원고가 구하는 바에 따라 임대차보증금을 공제한 나머지 금액만을 지급할 의무가 있다고 판단하면서, 차임채권은 소멸시효가 3년이므로 소제기일로부터 역산하여 3년 이전에 발생한 차임은 보증금에서 공제되어서는 안 된다는 취지의 피고들 주장에 대하여는 판단하지 아니하였는데, **대법원**은, '임대차계약 종료 이전에 임대차보증금에서 차임을 공제한다는 의사표시가 있었음을 인정할 자료를 찾아볼 수 없을 뿐 아니라 1995. 12. 14.부터 2010. 10. 1.까지 소외 회사가 차임채권을 양수하여 보유하고 있었던 이상, 차임채권은 적어도 위 기간 중에는 임대차보증금에서 공제되어 소멸하였다고 볼 수 없으므로 소멸시효의 대상이 될 수 있다'고 한 예.

3491) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다21856, 21863 판결.

3492) **민법 제626조 (임차인의 상환청구권)** ① 임차인이 임차물의 보존에 관한 필요비를 지출한 때에는 임대인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다. ② 임차인이 유익비를 지출한 경우에는 임대인은 임대차 종료 시에 그 가액의 증가가 현존한 때에 한하여 임차인의 지출한 금액이나 그 증가액을 상환하여야 한다. 이 경우에 법원은 임대인의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있다.

3493) 예컨대, 토지 형질변경(임야→공장용지) 비용, 개발부담금은 유익비에 해당한다(대법원 2021. 2. 10. 선고 2017다258787 판결).

3494) ◎ **점유자의 회복자에 대한 비용상환청구권과의 관계**
민법 제203조 제2항에 의한 점유자의 회복자에 대한 유익비상환청구권은 점유자가 계약관계 등 적법하게 점유할 권리를 가지지 않아 소유자의 소유물반환청구에 응하여야 할 의무가 있는 경우에 성립되는 것으로서, 이 경우 점유자는 그 비용을 지출할 당시의 소유자가 누구이었는지 관계없이 점유회복 당시의 소유자 즉 회복자에 대하여 비용상환청구권을 행사할 수 있는 것이나, 점유자가 유익비를 지출할 당시 임대차 계약관계 등 적법한 점유의 권원을 가진 경우에 그 지출비용의 상환에 관하여는 그 계약관계를 규율하는 법조항이나 법리 등이 적용되는 것이어서, 점유자(임차인)는 그 계약관계 등의 상대방(임대인)에 대하여 해당 법조항이나 법리에 따른 비용상환청구권을 행사할 수 있을 뿐 계약관계 등의 상대방(임대인)이 아닌 점유회복 당시의 소유자(경매 낙찰자)에 대하여 민법 제203조 제2항에 따른 지출비용의 상환을 구할 수는 없다. 하지만, 점유자(임차인)는 소유자(경매 낙찰자)의 목적물인도청구에 대하여 임대인에 대한 유익비상환청구권에 기한 유치권으로써는 대항할 수 있다(대법원 2003. 7. 25. 선고 2001다64752 판결).

임차인은 ① '임대차계약 종료 사실',[3495] ② '유익비 지출 사실', ③ '그 가액의 증가가 현존하는 사실', ④ '실제 지출 금액 및 현존 증가액'[3496]을 주장·증명하여야 한다.

부속물매수청구권과 달리, 비용상환청구권에 관한 민법 제626조는 강행규정이 아니어서 당사자의 약정에 의하여 임차인이 이를 포기할 수 있다.[3497] 비용상환청구권 포기 약정의 전형적인 예로서 '임차인이 시설비용이나 보수비용의 상환청구권을 포기하는 대신 원상복구의무도 부담하지 않기로 하는 합의'가 있는 경우,[3498] 그 합의는 임대인의

3495) 대법원 2021. 2. 10. 선고 2017다258787 판결; "**민법 제495조**는 '소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다.'라고 규정하고 있다. … 이는 '자동채권의 소멸시효 완성 전에 양 채권이 상계적상에 이르렀을 것'을 요건으로 한다. **민법 제626조 제2항** … 임차인의 유익비상환채권은 임대차계약이 종료한 때에 비로소 발생한다고 보아야 한다. 따라서 임대차 존속 중 임대인의 구상금채권의 소멸시효가 완성된 경우에는 위 구상금채권과 임차인의 유익비상환채권이 상계할 수 있는 상태에 있었다고 할 수 없으므로, 그 이후에 임대인이 이미 소멸시효가 완성된 구상금채권을 자동채권으로 삼아 임차인의 유익비상환채권과 상계하는 것은 민법 제495조에 의하더라도 인정될 수 없다." ☛ 필요비는 지출한 즉시 그 상환을 청구할 수 있고, 점유자의 회복자에 대한 비용상환청구권은 점유자가 회복자로부터 점유물의 반환을 청구받거나, 회복자에게 점유물을 반환한 때에 비로소 발생한다(93다30471,30488 등).

3496) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2018다206707 판결; "**유익비**의 **상환범위**는 '점유자가 유익비로 지출한 금액'과 '현존하는 증가액' 중에서 회복자가 선택하는 것으로 정해진다. 위와 같은 실제 지출금액 및 현존 증가액에 관한 증명책임은 모두 유익비의 상환을 구하는 점유자에게 있다. 따라서 점유자의 증명을 통해 실제 지출금액 및 현존 증가액이 모두 산정되지 아니한 상태에서 회복자가 '점유자가 주장하는 지출금액과 감정결과에 나타난 현존 증가액 중 적은 금액인 현존 증가액을 선택한다'는 취지의 의사표시를 하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 이를 곧바로 '실제 증명된 지출금액이 현존 증가액보다 적은 금액인 경우에도 현존 증가액을 선택한다'는 뜻까지 담긴 것으로 해석하여서는 아니 된다. 일반적으로 회복자의 의사는 실제 지출금액과 현존 증가액 중 적은 금액을 선택하겠다는 것으로 보아야 하기 때문이다." ☛ 유익비상환의무자인 회복자 또는 임대인의 선택권을 위하여 실제로 지출한 비용과 현존하는 증가액을 모두 산정하여야 하고(2001다40381), 유익비상환청구권이 인정된다면 그 상환액에 관한 입증이 없더라도 법원은 이를 이유로 유익비상환청구를 배척할 것이 아니라 석명권을 행사하여 원고에 대하여 상환액에 관한 입증을 촉구하는 등 상환액에 관하여 심리판단하여야 한다(93다30471,30488).

3497) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다33886, 33893 판결. 처분문서인 임대차계약서의 문언과는 다르게 '일부 비용'의 포기로 제한 해석한 사례로는 98다31462 참조.

3498) ◎ **비용상환청구권** 포기 약정의 **구체적 예**; 다음 ①, ②의 경우는 대법원 2019. 8. 30. 선고 2017다268142 판결 및 2006다39720 판결, 2002다42278 판결에 비추어 보면 '원상복구의무를 부담하지 않기로 하는 합의'를 포함하는 것으로 볼 수 있는지에 의문이 있다.
❶ 임대차계약에서 임대차계약이 해제(종료를 포함)된 때에는 임차인은 자기의 비용으로 임차한 목적물을 원상복구하여 임대인에게 명도하여야 한다고 정하여져 있으나, 그 임대차계약에서 임차인은 목적물 관리 및 유지·보존에 따른 관리비와 수리비, 조세공과금 등 일체의 유지비를 부담하기로 약정한 사실에 비추어, 임차인은 시설비용이나 보수비용의 상환청구권을 포기하는 대신 원상복구의무도 부담하지 않기로 합의를 한 것이라고 본 사례(2002다38828). ❷ 임대차계약서에 "임차인은 임대인의 승인하에 개축 또는 변조할 수 있으나 계약대상물을 명도 시에는 임차인이 일체 비용을 부담하여 원상복구하여야 함."이라는 내용이 인쇄되어 있기는 하나, 한편 계약 체결 당시 특약사항으로 "보수 및 시설은 임차인이 해야 하며 앞으로도 임대인은 해주지 않는다. 임차인은 설치한 모든 시설물에 대하여 임대인에게 시설비를 요구하지 않기로 한다." 등의 약정을 한 경우, 임차인은 시설비용이나 보수비용의 상환청구권을 포기하는 대신 원상복구의무도 부담하지 않기로 하는 합의가 있었다고 보아, 임차인이 계약서의 조항에 의한 원상복구의무를 부담하지 않는다고 본 사례(98다6497). ❸ 임차인이 증축한 부분을 임대인 소유로 귀속시키기로 하는 약정은 임차인이 원상회복의무를 면하는 대신 투입비용의 변상이나 권리주장을 포기하는 내용이 포함된 것으로서 특별한 사정이 없는 한 유효하다고 한 사례(94다44705, 44712). ❹ "임차인이 임차건물을 증·개축하였을 시는 임대인의 승낙 유무를 불구하고 그 부분이 무조건 임대인의 소유로 귀속된다"고 하는 약정은 임차인이 원상회복의무를 면하는 대신 투입비용의 변상이나 권리주장을 포기하는 내용이 포함되었다고 봄이 상당하다 할 것이고 이러한 약정은 특별한 사정이 없는 한 유효하다고 볼 것이며, 건물 자체의 수선 내지 증·개축 부분은 특별한 사정이 없는 한 건물 자체의 구성부분을

원상복구비 청구나 임차인의 필요비·유익비 상환 청구에 대해서는 권리소멸의 항변사유, 임대인의 목적물 반환 청구에 대한 임차인의 필요비·유익비 상환청구권에 기한 유치권 항변에 대해서는 임대인의 재항변사유로 유효하다.

임차보증금반환채권, 임차인이 건물을 임차 목적대로 사용 못 한 데 따른 손해배상청구권, 임대인과 임차인 사이에 건물인도 시 권리금을 반환하기로 하는 약정에 따른 권리금반환청구권은 모두 그 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없어 임차인의 유치권 항변이 인정되지 않는다.[3499]

2) 보증금반환청구

가) 청구원인사실

(1) 일반 임대차의 경우

임차인 측의 임대차보증금 반환 청구의 청구원인 사실은 ① '임대차계약(계약일자, 목적물, 보증금액, 기간) 체결 사실', ② '임대차보증금 지급 사실',[3500] ③ '임대차 종료 사실'[3501]이다. 지연손해금을 구하는 경우에는 ④ '임대차목적물을 인도하거나 그 이행을 제공한 사실'을 추가로 주장·증명하여야 한다.

임대인이 임차인에게 임대차 목적물을 사용·수익하게 할 의무가 이행불능이면 특별한 사정이 없는 한 임대차는 당사자의 해지 의사표시를 기다릴 필요 없이 당연히 종료되고,[3502] 임대차 목적물 양도에 따른 임대인과 신 소유자 간 계약으로 임대인 지위가 승계

이루고 독립된 물건이라고는 보이지 아니하므로 임차인의 부속물매수청구권의 대상은 될 수 없다 할 것이므로 위 약정을 매수청구권의 배제를 위한 약정이라고 단정하기는 어렵다고 한 예(80다589). ❺ "임차인은 임대인의 승인하에 개축 또는 변조할 수 있으나 부동산의 반환기일 전에 임차인의 부담으로 원상복구키로 한다."는 약정은 임차인이 임차목적물에 지출한 각종 유익비의 상환청구권을 미리 포기하기로 한 취지의 특약이라고 봄이 상당하다고 한 예(95다12927). ❻ 전대차계약 당시 '전차인이 전대차기간 중 목적물에 설치한 시설물에 대하여 계약기간 종료 시 차기 전차인에게 시가 또는 공인된 감정기관의 감정가격으로 시설물의 매수를 청구할 수 있으나, 차기 전차인과의 시설물 매수협상이 이루어지지 않는 경우 전대인에게 이의를 제기할 수 없다'고 약정한 것은, 전대차계약이 종료되어 전차목적물을 인도하는 경우 전차인이 전차목적물에 설치한 시설물에 대하여 차기 전차인에게 매수를 청구하는 것을 전대인이 용인함으로써 그 투자비용을 회수할 수 있는 방안을 마련해 주되, 차기 전차인과의 매수 협의가 이루어지지 않더라도 전대인에게는 시설물의 매수나 비용의 상환을 청구하지 않겠다는 의미로서, 전대인과의 관계에서는 유익비상환청구권의 포기 약정이라고 해석함이 상당하다고 한 예(2005다33886, 33893).

3499) 물권편 '유치권' 부분 참조.

3500) 2004다19647; "임대차계약에서 보증금을 지급하였다는 입증책임은 보증금의 반환을 구하는 임차인이 부담 … 한다."

3501) 임대차계약에서 임대차보증금이 수수된 경우에 그 임대차계약이 기간만료, 해지, 해제, 취소 또는 무효 등 어떠한 사유로든지 효력을 상실하게 되는 때에는 '계약에 기초하여서' 또는 '원상회복, 부당이득'으로 그 임대차보증금의 반환채무가 발생한다(2001다7865).

3502) 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다15087 판결; "임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 것으로서 임대인이 그 목적물에 대한 소유권 기타 이를 임대할 권한이 있을 것을 성립요건으로 하고 있지 아니하므로 임대차계약이 성립된 후 그 존속기간 중에 임대인이 임대차 목적물에 대한 소유권을 상실한 사실 그 자체만으로 바로 임대차

되는 경우 임차인의 이의 제기 내지 해지로 임대차계약은 종료된다.[3503]

대항력을 갖추지 못한 임차인의 경우에는, 임차주택·상가가 다른 사람에게 이전되더라도, 양도인인 임대인이 임대차보증금 반환의무를 부담한다.[3504]

(2) 대항력 있는 임대차의 경우

주택임대차보호법 제3조[3505]와 상가건물 임대차보호법 제3조[3506]는, 대항요건

에 직접적인 영향을 미친다고 볼 수는 없는 것이지만, 임대인이 임대차 목적물의 소유권을 제3자에게 양도하고 그 소유권을 취득한 제3자가 임차인에게 그 임대차 목적물의 인도를 요구하여 이를 인도하였다면 임대인이 임차인에게 임대차 목적물을 사용·수익케 할 의무는 이행불능이 되었다고 할 것이고 이러한 이행불능이 일시적이라고 볼 만한 특별한 사정이 없다면 임대차는 당사자의 해지 의사표시를 기다릴 필요 없이 당연히 종료되었다고 볼 것이지, 임대인의 채무가 손해배상 채무로 변환된 상태로 채권·채무관계가 존속한다고 볼 수 없다."

3503) 대법원 1998. 9. 2.자 98마100 결정; "임대차계약에 있어 임대인의 지위의 양도는 임대인의 의무의 이전을 수반하는 것이지만 임대인의 의무는 임대인이 누구인가에 의하여 이행방법이 특별히 달라지는 것은 아니고, 목적물의 소유자의 지위에서 거의 완전히 이행할 수 있으며, 임차인의 입장에서 보아도 신 소유자에게 그 의무의 승계를 인정하는 것이 오히려 임차인에게 훨씬 유리할 수도 있으므로 임대인과 신 소유자와의 계약만으로써 그 지위의 양도를 할 수 있다 할 것이나, 이 경우에 임차인이 원하지 아니하면 임대차의 승계를 임차인에게 강요할 수는 없는 것이어서 스스로 임대차를 종료시킬 수 있어야 한다는 공평의 원칙 및 신의성실의 원칙에 따라 임차인이 '곧' 이의를 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구속을 면할 수 있고, 임대인과의 임대차관계도 해지할 수 있다고 보아야 할 것이다."

3504) ❶ 대법원 2023. 6. 29. 선고 2020다276914 판결; "주택임대차보호법 제3조 제4항에 따라 임차주택의 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 것은 어디까지나 임차인이 대항력을 갖추고 있는 것을 요건으로 하므로 대항력을 갖추지 못한 임차인의 경우 임차주택이 다른 사람에게 이전되었더라도 임대인이 임차보증금 반환의무를 부담하는 것이 원칙이다. 따라서 이 사건 경매절차에서 소외인이 이 사건 주택의 소유권을 취득하기 전에 원고가 전출함으로써 대항력을 상실한 이상 임대인의 지위는 소외인에게 승계되지 아니하므로 피고가 잔여 임차보증금 반환의무를 부담한다." ❷ 대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다215542 판결; "법인은 주택임대차보호법 제3조 제1항이 정하는 대항요건의 하나인 주민등록을 마칠 수 없는 점에 비추어 보면, 주택을 임차한 법인에게는 주택임대차보호법 제3조 제2항, 제3항이 정하는 경우를 제외하고는 주택임대차보호법 제3조가 적용되지 않는다. 그러므로 … 제3조 제4항도 주택 임차인이 법인인 경우에는 원칙적으로 적용되지 않는다. 따라서 임대인이 법인을 임차인으로 하는 주택을 양도한 경우에는 임대인의 임대차보증금 반환채무를 양수인이 면책적으로 인수하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 임대인의 법인에 대한 임대차보증금 반환채무는 위 주택 양도에도 불구하고 소멸하지 아니한다. … 임대보증금 반환채권의 회수가능성 등이 의문시되는 상황이라면 임차인의 어떠한 행위를 임대차보증금 반환채무의 면책적 인수에 대한 묵시적 승낙의 의사표시에 해당한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다."

3505) **주택임대차보호법 제3조(대항력 등)** ① 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다. ④ 임차주택의 양수인(그 밖에 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다.

3506) **상가건물 임대차보호법 제3조(대항력 등)** ① 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 건물의 인도와 「부가가치세법」 제8조, 「소득세법」 제168조 또는 「법인세법」 제111조에 따른 사업자등록을 신청하면 그 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. ② 임차건물의 양수인(그 밖에 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다. ☛ 2015. 5. 13. 이후 체결되거나 갱신되는 임대차부터는 대통령령으로 정하는 보증금액을 초과하는 임대차에 대하여도 위 제3조가 적용한다(제2조 제3항). cf. 사업자등록신청서에 첨부한 임대차계약서와 사업자등록사항 등의 현황서에 기재되어 공시된 임대차보증금 및 차임에 따라 환산된 보증금액이 2015. 5. 13. 개정 전의 위 임대차보호법의 적용대상이 되기 위한 보증금액 한도를 초과하는 경우에는, 실제 임대차계약의 내용에 따라 환산된 보증금액이 위 기준을 충족하는 것이더라도, 임차인은 대항력을 주장할 수 없고, 이러한 법리는 임대차계약이 변경되거나 갱신되었는데 임차인이 사업자등록정정신고를 하지 아니하여 등록사항현황서 등에 기재되어 공시된 내용과 실제 임대차계약의 내용이 불일치하게 된 경우에도 마찬가지로 적용된다(2013다215676; 임대차계약이 실제로는 차임 없이 임대차보증금 1억 5,000만 원의 임대차계약으로 변경되었다고 할지라도, 등록사항현황서 등에 기재되어 공시된 각 임대차보증금 및 차임에 따라

을 갖춘 임대차(공동임차인 중 1인이라도 대항력 요건을 갖추면 그 대항력은 임대차 전체에 미친다[3507]) 의 목적이 된 주택·상가건물의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다고 규정하고 있는바, 이는 법률상의 당연승계 규정으로서 위 주택·상가건물이 양도된 경우에 양수인은 그 소유권과 결합하여 임대인의 임대차계약상의 권리·의무 일체를 그대로 승계하고, 그 결과 양수인이 임대차보증금반환채무를 면책적으로 인수하며, 양도인은 임대차관계에서 탈퇴하여 임차인에 대한 임대차보증금반환채무를 면하게 된다.[3508]

따라서 주택임대차보호법상 임차인(제3조 제2항 및 제3항의 법인[3509]을 포함한다) 또는 상가건물 임대차보호법상 임차인이 주택 또는 상가건물의 '양수인'에 대하여 임대차보증금의 반환을 청구하기 위해서는, 임차인이 주택임대차보호법 또는 상가건물 임대차보호법 소정의 대항력에 관한 요건, 즉 ①[1] '주택의 인도'(주택에 대한 '점유의 이전'을 말한다.[3510]

환산된 보증금액은 3억 5,000만 원으로서 2015. 5. 13. 개정 전 위 법의 적용대상으로 되기 위한 보증금액의 한도인 2억 4,000만 원을 초과하므로, 임차인이 점포의 양수인에 대하여 대항력을 주장할 수 없다고 한 사안).

3507) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021다238650 판결: "주택의 공동임차인 중 1인이라도 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 정한 대항력 요건을 갖추게 되면 그 대항력은 임대차 전체에 미치므로, 임차 건물이 양도되는 경우 특별한 사정이 없는 한 공동임차인에 대한 보증금반환채무 전부가 임대인 지위를 승계한 양수인에게 이전되고 양도인의 채무는 소멸한다. 이러한 법리는 계약당사자 사이에 공동임차인의 임대차보증금 지분을 별도로 정한 경우에도 마찬가지이다. 공동임차인으로서 임대차계약을 체결한 것은 기본적으로 임대차계약에 따른 권리·의무를 함께하겠다는 것이고, 임대차보증금에 관한 지분을 정하여 그 지분에 따라 임대차보증금을 지급하거나 반환받기로 약정하였다고 하더라도 임대차계약 자체를 지분에 따라 분리하겠다는 것이라고 볼 수는 없다. 공동임차인 중 1인이 취득한 대항력이 임대차 전체에 미친다고 보더라도 주택임대차보호법에 따른 공시의 목적, 거래관행 등에 비추어 임대차계약을 전제로 법률행위를 하고자 하는 제3자의 권리가 침해된다고 볼 수도 없다."

3508) 이는 임차인이 임대차보증금반환채권에 질권을 설정하고 임대인이 그 질권 설정을 승낙한 후에 임대주택이 양도된 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다. 따라서 이 경우에도 임대인은 구 주택임대차법 제3조 제3항에 의해 임대차관계에서 탈퇴하고 임차인에 대한 임대차보증금반환채무를 면하게 된다(대법원 2018. 6. 19. 선고 2018다201610 판결). 나아가 임차인에 대하여 임대차보증금반환채무를 부담하는 임대인임을 당연한 전제로 하여 임대차보증금반환채무의 지급금지를 명령받은 채권가압류의 제3채무자의 지위도 임대인의 지위와 함께 이전되고, 가압류권자 또한 양도인이 아니라 양수인에 대하여만 위 가압류의 효력을 주장할 수 있다(대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다49523 전원합의체 판결의 다수의견).

3509) **주택임대차보호법 제3조(대항력 등)** ② 국민주택기금을 재원으로 하여 저소득층 무주택자에게 주거생활 안정을 목적으로 전세임대주택을 지원하는 법인이 주택을 임차한 후 지방자치단체의 장 또는 그 법인이 선정한 입주자가 그 주택을 인도받고 주민등록을 마쳤을 때에는 제1항을 준용한다. 이 경우 대항력이 인정되는 법인은 대통령령으로 정한다. ③ 「중소기업기본법」 제2조에 따른 중소기업에 해당하는 법인이 소속 직원의 주거용으로 주택을 임차한 후 그 법인이 선정한 직원이 해당 주택을 인도받고 주민등록을 마쳤을 때에는 제1항을 준용한다. 임대차가 끝나기 전에 그 직원이 변경된 경우에는 그 법인이 선정한 새로운 직원이 주택을 인도받고 주민등록을 마친 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. ☛ ❶ 법인이 주택을 임차한 경우, 법인은 주민등록을 구비할 수 없으므로, 임대인이 주택을 양도하더라도 양수인이 임대인의 지위를 당연히 승계하는 것은 아니고, 특별한 사정이 없는 한 임대인의 법인에 대한 임차보증금반환채무는 소멸하지 않으나(대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다215542 판결), 위 제2, 3항의 경우에는 그렇지 않다. ❷ 제3항에 따라 법인인 임차인이 주택임대차보호법이 정한 임차인에 해당된다고 보려면, 임차인인 법인의 직원인 사람이 그 법인이 임차한 주택을 인도받고 주민등록을 마쳐야 한다. '직원'은, 해당 법인이 주식회사라면 그 법인에서 근무하는 사람 중 법인등기사항증명서에 대표이사 또는 사내이사로 등기된 사람을 제외한 사람을 의미한다. 다만 위와 같은 법위의 임원을 제외한 직원이 법인이 임차한 해당 주택을 인도받아 주민등록을 마치고 그곳에서 거주하고 있다면 이로써 대항력을 갖추었다고 보아야 하고, 그 밖에 업무관련성, 임대료의 액수, 지리적 근접성 등 다른 사정을 고려하여 그 요건을 갖추었는지를 판단할 것은 아니다(대법원 2023. 12. 14. 선고 2023다226866 판결).

3510) 대법원 2017. 8. 29. 선고 2017다212194 판결: "임대주택을 인도하는 경우에는 임대인이 임차인에게 현관이

임차인이 주택에 거주하면서 직접 점유하는 경우뿐만 아니라 타인의 점유를 매개로 하여 '간접점유'하는 경우에도 대항력이 인정된다)[3511]와 '주민등록(= 전입신고[3512])'(일반사회 통념상 그 주민등록으로 당해 임대차건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있다고 인식할 수 있는지 여부에 따라 판단)[3513] 또는 '상가건물의 인도'와 '사업자등록'(일반 사회통념상 그 사업자등록으로 당해 임대차건

나 대문의 열쇠를 넘겨주었는지, 자동문 비밀번호를 알려주었는지, 이사를 할 수 있는지 등도 고려하여야 한다."고 하고, '임대차계약 당시 주택이 비어 있었고, 임대인이 임차인에게 현관 자동문의 비밀번호를 알려주었으며, 그 후 임차인은 주택에 짐을 일부 옮겨 놓았으므로, 늦어도 그 때에는 주택을 인도받았다고 보아야 한다.'고 한 예.

3511) 즉, 주택임차인이 임차주택을 직접 점유하여 거주하지 않고 그곳에 주민등록을 하지 아니한 경우라 하더라도, 임대인의 승낙을 받아 적법하게 임차주택을 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 자신의 주민등록을 마친 때에는, 이로써 당해 주택이 임대차의 목적이 되어 있다는 사실이 충분히 공시될 수 있으므로, 임차인은 대항요건을 적법하게 갖추었다고 볼 수 있다(2005다64255). 간접점유자에 불과한 임차인 자신의 주민등록으로는 대항력의 요건을 적법하게 갖추었다고 할 수 없다(2000다55645).

3512) 외국인이나 외국국적동포가 외국인등록과 체류지 변경신고 또는 국내거소신고와 거소이전신고를 한 경우, 재외국민이 국내거소신고와 거소이전신고를 한 경우, 주민등록과 같은 법적 효과가 인정된다(대법원 2019. 4. 11. 선고 2015다254507 판결).

3513) ◎ **주택 임대차 공시 효력 있는 주민등록**

❶ 주민등록은 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로서 마련된 것이라고 볼 것이므로, 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는지 여부는 일반사회 통념상 그 주민등록으로 당해 임대차건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있다고 인식할 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다. ❷ 임차인 본인뿐만 아니라 그 배우자나 자녀 등 가족의 주민등록을 포함한다. 임차인이 그 가족과 함께 그 주택에 대한 점유를 계속하고 있으면서 그 가족의 주민등록을 그대로 둔 채 임차인만 주민등록을 일시 다른 곳으로 옮긴 경우라면 전체적으로나 종국적으로 주민등록의 이탈이라고 볼 수 없는 만큼 임대차의 제3자에 대한 대항력을 상실하지 아니한다(95다30338). ❸ 통상의 경우 등기부상 이해관계를 가지려는 제3자는 등기부를 통해 당해 주택의 표시에 관한 사항과 주택에 관한 권리에 관한 사항을 파악할 수 있으므로, 처음에는 다가구용 단독주택으로 소유권보존등기가 경료되었다가 나중에 다세대 주택으로 변경된 경우 당해 주택에 관해 등기부상 이해관계를 가지려는 제3자는 위와 같이 다가구용 단독주택이 다세대 주택으로 변경되었다는 사정을 등기부상 확인할 수 있고, 따라서 지번의 기재만으로 당해 다세대 주택에 주소 또는 거소를 가진 자로 등록된 자가 존재할 가능성을 인식할 수 있다 할 것이므로, 처음에 '다가구용 단독주택'으로 소유권보존등기가 경료된 건물의 일부를 임차한 임차인은 이를 인도받고 임차 건물의 지번을 정확히 기재하여 전입신고를 하면 주택임대차보호법 소정의 대항력을 적법하게 취득하고, 나중에 다가구용 단독주택이 '다세대 주택'으로 변경되었다는 사정만으로 임차인이 이미 취득한 대항력을 상실하게 되는 것은 아니다(2006다70516). ❶ 주민등록의 신고는 행정청에 도달하기만 하면 신고로서의 효력이 발생하는 것이 아니라 행정청이 '수리'한 경우에 비로소 신고의 효력이 발생한다 할 것이고, 따라서 주민등록 신고서를 행정청에 제출하였다가 행정청이 이를 수리하기 전에 신고서의 내용을 수정하여 수정된 전입신고서가 수리되었다면 수정된 사항에 따라서 주민등록 신고가 이루어진 것으로 보는 것이 타당하다(2006다17850. ❺ 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건은 그 대항력 취득 시에만 구비하면 족한 것이 아니고 그 대항력을 유지하기 위하여서도 '계속 존속'하고 있어야 한다. 주민등록이 대항력의 '존속요건'이라고 보는 이상, 주택임차인의 의사에 의하지 아니하고 주민등록법 및 동법시행령에 따라 시장 군수 또는 구청장에 의하여 직권조치로 주민등록이 말소된 경우에도 원칙적으로 그 대항력은 상실된다고 할 것이지만, 주민등록법상의 직권말소제도는 거주관계 등 인구의 동태를 상시로 명확히 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모하기 위한 것이고, 주택임대차보호법에서 주민등록을 대항력의 요건으로 규정하고 있는 것은 거래의 안전을 위하여 임대차의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 위한 것으로서 그 취지가 다르므로, 직권말소 후 동법 소정의 이의절차에 따라 그 말소된 주민등록이 '회복'되거나 동법시행령 제29조에 의하여 '재등록'이 이루어짐으로써 주택임차인에게 주민등록을 유지할 의사가 있었다는 것이 명백히 드러난 경우에는 '소급하여 그 대항력이 유지'된다고 할 것이고, 다만, 그 직권말소가 '주민등록법 소정의 이의절차에 의하여 회복된 것이 아닌 경우'에는 직권말소 후 재등록이 이루어지기 이전에 주민등록이 없는 것으로 믿고 임차주택에 관하여 새로운 이해관계를 맺은 '선의의 제3자에 대하여는 임차인은 대항력의 유지를 주장할 수 없다'고 봄이 상당하다(2002다20957). ❻ 대항력을 갖춘 주택임차인이 임대인의 동의를 얻어 적법하게 임차권을 양도하거나 전대한 경우 양수인이나 전차인에게 점유가 승계되고 주민등록이 단절된 것으로 볼 수 없을 정도의 기간 내에 전입신고가 이루어졌다

물에 사업장을 임차한 사업자가 존재하고 있다고 인식할 수 있는지 여부에 따라 판단)[3514] 사실과 ②[1] '임대차건물의 양도'(소유권 변동의 원인이 매매 등 법률행위든 상속·경매 등 법률의 규정이든 상관없다)[3515] 사실을 추가로 주장·증명하면 된다.

대항력 취득 시기는 '주택 인도와 주민등록을 마친 그 다음 날', '건물 인도와 사업자등록 신청 그 다음 날'로 규정되어 있는데, 이는 '다음 날 오전 0시'부터 대항력이 생긴다는 취지이나,[3516] 예외가 있다.[3517]

면, 비록 위 임차권의 양도나 전대에 의하여 임차권의 공시방법인 점유와 주민등록이 변경되었다 하더라도 원래의 임차인이 갖는 임차권의 대항력은 소멸되지 아니하고 동일성을 유지한 채로 존속한다. 이러한 경우 임차권 양도에 의하여 임차권은 동일성을 유지하면서 양수인에게 이전되고 원래의 임차인은 임대차관계에서 탈퇴하므로 임차권 양수인은 원래의 임차인이 가지는 우선변제권을 행사할 수 있고, 전차인은 이를 대위 행사할 수 있다(2009다101275).

3514) ◎ **상가건물 임대차 공시 효력 있는 사업자등록**
❶ 사업자등록신청서에 첨부한 임대차계약서상의 임대차목적물 소재지가 당해 상가건물에 대한 등기부상의 표시와 불일치하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 사업자등록은 제3자에 대한 관계에서 유효한 임대차의 공시방법이 될 수 없고, ❷ 건물의 일부분을 임차한 경우 그 사업자등록이 제3자에 대한 관계에서 유효한 임대차의 공시방법이 되기 위해서는 사업자등록 신청 시 그 임차 부분을 표시한 도면을 첨부하여야 한다(2008다44238). ❸ 다만, 상가건물의 일부분을 임차한 사업자가 사업자등록 시 임차 부분을 표시한 도면을 첨부하지는 않았지만, 예컨대 상가건물의 특정 층 전부 또는 명확하게 구분되어 있는 특정 호실 전부를 임차한 후 이를 제3자가 명백히 인식할 수 있을 정도로 사업자등록사항에 표시한 경우, 또는 그 현황이나 위치, 용도 등의 기재로 말미암아 도면이 첨부된 경우에 준할 정도로 임차 부분이 명백히 구분됨으로써 당해 사업자의 임차 부분이 어디인지를 객관적으로 명백히 인식할 수 있을 정도로 표시한 경우와 같이 일반 사회통념상 그 사업자등록이 도면 없이도 제3자가 해당 임차인이 임차한 부분을 구분하여 인식할 수 있을 정도로 특정이 되어 있다고 볼 수 있는 경우에는 그 사업자등록을 제3자에 대한 관계에서 유효한 임대차의 공시방법으로 볼 수 있다(2010다56678). ❶ 사업자등록은 대항력 또는 우선변제권의 취득요건일 뿐만 아니라 존속요건이기도 하므로, 상가건물을 임차하고 사업자등록을 마친 사업자가 임차 건물의 전대차 등으로 당해 사업을 개시하지 않거나 사실상 폐업한 경우에는 그 사업자등록은 상가임대차의 공시방법으로 요구하는 적법한 사업자등록이라고 볼 수 없고, 이 경우 임차인이 상가건물 임대차보호법상의 대항력 및 우선변제권을 유지하기 위해서는 건물을 직접 점유하면서 사업을 운영하는 전차인이 그 명의로 사업자등록을 하여야 한다(2005다64002). ❺ 사업자가 폐업신고를 하였다가 다시 같은 상호 및 등록번호로 사업자등록을 하였다고 하더라도 대항력 및 우선변제권이 그대로 존속한다고 할 수 없다(2006다56299).

3515) ◎ **임대인 지위 승계를 긍정한 예**: ① 임대할 권리나 이를 수반하는 권리를 종국적, 확정적으로 이전받게 되는 경우로서 매매, 증여, 경매, 상속, 공용징수 등에 의하여 임차주택의 소유권을 취득한 자(대법원 1993. 11. 23. 선고 93다4083 판결), ② 공유 상가건물 분할을 위한 경매에서의 낙찰자(대법원 2017. 3. 22. 선고 2016다218874 판결), ③ 명의신탁자로부터 처분권한을 종국적으로 이전받은 명의수탁자(98다49753), ④ 계약해제로 소유권을 회복한 자(대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다12717 판결), ⑤ 신탁법상 수탁자(2000다70460).
◎ **임대인 지위 승계를 부정한 예**: ① 양도담보권자(93다4083), ② 임차주택의 대지만을 경락받은 자(98다3276), ③ 임차권보다 선순위 저당권 있는 경매절차의 매수인(대법원 2000. 2. 11. 선고 99다59306 판결; "경매목적 부동산이 경락된 경우에는 소멸된 선순위 저당권보다 뒤에 등기되었거나 대항력을 갖춘 임차권은 함께 소멸하는 것이고, 따라서 그 경락인은 주택임대차보호법 제3조에서 말하는 임차주택의 양수인 중에 포함된다고 할 수 없을 것이므로 경락인에 대하여 그 임차권의 효력을 주장할 수 없다").

3516) 대법원 1999. 5. 25. 선고 99다9981 판결.

3517) ◎ **대항력 취득 시기**
○ 대법원 2019. 3. 28. 선고 2018다44879, 44886 판결; 甲 회사가 乙 신탁회사와 甲 회사 소유 주택에 관하여 부동산담보신탁계약을 체결하고 乙 회사에 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 후 乙 회사의 승낙 없이 원고와 임대차계약을 체결하였고, 원고는 같은 날 위 주택을 인도받고 전입신고를 마쳤는데, 그 후 甲 회사가 위 주택에 관하여 신탁재산의 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤고, 丁 신용협동조합이 같은 날 위 주택에 관하여 근저당권설정등기를 마쳤으며, 이후 丁 조합이 신청한 임의경매절차에서 피고가 위 주택을 매수한 사안에서, 甲 회사는 임대차계약 체결 당시 수탁자인 乙 회사의 승낙 없이 위 주택을 임대할

무효인 소유권이전등기 명의인(임대인)으로부터 주택·상가를 임차하여 주택·상가 임대차보호법상 대항요건을 갖춘 임차인이 위 등기의 무효로 대항할 수 없는 제3자에 해당하는 경우, 소유권을 회복한 사람과 그로부터 소유권이전등기를 마친 사람은 임대인의 지위를 승계한다.[3518] 수탁자의 사전 승낙 아래 위탁자 명의로 신탁부동산을 임대하도록 한 약정이 신탁원부에 기재된 경우에는 이로써 제3자(임차인)에게 대항할 수 있으므로, 수탁자로부터 소유권을 취득한 양수인이 위탁자(임대인)의 임대차계약상의 권리·의무를 승계하지 않는다.[3519]

수 없었지만, 위 주택에 관하여 신탁재산의 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마침으로써 적법한 임대권한을 취득하였고, 원고가 위 주택을 인도받고 전입신고를 마친 날부터 위 주택에 관한 주민등록에는 소유자 아닌 원고가 거주하는 것으로 나타나 있어서 제3자가 보기에 원고의 주민등록이 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유임을 인식할 수 있었으므로, 원고의 주민등록은 그가 전입신고를 마친 날부터 임대차를 공시하는 기능을 수행하고 있었다고 할 것이어서, 원고는 甲 회사가 위 주택에 관하여 소유권이전등기를 마친 즉시 임차권의 대항력을 취득하였고, 丁 조합의 근저당권설정등기는 원고가 대항력을 취득한 다음에 이루어졌으므로, 원고는 임차권으로 주택의 매수인인 피고에 대항할 수 있다고 한 사례. ☞ 2000다58026, 58033 판결, 2002다38361, 38378 판결(임대인인 낙찰인이 낙찰대금을 납부하여 소유권을 취득하는 즉시 임차권의 대항력을 취득한다고 한 사례)도 동일 취지이다.

○ 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다59306 판결; 甲이 주택에 관한 소유권이전등기를 마치고 주민등록 전입신고까지 마친 다음 처와 함께 거주하다가 乙에게 매도함과 동시에 그로부터 이를 임차하여 계속 거주하기로 약정하고 처 명의의 임대차계약을 체결한 후에야 乙 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우, 甲의 처가 임차인으로서 대항력을 갖는 시기는 乙 명의의 소유권이전등기 익일부터라고 한 사례(제3자로서는 주택에 관하여 甲으로부터 乙 앞으로 소유권이전등기가 경료되기 전에는 甲의 처의 주민등록이 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식하기 어려웠다 할 것이므로, 甲의 처의 주민등록은 주택에 관하여 乙 명의의 소유권이전등기가 경료되기 전에는 주택임대차의 대항력 인정의 요건이 되는 적법한 공시방법으로서의 효력이 없고 乙 명의의 소유권이전등기가 경료된 날에야 비로소 甲의 처와 乙 사이의 임대차를 공시하는 유효한 공시방법이 된다).

3518) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다210720 판결; "매도인이 악의인 계약명의신탁에서 명의수탁자로부터 명의신탁의 목적물인 주택을 임차하여 주택 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항요건을 갖춘 임차인은 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」(이하 '부동산실명법'이라 한다) 제4조 제3항의 규정에 따라 명의신탁약정 및 그에 따른 물권변동의 무효를 대항할 수 없는 제3자에 해당하므로 명의수탁자의 소유권이전등기가 말소됨으로써 등기명의를 회복하게 된 매도인 및 매도인으로부터 다시 소유권이전등기를 마친 명의신탁자에 대해 자신의 임차권을 대항할 수 있고, 이 경우 임차인 보호를 위한 주택임대차보호법의 입법 목적 및 임차인이 보증금반환청구권을 행사하는 때의 임차주택 소유자로 하여금 임차보증금반환채무를 부담하게 함으로써 임차인을 두텁게 보호하고자 하는 주택임대차보호법 제3조 제4항의 개정 취지 등을 종합하면 위의 방법으로 소유권이전등기를 마친 명의신탁자는 주택임대차보호법 제3조 제4항에 따라 임대인의 지위를 승계한다. … 이는 소유권을 취득하였다가 계약해제로 인하여 소유권을 상실하게 된 임대인으로부터 그 계약이 해제되기 전에 주택을 임차하여 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항요건을 갖춘 임차인은 민법 제548조 제1항 단서의 규정에 따라 계약해제로 인하여 권리를 침해받지 않는 제3자에 해당하므로 임대인의 임대권원의 바탕이 되는 계약의 해제에도 불구하고 자신의 임차권을 새로운 소유자에게 대항할 수 있고, 이 경우 계약해제로 소유권을 회복한 제3자는 주택임대차보호법 제3조 제2항에 따라 임대인의 지위를 승계하는 것과 마찬가지이다."

3519) 대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다300095, 300101 판결; "신탁법은 신탁재산의 독립성을 제3자에게도 대항할 수 있도록 신탁재산의 공시에 관한 독자적인 규정을 두고 있다. 구 신탁법 … 제3조 제1항은 '등기 또는 등록하여야 할 재산권에 관하여는 신탁은 그 등기 또는 등록을 함으로써 제3자에게 대항할 수 있다.'라고 정하고 있고, 구 부동산등기법 … 제123조, 제124조는 신탁의 등기를 신청하는 경우에는 … 신탁의 조항을 기재한 서면을 그 신청서에 첨부하도록 하고 있고, 그 서면을 신탁원부로 보며 다시 신탁원부를 등기부의 일부로 보고 그 기재를 등기로 본다고 정하고 있다. 따라서 신탁계약의 내용이 신탁등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 기재된 경우에는 이로써 제3자에게 대항할 수 있다." ☞ 신탁계약에서 수탁자의 사전 승낙 아래 위탁자 명의로

주택·상가 임차인이 임대인에게 보증금반환의 승소확정판결을 받았지만 주택·상가 양수인에게 반환받고자 할 경우 '승계집행문 부여의 소'를 제기하여 승계집행문을 부여받음이 원칙이나, 전소 승소확정판결의 변론종결 후 승계인인 양수인을 상대로 한 보증금반환청구에 예외적으로 소의 이익이 인정되는 경우가 있다.[3520]

'대항력과 우선변제권을 겸유'한 임차인[3521]이 먼저 우선변제권을 선택하여 임차주택 경매절차에서 배당요구를 하였으나 보증금 전액을 배당받지 못한 경우, 임차인은 여전히 대항요건을 유지함으로써[3522] 임대차관계의 존속을 주장할 수 있으므로, 임차인이 대항력을 구비한 후 임차주택을 양수한 자는 그와 같이 존속되는 임대차의 임대인 지위를 당연히 승계한다. 이는 주택임대차보호법 제3조의2 제7항[3523]에서 정한 '금융기관'이 임

신탁부동산을 임대하도록 약정하였으므로 임대차보증금 반환채무는 위탁자에게 있고, 위 약정이 신탁원부에 기재되어 임차인에게도 대항할 수 있으므로, 오피스텔에 관한 부동산담보신탁 이후에 위탁자로부터 이를 임차한 피고는 임대인인 위탁자를 상대로 임대차보증금의 반환을 구할 수 있을 뿐 수탁자인 신탁회사를 상대로 임대차보증금의 반환을 구할 수 없고, 나아가 신탁회사가 임대차보증금 반환의무를 부담하는 임대인의 지위에 있지 아니한 이상 그로부터 오피스텔의 소유권을 취득한 원고가 주택임대차보호법 제3조 제4항에 따라 임대인의 지위를 승계하여 임대차보증금 반환의무를 부담한다고 볼 수도 없다고 한 예.

3520) 임차인이 임대인의 지위를 승계한 양수인을 상대로 임대차보증금의 반환을 구하는 후소를 제기하여 양수인과 사이에 임대인 지위의 승계 여부에 대해 상당한 정도의 공격방어 및 법원의 심리가 진행됨으로써 사실상 승계집행문 부여의 소가 제기되었을 때와 큰 차이가 없는 경우에는, 후소의 소의 이익이 인정될 수 있다(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다210720 판결).

3521) 주택임대차보호법에 따른 주택임차인의 대항력 발생일과 임대차계약서상 확정일자가 모두 당해 주택에 관한 1순위 근저당권 설정일보다 앞서는 경우, 주택임차인은 특별한 사정이 없는 한 대항력뿐 아니라 1순위 근저당권자보다 선순위의 우선변제권도 가지므로, 그 주택에 관하여 개시된 경매절차에서 배당요구종기 이전에 배당요구를 하였다면 1순위 근저당권자보다 우선하는 배당순위를 가진다(대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다248431 판결).

3522) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2017다226629 판결: "주택임대차보호법은 임차인이 임차권등기명령의 집행에 따른 임차권등기를 마치면 같은 법 제3조 제1항, 제2항 또는 제3항에 따른 대항력과 제3조의2 제2항에 따른 우선변제권을 취득하고, 임차인이 임차권등기 이전에 이미 대항력이나 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력이나 우선변제권을 그대로 유지하며, 임차권등기 이후에는 제3조 제1항, 제2항 또는 제3항의 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력이나 우선변제권을 상실하지 않는다고 정하고 있다(제3조의3 제5항). 이처럼 주택임대차보호법 제3조의3에서 정한 임차권등기명령에 따른 임차권등기는 … 주택임차인이 주택임대차보호법에 따른 대항력이나 우선변제권을 취득하거나 이미 취득한 대항력이나 우선변제권을 유지하도록 해 주는 담보적 기능을 주목적으로 한다."

3523) **주택임대차보호법 제3조의2(보증금의 회수)** ① 임차인(제3조제2항 및 제3항의 법인을 포함한다. 이하 같다)이 임차주택에 대하여 보증금반환청구소송의 확정판결이나 그 밖에 이에 준하는 집행권원(집행권원)에 따라서 경매를 신청하는 경우에는 집행개시요건에 관한 민사집행법 제41조에도 불구하고 반대의무의 이행이나 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 하지 아니한다. ② 제3조제1항·제2항 또는 제3항의 대항요건과 임대차계약증서(제3조제2항 및 제3항의 경우에는 법인과 임대인 사이의 임대차계약증서를 말한다)상의 확정일자를 갖춘 임차인은 「민사집행법」에 따른 경매 또는 「국세징수법」에 따른 공매를 할 때에 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다. ③ 임차인은 임차주택을 양수인에게 인도하지 아니하면 제2항에 따른 보증금을 받을 수 없다. … ⑦ 다음 각 호의 금융기관 등이 제2항, 제3조의3제5항, 제3조의4제1항에 따른 우선변제권을 취득한 임차인의 보증금반환채권을 계약으로 양수한 경우에는 양수한 금액의 범위에서 우선변제권을 승계한다. 〈신설 2013.8.13.〉 1. 「은행법」에 따른 은행 … ⑧ 제7항에 따라 우선변제권을 승계한 금융기관 등(이하 "금융기관등"이라 한다)은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 우선변제권을 행사할 수 없다. 1. 임차인이 제3조제1항·제2항 또는 제3항의 대항요건을 상실한 경우 2. 제3조의3제5항에 따른 임차권등기가 말소된 경우 3. 「민법」 제621조에 따른 임대차등기가 말소된 경우 ⑨ 금융기관등은 우선변제권을 행사하기 위하여 임차인을 대리하거나 대위하여 임대차를 해지할

차인으로부터 보증금반환채권을 계약으로 양수함으로써 양수한 금액의 범위에서 우선변제권을 승계한 다음 경매절차에서 배당요구를 하여 보증금 중 일부를 배당받은 경우에도 마찬가지이다.[3524]

한편, 임차주택·상가의 양수인에게 대항할 수 있는 임차권자라도 스스로 임대차관계의 승계를 원하지 않을 때에는 승계되는 임대차관계의 구속을 면할 수 있다고 보는 것이 공평의 원칙 또는 신의성실의 원칙에 부합하고,[3525] 이 경우 임차인은 양도인으로부터 임대차보증금을 반환받을 수 있다.[3526] 따라서 '대항력과 우선변제권을 겸유'한 임차인이 임차주택·상가의 경매절차에서 현황조사를 마친 후 전출함으로써 대항력을 상실한 후, 배당받지 못하고 남은 보증금의 반환을 임대인에게 청구하였다고 하여 이를 두고 신의성실의 원칙에 반하는 행위라고 볼 수는 없다.[3527]

나) 항변, 재항변 사실

(1) 갱신 항변

원고의 '임대차기간 만료' 주장에 대하여 피고는 앞서 본 법정갱신, 기간연장합

수 없다. ☛ **상가건물 임대차보호법 제5조(보증금의 회수)**도 동일하다.

3524) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022다255126 판결(따라서 **주택**임대차**의** 대항요건이 존속되는 한 임차인은 보증금 반환채권을 양수한 금융기관이 보증금 잔액을 반환받을 때까지 임차주택**의** 양수인을 상대로 임대차관계의 존속을 주장할 수 있다).

3525) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2020다276914 판결.

3526) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다265689 판결(임대차기간의 만료 전에 임대인과 합의에 의하여 임대차계약을 해지하고 임대인으로부터 임대차보증금을 반환받을 수 있고, 이러한 경우 임차주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계하지 아니한다). ☛ **[동일 취지]** ❶ 대항력 있는 주택임대차에 있어 기간만료나 당사자의 합의 등으로 임대차가 종료된 경우에도 주택임대차보호법 제4조 제2항에 의하여 임차인은 보증금을 반환받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제되므로 그러한 상태에서 임차목적물인 부동산이 양도되는 경우 임차인의 보호를 위한 임대차보호법의 입법 취지에 비추어 임차인이 임대인의 지위승계를 원하지 않는 경우에는 임차인이 임차주택의 양도사실을 안 때로부터 상당한 기간 내에 이의를 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구속으로부터 벗어날 수 있고, 그와 같은 경우에는 양도인의 임차인에 대한 보증금 반환채무는 소멸하지 않는다(2001다64615). ❷ 양수인에게 대항할 수 있는 임차권자라도 스스로 임대차관계의 승계를 원하지 아니할 때에는 승계되는 임대차관계의 구속을 면할 수 있다고 보아야 하므로 임차주택이 임대차기간의 만료 전에 경매되는 경우 임대차계약을 해지함으로써 종료시키고 우선변제를 청구할 수 있다고 할 것인데, 이 경우 임차인에게 인정되는 해지권은 임차인의 사전 동의 없이 임대차 목적물인 주택이 경락으로 양도됨에 따라 임차인이 임대차의 승계를 원하지 아니할 경우에는 스스로 임대차를 종료시킬 수 있어야 한다는 공평의 원칙 및 신의성실의 원칙에 근거한 것이므로, 해지통고 즉시 그 효력이 생긴다고 보아야 하고, 임대차의 목적물인 주택이 경매되는 경우에 대항력을 갖춘 임차인이 임대차기간이 종료되지 아니하였음에도 경매법원에 배당요구를 하는 것은 스스로 더 이상 임대차관계의 존속을 원하지 아니함을 명백히 표명하는 것이어서 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 임대차해지의 의사표시로 볼 수 있으며, 경매법원이 임대인에게 배당요구 사실의 통지를 하면 결국 임차인의 해지의사가 경매법원을 통하여 임대인에게 전달되어 이 때 해지통지가 임대인에게 도달된 것으로 볼 것이니, 임대차관계는 위 배당요구 통지의 임대인에 대한 도달 즉시 해지로 종료된다(94다37646).

3527) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2020다276914 판결; "원고의 이러한 행위로 이 사건 경매절차의 매각물건명세서에 대항력 있는 임차인이 있는 것으로 기재되었다고 하더라도 이로써 피고에게 임차보증금 반환채무를 더 이상 부담하지 않을 것이라는 정당한 신뢰가 형성되었다고 보기도 어렵다. 오히려 대항력을 상실하여 소외인(매수인)에게 임차인의 지위를 주장하지 못하는 원고로 하여금 피고에 대한 남은 임차보증금 반환청구권까지 행사할 수 없도록 한다면 임차인의 권리를 지나치게 제한하게 된다."

의, 재계약 내지 새로운 계약[3528] 등의 주장으로 항변할 수 있다.

공공·민간 임대주택의 경우 강행규정인 관련 법령 및 표준임대차계약서 소정의 사유가 있어야 임대인이 임대차계약을 해제·해지하거나 그 갱신을 거절할 수 있고, 그렇지 않다면 임차인이 임대차계약의 갱신을 원하는 이상 임대인은 특별한 사정이 없는 한 그 갱신을 거절할 수 없으며, 임대차보증금반환채권에 대한 압류 및 추심·전부 명령이 발령되었다거나, 임차인이 보증금반환채권을 양도하거나 질권을 설정하고 이를 통지하였다는 사정은 임대인이 임대차계약의 갱신을 거절할 수 있는 특별한 사정에 해당하지 않으므로, 임대주택에 관한 임대차계약의 갱신은 보증금반환채권에 대한 추심·전부금 청구나 질권자의 직접청구, 양수금 청구에 대한 임대인의 유효한 항변이 된다.[3529] 이러한 법리는 주택임차인의 갱신요구권이 제6조의3에 신설된 2020. 7. 31. 개정 주택임대차보호법 및 상가건물 임대차보호법이 적용되는 임대차에 관하여도 적용될 여지가 있다.[3530] 민법이 적용되는 일반 임대차에 관하여, 보증금반환채권 양도 통지 후의 계약갱신

3528) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다211919 판결; "임차권의 대항 등을 받는 새로운 소유자라고 할지라도 임차인과의 계약에 기하여 그들 사이의 법률관계를 그들의 의사에 좇아 자유롭게 형성할 수 있는 것이다. 따라서 새로운 소유자와 임차인이 동일한 목적물에 관하여 종전 임대차계약의 효력을 소멸시키려는 의사로 그와는 별개의 임대차계약을 새로이 체결하여 그들 사이의 법률관계가 이 새로운 계약에 의하여 규율되는 것으로 정할 수 있다. 그리고 그 경우에는 종전의 임대차계약은 그와 같은 합의의 결과로 그 효력을 상실하게 되므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 이제 종전의 임대차계약을 기초로 발생하였던 대항력 또는 우선변제권 등도 종전 임대차계약과 함께 소멸하여 이를 새로운 소유자 등에게 주장할 수 없다."

3529) ❶ 대법원 2022. 3. 31. 선고 2021다265171 판결; "구 공공주택 특별법의 적용을 받는 임대주택에 관해서는 위 법령 조항 및 표준임대차계약서 해당 조문 각호 중 하나에 해당하는 사유가 있는 경우라야 임대인이 그 임대차계약을 해제 또는 해지하거나 임대차계약의 갱신을 거절할 수 있고, 그렇지 아니한 경우에는 임차인이 임대차계약의 갱신을 원하는 이상 임대인은 특별한 사정이 없는 한 임대차계약의 갱신을 거절할 수 없다고 보아야 한다."(공공임대주택 임대차보증금 양수인의 양수금청구, 주택임차인의 갱신요구에 의한 갱신 항변 사안) ❷ 대법원 2020. 5. 28. 선고 2020다202371 판결; 소외 공사가 피고(구 임대주택법상 공공임대주택 임차인)의 원고(임대인)에 대한 보증금반환채권에 관하여 압류·추심명령을 받아 원고에게 갱신 중지 요청을 한 이상 원고는 임대차계약 갱신으로 위 공사에 대항할 수 없으므로 기간 만료로 임대차계약이 종료되었다는 원고의 주장에 대하여, 위 사유는 임대인의 갱신 거절 사유에 해당하지 않으므로 원고가 계약의 갱신을 거절할 수 없다고 보아, 원고의 임대주택 인도청구를 배척한 예. ❸ 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다223781 판결; "임대인이 별도로 갱신거절을 하지 아니함에 따라 임대차계약이 묵시적으로 갱신되는 결과가 발생하는 것은, 질권의 목적인 임대차보증금반환채권 자체가 아니라 이를 발생시키는 기본적 계약관계에 관한 사유에 속할 뿐만 아니라, 질권설정자인 임차인이 위 채권 자체의 소멸을 목적으로 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 한 것으로도 볼 수 없다. 그러므로 이 경우에는 민법 제352조의 제한을 받지 아니한다."(민간임대주택 임차인을 대위한 근질권자의 인도청구, 주택임대차의 묵시적 갱신 항변 사안)

3530) ① 보증금반환채권에 대한 채권양도, 질권설정, 압류 및 추심·전부명령이 갱신거절사유에 해당하지 않고, ② 임차인의 계약갱신요구권 규정은 강행규정으로 법률에 명시되어 있으며, ③ 제3자로서는 향후 임차인의 갱신요구권 행사에 의하여 임대차계약이 갱신될 수 있다는 내재적 제한을 갖는 보증금반환채권임을 충분히 예상할 수 있기 때문이다. 나아가, 2020다223781에 의하면, '묵시적 갱신'은 임대차보증금반환채권 자체가 아니라 이를 발생시키는 기본적 계약관계에 관한 사유에 속하고, 임차인이 위 채권 자체의 소멸을 목적으로 하거나 이해관계인의 이익을 해하는 변경을 한 것으로도 볼 수 없다는 것이고, 98다17930 등에 의하면, 채권 (가)압류에 채권 발생원인인 법률관계에 대한 채무자의 처분까지 구속하는 효력은 없으므로, 채무자와 제3채무자가 아무런 합리적 이유 없이 채권의 소멸만을 목적으로 계약관계를 합의해제한다는 등의 특별한 경우를 제외하고는, 제3채무자는 채권 (가)압류가 있은 후라고 하더라도 채권 발생원인인 법률관계를 합의해제하고 이로 인하여 (가)압류채권이 소멸되었다는 사유를 들어 (가)압류채권자에 대항할 수 있다는 것이므로, '임차인의 갱신요

이나 기간연장에 관한 명시적·묵시적 합의로 양수인에게 대항할 수 없다는 종전 판례[3531]의 적용 범위는 매우 제한적인 것으로 보아야 한다.

(2) 동시이행항변

임대인 측은 '임대차목적물 반환채권과의 동시이행항변권을 행사'하여 항변할 수 있고, 임차인 측은 '임대차목적물 반환의 이행[3532] 또는 이행제공'으로 동시이행항변권이 소멸하였음을 주장·증명하여 재항변할 수 있다. 임대인과 임차인이 임대차계약을 체결하면서 임대차보증금을 전세금으로 하는 전세권설정등기를 경료한 경우 임대차보증금 반환의무는 전세권설정등기의 말소의무와도 동시이행관계[3533]에 있다(임차인의 주택임대차보호법상 '임차권등기 말소의무'와의 관계에서는 임대인의 임대차보증금 반환의무가 선이행 의무이다[3534]). 사소한 원상회복의무 불이행을 이유로 거액의 임대차보증금 전액의 반환을 거부하는 동시이행의 항변은 신의칙에 반하여 허용되지 않는다.[3535]

(3) 임대차보증금반환채무 발생의 장애 또는 소멸의 항변

(통정허위표시 무효 항변) 주택임대차계약이 기존 채권을 우선변제 받기 위한 통정허위표시에 해당되어 무효임을 항변할 수 있는 경우도 있다.[3536]

구권에 의한 갱신'뿐만 아니라, '묵시적 갱신'의 경우에도 이로써 제3의 이해관계인에게 대항할 수 있다고 해석할 여지가 있다.

3531) 88다카4253,4260은, 원고가 임차인으로부터 임대차보증금반환채권을 양수하여 그 지급을 구하는 소를 제기한 경우, 피고인 임대인이 위 반환청구채권의 양도 통지를 받은 후에는 임대인과 임차인 사이에 임대차계약의 갱신이나 계약기간 연장에 관하여 묵시적 합의가 있었더라도 그 합의의 효과는 양수인인 원고에 대하여는 미칠 수 없다고 하였다. 이 경우, 피고로서는 위 채권의 양도 통지를 받기 '전'에(임차인의 임대인에 대한 임대차보증금반환채권의 양도 통지 사실은 원고의 양수금청구의 청구원인사실로서 이미 주장·증명되어 드러나 있다) 임대차계약이 갱신되거나 계약기간이 연장된 사실을 주장하여야 유효한 항변이 될 수 있고, 피고의 계약 갱신, 연장의 항변에 대하여 원고가 재항변으로 계약의 갱신, 연장이 있기 전에 피고가 위 채권양도 통지를 받은 사실을 주장하여야 하는 공방의 구조로 볼 것은 아니다.

3532) ❶ 종전의 임차인이 임대인으로부터 새로 목적물을 임차한 사람에게 그 목적물을 임대인의 동의 아래 직접 넘긴 경우에, 임차인의 그 행위는 임대인이 임차인으로부터 목적물을 인도받아 이를 새로운 임차인에게 다시 인도하는 것을 사실적인 실행의 면에서 간략하게 한 것으로서, 법적으로는 두 번의 인도가 행하여진 것으로 보아야 하므로, 임대차관계 종료로 인한 임차인의 임대인에 대한 목적물반환의무는 이로써 제대로 이행되었다고 할 것이다(2008다55634). ❷ 임차인이 임차물을 전대하여 그 임대차 기간 및 전대차 기간이 모두 만료된 경우에는 그 전대차가 임대인의 동의를 얻은 여부와 상관없이 임대인으로서는 전차인에 대하여 소유권에 기한 반환청구권에 터잡아 목적물을 자신에게 직접 반환해 줄 것을 요구할 수 있고, 전차인으로서도 목적물을 임대인에게 직접 인도함으로써 임차인(전대인)에 대한 목적물 인도의무를 면한다(95다23996).

3533) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다95062 판결.

3534) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다4529 판결.

3535) 임차인이 326,000원이 소요되는 전기시설의 원상회복을 하지 아니한 채 건물의 인도 이행을 제공한 경우, 임대인이 이를 이유로 125,226,670원의 잔존 임대차보증금 전액의 반환을 거부할 동시이행의 항변권을 행사할 수 없다고 한 사례(99다34697).

3536) 임대차는 임차인으로 하여금 목적물을 사용·수익하게 하는 것이 계약의 기본 내용이므로, 채권자가 주택임대차보호법상의 대항력을 취득하는 방법으로 기존 채권을 우선변제 받을 목적으로 주택임대차계약의 형식을 빌려 기존 채권을 임대차보증금으로 하기로 하고 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차로서의 대항력을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐 실제 주택을 주거용으로 사용·수익할 목적을 갖지 아니한 계약은 주택임대

(이행 또는 이행제공 항변) 임차인이 임대차보증금 원금만 청구하는 경우 그 이행 또는 이행제공[3537]은 임대인의 항변사유이다.[3538]

(공제 항변) 임대인 측은 '임대차보증금에 의하여 담보되는 차임채권 등의 발생'을 주장·증명하여 공제 항변을 할 수 있고, 임차인 측은 '차임채권 등이 변제 등의 이유로 소멸한 사실'을 주장·증명하여 재항변할 수 있다. 그 구체적인 주장·증명책임은 앞서 본 바와 같다. 보증인이 임대인의 보증금반환채무를 보증한 후에 임대인과 임차인 간에 임대차계약과 관계없는 다른 채권으로써 연체차임을 상계하기로 약정하는 것은 보증인에게 불리한 것으로서 보증인의 동의가 없는 한 보증인에게 그 효력을 주장할 수 없다.[3539] 임대차보증금 지급을 명하는 확정판결의 기판력이 연체차임 등 피담보채무의 부존재에 대하여는 작용하지 않는다.[3540]

(소멸시효 항변) 임대차보증금반환채무의 소멸시효가 완성되었음을 항변할 수도 있으나,[3541] 임차인이 임대차 종료 후 동시이행항변권을 근거로 임차목적물을 계속 점유하고

차계약으로서는 통정허위표시에 해당되어 무효이고, 그러한 임차인은 대항력을 갖지 못한다(2000다24184,24191). 하지만, 임대차계약 당사자가 기존 채권을 임대차보증금으로 전환하여 임대차계약을 체결하였다는 사정만으로 임차인이 대항력을 갖지 못한다고 볼 수는 없다(2001다47535).

3537) (주장책임을 완화한 사례) 96다51141,51158: "반대의무의 이행과 상환으로 집행할 수 있는 내용의 채무명의의 집행은 채권자가 반대의무의 이행 또는 이행의 제공이 있었음을 증명한 때에 한하여 개시할 수 있는 것이므로, 제1심 판결의 가집행선고에 기하여 이 사건 건물에 대한 명도집행을 단행하였다는 원고의 주장에는 채무명의인 이 사건 제1심 판결상의 반대의무를 이행 또는 이행의 제공을 하였다는 주장이 포함되어 있다고 볼이 상당한바, … 제1심 판결상의 반대의무 중 금 16,073,330원은 위 공탁으로써 이행되었다고 할 수 있지만, 가압류되었다는 금 10,000,000원의 반대의무는 어떻게 이행 또는 이행의 제공이 되었는지에 관한 자료가 제출되어 있지 않으므로, 원심으로서는 … 제1심 판결상의 반대의무가 모두 이행 또는 이행의 제공이 되었는지 여부에 관하여 심리하였어야 할 것이다."

3538) '가옥의 전세나 임대차계약에 있어서의 전세보증금은 특별한 사정이 없는 한 임차인의 임차가옥 명도와 동시 또는 그 후에 반환하는 것이 통례이므로 임차인이 임차가옥을 명도 아니하고 거주하고 있다면 전세금반환채권이 존재하고 있었다는 점은 추정을 받는다고 할 것이므로 그 명도 이전에 전세보증금을 반환하였다는 점은 임대인이 주장·입증하여야 할 것이다.'라고 한 84다카1255 판결에서, 권리소멸사유인 전세보증금 반환에 대한 증명책임이 임대인에게 있는 것은 당연한 것이고, 위 판시의 '추정'은 사실상 추정에 의한 증명의 필요에 관한 것으로 보아야 할 것이다.

3539) 대법원 1999. 3. 26. 선고 98다22918 판결.

3540) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다61398 판결: "임대차보증금의 지급을 명하는 판결이 확정되면 변론종결 전의 사유를 들어 당사자 사이에 수수된 임대차보증금의 수액 자체를 다투는 것은 허용되지 아니한다 하더라도, 임대차보증금 반환청구권 행사의 전제가 되는 연체차임 등 피담보채무의 부존재에 대하여 기판력이 작용하는 것은 아니라고 할 것이다." ☞ 임대차보증금반환청구의 전소에서 임대인이 동시이행항변만 하고 공제주장을 하지 아니하여 상환이행판결이 확정된 다음, 임차인이 건물을 인도하고 강제경매신청을 하자, 임대인이 비로소 공제주장을 하며 전소판결에 대한 청구이의의 소를 제기한 사안에서, 원심이, '차임 상당의 부당이득금 등은 임대차보증금 반환청구소송의 항소심 변론종결일 이전에 이미 발생하여 공제를 주장할 수 있었던 사유로서 임대차보증금의 지급을 명하는 판결이 확정된 이상 위 공제주장이 소송상 공격방어방법에 불과하다 할지라도 청구이의의 소에서 다시 공제주장을 하는 것은 위 확정판결과 모순되어 기판력에 저촉된다'고 한데 대하여, 이는 확정판결의 기판력의 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.

3541) 임대차보증금 반환채권의 소멸시효는 그 이행기인 임대차 종료일 다음날부터 진행하고, 주택임대차보호법 제3조의3에서 정한 임차권등기명령에 따른 임차권등기에는 소멸시효 중단사유인 압류 등에 준하는 효력이 없다(대법원 2019. 5. 16. 선고 2017다226629 판결).

있는 경우에는 유효한 항변이 될 수 없다.[3542]

다) 임대차보증금 반환 담보 목적의 전세권이 설정된 경우

(1) 유효 여부

전세권설정계약의 당사자가 주로 채권담보 목적으로 전세권을 설정하고 설정과 동시에 목적물을 인도하지 않는다고 하더라도 장차 '전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 배제'[3543]하지 않는다면, 전세권의 효력을 부인할 수는 없다.[3544]

임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 마친 전세권설정등기는 유효하나, 그 전세권설정계약은 임대차계약과 양립할 수 없는 범위(차임지급 약정의 부존재, 전세금으로부터 연체차임의 불공제 등 임대인과 임차인의 진의와 일치하지 않는 부분)에서는 통정허위표시에 해당하여 무효이고, 다만 그 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계에 기초하여 새로이 법률상 이해관계를 가지게 된 제3자에 대하여는 그 제3자가 그와 같은 사정을 알고 있었던 경우(악의)에만 그 무효를 주장할 수 있다.[3545] 여기에서 선의의 제3자가 보호될 수 있는 법률

3542) 임차인이 임대차 종료 후 동시이행항변권을 근거로 임차목적물을 계속 점유하고 있는 경우에는, 보증금반환채권에 대한 소멸시효가 진행하지 않는다(대법원 2020. 7. 9. 선고 2016다244224, 244231 판결.

3543) 전세권 설정의 동기와 경위, 전세권 설정으로 달성하려는 목적, 채권의 발생 원인과 목적물의 관계, 전세권자의 사용·수익 여부와 그 가능성, 당사자의 진정한 의사 등에 비추어 전세권설정계약의 당사자가 전세권의 핵심인 사용·수익 권능을 배제하고 채권담보만을 위해 전세권을 설정하였다면, 법률이 정하지 않은 새로운 내용의 전세권을 창설하는 것으로서 물권법정주의에 반하여 허용되지 않고 이러한 전세권설정등기는 무효라고 보아야 한다.

3544) 대법원 2021. 12. 30. 선고 2018다40235, 40242 판결(전세권자가 목적물인 식당을 사용·수익하는 것을 배제하고 채권담보만을 목적으로 설정된 전세권이므로, 그 전세권설정등기가 무효라고 한 예).
⇔ ❶ 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다67217 판결; 피고가 2006. 4. 12. 소외 건설회사로부터 오피스텔(미등기 상태)을 보증금 3천만 원에 임차하고 2006. 4. 22.과 5. 17. 3천만 원을 보증금으로 지급하였는데, 보증금반환채권을 담보하기 위하여 2006. 4. 26. 소외 회사로부터 그 소유의 오피스텔 103호에 관하여 전세권을 설정받은 **사안**에서, 위 보증금반환채권으로 전세금의 지급에 갈음한 것으로 볼 수 있고, 피고가 전세권 설정과 동시에 부동산을 인도받지 아니하였다고 하더라도 전세권 설정 무렵과 그 이후 분양되거나 임대되지 않은 채 비어 있는 상태였는데 소외 회사의 부도라는 외부적 사정으로 소외인이 유치권을 행사하다가 경매절차에서 경락받기에 이른 사정에 비추어 보면, 전세권 설정 당시 피고와 소외 회사 사이에 피고가 전세목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하였다고 보기 어렵다는 이유로 위 전세권이 무효라는 원고(배당이의의 근저당권자)의 주장을 배척한 예. ❷ 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다18508 판결; 소외 1(도급인)로부터 공사비 충당을 위하여 이 사건 다세대주택에 대하여 전세권이나 담보권을 설정하는 등의 권한을 포함한 모든 처분권한을 부여받은 소외 2(수급인)는 다른 한편으로는 피고(하수급인)에 대하여 도배공사금 채무를 부담하고 있었던 관계로 자신이 소외 1로부터 받지 못한 공사잔대금 채권을 담보하기 위하여 그 공사잔대금 상당을 전세금으로 삼아 자신 앞으로 전세권설정등기를 경료하는 대신 바로 피고 앞으로 이 사건 전세권설정등기를 경료하게 된 것으로 소외 1이나 피고 또한 이를 양해한 것이라고 할 수 있어, 소외 1, 2 및 피고 사이에 소외 2의 소외 1에 대한 공사잔대금 채권을 담보하기 위하여 피고 명의로 전세권을 설정하는 데 대한 합의가 있었다고 볼 여지가 충분히 있고, 피고 명의의 전세권설정등기가 경료된 경위가 위와 같다면, 설사 그 전세권설정등기를 경료한 목적이 주로 채권담보를 위함에 있었고, 전세금이 현실적으로 수수된 적이 없으며, 피고가 이 사건 부동산을 인도받은 적이 없었다거나, 피고가 소외 1에 대하여 직접 어떠한 채권을 가지고 있지 않았다 하더라도, 그와 같은 사정만으로 위 전세권설정등기가 무효로 되는 것은 아니라고 한 예.

3545) ○ 대법원 2021. 12. 30. 선고 2018다268538 판결; "가) 전세권이 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 모두 갖추고 있고, 목적물의 인도는 전세권의 성립요건이 아닌 점 등에 비추어 볼 때, 당사자가 주로 채권담보의 목적으로 전세권을 설정하였고, 그 설정과 동시에 목적물을 인도하지 아니한 경우라 하더라도, 장차 전세권

상 이해관계는 전세권설정계약의 당사자를 상대로 하여 직접 법률상 이해관계를 가지는 경우 외에도 그 법률상 이해관계를 바탕으로 하여 다시 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계와 새로이 법률상 이해관계를 가지게 되는 경우도 포함된다.[3546]

자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아니라면 그 전세권의 효력을 부인할 수는 없다. 전세금의 지급은 전세권 성립의 요소가 되는 것이지만 그렇다고 하여 전세금의 지급이 반드시 현실적으로 수수되어야만 하는 것은 아니고 기존의 채권으로 전세금 지급을 대신할 수도 있다. 나) 임대차계약에 따른 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 임대인과 임차인 사이의 합의에 따라 임차인 명의로 전세권설정등기를 마친 경우, 그 전세금의 지급은 이미 지급한 임대차보증금으로 대신한 것이고, 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것도 아니므로, 그 전세권설정등기는 유효하다. 이때 임대인과 임차인이 그와 같은 전세권설정등기를 마치기 위하여 전세권설정계약을 체결하여도, 임대차보증금은 임대차계약이 종료된 후 임차인이 목적물을 인도할 때까지 발생하는 차임 및 기타 임차인의 채무를 담보하는 것이므로, 임대인과 임차인이 위와 같이 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 전세권을 설정하기 위하여 전세권설정계약을 체결하였다면, 임대차보증금에서 연체차임 등을 공제하고 남은 돈을 전세금으로 하는 것이 임대인과 임차인의 합치된 의사라고 볼 수 있다. 그러나 그 전세권설정계약은 외관상으로는 그 내용에 차임지급 약정이 존재하지 않고 이에 따라 전세금이 연체차임으로 공제되지 않는 등 임대인과 임차인의 진의와 일치하지 않는 부분이 존재한다. 따라서 그러한 전세권설정계약은 위와 같이 임대차계약과 양립할 수 없는 범위에서 통정허위표시에 해당하여 무효라고 봄이 타당하다. 다만 그러한 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계에 기초하여 새로이 법률상 이해관계를 가지게 된 제3자에 대하여는 그 제3자가 그와 같은 사정을 알고 있었던 경우에만 그 무효를 주장할 수 있다." ☛ **원심**이, 원고(전세권설정자, 임대인)와 소외인(전세권자, 임차인)이 이 사건 전세권설정등기를 마치기 위하여 체결한 전세권설정계약은 통정허위표시로서 무효이고, 피고(전세권근저당권자)는 근저당권 설정 당시 전세권설정계약이 통정허위표시임을 알고 있었으므로, 원고는 피고에게 그 무효를 주장할 수 있다는 이유로, 피고는 위 전세권설정등기의 말소에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 피고는 전세권근저당권 설정 당시 전세권설정등기가 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 마쳐진 것임을 **알고 있었**으므로, 피고가 물상대위권을 행사하여 전세금반환채권에 대하여 압류·추심명령을 받고 이에 기하여 원고에게 추심금을 청구하는 데 대하여 원고는 임대차계약에 따른 연체차임 등의 **공제 주장으로 대항할 수 있**을 뿐이고, 위 전세권설정등기는 임대차보증금 중 소외인의 연체차임 등을 공제한 나머지를 담보하는 범위에서 여전히 유효하므로, 피고는 원고로부터 그 나머지 임대차보증금 상당액을 지급받을 때까지 전세권설정등기의 말소를 저지할 이익이 있다고 한 다음, 원심으로서는 임대차보증금에서 공제되는 소외인의 연체차임 등의 존재 여부와 그 범위를 심리하여 위 전세권설정등기가 그 나머지 임대차보증금을 담보하는 범위에서 유효한지 여부 등을 판단하였어야 한다고 한 예.

○ 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005다59864 판결; 소외인은 2001. 8. 21. 피고로부터 임대차보증금 1억 원, 월 차임 195만 원, 기간 2년으로 정하여 임차하고, 보증금 반환채권을 담보하기 위하여 전세금 1억 원, 기간 2001. 8. 21.부터 2003. 8. 21.까지로 하는 전세권설정계약을 별도로 체결한 다음, 그 전세권설정등기를 경료하였고, 원고는 2001. 8. 21. 소외인과 사이에 대출금채권을 담보하기 위하여 위 전세권에 대하여 저당권을 설정하고 그 등기를 마쳤으며, 그 후 소외인과 피고는 전세권 존속기간 중 부동산 중 일부만 임대차 목적물로 존속하고 나머지 부분은 합의해지하기로 하면서 보증금 8,000만 원, 월 차임 100만 원, 기간 2년으로 종전 임대차계약을 변경하였는데, 전세권 존속기간이 만료되자 원고는 2003. 12. 15. 위 대출금채권을 변제받기 위하여 소외인의 전세금반환채권에 대하여 75,377,790원의 채권압류·전부명령을 받은 **사안**에서, 소외인과 피고 사이에 있어서는 임대차계약만이 유효하고 외형만 작출된 전세권설정계약은 무효라고 주장할 수 있다고 하더라도, 제3자인 원고와 사이에 있어서는 원고가 그 사정을 알고 있었던 경우에만 위 주장을 할 수 있다 할 것이므로, 원고가 전세권저당권을 설정하면서 위 사정을 **알았다고 볼 증거가 전혀 없**는 이 사건에 있어, 전세권설정자인 피고는 전세권저당권자로서 소외인의 전세금반환채권을 압류·전부받은 원고에 대하여 소외인이 **연체한 차임의 공제를 주장할 수 없다**고 하고, **민법 제371조 제2항**이 "전세권을 목적으로 저당권을 설정한 자는 저당권자의 동의 없이 전세권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못한다."고 규정하고 있는 점에 비추어, 소외인과 피고 사이에서는 전세권이 변경되어 전세금이 1억 원에서 8,000만 원으로 일부 소멸하지만, 전세권저당권자인 원고에 대한 관계에서는 소외인은 물론 전세권설정자인 피고도 원고의 동의가 없는 한 **전세권의 일부 소멸을 주장할 수 없다** 하여 피고의 전세금 감액 주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예.

3546) ○ 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다49292 판결; "실제로는 전세권설정계약을 체결하지 아니하였으면서도 임대차계약에 기한 임차보증금반환채권을 담보할 목적 또는 금융기관으로부터 자금을 융통할 목적으로 임차인과 임대인 사이의 합의에 따라 임차인 명의로 전세권설정등기를 경료한 경우에, 위 전세권설정계약이 통정허위

전세권은 다른 담보권과 마찬가지로 전세권자와 전세권설정자 및 제3자 사이에 합의가 있으면 그 전세권자의 명의를 제3자로 하는 것도 가능하므로, 임대차계약에 바탕을 두고 이에 기한 임차보증금반환채권을 담보할 목적으로 임대인, 임차인 및 제3자 사이의 합의에 따라 제3자 명의로 경료된 전세권설정등기도 유효하다.[3547]

표시에 해당하여 무효라 하더라도 위 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계에 기초하여 새로이 법률상 이해관계를 가지게 된 제3자에 대하여는 그 제3자가 그와 같은 사정을 알고 있었던 경우에만 그 무효를 주장할 수 있다. 그리고 여기에서 선의의 제3자가 보호될 수 있는 법률상 이해관계는 위 전세권설정계약의 당사자를 상대로 하여 직접 법률상 이해관계를 가지는 경우 외에도 그 법률상 이해관계를 바탕으로 하여 다시 위 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계와 새로이 법률상 이해관계를 가지게 되는 경우도 포함된다." ☛ 소외 3이 임차보증금반환채권 담보 목적으로 통정허위표시로 소외 4에게 전세권설정등기를, 소외 2는 이러한 사정을 잘 알면서도 자신의 채권을 담보하기 위하여 소외 4로부터 전세권근저당권설정등기를 각 경료하였고, 소외 1은 소외 2의 소외 4에 대한 위 전세권근저당권부 채권에 대하여 가압류결정을 받아 전세권근저당권설정등기에 부기등기의 방법으로 가압류등기가 기입되고 그 후 본압류로 이전하는 압류명령에 따라 압류등기가 기입된 **사안[소외 3 → 통정 4(전세권자) → 악의 2(전세권저당권자) → 선의? 1(가압류권자)]**에서, 만약 소외 1이 통정허위표시에 관하여 선의라면 비록 소외 2가 악의라 하더라도 허위표시자는 그에 대하여 전세권이 통정허위표시에 의한 것이라는 이유로 대항할 수 없으므로, 원심으로서는 소외 2가 악의의 제3자였던 것으로 판단되었다 하더라도 원고들(소외 1의 상속인들)이 주장하는 바와 같이 소외 1이 허위표시에 대하여 선의의 제3자인지 여부를 심리하여, 허위표시자의 지위를 승계하였다고 할 피고(소외 3 소유 건물의 전득자)가 원고들에게 대항할 수 있는지 여부를 판단하였어야 했다고 한 예.

○ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다35743 판결; 원고(임대인)가 2001. 11. 26. 소외 임차인에게 부동산 중 일부에 관하여 보증금 1억 원, 월 차임 800만 원, 임대차기간 24개월로 정하여 임대하고서도, 임차인의 요청에 따라 전세금 3억 원의 대출용 전세계약서를 작성해 주고 전세권설정등기까지 마쳐 주었고, 그 후 원고는 임차인과 2003. 12. 30. 임대기간을 2년으로 하여 임대차계약을 다시 체결하면서 보증금을 7천만 원으로, 월 차임을 350만 원으로 각 감액하였다가, 2004. 3. 3. 임차인의 요청에 따라 위 보증금을 전액 반환하는 대신 월 차임을 420만 원으로 증액하기로 임대차계약을 변경하였으며, 피고(채권가압류권자)는 2004. 11. 25. 전세권부 채권가압류 결정을 받아 같은 해 12. 1. 그 등기를 마쳤는데, **당**시 소외인은 임차인으로서 여전히 부동산 중 일부를 점유·사용하고 있었던 **사안**에서, 전세권설정자의 전세금반환의무와 전세권자의 목적물 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류 교부의무가 동시이행 관계에 있는 사정 등을 더해 보면, 피고가 전세권부 채권가압류 등기를 마칠 당시 전세권설정등기가 말소되지 아니한 상태였고, 전세권 갱신에 관한 등기가 불필요한 전세권명의자인 소외인이 위 부동산 중 일부를 여전히 점유·사용하고 있었던 이상, 피고는 통정허위표시를 기초로 하여 새로이 법률상 이해관계를 가진 **선의의 제3자에 해당**한다고 봄이 상당하다고 한 예.

3547) ○ 대법원 2005. 5. 26. 선고 2003다12311 판결; 임대차보증금 4,600만 원의 반환을 담보하기 위하여 전세금 4,600만 원, 전세권자 임차인과 피고(보증금반환채권 양수인) 2인으로 한 전세권설정등기를 마친 **사안**에서, 종전 임대차는 채권적 전세에 불과하였으나, 전세권설정계약과 그 등기를 통하여 물권으로서의 전세권이 되었고, 종전 임대차는 보증금이 5,000만 원이고, 그 존속기간이 남았는데도, 전세권설정계약에서는 전세보증금을 4,600만 원으로 감액하고, 전세권존속기간을 새로 정하였으며, 전세권자도 보증금반환채권을 양수받아 원고(임대인)로부터 그 승낙을 얻은 피고를 포함하였으므로, 전세권설정계약 및 그 등기에 의하여, 종전 임대차는 존속기간 전에 합의해지 되고, 임차인과 피고를 공동전세권자로 한 전세권설정계약이 새로 체결된 것이라고 보아야 한다고 한 예.

○ 대법원 1998. 9. 4. 선고 98다20981 판결; "전세권이 담보물권적 성격을 아울러 가지고 있는 이상 부종성과 수반성이 있기는 하지만, 다른 담보권과 마찬가지로 전세권자와 전세권설정자 및 제3자 사이에 합의가 있으면 그 전세권자의 명의를 제3자로 하는 것도 가능하다 할 것인데, 위 전세권설정등기가 원고와 김□ 사이의 임대차계약에 바탕을 두고 이에 기한 임차보증금반환채권을 담보할 목적으로 원고, 김□, 최□ 사이의 합의에 따라 최□ 명의로 경료된 … 전세권설정등기는 유효하다 할 것이고, 비록 원고와 김□ 또는 최□ 사이에 실제로 전세권설정계약이 체결되거나 전세금이 수수된 바 없다거나, 위 전세권설정등기의 피담보채권인 위 임차보증금반환채권의 귀속자는 김□이고 최□는 원고에 대하여 직접 어떤 채권을 가지고 있지 아니하다 하더라도 달리 볼 것은 아니며, 또한 가사 …전세권설정계약만 놓고 보아 그것이 통정허위표시에 해당하여 무효라고 한다 하더라도 이로써 위 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계를 토대로 별개의 법률원인에 의하여 새로운 법률상 이해관계를 갖게 된 제3자인 피고에게 대항하기 위해서는 피고가 그와 같은 사정을 알고 있었어야

전세권자로서의 지위와 주택임대차보호법상 대항력을 갖춘 임차인으로서의 지위를 함께 가지게 된 경우, 주택임대차보호법상 임차인으로서 우선변제를 받을 수 있는 권리와 전세권자로서 우선변제를 받을 수 있는 권리는 근거규정 및 성립요건을 달리하는 별개의 권리이다.[3548]

할 것인데 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다 … 차임을 연체하여 그 연체차임 합계액이 임차보증금을 초과함으로써 임차보증금반환채권이 소멸되었으니, 전세권설정등기는 말소되어야 하고 이에 터잡은 피고의 위 근저당권설정등기도 말소되어야 한다는 원고의 주장에 대하여는, 원고와 김□, 최□가 원고와 김□ 사이의 임대차계약만 있을 뿐 원고와 최□ 사이의 전세권설정계약은 없음에도 불구하고 3자 합의에 따라 임대차계약은 은닉한 채 전세권설정계약이라는 외형행위를 작출한 … 경우 당사자 사이에 있어서는 은닉된 임대차계약만이 유효하고 외형만 작출된 전세권설정계약은 무효라고 주장할 수 있다고 하더라도 제3자인 피고와 사이에 있어서는 피고가 그와 같은 사정을 알고 있었던 경우에만 위와 같은 주장을 할 수 있다고 할 것인데, 피고가 이를 **알고 있었다고 볼 증거가 없** … 으므로, 원고로서는 피고에 대하여 **임대차계약의 효력**(즉 **임대차계약에 기하여 연체차임을 임차보증금에서 공제**할 수 있다는 것)을 **주장할 수 없다**고 할 것이어서 원고의 위 주장 역시 이유 없다." ☜ 임차보증금 1억 원, 차임 월 800만 원, 임차기간 1996. 11. 30.까지인 임대차계약을 기초로 전세금 1억 원, 존속기간 1996. 11. 30.까지로 된 제3자 명의의 전세권설정등기를 한 예.

3548) ◎ **주택임대차보호법상 임차인으로서의 우선변제권·대항력과 전세권자로서의 우선변제권과의 관계**

○ 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009다40790 판결; "민사집행법 제91조 제3항은 '전세권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다.'라고 규정하고, 같은 조 제4항은 '제3항의 경우 외의 전세권은 매수인이 인수한다. 다만, 전세권자가 배당요구를 하면 매각으로 소멸된다.'라고 규정하고 있고, 이는 저당권 등에 대항할 수 없는 전세권과 달리 최선순위의 전세권은 오로지 전세권자의 배당요구에 의하여만 소멸되고, 전세권자가 배당요구를 하지 않는 한 매수인에게 인수되며, 반대로 배당요구를 하면 존속기간에 상관없이 소멸한다는 취지라고 할 것인 점, 주택임차인이 그 지위를 강화하고자 별도로 전세권설정등기를 마치더라도 주택임대차보호법상 임차인으로서 우선변제를 받을 수 있는 권리와 전세권자로서 우선변제를 받을 수 있는 권리는 근거규정 및 성립요건을 달리하는 별개의 권리라고 할 것인 점 등에 비추어 보면, 주택임대차보호법상 임차인으로서의 지위와 전세권자로서의 지위를 함께 가지고 있는 자가 그 중 임차인으로서의 지위에 기하여 경매법원에 배당요구를 하였다면 배당요구를 하지 아니한 전세권에 관하여는 배당요구가 있는 것으로 볼 수 없다고 할 것이다." ☜ 최선순위 전세권자의 채권자가 경매절차에서 채권자대위권에 기하거나 전세금반환채권에 대한 압류·추심명령 후 그 추심권한에 기하여 자기 이름으로 전세권에 대한 배당요구를 함에 있어서는 ① 채권자대위권 행사의 요건을 갖추었다거나 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받았다는 점과 아울러 ② 그 전세권이 존속기간의 만료 등으로 종료하였다는 점에 관한 소명자료를 배당요구의 종기까지 제출하여야 한다(대법원 2015. 11. 17. 선고 2014다10694 판결).

○ 대법원 2010. 7. 26.자 2010마900 결정; "주택에 관하여 최선순위로 전세권설정등기를 마치고 등기부상 새로운 이해관계인이 없는 상태에서 전세권설정계약과 계약당사자, 계약목적물 및 보증금(전세금액) 등에 있어서 동일성이 인정되는 임대차계약을 체결하여 주택임대차보호법상 대항요건을 갖추었다면, 전세권자로서의 지위와 주택임대차보호법상 대항력을 갖춘 임차인으로서의 지위를 함께 가지게 된다. 이러한 경우 전세권과 더불어 주택임대차보호법상의 대항력을 갖추는 것은 자신의 지위를 강화하기 위한 것이지 원래 가졌던 권리를 포기하고 다른 권리로 대체하려는 것은 아니라는 점, 자신의 지위를 강화하기 위하여 설정한 전세권으로 인하여 오히려 주택임대차보호법상의 대항력이 소멸된다는 것은 부당하다는 점, 동일인이 같은 주택에 대하여 전세권과 대항력을 함께 가지므로 대항력으로 인하여 전세권 설정 당시 확보한 담보가치가 훼손되는 문제는 발생하지 않는다는 점 등을 고려하면, 최선순위 전세권자로서 배당요구를 하여 전세권이 매각으로 소멸되었다 하더라도 변제받지 못한 나머지 보증금에 기하여 대항력을 행사할 수 있고, 그 범위 내에서 임차주택의 매수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 보아야 할 것이다."

○ 대법원 2007. 6. 28. 선고 2004다69741 판결; "주택임차인이 그 지위를 강화하고자 별도로 전세권설정등기를 마쳤더라도 주택임차인이 주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건을 상실하면 이미 취득한 주택임대차보호법상의 대항력 및 우선변제권을 상실한다고 봄이 상당하다." ☜ 원고가 대항요건인 주민등록을 상실함으로써 소액보증금 우선변제권을 상실하였다고 판단한 예.

○ 대법원 2002. 11. 8. 선고 2001다51725 판결; "주택에 관하여 임대차계약을 체결한 임차인이 자신의 지위를 강화하기 위한 방편으로 따로 전세권설정계약서를 작성하고 전세권설정등기를 한 경우에, 따로 작성된 전세권설정계약서가 원래의 임대차계약서와 계약일자가 다르다고 하여도 계약당사자, 계약목적물 및 보증금액

(2) 전세금 반환청구권자·반환의무자

전세권이 기간만료로 소멸되면, 전세권저당권이 설정된 경우에도, 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한, 전세권설정자는 '전세권자'에 대하여만 전세금반환의무를 부담하고, 전세권저당권자에게 잔존 전세금을 직접 지급할 의무를 지지는 않는다.[3549]

전세권저당권자는 전세권 존속기간이 만료되면 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나[3550] 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 물상대위권을 행사하여 전세금의 지급을 구하여야 한다.[3551]

전세기간 종료 후 전세금반환채권 양도의 경우(전세권 존속 중 전세금반환채권만의 분리 양도는 허용되지 않는다),[3552] 전세권양도계약 및 전세권이전의 부기등기가 이루어진 것만으로는

(전세금액) 등에 비추어 동일성을 인정할 수 있다면 그 전세권설정계약서 또한 원래의 임대차계약에 관한 증서로 볼 수 있고, 등기필증에 찍힌 등기관의 접수인은 첨부된 등기원인계약서에 대하여 민법 부칙 제3조 제4항 후단에 의한 확정일자에 해당한다고 할 것이므로, 위와 같은 전세권설정계약서가 첨부된 등기필증에 등기관의 접수인이 찍혀 있다면 그 원래의 임대차에 관한 계약증서에 확정일자가 있는 것으로 보아야 할 것이고, 이 경우 원래의 임대차는 대지 및 건물 전부에 관한 것이나 사정에 의하여 전세권설정계약서는 건물에 관하여만 작성되고 전세권등기도 건물에 관하여만 마쳐졌다고 하더라도 전세금액이 임대차보증금액과 동일한 금액으로 기재된 이상 대지 및 건물 전부에 관한 임대차의 계약증서에 확정일자가 있는 것으로 봄이 상당하다 할 것이다."

3549) 대법원 1999. 9. 17. 선고 98다31301 판결; "전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우 그 저당권의 목적물은 물권인 전세권 자체이지 전세금반환채권은 그 목적물이 아니고, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권은 소멸하므로 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 되고, 이러한 경우에는 민법 제370조, 제342조 및 민사소송법 제733조에 의하여 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사하여 비로소 전세권설정자에 대해 전세금의 지급을 구할 수 있게 된다는 점, 원래 동시이행항변권은 공평의 관념과 신의칙에 입각하여 각 당사자가 부담하는 채무가 서로 대가적 의미를 가지고 관련되어 있을 때 그 이행에 있어서 견련관계를 인정하여 당사자 일방은 상대방이 채무를 이행하거나 이행의 제공을 하지 아니한 채 당사자 일방의 채무의 이행을 청구할 때에는 자기의 채무이행을 거절할 수 있도록 하는 제도인 점, 전세권을 목적물로 하는 저당권의 설정은 전세권의 목적물 소유자의 의사와는 상관없이 전세권자의 동의만 있으면 가능한 것이고, 원래 전세권에 있어 전세권설정자가 부담하는 전세금반환의무는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대해 전세금을 지급함으로써 그 의무이행을 다할 뿐이라는 점에 비추어 볼 때, 전세권저당권이 설정된 경우에도 전세권이 기간만료로 소멸되면 전세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다고 보아야 하므로, 전세권저당권자가 위 전세금반환채권에 대해 압류, 추심, 전부명령 등을 받았다는 자료가 없는 이 사건에서, 전세권설정자가 전세권저당권자에게 잔존 전세금을 직접 지급할 의무를 지는 것은 아니라 할 것이어서"

3550) 전세권근저당권자가 우선권 있는 채권에 기하여 전부명령을 받은 경우에는 형식상 압류가 경합되었다 하더라도 그 전부명령은 유효하다(대법원 2008. 12. 24. 선고 2008다65396 판결).

3551) 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다91672 판결; "전세권을 목적으로 한 저당권이 설정된 경우, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하기 때문에 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 되고, 저당권자는 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 물상대위권을 행사하여 전세금의 지급을 구하여야 한다."

3552) ○ 대법원 2002. 8. 23. 선고 2001다69122 판결; "전세권은 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 그 용도에 따라 사용·수익하는 권리로서 전세금의 지급이 없으면 전세권은 성립하지 아니하는 등으로 전세금은 전세권과

전세금반환채권의 양도에 관하여 확정일자 있는 통지나 승낙이 있었다고 볼 수 없어, 확정일자 있는 통지나 승낙을 갖추지 않는 한 제3자인 전세금반환채권의 압류·전부 채권자에게 대항할 수 없다.[3553]

전세권 성립 후 전세목적물의 소유권이 이전된 경우, 전세권은 전세권자와 신 소유자 사이에서 계속 동일한 내용으로 존속하고, 신 소유자는 구 소유자와 전세권자 사이에 성립한 전세권의 내용에 따른 권리의무의 직접적인 당사자가 되어 전세권이 소멸하는 때에 전세권자에 대하여 전세권설정자의 지위에서 전세금 반환의무를 부담한다.[3554]

분리될 수 없는 요소일 뿐 아니라, 전세권에 있어서는 그 설정행위에서 금지하지 아니하는 한 전세권자는 전세권 자체를 처분하여 전세금으로 지출한 자본을 회수할 수 있도록 되어 있으므로 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않는 것이며, 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금 반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이라 할 것이다."

○ 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다29790 판결: "전세권이 담보물권적 성격도 가지는 이상 부종성과 수반성이 있는 것이므로 전세권을 그 담보하는 전세금반환채권과 분리하여 양도하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이나, 한편 담보물권의 수반성이란 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 담보물권도 함께 처분된다는 것이 아니라, 채권 담보라고 하는 담보물권 제도의 존재 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 담보물권의 처분도 포함된다고 보는 것이 합리적이라는 것일 뿐이므로, 전세권이 존속기간의 만료로 소멸한 경우이거나 전세계약의 합의해지 또는 당사자 간의 특약에 의하여 전세권반환채권의 처분에도 불구하고, 전세권의 처분이 따르지 않는 경우 등의 특별한 사정이 있는 때에는 채권양수인은 담보물권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 된다고 할 것이다."

○ 대법원 1999. 2. 5. 선고 97다33997 판결: "전세권설정계약의 당사자 사이에 그 계약이 합의해지된 경우 전세권설정등기는 전세금반환채권을 담보하는 효력은 있다고 할 것이나, 그 후 당사자 간의 약정에 의하여 전세권의 처분이 따르지 않는 전세금반환채권만의 분리양도가 이루어진 경우에는 양수인은 유효하게 전세금반환채권을 양수하였다고 할 것이고, 그로 인하여 전세금반환채권을 담보하는 물권으로서의 전세권마저 소멸된 이상 그 전세권에 관하여 가압류부기등기가 경료되었다고 하더라도 아무런 효력이 없다."

3553) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2003다35659 판결: "전세권설정등기를 마친 민법상의 전세권은 그 성질상 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비한 것으로서, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능은 전세권설정등기의 말소 없이도 당연히 소멸하고 단지 전세금반환채권을 담보하는 담보물권적 권능의 범위 내에서 전세금의 반환시까지 그 전세권설정등기의 효력이 존속하고 있다 할 것인데, 이와 같이 존속기간의 경과로서 본래의 용익물권적 권능이 소멸하고 담보물권적 권능만 남은 전세권에 대해서도 그 피담보채권인 전세금반환채권과 함께 제3자에게 이를 양도할 수 있다 할 것이지만 이 경우에는 민법 제450조 제2항 소정의 확정일자 있는 증서에 의한 채권양도절차를 거치지 않는 한 위 전세금반환채권의 압류·전부 채권자 등 제3자에게 위 전세보증금반환채권의 양도사실로써 대항할 수 없다고 보아야 할 것이다."

⇔ 이는 대법원 1999. 9. 17. 선고 98다31301 판결("전세권은 기간만료로 종료되었으므로 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하는 것이고, 저당권의 목적물인 전세권이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸하는 것이므로 전세권을 목적으로 한 저당권자는 전세권의 목적물인 부동산의 소유자에게 더 이상 저당권을 주장할 수는 없다.") 등과는 일부 배치되는 것이다.

3554) 대법원 2006. 5. 11. 선고 2006다6072 판결: "전세권이 성립한 후 전세목적물의 소유권이 이전된 경우 민법이 전세권 관계로부터 생기는 상환청구, 소멸청구, 갱신청구, 전세금증감청구, 원상회복, 매수청구 등의 법률관계의 당사자로 규정하고 있는 전세권설정자 또는 소유자는 모두 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자로 새길 수밖에 없다고 할 것이므로, 전세권은 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자 사이에서 계속 동일한 내용으로 존속하게 된다고 보아야 할 것이고, 따라서 목적물의 신 소유자는 구 소유자와 전세권자 사이에 성립한 전세권의 내용에 따른 권리의무의 직접적인 당사자가 되어 전세권이 소멸하는 때에 전세권자에 대하여 전세권설정자의 지위에서 전세금 반환의무를 부담하게 된다고 보아야 한다."

(3) 항 변

(가) 동시이행

임대인과 임차인이 임대차계약을 체결하면서 임대차보증금을 전세금으로 하는 전세권설정등기를 경료한 경우, 임대차보증금은 전세금의 성질을 겸하게 되므로, 당사자 사이에 다른 약정이 없는 한 임대차보증금 반환의무는 민법 제317조에 따라 전세권설정등기의 말소의무와도 동시이행관계에 있다.[3555] [3556]

(나) 전세권설정자의 전세권저당권자에 대한 상계·공제 항변

전세권저당권설정자(전세권자)는 전세권저당권자의 동의 없이 전세권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못한다(민법 제371조 제2항).[3557]

'전세권저당권이 설정된 때'에 이미 전세권설정자가 전세권자에 대하여 반대채권을 가지고 있고 그 '반대채권의 변제기가 장래 발생할 전세금반환채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우'에는, 전세권설정자가 그 반대채권을 자동채권으로 하여 전세금반환채권과 상계함으로써 전세권저당권자에게 대항할 수 있다.[3558]

3555) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다95062 판결; 임대차보증금 4억 원, 월 차임 630만 원으로 한 임대차계약을 체결하고 그 임대차보증금 4억 원을 전세금으로 하여 임대차목적물에 관하여 임차인 앞으로 전세권설정등기를 경료한 사안.

3556) 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다62091 판결; "전세권설정자는 전세권이 소멸한 경우 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환할 의무가 있을 뿐이므로, 전세권자가 그 목적물을 인도하였다고 하더라도 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류를 교부하거나 그 이행의 제공을 하지 아니하는 이상, 전세권설정자는 전세금의 반환을 거부할 수 있고, 이 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 그가 전세금에 대한 이자 상당액의 이득을 법률상 원인 없이 얻는다고 볼 수 없다." ☜ 원심이, 피고가 전세금 반환의무에 대하여 지체책임을 부담하지 아니한다고 하면서도, 전세금을 반환하고 있지 아니하다는 이유만으로 전세금을 반환할 때까지 이에 대한 법정이자 상당의 부당이득을 원고에게 반환할 의무가 있다고 판단한 것은, 잘못이라고 한 예.

3557) 따라서 전세권설정자와 전세권자(전세권저당권설정자) 사이에서는 전세권 변경으로 전세금이 감축되었다 하더라도, 전세권저당권자에 대한 관계에서는 그의 동의가 없는 한 전세권의 일부 소멸을 주장할 수 없어 전세권설정자의 전세금 감액 주장은 이유 없다(2005다59864)

3558) 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다91672 판결; "전세권저당권자가 … 전세금반환채권에 대하여 물상대위권을 행사한 경우, 종전 저당권의 효력은 물상대위의 목적이 된 전세금반환채권에 존속하여 저당권자가 그 전세금반환채권으로부터 다른 일반채권자보다 우선변제를 받을 권리가 있으므로, 설령 전세금반환채권이 압류된 때에 전세권설정자가 전세권자에 대하여 반대채권을 가지고 있고 그 반대채권과 전세금반환채권이 상계적상에 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 전세권설정자가 전세권저당권자에게 상계로써 대항할 수는 없다. 그러나 전세금반환채권은 전세권이 성립하였을 때부터 이미 그 발생이 예정되어 있다고 볼 수 있으므로, 전세권저당권이 설정된 때에 이미 전세권설정자가 전세권자에 대하여 반대채권을 가지고 있고 그 반대채권의 변제기가 장래 발생할 전세금반환채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우와 같이 전세권설정자에게 합리적 기대 이익을 인정할 수 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 전세권설정자는 그 반대채권을 자동채권으로 하여 전세금반환채권과 상계함으로써 전세권저당권자에게 대항할 수 있다." ☛ ① 소외인(임차인=전세권자=전세권근저당설정자)은 피고(임대인=전세권설정자)로부터 건물을 임차하면서 임대차보증금반환채권의 담보를 위하여 2005. 5. 25. 건물에 전세금 6천만 원, 존속기간 2004. 4. 30.~2009. 4. 29.인 전세권설정등기를, 임대차계약 갱신 후 2010. 9. 13. 전세금 1억 원, 존속기간 2009. 5. 1.~2014. 4. 29.인 전세권변경등기를 각 마쳤고, ② 원고(=전세권근저당권자)는 2010. 9. 14. 소외인에게 1억 5천만 원을 대출하면서 그 담보로 위 임대차보증금반환채권을 양도받고, 2010. 9. 20. 위 전세권에 채권최고액 1억 원의 전세권근저당권설정등

민법 제315조[3559] 제1항 소정의 전세권설정자의 전세권자에 대한 손해배상채권은 전세권설정자가 전세권 소멸 후 전세금으로써 충당하고 잉여가 있으면 전세금을 반환하므로, 전세권저당권 설정 전 발생 여부, 전세금반환채권과의 변제기 선후와 상관없이 전세권설정자는 위 손해배상채권으로써 전세금반환채권을 물상대위한 전세권저당권자에게 대항할 수 있다.[3560]

전세권설정자는 전세권자의 전세금반환채권을 물상대위한 선의의 제3자인 전세권저당권자에 대하여는 전세권자가 연체한 차임의 공제를 주장할 수 없으나,[3561] 악의의 제3

기를 마쳤으며, ③ 소외인은 2011. 6. 15. 피고와 임대차계약을 합의해지하고 피고에게 건물을 인도하였고, ④ 그 후 원고가 임대차보증금 반환을 구하는 소를 제기한 데 대하여, 피고는 소외인에게 **2010. 4. 9.** 5천만 원, 2010. **8. 31.** 2천만 원 합계 7천만 원을 **대여**하였다고 주장하면서 2012. 7. 6. 위 대여금채권을 자동채권으로 하여 상계한다는 항변을 하였으며, ⑤ 원고는 **2012. 7. 5.** 소외인의 피고에 대한 전세금반환채권 중 80,391,051원에 대하여 물상대위에 의한 채권**압류 및 추심명령**을 받았고(2012. 7. 9. 피고에게 송달), ⑥ 원고는 2012. 8. 17. **전세금반환청구**를 주위적 청구로, 임대차보증금반환**청구**를 예비적 청구로 변경한 후, 2012. 10. 17. 예비적 청**구**를 철회하였으나, 피고는 상계항변을 계속 유지한 **사안**에서, **원심**이, 피고의 상계항변에 대하여, '위 전세권은 임대차계약에 기한 임대차보증금반환채권을 담보하기 위하여 설정된 것이고, 임대차보증금은 임대차계약에서 당연히 발생하는 임대인의 채권만을 담보하는 것이므로, 전세권설정자인 피고는 임차인인 소외인에 대한 대여금채권으로 전세금반환채권에 대하여 물상대위권을 행사하는 원고에 대하여 상계 등으로 대항할 수 없다'고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "전세권**근저당권**이 **설정**된 때에 피고의 소외인에 대한 대**여금채권**이 존재하고 그 채권의 변제기가 장래 발생할 전세금반환채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피고는 위 대여금채권을 자동채권으로 하여 전세금반환채권과 **상계**함으로써 근저당권자인 원고에게 **대항할 수 있다**."라고 하고, "2006다29372,29389 판결은 임대차보증금반환채권의 담보를 목적으로 전세권이 설정된 것임을 저당권자가 '몰랐던' 사안에서 '임대차계약'에 의하여 발생한 '연체차임, 관리비, 손해배상 등의 채권'을 자동채권으로 하여 전세금반환채권과 상계할 수 없다고 한 것으로, 이 사건과는 그 사안을 달리하여 원용하기에 적절하지 않다."라고 판단한 예.

3559) **민법 제315조(전세권자의 손해배상책임)** ① 전세권의 목적물의 전부 또는 일부가 전세권자에 책임 있는 사유로 인하여 멸실된 때에는 전세권자는 손해를 배상할 책임이 있다. ② 전항의 경우에 전세권설정자는 전세권이 소멸된 후 전세금으로써 손해의 배상에 충당하고 잉여가 있으면 반환하여야 하며 부족이 있으면 다시 청구할 수 있다.

3560) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다29372 판결: "적법한 기간 내에 적법한 방법으로 물상대위권을 행사한 저당권자는 전세권자에 대한 일반채권자보다 우선변제를 받을 수 있으며, 전세금은 그 성격에 비추어 민법 제315조 소정의 전세권설정자의 전세권자에 대한 손해배상채권 외 다른 채권까지 담보한다고 볼 수 없으므로, 전세권설정자가 전세권자에 대하여 위 손해배상채권 외 다른 채권을 가지고 있더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 가지고 전세금반환채권에 대하여 물상대위권을 행사한 전세권저당권자에게 상계 등으로 대항할 수 없다." ☞ 위 판시 중 뒷부분의 "전세권설정자가 … 대항할 수 없다."는 일반론은 앞서 본 2013다91672 판결에 의하여 일부 수정된 것으로 보아야 한다.

3561) ○ 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다29372 판결: 원고 1(임대인=전세권설정자)은 2002. 4. 22. 소외인(임차인=전세권자=전세권근저당권설정자)에게 원고 2와 공유하고 있는 건물을 보증금 1억 원(2003. 1.경 보증금 1억 원, 2004. 1. 20. 추가 보증금 2천만 원 지급), 임차기간 2003. 1. 1.부터 36개월, 임대료 월 금 1,230만 원으로 정하여 임대하였고, 원고들과 소외인은 2003. 2. 10. 임차보증금 반환채권을 담보할 목적으로 건물에 관하여 전세권설정자 원고들, 전세권자 소외인, 전세금 1억 원, 기간 2003. 1. 1.~2005. 12. 31.인 전세권설정등기를, 소외인은 **2003. 2. 21.** 전세권 설정등기가 마쳐진 경위에 관하여 알지 못하는 피고(전세권근저당권자)로부터 7천만 원을 차용하면서 피고에게 담보로 위 **전세권**에 관하여 채권최고액 9,100만 원의 **근저당권설정등기**를 각 마쳤는데, 원고 1은 소외인이 **2004. 1. 1. 이후**의 임대료, 부가가치세 및 관리비 등을 지급하지 않자, 2004. 2. 12.경 소외인에게 임대차계약을 해지하였고, 피고는 소외인의 원고들에 대한 전세금반환채권 중 72,278,610원에 관하여 물상대위에 의한 채권압류·추심명령을 받아, 그 명령이 **2004. 6. 21.** 원고들에게 도달된 **사안**에서, **원심**이, '채권적 청구권인 전세금반환채권의 압류·추심명령에 의한 채권자의 추심금청구에 대하여 제3채무자인 전세권설정자는 일반적 채권집행의 법리에 따라 '압류 및 추심명령이 송달된 때'를 기준으

자인 전세권저당권자에 대하여는 연체 차임의 공제를 주장할 수 있다.[3562]

(다) 기 타

전세권이 '법정갱신'된 경우 전세권자는 등기 없이도 갱신된 권리를 주장할 수 있다.[3563] 전세권 존속기간 시작 전의 전세권설정등기도 유효한 것으로 추정되고, 전세권설정등기의 존속기간과 상관없이 등기순서에 따라 순위가 정해진다.[3564]

로 하여 그 이전에 채무자와 사이에 발생한 모든 항변사유로 압류채권자에게 대항할 수 있으므로, 원고들은 피고에 대하여 채권 압류 및 추심명령이 제3채무자인 원고들에게 송달된 2004. 6. 21.까지 소외인에 대하여 가지는 연체 임대료 등 채권과의 상계(압류 당시 자동채권의 변제기가 수동채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우에는 제3채무자는 상계로 압류채권자에게 대항할 수 있다)로 피고에게 대항할 수 있다.' 고 하고, 압류명령이 송달될 때까지 변제기에 이른 원고 1의 소외인에 대한 연체 임대료 등 채권은 합계 145,630,762원으로서 소외인의 전세금반환채권 1억 원을 초과함이 계산상 명백하므로, 원고 1의 상계 의사표시에 따라 전세금반환채권은 모두 소멸하였고, 따라서 원고들이 피고에게 지급할 추심금채무는 존재하지 않는다.'고 한 데 대하여, **대법원**은, '원고들은 소외인에 대하여는 전세권설정계약이 무효라고 주장할 수 있더라도, 그러한 사정을 **알지 못**한 채 위 전세권에 대하여 근저당권을 설정한 피고에 대하여는 위 전세권설정계약의 무효를 주장할 수 없어, 위 전세권설정계약과 양립할 수 없는 위 임대차계약에 의하여 발생한 원고 1의 소외인에 대한 연체차임, 관리비, 손해배상 등의 채권을 주장할 수 없으므로, 결국 원고들은 위 각 채권으로서 피고가 물상대위권의 행사로서 압류·추심한 전세금반환채권과 상계할 수도 없다.'고 한 예. ☛ 앞서 본 2013다91672 판결의 일반론에 비추어 보더라도 위 사안에서의 결론은 타당한 것이다. 전세금에 대한 연체차임 등의 당연공제 주장은 허용될 수 없으나, '전세권저당권 설정' 전에 이미 발생한 연체차임채권 등과 전세금반환채권의 상계 주장은 허용함이 타당하다.

○ 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005다59864 판결; 소외인(임차인)과 피고(임대인) 사이에 있어서는 임대차계약만이 유효하고 외형만 작출된 전세권설정계약은 무효라고 주장할 수 있다고 하더라도, 제3자인 원고(전세권저당권자)와 사이에 있어서는 원고가 그와 같은 사정을 알고 있었던 경우에만 그러한 주장을 할 수 있다고 할 것이므로, 원고가 전세권저당권을 설정하면서 그와 같은 사정을 **알았다고 볼 증거가 전혀 없어**, 전세권설정자인 피고는 전세권저당권자로서 소외인의 전세금반환채권을 압류·전부받은 원고에 대하여 소외인이 연체한 차임의 공제를 주장할 수 없다고 한 예. **[동일 취지]** 대법원 1998. 9. 4. 선고 98다20981 판결.

3562) 대법원 2021. 12. 30. 선고 2018다268538 판결; "전세권저당권자가 물상대위권을 행사하여 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받고 이에 기하여 추심금 또는 전부금을 청구하는 경우 제3채무자인 전세권설정자는 일반적 채권집행의 법리에 따라 압류 및 추심명령 또는 전부명령이 송달된 때를 기준으로 하여 그 이전에 채무자와 사이에 발생한 모든 항변사유로 압류채권자에게 대항할 수 있다. 다만 임대차계약에 따른 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 유효한 전세권설정등기가 마쳐진 경우에는 전세권저당권자가 저당권 설정 당시 그 전세권설정등기가 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 마쳐진 것임을 **알고 있었**다면, 제3채무자인 전세권설정자는 전세권저당권자에게 그 전세권설정계약이 임대차계약과 양립할 수 없는 범위에서 무효임을 주장할 수 있으므로, 그 임대차계약에 따른 연체차임 등의 공제 주장으로 대항할 수 있다."

3563) 전세권이 법정갱신된 경우 이는 법률의 규정에 의한 물권의 변동이므로 전세권갱신에 관한 등기를 필요로 하지 아니하고, 전세권자는 등기 없이도 전세권설정자나 그 목적물을 취득한 제3자에 대하여 갱신된 권리를 주장할 수 있다(2009다35743). **cf. 민법 제312조** ④ 건물의 전세권설정자가 전세권의 존속기간 만료 전 6월부터 1월까지 사이에 전세권자에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 만료된 때에 전전세권과 동일한 조건으로 다시 전세권을 설정한 것으로 본다. 이 경우 전세권의 존속기간은 그 정함이 없는 것으로 본다.

3564) 대법원 2018. 1. 25.자 2017마1093 결정; "전세권자는 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 그 부동산의 용도에 좇아 사용·수익하며, 그 부동산 전부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있다(민법 제303조 제1항). 이처럼 전세권이 용익물권적인 성격과 담보물권적인 성격을 모두 갖추고 있는 점에 비추어 전세권 존속기간이 시작되기 전에 마친 전세권설정등기도 특별한 사정이 없는 한 유효한 것으로 추정된다. 한편 부동산등기법 **제4조 제1**항은 '같은 부동산에 관하여 등기한 권리의 순위는 법률에 다른 규정이 없으면 등기한 순서에 따른다.'라고 정하고 있으므로, 전세권은 등기부상 기록된 전세권설정등기의 존속기간과 상관없이 등기된 순서에 따라 순위가 정해진다."

3) 임차물 반환채무의 불이행으로 인한 손해배상책임

임차인의 임차물 반환채무가 '이행불능'이 된 경우 임차인이 그 이행불능으로 인한 손해배상책임을 면하려면 그 '이행불능이 임차인의 귀책사유로 말미암은 것이 아님'을 증명할 책임이 있고, 임차건물이 화재로 소훼된 경우에 있어서 그 화재의 발생원인이 불명인 때에도 임차인이 그 책임을 면하려면 그 '임차건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음'을 증명하여야 한다는 것이 판례의 기본적인 입장이다.[3565] 하지만, 임차인 면책의 본래 요증대상인 '임차인이 임차건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다한 사실'의 증명에 갈음하여, '임대인이 지배·관리하는 영역에 존재하는 하자로 인하여 화재가 발생한 사실'이 '추단'되면, 그 하자를 보수·제거하는 것은 임대차 목적물을 사용·수익하기에 필요한 상태로 유지하여야 하는 임대인의 '수선의무'에 속하고, '특별한 사정(임차인이 그 하자를 미리 알았거나 알 수 있었다는 등)'이 없는 한, 임차인은 책임을 면할 수 있다.[3566] 위와 같은 법리는 임대차 목적물이 이행불능 상태

3565) 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결의 다수의견: "임차인은 선량한 관리자의 주의를 다하여 임대차 목적물을 보존하고, 임대차 종료 시에 임대차 목적물을 원상에 회복하여 반환할 의무를 부담한다(민법 제374조, 제654조, 제615조). 그리고 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있고, 다만 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다(민법 제390조). 따라서 임대차 목적물이 화재 등으로 인하여 소멸됨으로써 임차인의 목적물 반환의무가 이행불능이 된 경우에, 임차인은 그 이행불능이 자기가 책임질 수 없는 사유로 인한 것이라는 증명을 다하지 못하면, 그 목적물 반환의무의 이행불능으로 인한 손해를 배상할 책임을 지며, 그 화재 등의 구체적인 발생원인이 밝혀지지 아니한 때에도 마찬가지이다. 또한, 이러한 법리는 임대차 종료 당시 임대차 목적물 반환의무가 이행불능 상태는 아니지만 반환된 임차 건물이 화재로 인하여 훼손되었음을 이유로 손해배상을 구하는 경우에도 동일하게 적용된다."

3566) ❶ 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다13170 판결: "이행불능이 임대차목적물을 임차인이 사용·수익하기에 필요한 상태로 유지하여야 할 임대인의 의무 위반에 원인이 있음이 밝혀진 경우에까지 임차인이 별도로 목적물 보존의무를 다하였음을 주장·입증하여야만 그 책임을 면할 수 있는 것은 아니라고 할 것이다. 그러므로 주택 기타 건물 또는 그 일부의 임차인이 임대인으로부터 목적물을 인도받아 이를 점유·용익하고 있는 동안에 목적물이 화재로 멸실된 경우에, 그 화재가 건물소유자 측에서 설치하여 건물구조의 일부를 이루는 전기배선과 같이 임대인이 지배·관리하는 영역에 존재하는 하자로 인하여 발생한 것으로 추단된다면, 그 하자를 보수·제거하는 것은 임대차목적물을 사용·수익하기에 필요한 상태로 유지할 의무를 부담하는 임대인의 의무에 속하는 것이므로, 그 화재로 인한 목적물반환의무의 이행불능 등에 관한 손해배상책임을 임차인에게 물을 수 없다." ☞ 나아가, 원심이, "① 피고가 임차한 이 사건 건물 부분의 천정에 배선되어 있던 전선에서 전기합선이 발생하여 건물 전체가 화재로 소실된 것으로 보이는 점, ② 위 건물의 전선은 피고의 임차 전부터 건물소유자에 의하여 설치되어 건물구조의 일부를 이루고 있고, 피고가 위 발화 부위의 전기배선에 배선공사 기타 인위적인 조작을 가한 일이 없는 점, ③ 피고는 위 전기배선의 피복이 벗겨지는 등의 이상을 미리 알지 못하였던 점, ④ 피고는 화재 전날 임차 부분의 전기차단기를 단전상태로 작동시키고 퇴근한 점 등의 제반 사정에 비추어, 이 사건 건물의 소훼는 위와 같은 전기배선의 하자를 제거하여 임대차목적물을 사용·수익하기에 적합한 상태로 유지할 임대인의 의무를 다하지 못한 결과라고 할 것이므로, 임차인인 피고에게 그 목적물의 반환불능으로 인한 법적 책임을 물을 수 없고, 그 외에 이 사건 화재 발생 전에 비가 많이 와서 물이 새자 피고의 처가 건물관리인에게 전기를 보아 달라고 요구한 일이 있다는 등의 사정은 그러한 결론에 영향이 없다고 판단"한 것은, "앞서 본 법리에 좇은 것으로서 정당하다."라고 판시. ❷ 대법원 2006. 2. 10. 선고 2005다65623 판결: "임차건물이 임대인의 지배관리 영역 내에 있는 배전반에서 전기합선에 의하여 발생한 화재로 인하여 소훼되어 임차인의 임차목적물반환채무가 이행불능이 되었고 임차인이 배전반의 전기시설에 이상이 있음을 미리 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 없는 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 임차목적물반환채무의 이행불능은 임대인이 전기시설을 수리·유지할 책임을 다하지 못한 결과이지, 임차인이 임차목적물의 보존에 관한 선량한 관리자의

는 아니지만 '훼손'되었음을 이유로 임대차 목적물 반환의무 '불이행'에 따른 손해배상을 구하는 경우에도 마찬가지다.[3567]

임차인이 임대인 소유 건물의 일부를 임차하여 사용·수익하던 중 임차 건물 부분에서 화재가 발생하여 임차 건물 부분이 아닌 건물 부분(임차 외 건물 부분)까지 불에 타 그로 인해 임대인에게 재산상 손해가 발생한 경우에, '임차 외 건물 부분에 발생한 손해'에 대하여 임대인이 임차인을 상대로 채무불이행을 원인으로 하는 배상을 구하려면, '임대인'이 ① 임차인이 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 '임차인의 계약상 의무위반'이 있었고, ② 그러한 의무위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 '상당인과관계'가 있으며, ③ 임차 외 건물 부분의 손해가 그 의무위반에 따라 민법 제393조에 의하여 '배상하여야 할 손해의 범위 내'에 있다는 점에 대하여 주장·증명하여야 한다.[3568]

주의의무를 다하지 아니한 결과라 할 수 없으므로, 임차인에게 임차목적물의 보존에 관한 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있다는 점에 대하여 임대인이 주장·입증하지 못하는 한 임차목적물반환채무가 이행불능이 되었다고 하더라도 임차인에게 손해배상책임을 지울 수는 없다." ❸ 대법원 2000. 7. 4. 선고 99다64384 판결; 임차건물이 전기배선의 이상으로 인한 화재로 일부 소훼되어 임차인의 임차목적물반환채무가 일부 이행불능이 되었으나 발화부위인 전기배선이 건물구조의 일부를 이루고 있어 임차인이 전기배선의 이상을 미리 알았거나 알 수 있었다고 보기 어렵고, 따라서 그 하자를 수리 유지할 책임은 임대인에게 있으므로 임차목적물반환채무의 이행불능은 임대인으로서의 의무를 다하지 못한 결과이고 임차인의 임차목적물의 보존에 관한 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니한 결과가 아니라는 이유로 임차인의 손해배상책임을 부정한 원심판결을 수긍한 사례.

⬌ 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005다51013, 51020 판결; "임차건물이 건물구조의 일부인 전기배선의 이상으로 인한 화재로 소훼되어 임차인의 임차목적물반환채무가 이행불능이 되었다고 하더라도, 당해 임대차가 장기간 계속되었고 화재의 원인이 된 전기배선을 임차인이 직접 하였으며 임차인이 전기배선의 이상을 미리 알았거나 알 수 있었던 경우에는, 당해 전기배선에 대한 관리는 임차인의 지배관리 영역 내에 있었다 할 것이므로, 위와 같은 전기배선의 하자로 인한 화재는 특별한 사정이 없는 한 임차인이 임차목적물의 보존에 관한 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니한 결과 발생한 것으로 보아야 한다."

3567) 대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다291347 판결; "임대차가 종료한 경우 임차인이 반환할 임대차 목적물이 훼손되었음을 이유로 임대인이 임차인의 목적물 반환의무 불이행에 따른 손해배상을 구하는 경우에, 임차인은 불이행이 자기가 책임질 수 없는 사유로 발생한 것이라는 증명을 다하지 못하면 목적물 반환의무의 불이행에 따른 손해를 배상할 책임을 지고, 훼손의 구체적인 발생 원인이 밝혀지지 않은 때에도 마찬가지이다. 다만 임대차계약 존속 중에 발생한 훼손이 임대인이 지배·관리하는 영역에 존재하는 하자로 발생한 것으로 추단된다면, 하자를 보수·제거하는 것은 임대차 목적물을 사용·수익하기에 필요한 상태로 유지하여야 하는 임대인의 의무에 속하고, 임차인이 하자를 미리 알았거나 알 수 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 임대인은 훼손으로 인한 목적물 반환의무의 불이행에 따른 손해배상책임을 임차인에게 물을 수 없다. 이러한 법리는 임대인이 훼손된 임대차 목적물에 관하여 수선의무를 부담하더라도 동일하게 적용된다." ☜ 임대차 목적물인 장비의 고장에 대한 수리비 청구 사안

3568) 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결의 다수의견; "임차인이 임대인 소유 건물의 일부를 임차하여 사용·수익하던 중 임차 건물 부분에서 화재가 발생하여 임차 건물 부분이 아닌 건물 부분(이하 '임차 외 건물 부분'이라 한다)까지 불에 타 그로 인해 임대인에게 재산상 손해가 발생한 경우에, 임차인이 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무위반이 있었음이 증명되고, 그러한 의무위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 상당인과관계가 있으며, 임차 외 건물 부분의 손해가 그러한 의무 위반에 따른 통상의 손해에 해당하거나 임차인이 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 특별한 사정으로 인한 손해에 해당한다고 볼 수 있는 경우라면, 임차인은 임차 외 건물 부분의 손해에 대해서도 민법 제390조, 제393조에 따라 임대인에게 손해배상책임을 부담하게 된다. 종래 대법원은 임차인이 임대인 소유 건물의 일부를 임차하여 사용·수익하던 중 임차 건물 부분에서 화재가 발생하여 임차 외 건물

4) 권리금 반환

영업용 건물의 임대차에 수반되어 행하여지는 권리금의 지급은 임대차계약의 내용을 이루는 것은 아니고, 권리금계약은 임대차계약이나 임차권양도계약 등에 수반되어 체결되지만 임대차계약 등과는 별개의 계약이다.[3569]

권리금은 새로운 임차인으로부터만 지급받을 수 있을 뿐이고 임대인에 대하여는 지급을 구할 수 없다.[3570] 일정 기간 이상 임대차를 존속시키기로 하는 임차권 보장 약정에

부분까지 불에 타 그로 인해 임대인에게 재산상 손해가 발생한 경우에, 건물의 규모와 구조로 볼 때 그 건물 중 임차건물 부분과 그 밖의 부분이 상호 유지·존립함에 있어서 구조상 불가분의 일체를 이루는 관계에 있다면, 임차인은 임차 건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음을 증명하지 못하는 이상 임차 건물 부분에 한하지 아니하고 그 건물의 유지·존립과 불가분의 일체 관계에 있는 임차 외 건물 부분이 소훼되어 임대인이 입게 된 손해도 채무불이행으로 인한 손해로 배상할 의무가 있다고 판단하여 왔다. 그러나 임차 외 건물 부분이 대법원 86다카1066 판결 등에서 말하는 구조상 불가분의 일체를 이루는 관계에 있는 부분이라 하더라도, 그 부분에 발생한 손해에 대하여 임대인이 임차인을 상대로 채무불이행을 원인으로 하는 배상을 구하려면, 임차인이 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무위반이 있었고, 그러한 의무위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 상당인과관계가 있으며 임차 외 건물 부분의 손해가 그 의무위반에 따라 민법 제393조에 의하여 배상하여야 할 손해의 범위 내에 있다는 점에 대하여 임대인이 주장·증명하여야 한다. 이와 달리 위와 같은 임대인의 주장·증명이 없는 경우에도 임차인이 임차 건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음을 증명하지 못하는 이상 임차 외 건물 부분에 대해서까지 채무불이행에 따른 손해배상책임을 지게 된다고 판단한 대법원 86다카1066 판결 등을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다." 대 ① 임대차 목적물 자체의 반환의무 이행불능을 원인으로 한 손해배상청구에 관하여, 원심이, 화재 발생 지점인 건물의 '1층 전면 주출입구 내부 우측 부분'은 피고가 임차한 부분으로 실질적으로 사용·수익해 오던 부분에 해당하는 반면, 그 부분에 대하여 임대인인 원고가 지배·관리하였다고 볼 수 없는데, 비록 그 발화원인이 밝혀지지 아니하였으나 피고가 임대차 목적물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음이 증명되지 아니하였으므로, 임대차 목적물 반환의무의 이행불능으로 인하여 원고가 입게 된 손해를 배상할 책임이 있다고 판단한 것은 정당하다고 하고, ② 임대차 목적물이 아닌 건물 부분에 발생한 손해에 관하여는, 원심이, 임대차계약의 목적물인 건물 1층 중 150평 부분은 건물의 다른 부분과 상호 유지·존립에 있어 구조상 불가분의 일체를 이루고 있는데, 화재로 임대차 목적물뿐만 아니라 건물의 다른 부분인 1층의 나머지 부분, 2층 및 옥상 부분(임차 외 건물 부분)이 소훼되었고, 피고가 임대차 목적물을 보존할 의무를 다하였음을 인정할 증거가 부족하므로, 채무불이행책임에 따라 임차 외 건물 부분이 소훼되어 원고가 입게 된 손해까지도 배상할 의무가 있다고 판단하였으나, 대법원은, 화재 발생 이후 방화가능성 및 전기적·기계적 요인과 인위적 요인(담뱃불 내지 그 불티 등)을 비롯하여 모든 발화원인을 조사하였음에도 구체적으로 어떠한 원인에 의하여 화재가 발생하였는지 밝혀지지 않은 사실을 알 수 있어, 임차인인 피고가 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 피고의 계약상 의무위반이 있었다고 보기 어려우므로, 임차 외 건물 부분의 손해에 대하여는 피고에게 채무불이행에 따른 배상책임이 있다고 할 수 없다고 판단한 예.

3569) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다115120 판결.
상가건물 임대차보호법 제10조의3(**권리금**의 정의 등)① **권리금**이란 임대차 목적물인 상가건물에서 영업을 하는 자 또는 영업을 하려는 자가 영업시설·비품, 거래처, 신용, 영업상의 노하우, 상가건물의 위치에 따른 영업상의 이점 등 유형·무형의 재산적 가치의 양도 또는 이용대가로서 임대인, 임차인에게 보증금과 차임 이외에 지급하는 금전 등의 대가를 말한다. ② **권리금 계약**이란 신규임차인이 되려는 자가 임차인에게 권리금을 지급하기로 하는 계약을 말한다.

3570) 그러므로 임대차계약서상 '모든 권리금을 인정함', '권리금은 임대인이 인정하되, 임대인이 점포를 요구 시는 권리금을 임차인에게 변제한다.'는 기재는, 임대인이 임대차 종료 시 임차인에게 권리금을 반환하겠다고 약정하였다고 볼 수는 없고, 단지 임차인이 나중에 임차권을 승계한 자로부터 권리금을 수수하는 것을 임대인이 용인하고, 나아가 임대인이 정당한 사유 없이 인도를 요구하거나 점포에 대한 임대차계약의 갱신을 거절하고 타에 처분하면서 권리금을 지급받지 못하도록 하는 등으로 임차인의 권리금 회수 기회를 박탈하거나 권리금 회수를 방해하는 경우에 임대인이 임차인에게 직접 권리금 지급을 책임지겠다는 취지로 해석해야 한다(2000다4517,4524, 94다28598).

따라 임대인과 임차인 간에 권리금이 수수되었으나 임대인의 사정으로 임대차계약이 중도 해지되어 그 보장 기간 동안의 이용이 불가능하게 된 '특별한 사정'이 있을 때에는, 임대인은 임차인에 대하여 권리금 중 일부의 반환의무를 진다.[3571] 위 '특별한 사정'은 임차인 측이 주장·증명하여야 한다.

2015. 5. 13. 개정 상가건물 임대차보호법 제10조의4[3572](2015. 5. 13. 당시 존속 중인

3571) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다85164 판결; "권리금이 그 수수 후 일정한 기간 이상으로 그 임대차를 존속시키기로 하는 임차권 보장의 약정하에 임차인으로부터 임대인에게 지급된 경우에는 보장기간 동안의 이용이 유효하게 이루어진 이상 임대인은 그 권리금의 반환의무를 지지 아니한다. 다만, 임차인은 당초의 임대차에서 반대되는 약정이 없는 한, 임차권의 양도 또는 전대차 기회에 부수하여 자신도 일정 기간 이용할 수 있는 권리를 다른 사람에게 양도하거나 또는 다른 사람으로 하여금 일정 기간 이용하게 함으로써 권리금 상당액을 회수할 수 있을 것이지만, 반면 임대인의 사정으로 임대차계약이 중도 해지됨으로써 당초 보장된 기간 동안의 이용이 불가능하였다는 등의 특별한 사정이 있을 때에는 임대인은 임차인에 대하여 그 권리금의 반환의무를 진다. 그 경우 임대인이 반환의무를 부담하는 권리금의 범위는, 지급된 권리금을 경과기간과 잔존기간에 대응하는 것으로 나누어, 임대인은 임차인으로부터 수령한 권리금 중 임대차계약이 종료될 때까지의 기간에 대응하는 부분을 공제한 잔존기간에 대응하는 부분만을 반환할 의무를 부담한다고 봄이 공평의 원칙에 합치된다." ☜ 백화점 내 매장에 관하여 특정매입 거래계약을 체결한 甲이 그 매장에 관한 영업권을 乙에게 매도한 후 경영을 위탁받아 5년간 수익금을 정산하기로 하는 위탁영업 가맹계약 등을 체결하면서 2년 이상 영업을 보장한다는 약정하에 乙에게서 영업권리금을 지급받았으나 백화점과의 계약이 갱신되지 않아 乙에게 당초 보장된 기간 동안의 재산적 가치를 이용하게 해주지 못한 사안에서, 甲은 乙에게 영업권리금 중 일부를 반환할 의무가 있다고 한 사례. **[동일 취지]** 임대차계약 체결 시 임대인이 임차인으로부터 권리금 1억 8,000만 원을 교부받았는데, 임차인이 권리금을 회수할 수 있는 기간을 보장받기 위하여 임대차기간을 5년으로 할 것을 요구하자 임대인은 임료 조정 문제로 이를 거절하면서 임대차기간을 일단 2년으로 정하되, 원래의 임대차기간이 만료되더라도 임료를 조정하여 임대차계약을 갱신하자는 취지로 제의함에 따라 임대차기간이 2년으로 정해졌고, 점포에 관하여 임대인이 관할 구청으로부터 주차장법 위반으로 고발을 당하는 등 임대인의 사정으로 당초의 약정과 달리 임대차계약 갱신을 거절함으로써 임차인의 권리금 회수 기회를 박탈하게 된 사안에서, 회수 기회를 박탈한 기간에 비례한 권리금을 반환할 의무가 있다고 판단한 사례(2007다76986, 76993).

3572) **상가건물 임대차보호법 제10조의4(권리금 회수기회 보호 등)** ① 임대인은 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 임대차 종료 시까지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 함으로써 권리금 계약에 따라 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 지급받는 것을 방해하여서는 아니 된다. **다만**, 제10조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 〈개정 2018.10.16.〉 ☜ 임차인의 권리금 회수기회 보장, 임대인의 방해금지의무 부과

1. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자에게 권리금을 요구하거나 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 수수하는 행위
2. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로 하여금 임차인에게 권리금을 지급하지 못하게 하는 행위
3. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자에게 상가건물에 관한 조세, 공과금, 주변 상가건물의 차임 및 보증금, 그 밖의 부담에 따른 금액에 비추어 현저히 고액의 차임과 보증금을 요구하는 행위
4. 그 밖에 정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절하는 행위

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항 제4호의 정당한 사유가 있는 것으로 본다.

1. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자가 보증금 또는 차임을 지급할 자력이 없는 경우
2. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자가 임차인으로서의 의무를 위반할 우려가 있거나 그 밖에 임대차를 유지하기 어려운 상당한 사유가 있는 경우
3. 임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니한 경우
4. 임대인이 선택한 신규임차인이 임차인과 권리금 계약을 체결하고 그 권리금을 지급한 경우

③ 임대인이 제1항을 위반하여 임차인에게 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 이 경우 그 손해배상액은 신규임차인이 임차인에게 지급하기로 한 권리금과 임대차 종료 당시의 권리금 중 낮은 금액을 넘지 못한다. ☜ 임대인의 임차인에 대한 손해배상책임

④ 제3항에 따라 임대인에게 손해배상을 청구할 권리는 임대차가 종료한 날부터 3년 이내에 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다. ☜ 임차인의 임대인에 대한 손해배상채권의 3년 시효

모든 상가건물임대차부터 적용(제2조 제3항, 부칙 제3조),[3573] 권리금 보호대상에서 전대차는 제외(제13조 제1항)]는, 임차인에게는 권리금 회수 기회를 보장하고, 임대인에게는 정당한 사유[3574] 없이 임대차계약의 체결을 방해할 수 없도록 방해금지의무를 부과하고 손해배상책임을 지우는 등의 규정을 두고 있다. 상가임대차법 제10조 제2항에 따라 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년 또는 10년을 초과하여 임차인이 계약갱신요구권을 행사할 수 없는 경우에도 임대인은 제10조의4 제1항에 따른 '권리금 회수기회 보호의무'를 부담한다.[3575] '권리금 회수 방해로 인한 손해배상책임'(법정책임)[3576]이 성립하기 위해서

---

⑤ 임차인은 임대인에게 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자의 보증금 및 차임을 지급할 자력 또는 그 밖에 임차인으로서의 의무를 이행할 의사 및 능력에 관하여 자신이 알고 있는 정보를 제공하여야 한다. ☜ 임차인의 임대인에 대한 신규임차인 정보 제공의무

제10조의5(**권리금 적용 제외**) 제10조의4는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상가건물 임대차의 경우에는 적용하지 아니한다. 〈개정 2018.10.16〉

1. 임대차 목적물인 상가건물이 「유통산업발전법」 제2조에 따른 대규모점포 또는 준대규모점포의 일부인 경우(다만, 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」 제2조 제1호에 따른 전통시장은 제외한다)
2. 임대차 목적물인 상가건물이 「국유재산법」에 따른 국유재산 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 공유재산인 경우

3573) 상가건물 임대차보호법 제10조의4는 동 규정이 신설된 법률 제13284호의 시행일인 2015. 5. 13.을 기준으로 존속 중인 임대차이면 제2조 제3항에 따라 대통령령으로 정한 보증금액을 초과하는 임대차에도 적용되고, 이는 그 임대차가 제2조 제3항이 신설된 법률 제12042호의 시행일인 2013. 8. 13. 이후 최초로 체결되거나 갱신된 임대차가 아니라도 마찬가지이다(대법원 2019. 9. 26. 선고 2017다228809, 228816 판결).

3574) ○ 법 제10조의4는 제1항 단서에 따른 '법 제10조 제1항 각호의 **계약갱신거절사유**', 제2항 각호의 '**정당한 사유**'를 예외사유로 정하고 있다.

○ 대법원 2020. 8. 20. 선고 2019다296172, 296189 판결: "학교법인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약을 체결하는 것이 경쟁입찰의 방법으로 임차인을 선정해야 할 법령상 의무를 위반하는 것이 되는 경우, 달리 특별한 사정이 없는 한 학교법인이 그러한 사정을 들어 임대차계약 체결을 거절하는 것에는 구 상가임대차법 제10조의4 제1항 제4호에서 정한 '정당한 사유'가 있다고 보아야 한다."

○ 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019다285257 판결: "구 상가임대차법 제10조의4 제2항 제3호(이 사건 조항)에서 정하는 '임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니한 경우'는 임대인이 임대차 종료 후 임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니하는 경우를 의미하고, 이 사건 조항에 따른 정당한 사유가 있다고 보기 위해서는 임대인이 임대차 종료 시 그러한 사유를 들어 임차인이 주선한 자와 신규 임대차계약 체결을 거절하고, 실제로도 1년 6개월 동안 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않아야 한다. 그렇지 않고 임대인이 다른 사유로 신규 임대차계약 체결을 거절한 후 사후적으로 1년 6개월 동안 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않았다는 사정만으로는 이 사건 조항에 따른 정당한 사유로 인정할 수 없다." ☛ 이때 종전 소유자인 임대인이 임대차 종료 후 상가건물을 영리목적으로 사용하지 아니한 기간이 1년 6개월에 미치지 못하는 사이에 상가건물의 소유권이 변동되었더라도, 임대인이 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않는 상태가 새로운 소유자의 소유기간에도 계속하여 그대로 유지될 것을 전제로 처분하고, 실제 새로운 소유자가 그 기간 중에 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않으며, 임대인과 새로운 소유자의 비영리 사용기간을 합쳐서 1년 6개월 이상이 되는 경우라면, 임대인에게 임차인의 권리금을 가로챌 의도가 있었다고 보기 어려우므로, 그러한 임대인에 대하여는 위 조항에 의한 정당한 사유를 인정할 수 있다(대법원 2022. 1. 14. 선고 2021다272346 판결).

3575) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2017다225312, 225329 판결(제10조의4는 제10조 제2항을 권리금 회수기회 보호의무의 예외사유로 정하지 않고, 계약갱신거절에 관한 제10조 제1항 각호 또는 제10조의4 제2항 각호에서 정한 '정당한 사유'가 있는 경우를 그 예외사유로 정하고 있으므로, 전체 임대차기간이 5년 또는 10년을 초과하는지 여부와 무관하게 제10조의4에서 정한 요건을 충족하면 임대인이 권리금 회수기회 보호의무를 부담한다고 보는 것이 법 문언에 충실한 해석이다).

3576) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022다260586 판결: "상가임대차법이 보호하고자 하는 권리금의 회수기회란 임대차 종료 당시를 기준으로 하여 임차인이 임대차 목적물인 상가건물에서 영업을 통해 창출한 유·무형의 재산적

는, ① 원칙적으로 임차인이 신규임차인이 되려는 자를 주선하였어야(제10조의4 제1항 제1, 2, 3호) 하나, 임대인이 정당한 사유 없이 임차인이 신규임차인이 되려는 자를 주선하더라도 그와 임대차계약을 체결하지 않겠다는 의사를 확정적으로 표시한 경우(제4호)에는 그렇지 않고,[3577] ② 반드시 임차인과 신규임차인이 되려는 자 사이에 권리금 계약이 미리 체결되어 있어야 하는 것은 아니다.[3578]

임대인과 임차인 간 약정에 기한 권리금반환청구권은 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없으므로 이로써 건물에 대한 '유치권'을 행사할 수는 없고,[3579] 임대차계약 종료에

가치를 신규임차인으로부터 회수할 수 있는 기회를 의미한다. 이러한 권리금 회수기회를 방해한 임대인이 부담하게 되는 손해배상액은 임대차 종료 당시의 권리금을 넘지 않도록 규정되어 있는 점, 임대인에게 손해배상을 청구할 권리의 소멸시효 기산일 또한 임대차가 종료한 날인 점 등 상가임대차법 규정의 입법 취지, 보호법익, 내용이나 체계를 종합하면, 임대인의 권리금 회수기회 방해로 인한 손해배상책임은 상가임대차법이 그 요건, 배상범위 및 소멸시효를 특별히 규정한 법정책임이고, 그 손해배상채무는 임대차가 종료한 날에 이행기가 도래하여 그다음 날부터 지체책임이 발생하는 것으로 보아야 한다."

3577) ❶ 대법원 2019. 7. 4. 선고 2018다284226 판결: "임차인이 임대인에게 권리금 회수 방해로 인한 손해배상을 구하기 위해서는 원칙적으로 임차인이 신규임차인이 되려는 자를 주선하였어야 한다. 그러나 임대인이 정당한 사유 없이 임차인이 신규임차인이 되려는 자를 주선하더라도 그와 임대차계약을 체결하지 않겠다는 의사를 확정적으로 표시하였다면 이러한 경우에까지 임차인에게 신규임차인을 주선하도록 요구하는 것은 불필요한 행위를 강요하는 결과가 되어 부당하다. 이와 같은 특별한 사정이 있다면 임차인이 실제로 신규임차인을 주선하지 않았더라도 임대인의 위와 같은 거절행위는 상가임대차법 제10조의4 제1항 제4호에서 정한 거절행위에 해당한다고 보아야 한다. 따라서 임차인은 같은 조 제3항에 따라 임대인에게 권리금 회수방해로 인한 손해배상을 청구할 수 있다." ☜ 피고(임대인)가 원고(임차인)에게 임대차 종료 후에는 신규임차인과 임대차계약을 체결하지 않고 자신이 상가를 직접 이용할 계획이라고 밝힘으로써 원고의 신규임차인 주선을 거절하는 의사를 명백히 표시하였으므로 원고는 실제로 신규임차인을 주선하지 않았더라도 임대인의 권리금 회수기회 보호의무 위반을 이유로 피고에게 손해배상을 청구할 수 있다고 판단한 예. ❷ 대법원 2022. 8. 11. 선고 2022다202498 판결: "건물 내구연한 등에 따른 철거·재건축의 필요성이 객관적으로 인정되지 않거나 그 계획·단계가 구체화되지 않았음에도 임대인이 신규 임차인이 되려는 사람에게 짧은 임대 가능기간만 확정적으로 제시·고수하는 경우 또는 임대인이 신규 임차인이 되려는 사람에게 고지한 내용과 모순되는 정황이 드러나는 등의 특별한 사정이 없는 한, 임대인이 신규 임차인이 되려는 사람과 임대차계약 체결을 위한 협의 과정에서 철거·재건축 계획 및 그 시점을 고지하였다는 사정만으로는 상가임대차법 제10조의4 제1항 제4호에서 정한 '권리금 회수 방해행위'에 해당한다고 볼 수 없다. 임대차계약의 갱신에 관한 상가임대차법 제10조 제1항과 권리금의 회수에 관한 상가임대차법 제10조의3, 제10조의4의 각 규정의 내용·취지가 같지 아니한 이상, 후자의 규정이 적용되는 임대인의 고지 내용에 상가임대차법 제10조 제1항 제7호 각 목의 요건이 충족되지 않더라도 마찬가지이다. … 이 사건 고지 당시 철거·재건축 계획의 내용이 구체적이지 않고, 이 사건 고지가 원고와의 최초 임대차계약 체결 무렵 이루어진 것이 아니어서 상가임대차법 제10조 제1항의 법리상 원고의 임대차계약 갱신 요구를 거절할 사유는 될 수 없다 하더라도, 그로 인하여 당연히 상가임대차법 제10조의4 제1항 각호에서 정한 '권리금 회수 방해행위'가 된다고 볼 수도 없다."

3578) 대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다239608 판결: "임대인이 임차인과 신규임차인 사이에 체결된 권리금 계약에 따른 이행을 방해하는 것에 한정하지 않고, 임차인이 신규임차인이 되려는 자와 권리금 계약 체결에 이르지 못하도록 하는 등 임차인이 권리금을 지급받을 수 있는 기회를 방해하는 다양한 행위를 금지함으로써 임차인을 보호하는 것이다. … 임대인이 임대차기간이 종료될 무렵 현저히 높은 금액으로 임차보증금이나 차임을 요구하거나 더 이상 상가건물을 임대하지 않겠다고 하는 등 새로운 임대차계약 체결 자체를 거절하는 태도를 보이는 경우 임차인이 신규임차인이 되려는 자를 찾아 권리금 계약을 체결 하는 것은 사실상 불가능하다. 이러한 임대인의 행위는 … 방해행위에 해당한다고 볼 수 있고, 임차인과 신규임차인이 되려는 자 사이에 권리금 계약이 체결되지 않았더라도 임대인은 임차인의 권리금 회수 방해를 이유로 손해배상책임을 진다고 보아야 한다." ☞ 당해 사안에서는, 기존 임차인과 신규 임차인이 애초부터 권리금 계약 체결 자체를 예정하고 있지 아니하였다 하여, 임대인이 기존 임차인의 권리금 회수를 방해하였다거나 어떠한 손해가 발생하였다고 볼 여지가 없다고 판단한 사례.

따른 임차인의 임차목적물 반환의무와 임대인의 권리금 회수 방해로 인한 손해배상의무는 '동시이행' 관계에 있지 않다.[3580]

5) '일시 사용 임대차계약'인 숙박계약

숙박계약은 숙박업자가 고객에게 객실을 제공하여 이를 일시적으로 사용할 수 있도록 하고, 고객은 숙박업자에게 그 사용에 따른 대가를 지급하는 것을 내용으로 하는 '일종의 일시 사용을 위한 임대차계약'이지만, 통상의 임대차계약과는 다른 여러 가지 요소들도 포함하고 있으므로, 숙박계약에 대한 임대차 관련 법리의 적용 여부와 범위는 숙박계약의 특수성을 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다.[3581]

바. 도 급

1) 수급인의 보수 지급 청구

'일의 완성'에 따른 수급인의 보수(공사대금) 지급 청구의 요건사실은 (1) '도급계약 체결' 사실과 (2) '일의 완성'(① 목적물의 주요구조부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일반적으로 요구되는 성능을 갖추었고, ② 당초 예정된 최후의 공정까지 마쳤다는 점) 사실[3582]이다(기성고에 따른 보수 청구의 경우, '보수를 기성고에 따라 분할 지급하기로 약정한 사실'과 '그 기성고 부분이 완성된

3579) 대법원 1994. 10. 14. 선고 93다62119 판결.

3580) 대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다242727 판결.

3581) 대법원 2023. 11. 2. 선고 2023다244895 판결; "숙박업자와 고객의 관계는 통상적인 임대인과 임차인의 관계와는 다르다. 숙박업자는 고객에게 객실을 사용·수익하게 하는 것을 넘어서서 고객이 안전하고 편리하게 숙박할 수 있도록 시설 및 서비스를 제공하고 고객의 안전을 배려할 보호의무를 부담한다. 숙박업자에게는 숙박시설이나 설비를 위생적이고 안전하게 관리할 공법적 의무도 부과된다(공중위생관리법 제4조 제1항 참조). 숙박업자는 고객에게 객실을 제공한 이후에도 필요한 경우 객실에 출입하며 고객의 안전 배려 또는 객실 관리를 위한 조치를 취하기도 한다. 숙박업자가 고객에게 객실을 제공하여 일시적으로 이를 사용·수익하게 하더라도 객실을 비롯한 숙박시설에 대한 점유는 그대로 유지하는 것이 일반적이다. 그러므로 객실을 비롯한 숙박시설은 특별한 사정이 없는 한 숙박기간 중에도 고객이 아닌 숙박업자의 지배 아래 놓여 있다고 보아야 한다. 그렇다면 임차인이 임대차기간 중 목적물을 직접 지배함을 전제로 한 임대차 목적물 반환의무 이행불능에 관한 법리는 이와 전제를 달리하는 숙박계약에 그대로 적용될 수 없다. 고객이 숙박계약에 따라 객실을 사용·수익하던 중 발생 원인이 밝혀지지 않은 화재로 인하여 객실에 발생한 손해는 특별한 사정이 없는 한 숙박업자의 부담으로 귀속된다고 보아야 한다." ☛ 고객에게 위험이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련 시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무는 숙박계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적인 의무로서 숙박업자가 이를 위반하여 고객의 생명, 신체를 침해하여 투숙객에게 손해를 입힌 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담하고, 이 경우 피해자로서는 구체적 보호의무의 존재와 그 위반 사실을 주장·증명하여야 하고, 숙박계약의 당사자가 아닌 근친자가 숙박계약상의 채무불이행을 이유로 위자료를 청구할 수는 없다(2000다38718,38725).

3582) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다21862 판결; "도급계약에 있어 일의 완성에 관한 주장·입증책임은 일의 결과에 대한 보수의 지급을 구하는 수급인에게 있고, 제작물공급계약에서 일이 완성되었다고 하려면 당초 예정된 최후의 공정까지 일을 종료하였다는 점만으로는 부족하고 목적물의 주요구조 부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일반적으로 요구되는 성능을 갖추고 있어야 하며 … 제작물공급에 대한 보수의 지급을 청구하는 수급인으로서는 그 목적물 제작에 관하여 계약에서 정해진 최후 공정을 일을 종료하였다는 점뿐만 아니라 그 목적물의 주요구조 부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일반적으로 요구되는 성능을 갖추고 있다는 점까지 주장·입증하여야 한다."

사실'이 청구원인사실이다). 일의 완성 여부에 대해서는 그 기준을 가능한 한 완화시켜 인정함이 바람직하다.[3583]

'완성된 목적물의 인도 또는 그 이행제공', '도급인에 의한 검사·합격 또는 그 불능의 확정' 역시 수급인의 주장·증명책임에 속하나, 이는 청구원인사실이 아니라 재항변 사실[3584]에 해당하기 때문이다('지연손해금' 청구를 병합하여 청구하는 경우에는 청구원인사실이다). '도급인에 의한 검사·합격'을 보수지급시기로 정한 경우, 이는 불확정기한으로서 '검사에 합격한 때 또는 검사 합격이 불가능한 것으로 확정된 때' 그 기한이 도래한다.[3585]

3583) ○ 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다32986 판결; "건물신축도급계약상 건물의 공사가 불완전한 때 이를 미완성으로 볼 것인가, 아니면 공사의 완성으로 보되 다만 목적물에 하자가 있는 경우에 해당한다고 볼 것인가는 실제상 중요한 문제점을 내포하고 있다. 건물공사가 미완성인 때에는 채무불이행의 문제로 되며 수급인은 원칙적으로 공사금의 지급을 청구할 수 없고(보수 후불의 원칙) 이에 반하여 목적물인 건물에 하자가 있는 경우에는 수급인은 도급인에게 공사금의 지급을 청구할 수 있으나, 도급인은 수급인의 하자담보책임을 물어 동시이행의 항변권을 행사함으로써 수급인이 하자부분의 보수 또는 그에 갈음하는 손해배상의 제공이 있을 때까지 공사금의 지급을 거절할 수 있을 뿐이다. 민법이 그 하자가 수급인의 과실에 의하여 발생한 것임을 필요로 하지 아니함은 물론 그것이 숨은 하자인가 아닌가를 묻지 아니하고 하자보수청구권을 인정하는 등 수급인에게 엄격한 하자담보책임을 지우고 있는 것은 한편으로는 도급인으로 하여금 하자 없는 완전한 목적물을 취득케 함을 목적으로 하고, 다른 한편으로는 수급인에게 보수청구권을 쉽게 확보할 수 있도록 하기 위한 것이기도 하다. 즉, 목적물이 완성되지 않는 한 수급인은 보수를 청구할 수 없으므로, 민법은 수급인에게 중한 담보책임을 지워 도급인을 보호하는 한편, 그와 균형을 취하기 위하여 목적물의 완성여부에 대한 판단기준을 가능한 한 완화시켜 수급인의 보수청구권을 일단 인정하되, 도급인이 인도받은 목적물에 하자가 있다면 하자담보책임에 관한 규정에 의하여 처리하도록 하려는 것이 그 입법취지라고 해석함이 상당하다 할 것이다. 따라서 건물신축 공사의 **미완성과 하자를 구별하는 기준**은 공사가 도중에 중단되어 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우에는 공사가 미완성된 것으로 볼 것이지만, 그것이 당초 예정된 최후의 공정까지 일응 종료하고 그 주요 구조부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 건물로서 완성되고 다만 그것이 불완전하여 보수를 하여야 할 경우에는 공사가 완성되었으나 목적물에 하자가 있는 것에 지나지 않는다고 해석함이 상당하고, 개별적 사건에 있어서 예정된 최후의 공정이 일응 종료하였는지 여부는 수급인의 주장에 구애됨이 없이 당해 건물신축도급계약의 구체적 내용과 신의성실의 원칙에 비추어 객관적으로 판단할 수밖에 없다할 것인바, 이와 같은 기준은 건물신축도급계약의 수급인이 건물의 준공이라는 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지는 지체상금에 관한 약정에 있어서도 그대로 적용된다고 할 것이다."

○ 대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다272486, 272493 판결; "도급계약에서 목적물의 주요구조부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일반적으로 요구되는 성능을 갖추었고 당초 예정된 최후의 공정까지 마쳤다면 일이 완성되었다고 보아야 한다. 목적물이 완성되었다면 목적물의 하자는 하자담보책임에 관한 민법 규정에 따라 처리하도록 하는 것이 당사자의 의사와 법률의 취지에 부합하는 해석이다."

3584) 수급인의 보수 지급 청구 ⇒ 도급인의 항변; '완성된 목적물 인도'와의 동시이행(민법 제665조 제1항), 이행기한('도급인에 의한 검사·합격')의 약정 ⇒ 수급인의 재항변; 동시이행 항변권의 소멸('완성된 목적물의 인도 또는 그 이행제공'), 기한의 도래('도급인에 의한 검사·합격 또는 그 불능의 확정')

cf. 원칙적 보수지급시기인 '인도' '전'에 보수를 지급하기로 하는 약정(예컨대 기성고에 따른 분할 지급 약정)은 청구원인 사실, 인도 '후'에 보수를 지급하기로 하는 약정은 항변 사실에 해당한다.

3585) 대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다272486, 272493 판결; "민법 제665조 제1항은 도급계약에서 보수는 완성된 목적물의 인도와 동시에 지급해야 한다고 정하고 있다. 이때 목적물의 인도는 단순한 점유의 이전만을 의미하는 것이 아니라 도급인이 목적물을 검사한 후 목적물이 계약 내용대로 완성되었음을 명시적 또는 묵시적으로 시인하는 것까지 포함하는 의미이다. 도급계약의 당사자들이 '수급인이 공급한 목적물을 도급인이 검사하여 합격하면, 도급인은 수급인에게 그 보수를 지급한다.'고 정한 경우 도급인의 수급인에 대한 보수지급의무와 동시이행관계에 있는 수급인의 목적물 인도의무를 확인한 것에 불과하고 '검사 합격'은 법률행위의 효력 발생을 좌우하는 조건이 아니라 보수지급시기에 관한 불확정기한이다. 따라서 수급인이 도급계약에서 정한 일을 완성한 다음 검사에 합격한 때 또는 검사 합격이 불가능한 것으로 확정된 때 보수지급청구권의 기한이 도래한다. … (1) 이 사건 장비는 주요구조부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일반적으로 요구되는 성능을

도급인은 '하자의 존재 및 그 가액'을 주장·증명하여, 하자보수청구권 또는 하자보수에 갈음한 손해배상('하자확대손해'의 배상을 포함한다) 청구권(제척기간[3586]의 도과 여부는 직권조사사항이다)에 기초한 '동시이행의 항변'(민법 제667조),[3587] '불안의 항변'(기성고에 따른 보수 청구에 대한 항변)[3588]을 하거나, 공사대금채권의 소멸시효 완성,[3589] '선급금 공제 항변', 하자보수에 갈음한 손해배상채권이나 지체상금채권(요건사실: 지체상금 약정+공사의 지체와 지체일수)[3590] 등과의 '상계 항변', '도급인의 하수급인에 대한 하도급대금 직접지급의무 부담에

갖추었고 이 사건 장비를 완성하여 설치를 시작하였으나 피고의 비협조로 설치를 마치지 못한 것으로서 원고로서는 이 사건 도급계약에서 예정한 최후 공정을 마쳤다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건 하자는 하자담보책임에 관한 민법 규정에 따라 처리하면 되고, 원고는 이 사건 도급계약이 정한 대로 일을 완성하였으므로 잔금을 청구할 수 있다. (2) 이 사건 도급계약에서 '최종 검수 완료·승인 후' 잔금을 지급하기로 정하였는데 최종 검수의 완료·승인은 잔금 지급의 조건이 아니라 불확정기한이다. 위와 같이 원고가 이 사건 도급계약에서 예정한 최후 공정을 마쳤는데도 피고가 최종 검수를 거부하고 이 사건 도급계약의 해제를 통보함으로써 '최종 검수 완료·승인'이 불가능한 것으로 확정되었으므로 잔금청구권의 이행기도 도래하였다. 따라서 피고가 채권자지체에 빠졌는지 여부나 민법 제538조 제1항의 요건이 충족되었는지 여부와 관계없이 원고는 잔금을 청구할 수 있다고 보아야 한다."

3586) ❶ 민법 제667조 내지 제671조에 규정된 **하자담보책임기간**은 재판상 또는 재판외의 권리행사기간인 제척기간이므로 그 기간의 도과로 당연히 소멸한다(2010다65399). ❷ 제척기간 규정으로 인하여 소멸시효 적용이 배제되지는 않는다(2011다56491). ❸ 민법 제671조(토지, 건물 기타 공작물의 수급인은 목적물 또는 지반공사의 하자에 대하여 인도 후 5년간, 목적물이 석조, 석회조, 연와조, 금속 기타 이와 유사한 재료로 조성된 것인 때에는 10년간 담보책임이 있다)는 제670조(제척기간 1년)의 특칙으로서 건물 수급인의 담보책임에 대하여는 제670조가 적용되지 않는다(96다44242,44259). ❶ 하자담보책임의 제척기간이 지난 경우에도 민법 제495조(소멸시효 완성된 채권에 의한 상계)가 유추적용된다(2018다255648).

3587) **민법 제667조(수급인의 담보책임)** ① 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. 그러나 하자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 그러하지 아니하다. ② 도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다. ③ 전항의 경우에는 제536조의 규정을 준용한다. ☛ ❶ 도급계약에 따라 완성된 목적물에 하자가 있는 경우, 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정되고, 하자담보책임의 제척기간이 도과하더라도 채무불이행책임을 물을 수 있다(대법원 2020. 6. 11. 선고 2020다201156 판결). ❷ 수급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채무는 이행의 기한이 없는 채무로서 이행청구를 받은 때부터 지체책임이 있다(2009다9539). ❸ 도급인이 파세사업자로서 하자보수에 소요되는 부가가치세를 매출세액에서 공제·환급받을 수 있는 때에는 수급인에게 부가가치세 상당의 손해배상을 구할 수 없으나, 도급인이 면세사업자여서 부가가치세를 매출세액에서 공제·환급받을 수 없는 때, 도급인에게 책임지울 수 없는 사유로 공제·환급이 사실상 불가능하게 된 때에, 그 부가가치세는 실질적으로 도급인의 부담이 되므로, 수급인에게 그 상당의 손해배상을 구할 수 있다(대법원 2023. 11. 2. 선고 2023다206916 판결).

3588) 앞서 기술한 '동시이행 항변', '불안의 항변' 부분 참조.

3589) **민법 제163조(3년의 단기소멸시효)** 다음 각호의 채권은 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 3. 도급받은 자, 기사 기타 공사의 설계 또는 감독에 종사하는 자의 공사에 관한 채권

3590) ○ 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다81224, 81231 판결: "**지체상금**에 관한 약정은 수급인이 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정으로서 민법 제398조 제2항에 의하여 지체상금이 부당히 과다한 경우에는 법원이 이를 적당히 감액할 수 있다. 수급인이 완공기한 내에 공사를 완성하지 못한 채 공사를 중단하고 계약이 해제된 결과 완공이 지연된 경우에 지체상금은 약정 준공일 다음 날부터 도급인이 공사도급 계약을 해제하여 다른 업자에게 의뢰함으로써 공사를 완성할 수 있었던 시점까지의 기간을 기준으로 산정하며, 수급인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 공사가 지연된 경우에는 그 기간만큼 공제되어야 한다." ☛ 지체상금의 종기는 도급인이 수급인의 공사 중단이나 기타 해제사유를 이유로 해제·해지할 수 있었던 때를 기준으로 하여 도급인이 다른 업자에게 의뢰하여 같은 건물을 완공할 수 있었던 시점까지이고, 실제 해제·해지한 때를 기준으로 할 것은 아니다. 다만 이와 같이 도급인이 해제·해지할 수 있었던 때를 기준으로 하여 종기를 제한하는 것은 그때부터 도급인이 다른 업자에게 의뢰하여 공사를 완공할 수 있음을 전제로 하는 것이므로, 수급인의 귀책사유로 인하

따른 도급인의 수급인에 대한 도급대금채무 소멸'의 항변을 할 수 있다.

이에 대하여, 민법 제667조 제1항 단서,[3591] 제669조[3592] 본문, 완공 지연에 대한 '수급인의 책임질 수 없는 사유(도급인의 선급금 지급 지체 등)', 하자담보책임의 소멸시효 완성[3593]은 각 재항변 사유, 제669조 단서의 사실은 재재항변 사유에 해당한다.

'하도급거래 공정화에 관한 법률'이 적용되는 하도급거래에서 발생한 하도급대금의 지급에 관하여는 위 법률 제13조 소정의 지급기일, 지연손해금률 등이 적용된다.

2) 도급계약 해제의 경우

도급계약에서 정한 일의 완성 이전에 계약이 해제된 경우 수급인으로서는 도급인에게 보수를 청구할 수 없음이 원칙이지만, 당해 도급계약에 따라 수급인이 일부 미완성한 부분이 있더라도 계약해제를 이유로 이를 전부 원상회복하는 것이 신의성실의 원칙 등에 비추어 공평·타당하지 않다고 평가되는 특별한 경우라면 예외적으로 이미 완성된 부분에 대한 수급인의 보수청구권이 인정될 수 있다.[3594]

여 도급인이 다른 업자에게 의뢰하여 공사를 완공할 수 없는 사정이 있었던 경우에는 그 종기는 도급인이 계약을 해제·해지할 수 있었던 때가 아니라 도급인이 다른 업자에게 의뢰하여 공사를 시작할 수 있었던 때를 기준으로 하여 같은 건물을 완공할 수 있었던 시점까지를 산정하여야 한다(2015다231672, 231689).
○ 대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다14429, 14436 판결: "수급인이 납품기한 내에 납품을 완료하지 못하면 지연된 일수에 비례하여 계약금액에 일정 비율을 적용하여 산정한 지체상금을 도급인에게 지급하기로 약정한 경우, 수급인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 그 의무 이행이 지연되었다면 그 해당 기간만큼은 지체상금의 발생기간에서 공제되어야 한다. 그리고 도급계약의 보수 일부를 선급하기로 하는 특약이 있는 경우, 수급인은 그 제공이 있을 때까지 일의 착수를 거절할 수 있고 이로 말미암아 일의 완성이 지연되더라도 채무불이행책임을 지지 않는다고 할 것이므로, 도급인이 수급인에 대하여 약정한 선급금의 지급을 지체하였다는 사정은 일의 완성이 지연된 데 대하여 수급인이 책임질 수 없는 사유에 해당한다. 따라서 도급인이 선급금 지급을 지체한 기간만큼은 수급인이 지급하여야 하는 지체상금의 발생기간에서 공제되어야 한다."

3591) 하자가 중요하지 아니하면서 동시에 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 하자의 보수나 하자의 보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수는 없고 하자로 인하여 입은 손해의 배상만을 청구할 수 있는데, 이 경우 하자로 인하여 입은 통상의 손해는 특별한 사정이 없는 한 도급인이 하자 없이 시공하였을 경우의 목적물의 교환가치와 하자가 있는 현재의 상태대로의 교환가치와의 차액이 되고, 교환가치의 차액을 산출하기가 현실적으로 불가능한 경우의 통상의 손해는 하자 없이 시공하였을 경우의 시공비용과 하자 있는 상태대로의 시공비용의 차액이라고 봄이 상당하다(97다54376; 습식공법으로 시공하기로 한 내부 벽면 석공사를 반건식공법으로 시공한 사안에서, 그 하자가 중요하지 아니하면서 보수에 과다한 비용을 요하는 경우에 해당하나, 그 교환가치나 시공비용의 차이가 없어 하자로 인한 손해배상을 청구할 수 없다고 본 사례).

3592) **민법 제669조(하자가 도급인의 제공한 재료 또는 지시에 기인한 경우의 면책)** 전2조의 규정은 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 적용하지 아니한다. 그러나 수급인이 그 재료 또는 지시의 부적당함을 알고 도급인에게 고지하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다. ☞ 이 규정은 수급인의 하자담보책임이 아니라 민법 제390조에 따른 채무불이행책임에는 적용되지 않는다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다268252 판결).

3593) ❶ 건설공사에 관한 도급계약이 상행위에 해당하는 경우 그 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임은 상법 제64조 본문에 의하여 원칙적으로 5년의 소멸시효에 걸리는 것으로 보아야 한다(2009다25111). ❷ 구 건설산업기본법 제28조 제1항, 제3항에서 정하는 건설공사 수급인의 하자담보책임기간은 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여 수급인이 발주자에 대하여 하자담보책임을 진다는 하자발생기간을 의미하고, 따라서 위 기간 내에 하자가 발생하지 않으면 수급인의 하자담보책임이 성립할 여지가 없고, 위 기간 내에 하자가 발생하면 하자가 발생한 때부터 소멸시효기간이 도과할 때까지 수급인은 하자담보책임을 진다(대법원 2021. 8. 12. 선고 2015다212541 판결).

공사도급계약의 '해제 사유'[3595]에 대한 증명책임은 일반적인 해제의 경우와 마찬가지로 해제를 주장하는 자에게 있다.[3596]

수급인의 채무불이행을 이유로 한 도급인의 '법정해제' 의사표시에 '임의해제'의 의사

3594) ○ 대법원 2023. 3. 30. 선고 2022다289174 판결: "도급계약에서 수급인의 보수는 완성된 목적물의 인도와 동시에 지급하여야 하고, 인도를 요하지 않는 경우 일을 완성한 후 지체 없이 지급하여야 하며, 도급인은 완성된 목적물의 인도의 제공이나 일의 완성이 있을 때까지 그 보수 지급을 거절할 수 있으므로, 도급계약에서 정한 일의 완성 이전에 계약이 해제된 경우 수급인으로서는 도급인에게 보수를 청구할 수 없음이 원칙이다. 다만 당해 도급계약에 따라 수급인이 일부 미완성한 부분이 있더라도 계약해제를 이유로 이를 전부 원상회복하는 것이 신의성실의 원칙 등에 비추어 공평·타당하지 않다고 평가되는 특별한 경우라면 예외적으로 이미 완성된 부분에 대한 수급인의 보수청구권이 인정될 수 있고, 그와 같은 경우에 해당하는지 여부는 도급인과 수급인의 관계, 당해 도급계약의 목적·유형·내용 및 성질, 수급인이 도급계약을 이행함에 있어 도급인의 관여 여부, 수급인이 도급계약에 따라 이행한 결과의 정도 및 그로 인해 도급인이 얻을 수 있는 실질적인 이익의 존부, 계약해제에 따른 원상회복 시 사회적·경제적 손실의 발생 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."
○ 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결: "건축공사도급계약이 수급인의 채무불이행을 이유로 해제될 당시 공사가 상당한 정도로 진척되어 이를 원상회복하는 것이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 된다면, 해당 도급계약은 미완성 부분에 대하여만 실효되어 수급인은 해제한 상태 그대로 그 건물을 도급인에게 인도하고 도급인은 특별한 사정이 없는 한 인도받은 미완성 건물에 대한 보수를 지급하여야 하는 권리의무관계가 성립한다. 이와 같은 경우 도급인이 지급하여야 할 미완성 건물에 대한 보수는 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에 약정한 총공사비에 기성고 비율을 적용한 금액이 되는 것이지, 수급인이 실제로 지출한 비용을 기준으로 할 것은 아니다. 이때의 기성고 비율은 공사대금 지급의 무가 발생한 시점, 즉 수급인이 공사를 중단할 당시를 기준으로 이미 완성된 부분에 들어간 공사비에다 미시공 부분을 완성하는 데 들어갈 공사비를 합친 전체 공사비 가운데 완성된 부분에 들어간 비용이 차지하는 비율을 산정하여 확정하여야 한다. 다만 당사자 사이에 기성고 비율 산정에 관하여 특약이 있는 등 특별한 사정이 인정되는 경우라면 그와 달리 산정할 수 있다."[원심이, '기성고 비율을 산정하는 데 필수적인 기시공 부분에 소요된 공사비를 산출하는 것이 불가능하거나 현저하게 곤란한 특별한 사정이 있다.'고 한 다음, '감리단이 작성한 감리업무일지에 기재된 공정률을 기초로 산정할 수밖에 없고, 피고가 제출한 증거만으로는 위 감리업무일지의 증명력을 배척할 수 없으며, 피고 주장과 같이 약정된 총공사비에서 미시공 부분의 완성에 소요될 공사비를 공제하는 방식으로 기성고를 산정할 수는 없다.'고 판단한 것은 정당하다고 한 예]. ☛ ❶ 가분적 건축설계계약의 경우 위와 유사한 법리가 적용된다. 가분적인 내용들로 이루어진 건축설계계약에 있어서 설계도서 등이 완성되어 건축주에게 교부되고 그에 따라 설계비 중 상당 부분이 지급되었으며 그 설계도서 등에 따른 건축공사가 상당한 정도로 진척되어 이를 중단할 경우 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하게 되고 완성된 부분이 건축주에게 이익이 되는 경우에는 건축사와 건축주와의 사이에 건축설계계약관계가 해소되더라도 일단 건축주에게 허락된 설계도서 등에 관한 이용권은 여전히 건축주에게 유보되어 있다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2020다240304 판결). ❷ 공사도급계약에서 설계 및 사양의 변경이 있는 때에는 그 설계 및 사양의 변경에 따라 공사대금이 변경되는 것으로 특약하고, 그 변경된 설계 및 사양에 따라 공사가 진행되다가 중단되었다면 설계 및 사양의 변경에 따라 변경된 공사대금에 기성고 비율을 적용하는 방법으로 기성고에 따른 공사비를 산정하여야 한다(대법원 2023. 10. 12. 선고 2020다210860, 210877 판결).

3595) 공사도급계약에 있어서 수급인의 공사중단이나 공사지연으로 인하여 약정된 공사기한 내의 공사완공이 불가능하다는 것이 명백하여진 경우에는 도급인은 그 공사기한이 도래하기 전이라도 계약을 해제할 수 있다 할 것이지만, 다만 그에 앞서 수급인에 대하여 위 공사기한으로부터 상당한 기간 내에 완공할 것을 최고하여야 할 것이고, 예외적으로 수급인이 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 때에는 위와 같은 최고 없이도 계약을 해제할 수 있다(96다21393). 계약의 일방 당사자가 계약기간 중에 부도가 발생하였다는 사실만으로 해당 계약의 이행이 그의 귀책사유로 불가능하게 되었다고 단정할 수는 없고, 그 부도 발생 전후의 계약의 이행정도, 부도에 이르게 된 원인, 부도 발생 후의 영업의 계속 혹은 재개 여부, 해당 계약을 이행할 자금사정 기타 여건 등 제반 사정을 종합하여 계약의 이행불능 여부를 판단하여야 한다(2013다58668).

3596) 예컨대, 도급인이 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있는데(민법 제668조), 목적물의 하자로 인하여 계약해제권이 인정되기 위해서는 그 하자가 중대한 것으로 보완이 불가능하거나 적어도 상당기간 내에는 보완 또는 수정작업으로 해결할 수 없어 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도이어야 하고, 그에 대한 증명책임은 해제를 주장하는 자에게 있다(98다4347).

가 포함되어 있다고 볼 수는 없다.[3597]

3) 선급금의 당연 충당 주장

수급인이 공사 '선급금'을 지급받은 후 공사도급계약의 해제·해지 등으로 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생한 경우, '별도의 상계 의사표시 없이'도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 당연히 '충당'된다(다만, 정산하고 남은 선급금을 수급인이 도급인에게 반환하여야 할 채무는 선급금 그 자체와는 성질을 달리한다).[3598] 이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 하지만, 특별한 사정이 없는 한 기성부분 대가 지급 시마다 계약금액에 대한 기성부분 대가 상당액의 비율에 따라 안분 정산한 금액을 충당함이 상당하다.[3599]

3597) 대법원 2022. 10. 14. 선고 2022다246757 판결; "도급인이 수급인의 채무불이행을 이유로 도급계약 해제의 의사표시를 하였으나 실제로는 채무불이행의 요건을 갖추지 못한 것으로 밝혀진 경우, 도급계약의 당사자 사이에 분쟁이 있었다고 하여 그러한 사정만으로 위 의사표시에 민법 제673조에 따른 임의해제의 의사가 포함되어 있다고 볼 수는 없다. … 도급인이 수급인의 채무불이행을 이유로 도급계약을 해제하면 수급인에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이에 반하여 민법 제673조에 기하여 도급인이 도급계약을 해제하면 오히려 수급인에게 손해배상을 해주어야 하는 처지가 된다. 도급인으로서는 자신이 손해배상을 받을 수 있다고 생각하였으나 이제는 자신이 손해배상을 하여야 하는 결과가 된다면 이는 도급인의 의사에 반할 뿐 아니라 의사표시의 일반적인 해석의 원칙에도 반한다. … 수급인의 입장에서 보더라도 채무불이행 사실이 없으므로 도급인의 도급계약 해제의 의사표시가 효력이 없다고 믿고 일을 계속하였는데, 민법 제673조에 따른 해제가 인정되면 그 사이에 진행한 일은 도급계약과 무관한 일을 한 것이 되고 그 사이에 다른 일을 할 수 있는 기회를 놓치는 경우도 있을 수 있어 불측의 손해를 입을 수 있다."(나아가 피고는 원고의 채무불이행 또는 약정 해제사유를 이유로 한 해제통보에 따라 용역계약이 적법하게 해제되었거나 그 무렵 묵시적으로 합의해제되었다고 주장하였을 뿐, 피고가 위 해제통보에 민법 제673조에 의한 해제의 의사까지도 포함되어 있다는 취지의 주장을 한 바 없음을 알 수 있음에도, 원심이 피고가 주장하지도 않은 민법 제673조에 의한 계약 해제를 인정한 것은 변론주의 원칙에도 반한다고 판단한 예) ⇔ 이와 달리 '위임'의 경우에는 채무불이행을 이유로 한 해지에 임의해지로서의 효력이 인정된다(2012다71411).

3598) 대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다9597 판결; "공사도급계약에 있어서 수수되는 이른바 선급금은 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 공사대금이고, 이러한 점에 비추어 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 되나, 이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 하도급계약 당사자의 약정에 따라야 한다. … 정산하고 남은 선급금을 공사의 수급인이 도급인에게 반환하여야 할 채무는 선급금 그 자체와는 성질을 달리하는 것이다. … 원고와 피고가 이 사건 포괄승계약정 당시에 소외 회사의 피고에 대한 미정산선급금을 … 원으로 확정하고 그 반환채무를 원고가 승계하였다면, 피고의 원고에 대한 그 미정산선급금반환채권과 원고의 피고에 대한 공사대금채권이 서로 상계적상에 있는 경우에 이를 상계, 공제하는 등으로 별도의 정산을 거쳐야 비로소 원고의 위 미정산선급금반환채무가 소멸되는 것일 뿐, 위 미정산선급금이 소외 회사의 미수령공사대금에 당연 충당된 것으로는 볼 수 없다고 할 것인데, 원고와 피고 사이에서 위와 같은 정산이 이루어졌다는 점에 관하여는 아무런 주장·입증이 없다."

3599) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결; "공사도급계약에서 지급되는 선금은 자금 사정이 좋지 않은 수급인으로 하여금 자재 확보, 노임 지급 등에 어려움이 없이 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 하기 위하여, 도급인이 장차 지급할 공사대금을 수급인에게 미리 지급하여 주는 선급공사대금이라고 할 것인데, 만약 선금을 수급인이 지급받을 기성고 해당 중도금 중 최초분부터 전액 우선 충당하게 되면 위와 같은 선금 지급의 목적을 달성할 수 없는 점을 감안하면, 선금이 지급된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 기성부분 대가 지급시마다 계약금액에 대한 기성부분 대가 상당액의 비율에 따라 안분 정산하여 그 금액 상당을 선금 중 일부로 충당하고 나머지 공사대금을 지급받도록 함이 상당함" ⇔ 선금 전액을 기성고에 따른 중도금에서 공제하기로 특약한

안분 충당이 아닌 충당 특약은 이를 주장하는 측에서 증명하여야 할 것이다.

선급금 반환에 관한 보증계약을 체결한 보증인의 책임 범위도 도급계약 당사자 사이의 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역에 관한 약정에 따라 결정된다.[3600]

정부나 지방자치단체의 공사도급계약에서 선급금과 공사대금은 공동수급체의 각 구성원별로 따로 따로 정산된다.[3601]

4) 하도급대금 직접지급 청구

하수급인(수급사업자, 원고)의 도급인(발주자, 피고)에 대한 하도급대금 직접지급 청구[3602]의 경우, 원고는 **청구**원인사실로서, '피고와 원사업자(수급인) 간 도급계약 체결' 사

것으로 본 사례.

3600) 보증 및 보험의 일반 법리에 비추어 선급금 보증인의 책임 유무 및 범위는 선급금보증계약 체결 당시의 도급계약상의 약정을 기준으로 판단하여야 하므로 선급금보증계약이 체결된 후 도급인이 수급인의 하수급업자에 대한 하도급대금 등을 직접 지급하기로 합의하고 하도급대금을 선급금 충당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 약정(예외적 정산약정)함으로써 선급금 보증인의 책임이 가중된다면 그 범위 내에서는 보증의 효력이 미치지 않는다(대법원 2021. 7. 8. 선고 2016다267067 판결).

3601) 대법원 2001. 7. 13. 선고 99다68584 판결: "정부나 지방자치단체의 공사도급계약에 있어서는 선급금과 공사대금은 각 구성원별로 따로 따로 정산되는 것으로 보이고, 이에 따라 이 사건에서도 공동수급체의 다른 구성원인 소외 회사는 원고가 반환하여야 할 선급금에 대하여 아무런 책임을 부담하지 아니하고, 원고 또한 소외 회사의 지분비율에 해당하는 공사대금의 지급을 구할 아무런 권리가 없다 할 것이다. 따라서 이 사건에서 기성공사대금을 가지고 원고의 선급금을 충당함에 있어서는 그 공사대금 중 원고의 지분비율에 해당하는 금액에만 충당되는 것으로 볼 것이지 이와 달리 다른 구성원인 소외 회사의 몫까지 포함한 총 공사대금에서 충당할 수 있는 것은 아니다."

cf. 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009다105406 전원합의체 판결: "공동이행방식의 공동수급체는 기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가지는 것이므로, 공동수급체가 공사를 시행함으로 인하여 도급인에 대하여 가지는 채권은 원칙적으로 공동수급체의 구성원에게 합유적으로 귀속하는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 구성원 중 1인이 임의로 도급인에 대하여 출자지분의 비율에 따른 급부를 청구할 수 없고, 구성원 중 1인에 대한 채권으로써 그 구성원 개인을 집행채무자로 하여 공동수급체의 도급인에 대한 채권에 대하여 강제집행을 할 수 없다. 그러나 공동이행방식의 공동수급체와 도급인이 공사도급계약에서 발생한 채권과 관련하여 공동수급체가 아닌 개별 구성원으로 하여금 그 지분비율에 따라 직접 도급인에 대하여 권리를 취득하게 하는 약정을 하는 경우와 같이 공사도급계약의 내용에 따라서는 공사도급계약과 관련하여 도급인에 대하여 가지는 채권이 공동수급체의 구성원 각자에게 그 지분비율에 따라 구분하여 귀속될 수도 있고, 위와 같은 약정은 명시적으로는 물론 묵시적으로도 이루어질 수 있다. … 공동이행방식의 공동수급체의 구성원들이 기성대가 등을 공동수급체의 구성원별로 직접 지급 받기로 하는 공동수급협정은 특별한 사정이 없는 한 도급인에 대한 관계에서 공사대금채권을 공동수급체의 구성원 각자가 그 출자지분의 비율에 따라 구분하여 취득하기로 하는 구성원 상호 간의 합의라고 보는 것이 타당하고, 나아가 공동수급체의 대표자가 개정된 공동도급계약운용요령 제11조에 따라 공동수급체 구성원 각자에게 공사대금채권을 지급할 것을 예정하고 있는 도급인에게 위와 같은 공사대금채권의 구분 귀속에 관한 공동수급체 구성원들의 합의가 담긴 공동수급협정서를 입찰 참가 신청서류와 함께 제출하고 도급인이 별다른 이의를 유보하지 않은 채 이를 수령한 다음 공동도급계약을 체결하게 되면 공동수급체와 도급인 사이에서 공동수급체의 개별 구성원으로 하여금 공사대금채권에 관하여 그 출자지분의 비율에 따라 직접 도급인에 대하여 권리를 취득하게 하는 묵시적인 약정이 이루어졌다고 보는 것이 타당하다."

3602) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2014다38678 판결: "구 **하도급거래 공정화에 관한 법률** … 에 따른 직접지급제도는 직접지급 합의 또는 직접지급의 요청에 따라 도급인(즉 발주자)에게 하도급대금의 직접지급의무를 부담시킴으로써 하수급인(즉 수급사업자)을 수급인(즉 원사업자)과 그 일반채권자에 우선하여 보호하는 것이다. 이 경우 도급인은 도급대금채무의 범위에서 하수급인에 대한 직접지급의무를 부담하고[하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령 제9조 제3항], 이와 동시에 하수급인의 수급인에 대한 하도급대금채권과 도급인의 수급인에 대한 도급대금채무가 소멸한다(**하도급법 제14조 제2항**)."

실과 '원사업자와 원고 간 하도급계약 체결' 사실 및 '원고의 일의 완성' 사실과 함께, 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조 제1항,[3603] 건설산업기본법 제35조 제2항[3604] 소정의 '하도급대금 직접 지급 사유(① ⓐ '원사업자의 지급불능'[3605] 또는 '하도급대금의 2회분 이상 지급 지체'[3606] 또는 '하도급대금 지급보증의무의 불이행' + ⓑ '수급사업자의 직접 지급 요청의 의사표시'[3607] 및 '그 도달'[3608] / ② '발주자·원사업자·수급사업자 간 직접 지급의 합의'[3609])의 발생' 사실을

3603) **하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조(하도급대금의 직접 지급)** ① 발주자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 때에는 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행을 한 부분에 상당하는 하도급대금을 그 수급사업자에게 직접 지급하여야 한다. 〈개정 2014.5.28〉
1. 원사업자의 지급정지·파산, 그 밖에 이와 유사한 사유가 있거나 사업에 관한 허가·인가·면허·등록 등이 취소되어 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접 지급을 요청한 때
2. 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 합의한 때
3. 원사업자가 제13조제1항 또는 제3항에 따라 지급하여야 하는 하도급대금의 2회분 이상을 해당 수급사업자에게 지급하지 아니한 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접 지급을 요청한 때
4. 원사업자가 제13조의2제1항 또는 제2항에 따른 하도급대금 지급보증 의무를 이행하지 아니한 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접 지급을 요청한 때

3604) **건설산업기본법 제35조(하도급대금의 직접 지급)** ② 발주자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 하수급인이 시공한 부분에 해당하는 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급하여야 한다. 〈개정 2014.5.14〉
1. 발주자가 하도급대금을 직접 하수급인에게 지급하기로 발주자와 수급인 간 또는 발주자·수급인 및 하수급인이 그 뜻과 지급의 방법·절차를 명백하게 하여 합의한 경우
2. 하수급인이 시공한 부분에 대한 하도급 대금지급을 명하는 확정판결을 받은 경우
3. 수급인이 제34조제1항에 따른 하도급대금 지급을 2회 이상 지체한 경우로서 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우
4. 수급인의 지급정지, 파산, 그 밖에 이와 유사한 사유가 있거나 건설업 등록 등이 취소되어 수급인이 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우
5. 수급인이 하수급인에게 정당한 사유 없이 제34조제2항에 따른 하도급대금 지급보증서를 주지 아니한 경우로서 발주자가 그 사실을 확인하거나 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우
6. 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관이 발주한 건설공사에 대하여 공사 예정가격에 대비하여 국토교통부령으로 정하는 비율에 미달하는 금액으로 도급계약을 체결한 경우로서 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우

3605) 수급사업자가 발주자에 대하여 하도급대금의 직접지급을 구할 수 있는 권리가 발생하는지 여부, 즉 원사업자가 지급정지·파산, 그 밖에 이와 유사한 사유 등으로 인하여 하도급대금을 지급할 수 없게 되었는지 여부 등에 관하여는 수급사업자의 직접지급 요청의 의사표시가 발주자에게 도달한 시점을 기준으로 판단하여야 한다. 여기서 '**지급할 수 없게 된 경우**' 즉 **지급불능**이라 함은 채무자가 변제능력이 부족하여 즉시 변제하여야 할 채무를 일반적·계속적으로 변제할 수 없는 객관적 상태를 말한다(대법원 2018. 8. 1. 선고 2018다23278 판결).

3606) 수급인이 하도급대금을 2회 이상 지체함으로써 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우에는 발주자, 수급인, 하수급인 사이에 직접 지급에 관한 합의가 있을 것을 필요로 하지 않는다. 이에 따른 하수급인의 직접 청구권은 수급인이 하수급인에게 하도급을 준 범위와 구체적 내용을 발주자가 알았는지 여부와 관계없이 인정되는 것이므로, 발주자가 수급인에게 도급을 준 부분 중에서 하수급인이 시공한 부분에 해당하면 된다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2016다229478 판결).

3607) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2014다38678 판결; "하도급법 제14조 **제1항**… 제2호('발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 합의한 때')에 해당하는 경우에는 하수급인이 직접 지급을 요청하지 않아도 … 직접지급청구권이 발생하나, 나머지 제1, 3, 4호에 해당하는 경우에는 수급사업자가 직접지급을 요청한 때에 비로소 위와 같은 직접지급청구권이 발생한다. 하수급인이 하도급법 제14조 제1항에서 말하는 하도급대금의 직접지급을 요청하였는지 여부는 하수급인의 도급인에 대한 요청 내용과 방식, 하수급인이 달성하려고 하는 목적, 문제 되는 직접지급사유와 하도급대금의 내역, 하도급대금의 증액 여부와 그 시기, 직접지급제도의 취지, 도급인·수급인·하수급인의 이해관계, 직접지급의 요청에 따르는 법적 효과와 이에 대한 예견가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다." ☎ 하수급인이 '전소'에서 직접지급 합의에 기하여 '도급인'에게 하도급대금의 직접 지급을 청구한 것이 동시에 '하도급대금의 2회분 이상 지급지체'에 따른 직접지급의 요청에 해당한다고 보기는 어렵다

주장·증명[3610]하여야 한다. '직불합의'에 따른 청구와 '하도급대금 지급 지체'에 따른 청구는 선택적 병합의 관계에 있고,[3611] 별개의 소송물이다. 채권의 상대효 원칙에 대한 중대한 예외인 직접청구권은 이를 허용하는 개별 법률 규정에 의하여 극히 예외적으로 인정된다.[3612]

피고는, ① 원고의 직접청구권 발생 '전'에 '원사업자에게 대항할 수 있었던 변제,[3613] 상계, 선급금의 당연충당[3614] 등의 사유'(상계의 경우, 직접청구권 발생 후 발생한 피고의 원사업자

고 한 예.

3608) **하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령 제9조(하도급대금의 직접 지급)** ① 법 제14조제1항에 따른 수급사업자의 직접지급 요청은 그 의사표시가 발주자에게 도달한 때부터 효력이 발생하며, 그 의사표시가 도달되었다는 사실은 수급사업자가 증명하여야 한다. ☛ 수급사업자의 위임을 받아 원사업자가 발주자에게 직접지급을 요청하는 경우라면, 그 의사표시의 상대방인 발주자가 그 직접지급 요청이 수급사업자의 직접지급 요청에 따른 것임을 알았거나 알 수 있었어야 위 하도급법령에 따른 수급사업자의 직접지급 요청으로서의 효력이 발생하고, 발주자가 알았거나 알 수 있었다는 사실 역시 수급사업자가 주장·증명하여야 한다(대법원 2018. 8. 1. 선고 2018다23278 판결). 직접지급 요청의 의사표시를 확정일자 있는 증서 등 특별한 방식에 의하여야 하는 것은 아니다(2010다24176).

3609) 3자간 직접 지급 합의 후 수급사업자가 공사를 마친 경우에는 그 공사 완료 시점에 하도급대금 직접 지급청구권이 발생한다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다81224, 81231 판결). 발주자, 수급인, 하수급인 사이의 직접지급합의 후에 수급인과 하수급인의 별개계약에 따라 추가적인 공사대금이 발생한 경우 그 부분에 대해서도 위 직접 지급합의의 효력이 미치는지는 신중하게 판단하여야 한다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2016다229478 판결).

3610) 대법원 2018. 8. 1. 선고 2018다23278 판결; "건설산업기본법 제35조 제2항 제3호 사유에 관하여는 그 사유에 해당하는지에 관한 구체적인 주장·증명이 없었을 뿐만 아니라"

3611) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2016다229478 판결; 피고(발주자)가 A회사(수급인)에 발주한 아파트 건설공사 중 내장 및 목창호 공사를 A회사로부터 하도급받은 원고(하수급인)가 피고를 상대로 발주자, 수급인, 하수급인 3자 사이의 직불합의에 따른 직접 청구권, 수급인의 공사대금 지급 지체에 따른 직접 청구권을 근거로 수급인과 하수급인 사이의 별개계약에 따라 발생한 추가 공사대금을 청구한 **사안**에서, 원심이 원고의 청구원인 주장 중 3자간 직불합의에 따른 청구에 관해서만 판단하여 그 청구를 기각하고 수급인의 하도급대금 지급 지체에 따른 청구에 관해서는 아무런 심리와 판단을 하지 않은 잘못이 있다고 보아 원심판결을 파기한 사례.

3612) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견.

3613) 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다214437 판결; "도급인으로서는 하도급법 시행령 제9조 제3항에 따라 수급인에 대한 대금지급의무를 한도로 하여 하도급대금의 직접지급의무를 부담하되, 하도급법 제14조 제4항에 따라 하수급인의 하도급대금에서 도급인이 수급인에게 이미 지급한 도급대금 중 하수급인의 하도급대금에 해당하는 부분을 공제한 금액에 대하여 직접지급의무를 부담하는 것으로 해석함이 상당하다." **[동일 취지]** 대법원 2018. 6. 15. 선고 2016다229478 판결; "발주자로서는 수급인에 대한 대금지급의무를 한도로 하여 직접지급의무를 부담한다고 보아야 한다. 따라서 발주자가 … 하도급대금의 직접 지급을 요청받을 당시 수급인에 대한 대금지급채무가 이미 변제로 소멸한 경우 발주자의 하수급인에 대한 직접지급의무는 발생하지 않는다."

3614) 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다214437 판결; "도급인이 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급하는 사유가 발생한 경우에 이에 해당하는 금원을 선급금 충당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 **예외적 정산약정**을 한 때에는 도급인은 미정산 선급금이 기성공사대금에 충당되었음을 이유로 하수급인에게 부담하는 하도급대금 지급의무를 면할 수 없다. 그러나 이러한 정산약정 역시 특별한 사정이 없는 한 도급인에게 도급대금채무를 넘는 새로운 부담을 지우지 않는 범위 내에서 하수급인을 수급인에 우선하여 보호하려는 약정이라고 보아야 하므로, 도급인이 하도급대금을 직접 지급하는 사유가 발생하기 전에 선급금이 기성공사대금에 충당되어 도급대금채무가 모두 소멸한 경우에는 도급인은 더 이상 하수급인에 대한 하도급대금 지급의무를 부담하지 않게 된다."[피고(도급인)와 수급인이 공사계약에 편입한 공사계약일반조건 제44조 제6항("제5항의 경우 계약담당공무원은 선금잔액과 기성부분에 대한 미지급액을 상계하여야 한다. 다만 건설산업기본법 및 하도급법에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있을 경우 선금잔액과 상계할 수 있다.")은 하도급대금 직접 지급 사유가 발생한 경우 이에 해당하는 금원을

에 대한 지체상금채권으로 상계할 수는 없으나, 자동채권이 직접청구권이 생긴 후에 발생했더라도 그 발생의 기초가 되는 원인은 그 전에 이미 존재하였고 수동채권인 공사대금채권과 동시이행관계 등 밀접한 관계에 있는 경우에는 상계할 수 있다),[3615] ② 직접청구권 발생 '전'에 원사업자의 채권자(수급사업자 포함)가 원사업자의 피고에 대한 공사대금 채권을 압류 또는 가압류 한 사실[3616]로 항변할 수 있다. 피고는 원고에 대한 직접지급채무가 발생한 '후'에 생긴 '원사업자'의 원고에

선급금 충당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정에 해당하나, 원고(하수급인)가 피고에게 하도급대금을 직접 지급하여 줄 것을 요청하기 전에 공사계약이 해지됨에 따라 선급금이 미지급 기성공사대금에 당연 충당되어 모두 소멸한 이상 피고의 원고에 대한 하도급대금 직접 지급의무가 인정될 수 없다고 한 예] ☛ 도급계약의 해지 또는 해제에 따른 정산관계에 있어서는 각 미정산 선급금반환채권과 기성공사대금채권에 대하여 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 것이 보통이므로 그들의 이해관계에 큰 영향을 미칠 수 있는 예외적 정산약정의 존재를 인정함에 있어서는 신중을 기하여야 한다(대법원 2021. 7. 8. 선고 2016다267067 판결).

3615) ○ 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다81224, 81231 판결; "발주자가 직접지급의무를 부담하게 되는 부분에 해당하는 원사업자의 발주자에 대한 공사대금채권은 동일성을 유지한 채 수급사업자에게 이전되고, 발주자는 수급사업자의 직접 지급청구권이 발생하기 전에 원사업자에 대하여 대항할 수 있는 사유로써 수급사업자에게 대항할 수 있으나, 수급사업자의 직접 지급청구권이 발생한 후에 원사업자에 대하여 생긴 사유로는 수급사업자에게 대항할 수 없음이 원칙이다." ☜ 원고(수급인)와 피고(도급인) 및 참가인(하수급인) 사이에 2011. 3. 10.경 피고가 하도급대금을 직접 참가인에게 지급하기로 합의하였고, 참가인이 2011. 4. 26.경 지상 2층의 철근콘크리트 공사 부분까지 시공을 마침으로써, 그때에 참가인의 피고에 대한 하도급대금 직접 지급청구권이 발생하였고, 그 범위 안에서 원고의 피고에 대한 공사대금채권은 참가인에게 이전되어 소멸되었다고 할 것인데, 그 후인 2011. 8. 11.부터 발생한 피고의 원고에 대한 지체상금채권으로 참가인에게 이전된 위 공사대금채권에 대하여 상계를 주장하여 참가인에게 대항할 수 없음이 원칙이고, 피고의 위 지체상금채권은 참가인에게 이전된 위 공사대금채권과 서로 동시이행관계에 있다고 할 수 없으므로, 그 동시이행관계에 있음을 전제로 하여 이와 달리 보아야 한다는 피고의 주장은 받아들일 수 없다고 한 예.
○ 대법원 2021. 2. 25. 선고 2018다265911 판결; "도급인의 수급인에 대한 자동채권이 수동채권인 수급인의 도급인에 대한 공사대금채권과 동시이행관계 등 밀접한 관계에 있는 경우에는 하수급인의 직접 청구권이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 도급인은 그 채권으로 상계하여 하수급인에게 대항할 수 있다. 이 경우 자동채권이 발생한 기초가 되는 원인은 하수급인이 직접 지급을 요청하기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었으므로, 자동채권은 도급인이 직접 지급 요청 후에 취득한 채권에 해당하지 않는다." ☜ 피고(도급인)는 소외 수급인의 레미콘대금채무의 연대보증인으로서 이를 대위변제하여 구상금채권을 취득하였고, 수급인의 구상금채무는 공사를 완성할 의무가 변형된 것으로서 피고의 공사대금채무와 여전히 대가적인 의미가 있어 이행상 견련관계가 인정되며, 두 채무는 동시이행관계에 있다고 봄이 타당하므로, 피고의 구상금채권이 원고의 직접청구권이 생긴 후에 발생하였다고 하더라도 피고는 구상금채권을 자동채권으로 상계하여 원고에게 대항할 수 있다고 한 예.

3616) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2015다4238 판결; "하도급법에 직접지급사유 발생 전에 이루어진 강제집행 또는 보전집행의 효력을 배제하는 규정은 없으므로, 하도급법 제14조에 의한 하도급대금 직접지급사유가 발생하기 전에 원사업자의 제3채권자가 원사업자의 발주자에 대한 채권에 대하여 압류 또는 가압류 등으로 채권의 집행보전이 된 경우에는 그 이후에 발생한 하도급공사대금의 직접지급사유에도 불구하고 그 집행보전된 채권은 소멸하지 아니한다. 따라서 위와 같이 압류 등으로 집행보전된 채권에 해당하는 금액에 대하여는 수급사업자에게 직접지급청구권이 발생하지 아니한다. 이러한 압류 등 집행보전과 하도급법상 직접지급청구권의 관계에 관한 법리는 원사업자의 재산을 둘러싼 여러 채권자들의 이해관계 조정의 문제를 법률관계 당사자의 지위에 따라 상대적으로 처리하기보다는 이를 일률적으로 간명하게 처리하는 것이 바람직하다는 점을 고려하여 인정되는 것이므로, 가압류 또는 압류명령의 당사자 사이에서만 상대적으로 발생하는 것이라고 볼 수 없다. 또한 이러한 법리는 원사업자의 발주자에 대한 채권에 관한 가압류 등이 수급사업자의 원사업자에 대한 하도급대금 채권의 실현을 위하여 이루어진 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다. 즉 하도급법 제14조에 의한 하도급대금 직접지급사유가 발생하기 전에 오로지 수급사업자의 신청에 의해서만 원사업자의 발주자에 대한 공사대금채권이 가압류된 경우 등에도, 그 직접지급사유 발생 전에 그 가압류 등에 따른 집행보전의 효력이 집행해제나 집행취소 등의 사유로 실효되지 않는 한, 그 집행보전된 채권은 소멸하지 아니하고 수급사업자의 발주자에 대한 직접지급청구권도 발생하지 아니한다."

대한 사유로 원고에게 대항할 수 없다.[3617]

발주자가 수급사업자에 대한 직접지급의무가 발생하였다고 '착오'를 일으켜 수급사업자에게 하도급대금을 지급한 경우에는, 수급사업자에게 부당이득반환을 청구할 수 있다.[3618]

사. 위임계약

1) 위임인의 수임인에 대한 수취물 인도청구

위임인이 수임인에게 위임계약에 기초한 수취물의 인도를 청구하는 경우,[3619] 위임인은 청구원인사실로서 ① "위임계약 체결 사실", ② "수임인이 위임사무 처리로 금전 등[3620]을 수취한 사실" ③ "위임계약이 종료된 사실"[3621]을 주장·증명하면 되고, 이에 대하

3617) 대법원 2017. 5. 30. 선고 2015다25570 판결; 피고(발주자), 소외 1회사(원사업자), 소외 2회사(수급사업자) 사이의 2013. 1. 7.자 직접지급합의 후 소외 2회사가 2013. 3.경까지 시공한 부분의 하도급대금에 관하여 피고의 소외 2회사에 대한 직접지급채무가 발생한 후, 소외 1회사가 2013. 4. 19.~5. 29. 소외 2회사의 하도급공사 관련 노임채무를 대신 변제하는 방법으로 소외 2회사의 하도급대금이 모두 변제되었다는 사유로 피고가 소외 2회사의 추심채권자인 원고에게 대항할 수 없다고 한 예.

3618) 대법원 2019. 12. 24. 선고 2018다223139 판결; "발주자가 수급사업자에 대한 직접 지급의무가 발생하였다고 착오를 일으킨 나머지 수급사업자에게 하도급대금 등을 지급하였다면, 이는 채무자가 아닌 제3자가 타인의 채무를 자기의 채무로 잘못 알고 자기 채무의 이행으로서 변제한 경우에 해당하므로, 특별한 사정이 없는 한 발주자는 수급사업자를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다."

3619) **민법 제684조(수임인의 취득물 등의 인도, 이전의무)** ① 수임인은 위임사무의 처리로 인하여 받은 금전 기타의 물건 및 그 수취한 과실을 위임인에게 인도하여야 한다. ② 수임인이 위임인을 위하여 자기의 명의로 취득한 권리는 위임인에게 이전하여야 한다. **제685조(수임인의 금전소비의 책임)** 수임인이 위임인에게 인도할 금전 또는 위임인의 이익을 위하여 사용할 금전을 자기를 위하여 소비한 때에는 소비한 날 이후의 이자를 지급하여야 하며 그 외의 손해가 있으면 배상하여야 한다.

3620) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다4561 판결; "위임계약이 위임인과 수임인의 신임관계를 기초로 하는 것이라는 점 및 수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 하는 것이라는 점 등을 감안하여 볼 때, 위 조항에서 말하는 '위임사무의 처리로 인하여 받은 금전 기타 물건'에는 수임인이 위임사무의 처리와 관련하여 취득한 금전 기타 물건으로서 이를 수임인에게 그대로 보유하게 하는 것이 위임의 신임관계를 해한다고 사회통념상 생각할 수 있는 것도 포함된다." ☜ 토지의 실소유자로부터 신탁받은 토지의 매도를 위임받은 수임인이 1차 매매계약 체결 후 매매대금을 증액하여 2차 매매계약을 체결하고 매수인이 지정한 주택조합에 소유권이전등기를 해 주었으나, 그 후 1, 2차 매매계약 체결 당시 약정한 '도시계획변경심의 결과 제3종 일반주거지역 아파트 용도로의 변경이 부결될 경우 매매계약을 무효로 한다'는 조항에 따라 1, 2차 매매계약의 무효를 주장하며 매도 토지에 관하여 처분금지가처분결정을 받은 다음 주택조합과 매매대금을 증액하기로 하는 3차 매매계약을 체결하고 그 추가 매매대금을 지급받으면서 아파트 사업승인과 관련하여 어떠한 이의도 제기하지 않겠다는 취지의 확약서 및 가처분 해제 신청서를 작성해 준 **사안**에서, 1, 2차 매매계약은 해제조건의 성취로 이미 그 효력을 상실하였고, 1, 2차 매매계약이 효력을 상실하여 3차 매매계약을 새로이 체결할 경우 그 때 당시의 '정당한 시가'에 따라 매도하여 줄 것을 위임하였다고 보는 것이 당사자의 의사 및 위임의 본지에 부합한다고 할 것인데, 비록 수임인이 가처분을 해제하고 아파트 건축사업을 방해하지 않는다는 조건하에 보상금 내지 합의금 명목으로 2차 추가 매매대금을 지급받은 것이라 하더라도, 매매계약 체결 및 가처분에 이르게 된 경위 등 제반 사정에 비추어 위 추가 매매대금은 수임인이 위임사무의 처리를 빙자하여 취득한 것으로서 그 중 토지의 '정당한 시가'에 상응하는 금원을 수임인이 그대로 보유하는 것은 사회통념상 위임의 신임관계를 해하는 것으로 봄이 상당하므로, 수임인은 토지의 '정당한 시가'에 상응하는 금원을 민법 제684조 제1항에 따라 위임인에게 반환하여야 한다고 한 사례.

3621) 민법 제684조 제1항의 인도 시기는 당사자 간에 특약이 있거나 위임의 본뜻에 반하는 경우 등과 같은 특별한 사정이 있지 않는 한 위임계약이 종료된 때라 할 것이므로, 수임인이 반환할 금전의 범위도 위임종료 시를

여 수임인은 공제 항변으로서 "위임사무의 처리를 위하여 지출한 비용[3622] 등의 액수와 그 비용 등을 위임계약의 취지에 따라 정당한 용도로 지출하였다는 점"을 주장·증명하면 된다.[3623]

이는 수임인이 위임인으로부터 업무처리비용으로 금원을 선지급받은 경우에도 마찬가지이므로, 수임인으로서는 그 받은 비용에서 업무처리를 하는 데에 사용하고 남은 금원이 있다면 이를 위임인에게 반환할 의무가 있고, 수임인은 위임인의 그러한 비용반환청구가 있으면 그 지출한 비용의 액수와 용도를 증명하지 않는 한 반환을 거부할 수 없다.[3624]

자녀가 그 명의로 취득한 특유재산에 대한 친권자의 재산 관리 권한이 소멸한 때에는

기준으로 정해진다(2004다64432). 민법 제684조 제2항의 이전 시기 역시 당사자 간에 특약이 있거나 위임의 본뜻에 반하는 경우 등과 같은 특별한 사정이 없는 한 위임계약이 종료된 때이고, 따라서 위임사무로 수임인 명의로 취득한 권리에 관한 위임인의 이전청구권의 소멸시효는 위임계약이 종료된 때부터 진행하게 된다(대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다217117 판결).

3622) **민법 제688조(수임인의 비용상환청구권 등)** ① 수임인이 위임사무의 처리에 관하여 필요비를 지출한 때에는 위임인에 대하여 지출한 날 이후의 이자를 청구할 수 있다. ☛ 여기서 '필요비'는 선량한 관리자의 주의를 가지고 수임인이 필요하다고 판단하여 지출한 비용으로서 위임인에게 실익이 생기는지 여부 또는 위임인이 소기의 목적을 달성하였는지 여부는 불문한다. 한편 수임인이 위임사무를 처리하는 과정에서 선관주의의무를 위반한 사실이 있다 하더라도, 그 이후 수임인이 위임사무 처리를 위해 비용을 지출하였고, 해당 비용의 지출 과정에서 수임인이 선량한 관리자로서의 주의를 다하였다면, 수임인은 선행 선관주의의무 위반과 상당인과관계 있는 비용 증가에 대하여 손해배상의무를 부담하는 것은 별론으로 하고 위임인에 대하여 필요비의 상환을 청구할 수 있다(대법원 2024. 2. 29. 선고 2023다294470, 294487 판결).

3623) 수임인의 위임인에 대한 취득물 인도의무나 수임인의 위임사무처리비용 상환방법 등에 관하여 위임계약에서 특별히 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위임계약이 종료된 때에 수임인이 위임사무의 처리로 인하여 얻은 총 수익에서 위임계약의 취지에 따라 위임사무의 처리를 위하여 지출한 총 비용 등을 공제하고 남아 있는 수익이 있는 경우, 수임인은 위임인에게 이를 반환할 의무가 있다고 봄이 타당하다. 이 경우 위임사무의 처리를 위하여 지출한 비용 등의 액수와 그 비용 등을 위임계약의 취지에 따라 정당한 용도로 지출하였다는 점에 대한 증명책임은 수임인에게 있다고 보아야 한다(대법원 2016. 6. 28. 선고 2016다11295 판결).

3624) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다102851 판결; 원고 종중이 종중 이사직에서 퇴임함으로써 원고와의 위임관계가 종료된 피고에 대하여 원고가 업무처리 비용으로 지급한 64,870,000원 중 피고가 사용처를 밝히지 않은 21,419,205원의 반환을 구하고, 피고는 위 돈을 정상적인 업무처리과정에 따라 지출하였다고 주장한 **사안**에서, **원심**은, 피고가 64,870,000원에 대한 대차전표를 원고에게 제출한 사실, 원고 종중의 감사는 피고가 원고 종중의 자금을 보관하면서 64,000,000원을 가지급금 명목으로 장부에 허위기재하고 이를 횡령하였다고 고소하였으나, 피고는 정상적인 절차에 따라 위 비용을 집행하였다고 주장하고 있고 자산원장 사본, 대차전표 사본, 지출결의서 사본, 영수증 등이 피고 주장에 부합한다는 이유로 혐의없음의 불기소결정이 내려진 사실을 인정한 다음, 원고가 피고에게 64,870,000원을 업무처리비용으로 지급한 사실만으로는 피고가 21,419,205원을 지출하지 않고 보관하고 있음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 원고의 청구를 기각한 데 대하여, **대법원**은, 원고가 피고에게 업무처리비용으로 64,870,000원을 선지급한 사실을 인정하고서도 피고가 위 금원을 정당하게 지출하지 아니하였다는 점에 관한 원고의 입증이 없다는 이유로 원고 청구를 배척한 **원심판결**에는 위임에 있어 수임인의 반환의무에 관한 증명책임을 전도한 위법이 있다고 한 예. **[같은 취지]** 대법원 2013. 10. 24. 선고 2010다22415 판결; "상가개발비의 반환에 관한 약정이 무효이거나 그에 관한 약정이 존재하지 않고 나아가 그 상가개발비 약정의 성격이 위임약정이라고 볼 경우 분양자의 책임 없는 사유로 분양계약이 해제되었을 때에는 분양계약 종료 당시까지 분양자가 처리한 사무의 정도와 난이도, 노력의 정도, 처리된 사무에 대하여 가지는 쌍방 당사자의 이익 등 제반 사정을 참작하여 상당하다고 인정되는 보수 금액 및 상당하다고 인정되는 사무처리 비용 등을 공제하고 남은 나머지 상가개발비만을 반환받을 수 있다고 봄이 상당하다. 이 경우 처리한 사무의 정도, 사용된 사무처리 비용 등은 공제를 주장하는 분양자가 그 증명책임을 부담한다."

위임에 관한 민법 제683조(수임인의 보고의무), 제684조(수임인의 취득물 등의 인도, 이전의무)가 유추적용되고, 친권자가 자녀를 대신하여 수령한 돈을 정당하게 지출하였다는 점에 대한 증명책임은 친권자에게 있다.[3625]

2) 수임인의 금전소비 책임

민법 제685조에 따른 수임인의 금전소비 책임을 묻는 위임인의 청구원인 요건사실은, 법정이자만 구하는 경우에는 ① "수임인이 위임인에게 인도할 금전 또는 위임인의 이익을 위하여 사용할 '금전'을[3626] '자기를 위하여 소비'한[3627] 사실"뿐이고, 법정이자 이상의 손해배상을 구하는 경우에는 ② "그 손해의 발생과 그 범위"가 더해진다.[3628]

3) 수임인의 보수청구

민법 제686조[3629]에 기한 '수임인의 위임인에 대한 보수 청구'의 청구원인사실은,

3625) 대법원 2022. 11. 17. 선고 2018다294179 판결: "친권자는 자녀가 그 명의로 취득한 특유재산을 관리할 권한이 있는데(민법 제916조), 그 재산 관리 권한이 소멸하면 자녀의 재산에 대한 관리의 계산을 하여야 한다(민법 제923조 제1항). 여기서 '관리의 계산'이란 자녀의 재산을 관리하던 기간의 그 재산에 관한 수입과 지출을 명확히 결산하여 자녀에게 귀속되어야 할 재산과 그 액수를 확정하는 것을 말한다. 친권자의 위와 같은 재산 관리 권한이 소멸한 때에는 위임에 관한 민법 제683조, 제684조가 유추적용되므로, 친권자는 자녀 또는 그 법정대리인에게 위와 같은 계산 결과를 보고하고, 자녀에게 귀속되어야 할 재산을 인도하거나 이전할 의무가 있다. 한편 부모는 자녀를 공동으로 양육할 책임이 있고 양육에 소요되는 비용도 원칙적으로 공동으로 부담하여야 하는 점을 고려할 때, 친권자는 자녀의 특유재산을 자신의 이익을 위하여 임의로 사용할 수 없음은 물론 자녀의 통상적인 양육비용으로도 사용할 수도 없는 것이 원칙이나, 친권자가 자신의 자력으로는 자녀를 부양하거나 생활을 영위하기 곤란한 경우, 친권자의 자산, 수입, 생활수준, 가정상황 등에 비추어 볼 때 통상적인 범위를 넘는 현저한 양육비용이 필요한 경우 등과 같이 정당한 사유가 있는 경우에는 자녀의 특유재산을 그와 같은 목적으로 사용할 수 있다. 따라서 친권자는 자녀에 대한 재산 관리 권한에 기하여 자녀에게 지급되어야 할 돈을 자녀 대신 수령한 경우 그 재산 관리 권한이 소멸하면 그 돈 중 재산 관리 권한 소멸 시까지 위와 같이 정당하게 지출한 부분을 공제한 나머지를 자녀 또는 그 법정대리인에게 반환할 의무가 있다. 이 경우 친권자가 자녀를 대신하여 수령한 돈을 정당하게 지출하였다는 점에 대한 증명책임은 친권자에게 있다. 친권자의 위와 같은 반환의무는 민법 제923조 제1항의 계산의무 이행 여부를 불문하고 그 재산 관리 권한이 소멸한 때 발생한다고 봄이 타당하다. 이에 대응하는 자녀의 친권자에 대한 위와 같은 반환청구권은 재산적 권리로서 일신전속적인 권리라고 볼 수 없으므로, 자녀의 채권자가 그 반환청구권을 압류할 수 있다."

3626) 따라서 '물건'을 소비한 때에는 일반 채무불이행 또는 불법행위 책임에 의한다.

3627) '소비 시에 수임인의 자산·신용 등으로 보아 동액의 금전을 위임인에게 반환하거나 위임인의 이익을 위하여 지출하는 것이 불능 또는 곤란하게 되는 사정이 있는 경우'만을 의미하고, '수임인이 받은 금전 그 자체를 자기의 이익을 위하여 유용하는 모든 경우'를 말하는 것은 아니다. 수임인은 그가 받은 금전 그 자체를 그대로 위임인에게 반환할 필요는 없고 그것과 동액의 금전을 반환하면 되기 때문이다(민법주해 채권(8), 561면(이재홍 집필)).

3628) 수임인의 선의·악의, 고의·과실의 유무를 묻지 않고, 위임인이 손해의 증명을 할 필요 없이 당연히 수임인에게 법정이자를 청구할 수 있으며, 수임인은 손해가 발생하지 않았음을 증명하여도 그 책임을 면하지 못한다. 위임인이 법정이자 이상의 손해가 생긴 것을 증명하면 그 배상도 수임인에게 청구할 수 있다는 점에서, 금전채무에 관한 손해배상의 일반원칙인 민법 제397조의 예외규정에 해당한다(민법주해 채권(8), 1997, 560면(이재홍 집필)).

3629) 민법 제686조(수임인의 보수청구권) ① 수임인은 특별한 약정이 없으면 위임인에 대하여 보수를 청구하지 못한다. ② 수임인이 보수를 받을 경우에는 위임사무를 완료한 후가 아니면 이를 청구하지 못한다. 그러나 기간으로 보수를 정한 때에는 그 기간이 경과한 후에 이를 청구할 수 있다. ③ 수임인이 위임사무를 처리하는 중에 수임인의 책임 없는 사유로 인하여 위임이 종료된 때에는 수임인은 이미 처리한 사무의 비율에 따른 보수를 청구할

① '위임계약 체결 사실', ② '보수 지급 약정의 존재 사실'(제1항의 '특별한 약정'; 변호사 수임 약정에는 무보수로 한다는 등 특별한 사정이 없는 한 보수지급의 묵시적 약정이 있는 것으로 보아야 한다[3630]), ③ '위임사무의 완료[3631] 사실'(제2항)이다.

위임계약에서 보수액에 관하여 약정한 경우에 수임인은 원칙적으로 약정보수액을 전부 청구할 수 있지만, 약정보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반한다고 볼 만한 '특별한 사정'이 있는 때에는 예외적으로 상당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있다(법원은 위임계약의 보수가 신의성실의 원칙 및 형평의 원칙에 반하는지 여부 및 상당하다고 인정되는 범위 내의 보수에 관해서 직권으로 살펴보아야 하지만,[3632] 위와 같은 '특별한 사정'의 존재에 대한 증명책임은 약정된 보수액이 부당하게 과다하다고 주장하는 측에 있다[3633]).[3634] 위임계약이나 그 보수약정 전부가 민법 제103조에 의하여 무효인 경우도

수 있다.

3630) 대법원 2023. 11. 9.자 2023마6427 결정; "변호사에게 계쟁사건 처리를 위임하면서 보수지급 및 수액에 관하여 명시적인 약정을 아니하였더라도, 무보수로 한다는 등 특별한 사정이 없는 한 보수지급의 묵시적 약정이 있는 것으로 보아야 한다. 소송비용에 산입되는 변호사의 보수에는 보수계약에 의하여 현실적으로 지급한 것뿐만 아니라 사후에 지급하기로 약정한 것까지 포함되므로, 소송비용액확정 절차에 편입될 변호사보수를 판단할 때에는 특정금액의 지급의무가 발생하였는지가 문제 될 뿐 그 지급방법이나 실제 지급 여부는 영향을 미치지 아니한다. 다만 당사자가 본안소송과 보전소송을 동일한 소송대리인에게 위임한 경우 본안소송과 보전소송을 구별하여 별도로 변호사보수 지급 약정을 하였는지는 소송위임계약의 체결 경위와 내용, 본안소송과 보전소송의 진행 경과 등 여러 사정을 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다."(본안 관련사건과 별도로 변호사보수 지급 약정을 하였다고 인정하기 어렵다고 한 예) ☛ 갑이 변호사 을에게 소송대리를 위임하면서 '위임사무가 판결 등으로 성공한 때에는 변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙에 따른 변호사보수와 착수보수의 차액에 해당하는 소송비용청구권을 성공보수로 양도한다.'고 약정한 사안에서, 위 약정의 의미는 위임사무가 판결 등으로 성공한 때에는 착수보수와 성공보수를 합한 총 변호사보수를 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙에 따라 본안소송의 소송목적의 값을 기준으로 정해지는 변호사보수 금액으로 정하되, 그 지급을 위하여 또는 지급에 갈음하여 소송비용청구권을 양도하는 내용으로서, 변호사보수 채무의 발생과 지급방식을 함께 정한 것으로 보는 것이 당사자의 의사 및 거래관행에 부합하는 해석이라고 한 사례(2021마7301).

3631) ◎ **변호사의 위임사무 종료시기;** ❶ 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022다276307 판결; "소송위임계약으로 성공보수를 약정하였을 경우 심급대리의 원칙에 따라 수임한 소송사무가 종료하는 시기인 해당 심급의 판결을 송달받은 때로부터 그 소멸시효기간이 진행되나, 당사자 사이에 보수금의 지급시기에 관한 특약이 있다면 그에 따라 보수채권을 행사할 수 있는 때로부터 소멸시효가 진행한다고 보아야 한다." ❷ 대법원 2016. 7. 7. 선고 2014다1447 판결; "항소심 사건의 소송대리인인 변호사 … 위임사무는 특별한 약정이 없는 한 항소심판결이 송달된 때에 종료되므로, 변호사 등은 항소심판결이 송달되어 위임사무가 종료되면 원칙적으로 그에 따른 보수를 청구할 수 있다. 그러나 항소심판결이 상고심에서 파기되고 사건이 환송되는 경우에는 사건을 환송받은 항소심법원이 환송 전의 절차를 속행하여야 하고 환송 전 항소심에서의 소송대리인인 변호사 등의 소송대리권이 부활하므로, 환송 후 사건을 위임사무의 범위에서 제외하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 변호사 등은 환송 후 항소심 사건의 소송사무까지 처리하여야만 비로소 위임사무의 종료에 따른 보수를 청구할 수 있게 된다."

3632) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015다35560 판결.

3633) 대법원 2012. 8. 17. 선고 2010다60172 판결.

3634) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2016다35833 전원합의체 판결의 다수의견; "변호사의 소송위임 사무처리 보수에 관하여 변호사와 의뢰인 사이에 약정이 있는 경우 위임사무를 완료한 변호사는 원칙적으로 약정 보수액 전부를 청구할 수 있다. 다만 의뢰인과의 평소 관계, 사건 수임 경위, 사건처리 경과와 난이도, 노력의 정도, 소송물 가액, 의뢰인이 승소로 인하여 얻게 된 구체적 이익, 그 밖에 변론에 나타난 여러 사정을 고려하여, 약정 보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 관념에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 적당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있다. 그런데 이러한 보수 청구의 제한은 어디까지나 계약자유의 원칙에 대한 예외를 인정하는 것이므로, 법원은 그에 관한 합리적인 근거를 명확히

있다.[3635]

한편, 상법 제61조[3636]에 기한 '상인의 보수 청구'의 청구원인사실은, ① '원고가 상인인 사실', ② '원고가 그 영업 범위 내에서 피고를 위하여 행위를 한 사실', ③ '상당하다고 인정되는 보수 액수'이다.[3637] 피고는 '상인의 보수청구권을 배제하는 특약(무상 또는 위 ③보다 저액의 보수 특약)의 존재' 사실로 항변할 수 있다.[3638]

4) 수임인의 대변제청구권

수임인이 '위임사무의 처리에 필요한 채무'[3639]를 부담한 때에는 위임인에게 '자기

발현야 한다. … 위임이나 신탁과 같은 계약은 당사자 사이의 신뢰관계를 기초로 상대방의 권리와 이익을 보호하는 데에 목적이 있으므로, 단순히 급부의 교환에 그치는 매매와 같은 계약에 비하여 신의칙과 형평의 관념이 강하게 작용한다." ☞ 원고의 변호사 보수청구에 대하여, 소송위임계약에서 약정한 변호사 보수가 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙과 형평의 관념에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있다고 보기 어렵다고 보아, 원심 판결 중 신의칙 및 형평의 관념에 의하여 변호사 보수를 감액한 부분을 파기환송한 사례.

3635) ❶ 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015다35560 판결; "어떠한 위임계약이 행정청의 허가 등을 목적으로 하는 신청행위를 대상으로 하는 경우에 그 신청행위 자체에는 전문성이 크게 요구되지 않고 허가에는 공무원의 재량적 판단이 필요하며, 그 신청과 관련된 절차에 필수적으로 필요한 비용은 크지 않은 데 반하여 약정보수액은 지나치게 다액으로서, 수임인이 위 허가를 얻기 위하여 공무원의 직무 관련 사항에 관하여 특별한 청탁을 하면서 뇌물공여 등 로비를 하는 자금이 그 보수액에 포함되어 있다고 볼 만한 특수한 사정이 있는 때에는 그 위임계약은 반사회질서적인 조건이 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠고 있어 민법 제103조에 의하여 무효로 보아야 한다." ❷ 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결; "형사사건에서의 성공보수약정은 수사·재판의 결과를 금전적인 대가와 결부시킴으로써, 기본적 인권의 옹호와 사회정의의 실현을 그 사명으로 하는 변호사 직무의 공공성을 저해하고, 의뢰인과 일반 국민의 사법제도에 대한 신뢰를 현저히 떨어뜨릴 위험이 있으므로, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 것으로 평가할 수 있다. … 종래 이루어진 보수약정의 경우에는 보수약정이 성공보수라는 명목으로 되어 있다는 이유만으로 민법 제103조에 의하여 무효라고 단정하기는 어렵다. 그러나 대법원이 이 판결을 통하여 형사사건에 관한 성공보수약정이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 것으로 평가할 수 있음을 명확히 밝혔음에도 불구하고 향후에도 성공보수약정이 체결된다면 이는 민법 제103조에 의하여 무효로 보아야 한다."

3636) **상법 제61조(상인의 보수청구권)** 상인이 그 영업 범위 내에서 타인을 위하여 행위를 한 때에는 이에 대하여 상당한 보수를 청구할 수 있다.

3637) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다248803, 248810 판결; "상법 제61조에 정한 보수청구권을 행사하기 위해서는 적어도 각 원고별로 피고가 제공한 용역 또는 서비스의 구체적인 내용과 그에 상당하는 보수액을 주장·증명하여야 할 것인데"

3638) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2006다15816 판결; "상법 제61조는 … 타인을 위하여 어떠한 행위를 하여도 특약이 없으면 보수를 청구할 수 없다는 민법 제686조, 제701조의 규정과 달리, 상인의 행위는 영리를 목적으로 하고, 영업 범위 내에서 타인을 위하여 노력을 제공한 때에는 그 보수를 기대하고, 이로 인하여 이익을 얻은 자는 응분의 보수를 지급하는 것이 상거래의 통념에 부합한다고 보아서 인정되는 규정이므로, 당사자 사이에 이를 배제하는 특약이 있는 경우에는 그 적용이 없다고 할 것이다. … 보수지급약정을 일정한 조건 성취를 전제로 한 성공보수금으로 약정하였다면 그 조건이 성취되지 아니하여 원고가 성공보수금의 청구를 할 수 없는 이상 별도의 보수도 청구할 수 없다고 해석함이 위 보수지급약정의 반대해석에 비추어 당연하고, 따라서 당사자 사이의 이와 같은 성공보수약정은 상법 제61조에 의한 상인의 보수청구권을 배제하는 특약으로 봄이 상당하다."

3639) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016다48808 판결; "수임인이 위임사무 처리와 관련하여 선관주의의무를 다하여 자기의 이름으로 위임인을 위해 필요한 계약을 체결하였다고 하더라도, 이후 그에 따른 채무를 이행하지도 않고 위임인에 대하여 필요한 보고 등의 조치도 취하지 않으면서 방치하여 두거나 계약 상대방의 소제기에 제대로 대응하지 않음으로써 수임인 자신이 계약 상대방에 대하여 부담하여야 할 채무액이 확대된 경우에는, 그 범위가 확대된 부분까지도 당연히 '위임사무의 처리에 필요한 채무'로서 '위임인에게 대신 변제하게 할 수 있는 채무'의 범위에 포함된다고 보기는 어렵다. 이러한 경우 법원으로서는 수임인이 보고의무 등을 다하지 못하거나 계약 상대방이 제기한 소송에 제대로 대응하지 못하여 채무액이 확대된 것인지 등을 심리하여 수임인

에 갈음하여 이를 변제'하게 할 수 있다(민법 제688조 제2항 전단). 대변제청구권은 통상의 금전채권과는 달리 취급되는 특성이 있다.[3640]

5) 처분권주의·변론주의

민법 제684조에 따른 '수임인 취득물에 대한 인도, 이전 청구권'과 민법 제685조에 따른 손해배상청구권은 별개의 권리이므로 그 각 주장이 있어야 판단의 대상이 될 수 있지만,[3641] 주장 속에 위 각 권리를 행사하는 취지가 포함되어 있다고 볼 여지가 충분한 경우 법원으로서는 주장 취지를 명백히 한 다음 심리·판단하여야 한다.[3642]

위임계약의 각 당사자는 민법 제689조에 의하여 특별한 이유 없이도 언제든지 위임계약을 해지(임의해지; 일방적인 일부 해지는 허용되지 않는다[3643])할 수 있다[3644](다만, 당사자 일방이

이 위임인에게 대신 변제하게 할 수 있는 채무의 범위를 정하여야 한다."

3640) ❶ 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다52506 판결; "수임인이 가지는 민법 제688조 제2항 전단 소정의 대변제청구권은, 통상의 금전채권과는 다른 목적을 갖는 것이므로, 수임인이 이 대변제청구권을 보전하기 위하여 채무자인 위임인의 채권을 대위행사하는 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니한다." 乙 회사와 그 이사인 甲 사이에는 상법 제382조 제2항에 의하여 위임규정이 준용되고, 甲이 乙의 공장매수대금을 마련하기 위해 丙으로부터 금원을 차용하여 乙에게 교부함으로써, 甲은 위임사무 처리에 관하여 대출금채무를 부담한 것으로 되어, 민법 제688조 제2항 전단의 규정에 의해 乙에게 자신에 갈음하여 대출금채무를 변제할 것을 청구할 권리가 있고, 이 대변제청구권(代辨濟請求權)을 보전하기 위하여 乙의 丙에 대한 확정판결상의 부당이득반환채권과 위 대출금 채무를 대등액에서 상계할 권리를 대위행사할 수 있다고 본 예. ❷ 수임인이 자기의 이름으로 위임인을 위해 체결한 계약의 상대방이 수임인의 채권자로서 수임인을 대위하여 위임인에게 행사하는 대변제청구권은 수임인의 채권자가 수임인에 대하여 위 계약에 기초한 피보전채권을 갖고 있는 한 독립하여 소멸시효의 대상이 되지 아니하고, 위임인의 수임인에 대한 별개의 금전채권과 수임인의 대변제청구권은 동종의 채권으로 볼 수 없어 상계가 허용되지 않는다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2016다48808 판결).

3641) "민법 제684조의 규정에 따른 피고법인 유보재산의 인도 및 이전을 구하고 있을 뿐 같은 법 제685조에 따른 손해배상을 구하고 있지 않음이 명백하므로, 이와 다른 전제에서 원심을 비난하는 상고이유의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다."고 한 예(2004다64432).

3642) ① '피고는 원고에게 위임계약의 이행으로서 3차 매매계약 체결 당시의 정당한 시가 상당액을 지급할 의무가 있다'는 주장과 함께 '피고가 위임계약에 따른 선량한 관리자로서의 주의의무를 위반하여 토지의 매매대금을 현저히 부당한 저가로 산정함으로써 원고로 하여금 정당한 시가와의 차액 상당의 손해를 입게 하였다'는 주장을 한 경우, 그 주장 속에는 '손해배상청구권'을 행사하는 취지 이외에 '수임인의 취득물인도청구권'을 행사하는 취지가 포함되어 있다고 볼 여지가 충분하다고 한 예(2010다4561). ② 원고의 '부당이득 반환 청구'에 '수임인의 취득물인도청구권'을 행사하는 취지가 포함되어 있다고 볼 여지가 있다고 한 예(96다27902).

3643) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011다88207 판결; "위임계약의 경우 위임인은 민법 제689조 제1항에 의하여 언제든지 그 계약을 해지할 수 있지만, 그렇다고 하더라도 위임인이 위임계약을 유지하면서 일방적으로 계약 내용 중 일부의 효력을 정지시키거나 계약의 일부만을 해지하는 것은 허용되지 않는다. 또한 계약당사자는 계약 내용을 전체적으로 고려하여 계약을 체결할지 여부를 결정하는 것이고 이는 위임계약의 경우에도 마찬가지이므로, 위임계약의 당사자 사이에 분쟁이 있었다고 하여 그러한 사정만으로 위임인에게 유리하도록 계약 내용 중 일부에 관하여만 효력을 정지시키는 것이 계약당사자의 의사에 부합한다고 함부로 추단할 수도 없다."

3644) ◎ **위임계약 해지 자유의 제한**

❶ 대법원 2019. 5. 30. 선고 2017다53265 판결; "민법 제689조 제1항, 제2항은 임의규정에 불과하므로 당사자의 약정에 의하여 위 규정의 적용을 배제하거나 그 내용을 달리 정할 수 있다. 그리고 당사자가 위임계약의 해지사유 및 절차, 손해배상책임 등에 관하여 민법 제689조 제1항, 제2항과 다른 내용으로 약정을 체결한 경우, 이러한 약정은 당사자에게 효력을 미치면서 당사자 간의 법률관계를 명확히 함과 동시에 거래의 안전과 이에 대한 각자의 신뢰를 보호하기 위한 취지라고 볼 수 있으므로, 이를 단순히 주의적인 성격의 것이라고 쉽게 단정해서는 아니 된다. 따라서 당사자가 위임계약을 체결하면서 민법 제689조 제1항, 제2항에 규정된 바와 다른 내용으로 해지사유 및 절차, 손해배상책임 등을 정하였다면, 민법 제689조 제1항, 제2항이 이러한

부득이한 사유 없이 상대방의 불리한 시기에 계약을 해지한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다[3645]). 따라서 위임계약의 일방 당사자가 타방 당사자의 '채무불이행'을 이유로 위임계약을 '해지'한다는 의사표시[3646]를 하였으나 실제로는 채무불이행을 이유로 한 계약 해지의 요건을 갖추지 못한 경우라도, 특별한 사정이 없는 한 위 의사표시에는 '임의해지'로서의 효력이 인정된다.[3647] 민법상 위임의 성격을 갖는 가맹계약의 경우, 특별법인 '가맹사업거래의 공정화에 관한 법률'이 우선 적용되어 해지절차에 강행규정인 동법 제14조[3648]가 적용되

약정과는 별개 독립적으로 적용된다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 위 약정에서 정한 해지사유 및 절차에 의하지 않고는 계약을 해지할 수 없고, 손해배상책임에 관한 당사자 간 법률관계도 위 약정이 정한 바에 의하여 규율된다고 봄이 타당하다." ☞ **[동일취지]** 대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다263537 판결. ❷ 대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다258237 판결; 위임과 비슷한 무명계약의 법적 성질을 갖는 '전속매니지먼트계약'은, 민법상 위임계약과는 달리 그 존속과 관련하여 당사자들의 이해관계가 강하게 결부되어 있으므로 연예인이 언제든지 계약을 해지할 수는 없으나, 기본적으로 위임계약의 속성을 지니고 있음에 비추어 볼 때 계약의 존속을 기대할 수 없는 중대한 사유가 있는 경우에만 계약을 해지할 수 있다고 볼 것은 아니고, 계약당사자 상호 간의 신뢰관계가 깨어지면 연예인은 전속계약을 해지할 수 있다고 판시한 사례. ❸ 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다98771 판결; "등기권리자와 등기의무자 쌍방으로부터 등기절차의 위임을 받고 그 절차에 필요한 서류를 교부받은 법무사는 절차가 끝나기 전에 등기의무자로부터 등기신청을 보류해 달라는 요청이 있었다 해도 등기권리자에 대한 관계에 있어서는 그 사람의 동의가 있는 등 특별한 사정이 없는 한 그 요청을 거부해야 할 위임계약상의 의무가 있는 것이므로 이와 같은 경우에는 등기의무자와 법무사 사이의 위임계약은 계약의 성질상 민법 제689조 제1항의 규정에 관계없이 등기권리자의 동의 등 특별한 사정이 없는 한 해제할 수 없다고 할 것이다. 그리고 법무사의 성실의무 등에 비추어 위와 같이 등기권리자와 등기의무자 쌍방으로부터 위임받은 등기절차가 마쳐지기 전에 등기의무자로부터 동일한 등기목적 부동산에 관하여 기존의 등기권리자가 아닌 제3자에게로의 등기절차를 경료하여 달라는 요청을 받은 경우, 법무사는 등기권리자의 수임자로서 그 요청을 거부하거나 최소한 그 사실을 위임인인 등기권리자에게 알려주어 등기권리자가 권리보호를 위하여 적당한 조치를 취할 기회를 가지게 할 위임계약상의 의무가 있다고 할 것이다."

3645) ❶ 대법원 2015. 12. 23. 선고 2012다71411 판결; "민법상의 위임계약은 그것이 유상계약이든 무상계약이든 당사자 쌍방의 특별한 대인적 신뢰관계를 기초로 하는 위임계약의 본질상 각 당사자는 언제든지 이를 해지할 수 있고 그로 말미암아 상대방이 손해를 입는 일이 있어도 그것을 배상할 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이며, 다만 상대방이 불리한 시기에 해지한 때에는 그 해지가 부득이한 사유에 의한 것이 아닌 한 그로 인한 손해를 배상하여야 하나, 그 배상의 범위는 위임이 해지되었다는 사실로부터 생기는 손해가 아니라 적당한 시기에 해지되었더라면 입지 아니하였을 손해에 한한다. 그리고 수임인이 위임받은 사무를 처리하던 중 사무처리를 완료하지 못한 상태에서 위임계약을 해지함으로써 위임인이 그 사무처리의 완료에 따른 성과를 이전받거나 이익을 얻지 못하게 되었다 하더라도, 별도로 특약을 하는 등 특별한 사정이 없는 한 위임계약에서는 시기 여하를 불문하고 사무처리 완료 이전에 계약이 해지되면 당연히 위임인이 그 사무처리의 완료에 따른 성과를 이전받거나 이익을 얻지 못하는 것으로 계약 당시에 예정되어 있으므로, 수임인이 사무처리를 완료하기 전에 위임계약을 해지한 것만으로 위임인에게 불리한 시기에 해지한 것이라고 볼 수는 없다." ❷ 98다47108; "위임인의 이익과 함께 수임인의 이익도 목적으로 하고 있는 위임의 경우에는 위임인의 해지 자유가 제한되어 위임인으로서는 해지 자체는 정당한 이유 유무에 관계없이 할 수 있다 하더라도 정당한 이유 없이 해지한 경우에는 상대방인 수임인에게 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다."

3646) 대법원 1996. 11. 26. 선고 96다27148 판결; "수임인이 위임계약상의 채무를 제대로 이행하지 아니하였다 하여 위임인이 언제나 최고 없이 바로 그 채무불이행을 이유로 하여 위임계약을 해제할 수 있는 것은 아니고, 아직도 수임인이 위임계약상의 채무를 이행하는 것이 가능하다면 위임인은 수임인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고, 수임인이 그 기간 내에 이를 이행하지 아니할 때에 한하여 계약을 해제할 수 있다고 볼 것이다."

3647) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2012다71411 판결. ⇔ 변론주의에 반한다고 한 판시로는 2011다88207 참조. ⇔ 이와 달리 '도급'의 경우에는 채무불이행을 이유로 한 해제 의사표시에 임의해제의 의사가 포함되어 있다고 볼 수 없다(대법원 2022. 10. 14. 선고 2022다246757 판결).

3648) ① 가맹본부는 가맹계약을 해지하려는 경우에는 가맹점사업자에게 2개월 이상의 유예기간을 두고 계약의 위반사실을 구체적으로 밝히고 이를 시정하지 아니하면 그 계약을 해지한다는 사실을 서면으로 2회 이상 통지하여

고, 그에 반하는 계약이나 해지 통지는 무효이다.[3649]

아. 조 합

1) 당사자적격(임의적 소송신탁, 고유필수적 공동소송)

업무집행조합원은 조합재산에 관한 소송에 관하여 조합원으로부터 '임의적 소송신탁'을 받아 자기의 이름으로 소송을 수행하는 것은 허용된다(임의적 소송신탁은 원칙적으로는 허용되지 않지만, 변호사대리의 원칙이나 소송신탁의 금지 등을 회피하기 위한 탈법적인 것이 아니고, 이를 인정할 합리적인 이유와 필요가 있는 경우에는 예외적·제한적으로 허용될 수 있다).[3650]

조합재산에 관하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소는 합유물에 관한 소송으로서 조합원 전부를 공동피고로 하여야 하는 '고유필수적 공동소송'에 해당한다.[3651]

합유재산의 보존을 위한 소는 조합원 중 1인이 단독으로 제기할 수 있다.[3652]

야 한다. 다만, 가맹사업의 거래를 지속하기 어려운 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
② 제1항의 규정에 의한 절차를 거치지 아니한 가맹계약의 해지는 그 효력이 없다.

3649) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2021다225708 판결(택배사업 수탁·운영 지점설치계약).

3650) 대법원 1984. 2. 14. 선고 83다카1815 판결; "민사소송 중 재산권상의 청구에 관하여는 소송물인 권리 또는 법률관계에 관하여 관리처분권을 갖는 권리주체에게 당사자적격이 있다고 함이 원칙이나 비록 제3자라고 하더라도 법률이 정하는 바에 따라 일정한 권리나 법률관계에 관하여 당사자적격이 부여되는 경우와 본래의 권리주체로부터 그의 의사에 따라 소송수행권을 수여 받음으로써 당사자적격을 인정하는 경우도 허용된다고 풀이할 것이다. 물론 이와 같은 임의적 소송신탁은 우리나라 법제하에서는 그 허용되는 경우라는 것은 극히 제한적이라고 밖에 할 수 없을 것이나 탈법적 방법에 의한 것이 아니고(소송대리를 변호사에 한하게 하고 소송신탁을 금지하는 것을 피하는 따위) 이를 인정하는 합리적 필요가 있다고 인정되는 경우가 있을 것이므로 따라서 민법상의 조합에 있어서 조합규약이나 조합결의에 의하여 자기의 이름으로 조합재산을 관리하고 대외적 업무를 집행할 권한을 수여받은 **업무집행조합원**은 조합재산에 관한 소송에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기의 이름으로 소송을 수행하는 것은 허용된다고 할 것이다." ☛ **임의적 소송신탁이 긍정된 예**로는, 집합건물 관리단으로부터 집합건물의 관리업무를 위임받은 **위탁관리회사**(대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다87885, 87892 판결), 집합건물의 관리단으로부터 공용부분 변경에 관한 업무를 위임받은 **입주자대표회의**(대법원 2017. 3. 16. 선고 2015다3570 판결), 구 전통시장법에 따른 시장관리자로부터 관리업무를 위임받은 상가상인회(대법원 2020. 8. 20. 선고 2020다221020 판결) 등이 있다.

3651) ❶ 합유로 소유권이전등기가 된 부동산에 관하여 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송은 조합재산인 합유물의 처분에 관한 소송으로서 합유자 전원을 피고로 하여야 할 뿐 아니라 합유자 전원에 대하여 합일적으로 확정되어야 하는 고유필수적 공동소송에 해당하며, 그 명의신탁 해지를 구하는 당사자가 합유자 중의 1인이라는 사유만으로 달리 볼 것은 아니다(2014다73794,73800). ❷ 아파트 신축사업을 동업하는 조합이 시공회사에 공사대금 명목으로 제공한 건물에 대하여 분양계약을 체결하거나 수분양권을 양수한 자가 조합원들을 상대로 조합재산인 위 건물에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기한 사안에서, 그 소는 합유물에 관한 소송으로서 조합원들 전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송에 해당한다고 한 사례(2008다50691). ☛ '**고유필수적 공동소송**'에 관하여는 '공유물분할청구' 기술 부분 참조.

3652) ○ 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결; "합유재산의 보존행위는 합유재산의 멸실·훼손을 방지하고 그 현상을 유지하기 위하여 하는 사실적·법률적 행위로서 이러한 합유재산의 보존행위를 각 합유자 단독으로 할 수 있도록 한 취지는 그 보존행위가 긴급을 요하는 경우가 많고 다른 합유자에게도 이익이 되는 것이 보통이기 때문이다. 민법상 조합인 공동수급체가 경쟁입찰에 참가하였다가 다른 경쟁업체가 낙찰자로 선정된 경우, 그 공동수급체의 구성원 중 1인이 그 낙찰자 선정이 무효임을 주장하며 무효확인의 소를 제기하는 것은 그 공동수급체가 경쟁입찰과 관련하여 갖는 법적 지위 내지 법률상 보호받는 이익이 침해될 우려가 있어 그 현상을 유지하기 위하여 하는 소송행위이므로 이는 합유재산의 보존행위에 해당한다." ☜ 낙찰자 선정 무효확인의 소는 공동수급체 조합의 목적 사업을 적극적으로 달성하기 위한 행위로서 고유필수적 공동소송에 해당하므로,

2) 민법상의 조합의 성립요건

민법상의 조합계약은 2인 이상이 상호 출자하여 공동으로 사업을 경영할 것을 약정하는 계약으로서(민법 제703조) '특정한 사업을 공동 경영하는 약정'에 한하여 이를 조합계약이라고 할 수 있고, '공동의 목적달성'이라는 정도만으로는 조합의 성립요건을 갖추지 못하였다고 할 것이다.[3653]

수인이 부동산을 공동으로 매수한 경우, 매수인들 사이의 법률관계는 공유관계로서 단순한 공동매수인에 불과하여 매도인은 매수인 수인에게 그 지분에 대한 소유권이전등기 의무를 부담하는 경우도 있을 수 있고, 그 수인을 조합원으로 하는 동업체에서 매수한 것으로서 매도인이 소유권 전부의 이전의무를 그 동업체에 대하여 부담하는 경우도 있을 수 있는바,[3654] 공동매수의 목적이 전매차익의 획득에 있을 경우 그것이 공동사업을 위해 동업체에서 매수한 것이 되려면, 적어도 공동매수인들 사이에서 그 매수한 토지를 공유가 아닌 동업체의 재산으로 귀속시키고 공동매수인 전원의 의사에 기해 전원의 계산으로 처분한 후 그 이익을 분배하기로 하는 명시적 또는 묵시적 의사의 합치가 있어야만 할 것이고, 이와 달리 공동매수 후 매수인별로 토지에 관하여 공유에 기한 지분권을 가지고 각자 자유롭게 그 지분권을 처분하여 대가를 취득할 수 있도록 한 것이라면 이를 동업체에서 매수한 것으로 볼 수는 없다.[3655]

공동이행방식의 공동수급체는 기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가진다.[3656]

조합 구성원 중 1인인 원고만이 제기한 소는 부적법하다고 판단한 원심을 파기한 예.
○ 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다16896 판결: "원고들은 모두가 이 사건 부동산들에 관한 합유지분권자들로서 그에 관한 보존행위로서 각자 위헌 무효인 법률을 근거로 마쳐진 피고들 명의 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다 할 것이다."

3653) ○ 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다51369 판결(수분양자들이 상가 임대차계약의 승계를 통해 공동임대인의 지위에 있게 되었다 하더라도 이를 들어 '공동의 목적달성'이라는 정도를 넘어서서 '임대사업을 공동경영하는 약정'을 체결함으로써 어떠한 형태의 조합이 성립된 것이라고 볼 수 없음에도, 위 수분양자들이 상가 전체를 일괄적으로 사용·수익하기 위하여 각 구분소유건물의 사용권을 출자하여 공동으로 상가 임대차사업을 영위하고, 그 사업성과로서 차임을 분배정산하기로 하는 동업계약을 체결하였다고 본 원심판결을 파기한 사례).
○ 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007다42617 판결(상가 8층의 점포소유자들 중 일부로 구성된 상가활성화위원회는 상호 출자하여 공동사업을 경영하기로 약정함에 따라 결성된 것이라기보다는, 점포주들이 자신들의 점포에 대한 내부구조를 변경하여 전자제품 매장으로 조성한 후 재임대한다는 공동의 목적달성을 위한 모임에 불과하여 조합의 성립요건을 갖추었다고 보기 어렵다고 본 사례).
○ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다44965 판결(공유재산인 대지 및 점포를 임대·관리한다는 공동의 목적달성을 위한 모임에 불과하여 조합의 성립요건이 갖추어지지 않았다고 본 사례).

3654) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다75635, 75642 판결(수인이 토지를 공동으로 매수한 것이 토지형질변경 등을 통해 가치를 증대시킨 뒤 그 전체를 전매하여 차익을 취득하기 위한 사업을 공동으로 영위할 목적으로 한 것이라고 보아, 그 토지를 수인을 조합원으로 하는 동업체가 매수하였다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례).

3655) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다5140 판결(부동산의 공동매수인들이 전매차익을 얻으려는 '공동의 목적달성'을 위해 상호 협력한 것에 불과하고 이를 넘어 '공동사업을 경영할 목적'이 있었다고 인정되지 않는 경우, 이들 사이의 법률관계는 공유관계에 불과할 뿐 민법상 조합이 아니라고 한 사례).

3656) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009다105406 전원합의체 판결.

3) 업무집행조합원의 대리권 추정

조합의 업무집행조합원[3657]은 조합을 위하여[3658] 모든 행위(업무집행자가 1인만 있는 경우, '조합재산의 처분·변경'도 단독으로 할 수 있다[3659])를 할 **대리권이 있는 것으로 법률상 추정**되고(민법 제709조), **업무집행에 관하여 조합원 전원의 동의를 요하도록 하는 약정의 존재** 등으로 업무집행조합원에게 **대리권이 없거나 제한된다고 주장하는 측이 그에 대한 주장증명책임을 지며, 상대방은 약정에 따른 조합원 전원의 동의 사실 등에 대한 주장증명책임을 진다.**[3660] 조합과 업무집행조합원의 이익이 상반하는 사항에 관하여는 **업무집행조합원의 대리권이 부정된다.**[3661]

4) 손익분배

당사자가 손익분배의 비율을 정하지 아니한 때에는 각 조합원의 출자가액에 비례하여 이를 정하고, 이익 또는 손실에 대하여 분배의 비율을 정한 때에는 그 비율은 이익과 손실에 공통된 것으로 법률상 추정한다(민법 제711조).

조합이 '분기별'로 이익금을 정산·분배하기로 약정한 경우, 조합원이 자신에게 불리한

3657) 업무집행자는 조합계약으로 정하거나, 조합원의 3분의 2 이상의 찬성으로써 선임한다(민법 제706조 ①). 조합계약으로 조합원 중 일부 또는 제3자를 업무집행자로 정하지 않은 경우에는 모든 조합원이 원칙적으로 업무집행권을 가진다(2016다46338,46345). 업무를 집행하는 조합원은 조합계약의 내용에 따라 선량한 관리자의 주의로써 조합사무를 처리하여야 한다(민법 제707조, 제681조).

3658) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다79340 판결: "민법상 조합의 경우 법인격이 없어 조합 자체가 본인이 될 수 없으므로, 이른바 조합대리에 있어서는 본인에 해당하는 모든 조합원을 위한 것임을 표시하여야 하나, 반드시 조합원 전원의 성명을 제시할 필요는 없고, 상대방이 알 수 있을 정도로 조합을 표시하는 것으로 충분하다고 할 것이다. 그리고 상법 제48조는 … 규정하고 있으므로, 조합대리에 있어서도 그 법률행위가 조합에게 상행위가 되는 경우에는 조합을 위한 것임을 표시하지 않았다고 하더라도 그 법률행위의 효력은 본인인 조합원 전원에게 미친다고 보아야 할 것이다."

3659) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007다18911 판결: "민법 제272조에 따르면 합유물을 처분 또는 변경함에는 합유자 전원의 동의가 있어야 하나, 합유물 가운데서도 조합재산의 경우 그 처분·변경에 관한 행위는 조합의 특별사무에 해당하는 업무집행으로서, 이에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 민법 제706조 제2항이 민법 제272조에 우선하여 적용된다고 할 것이므로, 조합재산의 처분·변경은 업무집행자가 없는 경우에는 조합원의 과반수로 결정하고, 업무집행자가 수인 있는 경우에는 그 업무집행자의 과반수로써 결정하며, 업무집행자가 1인만 있는 경우에는 그 업무집행자가 단독으로 결정한다고 할 것이다."

3660) 대법원 2002. 1. 25. 선고 99다62838 판결: "민법 제709조에 의하면, 조합계약으로 업무집행자를 정하였거나 또는 선임한 때에는 그 업무집행조합원은 조합의 목적을 달성하는 데 필요한 범위에서 조합을 위하여 모든 행위를 할 대리권이 있는 것으로 추정되지만, 위 규정은 임의규정이라고 할 것이므로 당사자 사이의 약정에 의하여 조합의 업무집행에 관하여 조합원 전원의 동의를 요하도록 하는 등 그 내용을 달리 정할 수 있고, 그와 같은 약정이 있는 경우에는 조합의 업무집행은 조합원 전원의 동의가 있는 때에만 유효하다 할 것이어서, 조합의 구성원이 위와 같은 약정의 존재를 주장·입증하면 조합의 업무집행자가 조합원을 대리할 권한이 있다는 추정은 깨어지고 업무집행자와 사이에 법률행위를 한 상대방이 나머지 조합원에게 그 법률행위의 효력을 주장하기 위하여는 그와 같은 약정에 따른 조합원 전원의 동의가 있었다는 점을 주장·입증할 필요가 있다 할 것이다."

3661) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다271070 판결: "민법 제709조 … 추정된다. 또한 민법 제124조는, 대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하지 못한다고 규정하고 있는데, 본인과 대리인 간의 이해의 충돌이 있는 때에도 위 규정이 적용된다. 이러한 규정에 비추어 보면, 영농조합법인과 그 대표이사의 이익이 상반하는 사항에 관하여 대표이사는 대리권이 없다. 그럼에도 대표이사가 민법 제124조를 위반하여 영농조합법인을 대리한 경우에 그 행위는 무권대리행위로서 영농조합법인에 대하여 효력이 없다."

'연도별' 이익배당을 청구하는 것도 허용되므로, 연도별 이익금이 인정되고 이를 기준으로 청구하고 있다면, 분기별 이익금을 증명하지 못하였다는 이유만으로 가벼이 그 청구를 배척할 것은 아니다.[3662]

조합채권자가 조합원에게 균분하여 그 권리를 행사하는 경우,[3663] 피고인 조합원은 ① 손실 부담이 전혀 없거나 다른 조합원보다 적다는 점 및 ② 그 사실을 원고인 조합채권자가 그 채권 발생 당시 알고 있었다는 점을 항변사실로 주장·증명할 책임이 있다.[3664] 조합채무가 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 인하여 부담하게 된 것이라면, 손실부담 비율이나 균분 비율이 아니라 상법 제57조 제1항에 따라 조합원들의 연대책임이 인정된다.[3665] 조합원 중에 변제할 자력 없는 자가 있는 때에는 그 변제할 수 없는 부분은 다른 조합원이 균분하여 변제할 책임이 있으므로(민법 제713조), 조합채권자는 무자력 조합원의 존재를 주장·증명하여 다른 조합원에게 무자력 조합원 부담 부분의 변제를 구할 수 있다.

조합원의 '업무·재산상태 검사권'에는 장부 그 밖의 서류의 열람·등사를 청구할 권한이 포함된다.[3666]

3662) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2014다19790 판결: "조합관계의 이익분배에 관하여 분기별로 이익금을 정산할 경우 그 이익배당은 매 분기 종료 시에 청구할 수 있고, 어느 분기에 이익이 발생하였다면 다른 분기에 손실이 발생하였는지 여부와 관계없이 해당 분기의 이익배당금을 청구할 수 있으나, 연도별로 이익배당금을 청구할 경우에는 해당 연도의 분기별 손익을 가감하여 연도 말 기준으로 배당 가능한 최종 이익이 있어야 이익배당금을 청구할 수 있으므로, 일반적으로 연도별 이익배당이 분기별 이익배당에 비하여 조합원들에게 불리하다고 할 수 있다. … 조합이 분기별로 이익금을 정산하여 조합원들에게 분배하기로 약정하였다고 하더라도, 그 조합원이 '분기별' 정산 및 이익배당보다 자신에게 불리한 '연도별' 이익배당을 청구하는 것이 허용되지 않는다고 할 이유는 없다. 따라서 연도별 이익금이 인정되고 당사자가 이를 기준으로 배당금을 청구하고 있다면, … 분기별 이익금을 증명하지 못하였다는 이유만으로 가벼이 그 청구를 배척할 것은 아니다."

3663) **민법 제712조(조합원에 대한 채권자의 권리행사)** 조합채권자는 그 채권 발생 당시에 조합원의 손실부담의 비율을 알지 못한 때에는 각 조합원에게 균분하여 그 권리를 행사할 수 있다.

3664) 대법원 1975. 5. 27. 선고 75다169 판결: "조합원의 손실부담비율을 정함에 있어서 조합원 간의 내부사정인 조합원 간의 약정이나 출자가액을 조합채권자가 쉽사리 알 수 있는 사정은 아니라 할 것이므로 조합원에 대하여 균분하여 권리를 행사하는 조합채권자에 대하여 손실부담의 비율이 이와 다른 조합원이 있는 경우에는 그 조합원이 이를 주장입증할 책임이 있다고 보는 것이 조합채권자를 보호하려는 민법 제712조의 취지에 합치된다고 할 것이다. … 원고는 피고에 대하여 소외인과 사이의 균분채무로서 변제청구를 하고 있음이 뚜렷하므로 피고가 손실부담이 전혀 없는 조합원이라는 점 및 원고가 본건 계약 당시 이 사실을 알고 있었다는 사실은 피고가 이를 주장 입증할 책임이 있다 할 것"

3665) 대법원 1992. 11. 27. 선고 92다30405 판결.

3666) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020다222580 판결: "**민법 제710조**는 '조합원의 업무, 재산상태 검사권'이라는 제목으로 "각 조합원은 언제든지 조합의 업무 및 재산상태를 검사할 수 있다."라고 정하고 있다. 이 규정에 따라 각 조합원은 장부 그 밖의 서류를 열람하여 조합의 업무와 재산의 유무를 검사할 수 있으므로, 조합원의 검사권에는 업무와 재산상태를 검사하기 위하여 필요한 범위에서 장부 그 밖의 서류의 열람·등사를 청구할 권한이 포함된다. 따라서 영농조합법인의 조합원은 특별한 사정이 없는 한 영농조합법인의 장부 등에 대하여 열람·등사를 청구할 수 있다."

5) 조합 탈퇴와 지분 환급

조합에서 탈퇴[3667]하려는 자는 다른 조합원 전원에 대하여 탈퇴의 의사표시를 하여야 하고, '조합원의 탈퇴' 여부가 쟁점이 되었을 때에는 그 탈퇴를 주장하는 자에게 증명책임이 있다.[3668]

탈퇴자와 잔존자 사이의 탈퇴로 인한 계산은 특별한 사정이 없는 한 민법 제719조[3669]에 따라 '탈퇴 당시의 조합재산상태'를 기준으로 평가한 조합재산 중 탈퇴자의 지분에 해당하는 금액을 금전으로 반환하여야 하고, 조합원의 지분비율은 조합청산의 경우에 실제 출자한 자산가액의 비율에 의하는 것과는 달리 조합 내부의 손익분배 비율을 기준으로 계산해야 하는 것이 원칙이다.[3670] 탈퇴로 인한 지분의 환급을 주장하는 사람은 '조합재산의 상태'를 증명할 책임이 있다.[3671]

3667) ○ 대법원 2018. 12. 13. 선고 2015다72385 판결: "**조합의 탈퇴**란 특정 조합원이 장래에 향하여 조합원으로서의 지위를 벗어나는 것으로서, 이 경우 조합 그 자체는 나머지 조합원에 의해 동일성을 유지하며 존속하는 것이므로 결국 탈퇴는 잔존 조합원이 동업사업을 계속 유지·존속함을 전제로 한다. 2인으로 구성된 조합에서 한 사람이 탈퇴하면 조합관계는 종료되나 특별한 사정이 없는 한 조합은 해산이나 청산이 되지 않고, 다만 조합원의 **합유**에 속한 조합재산은 남은 조합원의 **단독소유**에 속하여 탈퇴 조합원과 남은 조합원 사이에는 탈퇴로 인한 계산을 해야 한다. 이러한 법리는 부동산 사용권을 출자한 경우에도 적용된다. 조합원이 부동산 사용권을 존속기한을 정하지 않고 출자하였다가 탈퇴한 경우 특별한 사정이 없는 한 탈퇴 시 조합재산인 부동산 사용권이 소멸한다고 볼 수는 없고, 그러한 사용권은 공동사업을 유지할 수 있도록 일정한 기간 동안 존속한다고 보아야 한다. 이때 탈퇴 조합원이 남은 조합원으로 하여금 부동산을 사용·수익할 수 있도록 할 의무를 이행하지 않음으로써 남은 조합원에게 손해가 발생하였다면 탈퇴 조합원은 그 손해를 배상할 책임이 있다."
○ 대법원 2017. 7. 18. 선고 2015다30206, 30213 판결: "조합원의 임의 탈퇴는 조합계약에 관한 일종의 해지로서 다른 조합원에 대한 의사표시로써 하여야 하나, 그 의사표시가 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니고 묵시적으로도 할 수 있으며, 임의 탈퇴의 의사표시가 있는지 여부는 법률행위 해석의 일반 원칙에 따라 판단하여야 한다. 조합원의 임의 탈퇴가 적법하다면 조합원 사이에 특별한 약정이 없는 한 탈퇴한 조합원의 합유지분은 잔존 조합원에게 귀속된다."

3668) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2002다18428 판결.

3669) **제719조(탈퇴조합원의 지분의 계산)** ① 탈퇴한 조합원과 다른 조합원간의 계산은 탈퇴당시의 조합재산상태에 의하여 한다. ② 탈퇴한 조합원의 지분은 그 출자의 종류여하에 불구하고 금전으로 반환할 수 있다. ③ 탈퇴당시에 완결되지 아니한 사항에 대하여는 완결후에 계산할 수 있다.

3670) 대법원 2023. 10. 12. 선고 2022다285523, 285530 판결. ☛ ❶ 탈퇴자와 잔존자 사이의 탈퇴로 인한 계산은 '조합 내부의 손익분배 비율'을 기준으로 계산하여야 하나, 당사자가 손익분배의 비율을 정하지 아니한 때에는 민법 제711조에 따라 각 조합원의 출자가액에 비례하여 이를 정하여야 하고, 탈퇴한 조합원이 조합재산에서 그 출자가액에 비례하여 산정한 지분비율에 따라 계산한 금액을 반환받은 경우, 그 출자가액 중 일부가 기망행위에 의해 교부한 것이 드러났다고 하여 출자가액 중 기망행위로 인한 부분 전액에 대한 배상이 명해진다면 탈퇴자에게 2중으로 변제되는 부분이 생기게 되므로, 기망행위로 인하여 배상하여야 할 손해액을 산정함에 있어서는 그 출자가액 중 기망행위로 인한 부분(ㄱ)에서 다음 금액, 즉 탈퇴자가 조합재산에서 실제로 반환받은 금액(ㄴ)과 기망행위로 인한 출자 부분이 없었을 경우의 지분비율에 따라 계산한 경우 탈퇴자가 반환받을 금액(ㄷ)의 차액을 공제하여야 한다[=ㄱ-(ㄴ-ㄷ)](2008다41529). ❷ 탈퇴로 인한 계산은 사업의 계속을 전제로 하는 것이므로 조합재산의 가액은 단순한 매매가격이 아닌 '영업권의 가치를 포함하는 영업가격'에 의하여 평가한다(2004다49693).

3671) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2019다207851 판결: "탈퇴한 조합원은 탈퇴 당시의 조합재산을 계산한 결과 조합의 재산상태가 적자가 아닌 경우에 지분을 환급받을 수 있다. 따라서 탈퇴 조합원의 지분을 계산할 때 지분을 계산하는 방법에 관해서 별도 약정이 있다는 등 특별한 사정이 없는 한 지분의 환급을 주장하는 사람에게 조합재산의 상태를 증명할 책임이 있다." ☜ 탈퇴를 원인으로 지분의 반환을 구하는 원고가 제출한 증거만으로는 탈퇴 당시 조합재산의 규모나 내역을 특정할 수 없으므로, 피고가 원고에게 원고 투자금을 정산해 줄 채무를

6) 조합관계 종료와 잔여재산 분배

조합관계에서는 일반적으로 조합계약에서 정한 사유의 발생, 조합원 전원의 합의, 조합의 목적인 사업의 성공 또는 성공 불능, 해산청구[3672] 등에 의하여 조합관계가 종료된다.[3673]

조합원 제명[3674]의 '정당한 사유'는 특정 조합원에게 명백한 귀책사유가 있는 경우에 한하지 않는다.[3675]

조합관계가 종료된 경우, 잔여재산은 각 조합원의 출자가액에 비례하여 이를 분배한다(민법 제724조). 당사자 사이에 별도의 약정이 없는 이상 청산절차를 밟는 것이 통례이나, 조합의 잔무로서 처리할 일이 없고 다만 잔여재산의 분배만이 남아 있을 때에는 따로 청산절차를 거침이 없이 간이한 방법으로 잔여재산을 분배할 수 있다.[3676] 조합원 중 1인

부담한다고 볼 수 없다고 한 예.

3672) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다29714 판결; "동업계약과 같은 조합계약에 있어서는 조합의 해산청구를 하거나 조합으로부터 탈퇴를 하거나 또는 다른 조합원을 제명할 수 있을 뿐이지 일반계약에 있어서처럼 조합계약을 해제 또는 해지하고 상대방에게 그로 인한 원상회복의 의무를 부담지을 수는 없다. … 탈퇴는 잔존 조합원이 동업사업을 계속 유지·존속함을 전제로 하는 것인 반면, 민법 제720조에 의한 조합의 해산청구는 조합이 소멸하기 위하여 그의 목적인 사업을 수행하기 위한 적극적인 활동을 중지하고, 조합재산을 정리하는 단계에 들어가는 것이다. 조합 당사자 간의 불화·대립으로 인하여 신뢰관계가 깨어지고 특정조합원의 탈퇴나 제명으로도 조합업무의 원활한 운영을 기대할 수 없게 된 상황에서 특정조합원이 다른 조합원에게 해지통고를 한 것이라면 이는 조합의 소멸을 동반하는 조합의 해산청구로 볼 수 있다."

3673) 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결.

3674) **민법 제718조(제명)** ① 조합원의 제명은 정당한 사유있는 때에 한하여 다른 조합원의 일치로써 이를 결정한다. ② 전항의 제명결정은 제명된 조합원에게 통지하지 아니하면 그 조합원에게 대항하지 못한다.

3675) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2017다200702 판결; "'정당한 사유가 있는 때'란 특정 조합원이 동업계약에서 정한 의무를 이행하지 않거나 조합업무를 집행하면서 부정행위를 한 경우와 같이 특정 조합원에게 명백한 귀책사유가 있는 경우는 물론이고, 이에 이르지 않더라도 특정 조합원으로 말미암아 조합원들 사이에 반목·불화로 대립이 발생하고 신뢰관계가 근본적으로 훼손되어 특정 조합원이 계속 조합원의 지위를 유지하도록 한다면 조합의 원만한 공동운영을 기대할 수 없는 경우도 포함한다. 신뢰관계 파탄을 이유로 조합원을 제명한 것에 정당한 사유가 있는지를 판단할 때에는 특정 조합원으로 말미암아 조합의 목적 달성에 방해가 계속되었는지 여부와 그 정도, 제명 이외에 다른 방해제거 수단이 있었는지 여부, 조합계약의 내용, 그 존속기간과 만료 여부, 제명에 이르게 된 경위 등을 종합적으로 고려해야 한다."

3676) ○ 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다205206, 205213 판결; "잔여재산은 조합원 사이에 별도의 특약이 없는 이상 각 조합원의 출자가액에 비례하여 분배하도록 되어 있으므로, 비록 조합채무의 변제 사무가 완료되지 아니한 사정이 있더라도 그 채권자가 조합원인 경우에는 동업체 자산을 보유하는 자가 동업체 자산에서 채권자 조합원에 대한 조합채무를 공제하여 분배대상 잔여재산액을 산출한 다음, 다른 조합원들에게 잔여재산 중 각 조합원의 출자가액에 비례한 몫을 반환함과 아울러 채권자 조합원에게 조합채무를 이행함으로써 별도의 **청산절차를 거침이 없이 간이한 방법**으로 공평한 **잔여재산**의 **분배**가 가능하다. … 2인으로 구성된 조합의 조합원 중 1인을 채무자로 하는 조합채권의 추심 사무가 완료되지 아니하는 등의 경우에도 일정 요건 하에 허용될 수 있다. ① 가령 2인으로 구성된 조합의 조합원 중 1인이 선량한 관리자의 주의의무 위반 또는 불법행위 등으로 인하여 조합에 대하여 손해배상책임을 지게 되고 또한 그로 인하여 조합관계마저 그 목적 달성이 불가능하게 되어 종료되고 달리 조합의 잔여업무가 남아 있지 않은 상황에서 조합재산의 분배라는 청산절차만이 남게 된 경우에, 다른 조합원은 조합에 손해를 가한 조합원을 상대로 선량한 관리자의 주의의무 위반 또는 불법행위에 따른 손해배상채권액 중 자신의 출자가액 비율에 의한 몫에 해당하는 돈을 청구하는 형식으로 조합관계의 종료로 인한 잔여재산의 분배를 청구할 수 있다. ② 나아가 2인으로 구성된 조합의 조합원 중 1인에 대한 조합채권 이외에 다른 동업체 자산이 존재하는 경우에도, 전체 잔여재산의 내역과 그 정당한 분배비율 및 조합원 각자의 현재의 잔여재산 보유내역 등이 정확하게 확정됨으로써 조합원들 사이에서 공평한 잔여재산

이 조합채무를 면책시킨 경우, 다른 조합원에 대해 구상권 행사를 해산·청산에 따른 잔여재산분배 절차에서만 해야 하는 것은 아니다.[3677]

조합원이 법원에 청산인의 해임을 청구하는 형성의 소는 부적법하다.[3678]

자. 예금계약

1) 당사자 확정

2014. 11. 29. 이후부터는, 금융회사에 의해 실명이 확인된 계좌 또는 외국의 관계 법령에 따라 이와 유사한 방법으로 실명이 확인된 계좌에 보유하고 있는 금융자산의 경우 명의자의 소유로 법률상 추정된다.[3679] 세법상 고유번호나 납세번호를 부여받지

의 분배가 가능하다면, 동업체 자산을 보유하는 자로서는 채무자 조합원 등에 대한 조합채권을 포함하여 분배대상 잔여재산액을 산출한 다음 잔여재산 중 각 조합원의 출자가액에 비례한 몫을 채무자 조합원을 포함한 다른 조합원들에게 반환함과 아울러, 채무자 조합원으로부터 조합채권을 이행받는 방법으로 별도의 청산절차를 거침이 없이 간이하게 잔여재산을 분배할 수 있다. 이 과정에서 채무자인 조합원과의 관계에서 분배할 잔여재산액과 지급받을 조합채권을 상계하거나 공제하는 것도 조합계약 내지 당사자 간의 별도 약정에서 이를 제한하기로 정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 허용되고, 2인으로 구성된 조합의 조합원 중 1인으로부터 잔여재산분배청구권을 양수받은 자가 조합채권의 채무자인 경우에도 이와 마찬가지라고 봄이 타당하다." ☛ [동일 취지] 대법원 2022. 2. 17. 선고 2016다278579, 278586 판결; "조합의 일부 조합원이 당초 약정한 출자의무를 이행하고 있지 않은 상태에서 조합의 해산사유가 발생하여 해산이 이루어진 경우 그 잔여업무가 남아 있지 않고 다만 잔여재산의 분배 절차만이 남아 있을 때에는 조합원 사이에 별도의 약정이 없는 이상, 그 이행되지 아니한 출자금 채권을 추심하거나 청산절차를 거치지 않고도 각 조합원은 자신이 실제로 출자한 가액 비율의 범위 내에서 그 출자가액 비율을 초과하여 잔여재산을 보유하고 있는 조합원에 대하여 잔여재산의 분배 절차를 진행할 수 있다. 이때 잔여재산은 특별한 사정이 없는 한 각 조합원이 실제로 출자한 가액에 비례하여 이를 분배하여야 할 것인데, 일부 이행되지 아니한 출자금이 있더라도 이를 고려하지 않고 잔여재산의 범위를 확정한 다음 각 조합원이 실제로 출자한 가액에 비례하여 이를 분배함이 타당하다. 그리고 이러한 기준에 따라 잔여재산분배 절차를 진행하는 이상 다른 조합원들은 출자의무를 이행하지 아니한 조합원에게 더 이상 출자의무의 이행을 청구할 수 없다고 보아야 한다."

○ 대법원 1996. 10. 25. 선고 96다32201 판결; "조합이 해산되고 별도의 청산절차를 밟을 필요가 없어 출자의무를 이행한 조합원이 출자의무를 이행하지 아니한 다른 조합원들에 대하여 그 출자재산의 반환채권을 갖게 되는 경우, 다른 조합원의 반환채무 부담 비율은 조합계약에서 정한 손실부담의 비율에 의함이 상당하고 그 부담 부분의 특약이 없었다면 균등한 것으로 추정해야 할 것이다."

3677) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2022다211416 판결 ; "조합채무는 모든 조합원에게 합유적으로 귀속되므로, 조합원 중 1인이 조합채무를 면책시킨 경우 그 조합원은 다른 조합원에 대하여 민법 제425조 제1항에 따라 구상권을 행사할 수 있다. 이러한 구상권은 조합의 해산이나 청산 시에 손실을 부담하는 것과 별개의 문제이므로 반드시 잔여재산분배 절차에서 행사해야 하는 것은 아니다."

3678) 대법원 2020. 4. 24.자 2019마6918 결정; "조합이 해산한 때 청산은 총조합원 공동으로 또는 그들이 선임한 자가 그 사무를 집행하고 청산인의 선임은 조합원의 과반수로써 결정한다(민법 제721조 제1항, 제2항). 민법은 조합원 중에서 청산인을 정한 때 다른 조합원의 일치가 아니면 청산인인 조합원을 해임하지 못한다고 정하고 있을 뿐이고(제723조, 제708조), 조합원이 법원에 청산인의 해임을 청구할 수 있는 규정을 두고 있지 않다. 민법상 조합의 청산인에 대하여 법원에 해임을 청구할 권리가 조합원에게 인정되지 않으므로, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 해임청구권을 피보전권리로 하여 청산인에 대한 직무집행정지와 직무대행자선임을 구하는 가처분은 허용되지 않는다." ☜ 2인 동업조합의 공동청산인인 신청인이 공동청산인인 피신청인을 상대로 해임청구의 소를 제기할 근거가 없으므로, 해임청구권을 피보전권리로 하는 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분 신청은 부적법하다 하여 각하한 예.

3679) 2014. 5. 28. 법률 제12711호로 개정되어 2014. 11. 29. 시행된 '금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률' 제3조 제5항으로 법률상 추정 규정이 신설되었다. 여기에서 "금융자산"이란 금융회사 등이 취급하는 예금·적금·부금·계금·예탁금·출자금·신탁재산·주식·채권·수익증권·출자지분·어음·수표·채무증서 등 금전 및 유가

않은 비법인 단체의 경우, 그 단체를 계약의 당사자로 하는 의사의 합치 하에 대표자 명의로 체결한 금융거래계약의 당사자는 비법인 단체라고 보아야 한다.[3680]

2014. 11. 29. 전에는, 금융실명제하에서 실명확인 절차를 거쳐 예금계약을 체결하고 그 실명확인 사실이 예금계약서 등에 명확히 기재되어 있는 경우, 당해 금융기관과의 관계에서,[3681] 경험칙에 의하여 일반적으로 그 예금계약서에 예금주로 기재된 예금명의자가 예금계약의 당사자로 사실상 추정된다(예금명의자가 아닌 제3자를 예금계약의 당사자로 보는 것은 극히 예외적인 경우로 제한되는, 매우 강한 사실상 추정력이 인정된다).[3682]

증권과 그 밖에 이와 유사한 것으로서 총리령으로 정하는 것을 말하고(제2조 제2호), "실지명의"(실명)란 주민등록표상의 명의, 사업자등록증상의 명의, 그 밖에 대통령령으로 정하는 명의를 말하는데(제2조 제2호, 제3조 제1항), '가명'에 의한 거래는 물론 거래자 자신이 아닌 '타인의 실명'에 의한 거래는 거래자의 '실명'에 의한 금융거래에 포함되지 않는다(98다12027).

3680) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2019다267204 판결: "(법 제3조 제7항의) 위임에 따라 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 시행령은 개인, 법인 그리고 비법인 단체 등으로 구분하여 **실명과** 그 **확인 방법**을 정하고 있다. 개인의 경우 주민등록표에 기재된 성명과 주민등록번호 등을 실명으로 하고, 주민등록증 등의 증표·서류에 의하여 실명을 확인한다(제3조 제1호, 제4조의2 제1항 제1호). 비법인 단체의 경우 단체를 대표하는 자의 실명을 단체의 실명으로 하고 대표자의 실명을 확인할 수 있는 주민등록증 등과 같은 증표·서류에 의하여 실명을 확인하며, 다만 부가가치세법에 따른 고유번호나 소득세법에 따른 납세번호를 부여받은 단체의 경우 그 문서에 기재된 단체명과 고유번호 또는 납세번호를 단체의 실명으로 하고 고유번호 또는 납세번호를 부여받은 문서나 그 사본에 의하여 실명을 확인한다(제3조 제3호, 제4조의2 제1항 제3호). 이러한 규정의 문언 내용과 체계 등을 종합하면, 부가가치세법에 따른 고유번호나 소득세법에 따른 납세번호를 부여받지 않은 **비법인 단체**의 경우 그 대표자가 단체를 계약의 당사자로 할 의사를 밝히면서 대표자인 자신의 실명으로 예금계약 등 금융거래계약을 체결하고, 금융기관이 그 사람이 비법인 단체의 대표자인 것과 그의 실명을 확인하였다면, 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에 단체를 계약의 당사자로 하는 의사가 일치되었다고 할 수 있어 금융거래계약의 당사자는 비법인 단체라고 보아야 한다." 소외인(비법인단체인 원고의 대표자)이 원고의 자금을 관리하기 위해 소외 신용협동조합에 소외인 명의로 예금계좌를 개설하면서, 원고의 인감을 사용하고 금융거래 목적을 '동문회 통장'이라고 밝혔으며, 예금통장에는 예금주로 소외인과 함께 원고 명칭이 부기되었는데, 소외인의 채권자인 피고가 위 예금채권에 관하여 채권압류·추심명령을 받자, 원고가 강제집행의 불허를 구하는 제3자이의의 소를 제기한 사안에서, 원고의 청구를 기각한 원심판결을 파기환송한 예.

3681) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012다30861 판결: "금융실명제 아래에서 실명확인절차를 거쳐 개설된 예금계좌의 경우에 특별한 사정이 없는 한 그 명의인이 예금계약의 당사자로서 예금반환청구권을 가진다고 하여도, 이는 그 계좌가 개설된 금융기관에 대한 관계에 관한 것으로서 그 점을 들어 곧바로 송금인과 계좌명의인 사이의 법률관계를 달리 볼 것이 아니다." 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제5항 소정의 법률상 추정 규정의 경우, 계좌 개설 금융기관에 대한 상대적인 관계에서만 적용된다고 볼 근거는 없고, 그 문언에 비추어 명의자 소유의 법률상 추정력이 대세적으로 인정된다고 보아야 한다.

3682) 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결 등: "금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정경제명령(1997. 12. 31. 법률 제5493호 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지, 이하 '긴급명령'이라 한다)이나 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률에 따라 실명확인 절차를 거쳐 예금계약을 체결하고 그 실명확인 사실이 예금계약서 등에 명확히 기재되어 있는 경우에는, 일반적으로 그 예금계약서에 예금주로 기재된 예금명의자나 그를 대리한 행위자 및 금융기관의 의사는 예금명의자를 예금계약의 당사자로 보려는 것이라고 해석하는 것이 경험법칙에 합당하고, 예금계약의 당사자에 관한 법률관계를 명확히 할 수 있어 합리적이다. 그리고 이와 같은 예금계약 당사자의 해석에 관한 법리는, 예금명의자 본인이 금융기관에 출석하여 예금계약을 체결한 경우나 예금명의자의 위임에 의하여 제3자가 대리인으로서 예금계약을 체결한 경우 모두 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다. 따라서 본인인 예금명의자의 의사에 따라 예금명의자의 실명확인 절차가 이루어지고 예금명의자를 예금주로 하여 예금계약서를 작성하였음에도 불구하고, 위에서 본 바와 달리 예금명의자가 아닌 제3자를 예금계약의 당사자라고 볼 수 있으려면, 금융기관과 그 제3자 사이에서 실명확인 절차를 거쳐 서면으로 이루어진 예금명의자와의 예금계약을 부정하여 예금명의자의 예금반환청구권을 배제하고, 그 제3자와 예금계약을 체결하여 그 사람에게 예금반환청구권을 귀속시키겠다는 명확한 의사의 합치가 있는 극히

2) 예금의 반환

예금계약의 만기 도래만으로는 예금 반환 지연으로 인한 지체책임을 부담하지 않고, 정당한 권한이 있는 자의 지급 청구에도 불구하고 예금 반환을 지체한 경우에 그 지체책임을 물을 수 있다.[3683]

채무자의 제3채무자에 대한 예금채권에 대하여 채권압류 및 추심명령이 있음에도 채무자가 제3채무자인 금융기관을 상대로 채무자의 1월간 생계유지에 필요한 예금으로서 압류금지채권에 해당한다고 주장하며 예금의 반환을 구하는 경우, 일정 금액 이하의 압류금지채권에 해당한다는 사실은 예금주인 채무자가 증명하여야 한다.[3684]

금융기관이 예금주가 아닌 자나 예금통장을 소지하지 아니한 자에게 예금을 지급하는 경우, 그 예금 지급이 유효하기 위해서는 예금주로부터 정당한 권한을 위임받았다는 점이나, 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효하다는 점을 증명해야 한다.[3685] 예금계약의

예외적인 경우로 제한되어야 하고, 이러한 의사의 합치는 위 긴급명령이나 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률에 따라 실명확인 절차를 거쳐 작성된 예금계약서 등의 증명력을 번복하기에 충분할 정도의 명확한 증명력을 가진 구체적이고 객관적인 증거에 의하여 매우 엄격하게 인정하여야 한다." ☛ 위와 같은 예금주 확정 원칙에 따라, 금융기관은 예금명의자와 출연자 등 사이에 예금반환청구권의 귀속을 둘러싼 분쟁이 발생한 경우에 그들 사이의 내부적 법률관계를 알았는지 여부에 관계없이 일단 예금명의자를 예금주로 전제하여 예금거래를 처리하면 되고, 이러한 금융기관의 행위는 특별한 사정이 없는 한 적법한 것으로서 보호된다(2013다2504).

3683) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2023다218353 판결; "예금계약은 은행 등 법률이 정하는 금융기관을 수치인으로 하는 금전의 소비임치 계약으로서 수치인은 임치물인 금전 등을 보관하고 그 기간 중 이를 소비할 수 있고 임치인의 청구에 따라 동종 동액의 금전을 반환할 것을 약정함으로써 성립하는 것이므로 소비대차에 관한 민법의 규정이 준용되나 사실상 그 계약의 내용은 약관에 따라 정해진다고 보아야 한다. … 만기가 정해진 예금계약에 따른 금융기관의 예금 반환채무는 그 만기가 도래하더라도 임치인이 미리 만기 후 예금 수령방법을 지정한 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 임치인의 적법한 지급 청구가 있어야 비로소 이행할 수 있으므로, 예금계약의 만기가 도래한 것만으로 금융기관인 수치인이 임치인에 대하여 예금 반환 지연으로 인한 지체책임을 부담한다고 볼 수는 없고, 정당한 권한이 있는 임치인의 지급 청구에도 불구하고 수치인이 예금 반환을 지체한 경우에 그 지체책임을 물을 수 있다고 보아야 한다."

3684) 대법원 2024. 2. 8. 선고 2021다206356 판결; "민사집행법 제246조 제1항 제8호는 채무자의 1월간 생계유지에 필요한 예금을 압류금지채권으로 정하고, 구 민사집행법 시행령(2019. 3. 5. 대통령령 제29603호로 개정되기 전의 것) 제7조는 '민사집행법 제246조 제1항 제8호에 따라 압류하지 못하는 예금 등의 금액은 개인별 잔액이 150만 원 이하인 예금 등으로 한다.'고 정하였다. 위 규정에 따라 압류가 금지되는 '채무자의 1월간 생계유지에 필요한 예금'은 채무자 명의의 어느 한 계좌에 예치되어 있는 금액이 아니라 개인별 잔액, 즉 각 금융기관에 예치되어 있는 채무자 명의의 예금을 합산한 금액 중 일정 금액을 의미한다. 채무자의 제3채무자에 대한 예금채권에 대하여 채권압류 및 추심명령이 있음에도 채무자가 제3채무자인 금융기관을 상대로 해당 예금이 위 규정에서 정한 채무자의 1월간 생계유지에 필요한 예금으로서 압류금지채권에 해당한다고 주장하며 예금의 반환을 구하는 경우, 해당 소송에서 지급을 구하는 예금이 압류 당시 채무자의 개인별 예금 잔액 중 위 규정에서 정한 금액 이하로서 압류금지채권에 해당한다는 사실은 예금주인 채무자가 증명하여야 한다. 이때 채무자가 금융결제원 등 관련기관이 제공하는 계좌정보통합조회 내역과 압류 및 추심명령의 대상이 된 각 예금계좌에 대한 입출금 내역 등 상당한 방법으로 해당 소송에서 지급을 구하는 예금이 압류 당시 자신이 보유하고 있는 각 예금계좌의 예금 잔액 중 위 규정에서 정한 금액 이하임을 알 수 있는 자료를 제출하였다면, 특별한 사정이 없는 한 해당 소송에서 지급을 구하는 예금채권이 압류금지채권에 해당한다는 사실이 증명되었다고 볼 수 있고, 이에 관하여 반드시 사전에 채무자가 민사집행법 제246조 제3항에서 정한 압류금지채권 범위변경 신청에 따른 압류명령 취소 결정을 받아야만 하는 것은 아니다."

3685) 2004다41194; "예금의 지급을 청구하기 위해서는 예금통장과 인감이 날인되고 비밀번호가 기재된 예금청구서를 은행에 제출하여야 하며, 금융기관은 예금청구서에 날인된 인장과 통장에 날인된 인장이 동일하고, 비밀번

체결을 위임받은 자가 가지는 대리권에 당연히 그 예금을 담보로 대출을 받거나 이를 처분할 수 있는 대리권이 포함되어 있는 것은 아니다.[3686]

금융실명제 시행 이후 예금주 명의를 신탁한 경우, 출연자는 명의신탁을 해지하면서 명의인에 대하여 금융기관에 대한 예금채권의 양도를 청구하고 금융기관에 대한 양도통지를 할 것을 청구할 수 있다.[3687]

은행이 표지어음 발행·매출의 대가로 지급받은 자금을 표지어음금의 지급에 대비하기 위해 편의상 발행의뢰인 명의로 계좌를 개설하여 보관·관리하는 경우, 발행의뢰인이 어음금과 별도로 계좌에 관한 예금의 반환을 구할 수는 없다.[3688]

3) 공동명의 예금의 경우

은행에 공동명의로 하는 예금은 여러 가지 다양한 원인과 약정하에 개설되는 것일 것이므로, 그 예금채권의 법적 성질이나 예금주가 누구라고 보아야 할 것인가는 일률

호가 같다고 인정될 경우에만 예금을 지급하여야 하며, 한편 금융기관이 예금주가 아닌 자나 예금통장을 소지하지 아니한 자에게 예금을 지급하는 경우, 그 예금지급이 유효하게 되기 위하여는 위와 같이 예금지급을 청구한 자가 예금주로부터 정당한 권한을 위임받았다는 점을 입증하거나, 정당한 권한을 위임받았다는 점을 입증하지 못하더라도 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효하다는 점을 입증해야 할 것인데, 예금명의자도 아니고 예금통장도 소지하지 않은 예금행위자에 불과한 자는 금융실명제가 시행된 이후에는 극히 예외적인 특별한 사정이 인정되지 않는 한 예금채권을 준점유하는 자에 해당될 수가 없다. … 피씨(PC)뱅킹 서비스에는 자금이체와 같은 예금액 지급에 관한 것도 포함되어 있는데, 피씨(PC)뱅킹에 의한 자금이체는 기계 또는 전산처리에 의하여 순간적으로 이루어지는 것으로, 그것이 예금채권에 대한 적법한 변제나 채권의 준점유자에 대한 변제로서 은행에 대하여 요구되는 주의의무를 다하였는지 여부를 판단함에 있어서는, 자금이체 시의 사정만을 고려할 것이 아니라 그 이전에 행하여진 피씨(PC)뱅킹의 등록을 비롯한 여러 사정을 총체적으로 고려하여야 할 것이므로, 은행으로서는 피씨(PC)뱅킹 신청을 받아 이를 등록함에 있어 거래처가 통장으로 예금을 찾을 때 예금지급을 위하여 요구되는 주의의무(예금거래기본약관에 의하면, 은행은 예금지급청구서 등에 찍힌 인영(또는 서명)을 신고한 인감(또는 서명감)과 주의 깊게 비교·대조하여 틀림없는지와 예금지급청구서 등에 적힌 비밀번호가 신고한 것과 동일한지를 확인하여야 한다)와 동일한 정도로 주의를 기울여 위 업무를 처리하여야 할 것이고, 등록 이후에도 비밀번호 등이 누설되어 예금의 인출이 되지 않도록 주의하여야 할 의무가 있다."

3686) 2000다38992.

3687) 2000다49091; "명의수탁자는 명의신탁자와의 관계에 있어서 상대방과의 계약에 의하여 취득한 권리를 명의신탁자에게 이전하여 줄 의무를 지는 것이고, 금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정명령 … 제3조 제3항은 단속규정일 뿐 효력규정이 아니라는 점에 비추어 볼 때, 출연자와 예금주인 명의인 사이의 명의신탁약정상 명의인은 출연자의 요구가 있을 경우에는 금융기관에 대한 예금반환채권을 출연자에게 양도할 의무가 있다고 보아야 할 것이어서 출연자는 명의신탁을 해지하면서 명의인에 대하여 금융기관에 대한 예금채권의 양도를 청구하고 아울러 금융기관에 대한 양도통지를 할 것을 청구할 수 있다."

3688) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다27545 판결; "표지어음은 그 법적 성격이 어음법 소정의 약속어음에 해당하므로, 은행이 표지어음을 발행하여 발행의뢰인에게 어음할인 방식으로 매출하는 것은 어음의 매매의 성격을 가진다고 할 것이다. 따라서 은행이 표지어음을 발행·매출하면서 발행의뢰인으로부터 그 대가로 지급받은 자금을 향후 표지어음금의 지급을 대비하여 별도로 보관·관리하기 위하여 개설한 계좌는 그 계좌가 편의상 발행의뢰인의 명의로 되어 있다고 하더라도, 발행의뢰인은 특별한 사정이 없는 한 은행에 대하여 그 자금의 대가로 발행된 표지어음금의 지급을 구할 수 있을 뿐 그 어음금과 별도로 그 계좌에 관한 예금의 반환을 구할 수는 없다고 보아야 한다." ☎ 사건 계좌는 표지어음금의 지급·관리를 위해 형식상 개설한 것에 불과할 뿐 그 계좌에 관한 예금계약이 체결되거나 예금채권이 실제로 존재한다고 볼 수 없다고 판단한 다음, 사건 계좌에 관한 예금채권이 실제로 존재함을 전제로 하여 그 예금채권에 대한 추심명령에 따라 추심금 중 일부의 지급을 구하는 원고의 청구를 배척한 사례.

적으로 정의할 수 없으나, 각각 분할하여 단독으로 예금채권을 행사할 수 있다(①의 경우)고 한다면 하나의 예금구좌를 공동으로 개설하는 번거로운 방법을 취하지 않을 것이고, 준합유 관계로 공동명의 예금에 관한 관리처분권까지 공동명의 예금채권자 전원에게 공동으로 귀속시키는 것(②의 경우)도 예외적인 경우라 할 것이므로, 일반적으로는, '공동명의 예금채권자들 중 1인이 전부를 출연하거나 또는 각자가 분담하여 출연한 돈을 동업 이외의 특정목적을 위하여 공동명의로 예치해 둠으로써 그 목적이 달성되기 전에는 공동명의 예금채권자가 자신의 예금에 대하여도 혼자서는 인출할 수 없도록 방지, 감시하고자 하는 목적으로 공동명의로 예금을 개설한 경우'(③의 경우)로 봄이 타당하다.[3689]

위 ③의 경우, 하나의 예금채권이 분량적으로 분할되어 각 공동명의 예금채권자들에게 공동으로 귀속되고, 각 공동명의 예금채권자들이 예금채권에 대하여 갖는 각자의 지분에 대한 관리처분권은 각자에게 귀속되는 것이며, 다만 은행에 대한 지급 청구만을 공동반환의 특약에 의하여 공동명의 예금채권자들 모두가 공동으로 하여야 하는 것이다.[3690] 위 ③의 경우를 원칙적인 모습으로 보는 이상, '공동명의 예금' 사실로부터 '공동반환의 약정' 사실은 추인된다 할 것이다.

따라서 공동명의의 예금에 대하여 단독으로 자기 지분의 예금 반환을 구하는 자로서는 '다른 공동명의 예금채권자 전원의 동의' 또는 '각각 분할하여 단독으로 예금채권을 행사할 수 있는 관계'(①의 경우)라는 점을 청구원인 사실로 주장·입증하여야 한다고 봄이 타당하고, 은행 측의 '공동반환의 약정' 주장은 항변이 아닌 부인으로 볼 것이다.

그리고 은행에 대한 공동명의의 예금 반환청구가 일반적으로 민사소송법상의 필수적 공동소송에 해당한다고 할 수는 없고,[3691] '동업자들이 동업자금을 공동명의로 예금한 경우 등 채권의 준합유관계'(②의 경우)에 해당하여 합유의 성질상 은행에 대한 예금반환청구가 필수적 공동소송에 해당한다는 점은 그러한 특별한 사정을 주장하는 자가 입증하여야 한다고 봄이 타당하다.[3692] 필수적 공동소송에 해당하는지 여부는 당사자적격에 관한

3689) 공동명의로 개설된 예금채권의 행사방법에 관한 leading case인 대법원 1989. 1. 17. 선고 87다카8 판결은 '은행에 공동명의로 예금을 하고 은행에 대하여 그 권리를 함께 행사하기 위하여 양인이 통장과 도장을 나누어 갖는 경우'에 '공동명의의 예금채권자들은 공동으로 이행의 청구나 변제의 수령을 하고 채무자의 이행도 예금채권자 전원에 대하여 하여야 하며 채권의 양도 등 처분행위도 예금주들이 공동으로만 하여야 한다'고 하여 '준합유 관계'가 원칙적 모습인 듯한 판시를 한 바 있으나, 그 후 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003다7319 판결, 대법원 2004. 10. 14. 선고 2002다55908 판결, 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다31825 판결 등은 달리 판시하고 있다.

3690) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003다7319 판결.

3691) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다31825 판결.

3692) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2005다72430 판결(분양사업의 시행사인 소외 회사와 시공사인 원고가 공사도급계약을 체결하고 분양수입금의 수령과 공사대금의 지급을 위하여 공동명의로 예금계좌를 개설하였다는 사정만으로는 원고와 소외 회사가 공동으로 분양사업을 경영할 것을 약정하였다거나 예금을 준합유하기로 약정하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할만한 자료를 찾아볼 수 없으므로, 사건 예금채권을 원고와 소외 회사가 준합

소송요건으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원으로서는 당사자의 주장이 없더라도 현출된 모든 소송자료를 통하여 살펴보아 당사자적격의 흠결을 의심할 만한 사정이 발견되면 직권으로 추가적인 심리·조사를 통하여 그 존재 여부를 확인하여야 한다.

위 ③의 경우, 소송법상으로는 필수적 공동소송에 해당하지는 아니한다고 하더라도 공동명의 예금채권자는 그 예금을 개설할 때에 은행과의 사이에 예금채권자들이 공동하여 예금반환청구를 하기로 한 약정에는 당연히 구속되는 것이므로, 그 예금채권자 중 1인이 은행을 상대로 자신의 예금의 반환을 청구함에 있어서는 다른 공동명의 예금채권자와 공동으로 그 반환을 청구하는 절차를 밟아야만 은행으로부터 예금을 반환받을 수 있음은 물론이나, 이는 소송요건과는 별개의 문제이고 본안의 청구원인 요건이다. 이 경우 만일 다른 공동명의 예금채권자가 그 공동반환청구절차에 협력하지 않을 때에는, 예금주는 먼저 그 사람을 상대로 제소하여 예금주 단독으로 하는 반환청구에 관하여 승낙의 의사표시를 하라는 등 공동반환절차에 협력하라는 취지의 판결을 얻은 다음 이 판결을 은행에 제시함으로써 예금을 반환받을 수 있고, 이와 같은 방식에 의하여 약정에 의한 공동반환청구의 요건이 충족되었음에도 불구하고 은행이 정당한 이유 없이 예금의 반환을 거절하는 경우에는 그 예금주가 은행을 상대로 단독으로 예금의 반환을 소구할 수밖에 없을 것이며, 미리 청구할 필요가 있을 때에는 다른 공동명의 예금채권자와 은행을 공동피고로 하여 위와 같은 취지의 제소를 할 수도 있다.[3693]

위 ③의 경우, 하나의 예금채권이 분량적으로 분할되어 각 공동명의 예금채권자들에게 공동으로 귀속되고, 각 공동명의 예금채권자들이 예금채권에 대하여 갖는 각자의 지분에 대한 관리처분권은 각자에게 귀속되므로,[3694] 공동명의 예금채권자 중 1인에 대한 별개의 대출금채권을 가지는 은행으로서는 그 대출금채권을 자동채권으로 하여 그의 지분에 상응하는 예금반환채권에 대하여 상계할 수 있고, 공동명의 예금채권자 중 1인이 다른 공동명의 예금채권자의 지분을 양수하였음을 이유로 그 지분에 대한 은행의 상계 주장에 대항하기 위해서는 공동명의 예금채권자들과 은행 사이에 예금반환채권의 귀속에 관한 별도의 합의가 있거나 채권양도의 대항요건을 갖추어야 한다.[3695]

공동명의 예금채권자 중 1인에 대한 채권자로서는 그 1인의 지분에 상응하는 예금채

유하는 관계에 있다고 볼 수는 없다고 한 사례).

3693) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다31825 판결.

3694) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2005다72430 판결은, 주택분양사업의 시공사가 시행사에 대하여 갖는 기성 공사대금채권 등의 우선적 지급을 실효성 있게 확보하기 위하여 시공사와 시행사 공동명의로 예금계좌를 개설한 사안에서, 이들의 약정에 따라 일정 시점에서 각자에게 귀속되는 예금채권의 지분이 정해지고 시공사와 시행사 각자에게 분할 귀속됨을 인정하였다.

3695) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2002다55908 판결.

권에 대한 압류 및 추심명령 등을 얻어 이를 집행할 수 있고, 한편 이러한 압류 등을 송달받은 은행으로서는 압류채권자의 압류 명령 등에 기초한 단독 예금반환청구에 대하여, "공동명의 예금채권자가 공동으로 그 반환을 청구하는 절차를 밟아야만 예금청구에 응할 수 있다."는 공동명의 예금채권자들과 사이의 공동반환특약을 들어 그 지급을 거절할 수는 없다.[3696]

4) 가압류될 채권에 장래 예금채권의 포함 여부

가압류명령의 송달 이후에 채무자의 계좌에 입금될 예금채권도 그 발생의 기초가 되는 법률관계가 존재하여 현재 그 권리의 특정이 가능하고 가까운 장래에 예금채권이 발생할 것이 상당한 정도로 기대된다고 볼만한 예금계좌가 개설되어 있는 경우 등에는 가압류의 대상이 될 수 있다.[3697]

5) 착오송금에 의한 예금계약의 법률관계

예금거래기본약관에 따라 송금의뢰인이 수취인의 예금계좌에 자금이체를 하여 예금원장에 입금의 기록이 된 때에는 특별한 사정이 없는 한 송금의뢰인과 수취인 사이에 '자금이체의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 관계없이' 수취인과 수취은행 사이에는 이체금액 상당의 예금계약이 성립하고, 수취인이 수취은행에 대하여 위 입금액 상당의 예금채권을 취득한다.[3698]

은행의 착오에 의한 자금이체의 경우[3699]에도 수취인은 입금액 상당의 예금채권을 취

3696) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003다7319 판결(왜냐하면, 위와 같이 해석하지 않을 경우, 공동명의 예금채권자들로서는 각자의 은행에 대한 예금채권의 행사를 불가능하게 하거나 제한하는 내용의 공동반환특약을 체결하는 방법에 의하여, 그들의 예금채권에 대한 강제집행 가능성을 사실상 박탈 내지 제한함으로써 그들에 대한 압류채권자의 권리 행사를 부당하게 제한하는 결과가 되기 때문이다). 이 경우 제3채무자인 은행으로서는 채무자에 대한 채권자들을 위하여 민사집행법 제248조 제1항을 근거로 다른 공동명의자의 동의 없이도 채무자 지분에 상응하는 예금을 집행공탁함으로써 채무를 면할 수 있다.

3697) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2008다9952 판결; "채권가압류에 있어서 가압류될 채권에 장래에 채무자의 계좌에 입금될 예금채권도 포함되느냐 여부는 가압류명령에서 정한 가압류할 채권에 그 예금채권도 포함되었는지 여부에 따라 결정되는 것이고 이는 곧 가압류명령상의 '가압류할 채권의 표시'에 기재된 문언의 해석에 따라 결정되는 것이 원칙이다. 그런데 제3채무자는 순전히 타의에 의하여 다른 사람들 사이의 법률분쟁에 편입되어 가압류명령에서 정한 의무를 부담하는 것이므로 이러한 제3채무자가 가압류된 채권이나 그 범위를 파악함에 있어 과도한 부담을 가지지 않도록 보호할 필요가 있다. 따라서 '가압류할 채권의 표시'에 기재된 문언은 그 문언 자체의 내용에 따라 객관적으로 엄격하게 해석하여야 하고, 그 문언의 의미가 불명확한 경우 그로 인한 불이익은 가압류 신청채권자에게 부담시키는 것이 타당하므로, 제3채무자가 통상의 주의력을 가진 사회평균인을 기준으로 그 문언을 이해할 때 포함 여부에 의문을 가질 수 있는 채권은 특별한 사정이 없는 한 가압류의 대상에 포함되었다고 보아서는 아니 된다." ☞ 가압류명령의 가압류할 채권의 표시에 '채무자가 각 제3채무자들에게 대하여 가지는 다음의 예금채권 중 다음에서 기재한 순서에 따라 위 청구금액에 이를 때까지의 금액'이라고 기재된 사안에서, 위 문언의 기재로써 가압류명령의 송달 이후에 새로 입금되는 예금채권까지 포함하여 가압류되었다고 보는 것은 통상의 주의력을 가진 사회평균인을 기준으로 할 때 의문을 품을 여지가 충분하다고 보이므로, 이 부분 예금채권까지 가압류의 대상이 되었다고 해석할 수는 없다고 한 사례.

3698) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2016다237974 판결.

3699) = 출금계좌의 예금주가 수취인 앞으로의 계좌이체에 대하여 지급지시를 하거나 수취인의 추심이체에 관하여

득하고, 은행은 입금기록이 완료됨과 동시에 수취인에 대하여 입금액 상당의 부당이득반환청구권을 취득하게 되는데, 은행은 수취인의 예금계좌에 대한 입금기록을 정정하여 자금이체를 취소시키는 방법으로 은행의 수취인에 대한 부당이득반환청구권과 수취인의 은행에 대한 예금채권을 모두 소멸시킬 수 있다.[3700]

송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 않음에도 불구하고 계좌이체에 의하여 수취인이 계좌이체금액 상당의 예금채권을 취득한 경우, 송금의뢰인은 수취인에 대하여 위 금액 상당의 부당이득반환청구권을 가지게 되고, 수취은행은 이익을 얻은 것이 없으므로 수취은행에 대하여는 부당이득반환청구권을 취득하지 아니한다.[3701] 잔고가 마이너스 상태인 '종합통장자동대출'의 약정계좌로 착오 송금된 경우에도 마찬가지이다.[3702]

수취은행은 원칙적으로 수취인의 계좌에 입금된 금원이 송금의뢰인의 착오로 자금이체의 원인관계 없이 입금된 것인지 여부에 관하여 조사할 의무가 없고, 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 계좌에 입금된 금원 상당의 예금채권과 상계하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유효하나, '송금의뢰인이 착오송금임을

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 경우.

3700) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다47117 판결; "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."

3701) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결.

3702) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2016다237974 판결; "종합통장자동대출에서는 은행이 대출약정에서 정하여진 한도로 채무자의 약정계좌로 신용을 공여한 후 채무자가 잔고를 초과하여 약정계좌에서 금원을 인출하는 경우 잔고를 초과한 금원 부분에 한하여 자동적으로 대출이 실행되고 그 약정계좌에 다시 금원을 입금하는 경우 그만큼 대출채무가 감소하게 된다. 종합통장자동대출의 약정계좌가 예금거래기본약관의 적용을 받는 예금계좌인 경우에 그 예금계좌로 송금의뢰인이 자금이체를 한 때에는 특별한 사정이 없는 한 송금의뢰인과 수취인 사이에 자금이체의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 관계없이 수취인이 수취은행에 대하여 위 이체금액 상당의 예금채권을 취득한다. 다만 약정계좌의 잔고가 마이너스로 유지되는 상태, 즉 대출채무가 있는 상태에서 약정계좌로 자금이 이체되면, 그 금원에 대해 수취인의 예금채권이 성립됨과 동시에 수취인과 수취은행 사이의 대출약정에 따라 수취은행의 대출채권과 상계가 이루어지게 된다. 그 결과 수취인은 대출채무가 감소하는 이익을 얻게 되므로, 설령 송금의뢰인과 수취인 사이에 자금이체의 원인인 법률관계가 없더라도, 송금의뢰인은 수취인에 대하여 이체금액 상당의 부당이득반환청구권을 가지게 될 뿐이고, 수취인과의 적법한 대출거래약정에 따라 대출채권의 만족을 얻은 수취은행에 대하여는 부당이득반환청구권을 취득한다고 할 수 없다."(종합통장자동대출의 '자동변제 충당 약정'은 실질적으로 수취인의 예금채권과 대출채권과의 '상계'를 규정한 것으로 볼 수 있다) ☛ 잔고가 마이너스로 유지되는 상태에서 계좌에 입금된 금원은 예금채권에 대한 채권압류 및 추심명령의 압류할 채권의 대상에 포함된다고 할 수 없다(2013다207972).

이유로 거래은행을 통하여 혹은 수취은행에 직접 송금액의 반환을 요청하고 수취인도 송금의뢰인의 착오송금에 의하여 수취인의 계좌에 금원이 입금된 사실을 인정하며 수취은행에 그 반환을 승낙하고 있는 경우', 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 계좌에 착오로 입금된 금원 상당의 예금채권과 상계하는 것은, 특별한 사정[3703]이 없는 한, 송금의뢰인에 대한 관계에서 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것으로서 허용되지 아니한다.[3704]

차. 의료(진료)계약

1) 의료계약에 기초한 진료비 청구

의료계약에 기초한 진료비 청구의 청구원인사실은, 민법 제686조(수임인의 보수청구권) 규정이 따라, ① '원·피고 간 의료계약(진료비 지급 약정 포함)의 체결' 사실,[3705] ② '피고의 진료의무[3706] 이행'[3707] 사실이다.

3703) = 수취은행이 선의인 상태에서 수취인의 예금채권을 담보로 대출을 하여 그 자동채권을 취득한 것이라거나 그 예금채권이 이미 제3자에 의하여 압류되었다는 등의 특별한 사정.

3704) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다66088 판결. 위와 같은 상계는 공공성을 지닌 자금이체시스템의 운영자가 그 이용자인 송금의뢰인의 실수를 기화로 그의 희생하에 당초 기대하지 않았던 채권회수의 이익을 취하는 행위로서 상계제도의 목적이나 기능을 일탈하고 법적으로 보호받을 만한 가치가 없기 때문이다.

3705) ○ 대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다118396 판결; "환자가 의사 또는 의료기관(이하 '의료인'이라 한다)에 진료를 의뢰하고, 의료인이 그 요청에 응하여 치료행위를 개시하는 경우에 의료인과 환자 사이에는 의료계약이 성립된다. 의료계약에 따라 의료인은 질병의 치료 등을 위하여 모든 의료지식과 의료기술을 동원하여 환자를 진찰하고 치료할 의무를 부담하며 이에 대하여 환자 측은 보수를 지급할 의무를 부담한다. … 환자가 아닌 자가 의료인에게 의식불명 또는 의사무능력 상태에 있는 환자의 진료를 의뢰한 경우 진료 의뢰자와 환자의 관계, 진료를 의뢰하게 된 경위, 진료 의뢰자에게 환자의 진료로 인한 비용을 부담할 의사가 있었는지 여부, 환자의 의식상태, 환자의 치료과정 등 제반 사정을 종합적으로 고찰하여 진료 의뢰자와 의료인 사이에 환자의 진료를 위한 의료계약이 성립하였는지 여부를 판단하여야 한다."
○ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다9769 판결; "환자가 의료인과 사이에 의료계약을 체결하고 진료를 받다가 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사(사전의료지시)를 밝히지 아니한 상태에서 회복불가능한 사망의 단계에 진입을 하였고, 환자 측이 직접 법원에 연명치료 중단을 구하는 소를 제기한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 연명치료 중단을 명하는 판결이 확정됨으로써 그 판결의 주문에서 중단을 명한 연명치료는 더 이상 허용되지 아니하지만, 환자와 의료인 사이의 기존 의료계약은 판결 주문에서 중단을 명한 연명치료를 제외한 나머지 범위 내에서는 유효하게 존속한다." ☜ 소외인과 원고 병원 간 의료계약이 연명치료 중단 판결 확정 이후로도 인공호흡기 부착을 제외한 나머지 범위 내에서는 유효하게 존속하므로, 의료계약의 연대보증인 또는 소외인의 상속인들인 피고들은 의료계약에 따라 원고에게 연명치료중단 소송이 제기된 2008. 6. 2.부터 그 판결이 확정된 2009. 5. 21.까지 인공호흡기 유지비용뿐만 아니라 2009. 6. 23. 소외인이 상급병실로 전실된 이후 그가 사망할 때까지 발생한 상급병실 사용료를 포함한 미납진료비를 지급할 의무가 있다고 한 예.

3706) 질병의 진행과 환자 상태의 변화에 대응하여 이루어지는 가변적인 의료의 성질로 인하여, 계약 당시에는 진료의 내용 및 범위가 개괄적이고 추상적이지만, 이후 질병의 확인, 환자의 상태와 자연적 변화, 진료행위에 의한 생체반응 등에 따라 제공되는 진료의 내용이 구체화된다.

3707) ○ 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다52568 판결; "의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치료와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무 즉, 수단채무라고 보아야 할 것이므로, 위와 같은 주의의무를 다하였는데도 그 진료 결과 질병이 치료되지 아니하였다 하더라도 그 치료비는 청구할 수 있다. … 의사의 설명의무 위반을 인정하면서도 치료비 청구와 관련하여서는 의사가 진료채무의 본지에

진료비채권 및 그에 부수한 채권의 소멸시효기간은 개개의 진료 종결 시로부터 3년이다(민법 제163조 제2호, 총칙의 '소멸시효' 부분 참조).

2) 의료행위상 주의의무 위반으로 인한 손해배상책임

의료계약상 주의의무 위반으로 환자의 생명이나 신체에 불이익한 결과를 초래한 경우 일반적으로 채무불이행책임과 불법행위책임이 성립할 수 있다(청구권 경합).[3708]

의료행위상 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행에 기한 책임이 있다고 하기 위해서는, 다른 경우와 마찬가지로 ① 의료행위상의 주의의무[3709]의 위반,[3710] ②

따른 선량한 관리자로서의 주의의무를 다했다고 판단하였다 하더라도 서로 모순되는 사실을 인정한 것이라고 볼 수 없으므로"

○ 대법원 2015. 11. 27. 선고 2011다28939 판결: "의사가 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니한 탓으로 오히려 환자의 신체기능이 회복불가능하게 손상되었고, 또 손상 이후에는 그 후유증세의 치유 또는 더 이상의 악화를 방지하는 정도의 치료만이 계속되어 온 것뿐이라면 의사의 치료행위는 진료채무의 본지에 따른 것이 되지 못하거나 손해전보의 일환으로 행하여진 것에 불과하여 병원 측으로서는 환자에 대하여 그 수술비와 치료비의 지급을 청구할 수 없다. 그리고 이는 손해의 발생이나 확대에 피해자 측의 귀책사유가 없음에도 공평의 원칙상 피해자의 체질적 소인이나 질병과 수술 등 치료의 위험도 등을 고려하여 의사의 손해배상책임을 제한하는 경우에도 마찬가지이다." ☞ 이러한 법리는 환자가 특정 시점 이후에 지출될 것으로 예상되는 향후치료비를 종전 소송에서 충분히 청구할 수 있었고 실제로 이를 청구하였더라면 그 청구가 적극적 손해의 일부로서 당연히 받아들여졌을 것임에도 환자가 종전 소송에서 해당 향후치료비 청구를 누락한 결과, 환자가 이를 별도의 소송에서 청구하는 것이 종전 소송 확정판결의 기판력에 저촉되어 소송법상 허용되지 않는 경우에도 환자가 종전 소송에서 해당 청구를 누락한 것이 그 청구권을 포기한 것이라고 평가할 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 마찬가지로 적용된다(대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288115 판결).

3708) 대법원 2018. 11. 15. 선고 2016다244491 판결.

3709) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2020다244511 판결: "의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 할 때에는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 다하여야 할 주의의무가 있다. 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 하고, 이때 의료행위의 수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경과 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악하여야 한다. 따라서 의사가 행한 의료행위가 그 당시의 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는 환자를 진찰·치료하는 등의 의료행위에 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 과실이 있다고 할 수 없다. 특히 의사의 질병 진단 결과에 과실이 없다고 인정되는 이상 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 터 잡은 자기의 전문적 지식·경험에 따라 결정하여야 할 것이고, 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떠한 것을 선택할 것이냐는 해당 의사의 재량의 범위 내에 속하며 반드시 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라고 할 수 없다." ☛ ❶ 대법원 2018. 11. 15. 선고 2016다244491 판결: "진단은 문진·시진·촉진·청진과 각종 임상검사 등의 결과를 토대로 질병 여부를 감별하고 그 종류, 성질과 진행 정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위이다. 진단상의 과실 유무를 판단할 때 그 과정에서 비록 완전무결한 임상진단의 실시는 불가능하다고 할지라도 적어도 임상의학 분야에서 실천되고 있는 진단 수준의 범위에서 의사가 전문 직업인으로서 요구되는 의료 윤리, 의학지식과 경험을 토대로 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예견하고 결과 발생을 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다하였는지를 따져 보아야 한다." ❷ 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다203763 판결: "의사는 진료를 하면서 환자의 상황, 당시의 의료 수준과 자신의 전문적 지식·경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있다. 그것이 합리적 재량의 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료 결과를 놓고 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것에 과실이 있다고 할 수는 없다. … 의료행위로 후유장해가 발생한 경우 후유장해가 당시 의료수준에서 최선의 조치를 다하는 때에도 의료행위 과정의 합병증으로 나타날 수 있거나 그 합병증으로 2차적으로 발생될 수 있다면, 의료행위의 내용이나 시술 과정, 합병증의 발생 부위·정도, 당시의 의료수준과 담당 의료진의 숙련

손해의 발생 및 ③ 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 상당인과관계가 존재해야 한다.

판례는, 의료행위상 주의의무 위반으로 인한 손해배상청구에서, 환자 측이 '진료상 과실'(의료행위 당시 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료수준에서 통상의 의료인에게 요구되는 주의의무의 위반)로 평가되는 행위의 존재를 증명하고, 그 과실이 환자 측의 손해를 발생시킬 '개연성'[3711]이 있다는 점을 증명한 경우에는, 진료상 과실과 손해 사이의 '인과관계'를 '추정'하여 인과관계 증명책임을 '완화'[3712]하는 한편, 의료행위를 한 측에서는 환자 측의 손해가 '진료상 과실로 인하여 발생한 것이 아니라 다른 원인으로 인하여 발생한 것'이라는 점을 증명하여 추정을 번복시킬 수 있다는 입장이다.[3713]

도 등을 종합하여 볼 때에 그 증상이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 없는 한, 후유장해가 발생되었다는 사실만으로 의료행위 과정에 과실이 있었다@고 추정할 수 없다." ❸ 대법원 2022. 3. 17. 선고 2018다263434 판결; "여러 명의 의사가 분업이나 협업을 통하여 의료행위를 담당하는 경우 먼저 환자를 담당했던 의사는 이후 환자를 담당할 의사에게 환자의 상태를 정확하게 알려 적절한 조치를 할 수 있도록 해야 한다. 특히 환자가 병원에서 검사나 수술을 받는 과정에서 넘어지는 등의 사고가 발생하였다면 담당 의사는 이러한 사정을 고려하여 환자의 건강유지와 치료를 위한 주의를 기울여야 하고, 담당 의사가 바뀌는 경우 나중에 담당할 의사에게 이러한 사정을 알려 지속적으로 환자의 상태를 살필 수 있도록 해야 한다."

3710) 대법원 1988. 12. 13. 선고 85다카1491 판결; "의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무 이른바 수단채무라고 보아야 하므로 진료의 결과를 가지고 바로 진료채무불이행사실을 추정할 수는 없으며 이러한 이치는 진료를 위한 검사행위에 있어서도 마찬가지라고 할 것이다. … 원심은 … 잘못한 과실로 … 사망에 이르게 한 사실을 인정할 만한 증거가 없다고 한 후, 오히려 … 과실이 없는 사실이 인정된다고 판단하고 있는바, 이러한 원심의 입증책임판단은 정당하고 … 의료계약에 관한 법리를 오해하여 입증책임을 전도한 위법이 있다고 할 수 없으므로" ☞ '수단채무' 불이행의 경우에는, 채무자의 채무불이행 사실에 대한 주장·증명책임을 지는 채권자가 먼저 청구원인사실로서 '채무자의 주의의무 위반 사실'을 주장·증명하여야 하므로, 채무자의 고의·과실이 청구원인사실에 포섭되고, 채무자의 '귀책사유 부존재'의 항변이 성립할 여지가 없다.

3711) 여기서 손해 발생의 개연성은 자연과학적, 의학적 측면에서 의심이 없을 정도로 증명될 필요는 없으나, 해당 과실과 손해 사이의 인과관계를 인정하는 것이 의학적 원리 등에 부합하지 않거나 해당 과실이 손해를 발생시킬 막연한 가능성이 있는 정도에 그치는 경우에는 증명되었다고 볼 수 없다.

3712) 의사의 과실로 인한 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되지는 않는다(2020다244511).

3713) 대법원 2023. 8. 31. 선고 2022다219427 판결; "진료상 과실로 인한 손해배상책임이 성립하기 위해서는 다른 경우와 마찬가지로 손해가 발생하는 것 외에 주의의무 위반, 주의의무 위반과 손해 사이의 인과관계가 인정되어야 한다. 그러나 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 환자 측에서 의료진의 과실을 증명하는 것이 쉽지 않고, 현대의학지식 자체의 불완전성 등 때문에 진료상 과실과 환자 측에게 발생한 손해(기존에 없던 건강상 결함 또는 사망의 결과가 발생하거나, 통상적으로 회복가능한 질병 등에서 회복하지 못하게 된 경우 등) 사이의 인과관계는 환자 측뿐만 아니라 의료진 측에서도 알기 어려운 경우가 많다. 이러한 증명의 어려움을 고려하면, 환자 측이 의료행위 당시 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료수준에서 통상의 의료인에게 요구되는 주의의무의 위반 즉 진료상 과실로 평가되는 행위의 존재를 증명하고, 그 과실이 환자 측의 손해를 발생시킬 개연성이 있다는 점을 증명한 경우에는, 진료상 과실과 손해 사이의 인과관계를 추정하여 인과관계 증명책임을 완화하는 것이 타당하다. 여기서 손해 발생의 개연성은 자연과학적, 의학적 측면에서 의심이 없을 정도로 증명될 필요는 없으나, 해당 과실과 손해 사이의 인과관계를 인정하는 것이 의학적 원리 등에 부합하지 않거나 해당 과실이 손해를 발생시킬 막연한 가능성이 있는 정도에 그치는 경우에는 증명되었다고 볼 수 없다. 한편 진료상 과실과 손해 사이의 인과관계가 추정되는 경우에도 의료행위를 한 측에서는 환자 측의 손해가 진료상 과실로 인하여 발생한 것이 아니라는 것을 증명하여 추정을 번복시킬 수 있다. … 소외

의사 측의 설명의무 위반으로 인한 손해배상청구의 경우, '의사 측'에 '설명의무 이행'(이는 의료행위가 행해질 때까지 '적절한 시간적 여유'를 두고 이행되어야 한다[3714])에 대한 증명책임이 있다. 의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우, ① 환자 측의 자기결정권 침해에 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사 설명의 결여·부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 점만 증명하면 족하지만, ② 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 등과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하고, 그때의 의사의 설명의무 위반은 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다.[3715] '가정적

1에게는 응급상황에서 간호사의 호출에 즉시 대응하지 못한 진료상 과실이 있고, … 소외 1이 간호사 호출에 대응하여 신속히 혈압회복 등을 위한 조치를 하였더라면 저혈압 등에서 회복하였을 가능성도 상당하다고 보이므로, 소외 1의 진료상 과실은 망인의 사망을 발생시킬 개연성이 있다고 볼 수 있다. 따라서 피고 측에서 망인의 사망이 진료상 과실로 인하여 발생한 것이 아니라 다른 원인으로 인하여 발생한 것이라는 점을 증명하지 아니하는 이상, 진료상 과실과 사망 사이의 인과관계를 추정할 수 있다." ☛ 종래의 확립된 판례는, '피해자 측이 일반인의 상식에 바탕을 두고 일련의 의료행위 과정에 저질러진 과실 있는 행위를 증명하고 그 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 완화'한 것(2017다6726)이었으나, 2022다219427 판결은 '일반인의 상식에 바탕을 두고'를 '의료행위 당시 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료수준에서'로, '일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점'을 '손해 발생의 개연성'으로 수정하였다. 같은 날 선고된 동일 사안의 업무상과실치사 형사사건(2021도1833)에서는 진료상 과실과 사망 사이의 인과관계에 대한 증명 부족을 이유로 무죄 취지로 파기·환송되었다.

3714) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021다265010 판결.

3715) ◎ **의사의 설명의무 위반과 손해배상책임**

○ 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다29666 판결; "일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있는 것이지만, 의사에게 당해 의료행위로 인하여 예상되는 위험이 아니거나 당시의 의료수준에 비추어 예견할 수 없는 위험에 대한 설명의무까지 부담하게 할 수는 없다. … 의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 중대한 결과가 발생한 경우에 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 인하여 선택의 기회를 상실하였다는 점만 입증하면 족하고, 설명을 받았더라면 중대한 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증하여야 하는 것은 아니지만, 그 결과로 인한 모든 손해의 배상을 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙 취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그때의 의사의 설명의무 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다. … 의사의 환자에 대한 설명의무가 수술 시에만 한하지 않고, 검사, 진단, 치료 등 진료의 모든 단계에서 각각 발생한다 하더라도, 설명의무 위반에 대하여 의사에게 위자료 등의 지급의무를 부담시키는 것은 의사가 환자에게 제대로 설명하지 아니한 채 수술 등을 시행하여 환자에게 예기치 못한 중대한 결과가 발생하였을 경우에 의사가 그 행위에 앞서 환자에게 질병의 증상, 치료나 진단방법의 내용 및 필요성과 그로 인하여 발생이 예상되는 위험성 등을 설명하여 주었더라면 환자가 스스로 자기결정권을 행사하여 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택함으로써 중대한 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 의사가 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 것이므로, 설명의무 위반으로 인하여 지급할 의무가 있는 위자료에는, 설명의무 위반이 인정되지 않은 부분과 관련된 자기결정권 상실에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 또는 중대한 결과의 발생 자체에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 등은 포함되지 아니한다고 보아야 한다. 그리고 의료행위로 인하여 환자에게 나쁜 결과가 발생하였는데 의사의 진료상 과실은 인정되지 않고 설명의무 위반만 인정되는 경우, 설명의무 위반에 대한

승낙'에 의한 '면책'은 항변사항이다.[3716] 의사결정능력이 있는 '미성년 환자'에 대해서도 원칙적으로 설명의무를 부담하지만, 특별한 사정[3717]이 없는 한, 친권자나 법정대리인에게 설명하였다면 그 설명이 미성년 환자에게 전달(이는 사실상 추정된다[3718])됨으로써 미성년자 환자에 대한 설명의무를 이행하였다고 볼 수 있다.[3719]

수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료의 경우, 피해자가 이를 증명하여 불법행위에 기초한 위자료의 배상을 구할 수 있다.[3720] 의료계약상 주의의무 위반으로 환자의 생명이나 신체가 침해된 경우, 계약의 당사자인 병원 등은 환자가 입은 정신적 고통에

위자료의 명목 아래 사실상 재산적 손해의 전보를 꾀하여서는 아니 된다."

○ 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결; "의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험 발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다 할 것이다. 한편, 설명의무는 침습적인 의료행위로 나아가는 과정에서 의사에게 필수적으로 요구되는 절차상의 조치로서, 그 의무의 중대성에 비추어 의사로서는 적어도 환자에게 설명한 내용을 문서화하여 이를 보존할 직무수행상의 필요가 있다고 보여질 뿐 아니라, … 통상적인 의료행위에 비해 오히려 긴급을 요하는 응급의료의 경우 … 설명하고 이를 문서화한 서면에 동의를 받을 법적 의무가 의료종사자에게 부과되어 있는 점, 의사가 그러한 문서에 의해 설명의무의 이행을 입증하기는 매우 용이한 반면 환자 측에서 설명의무가 이행되지 않았음을 입증하기는 성질상 극히 어려운 점 등에 비추어, 특별한 사정이 없는 한 의사 측에 설명의무를 이행한 데 대한 입증책임이 있다고 해석하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상 및 법체계의 통일적 해석의 요구에 부합한다고 할 것이다."

3716) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다22871 판결; "환자가 의사로부터 설명을 듣지 아니하였지만 만약 올바른 설명을 들었더라도 의료행위에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적 승낙에 의한 면책은 항변사항으로서, 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 예외적으로 허용된다."

3717) ① 친권자나 법정대리인에게 설명하더라도 미성년자에게 전달되지 않아 의료행위 결정과 시행에 미성년자의 의사가 배제될 것이 명백한 경우나 ② 미성년자인 환자가 의료행위에 대하여 적극적으로 거부 의사를 보이는 경우처럼 의사가 미성년자인 환자에게 직접 의료행위에 관하여 설명하고 승낙을 받을 필요가 있는 특별한 사정이 있으면 의사는 친권자나 법정대리인에 대한 설명만으로 설명의무를 다하였다고 볼 수는 없고, 미성년자인 환자에게 직접 의료행위를 설명하여야 한다.

3718) 대법원 2023. 3. 9. 선고 2020다218925 판결; "의사의 설명은 친권자나 법정대리인에게 이루어지고 미성년자인 환자는 설명 상황에 같이 있으면서 그 내용을 듣거나 친권자나 법정대리인으로부터 의료행위에 관한 구체적인 설명을 전해 들음으로써 의료행위를 수용하는 것이 일반적이다. … 원심은 피고 병원 의료진이 2016. 6. 30. 원고 2에게 이 사건 조영술에 관하여 설명하였고, 원고 2는 이 사건 조영술 시술동의서에 환자의 대리인 또는 보호자로서 서명하였다고 인정하였다. 그렇다면 원고 1은 원고 2로부터 피고 병원 의료진의 설명 내용을 전해 듣고 이 사건 조영술 시행을 수용하였을 가능성이 높고, 당시 원고 2와 함께 피고 병원 의료진의 설명을 들었을 수도 있다. 사정이 이러하다면 특별한 사정이 없는 한 피고 병원 의료진은 원고 1에게 설명의무를 다하였다고 볼 수 있을 것이다."

3719) 대법원 2023. 3. 9. 선고 2020다218925 판결.

3720) 대법원 2023. 8. 18. 선고 2022다306185 판결; "의료진의 주의의무 위반 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료 배상을 명할 수 있으나, 이때 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실한 진료를 하였다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 피해자가 증명하여야 한다. 의료진이 임상의학 분야에서 요구되는 수준에 부합하는 진료를 한 경우 불성실한 진료를 하였다고 평가할 수는 없으므로, 수인한도를 넘는 현저히 불성실한 진료는 의료진에게 현저한 주의의무 위반이 있음을 전제로 한다. 그리고 수인한도를 넘는 현저히 불성실한 진료로 인한 위자료는, 환자에게 발생한 신체상 손해의 발생 또는 확대와 관련된 정신적 고통을 위자하는 것이 아니라 불성실한 진료 그 자체로 인하여 발생한 정신적 고통을 위자하기 위한 것이다. 따라서 불성실한 진료로 인하여 이미 발생한 정신적 고통이 중대하여 진료 후 신체상 손해가 발생하지 않더라도 별도의 위자료를 인정하는 것이 사회통념상 마땅한 정도에 이르러야 한다."

대해서도 손해를 배상하여야 한다.[3721]

관례적이며 상당한 결과의 호전을 기대할 수 있는 수술을 거부함으로써 확대된 손해 부분은 가해자의 배상범위에서 제외하여야 한다.[3722] 의료계약상 채무불이행으로 인한 손해배상청구권에 대해서는 그 성립 시로부터 10년의 소멸시효기간이 적용된다.[3723]

카. 약관 계약

약관[3724]에 대한 구체적 내용통제는, ① 약관이 사업자와 고객 사이에 체결한 계약에 편입[3725]되었는지 여부를 심사하는 '편입통제'와 ② 편입된 약관의 객관적 의미를 확정하는 '해석통제' 및 ③ 이러한 약관의 내용이 고객에게 부당하게 불이익을 주는 불공정한 것인지를 살펴보는 '불공정성통제'의 단계적 통제과정을 거친다.[3726]

①의 편입통제로서, 사업자가 약관의 명시·설명의무를 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없고,[3727] 개별약정은 약관보다 우선한

3721) 대법원 2018. 11. 15. 선고 2016다244491 판결: "피고 병원이 이 사건에 적용해야 한다고 주장하는 … 판결 등은 모두 채무불이행으로 침해된 법익이 생명·신체 그 밖의 인격적 법익이 아닌 재산적 법익인 사안에 대한 것이다. 위와 같은 대법원판결은 그러한 법익 침해로 계약당사자가 입은 정신적 고통은 재산적 손해에 대한 배상이 이루어지면 회복되고 그것만으로 회복될 수 없는 정신적 고통은 특별한 사정으로 인한 손해라는 것이므로, 이 사건과 같이 채무불이행으로 생명·신체 등의 법익이 침해된 사안에 적용할 선례가 아니다."

3722) 환자는 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 의료행위를 선택할 권리를 보유하지만, 신의칙 또는 손해부담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 볼 때 불법행위의 피해자인 환자에게는 그로 인한 손해의 확대를 방지하거나 감경하기 위하여 노력하여야 할 일반적인 의무가 있으므로, 수술과 같이 신체 침해를 수반하는 의료행위가 위험하거나 중대하지 않아 결과가 불확실하지 아니하고 그 의료행위가 관례적이며 그로 인하여 상당한 호전을 기대할 수 있는 경우에는, 피해자가 합리적인 이유 없이 자기결정권을 행사하여 이와 같은 의료행위를 거부함으로써 손해가 확대되면 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 그 확대된 손해 부분을 공제한 나머지 부분으로 가해자의 배상 범위를 제한하여야 하고, 그러한 수술로 피해자의 후유증이 개선될 수 있는 경우에 신체 손상으로 인한 일실이익 산정의 전제가 되는 노동능력상실률은 다른 특별한 사정이 없는 한 그 수술을 시행한 후에도 여전히 남을 후유증을 기준으로 정하여야 한다(대법원 2023. 3. 16. 선고 2022다283305 판결). 그 수술비용은 다른 요건을 갖추는 한 손해배상의 범위에 들어간다(2010다51406).

3723) 대법원 2018. 11. 15. 선고 2016다244491 판결. 의사의 의료행위와 관련하여 형성된 법률관계에 대하여는 상법이 적용되지 않는다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2022다200249 판결).

3724) "약관"이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다(약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법'이라 한다) 제2조 제1호). 약관이 근로기준법 또는 그 밖에 대통령령으로 정하는 비영리사업의 분야에 속하는 계약에 관한 것인 경우에는 약관규제법을 적용하지 아니한다(제30조 제1항). ☛ 대법원 2022. 6. 30. 선고 2019다246696, 246702 판결은, 희망퇴직 신청 근로자와 사용자 사이에 작성된 비밀유지의무·경업금지의무(1년) 및 손해배상의 예정으로 퇴직위로금 및 기타 지원금품 반환을 규정한 확약서가 약관규제법 제6·8조에 위반되어 무효라고 본 원심에 대하여, 제30조 제1항에 따라 약관규제법의 적용 대상에서 제외된다고 하였다.

3725) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2015다245145 판결: "보험계약은 당사자 일방이 약정한 보험료를 지급하고 상대방이 재산 또는 생명이나 신체에 관하여 불확정한 사고가 생길 경우에 일정한 보험금액 그 밖의 급여를 지급할 것을 약정함으로써 효력이 생기는 불요식의 낙성계약이므로, 계약 내용이 반드시 보험약관의 규정에 국한되지는 않는다. 그리고 보험약관이 계약당사자 사이에 구속력을 갖는 것은 그 자체가 법규범이거나 또는 법규범적 성질을 가지기 때문이 아니라 당사자가 약관의 규정을 계약 내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이다."

3726) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다69053 판결.

3727) **약관규제법 제3조(약관의 작성 및 설명의무 등)** ① 사업자는 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한글로

다.[3728] 사업자가 고객에게 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없는 특별한 사정(고객이 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우, 약관의 내용이 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명을 하지 아니하여도 충분히 예상할 수 있는 사항이거나 이미 법령[3729]에 의하여 정하여진 것을 되풀이 하거나 부연하는 정도에 불과한 경우[3730] 등)이 있다는 점은 이를 주장하는 사업자 측에서 증명하여야 한다.[3731] 약관조항이 당사자 사이의 합의에 의하여 개별약정으로 되었다는

작성하고, 표준화·체계화된 용어를 사용하며, 약관의 중요한 내용을 부호, 색채, 굵고 큰 문자 등으로 명확하게 표시하여 알아보기 쉽게 약관을 작성하여야 한다. ② 사업자는 계약을 체결할 때에는 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 분명하게 밝히고, 고객이 요구할 경우 그 약관의 사본을 고객에게 내주어 고객이 약관의 내용을 알 수 있게 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업종의 약관에 대하여는 그러하지 아니하다. 1. 여객운송업 2. 전기·가스 및 수도사업 3. 우편업 4. 공중전화 서비스 제공 통신업 ③ 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다. ④ 사업자가 제2항 및 제3항을 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다. ☛ 약관법 제3조 제4항에 따라 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없는 사유로서 '약관 사본 교부와 관련하여 약관법 제3조 제2항을 위반하여 계약을 체결한 경우'라 함은 고객이 계약 체결 당시 사업자에게 약관 사본을 내줄 것을 요구하여 사업자가 약관 사본 교부의무를 부담하게 되었음에도 이를 이행하지 아니한 경우를 의미하고, 계약이 체결된 이후 고객이 사업자에게 약관의 사본을 내줄 것을 요구하고 사업자가 이에 불응한 경우까지 포함하는 것은 아니다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2020다248384, 248391 판결).

3728) **약관규제법 제4조(개별 약정의 우선)** 약관에서 정하고 있는 사항에 관하여 사업자와 고객이 약관의 내용과 다르게 합의한 사항이 있을 때에는 그 합의 사항은 약관보다 우선한다.

3729) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2016다276177 판결; "여기에서 말하는 '법령'은 일반적인 의미에서의 법령, 즉 법률과 그 밖의 법규명령으로서의 대통령령, 총리령, 부령 등을 의미하고, 이와 달리 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리나 법령의 해석·적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것이 아니므로 이에 해당하지 않는다. 다만, 행정규칙이라 하더라도, 법령의 규정이 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여함으로써 그 법령 내용을 보충하는 기능을 가지고, 그 내용이 해당 법령의 위임한계를 벗어나지 않아 그 법령과 결합하여 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지는 등의 특별한 사정이 인정된다면, 달리 볼 수 있다. 그러나 대외적 구속력이 인정되지 않는 행정규칙으로서의 고시는, 약관이 포함된 계약의 일방 당사자인 고객에게 당연히 그 법률효과가 미친다고 할 수 없을 뿐만 아니라 고객이 별도의 설명 없이 그 내용을 예상할 수 있었다고 보기도 어려우므로, 약관 조항에서 고시의 내용을 되풀이하거나 부연하고 있다는 이유만으로 사업자의 설명의무가 면제된다고 할 수 없다."

3730) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2016다276177 판결; "사업자의 설명의무를 면제하는 사유로서 '거래상 일반적이고 공통된 것'이라는 요건은 해당 약관 조항이 그 거래계에서 일반적으로 통용되고 있는지의 측면에서, '고객이 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있는 사항'인지 여부는 소송당사자인 특정 고객에 따라 개별적으로 예측 가능성이 있었는지의 측면에서 각 판단되어야 한다. 다음으로 약관에 정하여진 사항이 '이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한지'는 약관과 법령의 규정내용, 법령의 형식 및 목적과 취지, 해당 약관이 고객에게 미치는 영향 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."

3731) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2009다105383 판결; "사업자가 약관을 사용하여 고객과 계약을 체결하는 경우, 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 명시함으로써 그 약관내용을 알 수 있는 기회를 제공하고, 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 여기서 설명의무의 대상이 되는 '중요한 내용'이라 함은 사회통념에 비추어 고객이 계약 체결의 여부 또는 대가를 결정하거나 계약 체결 후 어떤 행동을 취할지에 관하여 직접적인 영향을 미칠 수 있는 사항을 말하고, 약관조항 중에서 무엇이 중요한 내용에 해당하는지에 관하여는 일률적으로 말할 수 없으며, 구체적인 사건에서 개별적 사정을 고려하여 판단하여야 한다. 한편, 구 약관규제법 제3조 제2항 … 설명할 의무를 부과하고 … 제3항이 이를 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없도록 한 것은 고객으로 하여금 약관을 내용으로 하는 계약이 성립되는 경우에 각 당사자를 구속하게 될 내용을 미리 알고 약관에 의한 계약을 체결하도록 함으로써 고객이 예측하지 못한 불이익을 받게 되는 것을 방지하여 고객을 보호하려는 데 그 입법 취지가 있다. 따라서 고객이 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우에는 그 약관이 바로 계약내용이 되어 당사자에 대하여 구속력을 갖는다고 할 것이므로, 사업자로서는 고객에게 약관의 내용을 따로 설명할

사실도 이를 주장하는 사업자 측에서 증명하여야 한다.[3732]

②의 해석통제로서, 약관의 해석[3733]에는, 신의성실의 원칙, 객관적·획일적 해석의 원칙, 작성자 불이익의 원칙[3734]이 적용된다.

③의 불공정성통제로서, 약관규제법 제6조~제14조에 해당하는 약관조항은 무효이다. 약관규제법 제6조[3735] 제1항 소정의 '신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관조항'이라는 점은 그 무효를 주장하는 고객 쪽에서 증명하여야[3736] 한다(고객 쪽이 제2항

필요가 없다고 보는 것이 상당하고, 이는 약관의 내용이 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명을 하지 아니하여도 충분히 예상할 수 있는 사항이거나 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하는 것에 불과한 경우에도 마찬가지라고 할 것이지만, 위와 같이 사업자가 고객에게 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없는 특별한 사정이 있다는 점은 이를 주장하는 사업자가 증명하여야 한다."

3732) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2009다105383 판결: "계약의 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위해서 일정한 형식에 의하여 미리 계약서를 마련하여 두었다가 어느 한 상대방에게 이를 제시하여 계약을 체결하는 경우에도 그 상대방과 사이에 특정 조항에 관하여 개별적인 교섭(또는 흥정)을 거침으로써 상대방이 자신의 이익을 조정할 기회를 가졌다면, 그 특정 조항은 약관의 규제에 관한 법률의 규율대상이 아닌 개별약정이 된다고 보아야 한다. 이때 개별적인 교섭이 있었다고 하기 위해서는 비록 그 교섭의 결과가 반드시 특정 조항의 내용을 변경하는 형태로 나타나야 하는 것은 아니라 하더라도, 적어도 계약의 상대방이 그 특정 조항을 미리 마련한 계약서의 내용에 구속되지 아니하고 당사자와 사이에 거의 대등한 지위에서 당해 특정 조항에 대하여 충분한 검토와 고려를 한 뒤 영향력을 행사함으로써 그 내용을 변경할 가능성이 있어야 하고, 약관조항이 당사자 사이의 합의에 의하여 개별약정으로 되었다는 사실은 이를 주장하는 사업자 측에서 증명하여야 한다." ☞ 사업자와 고객 사이에 교섭이 이루어진 약관 조항은 약관 작성상의 일방성이 없으므로 약관규제법에 정한 약관에 해당하지 않으나, 이 경우 원칙적으로 개개의 조항별로 교섭의 존재 여부를 살펴야 하고, 약관조항 중 일부 조항이 교섭되었음을 이유로 그 조항에 대해서는 약관규제법의 적용이 배제되더라도 교섭되지 아니한 나머지 조항들에 대해서는 여전히 약관규제법이 적용되어야 한다(2010다57466).

3733) **약관규제법 제5조(약관의 해석)** ① 약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며 고객에 따라 다르게 해석되어서는 아니 된다. ② 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다.

3734) ○ 대법원 2023. 10. 12. 선고 2020다232709, 232716 판결: "보험약관은 신의성실의 원칙에 따라 당해 약관의 목적과 취지를 고려하여 공정하고 합리적으로 해석하되, 개개의 계약당사자가 기도한 목적이나 의사를 참작함이 없이 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 보험단체 전체의 이해관계를 고려하여 객관적·획일적으로 해석하여야 한다. 보험약관이 비록 보험자가 다수의 보험계약자와 계약을 체결하기 위하여 일방적으로 마련한 것이라고 하더라도, 그 보험약관의 내용 등이 보험계약자의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반할 뿐 아니라 사적자치의 한계를 벗어나는 등 무효라고 볼 만한 사정이 없다면, 법원이 이를 함부로 배척하거나 보험약관 내용을 그 목적과 취지 등과 달리 개별 사건마다 임의로 해석하여서는 안 된다." ☞ 상대방의 법률상의 지위에 중대한 영향을 미치게 되는 경우에는 더욱 엄격하게 해석하여야 한다(2010다106337).
○ 대법원 2019. 1. 17. 선고 2016다277200 판결: "약관 조항이 객관적으로 다의적으로 해석되고 그 각각의 해석이 합리성이 있는 등 해당 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석하여야 한다." ☞ 고객보호의 측면에서 약관 내용이 명백하지 못하거나 의심스러운 때에는 고객에게 유리하게, 약관작성자에게 불리하게 제한해석하여야 한다(2009다38438,38445). 그러나 당해 약관의 목적과 취지를 고려하여 공정하고 합리적으로, 그리고 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 객관적이고 획일적으로 해석한 결과 그 약관 조항이 일의적으로 해석된다면 그 약관 조항을 고객에게 유리하게 제한 해석할 여지가 없다(2015다228553,228560).

3735) **약관규제법 제6조(일반원칙)** ① 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다. ② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다. 1. 고객에게 부당하게 불리한 조항 2. 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항 3. 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항

3736) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결: "법 제6조 제1항, 제2항 제1호에 따라 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항으로서 '신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항'이라는 이유로 무효라고 보기 위해서는, 그 약관조항이 고객에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 약관 작성자가 거래상의 지위를 남용하

각 호의 어느 하나를 증명하면 약관의 '불공정성'은 법률상 추정되고, 사업자 쪽이 반대사실인 '불공정하지 않다'는 점을 증명하여야 한다). 제7조~제14조에서 정하고 있는 약관조항 무효의 요건사실 역시 그 무효를 주장하는 고객 쪽에서 증명하여야 한다('상당한 이유 없이', '부당하게', '정당한 이유 없이'와 같은 불확정적 평가개념 역시 그 요건의 규정 형식상 고객 쪽에서 그 근거사실에 대한 증명책임을 진다[3737]).

5. 부당이득

가. 부당이득반환청구의 요건사실

부당이득[3738] 반환 청구의 청구원인 요건사실로서 ① '원고에게 손해가 발생한 사실',[3739] ② '피고에게 이득이 발생한 사실', ③ '① 손해와 ② 이득 간 인과관계'[3740]가 필요함에는 별다른 이론이 없다. 부당이득의 실체법적 요건 중 '법률상 원인 없이'의 경

여 계약 상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하여 형평에 어긋나는 약관 조항을 작성·사용함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정되어야 한다. … 이 사건 비용 부담조항이 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주는 약관조항으로서 법 제6조 제1항에 의하여 무효가 되는 '신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항'에 해당한다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다."

3737) 사업자 쪽에 증명책임을 지우는 반대견해도 있으나(민법주해 채권(5), 1997년, 357면(손지열 집필)), 약관조항 무효의 일반조항인 제6조 중 제2항 제1호 소정의 '부당하게'의 요건사실에 대한 증명책임을 고객 쪽에 지우는 것과 마찬가지로 구체적 개별조항에서의 동일·유사의 요건사실 역시 고객 쪽에 증명책임을 지우는 것이 일관성이 있다.

3738) **민법 제741조(부당이득의 내용)** 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다. ☛ 부당이득 성립의 실체법적 요건으로는 ① 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻을 것(수익), ② 타인에게 손해를 가하였을 것(손실), ③ 수익과 손실 간에 인과관계가 있을 것(인과관계), ④ 수익의 보유를 정당화하는 법률상 원인이 없을 것(법률상 원인의 결여) 등 4가지가 필요하다.

3739) ❶ 부당이득제도는 부당한 재산적 가치의 이동을 조절하려는 제도이므로, 이익에 대응하여 손해를 입은 사람이 있어야 하고, 어떤 사람의 재산이나 노무가 다른 사람에게 이익을 주는 일이 있더라도 그로 말미암아 그 재산 또는 노무의 제공자에게 어떤 손해를 주는 일이 없는 이상, 이득자에 대하여 그 이득의 반환을 명할 이유가 없다(2014다5531). ❷ 대법원 2022. 12. 29. 선고 2019다272275 판결: "적법한 원인 없이 타인 소유 부동산에 관하여 소유권보존등기를 마친 무권리자가 그 부동산을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도, 그러한 소유권보존등기와 소유권이전등기는 실체관계에 부합한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 모두 무효이다. 따라서 이 경우 원소유자가 소유권을 상실하지 아니하고, 또 무권리자가 제3자와 체결한 매매계약의 효력이 원소유자에게 미치는 것도 아니므로, 무권리자가 받은 매매대금이 부당이득에 해당하여 이를 원소유자에게 반환하여야 한다고 볼 수는 없다."

3740) 대법원 2022. 12. 29. 선고 2019다272275 판결: "무권리자로부터 부동산을 매수한 제3자나 그 후행 등기명의인이 … 민법 제245조 제2항에 따라 바로 그 부동산에 대한 소유권을 취득하고, 이때 원소유자는 소급하여 소유권을 상실함으로써 손해를 입게 된다. 그러나 이는 민법 제245조 제2항에 따른 물권변동의 효과일 뿐 무권리자와 제3자가 체결한 매매계약의 효력과는 직접 관계가 없으므로, 무권리자가 제3자와의 매매계약에 따라 대금을 받음으로써 이익을 얻었다고 하더라도 이로 인하여 원소유자에게 손해를 가한 것이라고 볼 수도 없다." ⇔ 채무자 이외의 자의 소유에 속하는 동산을 경매한 경우에 경락인이 동산의 소유권을 선의취득한 경우 그 동산의 매득금은 채무자의 것이 아니어서 채권자가 이를 배당을 받았다고 하더라도 채권은 소멸하지 않고 계속 존속하므로, 배당을 받은 채권자는 이로 인하여 법률상 원인 없는 이득을 얻고 소유자는 경매에 의하여 소유권을 상실하는 손해를 입게 되어, 동산의 소유자는 배당을 받은 채권자에 대하여 부당이득으로서 배당받은 금원의 반환을 청구할 수 있다(98다6800).

우, '급부부당이득'의 경우에는 원고가 청구원인사실로서 ④ '법률상 원인이 없다'는 점에 대한 주장·증명책임을 지나, '침해부당이득'의 경우에는 피고가 항변사실로서 '이익을 보유할 정당한 권원' 즉, '법률상 원인이 있다'는 점에 대한 주장·증명책임을 진다.

1) 이득, 손해의 발생

부당이득반환에 있어서 손해의 발생에 대한 증명책임이 부당이득반환을 청구하는 자에게 있다.[3741] 이득의 발생에 대해서도 동일하게 보아야 한다.

부당이득반환청구의 상대방이 되는 수익자는 실질적으로 그 이익이 귀속된 주체이어야 한다.[3742] 채무를 면하는 경우와 같이 어떠한 사실의 발생으로 당연히 발생하였을 손실을 보지 않는 것과 같은 재산의 소극적 증가도 이익에 해당한다.[3743]

침해부당이득에서는, 권리자가 침해행위로 현실적·구체적 손해를 입을 것이 요구되지 않고, 침해행위로 말미암아 그 재산으로부터 '이익을 누릴 가능성'이 박탈되었다는 것 자체로 권리자에게 손해가 있다고 보아야 한다.[3744] 타인 소유의 토지 위에 권한 없이

3741) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008다41574, 41581 판결.

3742) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결. ☛ 실질적으로 이득이 귀속된 바 없다면 그 이득의 반환의무를 부담시킬 수 없다. ❶ 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다213838 판결; 피고 1은 1차계약 체결 직후 뇌출혈로 쓰러져 의식불명 상태가 되었고 이에 따라 피고 2와 아들인 소외인이 피고 1을 대신하여 2차계약을 체결하였고, 원고들은 그 당일 계약금을 피고 2에게 지급하였고, 피고 2는 위 계약금을 수령하였다는 취지의 영수증을 작성하여 원고들에게 교부한 사안에서, 위 돈은 피고 2에게 지급된 것일 뿐 피고 1에게 지급되었다고 볼 수 없고, 달리 의사무능력 상태에 있던 피고 1에게 위 돈이 실질적으로 귀속되었다고 보기도 어렵다고 한 예). ❷ 갑의 대리인 을이, 토지 소유자 병에게서 매도에 관한 대리권을 위임받지 않았음에도 대리인이라고 사칭한 정으로부터 토지를 매수하기로 하는 매매계약을 체결한 후, 갑이 병 명의 계좌로 매매대금을 송금하였는데, 병에게서 미리 통장과 도장을 교부받아 소지하고 있던 정이 위 돈을 송금당일 전액 인출한 사안에서, 병이 위 돈을 송금 받아 실질적으로 이익의 귀속자가 되었다고 보기 어렵다고 한 예(2010다37325,37332). ❸ 소외 1이 횡령한 돈이 처인 피고 1의 예금계좌로 입금되었다고 하더라도, 그로 인하여 피고 1이 위 돈 상당을 이득하였다고 하기 위해서는 피고 1이 위 돈을 영득할 의사로 송금 받았다거나 소외 1로부터 이를 증여받는 등으로 위 돈에 관한 처분권을 취득하여 실질적인 이득자가 되었다고 볼 만한 사정이 인정되어야 할 것인데, 피고 1이 남편 소외 1로부터 퇴직금 중간정산금이라며 그 보관을 의뢰 받고 자신의 계좌로 위 돈을 송금 받았다가 송금 받은 그 날 소외 1에게 처분 용도를 물어 소외 1의 지시에 따라 송금된 돈의 대부분을 곧바로 소외 1에게 송금하고 나머지 돈도 그 무렵 소외 1에게 교부하여 주었다는 것인바, 이와 같은 송금 및 반환 경위에 비추어 볼 때 피고 1이 위 돈을 자신의 구좌로 송금받았다고 하여 실질적으로 이익의 귀속자가 되었다고 보기는 어려우므로, 원고의 피고 1에 대한 부당이득반환 주장은 이유 없다고 한 예(2003다8862).

3743) 대법원 2024. 3. 28. 선고 2023다308911 판결; 원고의 자녀를 사칭한 성명불상자가 원고에게 전화하여 원고의 휴대전화에 원격조종 프로그램을 설치한 다음, 원고의 은행계좌에서 피고에게 부여된 소외 카드회사의 가상계좌로 100만 원을 이체하였는데, 위 돈은 피고의 소외 회사에 대한 신용카드대금으로 결제되었고, 이에 원고가 성명불상자로부터 송금을 받은 피고를 상대로 부당이득반환을 구한 사안에서, 피고가 자신의 신용카드대금 채무이행과 관련하여 소외 회사 명의의 가상계좌로 송금된 원고의 돈으로 법률상 원인 없이 위 채무를 면하는 이익을 얻었으므로 원고에게 그 이익을 부당이득으로 반환할 의무를 부담하고, 이때 피고가 얻은 이익은 위 돈 자체가 아니라 위 돈이 소외 회사 명의의 가상계좌로 송금되어 자신의 채무를 면하게 된 것이므로, 피고가 위 돈을 사실상 지배하였는지는 피고의 부당이득 반환의무 발생에 영향을 미치는 사정이 아닌데도, 피고가 위 돈을 사실상 지배할 수 있는 상태에 이르지 못하여 실질적인 이득을 얻지 못하였다는 이유로 피고의 부당이득 반환의무를 부정한 원심에 잘못이 있다고 한 예.

3744) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견; "종전 대법원판결은 부동산의 무단점유로 수익자에게 이익이 발생해도 권리자에게 그에 상응하는 손해가 실제로 발생해야만 부당

건물이나 공작물 등을 소유하고 있는 자는 그 자체로서 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 보아야 한다.[3745]

부당이득반환책임이 인정되는 경우에 법원은 그 손해액에 관한 당사자의 주장과 증명이 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 증명을 촉구하여야 하고 경우에 따라서는 직권으로라도 손해액을 심리·판단하여야 한다.[3746]

손실자의 급부에 의한 부당이득(급부부당이득)의 경우에는, 민법 제741조가 정하는 '이익' 또는 '그로 인한 손해'의 요건은 '계약상 급부'의 실행이라는 하나의 사실에 해소되어, 다른 특별한 사정이 없는 한 계약의 상대방 당사자가 얻은 계약상 급부가 당연히 부당이득으로 반환된다.[3747] '제3자를 위한 계약'의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와

이득의 성립을 인정하는 입장에서, 구분소유자들이 공용부분을 점포 등 용도로 사용·수익할 수 없다면 구분소유자들에게 차임 상당의 손해가 인정되지 않는다고 하였다. 다수의견은 위와 같은 경우에도 다른 구분소유자들이 공용부분을 그 용도대로 또는 전용하여 사용·수익할 권리가 침해되어 손해가 존재하고 '차임 상당액'은 그 손해를 금전적으로 평가하기 위한 기준에 불과하다는 이유로 부당이득의 성립을 인정한다. 여기에서 나아가 타인의 재산권 등을 침해하여 이익을 얻었음을 이유로 부당이득반환을 구하는 이른바 침해부당이득에서는, 권리자가 침해행위로 현실적·구체적 손해를 입을 것이 요구되지 않고, 침해행위로 말미암아 그 재산으로부터 이익을 누릴 가능성이 박탈되었다는 것 자체로 권리자에게 손해가 있다고 보아 부당이득반환을 인정해야 한다는 논지에서 다수의견을 보충하고자 한다. … 일반적으로 부동산을 권원 없이 점유·사용하는 자는 점유기간 동안 부동산 사용에 따른 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있고, 이때 소유자의 부동산 사용이 현실적으로 방해되었는지는 묻지 않는다. 판례는 토지 상공에 고압전선이 설치된 경우 토지사용자가 토지를 농지로만 이용하여 왔고 그 지상에 고층 건물을 지을 수 없더라도 토지 상공에 대한 구분지상권에 상응하는 차임 상당의 손해를 입었다고 보아 부당이득을 인정한다(94다54283). 또한 토지 지하에 무단으로 하수도 시설을 설치한 사안에서 토지소유자가 그 지하 부분을 실제로 사용하려 하였는지 묻지 않고 지하 부분에 대한 차임 상당액의 부당이득을 인정한다(96다14227). … 소유자가 실제로 부동산을 사용할 계획이 있었는지나 소유자의 사용이 현실적으로 방해되었는지, 즉 소유자에게 구체적·현실적인 손해가 발생하였는지는 부당이득의 성립 여부와 무관한 것이다. … 민법 제741조에서 말하는 '손해'는 불법행위나 채무불이행에서 말하는 '손해'와 동일한 개념으로 파악할 필요가 없다. … 침해부당이득에서는 권리자가 수익자의 침해행위로 재산을 이용할 가능성이 박탈되었다는 사실 자체로 손해가 있다고 보아야 한다. 결국수익자가 무단으로 타인의 재산을 사용하여 이익을 얻었다면, 소유자에게는 타인이 자기 소유 물건을 무단으로 이용했다는 사실만으로 이용가능성을 빼앗긴 손해가 있다고 볼 수 있다."

3745) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다71978 판결. ☛ ❶ 건물 소유자는 부지인 토지를 점유·사용할 수 있는 권원이 있음을 주장·증명하지 못하는 경우 토지의 차임에 해당하는 이익을 얻고 토지 소유자에게 같은 금액의 손해를 입혔다고 볼 수 있어 토지 소유자에게 부당이득반환의무를 부담한다(대법원 2021. 2. 25. 선고 2018다278320 판결).❷ 토지의 상공에 고압전선이 통과하게 됨으로써 토지소유자가 그 토지 상공의 사용·수익을 제한받게 되는 경우, 특별한 사정이 없는 한 고압전선의 소유자는 토지소유자의 사용·수익이 제한되는 상공 부분에 대한 차임 상당의 부당이득을 얻고 있으므로, 토지소유자는 이에 대한 반환을 구할 수 있다. 이때 토지소유자의 사용·수익이 제한되는 상공의 범위에는 고압전선이 통과하는 부분뿐만 아니라 관계 법령에서 고압전선과 건조물 사이에 일정한 거리를 유지하도록 규정하고 있는 경우 그 거리 내의 부분도 포함된다. 한편 고압전선의 소유자가 해당 토지 상공에 관하여 일정한 사용권원을 취득한 경우, 그 양적 범위가 토지소유자의 사용·수익이 제한되는 상공의 범위에 미치지 못한다면, 사용·수익이 제한되는 상공 중 사용권원을 취득하지 못한 부분에 대해서 고압전선의 소유자는 특별한 사정이 없는 한 차임 상당의 부당이득을 토지소유자에게 반환할 의무를 부담한다(대법원 2022. 11. 30. 선고 2017다257043 판결). ❸ 해당 토지의 현황이나 지목이 '도로'라는 이유만으로 부당이득의 성립이 부정되지 않으며, 도로로 이용되고 있는 사정을 감안하여 부당이득의 액수를 산정하면 된다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2018다228868 판결).

3746) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012다20819 판결.

요약자 사이에 이루어진다('채권총칙-해제-원상회복청구' 부분 참조). 이득자에게 '실질적'으로 이득이 '귀속'된 바 없다면 그 반환의무를 부담시킬 수 없다.[3748]

2) 손해와 이득 사이의 인과관계

손해와 이득 사이의 인과관계의 의미로 판례는 이른바 '사회관념상 인과관계'론을 취하고 있다.[3749] 甲의 손실이 乙의 이익으로 돌아간다고 '사회관념상' 인정되는 한 부당이득의 성립요건으로서 필요한 인과관계의 존재를 폭넓게 인정하고 있다.

3747) ❶ 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다98706 판결: "계약상 채무의 이행으로 당사자가 상대방에게 급부를 행하였는데 그 계약이 무효이거나 취소되는 등으로 효력을 가지지 못하는 경우에 당사자들은 각기 상대방에 대하여 계약이 없었던 상태의 회복으로 자신이 행한 급부의 반환을 청구할 수 있다. 계약의 효력 불발생에서의 이러한 원상회복의무를 법적으로 뒷받침하는 것이 민법 제741조 이하에서 정하는 부당이득법이 수행하는 핵심적인 기능의 하나이다. 이 경우의 부당이득반환의무에서는, … 상대방이 얻은 계약상 급부는 다른 특별한 사정이 없는 한 당연히 부당이득으로 반환되어야 한다. 다시 말하면 이 경우의 부당이득반환의무에서 민법 제741조가 정하는 '이익' 또는 '그로 인한 손해'의 요건은 계약상 급부의 실행이라는 하나의 사실에 해소되는 것이다. 그리고 예를 들어 계약상 금전채무를 지는 이가 채권자 갑의 지시에 좇아 갑에 대한 채권자 또는 갑이 증여하고자 하는 이에게 직접 금전을 지급한 경우 또는 남의 경사를 축하하기 위하여 꽃을 산 사람이 경사의 당사자에게 직접 배달시킨 경우와 같이, 계약상 급부가 실제적으로는 제3자에게 행하여졌다고 하여도 그것은 계약상 채무의 적법한 이행(이른바 '**제3자방(第三者方) 이행**')이라고 할 것이다. 이때 계약의 효력이 불발생하였으면, 그와 같이 적법한 이행을 한 계약당사자는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 제3자가 아니라 계약의 상대방 당사자에 대하여 계약의 효력불발생으로 인한 부당이득을 이유로 자신의 급부 또는 그 가액의 반환을 청구하여야 한다." ☜ 대여금이 직접 피고에게 지급되지 아니하고 소외법인에게 지급되었으므로 피고가 얻은 급부가 없다거나 피고에게 '실질적인 이득'이 없다는 상고이유 주장을 배척한 예. ❷ 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다42800, 42817, 42824, 42831 판결: "주권이 발행되지 않은 주식에 관하여 체결된 매매계약이 구 상법 제341조에서 금지한 자기주식의 취득에 해당하여 무효인 경우, 매도인은 지급받은 주식매매대금을 매수인에게 반환할 의무를 부담하는 반면 매수인은 매매계약 체결 당시 이행받은 급부가 없으므로 특별한 사정이 없는 한 반환할 부당이득이 존재하지 않는다. 다만 무효인 매매계약을 근거로 매수인이 마치 주주인 것처럼 취급되고 이러한 외관상 주주의 지위에서 매도인의 권리를 침해하여 매수인이 이익을 얻었다면 매수인은 그 이익을 반환할 의무가 있다. 그러나 매수인이 이러한 외관상 주주의 지위에 기하여 이익을 얻은 바도 없다면, 역시 매수인의 매도인에 대한 부당이득반환의무는 존재하지 않는다. … 무효인 매매계약에 따라 매수인에게 … 명의개서절차가 이행되었더라도, 매도인은 특별한 사정이 없는 한 매수인의 협력을 받을 필요 없이 단독으로 매매계약이 무효임을 증명함으로써 회사에 대해 그 명의개서를 청구할 수 있다." ☜ 소외 회사와 피고들 사이의 주식매매계약이 구 상법에서 금지한 자기주식의 취득에 해당하여 무효인 이상, 주권이 발행되지 않은 이 사건 주식이 피고들로부터 소외 회사에게 이전되었다고 볼 수 없고, 피고들이 여전히 주식을 보유하므로, 소외 회사가 피고들에 대하여 '주식반환의 원상회복의무' 또는 그 의무이행이 불가능함을 이유로 한 주식매매대금 상당의 '가액반환의무'를 부담한다고 볼 수 없으며, 소외 회사가 원상회복의무로서 '명의개서와 관련한 협조의무'를 부담한다거나 그러한 협조의무의 이행이 불가능하게 되었다고 보기도 어려우므로, 소외 회사가 피고들에 대하여 '부당이득반환의무'를 부담함을 전제로 한 피고들의 상계항변은 이유 없다고 한 예.

3748) 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다213838 판결. 구체적 사례로는, 甲의 대리인 乙이, 토지 소유자 丙으로부터 매도 대리권을 위임받지 않았음에도 대리인이라고 사칭한 丁과 체결한 토지 매매계약에 기하여, 甲이 丙 명의의 계좌로 매매대금을 송금하였는데, 丙으로부터 미리 통장과 도장을 교부받아 소지하고 있던 丁이 위 돈을 송금당일 전액 인출한 사안에서, 甲이 송금한 돈이 丙의 계좌로 입금되었다고 하더라도, 그로 인하여 丙이 위 돈 상당을 이득하였다고 하기 위해서는 丙이 이를 사실상 지배할 수 있는 상태에까지 이르러 실질적인 이득자가 되었다고 볼 만한 사정이 인정되어야 할 것인데, 甲의 송금 경위 및 丁이 이를 인출한 경위 등에 비추어 볼 때 丙이 위 돈을 송금 받아 실질적으로 이익의 귀속자가 되었다고 보기 어렵다고 한 2010다37325, 37332 판결 참조.

3749) 대법원 1997. 11. 28. 선고 96다21751 판결 등(96다43799 판결, 96다1610 판결).

3) 법률상 원인의 결여

(당사자 일방이 자신의 의사에 따라 일정한 급부를 한 다음 그 급부가 법률상 원인 없음을 이유로 반환을 청구하는) '급부부당이득'의 경우에는, '법률상 원인이 없다'는 점에 대한 증명책임은 부당이득반환을 주장하는 사람에게 있다. 이 경우 부당이득의 반환을 구하는 자는 ① '급부행위의 원인이 된 사실의 존재'와 함께 ② '그 사유가 무효, 취소, 해제 등(이들은 법률상 원인 없는 사유에 관한 공격방법에 지나지 않으므로 그 중 어느 사유를 주장하여 패소 확정판결을 받은 경우에 다른 사유를 주장하여 다시 청구하는 것은 기판력에 저촉되어 허용되지 않는다[3750])으로 소멸되어 법률상 원인이 없게 되었음'을 주장·증명하여야 하고(급부 원인이 행정처분인 경우에도 동일하다[3751]), 급부행위의 원인이 될 만한 사유가 처음부터 없었음을 이유로 하는 이른바 착오 송금과 같은 경우에는 '착오로 송금하였다는 점' 등을 주장·증명하여야 한다.[3752]

(타인의 재산권 등을 침해하여 이익을 얻었음을 이유로 부당이득반환을 구하는) '침해부당이득'의

3750) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2020다231928 판결. **[동일 판시]** 2007다49960; "집행권원에 기한 금전채권에 대한 강제집행절차에서, 그 집행권원에 표시된 집행채권이 소멸하였다 하더라도 그 강제집행절차가 청구이의의 소 등을 통하여 적법하게 취소·정지되지 아니한 채 계속 진행되어 채권압류 및 전부명령이 적법하게 확정되었다면, 특별한 사정이 없는 한 단지 집행채권의 소멸을 이유만으로, 확정된 전부명령에 따라 전부채권자에게 피전부채권이 이전되는 효력 자체를 부정할 수는 없는 것이고, 다만 위와 같이 전부명령이 확정된 후 그 집행권원상의 집행채권이 소멸한 것으로 판명된 경우에는 그 소멸된 부분에 관하여는 집행채권자가 집행채무자에 대한 관계에서 부당이득을 한 셈이 되므로, 그 집행채무자는 집행채권자에 대하여 그가 위 전부명령에 따라 전부받은 채권 중 실제로 추심한 금전 부분에 관하여는 그 상당액을, 추심하지 아니한 부분에 관하여는 그 채권 자체를 양도하는 방법에 의하여 부당이득의 반환을 구할 수 있다. 그리고 위와 같은 부당이득반환청구에서 집행채무자가 집행채권 소멸의 원인으로 주장할 수 있는 사유가 여러 가지인 경우 이들은 법률상의 원인 없는 사유에 관하여 공격방법이 다른 데 지나지 않으므로 그 중 어느 사유를 주장하여 패소의 확정판결을 받은 경우에 다른 사유를 주장하여 다시 청구하는 것은 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다." ☜ 前訴는 전부명령의 집행채권인 약속어음금채권이 그 원인채권 내지 피담보채권의 변제로 실질적으로 소멸하였음을 주장하면서 부당이득반환을 구하는 것이고, 後訴는 전부명령의 집행채권이 그에 앞선 다른 전부명령의 확정으로 소멸하였음을 주장하면서 부당이득반환을 구하는 것이므로, 전소와 후소는 모두 동일한 전부명령의 피전부채권에 기하여 추심한 금원 중 그 전부명령 전에 이미 집행채권이 소멸한 부분을 법률상 원인 없이 취득한 이익이라 하여 그 반환을 구하는 것으로서 소송물이 동일하고, 다만 그 집행채권의 소멸사유, 즉 법률상 원인 없는 사유에 관한 공격방법을 달리할 뿐이라고 판시한 예.

3751) 대법원 2023. 10. 12. 선고 2022다276697 판결; "요양기관의 요양급여비용 수령의 법률상 원인에 해당하는 요양급여비용 지급결정이 취소되지 않았다면, 요양급여비용 지급결정이 당연무효라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 결정에 따라 지급된 요양급여비용이 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없고, 공단의 요양기관에 대한 요양급여비용 상당 부당이득반환청구권도 성립하지 않는다. … 원고가 … 의사소견서 발급비용 지급결정을 직권으로 취소하였다는 주장·증명이 없고, … 지급결정이 당연무효라고 볼 만한 사정도 없어 그 결정에 따라 지급된 의사소견서 발급비용이 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없으므로, 원고의 부당이득반환청구권이 성립하지 않을 여지가 있다." **[동일 취지]** 무단으로 공유재산 등을 사용·수익·점유하는 자가 변상금부과처분에 따라 그 돈을 납부한 경우, 변상금부과처분이 당연무효이거나 행정소송을 통해 먼저 취소되기 전에는 부당이득반환청구로써 위 납부액의 반환을 구할 수 없다(2012다79828).

3752) 대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결; 원심이, ① 원고가 피고에게 7회에 걸쳐 합계 7,200만 원을 송금한 사실이 인정되나 원고 제출 증거만으로는 7,200만 원을 대여하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하고, ② 피고가 원고로부터 금전을 받은 사실이 인정되나, 그 원인에 관한 원고의 주장이 인정되지 않는다고 하여 곧바로 피고가 받은 금전을 아무런 법률상 원인 없이 이득한 것으로 볼 수 없고, 피고가 받은 금전이 부당이득에 해당한다는 점을 원고가 증명할 책임이 있는데, 제출 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 하여 원고의 예비적 청구도 배척한 것은, 모두 정당하다고 한 예.

경우에는, 부당이득반환 청구의 상대방이 그 '이익을 보유할 정당한 권원'이 있다는 점을 증명할 책임이 있다.[3753]

확정판결은, 실체적 권리관계와 다르다 하더라도, 재심의 소 등으로 취소되지 않는 한, 그 소송당사자를 기속하므로, '확정판결에 기한 이행으로 받은 급부' 및 그 급부의 대가로서 기존 급부와 동일성을 유지하면서 형태가 변경된 것에 불과한 '처분대금', 확정판결의 '강제집행으로 취득한 금원이나 채권' 등은 법률상 원인 없는 이익이라 할 수 없다(확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당하는 경우 불법행위로 인한 손해배상채권이 성립할 수는 있고, '지급명령' 확정에 기한 급부의 경우 부당이득이 성립할 수 있다).[3754]

부동산 임의경매가 피담보채권 소멸로 무효인 저당권에 기초하여 개시됨으로써 무효인 경우, 매수인은 부동산의 소유권을 취득할 수 없으나,[3755] 경매채권자가 그 경매절차에서 배당받은 금액이나 그 배당금에 대한 추심·전부 채권자가 채권배당절차에서 배당받

3753) 대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결, 대법원 2021. 2. 25. 선고 2018다278320 판결.
대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다35903 판결: "물건의 소유자가 그 물건에 관한 어떠한 이익을 상대방이 권원 없이 취득하고 있다고 주장하여 그 이익을 부당이득으로 반환청구하는 경우에는, 우선 상대방이 얻는 이익의 구체적인 내용을 따져서 그 취득을 내용으로 하는 권리가 일반적으로 유상으로 부여되는 것이어서 그 이익이 부당이득반환의 대상이 될 만한 것인지를 살펴보아야 하며, 그 경우 그러한 이익의 유무는 상대방이 당해 물건을 점유하는지에 의하여 좌우되지 아니하고 점유 여부는 단지 반환되어야 할 이익의 구체적인 액을 산정함에 있어서 고려될 뿐이다. … 이익이 긍정된다면 나아가 그 이익이 소유자의 손실로 얻어진 것인지, … 상대방에게 … 그 이익의 보유에 관한 '법률상 원인'이 있는지, 즉 당해 이익을 보유하는 것을 내용으로 하는 소유자에 대항할 수 있는 권원이 있는지 여부를 살펴야 한다. … 이익을 보유할 권원이 있음을 주장·입증하지 아니하는 한 원고에게 그것을 부당이득으로 반환할 의무가 있다."

3754) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다243812 판결(피고가 원고로부터 확정판결에 따른 급부의 이행으로 반환받은 인쇄기의 매각대금은 법률상 원인 없는 이익이라 할 수 없다고 한 예). ☛ [동일 취지] ❶ 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다56665 판결; "확정판결이 실체적 권리관계와 다르다 하더라도 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 않는 한 그 판결의 기판력에 저촉되는 주장을 할 수 없어 그 판결의 집행으로 교부받은 금원을 법률상 원인 없는 이득이라 할 수 없는 것이므로, 불법행위로 인한 인신손해에 대한 손해배상청구소송에서 판결이 확정된 후 피해자가 그 판결에서 손해배상액 산정의 기초로 인정된 기대여명보다 일찍 사망한 경우라도 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 않는 한 그 판결에 기하여 지급받은 손해배상금 중 일부를 법률상 원인 없는 이득이라 하여 반환을 구하는 것은 그 판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다." ❷ 99다32905; "소송당사자가 허위의 주장으로 법원을 기망하고 상대방의 권리를 해할 의사로 상대방의 소송관여를 방해하는 등 부정한 방법으로 실체의 권리관계와 다른 내용의 확정판결을 취득하여 그 판결에 기하여 강제집행을 하는 것은 정의에 반하고 사회생활상 도저히 용인될 수 없는 것이어서 권리남용에 해당한다고 할 것이지만, 위 확정판결에 대한 재심의 소가 각하되어 확정되는 등으로 위 확정판결이 취소되지 아니한 이상 위 확정판결에 기한 강제집행으로 취득한 채권을 법률상 원인 없는 이득이라고 하여 반환을 구하는 것은 위 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없고, 다만 위와 같이 위 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당하는 이상 위 강제집행은 망인에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다 할 것이고 망인은 그로 인하여 피전부채권액 상당의 손해를 입게 되었다고 할 것이니 망인의 재산상속인인 채권자들은 채무자에 대하여 피전부채권액 중 각 상속지분에 상당한 돈에 대한 손해배상채권을 가지고 있다 할 것" ⬌ 대법원 2024. 4. 12. 선고 2023다307741 판결; "지급명령에는 기판력이 인정되지 않으므로 실체적 권리관계와 다른 내용으로 지급명령이 확정되고 그 지급명령에 기한 이행으로 금전 등이 교부되었다면 그에 관하여 부당이득이 성립할 수 있다."

3755) 민사집행법 제267조(매수인의 부동산 취득은 담보권 소멸로 영향을 받지 아니한다)는 실체상 존재하는 담보권에 기하여 경매개시결정이 이루어졌으나 그 후 경매 과정에서 담보권이 소멸한 경우에는 예외적으로 공신력을 인정하여 그 경매는 유효하고 매수인이 소유권을 취득한다는 규정이고, 경매개시결정 전에 담보권이 소멸한 경우까지 포함하여 경매의 공신력을 인정하는 규정은 아니다(대법원 2022. 8. 25. 선고 2018다205209 전원합의체 판결).

은 금액에 대하여 그 수령자를 상대로 부당이득반환을 구할 수 있다.[3756]

4) 편취·횡령 금전에 의한 변제와 변제수령자의 부당이득

채무자가 피해자로부터 편취 또는 횡령한 금전을 자신의 채권자에 대한 채무변제에 사용하는 경우 채권자가 그 변제를 수령함에 있어 그 금전이 편취 또는 횡령한 것이라는 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 채권자의 금전 취득은 피해자에 대한 관계에서 법률상 원인이 있는 것으로 봄이 상당하고,[3757] 이와 같은 법리는 채무자가 편취 또는 횡령한 금원을 자신의 채권자에 대한 채무변제에 직접 사용하지 아니하고 자신의 채권자의 다른 채권자에 대한 채무를 대신 변제하는 데 사용한 경우나,[3758] 제3자에게 증여한 경우에도[3759] 마찬가지인바, 채권자가 채무자로부터 수령한 금전이 피해자에 대한 관계에서 부당이득이 되기 위해서는 채무자가 이를 편취 또는 횡령하였고, 채권자

3756) 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다228107 판결; **원심**이, 무효인 부동산 임의경매절차의 배당금채권에 대하여 추심·전부받은 피고들은 부동산 경매와는 별개의 강제집행절차를 통하여 배당금을 지급받았으므로 위 경매절차로 인하여 원고의 경매 매각대금을 부당이득을 하였다고 볼 수 없다고 한 데 대하여, **대법원**은, ❶ 피고들이 위 경매절차에서 인정된 소외인들(근저당권자 겸 임의경매신청인)의 배당금채권에 대하여 적법하게 발부되어 확정된 압류 및 추심·전부명령에 따라 별도의 채권배당절차에서 그중 일부를 배당금으로 수령하였더라도, 위 경매절차가 무효인 이상, 소외인들의 배당금채권 자체가 존재하지 않아 피고들의 압류 및 추심·전부명령 역시 무효이므로, 피고들은 법률상 원인 없이 원고의 매각대금으로 인하여 수령한 배당금 상당의 이익을 얻고 원고에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였다고 봄이 타당하고, ❷ 원고와 소외인들 사이에는 별도의 계약관계가 존재한다고 볼 수 없고 원고가 자신의 의사에 따라 소외인들에게 일정한 급부를 한 경우라고 볼 수도 없는 이상, '급부부당이득'에 관한 법리가 적용되는 사안이라고 볼 수 없으며, ❸ '채권의 준점유자에 대한 변제(민법 제470조)'는 적어도 채권의 존재 사실 자체가 인정되어야 적용될 수 있는데, 위 경매절차가 무효인 이상, 소외인들의 배당금채권이 존재한다고 볼 수 없고, 위 배당금채권에 관한 피고들의 압류 및 추심·전부명령 역시 무효이므로, 민법 제470조가 적용되는 사안이라고 보기도 어렵다.'고 판단한 예.

3757) 즉, 채권자가 그 변제를 수령함에 있어 악의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 채권자의 금전 취득은 피해자에 대한 관계에 있어서 법률상 원인을 결여한 것으로 봄이 상당하나, 채권자가 그 변제를 수령함에 있어 단순히 과실이 있는 경우에는 그 변제는 유효하고 채권자의 금전 취득이 피해자에 대한 관계에 있어서 법률상 원인을 결여한 것이라고 할 수 없다(대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결).

3758) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733, 53740 판결; 경리업무 담당자가 회사자금의 횡령 사실을 은폐할 목적으로 권한 없이 회사 명의로 은행과 대출계약을 체결하여 그 대출금을 편취한 후 이를 회사 또는 그 회사의 채권자인 거래처의 예금계좌에 송금하여 횡령금 상당액을 변제한 경우, 위 송금 당시 이러한 사정에 대하여 회사의 악의 또는 중과실이 없는 한 위 회사가 금전취득 또는 채무소멸의 이익을 얻은 것은 편취행위의 피해자인 은행에 대한 관계에서 법률상 원인이 있다고 한 사례.

3759) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다74246 판결; 甲이 지방세무공무원으로 재직하던 중 아무런 과오납 환부사유가 없는 사망자나 관외 거주자 등에게 과오납 환부사유가 있는 것처럼 서류를 작성하여 친정아버지인 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 **사안**에서, 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 인정한 원심판결을 파기한 사례.
☛ 한편, 민법 제747조는 원물반환이 불능인 경우의 가액 반환에 대한 무상의 전득자의 책임을 규정하고 있는데, "① 수익자가 그 받은 목적물을 반환할 수 없는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다. ② 수익자가 그 이익을 반환할 수 없는 경우에는 수익자로부터 무상으로 그 이익의 목적물을 양수한 악의의 제3자는 전항의 규정에 의하여 반환할 책임이 있다."라고 규정하고 있다.

는 그 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 있다는 등의 특별한 사정이 있어야 할 것이며, 이에 대한 증명책임은 부당이득반환을 구하는 피해자에게 있다.[3760]

5) 삼각관계에서의 급부와 부당이득

'편취금전에 의한 변제와 부당이득반환'의 법리는 침해부당이득 관계의 경우에 적용되는 것이고, 급부부당이득 관계의 경우에는 적용되지 않아, 이른바 '삼각관계에서의 급부'[= 계약의 일방당사자가 계약상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계(대가관계)를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우]가 이루어진 경우에, 제3자가 급부를 수령함에 있어 계약의 일방당사자가 계약상대방에 대하여 급부를 한 원인관계인 법률관계(보상관계)에 무효 등의 흠이 있었다는 사실을 '알고 있었다 할지라도' 계약의 일방당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다.[3761] '단축급부'는 계약상대방의 지시뿐만 아니라, 채권양도[3762]와 제삼자를

3760) 대법원 2024. 6. 27. 선고 2024다216187 판결; "채권자가 수령한 금전이 편취된 것이라는 사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다는 점에 대한 증명책임은 피해자에게 있다."(피고는 중고거래 인터넷 사이트를 통해 금목걸이를 판매하였을 뿐, 원고 계좌에서 피고 계좌로 송금된 금목걸이 대금이 보이스피싱 범죄자가 원고로부터 편취한 금원이라는 사실을 피고가 알았거나 알지 못한 데에 중대한 과실이 있었다고 단정하기는 어렵다고 한 예) **[동일 판시]** 2008다41574,41581; "이 사건 진료비는 교통사고 피해자인 소외인이 가해자의 보험회사인 피고로부터 보험금을 지급받아 그 돈으로 원고에게 치료비로 변제하였다는 것이므로, … 원고가 소외인으로부터 지급받은 위 진료비가 피고에 대한 관계에서 부당이득이 되기 위해서는 소외인이 피고에게 위 진료비를 교통사고 보험금으로 청구할 수 없음에도 불구하고 피고를 속여 이를 편취하였고, 원고는 그 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 있다는 등의 특별한 사정이 있어야 할 것이며, 이에 대한 입증책임은 피고에게 있다."

3761) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다46278 판결; "계약의 일방당사자가 **계약상대방**의 **지시** 등으로 급부과정을 **단축**하여 계약상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 **급부**한 경우(이른바 **삼각관계에서의 급부**가 이루어진 경우), 그 급부로써 급부를 한 계약당사자의 상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 그 상대방의 제3자에 대한 급부도 이루어지는 것이므로 계약의 일방당사자는 제3자를 상대로 **법률**상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다. 이러한 경우에 계약의 일방당사자가 **계**약상대방에 대하여 급부를 한 원인관계인 법률관계에 무효 등의 흠이 있다는 이유로 제3자를 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면 자기 책임하에 체결된 계**약**에 따른 위험부담을 제3자에게 전가하는 것이 되어 계약법의 원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 수익자인 제3자가 계약상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하기 때문이다. 이와 같이 삼각관계에서의 급부가 이루어진 경우에, 제3자가 급부를 수령함에 있어 계약의 일방당사자가 계약상대방에 대하여 급부를 한 원인관계인 법률관계에 무효 등의 흠이 있었다는 사실을 **알고 있었다 할지라도** 계약의 일방당사자는 제3자를 상대로 **법**률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다. … 한편, 이득자가 손실자의 부당한 출연 과정을 **알**고 있었거나 **잘** 알 수 있었을 경우에는 그 이득이 손실자에 대한 관계에서 법률상 원인이 없는 것으로 보아야 한다는 취지로 원심에서 들고 있는 **대법원** 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결은 손실자의 권리가 객관적으로 침해당하였을 때 그 대가의 반**환**을 구하는 경우(이른바 **침해부당이득관계**)에 관하여 적용되는 것으로서, 손실자가 스스로 이행한 급부의 청산을 구하는 경우(이른바 **급부부당이득관계**)에 관련된 이 사건과는 사안을 달리하는 것이므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다." ☜ 총회 결의에 따라 추가부담금 등을 납부할 의무를 조합에 부담하는 원고들(재건축조합원)이 조합의 지시에 따라 추가부담금 등을 조합과 재건축사업공사계약을 체결한 피고에게 공사대금 등으로 직접 지급한 **사안**에서, '원고들이 제3자인 피고에게 한 급부는 원고들의 조합에 대한 추가부담금 등의 납부의무의 이행으로서 이루어진 것임과 동시에 조합의 피고에 대한 공사대금 등 지급채무의 이행으로서도 이루어진 것이고, 다만 조합의 지시 등으로 그 급부과정을 단축하여 원고들이 피고에게 직접 급부한 것으로 평가할 수 있다. 이러한 경우에 원고들이 조합에게 추가부담금 등을 납부한 법률상 원인이 된 총회가 부존재하거나 무효로 되었다고 하더라도 피고는 조합과 사이의 공사**계**약에 따른 공사대금 등의 변제로서 원고

위한 계약,[3763] 질권설정행위[3764] 등 다양한 방식으로 이루어질 수 있다. 계약상대방의

들로부터 추가납부금 등을 수령한 것이므로 피고가 그 급부의 수령에 대한 유효한 법률상 원인을 보유하고 있다. 나아가, 피고가 원고들로부터 급부를 수령함에 있어, 원고들이 조합에게 추가부담금 등을 납부한 법률상 원인이 된 총회가 부존재하거나 무효인 사실을 알고 있었다 할지라도 원고들은 피고를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다.'라고 판시한 예.

3762) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결; 피고 분양회사가 원고들과 상가 분양계약을 체결할 당시 피고 신탁회사와 체결한 분양관리신탁계약 및 대리사무계약에 따라 분양대금**채권**을 피고 신탁회사에 **양도**하였고, 원고들이 이를 **승낙**하여 분양대금을 전부 피고 신탁회사의 계좌로 납입하였는데, 그 후 원고들이 피고 회사들을 상대로 분양계약 해제·취소로 인한 원상회복·부당이득반환으로 원고들이 납부한 분양대금 등의 지급을 구한 **사안**에서, **원심**이, 분양대금채권이 양도됨으로써 채무자인 원고들과 양수인인 피고 신탁회사 사이에 직접적인 채권·채무관계가 설정되었고 피고 신탁회사가 양수한 분양대금채권의 행사가 그 고유의 이익을 위한 것이 아니어서, 그 기초가 된 분양계약이 취소되어 소급적으로 무효가 된 경우에 위 채권·채무관계에 의하여 원고들이 피고 신탁회사에 이행한 급부는 법률상 원인이 없게 되었다는 이유로, 피고 신탁회사는 분양관리신탁계약 등에 따라 관리하고 있는 신탁재산의 한도 내에서 수분양자인 원고들에게 분양대금을 반환할 책임이 있다고 한 데 대하여, **대법원**은, 원고들이 분양계약에 따라 피고 신탁회사 명의의 계좌에 분양대금을 입금한 것은 이른바 '단축급부'에 해당하고, 이러한 경우 피고 신탁회사는 피고 분양회사와의 분양관리신탁계약 등에 따른 변제로서 정당하게 분양대금을 수령한 것이므로, 원고들이 피고 신탁회사를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 원상회복청구나 부당이득반환청구를 할 수 없다고 하면서 "원심이 인용한 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결은 이 사건과 사안을 달리하므로 이 사건에 원용할 수 있는 것이 아니다."라고 한 사례. ☛ 이와 달리, 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결은, "계약이 해제된 경우 계약해제 이전에 해제로 인하여 소멸되는 채권을 양수한 자는 계약해제의 효과에 반하여 자신의 권리를 주장할 수 없음은 물론이고, 나아가 특단의 사정이 없는 한 채무자로부터 이행받은 급부를 원상회복하여야 할 의무가 있다."라고 하였다.

3763) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573 판결; "**제3자를 위한 계약**관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이루는 계약이 해제된 경우 그 계약관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다." **[동일 판시]** 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다31860, 31877 판결(보상관계와 대가관계가 모두 무효인 사안). ☛ 다만, 보험계약자가 타인의 생활상의 부양이나 경제적 지원을 목적으로 보험자와 사이에 타인을 보험수익자로 하는 생명보험이나 상해보험 계약을 체결하여 보험수익자가 보험금 청구권을 취득한 경우, 보험자의 보험수익자에 대한 급부는 보험수익자에 대한 보험자 자신의 고유한 채무를 이행한 것이므로, 보험자는 보험계약이 무효이거나 해제되었다는 것을 이유로 보험수익자를 상대로 하여 그가 이미 보험수익자에게 급부한 것의 반환을 구할 수 있고, 이는 타인을 위한 생명보험이나 상해보험이 제3자를 위한 계약의 성질을 가지고 있다고 하더라도 달리 볼 수 없다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다255125 판결).

3764) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결; "금전채권의 질권자가 민법 제353조 제1항, 제2항에 의하여 자기채권의 범위 내에서 직접청구권을 행사하는 경우 질권자는 질권설정자의 대리인과 같은 지위에서 입질채권을 추심하여 자기채권의 변제에 충당하고 그 한도에서 질권설정자에 의한 변제가 있었던 것으로 보므로, 위 범위 내에서는 제3채무자의 질권자에 대한 금전지급으로써 제3채무자의 질권설정자에 대한 급부가 이루어질 뿐만 아니라 질권설정자의 질권자에 대한 급부도 이루어진다고 보아야 한다. 이러한 경우 입질채권의 발생원인인 계약관계에 무효 등의 흠이 있어 입질채권이 부존재한다고 하더라도 제3채무자는 특별한 사정이 없는 한 상대방 계약당사자인 질권설정자에 대하여 부당이득반환을 구할 수 있을 뿐이고 질권자를 상대로 직접 부당이득반환을 구할 수 없다. 이와 달리 제3채무자가 질권자를 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면 자기 책임 하에 체결된 계약에 따른 위험을 제3자인 질권자에게 전가하는 것이 되어 계약법의 원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 질권자가 질권설정자에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하기 때문이다. 반면에 질권자가 제3채무자로부터 자기채권을 초과하여 금전을 지급받은 경우 그 초과 지급 부분에 관하여는 위와 같은 제3채무자의 질권설정자에 대한 급부와 질권설정자의 질권자에 대한 급부가 있다고 볼 수 없으므로, 제3채무자는 특별한 사정이 없는 한 질권자를 상대로 초과 지급 부분에 관하여 부당이득반환을 구할 수 있다고 할 것이지만, 부당이득반환청구의 상대방이 되는 수익자는 실질적으로 그 이익이 귀속된 주체이어야 하는데, 질권자가 초과 지급 부분을 질권설정자에게 그대로 반환한 경우에는 초과 지급 부분에 관하여 질권설정자가 실질적 이익을 받은 것이지 질권자로서는 실질적 이익이 없다고 할 것이므로, 제3채무자는 질권자를 상대로 초과 지급 부분에 관하여 부당이득반환을 구할 수 없다." ☜ 乙이 丙에 대한 대출금채무를 담보하기

지시 등이 없는 경우에는 계약의 일방당사자가 제3자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다.[3765] 채무자 아닌 자가 타인의 채무를 자기의 채무로 잘못 알고 자기 채무의 이행으로서 변제한 경우는 단축급부에 관한 법리가 적용되지 않는다.[3766]

나. 다른 청구권과의 관계

'계약상의 급부'가 계약의 상대방뿐 아니라 제3자에게 이익이 된 경우에 급부를 한 계약당사자는 계약 상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있는 이외에 그 제3자에 대하여 직접 부당이득반환청구를 할 수는 없다.[3767] 이는 그 급부가 '사무관리'에

위해 丙에게 乙의 甲에 대한 보험금청구권에 관하여 질권을 설정해 주었고, 보험사고가 발생하자 甲은 질권자인 丙에게 직접 보험금을 지급해 주었는데, 乙이 보험금청구 당시 허위의 손해사정자료를 제출함으로써 보험약관에 의해 甲의 乙에 대한 보험금지급의무가 없음이 밝혀지자 甲이 丙을 상대로 직접 부당이득반환청구를 한 **사안**에서, 丙의 피담보채권의 범위 내에서는 甲은 乙에 대해 부당이득반환청구를 할 수 있을 뿐이고 丙에 대해 직접 부당이득반환청구를 할 수는 없다고 한 예.

3765) 2012다92258 중 "질권자가 제3채무자로부터 자기채권을 초과하여 금전을 지급받은 경우 그 초과 지급 부분에 관하여는 위와 같은 제3채무자의 질권설정자에 대한 급부와 질권설정자의 질권자에 대한 급부가 있다고 볼 수 없으므로, 제3채무자는 특별한 사정이 없는 한 질권자를 상대로 초과 지급 부분에 관하여 부당이득반환을 구할 수 있다." 부분 참조.

3766) ❶ 발주자가 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조 제1항 제4호에 따라 수급사업자로부터 하도급대금의 직접 지급을 요청받을 당시 원사업자에 대한 대금지급채무가 이미 변제로 소멸한 상태인 경우 발주자의 수급사업자에 대한 직접 지급의무는 발생하지 아니함에도, 발주자가 수급사업자에 대한 직접 지급의무가 발생하였다고 착오를 일으킨 나머지 수급사업자에게 하도급대금 등을 지급하였다면, 이는 채무자가 아닌 제3자가 타인의 채무를 자기의 채무로 잘못 알고 자기 채무의 이행으로서 변제한 경우에 해당하므로, 특별한 사정이 없는 한 발주자는 수급사업자를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다(대법원 2019. 12. 24. 선고 2018다223139 판결). 2009다67351은 원심이 원고의 피고들에 대한 하도급대금의 지급이 단축된 급부에 해당한다는 이유로 피고들이 법률상 원인 없이 하도급대금을 수령한 것이라고 볼 수 없다고 판단한 것에는 부당이득반환에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 하였다. ❷ 책임보험에서 보험자가 피보험자에게 보험금을 지불하지 아니하고 직접 피해자에게 그 손해를 보상하였다면 이는 보험자가 병존적으로 인수하여 부담하는 피해자에 대한 자신의 손해배상채무를 변제할 의사로 한 것이지, 타인의 채무인 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 변제할 의사로 한 것이 아니므로, 교통사고에 대하여 보험계약의 효력이 미치지 않아 출연의 목적 내지 원인을 결여하였음이 밝혀진 경우, 보험자는 피해자에게 부당이득반환을 구할 수 있다(99다37856).

3767) 대법원 2002. 8. 23. 선고 99다66564, 66571 판결: "계약상의 급부가 계약의 상대방뿐만 아니라 제3자의 이익으로 된 경우에 급부를 한 계약당사자가 계약 상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있는 이외에 그 제3자에 대하여 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면, 자기 책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가시키는 것이 되어 계약법의 기본원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라, 채권자인 계약당사자가 채무자인 계약 상대방의 일반채권자에 비하여 우대받는 결과가 되어 일반채권자의 이익을 해치게 되고, 수익자인 제3자가 계약 상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하므로, 위와 같은 경우 계약상의 급부를 한 계약당사자는 이익의 귀속 주체인 제3자에 대하여 직접 부당이득반환을 청구할 수는 없다고 보아야 할 것이다. 한편, 유효한 도급계약에 기하여 수급인이 도급인으로부터 제3자 소유 물건의 점유를 이전받아 이를 수리한 결과 그 물건의 가치가 증가한 경우, 도급인이 그 물건을 간접점유하면서 궁극적으로 자신의 계산으로 비용지출과정을 관리한 것이므로, 도급인만이 소유자에 대한 관계에 있어서 민법 제203조에 의한 비용상환청구권을 행사할 수 있는 비용지출자라고 할 것이고, 수급인은 그러한 비용지출자에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다." ☎ 원고(1/2), 정OO, 정□□(각 1/4) 공유인 건물에 관하여 정OO이 원고 동의 없이 피고에게 1, 2층 창호공사를 2억 5천만 원에 도급주고 피고가 공사를 완료하였으나 공사대금을 지급받지 못했는데, 위 공사로 건물 가치가 149,779,696원 상당 증가한 **사안**에서, **원심**이, '원고는 피고에게 위 공사로 건물 가치가 증가한 부분 중 원고 지분에 상응하는 74,889,848원을 부당이득 내지 유익비로서 반환할 의무가 있다'고 판단한 데 대하여, **대법원**은, '정OO으로부터 건물에 관한 공사를 도급받아 공사를 완료한 피고로서는 건물의 공유자 중 1인인 원고에 대하여 직접 부당이득반환을 청구하거나 유익비상환을 청구할 수 없다'고 한 예.

의하여 이루어진 경우에도 마찬가지이다.[3768]

반면에, 부당이득반환청구권과 '불법행위로 인한 손해배상청구권'은 서로 실체법상 별개의 청구권으로 존재한다.[3769] 국가 등은 국유재산의 무단점유자를 상대로 국유재산법상 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.[3770]

다. 비채변제

1) 협의의 비채변제

비채변제[3771]를 원인으로 부당이득금의 반환을 청구하는 변제자 측은 ① 채무가 존재하지 아니한 사실과 ② 변제 사실[3772]을 주장·증명하면 족하고, 상대방인 변제수령자 측이 항변사실로서 '변제자가 채무 없음을 알았다는 사실'을 주장·증명하여야 한다.[3773]

민법 제742조 소정의 비채변제는 변제자가 채무 없음을 알면서도 '임의로' 지급한 경우에만 성립하고, 채무 없음을 알고 있었다 하더라도 '변제를 강제당한 경우나 변제거절로 인한 사실상의 손해를 피하기 위하여 부득이 변제하게 된 경우 등 그 변제가 자기의 자유로운 의사에 반하여 이루어진 것으로 볼 수 있는 사정'이 있는 때에는 변제자가 그 반환청구권을 상실하지 않는다.[3774] '변제가 자기의 자유로운 의사에 반하여 이루어진

3768) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다17106 판결; "의무 없이 타인을 위하여 사무를 관리한 자는 그 타인에 대하여 민법상 사무관리 규정에 따라 비용상환 등을 청구할 수 있는 외에 그 사무관리에 의하여 결과적으로 사실상 이익을 얻은 다른 제3자에 대하여 직접 부당이득반환을 청구할 수는 없다."

3769) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결.

3770) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두5688 판결(이러한 변상금 부과·징수권과 민사상 부당이득반환청구권은 동일한 금액 범위 내에서 경합하여 병존하게 되고, 민사상 부당이득반환청구권이 만족을 얻어 소멸하면 그 범위 내에서 변상금 부과·징수권도 소멸하는 관계에 있다).

3771) **민법 제742조(비채변제)** 채무 없음을 알고 이를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다. ☞ 위 규정은 변제자가 채무 없음을 알면서도 변제를 한 경우에 적용되는 것이고, 채무 없음을 알지 못한 경우에는 그 과실 유무를 불문하고 적용되지 아니한다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009다96847 판결 등).

3772) 변제 주체에 대한 증명책임은 자신이 변제 주체임을 전제로 변제에 법률상 원인이 없다고 주장하며 부당이득반환청구를 하는 사람에게 있다(대법원 2024. 2. 15. 선고 2023다272883 판결).

3773) 민법 제742조는 부당이득의 일반적 성립요건에 관한 규정인 민법 제741조의 예외규정으로서 부당이득반환청구권에 대한 권리장애규정에 해당하므로, '변제자가 채무 없음을 알았다는 점'에 대한 주장·증명책임은 반환청구권을 부인하는 측에게 있다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009다96847 판결 등).
판례 중에는 "원심이 … 채무 없음을 모르고 … 변제한 것이므로 원고들로서는 그 반환청구권을 상실하지 않는다고 판단한 것은 정당하고"(2004다54633 판결, 97다5541 판결)라거나, "원심이 그 판시 중에서 전부금으로 원고가 변제한 돈 중 833,094원이 부존재하였음을 몰랐었던 점에 관하여 분명히 판시한 점은 없으나"(76다2212 판결)라고 설시한 것이 보이나, 이는 적절치 않고, 요증대상으로 변제자의 '부지(不知)'가 아닌 변제자의 '악의(惡意)'를 내세워 '변제자가 채무 없음을 알았음'을 인정하기 어렵다거나 인정할 증거가 없다는 식으로 설시함이 타당할 것이다.
비채변제에 해당한다는 주장을 사실심에서는 하지 아니하고 상고심에 이르러 비로소 하는 경우라면 이는 적법한 상고이유가 될 수 없다(대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다71271 판결 등).

3774) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2008다39786 판결 등.

것으로 볼 수 있는 사정'은 부당이득의 반환을 청구하는 변제자 측이 상대방의 비채변제 항변에 대한 재항변 사실로 주장·증명하여야 한다.[3775]

반환청구권을 유보하고 변제하는 유보부 변제(留保附 辨濟)의 경우도[3776] '채무 없음을 알았으나 변제를 합리화 시킬 만한 사정'이라는 점에서 '자유로운 의사에 반하여 이루어진 변제'와 동일하므로 그 증명책임도 마찬가지로 변제자 측에 있다고 봄이 옳다.[3777]

납세의무자와 과세관청 사이의 조세법률관계에서 발생한 부당이득에 대하여서는 민법상의 비채변제의 규정이 적용되지 아니한다.[3778]

2) 기한 전 변제

민법 제743조[3779] 단서 규정에 기초하여, 부당이득반환을 구하는 변제자 측은

3775) 민법주해 채권(10), 2005, 402면(양창수 집필); 주석민법 채권각칙(5), 1999, 493면(김문석 집필). 이 점에 대한 명시적인 판례는 없다. 대법원 판결 중에는 "원고의 피고에 대한 이자지급이 임의에 의한 비채변제라고 볼 수 없다고 판단하였는바, … 원심의 위와 같은 증거취사, 사실인정 및 판단은 정당하고"라거나(2007다11316 판결), "피고가 원고 회사에게 급료 및 상여금 명목으로 지급받은 금액을 반환할 의무가 없다는 것을 알면서 자유로운 의사에 기하여 반환하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다"(95다52222, 52239 판결)고 하여 '임의'나 '자유로운 의사'를 비채변제를 주장하는 변제수령자 측이 주장·증명할 책임이 있다고 판시한 것으로 볼 수 있는 것도 있으나, 대부분의 판결들은 '변제가 자기의 자유로운 의사에 반하여 이루어진 것으로 볼 수 있는 사정'을 요증대상으로 하여 설시하고 있으므로(예컨대, 2008다39786 판결("변제거절에 따른 손해를 피하기 위하여 자유로운 의사에 반하여 피고가 요구하는 연대보증채무 상당액을 부득이하게 지급한 것이라고 봄이 상당하다"), 2009다4022 판결("원심은 … 원고들은 불법거주배상금을 지급하지 아니하여 이 사건 각 아파트에 관한 분양계약을 체결하지 못함으로써 발생하게 될 사실상의 손해를 피하기 위해 부득이하게 불법거주배상금을 지급하였다고 판단하였는바, … 원심의 위와 같은 인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고"), 2004다54633 판결("원심이 … 채무 없음을 알고서도 변제거절로 인한 사실상의 손해를 피하기 위하여 그 자유로운 의사에 반하여 부득이 변제한 것이므로 원고들로서는 그 반환청구권을 상실하지 않는다고 판단한 것은 정당하고"), 87다432 판결("원심이 … 원고는 피고가 독점 공급하고 있는 전기공급을 받기 위하여서는 다른 방도가 없어서 인수하지도 아니한 소외회사의 체납전기요금채무를 부득이 변제하게 된 것이므로 그 지급물의 반환을 구할 수 있다는 취지로 판단한 것은 정당하고") 등), 판례는 부당이득반환청구의 변제자 측이 비채변제 항변에 대한 재항변 사실로 위와 같은 사정을 주장·증명하여야 한다는 입장에 서 있다고 봄이 옳다.

3776) 예컨대, 91다17917 판결의 사안("원고가 공장을 매수할 당시 전기요금체납 사실을 알지 못하였는데, 피고가 전기공급을 해주지 아니하므로 이를 공급받기 위하여 부득이 인수하지도 아니한 소외 회사의 체납전기요금채무를 그 반환청구권을 유보하고 변제하게 된 때에는, 매수 당시부터 그 체납사실을 알면서도 이를 매수한 경우와 달리 민법 제742조의 비채변제에 해당한다고 할 수 없고, 원고가 중도금까지 지급한 후에 전기요금체납사실을 알게 되었다 하여 결론이 달라질 수 없다 할 것이다.").

3777) 민법주해 채권(10), 2005, 402면(양창수 집필); 주석민법 채권각칙(5), 1999, 493면(김문석 집필).

3778) 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31419 판결 등. 이는, 조세법령에 따라 납세의무가 법정되어 있고 가산세 등으로 그 납부가 강제되며 체납절차를 통한 자력집행권에 기한 징수가 이루어질 수 있다는 점에서 납세의무자로서는 부득이 하게 일단은 납부할 수밖에 없다는 데 따른 것이다. 따라서 납세자의 부당이득반환청구 상대방인 국가나 지방자치단체가 비채변제를 항변으로 내세우더라도 이는 주장 자체로 이유가 없어 유효한 항변이 될 수가 없고, 납세자가 '강제로 부득이하게 변제한 점'을 재항변으로 주장하여야 하는 것은 아니다. 국세체납의 예에 따라 징수할 수 있는 각종 부담금의 경우에도 조세법률관계에 준하여 민법상 비채변제의 규정이 적용되지 아니하므로(2001다72074), 동일한 논리가 적용된다. 강제집행에 의한 채권의 만족도 변제자의 의사에 기하지 아니하고 행하여지는 것으로서 비채변제가 성립되지 아니한다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다286577 판결).

3779) **민법 제743조(기한전의 변제)** 변제기에 있지 아니한 채무를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다. 그러나 채무자가 착오로 인하여 변제한 때에는 채권자는 이로 인하여 얻은 이익을 반환하여야 한다. ☞ 변제기 전

청구원인 사실로서 ① 변제기 전 변제 사실과 함께 ② 그 변제가 '착오로 인한 것'[3780]임을 증명할 책임이 있다(부인설).[3781] 착오로 변제기 전에 변제한 경우라도 중대한 과실이 있는 경우에는 변제수령자가 이익을 반환할 필요가 없다는 취지의 판시도 보이나,[3782] 위 단서 소정의 '착오'는 민법 제109조의 의사표시 착오와는 관계가 없다 하여 위 판시에 찬성하지 않는 견해가 유력하다.[3783]

3) 도의관념에 적합한 비채변제

민법 제742조의 비채변제에 관한 주장 속에 민법 제744조[3784]의 도의관념에 적합한 비채변제[3785]에 관한 주장이 반드시 포함되어 있는 것으로 볼 수는 없다.[3786]

4) 타인의 채무의 변제

① 채무자 아닌 자가 착오로 인하여 타인의 채무를 변제한 경우에, ② 채권자가 ⓐ 선의로 증서를 훼멸하거나 ⓑ 담보를 포기하거나 ⓒ 시효로 인하여 그 채권을 잃은

변제라도 채무가 있는 이상 법률상 원인 없는 변제가 아니고, 채권자의 채무가 변제로 소멸하는 이상 채권자에게 이득이 생긴 것도 아니라는 점에서, 민법 제743조 본문은 부당이득이 성립하지 않는 당연한 사리를 규정한 데 지나지 않고, 단서가 변제기까지 이자 상당 부당이득의 성립을 규정한 것이다.

3780) 여기서 '착오로 인하여'라 함은 변제기 전임을 알지 못하였음을 의미하므로, 변제기가 도래했다고 오신하고서 변제한 경우에 한하고, 변제기 전임을 알면서 변제한 자는 기한의 이익을 포기한 것으로 볼 것이다(대법원 1991. 8. 13. 선고 91다6856 판결).

3781) '착오'의 유무에 대한 증명책임에 관하여, 반환을 거부하는 변제수령자 측에게 변제가 착오로 인한 것이 아님을, 즉 민법 제742조의 비채변제와 마찬가지로 기한 전 변제에 대한 변제자의 악의를 증명할 책임이 있다는 견해(항변설)도 있으나, 위 단서 규정은 부당이득반환청구의 권리근거규정에 해당하므로, 부인설을 취함이 옳다(민법주해 채권(10), 2005, 415면(양창수 집필); 주석민법 채권각칙(5), 1999, 498면(김문석 집필)).
대법원 1991. 8. 13. 선고 91다6856 판결은, "피고의 위 중간퇴직금 지급이 착오에 의한 것임을 인정할 수 있는 사정이 엿보이지 않는 이 사건에 있어서 변제기 전의 변제로 인한 법정이자 상당액의 부당이득을 피고가 원고에게 지급하여야 할 퇴직금에서 공제하여야 한다는 피고의 주장은 배척되어야 할 것"이라고 판시하여, '착오에 의한 것임을 인정할 수 있는 사정'을 요증대상으로 삼고 있으므로, 판례의 입장도 동일하다고 볼 수 있다.

3782) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다6856 판결; "피고가 원고에게 중간퇴직금을 지급하고 원고가 이를 수령하였다고 하더라도 이로써 피고가 착오에 의하여 변제기 전의 채무를 변제한 것이라고 보기는 어렵다고 할 것이다. 왜냐하면, 피고와 같은 대기업이 위와 같은 중간퇴직처리가 퇴직으로서 아무런 효과가 없다는 것을 모르고 있었다고 보기는 어렵다고 할 것이고, 가사 이를 모르고 있었다고 하더라도 이는 중대한 과실에 의한 것일 뿐만 아니라, 피고가 중간퇴직처리의 무효를 알고서도 회사의 필요에 의하여 이를 강행한 것이라면 이는 변제기 전의 퇴직금에 대하여 기한의 이익을 포기하면서 이를 지급한 것과 같은 결과가 되었을 뿐이라고 보아야 하기 때문이다."

3783) 민법주해 채권(10), 2005, 413면(양창수 집필); 주석민법 채권각칙(5), 1999, 496면(김문석 집필).

3784) **민법 제744조(도의관념에 적합한 비채변제)** 채무 없는 자가 착오로 인하여 변제한 경우에 그 변제가 도의관념에 적합한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다.

3785) 경과실이 있는 공무원이 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하지 아니함에도 피해자에게 손해를 배상하였다면 그것은 채무자 아닌 사람이 타인의 채무를 변제한 경우에 해당하고, 이는 민법 제469조의 '제3자의 변제' 또는 민법 제744조의 '도의관념에 적합한 비채변제'에 해당하여 피해자는 공무원에 대하여 이를 반환할 의무가 없다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다54478 판결).

3786) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다19961 판결(따라서 도의관념에 적합한 비채변제에 관한 주장인지 여부에 관하여 석명하지 아니한 채 비채변제에 해당하지 아니한다는 이유로 배척하는 것이 석명권을 행사하지 아니한 위법을 저지른 경우에 해당한다고 볼 수 없다).

때에는, 변제자는 그 반환을 청구하지 못한다(민법 제745조 제1항).

민법 제745조 소정의 비채변제는 채무자가 아닌 제3자가 타인의 채무를 자기의 채무로 오신하고 착오로 변제한 경우에 채권자가 선의로 증서를 훼멸하는 등으로 그 채권을 잃은 때에는 채권자를 위하여 착오로 변제한 변제자의 부당이득반환청구권을 제한하는 취지의 규정으로서, 부당이득반환을 구하는 변제자 측이 청구원인 사실로서 위 ①의 사실을 주장·증명하면(제3자가 타인의 채무임을 '알고' 변제한 경우에는 민법 제469조 제1항 본문에 따라 제3자의 변제로 원칙적으로 채권이 소멸하므로 부당이득의 문제가 생기지 않는다), 변제수령자 측이 부당이득반환청구권을 소멸시키는 항변 사유로서 위 ②의 ⓐ, ⓑ, ⓒ 중 하나의 사실을 주장·증명하여야 한다.[3787]

라. 수익자의 반환범위

민법 제748조[3788] 제1항의 '현존이익'[3789]의 증명책임에 관하여, 판례는, 대체로 수익자증명설[3790]의 입장에 서서 '금전이나 그와 유사한 대체물의 경우 이를 취득한 자가

3787) 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다17917 판결; "민법 제745조 소정의 비채변제는 … 기록상 피고가 그 요건사실에 관하여 주장·입증을 하였다고 할 수도 없으므로 이 점에 관한 심리미진 내지 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다."

3788) 민법은 제741조에서 '부당이득의 내용'이라는 제목하에 '법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다'고 규정한 다음, 제747조 제1항에서 '수익자가 그 받은 목적물을 반환할 수 없는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다'고 규정하고, **제748조**에서 '수익자의 반환범위'라는 제목하에 제1항은, '선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존한 한도에서 전조의 책임이 있다', 제2항은 '악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다'고 정하고 있다.

3789) 민법 제748조 제1항 소정의 '이익이 현존한 한도에서'와 동일한 형식의 문구가 민법 제29조 제2항, 제141조 단서, 제202조에서는 '이익이 현존하는 한도에서', 제444조 제2항, 제739조 제3항, 제740조에서는 '현존이익의 한도에서'라는 표현으로 법문에 규정되어 있다.

3790) ① 제748조 제1항을 제741조 부당이득의 일반성립요건을 보충 내지 추가하는 규정으로 보아 이익 현존 사실을 반환청구자가 증명해야 한다는 반환청구자 증명설과 ② 제748조 제1항을 제741조의 예외규정으로 보아 수익자가 이익이 현존하지 않는 사실을 증명해야 한다는 수익자 증명설로 나뉜다[민법주해 채권(10), 2005, 590면(양창수 집필); 오석락, 신판 입증책임론, 박영사(2002), 346면].
반환청구자 증명설에 따르면, 원고가 수익자에게 그가 받은 이익을 부당이득으로 하여 반환청구를 하려면, 청구원인 단계에서 '① 원고의 손실, ② 피고의 이득, ③ 손실과 이득 간의 인과관계, ④ 피고의 이득이 법률상 원인에 기한 것이 아님을 기초지우는 사실, ⑤ 현물반환이 불가능한 경우 그 가액'이라는 요건사실에 더하여 피고 수익의 현존을 주장·증명하거나 수익이 현존하지 않더라도 수익자가 악의였다는 점(이득 당시 ④ 사실을 알았다는 사실)까지 주장·증명하여야 하고, 이에 대해 수익자가 선의였고 수익이 현존하지 않는다고 답변하는 것은 항변이 아니라 부인에 지나지 않게 된다. 수익자 증명설에 따르면, 원고가 수익자에게 그가 받은 이익을 부당이득으로 하여 반환청구를 하려면, 청구원인 단계에서 수익의 현존이나 수익자의 악의까지 주장·증명할 필요는 없고, 수익자가 항변으로서 자신이 선의였다는 점(이득 당시 ④ 사실을 알지 못했다는 사실)과 이익이 현존하지 않는 사실(이득의 전부 또는 일부의 소멸 사실)을 주장·증명하여야 하며, 원고는 수익자가 나중에 악의로 되었다는 점을 재항변으로서 주장·증명하여야한다[大江 忠, 제3판 要件事實民法(4) 債權各論, 2005, 587-588면].
민법 제748조의 특칙으로서 무능력자의 보호를 위해 그 선의·악의를 묻지 아니하고 부당이득의 반환 범위를 현존 이익에 한정시켜 무능력자의 책임을 제한한 민법 제141조 단서의 해석과 관련하여도, 무능력자가 취득한 현존 이익의 존부에 대한 증명책임을 누가 부담하는지에 대하여는 견해의 대립이 있는바, ① 무능력자가 취득한

소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정되므로, 그 이익이 현존하지 아니함은 이를 주장하는 수익자 측에 증명책임이 있다.'라고[3791]하면서, '수익자가 급부자의 지시나 급부자와의 합의에 따라 그 금전을 사용하거나 지출하는 등의 사정이 있다면 위 추정은 번복될 수 있다.'[3792]라고 판시하고 있다.[3793]

이익도 현존하는 것으로 추정하여야 하고, 무능력자의 보호는 현존이익의 반환으로 족하지 그 증명책임까지 상대방에게 지워 그렇게 두텁게 보호할 필요는 없으며, 증명책임을 무능력자 쪽에 부담시키는 것이 쌍방의 이익을 조화시키는 것이라 하여, 무능력자가 그 이익이 현존하지 아니함을 증명하여야 한다는 견해, ② 민법 제141조 단서는 무능력자의 보호에 목적이 있으므로 부당이득반환을 청구하는 측에서 현존이익이 있다는 점을 증명하여야 한다는 견해로 나뉘는데, 전자의 견해가 다수이다[주석민법 총칙(3), 2001, 380면(이주흥 집필); 민법주해 총칙(3), 1992, 303면(김용담 집필)]. 선의의 자주점유자가 그 점유물을 자신의 책임 있는 사유로 멸실 또는 훼손한 경우 소유자에게 배상하여야 할 손해를 '이익이 현존하는 한도' 내로 제한한 민법 제202조는 선의의 수익자가 부담하는 부당이득 반환의무 규정인 민법 제748조 제1항에 따른 것인데[민법주해 물권(1), 1992, 429면(양창수 집필); 주석민법 물권(1), 2001, 374면(김용한 집필)], 민법 제202조 소정의 '이익이 현존하는 한도'에 관하여 선의의 자주점유자 보호라는 위 조문의 입법이유로 보아 이익의 성립이나 존속은 그 손해의 배상을 청구하는 자가 증명하여야 한다는 견해도 있다[민법주해 물권(1) 407면(양창수 집필)].

3791) "선의의 수익자에게 대한 부당이득 반환청구에 있어 그 이익이 현존하고 있는 사실에 관하여는 그 반환청구자에게 입증책임이 있다고 보는 것이 상당하다."고 하여 일반론으로서 반환청구자 증명설을 취한 판례(69다2171)가 있었으나, 금전상의 이득의 경우 "취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정"된다는 일관된 판례가 있고(2008다19966, 96다32881, 69다1093), "취득한 것이 성질상 계속적으로 반복하여 거래되는 물품으로서 곧바로 판매되어 환가될 수 있는 금전과 유사한 대체물인 경우에도 마찬가지다"라고 한 판례(2007다20440,20457), 금전상 이득의 현존 추정과 연계하여 다른 이득의 현존도 추정하는 듯한 판례(87다카768)도 있는데, 모두 명시적으로 증명책임의 소재에 대하여 밝히고 있지는 않지만, 96다32881 판결은 금전상 이득의 현존 추정의 일반론 설시 다음에, "원심판결에 소론과 같은 입증책임에 관한 법리오해가 없"다고 판시함으로써, 금전 수익자가 그 이익이 현존하지 않음을 증명하여야 한다는 취지를 나타내고 있는 한편, 2007다20440,20457 판결은 위 96다32881 판결을 참조판결로 하여 금전과 유사한 대체물의 현존 이익 추정의 일반론을 설시한 다음에 "원고가 무상공급분을 판매함으로써 얻은 이득이 얼마나 현존하는지에 관하여 아무런 주장·입증이 없다고 할 수는 없고, 원고가 취득한 비디오폰을 비롯한 각종 통신제품은 그 성질상 계속적으로 반복하여 거래되는 물품으로서 곧바로 판매되어 환가될 수 있는 금전과 유사한 대체물로 볼 수 있어 그 이득이 현존하는 것으로 추정된다고 할 것이다"라고 판시함으로써, 반환청구자가 이익의 현존을 주장·증명하여야 한다는 취지의 설시를 하고 있다. 민법 제141조 단서와 관련해서는, 금전상 이득의 현존 추정에 대해서만 설시한 판례(2003다60297,60303,60310,60327)가 있다가, 위 96다32881 판결을 참조판결로 하여 "취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정되므로, 위 이익이 현존하지 아니함은 이를 주장하는 자, 즉 의사무능력자 측에 입증책임이 있다"고 명시적으로 증명책임의 소재에 대하여 판시(2008다58367)하기에 이르렀다. 일본 판례도 수익자 증명설에 서있다(최고재판소 평성 3. 11. 19. 판결).

3792) 대법원 2022. 10. 14. 선고 2018다244488 판결; 원고 공익법인이 투자중개업자인 피고 회사와 FX마진거래계약을 체결하고 원고 명의 위탁계좌에 기본재산을 예탁한 후, 그 돈을 위탁증거금 및 거래대금으로 하여 피고 회사의 전자중개 서비스를 통해 거래를 하였다가 손실을 입자, 피고를 상대로 주무관청의 허가 없이 기본재산을 예탁한 것은 법률 위반으로 무효라며 부당이득반환을 구한 사안에서, 피고가 원고에게 거래에 따른 정산결과가 반영된 잔액을 전부 반환하였으므로, 피고에게는 예탁된 돈과 관련하여 현존하는 이익이 없다고 한 사례.

3793) 반환청구자 증명설이나 수익자증명설 어느 쪽이나 그 논거에 있어 나름대로의 타당성이 인정되고 일방적 우위를 논하기는 어려운 점이 있다. 사견으로는, 각 규정의 체계상 민법 제741조를 이득반환 범위에 관한 일반규정으로, 제748조 제1항을 그 예외 규정으로 보기는 어렵고 민법 제741조는 부당이득 전체의 일반규정으로, 제748조는 그 범위에 관한 보충규정으로 선의와 악의를 나누어 각 규정한 것이라 봄이 옳고(민법 제741조가 이득반환 범위에 관한 일반규정이고 제748조가 그 특별규정이라면 제748조가 커버하지 않는 부분이 일반규정인 민법 제741조에 의하여 규율되어야 하는데, 제748조가 커버하지 않는 부분은 존재하지 않는다), '이익의 현존'을 적극적 요건사실로 규정하고 있지 소극적 요건사실로 규정하고 있지는 않고 있는 점, 유사한 문언으로 규정된 민법 제203조 제2항, 민법 제626조 제2항 소정의 '가액 증가의 현존'에 관하여 유익비상환청구권자에게 증명책임을 부담시키는 판례(62다437, 2001다40381), 학설[민법 제203조 제2항의 경우 민법주해 물권(1)

원고가 수익자에게 수익 그 자체나 현존 이익 및 그에 대한 소장 송달 다음날부터의 지연손해금을 청구하는 데서 더 나아가, '악의의 수익자'라고 주장하면서 민법 제748조 제2항에 따라 수익에 대한 법정이자의 반환[3794] 및 손해배상을 추가하여 청구하는 경우에는, 청구원인 단계에서 수익자가 '악의'라는 점까지 주장·증명할 책임이 있다.[3795]

마. 불법원인급여

부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조[3796]가 규정하는 '불법'이 있다고 하려면, 급부의 원인이 된 행위가 그 내용이나 성격 또는 목적이나 연유 등으로 볼 때 '선량한 풍속 기타 사회질서에 위반'될 뿐 아니라 '반사회성·반윤리성·반도덕성이 현저'하거나, 급부가 '강행법규'를 위반하여 이루어졌지만 이를 반환하게 하는 것이 오히려 '규범 목적'에 부합하지 아니하는 경우[3797] 등에 해당하여야 한다.[3798] '부동산 실권리

406면(양창수 집필), 주석민법 물권(1) 367면(김용한 집필), 민법 제626조의 경우 민법주해 채권(8) 100면(민일영 집필), 주석민법 채권각칙(3) 431면(김종화 집필)]의 입장과 균형을 맞출 수 있다는 점, 부당이득 반환범위를 정한 동일 조문 내에서 원칙·예외 관계가 아닌 제1항과 제2항의 증명책임이 달라진다는 것은 어색하다는 점, 현존 이익에 관하여 규정한 민법 141조 단서와 제202조의 증명책임 소재와 동일하게 해석하여 무능력자 및 선의자 보호를 꾀할 수 있다는 점 등에서 반환청구자 증명설에 찬동하고, 금전상 이득의 경우 그 현존 추정은 증명책임의 변경을 초래하지 않는 사실상 추정의 의미로 이해함이 어떨까 생각한다.

3794) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다47478 판결; "계약무효의 경우 각 당사자가 상대방에 대하여 부담하는 반환의무는 성질상 부당이득반환의무로서 악의의 수익자는 그 받은 이익에 법정이자를 붙여 반환하여야 하므로(민법 제748조 제2항), 매매계약이 무효로 되는 때에는 매도인이 악의의 수익자인 경우 특별한 사정이 없는 한 그 매도인은 반환할 매매대금에 대하여 민법이 정한 연 5%의 법정이율에 의한 이자를 붙여 반환하여야 한다. 그리고 위와 같은 법정이자의 지급은 부당이득반환의 성질을 가지는 것이지 반환의무의 이행지체로 인한 손해배상이 아니므로, 매도인의 매매대금 반환의무와 매수인의 소유권이전등기 말소등기절차 이행의무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계가 없다."

3795) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다229536 판결; "부당이득의 수익자가 악의라는 점에 대하여는 이를 주장하는 측에서 증명책임을 진다. 여기서 '악의'는, 민법 제749조 제2항에서 악의로 의제하는 경우 등은 별론으로 하고, 자신의 이익 보유가 법률상 원인 없는 것임을 인식하는 것을 말하고, 그 이익의 보유를 법률상 원인이 없는 것이 되도록 하는 사정, 즉 부당이득반환의무의 발생요건에 해당하는 사실이 있음을 인식하는 것만으로는 부족하다."

3796) **민법 제746조(불법원인급여)** 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.
☛ 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결; "민법 제746조의 불법원인급여 규정은 부당이득반환청구권에 대한 특칙으로서, 불법원인급여를 한 자, 즉 반환청구자에 대한 법적 보호를 거절함으로써 소극적으로 법적 정의를 유지하려는 데 그 취지가 있다. … 불법원인급여 규정을 적용한 결과가 실체적 정의에 반한다면 불법원인급여 규정을 적용하는 것을 삼가야 한다. 대법원도 민법 제746조의 '불법'의 개념을 엄격하게 해석함으로써 불법원인급여 규정을 획일적으로 적용하거나 함부로 적용범위를 확장하는 것을 경계해 왔다. 제3자에게 뇌물을 전달해달라고 교부한 금전은 불법원인급여에 해당하여 금전 소유권이 수익자에게 귀속된다. 성매매를 할 사람을 고용하면서 성매매의 유인·권유·강요의 수단으로 선불금을 지급한 경우에도 불법원인급여 규정이 적용되어 선불금의 반환청구가 금지된다. 뇌물제공 목적의 금전 교부 또는 성매매 관련 선불금 지급과 같이 불법원인급여에 해당하는 전형적인 사례에서는 급여자의 급부가 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반하여 그 반환청구를 거부해야 한다는 데에 우리 사회 구성원 모두가 인식을 같이 하고 있다. 이러한 경우에는 법원이 그 반환청구를 받아들이지 않는 것이 관련 법규범의 목적에도 부합한다."

3797) 이는 강행법규 위반행위가 민법 제103조 위반에 해당하는 경우에도 위반의 대상이 된 강행법규의 규범 목적을 고려하여 민법 제746조의 적용이 제한될 수 있다는 것을 보여준다(대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결).

자명의 등기에 관한 법률'을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 수탁자 명의로 등기를 한 경우에는 불법원인급여 규정이 적용되지 않는다.[3799]

불법원인급여 규정상 '급부'는 '종국적'인 것이어야 하므로, '저당권설정등기'는 이에 해당하지 아니하나,[3800] '양도담보 목적의 소유권이전등기'는 해당하고,[3801] 임대차의 경

3798) ○ 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013다79887, 79894 판결: 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 2011. 4. 13.부터 2012. 4. 12.까지 1년간 과수원·잡종지 및 그 지상 창고시설을 임대하면서, 1년치 차임 450만 원을 선불로 지급받았는데, 피고가 2013. 3. 22.까지 위 부동산을 점유하자, 원고는 본소로 임대차기간 종료 후의 임료 상당 손해 배상을 구하였고, 이에 피고는 반소로, 농지 임대차계약은 무효라는 이유로 선불 임료의 부당이득반환을 구하였으며, 원고는, 임대차계약이 무효라면 임대차기간 동안 피고는 권원 없이 점유·사용한 것이어서 임료 상당 손해를 배상할 의무가 있으므로 그 손해배상채권을 자동채권으로 하여 피고 주장의 부당이득반환채권과 상계한다고 항변한 사안에서, 원심은, (1) 본소청구는 인용하고, (2) 반소에 관해서는, ① 선불 임료는 농지법 위반으로 무효인 계약에 의한 것이고 원고는 악의의 수익자이므로 피고에게 반환할 의무가 있고, ② 나아가 원고가 강행규정인 농지법을 위반하여 임대한 것은 불법원인급여에 해당하므로, 손해의 배상을 청구하지 못한다고 하여 원고의 상계항변을 배척하고 반소 청구를 인용한 데 대하여, 대법원은, "농지임대차가 농지법에 위반되어 그 계약의 효력을 인정받을 수 없다고 하더라도, 그 임대 목적이 농지로 보전되기 어려운 용도에 제공하기 위한 것으로서 농지로서의 기능을 상실하게 하는 경우라거나 임대인이 자경할 의사가 전혀 없이 오로지 투기의 대상으로 취득한 농지를 투하자본 회수의 일환으로 임대하는 경우 등 사회통념으로 볼 때 헌법 제121조 제2항이 농지 임대의 정당한 목적으로 규정한 농업생산성의 제고 및 농지의 합리적 이용과 전혀 관련성이 없고 구 농지법의 이념에 정면으로 배치되어 반사회성이 현저하다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면, 농지 임대인이 임대차기간 동안 임차인의 권원 없는 점용을 이유로 손해배상을 청구한 데 대하여 임차인이 불법원인급여의 법리를 이유로 그 반환을 거부할 수는 없다."고 판시한 다음, 구 농지법에 위반되는 농지 임대차 계약은 무효이고, 피고가 토지에 관한 부분이 무효임을 알았더라면 건물에 관하여도 임대차계약을 체결하지 않았을 것으로 보이므로, 위 임대차계약 전부가 무효라고 판단한 것은 정당하나, 원심으로서는 원고가 토지를 취득한 경위, 임대차가 있기 전까지의 경작 상황, 임대차계약의 목적 및 체결 경위, 피고가 토지를 이용한 방법 등을 심리한 다음 위 임대차 관계에 불법원인급여의 법리가 적용될 수 있는지를 가려보았어야 한다고 하여 원심을 파기한 예.

○ 대법원 2017. 4. 26. 선고 2016도18035 판결: 피고인이 수표를 현금으로 교환해 주면 대가를 주겠다는 제안을 받고, 수표가 불법 금융다단계 유사수신행위에 의한 사기범행을 통해 취득한 범죄수익이거나 그 범죄수익에서 유래한 재산이라는 사실을 잘 알면서도 교부받아 그 일부를 현금으로 교환한 후 아직 교환되지 못한 수표 및 교환된 현금을 임의로 사용하여 횡령하였다고 하여 기소된 사안에서, 피고인이 수표를 교부받은 원인 행위는 이를 현금으로 교환해 주고 대가를 지급받기로 하는 계약으로서, '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률'에 의하여 형사처벌되는 행위를 내용 및 목적으로 하는 것이므로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되고, 그 자체로 반사회성이 현저하며, 형벌법규에서 금지하고 있는 자금세탁행위를 목적으로 교부된 범죄수익 등을 특정범죄를 범한 자가 다시 반환받을 수 있도록 한다면, 위 법률의 입법 목적에도 배치되므로, 위 수표는 불법의 원인으로 급여한 물건에 해당하여 소유권이 피고인에게 귀속되고, 따라서 횡령죄가 성립하지 않는다고 한 사례.

⇔ 종래 판례(대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다74769 판결 등)는 "부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서, 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다."라고 하여, 민법 제746조 소정의 '불법'을 민법 제103조 소정의 '선량한 풍속 기타 사회질서 위반'과 '동일'한 개념으로 보고, '강행법규 위반' 중에서 선량한 풍속 기타 사회질서 위반에 해당하지 않는 것은 제외하였는데, 위 2013다79887, 79894 판결은 종래 판례와 달리하여 '불법'을 '선량한 풍속 기타 사회질서 위반'과 '다른' 개념으로 보면서 좀 더 제한적으로 보고 있다. 이는 민법 제746조의 적용범위를 매우 불명확하게 하는 문제점이 있다(개별 사안마다 결국 법원의 판단을 받아봐야 그 적용 여부를 알 수 있게 될 것이다).

3799) 입법자는 신탁부동산의 소유권이 명의신탁자에게 귀속됨을 전제로 규정함으로써, 민법 제103조와 제746조의 관계를 부동산실명법 자체에서 명확하게 해결하고 있으므로, 부동산실명법에서 금지한 명의신탁에 관하여 반사회적인지 아닌지를 구분하여 불법원인급여의 적용을 달리하려는 시도는 바람직하지 않다(대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결).

우 '점용이익'이 '급부'에 해당한다.[3802]

불법원인이 수익자에게만 있거나, 수익자의 불법성이 현저히 크고 그에 비해 급여자의 불법성은 미약한 경우에는 급여자의 반환 청구가 허용된다.[3803]

불법원인급여에 관한 주장·증명책임의 소재에 대하여, ① 민법 제746조 본문이든 단서이든 당사자의 주장이 있어야만 적용 가능한 것은 아니고 변론에 나타난 사정에 의하여 법원이 직권으로 인정할 수 있다고 하고, ② 증명책임에 관하여는 민법 제746조 본문은 민법 제741조의 원칙규정(권리근거규정)에 대한 예외의 권리장애규정으로서 불법원인급여에 해당한다는 주장은 급부자의 부당이득반환청구 또는 소유권에 기한 반환청구 등에 대한 '권리행사저지사유' 내지 '권리발생장애사유'를 주장하여 항변하는 것이므로 반환의무자로 지목된 수익자가, 민법 제746조 단서는 불법원인급여에도 불구하고 반환청구권이 인정되는 예외적 사정에 대한 것으로서 일종의 권리근거규정으로 작용하므로 그 적용을 주장하는 급부자가 부담한다는 것이 통설이다.[3804] 이에 따르면, 급부자의 부당이득반환청구에 대하여, 수익자로서는 (선량한 풍속 기타 사회질서 위반의 경우) '반사회성·반윤리성·반도덕성이 현저하다'거나, (강행법규 위반의 경우) '급부를 반환하게 하는 것이 오히려 규범 목적에 부합하지 아니하다'는 점[3805]을 증명하여야 한다.[3806]

3800) 대법원 1995. 8. 11. 선고 94다54108 판결; "불법의 원인으로 인하여 급여함으로써 그 반환을 청구하지 못하는 이익은 종국적인 것을 말하고, 도박자금으로 금원을 대여함으로 인하여 발생한 채권을 담보하기 위한 근저당권설정등기가 경료되었을 뿐인 경우와 같이 수령자가 그 이익을 향수하려면 경매신청을 하는 등 별도의 조치를 취하여야 하는 것은 이에 해당하지 않는다고 할 것인바, … 원고는 무효인 위 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있다고 한 원심판단은 … 옳고"

3801) 대법원 1989. 9. 29. 선고 89다카5994 판결; "원고가 도박채무가 불법무효로 존재하지 아니한다는 주장으로 양도담보의 의미로 이전하여 준 소유권이전등기의 말소를 청구하는 것은 민법 제746조의 적용에 의하여 허용되지 아니한다고 할 것이다."

3802) 위 2013다79887, 79894 판결.

3803) 대법원 1997. 10. 24. 선고 95다49530, 49547 판결; "급여자에게 불법 원인이 있는 경우에는 수익자에게 불법 원인이 있는지의 여부나 수익자의 불법 원인의 정도 내지 불법성이 급여자의 그것보다 큰지의 여부를 막론하고 급여자는 그 불법원인급여의 반환을 구할 수 없는 것이 원칙이라 할 것이나, 수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 현저히 크고 그에 비하면 급여자의 불법성은 미약한 경우에도 급여자의 반환 청구가 허용되지 않는다고 하는 것은 공평에 반하고 신의성실의 원칙에도 어긋난다고 할 것이므로 이러한 경우에는 민법 제746조 본문의 적용이 배제되어 급여자의 반환 청구는 허용된다고 해석함이 상당하다." ☞ 급여자가 수익자에 대한 도박 채무의 변제를 위하여 급여자의 주택을 수익자에게 양도하기로 한 것이지만 내기바둑에의 계획적인 유인, 내기바둑에서의 사기적 행태, 도박자금 대여 및 회수 과정에서의 폭리성과 갈취성 등에서 드러나는 수익자의 불법성의 정도가 내기바둑에의 수동적인 가담, 도박 채무의 누증으로 인한 도박의 지속, 도박 채무 변제를 위한 유일한 재산인 주택의 양도 등으로 인한 급여자의 불법성보다 훨씬 크다고 보아 급여자로서는 그 주택의 반환을 구할 수 있다고 한 사례.

3804) 민법주해 채권(10), 2005년, 523면(박병대 집필); 주석민법 채권각칙(5), 1999년, 520, 536, 537면(박기동 집필).

3805) 예컨대, 농지임대차가 농지법에 위반되어 무효인 경우, 2013다79887, 79894 판결의 판시 중 "반사회성이 현저하다고 볼 수 있는 특별한 사정"에 관한 사실이 이에 해당한다.

3806) 통설은 추상적 관념으로 보면, 타당한 것처럼 보이나 실제는 그렇지 않은 경우가 많다. 민법 제746조 소정의 불법원인을 민법 제103조 소정의 선량한 풍속 기타 사회질서 위반과 동일한 개념으로 보는 경우는 물론이고,

불법원인급여 규정은 부당이득반환청구권만을 제한하는 규정이 아니어서, 원인행위가 무효이기 때문에 급여물의 소유권이 여전히 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구를 하거나,[3807] 원인계약의 해제·해지를 원인으로 한 원상회복으로서 급부의 반환을 구하거나,[3808] 수익자의 불법행위를 이유로 급부 상당의 손해배상을 구하는 것도 허용되지 아니한다(급여자의 손해배상청구를 인정하지 아니하는 것이 오히려 사회상규에 명백히 반한다고 평가될 수 있는 '특별한 사정'까지 주장·증명하면, 손해배상청구가 인용될 여지는 있다).[3809]

달리 보는 경우라 하더라도 부당이득반환 청구의 청구원인인 '선량한 풍속 기타 사회질서 위반' 사실 자체로부터 '반사회성·반윤리성·반도덕성의 현저함'이 드러나는 많은 경우(예컨대, 2016도18035 판결의 '자금세탁 목적의 범죄수익 교부' 사안)가 그러하다. 실제 소송에서의 예를 들어보기로 한다. 원고가 피고에게 도박자금을 대여한 경우 그 돈의 반환을 구하기 위해서는 통상의 경우, 우선 원고로서는 소비대차약정만을 청구원인으로 밝히면서 대여금 반환 청구를 하고, 피고가 도박자금으로 차용한 것임을 주장·증명하여 소비대차약정이 민법 제103조에 반하여 무효라고 항변하면, 이러한 항변이 받아들여질 경우에 대비하여 원고는 예비적으로 부당이득반환 청구를 하게 될 것인바, 예비적 청구인 부당이득반환 청구 단계에서는 이미 민법 제746조 본문 소정의 불법원인급여 사실, 즉 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 사실 및 '반사회성·반윤리성·반도덕성의 현저함'이 드러나 있어 그 이익의 반환을 청구하지 못함이 법규의 적용상 명백한 상태이므로, 원고로서는 부당이득반환 청구를 이유 있게 하기 위해서는 민법 제746조 본문의 적용을 배제하는 예외적 사유, 즉 민법 제746조 단서의 적용을 위해 불법원인이 수익자에게만 있음을 나타내는 사실이나 수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 현저히 크고 그에 비하면 급여자의 불법성은 미약한 경우에 해당함을 나타내는 사실을 추가하여 주장·증명하여야 한다.

즉, '불법원인'이라는 점은 주위적 청구인 대여금 반환 청구에 있어서는 항변으로 작용하지만, 예비적 청구인 부당이득반환 청구에 있어서는 이미 청구원인에 포섭되어 항변으로 작용할 여지가 없다. 급부의 흠결이 불법원인인 경우의 부당이득반환 청구에 있어서는 부당이득반환 청구의 일반적 요건인 '법률상 원인의 흠결'을 주장·증명하면서 불법원인에 해당하는 사실이 청구원인 중에 이미 드러나 버리는 경우가 많기 때문에 반환청구를 정당화 할 사유의 추가적인 주장이 없는 한 원고의 청구는 주장 자체로 이유 없게 될 수 있다(일본 신판 주석민법(18) 채권(9), 703면, 1991년(松本博之 집필)). 결국 많은 경우, 민법 제746조 단서 등 민법 제746조 본문의 적용을 배제하는 예외적 사유만이 청구원인 사실로서 의미가 있을 뿐이고, 민법 제746조 본문을 권리발생장애 사유인 항변사유로 보는 것은 아무런 의미가 없는 것이며 타당하지도 않다. 이러한 점에서 민법 제746조 본문이든 단서이든 직권조사사항이라서 청구원인 단계에서 고려된다고 볼 것도 아니다. 물론, 부당이득반환 청구의 청구원인 사실 자체로부터 불법원인급여 해당 사실이 드러나지 않는 예외적 경우(예컨대, 2013다79887, 79894 판결의 '농지법 위반 농지임대차' 사안)에는 수익자가 불법원인급여에 해당하는 추가적인 사정을 항변사실로 주장·증명하여야 하는 것으로 볼 것이다.

3807) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결(반환청구를 하지 못하는 '반사적 효과'로서 급여한 물건의 '소유권'은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다).

3808) 대법원 1992. 12. 11. 선고 92다33169 판결; "불법원인급여에 관한 민법 제746조의 규정취지는 민법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 그 형식 여하를 불문하고 스스로 한 불법행위의 무효를 주장하여 그 복구를 소구할 수 없다는 법의 이상을 표현하는 것이고 부당이득반환청구권만을 제한하는 규정이 아니므로 불법의 원인으로 인하여 금원을 급여한 사람이 그 금원의 교부가 송금위탁계약에 기한 것으로 이의 해제를 전제로 그 반환을 구하는 것도 허용되지 아니한다고 할 것이다." ☞ 송금액에 해당하는 수입품에 대한 관세포탈 범죄를 저지르기 위하여 미인가 환전상에게 비밀송금을 위탁한 행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위로서 불법원인급여에 해당하고, 송금위탁계약의 해제를 전제로 그 반환을 구하는 것도 허용되지 아니한다고 한 예.

3809) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다35412 판결; "불법의 원인으로 재산을 급여한 사람은 상대방 수령자가 그 '불법의 원인'에 가공하였다고 하더라도 상대방에게만 불법의 원인이 있거나 그의 불법성이 급여자의 불법성보다 현저히 크다고 평가되는 등으로 제반 사정에 비추어 급여자의 손해배상청구를 인정하지 아니하는 것이 오히려 사회상규에 명백히 반한다고 평가될 수 있는 특별한 사정이 없는 한 상대방의 불법행위를 이유로 그 재산의 급여로 말미암아 발생한 자신의 손해를 배상할 것을 주장할 수 없다고 할 것이다. 그와 같은 경우에 급여자의 위와 같은 손해배상청구를 인용한다면, 이는 급여자는 결국 자신이 행한 급부 자체 또는 그 경제적 동일물을 환수하는 것과 다름없는 결과가 되어, 민법 제746조에서 실정법적으로 구체화된 앞에서 본 바와

불법원인급여 후 그 급부의 반환약정에 기한 약정금 청구의 경우, 수익자인 피고가 그 반환약정이 사회질서에 반하여 무효라는 점을 항변으로 주장·증명하여야 한다.[3810] 약정금 청구의 청구원인 사실 중에 그 반환약정이 사회질서에 반하여 무효라는 점이 드러나 있는 경우, 예컨대 불법원인급여 당시의 반환약정으로서 불법적인 청탁과 함께 금전을 교부하면서 청탁이 실패할 경우에 반환하기로 하는 약정에 기한 약정금 청구의 경우라면,[3811] 원고의 주장 자체에서 이유 없는 것으로 되어 기각되어져야 한다.

6. 불법행위

가. 일반불법행위책임

민법 750조[3812]의 일반불법행위책임에 기초한 손해배상청구의 청구원인 요건사실[3813]은, ① 원고(가해행위의 직접 상대방으로 한정되지 않는다[3814])의 권리나 보호법익의 존

같은 법이념에 반하게 되는 것이다." ☎ 원고가, 피고가 기초자치단체의 의원으로서 관할 등기소에 청탁하여 사전 임야의 등기명의인 표시가 경정되도록 하여 주겠다는 명목으로 원고의 총무 등으로부터 1억 원을 교부받은 것을 부당이득으로 반환하여야 한다고 주장한 데 대하여, **원심**이, 원고 총무 등의 위와 같은 금전지급행위는 원고에게 그 효과가 귀속되어야 하는 불법원인급여에 해당한다는 등의 이유로 피고의 원고에 대한 부당이득반환의무를 부인한 것은, 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 또한, 피고가 고의 또는 과실로 원고 총무 등의 금전횡령행위에 관하여 원고 총무 등과 연대하여 공동불법행위책임을 지므로 위 금액 상당의 손해배상을 하여야 한다는 원고의 주장에 대하여도, 원고는 피고에 대하여 피고의 불법행위를 이유로 위 1억 원 상당의 손해를 배상할 것을 청구할 수 없다고 판단한 예.

3810) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다12580 판결: "불법원인급여 후 급부를 이행받은 자가 급부의 원인행위와 별도의 약정으로 급부 그 자체 또는 그에 갈음한 대가물의 반환을 특약하는 것은 불법원인급여를 한 자가 그 부당이득의 반환을 청구하는 경우와는 달리 그 반환약정 자체가 사회질서에 반하여 무효가 되지 않는 한 유효하다고 할 것이고, 여기서 반환약정 자체의 무효 여부는 반환약정 그 자체의 목적뿐만 아니라 당초의 불법원인급여가 이루어진 경위, 쌍방당사자의 불법성의 정도, 반환약정의 체결과정 등 민법 제103조 위반 여부를 판단하기 위한 제반 요소를 종합적으로 고려하여 결정하여야 하고, 한편 반환약정이 사회질서에 반하여 무효라는 점은 수익자가 이를 입증하여야 한다."
⇔ 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다51994 판결은, "당사자의 일방이 상대방에게 공무원의 직무에 관한 사항에 관하여 특별한 청탁을 하게 하고 그에 대한 보수로 돈을 지급할 것을 내용으로 한 약정은 사회질서에 반하는 무효의 계약이라 할 것이고, 따라서 민법 제746조에 의하여 그 대가의 반환을 청구할 수 없으며, 나아가 그 돈을 반환하여 주기로 한 약정도 결국 불법원인급여물의 반환을 구하는 범주에 속하는 것으로서 무효이고, 그 반환약정에 기하여 약속어음을 발행하였다 하더라도 채권자는 그 이행을 청구할 수 없다"라고 하였는데, 이는 위 2009다12580 판결에 배치되는 범위에서 사실상 판례변경이 이루어진 것으로 보아야 한다.

3811) 대법원 1991. 3. 22. 선고 91다520 판결의 사안 참조.

3812) **민법 제750조(불법행위의 내용)** 고의 또는 과실로 인한 **위**법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

3813) ❶ 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결; "불법행위에 있어서 고의·과실에 기한 가해행위의 존재 및 그로 인한 손해 발생에 관한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다 … 입증책임을 원고 회사에게 부담시킨 조치는 정당하고" ❷ 대법원 2019. 11. 28. 선고 2016다233538, 233545 판결; "일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구사건에서 가해자의 가해행위, 피해자의 손해 발생, 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계에 관한 증명책임은 청구자인 피해자가 부담한다.

3814) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2016다202947 판결; "**민법 제750조**는 "고의 또는 과실로 인한 **위**법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다."라고 정함으로써 불법행위에 관한 **일반조항**주의를 채택하고 있다. 이 규정은 손해배상 청구권자를 가해행위의 직접 상대방으로 한정하고 있지 않다. 따라서 가해행위의

재,[3815] ② 피고의 ①에 대한 가해행위,[3816] ③ 피고의 고의 또는 과실, ④ 원고의 손해 발생과 그 범위, ⑤ 가해행위와 손해 발생 사이의 인과관계[3817]이다.

②의 '가해행위' 요건과 관련하여, 부작위에 의한 불법행위가 성립하기 위해서는 법적 작위의무가 있는 자의 부작위가 인정되어야 한다.[3818]

소송물, 위법성, 귀책사유, 손해의 발생과 범위(손익상계, 과실상계 등 책임의 제한)에 관하여는 '채권총칙-채무불이행책임', 지연손해금 기산일에 관하여는 '총칙-조건과 기한-이행기한', 장기·단기 소멸시효(민법 제766조)에 관하여는 '총칙-소멸시효', 의료사고에 관하여는 '채권각칙-의료계약' 부분 참조.

직접 상대방이 아닌 제3자도 그 가해행위로 말미암아 자신의 법익이 침해되는 등의 손해를 입었다면 가해자를 상대로 불법행위를 이유로 손해배상을 청구할 수 있다고 보아야 한다. **민법 제752조**는 생명침해의 경우 위자료 청구권자를 정하고 있는데, 이는 **예시적 열거 규정**이다. 따라서 생명침해가 아닌 다른 유형의 위법행위에 대해서도 그 직접 상대방이 아닌 제3자가 위법행위로 생긴 자신의 법익 침해나 정신적 고통을 증명하여 가해자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다고 보는 것이 민법 제750조, 제752조의 문언과 체계에 맞는다. 이때 제3자는 불법행위를 이유로 한 손해배상이 무한정 확대되지 않도록 일정한 범위로 제한되어야 한다. 이를 위하여 손해배상의 범위에 관하여 제한배상주의를 정한 민법 제763조, 제393조가 적용될 것이다. 일반적으로는 제3자가 가해행위의 직접 상대방과 밀접한 관계에 있어 가해자도 자신의 행위로 말미암아 그 제3자에게 손해가 발생하리라는 사정을 알았거나 알 수 있었을 것이라고 인정되는 경우에 배상책임이 있다고 보아야 한다."

3815) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2015다221668 판결; "원고 등의 행정절차 참여권 등을 침해하였음을 이유로 피고에게 손해배상책임을 구하고 있는 이 사건에서 원고 등이 이 사건 폐기물 입지선정결정 당시 해당 지역 주민이었다는 사실은 원고 등이 주장·증명했어야 한다."

3816) 대법원 2024. 5. 17. 선고 2018다262103 판결; "「개인정보 보호법」 제39조 제1항은 '정보주체는 개인정보처리자가 이 법을 위반한 행위로 손해를 입으면 개인정보처리자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.'라고 **규**정하고 있다. 이 **규**정은 정보주체가 개인정보처리자의 「개인정보 보호법」 위반행위로 입은 손해의 배상을 청구하는 경우에 개인정보처리자의 고의나 과실을 증명하는 것이 곤란한 점을 감안하여 그 증명책임을 개인정보처리자에게 전환하는 것일 뿐이고, 개인정보처리자가 「개인정보 보호법」을 위반한 행위를 하였다는 사실 자체는 정보주체가 주장·증명하여야 한다."

3817) ❶ 대법원 2021. 7. 29. 선고 2015다221668 판결; "일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구 사건에서 손해의 발생 및 가해행위와 손해의 발생 사이의 인과관계에 대한 증명책임은 청구자인 피해자가 부담한다." ❷ 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다80778 판결; "가해자 측이 피해자 주장의 후유장해가 기왕증에 의한 것이라고 다투는 경우, 가해자 측의 그 주장은 소송법상의 인과관계의 부인이고 따라서 피해자가 적극적으로 그 인과관계의 존재 즉, 당해 사고와 상해 사이에 인과관계가 있다거나 소극적으로 기왕증에 의한 후유장해가 없었음을 입증하여야 한다." ❸ 대법원 2022. 4. 28. 선고 2020다268265 판결; "민법 제760조 제1항, 제3항의 공동불법행위자에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 지우려면, 그 위법한 행위와 원고가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 그 상당인과관계의 유무는 결과발생의 개연성, 위법행위의 태양 및 피침해이익의 성질 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."

3818) 대법원 2023. 11. 16. 선고 2022다265994 판결; "부작위에 의한 불법행위가 성립하기 위해서는 작위의무가 있는 자의 부작위가 인정되어야 한다. 여기서 작위의무는 법적인 의무이어야 하는데 그 근거가 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무가 인정될 수는 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 아니한 제3자에 대하여 함부로 작위의무를 확대하여 부과할 것은 아니다."

나. 민법상 특수불법행위책임

1) 감독의무자에 대한 손해배상청구

민법 제755조[3819]에 기초한 감독의무자에 대한 손해배상청구의 청구원인 요건사실은, ① '원고의 권리나 보호법익의 존재', ② '소외인의 ①에 대한 가해행위', ③ '원고의 손해 발생과 그 범위', ④ '가해행위와 손해 발생 사이의 인과관계', ⑤ '소외인이 책임무능력자일 것',[3820] ⑥ '피고가 소외인을 감독할 법정의무[3821]가 있는 자 또는 감독의무자를 갈음하여 감독하는 자[3822]일 것'이다. 이에 대한 피고의 항변 사실은 '피고가 감독의무를

3819) **민법 제755조(감독자의 책임)** ① 다른 자에게 손해를 가한 사람이 제753조 또는 제754조에 따라 책임이 없는 경우에는 그를 감독할 법정의무가 있는 자가 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 감독의무를 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 감독의무자를 갈음하여 제753조 또는 제754조에 따라 책임이 없는 사람을 감독하는 자도 제1항의 책임이 있다.

3820) **민법 제753조(미성년자의 책임능력)** 미성년자가 타인에게 손해를 가한 경우에 그 행위의 책임을 변식할 지능이 없는 때에는 배상의 책임이 없다. **제754조(심신상실자의 책임능력)** 심신상실 중에 타인에게 손해를 가한 자는 배상의 책임이 없다. 그러나 고의 또는 과실로 인하여 심신상실을 초래한 때에는 그러하지 아니하다.

3821) ○ 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다24318 판결: "민법 제755조에 의하여 책임능력 없는 **미성년자**를 감독할 친권자 등 법정감독의무자의 보호감독책임은 미성년자의 생활 전반에 미치는 것이고, 법정감독의무자에 대신하여 보호감독의무를 부담하는 교사 등의 보호감독책임은 학교 내에서의 학생의 모든 생활관계에 미치는 것이 아니라, 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 이와 같은 대리감독자가 있다는 사실만 가지고서 곧 친권자의 법정감독책임이 면탈된다고는 볼 수 없다."
○ 대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다228486 판결: "구 정신보건법(2016. 5. 29. 법률 제14224호「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」로 전부 개정되기 전의 것) 제3조 제1호는 '**정신질환자**'란 '정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적정신장애를 가진 자'라고 정의하고 있고, 제21조 제1항 본문은 '정신질환자의 민법상의 부양의무자 또는 후견인(이하 '부양의무자 등'이라 한다)은 정신질환자의 보호의무자가 된다."라고 정하고 있다. 또한 제22조 제2항은 '보호의무자는 보호하고 있는 정신질환자가 자신 또는 타인을 해치지 아니하도록 유의하여야 한다.'라고 정하여 부양의무자 등에게 피보호자인 정신질환자에 대한 감독의무를 부과하고 있다. 정신질환자가 심신상실 중에 타인에게 손해를 가하여 배상의 책임이 없는 경우에는 민법 제755조 제1항에 따라 그를 감독할 법정의무 있는 자가 그 손해를 배상할 책임이 있다. 정신질환자가 책임능력이 있는 경우에도 그 손해가 감독의무자의 감독의무 위반과 인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 민법 제750조에 따라 그 손해를 배상할 책임이 있다. 위와 같은 법규정의 문언과 체계 등에 비추어 보면, 부양의무자 등은 피보호자인 정신질환자에 대한 법률상 감독의무를 부담하므로 그 의무 위반으로 타인에게 손해를 가하는 경우에 이를 배상할 책임이 있으나, 이러한 감독의무는 정신질환자의 행동을 전적으로 통제하고 그 행동으로 인한 모든 결과를 방지해야 하는 일반적인 의무가 아니라 구 정신보건법 등 관련 법령의 취지, 신의성실의 원칙, 형평의 원칙 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 제한된 범위에서의 의무라고 해석함이 타당하다. … 피보호자인 정신질환자가 타인을 위해할 가능성이 있다는 구체적인 위험을 인지하였는데도 대비를 하지 않은 경우와 같이 부양의무자 등에게 정신질환자의 행위에 관해서 책임을 묻는 것이 타당한 객관적 상황이 인정되는지 여부에 따라 개별적으로 판단해야 한다."

3822) ❶ 대법원 2007. 11. 15. 선고 2005다16034 판결: "지방자치단체가 설치·경영하는 학교의 교장이나 교사는 **학생**을 보호감독할 의무를 지는 것이지만, 이러한 보호감독의무는 교육법에 따라 학생을 친권자 등 법정 감독의무자에 대신하여 감독을 하여야 하는 의무로서 학교 내에서의 학생의 전 생활관계에 미치는 것은 아니고 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 그 의무 범위 내의 생활관계라고 하더라도 교육활동의 때와 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자와의 관계 기타 여러 사정을 고려하여 사고가 학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예측가능성(사고발생의 구체적 위험성)이 있는 경우에 한하여 교장이나 교사는 보호감독의무 위반에 대한 책임을 진다고 할 것이다. 따라서 **집단따돌림**으로 인하여 피해 학생이 자살한 경우, 자살의 결과에 대하여 학교의 교장이나 교사의 보호감독의무 위반의 책임을 묻기 위하여는 피해 학생이 자살에 이른 상황을 객관적으로 보아 교사 등이 예견하였거나 예견할 수 있었음이 인정되어야 한다. 다만 사회통념상 허용될 수 없는 악질, 중대한 집단따돌림이 계속되고 그 결과 피해 학생이 육체적 또는 정신적으로 궁지에 몰린 상황에 있었음을 예견하였거나 예견할 수 있었던

게을리 하지 아니한 사실'(제1항 단서)이다.

미성년자가 책임능력이 있어 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 그 손해가 미성년자의 감독의무자의 의무 위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 민법 제750조에 따라 일반불법행위자로서 손해배상책임이 있다. 이 경우 그러한 감독의무 위반사실과 손해 발생과의 상당인과관계는 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다.[3823]

2) 사용자에 대한 손해배상청구

민법 제756조[3824]에 기초한 사용자에 대한 손해배상청구의 청구원인 요건사실은,

경우에는 피해 학생이 자살에 이른 상황에 대한 예견가능성도 있는 것으로 볼 수 있을 것이나, 집단따돌림의 내용이 이와 같은 정도에까지 이르지 않은 경우에는 교사 등이 집단따돌림을 예견하였거나 예견할 수 있었다고 하더라도 이것만으로 피해 학생의 자살에 대한 예견이 가능하였던 것으로 볼 수는 없으므로, 교사 등이 집단따돌림 자체에 대한 보호감독의무 위반의 책임을 부담하는 것은 별론으로 하고 자살의 결과에 대한 보호감독의무 위반의 책임을 부담한다고 할 수는 없다." ❷ 만 14세 4개월의 중학교 2년생이 체육시간에 피해자의 잘못으로 체육교사로부터 단체기합을 받았다는 이유로 그 직후의 휴식기간에 피해자를 폭행하여 상해를 가한 경우, 가해자의 성행, 피해자와의 관계, 단체기합의 정도 등에 비추어 체육교사 또는 담임교사 등에게 사고에 대한 예측가능성이 없었다고 본 사례(99다44205).

3823) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결; "미성년 자녀를 양육하며 친권을 행사하는 부모는 자녀를 경제적으로 부양하고 보호하며 교양할 법적인 의무가 있다(민법 제913조). 부모와 함께 살면서 경제적으로 부모에게 의존하는 미성년자는 부모의 전면적인 보호·감독 아래 있으므로, 그 부모는 미성년자가 타인에게 불법행위를 하지 않고 정상적으로 학교 및 사회생활을 하도록 일반적, 일상적으로 지도와 조언을 할 보호·감독의무를 부담한다. 따라서 그러한 부모는 미성년자의 감독의무자로서 … 미성년자의 불법행위에 대하여 손해배상책임을 질 수 있다. … 이혼으로 인하여 부모 중 1명이 친권자 및 양육자로 지정된 경우 그렇지 않은 부모(이하 '비양육친'이라 한다)에게는 자녀에 대한 친권과 양육권이 없어 자녀의 보호·교양에 관한 민법 제913조 등 친권에 관한 규정이 적용될 수 없다. 비양육친은 자녀와 상호 면접교섭할 수 있는 권리가 있지만 … 제3자와의 관계에서 손해배상책임의 근거가 되는 감독의무를 부과하는 규정이라고 할 수 없다. 비양육친은 이혼 후에도 자녀의 양육비용을 분담할 의무가 있지만, 이것만으로 비양육친이 일반적, 일상적으로 자녀를 지도하고 조언하는 등 보호·감독할 의무를 진다고 할 수 없다. 이처럼 비양육친이 미성년자의 부모라는 사정만으로 미성년 자녀에 대하여 감독의무를 부담한다고 볼 수 없다. … ① … 비양육친이 자녀에 대하여 실질적으로 일반적이고 일상적인 지도, 조언을 함으로써 공동 양육자에 준하여 자녀를 보호·감독하고 있었거나, ② 그러한 정도에는 이르지 않더라도 면접교섭 등을 통해 자녀의 불법행위를 구체적으로 예견할 수 있었던 상황에서 자녀가 불법행위를 하지 않도록 부모로서 직접 지도, 조언을 하거나 양육친에게 알리는 등의 조치를 취하지 않은 경우 등과 같이 비양육친의 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는, 비양육친도 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임을 질 수 있다." ☛ ❶ 소외인은 재수생으로서 학원에 다니면서 수학능력평가시험을 준비하고 있던 중 이 사건 사고를 일으켰다는 것일 뿐, 소외인이 타인을 폭행하거나 비행을 저지르는 등 평소 행실에 문제가 있었다는 것도 아니고, 기록에 의하더라도 이러한 점을 인정할 아무런 자료가 없으므로, 소외인이 피고와 동거를 하면서 경제적인 면에서 피고에게 전적으로 의존하고 있다거나 이 사건 사고를 일으켰다는 사정만으로 피고에게 소외인에 대한 감독을 게을리 한 과실이 있다고 보기 어렵고, 달리 피고가 소외인에 대한 보호·감독의무를 게을리 한 과실로 인하여 이 사건 사고가 발생하였음을 인정할 아무런 자료도 기록상 발견할 수 없다고 한 예(2003다5061). ❷ 소외인은 그가 오토바이를 운전하던 중 일으킨 이 사건 교통사고 당시 만 17세 9개월 남짓된 고등학교 3학년생으로서 자기 행위에 대한 책임을 변식할 지능이 있었으므로 그 부모인 피고들은 피해자인 원고 1과, 그 가족인 나머지 원고들에 대하여 민법 제755조 제1항에 의한 손해배상책임이 없고, 소외인은 이 사건 사고를 일으키기 8개월여 전에 원동기장치자전거운전면허를 취득하였는데, 원고들의 입증만으로는 피고들이 소외인에 대한 감독을 게을리한 과실이 있고, 그로 말미암아 위 사고가 발생하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 증거가 없으므로 피고들에게는 민법 제750조에 의한 손해배상책임이 없다고 한 예(93다13605).

3824) **민법 제756조(사용자의 배상책임)** ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한

① '원고의 권리나 보호법익의 존재', ② '소외인(피용자)의 ①에 대한 가해행위', ③ '소외인의 고의 또는 과실', ④ '원고의 손해 발생과 그 범위', ⑤ '가해행위와 손해 발생 사이의 인과관계', ⑥ '피고의 소외인에 대한 지휘·감독 관계(사용자관계)[3825]의 발생원인 사실', ⑦ '②의 행위가 사무집행에 관한 것일 것'(사무집행 관련성)[3826]이다. 이는 ① 피용자의 일반 불법행위책임 요건(고의 또는 과실, 가해행위, 손해 발생과 그 범위, 인과관계)', ② '사용자관계', ③ '사무집행 관련성'으로 축약할 수 있다.

이에 대하여 피고는 ① '피고가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 하였거나 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 발생한 사실'(제1항 단서),[3827] ② (사실적 불법행위가 아닌 거래적 불법행위의 경우) 피용자의 행위가 사무집행 행위에 해당하지 않음을 원고가 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 사실,[3828] ③ 소멸시효의 완성,[3829] ④ 원고의 과실 등

주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다. ② 사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다. ③ 전2항의 경우에 사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

3825) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다69286 판결; "민법 제756조의 **사용자관계**는 어떤 사람이 다른 사람을 위하여 그 지휘·감독 아래 그 의사에 따라 사무를 집행하는 관계로서, 고용관계에 의하는 것이 보통이겠지만 위임·조합·도급 기타 어떠한 관계라도 실질적인 지휘·감독관계가 있으면 충분하고, 이러한 지휘·감독관계는 실제로 지휘·감독하고 있었느냐의 여부에 의하여 결정되는 것이 아니라 객관적으로 지휘·감독을 하여야 할 관계에 있었느냐의 여부에 따라 결정된다." ☛ 사용자와 피용자의 관계는 반드시 유효한 고용관계가 있는 경우에 한하는 것이 아니고, 사실상 어떤 사람이 다른 사람을 위하여 그 지휘·감독 아래 그 의사에 따라 사무를 집행하는 관계가 있으면 인정된다(사표수리 후 사실상 종전과 같이 근무한 사람에 관한 82다카1133, 고용관계에 있지 않았지만 오랫동안 당해 업체의 업무에 종사해 온 작업원에 관한 96다30182 등 참조)(대법원 2022. 2. 11. 선고 2021다283834 판결).

3826) 대법원 2021. 9. 16. 선고 2021다219529 판결; "민법 제756조 … '**사무집행에 관하여**'란 피용자의 불법행위가 객관적으로 사용자의 사업활동, 사무집행행위 또는 그와 관련된 것이라고 보일 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려하지 않고 사무집행에 관하여 한 행위로 본다는 것이다. 피용자가 다른 사람에게 가해행위를 한 경우 그 행위가 피용자의 사무집행 그 자체는 아니더라도 사용자의 사업과 시간적·장소적으로 근접하고 피용자의 사무 전부 또는 일부를 수행하는 과정에서 이루어지거나 가해행위의 동기가 업무처리와 관련된 것이라면 사용자의 사무집행행위와 관련된 것이라고 보아 사용자책임이 성립한다. 이때 사용자가 위험 발생을 방지하기 위한 조치를 취하였는지 여부도 손해의 공평한 부담을 위하여 부가적으로 고려할 수 있다."

3827) 사용자나 그에 갈음하여 사무를 감독하는 자는 그 피용자의 선임과 사무감독에 상당한 주의를 하였거나 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 손해배상의 책임이 없으나, 이러한 사정은 사용자 등이 주장·증명하여야 한다(97다58538).

3828) 피용자의 불법행위가 외관상 사무집행의 범위 내에 속하는 것으로 보이는 경우에 있어서도 피용자의 행위가 사용자나 사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자의 사무집행행위에 해당하지 않음을 피해자 자신이 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 사용자책임을 물을 수 없을 것인데, 이 경우 중대한 과실이란 거래의 상대방이 조금만 주의를 기울였더라면 피용자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도로 주의가 결여되고, 공평의 관점에서 상대방을 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말하고, 한편 이와 같은 중대한 과실 유무를 판단함에 있어서는 피용자의 행위에 의한 거래가 있었던 당시의 사정을 기준으로 하여야 한다(2006다21354).

3829) 사용자책임의 단기소멸시효 기산점인 민법 제766조 제1항의 '피해자가 가해자를 안다'는 것은 피해자가 사용자 및 그 사용자와 불법행위자 사이에 사용관계가 있다는 사실을 인식하는 것 외에 일반인이 그 불법행위가 사용자의 사무집행과 관련하여 행하여진 것이라고 판단할 수 있는 사실까지도 인식하는 것을 말한다(2018다241403).

책임제한 사유 등을 주장·증명하여 항변할 수 있다.

3) 도급인에 대한 손해배상청구

민법 제757조[3830]에 기초한 도급인에 대한 손해배상청구의 청구원인 요건사실은, ① '피고(도급인)와 소외인(수급인) 간 도급계약 체결 사실', ② '원고의 권리나 보호법익의 존재', ③ '소외인의 ②에 대한 가해행위', ③ '원고의 손해 발생과 그 범위', ④ '가해행위와 손해 발생 사이의 인과관계', ⑤ '도급 또는 지시에 관한 피고의 중대한 과실'이고, '수급인의 고의 또는 과실'은 요건사실이 아니다.[3831] 도급인이 수급인의 일의 진행과 방법에 관하여 구체적으로 지휘·감독한 경우에는 민법 제756조 소정의 사용자책임을 질 수 있다.[3832]

4) 공작물 점유자·소유자에 대한 손해배상청구

민법 제758조[3833]에 기초한 공작물 점유자에 대한 손해배상청구의 청구원인 요건사실은, ① '원고의 권리나 보호법익의 존재', ② '공작물의 설치 또는 보존상 하자의 존재',[3834] ③ '②하자와 ④손해 사이의 인과관계',[3835] ④ '원고의 손해 발생과 그 범위',

---

3830) **민법 제757조(도급인의 책임)** 도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없다. 그러나 도급 또는 지시에 관하여 도급인에게 중대한 과실이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

3831) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다216240 판결; 피고가 위험성이 크고 전문공사에 해당하는 철근콘크리트공사를 전문건설업등록을 하지 않아 이를 시행할 아무런 자격이 없는 소외인에게 하도급 준 중대한 과실이 있고, 이로 인하여 사고 발생의 위험성이 더욱 증가하였다는 취지로 판단하여, 민법 제757조에 따른 손해배상을 구하는 원고들의 청구를 일부 받아들인 원심의 판단은 정당하고, 위 책임이 인정되기 위해서는 그 전제로 수급인의 과실이 인정되어야 한다는 피고의 주장은 독자적인 견해로서 받아들일 수 없다고 한 예.

3832) 도급인이 수급인의 일의 진행 및 방법에 관하여 구체적인 지휘감독권을 유보하고 공사의 시행에 관하여 구체적으로 지휘감독을 한 경우에는 도급인과 수급인의 관계는 실질적으로 사용자와 피용자의 관계와 다를 바가 없으므로 수급인이나 수급인의 피용자의 불법행위로 인하여 제3자에게 가한 손해에 대하여 도급인은 민법 제756조 소정의 사용자책임을 면할 수 없는데, 여기서 지휘감독이란 실질적인 사용자관계가 인정될 수 있을 정도로 공사시행 방법과 공사진행에 관하여 구체적으로 공사의 운영 및 시행을 직접 지시·지도하고 감시·독려하는 것이어야 하고, 단순히 공사의 운영 및 시공의 정도가 설계도 또는 시방서대로 시행되고 있는가를 확인하여 공정을 감독하는 데에 불과한 이른바 감리는 여기에 해당하지 않는다(2013다78372).

3833) **민법 제758조(공작물등의 점유자, 소유자의 책임)** ① 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다. ② 전항의 규정은 수목의 재식 또는 보존에 하자있는 경우에 준용한다. ③ 제2항의 경우에 점유자 또는 소유자는 그 손해의 원인에 대한 책임있는 자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다. ☛ 제3항의 '제2항'은 '전2항'으로 고쳐 해석해야 한다. 점유자는 증명책임이 전환된 과실책임을, 소유자는 2차적인 무과실책임을 진다. 공작물 시공자가 그 시공상의 고의·과실로 인하여 피해자에게 가한 손해를 민법 제750조에 의하여 직접 책임을 부담하게 되는 것을 배제하는 규정은 아니다(96다39219).

3834) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다14895 판결; "'공작물의 설치·보존상의 하자'란 공작물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 위와 같은 안전성의 구비 여부를 판단할 때에는 그 공작물을 설치·보존하는 자가 그 공작물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도로 위험방지조치를 다하였는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다. 하자의 존재에 관한 증명책임은 피해자에게 있으나, 일단 하자가 있음이 인정되고 그 하자가 사고의 공동원인이 되는 이상, 그 사고가 위와 같은 하자가 없었더라도 불가피한 것이었다는 점이 공작물의 소유자나 점유자에 의하여 증명되지 않는다면 그 손해는 공작물의 설치

⑤ '피고의 공작물 점유'[3836]이다.

이에 대하여 피고는 '사고가 하자가 없었더라도 불가피한 것이었다는 점', '피고가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 사실'(점유자의 무과실),[3837] '소멸시효의 완성'[3838] 등을 주장·증명하여 항변할 수 있으나, 도급인이 공작물 점유자인 경우 민법 제757조 본문에 기초한 면책 주장은 유효한 항변이 아니다.[3839]

2차적 책임자인 공작물 소유자에 대한 손해배상청구의 청구원인 요건사실은 ①~④ 및 ⑤ '피고의 공작물 소유'이다. 이에 대하여 피고는 '소외인의 공작물 점유' 사실을 주장·증명하여 항변할 수 있고, 이에 대해 원고는 '소외인(점유자)의 무과실'로 재항변할

또는 보존의 하자에 의하여 발생한 것으로 해석함이 타당하다." ☛ ❶ 피고 보험 차량의 소유자인 甲이 아파트 지하주차장에 주차한 차량에서 원인불명의 화재가 발생하여 불길이 뒤에 주차된 乙 소유의 원고 보험 차량까지 옮겨 붙어 乙의 차량이 전소된 사안에서, 구체적인 발화원인이 밝혀지지 않은 이 사건에서 甲이 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하지 않았다는 점이 증명되었다고 볼 수 없다고 한 예(2019다222522). ❷ 시설이 관계 법령이 정한 시설기준 등에 부적합한 것이라면 특별한 사정이 없는 한 공작물의 설치·보존상의 하자에 해당한다고 볼 수 있다(2008다61615).

3835) ❶ 공작물의 하자로 인해 어떠한 손해가 발생하였다고 하더라도, 그 손해가 공작물의 하자와 관련한 위험이 현실화되어 발생한 것이 아니라면 이는 '공작물의 설치 또는 보존상의 하자로 인하여 발생한 손해'라고 볼 수 없다(2015다68348). ❷ 공작물의 설치 또는 보존상의 하자로 인한 사고는 공작물의 설치 또는 보존상의 하자만이 손해발생의 원인이 되는 경우만을 말하는 것이 아니고, 공작물의 설치 또는 보존상의 하자가 사고의 공동원인의 하나가 되는 이상 사고로 인한 손해는 공작물의 설치 또는 보존상의 하자에 의하여 발생한 것이라고 보아야 한다. 그리고 화재가 공작물의 설치 또는 보존상의 하자가 아닌 다른 원인으로 발생하였거나 화재의 발생원인이 밝혀지지 않은 경우에도 공작물의 설치 또는 보존상의 하자로 인하여 화재가 확산되어 손해가 발생하였다면 공작물의 설치 또는 보존상의 하자는 화재사고의 공동원인의 하나가 되었다고 볼 수 있다(2013다61602). 다른 제3자의 행위 또는 피해자의 행위와 경합하여 손해가 발생하더라도 공작물의 설치 또는 보존상의 하자가 공동원인의 하나가 되는 이상 그 손해는 공작물의 설치 또는 보존상의 하자에 의하여 발생한 것이라고 보아야 한다(2009다101343).

3836) **공작물 점유**자란 공작물을 사실상 지배하면서 그 설치 또는 보존상의 하자로 인하여 발생할 수 있는 각종 사고를 방지하기 위하여 공작물을 보수·관리할 권한 및 책임이 있는 자를 말하고, 가사상, 영업상 기타 유사한 관계에 의하여 타인의 지시를 받아서 공작물에 대한 사실상의 지배를 하는 점유보조자는 공작물 점유자의 책임을 부담하는 자에 해당하지 않는다[대법원 2024. 2. 15. 선고 2019다208724 판결; 건물에 투자한 펀드의 '집합투자업자'와 건물 소유자인 '수탁은행'의 공작물(발화점인 주차장 천장) 점유자 책임을 인정한 예]. ❶ 건물 일부의 임차인이 건물 외벽에 설치한 간판이 추락하여 행인이 부상한 경우 건물소유자는 건물 외벽의 직접점유자로서 손해배상책임을 부담한다(2002다65516). ❷ 공장근저당권자가 공장의 부도로 대표이사 등이 도피한 상태에서 담보물의 가치를 보전하기 위하여 경비용역업체를 통하여 공장을 경비한 사실만으로 공작물 점유자에 해당한다고 볼 수 없다(2000다386). ❸ 도시가스 계량기의 가스누출사고에 관하여 가스 공급업자는 가스계량기의 직접적인 점유관리자이다(94다16403).

3837) 하자의 존재에 관한 증명책임은 피해자에게 있으나, 일단 그 하자 있음이 인정되는 이상 사고가 천재지변의 불가항력에 의한 것으로서 하자가 없었다고 하여도 불가피한 것이었다는 점이나 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니하였다는 점에 대한 증명책임은 이를 주장하는 공작물의 점유자에게 있다(82다카348, 86다카775).

3838) 공작물의 설치·보존상 하자로 인한 손해배상청구에서 '손해 및 가해자를 안 날'이라고 함은 손해의 발생, 공작물의 설치·보존상 하자의 존재, 그 하자와 손해의 발생 사이에 상당인과관계가 있다는 사실 등 공작물책임의 요건사실에 대하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때를 의미한다(2007다83991).

3839) 민법 제757조에 의한 도급인의 책임과 민법 제758조 제1항에 의한 공작물 점유자의 책임은 그 법률요건과 효과를 달리하는 것이어서 공작물의 점유자가 그 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우 민법 제758조 제1항에 의한 손해배상책임을 인정하는 데 있어 민법 제757조 본문이 장애가 되는 것은 아니다(2006다4564).

수 있다.[3840]

5) 공동불법행위책임에 기초한 손해배상청구

민법 760조[3841]의 공동불법행위책임에 기초한 손해배상청구의 청구원인 요건사실[3842]은, ① 원고의 권리나 보호법익의 존재, ② 피고들의 ①에 대한 공동(객관적 관련공동성) 가해행위, ③ 피고들의 고의 또는 과실, ④ 원고의 손해 발생과 그 범위, ⑤ ②와 ④ 사이의 인과관계[3843]이다.

공동불법행위의 성립에 공동불법행위자 상호 간에 의사의 공통이나 공동의 인식이 필요하지는 않고, 객관적으로 그 각 행위에 관련공동성이 있으면 되며, 그 관련공동성 있는 행위에 의하여 손해가 발생하였다면 그 손해배상책임을 면할 수 없다.[3844]

민법 제760조 제2항(가해자 불명의 공동불법행위로 인한 손해배상책임)은 손해의 원인으로 볼 수 있는 여러 개의 행위가 존재하지만 그 사이에 객관적 행위관련성이 없어 제1항의 공동불법행위가 성립되지는 않는 반면 어느 행위가 손해의 원인이 되었는지가 불명인 경우에 인과관계에 관한 피해자의 증명책임을 덜어줌으로써 피해자를 보호하고자 하는 정책적 고려에서 각각의 행위와 손해 사이의 인과관계를 법률상 추정한 것이므로, 이

3840) 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 제1차적으로 공작물의 점유자가 손해를 배상할 책임이 있고 공작물의 소유자는 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에 비로소 제2차적으로 손해를 배상할 책임이 있는 것이지만, 공작물의 임차인인 직접점유자나 그와 같은 지위에 있는 것으로 볼 수 있는 사람이 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 손해를 입은 경우에는 소유자가 그 손해를 배상할 책임이 있는 것이고, 이 경우에 공작물의 보존에 관하여 피해자에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 사유가 될 뿐이다(2008다21082).

3841) **민법 제760조(공동불법행위자의 책임)** ① 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다. ② 공동 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 전항과 같다. ③ 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다.

3842) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010다102755 판결; "수인이 공동하여 타인에게 손해를 가하는 민법 제760조 제1항의 공동불법행위가 성립하려면 각 행위가 독립하여 불법행위의 요건을 갖추고 있으면서 객관적으로 관련되고 공동하여 위법하게 피해자에게 손해를 가한 것으로 인정되어야 한다."

3843) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2020다268265 판결; "민법 제760조 제1항, 제3항의 공동불법행위자에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 지우려면, 그 위법한 행위와 원고가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 그 상당인과관계의 유무는 결과발생의 개연성, 위법행위의 태양 및 피침해이익의 성질 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."

3844) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2018다226015 판결. ☛ 공동의 행위는 불법행위 자체를 공동으로 하거나 교사·방조하는 경우는 물론 횡령행위로 인한 장물을 취득하는 등 피해의 발생에 공동으로 관련되어 있어도 인정될 수 있고, 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률에서 정하는 특정범죄로 취득한 재산인 것을 인식하면서 그 은닉·보존 등에 협력하는 등으로 특정범죄로 인한 피해회복을 곤란 또는 불가능하게 함으로써 그 손해가 지속되도록 한 경우에도 마찬가지로 적용된다(2013다31137).
대법원 2014. 11. 27. 선고 2012다11389 판결; "교통사고로 인하여 상해를 입은 피해자가 치료를 받던 중 치료를 하던 의사의 과실로 인한 의료사고로 증상이 악화되거나 새로운 증상이 생겨 손해가 확대된 경우, 의사에게 중대한 과실이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 확대된 손해와 교통사고 사이에도 상당인과관계가 있고, 이 경우 교통사고와 의료사고가 각기 독립하여 불법행위의 요건을 갖추고 있으면서 객관적으로 관련되고 공동하여 위법하게 피해자에게 손해를 가한 것으로 인정되면 공동불법행위가 성립한다." ☛ '의사에게 중대한 과실이 있다는 등의 특별한 사정'은 교통사고 가해자 측이 주장·증명하여야 한다.

규정을 적용하기 위해서는 우선 피해자가 입은 손해의 원인이 되었을 개연성이 있는 복수의 제3자의 행위가 존재할 것이 전제되어야 한다.[3845]

교사자나 방조자는 공동행위자로 의제된다. 과실에 의한 방조도 가능하나 그 책임이 지나치게 확대되지 않도록 인과관계를 판단할 때 신중을 기하여야 한다.[3846] 부작위에 의한 방조도 가능하다.[3847]

타인의 불법행위가 계속되는 중 공동불법행위자의 '과실에 의한 행위'가 이루어졌다면, 특별한 사정이 없는 한 그 과실에 의한 행위와 그 이전에 타인의 불법행위로 발생한 손해 사이에 '상당인과관계'가 있다고 보기는 어렵다.[3848]

3845) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2011다88108 판결; 소외 1이 승용차1을 운전하여 고속도로 2차로를 진행하던 중 소외 2 운전의 트럭의 뒷면 하단부를 승용차1의 앞 전면으로 추돌한 후 승용차1 전면부가 트럭의 뒤쪽 하단부에 끼인 상태로 1차로에 11시 방향으로 정차하게 된 1차 사고가 발생한 다음 7~8분 후 승용차2를 운전하여 1차로를 진행하던 소외 3이 전방주시를 태만히 하여 승용차1의 조수석 뒤 범퍼 등을 승용차2의 앞면으로 충격하는 2차 사고가 발생하고, 소외 1은 그 무렵 두부손상으로 사망한 **사안**에서, **원심**이, 소외 1이 1, 2차 사고를 거치며 사망하였으나 그 중 어느 사고로 인하여 사망에까지 이르게 되었는지는 명확히 구분하기 어렵고, 1, 2차 사고와 같이 연이어 발생한 사고로 인하여 피해자가 입은 손해는 민법 제760조 제2항의 가해자 불명의 공동불법행위로 인한 손해에 해당한다는 이유로 승용차2의 보험자인 피고는 그에 따른 손해배상책임을 부담한다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, '1, 2차 사고에 대하여 민법 제760조 제2항을 적용하려면 우선 1차 사고에 관하여 피해자 이외의 제3자에 의한 불법행위가 있었다는 점이 인정되고, 나아가 피해자의 사망이 1차 사고에 의한 것인지 2차 사고에 의한 것인지를 알 수 없는 경우에 해당하여야 한다. 다른 한편 1차 사고가 피해자의 일방적 과실에 의한 것이지만 그 이후까지도 피해자가 생존해 있었다면 그 사망은 2차 사고로 인한 것으로 볼 수 있으므로 그에 따른 피고의 손해배상책임이 인정될 수 있겠고, 2차 사고가 나게 된 과정에서 트럭 운전자인 소외 2의 사고 후 안전조치의무 위반 등의 잘못이 가공되었다고 하더라도 그 경우에는 민법 제760조 제1항의 공동불법행위의 성립 여부만이 문제될 뿐 민법 제760조 제2항이 적용될 여지는 없다. 결국 피고에게 민법 제760조 제2항에 의한 책임을 부과하려면 1차 사고와 관련하여 피해자의 사망으로 인한 손해 발생의 원인이 될 만한 다른 제3자의 행위가 있었음이 증명되어야 할 것이므로, 원심으로서는 피해자의 사망이라는 결과 발생에 가공한 제3자의 행위가 있는지를 먼저 밝힌 다음, 1, 2차 사고가 민법 제760조 제2항이 정한 가해자 불명의 공동불법행위에 해당하는지 여부를 판단하거나, 아니면 1차 사고 이후까지도 피해자가 생존하였음을 밝혀 그 사망에 대하여 2차 사고 운전자의 불법행위책임을 인정할 수 있는지 여부를 판단하였어야 한다.'라고 판시한 예.

3846) 대법원 2023. 12. 14. 선고 2022다208649 판결; "**방조**는 불법행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민사법의 영역에서는 과실에 의한 방조도 가능하고, 이 경우 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 말아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 그 의무를 위반하는 것을 말한다. 그런데 타인의 불법행위에 대하여 과실에 의한 방조로서 공동불법행위의 책임을 지우기 위해서는 방조행위와 불법행위에 의한 피해자의 손해 발생 사이에 상당인과관계가 인정되어야 하고, 상당인과관계를 판단할 때에는 과실에 의한 행위로 인하여 해당 불법행위를 용이하게 한다는 사정에 관한 예견가능성과 아울러 과실에 의한 행위가 피해 발생에 끼친 영향, 피해자의 신뢰 형성에 기여한 정도, 피해자 스스로 쉽게 피해를 방지할 수 있었는지 여부, 주의의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적과 보호법익 등을 종합적으로 고려하여 그 책임이 지나치게 확대되지 않도록 신중을 기하여야 한다." ☛ 본인확인 절차 등을 제대로 거치지 아니하여 모용계좌를 개설한 금융기관의 잘못과 원고의 사기 손해 간의 상당인과관계를 부정한 예(2015다234985) ⇔ 인터넷신문사의 '기사형 광고'를 보도기사로 신뢰한 독자가 광고주와 상거래를 하여 피해를 입은 경우, 신문사의 방조에 의한 공동불법행위책임을 긍정한 예(2015다210231).

3847) 작위에 의한 경우뿐만 아니라 작위의무 있는 자가 그것을 방지하여야 할 여러 조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 불법행위자의 실행행위를 용이하게 하는 경우도 포함한다(2010다8709).

3848) 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다237098 판결; 소외인이 토지 소유자인 문중의 대표자가 피고인 것처럼 원고를 기망하는 등의 방법으로 원고로부터 금원을 편취하던 중 피고가 소외인의 사기 범행을 과실에 의하여 방조한 **사안**에서, 피고의 방조 이전에 원고가 소외인에게 이미 지급한 금액은 피고의 방조행위와 상당인과관계

다. 특별법상 손해배상책임

1) 현대형 소송에서의 증명책임의 완화

공해로 인한 손해배상 청구 소송, 제조물책임 소송, 의료과오 소송[3849] 등 이른바 '현대형 소송'의 경우, 피해자의 증명책임이 명문의 법률 규정이나 판례에 의하여 완화되어 있다.

2) 환경오염피해 배상책임

환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률[2014. 12. 30. 제정, 2015. 12. 31. 시행]은 제6조[3850]에 '사업자의 환경오염피해에 대한 무과실책임' 규정을, 제9조[3851]에 '인과관계의 법률상 추정' 규정을 두고 있다. 환경정책기본법 제44조[3852]는 '환경오염의 피해에

있는 손해라 단정하기 어렵다고 한 예. **[동일 취지]** 피해자들이 소유자를 사칭한 자 등과 매매계약을 체결하고 계약금을 지급한 후, 동사무소의 직원의 과실로 위조된 주민등록표가 동사무소에 비치되고 그에 기해 허위의 인감증명서가 발급됨으로써 피해자들이 매매 중도금을 지급한 사안에서, 계약금 손해는 위 직원의 과실과 상당인과관계가 있다고 단정할 수 없다고 한 예(93다39973).

3849) '채권각칙'의 '의료(진료)계약' 부분 참조.

3850) **제6조(사업자의 환경오염피해에 대한 무과실책임)** ① 시설의 설치·운영과 관련하여 환경오염피해가 발생한 때에는 해당 시설의 사업자가 그 피해를 배상하여야 한다. 다만, 그 피해가 전쟁·내란·폭동 또는 천재지변, 그 밖의 불가항력으로 인한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 환경오염피해가 그 시설 운영 중단 전의 상황으로 인하여 발생한 경우에는 그 시설을 운영하였던 사업자가 제1항에 따라 배상하여야 한다.

3851) **제9조(인과관계의 추정)** ① 시설이 환경오염피해 발생의 원인을 제공한 것으로 볼 만한 상당한 개연성이 있는 때에는 그 시설로 인하여 환경오염피해가 발생한 것으로 추정한다. ② 제1항에 따른 상당한 개연성이 있는지의 여부는 시설의 가동과정, 사용된 설비, 투입되거나 배출된 물질의 종류와 농도, 기상조건, 피해발생의 시간과 장소, 피해의 상태와 그 밖에 피해발생에 영향을 준 사정 등을 고려하여 판단한다. 〈개정 2020.5.26.〉 ③ 환경오염피해가 다른 원인으로 인하여 발생하였거나, 사업자가 대통령령으로 정하는 환경오염피해 발생의 원인과 관련된 환경·안전 관계 법령 및 인허가조건을 모두 준수하고 환경오염피해를 예방하기 위하여 노력하는 등 제4조제3항에 따른 사업자의 책무를 다하였다는 사실을 증명하는 경우에는 제1항에 따른 추정은 배제된다. ☛ 환경오염피해에 대하여 시설의 사업자에게 구 환경오염피해구제법 제6조 제1항에 따른 손해배상책임을 묻는 경우, 피해자가 같은 법 제9조 제2항이 정한 여러 간접사실을 통하여 전체적으로 보아 시설의 설치·운영과 관련하여 배출된 오염물질 등으로 인해 다른 사람의 생명·신체 및 재산에 피해가 발생한 것으로 볼 만한 상당한 개연성이 있다는 점을 증명하면 그 시설과 피해 사이의 인과관계가 추정된다고 보아야 하고, 이때 해당 시설에서 배출된 오염물질 등이 피해자나 피해물건에 도달하여 피해가 발생하였다는 사실이 반드시 직접 증명되어야만 하는 것은 아니라고 할 것이다. 한편 사업자는 같은 법 제9조 제2항의 간접사실들에 대하여 반증을 들어 다투거나 같은 조 제3항의 사실들을 증명하여 추정을 번복하거나 배제시킬 수 있다(대법원 2023. 12. 28. 선고 2019다300866 판결).

3852) **제44조(환경오염의 피해에 대한 무과실책임)** ① 환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 경우에는 해당 환경오염 또는 환경훼손의 원인자가 그 피해를 배상하여야 한다. ② 환경오염 또는 환경훼손의 원인자가 둘 이상인 경우에 어느 원인자에 의하여 제1항에 따른 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 원인자가 연대하여 배상하여야 한다. ☛ 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다292026, 292033, 292040 판결; "환경정책기본법 제44조 제1항은 … 민법의 불법행위 규정에 대한 특별 규정으로서, 환경오염 또는 환경훼손의 피해자가 그 원인자에게 손해배상을 청구할 수 있는 근거규정이다. 따라서 환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 때에는 그 원인자는 환경정책기본법 제44조 제1항에 따라 귀책사유가 없더라도 피해를 배상하여야 한다. 일반적으로 불법행위로 인한 손해배상 청구사건에서 가해자의 가해행위, 피해자의 손해발생, 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계에 관한 증명책임은 청구자인 피해자가 부담한다. 다만 대기오염이나 수질오염 등에 의한 공해로 손해배상을 청구하는 소송에서 피해자에게 사실적인 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구하는 것은 공해로 인한 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 수 있다. 반면에 기술적·경제

대한 무과실책임' 규정을, 토양환경보전법 제10조의3[3853]은 '토양오염의 피해에 대한 무과실책임' 규정을 두고 있다.

3) 제조물책임

제조물 책임법에 기초한 손해배상청구와 민법상 불법행위책임에 기초한 손해배상청구는 '법조경합'의 관계에 있다.[3854]

제조물 책임법에 기초한 손해배상청구의 청구원인 요건사실은, ① 피고가 해당 제조물[3855]의 제조업자 또는 표시제조업자[3856]인 사실, ② ⓐ 해당 제조물이 정상적으로 사용되는 상태에서 원고의 생명·신체 또는 재산에 손해가 발생하였다는 사실, ⓑ 손해가 제조

적으로 피해자보다 가해자에 의한 원인조사가 훨씬 용이한 경우가 많을 뿐만 아니라 가해자는 손해발생의 원인을 은폐할 염려가 있기 때문에, 가해자가 어떤 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자 측에서 그것이 무해하다는 것을 증명하지 못하는 한 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계를 인정할 수 있다. 그러나 이 경우에 적어도 가해자가 어떤 유해한 원인물질을 배출한 사실, 유해의 정도가 사회통념상 참을 한도를 넘는다는 사실, 그것이 피해물건에 도달한 사실, 그 후 피해자에게 손해가 발생한 사실에 관한 증명책임은 피해자가 여전히 부담한다" ☜ 경마공원 인근에서 화훼농원을 운영하는 갑 등이 한국마사회가 경마공원을 운영하면서 경주로 모래의 결빙을 방지하기 위하여 살포한 소금이 지하수를 통해 농원으로 유입되어 갑 등이 재배하던 분재와 화훼 등이 고사하였다고 주장하며 한국마사회를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 환경정책기본법 제44조 제1항에 따라 한국마사회의 손해배상책임이 인정된다고 한 사례.

3853) **제10조의3(토양오염의 피해에 대한 무과실책임 등)** ① 토양오염으로 인하여 피해가 발생한 경우 그 오염을 발생시킨 자는 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하는 등의 조치를 하여야 한다. 다만, 토양오염이 천재지변이나 전쟁, 그 밖의 불가항력으로 인하여 발생하였을 때에는 그러하지 아니하다. ② 토양오염을 발생시킨 자가 둘 이상인 경우에 어느 자에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각자가 연대하여 배상하고 오염된 토양을 정화하는 등의 조치를 하여야 한다.

3854) 대법원 2023. 5. 18. 선고 2022다230677 판결: "「제조물 책임법」은 불법행위에 관한 민법의 특별법이라 할 것이므로, 제조물의 결함으로 손해를 입은 자가 「제조물 책임법」에 의하여 손해배상을 주장하지 않고 민법상 불법행위책임을 주장하였더라도 법원은 민법에 우선하여 「제조물 책임법」을 적용하여야 하고, 「제조물 책임법」의 요건이 갖추어지지 않았지만 민법상 불법행위책임 요건을 갖추었다면 민법상 불법행위책임을 인정할 수도 있다. … 원고는 '피고가 교부한 사용설명서에는 원고의 창고와 사과에 적합한 이 사건 장치 작동시간 및 구체적인 부작용에 관한 내용이 없다.'고 하는 등 「제조물 책임법」상 '표시상의 결함' 요건사실 등이 포함된 주장을 하였고, 「제조물 책임법」은 민법의 불법행위책임과 달리 '고의 또는 과실'이 아니라 '결함'을 기본 요건으로 하여 결함의 존재 및 그 결함과 손해와의 인과관계의 증명책임을 완화하므로 그 적용 여부에 따라 소송의 승패가 달라질 수도 있는 중대한 법률적 사항이기도 하다. … 불법행위에 관한 민법의 특별법인 「제조물 책임법」을 적용할 수도 있음을 고려하여 쌍방에게 이에 관한 의견 진술 기회를 부여하면서 「제조물 책임법」에 의한 손해배상책임 성립 여부를 심리·판단할 필요가 있음을 지적하여 둔다."

3855) **"제조물"**이란 제조되거나 가공된 동산(다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한다)을 말한다(법 제2조 제1호). ☛ 제조물책임의 대상이 되는 제조물은 원재료에 설계·가공 등의 행위를 가하여 새로운 물품으로 제조 또는 가공된 동산으로서 상업적 유통에 제공되는 것을 말하고, 여기에는 여러 단계의 상업적 유통을 거쳐 불특정 다수 소비자에게 공급되는 것뿐만 아니라 특정 소비자와의 공급계약에 따라 그 소비자에게 직접 납품되어 사용되는 것도 포함된다(2006다17539; 고엽제=제조물).

3856) **"제조업자"**란 ① 제조물의 제조·가공 또는 수입을 업(業)으로 하는 자, ② 제조물에 성명·상호·상표 또는 그 밖에 식별(識別) 가능한 기호 등을 사용하여 자신을 가목의 자로 표시한 자 또는 가목의 자로 오인(誤認)하게 할 수 있는 표시를 한 자를 말한다(법 제2조 제3호). ☛ ❶ 피해자가 제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우에 그 제조물을 영리 목적으로 판매·대여 등의 방법으로 공급한 자가 손해를 배상하여야 하지만, 피해자 또는 법정대리인의 요청을 받고 상당한 기간 내에 그 제조업자 또는 공급한 자를 그 피해자 또는 법정대리인에게 고지한 때에는 그렇지 않다[법 제3조 제3항(2017.4.18. 신설, 2018.4.19. 시행)]. ❷ 정부와의 공급계약에 따라 정부가 제시한 제조지시에 따라 제조물을 제조·판매한 경우에도 제조물책임을 부담한다(2006다17539).

업자의 실질적인 지배영역에 속한 원인으로부터 초래되었다는 사실, ⓒ 손해가 해당 제조물의 결함 없이는 통상적으로 발생하지 아니한다는 사실,[3857] ③ 원고 손해의 범위(제조물에 대하여만 발생한 손해[3858]는 제외한 확대손해)이다.

②의 각 사실은 '공급 당시 제조물에 결함(해당 제조물에 제조상·설계상 또는 표시상의 결함이 있거나 그 밖에 통상적으로 기대할 수 있는 안전성이 결여되어 있는 것)[3859]이 있었고, 그 결함으로 인하여 원고의 손해가 발생한 사실'(제조물 결함 및 인과관계의 존재)을 법률상 추정하기 위한 '전제사실'이다. 민법상 일반 불법행위책임이나, 위 법률상 추정 규정이 2018. 4. 19. 시행되기 전에 공급된 제조물에 대한 제조물책임법상 책임의 경우에는, 위 '제조물 결함 및 인과관계의 존재 사실'을 청구원인 사실로 주장·증명하여야 하지만, ②의 각 간접사실로부터 '사실상 추정'될 수 있다.[3860]

3857) 피해자가 ⓐ, ⓑ, ⓒ 사실을 증명한 경우에는 제조물을 공급할 당시 해당 제조물에 결함이 있었고 그 제조물의 결함으로 인하여 손해가 발생한 것으로 법률상 추정한다[법 제3조의2(2017.4.18. 신설, 2018.4.19. 시행) 본문].

3858) '제조물에 대하여만 발생한 재산상 손해'에는 제조물 그 자체에 발생한 재산상 손해뿐만 아니라 제조물의 결함 때문에 발생한 영업 손실로 인한 손해도 포함된다(2012다4824).

3859) 법 제2조 제2호. "**제조상의 결함**"이란 제조업자가 제조물에 대하여 제조상·가공상의 주의의무를 이행하였는지에 관계없이 제조물이 원래 의도한 설계와 다르게 제조·가공됨으로써 안전하지 못하게 된 경우(가목), "**설계상의 결함**"이란 제조업자가 합리적인 대체설계(代替設計)를 채용하였더라면 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 대체설계를 채용하지 아니하여 해당 제조물이 안전하지 못하게 된 경우(나목), "**표시상의 결함**"이란 제조업자가 합리적인 설명·지시·경고 또는 그 밖의 표시를 하였더라면 해당 제조물에 의하여 발생할 수 있는 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 이를 하지 아니한 경우(다목)를 말한다. ☛ ❶ 제조업자가 고도의 위험방지의무를 위반한 채 생명·신체에 위해를 발생시킬 위험이 있는 화학제품을 설계하여 그대로 제조·판매한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 화학제품에는 사회통념상 통상적으로 기대되는 안전성이 결여된 설계상의 결함이 존재한다고 봄이 상당하다(2006다17539). ❷ 제조업자 등이 합리적인 설명, 지시, 경고 기타의 표시를 하였더라면 당해 제조물에 의하여 발생될 수 있는 피해나 위험을 피하거나 줄일 수 있었음에도 이를 하지 않은 때에는 그와 같은 표시상의 결함(지시·경고상의 결함)에 대하여도 불법행위로 인한 책임이 인정될 수 있다. 그와 같은 결함이 존재하는지 여부에 대한 판단을 할 때에는 제조물의 특성, 통상 사용되는 사용형태, 제조물에 대한 사용자의 기대의 내용, 예상되는 위험의 내용, 위험에 대한 사용자의 인식 및 사용자에 의한 위험회피의 가능성 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다(2017다213289). ❸ 국가 등이 제조한 담배에 설계상의 결함, 표시상의 결함이 있다고 보기 어렵고 흡연과 폐암 발병 사이에 인과관계가 인정되지 않는다고 본 사례(2011다22092).

3860) ○ 2003다16771; "물품을 제조·판매하는 제조업자는 그 제품의 구조·품질·성능 등에 있어서 그 유통 당시의 기술수준과 경제성에 비추어 기대 가능한 범위 내의 안전성과 내구성을 갖춘 제품을 제조·판매하여야 할 책임이 있고, 이러한 안전성과 내구성을 갖추지 못한 결함으로 인하여 소비자에게 손해가 발생한 경우에는 불법행위로 인한 손해배상의무를 부담하며, 한편 고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품의 결함을 이유로 그 제조업자에게 손해배상책임을 지우는 경우 그 제품의 생산과정은 전문가인 제조업자만이 알 수 있어서 그 제품에 어떠한 결함이 존재하였는지, 그 결함으로 인하여 손해가 발생한 것인지 여부는 일반인으로서는 밝힐 수 없는 특수성이 있어서 소비자 측이 제품의 결함 및 그 결함과 손해의 발생과의 사이의 인과관계를 과학적·기술적으로 입증한다는 것은 지극히 어려우므로 그 제품이 정상적으로 사용되는 상태에서 사고가 발생한 경우 소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생하였다는 점과 그 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명하면, 제조업자 측에서 그 사고가 제품의 결함이 아닌 다른 원인으로 말미암아 발생한 것임을 입증하지 못하는 이상 그 제품에게 결함이 존재하며 그 결함으로 말미암아 사고가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는 것임"

○ 2011다88870; "고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품에 성능 미달 등의 하자가 있어 피해를

피고는 항변으로, 법 제3조의2 단서,[3861] 법 제4조[3862] 제1항 각호의 면책사유, 소멸시효 완성[3863]을 주장·증명할 수 있고, 원고는 법 제4조 제2항의 사유로 재항변할 수 있다.

7. 친족·상속법

가. 부부간 재산의 소유관계

부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 혼인 중 자기의 '명의'로[3864] 취득한 재산은 그의 특유재산으로 추정되고, 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재

입었다는 이유로 제조업자 측에게 민법상 일반 불법행위책임으로 손해배상을 청구하는 경우에, 일반 소비자로서는 그 제품에 구체적으로 어떠한 하자가 존재하였는지, 발생한 손해가 그 하자로 인한 것인지를 과학적·기술적으로 증명한다는 것은 지극히 어렵다. 따라서 소비자 측으로서는 그 제품이 통상적으로 지녀야 할 품질이나 요구되는 성능 또는 효능을 갖추지 못하였다는 등 일응 그 제품에 하자가 있었던 것으로 추단할 수 있는 사실과 제품이 정상적인 용법에 따라 사용되었음에도 손해가 발생하였다는 사실을 증명하면, 제조업자 측에서 그 손해가 제품의 하자가 아닌 다른 원인으로 발생한 것임을 증명하지 못하는 이상, 그 제품에 하자가 존재하고 그 하자로 말미암아 손해가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 증명책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다."

3861) 제조업자가 제조물의 결함이 아닌 다른 원인으로 인하여 그 손해가 발생한 사실.

3862) **제4조(면책사유)** ① 제3조에 따라 손해배상책임을 지는 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사실을 입증한 경우에는 이 법에 따른 손해배상책임을 면한다.
1. 제조업자가 해당 제조물을 공급하지 아니하였다는 사실
2. 제조업자가 해당 제조물을 공급한 당시의 과학·기술 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실
☛ 제조업자가 당해 제조물을 공급한 때의 과학·기술 수준으로 결함의 존재를 발견할 수 없었을 때에는 특별한 사정이 없는 한 제조업자에게 결과 발생에 대한 예견가능성이 없다고 보아 제조물의 결함으로 인한 책임을 지우지 아니할 수 있다(2006다17539).
3. 제조물의 결함이 제조업자가 해당 제조물을 공급한 당시의 법령에서 정하는 기준을 준수함으로써 발생하였다는 사실
4. 원재료나 부품의 경우에는 그 원재료나 부품을 사용한 제조물 제조업자의 설계 또는 제작에 관한 지시로 인하여 결함이 발생하였다는 사실

② 제3조에 따라 손해배상책임을 지는 자가 제조물을 공급한 후에 그 제조물에 결함이 존재한다는 사실을 알거나 알 수 있었음에도 그 결함으로 인한 손해의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치를 하지 아니한 경우에는 제1항 제2호부터 제4호까지의 규정에 따른 면책을 주장할 수 없다.

3863) **제7조(소멸시효 등)** ① 이 법에 따른 손해배상의 청구권은 피해자 또는 그 법정대리인이 다음 각 호의 사항을 모두 알게 된 날부터 3년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다. 1. 손해 2. 제3조에 따라 손해배상책임을 지는 자 ② 이 법에 따른 손해배상의 청구권은 제조업자가 손해를 발생시킨 제조물을 공급한 날부터 10년 이내에 행사하여야 한다. 다만, 신체에 누적되어 사람의 건강을 해치는 물질에 의하여 발생한 손해 또는 일정한 잠복기간이 지난 후에 증상이 나타나는 손해에 대하여는 그 손해가 발생한 날부터 기산한다.

3864) 92다21982: "원고의 **명의로** 이 사건 건물이 **건축**되어 가옥대장상에 원고가 소유자로 등재되었고, 원고가 위 가옥대장을 이용하여 소외 1과 이혼을 한 후 … 자신의 명의로 소유권보존등기를 경료한 사실을 알 수 있고 … 그렇다면 이 사건 건물은 원고와 소외 1의 혼인기간 중에 원고의 명의로 신축되어 취득한 부동산이라 할 것이고, 따라서 원고의 소유로 추정된다고 함이 옳을 것이다." / 97누7707: "원고의 남편 **명의로 된** 농지나 **예금** 등 재산은 그의 특유재산으로 추정되는바" ☛ 민법 제830조의 '특유재산의 추정' 규정에서 "자기의 '명의'로 취득한 재산" 중 '명의'의 의미는, 판례에서 보듯이 건물 신축의 경우 그 허가 명의(이는 건축물대장상 소유자 명의, 소유권보존등기의 명의로 이어진다), 예금의 경우 그 계약 명의(그에 따른 통장 명의) 등을 포함하는 의미로 볼 수 있다. 부동산 승계취득의 경우, 자기 명의로 '취득'하여야 위 규정이 적용되므로 결국 '소유권이전등기'까지 위 규정의 요건으로 필요하게 되어, 물권변동의 성립요건인 '등기 명의'를 의미하는 것으로 귀착되고, 본래 등기에는 법률상 추정력이 있어 소유권 취득이 법률상 추정되므로, 소유권 취득의 면에서 위 '특유재산의 추정' 규정은 별다른 의미가 없는 셈이 된다.

산은 부부의 공유로 추정된다(민법 제830조). 특유재산의 추정이나 부부 공유의 추정은 법률상 추정에 해당한다.

부부공유재산의 추정은 혼인관계가 유지되고 있는 부부를 전제로 한다.[3865]

'특유재산 추정'을 번복하기 위한 증명의 정도에 대해서는 ① '다른 일방이 실제로 당해 재산의 대가를 부담하여 취득하였음'을 증명하면 된다는 판례[3866]와 ② 보다 엄격하게 '다른 일방이 실제로 당해 재산의 대가를 부담하여 그 부동산을 자신이 실질적으로 소유하기 위해 취득하였음'을 증명하여야 한다는 판례[3867]로 나뉘나, 현재 판례는 후자의 입장이다.

혼인 중 그 재산을 취득함에 있어 상대방의 협력이 있었다거나 혼인생활에 있어 내조의 공이 있었다는 것만으로는 위 추정을 번복할 사유가 되지는 못한다.[3868] 하지만, 부동

3865) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다201233 판결.

3866) 2006다79704; "재산의 취득에 있어 다른 일방의 협력이 있었다거나 내조의 공이 있었다는 것만으로는 그 추정이 번복되지 아니하는 것이지만, 다른 일방이 실제로 당해 재산의 대가를 부담하여 취득하였음을 증명한 경우에는 그 추정이 번복되고, 그 대가를 부담한 다른 일방이 실질적인 소유자로서 편의상 명의자에게 이를 명의신탁한 것으로 인정할 수 있다." / 94다42778; "부동산을 부부 각자가 대금의 절반 정도씩을 분담하여 매수하였다는 실질적 사유가 입증된 경우에는 위 추정을 번복하고 그 부동산을 부부의 공유로 인정할 수 있는 것이고, … 피고의 단독명의로 소유권이전등기가 경료된 이후 근래에 이르기까지 아무런 이의가 없었다면 … 2분의 1 지분을 피고에게 명의신탁하기로 하는 합의가 성립되었다고 볼 수 있다"

3867) ○ 대법원 2013. 10. 31. 선고 2013다49572 판결; "추정을 번복하기 위하여는 다른 일방 배우자가 실제로 당해 부동산의 대가를 부담하여 그 부동산을 자신이 실질적으로 소유하기 위하여 취득하였음을 증명하여야 한다. 이때 단순히 다른 일방 배우자가 그 매수자금의 출처라는 사정만으로는 무조건 특유재산의 추정을 번복하고 당해 부동산에 관하여 명의신탁이 있었다고 볼 것은 아니고, 관련 증거들을 통하여 나타난 모든 사정을 종합하여 다른 일방 배우자가 당해 부동산을 실질적으로 소유하기 위하여 그 대가를 부담하였는지를 개별적·구체적으로 가려 명의신탁 여부를 판단하여야 하며, 특히 다른 증거에 의하여 이러한 점을 인정하기 어려운 사정이 엿보이는 경우에는 명의자 아닌 다른 일방 배우자가 매수자금의 출처라는 사정만으로 명의신탁이 있었다고 보기는 어렵다."

○ 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두8068 판결; "민법 제830조 제1항에 의하여 … 명의자의 특유재산으로 추정되므로 당해 부동산의 취득자금의 출처가 명의자가 아닌 다른 일방 배우자인 사실이 밝혀졌다면 일단 그 명의자가 배우자로부터 취득자금을 증여받은 것으로 추정할 수 있고, 이 경우 당해 부동산이 명의자의 특유재산이 아니고 다른 일방 배우자로부터 명의신탁된 것이기 때문에 그 취득자금을 증여받은 것으로 볼 수 없다는 점에 대하여는 납세자가 이를 주장·입증하여야 한다. … '특유재산의 추정'을 번복하기 위하여는 다른 일방 배우자가 실제로 당해 부동산의 대가를 부담하여 그 부동산을 자신이 실질적으로 소유하기 위해 취득하였음을 증명하여야 하므로, 단순히 다른 일방 배우자가 그 매수자금의 출처라는 사정만으로는 무조건 특유재산의 추정이 번복되어 당해 부동산에 관하여 명의신탁이 있었다고 볼 것은 아니고, 관련 증거들을 통하여 나타난 모든 사정을 종합하여 다른 일방 배우자가 당해 부동산을 실질적으로 소유하기 위하여 그 대가를 부담하였는지 여부를 개별적·구체적으로 가려 명의신탁 여부를 판단하여야 하며, 특히 다른 증거에 의하여 이러한 점을 인정하기 어려운 사정이 엿보이는 경우에는 명의자 아닌 다른 일방 배우자가 매수자금의 출처라는 사정만으로 명의신탁이 있었다고 보기는 어렵다." ☜ 위 취득자금의 경우, 조세 법률관계에서는 상속세 및 증여세법 제44조 제1항("배우자 또는 직계존비속에게 양도한 재산은 양도자가 그 재산을 양도한 때에 그 재산의 가액을 배우자등이 증여받은 것으로 추정하여 이를 배우자등의 증여재산가액으로 한다.")에 따라 배우자 간 증여의 법률상 추정이 이루어진다는 점에서, 민사 법률관계와 달리 볼 측면이 있음을 유념할 필요가 한다.

3868) 대법원 1998. 6. 12. 선고 97누7707 판결; "원고의 남편 명의로 된 농지나 예금 등 재산은 그의 특유재산으로 추정되는바, 그 취득에 원고가 대가나 채무를 부담하였다거나 적극적인 재산증식의 노력이 있었다는 등의 실질적인 사유에 관한 아무런 입증이 없는 이상 원고가 가정주부로서 남편의 약국 경영을 도왔다는 것만으로는 그 추정을 번복하기에 부족하므로"

산 매입자금의 원천이 남편의 수입에 있었다고 하더라도 처의 적극적인 재산증식의 노력으로 부동산 매입이 가능하게 된 사정이 있다면, 그 부동산은 부부의 공유재산이라고 볼 여지가 있으므로, 사실심으로서는 이 점에 관하여도 면밀히 심리하여야만 한다.[3869]

나. 이 혼

1) 재판상 이혼원인

재판상 이혼원인에 관한 민법 제840조[3870]는 원칙적으로 유책주의를 채택하고 있고, 혼인생활의 파탄에 주된 책임이 있는 배우자는 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수 없는 것이 원칙이나, 혼인 파탄의 책임이 반드시 이혼청구를 배척해야 할 정도로 남아있지 않은 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다.[3871] 각 호의 이혼사유마다 별개의 소송물을 이루고 처분권주의가 적용되며, 청구권경합의 관계에 있다.[3872]

3869) 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카5624 판결 등.

3870) **민법 제840조(재판상 이혼원인)** 부부의 일방은 다음 각호의 사유가 있는 경우에는 가정법원에 이혼을 청구할 수 있다.
1. 배우자에 부정한 행위가 있었을 때 ☛ 간통을 포함하여 보다 넓은 개념으로서 간통에까지는 이르지 아니하나 부부의 정조의무에 충실하지 않는 일체의 부정한 행위가 이에 포함된다(2010므4095).
2. 배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때
3. 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때 ☛ '혼인관계의 지속을 강요하는 것이 가혹하다고 여겨질 정도의 폭행이나 학대 또는 모욕을 받았을 경우'(2020므14763)
4. 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때
5. 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 때
6. 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때

3871) 대법원 2022. 6. 16. 선고 2021므14258 판결: "재판상 이혼원인에 관한 민법 제840조는 원칙적으로 유책주의를 채택하고 있는 것으로 해석되며, 민법 제840조 제6호의 이혼사유에 관하여도 혼인생활의 파탄에 주된 책임이 있는 배우자는 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 이혼청구 배우자의 유책성을 상쇄할 정도로 상대방 배우자 및 자녀에 대한 보호와 배려가 이루어진 경우, 세월의 경과에 따라 파탄 당시 현저하였던 유책배우자의 유책성과 상대방 배우자가 받은 정신적 고통이 약화되어 쌍방의 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것이 더 이상 무의미할 정도가 된 경우 등 혼인 파탄의 책임이 반드시 이혼청구를 배척해야 할 정도로 남아있지 않은 경우 그러한 배우자의 이혼청구는 예외적으로 허용될 수 있다. 이를 판단할 때에는 유책배우자의 책임의 태양·정도, 상대방 배우자의 혼인계속의사 및 유책배우자에 대한 감정, 당사자의 나이, 혼인기간과 혼인 후의 구체적인 생활관계, 별거기간, 별거 후에 형성된 부부의 생활관계, 혼인생활의 파탄 후 여러 사정의 변경 여부, 이혼이 인정될 경우 상대방 배우자의 정신적·사회적·경제적 상태와 생활보장의 정도, 미성년 자녀의 양육·교육·복지의 상황, 그 밖의 혼인관계의 여러 사정을 두루 고려하여야 한다."

3872) ❶ 62다812: "이혼의 소는 원고가 주장하는 사유에 의한 재판상 이혼청구의 이유의 유무에 관한 판단을 구하는 것이며 민법 제840조 각 호가 규정한 이혼사유마다 재판상이혼청구를 할 수 있는 것이므로 법원은 원고가 주장한 이혼사유에 관하여만 심판하여야 하며 원고가 주장하지 아니한 이혼사유에 관하여는 심판을 할 필요가 없고 그 사유에 의하여 이혼을 명하여서는 안되는 것이다." ❷ 99므1886: "재판상 이혼사유에 관한 민법 제840조는 동조가 규정하고 있는 각 호 사유마다 각 별개의 독립된 이혼사유를 구성하는 것이고, 원고가 이혼청구를 구하면서 위 각 호 소정의 수개의 사유를 주장하는 경우 법원은 그 중 어느 하나를 받아들여 원고의 청구를 인용할 수 있는 것이다. 이와 달리 법원은 각 이혼원인을 판단함에 있어 원고가 주장하는 이혼원인 중 제1호 내지 제5호 사유의 존부를 먼저 판단하고, 그것이 인정되지 않는 경우에 비로소 제6호의 원인을 최종적으로 판단할 수 있는 것이라는 주장은 독자적인 견해에 불과하고"

2) 재산분할청구

가) 출소기간

협의상 또는 재판상 이혼 시의 재산분할청구권[3873]의 행사기간은 제척기간이고, 출소기간이다. 협의상 또는 재판상 이혼을 하였으나 재산분할을 하지 않아 이혼 후 2년 이내에 법원에 재산분할청구를 한 경우, 제척기간 준수의 효력이 인정된다.[3874] 청구인 지위에서 대상 재산에 대해 적극적으로 재산분할을 청구하는 것이 아니라, 이미 제기된 재산분할청구 사건의 상대방 지위에서 분할대상 재산을 주장하는 경우에는 제척기간이 적용되지 않는다.[3875]

나) 심판 절차

재산분할심판 사건에는 '직권탐지주의',[3876] '처분권주의'[3877]가 적용된다. 재산

3873) **민법 제839조의2(재산분할청구권)** ① 협의상 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다. ② 제1항의 재산분할에 관하여 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정한다. ③ 제1항의 재산분할청구권은 이혼한 날부터 2년을 경과한 때에는 소멸한다. 제843조(준용규정) … 재판상 이혼에 따른 재산분할청구권에 관하여는 제839조의2를 준용하며 … ☛ 사실혼 관계에 유추적용된다(대법원 2021. 5. 27. 선고 2020므15841 판결).

3874) 대법원 2023. 12. 21. 선고 2023므11819 판결; "협의상 또는 재판상 이혼을 하였으나 재산분할을 하지 않아 이혼 후 2년 이내에 최초로 법원에 민법 제839조의2에 따라 재산분할청구를 함에 있어 제척기간 내 이루어진 청구에 대하여 제척기간 준수의 효력이 인정된다. … 청구인이 재산분할 대상을 특정하여 주장하더라도 법원으로서는 당사자의 주장에 구애되지 아니하고 재산분할의 대상이 무엇인지 직권으로 사실조사를 하여 포함시키거나 제외시킬 수 있다. … 이혼한 날부터 2년 내에 재산분할심판 청구를 하였음에도 그 재판에서 특정한 증거신청을 하였는지에 따라 제척기간 준수 여부를 판단할 것은 아니다. … 2018스18 결정은 선행 재산분할재판이 확정된 후 선행 재산분할재판 당시 누락된 재산이 존재한다고 주장하면서 그 누락되었다는 특정 재산에 대하여 추가 재산분할을 청구한 사안으로서 이 사건과 사안이 달라 원용하기에 적절하지 않다." ☛ 원심이, 원고가 피고와 협의이혼 한 2018. 10. 23.로부터 2년 이내에 피고를 상대로 위자료와 함께 재산분할을 청구하는 이 사건 소를 제기하였으나 소 제기 당시 분할대상 재산을 특정하지 않았고 2년이 경과하고 나서야 피고의 재산을 확인하기 위한 사실조회 및 금융거래정보제출명령 신청 등을 하며 분할대상 재산을 특정하였으므로 재산분할청구는 제척기간을 준수하지 못하였다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 협의이혼일로부터 2년이 되는 날 재산분할을 구하는 청구서를 제출하였으므로 원고의 재산분할청구는 제척기간을 준수한 것이라고 한 예. 2018스18 결정 중 "2년 제척기간 내에 재산의 일부에 대해서만 재산분할을 청구한 경우 청구 목적물로 하지 않은 나머지 재산에 대해서는 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 없으므로, 재산분할청구 후 제척기간이 지나면 그때까지 청구 목적물로 하지 않은 재산에 대해서는 청구권이 소멸한다."는 부분은 사실상 변경된 것으로 볼 수 있다.

3875) 대법원 2022. 11. 10.자 2021스766 결정.

3876) 대법원 2024. 5. 30. 선고 2024므10370 판결; "가사비송절차에 관하여는 가사소송법에 특별한 규정이 없는 한 비송사건절차법 제1편의 규정을 준용하며(가사소송법 제34조 본문), 비송사건절차에 있어서는 민사소송의 경우와 달리 당사자의 변론에만 의존하는 것이 아니고, 법원이 자기의 권능과 책임으로 재판의 기초가 되는 자료를 수집하는, 이른바 직권탐지주의에 의하고 있으므로(비송사건절차법 제11조), 법원으로서는 당사자의 주장에 구애되지 아니하고 재산분할의 대상과 가액을 직권으로 조사·판단할 수 있다. 따라서 재산분할사건에서 재산분할 대상과 가액을 주장하는 것은 그에 관한 법원의 직권 판단을 구하는 것에 불과하다."

3877) 대법원 2022. 11. 10.자 2021스766 결정; "재산분할심판 사건은 마류 가사비송사건에 해당하는데[가사소송법 제2조 제1항 제2호 (나)목 4)], 금전의 지급 등 재산상의 의무이행을 구하는 마류 가사비송사건의 경우 원칙적으로 청구인의 청구취지를 초과하여 의무의 이행을 명할 수 없다(가사소송규칙 제93조 제2항 본문). 따라서 설령 재산분할심판 사건의 심리 결과 청구인이 보유하고 있는 재산이 재산분할 비율에 따른 청구인의 몫을 초과한다는 점이 밝혀지더라도, 상대방이 반심판을 청구하지 않는 이상 원칙적으로 청구인의 재산분할청구가

분할청구는 이미 이루어진 재산분할에 관한 약정의 이행을 구하는 민사청구와는 구별되고, 원칙적으로 가사사건에 관한 소송에서 통상의 민사사건에 속하는 청구를 병합할 수는 없다.[3878] 재산분할심판청구 취하에 상대방의 동의를 필요로 하지 않고, 상대방이 그 취하에 부동의하였더라도 취하의 효력이 발생한다.[3879]

다) 분할의 고려요소

재산분할 제도는 이혼 등의 경우에 부부가 혼인 중 공동으로 형성한 재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 한다. 그러나 이혼에 따른 재산분할을 할 때에는 혼인 중 형성한 재산의 청산적 요소와 이혼 후의 부양적 요소[3880] 외에 정신적 손해(위자료)를 배상하기 위한 급부로서의 성질까지 포함하여 분할할 수 있다.[3881]

라) 분할의 대상

부부가 이혼을 할 때 쌍방의 협력으로 이룩한 '적극재산'[3882]이 있는 경우는 물론 부부 중 일방이 제3자에 대하여 부담한 '채무'라도 그것이 공동재산의 형성에 수반하

기각될 뿐, 나아가 청구인에게 초과 보유분의 재산분할을 명할 수는 없다." cf. **가사소송규칙 제93조(심판의 원칙등)** ② 금전의 지급이나 물건의 인도, 기타 재산상의 의무이행을 구하는 청구에 대하여는, 그 청구의 취지를 초과하여 의무의 이행을 명할 수 없다.

3878) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2018다243089 판결(재산분할청구는 당사자 사이에 협의가 이루어지지 않거나 협의할 수 없는 때 비로소 할 수 있으므로, 이미 이루어진 재산분할에 관한 약정의 이행을 구하는 민사청구와는 구별된다. 당사자가 재산분할청구 사건에서 금전의 지급을 구하는 청구를 하는 경우 그 청구가 재산분할청구인지 아니면 이와 별개의 민사청구인지 여부는 당해 사건에서의 청구원인과 당사자의 주장 취지, 청구에 대한 법원의 판단 및 이를 전후한 사건의 경과 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다).

3879) 대법원 2023. 11. 2. 선고 2023므12218 판결.

3880) 대법원 2023. 3. 24.자 2022스771 결정; "혼인이 사실상 파탄되어 부부가 별거하면서 서로 이혼소송을 제기하는 경우라고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 이혼을 명한 판결의 확정 등으로 법률상 혼인관계가 완전히 해소될 때까지는 부부간 부양의무가 소멸하지 않는다고 보아야 한다. … 재산분할청구 사건에서 혼인 중 이룩한 재산관계의 청산뿐 아니라 이혼 이후 당사자들의 생활보장에 대한 배려 등 부양적 요소, 그 사실심 변론종결 당시까지의 부양 상황 등을 함께 고려하여 재산분할의 대상과 액수를 정하게 되는데, 이러한 재산분할에 따른 권리는 이혼의 확정을 전제로 발생하는 것이므로 이혼이 확정되기 전까지의 부양적 요소는 별도의 부양료 심판 등에서 고려될 필요가 있고, 특히 부양이 필요한 배우자가 소득이 없는 경우에는 더욱 그러하다."

3881) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2018다243089 판결.

3882) ❶ 제3자 명의의 재산도 그것이 부부 중 일방에 의하여 명의신탁된 재산 또는 부부의 일방이 실질적으로 지배하고 있는 재산으로서 부부 쌍방의 협력에 의하여 형성된 유형, 무형의 자원에 기한 것이라면 그와 같은 사정도 참작하여야 한다는 의미에서 재산분할의 대상이 된다(2011므1116,1123). ❷ 합유재산이라는 이유만으로 이를 재산분할의 대상에서 제외할 수는 없고, 다만 부부의 일방이 제3자와 합유하고 있는 재산 또는 그 지분은 이를 임의로 처분하지 못하므로 직접 당해 재산의 분할을 명할 수는 없으나 그 지분의 가액을 산정하여 이를 분할의 대상으로 삼거나 다른 재산의 분할에 참작하는 방법으로 재산분할의 대상에 포함하여야 한다(2009므2840,2857). ❸ 부부 중 일방이 상속받은 재산이거나 이미 처분한 상속재산을 기초로 형성된 부동산이더라도 이를 취득하고 유지함에 있어 상대방의 가사노동 등이 직·간접으로 기여한 것이라면 재산분할의 대상이 되고, 이는 부부 중 일방이 제3자로부터 증여받은 재산도 마찬가지이다(2008스111). ❹ 명예퇴직금(2009므2628,2635)도 재산분할의 대상이 된다. ❺ 부부의 일방이 실질적으로 혼자서 지배하고 있는 주식회사(1인 회사)라고 하더라도 그 회사 소유의 재산을 바로 그 개인의 재산으로 평가하여 재산분할의 대상에 포함시킬 수는 없다(2010므4699,4705,4712).

여 부담한 것이거나 부부 공동생활관계에서 필요한 비용 등을 조달하는 과정에서 부담한 것[3883]이면 재산분할의 대상이 된다. 바꾸어 말하면, 어떤 적극재산이나 채무가 부부 쌍방의 협력이 아니라 부부 중 일방에 의하여 생긴 것으로서 상대방이 그 형성이나 유지 또는 부담과 무관한 경우에는 이를 재산분할의 대상으로 삼을 수 없다.[3884]

분할의 대상이 되는 재산과 그 액수[3885]의 원칙적인 기준시점은 재판상 이혼에 따른 재산분할의 경우에는 '이혼소송의 사실심 변론종결일',[3886] 사실혼 해소를 원인으로 한 재산분할의 경우에는 '사실혼이 해소된 날'[3887]이다.

이혼소송의 사실심 변론종결 시에 퇴직할 경우 수령할 수 있을 것으로 예상되는 퇴직급여 및 퇴직수당 상당액의 채권도 분할 대상이 된다.[3888]

3883) ❶ 혼인생활 중 쌍방의 협력으로 취득한 부동산에 관하여 부부의 일방이 부담하는 임대차보증금반환채무는 특별한 사정이 없는 한 혼인 중 재산의 형성에 수반한 채무로서 재산분할의 대상이 된다(2010므4699,4705,4712). ❷ 재산분할의 대상이 되는 분양권 매도대금을 형성하는데 필수적으로 지출되는 비용인 '양도소득세 및 주민세'가 청산의 대상이 된다(2009므4297). ❸ 사실혼 관계에 있는 부부 일방이 혼인 중 공동재산의 형성에 수반하여 채무를 부담하였다가 사실혼이 종료된 후 그 채무를 변제한 경우 변제된 채무는 특별한 사정이 없는 한 청산 대상이 된다(2020므15841).

3884) 대법원 2024. 5. 17. 선고 2024므10721 판결; "혼인관계가 파탄된 이후 변론종결일 사이에 생긴 재산관계의 변동이 부부 중 일방에 의한 후발적 사정에 의한 것으로서 혼인 중 공동으로 형성한 재산관계와 무관하다는 등의 사정이 있는 경우 그 변동된 재산은 재산분할 대상으로 삼지 않아야 한다. 따라서 재산분할 대상 채무가 혼인관계 파탄 이후 변론종결일에 이르기까지 감소하였고, 그 감소가 혼인 중 공동으로 형성한 재산관계와 무관하게 부부 중 일방의 노력이나 비용으로 이루어졌다면, 그 감소 부분은 재산분할의 대상으로 삼을 수 없으므로 결국 혼인관계 파탄 시점의 채무가 재산분할의 대상이 된다."

3885) 재산분할액 산정의 기초가 되는 재산의 가액은 반드시 시가감정에 의하여 인정하여야 하는 것은 아니지만 객관성과 합리성이 있는 자료에 의하여 평가하여야 하고, 기록에 나타난 객관적인 자료에 의하여 개개의 공동재산의 가액을 정하여야 한다(대법원 2024. 5. 30. 선고 2024므10370 판결; 원심의 시가 감정결과 등 객관적이고 합리성 있는 자료에 의하여 원심 변론종결일 또는 이에 가까운 날을 기준으로 부동산의 가액을 산정하였어야 함에도, 1심 변론 당시의 개별공시지가 자료 및 이에 근거한 원 · 피고의 1심에서의 진술 등에 의하여 인정한 부동산의 가액에 기초하여 재산분할금을 산정한 것은 잘못이라고 한 예).

3886) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2019므12549, 12556 판결; "재판상 이혼에 따른 재산분할을 할 때 분할의 대상이 되는 재산과 그 액수는 이혼소송의 사실심 변론종결일을 기준으로 하여 정하는 것이 원칙이다. 다만 혼인관계가 파탄된 이후 사실심 변론종결일 사이에 생긴 재산관계의 변동이 부부 중 일방에 의한 후발적 사정에 의한 것으로서 혼인 중 공동으로 형성한 재산관계와 무관하다는 등 특별한 사정이 있는 경우 그 변동된 재산은 재산분할 대상에서 제외하여야 하나, 부부의 일방이 혼인관계 파탄 이후에 취득한 재산이라도 그것이 혼인관계 파탄 이전에 쌍방의 협력에 의하여 형성된 유형·무형의 자원에 기한 것이라면 재산분할의 대상이 된다."

3887) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022므11027 판결(사실혼 해소 이후 재산분할 청구사건의 사실심 변론종결 시까지 사이에 혼인 중 공동의 노력으로 형성·유지한 부동산 등에 발생한 외부적, 후발적 사정으로서, 그로 인한 이익이나 손해를 일방에게 귀속시키는 것이 부부 공동재산의 공평한 청산·분배라고 하는 재산분할제도의 목적에 현저히 부합하지 않는 결과를 가져오는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 분할대상 재산의 가액 산정에 참작할 수 있다). ☚ 시가 감정촉탁 시 사실혼 해소 시점 기준 시가의 산정을 명하여야 한다.

3888) 대법원 2019. 9. 25. 선고 2017므11917 판결; "이혼 당시 부부 일방이 아직 공무원으로 재직 중이어서 실제 퇴직급여 등을 수령하지 않았더라도 이혼소송의 사실심 변론종결 시에 이미 잠재적으로 존재하여 경제적 가치의 현실적 평가가 가능한 재산인 퇴직급여 및 퇴직수당 채권은 이에 대하여 상대방 배우자의 협력이 기여한 것으로 인정되는 한 재산분할의 대상에 포함시킬 수 있으며, 구체적으로는 이혼소송의 사실심 변론종결 시를 기준으로 그 시점에서 퇴직할 경우 수령할 수 있을 것으로 예상되는 퇴직급여 및 퇴직수당 상당액의 채권이 그 대상이 된다. … 법원은 이혼당사자가 재산분할 청구 시, 공무원연금법이 정한 이혼배우자의 분할연금 청구권, 퇴직연금일시금 등 분할 청구권에 관한 규정에도 불구하고 이혼소송의 사실심 변론종결 시를 기준으로 그 시점에서 퇴직할 경우 수령할 수 있을 것으로 예상되는 퇴직급여(공무원연금법 제28조 제1호에서 정한

마) 분할방법

일방 당사자가 특정한 방법으로 재산분할을 청구하더라도 법원은 이에 구속되지 않고 타당하다고 인정되는 방법에 따라 재산분할을 명할 수 있다.[3889] '재산분할비율'은 개별재산에 대한 기여도를 일컫는 것이 아니라 기여도 기타 모든 사정을 고려하여 전체로서의 형성된 재산에 대하여 상대방 배우자로부터 분할받을 수 있는 비율을 일컫는 것이라고 봄이 상당하므로, 법원이 합리적인 근거 없이 분할대상 재산들을 개별적으로 구분하여 분할비율을 달리 정하는 것은 허용될 수 없다.[3890] 재산분할은 현물분할, 금전지급에 의한 분할, 경매분할 등 다양한 방법으로 이루어질 수 있고, 분할대상 재산이 현금 또는 예금계좌에 보유하고 있는 금융자산이라면 금전지급에 의한 분할이 이루어질 수밖에 없다.[3891] 쌍방 당사자가 일부 재산에 관하여 분할방법에 관한 합의를 한 경우 법원으로서는 이를 최대한 존중하여 재산분할을 명하는 것이 타당하다.[3892] 소극재산의 총액이 적극재산의 총액을 초과하여 재산분할을 한 결과가 결국 채무의 분담을 정하는 것이 되는 경우에도 법원은 그 구체적인 분담의 방법 등을 정하여 재산분할 청구를 받아들일

퇴직연금, 퇴직연금일시금 등을 말한다) 채권을 재산분할 대상에 포함할지 여부에 관하여서는, 혼인 생활의 과정과 기간, 그 퇴직급여의 형성 및 유지에 대한 양 당사자의 기여 정도, 당사자 쌍방이 혼인 생활 중 협력하여 취득한 다른 적극재산과 소극재산의 존재와 규모, 양 당사자의 의사와 나이 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 결정할 수 있다. 즉 법원은 재산분할 청구 사건에서 위와 같은 사정을 고려하여 예상퇴직급여 채권을 재산분할 대상에 포함하여 재산분할의 액수와 방법을 정할 수도 있고, 재산분할 대상에 포함하지 아니한 채 이혼당사자들이 공무원연금법에서 정한 분할연금 청구권, 퇴직연금일시금 등 분할 청구권에 관한 규정을 따르도록 할 수도 있다. … 공무원연금법 제28조 제4호, 제62조에서 정한 퇴직수당(공무원이 1년 이상 재직하고 퇴직하거나 사망한 경우에 지급하는 수당을 말한다)에 관하여서는 위와 같은 이혼배우자의 분할 청구권 규정이 적용되지 아니하므로, 이혼배우자의 협력이 기여한 것으로 인정된다면 이혼소송의 사실심 변론종결 시를 기준으로 그 시점에서 퇴직할 경우 수령할 수 있을 것으로 예상되는 퇴직수당 상당액의 채권은 충분히 재산분할의 대상이 될 수 있고, 구체적으로는 위 채권을 보유한 이혼당사자의 적극재산에 포함시켜 다른 재산과 함께 일괄하여 청산하거나 이에 준하는 적절하고 합리적인 방법으로 재산분할을 할 수 있다." ☛ 이미 발생한 공무원 퇴직연금 수급권도 부동산 등과 마찬가지로 재산분할의 대상에 포함될 수 있고, 구체적으로는 연금수급권자인 배우자가 매월 수령할 퇴직연금액 중 일정 비율에 해당하는 금액을 상대방 배우자에게 정기적으로 지급하는 방식의 재산분할도 가능하다(대법원 2014. 7. 16. 선고 2012므2888 전원합의체 판결).

3889) 대법원 2021. 6. 10. 선고 2021므10898 판결. 재산분할의 방법이나 그 비율 또는 액수는 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타의 사정을 참작하여 법원이 정하면 된다(2009므1533,1540).

3890) 대법원 2014. 7. 16. 선고 2012므2888 전원합의체 판결(공무원 퇴직연금수급권에 대한 기여도와 다른 일반재산에 대한 기여도를 종합적으로 고려하여 전체 재산에 대한 하나의 분할비율을 정하는 것이 형평에 부합하지 아니하는 경우에는 두 가지를 구분하여 개별적으로 달리 분할비율을 정할 수 있다).

3891) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2018다243089 판결.

3892) 대법원 2021. 6. 10. 선고 2021므10898 판결; "일방 당사자가 특정한 방법으로 재산분할을 청구하더라도 법원은 이에 구속되지 않고 타당하다고 인정되는 방법에 따라 재산분할을 명할 수 있다. 그러나 재산분할심판은 재산분할에 관하여 당사자 사이에 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에 한하여 하는 것이므로(민법 제843조, 제839조의2 제2항), 쌍방 당사자가 일부 재산에 관하여 분할방법에 관한 합의를 하였고, 그것이 그 일부 재산과 나머지 재산을 적정하게 분할하는 데 지장을 가져오는 것이 아니라면 법원으로서는 이를 최대한 존중하여 재산분할을 명하는 것이 타당하다. 그 경우 법원이 아무런 합리적인 이유를 제시하지 아니한 채 그 합의에 반하는 방법으로 재산분할을 하는 것은 재산분할사건이 가사비송사건이고, 그에 관하여 법원의 후견적 입장이 강조된다는 측면을 고려하더라도 정당화되기 어렵다."

수 있다.[3893]

바) 이혼에 따른 재산분할청구권이 재산법상 행위의 대상이 되는지 여부

이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼이 성립한 때에 그 법적 효과로서 발생하는 것이지만 협의 또는 심판에 의하여 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없다.[3894] 따라서 협의 또는 심판에 의하여 구체화되지 않은 재산분할청구권을 혼인이 해소되기 전에 미리 '포기'하거나 '양도'하는 것은 그 성질상 허용되지 않는다.[3895] 협의 또는 심판에 의하여 구체화되지 않은 재산분할청구권은 채무자의 책임재산에 해당하지 아니하고, 이를 '포기'하는 행위 또한 '채권자취소권'의 대상이 될 수 없다.[3896]

이혼으로 인한 재산분할청구권은 그 행사 여부가 청구인의 인격적 이익을 위하여 그의 자유로운 의사결정에 전적으로 맡겨진 권리로서 '행사상의 일신전속성'을 가지므로, '채권자대위권'의 목적이 될 수 없고 파산재단에도 속하지 않는다.[3897] 이혼에 따른 재산분할

3893) 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010므4071, 4088 전원합의체 판결의 다수의견.

3894) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2012므1656 판결(따라서 당사자가 이혼 성립 후에 재산분할 등을 청구하고 법원이 재산분할로서 금전의 지급을 명하는 판결이나 심판을 하는 경우에도, 이는 장래의 이행을 청구하는 것으로서 가집행선고의 대상이 될 수 없고, 분할의무자는 그 금전지급의무에 관하여 판결이나 심판이 확정된 다음 날부터 이행지체책임을 지며, 그 지연손해금의 이율에 관하여는 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문이 정한 이율이 적용되지 않는다).

3895) ○ 대법원 2016. 1. 25.자 2015스451 결정; "이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼이 성립한 때에 그 법적 효과로서 비로소 발생하는 것일 뿐만 아니라 협의 또는 심판에 의하여 구체적 내용이 형성되기까지는 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로, 협의 또는 심판에 의하여 구체화되지 않은 재산분할청구권을 혼인이 해소되기 전에 미리 포기하는 것은 그 성질상 허용되지 아니한다. 아직 이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 합의하는 과정에서 이를 전제로 재산분할청구권을 포기하는 서면을 작성한 경우, 부부 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산 전부를 청산·분배하려는 의도로 재산분할의 대상이 되는 재산액, 이에 대한 쌍방의 기여도와 재산분할 방법 등에 관하여 협의한 결과 부부 일방이 재산분할청구권을 포기하기에 이르렀다는 등의 사정이 없는 한 성질상 허용되지 아니하는 '재산분할청구권의 사전포기'에 불과할 뿐이므로 쉽사리 '재산분할에 관한 협의'로서의 '포기약정'이라고 보아서는 아니 된다."
cf. 대법원 2003. 8. 19. 선고 2001다14061 판결; "재산분할에 관한 협의는 혼인중 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 분할에 관하여 이미 이혼을 마친 당사자 또는 아직 이혼하지 않은 당사자 사이에 행하여지는 협의를 가리키는 것인바, 그 중 아직 이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 약정하면서 이를 전제로 하여 위 재산분할에 관한 협의를 하는 경우에 있어서는, 특별한 사정이 없는 한, 장차 당사자 사이에 협의상 이혼이 이루어질 것을 조건으로 하여 조건부 의사표시가 행하여지는 것이라 할 것이므로, 그 협의 후 당사자가 약정한대로 협의상 이혼이 이루어진 경우에 한하여 그 협의의 효력이 발생하는 것이지, 어떠한 원인으로든지 협의상 이혼이 이루어지지 아니하고 혼인관계가 존속하게 되거나 당사자 일방이 제기한 이혼청구의 소에 의하여 재판상이혼(화해 또는 조정에 의한 이혼을 포함한다. 이하 같다)이 이루어진 경우에는, 위 협의는 조건의 불성취로 인하여 효력이 발생하지 않는다고 보아야 할 것이다."
○ 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다61286 판결; "당사자가 이혼이 성립하기 전에 이혼소송과 병합하여 재산분할의 청구를 한 경우에, 아직 발생하지 아니하였고 그 구체적 내용이 형성되지 아니한 재산분할청구권을 미리 양도하는 것은 성질상 허용되지 아니하며, 법원이 이혼과 동시에 재산분할로서 금전의 지급을 명하는 판결이 확정된 이후부터 채권 양도의 대상이 될 수 있다."

3896) 대법원 2013. 10. 11. 선고 2013다7936 판결.

3897) 대법원 2023. 9. 21. 선고 2023므10861, 10878 판결(따라서 재산분할을 구하는 절차는 특별한 사정이 없는 한 재무자 회생 및 파산에 관한 법률 제347조 제1항에 따른 수계의 대상이 아니고, 법원이 부적법한 소송수계

이 상당한 정도를 벗어나는 경우 그 부분에 한하여 '채권자취소'의 대상이 될 수 있다.[3898]

3) 손해배상청구

다류 가사비송사건에 해당하는 '이혼을 원인으로 하는 손해배상청구'[3899]와 일반 불법행위를 원인으로 한 민사상 손해배상청구는 별개의 소송물이다.[3900]

제3자가 부부의 일방과 부정행위를 함으로써 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활을 침해하거나 그 유지를 방해하고 그에 대한 배우자로서의 권리를 침해하여 배우자에게 정신적 고통을 가하는 행위는 원칙적으로 불법행위를 구성하지만,[3901] 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 회복할 수 없을 정도의 상태에서 이루어진 부정행위에 대해서는 불법행위가 성립한다고 볼 수 없다.[3902] 법원이 혼인관계 파탄에 관한 부부 쌍방의 책임정도가

신청을 받아들여 소송을 진행한 후 소송수계인을 당사자로 하여 판결을 선고하였다면, 소송에 관여할 수 있는 적법한 당사자가 법률상 소송행위를 할 수 없는 상태에서 심리되어 선고된 것이어서 마치 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 아니하였던 경우와 마찬가지로 위법하다). 이혼으로 인한 재산분할청구권이 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기 전에는 채권자대위권의 피보전채권도 될 수 없다(98다58016).

3898) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다249816 판결; "재산분할이 민법 제839조의2 제2항의 규정 취지에 따른 상당한 정도를 벗어나는 과대한 것이라고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한 사해행위로서 채권자에 의한 취소의 대상으로 되는 것은 아니고, 다만 상당한 정도를 벗어나는 초과 부분에 한하여 적법한 재산분할이라고 할 수 없어 취소의 대상으로 될 수 있을 것이나, 이처럼 상당한 정도를 벗어나는 과대한 재산분할이라고 볼 특별한 사정이 있다는 점에 관한 입증책임은 채권자에게 있다고 보아야 한다."

3899) **민법 제843조(준용규정)** 재판상 이혼에 따른 손해배상책임에 관하여는 제806조를 준용하고 … ☛ **제806조(약혼해제와 손해배상청구권)** ① 약혼을 해제한 때에는 당사자 일방은 과실있는 상대방에 대하여 이로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다. ② 전항의 경우에는 재산상 손해외에 정신상 고통에 대하여도 손해배상의 책임이 있다. ③ 정신상 고통에 대한 배상청구권은 양도 또는 승계하지 못한다. 그러나 당사자간에 이미 그 배상에 관한 계약이 성립되거나 소를 제기한 후에는 그러하지 아니하다.

3900) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2021다253154, 253161 판결; "가사소송법 제2조 제1항 제1호 (다)목 2)는 '이혼을 원인으로 하는 손해배상청구'는 제3자에 대한 청구를 포함하여 다류 가사비송사건으로 정한다. 이때 '이혼을 원인으로 하는 손해배상청구'는 이혼의 원인이 되는 개별적 유책행위의 발생으로부터 최종적 이혼에 이르기까지 일련의 경과를 전체로서 불법행위로 파악하여 손해배상을 청구하는 경우를 의미한다. 이와 달리 이혼과 무관하게 부부공동생활 중 발생한 개별적 특정 유책행위를 불법행위로 파악하여 민사상 손해배상을 청구하는 것이 명백한 경우에는 가사소송법 제2조 제1항 제1호 (다)목 2)에서 정한 다류 가사비송사건에 해당한다고 볼 수 없다. 한편 '이혼을 원인으로 하는 손해배상청구'에 해당하는지 여부는 구체적 사안에서 당사자의 의사, 당사자가 혼인관계를 유지하고 있는지, 협의 이혼의 성립 여부 또는 부부 일방이 재판상 이혼을 청구하였는지, 재판상 이혼청구 소송의 경과 등을 종합적으로 판단하여야 한다." ☞ '민사상 손해배상청구'를 '이혼을 원인으로 하는 손해배상청구'에 해당한다고 판단한 원심판단에 처분권주의를 위반한 위법이 있다고 한 예.

3901) 대법원 2024. 6. 27. 선고 2023므12782 판결; "이에 따라 제3자가 부담하는 불법행위책임은 부정행위를 한 부부의 일방이 배우자에 대하여 부담하는 불법행위책임과 공동불법행위책임으로서 부진정연대채무 관계에 있다. 부진정연대채무자 상호 간에 채권의 목적을 달성시키는 변제와 같은 사유는 채무자 전원에 대하여 절대적 효력을 발생하므로, 부정행위를 한 부부의 일방이 배우자에게 공동불법행위로 인한 손해배상금을 지급한 경우 그 변제의 효과는 부진정연대채무자인 제3자에 대하여도 효력이 있다. 다만 부정행위를 한 부부의 일방이 이혼과정에서 배우자에게 위자료 등의 명목으로 금원을 지급하였는데 그 금원에 위자료뿐만 아니라 재산분할금이나 양육비 등 다른 성격의 금원이 포함되어 있고, 그러한 이유로 그 금원 중 공동불법행위로 인한 위자료를 구분·특정하기 어려운 경우가 있다. 이러한 경우 법원은 부부의 일방이 배우자에게 위자료의 일부로서 금원을 지급한 사정을 제3자가 부담하는 위자료 액수를 산정할 때 참작할 수 있다."

3902) 대법원 2023. 12. 21. 선고 2023다265731 판결; "부부가 장기간 별거하는 등의 사유로 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 실체가 더 이상 존재하지 아니하게 되고 객관적으로 회복할 수 없는 정도에 이른 경우에는 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활이 유지되고 있다고 볼 수 없으므로, 비록 부부가 아직 이혼하지 아니하

대등하다고 판단하여 부정행위 배우자에 대한 위자료 청구를 기각한 경우, 배우자의 부정행위에 가공한 제3자에게도 이혼을 원인으로 하는 손해배상책임이 인정되지 않는다.[3903]

다. 가족관계의 증명

1) 가족관계등록부 기재의 추정력

가족관계등록부는 그 기재가 적법하게 되었고 기재사항이 진실에 부합한다는 추정을 받는다. 그러나 가족관계등록부의 기재에 반하는 증거가 있거나 그 기재가 진실이 아니라고 볼만한 특별한 사정이[3904] 있을 때에는 그 추정은 번복될 수 있다.[3905] 이는 사실

였지만 이처럼 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 회복할 수 없을 정도의 상태에 이르렀다면, 제3자가 부부의 일방과 성적인 행위를 하더라도 이를 두고 부부공동생활을 침해하거나 그 유지를 방해하는 행위라고 할 수 없고 또한 그로 인하여 배우자의 부부공동생활에 관한 권리가 침해되는 손해가 생긴다고 할 수도 없으므로 불법행위가 성립한다고 보기 어렵다. 부부의 일방과 부정행위를 한 제3자가 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 회복할 수 없을 정도의 상태에 이르게 된 원인을 제공한 경우라 하더라도, 배우자 아닌 자와의 성적인 행위가 부부공동생활이 실질적으로 파탄되어 실체가 더 이상 존재하지 아니하거나 객관적으로 회복할 수 없는 정도에 이른 상태에서 이루어졌다면 이를 달리 볼 수는 없다. … 제3자가 파탄상태에 이르게 된 원인을 제공하였다고 하더라도 원인 제공 행위에 대하여 불법행위책임을 물을 수 있음은 별론으로 하고, 그와 같은 파탄상태에서 이루어진 부정행위에 대해서까지 불법행위가 성립한다고 볼 수는 없다." ☛ 부부 일방과 부정행위를 할 당시 그 부부의 공동생활이 실질적으로 파탄되어 회복할 수 없는 정도의 상태에 있었다는 사정은 이를 주장하는 제3자가 증명하여야 한다(대법원 2024. 6. 27. 선고 2022므13504, 13511 판결).

3903) 대법원 2024. 6. 27. 선고 2023므16678 판결; "부부의 일방이 상대방 배우자의 부정행위로 인하여 혼인관계가 파탄되었다고 주장하면서 배우자를 상대로 위자료 청구를 하였으나, 법원이 혼인관계 파탄에 관한 부부 쌍방의 책임정도가 대등하다고 판단하여 위자료 청구를 기각하는 경우 상대방 배우자에게 혼인관계 파탄에 대한 손해배상의무가 처음부터 성립하지 않는다고 보아야 한다. 이혼을 원인으로 하는 손해배상책임을 인정하는 근거는 부정행위 등 이혼의 원인이 되는 개별적 유책행위에 있는 것이 아니라 그로 인하여 혼인관계가 파탄되어 이혼에 이르게 된 데에 있으므로, 혼인관계 파탄에 대하여 부부 쌍방의 책임정도가 대등한 경우 부부 일방에게 혼인관계 파탄의 책임을 지울 수 없기 때문이다. 나아가 부정행위를 한 배우자의 손해배상의무가 성립하지 않는 이상 배우자의 부정행위에 가공한 제3자에게도 이혼을 원인으로 하는 손해배상책임이 인정되지 않는다고 할 것이다. 그리고 이러한 법리는 부부의 일방이 상대방 배우자의 부정행위로 인하여 혼인관계가 파탄되었다고 주장하면서 배우자를 상대로 본소로 위자료 청구를 하고 이에 대하여 상대방 배우자가 반소로 위자료 청구를 하였으나, 법원이 혼인관계 파탄에 관한 부부 쌍방의 책임정도가 대등하다고 판단하여 본소·반소 위자료 청구를 모두 기각하는 경우에도 마찬가지이다."

3904) **◎ 사망 기재의 추정과 복멸**

○ 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두13309 판결; "가족관계등록부에 기재된 사항은 진실에 부합하는 것으로 추정된다 할 것이나, 그 기재에 반하는 증거가 있거나 그 기재가 진실이 아니라고 볼만한 특별한 사정이 있는 때에는 그 추정은 번복될 수 있다. 사망신고는 진단서나 검안서를 첨부하여야 하나, 부득이한 사정으로 이를 얻을 수 없는 때에는 사망 사실을 증명할 만한 서면으로써 이에 갈음할 수 있고(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제84조 제3항), 군인이 전투 기타 사변으로 사망하여 부대장 등 명의로 작성한 전사확인서는 위와 같은 증명 서면에 해당할 수 있다. 그러나 특수임무수행자 보상에 관한 법률에 규정된 특수임무를 수행하던 중 복귀하지 않아 생사가 불명하게 된 경우처럼 전투나 작전 수행 중 행방불명된 군인 등에 대하여, 그 사망한 사실을 구체적으로 확인하거나 사망한 것으로 볼 상당한 객관적 근거도 없이 부대장이 임의로 어느 날짜를 지정하여 그때 전사하였다는 취지로 작성한 전사확인서는 특별한 사정이 없는 한 사망신고의 첨부서면인 증명 서면에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 그와 같은 경위로 발급된 전사확인서에 의하여 사망신고가 되어 가족관계등록부에 등재된 경우에는 그 사망일자에 사망하였다는 추정은 유지될 수 없다."

○ 대법원 1995. 7. 5.자 94스26 결정; "호적부의 기재사항은 이를 번복할 만한 명백한 반증이 없는 한 진실에 부합되는 것으로 추정이 된다고 할 것이고, 호적부에 허위내용을 신고 기재케 하는 경우에는 형법상의 공정증서원본불실기재죄로 처단하도록 되어 있으며, 특히 호적부의 기재내용 중 사망이나 출생 등은 매우 중요한 것으로서 사건본인이나 주변관계인들에게 심히 중대한 영향을 미치는 기재 내용이고, 또 호적부의 사망신고절

상 추정으로 보아야 한다.[3906] 2008. 1. 1. 이후 사망한 사람의 상속인 전원을 알기 위해서는 가족관계증명서뿐만 아니라 제적등본까지 함께 확인하는 것이 원칙이다.[3907]

2) 친생자 추정

민법 제844조[3908] 제1항의 '친생 추정'은 반증을 허용하지 않는 강한 추정[3909]이므

차에서 신고인이 진단서, 검안서를 첨부하거나 그와 같은 서류를 얻을 수 없을 때에는 그 얻지 못한 사유를 신고서에 기재하고, 사망의 사실을 증명할 만한 다른 서면으로 갈음할 수 있을 뿐이며(호적법 제87조 참조), 갈음할 수 있는 서면 등에는 수년 전에 사망한 경우에 2인 이상의 인우보증서(1923. 8. 13. 법무국장 회답), 진재(震災)로 인한 사망신고의 경우 사망의 사실을 안 자의 증명서(1924. 1. 9. 법무국장 회답), 6.25 사변으로 인한 사망신고의 경우 사망을 목격한 자 또는 사망을 확인한 자가 사망의 일시, 장소, 사유 등을 구체적으로 기재한 사망증명서(1950. 11. 4. 법행법 제47호 법원행정처장 통첩) 등을 첨부서류로 하여 신고처리 하도록 한 실무상의 지침 등에 비추어 볼 때, 이 사건의 사망 기재도 그와 같은 서류를 첨부하여 된 것이라고 추정되고, 따라서 호적부의 사망 기재는 쉽게 번복할 수 있게 해서는 안 되고, 그 기재 내용을 뒤집기 위해서는 사망신고 당시에 첨부된 서류들이 위조 또는 허위조작된 문서임이 증명되거나 신고인이 공정증서원본불실기재죄로 처단되었거나 또는 사망으로 기재된 사건본인이 현재 생존해 있다는 사실이 증명되고 있을 때 또는 이에 준하는 사유가 있을 때 등에 한해서 호적상의 사망기재의 추정력을 뒤집을 수 있을 뿐이고, 그러한 정도에 미치지 못한 경우에는 그 추정력을 깰 수 없다고 보아야 함이 타당하다."

3905) 대법원 2020. 1. 9.자 2018스40 결정(따라서 어떠한 신분에 관한 내용이 가족관계등록부에 기재되었더라도 기재된 사항이 진실에 부합하지 않음이 분명한 경우에는 그 기재내용을 수정함으로써 가족관계등록부가 진정한 신분관계를 공시하도록 하여야 한다).

3906) 위 2018스40 결정은 참조 판결로 86므119 판결과 94다1883 판결을 들고 있는데, 94다1883 판결은 "호적에 기재된 사항은 일응 진실에 부합하는 것이라는 추정을 받는다 할 것이나, 그 기재에 반하는 증거가 있거나, 그 기재가 진실이 아니라고 볼만한 특별한 사정이 있는 때에는 그 추정을 번복할 수 있는 것이다."라고 판시하여 '사실상 추정'에 해당함을 밝혔고, 86므119 판결은 "호적은 사람의 신분관계를 증명하는 공문서로서 호적부의 기재는 법률상 그 기재가 적법히 되었고 그 기재사항은 진실에 부합하는 것이라는 추정을 받으나 그 기재에 의하여 신분관계가 창설되는 것은 아니라 할 것이니 그 기재에 반대되는 증거가 들어났을 경우에는 그 추정은 깨어진다."라고 판시하였으나, 위 2018스40 결정은 '법률상'이라는 문구를 빼고 인용하였다.

3907) 대법원 2023. 8. 18.자 2022그779 결정: "가족관계등록부에 기록하는 범위는 2008. 1. 1. 당시 종전호적에 기재된 유효한 사항을 기준으로 하였으므로 2008. 1. 1. 전에 사망 등으로 제적된 사람들에 대하여는 가족관계등록부에 이기하지 않았다. 가족관계등록부로의 이기 범위에 위와 같은 한계가 있으므로, 2008. 1. 1. 이후 사망한 사람의 상속인 전원을 알기 위해서는 2008. 1. 1. 전 사망 등의 사유로 가족관계증명서로는 확인되지 않는 상속인이 있을 수 있기 때문에 가족관계증명서뿐만 아니라 제적등본까지 함께 확인하는 것이 원칙이다."

3908) **민법 제844조(남편의 친생자의 추정)** ① 아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정한다. ② 혼인이 성립한 날부터 200일 후에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다. ③ 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다. ☛ 2015. 4. 30 헌법재판소에서 헌법불합치 결정된 이 조를 2017. 10. 31 법률 제14965호로 개정(2018. 2. 1. 시행)하였다. 이는 법률상 사실 추정 규정에 해당한다.

3909) 대법원 2019. 10. 23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결의 다수의견: "민법은 친생추정 규정에 따라 형성된 부자 사이의 친자관계를 제거할 수 있는 방법을 열어두고자 친자관계의 부인권을 남편과 아내에게 인정하고 있다(제847조. 이하 '친생부인의 소 규정'이라 한다). 그러나 친생부인권을 행사할 수 있는 기간을 너무 길게 인정하거나 그 기간을 제한하지 않으면 자녀의 신분관계를 조속히 확정해야 할 필요성과 신분관계를 둘러싼 법률관계의 안정성을 해칠 수 있으므로, 민법은 친생부인의 소는 남편 또는 아내가 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 제기하여야 한다는 제소기간을 정하고 있다(제847조 제1항). 이와 같이 원고적격과 제소기간을 제한하는 친생부인의 소 규정에 따라 친생추정의 효력은 법률에서 인정하는 다른 추정에 비하여 강한 효력을 갖는다. 친생부인이 되지 않아 친생자로 추정되는 한 생부가 혼인외 출생자로서 인지할 수도 없고 자녀가 생부를 상대로 인지를 청구할 수도 없으며, 제소기간이 지난 다음에는 그 추정이 진실에 반하는 것으로 밝혀지더라도 추정을 번복할 수 없다. 민법은 이와 같이 친생추정 규정과 이에 대한 번복방법인 친생부인의 소 규정을 엄격하게 정하고 있고, 친생부인을 할 수 없게 된 경우 자녀의 법적 지위가 종국적으로 확정된다. 따라서 혼인 중 출생한 자녀의 부자관계는 민법 규정에 따라 일률적으로 정해지는 것이고 그 혈연관계를 개별

로, 처가 혼인 중에 포태한 이상 그 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나, 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 '동거의 결여'로 처가 부(夫)의 자를 포태할 수 없는 것이 '외관상 명백한 사정'이 있는 '경우에만' 그 추정이 미치지 않을 뿐이고,[3910] 이러한 예외적인 사유가 없는 한 누구라도 그 자가 부의 친생자가 아님을 주장할 수 없다.[3911]

아내가 혼인 중 남편이 아닌 제3자의 정자를 제공받아 인공수정으로 자녀를 출산한 경우에도 친생추정 규정을 적용하여 인공수정으로 출생한 자녀가 남편의 자녀로 추정된다. 그 근거는 '남편의 동의'이고, 남편이 인공수정에 동의하였다가 나중에 이를 번복하고 친생부인의 소를 제기하는 것은 허용되지 않는다.[3912] 혼인 중 아내가 임신하여 출산한 자녀가 '남편과 혈연관계가 없다는 점'이 밝혀졌더라도 친생추정이 미치지 않는다고 볼 수 없다. 혈연관계의 유무는 친생추정을 번복할 수 있는 사유에는 해당할 수 있지만 친생추정이 미치지 않는 범위를 정하는 사유가 될 수 없다.[3913]

적·구체적으로 심사하여 정해지는 것이 아니다."

3910) 자녀가 혼인 중 출생함으로써 민법상 친생추정이 적용되어야 하는 사안에서도, 아내가 자녀를 임신할 수 있는 기간 동안 '동거의 결여'로 남편의 자녀를 임신할 수 없는 것이 외관상 명백하다는 사정을 들어 혈연관계의 부존재를 증명하면 예외적으로 친생추정에서 벗어나 친생자관계부존재확인 재판을 통하여 가족관계등록부상 신분관계를 진실에 부합하게 정정할 수 있다(2016므2510 전원합의체 판결의 반대의견 참조).

3911) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2021므13293 판결; 원고가 출생할 무렵 소외인과 망인 사이에는 동거가 결여되어 소외인이 망인의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에 해당되므로 원고는 망인에 대하여 친생추정이 미치지 아니하고, 망인이 친생부인의 소를 제기하지 아니하였더라도 원고는 망인과의 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있으며, 원고와 망인 사이에는 양친자로서의 신분적 생활사실도 존재하지 아니하고, 결국 친생자관계가 존재하지 아니한다는 원심의 판단은 정당하다고 한 예.

3912) 위 2016므2510 전원합의체 판결의 다수의견; "정상적으로 혼인생활을 하고 있는 부부 사이에서 인공수정 자녀가 출생하는 경우 남편은 동의의 방법으로 자녀의 임신과 출산에 참여하게 되는데, 이것이 친생추정 규정이 적용되는 근거라고 할 수 있다. 남편이 인공수정에 동의하였다가 나중에 이를 번복하고 친생부인의 소를 제기하는 것은 허용되지 않는다. … 이러한 동의가 명백히 밝혀지지 않았던 사정이 있다고 해서 곧바로 친자관계가 부정된다거나 친생부인의 소를 제기할 수 있다고 볼 것은 아니다. … 부부가 정상적인 혼인생활을 하고 있는 경우 출생한 인공수정 자녀에 대해서는 남편의 동의가 있었을 개연성이 높다. 따라서 혼인 중 출생한 인공수정 자녀에 대해서는 다른 명확한 사정에 관한 증명이 없는 한 남편의 동의가 있었던 것으로 볼 수 있다. … 인공수정 자녀의 출생 이후 남편이 인공수정 자녀라는 사실을 알면서 출생신고를 하는 등 인공수정 자녀를 자신의 친자로 공시하는 행위를 하거나, 인공수정 자녀의 출생 이후 상당 기간 동안 실질적인 친자관계를 유지하면서 인공수정 자녀를 자신의 자녀로 알리는 등 사회적으로 보아 친자관계를 공시·용인해 왔다고 볼 수 있는 경우에는 동의가 있는 경우와 마찬가지로 취급하여야 한다. … 그 후 남편이 친생부인을 주장하는 것은 민법 제852조의 취지에 반할 뿐만 아니라 선행행위와 모순되는 행위로서 신의성실의 원칙에 비추어 허용되지 않는다고 보아야 한다."

3913) 위 2016므2510 전원합의체 판결의 다수의견; "혼인 중 아내가 임신하여 출산한 자녀가 남편과 혈연관계가 없다는 점이 확인되었다는 사정만으로 곧바로 친생추정이 미치지 않는다거나 친생추정의 예외에 해당한다고 보아 누구든 언제든지 친생추정 규정에 따라 친생자로 추정되는 부자관계를 다툴 수 있다고 해서는 안 된다. … 친생추정 규정에 따라 아내가 임신한 자녀를 남편의 자녀로 추정하는 것은 혼인 중 출생한 자녀가 남편의 자녀일 개연성이 높다는 점뿐만 아니라 실제로 그러한 관계를 기초로 실질적인 가족관계가 형성될 개연성이 높다는 점을 전제로 한다. 그러나 혈연관계 없이 형성된 가족관계도 헌법과 민법이 보호하고자 하는 가족관계에 해당한다. 이와 같은 가족관계가 친생부인의 소의 제소기간이 지날 때까지 유지되는 등 오랜 기간이 지나 사회적으로도 성숙해지고 견고해졌다면 이러한 가족관계와 그에 대한 신뢰를 보호할 필요성이 더욱 커지므로 이를 누구든지 쉽게 번복할 수 있도록 해서는 안 된다. … 혈연관계의 유무는 친생추정을 번복할 수 있는 사유

친생추정을 번복하기 위해서는 부부의 한쪽이 친생부인의 소(민법 제846조, 제847조)[3914]를 제기하여 확정판결을 받아야 하고, 친생자관계존부확인의 소(민법 제865조)[3915]를 통해서 친생자관계의 부존재확인을 구하는 것은 부적법하다.[3916] 친생자관계존부확인의 소는 법적 친생자관계의 성립과 해소에 관한 다른 소송절차에 대하여 보충성을 갖는다.[3917]

위 추정이 미치지 않는 예외적인 경우에 자는 친자관계부존재확인소송이나, 생부모를

에는 해당할 수 있지만 친생추정이 미치지 않는 범위를 정하는 사유가 될 수 없다." ☛ 대법원 2021. 9. 9. 선고 2021므13293 판결; "생물학적 혈연관계가 없다는 점은 친생부인의 소로써 친생추정을 번복할 수 있게 하는 사유이다. … 이를 넘어서 처음부터 친생추정이 미치지 않도록 하는 사유로서 친생부인의 소를 제기할 필요조차 없도록 하는 요소가 될 수는 없다. 혈연관계가 없다는 점을 친생추정이 미치지 않는 전제사실로 보는 것은 원고적격과 제소기간의 제한을 두고 있는 친생부인의 소의 존재를 무의미하게 만드는 것으로 현행 민법의 해석상 받아들이기 어렵다."

3914) **제846조(자의 친생부인)** 부부의 일방은 제844조의 경우에 그 자가 친생자임을 부인하는 소를 제기할 수 있다. **제847조(친생부인의 소)** ① 친생부인의 소는 부 또는 처가 다른 일방 또는 자를 상대로 하여 그 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 이를 제기하여야 한다. ② 제1항의 경우에 상대방이 될 자가 모두 사망한 때에는 그 사망을 안 날부터 2년 내에 검사를 상대로 하여 친생부인의 소를 제기할 수 있다.

3915) **제865조(다른 사유를 원인으로 하는 친생관계존부확인의 소)** ① 제845조, 제846조, 제848조, 제850조, 제851조, 제862조와 제863조의 규정에 의하여 소를 제기할 수 있는 자는 다른 사유를 원인으로 하여 친생자관계존부의 확인의 소를 제기할 수 있다. ② 제1항의 경우에 당사자 일방이 사망한 때에는 그 사망을 안 날로부터 2년 내에 검사를 상대로 하여 소를 제기할 수 있다.

3916) 위 2016므2510 전원합의체 판결의 다수의견.

3917) ❶ 대법원 2020. 6. 18. 선고 2015므8351 전원합의체 판결; "이 사건 조항(민법 제865조 제1항)이 정한 **친생자관계존부확인**의 소는 법적 친생자관계의 성립과 해소에 관한 다른 소송절차에 대하여 **보충성**을 가진다. … 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있는 자는 이 사건 조항에서 정한 **제소권자로 한정**된다고 봄이 타당하다. … 친생자관계의 당사자인 자녀의 직계비속과 그 법정대리인은 이 사건 조항에 열거된 민법 제863조에 의하여 소를 제기할 수 있는 자로서 다른 사유를 원인으로 하는 경우에는 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있다. … 이 사건 조항에 열거된 민법 제848조, 제850조, 제851조는 모두 친생부인의 소의 원고적격에 관한 기본규정인 민법 제846조를 전제로 하여 보충적으로 원고적격을 확대하는 규정들이다. 따라서 민법 제848조, 제850조, 제851조의 제소권자인 성년후견인, 유언집행자, 부 또는 처의 직계존속이나 직계비속은 위 규정들에 의하여 소를 제기할 수 있는 요건을 갖춘 경우에 한하여 원고적격이 있다고 봄이 옳다. … 부 또는 처의 직계존속이나 직계비속은 부(夫)가 자녀의 출생 전에 사망하거나 부 또는 처가 친생부인의 소의 제기기간 내에 사망한 때(제851조) 비로소 다른 사유를 원인으로 하여 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있다. 이들이 위와 같은 요건을 구비하지 못한 경우에는 위 각 규정에 의하여 친생자관계존부확인의 소를 제기할 원고적격이 당연히 있다고 할 수 없다. … 이해관계인은 이 사건 조항에 열거된 민법 제862조에 따라 다른 사유를 원인으로 하여 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있다. 여기서 이해관계인은 다른 사람들 사이의 친생자관계가 존재하거나 존재하지 않는다는 내용의 판결이 확정됨으로써 일정한 권리를 얻거나 의무를 면하는 등 법률상 이해관계가 있는 제3자를 뜻한다. 따라서 다른 사람들 사이의 친생자관계존부가 판결로 확정됨에 따라 상속이나 부양 등에 관한 자신의 권리나 의무, 법적 지위에 구체적인 영향을 받게 되는 경우이어야 이해관계인으로서 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있다. 가족관계등록부상으로는 아무런 친족관계가 나타나지 않더라도 스스로 자녀의 생부 또는 생모라고 주장하면서 친생자관계존부확인의 소를 제기한 사람은 그 판결결과에 따라 당사자와의 친생자관계 자체에 직접적인 영향을 받게 되므로 이해관계인에 **포함된다**. … 민법 제777조에서 정한 친족은 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 신분관계에 있다는 사실만으로 친생자관계존부확인의 소를 제기할 소송상 이익이 있다고 판단한 … 판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 변경하기로 한다." ❷ 대법원 2023. 9. 21. 선고 2021므13354 판결; "당사자가 입양의 의사로 친생자 출생신고를 하고 입양의 실질적 요건이 모두 구비되었다면 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 **효력이 발생한다**. 이때 친생자 출생신고는 법률상의 친자관계인 양친자관계를 공시하는 입양신고의 기능을 한다. 따라서 파양에 의하여 양친자관계를 해소할 필요가 있는 등 특별한 사정이 있는 경우 호적기재 자체를 말소하여 법률상 친자관계의 존재를 부인하게 하는 친생자관계부존재확인청구가 허용될 수 있다. 이와 같은 양친자관계를 해소하기 위한 친생자관계부존재확인청구의 인용판결이 확정되면 확정일 이후부터는 더 이상 양친자관계의 존재를 주장할 수 없다."

상대로 한 인지청구[3918]를 할 수 있다.[3919]

헌법재판소의 헌법불합치결정의 취지에 따른 법 개정(2017. 10. 31. 신설)으로, '혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀'에 대하여 '어머니와 어머니의 전 남편'은 '친생부인의 허가 청구'를, '생부'는 '인지의 허가 청구'를 하여 친생부인의 소보다 간이한 방법으로 친생추정을 배제할 수 있다.[3920]

3) 혈연상 친자관계의 증명

혈연상 친자관계의 증명은 혈액형검사나 유전자검사 등에 의한 간접증명의 방법에 의할 수밖에 없는데, 친생자관계 증명을 위한 유전자감정에서 감정의 전제사실에 관하여 호적부의 추정력을 적용할 수는 없고, 그 전제사실이 진실하다는 점에 대하여는 그 감정방법을 원용하는 당사자가 이를 증명하여야 한다.[3921]

3918) **제863조(인지청구의 소)** 자와 그 직계비속 또는 그 법정대리인은 부 또는 모를 상대로 하여 인지청구의 소를 제기할 수 있다. **제864조(부모의 사망과 인지청구의 소)** 제862조 및 제863조의 경우에 부 또는 모가 사망한 때에는 그 사망을 안 날로부터 2년 내에 검사를 상대로 하여 인지에 대한 이의 또는 인지청구의 소를 제기할 수 있다.
☛ 혼인외 출생자의 경우에 있어서 모자관계는 인지를 요하지 아니하고 법률상의 친자관계가 인정될 수 있지만, 부자관계는 부의 인지에 의하여서만 발생하는 것이므로, 생부가 인지하거나(제855조 제1항) 자녀가 부를 상대로 인지청구의 소(제863조)를 제기하여 친생자관계의 존재를 확정하는 방법으로 법률상 친자관계를 창설할 수 있는데, 이때 부와 자녀 사이에 혈연관계가 존재하는지가 증명의 대상이 되는 주요사실을 구성한다(2016므2510 전원합의체 판결의 다수의견). 부가 사망한 경우에는 그 사망을 안 날로부터 2년 이내에 검사를 상대로 인지청구의 소를 제기하여야 하고, 생모나 친족 등 이해관계인이 혼인외 출생자를 상대로 혼인외 출생자와 사망한 부 사이의 친생자관계존재확인을 구하는 소는 허용될 수 없다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2018므11273 판결). 미성년자인 자녀의 법정대리인이 인지청구의 소를 제기한 경우에는 그 법정대리인이 부 또는 모의 사망사실을 안 날이 제척기간의 기산일이지만, 자녀가 미성년자인 동안 법정대리인이 인지청구의 소를 제기하지 않은 때에는 자녀가 성년이 된 뒤로 부 또는 모의 사망을 안 날로부터 2년 내에 인지청구의 소를 제기할 수 있다(대법원 2024. 2. 8. 선고 2021므13279 판결). 인지청구의 소와 친생자관계부존재확인의 소에서 제소기간의 기산점이 되는 '사망을 안 날'은 사망이라는 객관적 사실을 아는 것을 의미하고, 사망자와 친생자관계에 있다는 사실까지 알아야 하는 것은 아니다(2014므4871).

3919) 대법원 2000. 1. 28. 선고 99므1817 판결.

3920) 제854조의2(친생부인의 허가 청구)[본조신설 2017.10.31] ① 어머니 또는 어머니의 전 남편은 제844조 제3항의 경우에 가정법원에 친생부인의 허가를 청구할 수 있다. 다만, 혼인 중의 자녀로 출생신고가 된 경우에는 그러하지 아니하다. ② 제1항의 청구가 있는 경우에 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정한다. ③ 제1항 및 제2항에 따른 허가를 받은 경우에는 제844조 제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다.
제855조의2(인지의 허가 청구)[본조신설 2017.10.31] ① 생부는 제844조 제3항의 경우에 가정법원에 인지의 허가를 청구할 수 있다. 다만, 혼인 중의 자녀로 출생신고가 된 경우에는 그러하지 아니하다. ② 제1항의 청구가 있는 경우에 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정한다. ③ 제1항 및 제2항에 따라 허가를 받은 생부가 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제57조 제1항에 따른 신고를 하는 경우에는 제844조 제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다.

3921) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001므1537 판결; "혈연상의 친자관계라는 주요사실의 존재를 증명함에 있어서는, 부와 친모 사이의 정교관계의 존재 여부, 다른 남자와의 정교의 가능성이 존재하는지 여부, 부가 자를 자기의 자로 믿은 것을 추측하게 하는 언동이 존재하는지 여부, 부와 자 사이에 인류학적 검사나 혈액형검사 또는 유전자검사를 한 결과 친자관계를 배제하거나 긍정하는 요소가 있는지 여부 등 주요사실의 존재나 부존재를 추인시키는 간접사실을 통하여 경험칙에 의한 사실상의 추정에 의하여 주요사실을 추인하는 간접증명의 방법

친생자관계부존재확인소송이나 인지청구소송 등은 직권주의를 채용하고 있으므로, 법원은 당사자의 증명이 충분하지 못할 때에는 가능한 한 직권으로라도 필요한 사실조사 및 증거조사를 하여야 한다.[3922]

4) 사실상 혼인관계 존부 확인의 소

유족급여수급권을 주장하는 사람은 검사를 상대방으로 하여 과거의 사실상 혼인관계에 관한 존부 확인을 구할 소의 이익이 인정된다.[3923]

라. 상속회복청구

'물권' - '소유권등기의 말소등기청구' 부분[3924] 참조.

에 의할 수밖에 없는데, 여기에서 혈액형검사나 유전자검사 등 과학적 증명방법이 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 증명되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우라면 그와 같은 증명방법은 가장 유력한 간접증명의 방법이 된다고 할 것이다. … 호적부의 기재사항은 이를 번복할 만한 명백한 반증이 없는 한 진실에 부합되는 것으로 추정이 된다고 할 것이지만, 이는 일반적인 법률관계에 있어서의 친족관계나 사망사실 등의 추정에 관한 것이고, 위와 같은 감정방법에 의하여 과학적으로 어떤 사실을 증명함에 있어서 감정의 전제되는 사실에 관하여 호적부의 추정력을 적용할 수는 없는 것이며, 따라서 이와 같은 경우 그 전제되는 사실이 진실하다는 점에 대하여는 그 감정방법을 원용하는 당사자가 이를 증명하여야 할 것"

3922) ○ 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009므4198 판결; "친생자관계부존재확인소송은 가족관계등록부상의 부 또는 모와 자 사이에 친생자 관계가 존재하지 아니함을 확인하는 소송으로서 친족법상 중대한 영향을 미침은 물론이고 공익에도 관련된다. 그리하여 가사소송법 제17조는 이러한 소송에 대하여 직권주의를 채용하고 있으므로, 법원은 당사자의 입증이 충분하지 못할 때에는 가능한 한 직권으로라도 필요한 사실조사 및 증거조사를 하여야 한다."

○ 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014므8217 판결; "인지청구의 소는 부와 자 사이에 사실상의 친자관계의 존재를 확정하고 법률상의 친자관계를 창설함을 목적으로 하는 소송으로서, 당사자의 증명이 충분하지 못할 때에는 법원이 직권으로 사실조사와 증거조사를 하여야 하고, 친자관계를 증명함에 있어서 부와 자 사이의 혈액형검사, 유전자검사 등 과학적 증명방법이 유력하게 사용되며, 이러한 증명에 의하여 혈연상 친생자관계가 인정되어 확정판결을 받으면 당사자 사이에 친자관계가 창설된다. 이와 같은 인지청구의 소의 목적, 심리절차와 증명방법 및 법률적 효과 등을 고려할 때, 인지의 소의 확정판결에 의하여 일단 부와 자 사이에 친자관계가 창설된 이상, 재심의 소로 다투는 것은 별론으로 하고, 그 확정판결에 반하여 친생자관계부존재확인의 소로써 당사자 사이에 친자관계가 존재하지 않는다고 다툴 수는 없다고 할 것이다."

3923) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2019므10581 판결; "공무원연금법을 비롯한 여러 법령은 그 법에 따른 급여의 수급권자가 사망하면 그의 사실혼 배우자가 유족으로서 급여를 받도록 규정하고 있으므로, 사망한 사람과의 사실혼 관계는 유족급여수급권과 관련된 법률관계의 전제가 된다. 그러므로 급여수급권을 주장하는 사람이 검사를 상대방으로 하여 과거의 사실상 혼인관계에 관한 존부 확인의 소[가사소송법 제2조 제1항 제1호 (나)목 1)]를 제기하는 것은 유족급여와 관련된 분쟁을 한꺼번에 해결하는 적절한 방법이어서 확인의 이익이 인정된다. … 그러나 법률상 혼인을 한 사람이 배우자와 별거하면서 제3자와 혼인의 의사로 실질적인 부부생활을 하더라도, 법률상 배우자와 사실상 이혼상태였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 제3자와의 관계를 사실상 혼인관계로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수는 없다."[소외 1(망인)이 소외 2(법률상 배우자)와 사실상 이혼상태에 있었다고 보기 부족하므로, 원고와 소외 1 사이에 사실상 혼인관계가 성립되었다고 할 수 없으므로, 원고의 청구를 본안에서 기각하여야 한다고 한 예; 즉, 중혼인 사실혼 배우자는 본안 요건으로서 '법률상 배우자와 사실상 이혼상태였다는 등의 특별한 사정'을 주장·증명하여야 한다.] ☛ 친생자관계존부확인청구에 관한 민법 제865조와 인지청구에 관한 민법 제863조의 규정을 유추적용하여, 생존 당사자는 그 사망을 안 날로부터 1년 내에 검사를 상대로 과거의 사실혼관계에 대한 존부확인청구를 할 수 있다(94므1447). 혼인신고를 하기 위한 목적으로서는 사망자와의 과거의 사실혼관계 존재확인을 구할 소의 이익이 있다고는 할 수 없다(95므694).

마. 상속재산

1) 고유재산과의 구별

피상속인이 상속인 중 1인을 수익자로 하여 체결한 '제3자를 위한 계약'에 기초한 청구권은 피상속인의 상속재산이 아니라 그 상속인의 고유재산이다.[3925] 공동상속인 사이에 어떤 재산이 상속재산임의 확인을 구하는 소는 고유필요적 공동소송으로 적법하다.[3926]

2) 상속재산의 공동상속

상속인은 상속이 개시된 때부터 피상속인의 일신에 전속한 것을 제외한 피상속인의 재산에 관한 포괄적인 권리·의무를 승계하고,[3927] 상속인이 수인인 때에는 상속재산은

3924) '말소등기청구와 상속회복청구의 관계', '상속회복의 말소등기청구의 제척기간' 부분.

3925) ❶ 대법원 2020. 2. 6. 선고 2017다215728 판결; "보험계약자가 피보험자의 상속인을 보험수익자로 하여 맺은 생명보험계약이나 상해보험계약에서 피보험자의 상속인은 피보험자의 사망이라는 보험사고가 발생한 때에는 보험수익자의 지위에서 보험자에 대하여 보험금 지급을 청구할 수 있고, 이 권리는 보험계약의 효력으로 당연히 생기는 것으로서 상속재산이 아니라 상속인의 고유재산이다. 이때 보험수익자로 지정된 상속인 중 1인이 자신에게 귀속된 보험금청구권을 포기하더라도 그 포기한 부분이 당연히 다른 상속인에게 귀속되지는 아니한다. 이러한 법리는 단체보험에서 피보험자의 상속인이 보험수익자로 인정된 경우에도 동일하게 적용된다." ☛ 보험계약이 피보험자의 사망, 생존, 사망과 생존을 보험사고로 하는 이상 이는 생명보험에 해당하고, 그 보험계약에서 다액인 보험료를 일시에 납입하여야 한다거나 사망보험금이 일시 납입한 보험료와 유사한 금액으로 산출되도록 설계되어 있다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 생명보험으로서의 법적 성질이나 상속인이 보험수익자 지위에서 취득하는 사망보험금청구권의 성질이 달라지는 것은 아니다[대법원 2023. 6. 29. 선고 2019다300934 판결; **원심**이, '이 사건 보험계약은 다른 생명보험계약과 달리 피보험자가 사망하면 납입 보험료 원금이 상속인들에게 그대로 상속되는 방식이어서 그 사망보험금이 피상속인의 생전 보유 재산인 보험료 납입금과 동일성이 유지되어 서로 단절되지 않고, 피보험자의 사망은 보험사고라기보다는 상속재산 이전을 위한 계기에 불과하며, 사망보험금을 상속인들의 고유재산으로 보는 것은 상속한정승인 제도를 이용하여 상속재산은 그대로 취득하면서 상속채무는 면탈하는 것을 인정하는 셈이어서 정의와 공평의 관념에 반한다.'는 이유로, '위 사망보험금은 상속재산이고 피고들이 이를 소비한 것은 법정단순승인 사유(상속인이 상속재산에 대한 처분행위를 한 때)에 해당한다.'고 판단한 것을 파기한 예]. ❷ 대법원 2022. 1. 14. 선고 2021다271183 판결; 노인복지시설 입소계약에서 입소자가 자신이 사망한 경우의 반환금 수취인을 제3자(장남)로 지정하여 둔 경우, 이는 장래에 입소자의 사망으로 입소보증금 반환청구권이 발생한 때의 수익자를 '반환금 수취인'으로 정한 제3자를 위한 계약이고, '반환금 수취인'으로서 위 계약서에 기명날인을 하여 수익의 의사표시를 함으로써 제3자는 입소자의 사망과 동시에 위 시설 법인에 대하여 위 계약에 따른 수익자의 지위에서 반환금의 지급을 구할 수 있는 권리를 취득하고, 이는 계약의 효력에 따라 당연히 생기는 것으로서 망인의 상속재산이 아니라 제3자(장남)의 고유재산이라고 한 사례. ❸ 대법원 2023. 11. 16. 선고 2018다283049 판결; "단체협약에서 근로자의 사망으로 지급되는 퇴직금(이하 '사망퇴직금'이라 한다)을 근로기준법이 정한 유족보상의 범위와 순위에 따라 유족에게 지급하기로 정하였다면, 개별 근로자가 사용자에게 이와 다른 내용의 의사를 표시하지 않는 한 수령권자인 유족은 상속인으로서가 아니라 위 규정에 따라 직접 사망퇴직금을 취득하는 것이므로, 이러한 경우의 사망퇴직금은 상속재산이 아니라 수령권자인 유족의 고유재산이라고 보아야 한다."

3926) 이는 그 재산이 현재 공동상속인들의 상속재산분할 전 공유관계에 있음의 확인을 구하는 소송으로서 상속재산 분할의 대상인지 여부에 관한 분쟁을 종국적으로 해결할 수 있으므로 확인의 이익이 있고, 고유필요적 공동소송에 해당하므로 원고들 일부의 소 취하 또는 피고들 일부에 대한 소 취하는 그 효력이 생기지 않는다(2006다40980).

3927) **민법 제1005조(상속과 포괄적 권리의무의 승계)** 상속인은 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다. 그러나 피상속인의 일신에 전속한 것은 그러하지 아니하다. ☛ 따라서 상속채권자가 피상속인에 대하여는 채권을 보유하면서 상속인에 대하여는 채무를 부담하는 경우, 상속이 개시되면 위 채권

그 공유로 한다.[3928]

금전채권과 같이 급부의 내용이 가분인 채권은 공동상속되는 경우 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인들에게 분할하여 귀속한다.[3929]

3) 주택 임차권, 이혼 위자료청구권, 제사용 재산의 승계에 관한 특칙

주택 임차권 승계[3930], 이혼 위자료청구권 승계[3931]에 관하여는 그 특칙에 따른다. 제사용 재산(분묘에 안치되어 있는 선조의 유체·유골 포함)[3932]은 제사주재자[3933]가 승계하는

및 채무가 모두 상속인에게 귀속되어 상계적상이 생기나, 상속인이 한정승인을 하면 상속이 개시된 때부터 피상속인의 상속재산과 상속인의 고유재산이 분리되는 결과가 발생한다(대법원 2022. 10. 27. 선고 2022다254154, 254161 판결).

3928) **민법 제1006조.** ☛ ❶ 주식은 주식회사의 주주 지위를 표창하는 것으로서 금전채권과 같은 가분채권이 아니므로 공동상속하는 경우 법정상속분에 따라 당연히 분할하여 귀속하는 것이 아니라 공동상속인들이 이를 준공유하는 법률관계를 형성하고(대법원 2023. 12. 21. 선고 2023다221144 판결), ❷ 청약저축 가입자는 주택공급을 신청할 권리를 가지게 되고, 그 가입자가 사망하여 공동상속인들이 그 권리를 공동으로 상속하는 경우에는 공동상속인들이 그 상속지분비율에 따라 피상속인의 권리를 준공유하게 된다(대법원 2022. 7. 14. 선고 2021다294674 판결). ❸ 택지개발예정지구 내 이주자택지 공급계약 청약권이 상속된 경우, 공동상속인들은 상속지분비율에 따라 준공유하게 되고, 전원이 공동으로만 이를 행사할 수 있으므로 위 청약권에 기하여 청약의 의사표시를 하고, 그에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소송은 청약권의 준공유자 전원이 원고가 되어야 하는 고유필수적 공동소송이다(2003다11738).

3929) 대법원 2023. 12. 21. 선고 2023다221144 판결(자본시장과 금융투자업에 관한 법률상 투자신탁 형태 단기금융집합투자기구의 수익권은 특별한 사정이 없는 한 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따른 수익증권의 좌수대로 공동상속인들에게 분할하여 귀속하며, 상속인의 상속지분별 환매대금 지급청구가 가능하다). ☛ 금전채무와 같이 급부의 내용이 가분인 채무도 상속 개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인에게 분할되어 귀속된다(97다8809).

3930) **주택임대차보호법 제9조(주택 임차권의 승계)** ① 임차인이 상속인 없이 사망한 경우에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인 관계에 있는 자가 임차인의 권리와 의무를 승계한다. ② 임차인이 사망한 때에 사망 당시 상속인이 그 주택에서 가정공동생활을 하고 있지 아니한 경우에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인 관계에 있는 자와 2촌 이내의 친족이 공동으로 임차인의 권리와 의무를 승계한다. ③ 제1항과 제2항의 경우에 임차인이 사망한 후 1개월 이내에 임대인에게 제1항과 제2항에 따른 승계 대상자가 반대의사를 표시한 경우에는 그러하지 아니하다. ④ 제1항과 제2항의 경우에 임대차 관계에서 생긴 채권·채무는 임차인의 권리의무를 승계한 자에게 귀속된다.

3931) 92므143; "이혼위자료청구권의 양도 내지 승계의 가능 여부에 관하여, 민법 제806조 제3항은 약혼해제로 인한 손해배상청구권에 관하여 정신상 고통에 대한 손해배상청구권은 양도 또는 승계하지 못하지만 당사자간에 이미 그 배상에 관한 계약이 성립되거나 소를 제기한 후에는 그러하지 아니하다고 규정하고, 민법 제843조가 위 규정을 재판상 이혼의 경우에 준용하고 있으므로 이혼위자료청구권은 원칙적으로 일신전속적 권리로서 양도나 상속 등 승계가 되지 아니하나 이는 행사상의 일신전속권이고 귀속상의 일신전속권은 아니라 할 것이며, 그 청구권자가 위자료의 지급을 구하는 소송을 제기함으로써 그 청구권을 행사할 의사가 외부적 객관적으로 명백하게 된 이상 양도나 상속 등 승계가 가능하다."

3932) 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결: "사람의 유체·유골은 매장·관리·제사·공양의 대상이 될 수 있는 유체물로서, 분묘에 안치되어 있는 선조의 유체·유골은 민법 제1008조의3 소정의 제사용 재산인 분묘와 함께 그 제사주재자에게 승계되고, 피상속인 자신의 유체·유골 역시 위 제사용 재산에 준하여 그 제사주재자에게 승계된다. 무릇 분묘라 함은 그 내부에 사람의 유골·유해·유발 등 시신을 매장하여 사자를 안장한 장소를 말하고, 외형상 분묘의 형태만 갖추었을 뿐 그 내부에 시신이 안장되어 있지 않은 경우에는 분묘라고 할 수 없으므로, 유체·유골이야말로 분묘의 본체가 되는 것으로서 그것이 없으면 법적으로 유효한 분묘를 설치할 수 없다. 또한, 민법은 분묘를 제사승계의 대상으로 삼고 있고, 분묘에 대한 수호·관리권은 특별한 사정이 없는 한 누가 그 분묘를 설치했는지에 관계없이 제사주재자에게 속한다고 해석되는바, 이는 유체·유골이 제사승계의 대상으로서 제사주재자에게 귀속됨을 전제로 하는 것이다. … 피상속인이 생전행위 또는 유언으로 자신의 유체·유골을 처분하거나 매장장소를 지정한 경우에, 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하

데,[3934] 그 승계를 주장하는 자는 '금양임야'나 '묘토인 농지' 등에 해당한다는 점을 주장·증명하여야 하고,[3935] 제사용 재산의 소유권 회복을 청구하는 경우, 상속회복청구권의 제척기간이 적용된다.[3936]

4) 특별수익자·기여분권리자가 있는 경우의 상속재산 범위와 구체적 상속분 산정

공동상속인 중 특별수익자가 있는 경우 '구체적 상속분 가액'[= (피상속인의 상속재산 가액 + 생전 증여 가액) × 법정상속분율 - (특별수익자의 생전 증여 + 유증 가액)]의 산정을 위해서는, 피상속인이 상속개시 당시 가지고 있던 재산 가액에 생전 증여의 가액을 가산한다.[3937]

지 않는 이상 그 의사는 존중되어야 하고 이는 제사주재자로서도 마찬가지라고 할 것이지만, 피상속인의 의사를 존중해야 하는 의무는 도의적인 것에 그치고, 제사주재자가 무조건 이에 구속되어야 하는 법률적 의무까지 부담한다고 볼 수는 없다."

3933) 대법원 2023. 5. 11. 선고 2018다248626 전원합의체 판결의 다수의견; 제사주재자는, ❶ 우선적으로 망인의 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정해져야 하되, ❷ 협의가 이루어지지 않는 경우에는, 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않은 한, 피상속인의 직계비속 중 남녀, 적서를 불문하고 최근친의 연장자가 제사주재자로 우선한다고 보는 것이 가장 조리에 부합한다. 위 '특별한 사정'에는 장기간의 외국 거주, 평소 부모를 학대하거나 모욕 또는 위해를 가하는 행위, 조상의 분묘에 대한 수호·관리를 하지 않거나 제사를 거부하는 행위, 합리적인 이유 없이 부모의 유지 또는 유훈에 현저히 반하는 행위 등으로 인하여 정상적으로 제사를 주재할 의사나 능력이 없다고 인정되는 경우뿐만 아니라, 피상속인의 명시적·추정적 의사, 공동상속인들 다수의 의사, 피상속인과의 생전 생활관계 등을 고려할 때 그 사람이 제사주재자가 되는 것이 현저히 부당하다고 볼 수 있는 경우도 포함된다.

3934) **민법 제1008조의3(분묘 등의 승계)** 분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 600평 이내의 묘토인 농지, 족보와 제구의 소유권은 제사를 주재하는 자가 이를 승계한다.

3935) ❶ 2006다38109; "구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제996조에 의하여 호주상속인으로서 분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야를 단독으로 승계하였음을 주장하는 자는 당해 토지가 전체적으로 선조의 분묘를 수호하기 위하여 벌목을 금지하고 나무를 기르는 금양임야임을 입증하여야 할 것이다." ❷ 2005다45452; " '묘토인 농지'라 함은 그 수익으로서 분묘관리와 제사의 비용에 충당되는 농지를 말하는 것으로, 단지 그 토지상에 분묘가 설치되어 있다는 사정만으로 이를 묘토인 농지에 해당한다고 할 수는 없으며, 위 규정에 따라 망인 소유의 묘토인 농지를 제사주재자(또는 구 민법상의 호주상속인)로서 단독으로 승계하였음을 주장하는 자는, 피승계인의 사망 이전부터 당해 토지가 농지로서 거기에서 경작한 결과 얻은 수익으로 인접한 조상의 분묘의 수호 및 관리와 제사의 비용을 충당하여 왔음을 입증하여야 할 것이다."

3936) 민법 제1008조의 3의 승계는 본질적으로 상속에 속하는 것으로서 일가의 제사를 계속할 수 있게 하기 위하여 상속에 있어서의 한 특례를 규정한 것으로 보는 것이 상당하기 때문이다(2005다45452).

3937) **민법 제1008조(특별수익자의 상속분)** 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다. ☛ ❶ 대법원 2022. 6. 30.자 2017스98, 99, 100, 101 결정; "상속재산분할은 법정상속분이 아니라 특별수익(피상속인의 공동상속인에 대한 유증이나 생전 증여 등)이나 기여분에 따라 수정된 구체적 상속분을 기준으로 이루어진다. **구체적 상속분**을 산정함에 있어서는, 상속개시 당시를 기준으로 상속재산과 **특별수익재산**을 평가하여 이를 기초로 하여야 하고, 공동상속인 중 특별수익자가 있는 경우 구체적 상속분 가액의 산정을 위해서는, 피상속인이 상속개시 당시 가지고 있던 재산 가액에 생전 증여의 가액을 가산한 후, 이 가액에 각 공동상속인별로 법정상속분율을 곱하여 산출된 상속분의 가액으로부터 특별수익자의 수증재산인 증여 또는 유증의 가액을 공제하는 계산방법에 의한다. 이렇게 계산한 상속인별 구체적 상속분 가액을 전체 공동상속인들 구체적 상속분 가액 합계액으로 나누면 상속인별 구체적 상속분 비율, 즉 **상속재산분할의 기준이 되는 구체적 상속분**을 얻을 수 있다. 한편 위와 같이 구체적 상속분 가액을 계산한 결과 공동상속인 중 특별수익이 법정상속분 가액을 초과하는 초과특별수익자가 있는 경우, 그러한 초과특별수익자는 특별수익을 제외하고는 더 이상 상속받지 못하는 것으로 처리하되(구체적 상속분 가액 0원), 초과특별수익은 다른 공동상속인들이 그 법정상속분율에 따라 안분하여 자신들의 구체적 상속분 가액에서 공제하는 방법으로 구체적 상속분 가액을 조정하여 위 구체적 상속분 비율을 산출함이 바람직하다. 결국 초과특별수익자가 있는 경우 그 초과된 부분은 나머지 상속인들의

기여분권리자가 있는 경우에는 기여분을 공제한 것을 상속재산으로 본다.[3938]

바. 상속재산 협의분할

상속재산에 관하여 공동상속인 간 협의분할이 이루어지는 경우(상속재산의 대상재산(代償財産)도 분할의 대상이 된다), 상속개시 시에 소급하여 피상속인으로부터 직접 승계받은 것으로 보게 된다.[3939]

부담으로 돌아가게 된다." ❷ 대법원 2024. 6. 13.자 2024스525, 526 결정: "민법 제1008조는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정할 때 이를 참작하도록 하려는 데 그 취지가 있다. 대습상속인이 대습원인의 발생 전에 피상속인으로부터 증여를 받은 경우 이는 상속인의 지위에서 받은 것이 아니므로 상속분의 선급으로 볼 수 없다. 그렇지 않고 이를 상속분의 선급으로 보게 되면, 피대습인이 사망하기 전에 피상속인이 먼저 사망하여 상속이 이루어진 경우에는 특별수익에 해당하지 아니하던 것이 피대습인이 피상속인보다 먼저 사망하였다는 우연한 사정으로 인하여 특별수익으로 되는 불합리한 결과가 발생한다. 따라서 대습상속인의 위와 같은 수익은 특별수익에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다. … 구체적 상속분 산정을 위한 분할대상 상속재산에 포함되는 증여에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 피상속인의 재산처분행위의 법적 성질을 형식적·추상적으로 파악하는 데 그쳐서는 안 되고, 재산처분행위가 실질적인 관점에서 피상속인의 재산을 감소시키는 무상처분에 해당하는지 여부에 따라 판단해야 한다. 피상속인이 피대습인을 피보험자로 하되 대습상속인을 보험수익자로 지정한 생명보험계약을 체결하고 보험계약자로서 보험료를 납부하다가 피대습인이 사망하여 대습상속인이 생명보험금을 수령한 경우, 대습상속인을 보험수익자로 지정한 때 이미 실질적으로 피상속인의 재산을 감소시키는 증여가 있었다고 봄이 타당하다. 이와 같이 대습상속인이 대습원인 발생 전에 보험수익자로 지정된 이상 그 후에 피대습인의 사망이라는 조건 성취에 따라 생명보험금을 수령하였더라도, 그 보험금은 대습상속인이 상속인의 지위에서 받은 것이 아니므로 상속분의 선급인 특별수익으로 볼 수 없다." ❸ 유류분에 관한 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조 관련 판례는 '유류분' 설명 부분 참조.

3938) **민법 제1008조의2(기여분)** ① 공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자가 있을 때에는 상속개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 공동상속인의 협의로 정한 그 자의 기여분을 공제한 것을 상속재산으로 보고 제1009조 및 제1010조에 의하여 산정한 상속분에 기여분을 가산한 액으로써 그 자의 상속분으로 한다. ② 제1항의 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 제1항에 규정된 기여자의 청구에 의하여 기여의 시기·방법 및 정도와 상속재산의 액 기타의 사정을 참작하여 기여분을 정한다. ③ 기여분은 상속이 개시된 때의 피상속인의 재산가액에서 유증의 가액을 공제한 액을 넘지 못한다. ④ 제2항의 규정에 의한 청구는 제1013조제2항의 규정에 의한 청구가 있을 경우 또는 제1014조에 규정하는 경우에 할 수 있다. ☛ 대법원 2019. 11. 21.자 2014스44, 45 전원합의체 결정: "배우자가 장기간 피상속인과 동거하면서 피상속인을 간호한 경우, 민법 제1008조의2의 해석상 가정법원은 배우자의 동거·간호가 부부 사이의 제1차 부양의무 이행을 넘어서 '특별한 부양'에 이르는지 여부와 더불어 동거·간호의 시기와 방법 및 정도뿐 아니라 동거·간호에 따른 부양비용의 부담 주체, 상속재산의 규모와 배우자에 대한 특별수익액, 다른 공동상속인의 숫자와 배우자의 법정상속분 등 일체의 사정을 종합적으로 고려하여 공동상속인들 사이의 실질적 공평을 도모하기 위하여 배우자의 상속분을 조정할 필요성이 인정되는지 여부를 가려서 기여분 인정 여부와 그 정도를 판단하여야 한다. … 피상속인의 배우자가 장기간 피상속인과 동거하면서 피상속인을 간호하여 부양한 사정만으로 배우자에 대하여 기여분을 인정할 수 있는 것은 아니지만, 기여분을 인정하는 요소 중 하나로 적극적으로 고려해 나가는 방향으로 기여분 결정 심판 실무를 개선할 여지는 있다."

3939) **민법 제1013조(협의에 의한 분할)** ① 전조의 경우 외에는 공동상속인은 언제든지 그 협의에 의하여 상속재산을 분할할 수 있다. ② 제269조의 규정은 전항의 상속재산의 분할에 준용한다. **제1015조(분할의 소급효)** 상속재산의 분할은 상속개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.
❶ 대법원 2020. 8. 13. 선고 2019다249312 판결: "민법 제1015조 단서에서 말하는 제3자는 일반적으로 상속재산분할의 대상이 된 상속재산에 관하여 상속재산분할 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐만 아니라 등기, 인도 등으로 권리를 취득한 사람을 말한다. 상속재산인 부동산의 분할 귀속을 내용으로 하는 상속재산분할심판이 확정되면 민법 제187조에 의하여 상속재산분할심판에 따른 등기 없이도 해당 부동산에 관한 물권변동의

상속재산의 협의분할은 공동상속인 간의 일종의 '계약'으로서 '공동상속인 전원'이 참여하여야 하고, 일부 상속인만으로 한 협의분할은 무효이다(무효인 상속재산분할협의가 협의 상속인들 사이에서는 상속 지분 양도 합의로서 채권적 효력을 가질 수는 있다).[3940]

상속포기 신고가 법원에 수리되지 않고 있는 동안 포기자를 제외한 나머지 공동상속인들이 상속재산분할협의를 한 경우, 그 후 상속포기 신고가 적법하게 수리되면 상속재산분할협의가 소급적으로 유효하게 되고,[3941] 상속재산분할협의에 이미 상속을 포기한 자가 참여하였다 하더라도 그 분할협의의 내용이 이미 포기한 상속지분을 다른 상속인에게 귀속시킨다는 것에 불과하여 나머지 상속인들 사이의 상속재산분할에 관한 실질적인 협의에 영향을 미치지 않은 경우라면 그 상속재산분할협의는 효력이 있다.[3942]

효력이 발생한다. 다만 위에서 본 민법 제1015조 단서의 내용과 입법 취지 등을 고려하면, 상속재산분할심판에 따른 등기가 이루어지기 전에 상속재산분할의 효력과 양립하지 않는 법률상 이해관계를 갖고 등기를 마쳤으나 상속재산분할심판이 있었음을 알지 못한 제3자에 대하여는 상속재산분할의 효력을 주장할 수 없다고 보아야 한다. 이 경우 제3자가 상속재산분할심판이 있었음을 알았다는 점에 관한 주장·증명책임은 상속재산분할심판의 효력을 주장하는 자에게 있다." ❷ 대법원 2018. 8. 30. 선고 2015다27132, 27149 판결; "상속개시 후 상속재산분할이 완료되기 전까지 상속재산으로부터 발생하는 과실(이하 '상속재산 과실'이라 한다)은 상속개시 당시에는 존재하지 않았던 것이다. 상속재산분할심판에서 이러한 상속재산 과실을 고려하지 않은 채, 분할의 대상이 된 상속재산 중 특정 상속재산을 상속인 중 1인의 단독소유로 하고 그의 구체적 상속분과 그 특정 상속재산의 가액과의 차액을 현금으로 정산하는 방법(이른바 대상분할의 방법)으로 상속재산을 분할한 경우, 그 특정 상속재산을 분할받은 상속인은 민법 제1015조 본문에 따라 상속개시된 때에 소급하여 이를 단독소유한 것으로 보게 되지만, 그 상속재산 과실까지도 소급하여 그 상속인이 단독으로 차지하게 된다고 볼 수는 없다. 이러한 경우 그 상속재산 과실은 특별한 사정이 없는 한, 공동상속인들이, 수증재산과 기여분 등을 참작하여 상속개시 당시를 기준으로 산정되는 '구체적 상속분'의 비율에 따라, 이를 취득한다고 보는 것이 타당하다." ☎ 원심이, 공동상속인들은 상속재산 과실(상속개시 후 상속재산분할 확정 시까지 건물 차임, 그 상당 부당이득)을 자신의 법정상속분에 따라 취득할 권리를 가진다는 전제하에, 원·피고의 구체적 상속분에 대한 심리 없이 판단한 것은 잘못이라고 한 예.

3940) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2008다96963 판결; "상속재산의 협의분할은 공동상속인 간의 일종의 계약으로서 공동상속인 전원이 참여하여야 하고 일부 상속인만으로 한 협의분할은 무효라고 할 것이나, 반드시 한 자리에서 이루어질 필요는 없고 순차적으로 이루어질 수도 있으며, 상속인 중 한 사람이 만든 분할 원안을 다른 상속인이 후에 돌아가며 승인하여도 무방하다." ☎ 원고 명의로 된 재산 및 망인 명의로 된 재산 일체를 원고에게 유증한다는 내용이 포함된 피상속인의 유언장에 날인·무인이 없어 유언으로서의 효력이 없고, 원고와 피고 2 등이 위 유언장의 내용에 따르기로 한 합의는 공동상속인 중 소외인을 제외한 나머지 상속인들 사이에서 이루어진 것이어서 상속재산분할협의로서의 효력은 없지만, 소외인을 제외한 나머지 상속인들의 상속재산 중 피상속인 및 원고 명의로 된 피고 회사의 주식을 원고에게 양도하기로 하는 합의로서는 유효하다고 한 예. 대법원 2020. 2. 6. 선고 2017다215728 판결이 "소외인이 제출한 성명서에 '이 사건과 관련하여 발생하는 모든 상속권(지분)을 포기한다'는 내용이 기재되어 있고, 원고들은 위 성명서를 근거로 이 사건 보험금에 관한 소외인의 권리가 자신들에게 귀속되었다고 주장하고 있는바, 제반 사정에 비추어 볼 때 소외인이 단순히 보험금청구권을 포기하였다고 단정하기 어려운 측면이 있으므로 환송 후 원심으로서는 성명서를 제출하게 된 경위, 소외인의 진정한 의사가 무엇인지 등에 대해 석명권을 행사하여 그 효과를 확정할 필요가 있다."라고 판시한 것도 **동일 취지**이다.

3941) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결; "상속의 포기는 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 있고(민법 제1042조), 포기자는 처음부터 상속인이 아니었던 것이 된다. 따라서 상속포기의 신고가 아직 행하여지지 아니하거나 법원에 의하여 아직 수리되지 아니하고 있는 동안에 포기자를 제외한 나머지 공동상속인들 사이에 이루어진 상속재산분할협의는 후에 상속포기의 신고가 적법하게 수리되어 상속포기의 효력이 발생하게 됨으로써 공동상속인의 자격을 가지는 사람들 전원이 행한 것이 되어 소급적으로 유효하게 된다고 할 것이다. 이는 설사 포기자가 상속재산분할협의에 참여하여 그 당사자가 되었다고 하더라도 그 협의가 그의 상속포기를 전제로 하여서 포기자에게 상속재산에 대한 권리를 인정하지 아니하는 내용인 경우에는 마찬가지라고 볼 것이다."

상속재산분할협의는 친권자와 그 미성년 자 사이 또는 수인의 미성년 자 사이의 이해상반행위(민법 제921조)에 해당하므로, 미성년자마다 특별대리인을 선임하여 그 각 특별대리인이 각 미성년자를 대리하여 상속재산분할의 협의를 하여야 하고, 친권자나 특별대리인 1인이 수인의 미성년자를 대리한 상속재산분할협의는 피대리자의 전원에 의한 추인이 없는 한 무효이다.[3943]

금전채권·채무와 같은 가분 채권·채무는 특별한 사정(초과특별수익자의 존재 등)이 없는 한 원칙적으로 상속재산분할의 대상이 될 수 없다. 상속재산분할협의로 공동상속인 중 1인이 법정상속분을 초과하는 금전채무를 부담하기로 하는 약정은 공동상속인 간 '면책적 채무인수'의 실질을 가지므로, 그 효력발생요건으로서 채권자의 승낙이 필요하다.[3944]

3942) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다30447 판결.

3943) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482 판결; "상속재산에 대하여 그 소유의 범위를 정하는 내용의 공동상속재산 분할협의는 그 행위의 객관적 성질상 상속인 상호간의 이해의 대립이 생길 우려가 없다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한 민법 제921조 소정의 이해상반되는 행위에 해당한다. 그리고 피상속인의 사망으로 인하여 1차 상속이 개시되고 그 1차 상속인 중 1인이 다시 사망하여 2차 상속이 개시된 후 1차 상속의 상속인들과 2차 상속의 상속인들이 1차 상속의 상속재산에 관하여 분할협의를 하는 경우에 있어서 2차 상속인 중에 수인의 미성년자가 있다면 이들 미성년자 각자마다 특별대리인을 선임하여 그 각 특별대리인이 각 미성년자를 대리하여 상속재산 분할협의를 하여야 하고, 만약 2차 상속의 공동상속인인 친권자가 그 수인의 미성년자의 법정대리인으로서 상속재산 분할협의를 한다면 이는 민법 제921조에 위배되는 것이며, 이러한 대리행위에 의하여 성립된 상속재산 분할협의는 피대리자 전원에 의한 추인이 없는 한 그 전체가 무효라고 할 것이다." ☚ 망 소외 1의 공동상속인 중 1인인 망 소외 2를 상속한 소외 3과 그 자녀들인 원심 공동피고 1, 2, 3 그리고 원·피고를 포함한 나머지 망 소외 1의 공동상속인들은 1987. 10. 30. 상속재산인 부동산을 피고 및 원심 공동피고들의 공유로 하되 피고와 원심 공동피고들이 원고를 비롯한 나머지 공동상속인들에게 150만 원씩을 지급하기로 하는 내용의 상속재산 분할협의를 하였는데, 당시 원심 공동피고들의 아버지이자 공동상속인 중 1인인 소외 3이 미성년자인 원심 공동피고들의 친권자로서 그들을 대리하여 위 협의를 체결하였고, 위 협의에 따라 원심 공동피고들 앞으로 부동산 중 각 1/4지분에 관한 소유권이전등기가 경료된 후, 원심 공동피고들 명의의 위 각 지분에 관하여 1987. 12. 29. 피고 앞으로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 경료된 사안에서, 비록 원고가 강행법규인 민법 제921조에 위배되는 상속재산 분할협의에 참가한 후 이를 들어 상속재산 분할협의가 무효라고 주장하더라도 피고가 위 상속재산 분할협의가 유효하다고 믿은 것은 정당하다고 할 수 없어 그 믿음이 보호되어야 할 가치가 있다고 할 수 없으므로, 원고의 위 무효 주장을 모순행위금지의 원칙이나 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없고, 한편으로 민법 제921조에 의하여 무효가 되는 것은 위 상속재산 분할협의 전체라고 할 것이며, 망 소외 2의 사망으로 인한 소외 3과 원심 공동피고들 사이의 상속재산 분할협의에 한정된다고 할 것은 아니므로, 원심이, 위 협의를 원인으로 하는 원심 공동피고들 명의의 소유권이전등기 및 이에 기한 피고 명의의 소유권이전등기는 모두 원인무효의 등기이므로, 피고는 진정상속인인 원고에게 그 법정 상속지분에 관하여 1987. 12. 29.자 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

3944) ❶ 대법원 2016. 5. 4.자 2014스122 결정; "금전채권과 같이 급부의 내용이 가분인 채권은 공동상속되는 경우 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인들에게 분할되어 귀속되므로 상속재산분할의 대상이 될 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 가분채권을 일률적으로 상속재산분할의 대상에서 제외하면 부당한 결과가 발생할 수 있다. 예를 들어 공동상속인들 중에 초과특별수익자가 있는 경우 초과특별수익자는 초과분을 반환하지 아니하면서도 가분채권은 법정상속분대로 상속받게 되는 부당한 결과가 나타난다. 그 외에도 특별수익이 존재하거나 기여분이 인정되어 구체적인 상속분이 법정상속분과 달라질 수 있는 상황에서 상속재산으로 가분채권만이 있는 경우에는 모든 상속재산이 법정상속분에 따라 승계되므로 수증재산과 기여분을 참작한 구체적 상속분에 따라 상속을 받도록 함으로써 공동상속인들 사이의 공평을 도모하려는 민법 제1008조, 제1008조의2의 취지에 어긋나게 된다. 따라서 이와 같은 특별한 사정이 있는 때는 상속재산분할을 통하여 공동상속인들 사이에 형평을 기할 필요가 있으므로 가분채권도 예외적으로 상속재산분할의 대상이 될 수 있다고 봄이 타당하다. … 상속개시 당시에는 상속재산을 구성하던 재산이 그 후 처분되거나 멸실·훼손되는 등으로 상속재

마찬가지로, 상속재산분할협의로 공동상속인 중 1인이 법정상속분을 초과하는 금전채권을 취득하기로 하는 약정은 공동상속인 간 '채권양도'의 실질을 가지므로, 채무자에 대한 관계에서 통지나 승낙의 대항요건이 필요하다고 보아야 한다.

공동상속인 중 1인이 협의분할에 의한 상속을 원인으로 하여 상속부동산에 관한 소유권이전등기를 마친 경우에, 그 협의분할이 다른 공동상속인의 동의 없이 이루어진 것으로 무효라는 이유로 다른 공동상속인이 그 등기의 말소를 청구하는 소는 상속회복청구의 소에 해당한다.[3945]

정지조건부 상속재산 분할협의도 허용되고, 상속재산 분할협의의 전부 또는 일부를 전원의 합의에 의하여 해제한 다음 다시 새로운 분할협의를 할 수도 있다(새로운 분할협의는 종전 분할협의의 합의해제에 해당하는데, 민법 제548조 제1항 단서 규정상 제3자의 권리를 해하지는 못한다).[3946]

산분할 당시 상속재산을 구성하지 아니하게 되었다면 그 재산은 상속재산분할의 대상이 될 수 없다. 다만 상속인이 그 대가로 처분대금, 보험금, 보상금 등 대상재산(代償財産)을 취득하게 된 경우에는, 대상재산은 종래의 상속재산이 동일성을 유지하면서 형태가 변경된 것에 불과할 뿐만 아니라 상속재산분할의 본질이 상속재산이 가지는 경제적 가치를 포괄적·종합적으로 파악하여 공동상속인에게 공평하고 합리적으로 배분하는 데에 있는 점에 비추어, 그 대상재산이 상속재산분할의 대상으로 될 수는 있을 것이다." ☚ 공동상속인들 중에 초과특별수익자가 존재하므로, 부당이득반환채권은 상속재산분할의 대상이 되나, 예금채권은 상속재산분할 당시에 이미 소멸하여 더 이상 상속재산을 구성하지 아니하게 되어 상속재산분할의 대상이 될 수 없고 그 대가로 취득한 대상재산이 상속재산분할의 대상으로 될 수 있을 뿐이라고 한 예. ❷ 대법원 1997. 6. 24. 선고 97다8809 판결; "**금전채무**와 같이 급부의 내용이 가분인 채무가 공동상속된 경우, 이는 상속 개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인에게 분할되어 귀속되는 것이므로, 상속재산 분할의 대상이 될 여지가 없다고 할 것이다. 따라서 위와 같이 상속재산 분할의 대상이 될 수 없는 상속채무에 관하여 공동상속인들 사이에 분할의 협의가 있는 경우라면 이러한 협의는 민법 제1013조에서 말하는 상속재산의 협의분할에 해당하는 것은 아니지만, 위 분할의 협의에 따라 공동상속인 중의 1인이 법정상속분을 초과하여 채무를 부담하기로 하는 약정은 면책적 채무인수의 실질을 가진다고 할 것이어서, 채권자에 대한 관계에서 위 약정에 의하여 다른 공동상속인이 법정상속분에 따른 채무의 일부 또는 전부를 면하기 위하여는 민법 제454조의 규정에 따른 채권자의 승낙을 필요로 한다고 할 것이다. 여기에 상속재산 분할의 소급효를 규정하고 있는 민법 제1015조가 적용될 여지는 전혀 없다."

3945) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482 판결; 협의분할에 의한 상속을 원인으로 하여 이루어진 피고 명의의 소유권이전등기 중 원고의 법정 상속지분에 관하여 말소를 구하는 원고의 소가 상속회복청구에 해당함을 전제로 10년의 제척기간이 경과된 후에 제기되어 부적법하다고 한 예.

3946) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2002다73203 판결; "상속재산 분할협의는 공동상속인들 사이에 이루어지는 일종의 계약으로서, 공동상속인들은 이미 이루어진 상속재산 분할협의의 전부 또는 일부를 전원의 합의에 의하여 해제한 다음 다시 새로운 분할협의를 할 수 있고, 상속재산 분할협의가 합의해제되면 그 협의에 따른 이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 분할협의가 없었던 원상태로 복귀하지만, 민법 제548조 제1항 단서의 규정상 이러한 합의해제를 가지고서는, 그 해제 전의 분할협의로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 새로운 이해관계를 가지게 되고 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 제3자의 권리를 해하지 못한다고 보아야 한다. … 당초의 상속재산 분할협의의 소급효에 의하여 피고 명의의 이 사건 근저당권설정등기는 상속개시 당초부터 적법한 것으로서 실체관계에 부합하는 등기가 되었고, 그 후 원고들과 소외 2 사이에 이루어진 새로운 분할협의에 의하여 당초의 분할협의는 적법하게 합의해제되었으며, 위 새로운 분할협의는 그 정지조건이 성취되지 아니하여 결국 실효되었지만, 당초의 분할협의에 의하여 이 사건 토지에 관하여 완전한 근저당권을 취득한 피고는 그 분할협의로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 합의해제되기 전에 새로운 이해관계를 가진 자에 해당한다고 봄이 상당하므로, 원고들로서는 당초의 분할협의의 합의해제에 해당하는 새로운 분할협의를 내세워 피고의 위 권리를 해하지 못한다고 할 것이다."

단독상속인으로서 소유권확인을 구한 데 대해 공동상속인이라는 이유로 상속분에 한하여 일부 인용된 전소 확정 판결의 기판력이, 전소 변론종결 후 상속재산분할협의로 소유권을 취득한 나머지 상속분에 대한 소유권확인청구의 후소에 미치지는 아니한다.[3947]

망인이 타인에게 '매도'한 부동산을 공동으로 상속한 상속인이 다른 상속인의 상속지분을 매수하거나 증여받아 자기 앞으로 위 상속지분에 관한 이전등기를 마친 경우, 자기 고유의 상속지분이 아닌 위 상속지분에 관하여는, 특별한 사정(다른 상속인으로부터 망인의 타인에 대한 매도의무를 승계하는 명시적·묵시적 특약의 존재)이 없다면, 그 매도의무를 당연히 승계한다고 할 수 없다.[3948]

상속개시 후의 피인지자는 다른 공동상속인들의 분할 기타 처분의 효력을 부인하지 못하는 대신(분할받은 공동상속인이나 양수인에게 소유권이 확정적으로 귀속된다),[3949] 다른 공동상속인들에 대하여 그의 상속분에 상당한 가액의 지급을 청구할 수 있다(상속재산의 과실은 가액산정 대상에 포함되지 않는다).[3950]

3947) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다24340 판결.

3948) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015다206584 판결; 다른 상속인들로부터 '증여'를 원인으로 한 지분이전등기를 마친 경우, 증여가 아니라 실질적으로 공동상속인들의 '상속재산분할협의'를 원인으로 하여 마쳐진 것이라는 점에 대하여는 그 주장자에게 증명책임이 있고, 증여받았다는 사정만으로는 상속재산분할협의 사실을 단정하기 어렵다고 판시.
⇔ 대법원 1995. 9. 15. 선고 94다23067 판결은, 망인이 타인으로부터 부동산을 '매수'함으로써 취한 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 공동으로 상속한 상속인이 다른 상속인들의 상속지분을 양수한 경우, 이는 상속재산협의분할의 취지로 한 것으로 볼 수 있고, 상속재산분할은 상속개시 시에 소급하여 그 효력이 있으므로, 양수 상속인이 망인의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권의 단독상속인으로 본 조치는 정당하다고 한 예.

3949) 혼인 외의 출생자와 생모 사이에는 생모의 인지나 출생신고를 기다리지 아니하고 자의 출생으로 당연히 법률상의 친자관계가 생기므로, 민법 제860조 단서 및 제1014조가 적용되지 않고, 비록 모의 다른 공동상속인이 이미 상속재산을 분할 또는 처분한 이후에 모자관계가 친생자관계존재확인판결의 확정 등으로 명백히 밝혀졌다 하더라도 자는 모의 다른 공동상속인이 한 상속재산에 대한 분할 또는 처분의 효력을 부인할 수 있다(대법원 2018. 6. 19. 선고 2018다1049 판결).

3950) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006므2757, 2764 판결: "상속개시 후에 인지되거나 재판이 확정되어 공동상속인이 된 자도 그 상속재산이 아직 분할되거나 처분되지 아니한 경우에는 당연히 다른 공동상속인들과 함께 분할에 참여할 수 있을 것이나, 인지 이전에 다른 공동상속인이 이미 상속재산을 분할 내지 처분한 경우에는 **인지의 소급효를 제한**하는 **민법 제860조** 단서가 적용되어 사후의 피인지자는 다른 공동상속인들의 분할 기타 처분의 효력을 부인하지 못하게 되는바, **민법 제1014조**는 그와 같은 경우에 피인지자가 다른 공동상속인들에 대하여 그의 상속분에 상당한 가액의 지급을 청구할 수 있도록 하여 상속재산의 새로운 분할에 갈음하는 권리를 인정함으로써 피인지자의 이익과 기존의 권리관계를 합리적으로 조정하는 데 그 목적이 있다. 따라서 인지 이전에 공동상속인들에 의해 이미 분할되거나 처분된 상속재산은 이를 분할받은 공동상속인이나 공동상속인들의 처분 행위에 의해 이를 양수한 자에게 그 소유권이 확정적으로 귀속되는 것이며, 그 후 그 상속재산으로부터 발생하는 과실은 상속개시 당시 존재하지 않았던 것이어서 이를 상속재산에 해당한다 할 수 없고, … 민법 제1014조도 '이미 분할 내지 처분된 상속재산' 중 피인지자의 상속분에 상당한 가액의 지급청구권만을 규정하고 있을 뿐 '이미 분할 내지 처분된 상속재산으로부터 발생한 과실'에 대해서는 별도의 규정을 두지 않고 있으므로, 결국 민법 제1014조에 의한 상속분상당가액지급청구에 있어 상속재산으로부터 발생한 과실은 그 가액산정 대상에 포함된다고 할 수 없다."(상속재산 중 피고들이 원고에 대한 인지판결의 확정 전에 이미 분할한 비상장 회사들의 주식 및 부동산에 관하여 상속개시 후 발생한 배당금 및 임료 상당 수익은, 모두 상속재산의 과실로서 상속분상당가액지급청구시의 가액 산정 대상에 포함될 수 없다고 한 예) ☛ 민법 제1014조에 의한 **피인지자**

사. 한정승인, 상속포기

1) 한정승인, 상속포기의 항변

가) 승인, 포기의 기간

상속인은 상속 개시 있음을 안 날로부터[3951] 3개월 내(제척기간)에 단순승인이나 한정승인(限定承認) 또는 포기를 할 수 있고(민법 제1019조 제1항 전문), 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실 없이 3개월 내에 알지 못하고 '단순승인'[3952]을 한 경우에는 그 사실을 안 날부터 3개월 내(제척기간)에 한정승인을 할 수 있으며(제3항; 특별한정승인),[3953] 미성년자인 상속인이 상속채무가 상속재산을 초과하는 상속을 성년이 되기 전에 단순승인한 경우에는 성년이 된 후 그 상속의 상속채무 초과사실을 안 날부터 3개월 내에 한정승인을 할 수 있고, 미성년자인 상속인이 제3항에 따른 한정승인을 하지 아니하였거나 할 수 없었던 경우에도 또한 같다(제4항; 미성년자 상속인의 특별한정승인).[3954] [3955]

등의 **상속분상당가액지급청구권**은 그 성질상 상속회복청구권의 일종이므로, 민법 제999조 제2항 소정의 제척기간의 적용이 있고, 3년의 제척기간의 기산일로 규정한 '그 침해를 안 날'이라 함은 피인지자가 자신이 진정상속인인 사실과 자신이 상속에서 제외된 사실을 안 때를 가리키는 것으로, 혼인외의 자가 법원의 인지판결 확정으로 공동상속인이 된 때에는 그 인지판결이 확정된 날에 상속권이 침해되었음을 알았다고 할 것이다(2006므2757,2764).

3951) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다48852 판결: "**상속개시 있음을 안 날**이란 상속개시의 원인이 되는 사실의 발생을 알고 이로써 자기가 상속인이 되었음을 안 날을 의미하지만, 종국적으로 상속인이 누구인지를 가리는 과정에서 법률상 어려운 문제가 있어 상속개시의 원인사실을 아는 것만으로는 바로 자신이 상속인이 된 사실까지 알기 어려운 **특별한 사정이 있는 경우**에는 **자신이 상속인이 된 사실까지 알아야** 상속이 개시되었음을 알았다고 할 것이다."

3952) 이는 ❶ 신고기간 내에 적극적으로 단순승인을 하거나, ❷ 신고기간이 지나도록 한정승인이나 포기를 하지 않아 민법 제1026조 제2호에 따라 단순승인한 것으로 간주되거나, ❸ 신고기간이 지나기 전이라도 상속재산을 처분하여 민법 제1026조 제1호에 따라 단순승인한 것으로 간주된 경우를 말한다.

3953) **2002. 1. 14. 민법 개정** 시 신설된 **민법 제1019조 제3항(특별한정승인)**은 그 **부칙 제3항, 제4항(부칙** 제3항에 대한 2004. 1. 29.자 헌법불합치 결정으로 2005. 12. 29. 민법 개정 시 제4항 신설)에 따라 ❶ 1998. 5. 27.(2002. 1. 14. 개정 전 민법 제1026조 제2호에 대한 헌법불합치 결정일)부터 위 개정 민법 시행 전까지 상속개시 있음을 안 상속인과 ❷ 1998. 5. 27. 전에 상속개시 있음을 알았지만 그로부터 3월 내에 상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 알지 못하다가 1998. 5. 27. 이후 상속채무 초과사실을 알게 된 상속인에게도 적용되므로, 이러한 상속인들도 위 부칙 규정에서 정한 기간 내에 특별한정승인을 하는 것이 가능하였으나, 위 부칙 규정상 ❸ 1998. 5. 27. 전에 이미 상속개시 있음과 상속채무 초과사실을 모두 알았던 상속인에게는 민법 제1019조 제3항이 적용되지 않으므로, 이러한 상속인은 특별한정승인을 할 수 없는 것으로 귀결되지만(대법원 2020. 11. 19. 선고 2019다232918 전원합의체 판결), 2022. 12. 13. 개정 시 신설된 제4항이 적용될 수는 있다.

3954) **부칙** 〈제19069호, 2022.12.13.〉 **제2조(미성년자인 상속인의 한정승인에 관한 적용례 및 특례)** ① 제1019조 제4항의 개정규정은 이 법 시행 이후 상속이 개시된 경우부터 적용한다. ② 제1항에도 불구하고 이 법 시행 전에 상속이 개시된 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1019조 제4항의 개정규정에 따른 한정승인을 할 수 있다.

1. 미성년자인 상속인으로서 이 법 시행 당시 미성년자인 경우
2. 미성년자인 상속인으로서 이 법 시행 당시 성년자이나 성년이 되기 전에 제1019조 제1항에 따른 단순승인(제1026조제1호 및 제2호에 따라 단순승인을 한 것으로 보는 경우를 포함한다)을 하고, 이 법 시행 이후에 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 알게 된 경우에는 그 사실을 안 날부터 3개월 내

3955) 대법원 2020. 11. 19. 선고 2019다232918 전원합의체 판결은, 다수의견이 "상속인이 미성년인 경우 민법

나) 한정승인의 항변

피상속인의 채권자가 상속인들에게 상속분에 따른 상속채무의 이행을 청구하는 경우, '한정승인 주장'은 상속채무의 '무한책임을 제한하는 항변'에 해당한다.[3956]

한정승인이나 상속포기의 항변은 일단 그 신고가 적법하게 수리된 사실을 주장·증명하면 될 것인데, 이는 가정법원의 한정승인·상속포기 신고 수리 심판서에 의하여 증명될 것이다.[3957]

그러나 가정법원의 한정승인신고수리의 심판은 일응 한정승인의 요건을 구비한 것으로 인정한다는 것일 뿐 그 효력을 확정하는 것이 아니고 상속의 한정승인의 효력이 있는지 여부의 최종적인 판단은 실체법에 따라 민사소송에서 결정될 문제이므로,[3958] 상속채무가 상속재산을 초과하였다거나 상속인이 중대한 과실 없이 이를 알지 못하였다는 등 한정승인의 실체적 요건에 관하여 다투어지는 경우 한정승인자가 이를 적극적으로 주

제1019조 제3항이나 그 소급 적용에 관한 민법 부칙 제3항, 제4항에서 정한 '상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하였는지'와 '상속채무 초과사실을 안 날이 언제인지'를 판단할 때에는 법정대리인의 인식을 기준으로 삼아야 한다. … 따라서 미성년 상속인의 법정대리인이 1998. 5. 27. 전에 상속개시 있음과 상속채무 초과사실을 모두 알았다면, 앞서 본 민법 부칙 규정에 따라 그 상속인에게는 민법 제1019조 제3항이 적용되지 않으므로, 이러한 상속인은 특별한정승인을 할 수 없다. … 법정대리인이 상속채무 초과사실을 안 날이 1998. 5. 27. 이후여서 상속인에게 민법 제1019조 제3항이 적용되더라도, 법정대리인이 위와 같이 상속채무 초과사실을 안 날을 기준으로 특별한정승인에 관한 3월의 제척기간이 지나게 되면, 그 상속인에 대해서는 기존의 단순승인의 법률관계가 그대로 확정되는 효과가 발생한다. … 미성년 상속인의 법정대리인이 인식한 바를 기준으로 '상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 알지 못하였는지 여부'와 '이를 알게 된 날'을 정한 다음 이를 토대로 살폈을 때 특별한정승인 규정이 애당초 적용되지 않거나 특별한정승인의 제척기간이 이미 지난 것으로 판명되면, 단순승인의 법률관계가 그대로 확정된다. 그러므로 이러한 효과가 발생한 이후 상속인이 성년에 이르더라도 상속개시 있음과 상속채무 초과사실에 관하여 상속인 본인 스스로의 인식을 기준으로 특별한정승인 규정이 적용되고 제척기간이 별도로 기산되어야 함을 내세워 새롭게 특별한정승인을 할 수는 없다고 보아야 한다."라고, **반대의견**이 '상속인이 미성년인 동안 그의 법정대리인이 상속채무 초과사실을 알고도 3월 동안 상속인을 대리하여 특별한정승인을 하지 않은 경우 상속인이 성년에 이르러 상속채무 초과사실을 알게 된 날부터 3월 내에 스스로 특별한정승인을 할 수 있다.'라고 하였으나, 2022. 12. 13. 반대의견에 따른 규정이 신설되었다.

3956) 대법원 2005. 12. 19.자 2005그128 **결정 참조. 민법 제1028조(한정승인의 효과)** 상속인은 상속으로 인하여 취득할 재산의 한도에서 피상속인의 채무와 유증을 변제할 것을 조건으로 상속을 승인할 수 있다.

3957) 상속의 한정승인이나 포기는 상속인의 의사표시만으로 효력이 발생하는 것이 아니라 가정법원에 신고를 하여 가정법원의 심판을 받아야 하며, 그 심판은 당사자가 이를 고지받음으로써 효력이 발생한다. 이는 한정승인이나 포기의 의사표시의 존재를 명확히 하여 상속으로 인한 법률관계가 획일적으로 처리되도록 함으로써, 상속재산에 이해관계를 가지는 공동상속인이나 차순위 상속인, 상속채권자, 상속재산의 처분 상대방 등 제3자의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 도모하고자 하는 것이다(대법원 2016. 12. 29. 선고 2013다73520 판결).

3958) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다21882 판결.
민법 제1019조 제3항이 적용되는 사건에서, 상속인이 단순승인을 하거나 단순승인한 것으로 간주된 다음 한정승인 신고를 하여 이를 수리하는 심판을 받았다면, 상속채권에 관한 청구를 심리하는 법원은 위 한정승인이 민법 제1019조 제3항에서 정한 요건을 갖춘 특별한정승인으로서 유효한지 여부를 심리·판단하여야 한다(대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다289651 판결; 망인의 상속인인 피고들이 망인의 사망 사실을 안 날로부터 3월 내에 한정승인이나 포기를 하지 않아 민법 제1026조 제2호에 따라 단순승인을 한 것으로 간주된 후에 망인 사망 관련 형사사건 합의금을 수령한 것이 민법 제1026조 제1호에서 정하는 상속재산에 대한 처분행위에 해당하는지 여부는 이미 발생한 단순승인의 효력에 별다른 영향을 주지 않는다고 하고 원심은 단순승인 간주 후의 한정승인신고수리심판이 특별한정승인으로서 유효한지 여부를 심리·판단하여야 한다고 한 예).

장·증명하여야 한다.[3959]

상속의 한정승인은 채무의 존재를 한정하는 것이 아니라 단순히 그 책임의 범위를 한정하는 것에 불과하기 때문에, 상속의 한정승인이 인정되는 경우에도 상속채무가 존재하는 것으로 인정되는 이상, 법원으로서는 상속재산이 없거나 그 상속재산이 상속채무의 변제에 부족하다고 하더라도 상속채무 전부에 대한 이행판결을 선고하여야 하고, 다만, 그 채무가 상속인의 고유재산에 대해서는 강제집행을 할 수 없는 성질을 가지고 있으므로, 집행력을 제한하기 위하여 이행판결의 주문에 상속재산의 한도에서만 집행할 수 있다는 취지를 명시하여야 한다.[3960]

'상속재산 한도에서' 상속금전채무의 이행을 명한 확정판결을 집행권원으로 상속인의 고유재산에 대한 압류·전부 명령이 발령된 경우, 상속인은 '청구이의의 소'가 아닌 '제3자이의의 소', 채권압류 및 전부명령에 대한 즉시항고, 부당이득반환 청구 등으로 구제받을 수 있다.[3961]

3959) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다7904 판결; "민법 제1019조 제3항은 민법 제1026조 제2호에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정(96헌가22 전원재판부 결정 등) 이후에 신설된 조항으로, 위 조항에서 말하는 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실로 알지 못한다 함은 '상속인이 조금만 주의를 기울였다면 상속채무가 상속재산을 초과한다는 사실을 알 수 있었음에도 이를 게을리 함으로써 그러한 사실을 알지 못한 것'을 의미하고, 상속인이 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실 없이 민법 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하였다는 점에 대한 입증책임은 상속인에게 있다." ↩ 피상속인을 상대로 한 손해배상청구소송의 제1, 2심에서 모두 소멸시효 완성을 이유로 원고 패소 판결이 선고된 후 상고심 계속 중에 피상속인이 사망함으로써 상속인들이 소송을 수계한 사안에서, 소멸시효 항변이 신의칙에 반하여 권리남용이 되는 것은 예외적인 법현상인 점, 상속인들로서는 제1, 2심판결의 내용을 신뢰하여 원고의 피상속인에 대한 채권에 관하여 소멸시효가 완성된 것으로 믿을 수도 있어 법률전문가가 아닌 상속인들에게 제1, 2심의 판단과는 달리 상고심에서 소멸시효 항변이 배척될 것을 전제로 미리 상속포기나 한정승인을 해야 할 것이라고 기대하기는 어려운 점 등의 사정들을 비추어 보면, 그 후 상고심에서 위 소멸시효 항변이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당함을 이유로 원고 승소 취지의 파기환송 판결이 선고되었다고 하여 위 소송수계일 무렵부터 위 파기환송 판결 선고일까지 사이에 상속인들이 위 원고의 채권이 존재하거나 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 알았다거나 또는 조금만 주의를 기울였다면 이를 알 수 있었음에도 이를 게을리 한 '중대한 과실'로 그러한 사실을 알지 못하였다고 볼 수는 없다고 한 사례.

3960) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003다30968 판결. 원고가 상속채무 전부에 대하여 상속분별로 이행판결을 구한 경우 그 주문 형식은 '피고들은 원고에게 ~을 소외 망 OOO로부터 상속받은 재산의 한도에서 지급하라. 원고의 피고들에 대한 나머지 청구를 모두 기각한다.'이다. '소외 망 OOO로부터 상속받은 재산의 한도에서'가 청구기각 부분에 해당한다.

3961) 대법원 2005. 12. 19.자 2005그128 결정; "상속채무의 이행을 구하는 소송에서 피고의 한정승인 항변이 받아들여져서, 원고 승소판결인 집행권원 자체에, '상속재산의 범위 내에서만' 금전채무를 이행할 것을 명하는 이른바 유한책임의 취지가 명시되어 있음에도 불구하고, 상속인의 고유재산임이 명백한 임금채권 등에 대하여 위 집행권원에 기한 압류 및 전부명령이 발령되었을 경우에, 상속인인 피고로서는 책임재산이 될 수 없는 재산에 대하여 강제집행이 행하여졌음을 이유로 제3자이의의 소(민사집행법 제48조)를 제기하거나, 그 채권압류 및 전부명령 자체에 대한 즉시항고(민사집행법 제227조 제4항, 제229조 제6항)를 제기하여 불복하는 것은 별론으로 하고, 청구에 관한 이의의 소(민사집행법 제44조)에 의하여 불복할 수는 없다고 보아야 하고, 나아가 만약 그 채권압류 및 전부명령이 이미 확정되어 강제집행절차가 종료된 후에는(앞에서 본 채권압류 및 전부명령 사건이 이미 2005. 9. 하순경 확정에 이른 사실은 법원에 현저한 사실이다.) 집행채권자를 상대로 부당이득의 반환을 구하되, 피전부채권 중 실제로 추심한 금전 부분에 관하여는 그 상당액을 반환을 구하고, 아직 추심하지 아니한 부분에 관하여는 그 채권 자체의 양도를 구하는 방법에 의할 수밖에 없는 것이다."

다) 상속포기의 항변

상속을 포기한 상속인은 상속이 개시된 때에 소급하여 상속인이 아니었던 것이 되고, 그의 상속분은 나머지 공동상속인에게 귀속되므로,[3962] [3963] 피상속인의 채권자가 상속인들에게 상속분에 따른 상속채무의 이행을 청구하는 경우, '상속포기 주장'은 소송물인 상속채무 '소멸의 항변'에 해당한다.

공동상속인인 배우자와 자녀들 중 ① 자녀 일부만 상속을 포기한 경우에는 상속포기자인 자녀의 상속분이 배우자와 상속을 포기하지 않은 다른 자녀에게 귀속되고, ② 자녀 전부가 상속을 포기한 경우에는 배우자가 단독상속인이 되며, ③ 배우자와 자녀 모두 상속을 포기한 경우에는 후순위 상속인으로서 피상속인의 손자녀가 상속인이 되고, 손자녀 이하 직계비속이 없다면 2순위 상속인으로서 피상속인의 직계존속이 상속인이 된다.[3964]

3962) 대법원 2023. 3. 23.자 2020그42 전원합의체 결정.

3963) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다39824 판결; "**상속의 포기**는 상속에 관한 법률상 지위를 상실시키는 행위로서 다른 공동상속인 또는 피상속인이나 상속인의 채권자 등에게 미치는 영향이 크다. 민법은 그 의사표시의 존재를 명확히 하고 법률관계를 획일적으로 처리하기 위하여 상속포기의 기간을 상속개시 있음을 안 날부터 3월로 제한하고(민법 제1019조 제1항 전문), 상속인이 이 기간 내에 한정승인 또는 **포기**를 하지 않은 때에는 단순승인을 한 것으로 보며(**민법** 제1026조 제2호), 상속포기의 취소는 허용되지 않는다(민법 제1024조 제1항). 또한 상속포기의 방식은 위 기간 내에 가정법원에 포기의 신고를 하도록 엄격하게 제한된다(민법 제1041조). 가사소송법과 그 규칙은 상속포기의 절차와 방식을 정하고 있는데, 상속인 등이 피상속인의 성명과 최후주소, 피상속인과의 관계 등 일정한 사항을 기재하고 기명날인하거나 서명한 서면에 의하여 가정**법**원에 신고하여야 하며(가사소송**법** 제36조 제3항, 가사소송규칙 제75조 제1항, 제2항), 가정법원이 상속**포**기신고를 수리할 때 반드시 심판절차를 거쳐 심판서를 작성하여야 한다(가사소송규칙 제75조 제3항). 상속포기의 기간, 방식과 절차를 정한 민**법**의 위 규정들은 강행규정으로서, 이를 위반하여 상속이 개시되기 전에 포기를 하거나 그 방식과 절차를 따르지 않은 경우에는 상속포기의 효력이 없다고 보아야 한다. 피상속인의 사망으로 상속이 개시된 후 상속인이 상속을 포기하면 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 생긴다(민**법** 제1042조)."

3964) 대법원 2023. 3. 23.자 2020그42 전원합의체 결정; "1) **민법 제1000조** 제1항은 피상속인의 직계비속을 1순위 상속인으로, 피상속인의 직계존속을 2순위 상속인으로 규정하고, 제2항은 동순위의 상속인이 수인인 때에는 최근친을 선순위로 하고 동친 등의 상속인이 수인인 때에는 공동상속인이 된다고 규정하고 있다. 따라서 피상속인의 자녀들이 1순위 상속인 중 선순위 공동상속인이 되고, 피상속인의 손자녀들이 1순위 상속인 중 후순위 공동상속인이 되며, 피상속인의 직계존속은 2순위 상속인이 된다. **민법 제1003조** 제1항은 피상속인의 배우자는 피상속인의 직계비속 또는 직계존속이 상속인인 경우 그 상속인과 동순위로 공동상속인이 되고 그 상속인이 없는 때에는 단독상속인이 된다고 규정하고 있다. 따라서 배우자는 직계비속 또는 직계존속과 공동상속인이 되거나 그 직계비속과 직계존속이 없다면 단독상속인이 된다. **민법 제1009조** 제1항은 동순위의 상속인이 수인인 때에는 그 상속분은 균분으로 한다고 규정하고, 제2항은 피상속인의 배우자의 상속분은 직계비속 또는 직계존속과 공동으로 상속하는 때에는 직계비속 또는 직계존속의 상속분의 5할을 가산한다고 규정한다. 2) **민법 제1042조**는 상속의 포기는 상속개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다고 규정하고, **민법 제1043조**는 상속인이 수인인 경우에 어느 상속인이 상속을 포기한 때에는 그 상속분은 다른 상속인의 상속분의 비율로 그 상속인에게 귀속된다고 규정하고 있다. 따라서 공동상속인 중 상속을 포기한 상속인은 상속이 개시된 때에 소급하여 상속인이 아니었던 것이 되고, 그의 상속분은 나머지 공동상속인에게 귀속된다. 3) 민**법** 제1000조부터 제1043조까지 각각의 조문에서 규정하는 '상속인'은 모두 동일한 의미임이 명백하다. 따라서 민**법** 제1043조의 '상속인이 수인인 경우' 역시 민법 제1000조 제2항의 '상속인이 수인인 때'와 동일한 의미로서 같은 항의 '공동상속인이 되는' 경우에 해당하므로 그 공동상속인에 배우자도 당연히 포함되며, 민**법** 제1043조에 따라 상속포기자의 상속분이 귀속되는 '다른 상속인'에도 배우자가 포함된다. 4) 이에 따라 공동상속인인 배우자와 여러 명의 자녀들 중 일부 또는 전부가 상속을 포기한 경우의 법률효과를 본다. 가) 공동상속인인 배우자와 자녀들 중

상속포기의 효력은 '피상속인의 사망으로 개시된 상속'에만 미치고, 그 후 피상속인을 피대습자로 하여 개시된 '대습상속'에까지 미치지는 않으므로, 피상속인의 채권자가 대습상속인들에게 상속채무의 이행을 청구하는 경우, '피상속인 사망으로 개시된 상속'에 대한 종전의 '상속포기'로 대습상속도 포기되었다는 주장은 유효한 항변이 될 수 없다(피상속인 사망 후 상속인인 배우자와 자녀들이 상속포기를 하였는데, 그 후 피상속인의 직계존속이 사망하여 대습상속이 개시된 경우에 대습상속인이 한정승인이나 상속포기를 하지 않으면 단순승인을 한 것으로 간주된다).[3965]

2) 법정단순승인의 재항변

상속채권자는 민법 1026조[3966] 제1호(한정승인 또는 포기 이전 상속재산 처분),[3967] 제3

자녀 일부만 상속을 포기한 경우에는 민법 제1043조에 따라 그 상속포기자인 자녀의 상속분이 배우자와 상속을 포기하지 않은 다른 자녀에게 귀속된다. 이와 동일하게 공동상속인인 배우자와 자녀들 중 자녀 전부가 상속을 포기한 경우 민법 제1043조에 따라 상속을 포기한 자녀의 상속분은 남아 있는 '다른 상속인'인 배우자에게 귀속되고, 따라서 배우자가 단독상속인이 된다. 나) 이에 비하여 피상속인의 배우자와 자녀 모두 상속을 포기한 경우 민법 제1043조는 적용되지 않는다. 민법 제1043조는 공동상속인 중 일부가 상속을 포기한 경우만 규율하고 있음이 문언상 명백하기 때문이다. 민법 제1042조에 따라 배우자와 자녀들 모두, 즉 동순위 공동상속인 모두 상속이 개시된 때에 소급하여 상속인 지위를 상실한다. 따라서 민법 제1000조 제1항, 제2항에 따라 후순위 상속인으로서 피상속인의 손자녀가 상속인이 되고, 손자녀 이하 직계비속이 없다면 2순위 상속인으로서 피상속인의 직계존속이 상속인이 된다."

3965) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다39824 판결; "상속포기의 효력은 피상속인의 사망으로 개시된 상속에만 미치는 것이고, 그 후 피상속인을 피대습자로 하여 개시된 대습상속에까지 미치지는 않는다. 대습상속은 상속과는 별개의 원인으로 발생하는 것인 데다가 대습상속이 개시되기 전에는 이를 포기하는 것이 허용되지 않기 때문이다. 이는 종전에 상속인의 상속포기로 피대습자의 직계존속이 피대습자를 상속한 경우에도 마찬가지이다. 또한 피대습자의 직계존속이 사망할 당시 피대습자로부터 상속받은 재산 외에 적극재산이든 소극재산이든 고유재산을 소유하고 있었는지 여부에 따라 달리 볼 이유도 없다. 따라서 피상속인의 사망 후 상속채무가 상속재산을 초과하여 상속인인 배우자와 자녀들이 상속포기를 하였는데, 그 후 피상속인의 직계존속이 사망하여 민법 제1001조, 제1003조 제2항에 따라 대습상속이 개시된 경우에 대습상속인이 민법이 정한 절차와 방식에 따라 한정승인이나 상속포기를 하지 않으면 단순승인을 한 것으로 간주된다. 위와 같은 경우에 이미 사망한 피상속인의 배우자와 자녀들에게 피상속인의 직계존속의 사망으로 인한 대습상속도 포기하려는 의사가 있다고 볼 수 있지만, 그들이 상속포기의 절차와 방식에 따라 피상속인의 직계존속에 대한 상속포기를 하지 않으면 그 효력이 생기지 않는다. 이와 달리 피상속인에 대한 상속포기를 이유로 대습상속 포기의 효력까지 인정한다면 상속포기의 의사를 명확히 하고 법률관계를 획일적으로 처리함으로써 법적 안정성을 꾀하고자 하는 상속포기제도가 잠탈될 우려가 있다. 한편 민법 제1019조 제3항은 … 특별한정승인제도를 두고 있다. 따라서 대습상속의 경우에도 대습상속인이 위 규정에 따라 보호받을 수 있을 것이므로 상속포기의 절차, 방식과 효력에 관한 민법 규정이 대습상속에도 적용된다고 하더라도 부당한 것은 아니다."

3966) **민법 제1026조(법정단순승인)** 다음 각 호의 사유가 있는 경우에는 상속인이 단순승인을 한 것으로 본다.
1. 상속인이 상속재산에 대한 처분행위를 한 때
2. 상속인이 제1019조 제1항의 기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때
3. 상속인이 한정승인 또는 포기를 한 후에 상속재산을 은닉하거나 부정소비하거나 고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때 ☛ 상속인의 배신적 행위에 대한 제재로서 의미를 갖는다(2019다29853).

3967) ❶ 민법 제1026조 제1호는 상속인이 상속재산에 대한 처분행위를 한 때에는 단순승인을 한 것으로 본다고 정하고 있으므로, 그 후에 상속포기 신고를 하여 그 신고가 수리되었다고 하더라도 상속포기로서의 효력은 없다. 그러나 위 규정의 입법 취지가 상속재산 처분을 행하는 상속인은 통상 상속을 단순승인하는 의사를 가진다고 추인할 수 있는 점, 그 처분 후 한정승인이나 포기를 허용하면 상속채권자나 공동 내지 차순위 상속인에게 불의의 손해를 미칠 우려가 있다는 점, 상속인의 처분행위를 믿은 제3자의 신뢰도 보호될 필요가 있다는 점 등에 있음을 고려하여 볼 때, 수인의 상속인 중 1인을 제외한 나머지 상속인 모두가 상속을 포기하기로 하였으나 그 상속포기 신고가 수리되기 전에 피상속인 소유의 미등기 부동산에 관하여 상속인들 전원 명의로 법정상

호(한정승인 또는 포기 후 상속재산 은닉, 부정소비, 고의로 재산목록 미기입)[3968] [3969] 소정의 법정단순승인 사유를 주장하여 상속포기나 한정승인의 효력을 다툴 수 있고, 그러한 사유는 상속포기나 한정승인의 항변에 대한 재항변 사유에 해당한다. 민법 제1019조 제1항의 3개월 고려 기간 내는 상속포기나 한정승인의 요건사실이므로 민법 제1026조 제2호는 재항변 사유에 해당하지 아니한다.

결국, '상속채무 이행청구 → 상속포기나 한정승인의 항변 → 법정단순승인 사유의 재항변'으로 이어지는 공격방어의 구조가 된다.

속분에 따른 소유권보존등기가 경료되자 위와 같은 상속인들의 상속포기의 취지에 따라 상속을 포기하는 상속인들의 지분에 관하여 상속을 포기하지 아니한 상속인 앞으로 지분이전등기를 한 것이고 그 후 상속포기 신고가 수리되었다면, 이를 상속의 단순승인으로 간주되는 민법 제1026조 제1호 소정의 '상속재산에 대한 처분행위'가 있는 경우라고 할 수 없다(2011스191,192). ❷ 민법 제1026조 제1호는 상속인이 한정승인 또는 포기를 하기 '이전에' 상속재산을 처분한 때에만 적용되는 것이고, 상속인이 한정승인 또는 포기를 한 후에 상속재산을 처분한 때에는 그로 인하여 상속채권자나 다른 상속인에 대하여 손해배상책임을 지게 될 경우가 있음은 별론으로 하고, 그것이 위 제3호에 정한 상속재산의 부정소비에 해당되는 경우에만 상속인이 단순승인을 한 것으로 보아야 한다(2003다63586). ❷ 가정법원에 상속포기 신고를 하였다고 하더라도 이를 수리하는 가정법원의 심판이 고지되기 이전에 상속재산을 처분하였다면, 이는 상속포기의 효력 발생 전에 처분행위를 한 것에 해당하므로 단순승인 한 것으로 보아야 한다(대법원 2016. 12. 29. 선고 2013다73520 판결).

3968) 민법 제1026조 제3호에 정한 '상속재산의 부정소비'라 함은 정당한 사유 없이 상속재산을 써서 없앰으로써 그 재산적 가치를 상실시키는 행위를 의미한다. ❶ 상속인이 상속재산을 처분하여 그 처분대금 전액을 우선변제권자에게 귀속시킨 것은 상속재산의 부정소비에 해당한다고 할 수 없다(2003다63586). ❷ 상속부동산에 근저당권이 설정되어 있어서 일반 상속채권자들에게는 강제집행을 통하여 배당될 금액이 전혀 없거나 그 지목이 하천 및 제방이어서 강제집행의 실익이 없는 것이라면, 상속인들이 한정승인의 신고 후에 그 중 1인에게만 상속부동산에 대하여 협의분할에 의한 소유권이전등기를 하였다고 하더라도, 이를 상속재산의 부정소비에 해당한다고 할 수 없다(2004다52095).

3969) ❶ 민법 제1026조 제3호 소정의 '고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때'라 함은 한정승인을 함에 있어 상속재산을 은닉하여 상속채권자를 사해할 의사로써 상속재산을 재산목록에 기입하지 않는 것을 뜻하므로, 위 규정에 해당하기 위해서는 상속인이 어떠한 상속재산이 있음을 알면서 이를 재산목록에 기입하지 아니하였다는 사정만으로는 부족하고, 상속재산을 은닉하여 상속채권자를 사해할 의사, 즉 그 재산의 존재를 쉽게 알 수 없게 만들려는 의사가 있을 것을 필요로 한다. 위 사정은 이를 주장하는 측에서 증명하여야 한다. 법원으로서는 한정승인제도의 취지와 의의를 염두에 두고 민법 제1026조 제3호의 의미와 효과를 고려하여, '고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때'에 해당하는지 여부를 신중하게 판단하여야 한다. 한정승인에 의한 청산절차에서 재산목록에 기재되었는지 여부와 무관하게 실제 상속채권자의 지위에 있으면 청산절차의 대상이 되고 그의 재산목록에 기재되지 않았다는 이유로 실권효가 발생하지 않기 때문이다. 특히 소송 등의 분쟁이 예상되거나 계속 중인 상태에서 상속이 개시된 경우, 한정승인을 하는 상속인으로서는 분쟁과 관계된 재산이나 채권, 채무 등을 재산목록에 기입하게 되면 자칫 분쟁의 결과에 따라 그 내용이 사실과 달라지거나, 또는 이로 인해 소송상대방의 주장을 인정하는 결과가 될 수 있다는 우려로 이를 기입하지 않는 경우가 있을 수 있으므로, 그러한 경우에는 상속재산을 은닉하여 상속채권자를 사해할 의사가 있는지 여부를 더욱 신중하게 판단하여야 한다(대법원 2022. 7. 28. 선고 2019다29853 판결). ❷ 상속인들이 피상속인이 사망한 후 피상속인의 보험계약 해약환급금을 수령하여 이를 망인의 장례비용에 충당한 경우, 상속에 관한 비용은 상속재산 중에서 지급하는 것이고(민법 제998조의2), 상속에 관한 비용이라 함은 상속재산의 관리 및 청산에 필요한 비용을 의미하므로, 장례비용도 피상속인이나 상속인의 사회적 지위와 그 지역의 풍속 등에 비추어 합리적인 금액 범위 내라면 이를 상속비용으로 보아야 한다는 점에서, 상속인들이 상속재산인 해약환급금을 망인의 장례비용으로 지출한 것이 합리적인 범위 내의 금액으로서 정당하다면, 해약환급금은 상속에 관한 비용으로 모두 지출되어 남지 않게 되었다 할 것이므로, 상속인들이 한정승인 신고 시 해약환급금을 상속재산의 목록에 기재하지 아니하였다 하여 상속재산을 은닉하여 상속채권자를 사해할 의사로써 기입하지 아니한 것이라고 볼 수는 없다(2003다30968).

3) 기 판 력

피상속인에 대한 채권에 관하여 채권자와 상속인 간 전소에서 상속인의 한정승인이 인정되어 상속재산 한도에서 지급을 명하는 판결이 확정된 때에는, 그 채권자가 상속인에 대해 새로운 소로 전소 사실심 변론종결 이전에 존재한 법정단순승인 등 한정승인과 양립할 수 없는 사실을 주장하여 위 채권에 대해 책임 범위에 관한 유보가 없는 판결을 구하는 것은 허용되지 않는다.[3970]

전소에서 하지 않은 '한정승인' 주장은 전소 확정판결의 기판력에 의해 차단되지 않으나,[3971] 전소 변론종결 이전의 '상속포기(그 심판의 고지까지 완료되어야 효력이 발생한다)'는 차단된다.[3972]

4) 배당이의 사건에서의 취급

상속채권자는 상속관계가 확정되지 않은 동안 상속인을 상대로 상속재산에 관한 가압류를 할 수 있고, 그 후의 '상속포기'가 가압류 효력에 영향을 미치지 않으므로, 경매절차에서 적법하게 배당받을 수 있다.[3973]

(상속채권자의 한정승인 상속재산에 대한 우선적 지위의 인정 여부) 한정승인자로부터 상속재산에 관하여 저당권 등의 담보권을 취득한 사람과 상속채권자 사이의 우열관계는 민법상의

3970) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다3197 판결("왜냐하면 전소의 소송물은 직접적으로는 채권(상속채무)의 존재 및 그 범위이지만 한정승인의 존재 및 효력도 이에 준하는 것으로서 심리·판단되었을 뿐만 아니라 한정승인이 인정된 때에는 주문에 책임의 범위에 관한 유보가 명시되므로 한정승인의 존재 및 효력에 대한 전소의 판단에 기판력에 준하는 효력이 있다고 해야 하기 때문이다. 그리고 이러한 법리는 채권자의 급부청구에 대하여 상속인으로부터의 한정승인의 주장이 받아들여져 상속재산의 한도 내에서 지급을 명하는 판결이 확정된 경우와 채권자 스스로 위와 같은 판결을 구하여 그에 따라 판결이 확정된 경우 모두에 마찬가지로 적용된다."). ☜ 원고가 채무자의 상속인인 피고들을 상대로, 전소에서 상속재산의 한도에서 양수금의 지급을 구하여 승소 확정판결을 받은 다음, 다시 피고들의 단순승인 사실을 주장하면서 책임의 범위에 관한 유보가 없는 양수금의 지급을 구하는 소에 대하여, **원심**이, 원고가 전소에서 가분채권의 일부에 대한 청구임을 명시하지 아니하였다는 이유로 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되어 부적법하다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "원심이 전제로 삼은 법리는 위에서 본 기판력에 관한 법리와 다른 것이어서 잘못이라고 할 것이지만 그 결론에 있어서는 정당"하다 하여 상고를 기각한 예.

3971) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006다23138 판결.

3972) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다79876 판결; "기판력에 의한 실권효 제한의 법리는 채무의 상속에 따른 책임의 제한 여부만이 문제되는 한정승인과 달리 상속에 의한 채무의 존재 자체가 문제되어 그에 관한 확정판결의 주문에 당연히 기판력이 미치게 되는 상속포기의 경우에는 적용될 수 없다." ☛ 상속을 포기할 때는 단순히 상속포기의 의사표시만으로는 상속포기의 효력이 발생하는 것이 아니고, 가정법원에 신고를 하여 가정법원의 심판을 받아야 하며, 그 심판은 당사자가 이를 고지받음으로써 효력이 발생하는 것이므로, 비록 확정판결의 변론종결일 전에 가정법원에 상속포기 신고를 하였다고 하더라도, 변론종결일 후에 상속포기심판을 송달받았다면 그 상속포기는 청구이의 소송의 이의이유에 해당한다(2004다20401).

3973) 대법원 2021. 9. 15. 선고 2021다224446 판결; "상속인은 아직 상속 승인, 포기 등으로 상속관계가 확정되지 않은 동안에도 잠정적으로나마 피상속인의 재산을 당연 취득하고 상속재산을 관리할 의무가 있으므로, 상속채권자는 그 기간 동안 상속인을 상대로 상속재산에 관한 가압류결정을 받아 이를 집행할 수 있다. 그 후 상속인이 상속포기로 인하여 상속인의 지위를 소급하여 상실한다고 하더라도 이미 발생한 가압류의 효력에 영향을 미치지 않는다. 따라서 위 상속채권자는 종국적으로 상속인이 된 사람 또는 민법 제1053조에 따라 선임된 상속재산관리인을 채무자로 한 상속재산에 대한 경매절차에서 가압류채권자로서 적법하게 배당을 받을 수 있다."

일반원칙에 따라야 하고, 상속채권자가 한정승인의 사유만으로 우선적 지위를 주장할 수는 없다.[3974] 그러나 한정승인자의 일반 고유채권자는 상속채권자가 상속재산으로부터 그 채권의 만족을 받지 못한 상태에서 상속재산을 고유채권에 대한 책임재산으로 삼아 강제집행할 수는 없다.[3975]

(상속채권자가 일반채권자로서 배당받을 수 있는지 여부) 상속부동산에 관하여 '담보권 실행을 위한 경매'가 진행된 경우에는 비록 한정승인 절차에서 상속채권자로 신고한 자라고 하더라도 집행권원을 얻어 그 경매절차에서 배당요구를 함으로써 일반채권자로서 배당받을 수 있으나,[3976] 민법 제1037조에 근거하여 민사집행법 제274조에 따라 이루어지는

3974) 대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결의 다수의견: "민법은 한정승인을 한 상속인(한정승인자)에 관하여 그가 상속재산을 은닉하거나 부정소비한 경우 단순승인을 한 것으로 간주하는 것(제1026조 제3호) 외에는 상속재산의 처분행위 자체를 직접적으로 제한하는 규정을 두고 있지 않기 때문에, 한정승인으로 발생하는 위와 같은 책임제한 효과로 인하여 한정승인자의 상속재산 처분행위가 당연히 제한된다고 할 수는 없다. 또한 민법은 한정승인자가 상속재산으로 상속채권자 등에게 변제하는 절차는 규정하고 있으나(제1032조 이하), 한정승인만으로 상속채권자에게 상속재산에 관하여 한정승인자로부터 물권을 취득한 제3자에 대하여 우선적 지위를 부여하는 규정은 두고 있지 않으며, 민법 제1045조 이하의 재산분리 제도와 달리 한정승인이 이루어진 상속재산임을 등기하여 제3자에 대항할 수 있게 하는 규정도 마련하고 있지 않다. 따라서 한정승인자로부터 상속재산에 관하여 저당권 등의 담보권을 취득한 사람과 상속채권자 사이의 우열관계는 민법상의 일반원칙에 따라야 하고, 상속채권자가 한정승인의 사유만으로 우선적 지위를 주장할 수는 없다. 그리고 이러한 이치는 한정승인자가 그 저당권 등의 피담보채무를 상속개시 전부터 부담하고 있었다고 하여 달리 볼 것이 아니다." ⇔ **[반대의견]** "한정승인자의 상속재산은 상속채권자의 채권에 대한 책임재산으로서 상속채권자에게 우선적으로 변제되고 그 채권이 청산되어야 한다. 그리고 그 반대해석상, 한정승인자의 고유채권자는 상속채권자에 우선하여 상속재산을 그 채권에 대한 책임재산으로 삼아 이에 대하여 강제집행할 수 없다고 보는 것이 형평에 맞으며, 한정승인제도의 취지에 부합한다. 이와 같이, 상속채권자가 한정승인자의 고유재산에 대하여 강제집행할 수 없는 것에 대응하여 한정승인자의 고유채권자는 상속채권자에 우선하여 상속재산에 대하여 강제집행할 수 없다는 의미에서, 상속채권자는 상속재산에 대하여 우선적 권리를 가진다. 또한 한정승인자가 그 고유채무에 관하여 상속재산에 담보물권 등을 설정한 경우와 같이, 한정승인자가 여전히 상속재산에 대한 소유권을 보유하고 있어 상속채권자가 그 재산에 대하여 강제집행할 수 있는 한에 있어서는, 그 상속재산에 대한 상속채권자의 우선적 권리는 그대로 유지되는 것으로 보아야 한다. 따라서 한정승인자의 고유채무를 위한 담보물권 등의 설정등기에 의하여 상속채권자의 우선적 권리가 상실된다고 보는 다수의견은 상속채권자의 희생 아래 한정승인자로부터 상속재산에 관한 담보물권 등을 취득한 고유채권자를 일방적으로 보호하려는 것이어서, 상속의 한정승인 제도를 형해화시키고 제도적 존재 의미를 훼손하므로 수긍하기 어렵다."

3975) 대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다250574 판결: "상속재산에 관하여 담보권을 취득하였다는 등 사정이 없는 이상, 한정승인자의 고유채권자는 상속채권자가 상속재산으로부터 그 채권의 만족을 받지 못한 상태에서 상속재산을 고유채권에 대한 책임재산으로 삼아 이에 대하여 강제집행을 할 수 없다고 보는 것이 형평의 원칙이나 한정승인제도의 취지에 부합하며, 이는 한정승인자의 고유채무가 조세채무인 경우에도 그것이 상속재산 자체에 대하여 부과된 조세나 가산금, 즉 당해세에 관한 것이 아니라면 마찬가지라고 할 것이다."

3976) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다14599 판결; 소외 1의 공동상속인인 원고(남편), 소외 2, 3(자녀)이 한정승인심판청구를 하여 그 신고가 수리(소극재산으로 피고, 소외 4, 5 등의 채권이 기재)된 다음, 피고는 상속부동산에 관한 가압류와 함께 원고 등을 상대로 한 상속채무금청구의 일부 승소확정판결을 받았고, 그 후 선순위 근저당권자에 의한 경매절차에서 피고의 배당요구에 따라 집행법원은 19,842,739원을 가압류권자인 피고에게, 나머지 98,409,425원을 상속재산관리인인 원고에게 배당하는 내용의 배당표를 작성한 **사안**에서, 원고가 상속재산관리인으로서 일반상속채권자 중 신고 채권자와 상속인들이 알고 있는 채권자에 대하여 상속재산으로 평등하게 변제할 책임이 있으므로, 일반상속채권자 중 1인에 불과한 피고에게 배당요구액 전액을 배당한 것은 부당하다고 주장하면서 배당표 경정을 구한 데 대해, **원심**이, '상속부동산에 관하여 담보권 실행을 위한 경매절차가 진행된 이상 집행법원은 통상의 임의경매절차에서와 동일한 방법으로 배당을 실시하여야 한다'는 이유로, '한정승인절차에서 상속채권자로 신고하였더라도 집행권원을 얻어 임의경매절차에서 배당을 요구한 피고에게 배당요구액 내지 채권액 전액을 배당한 것은 적법하다'고 판단한 것은 **정당**하다고 한 예.

'상속재산에 대한 형식적 경매'[3977]에서는 일반채권자의 배당요구가 허용되지 아니한다.[3978]

아. 유 증

1) 소송요건(직권조사사항)

(유증 목적물 관련 소송에서 유언집행자의 당사자적격) 유언집행자는 유증의 목적인 재산의 관리 기타 유언의 집행에 필요한 모든 행위를 할 권리의무가 있으므로,[3979] 유증 목적물에 관하여 경료된, 유언의 집행에 방해가 되는 다른 등기의 말소를 구하는 소송에 있어서는 유언집행자가 이른바 법정소송담당으로서 원고적격을 가지고, 유언집행자가 있는 경우 그의 유언집행에 필요한 한도에서 상속인의 상속재산에 대한 처분권은 제한되며 그 제한 범위 내에서 상속인은 원고적격이 없다(유언집행자가 사망·결격 기타 사유로 자격을 상실한 경우에도 마찬가지이다).[3980] 유언집행자가 수인인 경우 유언집행자에게 유증의무의

3977) 상속인은 상속채무의 변제를 위해 상속재산의 전부나 일부를 매각할 필요가 있는 때에는 민사집행법에 의하여 경매를 신청할 수 있는데(민법 제1037조), 이러한 형식적 경매는 담보권 실행을 위한 경매나 강제경매와 달리 특정재산의 가격보존이나 정리를 위하여 하는 것으로서, 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시(민사집행법 제274조 제1항)하도록 되어 있다.

3978) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2012다33709 판결; "민법 제1037조에 근거하여 민사집행법 제274조에 따라 행하여지는 상속재산에 대한 형식적 경매는 한정승인자가 상속재산을 한도로 상속채권자나 유증받은 자에 대하여 일괄하여 변제하기 위하여 청산을 목적으로 당해 재산을 현금화하는 절차이므로, 그 제도의 취지와 목적, 관련 민법 규정의 내용, 한정승인자와 상속채권자 등 관련자들의 이해관계 등을 고려할 때 일반채권자인 상속채권자로서는 민사집행법이 아닌 민법 제1034조, 제1035조, 제1036조 등의 규정에 따라 변제받아야 한다고 볼 것이고, 따라서 그 경매에서는 일반채권자의 배당요구가 허용되지 아니한다고 할 것이다." ☜ 상속재산관리인인 원고의 신청에 의한 상속재산에 대한 형식적 경매절차에서 집행법원이 가압류권자인 피고에게 1순위로 배당한 데 대하여 원고가 배당이의한 사안에서, **원심**이, '상속재산관리인으로 하여금 그 매각대금으로 민법 제1034조의 배당변제 등의 절차에 따라 상속채권자들에게 일괄적으로 변제할 수 있게 하기 위하여 배당절차를 거치지 아니하고 매각대금을 상속재산관리인에게 교부하는 것이 민법 제1037조 소정의 형식적 경매제도의 취지에 부합한다는 등의 이유로 피고가 배당에서 제외되어야 한다.'고 판단하고, 나아가 '원고가 다른 상속채권자가 없음에도 피고에 대한 금원지급의무를 면탈하려고 한다고 할 수 없고, 비록 피고가 집행권원을 취득하여 배당절차에 참가하여 배당받는 등 적극적으로 권리행사를 하였더라도 형식적 경매제도의 취지 및 민법 제1034조 제1항에 비추어 다수의 상속채권자가 존재하고 피고가 일반채권자에 불과한 이상 피고를 다른 상속채권자들과 동등하게 취급하는 것이 형평에 반하여 부당하다고 볼 수 없다.'고 판단한 것은 **정당**하다고 한 예.

3979) 유언집행자는 유증의 목적인 재산의 관리 기타 유언의 집행에 필요한 행위를 할 권리의무가 있고(민법 제1101조), 유언의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 유언집행사무를 처리할 의무가 있다(민법 제1103조 제2항, 제681조). 그리고 유언집행자가 수인인 경우에는 임무의 집행은 그 과반수의 찬성으로써 결정하되, 보존행위는 각자가 할 수 있다(민법 제1102조). 한편 유언집행자는 유언자가 유언으로 지정하거나 그 지정을 제3자에게 위탁할 수 있고(민법 제1093조), 그러한 지정이나 지정위탁이 없거나 지정을 위탁받은 자가 위탁을 사퇴한 때에는 상속인이 유언집행자가 되며(민법 제1095조), 유언집행자가 없거나 사망, 결격 기타 사유로 인하여 없게 된 때에는 법원은 이해관계인의 청구에 의하여 유언집행자를 선임하여야 한다(민법 제1096조 제1항).

3980) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009다20840 판결(민법 제1103조 제1항은 "지정 또는 선임에 의한 유언집행자는 상속인의 대리인으로 본다."고 규정하고 있으나, 이 조항은 유언집행자의 행위의 효과가 상속인에게 귀속함을 규정한 것이지, 유언집행자의 소송수행권과 별도로 상속인 본인의 소송수행권도 언제나 병존함을 규정한 것은 아니라고 해석된다).
한편, 민법 제1095조는 유언자가 유언집행자의 지정 또는 지정위탁을 하지 아니하거나 유언집행자의 지정을 위탁받은 자가 위탁을 사퇴한 때에 한하여 적용되는 것이므로, 유언자가 지정 또는 지정위탁에 의하여 유언집

이행을 구하는 소송은 고유필수적 공동소송으로서 유언집행자 전원을 피고로 하여야 한다.[3981]

(제척기간) 상속인의 상속회복청구권 및 그 제척기간에 관하여 규정한 민법 제999조는 포괄적 유증의 경우에도 유추적용된다.[3982]

(권리보호의 이익) 유언집행자가 자필 유언증서상 유언자의 자서와 날인의 진정성을 다투는 상속인들에 대하여 '유언 내용에 따른 등기신청에 이의가 없다'는 진술을 구하는 소는, 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.[3983]

2) 포괄적 유증과 특정유증, 사인증여의 구별

포괄적 유증을 받은 자는 민법 제187조에 의하여 법률상 당연히 유증받은 부동산의 '소유권'을 취득[3984]하게 되나, 특정유증을 받은 자는 유증의무자에게 유증을 이행할 것을 청구할 수 있는 '채권'을 취득할 뿐이다.[3985] 유언자가 임차권 또는 근저당권이 설정

행자의 지정을 한 이상 그 유언집행자가 사망·결격 기타 사유로 자격을 상실하였다고 하더라도 상속인은 민법 제1095조에 의하여 유언집행자가 될 수는 없다. 또한 유증 등을 위하여 유언집행자가 지정되어 있다가 그 유언집행자가 사망·결격 기타 사유로 자격을 상실한 때에는 상속인이 있더라도 유언집행자를 선임하여야 하는 것이므로, 유언집행자가 해임된 이후 법원에 의하여 새로운 유언집행자가 선임되지 아니하였다고 하더라도 유언집행에 필요한 한도에서 상속인의 상속재산에 대한 처분권은 여전히 제한되며 그 제한 범위 내에서 상속인의 원고적격 역시 인정될 수 없다(2009다20840 판결).

3981) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다8345 판결; 상속인이 유언집행자가 되는 경우를 포함하여 유언집행자가 수인인 경우에는, 유언집행자를 지정하거나 지정위탁한 유언자나 유언집행자를 선임한 법원에 의한 임무의 분장이 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 유증 목적물에 대한 관리처분권은 유언의 본지에 따른 유언의 집행이라는 공동의 임무를 가진 수인의 유언집행자에게 합유적으로 귀속되고, 그 관리처분권 행사는 과반수의 찬성으로써 합일하여 결정하여야 하기 때문이다. ☞ 수인의 유언집행자 중 1인만을 피고로 하여 유증의무 이행을 구하는 소송을 제기한 **사안**에서, 유언집행자 지정 또는 제3자의 지정 위탁이 없는 한 상속인 전원이 유언집행자가 되고, 유증의무자인 유언집행자에 대하여 민법 제1087조 제1항 단서에 따라 유증의무의 이행을 구하는 것은 유언집행자인 상속인 전원을 피고로 삼아야 하는 고유필수적 공동소송이라고 하여 원심을 파기, 자판하여 소를 각하한 사례.

3982) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다22942 판결. 그 원심은, '포괄적 수증자의 법적 지위 내지 권리의무에 관하여 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제1078조는 "포괄적 유증은 받은 자는 재산상속인과 동일한 권리의무가 있다."고 규정하고 있어 포괄적 수증자는 그 수증분에 따라서 유증자의 일신전속적인 권리를 제외한 모든 권리 및 의무를 법률상 당연히 포괄적으로 승계하기 때문에 포괄적 유증은 실질적으로는 수증분을 상속분으로 하는 피상속인(유증자)에 의한 상속인 및 상속분의 지정과 같은 기능을 하고 있으므로, 상속인의 상속회복청구권에 관한 규정은 포괄적 수증의 경우에 유추적용되고, 상속회복청구권의 제척기간에 관한 규정도 상속에 관한 법률관계의 신속한 확정을 위한 상속회복청구권의 제척기간의 제도적 취지에 비추어 볼 때 포괄적 수증의 경우에 유추적용된다.'고 판시하였다.

3983) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다74277 판결(유언효력확인이나 포괄적 수증자 지위 확인의 승소 확정판결을 첨부하여 유증을 원인으로 한 소유권이전등기를 신청할 수 있다).

3984) **민법 제1078조(포괄적 수증자의 권리의무)** 포괄적 유증을 받은 자는 상속인과 동일한 권리의무가 있다. **제1073조(유언의 효력발생시기)** ① 유언은 유언자가 사망한 때로부터 그 효력이 생긴다. ② 유언에 정지조건이 있는 경우에 그 조건이 유언자의 사망후에 성취한 때에는 그 조건성취한 때로부터 유언의 효력이 생긴다.

3985) 대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결. 따라서 특정유증을 받은 자는 유증받은 부동산의 소유권자가 아니어서 직접 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 없고(2000다73445), 유증자가 사망한 경우 그의 소송상 지위도 일단 상속인에게 당연승계되지 특정유증을 받은 자가 이를 당연승계할 여지는 없다(2007다22859). 당해 유증이 포괄적 유증인가 특정유증인가는 유언에 사용한 문언 및 그 외 제반

된 목적물을 특정유증하였다면 특별한 사정이 없는 한 채무 인수를 부담으로 정하여 유증하였다고 볼 수 있고, 수증자가 그 채무를 변제하더라도 상속인에게 구상권을 행사할 수 없다.[3986]

유증은 '상대방 없는 단독행위'이고, 사인증여는 '증여계약'의 일종이다.[3987] 민법 제562조는 사인증여에 관하여 유증에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있지만,[3988] 유증의 방식에 관한 민법 제1065조 내지 제1072조는 '단독행위'임을 전제로 하는 것이어서 '계약'인 사인증여에는 적용되지 않고, 포괄적 수증자의 권리의무에 관한 민법 제1078조도 포괄적 사인증여에 준용되지 않는다.[3989] 특별한 사정이 없는 한 유증의 철회에 관한 민법 제1108조[3990] 제1항은 사인증여에 준용된다.[3991] 유언의 요건을 갖추지 못하여 효력

사정을 종합적으로 고려하여 탐구된 유언자의 의사에 따라 결정되어야 하고, 통상은 상속재산에 대한 비율의 의미로 유증이 된 경우는 포괄적 유증, 그렇지 않은 경우는 특정유증이라고 할 수 있지만, 유언공정증서 등에 유증한 재산이 개별적으로 표시되었다는 사실만으로는 특정유증이라고 단정할 수는 없고 상속재산이 모두 얼마나 되는지를 심리하여 다른 재산이 없다고 인정되는 경우에는 이를 포괄적 유증이라고 볼 수도 있다(2000다73445).

3986) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2017다265884 판결; "유언자가 자신의 재산 전부 또는 전 재산의 비율적 일부가 아니라 일부 재산을 특정하여 유증한 특정유증의 경우에는, 유증 목적인 재산은 일단 상속재산으로서 상속인에게 귀속되고 유증을 받은 자는 유증의무자에 대하여 유증을 이행할 것을 청구할 수 있는 채권을 취득하게 된다. 유언자가 임차권 또는 근저당권이 설정된 목적물을 특정유증하면서 유증을 받은 자가 그 임대차보증금반환채무 또는 피담보채무를 인수할 것을 부담으로 정한 경우에 … 특정유증을 받은 자가 유증 목적물에 관한 임대차보증금반환채무 또는 피담보채무를 임차인 또는 근저당권자에게 변제하였다고 하더라도 상속인에 대한 관계에서는 자신의 채무 또는 장차 인수하여야 할 채무를 변제한 것이므로 상속인에 대하여 구상권을 행사할 수 없다고 봄이 타당하다. 위와 같은 법리는 유증 목적물에 관한 임대차계약에 대항력이 있는지 여부와 무관하게 적용된다. … 유언자가 부담부 유증을 하였는지 여부는 유언에 사용한 문언 및 그 외 제반 사정을 종합적으로 고려하여 탐구된 유언자의 의사에 따라 결정되어야 하는데, 유언자가 임차권 또는 근저당권이 설정된 목적물을 특정유증하였다면 특별한 사정이 없는 한 유증을 받은 자가 그 임대보증금반환채무 또는 피담보채무를 인수할 것을 부담으로 정하여 유증하였다고 볼 수 있다."

3987) 대법원 2023. 9. 27. 선고 2022다302237 판결; "유증은 유언으로 수증자에게 일정한 재산을 무상으로 주기로 하는 행위로서 상대방 없는 단독행위이다. 사인증여는 증여자가 생전에 무상으로 재산의 수여를 약속하고 증여자의 사망으로 그 약속의 효력이 발생하는 증여계약의 일종으로 수증자와의 의사의 합치가 있어야 하는 점에서 단독행위인 유증과 구별된다."

3988) 민법 제1116조의 '유류분 반환의 순서'에서 사인증여는 증여가 아니라 유증과 같이 본다(2001다6947).

3989) ❶ 민법 제562조가 사인증여에 관하여 유증에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있다고 하여, 이를 근거로 포괄적 유증을 받은 자는 상속인과 동일한 권리의무가 있다고 규정하고 있는 민법 제1078조가 포괄적 사인증여에도 준용된다고 해석하면 포괄적 사인증여에도 상속과 같은 효과가 발생하게 된다. 그러나 포괄적 사인증여는 낙성·불요식의 증여계약의 일종이고, 포괄적 유증은 엄격한 방식을 요하는 단독행위이며, 방식을 위배한 포괄적 유증은 대부분 포괄적 사인증여로 보여질 것인바, 포괄적 사인증여에 민법 제1078조가 준용된다면 양자의 효과는 같게 되므로, 결과적으로 포괄적 유증에 엄격한 방식을 요하는 요식행위로 규정한 조항들은 무의미하게 될 것이다. 따라서 민법 제1078조가 포괄적 사인증여에 준용된다고 하는 것은 사인증여의 성질에 반한다고 할 것이어서 준용되지 아니한다고 해석함이 상당하다(94다37714,37721). ❷ 유증의 경우 태아의 출생 의제 규정(제1064조)이 적용되나, 사인증여 등 태아의 수증능력은 인정되지 않는다(81다534).

3990) **민법 제1108조(유언의 철회)** ① 유언자는 언제든지 유언 또는 생전행위로써 유언의 전부나 일부를 철회할 수 있다. ② 유언자는 그 유언을 철회할 권리를 포기하지 못한다. **제1109조(유언의 저촉)** 전후의 유언이 저촉되거나 유언후의 생전행위가 유언과 저촉되는 경우에는 그 저촉된 부분의 전유언은 이를 철회한 것으로 본다. **제1110조(파훼로 인한 유언의 철회)** 유언자가 고의로 유언증서 또는 유증의 목적물을 파훼한 때에는 그 파훼한 부분에 관한 유언은 이를 철회한 것으로 본다.☛ ❶ 갑이 자녀들인 을과 병 등에게 갑 소유 부동산을 유증하기로 하는 공정증서를 작성한 후, 갑이 공정증서의 내용을 수정하려면 을과 병 등 모두의 동의를 거쳐야 하고,

이 없는 '유증'을 유언자와 일부 상속인 간 '사인증여'로서의 효력을 인정함에는 신중을 기해야 한다.[3992]

3) 유언의 방식

유언은 통상의 경우 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서의 4가지 방식에 의하고, 이러한 보통방식에 의할 수 없는 경우 구수증서의 방식에 의하는데(민법 제1065조 내지 제1070조), 법정된 요건과 방식에 어긋난 유언은 유언자의 진정한 의사에 합치하더라도 무효이다.[3993] 피상속인의 상속에 관한 유언서를 위조·변조·파기 또는 은닉한 자[3994] 등

갑이 임의로 공정증서의 내용을 수정하는 경우 갑과 을 등은 공정증서에 따라 협의하는 것으로 하며, 갑의 소유 재산을 을과 병 등에게 증여하는 경우에는 공정증서에 따른 분배로 보아 처리하기로 하는 등 갑 소유 재산의 관리와 처분 및 공정증서 등에 관한 약정을 체결한 사안에서, 갑의 유언철회의 자유를 제한하고 사실상 유언철회를 무력화하는 셈이 되며, 유언의 효력이 발생하기도 전에 유언에 따라 취득한 권리의 처리에 관한 사항을 미리 정하고 있는 것이므로, 약정이 무효라고 한 사례(2012다94940). ❷ 유언자가 유언을 철회한 것으로 볼 수 없는 이상, 유언증서가 그 성립 후에 멸실되거나 분실되었다는 사유만으로 유언이 실효되는 것은 아니고 이해관계인은 유언증서의 내용을 입증하여 유언의 유효를 주장할 수 있다(96다21119). ❸ '저촉'이라 함은 전의 유언을 실효시키지 않고서는 유언 후의 생전행위가 유효로 될 수 없음을 가리키되 법률상 또는 물리적인 집행불능만을 뜻하는 것이 아니라 후의 행위가 전의 유언과 양립될 수 없는 취지로 행하여졌음이 명백하면 족하고, 이러한 저촉 여부 및 그 범위를 결정함에 있어서는 전후 사정을 합리적으로 살펴 유언자의 의사가 유언의 일부라도 철회하려는 의사인지 아니면 그 전부를 불가분적으로 철회하려는 의사인지 여부를 실질적으로 그 집행이 불가능하게 된 유언 부분과 관련시켜 신중하게 판단하여야 한다(97다38510). ❶ 유언증서를 작성한 후 재혼하였다거나, 유언증서에서 유증하기로 한 일부 재산을 처분한 사실이 있다고 하여 다른 재산에 관한 유언을 철회한 것으로 볼 수 없다(97다38503).

3991) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다245330 판결: "사인증여는 증여자의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 무상행위로 그 실제적 기능이 유증과 다르지 않으므로, 증여자의 사망 후 재산 처분에 관하여 유증과 같이 증여자의 최종적인 의사를 존중할 필요가 있다. 또한 증여자가 사망하지 않아 사인증여의 효력이 발생하기 전임에도 사인증여가 계약이라는 이유만으로 그 법적 성질상 철회가 인정되지 않는다고 볼 것은 아니다. 이러한 사정을 고려하면 특별한 사정이 없는 한 유증의 철회에 관한 민법 제1108조 제1항은 사인증여에 준용된다고 해석함이 타당하다." ☜ 원심이, 유증의 철회에 관한 민법 제1108조 제1항이 원칙적으로 사인증여에 준용될 수 없으나 예외적으로 특별한 사정이 있는 경우에는 사인증여에 준용될 수 있다고 판단한 부분은 부적절하지만, 예외적으로 철회가 인정되는 경우에 해당한다고 본 원심의 결론은 정당하다고 한 예.

3992) 대법원 2023. 9. 27. 선고 2022다302237 판결: "망인이 단독행위로서 유증을 하였으나 유언의 요건을 갖추지 못하여 효력이 없는 경우 이를 '사인증여'로서 효력을 인정하려면 증여자와 수증자 사이에 청약과 승낙에 의한 의사합치가 이루어져야 하는데, 유언자인 망인이 자신의 상속인인 여러 명의 자녀들에게 재산을 분배하는 내용의 유언을 하였으나 민법상 요건을 갖추지 못하여 유언의 효력이 부정되는 경우 유언을 하는 자리에 동석하였던 일부 자녀와 사이에서만 '청약'과 '승낙'이 있다고 보아 사인증여로서의 효력을 인정한다면, 자신의 재산을 배우자와 자녀들에게 모두 배분하고자 하는 망인의 의사에 부합하지 않고 그 자리에 참석하지 않았던 나머지 상속인들과의 형평에도 맞지 않는 결과가 초래된다. 따라서 이러한 경우 유언자인 망인과 일부 상속인인 원고 사이에서만 사인증여로서의 효력을 인정하여야 할 특별한 사정이 없는 이상 그와 같은 효력을 인정하는 판단에는 신중을 기해야 한다."

3993) **민법 제1060조(유언의 요식성)** 유언은 본법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 생하지 아니한다. ☛ ❶ 민법이 유언의 방식을 엄격하게 규정한 것은 유언자의 진의를 명확히 하고 그로 인한 법적 분쟁과 혼란을 예방하기 위한 것이기 때문이다(2005다57899). ❷ 법률상 유언이 아닌 것을 유언이라고 신앙하였다 하여 그것이 곧 유언이 될 수 없고, 민사소송법상의 자백이 될 수 없다(2000다66430,66447; 원고가 소장에서 청구원인으로 망인이 별지 기재와 같은 내용의 유언을 하였음을 이유로 피고들에게 그 이행을 청구하였다가, 청구취지 및 원인변경신청서에서 망인과 원고 사이에 위 내용의 사인증여계약이 체결되었다고 주장하였으나, 원고의 위 주장은 별지 기재 의사표시의 법률적 성격에 관한 진술에 불과하고 사실에 관한 진술을 한 것이라고 볼 수 없으므로 그 진술은 자유로이 철회할 수 있고 법원도 이에 구속되지 않는다고 한 예).

수유결격자 즉, 상속결격자[3995]에 대한 유언은 무효이다.

피성년후견인 또는 피한정후견인은 '의사능력'이 있는 한 성년후견인 또는 한정후견인의 동의 없이도 유언을 할 수 있다.[3996]

'자필증서에 의한 유언'의 요건사실은,[3997] ① '유언자가 전문과 연월일,[3998] 주소,[3999] 성명을 자서하고 날인한[4000] 사실'이다. 자필증서에 문자를 삽입, 삭제 또는 변경한 때에도 유언자가 이를 자서하고 날인하여야 한다.[4001]

3994) 대법원 2023. 12. 21. 선고 2023다265731 **판결**: "상속결격은 법정사유가 인정되면 상속권 박탈이라는 중대한 효과가 법률상 당연히 발생하므로 그 사유를 엄격하게 해석하여야 하고, 유추에 의하여 상속결격사유를 확장하는 것은 허용되지 않는다. 상속인 결격사유의 하나로 규정하고 있는 민법 제1004조 제5호 소정의 '상속에 관한 유언서를 은닉한 자'라 함은 유언서의 소재를 불명하게 하여 그 발견을 방해하는 행위를 한 자를 의미하는 것으로, 공동상속인들 사이에 그 내용이 널리 알려진 유언서에 관하여 피상속인의 사망 후 일정한 기간이 경과한 시점에서 비로소 그 존재를 주장하는 등의 사정만으로 이를 두고 유언서의 은닉에 해당한다고 단정할 수 없다."

3995) **민법 제1004조(상속인의 결격사유)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당한 자는 상속인이 되지 못한다. 〈개정 1990.1.13., 2005.3.31〉 1. 고의로 직계존속, 피상속인, 그 배우자 또는 상속의 선순위나 동순위에 있는 자를 살해하거나 살해하려한 자 2. 고의로 직계존속, 피상속인과 그 배우자에게 상해를 가하여 사망에 이르게 한 자 3. 사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언 또는 유언의 철회를 방해한 자 4. 사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언을 하게 한 자 5. 피상속인의 상속에 관한 유언서를 위조·변조·파기 또는 은닉한 자 ☛ **제1064조(유언과 태아, 상속결격자)** 제1000조제3항, 제1004조의 규정은 수증자에 준용한다.

3996) 피성년후견인과 피한정후견인의 유언에 관하여는 행위능력에 관한 민법 제10조 및 제13조가 적용되지 않으므로(**민법 제1062조**), 피성년후견인 또는 피한정후견인은 의사능력이 있는 한 성년후견인 또는 한정후견인의 동의 없이도 유언을 할 수 있다. 후견심판 사건에서 가사소송법 제62조 제1항에 따른 사전처분으로 후견심판이 확정될 때까지 임시후견인이 선임된 경우, 사건본인은 의사능력이 있는 한 임시후견인의 동의가 없이도 유언을 할 수 있다고 보아야 하고, 아직 성년후견이 개시되기 전이라면 의사가 유언서에 심신 회복 상태를 부기하고 서명날인하도록 요구한 민법 제1063조 제2항은 적용되지 않는다고 보아야 한다(대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다261237 판결).

3997) **민법 제1066조(자필증서에 의한 유언)** ① 자필증서에 의한 유언은 유언자가 그 전문과 연월일, 주소, 성명을 자서하고 날인하여야 한다. ② 전항의 증서에 문자의 삽입, 삭제 또는 변경을 함에는 유언자가 이를 자서하고 날인하여야 한다.

3998) 자필유언증서의 연월일은 이를 작성한 날로서 유언능력의 유무를 판단하거나 다른 유언증서와 사이에 유언성립의 선후를 결정하는 기준일이 되므로 그 작성일을 특정할 수 있게 기재하여야 한다. 따라서 연·월만 기재하고 일의 기재가 없는 자필유언증서는 그 작성일을 특정할 수 없으므로 효력이 없다(2009다9768).

3999) ❶ 주소를 쓴 자리가 반드시 유언 전문 및 성명이 기재된 지면이어야 하는 것은 아니고 유언서의 일부로 볼 수 있는 이상 그 전문을 담은 봉투에 기재하더라도 무방하며, 그 날인은 인장 대신에 무인에 의한 경우에도 유효하다(97다38510). ❷ 자서가 필요한 주소는 반드시 주민등록법에 의하여 등록된 곳일 필요는 없으나, 적어도 민법 제18조에서 정한 생활의 근거되는 곳으로서 다른 장소와 구별되는 정도의 표시를 갖추어야 한다(2012다71688; 망인이 유언장에 기재한 '암사동에서'라는 부분을 다른 주소와 구별되는 정도의 표시를 갖춘 생활의 근거되는 곳을 기재한 것으로 보기는 어려우므로, 주소의 자서가 누락되어 법정된 요건과 방식에 어긋나 그 효력이 없다고 한 예).

4000) 유언자의 날인이 없는 유언장은 자필증서에 의한 유언으로서의 효력이 없다(2006다25103,25110).

4001) 유언자가 자필유언증서에 2005. 5. 17. 발급받은 자신의 인감증명서를 첨부하고 그 인감증명서의 사용용도란에 '02-12-유언서 사실확인용'이라고 자서하였다 하더라도 민법 제1066조 제2항이 정한 방식에 따라 '2002년 12월' 중의 특정한 날이 그 작성일로 삽입되었거나 그 작성의 연월일을 '2005. 5. 17.'로 변경하였다고 볼 수 없으므로, 이로써 자필유언증서가 유효하게 된다고 볼 수 없다고 한 예(2009다9768). ☛ 자필증서 중 증서의 기재 자체에 의하더라도 명백한 오기를 정정한 것에 지나지 아니한다고 보인다면 설령 그 수정 방식이 법조항에 위배된다고 할지라도 유언자의 의사를 용이하게 확인할 수 있으므로 이러한 방식의 위배는 유언의 효력에 영향을 미치지 아니한다(97다38510).

'녹음에 의한 유언'의 요건사실은,[4002] ① '유언자가 유언의 취지, 그 성명과 연월일을 구술하고 이에 참여한 증인이 유언의 정확함과 그 성명을 구술한 사실'이다.

'공정증서에 의한 유언'의 요건사실은,[4003] ① '증인 2인이 참여한 사실',[4004] ② '유언자가 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수한 사실',[4005] ③ '공증인이 유언자의 구술을 필기하여 유언자와 증인 앞에서 낭독한 사실', ④ '유언자와 증인이 필기가 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인한 사실'이다.

'비밀증서에 의한 유언'의 요건사실은,[4006] ① '유언자가 필자의 성명을 기입한 증서를 엄봉·날인한 사실', ② '엄봉한 날인증서를 2인 이상의 증인의 면전에 제출하여 자기의 유언서임을 표시한 사실', ③ '봉서표면에 제출 연월일을 기재하고 유언자와 증인이 각자 서명 또는 기명날인한 사실', ④ '유언봉서를 그 표면에 기재된 날로부터 5일 내에 공증인 또는 가정법원서기에게 제출하여 그 봉인상에 확정일자인을 받은 사실'이다.

비밀증서에 의한 유언이 그 방식에 흠결이 있는 경우에 그 증서가 자필증서의 방식에 적합한 때에는 자필증서에 의한 유언으로 본다(민법 제1071조).

'구수증서에 의한 유언'의 요건사실은,[4007] ① '질병 기타 급박한 사유로 인하여 다른

4002) **민법 제1067조(녹음에 의한 유언)** 녹음에 의한 유언은 유언자가 유언의 취지, 그 성명과 연월일을 구술하고 이에 참여한 증인이 유언의 정확함과 그 성명을 구술하여야 한다.

4003) **민법 제1068조(공정증서에 의한 유언)** 공정증서에 의한 유언은 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인 하여야 한다.

4004) ❶ 공증인이나 촉탁인의 피용자 또는 공증인의 보조자는 촉탁인이 증인으로 참여시킬 것을 청구한 경우를 제외하고는 공정증서에 의한 유언에서 증인도 될 수 없다(2011스226). ❷ 유언에 참여할 수 없는 증인결격자의 하나로 민법 제1072조 제1항 제3호가 규정하고 있는 '유언에 의하여 이익을 받을 자'라 함은 유언자의 상속인으로 될 자 또는 유증을 받게 될 수증자 등을 말하는 것이므로, 유언집행자는 증인결격자에 해당한다고 볼 수 없다(97다57733). ❸ 공정증서에 의한 유언 당시 증인으로 참여한 2인 중 1인이 망인의 배우자의 혈족으로서 촉탁인의 친족이므로 민법 제1072조 제2항에서 규정한 증인결격자에 해당한다는 이유로, 유언이 무효라고 판단한 예(2004다35533).

4005) 여기서 '유언취지의 구수'라고 함은 말로써 유언의 내용을 상대방에게 전달하는 것을 뜻하는 것이므로 이를 엄격하게 제한하여 해석하여야 하는 것이지만, 공증인이 유언자의 의사에 따라 유언의 취지를 작성하고 그 서면에 따라 유언자에게 질문을 하여 유언자의 진의를 확인한 다음 유언자에게 필기된 서면을 낭독하여 주었고, 유언자가 유언의 취지를 정확히 이해할 의사식별능력이 있고 유언의 내용이나 유언경위로 보아 유언 자체가 유언자의 진정한 의사에 기한 것으로 인정할 수 있는 경우에는, 위와 같은 '유언취지의 구수' 요건을 갖추었다고 보아야 할 것이다(2007다51550, 51567; 공증 변호사가 미리 작성하여 온 공정증서에 따라, 의식이 명료하고 언어소통에 지장이 없는 유언자에게 질문하여 유증의사를 확인하고 그 증서의 내용을 읽어주어 이의 여부도 확인한 다음 자필서명을 받은 경우, 위 공정증서에 의한 유언은 그 요건을 모두 갖추었다고 한 사례).

4006) **민법 제1069조(비밀증서에 의한 유언)** ① 비밀증서에 의한 유언은 유언자가 필자의 성명을 기입한 증서를 엄봉날인하고 이를 2인 이상의 증인의 면전에 제출하여 자기의 유언서임을 표시한 후 그 봉서표면에 제출 연월일을 기재하고 유언자와 증인이 각자 서명 또는 기명날인 하여야 한다. ② 전항의 방식에 의한 유언봉서는 그 표면에 기재된 날로부터 5일내에 공증인 또는 법원서기에게 제출하여 그 봉인상에 확정일자인을 받아야 한다.

4007) **민법 제1070조(구수증서에 의한 유언)** ① 구수증서에 의한 유언은 질병 기타 급박한 사유로 인하여 전4조의 방식에 의할 수 없는 경우에 유언자가 2인 이상의 증인의 참여로 그 1인에게 유언의 취지를 구수하고 그 구수를 받은 자가 이를 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 한다.

방식에 의한 유언을 할 수 없었던 사실',[4008] ② '유언자가 2인 이상의 증인의 참여로 그 1인에게 유언의 취지를 구수한 사실',[4009] ③ '구수를 받은 자가 유언의 취지를 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인한 사실', ④ '증인 또는 이해관계인이 급박한 사유가 종료한 날로부터[4010] 7일 내에 가정법원에 그 검인을 신청하여 검인받은 사실'이다.[4011]

유언증서가 성립한 후에 멸실·분실되었다는 사유만으로 유언이 실효되는 것은 아니고 이해관계인은 유언증서의 내용을 증명하여 유언의 유효를 주장할 수 있다.[4012]

유증을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 경우 원고가, 유언무효확인청구의 경우 피고가 위 각 요건사실을 주장·증명하여야 하고, 유증을 원인으로 한 소유권이전등기의 말소등기청구의 경우 원고가 위 각 요건사실의 흠결로 유언이 무효임을 주장·증명하여야 할 것이다.

자. 유 류 분

1) 유류분반환청구

유류분권리자가 피상속인의 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에 부족이 생긴 때에는 부족한 한도에서 그 재산의 반환을 청구할 수 있다(민법 제1115조 제1항). 유류분반

---

② 전항의 방식에 의한 유언은 그 증인 또는 이해관계인이 급박한 사유의 종료한 날로부터 7일내에 법원에 그 검인을 신청하여야 한다. ③ 제1063조 제2항의 규정은 구수증서에 의한 유언에 적용하지 아니한다.

4008) 유언자가 질병 기타 급박한 사유에 있는지 여부를 판단함에 있어서는 유언자의 진의를 존중하기 위하여 유언자의 주관적 입장을 고려할 필요가 있을지 모르지만 자필증서, 녹음, 공정증서 및 비밀증서의 방식에 의한 유언이 객관적으로 가능한 경우까지 구수증서에 의한 유언을 허용하여야 하는 것은 아니다(98다17800).

4009) 여기서 '유언취지의 구수'라 함은 말로써 유언의 내용을 상대방에게 전달하는 것을 뜻하는 것이므로, 증인이 제3자에 의하여 미리 작성된, 유언의 취지가 적혀 있는 서면에 따라 유언자에게 질문을 하고 유언자가 동작이나 간략한 답변으로 긍정하는 방식은, 유언 당시 유언자의 의사능력이나 유언에 이르게 된 경위 등에 비추어 그 서면이 유언자의 진의에 따라 작성되었음이 분명하다고 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 민법 제1070조 소정의 유언취지의 구수에 해당한다고 볼 수 없다 할 것이다(2005다57899; 유언 당시에 자신의 의사를 제대로 말로 표현할 수 없는 유언자가 유언취지의 확인을 구하는 변호사의 질문에 대하여 고개를 끄덕이거나 "음", "어"라고 말한 것만으로는 민법 제1070조가 정한 유언의 취지를 구수한 것으로 볼 수 없다고 한 사례).

4010) 유언자의 질병으로 인하여 구수증서의 방식으로 유언을 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 유언이 있은 날에 급박한 사유가 종료하였다고 하겠으므로, 유언이 있은 날로부터 7일 이내에 그 검인신청을 하여야 한다(94스16).

4011) 甲이 입원하고 있던 병원에서 그가 대표이사로 재직하던 회사의 부사장과 비서인 乙을 참석하게 하여 乙로 하여금 계쟁토지를 丙의 단독 소유로 한다는 등의 유언을 받아쓰게 하여 유언서를 작성한 후 甲이 사망하자 乙은 그 사망 직후 같은 회사 직원으로 하여금 위 유언서를 정서하게 하였고 정서된 유언서는 합동법률사무소에서 甲의 처의 촉탁에 의하여 그 사본이 원본과 상위 없다는 내용의 인증을 받은 경우 甲의 유언은 민법 제1070조 제1항에 정한 구수증서에 의한 유언인데 같은 조 제2항에 따라 유언의 증인 또는 이해관계인이 급박한 사정이 종료한 날로부터 7일 이내에 법원의 검인을 받았다고 인정할 증거가 없어 甲의 유언은 그 효력이 없다고 한 사례(91다39719).

4012) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2023다217534 판결(이는 녹음에 의한 유언이 성립한 후에 녹음테이프나 녹음파일 등이 멸실 또는 분실된 경우에도 마찬가지이다).

환청구권의 행사는 재판상 또는 재판 외에서 상대방에 대한 의사표시의 방법으로 할 수 있고,[4013] 그 행사로 유류분을 침해하는 증여·유증은 소급적으로 효력을 상실한다(물권적 형성권설).[4014]

반환의무자는 유류분권리자가 청구하는 방법에 따라 통상적으로 증여·유증 대상 재산 그 자체를 반환하여야 하나,[4015] 원물반환이 불가능한 경우에는 사실심 변론종결 시를 기준으로 한 그 가액 상당액을 반환하여야 한다.[4016] 유류분반환청구권의 행사로 인하여 생기는 원물반환의무 또는 가액반환의무는 이행기한의 정함이 없는 채무이므로, 반환의

4013) ❶ **유류분반환청구권의 행사의 의사표시**는 침해를 받은 유증 또는 증여행위를 지정하여 이에 대한 반환청구의 의사를 표시하면 그것으로 족하고 이로 인하여 생긴 목적물의 이전등기청구권이나 인도청구권 등을 행사하는 것과는 달리 그 목적물을 구체적으로 특정하여야 하는 것은 아니다(2010다42624,42631; 그 의사표시 도달일이 유류분반환을 원인으로 한 소유권이전등기의 등기원인일이 된다). ❷ 상속인이 유증 또는 증여행위가 무효임을 주장하여 상속 내지는 법정상속분에 기초한 반환을 주장하는 경우에는 그와 양립할 수 없는 유류분반환청구권을 행사한 것으로 볼 수 없을 것이나, 상속인이 유증 또는 증여행위의 효력을 명확히 다투지 아니하고 수유자 또는 수증자에 대하여 재산의 분배나 반환을 청구하는 경우에는 유류분반환의 방법에 의할 수밖에 없을 것이므로 비록 유류분의 반환을 명시적으로 주장하지 않는다고 하더라도 그 청구 속에는 유류분반환청구권을 행사하는 의사표시가 포함되어 있다고 해석함이 상당한 경우가 많을 것이다(2010다50809). ❸ 유류분권리자가 위와 같은 방법으로 유류분반환청구권을 행사하면 민법 제1117조 소정의 소멸시효 기간 안에 권리를 행사한 것이 된다(2011다55092,55108). ❶ 상속재산분할심판절차에서 종전에 하였던 유류분반환 주장을 철회한 것은 유류분반환청구가 가정법원의 관할에 속하지 않는 점을 고려한 데서 비롯된 법원에 대한 의사표시일 뿐 사법상의 유류분반환청구의 의사표시를 취소하거나 철회한 것으로 볼 수는 없다(2000다8878). ❸ 유류분반환청구권은 그 행사 여부가 유류분권리자의 인격적 이익을 위하여 그의 자유로운 의사결정에 전적으로 맡겨진 권리로서 행사상의 일신전속성을 가진다고 보아야 하므로, 유류분권리자에게 그 권리행사의 확정적 의사가 있다고 인정되는 경우가 아니라면 채권자대위권의 목적이 될 수 없다(2009다93992).

4014) 따라서 반환의무자는 유류분권리자의 유류분을 침해하는 범위 내에서 그와 같이 실효된 증여 또는 유증의 목적물을 사용·수익할 권리를 상실하게 되고, 유류분권리자의 목적물에 대한 사용·수익권은 상속개시의 시점에 소급하여 반환의무자에 의하여 침해당한 것이 된다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624, 42631 판결).

4015) 유류분권리자가 반환의무자를 상대로 유류분반환청구권을 행사하고 이로 인하여 생긴 목적물의 이전등기의무나 인도의무 등의 이행을 소로써 구하는 경우에는 그 대상과 범위를 특정하여야 하고, 법원은 처분권주의의 원칙상 유류분권리자가 특정한 대상과 범위를 넘어서 그 청구를 인용할 수 없다(2010다42624,42631).

4016) ❶ 민법은 **유류분의 반환방법**에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 증여 또는 유증대상 재산 그 자체를 반환하는 것이 통상적인 반환방법이므로, 유류분권리자가 원물반환의 방법으로 유류분반환을 청구하고 그와 같은 원물반환이 가능하다면 특별한 사정이 없는 한 법원은 유류분권리자가 청구하는 방법에 따라 원물반환을 명하여야 한다. 증여나 유증 후 그 목적물에 관하여 제3자가 저당권이나 지상권 등의 권리를 취득한 경우에는 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란하므로, 반환의무자가 목적물을 저당권 등의 제한이 없는 상태로 회복하여 이전해 줄 수 있다는 등의 예외적인 사정이 없는 한 유류분권리자는 반환의무자를 상대로 원물반환 대신 그 가액의 반환을 구할 수 있다. 그러나 유류분권리자가 스스로 위험이나 불이익을 감수하면서 원물반환을 구하는 것까지 허용되지 않는다고 볼 것은 아니므로, 그 경우에도 법원은 유류분권리자가 청구하는 방법에 따라 원물반환을 명하여야 한다(대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다250783 판결). 나아가 유류분반환의 목적물에 부동산과 금원이 혼재되어 있다거나 유류분권리자에게 반환되어야 할 부동산의 지분이 많지 않다는 사정은 원물반환을 명함에 아무런 지장이 되지 아니함이 원칙이다(2013다65963). ❷ 원물반환이 가능하더라도 유류분권리자와 반환의무자 사이에 가액으로 이를 반환하기로 협의가 이루어지거나 유류분권리자의 가액반환청구에 대하여 반환의무자가 이를 다투지 않은 경우에는 법원은 그 가액반환을 명할 수 있지만, 유류분권리자의 가액반환청구에 대하여 반환의무자가 원물반환을 주장하며 가액반환에 반대하는 의사를 표시한 경우에는 반환의무자의 의사에 반하여 원물반환이 가능한 재산에 대하여 가액반환을 명할 수 없다(2010다42624,42631). ❸ 유류분으로 반환하여야 할 대상이 주식인 경우, 반환의무자가 피상속인으로부터 증여받은 주권 그 자체를 보유하고 있지 않다고 하더라도 그 대체물인 주식을 제3자로부터 취득하여 반환할 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한 원물반환의무의 이행이 불가능한 것은 아니다(2004다51887).

무자는 그 의무에 대한 이행청구를 받은 때에 비로소 지체책임을 진다.[4017]

유류분반환청구권의 행사에 의하여 반환하여야 할 증여 또는 유증의 목적이 된 재산이 타인에게 양도된 경우, 그 '양수인이 양도 당시 유류분권리자를 해함을 안 사실'(양수인의 악의)을 주장·증명하여 양수인에 대하여 그 재산의 반환을 청구할 수 있다.[4018]

증여 및 유증을 받은 자가 '수인'인 때에는 각자가 얻은 유증가액의 비례로 반환하여야 한다(민법 제1115조 제2항).[4019] 어느 공동상속인 1인이 특별수익으로서 '여러 부동산을 증여'받아 그 증여재산으로 유류분권리자에게 유류분 부족액을 반환하는 경우, 반환해야 할 증여재산의 범위는 특별한 사정이 없는 한 민법 제1115조 제2항을 유추적용하여 증여재산의 가액에 비례하여 안분하는 방법으로 정한다.[4020]

유류분반환청구의 목적인 증여나 유증이 '병존'하고 있는 경우, 유류분권리자는 먼저 유증을 받은 자를 상대로 유류분침해액의 반환을 구하여야 하고, 그 이후에도 여전히 유류분침해액이 남아 있는 경우에 한하여 증여를 받은 자에 대하여 그 부족분을 청구할 수 있다.[4021]

4017) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624, 42631 판결(원심이 원심 변론종결일을 기준으로 반환하여야 할 가액을 산정하였다는 이유를 들어 그 가액에 대한 지연손해금을 원심 변론종결일 다음날부터 지급하여야 한다고 본 것은 수긍하기 어렵고, 가액반환청구를 한 신청서부본의 송달일 다음날부터 연 5푼의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명하여야 한다고 판시한 예).

4018) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2010다104768 판결.

4019) 유류분권리자가 유류분반환청구를 함에 있어, 증여 또는 유증을 받은 다른 공동상속인이 수인일 때에는, 각자 증여 또는 유증을 받은 재산 등의 가액이 자기 고유의 유류분액을 초과하는 상속인에 대하여 그 유류분액을 초과한 가액의 비율에 따라서 반환을 청구할 수 있고, 공동상속인과 공동상속인 아닌 제3자가 있는 경우에는, 그 제3자에게는 유류분이 없으므로 공동상속인에 대하여는 자기 고유의 유류분액을 초과한 가액을 기준으로 하여, 제3자에 대하여는 그 증여 또는 유증받은 재산의 가액을 기준으로 하여, 그 각 가액의 비율에 따라 반환청구를 할 수 있다(2006다46346).

4020) 따라서 유류분반환 의무자는 증여받은 모든 부동산에 대하여 각각 일정 지분을 반환해야 하는데, 그 지분은 모두 증여재산의 상속개시 당시 총가액에 대한 유류분 부족액의 비율이 된다. 다만 증여 이후 수증자나 수증자로부터 증여재산을 양수받은 사람이 자기의 비용으로 증여재산의 성상 등을 변경하여 상속개시 당시 그 가액이 증가되어 있는 경우, 유류분 부족액을 산정할 때 기준이 되는 증여재산의 가액에 관해서는 위와 같이 변경된 성상 등을 기준으로 증여재산의 상속개시 당시 가액을 산정하면 유류분권리자에게 부당한 이익을 주게 되므로, 그와 같은 변경이 있기 전 증여 당시의 성상 등을 기준으로 상속개시 당시 가액을 산정해야 한다. 반면 유류분 부족액 확정 후 증여재산별로 반환 지분을 산정할 때 기준이 되는 증여재산의 총가액에 관해서는 상속개시 당시의 성상 등을 기준으로 상속개시 당시의 가액을 산정함이 타당하다. 이 단계에서는 현재 존재하는 증여재산에 관한 반환 지분의 범위를 정하는 것이므로 이와 같이 산정하지 않을 경우 유류분권리자에게 증여재산 중 성상 등이 변경된 부분까지도 반환되는 셈이 되어 유류분권리자에게 부당한 이익을 주게 되기 때문이다(대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다250783 판결).

4021) **민법 제1116조(반환의 순서)** 증여에 대하여는 유증을 반환받은 후가 아니면 이것을 청구할 수 없다. ☛ ❶ 사인증여의 경우에는 유증의 규정이 준용될 뿐만 아니라 그 실제적 기능도 유증과 달리 볼 필요가 없으므로 유증과 같이 보아야 한다(2001다6947). ❷ 증여 또는 유증을 받은 재산 등의 가액이 자기 고유의 유류분액을 초과하는 수인의 공동상속인이 유류분권리자에게 반환하여야 할 재산과 범위를 정할 때에, 수인의 공동상속인이 유증받은 재산의 총 가액이 유류분권리자의 유류분 부족액을 초과하는 경우에는 유류분 부족액의 범위 내에서 각자의 수유재산을 반환하면 되는 것이지 이를 놓아두고 수증재산을 반환할 것은 아니다. 이 경우 수인의 공동상속인이 유류분권리자의 유류분 부족액을 각자의 수유재산으로 반환할 때 분담하여야 할 액은 각자 증여 또는 유증을 받은 재산 등의 가액이 자기 고유의 유류분액을 초과하는 가액의 비율에 따라 안분하여

2) 유류분 부족액의 산정방식

"유류분 부족액"의 산정식은 다음과 같다.

유류분 부족액 = [유류분 산정의 기초가 되는 재산(A) × 당해 유류분권자의 유류분 비율(B)] - 당해 유류분권자의 특별수익액(C) - 당해 유류분권자의 순상속분액(D)

※ A[4022] = 피상속인의 상속개시 당시 순재산액(= 적극적 상속재산액 - 상속채무액[4023]) + 증여재산액[4024]

※ B[4025] = 피상속인의 직계비속과 배우자의 경우 그 법정상속분의 1/2

※ C = 당해 유류분권자의 수증액[4026] + 수유액

정하되, 그중 어느 공동상속인의 수유재산의 가액이 그의 분담액에 미치지 못하여 분담액 부족분이 발생하더라도 이를 그의 수증재산으로 반환할 것이 아니라, 자신의 수유재산의 가액이 자신의 분담액을 초과하는 다른 공동상속인들이 위 분담액 부족분을 위 비율에 따라 다시 안분하여 그들의 수유재산으로 반환하여야 한다. 나아가 어느 공동상속인 1인이 수개의 재산을 유증받아 각 수유재산으로 유류분권리자에게 반환하여야 할 분담액을 반환하는 경우, 반환하여야 할 각 수유재산의 범위는 특별한 사정이 없는 한 민법 제1115조 제2항을 유추적용하여 각 수유재산의 가액에 비례하여 안분하는 방법으로 정함이 타당하다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624, 42631 판결).

4022) **민법 제1113조(유류분의 산정)** ① 유류분은 피상속인의 상속개시 시에 있어서 가진 재산의 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 채무의 전액을 공제하여 이를 산정한다. ② 조건부의 권리 또는 존속기간이 불확정한 권리는 가정법원이 선임한 감정인의 평가에 의하여 그 가격을 정한다. ☛ ❶ 민법 제1113조 제1항에서 그 대상재산에 포함되는 것으로 규정한 '증여재산'은 상속개시 전에 이미 증여계약이 이행되어 소유권이 수증자에게 이전된 재산을 가리키는 것이고, 아직 증여계약이 이행되지 아니하여 소유권이 피상속인에게 남아 있는 상태로 상속이 개시된 재산은 상속재산, 즉 '피상속인의 상속개시 시에 있어서 가진 재산'에 포함된다(2010다78722). ❷ 1977. 12. 31. 개정 민법으로 유류분 제도가 생기기 전에 피상속인이 상속인이나 제3자에게 재산을 증여하고 이행을 완료하여 소유권이 수증자에게 이전된 때에는 피상속인이 개정 민법 시행 이후에 사망하여 상속이 개시되더라도 소급하여 증여재산이 유류분 제도에 의한 반환청구의 대상이 되지는 않고, 유류분 반환청구자가 개정 민법 시행 전에 피상속인으로부터 증여받아 이미 이행이 완료된 경우에는 그 재산 역시 유류분 산정을 위한 기초재산에 포함되지 않는다(대법원 2018. 7. 12. 선고 2017다278422 판결).

4023) 민법 제1113조 제1항에서 공제되어야 할 채무란 상속채무, 즉 피상속인의 채무를 가리키는 것이고, 여기에 상속세, 상속재산의 관리·보존을 위한 소송비용 등 상속재산에 관한 비용은 포함되지 아니한다(2012다21720).

4024) 증여재산은 상속개시 시를 기준으로 산정하여야 한다. 수증자가 증여재산을 상속개시 시까지 그대로 보유하고 있는 경우에는 그 재산의 상속개시 당시 시가를 증여재산의 가액으로 평가할 수 있으나, 증여받은 재산을 상속개시 전에 처분하였거나 증여재산이 수용되었다면 증여재산의 현실 가치인 처분 당시의 가액을 기준으로 상속개시까지 사이의 물가변동률을 반영하는 방법으로 산정하여야 한다. 증여받은 재산이 금전일 경우에는 그 증여받은 금액을 상속개시 당시의 화폐가치로 환산하여야 하고, 이는 증여 당시부터 상속개시 당시까지 사이의 물가변동률을 반영하는 방법으로 산정하는 것이 합리적이다(대법원 2023. 5. 18. 선고 2019다222867 판결). 증여 이후 수증자나 수증자로부터 증여재산을 양수받은 자가 자기의 비용으로 증여재산의 성상 등을 변경하여 상속개시 당시 그 가액이 증가되어 있는 경우에는, 그와 같은 변경을 고려하지 않고 증여 당시의 성상 등을 기준으로 상속개시 당시의 가액을 산정하여야 한다(2010다104768).

4025) **민법 제1112조(유류분의 권리자와 유류분)** 상속인의 유류분은 다음 각 호에 의한다. 제1, 2호 피상속인의 직계비속, 배우자는 법정상속분의 2분의 1 제3호 피상속인의 직계존속은 법정상속분의 3분의 1 ☛ 헌재 2024. 4. 25. 선고 2020헌가4등 결정은 형제자매의 유류분을 규정한 제4호에 대하여 단순위헌결정, 유류분상실사유를 별도로 규정하지 아니한 제1~제3호에 대하여 계속적용 헌법불합치결정을 선고함.

4026) ❶ 1977. 12. 31. 개정 민법 시행 전에 이행이 완료된 증여 재산이 유류분 산정을 위한 기초재산에서 제외된다고 하더라도, 그 재산은 당해 유류분 반환청구자의 유류분 부족액 산정 시 특별수익으로 공제되어야 한다(대법원 2018. 7. 12. 선고 2017다278422 판결). ❷ 원고가 다른 공동상속인을 상대로 유류분반환을 구하는 소를 제기하였다가 '원고와 그 사이의 유류분반환을 둘러싼 분쟁을 종결한다'는 취지로 합의하고 그로부터 금원을 수령한 경우 이를 피상속인으로부터 증여 또는 유증에 유사하게 특별수익하였다고 볼 수 없으므로, 원고의

※ D[4027] = 당해 유류분권자가 상속에 의하여 얻은 재산액 – 상속채무 분담액[4028]

공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 생전 증여에 의하여 특별수익을 한 사람이 있는 경우에는 민법 제1118조, 제1008조[4029]에 따라 제1114조[4030]의 규정은 그 적용이 배제되고, 그 증여는 상속개시 1년 이전의 것인지 여부, 당사자 쌍방이 손해를 가할 것을 알고서 하였는지 여부에 관계없이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다.[4031] 피상속

유류분 부족액 산정 시 공제할 수 없다(2010다42624,42631).

4027) 공동상속인 중 특별수익을 받은 유류분권리자의 유류분 부족액을 산정할 때에는 유류분액에서 특별수익액과 순상속분액을 공제하여야 하고, 이때 공제할 순상속분액은 당해 유류분권리자의 특별수익을 고려한 구체적인 상속분에 기초하여 산정하여야 한다. 이처럼 유류분액에서 순상속분액을 공제하는 것은 유류분권리자가 상속개시에 따라 받은 이익을 공제하지 않으면 유류분권리자가 이중의 이득을 얻기 때문이다(대법원 2022. 8. 11. 선고 2020다247428 판결).

4028) 금전채무와 같이 급부의 내용이 가분인 채무가 공동상속된 경우, 이는 상속개시와 동시에 당연히 공동상속인들에게 법정상속분에 따라 상속된 것으로 봄이 상당하므로, 그 법정상속분 상당의 금전채무는 유류분권리자의 유류분 부족액을 산정함에 있어서 고려하여야 할 것이나, 공동상속인 중 1인이 자신의 법정상속분 상당의 상속채무 분담액을 초과하여 유류분권리자의 상속채무 분담액까지 변제한 경우에는 그 유류분권리자를 상대로 별도로 구상권을 행사하여 지급받거나 상계를 하는 등의 방법으로 만족을 얻는 것은 별론으로 하고, 그러한 사정을 유류분권리자의 유류분 부족액 산정 시 고려할 것은 아니다(2010다42624,42631).

4029) **민법 제1118조(준용규정)** 제1001조, 제1008조, 제1010조의 규정은 유류분에 이를 준용한다. **제1008조(특별수익자의 상속분)** 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.

4030) **민법 제1114조(산입될 증여)** 증여는 상속개시 전의 1년 간에 행한 것에 한하여 제1113조의 규정에 의하여 그 가액을 산정한다. 당사자 쌍방이 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고 증여를 한 때에는 1년 전에 한 것도 같다. ☛❶ 공동상속인이 아닌 제3자에 대한 증여는 원칙적으로 상속개시 전의 1년간에 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 법정상속분의 2분의 1을 유류분으로 갖는 배우자나 직계비속이 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 당사자 쌍방의 가해의 인식은 증여 당시를 기준으로 판단하여야 하는데, 그 증명책임은 유류분반환청구권을 행사하는 상속인에게 있다(대법원 2022. 8. 11. 선고 2020다247428 판결). ❷ 피상속인이 자신을 피보험자로 하되 공동상속인이 아닌 제3자를 보험수익자로 지정한 생명보험계약을 체결하거나 중간에 제3자로 보험수익자를 변경하고 보험회사에 보험료를 납입하다 사망하여 그 제3자가 생명보험금을 수령하는 경우, 피상속인은 보험수익자인 제3자에게 유류분 산정의 기초재산에 포함되는 증여를 하였다고 봄이 타당하다. 또한 공동상속인이 아닌 제3자에 대한 증여이므로 민법 제1114조에 따라 보험수익자를 그 제3자로 지정 또는 변경한 것이 상속개시 전 1년간에 이루어졌거나 당사자 쌍방이 그 당시 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고 이루어졌어야 유류분 산정의 기초재산에 포함되는 증여가 있었다고 볼 수 있다. 이때 유류분 산정의 기초재산에 포함되는 증여 가액은 피상속인이 보험수익자 지정 또는 변경과 보험료 납입을 통해 의도한 목적, 제3자가 보험수익자로서 얻은 실질적 이익 등을 고려할 때, 특별한 사정이 없으면 이미 납입된 보험료 총액 중 피상속인이 납입한 보험료가 차지하는 비율을 산정하여 이를 보험금액에 곱하여 산출한 금액으로 할 수 있다(2020다247428).

4031) ❶ 민법 제1118조에 의하여 준용되는 민법 제1008조는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정함에 있어 이를 참작하도록 하려는 데 있으므로, 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 생전 증여에 의하여 특별수익을 한 자가 있는 경우에는 민법 제1114조의 규정은 그 적용이 배제된다고 할 것이고, 따라서 그 증여는 상속개시 1년 이전의 것인지 여부, 당사자 쌍방이 손해를 가할 것을 알고서 하였는지 여부에 관계없이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다(95다17885). ❷ 유류분

인이 한 생전 증여에 상속인의 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우, 생전 증여를 특별수익에서 제외할 수 있으나, 유류분제도를 형해화시키지 않도록 신중하게 판단하여야 한다.[4032]

'순상속분액'이 음수인 경우에는 그 초과분을 유류분액에 가산하여 유류분 부족액을

산정의 기초재산에 포함되는 증여에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 피상속인의 재산처분행위의 법적 성질을 형식적·추상적으로 파악하는 데 그쳐서는 안 되고, 재산처분행위가 실질적인 관점에서 피상속인의 재산을 감소시키는 무상처분에 해당하는지 여부에 따라 판단해야 한다. ① 공동상속인이 다른 공동상속인에게 무상으로 자신의 상속분을 양도하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유류분에 관한 민법 제1008조의 증여에 해당하므로, 그 상속분은 양도인의 사망으로 인한 상속에서 유류분 산정을 위한 기초재산에 포함된다(대법원 2021. 7. 15. 선고 2016다210498 판결). ② 이러한 법리는 상속재산 분할협의의 실질적 내용이 어느 공동상속인이 다른 공동상속인에게 자신의 상속분을 무상으로 양도하는 것과 같은 때에도 마찬가지로 적용되므로, 상속재산 분할협의에 따라 무상으로 양도된 것으로 볼 수 있는 상속분은 양도인의 사망으로 인한 상속에서 유류분 산정을 위한 기초재산에 포함된다고 보아야 한다. 상속재산분할이 상속이 개시된 때 소급하여 효력이 있다고 해도(민법 제1015조 본문), 위와 같이 해석하는 데 지장이 없다(대법원 2021. 8. 19. 선고 2017다230338 판결). ❽ 피대습인이 대습원인의 발생 이전에 피상속인으로부터 생전 증여로 특별수익을 받은 경우 그 생전 증여는 대습상속인의 특별수익으로 봄이 타당하다(대법원 2022. 3. 17. 선고 2020다267620 판결). 대습상속인이 대습원인의 발생 이전에 피상속인으로부터 증여를 받은 경우 이는 상속인의 지위에서 받은 것이 아니므로 상속분의 선급으로 볼 수 없고 대습상속인의 특별수익에 해당하지 아니하여 유류분 산정을 위한 기초재산에 포함되지 않는다(대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다31802 판결). ❶ 피상속인으로부터 특별수익인 생전 증여를 받은 공동상속인이 상속을 포기한 경우에는 민법 제1114조가 적용되므로, 그 증여가 상속개시 전 1년간에 행한 것이거나 당사자 쌍방이 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고 한 경우에만 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다고 보아야 한다. 민법 제1008조에 따라 구체적인 상속분을 산정하는 것은 상속인이 피상속인으로부터 실제로 특별수익을 받은 경우에 한정되는데, 상속의 포기는 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 있고(민법 제1042조), 상속포기자는 처음부터 상속인이 아니었던 것이 되므로, 상속포기자에게는 민법 제1008조가 적용될 여지가 없기 때문이다. 이러한 법리는 피대습인이 대습원인의 발생 이전에 피상속인으로부터 생전 증여로 특별수익을 받은 이후 대습상속인이 피상속인에 대한 대습상속을 포기한 경우에도 그대로 적용된다(대법원 2022. 3. 17. 선고 2020다267620 판결).

4032) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다230083, 230090 판결; "유류분에 관한 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조 … 생전 증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활수준, 가정상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 당해 생전 증여가 장차 상속인으로 될 자에게 돌아갈 상속재산 중 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하여 결정하여야 한다. 따라서 피상속인으로부터 생전 증여를 받은 상속인이 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여하였고, 피상속인의 생전 증여에 상속인의 위와 같은 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우와 같이 상속인이 증여받은 재산을 상속분의 선급으로 취급한다면 오히려 공동상속인들 사이의 실질적인 형평을 해치는 결과가 초래되는 경우에는 그러한 한도 내에서 생전 증여를 특별수익에서 제외할 수 있다. 여기서 피상속인이 한 생전 증여에 상속인의 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는지 여부는 당사자들의 의사에 따라 판단하되, 당사자들의 의사가 명확하지 않은 경우에는 피상속인과 상속인 사이의 개인적 유대관계, 상속인의 특별한 부양 내지 기여의 구체적 내용과 정도, 생전 증여 목적물의 종류 및 가액과 상속재산에서 차지하는 비율, 생전 증여 당시의 피상속인과 상속인의 자산, 수입, 생활수준 등을 종합적으로 고려하여 형평의 이념에 맞도록 사회일반의 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 한다. 다만 유류분제도가 피상속인의 재산처분행위로부터 유족의 생존권을 보호하고 법정상속분의 일정비율에 해당하는 부분을 유류분으로 산정하여 상속인의 상속재산 형성에 대한 기여와 상속재산에 대한 기대를 보장하는 데 그 목적이 있는 점을 고려할 때, 피상속인의 생전 증여를 만연히 특별수익에서 제외하여 유류분제도를 형해화시키지 않도록 신중하게 판단하여야 한다." ☛ 생전 증여를 받은 상속인이 배우자로서 일생 동안 피상속인의 반려가 되어 그와 함께 가정공동체를 형성하고 이를 토대로 서로 헌신하며 가족의 경제적 기반인 재산을 획득·유지하고 자녀들에 대한 양육과 지원을 계속해 온 경우, 그 생전 증여에는 위와 같은 배우자의 기여나 노력에 대한 보상 내지 평가, 실질적 공동재산의 청산, 배우자의 여생에 대한 부양의무의 이행 등의 의미도 함께 담겨 있다고 봄이 상당하므로 그러한 한도 내에서는 위 생전 증여를 특별수익에서 제외하더라도 자녀인 공동상속인들과의 관계에서 공평을 해친다고 말할 수 없다(2010다66644).

산정하여야 하나, 한정승인을 했다면 위 초과분을 유류분액에 가산해서는 안 되고 순상속분액을 0으로 보아 유류분 부족액을 산정해야 한다.[4033] '채무인수 부담부 특정유증'의 경우, 상속인이 상속개시 시에 유증 목적물과 그에 관한 채무를 상속함을 전제로 유류분 산정의 기초가 되는 재산액을 확정하고, 그 특정유증으로 인해 유류분권리자가 얻은 순상속분액은 없다고 보아 유류분 부족액을 산정하여야 한다.[4034]

3) 소멸시효 항변 등

유류분반환청구권은 유류분권리자가 상속의 개시와 반환하여야 할 증여 또는 유증을 한 사실을 안 때로부터 1년, 상속이 개시한 때로부터 10년이 경과한 때에 시효로 소멸한다(민법 제1117조).[4035] 1년과 10년 둘 다 소멸시효기간에 해당한다.[4036]

4033) 대법원 2022. 8. 11. 선고 2020다247428 판결; "유류분권리자의 구체적인 상속분보다 유류분권리자가 부담하는 상속채무가 더 많다면, 즉 순상속분액이 음수인 경우에는 그 초과분을 유류분액에 가산하여 유류분 부족액을 산정하여야 한다. 이러한 경우에는 그 초과분을 유류분액에 가산해야 단순승인 상황에서 상속채무를 부담해야 하는 유류분권리자의 유류분액 만큼 확보해줄 수 있기 때문이다. … 유류분권리자의 구체적인 상속분보다 유류분권리자가 부담하는 상속채무가 더 많은 경우라도 유류분권리자가 한정승인을 했다면, 그 초과분을 유류분액에 가산해서는 안 되고 순상속분액을 0으로 보아 유류분 부족액을 산정해야 한다. 유류분권리자인 상속인이 한정승인을 하였으면 상속채무에 대한 한정승인자의 책임은 상속재산으로 한정되는데, 상속채무 초과분이 있다고 해서 그 초과분을 유류분액에 가산하게 되면 법정상속을 통해 어떠한 손해도 입지 않은 유류분권리자가 유류분액을 넘는 재산을 반환받게 되는 결과가 되기 때문이다. 상속채권자로서는 피상속인의 유증 또는 증여로 피상속인이 채무초과상태가 되거나 그러한 상태가 더 나빠지게 되었다면 수증자를 상대로 채권자취소권을 행사할 수 있다."

4034) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2017다265884 판결; "유언자가 자신의 재산 전부 또는 전 재산의 비율적 일부가 아니라 일부 재산을 특정하여 유증한 특정유증의 경우에는, 유증 목적인 재산은 일단 상속재산으로서 상속인에게 귀속되고 유증을 받은 자는 유증의무자에 대하여 유증을 이행할 것을 청구할 수 있는 채권을 취득하게 된다. 유언자가 임차권 또는 근저당권이 설정된 목적물을 특정유증하면서 유증을 받은 자가 그 임대차보증금반환채무 또는 피담보채무를 인수할 것을 부담으로 정한 경우에도 상속인이 상속개시 시에 유증 목적물과 그에 관한 임대차보증금반환채무 또는 피담보채무를 상속하므로 이를 전제로 유류분 산정의 기초가 되는 재산액을 확정하여 유류분액을 산정하여야 한다. 이 경우 상속인은 유증을 이행할 의무를 부담함과 동시에 유증을 받은 자에게 유증 목적물에 관한 임대차보증금반환채무 등을 인수할 것을 요구할 수 있는 이익 또한 얻었다고 할 수 있으므로, 결국 그 특정유증으로 인해 유류분권리자가 얻은 순상속분액은 없다고 보아 유류분 부족액을 산정하여야 한다."

4035) ❶ 유류분반환청구권의 단기소멸시효기간의 기산점인 '유류분권리자가 상속의 개시와 반환하여야 할 증여 또는 유증을 한 사실을 안 때'는 유류분권리자가 상속이 개시되었다는 사실과 증여 또는 유증이 있었다는 사실 및 그것이 반환하여야 할 것임을 안 때를 뜻하고, 유류분권리자가 언제 위와 같은 사실을 알았는지에 관한 증명책임은 시효이익을 주장하는 자에게 있다(2010다104768). ❷ 유류분권리자가 증여 등이 무효라고 믿고 소송상 항쟁하고 있는 경우에는 증여 등의 사실을 안 것만으로 곧바로 반환하여야 할 증여가 있었다는 것까지 알고 있다고 단정할 수 없을 것이나, 민법이 유류분반환청구권에 관하여 특별히 단기소멸시효를 규정한 취지에 비추어 보면 유류분권리자가 소송상 무효를 주장하기만 하면 그것이 근거 없는 구실에 지나지 아니한 경우에도 시효는 진행하지 않는다 함은 부당하므로, 피상속인의 거의 전 재산이 증여되었고 유류분권리자가 위 사실을 인식하고 있는 경우에는, 무효의 주장에 관하여 일응 사실상 또는 법률상 근거가 있고 그 권리자가 위 무효를 믿고 있었기 때문에 유류분반환청구권을 행사하지 않았다는 점을 당연히 수긍할 수 있는 특별한 사정이 인정되지 않는 한, 위 증여가 반환될 수 있는 것임을 알고 있었다고 추인함이 상당하다(2000다66430,66447). ❸ 해외에 거주하다가 피상속인의 사망사실을 뒤늦게 알게 된 상속인이 유증사실 등을 제대로 알 수 없는 상태에서 다른 공동상속인이 교부한 피상속인의 자필유언증서 사본을 보았다는 사정만으로는 자기의 유류분을 침해하는 유증이 있었음을 알았다고 볼 수 없고, 그 후 유언의 검인을 받으면서 자필유언증서의 원본을 확인한 시점에 그러한 유증이 있었음을 알았다고 봄이 상당하다(2006다46346). ❶ 유류분반환청구권을 행사함으로써

기여분 공제 주장[4037]이나, 상속개시 전 유류분 포기 약정의 주장[4038]은 그 자체로 이유 없는 주장으로서 유효한 항변이 아니다.

Ⅳ. 상법상 주요 조문별 요건사실과 주장증명책임

1. 총 칙

가. 상업사용인

1) 지배인의 대리권

지배인[4039]은 영업주의 영업에 관한[4040] 포괄적 대리권을 갖는데, 공동지배인[4041]은 공동으로만 능동적 대리행위를 할 수 있다(공동지배인 상호 간의 포괄적인 대리권 위임은 허용되지 않는다[4042]). 지배인 등기(상법 제13조 전문)의 유무, 공동지배인 등기(상법 제13조 후문) 유무

발생하는 목적물의 이전등기청구권 등은 유류분반환청구권과는 다른 권리이므로, 그 이전등기청구권 등에 대하여는 민법 제1117조 소정의 유류분반환청구권에 대한 소멸시효가 적용될 여지가 없고, 그 권리의 성질과 내용 등에 따라 별도로 소멸시효의 적용 여부와 기간 등을 판단하여야 한다(2011다55092,55108). ❺ 악의의 양수인의 원물반환 불능에 따른 가액 상당의 부당이득반환청구권의 소멸시효기간은 10년이다(2010다104768).

4036) 따라서 피고의 항변이 있어야 법원은 그 당부를 판단할 수 있다(92다3595).

4037) 기여분은 상속재산분할의 전제 문제로서의 성격을 가지는 것으로서, 상속인들의 상속분을 일정 부분 보장하기 위하여 피상속인의 재산처분의 자유를 제한하는 유류분과는 서로 관계가 없다. 따라서 공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 사람이 있을지라도 공동상속인의 협의 또는 가정법원의 심판으로 기여분이 결정되지 않은 이상 유류분 반환청구소송에서 자신의 기여분을 주장할 수 없음은 물론이거니와, 설령 공동상속인의 협의 또는 가정법원의 심판으로 기여분이 결정되었다고 하더라도 유류분을 산정함에 있어 기여분을 공제할 수 없고, 기여분으로 인하여 유류분에 부족이 생겼다고 하여 기여분에 대하여 반환을 청구할 수도 없다(2013다60753). ☛ 헌재 2024. 4. 25. 선고 2020헌가4등 결정은 기여분에 관한 제1008조의2를 유류분에 준용하는 규정을 두지 아니한 민법 제1118조에 대하여 계속적용 헌법불합치결정을 선고함.

4038) 유류분을 포함한 상속의 포기는 상속이 개시된 후 일정한 기간 내에만 가능하고 가정법원에 신고하는 등 일정한 절차와 방식을 따라야만 그 효력이 있으므로, 상속개시 전에 한 유류분 포기약정은 그와 같은 절차와 방식에 따르지 아니한 것으로 효력이 없다(2010다29409; 원심이, 원고들이 망인의 생전에 그로부터 현금 또는 부동산을 증여받고 망인의 재산에 대하여 이의를 제기하지 않기로 하였다는 등의 피고들이 주장하는 사정들만으로는 원고들이 유류분을 포기하거나 부제소합의를 하였다고 볼 수 없고 원고들의 청구가 신의칙에 반한다고 볼 수도 없다고 판단한 것은 정당하다고 한 예). 유류분은 상속분을 전제로 한 것으로서 상속이 개시된 후 일정한 기간 내에 적법하게 상속포기 신고가 이루어지면 포기자의 유류분반환청구권은 당연히 소멸한다(2011스191,192).

4039) **상법 제11조(지배인의 대리권)** ① 지배인은 영업주에 갈음하여 그 영업에 관한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 수 있다. ② 지배인은 지배인이 아닌 점원 기타 사용인을 선임 또는 해임할 수 있다. ③ 지배인의 대리권에 대한 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

4040) 지배인의 어떤 행위가 영업주의 영업에 관한 것인가의 여부는 지배인의 행위 당시의 주관적인 의사와는 관계없이 그 행위의 객관적 성질에 따라 추상적으로 판단되어야 한다(96다36753 판결).

4041) **상법 제12조(공동지배인)** ① 상인은 수인의 지배인에게 공동으로 대리권을 행사하게 할 수 있다. ② 전항의 경우에 지배인 1인에 대한 의사표시는 영업주에 대하여 그 효력이 있다. ☎ 수동대리

4042) 특정사항에 관한 개별적 위임만 허용된다(공동대표이사에 관한 89다카3677 판결 참조).

에 따라 상법 제37조(상업등기의 효력)가 적용된다.[4043]

거래상대방(원고)이 영업주(피고)에게 지배인의 대리행위에 기초하여 계약 이행 청구를 하는 경우, 청구원인사실 중 '대리권 수여' 사실은 '지배인 선임' 사실이나 '지배인 선임 등기' 사실로 대체되고, 영업주는 ① "ⓐ '지배인의 대리권 제한' 사실(거래의 종류·금액·상대방, 본점의 승인 등의 내부적 제한) + ⓑ '거래상대방의 악의 또는 중과실'"을 주장·증명하여 항변할 수 있으며,[4044] ② "ⓐ '지배인의 대리권 남용' + ⓑ '거래상대방의 악의·과실'"을 주장·증명하여 항변할 수도 있다.[4045]

상업등기의 추정력을 뒤집는 ③ '지배인 등기가 무효인 근거 사실', 상법 제37조에 따른 ④ "계약 체결 이전 시점의 ⓐ '지배인 사임·해임 사실' +ⓑ[1] '그 등기의 경료 사실' 또는 ⓑ[2] 'ⓐ 사실에 관한 원고의 악의 사실'"도 항변 사실이다(뒤에 나오는 '상업등기의 효력과 관련한 공격방어방법의 구체적 예' 부분 참조).

2) 표현지배인

표현지배인의 거래 상대방(원고)이 표현지배인의 행위로 인한 영업주(피고)의 계약 이행 책임을 묻기 위해서는,[4046] 청구원인사실로서, ① "피고가 '(영업소로서의 실체를 갖춘) 본점 또는 지점'[4047]의 사용인에게 '본부장, 지점장, 그 밖에 지배인으로 인정될 만한 명

4043) **상법 제13조(지배인의 등기)** 상인은 지배인의 선임과 그 대리권의 소멸에 관하여 그 지배인을 둔 본점 또는 지점소재지에서 등기하여야 한다. 전조 제1항에 규정한 사항과 그 변경도 같다.

4044) 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결; "지배인의 어떤 행위가 그 객관적 성질에 비추어 영업주의 영업에 관한 행위로 판단되는 경우에 지배인이 영업주가 정한 대리권에 관한 제한 규정에 위반하여 한 행위에 대하여는 제3자가 위 대리권의 제한 사실을 알고 있었던 경우뿐만 아니라 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 경우에도 영업주는 그러한 사유를 들어 상대방에게 대항할 수 있다고 할 것이고, 이러한 제3자의 악의 또는 중대한 과실에 대한 주장·입증책임은 영업주가 부담한다고 할 것이다. … 지배인이 내부적인 대리권 제한 규정에 위배하여 어음행위를 한 경우, 이러한 대리권의 제한에 대항할 수 있는 제3자의 범위에는 그 지배인으로부터 직접 어음을 취득한 상대방뿐만 아니라 그로부터 어음을 다시 배서양도받은 제3취득자도 포함된다고 할 것이므로, 원심이 소외인을 통하여 이 사건 어음을 전득한 원고의 입장에서 이 사건 지배인의 대리권의 제한을 알았는지 여부를 판단한 것은 정당하다."

4045) 대법원 1999. 3. 9. 선고 97다7721, 7738 판결; "지배인의 행위가 영업에 관한 것으로서 대리권한 범위 내의 행위라 하더라도 영업주 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 행사한 경우에 그 상대방이 지배인의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 지배인의 행위에 대하여 영업주 본인은 아무런 책임을 지지 않는다고 보아야 할 것이고, 그 상대방이 지배인의 표시의사가 진의 아님을 알았거나 알 수 있었는가의 여부는 표의자인 지배인과 상대방 사이에 있었던 의사표시 형성 과정과 그 내용 및 그로 인하여 나타나는 효과 등을 객관적인 사정에 따라 합리적으로 판단하여야 할 것이다."

4046) **상법 제14조(표현지배인)** ① 본점 또는 지점의 본부장, 지점장, 그 밖에 지배인으로 인정될 만한 명칭을 사용하는 자는 본점 또는 지점의 지배인과 동일한 권한이 있는 것으로 본다. 다만, 재판상 행위에 관하여는 그러하지 아니하다. ② 제1항은 상대방이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다.
2010. 5. 14. 법률 제10281호로 개정되어 2010. 11. 15. 시행되기 전의 구 상법 제14조 제1항 본문은, "본점 또는 지점의 영업주임 기타 유사한 명칭을 가진 사용인은 본점 또는 지점의 지배인과 동일한 권한이 있는 것으로 본다."라고 규정하고 있었다.

4047) 대법원 1998. 10. 13. 선고 97다43819 판결; "표현지배인이 성립하려면 당해 사용인의 근무 장소가 상법상의 영업소인 '본점 또는 지점'의 실체를 가지고 어느 정도 독립적으로 영업 활동을 할 수 있는 것임을 요하고,

칭'(표현지배인 명칭)[4048]의 사용을 (명시적·묵시적으로) 승인한 사실", ② "①항의 표현지배인이 그 명칭을 사용하여 피고의 영업에 관하여 피고를 대리하여 원고와 법률행위를 한 사실"을 주장·증명하면 된다.

피고는 '원고의 악의 또는 중과실'을 주장·증명하여 항변할 수 있는데,[4049] 거래상대방의 악의 여부 판단에 상업등기의 기재 여부는 고려의 대상에 넣어서는 아니 된다(즉, 상업등기의 공시력에 관한 상법 제37조 규정의 적용이 배제된다).[4050]

3) 부분적 포괄대리권을 가진 사용인

거래상대방(원고)이 영업주(피고)에게 사용인의 대리행위에 기초하여 계약 이행 청구를 하는 경우, 청구원인사실 중 '**대리권 수여**' 사실은 상법 제15조[4051] 소정의 '영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 대한 위임' 사실[4052]로 대체될 수 있고, 영업주는 ①

본·지점의 기본적인 업무를 독립하여 처리할 수 있는 것이 아니라 단순히 본·지점의 지휘·감독 아래 기계적으로 제한된 보조적 사무만을 처리하는 영업소는 상법상의 영업소인 본·지점에 준하는 영업 장소라고 볼 수 없다 할 것이다. … 원심은 … 소외 1이 피고 회사를 위하여 독립적으로 영업 활동을 할 수 있는 지위에 있었다고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 원고 주장을 배척하였는바, … 수긍이 가고" ☞ 회사의 주주로서 자금조달 업무에 종사함과 아울러 지방 연락사무소장으로서 그 회사로부터 토지를 분양받은 자들과의 연락 업무와 투자중개 업무를 담당해 온 경우, 회사를 위하여 독립적으로 영업 활동을 할 수 있는 지위에 있었다고 단정할 수 없다는 이유로, 표현지배인이 아니라고 본 사례.

4048) ○ 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20884 판결: "건설회사의 현장소장은 일반적으로 특정된 건설현장에서 공사의 시공에 관련한 업무만을 담당하는 자이므로 … 표현지배인이라고 할 수는 없고, 그 업무에 관하여 부분적 포괄대리권을 가지고 있다고 봄이 상당하다."
○ 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다49703 판결: "증권회사의 지점장 대리는 그 명칭 자체로부터 상위직의 사용인의 존재를 추측할 수 있게 하는 것이므로, 상법 제14조 … 사용인이라고 할 수는 없고, … 그 업무에 관한 부분적 포괄대리권을 가진 사용인으로 봄이 타당한바"
○ 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다36974 판결: "지점 차장이라는 명칭은 그 명칭 자체로서 상위직의 사용인의 존재를 추측할 수 있게 하는 것이므로 … 표현지배인이 아니라 할 것이다."

4049) 대법원 1998. 8. 21. 선고 97다6704 판결: "원심은 원고가 이 사건 약속어음을 배서양도 받을 당시 이미 소외인이 피고 회사의 지배인이 아니란 사실을 알고 있었다는 피고의 주장에 대하여 아무런 판단도 하지 아니한 잘못이 있음을 알 수 있으나, … 피고의 위 주장사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로 피고의 위 주장은 결국 배척될 것이 명백하므로"

4050) 표현대표이사에 관한 77다2436 판결, 93다47653 판결 참조. 따라서 영업주가 지배인을 해임하고 그 등기를 하면 그 등기로 선의의 제3자에게 대항할 수 있지만, 해임 지배인이 지배인 명칭을 계속 사용하고 이를 영업주가 묵인함으로써 표현지배인 책임이 문제되는 경우, 해임등기로 상대방의 악의가 의제되는 것은 아니다.

4051) **상법 제15조(부분적 포괄대리권을 가진 사용인)** ① 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 대한 위임을 받은 사용인은 이에 관한 재판외의 모든 행위를 할 수 있다. ② 제11조 제3항의 규정은 전항의 경우에 준용한다.

4052) ○ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다79838 판결: "부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인은 그가 수여받은 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 관한 재판 외의 모든 행위를 할 수 있으므로 개개의 행위에 대하여 영업주로부터 별도의 수권이 필요 없으나, 어떠한 행위가 위임받은 영업의 특정한 종류 또는 사항에 속하는가는 당해 영업의 규모와 성격, 거래행위의 형태 및 계속 반복 여부, 사용인의 직책명, 전체적인 업무분장 등 여러 사정을 고려해서 거래통념에 따라 객관적으로 판단하여야 한다. 건설회사 현장소장은 일반적으로 특정된 건설현장에서 공사의 시공과 관련된 업무만을 담당하는 자이어서 … 그 업무에 관한 부분적 포괄대리권만을 가지고 있다고 봄이 상당하고, 일반적으로 건설회사의 현장소장에게는 회사의 부담으로 될 채무보증 또는 채무인수 등과 같은 행위를 할 권한이나 회사가 공사와 관련하여 거래상대방에 대하여 취득한 채권을 대가 없이 일방적으로 포기할 권한이 회사로부터 위임되어 있다고 볼 수 없다." ☞ 그 외 구체적 사례로, 전산개발장비 구매와 관련된 실무를 총괄하는 상업사용인이 회사에 새로운 채무부담을 발생시키는 지급보증행위를 하는 것

'부분적 포괄대리권을 가진 사용인의 대리권 제한' 사실, ② '거래상대방의 악의 또는 중과실'을 주장·증명하여 항변할 수 있으며(상법 제15조 제2항에 의한 제11조 제3항의 준용),[4053] ① '사용인의 대리권 남용'과 ② '거래상대방의 악의·과실'을 주장·증명하여 항변할 수도 있다.[4054]

부분적 포괄대리권을 가진 사용인의 경우, 표현지배인 규정이 유추적용되지 아니한다.[4055]

4) 명의대여자의 책임

원고(거래상대방)가 명의대여자책임[4056]에 기초하여 피고(명의대여자)에게 이행청구를 하는 경우, 청구원인 요건사실은 "① 피고(명의대여자)[4057]가 자기의 '성명 또는 상호'[4058]

은 부분적 포괄대리권의 범위에 속하지 않는다고 한 것(2006다13117 판결), 오피스텔 건물 분양사업자로부터 위임을 받아 관리부장 등의 직책에 기하여 오피스텔 건물에 관한 일체의 분양관련 업무를 처리해 온 자의 업무범위 속에 기존 분양계약자들과의 분양계약을 합의해제하거나 해제권 유보에 관한 약정을 체결하는 등의 일체의 분양거래행위가 포함된다고 한 것(94다22118 판결) 등이 있다.

○ 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다23425 판결; "부분적 포괄대리권을 가진 사용인은 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 관한 재판 외의 모든 행위를 할 수 있는 대리권을 가진 상업사용인을 말하는 것이므로, 이에 해당하기 위해서는 그 사용인의 업무 내용에 영업주를 대리하여 법률행위를 하는 것이 당연히 포함되어 있어야 하는 것이다."

○ 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다12932 판결; "부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인이 특정된 영업이나 특정된 사항에 속하지 않는 행위를 한 경우 영업주가 책임을 지기 위하여는 민법상의 표현대리의 법리에 의하여 그 상업사용인과 거래한 상대방이 그 상업사용인에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있어야 하는 것이다."

4053) 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다12932 판결; "원심이 피고의 항변을 받아들인 취지는 … 원고들이 악의의 제3자에 해당되기 때문에 피고가 원고들에 대하여 소외인에 대한 대리권의 제한으로 대항할 수 있다는 것"

4054) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다43767 판결.

4055) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다23425 판결; "상법 제14조 제1항은, 실제로는 지배인에 해당하지 않는 사용인이 지배인처럼 보이는 명칭을 사용하는 경우에 그러한 사용인을 지배인으로 신뢰하여 거래한 상대방을 보호하기 위한 취지에서, 본점 또는 지점의 영업주임 기타 유사한 명칭을 가진 사용인은 표현지배인으로서 재판상의 행위에 관한 것을 제외하고는 본점 또는 지점의 지배인과 동일한 권한이 있는 것으로 본다고 규정하고 있으나, 부분적 포괄대리권을 가진 사용인의 경우에는 상법은 그러한 사용인으로 오인될 만한 유사한 명칭에 대한 거래 상대방의 신뢰를 보호하는 취지의 규정을 따로 두지 않고 있는바, 그 대리권에 관하여 지배인과 같은 정도의 획일성, 정형성이 인정되지 않는 부분적 포괄대리권을 가진 사용인들에 대해서까지 그 표현적 명칭의 사용에 대한 거래 상대방의 신뢰를 무조건적으로 보호한다는 것은 오히려 영업주의 책임을 지나치게 확대하는 것이 될 우려가 있으며, 부분적 포괄대리권을 가진 사용인에 해당하지 않는 사용인이 그러한 사용인과 유사한 명칭을 사용하여 법률행위를 한 경우 그 거래 상대방은 민법 제125조의 표현대리나 민법 제756조의 사용자책임 등의 규정에 의하여 보호될 수 있다고 할 것이므로, 부분적 포괄대리권을 가진 사용인의 경우에도 표현지배인에 관한 상법 제14조의 규정이 유추적용되어야 한다고 할 수는 없다."

4056) **상법 제24조(명의대여자의 책임)** 타인에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업을 할 것을 허락한 자는 자기를 영업주로 오인하여 거래한 제3자에 대하여 그 타인과 연대하여 변제할 책임이 있다.

4057) 대법원 1987. 3. 24. 선고 85다카2219 판결; "명의대여자가 상인이 아니거나, 명의차용자의 영업이 상행위가 아니라 하더라도 위 법리를 적용하는 데에 아무런 영향이 없다 할 것" ☜ 원심이, 소외 사단법인 한국병원관리연구소에게 피고(인천직할시)의 명칭을 부가한 인천직할시립병원이라는 이름을 사용하여 병원업을 경영할 것을 승낙한 피고는 위 병원을 피고가 경영하는 것으로 믿고 의약품을 납품한 원고에게 대금을 변제할 책임이 있다고 판단하고, 상법 제24조의 적용범위가 상인 또는 사법인에 한정하여 적용되는 것은 아니라 하여 그에 대한 피고의 주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예.

4058) 대법원 1989. 10. 10. 선고 88다카8354 판결; '타인의 상호아래 대리점이란 명칭을 붙인 경우는 그 아래

를 사용하여 영업을 할 것을 명의차용자에게 '허락'한 사실[4059] + ② 명의차용자가 피고의 성명 또는 상호를 사용하여 원고와 위 영업에 관한 거래(영업거래와 관련한 어음·수표의 발행·배서를 포함한다[4060])[4061]를 한 사실"이고, '명의대여사실에 대한 원고(거래상대방)의 악의·중과실'은 피고(명의대여자)의 항변사유이다.[4062]

명의대여자와 명의차용자의 책임은 '부진정연대'의 관계에 있으므로, 어느 일방에게 생긴 사유가 다른 채무자의 유효한 항변·재항변 사유가 될 수 있는지는 앞서 본 '부진정연대채무' 일반론을 참조하면 된다.[4063]

지점, 영업소, 출장소 등을 붙인 경우와는 달리 타인의 영업을 종속적으로 표시하는 부가부분이라고 보기 어렵기 때문에 제3자가 자기의 상호아래 대리점이란 명칭을 붙여 사용하는 것을 허락하거나 묵인하였더라도 상법상 명의대여자로서의 책임을 물을 수는 없다.'

4059) ○ 대법원 2008. 1. 24. 선고 2006다21330 판결; "명의자가 타인과 동업계약을 체결하고 공동 명의로 사업자등록을 한 후 타인으로 하여금 사업을 운영하도록 허락하였고, 거래 상대방도 명의자를 위 사업의 공동사업주로 오인하여 거래를 하여온 경우에는, 그 후 명의자가 동업관계에서 탈퇴하고 사업자등록을 타인 단독 명의로 변경하였다 하더라도 이를 거래 상대방에게 알리는 등의 조치를 취하지 아니하여 여전히 공동사업주인 것으로 오인하게 하였다면 명의자는 탈퇴 이후에 타인과 거래 상대방 사이에 이루어진 거래에 대하여도 상법 제24조에 의한 명의대여자로서의 책임을 부담한다."
○ 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008다46555 판결; "건설업 면허를 대여한 자는 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 건설업을 할 것을 허락하였다고 할 것인데, 건설업에서는 공정에 따라 하도급거래를 수반하는 것이 일반적이어서 특별한 사정이 없는 한 건설업 면허를 대여받은 자가 그 면허를 사용하여 면허를 대여한 자의 명의로 하도급거래를 하는 것도 허락하였다고 봄이 상당하므로, 면허를 대여한 자를 영업의 주체로 오인한 하도급 받은 자에 대하여도 명의대여자로서의 책임을 진다고 할 것이고, 면허를 대여받은 자를 대리 또는 대행한 자가 면허를 대여한 자의 명의로 하도급거래를 한 경우에도 이와 달리 볼 것은 아니다."

4060) 대법원 1969. 3. 31. 선고 68다2270 판결.

4061) ○ 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1852 판결; "명의대여자의 책임은 제3자가 명의대여자를 영업주로 오인하고 그 영업의 범위 내에서 명의사용자와 거래한 제3자에 대한 책임이므로 영업의 범위 외의 거래에 대하여는 명의대여자의 책임을 물을 수 없는 것이다." ☜ 정미소의 임차인이 임대인의 상호를 계속 사용하는 경우, 임대인이 대여한 상호에 의하여 표상되는 영업은 정미소 영업이 분명하니, 임차인이 정미소 부지 내에 있는 창고 및 살림집을 제3자에게 임대한 행위는 설령 명의사용자가 임대행위의 목적이 정미소 창고 건축비용을 조달키 위함이라고 말하였다고 하더라도 정미소 영업 범위 외의 거래이므로 명의대여자책임을 물을 수 없다고 한 예.
○ 대법원 1992. 8. 18. 선고 91다30699 판결; 피고가 자신의 사업인 '야채중매업'과 아들인 소외인이 경영하는 '야채판매업'을 공동 경영하는 것과 같은 외관을 만들어 놓고도 이를 방치하였다면, 소외인이 야채판매업의 영업자금을 조달하기 위하여 원고들로부터 금원을 차용하고 낙찰계에 가입함에 따른 차용금채무, 계불입금채무에 관하여 피고에게 명의대여자책임이 있다고 한 예.

4062) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010다91886 판결; "명의대여자의 책임은 명의자를 영업주로 오인하여 거래한 제3자를 보호하기 위한 것이므로 거래 상대방이 명의대여사실을 알았거나 모른 데 대하여 중대한 과실이 있는 때에는 책임을 지지 아니하나, 이때 거래의 상대방이 명의대여사실을 알았거나 모른 데 중대한 과실이 있었는지 여부에 관하여는 면책을 주장하는 명의대여자가 그 증명책임을 부담한다."

4063) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010다91886 판결; "명의대여자와 명의차용자의 책임은 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다. 그리고 이와 같은 부진정연대채무에 있어서는 채무자 1인에 대한 이행청구 또는 채무자 1인이 행한 채무의 승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기는 다른 채무자에 대하여 효력이 미치지 아니한다." ☜ 명의대여자를 영업주로 오인하여 명의차용자와 거래한 채권자가 물품대금채권에 관하여 명의대여자 책임을 묻자 명의대여자가 3년의 단기소멸시효기간 경과로 소멸하였다고 항변한 사안에서, 부진정연대채무자의 1인에 불과한 명의차용자가 한 채무 승인 또는 시효이익 포기의 효력은 다른 부진정연대채무자인 명의대여자에게 미치지 않음에도, 명의차용자가 시효기간 경과 전 채권 일부를 대물변제하고 잔액을 정산하여 변제를 약속한 사실이 있으므로 이는 채무 승인 또는 시효이익 포기에 해당한다는 이유로 위 항변을 배척한 원심을 파기한 사례.

명의대여자는 명의차용자의 불법행위에 대하여 거래 상대방에게 '사용자책임'을 질 수 있고, 이 경우 명의대여자는 '피해자(거래 상대방)의 중과실'을 면책사유로 항변할 수 있다.[4064]

나. 상업등기

1) 상호등기의 효력

상법 제22조[4065]에 의하여 선등기자가 후등기자를 상대로 등기의 말소를 소로써 청구할 수 있는 효력이 미치는 범위는 '동일'한 상호에 한정된다.[4066]

2) 상업등기의 효력

가) 추 정 력

판례는, '법인등기부에 이사 또는 감사로 등재되어 있는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 정당한 절차에 의하여 선임된 적법한 이사 또는 감사로 추정된다.'고 하고, 반대사실인 '선임결의의 무효·부존재'를 요증대상으로 삼아 판시하고 있어,[4067] 상업등기

4064) 대법원 2005. 2. 25. 선고 2003다36133 판결; "타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로, 명의사용을 허용받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허용한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이고, 명의대여관계의 경우 민법 제756조가 규정하고 있는 사용자책임의 요건으로서의 사용관계가 있느냐 여부는 실제적으로 지휘·감독을 하였느냐의 여부에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 할 것이다. 한편, 사용자책임이 면책되는 피해자의 중대한 과실이라 함은 거래의 상대방이 조금만 주의를 기울였더라면 피용자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도의 주의를 결여하고, 공평의 관점에서 상대방을 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다."

4065) 상**법 제22조(상호등기의 효력)** 타인이 등기한 상호는 동일한 특별시·광역시·시·군에서 동종영업의 상호로 등기하지 못한다.

4066) 상법 제22조는 동일한 특별시·광역시·시 또는 군 내에서 상호의 등기를 금지하는 효력과 함께 상호가 등기된 경우에는 선등기자가 후등기자를 상대로 그 등기의 말소를 소로써 청구할 수 있는 효력도 인정한 규정인데(2001다72081), 그 금지 대상이 "동종 영업의 상호"로 규정되어 있으나, 2009. 5. 28. 개정 구 상업등기법 제30조에 따라 그 시행 후에는 상법 제22조에 의하여 선등기자가 후등기자를 상대로 등기의 말소를 소로써 청구할 수 있는 대상이 상업등기법 규정에 상응한 "동일"한 상호에 한정되므로(2010다20754), 현재는 소로써 다투어질 여지가 거의 없게 되었다.
cf. 구 상**업등기법**(2007. 8. 3. 제정되어 2008. 1. 1. 시행된 것) **제30조**(등기할 수 없는 상호) 동일한 특별시·광역시·시 또는 군 내에서는 동일한 영업을 위하여 다른 사람이 등기한 것과 확연히 구별할 수 있는 상호가 아니면 등기할 수 없다. ⇒ 2009. 5. 28. **개정 상업등기법 제30조**(등기할 수 없는 상호) 동일한 특별시·광역시·시 또는 군내에서는 동일한 영업을 위하여 다른 사람이 등기한 것과 동일한 상호는 등기할 수 없다. → 2014. 5. 20. **전부개정** 상**업등기법 제29조**(등기할 수 없는 상호) 동일한 특별시, 광역시, 특별자치시, 시(행정시를 포함한다. 이하 같다) 또는 군(광역시의 군은 제외한다. 이하 같다)에서는 동종의 영업을 위하여 다른 상인이 등기한 상호와 동일한 상호를 등기할 수 없다.

4067) ○ 대**법**원 1991. 12. 27. 선고 91다4409, 4416 판결; "법인등기부에 이사 또는 감사로 등재되어 있는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 정당한 절차에 의하여 선임된 적법한 이사 또는 감사로 추정된다 할 것인바, …

의 기재에 부동산등기와 마찬가지로 법률의 근거 규정 없이 증명책임을 전환시키는 법률상 추정력을 인정하고 있는 것으로 해석된다.[4068]

나) 공 시 력

상법 제37조[4069]에 따라, ① 상업등기사항의 '등기 전'에는 선의(등기사항인 이사의 선임·해임 등의 사실을 모르는 것)의 제3자에게는 대항하지 못하고,[4070] 악의(이사의 선임·해임

원고가 이사로 취임하게 된 … 주주총회에서의 이사선임결의가 무효 또는 부존재라고 볼만한 아무런 자료가 없을 뿐만 아니라 … 소외인은 피고 회사의 감사로 법인등기부에 등재되어 있음을 알 수 있고, … 주주총회의 감사중임결의가 무효 또는 부존재라고 볼 만한 아무런 자료가 없을 뿐만 아니라"

○ 대법원 1983. 12. 27. 선고 83다카331 판결; "피고들이 주주 아닌 자들만이 모여 개최한 임시주주 총회에서 이사 또는 감사로 선출되었다고 단정할 수는 없다 할 것이다. 결국 원심판결은 채증법칙을 위반하여 증거 없이 사실을 인정한 결과 소외 회사의 적법한 이사 또는 감사로 추정되는 피고들의 자격을 부인하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다 할 것"

○ 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006두187 판결; "원심은, 법인등기부상 대표이사로 등재된 자는 실질적으로 회사를 운영하고 있는 것으로 추정할 수 있으므로 법인등기부상 대표이사가 실질적으로 회사를 운영하지 아니하였다는 사실은 이를 주장하는 사람이 입증하여야 한다고 전제한 후, 원고가 소외 회사의 경영에 전혀 관여하지 아니한 명목상의 대표이사에 불과하였다는 점에 부합하는 증거들을 배척하고 … 원심의 사실인정과 판단은 정당하고 거기에 … 입증책임에 관한 법리오해 등의 위법이 없다."

4068) **[사견]** 학설상으로는 상업등기의 기재에 사실상 추정력을 인정함이 일반적이나, 법률의 근거 규정이 없음에도 법률관계 실재에 대한 개연성, 공시의 원칙에의 기여 등을 근거로 해석에 터잡아 법률상 추정력을 인정하는 부동산등기와 마찬가지로, 상업등기의 기재에도 법률상 추정력을 인정할 수 있다고 본다. 상업등기절차는 부동산등기절차와 마찬가지로, 국가기관에 의하여 관리될 뿐만 아니라, 당사자 신청주의(당사자나 그 대표자가 신청정보 및 첨부정보를 적은 서면을 제출하는 방법 등; 상업등기법 제22조, 제23조, 제24조), 인감의 사전 제출(제25조), 요건에 맞지 않는 신청의 각하(제26조) 등 등기 기재가 실체와 일치하도록 보장하기 위한 절차적 규정이 마련되어 있고, 사실과 상위한 상업등기인지 여부에 관한 증거자료는 상업등기 주체인 영업주나 회사의 영역 내에 존재하며, 등기의 공신력이 인정되지 않는 이상 거래의 안전 보호를 위하여 등기의 외관를 신뢰한 제3자를 증명책임의 면에서 소송법상 유리한 지위에 두어 보호하는 한편 부실한 등기 외관을 작출한 쪽에 외관에 따른 책임을 지우는 것이 기업거래에 있어 공시주의·외관주의에 부합하는 것이므로, 상업등기의 기재에 법률상 추정력을 인정함이 타당하다. 부동산등기에 대하여 법률의 근거 규정이 없이 실제적 필요성에 터잡은 해석으로 법률상 추정력을 인정하는 이상, 추정력의 정도에 있어 상업등기에 대하여 부동산등기와 차이를 둘 확연한 이유가 있다고 보기는 어려우므로, 양자를 같이 취급함이 옳다 하겠다. 나아가, 상업등기의 법률상 추정력에 따라 그 등기의 내용을 신뢰한 제3자는 선의·무과실로, 거래 상대방은 등기기록을 조사하는 것이 보통이므로 등기 내용을 알고 있었던 것으로(즉 악의로) 추정할 것이다.

4069) **상법 제37조(등기의 효력)** ① 등기할 사항은 이를 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. ② 등기한 후라도 제3자가 정당한 사유로 인하여 이를 알지 못한 때에는 제1항과 같다.

4070) ○ 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다212295 판결; "(합자)회사를 대표하는 사원은 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있고, 정관으로 수인의 사원이 공동으로 회사를 대표할 것을 정하고도 이를 등기하지 아니한 경우, 공동대표사원 중 1인이 단독으로 회사를 대표하여 행위하였더라도 그 대표행위가 정관에 위배된다는 점을 들어 위 대표행위의 유효를 주장하는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다."

☜ 소외 합자회사의 무한책임사원이자 대표사원인 피고가 다른 무한책임사원이자 대표사원인 원고와의 공동대표를 규정한 정관을 위반하여 단독 대표로 소외인의 공탁금 회수청구권에 대한 채권압류 및 추심명령을 받아 공탁금을 회수하였다 하더라도, 소외 합자회사의 상업등기부에 공동대표의 취지가 등기되지 않은 이상 상업등기부를 신뢰하여 업무를 처리한 공탁공무원 등 선의의 제3자에게 대항할 수 없으므로 위 추심명령 등이 위법하거나 효력이 없다고 볼 수 없다고 판단한 예.

○ 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다19321 판결; "합자회사 성립 후에 신입사원이 입사하여 사원으로서의 지위를 취득하기 위하여는 정관변경을 요하고 따라서 총사원의 동의를 얻어야 하지만, 정관변경은 회사의 내부관계에서는 총사원의 동의만으로 그 효력을 발생하는 것이므로, 신입사원은 총사원의 동의가 있으면 정관인 서면의 경정이나 등기부에의 기재를 기다리지 않고 그 동의가 있는 시점에 곧바로 사원으로서의 지위를 취득한다 할 것이다. … 원심은, 피신청인들이 김○○으로부터 김□□의 동의를 얻어 무한책임사원의 지분을 양도받기

등의 사실을 아는 것)의 제3자에게만 대항할 수 있으며[4071](제1항, 소극적 공시력),[4072] ② '등기 후'에는 악의의 제3자에게는 물론, 선의의 제3자에 대하여도 대항할 수 있으나(제1항의 반대해석, 등기에 의한 제3자의 악의 의제, 적극적 공시력; 따라서 대표이사의 퇴임등기가 된 경우, 민법 제129조 '대리권 소멸 후의 표현대리'의 적용 또는 유추적용은 부정되고,[4073] 그 주장은 그 자체로 이유 없는 주장으로 배척되어야 한다),[4074] 등기 후라도 정당한 사유(등기부 멸실 등 객관적 장해 사유)로 인한 선의의 제3자에게는 대항하지 못한다(제2항). 등기에 의하여 '선의의 제3자에 대한 대항력'이 생기지만, '공신력'은 인정되지 않는다.[4075]

표현지배인과 표현대표이사(상법 제14조, 제395조)의 행위에 대해서는 상법 제37조 제1항의 규정이 적용되지 않는다. 해임된 지배인·대표이사가 해임등기 후에 제3자와 거래한 경우, 상법 제37조 제1항의 적용으로 선의의 제3자도 악의로 의제되어 버리면 제3자는 상법 제14조, 제395조의 적용에 의한 보호를 받지 못하게 되는데, 상법 제14조, 제395조는 제37조와는 별개의 차원에서 표현책임을 인정한 것이므로 표현책임의 인정 여부에 상업등기의 존부는 고려대상에 넣어서는 아니 된다.[4076]

는 하였으나, 그에 관하여 나머지 무한책임사원인 신청인과 김◇◇의 동의를 받은 바가 없으므로 그 지분양수는 효력이 없고, 따라서 피신청인들은 회사의 무한책임사원으로서의 지위를 취득하였다고 볼 수 없다는 이유로, 신청인의 피신청인들에 대한 이 사건 직무집행정지신청을 받아들였다. 그러나 등기할 사항은 등기와 공고 후가 아니면 선의의 제3자에게 대항하지 못하는 것이므로, 신청인과 김◇◇이 무한책임사원으로서의 지위를 취득하였다고 하더라도 그에 관한 등기가 마쳐지기 전에는 등기 당사자인 회사나 신청인 및 김◇◇으로서는 선의의 제3자에게 신청인과 김○○이 무한책임사원이라는 사실을 주장할 수 없는 것이므로, 만약 피신청인들이 김○○만이 유일한 무한책임사원이라고 믿은 데 대하여 선의라면, 회사나 신청인 등으로서는 피신청인들이 신청인 등의 동의를 받지 아니하였음을 주장하여 위 지분양도계약이 효력이 없다고 주장할 수 없다고 할 것이다."

4071) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2013다39551 판결; "등기할 사항인 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분은 상법 제37조 제1항에 의하여 이를 등기하지 아니하면 위 가처분으로 선의의 제3자에게 대항하지 못하지만 악의의 제3자에게는 대항할 수 있고"

4072) 예컨대, 이사 해임의 주주총회 결의 후에 해임등기를 하지 않았다면(이사 선임 후 그 선임등기가 마쳐지지 않고 있던 중 해임되었는데 해임등기를 하지 않은 경우도 마찬가지이다), 제3자가 이사 해임 사실을 알지 못한 경우 즉 선의인 경우에는 회사가 이사 해임 사실을 주장할 수 없으나, 제3자가 악의인 경우에는 회사가 이사 해임 사실을 주장할 수 있다.

4073) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다60244 판결.

4074) 예컨대, 이사 해임의 주주총회 결의 후에 해임등기를 한 때에는, 제3자가 이사 해임 사실을 알지 못한 경우 즉 선의인 경우에도 회사는 이사 해임 사실을 주장할 수 있고, 제3자의 악의는 의제된다.

4075) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다19321 판결; "회사등기에는 공신력이 인정되지 아니하므로 피신청인들이 불실등기를 믿고 김○○과 김□□의 (무한책임사원의) 지분을 양수하였다고 하여 회사 사원들의 지분을 전부 양수한 것으로는 될 수 없는 것"

4076) ○ 대법원 1979. 2. 13. 선고 77다2436 판결; "상법 제395조와 상업등기와의 관계를 헤아려 보면, 본조는 상업등기와는 다른 차원에서 회사의 표현책임을 인정한 규정이라고 해야 옳으리니 이 책임을 물음에 상업등기가 있는 여부는 고려의 대상에 넣어서는 아니된다고 하겠다. 따라서 원판결이 피고회사의 상호변경등기로 말미암아 피고의 상호변경에 대하여 원고의 악의를 간주한 판단은 당원이 인정치 않는 법리위에 선 것이라 하겠다."
○ 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다47653 판결; "회사가 수인의 대표이사가 공동으로 회사를 대표할 것을 정하고 이를 등기한 경우에도, 공동대표이사 중의 1인이 대표이사라는 명칭을 사용하여 법률행위를 하는 것을 용인하거나 방임한 때에는, 그 공동대표이사가 단독으로 회사를 대표하여 한 법률행위에 관하여 회사가 선의의 제3자에 대하여 상법제395조에 따른 책임을 진다고 할 것"

다) 부실등기 책임

거래상대방 측이 등기신청권자에 대하여 상법 제39조[4077]에 의한 부실등기 책임('유권대리·대표'에 의한 계약 책임과 외관책임인 '부실등기 책임'은 별개의 청구권·소송물로서 주위적·예비적 청구의 관계로 볼 것이다)을 묻기 위한 요건사실은, '등기신청권자의 고의 또는 과실로 인하여 부실등기(사실과 상위한 원시적[4078] 부실등기)가 마쳐진 사실'이다.

원칙적으로, 등기신청권자가 고의·과실로(주식회사의 경우 대표이사, 합명회사의 경우 대표사원을 기준으로[4079] 판정) 부실등기를 마쳤음을 요하지만, '등기신청권자 아닌 자가 부실등기를 마친 경우'에도, 등기신청권자가 그의 책임 있는 사유로 부실등기가 이루어지는 데 '관여'하거나 부실등기의 존재를 알고 있음에도 이를 시정하지 않고 '방치'하는 등 등기신청권자의 고의 또는 과실로 부실등기를 한 것과 동일시할 수 있는 '특별한 사정'이 있는 경우에는, 등기신청권자에게 상법 제39조에 의한 부실등기 책임을 물을 수 있다.[4080] '등기신청권자에 의한 부실등기 경료' 사실은 위 '특별한 사정'의 주장·증명으로

4077) **상법 제39조(부실의 등기)** 고의 또는 과실로 인하여 사실과 상위한 사항을 등기한 자는 그 상위를 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

4078) 사후적 부실등기(등기 시점에는 사실과 부합하였으나, 사후의 사정으로 사실과 다르게 된 등기, 예컨대 선임등기된 지배인을 해임하고도 그 해임등기를 게을리 함으로써 사실과 상위하게 된 등기)는 포함되지 않는다.

4079) 대법원 1981. 1. 27. 선고 79다1618, 1619 판결; 회사 정관에 대표사원 유고 시는 사원이 업무집행을 할 수 있게 되어 있다 하여 그 사원을 표준으로 하여 결정할 수는 없고, 대표사원은 당시 행방불명 상태에 있었으므로 불실등기를 회사 책임으로 돌릴 수 없다고 한 원심 판단이 정당하다고 한 예.

4080) ○ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다70018 판결; "상법 제39조에 의한 불실등기 책임을 묻기 위해서는, 원칙적으로 그 등기가 등기신청권자에 의하여 고의·과실로 마쳐진 것임을 요하고, 주식회사의 경우 불실등기에 대한 고의·과실의 유무는 그 대표이사를 기준으로 판정하여야 하는 것이지만, 등기신청권자가 스스로 등기를 하지 아니하였다 하더라도 그의 책임 있는 사유로 그 등기가 이루어지는 데에 관여하거나 그 불실등기의 존재를 알고 있음에도 이를 시정하지 않고 방치하는 등 등기신청권자의 고의·과실로 불실등기를 한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는, 그 등기신청권자에 대하여 상법 제39조에 의한 불실등기 책임을 물을 수 있다. 등기신청권자 아닌 자가 주주총회 의사록 및 이사회 의사록 등을 허위로 작성하여 주주총회결의 및 이사회결의 등의 외관을 만들고 이에 터잡아 이사 및 대표이사 선임등기를 마친 경우는 물론이고, 그와 같은 허위의 의사록에 선임된 것으로 기재된 이사 및 대표이사가 기존에 적법하게 선임된 이사 및 대표이사를 배제한 채 과반수에 미달하는 일부 주주에 대하여만 소집통지를 보낸 후 주주총회를 개최하여 그 일부 주주만의 찬성으로 이사 선임결의를 하고, 거기서 선임된 이사들로 구성된 이사회를 개최하여 새로운 대표이사를 선임한 후 대표이사 선임등기를 마친 경우에는, 비록 외형상 주주총회결의 및 이사회결의가 존재한다고 하더라도 그것이 적법하게 선임된 대표이사와 이사들 및 나머지 주주들의 관여가 배제된 채 이루어진 이상 등기신청권자인 회사가 그 선임등기가 이루어지는 데에 관여한 것으로 볼 수 없고, 달리 회사의 고의·과실로 불실등기를 한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 없는 한 회사에 대하여 상법 제39조에 의한 불실등기 책임을 물을 수 없다. 이 경우 위와 같이 허위의 주주총회결의 등의 외관을 만들어 불실등기를 마친 자가 회사의 상당한 지분을 가진 주주라고 하더라도 그러한 사정만으로는 회사의 고의 또는 과실로 불실등기를 한 것과 동일시할 수는 없다." ☞ 원고 회사 주식 50%만을 보유한 소외인에 의해 단지 의사록에만 결의가 있었던 것으로 작성된 주주총회 및 그 결의를 기초로 선임된 임원진에 의하여 소집·개최된 각 주주총회 및 그 해당 주주총회에서 선임된 이사들로 구성된 각 이사회에서 이루어진 이사·대표이사 선임결의, 그 대표이사 선임등기는 대표이사 선임에 관한 주식회사 내부의 의사결정이 존재하지 아니하거나 외형상 존재한다고 할지라도 그것이 적법하게 선임된 대표이사와 이사들 및 나머지 50%의 주주의 관여 없이 이루어진 것인 이상, 위 각 결의에 기해 마쳐진 대표이사 선임등기는 등기신청권자인 회사가 그 등기가 이루어지는 데에 관여하지 아니한 것으로 보아야 한다고 한 예.

○ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009다71312 판결; "대표이사가 아닌 자가 주주총회결의 및 이사회결의 등의

대체될 수 있다.

이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되어 그 결의가 소급하여 무효인 경우, 그 선임 결의가 취소되는 대표이사와 거래한 상대방은 상법 제39조에 의하여 보호될 수 있다.[4081]

거래상대방의 선의 또는 악의의 증명책임의 소재에 관하여, 부실등기책임을 주장하는 거래상대방이 '선의'에 대한 증명책임을 부담하는 것으로 볼 수 있는 원심 판시를 수긍한 판례가 보이고[4082] 법 문언상 '선의의 제3자'가 부실등기책임의 요건으로 규정되어 있기는 하나, 부실등기책임을 면하려는 영업주나 회사가 거래상대방의 '악의'에 대한 증명책임을 부담하는 것으로 봄이 옳다.[4083]

외관을 만들고 이에 터 잡아 새로운 대표이사 선임등기를 마쳤으나 주주총회의 소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 있어 그 결의가 부존재한다고 인정될 경우에는, 주주총회의 개최와 결의가 존재하나 무효 또는 취소사유가 있는 경우와는 달리, 그 새로운 대표이사 선임에 관한 주식회사 내부의 의사결정이 존재하지 아니하여 등기신청권자인 회사가 그 등기가 이루어지는 데 관여할 수 없었으므로, … 부실등기 책임을 물을 수 없다."

○ 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다1366 판결: "상법 제39조는 고의나 과실로 스스로 사실과 상위한 내용의 등기신청을 함으로써 부실의 사실을 등기하게 한 자는 그 부실등기임을 내세워 선의의 제3자에게 대항할 수 없다는 취지로서 등기신청권자 아닌 제3자가 문서위조 등의 방법으로 등기신청권자의 명의를 도용하여 부실등기를 경료한 것과 같은 경우에는 비록 그 제3자가 명의를 도용하여 등기신청을 함에 있어 등기신청권자에게 과실이 있다 하여도 이로서 곧 등기신청권자 자신이 고의나 과실로 사실과 상위한 등기를 신청한 것과 동일시 할 수는 없는 것이고, 또 이미 경료되어 있는 부실등기를 등기신청권자가 알면서 이를 방치한 것이 아니고 이를 알지 못하여 부실등기 상태가 존속된 경우에는 비록 등기신청권자에게 부실등기 상태를 발견하여 이를 시정하지 못한 점에 있어서 과실이 있다 하여도 역시 이로서 곧 스스로 사실과 상위한 등기를 신청한 것과 동일시 할 수 없는 법리라 할 것이므로 등기신청권자 아닌 제3자의 문서위조 등의 방법으로 이루어진 부실등기에 있어서는 등기신청권자에게 그 부실등기의 경료 및 존속에 있어서 그 정도가 어떠하건 과실이 있다는 사유만 가지고는 상법 제39조를 적용하여 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 볼 수는 없다."

4081) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2002다19797 판결: "이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정된 경우 그 결의에 의하여 이사로 선임된 이사들에 의하여 구성된 이사회에서 선정된 대표이사는 소급하여 그 자격을 상실하고, 그 대표이사가 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되기 전에 한 행위는 대표권이 없는 자가 한 행위로서 무효가 된다. … 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되어 그 결의가 소급하여 무효가 된다고 하더라도 그 선임 결의가 취소되는 대표이사와 거래한 상대방은 상법 제39조의 적용 내지 유추적용에 의하여 보호될 수 있으며, 주식회사의 법인등기의 경우 회사는 대표자를 통하여 등기를 신청하지만 등기신청권자는 회사 자체이므로 취소되는 주주총회결의에 의하여 이사로 선임된 대표이사가 마친 이사 선임 등기는 상법 제39조의 부실등기에 해당된다."

4082) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2002다19797 판결: 원심이, "이 사건 주주총회에서 선임된 이사들에 의하여 대표이사로 선임된 최○○은 당일 법인등기부에 같은 내용의 등기를 함으로써 법인등기부상으로는 그 이후부터 주주총회 취소판결이 확정될 때까지 원고 회사의 대표이사로 등재된 사실, 거래상대방인 노○○은 당시 법인등기부상 원고 회사의 대표이사로 등재된 최○○과 근저당권설정계약을 체결하고 그에 기하여 근저당권설정등기를 경료한 사실, 노○○을 비롯한 피고들은 이 사건 주주총회결의 취소판결이 확정될 때까지는 최○○이 원고 회사의 적법한 대표이사가 아니라는 사정을 전혀 알지 못하였던 사실을 적법하게 인정한 다음, 원고 회사는 상법 제39조의 법리에 따라 원고 회사와 노○○과 체결된 근저당권설정계약과 근저당권설정등기 및 이에 터잡은 모든 거래행위에 대하여 책임을 져야 할 것이므로 원고의 주장은 이유 없다"고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

4083) **[사견]** 그 논거로는, ① 상법상 다른 외관책임(표현지배인, 표현대표이사, 명의대여자 책임)의 경우 외관책임을 면하려는 영업주나 회사가 거래상대방의 '악의'에 대한 증명책임을 부담하는 것으로 해석하고 있는 점, ② '선의의 제3자에게 대항하지 못한다'는 민법 제108조, 110조의 동일 문언에 관하여 판례는 '제3자는 선의로 추정되고 무효·취소를 주장하는 자가 제3자의 악의를 주장·증명하여야 한다.'고 보고 있는 점, ③ 상업등기도 부동산

사실심에서 하지 아니한 부실등기책임 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다.[4084]

라) 상업등기의 효력과 관련한 공격방어방법의 구체적 예

거래상대방(원고)이 영업주나 회사(피고)에 대하여 지배인이나 대표이사의 대리·대표행위에 기초하여 계약 이행 청구를 하는 경우, 청구원인사실 중 '대리·대표권 수여' 사실은 '지배인·대표이사 선임' 사실이나 '지배인·대표이사 선임등기' 사실[4085]로 대체되고, 피고는 상업등기의 추정력 복멸을 위해 (1) '지배인·대표이사 선임등기가 무효인 근거 사실'을 주장·증명하여 항변할 수 있으며, 상법 제37조에 따라 (2) "계약 체결 이전 시점에 ⓐ '지배인·대표이사가 사임하거나 해임된 사실'+ⓑ[1] '그 사임·해임 등기가 마쳐진 사실' 또는 ⓑ[2] 'ⓐ 사실에 관한 원고의 악의 사실'"을 주장·증명하여 항변할 수 있다. 원고는, 위 (2) 항변의 ⓑ[1]에 대하여, "'원고의 선의'+'정당사유'"를 주장·증명하여 재항변할 수 있다.

원고는 위 (1) 항변 인용에 대비하여, 계약 이행 청구에 대한 '예비적' 청구'로서 '부실등기책임 청구'의 요건사실인 '(부실등기에 대한) 피고의 고의 또는 과실'을 주장·증명하면 되고, 이에 대하여 피고는, '원고의 악의'를 주장·증명하여 항변할 수 있다.[4086]

다. 영업양도

1) 경업금지

가) 영업양도인에 대한 경업 금지 청구

상법 제41조[4087] '제1항의 법규정' 또는 제2항의 '약정'에 근거하여, 영업양수인(전전 영업양수인 포함[4088])은 영업양도인에 대하여 '동일·인접 특별시·광역시·시·군'에서

등기와 마찬가지로 제3자에 대하여 적법한 원인으로 마쳐진 것으로 추정될 수 있는 점, ④ 상사 법률관계에서는 거래상대방의 보호가 더 중시되어야 하는 점 등을 들 수 있다.

4084) 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다36097, 36103 판결: "부실의 등기에 관한 상법 제39조의 규정에 의하더라도 원고 회사는 선의의 제3자인 피고들에 대하여 책임을 부담하여야 한다는 취지로도 주장하나, 이는 원심에 이르기까지 주장하지 아니하다가 당심에 이르러 비로소 주장하는 것이어서 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 될 수 없다."

4085) 지배인등기부나 주식회사등기부의 '등기사항증명서'로 증명하면 된다.

4086) '부실등기책임에 기한 원고의 예비적 청구'를 '원고의 재항변'으로, 그 다음 '피고의 항변'을 '피고의 재재항변'으로 위치시킬 수도 있으나, '유권대리·대표'에 의한 계약책임과 외관책임인 '부실등기책임'은 별개의 청구권·소송물로서 주위적·예비적 청구의 관계로 봄이 옳다.

4087) **상법 제41조(영업양도인의 경업금지)** ① 영업을 양도한 경우에 다른 약정이 없으면 양도인은 10년간 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·시·군에서 동종영업을 하지 못한다. ② 양도인이 동종영업을 하지 아니할 것을 약정한 때에는 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·시·군에 한하여 20년을 초과하지 아니한 범위 내에서 그 효력이 있다.

4088) 대법원 2022. 11. 30. 선고 2021다227629 판결: "영업양도계약에서 경업금지청구권의 양도를 제한하는 등의 특별한 사정이 없다면 … 양도된 영업이 다시 동일성을 유지한 채 전전양도될 때 영업양수인의 경업금지청구권은 영업재산의 일부로서 영업과 함께 그 뒤의 영업양수인에게 전전양도되고, 그에 수반하여 지명채권인 경업금

의 '동종영업'[4089]에 대한 '경업금지'를 청구할 수 있다. '경업금지의무를 배제하는 약정'은 항변 사항이다.

나) 상가 분양계약상 업종 제한 약정에 기초한 동종 영업 금지 청구

상가 분양계약상 업종 제한 약정을 위반할 경우 영업상의 이익을 침해당할 처지에 있는 자는 침해배제를 위하여 동종업종의 영업금지를 청구할 권리가 있다.[4090] 집합건물 관리단 설립 이후에는 관리단 규약을 통하여 업종 제한을 새로 설정하거나 변경할 수 있다.[4091]

지청구권의 양도에 관한 통지권한도 전전이전된다고 보는 것이 타당하다."

4089) ❶ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다80440 판결; "상법 제41조 제1항 … 에서 양도 대상으로 규정한 영업은 일정한 영업 목적에 의하여 조직화되어 유기적 일체로서 기능하는 재산의 총체를 말하는데, 여기에는 유형·무형의 재산 일체가 포함된다. 영업양도인이 영업을 양도하고도 동종 영업을 하면 영업양수인의 이익이 침해되므로 상법은 영업양수인을 보호하기 위하여 영업양도인의 경업금지의무를 규정하고 있다. 위와 같은 상법의 취지를 고려하여 보면, 경업이 금지되는 대상으로서의 동종 영업은 영업의 내용, 규모, 방식, 범위 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 볼 때 양도된 영업과 경쟁관계가 발생할 수 있는 영업을 의미한다고 보아야 한다. … 경업금지지역으로서의 동일 지역 또는 인접 지역은 양도된 물적 설비가 있던 지역을 기준으로 정할 것이 아니라 영업양도인의 통상적인 영업활동이 이루어지던 지역을 기준으로 정하여야 한다."(경업금지의무의 지역적 범위가 공장 소재지인 군과 인접 군에 제한되어야 한다는 피고 주장에 대하여, 영업양도 대상인 공장의 영업은 가공한 육류를 전국적으로 유통·판매하는 것까지 목적으로 하고 있으므로 그 영업 지역을 공장 소재지 군과 인접 군에 한정되는 것으로 볼 수 없다는 이유로 위 주장을 배척한 예) ❷ 영업양도의 판단기준은 인계·인수할 종업원이나 노하우, 거래처 등이 존재하지 아니하는 소규모 자영업의 경우에도 동일하게 적용된다(2009마1136; 소규모 미용실의 양도를 영업양도로 보아 양도인에게 경업금지의무가 있다고 본 사례).

4090) 대법원 2023. 12. 14. 선고 2023다270047 판결; "건축주가 상가를 건축하여 점포별로 업종을 정하여 분양한 경우 점포의 수분양자나 그의 지위를 양수한 자 또는 그 점포를 임차한 자는 특별한 사정이 없는 한 상가의 점포 입점자들에 대한 관계에서 상호 묵시적으로 분양계약에서 약정한 업종 제한 등의 의무를 수인하기로 동의하였다고 봄이 상당하므로, 상호 간의 업종 제한에 관한 약정을 준수할 의무가 있다고 보아야 한다. 따라서 이와 같은 업종 제한 약정을 위반할 경우 이로 인하여 영업상의 이익을 침해당할 처지에 있는 자는 침해배제를 위하여 동종업종의 영업금지를 청구할 권리가 있다. 상가를 분양하는 계약에서 업종 제한 약정을 하면서도 그 업종의 의미 및 영업범위에 관하여 따로 정하지 않은 경우에는, 그 업종의 사전적 의미, 일반적으로 행해지는 그 업종의 영업내용, 한국표준산업분류표의 분류기준 등을 모두 종합하여 결정하되, 획일적·절대적으로 결정할 것이 아니라 상가가 위치한 도시와 아파트 단지의 규모, 그 상가의 크기와 상권형성 정도, 인근 동종업종의 상황 등도 아울러 고려하여, 지정된 업종의 점포 입점자가 거래관념상 통상적으로 수인하여야 할 정도를 넘는 약정 위반인지 여부를 판단하여야 한다."(상가건물 1층에서 편의점을 운영하고 있는 원고들이 같은 층 인접 점포에서 아이스크림 등 할인점을 운영하고 있는 피고를 상대로 한 영업금지청구를 인정한 사례) ☛ '치킨 판매 영업'을 지정받은 점포에서 실질적으로 '호프판매 영업'을 한 것이 업종제한에 관한 약정을 위반한 것이라고 한 사례(2006다63747).

4091) ❶ 건물이 집합건물법의 규율대상인 집합건물인 경우 분양이 개시되고 입주가 이루어짐으로써 공동관리의 필요가 생긴 때에는 그 당시의 미분양된 전유부분의 구분소유자를 포함한 구분소유자 전원을 구성원으로 하는 집합건물법 제23조 소정의 관리단이 당연히 설립되고, 관리단의 설립 이후에는 집합건물법 제28조의 관리단 규약을 통하여 업종 제한을 새로 설정하거나 변경할 수도 있는데, 이러한 업종 제한에는 기본적으로 수분양자 또는 구분소유자에게 해당 업종에 관한 독점적 운영권을 보장하는 의미가 내포되어 있으므로 이를 사후에 변경하기 위해서는 임차인 등의 제3자가 아닌 수분양자들이나 구분소유자들 스스로의 합의가 필요하다. 다만 관리단 규약의 제·개정을 위한 구분소유자의 의결권 행사는 대리인을 통하여서도 할 수 있고(집합건물법 제38조 제2항), 업종 제한의 변경에 관한 구분소유자나 수분양자의 동의의 의사표시도 마찬가지라고 보아야 하며, 이러한 의결권의 위임이나 대리권의 수여가 반드시 개별적·구체적으로 이루어져야만 한다고 볼 근거도 없으므로, 구분소유자나 수분양자가 임차인 등에게 사전적·포괄적으로 상가건물의 관리에 관한 의결권을 위임하거나 업종 제한 변경의 동의에 관한 대리권을 수여한 경우에는 위 임차인 등이 참여한 결의나 합의를 통한 업종 제한의

2) 영업양수인의 상호속용 또는 채무인수광고에 따른 변제책임

상법 제42조[4092] 제1항의 '영업 양수인의 상호속용책임'[4093]의 법문상 요건사실은, ① '영업[4094] 양도[4095] 사실'(영업 '출자'의 경우에는 유추적용되나,[4096] 영업 '임대차'의 경우에는 유추적용되지 않는다[4097]), ② '영업 양수인의 상호('옥호', '영업표지'의 경우에도 유추적용된다[4096]) 속

설정이나 변경도 가능하다(2011다79258). ❷ 상가건물의 업종을 제한하거나 변경하는 업무는 이를 유통산업발전법상 대규모점포개설자나 대규모점포관리자에게 허용하면 구분소유자의 소유권 행사와 충돌하거나 구분소유자의 소유권을 침해할 우려가 있는 '구분소유와 관련된 사항'에 해당하고, 대규모점포 본래의 유지·관리를 위하여 필요한 업무에 포함되지 않는다고 보아야 한다(2018다41801).

4092) **상법 제42조(상호를 속용하는 양수인의 책임)** ① 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우에는 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다. ② 전항의 규정은 양수인이 영업양도를 받은 후 지체없이 양도인의 채무에 대한 책임이 없음을 등기한 때에는 적용하지 아니한다. 양도인과 양수인이 지체없이 제3자에 대하여 그 뜻을 통지한 경우에 그 통지를 받은 제3자에 대하여도 같다.

4093) 상법 제42조 제1항은, 일반적으로 영업상 채권자의 채무자에 대한 신용은 채무자의 영업재산에 의하여 실질적으로 담보되어 있는 것이 대부분인데도 실제 영업양도가 이루어지면서 채무인수가 제외된 경우에는 채권자의 채권이 영업재산과 분리되게 되어 채권자를 해치게 되는 일이 일어나므로 채권자에게 채권추구의 기회를 상실시키는 것과 같은 영업양도의 방법, 즉 채무를 인수하지 않았음에도 불구하고 상호를 속용함으로써 영업양도의 사실이 대외적으로 판명되기 어려운 방법 또는 영업양도에도 불구하고 채무인수가 이루어지지 않은 사실이 대외적으로 판명되기 어려운 방법 등이 채용된 경우에 양수인에게도 변제의 책임을 지우기 위하여 마련된 규정이다(대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다305659 판결).

4094) 상법 제42조 제1항의 '영업'이란, 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻한다(2016다47737).

4095) '영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부'는 양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 하는바(2007다89722 판결 등), 이는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하므로, 영업재산의 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 수 있다 할 것이고, 이러한 영업양도는 반드시 영업양도 당사자 사이의 명시적 계약에 의하여야 하는 것은 아니며 묵시적 계약에 의하여도 가능하다(2007다17123,17130).

4096) 96다13767; "영업을 출자하여 주식회사를 설립하고 그 상호를 계속 사용하는 경우에는, 영업의 양도는 아니지만 출자의 목적이 된 영업의 개념이 동일하고 법률행위에 의한 영업의 이전이라는 점에서 영업의 양도와 유사하며 채권자의 입장에서 볼 때는 외형상의 양도와 출자를 구분하기 어려우므로, 새로 설립된 법인은 상법 제42조 제1항의 규정의 유추적용에 의하여 출자자의 채무를 변제할 책임이 있는 것이지만, 여기서 말하는 영업의 출자라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 출자하는 것을 말한다고 보아야 할 것인데, … 소의 회사 또는 그 대주주인 소외인 등이 소외 회사의 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 출자함으로써 피고 회사가 설립되었다고 보기에 부족하다는 점도 아울러 지적하여 둔다."

4097) 대법원 2016. 8. 24. 선고 2014다9212 판결; "타인의 채무에 대한 변제책임이 인정되는 것은 채무인수와 같이 당사자가 스스로의 결정에 따라 책임을 부담할 의사를 표시한 경우에 한정되는 것이 원칙이고, 예외적으로 법률의 규정에 의하여 당사자의 의사와 관계없이 타인의 채무에 대한 변제책임이 인정될 수 있으나, 그러한 법률규정을 해석·적용할 때에는 가급적 위와 같은 원칙들이 훼손되지 않도록 배려하여야 하고 특히 유추적용 등의 방법으로 그 법률규정들을 확대적용하는 것은 신중히 하여야 한다. … 영업임대차의 경우에는 상법 제42조 제1항과 같은 법률규정이 없을 뿐만 아니라, 영업상의 채권자가 제공하는 신용에 대하여 실질적인 담보의 기능을 하는 영업재산의 소유권이 재고상품 등 일부를 제외하고는 모두 임대인에게 유보되어 있고 임차인은 그 사용·수익권만을 가질 뿐이어서 임차인에게 임대인의 채무에 대한 변제책임을 부담시키면서까지 임대인의 채권자를 보호할 필요가 있다고 보기 어렵다. 여기에 상법 제42조 제1항에 의하여 양수인이 부담하는 책임은

용(그 원인관계가 무엇인지에 관하여 제한을 둘 필요는 없고 상호속용이라는 '사실관계'가 있으면 충분하다[4099]) 사실'과 ③ '양도인의 영업으로 인한 채무인 사실'로 되어 있는데, 영업 양도인의 채권자(원고)가 영업 양수인(피고)에게 상호속용책임에 기초하여 영업 양도인에 대한 채권의 이행을 청구하는 경우, 청구원인 사실로서 위 ①, ②의 사실 및 ③ '원고의 양도인에 대한 채권의 '발생'[4100] 사실'을 주장·증명하면 된다.

상법 제44조[4101]의 '영업 양수인의 채무인수 광고에 따른 변제책임'의 경우에는 위 ②의 '상호 속용 사실' 대신에 '채무 인수를 광고한 사실'로 대체된다(양도인의 채권자에게 개별적으로 통지를 하는 방식으로 채무인수 취지를 표시한 경우에도 적용되고,[4102] 업무전반을 인계하였다는

양수한 영업재산에 한정되지 아니하고 그의 전 재산에 미친다는 점 등을 더하여 보면, 영업임대차의 경우에 상법 제42조 제1항을 그대로 유추적용할 것은 아니다." ☞ 이는 영업임대차의 종료로 영업을 반환하는 경우에도 마찬가지이다(2016다47737).

4098) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다305659 판결: "양수인에 의하여 속용되는 명칭이 상호 자체가 아닌 옥호 또는 영업표지인 때에도 그것이 영업주체를 나타내는 것으로 사용되는 경우에는 채권자가 영업주체의 교체나 채무인수 여부 등을 용이하게 알 수 없다는 점에서 일반적인 상호속용의 경우와 다를 바 없으므로, 양수인은 특별한 사정이 없는 한 상법 제42조 제1항의 유추적용에 의하여 그 채무를 부담한다."

4099) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다17123, 17130 판결: "상호를 속용하는 영업양수인에게 책임을 묻기 위해서는 상호속용의 원인관계가 무엇인지에 관하여 제한을 둘 필요는 없고 상호속용이라는 사실관계가 있으면 충분하다고 할 것이고, 따라서 상호의 양도 또는 사용허락이 있는 경우는 물론 그에 관한 합의가 무효 또는 취소된 경우라거나 상호를 무단 사용하는 경우도 상법 제42조 제1항의 상호속용에 포함된다고 할 것이며, 나아가 영업양도인이 자기의 상호를 동시에 영업 자체의 명칭 내지 영업 표지로서도 사용하여 왔는데, 영업양수인이 자신의 상호를 그대로 보유·사용하면서 영업양도인의 상호를 자신의 영업 명칭 내지 영업 표지로서 속용하고 있는 경우에는 영업상의 채권자가 영업주체의 교체나 채무승계 여부 등을 용이하게 알 수 없다는 점에서 일반적인 상호속용의 경우와 다를 바 없으므로, 이러한 경우도 상법 제42조 제1항의 상호속용에 포함된다고 할 것이다."

4100) 대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다270217 판결: "상법 제42조 제1항은 … 양도인이 여전히 주채무자로서 채무를 부담하면서 양수인도 함께 변제책임을 지도록 하고 있으나, 위 규정이 영업양수인이 양도인의 영업자금과 관련한 피보증인의 지위까지 승계하도록 한 것이라고 보기는 어렵고, 영업양수인이 위 규정에 따라 책임지는 제3자의 채권은 영업양도 당시 채무의 변제기가 도래할 필요까지는 없다고 하더라도 그 당시까지 발생한 것이어야 하고, 영업양도 당시로 보아 가까운 장래에 발생될 것이 확실한 채권도 양수인이 책임져야 한다고 볼 수 없다." ☞ 원심이, (1) 원고의 소외인(영업양도인)에 대한 구상금 채권은 영업양도계약 당시 아직 발생하지 않았으므로 피고(상호속용 영업양수인)가 이를 변제할 책임이 없다 하여 원고의 구상금 청구를 기각하고, (2) 원고는 보증인으로서 소외인의 채무를 변제할 정당한 이익이 있으므로 소외인에 대한 대출채권자인 소외 은행을 대위할 법정대위권을 취득하고, 그 대위변제금 채권은 종래 채권자인 소외 은행이 소외인에 대하여 가지는 채권 자체가 이전되는 것이므로 영업양도 당시 이미 발생한 것이어서, 피고는 그 채무를 연대하여 변제할 책임이 있다고 보아 원고의 대위변제금 청구를 인용한 데 대하여, 대법원은, 구상금 청구에 관하여 원심이 판단한 것처럼 원고가 피고에 대하여 구상권을 가지지 못하는 이상, 구상권의 효력을 확보하기 위하여 인정되는 변제자대위는 허용될 수 없으므로, 원고는 소외 은행의 피고에 대한 원채권을 대위행사할 수 없다고 한 예.

4101) **상법 제44조(채무인수를 광고한 양수인의 책임)** 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하지 아니하는 경우에 양도인의 영업으로 인한 채무를 인수할 것을 광고한 때에는 양수인도 변제할 책임이 있다.

4102) ❶ 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다77327 판결: "영업양수인이 양도인의 채무를 받아들이는 취지를 광고에 의하여 표시한 경우에 한하지 않고, 양도인의 채권자에 대하여 개별적으로 통지를 하는 방식으로 그 취지를 표시한 경우에도 적용이 되어, 그 채권자와의 관계에서는 채무변제의 책임이 발생한다고 보아야 할 것이다. … 피고 회사가 2005년 1월 말경 소외 1 회사로부터 공장건물, 기계 및 인력 대부분을 그대로 인수하여 그 영업을 양수하여 원고를 비롯한 소외 1 회사의 기존 거래처와의 거래를 계속한 점, 원고는 2005. 2. 1.부터 같은 달 22일까지 종전대로 소외 1 회사 명의로 거래명세표를 작성하여 피고 회사의 직원으로부터 제품을 인수하였다는 취지의 확인을 받아오던 중 2005. 2. 23.경 피고 회사가 '당사 상호변경의 건'이라는 제목으로, '금년 2005년 2월부터 회사명 변경으로 인해 아래와 같이 공문합니다'라는 내용하에 그 업태와 종목은 사실상

인사장의 배포를 채무인수를 광고한 것으로 볼 수 있는지에 대해서는 다툼이 있다[4103]).

영업 양수인(피고)은 상호속용책임이나 채무인수광고책임을 면하기 위해, ① 영업 양도인의 채무가 '영업으로 인한 채무[4104]'가 아니'라는 점,[4105] 또는 ② 원고가 '영업양도 당시' 채무인수 사실이 없음을 알고 있었거나 '그 무렵' 알게 된 '악의의 채권자'라는 점,[4106]

동일하고 단지 상호명 및 사업자등록번호와 대표자만 바뀐 소외 1 회사와 피고 회사의 각 표시를 변경 전후로 나누어 표시한 갑 제4호증을 원고에게 발송하였고(그 발신인 주소란에도 소외 1 회사의 종전 공장 소재지 그대로 기재하고 있다), 이에 원고는 2005. 2. 28.부터 '공급받는 자'를 피고 회사로 바꾼 세금계산서를 발행하는 한편, 2005년 2월부터 11월까지 총 13,120,660원의 물품을 공급하고서 피고로부터는 소외 1 회사의 기존 미지급 물품대금채무 일부를 포함하여 총 16,883,880원을 지급받은 점 등의 사정에 비추어 보면, 피고 회사는 상법 제44조의 채무인수를 광고한 양수인에 해당하여 소외 1 회사의 원고에 대한 미지급 물품대금채무를 변제할 책임이 있다고 보아야 할 것이다." ❷ 대법원 2008. 4. 11. 선고 2007다89722 판결; "피고가 위 미래테크로부터 그 판시 영업을 양수한 직후 원고에게 위 미래테크의 상호가 '미래테크(주)'에서 피고의 상호인 '(주)안테나 텍'으로 변경되었고, 연락처 및 주소도 변경되었다는 취지의 문서를 팩스로 보낸 데 이어 재차 발신자를 '(주)안테나텍(구 미래테크)'이라고 표시한 문서에 피고의 사업자등록증을 첨부하여 팩스로 보낸 사실, 그 이후 피고가 원고와 거래를 하면서 자신이 납품받은 물품에 대한 물품대금은 물론 원고에 대한 132,699,189원의 물품대금채무 중 68,840,000원을 변제하기까지 한 사실 등에 기초하여 피고는 영업양도인인 위 미래테크의 원고에 대한 판시 물품대금채무를 변제할 책임이 있다고 인정한 것은 … 수긍할 수 있다. … 피고와 위 미래테크의 상호 사이에 객관적 유사성이 없다든지, 피고와 위 미래테크 사이의 이 사건 영업양도계약 당시 판시 물품대금채무는 승계대상에서 제외하기로 하였다든지 하는 사정이 있다 하여도 그러한 사정만으로는 위와 같이 상법 제44조에 근거한 피고의 변제책임을 부정할 사유에 해당하지 아니하고"

4103) 주석상법[총칙·상행위(1)] 332-333면(손주찬 집필)

4104) ❶ 88다카12100; "영업으로 인하여 발생한 채무란 영업상의 활동에 관하여 발생한 모든 채무를 말한다고 하여야 할 것이므로 불법행위로 인한 손해배상채무도 이에 포함된다고 보아야" ❷ 2010다35138; "상호를 속용하는 영업양수인이 변제책임을 지는 양도인의 제3자에 대한 채무는 양도인의 영업으로 인한 채무로서 영업양도 전에 발생한 것이면 족하고, 반드시 영업양도 당시의 상호를 사용하는 동안 발생한 채무에 한하는 것은 아니라고 할 것"

4105) "상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정된다"는 상법 제47조 제2항 규정의 매개로 상인인 영업양도인의 채무는 '영업으로 인한 채무'로 추정되므로, 상호를 속용하는 영업양수인이 상호 속용 책임을 면하려면, 반증이 아닌 본증으로 영업양도인의 채무가 영업으로 인한 채무가 아니라는 점을 항변으로 주장·증명하여 위 추정을 복멸시켜야 한다. 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다5862 판결은, "양도인이 주식회사인 경우에는 회사에게 사적인 생활이 존재하지 아니한 관계로 주식회사의 명의로 한 행위는 '반증'이 없는 한 일단 회사의 영업을 위하여 하는 행위로 추정되며, 따라서 그로 인하여 회사가 부담하는 채무도 영업으로 인한 채무로 추정된다고 할 것이지만, '반증'에 의하여 그 채무가 영업으로 인한 채무가 아니라는 점이 밝혀지는 경우 그러한 추정은 복멸될 수 있다."라고 한 것이 있는데, 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 보는 의제상인(상법 제5조 제2항)이라는 점에서 개인상인과 다른 점이 있으나 상인이라는 점에서는 둘 다 동일하므로 주식회사인지 여부에 따라 상법 제47조 제2항의 추정 규정 적용에 차이가 있을 수는 없고, 양도인의 영업으로 인한 채무라는 점에 대한 추정은 반증이 아닌 본증으로 복멸되어야 한다는 점에서 위 판시 중 일부는 타당한 것이라 볼 수 없다.

cf. 위 2000다5862 판결의 이어지는 판시; "파주레미콘이 원고에 대하여 부담하는 이 사건 약속어음금채무 및 연대보증채무는 파주레미콘의 사실상의 소유주라는 윤OO이 파주레미콘의 목적사업이나 영업과는 전혀 무관하게 개인적으로 주유소영업을 하기 위하여 원고로부터 주유소부지 등을 매입한 후 그 대금지급을 위하여 마침 보관 중이던 파주레미콘의 명판과 대표이사 인감도장을 이용하여 이 사건 약속어음 및 당좌수표를 발행함으로써 결국, 파주레미콘이 부담하게 된 어음금채무 또는 그 원인관계상의 연대보증채무라는 점을 알 수 있다(원고 역시 이 사건 약속어음과 당좌수표를 주유소 매매대금의 담보로 교부받았다고 하면서, 자신의 채권이 파주레미콘의 영업과 관련 있는 채권이 아니라는 점을 적극적으로 다투지 아니하고 있다). 그렇다면 원고의 위 채권은 파주레미콘의 영업활동과는 전혀 무관한 것으로서 양도인의 영업으로 인한 채권으로 볼 수 없으므로, 상호 속용 영업양수인에 대하여 그 이행책임을 물을 수 없다고 할 것임에도, 이와 결론을 달리하여 원고의 피고에 대한 청구를 인용한 원심판결에는 상호 속용 영업양수인의 책임에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다."

③ 영업양도 또는 채무인수 광고 후 2년의 제척기간[4107] 경과(이는 법원의 직권조사사항이다)[4108] 등을(이상은, 두 책임 모두에 적용된다), ④ 양수인이 영업양도를 받은 후 지체없이 양도인의 채무에 대한 책임이 없음을 등기한 사실(상법 제42조 제2항 전문), ⑤ 양도인과 양수인이 지체 없이 원고에 대하여 양도인의 채무에 대한 책임이 없다는 뜻을 통지한 사실(제2항 후문) 등(④, ⑤는 상호속용책임에 대한 면책사유이다)을 항변으로 주장·증명할 수 있다.

영업양도인의 영업으로 인한 채무와 영업양수인의 상호속용 또는 채무인수 광고에 따른 채무는 발생원인을 달리하는 별개의 채무로서 전자의 처분에 후자가 당연히 종속된다고 볼 수 없고, 서로 '부진정연대'의 관계(따라서 어느 일방에게 상대적 효력이 인정될 뿐인 사유는 다른 채무자의 유효한 항변·재항변 사유가 될 수 없다)에 있다.[4109]

4106) ❶ 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다305659 판결; "상호를 속용하는 영업양수인의 책임은 어디까지나 채무인수가 없는 영업양도에 의하여 채권추구의 기회를 빼앗긴 채권자를 보호하기 위한 것이므로, 영업양도에도 불구하고 채무인수 사실이 없다는 것을 알고 있는 악의의 채권자에 대하여는 상법 제42조 제1항에 따른 책임이 발생하지 않고, 채권자가 악의라는 점에 대한 주장·증명책임은 그 책임을 면하려는 영업양수인에게 있다. 나아가 채권자 보호의 취지와 상법 제42조 제1항의 적용을 면하기 위하여 양수인의 책임 없음을 등기하거나 통지하는 경우에는 영업양도를 받은 후 지체 없이 하도록 규정한 상법 제42조 제2항의 취지를 종합하면, 채권자가 영업양도 당시 채무인수 사실이 없음을 알고 있었거나 그 무렵 알게 된 경우에는 영업양수인의 변제책임이 발생하지 않으나, 채권자가 영업양도 무렵 채무인수 사실이 없음을 알지 못한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 상법 제42조 제1항에 따른 영업양수인의 변제책임이 발생하고, 이후 채권자가 채무인수 사실이 없음을 알게 되었다고 하더라도 이미 발생한 영업양수인의 변제책임이 소멸하는 것은 아니다."(이미 피고의 변제책임이 발생한 이상, 원고들이 영업양도계약이 이루어진 때부터 7개월이 경과할 무렵 채무 불인수 사실을 알게 되었다거나, 영업양도 이후 상당 기간 동안 영업양도인에 대하여 보전처분 등의 조치를 취하지 않았다고 하여, 피고의 변제책임이 소멸한다고 볼 수 없다고 한 예.) ☛ 채권자가 영업의 양도가 이루어진 것을 알고 있었다는 사정만으로 보호의 적격이 없다고 할 수는 없다(2007다17123, 17130). ❷ 2007다89722; "상법 제44조에 근거한 피고의 변제책임 … 그 주장사유만으로는 위 영업양도계약에서 판시 물품대금채무가 승계대상에서 제외된 사정을 원고가 알았다고 인정하기에 부족하다 할 것"

4107) **상법 제45조(영업양도인의 책임의 존속기간)** 영업양수인이 제42조 제1항 또는 전조의 규정에 의하여 변제의 책임이 있는 경우에는 양도인의 제3자에 대한 채무는 영업양도 또는 광고 후 2년이 경과하면 소멸한다.

4108) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다38827 판결; "영업을 출자하여 주식회사를 설립하고 그 상호를 계속 사용함으로써 상법 제42조 제1항의 규정이 유추적용되는 경우에는 상법 제45조의 규정도 당연히 유추적용된다고 할 것이다." ☎ 원심이, 이 사건 소는 영업양도일로 볼 수 있는 ○○상사의 폐업 및 ㈜○○상사의 설립이 이루어진 2004. 8. 말부터 2년 이상 경과하였음이 역수상 명백한 2008. 1. 25.에야 제기되었으므로, ○○상사의 영업을 출자하여 ㈜○○상사를 설립한 피고의 ○○상사의 영업과 관련한 이 사건 채무는 상법 제45조에 의하여 소멸하였다는 이유로, 원고의 청구를 기각한 것은 정당하다고 한 예.

4109) ❶ 대법원 2023. 12. 7. 선고 2020다225138 판결; "상법 제42조 제1항에 기한 영업양수인의 책임은 당사자의 의사나 인식과 관계없이 발생하는 법정 책임으로서, 상호를 속용하는 영업양수인은 상법 제42조 제1항에 의하여 영업양도인의 채권자에 대한 영업상 채무를 중첩적으로 인수하게 된다. 영업양도인의 영업으로 인한 채무와 상호를 속용하는 영업양수인의 상법 제42조 제1항에 따른 채무는 같은 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 다른 일방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다. 따라서 채권자가 영업양도인을 상대로 소를 제기하여 확정판결을 받아 소멸시효가 중단되거나 소멸시효 기간이 연장된 뒤 영업양도가 이루어졌다면 그와 같은 소멸시효 중단이나 소멸시효 연장의 효과는 상호를 속용하는 영업양수인에게 미치지만, 채권자가 영업양도가 이루어진 뒤 영업양도인을 상대로 소를 제기하여 확정판결을 받았다면 영업양도인에 대한 관계에서 소멸시효가 중단되거나 소멸시효 기간이 연장된다고 하더라도 그와 같은 소멸시효 중단이나 소멸시효 연장의 효과는 상호를 속용하는 영업양수인에게 미치지 않는다." ❷ 2009다23696; "영업양도인의 영업으로 인한 채무와 영업양수인의 상법 제44조에 따른 채무는 같은 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 다른 일방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다고 할 것이지만, 채권자의 영업양도인에 대한 채권과

2. 상 행 위

가. 보조적 상행위

1) 상법 제47조 규정의 성격

상법 제47조[4110]에 의하여, 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 보조적 상행위로 추정된다.[4111] 보조적 상행위에 있어서 같은 구성요건인 '상인의 행위'에 의하여 '영업을 위하여 하는 행위'가 추정되는 것이므로 위 규정은 무전제의 추정 또는 잠정적 진실 규정에 해당하고(자주 및 평온·공연 점유 추정 규정인 민법 제197조 제1항과 같은 성격이다), 법률상의 추정 규정이 아니라 통상의 증명책임분배 규정에 불과한 것이다.[4112] 이는 추정사실의 부존재의 증명책임을 상대방에게 부담시키는 순전한 증명책임전환규정으로서 본문·단서의 관계에서 오는 번잡함을 회피하려는 입법기술에 불과한 것인바, 본문·단서의 형식으로 환언해 보면, "상인의 행위는 상행위로 한다. 그러나 영업을 위하여 하는 것이 아니면 그러하지 아니하다."로 고쳐 쓸 수 있다.[4113]

2) '상인'의 점에 대한 증명

위 추정 규정을 적용하기 위해서는 우선 '상인'(자기명의로 상행위를 하는 자[4114])이라

영업양수인에 대한 채권은 어디까지나 법률적으로 발생원인을 달리하는 별개의 채권으로서 그 성질상 영업양수인에 대한 채권이 영업양도인에 대한 채권의 처분에 당연히 종속된다고 볼 수 없다. 따라서 채권자가 영업양도인에 대한 채권을 타인에게 양도하였다는 사정만으로 영업양수인에 대한 채권까지 당연히 함께 양도된 것이라고 단정할 수 없고, 함께 양도된 경우라도 채권양도의 대항요건은 채무자별로 갖추어야 하는 것이다." ☞ 이러한 법리는 상법 제44조와 그 책임의 근거를 같이 하며 동일한 효과를 규정하고 있는 상호를 속용하는 양수인의 책임에 관한 상법 제42조의 사안에도 마찬가지로 적용된다(2012다114783).

4110) **상법 제47조(보조적 상행위)** ① 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 본다. ② 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정한다.

4111) "상법 제365조 제2항(제503조 제2항)의 규정은 상인의 행위가 그 행위 자체로부터 관찰하여 영업을 위하여 한 것이 아님이 의심 없을 경우에는 그 적용이 없는 것이다."라는 일본 대심원 대정 13. 7. 19. 판결에 따라, 상법 제47조 제2항 소정의 추정 규정은 상인의 행위가 그 성질상 영업을 위하여 행하여질 가능성이 있고 또 사실상 영업을 위하여 행하여졌느냐 아니냐가 의심스러운 경우에만 적용되는 것이고, 행위 자체가 성질상 영업을 위한 것이 아님이 객관적으로 명료한 경우에는 그 적용이 없으므로, 그와 같은 경우에는 오히려 상대방에서 당해 행위가 영업을 위하여 한 것임을 증명할 책임을 부담하게 된다고 하는 견해도 있으나(오석락, 신판 입증책임론, 박영사(2002), 480면), 그렇게 제한적으로 해석할 근거는 없고 법 규정의 문언 그대로 해석함이 옳다.

4112) 주석 신민사소송법(V), 81면(손용근 집필).

4113) 오석락, 신판 입증책임론, 박영사(2002), 123면.

4114) **상법 제4조(상인-당연상인)** 자기명의로 상행위를 하는 자를 상인이라 한다. ☛ 여기서 "자기 명의"란 상행위로부터 생기는 권리의무의 귀속주체로 된다는 뜻으로 실질에 따라 판단하여야 하므로, 행정관청에 대한 인·허가 명의나 국세청에 신고한 사업자등록상의 명의와 실제 영업상의 주체가 다를 경우 후자가 상인이 된다(2007다66590).

제5조(의제상인) ① 점포 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업을 하는 자는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다. ② 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 전항과 같다. ☛ 이는 간주규정으로 전제사실이 인정되는 한 간주사실에 대한 복멸이 허용되지 않는다. 변호사, 법무사는 '상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자'라고 볼 수 없다(2011마110, 2007마996).

는 점이 인정되어야 하므로, 위 추정 규정의 적용을 주장하는 쪽은 '상인'이라는 점에 대하여 주장·증명하여야 하고,[4115] 상대방은 반증으로 이를 다투면 된다. 인·허가나 사업자등록상의 명의자는 권리의무의 실질적인 귀속주체로 사실상 추정된다.[4116]

어떠한 자가 자신의 영업을 위한 '개업준비행위'를 하면, 그 때 상인 자격을 취득하고, 그 개업준비행위는 최초의 보조적 상행위가 된다. 따라서 개업준비행위의 존재 사실을 주장·증명하면 위 추정 규정이 적용될 수 있다. 행위 자체의 성질로 보아 개업준비행위에 해당함을 알 수 없는 경우에는, '행위자의 주관적 의사가 영업 준비를 위한 것이고 상대방도 행위자의 설명 등에 의하여 그 행위가 영업을 위한 준비행위라는 점을 인식한 사실'까지 주장·증명하여야 한다.[4117]

4115) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결; "상인은 상행위에서 생기는 권리·의무의 주체로서 상행위를 하는 것이고, 영업을 위한 행위가 보조적 상행위로서 상법의 적용을 받기 위해서는 행위를 하는 자 스스로 상인 자격을 취득하는 것을 당연한 전제로 한다. 회사가 상법에 의해 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인이 상인이 되는 것은 아니다. 대표이사 개인이 회사의 운영 자금으로 사용하려고 돈을 빌리거나 투자를 받더라도 그것만으로 상행위에 해당하는 것은 아니다. 또한 상인이 그 영업과 상관없이 개인 자격에서 돈을 투자하는 행위는 상인의 기존 영업을 위한 보조적 상행위로 볼 수 없다."(건설회사 대표이사인 피고가 회사 운영자금으로 사용하려고 망인으로부터 돈을 투자받았는데, 이후 망인의 상속인인 원고들에게 투자금을 반환하기로 약정한 사안에서, 대표이사인 피고는 상인이 아니고, 망인은 상인이지만 자신의 영업(콘테이너 제조판매대여)과 무관하게 개인적으로 돈을 투자한 것으로서 보조적 상행위로 볼 수도 없어 원고들의 피고에 대한 채권은 10년의 소멸시효가 적용되는 민사채권으로 보아야 한다고 한 예). ☛ **[동일 판시]** ❶ 소외 택시회사의 주주인 원고 등이 피고들과 주식양도계약을 체결하면서 '도급 문제로 감차 예정인 차량 1대분은 추후 소송 여하에 따라 승소 시 해당 시세의 50%를 원고 등에게 지급한다'는 취지로 정하였고, 그 후 피고들이 회사의 대표이사 등으로 취임한 사안에서, 피고들의 회사 양수 행위가 영업을 위한 보조적 상행위에 해당한다는 이유 등으로 위 약정금채권에 5년의 상사소멸시효가 적용된다고 판단한 원심을 파기한 예(2019다283794). ❷ 甲 등이 乙 회사와 재건축사업을 위한 지분제 공사도급계약을 체결하였는데, 乙 회사의 실질적인 경영주로서 재건축사업을 사실상 주도한 丙 개인이 재건축사업의 공사대금 등의 명목으로 丁 등으로부터 돈을 차용한 사안에서, 丙을 상인으로 볼 수 없어 위 차용금채무를 상사채무로 볼 수는 없다고 한 사례(2014다70184).
⇔ 회사와 그 대표이사가 공동차주로서 회사의 자금 마련을 위해 소비대차계약을 체결한 경우에는, 상법 제3조에 따라 대표이사의 채무 역시 상사채무로서 5년의 상사소멸시효가 적용된다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다68207 판결).

4116) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014도14990 판결; "사업자등록을 한 경우에는 그 사업에 관한 거래에서 대외적으로 권리·의무의 주체가 되는 사업자가 그 명의자임을 밝힌 것이므로, 극히 예외적인 경우가 아니라면 그 명의자의 사업자로서의 지위를 쉽게 부정하여서는 아니 될 것이며, 다른 사람의 부탁에 의하여 사업자등록을 하였다는 사정만을 가지고 섣불리 그 사업자등록이 형식적인 것에 불과하고 그 명의자가 사업자가 아니라고 단정하여서는 아니 될 것이다."

4117) ◎ **개업준비행위의 보조적 상행위성**
❶ 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011다43594 판결; "영업의 목적인 상행위를 개시하기 전에 영업을 위한 준비행위를 하는 자는 영업으로 상행위를 할 의사를 실현하는 것이므로 그 준비행위를 한 때 상인자격을 취득함과 아울러 개업준비행위는 영업을 위한 행위로서 그의 최초의 보조적 상행위가 된다. 이와 같은 개업준비행위는 반드시 상호등기·개업광고·간판부착 등에 의하여 영업의사를 일반적·대외적으로 표시할 필요는 없으나 점포 구입·영업양수·상업사용인의 고용 등 그 준비행위의 성질로 보아 영업의사를 상대방이 객관적으로 인식할 수 있으면 당해 준비행위는 보조적 상행위로서 여기에 상행위에 관한 상법의 규정이 적용된다. 그리고 영업자금의 차입 행위는 행위 자체의 성질로 보아서는 영업의 목적인 상행위를 준비하는 행위라고 할 수 없지만, 행위자의 주관적 의사가 영업을 위한 준비행위이고 상대방도 행위자의 설명 등에 의하여 그 행위가 영업을 위한 준비행위라는 점을 인식한 경우에는 상행위에 관한 상법의 규정이 적용된다. 그런데 이러한 준비행위가 보조적 상행위로서 상법의 적용을 받기 위해서는 그 행위를 하는 자 스스로 상인자격을 취득하는 것을 당연한 전제로 하므로, 어떠한 자가 자기 명의로 상행위를 함으로써 상인자격을 취득하고자 준비행위를 하는 것이

3) 추정 배제 사실의 증명

일단 상인의 행위임이 인정된 경우에 상법 제47조 제2항 소정의 추정을 배제하기 위해서는, 추정사실에 대한 반대사실의 존재 즉 '영업을 위하여 한 것이 아니라는 사실'을 '본증'으로써 주장·증명하여야 한다.[4118] 의제상인인 회사가 한 행위는 그 영업을 위하여 한 것으로 추정되고, 이를 번복하기 위해서는 회사의 행위가 영업을 위하여 한 것이 아니라는 사실을 주장하는 사람이 이를 증명할 책임이 있다.[4119]

아니라 다른 상인의 영업을 위한 준비행위를 하는 것에 불과하다면, 그 행위는 그 행위를 한 자의 보조적 상행위가 될 수 없다. 여기에, 회사가 상법에 의해 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인은 상인이 아니어서 비록 대표이사 개인이 회사 자금으로 사용하기 위해서 차용한다고 하더라도 상행위에 해당하지 아니하여 그 차용금채무를 상사채무로 볼 수 없는 법리를 더하여 보면, 회사 설립을 위하여 개인이 한 행위는, 그것이 설립 중 회사의 행위로 인정되어 장래 설립될 회사에 효력이 미쳐 회사의 보조적 상행위가 될 수 있는지 여부는 별론으로 하고, 장래 설립될 회사가 상인이라는 이유만으로 당연히 그 개인의 상행위가 되어 상법의 규정이 적용된다고 볼 수는 없다." ☚ 甲이 乙 등과 함께 시각장애인용 인도블록을 제조하는 공장을 운영하기로 한 후 丙에게서 사업자금을 차용하기 위하여 乙이 丙에게 부담하고 있던 채무를 연대보증하고 추가로 자금을 차용하여 합계 금액을 차용금액으로 하는 금전차용증서를 작성하였고, 그 후 丁 회사를 설립하여 대표이사로 취임한 사안에서, 甲은 직접 자신의 명의로 위 공장이나 그에 관한 사업을 운영하기 위한 목적이 아니라 설립이 예정된 丁 회사의 사업과 관련하여 필요한 자금을 마련하기 위해서 丙에게서 금원을 차용하였다고 볼 수 있고, 이러한 사정만으로는 甲을 자기 명의로 시각장애인용 인도블록 사업을 하는 상인으로 볼 수 없으므로 丁 회사의 행위가 아닌 甲의 차용행위를 보조적 상행위로 개업준비행위에 해당한다고 볼 수 없음에도, 甲의 차용금채무에 5년의 상사소멸시효가 적용된다고 본 원심에 위법이 있다고 한 사례. ❷ 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다47388 판결; "행위자의 어떤 행위가 상인자격을 취득할 주관적 의사 아래 영업을 위한 준비행위로서 이루어진 것이라는 점에 대한 입증이 없다면 이는 그 행위자의 보조적 상행위라고 볼 수 없다." ☚ 소외인이 토지 매매계약 체결 직후 원고와 그 계약금을 소비대차의 목적물로 하는 준소비대차계약을 체결하고 피고들은 연대보증하였는데, 그 후 소외인과 피고들 등은 그 토지 위에 모텔 건물 신축을 위한 기초공사를 진행하다가 포기각서를 작성한 뒤 그 공사현장에서 철수한 사안에서, 소외인이 준소비대차채무를 부담하게 된 것이 장차 상인자격을 취득할 의사 아래 영업을 위한 준비행위로서 이루어진 것인지에 대하여는 아무런 증명이 없다는 이유로 위 채무가 상사채무에 해당하지 않는다고 보아 피고들의 소멸시효 완성 주장을 배척한 것이 정당하다고 한 예.

4118) 판례 중에는 '상인이 한 행위는 반증이 없는 한 그 영업을 위하여 한 것으로 추정된다.'고 하고{2006다54378 판결('상인의 금전대여행위는 반증이 없는 한 영업을 위하여 하는 것으로 추정된다.')}, 여기에서 '반증'은 '영업을 위하여 한 것이 아니라는 사실'에 대한 것으로 설시한 것이 있는데{2007다91251 판결('이 사건 계불입금채권은 다른 반증이 없는 한, 원고에 대한 관계에서 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권으로서 상사채권에 해당하여 5년의 소멸시효기간이 적용되는 것으로 봄이 상당하다고 할 것이다. … 원심은, 다른 반증이 있는지 여부를 따져 보지도 아니한 채, 이 사건 계불입금채권은 상사채권이 아니라고 단정하고 말았으니'), 2005다7863 판결('원심은, 특별한 반증의 제시 없이, 이 사건 약정행위가 일반 개인인 원고 또는 건축 및 실내장식업 등을 영업목적으로 하는 피고의 영업으로 인한 행위라거나 영업을 위한 행위로 볼 수 없다고 단정하여'), 2000다5862 판결('양도인이 주식회사인 경우에는 회사에게 사적인 생활이 존재하지 아니한 관계로 주식회사의 명의로 한 행위는 반증이 없는 한 일단 회사의 영업을 위하여 하는 행위로 추정되며, 따라서 그로 인하여 회사가 부담하는 채무도 영업으로 인한 채무로 추정된다고 할 것이지만, 반증에 의하여 그 채무가 영업으로 인한 채무가 아니라는 점이 밝혀지는 경우 그러한 추정은 복멸될 수 있을 것이다')}, 이는 '추정사실에 대한 반대사실의 증명'이 본증이라는 점에서 옳지 않은 것이고, '영업을 위하여 하는 것인지 아닌지가 분명치 아니한 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되고 그와 같은 추정을 번복하기 위해서는 그와 다른 반대사실을 주장하는 자가 이를 증명할 책임이 있다'{대법원 2009. 4. 9. 선고 2008다82766 판결}는 판시가 옳은 것이다.

4119) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2021다309927 판결; "상법 제5조, 제47조에 의하면, 회사는 상행위를 하지 않더라도 상인으로 보고, 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보며, 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정된다. 그러므로 회사가 한 행위는 그 영업을 위하여 한 것으로 추정되고, 회사가 그 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보아야 한다. 이와 같은 추정을 번복하기 위해서는 회사의 행위가 영업을 위하여 한 것이 아니라는 사실을 주장하는 사람이 이를 증명할 책임이 있다."

판례에 나타난 보조적 상행위 해당 여부에 관한 구체적 예는 아래와 같다.[4120]

4) 상사시효·상사법정이율 등에의 적용

보조적 상행위의 인정 여부가 소송상 주로 문제되는 경우는, '상행위로 인한 채권'에 적용되는 5년의 상사시효를 적용할 것인지에 관한 것이다.

당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채권뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권도 5년의 상사시효가 적용되는 상사채권에 해당하고{당사자 중 그 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 상법이 적용되므로(상법 제3조), '당사자의 일방이 수인'인 경우에 그중 '1인에게만 상행위'가 되더라도 '전원'에 대하여 '상법'이 '적용'된다[4121]}, 그 상행위에는 상법 제46조 각 호에 해당하는 기본적 상행위[4122]뿐만 아니라, 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위도 포함된다.[4123]

이는 동일한 법규정 문언[4124]인 '상행위로 인한 채무'에 적용되는 연 6%의 상사법정이율 적용에 있어서도 기본적으로 마찬가지이다.

유질계약이 허용되는 질권의 피담보채권인 '상행위로 인하여 생긴 채권'에도 일방적 상행위로 생긴 채권이 포함된다.[4125]

4120) **보조적 상행위로 인정한 예**로는, ① 음식점업을 영위하는 상인인 원고가 부동산중개업을 영위하는 상인인 피고에게 고율의 이자로 대여한 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되고, 금전대여행위가 원고와 피고 사이에 상호 고율의 이자소득을 얻기 위한 목적으로 행하여졌다는 사정만으로는 그 추정이 번복된다고 볼 수 없다고 판단한 예(2006다54378), ② 부동산 중개 업무를 영위하는 상인이 그 중개를 성사시키기 위하여 또는 그 중개에 대한 책임으로 보증각서를 작성하여 매수인의 잔금채무를 보증한 행위는 영업을 위하여 한 것으로 추정된다고 한 예(2007다66590), ③ 상인이 사업자금을 조달하기 위하여 계에 가입한 경우 계주가 상인에 대하여 가지는 계불입금채권은 상사채권에 해당된다고 한 예(2007다91251), ④ 영업을 위하여 금전 차용을 한 것임을 외부에서 인식할 수 없었다고 하더라도, 그것이 영업을 위하여 한 행위인지 여부를 판단함에 있어서 고려될 수 있는 하나의 사정이라고 할 수 있을지언정 그것만으로 금전차용이 영업을 위하여 한 것이 아니라고 쉽사리 인정할 수 없다고 한 예(2009다87294) 등이 있고, **부정한 예로**는, ① 상인이 그 영업과 관련 없이 개인 자격에서 회사의 설립을 준비하면서 다른 회사로부터 영업시설 등을 양수하기 위한 자금으로 사용하기 위하여 금원을 차용하는 행위는 상인의 기존 영업을 위한 보조적 상행위가 아닐 뿐 아니라 장차 설립될 회사나 영업시설 등을 양도하는 회사의 영업을 위하여 하는 보조적 상행위라고 할 수도 없다고 한 예(2002다18589), ② 상인인 피고가 자신의 남편이 발행한 약속어음의 부도를 막기 위하여 한 채무부담약정은 피고가 영업을 위하여 하는 보조적 상행위라고 할 수는 없다고 한 예(2001다25191) 등이 있다.

4121) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다68207 판결; 소외 회사와 그 대표이사 소외 1이 공동차주로서 소외 회사의 공장매입자금 마련을 위해 피고의 연대보증하에 원고와 소비대차계약을 체결한 사안에서, 소외 1이 상인은 아니지만 소외 회사에 대하여 보조적 상행위가 되는 소비대차계약을 소외 회사와 함께 체결하여 공동차주로서 차용금채무를 부담하였으므로 소외 1에 대하여도 상법이 적용되어, 소외 회사 및 소외 1의 차용금 채무는 모두 상사채무로서 5년의 상사소멸시효가 적용되고, 그 시효가 완성되어 주채무인 차용금 채무가 소멸되면 부종성의 법리에 따라 피고의 연대보증채무도 소멸된다고 한 사례.

4122) 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결; "어느 행위가 상법 제46조의 기본적 상행위에 해당하기 위하여는 영업으로 동조 각 호의 행위를 하는 경우이어야 하고, 여기서 '영업으로 한다'는 것은 영리를 목적으로 동종의 행위를 계속 반복적으로 하는 것을 의미한다."

4123) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006다1381 판결 등.

4124) 동일한 법령에서의 용어는 법령에 다른 규정이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 동일하게 해석·적용되어야 하고(2011두21157), 개별 조항의 목적에 따라 약간의 수정이 가해질 수 있을 뿐이다.

4125) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2017다207499 판결; "민법 제339조는 … 유질계약을 금지하고 있다. 그러나 상법

나. 상사법정이율

상사법정이율[4126]이 적용되는 '상행위로 인한 채무'에는 상행위로 인하여 직접 생긴 채무뿐만 아니라 그와 동일성이 있는 채무 또는 그 변형으로 인정되는 채무도 포함되고, 당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채무뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채무도 포함된다.[4127]

의사가 의료기관에 대하여 갖는 급여채권, 변호사가 소속 법무법인에 대하여 갖는 급여채권은 상사채권에 해당하지 않고, 상사법정이율이 적용되지 않는다.[4128] 상행위가 아

제59조는 … 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위한 질권설정계약에 대해서는 유질계약을 허용하고 있다. 질권설정계약에 포함된 유질약정이 상법 제59조에 따라 유효하기 위해서는 질권설정계약의 피담보채권이 상행위로 인하여 생긴 채권이면 충분하고, 질권설정자가 상인이어야 하는 것은 아니다. 또한 상법 제3조는 '당사자 중 그 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 본법을 적용한다.'라고 정하고 있으므로, 일방적 상행위로 생긴 채권을 담보하기 위한 질권에 대해서도 유질약정을 허용한 상법 제59조가 적용된다고 보아야 한다. 이러한 결론이 법규정의 문언에 충실한 해석일 뿐만 아니라, 위와 같은 질권에 대하여 유질약정을 금지할 필요가 없다는 점에서도 정당하다."

4126) **상법 제54조(상사법정이율)** 상행위로 인한 채무의 법정이율은 연 6푼으로 한다.

4127) 대법원 2016. 6. 10. 선고 2014다200763, 200770 판결; **원심**은 민사법정이율인 연 5%의 지연손해금의 지급을 명하였으나, **대법원**은 이 사건 물품 납품계약은 상인인 원고(주식회사)가 영업으로 하는 상행위에 해당하고, 피고(대한민국)는 계약상 원고의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권을 행사하고 있으므로, 그 지연손해금에 관해서는 상사법정이율인 연 6%를 적용하여야 한다고 한 예. ☛ **[동일 취지의 긍정례]** ① 주택건설업자의 아파트 입주 지연에 따른 지체상금은 상행위인 분양계약의 불이행으로 인한 손해배상채권으로서 그 지연손해금에 대하여 연 6푼의 상사법정이율을 적용하여야 한다고 한 예(99다10189), ② 건설회사가 차용원리금의 변제를 제대로 하지 못하자 채권자로 하여금 아파트를 임의로 타인에게 처분하여 채무원리금에 충당하도록 하고 잔존채무액을 일정액으로 하여 정산합의를 한 경우, 종전 차용금에 대한 이자 약정이 있었던 사실을 인정하였음에도 정산합의에 의한 잔존채무가 종전의 채무와 어떠한 관계에 있는 것인지를 밝히지도 아니하고 또 잔존채무에 대한 지연손해금에 대하여 종전의 약정이율이 적용되지 않을 이유를 명백히 설시하지도 않은 채 민사법정이율인 연 5푼의 이율을 적용한 원심판결에는 이유불비 또는 심리미진의 위법이 있다고 하고, 약정이율이 적용되지 않는 것이 정당하다고 하더라도 잔존채무에 대한 정산약정은 상인인 건설회사가 그 영업을 위하여 한 상행위로 추정된다고 할 것이어서 연 6푼의 상사법정이율에 의하여야 한다고 한 사례(92다10173,10180), ③ 원심이 원고의 피고에 대한 대여금채권에 대하여 원고가 주장하는 월 2푼의 약정이자를 배척하고 연 5푼의 민사법정 지연손해금만을 인용한 데 대하여, 원고가 상행위를 목적으로 하는 주식회사이고 피고 또한 염장미역을 수집가공하여 수출하는 상인으로서 다만 그 물품에 대한 수출대행만을 원고회사에 의뢰하고 원고회사가 그 전도자금 등으로 금원을 선급하였다는 것이므로 위 거래관계는 상행위라 할 것이고 따라서 원고회사의 피고에 대한 채권은 상행위로 인하여 생긴 채권이므로 원고의 주장과 같은 약정이자를 인정하지 않는다 하더라도 민사법정이율에 의할 것이 아니라 상법 소정의 연 6푼의 비율에 의한 이자의 지급을 명하여야 한다고 한 사례(84다464,1951). ⇔ **[부정례]** 고속국도 관리청이 송유관 매설허가를 하면서 그 상대방에게 부관으로 부담시킨 송유관 이설비용 부담채무를 대신 이행함으로써 갖는 부당이득반환채무는 법률의 규정에 의한 법정채무일 뿐이므로, 그 지연손해금에 관하여 상법 제54조의 상사법정이율을 적용할 수 없다고 한 사례(2009다41786).

4128) ❶ 대법원 2022. 5. 26. 선고 2022다200249 판결; "의사의 영리추구 활동을 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하며 의료행위를 보호하는 의료법의 여러 규정에 비추어 보면, 개별 사안에 따라 전문적인 의료지식을 활용하여 진료 등을 행하는 의사의 활동은 … 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다. … 의사의 의료행위와 관련하여 형성된 법률관계에 대하여 상인의 영업활동 및 그로 인한 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하여야 할 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없다. … 의사나 의료기관을 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인이라고 볼 수는 없고, 의사가 의료기관에 대하여 갖는 급여, 수당, 퇴직금 등 채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다." ❷ 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다227418 판결; "변호사는 상법상 당연상인으로 볼 수 없고, 변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하여 볼 때,

닌 불법행위로 인한 손해배상채무에는 상사법정이율이 적용되지 않는다.[4129] 어음금채무의 지연손해금은 상법이 아닌 어음법 소정의 연 6%의 법정이율이 적용된다.

다. 상사시효

1) 일 반 론

상행위로 인한 채권은 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.[4130] 상행위로부터 생긴 채권뿐 아니라 이에 준하는 채권에도 상법 제64조가 적용되거나 유추적용되는데, 상사 소멸시효기간을 단기로 정한 이유는 대량, 정형, 신속이라는 상거래 관계 특유의 성질을 감안하여 민사 계약관계에 비해 상사 계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요가 있기 때문이므로,[4131] '상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로 신속하게 해결할 필요'가 있는지 여부에 따라 상사시효 적용 여부가 정해진다.

상법 제64조의 소멸시효가 완성되었음을 주장하는 자는 상행위에 관한 구체적 사실관계와 시효기산점을 주장·증명하면 되고, 그 사실관계에 기한 거래행위가 상행위인지의 여부는 법률적 평가에 관한 것으로서 법원이 판단하여야 할 사항이므로, 당사자가 상행위로 되는 근거에 관한 법률적 견해를 반드시 표명하여야 하는 것은 아닐 뿐 아니라, 또한 그 법률적 견해를 구체적으로 표명하였다고 하여 법원이 이에 구속되는 것도 아니다.[4132]

변호사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 '상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자'라고도 볼 수 없어 위 조항에서 정하는 의제상인에 해당하지 아니하며, 이는 법무법인도 마찬가지이다. 한편 상법 제5조 제2항은 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다고 규정하고, 상법 제169조는 회사는 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다고 하고 있다. 그런데 법무법인은 변호사가 그 직무를 조직적·전문적으로 수행하기 위하여 변호사법에 따라 설립하는 것으로서 변호사법과 다른 법률에 따른 변호사의 직무를 업무로서 수행할 수 있다(변호사법 제40조, 제49조). 변호사법은 법무법인에 관하여 변호사법에 정한 것 외에는 상법 중 합명회사에 관한 규정을 준용하도록 하고 있을 뿐(제58조) 이를 상법상 회사로 인정하고 있지 않으므로 법무법인이 상법 제5조 제2항에서 정하는 의제상인에 해당한다고 볼 수도 없다. 따라서 변호사가 소속 법무법인에 대하여 갖는 급여채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다."

4129) 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결: "신탁계약의 체결을 권유하면서 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무를 위반함으로써 고객이 본래 체결하지 않았을 신탁계약을 체결하게 된 경우, 신탁회사는 그 신탁계약 체결로 고객이 입게 된 손해에 관하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 다른 특별한 사정이 없는 한 계약상의 채무불이행에 의한 손해배상책임을 지지는 않는다. … 상사법정이율은 상행위로 인한 채무나 이와 동일성을 가진 채무에 관하여 적용되는 것이고, 상행위가 아닌 불법행위로 인한 손해배상채무에는 적용되지 아니한다."(원심이, 피고 신탁회사의 심사의무와 설명의무 위반이 원고에 대한 채무불이행이 된다고 판단하고, 손해배상 원금에 대하여 연 6%의 지연손해금을 가산한 것은 잘못이라고 판단한 사례). ☞ 민법 제535조 규정 외의 일반적인 계약체결상의 과실책임에 대해서는 그 법적 성질과 이론적 근거를 '불법행위책임'으로 파악한 것이다.

4130) **상법 제64조(상사시효)** 상행위로 인한 채권은 본법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 그러나 다른 법령에 이보다 단기의 시효의 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

4131) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결.

4132) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19305 판결.

2) 긍 정 례

상사시효 적용이 긍정된 예로는, ① 상행위로 인한 원본채권과 그 지연손해금채권,[4133] ② 사채(社債)의 이자 및 그 지연손해금 채권,[4134] ③ 상행위로 인하여 생긴 채무의 불이행이나 하자담보책임에 기하여 성립한 손해배상채권,[4135] ④ 원고 지방자치단체와 피고 회사 간 기부채납 약정에 따른 원고의 소유권이전등기청구권,[4136] ⑤ 상행위인 건설공사 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임,[4137] ⑥ 위탁자의 위탁매매인에 대한 이득상환청구권이나 이행담보책임 이행청구권,[4138] ⑦ 복수의 무보험자동차에 의한 상해보험

4133) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2013다12464 판결: "금전채무의 이행지체로 인하여 발생하는 지연손해금은 그 성질이 손해배상금이지 이자가 아니고, 원본채권이 상행위로 인한 채권일 경우 마찬가지로 그 지연손해금도 상행위로 인한 채권으로서 5년의 소멸시효를 규정한 상법 제64조가 적용된다." ☞ 따라서, 은행이 영업행위로서 한 대출금에 대한 변제기 이후의 지연손해금은 그 원본채권과 마찬가지로 5년간의 소멸시효가 적용된다(2006다2940 판결).

4134) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다28031 판결: "상법 제487조 제1항에 '사채의 상환청구권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.', 같은 조 제3항에 '사채의 이자와 전조 제2항의 청구권은 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.'라고 규정하고 있고, 이미 발생한 이자에 관하여 채무자가 이행을 지체한 경우에는 그 이자에 대한 지연손해금을 청구할 수 있으므로, 사채의 상환청구권에 대한 지연손해금은 사채의 상환청구권과 마찬가지로 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성하고, 사채의 이자에 대한 지연손해금은 사채의 이자와 마찬가지로 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다고 할 것이다."

4135) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2017다242232 판결: "당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권도 상법 제64조에서 정한 5년의 소멸시효기간이 적용되는 상사채권에 해당하는데, 여기서 말하는 상행위에는 기본적 상행위(상법 제46조 각호)뿐만 아니라 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위(상법 제47조)도 포함되고, 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정된다. … 매매계약이 상행위에 해당하는 경우 매매계약에 의해 직접 생긴 채권뿐만 아니라 매도인의 채무불이행책임이나 하자담보책임에 기한 매수인의 손해배상채권에 대해서도 상사소멸시효가 적용된다. … 협의취득은 사법상의 매매계약에 해당한다. … 상인이 그 소유 부동산을 매도하기 위해 체결한 매매계약은 영업을 위하여 한 것으로 추정되고, 그와 같은 추정은 매매계약이 토지보상법에 의한 협의취득이라는 사정만으로 번복되지 않는다. 결국 당사자 일방이 상인인 경우에는 토지보상법에 의한 협의취득으로 체결된 부동산 매매계약이라고 하더라도 다른 사정이 없는 한 보조적 상행위에 해당하므로, 매도인의 채무불이행책임이나 하자담보책임에 기한 매수인의 손해배상채권에 대해서는 상사소멸시효가 적용된다."(한국토지주택공사가 '주식회사'로부터 '협의취득'한 토지의 매도인에 대한 채무불이행책임·하자담보책임을 원인으로 취득한 손해배상채권 사안) ⬌ 이와 달리 상사시효의 적용을 부정한 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결은 한국토지공사가 '비상인'으로부터 협의취득한 토지의 하자담보책임에 기한 손해배상청구 사안이다.

대법원 2018. 11. 9. 선고 2018다240462 판결은, 채권의 회수 등을 목적으로 하는 회사로부터 소송대리를 위임받은 법무법인이 선관주의의무를 위반하여 제소기간을 도과함으로써 소송이 각하됨에 따라 위 회사가 입은 손해에 대한 배상책임에 상사시효가 적용된다고 하였다.

4136) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2019다272053 판결.

4137) 대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다210195 판결: "건설공사에 관한 도급계약이 상행위에 해당하는 경우 그 도급계약에 근거한 수급인의 하자담보책임은 상법 제64조 본문에 의하여 원칙적으로 5년의 소멸시효에 걸리고, 그 소멸시효기간은 민법 제166조 제1항에 따라 그 권리를 행사할 수 있는 때인 하자가 발생한 시점부터 진행하는 것이 원칙이나, 그 하자가 건물의 인도 당시부터 이미 존재하고 있는 경우에는 이와 관련한 하자보수를 갈음하는 손해배상채권의 소멸시효기간은 건물을 인도한 날부터 진행한다."(아파트 사용검사 전에 발생한 하자에 관하여 아파트재건축주택조합이 시공사에 대하여 가지는 하자보수를 갈음한 손해배상청구권은 상사채권으로서 5년의 상사시효가 적용되고, 늦어도 아파트의 준공인가일부터 시효가 진행한다고 판단하여 위 손해배상청구권이 시효완성으로 인하여 소멸되었다고 한 예) ☛ 아파트 시공회사와 분양회사 사이의 도급계약에 기한 하자보수에 갈음한 손해배상채권의 소멸시효가 5년의 상사시효에 걸린다고 본 예(2009다25111).

4138) 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다39854 판결.

의 보험자들 중 일방 보험자가 다른 보험자에 대하여 가지는 중복보험에 따른 구상금채권,[4139] ⑧ 협동조합, 새마을금고가 상인인 회원에게 대출한 대출금채권,[4140] ⑨ 민법 제164조 제3호 소정의 단기소멸시효의 적용을 받는 회사 상대 노임채권에 관하여 회사와 체결된 준소비대차계약상 채무[4141] 등[4142]이 있다.

3) 부 정 례

상사시효 적용이 부정된 예로는, ① 집합건물법 제9조에 의한 하자담보추급권,[4143] ② 입주자대표회의의 임대사업자에 대한 특별수선충당금 채권,[4144] ③ 물상보증인의 채무자에 대한 구상권,[4145] ④ 보험자가 '보험자대위'에 의하여 취득한 공동불법행위자의 다른 공동불법행위자[4146] 및 그 보험자[4147]에 대한 구상권, ⑤ 근로계약상 보호의무

4139) 대법원 2006. 11. 10. 선고 2005다35516 판결; "각각의 보험계약은 상행위에 속하는 점, 원고와 피고는 상인이므로 중복보험에 따른 구상관계는 가급적 신속하게 해결할 필요가 있다고 보여지는 점 등에 비추어, 상법 제64조가 적용되어 5년의 소멸시효에 걸리는 것으로 보아야"

4140) 대법원 2017. 5. 30. 선고 2016다254658 판결; "신용협동조합이 조합의 회원에게 자금을 대출하는 행위는 일반적으로는 영리를 목적으로 하는 행위라고 보기 어렵다고 할 것이다. … 신용협동조합의 대출을 받은 회원이 상인으로서 그 영업을 위하여 대출을 받았다면 그 대출금채권은 상사채권이라고 보아야 한다." ☛ **[동일 취지]** 98다10793 판결(새마을금고의 회원에 대한 대출금채권), 93다54842 판결(대한광업진흥공사의 광산업자에 대한 대출금채권), 92다44329 판결(양계업을 영위하는 조합원에 대한 축산업협동조합의 사료판매대금채권).

4141) 대법원 1981. 12. 22. 선고 80다1363 판결; "민법 제164조 제3호 소정의 단기소멸시효의 적용을 받은 노임채권이라 하더라도 … 원·피고들 사이에 위 노임채권에 관하여 준소비대차의 약정을 한 것으로 보는 이상 위 준소비대차 계약은 상인인 피고 회사가 영업을 위하여 한 상행위로 추정함이 상당하고, 이에 의하여 새로이 발생한 채권은 상사채권으로서 5년의 상사시효의 적용을 받게 되는 것"

4142) 주택 신축 및 판매업자의 임대차보증금반환채무(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다280026 판결), 상사시효 적용을 받는 채무에 대한 면책적 인수채무(99다12376), 상인이 사업자금을 조달하기 위하여 계에 가입한 경우, 계주가 위 상인에 대하여 가지는 계불입금채권(2007다91251), 매립사업을 목적으로 하는 영리법인과 상인이 아닌 양수인 간의 매립지 양도약정에 기한 양수인의 소유권이전등기청구권(98다23195), 상인이 제3자를 위한 계약의 수익자로서 수익의 의사표시를 하여 발생한 특허권의 전용실시권 설정등록절차 이행청구권(2002다6760, 6777), 단체협약에 기한 근로자 유족들의 회사에 대한 위로금채권(2006다1381).

4143) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908 판결; "집합건물법 제9조는 건축업자 내지 분양자로 하여금 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 두텁게 보호하기 위하여 집합건물의 분양자의 담보책임에 관하여 민법상의 도급인의 담보책임에 관한 규정을 준용하도록 함으로써 분양자의 담보책임의 내용을 명확히 하는 한편 이를 강행규정화한 것으로서 위 법률 제9조에 의한 책임은 분양계약에 기한 책임이 아니라 집합건물의 분양자가 집합건물의 현재의 구분소유자에 대하여 부담하는 법정책임이고, 따라서 이에 따른 손해배상청구권에 대해서는 … 10년의 소멸시효기간이 적용된다 할 것"

4144) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다216150 판결; "특별수선충당금 적립 및 인계의무는 구 임대주택법 등 관련 법령의 규정이 피고로 하여금 부담하도록 하고 있는 법정채무이고, 아파트 입주자대표회의가 임대사업자에 대하여 특별수선충당금을 청구하는 경우 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있다고 볼 만한 합리적인 근거도 없는 점 등 … 에 비추어 보면, 원고의 피고에 대한 특별수선충당금채권의 소멸시효기간은 … 10년으로 보아야 한다."

4145) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001다6237 판결; "물상보증인이 변제 등에 의하여 채무자를 면책시키는 것은 위임사무의 처리가 아니고 법적 의미에서는 의무 없이 채무자를 위하여 사무를 관리한 것에 유사하다. 따라서 물상보증인의 채무자에 대한 구상권은 그들 사이의 물상보증위탁계약의 법적 성질과 관계없이 민법에 의하여 인정된 별개의 독립한 권리이고, 그 소멸시효에 있어서는 민법상 일반채권에 관한 규정이 적용된다."

4146) 대법원 1996. 3. 26. 선고 96다3791 판결; "공동불법행위자의 다른 공동불법행위자에 대한 구상권의 소멸시효는 그 구상권이 발생한 시점, 즉 구상권자가 공동면책행위를 한 때로부터 기산하여야 할 것이고, 그 기간도 일반채권과 같이 10년으로 보아야 할 것인바, 공제조합이 공동불법행위자 중의 1인과 체결한 공제계약에 따라

위반에 따른 근로자의 손해배상청구권,[4148] ⑥ 한국토지공사가 상인 아닌 자로부터 협의취득한 토지의 매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권[4149] 등이 있다.

4) 부당이득반환청구권의 경우

상행위인 계약의 무효로 인한 부당이득반환청구권은 민법 제741조의 부당이득 규정에 따라 발생한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 민법 제162조 제1항이 정하는 10년의 민사 소멸시효기간이 적용되나(원칙), 부당이득반환청구권이 '상행위인 계약에 기초하여 이루어진 급부 자체의 반환을 구'하는 것으로서 채권의 발생 경위나 원인, 당사자의 지위와 관계 등에 비추어 법률관계를 '상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요

그 공동불법행위자를 위하여 직접 피해자에게 배상함으로써 그 공동불법행위자의 다른 공동불법행위자에 대한 구상권을 보험자대위의 법리에 따라 취득한 경우, 공제계약이 상행위에 해당한다고 하여 그로 인하여 취득한 구상권 자체가 상사채권으로 변한다고 할 수는 없다."

4147) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3143 판결; "보험금을 지급한 보험자가 보험자대위에 의하여 다른 공동불법행위자 및 그의 보험자에 대하여 가지는 구상권의 소멸시효 기간은 일반채권과 같이 10년이고, 그 기산점은 구상권이 발생한 시점, 즉 구상권자가 현실로 피해자에게 손해배상금을 지급한 때이다."
⇔ '보험자대위'가 아니라, 보험금을 지급한 보험자가 다른 공동불법행위자의 보험자에 대하여 '직접' 구상권을 행사하는 경우에는 그 시효가 5년이다(대법원 1998. 7. 10. 선고 97다17544 판결; "공동불법행위자들과 각각 상행위인 보험계약을 체결한 보험자들 상호 간에 있어서 공동불법행위자 중의 1인과 사이에 보험계약을 체결한 보험자가 피해자에게 손해배상금을 보험금액의 범위 내에서 지급하고 다른 공동불법행위자의 보험자가 부담하여야 할 부분에 대하여 직접 구상권을 행사하는 경우 그 손해배상금 지급행위는 상인이 영업을 위하여 하는 행위라고 할 것이므로, 그 구상금채권은 보조적 상행위로 인한 채권으로서 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다고 봄이 상당하다").

4148) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다270876 판결; "사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 근로자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 인적·물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 하는 보호의무를 부담하고, 이러한 보호의무를 위반하여 근로자가 손해를 입었다면 이를 배상할 책임을 진다. 한편 상법 제64조에서 5년의 상사시효를 정하는 것은 대량, 정형, 신속이라는 상거래 관계 특성상 법률관계를 신속하게 해결할 필요성이 있기 때문이다. 사용자가 상인으로서 영업을 위하여 근로자와 체결하는 근로계약이 보조적 상행위에 해당하더라도 사용자가 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무인 보호의무를 위반하여 근로자에게 손해를 입힘으로써 발생한 근로자의 손해배상청구와 관련된 법률관계는 근로자의 생명, 신체, 건강 침해 등으로 인한 손해의 전보에 관한 것으로서 그 성질상 정형적이고 신속하게 해결할 필요가 있다고 보기 어렵다. 따라서 근로계약상 보호의무 위반에 따른 근로자의 손해배상청구권은 특별한 사정이 없는 한 10년의 민사 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 타당하다." ☛ **[동일 취지]** 2004다22742; "근로자의 근로계약상의 주의의무 위반으로 인한 손해배상청구권은 상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로나 신속하게 해결할 필요가 있다고 볼 것은 아니므로 특별한 사정이 없는 한 5년의 상사 소멸시효기간이 아니라 10년의 민사 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 타당하다. 상고이유에서 들고 있는 대법원판례들은, 통상적인 상거래 관계에서 발생한 채무의 불이행으로 인한 손해배상청구권에는 상사 소멸시효기간이 적용된다고 판시한 것으로서, 이 사건과는 사안과 취지를 달리하는 것이어서 적절한 선례가 될 수 없다."

4149) 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결; "한국토지공사가 택지개발사업을 시행하기 위하여 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률('토지보상법')에 따라 토지 소유자로부터 사업 시행을 위한 토지를 매수하는 행위를 하더라도 한국토지공사를 상인이라 할 수 없고, 한국토지공사가 택지개발사업 지구 내에 있는 토지에 관하여 토지 소유자와 매매계약을 체결한 행위를 상행위로 볼 수 없다. 토지보상법에 따라 공공사업의 시행자가 토지를 협의취득하는 행위는 사법상의 법률행위로 일방 당사자의 채무불이행에 대하여 민법에 따른 손해배상 또는 하자담보책임을 물을 수 있다. 이 경우 매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권에 대하여는 민법 제162조 제1항의 채권 소멸시효의 규정이 적용되고, 매수인이 매매의 목적물을 인도받은 때부터 소멸시효가 진행한다." ☜ 한국토지공사가 택지개발사업을 시행하면서 공공용지로 협의취득한 토지에서 매립된 건설폐기물이 나중에 발견된 사안.

성'이 있는 경우 등에는 상법 제64조가 유추적용되어 같은 조항이 정한 5년의 상사 소멸시효기간에 걸린다(예외).[4150] 이러한 법리는 상행위인 '계약의 불성립'으로 인한 부당이득반환청구권에도 그대로 적용된다.[4151]

상사시효 적용이 '긍정'된 예로는, ① 보험계약자가 다수의 계약을 통하여 보험금을 부정 취득할 목적으로 체결한 보험계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 경우 보험자의 보험금에 대한 부당이득반환청구권,[4152] ② 상행위인 계약의 해제로 인한 원상회복청구권,[4153] ③ 은행 대출 시 근저당권설정비용 등을 부담한 채무자가 그 부담근거가 된 약관 조항이 무효라고 주장하면서 부당이득반환을 구한 경우[4154] 등[4155]이 있다.

4150) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결, 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다258074 판결.

4151) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020다299122 판결; 원고 회사가 자신의 사업장을 마련하기 위해 피고 영업점 일부에 관한 전대차계약을 체결하고자 권리금 및 임대차보증금을 지급하였다가, 계약 불성립으로 위 각 금원의 반환을 구한 사안에서 5년의 상사시효가 적용된다고 판단한 예.

4152) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결; "(1) 보험계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 경우 보험자가 반환을 구하는 것은 기본적 상행위인 보험계약(상법 제46조 제17호)에 기초하여 그에 따른 의무 이행으로 지급된 보험금이다. 이러한 반환청구권은 보험계약의 이행과 밀접하게 관련되어 있어 그 이행청구권에 대응하는 것이다. (2) 보험계약자가 다수의 계약을 통하여 보험금을 부정 취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우는 보험자가 상행위로 보험계약을 체결하는 과정에서 드물지 않게 발생하는 전형적인 무효사유의 하나이다. 이때에는 사안의 특성상 복수의 보험계약이 관련되므로 여러 보험자가 각자 부당이득반환청구권을 갖게 되거나 하나의 보험자가 여러 개의 부당이득반환청구권을 갖게 되는데, 이러한 법률관계는 실질적으로 동일한 원인에서 발생한 것이므로 정형적으로 신속하게 처리할 필요가 있다. (3) 보험계약에서 보험계약자의 보험료 지급의무와 보험자의 보험금 지급의무는 서로 대가관계에 있는데, 보험계약자가 이미 지급한 보험료의 반환을 청구하는 것에는 상당한 제한이 있다. … 보험계약자가 보험료의 반환을 청구하려면 상법 제648조에 따라 보험계약자와 피보험자나 보험수익자가 모두 선의이고 중과실이 없어야 하고, 보험계약자의 보험금 청구권이나 보험료 반환채권에는 상법 제662조에 따라 3년의 단기 소멸시효기간이 적용된다. 그러나 상법 제648조나 제662조는 그 문언상 보험자의 보험금 반환청구권에는 적용되지 않음이 명백하고, 위 규정들이 보험계약 무효의 특수성 등을 감안한 입법정책적 결단인 이상 이를 보험자가 보험금 반환을 청구하는 경우에까지 확장하거나 유추하여 적용하는 것은 적절하지 않다. … 보험계약의 정형성이나 법률관계의 신속한 처리 필요성에 비추어 상사 소멸시효기간에 관한 규정을 유추적용하여야 한다. 통상 보험상품을 만들어 판매한 보험자는 보험계약의 이행에 관한 전문적 지식을 가진 자로서 보험계약자보다 우월한 지위에 있으며, 상법 제662조는 보험계약자의 보험료 반환채권에 관한 것이기는 하지만 보험계약의 무효로 인한 법률관계를 신속하게 해결할 필요가 있음을 전제로 하고 있다. 보험계약이 무효인 경우 보험금 반환청구권에 대하여 10년의 민사 소멸시효기간을 적용하는 것은 보험계약 당사자인 보험계약자와 보험자 사이의 형평에 부합하지 않는다." ☛ **[동일 취지]** ❶ 실제로 발생하지 않은 보험사고의 발생을 가장하여 청구·수령된 보험금 상당 부당이득반환청구권(대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다258074 판결). ❷ 보험회사가 보험금청구권의 질권자에게 화재보험금을 지급하였으나 그 화재가 피보험자의 고의로 인한 것이라는 이유로 위 보험금 상당의 부당이득반환청구권을 행사하는 경우(2008다47886). ❸ 명의도용으로 체결되어 무효인 보증보험계약에 따라 지급된 보험금에 대한 부당이득반환청구권(2006다63150).

4153) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93다21569 판결; "상행위인 계약의 해제로 인한 원상회복청구권 또한 상법 제64조의 상사시효의 대상이 된다," ☜ 원심이, 원고가 매매계약에 관한 그 주장의 해제일로부터 5년이 경과한 후에 소를 제기하였다고 하여 위 계약해제로 인한 계약금등반환청구권은 그 소멸시효가 완성되었다고 판단한 것은 정당하다고 한 예. 소멸시효의 기산점은 '해제 시, 즉 원상회복청구권이 발생한 때'이다(2009다63267).

4154) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다214871 판결; "피고가 대출거래 등 영업을 위하여 체결하는 근저당권설정계약 중 비용부담에 관한 약관조항에 기하여 지출이 이루어짐에 따라 발생한 것으로서 근본적으로 상행위에 해당하는 대출거래 약정에 기초하여 발생한 것으로 볼 수 있고, 그 채권 발생의 경위나 원인 등에 비추어 그로 인한 거래관계를 신속하게 해결할 필요가 있으므로, 그 소멸시효 기간에는 상법 제64조가 적용되어 5년의 소멸시효에 걸리게 된다고 봄이 타당하다."

상사시효 적용이 '부정'된 예로는, ① 회사가 배당 가능한 이익이 없음에도 이익의 배당이나 중간배당을 한 경우 회사의 주주에 대한 부당이득반환청구권,[4156] ② 상행위에 해당하는 임대차계약의 기간만료에 따른 차임 상당의 부당이득반환채권,[4157] ③ 원고 회사가 대출금 채무자의 재산에 관한 경매사건 배당절차에서 가지는 권리를 피고들이 침해하여 수령한 배당금에 대한 부당이득반환청구권,[4158] ④ 주식회사(매수인)와 의료법인(매도인) 간 부동산 매매계약이 의료법인 대표자 선임 이사회결의의 부존재로 무효임을 이유로 한 매매대금 상당 부당이득반환청구권[4159] 등[4160]이 있다.

4155) ○ 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다248803, 248810 판결; 가맹점사업자인 원고들이 가맹본부인 피고 유한회사를 상대로 피고 회사가 가맹계약상 근거를 찾을 수 없는 명목으로 원고들에게 매장 매출액의 일정 비율에 해당하는 금액을 청구하여 지급받은 것은 부당이득에 해당한다며 그 반환을 구한 사안에서, 원고들이 청구하는 부당이득반환채권은 원고들과 피고 회사 모두에게 상행위가 되는 가맹계약에 기초하여 발생한 것일 뿐만 아니라, 피고 회사가 정형화된 방식으로 가맹계약을 체결하고 가맹사업을 운영해 온 탓에 수백 명에 달하는 가맹점사업자들에게 원고들에게 부담하는 것과 같은 내용의 부당이득반환채무를 부담하는 점 등 채권 발생의 경위나 원인 등에 비추어 볼 때 그로 인한 거래관계를 신속하게 해결할 필요가 있으므로, 5년의 상사시효가 적용된다고 한 사례.

○ 대법원 2015. 9. 15. 선고 2015다210811 판결; "이 사건 부당이득반환채권은 피고가 상행위로 체결한 이 사건 아파트 분양계약에 기하여 원고들이 분양대금을 납부함에 따라 발생한 것으로서 근본적으로 상행위에 해당하는 분양계약에 기초하여 발생한 것으로 볼 수 있고, 피고가 일률적인 산정방식에 따라 정한 분양전환가격으로 다수의 임차인들과 분양계약을 체결하였다가 강행법규인 관련 법령에서 정한 산정기준에 의한 정당한 분양전환가격을 초과하는 범위 내에서 각 계약이 무효가 됨으로써 분양대금과 정당한 분양전환가격의 차액에 대한 반환의무를 부담하게 된 사정을 비롯한 부당이득반환채권의 발생 경위나 원인 등에 비추어 보면, 그로 인한 거래관계를 신속하게 해결할 필요가 있으므로, 그 소멸시효기간에는 상법 제64조가 적용되어 5년의 소멸시효가 적용되는 것으로 보아야 한다."

4156) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2020다208621 판결; "회사는 대차대조표의 순자산액으로부터 자본의 액, 그 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액, 그 결산기에 적립하여야 할 이익준비금의 액을 공제한 액을 한도로 하여 이익의 배당을 할 수 있고(상법 제462조 제1항), 일정한 요건을 갖추면 중간배당을 할 수 있지만 이때에도 배당 가능한 이익이 있어야 한다(상법 제462조의3 제1항, 제2항). 만약 회사가 배당 가능한 이익이 없음에도 이익의 배당이나 중간배당을 하였다면 위 조항에 반하는 것으로 무효라 할 것이므로 회사는 배당을 받은 주주에게 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다. 이익의 배당이나 중간배당은 회사가 획득한 이익을 내부적으로 주주에게 분배하는 행위로서 회사가 영업으로 또는 영업을 위하여 하는 상행위가 아니므로 배당금지급청구권은 상법 제64조가 적용되는 상행위로 인한 채권이라고 볼 수 없다. 이에 따라 위법배당에 따른 부당이득반환청구권 역시 근본적으로 상행위에 기초하여 발생한 것이라고 볼 수 없다. 특히 배당가능이익이 없는데도 이익의 배당이나 중간배당이 실시된 경우 회사나 채권자가 주주로부터 배당금을 회수하는 것은 회사의 자본충실을 도모하고 회사 채권자를 보호하는 데 필수적이므로, 회수를 위한 부당이득반환청구권 행사를 신속하게 확정할 필요성이 크다고 볼 수 없다. 따라서 위법배당에 따른 부당이득반환청구권은 민법 제162조 제1항이 적용되어 10년의 민사소멸시효에 걸린다고 보아야 한다."

4157) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2012다4633 판결; "임대차계약이 상행위에 해당한다고 하더라도 그 계약기간 만료를 원인으로 한 이 사건 부당이득반환채권은 법률행위가 아닌 법률의 규정에 의하여 발생하는 것이고, 그 발생 경위나 원인 등에 비추어 상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로나 신속하게 해결할 필요성이 있다고 볼 것은 아니므로 특별한 사정이 없는 한 5년의 상사소멸시효 기간이 아니라 10년의 민사소멸시효 기간이 적용된다고 봄이 타당하다."

4158) 대법원 2019. 9. 10. 선고 2016다271257 판결; "이 사건 부당이득반환청구권은 … 상행위에 해당하는 계약에 기초하여 이루어진 급부 자체의 반환을 구하는 것이 아니고, 원고와 피고들 사이에는 어떠한 거래관계도 없어 원고와 피고들의 법률관계를 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있다고 보이지도 않으므로 … 10년의 민사소멸시효기간이 적용되어야 한다."

4159) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다64957, 64964 판결; "상행위로부터 생긴 채권뿐 아니라 이에 준하는 채권에도 상법 제64조가 적용되거나 유추적용되어야 할 것이지만, 이 사건 부당이득반환청구권은 … 상거래 관계와

라. 상인 간 매매의 하자담보책임

상법 제69조[4161]에 의한 상인 간 매매의 하자담보책임[4162] 청구의 요건사실은, ① '상인 간의 매매[4163] 사실', ② '매수인이 목적물을 수령하고 지체 없이 검사하여 하자 또는 수량의 부족을 발견한 즉시 매도인에게 그 통지를 발송한 사실' 또는 '매매의 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에 매수인이 6월 내에 이를 발견하고 그 즉시 매도인에게 그 통지를 발송한 사실'이고, 그 증명책임은 매수인에게 있다.[4164]

같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있다고 볼 만한 합리적인 근거도 없으므로 … 소멸시효기간은 … 10년이라고 봄이 상당하다."

4160) ❶ 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다20244 판결; "이주대책의 일환으로 위 원고들에게 이 사건 아파트를 특별공급하기로 하는 내용의 분양계약은 영리를 목적으로 하는 상행위라고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 피고가 이 사건 아파트에 관한 특별공급계약에서 강행규정인 구 공익사업법 제78조 제4항에 위배하여 생활기본시설 설치비용을 분양대금에 포함시킴으로써 특별공급계약 중 그 부분이 무효가 되었음을 이유로 위 원고들이 민법의 규정에 따라 피고에게 이미 지급하였던 분양대금 중 그 부분에 해당하는 금액의 반환을 구하는 부당이득반환청구의 경우에도 상거래 관계와 같은 정도로 거래관계를 신속하게 해결할 필요성이 있다고 볼 수 없으므로 위 부당이득반환청구권에는 상법 제64조가 적용되지 아니하고, 그 소멸시효기간은 민법 제162조 제1항에 따라 10년으로 보아야 한다." ❷ 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다32276 판결; 교통사고 피해자가 가해차량 책임보험사로부터 보험금을 수령하였음에도 자동차손해배상보장사업을 위탁받은 보험사업자로부터 뺑소니·무보험 자동차 교통사고 피해보상금을 수령함에 따른 보험사업자의 부당이득반환청구권의 소멸시효기간은 10년이라고 한 예.

4161) **상법 제69조(매수인의 목적물의 검사와 하자통지의무)** ① 상인 간의 매매에 있어서 매수인이 목적물을 수령한 때에는 지체없이 이를 검사하여야 하며 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하지 아니하면 이로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구하지 못한다. 매매의 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에 매수인이 6월 내에 이를 발견한 때에도 같다. ② 전항의 규정은 매도인이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다. ☛ 민법 제580조, 제581조와 달리 대금감액청구권이 규정되어 있다.

4162) 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다522 판결; "상법 제69조 제1항은 민법상의 매도인의 담보책임에 대한 특칙으로서, 채무불이행에 해당하는 이른바 불완전이행으로 인한 손해배상책임을 묻는 청구에는 적용되지 않는다."

4163) 부대체물의 제작물공급계약이나 다른 유상계약에는 적용되지 아니한다.
○ 대법원 1987. 7. 21. 선고 86다카2446 판결; "당사자의 일방이 상대방의 주문에 따라서 자기의 소유에 속하는 재료를 사용하여 만든 물건을 공급할 것을 약정하고 이에 대하여 상대방이 대가를 지급하기로 약정하는 이른바 제작물공급계약에 의하여 제작 공급하여야 할 물건이 대체물인 경우에는 매매로 보아서 매매에 관한 규정이 적용된다고 하여도 무방할 것이나, 이와는 달리 그 물건이 특정의 주문자의 수요를 만족시키기 위한 부대체물인 경우에는 당해 물건의 공급과 함께 그 제작이 계약의 주목적이 되어 도급의 성질을 강하게 띠고 있다 할 것이므로 이 경우에도 매매에 관한 규정이 당연히 적용된다고 할 수는 없을 것이다."라고 한 다음, "매매에 있어 그 목적물의 수량부족이나 하자가 있는 경우 매도인에게 담보책임을 물어 매수인에게 계약해제권 등을 인정하고 있는 민법의 규정과는 별도로 상법 제69조 제1항에서 … 규정하고 있는 취지는 상인간의 매매에 있어 그 계약의 효력을 민법규정과 같이 오랫동안 불안정한 상태로 방치하는 것은 매도인에 대하여는 인도 당시의 목적물에 대한 하자의 조사를 어렵게 하고 전매의 기회를 잃게 될 뿐만 아니라, 매수인에 대하여는 그 기간 중 유리한 시기를 선택하여 매도인의 위험으로 투기를 할 수 있는 기회를 주게 되는 폐단 등이 있어 이를 막기 위하여 하자를 용이하게 발견할 수 있는 전문적 지식을 가진 매수인에게 신속한 검사와 통지의 의무를 부과함으로써 상거래를 신속하게 결말짓도록 한 것"이라고 하면서, '사건 포장지는 피고의 주문에 따른 일정한 무늬와 규격으로 인쇄되어 있고 더구나 그 포장지에는 피고 회사 이름까지 인쇄되어 있어 피고만이 이를 사용할 수 있고 원고나 피고로서는 이를 타에 매각처분하기가 곤란하거나 불가능하므로 부대체물에 해당하고, 이러한 경우 상법 제69조 제1항에 따라 그 거래관계를 보다 신속하게 결말지을 필요가 절실히 요구된다고 할 수 없다'고 한 예.
○ 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다38342 판결; 상사매매에 관한 상법 제69조는, 민법의 매매에 관한 규정이 민법 제567조에 의하여 매매 이외의 유상계약에 준용되는 것과 달리, 상법에 아무런 규정이 없는 이상 상인 간의 수량을 지정한 건물의 임대차계약에 준용될 수 없다고 한 예.

매매의 목적물에 상인에게 통상 요구되는 객관적인 주의의무를 다하여도 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에도 매수인은 6개월 내에 그 하자를 발견하여 지체 없이 이를 통지하지 아니하면 매수인은 '과실의 유무를 불문'하고 매도인에게 하자담보책임을 물을 수 없다.[4165]

상법 제69조 제1항은 '임의규정'이므로, '당사자 간의 약정에 의하여 달리 정'할 수 있다.[4166]

매도인 원고와 매수인 피고의 원칙적인 공방 구조는, "원고의 매매대금 청구 → 피고 항변; 민법상 매도인의 하자담보책임[4167](채무불이행책임과 경합적으로 인정된다[4168]) = '매매[4169]

4164) 대법원 1990. 12. 21. 선고 90다카28498, 28504 판결; 원고와 피고 간의 유리병의 거래는 상인 간의 매매이므로, 상법 제69조에 따라 매수인인 피고는 유리병을 수령한 때 유리병에 하자가 있는지의 여부를 검사하여 하자를 발견하였다면 즉시 매도인인 원고에게 이를 통지하여야 하는데도, 피고가 그 통지를 하지 아니하였으니, 피고는 원고에 대하여 유리병에 하자가 있음을 원인으로 하는 손해배상책임을 물을 수 없는 것이라는 **원고의 주장**에 대하여, **원심은**, 피고가 위 유리병 5,000개를 수령하여 그 하자를 발견하고도 즉시 이를 원고에게 통지하지 아니하였다는 점을 인정할 아무런 증거가 없다는 이유로 배척하였으나, **대법원은**, "상법 제69조는 … 상인 간의 매매에 있어서는 매수인의 매매목적물에 대한 검사와 하자통지의무를 매수인이 매도인에 대하여 매매목적물에 관한 하자담보책임을 묻기 위한 전제요건으로 삼고 있음이 분명하므로, 그와 같은 하자담보책임의 전제요건 즉 매수인이 목적물을 수령한 때에 지체 없이 그 목적물을 검사하여 즉시 매도인에게 그 하자를 통지한 사실, 만약 매매의 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에는 6월 내에 이를 발견하여 즉시 통지한 사실 등에 관한 입증책임은 매수인에게 있다고 보는 것이 상당하다. … 원심은 … 피고가 위와 같은 하자통지의무를 이행하지 아니한 사실에 관한 입증책임이 원고에게 있는 것으로 오해한 탓인지, 피고가 유리병을 수령하여 위와 같은 하자를 발견하고도 즉시 원고에게 이를 통지하지 아니하였다는 점이 증명되지 않았다는 이유로 … 위 주장을 배척하였으니, … 입증책임을 오해한 위법이 있다."고 한 예. ☛ 특별한 사정이 없는 한 제조업자나 수입업자로부터 제품을 구매하여 이를 판매한 자가 그 매수인에 대하여 부담하는 민법 제580조 제1항의 하자담보책임에는 제조업자에 대한 제조물책임에서의 증명책임 완화의 법리가 유추적용된다고 할 수 없다(2010다72045).

4165) 비록 건물 하자가 그 성질상 점유 이전일부터 6월 내에 도저히 발견할 수 없었던 것이었다고 하더라도, 원고는 상법 제69조 제1항이 정한 6월의 기간이 경과됨으로써 손해배상청구권을 행사할 수 없다고 한 예(98다1584).

4166) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008다3671 판결; "상법 제69조 제1항은 민법상의 매도인의 담보책임에 대한 특칙으로 전문적 지식을 가진 매수인에게 신속한 검사와 통지의 의무를 부과함으로써 상거래를 신속하게 결말짓도록 하기 위한 규정으로서 그 성질상 임의규정으로 보아야 할 것이고 따라서 당사자 간의 약정에 의하여 이와 달리 정할 수 있다고 할 것이다. … 이 사건 계약서 제12조는 어떠한 경우라도 품질상의 하자로 판명되면 피고는 지체 없이 대체 납품하여야 하며 이로 인해 발생한 원고의 손해는 피고가 부담하도록 규정하고 있고, 제15조는 피고는 계약목적물의 준공 후 36개월간 품질 및 성능을 보증하며, 제품 자체의 결함 또는 원고가 요구하는 물품의 사양에 맞지 않는 제품으로 인해 발생한 하자에 대하여는 보증기간 경과 후라도 피고가 책임을 부담하도록 규정하고 있으며, 제23조는 피고의 납품불이행, 하자발생 등으로 인한 손해는 피고가 별도로 배상하도록 규정하고 있음을 알 수 있는바, 이러한 약정의 취지는 상법 제69조 제1항과 달리 위 조항에 따른 목적물 수령 시 검사의무와 즉시 하자통지의무를 이행하지 않더라도 원고가 피고에게 이 사건 가구의 하자로 인한 손해배상을 구할 수 있도록 한 것이라고 볼 것이다."

4167) **민법 제580조(매도인의 하자담보책임)** ① 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조 제1항의 규정을 준용한다. 그러나 매수인이 하자 있는 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 하자없는 물건을 청구할 수 있다. **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. ☛ 무과실의 법정책임에

의 목적물에 원시적(하자의 존부는 원칙적으로 특정물 매매의 경우 '매매계약 성립 시', 종류매매의 경우 '특정 시'를 기준으로 판단하지만, 신축건물의 매도인이 하자보수를 약정한 경우 '확산된 하자'에 대하여도 책임을 진다)[4170] 하자(객관적·주관적 하자,[4171] 법률적 하자[4172]를 포함한다)가 존재하는 사

해당한다.

4168) 대법원 2021. 4. 8. 선고 2017다202050 판결: "매매의 목적물에 하자가 있는 경우 매도인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다. 이 경우 특별한 사정이 없는 한 하자를 보수하기 위한 비용은 매도인의 하자담보책임과 채무불이행책임에서 말하는 손해에 해당한다. 따라서 매매 목적물인 토지에 폐기물이 매립되어 있고 매수인이 폐기물을 처리하기 위해 비용이 발생한다면 매수인은 그 비용을 민법 제390조에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있고, 민법 제580조 제1항에 따라 하자담보책임으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있다." ☜ 원고가 피고(국가)로부터 토지를 매수하여 건물을 신축하기 위해 건축허가를 받고 지목을 '전'에서 '대지'로 변경하였는데, 굴착공사를 하다가 약 1~2m 깊이에서 폐합성수지와 폐콘크리트 등 약 331t의 폐기물이 매립되어 있는 것을 발견하였고, 이를 처리하기 위한 비용을 지출한 사안에서, ① 매립된 폐기물의 내용, 수량, 위치와 처리비용 등을 고려하면 토지에 위와 같은 폐기물이 매립되어 있는 것은 매매 목적물이 통상 갖출 것으로 기대되는 품질이나 상태를 갖추지 못한 하자에 해당하고, ② 토지를 밭으로 이용할 경우에도 폐기물이 식물의 재배에 상당한 영향을 미칠 것으로 보이므로, 원고가 지목을 '전'에서 '대지'로 변경하였다는 사정으로 폐기물이 매립되어 있는 객관적 상태를 달리 평가할 수 없으며, ③ 하자담보책임으로 인한 손해배상청구권은 매수인이 매매 목적물을 인도받은 때 발생하므로, 원고의 손해배상청구권은 피고로부터 토지를 인도받은 때 발생하였고 이후 원고가 소외인에게 토지를 증여하였다는 사정만으로 손해배상청구권이 소멸하거나 수증자에게 양도되지 않는다고 하여, 피고는 원고에게 하자담보책임으로 인한 손해배상으로 폐기물 처리비용을 지급할 의무가 있다고 한 사례. **[동일 판시]** 매도인이 성토작업을 기화로 다량의 폐기물을 은밀히 매립하고 그 위에 토사를 덮은 다음 도시계획사업을 시행하는 공공사업시행자와 사이에서 정상적인 토지임을 전제로 협의취득절차를 진행하여 이를 매도함으로써 매수자로 하여금 그 토지의 폐기물처리비용 상당의 손해를 입게 하였다면 매도인은 이른바 불완전이행으로서 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담하고, 이는 하자 있는 토지의 매매로 인한 민법 제580조 소정의 하자담보책임과 경합적으로 인정된다(2002다51586).

4169) 매도인의 하자담보책임 규정이 적용되지 않는 '경매'(민법 제580조 제2항)는 민사집행법상의 강제집행이나 담보권 실행을 위한 경매 또는 국세징수법상의 공매 등과 같이 국가나 그를 대행하는 기관 등이 법률에 기하여 목적물 권리자의 의사와 무관하게 행하는 매도행위만을 의미한다[대법원 2016. 8. 24. 선고 2014다80839 판결: '농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률'상 중도매인인 원고가 도매시장법인인 피고로부터 그가 주관한 경매를 통하여 매수한 당근에 하자가 있음을 들어 하자담보책임을 묻는 원고의 주장에 관하여, **원심**은, 원고가 당근을 '경매'로 매수한 이상 민법 제580조 제2항에 따라 제1항의 담보책임에 관한 규정이 적용되지 않는다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였으나, **대법원**은, 피고는 상법상의 위탁매매인으로서 출하자의 판매 위탁에 따라 위 법에 따른 여러 매매방법 중 하나인 경매의 방법으로 이를 매도한 것에 불과하므로, 이는 담보책임의 특칙이 적용되는 민법 제580조 제2항 소정의 '경매'에 해당한다고 할 수 없고, 원심으로서는 위 매매에 상법 제69조가 우선 적용됨을 전제로 당근에 즉시 발견할 수 없는 하자가 존재하는지, 존재한다면 원고가 적기에 그 통지를 발송하였는지 등과 함께 원고와 피고 사이에 담보책임의 적용을 제한·배제하는 특약 등이 존재하는지 등을 심리하여 원고의 담보책임 주장의 당부에 관하여 판단하였어야 한다고 한 예].

4170) ❶ 건축을 목적으로 매수한 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한 경우 이러한 법률적 제한 내지 장애 역시 매매목적물의 하자에 해당하나, 그 하자의 존부는 매매계약 성립 시를 기준으로 판단하여야 하고, 하자의 존재에 대한 주장·증명책임은 매수인에게 있다(98다18506; 원심이 매매계약 당시 건축허가를 얻는 데 어떠한 법률상의 제한이 있었음을 인정할 증거가 없고 원고들이 잔금 지급 및 건축허가절차를 지체하던 중 도시계획변경결정을 한 사실을 인정한 다음 토지에 하자가 있음을 원인으로 한 원고들의 매매계약 해제 및 원상회복에 관한 주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예). ❷ 신축건물이나 신축한지 얼마 되지 않아 그와 다름없는 건물을 매도하는 매도인이 매수인에 대하여 매도건물에 하자가 있을 때에는 책임지고 그에 대한 보수를 해 주기로 약정한 경우 특별한 사정이 없는 한 매도인은 하자 없는 완전한 건물을 매매한 것을 보증하였다고 할 것이므로 매도인은 계약당시 또는 매수인이 인도받은 후에 용이하게 발견할 수 있는 하자뿐만 아니라 건물의 본체부분의 구조상의 하자 특히 품질이 떨어지는 재료를 사용하는 등 날림공사로 인한 하자 등 바로 발견할 수 없는 하자는 물론 당초의 하자로부터 확산된 하자에 대하여도 책임을 져야 한다고 보아야 할 것이며, 다만 확대된 하자에 관하여는 매수인 스스로가 용이하게 당초의 하자를 발견하여 이를 보수하고 그 비용을 매도인에게 청구할 수 있음에도 불구하고 이를 방치하여 하자가 확산되는 등의 사정이 있어 하자의 확대에

실' + (계약 해제의 경우) '하자가 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 중대한 사실'(하자가 중대하고 보수가 불가능하거나 가능하더라도 장기간을 요하는 등 계약해제권을 행사하는 것이 정당하다고 인정되는 경우[4173]), (손해배상청구권과의 상계의 경우) '하자로 인한 손해의 발생과 그 범위'[4174] → 원고 재항변; ① '하자에 대한 피고의 악의, 유과실'[4175] 또는 ② '피고가 하자를 안 날로부터 6월(제척기간)이 도과한 사실',[4176] '피고가 목적물을 인도받은 날부터 소멸시효 기간이 도과한 사실'[4177] 또는 ③ '상인 간의 매매 사실'(민법상 하자담보책임 배제, 상법 제69조 제1항의 적용)[4178] 또는 ④ '손해배상책임의 제한'[4179] → 피고 재재항변; ① ⓐ '원고의 악

대하여 매수인에게 과실이 있는 경우라면 매도인의 하자보수의무불이행으로 인한 손해배상액을 정함에 있어서 매수인의 이러한 과실을 참작할 수 있을 뿐이다(92다38980).

4171) 매매의 목적물이 거래통념상 기대되는 객관적 성질이나 성능을 갖추지 못한 경우 또는 당사자가 예정하거나 보증한 성질을 갖추지 못한 경우에 매도인은 민법 제580조에 따라 매수인에게 그 하자로 인한 담보책임을 부담한다(대법원 2021. 4. 8. 선고 2017다202050 판결).

4172) 건축을 목적으로 매수한 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한 경우(98다18506), 장기간 운행정지처분을 받은 차량(84다카2525).

4173) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다296776 판결; 원고가 피고로부터 매수한 중고 화물차에 대한 자동차종합검사에서 차체의 길이, 너비와 적재함의 내부(하대)길이가 안전기준을 초과하여 원상복구 등 조치가 필요하다는 이유로 부적합 판정을 받고, 자동차정기검사 지연을 이유로 과태료를 부과받자, 원고가 위와 같은 하자를 이유로 매매계약을 해제하고 매매대금의 반환을 구한 **사안**에서, **원심**은, 위 하자는 수리가 가능하고 특수한 수리 방법을 요하지 않으며 예상 수리기간도 15일 정도에 불과하므로 매매계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 해당하지 않는다고 판단하였으나, **대법원**은, 위 중고 화물차가 원고의 생계를 위해 필요한 수단이고 자동차정기검사를 받지 않으면 형사처벌을 받을 가능성이 있으며 수리비용이 매매대금의 약 40% 정도에 이르는 점 등을 고려하면 객관적으로 보아 원고에게 매매계약을 계속 유지하게 하는 것은 지나치게 가혹하므로, 원고가 계약해제권을 행사하는 것이 정당하다고 인정되는 경우에 해당한다고 판단한 예.

4174) ❶ 매매목적물의 하자로 인한 확대손해에 대하여 매도인에게 배상책임을 지우기 위해서는 하자 없는 목적물을 인도하지 못한 의무위반 사실 외에 그러한 의무위반에 대하여 매도인에게 귀책사유가 있어야 한다.(2002다35676). 즉, 하자확대손해의 배상은 민법 제390조에 근거한 채무불이행책임으로서 귀책사유를 요한다. ❷ 채소종자와 같이 그 일부가 불량한 경우 이를 양호한 것과 분류할 수 없는 상태로 상호 혼합되어 있는 물건의 거래에 있어서는 특별한 사유가 없는 한 그 일부가 불량한 경우에 그로 인하여 매수인이 받게 되는 손해를 일률적으로 불량한 부분에 대한 비율에 상당한 채소종자의 가격이라 할 수 없고 그 전량이 불량성을 갖게 된다고 봄이 상당하다(76다3056).

4175) 민법 제580조 제1항 단서. 법원의 직권판단사항이기도 하다. ☛ ❶ 주식회사가 그 하자의 존재를 미리 알았는지 또는 알 수 있었는지에 관하여는 원칙적으로 주식회사를 대외적으로 대표할 권한이 있는 대표이사의 인식을 기준으로 판단하여야 한다(2006다79742). ❷ 공원지로서의 대지를 매수하는 자는 부동산 등기부의 열람뿐만 아니라, 동 대지가 도시계획상 도로에 저촉하는지의 여부 정도는 미리 조사하여 보는 것이 상례라 할 것인바, 매수인이 현장을 답사하였음에도 불구하고, 30평의 대지 중 10평이나 도로로 사용되고 있는 사실을 간과하였다면, 위 하자있음을 알지 못한데 대하여 과실이 있다(79다827).

4176) **민법 제582조(전2조의 권리행사기간)** 전2조에 의한 권리는 매수인이 그 사실을 안 날로부터 6월내에 행사하여야 한다. ☛ 표고버섯 종균에 하자가 존재하는 사실을 알았다고 하기 위해서는 종균을 접종한 표고목에서 종균이 정상적으로 발아하지 아니한 사실을 알았다는 것만으로는 부족하고, 종균이 정상적으로 발아하지 아니한 원인이 바로 종균에 존재하는 하자로 인한 것임을 알았을 때라야 비로소 종균에 하자가 존재하는 사실을 알았다고 볼 수 있다(2003다20190).

4177) 매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권은 매수인이 매매의 목적물을 인도받은 때(소유권이전등기일) 발생하고(대법원 2021. 4. 8. 선고 2017다202050 판결), 그 때부터 소멸시효가 진행한다(대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결). 제척기간 규정으로 인하여 소멸시효 규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없다(2011다10266).

4178) 판례에 의하면, 상법 제69조는 '민법상의 매도인의 담보책임에 대한 특칙'이고, 상인 간의 매매에 있어서 매수인은 목적물을 수령한 때부터 지체 없이 이를 검사하여 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인

의'[4180] 또는 ⓑ '상법 제69조 제1항의 적용 배제 특약' 또는 ② 상법 제69조 제1항의 '검사·하자통지 의무의 이행'"이 될 것이나, 피고가 '상인 간의 매매'를 자인하고 곧바로 상법 제69조 제1항의 하자담보책임을 항변으로 주장하는 경우라면, "원고의 매매대금 청구 → 피고 항변(상법 제69조 제1항의 검사·하자통지 의무의 이행)"의 공방 구조가 될 수 있다.

3. 회 사

가. 합명회사·합자회사

상법상 합명회사의 사원 또는 업무집행사원의 업무집행권한을 상실시키는 방법으로는 ① 상법 제205조[4181] 제1항에 따라 다른 사원의 청구에 의하여 법원의 선고(형성판결)로써 그 권한을 상실시키는 방법, ② 상법 제195조[4182]에 의하여 준용되는 민법 제708조에 따라 법원의 선고절차를 거치지 않고 총사원이 일치하여 업무집행사원을 해임함으로

에게 그 통지를 '발송하여야만' 그 하자로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구할 수 있다는 것이므로, '상인 간의 매매 사실'만 주장·증명되면 민법상 하자담보책임이 배제되고 상법 제69조 제1항이 적용되게 된다.

4179) 하자발생 및 그 확대에 가공한 매수인의 잘못을 참작하여 손해배상의 범위를 정하고, 이는 법원의 직권판단사항이기도 하다(94다23920).

4180) 상법 제69조 제2항.

4181) **상법 제205조(업무집행사원의 권한상실선고)** ① 사원이 업무를 집행함에 현저하게 부적임하거나 중대한 의무에 위반한 행위가 있는 때에는 법원은 사원의 청구에 의하여 업무집행권한의 상실을 선고할 수 있다. ② 전항의 판결이 확정된 때에는 본점과 지점의 소재지에서 등기하여야 한다. ☛ 상법 제269조(준용규정)에 따라 합자회사의 무한책임사원뿐만 아니라 유한책임사원도 각자 업무집행사원에 대한 권한상실선고를 청구할 수 있다(2010다82189).

○ 대법원 2021. 7. 8. 선고 2018다225289 판결; "합자회사에서 업무집행권한 상실 선고 제도(상법 제269조, 제205조)의 목적은 업무를 집행함에 현저하게 부적임하거나 중대한 의무 위반 행위가 있는 업무집행사원의 권한을 박탈함으로써 그 회사의 운영에 장애사유를 제거하려는 데 있다. 업무집행사원의 권한상실을 선고하는 판결은 형성판결로서 그 판결 확정에 의하여 업무집행권이 상실되면 그 결과 대표권도 함께 상실된다. 합자회사에서 무한책임사원이 업무집행권한의 상실을 선고하는 판결로 인해 업무집행권 및 대표권을 상실하였다면, 그 후 어떠한 사유 등으로 그 무한책임사원이 합자회사의 유일한 무한책임사원이 되었다는 사정만으로는 형성판결인 업무집행권한의 상실을 선고하는 판결의 효력이 당연히 상실되고 해당 무한책임사원의 업무집행권 및 대표권이 부활한다고 볼 수 없다. … 합자회사에서 업무집행권한의 상실을 선고받은 무한책임사원이 다시 업무집행권이나 대표권을 갖기 위해서는 정관이나 총사원의 동의로 새로 그러한 권한을 부여받아야 한다(상법 제273조, 제269조, 제201조 제1항, 제207조). 합자회사에서 무한책임사원들만으로 업무집행사원이나 대표사원을 선임하도록 정한 정관의 규정은 유효하고, 그 후의 사정으로 무한책임사원이 1인이 된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 여전히 유효하다. 다만 유한책임사원의 청구에 따른 법원의 판결로 업무집행권한의 상실을 선고받아 업무집행권 및 대표권을 상실한 무한책임사원이 이후 다른 무한책임사원이 사망하여 퇴사하는 등으로 유일한 무한책임사원이 된 경우에는 업무집행권한을 상실한 무한책임사원이 위 정관을 근거로 단독으로 의결권을 행사하여 자신을 업무집행사원이나 대표사원으로 선임할 수는 없다고 봄이 옳다. 이렇게 해석하는 것이 판결에 의한 업무집행권한 상실선고제도의 취지와 유한책임사원의 업무감시권의 보장 및 신의칙 등에 부합한다. 결국 이러한 경우에는 유한책임사원을 포함한 총사원의 동의에 의해서만 해당 무한책임사원이 업무집행사원이나 대표사원으로 선임될 수 있을 뿐이다."

4182) **상법 제195조(준용법규)** 합명회사의 내부관계에 관하여는 정관 또는 본법에 다른 규정이 없으면 조합에 관한 민법의 규정을 준용한다. ☛ 합명회사의 내부관계에 관한 상법 규정은 원칙적으로 임의규정이고, 정관에서 상법 규정과 달리 정하는 것이 허용된다(대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다51541 판결).

써 그 권한을 상실시키는 방법 두 가지가 있다.

합명회사나 합자회사 채권자(원고)의 사원 또는 무한책임사원(피고)에 대한 '회사채무' 이행청구의 경우,[4183] 회사채권자는 청구원인사실로서 책임이행의 요건인 '회사의 채무초과' 또는 '강제집행의 부주효'를 주장·증명하여야 하고,[4184] 회사채권자가 '강제집행의 부주효'만을 주장·증명한 경우 사원은 '회사에 변제의 자력이 있고 집행이 용이함'을 항변사실로 주장·증명할 수 있다.

합자회사가 존립기간의 만료로 해산한 후 사원의 일부만 회사계속에 동의한 경우, 그 사원들의 동의로 정관을 변경·폐지할 수 있고, 나머지 사원들의 동의 여부가 불분명하더라도 회사계속의 효과가 발생한다.[4185]

4183) **상법 제212조(사원의 책임)** ① 회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때에는 각 사원은 연대하여 변제할 책임이 있다. ② 회사재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때에도 전항과 같다. ③ 전항의 규정은 사원이 회사에 변제의 자력이 있으며 집행이 용이한 것을 증명한 때에는 적용하지 아니한다.

4184) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다65903 판결: "합명회사는 실질적으로 조합적 공동기업체이어서 회사의 채무는 실질적으로 각 사원의 공동채무라고 할 것이므로, 합명회사의 사원의 책임은 회사가 채무를 부담하면 법률의 규정에 기해 당연히 발생하는 것이고, '회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때' 또는 '회사재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때'에 비로소 발생하는 것은 아니며, 이는 회사채권자가 그와 같은 경우에 해당함을 증명하여 합명회사의 사원에게 보충적으로 책임의 이행을 청구할 수 있다는 책임이행의 요건을 정한 것으로 봄이 타당하다. 그리고 합자회사의 장에 다른 규정이 없는 사항은 합명회사에 관한 규정을 준용하므로(상법 제269조), 합자회사의 무한책임사원의 회사채권자에 대한 책임은 합명회사의 사원의 책임과 동일하다고 할 것이다." ☛ **"회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때"**라 함은 회사의 부채 총액이 회사의 자산 총액을 초과하는 상태, 즉 채무초과 상태를 의미하는바, 이는 회사가 실제 부담하는 채무의 총액과 실제 가치로 평가한 자산의 총액을 기준으로 판단하여야 하고, 대차대조표 등 재무제표에 기재된 명목상의 부채 및 자산의 총액을 기준으로 판단할 것은 아니며, 나아가 회사의 신용·노력·기능(기술)·장래의 수입 등은 원칙적으로 회사의 자산 총액을 산정함에 있어 고려할 대상이 아니다(대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다27847 판결). **상법 제212조 제2항**은 회사 채권자가 제1항에서 규정한 '회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때'를 증명하는 것이 현실적으로 용이하지 않다는 점을 고려하여, 회사 재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때에 해당한다는 객관적 사실을 증명하는 것만으로도 각 사원에게 직접 변제책임을 물을 수 있도록 함으로써 회사 채권자를 보다 폭넓게 보호하려는 데 그 취지가 있다. 위와 같은 법 규정의 취지 및 그 문언적 의미 등을 종합하여 보면, 상법 제212조 제2항에서 규정한 **'강제집행이 주효하지 못한 때'**라 함은 회사 채권자가 회사 재산에 대하여 강제집행을 하였음에도 결국 그 채권의 만족을 얻지 못한 경우를 뜻한다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다99453 판결).

4185) 대법원 2017. 8. 23. 선고 2015다70341 판결: "합자회사가 정관으로 정한 존립기간의 만료로 해산한 경우에도(상법 제269조, 제227조 제1호), 사원의 전부 또는 일부의 동의로 회사를 계속할 수 있다(상법 제269조, 제229조 제1항). 이 경우 존립기간에 관한 정관의 규정을 변경 또는 폐지할 필요가 있는데, 특별한 사정이 없는 한 합자회사가 정관을 변경함에는 총사원의 동의가 있어야 할 것이나(상법 제269조, 제204조), 합자회사가 존립기간의 만료로 해산한 후 사원의 일부만 회사계속에 동의하였다면 그 사원들의 동의로 정관의 규정을 변경하거나 폐지할 수 있다. 그리고 회사계속 동의 여부에 대한 사원 전부의 의사가 동시에 분명하게 표시되어야만 회사계속이 가능한 것은 아니므로, 일부 사원이 회사계속에 동의하였다면 나머지 사원들의 동의 여부가 불분명하더라도 회사계속의 효과는 발생한다." ☜ 원심이, 합자회사인 원고가 존립기간의 만료로 해산하였으나 원고의 일부 사원들이 사원총회를 개최하여 회사계속을 결의하고 회사의 존립기간을 정한 정관규정을 폐지하기로 결의하였으므로 원고는 사원 일부의 동의에 의하여 위 사원총회일 현재 회사를 계속하고 있고, 위 회사계속 결의와 아울러 이루어진 소외인에 대한 청산인 선임 결의는 회사계속에 배치되어 무효이므로, 소외인은 원고의 적법한 대표자가 될 수 없다고 판단한 것에 잘못이 없다고 한 다음, 원고의 상고를 기각하고 상고비용은 소외인이 부담하도록 한 예.

나. 법인격 부인

'법인격의 형해화 또는 남용',[4186] '회사제도 남용'[4187]의 경우, 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세우거나 기존회사와 신설회사가 별개의 법인격을 갖고 있다고 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 허용되지 않고, 회사와 그 배후자, 기존회사와 신설회사 어느 쪽에 대해서도 채무의 이행을 청구할 수 있다.[4188] 나아가 기존회사에 대한 소멸시효가 완성되지 않은 상태에서 신설회사가 기존회사와 별도로 자신에 대하여 소멸시효가 완성되었다고 주장하는 것 역시 별개의 법인격을 갖고 있음을 전제로 하는 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다.[4189]

4186) ◎ **'법인격 형해화'** 또는 **'법인격 남용'**을 인정하기 위한 **요건**
대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다90982 판결; "(1) 회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 실질적으로는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 타인의 개인기업에 불과하거나, (2) 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 이용되는 경우에는, 비록 외견상으로는 회사의 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세워 회사에게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 위반되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없고, 따라서 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다고 보아야 한다.
여기서 (1) 회사가 그 법인격의 배후에 있는 타인의 개인기업에 불과하다고 보려면, 원칙적으로 문제가 되고 있는 법률행위나 사실행위를 한 시점을 기준으로 하여, ① 회사와 배후자 사이에 재산과 업무가 구분이 어려울 정도로 혼용되었는지 여부, ② 주주총회나 이사회를 개최하지 않는 등 법률이나 정관에 규정된 의사결정절차를 밟지 않았는지 여부, ③ 회사 자본의 부실 정도, 영업의 규모 및 직원의 수 등에 비추어 볼 때, 회사가 이름뿐이고 실질적으로는 개인 영업에 지나지 않는 상태로 될 정도로 형해화되어야 한다.
또한, 위와 같이 (2) 법인격이 형해화될 정도에 이르지 않더라도 회사의 배후에 있는 자가 회사의 법인격을 남용한 경우, 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있으나, 이 경우 채무면탈 등의 남용행위를 한 시점을 기준으로 하여, ① 회사의 배후에 있는 자가 회사를 자기 마음대로 이용할 수 있는 지배적 지위에 있고, ② 그와 같은 지위를 이용하여 법인 제도를 남용하는 행위를 할 것이 요구되며, 위와 같이 배후자가 법인 제도를 남용하였는지 여부는 앞서 본 법인격 형해화의 정도 및 거래상대방의 인식이나 신뢰 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다."

4187) 대법원 2019. 12. 13. 선고 2017다271643 판결; "기존회사가 채무를 면탈할 의도로 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립한 경우 이는 기존회사의 채무면탈이라는 위법한 목적을 달성하기 위하여 회사제도를 남용한 것에 해당한다. 기존회사의 채권자에 대하여 위 두 회사가 별개의 법인격을 갖고 있다고 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 허용되지 않는다. 기존회사의 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대해서도 채무의 이행을 청구할 수 있다. 이러한 법리는 어느 회사가 이미 설립되어 있는 다른 회사 가운데 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 회사를 채무를 면탈할 의도로 이용한 경우에도 적용된다. 여기에서 기존회사의 채무를 면탈할 의도로 다른 회사의 법인격을 이용하였는지는 기존회사의 폐업 당시 경영상태나 자산상황, 기존회사에서 다른 회사로 유용된 자산의 유무와 그 정도, 기존회사에서 다른 회사로 자산이 이전된 경우 그 정당한 대가가 지급되었는지 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 이때 기존회사의 자산이 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 다른 회사로 바로 이전되지 않고, 기존회사에 정당한 대가를 지급한 제3자에게 이전되었다가 다시 다른 회사로 이전되었다고 하더라도, 다른 회사가 제3자로부터 자산을 이전받는 대가로 기존회사의 다른 자산을 이용하고도 기존회사에 정당한 대가를 지급하지 않았다면, 이는 기존회사에서 다른 회사로 직접 자산이 유용되거나 정당한 대가 없이 자산이 이전된 경우와 다르지 않다. 이러한 경우에도 기존회사의 채무를 면탈할 의도나 목적, 기존회사의 경영상태, 자산상황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 회사제도를 남용한 것으로 판단된다면, 기존회사의 채권자는 다른 회사에 채무 이행을 청구할 수 있다."

4188) 불법행위에 기한 손해배상 청구와는 소송물을 달리하므로 서로 기판력에 저촉되지 아니하고(2004다36130), 권리관계의 공권적인 확정 및 그 신속, 확실한 실현을 도모하기 위하여 절차의 명확 안정을 중시하는 소송절차 및 강제집행절차에 있어서는 그 절차의 성격상 법인격 부인으로 어느 한 쪽에 대한 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 다른 쪽에까지 확장하는 것은 허용되지 아니한다(93다44531).

법인격 부인론의 역적용으로, 회사에 대하여 회사 설립 전에 개인이 부담한 채무의 이행을 청구하는 것도 가능하다.[4190]

다. 주 주 권

1) 주주평등의 원칙

주주평등의 원칙[4191]이란, 주주는 회사와의 법률관계에서는 그가 가진 주식의 수에 따라 평등한 취급을 받아야 함을 의미한다. 이를 위반하여 회사가 일부 주주에게만 우월한 권리나 이익을 부여하기로 하는 약정은 '특별한 사정'[4192]이 없는 한 무효이다.

회사가 주주의 지위를 갖게 되는 자와 사이에 주식인수대금으로 납입한 돈을 전액 보전해 주기로 하는 약정이나, 법률의 규정에 의한 배당 외에 다른 주주들에게는 지급되지 않는 별도의 수익을 지급하기로 하는 약정은, 투하자본의 회수를 절대적으로 보장함으로써 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 부여하는 것으로서, 주주평등의 원칙에 위배되어 무효[4193]이고, 이는 주주 전원의 동의를 받았다 하더라도 마찬가지[4194]이

4189) 대법원 2024. 3. 28. 선고 2023다265700 판결.

4190) 대법원 2021. 4. 15. 선고 2019다293449 판결: "개인과 회사의 주주들이 경제적 이해관계를 같이하는 등 개인이 새로 설립한 회사를 실질적으로 운영하면서 자기 마음대로 이용할 수 있는 지배적 지위에 있다고 인정되는 경우로서, 회사 설립과 관련된 개인의 자산 변동 내역, 특히 개인의 자산이 설립된 회사에 이전되었다면 그에 대하여 정당한 대가가 지급되었는지 여부, 개인의 자산이 회사에 유용되었는지 여부와 그 정도 및 제3자에 대한 회사의 채무 부담 여부와 그 부담 경위 등을 종합적으로 살펴보아 회사와 개인이 별개의 인격체임을 내세워 회사 설립 전 개인의 채무 부담행위에 대한 회사의 책임을 부인하는 것이 심히 정의와 형평에 반한다고 인정되는 때에는 회사에 대하여 회사 설립 전에 개인이 부담한 채무의 이행을 청구하는 것도 가능하다고 보아야 한다."

4191) **상법 제369조(의결권)** ① 의결권은 1주마다 1개로 한다. 제464조(이익배당의 기준) 이익배당은 각 주주가 가진 주식의 수에 따라 한다. 제538조(잔여재산의 분배) 잔여재산은 각 주주가 가진 주식의 수에 따라 주주에게 분배하여야 한다. ☛ 예외로, 정관 규정에 의한 종류주식, 소수주주권 등이 있다.

4192) 회사가 일부 주주에게 우월한 권리나 이익을 부여하여 다른 주주들과 다르게 대우하는 경우에도 법률이 허용하는 절차와 방식에 따르거나 그 차등적 취급을 정당화할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 허용할 수 있다. 차등적 취급을 허용할 수 있는지 여부는, 차등적 취급의 구체적 내용, 회사가 차등적 취급을 하게 된 경위와 목적, 차등적 취급이 회사 및 주주 전체의 이익을 위해 필요하였는지 여부와 정도, 일부 주주에 대한 차등적 취급이 상법 등 관계 법령에 근거를 두었는지 아니면 강행법규에 저촉되거나 채권자보다 후순위에 있는 주주의 본질적 지위를 부정하는지 여부, 일부 주주에게 회사의 경영참여 및 감독과 관련하여 특별한 권한을 부여함으로써 회사의 기관이 가지는 의사결정 권한을 제한하여 종국적으로 주주의 의결권이 침해되는지 여부를 비롯하여 차등적 취급에 따라 다른 주주가 입는 불이익의 내용과 정도, 개별 주주가 처분할 수 있는 사항에 관한 차등적 취급으로 불이익을 입게 되는 주주의 동의 여부와 전반적인 동의율, 그 밖에 회사의 상장 여부, 사업목적, 지배구조, 사업현황, 재무상태 등 제반사정을 고려하여 일부 주주에게 우월적 권리나 이익을 부여하여 주주를 차등 취급하는 것이 주주와 회사 전체의 이익에 부합하는지를 따져서 정의와 형평의 관념에 비추어 신중하게 판단하여야 한다(대법원 2023. 7. 13. 선고 2022다224986 판결).

4193) ❶ 대법원 2023. 7. 13. 선고 2022다224986 판결: "회사가 신주를 인수하여 주주의 지위를 갖게 되는 사람에게 금전 지급을 약정한 경우, 그 약정이 실질적으로는 회사가 주주의 지위를 갖게 되는 자와 사이에 주식인수대금으로 납입한 돈을 전액 보전해 주기로 약정하거나, 상법 제462조 등 법률의 규정에 의한 배당 외에 다른 주주들에게는 지급되지 않는 별도의 수익을 지급하기로 약정한다면, 이는 회사가 해당 주주에 대하여만 투하자본의 회수를 절대적으로 보장함으로써 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 부여하는 것으로서 주주평등의 원칙에 위배되어 무효이다. 이러한 약정은 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하여 회사와 다른 주주의

지만, 주주의 지위를 갖게 되는 자에게 회사의 의사결정에 대한 사전 동의를 받기로 하는 약정 및 그 약정 위반으로 인한 손해배상 명목의 금원을 지급하는 약정은 위와 같은 차등적 취급을 정당화할 수 있는 특별한 사정이 있다면 허용될 수 있다.[4195]

이익을 해하고 주주로서 부담하는 본질적 책임에서조차 벗어나게 하여 특정 주주에게 상법이 허용하는 범위를 초과하는 권리를 부여하는 것에 해당하므로, 회사의 다른 주주 전원이 그와 같은 차등적 취급에 동의하였다고 하더라도 주주평등의 원칙에 위반하여 효력이 없다." ☛ 이러한 약정의 내용이 주주로서의 지위에서 발생하는 손실의 보상을 주된 내용으로 하는 이상, 그 약정이 주주의 자격을 취득하기 이전에 체결되었다거나, 신주인수계약과 별도의 계약으로 체결되는 형태를 취하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2020. 8. 13. 선고 2018다236241 판결). ❷ 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다9920, 9937 판결; '피고들이 원고 주식 40,000주를 매수하되 액면가 2억 원을 매매대금으로 지급하고, 피고들이 원고에게 4억 원의 운영자금을 대여하며, 피고 1이 임원추천권을 갖는 내용'의 주식매매약정 직후 위 임원추천권을 행사하지 아니하는 대신 원고가 피고들에게 매월 200만 원을 지급하기로 하는 내용의 이 사건 지급약정을 체결한 사안에서, 피고들이 이 사건 지급약정에 기해 원고로부터 월정액을 받을 권리는 주주 겸 채권자의 지위에서 가지는 계약상의 특수한 권리로서, 피고들이 원고로부터 적어도 6억 원의 운영자금을 조달해준 대가를 전부 지급받으면, 피고들은 원고의 채권자로서의 지위를 상실하고, 40,000주의 주주로서의 지위만을 가지게 되는데, 채권자의 지위를 상실하여 주주에 불과한 피고들에게 원고가 계속해서 이 사건 지급약정에 의한 돈을 지급한다면, 이는 회사인 원고가 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 주주인 피고들에게 부여하는 것으로 주주평등의 원칙에 위배된다고 한 예.

4194) 대법원 2023. 7. 27. 선고 2022다290778 판결; "회사가 주주평등의 원칙을 위반하여 일부 주주에게 우월한 권리나 이익을 부여하는 내용의 약정을 체결하면서 주주 전원으로부터 동의를 받은 경우 그 효력에 관해서는, 위에서 본 주주평등의 원칙 및 그 위반에 따른 무효 취급과 예외적 허용의 취지, 즉 일부 주주에게 우월적 권리나 이익을 부여하여 주주를 차등 취급하는 것이 주주와 회사 전체의 이익 및 정의와 형평의 관념에 부합하는 것인지 여부를 살펴 신중하게 판단하여야 하므로, 주주 전원의 동의에 따라 이루어진 차등적 취급 약정이 상법 등 강행법규를 위반하지 않고 법질서가 허용하는 범위 내의 것이라면 사안에 따라서 그 효력을 인정할 여지가 있다. 그러나 주주에게 투하자본의 회수를 절대적으로 보장하는 취지의 금전지급약정은 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하고 주주로서 부담하는 본질적 책임에서조차 벗어나게 하여 특정 주주에게 상법이 허용하는 범위를 초과하는 권리를 부여하는 것으로서 법질서가 허용하지 않는 강행법규 위반에 해당하므로, 이에 대하여 주주 전원의 동의를 받았다고 하더라도 예외적으로 효력을 얻을 수 있는 경우에 해당하지 않는다." ☎ 원고들이 피고 회사 발행 종류주식을 인수하면서 연구개발 중인 제품을 일정 기한 내에 국가기관에 등록하지 못한 경우에는 신주인수계약을 무효로 하고 피고 회사와 그 대표자 및 연구개발 담당자인 나머지 피고들이 원고들에게 투자금 전액을 반환하기로 하는 약정을 체결하였는데, 피고들이 기한 내에 제품 등록을 하지 못하자 원고들이 피고들을 상대로 위 약정에 따른 투자금의 반환 등을 청구한 사안에서, 위 약정은 주주 전원의 동의가 있었다 하더라도 주주평등의 원칙에 반하여 원고들과 피고 회사 사이의 법률관계에서는 무효이나, 원고들과 나머지 피고들 사이의 법률관계에는 주주평등의 원칙이 직접 적용되지 않아서 당연히 무효인 것은 아니라고 한 예.

4195) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2023다210670 판결; "회사가 자금조달을 위해 신주인수계약을 체결하면서 주주의 지위를 갖게 되는 자에게 회사의 의사결정에 대한 사전 동의를 받기로 약정한 경우, 이는 일부 주주에게만 우월한 권리를 부여함으로써 차등 대우하는 것이지만, 주주가 납입하는 주식인수대금이 회사의 존속과 발전을 위해 반드시 필요한 자금이었고 투자유치를 위해 해당 주주에게 회사의 의사결정에 대한 동의권을 부여하는 것이 불가피하였으며 그와 같은 동의권을 부여하더라도 다른 주주가 실질적·직접적인 손해나 불이익을 입지 않고 오히려 일부 주주에게 회사의 경영활동에 대한 감시의 기회를 제공하여 다른 주주와 회사에 이익이 되는 등 차등적 취급을 정당화할 수 있는 특별한 사정이 있다면 이를 허용할 수 있다. … 회사와 주주가 체결한 동의권 부여 약정에 따른 차등적 대우가 예외적으로 허용되는 경우에 그 동의권 부여 약정 위반으로 인한 손해배상 명목의 금원을 지급하는 약정을 함께 체결하였고 그 약정이 사전 동의를 받을 의무 위반으로 주주가 입은 손해를 배상 또는 전보함으로써 그 의무의 이행을 확보하기 위한 것으로 볼 수 있다면, 이는 회사와 주주 사이에 채무불이행에 따른 손해배상액의 예정을 약정한 것이어서 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 일부 주주에 대하여 투하자본의 회수를 절대적으로 보장함으로써 주주평등의 원칙에 위배된다고 단정할 것은 아니다. 다만 손해배상액의 예정 약정이 유효하더라도, 그 금액이 부당히 과다하다면 민법 제398조 제2항에 따라 법원이 이를 감액할 수 있다. 따라서 법원으로서는 동의권 부여 약정 위반에 따른 손해배상의 예정액의 부당성 여부를 판단할 때, 동의권 부여 및 손해배상액의 예정 약정을 체결한 동기와 경위, 회사의 동의권 부여 약정 위반으로 해당 주주가 실제로 입은 손해액, 회사가 동의권 부여 약정을 위반하게 된 경위와 이유 등 제반사정을 참작하여, 그와 같은 약정이 사실상 투하자본의 회수를 절대적으로 보장하는 수단으로 기능하지 않도록 하여야

주주가 회사와 계약을 체결할 때 회사의 '다른 주주 내지 이사 개인'이 함께 당사자로 참여한 경우, 주주와 회사의 다른 주주 내지 이사 개인의 법률관계에는 주주평등의 원칙이 직접 적용되지 않고, 그 계약의 효력은 특별한 사정이 없는 한 주주와 회사가 체결한 계약의 효력과는 별개로 보아야 한다.[4196]

2) 주주의 권리

주주권은 권리의 행사 목적에 따라 자익권(주주 개인의 경제적 이익 확보)과 공익권(회사나 주주 공동의 이익 확보)으로 나뉜다.[4197]

가) 이익배당청구권

구체적이고 확정적인 배당금지급청구권은, 원칙적으로 이익잉여금처분계산서가 주주총회에서 승인됨으로써 이익배당이 확정될 때, 예외적으로 정관에서 정한 지급조건이 갖추어지는 때에 발생한다.[4198] 상법 제462조의3[4199]에 따른 중간배당금 지급청구권

할 것이다." ☜ 공적 역할을 수행하는 신용보증기관인 원고가 피고가 발행하는 전환상환우선주를 인수하면서 피고가 회생절차 개시신청을 할 때에는 원고의 동의를 받아야 하고 이를 위반한 경우 손해배상으로 원고에게 주식인수총액과 소정의 비율에 의한 금원을 지급하기로 약정한 사안에서 위 각 약정의 유효를 긍정한 예. **[동일 판시]** 대법원 2023. 7. 13. 선고 2021다293213 판결; 원고가 벤처회사인 피고 회사의 상환전환우선주를 인수하면서 주요 경영사항에 해당하는 신주발행, 유상증자 등에 대한 사전통지 및 사전동의권 등 권리를 부여받기로 약정하고, 위 약정을 위반할 경우 상환전환주식의 조기상환청구, 위약벌 등 손해배상을 구할 수 있다는 약정을 한 사안.

4196) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2022다224986 판결; "주주평등의 원칙은 주주와 회사의 법률관계에 적용되는 원칙이고, 주주가 회사와 계약을 체결할 때 회사의 다른 주주 내지 이사 개인이 함께 당사자로 참여한 경우 주주와 다른 주주 사이의 계약은 주주평등과 관련이 없으므로, 주주와 회사의 다른 주주 내지 이사 개인의 법률관계에는 주주평등의 원칙이 직접 적용되지 않는다. 주주는 회사와 계약을 체결하면서 사적자치의 원칙상 다른 주주 내지 이사 개인과도 회사와 관련한 계약을 체결할 수 있고, 그 계약의 효력은 특별한 사정이 없는 한 주주와 회사가 체결한 계약의 효력과는 별개로 보아야 한다. 나아가 주주가 회사의 다른 주주 내지 이사 개인과 체결한 계약의 내용을 해석할 때에는 계약의 형식과 내용, 계약이 체결된 동기와 경위 및 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고려하여 논리와 경험의 법칙, 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석해야 하는 등 계약 해석에 관한 일반 원칙을 적용할 수 있다." ☜ 원고들은 피고가 대주주 겸 대표이사인 회사가 발행하는 상환전환우선주를 인수하면서 회사가 원고들의 동의 없이 회생절차 개시신청을 하거나 회사에 대한 회생절차가 개시되면 피고가 회사와 연대하여 원고들에게 주식인수대금과 가산금을 지급하는 약정을 체결하였는데, 다른 주주의 신청으로 회사에 대한 회생절차가 개시되자 원고들이 피고에게 위 약정에 따른 금원의 지급을 청구한 사안에서, **원심**이, 원고들과 회사 사이의 금전지급약정은 주주평등의 원칙에 위반하여 무효이고, 피고는 회사의 원고들에 대한 약정에 기한 금전지급의무를 연대보증하였는데, 주채무인 회사의 원고들에 대한 금전지급의무가 존재하지 않으므로 부종성에 따라 피고의 원고들에 대한 금전지급의무도 존재하지 않는다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 원고들과 회사 사이의 금전지급약정은 실질적으로 회사가 원고들에게 투하자본의 회수를 절대적으로 보장함으로써 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 부여하는 것이고, 배당가능이익이 없어도 회사의 재산으로 사실상 출자를 환급하여 주는 것이므로 주주평등의 원칙에 위반하여 무효이지만, 원고들과 피고 사이의 법률관계에는 주주평등의 원칙이 직접 적용되지 않아서 그 약정이 주주평등의 원칙에 위반하여 무효인 것은 아니고, 약정 체결의 동기와 경위, 목적, 문언의 내용, 당사자의 진정한 의사 등을 고려하면 피고는 회사의 원고들에 대한 금전지급의무와 동일한 내용의 연대채무를 부담하는 계약을 체결하였다고 볼 여지가 크다고 보아, 원심을 파기·환송한 예.

4197) 자익권은 ❶ 출자금에 대한 수익을 위한 권리로서, 이익배당청구권, 신주인수권 등, ❷ 출자금의 회수를 위한 권리로서, 주권교부·명의개서·잔여재산분배 청구권 등이 있고, 공익권은 ❶ 경영 참여를 위한 권리로서 의결권, ❷ 경영 감독을 위한 권리로서, 단독주주권인 회사법상 소 제기권, 소수주주권 등이 있다.

은 이사회의 결의가 성립하면 구체적으로 확정된다.[4200] 배당금지급청구권이나 위법배당에 따른 부당이득반환청구권은 5년의 상사시효가 아닌 10년의 민사소멸시효에 걸린다.[4201]

나) 의 결 권

의결권은 1주마다 1개로 한다(상법 제369조 ①).[4202] 자기주식, 상호보유주식(제369조 ②, ③[4203]), 의결권의 배제·제한에 관한 종류주식[4204]은 의결권이 없다. 총회의 결의

4198) 대법원 2022. 8. 19. 선고 2020다263574 판결; "2011년 상법 개정으로 회사가 발행할 수 있는 종류주식의 유형이 확대됨에 따라 회사는 이익의 배당, 잔여재산의 분배, 주주총회에서의 의결권의 행사, 상환 및 전환 등에 관하여 내용이 다른 종류의 주식을 발행할 수 있게 되었다(상법 제344조 제1항). 이 경우 회사는 정관에 발행하고자 하는 종류주식의 내용과 수를 정하여야 하고, 특히 이익배당에 관하여 내용이 다른 종류주식을 발행하는 때에는 정관에 그 종류주식의 주주에게 교부하는 배당재산의 종류, 배당재산의 가액의 결정방법, 이익을 배당하는 조건 등 이익배당에 관한 내용도 정하여야 한다(상법 제344조 제2항, 제344조의2 제1항). 주주의 이익배당청구권은 장차 이익배당을 받을 수 있다는 의미의 권리에 지나지 아니하여 이익잉여금처분계산서가 주주총회에서 승인됨으로써 이익배당이 확정될 때까지는 주주에게 구체적이고 확정적인 배당금지급청구권이 인정되지 아니한다. 다만 정관에서 회사에 배당의무를 부과하면서 배당금의 지급조건이나 배당금액을 산정하는 방식 등을 구체적으로 정하고 있어 그에 따라 개별 주주에게 배당할 금액이 일의적으로 산정되고, 대표이사나 이사회가 경영판단에 따라 배당금 지급 여부나 시기, 배당금액 등을 달리 정할 수 있도록 하는 규정이 없다면, 예외적으로 정관에서 정한 지급조건이 갖추어지는 때에 주주에게 구체적이고 확정적인 배당금지급청구권이 인정될 수 있다. 그리고 이러한 경우 회사는 주주총회에서 이익배당에 관한 결의를 하지 않았다거나 정관과 달리 이익배당을 거부하는 결의를 하였다는 사정을 들어 주주에게 이익배당금의 지급을 거절할 수 없다." ☎ 피고 회사의 정관은 이익배당에 관한 종류주식(우선주)에 관한 배당의무를 명시하면서 배당금 지급조건 및 배당금액 산정과 관련한 사항을 구체적으로 규정하고 있으므로, 피고 회사의 정기주주총회에서 재무제표가 승인됨으로써 당기순이익이 확정되기만 하면 우선주에 관하여 피고 회사가 지급할 의무가 있는 배당금액이 곧바로 계산되므로, 우선주 주주인 원고에게는 피고 회사의 정기주주총회에서 당기순이익이 포함된 재무제표를 승인하는 결의가 있는 때에 구체적이고 확정적인 이익배당청구권이 인정되고, 다른 특별한 사정이 없는 한 상법 제462조 제1항에 따른 배당가능이익의 범위 내에서 피고 회사를 상대로 정관 규정에 따라 계산된 배당금의 지급을 청구할 수 있다고 한 예.

4199) 상법 **제462조의3(중간배당)** ① 년 1회의 결산기를 정한 회사는 영업년도중 1회에 한하여 이사회의 결의로 일정한 날을 정하여 그 날의 주주에 대하여 이익을 배당(이하 이 조에서 "중간배당"이라 한다)할 수 있음을 정관으로 정할 수 있다.

4200) 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다223778 판결(상법 규정에 위반하여, 중간배당에 관한 이사회 결의가 있음에도 같은 영업연도 중에 다시 중간배당에 관한 이사회 결의를 하거나, 이사회 결의에 따라 구체적으로 확정된 주주의 중간배당금 지급청구권의 내용을 수정 내지 변경하는 이사회 결의를 하는 것은 허용되지 않는다).

4201) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2020다208621 판결.

4202) 질권설정자인 주주는 여전히 주주로서의 지위를 가지고 의결권을 행사할 수 있다(대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결). 의결권행사금지가처분 사건의 강제조정 결정에 위반하는 의결권행사로 주주총회 결의가 이루어진 후 그 본안소송에서 가처분의 피보전권리가 없음이 확정됨으로써 그 가처분이 실질적으로 무효임이 밝혀진 경우, 위 의결권 행사는 가처분의 피보전권리를 침해한 것이 아니어서 유효하다(2009다3920).

4203) 상법 369조(**의결권**) ① 의결권은 1주마다 1개로 한다. ② 회사가 가진 자기주식은 의결권이 없다. ③ 회사, 모회사 및 자회사 또는 자회사가 다른 회사의 발행주식의 총수의 10분의 1을 초과하는 주식을 가지고 있는 경우 그 다른 회사가 가지고 있는 회사 또는 모회사의 주식은 의결권이 없다.

4204) 상법 제344조의3(의결권의 배제·제한에 관한 종류주식) ① 회사가 의결권이 없는 종류주식이나 의결권이 제한되는 종류주식을 발행하는 경우에는 정관에 의결권을 행사할 수 없는 사항과, 의결권행사 또는 부활의 조건을 정한 경우에는 그 조건 등을 정하여야 한다. ② 제1항에 따른 종류주식의 총수는 발행주식총수의 4분의 1을 초과하지 못한다. 이 경우 의결권이 없거나 제한되는 종류주식이 발행주식총수의 4분의 1을 초과하여 발행된 경우에는 회사는 지체 없이 그 제한을 초과하지 아니하도록 하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.

에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자는 의결권을 행사하지 못한다(제368조 ③).[4205]

상법은 주주총회의 성립에 관한 '의사정족수'를 따로 정하고 있지는 않고, '의결정족수'에 관하여 규정하고 있다. 상법 또는 정관[4206]에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는, 주주총회 결의는 '보통결의'에 의하고, 이는 출석한 주주의 의결권[4207]의 과반수와 발행주식총수[4208]의 4분의 1 이상의 수로써 하여야 하며(제368조 ①), '특별결의'는 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로써 하여야 한다.[4209]

4205) 주주총회가 재무제표를 승인한 후 2년 내에 이사와 감사의 책임을 추궁하는 결의를 하는 경우 당해 이사와 감사인 주주는 회사로부터 책임을 추궁당하는 위치에 서게 되어 주주의 입장을 떠나 개인적으로 이해관계를 가지는 경우로서 그 **결의에 관한 특별이해관계인**에 해당하지만, 주주의 의결권은 주주의 고유하고 기본적인 권리이므로 특별이해관계인이라는 이유로 이를 제한하기 위하여는 그 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있음이 객관적으로 명확하여야 하므로, 당해 안건이 이사나 감사 누구에 대하여 어떠한 책임을 추궁하기 위한 것인지를 심리한 다음, 그에 따라 주주 중 누가 그 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자에 해당하는지를 판단하여야 하고, 이사, 감사 전원이 특별한 이해관계가 있는 자에 해당한다고 속단하여서는 안 된다(2007다40000).

4206) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다217741 판결; "**상법 제368조 제1항**은 주주총회의 **보통결의 요건**에 관하여 … 규정하여 주주총회의 성립에 관한 의사정족수를 따로 정하고 있지는 않지만, 보통결의 요건을 정관에서 달리 정할 수 있음을 허용하고 있으므로, 정관에 의하여 의사정족수를 규정하는 것은 가능하다. 한편 상법 **제382조의2**에 정한 **집중투표**란 2인 이상의 이사를 선임하는 경우에 각 주주가 1주마다 선임할 이사의 수와 동일한 수의 의결권을 가지고 이를 이사 후보자 1인 또는 수인에게 집중하여 투표하는 방법으로 행사함으로써 투표의 최다수를 얻은 자부터 순차적으로 이사에 선임되는 것으로서, 이 규정은 어디까지나 주주의 의결권 행사에 관련된 조항이다. 따라서 주식회사의 정관에서 이사의 선임을 발행주식총수의 과반수에 해당하는 주식을 가진 주주의 출석과 그 출석주주의 의결권의 과반수에 의한다고 규정하는 경우, 집중투표에 관한 위 상법 조항이 정관에 규정된 의사정족수 규정을 배제한다고 볼 것은 아니므로, 이사의 선임을 집중투표의 방법으로 하는 경우에도 정관에 규정한 의사정족수는 충족되어야 한다."

4207) 제368조 제3항에 따라 행사할 수 없는 주식(총회의 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자의 주식)의 의결권 수와 제409조 제2항·제3항(감사 선임의 경우 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 3%를 초과하는 주식) 및 제542조의12 제3항·제4항에 따라 그 비율을 초과하는 주식(상장회사의 감사 또는 사외이사 아닌 감사위원을 선임·해임하는 경우 및 상장회사가 사외이사인 감사위원을 선임하는 경우, 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 3%를 초과하는 주식)으로서 행사할 수 없는 주식의 의결권 수는 출석한 주주의 의결권의 수에 산입하지 아니한다(제371조 ②). ☛ 발행주식총수에는 산입된다.

4208) 제344조의3제1항(의결권의 배제·제한에 관한 종류주식)과 제369조제2항(자기주식) 및 제3항(상호보유주식)의 의결권 없는 주식의 수는 발행주식총수에 산입하지 아니한다(제371조 ①). ☛ ❶ 발행주식총수에 산입하지 않는 주식은 출석한 주주의 의결권의 수에도 산입하지 아니한다. ❷ 대법원 2016. 8. 17. 선고 2016다222996 판결; "주주총회에서 감사를 선임하려면 우선 '출석한 주주의 의결권의 과반수'라는 의결정족수를 충족하여야 하고, 나아가 그 의결정족수가 '발행주식총수의 4분의 1 이상의 수'이어야 하는데, **상법 제371조**는 제1항에서 '발행주식총수에 산입하지 않는 주식'에 대하여 정하면서 **상법 제409조** 제2항의 의결권 없는 주식(이하 '3% 초과 주식'이라 한다)은 이에 포함시키지 않고 있고, 제2항에서 '출석한 주주의 의결권 수에 산입하지 않는 주식'에 대하여 정하면서는 3% 초과 주식을 이에 포함시키고 있다. 그런데 만약 3% 초과 주식이 상법 제368조 제1항에서 말하는 '발행주식총수'에 산입된다고 보게 되면, 어느 한 주주가 발행주식총수의 78%를 초과하여 소유하는 경우와 같이 3% 초과 주식의 수가 발행주식총수의 75%를 넘는 경우에는 상법 제368조 제1항에서 말하는 '발행주식총수의 4분의 1 이상의 수'라는 요건을 충족시키는 것이 원천적으로 불가능하게 되는데, 이러한 결과는 감사를 주식회사의 필요적 상설기관으로 규정하고 있는 상법의 기본 입장과 모순된다. 따라서 감사의 선임에 있어서 3% 초과 주식은 위 제371조의 규정에도 불구하고 상법 제368조 제1항에서 말하는 '발행주식총수'에 산입되지 않는다고 보아야 한다. 그리고 이는 자본금 총액이 10억 원 미만이어서 감사를 반드시 선임하지 않아도 되는 주식회사라고 하여 달리 볼 것도 아니다."

4209) **상법 제434조(정관변경의 특별결의)** 제433조제1항의 결의는 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와

라. 주식의 양도

주주의 지위는 인적회사 사원의 지위와는 달리 주식양도의 방법으로 자유로이 이전할 수 있다.[4210]

1) 양도인과 양수인 간 주주권 이전의 요건

주권 발행 '전' 주식의 양도는 지명채권의 양도에 관한 일반원칙에 따라 양도인과 양수인 사이의 '주식 양도에 관한 의사의 합치', 즉 '양도계약만으로' 그 효력이 발생하므로, 주식 양도계약이 체결됨으로써 바로 양도인은 양도의 목적이 된 주식을 상실하고 양수인이 이를 이전받아 그 주주가 된다.[4211]

주권 발행 '후' 주식 양도의 경우에는 '주권의 교부'가 주식양도의 효력발생요건인데,[4212] 회사가 주권을 발행하는 대신 전자등록기관의 전자등록부에 주식을 등록한 경우

발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로써 하여야 한다. ☛ 제374조(영업양도, 양수, 임대등) ① 등에서 준용.

4210) **상법 제335조(주식의 양도성)** ① 주식은 타인에게 양도할 수 있다. 다만, 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 그 발행하는 주식의 양도에 관하여 이사회의 승인을 받도록 할 수 있다. ② 제1항 단서의 규정에 위반하여 이사회의 승인을 얻지 아니한 주식의 양도는 회사에 대하여 효력이 없다. ③ 주권발행 전에 한 주식의 양도는 회사에 대하여 효력이 없다. 그러나 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과한 때에는 그러하지 아니하다.

4211) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다38780 판결.
대법원 2022. 5. 26. 선고 2020다239366 판결; "회사 성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6개월이 경과한 경우 주권발행 전의 주식은 당사자의 의사표시만으로 양도할 수 있고, 주식양도계약이 해제되면 계약의 이행으로 이전된 주식은 당연히 양도인에게 복귀한다."(주식양도계약의 양도인(원고)이 양수인(피고)의 대금지급 미이행을 이유로 계약 해제 통지를 하고 양수인에게 '주주지위부존재 확인'을 구하고, 피고는 자신이 회사에 대하여 확정일자 있는 통지를 하지 않았다는 등의 이유를 들어 원고의 해제 통지 이후에도 여전히 자신이 주주의 지위에 있다고 다툰 사안에서, 양도대상 주식은 당사자 사이의 의사표시만으로도 양도할 수 있는 주권발행전 주식으로서 양수인의 회사에 대한 확정일자 있는 통지 없이도 양도계약의 해제만으로 양도인에게 주주권이 복귀한다고 판단한 예) ☛ ❶ 채권담보 목적으로 체결된 주식양도계약은 바로 주식양도담보의 효력이 생기고, 양도담보권자가 대외적으로는 주식의 소유자가 된다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결). ❷ 주권발행 전의 주식에 관하여 주주명의를 신탁한 사람이 수탁자에 대하여 명의신탁계약을 해지하면 그 주식에 대한 주주의 권리는 그 해지의 의사표시만으로 명의신탁자에게 복귀한다(97다38510). ❸ 주식병합이 있어 구주권이 실효되었음에도 주식병합 후 6월이 경과할 때까지 회사가 신주권을 발행하지 않은 경우에는 주권의 교부가 없더라도 당사자의 의사표시만으로 주식양도의 효력이 생기고, 이는 당사자 사이의 주식양도에 관한 의사표시가 주권의 발행 후 주식병합이 있기 전에 있었다고 하더라도 마찬가지로서, 주식병합으로 실효되기 전의 구주권의 교부가 없는 상태에서 주식병합이 이루어지고 그로부터 6월이 경과할 때까지 회사가 신주권을 발행하지 않았다면 주식병합 후 6월이 경과한 때에 주식병합 전의 당사자 사이의 의사표시만으로 주식양도의 효력이 생긴다(대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다62076, 62083 판결; 甲과 乙 등 공동상속인이 유언장 내용에 따라 상속재산을 분할하기로 합의하여 甲이 丙 회사 주식 전부를 취득하게 되었는데, 乙이 피상속인 생존 당시 그 중 일부 주권을 분실하여 甲은 합의 당시 일부 주식에 대하여 주권 점유를 취득하지 못하였다가 그 후 乙에게서 재발행 주권을 교부받았으나, 丙 회사는 甲이 재발행 주권을 교부받기 전 주식병합을 실시한 사안에서, 丙 회사가 주식병합의 효력이 발생한 후 6월이 경과하도록 신주권을 발행하지 않았다면 甲은 주권 교부 없이 위 합의만으로도 위 일부 주식에 상응한 병합 후 주식의 소유권을 유효하게 취득하게 된다고 한 사례).

4212) **상법 제336조(주식의 양도방법)** ① 주식의 양도에 있어서는 주권을 교부하여야 한다. ② 주권의 점유자는 이를 적법한 소지인으로 추정한다.
대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다62076, 62083 판결; "주권발행 후의 주식의 양도는 주권을 교부하여야 효력이 발생하고(상법 제336조 제1항), 이 경우 주권의 교부는 당사자 사이의 주식양도에 관한 의사표시와 함께 주식양도의 효력발생요건이 되지만, 주권의 교부가 없더라도 당사자 사이의 주식양도에 관한 의사표시만으로

에는, 계좌 간 대체의 '전자등록'이 주식양도의 효력발생요건이다.[4213]

2) 주식 매도·매수청구권(형성권) 행사에 따른 이전

주식 양도·취득에 대한 회사의 승인 거부에 따른 주식매수청구권(상법 제335조의2, 제335조의7) 행사로 주주 지위가 회사로 이전하는 시기는 '대금 지급 시',[4214] 소수주주 보유 주식[4215]에 관한 지배주주의 매도청구권(상법 제360조의24) 또는 소수주주의 매수청구권(상법 제360조의25)[4216] 행사로 주주 지위가 지배주주에게 이전되는 시기는 명문의 의제

주식양도를 목적으로 하는 양도계약은 유효하게 성립한다." ☛ 주권의 점유를 취득하는 방법에는 현실의 인도(교부) 외에 간이인도, 반환청구권의 양도가 있다(2008다96963, 96970).

4213) ◎ **'주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률'에 따른 주식의 전자등록**
2011. 4. 14. 신설된 상법 제356조의2는 "① 회사는 주권을 발행하는 대신 정관으로 정하는 바에 따라 전자등록기관(유가증권 등의 전자등록 업무를 취급하는 기관을 말한다. 이하 같다)의 전자등록부에 주식을 등록할 수 있다. ② 전자등록부에 등록된 주식의 양도나 입질은 전자등록부에 등록하여야 효력이 발생한다."라고 규정하여 '전자등록부 등록'을 권리 이전의 효력발생요건으로 하였는데, 그 제4항("전자등록의 절차·방법 및 효과, 전자등록기관에 대한 감독, 그 밖에 주식의 전자등록 등에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.")에 따라 '주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률'이 2016. 3. 22. 제정된 다음, 그 시행령[2019. 6. 25. 제정, 2019. 9. 16. 시행] 부칙 제2조에 의해 위 법률이 2019. 9. 16. 시행되었다. 위 법률 제35조 제2항은 "전자등록주식등을 양도하는 경우에는 제30조에 따른 계좌간 대체의 전자등록을 하여야 그 효력이 발생한다."라고 규정하고, 제37조는, 전자등록주식등으로서 기명식 주식등의 발행인은 상법 제354조 제1항에 따라 일정한 날(주주명부폐쇄기준일)을 정한 경우에는 전자등록기관에 "소유자명세"(일정한 날을 기준으로 해당 주식등의 소유자의 성명 및 주소, 소유자가 가진 주식등의 종류·종목·수량 등을 기록한 명세)의 작성을 요청하여야 하고(제1항), 전자등록기관은 그 요청을 받은 경우에 소유자명세를 작성하여 그 주식등의 발행인에게 지체 없이 통지하여야 하며(제4항), 발행인은 그 통지를 받은 경우 통지받은 사항과 통지 연월일을 기재하여 주주명부 등을 작성·비치하여야 한다(제6항)고 규정하고 있다. 전자등록주식등의 권리자는 전자등록기관을 통하여 배당금·원리금·상환금 등의 수령, 그 밖에 주식등에 관한 권리를 행사할 수 있다(제38조 제1항). 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제8조의2 제4항 제1호에 따른 증권시장(증권의 매매를 위하여 거래소가 개설하는 시장)에 상장하는 주식등에 대해서는 전자등록기관에 신규 전자등록을 신청하여야 하고(주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률 제25조 제1항 제1호), 전자등록된 증권등에 대해서는 예탁관련제도(실질주주의 권리 행사, 실질주주명부 작성 등)가 적용되지 아니한다(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제308조 제1항).

4214) 대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다292975 판결; "주식의 양도에 관하여 이사회의 승인을 얻어야 하는 경우에 주식을 취득한 자는 회사에 대하여 그 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 그 취득의 승인을 청구할 수 있다(**상법 제335조**의7 제1항). 회사가 주식취득승인을 거부한 경우, 주식을 취득한 자는 취득승인거부의 통지를 받은 날부터 20일 내에 회사에 대하여 그 주식의 매수를 청구할 수 있다(상법 제335조의7 제2항, **제335조**의2 제2항, 제4항). 여기에서의 주식매수청구권은 형성권이어서 곧바로 그 행사에 따라 회사의 승낙 여부와 관계없이 주식에 관한 매매계약이 성립한다. 그리고 주주의 지위는 주식매수청구권을 행사한 때가 아니라 회사로부터 그 주식의 매매대금을 지급받은 때에 이전된다고 보아야 한다." ☛ 이러한 주식매수청구권은 '주식을 취득한 양수인'에게 인정되므로, 주식을 취득하지 못한 양수인(주권발행 후의 주식 양수인으로서 주권을 교부받지 못한 자)이 회사에 대하여 주식매수청구를 하더라도 이는 아무런 효력이 없고, 사후적으로 양수인이 주식 취득의 요건(주권의 교부)을 갖추게 되더라도 그 하자가 치유될 수는 없다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014다221258, 221265 판결).

4215) 대법원 2020. 6. 11. 선고 2018다224699 판결; "**상법 제360조의24** 제1항은 … 95% 이상의 주식을 보유한 지배주주가 소수주주에게 공정한 가격을 지급한다면, 일정한 요건하에 발행주식 전부를 지배주주 1인의 소유로 할 수 있도록 함으로써 회사 경영의 효율성을 **향상**시키고자 한 제도이다. 이러한 **입법의도**와 목적 등에 비추어 보면, 지배주주가 본 조항에 따라 매도청구권을 행사할 때에는 반드시 소수주주가 보유하고 있는 주식 전부에 대하여 권리를 행사하여야 한다."

4216) 대법원 2017. 7. 14.자 2016마230 결정; "**상법 제360조의24** 제1항은 회사의 발행주식총수의 100분의 95 이상을 자기의 계산으로 보유하고 있는 주주(지배주주)는 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 회사의 다른 주주(소수주주)에게 그 보유하는 주식의 매도를 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 조

규정(상법 제360조의26)에서 정한 '매매가액(지배주주가 일방적으로 산정하여 제시한 가액이 아니라 소수주주와 협의로 결정된 금액 또는 법원이 산정한 공정한 가액[4217])을 소수주주에게 지급한 때'(제1항) 또는 '공탁한 날'(제2항)이고, 위 각 형성권 행사에 따른 '매매계약 성립 시'가 아니다.

영업양수도, 합병 등에 반대하는 주주의 주식매수청구권[4218] 행사에 따른 주주 지위 이전 시기도 위와 같이 동일하게 '해석'할 수 있다. 영업양수도 등 반대주주의 주식매수청구권에 관한 상법 제374조의2 제2항(매수청구기간 종료일부터 2개월[4219] 이내[4220] 회사의 주식

제2항 전문은 제1항의 보유주식의 수를 산정할 때에는 모회사와 자회사가 보유한 주식을 합산한다고 규정하고 있으며, **상법 제360조의25** 제1항은 지배주주가 있는 회사의 소수주주는 언제든지 지배주주에게 그 보유주식의 매수를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 자회사의 소수주주가 상법 제360조의25 제1항에 따라 모회사에게 주식매수청구를 한 경우에 모회사가 지배주주에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, 상법 제360조의24 제1항은 회사의 발행주식총수를 기준으로 보유주식의 수의 비율을 산정하도록 규정할 뿐 발행주식총수의 범위에 제한을 두고 있지 않으므로 자회사의 자기주식은 발행주식총수에 포함되어야 한다. 또한 상법 제360조의24 제2항은 보유주식의 수를 산정할 때에는 모회사와 자회사가 보유한 주식을 합산하도록 규정할 뿐 자회사가 보유한 자기주식을 제외하도록 규정하고 있지 않으므로 자회사가 보유하고 있는 자기주식은 모회사의 보유주식에 합산되어야 한다." ☜ 원심이, 사건본인의 발행주식총수 중 사건본인의 모회사인 피신청인이 84.96%를, 사건본인이 자기주식으로 13.14%를 각 보유하고 있고 이를 합산하면 98.1%가 되므로 피신청인은 사건본인의 지배주주에 해당한다고 판단한 것은 정당하고 한 예.

4217) ○ 대법원 2020. 6. 11. 선고 2018다224699 판결; "**'매매가액'**은 지배주주가 일방적으로 산정하여 제시한 가액이 아니라 소수주주와 협의로 결정된 금액 또는 법원이 상법 제360조의24 제9항에 따라 산정한 공정한 가액으로 보아야 한다. … 지배주주의 일방적인 매도청구권 행사로 소수주주가 그 의사에 반하여 회사로부터 축출될 수 있기 때문에, 공정한 가격을 지급함으로써 소수주주를 보호할 필요성이 인정된다. 상법에서 '지배주주의 매도청구권이 주주총회에서 승인된 때' 또는 '소수주주가 매도청구권의 통지를 수령한 때'가 아니라 '지배주주가 매매가액을 지급한 때'에 비로소 주식이 이전된다고 규정하고, 또 지배주주의 매도청구권에 대응하는 권리로 상법 제360조의25에서 소수주주에게도 매수청구권을 부여한 점에 비추어 보더라도 그러하다. … **상법 제360조의26**은 상법 제360조의24에 따라 지배주주가 매도청구권을 행사한 경우뿐 아니라 상법 제360조의25에 따라 지배주주가 있는 회사의 소수주주가 지배주주를 상대로 매수청구권을 행사한 경우에도 동일하게 적용된다. 그런데 후자의 경우, 지배주주가 일방적으로 산정하여 제시하는 매매가액이라는 개념은 상정하기 어렵다." ☜ 원심이, "1) 상법 제360조의26 제2항은 적법하게 산정된 매매가액을 전제로 소수주주가 그 수령을 거부할 경우 공탁할 수 있음을 규정한 것이다. 소수주주와 지배주주 간의 협의가 이루어지지 않고 법원에 의한 매매가액 결정도 이루어지지 않은 상태에서 지배주주가 임의로 산정한 금액은 적법하게 산정된 매매가액으로 볼 수 없다. 2) 피고의 지배주주인 소외 회사는 원고들과 협의가 이루어지지 않자 상법 제360조의24 제8항에 따라 법원에 매매가액의 결정을 청구하지 않은 채 일방적으로 산정한 가액을 공탁하였을 뿐이므로, 이로써 원고들 보유 주식이 피고의 지배주주에게 이전된 것으로 볼 수 없다."는 이유로, 원고들이 여전히 피고의 주주이므로 원고들에 대한 소집통지를 하지 않은 피고의 이 사건 주주총회에는 취소사유가 존재한다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

○ 대법원 2017. 7. 14.자 2016마230 결정; 원심이, 피신청인과 신청외인 사이의 사건본인 발행 주식에 대한 매매계약에서 정해진 주당 가격은 경영권에 대한 보상이 반영된 것으로서 위 주식의 객관적인 교환가치가 적정하게 반영된 가격이라고 보기 어렵고, 신청외 회사는 사건본인의 유사기업으로 볼 수 없어 이를 기초로 평가한 사건본인의 주식가치 역시 객관적인 교환가치로 보기 어렵다고 하면서, 상속세 및 증여세법 시행령의 비상장주식 평가방법에 따라 사건본인의 주당 매매가격을 결정한 것은 정당하다고 한 예.

4218) 주식의 포괄적 교환(상법 제360조의5), 주식의 포괄적 이전(제360조의22), 영업양수도 등(제374조의2), 합병(제522조의3), 분할합병(제530조의11).

4219) 2015.12.1. 개정 전에는 '매수청구를 받은 날부터 2월'로 규정되어 있었다.

4220) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다94953 판결; "반대주주의 주식매수청구권은 이른바 형성권으로서 그 행사로 회사의 승낙 여부와 관계없이 주식에 관한 매매계약이 성립하고, 상법 제374조의2 제2항의 '회사가 주식매수청구를 받은 날로부터 2월'은 주식매매대금 지급의무의 이행기를 정한 것이라고 해석된다. … 이러한 법리는 위 2월 이내에 주식의 매수가액이 확정되지 아니하였다고 하더라도 다르지 아니하다." ☜ ❶ 주권이 금융기관에 예탁되어 있는 영업양도 반대 주주들이 주식매수청구권을 행사하면서 회사가 공정한 매매대금을 지급함과

매수의무), 제3항(주주와 회사 간의 협의에 의한 매수가액 결정), 제4항(매수청구기간 종료일부터 30일 이내 협의 불성립 시 회사 또는 주주의 법원에 대한 매수가액 결정 청구), 제5항(공정한 가액에 의한 법원의 매수가액 산정)[4221]은 주식의 포괄적 교환(제360조의5 제3항), 주식의 포괄적 이전(제360

동시에 언제든지 주권을 인도하겠다는 취지의 서면을 회사에 제출한 경우, 대금지급의무 이행기 도과 당시 회사에 대금 지급과 동시에 주권을 교부받아 갈 것을 별도로 최고하지 않았더라도 주권교부의무에 대한 이행제공을 마쳤다고 보아 회사의 동시이행 항변을 배척하고, ❷ 반대주주들이 주식매수가액 결정에서 자신들의 희망 매수가액을 주장하거나 법원의 주식매수가액 결정에 대하여 항고·재항고를 하는 것은 상법이나 비송사건절차법에 의하여 인정되는 권리이므로, 반대주주들이 위와 같은 권리를 남용하였다는 특별한 사정이 인정되지 않는 한 법원의 주식매수가액 결정에 대하여 항고·재항고를 거치면서 상당한 기간이 소요되었다는 사정만으로 지연손해금에 관하여 감액이나 책임제한을 할 수 없다고 한 사례.

4221) ○ 대법원 2022. 4. 14.자 2016마5394, 5395, 5396 결정: "주권상장법인의 합병 등에 반대하는 주주가 자본시장법 제165조의5 제1항에 의하여 해당 법인에 대하여 그 상장주식의 매수를 청구하고 주주와 해당 법인 간에 매수가격에 대한 협의가 이루어지지 아니하여 주주 또는 해당 법인이 법원에 매수가격의 결정을 청구한 경우, 법원은 원칙적으로 해당 법인의 시장주가를 참조하여 매수가격을 산정하여야 한다. … 이사회 결의일 이전의 어느 특정일의 시장주가를 참조할 것인지, 또는 일정 기간 동안의 시장주가의 평균치를 참조할 것인지, 그렇지 않으면 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에서 정한 산정 방법에 따라 산정된 가격을 그대로 인정할 것인지 등을 합리적으로 결정할 수 있다. … 해당 상장주식이 유가증권시장에서 거래가 형성되지 아니한 주식이거나 시장주가가 가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단에 의하여 영향을 받는 등으로 해당 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있다고 판단될 경우에는, 시장주가를 배제하거나 또는 시장주가와 함께 순자산가치나 수익가치 등 다른 평가요소를 반영하여 해당 법인의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려한 공정한 가액을 산정할 수도 있으나, 단순히 시장주가가 순자산가치나 수익가치에 기초하여 산정된 가격과 다소 차이가 난다는 사정만으로 시장주가가 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다. … 주식매수가격 결정의 재판(비송사건절차법 제86조의2)에 적용되는 비송사건절차는 민사소송절차와 달리 당사자의 변론에만 의존하는 것이 아니고, 법원이 자기의 권한과 책임으로 재판의 기초가 되는 자료를 수집하는, 이른바 직권탐지주의에 의하고 있으므로(비송사건절차법 제11조), 법원으로서는 당사자의 주장에 구애되지 아니하고 주식의 공정한 가격이 얼마인지 직권으로 사실조사를 하여 산정할 수 있다. … 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도의 고도의 개연성이 인정되어야 한다는 점은 민사소송에서와 동일하다. … 주권상장법인의 주식매수가격 결정 시 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에서 합병계약 체결에 관한 이사회 결의일 전일 무렵의 시장주가를 기초로 가격을 산정하도록 하는 것은 그 주식의 가치가 합병에 의하여 영향을 받기 전의 시점을 기준으로 공정한 가액을 산정하기 위한 것이다. … 합병 사실이 공시되지는 않았으나 자본시장의 주요 참여자들이 합병을 예상함에 따라 시장주가가 이미 합병의 영향을 받았다고 인정되는 경우까지 반드시 이사회 결의일 전일을 기준으로 주식매수가격을 산정하여야 한다고 볼 수 없다. … 판례도 이사회에서 합병 여부를 결의하기 전에 대표이사가 노조 대표와 면담을 하면서 합병계획을 발표한 사건에서 합병계획 발표 전날을 기준일로 하여 주식매수가액을 결정한 원심의 판단을 수긍한 바 있다."
○ 대법원 2018. 12. 17.자 2016마272 결정: "회사의 합병 등에 반대하는 주주가 회사에 대하여 비상장주식의 매수를 청구하는 경우, 그 주식에 대하여 회사의 객관적 가치가 적정하게 반영된 것으로 볼 수 있는 정상적인 거래의 실례가 있으면 그 거래가격을 주식의 공정한 가액으로 보아 매수가액을 정하여야 한다. 그러나 그러한 거래사례가 없으면 비상장주식의 평가에 관하여 보편적으로 인정되는 시장가치방식, 순자산가치방식, 수익가치방식 등 여러 가지 평가방법을 활용하되, 회사의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 공정한 가액을 산정하여야 한다. 만일 비상장주식에 관한 거래가격이 회사의 객관적 가치를 적정하게 반영하지 못한다고 판단되는 경우에는 법원은 그와 같이 판단되는 사유 등을 감안하여 그 거래가격을 배제하거나 그 거래가격 또는 이를 합리적인 기준에 따라 조정한 가격을 순자산가치나 수익가치 등 다른 평가 요소와 함께 주식의 공정한 가액을 산정하기 위한 요소로서 고려할 수 있다. … 법원이 합병반대주주의 신청에 따라 비상장주식의 매수가액을 결정할 때에도 상증세법과 그 시행령에 따른 주식가치 평가를 활용할 수 있다. … 비상장주식의 평가기준일이 속하는 사업연도의 순손익액이 급격하게 변동하였더라도 일시적이고 우발적인 사건으로 인한 것에 불과하다면 평가기준일이 속하는 사업연도의 순손익액을 제외하고 순손익가치를 산정해야 한다고 볼 수 있다. … 그 원인이 일시적이거나 우발적인 사건이 아니라 사업의 물적 토대나 기업환경의 근본적 변화라면 평가기준일이 속하는 사업연도의 순손익액을 포함해서 순손익가치를 평가하는 것이 회사의 미래수익을 적절하게 반영한 것으로 볼 수 있다. … 위와 같은 경우까지 상증세법 시행령 제56조 제1항에서 정한 산정방법을 그대로 적용하여 평가기준일이 속하는 사업연도의 순손익액을 산정기준에서 제외하는 것은 주식의 객관적 가

조의22), 합병(제530조 제2항), 분할합병(제530조의11 제2항)에 준용된다.[4222]

'투자 관련 계약'에서 투자대상회사 등의 의무불이행 시 투자자에게 부여된 형성권인 '주식매도·매수청구권'은 상사소멸시효 규정의 유추적용으로 5년의 제척기간이 지나면 소멸하고, 그 행사기간은 '의무불이행이 있는 때'부터 기산한다.[4223]

3) 주권 발행 전 주식의 이중양도와 제3자에 대한 대항요건

주권 발행 전 주식 양도의 제3자에 대한 대항요건은 지명채권 양도와 마찬가지로 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 회사의 승낙이다.[4224] 이는 신주인수권증서가 발행되지 아니한 신주인수권 양도의 경우에도 마찬가지이다.[4225]

치를 파악할 수 없어 위법하다."

4222) 상법 제374조의2 제2항~제5항은 제335조의2제4항의 규정에 의하여 이사회의 양도승인 거부의 통지를 받은 주주가 회사에 대하여 주식의 매수를 청구한 경우에도 준용되고(제335조의6), 지배주주의 매도청구권의 경우 제360조의24 제6항~제9항에, 소수주주의 매수청구권의 경우 제360조의25 제2항~제5항에 동일한 내용을 규정하고 있다.

4223) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2019다271661 판결.

4224) ○ 대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결: "주권발행 전 주식의 양수인과 동일 주식에 대하여 압류명령을 집행한 자 사이의 우열은 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 승낙의 일시와 압류명령의 송달일시를 비교하여 그 선후에 따라 정하여야 한다. 주주가 제3자에게 주권발행 전 주식을 양도하고 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙으로 주식양도의 대항요건을 갖추었다면, 그 후 주주의 다른 채권자가 그 양도된 주식을 압류하더라도 위와 같이 먼저 주식을 양도받아 대항요건을 갖춘 제3자에 대하여 압류의 효력을 주장할 여지가 없다. … 주권발행 전 주식의 양도담보권자와 동일 주식에 대하여 압류명령을 집행한 자 사이의 우열은 주식양도의 경우와 마찬가지로 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 승낙의 일시와 압류명령의 송달일시를 비교하여 그 선후에 따라 결정된다. 이때 그들이 주주명부에 명의개서를 하였는지 여부와는 상관없다."
○ 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결: "주권발행 전 주식이 양도된 경우 그 주식을 발행한 회사가 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 주식의 양도 통지나 승낙의 요건을 갖춘 주식양수인(제1 주식양수인)에게 명의개서를 마쳐 준 경우, 그 주식을 이중으로 양수한 주식양수인(제2 주식양수인)이 그 후 회사에 대하여 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추었다 하더라도, 그 통지 또는 승낙 역시 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 것이라면 제2 주식양수인으로서는 그 주식 양수로써 제1 주식양수인에 대한 관계에서 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없으므로, 회사에 대하여 제1 주식양수인 명의로 이미 적법하게 마쳐진 명의개서를 말소하고, 제2 주식양수인 명의로 명의개서를 하여 줄 것을 청구할 권리가 없다고 할 것이다. 따라서 이러한 경우 회사가 제2 주식양수인의 청구를 받아들여 그 명의로 명의개서를 마쳐 주었다 하더라도 이러한 명의개서는 위법하므로 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사할 수 있는 자는 여전히 제1 주식양수인이라고 봄이 타당하다. … 한편, 주식의 양도통지가 확정일자 없는 증서에 의하여 이루어짐으로써 제3자에 대한 대항력을 갖추지 못하였더라도 확정일자 없는 증서에 의한 양도통지나 승낙 후에 그 증서에 확정일자를 얻은 경우에는 그 일자 이후에는 제3자에 대한 대항력을 취득하는 것이나, 그 대항력 취득의 효력이 당초 주식 양도통지일로 소급하여 발생하는 것은 아니라 할 것이다."
○ 대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다45537 판결: "주권발행 전 주식의 이중양도가 문제되는 경우, 그 이중양수인 중 일부에 대하여 이미 명의개서가 경료되었는지 여부를 불문하고 누가 우선순위자로서 권리취득자인지를 가려야 할 것이고, 이 때 이중양수인 상호간의 우열은 지명채권 이중양도의 경우에 준하여 확정일자 있는 양도통지가 회사에 도달한 일시 또는 확정일자 있는 승낙의 일시의 선후에 의하여 결정함이 원칙이다. … 확정일자 제도의 취지에 비추어 볼 때 원본이 아닌 사본에 확정일자를 갖추었다 하더라도 대항력의 판단에 있어서는 아무런 차이가 없다고 봄이 상당하다."

4225) 대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결: "신주인수권증서가 발행되지 아니한 신주인수권의 양도 또한 주권발행 전의 주식양도에 준하여 지명채권양도의 일반원칙에 따른다고 보아야 하므로, 주권발행 전의 주식양도나 신주인수권증서가 발행되지 아니한 신주인수권양도의 제3자에 대한 대항요건으로는 지명채권의 양도와 마찬가지로 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 회사의 승낙이라고 보는 것이 상당하고, 주주명부상의 명의개서는 주식 또는 신주인수권의 양수인들 상호 간의 대항요건이 아니라 적법한 양수인이 회사에 대한

주권 발행 전 주식의 양도인이 그 주식을 다시 제3자에게 이중으로 양도하고, 제2양수인이 주주명부상 명의개서를 받는 등으로 제1양수인이 회사에 대한 관계에서 주주로서의 권리를 제대로 행사할 수 없게 된 경우, 양도인은 제1양수인에 대하여 '불법행위책임'을 지고,[4226] 양도인의 배임행위에 제3자가 적극 가담한 경우라면, 제3자에 대한 양도행위 및 그에 기한 명의개서는 '사회질서에 반하는 법률행위로서 무효'이다.[4227]

4) 회사에 대한 대항요건(주주명부상 명의개서)

가) 주식 이전의 회사에 대한 대항요건

주주명부상의 명의개서는 주식을 취득한 자가 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사하기 위한 대항요건[4228]에 지나지 않고, 회사 이외의 제3자에 대한 관계에서 주식 이전의 효력발생요건이나 대항요건은 아니다.[4229]

나) 명의개서절차 이행 청구

기명주식(주권 발행 전후를 묻지 않는다)을 취득한 자('양도인'은 회사에 대한 명의개서청구권이 없다)[4230]는, 특별한 사정이 없는 한, '상대방의 협력을 받을 필요 없이 단독으로'[4231]

관계에서 주주의 권리를 행사하기 위한 대항요건에 지나지 아니한다고 볼 것이다."

4226) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다38780 판결: "주식 양도의 원인이 된 매매·증여 기타의 채권계약에서 다른 약정이 없는 한 양도인은 그 채권계약에 기하여 양수인이 목적물인 주식에 관하여 완전한 권리 내지 이익을 누릴 수 있도록 할 의무를 진다고 할 것이다. 그러므로 양도인은 이미 양도한 주식을 제3자에게 다시 양도 기타 처분함으로써 양수인의 주주로서의 권리가 침해되도록 하여서는 아니된다. 나아가 회사 이외의 제3자에 대하여 주식의 양도를 대항하기 위하여는 지명채권의 양도에 준하여 확정일자 있는 증서에 의한 양도의 통지 또는 그와 같은 승낙(이하 단지 '제3자대항요건'이라고 한다)이 있어야 하므로, 양도인은 위와 같은 의무의 일환으로 양수인에 대하여 회사에 그와 같은 양도통지를 하거나 회사로부터 그러한 승낙을 받을 의무를 부담한다. 따라서 양도인이 제1양수인에 대하여 앞서 본 바와 같은 원인계약상의 의무를 위반하여 이미 자신에 속하지 아니하게 된 주식을 다시 제3자에게 양도하고 제2양수인이 주주명부상 명의개서를 받는 등으로 제1양수인이 회사에 대한 관계에서 주주로서의 권리를 제대로 행사할 수 없게 되었다면, 이는 그 한도에서 이미 제1양수인이 적법하게 취득한 주식에 관한 권리를 위법하게 침해하는 행위로서 양도인은 제1양수인에 대하여 그로 인한 불법행위책임을 진다고 할 것이다. 이러한 양도인의 책임은 주식이 이중으로 양도되어 주식의 귀속 등에 관하여 각 양수인이 서로 양립할 수 없는 이해관계를 가지게 됨으로써 이들 양수인이 이른바 대항관계에 있게 된 경우에 앞서 본 대로 그들 사이의 우열이 이 중 누가 제3자 대항요건을 시간적으로 우선하여 구비하였는가에 달려 있어서 그 여하에 따라 제1양수인이 제2양수인에 대하여 그 주식의 취득을 대항할 수 없게 될 수 있다는 것에 의하여 영향을 받지 아니한다."

4227) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다45537 판결.

4228) **상법 제337조(주식의 이전의 대항요건)** ① 주식의 이전은 취득자의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다. ② 회사는 정관이 정하는 바에 의하여 명의개서대리인을 둘 수 있다. 이 경우 명의개서대리인이 취득자의 성명과 주소를 주주명부의 복본에 기재한 때에는 제1항의 명의개서가 있는 것으로 본다.

4229) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결: "상법은 주주명부의 기재를 회사에 대한 대항요건(제337조 제1항)으로 정하고 있을 뿐 주식 이전의 효력발생요건으로 정하고 있지 않으므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주가 되는 것은 아니고, 명의개서가 이루어지지 않았다고 해서 주주가 그 권리를 상실하는 것도 아니다."

4230) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2009다89665 판결: "명의개서청구권은 기명주식을 취득한 자가 회사에 대하여 주주권에 기하여 그 기명주식에 관한 자신의 성명, 주소 등을 주주명부에 기재하여 줄 것을 청구하는 권리로서

'자신이 주식을 취득한 사실'을 증명함으로써[4232](주권이 발행된 경우에는, 상법 제336조 제2항에 따라 주권의 점유자는 적법한 소지인으로 추정되므로, 주식 양수인은 주권을 제시하여 양수사실을 증명하면 되고, 회사는 청구자가 진정한 주권을 점유하고 있는가에 대한 형식적 자격만을 심사하면 족하다[4233])

기명주식을 취득한 자만이 그 기명주식에 관한 명의개서청구권을 행사할 수 있다. 또한 기명주식의 취득자는 원칙적으로 취득한 기명주식에 관하여 명의개서를 할 것인지 아니면 명의개서 없이 이를 타인에게 처분할 것인지 등에 관하여 자유로이 결정할 권리가 있으므로, 주식 양도인은 다른 특별한 사정이 없는 한 회사에 대하여 주식 양수인 명의로 명의개서를 하여 달라고 청구할 권리가 없다. 이러한 법리는 주권이 발행되어 주권의 인도에 의하여 기명주식이 양도되는 경우뿐만 아니라, 회사 성립 후 6월이 경과하도록 주권이 발행되지 아니하여 양도인과 양수인 사이의 의사표시에 의하여 기명주식이 양도되는 경우에도 동일하게 적용된다."

4231) 따라서 주권 발행 전 주식 양도의 경우 지명채권양도의 대항요건인 '주식 양도에 대한 양도인의 통지나 회사의 승낙'은 요건이 아니라고 보아야 한다(반대 학설 있음).

❶ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다71795 판결; "주권발행 전 주식의 양도가 회사 성립 후 6월이 경과한 후에 이루어진 때에는 당사자의 의사표시만으로 회사에 대하여 효력이 있으므로, 그 주식양수인은 특별한 사정이 없는 한 양도인의 협력을 받을 필요 없이 단독으로 자신이 주식을 양수한 사실을 증명함으로써 회사에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있다." ☎ **원심**이, ① 상법 제335조 제3항에 따라 주권발행 전의 주식은 지명채권 양도의 방식에 따라 양도할 수 있으며, 그 내용이 피고 회사에 통지되어야 피고 회사에 그 권리를 주장할 수 있는데, ② 피고 회사는 2010. 5. 27. 정관을 개정하면서, 주식을 양도하는 경우 이사회의 승인을 얻어야 한다는 주식의 양도제한 규정을 신설하고, 같은 날 위 내용을 법인등기부에 등록하였으므로, ③ 원고가 소외인으로부터 주식을 양수한 사실을 피고 회사에 대하여 주장하기 위하여는 그 양도양수 사실이 피고 회사의 정관 개정 이전에 피고 회사에 통지되었어야 할 것인데, 이를 인정하기 어렵다고 보아 원고의 청구를 모두 기각한 데 대하여, **대법원**은, '원고는 2010. 1. 18. 소외인으로부터 피고 회사의 주식을 양수하였으므로, 원고는 피고 회사에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있고, 피고 회사는 그 이후인 2010. 5. 27.에서야 주식의 양도에 이사회의 승인을 얻어야 한다는 취지의 양도제한 규정을 신설하였을 뿐이므로, 이를 들어 원고에 대하여 명의개서를 거부할 수 없다. 그럼에도 원심이, 양도인인 소외인이 주식양도 사실을 통지하지 아니하였다는 이유로 원고가 주식양수인의 지위를 주장할 수 없다고 판단하였으니, 이와 같은 원심의 판단에는 주권발행 전 주식의 양도에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.'라고 판단한 예. ❷ 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다42800, 42817, 42824, 42831 판결; "무효인 매매계약에 따라 매수인에게 상법 제337조 제1항에 규정된 명의개서절차가 이행되었더라도, 매도인은 특별한 사정이 없는 한 매수인의 협력을 받을 필요 없이 단독으로 매매계약이 무효임을 증명함으로써 회사에 대해 그 명의개서를 청구할 수 있다. 주권이 발행되지 않은 주식에 관하여 체결된 매매계약이 구 상법 제341조에서 금지한 자기주식의 취득에 해당하여 무효인 경우에도 마찬가지이다."

4232) ○ 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다55386 판결; "주식병합의 효력이 발생하면 구주권은 실효되고 회사는 신주권을 발행하여야 하며, 주주는 병합된 만큼 감소된 수의 신주권을 교부받게 되는데, 이에 따라 교환된 주권 역시 병합 전의 주식을 여전히 표창하면서 그와 동일성을 유지하는 것이고, 주권발행 전 주식을 양수한 사람은 특별한 사정이 없는 한 양도인의 협력을 받을 필요 없이 단독으로 자신이 주식을 양수한 사실을 증명함으로써 회사에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있는바, 주식병합 전 주식을 양수하였다가 주식병합 후 6개월이 경과할 때까지 신주권이 발행되지 않은 경우 양수인은 구주권 또는 신주권의 제시 없이 자신의 주식 양수 사실을 증명하여 회사에 대하여 명의개서를 청구할 수 있다."

○ 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다47728 판결; "명의개서의 청구에 소정 서류의 제출을 요한다고 하는 정관의 규정이 있다 하더라도, 이는 주식의 취득이 적법하게 이루어진 것임을 회사로 하여금 간이명료하게 알 수 있게 하는 방법을 정한 것에 불과하여 주식을 취득한 자가 그 취득사실을 증명한 이상 회사는 위와 같은 서류가 갖추어지지 아니하였다는 이유로 명의개서를 거부할 수는 없다 할 것"

4233) 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다231980 판결; "주권의 점유자는 적법한 소지인으로 추정되므로(상법 제336조 제2항), 주권을 점유하는 자는 반증이 없는 한 그 권리자로 인정되고 이를 다투는 자는 반대사실을 입증하여야 한다. 주권이 발행되어 있는 주식을 양도할 때에는 주권을 교부하여야 하고(상법 제336조 제1항), 주권이 발행되어 있는 주식을 양수한 자는 주권을 제시하여 양수사실을 증명함으로써 회사에 대해 단독으로 명의개서를 청구할 수 있다. 이때 회사는 청구자가 진정한 주권을 점유하고 있는가에 대한 형식적 자격만을 심사하면 족하고, 나아가 청구자가 진정한 주주인가에 대한 실질적 자격까지 심사할 의무는 없다. 따라서 주권이 발행되어 있는 주식을 취득한 자가 주권을 제시하는 등 그 취득사실을 증명하는 방법으로 명의개서를 신청하고, 그 신청에 관하여 주주명부를 작성할 권한 있는 자가 형식적 심사의무를 다하였으며, 그에 따라 명의개서가 이루

'회사'('양도인'을 상대로 한 명의개서절차 이행 청구는 소의 이익이 없다[4234])에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있고(회사에 대한 주주권 확인 청구는 소의 이익이 없다[4235]), 그 명의개서로써 회사에 대한 관계에서 주주로서의 권리를 행사할 자격을 갖추게 된다.[4236]

다) 주주명부 등재의 효력

특별한 사정(주주명부에의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정)이 없는 한, '주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자'는 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다(예탁결제원에 예탁된 상장주식 등에 관하여 작성된 실질주주명부상 주주는 주주명부상 주주와 동일하게 주주권을 행사할 수 있다).[4237]

어졌다면, 특별한 사정이 없는 한 그 명의개서는 적법한 것으로 보아야 한다."

4234) 주권발행 전의 주식에 관한 주주명의를 신탁하였다가 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과한 다음에 명의신탁계약을 해지한 경우, 신탁자가 그와 같은 사실을 증명하여 '회사'를 상대로 주주명부상의 명의개서를 청구하지 아니하고 수탁자를 상대로 명의개서절차의 이행을 소구하는 것은, 소의 이익이 없다. 주권발행 전의 주식의 양도인과 양수인 또는 명의신탁자와 수탁자 사이에 주주의 권리의 귀속을 둘러싸고 다툼이 생긴 경우에는, 주식의 양수인이나 명의신탁자가 '양도인이나 명의수탁자'를 상대로 '주주권확인' 등의 소를 제기하여 판결을 받아 주주명부상의 명의개서를 위한 입증자료로써 회사에 제출할 필요성이 있을 수는 있겠지만, 그렇다고 하여 주식의 양도인이나 명의수탁자를 상대로 막 바로 주주명부상의 명의개서절차의 이행을 청구할 수도 있다고 볼 수는 없다(92다16386).

4235) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다240338 판결.

4236) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다38780 판결.

4237) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결의 다수의견; "상법이 주주**명부제도를 둔 이유**는, 주식의 발행 및 양도에 따라 주주의 구성이 계속 변화하는 단체법적 법률관계의 특성상 회사가 다수의 주주와 관련된 법률관계를 외부적으로 용이하게 식별할 수 있는 형식적이고도 획일적인 기준에 의하여 처리할 수 있도록 하여 이와 관련된 사무처리의 효율성과 법적 안정성을 도모하기 위함이다. 이는 회사가 주주에 대한 실질적인 권리관계를 따로 조사하지 않고 주주명부의 기재에 따라 주주권을 행사할 수 있는 자를 획일적으로 확정하려는 것으로서, 주주권의 행사가 회사와 주주를 둘러싼 다수의 이해관계인 사이의 법률관계에 중대한 영향을 줄 수 있음을 고려한 것이며, 단지 해당 주주의 회사에 대한 권리행사 사무의 처리에 관한 회사의 편의만을 위한 것이라고 볼 수 없다. … 주식의 소유권 귀속에 관한 회사 이외의 주체들 사이의 권리관계와 주주의 회사에 대한 주주권 행사국면을 구분하여, 후자에 대하여는 주주명부상 기재 또는 명의개서에 특별한 효력을 인정하는 태도라고 할 것이다. … **회사에 대하여** 주주**권을 행사할** 자가 **주주명부의 기재에** 의**하여 확정**되어야 한다는 법리는 주식양도의 경우뿐만 아니라 **주식발행**의 경우에도 마찬가지로 적용된다. … 주식을 양수하였으나 아직 주주명부에 명의개서를 하지 아니하여 주주명부에는 양도인이 주주로 기재되어 있는 경우뿐만 아니라, 주식을 인수하거나 양수하려는 자가 타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하거나 양수하고 그 타인의 명의로 주주명부에의 기재까지 마치는 경우에도, 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주로서 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있다. … 언제든 주주명부에 주주로 기재해 줄 것을 청구하여 주주권을 행사할 수 있는 자가 자기의 명의가 아닌 타인의 명의로 주주명부에 기재를 마치는 것은 적어도 주주명부상 주주가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사하더라도 이를 허용하거나 받아들이려는 의사였다고 봄이 합리적이다. 그렇기 때문에 주주명부상 주주가 그 주식을 인수하거나 양수한 사람의 의사에 반하여 주주권을 행사한다 하더라도, 이는 주주명부상 주주에게 주주권을 행사하는 것을 허용함에 따른 결과이므로 그 주주권의 행사가 신의칙에 반한다고 볼 수 없다. … 주주명부상의 주주만이 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있다는 법리는 주주에 대하여만 아니라 **회사에 대하여도 마찬가지로 적용**되므로, 회사는 특별한 사정이 없는 한 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수

채무자가 채무담보 목적으로 주식을 채권자에게 양도하여 채권자가 주주명부상 주주로 기재된 경우에도 동일하다.[4238]

회사에 대한 관계에서 주주권 행사를 주장하는 측이 명의개서 사실 또는 회사가 명의개서청구를 받고도 이를 부당하게 거절·지체한 사실을 주장·증명하여야 한다.[4239]

주주명부상 주주가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사하기 위해서는, 그 주주명부의 기재가 적법하게 이루어져야 한다.[4240] 명의개서에 따른 주주명부의 기재가 적법하다고

없다. … 상법 제337조 제1항에서 말하는 **대항력**은 그 문언에 불구하고 **회사도 주주명부에의 기재에 구속**되어, 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다는 의미를 포함하는 것으로 해석함이 타당하다. … 따라서 **특별한** 사정이 없는 한, **주주명부에 적법하게** 주주로 **기재**되어 있는 자는 **회사에 대한 관계**에서 그 주식에 관한 **의결권** 등 **주주권을 행사할** 수 있고, **회사 역시** 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 **알았든 몰랐든** 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다. 주주명부에 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우는 주주명부에의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 **극히 예외적인 사정**이 인정되는 경우에 한한다. 자본시장법에 따라 예탁결제원에 예탁된 상장주식 등에 관하여 작성된 실질주주명부에의 기재는 주주명부에의 기재와 같은 효력을 가지므로(자본시장법 제316조 제2항), 이 경우 실질주주명부상 주주는 주주명부상 주주와 동일하게 주주권을 행사할 수 있다." ☜ **원심**은, 원고 명의 주식의 취득자금을 실제로 부담한 자는 소외인이고, 원고가 제출한 증거만으로는 원고에게 독자적으로 피고에 대한 주주권을 행사할 권한이 있다고 보기 어렵다고 판단하였으나, **대법원**은, "소외인이 원고의 승낙을 얻어 원고 명의로 피고 발행의 주식을 매수하고 실제로 그 주식대금을 모두 부담한 것이라고 하더라도, 실질주주명부상 주주인 원고는 피고에 대한 관계에서 주주권을 행사할 권한을 가지므로 피고를 상대로 이 사건 주주총회결의의 무효확인 및 부존재확인 또는 취소의 소를 구할 자격이나 이익이 있다."고 판단하여 원심의 소각하 판결을 파기환송한 예.

4238) 대법원 2020. 6. 11.자 2020마5263 결정; "채무자가 채무담보 목적으로 주식을 채권자에게 양도하여 채권자가 주주명부상 주주로 기재된 경우, 그 양수인이 주주로서 주주권을 행사할 수 있고 회사 역시 주주명부상 주주인 양수인의 주주권 행사를 부인할 수 없다." ☛ 이어서, 원심이 '신청외 1 등이 채무담보 목적으로 주식을 신청인에게 양도한 것으로 보이기는 하지만, 주식의 반환을 청구하는 등의 조치가 없는 이상 신청인이 여전히 주주'라고 한 것은 정당하다고 판시하였는데, '주식의 반환을 청구하는 등의 조치'가 주주명부상 주주로 기재되어 있는 신청인이 주주가 아니라고 볼 예외적인 사정에 해당하는지는 의문이다.

4239) ❶ 92다11008; "소외 5가 위 회사의 주주명부에 주주로 기재되었다는 점은, 소외 5가 기명주식의 이전을 위 회사에 대항할 수 있는 주주라는 사실을 주장하는 원고들이 주장·입증하여야" ❷ 대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다255258 판결; "선정자 3을 제외한 나머지 원고 등의 주주총회결의 취소의 소에 대하여, 위 원고 등이 이 사건 소제기 당시 이 사건 후행양도에 관하여 명의개서를 마쳤다거나, 피고 회사가 위 원고 등으로부터 명의개서청구를 받고도 이를 부당하게 거절 또는 지체하였다는 사실을 인정할 만한 증거가 없으므로, 위 원고 등이 피고 회사에 대하여 이 사건 각 결의의 취소를 구할 수 없다는 이유로 위 원고 등의 이 부분 소는 부적법하다고 판단하였다. … 원심의 위와 같은 판단에 … 잘못이 없다."

4240) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2018다261322 판결; "(1) 주식이 발행되는 경우에는 주식을 인수하고자 하는 자가 청약을 하면 회사는 그에 따라 주식을 배정하고(상법 제302조 제1항, 제420조의5 제1항, 제425조 제1항), 인수인이 주금의 납입 또는 현물출자와 같은 법률상 의무를 이행하면(상법 제303조, 제425조 제1항) 그 인수인을 주주명부에 주주로 기재한다(상법 제352조 제1항). 이때 회사가 인수인의 청약에 상응하는 주식의 배정이 이루어졌는지, 인수인의 법률상 의무가 이행되었는지 등을 확인한 후 그 인수인을 주주로 기재하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 주주명부의 기재는 적법한 것으로 보아야 한다. (2) 주식이 양도되는 경우에는 주식을 취득한 자의 명의개서 청구에 따라 회사는 심사를 거쳐 주주명부에 주주로 기재한다. 이때 회사는 청구자가 진정한 주권을 점유하고 있는가(주권이 발행된 경우) 또는 주식을 취득한 사실을 증명하고 있는가(주권이 발행되지 않은 경우) 등 명의개서청구에 관한 형식적 자격만을 심사하면 족하고, 나아가 청구자가 진정한 주주인가에 대한 실질적 자격까지 심사할 의무는 없다. 따라서 주식을 양수한 자가 그 취득 사실을 증명하는 방법으로 명의개서를 청구하고 그 청구에 관하여 회사가 형식적 심사의무를 다하여 그에 따라 명의개서를 하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 명의개서에 따른 주주명부의 기재는 적법한 것으로 보아야 한다."

볼 수 없는 경우, 명의개서 직전에 작성된 주주명부가 존재하고 그 주주명부의 기재가 적법하게 이루어진 것으로 볼 수 있다면, 그 주주명부상 주주가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있다.[4241]

라) 주주명부·정관·의사록·회계장부 등의 열람·등사청구

'주주'와 '회사채권자'가 상법 제396조[4242] 제2항에 의하여 '회사'를 상대로[4243] 주주명부(실질주주명부도 유추적용된다), 회사 정관, 주주총회 의사록, 사채원부의 열람등사 청구를 한 경우 '회사'는 그 청구에 정당한 목적이 없는 등의 특별한 사정이 없는 한 이를 거절할 수 없고, 이 경우 정당한 목적이 없다는 점에 관한 증명책임은 회사가 부담한다.[4244]

4241) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2018다261322 판결; "이 사건 1차 주주변경의 경우 피고는 소외 2가 원고로부터 이 사건 주식을 취득하지 않았음에도 명의개서를 청구한다는 사실을 알고 있었고, 소외 2는 원고로부터 이 사건 주식을 취득하였다는 사실에 관하여 아무런 증명을 하지 않았음에도 소외 2 명의로 이 사건 주식에 관한 명의개서를 하였다. 이러한 명의개서 과정에 비추어 보면, 소외 2가 이 사건 주식의 취득사실을 증명하는 방법으로 명의개서를 청구하였고 피고가 그 청구에 관하여 형식적 심사의무를 다하였다고 보기는 어렵고, 달리 주주명부의 기재가 적법하다고 볼 만한 사정이 없다. 따라서 이 사건 1차 주주변경에 따른 … 주주명부의 기재는 적법하다고 볼 수 없다. 이 사건 2차 주주변경에 따른 주주의 경우 피고는 신주인수에 따른 주금이 납입되지않았음에도 주주명부에 이 사건 2차 주주변경과 같이 주주로 기재하였다. 따라서 이 사건 2차 주주변경에 따른 … 주주명부의 각 기재 역시 적법하다고 볼 수 없다. 한편, 이 사건 1차 및 2차 주주변경이 주주명부에 기재되기 전에 작성된 2011. 1. 25. 자 주주명부가 존재하고, 그 주주명부는 피고 설립 시 주식인수에 따른 주주를 기재한 것으로 이 사건 주식에 관한 주주명부로서 적법하다. 그렇다면 이 사건 주주총회 결의 당시 이 사건 주식에 관하여 주주권을 행사할 수 있었던 자는 이 사건 1차 및 2차 주주변경에 따라 주주명부에 기재된 주주들이 아니라, 2011. 1. 25. 자 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있었던 원고이다." ☛ 주주명부의 기재가 적법한 것으로 볼 위 판시의 근거사실에 대한 증명책임은 회사에게 있다고 볼 것이다.

4242) **상법 제396조(정관 등의 비치, 공시의무)** ① 이사는 회사의 정관, 주주총회의 의사록을 본점과 지점에, 주주명부, 사채원부를 본점에 비치하여야 한다. 이 경우 명의개서대리인을 둔 때에는 주주명부나 사채원부 또는 그 복본을 명의개서대리인의 영업소에 비치할 수 있다. ② 주주와 회사채권자는 영업시간 내에 언제든지 제1항의 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다.

4243) 대법원 2023. 5. 23.자 2022마6500 결정; "주주는 회사를 상대로 상법 제396조 제2항에 따라 주주명부 열람·등사를 청구할 수 있고, 회사의 이행보조자 또는 수임인에 불과한 명의개서대리인에게 직접 주주명부 열람·등사를 청구할 수는 없다. … 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 … 그 주장 자체에 의하여 신청인과 저촉되는 지위에 있는 자를 피신청인으로 하여야 한다. 주주명부 열람·등사 청구권이라는 권리관계에 관하여 임시의 지위를 정하기 위한 가처분 신청 사건에서 주주와 저촉되는 지위에 있는 자는 주주명부 열람·등사를 허용할 것인지를 결정하는 이사를 기관으로 하는 회사이고, 회사의 요청에 따라 필요한 조치를 취할 뿐인 명의개서대리인은 그 주장 자체로 주주와 저촉되는 지위에 있는 자라고 할 수 없다. 따라서 주주는 회사를 채무자로 하여 회사 본점 또는 명의개서대리인의 영업소에 비치된 주주명부의 열람·등사 가처분 신청을 할 수 있을 뿐이고, 직접 명의개서대리인을 채무자로 하여 그 가처분을 신청할 수는 없다."

4244) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다235841 판결; "자본시장법에 따라 예탁결제원에 예탁된 상장주식 등에 관하여 작성되는 실질주주명부는 상법상 주주명부와 동일한 효력이 있으므로(자본시장법 제316조 제2항), 위와 같은 열람·등사청구권의 인정 여부와 필요성 판단에서 주주명부와 달리 취급할 이유가 없다. 따라서 실질주주가 실질주주명부의 열람 또는 등사를 청구하는 경우에도 상법 제396조 제2항이 유추적용된다. 열람 또는 등사청구가 허용되는 범위도 위와 같은 유추적용에 따라 '실질주주명부상의 기재사항 전부'가 아니라 그중 실질주주의 성명 및 주소, 실질주주별 주식의 종류 및 수와 같이 '주주명부의 기재사항'에 해당하는 것에 한정된다. 이러한 범위 내에서 행해지는 실질주주명부의 열람 또는 등사가 개인정보의 수집 또는 제3자 제공을 제한하고 있는 개인정보 보호법에 위반된다고 볼 수 없다. … 정당한 목적이 없다는 점에 관한 증명책임은 회사가 부담한다. 이러한 법리는 상법 제396조 제2항을 유추적용하여 실질주주명부의 열람·등사청구권을 인

상법 제391조의3[4245] 제3항, 제466조[4246] 제1항에서 규정하고 있는, '주주'의 이사회 의사록 열람·등사청구, '소수주주'[4247]의 회계 장부와 서류에 대한 열람·등사청구('이유를 붙인 서면'으로 청구하여야 한다)[4248]가 있는 경우, 회사는 그 청구가 부당함을 증명하여 이를 거부할 수 있다.[4249] 이사회 의사록의 열람 등 허가사건은 비송사건이므로 민사소송의

정하는 경우에도 동일하게 적용된다." ☞ 주주명부 기재사항이 아닌 실질주주의 전자우편주소는 열람·등사의 대상에 포함되지 않는다고 판시.

4245) **상법 제391조의3(이사회의 의사록)** ① 이사회의 의사에 관하여는 의사록을 작성하여야 한다. ② 의사록에는 의사의 안건, 경과요령, 그 결과, 반대하는 자와 그 반대이유를 기재하고 출석한 이사 및 감사가 기명날인 또는 서명하여야 한다. ③ 주주는 영업시간 내에 이사회의사록의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. ④ 회사는 제3항의 청구에 대하여 이유를 붙여 이를 거절할 수 있다. 이 경우 주주는 법원의 허가를 얻어 이사회의사록을 열람 또는 등사할 수 있다.

4246) 상**법 제466조(주주의 회계장부열람권)** ① 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. ② 회사는 제1항의 주주의 청구가 부당함을 증명하지 아니하면 이를 거부하지 못한다.

4247) ❶ 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결; "발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 상법 제466조 제1항에 따라 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. 열람과 등사에 시간이 소요되는 경우에는 열람·등사를 청구한 주주가 전 기간을 통해 발행주식 총수의 100분의 3 이상의 주식을 보유하여야 하고, 회계장부의 열람·등사를 재판상 청구하는 경우에는 소송이 계속되는 동안 위 주식 보유요건을 구비하여야 한다." ❷ 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017다270916 판결; "주식매수청구권을 행사한 주주도 회사로부터 그 주식의 매매대금을 지급받지 아니하고 있는 동안에는 주주로서의 지위를 여전히 가지고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 주주로서의 권리를 행사하기 위하여 필요한 경우에는 위와 같은 회계장부열람·등사권을 가진다. 주주가 주식의 매수가액을 결정하기 위한 경우뿐만 아니라 회사의 이사에 대하여 대표소송을 통한 책임추궁이나 유지청구, 해임청구를 하는 등 주주로서의 권리를 행사하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 청구는 회사의 경영을 감독하여 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 주식매수청구권을 행사하였다는 사정만으로 청구가 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 볼 수 없다."

4248) 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다270163 판결; "그 이유는 주주가 회계장부와 서류를 열람·등사하는 것이 회사의 회계운영상 중대한 일이므로 그 절차가 신중하게 진행될 필요가 있고, 또 회사가 열람·등사에 응할 의무의 존부나 열람·등사 대상인 회계장부와 서류의 범위 등을 손쉽게 판단할 수 있도록 할 필요가 있기 때문이다. 주주가 제출하는 열람·등사청구서에 붙인 '이유'는 회사가 열람·등사에 응할 의무의 존부를 판단하거나 열람·등사에 제공할 회계장부와 서류의 범위 등을 확인할 수 있을 정도로 열람·등사청구권 행사에 이르게 된 경위와 행사의 목적 등이 구체적으로 기재되면 충분하고, 더 나아가 그 이유가 사실일지도 모른다는 합리적 의심이 생기게 할 정도로 기재하거나 그 이유를 뒷받침하는 자료를 첨부할 필요는 없다. 이와 달리 주주가 열람·등사청구서에 이유가 사실일지도 모른다는 합리적 의심이 생기게 할 정도로 기재해야 한다면, 회사의 업무 등에 관하여 적절한 정보를 가지고 있지 않는 주주에게 과중한 부담을 줌으로써 주주의 권리를 크게 제한하게 되고, 그에 따라 주주가 회사의 업무 등에 관한 정보를 확인할 수 있도록 열람·등사청구권을 부여한 상법의 취지에 반하는 결과가 초래되어 부당하다. 다만 이유 기재 자체로 그 내용이 허위이거나 목적이 부당함이 명백한 경우 등에는 적법하게 이유를 붙였다고 볼 수 없으므로 이러한 열람·등사청구는 허용될 수 없다. 또 이른바 모색적 증거 수집을 위한 열람·등사청구도 허용될 수 없으나, 열람·등사청구권이 기본적으로 회사의 업무 등에 관한 정보가 부족한 주주에게 필요한 정보 획득과 자료 수집을 위한 기회를 부여하는 것이라는 사정을 고려할 때 모색적 증거 수집에 해당하는지는 신중하고 엄격하게 판단해야 한다."

4249) ❶ 대법원 2014. 7. 21.자 2013마657 결정; "상법 제391조의3 제3항, 제466조 제1항 … 주주의 이사회 의사록 또는 회계 장부와 서류 등에 대한 열람·등사청구가 있는 경우, 회사는 그 청구가 부당함을 증명하여 이를 거부할 수 있는데, 주주의 열람·등사권 행사가 부당한 것인지 여부는 그 행사에 이르게 된 경위, 행사의 목적, 악의성 유무 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 특히 주주의 이와 같은 열람·등사권 행사가 회사업무의 운영 또는 주주 공동의 이익을 해치거나 주주가 회사의 경쟁자로서 그 취득한 정보를 경업에 이용할 우려가 있거나, 또는 회사에 지나치게 불리한 시기를 택하여 행사하는 경우 등에는 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 보아야 한다. 한편 적대적 인수·합병을 시도하는 주주의 열람·등사청구라고 하더라도 그 목적이 단순한 압박이 아니라 회사의 경영을 감독하여 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것이라면

방법으로 이사회 회의록의 열람 또는 등사를 청구하는 것은 허용되지 않고 부적법하다.[4250]

5) 주식 소유권 확인의 소

주주명부에 등재된 형식상의 주주명의인이 실질적인 주주의 권리를 다투는 경우에 그 실질적인 주주가 주주명부상의 주주명의인을 상대로 '주식 소유권의 확인'을 구할 이익이 있다.[4251]

주식의 '소유권 귀속'에 관한 '회사 이외의 주체들' 사이의 권리관계에서, 판례는, '주주명부에 주주로 등재되어 있는 자는 그 회사의 주주로 추정되고 이를 번복하기 위해서는 그 주주권을 부인하는 측에 증명책임이 있다.'고 하나, 이는 의문이다.[4252]

허용되어야 할 것인데, 주주가 회사의 이사에 대하여 대표소송을 통한 책임추궁이나 유지청구, 해임청구를 하는 등 주주로서의 권리를 행사하기 위하여 이사회 의사록의 열람·등사가 필요하다고 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 청구는 회사의 경영을 감독하여 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것이라고 할 것이므로, 이를 청구하는 주주가 적대적 인수·합병을 시도하고 있다는 사정만으로 그 청구가 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 볼 수 없고, 주주가 회사의 경쟁자로서 그 취득한 정보를 경업에 이용할 우려가 있거나 또는 회사에 지나치게 불리한 시기를 택하여 행사하는 등의 경우가 아닌 한 허용되어야 한다. … 이사회결의 등을 위해 그 이사회에 제출된 관련 서류라도 그것이 이사회 의사록에 첨부되지 않았다면 이는 이사회 의사록 열람·등사청구의 대상에 해당하지 않는다고 할 것이나, 이사회 의사록에서 '별첨', '별지' 또는 '첨부' 등의 용어를 사용하면서 그 내용을 인용하고 있는 첨부자료는 해당 이사회 의사록의 일부를 구성하는 것으로서 이사회 의사록 열람·등사청구의 대상에 해당한다." ❷ 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다270163 판결: "주주로부터 열람·등사청구를 받은 회사는 상법 제466조 제2항에 따라 열람·등사청구의 부당성, 이를테면 열람·등사청구가 허위사실에 근거한 것이라든가 부당한 목적을 위한 것이라든가 하는 사정을 주장·증명함으로써 열람·등사의무에서 벗어날 수 있다." ❸ 대법원 2020. 10. 20.자 2020마6195 결정: "소수주주의 회계장부 등에 대한 열람·등사청구권은 회사에 대하여 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 따른 회생절차가 개시되더라도 배제되지 않는다고 보아야 한다. … 채무자의 효율적 회생이라는 목적을 위해 회사에 대해 채무자회생법에서 정한 회생절차가 개시되었는데, 주주가 회사의 회생을 방해할 목적으로 이러한 열람·등사청구권을 행사하는 경우에는 정당한 목적이 없어 부당한 것이라고 보아 이를 거부할 수 있다."

4250) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다50367 판결.

4251) 이는 그 실질적인 주주의 채권자가 자신의 채권을 보전하기 위하여 그 실질적인 주주를 대위하여 명의신탁계약을 해지하고 주주명의인을 상대로 주주권의 확인을 구하는 경우에도 마찬가지이며, 그 주식을 발행한 회사를 상대로 명의개서절차의 이행을 구할 수 있다거나 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 직접적인 분쟁이 없다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2013. 2. 14. 선고 2011다109708 판결).

4252) 대법원 2016. 8. 29. 선고 2014다53745 판결; "주주명부에 주주로 등재되어 있는 사람은 그 회사의 주주로 추정되며 이를 번복하기 위해서는 그 주주권을 부인하는 측에 증명책임이 있으므로, 주주명부의 주주 명의가 신탁된 것이고 그 명의차용인으로서 실질상의 주주가 따로 있음을 주장하려면 그러한 명의신탁관계를 주장하는 측에서 명의차용사실을 증명하여야 한다."(원고가 실질주주라고 주장하며 주주명부상 주주명의자와 발행회사를 상대로 주주권확인 및 명의개서를 청구한 사건) ⬌ 종전에 판례가 '회사와의 관계'에서 주주명부 기재에 '회사 주주로서의 추정력'을 부여하고 그 주주권을 부인하는 상대방에게 증명책임을 부담시킨 것은 상법 제337조(주식이전의 회사에 대한 대항요건)를 근거로 한 '법률상 추정'의 의미로 볼 여지가 있으나, '회사 이외의 주체들' 사이의 권리관계에서는 '법률상 추정'의 근거로 삼을 아무런 규정이 없으므로, 증명책임의 소재에는 영향이 없는 사실상 추정 으로 인정함이 옳다고 생각된다. 2015다248342 전원합의체 판결의 별개의견에 대한 보충의견 중에 "주주명부의 기재는 부동산 물권변동에서의 등기처럼 주주권 변동의 성립요건도 아니고, 부동산 등기와 같은 권리귀속의 추정력이 인정되는 것도 아니다. … 부동산등기부와 같은 권리공시의 기능은 없다. … 주주명부의 기재는 그 명의자가 실제로도 주주일 것으로 일응 추정할 수 있는 근거가 되기는 하지만"이라는 판시가 보인다.

주권이 발행된 경우에는, 주권 점유자가 그 권리자로 법률상 추정되고,[4253] 이를 다투는 자가 반대사실을 증명하여야 한다.[4254]

회사를 상대로 직접 자신이 주주임을 증명하여 '명의개서절차의 이행'을 구할 수 있음에도, 회사를 상대로 주주권 확인을 구하는 것은 소의 이익이 없다[4255] 판례는, 주식 발행회사와 주주명부상 주주 사이에서 주주권의 귀속이 다투어지는 경우, 회사는 주주명부상 주주를 상대로 그가 주주가 아니라는 확인을 구할 수 있다고 하나, 그 타당성에는 의문이 있다.[4256]

4253) 회사가 주권을 발행하는 대신 전자등록기관의 전자등록부에 주식을 등록한 경우, 전자등록계좌부에 전자등록된 자는 해당 전자등록주식에 대하여 전자등록된 권리를 적법하게 가지는 것으로 법률상 추정된다(주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률 제35조 ①). 한편, 2014. 5. 28. 법률 제12711호로 개정되어 2014. 11. 29. 시행된 '금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률' 제3조 제5항의 신설 규정에 따라, 금융회사에 의해 실명이 확인된 계좌에 보유하고 있는 주식의 경우 그 명의자의 소유로 법률상 추정된다.

4254) 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다231980 판결: 피고 회사 1의 자회사인 피고 회사 2가 신주를 발행하자, 원고(피고 회사 1의 대표이사인 소외인의 동서)가 자기앞수표로 위 주식의 인수대금을 납입한 다음 주권을 발행받아 현재까지 소지하고 있는데, 피고 회사 1이 소외인이 대표이사직에서 해임된 후 원고에게 주식 명의신탁 해지의 의사표시를 하면서 주권을 반환하라고 요구하는 통지서를 발송하고 소외인에게도 주권이 반환될 수 있도록 해달라는 통지서를 발송한 다음, 피고 회사 2를 상대로 위 주식은 피고 회사 1이 원고에게 명의신탁한 것인데 적법하게 명의신탁이 해지되었다며 명의개서절차 이행을 청구하여 피고 회사 2로부터 위 주식에 관한 명의개서를 받은 **사안**에서, 원고가 피고 회사 1에게는 원고가 주주임의 확인을, 피고 회사 2에게는 명의개서절차의 이행을 청구함에 대하여, '피고 회사 2는 원고가 주권을 소지하고 있음을 잘 알고 있으면서도 주권을 점유하지 않은 제3자인 피고 회사 1의 명의개서절차 이행청구에 따라 주식에 관한 명의개서를 마쳐주었고, 당시 피고 회사 1이 원고와 위 주식의 명의신탁약정을 체결하였다는 처분문서조차 제시하지 못한 점 등에 비추어 보면, 피고 회사 2는 명의신탁 해지를 주주권 취득원인으로 주장한 피고 회사 1의 명의개서절차 이행청구에 대하여 형식적 심사의무를 다하였다고 볼 수 없다.'고 하여, 현재 주권을 점유하고 있는 원고가 주식의 권리자라고 추정되고 따라서 피고들이 제출한 증거들만으로는 위 추정을 뒤집고 원고가 피고 회사 1에 주식의 소유를 위한 명의만을 대여해 준 것에 불과하다는 점이 증명되었다고 보기에는 부족하다고 하여 원고의 청구를 인용한 예.

4255) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다240338 판결: 원고는 원래 피고의 주주명부상 이 사건 주식의 소유자로 기재되어 있었는데 소외인이 위조한 주식매매계약서로 인해 타인 앞으로 명의개서가 되었으므로 여전히 원고가 피고의 주주라고 주장하면서 피고를 상대로 주주권확인을 구한 **사안**에서, '원고는 이 사건 주식의 발행인인 피고를 상대로 직접 자신이 주주임을 증명하여 명의개서절차의 이행을 구할 수 있으므로, 원고가 피고를 상대로 주주권 확인을 구하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 유효·적절한 수단이 아니거나, 분쟁의 종국적 해결방법이 아니어서 확인의 이익이 없다.'고 하여, 원고의 청구를 기각한 원심을 직권으로 파기·자판하여 소를 각하한 예.

4256) 대법원 2020. 6. 11. 선고 2017다278385, 278392 판결: "주식의 소유권 귀속에 관한 권리관계와 주주의 회사에 대한 주주권 행사국면은 구분되는 것이고, 회사와 주주 사이에서 주식의 소유권, 즉 주주권의 귀속이 다투어지는 경우 역시 주식의 소유권 귀속에 관한 권리관계로서 마찬가지라 할 것이다. … 이 사건은 회사인 원고와 주주명부상 적법하게 주주로 기재되었던 피고와 사이에서 주주권의 귀속이 다투어진 경우로서, 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자의 확정에 관한 … 2015다248342 전원합의체 판결과는 그 사안이 달라 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다."(원고 회사가 그 설립 당시의 원고 주주명부에 주식 10,000주의 주주로 기재되었던 피고를 상대로, 그 이후 작성된 주주명부에 피고가 주주가 아닌 것으로 기재되어 있다는 등의 이유를 들어 피고가 원고의 주주가 아니라는 확인을 구한 **사안**에서, 원고가 들고 있는 주주명부는 대출의 편의상 작성된 것에 불과하고, 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 피고가 10,000주 중 2,000주의 주주에 불과하고 8,000주에 관하여는 주주가 아니라고 본 원심의 결론이 타당하다고 판단한 사례) ☛ 주식 발행회사가 주식 양수도의 당사자인 경우 상대방과 주주 지위에 관한 다툼이 있을 때에는, '회사 이외의 주체들' 사이의 주주권 귀속에 관한 다툼과 마찬가지로, 회사가 주주권확인의 소의 당사자가 될 수 있다. 예컨대, 회사에 대하여 주식 매수청구권을 행사하였으나 매매대금을 지급받지 못한 매도인은 주주 지위를 다투는 회사에 대하여 주식 소유

6) 주식양도의 효력이 문제되는 경우(양도제한약정, 유질, 자기주식 취득 등)

주주 사이에 주식의 양도를 일부 제한하는 약정은 유효하나, 주주의 투하자본회수 가능성을 전면적으로 부정하거나 사회질서에 반하는 약정은 무효이다.[4257]

회사가 정관으로 주식 양도에 관하여 이사회의 승인을 받도록 한 경우, 이사회 승인을 얻지 아니한 주식 양도는 회사에 대하여 효력이 없다(상법 제335조 제2항, 제1항 단서).[4258]

원칙적으로 유질계약은 금지되고 유질계약에 따라 질권을 실행한 경우 그 처분행위는 무효이나,[4259] '상행위로 인하여 생긴 채권'을 담보하기 위한 질권설정계약의 유질약정[4260]을 근거로 질권을 실행한 경우 그 처분행위는 유효하다.[4261]

권(주주권) 확인의 소를 제기할 수 있다(대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다292975 판결). 주식 발행 회사가 실질주주인 경우에는 회사가 주주명부상의 주주명의인을 상대로 '주식 소유권의 확인'을 구할 수도 있다. 그리고 발기설립의 경우에는 발기인 사이에 신주를 인수하는 계약이 성립하고 주식을 인수함으로써 이를 원시적으로 취득한다. 이때 누가 주식인수인이고 주주인지는 결국 신주인수계약의 당사자 확정 문제이므로, 원칙적으로 계약당사자를 확정하는 법리를 따르되, 주식인수계약의 특성을 고려하여야 한다. 상법에서 주식인수의 방식을 정하고 있는 이유는 회사가 다수의 주주와 관련된 법률관계를 형식적이고도 획일적인 기준으로 처리할 수 있도록 하여 이와 관련된 사무처리의 효율성과 법적 안정성을 도모하기 위한 것이다. 주식인수계약의 당사자를 확정할 때에도 이러한 특성을 충분히 반영하여야 한다. 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수하기로 약정한 경우에 원칙적으로는 명의자를 주식인수인으로 보아야 한다(대법원 2017. 12. 5. 선고 2016다265351 판결). 위 사안은, 발기인 중 1인인 피고 고유의 몫으로 배정된 2,000주씩에 설립 후 투자자에게 배정할 8,000주를 합친 10,000주를 피고에게 배정하기로 한 발기인들 간의 합의에 따라 피고가 원고 회사 설립 당시의 주주명부에 주식 10,000주의 주주로 기재되었던 사안으로서, 원고 회사가 실질주주인 경우에 해당하지 않고, 발기설립에서의 주식인수인과 주주 확정에 관한 위 법리에 비추어 보면 피고가 주식인수인으로서 주주에 해당한다고 봄이 타당하다. 다만, 발기인들 사이의 합의에 따라 피고는 설립 이후의 투자자에게 8,000주를 양도하여야 하므로 8,000주에 대한 실질주주는 위 투자자가 된다. 피고와 설립 이후 투자자 사이의 주주권 확인의 소나 설립 이후 투자자의 원고 회사에 대한 명의개서청구라면 몰라도 원고 회사의 피고에 대한 위 소는 부적법한 것으로 볼 수 있다.

4257) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2019다274639 판결: "주식의 양도를 제한하는 방법으로 이사회 승인을 받도록 정관에 정할 수 있다는 상법 제335조 제1항 단서의 취지에 비추어 볼 때, 주주 사이에서 주식의 양도를 일부 제한하는 약정을 한 경우, 그 약정은 주주의 투하자본회수 가능성을 전면적으로 부정하는 것이 아니고, 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반하지 않는다면 당사자 사이에서는 원칙적으로 유효하다." ☜ 주식양도에 8명의 출자자 전원의 동의를 받도록 한 주주 간 협약 조항을 무효로 볼 수 없다고 판단한 예.

4258) 회사에 대하여 효력이 없을 뿐, 주주 사이의 주식양도계약 자체가 무효라고 할 수는 없다(2007다14193).

4259) **민법 제339조(유질계약의 금지)** 질권설정자는 채무변제기전의 계약으로 질권자에게 변제에 갈음하여 질물의 소유권을 취득하게 하거나 법률에 정한 방법에 의하지 아니하고 질물을 처분할 것을 약정하지 못한다.

4260) **상법 제59조(유질계약의 허용)** 민법 제339조의 규정은 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위하여 설정한 질권에는 적용하지 아니한다. ☛ '상행위로 인하여 생긴 채권'이면 충분하고, 질권설정자가 상인이어야 하는 것은 아니며, 일방적 상행위로 생긴 채권을 담보하기 위한 질권에 대해서도 상법 제59조가 적용된다(대법원 2017. 7. 18. 선고 2017다207499 판결). 모든 상사질권설정계약이 당연히 유질계약에 해당한다고 할 수는 없고, 상사질권설정계약에 있어서 유질계약의 성립을 인정하기 위하여서는 그에 관하여 별도의 명시적 또는 묵시적인 약정이 성립되어야 한다(2007다11996). 담보제공자의 권리를 형해화하는 등의 특별한 사정이 없는 이상 담보권자가 담보물인 주식에 대한 담보권실행을 위한 약정에 따라 그 재산적 가치 및 권리의 확보 목적으로 담보제공자인 주주로부터 의결권을 위임받아 그 약정에서 정한 범위 내에서 의결권을 행사하는 것도 허용된다(2013다56839).

4261) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2018다304007 판결: "상법 제59조는 … 유질약정을 허용하고 있다. 다만 상법은 유질약정이 체결된 경우 질권의 실행 방법이나 절차에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 유질약정이 포함된 질권설정계약이 체결된 경우 질권의 실행 방법이나 절차는 원칙적으로 질권설정계약에서 정한 바에 따라야 한다. 비상장주식에 대하여 유질약정이 포함된 질권설정계약이 적법하게 체결된 경우, 질물인 비상장주

상법 제341조,[4262] 제341조의2(특정목적에 의한 자기주식의 취득)[4263]에서 정한 요건 및 절차에 의하지 않은 자기주식취득 약정은 효력이 없다.[4264] 상법 제341조 제1항 단서는

식의 가격이나 그 산정방식에 관하여 질권설정계약에서 정한 바가 없고 또 객관적으로 형성된 시장가격이 없거나 이를 확인하기 어려운 형편이라면, 채권자가 유질약정을 근거로 처분정산의 방법으로 질권을 실행할 때 일반적으로 허용된 여러 비상장주식 가격 산정방식 중 하나를 채택하여 그에 따라 처분가액을 산정한 이상, 설령 나중에 그 가격이 합리적인 가격이 아니었다고 인정되더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한 유질약정의 내용에 따라 채권자와 채무자 사이에서 피담보채무의 소멸 범위나 초과액의 반환 여부, 손해배상 등이 문제될 여지가 있을 뿐이고 채권자와 처분 상대방 사이에서 채권자의 처분행위 자체가 무효로 된다고 볼 수는 없다." ☜ 피고회사에 대한 대출금 채권을 담보하기 위해 피고회사 종전 주주들의 주식에 대해 근질권을 설정받은 소외회사가 상속세 및 증여세법상 '비상장주식의 보충적 평가방법'에 의해 주식 가치를 산정한 결과 순자산가치와 순손익가치가 모두 (-)로 평가되어 주식의 가치가 0원이라 하여 질권의 실행으로 주식을 0원에 원고에게 양도한 사안에서, **원심**이, 소외 회사의 처분행위는 질권의 본질 등에 반하여 무효라고 보아 원고가 주식을 유효하게 취득하지 못하였다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 소외회사가 '일반적으로 비상장주식의 가격 평가방식으로 인정'되는 상속세 및 증여세법에 따라 0원으로 산정한 이상, 설령 다소 부적절한 평가방식을 채택하였다거나 그로 인해 평가액이 합리적이지 않다고 하더라도, 근질권설정계약의 피담보채권인 대출금 채권이 주식의 합리적인 평가액만큼 소멸하였다고 다투거나 만일 소외회사의 의무 위반이 인정된다면 그를 이유로 손해배상을 청구할 여지가 있을 뿐이고, 다른 특별한 사정이 없는 한 소외회사의 질권 실행 자체를 무효라고 다툴 수는 없다고 한 예.

4262) **상법 제341조(자기주식의 취득)** ① 회사는 다음의 방법에 따라 자기의 명의와 계산으로 자기의 주식을 취득할 수 있다. 다만, 그 취득가액의 총액은 직전 결산기의 대차대조표상의 순자산액에서 제462조제1항 각 호의 금액을 뺀 금액을 초과하지 못한다.

1. 거래소에서 시세가 있는 주식의 경우에는 거래소에서 취득하는 방법
2. 제345조제1항의 주식의 상환에 관한 종류주식의 경우 외에 각 주주가 가진 주식 수에 따라 균등한 조건으로 취득하는 것으로서 대통령령으로 정하는 방법

② 제1항에 따라 자기주식을 취득하려는 회사는 미리 주주총회의 결의로 다음 각 호의 사항을 결정하여야 한다. 다만, 이사회의 결의로 이익배당을 할 수 있다고 정관으로 정하고 있는 경우에는 이사회의 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다. 1. 취득할 수 있는 주식의 종류 및 수 2. 취득가액의 총액의 한도 3. 1년을 초과하지 아니하는 범위에서 자기주식을 취득할 수 있는 기간

③ 회사는 해당 영업연도의 결산기에 대차대조표상의 순자산액이 제462조제1항 각 호의 금액의 합계액에 미치지 못할 우려가 있는 경우에는 제1항에 따른 주식의 취득을 하여서는 아니 된다.

④ 해당 영업연도의 결산기에 대차대조표상의 순자산액이 제462조제1항 각 호의 금액의 합계액에 미치지 못함에도 불구하고 회사가 제1항에 따라 주식을 취득한 경우 이사는 회사에 대하여 연대하여 그 미치지 못한 금액을 배상할 책임이 있다. 다만, 이사가 제3항의 우려가 없다고 판단하는 때에 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

4263) **상법 제341조의2(특정목적에 의한 자기주식의 취득)** 회사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제341조에도 불구하고 자기의 주식을 취득할 수 있다. 1. 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 경우 2. 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우 3. 단주(단주)의 처리를 위하여 필요한 경우 4. 주주가 주식매수청구권을 행사한 경우

4264) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2020다208058 판결; "2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되어 2012. 4. 15.부터 시행된 **개정 상법**은 종래 자기주식 취득을 엄격히 불허하였던 것에서 이를 완화하여, 제341조에서 회사가 배당가능이익의 한도 내에서 거래소에서 취득하는 방법 등으로 자기의 명의와 계산으로 자기주식을 취득할 수 있도록 허용하고, 제341조의2에서는 각호에서 규정한 특정한 목적이 있는 경우에는 구 상법과 마찬가지로 배당가능이익이나 취득 방법 등의 제한 없이 자기주식을 취득할 수 있도록 허용하면서, 제4호에서 주주가 주식매수청구권을 행사한 경우를 들고 있다. 따라서 개정 상법 제360조의5 제1항, 제374조의2 제1항, 제522조의3 제1항 등에 따라 주주가 주식매수청구권을 행사하는 경우에는 개정 상법 제341조의2 제4호에 따라 회사가 제한 없이 자기주식을 취득할 수 있으나, 회사가 특정 주주와 사이에 특정한 금액으로 주식을 매수하기로 약정함으로써 사실상 매수청구를 할 수 있는 권리를 부여하여 주주가 그 권리를 행사하는 경우는 개정 상법 제341조의2 제4호가 적용되지 않으므로, 개정 상법 제341조에서 정한 요건하에서만 회사의 자기주식취득이 허용된다. … 개정 상법이 자기주식취득 요건을 완화하였다고 하더라도 여전히 법이 정한 경우에만 자기주식취득이 허용된다는 원칙에는 변함이 없고 따라서 위 규정에서 정한 요건 및 절차에 의하지 않은 자기주식취득 약정은 효력이 없다. … 임원퇴직합의 제1항 중 원고 회사가 직접 주식을 매수하기로 약정한 부분 및 이에 따라 체결된

자기주식 취득가액의 총액이 배당가능이익을 초과하여서는 안 된다는 것을 의미할 뿐 차입금으로 자기주식을 취득하는 것이 허용되지 않는다는 것을 의미하지는 않는다.[4265]

마. 주주총회결의 하자에 관한 소송

1) 주주총회결의 취소의 소

가) 요건사실

주주총회결의취소 소송[4266]의 요건사실은, ① '원고가 피고 회사의 주주, 이사, 감사인 사실', ② '주주총회[4267]가 소집되고 개최되어 주주총회 결의[4268]가 이루어진 사실', ③ '주주총회 결의에 취소사유가 있는 사실'(= 총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 사실 또는 그 결의의 내용이 정관에 위반한 사실)이다. ①, ②는 소송요건, ③은 본안 요건에 해당한다. 이는 '형성의 소'에 해당한다.

나) 소송요건

(1) 당사자적격

원고적격자는 회사의 주주, 이사, 감사[4269] 및 청산인(상법 제542조 제2항)이고,

이 사건 주식매매계약은 원고 회사가 특정한 주주에게 특정한 금액으로 주식매수를 요구할 수 있는 권리를 부여한 것으로 개정 상법 제341조에서 정한 요건을 갖추지 못한 자기주식취득 약정이어서 무효이다."

4265) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2017두63337 판결: "배당가능이익은 채권자의 책임재산과 회사의 존립을 위한 재산적 기초를 확보하기 위하여 직전 결산기상의 순자산액에서 자본금의 액, 법정준비금 등을 공제한 나머지로서 회사가 당기에 배당할 수 있는 한도를 의미하는 것이지 회사가 보유하고 있는 특정한 현금을 의미하는 것이 아니다. 또한 회사가 자기주식을 취득하는 경우 당기의 순자산이 그 취득가액의 총액만큼 감소하는 결과 배당가능이익도 같은 금액만큼 감소하게 되는데, 이는 회사가 자금을 차입하여 자기주식을 취득하더라도 마찬가지이다. 따라서 상법 제341조 제1항 단서는 자기주식 취득가액의 총액이 배당가능이익을 초과하여서는 안 된다는 것을 의미할 뿐 차입금으로 자기주식을 취득하는 것이 허용되지 않는다는 것을 의미하지는 않는다." ☜ 원심이, 상법 제341조 제1항 단서는 배당가능이익을 재원으로 자기주식을 취득하여야 한다는 것을 의미하는데 차입금에 의한 자기주식 취득은 배당가능이익을 재원으로 한 것이 아니라는 이유로, 원고가 차입금으로 자기주식을 취득한 이 사건 거래는 상법 제341조 제1항 단서를 위반하여 무효라고 판단한 것을 파기한 예.

4266) **상법 제376조(결의취소의 소)** ① 총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 때 또는 그 결의의 내용이 정관에 위반한 때에는 주주·이사 또는 감사는 결의의 날로부터 2월내에 결의취소의 소를 제기할 수 있다. ② 제186조 내지 제188조, 제190조 본문과 제191조의 규정은 제1항의 소에 준용한다.

4267) **상법 제365조(총회의 소집)** ① 정기총회는 매년 1회 일정한 시기에 이를 소집하여야 한다. ② 연 2회 이상의 결산기를 정한 회사는 매기에 총회를 소집하여야 한다. ③ 임시총회는 필요 있는 경우에 수시 이를 소집한다.

4268) **상법 제361조(총회의 권한)** 주주총회는 본법 또는 정관에 정하는 사항에 한하여 결의할 수 있다. ☛ 주주총회 결의사항은 반드시 주주총회가 정해야 하고 정관이나 주주총회의 결의에 의하더라도 이를 다른 기관이나 제3자에게 위임하지 못한다. 따라서 정관 또는 주주총회에서 임원의 보수 총액 내지 한도액만을 정하고 개별 이사에 대한 지급액 등 구체적인 사항을 이사회에 위임하는 것은 가능하지만, 이사 보수에 관한 사항을 이사회에 포괄적으로 위임하는 것은 허용되지 않고, 주주총회에서 이사 보수에 관한 구체적 사항을 이사회에 위임한 경우라도 이를 주주총회에서 직접 정하는 것은 가능하다(대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522 판결).

4269) 이사, 감사의 지위 취득시점은, 주주총회 선임결의와 피선임자의 승낙 사이고, 피선임자와 대표이사 간 별도의 임용계약 시가 아니다(대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결). 사임의 경우 그 의사표시

피고적격자는 회사이다.

극히 예외적인 경우 외에는, '주주명부상의 주주'에게만 원고적격이 인정된다.[4270] 가설인 명의로 또는 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수하는 약정을 한 경우에는 실제 출자자, 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수하기로 약정한 경우에는 명의자가 '주식인수인'으로서 주주의 지위를 취득한다.[4271] '가장납입' 주주,[4272] 질권설정자인 주주[4273]도 주주로서의 지위를 갖는다. 상환을 청구할 수 있는 종류주식(상법 제345조 제3항)의 주주가 회사에 대하여 상환권을 행사한 이후에도 상환금을 지급받을 때까지는 여전히 주주의 지위에 있다.[4274] 주주는 다른 주주에 대한 소집절차의 하자를 이유로 주주총회 결의 취소의 소를 제기할 수도 있다.[4275] 주주총회결의 취소소송 계속 중 주주로서의 지위를 상실하면 당사자적격을 상실한다.[4276] 원고적격의 근거가 되는 주식이 양도된 경우, 양수인은 양도인이 이미 제기한 기존의 소송을 승계할 수 있다.[4277]

가 회사에 도달함으로써 그 지위를 상실한다(대법원 2013. 9. 9.자 2013마1273 결정).

4270) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결; "주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다. 주주명부에 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우는 주주명부에의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 경우에 한한다." ☛ 주식 양도담보의 경우, 회사는 주주명부상 주주인 양도담보권자의 주주권 행사를 부인할 수 없다(대법원 2020. 6. 11.자 2020마5263 결정).

4271) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2016다265351 판결.

4272) ◎ **가장납입의 효력과 주주 지위**
대법원 1998. 12. 23. 선고 97다20649 판결; "주식회사를 설립하면서 일시적인 차입금으로 주금납입의 외형을 갖추고 회사 설립절차를 마친 다음 바로 그 납입금을 인출하여 차입금을 변제하는 이른바 가장납입의 경우에도 주금납입의 효력을 부인할 수는 없는 것이므로, 피고 회사 설립 당시 원래 주주들이 주식인수인으로서 주식을 인수하고 가장납입의 형태로 주금을 납입한 이상 그들은 바로 피고 회사의 주주이고, 그 후 그들이 회사가 청구한 주금 상당액을 납입하지 아니하였다고 하더라도 이는 회사 또는 정○○에 대한 채무불이행에 불과할 뿐 그러한 사유만으로 주주로서의 지위를 상실하게 된다고는 할 수 없다. 또한 원고들이 피고 회사가 정한 납입일까지 주금 상당액을 납입하지 아니한 채 그로부터 상당 기간이 지난 후 비로소 피고 회사의 주주임을 주장하였다고 하여 신의성실의 원칙에 반한다고도 할 수 없다."

4273) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결; "주식에 대해 질권이 설정되었다고 하더라도 질권설정계약 등에 따라 질권자가 담보제공자인 주주로부터 의결권을 위임받아 직접 의결권을 행사하기로 약정하는 등의 특별한 약정이 있는 경우를 제외하고 질권설정자인 주주는 여전히 주주로서의 지위를 가지고 의결권을 행사할 수 있다."

4274) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2017다251564 판결; "주주가 상환권을 행사하면 회사는 주식 취득의 대가로 주주에게 상환금을 지급할 의무를 부담하고, 주주는 상환금을 지급받을과 동시에 회사에게 주식을 이전할 의무를 부담한다. 따라서 정관이나 상환주식인수계약 등에서 특별히 정한 바가 없으면 주주가 회사로부터 그 상환금을 지급받을 때까지는 상환권을 행사한 이후에도 여전히 주주의 지위에 있다고 봄이 상당하다." ☞ **[동일 취지]** 회사의 주식취득승인 거부에 따른 주식매수청구권(형성권) 행사(상법 제335조의7)로 주주 지위가 회사로 이전하는 시기는 '대금 지급 시'이다(대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다292975 판결).

4275) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다45584 판결.

4276) 대법원 2016. 7. 22. 선고 2015다66397 판결(이는 주식의 포괄적 교환 등으로 원고가 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실하였다 하여 달리 볼 것은 아니다).

4277) 대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결(신주발행무효의 소 사안) 참조.

이사가 그 지위에 기하여 총회결의 취소의 소를 제기하면, 감사가 회사를 대표하게 되고(상법 제394조 제1항), 이사가 그 소송 계속 중 사망한 경우 법원은 '소송종료선언'을 하게 된다.[4278]

(2) 주주총회 결의의 존재

결의 취소의 소의 대상이 되는 주주총회 결의는 '상법이나 그 밖의 법령, 피고의 정관'에 근거한 것이어야 하고,[4279] 주주총회결의 자체가 법률상 존재하지 않은 경우 그 취소의 소는 부적법하다.[4280]

(3) 제소기간

주주총회결의 취소의 소는 그 결의일로부터 2개월 내에 제기하여야 하고, 이는 제소기간으로서 그 도과 후에 제기된 소는 부적법하다.

주주총회에서 여러 개의 안건이 상정되어 각각 결의가 이루어진 경우 제소기간의 준수 여부는 각 안건에 대한 결의마다 별도로 판단되어야 한다.[4281]

동일한 결의에 관하여 무효 또는 부존재 확인의 소가 제소기간 내에 제기되었다가, 제소기간 도과 후 '동일한 하자'를 원인으로 하여 취소소송으로 소가 변경되거나 추가된 경우, 제소기간이 준수된 것으로 인정된다.[4282]

4278) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다255258 판결: "이사가 그 지위에 기하여 주주총회결의 취소의 소를 제기하였다가 소송 계속 중에 사망하였거나 사실심 변론종결 후에 사망하였다면, 그 소송은 이사의 사망으로 중단되지 않고 그대로 종료된다. 이사는 주식회사의 의사결정기관인 이사회의 구성원이고, 의사결정기관 구성원으로서의 지위는 일신전속적인 것이어서 상속의 대상이 되지 않기 때문이다." ☞ 대법원이 "이 사건 소 중 선정자 3의 주주총회결의 취소 청구 부분은 2015. 9. 23. 선정자 3의 사망으로 종료되었다."는 주문으로 선고한 예.

4279) 예탁금 회원제 골프장을 운영하는 주식회사가 일부 주주회원 모임과 주주회원의 골프장 이용혜택에 관하여 체결한 '중요한 사항은 주주총회에 회부하여야 한다'는 약정에 따라 주주총회에서 한 '주주회원의 골프장 이용혜택 축소 결의'는 결의취소·무효의 소의 대상이 되는 주주총회 결의에 해당하지 아니할 뿐만 아니라 일반적 민사소송의 한 형태로서 그 무효 확인을 구할 소의 이익도 인정되지 아니하므로, 주주총회 결의의 무효 확인과 취소 청구를 각하한 예(2010다58223). cf. 주주총회는 상법 또는 정관에 정하는 사항에 한하여 결의할 수 있다(상법 제361조).

4280) 이사회의 결정 없이 소집된 주주총회라면 주주총회 자체의 성립을 인정하기 어렵고 주주총회 자체를 부인하는 이상 그 결의 자체도 법률상 존재한다고 할 수 없다 하여, 소송 판결로서 각하하여야 함에도 원심이 실체 판결로써 원고의 청구를 기각한 것은 위법하다고 한 예(78다1219).

4281) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결: 원고가 2005. 4. 29. 개최된 피고 회사의 임시주주총회에서 이루어진 여러 안건에 대한 결의 중 소외 1을 이사로 선임한 결의에 대하여만 2개월 내인 2005. 6. 29. 주주총회결의 무효확인의 소를 제기하고, 정관변경결의 및 감사선임결의에 대하여는 2개월이 지난 후인 2006. 5. 17. 및 7. 19.에 주주총회결의 무효확인의 소를 각각 추가적으로 병합한 후, 2006. 11. 1. 위 각 결의에 대한 무효확인의 소를 취소의 소로 변경하면서, 피고 회사가 주주명부상의 형식주주를 위 임시주주총회에 참석시키고 이들에게 의결권을 행사하게 한 것은 그 결의방법이 현저하게 불공정하다는 내용을 청구원인으로 주장한 사안에서, 원심이, 모두 본안에 나아가 판단한 데 대하여, 대법원은 직권으로, '정관변경결의 및 감사선임결의 취소에 관한 부분은, 그 각 무효확인의 소가 추가적으로 병합될 때에 주주총회결의 취소의 소가 제기된 것으로 볼 수 있으나, 위 추가적 병합 당시 이미 2개월의 제소기간이 도과되었음이 역수상 명백하므로 부적법하다.'고 판단한 예.

4282) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다40000 판결, 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다45584 판결.

주주총회결의 취소의 소에서 제소기간 경과 후에는 새로운 취소사유를 추가하여 주장할 수 없다.[4283]

(4) 소의 이익

주주총회의 임원선임결의의 부존재나 무효확인 또는 그 결의의 취소를 구하는 소에 있어서, 그 결의에 의하여 선임된 임원들이 모두 그 직에 취임하지 아니하거나 사임하고 그 후 새로운 주주총회 결의에 의하여 후임 임원이 선출되어 그 선임등기까지 마쳐진 경우라면, 특별한 사정(= 새로운 주주총회의 결의가 무권리자에 의하여 소집된 총회라는 하자 이외의[4284] 다른 절차상·내용상의 하자로 인하여 부존재 또는 무효임이 인정되거나 그 결의가 취소되는 경우 등)이 없는 한, 설사 당초의 임원선임결의에 어떠한 하자가 있었다고 할지라도 그 결의의 부존재나 무효확인 또는 그 결의의 취소를 구할 소의 이익은 없다.[4285] [4286]

합병결의, 분할·분할합병 결의, 자본감소 결의, 신주발행 결의에 하자가 있는 경우 합병 등의 효력 발생 전에는 결의 취소, 무효확인, 부존재확인 등의 소를 제기할 수 있으나, 그 효력 발생 후에는 결의 취소 등의 소를 제기할 소의 이익이 없고, 종전의 결의 취소 등의 소는 합병 등 무효의 소로 그 제소기간 내에 소변경을 하여야 한다.[4287]

4283) 위 2007다40000 판결, 2001다45584 판결은 '동일한 하자'를 원인으로 하여 소를 변경하거나 추가한 경우에 제소기간이 준수된 것으로 본다는 것이므로, 그 반대해석상 '동일한 하자'를 원인으로 하지 않은 경우에는 제소기간이 준수된 것으로 볼 수 없다는 것이고, 나아가 일반적으로 제소기간 경과 후에는 취소사유를 추가할 수 없음을 나타내고 있다고 할 수 있다.
같은 취지로 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결 등은 신주발행무효의 소나 전환사채발행무효의 소에서 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다고 하고 있다.

4284) 새로운 총회가 당초 임원선임결의에 의하여 선임된 임원에 의하여 소집된 총회이므로 무권리자에 의하여 소집된 총회라는 사유는 그 무효사유로 볼 수 없는데, 만약 이를 무효사유로 본다면 최초의 임원선임결의의 무효로 인하여 연쇄적으로 그 후의 결의가 모두 무효로 되는 결과가 되어 법률관계의 혼란을 초래하고 법적안정성을 현저히 해하게 되기 때문이다(98다35754).

4285) 대법원 2008. 8. 11. 선고 2008다33221 판결; 원고가 취소를 구하는 피고 회사의 주주총회 결의에서 선임된 감사 소외인이 원심 변론종결일 후 사임하고 새로운 주주총회 결의에 의하여 후임 감사가 선출되어 그 선임등기까지 마친 사실을 알 수 있으므로, 새로운 주주총회 결의가 부존재 또는 무효라거나 결의가 취소되었다고 볼 자료가 없는 이상, 원고가 주주총회 결의의 취소를 구할 소의 이익이 없게 되었고, 원심의 변론종결일 후에 소가 부적법하게 되었다 하여, 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기, 자판하여, 제1심판결을 취소하고 소를 각하한 예.

4286) 반면에, 위와 같은 특별한 사정이 인정된다면, 그 임원을 선임한 당초 결의의 무효 여부는 현재의 임원을 확정함에 있어서 직접적인 관계가 있는 것이므로, 당초의 선임결의의 무효확인 등을 구할 법률상의 이익이 있다(91다8715).

4287) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다83599 판결; "상법 제445조는 자본감소의 무효는 주주 등이 자본감소로 인한 변경등기가 있은 날로부터 6월 내에 소만으로 주장할 수 있다고 규정하고 있으므로, 설령 주주총회의 자본감소 결의에 취소 또는 무효의 하자가 있다고 하더라도 그 하자가 극히 중대하여 자본감소가 존재하지 아니하는 정도에 이르는 등의 특별한 사정이 없는 한 자본감소의 효력이 발생한 후에는 자본감소 무효의 소에 의해서만 다툴 수 있다." **[동일 취지]** "회사의 합병에 있어서 합병등기에 의하여 합병의 효력이 발생한 후에는 합병무효의 소를 제기하는 외에 합병결의무효확인 청구만을 독립된 소로서 구할 수는 없다"고 판시한 예(92누14908). 전환사채 발행의 효력이 발생한 후에 직접 전환사채발행무효의 소에 의하지 않고 그 발행 과정의 하나인 이사회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 청구의 소는 부적법하다고 판단한 예(2003다20060).

다) 취소사유(청구원인사실)

주주총회 결의의 취소사유는 '① 총회의 소집절차 또는 결의방법이 ⓐ 법령 또는 정관에 위반하거나 ⓑ 현저하게 불공정한 사실 또는 ② 그 결의의 내용이 정관에 위반한 사실'이다.

판례상 구체적 예로는, 소집절차 위반으로서 ① 정당한 소집권자[4288]에 의하여 소집된 주주총회에서 정족수가 넘는 주주의 출석으로 출석주주 전원의 찬성에 의하여 결의가 이루어졌으나, 일부 주주에게 소집통지[4289]를 하지 아니하였거나 법정기간을 준수하지

4288) **상법 제362조(소집의 결정)** 총회의 소집은 본법에 다른 규정이 있는 경우 외에는 이사회가 이를 결정한다.
제365조(총회의 소집) ① 정기총회는 매년 1회 일정한 시기에 이를 소집하여야 한다. ② 연 2회 이상의 결산기를 정한 회사는 매기에 총회를 소집하여야 한다. ③ 임시총회는 필요 있는 경우에 수시 이를 소집한다.
제366조(소수주주에 의한 소집청구) ① 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회의의 목적사항과 소집의 이유를 적은 서면 또는 전자문서를 이사회에 제출하여 임시총회의 소집을 청구할 수 있다. ② 제1항의 청구가 있은 후 지체 없이 총회소집의 절차를 밟지 아니한 때에는 청구한 주주는 법원의 허가를 받아 총회를 소집할 수 있다. 이 경우 주주총회의 의장은 법원이 이해관계인의 청구나 직권으로 선임할 수 있다. ③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 총회는 회사의 업무와 재산상태를 조사하게 하기 위하여 검사인을 선임할 수 있다. ☛ ❶ 소수주주가 상법 제366조에 따라 주주총회소집허가 신청을 하는 경우, 주주총회 결의사항이 아닌 것을 회의목적사항으로 할 수 없다. 주주총회는 상법 또는 정관이 정한 사항에 한하여 결의할 수 있고(제361조), 대표이사는 정관에 특별한 정함이 없는 한 이사회 결의로 선임되므로(제389조), 정관에서 주주총회 결의사항으로 '대표이사의 선임 및 해임'을 규정하지 않은 경우에는 이를 회의목적사항으로 삼아 상법 제366조에서 정한 주주총회소집허가 신청을 할 수 없다(대법원 2022. 4. 19.자 2022그501 결정). ❷ 임시총회소집청구서에 기재된 회의의 목적사항과 소집의 이유가 이사회에 먼저 제출한 청구서와 서로 맞지 않는다면 법원의 허가를 구하는 재판에서 그 청구서에 기재된 소집의 이유에 맞추어 회의의 목적사항을 일부 수정하거나 변경할 수 있고, 법원으로서는 위와 같은 불일치 등에 관하여 석명하거나 지적함으로써 신청인에게 의견을 진술하게 하고 회의 목적사항을 수정·변경할 기회를 주어야 한다. 소수주주가 제출한 임시총회소집청구서에 회의의 목적사항이 '대표이사 해임 및 선임'으로 기재되었으나 소집의 이유가 현 대표이사의 '이사직 해임'과 '후임 이사 선임'을 구하는 취지로 기재되어 있고, 회사의 정관에 '대표이사의 해임'이 주주총회 결의사항으로 정해져 있지 않다면, 회의의 목적사항과 소집의 이유가 서로 맞지 않으므로 법원으로서는 소수주주로 하여금 회의의 목적사항으로 기재된 '대표이사 해임 및 선임'의 의미를 정확하게 밝히고 그에 따른 조치를 취할 기회를 갖도록 할 필요가 있다(대법원 2022. 9. 7.자 2022마5372 결정). ❸ '이사회'는 원칙적으로 대표이사를 의미하고, 예외적으로 대표이사 없이 이사의 수가 1인 또는 2인인 소규모 회사의 경우에는 각 이사를 의미한다(제383조 제6항). '전자문서'란 정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성·변환·송신·수신·저장된 정보를 의미하고, 이는 작성·변환·송신·수신·저장된 때의 형태 또는 그와 같이 재현될 수 있는 형태로 보존되어 있을 것을 전제로 그 내용을 열람할 수 있는 것이어야 하므로, 이와 같은 성질에 반하지 않는 한 전자우편은 물론 휴대전화 문자메시지·모바일 메시지 등까지 포함된다(대법원 2022. 12. 16.자 2022그734 결정).

4289) **상법 제363조(소집의 통지)** ① 주주총회를 소집할 때에는 주주총회일의 2주 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 통지가 주주명부상 주주의 주소에 계속 3년간 도달하지 아니한 경우에는 회사는 해당 주주에게 총회의 소집을 통지하지 아니할 수 있다. ② 제1항의 통지서에는 회의의 목적사항을 적어야 한다. ③ 제1항에도 불구하고 자본금 총액이 10억원 미만인 회사가 주주총회를 소집하는 경우에는 주주총회일의 10일 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송할 수 있다. ④ 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 주주 전원의 동의가 있을 경우에는 소집절차 없이 주주총회를 개최할 수 있고, 서면에 의한 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다. 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의를 한 때에는 서면에 의한 결의가 있는 것으로 본다. ⑤ 제4항의 서면에 의한 결의는 주주총회의 결의와 같은 효력이 있다. ⑥ 서면에 의한 결의에 대하여는 주주총회에 관한 규정을 준용한다. ⑦ 제1항부터 제4항까지의 규정은 의결권 없는 주주에게는 적용하지 아니한다. 다만, 제1항의 통지서에 적은 회의의 목적사항에 제360조의5, 제360조의22, 제374조의2, 제522조의3 또는 제530조의11에 따라 반대주주의 주식매수청구권이 인정되는 사항이 포함된 경우에는 그러하지 아니하다. 〈개정 2014.5.20, 2015.12.1.〉 ☛ 상장회사의 경우 소집공고로 소집통지를 갈음하는 등의 특례

아니한 서면통지를 한 경우,[4290] ② 발행주식의 9.22%를 보유한 소수주주들에게 소집통지를 하지 아니한 경우,[4291] ③ 전체 주식의 3.15%를 소유한 원고들(전체주주 5인 중 4인)에게 주주총회 소집통지를 하지 않은 경우,[4292] ④ 공동대표이사 1인이 단독으로 주주총회를 소집하고, 다른 공동대표이사와 41%의 주식을 보유한 주주에게 소집통지를 하지 않은 경우,[4293] ⑤ 주주총회가 정관상 요구되는 이사회의 결의 없이 소집되었고 원고(20% 주주)를 제외한 나머지 주주들에게만 소집통지를 하여 원고의 참석 없이 결의가 이루어졌더라도, 당시 원고 앞으로 주주명부상의 명의개서가 되어있지 않았고 원고에 대한 주식 양도의 효력 자체가 다투어져 원고에 의해 주주권확인소송이 제기되어 계속 중인 경우,[4294] ⑥ 전체 주식의 43%를 취득하였으나 그 주식 취득의 효력이 다투어지고 있는 자의 명의개서 요구에 불응하고 주주명부만을 기초로 소집을 통지하고, 소집권자에 의하여 소집된 주주총회에서 정족수에 미달한 결의가 이루어진 경우,[4295] ⑦ 정당한 소집권자에 의하여 소집된 주주총회의 결의지만, 주주총회의 소집에 이사회의 결의가 없었고 그 소집통지가 서면에 의하지 아니한 구두소집통지로서 법정 소집기간을 준수하지 아니하였으며 또한 극히 일부의 주주에 대하여는 소집통지를 빠뜨린 경우,[4296] ⑧ 주주총회 소집 당시 주주에게 통지한 '회의의 목적사항' 이외의 사항을 부의하여 결의한 경우,[4297] ⑨ 주주총회 당일 개회시간 또는 소집장소를 변경하여 일부 주주의 주주총회 참석 기회를 침해·박탈한 경우,[4298] ⑩ 대표이사 직무대행자가 회사의 경영 및 지배에 영향을 미칠 수 있는 사항이 안건으로 포함된 정기주주총회를 법원의 허가 없이 소집하여 결의한 경

규정이 있다(제542조의4).

4290) 92다21692, 80다2745.

4291) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193 판결.

4292) 93다8719.

4293) 92다11008.

4294) 88다카16690.

4295) 96다32768.

4296) 86다카553.

4297) 주주총회 소집을 함에 있어서 회의의 목적사항으로 한 것 이외에는 주주총회에서 결의할 수 없음에도, 이에 위배하여 목적사항 이외의 안건을 부의하여 결의한 것은 총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령에 위반한 것으로서 결의취소사유에 해당한다고 한 예(79다19).

4298) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다45584 판결: "주주총회의 개회시각이 부득이한 사정으로 당초 소집통지된 시각보다 지연되는 경우에도 사회통념에 비추어 볼 때 정각에 출석한 주주들의 입장에서 변경된 개회시각까지 기다려 참석하는 것이 곤란하지 않을 정도라면 절차상의 하자가 되지 아니할 것이나, 그 정도를 넘어 개회시각을 사실상 부정확하게 만들고 소집통지된 시각에 출석한 주주들의 참석을 기대하기 어려워 그들의 참석권을 침해하기에 이르렀다면 주주총회의 소집절차가 현저히 불공정하다고 하지 않을 수 없다. 또한, 소집통지 및 공고가 적법하게 이루어진 이후에 당초의 소집장소에서 개회를 하여 소집장소를 변경하기로 하는 결의조차 할 수 없는 부득이한 사정이 발생한 경우, 소집권자가 대체 장소를 정한 다음 당초의 소집장소에 출석한 주주들로 하여금 변경된 장소에 모일 수 있도록 상당한 방법으로 알리고 이동에 필요한 조치를 다한 때에 한하여 적법하게 소집장소가 변경되었다고 볼 수 있을 것이다."

우[4299] 등이 있다. 주주총회 소집의 통지·공고가 행하여진 후 소집을 철회하거나 연기하기 위해서는 소집의 경우에 준하여 이사회의 결의를 거쳐 대표이사가 그 뜻을 그 소집에서와 같은 방법으로 통지·공고하여야 한다.[4300]

주식수를 기준으로 소집통지가 누락된 주식수의 합계가 총발행주식수의 50% 미만이면 결의취소 사유, 50% 이상이면 결의부존재 사유로 보고 있다.

결의방법 위반의 예로는, ① 상법 제369조 제3항에 따라 '의결권이 없는 상호주'에 대하여 의결권을 인정한 경우,[4301] ② 의결권 없는 자가 의결권을 행사하여 이를 제외하면 의결정족수에 미달하는 경우,[4302] ③ 의결권의 대리행사[4303]를 부당하게 제한한 경우,[4304]

4299) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다62362 판결: "상법 제407조 제1항에 의하면 이사선임결의의 무효나 취소 또는 이사해임의 소가 제기된 경우에는 법원은 당사자의 신청에 의하여 가처분으로써 이사의 직무집행을 정지하고, 그에 따라 직무대행자를 선임할 수 있으며, 그러한 경우 상법 제408조 제1항에 의하면 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 회사의 상무에 속하지 아니한 행위를 하지 못하나, 법원의 허가를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있는바, 여기서 회사의 상무라 함은 일반적으로 회사에서 일상 행해져야 하는 사무, 회사가 영업을 계속함에 있어서 통상 행하는 영업범위 내의 사무 또는 회사경영에 중요한 영향을 주지 않는 통상의 업무 등을 의미한다고 할 것이고, 어느 행위가 구체적으로 이 상무에 속하는가 하는 것은 당해 회사의 기구, 업무의 종류·성질, 기타 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단되어야 할 것이다. 이러한 법리에 따른다면 직무대행자가 정기주주총회를 소집함에 있어서도 그 안건에 이사회의 구성 자체를 변경하는 행위나 상법 제374조의 특별결의사항에 해당하는 행위 등 회사의 경영 및 지배에 영향을 미칠 수 있는 것이 포함되어 있다면 그 안건의 범위에서 정기총회의 소집이 상무에 속하지 않는다고 할 것이고, 직무대행자가 정기주주총회를 소집하는 행위가 상무에 속하지 아니함에도 법원의 허가 없이 이를 소집하여 결의한 때에는 소집절차상의 하자로 결의취소사유에 해당된다."

4300) ◎ **소집의 철회·연기 [부정례]** 이미 서면에 의한 우편통지의 방법으로 소집통지가 행하여진 주주총회에 대하여 주주총회 소집일로부터 불과 3일 전에 이사회가 주주총회 연기를 결정한 후 소집 통지와 같은 서면에 의한 우편통지 방법이 아니라 휴대폰 문자메시지를 발송하는 방법으로 각 주주들에게 통지하고 일간신문 및 주주총회 장소에 그 연기를 공고하였을 뿐이므로, 이러한 주주총회의 연기는 적법한 절차에 의한 것으로 볼 수 없어 위 주주총회가 적법하게 연기되었다고 할 수 없다(2007도8195). **[긍정례]** 주식회사 대표이사가 이사회결의를 거쳐 주주들에게 임시주주총회 소집통지서를 발송하였다가 다시 이를 철회하기로 하는 이사회결의를 거친 후 총회 개최장소 출입문에 총회 소집이 철회되었다는 취지의 공고문을 부착하고, 이사회에 참석하지 않은 주주들에게는 퀵서비스를 이용하여 총회 소집이 철회되었다는 내용의 소집철회통지서를 보내는 한편, 전보와 휴대전화(직접 통화 또는 메시지 녹음)로도 같은 취지의 통지를 한 경우, 임시주주총회의 소집이 적법하게 철회되었다고 볼 수 있다(2009다35033).

4301) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다31269 판결.

4302) 83도748.

4303) ◎ **의결권의 대리행사**: ❶ 주주는 의결권 행사를 포괄적으로 위임할 수 있고, 질권 등의 담보권자가 담보물인 주식에 대한 담보권실행을 위한 약정에 따라 그 재산적 가치 및 권리의 확보 목적으로 담보제공자인 주주로부터 의결권을 위임받아 그 약정에서 정한 범위 내에서 의결권을 행사하는 것이 허용되며, 주주로부터 의결권 행사를 위임받은 대리인은 그 의결권 행사의 취지에 따라 제3자에게 그 의결권의 대리행사를 재위임할 수도 있다(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다56839 판결). ❷ ① 주주의 의결권 행사를 위한 대리인 선임이 무제한적으로 허용되는 것은 아니고, 그 의결권의 대리행사로 말미암아 주주총회의 개최가 부당하게 저해되거나 혹은 회사의 이익이 부당하게 침해될 염려가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 회사는 이를 거절할 수 있다. ② '대리권을 증명하는 서면'은 위임장을 일컫는 것으로서 회사가 위임장과 함께 인감증명서, 참석장 등을 제출하도록 요구하는 것은 대리인의 자격을 보다 확실하게 확인하기 위하여 요구하는 것일 뿐, 이러한 서류 등을 지참하지 아니하였다 하더라도 주주 또는 대리인이 다른 방법으로 위임장의 진정성 내지 위임의 사실을 증명할 수 있다면 회사는 그 대리권을 부정할 수 없고, 회사가 주주 본인에 대하여 주주총회 참석장을 지참할 것을 요구하는 경우 역시 동일하다. ③ 주주의 대리인의 자격을 제한할 만한 합리적인 이유가 있는 경우에는 정관의 규정에 의하여 상당하다고 인정되는 정도의 제한을 가하는 것까지 금지하는 것은 아니므로, 대리인의 자격을

④ 정관을 위반하여 사전투표기간을 연장하고, 사전투표기간에 전체 투표수의 약 67%에 해당하는 주주들의 의결권행사와 관련하여 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 위법한 이익이 제공된 경우[4305] 등이 있다. 지연 도달된 '의결권 불통일행사'의 통지를 회사가 수용한 경우에는 그 의결권의 불통일행사를 위법하다고 볼 수 없다.[4306]

라) 함 변

주식회사의 임시주주총회가 법령 및 정관상 요구되는 이사회의 결의 및 소집절차 없이 이루어졌다 하더라도, '주주명부상의 주주 전원이 참석하여 총회를 개최하는 데 동의하고 아무런 이의 없이 만장일치로 결의'가 이루어졌다면 그 결의는 특별한 사정이 없는 한 유효하다.[4307]

마) 재량기각

결의취소의 소[4308]가 제기된 경우에 결의의 내용, 회사의 현황과 제반사정을 참작하여 그 취소가 부적당하다고 인정한 때에는 법원은 당사자의 주장이 없더라도 직권으

주주로 한정하는 취지의 주식회사의 정관 규정은 주주총회가 주주 이외의 제3자에 의하여 교란되는 것을 방지하여 회사 이익을 보호하는 취지에서 마련된 것으로서 합리적인 이유에 의한 상당한 정도의 제한이라고 볼 수 있어 무효라고 볼 수는 없다. 그런데 위와 같은 정관규정이 있다 하더라도 주주인 국가, 지방공공단체 또는 주식회사 소속의 공무원, 직원 또는 피용자 등이 그 주주를 위한 대리인으로서 의결권을 대리행사하는 것은 허용되어야 하고 이를 가리켜 정관규정에 위반한 무효의 의결권 대리행사라고 할 수는 없다. ④ 외국인 주주로부터 의결권 행사를 위임받은 상일대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 의결권 행사의 취지에 따라 제3자에게 그 의결권의 대리행사를 재위임할 수 있다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2005다22701 판결).

4304) 94다34579.

4305) 대법원 2014. 7. 11.자 2013마2397 결정.
상법 제467조의2(이익공여의 금지) ① 회사는 누구에게든지 주주의 권리 행사와 관련하여 재산상의 이익을 공여할 수 없다. ② 회사가 특정의 주주에 대하여 무상으로 재산상의 이익을 공여한 경우에는 주주의 권리행사와 관련하여 이를 공여한 것으로 추정한다. 회사가 특정의 주주에 대하여 유상으로 재산상의 이익을 공여한 경우에 있어서 회사가 얻은 이익이 공여한 이익에 비하여 현저하게 적은 때에도 또한 같다. ☛ 제1항의 '주주의 권리'란 법률과 정관에 따라 주주로서 행사할 수 있는 모든 권리를 의미하고, 주주총회에서의 의결권, 대표소송 제기권, 주주총회결의에 관한 각종 소권 등과 같은 공익권뿐만 아니라 이익배당청구권, 잔여재산분배청구권, 신주인수권 등과 같은 자익권도 포함하지만, 회사에 대한 계약상의 특수한 권리는 포함되지 아니한다. 그리고 '주주의 권리행사와 관련하여'란 주주의 권리행사에 영향을 미치기 위한 것을 의미한다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2015다68355 판결).

4306) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2005다22701 판결; "**상법 제368조의2** 제1항은 '주주가 2 이상의 의결권을 가지고 있는 때에는 이를 통일하지 아니하고 행사할 수 있다. 이 경우 회일의 3일 전에 회사에 대하여 서면으로 그 뜻과 이유를 통지하여야 한다.'고 규정하고 있는바, 여기서 3일의 기간이라 함은 **의결권의 불통일행사**가 행하여지는 경우에 회사 측에 그 불통일행사를 거부할 것인가를 판단할 수 있는 시간적 여유를 주고, 회사의 총회 사무운영에 지장을 주지 아니하도록 하기 위하여 부여된 기간으로서, 그 불통일행사의 통지는 주주총회 회일의 3일 전에 회사에 도달할 것을 요한다. 다만, 위와 같은 3일의 기간이 부여된 취지에 비추어 보면, 비록 불통일행사의 통지가 주주총회 회일의 3일 전이라는 시한보다 늦게 도착하였다고 하더라도 회사가 스스로 총회운영에 지장이 없다고 판단하여 이를 받아들이기로 하고 이에 따라 의결권의 불통일행사가 이루어진 것이라면, 그것이 주주평등의 원칙을 위반하거나 의결권 행사의 결과를 조작하기 위하여 자의적으로 이루어진 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 의결권의 불통일행사를 위법하다고 볼 수는 없다."

4307) 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다69927 판결.

4308) 결의 부존재·무효 확인의 소에는 법원의 재량기각이 인정되지 않는다.

로 재량에 의하여 그 청구를 기각할 수 있다.[4309]

바) 상법상 회사관계소송 판결의 편면적 대세효

주주총회 결의 취소의 소, 주주총회 결의 부존재 또는 무효 확인의 소 등 '편면적 대세효[4310]가 있는 상법상 회사관계소송'[4311] [4312]에 관하여 여러 사람이 공동으로 소를 제기한 경우, 이는 민사소송법 제67조(필수적 공동소송의 심리 특칙)[4313]가 적용되는 (유사) 필수적 공동소송[4314]에 해당한다.[4315]

4309) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다31269 판결; "**상법 제379조**는 주주총회결의 취소의 소가 제기된 경우에 법원이 재량에 의하여 그 청구를 기각할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 결의절차에 하자가 있는 경우 그 결의를 취소하여도 회사 또는 주주에게 이익이 되지 않거나 이미 결의가 집행되었기 때문에 결의를 취소하여도 아무런 효과가 없음에도 불구하고 이를 취소함으로써, 회사에 손해를 끼치거나 일반거래의 안전을 해치는 것을 막고 결의취소의 소의 남용을 방지하려는 취지이며, 또한 위와 같은 사정이 인정되는 경우에는 당사자의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 재량에 의하여 취소청구를 기각할 수 있다."

4310) 청구를 기각하는 판결은 그 효력이 일반원칙(기판력의 상대성의 원칙)에 따라 당사자 사이에만 미치고 제3자에게는 미치지 않지만, 청구를 인용하는 판결은 법규정에 의해 제3자에 대해 효력이 미치는 경우를 말한다.

4311) **상법 제190조 본문**은 "설립무효의 판결 또는 설립취소의 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다."라고 정하고, 그에 따라 회사 설립무효·취소의 소에서 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 위 규정은 **상법상 각종 회사관계소송에 준용**되어, 합병무효의 소(제240조), 주식교환무효의 소(제360조의14 제4항), 주식이전무효의 소(제360조의23 제4항), 주주총회결의 취소의 소(제376조 제2항), 주주총회결의 무효·부존재 확인의 소(제380조), 주주총회 부당결의 취소·변경의 소(제381조 제2항), 신주발행무효의 소(제430조), 감자무효의 소(제446조) 등에서도 청구를 인용하는 판결은 대세효를 갖는다. 편면적 대세효가 인정되는 회사관계소송은 주주총회결의, 합병, 주식교환·이전 또는 신주발행 등과 같이 회사의 단체법적 행위를 다투는 소송이다. 회사관계소송에 관한 편면적 대세효 규정은 기판력의 상대성 원칙에 대한 예외를 정한 것으로, 주주, 거래상대방 기타 이해관계인 등 회사를 둘러싼 단체법적 법률관계를 통일적으로 확정하기 위하여 판결의 효력을 제3자에게 확장한 것이다(2020다284977 전원합의체 판결의 별개의견).

4312) **주주총회 결의의 하자 소송 준용규정**; 그 외에도 상법 제376조 제2항, 제380조에 의해 주주총회결의의 취소, 무효·부존재 확인의 소에 관하여, 상법 제186조(본점소재지의 지방법원의 전속관할)·제187조(소제기의 공고)·제188조(수개의 소의 병합심리)·제191조(악의·중과실 패소원고의 회사에 대한 연대배상책임)의 규정이 준용되고, 상법 제380조에 의해 주주총회결의 무효·부존재 확인의 소에 관하여, 주주총회결의 취소의 소의 상법 제377조(회사 청구에 의한 제소주주의 담보제공의무)·제378조(결의취소의 등기)의 규정이 준용된다.

4313) **민사소송법 제67조(필수적 공동소송에 대한 특별규정)** ① 소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우에 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다. ② 제1항의 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에 대한 상대방의 소송행위는 공동소송인 모두에게 효력이 미친다. ③ 제1항의 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에게 소송절차를 중단 또는 중지하여야 할 이유가 있는 경우 그 중단 또는 중지는 모두에게 효력이 미친다.

4314) 민사소송법 제67조는 필수적 공동소송을 '소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송'이라고 정의하고, 그 심리의 특칙을 정하고 있으나, '소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 하는 경우'가 어떤 경우인지를 구체적으로 정하는 규정이 없으므로, 이는 결국 법원이 해석을 통해 판단하여야 하는데, 판례와 학설은 필수적 공동소송을 당사자들이 실체법상 권리 행사나 의무 이행을 단독으로 할 수 없어 소송을 공동으로 해야 하고 재판 결과도 합일적으로 확정되어야 하는 '**고유필수적 공동소송**'과 개별적인 소송은 가능하지만 일단 공동소송이 되면 당사자 간 재판 결과가 합일적으로 확정되어야 하는 '**유사필수적 공동소송**'으로 분류하고 있고, 편면적 대세효 있는 회사관계소송은 소송법상 합일확정이 필요한 유사필수적 공동소송에 해당한다(2020다284977 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견).

4315) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체 판결의 다수의견; "주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소로서, 상법 제380조에 의해 준용되는 상법 제190조 본문에 따라 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 이러한 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우 당사자 1인이 받은 승소판결의 효력이 다른 공동소송인에게 미치므로 공동소송인 사이에 소송법상 합일확정의 필요성이 인정되고, 상법상 회사관계소송에 관한 전속관할이나 병합심리 규정(상법 제186조, 제188조)도 당사자 간 합일확정을 전제로

편면적 대세효 있는 회사관계소송에서는 청구인낙이나 청구를 인용하는 내용을 포함하는 조정·화해를 할 수 없다.[4316]

주주총회결의의 취소, 부존재·무효 확인 판결이 나면 결의는 처음부터 무효인 것으로 되고(소급적 무효), 이로 인한 불합리는 민·상법상의 제3자 보호규정에 의하여 개별적으로 구제된다.[4317]

하는 점 및 당사자의 의사와 소송경제 등을 함께 고려하면, 이는 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다." ☛ 상법은 편면적 대세효 있는 회사관계소송은 회사의 본점소재지를 관할하는 지방법원의 전속관할에 속하고, 같은 내용의 소가 여러 개 제기된 경우 법원이 병합심리하여야 한다고 규정하고(상법 제186조, 제188조), 이는 편면적 대세효 있는 회사관계소송에 모두 준용되는데, 같은 사안에 관하여 같은 법원에 제기된 모든 소송을 병합하여 통일적인 판결을 하도록 하려는 것으로서 편면적 대세효 있는 회사관계소송의 재판 결과가 합일적으로 확정될 것을 전제로 한 것이다(다수의견에 대한 보충의견).

4316) 2020다284977 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견: "편면적 대세효 있는 회사관계소송에서는 청구인낙이나 청구를 인용하는 내용을 포함하는 조정, 화해는 불가능하다. 청구를 포기하거나 패소판결에 대해 상소하지 않고자 하는, 즉 승소 의사가 없는 당사자는 소를 취하하여 소송에서 벗어날 수 있다(유사필수적 공동소송에서 소 취하에 다른 공동소송인의 동의는 필요 없다. 2011두13729 판결 등 참조). 나아가 패소한 원고들 중 일부만 상소한 경우 모든 원고들에 대한 판결 확정이 차단되고 상소심에 이심된다고 하더라도(원고들이 승소한 경우 피고가 일부 원고들에 대해 항소하지 않는 경우는 사실상 상정하기 어렵다), 상소하지 않고 상소심에서 소송수행의사가 없는 원고들은 다른 공동소송인의 소송수행 결과에 따라 제1심판결이 유리하게 변경될 가능성만 있을 뿐 소송을 수행할 의무를 부담하거나 상소심의 소송비용을 부담하여야 하는 것도 아니고, 위와 같이 소를 취하할 수 있다. … 유사필수적 공동소송의 당사자 일부만이 상소한 경우 상소하지 않은 공동소송인도 상소심의 당사자로 취급하여야 한다." ☛ ❶ 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다28047 판결; "주주총회결의의 부존재·무효를 확인하거나 결의를 취소하는 판결이 확정되면 당사자 이외의 제3자에게도 그 효력이 미쳐 제3자도 이를 다툴 수 없게 되므로, 주주총회결의의 하자를 다투는 소에 있어서 청구의 인낙이나 그 결의의 부존재·무효를 확인하는 내용의 화해·조정은 할 수 없고, 가사 이러한 내용의 청구인낙 또는 화해·조정이 이루어졌다 하여도 그 인낙조서나 화해·조정조서는 효력이 없는바" ❷ 대법원 1993. 5. 27. 선고 92누14908 판결; "청구의 인낙은 당사자의 자유로운 처분이 허용되는 권리에 관하여만 허용되는 것으로서 회사법상의 주주총회결의의 하자를 다투는 소나 회사합병무효의 소 등에 있어서는 인정되지 아니하므로, 이와 같이 법률상 인정되지 아니하는 권리관계를 대상으로 하는 청구인낙은 그 효력이 없다."

4317) ○ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2002다19797 판결; "이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정된 경우 그 결의에 의하여 이사로 선임된 이사들에 의하여 구성된 이사회에서 선정된 대표이사는 소급하여 그 자격을 상실하고, 그 대표이사가 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되기 전에 한 행위는 대표권이 없는 자가 한 행위로서 무효가 된다. 원심이 … 이사 선임의 주주총회결의의 취소판결에도 불구하고 그 효력이 소급하지 않는다고 한 것은 주주총회결의 취소판결의 소급효에 관하여 법리를 오해한 잘못이 있다. … 그러나 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되어 그 결의가 소급하여 무효가 된다고 하더라도 그 선임 결의가 취소되는 대표이사와 거래한 상대방은 상법 제39조의 적용 내지 유추적용에 의하여 보호될 수 있으며, 주식회사의 법인등기의 경우 회사는 대표자를 통하여 등기를 신청하지만 등기신청권자는 회사 자체이므로 취소되는 주주총회결의에 의하여 이사로 선임된 대표이사가 마친 이사 선임 등기는 상법 제39조의 부실등기에 해당된다."

○ 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다2996 판결; "상법 제190조는 '설립무효의 판결 또는 설립취소의 판결은 제3자에 대하여도 그 효력이 있다. 그러나 판결확정 전에 생긴 회사와 사원 및 제3자간의 권리의무에 영향을 미치지 아니한다.'고 규정하고 있는데, 상법 제380조는 '제186조 내지 제188조, 제190조 본문, 제191조, 제377조와 제378조의 규정은 총회의 결의의 내용이 법령에 위반한 것을 이유로 하여 결의무효의 확인을 청구하는 소와 총회의 소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 있는 것을 이유로 하여 결의부존재의 확인을 청구하는 소에 이를 준용한다.'고 규정하여 구 상법(1995. 12. 29. 법률 제5053호로 개정되기 전의 것) 제380조와는 달리 주주총회결의 부존재확인 판결에 이른바 판결의 불소급효를 규정하고 있는 상법 제190조 단서를 준용하고 있지 않다. 따라서 상법 제190조 단서를 준용하여 주주총회결의 부존재확인 판결의 효력을 제한할 수는 없는 것이고, 그 결과 발생하는 제3자 보호의 문제는 상법이나 민법상의 선의의 제3자 보호규정 등에 의하여 개별적으로 해결하여야 할 것이다."

부존재 또는 무효의 주주총회결의가 '사후에 추인'하는 결의를 통하여 소급적으로 유효하게 될 수는 없다.[4318]

2) 주주총회결의 무효확인 소송

가) 요건사실

주주총회결의 무효확인 소송의 청구원인 요건사실은, ① '주주총회가 소집되고 개최되어 주주총회 결의가 이루어진 사실', ② '주주총회 결의에 무효사유(= 총회의 결의의 내용이 법령에 위반한 것)가 있는 사실'이다(상법 제380조).[4319]

주주총회결의 무효확인의 소는 그 법적 성질이 확인의 소에 속한다.[4320]

법률상 부존재로 볼 수밖에 없는 총회결의에 대하여 무효확인을 청구하는 경우 이는 '부존재확인의 의미로 무효확인'을 청구하는 취지로 보고 판단할 수 있다.[4321]

나) 소송요건

(1) 소의 이익

제소권자·제소기간에 아무런 제한이 없으므로 누구든지 소의 이익이 있으면 소를 제기 할 수 있다.[4322] 어느 종류 주주에게 손해를 미치는 정관변경에 있어서 종류주

4318) 무효행위를 추인한 때에는 달리 소급효를 인정하는 법률규정이 없는 한 새로운 법률행위를 한 것으로 보아야 하고, 이는 무효인 결의를 사후에 적법하게 추인하는 경우에도 마찬가지이기 때문이다(2009다35033).

4319) **상법 제380조(결의무효 및 부존재확인의 소)** 제186조 내지 제188조, 제190조 본문, 제191조, 제377조와 제378조의 규정은 총회의 결의의 내용이 법령에 위반한 것을 이유로 하여 결의무효의 확인을 청구하는 소와 총회의 소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 있는 것을 이유로 하여 결의부존재의 확인을 청구하는 소에 이를 준용한다.

4320) 따라서 주주총회결의의 효력이 그 회사 아닌 제3자 사이의 소송에 있어 '선결문제'로 된 경우, 당사자는 언제든지 당해 소송에서 그 주주총회결의가 처음부터 무효 또는 부존재한다고 주장하면서 다툴 수 있고, 반드시 먼저 회사를 상대로 주주총회의 효력을 직접 다투는 소송을 제기하여야 하는 것은 아니다(2009다35033).

4321) 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1810 전원합의체 판결: "회사의 총회결의에 대한 부존재확인청구나 무효확인청구는 모두 법률상 유효한 결의의 효과가 현재 존재하지 아니함을 확인받고자 하는 점에서 동일한 것이므로 법률상 부존재로 볼 수 밖에 없는 총회결의에 대하여 원고들이 그 결의의 무효확인을 청구하고 있다고 하여도 이는 부존재확인의 의미로 무효확인을 청구하는 취지라고 풀이함이 타당하다. … 위 사원총회는 적법한 소집권자에 의하여 소집되지 아니하였을 뿐 아니라 정당한 사원이 아닌 자들이 모여서 개최한 집회에 불과하여 법률상 피고 회사의 사원총회나 그 결의가 존재한다고 볼 수 없는 것이나 원심은 이 사건 무효확인청구를 부존재확인청구의 의미로 해석하여 이를 받아들였음이 명백하므로 이는 정당하며, 부존재확인청구로 나오지 않는 한 이 사건 무효확인청구는 부적법한 것으로서 각하되어야 한다는 논지는 이유 없다."

4322) ❶ 주주로부터 기명주식을 양도받은 자라 하더라도 주주명부에 명의개서를 하지 아니하여 그 양도를 회사에 대항할 수 없는 이상 그 주주에 대한 채권자에 불과하고, 또한 재권판결 이전에 주식을 선의취득한 자는 재권판결에 하자가 있다 하더라도 재권판결에 대한 불복의 소에 의하여 그 재권판결이 취소되지 않는 한 회사에 대하여 적법한 주주로서의 권한을 행사할 수 없으므로 회사의 주주로서 주주총회 및 이사회결의 무효확인을 소구할 이익이 없다(90다6774). ❷ 주식회사에 대하여 법원의 해산판결이 선고·확정되어 해산등기가 마쳐졌고 아울러 법원이 적법하게 청산인을 선임하여 그 등기까지 마쳐진 경우, 해산 당시 이사가 설사 해산판결 선고 이전에 부적법하게 해임된 바 있어 주주총회의 이사해임 결의가 무효라 하더라도, 그 이사 겸 주주로서는 해산판결 전에 이루어진 회사의 주주총회 결의나 이사회 결의의 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다(91다22131). ❸ 주식회사가 해산되었다 하더라도 해산 당시의 이사 또는 주주가 해산 전에 이루어진 주주총회 결의의 무효

주 총회의 미결의가 전체 주주 총회의 정관변경 결의 자체의 하자는 아니므로, '주주총회 결의의 불발효 확인'이 아니라 '정관변경의 무효확인'을 청구하면 된다.[4323]

(2) 피고적격

피고적격은 회사만이 가진다.[4324]

다) 무효사유

'1주 1의결권의 원칙'에 반하여 의결권을 제한하는 주주총회 결의,[4325] '퇴임이

확인을 구하는 청구에는 청산인선임결의의 무효를 다투는 청구가 포함되어 있을 수 있고, 이 경우 그 중요 쟁점은 회사의 청산인이 될 지위에 관한 것이므로 항상 소의 이익이 없다고 단정할 수 없다(91다22131). 그 외, '주주총회 결의 취소' 및 '부존재 확인'의 소의 '소의 이익' 부분 참조.

4323) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2004다44575 판결; "**상법 제435조 제1항**은 '회사가 수종의 주식을 발행한 경우에 정관을 변경함으로써 어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 될 때에는 주주총회의 결의 외에 그 종류의 주주의 총회의 결의가 있어야 한다.'고 규정하고 있는바, 위 규정의 취지는 주식회사가 보통주 이외의 수종의 주식을 발행하고 있는 경우에 보통주를 가진 다수의 주주들이 일방적으로 어느 종류의 주식을 가진 소수주주들에게 손해를 미치는 내용으로 정관을 변경할 수 있게 할 경우에 그 종류의 주식을 가진 소수주주들이 부당한 불이익을 받게 되는 결과를 방지하기 위한 것이므로, 여기서의 '어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 될 때'라 함에는, 어느 종류의 주주에게 직접적으로 불이익을 가져오는 경우는 물론이고, 외견상 형식적으로는 평등한 것이라고 하더라도 실질적으로는 불이익한 결과를 가져오는 경우도 포함되며, 나아가 어느 종류의 주주의 지위가 정관의 변경에 따라 유리한 면이 있으면서 불이익한 면을 수반하는 경우도 이에 해당된다고 할 것이다. … 상법 제435조 제1항의 문언에 비추어 보면, 어느 종류 주주에게 손해를 미치는 내용으로 정관을 변경함에 있어서 그 정관변경에 관한 주주총회의 결의 외에 추가로 요구되는 종류주주총회의 결의는 정관변경이라는 법률효과가 발생하기 위한 하나의 특별요건이라고 할 것이므로, 그와 같은 내용의 정관변경에 관하여 종류주주총회의 결의가 아직 이루어지지 않았다면 그러한 정관변경의 효력이 아직 발생하지 않는 데에 그칠 뿐이고, 그러한 정관변경을 결의한 주주총회결의 자체의 효력에는 아무런 하자가 없다고 할 것이다. … 그러나 정관의 변경결의의 내용이 어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 될 때에 해당하는지 여부에 관하여 다툼이 있는 관계로 회사가 종류주주총회의 개최를 명시적으로 거부하고 있는 경우에, 그 종류의 주주가 회사를 상대로 일반 민사소송상의 확인의 소를 제기함에 있어서는, 정관변경에 필요한 특별요건이 구비되지 않았음을 이유로 하여 정면으로 그 정관변경이 무효라는 확인을 구하면 족한 것이지, 그 정관변경을 내용으로 하는 주주총회결의 자체가 아직 효력을 발생하지 않고 있는 상태(이른바 불발효 상태)라는 관념을 애써 만들어서 그 주주총회결의가 그러한 '불발효 상태'에 있다는 것의 확인을 구할 필요는 없다. … 원고는, 원심 판시 제2 정관변경의 효력이 아직 발생하지 않았다는 의미에서 제2 정관변경이 무효라는 확인을 구함과 아울러, 제2 정관변경을 내용으로 하는 주주총회결의의 효력이 불발효 상태라는 확인도 그 순위를 정하지 아니한 채 선택적으로 병합하여 구하고 있는바, 주주총회결의의 효력이 발생하지 아니하면 그 결의가 내용으로 하고 있는 제2 정관변경도 효력을 발생하지 않게 될 것이므로 이른바 주주총회결의 불발효확인 청구란 정관변경 무효확인 청구와 그 실질적인 내용에 있어서는 차이가 없거나 도리어 그보다 약한 효력을 내용으로 하는 청구라고 볼 수 있고, 이 사건의 실질적인 쟁점은 원심 판시 제2 정관변경이 종류주주총회의 결의를 요하는 것인지 여부라고 할 것인데, 원심이 제2 정관변경은 종류주주총회의 결의를 요한다고 판단하여 전자의 주주총회결의 불발효확인 청구를 인용하였고 이에 대하여 원고는 불복하지 아니하고 피고만이 불복·상고하고 있는 이상 앞서 본 바와 같은 법리오해를 이유로 삼아 피고의 상고를 받아들일 수는 없는 것이다."

4324) 회사의 이사선임 결의가 무효 또는 부존재임을 주장하여 그 결의의 무효 또는 부존재확인을 구하는 소송에서 회사를 대표할 자는 현재 대표이사로 등기되어 그 직무를 행하는 자이고, 그 대표이사가 무효 또는 부존재확인 청구의 대상이 된 결의에 의하여 선임된 이사라고 할지라도 그 소송에서 회사를 대표할 수 있는 자임에는 변함이 없으나, 대표이사에 대해 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분이 된 경우에는 그 가처분에 특별한 정함이 없는 한 직무대행자가 회사를 대표하여 소송을 수행하여야 한다(82다카1810, 95다31348).

4325) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다51820 판결; "상법 제369조 제1항에서 주식회사의 주주는 1주마다 1개의 의결권을 가진다고 하는 1주 1의결권의 원칙을 규정하고 있는바, 위 규정은 강행규정이므로 법률에서 위 원칙에 대한 예외를 인정하는 경우를 제외하고, 정관의 규정이나 주주총회의 결의 등으로 위 원칙에 반하여 의결권

사'에 대한 해임결의[4326]는 그 효력이 없다.

3) 주주총회결의 부존재확인 소송

가) 요건사실

주주총회결의 부존재확인 소송의 청구원인 요건사실은, '표현결의'(총회의 개최와 결의는 존재하나 형식상의 하자가 중대하여 법률적으로 부존재하는 것으로 평가되는 결의)의 경우 ① '주주총회가 소집되고 개최되어 총회 결의가 이루어진 사실', ② '총회의 소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 있는 사실'이다(상법 제380조). '비결의'(결의 자체가 없었음에도 의사록만 작성되는 등 외형상의 징표만 있는 것)의 경우,[4327] 일반적인 소극적 확인의 소처럼 원고가 청구를 특정하여 주주총회결의의 존재를 부정하면, 피고 회사가 주주총회결의의 존재를 주장·증명[4328]하여야 한다. 주주총회 자체가 소집된 바 없을 뿐만 아니라 결의서 등 그 결의의 존재를 인정할 아무런 외관적인 징표도 찾아볼 수 없는 경우(이른바 '무결의'), 주주총회결의부존재확인의 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다.[4329]

을 제한하더라도 그 효력이 없다. 그런데 상법 제409조 제2항· 제3항은 '주주'가 일정 비율을 초과하여 소유하는 주식에 관하여 감사의 선임에 있어서 그 의결권을 제한하고 … 있을 뿐이므로, '최대주주가 아닌 주주와 그 특수관계인 등'에 대하여도 일정 비율을 초과하여 소유하는 주식에 관하여 감사의 선임 및 해임에 있어서 의결권을 제한하는 내용의 정관 규정이나 주주총회 결의 등은 무효라고 보아야 한다." ☜ 주주의 의결권을 부당하게 제한하여 무효인 정관조항에 따라 원고 및 그 특수관계인 등의 의결권을 제한한 피고 주주총회의 감사선임결의는 '결의방법에 법령에 위반'한 하자가 있는 경우에 해당한다고 보아 그 취소를 구하는 원고의 청구를 인용한 예.

4326) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2020다285406 판결.

4327) 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다13982 판결; "상법 제190조의 규정이 준용되는 같은 법 제380조 소정의 결의부존재확인 청구의 소에 있어서의 결의부존재라 함은 외형상 당해 회사의 주주총회로서 소집, 개최되어 결의가 성립하였으나 그 소집절차나 결의방법에 중대한 하자가 있어 법률상 결의의 부존재로 볼 수밖에 없는 경우만을 가리키고, 전혀 주주총회를 소집, 개최함이 없이 주주총회의사록만 작성하였거나 또는 외형상 당해 회사의 주주총회로 볼 수 없는 회의를 개최하여 의사록을 작성한 경우와 같이 외형상 당해 회사의 주주총회의 결의의 존재를 인정하기 어려운 경우는 여기에 해당하지 않는다고 보아야 할 것인바, 다만 후자의 경우에도 의사록을 작성하는 등 주주총회결의의 외관을 현출시킨 자가 회사의 과반수 주식을 보유하거나 또는 과반수의 주식을 보유하지 않더라도 사실상 회사의 운영을 지배하는 주주인 경우와 같이 주주총회결의의 외관 현출에 회사가 관련된 것으로 보아야 할 경우에는 전자의 경우에 준하여 회사의 책임을 인정할 여지가 있을 것이다."

4328) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193 판결; "주주총회결의 자체가 있었는지 및 그 결의에 이를 부존재로 볼 만한 중대한 하자가 있는지 등 주주총회결의의 존부에 관하여 다툼이 있는 경우 주주총회결의 자체가 있었다는 점에 관해서는 회사가 증명책임을 부담하고 그 결의에 이를 부존재로 볼 만한 중대한 하자가 있다는 점에 관해서는 주주가 증명책임을 부담하는 것이 타당하다."

4329) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2018다261322 판결; "주주총회 결의 부존재확인의 소에서 확인의 이익은 주주총회 결의의 존재나 외관으로 인하여 회사를 둘러싼 현재의 권리 또는 법률관계에 장애가 생겨 그 부존재의 확인을 구함으로써 그 존재나 외관을 제거할 필요가 있는 경우 인정될 수 있다. 또한 확인의 소에서 확인의 이익이 있는지 여부는 직권조사사항이므로 당사자의 주장 여부에 관계없이 법원이 직권으로 판단하여야 한다. … 원고는 … 진정한 주주인 자신을 배제한 채 정관변경을 결의하였음을 이유로 부존재확인을 구하고 있다. … '감사 선임의 건'에 관한 사항을 결의하였을 뿐 정관변경은 결의 대상이 아니었고, 주주총회 의사록에도 정관변경에 관한 결의가 기재되어 있지 않음을 알 수 있다. … 원고가 부존재확인을 구하는 … 결의는 그 존재를 인정할 외관적 징표를 찾아볼 수 없는 등 그 결의의 존재나 외관으로 인하여 회사를 둘러싼 현재의 권리 또는 법률관계

주주총회결의 부존재확인의 소는 그 법적 성질이 확인의 소에 속한다.[4330]

주주가 회사에 주주총회결의 부존재확인의 소를 제기하면서 '가처분'으로 그 결의 자체의 집행 또는 효력정지를 구할 수 있을 뿐, 회사 또는 제3자의 별도의 거래행위에 직접적으로 개입하여 이를 금지할 권리는 없다.[4331]

나) 소의 이익

제소권자·제소기간에 아무런 제한이 없으므로 누구든지 소의 이익이 있으면 소를 제기할 수 있다.[4332] 피고적격은 회사만 갖는다.

다) 부존재사유

판례상 구체적 예로는, ① 주주총회를 소집할 권한이 없는 자가 이사회의 주주총회 소집결정도 없이 소집한 경우,[4333] ② 소수주주에 의한 법원의 총회소집허가결정

에 장애를 초래한다는 사정을 찾아보기 어려운 이상 그 결의의 부존재 확인을 구할 확인의 이익이 없다." ☛ [동일 취지] 92다32876.

4330) 대법원 1992. 8. 18. 선고 91다39924 판결: "원래 상법 제380조에 규정된 주주총회결의부존재확인의 소는 그 법적 성질이 확인의 소에 속하고 그 부존재확인판결도 확인판결이라고 보아야 할 것이어서, 설립무효의 판결 또는 설립취소의 판결과 같은 형성판결에 적용되는 상법 제190조의 규정을 주주총회부존재확인판결에도 준용하는 것이 타당한 것인지의 여부가 이론상 문제될 수 있으나, 그럼에도 불구하고 상법 제380조가 제190조의 규정을 준용하고 있는 것은, 제380조 소정의 주주총회결의부존재확인의 소도 이를 회사법상의 소로 취급하여 그 판결에 대세적 효력을 부여하되, … 회사에 관한 법률관계에 법적 안정성을 보장하여 주려는 법정책적인 판단의 결과"

4331) 피신청인 회사의 주주인 재항고인이 피신청인과 제3채무자 간 영업양도에 관한 주주총회특별결의의 부존재확인청구권을 피보전권리로 하여, 피신청인에 대하여는 건물에 관한 일반 분양의 금지를, 제3채무자에 대하여는 피신청인의 신청에 따라 위 분양과 관련된 모든 변경절차를 취하는 것의 금지를 구한 가처분신청을 기각한 예(2000마7839).

4332) ❶ 회사의 소유와 경영을 양도한 지배주주 및 그와 함께 회사경영에서 완전히 물러난 이사·감사가 총회결의의 부존재확인을 구하는 것은 신의성실의 원칙에 반하는 제소로서 부적법하다(87다카113, 91다45141). ❷ 이사나 대표이사가 사임하여 퇴임하였다 하더라도 그 퇴임에 의하여 법률 또는 정관 소정의 이사의 원수를 결하게 됨으로써 적법하게 선임된 이사가 취임할 때까지 여전히 이사로서의 권리의무를 보유하는 경우에는 이사로서 그 후임이사를 선임한 주주총회결의나 이사회결의의 하자를 주장하여 부존재확인을 구할 법률상의 이익이 있다(91다45141). ❸ 주식회사의 채권자는 그 주주총회의 결의가 그 채권자의 권리 또는 법적 지위를 구체적으로 침해하고 또 직접적으로 이에 영향을 미치는 경우에 한하여 주주총회결의의 부존재확인을 구할 이익이 있으므로, 주식회사의 채권자는 부존재확인을 구하는 피고 회사의 주주총회결의나 이사회의 결의에 의하여 직접적이고 구체적으로 어떠한 침해를 받았음을 주장·증명하여야 한다(91다45141). ❶ 피고 회사의 주주인 원고들이 제기한 주주총회결의 부존재 확인소송 소송 계속 중에 피고 회사와 소외 회사의 주식교환에 따라 소외 회사가 피고 회사의 완전모회사가 되고 원고들은 소외 회사의 주주가 된 경우, 피고 회사의 주주총회결의가 부존재하는 것으로 확인이 되어 그 총회결의에 근거한 배당액이 모두 피고에게 반환됨으로써 피고의 완전모회사인 소외 회사에 이익이 된다고 하더라도, 이로 인하여 소외 회사의 주주인 원고들이 갖는 이익은 사실상, 경제상의 것에 불과하므로, 원고들은 위 주주총회결의 부존재의 확인을 구할 이익이 없다(2015다66397). 그 외, '주주총회 결의 취소' 및 '무효 확인'의 소의 '소의 이익' 부분 참조.

4333) ❶ 대법원 2022. 11. 10. 선고 2021다271282 판결: 특정재산범죄의 유죄판결 확정으로 퇴임(대표)이사로서의 권리의무를 상실한 소외 1이 퇴임이사인 소외 2와 함께 이사회결의를 하고 주주총회를 소집한 사안에서, 이사회결의는 소외 2만 출석하여 이사 과반수의 출석이 이루어지지 않은 상태에서 이루어진 것이므로 의사정족수를 충족하지 못하여 무효이고, 주주총회는 적법한 소집권한이 없는 소외 1이 이사회의 유효한 주주총회 소집 결의도 없이 소집한 주주총회에 해당하므로 그 총회에서의 결의는 법률상 존재하지 않는다고 보아야 한다고 한

이후 상당한 기간이 경과하여 소집권한이 소멸된 상태에서 소집된 주주총회의 결의,[4334] ③ 전체 발행주식의 68%를 소유하고 있던 주주들에게 소집통지를 하지 아니함에 따라 그들이 참석하지 아니한 가운데 나머지 일부 주주들만으로 개최한 임시주주총회에서 결의한 경우,[4335] ④ 소집통지한 일시, 장소에서의 주주총회가 산회된 후, 같은 날 다른 시각에 다른 장소에서 과반수를 훨씬 넘는 일부주주들만이 모여서 주주총회결의를 한 경우,[4336] ⑤ 제1결의가 부존재로 된 이상 제1결의에 기하여 선임된 대표이사는 적법한 주주총회의 소집권자가 될 수 없어 그에 의하여 소집된 주주총회에서 이루어진 제2결의 역시 법률상 결의부존재라고 본 예,[4337] ⑥ 실제의 소집절차와 결의절차를 거치지 아니한 채 주주총회의 결의가 있었던 것처럼 주주총회 의사록이 지배주주에 의하여 허위로 작성된 경우[4338] 등이 있다.

예. ❷ 2010다13541; 임기만료로 퇴임한 이사 甲이 소집한 이사회에 甲과 임기만료로 퇴임한 이사 乙 및 이사 丙이 참석하여 丁을 대표이사에서 해임하고 甲을 대표이사로 선임하는 결의를 한 다음, 甲이 곧바로 소집한 주주총회에 甲, 乙, 丙이 주주로 참석하여 丁을 이사에서 해임하고 甲과 戊를 이사로 선임하는 결의를 한 사안에서, 위 이사회결의는 소집권한 없는 자가 소집하였을 뿐 아니라 이사가 아닌 자를 제외하면 이사 1인만 참석하여 이루어진 것이 되어 정관에 정한 소집절차 및 의결정족수에 위배되어 무효이고, 위 주주총회결의는 소집권한 없는 자가 이사회의 소집결정 없이 소집한 주주총회에서 이루어진 것으로 그 하자가 중대하여 법률상 존재하지 않는다고 보아야 한다고 한 사례. ❸ 주주총회의 소집을 일부 주주에게만 구두로 소집통지를 하였고, 그 총회 소집이 이사회에서 결정된 것이 아니며, 소집통지가 권한 있는 자에 의한 것이 아닌 경우(72다2611)도 마찬가지다.

4334) 대법원 2018. 3. 15. 선고 2016다275679 판결; "법원은 상법 제366조 제2항에 따라 총회의 소집을 구하는 소수주주에게 회의의 목적사항을 정하여 이를 허가할 수 있다. 이때 법원이 총회의 소집기간을 구체적으로 정하지 않은 경우에도 소집허가를 받은 주주는 소집의 목적에 비추어 상당한 기간 내에 총회를 소집하여야 한다. 소수주주에게 총회의 소집권한이 부여되는 경우, 총회에서 결의할 사항은 이미 정해진 상태이고, 일정기간이 경과하면 소집허가결정의 기초가 되었던 사정에 변경이 생길 수 있기 때문이다. 소수주주가 아무런 시간적 제약 없이 총회를 소집할 수 있다고 보는 것은, 이사회 이외에 소수주주가 총회의 소집권한을 가진다는 예외적인 사정이 장기간 계속되는 상태를 허용하는 것이 되고, 이사회는 소수주주가 소집청구를 한 경우 지체 없이 소집절차를 밟아야 하는 것에 비해 균형을 상실하는 것이 된다. 따라서 총회소집허가결정일로부터 상당한 기간이 경과하도록 총회가 소집되지 않았다면, 소집허가결정에 따른 소집권한은 특별한 사정이 없는 한 소멸한다. 소집허가결정으로부터 상당한 기간이 경과하였는지 여부는 총회소집의 목적과 소집허가결정이 내려진 경위, 소집허가결정과 총회소집 시점 사이의 기간, 소집허가결정의 기초가 된 사정의 변경 여부, 뒤늦게 총회가 소집된 경위와 이유 등을 고려하여 판단하여야 한다." ☜ 법원의 주주총회소집 허가 결정 후 7년이 지나 소집된 주주총회는 소집허가결정에 따른 소집권한이 소멸된 상태에서 소집권한이 없는 자들에 의해 소집된 것으로서 그 결의는 부존재한다고 판단한 예.

4335) 92다40952. ☛ 주주 모두에게 적법한 소집통지를 하지 아니하였고 주주 아닌 사람이 주주로 참석하여 의결한 경우(97다20649), 70% 주주에 대해 소집통지가 이루어지지 않은 경우(대법원 2024. 6. 13. 선고 2018다261322 판결)도 마찬가지이다. 위 2018다261322 등은, 일반론으로 "대부분의 주주에게 소집통지를 발송하지 아니하고 개최된 주주총회는 특별한 사정이 없는 한 그 성립과정의 하자가 너무나도 중대하여 사회통념상 총회 자체의 성립이 인정되기 어렵다."라고 판시하고 있다.

4336) 대법원 1993. 10. 12. 선고 92다28235 판결.

4337) 92다28235.

4338) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다73020 판결; "주식회사에 있어서 총 주식을 한 사람이 소유한 이른바 '1인 회사'의 경우 그 주주가 유일한 주주로서 주주총회에 출석하면 전원 총회로서 성립하고 그 주주의 의사대로 결의가 될 것임이 명백하므로 따로 총회소집절차가 필요 없으며, 실제로 총회를 개최한 사실이 없었다 하더라도 그 1인 주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회 의사록이 작성되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있고, 이 점은 한 사람이 다른 사람의 명의를 빌려 주주로 등재하였으나

바. 이 사

1) 이사·감사 지위의 취득과 상실

가) 이사·감사 지위 취득의 요건

주식회사의 이사·감사의 지위를 취득하기 위한 요건으로는, ① '주주총회의 선임결의'가 있고 ② '피선임자의 승낙'만 있으면 되고,[4339] 피선임자와 대표이사 간 별도의 '임용계약' 체결은 필요치 않다.[4340]

나) 대표이사·이사·감사 지위의 상실

이사·감사는 임기[4341] 만료(직무집행 정지 가처분이 임기 진행에 영향을 주지는 않는다),[4342]

총 주식을 실질적으로 그 한 사람이 모두 소유한 경우에도 마찬가지라고 할 수 있을 것이나, 이와 달리 주식의 소유가 실질적으로 분산되어 있는 경우에는 상법상의 원칙으로 돌아가 실제의 소집절차와 결의절차를 거치지 아니한 채 주주총회의 결의가 있었던 것처럼 주주총회 의사록을 허위로 작성한 것이라면 설사 1인이 총 주식의 대다수를 가지고 있고 그 지배주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회 의사록이 작성되어 있다 하더라도 도저히 그 결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도로 중대한 하자가 있는 때에 해당하여 그 주주총회의 결의는 부존재하다고 보아야 할 것이다."

4339) 상**법 제382조(이사의 선임, 회사와의 관계 및 사외이사)** ① 이사는 주주총회에서 선임한다. ② 회사와 이사의 관계는 「민법」의 위임에 관한 규정을 준용한다. **cf. 제296조(발기설립의 경우의 임원선임)** ① 전조의 규정에 의한 납입과 현물출자의 이행이 완료된 때에는 발기인은 지체 없이 의결권의 과반수로 이사와 감사를 선임하여야 한다. ② 발기인의 의결권은 그 인수주식의 1주에 대하여 1개로 한다. **제312조(임원의 선임)** 창립총회에서는 이사와 감사를 선임하여야 한다.

제409조(선임) ① 감사는 주주총회에서 선임한다. ② 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식의 총수의 100분의 3(정관에서 더 낮은 주식 보유비율을 정할 수 있으며, 정관에서 더 낮은 주식 보유비율을 정한 경우에는 그 비율로 한다)을 초과하는 수의 주식을 가진 주주는 그 초과하는 주식에 관하여 제1항의 감사의 선임에 있어서는 의결권을 행사하지 못한다. ③ 회사가 제368조의4제1항에 따라 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있도록 한 경우에는 제368조제1항에도 불구하고 출석한 주주의 의결권의 과반수로써 제1항에 따른 감사의 선임을 결의할 수 있다. ④ 제1항, 제296조제1항 및 제312조에도 불구하고 자본금의 총액이 10억원 미만인 회사의 경우에는 감사를 선임하지 아니할 수 있다. ⑤ 제4항에 따라 감사를 선임하지 아니한 회사가 이사에 대하여 또는 이사가 그 회사에 대하여 소를 제기하는 경우에 회사, 이사 또는 이해관계인은 법원에 회사를 대표할 자를 선임하여 줄 것을 신청하여야 한다. ⑥ 제4항에 따라 감사를 선임하지 아니한 경우에는 제412조, 제412조의2 및 제412조의5제1항·제2항 중 "감사"는 각각 "주주총회"로 본다.

제542조의5(이사·감사의 선임방법) 상장회사가 주주총회에서 이사 또는 감사를 선임하려는 경우에는 제542조의4제2항에 따라 통지하거나 공고한 후보자 중에서 선임하여야 한다.

4340) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결.

4341) 상**법 제383조(원수, 임기)** ① 이사는 3명 이상이어야 한다. 다만, 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 1명 또는 2명으로 할 수 있다. ② 이사의 임기는 3년을 초과하지 못한다. ③ 제2항의 임기는 정관으로 그 임기 중의 최종의 결산기에 관한 정기주주총회의 종결에 이르기까지 연장할 수 있다. ☛ 제3항의 이사 임기 연장 규정은 이사의 임기가 최종 결산기의 말일과 당해 결산기에 관한 정기주주총회 사이에 만료되는 경우에 정관으로 그 임기를 정기주주총회 종결일까지 연장할 수 있도록 허용하는 규정이다(2010다13541).

제410조(임기) 감사의 임기는 취임 후 3년 내의 최종의 결산기에 관한 정기총회의 종결 시까지로 한다.

4342) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결; "주식회사의 이사나 감사를 피신청인으로 하여 그 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 가처분이 있는 경우 가처분결정은 이사 등의 직무집행을 정지시킬 뿐 이사 등의 지위나 자격을 박탈하는 것이 아니므로, 특별한 사정이 없는 한 가처분결정으로 인하여 이사 등의 임기가 당연히 정지되거나 가처분결정이 존속하는 기간만큼 연장된다고 할 수 없다. 나아가 위와 같은 가처분결정은 성질상 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에 대해서도 효력이 미치지만, 이는 어디까지나 직무집행행위의 효력을 제한하는 것일 뿐이므로, 이사 등의 임기 진행에 영향을 주는 것은 아니다."

사임(사임의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 없는 한, '사임 의사표시 도달 시' 퇴임등기와 무관하게 지위를 상실하고, 그 후에는 마음대로 철회할 수 없다),[4343] 해임, 가중처벌되는 특정재산범죄의 유죄판결 확정[4344] 등으로 그 지위를 상실한다.

결원의 경우, 임기 만료 또는 사임으로 퇴임한 이사·감사는 후임 이사·감사가 취임할 때까지 이사·감사의 권리의무를 갖는다(이 경우 퇴임등기 기간의 기산점은 '후임이사의 취임일'이고, 그 전에는 퇴임등기만을 따로 신청할 수 없다).[4345]

4343) ❶ 주식회사와 이사의 관계는 위임에 관한 규정이 준용되므로, 이사는 언제든지 사임할 수 있다. 사임은 상대방 있는 단독행위로서 그 의사표시가 상대방에게 도달함과 동시에 효력이 발생하므로 그에 따른 등기가 마쳐지지 아니한 경우에도 이로써 이사의 지위를 상실하고(대법원 2013. 9. 9.자 2013마1273 결정), 그 의사표시가 효력을 발생한 후에는 마음대로 이를 철회할 수 없음이 원칙이나, ❷ 사임서 제시 당시 즉각적인 철회권유로 사임서 제출을 미루거나, 대표자에게 사표의 처리를 일임하거나, 사임서의 작성일자를 제출일 이후로 기재한 경우 등 사임의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 있을 경우에는 별도의 사임서 제출이나 대표자의 수리행위 등이 있어야 사임의 효력이 발생하고, 그 이전에 사임의사를 철회할 수 있다(2009다31260). ❸ 대표이사에게 사표의 처리를 일임한 경우에는 사임 의사표시의 효과발생 여부를 대표이사의 의사에 따르도록 한 것이므로, 대표이사가 사표를 수리함으로써 사임의 효과가 생긴다(98다8615). 대표이사가 사임하는 경우에는 그 사임의 의사표시가 대표이사의 사임으로 그 권한을 대행하게 될 자에게 도달한 때에 사임의 효력이 발생하고 그 의사표시가 효력을 발생한 후에는 마음대로 이를 철회할 수 없으나, 사임서 제출 당시 그 권한 대행자에게 사표의 처리를 일임한 경우에는 권한 대행자의 수리행위가 있어야 사임의 효력이 발생하고, 그 이전에 사임의사를 철회할 수 있다(2007다7256). ❶ **상법 제411조**는 "감사는 회사 및 자회사의 이사 또는 지배인 기타의 사용인의 직무를 겸하지 못한다."고 규정하는바, 만일 감사가 회사 또는 자회사의 이사 또는 지배인 기타의 사용인에 선임되거나, 반대로 회사 또는 자회사의 이사 또는 지배인 기타의 사용인이 회사의 감사에 선임된 경우에는, 그 선임행위는 각각의 선임 당시에 있어 현직을 사임하는 것을 조건으로 하여 효력을 가지고, 피선임자가 새로이 선임된 지위에 취임할 것을 승낙한 때에는, 종전의 직을 사임하는 의사를 표시한 것으로 해석하여야 한다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결). ❸ 회사의 이사로 등기되어 있던 사람이 회사를 상대로 사임을 주장하면서 이사직을 사임한 취지의 변경등기를 구하는 소에서 상법 제394조 제1항(이사와 회사 간의 소에 관한 대표)은 적용되지 아니하므로 그 소에 관하여 회사를 대표할 사람은 감사가 아니라 대표이사이다(2013마1273).

4344) 대법원 2022. 11. 10. 선고 2021다271282 판결; "특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제14조 제1항에 의하면, 이득액 5억 원 이상의 사기, 횡령 등 특정경제범죄법 제3조에 의하여 가중처벌되는 특정재산범죄로 유죄판결을 받은 사람은 법무부장관의 승인을 받은 경우가 아닌 한 유죄판결이 확정된 때부터 특정경제범죄법 제14조 제1항 각호의 기간 동안 유죄판결된 범죄행위와 밀접한 관련이 있는 기업체에 취업할 수 없다. 이는 유죄판결된 범죄사실과 밀접하게 관련된 기업체에 대한 취업을 제한함으로써 중요 경제범죄의 재발을 방지하고 이를 통하여 건전한 경제질서를 확립하며 나아가 국민경제 발전에 이바지하고자 하는 데 그 취지가 있다. … 임기 만료 당시 이사 정원에 결원이 생기거나 후임 대표이사가 선임되지 아니하여 퇴임이사 또는 퇴임대표이사의 지위에 있던 중 특정재산범죄로 유죄판결이 확정된 사람은 유죄판결된 범죄행위와 밀접한 관련이 있는 기업체의 퇴임이사 또는 퇴임대표이사로서의 권리의무를 상실한다고 보아야 한다." ☛ 위 제14조 제1항 각호는 취업제한기간의 종기에 관하여 규정한 것이고, 제2호의 '징역형의 집행유예기간이 종료된 날부터 2년'도 취업제한기간의 종기로서 집행유예기간은 취업제한기간에 포함된다(2022두44354).

4345) **상법 제386조(결원의 경우)** ① 법률 또는 정관에 정한 이사의 원수를 결한 경우에는 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사의 권리의무가 있다. ② 제1항의 경우에 필요하다고 인정할 때에는 법원은 이사, 감사 기타의 이해관계인의 청구에 의하여 일시 이사의 직무를 행할 자를 선임할 수 있다. 이 경우에는 본점의 소재지에서 그 등기를 하여야 한다. ☛ 감사에 준용된다(제415조). ❶ 제1항에 따라 이사의 권리의무를 행사하고 있는 퇴임이사로 하여금 이사로서의 권리의무를 가지게 하는 것이 불가능하거나 부적당한 경우 등 필요한 경우에는 제2항에 정한 일시 이사의 직무를 행할 자의 선임을 법원에 청구할 수 있으므로, 이와는 별도로 그 직무집행의 정지를 구하는 가처분 신청은 허용되지 않으나, 퇴임 당시에 이사의 원수가 충족되어 있는 경우라면 퇴임이사는 임기의 만료 또는 사임과 동시에 당연히 이사로서의 권리의무를 상실함에도 불구하고 그 이사가 여전히 이사로서의 권리의무를 실제로 행사하고 있는 경우('사실상 퇴임이사')에는 그 권리의무의 부존재확인청구권을 피보전권리로 하여 직무집행의 정지를 구하는 가처분신청이 허용된다

대표이사는 이사회의 대표이사직 해임 결의, 주주총회의 이사직 해임 결의로 대표이사직을 상실한다.[4346]

다) 임기 만료 전 해임과 이사·감사의 손해배상 청구

상법 제385조 제1항,[4347] 제415조(감사 준용규정)에 따라, 이사·감사[4348]는 언제든지 주주총회의 특별결의(출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식 총수의 3분의 1 이상)로 해임할 수 있으나, 이사·감사의 임기를 정한 경우[4349]에 '정당한 이유 없이'('정당한 이유가 없다는 점'에 관한 증명책임은 손해배상을 청구하는 이사·감사가 부담한다[4350]) 그 임기만료 전에 해임[4351]한 때에는 그 이사·감사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해(다른 직장에서의 이익을 직권으로 '손익공제'해야 한다)[4352]의 배상(법정책임)을 청구할 수 있다.[4353] 위 규정은 이

(2009마1311). ❷ 이사의 퇴임등기를 하여야 하는 2주 또는 3주의 기간은 일반의 경우처럼 퇴임한 이사의 퇴임일부터 기산하는 것이 아니라 후임이사의 취임일부터 기산하고, 후임이사가 취임하기 전에는 퇴임한 이사의 퇴임등기만을 따로 신청할 수 없다(2007마311).

4346) 대법원 2022. 9. 7.자 2022마5372 결정; "정관에 다른 규정이 없으면 대표이사는 이사회 결의로 이사 중에서 선임되므로(상법 제389조), 대표이사가 이사직을 상실하면 자동적으로 대표이사직도 상실한다. 따라서 대표이사는 이사회 결의로 대표이사직에서 해임되는 경우뿐만 아니라 주주총회 결의로 이사직에서 해임되는 경우에도 대표이사직을 상실하게 된다."

4347) **상법 제385조(해임)** ① 이사는 언제든지 제434조의 규정에 의한 주주총회의 결의로 이를 해임할 수 있다. 그러나 이사의 임기를 정한 경우에 정당한 이유 없이 그 임기만료 전에 이를 해임한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다.

4348) 상법 제385조 제1항에서 해임대상으로 정하고 있는 '이사'에 '임기만료 후 이사로서의 권리의무를 행사하고 있는 퇴임이사'는 포함되지 않는다(대법원 2021. 8. 19. 선고 2020다285406 판결).

4349) **'임기를 정한 경우'**라 함은 정관 또는 주주총회의 결의로 임기를 정하고 있는 경우를 말하고, 이사의 임기를 정하지 않은 때에는 이사의 임기의 최장기인 3년을 경과하지 않는 동안에 해임되더라도 그로 인한 손해의 배상을 청구할 수 없으며, 상법 제383조 제2항과 동일하게 "이사의 임기는 3년을 초과하지 못한다."고 규정하고 있는 회사 정관이 이사의 임기를 3년으로 정하는 취지라고 해석할 수는 없다(2001다23928).

4350) 대법원 2023. 8. 31. 선고 2023다220639 판결; "상법 제385조 제1항은 … 주주총회에 의한 이사 해임의 자유를 보장하는 한편, 임기가 정하여진 이사의 임기에 대한 기대를 보호하기 위하여 정당한 이유 없이 임기만료 전에 이사를 해임한 때에는 회사가 손해배상책임을 부담하도록 함으로써, 주주의 회사에 대한 지배권 확보와 경영자 지위의 안정이라는 주주와 이사의 이익을 조화시키려는 규정이다. 여기에서 **'정당한 이유'**란 주주와 이사 사이에 불화 등 단순히 주관적인 신뢰관계가 상실된 것만으로는 부족하고, 이사가 법령이나 정관에 위배된 행위를 하였거나 정신적·육체적으로 경영자로서의 직무를 감당하기 현저하게 곤란한 경우, 회사의 중요한 사업계획 수립이나 그 추진에 실패함으로써 경영능력에 대한 근본적인 신뢰관계가 상실된 경우 등과 같이 당해 이사가 경영자로서 업무를 집행하는 데 장해가 될 객관적 상황이 발생한 경우를 의미한다. 위 조항에 따라 회사가 이사에 대하여 부담하는 손해배상책임은 회사의 고의나 과실을 묻지 않고 그 책임을 인정하는 법정책임에 해당한다. 이러한 상법 제385조 제1항의 문언 내용과 규정 취지, 손해배상책임의 법적 성질 등을 고려하면, 정당한 이유가 있는지 여부는 해임결의 당시 객관적으로 존재하는 사유를 참작하여 판단할 수 있고, 주주총회에서 해임사유로 삼거나 해임결의 시 참작한 사유에 한정되는 것은 아니다." ☛ 회사 자체에 부도 등 경영상의 어려움으로 인원축소필요 등의 객관적인 경영상의 필요성이 발생한 경우도 포함된다(2004다47529).

4351) 의원면직의 형식으로 해임된 경우에는 적용되지 않는다(92다3298).

4352) 이사·감사가 해임으로 인하여 '남은 임기 동안 회사를 위한 위임사무 처리에 들이지 않게 된 자신의 시간과 노력을 다른 직장에 종사하여 사용함으로써 얻은 이익'이 해임과 사이에 상당인과관계가 인정된다면 해임으로 인한 손해배상액을 산정함에 있어서 이를 공제하여야 한다(2011다42348).

4353) 이사가 자신의 의사에 반하여 해임될 경우 회사가 '해직보상금'을 지급하기로 약정한 경우, 이사가 회사에 해직보상금을 청구하기 위해서는 이사 보수에 관한 상법 제388조의 준용 내지 유추적용으로 '주주총회의 결의'가 있어야 한다(2004다49570).

사회가 대표이사를 해임한 경우에 유추적용되지 않는다.[4354]

라) 소수주주의 이사·감사 해임의 소

상법 제385조 제2항,[4355] 제415조에 따라, 이사·감사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임을 부결한 때에는 소수주주는 총회의 결의가 있은 날부터 1월 내에 그 이사·감사의 해임을 법원에 청구할 수 있다.

마) 이사·감사 지위 존부 확인 청구

이사·감사 지위 존부 확인 소송의 피고적격자는 회사이다.[4356] 원고의 이사·감사 지위 확인 청구에 관한 법원의 심리 도중 임기가 만료되고 후임이 선임된 경우, 곧바로 부적법 각하할 것이 아니라, 원고에게 과거의 법률관계에 대한 확인을 구할 이익이나 필요성이 있는지 여부를 석명하고 그 의견을 진술하게 하거나 청구취지를 변경할 수 있는 기회를 주어야 한다.[4357]

4354) 이사는 주주총회가 선임·해임하고 회사의 의사결정기관의 하나인 이사회의 구성원으로서 3년을 초과하지 아니하는 임기를 정할 수 있지만, 대표이사는 이사회가 이사 중에서 선정·해임하는 것이 원칙이고 회사의 업무를 집행하고 회사를 대표하는 기관으로서 통상 별도의 임기를 정하지 아니하는 점에서 이사와 대표이사는 그 지위와 성질, 권한이 다르고, 대표이사는 이사회의 경영판단 등에 따라 언제든지 해임할 수 있으므로 주주총회의 이사 해임과 이사회의 대표이사 해임이 유사한 사실이라고 할 수 없으며, 상법 제385조 제1항은 주주의 회사에 대한 지배권 확보와 경영자 지위의 안정이라는 주주와 이사의 이익을 조화시키려는 규정이고, 이사의 보수청구권을 보장하는 것을 주된 목적으로 하는 규정이라 할 수 없으므로, 이를 이사회가 대표이사를 해임한 경우에도 유추적용할 것은 아니고, 원고가 대표이사 지위의 해임으로 무보수, 비상근의 이사로 되었다고 하여 달리 볼 것도 아니다(2004다25123).

4355) **상법 제385조(해임)** ② 이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임을 부결한 때에는 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회의 결의가 있은 날부터 1월 내에 그 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있다. ③ 제186조의 규정은 전항의 경우에 준용한다. ☛ ❶ **소수주주의 이사 해임의 소**를 피보전권리로 하는 이사의 직무집행정지 신청은 본안의 소송이 제기된 경우뿐만 아니라 급박한 경우에는 본안소송의 제기 전에라도 할 수 있으나, 특별히 급박한 사정이 없는 한 해임의 소를 제기할 수 있을 정도의 절차요건을 거친 흔적이 소명되어야 피보전권리의 존재가 소명되는 것이고, 그 가처분의 보전의 필요성도 인정될 수 있다(95마837). ❷ 제2항의 해임사유의 예로는, 상법 제628조 제1항에 의하여 처벌 대상이 되는 납입 또는 현물출자의 이행을 가장하는 행위(2010다35985), 회사의 이사가 회사와 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사를 설립하고 다른 회사의 이사 겸 대표이사가 되어 영업준비작업을 하여 오다가 영업활동을 개시하기 전에 다른 회사의 이사 및 대표이사직을 사임한 경업금지의무 위반 행위(92다53583)를 들 수 있다. ❸ 상장회사의 경우 소수주주권에 관한 특례규정(제542조의6 제3항)과 함께 선택적으로 주장할 수 있다(제10항).

4356) 대법원 2018. 3. 15. 선고 2016다275679 판결; 원고회사의 주주인 원고 1은, 피고가 원고회사의 사내이사로서 회사의 경영에 참여하거나 업무를 집행함으로써 회사에 손해가 발생하고, 그에 따라 주주인 원고 1이 불이익을 입게 되는 불안이나 위험을 제거하기 위한 목적에서, 피고의 사내이사 지위 부존재확인의 소를 제기하였는데, 원고 1로서는 원고회사를 상대로 위 확인을 받아야만 피고가 원고회사의 경영이나 업무에 참여하는 것을 배제할 수 있고, 피고 개인을 상대로 위 확인판결을 받더라도 그 효력은 원고회사에 미치지 아니하므로, 원고 1의 이 사건 소는 피고의 이사 지위를 둘러싼 당사자들의 분쟁을 근본적으로 해결하는 유효적절한 수단이라고 볼 수 없어, 확인의 이익이 없다고 판단한 예.

4357) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결; "원고가 주식회사인 피고의 감사 지위에 있었는지 여부는 이를 전제로 한 원고의 다른 권리나 법률상 지위 등에 영향을 미칠 수 있다. … 감사로서 임기 중 보수를 지급받

2) 이사·감사의 보수청구권

이사·감사는 상법 제388조,[4358] 제415조(준용규정)에 따라 정관 또는 주주총회 결의에서 정한 금액·지급시기·지급방법에 의하여[4359] 보수[4360]를 받을 수 있다.

지 못한 데에 따른 손해배상청구 등을 할 수 있다. … 원고의 손해가 피고의 대표이사의 고의 또는 중대한 과실로 인한 것이라면 … 대표이사 개인도 피고와 연대하여 손해배상책임을 지게 된다. 따라서 과거의 법률관계가 되었더라도 … 원고의 감사 지위 존부에 대하여 기판력 있는 확인판결을 받는 것은 위와 같은 후속 분쟁을 보다 근본적으로 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있다. … 원고가 이 사건 소를 제기할 당시는 물론 대법원이 원고의 감사 지위 확인 청구를 받아들이는 취지의 환송판결을 할 당시에도 감사로서의 임기가 충분히 남아 있었는데, 원심의 심리 도중 원고의 임기가 만료되고 후임 감사가 선임됨에 따라 원고의 감사 지위 확인 청구는 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 것이 되었다. … 원심으로서는 종전의 감사 지위 확인 청구가 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 것이 되었다는 등의 이유만으로 곧바로 이를 부적법 각하할 것이 아니라 원고에게 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위해 과거의 법률관계에 대한 확인을 구할 이익이나 필요성이 있는지 여부를 석명하고 이에 관한 의견을 진술하게 하거나 청구취지를 변경할 수 있는 기회를 주어야 한다."(소를 부적법 각하한 원심판결을 직권 판단으로 파기한 예) ☛ 대법원 2022. 6. 16. 선고 2022다207967 판결; 피고 회사의 이사로 근무하던 원고가 임기 만료로 퇴사하였는데, 피고 회사의 이사 정원이 부족하다는 이유로 자신이 현재 이사의 지위에 있음에 대한 확인을 구하였다가, 새로운 이사가 선임되자 퇴사 이후부터 새로운 이사 선임 시까지 이사의 지위에 있었고 그 기간에 이사보수청구권이 발생하였다고 주장하면서 과거의 법률관계인 '위 일정기간 이사 지위에 있었음'에 대한 확인을 구하는 취지로 청구를 변경한 사안에서, 과거 법률관계에 대한 확인의 소는 권리보호이익이 없음이 원칙이고 이사보수청구권의 발생 가능성만으로는 예외적으로 확인의 이익을 인정하기 부족하며, 법원으로서는 당사자가 과거 법률관계의 확인을 구하는 취지로 청구를 변경한 경우 직권조사사항인 확인의 이익 유무를 보다 구체적으로 심리하여 당사자에게 청구취지 변경 등을 석명하였어야 한다는 이유로, 원고가 과거의 이사 지위 확인을 구할 이익이 있다고 본 원심을 파기한 사례.

4358) 상**법 제388조(이**사의 **보**수) 이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다. ☛ 이는 이사가 자신의 보수와 관련하여 개인적 이익을 도모하는 폐해를 방지하여 회사와 주주 및 회사채권자의 이익을 보호하기 위한 강행규정이다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결).

4359) ○ 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522 판결; "상법 제361조는 '주주총회는 본법 또는 정관에 정하는 사항에 한하여 결의할 수 있다.'라고 규정하고 있는데, 이러한 주주총회 결의사항은 반드시 주주총회가 정해야 하고 정관이나 주주총회의 결의에 의하더라도 이를 다른 기관이나 제3자에게 위임하지 못한다. 따라서 정관 또는 주주총회에서 임원의 보수 총액 내지 한도액만을 정하고 개별 이사에 대한 지급액 등 구체적인 사항을 이사회에 위임하는 것은 가능하지만, 이사의 보수에 관한 사항을 이사회에 포괄적으로 위임하는 것은 허용되지 아니한다. 그리고 주주총회에서 이사의 보수에 관한 구체적 사항을 이사회에 위임한 경우에도 이를 주주총회에서 직접 정하는 것도 상법이 규정한 권한의 범위에 속하는 것으로서 가능하다."
○ 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003다16092 판결; "퇴직금 청구권은 이사가 퇴직할 때 유효하게 적용되는 정관의 퇴직금 규정에 의하거나 주주총회의 퇴직금 지급결의가 있을 때 비로소 발생하는 것인바, … 피고 회사가 정관으로 퇴직하는 이사에 대한 퇴직금의 구체적 액수를 일정 범위의 퇴직 당시 급여액과 지급률, 근속연수를 기초로 산정하도록 정하였다가, 그 정관을 변경하여 지급률을 감축한 경우라도, 퇴직하는 이사에 대한 퇴직금을 산출할 때에는 전체 근속 기간에 대하여 퇴직 당시 주주총회의 결의에 의하여 적법하게 변경된 정관의 퇴직금 규정에 따른 지급률을 적용하여야 하지, 퇴직금에 관한 정관 규정 변경 전후의 기간을 나누어서 변경 전 근속 기간에 대하여 변경 전의 정관 규정에 따른 지급률을 적용할 것은 아니다."
○ 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다57684 판결; 주식회사의 임원보수규정에서 퇴직금의 감액 사유로 정한 '금고 이상의 형을 선고받은 경우'는 퇴직자에게 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 경우로 보아야 한다고 본 사례.

4360) **보**수에는 월급·상여금 등 명칭을 불문하고 직무수행에 대한 보상으로 지급되는 대가가 모두 포함되고, 회사가 성과급, 특별성과급 등의 명칭으로 경영성과에 따라 지급하는 금원이나 성과 달성을 위한 동기를 부여할 목적으로 지급하는 금원도 마찬가지이다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결). 퇴직금 내지 퇴직위로금도 재직 중의 직무집행의 대가로 지급되는 보수의 일종이고(2012다98720), 퇴직금을 미리 정산하여 지급받는 형식을 취하는 퇴직금 중간정산금도 퇴직금과 성격이 동일하다(대법원 2019. 7. 4. 선고 2017다17436 판결). 주식회사와 이사가 고용계약에서 이사가 자신의 의사에 반하여 해임될 경우 주식회사가 퇴직위로금 외에 '해직보상금'을 지급하기로 약정한 경우, 이사의 보수에 관한 상법 제388조를 준용 내지 유추적용하여 이사는 해직

정관 또는 주주총회 결의로 특정 이사의 보수액을 구체적으로 정한 경우, 특별한 사정이 없는 한, 회사가 그 이사의 보수를 일방적으로 감액하거나 박탈할 수 없고, 그러한 주주총회 결의는 이사의 보수청구권에 아무런 영향을 미치지 못한다.[4361] 정관에서 퇴직이사에 대한 퇴직금액의 범위를 구체적으로 정한 다음, 재임 중 공로 등을 고려하여 이사회가 그 금액을 결정할 수 있도록 규정하고 있는 경우, 이사회 결의가 없음을 이유로 회사가 정관에 구체적으로 정한 범위 안에서의 퇴직금의 지급을 거절할 수는 없다.[4362]

이른바 '명목상 이사·감사'도 특별한 사정 ①(= 이사·감사를 선임하거나 보수를 정한 주주총회 결의의 효력이 무효이거나 또는 소극적인 직무 수행이 주주총회에서 그 이사·감사를 선임하면서 예정하였던 직무 내용과 달라 주주총회에서 한 선임 결의 및 보수지급 결의에 위배되는 배임적인 행위에 해당하는 등)이 없는 한, 회사에 대하여 정관의 규정 또는 주주총회의 결의로 결정된 보수의 청구권을 갖는다.[4363] 그리고 특별한 사정 ②(= 보수가 합리적인 수준을 벗어나서 현저히 균형성을 잃을

보상금에 관하여도 정관에서 그 액을 정하지 않는 한 주주총회 결의가 있어야만 회사에 대하여 이를 청구할 수 있다(2004다49570).

4361) ○ 대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다21643 판결: "유한회사에서 상법 제567조, 제388조에 따라 정관 또는 사원총회 결의로 특정 이사의 보수액을 구체적으로 정하였다면, 그 보수액은 임용계약의 내용이 되어 그 당사자인 회사와 이사 쌍방을 구속하므로, 그 이사가 보수의 변경에 대하여 명시적으로 동의하였거나, 적어도 직무의 내용에 따라 보수를 달리 지급하거나 무보수로 하는 보수체계에 관한 내부규정이나 관행이 존재함을 알면서 이사직에 취임한 경우와 같이 직무내용의 변동에 따른 보수의 변경을 감수한다는 묵시적 동의가 있었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 유한회사가 그 이사의 보수를 일방적으로 감액하거나 박탈할 수 없다. 따라서 유한회사의 사원총회에서 임용계약의 내용으로 이미 편입된 이사의 보수를 감액하거나 박탈하는 결의를 하더라도, 이러한 사원총회 결의는 그 결의 자체의 효력과 관계없이 그 이사의 보수청구권에 아무런 영향을 미치지 못한다." ☞ 피고 유한회사의 사원이자 이사인 원고들이 피고 회사가 사원총회를 열어 원고들의 보수를 감액하는 내용의 결의를 하자, 보수감액 결의의 무효확인을 구한 사안에서, 원고들의 법적 불안과 위험을 제거하는 가장 유효·적절한 수단이라고 볼 수 없다 하여 직권으로 파기자판, 소각하한 사례.
○ 대법원 1977. 11. 22. 선고 77다1742 판결: "상법 388조 … 에 근거하여 정관이나 주주총회의 결의로 퇴직위로금의 액이 결정되었다면 주주총회에서 특정된 퇴임한 이사에 대하여 그 보수청구권을 박탈하거나 이를 감액하는 결의를 하였다 하여도 이는 위 상법 388조의 법리와 이사의 보수청구권의 성질상 그 효력이 없다 할 것이며 피고회사의 임원퇴직위로금규정 2조 중 주주총회의 승인을 얻어 지급한다는 부분의 취지도 퇴직금위로금 지급여부를 결정한다는 뜻으로는 볼 수 없고 다만 피고회사에 있어서 임원의 퇴직위로금의 지급시기와 방법 등을 규제하려는 내부적인 절차를 규정한 것이라고 해석함이 타당하다."

4362) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003다16092 판결: "회사가 정관에서 퇴직하는 이사에 대한 퇴직금액의 범위를 구체적으로 정한 다음, 다만 재임 중 공로 등 여러 사정을 고려하여 이사회가 그 금액을 결정할 수 있도록 하였다면, 이사회로서는 퇴직한 이사에 대한 퇴직금액을 정하면서, 퇴임한 이사가 회사에 대하여 배임 행위 등 명백히 회사에 손해를 끼쳤다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 재임 중 공로의 정도를 고려하여 정관에서 정한 퇴직금액을 어느 정도 감액할 수 있을 뿐, 퇴직금 청구권을 아예 박탈하는 결의를 할 수는 없으므로, 이사회가 퇴직한 이사에 대한 퇴직금을 감액하는 등의 어떠한 결의도 하지 않았을 경우 회사로서는 그와 같은 이사회 결의가 없었음을 이유로 퇴직한 이사에 대하여 정관에 구체적으로 정한 범위 안에서의 퇴직금의 지급을 거절할 수는 없다고 보아야 한다."

4363) ○ 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다236311 판결: "법적으로는 주식회사 이사·감사의 지위를 갖지만 회사와의 명시적 또는 묵시적 약정에 따라 이사·감사로서의 실질적인 직무를 수행하지 않는 이른바 명목상 이사·감사도 법인인 회사의 기관으로서 회사가 사회적 실체로서 성립하고 활동하는 데 필요한 기초를 제공함과 아울러 상법이 정한 권한과 의무를 갖고 그 의무 위반에 따른 책임을 부담하는 것은 일반적인 이사·감사와 다를 바 없으므로, 과다한 보수에 대한 사법적 통제의 문제는 별론으로 하더라도, 오로지 보수의 지급이라는 형식으로 회사의 자금을 개인에게 지급하기 위한 방편으로 이사·감사로 선임한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 회사에 대하여 상법 제388조, 제415조에 따라 정관의 규정 또는 주주총회의 결의에 의하여 결정된 보수의

정도로 과다하거나, 오로지 보수의 지급이라는 형식으로 회사의 자금을 개인에게 지급하기 위한 방편으로 이사·감사로 선임하였다는 등)이 있는 경우에는, 보수청구권의 일부 또는 전부에 대한 행사가 제한되고, 회사는 합리적이라고 인정되는 범위를 초과하여 지급된 보수의 반환을 구할 수 있다.[4364]

이사·감사가 회사에 대하여 보수의 지급을 청구하는 경우, 이사·감사는 청구원인사실로서 '이사·감사의 보수 금액·지급시기·지급방법 등에 관한 정관 또는 주주총회의 결의가 존재한 사실'을 주장·증명하여야 하고,[4365] 회사 측은 항변사실로서 '보수청구권 행사

청구권을 갖는다고 할 것이다."

○ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다213308 판결; "주식회사의 주주총회에서 이사·감사로 선임된 사람이 주식회사와 계약을 맺고 이사·감사로 취임한 경우에, 상법 제388조, 제415조에 따라 정관 또는 주주총회 결의에서 정한 금액·지급시기·지급방법에 의하여 보수를 받을 수 있다. 이에 비추어 보면, 비록 주주총회에서 선임된 이사·감사가 회사와의 명시적 또는 묵시적 약정에 따라 그 업무를 다른 이사 등에게 포괄적으로 위임하고 이사·감사로서의 실질적인 업무를 수행하지 않는 경우라 하더라도 이사·감사로서 상법 제399조, 제401조, 제414조 등에서 정한 법적 책임을 지므로, 그 이사·감사를 선임하거나 보수를 정한 주주총회 결의의 효력이 무효이거나 또는 위와 같은 소극적인 직무 수행이 주주총회에서 그 이사·감사를 선임하면서 예정하였던 직무 내용과 달라 주주총회에서 한 선임 결의 및 보수지급 결의에 위배되는 배임적인 행위에 해당하는 등의 특별한 사정이 없다면, 위와 같은 소극적인 직무 수행 사유만을 가지고 그 이사·감사로서의 자격을 부정하거나 주주총회 결의에서 정한 보수청구권의 효력을 부정하기는 어렵다."

4364) ○ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다213308 판결; "이사·감사의 소극적인 직무 수행에 대하여 보수청구권이 인정된다 하더라도, 이사·감사의 보수는 직무 수행에 대한 보상으로 지급되는 대가로서 그 이사·감사가 회사에 대하여 제공하는 반대급부와 그 지급받는 보수 사이에는 합리적 비례관계가 유지되어야 하므로 그 보수가 합리적인 수준을 벗어나서 현저히 균형성을 잃을 정도로 과다하거나, 오로지 보수의 지급이라는 형식으로 회사의 자금을 개인에게 지급하기 위한 방편으로 이사·감사로 선임하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 보수청구권의 일부 또는 전부에 대한 행사가 제한되고 회사는 합리적이라고 인정되는 범위를 초과하여 지급된 보수의 반환을 구할 수 있다고 봄이 타당하다. 이때 보수청구권의 제한 여부와 그 제한 범위는, 소극적으로 직무를 수행하는 이사·감사가 제공하는 급부의 내용 또는 직무 수행의 정도, 지급받는 보수의 액수와 회사의 재무상태, 실질적인 직무를 수행하는 이사 등의 보수와의 차이, 소극적으로 직무를 수행하는 이사·감사를 선임한 목적과 그 선임 및 자격 유지의 필요성 등 변론에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."

○ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2014다11888 판결; "상법이 정관 또는 주주총회의 결의로 이사의 보수를 정하도록 한 것은 이사들의 고용계약과 관련하여 사익 도모의 폐해를 방지함으로써 회사와 주주 및 회사채권자의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 비록 보수와 직무의 상관관계가 상법에 명시되어 있지 않더라도 이사가 회사에 대하여 제공하는 직무와 그 지급받는 보수 사이에는 합리적 비례관계가 유지되어야 하며, 회사의 채무 상황이나 영업실적에 비추어 합리적인 수준을 벗어나서 현저히 균형성을 잃을 정도로 과다하여서는 아니 된다. 따라서 회사에 대한 경영권 상실 등에 의하여 퇴직을 앞둔 이사가 회사로부터 최대한 많은 보수를 받기 위하여 그에 동조하는 다른 이사와 함께 이사의 직무내용, 회사의 재무상황이나 영업실적 등에 비추어 지나치게 과다하여 합리적 수준을 현저히 벗어나는 보수 지급 기준을 마련하고 그 지위를 이용하여 주주총회에 영향력을 행사함으로써 소수주주의 반대에 불구하고 이에 관한 주주총회결의가 성립되도록 하였다면, 이는 회사를 위하여 직무를 충실하게 수행하여야 하는 상법 제382조의3에서 정한 의무를 위반하여 회사재산의 부당한 유출을 야기함으로써 회사와 주주의 이익을 침해하는 것으로서 회사에 대한 **배임행위**에 해당하므로, 주주총회결의를 거쳤다 하더라도 그러한 위법행위가 유효하다 할 수는 없다."

4365) ○ 대법원 2019. 7. 4. 선고 2017다17436 판결; "상법 제388조 … 강행규정이다. 따라서 정관 등에서 이사의 보수에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 규정되어 있는 경우 그 금액·지급방법·지급시기 등에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없는 한 이사의 보수 청구권을 행사할 수 없다. 이사의 퇴직금은 상법 제388조에 규정된 보수에 포함되고, 퇴직금을 미리 정산하여 지급받는 형식을 취하는 퇴직금 중간정산금도 퇴직금과 성격이 동일하다. … 퇴직금 중간정산금은 지급시기가 일반적으로 정해져 있는 정기적 보수 또는 퇴직금과 달리 권리자인 이사의 신청을 전제로 이사의 퇴직 전에 지급의무가 발생하게 되므로, 이사가 중간정산의 형태로 퇴직금을 지급받을 수 있는지 여부는 퇴직금의 지급시기와 지급방법에 관한 매우 중요한 요소이다. … 정관 등에서 이사의 퇴직금에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 규정하면서 퇴직금의 액수에 관하여만

가 배제, 제한되는 위 특별한 사정 ①, ②'를 주장·증명하여야 한다. 회사 측이 이사·감사에 대하여 급여 등의 명목으로 지급한 돈이 부당이득에 해당한다 하여 그 반환을 청구[4366] 하는 경우, 회사 측이 청구원인사실로서 '위와 같은 정관 또는 주주총회의 결의가 없었다는 사실'이나,[4367] '보수청구권 행사가 배제, 제한되는 위 특별한 사정 ①, ②'를 주장·증명하여야 한다.

이사의 보수청구권에는 임금채권의 소멸시효기간(3년)이 적용되지 아니하고[4368] 상사시효기간(5년)이 적용된다.

정하고 있다면, **퇴직금 중간정산에 관한 주주총회의 결의**가 있었음을 인정할 증거가 없는 한 이사는 퇴직금 중간정산금 청구권을 행사할 수 없다."

○ 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다25123 판결; "주식회사에 있어서 회사가 설립된 이후 총 주식을 한 사람이 소유하게 된 이른바 **1인회사**의 경우에는 그 주주가 유일한 주주로서 주주총회에 출석하면 전원 총회로서 성립하고 그 주주의 의사대로 결의가 될 것임이 명백하므로 따로 총회소집절차가 필요 없고, 실제로 총회를 개최한 사실이 없었다 하더라도 그 1인 주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회의사록이 작성되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있고, 이는 **실질적**으로 **1인회사**인 주식회사의 주주총회의 경우도 마찬가지이며, 그 주주총회의사록이 작성되지 아니한 경우라도 증거에 의하여 주주총회 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다."{임원퇴직금지급규정에 관하여 주주총회 결의가 있거나 주주총회의사록이 작성된 적은 없으나 위 규정에 따른 퇴직금이 사실상 1인회사(총 발행주식의 약 98%를 소유하고 있는 가족회사)의 실질적 1인 주주의 결재·승인을 거쳐 관행적으로 지급되었다면 위 규정에 대하여 주주총회의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다고 한 사례}. ⇔ **1인회사가 아닌** 주식회사에서는 특별한 사정이 없는 한, 주주총회의 **의결 정족수를 충족하는** 주식을 **가진 주주들**이 동의하거나 승인하였다는 사정만으로 주주총회에서 그러한 내용의 결의가 이루어질 것이 명백하다거나 또는 그러한 내용의 주주총회 결의가 있었던 것과 마찬가지라고 볼 수는 없다(대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522 판결; '지배주주' 승인 사안). 특별성과급을 지급받을 때 주주총회의 결의 없이 회사의 대주주에 불과한 사내이사인 소외인의 의사결정만 있었다면, 주주총회를 개최하였더라도 결의가 이루어졌을 것이 예상된다는 사정만으로 결의가 있었던 것과 같게 볼 수는 없고, 특별성과급의 일부가 주주총회에서 정한 이사의 보수한도액 내에 있다는 사정만으로 그 부분의 지급을 유효하다고 볼 수도 없다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결).

4366) 회사가 소득세 등 원천징수세액을 공제하고 지급한 경우, 원천징수세액을 제외하고 실제 지급받은 금원을 부당이득으로 반환할 의무가 있고, 악의의 수익자인 경우 지급받은 날 이후의 법정이자를 붙여 반환할 책임이 있다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결).

4367) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다213308 판결은, 피고들이 이사·감사로서 급여 등의 명목으로 지급받은 돈이 부당이득에 해당한다 하여 그 반환을 구한 사안에서, 이사가 회사에 대하여 보수의 지급을 청구한 사안인 2004다25123 판결, 2012다98720 판결을 참조판결로 하여 "상법 제388조는 … 강행규정으로서 정관에서 이사·감사의 보수에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 되어 있는 경우에 그 금액·지급시기·지급방법 등에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없다면 이사·감사는 보수를 청구할 수 없으며, 이사·감사는 그 주주총회의 결의가 있었음에 관하여 증명책임을 진다."고 하면서, 원심이, 피고들의 보수액에 관한 주주총회의 결의가 없었다는 사실을 원고가 증명하여야 한다는 전제에서, 보수액을 정한 주주총회의 결의가 없었다는 사실을 인정할 증거가 없다는 이유를 들어, 주주총회의 결의 없이 피고들에게 보수를 지급한 것은 상법의 강행규정에 위반하여 무효라는 원고의 주장을 배척한 것은 증명책임에 관한 법리를 오해한 것이라고 판시였으나, 손실자의 급부에 의한 부당이득(급부부당이득)의 경우에는 부당이득반환을 구하는 측에서 청구원인 사실로서 부당이득반환청구의 요건인 '법률상 원인의 결여'(법문상 '법률상 원인 없이') 즉, 급부행위의 무효, 취소, 해제 등의 사유를 주장·증명하여야 하므로, 원심의 판시가 타당하다.

4368) 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카2268 판결. "일반채권의 시효규정이 적용되어야 할 것이다."라고 판시하고 있으나, 회사가 영업을 위하여 이사와 체결하는 위임계약은 보조적 상행위에 해당하고, 상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로 신속하게 해결할 필요가 있으므로, 5년의 상사시효에 걸리게 된다고 봄이 타당하다.

3) 대표이사

가) 대표이사의 권한과 대표권의 남용

대표이사는 회사의 권리능력[4369] 범위 내에서 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한[4370]이 있다(상법 제389조③, 제209조①).[4371] 공동대표이사 중 1인이 다른 공동대표이사에게 일반적 포괄적으로 그 대표권의 행사를 위임함은 허용되지 않는다.[4372]

대표이사가 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 대표권 범위 내에서 그 권한을 남용한 경우, 회사(피고)는 거래상대방(원고)이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었음(상대방의 악의·과실)을 주장·증명하여 그 행위의 무효를 주장(항변)할 수 있다.[4373]

나) 대표권의 제한과 이사회 결의 없는 거래행위의 효력

주식회사의 대외적 거래행위[4374]에 관하여 이사회 결의를 거치도록 대표이사의

4369) **회사의 권리능력**은 회사의 설립 근거가 된 법률과 회사의 정관상의 목적에 의하여 제한되나 그 목적범위 내의 행위라 함은 정관에 명시된 목적 자체에 국한되는 것이 아니라 그 목적을 수행하는 데 있어 직접, 간접으로 필요한 행위는 모두 포함되고 목적수행에 필요한지의 여부는 행위자의 주관적, 구체적 의사가 아닌 행위 자체의 객관적 성질에 따라 판단하여야 할 것인데, 그 판단에 있어서는 거래행위를 업으로 하는 영리법인으로서 회사의 속성과 신속성 및 정형성을 요체로 하는 거래의 안전을 충분히 고려하여야 할 것인바, 회사가 거래관계 또는 자본관계에 있는 주채무자를 위하여 보증하는 등의 행위는 그것이 상법상의 대표권 남용에 해당하여 무효로 될 수 있음은 별론으로 하더라도 그 행위의 객관적 성질에 비추어 특별한 사정이 없는 한 회사의 목적범위 내의 행위이다(2005다480).

4370) 채권자 등의 신청에 의해 채무자 회사에 대한 회생절차개시결정이 내려진 때에는 기존 대표자가 회사를 대표하여 즉시항고를 제기할 수 있다(대법원 2021. 8. 13.자 2021마5663 결정).

4371) 상**법 제389조(대표이사)** ① 회사는 이사회의 결의로 회사를 대표할 이사를 선정하여야 한다. 그러나 정관으로 주주총회에서 이를 선정할 것을 정할 수 있다. ② 전항의 경우에는 수인의 대표이사가 공동으로 회사를 대표할 것을 정할 수 있다. ③ 제208조제2항, 제209조, 제210조와 제386조의 규정은 대표이사에 준용한다.
상**법 제209조(대표사원의 권한)** ① 회사를 대표하는 사원은 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다. ② 전항의 권한에 대한 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.
상**법 제210조(손해배**상**책임)** 회사를 대표하는 사원이 그 업무집행으로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 회사는 그 사원과 연대하여 배상할 책일이 있다.

4372) 주식회사에 있어서 공동대표제도를 인정한 것은 대외관계에서 수인의 대표이사가 공동으로만 대표권을 행사할 수 있게 하여 업무집행의 통일성을 확보하고, 대표권 행사의 신중을 기함과 아울러 대표이사 상호간의 견제에 의하여 대표권의 남용 내지는 오용을 방지하여 회사의 이익을 도모하려는데 그 취지가 있으므로 공동대표이사의 1인이 특정사항에 관하여 개별적으로 대표권의 행사를 다른 공동대표이사에게 위임함은 별론으로 하고, 일반적 포괄적으로 그 대표권의 행사를 위임함은 허용되지 않는다(89다카3677).

4373) ○ 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다34045 판결; "대표이사가 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 회사의 행위로서 유효하고, 다만 그 행위의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 되는 것이며, 이는 민법상 법인의 대표자가 대표권한을 남용한 경우에도 마찬가지이다." ☜ 대표권이나 대리권 남용에 관하여 민법 제107조(비진의표시) 제1항 단서를 유추적용하여 상대방이 '악의' 또는 '유과실'인 경우 무효로 보는 견해를 취한 것으로서 대다수 판례의 입장이다.
○ 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016다222453 판결; "주식회사의 대표이사가 그 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표이사가 회사의 영리 목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일응 회사의 행위로서 유효하다. 그러나 그 행위의 상대방이 그와 같은 정을 알았던 경우에는 그로 인하여 취득한 권리를 회사에 대하여 주장하는 것이 신의칙에 반하므로 회사는 상대방의 악의를 입증하여 그 행위의 효과를 부인할 수 있다고 함이 상당하다." ☜ 대표권이나 대리권 남용에 관하여 신의칙을 적용하여 상대방이 '악의'인 경우 무효로 보는 견해를 취한 것으로서 일부 판례의 입장이다.

대표권을 제한한 경우(회사 정관이나 이사회 규정 등에 의한 '내부적 제한'이든 상법 제393조 제1항에 따른 '법률상 제한'[4375]이든 둘 다 마찬가지이다) '선의'의 제3자는 상법 제209조 제2항에 따라 보호되고(상법 제389조③), '선의'에 무과실까지 필요하지는 않지만 '중대한 과실'이 있는 경우에는 제3자의 신뢰를 보호할 만한 가치가 없어 거래행위는 무효이다.[4376]

이 경우 거래상대방이 원고로서 회사에 대하여 거래행위에 기한 이행을 구하기 위해서

4374) 주식회사의 신주발행은 주식회사의 업무집행에 준하는 것으로서 대표이사가 그 권한에 기하여 신주를 발행한 이상 신주발행은 유효하고, 설령 신주발행에 관한 이사회의 결의가 없거나 이사회의 결의에 하자가 있더라도 이사회의 결의는 회사의 내부적 의사결정에 불과하므로 신주발행의 효력에는 영향이 없다(2005다77060,77077).

4375) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결: "대표권은 법률 규정에 따라 제한될 수도 있고(이를 '법률상 제한'이라 한다) 회사의 정관, 이사회의 결의 등의 내부적 절차, 내부 규정 등에 따라 제한될 수도 있다(이를 '내부적 제한'이라 한다). 법률상 제한에 해당하는 대표적인 경우는 상법 제393조 제1항이다. … 주식회사가 중요한 자산을 처분하거나 대규모 재산을 차입하는 등의 업무집행을 할 경우에 이사회가 직접 결의하지 않고 대표이사에게 일임할 수는 없다. 즉, 이사회가 일반적·구체적으로 대표이사에게 위임하지 않은 업무로서 일상업무에 속하지 않은 중요한 업무의 집행은 정관이나 이사회 규정 등에서 이사회 결의사항으로 정하였는지 여부와 상관없이 반드시 이사회의 결의가 있어야 한다. … 상법 제393조 제1항에 정해진 '중요한 자산의 처분이나 대규모 재산의 차입 등의 업무'에 해당하지 않더라도, 주식회사의 정관이나 이사회 규정 등에서 대표이사가 일정한 행위를 할 때에 이사회의 결의를 거치도록 정할 수 있는데, 이러한 경우를 법률상 제한과 구분하여 내부적 제한이라고 한다."

4376) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결: "상법은 대표이사의 대표권 제한에 대하여 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 정하고 있다(상법 제389조 제3항, 제209조 제2항). 대표권이 제한된 경우에 대표이사는 그 범위에서만 대표권을 갖는다. 그러나 그러한 제한을 위반한 행위라고 하더라도 그것이 회사의 권리능력을 벗어난 것이 아니라면 대표권의 제한을 알지 못하는 제3자는 그 행위를 회사의 대표행위라고 믿는 것이 당연하고 이러한 신뢰는 보호되어야 한다. 일정한 대외적 거래행위에 관하여 이사회 결의를 거치도록 대표이사의 권한을 제한한 경우에도 이사회 결의는 회사의 내부적 의사결정절차에 불과하고, 특별한 사정이 없는 한 거래 상대방으로서는 회사의 대표자가 거래에 필요한 회사의 내부절차를 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 경험칙에 부합한다. 따라서 회사 정관이나 이사회 규정 등에서 이사회 결의를 거치도록 대표이사의 대표권을 제한한 경우에도 선의의 제3자는 상법 제209조 제2항에 따라 보호된다. … 선의 이외에 무과실까지 필요하지는 않지만, 중대한 과실이 있는 경우에는 제3자의 신뢰를 보호할 만한 가치가 없다고 보아 거래행위가 무효라고 해석함이 타당하다. 중과실이란 제3자가 조금만 주의를 기울였더라면 이사회 결의가 없음을 알 수 있었는데도 만연히 이사회 결의가 있었다고 믿음으로써 거래통념상 요구되는 주의의무를 현저히 위반하는 것으로, 거의 고의에 가까운 정도로 주의를 게을리하여 공평의 관점에서 제3자를 구태여 보호할 필요가 없다고 볼 수 있는 상태를 말한다. … 제3자가 회사 대표이사와 거래행위를 하면서 회사의 이사회 결의가 없었다고 의심할 만한 특별한 사정이 없다면, 일반적으로 이사회 결의가 있었는지를 확인하는 등의 조치를 취할 의무까지 있다고 볼 수는 없다. … 대표이사의 대표권을 제한하는 상법 제393조 제1항은 그 규정의 존재를 모르거나 제대로 이해하지 못한 사람에게도 일률적으로 적용된다. … 주식회사의 대표이사가 이 조항에 정한 '중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등의 행위'에 관하여 이사회의 결의를 거치지 않고 거래행위를 한 경우에도 거래행위의 효력에 관해서는 … 내부적 제한의 경우와 마찬가지로 보아야 한다. … 이사회 결의를 요구하는 근거가 상법 제393조 제1항인지 아니면 정관 등 내부 규정인지에 따라 상대방을 보호하는 기준을 달리한다면 법률관계가 불분명하게 될 수밖에 없다. … 상법 제393조 제1항의 경우에도 내부적 제한의 경우와 마찬가지로 상법 제209조 제2항을 적용한다면, 회사가 정관 등 내부 규정에서 이사회 결의를 거치도록 정한 거래행위는 상법 제393조 제1항이 적용되는지와 상관없이 이사회 결의가 없었다는 점에 대해 거래 상대방에게 악의 또는 중과실이 있었는지 여부만을 판단하면 되고, 이로써 법률관계를 단순화하여 명확하게 하는 데 도움이 된다. … 대표이사가 상법 제393조 제1항의 법률상 제한에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는지 아니면 단순한 내부적 제한에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는지는 거래 상대방의 악의 또는 중과실을 판단하는 단계에서 개별적으로 고려할 요소 중 하나일 뿐이고, 이러한 구별을 이유로 대표이사의 행위를 신뢰한 제3자를 보호하는 기준 자체를 달리 정할 것은 아니다. … 거래 상대방인 제3자가 보호받기 위해서는 선의 이외에 무과실이 필요하다고 본 … 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 모두 변경하기로 한다." ☛ 즉, 제3자가 보호받기 위해서는 '선의·무과실'이 아닌 '선의·무중과실'이면 족한 것으로 변경되었다.

는, 청구원인 사실로서, '피고 회사의 대표이사가 피고를 대표하여 원고와 거래행위를 한 사실'을 주장·증명하면 되고, 이에 대하여 피고 회사는 위 거래행위가 무효라는 권리발생 장애의 항변사실로서, ① '그 거래행위가 이사회 결의 사항(회사 정관이나 이사회 규정 등에서 이사회 결의 사항으로 정하였거나, 상법 제393조 제1항 소정의 중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등 '일상 업무에 속하지 아니한 중요한 업무'[4377])인 사실', ② '그 거래행위에 관하여 이사회의 결의를 거치지 아니한 사실',[4378] ③ '원고가 이사회 결의가 없었음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 사실'[4379]을 주장·증명하면 된다.

다) 이사와 회사 간의 소에 관한 대표(직권조사사항)

회사가 이사에 대하여 또는 이사가 회사에 대하여 소를 제기하는 경우, 회사가

4377) **상법 제393조(이사회의 권한)** ① 중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사회의 결의로 한다.
○ 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019다204463 판결; "주식회사의 회생절차개시신청은 대표이사의 업무권한인 일상 업무에 속하지 아니한 중요한 업무에 해당하여 이사회 결의가 필요하다고 보아야 한다." ☛ 주식회사의 대표이사가 회사를 대표하여 파산신청을 할 경우에도 이사회 결의가 필요하나, 자본금 총액이 10억 원 미만으로 이사가 1명 또는 2명인 소규모 주식회사에서는 대표이사가 특별한 사정이 없는 한 이사회 결의를 거칠 필요 없이 파산신청을 할 수 있다(대법원 2021. 8. 26.자 2020마5520 결정).
○ 대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다213684 판결; "**중요한 자산의 처분**에 해당하는지 아닌지는 당해 재산의 가액, 총자산에서 차지하는 비율, 회사의 규모, 회사의 영업 또는 재산의 상황, 경영상태, 자산의 보유목적, 회사의 일상적 업무와 관련성, 당해 회사에서의 종래의 취급 등에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 상당한지 여부에 따라 판단하여야 하고, 중요한 자산의 처분에 해당하는 경우에는 이사회가 그에 관하여 직접 결의하지 아니한 채 대표이사에게 그 처분에 관한 사항을 일임할 수 없으므로 이사회규정상 이사회 부의사항으로 정해져 있지 아니하더라도 반드시 이사회의 결의를 거쳐야 한다." ☜ 기업구조조정조합과의 협약 중 put option 조항이 중요한 자산의 처분에 관한 업무에 해당한다고 한 예.
○ 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다23807 판결; "**대규모 재산의 차입**에 해당하는지 여부는 당해 차입재산의 가액, 회사의 규모, 회사의 영업 또는 재산의 상황, 경영상태, 당해 재산의 차입목적 및 사용처, 회사의 일상적 업무와 관련성, 당해 회사에서의 종래의 취급 등 여러 사정에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 상당한지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다."

4378) 상법 제391조의3 제1, 2항(이사회의 의사록 작성) 규정의 취지에 비추어 보면 상법 제393조 제1항에 따라 반드시 이사회의 결의를 거쳐야만 하는 중요한 자산의 처분 등에 관하여 이사회 의사록이 작성되지 않았다면 이사회의 결의가 있었음을 인정하는 데에는 신중할 필요가 있다(2012다75352,75369).

4379) ○ 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다206563 판결; "회사가 위 거래가 이사회의 결의를 거치지 아니하여 무효라는 것을 제3자에 대하여 주장하려면 거래의 안전과 선의 제3자 보호의 필요상 이사회 결의가 없었다는 것 외에 제3자가 이사회의 결의가 없었음을 알았거나 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있음을 입증하여야 한다. … 파산관재인은 파산자의 포괄승계인과 같은 지위를 가지게 되지만 … 파산자와 독립하여 그 재산에 관하여 이해관계를 가지게 된 제3자로서의 지위도 가지게 된다. 파산자가 상대방 회사와 그 회사의 이사회의 결의가 없는 거래행위를 하였다가 파산이 선고된 경우 특별한 사정이 없는 한 파산관재인은 이사회의 결의를 거치지 아니하고 이루어진 상대방 회사와의 거래행위에 따라 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 가지게 된 제3자에 해당한다. … 선의·악의도 파산관재인 개인의 선의·악의를 기준으로 할 수는 없고 총파산채권자를 기준으로 하여 파산채권자 모두가 이사회의 결의가 없었음을 알았거나 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있지 않은 한 상대방 회사는 위 거래의 무효를 파산관재인에게 주장할 수 없다." ☞ 결국, 회사는 거래의 무효를 파산관재인에게 주장할 여지가 거의 없다.
○ 자산유동화거래를 위하여 설립된 특수목적회사가 거래 상대방인 경우, 특수목적회사의 설립 및 자산유동화 계획의 수립을 주도하고 스스로의 인적·물적 기반이 없는 특수목적회사를 대신하여 계약의 체결 및 이행 업무를 실제로 처리한 자의 인식에 근거하여 악의·중과실 여부를 판단할 수 있다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다47791 판결).

소수주주의 대표소송 또는 다중대표소송의 청구를 받은 경우에, '감사'는 그 소에 관하여 회사를 대표한다.[4380] 법원에 의해 선임된 일시대표이사가 있는 경우,[4381] 전임 이사의 경우[4382]에는 상법 제394조 제1항이 적용되지 않는다.

라) 대표이사의 불법행위

대표이사가 그 업무집행으로 인하여[4383] '고의 또는 과실(경과실 포함)'에 의한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 회사는 대표이사와 연대(부진정연대)하여 배상할 책임(공동 '불법행위' 책임)이 있다(상법 제389조③, 제210조).[4384]

4380) **상법 제394조(이사와 회사간의 소에 관한 대표)** ① 회사가 이사에 대하여 또는 이사가 회사에 대하여 소를 제기하는 경우에 감사는 그 소에 관하여 회사를 대표한다. 회사가 제403조제1항(소수주주의 대표소송) 또는 제406조의2제1항(다중대표소송)의 청구를 받은 경우에도 또한 같다. 〈2020. 12. 29. 개정 시 다중대표소송 추가〉 ② 제415조의2의 규정에 의한 감사위원회의 위원이 소의 당사자인 경우에는 감사위원회 또는 이사는 법원에 회사를 대표할 자를 선임하여 줄 것을 신청하여야 한다. ☛ ❶ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다86918 판결: "주식회사의 이사가 회사에 대하여 소를 제기함에 있어서 상법 제394조에 의하여 그 소에 관하여 회사를 대표할 권한이 있는 감사를 대표자로 표시하지 아니하고 대표이사를 회사의 대표자로 표시한 소장을 법원에 제출하고, 법원도 이 점을 간과하여 회사의 대표이사에게 소장의 부본을 송달한 채, 회사의 대표이사로부터 소송대리권을 위임받은 변호사들에 의하여 소송이 수행되었다면, 그 소송에 관하여는 회사를 대표할 권한이 대표이사에게 없기 때문에, 소장이 회사에게 적법·유효하게 송달되었다고 볼 수 없음은 물론 회사의 대표이사가 회사를 대표하여 한 소송행위나 이사가 회사의 대표이사에 대하여 한 소송행위는 모두 무효가 된다. 그러나 민사소송법 제64조의 규정에 따라 법인의 대표자에게도 준용되는 같은 법 제59조 전단 및 제60조는, 소송능력·법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 경우에는 법원은 기간을 정하여 이를 보정하도록 명하여야 하고, 소송능력·법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 사람이 소송행위를 한 뒤에 보정된 당사자나 법정대리인이 이를 추인한 경우에는 그 소송행위는 이를 한 때에 소급하여 효력이 생긴다고 규정하고 있기 때문에, 법원은 이러한 민사소송법의 규정에 따라 대표권이 흠결된 경우에는 그 흠결을 보정할 수 없음이 명백한 때가 아닌 한 기간을 정하여 보정을 명하여야 할 의무가 있다고 할 것이고, 이와 같은 대표권의 보정은 항소심에서도 가능하다고 할 것이다." ☜ 이사회결의 무효확인 청구 사건. ❷ 대법원 2023. 6. 29. 선고 2023다210953 판결: "자본금의 총액이 10억 원 미만으로 감사를 선임하지 아니한 주식회사가 이사에 대하여 소를 제기하는 경우에 회사, 이사 또는 이해관계인은 법원에 회사를 대표할 자를 선임하여 줄 것을 신청하여야 하고(상법 제409조 제5항), 이 경우 법원이 대표이사를 소송에서 회사를 대표할 자로 선임하였다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 대표이사는 그 소송에 관하여 회사를 대표할 권한이 없다."

4381) 대법원 2018. 3. 15. 선고 2016다275679 판결: "상법 제394조 제1항은 … 이사와 회사 양자 간에 이해의 충돌이 있기 쉬우므로, 그 충돌을 방지하고 공정한 소송수행을 확보하기 위한 것이다. … 이 사건 소 제기 전에 원고 1은, 원고회사를 적법하게 대표할 사람이 없다는 이유로, 법원에 원고회사의 일시대표이사 및 이사의 선임을 구하는 신청을 하여, 변호사 소외 1이 원고회사의 일시대표이사 및 이사로 선임되었다. 그렇다면 이 사건 소에서 원고회사의 일시대표이사로 하여금 원고회사를 대표하도록 하였더라도, 그것이 공정한 소송수행을 저해하는 것이라고 보기는 어려우므로, 이 사건 소에 상법 제394조 제1항은 적용된다고 볼 수 없다."

4382) ❶ 대법원 2013. 9. 9.자 2013마1273 결정: "회사의 이사로 등기되어 있던 사람이 회사를 상대로 사임을 주장하면서 이사직을 사임한 취지의 변경등기를 구하는 소에서 상법 제394조 제1항은 적용되지 아니하므로 그 소에 관하여 회사를 대표할 사람은 감사가 아니라 대표이사라고 보아야 한다." ❷ 전 이사들을 상대로 하는 주주대표소송에 회사가 참가하는 경우, 상법 제394조 제1항의 적용이 배제되어 회사를 대표하는 자는 감사가 아닌 대표이사라고 한 사례(2000다9086).

4383) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2014다27425 판결: "'**업무집행으로 인하여**'라는 것은 대표이사의 업무 그 자체에는 속하지 않으나 행위의 외형으로부터 관찰하여 마치 대표이사의 업무 범위 안에 속하는 것으로 보이는 경우도 포함한다. 행위의 외형상 주식회사의 대표이사의 업무집행이라고 인정할 수 있는 것이라면 설령 그것이 대표이사의 개인적 이익을 도모하기 위한 것이거나 법령의 규정에 위배된 것이라고 하더라도 주식회사의 손해배상책임을 인정하여야 한다."

4384) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다55473 판결: "주식회사의 대표이사가 업무집행을 하면서 고의 또는 과실에

회사(피고)는 사실적 불법행위가 아닌 거래적 불법행위의 경우에 피해자(원고)가 '회사의 업무나 직무 권한에 속하지 않음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였음'(피해자의 악의·중과실)을 주장·증명하여 면책을 주장(항변)할 수 있다.[4385]

대표이사 외 임직원의 사무집행상 불법행위의 경우, 회사는 민법 제756조의 사용자책임을 지고, 거래행위가 사무집행행위에 해당하지 않는다는 점에 대한 피해자의 악의·중과실을 주장·증명하여 면책을 주장(항변)할 수 있다.

마) 표현대표이사의 행위와 회사의 책임

표현대표이사의 거래 상대방인 제3자(원고)가 표현대표이사의 행위로 인한 주식회사(피고)의 계약 이행 책임을 묻기 위해서는,[4386] 청구원인사실로서, ① '피고 회사가 이사('이사 자격 없는 사람'에게도 유추적용된다)[4387]에게 사장, 부사장, 전무, 상무 기타 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭(표현대표이사 명칭)[4388]의 사용을 명시적·묵시적으로 승인(회사가 표현대표자의 행위에 대하여 책임을 지는 것은 회사가 표현대표자의 명칭사용을 명시적으로나 묵시적으로 승인함으로써 '대표 자격의 외관 현출'에 '책임'이 있는 경우여야 한다)[4389]한

의한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우 주식회사는 상법 제389조 제3항, 제210조에 의하여 제3자에게 손해배상책임을 부담하게 되고, 그 대표이사도 민법 제750조 또는 상법 제389조 제3항, 제210조에 의하여 주식회사와 공동불법행위책임을 부담하게 된다."

4385) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2014다27425 판결; "피고 2의 행위가 피고 회사의 업무나 직무 권한에 속하지 않았음을 원고가 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다는 주장은 피고 회사가 원심에서 명시적으로 한 것으로 보기 어렵다." [동일 취지] 법인의 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다(2003다34045).

4386) **상법 제395조(표현대표이사의 행위와 회사의 책임)** 사장, 부사장, 전무, 상무 기타 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용한 이사의 행위에 대하여는 그 이사가 회사를 대표할 권한이 없는 경우에도 회사는 선의의 제3자에 대하여 그 책임을 진다.

4387) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2007다60455 판결; "회사가 이사의 자격이 없는 자에게 표현대표이사의 명칭을 사용하게 허용한 경우는 물론, 이사의 자격도 없는 사람이 임의로 표현대표이사의 명칭을 사용하고 있는 것을 알면서도 아무런 조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치하여 소극적으로 묵인한 경우에도 위 규정이 유추적용되는 것으로 해석함이 상당하다."

4388) ○ 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다62029 판결; "표현대표이사의 행위로 인한 회사의 책임이 성립하기 위하여는 회사의 대표이사가 아닌 이사가 외관상 회사의 대표권이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 거래행위를 하여야 하고, 그와 같은 명칭이 표현대표이사의 명칭에 해당하는지 여부는 사회 일반의 거래통념에 따라 결정하여야 할 것" ☜ '경리담당이사'는 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭에 해당한다고 볼 수 없다고 한 예.

○ 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다19797 판결; "상법 제395조는 표현대표이사의 명칭을 예시하면서 사장, 부사장, 전무, 상무 등의 명칭을 들고 있는바, 사장, 부사장, 전무, 상무 등의 명칭은 표현대표이사의 명칭으로 될 수 있는 직함을 예시한 것으로서 그와 같은 명칭이 표현대표이사의 명칭에 해당하는가 하는 것은 사회 일반의 거래통념에 따라 결정하여야 할 것이다."

4389) ○ 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011다30574 판결; "회사가 표현대표자의 행위에 대하여 책임을 지는 것은 회사가 표현대표자의 명칭사용을 명시적으로나 묵시적으로 승인함으로써 대표 자격의 외관 현출에 책임이 있는 경우에 한하므로, 주주총회를 소집·개최함이 없이 의사록만을 작성한 주주총회결의로 대표자로 선임된 자의 행위에 대하여 상법제395조에 따라 회사에게 그 책임을 물으려면, 의사록 작성으로 대표 자격의 외관이 현출된 데에 대하여 회사에 귀책사유가 있음이 인정되어야만 할 것이다. 그리고 이사 선임 권한이 없는 사람이 주주총회의사록 등을 허위로 작성하여 주주총회결의 등의 외관을 만들고 이에 터 잡아 이사를 선임한 경우에

사실', ② '①항의 표현대표이사가 피고 회사를 대표하여('대표이사의 대행'을 포함한다)[4390] 원고와 법률행위를 한 사실'을 주장·증명하면 된다.

피고 회사는 ① '거래상대방[4391]의 악의 또는 중과실(회사를 대표할 권한[4392]이 있다고 믿음에 있어 중대한 과실[4393]이 있다는 점)'을 항변사실로서 주장·증명하면 된다.[4394] 거래상대방의 악

는, 주주총회의 개최와 결의가 존재는 하지만 무효 또는 취소사유가 있는 경우와는 달리, 그 이사 선임에 관한 주식회사 내부의 의사결정은 존재하지 아니하여 회사가 그 외관의 현출에 관여할 수 없었을 것이므로, 달리 회사의 적법한 대표이사가 그 대표 자격의 외관이 현출되는 것에 협조, 묵인하는 등의 방법으로 관여하였다거나 회사가 그 사실을 알고 있음에도 시정하지 않고 방치하는 등 이를 회사의 귀책사유와 동일시할 수 있는 특별한 사정이 없는 한, 회사에 대하여 상법 제395조에 의한 표현대표이사 책임을 물을 수 없고, 이 경우 위와 같이 허위의 주주총회결의 등의 외관을 만든 사람이 회사의 상당한 지분을 가진 주주라고 하더라도 그러한 사정만으로는 대표 자격의 외관이 현출된 데에 대하여 회사에 귀책사유가 있는 것과 동일시할 수 없다."

○ 대법원 2009. 3. 12. 선고 2007다60455 판결; "주주총회를 소집, 개최함이 없이 의사록만을 작성한 주주총회결의로 대표자로 선임된 자의 행위에 대하여 의사록 작성으로 대표자격의 외관이 현출된 데에 대하여 회사에 귀책사유가 있음이 인정될 경우 상법 제395조에 따라 회사에게 그 책임을 물을 수 있고, 이 경우 의사록을 작성하는 등 주주총회결의의 외관을 현출시킨 자가 사실상 회사의 운영을 지배하는 자인 경우와 같이 주주총회결의 외관 현출에 회사가 관련된 것으로 보아야 할 경우에는 회사에 귀책사유가 있다고 인정할 수 있을 것이다."

○ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다70018 판결; "회사가 표현대표를 허용하였다고 하기 위하여는 진정한 대표이사가 이를 허용하거나, 이사 전원이 아닐지라도 적어도 이사회결의의 성립을 위하여 회사의 정관에서 정한 이사의 수, 그와 같은 정관의 규정이 없다면 최소한 이사 정원의 과반수의 이사가 적극적 또는 묵시적으로 표현대표를 허용한 경우이어야 한다. … 원고 회사의 적법한 대표이사인 소외 3 또는 적법하게 선임된 이사들로 구성된 원고 회사 이사회의 과반수 이사가 소외 9, 10의 대표이사 명칭 사용을 적극적 또는 묵시적으로 이를 허용하였다고 볼 아무런 자료가 없으므로, 소외 9, 10이 원고 회사의 대표이사 명칭을 사용하여 체결한 이 사건 근저당권설정계약과 이 사건 차입금 및 이자지급 약정에 대하여 원고 회사가 상법제395조에 의한 책임을 져야 한다고 볼 수 없다."

○ 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다1366 판결; "표현대표자의 행위에 대하여 회사가 그 책임을 지는 것은 회사가 표현대표자의 명칭사용을 명시적으로나 묵시적으로 승인한 경우에만 한하는 것이고, 회사의 명칭사용 승인 없이 임의로 명칭을 참칭한 자의 행위에 대하여는 비록 그 명칭사용을 알지 못하고 제지하지 못한 점에 있어서 회사에게 과실이 있다고 할지라도 그 회사의 책임으로 돌려 선의의 제3자에 대하여 책임을 지게 하는 취지는 아니라 할 것"

4390) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다100339 판결; "표현대표이사가 자신의 이름으로 행위한 경우는 물론이고 대표이사의 이름으로 행위한 경우에도 적용된다."

4391) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다65073 판결; "회사를 대표할 권한이 없는 표현대표이사가 다른 대표이사의 명칭을 사용하여 어음행위를 한 경우, 회사가 책임을 지는 선의의 제3자의 범위에는 표현대표이사로부터 직접 어음을 취득한 상대방뿐만 아니라, 그로부터 어음을 다시 배서양도받은 제3취득자도 포함된다고 봄이 상당하다"

4392) ○ 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다5091 판결; "표현대표이사가 자기의 명칭을 사용하여 법률행위를 한 경우는 물론이고 자기의 명칭을 사용하지 아니하고 대표이사의 명칭을 사용하여 행위를 한 경우에도 적용되고, 이러한 경우 회사가 표현대표이사의 행위에 대하여 책임을 면하기 위해서는 제3자가 표현대표이사에게 대표이사를 대행하여 법률행위를 할 권한이 없음을 알았거나 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있음을 증명하여야 한다."

○ 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다100339 판결; 甲 회사의 표현대표이사 乙이 대표이사를 대리하여 자신의 채권자 丙에게 차용증을 작성해 준 사안에서, 상대방인 丙의 악의 또는 중과실은 乙에게 대표권이 있는지가 아니라 그에게 대표이사를 대리하여 차용증을 작성함으로써 채무를 부담할 권한이 있는지 여부에 따라 판단되어야 하므로, 乙이 甲 회사의 대표이사가 아님을 丙이 알았다는 점은 丙의 악의 또는 중과실을 판단하는 데 결론을 좌우할 만한 의미가 있는 사정이 된다고 할 수 없고, 상법 제395조의 취지와 위 중과실의 의미 내지 판단 기준 등에 비추어 보면, 乙이 甲 회사의 표현대표이사에 해당하는 한 그에게 대표권 등 권한이 있는지를 당연히 의심하여 보아야 하는 객관적 사정이 있는 등의 경우가 아닌 이상 甲 회사에 乙이 대표이사를 대리하여 차용증을 작성할 권한이 있는지 여부에 관하여 확인하지 않았다는 사정만으로 丙의 악의 또는 중과실을 쉽사리 인정할 수는 없다고 한 예.

4393) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다65073 판결; "표현대표이사의 행위로 인한 주식회사의 책임이 성립하기

의 여부 판단에 상업등기의 기재 여부는 고려의 대상에 넣어서는 아니된다(즉, 상업등기의 공시력에 관한 상법 제37조 규정의 적용이 배제된다).[4395]

그 외 일반적 법리에 따른 항변사항으로서 피고 회사는, ② 표현대표이사의 행위에 이사회의 결의가 필요한 경우 '이사회 결의의 부존재'와 '그에 대한 거래상대방의 악의·중과실'을 주장·증명하거나,[4396] ③ '대표권 남용'과 '거래상대방의 악의·과실'을 주장·증명하여 다툴 수 있다.[4397]

위하여 제3자의 선의 이외에 무과실까지도 필요로 하는 것은 아니지만, 그 규정의 취지는 회사의 대표이사가 아닌 이사가 외관상 회사의 대표권이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 거래행위를 하고, 이러한 외관이 생겨난 데에 관하여 회사에 귀책사유가 있는 경우에 그 외관을 믿은 선의의 제3자를 보호함으로써 상거래의 신뢰와 안전을 도모하려는 데에 있다 할 것인바, 그와 같은 제3자의 신뢰는 보호할 만한 가치가 있는 정당한 것이어야 할 것이므로, 설령 제3자가 회사의 대표이사가 아닌 이사에게 그 거래행위를 함에 있어 회사를 대표할 권한이 있다고 믿었다 할지라도 그와 같이 믿음에 있어서 중대한 과실이 있는 경우에는 회사는 그 제3자에 대하여는 책임을 지지 아니하고, 여기서 제3자의 중대한 과실이라 함은 제3자가 조금만 주의를 기울였더라면 표현대표이사의 행위가 대표권에 기한 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 대표권에 기한 행위라고 믿음으로써 거래통념상 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로서, 공평의 관점에서 제3자를 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다."

4394) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다19797 판결; "상법은 모든 이사에게 회사의 대표권을 인정하지 아니하고, 이사회 또는 주주총회에서 선정한 대표이사에게만 회사 대표권을 인정하고 있으며(상법 제389조 제1항), 그와 같은 제도는 1963. 1. 1. 상법이 시행된 이후 상당한 기간 동안 변함없이 계속하여 시행되어 왔고, 그 동안 국민 일반의 교육수준도 향상되고 일반인들이 회사 제도와 대표이사 제도를 접하는 기회도 현저하게 많아졌기 때문에 일반인들도 그와 같은 상법의 대표이사 제도를 보다 더 잘 이해하게 되었으며, 적어도 직제상 사장, 부사장, 전무, 상무 등의 직책을 두고 있는 주식회사의 경우라면 상법상 대표이사에게는 사장 등의 직책과는 별도로 대표이사라는 명칭을 사용하도록 하고 상법상 대표이사가 아닌 이사에게는 대표이사라는 명칭을 사용하지 못하도록 하고 있으며, 또한 규모가 큰 주식회사의 경우 직제상 사장의 직책을 가지는 이사는 대표이사로 선정되어 있는 경우가 많은 반면, 직제상 전무 또는 상무의 직책을 가지는 이사는 반드시 그러하지는 아니하고, 전무 또는 상무의 직책을 가지면서 동시에 대표이사로 선정되어 있는 이사들은 '대표이사 전무, 대표이사 상무' 등의 명칭을 사용하는 것이 현재 우리나라 경제계의 실정이다. … 따라서 상법 제395조가 표현대표이사의 명칭으로 사장, 부사장, 전무, 상무 등의 명칭을 나란히 예시하고 있다 하더라도, 그 각 명칭에 대하여 거래통념상 제3자가 가질 수 있는 신뢰의 정도는 한결같다고 할 수 없으므로 위와 같은 각 명칭에 대하여 제3자가 그 명칭을 사용한 이사가 회사를 대표할 권한이 있다고 믿었는지 여부, 그와 같이 믿음에 있어서 중과실이 있는지 여부 등은 거래통념에 비추어 개별적·구체적으로 결정하여야 할 것이다. 특히 규모가 큰 주식회사에 있어서 '대표이사 전무' 또는 '대표이사 상무' 등의 명칭을 사용하지 아니하고, 단지 '전무이사' 또는 '상무이사' 등의 명칭을 사용하는 이사에 대하여는 제3자가 악의라거나 중과실이 있다는 회사 측의 항변을 배척함에 있어서는 구체적인 당해 거래의 당사자와 거래 내용 등에 관하여 신중한 심리를 필요로 하고, 함부로 그 항변을 배척하여서는 아니 된다 할 것이다." ☞ 금융기관 임직원이 상장회사의 전무이사/주택사업본부장에게 회사를 대표하여 백지어음에 배서할 권한이 있다고 믿은 데 중과실이 있다고 보아 회사의 금융기관에 대한 책임을 부정한 예.

4395) ○ 대법원 1979. 2. 13. 선고 77다2436 판결; "상법 제395조와 상업등기와의 관계를 헤아려 보면, 본조는 상업등기와는 다른 차원에서 회사의 표현책임을 인정한 규정이라고 해야 옳으리니 이 책임을 물음에 상업등기가 있는 여부는 고려의 대상에 넣어서는 아니된다고 하겠다. 따라서 원판결이 피고회사의 상호변경등기로 말미암아 피고의 상호변경에 대하여 원고의 악의를 간주한 판단은 당원이 인정치 않는 법리위에 선 것이라 하겠다."
○ 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다47653 판결; "회사가 수인의 대표이사가 공동으로 회사를 대표할 것을 정하고 이를 등기한 경우에도, 공동대표이사 중의 1인이 대표이사라는 명칭을 사용하여 법률행위를 하는 것을 용인하거나 방임한 때에는, 그 공동대표이사가 단독으로 회사를 대표하여 한 법률행위에 관하여 회사가 선의의 제3자에 대하여 상법제395조에 따른 책임을 진다고 할 것"

4396) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결 참조.

4397) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다5091 판결; "대표이사가 대표권의 범위 내에서 한 행위라도 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이고, 그 행위의 상대방이

피고 명의의 등기가 대표권 없는 자와의 계약에 기초한 원인 무효 등기임을 이유로 소유자인 원고 회사가 말소등기를 구하는 경우에는, '상법 제395조의 회사 책임'이 피고의 항변사유, '피고의 악의·중과실'이 원고 회사의 재항변사유가 된다.[4398]

4) 이사 등과 회사 간의 거래

이사 등과 회사 간 거래가 상법 제398조[4399] [4400]를 위반하였음을 이유로 무효임을 주장할 수 있는 자는 당해 회사에 한정된다.[4401]

이사 등이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와[4402] 거래[4403]한 사실이 주장·증명되면

대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다. 그리고 특별한 사정이 없는 한 이러한 법리는 상법 제395조에서 정한 표현대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 경우에도 마찬가지로 적용된다."

4398) 예컨대, 2011다30574 판결, 2009다34160 판결, 2004다17702 판결의 사안 참조.

4399) 구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되어 2012. 4. 15. 시행되기 전의 것) 제398조(이사와 회사 간의 거래) 이사는 이사회의 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다. 이 경우에는 민법 제124조의 규정을 적용하지 아니한다.

⇒ **상법 제398조(이사 등과 회사 간의 거래)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다.

1. 이사 또는 제542조의8 제2항 제6호에 따른 주요주주
2. 제1호의 자의 배우자 및 직계존비속
3. 제1호의 자의 배우자의 직계존비속
4. 제1호부터 제3호까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사
5. 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사

4400) 2011. 4. 14. 개정 시, 적용대상을 이사 외의 주요주주 등에게까지 확대하고 이사회 승인을 위한 결의요건을 이사 3분의 2 이상으로 가중하여 정하였다.

4401) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다67651 판결: "이사와 회사 사이의 거래에 관하여 이사회의 승인을 얻도록 한 것은, 이사가 그 지위를 이용하여 회사와 직접 거래를 하거나 이사 자신의 이익을 위하여 회사와 제3자 사이의 거래를 함으로써 이사 자신의 이익을 도모하고 회사 및 주주에게 손해를 입히는 것을 방지하고자 하는 것이므로, 그 규정 취지에 비추어 이사와 회사 사이의 거래가 상법 제398조를 위반하였음을 이유로 무효임을 주장할 수 있는 자는 회사에 한정되고 특별한 사정이 없는 한 거래의 상대방이나 제3자는 그 무효를 주장할 이익이 없다고 보아야 하므로, 거래의 상대방인 당해 이사 스스로가 위 규정 위반을 내세워 그 거래의 무효를 주장하는 것은 허용되지 않는다 할 것이다."

4402) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결: "위 규정이 적용되기 위하여는 이사 또는 제3자의 거래상대방이 이사가 직무수행에 관하여 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 부담하는 당해 회사이어야 한다. 한편, 자회사가 모회사의 이사와 거래를 한 경우에는 설령 모회사가 자회사의 주식 전부를 소유하고 있더라도 모회사와 자회사는 상법상 별개의 법인격을 가진 회사이고, 그 거래로 인한 불이익이 있더라도 그것은 자회사에게 돌아갈 뿐 모회사는 간접적인 영향을 받는 데 지나지 아니하므로, 자회사의 거래를 곧바로 모회사의 거래와 동일하게 볼 수는 없다. 따라서 모회사의 이사와 자회사의 거래는 모회사와의 관계에서 구 상법 제398조가 규율하는 거래에 해당하지 아니하고, 모회사의 이사는 그 거래에 관하여 모회사 이사회의 승인을 받아야 하는 것이 아니다."

4403) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다70044 판결: "이사회의 승인이 필요한 이사와 회사의 거래에는 이사가 거래의 상대방이 되는 경우뿐만 아니라 상대방의 대리인이나 대표자로서 회사와 거래를 하는 경우와 같이 특별한 사정이 없는 한 회사와 이사 사이에 이해충돌의 염려 내지 회사에 불이익을 생기게 할 염려가 있는 거래도 해당된다"

그 거래행위는 무효가 되고, 그 거래행위에 대하여 이사회의 '사전' 승인(해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사 3분의 2 이상의 수로써 승인하여야 하며 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 함)[4404]이나 소규모 회사 주주총회의 사전 승인[4405] 또는 주주 전원의 동의[4406]가 있었다는 점이나 이사회의 승인을 요하지 않는다는 점[4407]에 대하여는 그 거래행위의 유효를 주장하는 당해 이사 등이 주장·증명하여야 한다.[4408]

이사회의 승인을 받지 못한 이익상반거래에 대하여 아무런 승인 권한이 없는 주주총회에서 사후적으로 추인 결의를 하였다 하여 그 거래가 유효하게 될 수는 없고, 이사 등과

4404) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다291712 판결: "이사 등이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 유효하게 거래를 하기 위하여는 미리 상법 제398조에서 정한 이사회 승인을 받아야 하므로 사전에 상법 제398조에서 정한 이사회 승인을 받지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 그 거래는 무효라고 보아야 하고, 사후에 그 거래행위에 대하여 이사회 승인을 받았다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 무효인 거래행위가 유효로 되는 것은 아니다. … 상법 제398조는 이사 등이 회사와의 거래에 관하여 이사회 승인을 받기 위하여는 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히도록 정하고 있으므로, 만일 이러한 사항들을 밝히지 아니한 채 그 거래가 이익상반거래로서 공정한 것인지에 관한 심의가 이루어진 것이 아니라 통상의 거래로서 이를 허용하는 이사회의 결의가 이루어진 것에 불과한 경우 등에는 상법 제398조가 정하는 이사회 승인이 있다고 할 수 없다." ☛ 현행 상법은 '미리' 이사회에서 해당 거래에 관한 '중요사실을 밝히고' 이사회의 승인을 받도록 명문으로 규정하고 있으나, 개정 전 상법에서는 '사후 승인'도 포함되는 것으로 해석하면서, 이사가 이사회에 거래에 관한 자기의 이해관계 및 중요한 사실들을 개시하지 아니한 채 이루어진 이사회 결의로는 이사회의 승인이 있다고 할 수 없다고 보았다(2005다4291).

4405) 자본금 총액이 10억 원 미만으로 이사가 1명 또는 2명인 소규모 주식회사는 이사회 대신 주주총회에서 미리 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 주주총회의 승인을 받아야 한다(상법 제383조 제4항, 제1항 단서). 주주총회의 의결정족수를 충족하는 주식을 가진 주주들이 동의하거나 승인하였다는 사정만으로 주주총회 결의가 있는 것과 마찬가지라고 볼 수는 없고, 소규모 회사의 주주총회의 승인을 받지 않았다면, 특별한 사정이 없는 한 이사 등과 회사 간 거래는 무효라고 보아야 한다(대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다205398 판결).

4406) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결: "회사의 채무부담행위가 구 상법 제398조에서 정한 이사의 자기거래에 해당하여 이사회의 승인이 필요하다고 할지라도, 위 규정의 취지가 회사와 주주에게 예기치 못한 손해를 끼치는 것을 방지함에 있으므로, 그 채무부담행위에 대하여 주주 전원이 이미 동의하였다면 회사는 이사회의 승인이 없었음을 이유로 그 책임을 회피할 수 없다(다만 2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되어 2012. 4. 15.부터 최초로 체결된 거래부터 적용되는 현행 상법 제398조는 '상법 제542조의8 제2항 제6호에 따른 주요주주의 경우에도 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위해서는 미리 이사회에 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 한다.'고 정하고 있다)."

4407) ❶ 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다71271 판결: "상법 제398조 … 취지는 … 이므로, 이사와 회사 사이의 거래라고 하더라도 양자 사이의 이해가 상반되지 않고 회사에 불이익을 초래할 우려가 없는 때에는 이사회의 승인을 얻을 필요가 없는 것이다." ☜ 주식회사의 이사가 자신을 피보험자 및 수익자로 하여 회사 명의로 퇴직보험에 가입한 사안에서, 회사가 이사를 피보험자로 하여 퇴직보험계약을 체결한 것은 임원퇴직금지급규정상 임원의 보수를 지급하기 위한 수단에 불과하고, 회사에게 퇴직금을 조성하기 위한 일반적인 자금 운영의 범위를 넘는 실질적인 불이익을 초래할 우려가 없으므로, 이에 관하여 이사회의 승인을 얻을 필요가 없다고 본 사례. ❷ 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다55808 판결: "회사와 이사 사이에 이해가 충돌될 염려가 있는 이사의 회사에 대한 금전대여행위는 상법 제398조 소정의 이사의 자기거래행위에 해당하여 이사회의 승인을 거쳐야 하고, 다만 이사가 회사에 대하여 담보 약정이나 이자 약정 없이 금전을 대여하는 행위와 같이 실질상 회사와 이사 사이의 이해충돌로 인하여 회사에 불이익이 생길 염려가 없는 경우에는 이사회의 승인을 거칠 필요가 없다."

4408) 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다65180 판결: "주식회사의 대표이사가 회사를 대표하여 회사의 제3자에 대한 채권을 대표이사 자신에게 양도하는 행위는 상법 제398조 소정의 이사의 자기거래행위에 해당하여 이사회의 결의를 거쳐야 할 것인바, 위 채권양도행위에 대하여 이사회의 결의가 있었다거나 그것이 회사의 기존채무 이행을 위하여 행해진 것으로 이사회의 승인을 요하지 않는다는 점에 대하여는 당해 이사가 스스로 주장·입증하여야 할 것이다."

회사 간의 이익상반거래에 대한 회사의 묵시적 추인은 신중하게 인정하여야 한다.[4409]

회사가 이사 등의 자기거래행위가 무효임을 '제3자'에 대하여 주장하기 위해서는, ① '이사 등이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래한 사실'과 함께, ② '(① 거래에 대한) 이사회의 승인이 없는 사실', ③ '(② 사실에 대한) 제3자의 악의 또는 중과실'을 주장·증명하여야 한다.[4410]

5) 상장회사의 이사, 주요주주 등에 대한 신용공여 거래의 무효

상법 제542조의9 제1항[4411]을 위반한 '상장회사의 그 이사 등(주요주주 및 그의 특수관계인, 집행임원, 감사)에 대한 신용공여(재산의 대여, 채무이행의 보증, 자금 지원적 성격의 증권 매입, 그 밖에 대통령령으로 정하는 거래[4412])'는 사법상 무효이고(누구나 그 무효를 주장할 수 있다),

---

4409) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4291 판결; "이사와 회사 사이의 이익상반거래에 대한 승인은 주주 전원의 동의가 있다거나 그 승인이 정관에 주주총회의 권한사항으로 정해져 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이사회의 전결사항이라 할 것이므로, 이사회의 승인을 받지 못한 이익상반거래에 대하여 아무런 승인 권한이 없는 주주총회에서 사후적으로 추인 결의를 하였다 하여 그 거래가 유효하게 될 수는 없다. … 구 상법 제398조 전문이 이사와 회사 사이의 이익상반거래를 이사회의 승인사항으로 규정하고 있는 취지에는 그 거래로 말미암아 회사 나아가 주주가 손해를 입은 경우 그 거래와 관련된 이사뿐만 아니라 그 거래를 승인한 다른 이사들도 연대하여 손해배상책임을 질 수 있으므로, 이사회에서 회사 등의 이익을 위하여 그 승인 여부를 보다 신중하고 공정하게 심의·의결할 것이라는 고려도 포함되어 있는 것인바, 만일 단순히 특정 이사와 회사 사이의 거래가 있은 후 회사가 이에 대하여 적극적으로 이의를 제기하지 아니하였다는 사정 등만으로 묵시적 추인을 쉽게 인정하게 되면, 원래 무효인 거래행위가 유효로 전환됨으로써 회사 등은 불측의 손해를 입게 되고 그 거래와 관련된 이사나 악의·중과실 있는 제3자 등은 이익을 얻게 되는 반면, 묵시적 추인의 주체나 책임소재가 불분명하여 그 책임 추궁이 어렵게 되는 불합리한 사태가 발생할 수 있으므로, 회사가 이익상반거래를 묵시적으로 추인하였다고 보기 위해서는 그 거래에 대하여 승인 권한을 갖고 있는 이사회가 그 거래와 관련된 이사의 이해관계 및 그와 관련된 중요한 사실들을 지득한 상태에서 그 거래를 추인할 경우 원래 무효인 거래가 유효로 전환됨으로써 회사에 손해가 발생할 수 있고 그에 대하여 이사들이 연대책임을 부담할 수 있다는 점을 용인하면서까지 추인에 나아갔다고 볼만한 사유가 인정되어야 한다."

4410) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003다64688 판결; "회사의 대표이사가 이사회의 승인 없이 한 이른바 자기거래행위는 회사와 이사 간에서는 무효이지만, 회사가 위 거래가 이사회의 승인을 얻지 못하여 무효라는 것을 제3자에 대하여 주장하기 위해서는 거래의 안전과 선의의 제3자를 보호할 필요상 이사회의 승인을 얻지 못하였다는 것 외에 제3자가 이사회의 승인 없음을 알았다는 사실을 입증하여야 할 것이고, 비록 제3자가 선의였다 하더라도 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있음을 입증한 경우에는 악의인 경우와 마찬가지라고 할 것이며, 이 경우 중대한 과실이라 함은 제3자가 조금만 주의를 기울였더라면 그 거래가 이사와 회사 간의 거래로서 이사회의 승인이 필요하다는 점과 이사회의 승인을 얻지 못하였다는 사정을 알 수 있었음에도 불구하고, 만연히 이사회의 승인을 얻은 것으로 믿는 등 거래통념상 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로서 공평의 관점에서 제3자를 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다." ☞ 순차로 양수한 제3자가 수인인 경우 그 각각에 대하여 악의·중과실을 주장·증명하여야 한다(대법원 1981. 9. 8. 선고 80다2511 판결).

4411) **상법 제542조의9(주요주주 등 이해관계자와의 거래)** ① 상장회사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 상대방으로 하거나 그를 위하여 신용공여(금전 등 경제적 가치가 있는 재산의 대여, 채무이행의 보증, 자금 지원적 성격의 증권 매입, 그 밖에 거래상의 신용위험이 따르는 직접적·간접적 거래로서 대통령령으로 정하는 거래를 말한다. 이하 이 조에서 같다)를 하여서는 아니 된다. 〈개정 2011.4.14.〉

1. 주요주주 및 그의 특수관계인
2. 이사(제401조의2제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 및 집행임원
3. 감사

4412) **상법 시행령 제35조(주요주주 등 이해관계자와의 거래)** ① 법 제542조의9 제1항 각 호 외의 부분에서 "대통령령으로 정하는 거래"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 거래를 말한다.

1. 담보를 제공하는 거래

이사의 자기거래와 달리 이사회의 승인 유무와 관계없이 금지되는 것이어서 이사회의 사전 승인이나 사후 추인이 있어도 유효로 될 수 없으나, 제3자가 그에 대해 알지 못하였고 알지 못한 데에 중대한 과실이 없는 경우(제3자의 선의·무중과실) 그 제3자에 대하여는 무효를 주장할 수 없는데, 거래의 무효를 주장하는 쪽이 제3자의 악의 또는 중과실을 증명하여야 한다.[4413]

6) 주식회사의 이사회 결의 무효 확인 청구

주식회사의 이사회 결의 무효 또는 부존재 확인 청구는 민사소송법상 확인의 소로서[4414] 그 원고적격자는 통상의 경우처럼 확인의 이익 내지 법률상 이해관계를 갖는 자,[4415] 피고적격자는 회사[4416]이다.

---

2. 어음(전자어음 포함)을 배서(담보적 효력이 없는 배서 제외)하는 거래
3. 출자의 이행을 약정하는 거래
4. 법 제542조의9 제1항 각 호의 자에 대한 신용공여의 제한 … 을 회피할 목적으로 하는 거래로서 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령」 제38조 제1항 제4호 각 목의 어느 하나에 해당하는 거래
5. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령」 제38조 제1항 제5호에 따른 거래

4413) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다261943 판결; "상법 제542조의9 제1항의 입법 목적과 내용, 위반행위에 대해 형사처벌이 이루어지는 점 등을 살펴보면, 위 조항은 강행규정에 해당하므로 위 조항에 위반하여 이루어진 신용공여는 허용될 수 없는 것으로서 사법상 무효이고, 누구나 그 무효를 주장할 수 있다. 그리고 위 조항의 문언상 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 이루어진 신용공여는, 상법 제398조가 규율하는 이사의 자기거래와 달리, 이사회의 승인 유무와 관계없이 금지되는 것이므로, 이사회의 사전 승인이나 사후 추인이 있어도 유효로 될 수 없다. … 상법 제542조의9는 제1항에서 신용공여를 원칙적으로 금지하면서도 제2항에서는 일부 신용공여를 허용하고 있는데, 회사의 외부에 있는 제3자로서는 구체적 사안에서 어떠한 신용공여가 금지대상인지 여부를 알거나 판단하기 어려운 경우가 생길 수 있다. 상장회사와의 상거래가 빈번한 거래현실을 감안하면 제3자로 하여금 상장회사와 거래를 할 때마다 일일이 상법 제542조의9 위반 여부를 조사·확인할 의무를 부담시키는 것은 상거래의 신속성이나 거래의 안전을 해친다. 따라서 상법 제542조의9 제1항을 위반한 신용공여라고 하더라도 제3자가 그에 대해 알지 못하였고 알지 못한 데에 중대한 과실이 없는 경우에는 그 제3자에 대하여는 무효를 주장할 수 없다고 보아야 한다." ☎ 사채업자 소외 1이 소외 상장회사의 연대보증 하에 그 주요주주 소외 2, 대표이사 소외 3에게 20억 원을 대여하면서, 담보조로 소외 회사의 물품대금 채권을 양도받았는데, 그 채권에 대한 원고와 피고의 가압류결정 등의 경합으로 공탁된 채권액에 대한 배당절차에서, 원고는 위 채권이 소외 1에게 양도된 후 피고가 가압류하였으므로, 피고의 가압류는 부적법하여 피고에게 배당하여서는 아니 된다고 주장하며 배당이의의 소를 제기한 사안에서, 소외 회사의 연대보증 및 채권양도는 '주요주주 등에 대한 신용공여'에 해당하고, 소외 1이 채권양도가 상법 제542조의9 제1항에서 금지한 신용공여에 해당한다는 사실을 알았거나(악의) 알지 못하였더라도 조금만 주의를 기울였더라면 알 수 있었음에도 거래통념상 요구되는 주의의무를 현저히 위반함으로써 그 사실을 알지 못한 데에 '중대한 과실'이 있다고 보아 위 채권양도가 무효라고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

4414) 주식회사의 이사회 결의에 하자가 있는 경우에 관하여 상법은 아무런 규정을 두고 있지 아니하나, 그 결의에 무효사유가 있는 경우에는 이해관계인은 언제든지 또 어떤 방법에 의하든지 그 무효를 주장할 수 있고(일반 민사소송법상 확인의 소를 통해 결의의 부존재나 무효 확인을 구하거나 다른 법률관계에 관한 소송에서 '선결문제'로서 무효를 주장할 수도 있다), 그 확인판결의 효력은 소송 당사자 사이에서만 발생하고 대세적 효력이 없다(87누399 등).

4415) ❶ 이사회결의에 의하여 선임된 대표이사가 퇴임하고 그 후 새로 개최된 유효한 이사회결의에 의하여 후임 대표이사가 선임되어 선임등기까지 마쳐진 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 당초의 대표이사 선임 결의가 무효라 할지라도 이에 대한 부존재나 무효확인을 구하는 것은 과거의 법률관계 내지 권리관계의 확인을 구하는 것에 귀착되어 확인의 소로서의 권리보호요건을 결여한 것으로 보아야 한다(2005다22701,22718). ❷ 이사회의 결의로써 대표이사직에서 해임된 사람이 그 이사회 결의가 있은 후에 개최된 유효한 주주총회 결의에 의하여 이사직에서 해임된 경우, 그 주주총회가 무권리자에 의하여 소집된 총회라는 하자 이외의 다른 절차상,

이사회 결의의 무효사유는 이사회 결의를 무효로 할 만한 이사회의 소집절차,[4417] 결의방법[4418] 등 절차상 또는 내용상의 '중대한 하자'이다. 이사에 대한 소집통지 누락,[4419] '이사 과반수 출석과 출석이사 과반수'의 의사·의결 정족수 요건(강행규정)을 갖추지 못한 이사회결의,[4420] 의결권 위임에 의한 이사회 결의,[4421] 주주의 의결권행사를 불가능하게

내용상의 하자로 인하여 부존재 또는 무효임이 인정되거나 그 결의가 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 대표이사 해임에 관한 이사회결의에 어떠한 하자가 있다고 할지라도, 그 결의의 부존재나 무효확인 또는 그 결의의 취소를 구하는 것은 과거의 법률관계 내지 권리관계의 확인을 구하는 것에 귀착되어 확인의 소로서 권리보호요건을 결여한 것으로 보아야 한다(2005다38348). ❸ 전환사채 발행의 효력이 발생한 후에 직접 전환사채발행무효의 소에 의하지 않고 그 발행 과정의 하나인 이사회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 청구의 소는 부적법하다(2003다20060). 합병결의, 분할·분할합병 결의, 자본감소 결의, 신주발행 결의의 경우에도 동일하다.

4416) 대법원 1982. 9. 14. 선고 80다2425 전원합의체 판결; "주식회사의 이사회결의는 회사의 의사결정이고 회사는 그 결의의 효력에 관한 분쟁의 실질적인 주체라 할 것이므로 그 효력을 다투는 사람이 회사를 상대로 하여 그 결의의 무효확인을 소구할 이익은 있다 할 것이나 그 이사회결의에 참여한 이사들은 그 이사회의 구성원에 불과하므로 특별한 사정이 없는 한 이들 이사 개인들을 상대로 하여 그 결의의 무효확인을 소구할 이익은 없다."

4417) **상법 제390조(이사회의 소집)** ① 이사회는 각 이사가 소집한다. 그러나 이사회의 결의로 소집할 이사를 정한 때에는 그러하지 아니하다. ② 제1항 단서의 규정에 의하여 소집권자로 지정되지 않은 다른 이사는 소집권자인 이사에게 이사회 소집을 요구할 수 있다. 소집권자인 이사가 정당한 이유 없이 이사회 소집을 거절하는 경우에는 다른 이사가 이사회를 소집할 수 있다. ③ 이사회를 소집함에는 회일을 정하고 그 1주간 전에 각 이사 및 감사에 대하여 통지를 발송하여야 한다. 그러나 그 기간은 정관으로 단축할 수 있다. ④ 이사회는 이사 및 감사 전원의 동의가 있는 때에는 제3항의 절차 없이 언제든지 회의할 수 있다.

4418) **상법 제391조(이사회의 결의방법)** ① 이사회의 결의는 이사과반수의 출석과 출석이사의 과반수로 하여야 한다. 그러나 정관으로 그 비율을 높게 정할 수 있다. ② 정관에서 달리 정하는 경우를 제외하고 이사회는 이사의 전부 또는 일부가 직접 회의에 출석하지 아니하고 모든 이사가 음성을 동시에 송수신하는 원격통신수단에 의하여 결의에 참가하는 것을 허용할 수 있다. 이 경우 당해 이사는 이사회에 직접 출석한 것으로 본다. ③ 제368조 제3항 및 제371조 제2항의 규정은 제1항의 경우에 이를 준용한다. ☛ **제368조** ③ 총회의 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자는 의결권을 행사하지 못한다. **제371조** ② 총회의 결의에 관하여는 제368조제3항에 따라 행사할 수 없는 주식의 의결권 수와 제409조제2항 및 제542조의12제4항에 따라 그 비율을 초과하는 주식으로서 행사할 수 없는 주식의 의결권 수는 출석한 주주의 의결권의 수에 산입하지 아니한다.
제392조(이사회의 연기·속행) 제372조의 규정은 이사회에 관하여 이를 준용한다.

4419) ❶ 이사 3명 중 회사의 경영에 전혀 참여하지 않고 경영에 관한 모든 사항을 다른 이사들에게 위임하여 놓고 그들의 결정에 따르며 필요 시 이사회 회의록 등에 날인만 하여 주고 있는 이사에 대한 소집통지 없이 열린 이사회에서 한 결의는 위 이사가 소집통지를 받고 참석하였다 하더라도 그 결과에 영향이 없었다고 보이므로 유효하다(90다카22698)는 판례가 있으나, 이는 의문이다. ❷ 이사회 소집통지를 할 때에는, 회사의 정관에 이사들에게 회의의 목적사항을 함께 통지하도록 정하고 있거나 회의의 목적사항을 함께 통지하지 아니하면 이사회에서의 심의·의결에 현저한 지장을 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 주주총회 소집통지의 경우와 달리 회의의 목적사항을 함께 통지할 필요는 없다(2009다35033). ❸ 무효인 이사회결의가 사후에 추인하는 결의들을 통하여 소급적으로 유효하게 될 수는 없다(2009다35033).

4420) ❶ 강행규정인 상법 제391조 제1항의 본문이 요구하고 있는 결의의 요건을 갖추지 못한 이사회결의는 무효이다. 예컨대, 재적 6명의 이사 중 3인이 참석하여 참석이사의 전원의 찬성으로 의결한 경우 이는 과반수에 미달하는 이사가 출석하여 상법상의 의사정족수가 충족되지 아니한 이사회에서 이루어진 것으로 무효이고, 회사의 정관에 이사회의 결의는 이사 전원의 과반수로 하되 가부동수인 경우에는 이사회 회장의 결정에 의하도록 규정되어 있고, 결의에 참석한 이사 중에 이사회 회장이 포함되어 있다고 하여도 마찬가지이다(94다33903). ❷ 특별이해관계가 있는 이사는 이사회에서 의결권을 행사할 수는 없으나 의사정족수 산정의 기초가 되는 이사의 수에는 포함되고 다만 결의성립에 필요한 출석이사에는 산입되지 아니하므로 회사의 3명의 이사 중 대표이사와 특별이해관계 있는 이사 등 2명이 출석하여 의결을 하였다면 이사 3명중 2명이 출석하여 과반수 출석의 요건을 구비하였고 특별이해관계 있는 이사가 행사한 의결권을 제외하더라도 결의에 참여할 수 있는 유일한 출석이사인 대표이사의 찬성으로 과반수의 찬성이 있는 것으로 되어 그 결의는 적법하다(90다카22698). ❸ 이사회

하거나 현저히 곤란하게 하는 것을 내용으로 하는 이사회결의,[4422] 중간배당에 관한 상법 규정에 위반한 이사회 결의[4423]는 무효이다.

그 외에 '민법상 법인에 대한 확인의 소 일반론'과 '이사회 결의 부존재·무효 확인 청구' 부분을 함께 참조하면 된다.

7) 이사·감사의 회사에 대한 손해배상책임

가) 요건사실과 증명책임

상법 제399조,[4424] 제414조[4425]에 기초한 '이사·감사 등의 회사에 대한 손해배상책임'(위임관계로 인한 채무불이행책임이다[4426])의 청구원인 사실은, ① '이사(상법 제401조의2의 '업무집행지시자 등' 의제이사 포함)[4427]·감사(감사위원회 위원 포함)의 고의 또는 과실',[4428] ②

결의요건을 충족하는지 여부는 이사회 결의 당시를 기준으로 판단하여야 하고, 그 결의의 대상인 연대보증행위가 실제로 이루어진 날을 기준으로 판단할 것이 아니다(2000다20670).

4421) 주식회사 이사회는 주주총회의 경우와는 달리 원칙적으로 소집권 있는 이사가 다른 이사 전원에 대하여 이사회의 소집통지를 하여야 하고, 이사 자신이 이사회에 출석하여 결의에 참가하여야 하며, 대리인에 의한 출석은 인정되지 않고, ,이사 개인이 타인에게 출석과 의결권을 위임할 수도 없는 것이이어서 이에 위배된 이사회의 결의는 무효이다(80다2441). ☛ 상법 제391조 제1항, 제2항의 '법문'상 원칙적으로 이사는 이사회에 '직접 출석'하여야 하므로, 의결권의 대리·대행, 서면결의, 회람결의, 문자회의 모두 허용되지 않는다.

4422) 임시주주총회 소집을 철회하기로 하는 이사회결의로 인하여 주주의 의결권행사가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 된다고 볼 수 없기 때문에, 위 이사회결의가 주식회사 제도의 본질적 기능을 해하는 것으로서 무효가 되기에 이르렀다고 보기 어렵다고 한 예(2009다35033).

4423) 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다223778 판결; "**상법 제462조의3** 제1항은 중간배당에 관하여 '연 1회의 결산기를 정한 회사는 영업연도 중 1회에 한하여 이사회의 결의로 일정한 날을 정하여 그날의 주주에 대하여 이익을 배당할 수 있음을 정관으로 정할 수 있다.'고 규정하고 있다. 이에 따라 연 1회의 결산기를 정한 회사의 경우 정관에 정함이 있으면 이사회 결의로 중간배당을 실시할 수 있고 그 횟수는 영업연도 중 1회로 제한된다. 중간배당에 관한 이사회의 결의가 성립하면 추상적으로 존재하던 중간배당청구권이 구체적인 중간배당금 지급청구권으로 확정되므로, 상법 제462조의3이 정하는 중간배당에 관한 이사회 결의가 있으면 중간배당금이 지급되기 전이라도 당해 영업연도 중 1회로 제한된 중간배당은 이미 결정된 것이고, 같은 영업연도 중 다시 중간배당에 관한 이사회 결의를 하는 것은 허용되지 않는다. 이사회 결의로 주주의 중간배당금 지급청구권이 구체적으로 확정된 이상 그 청구권의 내용을 수정 내지 변경하는 내용의 이사회 결의도 허용될 수 없다."

4424) **상법 제399조(회사에 대한 책임)** ① 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 〈개정 2011.4.14〉
⇔ **개정** 전 ① 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.
② 전항의 행위가 이사회의 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 전항의 책임이 있다.
③ 전항의 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 **추정**한다.

4425) **상법 제414조(감사의 회사에 대한 손해배상책임,** 이는 **상법** 제415조의2 제7항에 따라 감사에 갈음한 감사위원회 위원에게 준용된다) 제1항에는 "**고의 또는 과실로**"라는 문언이 추가되어 있지 않다.

4426) 따라서 이행 기한의 정함이 없는 채무이므로 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 진다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결). 불법행위에 기한 손해배상청구와는 별개의 소송물이고 경합적으로 인정된다(87누760).

4427) **상법 제401조의2(업무집행지시자 등의 책임)** ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서 이를 이사로 본다.
1. 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자
2. 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자
3. 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는

'이사 등이 법령(상법·형법 등 법률과 법규명령)[4429] 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리 한(직무상 충실 및 선관주의의무 위반 행위) 사실'(채무불이행의 경우 '채무의 내용에 좇은 이행'에 관한 주장·증명책임의 소재에 관하여, 채권자가 채무자의 채무 이행이 없는 점을 주장·증명하여야 한다는 '채권자설'이 판례의 입장이다; 민법-채권총칙-'채무불이행책임' 부분 참조), ③ '손해의 발생 및 그 범위', ④ '②와 ③ 사이의 상당인과관계'[4430]이다.

것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자

② 제1항의 경우에 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 이사는 제1항에 규정된 자와 연대하여 그 책임을 진다.

☛ ❶ 위 제1호 및 제2호는 회사에 대해 영향력을 가진 자를 전제로 하고 있으나, 제3호는 직명 자체에 업무집행권이 표상되어 있기 때문에 그에 더하여 회사에 대해 영향력을 가진 자일 것까지 요건으로 하고 있는 것은 아니다(2009다39240). ❷ 상법에 의하여 이사로 의제되는 데 따른 책임이므로 일반 불법행위책임의 단기소멸시효를 규정한 민법 제766조 제1항이 적용되지 않는다(대법원 2023. 10. 26. 선고 2020다236848 판결).

4428) ◎ **상법 제399조 ①의 입증책임 분배가 입법재량을 일탈하였는지 여부**

헌법재판소 2015. 3. 26. 2014헌바202 결정; "청구인은 고의 또는 과실의 입증책임을 이사의 책임을 주장하는 자에게 부담시킨 것이 입증책임의 분배에 관한 입법재량을 벗어난 것이라고 주장하나, 요증사실이 특정인의 고의나 과실 유무 등 내심의 의사라고 하여 그러한 의사의 주체에게 반드시 입증책임을 부담시켜야 하는 것은 아니다. 입증책임규범은 사실의 존부가 불명한 경우 법관으로 하여금 재판을 할 수 있게 하는 보조수단으로서, 구체적으로 누구에게 입증책임을 분배할 것인가는 정의의 추구라는 사법의 이념, 재판의 공정성, 다툼이 되는 쟁점의 특성 및 관련 증거에 대한 접근성 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 재량으로 정할 수 있는 입법형성의 영역이다. 이사의 임무해태는 이사가 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 의무를 위반한 것으로서 과실과 분리되는 것이 아니므로, 이에 대한 고의 또는 과실의 입증책임을 이사의 책임을 주장하는 자에게 부담시킨 것은 그 합리성을 인정할 수 있고, 이를 손해배상청구권의 행사에 대한 과도한 제한이라고 보기는 어렵다. 상법조항이 입증책임의 부담에 관한 입법재량의 범위를 벗어난 것이라고 할 수 없다."

4429) **대법원** 2006. 11. 9. 선고 2004다41651 판결; "법령에 위반한 행위라고 할 때 말하는 '법령'은 일반적인 의미에서의 법령, 즉 법률과 그 밖의 법규명령으로서의 대통령령, 총리령, 부령 등을 의미하는 것인바, … 종합금융회사 업무운용지침, 외화자금거래취급요령, 외국환업무·외국환은행신설 및 대외환거래계약체결 인가공문, 외국환관리규정, 종금 내부의 심사관리규칙 등은 여기에서 말하는 '법령'에 해당하지 아니한다."

4430) ◎ **위반행위와 손해 사이의 상당인과관계**

○ 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다25865 판결; "이사의 법령·정관 위반행위 혹은 임무해태행위로 인한 상법 제399조의 손해배상책임은 그 위반행위와 상당인과관계 있는 손해에 한하여 인정될 뿐이므로, 그 결과로서 발생한 손해와의 사이에 상당인과관계가 인정되지 아니하는 경우에는 이사의 손해배상책임이 성립하지 아니한다고 할 것이고, 회사 자금의 횡령행위가 이루어진 이후에 그로 인한 회사 자금의 부족을 은폐하기 위하여 허위로 회계처리하도록 업무를 집행한 이사는 그 회계처리 당시에는 횡령행위에 관여한 자들로부터 횡령금액 또는 횡령으로 인한 손해배상채권을 회수할 수 있었으나 허위로 회계처리함으로써 횡령행위를 적발하고 회수할 수 있는 기회를 놓쳤고 그 사이 그들의 자금사정이 악화되어 이를 회수할 수 없게 되었다는 등의 사정이 없는 한, 손해배상책임을 부담하지 않는다고 할 것이다."

○ 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다34797 판결; "무릇 법규에 위반한 행위로 손해를 발생시킨 가해자가 당해 행위에 대응하는 적법한 행위를 선택할 가능성이 있었지만 적법행위에 의했더라도 피해자에게 동일한 손해의 전부 또는 일부를 발생시킬 수 있었던 사정을 이유로 가해자가 면책을 주장할 수 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 위반한 당해 법규가 손해의 방지를 주된 목적으로 한 것이 아니라 절차의 엄격한 준수 자체를 요구하는 것이거나, 피해자의 자기 결정권 자체가 중요한 의미를 갖는 경우에는 가해자 측의 적법행위 선택의 개연성만으로 인과관계가 부정된다거나 위법성이 조각된다고 평가할 수는 없는 것이고, 그 정도에 이르지 아니한다 하더라도 적법한 행위에 의한 동일한 손해의 발생 여부가 피해자의 별도의 의사 결정 혹은 행정관청의 허가 등 제3자의 행위에 의존하는 경우에는 동일한 결과 발생의 가능성이 높아 명백히 예상되는 경우가 아닌 한 가해자 측의 주장을 받아들이기 어렵다 할 것이다."

○ 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다56995 판결; "비록 대표이사에 의해 대출이 이미 실행되었다고 하더라도 이에 대한 추인 행위는 대표이사의 하자 있는 거래행위의 효력을 확정적으로 유효로 만들어 주는 것으로서, 피고가 선관의무를 다하지 아니하여 이와 같은 추인 결의에 찬성하였다면 손해 발생과 인과관계가 인정된다.

위 ①의 '이사 등의 고의 또는 과실' 요건은 위 ②의 '이사 등의 직무수행상 의무 위반' 사실에 포섭된다. 이사의 직무수행상 의무는 결과채무가 아닌 '수단채무'이므로 '채무자의 채무불이행 사실'에 대한 주장·증명책임을 지는 채권자가 먼저 청구원인사실로서 '채무자의 행위의무 내지 주의의무 위반 사실'을 주장·증명하여야 하기 때문이다.[4431]

이사의 법령·정관 위반 행위나 임무 해태 행위가 이사회의 결의에 의한 것인 때에는, 그 결의에 찬성한 이사도 회사에 대한 책임이 있고, 그 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다(상법 제399조 ②, ③). 이는 법률상 사실추정 규정으로서, 원고 회사 측이 전제사실인 ① '이사가 이사회 결의에 참가한 사실'과 ② '이사가 그 결의에 이의를 한 기재가 의사록에 없는 사실'[4432]을 주장·증명하면 요증사실인 '이사가 그 결의에 찬성한 사실'이 법률상 추정되고, '이사가 그 결의에 찬성하지 아니한 사실'에 대한 주장·증명책임은 피고 이사가 부담한다.

이사가 이사회의 승인 없이 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용한 경우, 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 회사의 손해로 법률상 추정된다(상법 제397조의 2).[4433] 이는 법률상 사실추정 규정으로서, 원고 회사 측이 전제사실인 '이사 또는 제3자

또한, 이사회의 추인 결의에 찬성한 이사들의 행위와 이 사건 대출금의 회수 곤란으로 인한 손해 사이의 인과관계는 이사 개개인이 선관의무를 다하였는지 여부에 의해 판단되어야 하고, 다른 이사들이 선관의무에 위반하여 이사회의 추인 결의에 찬성하는 등 행위를 전제로 판단할 것은 아니다. 이사회의 결의는 법률이나 정관 등에서 다른 규정을 두고 있지 않는 한 출석한 이사들의 과반수 찬성에 의해 이루어지는바, 피고의 주장대로 한다면 이사회의 결의를 얻은 사항에 관하여 이사 개개인에게 손해배상책임을 묻는 경우, 당해 이사 개개인은 누구나 자신이 반대하였다고 해도 어차피 이사회 결의를 통과하였을 것이라는 주장을 내세워 손해배상책임을 면하게 될 것이기 때문이다. 또한, 부실대출이 실행된 후 여러 차례 변제기한이 연장된 끝에 최종적으로 당해 대출금을 회수하지 못하는 손해가 발생한 경우, 그에 대한 손해배상책임은 원칙적으로 최초에 부실대출 실행을 결의하거나 이를 추인한 이사들만이 부담하고, 단순히 변제기한의 연장에만 찬성한 이사들은, 그 기한 연장 당시에는 채무자로부터 대출금을 모두 회수할 수 있었으나 기한을 연장함으로써 채무자의 자금사정이 악화되어 대출금을 회수할 수 없게 된 경우가 아닌 한 손해배상책임을 부담하지 않는다고 보아야 한다."

4431) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다30465, 30472 판결; "채무불이행사실이 인정되는 경우라면 … 채무자가 자신에게 귀책사유가 없다는 점을 적극적으로 입증하여야 할 것이지만, … 대표이사를 상대로 주식회사에 대한 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 대표이사의 직무수행상의 채무는 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 결과채무가 아니라, 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 채무이므로 회사에게 대출금 중 미회수금 손해가 발생하였다는 결과만을 가지고 곧바로 채무불이행사실을 추정할 수는 없는 것이다. 따라서 원심이, … 원고의 임무해태사실을 인정할 만한 증거가 없고 … 판단한 것은 정당하고, 거기에 채무불이행에 관한 입증책임을 전도한 위법이 있다고 할 수 없다." ☞ 따라서 2008다14633 판결("감사가 상법상의 의무 또는 기타 법령이나 정관에서 정한 의무를 위반하는 등 그 임무를 해태한 때에는 상법 제414조에 따라 원칙적으로 그 귀책사유(고의·과실)가 없음을 감사 측에서 주장·증명하지 아니하는 한 그로 인하여 회사가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.") 중 "귀책사유(고의·과실)가 없음을 감사 측에서 주장·증명하지 아니하는 한" 부분은 불필요한 것이다.

4432) 이사가 이사회에 출석하여 결의에 기권하였다고 의사록에 기재된 경우에 그 이사는 '이의를 한 기재가 의사록에 없는 자'라고 볼 수 없으므로, 상법 제399조 제3항에 따라 이사회 결의에 찬성한 것으로 추정할 수 없다(대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결).

4433) **상법 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지)** [본조신설 2011.4.14]
① 이사는 이사회의 승인 없이 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는

가 얻은 이익'을 주장·증명하면 요증사실인 '동액 상당의 회사 손해'가 법률상 추정되고, 그 반대사실인 '회사의 손해가 이사 또는 제3자가 얻은 이익보다 적은 사실'에 대한 주장·증명책임은 피고 이사가 부담한다.

나) 임무위배행위

이사가 임무를 수행함에 있어서 법령 또는 정관에 위반한 행위를 한 때에는 그 행위 자체가 회사에 대하여 채무불이행에 해당되므로 이로 인하여 회사에 손해가 발생한 이상, 특별한 사정이 없는 한 손해배상책임을 면할 수 없고,[4434] 이사의 고의·과실은 사실상 추정 된다고 볼 것이다. 법령 위반 행위에 대하여는, 이사가 임무를 수행함에 있어서 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 임무해태로 인한 손해배상책임이 문제되는 경우에 고려될 수 있는 '경영판단의 원칙'은 적용될 여지가 없다.[4435]

이사는 법령 또는 정관에 정해진 목적 범위 내에서 회사의 경영에 관한 판단을 할 재량권을 가지고 있으므로, 이사의 행위가 경영판단의 재량 범위 내에 있는 경우에는

회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다. 이 경우 이사회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 한다.

1. 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회
2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회

② 제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다.

☞ 위 규정 신설 전에도 이사의 선관주의의무·충실의무에 기초하여 사업기회 유용 금지의무가 인정된다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다16191 판결: 甲은 乙 회사의 이사로 재직하던 중 丙 회사를 설립하여 이사 또는 실질주주로서 丙 회사의 의사결정과 업무집행에 관여할 수 있는 지위에 있었는데, 丙 회사가 乙 회사와 丁 외국법인이 체결한 丁 법인 제품에 관한 독점판매계약의 기간이 종료하기 전부터 丁 법인 제품을 수입·판매하는 사업을 하다가 위 계약 기간 종료 후 丁 법인과 독점판매계약을 체결하여 丁 법인의 한국 공식총판으로서 위 제품의 수입·판매업을 영위하고 그 후 이를 제3자에게 양도하여 영업권 상당의 이득을 얻자, 위 사업기회를 상실한 후 운영에 어려움을 겪다가 해산한 乙 회사의 주주 戊가 甲을 상대로 경업금지의무 및 기회유용금지의무 위반에 따른 손해배상을 구한 사안에서, 甲은 경업금지의무를 위반하고 사업기회를 유용하여 乙 회사의 이사로서 부담하는 선량한 관리자의 주의의무 및 충실의무를 위반하였으므로 乙 회사의 손해를 배상할 책임이 있다고 판단한 다음, 丙 회사가 제3자에게 양도한 영업권 속에는 甲의 사업기회 유용행위로 乙 회사가 상실한 사업기회의 가치도 포함되어 있으므로 이를 乙 회사의 손해로 인정하여야 한다고 한 사례.

4434) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다25865 판결: "이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 사유가 되는 법령에 위반한 행위는 이사로서 임무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 의무를 개별적으로 규정하고 있는 상법 등의 제 규정과 회사가 영업활동을 함에 있어서 준수하여야 할 제 규정을 위반한 경우가 이에 해당된다고 할 것이고, 이사가 임무를 수행함에 있어서 위와 같은 법령에 위반한 행위를 한 때에는 그 행위 자체가 회사에 대하여 채무불이행에 해당되므로 이로 인하여 회사에 손해가 발생한 이상, 특별한 사정이 없는 한 손해배상책임을 면할 수는 없다." ☛ ❶ 이사가 주식소각 과정에서 법령을 위반하여 회사에 손해를 끼친 사실이 인정될 때에는 감자무효의 판결이 확정되었는지 여부와 관계없이 상법 제399조 제1항에 따라 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다(대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다298744 판결). ❷ 회사가 기업활동을 함에 있어서 형법상의 범죄를 수단으로 하여서는 안 되므로 뇌물 공여를 금지하는 형법 규정은 회사가 기업활동을 함에 있어서 준수하여야 할 것으로서 이사가 회사의 업무를 집행하면서 회사의 자금으로서 뇌물을 공여하였다면 이는 상법 제399조에서 규정하고 있는 법령에 위반된 행위에 해당된다(2007다58285). ❸ 회사가 대표이사의 법령위반 행위로 인하여 양벌규정에 따라 벌금을 납부함으로써 벌금액 상당의 손해를 입은 경우에는 특별한 사정이 없는 한 대표이사는 회사에 대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다(2006다49789).

4435) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2008다14633 판결.

회사에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않는다.[4436]

이사가 다른 이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 이를 방치한 때에는 이사의 선관주의의무 내지 감시의무 해태로서 임무위배행위에 해당한다.[4437] 대표이사가 대표이사로서의 업무 일체를 다른 이사 등에게 위임하고, 대표이사

4436) 대법원 2023. 3. 30. 선고 2019다280481 판결; "이사는 법령 또는 정관에 정해진 목적 범위 내에서 회사의 경영에 관한 판단을 할 재량권을 가지고 있다. 기업의 경영은 장래의 불확실한 상황을 전제로 이루어지는 경우가 많으므로 거기에는 다소의 모험과 그에 따른 위험이 수반될 수밖에 없다. 따라서 이사가 법령에 위반됨이 없이 임무를 수행하는 과정에서 합리적으로 이용가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음, 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면, 비록 사후에 그 회사가 예상했던 이익을 얻지 못하고 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다 하더라도 그 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량 범위 내에 있는 것이어서 해당 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 없다. 이사가 임무를 수행하면서 검토할 사항은 거래를 하는 목적이나 동기, 거래의 종류와 내용, 상대방과의 관계, 소속 회사의 재무적 상황 등에 따라 달라지므로, 사안마다 개별적으로 판단되어야 한다. 또한 이사의 경영판단을 정당화할 수 있는 이익은 원칙적으로 회사가 실제로 얻을 가능성이 있는 구체적인 것이어야 하고, 일반적이거나 막연한 기대에 불과하여 회사가 부담하는 비용이나 위험에 상응하지 않는 것이어서는 아니 된다. … 기업집단을 구성하는 개별 계열회사들은 각자 독립된 법인격을 가진 별개의 회사이므로, 개별 계열회사의 이사는 기업집단이나 다른 계열회사와 관련된 직무를 수행할 때에도 … 선관주의의무와 충실의무를 부담한다. 소속 회사가 법령에 위반됨이 없이 동일한 기업집단에 속한 계열회사 주식을 취득하거나 제3자가 계열회사 주식을 취득하게 하는 계약을 체결하는 경우, 이사는 소속 회사의 입장에서 주식 취득의 목적이나 계약 내용에 따라 … 검토하고 필요한 조치를 하여야 한다."

4437) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368 판결; "주식회사의 이사는 담당업무는 물론 다른 업무담당이사의 업무집행을 감시할 의무가 있으므로 스스로 법령을 준수해야 할 뿐 아니라 다른 업무담당이사들도 법령을 준수하여 업무를 수행하도록 감시·감독하여야 할 의무를 부담한다. 특히 대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로(상법 제389조 제3항, 제209조 제1항), 모든 직원의 직무집행을 감시할 의무를 부담함은 물론, 이사회의 구성원으로서 다른 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 권한과 책임이 있다. 따라서 다른 대표이사나 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 고의 또는 과실로 인하여 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 상법 제399조 제1항에 따른 배상책임을 진다. … **이사의 감시의무**의 구체적인 내용은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업상황 및 재무상태에 따라 크게 다를 수 있는데, 고도로 분업화되고 전문화된 대규모 회사에서 대표이사 및 업무담당이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라 할지라도 그러한 사정만으로 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수는 없다. 그러한 경우 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템(이하 '**내부통제시스템**'이라고 한다)을 구축하고 그것이 제대로 작동되도록 하기 위한 노력을 전혀 하지 않거나 위와 같은 시스템이 구축되었다 하더라도 회사 업무 전반에 대한 감시·감독의무를 이행하는 것을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못하였다면, 이사의 감시의무 위반으로 인한 손해배상책임을 진다. 이러한 내부통제시스템은 비단 회계의 부정을 방지하기 위한 회계관리제도에 국한되는 것이 아니라, 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고, 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태로 구현되어야 한다. 특히 회사 업무의 전반을 총괄하여 다른 이사의 업무집행을 감시·감독하여야 할 지위에 있는 대표이사가 회사의 목적이나, 규모, 영업의 성격 및 법령의 규제 등에 비추어 높은 법적 위험이 예상되는 경우임에도 이와 관련된 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동되도록 하기 위한 노력을 전혀 하지 않거나 위와 같은 시스템을 통한 감시·감독의무의 이행을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사 등의 위법한 업무집행을 방지하지 못하였다면, 이는 대표이사로서 회사 업무 전반에 대한 감시의무를 게을리한 것이라고 할 수 있다." ☛ 이사의 감시의무는 **사외이사**라거나 **비상근이사**라고 하여 달리 볼 것이 아니다[대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결. ☞ 2005다51471(**비상근이사**), 2013다76253(**사외이사**)]. 회사의 업무집행을 담당하지 않는 사외이사 등은 내부통제시스템이 전혀 구축되어 있지 않는데도 내부통제시스템 구축을 촉구하는 등의 노력을 하지 않거나 내부통제시스템이 구축되어 있더라도 제대로 운영되고 있지 않다고 의심할 만한 사유가 있는데도 이를 외면하고 방치하는 등의 경우에 감시의무 위반으로 인정될 수 있다(대법원

로서의 직무를 전혀 집행하지 않는 것은 그 자체가 이사의 직무상 충실 및 선관의무를 위반하는 행위에 해당한다.[4438]

회사가 '주주배정'의 방법으로 신주나 전환사채, 신주인수권부사채 등을 발행하는 경우에는 그 발행가액이 시가보다 현저히 낮다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이사로서의 임무를 위배하여 회사에 손해를 입혔다고 볼 수 없으나, 현저하게 불공정한 가액으로 '제3자배정' 방식에 의하여 신주 등을 발행하는 행위는 이사의 임무위배행위에 해당한다.[4439]

금융기관에 미회수 대출금 손해가 발생하였다는 결과만으로 대표이사나 이사의 임무해태로 인한 채무불이행 사실을 추정할 수는 없다.[4440] [4441]

2022. 5. 12. 선고 2021다279347 판결).

4438) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008다94097 판결.

4439) ◎ **'주주배정'방식과 '제3자배정'방식에 의한 신주 발행과 이사의 임무위배행위**

대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결의 다수의견: "주주는 회사에 대하여 주식의 인수가액에 대한 납입의무를 부담할 뿐(상법 제331조) 인수가액 전액을 납입하여 주식을 취득한 후에는 주주유한책임의 원칙에 따라 회사에 대하여 추가 출자의무를 부담하지 아니하는 점, 회사가 준비금을 자본으로 전입하거나 이익을 주식으로 배당할 경우에는 주주들에게 지분비율에 따라 무상으로 신주를 발행할 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 회사가 주주배정의 방법, 즉 주주가 가진 주식수에 따라 신주 등의 배정을 하는 방법으로 신주 등을 발행하는 경우에는 발행가액 등을 반드시 시가에 의하여야 하는 것은 아니다. 그러므로 회사의 임원인 이사로서는 주주배정의 방법으로 신주를 발행함에 있어서 원칙적으로 액면가를 하회하여서는 아니 된다는 제약(상법 제330조, 제417조) 외에는 주주 전체의 이익과 회사의 자금조달의 필요성과 급박성 등을 감안하여 경영판단에 따라 자유로이 그 발행조건을 정할 수 있다고 보아야 할 것이므로, 시가보다 낮게 발행가액 등을 정함으로써 주주들로부터 가능한 최대한의 자금을 유치하지 못하였다고 하여 배임죄의 구성요건인 임무위배, 즉 회사의 재산보호의무를 위반하였다고 볼 것은 아니다.

그러나 주주배정의 방법이 아니라 제3자에게 인수권을 부여하는 제3자배정 방법의 경우, 제3자는 신주 등을 인수함으로써 회사의 지분을 새로 취득하게 되므로 그 제3자와 회사와의 관계를 주주의 경우와 동일하게 볼 수는 없는 것이다. 제3자에게 시가보다 현저하게 낮은 가액으로 신주 등을 발행하는 경우에는 시가를 적정하게 반영하여 발행조건을 정하거나 또는 주식의 실질가액을 고려한 적정한 가격에 의하여 발행하는 경우와 비교하여 그 차이에 상당한 만큼 회사의 자산을 증가시키지 못하게 되는 결과가 발생하는데, 이 경우에는 회사법상 공정한 발행가액과 실제 발행가액과의 차액에 발행주식수를 곱하여 산출된 액수만큼 회사가 손해를 입은 것으로 보아야 한다. … 이와 같이 현저하게 불공정한 가액으로 제3자배정방식에 의하여 신주 등을 발행하는 행위는 이사의 임무위배행위에 해당하는 것으로서 그로 인하여 회사에 공정한 발행가액과의 차액에 상당하는 자금을 취득하지 못하게 되는 손해를 입힌 이상 이사에 대하여 배임죄의 죄책을 물을 수 있다고 할 것이고, 그것이 종래 대법원의 판례이기도 하다. …

신주 등의 발행에 있어서 주주배정방식과 제3자배정방식을 구별하는 기준은 회사가 신주 등을 발행함에 있어서 주주들에게 그들의 지분비율에 따라 신주 등을 우선적으로 인수할 기회를 부여하였는지 여부에 따라 객관적으로 결정되어야 할 성질의 것이지, 신주 등의 인수권을 부여받은 주주들이 실제로 인수권을 행사함으로써 신주 등을 배정받았는지 여부에 좌우되는 것은 아니다. 회사가 기존 주주들에게 지분비율대로 신주 등을 인수할 기회를 부여하였는데도 주주들이 그 인수를 포기함에 따라 발생한 실권주 등을 제3자에게 배정한 결과 회사 지분비율에 변화가 생기고, 이 경우 신주 등의 발행가액이 시가보다 현저하게 낮아 그 인수권을 행사하지 아니한 주주들이 보유한 주식의 가치가 희석되어 기존 주주들의 부가 새로이 주주가 된 사람들에게 이전되는 효과가 발생하더라도, 그로 인한 불이익은 기존 주주들 자신의 선택에 의한 것일 뿐이다. 또한 회사의 입장에서 보더라도 기존 주주들이 신주 등을 인수하여 이를 제3자에게 양도한 경우와 이사회가 기존 주주들이 인수하지 아니한 신주 등을 제3자에게 배정한 경우를 비교하여 보면 회사에 유입되는 자금의 규모에 아무런 차이가 없을 것이므로, 이사가 회사에 대한 관계에서 어떠한 임무에 위배하여 손해를 끼쳤다고 볼 수는 없다."

4440) ◎ **대출과 관련하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 위반하였는지에 관한 판단 기준**

○ 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다80521 판결: "금융기관의 임원은 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리

대규모 주식회사에서 일부 임직원의 전횡이 방치되고 있었다거나 중요한 재무정보로

자의 주의의무를 지므로, 그 의무를 충실히 한 때에야 임원으로서의 임무를 다한 것으로 된다고 할 것이지만, 금융기관이 그 임원을 상대로 대출과 관련된 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 임원이 한 대출이 결과적으로 회수곤란 또는 회수불능으로 되었다고 하더라도 그것만으로 바로 대출결정을 내린 임원에게 그러한 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 책임을 물어 그러한 대출결정을 내린 임원의 판단이 선량한 관리자로서의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없고, 대출과 관련된 경영판단을 함에 있어서 통상의 합리적인 금융기관 임원으로서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 것이며, 금융기관의 임원이 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 해태하였는지의 여부는 그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지의 여부를 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다. 또한 대표이사나 이사를 상대로 주식회사에 대한 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 대표이사나 이사의 직무수행상의 채무는 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 결과채무가 아니라, 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 채무이므로, 회사에게 대출금 중 미회수금 손해가 발생하였다는 결과만을 가지고 곧바로 채무불이행 사실을 추정할 수도 없다."(프로젝트 파이낸스 대출 사안) ☛ [따름 판례] 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결

○ 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다62608 판결; "새마을금고의 경우 그 임·직원이 대출을 결정함에 있어서 임·직원이 법령이나 정관에 위반한 대출이었음을 알았거나 또는 어떤 부정한 청탁을 받거나 당해 대출에 관한 어떤 이해관계가 있어 자기 또는 제3자의 부정한 이익을 취득할 목적으로 대출을 감행한 경우 또는 조금만 주의를 기울였으면 임·직원으로서의 주의의무를 다 할 수 있었을 것임에도 그러한 주의를 현저히 게을리 하여 쉽게 알 수 있었던 사실을 알지 못하고 대출을 실행한 경우에 한하여 고의 또는 중과실로 인한 책임을 진다. … 동일인 대출한도를 초과하였다는 사실만으로 곧바로 대출채권을 회수하지 못하게 될 위험이 생겼다고 볼 수 없고, 동일인 한도 초과대출이라는 임무위배의 점에 더하여 대출 당시 대출채무자의 재무상태, 다른 금융기관으로부터의 차입금, 기타 채무를 포함한 전반적인 금융거래상황, 사업현황 및 전망과 대출금의 용도, 소요기간 등에 비추어 볼 때 채무상환능력이 부족하거나 제공된 담보의 경제적 가치가 부실해서 대출채권의 회수에 문제가 있는 것으로 판단되는 경우에 비로소 재산상 손해가 발생하였다고 보아야"

○ 대법원 2011. 4. 14. 선고 2008다14633 판결; "회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여하면서 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여하거나 지급보증할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 정을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여나 지급보증은 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는 것이다."

4441) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2006다33333 판결(**관계회사에 대한 자금지원과 경영판단의 원칙**); "회사의 이사가 법령에 위반됨이 없이 관계회사에게 자금을 대여하거나 관계회사의 유상증자에 참여하여 그 발행 신주를 인수함에 있어서, 관계회사의 회사 영업에 대한 기여도, 관계회사의 회생에 필요한 적정 지원자금의 액수 및 관계회사의 지원이 회사에 미치는 재정적 부담의 정도, 관계회사를 지원할 경우와 지원하지 아니할 경우 관계회사의 회생가능성 내지 도산가능성과 그로 인하여 회사에 미칠 것으로 예상되는 이익 및 불이익의 정도 등에 관하여 합리적으로 이용가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음, 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면, 비록 사후에 회사가 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다 하더라도 그 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이어서 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 없다. 그러나 회사의 이사가 이러한 과정을 거쳐 이사회 결의를 통하여 자금지원을 의결한 것이 아니라, 단순히 회사의 경영상의 부담에도 불구하고 관계회사의 부도 등을 방지하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 일반적·추상적인 기대하에 일방적으로 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해를 입게 한 경우 등에는 관계회사에 대한 자금지원에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내린 것이라고 볼 수 없으므로, 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라고 할 수 없다."

부터 감사가 조직적·지속적으로 차단되고 있는 상황이라면, 감사의 주의의무는 경감되는 것이라기보다는, 가중된다고 보아야 하고,[4442] 비상임 감사도 감사로서의 선관주의의무 위반에 따른 책임을 지며,[4443] 외부감사인에 의한 감사가 있다고 해서 상법상 감사의 감사의무가 면제되거나 경감되지 않는다.[4444]

다) 항변사유

상법 제399조, 제414조에 기한 '이사·감사의 회사에 대한 손해배상책임'은 위임관계로 인한 채무불이행책임이므로 민법 제766조 제1항의 단기소멸시효기간(3년)이 적용되지 아니하고, 일반채권의 소멸시효기간(10년)이 적용된다.[4445] 상법 제401조의2 제1항이 정한 업무집행지시자 등의 손해배상책임도 동일하다.[4446]

상법 제399조, 제414조에 따른 이사·감사의 회사에 대한 책임은 주주 전원의 동의로 면제되거나, 또는 정관으로 정하는 바에 따라 이사·감사가 그 행위를 한 날 이전 최근 1년간 보수액의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제될 수 있고(상법 제400조,[4447] 제415조), 이사·감사의 책임사유가 기재된 재무제표 등의 승인으로 책임이

4442) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68834 판결: "감사의 구체적인 주의의무의 내용과 범위는 회사의 종류나 규모, 업종, 지배구조 및 내부통제 시스템, 재정상태, 법령상 규제의 정도, 감사 개개인의 능력과 경력, 근무 여건 등에 따라 다를 수 있겠으나, 감사는 이사의 직무집행을 감사할 권한을 가진 주식회사의 필요적 상설기관으로서 회계감사를 비롯하여 이사의 업무집행 전반을 감사할 권한을 갖고, 업무감사를 위해서는 언제든지 이사에 대하여 영업에 관한 보고를 요구하거나 회사의 재산상태를 조사할 권한이 있으며(상법 제412조), 감사의 조사를 방해하거나 요구를 거부한 때에는 감사는 그 뜻과 이유를 감사보고서에 기재하여야 하는바(상법 제447조의4 제2항 제11호), 이와 같이 상법이 규정하고 있는 감사의 권한과 의무에 비추어 볼 때 대우와 같은 대규모 주식회사에서 일부 임직원의 전횡이 방치되고 있었다거나 중요한 재무정보로부터 감사가 조직적·지속적으로 차단되고 있는 상황이라면, 감사의 주의의무는 위 피고들 주장과 같이 경감되는 것이라기보다는, 가중된다고 보아야 할 것이다."

4443) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결: "우리 상법이 감사를 상임 감사와 비상임 감사로 구별하여 비상임 감사는 상임 감사에 비해 그 직무와 책임이 감경되는 것으로 규정하고 있지도 않을 뿐 아니라, 우리나라의 회사들이 비상임 감사를 두어 비상임 감사는 상임 감사의 유고시에만 감사의 직무를 수행하도록 하고 있다는 상관습의 존재도 인정할 수 없으므로, 비상임 감사는 감사로서의 선관주의의무 위반에 따른 책임을 지지 않는다는 주장은 허용될 수 없다."

4444) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결.

4445) 대법원 2023. 10. 26. 선고 2020다236848 판결. 판례(2002다11441)는, 원고가 피고를 상대로 상법 제399조에 기한 손해배상청구의 소를 제기하였다고 하여 이로써 일반 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효가 중단될 수는 없다고 하나, 이는 시효중단 사유로서의 재판상 청구에 관한 권리행사설 내지 권리주장설의 입장에서 보면 그 타당성에 의문이 있다(민법 - 총칙 - '소멸시효' 부분 참조).

4446) 대법원 2023. 10. 26. 선고 2020다236848 판결: "상법 제401조의2 제1항은 … 주식회사의 이사가 아니지만 이사에게 업무집행을 지시하거나 이사처럼 업무를 집행하는 등으로 회사의 업무에 관여한 자에 대하여 그에 상응하는 책임을 묻기 위함이다. 이러한 법률 문언 내용과 입법 취지에 비추어 보면, 상법 제401조의2 제1항 각호에 해당하는 자는 회사의 이사는 아니지만 상법 제399조에서 정한 손해배상책임을 적용함에 있어 그가 관여한 업무에 관하여 법령준수의무를 비롯하여 이사와 같은 선관주의의무와 충실의무를 부담하고, 이를 게을리하였을 경우 회사에 대하여 그로 인한 손해배상책임을 지게 되는 것이다. 이와 같이 상법 제401조의2 제1항이 정한 손해배상책임은 상법에 의하여 이사로 의제되는 데 따른 책임이므로 그에 따른 손해배상채권에는 일반 불법행위책임의 단기소멸시효를 규정한 민법 제766조 제1항이 적용되지 않는다."

4447) **상법 제400조(회사에 대한 책임의 감면)** ① 제399조에 따른 이사의 책임은 주주 전원의 동의로 면제할 수

해제될 수 있다(상법 제450조[4448]; 민법 - 채권총칙 - '면제' 부분 참조).

이사·감사의 회사에 대한 손해배상책임의 범위를 정함에 있어서, 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있다(직권조사사항).[4449]

회사의 임직원이 대주주 겸 대표이사의 지시에 따라 위법한 분식회계 등에 고의·과실로 가담하는 행위를 함으로써 회사에 손해를 입힌 경우, 회사의 그 임직원에 대한 손해배상청구가 '신의칙'에 반하는 것이라고 할 수 없다.[4450]

8) 주주의 대표소송

발행주식 총수의 일정률 이상[4451]에 해당하는 주식을 가지거나 보유한[4452] 주주(원

있다. ② 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 제399조에 따른 이사의 책임을 이사가 그 행위를 한 날 이전 최근 1년간의 보수액(상여금과 주식매수선택권의 행사로 인한 이익 등을 포함한다)의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제할 수 있다. 다만, 이사가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 제397조 제397조의2 및 제398조에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

4448) **상법 제450조(이사, 감사의 책임해제)** 정기총회에서 전조 제1항의 승인을 한 후 2년 내에 다른 결의가 없으면 회사는 이사와 감사의 책임을 해제한 것으로 본다. 그러나 이사 또는 감사의 부정행위에 대하여는 그러하지 아니하다.

4449) 대법원 2023. 3. 30. 선고 2019다280481 판결: "이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정할 때에는, 해당 사업의 내용과 성격, 해당 이사의 임무 위반의 경위 및 임무 위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무 위반행위로 인한 해당 이사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있다. 이때에 손해배상액 제한의 참작 사유에 관한 사실인정이나 그 제한의 비율을 정하는 것은, 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리한 것이 아닌 한 사실심의 전권사항이다."

4450) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결: "회사와 회사의 대주주 겸 대표이사는 서로 별개의 법인격을 갖고 있을 뿐만 아니라, 회사의 대주주 겸 대표이사의 지시가 위법한 경우 회사의 임직원이 반드시 그 지시를 따라야 할 법률상 의무가 있다고 볼 수 없으므로, 회사의 임직원이 대주주 겸 대표이사의 지시에 따라 위법한 분식회계 등에 고의·과실로 가담하는 행위를 함으로써 회사에 손해를 입힌 경우 회사의 그 임직원에 대한 손해배상청구가 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없고, 이는 위와 같은 위법한 분식회계로 인하여 회사의 신용등급이 상향 평가되어 회사가 영업활동이나 금융거래의 과정에서 유형·무형의 경제적 이익을 얻은 사정이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다."

4451) 비상장회사의 경우 발행주식 총수의 1% 이상이고, 상장회사의 경우 상장회사 특례규정(제542조의6 ⑥)에 따른 소수주주권 행사요건(6개월 전부터 계속하여 발행주식 총수의 0.01% 이상)과 일반규정에 따른 소수주주권 행사요건(발행주식 총수의 1% 이상)을 선택적으로 주장할 수 있다(2020. 12. 29. 개정 시 제542조의6 제10항 신설).

4452) ○ 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결: "주주가 대표소송을 제기하기 위하여는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 때와 회사를 위하여 그 소를 제기할 때 상법 또는 구 은행법이 정하는 주식보유요건을 갖추면 되고, 소 제기 후에는 보유주식의 수가 그 요건에 미달하게 되어도 무방하다. 그러나 대표소송을 제기한 주주가 소송의 계속 중에 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 상실하면, 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적격을 상실하여 그가 제기한 소는 부적법하게 되고(상법 제403조 제5항), 이는 그 주주가 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실하였다 하여 달리 볼 것은 아니다." ☜ 갑 은행 발행주식의 약 0.013%를 보유한 주주인 을 등이 대표소송을 제기한 후 소송 계속 중 갑 은행과 병 주식회사가 주식교환을 완료하여 병 회사가 갑 은행의 100% 주주가 되고 을은 갑 은행의 주주로서의 지위를 상실한 사안에서, 대표소송 제기 후 갑 은행의 주식을 전혀 보유하지 않게 된 을은 원고적격을 상실하였다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

○ 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결: "대표소송을 제기한 주주 중 일부가 주식을 처분하는 등의 사유로 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 상실하면, 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적

고적격; 주주명부상 주주를 말한다.[4453] 파산절차가 진행 중인 회사의 주주는 대표소송을 제기할 수 없고,[4454] 종래에 판례는 이중대표소송을 허용하지 않았으나, 2020. 12. 29. 상법 개정 시 '다중대표소송'을 허용하는 명문의 근거규정이 신설되었다[4455]는 그 이유를 기재한 서면(제소청구서)[4456]으로 회사에 대하여[4457] '이사의 책임'(상법 제399조, 제428조 등)을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있고, 회사가 그 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 아니한 때에는[그 기간의 경과로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우(제소요건)[4458]에는 즉시] 위 주주는

격을 상실하여 그가 제기한 부분의 소는 부적법하게 되고, 이는 함께 대표소송을 제기한 다른 원고들이 주주의 지위를 유지하고 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다."

4453) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결.

4454) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다2617 판결; "회사가 이사 또는 감사에 대한 책임추궁을 게을리 할 것을 예상하여 마련된 주주의 대표소송의 제도는 파산절차가 진행 중인 경우에는 그 적용이 없고, 주주가 파산관재인에 대하여 이사 또는 감사에 대한 책임을 추궁할 것을 청구하였는데 파산관재인이 이를 거부하였다고 하더라도 주주가 … 대표소송으로서 이사 또는 감사의 책임을 추궁하는 소를 제기할 수 없다고 보아야 할 것이며, 이러한 여치는 주주가 회사에 대하여 책임추궁의 소의 제기를 청구하였지만 회사가 소를 제기하지 않고 있는 사이에 회사에 대하여 파산선고가 있은 경우에도 마찬가지라고 할 것이다."

4455) **상법 제406조의2(다중대표소송)** ① 모회사 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다. ② 제1항의 주주는 자회사가 제1항의 청구를 받은 날부터 30일 내에 소를 제기하지 아니한 때에는 즉시 자회사를 위하여 소를 제기할 수 있다. ③ 제1항 및 제2항의 소에 관하여는 제176조제3항·제4항, 제403조제2항, 같은 조 제4항부터 제6항까지 및 제404조부터 제406조까지의 규정을 준용한다. ④ 제1항의 청구를 한 후 모회사가 보유한 자회사의 주식이 자회사 발행주식총수의 100분의 50 이하로 감소한 경우(발행주식을 보유하지 아니하게 된 경우를 제외한다)에도 제1항 및 제2항에 따른 제소의 효력에는 영향이 없다. ⑤ 제1항 및 제2항의 소는 자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다. ☛ 6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식총수의 0.5% 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 제406조의2에 따른 주주의 권리를 선택적으로 주장할 수 있다(제542조의6 제7항, 제10항). 종래에 판례(2003다49221)는 이중대표소송을 허용하지 않았다.

4456) 대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다298744 판결; "제소청구서에 기재되어야 하는 '이유'에는 권리귀속주체인 회사가 제소 여부를 판단할 수 있도록 책임추궁 대상 이사, 책임발생 원인사실에 관한 내용이 포함되어야 한다. 다만 주주가 언제나 회사의 업무 등에 대해 정확한 지식과 적절한 정보를 가지고 있다고 할 수는 없으므로, 제소청구서에 책임추궁 대상 이사의 성명이 기재되어 있지 않거나 책임발생 원인사실이 다소 개략적으로 기재되어 있더라도, 회사가 제소청구서에 기재된 내용, 이사회의사록 등 회사 보유 자료 등을 종합하여 책임추궁 대상 이사, 책임발생 원인사실을 구체적으로 특정할 수 있다면, 그 제소청구서는 상법 제403조 제2항에서 정한 요건을 충족하였다고 보아야 한다. 주주가 아예 제소청구서를 제출하지 않은 채 대표소송을 제기하거나 제소청구서를 재출하였더라도 대표소송에서 제소청구서에 기재된 책임발생 원인사실과 전혀 무관한 사실관계를 기초로 청구를 하였다면 그 대표소송은 상법 제403조 제4항의 사유가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 부적법하다. 반면 주주가 대표소송에서 주장한 이사의 손해배상책임이 제소청구서에 적시된 것과 차이가 있더라도 제소청구서의 책임발생 원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 것에 불과하다면 그 대표소송은 적법하다. 따라서 주주는 적법하게 제기된 대표소송 계속 중에 제소청구서의 책임발생 원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 청구를 추가할 수도 있다." ☜ 원고가 제소청구서에서 주장한 피고의 책임은 상법 제341조 제4항(해당 영업연도의 배당가능이익 초과 자기주식 취득에 따른 이사의 회사에 대한 차액 배상책임)에 근거한 것인 반면, 원심에서 추가로 주장한 피고의 책임은 상법 제399조 제1항(이사의 회사에 대한 손해배상책임)에 근거한 것으로서 그 법적 근거가 다르기는 하나, 각 청구의 기초 사실은 모두 소외 회사의 대표이사인 피고가 자신의 지위를 이용하여 적법한 절차를 거치지 않고 회사로부터 주식대금을 지급받았다는 것으로 동일하고 단지 피고의 책임에 대한 법적 평가만을 달리하였을 뿐이므로 원심에서 선택적으로 추가된 청구는 적법하다고 한 예.

4457) 피고가 이사인 경우에는 감사(상법 제394조 ① 후문), 퇴임이사인 경우에는 대표이사(2000다9086 참조)가 회사를 대표한다.

4458) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다98058 판결; "이는 주주의 대표소송이 회사가 가지는 권리에 바탕을 둔 것임을 고려하여 주주에 의한 남소를 방지하기 위해서 마련된 제소요건에 관한 규정에 해당한다. 따라서 회사

즉시 '회사를 위하여'[4459] 소를 제기할 수 있다(상법 제403조 ①~④).[4460]

상법 제404조 제1항에서 규정하고 있는 회사의 참가는 '공동소송참가'(민사소송법 제83조)에 해당한다.[4461]

주주는 일정한 요건에 따라 이사를 상대로 그 이사의 행위에 대하여 유지(留止)청구권을 행사하여 그 행위를 유지시키거나(상법 제402조),[4462] 대표소송에 의하여 그 책임을 추궁하는 소를 제기할 수 있을 뿐(상법 제403조), 직접 제3자와의 거래관계에 개입하여 회사가 체결한 계약의 무효 확인을 구할 이익이 없다.[4463]

에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 없음에도 불구하고 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구하지 아니한 채 발행주식 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주가 즉시 회사를 위하여 소를 제기하였다면 그 소송은 부적법한 것으로서 각하되어야 한다. 여기서 **회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우**라 함은 이사에 대한 손해배상청구권의 시효가 완성된다든지 이사가 도피하거나 재산을 처분하려는 때와 같이 이사에 대한 책임추궁이 불가능 또는 무익해질 염려가 있는 경우 등을 의미한다."

4459) 즉, 대표소송은 제3자의 소송담당에 해당하고, 그 확정판결의 기판력은 회사에도 미치며(민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위) ③ 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다), 주주대표소송의 주주는 민사집행법 제25조(집행력의 주관적 범위) 제1항에 따라 채권압류·전부명령 등을 신청할 수 있는 집행채권자 적격이 있다(대법원 2014. 2. 19.자 2013마2316 결정). 회사는 민사집행법 제31조에 따라 승계집행문을 받아 집행한다.

4460) 회사가 주주의 청구에 따라 소를 제기하거나 주주가 대표소송을 제기한 경우 당사자는 법원의 허가를 얻지 아니하고는 소의 취하, 청구의 포기·인락·화해를 할 수 없다(제6항).

4461) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결; "주주의 대표소송에 있어서 원고 주주가 원고로서 제대로 소송수행을 하지 못하거나 혹은 상대방이 된 이사와 결탁함으로써 회사의 권리보호에 미흡하여 회사의 이익이 침해될 염려가 있는 경우 그 판결의 효력을 받는 권리귀속주체인 회사가 이를 막거나 자신의 권리를 보호하기 위하여 소송수행권한을 가진 정당한 당사자로서 그 소송에 참가할 필요가 있으며, 회사가 대표소송에 당사자로서 참가하는 경우 소송경제가 도모될 뿐만 아니라 판결의 모순·저촉을 유발할 가능성도 없다는 사정과, 상법 제404조 제1항에서 특별히 참가에 관한 규정을 두어 주주의 대표소송의 특성을 살려 회사의 권익을 보호하려한 입법취지를 함께 고려할 때, 상법 제404조 제1항에서 규정하고 있는 회사의 참가는 공동소송참가를 의미하는 것으로 해석함이 타당하고, 나아가 이러한 해석이 중복제소를 금지하고 있는 민사소송법 제234조에 반하는 것도 아니라고 할 것이다. … 원고들이 원심 변론종결시까지 대표소송상의 원고 주주요건을 유지하지 못하여 종국적으로 소가 각하되는 운명에 있다고 할지라도 원고 공동소송참가인의 참가시점에서는 원고들이 적법한 원고적격을 가지고 있었다고 할 것이어서 원고 공동소송참가인의 이 사건 참가는 적법하다고 할 것이고, 뿐만 아니라 원고들 및 제1심 소송참가인들의 이 사건 주주대표소송이 확정적으로 각하되기 전에는 여전히 그 소송계속 상태가 유지되고 있는 것이어서, 그 각하판결 선고 이전에 회사가 원고 공동소송참가를 신청한 이 사건에서 그 참가 당시 피참가소송의 계속이 없다거나 그로 인하여 참가가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다. … 공동소송참가는 항소심에서도 할 수 있는 것이고, 항소심절차에서 공동소송참가가 이루어진 이후에 피참가소가 소송요건의 흠결로 각하된다고 할지라도 소송의 목적이 당사자 일방과 제3자에 대하여 합일적으로 확정될 경우에 한하여 인정되는 공동소송참가의 특성에 비추어 볼 때, 심급이익 박탈의 문제는 발생하지 않는다고 볼 것이다."

4462) **상법 제402조(유지청구권)** 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 감사 또는 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있다.

4463) 대법원 2022. 6. 9. 선고 2018다228462, 228479 판결; "주식회사의 주주는 주식의 소유자로서 회사의 경영에 이해관계를 가지고 있기는 하지만, 직접 회사의 경영에 참여하지 못하고 주주총회의 결의를 통해서 이사를 해임하거나 일정한 요건에 따라 이사를 상대로 그 이사의 행위에 대하여 유지청구권을 행사하여 그 행위를 유지시키고 대표소송에 의하여 그 책임을 추궁하는 소를 제기하는 등 회사의 영업에 간접적으로 영향을 미칠 수 있을 뿐이다. 그러므로 주주가 회사의 재산관계에 대하여 법률상 이해관계를 가진다고 평가할 수 없고, 주주는 직접 제3자와의 거래관계에 개입하여 회사가 체결한 계약의 무효 확인을 구할 이익이 없다. 이러한 법리는 회사가 영업의 전부 또는 중요한 일부를 양도하는 계약을 체결하는 경우에도 마찬가지이다."

9) 이사·감사의 제3자에 대한 손해배상책임

상법 제401조,[4464] 제414조[4465]에 기한 '이사·감사의 제3자에 대한 손해배상책임'의 청구원인 사실은, ① '이사(상법 제401조의2의 '업무집행지시자 등' 포함)·감사의 고의 또는 중대한 과실', ② '이사·감사가 그 임무를 게을리 한 사실',[4466] ③ '제3자의 손해 발생 및 그 범위'('직접 손해'를 입은 경우여야 하고 주주의 '간접적인 손해'는 포함되지 아니한다),[4467] [4468]

4464) 상법 제401조(제3자에 대한 책임) ① 이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리 한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 〈개정 2011.4.14〉 ② 제399조 제2항, 제3항의 규정은 전항의 경우에 준용한다.

4465) 상법 제414조(감사의 책임) ② 감사가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를 해태한 때에는 그 감사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. ③ 감사가 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 이사도 그 책임이 있는 때에는 그 감사와 이사는 연대하여 배상할 책임이 있다.

4466) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다101824 판결; "주식회사의 이사나 감사가 어떠한 직무집행을 함에 있어서, 자신의 직무집행이 법령 등에 위반한 것임을 알았거나 또는 어떤 부정한 청탁을 받거나 당해 직무집행에 어떤 이해관계가 있어 자기 또는 제3자의 부정한 이익을 취득할 목적으로 직무집행을 감행한 경우 또는 조금만 주의를 기울였으면 이사나 감사로서의 주의의무를 다할 수 있었을 것임에도 그러한 주의를 현저히 게을리하여 쉽게 알 수 있었던 사실을 알지 못하고 직무집행을 한 경우라야 고의 또는 중과실로 인한 책임을 진다. 원심은 … 허위의 재무제표를 작성하였다거나 피고 7이 **악의 또는 중대한 과실로** 이사 또는 감사의 **임무를 해태하였다고 인정할 증거가 없다**는 이유로, … 원고의 주장을 배척하였다. …원심의 위와 같은 판단은 정당하고"

4467) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다77743 판결; "이사가 회사의 재산을 횡령하여 회사의 재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 **간접적인 손해**는 상법 제401조 제1항에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 아니하므로 이에 대하여는 위 법조항에 의한 손해배상을 청구할 수 없다. 그러나 회사의 재산을 횡령한 이사가 악의 또는 중대한 과실로 부실공시를 하여 재무구조의 악화 사실이 증권시장에 알려지지 아니함으로써 회사 발행주식의 주가가 정상주가보다 높게 형성되고, 주식매수인이 그러한 사실을 알지 못한 채 그 주식을 취득하였다가 그 후 그 사실이 증권시장에 공표되어 주가가 하락한 경우에는, 그 주주는 이사의 부실공시로 인하여 정상주가보다 높은 가격에 주식을 매수하**였**다가 그 주가가 하락함으로써 **직접 손해**를 입은 것이므로, 그 이사에 대하여 상법 제401조 제1항에 의하여 손해배상을 청구할 수 있다고 할 것이다."

4468) ○ 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다65579 판결; "금융기관이 회사 임직원의 대규모 분식회계로 인하여 회사의 재무구조를 잘못 파악하고 회사에 대출을 해 준 후 … 부실채권을 신속하게 정리하기 위하여 회사에 대한 대출금채권을 한국자산관리공사에게 양도하고 그 대출금채권의 실질적 가액에 관한 정산을 거쳐 대가를 지급받은 경우에는, 부실 대출로 인한 금융기관의 손해는 그 양도대가에 의하여 회수되지 아니하는 대출금채권 액으로 확정된다 할 것이고, 그 이후 한국자산관리공사가 그 대출금채권을 행사하거나 그에 관한 담보권을 실행하여 어떠한 만족을 얻었다 하더라도 이미 대출금채권을 양도한 금융기관의 회사 임직원에 대한 손해배상 채권이 그 대등액 상당만큼 실질적인 만족을 얻어 당연히 소멸하게 된다고 볼 수 없으므로 그 대등액 상당을 회사 임직원이 배상할 손해액을 산정함에 있어서 당연히 공제할 수는 없고, 다만 대출금채권을 양수한 한국자산관리공사가 대출금채권을 행사하거나 담보권을 실행하여 회수한 금액이 대출금채권의 양도대금을 상당히 초과하여 그 대가 산정의 적정성이 문제될 수 있는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에 한하여 회사 임직원의 손해배상책임을 제한하는 참작사유가 될 수 있을 뿐이다."

○ 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다18376 판결; "재정적 어려움에 처하여 과거에 발행한 구 회사채를 자체 자금으로 상환할 수 없는 기업체가 그 상환자금을 마련하기 위하여 동일한 규모의 신 회사채를 발행하는 때에 구 회사채에 대하여 지급보증하였던 금융기관이 신 회사채에 대하여 다시 지급보증하고, 신 회사채의 발행으로 마련된 자금에 의하여 구 회사채채무가 소멸된 경우에는, 금융기관은 기업체의 구 회사채에 대한 상환능력 결여로 구 회사채에 대한 지급보증채무가 현실화되어 대위변제의무를 실제 이행하여야 할 상황에 놓였다가 신 회사채의 발행으로 마련된 상환자금에 의하여 구 회사채에 대한 지급보증채무가 소멸되고 대신 신 회사채에 대한 지급보증채무를 부담하게 된 것이라고 볼 수 있으므로, 비록 구 회사채에 대한 지급보증채무와 신 회사채에 대한 지급보증채무가 법률적으로 동일하지 않다고 하더라도, 실질적·경제적으로 볼 때 전자는 신 회사채의 발행에 의한 구 회사채의 상환이 없었더라면 대위변제의무를 이행하여야 하였을 금액의 범위 내에서 후자로 대체된 것이라고 볼 수 있어, 특별한 사정이 없는 한 그 범위 내에서는 신 회사채에 대한 지급보증으로 인하여

④ '②와 ③ 사이의 상당인과관계'[4469]이다.

이사의 임무 해태 행위가 이사회의 결의에 의한 것인 때에는, 그 결의에 찬성한 이사도 제3자에 대한 책임이 있고, 그 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다(상법 제401조 ②, 제399조 ②, ③; 법률상 사실추정 규정).

대표이사가 대표이사로서의 업무 일체를 다른 이사 등에게 위임하고 대표이사로서의 직무를 전혀 집행하지 않는 것은 그 자체가 이사의 직무상 충실 및 선관의무를 위반하는 행위에 해당하고, 다른 대표이사나 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 악의 또는 중대한 과실로 인하여 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 제3자가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다.[4470]

금융기관에 새로운 손해가 발생하였다고 할 수 없다."

4469) ○ 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다65579 판결; "기업체의 재무제표 및 이에 대한 외부감사인의 회계감사결과를 기재한 감사보고서는 대상 기업체의 정확한 재무상태를 드러내는 가장 객관적인 자료로서 증권거래소 등을 통하여 일반에 공시되고 기업체의 신용도와 상환능력 등의 기초자료로서 그 기업체가 발행하는 회사채나 기업어음의 신용등급평가와 금융기관의 여신제공 여부 결정에 중요한 판단 근거가 된다. 따라서 기업체의 임직원 등이 대규모의 분식회계에 가담하거나 기업체의 감사가 대규모로 분식된 재무제표의 감사와 관련하여 중요한 감사절차를 수행하지 아니하거나 소홀히 한 잘못이 있는 경우에는, 그로 말미암아 금융기관이 기업체에게 여신을 제공하기에 이르렀다고 봄이 상당하고, 위와 같은 재무상태가 제대로 밝혀진 상황에서라면 금융기관이 여신을 제공함에 있어서 고려할 요소로서 '재무제표에 나타난 기업체의 재무상태' 외의 다른 요소들, 즉 상환자원 및 사업계획의 타당성, 채권의 보전방법, 거래실적 및 전망, 기업체의 수익성, 사업성과, 기업분석 및 시장조사 결과 등도 모두 극히 저조한 평가를 받을 수밖에 없으므로, 이러한 '재무제표에 나타난 기업체의 재무상태' 외의 요소들이 함께 고려된다는 사정을 들어 여신제공 여부의 판단이 달라졌으리라고 볼 수 없다."
○ 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다18376 판결; "기업체의 임직원 등이 대규모의 분식회계에 가담하거나 기업체의 감사가 대규모로 분식된 재무제표의 감사와 관련하여 중요한 감사절차를 수행하지 아니하거나 소홀히 한 잘못이 있는 경우에는, 그로 말미암아 기업체가 발행하는 회사채 등이 신용평가기관으로부터 적정한 신용등급을 얻었고 그에 따라 금융기관이 그 회사채 등을 지급보증하거나 매입하는 방식으로 여신을 제공하기에 이르렀다고 봄이 상당하고, 또한 충분한 담보가 제공되었다는 사정만으로 도산이 불가피한 상황에 있는 기업체의 분식회계와 금융기관의 지급보증 또는 대출 사이에 인과관계가 없다고 볼 수 없다."

4470) ○ 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68834 판결; "상법 제401조 제1항에 규정된 주식회사의 이사의 제3자에 대한 손해배상책임은 이사가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를 해태한 것을 요건으로 하는 것인바, 대표이사가 대표이사로서의 업무 일체를 다른 이사 등에게 위임하고 대표이사로서의 직무를 전혀 집행하지 않는 것은 그 자체가 이사의 직무상 충실 및 선관의무를 위반하는 행위에 해당한다 할 것이므로, 가사 … 형식상·예우상의 대표이사에 불과하여 대우의 업무에 일체 관여하지 아니하였다 하더라도 그러한 사정만으로는 이 사건 분식회계로 인한 책임을 면할 수 없다. … 원래 이사는 회사의 위임에 따라 회사에 대하여 수임자로서 선량한 관리자의 주의의무를 질 뿐 제3자와의 관계에 있어서 위 의무에 위반하여 손해를 가하였다 하더라도 당연히 손해배상의무가 생기는 것은 아니지만, 경제사회에 있어서의 중요한 지위에 있는 주식회사의 활동이 그 기관인 이사의 직무집행에 의존하는 것을 고려하여 제3자를 보호하고자 이사의 악의 또는 중대한 과실로 인하여 위 의무에 위반하여 제3자에게 손해를 입힌 때에는 위 이사의 악의 또는 중과실로 인한 임무해태행위와 상당인과관계에 있는 제3자의 손해에 대하여 그 이사가 손해배상의 책임을 진다는 것이 위 법조의 취지이고, 한편 대표이사는 회사의 영역에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로(상법 제389조 제3항, 제209조 제1항) 모든 직원의 직무집행을 감시할 의무를 부담함은 물론, 이사회의 구성원으로서 다른 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 권한과 책임이 있으므로, 다른 대표이사나 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 악의 또는 중대한 과실로 인하여 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 제3자가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다. … 감시의무의 **구체적인 내용**은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업상황 및 재무상태에 따라 크게 다를 수 있는바, 대우와 같이 고도로 분업화되고 전문화된 대규모의 회사에서 공동대표이사 및 업무담당이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라 할지라도 그러한 사정

통상의 거래행위로 부담하는 회사의 채무를 이행할 능력이 있었음에도 단순히 그 이행을 지체하여 상대방에게 손해를 끼치는 사실만으로는 임무를 해태한 위법한 경우라고 할 수 없다.[4471]

만으로 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수는 없고, 그러한 경우 무엇보다 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 이사회를 구성하는 개개의 이사들에게 주어진다는 점에 비추어 볼 때, 그러한 노력을 전혀 하지 아니하거나 위와 같은 시스템이 구축되었다 하더라도 이를 이용한 회사 운영의 감시·감독을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못한 경우라면, 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행을 구체적으로 알지 못하였다는 이유만으로 책임을 면할 수는 없고, 위와 같은 지속적이거나 조직적인 감시 소홀의 결과로 발생한 다른 이사나 직원의 위법한 업무집행으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 주식회사의 감사는 이사의 직무집행을 감사하고, 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 행위를 할 염려가 있는 때에는 이사회에 보고하여야 하며, 이사가 주주총회에 제출할 의안 및 서류를 조사하여 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 부당한 사항이 있는지의 여부에 관하여 주주총회에 그 의견을 진술하여야 할 의무가 있고, 위와 같은 의무를 적정하게 수행하는 데 필요한 경우 이사에 대하여 영업에 관한 보고를 요구하거나 회사의 업무와 재산상태를 조사할 수 있으며, 조사를 방해받거나 요구를 거부당한 때에는 그 뜻과 이유를 감사보고서에 기재하여야 하고, 이사의 위법한 행위로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있는 등의 권한도 있으므로(상법 제412조 제1항, 제391조의2 제2항, 제413조, 제412조 제2항, 제447조의4 제2항 제11호, 제402조), 감사는 상법상의 위와 같은 권한 또는 의무와 기타 법령이나 정관에서 정한 권한과 의무를 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 이행하여야 하고, 악의 또는 중과실로 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 그 임무를 해태한 때에는 그로 인하여 제3자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다. 위 피고들의 주장의 요지는, 원심의 인정과는 달리 실제로 두 사람이 회계감사를 실시하였지만, 회계분식이 교묘하게 이루어졌고, 일부 이사의 전횡이 용인되어 있던 과거 실무관행상 회사의 중요한 정보에 대한 감사의 접근이 제한된 데다가 이 사건 회계분식이 다른 임직원들에 의하여 조직적이고 은밀하게 이루어진 것이어서 이를 발견하지 못한 데 불과하며, 재무제표 및 부속서류의 검토만으로 이 사건 회계분식을 발견하는 것은 처음부터 불가능하였다는 취지이나, 위에서 본 감사의 구체적인 주의의무의 내용과 범위는 회사의 종류나 규모, 업종, 지배구조 및 내부통제 시스템, 재정상태, 법령상 규제의 정도, 감사 개개인의 능력과 경력, 근무 여건 등에 따라 다를 수 있다 하더라도, 이 사건 당시 감사가 주식회사의 필요적 상설기관으로서 회계감사를 비롯하여 이사의 업무집행 전반을 감사할 권한을 갖는 등 위에서 본 바와 같은 상법상의 권한 또는 의무와 기타 법령이나 정관에서 정한 권한과 의무를 가지고 있는 점에 비추어 볼 때, 위 피고들이 감사로 재직하였던 대우와 같은 대규모 상장기업에서 일부 임직원의 전횡이 방치되고 있었다거나 중요한 재무정보에 대한 감사의 접근이 조직적·지속적으로 차단되고 있는 상황이라면, 감사의 주의의무는 위 피고들의 주장과 같이 경감되는 것이 아니라, 오히려 현격히 가중된다고 보아야 한다."

○ 대법원 2009. 11. 12. 선고 2007다53785 판결; "주식회사의 감사가 실질적으로 감사로서의 직무를 수행할 의사가 전혀 없으면서도 자신의 도장을 이사에게 맡기는 등의 방식으로 그 명의만을 빌려줌으로써 회사의 이사로 하여금 어떠한 간섭이나 감독도 받지 않고 재무제표 등에 허위의 사실을 기재한 다음 그와 같이 분식된 재무제표 등을 이용하여 거래 상대방인 제3자에게 손해를 입히도록 묵인하거나 방치한 경우, 감사는 악의 또는 중대한 과실로 인하여 임무를 해태한 때에 해당하여 그로 말미암아 제3자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다. 우리 상법이 감사를 감사와 비상임 감사로 구별하여 비상임 감사는 상임 감사에 비해 그 직무와 책임이 감경되는 것으로 규정하고 있지도 않을 뿐 아니라, 우리나라의 회사들이 비상임 감사를 두어 비상임 감사는 상임 감사의 유고시에만 감사의 직무를 수행하도록 하고 있다는 상관습의 존재도 인정할 수 없으므로, 비상임 감사는 감사로서의 선관주의의무 위반에 따른 책임을 지지 않는다는 주장은 허용될 수 없다."

4471) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결; "상법 제401조의2 제1항 제1호 소정의 '회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자'(이하 '업무지시자'라고 한다)에는 자연인뿐만 아니라 법인인 지배회사도 포함되나, 나아가 그에 의하여 부담하는 상법 제401조 소정의 제3자에 대한 책임에서 요구되는 '고의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위'라 함은 회사의 기관으로서 인정되는 직무상 충실 및 선관의무 위반의 행위로서(예를 들면, 회사의 경영상태로 보아 계약상 채무의 이행기에 이행이 불가능하거나 불가능할 것을 예견할 수 있었음에도 이를 감추고 상대방과 계약을 체결하고 일정한 급부를 미리 받았으나 그 이행불능이 된 경우와 같이) 위법한 사정이 있어야 하고, 통상의 거래행위로 인하여 부담하는 회사의 채무를 이행할 능력이 있었음에도 단순히 그 이행을 지체하고 있는 사실로 인하여 상대방에게 손해를 끼치는 사실만으로는 이를 임무를 해태한 위법한 경우라고 할 수는 없다."

상법 제401조에 기한 이사의 제3자에 대한 손해배상책임의 소멸시효기간은 10년이다.[4472]

자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제162조(사업보고서 등의 거짓 기재 등에 의한 배상책임) 제1항에 따른 이사의 주식 취득자에 대한 손해배상책임의 경우, 상법 제401조와는 증명책임의 소재가 다르다.[4473]

10) 이사·대표이사에 대한 직무집행정지 가처분

이사를 선임한 주주총회결의 취소의 소, 무효·부존재 확인의 소 또는 이사해임의 소(이사의 지위를 다투는 본안소송)가 제기되거나 그 소제기 전에 급박한 사유가 있는 경우 이사에 대한 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분을 신청할 수 있고, 대표이사를 선임한 이사회결의의 무효·부존재 확인의 소를 본안소송으로 하여 대표이사에 대한 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분을 신청할 수 있다.[4474]

가처분 신청인은 본안소송의 원고적격자이지만, 피신청인은 본안소송과 달리 당해 이사·대표이사이다.[4475]

4472) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다60369 판결: "상법 제401조에 기한 이사의 제3자에 대한 손해배상책임이 제3자를 보호하기 위하여 상법이 인정하는 특수한 책임이라는 점을 감안할 때 일반 불법행위책임의 단기소멸시효를 규정한 민법 제766조 제1항은 적용될 여지가 없고, 일반 채권으로서 민법 제162조 제1항에 따라 그 소멸시효기간은 10년이며, 제3자가 상법 제401조에 기한 이사의 제3자에 대한 손해배상책임만을 묻는 손해배상청구 소송에 있어서 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제17조 제7항이 정하는 단기 소멸시효는 적용될 여지가 없다."

4473) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다76253 판결;"자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제162조 제1항의 규정을 근거로 주식의 취득자가 사업보고서를 제출할 당시의 사업보고서 제출대상법인의 이사에 대하여 사업보고서의 허위기재 등으로 인하여 입은 손해의 배상을 청구하는 경우, 배상의무자인 이사가 책임을 면하기 위하여는 자신이 상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음을 증명하거나 그 주식의 취득자가 그 취득을 할 때에 그 사실을 알았음을 증명하거나 또는 그 주식의 취득자가 입은 손해액의 전부 또는 일부가 위 허위표시 등에 의하여 발생한 것이 아님을 증명하여야 하고(제162조 제1항 단서, 제4항), 여기서 '상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음'을 증명한다는 것은 '자신의 지위에 따라 합리적으로 기대되는 조사를 한 후 그에 의하여 허위기재 등이 없다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있었고 또한 실제로 그렇게 믿었음'을 증명하는 것을 말한다."

4474) **상법 제407조(직무집행정지, 직무대행자선임)** ① 이사선임결의의 무효나 취소 또는 이사해임의 소가 제기된 경우에는 법원은 당사자의 신청에 의하여 가처분으로써 이사의 직무집행을 정지할 수 있고 또는 직무대행자를 선임할 수 있다. 급박한 사정이 있는 때에는 본안소송의 제기전에도 그 처분을 할 수 있다. ② 법원은 당사자의 신청에 의하여 전항의 가처분을 변경 또는 취소할 수 있다. ③ 전2항의 처분이 있는 때에는 본점과 지점의 소재지에서 그 등기를 하여야 한다. ☛ 주식회사 이사의 직무집행을 정지하고 그 대행자를 선임하는 가처분은 민사집행법 제300조 제2항의 규정에 의한 임시의 지위를 정하는 가처분의 성질을 갖고(88다카9883), 법원사무관등이 등기소에 그 등기를 촉탁한다(민사집행법 제306조). 명문으로 규정되지 않은, 이사 선임 주주총회결의 부존재확인, 대표이사 선임 이사회결의 무효·부존재 확인의의 소, 이사 등 지위 또는 권한의 부존재확인의 소도 본안소송이 될 수 있다. '임시의 지위를 정하는 가처분'은 다툼 있는 권리관계에 관하여 그것이 본안소송에 의하여 확정되기까지 가처분권리자가 현재의 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여 또는 그 밖에 필요한 이유가 있는 경우 허용되는 응급적·잠정적인 처분이므로 다툼 있는 권리관계의 존재를 요건으로 한다(2019마6918).

4475) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 그 성질상 주장 자체에 의하여 다툼이 있는 권리관계에 관한 정당한 이익이 있는 자가 가처분 신청을 할 수 있고, 그 경우 주장 자체에 의하여 신청인과 저촉되는 지위에 있는 자를 피신청인으로 하여야 하므로(2010마1576), 회사에게는 피신청인의 적격이 없다(80다2424).

이사 등의 직무집행정지 가처분결정으로 이사 등의 직무집행은 정지되고,[4476] 이에는 제3자에 대해서도 효력이 미치는 '대세적 효력'이 있으며, 그 가처분을 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못하지만 악의의 제3자에게는 대항할 수 있다.[4477] 대표이사가 직무집행정지 기간 중에 체결한 계약은 절대적으로 무효이다.[4478]

직무대행자는 회사의 상무에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다.[4479]

4476) 이사 등의 직무집행을 정지시킬 뿐 이사 등의 지위나 자격을 박탈하는 것이 아니므로, 특별한 사정이 없는 한 가처분결정으로 인하여 이사 등의 임기가 당연히 정지되거나 가처분결정이 존속하는 기간만큼 연장된다고 할 수 없고, 나아가 그 가처분결정은 성질상 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에 대해서도 효력이 미치지만, 이는 어디까지나 직무집행행위의 효력을 제한하는 것일 뿐이므로, 이사 등의 임기 진행에 영향을 주는 것은 아니다(2018다249148).

4477) 주식회사 이사의 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 가처분은 성질상 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에 대한 관계에서도 효력이 미치므로 가처분에 반하여 이루어진 행위는 제3자에 대한 관계에서도 무효이므로 가처분에 의하여 선임된 이사직무대행자의 권한은 법원의 취소결정이 있기까지 유효하게 존속한다. 또한 등기할 사항인 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분은 상법 제37조 제1항에 의하여 이를 등기하지 아니하면 위 가처분으로 선의의 제3자에게 대항하지 못하지만 악의의 제3자에게는 대항할 수 있고, 주식회사의 대표이사 및 이사에 대한 직무집행을 정지하고 그 직무대행자를 선임하는 법원의 가처분결정은 그 결정 이전에 직무집행이 정지된 주식회사 대표이사의 퇴임등기와 직무집행이 정지된 이사가 대표이사로 취임하는 등기가 경료되었다고 할지라도 직무집행이 정지된 이사에 대하여는 여전히 그 효력이 있으므로 그 가처분결정에 의하여 선임된 대표이사 및 이사 직무대행자의 권한은 유효하게 존속하고, 반면에 그 가처분결정 이전에 직무집행이 정지된 이사가 대표이사로 선임되었다고 할지라도 그 선임결의의 적법 여부에 관계없이 대표이사로서의 권한을 가지지 못한다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013다39551 판결; 가처분명령은 형성재판으로서 별도의 집행개념을 인정할 수 없으므로 그 효력은 등기 없이도 결정의 송달 시 발생하고 등기는 단순한 공시처분으로서 제3자에 대한 대항요건에 해당함을 전제로 한 판시이다). cf. **상법 제37조(등기의 효력)** ① 등기할 사항은 이를 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. ② 등기한 후라도 제3자가 정당한 사유로 인하여 이를 알지 못한 때에는 제1항과 같다.

4478) ❶ 법원의 직무집행정지 가처분결정에 의해 회사를 대표할 권한이 정지된 대표이사가 그 정지기간 중에 체결한 계약은 절대적으로 무효이고, 그 후 가처분신청의 취하에 의하여 보전집행이 취소되었다 하더라도 집행의 효력은 장래를 향하여 소멸할 뿐 소급적으로 소멸하는 것은 아니므로, 가처분신청이 취하되었다 하여 무효인 계약이 유효하게 되지는 않는다(2008다4537). ❷ 위 가처분은 그 성질상 당사자 사이에서 뿐만 아니라 제3자에게도 효력이 미치므로, 새로이 선임된 대표이사가 위 가처분에 반하여 회사 대표자의 자격에서 한 법률행위는 결국 제3자에대한 관계에서도 무효이고, 이때 위 가처분에 위반하여 대표권 없는 대표이사와 법률행위를 한 거래상대방은 자신이 선의였음을 들어 위 법률행위의 유효를 주장할 수는 없다(92다5638).

4479) **상법 제408조(직무대행자의 권한)** ① 전조의 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 회사의 상무에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다. 그러나 법원의 허가를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다. ② 직무대행자가 전항의 규정에 위반한 행위를 한 경우에도 회사는 선의의 제삼자에 대하여 책임을 진다. ☛ ❶ 회사의 '상무'라 함은 일반적으로 회사에서 일상 행해져야 하는 사무, 회사가 영업을 계속함에 있어서 통상 행하는 영업범위 내의 사무 또는 회사경영에 중요한 영향을 주지 않는 통상의 업무 등을 의미한다고 할 것이고, 어느 행위가 구체적으로 이 상무에 속하는가 하는 것은 당해 회사의 기구, 업무의 종류·성질, 기타 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단되어야 할 것이다. 이러한 법리에 따른다면 직무대행자가 정기주주총회를 소집함에 있어서도 그 안건에 이사회의 구성 자체를 변경하는 행위나 상법 제374조의 특별결의사항에 해당하는 행위 등 회사의 경영 및 지배에 영향을 미칠 수 있는 것이 포함되어 있다면 그 안건의 범위에서 정기총회의 소집이 상무에 속하지 않는다고 할 것이고, 직무대행자가 정기주주총회를 소집하는 행위가 상무에 속하지 아니함에도 법원의 허가 없이 이를 소집하여 결의한 때에는 소집절차상의 하자로 결의취소사유에 해당된다(2006다62362). ❷ 제2항의 '선의'에 대한 주장증명책임은 상대방에 있다(65다1677). ❸ 해산 전 가처분에 의하여 선임된 이사 직무대행자는 회사가 해산하는 경우 당연히 청산인 직무대행자가 된다(91다4355).

사. 신주·사채 발행 무효, 자본금감소 무효 관련 소송

1) 신주발행무효의 소

신주발행의 무효는 주주·이사 또는 감사에 한하여 신주를 발행한 날로부터 6월 내에 소만으로 이를 주장할 수 있다(상법 제429조).

가) 소송요건

원고적격자는 회사의 주주, 이사, 감사이고, 피고적격자는 회사이다. 신주발행무효의 소 계속 중 원고적격의 근거가 되는 주식이 양도된 경우, 주식 양수인은 그 소송에 승계참가할 수 있다.[4480]

신주를 발행한 날(= 신주발행의 효력 발생일 = 납입기일 다음날)부터 6개월 내에 제소하여야 하고, 그 후에는 '새로운 무효사유'를 추가하여 주장할 수도 없다.[4481]

나) 무효원인

신주발행 무효의 소에서 그 무효원인은 '법령이나 정관의 중대한 위반 또는 현저한 불공정'에서 더하여, '주식회사의 본질이나 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우로서 신주와 관련된 거래의 안전, 주주 기타 이해관계인의 이익 등을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없는 정도라고 평가되는 경우'에 한하여 가급적 엄격하게 해석하여야 한다.[4482]

4480) 대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결; "소송의 목적물인 권리관계의 승계라 함은 소송물인 권리관계의 양도뿐만 아니라 당사자적격 이전의 원인이 되는 실체법상의 권리 이전을 널리 포함하는 것이므로, 신주발행무효의 소 계속 중 그 원고 적격의 근거가 되는 주식이 양도된 경우에 그 양수인은 제소기간 등의 요건이 충족된다면 새로운 주주의 지위에서 신소를 제기할 수 있을 뿐만 아니라, 양도인이 이미 제기한 기존의 위 소송을 적법하게 승계할 수도 있다고 할 것이다. 승계참가가 인정되는 경우에는 그 참가시기에 불구하고 소가 제기된 당초에 소급하여 법률상의 기간준수의 효력이 발생하는 것이므로, 신주발행무효의 소에 승계참가하는 경우에 그 제소기간의 준수 여부는 승계참가시가 아닌 원래의 소 제기시를 기준으로 판단하여야 한다. 그리고 주식의 양수인이 이미 제기된 신주발행무효의 소에 승계참가하는 것을 피고 회사에 대항하기 위하여는 주주명부에 주주로서 명의개서를 하여야 하는바, 주식 양수인이 명의개서절차를 거치지 않은 채 승계참가를 신청하여 피고 회사에 대항할 수 없는 상태로 소송절차가 진행되었다고 할지라도, 승계참가가 허용되는 사실심 변론종결 이전에 주주명부에 명의개서를 마친 후 소송관계를 표명하고 증거조사의 결과에 대하여 변론을 함으로써 그 이전에 행하여진 승계참가상의 소송절차를 그대로 유지하고 있다면 명의개서 이전의 소송행위를 추인한 것으로 봄이 상당하여 그 이전에 행하여진 소송절차상의 하자는 모두 치유되었다고 보아야 한다."

4481) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010다49380 판결; "상법 제429조는 … 신주발행에 수반되는 복잡한 법률관계를 조기에 확정하고자 하는 것으로서, 새로운 무효사유를 출소기간의 경과 후에도 주장할 수 있도록 하면 법률관계가 불안정하게 되어 위 규정의 취지가 몰각된다는 점에 비추어, 위 규정은 무효사유의 주장시기도 제한하고 있는 것이라고 해석함이 상당하므로, 신주발행의 무효의 소에서 신주를 발행한 날부터 6월의 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다."

4482) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2008다65860 판결; "신주발행 무효의 소를 규정하는 상법 제429조에는 그 무효원인이 따로 규정되어 있지 않으므로 신주발행유지청구의 요건으로 상법 제424조에서 규정하는 '법령이나 정관의 위반 또는 현저하게 불공정한 방법에 의한 주식의 발행'을 신주발행의 무효원인으로 일응 고려할 수 있다고 하겠으나 다른 한편, 신주가 일단 발행되면 그 인수인의 이익을 고려할 필요가 있고 또 발행된 주식은 유가증권으로서 유통되는 것이므로 거래의 안전을 보호하여야 할 필요가 크다고 할 것인데, 신주발행유지청구권은 위법

주식회사가 신주를 발행함에 있어 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 안에서 정관이 정한 사유가 없는데도 회사의 경영권 분쟁이 현실화된 상황에서 경영진의 경영권이나 지배권 방어라는 목적을 달성하기 위하여 제3자에게 신주를 배정하는 것은 상법 제418조 제2항을 위반하여 주주의 신주인수권을 침해하는 것이다.[4483]

신주발행에 관한 이사회 결의의 하자는 신주발행의 효력에는 영향이 없다.[4484]

실권된 신주를 제3자에게 발행하는 것은 정관에 반드시 근거 규정이 있어야 하는 것이 아니다.[4485]

한 발행에 대한 사전 구제수단임에 반하여 신주발행 무효의 소는 사후에 이를 무효로 함으로써 거래의 안전과 법적 안정성을 해칠 위험이 큰 점을 고려할 때, 그 무효원인은 가급적 엄격하게 해석하여야 하고, 따라서 법령이나 정관의 중대한 위반 또는 현저한 불공정이 있어 그것이 주식회사의 본질이나 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우로서 신주와 관련된 거래의 안전, 주주 기타 이해관계인의 이익 등을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없는 정도라고 평가되는 경우에 한하여 신주의 발행을 무효로 할 수 있을 것이다." ☞ 신주발행을 결의한 甲 회사의 이사회에 참여한 이사들이 하자 있는 주주총회에서 선임된 이사들이어서, 그 후 이사 선임에 관한 주주총회결의가 확정판결로 취소되었고, 위와 같은 하자를 지적한 신주발행금지가처분이 발령되었음에도 위 이사들을 동원하여 위 이사회를 진행한 측만이 신주를 인수한 사안에서, 위 신주발행이 신주의 발행사항을 이사회결의에 의하도록 한 법령과 정관을 위반하였을 뿐만 아니라 현저하게 불공정하고, 그로 인하여 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미쳤다는 등의 이유로 무효라고 한 사례.

4483) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다50776 판결: "상법 제418조는 종래 주주의 신주인수권을 정관에 의하여 폭넓게 제한할 수 있도록 하다가 2001. 7. 24. 법률 개정을 통하여 제1항을 "주주는 그가 가진 주식 수에 따라서 신주의 배정을 받을 권리가 있다."라고, 제2항을 "회사는 제1항의 규정에 불구하고 정관에 정하는 바에 따라 주주 외의 자에게 신주를 배정할 수 있다. 다만, 이 경우에는 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한한다."라고 각 개정하였는바, 이는 주식회사가 신주를 발행하면서 주주 아닌 제3자에게 신주를 배정할 경우 기존 주주에게 보유 주식의 가치 하락이나 회사에 대한 지배권 상실 등 불이익을 끼칠 우려가 있다는 점을 감안하여, 신주를 발행할 경우 원칙적으로 기존 주주에게 이를 배정하고 제3자에 대한 신주배정은 정관이 정한 바에 따라서만 가능하도록 하면서, 그 사유도 신기술의 도입이나 재무구조 개선 등 기업 경영의 필요상 부득이한 예외적인 경우로 제한함으로써 기존 주주의 신주인수권에 대한 보호를 강화하고자 하는 데 그 취지가 있다 할 것이므로, 주식회사가 신주를 발행함에 있어 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 안에서 정관이 정한 사유가 없는데도 회사의 경영권 분쟁이 현실화된 상황에서 경영진의 경영권이나 지배권 방어라는 목적을 달성하기 위하여 제3자에게 신주를 배정하는 것은 상법 제418조 제2항을 위반하여 주주의 신주인수권을 침해하는 것이라고 할 것이다. 한편, 신주 발행을 사후에 무효로 하는 경우, 거래의 안전과 법적 안정성을 해할 우려가 큰 점을 고려할 때 신주발행무효의 소에서 그 무효원인은 가급적 엄격하게 해석하여야 할 것이나, 신주 발행에 법령이나 정관의 위반이 있고 그것이 주식회사의 본질 또는 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우로서 주식에 관련된 거래의 안전, 주주 기타 이해관계인의 이익 등을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없는 정도라고 평가되는 경우에는 그 신주의 발행을 무효라고 보지 않을 수 없다."

4484) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다77060 판결: "주식회사의 신주발행은 주식회사의 업무집행에 준하는 것으로서 대표이사가 그 권한에 기하여 신주를 발행한 이상 신주발행은 유효하고, 설령 신주발행에 관한 이사회의 결의가 없거나 이사회의 결의에 하자가 있더라도 이사회의 결의는 회사의 내부적 의사결정에 불과하므로 신주발행의 효력에는 영향이 없다."

4485) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010다49380 판결: "신주 등의 발행에서 주주배정방식과 제3자배정방식을 구별하는 기준은 회사가 신주 등을 발행함에 있어서 주주들에게 그들의 지분비율에 따라 신주 등을 우선적으로 인수할 기회를 부여하였는지 여부에 따라 객관적으로 결정되어야 하고, 신주 등의 인수권을 부여받은 주주들이 실제로 인수권을 행사함으로써 신주 등을 배정받았는지 여부에 좌우되는 것은 아니다. 회사가 주주배정방식에

다) 판결의 효력

신주발행무효의 원고승소 판결이 확정된 때에는 신주는 장래에 대하여 그 효력을 잃고(소급효의 제한, 상법 제431조 제1항), 제3자에 대하여도 그 효력이 있다(대세효, 상법 430조에 의한 제190조 본문의 준용).[4486]

라) 관련 소송

이사회나 주주총회의 신주발행 결의에 취소 또는 무효의 하자가 있다고 하더라도, 그 하자가 극히 중대하여 신주발행이 존재하지 아니하는 정도에 이르는 등의 특별한 사정이 없는 한,[4487] 신주발행의 효력이 발생한 후에는 신주발행무효의 소에 의하여서만 다툴 수 있다.[4488]

위법한 신주발행에 대한 사전 구제수단으로서 '신주발행유지의 소'는, ① 회사가 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 방법에 의하여 주식을 발행으로써 ② 주주가 불이익을 받을 염려가 있는 경우에, 그 주주의 회사에 대한 유지(留止) 청구로서 인정된다(상법 제424조).

2) 전환사채·신주인수권부사채 발행 무효의 소

전환사채나 신주인수권부사채의 발행은 사실상 신주를 발행하는 것과 유사하므로 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용된다.[4489]

의하여 신주를 발행하려는데 주주가 인수를 포기하거나 청약을 하지 아니함으로써 그 인수권을 잃은 때에는(상법 제419조 제4항) 회사는 이사회의 결의에 의하여 그 인수가 없는 부분에 대하여 자유로이 이를 제3자에게 처분할 수 있고, 이 경우 그 실권된 신주를 제3자에게 발행하는 것에 관하여 정관에 반드시 근거 규정이 있어야 하는 것은 아니다."

4486) **준용규정**; 그 외에도 상법 제430조에 의해 신주발행 무효의 소에 관하여, 상법 제186조(본점소재지의 지방법원의 전속관할)·제187조(소제기의 공고)·제188조(수개의 소의 병합심리)·제189조(하자의 보완 등과 청구의 기각)·제191조(악의·중과실 패소원고의 회사에 대한 연대배상책임)·제192조(무효의 등기) 및 제377조(회사 청구에 의한 재소주주의 담보제공의무)의 규정이 준용된다.

4487) 대법원 1989. 7. 25. 선고 87다카2316 판결; "주주들에게 통지하거나 주주들의 참석 없이 주주 아닌 자들이 모여서 개최한 임시주주총회에서 발행예정주식총수에 관한 정관변경결의와 이사선임결의를 하고, 그와 같이 선임된 이사들이 모인 이사회에서 대표이사 선임 및 신주발행결의를 하였다면, 그 이사회는 부존재한 주주총회에서 선임된 이사들로 구성된 부존재한 이사회에 지나지 않고, 그 이사들에 의하여 선임된 대표이사도 역시 부존재한 이사회에서 선임된 자이어서, 그 이사회의 결의에 의한 신주발행은 의결권한이 없는 자들에 의한 부존재한 결의와 회사를 대표할 권한이 없는 자에 의하여 이루어진 것으로서 그 발행에 있어 절차적, 실체적 하자가 극히 중대하여 신주발행이 존재하지 않는다고 볼 수밖에 없으므로, 회사의 주주는 위 신주발행에 관한 이사회결의에 대하여 상법 제429조 소정의 신주발행무효의 소의 제기기간에 구애되거나 신주발행무효의 소에 의하지 않고 부존재확인의 소를 제기할 수 있다."

4488) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다20060 판결.

4489) ○ 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결; "상법은 제516조 제1항에서 신주발행의 유지청구권에 관한 제424조 및 불공정한 가액으로 주식을 인수한 자의 책임에 관한 제424조의2 등을 전환사채의 발행의 경우에 준용한다고 규정하면서도 신주발행무효의 소에 관한 제429조의 준용 여부에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않으나, 전환사채는 전환권의 행사에 의하여 장차 주식으로 전환될 수 있는 권리가 부여된 사채로서, 이러한 전환사채의 발행은 주식회사의 물적 기초와 기존 주주들의 이해관계에 영향을 미친다는 점에서 사실상

전환사채·신주인수권부사채 발행 무효의 소의 무효원인은 가급적 엄격하게 해석하여야 하나, 회사의 경영권 분쟁이 현재 계속 중이거나 임박해 있는 등 오직 지배권의 변경을 초래하거나 이를 저지할 목적으로 전환사채를 발행하였음이 객관적으로 명백한 경우에 한정할 것은 아니다.[4490]

회사가 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적으로 제3자에게 신주인수권부사채를 발행하였다면 그 발행은 무효가 될 수 있고, 이는 발행일로부터 6월 이내에 '신주인수권부사채 발행 무효의 소'로써 다툴 수 있다. 나아가 대주주 등이 위 신주인수권부사채나 신주인수권을 양수한 다음 신주인수권부사채 발행일부터 6월이 지난 후 신주인수권을 행사하여 신주를 취득하였다면, 신주인수권 행사나 그에 따른 신주 발행에 고유한 무효 사유에 준하여 '신주 발행 무효의 소'로도 신주 발행의 무효를 주장할 수 있다.[4491]

신주를 발행하는 것과 유사하므로, 전환사채의 발행의 경우에도 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용된다고 봄이 상당하다. 그리고 이 경우 당사자가 주장하는 개개의 공격방법으로서의 구체적인 무효원인은 각각 어느 정도 개별성을 가지고 판단할 수밖에 없는 것이기는 하지만, 전환사채의 발행에 무효원인이 있다는 것이 전체로서 하나의 청구원인이 된다는 점을 감안할 때 전환사채의 발행을 무효라고 볼 것인지 여부를 판단함에 있어서는 구체적인 무효원인에 개재된 여러 위법 요소가 종합적으로 고려되어야 한다."

○ 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결: "신주 발행을 사후에 무효로 하는 것은 거래의 안전을 해할 우려가 크기 때문에 신주발행무효의 소에서 그 무효원인은 엄격하게 해석하여야 할 것이나, 신주 발행에 법령이나 정관을 위반한 위법이 있고 그것이 주식회사의 본질 또는 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우에는 원칙적으로 그 신주의 발행은 무효라고 보아야 한다. 신주인수권부사채는 미리 확정된 가액으로 일정한 수의 신주 인수를 청구할 수 있는 신주인수권이 부여된 사채로서 이러한 신주인수권부사채 발행의 경우에도 주식회사의 물적 기초와 기존 주주들의 이해관계에 영향을 미친다는 점에서 사실상 신주를 발행하는 것과 유사하므로, 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용되고, 신주발행의 무효원인에 관한 위와 같은 법리 또한 마찬가지로 적용된다고 봄이 상당하다."

4490) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결: "전환사채의 발행의 경우에도 준용되는 상법 제424조에 '법령이나 정관의 위반 또는 현저하게 불공정한 방법에 의한 주식의 발행'이 신주발행유지청구의 요건으로 규정되어 있으므로, 위와 같은 요건을 전환사채 발행의 무효원인으로 일응 고려할 수 있다고 하겠으나, 다른 한편 전환사채가 일단 발행되면 그 인수인의 이익을 고려할 필요가 있고 또 전환사채나 전환권의 행사에 의하여 발행된 주식은 유가증권으로서 유통되는 것이므로 거래의 안전을 보호하여야 할 필요가 크다고 할 것인데, 전환사채발행유지청구권은 위법한 발행에 대한 사전 구제수단임에 반하여, 전환사채발행무효의 소는 사후에 이를 무효로 함으로써 거래의 안전과 법적 안정성을 해칠 위험이 큰 점을 고려할 때, 그 무효원인은 가급적 엄격하게 해석하여야 하고, 따라서 법령이나 정관의 중대한 위반 또는 현저한 불공정이 있어 그것이 주식회사의 본질이나 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우로서 전환사채와 관련된 거래의 안전, 주주 기타 이해관계인의 이익 등을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없는 정도라고 평가되는 경우에 한하여 전환사채의 발행 또는 그 전환권의 행사에 의한 주식의 발행을 무효로 할 수 있을 것이며, 그 무효원인을 … 회사의 경영권 분쟁이 현재 계속중이거나 임박해 있는 등 오직 지배권의 변경을 초래하거나 이를 저지할 목적으로 전환사채를 발행하였음이 객관적으로 명백한 경우에 한정할 것은 아니다. … 전환사채발행무효의 소에 있어서의 무효원인을 위와 같이 엄격하게 해석하여야 하는 이상 단지 전환사채의 인수인이 회사의 지배주주와 특별한 관계에 있는 자라거나 그 전환가액이 발행시점의 주가 등에 비추어 다소 낮은 가격이라는 것과 같은 사유는 일반적으로 전환사채발행유지청구의 원인이 될 수 있음은 별론으로 하고, 이미 발행된 전환사채 또는 그 전환권의 행사로 발행된 주식을 무효화할 만한 원인이 되지는 못한다."

4491) 대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결: "신주인수권부사채에 부여된 신주인수권의 행사나 그로 인한 신주 발행에 대해서는 상법 제429조를 유추적용하여 신주발행무효의 소로써 다툴 수 있다. 이때에는 특별한 사정이 없는 한 신주인수권 행사나 그에 따른 신주 발행에 고유한 무효 사유만 주장할 수 있고, 신주인수권부사채 발행이 무효라거나 그를 전제로 한 주장은 제기할 수 없다. … 상법 제418조 제1항, 제2항은 회사

전환사채·신주인수권부사채 발행 무효의 소도 그 발행일로부터 6월의 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다.[4492] 전환사채 발행의 실체가 없음에도 전환사채 발행의 등기가 되어 있는 외관이 존재하는 경우 이를 제거하기 위한 전환사채발행부존재 확인의 소에 있어서는 6월의 제소기간의 제한이 적용되지 아니한다.[4493]

전환사채 발행의 효력이 발생한 후에 직접 전환사채발행무효의 소에 의하지 않고 그 발행 과정의 하나인 이사회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소는 부적법하다.[4494]

가 신주를 발행하는 경우 원칙적으로 기존 주주에게 배정하되 정관에 정한 경우에만 제3자에게 신주배정을 할 수 있게 하면서 그 사유도 신기술의 도입이나 재무구조의 개선 등 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한정함으로써 기존 주주의 신주인수권을 보호하고 있다. 따라서 주식회사가 신주를 발행할 때 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 안에서 정관이 정한 사유가 없는데도, 회사의 경영권 분쟁이 현실화된 상황에서 대주주나 경영진 등의 경영권이나 지배권 방어라는 목적을 달성하기 위하여 제3자에게 신주를 배정하는 것은 상법 제418조 제2항을 위반하여 주주의 신주인수권을 침해하는 것이고, 그로 인하여 회사의 지배구조에 심대한 변화가 초래되고 기존 주주들의 회사에 대한 지배권이 현저하게 약화되는 중대한 결과가 발생하는 경우에는 그러한 신주 발행은 무효이다. 이러한 법리는 신주인수권부사채를 제3자에게 발행하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(상법 제516조의2 제4항 후문, 제418조 제2항 단서, 2015다202919 참조). … 신주인수권부사채의 경우 경영상 목적 없이 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적으로 제3자에게 발행되더라도 그 자체로는 기존 주주의 신주인수권을 침해하지 않고, 이후 대주주 등이 양수한 신주인수권을 행사하여 신주를 취득함으로써 비로소 기존 주주의 신주인수권이 침해되고 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적이 현실화된다. 이에 의하면 회사가 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적으로 제3자에게 신주인수권부사채를 발행하였다면 신주인수권부사채의 발행은 무효가 될 수 있고, 이런 사유는 그 발행일로부터 6월 이내에 신주인수권부사채발행무효의 소로써 다툴 수 있다. 나아가 대주주 등이 위와 같은 경위로 발행된 신주인수권부사채나 그에 부여된 신주인수권을 양수한 다음 신주인수권부사채 발행일부터 6월이 지난 후 신주인수권을 행사하여 신주를 취득하였다면, 이는 실질적으로 회사가 경영상 목적 없이 대주주 등에게 신주를 발행한 것과 동일하므로, 신주인수권 행사나 그에 따른 신주 발행에 고유한 무효 사유에 준하여 신주발행무효의 소로도 신주 발행의 무효를 주장할 수 있다. 이로써 위법한 신주인수권부사채 발행이나 그에 기한 신주 발행을 다투는 주주의 제소권이 실질적으로 보호될 수 있다. … 위에서 본 경우 신주발행무효의 소의 제소기간은 신주 발행일로부터 기산하여야 하고, 설령 신주 발행이 신주인수권부사채에 부여된 신주인수권의 행사 결과에 따른 것이라 할지라도 신주인수권부사채 발행일부터 기산되는 것은 아니다."

4492) ❶ 대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결; "신주인수권부사채 발행의 무효는 주주 등이 신주인수권부사채를 발행한 날로부터 6월 내 소만으로 주장할 수 있고, 6월의 출소기간이 지난 뒤에는 새로운 무효 사유를 추가하여 주장할 수 없다. 따라서 신주인수권부사채 발행일로부터 6월 내에 신주인수권부사채발행무효의 소가 제기되지 않거나 6월 내에 제기된 신주인수권부사채발행무효의 소가 적극적 당사자의 패소로 확정되었다면, 이후에는 더 이상 신주인수권부사채 발행의 무효를 주장할 수 없다." ❷ 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결; "상법 제429조는 신주발행의 무효는 주주·이사 또는 감사에 한하여 신주를 발행한 날로부터 6월 내에 소만으로 이를 주장할 수 있다고 규정하고 있는바, 이는 신주발행에 수반되는 복잡한 법률관계를 조기에 확정하고자 하는 것이므로, 새로운 무효사유를 출소시간의 경과 후에도 주장할 수 있도록 하면 법률관계가 불안정하게 되어 위 규정의 취지가 몰각된다는 점에 비추어 위 규정은 무효사유의 주장시기도 제한하고 있는 것이라고 해석함이 상당하고, 한편 상법 제429조의 유추적용에 의하여 전환사채발행무효의 소가 인정됨은 앞서 본 바와 같으므로, 전환사채발행무효의 소에 있어서도 전환사채를 발행한 날로부터 6월의 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다고 보아야 할 것이다."

4493) 피고 보조참가인이 전환사채를 인수하여 대금납입절차와 등기까지 완료하였으므로, 전환사채 발행의 실체는 존재한다고 보아야 하고, 따라서 피고 회사의 주주총회결의가 부존재한다고 하여 그로써 주주인 피고 보조참가인에 대하여 한 전환사채 발행까지 당연히 부존재하게 되는 것은 아니라는 이유로 전환사채 발행이 그 하자의 정도가 중대하여 부존재한다고 볼 수는 없다고 한 예(2003다20060).

4494) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다20060 판결.

'전환사채 발행 유지 청구'는 전환사채 발행의 효력이 생기기 전, 즉 전환사채의 납입기일까지 행사하여야 하고, 전환사채를 인수하여 그 대금을 납입하고 등기까지 마친 경우에는 그 청구할 수 있는 시기가 도과되어 권리보호의 이익이 없다.[4495] 전환사채권자가 전환을 청구한 이후에는 '주식전환의 금지'를 구할 법률상 이익이 없게 된다.[4496]

3) 자본금감소 무효의 소

주식병합[4497]을 통한 자본금감소[4498]에 이의가 있는 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 자본금의 감소를 승인하지 않은 채권자(원고적격자)는 회사(피고적격자)를 상대로 자본금감소로 인한 변경등기가 된 날부터 6개월 내(제소기간, 제척기간)[4499]에 자본금감소 무효의 소(형성의 소)를 제기할 수 있다(상법 제445조).

자본금감소의 효력이 발생[4500]하기 전에는 자본금감소 결의 무효 확인의 소를 구할 수 있으나, 자본금감소의 효력이 발생한 후에는 자본금감소 무효의 소에 의해서만 다툴 수 있다.[4501] 주식병합 무효 확인의 소나 선결문제로서 그 무효를 주장하는 것은 허용되지

4495) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다20060 판결.

4496) 대법원 2004. 8. 16. 선고 2003다9636 판결; "전환사채권자가 전환 청구를 하면 회사는 주식을 발행해 주어야 하는데, 전환권은 형성권이므로 전환을 청구한 때에 당연히 전환의 효력이 발생하여 전환사채권자는 그 때부터 주주가 되고 사채권자로서의 지위를 상실하게 되므로(상법 제516조, 제350조) 그 이후에는 주식전환의 금지를 구할 법률상 이익이 없게 될 것이다."

4497) 주식병합이란 회사가 다수의 주식을 합하여 소수의 주식을 만드는 행위를 말한다. 상법은 자본금감소(제440조)와 합병(제530조 제3항)·분할(제530조의11 제1항) 등 조직재편의 경우 수반되는 주식병합의 절차에 대해 규정하고 있다.

4498) 주식병합을 통한 자본금감소를 위해서는 주주총회의 특별결의와 채권자보호절차 등을 거쳐야 하고(상법 제438조, 제439조), 주식병합으로 발생한 단주는 경매를 통해 그 대금을 종전의 주주에게 지급하는 방식으로 처리한다(제443조 본문). 그러나 거래소의 시세 있는 주식은 거래소를 통해, 거래소의 시세 없는 주식은 법원의 허가를 받아 경매 외의 방법으로 매각할 수 있다(제443조 단서). 법원의 허가를 받아 주식을 매각하는 경우 법원은 단주를 보유한 주주와 단주를 보유하지 않은 주주 사이의 공평을 유지하기 위해, 주식의 액면가, 기업가치에 따라 환산한 주당 가치, 장외시장에서의 거래가액 등 제반 요소를 고려하여 매매가액의 타당성을 판단한 후 임의매각의 허가 여부를 결정하여야 한다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결).

4499) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007다12012 판결; "상법 제445조는 … 자본감소에 수반되는 복잡한 법률관계를 조기에 확정하고자 하는 것이므로 새로운 무효사유를 출소기간의 경과 후에도 주장할 수 있도록 하면 법률관계가 불안정하게 되어 위 규정의 취지가 몰각된다는 점에 비추어 위 규정은 무효사유의 주장시기도 제한하고 있는 것이라고 해석함이 상당하고 자본감소로 인한 변경등기가 있는 날로부터 6월의 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다고 보아야 할 것이다."

4500) 자본금감소의 효력은 주주총회결의, 채권자보호절차, 주식의 병합·소각이 모두 종료한 때에 발생한다. 주식의 병합·소각은 주권제출기간이 만료한 때에 그 효력이 생기나, 채권자보호절차가 종료하지 아니한 때에는 그 종료한 때에 효력이 생긴다(상법 제441조, 제343조 제2항).

4501) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다83599 판결; "상법 제445조 … 규정하고 있으므로, 설령 주주총회의 자본감소 결의에 취소 또는 무효의 하자가 있다고 하더라도 그 하자가 극히 중대하여 자본감소가 존재하지 아니하는 정도에 이르는 등의 특별한 사정이 없는 한 자본감소의 효력이 발생한 후에는 자본감소 무효의 소에 의해서만 다툴 수 있다. … 원고들의 청구취지는 자본감소의 효력이 이미 발생한 후에 주주총회의 자본감소 결의에 취소 또는 무효의 하자가 있으므로 그 확인을 구한다는 것으로서 기록상 그 하자가 극히 중대하여 자본감소가 존재하지 아니하는 정도에 이르는 등의 특별한 사정을 찾아볼 수 없으므로, 이 사건 소를 자본감소 결의의 무효의 확인을 구하는 소로 본다면 이는 소의 이익이 없어 부적법한 것이라고 보아야 할 것이다. … 사건명을 '감자무효의 소'라고 표시하였을 뿐 아니라, 원고들과 피고 회사 모두 … 근거조문까지 명시하면서 상법 제445조의

않으나, 주식병합 부존재확인의 소나 선결문제로서 그 부존재를 주장하는 것은 허용된다.[4502]

'무효원인'으로는, 자본금감소의 방법 또는 기타 절차가 주주평등의 원칙에 반하는 경우, 기타 법령·정관에 위반하거나 민법상 일반원칙인 신의성실의 원칙에 반하여 현저히 불공정한 경우를 들 수 있다.[4503] 소수주주 축출제도를 회피하기 위하여 탈법적으로 동일한 효과를 갖는 다른 방식을 활용하는 것은 위법하나, 결과적으로 주식병합으로 소수주주가 주주의 지위를 상실했다 할지라도 그 자체로 위법이라고 볼 수는 없다.[4504]

자본감소 무효의 소를 제기한 것임을 전제로 상법 제446조, 제189조에 의한 재량기각 여부를 주된 쟁점으로 삼아 변론하였음을 알 수 있으므로, 원고들의 진정한 의사는 청구취지의 기재에도 불구하고 상법 제445조의 자본감소 무효의 소를 제기한 것으로 볼 여지가 충분하다. … 원심으로서는 원고들이 제기한 이 사건 소가 '상법 제445조에 의한 자본감소 무효의 소'인지 아니면 '위 자본감소 결의의 무효확인의 소'인지를 분명하게 하고 거기에 알맞은 청구취지와 청구원인으로 정리하도록 석명한 다음 본안에 대하여 심리·판단하였어야 마땅하다." ☎ 자본감소 결의의 무효확인 판결을 선고한 원심에 석명의무를 다하지 아니한 위법이 있다고 한 예.

4502) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다15537 판결; "구 상법 제445조에서 규정하는 '소'라 함은 형성의 소를 의미하는 것으로서, 일반 민사상 무효확인의 소로써 주식병합의 무효확인을 구하거나 다른 법률관계에 관한 소송에서 선결문제로서 주식병합의 무효를 주장하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다. 그러나 주식병합의 실체가 없음에도 주식병합의 등기가 되어 있는 외관이 존재하는 경우 등과 같이 주식병합의 절차적·실체적 하자가 극히 중대하여 주식병합이 존재하지 아니한다고 볼 수 있는 경우에는, 주식병합 무효의 소와는 달리 출소기간의 제한에 구애됨이 없이 그 외관 등을 제거하기 위하여 주식병합 부존재확인의 소를 제기하거나 다른 법률관계에 관한 소송에서 선결문제로서 주식병합의 부존재를 주장할 수 있다."

4503) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결; "상법은 자본금감소의 무효와 관련하여 개별적인 무효사유를 열거하고 있지 않으므로, 자본금감소의 방법 또는 기타 절차가 주주평등의 원칙에 반하는 경우, 기타 법령·정관에 위반하거나 민법상 일반원칙인 신의성실의 원칙에 반하여 현저히 불공정한 경우에 무효소송을 제기할 수 있다. 즉 주주평등의 원칙은 그가 가진 주식의 수에 따른 평등한 취급을 의미하는데, 만일 주주의 주식수에 따라 다른 비율로 주식병합을 하여 차등감자가 이루어진다면 이는 주주평등의 원칙에 반하여 자본금감소 무효의 원인이 될 수 있다. 또한 주식병합을 통한 자본금감소가 현저하게 불공정하게 이루어져 권리남용금지의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반하는 경우에도 자본금감소 무효의 원인이 될 수 있다."

4504) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결; "우리 상법이 2011년 상법 개정을 통해 소수주식의 강제매수제도를 도입한 입법 취지와 그 규정의 내용에 비추어 볼 때, 엄격한 요건 아래 허용되고 있는 소수주주 축출제도를 회피하기 위하여 탈법적으로 동일한 효과를 갖는 다른 방식을 활용하는 것은 위법하다. 그러나 소수주식의 강제매수제도는 지배주주에게 법이 인정한 권리로 반드시 지배주주가 이를 행사하여야 하는 것은 아니고, 우리 상법에서 소수주식의 강제매수제도를 도입하면서 이와 관련하여 주식병합의 목적이나 요건 등에 별다른 제한을 두지 않았다. 또한 주식병합을 통해 지배주주가 회사의 지배권을 독점하려면, 단주로 처리된 주식을 소각하거나 지배주주 또는 회사가 단주로 처리된 주식을 취득하여야 하고 이를 위해서는 법원의 허가가 필요하다. 주식병합으로 단주로 처리된 주식을 임의로 매도하기 위해서는 대표이사가 사유를 소명하여 법원의 허가를 받아야 하고(비송사건절차법 제83조), 이때 단주 금액의 적정성에 대한 판단도 이루어지므로 주식가격에 대해 법원의 결정을 받는다는 점은 소수주식의 강제매수제도와 유사하다. 따라서 결과적으로 주식병합으로 소수주주가 주주의 지위를 상실했다 할지라도 그 자체로 위법이라고 볼 수는 없다." ☎ 피고 회사가 임시주주총회를 개최하여 1주당 액면가를 5천 원에서 5천만 원으로 인상하는 10,000:1의 주식병합을 하고, 1만주에 미치지 못하는 주식을 보유한 주주에게 1주당 액면가 5천 원을 지급하기로 하는 내용의 '주식병합 및 자본금감소'를 결의하였고, 이에 따라 원고를 포함하여 1만주 미만의 주식을 보유한 주주들이 주주의 지위를 상실한 사안에서, 위 주식병합은 법에서 정한 절차에 따라 주주총회 특별결의와 채권자보호절차를 거쳐 모든 주식에 대해 동일한 비율로 주식병합이 이루어졌고, 단주의 처리 과정에서 주식병합 비율에 미치지 못하는 주식수를 가진 소수주주가 자신의 의사와 무관하게 주주의 지위를 상실하게 되지만, 이러한 단주의 처리 방식은 상법에서 명문으로 인정한 주주평등원칙의 예외이므로, 위 주식병합의 결과 주주의 비율적 지위에 변동이 발생하지 않았고, 달리 원고가 그가 가진 주식의 수에 따라 평등한 취급을 받지 못한 사정이 없는 한 이를 주주평등원칙의 위반으로 볼 수 없으며, 위 주식병합 및 자본금감소는 주주총회 참석주주의 99.99% 찬성(발행주식총수의 97% 찬성)을

자본금감소 무효의 원고승소 확정판결은 소급효가 있고(상법 제446조에 의한 제190조 단서의 부준용), 제3자에 대하여도 그 효력이 있다(대세효,[4505] 상법 446조에 의한 제190조 본문의 준용).[4506]

아. 분할·분할합병

1) 분할당사회사의 연대책임

분할당사회사(분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사)가 상법 제530조의9[4507] 제1항에 의한 (부진정)연대책임(그 소멸시효 기간과 기산점은 분할·분할합병 전의 회사가 부담하는 채무와 동일하다[4508])을 면하고 각자 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한

통해 이루어졌는데, 이러한 회사의 결정은 지배주주뿐만 아니라 소수주주의 대다수가 찬성하여 이루어진 것으로 볼 수 있고, 이와 같은 회사의 단체법적 행위에 현저한 불공정이 있다고 보기 어려우며, 또한 해당 주주총회의 안건 설명에서 단주의 보상금액이 1주당 5천 원이라고 제시되었고, 이러한 사실을 알고도 대다수의 소수주주가 주식병합 및 자본금감소를 찬성하였으므로 단주의 보상금액도 회사가 일방적으로 지급한 불공정한 가격이라고 보기 어려운데도, 이와 달리 본 원심판단에 위법이 있다고 한 예.

4505) 원고패소 확정판결은 민사소송법의 일반원칙에 따라 소송 당사자 간 대인적 효력만 있다.

4506) **준용규정**: 그 외에도 **상법 제446조**에 의해 자본금감소 무효의 소에 관하여, 상법 제186조(본점소재지의 지방법원의 전속관할)·제187조(소제기의 공고)·제188조(수개의 소의 병합심리)·제189조(하자의 보완 등과 청구의 기각)·제191조(악의·중과실 패소원고의 회사에 대한 연대배상책임)·제192조(무효의 등기) 및 제377조(회사 청구에 의한 제소주주의 담보제공의무)의 규정이 준용된다.

○ 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003다29616 판결: "피고 회사가 강행규정인 상법 제368조 제3항을 위배하여 주주총회에 앞서 다른 일부 소액주주들을 위한 원고 등의 대리권 증명에 신분증의 사본 등을 요구하면서 그 접수를 거부하여 원고 등의 의결권의 대리권 행사를 부당하게 제한하여 이루어진 위 주주총회의 감자결의에는 결의방법상의 하자가 있고 이는 감자무효의 소의 원인이 된다고 할 것인바, 상법 제446조는 감자무효의 소에 관하여 상법 제189조를 준용하고 있고, 상법 제189조는 '설립무효의 소 또는 설립취소의 소가 그 심리 중에 원인이 된 하자가 보완되고 회사의 현황과 제반 사정을 참작하여 설립을 무효 또는 취소하는 것이 부적당하다고 인정한 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있다.'고 규정하고 있다. 따라서 법원이 감자무효의 소를 재량기각하기 위해서는 원칙적으로 그 소제기 전이나 그 심리 중에 원인이 된 하자가 보완되어야 한다고 할 수 있을 것이지만, 이 사건의 하자와 같이 추후 보완될 수 없는 성질의 것으로서 자본감소 결의의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는 것인 경우 등에는 그 하자가 보완되지 아니하였다 하더라도 회사의 현황 등 제반 사정을 참작하여 자본감소를 무효로 하는 것이 부적당하다고 인정한 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있다고 하여야 할 것이다."

4507) 상법 제530조의9 (분할 및 분할합병 후의 회사의 책임)

① 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할 또는 분할합병 전의 회사채무에 관하여 연대하여 변제할 책임이 있다.

② 제1항의 규정에 불구하고 분할되는 회사가 제530조의3 제2항의 규정에 의한 결의로 분할에 의하여 회사를 설립하는 경우에는 설립되는 회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담할 것을 정할 수 있다. 이 경우 분할되는 회사가 분할 후에 존속하는 때에는 분할로 인하여 설립되는 회사가 부담하지 아니하는 채무만을 부담한다.

③ 분할합병의 경우에 분할되는 회사는 제530조의3 제2항의 규정에 의한 결의로 분할합병에 따른 출자를 받는 존립 중의 회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담할 것을 정할 수 있다. 이 경우에는 제2항 후단의 규정을 준용한다.

④ 제439조제3항 및 제527조의5의 규정은 제2항의 경우에 이를 준용한다.

4508) 대법원 2017. 5. 30. 선고 2016다34687 판결: "수혜회사가 채권자에게 연대하여 변제할 책임을 부담하는 채무는 분할 또는 분할합병 전의 회사가 채권자에게 부담하는 채무와 동일한 채무이다. 따라서 수혜회사가 채권자에게 부담하는 연대채무의 소멸시효 기간과 기산점은 분할 또는 분할합병 전의 회사가 채권자에게 부담하는 채무와 동일한 것으로 봄이 타당하다 결국 채권자는 해당 채권의 시효기간 내에서 분할로 인하여 승계되

채무에 대한 변제책임만을 지는 분할채무관계를 형성하기 위해서는, 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담한다는 취지가 기재된 분할합병계약서에 대하여 주주총회의 승인을 얻어야 하고, 이러한 요건이 충족되었다는 점에 관한 주장·증명책임은 분할당사회사가 분할채무관계에 있음을 주장하는 측에게 있다.[4509]

2) 근로관계의 승계

회사분할 시 근로관계의 승계 여부가 다투어지는 경우, ① 근로관계의 승계를 주장하는 회사 측은 '분할하는 회사가 미리 노동조합과 근로자들에게 이해와 협력을 구하는 절차를 거친 사실'을 주장·증명하면 되고 '근로자의 동의'를 주장·증명할 필요는 없으며, ② 근로관계의 승계를 거부하는 근로자 측은 ⓐ '회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하면서 해당 근로자를 해고하기 위한 방편으로 이용되는 등의 특별한 사정'의 존재 및 ⓑ '근로자가 근로관계의 승계를 통지받거나 이를 알게 된 때부터 사회통념상 상당한 기간 내에 반대 의사를 표시한 사실'을 주장·증명하여야 한다.[4510]

는 재산의 가액과 무관하게 연대책임을 물을 수 있다고 보아야 한다." ☜ A회사에 대해 변제기가 도래한 대출채권 등을 보유한 원고 은행이 A회사의 전기공사업 부분을 분할하여 합병한 피고를 상대로 구 상법 제530조의9 제1항에 따른 연대채무의 이행을 구한 **사안**에서, 피고가 원고에게 연대하여 변제할 책임을 부담하는 채무는 분할합병 전의 A회사가 원고에게 부담하는 채무와 동일한 채무이고 소멸시효 기산점과 소멸시효기간은 위 대출채권 등의 변제기 도래시점과 상사채권의 소멸시효기간인 5년으로서 그 소멸시효가 완성하였다고 판단하고, 위 대출채권 등의 소멸시효의 기산점이 분할합병 등기일이고 소멸시효기간이 10년이라는 원고의 주장을 배척한 원심의 판단을 수긍한 사례.

4509) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다95769 판결; "분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사(이하 '분할당사회사'라고 한다)는 특별한 사정이 없는 한 상법 제530조의9 제1항에 의하여 각자 분할계획서 또는 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무 이외의 채무에 대하여 연대책임을 지는 것이 원칙이고, 이 연대책임은 채권자에 대하여 개별 최고를 거쳤는지 여부와 관계없이 부담하게 되는 법정책임이므로, 채권자에 대하여 개별 최고를 하였는데 채권자가 이의제출을 하지 아니하였다거나 채권자가 분할 또는 분할합병에 동의하였기 때문에 개별 최고를 생략하였다는 등의 사정은 상법 제530조의9 제1항이 규정하는 분할당사회사의 연대책임의 성부에 영향을 미치지 못한다. 한편, 분할합병을 하는 분할당사회사가 상법 제530조의9 제1항에 의한 연대책임을 면하고 각자 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무에 대한 변제책임만을 지는 분할채무관계를 형성하기 위해서는, 분할합병에 따른 출자를 받는 존립 중의 회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담한다는 취지가 기재된 분할합병계약서를 작성하여 이에 대한 주주총회의 승인을 얻어야 하고(상법 제530조의9 제3항, 제2항 후단, 상법 제530조의3 제1항, 제2항), 이러한 요건이 충족되었다는 점에 관한 주장·증명책임은 분할당사회사가 연대책임관계가 아닌 분할채무관계에 있음을 주장하는 측에게 있다. 단순히 분할합병계약서에 상법 제530조의6 제1항 제6호가 규정하는 '분할되는 회사가 분할합병의 상대방 회사에 이전할 재산과 그 가액'의 사항 등을 기재하여 주주총회의 승인을 얻었다는 사정만으로는 위와 같이 분할책임관계를 형성하기 위한 요건이 충족되었다고 할 수 없으므로, 분할당사회사는 각자 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무 이외의 채무에 대하여 연대책임을 면할 수 없다."

4510) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282 판결; "상법 제530조의10은 분할로 인하여 설립되는 회사(이하 '신설회사'라고 한다)는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계한다고 규정하고 있으므로, 분할하는 회사의 근로관계도 위 규정에 따른 승계의 대상에 포함될 수 있다. 그런데 헌법이 직업선택의 자유를 보장하고 있고 근로기준법이 근로자의 보호를 도모하기 위하여 근로조건에 관한 근로자의 자기결정권(제4조), 강제근로의 금지(제7조), 사용자의 근로조건 명시의무(제17조), 부당해고 등의 금지(제23조) 또는 경영상 이유에 의한 해고의 제한(제24조) 등을 규정한 취지에 비추어 볼 때, 회사 분할에 따른 근로관계의 승계는 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차를 거치는 등 절차적 정당성을 갖춘 경우에 한하여 허용되고, 해고의 제한 등 근로자 보호를 위한 법령 규정을 잠탈하기 위한 방편으로 이용되는 경우라면 그 효력이 부정될

3) 합병·분할·분할합병 무효의 소

합병무효의소는, '각 회사(흡수합병의 경우 존속회사와 소멸회사,[4511] 신설합병의 경우 양당사회사와 신설회사)'의 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 합병을 승인하지 아니한 채권자(원고적격자)에 한하여 합병의 등기가 있은 날로부터 6월의 제소기간 내에 제기하여야 한다(상법 제529조). 상법 제186조(본점소재지의 지방법원의 전속관할)·제187조(소제기의 공고)·제188조(수개의 소의 병합심리)·제189조(하자의 보완 등과 청구의 기각)·제190조(판결의 효력)·제191조(악의·중과실 패소원고의 회사에 대한 연대배상책임)의 규정이 합병무효의 소에 준용된다(상법 제530조 제2항, 제240조).

분할 또는 분할합병에 관하여는, 상법 제530조의11 제1항, 제240조에 의하여 제529조(합병무효의 소), 제186조 내지 제191조의 규정이 분할 또는 분할합병 무효의 소에 준용된다.

주주가 회사를 상대로 제기한 분할합병무효의 소에서 당사자 사이에 분할합병계약을 승인한 주주총회결의 자체가 있었는지 및 그 결의에 이를 부존재로 볼 만한 중대한 하자가 있는지 등 주주총회결의의 존부에 관하여 다툼이 있는 경우, 주주총회결의 자체가 있었다는 점에 관해서는 회사가, 그 결의에 이를 부존재로 볼 만한 중대한 하자가 있다는 점에 관해서는 주주가 각 증명책임을 부담한다.[4512]

현저하게 불공정한 합병비율을 정한 합병계약은 무효이지만, 합병당사회사의 전부 또는 일부가 주권상장법인인 경우 관련 법령이 정한 요건과 방법 및 절차 등에 기하여 합병가액을 산정하고 그에 따라 합병비율을 정하였다면 특별한 사정이 없는 한, 무효라 볼 수 없다.[4513]

수 있어야 한다. 따라서 둘 이상의 사업을 영위하던 회사의 분할에 따라 일부 사업 부문이 신설회사에 승계되는 경우 분할하는 회사가 분할계획서에 대한 주주총회의 승인을 얻기 전에 미리 노동조합과 근로자들에게 회사 분할의 배경, 목적 및 시기, 승계되는 근로관계의 범위와 내용, 신설회사의 개요 및 업무 내용 등을 설명하고 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳤다면 그 승계되는 사업에 관한 근로관계는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 신설회사에 승계되는 것이 원칙이다. 다만 회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하면서 해당 근로자를 해고하기 위한 방편으로 이용되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 해당 근로자는 근로관계의 승계를 통지받거나 이를 알게 된 때부터 사회통념상 상당한 기간 내에 반대 의사를 표시함으로써 근로관계의 승계를 거부하고 분할하는 회사에 잔류할 수 있다."

4511) 대법원 2008. 1. 10. 선고 2007다64136 판결; "흡수합병 시 … 합병비율이 현저하게 불공정한 경우 합병할 각 회사의 주주 등은 상법 제529조에 의하여 소로써 합병의 무효를 구할 수 있다 할 것이다."

4512) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193 판결.

4513) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2005다22701 판결; "현저하게 불공정한 합병비율을 정한 합병계약은 사법관계를 지배하는 신의성실의 원칙이나 공평의 원칙 등에 비추어 무효이고, 따라서 합병비율이 현저하게 불공정한 경우 합병할 각 회사의 주주 등은 상법 제529조에 의하여 소로써 합병의 무효를 구할 수 있다고 할 것이지만, 합병비율은 자산가치 이외에 시장가치, 수익가치, 상대가치 등의 다양한 요소를 고려하여 결정되어야 할 것인 만큼 엄밀한 객관적 정확성에 기하여 유일한 수치로 확정할 수 없는 것이고, 그 제반 요소의 고려가 합리적인 범위 내에서 이루어진 것이라면 결정된 합병비율이 현저하게 부당하다고 할 수 없다. 따라서 합병당사회사의 전부 또는 일부가 주권상장법인인 경우 증권거래법과 그 시행령 등 관련 법령이 정한 요건과 방법 및 절차 등에

신설합병의 창립총회 자체를 이사회의 공고로써 갈음할 수 있고, 이 경우 합병당사회사의 정관에 규정한 일반적인 공고방식에 의하여 할 수 있다.[4514]

법원이 분할합병무효의 소를 재량기각하기 위해서는 원칙적으로 그 소 제기 전이나 그 심리 중에 원인이 된 하자가 보완되어야 하나, 그 하자가 추후 보완될 수 없는 성질의 것인 경우에는 그 하자가 보완되지 아니하였다고 하더라도 회사의 현황 등 제반 사정을 참작하여 분할합병무효의 소를 재량기각할 수 있다.[4515]

합병등기에 의하여 합병의 효력이 발생한 후에는 합병무효의 소를 제기하는 외에 합병결의무효확인청구만을 독립된 소로서 구할 수는 없고, 합병무효의 소 등에 있어서는 청구의 인낙이 인정되지 아니하고 그 인낙은 무효이다.[4516]

기하여 합병가액을 산정하고 그에 따라 합병비율을 정하였다면 그 합병가액 산정이 허위자료에 의한 것이라거나 터무니없는 예상 수치에 근거한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 합병비율이 현저하게 불공정하여 합병계약이 무효로 된다고 볼 수 없다."

4514) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2005다22701 판결; "상법 제527조 제4항은 신설합병의 경우 이사회의 공고로써 신설합병의 창립총회에 대한 보고에 갈음할 수 있다고 규정하고 있고, 상법 제528조 제1항은 신설합병의 창립총회가 종결한 날 또는 보고에 갈음하는 공고일로부터 일정기간 내에 합병등기를 하도록 규정하고 있으므로, 상법 제527조 제4항은 신설합병의 창립총회 자체를 이사회의 공고로써 갈음할 수 있음을 규정한 조항이라고 해석된다. 한편, 상법 제527조 제2항은 신설합병의 창립총회에서 정관변경의 결의를 할 수 있되 합병계약의 취지에 위반하는 결의는 하지 못하도록 규정하고 있는바, 정관변경은 창립총회에서 할 수 있다는 것이지 반드시 하여야 하는 것은 아니고, 주식회사를 설립하는 창립총회에서는 이사와 감사를 선임하여야 한다는 상법 제312조의 규정이 상법 제527조 제3항에 의해서 신설합병의 창립총회에 준용되고 있다 하더라도, 상법 제524조 제6호에 의하면 합병으로 인하여 설립되는 회사의 이사와 감사 또는 감사위원회 위원을 정한 때에는 신설합병의 합병계약서에 그 성명 및 주민등록번호를 기재하게 되어 있고, 그 합병계약서가 각 합병당사회사의 주주총회에서 승인됨으로써 합병으로 인하여 설립되는 회사의 이사와 감사 등의 선임이 이루어지는 만큼, 이러한 경우에는 굳이 신설합병의 창립총회를 개최하여 합병으로 인하여 설립되는 회사의 이사와 감사 등을 선임하는 절차를 새로이 거칠 필요가 없고 이사회의 공고로 갈음할 수 있다고 할 것이다. … 상법은 신설합병의 창립총회에 갈음하는 이사회 공고의 방식에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하므로, 이 경우 이사회 공고는 상법 제289조 제1항 제7호에 의하여 합병당사회사의 정관에 규정한 일반적인 공고방식에 의하여 할 수 있다." ☜ 신설은행의 이사·감사의 선임과 정관변경 결의를 위하여 필요한 창립총회를 생략한 위법이 있고 신설합병의 창립총회에 갈음하는 이사회 공고를 주주총회 소집공고와 같은 방식으로 하지 아니하였다는 이유로 합병이 무효라는 원고의 주장을 배척한 예.

4515) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193 판결; 분할합병계약의 승인을 위한 주주총회를 개최하면서 소수주주들에게 소집통지를 하지 않음으로 인하여 위 주주들이 주식매수청구권 행사 기회를 갖지 못하였으나, 주식매수청구권은 분할합병에 반대하는 주주로 하여금 투하자본을 회수할 수 있도록 하기 위해 부여된 것인데 분할합병무효의 소를 제기한 소수주주가 자신이 보유하고 있던 주식을 제3자에게 매도함으로써 그 투하자본을 이미 회수하였다고 볼 수 있고, 위 분할합병의 목적이 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 상호출자관계를 해소하기 위한 것으로 위 분할합병을 무효로 함으로 인하여 당사자 회사와 그 주주들에게 이익이 된다는 사정이 엿보이지 아니하는 점 등을 참작해 볼 때, 분할합병무효청구를 기각한 원심판단을 수긍한 사례.

4516) 대법원 1993. 5. 27. 선고 92누14908 판결; "회사의 합병에 있어서 합병등기에 의하여 합병의 효력이 발생한 후에는 합병무효의 소를 제기하는 외에 합병결의무효확인청구만을 독립된 소로서 구할 수는 없고, 또 청구의 인낙은 당사자의 자유로운 처분이 허용되는 권리에 관하여만 허용되는 것으로서 회사법상의 주주총회결의의 하자를 다투는 소나 회사합병무효의 소 등에 있어서는 인정되지 아니하므로, 이와 같이 법률상 인정되지 아니하는 권리관계를 대상으로 하는 청구인낙은 그 효력이 없다."

4. 보 험

가. 승낙 전 보험사고 책임의 소극적 요건인 '청약을 거절할 사유'

승낙 전 보험사고가 생긴 경우, 보험자가 보험계약상의 책임을 면할 수 있는 요건인 '청약을 거절할 사유의 존재'에 대한 증명책임은 보험자에게 있다.[4517]

나. 고지·통지의무 위반 등을 이유로 한 계약 해지

상법 제655조는 "보험사고가 발생한 후라도 보험자가 제650조,[4518] 제651조,[4519] 제652조[4520] 및 제653조[4521]에 따라 계약을 해지하였을 때에는 보험금을 지급할 책임이 없고 이미 지급한 보험금의 반환을 청구할 수 있다. 다만, 고지의무를 위반한 사실 또는 위험이 현저하게 변경되거나 증가된 사실이 보험사고 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 경우에는 보험금을 지급할 책임이 있다."라고 규정하고 있다.

보험자는 고지의무나 통지의무를 위반한 사실과 보험사고의 발생 사이의 인과관계를

4517) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다40847 판결; "상법 제638조의2 제3항에 의하면 보험자가 보험계약자로부터 보험계약의 청약과 함께 보험료 상당액의 전부 또는 일부를 받은 경우(인보험계약의 피보험자가 신체검사를 받아야 하는 경우에는 그 검사도 받은 때)에 그 청약을 승낙하기 전에 보험계약에서 정한 보험사고가 생긴 때에는 그 청약을 거절할 사유가 없는 한 보험자는 보험계약상의 책임을 진다고 할 것인데, 여기에서 청약을 거절할 사유란 보험계약의 청약이 이루어진 바로 그 종류의 보험에 관하여 해당 보험회사가 마련하고 있는 객관적인 보험인수기준에 의하면 인수할 수 없는 위험상태 또는 사정이 있는 것으로서 통상 피보험자가 보험약관에서 정한 적격 피보험체가 아닌 경우를 말하고, 이러한 청약을 거절할 사유의 존재에 대한 증명책임은 보험자에게 있다. 그리고 이른바 승낙 전 보험사고에 대하여 보험계약의 청약을 거절할 사유가 없어서 보험자의 보험계약상의 책임이 인정되면, 그 사고발생사실을 보험자에게 고지하지 아니하였다는 사정은 청약을 거절할 사유가 될 수 없고, 보험계약 당시 보험사고가 이미 발생하였다는 이유로 상법 제644조에 의하여 보험계약이 무효로 된다고 볼 수도 없다."

4518) 제650조(보험료의 지급과 지체의 효과) ① 보험계약자는 계약체결 후 지체 없이 보험료의 전부 또는 제1회 보험료를 지급하여야 하며, 보험계약자가 이를 지급하지 아니하는 경우에는 다른 약정이 없는 한 계약성립 후 2월이 경과하면 그 계약은 해제된 것으로 본다. ② 계속보험료가 약정한 시기에 지급되지 아니한 때에는 보험자는 상당한 기간을 정하여 보험계약자에게 최고하고 그 기간 내에 지급되지 아니한 때에는 그 계약을 해지할 수 있다. ③ 특정한 타인을 위한 보험의 경우에 보험계약자가 보험료의 지급을 지체한 때에는 보험자는 그 타인에게도 상당한 기간을 정하여 보험료의 지급을 최고한 후가 아니면 그 계약을 해제 또는 해지하지 못한다.

4519) 제651조(고지의무위반으로 인한 계약해지) 보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 때에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월 내에, 계약을 체결한 날로부터 3년 내에 한하여 계약을 해지할 수 있다. 그러나 보험자가 계약 당시에 그 사실을 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다. ☛ 보험자가 서면으로 질문한 사항은 중요한 사항으로 추정되므로(상법 제651조의2), 보험자로서는 '서면으로 질문한 사항임'을 증명함으로써 '중요한 사항이라는 점'에 대한 증명을 다하게 된다.

4520) 제652조(위험변경증가의 통지와 계약해지) ① 보험기간 중에 보험계약자 또는 피보험자가 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실을 안 때에는 지체 없이 보험자에게 통지하여야 한다. 이를 해태한 때에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월 내에 한하여 계약을 해지할 수 있다. ② 보험자가 제1항의 위험변경증가의 통지를 받은 때에는 1월내에 보험료의 증액을 청구하거나 계약을 해지할 수 있다.

4521) 제653조(보험계약자 등의 고의나 중과실로 인한 위험증가와 계약해지) 보험기간 중에 보험계약자, 피보험자 또는 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 때에는 보험자는 그 사실을 안 날부터 1월 내에 보험료의 증액을 청구하거나 계약을 해지할 수 있다.

불문하고 상법 제651조 등에 의하여 고지의무나 통지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수 있다. 그러나 보험금청구권에 관해서는 보험사고 발생 후에 고지의무나 통지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지한 때에는 고지의무나 통지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계에 따라 보험금 지급책임이 달라지고, 그 범위 내에서 계약해지의 효력이 제한될 수 있다.[4522]

보험자는 '보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로[4523] 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 사실'이나 '보험기간 중에

4522) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다25353 판결(고혈압 진단 및 투약 사실에 관한 피보험자의 고지의무 위반과 **백혈병 발병**이라는 보험사고 사이에 인과관계가 인정되지 않지만, 보험자가 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 있다고 한 사례). 그 **논거**로는, ① 상법 제651조는 고지의무위반으로 인한 계약해지에 관한 일반적 규정으로 이에 의하면 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이에 인과관계를 요하지 않는 점, ② 상법 제655조는 고지의무위반 등으로 계약을 해지한 때에 보험금액청구에 관한 규정이므로, 그 본문뿐만 아니라 단서도 보험금액청구권의 존부에 관한 규정으로 해석함이 상당한 점, ③ 보험계약자 또는 피보험자가 보험계약 당시에 고의 또는 중대한 과실로 중요한 사항을 불고지·부실고지하면 이로써 고지의무위반의 요건은 충족되는 반면, 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계는 '보험사고 발생 시'에 비로소 결정되는 것이므로, 보험자는 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계가 인정되지 않아 상법 제655조 단서에 의하여 보험금액 지급책임을 지게 되더라도 그것과 별개로 상법 제651조에 의하여 고지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수 있다고 해석함이 상당한 점, ④ 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계가 인정되지 않는다고 하여 상법 제651조에 의한 계약해지를 허용하지 않는다면, 보험사고가 발생하기 전에는 상법 제651조에 따라 고지의무위반을 이유로 계약을 해지할 수 있는 반면, 보험사고가 발생한 후에는 사후적으로 인과관계가 없음을 이유로 보험금액을 지급한 후에도 보험계약을 해지할 수 없고 인과관계가 인정되지 않는 한 계속하여 보험금액을 지급하여야 하는 불합리한 결과가 발생하는 점, ⑤ 고지의무에 위반한 보험계약은 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계를 불문하고 보험자가 해지할 수 있다고 해석하는 것이 보험계약의 선의성 및 단체성에서 부합하는 점 등을 들고 있다.
고지의무를 위반한 사실과 보험사고의 발생 사이의 인과관계는 보험계약 해지의 요건사실이 아니다. 종전 판례(2009다39158, 2002다17869, 95다25268, 93다52082, 92다52085,52092, 92다28259 등)에서, '고지의무 등 위반 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였다는 점이 증명된 때에는 상법 제655조 단서에 의하여 보험자는 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없다'고 판시한 부분은 위 2010다25353 판결에 의하여 사실상의 판례 변경이 이루어졌다고 보아야 한다. 2010다25353 판결은, '93다52082, 2000다40353 판결은 보험사고 발생으로 인한 보험금액청구권의 존부를 다툰 사건으로 보험계약해지의 효력을 다투는 이 사건과는 그 사안을 달리하여 이를 원용하기에 적절하지 아니하다'고 하였으나, 일부 상치되는 부분이 있음은 명백하고, 전원합의체에 의한 판례변경이 바람직했을 것이다.

4523) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다54631, 54648 판결; "여기서 **중대한 과실**이란 현저한 부주의로 중요한 사항의 존재를 몰랐거나 중요성 판단을 잘못하여 그 사실이 고지하여야 할 중요한 사항임을 알지 못한 것을 의미한다 할 것이고, 그와 같은 과실이 있는지 여부는 보험계약의 내용, 고지하여야 할 사실의 중요도, 보험계약의 체결에 이르게 된 경위, 보험자와 피보험자 사이의 관계 등 제반 사정을 참작하여 사회통념에 비추어 개별적·구체적으로 판단하여야 하고, 그에 관한 **증명책임**은 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지하고자 하는 **보험자**에게 있다. 특히 피보험자와 보험계약자가 다른 경우에 피보험자 본인이 아니면 정확하게 알 수 없는 개인적 신상이나 신체상태 등에 관한 사항은, 보험계약자도 이미 그 사실을 알고 있었다거나 피보험자와의 관계 등으로 보아 당연히 알았을 것이라고 보이는 등의 특별한 사정이 없는 한, 보험계약자가 피보험자에게 적극적으로 확인하여 고지하는 등의 조치를 취하지 아니하였다는 것만으로 바로 중대한 과실이 있다고 할 것은 아니다. 더구나 보험계약서의 형식이 보험계약자와 피보험자가 각각 별도로 보험자에게 중요사항을 고지하도록 되어 있고, 나아가 피보험자 본인의 신상에 관한 질문에 대하여 '예'와 '아니오' 중에서 택일하는 방식으로 고지하도록 되어 있다면, 그 경우 보험계약자가 '아니오'로 표기하여 답변하였더라도 이는 그러한 사실의 부존재를 확인하는 것이 아니라 사실 여부를 알지 못한다는 의미로 답하였을 가능성도 배제할 수 없다. 그러므로, 그러한 표기사실만으로 쉽게 고의 또는 중대한 과실로 고지의무를 위반한 경우에 해당한다고 단정할 것은 아니라 할 것이다."

보험계약자 또는 피보험자가 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실을 알고서도 지체없이 보험자에게 통지하지 아니한 사실',[4524] 또는 '보험기간 중에 보험계약자, 피보험자 또는 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'을 주장·증명하여[4525] 보험계약을 해지함으로써 보험금 지급청구에 대해 항변하거나 이미 지급받은 보험금의 반환을 청구할 수 있다.[4526]

고지의무나 통지의무 위반 등에 기한 해지권의 행사기간은 제척기간으로서 직권조사사항에 해당한다.[4527]

한편, 민법 제2조(신의성실의 원칙)에 근거하여, 보험계약의 존속 중에 당사자 일방의 부당한 행위 등으로 인하여 계약의 기초가 되는 신뢰관계가 파괴되어 계약의 존속을 기대할 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 상대방은 그 계약을 해지함으로써 장래에 향하여 그 효력을 소멸시킬 수 있다(다만, 신중하고 엄격하게 판단해야 한다).[4528]

4524) 대법원 2024. 6. 27. 선고 2024다219766 판결; "이 규정들을 별도로 두어 해지권의 행사기간을 달리 규율하는 취지나 각 규정의 문언 등에 비추어 보면, 상법 제651조의 고지의무는 중요한 사실이 보험계약 성립 시에 존재하는 경우에 발생하고, 상법 제652조의 통지의무는 보험계약 성립 시에는 존재하지 않았지만 그 이후 보험기간 중에 사고발생의 위험이 새롭게 변경 또는 증가된 경우에 발생한다고 보아야 한다. 한편 보험계약자 또는 피보험자가 고지의무를 위반함으로써 보험계약 성립 시 고지된 위험과 보험기간 중 객관적으로 존재하게 된 위험에 차이가 생기게 되었다는 사정만으로는 보험기간 중 사고발생의 위험이 새롭게 변경 또는 증가되었다고 할 수 없다. 이 경우 보험자는 상법 제651조의 고지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수는 있어도 상법 제652조의 통지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수는 없다. 이는 고지의무 위반에 따른 해지권 행사의 제척기간이 경과하여 보험자가 고지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수 없게 된 경우에도 마찬가지이다."

4525) 보험자가 다른 보험계약의 존재 여부에 관한 고지의무, 통지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지하기 위해서는 보험계약자 또는 피보험자가 그러한 사항에 관한 고지의무, 통지의무의 존재와 다른 보험계약의 존재에 관하여 이를 알고도 고의로 또는 중대한 과실로 인하여 이를 알지 못하여 고지, 통지의무를 다하지 않은 사실이 증명되어야 한다(2002다5668,5675, 99다33311).

4526) 보험계약자 등은 '고지의무에 위반한 사실 또는 위험의 현저한 변경이나 증가된 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였다는 점', 즉 고지의무나 통지의무에 위반한 사실 등과 보험사고 발생과의 사이에 인과관계가 부존재한다는 점'을 주장·증명하여 보험계약 해지에 대하여 재항변하거나 이미 지급받은 보험금의 반환을 거부하는 항변을 할 수 있다. 보험계약자 등이 보험계약의 해지는 그 요건을 결여하여 무효라는 주장을 하고 있을 뿐, 고지의무에 위반한 사실 등과 보험사고 발생과의 사이에 인과관계가 부존재한다는 점에 관한 주장을 한 바가 없음에도 위 인과관계의 부존재에 대해 판단하는 것은 당사자가 주장하지도 아니한 사항에 관하여 판단하는 것이어서 이는 변론주의에 반한다(95다25268). 고지의무에 위반한 사실 등과 보험사고 발생과의 인과관계에 대한 증명책임의 소재를 보험자로 정한 약관 규정의 효력은 유효하고 그에 따라야 한다(97다33089).

4527) 해지 의사표시가 담긴 소장이 제척기간 내에 송달되어야만 적법한 해지권 행사가 된다(99다50712).

4528) 대법원 2020. 10. 29. 선고 2019다267020 판결; "보험계약은 장기간의 보험기간 동안 존속하는 계속적 계약일 뿐만 아니라, 도덕적 위험의 우려가 있어 당사자의 윤리성과 선의성이 강하게 요구되는 특성이 있으므로 당사자 사이에 강한 신뢰관계가 있어야 한다. 따라서 보험계약의 존속 중에 당사자 일방의 부당한 행위 등으로 인하여 계약의 기초가 되는 신뢰관계가 파괴되어 계약의 존속을 기대할 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 상대방은 그 계약을 해지함으로써 장래에 향하여 그 효력을 소멸시킬 수 있다. … 보험계약자 측의 부당한 보험금 청구나 보험금 수령으로 인하여 보험계약의 기초가 되는 신뢰관계가 파괴되어 보험계약의 존속을 기대할 수 없는 중대한 사유가 있다고 인정된다면 보험자는 보험계약을 해지할 수 있고, 위 계약은 장래에 대하여 그 효력을 잃는다. 한편 이러한 해지권은 신의성실의 원칙을 정한 민법 제2조에 근거한 것으로서 보험계약 관계에 당연히 전제된 것이므로, 보험자에게 사전에 설명할 의무가 있다거나 보험자가 이러한 해지권을 행사하는 것이 상법 제663조나 약관의 규제에 관한 법률 제9조 제2호를 위반한 것이라고 볼 수 없다. 보험자가 보험

다. 인보험 사고의 요건인 사고의 우발성과 외래성 및 인과관계

인보험계약에 의하여 담보되는 보험사고의 요건인 사고의 ① '우발성'과 ② '외래성' 및 ③ '상해 또는 사망이라는 결과와 사이의 상당인과관계'에 관해서는 보험금 청구자에게 그 증명책임이 있다.[4529) 4530)]

피보험자가 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 것이라면, 그 사망은 피보험자의 고의에 의하지 않은 우발적인 사고로서 보험사고인 사망에 해당할 수 있지만,[4531)] 피보험자의 정신질환

금 지급에 관한 심사를 하는 단계에서 지급요건을 충족하지 못한 것을 밝히지 못하고 보험금을 지급했다는 이유만으로, 보험자가 이러한 해지권을 행사하는 것이 보험계약상 신의성실의 원칙 위반이라고 볼 수도 없다. 다만 이러한 해지권은 보험약관에 명시되어 있지 않고 또 구체적 사안에서 해지사유가 있는지 여부가 명확하지 않은 면이 있을 뿐만 아니라, 보험자가 부당한 보험금 청구를 거절하거나 기지급 보험금을 반환받는 것을 넘어서 보험계약 자체를 해지하는 것은 자칫 보험계약자 측에 과도한 불이익이 될 수 있다는 점을 고려할 때, 구체적 사안에서 보험자가 이와 같은 해지권을 행사할 수 있는지는 신중하고 엄격하게 판단하여야 한다. … 신뢰관계를 파괴하는 당사자의 부당한 행위가 해당 보험계약의 주계약이 아닌 특약에 관한 것이라 하더라도 그 행위가 중대하여 이로 인해 보험계약 전체가 영향을 받고 계약 자체를 유지할 것을 기대할 수 없다면, 특별한 사정이 없는 한 해지의 효력은 해당 보험계약 전부에 미친다고 보아야 한다."

4529) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다6857 판결; "인보험계약에 의하여 담보되는 보험사고의 요건 중 우발적인 사고라 함은 피보험자가 예측할 수 없는 원인에 의하여 발생하는 사고로서 고의에 의한 것이 아니고 예견치 않았는데 우발적으로 발생하고 통상적인 과정으로는 기대할 수 없는 결과를 가져오는 사고를 의미하고, 외래의 사고라 함은 사고의 원인이 피보험자의 신체적 결함 즉 질병이나 체질적 요인 등에 기인한 것이 아닌 외부적 요인에 의해 초래된 것을 의미한다. 이러한 사고의 우발성과 외래성 및 상해 또는 사망이라는 결과와 사이의 인과관계에 관해서는 보험금 청구자에게 그 증명책임이 있다."

4530) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다12241, 12258 판결; "민사 분쟁에서의 인과관계는 의학적·자연과학적 인과관계가 아니라 사회적·법적 인과관계이므로, 그 인과관계가 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 이 사건과 같이 망인이 이 사건 보험약관에 정한 '우발적인 외래의 사고'로 인하여 사망하였는지를 판단함에 있어서도 마찬가지이나, 문제된 사고와 사망이라는 결과 사이에는 상당한 인과관계가 있어야 한다. … 사망 원인이 분명하지 않아 사망 원인을 둘러싼 다툼이 생길 것으로 예견되는 경우에 망인의 유족이 보험회사 등 상대방에게 사망과 관련한 법적 책임을 묻기 위해서는 먼저 부검을 통해 사망 원인을 명확하게 밝히는 것이 가장 기본적인 증명 과정 중의 하나가 되어야 한다. 그런데 이 사건에서 의사의 사체검안만으로 망인의 사망 원인을 밝힐 수 없었음에도 유족인 소외 1의 반대로 부검이 이루어지지 않았다. 우리나라에서 유족들이 죽은 자에 대한 예우 등 여러 가지 이유로 부검을 꺼리는 경향이 있긴 하나, 그렇다고 하여 사망 원인을 밝히려는 증명책임을 다하지 못한 유족에게 부검을 통해 사망 원인이 명확히 밝혀진 경우보다 더 유리하게 사망 원인을 추정할 수는 없으므로, 부검을 하지 않음으로써 생긴 불이익은 유족들이 감수하여야 한다." ☜ 피보험자가 원룸에서 에어컨을 켜고 자다 사망한 사안에서, 사고의 외래성 및 인과관계에 관한 법리와 한국배상의학회에 대한 사실조회 결과에서 알 수 있는 최근의 의학적 연구와 실험 결과에 비추어 볼 때, 문과 창문이 닫힌 채 방안에 에어컨이 켜져 있었고 실내온도가 차가웠다는 사정만으로 망인의 사망 종류 및 사인을 알 수 없다는 검안 의사의 의견과 달리 망인의 사망 원인이 '에어컨에 의한 저체온증'이라거나 '망인이 에어컨을 켜 둔 채 잠이 든 것'과 망인의 '사망' 사이에 상당한 인과관계가 있다고 볼 수 없다고 한 사례.

4531) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2005다49713 판결; "상법 제659조 제1항은 보험사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 생긴 때에는 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없다고 규정하고, 상법 제732조의2는 사망을 보험사고로 한 보험계약에서 사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 중대한 과실로 인하여 생긴 경우에도 보험자는 보험금액을 지급할 책임을 면하지 못한다고 규정하고 있으므로 위 규정에 따르면 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서도 피보험자 등의 고의로 인하여 사고가 생긴 경우에 보험자는 보험금을 지급할 책임이 없다고 할 것인바, 이는 피보험자가 고의에 의하여 보험사고를 일으키는 것은 보험계약상의 신의성실의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 그러한 경우에도 보험금이 지급된다고 한다면 보험계약이 보험금 취득 등 부당한 목적에 이용될 가능성이 있기 때문이다. 위와 같은 상법 제659조 제1항 및 제732조의2의 입법 취지에 비추어 볼 때, 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서 자살을 보험자의

을 피보험자의 고의나 피보험자의 자살과 별도의 독립된 면책사유로 약관에 규정한 경우라면 위 면책사유에 의하여 보험자의 보험금지급의무가 면제된다.[4532]

라. 보험자의 면책사유인 '보험계약자 등의 고의에 의한 사고'

보험사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 생긴 때에는 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없다(상법 제659조 제1항).[4533]

보험계약의 보험약관에서 '피보험자가 고의로 자신을 해친 경우'를 보험자의 면책사유로 규정하고 있는 경우 보험자가 보험금 지급책임을 면하기 위해서는 위 면책사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있다. 이 경우 보험자는 자살의 의사를 밝힌 유서 등 객관적인 물증의 존재나, 일반인의 상식에서 자살이 아닐 가능성에 대한 합리적인 의심이 들지 않을 만큼 명백한 주위 정황사실을 증명하여야 한다.[4534]

자동차보험약관상 면책사유인 '피보험자의 고의에 의한 사고'에서 '고의'에는 미필적 고의도 포함되고, 이를 인정할 직접적인 증거가 없는 경우에는 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 증명할 수밖에 없으며, 보험사고의 발생에 기여한 복수의 원인이 존재하는 경우 피보험자 등의 고의행위가 보험사고 발생의 유일하거나 결정적 원인이었음을 증명하여야 한다.[4535] 자동차 운행으로 인한 사고의 경위와 전후

면책사유로 규정하고 있는 경우, 그 자살은 사망자가 자기의 생명을 끊는다는 것을 의식하고 그것을 목적으로 의도적으로 자기의 생명을 절단하여 사망의 결과를 발생케 한 행위를 의미하고, 피보험자가 정신질환 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 경우까지 포함하는 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그러한 경우 사망의 결과를 발생케 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 것이라면 그 보험사고는 피보험자의 고의에 의하지 않은 우발적인 사고로서 재해에 해당한다."

4532) 대법원 2015. 6. 23. 선고 2015다5378 판결: "다만 이 사건 면책약관은 피보험자의 정신질환을 피보험자의 고의나 피보험자의 자살과 별도의 독립된 면책사유로 규정하고 있는데, 이러한 면책사유를 둔 취지는 피보험자의 정신질환으로 인식능력이나 판단능력이 약화되어 상해의 위험이 현저히 증대된 경우 그 증대된 위험이 현실화되어 발생한 손해는 보험보호의 대상으로부터 배제하려는 데에 있고 보험에서 인수하는 위험은 보험상품에 따라 달리 정해질 수 있는 것이어서 이러한 면책사유를 규정한 약관조항이 고객에게 부당하게 불리하여 공정성을 잃은 조항이라고 할 수 없으므로, 만일 피보험자가 정신질환에 의하여 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에 이르렀고 이로 인하여 보험사고가 발생한 경우라면 위 면책사유에 의하여 보험자의 보험금지급의무가 면제된다."

4533) 사망을 보험사고로 한 보험계약, 상해보험계약에는 사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 중대한 과실로 인하여 생긴 경우에도 보험자는 보험금액을 지급할 책임을 면하지 못한다(상법 제732조의2, 제739조).

4534) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다6857 판결 등.

4535) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다26075 판결: "보험약관에서 '피보험자 등의 고의에 의한 사고'를 면책사유로 규정하고 있는 경우 여기에서의 '고의'라 함은 자신의 행위에 의하여 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 이를 행하는 심리 상태를 말하는 것으로서 그와 같은 내심의 의사는 이를 인정할 직접적인 증거가 없는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 사실관계의 연결상태를 논리와 경험칙에 의하여 합리적으로 판단하여야 할 것임은 물론이지만, 보험사고의 발생에 기여한 복수의 원인이 존재하는 경우, 그 중 하나가 피보험자 등의 고의행위임을 주장하여 보험자가 면책되기 위하여는 그 행위가 단순히 공동원인의 하나이었다는 점을 입증하는 것으로는 부족하고 피보험자 등의 고의행위가 보험사고 발생의 유일하거나 결정

사정 등에 비추어 보험계약자 등이 피해자의 '상해'에 대하여는 이를 인식·용인하였으나, 피해자의 '사망' 등 중대한 결과에 대하여는 이를 인식·용인하였다고 볼 수 없는 경우, 그 사망 등으로 인한 손해는 자동차보험약관상 '보험계약자 등의 고의에 의한 손해'에 해당하지 아니하고, 면책약관이 적용되지 아니한다.[4536) 4537)]

마. 초과보험, 중복보험

초과보험계약[4538)]이라는 사유를 들어 보험가액의 제한 또는 보험계약의 무효를 주

적 원인이었음을 입증하여야 할 것이다."

4536) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2018다276799 판결; 자동차보험의 피보험자인 갑이 을 등 직장 동료들과의 모임을 마치고 그들을 귀가시켜 주기 위해 가해 차량을 운전하여 우선 을을 그가 사는 아파트 앞 도로에서 내려 주었는데, 을이 가해 차량을 가로막고 '술 한잔 더하자'며 보닛 위에 올라타자, 갑이 그를 떼어 놓기 위해 가해 차량을 서서히 움직이다가 급제동하는 바람에 을이 가해 차량에서 떨어지면서 도로 바닥에 머리를 부딪쳐 외상성 경막하출혈 등의 상해를 입었고, 그로 인해 하지부전마비 및 인지기능저하 등으로 노동능력을 일부 상실하는 영구장해와 매일 8시간 개호가 필요한 중증 의존 상태에 처하게 된 사안에서, 갑은 을이 위와 같은 중상해를 입게 되리라는 것까지 인식·용인하였다고 볼 수 없으므로, 을의 손해는 갑의 고의에 의한 손해라고 할 수 없어 위 사고에 대하여는 '피보험자의 고의에 의한 손해'를 보험자가 보상하지 아니하는 사항으로 정한 자동차보험의 면책약관이 적용되지 않는다고 한 사례.

4537) ◎ **피보험자 등의 고의에 의한 사고임을 '긍정'한 예;** ❶ 출발하려는 승용차 보닛 위에 올라타 출발을 막기까지 하는 사람을 보닛 위에 그대로 태운 채 승용차를 40여m 주행하다 급정거하여 위 사람을 도로에 떨어뜨려 상해를 입게 한 경우, 운전자에게 상해의 결과 발생에 대한 미필적 고의가 있었다고 보아 보험계약 약관 규정에서 정한 면책사유에 해당한다고 한 사례(2009다72209). ❷ 출발하려는 승용차 보닛 위에 사람이 매달려 있는 상태에서 승용차를 지그재그로 운행하여 도로에 떨어뜨려 상해를 입게 한 경우, 운전자에게 상해 발생에 대한 미필적 고의가 있다고 한 사례(2000다67020).

◎ 피**보험자 등의 고의에 의한 사고임을 '부정'한 예;** ❶ 사람이 승용차 보닛 위에 엎드려 매달리자 그를 차량에서 떨어지게 할 생각으로 승용차를 지그재그로 운전하다가 급히 좌회전하여 승용차에서 떨어뜨려 사망에 이르게 한 사안에서, 사고의 경위, 피해자가 전도된 지점의 도로 여건, 가해차량 운전자의 음주 상태, 목격자의 진술 등 여러 사정에 비추어, 가해차량 운전자로서는 피해자가 달리던 차에서 떨어지면서 어느 정도의 큰 상해를 입으리라는 것은 인식·용인하였다고 할 것이나, 피해자가 사망하리라는 것까지를 인식하고 용인하였다고는 볼 수 없으므로, 피해자 사망으로 인한 손해는 가해차량 운전자의 '고의에 의한 손해'라고 할 수 없어 자동차보험의 면책약관이 적용되지 않는다고 한 사례(2010다62628). ❷ 음주단속 중이던 경찰관이 단속을 피해 도주하는 자동차에 매달려 가다가 떨어지면서 지하철공사장의 철제 H빔에 부딪혀 뇌손상으로 식물인간 상태에 이른 경우, 운전자로서는 위 경찰관이 달리던 차에서 떨어지면서 어느 정도의 상해를 입으리라는 것은 인식·용인하였다고 할 것이나 나아가 철제 H빔에 부딪혀 식물인간 상태에 이르리라고는 예견·인식하고 용인하였다고 볼 수 없으므로, 위 사고로 인한 손해가 보험계약자 등의 고의로 인한 것이라 할 수 없어 자동차보험의 면책약관이 적용되지 않는다고 한 사례(2006다39898). ❸ 자신이 유발한 교통사고로 중상해를 입은 동승자를 병원으로 후송하였으나 동승자에 대한 수혈을 거부함으로써 사망에 이르게 한 경우, 수혈거부가 사망의 유일하거나 결정적인 원인이었다고 단정할 수 없다면 수혈거부행위가 사망의 중요한 원인 중 하나이었다는 점만으로는 보험회사가 보험금의 지급책임을 면할 수 없다고 한 사례(2003다26075). ❹ 소외인이 오토바이를 타고 가던 피해자들과 시비가 되어 차량을 운전하여 "서라"고 계속 소리치면서 피해자들이 운전하는 오토바이를 쫓아가자 피해자들이 도망가면서 당황한 나머지 오토바이 운전을 제대로 하지 못하여 오토바이가 넘어져 사고가 발생한 경우 소외인이 차량을 운전하여 피해자들의 오토바이를 추격하게 된 것은 욕설을 하고 달아나는 피해자들의 오토바이를 정지시켜 피해자들을 혼내주려는 의도에서 행한 것으로 보일뿐 사망 또는 상해를 가할 의사를 갖거나 이러한 결과를 인용하면서 추격을 행하였다고는 보이지 아니한다고 한 사례(97다24276). ❺ 공제가입 차량의 운전사가 여고 2년생인 피해자를 태우고 차량을 운행하던 중 피해자가 자기를 감금 내지 강제추행하려는 의도를 알아채고 하차하여 줄 것을 요구하였으나 운전사가 이에 불응하고 그대로 질주하자 다급한 나머지 우측 출입문을 열고 뛰어 내리다가 길바닥에 떨어져 뇌출혈 등으로 사망하였다면 피해자의 추락에 의한 사망에 관하여 운전사에게 고의가 있었다고 단정할 수 없다고 한 사례(90다16771).

장하는 경우, 그 증명책임은 무효를 주장하는 보험자가 부담한다.[4539]

중복보험[4540]의 경우, 보험자들은 보험금 지급채무에 대하여 '부진정연대' 관계에 있고,[4541] 보험계약자가 보험자에 대하여 중복보험계약 통지의무를 게을리 하였다는 사유만으로 사기로 인한 중복보험계약이 체결되었다고 추정할 수는 없다.[4542]

바. 타인의 생명 보험계약의 유효요건으로서의 '서면 동의'

타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약[4543]에는 보험계약 체결 시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 하고, 보험계약으로 인하여 생긴 권리를 피보험자가 아닌 자에게 양도하는 경우에도 서면에 의한 동의를 얻어야 한다(상법 제731조).

'보험계약 체결 시[4544] 서면에 의한 동의'[4545]가 보험계약의 적극적 유효요건으로서 보

4538) 상법 제669조(초과보험) ① 보험금액이 보험계약의 목적의 가액을 현저하게 초과한 때에는 보험자 또는 보험계약자는 보험료와 보험금액의 감액을 청구할 수 있다. 그러나 보험료의 감액은 장래에 대하여서만 그 효력이 있다. ② 제1항의 가액은 계약 당시의 가액에 의하여 정한다. ③ 보험가액이 보험기간 중에 현저하게 감소된 때에도 제1항과 같다. ④ 제1항의 경우에 계약이 보험계약자의 사기로 인하여 체결된 때에는 그 계약은 무효로 한다. 그러나 보험자는 그 사실을 안 때까지의 보험료를 청구할 수 있다.

4539) 대법원 1988. 2. 9. 선고 86다카2933, 2934, 2935 판결.

4540) 상법 제672조(중복보험) ① 동일한 보험계약의 목적과 동일한 사고에 관하여 수개의 보험계약이 동시에 또는 순차로 체결된 경우에 그 보험금액의 총액이 보험가액을 초과한 때에는 보험자는 각자의 보험금액의 한도에서 연대책임을 진다. 이 경우에는 각 보험자의 보상책임은 각자의 보험금액의 비율에 따른다. ② 동일한 보험계약의 목적과 동일한 사고에 관하여 수개의 보험계약을 체결하는 경우에는 보험계약자는 각 보험자에 대하여 각 보험계약의 내용을 통지하여야 한다. ③ 제669조제4항의 규정은 제1항의 보험계약에 준용한다.

4541) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다217178 판결; "하나의 사고에 관하여 여러 개의 무보험자동차특약보험계약이 체결되고 그 보험금액의 총액이 피보험자가 입은 손해액을 초과하는 때에는 손해보험에 관한 상법 제672조 제1항이 준용되어 보험자는 각자의 보험금액의 한도에서 연대책임을 지고, 이 경우 각 보험자 사이에서는 각자의 보험금액의 비율에 따른 보상책임을 진다. 위와 같이 상법 제672조 제1항이 준용됨에 따라 여러 보험자가 각자의 보험금액의 한도에서 연대책임을 지는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 보험금 지급책임의 부담에 관하여 각 보험자 사이에 주관적 공동관계가 있다고 보기 어려우므로, 각 보험자는 그 보험금 지급채무에 대하여 부진정연대관계에 있다고 봄이 타당하다."

4542) 대법원 2000. 1. 28. 선고 99다50712 판결; "상법 제672조 제2항은 중복보험을 체결하는 경우에 보험계약자는 각 보험자에 대하여 각 보험계약의 내용을 통지하여야 한다고 규정하고, 제672조 제3항, 제669조 제4항은 보험계약자의 사기로 인하여 중복보험계약이 체결된 때에는 그 계약은 무효로 한다고 규정하고 있는바, 사기로 인하여 체결된 중복보험계약이란 보험계약자가 보험가액을 넘어 위법하게 재산적 이익을 얻을 목적으로 중복보험계약을 체결한 경우를 말하는 것이므로, 통지의무의 해태로 인한 사기의 중복보험을 인정하기 위하여는 보험자가 통지의무가 있는 보험계약자 등이 통지의무를 이행하였다면 보험자가 그 청약을 거절하였거나 다른 조건으로 승낙할 것이라는 것을 알면서도 정당한 사유 없이 위법하게 재산상의 이익을 얻을 의사로 통지의무를 이행하지 않았음을 입증하여야 할 것이고, 단지 통지의무를 게을리 하였다는 사유만으로 사기로 인한 중복보험계약이 체결되었다고 추정할 수는 없다."

4543) 제3자가 타인의 동의를 받지 않고 타인을 보험계약자 및 피보험자로 하여 체결한 생명보험계약은 보험계약자 명의에도 불구하고 실질적으로 타인의 생명보험계약에 해당한다(2009다74007).

4544) 피보험자가 서면으로 동의의 의사표시를 하여야 하는 시점은 '보험계약 체결 시까지'이고, 타인의 생명보험계약 성립 당시 피보험자의 서면 동의가 없다면 그 보험계약은 확정적으로 무효가 되며, 피보험자가 이미 무효가 된 보험계약을 추인하였다고 하더라도 그 보험계약이 유효로 될 수 없으므로(대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다204178 판결), '보험계약 체결 시 서면에 의한 동의' 사실이 '보험계약 체결 후 피보험자의 추인 사실'로 대체될 수는 없다.

4545) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다69141 판결; "타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서, 피보험

험금 청구의 청구원인사실에 해당한다.[4546]

피보험자의 서면동의 없이 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결한 자 스스로가 무효를 주장하는 것이 신의성실 또는 금반언의 원칙에 반한다고 볼 수는 없다.[4547]

피보험자가 서면동의를 할 때 기초로 한 사정에 중대한 변경이 있는 경우에는 보험계약자 또는 보험수익자의 동의나 승낙 여부에 관계없이 피보험자는 그 동의를 철회할 수 있다.[4548]

자인 타인의 동의는 각 보험계약에 대하여 개별적으로 서면에 의하여 이루어져야 하고 포괄적인 동의 또는 묵시적이거나 추정적 동의만으로는 부족하나, 여기서 말하는 피보험자인 타인의 서면동의가 그 타인이 보험청약서에 자필 서명하는 것만을 의미하는 것은 아니므로, 피보험자인 타인이 참석한 자리에서 보험계약을 체결하면서 보험계약자나 보험모집인이 그 타인에게 보험계약의 내용을 설명한 후 그 타인으로부터 명시적으로 권한을 수여받아 보험청약서에 그 타인의 서명을 대행하는 경우와 같이, 그 타인으로부터 특정한 보험계약에 대하여 서면동의를 할 권한을 구체적·개별적으로 수여받았음이 분명한 자가 그 권한 범위 내에서 그 타인을 대리 또는 대행하여 서면동의를 한 경우에도, 그 타인의 서면동의는 적법한 대리인에 의하여 유효하게 이루어진 것으로 보아야 할 것이다."

4546) 판례는, 상법 제731조의 규정이 강행법규로서 이에 위반하여 체결된 보험계약은 무효라고 하면서(96다37084, 2003다62125 등), 요증의 대상에 대해서는 서면에 의한 동의의 '존재' 사실을 요증사실로 한 것(2004다56677("원심이, … 이 사건 보험계약 체결 당시 피보험자인 망 소외인이 위 법 조항에서 요구하는 서면에 의한 동의를 하였다고 볼 수 없고 달리 이 점을 인정할 증거가 없다고 판단한 것은 정당하다"), 2005다11602, 11619("원심은, … 주피보험자인 소외 4의 서면에 의한 동의가 있었음을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 피보험자의 사망을 보험사고로 하는 이 사건 보험계약은 상법 제731조 제1항의 규정에 위반한 것으로서 무효라고 판단하 … 였는바, … 원심의 이러한 조치는 모두 옳은 것으로 수긍이 가고.")) 서면에 의한 동의의 '부존재' 사실을 요증사실로 한 것(96다37084("원심은, 이 사건 보험계약은 그 계약체결 시에 피보험자의 서면 동의가 없어 무효라는 피고의 주장에 대하여, … 이 사건 보험계약 체결 시 그 피보험자인 … 의 서면 동의를 받지 아니하였으므로 이 사건 보험계약은 … 효력이 발생하지 아니한다고 판단하였다. … 이 사건 보험계약이 유효함을 전제로 한 원고의 이 사건 청구를 배척하였음은 위에서 설시한 법리에 따른 것으로서 옳다고 여겨지고.")으로 나뉜다. 법문의 표현상 '보험계약 체결 시 서면에 의한 동의'는 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 적극적 유효요건으로서 보험금청구자가 보험계약의 체결 사실과 함께 서면에 의한 동의의 존재 사실을 주장·증명하여야 한다고 봄이 옳다. 강행법규 위반으로 무효인 점을 권리소멸사유로 보아 서면 동의의 '부존재'를 항변사실로 볼 것이 아니라, 서면 동의의 '존재'가 보험계약의 적극적 유효요건으로서 보험금 청구의 청구원인사실에 해당한다고 봄이 타당하다. 판례의 '강행법규 위반으로 무효'라는 표현은 '유효요건의 흠결로 무효'라는 표현으로 대체함이 바람직하다.

4547) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다60259 판결; "타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 피보험자의 서면동의를 얻도록 되어 있는 상법 제731조 제1항이나 단체가 구성원의 전부 또는 일부를 피보험자로 하는 생명보험계약을 체결하는 경우 피보험자의 개별적 동의에 갈음하여 집단적 동의에 해당하는 단체보험에 관한 단체협약이나 취업규칙 등 규약의 존재를 요구하는 상법 제735조의3의 입법 취지에는 이른바 도박보험이나 피보험자에 대한 위해의 우려 이외에도 피해자의 동의 없이 타인의 사망을 사행계약상의 조건으로 삼는 데서 오는 공서양속의 침해의 위험성을 배제하고자 하는 고려도 들어 있다 할 것인데, 이를 위반하여 위 법조 소정의 규약이나 서면동의가 없는 상태에서 단체보험계약을 체결한 자가 위 요건의 흠결을 이유로 그 무효를 주장하는 것이 신의성실의 원칙 또는 금반언의 원칙에 위배되는 권리행사라는 이유로 이를 배척한다면 위 입법 취지를 몰각시키는 결과를 초래하므로 특단의 사정이 없는 한 그러한 주장이 신의성실 등의 원칙에 반한다고 볼 수는 없다 할 것이다." ☞ 보험자가 수년간 보험료를 수령하여 왔다거나 종전에 그 보험계약상의 의료보장특약에 따른 입원급여금을 지급한 적이 있다고 하더라도, 그후 보험자가 보험계약의 무효를 주장하면서 보험금의 지급을 거절한다고 하여 신의성실 또는 금반언의 원칙에 반한다고 할 수 없다(2004다56677).

4548) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011다101520 판결; 甲 회사가 임직원으로 재직하던 乙 등이 재직 중 보험사고를 당할 경우 유가족에게 지급할 위로금 등을 마련하기 위하여 乙 등을 피보험자로 한 보험계약을 체결하고 乙 등이 보험계약 체결에 동의한 사안에서, 乙 등이 甲 회사에 계속 재직한다는 점은 보험계약에 대한 동의의 전제가 되는 사정이므로 乙 등이 甲 회사에서 퇴직함으로써 보험계약의 전제가 되는 사정에 중대한 변경이 생긴 이상 乙 등은 보험계약에 대한 동의를 철회할 수 있다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

단체생명보험의 경우[4549] 단체 구성원인 피보험자들의 개별적인 '서면 동의'의 유효요건에 갈음하여 '규약'의 존재를 유효요건으로 주장·증명하면 된다.[4550]

타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서 피보험자의 서면 동의 요건에 대한 주장·증명에 실패하여 '보험수익자인 보험계약자'의 보험금 청구가 배척될 우려가 있는 경우, 보험계약자로서는 보험금 청구를 주위적 청구로 유지하면서 예비적으로 보험설계사 등이 보험계약자에게 피보험자인 타인의 서면 동의를 받아야 한다는 점에 대한 설명의무를 이행하지 않았음을 주장·증명하여 보험자에게 보험업법 제102조 제1항[4551] 소정의 손해배상책임을 구할 수 있다.[4552] [4553] 보험계약자도 타인의 생명보험계약을 체결함에

4549) **상법 제735조의3(단체보험)** ① 단체가 규약에 따라 구성원의 전부 또는 일부를 피보험자로 하는 생명보험계약을 체결하는 경우에는 제731조를 적용하지 아니한다. ② 제1항의 보험계약이 체결된 때에는 보험자는 보험계약자에 대하여서만 보험증권을 교부한다. ③ 제1항의 보험계약에서 보험계약자가 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정할 때에는 단체의 규약에서 명시적으로 정하는 경우 외에는 그 피보험자의 제731조제1항에 따른 서면 동의를 받아야 한다. 〈신설 2014.3.11, 2017.10.31〉

4550) ○ 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다60259 판결: "상법 제735조의3 … 단체보험에 해당하려면 위 법조 소정의 규약에 따라 보험계약을 체결한 경우이어야 하고, 그러한 규약이 갖추어지지 아니한 경우에는 강행법규인 상법 제731조의 규정에 따라 피보험자인 구성원들의 서면에 의한 동의를 갖추어야 보험계약으로서의 효력이 발생한다 할 것이다. … 단체보험의 유효요건으로 요구하는 '규약'의 의미는 단체협약, 취업규칙, 정관 등 그 형식을 막론하고 단체보험의 가입에 관한 단체내부의 협정에 해당하는 것으로서, 반드시 당해 보험가입과 관련한 상세한 사항까지 규정하고 있을 필요는 없고 그러한 종류의 보험가입에 관하여 대표자가 구성원을 위하여 일괄하여 계약을 체결할 수 있다는 취지를 담고 있는 것이면 충분하다 할 것이지만, 위 규약이 강행법규인 상법 제731조 소정의 피보험자의 서면동의에 갈음하는 것인 이상 취업규칙이나 단체협약에 근로자의 채용 및 해고, 재해부조 등에 관한 일반적 규정을 두고 있다는 것만으로는 이에 해당한다고 볼 수 없다. 한편, 위 규약을 구비하지 못한 단체보험의 유효요건으로서의 피보험자의 동의의 방식은 강행법규인 상법 제731조가 정하는 대로 서면에 의한 동의만이 허용될 뿐 묵시적, 추정적 동의는 허용되지 아니한다 할 것이다. … 피보험자가 서면으로 동의의 의사표시를 하거나 그에 갈음하는 규약의 작성에 동의하여야 하는 시점은 상법 제731조의 규정에 비추어 보험계약 체결 시까지라고 보아야 하고, … 보험사고 발생 이후에 비로소 피보험자의 상속인들이 이를 추인한다 하여 보험계약의 소급효를 인정할 수 없음은 분명하다 할 것"
○ 대법원 2020. 2. 6. 선고 2017다215728 판결: "단체의 규약에서 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 명시적으로 정하였다고 인정하기 위해서는 피보험자의 서면 동의가 있는 경우와 마찬가지로 취급할 수 있을 정도로 그 의사가 분명하게 확인되어야 한다. 따라서 단체의 규약으로 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정한다는 명시적인 정함이 없음에도 피보험자의 서면 동의 없이 단체보험계약에서 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정하였다면 그 보험수익자의 지정은 구 상법 제735조의3 제3항에 반하는 것으로 효력이 없고, 이후 적법한 보험수익자 지정 전에 보험사고가 발생한 경우에는 피보험자 또는 그 상속인이 보험수익자가 된다."

4551) 보험업법 제102조(모집을 위탁한 보험회사의 배상책임) ① 보험회사는 그 임원·직원·보험설계사 또는 보험대리점이 모집을 함에 있어서 보험계약자에게 가한 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 보험회사가 보험설계사 또는 보험대리점에 모집을 위탁함에 있어서 상당한 주의를 하였고 또한 이들이 행하는 모집에 있어서 보험계약자에게 가한 손해의 방지에 노력한 경우에는 그러하지 아니하다.

4552) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다30263 판결: "타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 체결에 있어서 보험모집인은 보험계약자에게 피보험자의 서면동의 등의 요건에 관하여 구체적이고 상세하게 설명하여 보험계약자로 하여금 그 요건을 구비할 수 있는 기회를 주어 유효한 보험계약이 체결되도록 조치할 주의의무가 있고, 그럼에도 보험모집인이 위와 같은 설명을 하지 아니하는 바람에 위 요건의 흠결로 보험계약이 무효가 되고 그 결과 보험사고의 발생에도 불구하고 보험계약자가 보험금을 지급받지 못하게 되었다면 보험자는 보험업법 제102조 제1항에 기하여 보험계약자에게 그 보험금 상당액의 손해를 배상할 의무가 있다."

4553) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다39192 판결: "보험업법 제97조 제1항 제1호는 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자로 하여금 보험계약자 또는 피보험자에게 보험계약의 내용을 사실과 다르게 알리거나 그

있어서 보험계약이 유효하기 위한 조건 등에 관하여 미리 알아보고 서면 동의를 받아야 할 주의의무가 있음에도 이를 게을리 한 잘못이 있다는 점이 참작되어 손해액이 보험금의 일부로 감액될 것이다.[4554] 손해가 보험사업자의 임원·직원의 행위로 인한 경우에는 무과실책임을, 보험설계사와 보험대리점의 행위로 인한 경우에는 무과실책임에 가까운 손해배상책임을 진다.

'보험계약자와 보험수익자가 다른 타인을 위한 보험계약'이 상법 제731조 제1항을 위반하여 무효로 된 경우에는, 보험수익자가 보험회사를 상대로 보험계약의 무효로 인한 손해에 관하여 손해배상청구를 할 수 없다.[4555] 타인을 보험수익자로 하는 생명보험이나 상해보험이 무효이거나 해제된 경우, 보험자는 보험수익자를 상대로 이미 급부한 보험금의 반환을 구할 수 있다.[4556]

내용의 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위를 하지 못하도록 규정하고 있는바, 위 규정의 위반을 이유로 보험업법 제102조에 기하여 손해배상을 청구하는 경우 그 위반행위에 대한 증명책임은 손해배상을 청구하는 측에 있다."

4554) 대법원 2004. 4. 23. 선고 2003다62125 판결, 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다55499, 55505 판결, 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다54830, 54847 판결 등은 과실상계비율을 30% 정도로 평가하여 손해배상 범위를 보험금의 70%로 제한하였다. 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다30263 판결은 과실상계비율을 40%로 하였고, 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다23690 판결은 과실상계비율을 10%로 인정한 것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고는 보이지 않는다고 하였다.

4555) ○ 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다204178 판결; "보험계약자와 보험수익자가 다른 타인을 위한 보험계약은 제3자를 위한 계약의 일종이라고 할 것인데, 위 보험계약이 강행규정인 상법 제731조 제1항을 위반하여 무효로 된 경우에, 보험수익자는 보험계약자가 아니므로 특별한 사정이 없는 한 보험회사를 상대로 보험계약의 무효로 인한 손해에 관하여 불법행위를 원인으로 손해배상청구를 할 수 없다." ☜ 원심이, ① 보험업법 제102조 제1항에 의한 배상책임은 보험회사의 보험계약자에 대한 배상책임을 규정한 것으로 보험수익자인 원고들은 직접 피고에게 보험업법 제102조 제1항에 따른 책임을 물을 수 없고, ② 제3자를 위한 보험계약인 사건 보험계약이 상법 제731조 제1항을 위반하여 그 계약 자체가 무효로 된 경우에 보험수익자인 원고들은 특별한 사정이 없는 한 피고에게 불법행위 또는 채무불이행을 원인으로 손해배상청구를 할 수 없다는 취지로 판단한 것은 정당하다고 한 예.

○ 대법원 1966. 6. 21. 선고 66다674 판결; "제3자를 위한 계약은, 요약자와 낙약자 사이에 낙약자가 제3자에게 일정한 급부를 할 것을 약속하고, 이에 따라, 제3자가 낙약자에 대하여 직접 그 급부를 청구할 권리를 취득케 하는 계약이므로, 낙약자의 행위 자체가 불법행위가 되거나, 계약 자체가 무효인 경우에는 제3자는 특별한 사정이 없는 이상, 낙약자의 불법행위로 인한 손해배상청구나 채무불이행을 이유로 하는 손해배상청구는 할 수 없다 할 것이므로"

4556) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다255125 판결; "보험계약자가 타인의 생활상의 부양이나 경제적 지원을 목적으로 보험자와 사이에 타인을 보험수익자로 하는 생명보험이나 상해보험 계약을 체결하여 보험수익자가 보험금 청구권을 취득한 경우, 보험자의 보험수익자에 대한 급부는 보험수익자에 대한 보험자 자신의 고유한 채무를 이행한 것이다. 따라서 보험자는 보험계약이 무효이거나 해제되었다는 것을 이유로 보험수익자를 상대로 하여 그가 이미 보험수익자에게 급부한 것의 반환을 구할 수 있고, 이는 타인을 위한 생명보험이나 상해보험이 제3자를 위한 계약의 성질을 가지고 있다고 하더라도 달리 볼 수 없다." ☞ 일반적으로는 낙약자와 요약자 사이의 제3자를 위한 계약이 무효이거나 해제된 경우 그 계약관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제 등에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다(대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다31860 판결).

사. 보험금 부정취득 목적의 보험계약

보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 체결한 보험계약은 민법 제103조 소정의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효이다. 보험금 부정취득의 목적은 제반 간접사실에 기하여 추인할 수 있다.[4557]

5. 어음금 청구

가. 발행인에 대한 청구

1) 청구원인 요건사실

발행인에 대한 어음금청구의 청구원인 요건사실은, ① '피고의 어음 발행(= 피고가 어음요건이 구비된[4558] 어음을 발행한)[4559] 사실', ② '어음상 권리의 원고 귀속(= 어음상 권리가 원고에게 귀속된) 사실', ③ '원고의 어음 소지(= 원고가 어음을 소지하고 있는) 사실'[4560]이다.

4557) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2014다234827 판결; "보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우 보험계약은 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효이다. 이러한 보험계약에 따라 보험금을 지급하게 하는 것은 보험계약을 악용하여 부정한 이득을 얻고자 하는 사행심을 조장함으로써 사회적 상당성을 일탈하게 될 뿐만 아니라, 합리적인 위험의 분산이라는 보험제도의 목적을 해치고 위험발생의 우발성을 파괴하며 다수의 선량한 보험가입자들의 희생을 초래하여 보험제도의 근간을 무너뜨리기 때문이다. 그리고 보험계약자가 보험금을 부정취득할 목적으로 다수의 보험계약을 체결하였는지를 직접적으로 인정할 증거가 없더라도 보험계약자의 직업과 재산상태, 다수 보험계약의 체결 시기와 경위, 보험계약의 규모와 성질, 보험계약 체결 후의 정황 등 제반 사정에 기하여 그와 같은 목적을 추인할 수 있다. 특히 ① 보험계약자가 자신의 수입 등 경제적 사정에 비추어 부담하기 어려울 정도로 고액인 보험료를 정기적으로 불입하여야 하는 과다한 보험계약을 체결하였다는 사정, ② 단기간에 다수의 보험에 가입할 합리적인 이유가 없는데도 집중적으로 다수의 보험에 가입하였다는 사정, ③ 보험모집인의 권유에 의한 가입 등 통상적인 보험계약 체결 경위와는 달리 적극적으로 자의에 의하여 과다한 보험계약을 체결하였다는 사정, ④ 저축적 성격의 보험이 아닌 보장적 성격이 강한 보험에 다수 가입하여 수입의 많은 부분을 그 보험료로 납부하였다는 사정, ⑤ 보험계약 시 동종의 다른 보험 가입사실의 존재와 자기의 직업·수입 등에 관하여 허위의 사실을 고지하였다는 사정 또는 ⑥ 다수의 보험계약 체결 후 얼마 지나지 아니한 시기에 보험사고 발생을 원인으로 집중적으로 보험금을 청구하여 수령하였다는 사정 등의 간접사실이 인정된다면 이는 보험금 부정취득의 목적을 추인할 수 있는 유력한 자료가 된다. 한편 보험계약을 체결하면서 중요한 사항에 관한 보험계약자의 고지의무 위반이 사기에 해당하는 경우에는 보험자는 상법의 규정에 의하여 계약을 해지할 수 있음은 물론 보험계약에서 정한 취소권 규정이나 민법의 일반원칙에 따라 보험계약을 취소할 수 있다. 따라서 보험금을 부정취득할 목적으로 다수의 보험계약이 체결된 경우에 민법 제103조 위반으로 인한 보험계약의 무효와 고지의무 위반을 이유로 한 보험계약의 해지나 취소는 그 요건이나 효과가 다르지만, 개별적인 사안에서 각각의 요건을 모두 충족한다면 위와 같은 구제수단이 병존적으로 인정되고, 이 경우 보험자는 보험계약의 무효, 해지 또는 취소를 선택적으로 주장할 수 있다."

4558) 수표면의 기재 자체로 보아 국내수표로 인정되는 경우에 있어서는 발행지의 기재는 별다른 의미가 없는 것이고, 발행지의 기재가 없는 수표도 완전한 수표와 마찬가지로 유통·결제되고 있는 거래의 실정 등에 비추어, 그 수표면상 발행지의 기재가 없는 경우라고 할지라도 이를 무효의 수표로 볼 수는 없다(대법원 1999. 8. 19. 선고 99다23383 전원합의체 판결의 다수의견).

4559) 원고는 피고가 발행인으로서 기명·날인 또는 서명을 하였거나, 대리인에 의하여 발행행위를 한 사실을 증명하여야 한다.

4560) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2014다87595 판결; "어음행위는 무인행위(無因行爲)로서 어음수수의 원인관계로부터 분리하여 다루어져야 하고 어음은 원인관계와 상관없이 일정한 어음상의 권리를 표창하는 증권이다. 어음의 소지인은 소지인이라는 사실만으로 어음상의 권리를 행사할 수 있고 그가 어떠한 실제적 이익을 가지는지 증명

백지 약속어음의 경우[4561] 어음 소지인은 변론종결 시까지 어음요건을 보충하여 어음을 완성한 사실을 주장·증명하여야 한다.[4562]

'발행'은 약속어음의 작성자가 어음요건을 갖추어 유통시킬 의사로 그 어음에 자기의 이름을 서명날인하여 상대방에게 교부하는 단독행위이므로,[4563] 원고는 '피고의 어음 교부 사실'까지 주장·증명하여야 한다.

권리외관책임에 기하여, 원고는 '피고의 어음 교부 사실'에 갈음하여 '피고가 어음을 유통시킬 의사로 어음을 작성한 사실'을 주장·증명하여 어음금청구를 할 수도 있는데, 이 경우 피고는 원고가 어음을 취득할 당시 악의·중과실이었음을 항변으로 주장하여 그 책임을 면할 수 있다.[4564]

배서의 형식적 연속에 의하여 그 권리를 증명하는 때에는 적법한 소지자로 법률상 추정되므로(어음법 제16조 제1항), 어음의 권리귀속은 어음면상의 배서의 연속으로 증명하면 된다. 배서의 연속은 오로지 어음의 외관상 배서 연속이 되어 있으면 되는 것이므로, 중간에 위조된 배서 또는 허무인의 배서가 있어도 배서의 연속이 흠결되는 것이 아니나,[4565] 배서의 요건은 모두 갖추어야 한다.[4566] 형식상 배서의 연속이 끊어진 경우 중단된

할 필요가 없다."

4561) 지급기일을 공란으로 하여 약속어음을 발행하였거나 또는 사후에 지급기일을 당사자의 합의로 삭제한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 어음은 일람출급의 어음으로 볼 것이 아니라 백지어음으로 보아야 할 것이고 이와 같은 백지어음을 교부하여 이를 보관시킨 때에는 후일 그 소지인으로 하여금 임의로 그 지급기일의 기재를 보충시킬 의사로서 교부·보관시킨 것이라고 추정할 것이다(대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다16214 판결).

4562) 변론종결일까지도 백지 부분이 보충되지 아니한 경우에는 그 소지인은 발행인에 대하여 이행기에 도달된 약속어음금 채권을 가지고 있다고 할 수 없어 어음금청구는 기각될 수밖에 없고(94다12098, 12104), 약속어음의 소지인이 전소의 사실심 변론종결일까지 백지보충권을 행사하여 어음금의 지급을 청구할 수 있었음에도 위 변론종결일까지 백지 부분을 보충하지 않아 이를 이유로 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 후에 백지보충권을 행사하여 어음이 완성된 것을 이유로 전소 피고를 상대로 다시 동일한 어음금을 청구하는 경우에는, 위 백지보충권 행사의 주장은 특별한 사정이 없는 한 전소판결의 기판력에 의하여 차단되어 허용되지 않는다(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다59230 판결).

4563) 대법원 1989. 10. 24. 선고 88다카24776 판결.

4564) 대법원 1999. 11. 26. 선고 99다34307 판결; "어음을 유통시킬 의사로 어음상에 발행인으로 기명날인하여 외관을 갖춘 어음을 작성한 자는 그 어음이 도난·분실 등으로 인하여 그의 의사에 의하지 아니하고 유통되었다고 하더라도, 배서가 연속되어 있는 그 어음을 외관을 신뢰하고 취득한 소지인에 대하여는 그 소지인이 악의 내지 중과실에 의하여 그 어음을 취득하였음을 주장·입증하지 아니하는 한 발행인으로서의 어음상의 채무를 부담한다고 할 것이다."

4565) 대법원 1973. 6. 22. 선고 72다2026 판결.

4566) 대법원 1999. 3. 9. 선고 97다7745 판결; "어음의 배서 연속은 형식상 존재함으로써 족하고 또 형식상 존재함을 요한다 할 것이므로, 그 배서가 배서의 요건을 모두 갖춘 유효한 배서이어야만 그 어음상의 권리는 적법하게 이전되는 것이며, 그 배서가 배서의 요건을 갖추지 못한 경우에는 그 어음상의 권리는 적법하게 이전될 수 없는 것이고, 법인의 어음행위는 어음행위의 서면성·문언성에 비추어 법인의 대표자 또는 대리인이 그 법인의 대표자 또는 대리권자임을 어음면상에 표시하고 기명날인하는 대리방식에 의하던가, 법인의 대표자로부터 대리권을 수여받고 직접 법인의 대표자 명의로 서명할 수 있는 권한이 주어져 있는 자의 대행방식에 의하여 이루어져야 할 것이다." ☞ 은행 지점장이 수취인이 은행인 약속어음의 배서인란에 지점의 주소와 지점 명칭이 새겨진 명판을 찍고 기명을 생략한 채 자신의 사인(私印)을 날인하는 방법으로 배서한 경우, 그 배서는 행위자인 대리인의 기명이 누락되어 그 요건을 갖추지 못한 무효의 배서이므로 배서의 연속에 흠결이 있고, 따라서 원고

부분의 실질적인 권리이전관계(승계취득,[4567] 선의취득 등)만 주장·증명하면 된다.[4568]

발행인에 대하여 만기일부터 법정이자를[4569] 청구하기 위해서는 위 요건사실 외에 '지급제시기간(지급일 및 이에 이은 2거래일) 내에 적법하게 지급제시한[4570] 사실'을 주장·증명하여야[4571] 하나, 지연손해금을 청구하기 위해서는 '어음요건이 구비된 어음을 지급제시한 사실'로 족하고,[4572] 소장 부본의 송달로써도 지급제시가 가능하므로 소장 부본 송달 다음 날부터 지연손해금을 구하는 경우라면 별도의 지급제시사실을 주장·증명할 필요가 없다. 사고신고담보금의 예치에 이자나 지연손해금 발생을 저지하는 효력은 없다.[4573]

전소인 약속어음금 청구소송에서 원고의 피고에 대한 약속어음채권이 확정된 이상 그 확정된 채권의 소멸시효의 중단을 위하여 제기한 소송에서는 원고의 약속어음의 소지 여부를 다시 심리할 수 없고, 이는 약속어음에 제시증권성 및 상환증권성이 있다고 하여 달리 취급할 것은 아니다.[4574]

는 실질적인 권리이전 사실을 주장·입증하지 아니하는 이상, 어음상의 권리를 행사할 수 없다고 한 예.

4567) 약속어음상의 권리를 지명채권 양도방식에 따라 양도함에 있어서는 민법 제450조 제1항 소정의 대항요건을 갖추지 아니하면 어음채무자에게 대항할 수 없다(94다9764).

4568) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다7024 판결: "형식상 배서의 연속이 끊어진 경우에 딴 방법으로 그 중단된 부분에 관하여 실질적 관계가 있음을 증명한 소지인이 한 어음상의 권리행사는 적법하다 할 것이다." 이른바 가교설(架橋說)의 입장이다.

4569) 약속어음 소지인이 적법한 지급제시를 하였으나 어음금이 지급되지 아니한 때에는 어음발행인과 배서인(어음법 제78조 제1항, 제28조 제2항, 제43조)에게 연 6푼의 이율에 의한 만기 이후의 이자(어음법 제48조 제1항 제2호)를 청구할 수 있다. 위 이자에는 만기 당일의 이자를 포함하고 지급제시기간 내에 적법한 지급제시가 있으면 항상 만기 당일부터의 이자가 인정된다는 점에서 지연손해금과는 다른 일종의 법정이자이다. 어음채무자는 지급제시일 다음날부터 이행지체에 빠지고 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 어음법상 법정이자청구권과 지연손해금청구권은 별개의 청구권으로서 청구권경합의 관계에 있다.

4570) 어음법 제38조(지급 제시의 필요) ① 확정일출급, 발행일자 후 정기출급 또는 일람 후 정기출급의 환어음 소지인은 지급을 할 날 또는 그날 이후의 2거래일 내에 지급을 받기 위한 제시를 하여야 한다. ② 어음교환소에서 한 환어음의 제시는 지급을 받기 위한 제시로서의 효력이 있다. ③ 소지인으로부터 환어음의 추심을 위임받은 금융기관(이하 이 장에서 "제시금융기관"이라 한다)이 그 환어음의 기재사항을 정보처리시스템에 의하여 전자적 정보의 형태로 작성한 후 그 정보를 어음교환소에 송신하여 그 어음교환소의 정보처리시스템에 입력되었을 때에는 제2항에 따른 지급을 받기 위한 제시가 이루어진 것으로 본다.

4571) 지급제시기간 내에 지급제시하지 않은 경우, 소지인은 주채무자인 발행인에 대하여 만기(지급기일) 이후의 이자를 청구할 수는 없고, 지급제시를 한 다음날부터의 지연손해금만을 구할 수 있다.

4572) ❶ 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009다94797 판결; "어음발행인은 적법한 지급제시가 있기 이전에는 이행지체 책임을 지지 않는 것인바, 원심은 어음법상 지연손해금 청구의 요건사실로서 요구되는 '이 사건 약속어음의 적법한 지급제시'에 관하여는 아무런 사실인정을 하지 않은 채 … 약속어음의 각 지급기일 이후의 어음법상 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하고 말았으니," ❷ 대법원 2014. 6. 26. 선고 2014다13167 판결; "표지어음은 무기명 예금증서가 아닌 어음법 소정의 약속어음에 해당한다는 이유로 원고가 수취인란이 기재되지 아니한 미완성의 이 사건 각 표지어음을 가지고 한 지급제시만으로는 발행인인 피고를 이행지체에 빠뜨릴 수 없고 그 지연손해금은 이를 보충한 후 지급제시를 한 다음 날부터 기산한다고 판단한 것은 정당하고,"

4573) 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다41425 판결; "어음발행인이 지급기일에 피사취신고 등 사고신고를 하면서 어음액면금 상당의 사고신고담보금을 지급은행에 예치하였다 하더라도, 그것이 어음소지인에 대한 변제공탁으로서의 효력을 갖는다고 볼 수는 없고, 지급기일로부터의 이자나 지연손해금의 발생이 저지되는 효력이 생긴다고 볼 수도 없다. 그리고 이는 어음소지인이 나중에 지급은행으로부터 사고신고담보금을 지급받았다고 하여 달리 볼 것도 아니다."

4574) 대법원 1998. 6. 12. 선고 98다1645 판결.

어음행위의 대리 또는 대행권한을 수여받은 자가 그 수권의 범위를 넘어 어음행위를 한 경우에 본인은 그 수권의 범위 내에서는 어음상의 채무를 부담한다.[4575]

어음행위의 위조에 관하여도 민법상의 표현대리에 관한 규정이 유추적용되는데, 그 적용을 주장할 수 있는 사람은 어음행위의 직접 상대방에 한하며, 표현대리책임은 어음법상의 책임과는 별개의 청구이다.[4576]

4575) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다45303 판결; 소외 1, 2는 원고로부터 10,000,000원의 범위 내에서는 원고를 대리하여 연대보증계약을 체결할 권한을 수여받았는데, 그 수권의 범위를 벗어나 그들의 피고에 대한 60,000,000원의 손해배상채무를 원고가 연대보증 한다는 의미에서 약속어음에 발행인으로 원고의 날인을 대행한 **사안**에서, **원심**이, 위 약속어음 발행행위가 원고에 대하여 전부 무효라고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 수권의 범위를 넘은 부분에 대하여는 원고에게 그 어음행위의 효력이 미치지 않지만, 수권의 범위 내인 10,000,000원 부분에 대하여는 원고가 어음상의 채무를 부담한다고 한 예.

4576) ◎ **어음행위의 위조와 표현대리책임**

❶ 대법원 2002. 12. 10. 선고 2001다58443 판결; "표현대리에 관한 민법 제126조의 규정에서 제3자라 함은 당해 표현대리행위의 직접 상대방이 된 자만을 지칭하는 것이고, 약속어음의 보증은 발행인을 위하여 그 어음금채무를 담보할 목적으로 하는 보증인의 단독행위이므로 그 행위의 구체적, 실질적인 상대방은 어음의 제3취득자가 아니라 발행인이라 할 것이어서 약속어음의 보증 부분이 위조된 경우, 동 약속어음을 배서, 양도받는 제3취득자는 위 보증행위가 민법 제126조 소정의 표현대리행위로서 보증인에게 그 효력이 미친다고 주장할 수 있는 제3자에 해당하지 않는다." ❷ 대법원 2000. 3. 23. 선고 99다50385 판결; "다른 사람이 본인을 위하여 한다는 대리문구를 어음상에 기재하지 않고 직접 본인 명의로 기명날인을 하여 어음행위를 하는 이른바 기관 방식 또는 서명대리 방식의 어음행위가 권한 없는 자에 의하여 행하여졌다면 이는 어음행위의 무권대리가 아니라 어음의 위조에 해당하는 것이기는 하나, 그 경우에도 제3자가 어음행위를 실제로 한 자에게 그와 같은 어음행위를 할 수 있는 권한이 있다고 믿을 만한 사유가 있고, 본인에게 책임을 질 만한 사유가 있는 때에는 대리방식에 의한 어음행위의 경우와 마찬가지로 민법상의 표현대리 규정을 유추적용하여 본인에게 그 책임을 물을 수 있다." ☎ 채무자가 물상보증인으로부터 근저당권설정에 관한 대리권만을 위임받은 후 그의 승낙 없이 채무 전액에 대한 연대보증 취지로 채권자에게 물상보증인 명의의 약속어음을 발행해 준 경우, 채권자가 채무자에게 위 어음행위를 할 수 있는 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 사유가 없다고 한 예. ❸ 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다47525 판결; "민법상의 표현대리에 관한 규정이 어음행위의 위조에 관하여 유추적용되기 위하여서는 상대방이 위조자에게 어음행위를 할 권한이 있다고 믿거나 피위조자가 진정하게 당해 어음행위를 한 것으로 믿은 것만으로는 부족하고, 그와 같이 믿은 데에 정당한 사유가 있어야 하는바, 이러한 정당한 사유는 어음행위 당시에 존재한 여러 사정을 객관적으로 관찰하여 보통인이면 유효한 행위가 있었던 것으로 믿는 것이 당연하다고 보여지면 이를 긍정할 수 있지만, 어음 자체에 위조자의 권한이나 어음행위의 진정성을 의심하게 할 만한 사정이 있는데도 불구하고 그 권한 유무나 본인의 의사를 조사·확인하지 아니하였다면 상대방의 믿음에 정당한 사유가 있다고 하기 어렵다." ☎ 액면금 30억 원의 위조어음의 발행인 인영 부분에 인영 전사 수법으로 종종 사용되는 스카치테이프가 붙어 있고 어음용지 책에서 어음용지를 떼어낼 때 통상적으로 하는 이른바 꼭지 간인이 되어 있지 않았음에도 발행인에게 아무런 확인을 하지 않은 경우, 위조어음이 진정한 것이라고 믿은 데에 정당한 사유가 있다고 할 수 없어 민법상 표현대리의 규정이 유추적용되지 않는다고 한 사례. ❹ 대법원 1999. 12. 24. 선고 99다13201 판결; "어음행위의 위조에 관하여도 민법상의 표현대리에 관한 규정이 적용 또는 유추적용되고, 다만 이때 그 규정의 적용을 주장할 수 있는 자는 어음행위의 직접 상대방에 한한다고 할 것이며, 약속어음의 배서행위의 직접 상대방은 당해 배서의 피배서인만을 가리키고 그 피배서인으로부터 다시 어음을 취득한 자는 위 배서행위의 직접 상대방이 아니라 제3취득자에 해당하며, 어음의 제3취득자는 어음행위의 직접 상대방에게 표현대리가 인정되는 경우에 이를 원용하여 피위조자에 대하여 자신의 어음상의 권리를 행사할 수가 있을 뿐이다." ☎ 甲이 乙 명의의 배서를 위조한 후 甲 자신의 명의로 배서를 하여 丙에게 교부한 경우, 乙 명의의 배서의 직접 상대방은 어디까지나 그 피배서인인 甲이고 丙은 甲으로부터 다시 배서양도받아 취득한 자로서 乙 명의의 배서에 대하여는 제3취득자에 해당하므로, 丙이 乙에 대하여 직접 乙 명의의 배서에 대한 표현대리 책임을 물을 수 없다고 한 사례. ❺ 대법원 1999. 1. 29. 선고 98다27470 판결; "어음의 배서 위조에 관하여도 민법상의 표현대리의 원칙이 유추적용되는 이상 권한 없는 자의 대리 또는 대행에 의하여 이루어진 배서에 관하여 그 배서 명의인에게 어음법상의 책임을 묻기 위하여는 표현대리가 인정되기 위한 요건이 모두 갖추어져야 하고, 그러한 요건이 갖추어지지 아니한 경우에 어음소지인이 배서의 외관을 신뢰하였다고 하더라도 그러한 외관의 신뢰만으로 배서 명의인에 대하여 어음법상의 책임을 물을 수는

제권판결에 대한 취소판결의 확정을 조건으로 한 어음·수표금 청구는 부적법한 장래 이행의 소로서 허용되지 아니한다.[4577]

2) 항 변

가) 인적 항변

직접 거래당사자 사이에서만 주장될 수 있는 인적 항변으로는 직접 거래당사자 외의 자에 대하여는 주장할 수 없음이 원칙이다.[4578] 즉, 원인관계의 부존재·무효·취소·해제의 항변, 어음행위의 무효·취소(통정허위표시, 착오, 사기, 강박 등) 항변[4579] 등의 경우에는 해의의 사실, 즉 원고가 피고를 해할 것을 알고 어음을 취득한 사실까지 주장·입증하여야[4580] 이러한 인적 항변으로 대항할 수 있게 된다.[4581]

추심위임의 목적으로 하는 통상의 양도배서 즉 숨은 추심위임배서의 경우 어음법 제18조[4582]의 규정에 의하여 인적 항변이 절단되지 아니한다.[4583] 어음채무자는 어음채권을

없다고 할 것이다. … 원고가 원심에서 피고가 이 사건 어음에 관하여 어음법상의 책임을 부담하는 근거로 이 사건 어음상의 피고의 배서는 피고가 그 직원을 잘못 관리하여 이루어진 것이고 원고는 그 배서라는 외관을 신뢰하였으므로, 피고는 그에 관하여 어음법상의 책임이 있다는 주장을 표현대리 주장과는 별도로 하였음을 알 수 있으나, … 원고의 표현대리 주장을 배척하고 있는 이상, 그러한 판단에는 원고의 위와 같은 외관책임에 기한 주장 역시 배척하는 취지가 포함되어 있는 것으로 못 볼 바 아니므로, 그에 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다."

4577) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2012다36661 판결.

4578) **어음법 제17조(인적 항변의 절단)** 환어음에 의하여 청구를 받은 자는 발행인 또는 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못한다. 그러나 소지인이 그 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.

4579) ❶ 대법원 2017. 8. 18. 선고 2014다87595 판결; "어음채권에서 어음발행의 원인관계가 존재하지 않는다거나 원인채무가 변제 등으로 소멸하였다는 사정은 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다. 한편 발행인과 수취인이 통모하여 진정한 어음채무 부담이나 어음채권 취득에 관한 의사 없이 단지 발행인의 채권자에게서 채권 추심이나 강제집행을 받는 것을 회피하기 위하여 형식적으로만 약속어음의 발행을 가장한 경우 이러한 어음발행행위는 통정허위표시로서 무효이다. 이 경우에도 어음발행행위 등 어떠한 의사표시가 통정허위표시로서 무효라고 주장하는 자에게 그 사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있다." ❷ 96다49513; "사기와 같은 의사표시의 하자를 이유로 어음발행행위를 취소하는 경우에 그 취소의 의사표시는 어음발행행위의 직접 상대방에 대하여 뿐만 아니라 어음발행행위의 직접 상대방으로부터 어음을 취득하여 그 어음금의 지급을 청구하고 있는 소지인에 대하여도 할 수 있다고 봄이 상당하다 할 것이지만, 이와 같은 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항할 수 없는 것이고(민법 제110조 제3항), 이때의 제3자라 함은 어음발행행위의 직접 상대방 이외의 자를 가리키는 것이므로, 어음의 발행인이 어음발행행위의 직접 상대방이 아닌 소지인을 상대로 어음발행행위 취소의 의사표시를 할 수 있다 하여 소지인의 선의·악의를 불문하고 그 취소의 효과를 주장할 수 있게 되는 것은 아니라고 할 것이다. … 어음행위에 착오·사기·강박 등 의사표시의 하자가 있다는 항변은 어음행위 상대방에 대한 인적 항변에 불과한 것이므로, 어음채무자는 소지인이 그 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 경우가 아닌 한, 소지인이 중대한 과실로 그러한 사실을 몰랐다고 하더라도 종전 소지인에 대한 인적항변으로써 소지인에게 대항할 수 없다고 할 것이다."

4580) 95다56033; "원고가 위 소외인으로부터 이 사건 어음을 배서양도 받았을 당시 이 사건 어음이 피고에게 돌려주어야 하는 어음인 사정을 알면서 이를 취득하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없다고 본 조치도 정당하며, …."

4581) 소지인이 중과실로 인적 항변의 존재를 알지 못한 경우는 물론이고(대법원 1996. 3. 22. 선고 95다56033 판결), 단지 항변사유의 존재를 아는 것만으로는 부족하고 자기가 어음을 취득함으로써 항변이 절단되고 채무자가 손해를 입게 될 사정이 객관적으로 존재한다는 사실까지도 충분히 알았다는 것을 의미한다(96다7120).

지명채권양도의 방법으로 양수한 자에게 양도인에 대한 인적 항변으로 대항할 수 있다.[4584]

약속어음 발행인으로부터 인적항변의 대항을 받는 어음소지인은 당해 어음을 제3자에게 배서·양도한 후 환배서에 의하여 이를 다시 취득하여 소지하게 되었다고 할지라도 발행인으로부터 여전히 위 항변의 대항을 받고, 한편 기한후배서는 보통의 배서와는 달리 지명채권양도의 효력밖에 없어 그것에 의하여 이전되는 권리는 배서인이 배서 당시 가지고 있던 범위의 권리라 할 것이므로 어음채무자는 그 배서 당시 이미 발생한 배서인에 대한 모든 항변사실을 피배서인에 대하여도 대항할 수 있으며, 이는 환배서인 기한후배서도 마찬가지이다.[4585]

어음에 의하여 청구를 받은 자는 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못하는 것이 원칙이지만, 이와 같이 인적항변을 제한하는 법의 취지는 어음거래의 안전을 위하여 어음취득자의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 자기에 대한 배서의 원인관계가 흠결됨으로써 어음소지인이 그 어음을 소지할 정당한 권원이 없어지고 어음금의 지급을 구할 경제적 이익이 없게 된 경우에는 인적항변 절단의 이익을 향유할 지위에 있지 아니하다고 보아야 한다.[4586]

4582) 어음법 제18조(추심위임배서)
① 배서한 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 문구가 있으면 소지인은 환어음으로부터 생기는 모든 권리를 행사할 수 있다. 그러나 소지인은 대리를 위한 배서만을 할 수 있다.
1. 회수하기 위하여 2. 추심하기 위하여 3. 대리를 위하여 4. 그 밖에 단순히 대리권을 준다는 내용의 문구
② 제1항의 경우에는 어음의 채무자는 배서인에게 대항할 수 있는 항변으로써만 소지인에게 대항할 수 있다.

4583) 89다카1084.

4584) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2014다83647 판결(따라서 지명채권양도의 방법으로 양수한 어음채권의 행사는 어음채무자와 양도인 사이의 원인관계의 효력에 따라 제한될 수 있다).

4585) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다42915 판결.

4586) ❶ 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다60015 판결; 甲 회사에 부탁하여 어음할인에 사용할 약속어음을 발행받은 乙 회사가 어음할인을 받지 못하자 甲 회사에 어음을 반환하기로 약속하고서도 그 후 丙 회사에 어음할인을 의뢰하면서 위 어음을 배서·양도하였고, 丙 회사도 甲 회사의 어음 반환 요구를 거부한 채 丁 회사에 어음할인을 의뢰하면서 위 어음을 배서·양도하였는데, 그 후 丁 회사가 어음소지인으로서 위 어음을 지급제시하자 甲 회사가 지급거절한 사안에서, 甲 회사가 당초 乙 회사로 하여금 제3자에게서 어음할인을 받아 금융을 얻게 할 목적으로 위 어음을 발행하였으므로 위 어음을 융통어음이라고 보아야 하는데도 이를 당초부터 원인관계 없이 교부된 어음에 불과하다고 본 원심의 판단 부분은 잘못이나, 丙 회사는 乙 회사한테서, 丁 회사는 丙 회사한테서 각기 어음할인을 위하여 원인관계 없이 약속어음을 교부받았고 丁 회사가 위 어음의 지급을 구할 경제적 이익이 없는 이상 甲 회사는 丁 회사에 대하여 위 어음의 지급을 거절할 수 있다고 보아야 하므로, 甲 회사의 항변을 받아들여 丁 회사의 어음금 청구를 배척한 원심의 조치는 결과적으로 정당하다고 한 사례. ❷ 2002다46508 판결; 어음의 배서인이 발행인으로부터 지급받은 어음금 중 일부를 어음 소지인에게 지급한 경우, 어음소지인은 배서인과 사이에 소멸된 어음금에 대하여는 지급을 구할 경제적 이익이 없게 되어 인적항변 절단의 이익을 향유할 지위에 있지 아니하므로 어음의 발행인은 그 범위 내에서 배서인에 대한 인적항변으로써 소지인에게 대항하여 그 부분 어음금의 지급을 거절할 수 있다고 한 사례.

나) 소멸시효의 완성과 중단

(1) 소멸시효 항변

약속어음의 발행인에 대한 어음상의 청구권은 만기일로부터[4587] 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다(어음법 제77조 제1항 제8호, 제70조 제1항, 제78조 제1항).

만기가 기재된 백지어음은 일반적인 조건부 권리와는 달리 그 백지 부분이 보충되지 않은 미완성어음인 상태에서도 만기일로부터 어음상의 청구권에 대하여 소멸시효가 진행한다.[4588]

(2) 소멸시효의 중단

만기는 기재되어 있으나 지급지, 지급을 받을 자 등과 같은 어음요건이 백지인 약속어음의 소지인이 그 백지 부분을 보충하지 않은 상태에서 어음금을 청구하는 것은 어음상의 청구권에 관하여 잠자는 자가 아님을 객관적으로 표명한 것이라고 할 수 있고 그 청구로써 어음상의 청구권에 관한 소멸시효는 중단된다.[4589]

원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우, ① 원인채권의 행사는 어음채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 없지만, ② 어음채권의 행사는 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다.[4590] 이미 시효로 소멸한 어음채권을 피보전권리

4587) ◎ **구체적인 소멸시효 기산점**

❶ 2007다40352; "일람출급어음의 지급제시는 발행일로부터 1년 내에 하여야 하는 것인데(어음법 제34조 제1항), 그 기간 내에 적법한 지급제시가 없다면 그 기간의 말일에 만기가 도래한 것으로 보고, 그 때부터 어음채무의 소멸시효가 진행한다고 보아야 할 것이고, 그 어음채무에 대한 어음보증인의 채무도 같은 때부터 소멸시효가 진행한다고 보아야 할 것이다." ❷ 2003다33769; "발행인에 대한 약속어음상의 청구권의 소멸시효는 만기의 날로부터 진행하는 것이 원칙이나, 그 약속어음이 수취인 겸 소지인의 발행인에 대한 장래 발생할 구상채권을 담보하기 위하여 발행된 것이라면, 소지인은 발행인에 대하여 구상채권이 발생하지 않은 기간 중에는 약속어음상의 청구권을 행사할 수 없고, 구상채권이 현실로 발생한 때에 비로소 이를 행사할 수 있게 되는 것이므로, 그 약속어음의 소지인의 발행인에 대한 약속어음상의 청구권의 소멸시효는 위 구상채권이 현실적으로 발생하여 그 약속어음상의 청구권을 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때부터 진행된다고 봄이 상당하다. 그리고 이러한 결과가 민법 제184조 제2항의 규정에 반하여 소멸시효를 가중하는 것이라고 할 수는 없다." ❸ 96다25050; "장래의 계속적인 물품거래로 발생할 채무의 지급을 위하여 만기를 백지로 한 약속어음을 발행한 경우에는, 그 보충권의 소멸시효는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 물품거래가 종료하여 어음상의 권리를 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때부터 진행한다고 할 것이므로, 같은 취지에서 위 물품거래 종료시를 이 사건 백지어음의 만기보충권의 소멸시효의 기산점으로 본 원심판결은 정당하고"

4588) 대법원 2010. 5. 20. 선고 2009다48312 전원합의체 판결.

4589) 대법원 2010. 5. 20. 선고 2009다48312 전원합의체 판결(지급지 및 지급을 받을 자 부분이 백지로 된 약속어음의 소지인이 그 지급기일로부터 3년이 경과한 후에야 위 백지 부분을 보충하여 발행인에게 지급제시를 하였으나 그 소지인이 위 약속어음의 지급기일로부터 3년의 소멸시효기간이 완성되기 전에 그 어음금을 청구하는 소를 제기한 이상 이로써 위 약속어음상의 청구권에 대한 소멸시효는 중단되었다고 한 사례).

4590) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다16378 판결; "원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우에 원인채권과 어음채권은 별개로서 채권자는 그 선택에 따라 권리를 행사할 수 있고, 원인채권에 기하여 청구를 한 것만으로는 어음채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수 없어 어음채권의 소멸시효를 중단시키지 못하는 것이지만, 다른 한편, 이러한 어음은 경제적으로 동일한 급부를 위하여 원인채권의 지급수단으로 수수된 것으로서 그 어음채권의 행사는 원인채권을 실현하기 위한 것일 뿐만 아니라, 원인채권의 소멸시효는 어음금 청구소송에 있어서 채무자의 인적항변 사유에 해당하는 관계로 채권자가 어음채권의 소멸시효를 중단하여 두어도

로 한 가압류 결정에 의하여 그 원인채권의 소멸시효가 중단되지는 않는다.[4591][4592]

다) 백지어음에 관한 항변

(1) 불완전어음 항변

백지약속어음의 경우 발행인이 수취인 또는 그 소지인으로 하여금 백지 부분을 보충케 하려는 보충권을 줄 의사로서 발행하였는지의 여부에 관하여는 발행인에게 '보충권을 줄 의사로 발행한 것이 아니라는 점', 즉 백지어음이 아니고 '불완전어음으로서 무효'라는 점에 관한 증명책임이 있다.[4593]

(2) 백지보충권의 시효소멸 항변

백지보충권의 소멸시효가 완성된 후에 백지 보충된 사실을 주장·증명하여 어음금청구에 항변할 수 있다.

백지보충권의 소멸시효기간은 ① ⓐ 만기가 백지인 어음의 경우 그 어음발행의 원인관계에 비추어 어음상의 권리를 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때부터, ⓑ 만기 이외의 어음요건이 백지인 경우 만기로부터, ⓒ 당사자 사이에 백지를 보충할 수 있는 시기에 관하여 명시적 또는 묵시적 합의가 있는 경우에는 그 합의된 시기로부터 각 3년이고,[4594] ② 발행일을 백지로 하여 발행된 수표의 경우는 그 수표발행의 원인관계에 비추어 발행 당사자 사이에 수표상의 권리를 행사할 수 있는 것이 법률적으로 가능하게 된 때로부터 6개월이다.[4595]

채무자의 인적항변에 따라 그 권리를 실현할 수 없게 되는 불합리한 결과가 발생하게 되므로, 채권자가 어음채권에 기하여 청구를 하는 반대의 경우에는 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다고 봄이 상당하고, 이러한 법리는 채권자가 어음채권을 피보전권리로 하여 채무자의 재산을 가압류함으로써 그 권리를 행사한 경우에도 마찬가지로 적용된다."

4591) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2006다68902 판결; "이미 소멸시효가 완성된 후에는 그 채권이 소멸되고 시효중단을 인정할 여지가 없으므로, 이미 시효로 소멸된 어음채권을 피보전권리로 하여 가압류 결정을 받는다고 하더라도 이를 어음채권 내지는 원인채권을 실현하기 위한 적법한 권리행사로 볼 수 없을 뿐 아니라, 더 이상 원인채권에 관한 시효 중단 여부가 어음채권의 권리 실현에 영향을 주지 못하여 어떠한 불합리한 결과가 발생하지 아니한다는 점을 함께 참작하여 보면, 가압류 결정 이전에 이미 피보전권리인 어음채권의 시효가 완성되어 소멸된 경우에는 그 가압류 결정에 의하여 그 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력을 인정할 수 없다."

4592) 그 **밖의 시효중단 관련 판례:** ❶ 약속어음 배서인으로서의 책임을 구하는 소를 제기하였다가, 사망한 발행인의 상속인으로서 상속비율에 해당하는 어음금의 지급을 구하는 소로 청구원인을 변경한 경우 당초의 제소가 변경된 청구원인에 대하여도 시효중단의 효력이 생긴다고 보기 어렵다(92다50942). ❷ 약속어음에 공증이 된 것이라고 하여 '판결과 동일한 효력이 있는 것에 의하여 확정된 채권'이라고 할 수 없고, 민법 제165조 제2항 소정의 채권으로서 10년의 소멸시효에 걸린다고 할 수 없다(92다169). ❸ 어음시효 중단사유로서의 '승인'은 시효이익을 받을 당사자인 어음채무자가 시효의 완성으로 권리를 상실하게 될 자에 대하여 그 권리가 존재함을 인식하고 있다는 뜻을 표시함으로써 족하고, 반드시 기존어음에 개서하거나 새로운 어음을 발행·교부함을 요하지 아니하며, 또 채무승인에 관한 문서가 작성되어 있지 않다고 하여 채무승인을 인정할 수 없는 것은 아니다(90다카21541).

4593) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001다6718 판결.

4594) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다16214 판결.

4595) 대법원 2001. 10. 23. 선고 99다64018 판결. '백지보충권을 행사할 수 있는 때'에 관하여는 당사자가 명시적

만기 이외의 어음요건이 백지인 약속어음의 소지인이 그 백지 부분을 보충하지 않은 상태에서 어음금을 청구하는 경우 백지보충권은 그 행사에 의하여 어음상의 청구권을 완성시키는 것에 불과하여 그 보충권이 어음상의 청구권과 별개로 독립하여 시효에 의하여 소멸한다고 볼 것은 아니므로 어음상의 청구권이 시효중단에 의하여 소멸하지 않고 존속하고 있는 한 이를 행사할 수 있다.[4596]

백지보충권 시효소멸의 항변은 인적 항변이므로, 어음소지인이 어음을 취득한 후 그 스스로 어음상의 권리를 행사할 수 있는 때로부터 새로이 소멸시효기간이 경과하기 전에 보충한 경우라면, 발행인으로서는 소지인이 보충하기 전에 이미 백지보충권의 소멸시효 기간이 도과한 사실 및 취득 당시 소지인에게 악의·중과실이 있은 사실을 주장·증명하여야만 소지인에게 대항할 수 있다.[4597]

라) 융통어음 항변

융통어음의 발행자는 피융통자로부터 그 어음을 양수한 제3자에 대하여는 선의이거나 악의이거나, 또한 그 취득이 기한 후 배서에 의한 것이라 하더라도 대가 없이 발행된 융통어음이라는 항변으로 대항할 수 없으나, 피융통자에 대하여는 어음상의 책임을 부담하지 아니하는바,[4598] 약속어음금 청구에 있어 어음의 발행인이 그 어음이 융통어음이므로 피융통자에 대하여 어음상의 책임을 부담하지 아니한다고 항변하는 경우 융통어음이라는 점에 대한 증명책임은 어음의 발행자가 부담한다.[4599]

어음의 발행인 또는 배서인이 어음할인을 의뢰하면서 어음을 교부한 것이라면 이는 원인관계 없이 교부된 어음에 불과할 뿐 이를 악의의 항변에 의한 대항을 인정하지 아니하는 이른바 융통어음이라고는 할 수 없다.[4600]

융통어음의 발행자가 일정한 경우 제3자에 대하여도 융통어음의 항변으로 대항할 수

또는 묵시적으로 합의할 수 있고, 그 합의된 때를 연기하거나 변경할 수도 있다(2007도2250).

4596) 대법원 2010. 5. 20. 선고 2009다48312 전원합의체 판결.

4597) 대법원 2001. 10. 23. 선고 99다64018 판결; "발행일 백지인 수표의 취득자가 백지보충권의 소멸시효기간 경과 후에 백지를 보충한 경우에 있어서도 수표법 제13조가 유추적용되어 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 백지보충권의 소멸시효 경과 후의 백지보충의 항변으로써 대항받지 아니한다고 해석함이 상당하다고 할 것이나, 이 경우에도 그 수표취득자가 스스로 수표상의 권리를 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때로부터 새로이 6개월이 경과할 때까지 발행일을 보충하지 않았다면 그 보충권의 소멸시효는 완성되었다고 보아야 할 것이다."

4598) 융통어음이라 함은 타인으로 하여금 어음에 의하여 제3자로부터 금융을 얻게 할 목적으로 수수되는 어음을 말한다. 어떠한 어음이 융통어음에 해당하는지 여부는 당사자의 주장만에 의할 것은 아니고 구체적 사실관계에 따라 판단하여야 한다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다60015 판결 등).

4599) 대법원 2001. 8. 24. 선고 2001다28176 판결.

4600) 대법원 1996. 5. 14. 선고 96다3449 판결(甲이 乙에게 할인의 목적으로 어음을 교부하고 丙이 그 사실을 알면서 乙의 어음할인 부탁에 따라 그 어음을 취득한 후 乙의 대출금채무에 대한 담보로 처리한 경우, 그 어음은 아무런 원인관계 없이 丙에게 교부된 것이므로 甲으로서는 이러한 원인관계에 대한 인적 항변으로 丙에게 대항 가능하다고 한 사례).

있는바, ① 피융통자가 융통어음과 교환하여 그 액면금과 같은 금액의 약속어음을 융통자에게 담보로 교부한 경우에 있어서는 융통어음을 양수한 제3자가 양수 당시 그 어음이 융통어음으로 발행되었고 이와 교환으로 교부된 담보 어음이 지급거절되었다는 사정을 알고 있은 경우에는 그 제3자에 대하여는 융통어음의 항변으로 대항할 수 있고,[4601] ② 피융통인이 융통어음을 사용하여 금융의 목적을 달성한 다음 이를 반환받은 때에는 피융통인은 융통인에 대하여 융통인의 배서를 말소할 의무를 부담하고, 이것을 다시 금융의 목적을 위하여 제3자에게 양도하여서는 아니 된다고 할 것임에도 이를 다시 제3자에게 사용한 경우(융통어음 재도사용의 경우), 피고는 당해 어음이 융통어음인 사실, 원고가 그것이 이미 사용되어 그 목적을 달성한 이후 다시 사용되는 것이라는 점을 안 사실을 주장·증명하여 원고에게 대항할 수 있다.[4602]

나. 배서인에 대한 청구

배서인에 대한 어음금청구의 청구원인 요건사실은, ① '피고의 어음 배서(= 피고가 어음요건이 구비된 어음에 배서한) 사실, ② '어음상 권리의 원고 귀속(= 어음상 권리가 원고에게 귀속된) 사실', ③ '적법한 지급제시 및 지급거절(= 피고가 제시기간 내에 어음을 지급제시 하였으나 그 지급을 거절당한) 사실', ④ '지급거절증서의 작성 또는 작성면제(= 원고가 지급거절증서작성기간 내에 지급거절증서를 작성하였거나 지급거절증서의 작성이 면제된) 사실', ⑤ '원고의 어음 소지(= 원고가 어음을 소지하고 있는) 사실'이다.[4603]

약속어음의 배서인이 지급거절증서작성을 면제한 경우에는 그 소지인은 소구권을 행사하기 위하여 법정기간 내에 발행인에 대하여 지급제시를 한 것으로 추정을 받으므로 '법정기간 내에 지급제시가 없었다는 사실'은 이를 원용하는 자에게 그 주장·증명책임이 있다.[4604] [4605]

약속어음의 문언이 변개된 경우, 그 최종 소지인이 배서인 등에게 그 변개 후의 문언에 따른 책임을 지게 하려면 '그 기명날인이나 서명이 변개 후에 있었다거나 배서인 등이

4601) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다58721 판결, 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다50489 판결.

4602) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000다38596 판결.

4603) 발행인과 배서인은 '합동책임'을 진다(어음법 제47조 제1항).

4604) 대법원 1985. 5. 28. 선고 84다카2425 판결 등.

4605) **어음법 제46조(거절증서 작성 면제)** ① 발행인, 배서인 또는 보증인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 문구를 환어음에 적고 기명날인하거나 서명함으로써 소지인의 상환청구권 행사를 위한 인수거절증서 또는 지급거절증서의 작성을 면제할 수 있다.

1. 무비용상환
2. 거절증서 불필요
3. 제1호 및 제2호와 같은 뜻을 가진 문구

② 제1항 각 호의 문구가 있더라도 소지인의 법정기간 내 어음의 제시 및 통지 의무가 면제되는 것은 아니다. 법정기간을 준수하지 아니하였음은 소지인에 대하여 이를 원용하는 자가 증명하여야 한다.

그 변개에 동의한 사실'을 증명하여야 하고,[4606] 어음 소지인이 이를 증명하지 못하는 이상 배서인 등은 변개 후의 문언에 따른 책임을 지지는 아니하며, 다만 변개 전의 원문언에 따른 책임은 지게 되지만, 소지인이 배서인 등에게 변개 전의 원문언에 따른 소구의 무자로서의 책임을 묻기 위해서는 '소지인이 변개 전의 원문언에 따른 적법한 지급제시를 한 사실'이 인정되어야 한다.[4607]

V. 민사소송법상 주요 조문별 요건사실과 주장증명책임

1. 소송절차

가. 소송대리권의 증명

소송대리인의 대리권[4608] 존부는 법원의 직권조사사항이고, 소송대리인의 권한은 서면으로 증명하여야 한다. 소송대리권의 위임장이 사문서인 경우 법원은 소송대리권의 증명에 관하여 인증명령을 할 수 있다.[4609] [4610]

4606) 대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카37 판결.

4607) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다62391 판결: 약속어음의 지급기일이 '1993. 2. 4.'에서 '1998. 9. 30.'로 변개된 사안에서, 피고의 배서가 위 지급기일의 변개 이후에 이루어졌다거나 피고가 위 변개에 대하여 동의를 하였다는 점을 인정할 만한 증거가 없으므로, 결국 피고는 위 변개 전의 원문언에 따라 어음상의 책임을 부담한다고 할 것인데, 어음의 소지인인 원고가 원문언 상의 지급기일인 1993. 2. 4.에 따른 적법한 지급제시를 하였다고 인정할 만한 증거가 없어, 피고는 배서인으로서 그 소구의무를 지지 아니한다고 한 사례.

4608) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다292026 판결; "소송대리권의 범위는 원칙적으로 해당 심급에 한정되지만, 소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받았다면 특별한 사정이 없는 한 상소장을 제출할 권한과 의무가 있으므로, 상소장에 인지를 붙이지 않은 흠이 있다면 소송대리인은 이를 보정할 수 있고 원심 재판장도 소송대리인에게 인지의 보정을 명할 수 있다. … 피고 1이 소송대리인에게 원심 소송을 위임하면서 상소제기에 관한 특별수권을 하였으므로, 피고 1의 소송대리인에게 인지보정명령을 하고, 그 인지보정명령에 대한 불응을 이유로 상고장을 각하한 원심 재판장의 조치는 적법하다."

4609) **민사소송법 제89조(소송대리권의 증명)** ① 소송대리인의 권한은 서면으로 증명하여야 한다. ② 제1항의 서면이 사문서인 경우에는 법원은 공증인, 그 밖의 공증업무를 보는 사람(이하 "공증사무소"라 한다)의 인증을 받도록 소송대리인에게 명할 수 있다. ③ 당사자가 말로 소송대리인을 선임하고, 법원사무관등이 조서에 그 진술을 적어 놓은 경우에는 제1항 및 제2항의 규정을 적용하지 아니한다.

4610) ○ 대법원 1997. 9. 22.자 97마1574 결정; "소송대리인의 대리권 존부는 법원의 직권조사사항이라 할 것이고, 그 소송대리권의 위임장이 사문서인 경우 법원이 소송대리권의 증명에 관하여 인증명령을 할 것인지의 여부는 법원의 재량에 속한다고 할 것이나 상대방이 다투고 있고 또 기록상 그 위임장이 진정하다고 인정할 만한 뚜렷한 증거가 없는 경우에는 법원은 그 대리권의 증명에 관하여 인증명령을 하거나 … 대리권의 흠결 여부에 관하여 조사하여야 할 것이다. … 소송대리인으로서 소 또는 상소를 제기한 자가 법원의 인증명령에도 불구하고 그 대리권을 증명하지 못하는 경우에는 법원은 그 소 또는 상소가 소송대리권 없는 자에 의하여 제기된 부적법한 것임을 이유로 각하할 수 있고, 이 때 그 소송비용은 그 소송대리인이 부담하여야 할 것이며, 이는 그 소송대리인이 법원에 대하여 사임의 의사를 표명한 경우에도 마찬가지이다."

○ 대법원 2016. 6. 17.자 2016마371 결정; "민사소송법 제108조, 제107조 제2항에 의하여 종국판결로써 소를 각하하면서 소송비용을 당사자본인으로 된 사람을 대신하여 그 소송행위를 한 무권대리인에게 부담하도록 하는 경우에는 비록 그 소송대리인이 판결선고 전에 이미 사임한 경우라고 하더라도 판결정본을 송달하는 등의 방법으로 재판결과를 통지하여야 하고, 이는 항소심법원이 항소를 각하하면서 무권대리인에게 항소 이후

나. 변론재개 및 심리속행 의무의 요건

당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 이를 받아들일지 여부는 원칙적으로 법원의 재량에 속하고, 예외적으로 법원의 변론 재개 및 심리 속행 의무가 인정된다.[4611]

다. 소송행위의 추후보완

소송행위의 추후보완[4612] 사유의 유무는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이다.[4613]

의 소송비용을 부담하도록 하는 경우에도 마찬가지이다. 만일 법원이 위와 같이 소송비용을 부담하도록 명한 무권대리인에게 재판결과를 통지하지 아니하여 그가 소송비용 부담 재판에 대한 항고기간을 준수하지 못하였다면 … 그 무권대리인은 자기책임에 돌릴 수 없는 사유로 항고기간을 준수하지 못한 것으로 보아야 한다. … 민사소송법 제108조, 제107조 제2항에 의하여 소송대리인이 그 대리권 또는 소송행위에 필요한 권한을 받았음을 증명하지 못한 경우라도, 소송대리인이 그 소송위임에 관하여 중대한 과실이 없는 경우에는 그 소송비용은 이와 같은 소의 제기를 소송대리인에게 위임한 자가 부담하도록 함이 상당하다."

4611) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결; "당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 당사자의 변론재개신청을 받아들일지 여부는 원칙적으로 법원의 재량에 속한다. 그러나 ① 변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였고, 그 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 관건적 요증사실에 해당하는 경우 등과 같이, 당사자에게 변론을 재개하여 그 주장·증명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소의 판결을 하는 것이 민사소송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우에는 법원은 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다. 또한 ② 법원이 사실상 또는 법률상 사항에 관한 석명의무나 지적의무 등을 위반한 채 변론을 종결하였는데 당사자가 그에 관한 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 등과 같이 사건의 적정하고 공정한 해결에 영향을 미칠 수 있는 소송절차상의 위법이 드러난 경우에는, 사건을 적정하고 공정하게 심리·판단할 책무가 있는 법원으로서는 그와 같은 소송절차상의 위법을 치유하고 그 책무를 다하기 위하여 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다. 한편, 법원이 변론을 재개할 의무가 있는지 여부는 위와 같은 예외적인 요건 등을 갖추고 있는지 여부에 의하여 판단하여야 하고, 위와 같은 예외적 요건 등을 갖추지 못하여 법원이 변론을 재개할 의무가 없는데도 변론이 재개될 것을 가정한 다음, 그와 같이 가정적으로 재개된 변론의 기일에서 새로운 주장·증명을 제출할 경우 실기한 공격방어방법으로 각하당하지 아니할 가능성이 있다는 사정만으로 법원이 변론을 재개할 의무가 생긴다고 할 수는 없다. 다만, 실제로 법원이 당사자의 변론재개신청을 받아들여 변론재개를 한 경우에는 소송관계는 변론재개 전의 상태로 환원되므로, 그 재개된 변론기일에서 제출된 주장·증명이 실기한 공격방어방법에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서는 변론재개 자체로 인한 소송완결의 지연은 고려할 필요 없이 민사소송법 제149조 제1항이 규정하는 요건을 충족하는지를 기준으로 그 해당 여부를 판단하면 된다." ☛ **긍정례**로는 2009다64635 판결, 2011다5592 판결, 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다277641 판결, **부정례**로는 2010다20532 판결 및 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결 참조.

4612) **민사소송법 제173조(소송행위의 추후보완)** ① 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리 한 소송행위를 보완할 수 있다. 다만, 그 사유가 없어질 당시 외국에 있던 당사자에 대하여는 이 기간을 30일로 한다. ② 제1항의 기간에 대하여는 제172조의 규정을 적용하지 아니한다.

4613) 이에 관한 당사자의 주장은 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없어 이에 대하여 판단하지 아니하였다고 하더라도 판단유탈의 상고이유로 삼을 수 없다(99다3150).
당사자가 항소를 제기하면서 추후보완항소라는 취지의 문언을 기재하지 아니하였다 하더라도 그 전체적인 취지에 비추어 그러한 주장이 있는 것으로 볼 수 있는 경우에는 당연히 그 사유에 대하여 심리·판단하여야 하고, 증거에 의하여 그 항소기간의 경과가 그의 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것으로 인정되는 이상, 그 항소는 처음부터 소송행위의 추후보완에 의하여 제기된 항소라고 보아야 한다(2007다41560). 이에 비해, '항소인이 추완항소임을 명백히 하지 아니한 이상 법원이 항소각하판결을 하기 전에 반드시 그 추완사유의 유무를 심리하거나 이를 주장할 수 있는 기회를 주어야 하는 것은 아니다.'라고 한 것도 있다(2011마1335).

추후보완의 대상인 기간은, 법률에서 명문으로 '불변기간으로 한다.'라고 규정하고 있는 기간인 '불변기간'에 한하나, 불변기간이 아닌 법정기간의 경우 법원이 직권으로 늘리거나 줄일 수 있다.[4614]

'당사자가 책임질 수 없는 사유'라고 함은 당사자[4615]가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고 그 기간을 준수할 수 없었던 사유를 가리키는데, 이는 추후보완 하고자 하는 당사자 측에서 증명하여야 한다(예컨대, 동거인에 대한 보충송달로 송달된 경우, 그와 함께 생활하지 않았다거나 그의 판결 정본 수령에도 불구하고 판결의 선고 및 송달 사실을 알지 못하였다는 점을 증명하여야 한다).[4616]

'소장부본과 판결정본 등이 공시송달[4617]의 방법에 의하여 송달'되었다면 '특별한 사정'[4618]이 없는 한 피고는 과실 없이 그 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 피고는 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당한

4614) 대법원 2024. 6. 27.자 2024마5813 결정; "민사집행법 제15조 제2항에 의한 항고장 제출기간과 달리 민사집행법 제15조 제3항에 의한 항고이유서 제출기간을 불변기간으로 명시하는 법률 규정은 없으므로, 민사집행법 제15조 제3항에 의한 항고이유서 제출기간은 불변기간이라 할 수 없다. 그러므로 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에 소송행위의 추후보완을 허용하는 민사소송법 제173조는 불변기간이 아닌 항고이유서 제출기간에 적용되지 않는다. 그러나 민사소송법 제172조 제1항에 의하면 법원은 불변기간을 제외한 법정기간을 늘리거나 줄일 수 있으므로, 항고이유서 제출기간을 늘리는 것은 가능하다. 한편 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우 소송행위의 추후보완을 할 수 있는 것과의 균형상 항고인이 책임질 수 없는 사유로 말미암아 항고이유서 제출기간을 지킬 수 없었던 경우 법원은 제출기간이 지난 후에라도 민사소송법 제172조 제1항에 의하여 항고이유서 제출기간을 늘릴 수 있다고 보아야 한다."

4615) '당사자'에는 당사자 본인뿐만 아니라 그 소송대리인 및 대리인의 보조인도 포함된다(99다9622).

4616) 대법원 2021. 4. 15. 선고 2019다244980, 244997 판결; "직권으로 … 상고의 적법 여부를 판단한다. … **민사소송법 제186조** 제1항에 의하면 근무장소 외의 송달할 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 동거인 등으로서 사리를 분별할 지능이 있는 사람에게 서류를 교부하는 방법으로 송달할 수 있고, 여기에서 '**동거인**'은 송달을 받을 사람과 사실상 동일한 세대에 속하여 생활을 같이하는 사람이기만 하면 되며, 판결의 선고 및 송달 사실을 알지 못하여 자신이 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간인 상소기간을 지키지 못하게 되었다는 사정은 상소를 추후보완하고자 하는 당사자 측에서 주장·증명하여야 하므로, 피고 15는 원심판결 정본의 송달 당시 … 에서 소외인과 함께 생활하지 않았다거나 매형인 소외인의 원심판결 정본 수령에도 불구하고 원심판결의 선고 및 송달 사실을 알지 못하였다는 점을 증명하여야 한다. 그러나 피고 15는 이와 같은 사정에 관하여 별다른 증명을 하지 아니하였다. 따라서 피고 15가 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 상고기간을 준수할 수 없었던 경우라고 볼 수 없으므로, 피고 15의 상고는 불변기간인 상고기간이 지난 후에 제기된 것으로서 추후보완의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다."

4617) 대법원 2024. 5. 9.자 2024마5321 결정; "재판서류를 공시송달의 방법으로 송달하기 위해서는 당사자 주소 등 송달할 장소를 알 수 없는 경우이어야 하고, 법원이 송달장소는 알고 있으나 단순히 폐문부재로 송달되지 아니한 경우에는 공시송달을 할 수 없다. 그러나 송달받을 사람이 주소나 거소를 떠나 더 이상 송달장소로 인정하기 어렵게 되었다면 이러한 경우에도 송달할 장소를 알 수 없는 경우에 해당된다고 볼 수 있다."

4618) 피고에게 과실이 있다고 할 수 있는 '특별한 사정'이란, 피고가 소송을 회피하거나 이를 곤란하게 할 목적으로 의도적으로 송달을 받지 아니하였다거나 피고가 소 제기 사실을 알고 주소신고까지 해 두고서도 그 주소로 송달되는 소송서류가 송달불능되도록 장기간 방치하였다는 등의 사정을 말한다(대법원 2021. 8. 19. 선고 2021다228745 판결; 소장부본 등이 이미 공시송달의 방법으로 송달된 상태에서 제1심법원이 피고에게 전화로 연락하여 소장부본 송달에 관한 내용과 변론기일 등을 안내해 주었다는 정도의 사정만으로는, 제1심판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 피고가 모른 데 대하여 피고에게 책임을 돌릴 수 있는 사유가 있다고 섣불리 단정하기 어렵다고 한 예).

다.[4619]

'소송의 진행 도중' 통상의 방법으로 소송서류를 송달할 수 없게 되어 '공시송달'의 방법으로 송달한 경우에는 (소장부본의 송달부터 공시송달의 방법으로 소송이 진행된 경우와 달라서) 당사자에게 소송의 진행상황을 조사할 의무[4620]가 있으므로, 당사자가 이러한 소송의 진행상황을 조사하지 않아 불변기간을 지키지 못하였다면 이를 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것이라고 할 수 없다.[4621] 조정절차가 소송으로 이행된 경우,[4622] 당사자

4619) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다46601 판결 등.
○ '피항소인에게 항소장 부본 및 변론기일 소환장이 공시송달의 방법에 의하여 송달되었고, 판결정본도 공시송달의 방법으로 송달'되었다면, 피항소인으로서는 항소심 절차가 진행되었던 사실을 모르고 있었다고 할 것이어서 특별한 사정이 없는 한 피항소인은 과실 없이 그 판결의 송달을 알지 못한 것이라고 할 것이고, 이러한 경우 피항소인은 그 책임질 수 없는 사유로 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 추완상고를 할 수 있다. 이 경우 피항소인은 당사자로서 절차상 부여된 권리를 침해당하였다고 할 것이므로, 당사자가 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 않았던 경우와 마찬가지로 보아 민사소송법 제424조 제1항 제4호의 규정(절대적 상고이유; 법정대리권·소송대리권 또는 대리인의 소송행위에 대한 특별한 권한의 수여에 흠이 있는 때)을 유추적용할 수 있어 원심판결은 직권으로 파기된다(95다21365).
○ 제1, 2심 모두 피고에 대하여 소장 부본 및 변론기일 통지서 등 모든 서류를 공시송달의 방법으로 송달하고 피고가 출석하지 않은 상태에서 변론기일을 진행하여 1심이 원고의 청구를 일부 인용하는 판결을 선고하였고 이에 원고가 항소함으로써 2심도 추가로 원고의 청구를 일부 인용하는 판결을 선고한 경우, 피고로서는 1심판결 중 피고 패소 부분에 대하여는 추후보완 항소를, 2심판결 중 피고 패소 부분에 대하여는 상고나 추후보완 상고를 각각 제기할 수 있다. 이러한 경우 1심판결에 대한 원고의 항소로 1심판결 전부가 2심법원으로 이심되어 그에 관한 2심판결이 선고되기까지 하였으나 1심판결 중 피고 패소 부분은 2심의 심판대상이 되지 않았으므로, 2심으로서는 피고의 추후보완 항소가 적법하다고 판단되면 그 부분을 심판대상으로 삼아 심리한 후 그에 관하여 추가판결을 하면 된다. 그런데 2심이 피고의 추후보완 항소 부분에 관하여 심리하지 않고 있는 동안에 피고의 상고가 받아들여져 2심판결 중 피고 패소 부분에 관하여 파기환송 판결이 선고된 경우에는 환송 후 2심으로서는 피고의 추후보완 항소가 적법하다고 판단되면 그 추후보완 항소 부분과 파기환송된 부분을 함께 심리하여 그에 관하여 하나의 판결을 선고하면 된다(2010다98948).

4620) 이러한 의무는 당사자가 변론기일에서 출석하여 변론을 하였는지 여부, 출석한 변론기일에서 다음 변론기일의 고지를 받았는지 여부나, 소송대리인을 선임한 바 있는지 여부를 불문하고 부담한다(2006다3844).

4621) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012다44730 판결 등.

4622) ○ 대법원 2015. 8. 13. 선고 2015다213322 판결; "조정이 성립되지 아니한 것으로 사건이 종결된 후 피신청인의 주소가 변경되었음에도 피신청인이 조정법원에 주소변경신고를 하지 않은 상태에서 민사조정법 제36조 제1항 제2호에 따라 조정이 소송으로 이행되었는데, 통상의 방법으로 변론기일통지서 등 소송서류를 송달할 수 없게 되어 발송송달이나 공시송달의 방법으로 송달한 경우에는 처음부터 소장 부본이 적법하게 송달된 경우와 달라서 피신청인에게 소송의 진행상황을 조사할 의무가 있다고 할 수 없다. 따라서 피신청인이 이러한 소송의 진행상황을 조사하지 않아 상소제기의 불변기간을 지키지 못하였다면 이는 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것에 해당한다."
○ 대법원 2011. 10. 27.자 2011마1154 결정; 원심이 판결 선고 후 두 차례에 걸쳐 피고에게 판결정본을 송달하려 하였으나 모두 폐문부재를 이유로 송달되지 아니하자 공시송달로 판결정본을 송달한 사안에서, 소송서류를 공시송달의 방법으로 송달하기 위해서는 당사자 주소 등 송달할 장소를 알 수 없는 경우이어야 하고 법원이 송달장소는 알고 있으나 단순히 폐문부재로 송달되지 아니한 경우에는 공시송달을 할 수 없으므로, 위 판결정본의 송달은 적법하다고 볼 수 없고, 공시송달이 요건을 갖추지 못하여 부적법하더라도 재판장이 공시송달을 명하여 일단 공시송달이 이루어진 이상 송달의 효력은 발생하나, 원심법원이 변론을 종결하면서 사건을 조정절차에 회부하고 조정기일만을 고지하였을 뿐 판결선고기일은 지정·고지하지 아니하였고, 조정기일에 피고가 출석하지 아니하자 조정불성립으로 조정절차를 종결하고 판결을 선고하여 원심법원의 잘못으로 피고에게 판결선고기일이 제대로 고지되지 아니하였고, 판결정본의 송달과 관련하여 공시송달 요건이 갖추어지지 않았던 사정을 종합하여 보면 피고가 조정기일 이후의 재판진행상황을 즉시 알아보지 아니함으로써 불변기간을 준수하지 못하게 되었다 할지라도 이를 피고에게 책임을 돌릴 수 있는 사유에 해당한다고 할 수는 없으므로, 피고가 직접 판결정본을 수령한 후 2주 내에 상고장을 제출한 것은 적법한 상고의 추후보완에 해당한

가 소송 계속 중에 수감된 경우[4623]는 위와 다르다.

'사유가 없어진 날'이라고 함은, '당사자'나 '당해 사건'에서의 '소송대리인'이 단순히 판결이 있었던 사실을 안 때가 아니고 나아가 그 '판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 안 때'를 가리키는 것이고, 다른 특별한 사정이 없는 한 통상의 경우에는 '당사자나 그 소송대리인이 그 사건 기록을 열람하거나 또는 새로이 판결정본을 영수한 때'에 비로소 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다.[4624] 다만, ① 피고가 '당해 판결이 있었던 사실을 알았고' ② 사회통념상 그 '경위에 대하여 당연히 알아볼 만한 특별한 사정'이 있었다고 인정되는 경우에는, 그 경위에 대하여 알아보는 데 통상 소요되는 시간이 경과한 때에 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 된 것으로 추인하여, 그 책임질 수 없는 사유가 소멸하였다고 봄이 상당하다.[4625]

다고 한 예.

4623) 대법원 2022. 1. 13. 선고 2019다220618 판결; "당사자가 소송 계속 중에 수감된 경우 법원이 판결정본을 민사소송법 제182조에 따라 교도소장 등에게 송달하지 않고 당사자 주소 등에 공시송달 방법으로 송달하였다면, 공시송달의 요건을 갖추지 못한 하자가 있다고 하더라도 재판장의 명령에 따라 공시송달을 한 이상 송달의 효력은 있다. 수감된 당사자는 민사소송법 제185조에서 정한 송달장소 변경의 신고의무를 부담하지 않고 요건을 갖추지 못한 공시송달로 상소기간을 지키지 못하게 되었으므로 특별한 사정이 없는 한 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 책임을 질 수 없는 사유로 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 추완 상소를 할 수 있다." ☛ 수감된 당사자에 대한 송달을 교도소장 등에게 하지 않고 당사자의 종전 주소나 거소로 한 것은 부적법한 송달로서 무효이고, 이는 법원이 서류를 송달받을 당사자가 수감된 사실을 몰랐거나, 수감된 당사자가 송달의 대상인 서류의 내용을 알았다고 하더라도 마찬가지이다. 따라서 수감된 당사자에 대하여 민사소송법 제185조나 제187조에 따라 종전에 송달받던 장소로 발송송달을 하였더라도 적법한 송달의 효력을 인정할 수 없다(대법원 2021. 8. 19. 선고 2021다53 판결).

4624) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다305796 판결(이어서 "당사자가 다른 소송의 재판절차에서 송달받은 준비서면 등에 당해 사건의 제1심 판결문과 확정증명원 등이 첨부된 경우에는 그 시점에 제1심판결의 존재 및 공시송달의 방법으로 송달된 사실까지 알았다고 볼 것이지만, 다른 소송에서 선임된 소송대리인이 그 재판절차에서 위와 같은 준비서면 등을 송달받았다는 사정만으로 이를 당사자가 직접 송달받은 경우와 동일하게 볼 수는 없다."라고 판시). ☛ ❶ 자백간주판결인 경우에는 그 판결정본을 영수한 때 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보기는 어렵다(2007다41560). ❷ 해외에 거주 중인 피고에 대한 소장부본, 판결정본 등이 공시송달의 방법으로 송달된 후 피고를 대신하여 재판기록을 열람·등사한 피고의 동생이 당해 사건에 관한 소송대리인이 아닌 경우, 재판기록을 열람·등사한 때에 추완사유가 종료되었다고 볼 수 없고 피고가 재판기록을 송부받아 소송의 진행 및 결과를 알게 된 때에 추완사유가 종료되었다고 보아야 한다(2000므87).

4625) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다46601 판결{피고가 소외 신용협동조합(제3채무자)으로부터, 채권압류·추심명령의 사건번호와 채권자(원고)만 기재되고 '법원의 요청으로 (피고의 예금) 계좌가 압류되었다'는 내용만 있을 뿐 이 사건 제1심판결에 관한 내용이 전혀 언급되어 있지 않은 문자메시지를 받았다는 사정만으로는 제1심 판결이 있었던 사실을 알았다거나, 사회통념상 그 경위를 알아볼만한 특별한 사정이 있었다고 보기 어렵다 하여 이 사건 추완항소는 피고가 제1심판결정본을 영수한 날로부터 2주일 내에 제기되어 적법하다고 한 예}. 사회통념상 그 경위를 알아볼만한 **특별한 사정**의 존재를 **긍정한 예**로는, ❶ 당사자가 다른 소송의 재판절차에서 송달받은 준비서면 등에 당해 사건의 제1심 판결문과 확정증명원 등이 첨부된 경우(2018다25670), ❷ 제1심 판결이 있었던 사실을 알게 된 후 그 대처방안에 관하여 변호사와 상담을 하거나 추완항소 제기에 필요한 해외거주증명서 등을 발급받은 경우(2000다21222) 등이 있고, **부정한 예**로는, ❶ 유체동산 압류집행을 당하였다는 등의 사정만으로는 위의 특별한 사정을 인정하기 어렵고(2019다217179), ❷ 채권추심회사 직원과의 통화 과정에서 사건번호 등을 특정하지 않고 단지 "판결문에 기하여 채권추심을 할 것이다."라는 이야기를 들은 경우(2019다17836), ❸ 원고가 피고의 채권에 대한 가압류결정을 받음에 따라 제3채무자가 피고를 피공탁자로 하여 일정금액을 공탁하였고, 이에 원고가 제1심판결을 집행권원으로 위 가압류를 본압류로 이전하는 채권압류·추심명령을 받았는데, 공탁금에 대한 배당절차가 진행되어 배당기일통지서가 피고에게 송달된 경우

그 밖에, 위법 무효인 발송송달[4626]①(① 기록에 현출되어 있는 정확한 주소로 변론기일통지서 등을 먼저 송달해 보지 않은 채 바로 등기우편에 의한 발송송달을 한 경우, ② 소장의 원고 주소에 동·호수를 기재하였는데도 이를 제외한 주소지로 변론기일통지서 등을 송달하여 주소불명으로 송달불능되자 발송송달한 경우), 보충송달[4627](원·피고의 성년 자녀 동거인이 원·피고 쌍방의 소송서류를 동시에 송달받은 경우)로 재판이 진행된 경우 등 불변기간을 준수하지 못하게 된 것이 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것이라 하여 '추완상소가 허용'된 사례는 아래와 같다.[4628]

(2018다222228) 등이 있다.

4626) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2020다216462 판결; "[1] **민사소송법 제185조 제1항**은 "당사자·법정대리인 또는 소송대리인이 송달받을 장소를 바꿀 때에는 바로 그 취지를 법원에 신고하여야 한다."라고 규정하고, 같은 조 **제2항**은 "제1항의 신고를 하지 아니한 사람에게 송달할 서류는 달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우 종전에 송달받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 **발송**할 수 있다."라고 규정하고 있으며, 민사소송규칙 제51조는 위 규정에 따른 서류의 발송은 등기우편으로 하도록 규정하고 있다. 민사소송법 제185조 제2항에 따른 발송송달을 할 수 있는 경우는 송달받을 장소를 바꾸었으면서도 그 취지를 신고하지 아니한 경우이거나 송달받을 장소를 바꾸었다는 취지를 신고하였는데 그 바뀐 장소에서의 송달이 불능이 되는 경우이다. 민사소송법 제185조 제2항은 이 경우에 종전에 송달받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이므로, 비록 당사자가 송달장소로 신고한 바 있다고 하더라도 그 송달장소에 송달된 바가 없다면 그곳을 민사소송법 제185조 제2항에서 정하는 '**종전에 송달받던 장소**'라고 볼 수 없다. 또한 민사소송법 제185조 제2항에서 말하는 '**달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우**'라 함은 상대방에게 주소보정을 명하거나 직권으로 주민등록표 등을 조사**할** 필요까지는 없지만, 적어도 기록에 현출되어 있는 자료로 송달할 장소를 알 수 없는 경우에 한하여 등기우편에 의한 발송송달을 **할** 수 있음을 뜻한다. [2] **민사소송법 제187조**는 "민사소송법 제186조의 규정에 따라 송달할 수 없는 때에는 법원사무관 등은 서류를 등기우편 등 대법원규칙이 정하는 방법으로 **발송**할 수 있다."라고 규정하고 있고, 민사소송규칙 제51조는 위 규정에 따른 서류의 발송은 등기우편으로 하도록 규정하고 있다. 민사소송법 제187조에 따른 발송송달은 송달받을 자의 주소 등 송달하여야 할 장소는 밝혀져 있으나 송달받을 자는 물론이고 그 사무원, 고용인, 동거인 등 보충송달을 받을 사람도 없거나 부재하여서 원칙적 송달방법인 교부송달은 물론이고 민사소송법 제186조에 의한 보충송달과 유치송달도 할 수 없는 경우에 할 수 있는 것이고, 여기에서 **송달하여야 할 장소**란 실제 송달받을 자의 생활근거지가 되는 주소·거소·영업소 또는 사무소 등 송달받을 자가 소송서류를 받아 볼 가능성이 있는 적법한 송달장소를 말하는 것이다." ☜ 부적법한 발송송달로 항소취하 간주의 효과가 발생하지 않았다고 한 예.

4627) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020므11658 판결; "송달은 원칙적으로 송달받을 사람의 주소·거소·영업소 또는 사무소에서 송달받을 사람 본인에게 교부하는 교부송달이 원칙이나(민사소송법 제178조 제1항, 제183조 제1항), 송달기관이 위와 같은 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 사무원, 피용자 또는 동거인으로서 사리를 분별할 지능이 있는 사람에게 하는 **보충송달**에 의할 수도 있다(**제186조 제1항**). 보충송달제도는 본인 아닌 그의 사무원, 피용자 또는 동거인, 즉 수령대행인이 소송서류를 수령하여도 그의 지능과 객관적인 지위, 본인과의 관계 등에 비추어 사회통념상 본인에게 소송서류를 전달할 것이라는 합리적인 기대를 전제로 한다. 동일한 수령대행인이 이해가 대립하는 소송당사자 쌍방을 대신하여 소송서류를 동시에 수령하는 경우가 있을 수 있다. 이런 경우 수령대행인이 원고나 피고 중 한 명과도 이해관계의 상충 없이 중립적인 지위에 있기는 쉽지 않으므로 소송당사자 쌍방 모두에게 소송서류가 제대로 전달될 것이라고 합리적으로 기대하기 어렵다. 또한 이익충돌의 위험을 회피하여 본인의 이익을 보호하려는 데 취지가 있는 민법 제124조 본문에서의 쌍방대리금지 원칙에도 반한다. 따라서 소송당사자의 허락이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 동일한 수령대행인이 소송당사자 쌍방의 소송서류를 동시에 송달받을 수 없고, 그러한 보충송달은 무효라고 봄이 타당하다."

4628) ◎ **추완상소를 허용한 사례**

○ 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다53623 판결; '피고가 이행권고결정등본 등을 수령하였던 주소 1로 발송된 변론기일통지서 등이 주소불명으로 송달되지 아니하자, 기록에 현출되어 있는 정확한 주소 2로 변론기일통지서 등을 먼저 송달해 보지 않은 채 바로 등기우편에 의한 발송송달을 한 것은 위법하고 송달의 효력이 생기지 않으며, 피고가 변론기일통지서 등을 적법하게 송달받지 못하였으므로, 그 후의 재판진행상황을 알아보지 아니하였다고 하더라도, 공시송달된 1심판결에 대해 피고에게 책임을 돌릴 수 없는 사유로 항소기간을 지킬 수 없었다고 보는 것이 타당하다'고 한 예. ☛ **[동일 판시]** 대법원 2021. 4. 15. 선고 2021두30051 판결; 원고가 소장의 원고 주소에 **특수주소(동·호수)**인 '(2-C-6)'을 기재하였는데도 제1심이 특수주소를 제외한 주소지로

제1심에서 원고 청구가 인용되고 기록이 폐기된 후에 추완항소가 제기된 사정만으로 권리발생의 요건사실에 대한 원고의 증명책임이 전환되지 않는다(다만, 원고에게 충분한 증명의 기회가 주어져야 한다).[4629]

소송서류 등이 공시송달의 방법으로 송달되어 확정된 제1심판결문을 기초로 등기권리자가 소유권이전등기를 마쳤으나 이후 제기된 추후보완항소에서 제1심판결이 취소되고 등기권리자의 청구가 기각되었다면, 등기의무자로서는 이미 등기명의를 이전받은 등기권리자를 상대로 위 추후보완항소 절차에서 '반소'를 제기하거나 별도로 소를 제기하여 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다.[4630]

변론기일통지서 등을 송달하여 주소불명으로 송달불능되자 **발송송달**로 송달 간주한 다음 재판기일을 진행하여 원고패소 판결을 선고하고, 판결정본을 공시송달로 송달한 사안에서, 원고의 특수주소를 포함한 정확한 주소로 송달하지 않은 채 이루어진 발송송달은 위법하여 송달의 효력이 발생하지 않으므로, 원고가 소 제기 후 적극적으로 재판진행상황 및 판결선고사실을 알아보지 않았다고 하더라도 원고에게 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간인 항소기간을 지킬 수 없었다고 판단한 예. **[보충송달**의 **무효로 화해권고결정에 대한 이**의**를 긍정한 예]** 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020므11658 판결; 원고의 피고**에** 대한 이혼청구소송의 제1심 법원이 원고와 피고가 이혼한다는 내용의 화해권고결정을 하였고, 그 결정 정본을 원·피고의 성년 자녀이자 동거인인 소외인이 원·피고를 대신하여 동시에 송달받아 위 결정이 확정된 후 피고가 위 결정 정본의 보충송달은 무효라고 주장하면서 위 결정에 대해 추완이의를 신청한 **사안**에서, **원심**이 위 보충송달이 적법하다 하여 '소송종료선언'을 한 데 대하여, **대법원**은, "동일한 수령대행인이 소송당사자 쌍방의 소송서류를 동시에 송달받을 수 없고, 그러한 보충송달은 무효"라고 한 다음, 소외인이 피고의 혜락을 받았다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 송달은 부적법한 송달로서 무효라고 한 사례.

○ 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다44679 판결; 1심이 2000. 11. 16. 변론종결하고 같은 달 30. 자백간주의 원고 승소판결을 선고한 다음, 그 판결은 같은 해 12. 23. 공시송달되어 2001. 1. 21. 확정되었는데, 피고는 2008. 12. 12.에야 원심**에** 추후보완 항소장을 제출한 **사안**에서, **원심**이, 피고는 1심에서 공시송달이 아닌 다른 송달방법에 의한 소환을 받고도 변론기일에 출석하지 아니한 것으로 봄이 상당하고, 따라서 피고로서는 소송의 진행상황을 조사할 의무가 있는데도 이를 알아보지 아니한 과실이 있다고 할 것이어서 피고의 항소는 추후보완의 요건을 갖추지 못해 부적법하다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "제1심판결이 공시송달된 이 사건에서 피고가 불변기간인 항소기간을 준수하지 못한 데에 책임이 있다고 할 수 있으려면 그에 앞서 제1심의 변론기일통지서가 적법하게 송달되었다는 점이 전제되어야 할 것인바, 제1심이 민사소송법 제150조를 적용하여 원고승소판결을 하였다고 하여 그 변론기일통지가 적법하게 송달된 것으로 추정된다고는 할 수 없고, 제1심의 소송기록이 이미 폐기된 이 사건에서 달리 제1심의 변론기일통지서가 적법하게 송달되었다고 볼 아무런 자료가 없으며, 오히려 기록에 의하면, 제1심판결에 기재된 피고의 주소 … 는 피고의 언니인 소외 1이 소유, 거주하다가, 제1심의 변론종결일 이전인 2000. 9. 25. 소외 2에게 매도하여 같은 해 10. 2. 그 이전등기까지 마치고 다른 곳으로 이사하였으며, 피고는 위 아파트에 주민등록을 하였으나 실제로 거주하지는 아니하였던 사실을 엿볼 수 있을 뿐이다. 사정이 이와 같다면 피고가 항소기간을 준수하지 못한 것은 그가 책임질 수 없는 사유로 인한 것이라고 봄이 상당하다."라고 한 예.

○ 기타; 2007다54009 판결, 2000다19069 판결, 2000다31410 판결 등.

4629) 대법원 2019. 7. 25. 선고 2018다42538 판결; "권리를 발생시키는 요건을 구성하는 사실은 특별한 사정이 없는 한 이를 주장하는 사람에게 증명책임이 있다. 따라서 금전을 대여하였다는 원고의 주장에 대하여 피고가 다투는 때에는 대여사실에 대한 증명책임은 이를 주장하는 원고에게 있다. 제1심에서 원고의 청구가 인용되고 기록이 폐기된 후에 추완항소가 제기된 경우라 하더라도, 이러한 사정만으로 위와 같은 증명책임이 전환되지 않는다. 항소심은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 원고의 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단하여야 한다(민사소송법 제202조). 다만 원고가 제1심에서 제출한 증거가 무엇인지, 서증이라면 원본인지 사본인지, 기록과 함께 폐기된 종전 증거를 대체할 다른 증거가 있는지, 항소심에서 대체증거를 제출하는 것이 **용**이한지, 용이하지 않다면 그 이유가 무엇인지 등을 하나의 판단 자료로 삼을 수 있고, 원고에게는 충분한 증명의 기회가 주어져야 한다."

4630) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다276225, 276232 판결; 원심이 피고가 반소로써 이 사건 본등기의 말소등기절차 이행을 구할 소의 이익이 있다고 판단한 것은 정당하고, 피고가 반드시 본소(가등기에기한본등기절차이행

이른바 '사위판결(詐僞判決)'의 경우로서, ① 당사자가 상대방의 주소·거소를 알고 있었음에도 불구하고 소재불명 또는 허위의 주소·거소를 기재하여 소를 제기한 탓으로 '공시송달'의 방법에 의하여 판결(심판)정본이 송달된 때에는, 재심을 제기할 수 있음(민사소송법 제451조 제1항 제11호)은 물론, 소송행위 추완에 의하여 상소를 제기할 수도 있으나,[4631] ② 제소자가 상대방의 주소를 허위로 표시하여 변론기일소환장 등의 소송서류를 그 허위 주소로 보내고 다른 사람이 그 소송서류를 받아 자백간주의 형식으로 제소자 승소의 판결이 선고되고 그 판결정본이 같은 방법으로 상대방에게 송달된 때에는, 판결정본이 상대방에게 적법하게 송달되었다 할 수 없으므로 그 판결에 대한 상소기간은 진행을 개시하지 아니한다 할 것이어서 그 판결은 형식적으로 확정되었다고 할 수 없고, 기판력도 발생하지 아니하며, 따라서 소송행위 추완이나 재심의 대상이 될 수는 없고, 상대방으로서는 ⓐ 사위 판결에 대하여 상소를 제기하거나, ⓑ 사위판결에 기하여 마쳐진 소유권이전등기는 원인무효이므로 사위판결에 대하여 상소를 제기하지 아니한 채 별소로 위 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다.[4632]

청구) 확정 이후 별도의 소로 위 본등기의 말소등기절차 이행을 구해야 한다고 보기 어렵다고 한 예.

4631) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다73540 판결. 공시송달에 의하여 판결이 선고되고 판결정본이 송달되어 확정된 이후에 추완항소의 방법이 아닌 재심의 방법을 택한 경우, 추완상소기간이 도과하였다 하더라도 재심기간 내에는 재심의 소를 제기할 수 있다.

4632) 대법원 1978. 5. 9. 선고 75다634 전원합의체 판결; "제소자가 상대방의 주소를 허위로 다른 곳으로 표시하여 상대방에 대한 변론기일 소환장 등의 소송서류를 그 허위주소로 보내고 상대방 아닌 다른 사람이 그 소송서류를 받아 의제자백의 형식으로 제소자 승소의 판결이 선고되고 그 판결정본이 위와 같은 방법으로 상대방에게 송달된 경우에 있어서 위 사위 판결(판결이 형식적으로 존재하는 이상 사위 판결도 당연무효의 판결이 아니다)을 형식적 확정력이 있는 확정판결로 보고 그 판결에 기판력을 인정할 것인가에 관하여는 학설이 나누어져 있는바, 하나는 사위 판결은 상대방에의 판결정본의 송달이 무효이어서 항소의 대상이 될 뿐이고 확정판결이 아니니 기판력이 없는 것이라는 항소설이고, 다른 하나는 사위 판결은 형식적으로 확정된 확정판결이므로 기판력이 있고 따라서 사위 판결은 재심의 소의 제기나 상소의 추완신청 등에 의하여서만 구제될 수 있는 것이라는 재심설이다. … 판결정본이 제소자가 허위로 표시한 상대방의 허위주소로 보내져서 상대방 아닌 다른 사람이 그를 수령한 것이니 상대방에 대한 판결정본의 송달은 부적법하여 무효이고 상대방은 아직도 판결정본의 송달을 받지 않은 상태에 있는 것으로서 그 판결에 대한 항소기간은 진행을 개시하지 않은 것이라고 보아야 할 것이다. … 사위 판결은 형식적으로 확정된 확정 판결이 아니어서 기판력이 없는 것이라고 할 것이고 민사소송법 제422조 제1항 제11호에 「당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 불구하고 … 허위의 주소나 거소로 하여 소를 제기한 때」를 재심사유로 규정하고 있으나 이는 공시송달의 방법에 의하여 상대방에게 판결정본을 송달한 경우를 말하는 것이고(공시송달의 방법에 의하여 상대방의 허위주소에다가 판결정본을 송달 하였다고 하여도 공시송달의 방법을 취하였기 때문에 그 송달은 유효한 것으로 보아야 하기 때문이다) … 공시송달의 방법에 의하여 송달된 것이 아닌 경우까지 재심사유가 되는 것으로 규정한 취지는 아니라고 할 것이며 … 재심설에 따라서 … 판결정본의 상대방에의 송달이 유효함을 전제로 하는 … 판결 등과 사위 판결정본의 송달은 민사소송법 제422조 제1항 제3호 소정의 법정대리권, 소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 함에 필요한 수권의 흠결이 있는 자가 소송서류의 송달을 받아 소송행위를 한 경우에 해당하여 재심사유가 된다는 … 판결 등은 본 판결로서 모두 폐기하는 바이다. … 사위 판결에 기판력이 부정된다면 본건 사위 판결에 의거하여 피고 명의로 경료된 본 건 부동산에 관한 소유권이전등기는 실체적 권리관계에 부합될 수 있는 다른 사정이 없는 한 말소될 처지에 있는 것이어서 원고가 본건 사위 판결에 대하여 항소를 제기하지 아니하고(본건 사위 판결을 그대로 둔 채) 별소인 본건 소에서 본건 청구를 한다고 하여도 피고로서는 이를 거부할 수 없는 것이라고 할 것"

라. 기 판 력

기판력 있는 확정판결 등의 존부는 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다. 기판력에 관한 상세한 설명은 실제 소송에서 많은 판례가 축적된 '소유권등기의 말소등기 청구' 중 '기판력 저촉의 항변' 부분에서 이미 기술한 바를 참조하면 된다.

마. 상소의 부적법 각하 사유

전부 승소 판결에 대한 상소[4633](예외; '명시하지 않은 일부 청구'에 관한 전부 승소 채권자의 청구 확장을 위한 항소[4634]), 재판의 누락 부분(선택적·예비적 병합의 경우에는 '판단 누락'된 청구 부분이 상소심으로 이심되고 상소심의 심판 범위가 되므로, '재판의 누락'에 해당하지 않는다[4635])에 대한 상소,[4636] 항소심의 심판대상이 되지 않아 항소심이 판결하지 않은 부분에 대한 상고(일부 인용의 1심판결에 불복하지 않은 당사자의 2심판결에 대한 상고),[4637] 사망자가 당사자인 당연무효

4633) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결; "항소의 이익은 상소요건으로서 법원의 직권조사사항 … 상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여서만 제기할 수 있는 것이고, 재판이 상소인에게 불이익한 것인지는 재판의 주문을 표준으로 하여 상소제기 당시를 기준으로 판단하여야 한다." ☞ '상소이익의 판단기준'에 관한 '형식적 불복설'의 입장

4634) ❶ 2010두14534; "가분채권에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 그것이 나머지 부분을 유보하고 일부만 청구하는 것이라는 취지를 명시하지 아니한 경우에는 그 확정판결의 기판력은 나머지 부분에까지 미치는 것이어서 별소로써 나머지 부분에 관하여 다시 청구할 수는 없는 것이므로, 일부 청구에 관하여 전부 승소한 채권자는 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소가 허용되지 아니한다면 나머지 부분을 소구할 기회를 상실하는 불이익을 입게 된다 할 것이고, 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 전부 승소한 판결에 대해서도 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소의 이익을 인정함이 상당하다고 할 것이다." ☞ 공익사업을 위해 수용된 토지에 대하여 법 소정의 제소기간 내에 일부청구임을 명시하여 보상금의 증액에 관한 소송을 제기한 경우, 제소기간이 도과한 후에라도 사실심변론종결시까지 나머지 부분의 보상금을 구하는 별소를 제기할 수 있어 청구취지 확장을 위한 항소의 이익을 인정할 필요가 없다고 한 사례. ❷ 91다40696; 원고가 채권자대위소송으로 소유권이전등기의 말소청구를 하면서 피보전권리의 발생원인을 매매계약으로 주장하였으나 원심이 이를 양도담보약정으로 인정하여 원고 승소판결을 선고한 경우 상소의 이익이 없다고 한 사례.

4635) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결; "예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 아니하며, 그럼에도 불구하고 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니하는 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 탈루에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다." ☛ 수개의 청구가 제1심에서 선택적으로 병합되고 그중 어느 하나의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 때에도 제1심이 판단하지 아니한 나머지 청구까지도 항소심으로 이심되어 항소심의 심판 범위가 된다(2011다23040).

4636) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다237339 판결; "판결에는 법원의 판단을 분명하게 하기 위하여 결론을 주문에 기재하도록 되어 있어 재판의 누락이 있는지 여부는 주문의 기재에 의하여 판정하여야 하므로, 판결 이유에 청구가 이유 없다고 설시되어 있더라도 주문에 그 설시가 없으면 특별한 사정이 없는 한 재판의 누락이 있다고 보아야 하며, 재판의 누락이 있으면 그 부분 소송은 아직 원심에 계속 중이어서 상고의 대상이 되지 아니하므로, 그 부분에 대한 상고는 불복의 대상이 존재하지 아니하여 부적법하다."

4637) ❶ 2014다229023; "직권으로 판단한다. 원고의 청구를 일부 기각하는 제1심판결에 대하여 피고는 항소하였으나 원고는 항소나 부대항소를 하지 아니한 경우, 제1심판결의 원고 패소 부분은 피고의 항소로 인하여 항소심으

판결에 대한 상소,[4638] 소 취하, 항소 취하 부분에 대한 상소,[4639] 소송비용의 재판에 대하여 독립한 상소 및 소송대리권 흠결에 따른 소 각하 판결의 당사자를 상대방으로 한 상소[4640] 등 상소대상이 되지 아니하는 부분에 대한 상소는 부적법하여 각하된다. 변호사 선임명령을 받고도 새 기일까지 변호사를 선임하지 아니한 때에는 법원은 결정으로 소 또는 상소를 각하할 수 있다.[4641]

항소 취하(항소의 전부에 대하여 하여야 취하의 효력이 있다)[4642]의 합의가 있는 경우 항소는

로 이심되나, 항소심의 심판대상은 되지 않는다. 항소심이 피고의 항소를 일부 인용하여 제1심판결의 피고 패소 부분 중 일부를 취소하고 그 부분에 대한 원고의 청구를 기각하였다면, 이는 제1심에서의 피고 패소 부분에 한정된 것이며 제1심판결 중 원고 패소 부분에 대하여는 항소심이 판결을 하지 않아서 이 부분은 원고의 상고대상이 될 수 없다. 따라서 원고의 상고 중 상고대상이 되지 아니한 부분에 대한 상고는 부적법하여 이를 각하하여야 한다." ❷ 2010두14534; "원고의 청구를 일부 인용하는 제1심판결에 대하여 원고는 항소하였으나 피고는 항소나 부대항소를 하지 아니한 경우, 제1심판결의 원고 승소 부분은 원고의 항소로 인하여 항소심에 이심은 되었으나, 항소심의 심판대상은 되지 않았다 할 것이고, 따라서 항소심이 원고의 항소를 일부 인용하여 제1심판결의 원고 패소 부분 중 일부를 취소하고 그 부분에 대한 원고의 청구를 인용하였다면, 이는 제1심에서의 원고 패소 부분에 한정된 것이며 제1심판결 중 원고 승소 부분에 대하여는 항소심이 판결을 한 바 없어 이 부분은 피고의 상고대상이 될 수 없다 할 것이고, 항소심에서의 변경판결은 실질적으로는 항소가 이유 있는 부분에 대하여는 항소를 인용하여 제1심판결 중 일부를 취소하고 항소가 이유 없는 부분에 대하여는 항소를 기각하는 일부취소의 판결과 동일한 것인데 다만 주문의 내용이 복잡하게 되는 것을 피하고 주문의 내용을 알기 쉽게 하기 위한 편의상의 요청을 좇은 것에 불과한 것이므로, 원고 일부 승소의 제1심판결에 대하여 아무런 불복을 제기하지 않은 피고는 항소심이 변경판결을 한 경우에도 마찬가지로 제1심판결에서 원고가 승소한 부분에 관하여는 상고를 제기할 수 없다고 할 것이다."

4638) 대법원 2016. 7. 22. 선고 2013다95070 판결(원고 = 사망자), 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결(피고 = 사망자).

4639) ❶ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다42666, 42673 판결; "직권으로 본다. 원심은 피고 1이 … 반소를 취하한 것으로 보고 피고 1의 반소 청구에 관하여는 판결을 하지 아니하였으므로, 피고 1이 반소의 취하 여부에 관하여 원심에 기일지정신청을 하는 등으로 다투는 것은 별론으로 하고, 그에 관하여 상고를 제기하는 것은 그 대상이 없어 부적법하다고 할 것이다." ❷ 대법원 2019. 8. 30. 선고 2018다259541 판결; "민사소송법 제268조 제4항에서 정한 항소취하 간주는 그 규정상 요건의 성취로 법률에 의하여 당연히 발생하는 효과이고 법원의 재판이 아니므로 상고의 대상이 되는 종국판결에 해당하지 아니한다. 항소취하 간주의 효력을 다투려면 민사소송규칙 제67조, 제68조에서 정한 절차에 따라 항소심 법원에 기일지정신청을 할 수는 있으나 상고를 제기할 수는 없다."

4640) 대법원 2016. 6. 17.자 2016마371 결정; "소송대리인에게 대리권이 없다는 이유로 소가 각하되고 민사소송법 제108조의 규정에 의하여 소송대리인이 소송비용 부담의 재판을 받은 경우에는, 일반적인 소송비용 부담의 경우와는 달리 소송비용을 부담하는 자가 본안의 당사자가 아니어서 소송비용의 재판에 대하여 독립한 상소를 금지하는 민사소송법 제391조, 제425조, 제443조의 규정이 적용된다고 볼 것은 아니라고 할 것이나, 위 소송비용 부담의 재판에 의하여 소송대리인이 소송의 당사자가 되는 것은 아니고 법원으로서도 당사자 사이에서 분쟁에 관하여 재판을 한 것이라고 할 수 없으므로 당사자 등을 상대방으로 한 항소나 상고를 제기할 수는 없고, 소송대리인으로서는 자신에게 비용부담을 명한 재판에 대하여 그 재판의 형식에 관계없이 즉시항고나 재항고에 의하여 불복할 수 있다."

4641) 민소법 제144조 ④. 항소심의 경우 불이익한 제1심판결이 확정되는 결과를 가져오므로 법원은 변호사선임명령을 할 것인지 여부를 더 신중하게 판단할 필요가 있고, 소송구조를 통하여 소송관계를 분명하게 할 수 있는 사안인지도 아울러 살필 필요가 있다(대법원 2023. 12. 14.자 2023마6934 결정).

4642) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다241249 판결; "항소의 취하는 항소의 전부에 대하여 하여야 하고 항소의 일부 취하는 효력이 없으므로 병합된 수개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소에서 그중 일부 청구에 대한 불복신청을 철회하였다 하더라도 그것은 단지 불복의 범위를 감축하여 심판의 대상을 변경하는 효과를 가져오는 것에 지나지 아니하고, 항소인이 항소심의 변론종결시까지 언제든지 서면 또는 구두진술에 의하여 불복의 범위를 다시 확장할 수 있는 이상 항소 그 자체의 효력에 아무런 영향이 없다."

부적법하여 각하됨이 원칙이나, 항소심에서 청구의 교환적 변경이 적법하게 이루어진 경우, 항소심은 1심판결이 있음을 전제로 한 항소각하 판결을 할 수 없고, 사실상 1심으로서 새로운 청구의 당부를 판단하여야 한다.[4643]

항소장의 방식 위배, 인지액 미납부,[4644] 피항소인에 대한 항소장 부본 송달불능[4645]에 대한 항소심재판장의 보정명령에 대하여 흠을 보정하지 아니한 때나 항소기간 도과 후에 항소장을 제출한 경우,[4646] '항소장 송달 전'까지는 재판장의 명령으로 항소장을 각하하지만, '항소장 송달 이후'에는 법원이 판결로 항소를 각하한다.[4647] 제1심법원이 항소장 각하명령에 관한 항고에 정당한 이유가 있다고 인정하여 재판을 경정한 경우, 그로 인해 불이익을 받는 상대방 당사자는 그 경정재판에 대하여 다시 즉시항고로 불복할 수 있다.[4648]

4643) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결; "당사자 사이에 항소취하의 합의가 있는데도 항소취하서가 제출되지 않는 경우 상대방은 이를 항변으로 주장할 수 있고, 이 경우 항소심법원은 항소의 이익이 없다고 보아 그 항소를 각하함이 원칙이다. … 항소심에서 청구의 교환적 변경 신청이 있는 경우 그 시점에 항소취하서가 법원에 제출되지 않은 이상 법원은 특별한 사정이 없는 한 민사소송법 제262조에서 정한 청구변경의 요건을 갖추었는지에 따라 허가 여부를 결정하면 된다. 항소심에서 청구의 교환적 변경이 적법하게 이루어지면, 청구의 교환적 변경에 따라 항소심의 심판대상이었던 제1심판결이 실효되고 항소심의 심판대상은 새로운 청구로 바뀐다. 이러한 경우 항소심은 제1심판결이 있음을 전제로 한 항소각하 판결을 할 수 없고, 사실상 제1심으로서 새로운 청구의 당부를 판단하여야 한다."

4644) 인지액을 송달료로 잘못 납부한 상소인에게는 원심재판장이 석명을 구하고 다시 인지를 보정할 수 있는 기회를 부여해야 하고, 곧바로 상소장을 각하하는 것은 위법하다(대법원 2021. 3. 11.자 2020마7755 결정). 재판장은 상소 제기 권한을 받은 소송대리인에게 인지의 보정을 명할 수 있고, 각하명령 원본이 법원사무관 등에게 교부되어 각하명령이 성립한 이상 당사자에게 고지되기 전에 부족 인지를 보정하였다 하여 각하명령이 위법한 것으로 되거나 재도의 고안에 의하여 취소할 수 있는 것은 아니다(2013마670). 소송대리인이 상소 제기에 관하여 특별한 권한을 따로 받았다고 하더라도, 실제로 소송대리인이 아닌 당사자 본인이 상고장을 작성하여 제출한 경우에는 소송대리인에게 상소장과 관련한 보정명령을 수령할 권능이 없으므로, 원심재판장이 소송대리인에게 보정명령을 송달한 것은 부적법한 송달이어서 그 송달의 효력이 발생하지 아니한다(대법원 2024. 1. 11.자 2023마7122 결정).

4645) 항소심에서 항소장 부본을 송달할 수 없는 경우 항소심재판장은 민사소송법 제402조 제1항, 제2항에 따라 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하도록 명하여야 하고, 항소인이 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하지 아니한 때에는 명령으로 항소장을 각하하여야 한다(대법원 2021. 4. 22.자 2017마6438 전원합의체 결정의 다수의견).

4646) 민사소송법 제402조(항소심재판장등의 항소장심사권) 제1, 2항 참조.

4647) 대법원 2020. 1. 30.자 2019마5599, 5600 결정; "항소심재판장은 항소장 부본을 송달할 수 없는 경우 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명해야 하고, 항소인이 이를 보정하지 않으면 항소장 각하명령을 해야 한다(민사소송법 제402조 제1항, 제2항 참조). 이러한 항소심재판장의 항소장 각하명령은 항소장 송달 전까지만 가능하다. 따라서 항소장이 피항소인에게 송달되어 항소심법원과 당사자들 사이의 소송관계가 성립하면 항소심재판장은 더 이상 단독으로 항소장 각하명령을 할 수 없다. … 독립당사자참가소송은 … 세 당사자들에 대해서는 하나의 종국판결을 선고하여 합일적으로 확정될 결론을 내려야 하고, 이러한 본안판결에 대해 일방이 항소한 경우 제1심판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생긴다. 이처럼 항소심재판장이 단독으로 하는 항소장 각하명령에는 시기적 한계가 있고 독립당사자참가소송의 세 당사자들에 대하여는 합일적으로 확정될 결론을 내려야 하므로, 독립당사자참가소송의 제1심 본안판결에 대해 일방이 항소하고 피항소인 중 1명에게 항소장이 적법하게 송달되어 항소심법원과 당사자들 사이의 소송관계가 일부라도 성립한 것으로 볼 수 있다면, 항소심재판장은 더 이상 단독으로 항소장 각하명령을 할 수 없다."

4648) 대법원 2023. 7. 14.자 2023그585, 586 결정.

결정이 성립한 상태(결정 원본이 법원사무관 등에게 교부됨으로써 결정법원이 더 이상 그 결정을 취소·변경할 수 없게 된 상태)에서 제기된 항고는 적법하나, 아직 결정이 성립되지 아니하여 그 존재와 내용이 정해지기도 전에 한 항고는 부적법하다.[4649] 가압류결정을 취소하는 제1심결정에 따른 집행취소로 가압류결정에 기한 가압류등기가 이미 말소되었더라도, 가압류취소결정을 취소하는 항고법원의 결정을 집행하는 것이 불가능한 경우가 아니라면 항고의 이익이 있다.[4650]

2. 불요증사실

재판상 자백 사실과 현저한 사실은 증명을 필요로 하지 아니한다.[4651]

가. 재판상 자백

1) 재판상 자백의 성립과 효과

재판상의 자백은, ① '변론기일 또는 변론준비기일'에서[4652] ② 상대방의 주장과 일치하면서 ③ 자기에게 '불리'한 ④ '사실'을 진술하는 것을 말한다.[4653] 일단 재판상의 자백이 성립하면 그것이 적법하게 취소되지 않는 한 법원도 이에 기속되는 것이므로, 법원은 당사자 사이에 다툼이 없는 사실에 관하여 성립된 자백과 배치되는 사실을 증거

4649) 대법원 2014. 10. 8.자 2014마667 전원합의체 결정의 다수의견; "판결과 달리 선고가 필요하지 않은 결정이나 명령(이하 '결정'이라고만 한다)과 같은 재판은 그 원본이 법원사무관등에게 교부되었을 때 성립한 것으로 보아야 하고, 일단 성립한 결정은 그 취소 또는 변경을 허용하는 별도의 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 결정법원이라도 이를 취소·변경할 수 없다. 또한 결정법원은 즉시항고가 제기되었는지 여부와 관계없이 일단 성립한 결정을 당사자에게 고지하여야 하고 그 고지는 상당한 방법으로 가능하며(민사소송법 제221조 제1항), 재판기록이 항고심으로 송부된 이후에는 항고심에서의 고지도 가능하므로 결정의 고지에 의한 효력 발생이 당연히 예정되어 있다. 일단 결정이 성립하면 당사자가 법원으로부터 결정서를 송달받는 등의 방법으로 결정을 직접 고지받지 못한 경우라도 결정을 고지받은 다른 당사자로부터 전해 듣거나 기타 방법에 의하여 결론을 아는 것이 가능하여 본인에 대해 결정이 고지되기 전에 불복 여부를 결정할 수 있다. 그럼에도 이미 성립한 결정에 불복하여 제기한 즉시항고가 항고인에 대한 결정의 고지 전에 이루어졌다는 이유만으로 부적법하다고 한다면, 항고인에게 결정의 고지 후에 동일한 즉시항고를 다시 제기하도록 하는 부담을 지우는 것이 될 뿐만 아니라 이미 즉시항고를 한 당사자는 그 후 법원으로부터 결정서를 송달받아도 다시 항고할 필요가 없다고 생각하는 것이 통상의 경우이므로 다시 즉시항고를 제기하여야 한다는 것을 알게 되는 시점에서는 이미 즉시항고기간이 경과하여 회복할 수 없는 불이익을 입게 된다. 이와 같은 사정을 종합적으로 고려하면, 이미 성립한 결정에 대하여는 그 결정이 고지되어 효력을 발생하기 전에도 그 결정에 불복하여 항고할 수 있다고 보는 것이 타당하다."

4650) 대법원 2022. 4. 28.자 2021마7088 결정.

4651) **민사소송법 제288조(불요증사실)** 법원에서 당사자가 자백한 사실과 현저한 사실은 증명을 필요로 하지 아니한다. 다만, 진실에 어긋나는 자백은 그것이 착오로 말미암은 것임을 증명한 때에는 취소할 수 있다.

4652) 증거조사의 방법 중의 하나인 당사자본인신문 결과 중에 당사자의 진술로서 상대방의 주장사실과 일치되는 것이 나왔다고 하더라도 그것은 재판상 자백이 될 수 없고(78다879), 관련 사건인 다른 소송에서의 당사자의 주장은 재판상 자백으로서의 구속력이 없다(96다31116).

4653) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다267900 판결(자백은 명시적인 진술이 있는 경우에 인정되는 것이 보통이지만, 자백의 의사를 추론할 수 있는 행위가 있으면 묵시적으로 자백을 한 것으로 볼 수도 있다. 다만 상대방의 주장에 단순히 침묵하거나 불분명한 진술을 하는 것만으로는 자백이 있다고 인정하기에 충분하지 않다).

에 의하여 인정할 수 없다.[4654]

위 ③ 요건과 관련하여, 자백의 대상인 '사실'은 자신의 자백에 의해 상대방의 증명책임이 면제되므로 자기에게는 불리하게 되는 '상대방이 증명책임을 지는 사실'에 한하는 것(증명책임설)이 아니라, 그 사실을 바탕으로 판결이 나게 되면 패소될 가능성이 있는 경우로서 '자기에게 증명책임이 있는 사실'도 포함한다(패소가능성설).[4655]

위 ④ 요건과 관련하여, 자백이 성립하는 대상은 법률 적용의 전제가 되는 '주요사실'에 한정되고('간접사실'에 대한 자백은 법원이나 당사자를 구속하지 않는다), 사실에 대한 '법적 판단이나 평가' 또는 '적용할 법률'이나 '법적 효과'는 자백의 대상이 되지 않는다.[4656] 소송물의 전제 문제가 되는 권리관계나 법률효과를 인정하는 진술은 '권리자백'으로서 법원을 기속하지 않고, 상대방의 동의 없이 자유로이 철회할 수 있다.[4657]

4654) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다84288, 84295 판결 등.

4655) 대법원 1993. 9. 14. 선고 92다24899 판결; "원고들이 소유권확인을 구하고 있는 이 사건에서 원고들의 피상속인인 위 김OO 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 것이라는 점은 **원래 원고들이 입증책임을 부담할 사항**이지만 위 소유권이전등기를 마치지 않았다는 사실을 원고들 스스로 자인한 바 있고 이를 피고가 원용한 이상 이 점에 관하여는 **자백이 성립**한 결과가 되었다고 할 것이고 따라서 원고들로서는 그 자백이 진실에 반하고 착오로 인한 것임을 입증하지 않은 이상 함부로 이를 취소할 수 없다고 보아야 할 것이다."

4656) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013다81514 판결; 원고는 사건 운송계약이 몬트리올 협약의 적용대상이라고 주장하였고, 피고도 '이 사건 몬트리올 협약 내용 중 책임제한 적용에 대해서는 이의가 없다.'라고 진술한 바가 있으나, 이는 사건에 적용할 준거법 내지 법적 판단 사항에 대한 의견에 해당할 뿐 자백의 대상에 관한 진술이라고는 할 수 없다고 하고, 나아가 "당사자 자치의 원칙에 비추어 계약 당사자는 어느 국제협약을 준거법으로 하거나 그중 특정 조항이 당해 계약에 적용된다는 합의를 할 수 있고 그 합의가 있었다는 사실은 자백의 대상이 될 수 있지만, 소송절차에서 비로소 당해 사건에 적용할 규범에 관하여 쌍방 당사자가 일치하는 의견을 진술하였다고 해서 이를 준거법 등에 관한 합의가 성립된 것으로 볼 수는 없다. 소송대리인이 그러한 합의를 하려면 소송대리권의 수여 외에 별도로 정당한 수권이 있어야 함은 물론이다. 그러므로 설사 원심에 이르기까지 원고와 피고 사이에 이 사건 운송계약에 관한 분쟁에 몬트리올 협약을 적용하는 데 대하여 이견이 없었다고 볼 여지가 있다고 하더라도, 규범체계로 볼 때 이 사건 운송계약이 위 협약에서 정한 적용대상에 해당하지 않는 이상 이를 근거로 하여 손해배상책임의 범위 등을 판단할 수는 없다."고 판시한 사례.

4657) 판례는, '이행불능에 관한 주장은 법률적 효과에 관한 진술을 한 것에 불과하고 사실에 관한 진술을 한 것이라고는 볼 수 없으므로 그 진술은 자유로이 철회할 수 있고 법원도 이에 구속되지 않는다 할 것인바, 따라서 자백의 취소에 관한 규정이 적용될 여지가 없다'고 하고(90다7104), 인신사고로 인한 손해배상청구사건에 있어 노동능력상실 비율이나 후유장해등급(2005다5485), 기대여명(대법원 2018. 10. 4. 선고 2016다41869 판결)은 자백의 대상이 된다고 한다.

법정변제충당의 순서를 정함에 있어 기준이 되는 이행기나 변제이익에 관한 사항 등은 구체적 사실로서 자백의 대상이 될 수 있으나, 법정변제충당의 순서 자체는 법률 규정의 적용에 의하여 정하여지는 법률상의 효과여서 그에 관한 진술이 비록 그 진술자에게 불리하더라도 이를 자백이라고 볼 수는 없다(90다카7262).

법률상 유언이 아닌 것을 유언이라고 시인하였다 하여 그것이 곧 유언이 될 수 없고 이와 같은 진술은 민사소송법상의 자백이 될 수가 없다(2000다66430,66447).

그 밖에, ① 피고 법인은 원고들이 피고 법인의 근로자의 지위에 있었다는 점에 다툼이 없다고 진술하였으므로, 원고들이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고 법인에 근로를 제공하였다는 점에 대하여는 피고 법인의 재판상의 자백이 성립되었다고 보아야 할 것이고, 그 후 피고 법인이 원고들은 피고 법인의 정규 근로자가 아니라 시간제 근로자라거나 피고 법인의 교직원이 아니라는 등의 주장을 하는 것은 단순히 원고들과 피고 법인 사이의 근로관계에 관한 법률적 평가를 여러 가지로 바꾸어 주장하는 것에 지나지 아니하여 이를 자백의 취소로 볼 것은 아니라고 한 사례(2007다87061), ② 피고가 매매계약이 원고에 의하여 해제되었다고 자백하였다 할지라도 이를 철회한 이상 계약해제의 효과가 생긴 것이라고 할 수 없다고 한 사례(80다851), ③ 망 소외 3이 혼인 외의 자라고 한 원고의 주장은 부모의 혼인신고 전에 출생하였으니 혼인 외의 자라고 하는 하나의

직권조사사항은 자백의 대상이 될 수 없다.[4658]

'선행자백'[4659]도 재판상 자백의 일종(어느 일방 당사자가 상대방이 주장하기도 전에 스스로 자신에게 불리한 사실을 진술한 것을 '자인 진술'이라 하고 이는 '선행자백'과는 구별된다)으로서[4660] 법원은 그 자백에 구속되어 그에 저촉되는 사실을 인정할 수 없다.[4661]

당사자가 주장하는 '법률효과'가 동일하다고 하더라도 그 주장하는 '법률요건'이 다를 때에는 당사자 사이에 법률관계에 관한 다툼이 없다고 볼 수 없다.[4662]

법률적 견해의 표명에 지나지 아니하고 원고가 혼인식만 거행하면 법률상 혼인으로 인정하고 있던 그 당시의 혼인성립의 방식을 모르고 혼인신고를 하여야 법률상 혼인이 성립되는 것으로 잘못 알고 법률상 혼인 외의 자가 아닌 것을 혼인 외의 자라고 시인하였다 하여 망 소외 3이 혼인 외의 자로 될 수 없는 것이므로 원고의 위와 같은 주장은 이른바 권리자백에 속하는 것이라고 한 예(79다62), ④ 월급 금액으로 정한 통상임금을 시간급 금액으로 산정하는 방법에 관한 당사자의 주장은 자백의 대상이 되는 사실에 관한 진술이라 할 수 없다고 한 사례(2013다74363) 등이 있다.

4658) 대법원 2002. 5. 14. 선고 2000다42908 판결.

4659) ○ 대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결; "재판상 자백의 일종인 이른바 '선행자백'은 당사자 일방이 자진하여 자기에게 불리한 사실상의 진술을 한 후 그 상대방이 이를 원용함으로써 그 사실에 관하여 당사자 쌍방의 주장이 일치함을 요하므로 그 일치가 있기 전에는 전자의 진술을 선행자백이라 할 수 없고, 따라서 일단 자기에게 불리한 사실을 진술한 당사자도 그 후 상대방의 원용이 있기 전에는 그 자인한 진술을 철회하고 이와 모순되는 진술을 자유로이 할 수 있으며 이 경우 앞의 자인사실은 소송자료로부터 제거된다."
○ 대법원 2018. 8. 1. 선고 2018다229564 판결; "당사자 일방이 한 진술에 잘못된 계산이나 기재, 기타 이와 비슷한 표현상의 잘못이 있고, 그 잘못이 분명한 경우에는 비록 상대방이 이를 원용하였다고 하더라도 당사자 쌍방의 주장이 일치한다고 할 수 없으므로 자백(선행자백)이 성립할 수 없다."

4660) '자인 진술'을 '선행자백'으로 보는 견해도 있으나, 판례는, 상대방의 원용이나 일치된 진술이 있기 전의 '자인 진술'을 '선행자백'으로 보지 아니한다.

4661) 대법원 1992. 8. 18. 선고 92다5546 판결; 원고가, 피고의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하고 계약금의 배액을 위약금으로 청구하는 소장에 의하여 원고와 피고가 위 매매계약 체결 당시 계약금을 위약금으로 하기로 특별히 약정하였다는 취지의 구체적인 사실을 진술하였고, 이에 대하여 피고가 준비서면을 통하여, 원고의 중도금 지급의무불이행을 이유로 위 매매계약을 해제하였으므로 원고로서는 위 위약금의 약정에 따른 위약금을 청구할 수 없음은 물론 계약금의 반환도 청구할 수 없다는 취지로 주장함으로써, 위 매매계약 체결 당시 계약금을 위약금으로 하기로 특별히 약정하였다는 점에 관한 한 원고의 진술과 일치되는 취지의 사실을 진술하였고, 그 후 원고가 최종 변론기일에서 "피고 주장대로 계약이 해제되었더라도 계약금은 반환되어야 한다"고 주장할 때까지, 원·피고 쌍방이 모두 위약금의 약정이 있었던 사실을 전제로 하여 서로 위 매매계약이 이행되지 아니한 책임이 상대방에게 있다는 주장만을 되풀이하면서 입증도 그점에 관하여만 하여 왔다면, 위 매매계약 체결 당시 계약금을 위약금으로 하기로 특별히 약정한 사실에 관하여 재판상 자백이 성립되었으므로, 원심으로서는 그 자백에 저촉되는 사실을 인정할 수 없음에도, 원심이 계약금을 위약금으로 하기로 하는 원·피고간의 특약이 있었다는 사실을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로, 원·피고 사이에 위약금의 약정이 있었다는 피고의 주장을 배척한 것은 재판상 자백의 성립 및 효력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.

4662) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다256968, 256975 판결; "법률관계, 특히 권리 또는 의무의 발생, 변경, 소멸이라는 법률효과는 그 원인 되는 법률요건이 충족될 경우에 그 결과로서 생긴다. 따라서 당사자가 주장하는 법률효과가 동일하다고 하더라도 그 주장하는 법률요건이 다를 때에는 당사자 사이에 법률관계에 관한 다툼이 없다고 볼 수 없다." ☜ **원심**이, 원고가 피고의 계약위반을 이유로 전속계약을 해지하였으므로 원·피고 사이의 전속계약의 효력이 존재하지 아니함의 확인을 구하는 원고의 본소에 관하여, 피고가 소송 중에 준비서면의 송달로써 원고의 계약위반을 이유로 전속계약을 해지한다고 통지한 사실은 기록상 명백하므로 전속계약의 효력이 존재하지 않는다는 점에 관하여는 다툼이 없게 되었고, 따라서 전속계약의 효력의 존부에 관한 한 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 위험이나 불안이 있다고 볼 수 없다는 이유로 본소가 확인의 이익이 없어 부적법하다고 판단하였으나, **대법원**은, 본소에서 원고의 주장은 피고의 계약위반을 이유로 한 전속계약 해지를 전제로 전속계약의 효력이 존재하지 않는다는 것인데 비하여, 피고는 피고의 계약위반을 부인하며 오히려 원고의 계약위반을 주장하고 있으므로, 원고가 주장하는 바와 같은 경위로 전속계약의 효력이 존재하지 않게 되었다는 데에 다툼이 없다고 할 수 없다 하여, 원심 판단에는 확인의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결에

행정소송에서도 원칙적으로 변론주의가 적용되고, 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 민사소송법상 자백에 관한 법칙이 적용된다.[4663]

직권주의가 강화되어 있는 민사집행법하에서 집행에 관한 이의의 성질을 가지는 '강제경매 개시결정에 대한 이의'나 '임의경매 개시결정에 대한 이의'의 재판절차에서는 민사소송법상 재판상 자백이나 의제자백에 관한 규정이 준용되지 아니한다.[4664]

2) 재판상 자백의 취소

자백을 취소하는 당사자는 상대방의 동의가 없는 경우[4665]에는 ① '자백이 진실에 어긋난다는 것'과 ② '자백이 착오로 말미암은 것'임을 증명하여야 한다.[4666]

법률심인 상고심에 이르러서는 원심에서 한 자백을 취소할 수 없다.[4667]

재판상 자백이 성립한 후 청구를 교환적으로 변경함으로써 원래의 주장사실을 철회한 경우, 이미 성립되었던 피고의 자백도 그 대상이 없어짐으로써 효력이 소멸된다.[4668]

영향을 미친 잘못이 있다고 판단한 사례.

4663) 대법원 1992. 8. 14. 선고 91누13229 판결.

4664) 대법원 2015. 9. 14.자 2015마813 결정; "민사집행법 제23조 제1항은 '이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사집행 및 보전처분의 절차에 관하여는 민사소송법의 규정을 준용한다.'고 규정하고 … 있음은 재항고인의 주장과 같다. 그러나 위 민사집행법 제23조 제1항은 민사집행절차에 관하여 민사집행법에 특별한 규정이 없으면 성질에 반하지 않는 범위 내에서 민사소송법의 규정을 준용한다는 취지라 할 것인데, 집행절차상 즉시항고 재판에 관하여 변론주의의 적용이 제한됨을 규정한 민사집행법 제15조 제7항 단서 등과 같이 직권주의가 강화되어 있는 민사집행법하에서 민사집행법 제16조의 집행에 관한 이의의 성질을 가지는 강제경매 개시결정에 대한 이의의 재판절차에 있어서는 민사소송법상 재판상 자백이나 의제자백에 관한 규정은 준용되지 아니한다고 할 것이고, 이는 민사집행법 제268조에 의하여 담보권실행을 위한 경매절차에도 준용되므로 경매개시결정에 대한 형식적인 절차상의 하자를 이유로 한 임의경매 개시결정에 대한 이의의 재판절차에서도 민사소송법상 재판상 자백이나 의제자백에 관한 규정은 준용되지 아니한다고 할 것이다."

4665) 재판상 자백의 취소는 반드시 명시적으로 하여야만 하는 것은 아니고 종전의 자백과 배치되는 사실을 주장함으로써 묵시적으로도 할 수 있으며, 또한 자백은 사적 자치의 원칙에 따라 당사자의 처분이 허용되는 사항에 관하여 그 효력이 발생하는 것이므로, 일단 자백이 성립되었다고 하여도 그 후 그 자백을 한 당사자가 위 자백을 취소하고 이에 대하여 상대방이 이의를 제기함이 없이 동의하면 반진실, 착오의 요건은 고려할 필요 없이 자백의 취소를 인정하여야 할 것이나, 위 자백의 취소에 대하여 상대방이 아무런 이의를 제기하고 있지 않다는 점만으로는 그 취소에 동의하였다고 볼 수는 없다(94다22897).

4666) 진실에 어긋난다는 사실에 대한 증명은 그 반대되는 사실을 직접증거에 의하여 증명함으로써 할 수 있지만, 자백 사실이 진실에 어긋남을 추인할 수 있는 간접사실의 증명에 의하여도 가능하고, 진실에 어긋남이 증명되었다고 하여 착오로 말미암은 자백으로 추정되는 것은 아니지만, 그 자백이 진실에 어긋남이 증명된 경우라면 변론 전체의 취지에 의하여 그 자백이 착오로 말미암은 것이라는 점을 인정할 수 있다(2000다23013).

4667) 대법원 1998. 1. 23. 선고 97다38305 판결.

4668) 대법원 1997. 4. 22. 선고 95다10204 판결; '피고가 제1심에서 토지의 소유권 일부 이전등기가 원인 없이 이루어졌다는 원고의 주장사실을 인정함으로써 자백이 성립된 후, 소변경신청서에 의하여 그 등기가 원인 없이 이루어졌다는 기존의 주장사실에 배치되는 명의신탁 사실을 주장하면서 청구취지 및 청구원인을 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기를 구하는 것으로 교환적으로 변경함으로써 원래의 주장사실을 철회한 경우, 이미 성립되었던 피고의 자백도 그 대상이 없어짐으로써 소멸되었고, 나아가 그 후 피고가 위 자백내용과 배치되는 주장을 함으로써 그 진술을 묵시적으로 철회하였다고 보이는 경우, 원고들이 이를 다시 원용할 수도 없게 되었고, 원고들이 원래의 원인무효 주장을 예비적 청구원인 사실로 다시 추가하였다 하여 자백의 효력이 되살아난다고 볼 수도 없다.'고 판시.

나. 자백간주

자백간주는 ① 당사자가 변론에서 상대방이 주장하는 사실을 명백히 다투지 아니한 때(민사소송법 제150조 제1항),[4669] ② 당사자가 변론기일에 출석하지 아니하는 경우(제3항), ③ 피고가 답변서를 제출하지 아니한 때(제257조 제1항)[4670]에 성립한다.[4671]

다. 현저한 사실

현저한 사실에는 일반인에게 널리 알려진 '공지의 사실'과 '법원에 현저한 사실'이 있다.[4672]

4669) 변론 전체의 취지로 보아 다툰 것으로 인정되는 때에는 자백간주가 성립하지 않는데, 변론 전체의 취지로 보아 다투었다고 볼 것인지는 변론종결 당시까지 당사자가 한 주장 취지와 소송의 경과를 전체적으로 종합해서 판단해야 한다. 자백간주 역시 재판상 자백의 경우와 마찬가지로 상대방의 사실에 관한 주장에 대해서만 적용되고, 법률상의 주장에 대해서는 적용되지 않는다(대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다280781 판결; 명예퇴직수당 차액 계산의 근거로서 봉급 동결이 없었을 경우 퇴직 당시 지급되었어야 할 정당한 봉급월액이 얼마인지에 대한 당사자의 주장은 재판상 자백 또는 자백간주의 대상이 되는 사실에 대한 주장이라고 볼 수 없다고 한 예).

4670) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다255085 판결; "제1심법원이 피고에게 소장의 부본을 송달하였을 때 피고가 원고의 청구를 다투는 경우에는 소장의 부본을 송달받은 날부터 30일 이내에 답변서를 제출하여야 하고(민사소송법 제256조 제1항), 법원은 피고가 답변서를 제출하지 아니한 때에는 청구의 원인이 된 사실을 자백한 것으로 보고 변론 없이 판결할 수 있으나(이하 '무변론판결'이라 한다), 판결이 선고되기까지 피고가 원고의 청구를 다투는 취지의 답변서를 제출한 경우에는 무변론판결을 할 수 없다(같은 법 제257조 제1항). 따라서 제1심법원이 피고의 답변서 제출을 간과한 채 민사소송법 제257조 제1항에 따라 무변론판결을 선고하였다면, 이러한 제1심판결의 절차는 법률에 어긋난 경우에 해당한다. 항소법원은 제1심판결의 절차가 법률에 어긋날 때에 제1심판결을 취소하여야 한다(같은 법 제417조). 따라서 제1심법원이 피고의 답변서 제출을 간과한 채 민사소송법 제257조 제1항에 따라 무변론판결을 선고함으로써 제1심판결 절차가 법률에 어긋난 경우 항소법원은 민사소송법 제417조에 의하여 제1심판결을 취소하여야 한다. 다만 항소법원이 제1심판결을 취소하는 경우 반드시 사건을 제1심법원에 환송하여야 하는 것은 아니므로, 사건을 환송하지 않고 직접 다시 판결할 수 있다."

4671) 제1심에서 피고에 대하여 공시송달로 재판이 진행되어 피고에 대한 청구가 기각되었다고 하여도 피고가 원고 청구원인을 다툰 것으로 볼 수 없으므로, 원고가 항소한 항소심에서 피고가 공시송달이 아닌 방법으로 송달받고도 다투지 아니한 경우에는 민사소송법 제150조의 자백간주가 성립된다(대법원 2018. 7. 12. 선고 2015다36167 판결). 당사자는 변론이 종결될 때까지 어느 때라도 상대방의 주장사실을 다툼으로써 자백간주를 배제시킬 수 있고, 상대방의 주장사실을 다투었다고 인정할 것인가의 여부는 사실심 변론종결 당시의 상태에서 변론의 전체를 살펴서 구체적으로 결정하여야 한다(2004다21305). 일단 자백간주의 효과가 발생한 때에는 그 이후의 기일에 대한 소환장이 송달불능으로 되어 공시송달하게 되었다고 하더라도 이미 발생한 자백간주의 효과가 상실되는 것은 아니다(87다카961).

4672) ❶ 대법원 1996. 7. 18. 선고 94다20051 전원합의체 판결의 다수의견; "**법원에 현저한 사실**이라 함은 법관이 직무상 경험으로 알고 있는 사실로서 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있거나 또는 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실을 말한다. … 직종별임금실태조사보고서와 한국직업사전의 각 존재 및 그 기재 내용을 원심법원에 현저한 사실로 보아서 이를 기초로 피해자인 원고의 일실수입을 산정한 조치는 위 법리에 따른 것으로서 객관적이고 합리적인 방법에 의한 것이라고 보여지므로 옳다." ⇔ 이에 대해 반대의견은, '법원에 현저한 사실이라 함은 판결을 하여야 할 법원의 법관이 직무상 경험으로 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있는 사실을 말하므로, 법관이 직무상 안 사실이라고 하더라도 명확한 기억을 하고 있지 아니하면 법원에 현저한 사실에 속한다고 할 수 없다.'라고 하여 다수의견에 반대하였다. ❷ 대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결의 다수의견; '일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람은 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다.' ☛ 도시 일용근로자의 월 가동일수는 20일을 초과하여 인정하기 어렵다(대법원 2024. 4. 25. 선고 2020다271650 판결). ❸ 대법원 1999. 12. 7. 선고 99다41886 판결; "통계청이 정기적으로 조사·작성하는 한국인의 생명표에 의한

3. 서 증

서증은 문서에 표현된 작성자의 의사를 증거자료로 하여 요증사실을 증명하려는 증거방법이므로 우선 그 문서가 증거신청당사자에 의하여 작성자로 주장되는 자의 의사에 기하여 작성된 것(형식적 증거력)임이 밝혀져야 하고, 이러한 형식적 증거력이 인정된 다음 비로소 작성자의 의사가 요증사실의 증거로서 얼마나 유용하느냐에 관한 실질적 증명력이 판단된다.[4673]

가. 서증의 형식적 증거력

1) 인정방법

문서의 진정성립에 다툼이 없다면 당연히 형식적 증거력이 인정된다.[4674] 상대방이 '부인' 또는 '부지'로 인부하여 문서의 진정성립에 다툼이 있는 경우, 제출자가 성립의 진정(형식적 증거력)을 증명하여야만 증거로 삼을 수 있다. 민사소송법 제356조 이하의 추정규정이 적용되는 때에는 그에 의하여 진정성립이 추정되나, 그 밖의 경우에는 제출자가 이를 증명하여야 한다.

2) 공문서의 진정성립 추정

문서의 방식과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것이라고 인정될 때에는 진정한 공문서로 추정되고,[4675] 이는 외국의 공공기관이 작성한 것으로 인정한 문서에도 준용된다(민소법 제356조 제1, 3항).[4676] 따라서 문서의 방식과 취지에 의하여 공무원이 직무

남녀별 각 연령별 기대여명은 법원에 현저한 사실이므로 불법행위로 인한 피해자의 일실 수입 등 손해액을 산정함에 있어 기초가 되는 피해자의 기대여명은 당사자가 제출한 증거에 구애됨이 없이 그 손해 발생 시점과 가장 가까운 때에 작성된 생명표에 의하여 확정할 수 있는 것" ❹ 대법원 2019. 8. 9. 선고 2019다222140 판결; "피고와 제3자 사이에 있었던 민사소송의 확정판결의 존재를 넘어서 그 판결의 이유를 구성하는 사실관계들까지 법원에 현저한 사실로 볼 수는 없다. 민사재판에 있어서 이미 확정된 관련 민사사건의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되지만, 당해 민사재판에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 확정된 관련 민사사건 판결의 사실인정을 그대로 채용하기 어려운 경우에는 합리적인 이유를 설시하여 이를 배척할 수 있다는 법리도 그와 같이 확정된 민사판결 이유 중의 사실관계가 현저한 사실에 해당하지 않음을 전제로 한 것이다."

4673) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다66133 판결.

4674) 문서의 성립에 관한 자백은 보조사실에 관한 자백이기는 하나 그 취소에 관하여는 다른 간접사실에 관한 자백취소와는 달리 주요사실의 자백취소와 동일하게 처리하여야 할 것이므로 문서의 진정성립을 인정한 당사자는 자유롭게 이를 철회할 수 없고(88다카3083), 이는 문서에 찍힌 인영의 진정함을 인정하였다가 나중에 이를 철회하는 경우에도 마찬가지이다(2001다5654).

4675) 공증인이나 공증사무취급이 인가된 합동법률사무소, 법무법인의 구성원인 변호사가 촉탁인 또는 대리촉탁인의 신청에 의하여 자신이 직접 청취한 진술, 그 목도한 사실, 기타 실험한 사실을 기재한 공증에 관한 문서(공증인법 제25조 이하 참조)는 보고문서로서 공문서라 할 것이므로, 민사소송법 제356조 제1항에 의하여 그 진정성립이 추정된다(94누2046).

4676) ❶ 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다205373 판결; "당사자가 외국의 공문서라고 하여 제출한 문서가 진정한 공문서로 추정되기 위하여는 제출한 문서의 방식이 외관상 외국의 공공기관이 직무상 작성하는 방식에 합치되

상 작성한 것이라고 인정되면, 그 진정성립을 다투는 측이 위조, 변조 등의 사실을 증명하여야 한다(다른 특별한 사정에 관한 설시 없이 공문서의 진정성립을 부정할 수는 없다).[4677]

3) 사문서의 진정성립

사문서는 그것이 진정한 것임을 증명하여야 하는데(민소법 제357조), 그 증명방법으로는 다음과 같은 것들이 있다.[4678]

가) 진정성립의 추정

사문서는 본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인이 있는 때[4679]에는 진정한 것으로 추정한다(민소법 제358조).

사문서의 작성명의인이 스스로 당해 사문서에 서명·날인·무인하였음을 인정하는 경우, 즉 인영 부분 등의 성립을 인정하는 경우[4680]에는 '반증'으로 그러한 추정이 번복되는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 그 문서 전체에 관한 진정성립이 추정된다.[4681]

문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라는 점, 즉 인영의 동일성이 인정되면[4682] 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임이 사실상 추정되고,[4683] 일단 인영의 진정성립이 추정되

어야 하고, 문서의 취지로부터 외국의 공공기관이 직무상 작성한 것이라고 인정되어야 한다. 법원은 이러한 요건이 충족되는지의 여부를 심사할 때 해당 공문서를 작성한 외국에 소재하는 대한민국 공관의 인증이나 확인을 거치는 것이 바람직하지만 이는 어디까지나 자유심증에 따라 판단할 문제이므로 다른 증거와 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수도 있다." ❷ 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013두14269 판결; "현실적으로 공문서의 진정성립을 증명할 만한 증거를 확보하기 곤란한 경우가 많은 난민신청자가 제출한 외국의 공문서의 경우, 반드시 엄격한 방법에 의하여 진정성립이 증명되어야 하는 것은 아니지만, 적어도 문서의 형식과 내용, 취득 경위 등 제반 사정에 비추어 객관적으로 외국의 공문서임을 인정할 만한 상당한 이유가 있어야 한다."

4677) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다292244 판결; "민사소송법 제356조 제1항은 … 규정하고 있으나, 위조 또는 변조 등 특별한 사정이 있다고 볼 만한 반증이 있는 경우에는 위와 같은 추정은 깨어진다."

4678) 문서에 대한 진정성립의 인정 여부는 법원이 모든 증거자료와 변론 전체의 취지에 터 잡아 자유심증에 따라 판단하는 것이고, 사문서의 진정성립에 관한 증명 방법에 관하여는 특별한 제한이 없으나 그 증명 방법은 신빙성이 있어야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2009다10980 판결 등).

4679) 여기서 '서명이나 날인 또는 무인이 있는 때'라 함은 문서에 형식적인 서명 등이 존재하는 것을 뜻하는 것이 아니라, 본인이나 대리인의 의사에 기한 서명행위 등이 행하여진 사실이 있는 것을 뜻한다.

4680) 상대방은 '날인사실 인정' 또는 '인영부분 성립인정'이라고 인부하게 되고, 이는 '인영부분 인정'과는 다른 것이다.

4681) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다11406 판결.

4682) 인영의 동일성을 인정하는 경우 그 인부는 '인영부분 인정'으로 하게 된다.

4683) ◎ **인영의 진정성립에 관한 석명의무**; ❶ 작성명의자인 당사자가 '부지'라고 답변한 서증의 인영이 그 당사자가 진정성립을 인정한 다른 서증에 찍혀 있는 당사자 명의의 인영과 같은 것으로 보이는 경우, 법원으로서는 이 서증이 진정한 것인지의 여부에 관하여 '부지'라고 답변하였다고 하여 바로 형식적 증거력을 배척할 것이 아니라, 위 당사자에게 위 서증에 찍혀 있는 당사자 명의의 인영이 본인의 인장에 의하여 찍혀진 것인지의 여부 등을 따져 보아 그 인영 부분이 진정하게 성립한 것인지의 여부를 석명한 다음, 그 결과에 따라 상대편으로 하여금 인영의 대조 등에 의하여 위 서증의 진부를 증명할 수 있는 기회를 주는 등의 방법으로, 심리를 더 하여 보아야 한다(91다30712). ❷ 매매계약서 중 일부 내용의 변조 여부가 다투어지는 경우 매도인이 그 성립을 부인한다고 하더라도, 법원으로서는 의당 그 서증의 인부를 함에 있어서 매도인의 인영날인 사실까지 부인하는지 여부를 석명하여 매도인이 그 인영의 진정을 인정한다면 그 진정성립이 추정되는 것이므로, 그 이후에

면 민사소송법 제358조에 의하여 그 문서전체의 진정성립이 추정되는, 두 단계의 추정으로 문서의 진정성립이 추정된다. 위의 1단계 사실상 추정은 날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 깨어지는 것이므로, 문서제출자는 그 날인행위가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실까지 증명할 책임이 있다.[4684] 즉, '인영의 동일성(문서제출자의 증명) → 인영의 진정성립 추정(사실상 추정) → 문서전체의 진정성립 추정(민사소송법 제358조 소정의 증거법칙적 추정) ↔ 작성명의자 아닌 자에 의한 날인(작성명의자의 증명) ↔ 정당한 날인 권한(문서제출자의 증명)'의 공방구조가 된다.[4685]

한편, 인영 부분 등의 진정성립이 인정된다면 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 문서는 그 전체가 완성되어 있는 상태에서 작성명의인이 그러한 서명·날인·무인을 하였다고 추정할 수 있고, 그 당시 그 문서의 전부 또는 일부가 미완성된 상태에서 서명날인만을 먼저 하였다는 등의 사정은 이례에 속한다고 볼 것이므로 완성문서로서의 진정성립의 추정력을 뒤집으려면 그럴만한 합리적인 이유와 이를 뒷받침할 간접반증 등의 증거가 필요하며, 만일 그러한 완성문서로서의 진정성립의 추정이 번복되어 백지문서 또는 미완성 부분을 작성명의자가 아닌 자가 보충하였다는 등의 사정이 밝혀진 경우라면, 다시 그 백지문서 또는 미완성 부분이 정당한 권한에 기하여 보충되었다는 점에 관하여는 그 문서의 진정성립을 주장하는 자 또는 문서제출자에게 그 증명책임이 있다.[4686] 즉, 백지 내지 미완성 문서의 경우, '인영 부분 등의 진정성립(문서제출자의 증명) → 완성문서로서의 진정성립의 추정(사실상 추정) ↔ 작성명의자 아닌 자에 의한 백지문서 또는 미완성 부분의 보충(작성명의자의 증명) ↔ 정당한 보충 권한(문서제출자의 증명)'의 공방구조가 된다.

인영, 필적 등의 동일성이 다투어지는 경우, 감정인의 인영·필적 감정 결과, 법원의 인영·필적 대조 검증 결과 등에 의하여 작성 명의인 이름 다음의 인영이 그의 인장·필적

그 문서의 변조가 있었는지 여부에 관하여는 매도인이 증명을 하여 밝혀야 한다(95다4674).

4684) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다17864 판결, 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다69686 판결.

4685) 인영의 진정성립 추정과 그 번복 요건에 관하여 판례는 통일된 판시를 보여주지 못하고 있는데, 이점에 대해서는 다음의 독립된 항에서 상세히 검토해 보기로 한다.

4686) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다11406 판결 등.
이와 관련하여 타인에게 권한을 위임하거나 대리권을 수여하는 내용의 '위임장' 등이 작성된 경우 그에 의하여 위임한 행위의 내용 및 권한의 범위는 위임장 등 문언의 내용뿐 아니라 그 작성 목적과 작성 경위 등을 두루 살펴, 신중하게 판단하여야 한다. 특히 위임장 등에 기재된 내용 중 일부가 백지인 상태로 교부된 후 수임인이 그 위임사항의 내용을 보충하여 기재한 경우라면 그것이 정당하게 위임받은 권한에 의하여 보충된 것이라는 점 역시 수임인이 증명할 책임이 있다. 따라서 채권자가 본인 겸 채무자의 대리인으로서 금전소비대차계약 공정증서의 작성을 촉탁할 경우 그 촉탁에 관하여 대리권을 수여하는 위임장을 교부한 사실이 있다는 것만으로, 그 위임장에 기재된 채무의 금액이나 이율, 변제기 등에 대하여 사전에 그 내용대로 합의한 사실이 있다거나 채권자가 보충할 권한을 위임받았다고 쉽게 인정할 것은 아니고, 특히 백지보충된 부분이 정당한 보충권한에 의하여 기재된 것이라는 점은 채권자가 별도로 증명하여야 한다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2011다100923 판결).

에 의한 것임을 증명할 수 있다.

작성명의인의 인영에 의하여 '처분문서'의 진정성립을 추정함에 있어서는 신중하여야 하고, 특히 처분문서의 소지자가 업무 또는 친족관계 등에 의하여 문서명의자의 위임을 받아 그의 인장을 사용하기도 하였던 사실이 밝혀진 경우라면 더욱 그러하다.[4687]

나) 인영의 진정성립의 추정과 그 번복에 관한 판례의 검토

(1) 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다4151 전원합의체 판결

인영의 진정성립 추정과 그 번복 요건에 관하여 종래에 판례는 통일된 판시를 보여주지 못하고 있었다.

그런데 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다4151 전원합의체 판결에서, 배서의 자격수여적 효력에 관한 어음법 제16조 제1항이 어음채무자의 기명날인의 진정을 '법률상 추정'하는지에 관하여 다수의견[4688]과 별개의견[4689]이 나뉘었으나, 다수의견은 이를 부정하고 일반적인 사문서에 있어서의 '인영의 진정성립 추정'에 관한 판례이론이 어음의 경우에

4687) 대법원 2014. 9. 26. 선고 2014다29667 판결(처분문서는 진정성립이 인정되면 그 기재 내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 이상 문서의 기재 내용에 따른 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다는 점을 감안한 것이다).

4688) 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다4151 전원합의체 판결의 다수의견: "어음의 소지인이 어음채무자에 대하여 어음상의 청구권을 행사하는 경우에도 어음채무발생의 근거가 되는 요건사실, 즉 그 어음채무자가 어음행위를 하였다는 점은 어음소지인이 주장 입증하여야 된다고 볼 것이다. 배서의 자격수여적 효력에 관하여 규정한 **어음법 제16조 제1항**은 어음상의 청구권이 적법하게 발생한 것을 전제로 그 권리의 귀속을 추정하는 규정일 뿐, 그 권리의 발생 자체를 추정하는 규정은 아니라고 해석되므로, 위 법조항에 규정된 "적법한 소지인으로 추정한다"는 취지는 피위조자를 제외한 어음채무자에 대하여 어음상의 청구권을 행사할 수 있는 권리자로 추정된다는 뜻에 지나지 아니하고, 더 나아가 자신의 기명날인이 위조된 것임을 주장하는 사람에 대하여까지도 어음채무의 발생을 추정하는 것은 아니라고 할 것이다. 그렇다면 어음에 어음채무자로 기재되어 있는 사람이 자신의 기명날인이 위조된 것이라고 주장하는 경우에는 그 사람에 대하여 어음채무의 이행을 청구하는 어음의 소지인이 그 기명날인이 진정한 것임을 증명하지 않으면 안된다고 볼 수밖에 없다. … 그러나 피고 명의의 배서란에 찍힌 피고 명의의 인영이 피고의 인장에 의한 것임을 피고가 인정하고 있으므로 그 배서부분이 진정한 것으로 추정되기는 하지만, 그 인영이 작성명의인인 피고 이외의 사람이 날인한 것으로 밝혀질 때에는 위와 같은 추정은 깨어지는 것이므로, 이와 같은 경우에는 이 사건 어음을 증거로 제출한 원고가 작성명의인인 피고로부터 날인을 할 권한을 위임받은 사람이 날인을 한 사실까지 입증하여야만 그 배서부분이 진정한 것임이 증명되는 것인바(88다카6815; 89다카21569 등 참조)" ☛ 그런데 위 전원합의체 판결의 참조판결인 89다카21569의 판시는 "문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립이 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제329조에 의하여 그 문서전체의 진정성립이 추정되나 이와 같은 추정은 날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 작성명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 더 이상 유지될 수 없어 깨어지는 것이므로 문서제출자는 그 날인행위가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실까지 입증할 책임이 있다"는 것으로서 제6유형에 해당하는 것이고, 참조판결 88다카6815도 마찬가지이다.

4689) 별개의견은, "어음법 제16조 제1항의 규정은, 배서가 연속된 어음소지인의 어음상 권리행사를 손쉽게 할 수 있게 함으로써 어음의 생명인 유통성을 보장하려는 정책적 고려에서, 어음의 소지 및 배서의 연속이라는 외형적 사실을 바탕으로 하여 어음소지인의 적법한 권리취득 및 그 전제가 되는 어음채무의 발생 즉 어음채무자의 기명날인의 진정을 추정함으로써 어음권리자의 권리발생의 요건사실에 대하여 입증책임의 전환을 규정한 것으로 보는 것이 위 어음법 규정의 진정한 취지에 부합하는 해석이라고 생각한다."라고 하고, "어음의 배서가 형식적으로 연속되어 있으면 그 소지인은 정당한 권리자로 추정되므로 배서가 위조된 경우에도 이를 주장하는 사람이 그 위조사실을 입증하여야 한다."라고 하였다.

도 동일하게 적용되는 것이라 하였고, 그 판례상 준칙이 쟁점으로 된 것은 아니지만 다수 의견은 다음 항에서 볼 제1유형의 판시를 채택하여 판시한 이상 인영의 진정성립의 추정과 그 번복에 관한 부분도 전원합의체에 의해 정리된 것으로 볼 수 있다.

하지만, 위 전원합의체 판결 후에도 인영의 진정성립 추정과 그 번복 요건에 관하여 판례는 통일된 판시를 보이고 있지 않는데, 큰 범주로 본다면 6가지 유형으로 나뉜다.

판시의 6가지 유형은, '문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것'(= 인영의 동일성)이라는 사실로부터 '그 인영의 진정성립', 즉 '날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것'이라는 요증사실을 '추정'한다는 점에서는 차이가 없으나, 그 추정의 성질이 무엇인지, 그 추정을 번복시키는 사실은 무엇인지에 관하여 미묘한 차이를 보이고 있다.

(2) 판례의 유형별 검토

(가) 제1유형

대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다69686 판결[4690] 등[4691]은, "문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임이 '사실상 추정'되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 … 그 문서 전체의 진정성립이 추정되나, 위와 같은 사실상 추정은 '날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것'임이 밝혀진 경우에는 깨어지는 것이므로, 문서제출자는 그 '날인행위가 작성명의인으로부터 위임받

4690) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다69686 판결: "갑 제1호증(대출거래약정서)의 보증인란의 피고들의 이름 옆에 찍힌 피고들의 인영이 피고들의 인장에 의하여 현출된 것이라는 점에 대하여는 당사자 사이에 다툼이 없으므로 특별한 사정이 없는 한 그 인영은 피고들의 의사에 의하여 현출된 것으로 사실상 추정된다고 할 것이나, 피고들은 갑 제1호증에 피고들의 인장을 직접 날인한 자는 피고들 본인이 아니라 유OO이라고 주장하고 있고 원고도 이러한 주장을 다투지 않는 것으로 보일 뿐만 아니라, 원심이 배척하지 아니한 제1심 증인 김OO의 증언에 의하더라도 위 연대보증계약 체결 당시 유OO이 피고들의 인장을 지참하고 혼자 원고 사무실에 왔었다는 것이어서 피고들 인장의 날인행위가 피고들이 아닌 유OO에 의하여 이루어진 것임이 밝혀졌다고 할 것이므로, 문서제출자인 원고로서는 유OO의 날인행위가 작성명의인인 피고들로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실까지 입증할 책임이 있다고 할 것인데, 기록을 살펴보아도 유OO이 피고들로부터 위 연대보증계약 체결을 위한 대리권을 부여받았다고 볼 증거가 부족하다."

4691) 대법원 1995. 6. 30. 선고 94다41324 판결: "감정인 김OO의 감정결과(기록 303쪽)에 의하면, 갑 제2호증의 2에 찍힌 피고의 인영이 피고의 인장에 의하여 현출된 사실을 인정할 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 그 인영은 피고의 의사에 의하여 현출된 것으로 사실상 추정된다고 할 것이나, 기록에 의하면 위 인영을 직접 날인한 자는 피고 본인이 아니고 위 강OO이 그 대리인의 자격으로 날인하였고(이 점은 당사자 사이에 다툼이 없다), 피고는 위 강OO에게 위 계약을 체결할 권한을 부여한 사실이 없다고 주장하고 있음이 명백하므로 감정인 김OO의 감정결과만으로는 바로 위 서증에 대한 진정성립이 인정되었다고 볼 수 없으며, 문서제출자인 원고로서는 위 강OO이 원고를 대리할 권한이 있음을 주장입증하지 않는 한 민사소송법 제329조 소정의 추정을 받을 수 없다 할 것인바, 기록을 살펴보아도 위 강OO이 피고로부터 위 보증계약체결을 위한 대리권을 부여받았다고 볼 뚜렷한 자료가 없다." ☞ 계약보증보험계약에 따라 강OO이 원고에 대하여 부담하는 구상금채무에 대한 연대보증계약을 피고를 대리하여 체결한 사안.

은 정당한 권원에 의한 것'이라는 사실까지 입증할 책임이 있다."라고 판시하고 있다.

즉, '인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 추정은 사실상 추정임을 명시하고, '날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것'을 위 추정(추인)을 동요시키는 간접반증사실로 들고 있다. 그런데 '날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것'만으로 과연 사실상 추정을 깰 정도의 간접반증이 성공했다고 볼 수 있는지에는 의문의 여지가 있을 수 있다.

(나) 제2유형

대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다59122 판결[4692]은, "인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것이라는 추정은 '사실상의 추정'이므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 '반증'을 들어 인영의 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 '의심을 품게 할 수 있는 사정'을 입증하면 그 진정성립의 추정은 깨어진다."라고 판시하였다.

즉, '인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 추정은 사실상 추정임을 명시하고, '인영의 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정'을 위 추정(추인)을 동요시키는 간접반증사실로 들고 있다. 제2유형의 판시는 간접반증사실에 관한 일반적인 추상적 법률론에 따른 설시로 볼 수 있고. 제1유형은 제2유형 판시의 구체적인 예, 즉 '날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것' = '의심을 품게 할 수 있는 사정'이라 할 수 있으므로, 결국 제1유형과 제2유형은 동일한 것으로 볼 수 있다. 위 2002다59122 판결의 구체적 사안도, '제3자에 의한 날인'의 입증으로 문서제출자인 원고가 '피고의 의사에 기하여 작성되었음'을 입증하여야 함을 밝힌 것이다.

(다) 제3유형

대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다72029 판결 등은, "문서에 찍힌 인영이 그 명의인의 인장에 의하여 현출된 인영임이 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기하여 이루어진 것으로 '추정'되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제329조의 규정에 의하여 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것이므로, 문서가 '위조'된 것임을 주장하는 자는 적극적

4692) "소외 2는 피고의 위임을 받은 소외 3으로부터 이 사건 토지에 관하여 소외 3을 근저당권자로 하는 근저당권을 설정하여 달라는 부탁과 함께 피고의 인감도장과 인감증명서 3통을 교부받았음에도 불구하고, 이를 이용하여 마치 피고가 소외 2와 소외 4의 소외 신협에 대한 각 대출금채무에 대하여 연대보증한 것처럼 대출신청서와 차용금증서를 위조하였을 것이라고 충분히 의심되므로, 원고는 대출신청서 및 차용금증서가 피고의 의사에 기하여 작성되었음을 입증하여야 할 것"

으로 위 인영이 '명의인의 의사에 반하여 날인된 것'임을 입증할 필요가 있는데(81다684 판결 참조),"라고 판시하였다.

위 판시는, '인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 추정에 관하여 그 법적 성질을 밝힘이 없이 '추정'이라고만 설시하고, '인영이 명의인의 의사에 반하여 날인된 사실'을 작성명의인이 '입증할 필요'가 있음을 나타내고 있다.

위 '추정'을 사실상 추정으로 볼 경우 '인영이 명의인의 의사에 반하여 날인된 사실'을 과연 위 추정(추인)을 동요시키는 간접반증사실로 볼 수 있을지는 의문이다. '인영이 명의인의 의사에 반하여 날인된 사실'은 '날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것'이라는 요증사실의 반대사실에 해당하는 것이지, 추인을 동요시키는 간접반증사실로는 볼 수 없다고 본다.

위 판시는 '인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 추정을 법률상 추정으로 해석할 때 딱 들어맞는 판시이다. 전제사실인 '인영의 동일성'이 인정되면 상대방이 반증 아닌 본증으로써 '인영의 진정성립'의 반대사실 즉, '인영이 명의인의 의사에 반하여 날인된 것'임을 입증하여야 하는 것이다.

실무상 문서의 진정성립을 다투는 경우 흔히 '위조 항변'으로 일컫고 있는데 '위조'란 결국 '제3자에 의한 날인+무권원의 날인'을 말하는 것으로서 '인영이 명의인의 의사에 반하여 날인된 것'을 의미하므로, 이른바 '위조 항변'이라는 명칭은 위 판시처럼 '인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 추정을 법률상 추정으로 해석할 때에 부합하는 것이다.

위 2001다72029 판결은 지분이전등기말소청구 사건에서 등기원인증서인 증여계약서의 진정성립이 문제된 사안인데, 그 구체적 내용을 살펴보면 아래[4693]와 같다.

4693) **원심**은, 당시 19세 4월 남짓의 미성년자인 원고 1의 지분에 관하여 증여를 원인으로 위 원고의 모인 피고 명의로 이전등기가 경료된 사안에서, 피고가 위 원고의 인감도장 등을 소지하고 있음을 기화로 이전등기에 필요한 서류를 위조하여 이전등기를 경료하였다는 위 원고의 주위적 주장에 대하여는 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 배척하고, 위 지분을 피고에게 증여하는 행위는 친권자인 피고와 미성년의 자인 위 원고 사이의 이해상반행위에 해당하므로 피고로서는 위 원고로부터 증여받기 위해서는 위 원고를 위한 특별대리인의 선임을 법원에 신청하여 그 절차를 밟았어야 할 것임을 전제로 하여, 등기권리증인 증여계약서에 위 원고의 특별대리인이 선임되었다는 표시가 되어 있지 아니한 사실에 의하면 피고가 위 원고를 위한 특별대리인을 선임하지 아니한 채 위 증여계약서를 작성하여 이전등기를 경료한 사실을 추단할 수 있으므로, 위 지분이전등기는 원인을 결여한 무효의 등기라고 판단하여 위 원고의 예비적 주장을 받아들였다.
이에 대하여, **대법원**은, "어느 부동산에 관하여 등기가 경료되어 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 원인과 절차에 있어서 적법하게 경료된 것으로 추정되므로, 전 등기명의인인 원고 1이 미성년자이고 이 사건 지분을 친권자인 피고에게 증여하는 행위가 이해상반행위라 하더라도 일단 이 사건 이전등기가 경료되어 있는 이상, 특별한 사정이 없는 한, 그 이전등기에 관하여 필요한 절차를 적법하게 거친 것으로 추정된다고 할 것이다."라고 한 다음, "또한, 문서에 찍힌 인영이 그 명의인의 인장에 의하여 현출된 인영임이 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기하여 이루어진 것으로 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제329조의 규정에 의하여 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것이므로, 문서가 위조된 것임을 주장하는 자는 적극적으로 위 인영이 명의인의 의사에 반하여 날인된 것임을

이전등기말소등기청구 사건에서 등기신청서류의 진정성립이 문제되는 경우, 등기의 법률상 추정력 때문에 등기신청서류의 진정성립도 법률상 추정되므로, 원고로부터 피고로의 이전등기의 말소등기를 구하는 원고로서는 등기원인증서 등 등기신청서류가 위조된 것이라는 점, 예컨대 피고가 아무런 권한 없이 등기신청서류상 원고의 인영을 원고의 의사에 반하여 날인한 사실 등을 적극적으로 입증할 책임을 진다.[4694]

입증할 필요가 있는데(81다684 참조), 위 증여계약서에는 원고 1이 본인으로서 이 사건 지분을 피고에게 증여한다는 내용의 기재와 함께 위 원고 명의의 인영이 현출되어 있고 그 인영이 위 원고의 인장(신고한 인감)에 의한 것임을 위 원고가 시인하고 있으므로 위 증여계약서는 진정하게 성립한 것으로 추정된다고 할 것이다."라고 하고, "위 이전등기가 위조된 등기신청서류에 의하여 마쳐졌거나 위 원고에게 피고와 사이에 직접 증여계약을 맺을 만한 의사능력이 없는 사람이었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 원고가 피고와 사이에 직접 증여계약을 체결하였으며 그에 관하여 필요한 유효요건이 모두 갖추어진 것이라고 추정하는 것이 옳다. … 위 원고는 위 증여계약 당시 19세 4월에 이른 사람이어서 의사능력을 가지기에 넉넉한 나이였고 달리 기록상 피고가 위 원고를 제쳐놓고 위 원고의 친권자 겸 수증자로서 행위하여 위 증여계약을 체결하였다고 볼 아무런 자료가 없는 이상, 위 원고가 행한 증여계약은 가사 적법한 법정대리인의 동의가 없었다고 하더라도 무효가 아니라 취소할 수 있는 것에 불과한 데, 취소권을 행사할 수 있는 제척기간이 이미 지나갔음이 역수상 분명한 것으로 보인다."라고 판시하여 원심판결에는 등기의 추정력과 문서의 진정성립에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 하였다.

위 2001다72029 판결은 원고 1 대신 피고가 원고 1의 인장을 날인한 사실을 인정할 증거가 없는 사안이므로, '날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것'임이 밝혀진 경우에 '인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 사실상 추정이 깨어진다는 제1유형 판례에 의하더라도 위 사실상 추정이 깨어지지 않는 사안으로서 그 결론에 있어서는 동일한 것이다.

'문서가 위조된 것임을 주장하는 자는 적극적으로 위 인영이 명의인의 의사에 반하여 날인된 것임을 입증할 필요가 있다'는 일반론의 설시에는 앞서 본 바와 같은 문제가 있지만, 원고 1의 지분에 관하여 증여를 원인으로 하여 그 모인 피고 명의로 이전등기가 경료된 사안이어서, 위 2001다72029 판결의 전반부 일반론처럼 일단 피고 명의의 이전등기가 경료되어 있는 이상, 특별한 사정이 없는 한, 그 원인과 절차에 있어서 적법하게 경료된 것으로 법률상 추정되므로, 피고 명의의 이전등기가 '전 등기명의인인 원고의 의사에 반하여 이루어진 것'이라는 실체적 위법이나 '위조 또는 절취된 등기관계서류에 의해 마쳐진 것'이라는 절차적 위법을 주장·입증함으로써 등기의 추정력을 복멸시킬 수 있어, 원고 1로서는 증여계약서 등 피고 명의 이전등기의 등기관계서류가 위조된 것이라는 점, 즉 피고가 아무런 권한 없이 증여계약서상 원고 1의 인영을 원고 1의 의사에 반하여 날인한 사실을 적극적으로 입증하여야 하는 것이어서 위 2001다72029 판결의 구체적 사안에서는 인영의 진정성립 번복에 관한 위 일반론의 적용이 타당한 것이다.

4694) 이러한 측면에서 위 2001다72029 판결이 그 이유에서 참조 판례로 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다4151 전원합의체 판결 전의 것으로서 등기원인증서 등 등기관계서류에도 해당하지 않는 연대보증계약서의 진정성립에 관한 사안인 대법원 1982. 8. 24. 선고 81다684 판결["이 사건에서 갑 제4호증(연대보증장)에 날인된 소외 망 서OO(일본명 판본OO) 이름 밑의 인영이 동인의 인장에 의하여 현출된 인영임이 인정되는 이상 그 인영의 성립과 나아가서 위 문서 전체의 진정성립까지 추정될 수밖에 없으니 위 문서가 위조된 것임을 주장하는 피고들 측에서 적극적으로 위 인영이 망 서OO의 의사에 반하여 날인된 것임을 입증할 필요가 있다고 할 것"]을 인용한 것은 타당치 않은 것이지만, 공보상 참조판례로 거시된 대법원 1986. 2. 11. 선고 85다카1009 판결["을 제4호증(협의서)에 날인된 원고 이름 밑의 인영이 원고의 인장에 의하여 현출된 인영임을 원고가 자인하고 있는 이상 그 인영의 성립과 나아가서 위 문서 전체의 진정성립까지 추정될 수밖에 없으니 위 문서가 위조된 것임을 주장하는 원고 측에서 적극적으로 위 인영이 원고의 의사에 반하여 날인된 것임을 입증할 필요가 있다고 할 것이다. 원심판결 이유에 의하면 원심은 원고와 피고는 형제지간으로서 1977. 2. 19 그 선대인 소외 망인의 사망으로 이 사건 대지를 공동상속하였는데 피고가 같은 해 6. 26 위 을 제4호증(협의서)를 위조한 후 그것을 이용하여 같은 대지에 관하여 같은 해 7.30 피고 단독 명의의 소유권이전등기를 경료한 사실을 인정하고 있는바, 기록에 의하면 위 문서위조의 점을 뒷받침하는 증거로서는 제1심 및 원심증인의 증언이 있을 뿐이다. … 위 증인의 증언만으로 앞서 본 문서의 진정성립 추정을 깨뜨리기에는 부족하다고 아니할 수 없다."]은, 쟁점 대지에 관하여 소외 망인으로부터 피고 앞으로 상속재산분할협의에 의한 재산상속을 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되었는데, 상속재산분할협의서가 위조된 것이라 주장하며 위 소유권이전등기의 말소등기를 청구한 사건에서 등기원인증서인 상속재산분할협의서의 진정성립이 문제된 사안이므로, 위 2001다

그런데 위 2001다72029 판결 후에 등기원인증서인 증여계약서 등의 진정성립이 문제된 사안에서, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결은 앞서 본 제1유형의 2002다69686 판결을 참조판결로 하여 제1유형의 일반론을 판시한 다음, "피고 명의의 이 사건 소유권이전등기를 함에 있어 그 등기필증에 갈음하여 작성, 제출된 원고 본인 확인서면과 증여계약서 및 이사회결의서에 기입된 원고 명의의 무인과 서명이 모두 원고의 것이 아님이 밝혀진 이상 비록 위 증여계약서 및 이사회결의서상 원고 명의의 인영의 동일성 여부에 대해서는 다툼이 없다 하더라도 위 각 서류는 모두 '원고 이외의 자에 의하여 작성된 것'으로 볼 수 있고, 나아가 위 등기의무자 본인 확인서면이 소유권이전등기절차에 있어 지니는 중요성에 비추어 그 '작성권한의 위임 기타 원고의 의사에 기하여 작성된 것이라고 볼 수도 없다' 할 것이니, 위 각 문서의 진정성립을 전제로 하는 상고이유의 주장은 이유 없다."라고 판시하였다(제1유형의 일반론을 판시하면서도, 구체적 판단에 있어서는 추정번복사유로 제1유형의 '원고 이외의 자에 의하여 작성된 사실'만이 아니라 제3유형의 '작성권한의 위임 기타 원고의 의사에 기하여 작성된 것이라고 볼 수 없다'는 점을 설시하였다).[4695]

72029 판결과 동일한 사안이어서 참조판례로 적절한 것이라 할 수 있다.

4695) 위 2009다37831 판결은 위 판시에 앞서, "소유권이전등기가 전 등기명의인의 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 처분행위에 개입된 경우 현 등기명의인이 그 제3자가 전 등기명의인의 대리인이라고 주장하더라도 현 소유명의인의 등기가 적법히 이루어진 것으로 추정되므로, 그 등기가 원인무효임을 이유로 그 말소를 청구하는 전 소유명의인으로서는 반대사실, 즉 그 '제3자에게 전 소유명의인을 대리할 권한이 없었다'든가 또는 '제3자가 전 소유명의인의 등기서류를 위조하는 등 등기절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 의심할 만한 사정이 있다'는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다"라고 하여 등기추정력과 말소등기청구의 증명책임에 관한 일반론을 판시한 후, "피고 교회의 최초 설립자이자 그 장로직에 있던 원고와 원고의 처 소외인이 이 사건 토지를 피고 교회의 신축 건물 부지로 제공하면서 이를 증여하겠다는 의사를 표시하였음에도 약속과 달리 그 소유권을 피고에게 넘기지 않고 있던 중 피고가 피고에게 협조적인 소외인의 도움을 받아 원고가 보관하고 있던 이 사건 토지의 '등기필증에 갈음하여 원고 본인 확인서면, 원고와 피고 사이의 증여계약서 및 같은 취지의 교회 이사회결의서'를 작성, 제출하여 피고 앞으로 소유권이전등기를 경료함에 있어서 위 '각 서류상 원고의 무인 및 서명 부분을 사실과 달리 허위로 작성한 사실'이 인정되고, 위 인정사실에다가 원고가 그처럼 비정상적인 방법으로 이 사건 토지를 피고에게 급히 넘겨주어야 할 별다른 이유가 없는 등 그 판시 각 사정들에 비추어, 이 사건 토지 중 그 소유권이전등기의 효력에 다툼이 없는 소외인 소유의 1/2 지분을 제외한 나머지 1/2 지분에 관한 피고 명의의 소유권이전등기는 '적법한 절차를 거치지 아니한 것'일 뿐 아니라 '전 소유자인 원고의 진정한 의사에 부합하지 않는 것'이어서 무효의 등기라고 판단한 것은 정당하다고 수긍할 수 있다."라고 판시하였다(위 '각 서류상 원고의 무인 및 서명 부분을 사실과 달리 허위로 작성한 사실'의 인정과 '전 소유자인 원고의 진정한 의사에 부합하지 않는 것'이라는 판단은 문서의 진정성립 여부에 관한 판단 부분과 실질적으로는 동일한 동어반복의 판단으로 볼 수 있다).

위 2009다37831 판결의 경우 이전등기말소청구 사건에서 등기원인증서인 증여계약서 등 등기신청서류의 진정성립이 문제된 사안이므로, 앞서 본 2001다72029 판결에 관하여 살펴본 바와 같이 피고 명의 등기의 법률상 추정력 때문에 그 등기신청서류의 진정성립도 법률상 추정되어, 원고로부터 피고로의 이전등기의 말소등기를 구하는 원고로서는 등기원인증서 등 등기신청서류가 위조된 것이라는 점, 즉 원고 이외의 자가 아무런 권한 없이 등기신청서류상 원고의 인영을 원고의 의사에 반하여 날인한 사실 등을 적극적으로 입증할 책임을 지는 것으로 판시함이 옳았을 것이다. 제1유형의 일반론을 판시한 점이나, 문서의 진정성립 여부에 대한 판단과 등기추정력과 말소등기청구의 증명책임에 관한 판단을 별도로 동어반복으로 판시한 점은 타당한 것이 아니라 여겨진다.

(라) 제4유형

대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다82158 판결은, "문서에 찍혀진 작성명의인의 인영이 그 인장에 의하여 현출된 인영임이 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 성립 즉 그 작성명의인에 의하여 날인된 것으로 '추정'되고 일단 그것이 추정되면 민사소송법 제358조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되는 것이므로, 그 문서가 '작성명의인의 의사에 반하여 혹은 작성명의인의 의사에 기하지 않고 작성된 것'이라는 것은 그것을 주장하는 자가 적극적으로 입증하여야 하고 이 '항변'사실을 입증하는 증거의 증명력은 '개연성만으로는 부족'하다(87다카707, 96재다462 등 참조)."라고 판시하였다.[4696]

위 2007다82158 판결은, '인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 추정에 관하여 그 법적 성질을 밝힘이 없이 '추정'이라고만 설시하는 한편, '작성명의인의 의사에 반하여 혹은 작성명의인의 의사에 기하지 않고 작성된 사실'을 작성명의인이 '적극적으로' 입증하여야 함을 밝히고, 이는 '항변'사실에 해당하며, 이를 입증하는 증거의 증명력은 '개연성만으로는 부족'함을 나타내고 있다.

위 2007다82158 판결은 제3유형 판결의 판시보다는 더욱더 위 '추정'을 사실상 추정이 아닌 법률상 추정으로 해석한 것으로 볼 수 있는 것이다. 추정의 번복 요건인 '작성명의인의 의사에 반하여'와 '작성명의인의 의사에 기하지 않고'는 동일한 것이므로 결국은 제3유형 판결의 판시와 동일한 것이라 할 수 있다.

(마) 제5유형

대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다38049 판결[4697] 등은, "사문서에 날인된

4696) 이는 소유권이전등기말소등기절차이행청구 사건에서 등기원인증서인 상속재산분할협의서의 진정성립이 문제된 사안이다(원심이, 피고가 쟁점 부동산 전부를 상속한다는 내용의 상속재산분할협의서를 원고들의 동의 없이 작성하고 원고들의 인감증명서를 첨부하여 피고 명의의 소유권이전등기를 경료한 사실을 인정한 다음, 위 소유권이전등기 중 원고들의 상속 지분인 4분의 3 지분은 원인 없이 경료된 부적법한 등기라고 하여 그 부분에 관한 말소등기절차의 이행을 명한 데 대하여, 대법원은, 쟁점 부동산을 피고가 단독 상속받는 것에 관하여 원고들이 동의하였을 가능성이 더 높은 것으로 보인다고 하고, 원심이 채택한 증거들만으로는 상속재산분할협의서의 진정성립의 추정이 번복되었다고 볼 수는 없음에도 원심은 위 증거들만으로 상속재산분할협의서가 피고에 의하여 위조된 것이라고 판단하였으니, 원심판결에는 문서의 진정성립의 추정에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례).

4697) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다38049 판결; "이 사건 제2차 매매계약서상의 매도인과 매수인 표시를 정정하면서 피고 2의 서명이나 무인이 행하여지지 아니한 점, 피고 2가 인주를 교체해 가면서 같은 자리에 겹쳐서 무인을 찍었다고 보기는 어려운 점, 피고 2가 피고 1로부터 손해 보지 않고 팔아달라는 부탁을 받았는데 피고 1이 매수한 가격보다 1억 원 이상 낮은 가격에 매도할 아무런 이유가 없는 점, 원고는 이 사건 제2차 매매계약이 체결되었다고 주장하는 1998. 1.경 이후부터 이 사건 소 제기 시까지 피고 1에게 한 번도 소유권이전등기절차의 이행을 요구한 적이 없는 점 등에 비추어 이 사건 제2차 매매계약서(갑 제6호증)의 진정성립의 추정이 번복되었다는 취지로 판단하였다. 앞서 본 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 수긍할 수 있고, …." ☞ 2009다38049 판결의 구체적 사안은, 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 청구 사건에서 매매계약서의 진정성립이 문제된 사안으로서 '날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로

작성 명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임이 '추정'되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제358조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되나, 위와 같은 추정은 그 '날인행위가 작성 명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것'임이 밝혀지거나 '작성 명의인의 의사에 반하여' 혹은 '작성 명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 것'임이 밝혀진 경우에는 깨진다고 할 것이고, 나아가 위와 같은 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것이라는 추정은 '사실상의 추정'이므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 '반증'을 들어 인영의 진정성립, 즉 '날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정'을 입증하면 그 진정성립의 추정은 깨진다(2003다21384.21391 등 참조)."라고 판시하였다.

즉, '인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 추정은 사실상 추정임을 명시하고, 제1유형 소정의 '날인행위가 작성 명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것'이나 제3유형 소정의 '작성 명의인의 의사에 반하여' 혹은 '작성 명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 것', 나아가 제2유형 소정의 '인영의 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정'을 위 추정(추인)을 동요시키는 간접반증사실로 함께 들고 있다.[4698) 4699)]

하여금 의심을 품게 할 수 있는 여러 사정들'을 들어 진정성립의 추정이 번복되었다고 판단한 것이다.

4698) 위 2009다38049 판결은 제1, 2, 3유형의 혼합형 판시로 볼 수 있는데, 인영의 진정성립의 추정을 번복시키는 제1, 2, 3유형 소정의 각 사유를 서로 대등한 지위에 있는 간접반증사유로 보고 있는 것으로 보인다. 이미 제3유형에서 의문점을 제기한 바대로 요증대상인 인영의 진정성립의 반대사실인 '작성 명의인의 의사에 반하여' 혹은 '작성 명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 사실'을 '날인행위가 작성 명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것'이나 '날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정'과 같이 대등한 자격의 간접반증사실로 볼 수는 없다 하겠다.

4699) 한편, 대법원 1997. 6. 13. 선고 96재다462 판결은 '약속이행각서'의 진정성립이 문제된 사안에서 위 2009다38049 판결과 동일한 일반론을 판시하였다.
그리고 위 96재다462 판결은, 원고가 재심사유로서, "대법원 1987. 12. 22. 선고 87다카707 판결에서 '문서에 찍혀진 작성 명의인의 인영이 그 인장에 의하여 현출된 인영임이 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 성립 즉 그 작성 명의인에 의하여 날인된 것으로 추정되고 일단 그것이 추정되면 민사소송법 제329조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되는 것이므로 그 문서가 작성 명의인의 자격을 모용하여 작성한 것이라는 것은 그것을 주장하는 자가 적극적으로 입증하여야 하고 이 항변사실을 입증하는 증거의 증명력은 개연성만으로는 부족하다.'라고 판시한 바 있는데, 재심대상 판결이 '비록 사문서의 작성 명의인이 인영 부분을 시인하였다고 하더라도 반증을 들어 그 진정성립에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 하면 진정성립의 추정은 깨어진다.'고 판단한 것은 종래의 대법원 판례를 사실상 변경한 것이다. 그럼에도 불구하고 대법관 전원의 3분의 2 이상의 전원합의체에서 재판하지 않고 대법관 4인으로 구성된 부에서 재판하였으니, 이는 민사소송법 제422조 제1항 제1호 소정의 '법률에 의하여 판결법원을 구성하지 아니한 때'에 해당한다"라고 주장한 데 대하여, "원고가 재심사유에서 지적하고 있는 87다카707 판결은 '문서에 찍혀진 작성 명의인의 인영이 그 인장에 의하여 현출된 인영임이 밝혀진 경우에는 그 문서가 작성 명의인의 자격을 모용하여 작성한 것이라는 것은 그것을 주장하는 자가 적극적으로 입증하여야 한다.'는 것으로, 인영의 진정성립을 다투는 자는 반증을 들어 그 진정성립의 추정을 깨뜨릴 수 있는 사정 등을 적극적으로 입증하여야 한다는 취지이고, 재심대

(바) 제6유형

대법원 1995. 3. 10. 선고 94다24770 판결은, "문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임이 '추정'되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제329조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되는 것이며, 다만 이와 같은 추정은 그 날인행위가 '작성명의인 이외의 자에 의하여' '작성명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 것'임이 따로 밝혀진 경우에 더 이상 유지될 수 없다고 할 것이다."라고 판시하였다.[4700]

위 판시는, '인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 추정에 관하여 그 법적 성질을 밝힘이 없이 '추정'이라고만 설시하고, "날인행위가 '작성명의인 이외의 자에 의하여' '작성명의인의 의사에 기하지 않고' 이루어진 사실"을 추정번복사유로 들고 있는 바, 이는 "제1유형 'and' 제3유형"의 형식으로서 결국은 제3유형과 동일한 것이다.

(3) 정 리

'인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 추정은 사실상 추정이고, 작성명의인이 위 추정을 번복하기 위해서는 간접반증사실로서 '날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 사실' 등 '인영의 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정'을 입증하여야 하며, 이에 대하여 문서제출자는 그 '날인행위가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것'이라는 사실까지 입증할 책임이 있다(제1, 2유형의 원칙적 적용).

다만, 이전등기말소등기청구 사건에서 등기원인증서 등 등기신청서류의 진정성립이 문제되는 경우, 등기의 법률상 추정력 때문에 등기신청서류의 진정성립도 법률상 추정되므로, 원고로부터 피고로의 이전등기의 말소등기를 구하는 원고로서는 등기신청서류가 위조된 것이라는 점, 예컨대 원고 아닌 자가 아무런 권한 없이 등기신청서류상 원고의

상 판결은 그와 같은 경우에 '반증을 들어 그 진정성립에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 하면 진정성립의 추정은 깨어진다.'는 원칙을 판시한 것으로, 두 개의 판결은 모두 대법원이 종전부터 취하고 있는 견해와 모순된다고 보기는 어렵다고 할 것이므로 상호 배치되는 판결이라고 할 수 없다."라고 판시하였는데, 과연 위 두 개의 판결이 상호 배치되는 판결이라고 할 수 없는 것인지 의문이라 하지 않을 수 없다.

4700) 이어서 "원심이 원고가 각 제출한 서증인 소외 망 김OO 명의의 인장이 위임인란에 찍혀 있는 위임장 2매(갑 제13호증의 3,4)와 같은 인장이 매도인란에 찍혀 있는 매도증서 2매(갑 제13호증의 5, 6)에 관하여, 상대방인 피고들이 위 각 인영이 위 망인의 인장에 의한 것임을 인정하고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 위 문서들은 위 망인에 의하여 작성된 것으로 추정된다고 본 조치는 옳고 거기에 무슨 잘못이 있다 할 수 없으며, 상고이유에서 내세우고 있는 사정만으로 위 각 문서상의 인영이 '작성명의인이 아닌 자에 의하여 권한 없이 날인'되었다고 단정할 수 없으므로, 이로써 곧바로 위 문서들의 진정성립에 관한 추정이 번복된다고 볼 수 없다."라고 판시하였다. 이는 망인이 생전에 직접 날인한 위임장, 매도증서에 기해 증여를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구한 사안으로서 등기의 추정력과는 무관하고, 제1유형이 적용될 사안에 해당한다.

인영을 원고의 의사에 반하여 날인한 사실 등을 적극적으로 입증할 책임을 진다(제3유형의 예외적 적용).

다) 증인의 증언, 변론 전체의 취지에 의한 인정

사문서의 진정성립을 사람의 증언으로 증명할 경우 반드시 작성자의 증언만에 의하여야 하는 것은 아니고 작성자 아닌 제3자의 증언으로도 증명할 수 있다.[4701] 사문서는 진정성립이 증명되어야만 증거로 할 수 있지만 증명의 방법에 관하여는 특별한 제한이 없고, 부지로 다투는 서증에 관하여 거증자가 성립을 증명하지 아니한 경우라 할지라도 법원은 다른 증거에 의하지 아니하고 '변론 전체의 취지'를 참작하여 그 성립을 인정할 수도 있다.[4702] 변론 전체의 취지에 의한 사문서의 진정성립 인정은 남용하지 않도록 신중을 기하여야 한다.[4703]

4) 병존문서의 진정성립

가) 공문서와 사문서의 병존

하나의 문서에 공문서 부분과 사문서 부분이 병존하는 경우에는 각각 성립의 진정이 인정되어야 한다. 공문서와 사문서가 병존해 있는 문서는 공문서 부분의 성립이 인정된다고 해서 사문서 부분까지 진정성립이 추정되는 것은 아니다.[4704] 사문서 부분은 보통 변론 전체의 취지에 의하여 그 진정성립이 인정될 수는 있다.

공증인이 사서증서를 인증함에 있어서 공증인법상 절차를 제대로 거치지 않았다는 등의 사실이 주장·증명되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공증인이 인증한 사서증서의 진정성립은 추정된다.[4705] 이는 사실상 추정에 해당하는 것으로 보아야 한다. 공증인이 서증

4701) 대법원 1992. 11. 24. 선고 92다21135 판결. 증인의 증언에 의하여 그 진정성립을 인정하는 경우 그 신빙성 여부를 판단함에 있어서는 증언 내용의 합리성, 증인의 증언 태도, 다른 증거와의 합치 여부, 증인의 사건에 대한 이해관계, 당사자와의 관계 등을 종합적으로 검토하여야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2009다10980 판결 등).

4702) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다12070 판결 등.

4703) 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다26935 판결 등.

4704) ① 매도증서 등에 등기소의 '등기제(登記濟)'의 기재가 첨가됨으로써 사문서와 공문서로 구성된 문서는 공증에 관한 문서와는 달라 그 공문서 부분 성립이 인정된다고 하여 바로 사문서 부분인 매도증서 자체의 진정성립이 추정되거나 인정될 수는 없고(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다292244 판결), ② 겉 부분에는 우체국의 소인이 찍혀 있고 내용 부분은 사인이 작성한 회답서인 봉함엽서의 경우, 이는 공증에 관한 문서와는 달라 공문서인 소인 부분에 관하여 성립에 다툼이 없더라도 사문서인 회답서 내용 부분까지 그 진정성립이 추정되는 것은 아니며(대법원 1995. 6. 16. 선고 95다2654 판결), ③ 확정일자 있는 사문서에 대하여 공성부분의 성립만이 인정된 경우에는 당해 서면이 확정일자 당시에 존재한 사실을 증명할 뿐이고 그 내용이 진정하게 성립되었다는 사실을 증명하는 효력은 없다(대법원 1974. 9. 24. 선고 74다234 판결).
☞ 상대방으로부터 발송되어 온 내용증명 우편물에 대한 인부는 실무상 보통 「공성부분 및 수령사실 인정」으로 하는 경우가 많은데, 그 중 「수령사실」에 관한 진술 부분은 문서의 성립에 관한 진술이 아니어서 서증의 형식적 증거력의 인정과는 무관한 것이다.

4705) 공증인법에 규정된 사서증서에 대한 인증제도는 당사자로 하여금 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는

사본을 인증한 경우 서증 사본 자체의 진정성립 추정은 별론으로 하고 그 사본 원본의 존재와 그 진정성립까지 추정될 수는 없다.

나) 복수 작성명의인의 병존

하나의 문서에 작성명의인이 여럿인 경우 이 문서 전체를 증거로 쓰기 위해서는 각 작성명의 부분마다 각각 진정성립이 인정되어야 한다.

작성명의인이 여럿인 서증에 대하여 작성명의마다 공동소송인 별로 인부가 상이한 경우에는, 진정성립을 다투는 당사자에 대하여는 별도로 진정성립이 인정되어야 증거로 쓸 수 있다.

5) 사본의 진정성립

문서의 제출 또는 송부는 원본, 정본 또는 인증등본으로 하여야 하는 것이므로, 원본, 정본 또는 인증등본이 아니고 단순한 사본만에 의한 증거의 제출은 정확성의 보증이 없어 원칙적으로 부적법하나, '동일한 내용인 원본의 존재와 원본의 성립의 진정'에 관하여 다툼이 없고 그 정확성에 문제가 없기 때문에 사본을 '원본의 대용으로 하는 데 관하여 상대방으로부터 이의가 없는 경우'에는, 책문권(= 소송절차에 관한 이의권)이 포기 혹은 상실되어 사본만의 제출에 의한 증거의 신청도 허용된다고 할 것이나, 원본의 존재 및 원본의 성립의 진정에 관하여 다툼이 있고 사본을 원본의 대용으로 하는 데 대하여 상대방으로부터 이의가 있는 경우에는 사본으로써 원본을 대신할 수 없다.[4706]

반면에, 사본을 원본으로서 제출하는 경우에는 그 사본이 독립한 서증이 되는 것이나 그 대신 이에 의하여 원본이 제출된 것으로 되지는 아니하고, 이때에는 증거에 의하여 ① '사본과 같은 원본이 존재'하고 또 ② 그 '원본이 진정하게 성립'하였음이 인정되지 않는 한 그와 같은 내용의 사본이 존재한다는 것 이상의 증거가치는 없다.[4707]

다만, ① 서증 사본의 신청당사자가 문서 원본을 분실하였다든가, ② 선의로 이를 훼손한 경우, 또는 ③ 문서제출명령에 응할 의무가 없는 제3자가 해당 문서의 원본을 소지하고 있는 경우, ④ 원본이 방대한 양의 문서인 경우 등 원본 문서의 제출이 불가능하거나 비실제적인 상황에서는 원본의 제출이 요구되지 아니한다고 할 것이지만, 그와 같은 경

날인하게 하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 본인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 공증인이 증서에 기재하는 것으로서(공증인법 제57조 제1항), 공증인이 사서증서의 인증을 함에 있어서는 공증인법에 따라 반드시 촉탁인의 확인(제27조)이나 대리촉탁인의 확인(제30조) 및 그 대리권의 증명(제31조) 등의 절차를 미리 거치도록 규정되어 있기 때문이다(대법원 2009. 1. 16.자 2008스119 결정, 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다35816 판결).

4706) 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다48667 판결; 농지소표 사본에 대하여 상대방이 부지로 다투고 있는데도 변론 전체의 취지에 의하여 그 원본의 존재와 진정성립을 인정한 원심을 파기한 예.

4707) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다38224 판결.

우라면 해당 서증의 신청당사자가 원본 부제출에 대한 정당성이 되는 구체적 사유를 주장·증명하여야 한다.[4708]

4708) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2023다217534 판결. **[동일 판시]** ❶ 2009다96403; **원심**이, '필적감정결과 피고가 연대보증한 것으로 기재되어 있는 리볼빙결제신청서(갑 제6호증)의 필적이 피고의 자필인 사실이 인정되므로 갑 제6호증의 진정성립을 인정할 수 있고, 따라서 피고의 연대보증사실이 인정된다'라고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "원고는 피고가 연대보증한 것으로 기재되어 있는 리볼빙결제신청서의 '사본'을 갑 제6호증으로 제출한 사실, 피고가 제1심 이래 원고에게 지속적으로 갑 제6호증의 원본 제출을 요구하면서 원본의 존재 및 원본의 성립의 진정에 관하여 이의를 제기하여 온 사실, 그럼에도 원고는 갑 제6호증의 원본 부제출의 구체적 사유에 대한 주장·입증 없이 원본을 제출하지 않고 있는 사실 등을 알 수 있다"라고 하면서, "원고는 갑 제6호증의 원본을 제출하지 아니하였고, 원본 부제출에 대한 정당성이 되는 구체적 사유를 입증하지도 아니하였으므로 갑 제6호증은 피고의 연대보증사실을 증명하는 증거로서의 가치가 없다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 갑 제6호증의 원본 존재 여부에 관하여 별다른 심리 없이 그 기재 사실에 대한 증거가치를 인정한 원심에는 사본이 제출된 서증 조사에 있어서 증거가치에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다."라고 판시한 사례.

❷ 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다66133 판결; '피고는 원고가 제출한 각 서증 사본에 대하여 그 원본의 존재를 부인하고, 사후 조작가능성을 제기하면서 그 원본의 제출을 요구하였는데, 원고는 그 각 자료는 원고의 청구원인사실과 무관하다거나 이미 다른 서증에 의하여 매입사실은 모두 증명되었다고 주장하면서 피고의 그와 같은 문서제출요구는 위법하고, 원고에게는 해당 문서 원본의 제출의무도 없으며, 서울지점의 경우 피고가 요구하는 해당 문서를 소지하고 있지 않을 뿐 아니라 홍콩지점이 소지하는 문서의 제출을 요구하는 것은 홍콩의 사법주권 침해라는 등의 이유를 들어 거부하면서 원심법원의 매입자료의 추가적인 제출에 대한 석명준비명령에 대하여도 추가 제출자료가 없다고 답하였고, 나아가 원고는 원고 제출의 각 서증 사본은 홍콩 공증인의 인증과 주홍콩총영사관 영사의 인증, 국제민사사법공조에 의한 홍콩법원에 대한 서증조사촉탁 등에 의하여 그 형식적 증거력이 인정된다고 주장'한 사안에서,

① 원본 부제출의 정당한 사유 존부에 관하여는, "원고가 그 원본을 제출하지 못하는 정당한 사유라고 하는 위의 주장들은 사본을 서증으로서 제출한 당사자로서 원본을 제출하지 못하는 데에 대한 정당한 사유에 해당한다고 볼 수 없으며, 그 밖에 원고에게 원본을 제출 하지 못하는 정당한 사유가 있음을 인정할 자료가 기록상 드러나지 않는다."라고,

② 홍콩 공증인의 인증과 주홍콩총영사관 영사의 인증에 의한 사본의 진정성립 인정 여부에 관하여는, "사본인 서증들에 첨부된 홍콩주재 한국영사관 영사의 인증 부분은 공문서로서 그 진정성립이 추정되며 그 인증에 의하여 홍콩공증인의 인증 부분이 그 공증인에 의하여 진정하게 작성된 사실은 추정된다고 할 것이지만 그러한 사정으로써 그 공증인의 인증 내용인 그 사본과 동일한 원본이 존재하며 그 원본이 그 사본의 기재 일시에 그의 내용대로 진정하게 성립한 것이라는 사실까지 추정 또는 인정되는 것이라고 할 수는 없다."라고,

③ 우리나라 공증인의 사문서 인증에서의 증거력 법리의 적용 여부에 관하여는, "원고가 내세우는 … 91다35816 판결에서 공증인이 인증한 사서증서의 진정성립이 추정된다고 하는 취지는 우리나라 공증인이 작성한 문서는 공문서로서 구 민사소송법 제327조 제1항에 의하여 그의 진정성립이 추정될 뿐만 아니라 사서증서에 대한 공증인의 인증제도는 우리나라 공증인법의 규정(제3조, 제12조, 제13조, 제57조 내지 제61조)에 따라 자격을 갖춰 임명된 공증인이 그의 면전에서 사서증서 원본에 서명날인토록 시키거나 이미 서명날인된 사서증서의 경우에는 서명날인한 촉탁인의 확인이나 대리촉탁인의 확인 및 그의 대리권의 증명 등의 소정절차를 거쳐서 이루어지는 엄격성에 기하여 원본인 사서증서의 진정성립이 추정되게 하는 것이어서, 홍콩공증인이 인증한 서증 사본의 인증에 의한 원본의 성립인부에 위의 법리가 적용될 수 있다는 근거에 관하여 아무런 주장입증이 없는 이 사건에서 우리나라 공증인의 사문서 인증에서의 증거력 법리를 마찬가지로 적용시킬 수는 없을 뿐만 아니라, 가령 그 법리에 의한다 하더라도 공증인이 인증한 서증 사본 자체의 진정성립 추정은 별론으로 하더라도 그 사본 원본의 존재와 그의 진정성립까지 추정될 수는 없다고 할 것이다."라고,

④ 홍콩법원의 서증조사에 의한 사본의 형식적 증거력 인정 여부에 관하여는, "원고는 또한, 홍콩법원에 의한 서증조사가 이루어졌으므로 위의 서증 사본이 형식적 증거력을 갖추었다고도 주장하는바, … 그 서증조사 절차에 의하여 조사된 문서는 쟁점이 되는 이 사건 매입사실에 관한 전체 문서가 아닐 뿐더러 홍콩지점 소속 직원이 조사될 일부 문서의 사본을 법원에 가져와 그것이 원본과 같다는 요지로 선서하는 방식으로 이루어졌을 따름이며 그 법원에 의하여 직접 그 원본 전체가 확인된 것이 아니었음을 알 수 있으므로 그 절차에 의하여 이 사건 서증 사본에 대한 원본의 존재와 진정성립이 입증되었다고 볼 수도 없다."라고 각 판시.

6) 증서진부확인의 소

법률관계를 증명하는 서면이 진정한지 아닌지를 확정하기 위하여 확인의 소를 제기할 수 있는데(민사소송법 제250조), 증서의 진정 여부를 확인하는 소를 허용하고 있는 이유는 법률관계를 증명하는 서면의 진정 여부가 확정되면 당사자가 그 서면의 진정 여부에 관하여 더 이상 다툴 수 없게 되는 결과, 법률관계에 관한 분쟁 그 자체가 해결되거나 적어도 분쟁 자체의 해결에 크게 도움이 된다는 데에 있으므로, 증서의 진정 여부를 확인하는 소가 적법하기 위해서는 그 서면에 대한 진정 여부의 확인을 구할 이익이 있어야 한다.

'법률관계를 증명하는 서면'은 그 기재 내용으로부터 '직접' 일정한 현재의 법률관계의 존부 여부가 증명될 수 있는 문서를 가리키므로 단지 과거의 사실관계를 증명하는 서면은 여기에 해당하지 아니한다.[4709]

서면의 진부가 확정되어도 원고 주장의 권리관계 내지 법률적 지위의 불안이 제거될 수 없고, 그 법적 불안을 제거하기 위해서는 당해 권리 또는 법률관계 자체의 확인을 구하여야 할 필요가 있는 경우에는 즉시 확정의 이익이 없어 부적법하다.[4710]

어느 서면에 의하여 증명되어야 할 법률관계를 둘러싸고 이미 소가 제기되어 있는 경우에는 그 소송에서 분쟁을 해결하면 되므로 그와 별도로 그 서면에 대한 진정 여부를 확인하는 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익이 있다고 볼 수 없고, 반면에 증서의 진정 여부를 확인하는 소가 제기된 후 그 법률관계를 둘러싼 소가 제기된 경우라면 후소로 인하여 전소가 부적법하게 되는 것은 아니다.[4711]

7) 위조서류

일방 당사자가 증거서류를 제출한 취지가 그 서류가 위조되었다는 사실을 입증하

4709) ① 대법원 2001. 12. 14. 선고 2001다53714 판결; 세금계산서는 일반적으로 부가가치세법에서 정한 사업자가 공급받는 자에게 재화 또는 용역을 공급한 과거의 사실을 증명하기 위하여 작성되는 보고문서에 불과하여 세금계산서에 의하여 직접 당사자 간 현재의 법률관계 존부가 증명되는 것은 아니라 할 것이며, 따라서 그 진부확인에 의하여 당사자 간 법률관계상의 분쟁이 해결되는 데 도움이 될 것으로 판단되지 아니하므로 세금계산서의 진부 확인을 구하는 소는 증서진부확인의 소의 대상이 되지 아니하는 문서에 관하여 제기된 것으로 확인의 이익도 없는 부적법한 소라고 한 예.

② 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다29290, 29306 판결; 영수증은 그 기재대로 일정 금원을 받았음을 증명하기 위하여 작성되는 서면에 지나지 아니하여 그로부터 법률관계의 성립 내지 존부가 '직접' 증명되는 것은 아니므로, 증서의 진정 여부를 확인하는 소의 대상이 될 수 없다고 한 예.

4710) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다15317 판결.

4711) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다29290, 29306 판결(원고가 증서의 진정 여부를 확인하는 소를 제기하기 전에 피고가 원고를 상대로 임대차계약서, 영수증, 이행각서 및 지불각서를 증거로 하여 임대차계약의 체결, 임대계약금의 지급 및 위약 시 계약금의 배액 지급 약정 등이 있었음을 주장하면서 그에 기한 금원 지급을 구하는 소를 제기하였으므로, 피고가 위 소송에서 증거로 제출한 문서의 진정 여부에 대해서 원고가 다시 별소로 그 확인을 구할 이익은 없다 하여 원심을 파기 자판한 예).

기 위한 것일 뿐, 거기에 기재된 사상이나 내용을 증거로 하려는 것이 아닌 경우, 이는 서증으로 제출한 것이라 할 수 없으니 상대방이 성립을 인정하였다고 하여 성립에 다툼이 없는 서증이라고는 볼 수 없다.[4712] 즉, 위조문서라는 입증취지로 제출한 문서는 서증이 아니고 검증물에 해당된다.

8) 증거항변

상대방 당사자가 적극적으로 문서의 진정성립을 다투면서 증거항변을 하는 경우에는 그 문서의 진정성립이 인정되는 근거를 설시하고 증거항변을 배척하여야 한다. 증거항변의 서증목록상 기재는 '인부요지'란에 하고, '비고'란에 하여서는 아니 된다.[4713]

9) 불법검열 우편물 내용과 불법감청 전기통신 내용의 증거능력 부정

불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다(통신비밀보호법 제4조).[4714]

나. 서증의 실질적 증거력

서증의 진정성립이 인정된다고 하더라도 그 내용의 신빙성(실질적 증거력)에 대한 판단은 법관의 자유심증에 의한다.

1) 공문서의 증명력

진정성립이 추정되는 공문서는 진실에 반한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 증명력을 쉽게 배척할 수 없다.[4715] [4716]

4712) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다19459 판결 등.

4713) '민사 등 증거목록에 관한 예규(재민 2004-6)' 제13조 제3항.

4714) 대법원 2024. 4. 16. 선고 2023므16593 판결; "제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 않고 전화통화 내용을 녹음한 행위는 전기통신의 감청에 해당하여 통신비밀보호법 제3조 제1항 위반이 되고, 이와 같이 불법감청에 의하여 녹음된 전화통화 내용은 제4조에 의하여 증거능력이 없다. 이러한 법리는 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 같은 법 제14조 제1항을 위반하여 일반 공중이 알 수 있도록 공개되지 않은 타인 간의 발언을 녹음한 경우에도 마찬가지이다." ☛ 전기통신의 감청은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 전기통신 내용을 녹음하는 등의 행위를 하는 것만을 말한다고 해석함이 타당하므로, 전기통신에 해당하는 전화통화 당사자의 일방이 상대방 모르게 통화 내용을 녹음하는 것은 여기의 감청에 해당하지 않으나, 제3자의 경우는 설령 전화통화 당사자 일방의 동의를 받고 그 통화 내용을 녹음하였다 하더라도 그 상대방의 동의가 없었던 이상, 이는 여기의 감청에 해당하고, 그 녹음된 전화통화의 내용은 증거능력이 없다(2021다236999).

4715) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013두3658, 3665 판결(따라서 공문서의 기재 중에 의문점이 있는 부분이 일부 있더라도 그 기재 내용과 배치되는 사실이나 그 문서가 작성된 근거와 경위에 비추어 그 기재가 비정상적으로 이루어졌거나 그 내용의 신빙성을 의심할 만한 특별한 사정을 증명할 만한 다른 증거자료가 없는 상황이라면 그 기재 내용대로 증명력을 가진다고 보아야 한다).

4716) ○ 대법원 1996. 7. 26. 선고 95다19072 판결; "국립과학수사연구소가 … 실제 필적과 동일성이 인정되어 이를 회보한다는 내용의 감정의뢰 회보로서 진정성립이 추정되는 공문서이므로, 별도의 신빙성 있는 반대 자료

2) 확정판결의 증명력

관련 사건의 '확정판결'에서 인정된 사실('주의의무 위반'과 같은 불확정개념이 요건사실인 경우 포함)은 특별한 사정이 없는 한 '유력한 증거자료'가 되므로, 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없다(당해 재판에서 제출된 다른 증거내용에 비추어 관련 확정판결의 사실판단을 그대로 채용하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있다).[4717] 미확정 판결 역시 증거로 사용할 수 있고, 다만 그 신빙성이 문제될 수 있을 뿐이다.[4718]

증명의 대상이 된 사실의 확인을 내용으로 하는 '행정처분'이 있었던 경우에도 마찬가지이다.[4719]

가 없는 한 이를 배척하고 그 기재와 어긋나는 사실인정을 할 수는 없다."

○ 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21022 판결; "사실조회 회보는 공문서로서 별도의 신빙성 있는 반대자료가 없는 한 그 기재와 어긋나는 사실인정을 할 수 없는 것임에도 원심은 합리적인 이유의 설시도 없이 위 증거들을 취신하지 않는다고 배척하였으니 이는 채증법칙에 어긋난 처사라 아니할 수 없다."

○ 대법원 1994. 6. 28. 선고 94누2046 판결; "공증인이나 공증사무취급이 인가된 합동법률사무소의 구성원인 변호사가 촉탁인 또는 대리촉탁인의 신청에 의하여 자신이 직접 청취한 진술, 그 목도한 사실, 기타 실험한 사실을 기재한 공증에 관한 문서는 보고문서로서 공문서라 할 것이므로, … 공증인법은 그 보고 내용의 진실성을 담보하기 위하여 증서의 작성 이전에 반드시 촉탁인이나 대리촉탁인의 확인 및 그 대리권의 증명 등의 절차를 미리 거치도록 하고 작성 이후에는 열서자의 서명날인을 받도록 규정(공증인법 제27조, 제30조, 제31조, 제38조)하고 있는바, 이에 비추어 볼 때 신빙성 있는 반대 자료가 없는 한 함부로 그 증명력을 부정하고 그 기재와 어긋나는 사실인정을 할 수 없다고 보아야 할 것이다."

4717) ○ 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결; "민사재판에서 다른 민사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것은 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되고, 특히 전후 두 개의 민사소송이 당사자가 같고 분쟁의 기초가 된 사실도 같으나 다만 소송물이 달라 기판력에 저촉되지 않는 결과 새로운 청구를 할 수 있는 경우에는 더욱 그러하다. 그러나 그러한 경우에도 당해 민사소송에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 확정된 관련 민사사건 판결의 사실인정을 그대로 채용하기 어려운 경우에는 합리적인 이유를 설시하여 이를 배척할 수 있다. 그리고 이와 같은 법리는, '주의의무 위반'과 같은 불확정개념이 당사자가 주장하는 법률효과 발생에 관한 요건사실에 해당할 때, 관련 민사사건의 확정판결에서 이를 인정할 증거가 없거나 부족하다는 이유로 당사자의 주장을 받아들이지 않았음에도 이와 달리 후소 법원에서 위와 같은 요건사실을 인정하는 경우에도 마찬가지로 적용된다." ☜ 확정된 관련 민사판결의 증명력

○ 대법원 2015. 10. 29. 선고 2011다81213 판결; "관련 형사사건의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 민사재판에서 유력한 증거자료가 되나, 민사재판에 제출된 다른 증거 내용에 비추어 형사판결의 사실판단을 그대로 채용하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있는 것이고, 더욱이 형사재판에서의 유죄판결은 공소사실에 대하여 증거능력 있는 엄격한 증거에 의하여 법관으로 하여금 합리적인 의심을 배제할 정도의 확신을 가지게 하는 증명이 있다는 의미인 반면, 무죄판결은 그러한 증명이 없다는 의미일 뿐이지 공소사실의 부존재가 증명되었다는 의미는 아니다." ☜ 확정된 관련 형사판결의 증명력

4718) 대법원 1995. 4. 28. 선고 94누11583 판결.

4719) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결; "증거재판의 원리와 증명책임의 원칙은 증명의 대상이 된 사실의 존재를 확인하는 내용의 행정처분이 있었던 경우에도 근본적인 구도가 달라진다고 할 수 없다. … 민사소송에서 증명의 대상이 된 사실의 확인을 내용으로 하는 행정처분이 있었던 경우에도 그 처분에 담긴 사실의 존재를 기초로 하여 국가의 손해배상 등을 청구하는 민사소송이 제기된 때에는 그 행정처분의 적법성과 내용의 신빙성은 그 소송절차 안에서 다시 확인되어야 한다. 특히 그 행정처분이 민사소송의 당사자 중 어느 한 쪽의 일방적 진술을 중심으로 이루어진 것일 뿐 객관적 자료의 뒷받침이 없고 반대 측의 의견진술 여지도 배제된 채 이루어진 것이고, 더욱이 처분 그 자체의 내용으로 보더라도 사실판단의 근거나 판단 기준에 대해 의문을 가질 수 있는 사정까지 있다면, 법원으로서는 그 처분만을 유일한 근거로 해서 쉽게 사실을 확정할 것이 아니라 처분의 내용과 근거자료의 신빙성 유무에 대하여 필요한 검토와 증거조사를 거쳐 사실인정을 하여야 한다. … 국가기관에 의한 조사 및 처분이 이루어졌다는 점을 감안하여 입증의 부담을 완화·경감시킬 수는

3) 처분문서의 증명력

민법-총칙-법률행위-'의사표시의 존재와 그 해석' 부분 참조.

4) 문서제출명령 및 그 불이행의 효과

문서제출명령 신청자는 '문서의 존재'와 '상대방의 소지' 사실 및 '서증으로 조사할 필요성'[4720]을 주장·증명하여야 한다.[4721]

'당사자가 소송에서 인용한 문서'(인용문서)에 대한 제출의무를 면할 '특별한 사정'의 존재,[4722] '오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서'(자기이용문서),[4723] '기술 또는

있겠지만, 그 처분에서 어떠한 사실이 확인 또는 추정된다고 판단하였다고 해서 그에 대해 법률상 추정과 같은 정도의 증거가치를 부여할 수는 없다. 사실확인적 처분문서 역시 보고문서의 성질을 가지는 것일 뿐이다."

4720) 대법원 2016. 7. 1.자 2014마2239 결정; "자기이용문서 등 문서제출 거부사유가 인정되지 아니하는 경우에도 법원은 민사소송법 제290조에 따라 그 제출명령신청의 대상이 된 문서가 서증으로서 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 제출명령신청을 받아들이지 아니할 수 있고, 민사소송법 제347조 제1항에 따라 문서제출신청에 정당한 이유가 있다고 인정한 때에 결정으로 문서를 가진 사람에게 그 제출을 명할 수 있으므로, 당해 문서가 쟁점 판단이나 사실의 증명에 어느 정도로 필요한지, 다른 문서로부터 자료를 얻는 것이 가능한지 여부, 문서 제출로 인하여 얻게 될 소송상 이익과 피신청인이 문서를 제출함으로 인하여 받게 될 부담이나 재산적 피해 또는 개인의 프라이버시나 법인 내부의 자유로운 의사 형성 및 영업 비밀, 기타 권리에 대한 침해와의 비교형량 및 기타 소송에 나타난 여러 가지 사정을 고려하여 과연 문서제출이 필요한지 및 문서제출신청에 정당한 이유가 있는지 여부를 판단하여야 할 것이다. … 문서를 가진 사람에게 그것을 제출하도록 명할 것을 신청하는 것은 서증을 신청하는 방식 중의 하나이므로, 법원은 그 제출명령신청의 대상이 된 문서가 서증으로서 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 그 제출명령신청을 받아들이지 아니할 수 있다. 또한 문서제출명령의 대상이 된 문서에 의하여 입증하고자 하는 사항이 당해 청구와 직접 관련이 없는 것이라면 받아들이지 아니할 수 있다."

4721) ○ 대법원 2016. 7. 1.자 2014마2239 결정; "원심은, 이 사건 문서제출신청의 대상이 된 … 문서의 존재와 소지가 증명되었고, 서증으로 조사할 필요성이 있다는 취지에서 이 부분 문서제출신청을 인용하고 … 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, … 문서제출명령의 요건에 관한 법리를 오해하거나 판단을 누락한 잘못 등이 없다."
○ 대법원 2008. 9. 26.자 2007마672 결정; "문서제출명령의 대상이 된 문서를 서증으로 조사할 필요가 있는 등으로 그 요건에 대한 소명이 있다고 보아 제1심의 이 사건 문서제출명령을 그대로 유지한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고"

4722) 대법원 2017. 12. 28.자 2015무423 결정; "민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 정하고 있는 인용문서는 당사자가 소송에서 문서 그 자체를 증거로서 인용한 경우뿐만 아니라 자기주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기주장의 근거나 보조 자료로 삼은 문서도 포함한다. 또한 위 조항의 인용문서에 해당하면, 그것이 같은 조 제2항에서 정하고 있는 '공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'라도 특별한 사정이 없는 한 문서 제출의무를 면할 수 없다. … 인용문서가 공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에서 정하고 있는 비공개대상정보에 해당한다고 하더라도, '특별한 사정이 없는 한' 그에 관한 문서 제출의무를 면할 수 없다. … 피신청인이 제출한 자료만으로 인용문서에 해당하는 이 사건 문서의 제출을 거부할 특별한 사정이 있다고 보기 어렵다."

4723) 대법원 2016. 7. 1.자 2014마2239 결정; "민사소송법 제344조 제2항은 문서를 가지고 있는 사람은 제344조 제1항에 해당하지 아니하는 경우에도 원칙적으로 문서의 제출을 거부하지 못한다고 규정하면서 그 예외사유로서 '오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서'(이른바 '자기이용문서')를 들고 있다. 어느 문서가 오로지 문서를 가진 사람이 이용할 목적으로 작성되고 외부자에게 개시하는 것이 예정되어 있지 않으며 이를 개시할 경우 문서를 가진 사람에게 심각한 불이익이 생길 염려가 있다면, 이러한 문서는 특별한 사정이 없는 한 위 규정의 자기이용문서에 해당한다고 할 것이다. 여기서 어느 문서가 자기이용문서에 해당하는지 여부는 문서의 표제나 명칭만으로 이를 판단하여서는 아니 되고, 그 문서의 작성 목적, 기재 내용에 해당하는 정보, 당해 유형·종류의 문서가 일반적으로 갖는 성향, 문서의 소지 경위나 그 밖의 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 하는데, 설령 주관적으로 내부 이용을 주된 목적으로 회사 내부에서 결재를 거쳐 작성된 문서일지라도, 신청자가 열람 등을 요구할 수 있는 사법상 권리를 가지는 문서와 동일한 정보 또는 그 직접적 기초·근거

직업의 비밀에 속하는 사항이 적혀 있고 비밀을 지킬 의무가 면제되지 아니한 문서',[4724] '공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'[4725] 등의 '문서제출 거부사유'는 문서소지자가 주장·증명하여야 한다.

당사자가 법원으로부터 문서제출명령을 받았음에도 불구하고 그 명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 상대방의 그 문서에 관한 주장 즉, 문서의 성질, 내용, 성립의 진정 등에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있음은 별론으로 하고(민사소송법 제349조),[4726] 그 문서들에 의하여 증명하려고 하는 상대방의 주장사실이 바로 증명되었다고 볼 수는 없으며, 그 주장사실의 인정 여부는 법원의 자유심증에 의한다.[4727]

통신사실확인자료에 대한 문서제출명령도 가능하고, 전기통신사업자가 통신비밀보호법 제3조 제1항[4728] 본문을 들어 통신사실확인자료의 제출을 거부할 수 없지만, 법원은

가 되는 정보가 당해 문서의 기재 내용에 포함되어 있는 경우, 객관적으로 외부에서의 이용이 작성 목적에 전혀 포함되어 있지 않다고는 볼 수 없는 경우, 당해 문서 자체를 외부에 개시하는 것은 예정되어 있지 않더라도 당해 문서에 기재된 '정보'의 외부 개시가 예정되어 있거나 그 정보가 공익성을 가지는 경우 등에는 그 문서를 내부문서라는 이유로 자기이용문서라고 쉽게 단정할 것은 아니다."

4724) 대법원 2016. 7. 1.자 2014마2239 결정; "민사소송법 제344조 제2항 제1호, 같은 조 제1항 제3호 (다)목, 제315조 제1항 제2호는 문서를 가지고 있는 사람은 제344조 제1항에 해당하지 아니하는 경우에도 원칙적으로 문서의 제출을 거부하지 못한다고 규정하면서 그 예외사유로서 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항이 적혀 있고 비밀을 지킬 의무가 면제되지 아니한 문서를 들고 있다. 여기에서 '직업의 비밀'은 그 사항이 공개되면 해당 직업에 심각한 영향을 미치고 이후 그 직업의 수행이 어려운 경우를 가리키는데, 어느 정보가 이러한 직업의 비밀에 해당하는 경우에도 문서의 소지자는 위 비밀이 보호가치 있는 비밀일 경우에만 문서의 제출을 거부할 수 있다 할 것이다. 나아가 어느 정보가 보호가치 있는 비밀인지를 판단함에 있어서는 그 정보의 내용과 성격, 그 정보가 공개됨으로써 문서 소지자에게 미치는 불이익의 내용과 정도, 그 민사사건의 내용과 성격, 그 민사사건의 증거로 해당 문서를 필요로 하는 정도 또는 대체할 수 있는 증거의 존부 등 제반 사정을 종합하여 그 비밀의 공개로 인하여 발생하는 불이익과 이로 인하여 달성되는 실체적 진실 발견 및 재판의 공정을 비교형량하여야 한다."

4725) 대법원 2024. 4. 25.자 2023마8009 결정; " '공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'란 국가기관이 보유·관리하는 공문서를 의미하고, 이러한 공문서의 공개는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서 정한 절차와 방법으로 하여야 할 것이다. … 금융감독원 직원이 직무상 작성하여 관리하고 있는 문서인 이 사건 문서는 민사소송법 제344조 제2항이 적용되는 문서 중 예외적으로 제출을 거부할 수 있는 '공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'에 준하여 정보공개법에서 정한 절차와 방법에 의하여 공개 여부가 결정될 필요가 있고, 피신청인으로서는 이 사건 문서의 제출을 거부할 수 있다."

4726) 민사소송법 제349조(당사자가 문서를 제출하지 아니한 때의 효과) 당사자가 제347조제1항·제2항 및 제4항의 규정에 의한 명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

4727) 대법원 1993. 6. 25. 선고 93다15991 판결; 도급계약 시 피고가 작성하여 원고에게 제출한 '공사내역서'에 대한 원심의 문서제출명령을 위반하였다 하더라도, 그 효과는 피고 주장의 위 내역서가 진정하게 성립되었다는 것과 그 내역서상 석구조물공사에 있어서 원고가 석재를 공급한다는 사실이 기재된 것을 인정한다는 것이지, 법원이 그 문서에 의하여 증명하고자 하는 피고의 주장사실까지 인정할 수는 없는 것이고, 원심이 자유심증에 의하여 피고의 주장에 배치되는 원고 주장사실을 인정한 이상 원심판결에 위법이 없다고 한 예.

4728) 통신비밀보호법 제3조(통신 및 대화비밀의 보호) ① 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다. 다만, 다음 각호의 경우에는 당해 법률이 정하는 바에 의한다. 〈개정 2009.11.2〉

문서제출명령 신청의 채택 여부 및 범위를 신중히 결정해야 한다.[4729]

5) 증명방해행위와 훼손문서의 증명력

증명방해 행위에 대한 명문의 규정[4730]이 없는 경우, 법원으로서는 증명방해 행위를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 증명책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니다.[4731]

4. 감정의 증명력

감정인의 감정 결과는 그 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다.[4732] 어떤 특정한 사항에 관하여 상반되는

4729) 대법원 2023. 7. 17.자 2018스34 전원합의체 결정의 다수의견; "2002. 7. 1.부터 시행된 … 개정 민사소송법 … 제344조 제2항은 … 제3자를 포함한 문서의 소지자는 민사소송법 제344조 제2항 각호에서 정한 문서제출 거부사유에 해당하지 않는 한 원칙적으로 이를 제출할 의무가 있다고 규정하여 문서제출의무를 일반적 의무로 확대하였다. … 이미 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」('정보공개법') 제9조가 비공개대상정보로 정하고 있는 정보에 관하여, 민사소송법에 의한 문서제출명령 제도와 정보공개법에 의한 정보공개 제도가 그 목적이나 취지, 연혁 등을 달리하는 점 등에 비추어 볼 때 비공개대상정보라도 이를 당사자가 소송에서 인용하였다면 민사소송법 제344조 제1항 제1호에 따른 문서제출명령의 대상이 된다고 판단하였다(2010마1659). … 법원은 문서제출명령 신청의 대상이 된 통신사실확인자료의 내용 및 기간이 신청인이 제시한 증명사항과 밀접한 관련성이 있는지, 나아가 그 문서에 대한 서증조사를 통하여 증명사항이 사실로 인정되면 그러한 사실에 기초하여 신청인이 구체적으로 특정한 주장사실을 추단할 수 있는지를 심리함으로써 문서제출명령 신청의 채택 여부 및 범위를 신중히 결정하여야 한다. … 당사자가 협조하지 않는 등의 이유로 부득이하게 제출이 요구되는 통신사실확인자료의 내용을 구체적으로 특정하지 못한 상태에서 문서제출명령을 발령하여 전기통신사업자로부터 자료를 제출받은 경우라면, 주장사실과 관련성이 없는 부분을 즉시 폐기하거나 열람·복사를 제한하는 등의 조치를 취할 필요가 있다."

4730) **민사소송법 제350조(당사자가 사용을 방해한 때의 효과)** 당사자가 상대방의 사용을 방해할 목적으로 제출의무가 있는 문서를 훼손하여 버리거나 이를 사용할 수 없게 한 때에는, 법원은 그 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다. ☛ 민사소송에 있어 당사자 일방이 일부가 훼손된 문서를 증거로 제출하였는데 상대방이 훼손된 부분에 잔존 부분의 기재와 상반된 내용이 기재되어 있다고 주장하는 경우, ① 문서제출자가 상대방의 사용을 방해할 목적으로 그 문서를 훼손하였다면 법원은 훼손된 문서 부분의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있을 것이나(법 제350조), ② 그러한 목적 없이 문서가 훼손되었다고 하더라도 문서의 훼손된 부분에 잔존 부분과 상반되는 내용의 기재가 있을 가능성이 인정되어 문서 전체의 취지가 문서를 제출한 당사자의 주장에 부합한다는 확신을 할 수 없게 된다면 이로 인한 불이익은 훼손된 문서를 제출한 당사자에게 돌아가야 한다(대법원 2015. 11. 17. 선고 2014다81542 판결).

4731) 대법원 2024. 5. 17. 선고 2018다262103 판결. ☛ 의사 측이 진료기록을 사후에 가필·정정한 행위는, 그 이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자 간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 증명방해행위에 해당하나, 당사자 일방이 증명을 방해하는 행위를 하였더라도 법원으로서는 이를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 증명책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니며, 그 내용의 허위 여부는 의료진이 진료기록을 가필·정정한 시점과 그 사유, 가필·정정 부분의 중요도와 가필·정정 전후 기재 내용의 관련성, 다른 의료진이나 병원이 작성·보유한 관련 자료의 내용, 가필·정정 시점에서의 환자와 의료진의 행태, 질병의 자연경과 등 제반 사정을 종합하여 합리적 자유심증으로 판단하여야 한다(2007다55866).

4732) 대법원 2014. 10. 15. 선고 2012다18762 판결(법원은 감정인의 감정 결과 일부에 오류가 있는 경우에도 그로 인하여 감정사항에 대한 감정 결과가 전체적으로 서로 모순되거나 매우 불명료한 것이 아닌 이상, 감정 결과 전부를 배척하여야 할 것이 아니라 그 해당되는 일부 부분만을 배척하고 나머지 부분에 관한 감정 결과는

여러 개의 감정 결과가 있는 경우 각 감정 결과의 감정 방법이 적법한지 여부를 심리·조사하지 않은 채 어느 하나의 감정 결과가 다른 감정 결과와 상이하다는 이유만으로 그 감정 결과를 배척할 수는 없다.[4733] 노동능력상실률을 정하기 위한 보조자료의 하나인 의학적 신체기능장애율 및 그에 대한 감정인의 감정결과 등은 참고자료에 불과한 것으로서, 동일한 사실에 관하여 일치하지 않는 수 개의 자료가 있을 때 법관이 그 하나에 의거하여 사실을 인정하거나 이를 종합하여 사실을 인정하는 것은 경험칙 또는 논리법칙에 위배되지 않는 한 적법하다.[4734]

증거로 채택하여 사용할 수 있다).

4733) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다303216 판결; "동일한 감정사항에 대하여 2개 이상의 감정기관이 서로 모순되거나 불명료한 감정의견을 내놓고 있는 경우 법원이 그 감정 결과를 증거로 채용하여 사실을 인정하기 위해서는 다른 증거자료가 뒷받침되지 않는 한, 각 감정기관에 대하여 감정서의 보완을 명하거나 증인신문이나 사실조회 등의 방법을 통하여 정확한 감정의견을 밝히도록 하는 등 적극적인 조치를 강구하여야 한다. 이러한 법리는 전문적인 학식과 경험이 있는 사람이 작성한 감정의견이 기재된 서면이 서증의 방법으로 제출된 경우에 사실심법원이 이를 채택하여 사실인정의 자료로 삼으려 할 때에도 마찬가지로 적용될 수 있다." ☛ 2012두1570; "감정은 법원이 어떤 사항을 판단하기 위하여 특별한 지식과 경험을 필요로 하는 경우 그 판단의 보조수단으로 그러한 지식이나 경험을 이용하는 데 지나지 아니하는 것이므로, 보상금의 증감에 관한 소송에서 동일한 사실에 관하여 상반되는 여러 개의 감정평가가 있고, 그 중 어느 하나의 감정평가가 오류가 있음을 인정할 자료가 없는 이상 법원이 각 감정평가 중 어느 하나를 채용하거나 하나의 감정평가 중 일부만에 의거하여 사실을 인정하였다 하더라도 그것이 논리나 경험의 법칙에 반하지 않는 한 위법하다고 할 수 없다. 그리고 손실보상금 산정을 위한 감정평가 중 어느 한 가지 점이라도 위법사유가 있으면 그것으로써 그 감정평가결과는 위법하게 되나, 감정평가가 위법하다고 하여도 법원은 그 감정내용 중 위법하지 않은 부분을 추출하여 판결에서 참작할 수 있다."

4734) 대법원 2023. 11. 16. 선고 2020다292671 판결; "노동능력상실률을 적용하는 방법에 따라 일실이익을 산정할 경우, 노동능력상실률은 단순한 의학적 신체기능장애율이 아니라 피해자의 연령, 교육 정도, 종전 직업의 성질과 직업경력, 기능 숙련 정도, 신체기능장애 정도 및 유사직종이나 타 직종의 전업가능성과 그 확률 기타 사회적·경제적 조건을 모두 참작하여 경험칙에 따라 정한 수익상실률로서 합리적이고 객관성이 있는 것이어야 한다. 이러한 노동능력상실률을 정하기 위한 보조자료의 하나인 의학적 신체기능장애율 및 그에 대한 감정인의 감정결과 등은 사실인정에 관하여 특별한 지식과 경험, 통계치 등을 요하는 경우에 법관이 이용하는 참고자료에 불과한 것으로, 궁극적으로는 피해자의 모든 조건과 경험칙에 비추어 규범적으로 결정할 수밖에 없으므로 동일한 사실에 관하여 일치하지 않는 수 개의 자료가 있을 때 법관이 그 하나에 의거하여 사실을 인정하거나 이를 종합하여 사실을 인정하는 것은 경험칙 또는 논리법칙에 위배되지 않는 한 적법하다. 이와 같이 노동능력상실률을 정하는 것은 원칙적으로 사실심 법원의 전권에 속하는 것이지만 법관에게 이에 관한 자유재량을 부여한 것은 아니므로, 법원은 형평의 원칙에 반하거나 현저히 불합리한 결과가 발생하지 않도록 앞서 열거한 모든 구체적 사정을 충실하고 신중하게 심리하여 그 평가가 객관성을 갖추도록 하여야 한다."(무후각증에 대한 노동능력상실률을 대한의학회 장애평가기준에 따라 산정한 3%로 인정한 예) ☛ ❶ 토안(눈이 잘 감기지 않는 증상)으로 인한 노동능력상실률을 감정 결과(국가배상법 시행령상 10%)의 절반인 5%만 인정한 원심에 잘못이 있다고 한 예(2020다219850). ❷ 복합부위통증증후군 또는 그와 유사한 통증장해에 대한 판단 기준을 제시하는 내용이 없는 맥브라이드표를 유추적용하여 노동능력상실률을 평가한 신체감정 결과를 그대로 채택한 원심에 위법이 있다고 한 예(2009다77198,77204)./ 복합부위통증증후군의 진단에 사용되는 기준에는 미국의사협회(AMA) 신체장해평가지침 제5판 기준 및 이보다 완화된 기준인 수정 국제통증학회(IASP) 기준과 AMA 지침 제6판 기준 등이 있고, 1심의 신체감정촉탁 결과는 복합부위통증증후군 발생 여부에 관하여는 수정 국제통증학회 기준 중 임상용 진단기준 또는 AMA 지침 제6판 기준을 적용하면서도 그에 따른 신체기능장애율 산정에 관하여는 아무런 설명 없이 위 기준들보다 더 엄격한 AMA 지침 제5판 기준을 적용하였는데, AMA 지침 제5판 기준에 따를 경우 복합부위통증증후군이 발생되었다고 볼 수 없는데도, 위 감정촉탁 결과 중 AMA 지침 제5판 기준을 적용한 신체기능장애율 부분에 기초하여 노동능력상실률을 정한 원심판단은 잘못이라고 한 예(2015다8902). ❸ 복수의 감정 과목에 대한 신체감정촉탁 결과에는 감정의 중복·누락이 있을 수 있으므로, 신체감정촉탁 결과에 의하여 노동능력상실률을 평가하는 법원으로서는 감정이 중복·누락되었는지 여부를 세심히 살펴야

5. 당사자본인신문

당사자신문절차에서 당사자가 '정당한 사유'[4735] 없이 출석·선서·진술의 의무를 불이행한 경우에 법원은 재량[4736]에 따라 '신문사항에 관한 상대방의 주장'을 진실한 것으로 인정[4737]할 수 있다.[4738]

Ⅵ. 민사집행법상 각종 청구의 요건사실과 주장증명책임

1. 전부금 청구

가. 청구원인

전부금 청구의 청구원인 요건사실은, "① 피전부채권의 발생 + ② 전부명령의 발령 + ③ 제3채무자에 대한 송달 + ④ 전부명령의 확정(≒ 채무자에 대한 송달)" 사실이다.

1) 피전부채권의 발생

위 ① '피전부채권의 발생'은 전부채권자가 주장·증명하여야 한다.[4739] [4740]

하고, 중복·누락이 있는 경우에는 필요한 심리를 통하여 이를 바로잡아야 한다(2020다216240).

4735) 당사자가 출석할 수 없는 정당한 사유란 법정에 나올 수 없는 질병, 교통기관의 두절, 관혼상제, 천재지변 등을 말하고, 그러한 정당한 사유의 존재는 그 불출석 당사자가 이를 주장·증명하여야 한다(2010다56616).

4736) 법원의 재량에 따라 신문사항에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다는 뜻이므로, 상대방이 위 규정의 불이익 제재를 가해 줄 것을 변론에서 진술한 경우라도 법원이 이를 판단할 사항은 아니고, 그 점에 대한 판단을 아니 한 것이 위법사유가 될 수는 없다(73다1060).

4737) 법원이 진실한 것으로 인정할 수 있는 것은 "신문사항에 관한 상대방의 주장", 즉 신문사항에 포함된 내용에 관한 것이므로 법원이 이를 적용함에 있어서는 상대방 당사자의 요건사실에 관한 주장사실을 진실한 것으로 인정할 것이라고 설시할 것이 아니라 당사자 본인신문사항 가운데 어느 항을 진실한 것으로 인정한 연후에 그에 의하면 상대방 당사자의 요건사실에 관한 주장사실을 인정할 수 있다고 판시하는 것이 정당하다(89다카1084).

4738) **민사소송법 제369조(출석·선서·진술의 의무)** 당사자가 정당한 사유 없이 출석하지 아니하거나 선서 또는 진술을 거부한 때에는 법원은 신문사항에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

4739) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다107408 판결: "원심은, 피고는 2007. 10. 11. 채권자들의 강제집행을 면탈할 목적으로 아무런 원인관계 없이 그 소유인 이 사건 부동산에 관하여 채무자를 피고, 근저당권자를 소외인으로 한 채권최고액 7,000만 원의 이 사건 근저당권설정등기를 마친 사실, 원고는 2007. 11. 7. 소외인에 대한 집행력 있는 화해권고결정 정본을 집행권원으로 하여 소외인의 피고에 대한 이 사건 근저당권부 채권 중 69,899,972원에 관하여 채권압류 및 전부명령을 받은 사실을 인정한 다음, 피고와 소외인 사이에 체결된 이 사건 근저당권설정계약은 통정허위표시에 해당하여 무효이고, 원고는 통정허위표시를 기초로 하여 새로이 법률상 이해관계를 가진 선의의 제3자에 해당하므로, 피고는 원고에 대하여 위 근저당권설정계약의 무효를 주장할 수 없다고 판단하였다. 그러나 피고는 이 사건 근저당권설정계약만을 체결하였을 뿐 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위 자체가 없었다고 다투고 있으므로, 그러한 법률행위가 존재하는지 여부가 문제된다 할 것인데, 그에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 원고에게 있고, 그에 관한 원고의 증명이 부족하다면 이 사건 압류는 무효라고 할 것이다."

☞ **민사집행법 제231조**는 "전부명령이 확정된 경우에는 전부명령이 제3채무자에게 송달된 때에 채무자가 채무를 변제한 것으로 본다. 다만, 이전된 채권이 존재하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있고, 판례 중에도 "장래의 조건부채권에 대한 전부명령이 확정된 후에 그 피압류채권의 전부 또는 일부가 존재하지

채권 압류 및 전부명령이 제3채무자에게 송달될 당시 반드시 피압류 및 전부채권이 현실적으로 존재하고 있어야 하는 것은 아니고, 조건부채권이나 기한부채권 등 장래의 채권이라도 채권 발생의 기초가 확정되어 있어 특정이 가능할 뿐 아니라 권면액이 있고, 가까운 장래에 채권이 발생할 것이 상당한 정도로 기대되는 경우에는 채권압류 및 전부명령의 대상이 될 수 있다.[4741] 장래 채권의 실제 발생이나 조건 성취로 인한 조건부 채권의 발생 사실 역시 전부채권자의 증명책임에 속하고, 상대방의 '장래 채권의 불발생이나 조건 미성취로 인한 조건부 채권의 불발생에 따른 무효 주장'은 항변이 아닌 '부인'으로 취급함이 옳다.

피압류채권이 특정되지 아니한 경우, 그 압류·전부명령은 무효이다. 압류·전부명령의 목적인 채권의 표시가 이해관계인 특히 제3채무자로 하여금 다른 채권과 구별할 수 있을 정도로 기재되어 동일성 인식을 저해할 정도에 이르지 아니하였다면, 그 압류·전부명령은 유효하다고 보아야 하나,[4742] ① 채무자가 수인이거나 제3채무자가 수인인 경우 또는 ② 채무자가 제3채무자에 대하여 여러 채권을 가지고 있는 경우에는, 집행채권액을 한도로 하여 ① 각 채무자나 제3채무자별로 얼마씩의 전부를 명하는 것인지 또는 ② 채무자

아니한 것으로 밝혀졌다면 민사집행법 제231조 단서에 의하여 그 부분에 대한 전부명령의 실체적 효력은 소급하여 실효된다."라고(2004다24168, 99다68652) 판시한 것이 있어, '피전부채권의 불발생'을 전부금 청구의 경우에는 제3채무자가 항변사실로서, 집행채권 이행 청구의 경우에는 집행채권자가 집행채무자의 변제항변에 대한 재항변사실로서 주장·증명하여야 한다고 볼 수도 있으나, 권리의 존재를 주장하는 당사자는 권리근거사실(권리발생사실)에 대하여, 권리의 존재를 다투는 당사자는 권리장애·소멸사실에 대하여 각 주장·증명책임을 지는 법률요건분류설 내지 규범설의 일반론에 따라, 전부명령의 효력을 주장하는 전부채권자 또는 집행채무자가 '피전부채권의 발생' 사실에 대하여, 상대방이 피전부채권 발생의 장애·소멸 사실에 대하여 각 주장·증명책임을 진다고 봄이 옳다.

4740) 압류된 금전채권에 대한 전부명령이 절차상 적법하게 발부되어 확정되었더라도, 전부명령이 제3채무자에게 송달될 때에 피압류채권이 존재하지 않으면 전부명령도 무효이므로, 피압류채권이 전부채권자에게 이전되거나 집행채권이 변제되어 소멸하는 효과는 발생할 수 없다(대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다228107 판결).

4741) ❶ 매매계약이 해제되는 경우 발생하는 매수인의 매도인에 대한 기지급 매매대금의 반환채권은 매매계약이 해제되기 전까지는 채권 발생의 기초가 있을 뿐 아직 권리로서 발생하지 아니한 것이기는 하지만 일정한 권면액을 갖는 금전채권이라 할 것이므로 전부명령의 대상이 될 수 있다(2007다24930). ❷ 토지수용에 대한 보상으로서 債券 지급이 가능하고, 기업자가 현금 또는 債券 중 어느 것으로 지급할 것인지 여부를 선택하지 아니한 상태에 있는 경우, 손실보상금채권에 대한 압류 및 전부명령은 기업자가 장래에 보상을 현금으로 지급하기로 선택하는 것을 정지조건으로 하여 발생하는 손실보상금채권을 그 대상으로 하는 것이라고 할 것이고, 위와 같은 장래의 조건부채권에 대한 전부명령이 확정된 후에 그 피압류채권의 전부 또는 일부가 존재하지 아니한 것으로 밝혀졌다면 민사집행법 제231조 단서에 의하여 그 부분에 대한 전부명령의 실체적 효력은 소급하여 실효된다(2004다24168). ❸ 건설업자가 지방자치단체가 지방재정법과 그 시행령 및 그에 의하여 준용되는 국가를당사자로하는계약에관한법률과 그 시행령에 의하여 시행하는 공사의 경쟁입찰에 참가하여 낙찰자로 결정된 후 낙찰자의 채권자가 낙찰자를 채무자로 하고, 지방자치단체를 제3채무자로 하여 낙찰자가 지방자치단체와 장차 공사도급계약을 체결하고 공사를 시공함에 따라 지방자치단체로부터 지급받게 될 공사대금채권에 대하여 채권압류 및 전부명령을 받은 경우, 피압류 및 전부채권인 공사대금채권은 그 발생의 기초가 확정되어 있어 채권의 특정이 가능할 뿐 아니라, 공사대금이 확정되어 있어 권면액도 있으며, 가까운 장래에 채권이 발생할 것이 상당한 정도로 확실시되므로 그 공사대금채권에 대한 채권압류 및 전부명령은 유효하다고 한 사례(2002다7527).

4742) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다89036 판결.

의 어느 채권에 대하여 얼마씩의 전부를 명하는 것인지를 특정하여야 하고, 이를 특정하지 아니한 경우에는 집행의 범위가 명확하지 아니하여 그 압류·전부명령은 무효라고 보아야 한다.[4743]

채권 압류명령은 그 목적이 된 채권의 한도에서 효력이 발생한다.[4744] 채권압류명령의 '압류할 채권의 표시'에 기재된 문언은 그 문언 자체의 내용에 따라 객관적으로 엄격하게 해석하여야 하고, 문언의 의미가 불명확한 경우 그로 인한 불이익은 압류 신청채권자에게 부담시키는 것이 타당하므로, 제3채무자가 통상의 주의력을 가진 사회평균인을 기준으로 그 문언을 이해할 때 포함 여부에 의문을 가질 수 있는 채권은 특별한 사정이 없는 한 압류의 대상에 포함되었다고 보아서는 아니 된다. 이는 압류 등으로 집행채무자의 재산에 관하여 채권자 등 다수의 관여를 예정하는 절차가 개시된 경우에는 더욱 그러하다.[4745]

1개의 채권의 일부에 대한 가압류·압류는 유효한 채권 부분을 대상으로 한 것이고,

4743) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2007다63997 판결. 각 채무자나 제3채무자는 자신의 채권 혹은 채무 중 어느 금액 범위 내에서 압류의 대상이 되는지를 명확히 구분할 수 없고, 그 결과 각 채무자나 제3채무자가 압류의 대상이 아닌 부분에 대하여 권리를 행사하거나 압류된 부분만을 구분하여 공탁을 하는 등으로 부담을 면하는 것이 불가능하기 때문이다.
① 압류의 대상인 수인의 채무자들의 채권 합계액이나 수인의 제3채무자들에 대한 채권 합계액이 집행채권액을 초과하지 않는다 하더라도, 개별 채무자 및 제3채무자로서는 자신을 제외한 다른 모든 채무자들의 채권액이나 모든 제3채무자들의 채무액을 구체적으로 알고 있는 특별한 경우가 아니라면 자신에 대한 집행의 범위를 알 수 없음은 마찬가지이므로 달리 볼 것은 아니다(대법원 2014. 5. 16. 선고 2013다52547 판결). ② 채무자가 제3채무자에 대하여 여러 채권을 가지고 있는 경우, 압류의 대상인 여러 채권의 합계액이 집행채권액보다 오히려 적다거나 복수의 채권이 모두 하나의 계약에 기하여 발생하였거나 제3채무자가 채무자에게 그 채무를 일괄 이행하기로 약정하였다는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 압류할 대상인 채권별로 압류될 부분을 따로 특정하지 아니하였더라도 그 압류 등 결정은 유효한 것으로 볼 수 있다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다26296 판결).
채권 압류 및 전부명령의 주문에 압류·전부되는 채권들이 모두 명시되어 있는 이상 그 명령의 이유에 압류·전부되는 채권 중 일부 채권에 관한 집행권원의 기재가 누락되어 있다고 하더라도 그와 같은 사정만으로 그 집행권원의 기재가 누락된 일부 채권에 대하여 위 압류·전부명령의 효력이 미치지 않는다고 볼 수는 없다(대법원 2009. 11. 26. 선고 2006다37106 판결).

4744) 따라서 장래의 채권에 대한 압류가 허용되는 경우라도 그 피압류채권과 동일성이 없는 새로운 원인에 의하여 발생한 채권에는 압류의 효력이 미칠 수 없다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다32214 판결).
판결 결과에 따라 제3채무자가 채무자에게 지급하여야 하는 금액을 피압류채권으로 표시한 경우 해당 소송의 소송물인 실체법상의 채권이 채권압류 및 추심명령의 대상이 된다고 볼 수밖에 없고, 결국 채권자가 받은 채권압류 및 추심명령의 효력은 거기에서 지시하는 소송의 소송물인 청구원인 채권에 미친다고 보아야 한다(대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다203056 판결).

4745) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2013다10628 판결; 甲 회사와 乙 회사가 丙 토지구획정리조합과 토지구획정리에 관한 공사계약을 체결하면서 특약에 따라 甲, 乙 회사가 丙 조합에 운영경비 2억 원을 대여하였는데, 丁이 甲 회사의 丙 조합에 대한 공사예치금반환채권에 대한 채권압류 및 추심명령을 받은 사안에서, 공사예치금반환채권과 대여금반환채권은 명칭은 물론 법적 성격이나 내용 등 실질에 있어서도 확연히 다른 채권인 점 등 제반 사정을 종합하여 丙 조합이 통상의 주의력을 가진 사회평균인을 기준으로 '압류할 채권의 표시'에 기재된 '공사예치금반환채권'이라는 문언을 이해할 때 그것이 위 특약에 따른 대여금반환채권과 동일한 것으로 쉽게 인식된다고 볼 수 없고, 오히려 그 채권이 포함되는지에 관하여 충분히 의문을 가질 수 있다는 이유로, 위 추심명령의 효력이 甲 회사의 丙 조합에 대한 대여금반환채권에는 미치지 않는다고 한 사례.

유효한 채권 부분이 남아 있는 한 거기에 가압류·압류의 효력이 계속 미친다(따라서 1개의 채권 중 일부에 대하여 가압류·압류를 하였는데, 위 채권의 일부에 대하여만 소멸시효가 중단되고 나머지 부분은 이미 시효로 소멸한 경우, 가압류·압류의 효력은 시효로 소멸되지 않고 잔존하는 채권 부분에 계속 미친다고 보아야 한다).[4746]

2) 제3채무자에 대한 송달

전부명령의 실체적 효력은 전부명령이 확정되면 제3채무자 송달 시로 소급하여 발생하므로(민사집행법 제231조), 확정된 전부명령에 의하여 전부채권자가 취득하는 채권은 전부명령이 제3채무자에게 송달된 시점이 기준이 되기 때문에, 위 ③의 '제3채무자에 대한 송달'이 전부금 청구의 요건사실에 해당한다.

채권압류 및 전부명령의 제3채무자의 표시를 사망자에서 그 상속인으로 경정하는 결정이 확정되는 경우에는 당초의 압류 및 전부명령 정본이 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 제3채무자가 사망자의 상속인으로 경정된 내용의 압류 및 전부명령의 효력이 발생한다.[4747] 하지만, 채권 압류 및 '추심'명령을 채권 압류 및 '전부'명령으로 경정한

4746) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2014다13280, 13297 판결; "채권자가 1개의 채권 중 일부에 대하여 가압류·압류를 하는 취지는 1개의 채권 중 어느 특정 부분을 지정하여 가압류·압류하는 등의 특별한 사정이 없는 한 가압류·압류 대상 채권 중 유효한 부분을 가압류·압류함으로써 향후 청구금액만큼 만족을 얻겠다는 것이므로, 1개의 채권의 일부에 대한 가압류·압류는 유효한 채권 부분을 대상으로 한 것이고, 유효한 채권 부분이 남아 있는 한 거기에 가압류·압류의 효력이 계속 미친다고 봄이 타당하다. 따라서 1개의 채권 중 일부에 대하여 가압류·압류를 하였는데, 위 채권의 일부에 대하여만 소멸시효가 중단되고 나머지 부분은 이미 시효로 소멸한 경우, 가압류·압류의 효력은 시효로 소멸되지 않고 잔존하는 채권 부분에 계속 미친다고 보아야 한다." ☎ 원심이, 원고가 소외 회사의 피고들에 대한 매매대금반환채권에 대한 전부명령을 신청하기 전에 소외 회사의 채권자들이 합계 219억여 원 상당의 압류·가압류조치 등을 먼저 취하였는데 당시 소외 회사가 피고들에 대하여 부동산 가압류 및 소 제기로써 시효중단 조치를 취한 원금 618억 원의 매매대금반환채권이 유효하게 존재하고 있었으므로, 소외 회사의 채권자들이 한 위 압류·가압류조치는 시효로 소멸되지 않고 잔존하는 채권에 대한 것으로 볼 수 있고, 원고는 압류 및 전부명령을 신청하면서 스스로 위 219억여 원 상당의 매매대금반환채권을 압류 및 전부명령의 대상에서 제외시켰으므로, 이에 따라 발령된 전부명령은 위 219억여 원을 제외한 나머지 시효중단 조치된 부분에 대하여만 효력이 있는 것이라고 봄이 상당하다는 이유로, 원고 승계참가인의 시효중단 주장을 받아들여 피고들의 소멸시효 주장을 배척한 것은, 정당하고, 이 부분 상고이유 주장은, '시효중단의 효력이 위 전부명령보다 선행하는 가압류 등 채권 부분에 우선적으로 미친다고 보는 것은 후행 전부명령 채권자에 앞서 선행 가압류 등 채권자에게 우선적인 만족을 주는 것이므로 채권자평등원칙에 위반된다.'는 것이나, '전부명령은 실질적으로 채권자평등주의 원칙의 예외를 이루는 집행방법이고, 또한 원고는 압류경합으로 전부명령이 무효가 되는 것을 피하기 위해 스스로 선행 가압류·압류 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여만 위 전부명령을 받았으므로, 위 전부명령 채권자가 선행 가압류 등 채권자와 동등한 지위에 있다고 볼 수 없다. 이 사건과 반대로 전부명령이 먼저 있었고 나중에 가압류·압류가 이루어진 경우를 가정하여 보면, 전부명령 채권자가 시효 중단된 채권으로부터 우선 만족을 얻게 되고 그만큼 후행 가압류 등 채권자는 만족을 얻지 못하게 되므로, 이 경우에는 전부명령 채권자가 후행 가압류 등 채권자에 우선하게 된다. 그리고 만일 전부명령이 아니라 추심명령이 선행가압류 등과 경합하는 상태라면, 후행 추심명령 채권자도 시효 중단된 채권 부분에 관하여 선행 가압류 등 채권자와 동등하게 채권 만족을 얻을 수 있다. 이처럼 피고들이 상고이유로 들고 있는 문제들은 채권자평등원칙의 예외를 이루는 전부명령의 특수성 때문에 생기는 문제일 뿐이므로, 이 부분 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.'라고 판시한 사례.

4747) 대법원 1998. 2. 13. 선고 95다15667 판결; "압류 및 전부명령의 경정결정이 확정되는 경우 당초의 압류 및 전부명령은 그 경정결정과 일체가 되어 처음부터 경정된 내용의 압류 및 전부명령이 있었던 것과 같은 효력이 있으므로, 당초의 압류 및 전부명령 정본이 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 경정된 내용의 압류

결정이 확정된 경우에는, 경정결정 정본이 제3채무자에게 송달된 때에 비로소 경정된 내용의 결정의 효력이 발생하고, 당초 결정의 제3채무자에 대한 송달 시로의 소급효가 인정되지 아니 한다.[4748]

3) 전부명령의 확정(≒ 채무자에 대한 송달)

전부명령은 확정되어야 효력을 가지는데(민사집행법 제229조), 전부명령은 즉시항고권자인 채무자에게 송달되지 않으면 확정될 수 없으므로, 전부명령의 확정에 다툼이 없는 경우가 아니라면 전부명령 확정의 전제 사실로서 채무자에 대한 송달 사실을 청구원인 요건사실의 하나로 주장·증명하여야 한다.

전부명령이 제3채무자에게 송달되었으나 확정되기 전 즉시항고 절차 단계에서 집행채권이 압류되는 등으로 집행장애사유가 발생한 경우 특별한 사정이 없는 한 항고법원은 전부명령을 직권으로 취소하여야 한다.[4749]

및 전부명령의 효력이 발생한다고 할 것이다. … 압류 및 전부명령의 제3채무자의 표시를 사망자에서 그 상속인으로 경정하는 결정은 허용된다고 할 것이다. … 제3채무자의 표시를 사망자에서 그 상속인으로 경정하는 결정이 있고 그 경정결정이 확정되는 경우에는 당초의 압류 및 전부명령 정본이 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 제3채무자가 사망자의 상속인으로 경정된 내용의 압류 및 전부명령의 효력이 발생한다고 할 것이다."

4748) 대법원 2001. 7. 10. 선고 2000다72589 판결. 채권압류 및 추심명령을 채권압류 및 전부명령으로 경정하는 것은 경정결정의 한계를 넘어 재판의 내용을 실질적으로 변경하는 위법한 결정이지만, 즉시항고에 의하여 취소되지 않고 확정된 이상 당연무효라 할 수는 없는 것이고, 또한 경정결정이 확정되는 경우 처음부터 경정된 내용의 압류 및 전부명령이 있었던 것과 같은 효력이 있으므로, 당초의 결정 정본이 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 경정된 내용의 압류 및 전부명령결정의 효력이 발생하는 것이 원칙이나, 경정결정이 그 허용한계 내의 적법한 것인 경우에 있어서도 제3채무자의 입장에서 볼 때에 객관적으로 경정결정이 당초의 결정의 동일성에 실질적으로 변경을 가하는 것이라고 인정되는 경우에는 경정결정이 제3채무자에게 송달된 때에 비로소 경정된 내용의 결정의 효력이 발생한다고 보는 것이 제3채무자 보호의 견지에서 타당하다 할 것이고, 경정결정이 재판의 내용을 실질적으로 변경하여 위법하나 당연무효로 볼 수 없는 경우에는 더욱 그 소급효를 제한할 필요성이 크기 때문이다.

4749) 대법원 2023. 1. 12.자 2022마6107 결정; "채권압류명령은 집행채권의 현금화나 만족적 단계에 이르지 아니하는 보전적 처분으로서 집행채권에 대한 압류의 효력에 반하지 않으므로, 집행채권에 대한 압류는 집행채권자가 그 채무자를 상대로 한 채권압류명령의 집행장애사유가 될 수 없고, 이는 국가가 국세징수법에 의한 체납처분으로 체납자의 채무자에 대한 집행채권을 압류한 경우에도 마찬가지이다. … 광산세무서의 압류는 집행채권자가 그 채무자를 상대로 한 채권압류명령의 집행장애사유가 될 수 없으므로, 원심이 판시 예금 채권에 대한 채권압류명령을 인가한 것은 정당하다. … 집행채권자의 채권자가 집행권원에 표시된 집행채권을 압류 또는 가압류, 처분금지가처분을 한 경우에는 압류 등의 효력으로 집행채권자의 추심, 양도 등의 처분행위와 채무자의 변제가 금지되고 이에 위반되는 행위는 집행채권자의 채권자에게 대항할 수 없게 되므로 집행기관은 압류 등이 해제되지 않는 한 집행할 수 없는 것이니 이는 집행장애사유에 해당하고, 국가가 국세징수법에 의한 체납처분으로 체납자의 채무자에 대한 집행채권을 압류한 경우에도 체납자의 양도 등의 처분행위와 해당 채무자의 변제가 금지되므로(국세징수법 제43조 참조), 집행장애사유에 해당한다. … 집행법원은 강제집행의 개시나 속행에 있어서 집행장애사유에 대하여 직권으로 그 존부를 조사하여야 한다. 집행개시 전부터 그 사유가 있는 경우에는 집행의 신청을 각하 또는 기각하여야 하고, 만일 집행장애사유가 존재함에도 간과하고 강제집행을 개시한 다음 이를 발견한 때에는 이미 한 집행절차를 직권으로 취소하여야 한다. 그리고 집행개시 당시에는 집행장애사유가 없었더라도 집행 종료 전 집행장애사유가 발생한 때에는 만족적 단계에 해당하는 집행절차를 진행할 수 없으므로, 전부명령이 제3채무자에게 송달되었으나 확정되기 전 즉시항고 절차 단계에서 집행채권이 압류되는 등으로 집행장애사유가 발생한 경우 특별한 사정이 없는 한 항고법원은 전부명령을 직권으로 취소하여야 한다. … 채권압류명령과 전부명령을 동시에 신청하더라도 압류명령과 전부명령은 별개로서 그 적부는 각각 판단하여야 하고, 광산세무서가 전부명령이 확정되기 전 즉시항고 절차 단계에서 집행채권을 압류한 것은

4) 소의 변경

원고가 압류 및 전부명령에 터잡아 제3채무자인 피고를 상대로 전부금의 지급을 청구하여 오다가, 피고가 경합되는 압류 및 전부명령 채권자에게 피전부채권을 무단변제하여 원고가 손해를 입었음을 이유로 그 배상을 구하는 청구로 변경하는 것은, 동일한 생활사실 또는 경제적 이익에 관한 분쟁에서 그 해결방법만을 달리하는 경우에 지나지 않는 것이어서 그 청구의 기초에 변경이 있다고 할 수 없다.[4750]

나. 가능한 공격방어방법

1) 피전부채권에 관한 항변

전부명령에 의하여 피전부채권은 동일성을 유지한 채로 집행채무자로부터 집행채권자에게 이전되므로,[4751] 제3채무자는 채권압류 '전'에 집행채무자에 대하여 가지고 있었던 피전부채권 발생의 장애·소멸·저지의 일반적인 항변 사유로서 전부채권자에게 대항할 수 있다.[4752] 금전채권에 대한 압류명령이 있으면 제3채무자는 채무자에 대한 지급이 금지되고, 채무자는 채권의 처분과 영수가 금지되므로(민사집행법 제227조 제1항), 채무자는 채권을 소멸 또는 감소시키는 등의 행위를 할 수 없고 그와 같은 행위로 채권자에게 대항할 수 없다.[4753]

가) 피전부채권이 임대차보증금 반환채권인 경우의 예

피전부채권이 임대차보증금 반환채권[4754]인 경우, 임대차보증금 반환 청구 사건

채권자가 채무자를 상대로 한 전부명령의 집행장애사유에 해당하므로, … 원심으로서는 제1심의 전부명령을 취소하고 채권자의 전부명령신청을 기각하였어야 한다."

4750) 대법원 1988. 8. 23. 선고 87다카546 판결; 소외 회사의 전부명령을 송달받기 이전에 이미 원고의 압류 및 전부명령을 송달받은 것이므로 소외 회사의 전부명령이 무효인 사실을 알았거나 알 수 있었다고 할 것이고 그럼에도 불구하고 피고가 소외 회사의 전부금 청구에 대하여 다투어 보지도 아니한 채 자백간주에 의한 소외 회사 승소판결이 선고되게 하고 곧 이어서 8일 만에 이를 만연히 변제해 버렸다면 피고에게는 고의 또는 과실이 있다고 보아야 할 것이니 피고의 위 변제행위가 채권자인 원고의 압류채권을 적극적으로 침해하는 불법행위를 구성한다고 본 원심의 판단은 정당하다고 한 예.

4751) 민사집행법 제229조 ③ 전부명령이 있는 때에는 압류된 채권은 지급에 갈음하여 압류채권자에게 이전된다.

4752) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다293272 판결; 수분양자인 피고는 이 사건 조합이 직접 분양대금의 지급을 청구할 경우 아파트공급계약에서 정한 지급방법에 관한 약정을 이유로 그 지급을 거절할 수 있고, 이 사건 조합의 피고에 대한 채권을 압류한 채권자인 원고에 대하여도 그 사유로 대항할 수 있다고 판단한 예.

4753) 대법원 2024. 6. 27. 선고 2021다261704 판결; "(담보신탁에서) 위탁자의 잔여대금 채권이 압류된 후에 우선수익자를 추가로 지정하는 행위는 위탁자가 가지는 잔여대금 채권 중 새로운 우선수익자의 수익채권 상당액을 그 우선수익자에게 처분함으로써 피압류채권을 감소시키는 행위에 해당하여 압류의 처분금지 효력에 반하므로, 이러한 행위로 압류채권자에게 대항할 수 없다. … **압류의 처분금지 효력**은 절대적인 것이 아니고, 채무자의 처분행위 또는 제3채무자의 변제로써 처분 또는 변제 전에 집행절차에 참가한 압류채권자나 배당요구채권자에게 대항하지 못한다는 의미로서 상대적 효력을 가진다. 채무자가 채권을 처분하기 전에 먼저 압류한 채권자에게는 그 처분으로 대항할 수 없다."

4754) 임대차보증금 반환채권을 피전부채권으로 한 전부명령이 확정된 경우 제3채무자에게 송달한 때에 소급하여

의 항변, 재항변 구조와 동일하게, 제3채무자인 임대인으로서는 연체차임 등의 발생 사실을 주장·증명하여 그 금액의 공제를 항변할 수 있고, 전부채권자는 연체차임 등의 변제 사실을 주장·증명하여 재항변할 수 있다.

임차인의 임차보증금반환청구채권이 전부된 경우에도 채권의 동일성은 그대로 유지되는 것이어서 동시이행관계도 당연히 그대로 존속한다.[4755]

임차보증금반환청구채권에 관하여 무효의 채권압류·전부명령을 받은 선행의 전부채권자가 피전부채권에 관하여 무권리자라는 사실을 제3채무자가 알지 못하거나 과실 없이 그러한 사실을 알지 못하고 변제한 때에는 그 변제가 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효함을 후행의 전부채권자에게 항변할 수 있다.[4756]

대항력 있는 임대차의 임대인은 '주택 또는 상가의 양도' 사실을 내세워 전부금지급의 무의 면책적 소멸을 항변할 수 있다.[4757]

나) 채권양도의 항변

제3채무자는 '① 채무자가 제3자에게 피전부채권을 양도한 사실+② 채무자가 제3채무자에게 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지를 한 사실+③ 그 양도통지가 압류명령의 송달 전에[4758] 제3채무자에게 도달한 사실'을 주장·증명함으로써, 피전부채권이

그 효력이 발생하지만, 임대차보증금 반환채권은 임대인의 채권이 발생하는 것을 해제조건으로 하여 발생하는 것이므로, 임대차관계 종료 후 그 목적물이 인도되기까지 사이에 발생한 임대인의 채권을 공제한 잔액에 관하여서만 전부명령이 유효하다(87다68; 임대차보증금채권과 상계할 수 있는 미납차임 등의 범위가 전부명령 송달 시까지에 이미 이행기가 도래한 것으로 제한된다'고 판단한 원심을 파기한 예). 임대차보증금 반환채권에 대한 전부명령의 효력이 부속물 매수대금 채권에는 미치지 않는다(81다378).

4755) 따라서 임대차계약이 해지된 후에 임대인이 잔존임차보증금반환청구채권을 전부받은 자에게 그 채무를 현실적으로 이행하였거나 그 채무이행을 제공하였음에도 불구하고, 임차인이 목적물을 인도하지 않음으로써 임차목적물반환채무가 이행지체에 빠지는 등의 사유로 동시이행의 항변권을 상실하게 되었다는 점에 관하여 임대인이 주장·증명을 하지 않은 이상 임차인의 목적물에 대한 점유는 동시이행의 항변권에 기한 것이어서 불법점유라고 볼 수 없다(2001다68839, 89다카4298).

4756) 대법원 1997. 3. 11. 선고 96다44747 판결. 반면에, 무효인 전부명령의 전부채권자에 대하여 전부금을 변제한 제3채무자에게 과실이 있다 하여 변제의 효력을 부인한 사례로는 94다59868 판결 참조.

4757) 주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건을 갖춘 임차인의 임대차보증금반환채권에 대한 압류 및 전부명령이 확정되어 임차인의 임대차보증금반환채권이 집행채권자에게 이전된 경우 제3채무자인 임대인으로서는 임차인에 대하여 부담하고 있던 채무를 집행채권자에 대하여 부담하게 될 뿐 그가 임대차목적물인 주택의 소유자로서 이를 제3자에게 매도할 권능은 그대로 보유하는 것이며, 위와 같이 소유자인 임대인이 당해 주택을 매도한 경우 주택임대차보호법 제3조 제2항에 따라 전부채권자에 대한 보증금지급의무를 면하게 된다(2005다23773).

4758) 채권양도 통지, 가압류 또는 압류명령 등이 제3채무자에 동시에 송달되어 그들 상호 간에 우열이 없는 경우에도 그 채권양수인, 가압류 또는 압류채권자는 모두 제3채무자에 대하여 완전한 대항력을 갖추었다고 할 것이므로, 그 전액에 대하여 채권양수금, 압류전부금 또는 추심금의 이행청구를 하고 적법하게 이를 변제받을 수 있고, 제3채무자로서는 이들 중 누구에게라도 그 채무 전액을 변제하면 다른 채권자에 대한 관계에서도 유효하게 면책되는 것이며, 만약 양수채권액과 가압류 또는 압류된 채권액의 합계액이 제3채무자에 대한 채권액을 초과할 때에는 그들 상호간에는 법률상의 지위가 대등하므로 공평의 원칙상 각 채권액에 안분하여 이를 내부적으로 다시 정산할 의무가 있다(대법원 1994. 4. 26. 선고 93다24223 전원합의체 판결). 채권양도 통지와 채권압류결정 정본이 같은 날 도달되었는데 그 선후 관계에 대하여 달리 증명이 없으면 동시에 도달된 것으로

이미 제3자에게 양도되어 채권압류 및 전부명령은 이미 양도된 채권에 대한 것이어서 무효임을 항변할 수 있고, 이에 대하여 전부채권자는 채권양도가 무효이거나 취소되었음을 재항변 할 수 있다.[4759]

다) 채권 발생원인인 법률관계 처분에 기한 항변

채권에 대한 (가)압류가 채권의 발생원인인 법률관계에 대한 채무자나 제3채무자의 처분까지도 구속하는 효력은 없으므로, 특별한 경우(채무자와 제3채무자가 아무런 합리적 이유 없이 채권의 소멸만을 목적으로 계약관계를 합의해제 하는 경우 등)를 제외하고는, 제3채무자는 채권에 대한 (가)압류가 있은 '후'라고 하더라도 채권 발생원인인 법률관계에 대한 법정해제, 합의해제, 해지 등의 처분행위로 인하여 채권이 소멸되었다는 사유를 들어 전부채권자에 대항할 수 있다.[4760] '계약인수'에 의하여 압류의 효력이 실효되었다는 사정을 들어 대항할 수는 없다.[4761]

추정한다(대법원 1994. 4. 26. 선고 93다24223 전원합의체 판결).

4759) 대법원 1997. 6. 27. 선고 95다40977, 40984 판결 참조.
제3자(= 전부채권자)가 고지자(= 제3채무자)를 상대로 제기한 전부금청구소송에서 피고지자(= 채권양수인)가 소송고지를 받고도 위 소송에 참가하지 아니 하였지만 고지자가 위 소송에서 제3자로부터 채권압류 및 전부명령을 받기 전에 피고지자에게 채권이 양도되고 확정일자있는 증서에 의하여 양도통지된 사실을 '항변'으로 제기하지 아니하여 위 소송의 수소법원이 위 채권압류 및 전부명령과 위 채권양도의 효력의 우열에 관하여 아무런 사실인정이나 법률판단을 하지 아니한 채 고지자에게 패소판결을 하였다면 피고지자는 위 소송의 판결결과에 구속받지 아니한다(88다카6358).

4760) ◎ **구체적인 예**
❶ 수급인의 보수채권에 대한 압류가 보수채권의 발생 원인인 도급계약관계에 대한 채무자나 제3채무자의 처분까지도 구속하는 효력은 없으므로 채무자나 제3채무자는 기본적 계약관계인 도급계약 자체를 해지할 수 있고, 채무자와 제3채무자 사이의 기본적 계약관계인 도급계약이 해지된 이상 그 계약에 의하여 발생하는 보수채권은 소멸한다고 한 예(2003다29456). ❷ 채무자와 제3채무자가 아무런 합리적 이유 없이 채권의 소멸만을 목적으로 계약관계를 합의해제 한다는 등의 특별한 경우를 제외하고는, 제3채무자는 채권에 대한 가압류가 있은 후라고 하더라도 채권의 발생원인인 법률관계를 합의해제하고 이로 인하여 가압류채권이 소멸되었다는 사유를 들어 가압류채권자에 대항할 수 있다고 한 예(98다17930). ❸ 소유권이전등기청구권의 가압류나 압류가 행하여지면 제3채무자로서는 채무자에게 등기이전행위를 하여서는 아니 되고, 그와 같은 행위로 채권자에게 대항할 수 없다 할 것이나, 가압류나 압류에 의하여 그 채권의 발생원인인 법률관계에 대한 채무자와 제3채무자의 처분까지도 구속되는 것은 아니므로 기본적 계약관계인 매매계약 자체를 해제할 수 있다고 한 예(99다51685). ❹ 임차인으로서는 임차보증금 잔금채권이 압류되어 있다고 하더라도 그 채권을 발생시킨 기본적 계약관계인 임대차계약 자체를 해지할 수 있고, 따라서 임차인과 임대인 사이의 임대차계약이 해지된 이상 그 임대차계약에 의하여 발생한 임차보증금 잔금채권은 소멸한다고 한 예(96다10867). ❺ 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 구 공업단지관리법 소정의 입주계약에 따른 부동산이전등기청구권에 대하여 한 가압류의 효력은 그 등기청구권 자체에만 미칠 뿐 그 등기청구권의 발생원인인 위 입주계약에 대한 채무자의 처분까지 구속할 수는 없다고 한 예(91다29736).

4761) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2012다41359 판결; "계약 당사자로서의 지위 승계를 목적으로 하는 계약인수의 경우에는 양도인이 계약관계에서 탈퇴하는 까닭에 양도인과 상대방 당사자 사이의 계약관계가 소멸하지만, 양도인이 계약관계에 기하여 가지던 권리의무가 동일성을 유지한 채 양수인에게 그대로 승계된다. 따라서 양도인의 제3채무자에 대한 채권이 압류된 후 그 채권의 발생원인인 계약의 당사자 지위를 이전하는 계약인수가 이루어진 경우 양수인은 압류에 의하여 권리가 제한된 상태의 채권을 이전받게 되므로, 제3채무자는 계약인수에 의하여 그와 양도인 사이의 계약관계가 소멸하였음을 내세워 압류채권자에 대항할 수 없다고 봄이 상당하다."

라) 상 계

지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로 그 명령을 신청한 채권자에게 대항하지 못하므로(민법 제498조), 제3채무자로서는 일반적인 상계의 요건사실에 더하여, (가)압류명령 송달 전 자동채권을 취득한 사실 및 (가)압류 당시 자동채권과 수동채권이 상계적상에 있거나 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것과 동시 또는 그보다 먼저 도래한 사실을 주장·증명하여 피전부채권과의 상계 항변을 주장할 수 있다.[4762]

자동채권은 압류명령 송달 당시에 적어도 발생은 하고 있어야 함이 원칙이지만, 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우에는, 압류명령이 제3채무자에게 송달되어 압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 제3채무자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 있는데, 이 경우에 자동채권이 발생한 기초가 되는 원인은 수동채권이 압류되기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었던 것이므로, 그 자동채권은 민법 제498조 소정의 "지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권"에 해당하지 않는다고 봄이 상당하고, 제3채무자는 그 자동채권에 의한 상계로 압류채권자에게 대항할 수 있다.[4763] 이러한 경우 자동채권은

⇔ 대법원 1998. 1. 23. 선고 96다53192 판결; 채무자가 제3채무자로부터 매수한 상가에 관한 소유권이전등기청구권에 대한 가압류결정이 제3채무자에게 송달된 후, 채무자와 제3채무자 사이에 채무자가 그 상가의 점포들을 타에 분양함에 따른 분양계약상의 분양자 지위를 제3채무자가 승계하기로 약정하고 피분양자들이 이에 동의함으로써 계약인수가 성립하였고, 이에 기하여 그 상가의 점포들에 관하여 제3채무자로부터 피분양자 또는 피분양자가 지정하는 자들 앞으로 소유권이전등기가 경료된 경우, 위와 같이 계약인수가 적법하게 이루어진 이상 채무자는 계약관계에서 탈퇴하고 계약인수 후에는 특별한 사정이 없는 한 제3채무자나 피분양자들과 채무자 사이에는 계약관계가 존재하지 않게 되며 그에 따른 채권·채무관계도 소멸하고, 그 가압류의 효력은 위와 같이 계약인수에 의하여 소유권이전등기청구권의 발생 원인인 채무자와 제3채무자 사이의 매매계약에 따른 채권·채무관계를 소멸시키는 것까지 구속하는 것은 아니라고 한 예.

4762) 수동채권이 가압류될 당시 자동채권과 수동채권이 상계적상에 있거나 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것과 동시 또는 그보다 먼저 도래하는 경우에는 제3채무자는 자동채권에 의한 상계로 가압류채권자에게 대항할 수 있다(대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결 등). 그리고 이러한 법리는 압류된 채권이 장래 발생할 채권으로서 압류의 효력 발생 당시 피압류채권이 아직 발생하지 않은 경우에도 그대로 적용되는 것으로 보아야 한다(대법원 2011. 2. 24. 선고 2010다76870 판결).

4763) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다35152 판결(공사도급계약의 도급인이 자신 소유의 토지에 근저당권을 설정하여 수급인으로 하여금 공사에 필요한 자금을 대출받도록 한 사안에서, 수급인의 근저당권 말소의무는 도급인의 공사대금채무에 대하여 공사도급계약상 고유한 대가관계가 있는 의무는 아니지만, 담보제공의 경위와 목적, 대출금의 사용용도 및 그에 따른 공사대금의 실질적 선급과 같은 자금지원 효과와 이로 인하여 도급인이 처하게 될 이중지급의 위험 등 구체적인 계약관계에 비추어 볼 때, 이행상의 견련관계가 인정되므로 양자는 서로 동시이행의 관계에 있고, 나아가 수급인이 근저당권 말소의무를 이행하지 아니한 결과 도급인이 위 대출금 및 연체이자를 대위변제함으로써 수급인이 지게 된 구상금채무도 근저당권 말소의무의 변형물로서 그 대등액의 범위 내에서 도급인의 공사대금채무와 동시이행의 관계에 있다고 한 사례), 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결, 대법원 1993. 9. 28. 선고 92다55794 판결.
그 이유는, 전부명령으로 인하여 피압류채권이 압류채권자에게 이전된다고 하더라도, 압류채권자는 원래의 채권자인 압류채무자보다 더 유리한 지위를 획득할 수는 없는 것이므로, 제3채무자는 압류의 효력이 생긴 후에

발생과 동시에 수동채권과 상계적상 상태에 있게 되므로, 제3채무자로서는 자동채권의 발생사실과 자동채권이 수동채권과 동시이행관계에 있는 사실만 주장·증명하면 될 것이다.

가분적인 금전채권의 일부에 대한 전부명령이 확정되면 특별한 사정이 없는 한 전부명령이 제3채무자에 송달된 때에 소급하여 전부된 채권 부분과 전부되지 않은 채권 부분에 대하여 각기 독립한 분할채권이 성립하게 되므로, 그 채권에 대하여 압류채무자에 대한 반대채권으로 상계하고자 하는 제3채무자로서는 전부채권자 혹은 압류채무자 중 어느 누구도 상계의 상대방으로 지정하여 상계하거나 상계로 대항할 수 있고, 그러한 제3채무자의 상계 의사표시를 수령한 전부채권자는 압류채무자에 잔존한 채권 부분이 먼저 상계되어야 한다거나 각 분할채권액의 채권 총액에 대한 비율에 따라 상계되어야 한다는 이의를 할 수 없다.[4764]

제3채무자인 대한민국 산하 과세관청이 국세환급금으로 충당한 채무자에 대한 조세채권이 전부채권자의 압류 및 전부명령 송달 이전에 발생한 것이라 하더라도, 그 충당이 압류 및 전부명령 송달 이후에 행하여진 경우라면 대한민국으로서는 전부채권자에게 그 충당으로 대항할 수 없다.[4765] 대한민국이 전부채권자에게 국세환급금의 충당으로 대항하기 위해서는, 그 충당이 압류 및 전부명령 송달 전에 행하여 진 사실을 주장·증명하여야 한다.

2) 전부명령 자체의 무효 항변

가) 집행권원에 관한 흠결

무효인 집행권원에 기초한 채권압류 및 전부명령은 강제집행의 요건을 갖추지

발생한 채권으로써 동시이행의 항변권을 주장할 수 있고, 따라서 금전채권에 대한 압류 및 전부명령을 송달받은 제3채무자는 원래의 채권자인 압류채무자에 대하여 그 채권이 압류될 당시 대항할 수 있었던 동시이행의 항변권으로써 압류채권자에게도 대항할 수 있는 것임에도 불구하고, 수동채권이 압류된 후에 자동채권이 발생하였다는 이유로 그 채권으로 피압류채권과 상계할 것을 압류채권자에게 대항할 수 없다고 한다면, 제3채무자는 압류채권자에 대한 관계에서 아무런 합리적인 이유도 없이 동시이행의 항변권을 상실하는 결과가 되어 부당하기 때문이다(대법원 1993. 9. 28. 선고 92다55794 판결).

4764) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다35152 판결.

4765) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다19843 판결. 국세기본법 제51조 제2항에 의한 국세환급금의 충당이 있으면 환급금채무와 조세채권이 대등액에서 소멸되는 점에서 민법상 상계와 비슷하나, 충당의 요건이나 절차, 방법 및 효력은 세법이 정하는 바에 따라 결정되는바, 상계의 소급효에 관한 민법 제493조 제2항과 같은 규정을 두고 있지 않는 이상 일반원칙으로 돌아가 충당의 효력은 그 행위가 있은 날로부터 장래에 향하여서만 발생하므로, 국세환급금에 의한 충당이 있은 경우 충당된 국세의 납기에 소급하여 환급금의 반환채무가 소멸한다고 볼 수 없고(대법원 2007. 6. 28. 선고 2007다2695, 2701 판결, 대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카3223 판결), 한편, 국세환급금채권에 대한 압류 및 전부명령은 국세환급금채권이 납세의무자 이외의 자에게 이전된다는 점에서 국세환급금채권의 양도와 유사하기는 하나, 납세의무자의 채권자에 의하여 이루어지는 채권집행으로서 납세의무자의 의사와 무관하게 이루어진다는 점에서 상이하여 이를 국세환급금채권의 양도와 동일하다고 볼 수는 없으므로, 달리 근거 규정이 없는 이상 국세환급금채권의 양도에 있어서 과세관청의 선충당권을 규정한 국세기본법 시행령 제42조 등이 국세환급금채권에 대한 압류 및 전부명령에 대하여 적용 또는 유추적용된다고 볼 수 없기 때문이다.

못하여 실체법상 효력이 없으므로, 제3채무자는 채권자의 전부금 지급청구에 대하여 그러한 실체법상의 무효를 들어 항변할 수 있다.[4766]

나) 압류금지채권에 대한 압류

전부채권자의 피전부채권 발생에 관한 청구원인사실 자체에 의하여 피전부채권이 민사집행법 제246조 등의 압류금지채권에 해당한다는 점이 명백하게 드러나는 경우가 많을 것인데 이 경우에는 전부금 청구 자체로 이유 없어 기각할 것이나, 청구원인사실 자체에서 명백히 밝혀지지 않은 경우에는 제3채무자가 전부금 청구에 대한 권리발생 장애의 무효사유로서 '피전부채권이 압류금지채권에 해당하는 사실'을 항변으로 주장·증명하여야 한다.[4767]

4766) ○ 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다22837 판결; "공정증서가 집행권원으로서 집행력을 가질 수 있도록 하는 집행인낙의 표시는 공증인에 대한 소송행위이므로, 무권대리인의 촉탁에 의하여 공정증서가 작성된 때에는 집행권원으로서의 효력이 없고, 이러한 공정증서에 기초하여 채권압류 및 전부명령이 발령되어 확정되었다고 하더라도 그 채권압류 및 전부명령은 무효인 집행권원에 기초한 것으로서 강제집행의 요건을 갖추지 못하여 실체법상 효력이 없다. 따라서 제3채무자는 채권자의 전부금 지급청구에 대하여 그러한 실체법상의 무효를 들어 항변할 수 있다."
○ 대법원 2002. 11. 13. 선고 2002다41602 판결; "채무명의에 표시된 채무자의 상속인이 상속을 포기하였음에도 불구하고, 집행채권자가 동인에 대하여 상속을 원인으로 한 승계집행문을 부여받아 동인의 채권에 대한 압류 및 전부명령을 신청하고, 이에 따라 집행법원이 채권압류 및 전부명령을 하여 그 명령이 확정되었다고 하더라도, 채권압류 및 전부명령이 집행채무자 적격이 없는 자를 집행채무자로 하여 이루어진 이상, 피전부채권의 전부채권자에게의 이전이라는 실체법상의 효력은 발생하지 않는다고 할 것이다. 이는 집행채무자가 상속포기 사실을 들어 집행문부여에 대한 이의신청 등으로 집행문의 효력을 다투어 그 효력이 부정되기 이전에 채권압류 및 전부명령이 이루어져 확정된 경우에도 그러하다고 할 것이다."
○ 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다카2070 판결; "채권압류 및 전부명령의 기초가 된 채무명의인 가집행선고부 판결정본이 상대방의 허위주소로 송달되었다면 그 송달은 부적법하여 무효이고, 상대방은 아직도 판결정본의 송달을 받지 않은 상태에 있다 할 것이므로 그 판결정본에 기하여 행하여진 채권압류 및 전부명령은 집행개시의 요건으로서의 채무명의의 송달 없이 이루어진 것으로서 무효라 할 것이다."

4767) 대법원 2000. 7. 4. 선고 2000다21048 판결; "전부명령은 압류채권의 지급에 갈음하여 피전부채권을 채무자로부터 압류채권자에게로 이전하는 효력을 갖는 것이므로 전부명령의 전제가 되는 압류가 무효인 경우 그 압류에 기한 전부명령은 절차법상으로는 당연무효라고 할 수 없다 하더라도 실체법상으로는 그 효력을 발생하지 아니하는 의미의 무효라고 할 것이고, 따라서 제3채무자는 압류채권자의 전부금 지급청구에 대하여 위와 같은 실체법상의 무효를 들어 항변할 수 있다고 하여야 할 것이다." ☜ 공사대금 채권에 대한 압류 및 전부명령 이후에 압류 및 전부명령의 대상인 도급금액 중 노임 상당액을 변제하였다는 도급인의 주장 속에 위 압류 및 전부명령이 구 건설산업기본법 제88조 및 시행령 제84조에 위반되어 무효라는 취지의 '항변'이 포함되어 있다고 못 볼 바 아니고, 그렇지 않다 하더라도 원심으로서는 석명권을 행사하여 도급인의 주장 취지를 명백히 하여 변제하였다는 노임이 위 법령 소정의 압류금지 채권에 해당하는지 여부를 심리·판단하였어야 함에도 불구하고 도급인의 주장을 근로기준법에 의한 임금채권의 우선변제권에 관한 것으로만 보아 판단한 원심판결에는 판단유탈 내지 석명권불행사로 인한 심리미진의 위법이 있다는 이유로 원심판결을 파기한 사례.
⇔ 대법원 2004. 5. 28. 선고 2004다6542 판결; 구 자동차손해배상보장법(1999. 2. 5. 법률 제5793호로 전문 개정되어 2003. 8. 21. 법률 제6969호로 개정되기 전의 것) 제32조는 같은 법 제9조 제1항의 규정에 의한 교통사고 피해자의 보험가입자 등에 대한 직접청구권을 압류 또는 양도할 수 없도록 규정하고 있는바(현행 자동차손해배상보장법(2008. 3. 28. 법률 제9065호로 전부개정된 것) 제40조, 제10조 제1항), 이는 자동차의 운행으로 사람이 사망하거나 부상한 경우에 있어서 인적 피해에 대한 손해배상을 보장하는 제도를 확립함으로써 피해자를 보호하려는 데에 그 목적이 있으므로, 교통사고 피해자를 치료한 의료기관이 피해자에 대한 진료비 청구권에 기하여 피해자의 보험사업자 등에 대한 직접청구권을 압류하는 것까지 금지하는 취지로 볼 것은 아니므로, 피해자의 보험사업자 등은 피해자를 치료한 의료기관의 전부금 지급 청구에 대하여 전부명령의

채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류하는 경우 제3채무자가 채권자 자신인 경우에도 이를 압류하는 것이 금지되지 않으므로 단지 채권자와 제3채무자가 같다고 하여 채권압류 및 전부명령이 위법하다고 볼 수 없고, 나아가 상계가 금지되는 채권이라고 하더라도 압류금지채권에 해당하지 않는 한 강제집행에 의한 전부명령의 대상이 될 수 있다.[4768]

다) 압류의 경합

전부명령이 제3채무자에게 송달될 때까지 그 금전채권에 관하여 다른 채권자가 압류·가압류 또는 배당요구를 한 경우에는 전부명령은 효력을 가지지 아니하므로(민사집행법 제229조 제5항), 제3채무자는 자신에게 전부명령이 송달될 당시[4769] [4770] 압류·가압류의 경합 또는 배당요구가 있었음을 주장하며 전부명령의 무효를 들어 항변할 수 있다.

제3채무자가 원심 변론종결일까지 채권압류의 경합으로 전부명령은 그 효력이 없다는 주장을 한 바 없이 상고심에 이르러 새로이 한 경우 이는 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 되지 못한다.[4771]

같은 채권에 대하여 중복하여 압류 등이 되었더라도 그 효력이 그 채권의 일부에 국한

실체법상의 무효를 들어 항변할 수 없다.

4768) 대법원 2017. 8. 21.자 2017마499 결정.

4769) **압류의 경합 여부**는 제3채무자 송달 시를 기준으로 하여야 하고, 그 이후에 이루어진 채권압류는 그 전부명령의 효력에 영향을 미칠 수 없다. 피전부채권이 장래의 채권인 경우 그 채권액의 구체적 확정에 불확실한 요소가 내포되어 있다 하더라도 압류의 경합 여부는 제3채무자 송달 시를 기준으로 하고, 압류 및 전부명령을 받은 자보다 먼저 당해 피압류채권을 압류한 자가 있을 경우에 압류가 경합되어 전부명령이 무효로 되는지의 여부는, 나중에 확정된 피압류채권액을 기준으로 판단할 것이 아니라 전부명령이 제3채무자에게 송달된 당시의 계약상의 피압류채권액을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2000. 10. 6. 선고 2000다31526 판결, 대법원 1995. 9. 26. 선고 95다4681 판결). 이에 의하면 나중에 구체적으로 확정된 채권액이 제3채무자 송달 시보다 감소함으로써 모든 압류채권자를 만족시킬 수 없는 경우가 발생할 수 있는데, 이 경우 각 전부채권자는 확정된 피압류채권액의 범위 안에서 자신의 전부금액 전액의 지급을 제3채무자에 대하여 구할 수 있고, 제3채무자로서는 전부채권자 중 누구에게라도 그 채무를 변제하면 다른 채권자에 대한 관계에서도 유효하게 면책되며, 한편 제3채무자는 이중지급의 위험이 있을 수 있으므로 채권자불확지를 이유로 변제공탁을 할 수 있다(대법원 1998. 8. 21. 선고 98다15439 판결).

4770) 채권가압류에 있어서 채권자가 가압류신청을 취하하면 가압류결정은 그로써 효력이 소멸되지만, 채권가압류결정 정본이 제3채무자에게 이미 송달되어 가압류결정이 집행되었다면 그 취하통지서가 제3채무자에게 송달되었을 때 비로소 가압류집행의 효력이 장래를 향하여 소멸되는 것인바, 이러한 법리는 그 취하통지서가 제3채무자에게 송달되기 전에 제3채무자가 집행법원 법원사무관 등의 통지에 의하지 아니한 다른 방법으로 가압류신청 취하사실을 알게 된 경우에도 마찬가지이다. 채권가압류는 가압류명령이 제3채무자에게 송달되어야 그 효력이 생기고(민사집행법 제291조, 제227조 제3항), 가압류명령의 신청이 취하된 때에는 법원사무관 등은 가압류명령을 송달받은 제3채무자에게 그 사실을 통지하여야 하는데(민사집행규칙 제213조 제2항, 제160조 제1항), 만약 제3채무자의 주관적 인식이나 가압류당사자들의 특수한 사정에 따라 채권가압류집행의 효력 소멸 여부를 달리 판단한다면 이해관계 있는 제3자의 이익을 보호하고 법적 안정성을 도모할 수 없기 때문이다. 선행 가압류신청의 취하통지서가 제3채무자에게 송달되어 그 가압류집행의 효력이 소멸되기 전에 제3채무자에게 송달된 전부명령은 압류가 경합된 상태에 해당하여 무효이다(대법원 2008. 1. 17. 선고 2007다73826 판결).

4771) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2006다37106 판결.

되고, 이를 합산하여도 피압류채권의 채권액에 미치지 아니할 때는 압류의 경합이 있다고 할 수 없으므로,[4772] 채권의 일부에 대한 중복 압류가 있는 경우 제3채무자는 총 압류액이 피압류채권의 채권액을 초과하는 사실까지 증명하여야 한다.

압류채권에 대한 추심명령을 받아 추심금청구 소송을 진행하던 중 청구금액을 감축한 것은 소의 일부 취하를 뜻하는 것이고 취하된 부분의 청구를 포기하였다고는 볼 수 없어, 위 채권압류는 추심하고 남은 잔여채권에 대하여 그 효력을 지속하는 것이므로, 총압류액에 포함된다.[4773]

장래의 채권에 관하여 압류 및 전부명령이 확정되면 그 부분 피압류채권은 이미 전부채권자에게 이전된 것이므로 그 이후 동일한 장래의 채권에 관하여 다시 압류 및 전부명령이 발하여졌다고 하더라도 압류의 경합은 생기지 않고, 다만 장래의 채권 중 선행 전부채권자에게 이전된 부분을 제외한 나머지 중 해당 부분 피압류채권이 후행 전부채권자에게 이전될 뿐이다.[4774]

외견상 압류의 경합이 있더라도 선행 압류가 당연무효인 경우에는 당해 전부명령이 압류가 경합된 상태에서 발령된 것이 아니므로, 전부채권자는 재항변으로 선행 압류 신청 당시 채무자가 이미 사망한 사실을 주장하며 선행압류의 당연무효를 주장할 수 있

4772) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다68839 판결; "동일한 채권에 대하여 두 개 이상의 채권압류 및 전부명령이 발령되어 제3채무자에게 동시에 송달된 경우 당해 전부명령이 채권압류가 경합된 상태에서 발령된 것으로서 무효인지의 여부는 그 각 채권압류명령의 압류액을 합한 금액이 피압류채권액을 초과하는지를 기준으로 판단하여야 하므로 전자가 후자를 초과하는 경우에는 당해 전부명령은 모두 채권의 압류가 경합된 상태에서 발령된 것으로서 무효로 될 것이지만 그렇지 않은 경우에는 채권의 압류가 경합된 경우에 해당하지 아니하여 당해 전부명령은 모두 유효하게 된다고 할 것이며, 그 때 동일한 채권에 관하여 확정일자 있는 채권양도통지가 그 각 채권압류 및 전부명령 정본과 함께 제3채무자에게 동시에 송달되어 채권양수인과 전부채권자들 상호 간에 우열이 없게 되는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다. … 동일한 채권에 관하여 확정일자 있는 채권양도통지와 두 개 이상의 채권압류 및 전부명령 정본이 동시에 송달된 경우 채권의 양도는 채권에 대한 압류명령과는 그 성질이 다르므로 당해 전부명령이 채권의 압류가 경합된 상태에서 발령된 것으로서 무효인지의 여부를 판단함에 있어 압류액에 채권양도의 대상이 된 금액을 합산하여 피압류채권액과 비교하거나 피압류채권액에서 채권양도의 대상이 된 금액 부분을 공제하고 나머지 부분만을 압류액의 합계와 비교할 것은 아니다."

4773) 대법원 1983. 8. 23. 선고 83다카450 판결; "소송상 청구금액을 감축한다는 것은 소의 일부 취하를 뜻하는 것이니 취하된 부분의 청구를 포기하였다고는 볼 수 없고 더욱이 민사소송법 제573조에 의하면 채권자는 추심명령에 의하여 취득한 권리를 포기하려면 법원에 서면으로 신고하여야 하고 법원서기관 등은 그 등본을 제3채무자와 채무자에게 송달하도록 규정하고 있는데 기록상 이런 절차를 밟았다고 볼 자료가 없는 본건에 있어서는 위 김OO이 추심금 3,500,000원의 청구소송 중 그 청구액을 금 1,804,389원으로 감축하였다 하여 곧 잔여 추심할 금 1,695,611원을 포기하였다고는 볼 수 없다고 할 것이다. 그렇다면 위에서 본 공사금 3,500,000원에 대한 채권압류는 추심하고 남은 금 1,695,611원에 대하여도 그 효력을 지속한다고 할 것이니 압류가 경합된 상태에서 발부된 원고의 본건 전부명령은 효력이 없다고 할 것이다. … 소외 김OO이 한 위 압류의 효력은 압류채권 등 금 1,695,611원에 대하여는 실효되고 따라서 이에 대한 전부명령이 유효하다고 한 원심판결은 … 위법이 있다."

4774) 대법원 2004. 9. 23. 선고 2004다29354 판결. 전부명령이 확정되면 피압류채권은 전부명령이 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 집행채권의 범위 안에서 당연히 전부채권자에게 이전하고 동시에 집행채권 소멸의 효력이 발생하며, 이 점은 피압류채권이 그 존부 및 범위를 불확실하게 하는 요소를 내포하고 있는 장래의 채권인 경우에도 마찬가지이기 때문이다(대법원 2002. 7. 12. 선고 99다68652 판결 등).

다.[4775]

한번 무효로 된 전부명령은 그 후 채권가압류의 집행해제로 압류의 경합 상태에서 벗어났다고 하여 되살아나지는 않는다.[4776]

전세권 저당권자가 물상대위권을 행사하여 전부명령을 받은 경우에는 형식상 압류가 경합되었다 하더라도 그 전부명령은 유효하므로,[4777] [4778] 압류의 경합은 유효한 항변이

4775) 집행절차에서 제3채무자는 집행당사자가 아니라 이해관계인일 뿐이므로, 압류신청 당시 제3채무자가 이미 사망하였다 하더라도 이는 경정결정에 의하여 시정될 수 있는 것이고, 압류명령이 당연무효로 되는 것은 아니다(대법원 1998. 2. 13. 선고 95다15667 판결).

4776) 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007다73826 판결.

4777) ○ 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008다65396 판결; "저당권이 설정된 전세권의 존속기간이 만료된 경우에 저당권자는 민법 제370조, 제342조 및 민사집행법 제273조에 의하여 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받는 등의 방법으로 권리를 행사하여 전세권설정자에 대해 전세금의 지급을 구할 수 있고, 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 일반 채권자가 물상대위권을 행사하려는 저당채권자보다 단순히 먼저 압류나 가압류의 집행을 함에 지나지 않은 경우에는 저당권자는 그 전은 물론 그 후에도 목적채권에 대하여 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수가 있으며, 위와 같이 전세권부 근저당권자가 우선권 있는 채권에 기하여 전부명령을 받은 경우에는 형식상 압류가 경합되었다 하더라도 그 전부명령은 유효하다." ☞ 원고들의 피상속인인 소외인이 그 소유의 건물에 관하여 소외 주식회사들과 사이에 전세금 7,500만 원, 7,500만 원, 5,400만 원, 존속기간 모두 1999. 6. 20.까지인 3건의 전세권설정계약을 체결하고, 1997. 8. 7. 전세권설정등기를 마쳐주었고, 위 회사들은 2000. 6. 29. 소외 은행에 위 3건의 전세권을 담보로 제공하여 채권최고액을 위 각 전세금과 동일한 액수로 하는 전세권부 저당권설정등기를 마쳐주었으며, 한편 피고는 위 각 전세금반환채권에 관하여 2001. 2. 20.자 가압류결정을 받아, 2001. 2. 23. 전세권부채권가압류 부기등기가 마쳐졌고, 소외 은행은 2001. 2. 21. 위 저당권에 기하여 전세금반환채권 전부에 대하여 채권압류 및 전부명령을 받았는데, 그 후 소외인은 위 전세권설정 회사들과 정산합의한 전세금을 소외 은행에 변제하고, 2003. 7. 16. 위 각 전세권부 저당권등기를 말소한 사안에서, 원고들이 위 전세권설정 회사들에 대하여 전세권설정등기의 말소를 구하면서, 피고에 대하여 위 말소등기절차에 필요한 승낙의 의사표시를 구함에 대하여, 원심이, 소외 은행의 전세보증금반환채권에 대한 압류 및 전부명령이 제3채무자인 소외인에게 송달된 시점이 피고의 위 가압류의 효력이 발생하기 이전에 도달하였음을 인정할 아무런 증거가 없는 이상, 위 전부명령은 압류의 경합에 따라 무효가 되고, 따라서 무효인 전부명령에 기하여 소외 은행에게 지급한 전세보증금 변제의 효력을 피고에게 주장할 수는 없다고 판단하여 원고들의 청구를 기각한 데 대하여, 대법원은, 소외 은행이 받은 압류 및 전부명령은 우선권 있는 전세권부 저당권에 기한 것으로 피고의 전세권부채권 가압류 결정이 위 압류 및 전부명령에 앞서 제3채무자인 소외인에게 송달되어 형식상 압류의 경합이 발생하였는지 여부와 상관없이 유효하다고 판시한 예.

○ 대법원 1994. 11. 22. 선고 94다25728 판결; "민법 제370조, 제342조 단서가 저당권자는 물상대위권을 행사하기 위하여 저당권설정자가 받을 금전 기타 물건의 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다고 규정한 것은 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전함과 동시에 제3자에게 불측의 손해를 입히지 않으려는 데 있는 것이므로, 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 일반 채권자가 물상대위권을 행사하려는 저당채권자보다 단순히 먼저 압류나 가압류의 집행을 함에 지나지 않은 경우에는 저당권자는 그 전은 물론 그 후에도 목적채권에 대하여 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수가 있고, 그 실행절차는 민사소송법 제733조에서 채권 및 다른 재산권에 대한 강제집행절차에 준하여 처리하도록 규정하고 있으므로, 결국 채권의 압류 및 전부명령을 신청하여야 할 것이나 이는 어디까지나 담보권의 실행절차이므로, 그 요건으로서 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 개시된 경우이어야 하고, 또 민사소송법 제733조, 제580조의 각 규정의 취지에 비추어 보면 이와 같은 방법의 물상대위권의 권리실행은 늦어도 민사소송법 제580조에서 규정하고 있는 배당요구의 종기까지 하여야만 물상대위권자의 우선변제권이 확보되는 것이고, 그 이후에는 그런 권리가 없다고 봄이 상당하다고 할 것이다."

4778) 그리고 국가의 체납처분으로 인하여 질물인 금전채권이 압류되어 그 질권 등이 상실되는 경우 질권자를 보호하기 위하여 세무서장으로 하여금 그 배분된 금원을 예탁하도록 의무가 부과된 이상 위 금원은 압류된 것과 같이 특정되었다 할 것이므로, 질권자는 민법 제342조 단서에 의한 압류를 하지 않더라도 당연히 그 물상대위권의 효력이 미쳐 국가로부터 이를 지급받을 수 있고, 질권설정자 또는 이로부터 양도, 전부받은 자는 그 배분된 금전 중에 담보채권을 초과한 잔액이 없는 한 국가에 대하여 직접 이를 청구할 수는 없으며, 비록 질권자가

될 수 없다(저당권에 기한 물상대위권과 집행권원을 동시에 갖고 있는 채권자가 집행권원에 의한 강제집행방법으로 채권의 압류 및 전부명령을 얻었으나 압류가 경합된 경우에는 그 전부명령은 무효이다).[4779]

체납처분에 의한 압류도 민사집행법 제229조 제5항의 '다른 채권자의 압류'에 해당하지만,[4780] 체납처분에 의한 압류가 피압류채권인 금전채권의 일부분에 한정한 것인 때에 그 압류의 효력은 그 특정된 부분에만 미치고, 나머지 부분에 대하여는 그 효력이 미치지 아니하며,[4781] 그 후 강제집행에 의한 압류가 있고 압류 금액의 합계가 피압류채권의 총액을 초과한다고 하더라도 체납처분에 의한 압류의 효력이 피압류채권 전액으로 확장되지 아니하므로, 위 나머지 부분에 대하여는 압류경합이 되지 아니한다.[4782]

환급채권에 대하여 민법 제342조 단서에 의한 압류를 하기 전에 제3채권자가 미리 환급채권에 대하여 압류 및 전부명령을 받은 바 있다고 하더라도 그 압류 및 전부명령은 효력을 발생할 수 없다(대법원 1987. 5. 26. 선고 86다카1058 판결).

4779) 대법원 1990. 12. 26. 선고 90다카24816 판결; "물상대위권을 갖는 채권자가 동시에 채무명의를 가지고 있으면서 채무명의에 의한 강제집행의 방법을 선택하여 채권의 압류 및 전부명령을 얻은 경우에는 비록 그가 물상대위권을 갖는 실체법상의 우선권자라 하더라도 원래 일반채무명의에 의한 강제집행절차와 담보권의 실행절차와는 그 개시요건이 다를 뿐만 아니라 다수의 이해관계인이 관여하는 집행절차의 안정과 평등배당을 기대한 다른 일반채권자의 신뢰를 보호할 필요가 있는 점에 비추어 압류가 경합된 상태에서 발부된 위 전부명령은 무효로 볼 수밖에 없는 것이다."

4780) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다203833 판결; "체납처분에 의한 압류는, 비록 그 자체만을 이유로 집행공탁을 할 수 있는 민사집행법 제248조 제1항의 '압류'에는 포함되지 않지만, 제3채무자에게 채무자에 대한 지급을 금지하고 채무자에게 채권의 처분과 영수를 금지하는 효력을 가지는 것으로서 민사집행절차에서 압류명령을 받은 채권자의 전속적인 만족을 배제하고 배당절차를 거쳐야만 하게 하는 민사집행법 제229조 제5항의 '다른 채권자의 압류'나 민사집행법 제236조 제2항의 '다른 압류'에는 해당한다."

4781) 국세징수법 제43조(채권 압류의 범위) 세무서장은 채권을 압류할 때에는 체납액을 한도로 하여야 한다. 다만, 압류할 채권이 체납액을 초과하는 경우에 필요하다고 인정하면 그 채권 전액을 압류할 수 있다.

4782) 대법원 1991. 10. 11. 선고 91다12233 판결; "일반적으로 금전채권의 압류에 관하여 특히 피압류채권의 수액에 제한을 둔 바 없다면 그 압류의 효력은 채권전액에 미치는 것이며, 압류가 경합된 채권에 대한 전부명령은 그 효력이 없다. 그런데 국세징수법 제43조는 … 규정하고 있을 뿐, 압류의 효력의 확장에 관하여 별다른 규정을 두고 있지 않다. 다시 말하자면 이는 채권의 일부가 압류된 후에 그 나머지 부분을 초과하여 다시 압류명령이 발하여진 때에는 각 압류의 효력은 그 채권의 전부에 미친다고 하는 … 일반채권에 기한 강제집행에 있어서의 압류경합의 경우와 다르다고 할 것이다. 따라서 일반채권보다 우선권 있는 채권에 기한 압류에 관하여서는 피압류채권의 일부를 특정하여 압류한 경우 그 특정한 채권부분에 한하여 압류의 효력이 미치는 것이며 그 후 체납처분에 의한 압류나 강제집행에 의한 압류가 있고 그 압류된 금액의 합계가 피압류채권의 총액을 초과한다고 하더라도 압류의 효력이 피압류채권 전액으로 확장되지 아니한다고 할 것이다. 국세기본법 … 국세우선의 원칙을 규정하고 있고, 의료보험법 … 보험료채권이 일반채권에 우선함을 규정하고 있으며, … 국세체납처분의 예에 의하여 징수하도록 하고 있다. 이와 같이 우선권 있는 채권에 기하여 국세징수법의 규정에 따라 체납처분에 의한 압류가 있고 그것이 피압류채권인 금전채권의 일부분에 한정한 것인 때에는 그 압류의 효력은 그 특정된 부분에만 미친다고 할 것이고, 나머지 부분에 대하여는 그 효력이 미치지 아니하며 일반채권자가 이 부분을 압류하였다 하더라도 압류경합이 되는 것은 아니라고 할 것이다. 그리하여 이 부분에 대한 전부명령은 유효하다고 하지 않으면 안 된다." 소외인의 피고에 대한 14,500,000원의 임차보증금반환채권에 대하여 세무서장이 소외인에 대한 5,250,740원의 체납세액 상당액을, 의료보험조합이 1,548,100원의 체납의료보험료 상당액을 각 압류한 후, 원고의 소외인에 대한 14,500,000원 대여금채권의 집행력 있는 공정증서정본에 기하여 위 임차보증금반환채권 전액에 대하여 압류·전부명령이 발하여진 **사안**에서, **원심**이, 압류청구채권의 총액이 압류된 위 임차보증금반환채권액을 초과함에 따라 압류가 경합되었고, 압류가 경합된 상태에서 이루어진 위 전부명령은 무효이므로 원고의 전부금청구는 이유 없다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, 14,500,000원의 임차보증금반환채권에 대하여 세무서장의 압류는 5,250,740원의 피압류채권에 대하여서만, 의료보험조합의 압류는 5,250,740원을 제한 나머지 중 특정한 체납의료보험료 상당의 1,548,100원의 피압류채권에 대하여서

3) 유효하지 않은 항변

가) 집행채권의 부존재 또는 소멸

전부채권자와 채무자 사이의 집행채권의 부존재 또는 소멸은 전부명령의 효력에 영향이 없으므로, 집행채권의 부존재·소멸을 주장하는 것은 유효한 항변이 되지 못한다.

집행력 있는 집행권원에 기하여 채권압류 및 전부명령이 적법하게 이루어진 이상 피압류채권은 집행채권의 범위 내에서 당연히 집행채권자에게 이전한다 할 것이어서 그 집행채권이 이미 소멸하였거나 실제 채무액을 초과하더라도 그 채권압류 및 전부명령에는 아무런 영향이 없고, 제3채무자로서는 채무자에 대하여 부담하고 있는 채무액의 한도 내에서 집행채권자에게 변제하면 완전히 면책된다.[4783]

나) 양도금지 특약부 피전부채권

피전부채권이 양도금지의 특약이 있는 채권이더라도 전부명령에 의하여 전부되는 데에는 지장이 없고, 양도금지의 특약이 있는 사실에 관하여 집행채권자가 선의인가 악의인가는 전부명령의 효력에 영향을 미치지 못하는 것이므로[4784] 제3채무자인 피고가 채무자와 사이에 피전부채권에 관하여 양도금지의 특약을 체결하였고, 원고가 그 사실을 알고 있었다고 주장하더라도 이는 유효한 항변이 될 수 없다. 나아가 전부채권자로부터 다시 그 채권을 양수한 자가 그 특약의 존재를 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 하더라도 제3채무자는 위 특약을 근거로 삼아 채권양도의 무효를 주장할 수 없다.[4785]

만 각 효력이 있으므로, 합계 6,798,840원을 초과하는 나머지 부분 7,701,160원에 대하여서는 위 각 압류의 효력이 미치지 아니하고, 위 임차보증금 반환채권 전액에 대한 원고의 전부명령은 그 중 체납처분에 의하여 압류의 효력이 미치게 되는 6,798,840원 부분에 대하여서는 효력이 없으나, 나머지 7,701,160원 부분에 대하여서는 유효하다고 한 예.

4783) 대법원 2004. 5. 28. 선고 2004다6542 판결.
집행권원에 기한 금전채권에 대한 강제집행절차에서, 그 집행권원에 표시된 집행채권이 소멸하였다고 하더라도 그 강제집행절차가 청구이의의 소 등을 통하여 적법하게 취소·정지되지 아니한 채 계속 진행되어 채권압류 및 전부명령이 적법하게 확정되었다면, 특별한 사정이 없는 한, 단지 집행채권의 소멸을 이유만으로 확정된 전부명령에 따라 전부채권자에게 피전부채권이 이전되는 효력 자체를 부정할 수는 없는 것이고, 비록 위와 같이 전부명령이 확정된 후 그 집행권원상의 집행채권이 소멸한 것으로 판명된 경우에는 그 소멸된 부분에 관하여는 집행채권자가 집행채무자에 대한 관계에서 부당이득을 한 셈이 되므로, 그 집행채무자는 집행채권자에 대하여 그가 위 전부명령에 따라 전부받은 채권 중 실제로 추심한 금전 부분에 관하여는 그 상당액을, 추심하지 아니한 부분에 관하여는 그 채권 자체를 양도하는 방법에 의하여 부당이득의 반환을 구할 수 있지만, 부당이득의 반환조로 피전부채권의 채권양도가 이루어지기 이전이라면 전부채권자로서는 피전부채권의 채무자에 대한 관계에서 정당한 채권자로서 적법하게 피전부채권을 행사할 수 있다고 할 것이고, 그러한 권한행사가 신의성실의 원칙에 반한다고 할 수도 없다(대법원 2007. 8. 23. 선고 2005다43081, 43098 판결).

4784) 대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다71699 판결.

4785) 대법원 2003. 12. 11. 선고 2001다3771 판결.

2. 추심금 청구

가. 추심금 청구의 요건 사실

추심금 청구의 요건사실은, "① 추심명령의 발령+② 제3채무자에 대한 송달+③ 피추심채권의 발생" 사실인데, ①, ②는 소송요건 사실, ③은 청구원인 요건사실이고,[4786] ③ 요건에 대한 장애·소멸·저지 사실이 피고인 제3채무자의 항변 사실에 해당한다.

전부명령이 확정된 때 제3채무자 송달 시로 소급하여 효력을 갖는 것과는 달리, 추심명령은 제3채무자에게 송달된 때 효력이 발생하므로,[4787] 채무자에 대한 송달 사실과 추심명령의 확정 사실은 추심금 청구의 요건 사실이 아니다.

채권압류·추심명령의 '경정' 결정이 확정된 경우, 원칙적으로 '당초 명령이 제3채무자에게 송달된 때'에 소급하여 경정된 내용으로 효력이 있으나, 경정결정이 당초 명령의 동일성을 실질적으로 변경한 것이라고 인정되는 경우에는 '경정결정이 제3채무자에게 송달된 때'에 비로소 경정된 내용의 채권압류·추심명령의 효력이 생긴다.[4788]

추심금에 대한 지연손해금을 부가하여 청구하는 경우 그 청구원인 요건사실로 "④ 추심금 이행청구 사실"이 추가되나, 이는 통상의 경우 추심금 청구의 소장 부본 송달로 갈음된다.[4789]

4786) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다47175 판결; "추심금 소송에 있어서 피추심채권의 존재는 요건사실로서 그 입증책임은 원고에게 있다." ☛ 압류 당시에 피압류채권이 존재하지 않는 경우에는 압류로서의 효력이 없고, 그에 기한 추심명령도 무효이므로, 해당 압류채권자는 압류 등에 따른 집행절차에 참여할 수 없다(대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다228107 판결).

4787) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다60417 판결; "이 사건 채권에 관한 위 채권압류 및 추심명령이 제3채무자인 피고에게 송달됨으로써 이 사건 채권에 기한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있게 되고, 원고는 이 사건 채권에 기한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하였다고 할 것이며"

4788) ○ 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다38658 판결; "채권압류 및 추심명령은 제3채무자를 심문하지 않은 채 이루어지고 제3채무자에게 송달함으로써 그 효력이 생긴다. 그 후 **채권압류 및 추심명령의 경정결정이 확정되는 경우** 당초의 채권압류 및 추심명령은 그 경정결정과 일체가 되어 처음부터 경정된 내용의 채권압류 및 추심명령이 있었던 것과 같은 효력이 있으므로, 원칙적으로 당초의 결정이 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 경정된 내용으로 결정의 효력이 있다. 그런데 직접 당사자가 아닌 제3채무자는 피보전권리의 존재와 내용을 모르고 있다가 그 결정을 송달받고 비로소 이를 알게 되는 것이 일반적이기 때문에 당초의 결정에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 객관적으로는 명백하더라도 제3채무자의 입장에서는 당초의 결정 그 자체만으로 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있다는 것을 알 수 없는 경우가 있다. 이러한 경우에도 일률적으로 채권압류 및 추심명령의 경정결정이 확정되면 당초의 채권압류 및 추심명령이 송달되었을 때에 소급하여 경정된 내용의 채권압류 및 추심명령이 있었던 것과 같은 효력이 있다고 하게 되면 순전히 타의에 의하여 다른 사람들 사이의 분쟁에 편입된 제3채무자를 보호한다는 견지에서 타당하지 않다. 그러므로 제3채무자의 입장에서 볼 때 객관적으로 경정결정이 당초의 채권압류 및 추심명령의 동일성을 실질적으로 변경한 것이라고 인정되는 경우에는 경정결정이 제3채무자에게 송달된 때에 비로소 경정된 내용의 채권압류 및 추심명령의 효력이 생긴다."
○ 대법원 2005. 1. 13. 선고 2003다29937 판결; 채권압류명령의 채무자를 변경하는 경정결정은 그 결정정본이 제3채무자에게 송달된 때에 비로소 경정된 내용의 결정의 효력이 발생한다고 한 예.

4789) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다47117 판결; "추심명령은 압류채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 추심할 권능을 수여함에 그치고, 제3채무자로 하여금 압류채권자에게 압류된 채권액 상당을 지급할

국세징수법상[4790] 체납처분절차에 따른 추심금 청구의 경우, 위 ① 요건은 "세무서장에 의한 압류처분"('압류조서의 작성'은 채권압류의 효력발생요건이 아니다), 위 ② 요건은 "제3채무자에 대한 압류 통지(채권압류통지서에 '피압류채권'이 '특정'되고 '체납자에 대한 채무이행을 금지'하는 문언이 기재되어 있어야 한다)[4791]의 도달"로 대체된다.[4792]

나. 소송요건

채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 집행채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하므로,[4793] 추심권 취득을 위한 "① 추심명령의 발령+② 제3채무자에 대한 송

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 할 것이다." ☛ 원고들의 채권압류·추심명령 신청 당시 '압류·추심할 채권'으로 표시된 기발생 '지연손해금'에 대해서는 피고가 원고들로부터 추심금에 대한 이행청구를 받은 추심심 청구의 소장 부본 송달일 다음날부터 다시 지체책임을 부담한다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결).

4790) **국세징수법 제41조(채권의 압류 절차)** ① 세무서장은 채권을 압류할 때에는 그 뜻을 해당 채권의 채무자(이하 "제3채무자"라 한다)에게 통지하여야 한다. ② 세무서장은 제1항의 통지를 한 때에는 체납액을 한도로 하여 체납자인 채권자를 대위한다. ③ 세무서장은 제1항의 채권을 압류하였을 때에는 그 사실을 체납자에게 통지하여야 한다. [전문개정 2011.4.4]

4791) 대법원 2017. 6. 15. 선고 2017다213678 판결; "국세징수법상 체납처분에 의한 채권압류에 있어 압류조서의 작성은 과세관청 내부에서 당해 채권을 압류하였다는 사실을 기록·증명하는 것에 불과하여 이를 채권압류의 효력발생요건이라고 할 수 없으므로, 압류조서가 작성되지 않았다고 하여 채권압류 자체가 무효라고 할 수 없으나, 채권압류는 채무자(이하 '제3채무자'라 한다)에게 체납자에 대한 채무이행을 금지시켜 조세채권을 확보하는 것을 본질적 내용으로 하는 것이므로, 제3채무자에 대한 채권압류통지서의 문언에 비추어 피압류채권이 특정되지 않거나 체납자에 대한 채무이행을 금지하는 문언이 기재되어 있지 않다면 채권압류는 그 효력이 없다고 할 것이다. 그리고 이러한 법리는 지방세외수입금의 징수 등에 관한 법률의 적용을 받는 지방자치단체의 과징금, 이행강제금 및 부담금 등의 압류절차에도 그대로 적용된다."

4792) 대법원 1988. 4. 12. 선고 86다카2476 판결; "국세징수법에 의한 체납처분절차에 따라 세무서장에 의하여 채권이 압류된 경우 피압류채권의 채무자는 채권자에게 그 채무를 변제할 수 없고, 한편 같은 법 제41조 제2항에 의하여 세무서장이 피압류채권의 채무자에게 그 압류통지를 함으로써 채권자에게 대위하게 되는 때에는 세무서장은 그 채권의 추심권을 취득한다고 볼 것이므로 피압류채권의 채무자로서는 이행기가 도래한 때에는 대위채권자인 세무서장에게 이를 이행할 의무를 진다고 할 것이다."

4793) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다64877 판결 등.
○ 2인 이상의 불가분채무자 또는 연대채무자(= '불가분채무자 등')가 있는 금전채권의 경우에, 그 불가분채무자 등 중 1인을 제3채무자로 한 채권압류 및 추심명령이 이루어지면 그 채권압류 및 추심명령을 송달받은 불가분채무자 등에 대한 피압류채권에 관한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 추심채무자는 그 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하지만, 그 채권압류 및 추심명령의 제3채무자가 아닌 나머지 불가분채무자 등에 대하여는 추심채무자가 여전히 채권자로서 추심권한을 가지므로 나머지 불가분채무자 등을 상대로 이행을 청구할 수 있고, 이러한 법리는 위 금전채권 중 일부에 대하여만 채권압류 및 추심명령이 이루어진 경우에도 마찬가지이다(대법원 2013. 10. 31. 선고 2011다98426 판결).
○ 채권 압류·추심명령의 효력은 종된 권리에도 미치므로 압류의 효력이 발생한 '뒤'에 생기는 이자나 지연손해금에도 당연히 미치지만, 그 효력 발생 '전'에 이미 생긴 이자나 지연손해금에는 미치지 않는다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2013다1587 판결; 원심이 압류된 금액과 압류 효력 발생 이후의 이자·지연손해금을 구하는 부분을 각하한 것은 정당하지만, 압류 효력 발생 전에 이미 생긴 이자 부분에 대하여도 원고가 그 이행을 청구할 당사자적격을 상실하였다고 판단한 것은 위법이라고 한 예). ☛ 이 경우, 제3채무자에게 압류·추심명령이 송달된 날에 발생하는 이자는 압류 효력 발생 전에 생긴 기발생이자에 해당한다.

달" 사실은 추심금 청구의 원고적격 요건으로서 소송요건 사실에 해당하는 것이고, 당사자가 주장하지 않더라도 법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 한다.[4794]

집행채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있더라도, 추심채권자는 제3채무자를 상대로 압류된 채권의 이행을 청구하는 추심의 소를 제기할 수 있고, 그 추심의 소는 채무자가 제기한 이행의 소에 대한 관계에서 '중복된 소제기'에 해당하지 않는다.[4795] 추심채권자가 제3채무자를 상대로 추심금 소송을 제기하였다가 항소심에서 소취하를 한 후, 압류·추심명령을 받은 다른 추심채권자가 추심금 소송을 제기한 경우, 후소는 권리보호이익을 달리 하여 '재소금지' 원칙에 위반되지 않는다.[4796]

집행채무자의 제3채무자에 대한 이행소송 계속 중에 추심채권자가 압류 및 추심명령

○ 채권자가 집행권원에 기하여 압류 및 추심명령을 받은 후 그 집행권원상의 채권을 양도하였다고 하더라도 그 채권의 양수인이 기존 집행권원에 대하여 승계집행문을 부여받지 않았다면, 집행채권자의 지위에서 압류채권을 추심할 수 있는 권능이 있다고 볼 수 없다(대법원 2008. 8. 11. 선고 2008다32310 판결: 원고가 임차보증금반환채권의 압류·추심명령을 받은 소외 회사로부터 소외 회사의 채무자 소외 1에 대한 채권을 양도받았을 뿐, 소외 회사가 소외 1의 연대보증인인 소외 2에 대하여 가지는 집행권원에 관하여 따로 승계집행문을 부여받지는 않은 경우, 원고로서는 피고를 상대로 직접 추심의 소를 제기할 권능이 없고, 결국 그 소는 당사자 적격이 없는 자에 의하여 제기된 것으로서 부적법하므로 각하되어야 함에도, 추심권능의 존부가 단순히 청구의 당부에 관한 사항에 불과한 것으로 보고 원고 청구를 기각한 원심판단은 위법하다는 이유로, 직권으로 파기·자판하여 소를 각하한 사례).

4794) ○ 집행채무자의 제3채무자에 대한 이행소송 계속 중에 압류 및 추심명령으로 집행채무자의 원고적격이 상실된 경우, 이는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결 시를 기준으로 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 비록 피고인 제3채무자가 사실심 변론종결 시까지 원고적격 상실의 본안전 항변을 주장하지 아니하였다고 하더라도, 상고심에서 새로이 이를 주장·증명할 수 있다(2007다60417).
○ 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014다54366 판결: **원심**이, 채권압류·추심명령 결정정본이 피고의 사무원인 소외인에게 보충송달의 방법으로 송달된 사실은 인정할 수 있으나, 소외인은 위 명령의 채무자로서 피고와 이해관계를 달리하는 당사자이므로 소외인에게 한 보충송달은 부적법하고, 달리 위 정본이 제3채무자인 피고에게 송달된 점을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 위 명령은 효력이 발생하지 않았다고 판단한 다음, 추심권능의 존부가 청구의 당부에 관한 사항에 불과한 것으로 보고 원고의 청구를 기각한 데 대하여, **대법원**은, 원심이 보충송달에 관한 법리를 오해한 잘못은 없다고 하였으나, 나아가 "직권 판단"으로, '위 정본이 제3채무자인 피고에게 적법하게 송달되지 아니하여 위 명령의 효력이 발생하지 아니한 이상, 채권자인 원고는 피고를 상대로 직접 추심금청구의 소를 제기할 권능이 없고, 그렇다면 이 사건 소는 당사자 적격이 없는 자에 의하여 제기된 것으로서 부적법하므로 각하되어야 한다.'고 하여, 직권으로 원심판결을 파기자판하여, 1심판결을 취소하고, 소각하 판결을 한 사례.

4795) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다202120 전원합의체 판결의 다수의견: 그 이유로는, "채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 이미 법원에 계속되어 있는 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 제기한 추심의 소의 본안에 관하여 심리·판단한다고 하여, 제3채무자에게 불합리하게 과도한 이중 응소의 부담을 지우고 본안 심리가 중복되어 당사자와 법원의 소송경제에 반한다거나 판결의 모순·저촉의 위험이 크다고 볼 수 없다. 오히려 압류채권자가 제3채무자를 상대로 제기한 추심의 소를 중복된 소제기에 해당한다는 이유로 각하한 다음 당사자적격이 없는 채무자의 이행의 소가 각하 확정되기를 기다려 다시 압류채권자로 하여금 추심의 소를 제기하도록 하는 것이 소송경제에 반할 뿐 아니라, 이는 압류 및 추심명령이 있는 때에 민사집행법 제238조, 제249조 제1항과 앞서 본 대법원판례에 의하여 압류채권자에게 보장되는 추심의 소를 제기할 수 있는 권리의 행사와 그에 관한 실체 판단을 바로 그 압류 및 추심명령에 의하여 금지되는 채무자의 이행의 소를 이유로 거부하는 셈이어서 부당하다고 하지 않을 수 없다. 한편 압류채권자는 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소에 민사소송법 제81조, 제79조에 따라 참가할 수도 있으나, 채무자의 이행의 소가 상고심에 계속 중인 경우에는 승계인의 소송참가가 허용되지 아니하므로 압류채권자의 소송참가가 언제나 가능하지는 않으며, 압류채권자가 채무자가 제기한 이행의 소에 참가할 의무가 있는 것도 아니다."라고 적고 있다.

4796) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결.

신청의 취하, 추심권의 포기[4797] 등에 따라 추심권능을 상실하게 되면, 집행채무자는 당사자적격을 회복한다.[4798]

같은 채권에 관하여 추심명령이 여러 번 발부되더라도 그 사이에는 순위의 우열이 없고,[4799] 추심명령을 받은 채권자의 추심권능은 압류된 채권 전액에 미친다.[4800] 체납처분에 의하여 압류된 채권에 대하여 민사집행절차에서 압류 및 추심명령을 받은 채권자는 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기할 수 있고, 제3채무자는 압류 및 추심명령에 선행하는 체납처분에 의한 압류가 있어 서로 경합된다는 사정만을 내세워 위 채권자의 추심청구를 거절할 수 없다.[4801]

동일한 채권에 대해 복수의 채권자들이 압류·추심명령을 받은 경우 어느 한 채권자가 제기한 추심금소송에서 확정된 판결의 기판력은 그 소송의 '변론종결일 이전'에 압류·추심명령을 받았던 다른 추심채권자에게 미치지 않는다.[4802]

4797) 추심채권자는 추심권을 포기할 수 있다(민사집행법 제240조 제1항). 이 경우 집행채권이나 피압류채권에는 아무런 영향이 없다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2016다35390 판결).

4798) 이러한 사정 역시 직권조사사항으로서 당사자가 주장하지 않더라도 법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 사실심 변론종결 이후에 당사자적격 등 소송요건이 흠결되거나 그 흠결이 치유된 경우 상고심에서도 이를 참작하여야 하므로, 채권압류 및 추심명령에 대한 신청취하 등으로 집행채무자가 추심채권의 지급을 구하는 소를 제기할 수 있는 당사자적격을 회복하게 되면, 원고에게 당사자적격이 없음을 이유로 소를 각하한 원심판결은 파기환송된다(2010다64877(항소심 판결 선고 후 채권압류 및 추심명령에 대한 신청취하 및 추심포기서가 제출한 경우), 2007다63362(항소심판결 선고 후 채권압류 및 추심명령에 대한 압류해제 및 추심포기서가 제출된 경우)).

4799) 추심의 소에 '집행력 있는 정본을 가진 모든 채권자'는 공동소송인으로 원고 쪽에 참가(공동소송참가))할 권리가 있고, 소를 제기당한 제3채무자는 위 채권자를 공동소송인으로 원고 쪽에 참가하도록 명할 것을 첫 변론기일까지 신청할 수 있다(민사집행법 제249조②,③).

4800) 대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다43819 판결(자기채권의 만족을 위하여서 뿐만 아니라 압류가 경합되거나 배당요구가 있는 경우에는 집행법원의 수권에 따라 일종의 추심기관으로서 압류나 배당에 참가한 모든 채권자를 위하여 제3채무자로부터 추심을 하는 것이기 때문이다).

4801) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013다60982 판결: "현행법상 체납처분절차와 민사집행절차는 별개의 절차이고 두 절차 상호 간의 관계를 조정하는 법률의 규정이 없으므로, 한쪽의 절차가 다른 쪽의 절차에 간섭할 수 없는 반면, 쌍방 절차에서 각 채권자는 서로 다른 절차에 정한 방법으로 그 다른 절차에 참여하게 된다. 따라서 체납처분에 의하여 압류된 채권에 대하여도 민사집행법에 따라 압류 및 추심명령을 할 수 있고, 민사집행절차에서 압류 및 추심명령을 받은 채권자는 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기할 수 있다. 제3채무자는 압류 및 추심명령에 선행하는 체납처분에 의한 압류가 있어 서로 경합된다는 사정만을 내세워 민사집행절차에서 압류 및 추심명령을 받은 채권자의 추심청구를 거절할 수 없고, 또한 민사집행절차에 의한 압류가 근로기준법에 의해 우선변제권을 가지는 임금 등 채권에 기한 것이라는 등의 사정을 내세워 체납처분에 의한 압류채권자의 추심청구를 거절할 수도 없다."

4802) 대법원 2020. 10. 29. 선고 2016다35390 판결. 그 **이유로**는, "(1) … 추심채권자들이 제기하는 추심금소송의 소송물이 채무자의 제3채무자에 대한 피압류채권의 존부로서 서로 같더라도 소송당사자가 다른 이상 그 확정판결의 기판력이 서로에게 미친다고 할 수 없다. (2) **민사집행법 제249조 제3항, 제4항**은 추심의 소에서 소를 제기당한 제3채무자는 집행력 있는 정본을 가진 채권자를 공동소송인으로 원고 쪽에 참가하도록 명할 것을 첫 변론기일까지 신청할 수 있고, 그러한 참가명령을 받은 채권자가 소송에 참가하지 않더라도 그 소에 대한 재판의 효력이 미친다고 정한다. 위 규정 역시 참가명령을 받지 않은 채권자에게는 추심금소송의 확정판결의 효력이 미치지 않음을 전제로 참가명령을 통해 판결의 효력이 미치는 범위를 확장할 수 있도록 한 것이다. (3) 제3채무자는 추심의 소에서 다른 압류채권자에게 위와 같이 참가명령신청을 하거나 패소한 부분에 대해 변제 또는 집행공탁을 함으로써, 다른 채권자가 계속 자신을 상대로 소를 제기하는 것을 피할 수 있다. 따라서

다. 청구원인 요건사실

원고는 청구원인사실로서 '피추심채권 발생의 요건사실'을 주장·증명하여야 한다.[4803]

추심채권자는 그 채권을 '추심하기 위한 목적' 범위 내에서 채무자의 권리를 대위절차 없이 자기의 이름으로 재판상 또는 재판 외에서 행사할 수 있다.[4804]

라. 가능한 공격방어방법

1) 추심채권에 관한 주장

금전채권에 대한 가압류로부터 본압류로 전이하는 압류 및 추심명령이 있는 때에는 제3채무자는 채권이 가압류되기 '전'에 압류채무자에게 대항할 수 있는 무효, 소멸 등의 사유로써 압류채권자에게 대항할 수 있다.[4805]

가) 변제 항변

채권이 (가)압류되면 그 효력으로 채무자가 (가)압류채권을 처분하더라도 채권자

어느 한 채권자가 제기한 추심금소송에서 확정된 판결의 효력이 다른 채권자에게 미치지 않는다고 해도 제3채무자에게 부당하지 않다."라고 하고, 이러한 추심금소송의 확정판결에 관한 법리는 "추심채권자가 제3채무자를 상대로 제기한 추심금소송에서 화해권고결정이 확정된 경우에도 마찬가지로 적용된다. 따라서 어느 한 채권자가 제기한 추심금소송에서 화해권고결정이 확정되었더라도 그 화해권고결정의 기판력은 화해권고결정 확정일 '전'에 압류·추심명령을 받았던 다른 추심채권자에게 미치지 않는다."라고 판시하였다.

4803) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다279733, 279740 판결; "추심의 소에서 피압류채권의 존재는 채권자가 증명하여야 한다." ☛ '존재'를 '발생'으로 수정함이 옳다.

4804) 예컨대, 보험계약에 관한 해약환급금채권을 청구하기 위해서는 보험계약의 해지가 필수적이어서 추심명령을 얻은 채권자가 해지권을 행사하는 것은 그 채권을 추심하기 위한 목적 범위 내의 행위로서 허용된다고 봄이 상당하므로, 당해 보험계약자인 채무자의 해지권 행사가 금지되거나 제한되어 있는 경우 등과 같은 특별한 사정이 없는 한, 그 채권에 관하여 추심명령을 얻은 채권자는 채무자의 보험계약 해지권을 자기의 이름으로 행사하여 그 채권의 지급을 청구할 수 있고, 제3채무자를 상대로 추심금의 지급을 구하는 소를 제기한 경우에 그 소장에는 추심권에 기초한 보험계약 해지의 의사가 담겨 있다고 할 것이므로, 그 소장 부본이 상대방인 보험자에게 송달됨에 따라 보험계약 해지의 효과는 발생하는 것으로 해석함이 상당하다(대법원 2009. 6. 23. 선고 2007다26165 판결).
⇔ 추심채권자는 추심 목적을 넘는 행위, 예를 들어 피압류채권의 면제, 포기, 기한 유예, 채권양도 등의 행위는 할 수 없다. 추심금소송에서 추심채권자가 제3채무자와 '피압류채권 중 일부 금액을 지급하고 나머지 청구를 포기한다.'는 내용의 재판상 화해를 한 경우 '나머지 청구 포기 부분'은 추심채권자가 적법하게 포기할 수 있는 자신의 '추심권'에 관한 것으로서 제3채무자에게 더 이상 추심권을 행사하지 않고 소송을 종료하겠다는 의미로 보아야 한다. 이와 달리 추심채권자가 나머지 청구를 포기한다는 표현을 사용하였다고 하더라도 이를 애초에 자신에게 처분 권한이 없는 '피압류채권' 자체를 포기한 것으로 볼 수는 없다. 따라서 위와 같은 재판상 화해의 효력은 별도의 추심명령을 기초로 추심권을 행사하는 다른 채권자에게 미치지 않는다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2016다35390 판결).

4805) 대법원 2022. 6. 9. 선고 2021다270494 판결, 대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다43819 판결.
cf. 압류채권자에 대항할 수 없는 사유의 예; 공동공탁자의 공탁금회수청구권에 대하여 압류·추심명령을 한 경우, 그 압류·추심명령은 공탁자 간 균등한 비율에 의한 공탁금액의 한도 내에서 효력이 있고, 공동공탁자들 중 실제로 담보공탁금을 전액 출연한 공탁자가 있다 하더라도 이는 공동공탁자들 사이의 내부관계에서만 주장할 수 있는 사유에 불과하여 압류채권자에 대하여 자금 부담의 실질관계를 이유로 대항할 수 없다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다29971 판결).

에게 대항할 수 없고, 또 채무자는 (가)압류채권에 관하여 제3채무자로부터 변제를 받을 수 없으므로, 제3채무자가 (가)압류결정 송달 '이후'에 채무자에게 추심채권에 대해 변제하는 것은 (가)압류결정의 효력에 의하여 추심채권자에게 대항할 수 없는 항변사유이다.[4805] 압류 및 추심명령에 가압류에서 본압류로 이전한다는 취지의 주문이 없더라도 일정한 경우 처분금지효가 가압류결정 송달 이후부터 발생할 수 있다.[4807]

제3채무자(도급인)가 공사대금채권에 관한 추심채권자의 가압류결정을 송달받기 '전'에 집행채무자(수급인)에게 선급금을 지급한 경우, 선급금과 기성공사대금의 정산·충당이 가압류결정 송달 후에 이루어졌더라도 그 정산·충당으로 추심채권자에게 대항할 수 있으나, 도급인이 추심채권자의 가압류결정을 송달받은 '후' 수급인에게 선급금을 지급한 경우에는, 도급인이 추심채권자에게 그 선급금의 지급 및 그로 인한 정산·충당으로 대항할 수 없다.[4808]

주택임대차보호법의 적용대상인 주택 임차인의 임대차보증금반환채권이 가압류된 상태에서 임대주택이 양도되면 양수인이 채권가압류의 제3채무자의 지위도 승계하고, 가

4806) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다10867 판결.

4807) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다48455 판결; "가압류한 지명채권에 대하여 가압류에서 본압류로 전이하는 내용의 주문이 누락된 채 압류 및 추심명령이 발령되었다 하더라도, 가압류 및 압류·추심의 당사자 사이에 서로 동일성이 인정되고, 가압류의 피보전채권과 압류·추심의 집행채권 사이 및 가압류 대상 채권과 압류·추심 대상 채권 사이에 서로 동일성이 인정되는 경우에는, 해당 가압류는 특별한 사정이 없는 한 당연히 본압류로 이전되는 효력이 생긴다. 그리고 가압류가 본압류로 이행되어 강제집행이 이루어진 경우에는 가압류집행은 본집행에 포섭됨으로써 당초부터 본집행이 있었던 것과 같은 효력이 있게 된다. … 원심은 이 사건 압류 및 추심명령에 가압류에서 본압류로 이전한다는 취지의 주문이 없더라도 그 처분금지효는 이 사건 가압류결정이 피고에게 송달된 이후부터 발생하는 것이어서, 피고가 이 사건 가압류결정 정본을 송달받은 뒤 제3채무자에게 가압류된 공사대금채무를 변제한 이상 이를 가압류 겸 압류·추심 채권자인 원고에게 대항할 수 없으므로, 피고는 원고에게 추심금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다. 원심의 판단은 위 법리에 따른 것으로 정당하다."

4808) 대법원 2016. 10. 13. 선고 2014다2723 판결; **원심**이, '선급금을 지급한 후 공사도급계약이 해제·해지되거나 선급금 지급조건을 위반하는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 별도의 상계의 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 당연히 선급금으로 충당되고, 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 된다.'고 한 다음, 추심채권자 원고의 가압류 결정이 피고에게 송달된 후 피고가 소외 회사에 공사선급금을 지급하였다고 하더라도 가압류결정이 피고에게 송달되기 전에 피고와 소외 회사 간 공사계약상 선급금 지급약정 등 선급금 반환채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 이미 발생되어 있었으므로, 피고는 공사대금 미지급액이 선급금으로 충당되었다는 점을 원고에게 대항할 수 있다고 판단한 데 대하여, **대법원**은, "지명채권에 대한 가압류의 효력은 제3채무자에게 채권가압류재판 정본이 송달됨으로써 발생하고(민사집행법 제296조 제1항, 제227조 제3항), 그 효력이 발생하면 제3채무자는 채무자에게 변제하는 등 채무를 소멸시키는 행위를 할 수 없고, 그러한 행위를 한 경우에는 가압류채권자에게 그 효력을 주장할 수 없다. 한편, 공사도급계약에서 수수되는 선급금은 구체적인 기성고와 관련하여 지급하는 것이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급하는 것이지만, 그 성질은 어디까지나 공사대금이다. 피고가 이 사건 가압류결정을 송달받기 전에 소외 회사에 선급금을 지급하였다면 원심이 설시한 법리에 따라 선급금과 기성공사대금의 정산이 가압류의 효력발생 후에 발생하였더라도 그 정산 또는 충당으로 원고에게 대항할 수 있으나, 이 사건은 가압류의 효력이 발생한 후 피고가 소외 회사에 선급금을 지급한 사안으로서, 가압류된 채권은 '공사대금채권'이고 선급금의 성질은 선급한 '공사대금'이어서, 결국 피고는 소외 회사의 피고에 대한 공사대금채권에 관한 이 사건 가압류결정을 송달받은 후 소외 회사에 선급 공사대금을 지급한 셈이므로, 피고는 원고에게 위 선급금의 지급 및 그로 인한 정산 또는 충당의 효력을 주장할 수 없다."라고 판시한 예.

압류권자 또한 임대주택의 양도인이 아니라 양수인에 대하여만 위 가압류의 효력을 주장할 수 있다고 보아야 하므로, 양수인이 임차인에게 임대차보증금반환채권에 대해 변제하는 것은 가압류결정의 효력으로 말미암아 추심채권자에게 대항할 수 없는 항변사유에 해당한다.[4809]

하지만, 제3채무자가 (가)압류명령 송달 전에 채무자에게 변제하는 등으로 추심채권을 소멸시킨 것은 유효한 항변이고, 정당한 추심권자에 대한 변제는 그 효력이 압류경합관계에 있는 모든 채권자에게 미치므로[4810] 정당한 다른 추심권자에게 추심채무를 변제한 사실을 주장·증명하면 그 변제시점이 원고인 추심채권자의 (가)압류명령 송달 이후이더라도 원고의 청구에 대항할 수 있는 유효한 항변이 된다.[4811]

민사집행법에 따른 압류 및 추심명령과 체납처분에 의한 압류가 경합하는 경우에, 제3채무자는 민사집행절차에서 압류 및 추심명령을 받은 채권자와 체납처분에 의한 압류채권자 중 어느 한쪽의 청구에 응하여 그에게 채무를 변제하고 그 변제 부분에 대한 채무의 소멸을 주장할 수 있으며, 또한 민사집행법 제248조 제1항에 따른 집행공탁을 하여 면책될 수도 있다.[4812]

4809) 대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다49523 전원합의체 판결의 다수의견; "주택임대차보호법 제3조 제3항은 같은 조 제1항이 정한 대항요건을 갖춘 임대차의 목적이 된 임대주택(이하 '임대주택'은 주택임대차보호법의 적용대상인 임대주택을 가리킨다)의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다고 규정하고 있는바, 이는 법률상의 당연승계 규정으로 보아야 하므로, 임대주택이 양도된 경우에 그 양수인은 주택의 소유권과 결합하여 임대인의 임대차 계약상의 권리·의무 일체를 그대로 승계하며, 그 결과 양수인이 임대차보증금반환채무를 면책적으로 인수하고, 양도인은 임대차관계에서 탈퇴하여 임차인에 대한 임대차보증금반환채무를 면하게 된다. 나아가 임차인에 대하여 임대차보증금반환채무를 부담하는 임대인임을 당연한 전제로 하여 그 임대차보증금반환채무의 지급금지를 명령받은 제3채무자의 지위는 임대인의 지위와 분리될 수 있는 것이 아니므로, 임대주택의 양도로 임대인의 지위가 일체로 양수인에게 이전된다면 채권가압류의 제3채무자의 지위도 임대인의 지위와 함께 이전된다고 볼 수밖에 없다. 한편 주택임대차보호법상 임대주택의 양도에 양수인의 임대차보증금반환채무의 면책적 인수를 인정하는 이유는 임대주택에 관한 임대인의 의무 대부분이 그 주택의 소유자이기만 하면 이행가능하고 임차인이 같은 법에서 규정하는 대항요건을 구비하면 임대주택의 매각대금에서 임대차보증금을 우선변제받을 수 있기 때문인데, 임대주택이 양도되었음에도 그 양수인이 채권가압류의 제3채무자의 지위를 승계하지 않는다면 가압류권자는 장차 본집행절차에서 그 주택의 매각대금으로부터 우선변제를 받을 수 있는 권리를 상실하는 중대한 불이익을 입게 된다. 이러한 사정들을 고려하면, 임차인의 임대차보증금반환채권이 가압류된 상태에서 임대주택이 양도되면 양수인이 채권가압류의 제3채무자의 지위도 승계하고, 가압류권자 또한 임대주택의 양도인이 아니라 양수인에 대하여만 위 가압류의 효력을 주장할 수 있다고 보아야 한다."

4810) 압류가 경합된 채권에 대한 전부명령은 무효이므로 제3채무자로서는 전부금 청구 소송에서 압류경합사유로 항변을 할 수 있었고 그 뒤에 강제집행을 당하지 않을 수 있었을 것임에도 이를 태만히 하여 자백간주로 판결이 선고되게 하고 강제집행을 당하여 그 채무를 변제하기에 이르렀다면, 제3채무자로서는 위와 같은 변제로 채권이 소멸되었다는 주장을 그 채권에 대한 압류채권자로서 추심명령을 얻어 추심청구에 이른 자에 대하여 항변으로 삼을 수 없다(71다1941).

4811) 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다65180 판결 등. 제3채무자로서는 정당한 추심권자에게 변제하면 그 효력은 모든 채권자에게 미치므로 압류된 채권을 경합된 압류채권자 및 또 다른 추심권자의 집행채권액에 안분하여 변제하여야 하는 것이 아니다(대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다43819 판결). 제3채무자가 추심채권자에게 변제한 경우 추심채권자는 집행법원에 공탁 및 사유신고를 하여야 하고, '집행채권'은 추심채권자가 그 배당절차에서 실제로 배당받은 금액의 범위 내에서만 소멸하게 된다(대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다65180 판결).

4812) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다203833 판결; "체납처분에 의한 압류는, 비록 그 자체만을 이유로 집행공탁

제3채무자가 채권압류 및 추심명령을 송달받기 전에 이미 그 피압류·추심채권을 채권양수인에게 변제하여 그 채권이 소멸되었다고 주장하는 경우, 법원으로서는 그 변제 여부를 따져보고 그 결과에 따라 추심채권자의 청구에 대한 당부를 판단하여야 하고, 이에 이르지 아니하고 추심채권의 양도에 대하여 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙이 있었다는 점에 대한 주장·증명이 없다는 이유만으로 제3채무자의 주장을 배척하고 추심채권자의 청구를 인용해서는 아니 된다.[4813]

원인채권인 물품대금 채권에 대한 가압류나 압류의 효력이 발생하기 '전'에 물품대금의 지급을 위하여 '신용장이 발행'된 경우, 가압류 등의 효력이 발생한 후 신용장 대금의 지급이 이루어졌더라도 수입업자가 그 지급으로 물품대금 채권이 소멸하였다는 것을 가압류채권자 등에게 대항할 수 있다.[4814]

제3채무자는 추심권자에게 채무자와 제3채무자 사이의 '지급방법'에 관한 약정으로

을 할 수 있는 민사집행법 제248조 제1항의 '압류'에는 포함되지 않지만, 제3채무자에게 채무자에 대한 지급을 금지하고 채무자에게 채권의 처분과 영수를 금지하는 효력을 가지는 것으로서 민사집행절차에서 압류명령을 받은 채권자의 전속적인 만족을 배제하고 배당절차를 거쳐야만 하게 하는 민사집행법 제229조 제5항의 '다른 채권자의 압류'나 민사집행법 제236조 제2항의 '다른 압류'에는 해당한다. 그런데 민사집행법에 따른 압류 및 추심명령과 체납처분에 의한 압류가 경합한 후 제3채무자가 민사집행절차에서 압류 및 추심명령을 받은 채권자의 추심청구에 응하거나 민사집행법 제248조 제1항에 따른 집행공탁을 하게 되면, 그 피압류채권은 소멸하게 되고 이러한 효력은 민사집행절차에서 압류 및 추심명령을 받은 채권자에 대하여는 물론 체납처분에 의한 압류채권자에 대하여도 미치므로, 민사집행법에 따른 압류 및 추심명령과 함께 체납처분에 의한 압류도 그 목적을 달성하여 효력을 상실하는 것으로 보아야 한다. 따라서 민사집행절차에서 압류 및 추심명령을 받은 채권자뿐만 아니라 체납처분에 의한 압류채권자의 지위도 민사집행법상의 배당절차에서 배당을 받을 채권자의 지위로 전환된다고 할 것이어서, 체납처분에 의한 압류채권자가 공탁사유신고 시나 추심신고 시까지 민사집행법 제247조에 의한 배당요구를 따로 하지 않았다고 하더라도 그 배당절차에 참가할 수 있다."

4813) 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003다37426 판결. 왜냐하면, 지명채권양도의 제3자에 대한 대항요건은, 양도된 채권이 존속하는 동안에 그 채권에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상의 지위를 취득한 제3자가 있는 경우에 적용되는 것이므로, 양도된 채권이 이미 변제 등으로 소멸한 경우에는 그 후에 그 채권에 관한 채권압류 및 추심명령이 송달되더라도 그 채권압류 및 추심명령은 존재하지 아니하는 채권에 대한 것으로서 무효이고, 위와 같은 대항요건의 문제는 발생될 여지가 없기 때문이다.

4814) 대법원 2022. 11. 17. 선고 2017다235036 판결; "수입업자가 물품대금 지급을 위하여 은행에 신용장 개설을 의뢰하고 그 은행이 수출업자를 수익자로 하여 신용장을 개설한 경우, 수출업자와 개설은행 사이의 신용장 거래는 직접적 상품의 거래가 아니라 서류에 의한 거래로서 원칙적으로 수입업자와 수출업자 사이의 원인관계로부터는 물론이고 수입업자와 개설은행 사이의 관계로부터도 독립하여 규율된다. 따라서 원인채권인 물품대금 채권에 대한 가압류나 압류의 효력이 발생하기 전에 물품대금의 지급을 위하여 신용장이 발행된 경우에는 그 가압류나 압류의 효력이 발생한 후에 신용장 대금의 지급이 이루어졌다 하더라도 수입업자는 그 신용장 대금의 지급으로 물품대금 채권이 소멸하였다는 것을 가압류채권자나 압류채권자에게 대항할 수 있다. 반면 원인채권인 물품대금 채권에 대한 가압류나 압류의 효력이 발생한 후에 물품대금의 지급을 위하여 신용장이 발행된 경우에는 수입업자는 가압류채권자나 압류채권자에게 신용장 대금의 지급으로써 물품대금 채권이 소멸하였다는 것을 대항할 수 없다. … 신용장의 유효기간 내에 필요 또는 그 하자가 보완된 서류가 제시된 경우에는 유효기간이 지나더라도 신용장 대금이 지급되어야 하겠지만, 신용장의 유효기간 내에 필요 서류가 제시되지 않았거나 서류상 하자로 인한 지급거절 후 하자가 유효기간 내에 보완되지 않았다면 유효기간을 경과한 때부터는 더 이상 신용장에 따른 권리의무가 발생하지 않는다. 따라서 필요 서류가 제시되지 않은 채 유효기간이 경과된 후에는 설령 개설은행을 통하여 수익자에게 신용장 대금 결제방식으로 대금이 지급되었더라도 이를 그 신용장에 따른 대금 지급이라고 볼 수는 없으므로, 원인채권인 물품대금에 대한 가압류 등의 효력이 발생하기 전에 물품대금의 지급을 위하여 신용장이 발행된 경우라 하더라도 수입업자는 위와 같은 신용장 대금의 지급으로써 가압류채권자 등에게 대항할 수 없다."

대항할 수 있다.[4815]

나) 공탁 항변

민사집행법 제248조 제1항, 제3항에 따라,[4816] 제3채무자가 현실적으로 공탁[4817]을 한 때에, 제3채무자는 채무[4818]를 면한다.[4819]

민사집행법 제248조 제3항 소정의 공탁의무를 부담하는 제3채무자가 추심채권자 중

4815) 대법원 2022. 6. 9. 선고 2021다270494 판결: 피고가 지역주택조합과 조합가입계약을 체결하면서 분담금은 조합이 지정하는 신탁회사 명의로 개설된 단독계좌에 개별적으로 입금시킴을 원칙으로 하고 이외의 계좌에 입금된 분담금은 인정하지 않으며 그로 인하여 발생한 금융사고에 대하여는 조합원이 전적으로 모든 책임을 진다고 정한 사안에서, 위와 같은 조합가입계약의 지급방법 약정에 의하여 조합은 조합원에게 분담금 지급을 청구할 때 조합가입계약에 정한 바에 따라 신탁회사 명의 계좌로 납부하도록 요구할 수 있을 뿐 조합에게 직접 지급하도록 요구할 수 없고 변제 수령권한도 없으므로, 피고는 이를 이유로 조합의 분담금 직접 지급 청구에 대하여 이를 거절할 수 있고 조합의 조합원에 대한 채권을 압류한 채권자에 대하여도 이를 사유로 대항할 수 있다고 한 예.

4816) **민사집행법 제248조(제3채무자의 채무액의 공탁)** ① 제3채무자는 압류에 관련된 금전채권의 전액을 공탁할 수 있다. ③ 금전채권 중 압류되지 아니한 부분을 초과하여 거듭 압류명령 또는 가압류명령이 내려진 경우에 그 명령을 송달받은 제3채무자는 압류 또는 가압류채권자의 청구가 있으면 그 채권의 전액에 해당하는 금액을 공탁하여야 한다.

4817) 금전채권의 일부만이 압류되었음에도 그 채권 전액을 공탁한 경우, 그 공탁금 중 압류의 효력이 미치는 금전채권액은 집행공탁에, 압류금액을 초과하는 부분은 압류의 효력이 미치지 않으므로 집행공탁이 아닌 변제공탁에 해당한다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2006다74693 판결).

4818) 민사집행법 제248조가 정하는 제3채무자의 공탁은 채무자의 제3채무자에 대한 금전채권의 전부 또는 일부가 압류된 경우에 허용되므로, 그러한 공탁에 따른 변제의 효과 역시 압류의 대상에 포함된 채권에 대해서만 발생한다고 보아야 한다(대법원 2018. 5. 30. 선고 2015다51968 판결).

4819) ○ 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다78050 판결: "제3채무자가 현실적으로 공탁을 하거나 제3채무자가 공탁의무를 이행하지 아니할 때에는 추심채권자가 공탁을 명하는 취지의 추심소송을 제기하여 그 판결에 기초한 강제집행으로 공탁을 강제하여 공탁이 이루어진 때에 비로소 제3채무자는 채무를 면하게 되고 그 효력은 압류경합 관계에 있는 모든 채권자에게 미치므로 압류경합 관계에 있는 다른 채권자가 또다시 제3채무자에 대하여 변제의 청구를 할 수 없게 된다." ㉮ 甲의 乙에 대한 임금채권에 관하여 丙과 丁의 압류가 경합된 상태에서, 乙과의 조정에 의하여 丙이 먼저 乙에게서 추심한 이상 丁은 그 추심한 금액의 범위 내에서는 압류 및 추심명령에 기하여 재차 乙에게 추심할 수 없다고 판단한 **원심**에 대하여, 乙이 현실적으로 공탁을 하거나 丙이 위 조정에 기초한 강제집행으로 공탁을 강제하여 공탁이 이루어졌다는 자료를 찾아볼 수 없고, 丙과 乙 사이에 공탁을 명하는 취지의 조정이 성립된 것만으로 乙이 그 채무를 면한다고 할 수 없다고 하며 원심판결을 파기한 예. ○ 대법원 2019. 1. 31. 선고 2015다26009 판결; "금전채권에 대한 가압류를 원인으로 제3채무자가 민사집행법 제291조, 제248조 제1항에 따라 공탁을 하면 공탁에 따른 채무변제 효과로 당초의 피압류채권인 채무자의 제3채무자에 대한 금전채권은 소멸하고, 대신 채무자는 공탁금출급청구권을 취득하며, 가압류의 효력은 그 청구채권액에 해당하는 공탁금액에 대한 채무자의 공탁금출급청구권에 대하여 존속한다(민사집행법 제297조). 그 후 채무자의 공탁금출급청구권에 대한 압류가 이루어져 압류의 경합이 성립하거나 가압류를 본압류로 이전하는 압류명령이 국가(공탁관)에 송달되면, 민사집행법 제291조, 제248조 제1항에 따른 공탁은 민사집행법 제248조에 따른 집행공탁으로 바뀌어 공탁관은 즉시 압류명령의 발령법원에 그 사유를 신고하여야 한다. 이로써 가압류의 효력이 미치는 부분에 대한 채무자의 공탁금출급청구권은 소멸하고, 그 부분 공탁금은 배당재단이 되어 집행법원의 배당절차에 따른 지급위탁에 의해서만 출급이 이루어질 수 있게 된다. 민사집행법 제248조에 따라 집행공탁이 이루어지면 피압류채권이 소멸하고, 압류명령은 그 목적을 달성하여 효력을 상실하며, 압류채권자의 지위는 집행공탁금에 대하여 배당을 받을 채권자의 지위로 전환된다. 이러한 법리는 민사집행법 제291조, 제248조 제1항에 따른 공탁이 위에서 본 법리에 따라 민사집행법 제248조에 따른 집행공탁으로 바뀌는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 따라서 금전채권에 대한 가압류를 원인으로 한 제3채무자의 공탁에 의해 채무자가 취득한 공탁금출급청구권에 대하여 압류·추심명령을 받은 채권자는, 그러한 공탁이 위에서 본 법리에 따라 민사집행법 제248조에 따른 집행공탁으로 바뀌는 경우에는 더 이상 추심권능이 아닌 구체적으로 배당액을 수령할 권리, 즉 배당금채권을 가지게 된다."

한 사람에게 임의로 변제하거나 일부 채권자가 강제집행절차 등에 의하여 추심한 경우, 이로써 제3채무자는 '공탁청구한 채권자'에게는 채무의 소멸을 주장할 수 없으나, 공탁청구한 채권자 외의 다른 채권자에게는 채무의 소멸을 주장할 수 있다.[4820]

다) 채권 발생원인인 법률관계 처분에 기한 항변

전부금 청구에서 이미 본 바와 같이, 제3채무자는 추심채권에 대한 (가)압류가 있은 후라고 하더라도 채권 발생원인인 법률관계에 대한 법정해제, 합의해제, 해지 등의 처분행위로 인하여 채권이 소멸되었다는 사유를 들어 추심채권자에 대항할 수 있다.

라) 소멸시효 항변

'채무자'가 제3채무자를 상대로 금전채권의 이행을 구하는 소를 제기한 후, '채권자'가 위 금전채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아[4821] 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기한 경우, 채무자가 한 시효중단의 효력이 추심채권자에게 미친다.[4822]

4820) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2009다88129 판결; "민사집행법 제248조 제3항은 … 규정하고 있다. 여기서 '공탁하여야 한다'란 공탁의 방법에 의하지 아니하고는 면책을 받을 수 없다는 의미이므로, 제3채무자가 추심채권자 중 한 사람에게 임의로 변제하거나 일부 채권자가 강제집행절차 등에 의하여 추심한 경우, 제3채무자는 이로써 공탁청구한 채권자에게 채무의 소멸을 주장할 수 없고 이중지급의 위험을 부담한다. 그런데 민사집행법 제248조 제3항에서 정한 공탁의무는 민사집행절차에서 발생하는 제3채무자의 절차협력의무로서 제3채무자의 실체법상 지위를 변경하는 것은 아니다. 또한 공탁의무를 부담하는 제3채무자가 추심채권자 중 한 사람에게 임의로 변제하거나 일부 채권자가 강제집행절차 등에 의하여 추심한 경우에도 제3채무자는 공탁청구한 채권자 외의 다른 채권자에게는 여전히 채무의 소멸을 주장할 수 있다고 보아야 한다. 그리고 비록 공탁청구를 한 채권자라고 하더라도, 공탁이 되었더라면 후속 배당절차에서 배당받을 수 있었던 금액을 초과하여 제3채무자에게 추심할 수 있다고 하면 공탁청구 당시 기대할 수 있었던 정당한 범위를 넘어서 추심권을 행사할 수 있도록 허용하는 것이 되어 부당하다. 이러한 여러 사정을 고려하면, 공탁청구한 채권자가 제3채무자를 상대로 추심할 수 있는 금액은, '제3채무자가 공탁청구에 따라 채권 전액에 해당하는 금액을 공탁하였더라면 공탁청구 채권자에게 배당될 수 있었던 금액' 범위에 한정된다. 그리고 제3채무자가 채권 전액에 해당하는 금액을 공탁하였더라면 배당받을 수 있었던 금액은 공탁청구 시점까지 배당요구한 채권자 및 배당요구의 효력을 가진 채권자에게 배당할 경우를 전제로 산정할 수 있고, 이때 배당받을 채권자, 채권액, 우선순위에 대하여는 제3채무자가 주장·입증하여야 한다고 해석하는 것이 타당하다." ☎ 추심채권자 甲의 공탁청구에 따라 민사집행법 제248조 제3항의 공탁의무를 부담하게 된 제3채무자 乙이 공탁청구에 응하지 않고 있다가 다른 추심채권자 丙이 추심채권을 청구채권으로 하여 乙의 채권을 가압류하자 채권가압류 해방공탁금을 공탁하여 丙 등 다른 추심채권자가 변제를 받은 사안에서, 위 가압류 해방공탁은 민사집행법 제248조 제3항에서 정한 공탁이라고 할 수 없으므로, 丙 등 다른 추심채권자가 해방공탁금에 대한 배당절차에서 변제를 받았다 하더라도 乙은 공탁청구한 채권자 甲에게 채무소멸을 주장할 수 없고, 다만 甲은 '乙이 추심채권 전액에 해당하는 금액을 공탁하였더라면 배당받을 수 있었던 금액' 범위 내에서만 乙을 상대로 추심할 수 있는데도, 이와 달리 甲이 乙을 상대로 제기하여 승소 확정된 추심금 판결에서 지급을 명한 금액 전부를 추심할 수 있다고 본 원심은 위법하다고 한 예.

4821) 추심채권자가 확정판결에 기한 채권의 실현을 위하여 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 관하여 압류 및 추심명령을 받아 그 결정이 제3채무자에게 송달이 되었다면 거기에 소멸시효 중단사유인 최고로서의 효력을 인정된다(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003다16238 판결). 따라서 추심채권의 소멸시효기간 도과 이전에 압류 및 추심명령 결정이 제3채무자에게 송달되고 그로부터 6개월이 경과하기 전에 추심금 청구의 소가 제기되었다면, 추심채권자가 소장에서 추심금 청구의 요건사실로 "① 추심명령의 발령+② 제3채무자에 대한 송달"을 이미 주장하고 있는 이상, 제3채무자의 소멸시효 항변은 그 자체로 유효하지 못하다.

4822) 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다212945 판결; "채무자가 제3채무자를 상대로 금전채권의 이행을 구하는 소를 제기한 후 채권자가 위 금전채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기한 경우, 채무자가 권리주체의 지위에서 한 시효중단의 효력은 집행법원의 수권에 따라 피압류채권에 대한

마) 상계 항변

제3채무자는 압류명령을 송달받기 전에 취득한 채무자에 대한 채권으로 추심채권과 상계할 수 있고, 이 경우 상계의 의사표시는 추심채권자나 채무자의 어느 쪽에 대하여 하더라도 무방하다. 가압류로부터 본압류로 전이하는 압류 및 추심명령을 받은 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우, 그 자동채권이 가압류 후에 발생한 것이더라도 피압류채권과 상계할 수 있다.[4823]

동산 양도담보권자가 물상대위권 행사로 양도담보설정자의 화재보험금청구권에 대하여 압류 및 추심명령을 얻어 추심권을 행사하는 경우, 제3채무자인 보험회사는 그 '양도담보 설정' 후 취득한 양도담보설정자에 대한 별개의 채권을 가지고 상계로써 양도담보권자에게 대항할 수 없다.[4824]

2) 추심명령에 관한 주장

가) 본안전 항변

제3채무자가, 추심명령이 즉시항고에 의하여 취소되었다거나, 추심채권자가 추심명령의 신청을 취하하였다고 주장하는 것은, 원고의 추심권한을 다투는 것이므로 본안전 항변이 된다.

추심권능을 부여받아 일종의 추심기관으로서 그 채권을 추심하는 추심채권자에게도 미친다. … 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 금전채권의 이행소송이 압류 및 추심명령으로 인한 당사자적격의 상실로 각하되더라도, 위 이행소송의 계속 중에 피압류채권에 대하여 채무자에 갈음하여 당사자적격을 취득한 추심채권자가 위 각하판결이 확정된 날로부터 6개월 내에 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기하였다면, 채무자가 제기한 재판상 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력은 추심채권자의 추심소송에서도 그대로 유지된다고 보는 것이 타당하다."

4823) 대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다43819 판결: "금전채권에 대한 가압류로부터 본압류로 전이하는 압류 및 추심명령이 있는 때에는 제3채무자는 채권이 가압류되기 전에 압류채무자에게 대항할 수 있는 사유로써 압류채권자에게 대항할 수 있으므로, 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우에는, 그 가압류명령이 제3채무자에게 송달되어 가압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 제3채무자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 있고, 따라서 그 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있다. 이 경우에 자동채권 발생의 기초가 되는 원인은 수동채권이 가압류되기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었으므로, 그 자동채권은 민법 제498조 소정의 "지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권"에 해당하지 아니한다." ☜ 부동산 매수인의 매매잔대금 지급의무와 매도인의 가압류기입등기말소의무가 동시이행관계에 있었는데 위 가압류에 기한 강제경매절차가 진행되자 매수인이 강제경매의 집행채권액과 집행비용을 변제공탁한 경우 매도인은 매수인에 대해 대위변제로 인한 구상채무를 부담하게 되고, 그 구상채무는 가압류기입등기말소의무의 변형으로서 매수인의 매매잔대금 지급의무와 여전히 대가적인 의미가 있어 서로 동시이행관계에 있으므로, 매수인은 매도인의 매매잔대금채권에 대해 가압류로부터 본압류로 전이하는 압류 및 추심명령을 받은 채권자에게 가압류 이후에 발생한 위 구상금채권에 의한 상계로 대항할 수 있다고 한 사례.

4824) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2012다58609 판결.

나) 압류금지채권 항변

추심채권자의 피추심채권 발생에 관한 청구원인사실 자체에 의하여 피추심채권이 민사집행법 제246조 등의 압류금지채권에 해당한다는 점이 명백하게 드러나는 경우가 많을 것인데 이 경우에는 추심금 청구 자체로 이유 없어 기각할 것이나, 청구원인사실 자체에서 명백히 밝혀지지 않은 경우에는 제3채무자가 추심금 청구에 대한 권리발생 장애의 무효사유로서 '피추심채권이 압류금지채권에 해당하는 사실'을 항변으로 주장·증명하여야 한다.[4825] 판례 중에는, '예금채권'의 추심을 구하는 소에서, 추심 대상 채권이 '압류금지채권에 해당하지 않는다는 점'(즉, 채무자의 개인별 예금잔액과 민사집행법 제195조 제3호에 의하여 압류하지 못한 금전의 합계액이 150만 원을 초과한다는 사실)은 채권자가 이를 증명하여야 한다고 한 것이 있는데, 이를 '압류금지채권' 전반의 일반론으로 삼을 것은 아니다.[4826]

4825) ❶ 대법원 2016. 10. 13. 선고 2014다2723 판결; "(건설산업기본법 제88조에 의하여) 압류금지채권에 해당하는 노임인지 여부는 피고(제3채무자)가 증명하여야 할 사항이므로, 원고(추심채권자)가 (발주처가 피고와 추심채무자로부터 하도급직불동의서를 받아 추심채무자 및 그 하수급업체에 노무비로 직접 지급한) 627,000,000원에는 임금 이외에 다른 명목으로 지급된 금원이 포함되어 있다고 주장하는 이상 위 627,000,000원이 전액 임금에 해당한다는 점은 피고가 증명하여야 한다." ☜ 건설산업기본법 제88조(임금에 대한 압류의 금지) ① 건설업자가 도급받은 건설공사의 도급금액 중 그 공사(하도급한 공사를 포함한다)의 근로자에게 지급하여야 할 임금에 상당하는 금액은 압류할 수 없다. ❷ 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다71180 판결; "채권의 양도를 금지하는 법률의 규정이 강행법규에 해당하는 이상 그러한 채권에 대한 압류명령은 강행법규에 위반되어 무효라고 할 것이어서 실체법상 효력을 발생하지 아니하므로, 제3채무자는 압류채권의 추심금 청구에 대하여 그러한 실체법상의 무효를 들어 항변할 수 있다. … '근로자퇴직급여 보장법'이 제정되면서 그 제7조에서 퇴직연금제도의 급여를 받을 권리에 대하여 양도를 금지하고 있으므로 위 양도금지 규정은 강행법규에 해당한다고 볼 것이다. 따라서 퇴직연금제도의 급여를 받을 권리에 대한 압류명령은 실체법상 무효이고, 제3채무자는 그 압류채권의 추심금 청구에 대하여 위 무효를 들어 지급을 거절할 수 있다." ❸ 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다205198 판결; "과세관청이 납세자에 대한 체납처분으로서 국내은행 해외지점에 예치된 예금에 대한 반환채권을 대상으로 한 압류처분은 국세징수법에 따른 압류의 대상이 될 수 없는 재산에 대한 것으로서 무효라고 할 것이다." ☜ 원고(국)의 피고 홍콩지점에 대한 예금채권의 압류가 유효함을 전제로 한 원고의 추심금 청구를 기각한 예. ❶ 어선에 대한 근저당권자의 지위에서 물상대위권을 행사하지 아니하고, 공정증서에 기한 일반채권자의 지위에서 어선 보험금여청구권을 압류·추심한 원고의 추심명령이 어선원 및 어선재해보상보험법 제56조에 위반되어 무효라고 한 예(2008다73311). ⬌ 친권자의 자녀 재산 관리 권한 소멸에 따른 자녀의 친권자에 대한 금원 반환청구권은 재산적 권리로서 일신전속적인 권리라고 볼 수 없으므로, 자녀의 채권자가 그 반환청구권을 압류할 수 있다(대법원 2022. 11. 17. 선고 2018다294179 판결).

4826) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다40476 판결; "민사집행법 제246조 제1항 제8호와 같은 법 시행령 제7조는 채무자의 개인별 잔액이 150만 원(다만, 민사집행법 제195조 제3호에 의하여 압류하지 못한 금전이 있는 경우 150만 원에서 그 금액을 뺀 금액) 이하인 예금채권을 압류하지 못한다고 규정하고 있는데, 위 규정은 채무자의 최소한의 생계를 보장하기 위한 강행규정이다. 위와 같이 압류가 금지된 예금채권에 대하여 한 압류명령은 강행규정에 위반되므로 무효이고, 무효인 압류명령에 기하여 한 추심명령도 실체법상으로 무효이다. 채권압류 및 추심명령에 기한 추심의 소에서 피압류채권의 존재는 채권자가 증명하여야 하는 점, 위 각 규정의 취지와 형식 등을 종합적으로 고려하여 보면, 채권자가 채권압류 및 추심명령에 기하여 채무자의 제3채무자에 대한 예금채권의 추심을 구하는 소를 제기한 경우 추심 대상 채권이 압류금지채권에 해당하지 않는다는 점, 즉 채무자의 개인별 예금잔액과 민사집행법 제195조 제3호에 의하여 압류하지 못한 금전의 합계액이 150만 원을 초과한다는 사실은 채권자가 이를 증명하여야 한다." ☜ '피압류채권의 존재는 채권자가 증명하여야' 한다는 판시 부분은 '존재'를 '발생'으로 수정함이 옳다. 압류가 금지되는 '채무자의 1월간 생계유지에 필요한 예금'은 채무자 명의의 어느 한 계좌에 예치되어 있는 금액이 아니라 개인별 잔액, 즉 각 금융기관에 예치되어 있는 채무자 명의의 예금을 합산한 금액 중 일정 금액을 의미한다(대법원 2024. 2. 8. 선고 2021다206356 판결). ☜ 민사집행법 제246조(압류금지채권) ① 다음 각호의 채권은 압류하지 못한다. 8. 채무자의 1월간 생계유지에

3) 집행채권에 관한 주장

집행채권의 부존재나 소멸은 집행채무자가 청구이의의 소에서 주장할 사유이지, 추심의 소에서 제3채무자가 이를 항변으로 주장하여 집행채무의 변제를 거절할 수는 없다.[4827]

추심명령의 집행권원에 대한 강제집행정지 결정이 있음을 이유로 추심금 지급청구에 응할 수 없다는 주장 역시 그 자체로 이유 없는 것이다.[4828]

3. 청구이의의 소

가. 요건사실

확정판결에 대한 청구이의의 소[4829]('제1심 판결법원'[4830]의 전속관할에 속한다)의 청구원인 요건사실은 ① '집행권원인 확정판결의 존재' 사실(소송요건), ② '확정판결의 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결이 선고된 뒤)에 생긴 이의이유의 존재(= 집행권원에 표시된[4831] 청구권의 소멸, 저지)' 사실이다.

청구이의의 소의 '이의이유'는, 집행권원이 확정판결 등과 같이 기판력이 있는 경우에

필요한 예금(적금·부금·예탁금과 우편대체를 포함한다). 다만, 그 금액은 「국민기초생활 보장법」에 따른 최저생계비, 제195조 제3호에서 정한 금액 등을 고려하여 대통령령으로 정한다. 제195조(압류가 금지되는 물건) 다음 각호의 물건은 압류하지 못한다. 3. 채무자등의 생활에 필요한 1월간의 생계비로서 대통령령이 정하는 액수의 금전/ 동 시행령 제7조(압류금지 예금 등의 범위) 법 제246조 제1항 제8호에 따라 압류하지 못하는 예금 등의 금액은 개인별 잔액이 150만원 이하인 예금 등으로 한다. 다만, 법 제195조 제3호에 따라 압류하지 못한 금전이 있으면 150만원에서 그 금액을 뺀 금액으로 한다.

4827) 대법원 1996. 9. 24. 선고 96다13781 판결.

4828) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2009다70067 판결; "가집행선고부 제1심판결을 집행권원으로 한 채권압류 및 추심명령을 받은 추심채권자가 제3채무자를 상대로 추심금의 지급을 구하는 소를 제기한 후 그 집행권원인 제1심판결에 대하여 강제집행정지 결정이 있을 경우, 위 결정의 효력에 의하여 집행절차가 중지되어 추심채권자는 피압류채권을 실제로 추심하는 행위에 더 이상 나아갈 수는 없으나, 이와 같은 사정만으로 제3채무자의 추심금 지급에 관한 소송절차가 중단된다고 볼 수는 없을 뿐 아니라 이로 인해 제3채무자가 압류에 관련된 금전채권의 전액을 공탁함으로써 면책받을 수 있는 권리가 방해받는 것도 아니다(민사집행법 제248조 제1항 참조)."

4829) **민사집행법 제44조(청구에 관한 이의의 소)** ① 채무자가 판결에 따라 확정된 청구에 관하여 이의하려면 제1심 판결법원에 청구에 관한 이의의 소를 제기하여야 한다. ② 제1항의 이의는 그 이유가 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결이 선고된 뒤)에 생긴 것이어야 한다. ③ 이의이유가 여러 가지인 때에는 동시에 주장하여야 한다.

4830) 대법원 2020. 10. 29. 선고 2020다205806 판결; "여기서 '제1심 판결법원'이란 집행권원인 판결에 표시된 청구권, 즉 그 판결에 기초한 강제집행에 의하여 실현될 청구권에 대하여 재판을 한 법원을 가리키고, 이는 직분관할로서 성질상 전속관할에 속한다." ☛ 따라서 지방법원 합의부가 제1심으로 재판한 판결을 대상으로 한 청구이의의 소나 집행문부여에 대한 이의의 소(민집법 제45조 본문에 의해 준용)는 그 재판을 한 지방법원 합의부의 전속관할에 속한다.

4831) 강제집행에 필요한 비용은 채무자가 부담하고 그 집행에서 우선적으로 변상을 받는 것이고(민사집행법 제53조 제1항), 이와 같은 집행비용은 별도의 집행권원 없이 그 집행의 기본이 되는 당해 집행권원에 터잡아 당해 강제집행절차에서 그 집행권원에 표시된 채권과 함께 추심할 수 있는 것이므로, 청구이의 사건에 있어서 집행권원에 표시된 본래의 채무가 변제나 공탁에 의하여 소멸되었다고 하여도 채무자가 변상하여야 할 집행비용이 상환되지 아니한 이상 당해 집행권원의 집행력 전부의 배제를 구할 수는 없다(91다41620).

는, 기판력의 표준시 후에 생긴, 청구권의 소멸이나 청구권의 행사를 저지할 수 있는 이유가 이에 해당하고(이에 관한 상세한 내용은 앞서 본 '물권-말소등기청구-기판력 저촉의 항변-기판력의 시적 범위' 부분 참조), 집행권원이 집행증서,[4832] 지급명령,[4833] 이행권고결정,[4834] 개인회생채권자표, 개인회생채권조사확정재판[4835]과 같이 기판력이 없는 경우에는, 기판력의 시간적 한계에 따른 제한이 적용되지 않고 청구권의 불성립이나 무효도 이의이유가 된다.

원고는 확정판결에 대한 '이의이유'의 주장·증명책임을 지고,[4836] 이의이유가 여러 가지인 때에는 동시에 주장하여야 한다.

나. 소송요건(직권조사사항)

1) 확정된 유효한 집행권원의 존재

청구에 관한 이의의 소는 유효한 집행권원을 그 대상으로 하는데, 미확정 또는

4832) **민사집행법 제59조(공정증서와 집행)** ③ 청구에 관한 이의의 주장에 대하여는 제44조 제2항의 규정을 적용하지 아니한다.

4833) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2006다73966 판결; "현행 민사소송법 제474조는 확정된 지급명령은 확정판결과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있으나, 확정판결에 대한 청구이의 이유를 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결이 선고된 뒤)에 생긴 것으로 한정하고 있는 민사집행법 제44조 제2항과는 달리 민사집행법 제58조 제3항은 지급명령에 대한 청구에 관한 이의의 주장에 관하여는 위 제44조 제2항의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있으므로, 현행 민사소송법에 의한 지급명령에 있어서도 지급명령 발령 전에 생긴 청구권의 불성립이나 무효 등의 사유를 그 지급명령에 관한 이의의 소에서 주장할 수 있다. 이러한 의미에서 구 민사소송법뿐만 아니라 현행 민사소송법에 의한 지급명령에도 기판력은 인정되지 아니한다."

4834) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2006다34190 판결; "소액사건심판법 제5조의7 제1항은 이행권고결정에 관하여 피고가 일정한 기간 내 이의신청을 하지 아니하거나 이의신청에 대한 각하결정이 확정된 때 또는 이의신청이 취하된 때에는 그 이행권고결정은 확정판결과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있다. 그러나 확정 판결에 대한 청구이의 이유를 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결이 선고된 뒤)에 생긴 것으로 한정하고 있는 민사집행법 제44조 제2항과는 달리 소액사건심판법 제5조의8 제3항은 이행권고결정에 대한 청구에 관한 이의의 주장에 관하여는 위 민사집행법 규정에 의한 제한을 받지 아니한다고 규정하고 있으므로, 확정된 이행권고결정에 관하여는 그 결정 전에 생긴 사유도 청구에 관한 이의의 소에서 주장할 수 있다. 이에 비추어 보면 위 소액사건심판법 규정들의 취지는 확정된 이행권고결정에 확정판결이 가지는 효력 중 기판력을 제외한 나머지 효력인 집행력 및 법률요건적 효력 등의 부수적 효력을 인정하는 것이고, 기판력까지 인정하는 것은 아니다."

4835) 대법원 2017. 6. 19. 선고 2017다204131 판결; "채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라고 한다) 제603조 제3항은 확정된 개인회생채권을 개인회생채권자표에 기재한 경우 그 기재는 개인회생채권자 전원에 대하여 확정판결과 동일한 효력을 가진다고 규정하고 있다. 여기에서 '확정판결과 동일한 효력'은 기판력이 아닌 확인적 효력을 가지고 개인회생절차 내부에 있어 불가쟁의 효력이 있다는 의미에 지나지 않는다. 따라서 애당초 존재하지 않는 채권이 확정되어 개인회생채권자표에 기재되어 있더라도 이로 인하여 채권이 있는 것으로 확정되는 것이 아니므로 채무자로서는 별개의 소송절차에서 그 채권의 존재를 다툴 수 있다. 이는 개인회생채권자목록의 내용에 관하여 이의가 있어 개인회생채권조사확정재판이 신청되고 개인회생채권조사확정재판이 있었으나, 개인회생채권조사확정재판에 대한 이의의 소가 그 제소기간 안에 제기되지 아니하여 채무자회생법 제607조 제2항에 의해 그 재판이 개인회생채권자 전원에 대하여 확정판결과 동일한 효력을 갖게 된 경우에도 마찬가지라고 할 것이다. 이와 같이 확정된 개인회생채권에 관한 개인회생채권자표의 기재에 기판력이 없는 이상 그에 대한 청구이의의 소에서도 기판력의 시간적 한계에 따른 제한이 적용되지 않는다. 그러므로 그 청구이의의 소송심리에서는 개인회생채권 확정 후에 발생한 사유뿐만 아니라 개인회생채권 확정 전에 발생한 청구권의 불성립이나 소멸 등의 사유도 심리·판단하여야 한다."

4836) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다82043 판결; "확정판결의 내용이 실체적 권리관계에 배치된다는 점은 확정판결에 기한 집행이 권리남용이라고 주장하며 그 집행의 불허를 구하는 원고가 주장·증명하여야 할 것이다."

무효인 지급명령[4837] 등 유효한 집행권원이 아닌 것에 대하여 집행력의 배제를 구하는 청구이의의 소는 부적법하여 허용되지 않는다.[4838]

집행권원상의 청구권이 양도되어 양수인이 승계집행문을 부여받은 경우, 양도인을 상대로 한 청구이의의 소는 피고적격이 없는 자를 상대로 한 소이거나 이미 집행력이 소멸한 집행권원의 집행력 배제를 구하는 것으로 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.[4839]

4837) ◎ **지급명령의 확정과 실효**

❶ 대법원 2017. 5. 17. 선고 2016다274188 판결; "사망자를 채무자로 하여 지급명령을 신청하거나 지급명령 신청 후 그 정본이 송달되기 전에 채무자가 사망한 경우에는 그 지급명령은 효력이 없다. 설령 그 지급명령이 상속인에게 송달되는 등으로 형식적으로 확정된 것 같은 외형이 생겼다고 하더라도 사망자를 상대로 한 지급명령이 상속인에 대하여 유효하게 된다고 할 수는 없다. 그리고 회생절차폐지결정이 확정되어 그 효력이 발생하면 관리인의 권한은 소멸하므로, 관리인을 채무자로 한 지급명령의 발령 후 그 정본의 송달 전에 회생절차폐지결정이 확정된 경우에도 채무자가 사망한 경우와 마찬가지로 보아야 한다." ❷ 지급명령이 송달된 후 이의신청기간 내에 회생절차개시결정 등과 같은 소송중단 사유가 생긴 경우에는 민사소송법 제247조 제2항이 준용되어 그 이의신청 기간의 진행이 정지된다(2012다70012). ❸ 지급명령은 2주 이내에 적법한 이의신청이 있은 때에 실효되는 것이지 이의신청기간을 경과하여 추후보완 이의신청이 있을 경우 그 적법 여부가 확인되지도 않은 상태에서 곧바로 실효된다고 볼 수 없다. 독촉법원으로서는 추후보완 이의신청이 주장 자체로 이유 없음이 명백하지 않는 한 일단 그 신청이 적법함을 전제로 소송절차로 이행시키는 것일 뿐이고, 본안법원은 실질 심리를 통하여 추후보완 사유의 존부를 판정함으로써 지급명령의 실효 여부를 최종 확정하는 것이므로, 그때까지 해당 지급명령은 여전히 확정판결과 같은 효력을 갖는다(대법원 2022. 6. 16.자 2020마1490 결정). ❶ 지급명령에 대한 이의신청의 취하는 채무자가 제기한 이의신청을 철회하여 지급명령에 확정판결과 같은 효력을 부여하는 채무자의 법원에 대한 소송행위로서 민법의 법률행위에 관한 규정은 원칙적으로 적용되지 않는다(채무자의 대표자·대리인과 상대방의 통모로 형사상 처벌을 받을 배임행위 등이 있는 때에는 효력이 부정될 수 있다). 지급명령에 대한 이의신청을 취하하면 지급명령이 바로 확정되고, 설령 이의신청을 취하한 후 아직 이의신청기간이 남아 있다고 하더라도 다시 이의신청을 할 수 없다(2011마1980).

4838) ❶ 甲이 乙 회사를 상대로 약속어음금 지급을 구하는 지급명령 신청을 하여 지급명령이 乙 회사에 송달되었는데 같은 날 乙 회사에 대하여 회생절차개시결정이 내려졌고, 이후 당사자가 독촉절차에서 수계절차를 밟지 않은 **사안**에서, 乙 회사에 대한 회생절차개시결정으로 재산에 관한 소송절차가 중단되고, 위 지급명령은 이의신청기간이 정지되어 미확정 상태에 있으므로 이에 대한 청구이의의 소가 허용되지 않음에도, 지급명령이 확정됐음을 전제로 청구이의의 소의 본안 판단에 나아간 원심판결을 파기하고 소를 각하한 사례(2012다70012). ❷ 재판상 화해와 동일한 효력이 있는 환경분쟁조정법상 재정문서의 정본이 공시송달되어 적법한 송달이 이루어지지 않음으로써 유효한 집행권원이 될 수 없음에도 그 집행력의 배제를 구하는 청구이의의 소는 허용되지 않는다고 하여, 본안 판단에 나아간 원심판결을 파기하고 소를 각하한 사례(2015다201510). ❸ 확정되지 않은 가집행선고 있는 판결에 대해서는 청구이의의 소를 제기할 수 없다고 한 예(2017다228441). ❶ '부동산 담보권을 실행하기 위한 경매절차를 정지하려면, 민사집행법 제86조 제1항에 따라 경매개시결정에 대한 이의신청을 하고 같은 조 제2항에 따라 같은 법 제16조 제2항에 준하는 집행정지명령을 받거나, 그 담보권의 효력을 다투는 소를 제기하고 같은 법 제46조 제2항에 준하는 집행정지명령을 받아 그 절차의 진행을 정지시킬 수 있을 뿐이고, 직접 경매의 불허를 구하는 소는 부적법하여 제기할 수 없다.'고 한 예(2002다43684).

4839) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2005다23889 판결; "집행권원상의 청구권이 양도되어 대항요건을 갖춘 경우 집행당사자적격이 양수인으로 변경되고, 양수인이 승계집행문을 부여받음에 따라 집행채권자는 양수인으로 확정되는 것이므로, 승계집행문의 부여로 인하여 양도인에 대한 기존 집행권원의 집행력은 소멸된다고 할 것이다. 따라서 그 후 양도인을 상대로 제기한 청구이의의 소는 피고적격이 없는 자를 상대로 한 소이거나 이미 집행력이 소멸한 집행권원의 집행력 배제를 구하는 것으로 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 할 것이고, 이러한 법리는 소액사건심판법상의 확정된 이행권고결정과 같이 위 법 제5조의8 제1항에 의하여 집행문을 별도로 부여받을 필요 없이 이행권고결정서의 정본에 의하여 강제집행이 가능한 경우에도 마찬가지라고 할 것이다(집행권원상의 청구권을 양도한 채권자가 집행력이 소멸된 이행권고결정서의 정본에 기하여 강제집행절차에 나아간 경우에 채무자는 민사집행법 제16조의 집행이의의 방법으로 이를 다툴 수 있다)." ☜ **원심**이, '피고는 이행권고결정의 확정 후 원고에 대한 채권을 원심공동피고에게 양도하여 채권자 지위를 상실하였고 원심공동피고는 승계집행문까지 부여받았으므로, 피고가 집행채권자임을 전제로 하는 원고의 청구는 이유 없다'고 판단한 데 대하여, 원심판결을 파기·자판하여 제1심판결을 취소하고, 소를 각하한 사례.

2) 강제집행의 미종료

집행권원에 기한 강제집행이 일단 전체적으로 종료되어 채권자가 만족을 얻은 후에는 더 이상 청구이의의 소로써 그 강제집행의 불허를 구할 이익이 없다.[4840]

다. 확정판결에 대한 청구이의의 소의 이의사유

판례에 나타난 청구이의 사유 '긍정례'로는, ① 부집행 합의,[4841] ② 확정판결의 변론 종결 전에 이루어진 일부이행을 채권자가 변론 종결 후 수령함으로써 변제의 효력이 발생한 경우,[4842] ③ 가집행이 붙은 제1심 판결 선고 후에 지연손해금 확대와 강제집행을 면하기 위하여 한 잠정적 변제,[4843] ④ 확정판결의 변론종결 전에 상계적상인 채권으로 변론종결 후에 상계 의사표시를 한 경우,[4844] ⑤ 해고무효확인 판결에서 복직 시까지의 임금 지급을 명한 경우 그 판결의 사실심 변론종결 전에 발생한 정년퇴직 사유,[4845] ⑥

4840) ❶ '강제집행이 종료된 부분에 대하여는 더 이상 청구이의 및 집행문부여에 대한 이의로써 강제집행의 불허를 구할 소의 이익이 없게 되므로, 원심으로서는 강제집행이 이미 종료된 부분에 관하여 추가로 심리하여 이를 확정하고 그 부분에 대하여는 소를 각하하며, 아직 집행이 종료되지 아니한 부분에 관하여서만 본안 청구의 당부를 심리·판단하였어야 할 것이다.'라고 하여, 본안 판단한 원심을 직권으로 파기한 예(2013다82043). ❷ '대지에 대한 수분양자 명의변경 절차의 이행을 소구함은 채무자의 의사의 진술을 구하는 소송으로서 그 청구를 인용하는 판결이 선고되고 그 소송이 확정되었다면, 그와 동시에 채무자가 수분양자 명의변경 절차의 이행의 의사를 진술한 것과 동일한 효력이 발생하는 것이므로 위 확정판결의 강제집행은 이로써 완료되는 것이고 집행기관에 의한 별도의 집행절차가 필요한 것이 아니므로, 특별한 사정이 없는 한 위 확정판결 이후에 집행절차가 계속됨을 전제로 하여 그 채무명의가 가지는 집행력의 배제를 구하는 청구이의의 소는 허용될 수 없다.'고 한 예(95다37568).

4841) 대법원 1996. 7. 26. 선고 95다19072 판결; "부집행의 합의는 실체상의 청구의 실현에 관련하여 이루어지는 사법상의 채권계약이라고 봄이 상당하고 이것에 위반하는 집행은 실체상 부당한 집행이라고 할 수 있으므로 … 유추적용 내지 준용하여 청구이의의 사유가 된다고 할 것이다."

4842) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008다51359 판결.

4843) 대법원 1995. 6. 30. 선고 95다15827 판결; '가집행이 붙은 제1심 판결을 선고받은 채무자가 선고일 약 1달 후에 그 판결에 의한 그때까지의 원리금을 추심 채권자에게 스스로 지급하기는 하였으나 그 제1심 판결에 대하여 항소를 제기하여 제1심에서 인용된 금액에 대하여 다투었다면, 그 채무자는 제1심 판결이 인용한 금액에 상당하는 채무가 있음을 스스로 인정하고 이에 대한 확정적 변제행위로 추심 채권자에게 그 금원을 지급한 것이 아니라, 제1심 판결이 인용한 지연손해금의 확대를 방지하고 그 판결에 붙은 가집행 선고에 기한 강제집행을 면하기 위하여 그 금원을 지급한 것으로 봄이 상당하고, 이와 같이 제1심 판결에 붙은 가집행선고에 의하여 지급된 금원은 확정적으로 변제의 효과가 발생하는 것이 아니어서 채무자가 그 금원의 지급 사실을 항소심에서 주장하더라도 항소심은 그러한 사유를 참작하지 않으므로, 그 금원 지급에 의한 채권 소멸의 효과는 그 판결이 확정된 때에 비로소 발생한다고 할 것이며, 따라서 채무자가 그와 같이 금원을 지급하였다는 사유는 본래의 소송의 확정판결의 집행력을 배제하는 적법한 청구이의사유가 된다.'고 한 예.

4844) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41443 판결.

4845) 대법원 1998. 5. 26. 선고 98다9908 판결; "청구에 관한 이의의 소를 규정한 것은 부당한 강제집행이 행하여지지 않도록 하려는 데 있는 것이고, 한편 그 이의의 원인을 사실심 변론종결 이후의 사유로 한정한 것은 변론종결 시를 기준으로 확정된 권리관계를 변론종결 이전의 사유를 들어 다투는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되기 때문인바, 해고가 무효임을 이유로 복직 시까지 정기적으로 발생하는 임금의 지급을 명하는 판결에 있어서 변론종결 이후 부분은 변론종결시를 기준으로 확정된 권리관계라고 말할 수는 없고 이는 단지 장래의 권리관계를 예측한 것에 불과하므로, 그 부분의 집행배제를 구함에 있어서는 비록 종전 판결 변론종결 이전에 발생한 정년퇴직이라는 사유를 들고 있더라도 이를 가지고 확정판결의 기판력에 저촉된다고 볼 수는 없다." ☛ 주문에 표시된 "복직시킬 때까지"라는 말의 의미는 해고근로자의 해고의 효력을 부인하고 정년의 범위 안에서 근로자

채권자취소소송에서 피보전채권의 존재가 인정되어 사해행위 취소 및 원상회복을 명하는 판결이 확정되었으나 재산이나 가액의 회복을 마치기 전에 피보전채권이 소멸한 경우,[4846] ⑦ 확정판결에 기한 집행이 권리남용인 경우[4847] ⑧ '부대체적 작위의무'의 이행을 명한 판결과 그 집행을 위한 간접강제결정에 대한 '부대체적 작위의무의 이행',[4848] ⑨ 전소에서 주장이 누락된 책임 제한 사유(한정승인, 파산 면책),[4849] ⑩ 원고의 반대채무 이행

의 지위를 유지한다는 뜻으로 해석하여야하므로 정년이 경과하면 그 채무명의의 집행력은 소멸하는 것으로 보아야 한다(92다51341).

4846) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다224469 판결.

4847) ❶ 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다82043 판결; "확정판결에 의한 권리라 하더라도 신의에 좇아 성실히 행사되어야 하고 그 판결에 기한 집행이 권리남용이 되는 경우에는 허용되지 않으므로 집행피고는 청구이의의 소에 의하여 그 집행의 배제를 구할 수 있다고 할 것인바, 확정판결의 내용이 실체적 권리관계에 배치되는 경우 그 판결에 의하여 집행할 수 있는 것으로 확정된 권리의 성질과 그 내용, 판결의 성립 경위 및 판결성립 후 집행에 이르기까지의 사정, 그 집행이 당사자에게 미치는 영향 등 … 을 종합하여 볼 때, 그 확정판결에 기한 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 그 집행을 수인하도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 경우에는 그 집행은 권리남용으로서 허용되지 않는다고 할 것이다. 이때 확정판결의 내용이 실체적 권리관계에 배치될 여지가 있다는 사유만으로는 그 판결금 채권에 기초한 강제집행이나 권리행사가 당연히 권리남용에 해당한다고 보기 어려우며, 확정판결의 내용이 실체적 권리관계에 배치된다는 점은 확정판결에 기한 집행이 권리남용이라고 주장하며 그 집행의 불허를 구하는 원고가 주장·증명하여야 할 것이다." ❷ 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016다49931 판결; "외국 중재판정에 민사소송법상의 재심사유에 해당하는 사유가 있어 그 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 그 집행을 수인하도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없을 정도에 이르렀다고 인정되는 경우에 그 중재판정의 집행을 구하는 것은 권리남용에 해당하거나 공서양속에 반하므로 이를 청구이의 사유로 삼을 수 있다." ☞ 중재판정의 기초가 된 법인세 등의 부과처분이 중재판정이 성립된 이후에 부과처분취소 소송과 과세관청의 부과처분취소 처분에 의하여 대폭 감액되고 확정된 것이 청구이의 사유에 해당한다고 한 예.

4848) 대법원 2023. 2. 23. 선고 2022다277874 판결; "부대체적 작위의무의 이행으로서 장부 또는 서류의 열람·복사를 허용하라는 판결 등의 집행을 위한 간접강제결정에서 채무자로 하여금 의무위반 시 배상금을 지급하도록 명한 경우, … 집행문부여에 대한 이의의 소를 통해 간접강제결정에 기초한 배상금채권의 집행을 저지할 수 있다. 아울러 채무자는 부대체적 작위의무를 이행하였음을 내세워 청구이의의 소로써 본래의 집행권원인 판결 등의 집행력 자체를 배제해 달라고 할 수 있고, 그 판결 등을 집행권원으로 하여 발령된 간접강제결정에 대하여도 청구이의의 소를 제기할 수 있다. 부대체적 작위의무는 채무자의 의무이행으로 소멸하므로 이 경우 채무자는 판결 등 본래의 집행권원에 기한 강제집행을 당할 위험에서 종국적으로 벗어날 수 있어야 하고, 또한 간접강제결정은 부대체적 작위의무의 집행방법이면서 그 자체로 배상금의 지급을 명하는 독립한 집행권원이기도 하므로, 본래의 집행권원에 따른 의무를 이행한 채무자는 그 의무이행 시점 이후로는 간접강제결정을 집행권원으로 한 금전의 강제집행을 당하는 것까지 면할 수 있어야 하기 때문이다. … 간접강제결정에서 부대체적 작위의무를 위반한 때부터 의무이행 완료 시까지 위반일수에 비례하여 배상금 지급을 명한 경우, 그에 대한 청구이의의 소에서 채무자는 간접강제의 대상인 작위의무를 이행했음을 증명하여 의무이행일 이후 발생할 배상금에 관한 집행력 배제를 구할 수 있지만, 이미 작위의무를 위반한 기간에 해당하는 배상금 지급의무는 소멸하지 아니하므로 그 범위 내에서 간접강제결정의 집행력은 소멸하지 않는다."

4849) ❶ 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006다23138 판결; "한정승인에 의한 책임의 제한은 상속채무의 존재 및 범위의 확정과는 관계가 없고 다만 판결의 집행대상을 상속재산의 한도로 한정함으로써 판결의 집행력을 제한할 뿐이다. 특히 채권자가 피상속인의 금전채무를 상속한 상속인을 상대로 그 상속채무의 이행을 구하여 제기한 소송에서 채무자가 한정승인 사실을 주장하지 않으면, 책임의 범위는 현실적인 심판대상으로 등장하지 아니하여 주문에서는 물론 이유에서도 판단되지 않는 것이므로 그에 관하여는 기판력이 미치지 않는다. 그러므로 채무자가 한정승인을 하고도 채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결시까지 그 사실을 주장하지 아니하는 바람에 책임의 범위에 관하여 아무런 유보가 없는 판결이 선고되어 확정되었다고 하더라도, 채무자는 그 후 위 한정승인 사실을 내세워 청구에 관한 이의의 소를 제기하는 것이 허용된다고 봄이 옳다." ❷ 대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다286492 판결; "파산선고 후 면책결정이 확정되면 개인채무자의 파산채권자에 대한 채무는 그대로 존속하지만 책임은 소멸하므로, 개인채무자의 파산채권자에 대한 책임은 파산선고 당시에 개인채무자

제공으로 상대방의 동시이행항변권이 소멸되었다고 보아 지연손해금의 지급을 명한 전소 확정판결 후의 '이행제공 중지'[4850] 등이 있다.

청구이의 사유 '부정례'로는, ① 전소 변론종결 이전에 취소·해제의 원인이 있었으나 변론종결 후에 취소·해제의 의사표시를 한 경우,[4851] ② 집행권원인 동시이행판결의 반대의무 이행 또는 이행제공,[4852] ③ '부작위채무'에 대한 간접강제결정의 집행력 배제를 구하는 청구이의의 소에서 채무자에게 부작위의무위반이 없었다는 주장[4853] 등이 있다.

'한정승인'은 전소 확정판결의 기판력에 의해 차단되지 않으나, 전소 변론종결 이전의 '상속포기(그 심판의 고지까지 완료되어야 효력이 발생한다)'는 차단된다.[4854]

라. 기판력 없는 집행권원에 대한 청구이의 사유와 증명책임 분배

확정된 지급명령에 대한 청구이의의 소에서 채권의 발생원인 사실에 대한 증명책임의 소재는 피고에게, 권리장애 또는 소멸사유 해당 사실에 대한 증명책임의 소재는 원고에게 있다.[4855] 확정된 이행권고결정에 대한 청구이의의 소에서도 동일하다고 보아

가 가진 재산 한도로 한정된다. 채무는 그대로 존속하지만 책임만이 위와 같은 범위로 제한되므로 개인채무자는 파산선고 이후에 취득하는 재산으로 변제할 책임은 지지 않는다. … 파산채권자가 개인채무자를 상대로 채무 이행을 청구하는 소송에서 면책결정에 따라 발생한 책임 소멸은 소송물인 채무의 존부나 범위 확정과는 직접적인 관계가 없다. 개인채무자가 면책 사실을 주장하지 않는 경우에는 책임 범위나 집행력 문제가 현실적인 심판대상으로 등장하지도 않아 주문이나 이유에서 그에 관한 아무런 판단이 없게 된다. 이런 경우 면책결정으로 인한 책임 소멸에 관해서는 기판력이 미치지 않으므로, 개인채무자에 대한 면책결정이 확정되었는데도 파산채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결 시까지 그 사실을 주장하지 않는 바람에 면책된 채무 이행을 명하는 판결이 선고되어 확정된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 개인채무자는 그 후 면책된 사실을 내세워 청구이의의 소를 제기할 수 있다."

4850) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다302497, 302503 판결.

4851) 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2751 판결; 해제사유가 전소의 변론종결 전에 존재하였다면 그 변론종결 후에 해제의 의사표시를 하였다고 하여도 이는 기판력에 저촉된다고 한 예.

4852) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다231391 판결; "집행권원인 동시이행판결의 반대의무 이행 또는 이행제공은 집행개시의 요건으로서 집행개시와 관련된 집행에 관한 이의신청 절차에서 주장·심리되어야 할 사항이지, 집행권원에 표시되어 있는 청구권에 관하여 생긴 이의를 내세워 그 집행권원이 가지는 집행력의 배제를 구하는 청구이의의 소에서 심리되어야 할 사항은 아니다. 따라서 동시이행판결의 채무자로서는 그 집행력의 배제를 구하는 청구이의의 소에서 채권자가 반대의무의 이행 또는 이행제공을 하지 않았다는 주장을 청구이의의 사유로 내세울 수 없다."

4853) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다92916 판결; "채권자가 부작위채무에 대한 간접강제결정을 집행권원으로 하여 강제집행을 하기 위하여는 집행문을 받아야 하는데, 채무자의 부작위의무위반은 부작위채무에 대한 간접강제결정의 집행을 위한 조건에 해당하므로 민사집행법 제30조 제2항에 의하여 채권자가 그 조건의 성취를 증명하여야 집행문을 받을 수 있다. 그리고 집행문부여의 요건인 조건의 성취 여부는 집행문부여와 관련된 집행문부여의 소 또는 집행문부여에 대한 이의의 소에서 주장·심리되어야 할 사항이지, 집행권원에 표시되어 있는 청구권에 관하여 생긴 이의를 내세워 그 집행권원이 가지는 집행력의 배제를 구하는 청구이의의 소에서 심리되어야 할 사항은 아니다. 따라서 부작위채무에 대한 간접강제결정의 집행력의 배제를 구하는 청구이의의 소에서 채무자에게 부작위의무위반이 없었다는 주장을 청구이의사유로 내세울 수 없다."

4854) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다79876 판결.

4855) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다12852 판결; "확정된 지급명령의 경우 그 지급명령의 청구원인이 된 청구권에 관하여 지급명령 발령 전에 생긴 불성립이나 무효 등의 사유를 그 지급명령에 관한 이의의 소에서 주장할 수 있고(민사집행법 제58조 제3항, 제44조 제2항 참조), 이러한 청구이의의 소에서 청구이의 사유에 관한

야 한다.

집행증서의 경우도 마찬가지이다. 집행권원인 공정증서가 무권대리인의 촉탁에 기하여 작성된 것으로서 무효인 때에는 채무자는 청구이의의 소로써 강제집행 불허의 재판을 구할 수 있다.[4856] 집행증서상 단순 이행의무로 되어 있는 청구권이 동시이행관계에 있다거나,[4857] 집행증서상 청구권에는 기한의 제한이 없으나 그 원인채권 이행기가 도래하지 아니하였다는 사유[4858]도 청구이의의 소의 이유가 된다.

마. 파산채권자표에 기재 확정채권에 대한 청구이의의 소

파산절차에서 채권자가 중간배당을 받았다는 사정은 파산자가 파산채권으로 확정된 채권표의 기재에 관하여 그 채권의 존부나 범위를 다투기 위한 청구이의의 소의 사유로 삼을 수 없다.[4859]

증명책임도 일반 민사소송에서의 증명책임 분배의 원칙에 따라야 한다. 따라서 확정된 지급명령에 대한 청구이의 소송에서 원고가 피고의 채권이 성립하지 아니하였음을 주장하는 경우에는 피고에게 채권의 발생원인 사실을 증명할 책임이 있고, 원고가 그 채권이 통정허위표시로서 무효라거나 변제에 의하여 소멸되었다는 등 권리발생의 장애 또는 소멸사유에 해당하는 사실을 주장하는 경우에는 원고에게 그 사실을 증명할 책임이 있다." ☜ 원고 통장에 입금된 돈은 피고의 원고에 대한 대여금이 아니라 무상지원금이므로 그 돈이 대여금임을 전제로 한 지급명령에 기한 강제집행은 불허되어야 한다는 원고의 주장에 대하여, **원심**이 위 돈이 대여금이라는 취지에 부합하는 증거들을 배척하고 달리 피고의 원고에 대한 대여금채권이 있음을 인정할 증거가 없다는 이유로 지급명령에 기한 강제집행을 불허한 데 대하여, 대여금채권의 존재에 관한 증명책임이 채권자인 피고에게 있다고 한 원심 판단은 정당하다고 판시.

4856) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다52489 판결.

4857) 대법원 2013. 1. 10. 선고 2012다75123, 75130 판결; "집행증서상의 청구권은 의무의 단순 이행을 내용으로 하는 것인데 그 청구권이 반대의무의 이행과 상환으로 이루어져야 하는 동시이행관계에 있으므로 그 집행증서에 기한 집행이 불허되어야 한다는 주장은, 집행증서상으로는 단순 이행의무로 되어 있는 청구권이 반대의무와 동시이행관계의 범위 내에서만 집행력이 있고 그것을 초과하는 범위에서의 집행력은 배제되어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 이러한 사유는 본래 집행권원에 표시된 청구권의 변동을 가져오는 청구이의의 소의 이유가 된다고 할 것이다. 그리고 이러한 사유를 이유로 하는 청구이의의 소에 관한 재판에서 집행권원상의 청구권과 동시이행관계에 있는 반대의무의 존재가 인정되는 경우, 법원으로서는 본래의 집행권원에 기한 집행력의 전부를 배제하는 판결을 할 것이 아니라, 집행청구권이 반대의무와 동시이행관계에 있음을 초과하는 범위에서의 집행력의 일부 배제를 선언하는 판결을 하여야 할 것이다."

4858) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다299372 판결; "집행증서상 청구권에는 기한의 제한이 없는데 그 청구권에 기한이 있으므로 집행이 불허되어야 한다는 주장은, 집행증서상 기한이 없는 청구권이 기한이 도래한 범위 내에서만 집행력이 있고 그것을 초과하는 범위에서의 집행력은 배제되어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 공정증서가 작성된 약속어음의 원인채권 이행기가 도래하지 아니하였다는 사유는 본래 집행권원에 표시된 청구권의 변동을 가져오는 청구이의의 소의 이유가 된다. … 이러한 사유를 이유로 하는 청구이의의 소에 관한 재판에서 집행권원상의 청구권에 변제기의 존재가 인정되는 경우, 법원으로서는 집행권원의 집행력 전부를 배제하는 판결을 할 것이 아니라 변제기가 도래할 때까지만 일시적으로 배제하는 판결을 하여야 한다. 이는 분할납부 약정에 의한 변제기의 정함이 있고, 기한이익 상실 약정이 있는 경우에도 마찬가지이므로, 이미 변제기가 도래한 부분의 집행력 및 장래 변제기가 도래하는 청구권에 대한 변제기 이후 집행력은 허용되어야 하고, 분할납부 및 기한이익 상실 약정에 따라 정해지는 변제기가 도래할 때까지만 일시적으로 집행력을 배제하는 판결을 하여야 한다."

4859) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2005다45544, 45551 판결; "파산절차에서 파산채권으로 확정되어 채권표에 기재되면 그 채권표의 기재는 … 파산자에 대하여 확정판결과 동일한 효력을 가진다. 따라서 파산채권으로 확정된 후에는 파산자가 채권표에 기재된 채권에 관하여 이의를 하려면 청구이의의 소를 제기할 수 있으나 그 이의사유는 파산채권이 확정된 뒤에 그 채권의 존부나 범위 등을 다툴 수 있는 실체적인 사유가 생겼음을

4. 제3자이의의 소

가. 요건사실

민사집행법 제48조[4860] 소정의 제3자이의의 소의 요건사실은, ① (소의 이익) '집행권원에 기초하여 구체적인 집행행위가 개시, 진행 중인 사실', ② (원고적격) '집행권원 또는 집행문에 채권자, 채무자 또는 그 승계인으로 표시된 사람 이외의 제3자'가[4861] ③ '집행 목적물에 대하여 소유권 기타 목적물의 양도나 인도를 막을 수 있는 권리를 가진 사실'이다.

판례는, 위 ①, ②의 요건은 소송요건으로서 그 흠결 시 각하사유로, 위 ③의 요건은 본안의 요건으로서 그 흠결 시 기각사유로[4862] 보고 있다.

제3자이의의 소는 부동산, 동산뿐만 아니라, 금전채권,[4863] 등기청구권[4864] 등 모든 재

이유로 하여야 한다. 그런데 위와 같이 확정된 채권표의 기재가 확정판결과 동일한 효력을 갖는다고는 하더라도 채권자는 파산절차가 종결된 후에 이르러서야 비로소 … 채권표의 기재에 의거하여 강제집행을 할 수 있을 뿐이고, 파산절차가 계속 중인 경우에는 모든 파산채권자는 파산절차를 통해서만 파산자에 대한 권리를 행사하여야 하며, 파산절차에서는 확정된 채권표의 기재에 따라 파산관재인이 배당절차를 주재하고 파산채권자에 의한 별도의 집행개시나 배당요구 등의 제도가 없으므로, 확정된 채권표의 기재는 파산절차가 종결되기 전까지는 파산채권자들 사이에 배당액을 산정하기 위한 배당률을 정하는 기준이 되는 금액일 뿐이고 배당과 관련해서는 집행권원으로서 아무런 작용을 하는 것이 아니다. 그렇다면 파산절차에서 채권자가 중간배당을 받았다 하더라도 그 때문에 채권표에 기재된 채권액을 수정할 필요가 없어, 그러한 사정은 파산자가 파산채권으로 확정된 채권표의 기재에 관하여 그 채권의 존부나 범위를 다투기 위한 청구이의의 소의 사유로 삼을 수 없다고 할 것이다."

4860) **민사집행법 제48조(제3자이의의 소)** ① 제3자가 강제집행의 목적물에 대하여 소유권이 있다고 주장하거나 목적물의 양도나 인도를 막을 수 있는 권리가 있다고 주장하는 때에는 채권자를 상대로 그 강제집행에 대한 이의의 소를 제기할 수 있다. 다만, 채무자가 그 이의를 다투는 때에는 채무자를 공동피고로 할 수 있다. ☛ 제3자이의의 소의 소송물은 집행이의권의 존부이다(2008다36022).

4861) ○ 대법원 2016. 8. 18. 선고 2014다225038 판결; "제3자이의의 소의 원고적격은 강제집행의 목적물에 대하여 양도 또는 인도를 막을 권리가 있다고 주장하는 제3자에게 있고, 여기서 제3자는 집행권원 또는 집행문에 채권자, 채무자 또는 그 승계인으로 표시된 사람 이외의 사람을 말한다. 그리고 집행의 채무자가 누구인지는 집행문을 누구에 대하여 내어 주었는지에 의하여 정하여지고, 집행권원의 채무자와 동일성이 없는 사람 등 집행의 채무자적격을 가지지 아니한 사람이라도 그에 대하여 집행문을 내어 주었으면 집행문부여에 대한 이의신청 등에 의하여 취소될 때까지는 그 집행문에 의한 집행의 채무자가 된다." ☜ 원고가 선행 확정판결(집행권원)의 피고와 동일성이 없는 단체라 하더라도, 집행 채무자가 원고로 표시된 집행문이 부여된 이상, 집행문부여에 대한 이의신청 등에 의하여 집행문이 취소될 때까지는, 원고가 집행의 채무자이고, 제3자이의의 소를 제기할 수 있는 제3자라 할 수 없으므로, 원고에게 제3자이의의 소의 원고적격이 없어 부적법하다고 판단한 원심이 정당하다고 한 예.

○ 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다10883 판결; "승계집행문으로 인하여 피고의 승계인으로 표시된 자가 그 채무명의의 집행력의 배제를 구하는 소는 제3자이의의 소라 할 수 없다. 원심이 원고의 이 사건 청구를 집행문부여에 대한 이의의 소로 보아 판단한 것은 정당하고"

4862) 대법원 1997. 10. 10. 선고 96다49049 판결; "원고는 … 양도담보권자로서의 지위에서 이 사건 제3자이의의 소를 제기하고 있음이 기록상 명백하므로, 이 사건 물건에 대한 양도담보권을 포기한 원고의 이 사건 제3자이의의 소는 본안에 들어가 판단하더라도 기각될 수밖에 없음이 분명하다."

4863) ○ 대법원 1997. 8. 26. 선고 97다4401 판결; "제3자이의의 소는 모든 재산권을 대상으로 하는 집행에 대하여 적용되는 것이므로, 금전채권에 대하여 압류 및 추심명령이 있은 경우에 있어서 그 집행채무자 아닌 제3자가 자신이 진정한 채권자로서 자신의 채권의 행사에 있어 위 압류 등으로 인하여 사실상 장애를 받았다면 그 채권이 자기에게 귀속한다고 주장하여 집행채권자에 대하여 제3자이의의 소를 제기할 수 있다고 할 것이다.

산권을 대상으로 하는 집행에 대하여 적용된다.

나. '강제집행의 존속'(직권조사사항)

제3자이의의 소는 강제집행의 목적물에 대하여 소유권이나 양도 또는 인도를 저지하는 권리를 가진 제3자가 그 '권리를 침해하여 현실적으로 진행되고 있는 강제집행'에 대하여 이의를 주장하고 집행의 배제를 구하는 소이므로, 당해 강제집행이 종료된 후에 제3자이의의 소가 제기되거나 또는 제3자이의의 소가 제기된 당시 존재하였던 강제집행이 소송 계속 중 종료된 경우에는 소의 이익이 없어 부적법하다.[4865] 마찬가지로, 강제집행이 개시되기 전에 제기된 제3자이의의 소 역시 소의 이익이 없어 부적법하다.

다. '집행채권자에 대항할 수 있는 제3자'

제3자이의의 소는 이미 개시된 집행의 목적물에 대하여 소유권 기타 목적물의

그리고 조합의 채권은 조합원 전원에게 합유적으로 귀속하는 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 조합원 중 1인이 임의로 조합의 채무자에 대하여 출자지분의 비율에 따른 급부를 청구할 수 없는 것이므로, 조합원 중 1인의 채권자가 그 조합원 개인을 집행채무자로 하여 조합의 채권에 대하여 강제집행하는 경우, 다른 조합원으로서는 보존행위로서 제3자이의의 소를 제기하여 그 강제집행의 불허를 구할 수 있다고 할 것이다."

○ 대법원 2015. 10. 2. 선고 2012다21560 판결: "민법상 조합에서 조합의 채권자가 조합재산에 대하여 강제집행을 하려면 조합원 전원에 대한 집행권원을 필요로 하고, 조합재산에 대한 강제집행의 보전을 위한 가압류의 경우에도 마찬가지로 조합원 전원에 대한 가압류명령이 있어야 할 것이므로, 조합원 중 1인만을 가압류채무자로 한 가압류명령으로써 조합재산에 가압류집행을 할 수는 없다." ☜ **원심**이, 원고와 甲 사이의 동업조합의 채권자를 대위한 피고가 가압류채무자를 甲으로 하여 조합채권을 가압류하였으나, 조합의 채권자는 각 조합원의 개인적 책임에 기하여 조합원 각자를 상대로 이행의 소를 제기할 수 있고 그 집행보전을 위하여 가압류를 할 수 있으므로, 위 가압류는 조합채권을 보전하기 위한 가압류로서 적법하다고 판단하여 원고의 제3자이의의 소를 기각한 데 대하여, **대법원**은, '조합원 중 1인인 甲만을 가압류채무자로 한 가압류명령으로써 甲의 개인재산이 아니라 조합재산인 채권을 가압류할 수는 없다.'고 하여 **원심**을 파기한 사례.

4864) 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다52995 판결: "제3자이의의 소는 등기청구권을 포함하여 모든 재산권을 대상으로 하는 집행에 대하여 적용되는 것이므로, 등기청구권에 대하여 압류명령이 있은 경우에 집행채무자 아닌 제3자가 자신이 진정한 등기청구권의 귀속자로서 자신의 등기청구권의 행사에 있어 위 압류로 인하여 장애를 받는 경우에는 그 등기청구권이 자기에게 귀속함을 주장하여 집행채권자에 대하여 제3자이의의 소를 제기할 수 있다."

4865) 대법원 1996. 11. 22. 선고 96다37176 판결: "금전채권의 압류 및 전부명령이 집행절차상 적법하게 발부되어 채무자 및 제3채무자에게 적법하게 송달되고 1주일의 즉시항고기간이 경과하거나 즉시항고가 제기되어 그 항고기각 또는 각하결정이 확정된 경우에는 집행채권에 관하여 변제의 효과가 발생하고 그 때에 강제집행절차는 종료하는 것인바, 가사 피전부채권이 존재하지 아니하는 경우라 하더라도 … 집행채권 소멸의 효과는 발생하지 아니하나, 강제집행절차는 피전부채권이 존재하는 경우와 마찬가지로 전부명령의 확정으로 종료하는 것이고, 단지 전부채권자는 집행채권이 소멸하지 아니한 이상 피전부채권이 존재하지 아니함을 입증하여 다시 집행력 있는 정본을 부여받아 새로운 강제집행을 할 수 있을 뿐이라 할 것이다. 따라서 피전부채권이 채무자가 아니라 자신에게 귀속되는 것임을 주장하는 자가 그 채무자의 제3채무자에 대한 채권의 압류 및 전부명령에 대하여 제기한 제3자이의의 소는 그 소가 채권압류 및 전부명령이 확정된 뒤에 제기되었거나 그 소의 제기 이후 채권압류 및 전부명령이 확정된 경우에는 그 피전부채권의 존재 여부나 그 귀속 주체에 관한 다툼이 있는지의 여부에 관계없이 소의 이익이 없어 부적법하다." ☛ [동일 취지] 물건에 대한 매각절차는 종료되었으나 배당절차는 아직 종료되지 아니한 경우, 경매목적물의 경락인이 유효하게 소유권을 취득한다면 경매절차에서 집행관이 영수한 매득금은 경매목적물의 대상물로서 제3자이의의 소에서 승소한 자가 그 대상물에 대하여 권리를 주장할 수 있으므로, 매각절차가 종료되었다고 하더라도 배당절차가 종료되지 않은 이상 제3자이의의 소는 여전히 소의 이익이 있다고 한 예(96다49049).

양도나 인도를 막을 수 있는 권리가 있다고 주장함으로써 그에 대한 집행의 배제를 구하는 것이니만큼 그 소의 원인이 되는 권리는 집행채권자에 대항할 수 있는 것[4866]이어야 한다.[4867]

간접점유자에 불과한 소유자는 직접점유자를 가처분채무자로 하는 점유이전금지가처분의 집행에 대하여 제3자이의의 소를 제기할 수 없다.[4868]

4866) ❶ 제3자이의의 소의 이의원인은 소유권에 한정되는 것이 아니고 집행목적물의 양도나 인도를 막을 수 있는 권리이면 족하며, 집행목적물이 '집행채무자의 소유에 속하지 아니한 경우'에는 '집행채무자와 사이의 계약관계(예컨대, 임대차, 사용대차, 위임, 임치 등)에 의거하여 집행채무자에 대하여 목적물의 반환을 구할 채권적 청구권(예컨대 임대차목적물반환청구권)'을 가지고 있는 제3자는 집행에 의한 양도나 인도를 막을 이익이 있으므로 그 채권적 청구권도 제3자이의의 소의 이의원인이 될 수 있다(2002다16576). 이에 반하여 집행목적물이 집행채무자의 재산에 속하는 경우에는 제3자가 채무자와의 사이에 매매, 증여, 임대차계약 등에 기하여 채무자에 대하여 인도, 이전등기를 구할 수 있다 하더라도 이러한 채권적청구권만으로는 채권자에 대항할 수 없으므로 제3자이의의 소를 제기할 수 없다. ❷ 집행채권자에 대한 대항 여부는 권리 취득과 집행의 선후에 의하여 결정되는 것이 보통이므로 그 권리가 집행 당시에 이미 존재하여야 하는 것이 일반적이지만 집행 후에 취득한 권리라고 하더라도 특별히 권리자가 이로써 집행채권자에게 대항할 수 있는 경우라면 그 권리자는 그 집행의 배제를 구하기 위하여 제3자이의의 소를 제기할 수 있다(96다14470; 부동산 가압류집행이 형식적으로는 채권확보를 위한 집행절차라고 하더라도 그 자체가 법이 보호할 수 없는 반사회적 행위에 의하여 이루어진 것임이 분명한 이상 그 집행의 효력을 그대로 인정할 수 없다고 할 것이므로, 위 가압류집행 후 본집행으로 이행하기 전에 부동산의 소유권을 취득한 원고들은 그 가압류집행에 터잡은 강제집행절차에서 그 집행의 배제를 구할 수 있다고 본 예). ❸ 매수인이 소유권유보부 매매의 목적물을 타인의 직접점유를 통하여 간접점유 하던 중 그 타인의 채권자가 그 채권의 실행으로 그 목적물을 압류한 경우, 매수인은 그 강제집행을 용인하여야 할 별도의 사유가 있지 아니한 한 소유권유보매수인 또는 정당한 권원 있는 간접점유자의 지위에서 민사집행법 제48조 제1항에 정한 '목적물의 인도를 막을 수 있는 권리'를 가진다(2009다1894).

4867) 따라서 ❶ 유효한 부동산 명의신탁의 경우에 소유권이 대외적으로 수탁자에게 귀속하므로 명의신탁자는 신탁을 이유로 제3자에 대하여 그 소유권을 주장할 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 신탁자가 수탁자에 대해 가지는 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 집행채권자에게 대항할 수 있는 권리가 될 수 없으며(2007다7409), ❷ 갑(=집행채무자) 소유의 부동산이 갑에서 을로, 을에서 병(=원고)으로 순차로 매도되었는데 갑의 채권자(=피고)가 부동산 강제경매를 신청하여 그 기입등기가 마쳐진 경우, 원고의 피고에 대한 위 강제집행에 대한 제3자이의의 소는 인용될 수 없다(79다1223).

4868) 그 이유는, "목적물에 대한 채무자의 점유를 풀고 채권자가 위임하는 집행관에게 그 보관을 명하며 집행관은 현상을 변경하지 아니할 것을 조건으로 하여 채무자에게 그 사용을 허가하도록 하는 내용의 점유이전금지가처분은, 가처분집행 당시의 목적물의 현상을 본집행시까지 그대로 유지함을 목적으로 하여 그 목적물의 점유이전과 현상의 변경을 금지하는 것에 불과하여, 이러한 가처분결정에도 불구하고 점유가 이전되었을 때에는 가처분채무자는 가처분채권자에 대한 관계에서 여전히 그 점유자의 지위에 있는 것으로 취급되는 것일 뿐 가처분집행만으로 소유자에 의한 목적물의 처분을 금지 또는 제한하는 것은 아니므로, 점유이전금지가처분의 대상이 된 목적물의 소유자가 그 의사에 기하여 가처분채무자에게 직접점유를 하게 한 경우에는 그 점유에 관한 현상을 고정시키는 것만으로 소유권이 침해되거나 침해될 우려가 있다고 할 수는 없고 소유자의 간접점유권이 침해되는 것도 아니라고 할 것"이기 때문이다(2000다33010; 금형에 대한 유체동산점유이전금지가처분 집행에 대하여 원고가 소유자로서 제3자이의를 할 수 있으려면, 원고가 위 가처분집행 당시에 금형을 소유하고 있다는 점만이 아니라 원고가 금형에 대하여 직접점유를 하고 있다는 점도 인정되어야 할 것인데, 원고가 부품임가공위탁계약이라는 점유매개관계에 의하여 금형을 소외인에게 점유하게 한 것이라면 원고는 간접점유자에 불과하다고 볼 여지가 있고, 원고가 간접점유자라면 소외인에 대한 위 가처분의 집행만으로 금형에 대한 원고의 소유권 또는 목적물의 양도나 인도에 대한 권리가 저지된다고 볼 수 없어 제3자이의의 사유가 없다 할 것임에도 불구하고, 원심이 원고가 금형에 대한 직접점유자임을 전제로 하여 위 가처분집행이 부당하다고 판단한 것은 잘못이라고 한 예).

5. 배당이의의 소

가. 의의 및 요건사실

배당이의의 소[4869]의 청구원인 사실은, ① '원고의 피고에 대한 배당이의 사실' + ② '피고 배당순위의 오류 또는 피고 배당채권의 무효·소멸 사실' + ③ (채권자가 원고인 경우) '원고의 배당수령권의 발생원인 사실'[4870]이다.

배당이의의 소는 배당을 실시한 집행법원이 속한 지방법원의 관할에 전속한다.[4871]

4869) **민사집행법 제151조(배당표에 대한 이의)** ① 기일에 출석한 채무자는 채권자의 채권 또는 그 채권의 순위에 대하여 이의할 수 있다. ② 제1항의 규정에 불구하고 채무자는 제149조제1항에 따라 법원에 배당표원안이 비치된 이후 배당기일이 끝날 때까지 채권자의 채권 또는 그 채권의 순위에 대하여 서면으로 이의할 수 있다. ③ 기일에 출석한 채권자는 자기의 이해에 관계되는 범위 안에서는 다른 채권자를 상대로 그의 채권 또는 그 채권의 순위에 대하여 이의할 수 있다. **제154조(배당이의의 소 등)** ① 집행력 있는 집행권원의 정본을 가지지 아니한 채권자(가압류채권자를 제외한다)에 대하여 이의한 채무자와 다른 채권자에 대하여 이의한 채권자는 배당이의의 소를 제기하여야 한다. **제157조(배당이의의 소의 판결)** 배당이의의 소에 대한 판결에서는 배당액에 대한 다툼이 있는 부분에 관하여 배당을 받을 채권자와 그 액수를 정하여야 한다. 이를 정하는 것이 적당하지 아니하다고 인정한 때에는 판결에서 배당표를 다시 만들고 다른 배당절차를 밟도록 명하여야 한다.
❶ **배당이의의 소**는 배당표에 배당을 받는 것으로 기재된 자의 배당액을 줄여 자신에게 배당이 되도록 하기 위하여 배당표의 변경 또는 새로운 배당표의 작성을 구하는 것으로서, 여기서 배당이란 원래 집행채무자에 대한 적법한 배당요구채권자들의 총 배당요구액보다 배당할 금액이 적어서 배당에 참가한 모든 채권자를 만족하게 할 수 없는 때에 배당요구채권자들에게 민법, 상법 그 밖의 법률이 정한 우선순위에 따라 변제하는 집행법상의 절차를 의미한다(2003다29456). ❷ 배당이의소송의 **청구취지**는 그 소의 법률적 성질이나 당사자 처분권주의의 원칙에 비추어 볼 때 배당기일에 신청한 이의의 범위 내에서 배당표에 기재된 피고의 배당액 중 부인할 범위를 명확히 표시할 것이 요구된다(99다70983). ❸ 채권자가 여러 명의 다른 채권자를 상대로 배당이의의 소를 제기하고 피고 중 일부에 대하여 승소판결이 확정되었으나 그 판결이 민사집행법 제157조 후문에 따라 배당법원으로 하여금 배당표를 다시 만들도록 했을 뿐 채권자인 원고의 구체적 배당액을 정하지 않은 경우에는 아직 배당이의의 소를 통하여 달성하려는 목적이 전부 실현되었다고 할 수 없으므로, 나머지 채권자를 상대로 한 소는 여전히 권리보호의 이익이 인정된다(대법원 2022. 11. 30. 선고 2021다287171 판결).

4870) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다53790 판결: "**채권**자는 자기의 이해에 관계되는 범위 안에서만 다른 채권자를 상대로 그의 채권 또는 그 채권의 순위에 대하여 이의할 수 있으므로(민사집행법 제151조 제3항), 채권자가 제기한 배당이의의 소에서 승소하기 위하여는 피고의 채권이 존재하지 아니함을 주장·증명하는 것만으로 충분하지 아니하고 원고 자신이 피고에게 배당된 금원을 배당받을 권리가 있다는 점까지 주장·증명하여야 한다. 그러나 **채무자나 소유자**에게는 위와 같은 제한이 없을 뿐만 아니라(민사집행법 제151조 제1항), 채무자나 소유자가 배당이의의 소에서 승소하면 집행법원은 그 부분에 대하여 배당이의를 하지 아니한 채권자를 위하여서도 배당표를 바꾸어야 하므로(민사집행법 제161조 제2항 제2호), 채무자나 소유자가 제기한 배당이의의 소에서는 피고로 된 채권자에 대한 배당액 자체만 심리대상이고, 원고인 채무자나 소유자로서도 피고의 채권이 존재하지 아니함을 주장·증명하는 것으로 충분하다." ☛ 원고인 채무자나 소유자는 자신이 피고에게 배당된 금원을 배당받을 권리가 있다는 점까지 주장·증명할 필요는 없다. 따라서 채무자나 소유자가 배당이의의 소를 제기한 경우의 소송목적물은 피고로 된 채권자가 경매절차에서 배당받을 권리의 존부·범위·순위에 한정되는 것이지, 원고인 채무자나 소유자가 경매절차에서 배당받을 권리까지 포함하는 것은 아니므로, 제3자가 채무자나 소유자로부터 위와 같이 배당받을 권리를 양수하였더라도 그 배당이의 소송이 계속되어 있는 동안에 소송목적인 권리 또는 의무의 전부 또는 일부를 승계한 경우에 해당된다고 볼 수는 없다(대법원 2023. 2. 23. 선고 2022다285288 판결; 원고 승계참가인의 승계참가신청은 그 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 판단한 예).

4871) **민사집행법 제156조(배당이의의 소의 관할)** ① 제154조제1항의 배당이의의 소는 배당을 실시한 집행법원이 속한 지방법원의 관할로 한다. 다만, 소송물이 단독판사의 관할에 속하지 아니할 경우에는 지방법원의 합의부가 이를 관할한다. ② 여러 개의 배당이의의 소가 제기된 경우에 한 개의 소를 합의부가 관할하는 때에는 그 밖의 소도 함께 관할한다. ③ 이의한 사람과 상대방이 이의에 관하여 단독판사의 재판을 받을 것을 합의한 경우에는 제1항 단서와 제2항의 규정을 적용하지 아니한다. **제21조(재판적)** 이 법에 정한 재판적은 전속관할로 한다. ☛ ❶ 배당이의의 소를 배당을 실시한 집행법원이 속한 지방법원의 전속관할로 규정한 이유는, 배당절차

나. 증명책임의 분배

배당이의소송에 있어서의 배당이의사유에 관한 증명책임도 일반 민사소송에서의 증명책임 분배의 원칙에 따라야 하므로, 원고가 피고의 채권이 성립하지 아니하였음을 주장하는 경우에는 피고에게 채권의 발생원인사실을 증명할 책임이 있고, 원고가 그 채권이 통정허위표시로서 무효라거나 변제에 의하여 소멸되었음을 주장하는 경우에는 원고에게 그 장애 또는 소멸사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있다.[4872]

다. 공격방어방법의 범위

1) 원 고

원고는 원고의 이익이 되도록 배당표의 변경을 가져오게 하는 모든 사유를 주장할 수 있다.[4873] '채권자'가 배당이의를 하면서 '배당이의 사유'로 '채무자를 대위'하여 집행권원의 정본을 가진 다른 채권자의 채권의 소멸시효가 완성되었다는 주장을 할 수 있다.[4874] 배당이의는 배당받은 각 채권자의 채권의 존부 및 범위,[4875] 배당순위에 대한

가 진행되는 집행법원이 속한 지방법원에서 배당이의의 소를 일률적으로 처리함으로써 이해관계인의 이의권을 실질적으로 보장하고, 관할 집중을 통하여 다툼이 있는 배당액 부분에 대하여 상호 모순·저촉되는 결과가 발생할 가능성을 최소화함으로써 후속 배당절차가 신속·원활하게 진행될 수 있도록 하는 데 있다. 나아가 민사집행법 제156조 제2항이 여러 개의 배당이의의 소가 제기된 경우에 한 개의 소를 합의부가 관할하는 때에는 단독판사의 관할에 속하는 다른 사건도 함께 관할한다고 정한 것은, 동일한 배당사건을 둘러싼 배당이의의 소를 여러 다른 법원에서 심판하게 되면 상호 간에 모순·저촉되는 결과가 발생할 수 있어 바람직하지 않기 때문에 이러한 경우에는 합의부가 단독판사의 관할에 속하는 다른 사건도 함께 관할하게 한 것이다. ❷ 파산관재인이 부인권을 행사하면서 그 원상회복으로서 배당이의의 소를 제기한 경우에는 채무자회생법 제396조 제3항이 적용되지 않고, 민사집행법 제156조 제1항, 제21조에 따라 배당을 실시한 집행법원이 속한 지방법원에 전속관할이 있다(대법원 2021. 2. 16.자 2019마6102 결정).

4872) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결.

4873) 대법원 2016. 7. 29. 선고 2016다13710, 13727 판결: 甲 소유의 부동산에 관하여 乙 등 명의의 가압류 등기와 丙 명의의 근저당권 설정등기가 순차적으로 마쳐진 후 丙의 근저당권에 관하여 계약양도를 원인으로 근저당권자를 丁으로 하는 근저당권 이전등기가 마쳐졌고, 그 후 丁의 경매신청에 따른 선행 임의경매개시결정과 乙 등의 경매신청에 따른 후행 강제경매개시결정이 내려져 선행 경매절차에서 乙 등과 丁만 배당을 받았는데, 乙 등이 丁을 상대로 근저당권 등 양도행위가 통정허위표시로서 무효라며 배당이의의 소를 제기하자, 丁이 근저당권 등 양도의 유·무효는 丙의 채권자들만 이해관계가 있고 乙 등은 이해관계가 없어 무효를 주장할 지위에 있지 않다고 주장한 사안에서, 배당이의의 소에서 원고는 원고의 이익이 되도록 배당표의 변경을 가져오게 하는 모든 사유를 주장할 수 있는데, 허위의 근저당권에 대하여 배당이 이루어진 경우 통정한 허위의 의사표시는 당사자 사이에서는 물론 제3자에 대하여도 무효이고, 다만 선의의 제3자에 대해서만 대항하지 못할 뿐이므로, 배당채권자인 乙 등은 근저당권 등 양도행위의 무효를 주장하여 그에 기한 채권의 존부, 범위, 순위에 관한 배당이의의 소를 제기할 수 있다고 한 사례.

4874) 대법원 2023. 8. 18. 선고 2023다234102 판결: "원고는 배당요구채권자로서 자기의 이해에 관계되는 범위 안에서는 독자적으로 다른 채권자인 피고를 상대로 배당이의를 하면서 채무자를 대위하여 피고 채권의 소멸시효가 완성되었다는 것을 배당이의 사유로 내세울 수 있고, 그 후 피고가 집행력 있는 집행권원의 정본을 가지고 있는지 여부에 상관없이 피고를 상대로 배당이의의 소를 제기하고 그 소송의 공격방어방법으로서 채무자를 대위하여 피고 채권의 소멸시효가 완성되었다는 등의 주장을 할 수 있다."

4875) ◎ **담보권 실행 경매 신청 채권자의 청구금액 확장 가부 및 그 시한**
대법원 2022. 8. 11. 선고 2017다225619 판결: "담보권 실행을 위한 경매절차에서 신청채권자가 경매신청서에 피담보채권의 일부만을 청구금액으로 하여 경매를 신청하였을 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 신청채

것이지, 배당액에 대한 것이 아니고, 원고는 배당기일 후 사실심 변론종결 시까지 발생한 사유(가압류채권액의 일부 변제 소멸, 가압류결정의 취소 등)도 이의사유로 주장할 수 있다.[4876] 집행권원 없이 배당재단으로부터 각 채권액에 우선하여 배당받을 수 있는 '집행비용' 해당 여부를 이의사유로 주장할 수도 있다.[4877]

권자의 청구금액은 그 기재된 채권액을 한도로 확정되고 그 후 신청채권자가 채권계산서에 청구금액을 확장하여 제출하는 등의 방법으로 청구금액을 확장할 수 없다. 그러나 경매신청서에 청구채권으로 원금 외에 이자, 지연손해금 등의 부대채권을 개괄적으로나마 표시하였다가 나중에 채권계산서에 의하여 그 부대채권의 구체적인 금액을 특정하는 것은 경매신청서에 개괄적으로 기재하였던 청구금액의 산출 근거와 범위를 밝히는 것이므로 허용된다. 또한 신청채권자가 경매신청서에 청구채권 중 이자, 지연손해금 등의 부대채권을 확정액으로 표시한 경우에는 나중에 배당요구 종기까지 채권계산서를 제출하는 등으로 부대채권을 증액하여 청구금액을 확장하는 것은 허용된다."

4876) ❶ 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다27427 판결: "민사집행법 제151조 제3항은 '기일에 출석한 채권자는 자기의 이해에 관계되는 범위 안에서는 다른 채권자들을 상대로 그의 채권 또는 그 채권의 순위에 대하여 이의할 수 있다.'고 규정하고 있으므로, 배당이의는 배당받은 각 채권자의 채권의 존부 및 범위, 배당순위에 대한 것이지 배당액에 대한 것이 아니다. 따라서 배당이의의 소에 있어서 피고의 채권액이 그 받은 배당액보다 많다고 하더라도 배당의 기초가 된 채권액(배당요구액)에 대하여 다툼이 있고, 그 채권액이 줄어들 경우 민사집행법상의 배당법리에 따라 배당하면 결과적으로 배당액이 줄어들 경우에는 배당이의를 할 수 있고, 한편 배당이의의 소에 있어서 원고는 배당기일 후 그 사실심 변론종결시까지 발생한 사유를 이의사유로 주장할 수 있으므로, 배당기일 후 배당이의 소송 중에 가압류채권자의 채권액이 변제 등의 사유로 일부 소멸하여 그 잔존 채권액이 그 가압류 청구금액에 미달하게 된 경우에도 이를 이의사유로 주장할 수 있다." ☜ 임의경매절차에서 가압류채권자인 피고에 대하여 그 가압류 청구금액인 2억 원을 기준으로 안분한 금액을 배당하는 것으로 배당표가 작성되었으나, 그 후 피고가 배당이의의 소의 진행 중 다른 부동산의 경매절차에서 배당받음으로써 그 잔존 채권액이 위 가압류 청구금액인 2억 원에 미달하게 된 이상, 원고는 이를 이의사유로 주장할 수 있고, 법원으로서는 피고의 잔존 채권액을 기준으로 하여 배당표를 경정함이 상당하다고 한 예. ❷ 대법원 2015. 6. 11. 선고 2015다10523 판결: "채권자가 받은 가압류결정이 취소되었다면 그 채권자는 가압류채권자로서의 배당받을 지위를 상실하므로 가압류결정의 취소는 배당이의의 소에서 가압류채권자에 대한 배당이의의 사유가 될 수 있다. 나아가 배당이의의 소에서 원고는 배당기일 후 그 사실심 변론종결 시까지 발생한 사유도 이의사유로 주장할 수 있으므로, 배당기일 후 배당이의 소송 중에 가압류결정이 취소된 경우에도 이를 이의사유로 주장할 수 있다." ❸ 대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다228441 판결: "채권자가 받은 가집행선고 있는 제1심판결이 항소심에서 전부 취소되어 그대로 확정되었다면 채권자는 배당받을 지위를 상실하므로, 위와 같은 제1심판결의 취소는 배당이의의 소에서 배당이의 사유가 될 수 있다."

4877) ○ 대법원 2021. 10. 14. 선고 2016다201197 판결: "강제집행에 필요한 비용은 채무자가 부담하고 그 집행에 의하여 우선적으로 변상을 받는다(민사집행법 제53조 제1항). **집행비용**은 집행권원 없이도 배당재단으로부터 각 채권액에 우선하여 배당받을 수 있다. … 강제집행을 직접 목적으로 하여 지출된 비용으로서 강제집행의 준비 및 실시를 위하여 필요한 비용이어야 하고, 나아가 집행절차에서 모든 채권자를 위해 **채당**한 공익비용이어야 한다. 채권자가 현실적으로 지출한 비용이어도 당해 집행과 무관하거나 필요가 없는 것은 집행비용에 해당하지 않는다. 집행비용에 관한 민사집행법 제53조 제1항은 담보권 실행을 위한 경매절차에도 준용된다(민사집행법 제275조). 부동산을 목적으로 하는 담보권 실행을 위한 경매절차에서 그 경매신청 전에 부동산의 소유자가 사망하였으나 그 상속인이 상속등기를 마치지 않아 경매신청인이 경매절차의 진행을 위하여 부득이 상속인을 대위하여 상속등기를 마쳤다면 그 상속등기를 마치기 위해 지출한 비용은 담보권 실행을 위한 경매를 직접 목적으로 하여 지출된 비용으로서 그 경매절차의 준비 또는 실시를 위하여 필요한 비용이고, 나아가 그 경매절차에서 모든 채권자를 위해 **채당**한 공익비용이므로 집행비용에 해당한다고 봄이 타당하다." ☜ 원고(2순위 근저당권자)가 배당기일에서 **상속대위등기비용**을 집행비용으로 산입한 부분에 대하여 이의를 제기한 후 피고(1순위 근저당권자)를 상대로 배당이의의 소를 제기한 **사안**에서, 집행법원이 상속대위등기비용을 집행비용으로 보아 배당할 금액에서 공제한 것은 타당하다고 한 예. ⇔ **[집행비용 부정례]** ❶ 사해행위취소소송에 의하여 사해행위의 목적이 된 재산이 채무자의 책임재산으로 원상회복되고 그에 대한 강제집행절차가 진행된 **사안**에서, 사해행위취소소송을 위하여 지출한 소송비용, 사해행위취소를 원인으로 한 말소등기청구권 보전을 위한 부동산처분금지가처분 비용, 사해행위로 마쳐진 소유권이전등기의 말소등기 비용은 위 집행에 의하여 우선적으로 변상받을 수 있는 '강제집행에 필요한 비용'에 해당하지 않는다고 하여 원고의 배당이의의 청구를

2) 피 고

배당이의의 소에 있어서 피고는 원고의 청구를 배척할 수 있는 모든 주장을 방어방법으로 내세울 수 있으므로, 배당기일에 피고가 원고에 대하여 이의를 하지 아니하였다 하더라도 피고는 원고의 청구를 배척할 수 있는 사유로서 원고의 채권 자체의 존재를 부인할 수 있고,[4878] 원고가 배당이의의 한 금원이 피고의 다른 채권에 배당되어야 할 것이라고 주장할 수 있으며 이는 피고가 그 다른 채권에 기하여 배당이의를 하지 않았더라도 마찬가지이다.[4879] 경매신청기입등기 이전에 등기된 근저당권자는 채권계산서에 기재한 피담보채권 이외에 그 근저당권의 피담보채권이 될 수 있는 다른 채권의 존재를 주장할 수 있다.[4880]

라. 당사자적격(직권조사사항)

1) 원고적격

배당이의의 소에서는 그 소를 제기할 수 있는 원고적격이 있는지 여부가 문제되

배척한 예(2010다79565). ❷ 매각에 따라 소유권을 취득한 매수인은 소유권이전등기를 넘겨받기 위해 지출한 비용과 취득세 등을 자기가 부담해야 하고, 이는 경매를 신청한 채권자가 매수인이 된 경우에도 마찬가지이다(대법원 2022. 4. 14. 선고 2017다266177 판결).

○ 대법원 2023. 9. 1.자 2022마5860 결정; "강제집행이 그 목적을 달성하여 끝난 경우에는 … 그 집행에 필요한 비용은 채무자가 부담한다. 반면 강제집행이 신청의 취하 또는 집행처분의 취소 등으로 인하여 그 목적을 달성하지 못하고 끝난 경우 그때까지의 절차와 그 준비에 든 비용이 민사집행법 제53조 제1항에서 정한 집행비용에 해당한다고 볼 수는 없다. 그러나 이러한 경우에도 해당 강제집행이 그 목적을 달성하지 못하고 끝나게 된 사정을 고려하지 아니한 채 그 비용을 일률적으로 채권자에게 부담시키는 것은 형평에 반하여 부당하다. 따라서 이때는 민사집행법 제23조가 준용하는 민사소송법 제114조에 근거하여 당사자는 그 집행이 끝날 당시에 집행이 계속된 법원에 **집행비용의 부담 및 집행비용액 확정 재판**을 신청할 수 있고, 법원은 당사자의 신청에 따라 해당 비용이 지출된 시기, 채권자가 이를 지출할 필요성, 강제집행과의 관련성 및 강제집행이 끝나게 된 원인이나 경위 등 여러 사정을 종합하여 집행비용을 부담할 당사자와 그 부담액을 정할 수 있다고 보아야 한다."

4878) 대법원 2023. 11. 9. 선고 2023다256577 판결(피고가 원고 채권을 다투는 것은 채무자를 대위한 것이 아니라, 배당이의소송의 당사자로서 직접 독자적으로 다투는 것이므로, 원고와 채무자 간 기판력이 피고에게는 미치지 않는다).

4879) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다29697 판결. 따라서 채무자가 제3채무자에 대한 채권을 특정 채권자에게 양도하였다가 그 채권양도가 사해행위라는 이유로 취소판결이 확정되었으나, 그 채권자가 당해 채권에 대하여 채권압류 및 추심명령도 받아 둔 경우에는, 당해 채권에 대한 제3채무자의 혼합공탁에 따른 배당절차에서 그 채권자가 사해행위의 수익자인 당해 채권의 양수인의 자격으로는 배당받을 수 없으나, 압류 및 추심명령을 받은 채권자의 지위에서 배당받는 것은 가능하다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011다107818 판결).

4880) 대법원 1998. 7. 28. 선고 98다7179 판결; "담보권 실행을 위한 부동산 경매절차에서 경매신청기입등기 이전에 등기되어 있는 근저당권은 경락으로 인하여 소멸되는 대신에 그 근저당권자는 … 배당요구를 하지 아니하더라도 당연히 그 순위에 따라 배당을 받을 수 있다. 이와 같이 배당요구를 하지 아니하더라도 당연히 그 순위에 따라 배당을 받을 수 있는 근저당권자는 … 배당요구채권자에 포함되지 아니하고, 따라서 비록 그와 같은 근저당권자가 채권신고서를 제출하였고, 그 채권신고서에 기재한 피담보채권이 존재하지 아니한다 하더라도 그 근저당권자는 위와 같은 피담보채권의 부존재를 이유로 하여 다른 채권자가 제기한 배당이의 소송에서 그 근저당권의 피담보채권이 될 수 있는 다른 채권이 존재하고 있다는 주장을 할 수 있으며 그 다른 채권이 존재하고 있음이 밝혀진 경우에는 그 근저당권자에 대한 배당은 적법하다 할 것이다."

는 경우가 종종 있는데, 당사자적격의 흠결 여부는 피고의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 살펴보아야 하므로 주의가 필요하다.

배당이의의 소의 원고적격은 '채무자' 또는 '배당기일에 출석하여 배당표에 대하여 이의를 진술한 채권자'[4881]에 한하여 인정되나, 담보권 실행을 위한 경매에서 경매목적물의 '소유자'(경매개시결정기입등기 당시 소유자로 등기되어 있는 사람)는 위 '채무자'에 포함된다.[4882] '채무자'는 '집행력 있는 집행권원의 정본을 가지지 아니한 채권자'에 대하여는 '배당이의의 소'를, '집행력 있는 집행권원의 정본을 가진 채권자'에 대하여는 '청구이의의 소'를 제기하여야 하지만, 채무자가 아니라 '채권자'가 '다른 채권자'에 대한 배당에 대하여 이의를 한 경우에는 그 다른 채권자가 집행력 있는 집행권원의 정본을 가지고 있는지 여부에 상관없이 '배당이의의 소'를 제기하여야 하고, 이는 채권자가 배당이의를 하면서 '배당이의 사유'로 '채무자를 대위'하여 집행권원의 정본을 가진 다른 채권자의 채권의 소멸시효가 완성되었다는 등의 주장을 한 경우에도 마찬가지이다.[4883]

배당요구 없이 당연히 배당을 받을 수 있는 채권자(민사집행법 제148조 제1, 3, 4호; 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자, 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자,[4884] 저당권·전

4881) **민사집행법 제148조(배당받을 채권자의 범위)** 제147조제1항에 규정한 금액을 배당받을 채권자는 다음 각호에 규정된 사람으로 한다. 1. 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자 2. 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 채권자 3. 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자 4. 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자

4882) 대법원 2023. 2. 23. 선고 2022다285288 판결. ☛ ❶ 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다53790 판결; "진정한 소유자이더라도 경매개시결정기입등기 당시 소유자로 등기되어 있지 아니하였다면 민사집행법 제90조 제2호의 '소유자'가 아니고, 그 후 등기를 갖추고 집행법원에 권리신고를 하지 아니하였다면 같은 조 제4호의 '부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람'도 아니므로, 경매절차의 이해관계인에 해당하지 아니한다. 따라서 이러한 사람에게는 배당표에 대하여 이의를 진술할 권한이 없고, 그 이의를 진술하였더라도 이는 부적법한 것에 불과하여 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 없다. 반면에, 경매개시결정기입등기 당시 소유자로 등기되어 있는 사람은 설령 진정한 소유자가 따로 있는 경우일지라도 그 명의의 등기가 말소되거나 이전되지 아니한 이상 경매절차의 이해관계인에 해당하므로, 배당표에 대하여 이의를 진술할 권한이 있고, 나아가 그 후 배당이의의 소를 제기할 원고적격도 있다." ❷ 제3자 소유의 물건이 채무자의 소유로 오인되어 강제집행목적물로서 경락된 경우에도 그 제3자는 경매절차의 이해관계인에 해당하지 아니하므로 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실체상의 이의를 신청할 권한이 없으며, 따라서 제3자가 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 이의를 신청하였다고 하더라도 이는 부적법한 이의신청에 불과하고, 그 제3자에게 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 없다(2001다63155).

4883) 대법원 2023. 8. 18. 선고 2023다234102 판결[민사집행법 제151조 제3항은 "기일에 출석한 채권자는 자기의 이해에 관계되는 범위 안에서는 다른 채권자를 상대로 그의 채권 또는 그 채권의 순위에 대하여 이의할 수 있다."라고 규정하여 채무자의 배당이의와 별도로 채권자가 독자적으로 배당표에 이의할 수 있도록 규정하고 있고, 제154조는 제1항에서 "집행력 있는 집행권원의 정본을 가지지 아니한 채권자(가압류채권자를 제외한다)에 대하여 이의한 채무자와 다른 채권자에 대하여 이의한 채권자는 배당이의의 소를 제기하여야 한다.", 제2항에서 "집행력 있는 집행권원의 정본을 가진 채권자에 대하여 이의한 채무자는 청구이의의 소를 제기하여야 한다."라고 규정하고 있다].

4884) 가압류의 효력은 가압류채권자의 피보전채권액에 한하여 미치므로, 가압류결정에 피보전채권액으로서 기재된 액이 가압류채권자에 대한 배당액의 산정기준으로 된다. 배당법원이 확정되지 아니한 가압류채권의 배당액을 공탁한 후 본안 확정판결 등의 제출로 배당액을 지급하는 경우, 가압류의 피보전권리와 본안의 소송물인 권리는 엄격히 일치함을 요하지 않고, 청구기초의 동일성이 인정되는 한 본안이라고 보아야 하므로, 가압류채권자가 가압류의 피보전채권 및 그와 청구기초의 동일성이 인정되는 채권을 청구채권으로 하는 내용의 채권계산서

세권, 그 밖의 우선변제청구권[4885]으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자)와는 달리, 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있는 채권자(민사집행법 제88조 제1항,[4886] 제148조 제2호; 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자,[4887] 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자[4888])가 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구[4889]를 하지 않은 경우에는

를 제출하였으나, 그 피보전채권 중 전부 또는 일부의 존재가 인정되지 아니한 때에는, 가압류결정에 피보전채권액으로 기재된 액의 범위 내에서는 위 피보전채권 중 그 존재가 인정되는 나머지 부분 외에 그와 청구기초의 동일성이 인정되는 채권도 배당액 산정에 포함시켜야 한다(95다22788; 공사대금 원금채권에 대하여만 가압류결정을 받은 후 채권계산서 제출 시 배당기일까지의 지연손해금채권을 덧붙여 배당요구 한 경우, 지연손해금채권도 배당액 산정에 포함시킨 예).

4885) ❶ 압류등기 '전'에 이루어진 '담보가등기권리'가 강제경매 등의 매각에 의하여 소멸되면 '채권신고'를 한 경우에 배당요구 없이도 매각대금을 배당받을 수 있다(가등기담보 등에 관한 법률 제16조, 대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결). ❷ 동산담보권이 설정된 유체동산에 대하여 다른 채권자의 신청에 의한 강제집행 절차가 진행되는 경우 민사집행법 제148조 제4호를 유추적용하여 집행관의 압류 전에 등기된 동산담보권을 가진 채권자는 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당에 참가할 수 있다(대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다263901 판결).

4886) **민사집행법 제88조(배당요구)** ① 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다. ☛ ❶ 98다12379; "배당요구가 필요한 배당요구채권자는, 압류의 효력발생 전에 등기한 가압류채권자, 경락으로 인하여 소멸하는 저당권자 및 전세권자로서 압류의 효력발생 전에 등기한 자 등 당연히 배당을 받을 수 있는 채권자의 경우와는 달리, 경락기일까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있고, 적법한 배당요구를 하지 아니한 경우에는 비록 실체법상 우선변제청구권이 있다 하더라도 경락대금으로부터 배당을 받을 수는 없을 것이므로, 이러한 배당요구채권자가 적법한 배당요구를 하지 아니하여 그를 배당에서 제외하는 것으로 배당표가 작성·확정되고 그 확정된 배당표에 따라 배당이 실시되었다면 그가 적법한 배당요구를 한 경우에 배당받을 수 있었던 금액 상당의 금원이 후순위채권자에게 배당되었다고 하여 이를 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없을 것이다." ❷ 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다44160 판결; "배당요구의 종기까지 배당요구한 채권자라 할지라도 채권의 **일부 금액**만을 **배당요구**한 경우 배당요구의 종기 이후에는 배당요구하지 아니한 채권을 추가하거나 확장할 수 없고, 이는 추가로 배당요구를 하지 아니한 채권이 이자 등의 부대채권이라 하더라도 마찬가지이다. 다만 경매신청서 또는 배당요구종기 이전에 제출된 배당요구서에 배당기일까지의 이자 등의 지급을 구하는 취지가 기재되어 있다면 배당대상에 포함된다고 할 것이다. 이러한 법리는 조세채권에 의한 교부청구를 하는 경우에도 동일하게 적용되므로, 그 조세채권이 … 법정기일에 관계없이 근저당권에 우선하는 당해세에 관한 것이라고 하더라도, 배당요구의 종기까지 교부청구한 금액만을 배당받을 수 있을 뿐이다."

4887) ❶ 배당요구를 할 수 있는 '가압류를 한 채권자'는 단순히 가압류결정을 받은 채권자가 아니라 당해 경매부동산에 대하여 가압류 집행을 마친 가압류채권자를 가리키므로, 가압류 집행 전에 가압류결정만을 제출하여 미리 배당요구를 하였다면 그 배당요구는 부적법하고, 그 후에 가압류 집행이 됨으로써 배당요구의 하자가 치유되나, 이 경우에도 가압류 집행이 배당요구 종기까지 이루어져야 한다(2003다27696). ❷ 대법원 2021. 4. 9.자 2020마7695 결정; "부동산에 관한 경매개시결정이 등기된 뒤에 **체납처분**에 의한 압류등기가 마쳐진 경우에는 조세채권자인 국가로서는 경매법원에 배당요구의 종기까지 배당요구로써 교부청구를 하여야만 배당을 받을 수 있다."

4888) ❶ 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015다204762 판결; "근로기준법 등에 의하여 **우선변제청구권**을 갖는 **임금채권자**라고 하더라도 강제집행절차나 임의경매절차에서 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구를 하여야만 우선배당을 받을 수 있는 것이 원칙이다. … 경매개시결정등기 전에 등기되고 매각으로 소멸하는 근저당권자는 배당요구를 하지 않더라도 당연히 배당을 받을 수 있는 채권자로서 배당요구 없이도 등기부상 기재된 채권최고액의 범위 내에서 그 순위에 따른 배당을 받을 수 있는데, 우선변제권이 있는 임금채권자가 현재 및 장래의 임금이나 퇴직금 채권을 피담보채권으로 하여 사용자의 재산에 관한 근저당권을 취득한 경우 배당요구의 종기까지 우선권 있는 임금채권임을 소명하지 않았다고 하더라도 배당표가 확정되기 전까지 그 피담보채권이 우선변제권이 있는 임금채권임을 소명하면 최종 3개월분의 임금이나 최종 3년간의 퇴직금 등에 관한 채권에 대하여는 선순위 근저당권자 등보다 우선배당을 받을 수 있다. 다만 앞서 본 근저당권 설정 없이 우선변제권이 있는 임금채권자로서 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 경우와 마찬가지로, 근저당권의 피담보채권이 우선권 있

배당이의의 소를 제기할 원고적격이 없다.[4890] 종래 채권자가 이미 배당요구를 하였거나 배당요구 없이도 당연히 배당받을 수 있었던 경우에는 '대위변제자'는 따로 배당요구를 하지 않아도 배당을 받을 수 있다.[4891]

(원고적격 긍정례) 채권자가 제기한 배당이의의 소에서 피고의 채권이 존재하지 않아 그 배당액 전액이 이의신청을 하지 아니한 원고의 선순위 채권자에게 배당되어야 한다는 이유를 들어 원고의 당사자적격을 부인할 수는 없다.[4892] 의사무능력자가 설정하여 준

는 임금채권임을 소명함으로써 선순위 근저당권자 등보다 우선배당을 받을 수 있는 최종 3개월분의 임금은 배당요구의 종기에 이미 근로관계가 종료된 근로자의 경우에는 근로관계 종료일부터, 배당요구의 종기 당시에도 근로관계가 종료되지 않은 근로자의 경우에는 배당요구의 종기부터 소급하여 3개월 사이에 지급사유가 발생한 임금 중 미지급분을 말하는 것이고, 최종 3년간의 퇴직금도 배당요구 종기일 이전에 퇴직금 지급사유가 발생하여야 한다." ☛ 임금 등에 대한 지연손해금은 최우선변제권의 범위에 포함되지 않는다(99마5143). 파견근로자의 사용사업주에 대한 임금채권에 관하여도 최우선변제권이 인정된다(2018다300586). ❷ 대법원 2023. 7. 13. 선고 2022다265093 판결; "민법 제367조는 … 저당권이 설정되어 있는 부동산의 제3취득자가 저당부동산에 관하여 지출한 필요비, 유익비는 그 부동산 가치의 유지·증가를 위하여 지출된 일종의 공익비용이므로 저당부동산의 환가대금에서 부담하여야 할 성질의 비용이고 더욱이 제3취득자는 경매의 결과 그 권리를 상실하게 되므로 특별히 경매로 인한 매각대금에서 우선적으로 상환을 받도록 한 것이다. … 제3취득자가 민법 제367조에 의하여 우선상환을 받으려면 저당부동산의 경매절차에서 배당요구의 종기까지 배당요구를 하여야 한다(민사집행법 제268조, 제88조)." ❸ 98다12379; "주택임대차보호법에 의하여 **우선변제청구권**이 인정되는 **임대차보증금반환채권**은 현행법상 위와 같은 배당요구가 필요한 배당요구채권에 해당하는 것"

4889) 배당요구는 채권(이자, 비용, 그 밖의 부대채권 포함)의 원인과 액수를 적은 서면으로 하여야 하고(민사집행규칙 제48조 제1항), 그 배당요구서에는 집행력 있는 정본 또는 그 사본, 그 밖에 배당요구의 자격을 소명하는 서면을 붙여야 한다(제2항). 우선변제청구권을 갖는 임금 및 퇴직금 채권자는 그 자격을 소명하는 서면을 붙인 배당요구서에 의하여 배당요구를 해야 하지만, 민사집행절차의 안정성을 보장하여야 하는 절차법적 요청과 근로자의 임금채권을 보호하여야 하는 실체법적 요청을 형량하여, 배당요구 종기까지 위와 같은 소명자료를 제출하지 않았다고 하더라도 배당표가 확정되기 전까지 이를 보완하였다면 우선배당을 받을 수 있다고 해석한다(대법원 2022. 4. 28. 선고 2020다299955 판결).

4890) ○ 대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다216523 판결; "배당이의의 소에서 원고적격이 있는 사람은 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실체상 이의를 신청한 채권자나 채무자에 한정된다. 채권자로서 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실체상 이의를 신청하려면 실체법상 집행채무자에 대한 채권자라는 것만으로 부족하고 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구를 했어야 한다. 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자는 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실체상 이의를 신청할 권한이 없으므로 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 이의를 신청하였더라도 부적법한 이의신청에 불과하고, 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 없다." ☛ 배당이의 소송에서 집행력 있는 일반채권자로서 적법한 배당요구를 하였는지 여부는 원고적격에 관한 직권조사사항에 해당한다(대법원 2022. 3. 31. 선고 2021다203760 판결).

○ 대법원 2019. 8. 30. 선고 2019다206742 판결; "등기는 물권의 효력 발생 요건이고 존속 요건은 아니어서 등기가 원인 없이 말소되거나 그 이전등기가 무효인 경우 그 물권의 효력에 아무런 영향이 없고, 그 회복등기가 마쳐지기 전이라도 말소된 등기 또는 종전 등기의 등기명의인은 적법한 권리자로 추정된다. 따라서 근저당권설정등기가 위법하게 말소되어 아직 회복등기를 경료하지 못하였거나 또는 근저당권 이전 부기등기가 무효임에도 그 부기등기가 말소되지 않은 연유로 그 부동산에 대한 경매절차의 배당기일에서 피담보채권액에 해당하는 금액을 배당받지 못한 근저당권자는 배당기일에 출석하여 이의를 하고 배당이의의 소를 제기하여 구제를 받을 수 있다." ☎ 원심이, 소외인에 대한 근저당권 양도가 무효임을 인정하면서도 원고가 근저당권자로서의 지위 회복을 위한 절차를 취하지 않았기 때문에 배당받을 채권자가 아니어서 배당표에 관하여 이의할 수 없다고 판단한 것은 잘못이라고 한 예.

4891) 대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결.

4892) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다41844 판결(채권자가 제기하는 배당이의의 소는 대립하는 당사자인 채권자들 사이의 배당액을 둘러싼 분쟁을 해결하는 것이므로, 그 소송의 판결은 원·피고로 되어 있는 채권자들 사이에서 상대적으로 계쟁 배당 부분의 귀속을 변경하는 것이어야 하고, 피고의 채권이 존재하지 않는 것으로 인정되는 경우 계쟁 배당 부분 가운데 원고에게 귀속시키는 배당액을 계산함에 있어서 이의신청을 하지 아니한 다른

저당권에 기한 경매절차가 진행되어 배당이 실시된 경우, 그 법정대리인 등은 저당권 및 피담보채권의 부존재를 주장하여 배당액에 대하여 이의하고 배당이의의 소송을 제기할 수 있다.[4893]

(부정례) 소멸주의에 따른 경매절차에서는 우선채권자나 일반채권자의 배당요구와 배당을 인정하므로 그 절차에서 작성된 배당표에 대하여 배당이의의 소를 제기하는 것이 허용되지만, 인수주의에 따른 경매절차에서는 배당요구와 배당이 인정되지 아니하고 배당이의의 소도 허용되지 아니한다.[4894] 배당에 참가하지 못하는 채권자는 배당표에 대하여 이의할 수 없으므로, 채무자 역시 배당에 참가하지 못하는 채권자의 채권에 배당해야 한다는 이유로 배당이의의 소를 제기할 수는 없다.[4895]

채권자의 채권을 참작할 필요가 없으며, 이는 이의신청을 하지 아니한 다른 채권자 가운데 원고보다 선순위의 채권자가 있다 하더라도 마찬가지이기 때문이다).

4893) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다51627 판결; "의사무능력자가 채권자와 사이에 금전소비대차계약을 체결하고 그 대여금채권을 담보하기 위하여 자신의 소유의 부동산에 근저당권을 설정하여 준 후 위 근저당권에 기한 임의경매절차가 진행되어 최고가매수인에 대한 매각허가결정이 확정되고 그 매각대금에 대한 배당절차가 진행된 경우에, 의사무능력자의 법정대리인 등은 위 근저당권설정계약의 무효를 주장하여 경락인을 상대로 소유권의 취득을 다툴 수 있지만, 이와 별도로 배당금을 수령할 권리가 없는 근저당권자에게 배당이 이루어지는 것을 저지하기 위하여 배당절차에서 위 근저당권 및 피담보채권의 부존재를 주장하여 채권자의 배당액에 대하여 이의하고 나아가 채권자를 상대로 배당이의의 소송을 제기하는 것도 가능하다 할 것이다. 한편, 의사무능력자나 소유자가 근저당권설정계약의 무효를 주장하면서도 그 근저당권에 기한 임의경매절차의 배당절차를 통하여 그에게 배당된 돈을 수령하는 등의 행위가 객관적으로 보아 경락인으로 하여금 위 임의경매절차가 유효하다는 신뢰를 갖게 하는 정도에 이르러서, 그 후 그 경매절차의 무효를 주장하는 것이 금반언의 원칙 또는 신의칙 위반에 해당한다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 의사무능력자나 소유자가 경락인을 상대로 다시 근저당권의 무효를 주장하면서 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 제기할 수는 없게 될 것이지만, 아직 배당금을 수령하지 아니한 의사무능력자나 소유자가 배당절차에서 근저당권설정계약의 무효를 주장하여 배당이의를 하는 것이 부당하다고 할 수는 없다."

4894) 대법원 2014. 1. 23. 선고 2011다83691 판결; "유치권에 의한 경매도 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매와 마찬가지로 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시되고 우선채권자뿐만 아니라 일반채권자의 배당요구도 허용되며, 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받을 수 있다고 봄이 상당하다. 다만, 집행법원은 부동산 위의 이해관계를 살펴 위와 같은 법정매각조건과는 달리 매각조건 변경결정을 통하여 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 정할 수 있다. … 이 사건 경매는 유치권에 의한 경매이므로 집행법원의 매각조건 변경결정이 없는 이상 원칙적으로 소멸주의에 따라 진행되었다고 볼 것이지만, 위 기일입찰조서나 경매사건검색의 기재에 의하면 위 집행법원이 이 사건 경매를 인수주의에 따라 진행하기로 매각조건 변경결정을 하였을 가능성을 배제할 수 없고, 위 경매가 인수주의에 따라 진행되었다면 이 사건 배당이의의 소는 허용되지 않는다고 할 것이며, 이처럼 어느 소송형태가 허용되는지는 직권조사사항에 해당하므로, 원심으로서는 마땅히 이 사건 경매에 관하여 인수주의를 채택하는 내용의 매각조건 변경결정이 있었는지를 심리한 다음 이 사건 배당이의의 소가 허용되는지를 판단하였어야 한다. 그런데도 원심은 이에 관하여 아무런 심리, 판단을 하지 않은 채 본안에 관한 판단으로 나아가 피고의 이 사건 공사대금채권이 시효로 소멸하였다고 판단하고 말았으니, 원심판결에는 유치권에 의한 경매에서 배당이의의 소가 허용되는지에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다."

4895) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2013다86403 판결; "채무자가 채권자의 채권 자체가 아니라 채권의 순위, 즉 그 채권에 대하여 '다른 채권자'의 채권보다 우선하여 배당하는 것 등에 관하여 이의하는 경우, 채무자의 이러한 이의는 위 '다른 채권자'가 민사집행법의 규정에 따라 배당받을 채권자에 해당함을 전제로 하는 것인데, 민사집행법 제148조 각 호에 해당하지 아니하여 배당에 참가하지 못하는 채권자는 배당표에 대하여 이의할 수 없으므로, 채무자 역시 배당에 참가하지 못하는 위와 같은 채권자의 채권에 배당해야 한다는 이유로 배당이의의 소를 제기할 수는 없다." ☎ 부적법 각하.

2) 피고적격

채무자나 다른 채권자가 선정당사자를 상대로 그가 배당받는 것으로 적힌 금액 전체에 대하여 이의를 한 경우, 특별한 사정이 없는 한, 선정자들이 아닌 선정당사자가 배당표에 대한 이의의 상대방이 된 채권자로서 배당이의의 소의 피고적격을 가진다.[4896]

3) 공탁금·추심금 배당의 경우

민사집행법 제247조 제1항[4897]에 따라, 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자와 집행력 있는 정본을 가진 채권자는 공탁·추심 신고 시까지[4898] 법원[4899]에 배당요구[4900]를 할 수 있다.

4896) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다202490 판결; "배당표에 대한 이의는 그 배당표에 배당받는 것으로 적힌 채권자를 상대로 하여야 하는데, 배당절차에서 선정당사자가 선정되면 선정자들이 아닌 선정당사자만이 이러한 채권자 지위에 있으므로, 선정당사자만이 배당표에 대한 이의의 상대방이 된다. 그리고 채무자나 다른 채권자가 선정당사자를 상대로 그가 배당받는 것으로 적힌 금액 전체에 대하여 이의를 한 경우에, 이로 인하여 선정당사자와 선정자들 사이의 공동의 이해관계가 소멸하는 것이 아니므로, 선정자들이 집행법원에 대하여 선정행위를 취소하였다거나 선정당사자가 사망하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 선정자들이 아닌 선정당사자가 배당표에 대한 이의의 상대방이 된 채권자로서 배당이의의 소의 피고적격을 가진다. 따라서 위와 같은 특별한 사정이 없는 한, 선정당사자를 상대로 그가 배당받는 것으로 적힌 금액 전체에 대하여 이의를 한 채무자나 다른 채권자는 선정당사자를 피고로 하여 배당이의의 소를 제기하여 선정자들에게 귀속될 부분을 포함한 선정당사자가 배당받는 것으로 적힌 금액 전체에 대하여 경정을 구할 수 있다."

4897) **민사집행법 제247조(배당요구)** ① 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자와 집행력 있는 정본을 가진 채권자는 다음 각호의 시기까지 법원에 배당요구를 할 수 있다. 1. 제3채무자가 제248조제4항에 따른 공탁의 신고를 한 때 2. 채권자가 제236조에 따른 추심의 신고를 한 때 3. 집행관이 현금화한 금전을 법원에 제출한 때

4898) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다276631 판결; "민사집행법 제247조 제1항 제1호가 압류채권자 이외의 채권자가 배당요구의 방법으로 채권에 대한 강제집행절차에 참가하여 압류채권자와 평등하게 자신의 채권의 변제를 받는 것을 허용하면서도 다른 한편으로 그 배당요구의 종기를 제3채무자가 공탁의 사유를 신고한 때까지로 제한하고 있는 이유는, 제3채무자가 채무액을 공탁하고 그 사유 신고를 마치면 배당할 금액이 판명되어 배당절차를 개시할 수 있는 만큼 늦어도 그때까지는 배당요구가 마쳐져야 배당절차의 혼란과 지연을 막을 수 있기 때문이다. 이러한 배당요구 시한의 설정은 배당요구를 제한 없이 허용할 경우에 초래될 배당절차의 혼란과 지연을 방지하기 위한 합리적인 조치로서, 그로 말미암아 그때까지 배당요구를 하지 못한 채권자가 배당에서 제외되어 다른 채권자들에 비하여 차별대우를 받게 된다 하더라도 그러한 차별은 합리적인 이유가 있는 것이고, 물상대위에 있어서 우선변제청구권 있는 자의 경우라 하여 달리 취급할 수는 없다."

4899) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다276631 판결; "저당목적물의 변형물에 대하여 이미 제3자가 압류한 다음 저당권자가 민사집행법 제247조 제1항에 따른 배당요구를 하는 방법으로 물상대위권을 행사하려 할 경우 배당요구를 할 법원은 위 제3자에게 압류명령을 한 법원이다."

4900) ○ 대법원 2021. 12. 16. 선고 2018다226428 판결; "제3채무자의 집행공탁 전에 동일한 피압류채권에 대하여 다른 채권자의 신청에 의하여 압류·가압류명령이 발령되었더라도, 제3채무자의 집행공탁 후에야 그에게 송달되었다면 그 압류·가압류명령은 집행공탁으로 인하여 이미 소멸한 피압류채권에 대한 것이어서 효력이 생기지 아니한다. 다만 다른 채권자의 신청에 의하여 발령된 압류·가압류명령이 제3채무자의 집행공탁 후에야 제3채무자에게 송달되었더라도 공탁사유신고서에 이에 관한 내용까지 기재되는 등으로 집행법원이 배당요구의 종기인 공탁사유신고 시까지 이와 같은 사실을 알 수 있었고, 또한 그 채권자가 법률에 의하여 우선변제청구권이 있거나 집행력 있는 정본을 가진 채권자인 경우라면 배당요구의 효력은 인정된다. 이러한 법리는 다른 채권자의 신청에 의하여 발령된 압류·가압류명령이 제3채무자의 공탁사유신고 이후에 제3채무자에게 송달되었다고 하더라도 마찬가지이다." ☛ 집행법원이 공탁사유신고 시까지 위와 같은 사실을 알 수 없었던 경우라면 배당요구의 효력이 인정될 수 없다. 이러한 법리는 혼합공탁의 경우에도 그대로 적용된다(2014다87502).
○ 대법원 2015. 4. 23. 선고 2013다207774 판결; "압류가 경합되면 각 압류의 효력은 피압류채권 전부에

혼합공탁의 경우에도, 공탁금에서 지급 또는 변제받을 권리가 있음에도 불구하고 지급 또는 변제를 받지 못하였음을 주장하는 자는 배당표에 배당을 받을 것으로 기재된 다른 채권자들을 상대로 배당이의의 소를 제기할 수 있다.[4901]

부적법한 공탁사유신고에 의하여 개시된 배당절차에서의 배당에 대한 배당이의 소송은 부적법하다.[4902]

마. 제소기간

배당기일에 이의한 채권자나 채무자는 배당기일부터 1주일 이내에 배당이의의 소를 제기해야 한다.[4903]

미치므로(민사집행법 제235조), 압류가 경합된 상태에서 제3채무자가 민사집행법 제248조의 규정에 따라 집행공탁을 하여 피압류채권을 소멸시키면 그 효력은 압류경합 관계에 있는 모든 채권자에게 미친다. 그리고 이때 압류경합 관계에 있는 모든 채권자의 압류명령은 그 목적을 달성하여 효력을 상실하고 압류채권자의 지위는 집행공탁금에 대하여 배당을 받을 채권자의 지위로 전환되므로, 압류채권자는 제3채무자의 공탁사유 신고 시까지 민사집행법 제247조에 의한 배당요구를 하지 않더라도 그 배당절차에 참가할 수 있다. 따라서 압류가 경합된 상태에서 제3채무자가 집행공탁을 하여 사유를 신고하면서 경합된 압류 중 일부에 관한 기재를 누락하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니며, 그 후 이루어진 공탁금에 대한 배당절차에서 기재가 누락된 압류의 집행채권이 배당에서 제외된 경우에 그 압류채권자는 과다배당을 받게 된 다른 압류채권자 등을 상대로 배당이의의 소를 제기하여 배당표의 경정을 구할 수 있다." ☛ 체납처분에 의한 압류채권자가 공탁사유신고 시나 추심신고 시까지 민사집행법 제247조에 의한 배당요구를 따로 하지 않았다고 하더라도 배당절차에 참가할 수 있다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다203833 판결).

4901) ○ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다117461 판결; "집행공탁과 민법의 규정에 의한 변제공탁이 혼합되어 공탁된 이른바 혼합공탁의 경우에 어떠한 사유로 배당이 실시되었고 그 배당표상의 지급 또는 변제받을 채권자와 금액에 관하여 다툼이 있으면 이를 배당이의의 소라는 단일한 절차에 의하여 한꺼번에 분쟁을 해결함이 타당하므로, 공탁금에서 지급 또는 변제받을 권리가 있음에도 불구하고 지급 또는 변제받지 못하였음을 주장하는 자는 배당표에 배당받는 것으로 기재된 다른 채권자들을 상대로 배당이의의 소를 제기할 수 있다. 따라서 공탁금에서 적법하게 변제받을 지위에 있는 채권자는 배당이의의 소를 통하여 집행채권자들에 대한 배당액 중 변제공탁에 해당하는 부분으로서 배당재단이 될 수 없는 부분을 경정하여 이를 자신에게 배당할 것을 청구할 수 있다. 다만 이 경우에 집행공탁에 의한 정당한 배당재단 부분에 대하여는 다른 배당이의의 사유가 없는 한 종전의 배당표에서 정한 집행배당순위에 영향이 없으므로, 집행채권자의 채권이 배당표상의 다른 집행채권자의 채권보다 앞서거나 또는 적어도 동순위이기 때문에 그 배당이 잘못되지 않았더라도 여전히 배당을 받을 수 있었던 범위에서는 배당액이 유지되어야 하며, 결국 그 배당액을 넘는 범위에 한하여 배당표의 경정이 허용된다."

○ 대법원 2008. 5. 15. 선고 2006다74693 판결; '금전채권의 일부만이 압류되었음에도 그 채권 전액을 공탁한 경우, 그 공탁금 중 압류의 효력이 미치는 금전채권액은 집행공탁에, 압류금액을 초과하는 부분은 압류의 효력이 미치지 않으므로 집행공탁이 아닌 변제공탁에 해당하는데, 민사집행법 제247조 제1항에 의한 배당가입차단효는 배당을 전제로 한 집행공탁에 대하여만 발생하므로, 집행공탁과 변제공탁이 혼합된 소위 혼합공탁의 경우 변제공탁에 해당하는 부분에 대하여는 제3채무자의 공탁사유신고에 의한 배당가입차단효가 발생할 여지가 없기 때문에, 제3채무자의 공탁 및 그 사유신고 이전에 공탁금에 대하여 배당요구를 하지 않았고 다만 그 후 채무자의 공탁금출급청구권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받았을 뿐인 경우, 추심채권자가 공탁금 중 집행공탁에 해당하는 부분에 대하여는 배당가입차단효로 인하여 적법한 배당요구를 하였다고 볼 수 없으나 변제공탁에 해당하는 부분에 대하여는 제3채무자의 공탁사유신고에 의한 배당가입차단효가 발생할 여지가 없으므로 적법한 배당요구를 하였다고 보아야 하고, 따라서 집행채권자의 지위에서 공탁금 중 집행공탁에 해당하는 부분으로부터 배당받은 자에 대하여는 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 없으나, 변제공탁 해당 부분으로부터 배당받은 자에 대하여는 배당이의의 소 원고적격이 있다.'고 한 예.

4902) 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다205915 판결.

4903) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다216523 판결; "**민사집행법 제154조** … **제3항**은 '이의한 채권자나 채무자

바. 청구이의의 소와의 관계

배당절차의 '채무자'가 '집행력 있는 집행권원의 정본'을 가진 채권자에 대하여 청구이의의 소가 아니라 배당이의의 소를 제기하는 것은 부적법하다.[4904] '확정되지 않은 가집행선고 있는 판결'에 대해서는 청구이의의 소나 배당이의의 소 둘 다 부적법하나,[4905] 배당이의소송 중에 가집행선고 있는 제1심판결이 항소심에서 전부 취소되고 확정되면 하자가 치유된다.[4906]

집행력 있는 판결 정본을 가진 채권자가 우선변제권을 주장하며 담보권에 기하여 배당요구를 한 경우, 채무자가 이를 다투고자 하는 때에는 배당이의의 소를 제기하면 되고 청구이의의 소를 제기할 필요는 없다.[4907]

가 배당기일부터 1주 이내에 집행법원에 대하여 제1항의 소를 제기한 사실을 증명하는 서류를 제출하지 아니한 때 또는 제2항의 소를 제기한 사실을 증명하는 서류와 그 소에 관한 집행정지재판의 정본을 제출하지 아니한 때에는 이의가 취하된 것으로 본다.'라고 정하고 있다. … 민사소송법 제265조는 '시효의 중단 또는 법률상 기간을 지킴에 필요한 재판상 청구는 소를 제기한 때 또는 제260조 제2항·제262조 제2항 또는 제264조 제2항의 규정에 따라 서면을 법원에 제출한 때에 그 효력이 생긴다.'라고 정하고 있다. 위와 같은 관련 규정을 종합하면, 배당기일에 이의한 채권자나 채무자는 배당기일부터 1주일 이내에 배당이의의 소를 제기해야 하는데, 소송 도중에 배당이의의 소로 청구취지를 변경한 경우 제소기간을 준수하였는지 여부는 청구취지 변경신청서를 법원에 제출한 때를 기준으로 판단해야 한다."

4904) **민사집행법 제154조(배당이의의 소 등)** ② 집행력 있는 집행권원의 정본을 가진 채권자에 대하여 이의한 채무자는 청구이의의 소를 제기하여야 한다. ☛ 대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다228441 판결; "배당절차에서 작성된 배당표에 대하여 채무자가 이의하는 경우, 집행력 있는 집행권원의 정본을 가진 채권자의 채권 자체, 즉 채권의 존재 여부나 범위에 대해 이의한 채무자는 집행권원의 집행력을 배제시켜야 하므로, 청구이의의 소를 제기해야 하고 배당이의의 소를 제기할 수 없다. 배당절차에서 채무자가 갖는 잉여금채권에 대해 압류와 추심명령을 받은 채권자도 추심권 행사의 일환으로 청구이의의 소를 제기할 수 있다."

4905) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2013다86403 판결; "가집행선고 있는 판결에 대하여는 그 판결이 확정된 후가 아니면 청구이의의 소를 제기할 수 없으나(민사집행법 제44조 제1항), 채무자는 상소로써 채권의 존재 여부나 범위를 다투어 그 판결의 집행력을 배제시킬 수 있고 집행정지결정을 받을 수도 있으므로, 확정되지 아니한 가집행선고 있는 판결에 대하여 청구이의의 소를 제기할 수 없다고 하여 채무자가 이러한 판결의 정본을 가진 채권자에 대하여 채권의 존재 여부나 범위를 다투기 위하여 배당이의의 소를 제기할 수 있는 것이 아니다." ☞ 부적법 각하.

4906) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다228441 판결; "가집행선고는 그 선고 또는 본안판결을 바꾸는 판결의 선고로 바뀌는 한도에서 효력을 잃게 되므로(민사소송법 제215조), 만일 가집행선고 있는 제1심판결이 항소심에서 전부 취소되어 가집행선고의 효력도 상실되었다면 더 이상 집행력 있는 집행권원의 정본을 가진 채권자가 아니다. 채무자가 가집행선고 있는 제1심판결을 가진 채권자를 상대로 채권의 존부와 범위를 다투기 위해 제기한 배당이의의 소는 부적법하지만, 배당이의소송 도중 가집행선고 있는 제1심판결이 항소심에서 전부 취소되었고 그대로 확정되기까지 하였다면 위와 같은 배당이의의 소의 하자는 치유된다고 보아야 한다. 이러한 배당이의의 소의 하자 치유 여부는 특별한 사정이 없는 한 사실심 변론종결일을 기준으로 판단해야 한다."

4907) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다70018 판결; "집행력 있는 판결 정본을 가진 채권자가 우선변제권을 주장하며 담보권에 기하여 배당요구를 한 경우에는 배당의 기초가 되는 것은 담보권이지 집행력 있는 판결 정본이 아니므로, 채무자가 그 담보권에 대한 배당에 관하여 우선변제권이 미치는 피담보채권의 존부 및 범위 등을 다투고자 하는 때에는 배당이의의 소로 다투면 되고, 집행력 있는 판결 정본의 집행력을 배제하기 위하여 필요한 청구이의의 소를 제기할 필요는 없다. 이러한 경우 배당이의소송에서는 채권자의 담보권에 의하여 담보되는 채권의 존부 및 범위뿐만 아니라 그 우선변제권의 순위 등에 대한 판단이 함께 이루어지고 이에 따라 판결 주문에서 배당표의 경정이 이루어지는 것이므로, 그 배당이의의 소가 제기되기 전 또는 후에 채무자에게 채권자에 대하여 그 피담보채무의 이행을 명하는 판결이 확정되었다 하더라도 그 이행의 소의 소송물과 배당이의의 소의 소송물이 서로 동일하다고 볼 수 없다. … 채무자로서는 그 담보권에 대한 배당에 이의한 후 제기한 배당이

사. 기판력, 부당이득반환 청구와의 관계

① 배당이의의 전소와 배당액에 대한 부당이득반환의 후소,[4908] ② 원고 채권 존부 확인의 전소와 배당이의의 후소[4909]는 선결적 법률관계에 있으므로, 전소의 기판력이 후소에 미친다. 저당권설정등기 말소등기청구 소송의 기판력은 소송물로 주장된 말소등기청구권의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치므로, 배당이의의 소에는 미치지 않는다.[4910]

'배당받을 권리 있는 채권자'[4911]가 자신이 배당받을 몫을 받지 못하고 그로 인해 '권리 없는 다른 채권자'가 그 몫을 배당받은 경우, 배당이의 여부 또는 배당표의 확정 여부와 관계없이,[4912] '배당받을 수 있었던 채권자'가 '배당금을 수령한 다른 채권자'[4913]를 상대

의의 소에서 그 담보권에 기한 우선변제권이 미치는 피담보채권의 존부 및 범위 등을 다투기 위하여 상계를 주장할 수 있고, 이 경우 채무자의 상계에 의하여 소멸하는 것은 피담보채권 자체이지 집행력 있는 판결 정본의 집행력이 아님이 명백하므로, 이러한 상계를 주장하기 위하여 집행력 있는 판결 정본의 집행력을 배제하기 위하여 필요한 청구이의의 소를 제기할 필요는 없다."

4908) 99다3501; "채권자가 제기한 배당이의의 소의 본안판결이 확정된 때에는 이의가 있었던 배당액에 관한 실체적 배당수령권의 존부의 판단에 기판력이 생긴다고 할 것이고, 위 배당이의의 소에서 패소의 본안판결을 받은 당사자가 그 판결이 확정된 후 상대방에 대하여 위 본안판결에 의하여 확정된 배당액이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 소송을 제기한 경우에는, 전소인 배당이의의 소의 본안판결에서 판단된 배당수령권의 존부가 부당이득반환청구권의 성립 여부를 판단하는 데에 있어서 선결문제가 된다고 할 것이므로, 당사자는 그 배당수령권의 존부에 관하여 위 배당이의의 소의 본안판결의 판단과 다른 주장을 할 수 없고, 법원도 이와 다른 판단을 할 수 없다."

4909) 2010다42259; "배당이의의 소의 당사자인 원고와 피고 사이의 전소에서 원고 채권의 존부에 대한 판결이 확정되었다면, 그 판결의 기판력은 원고 채권의 존부를 선결문제로 하는 배당이의의 소에 미친다고 할 것이므로, 배당이의의 소에서 전소의 확정판결과 모순·저촉되는 판단을 할 수 없다."

4910) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다53790 판결.

4911) 대법원 2021. 12. 16. 선고 2021다215701 판결; "배당절차에서 권리 없는 자가 배당을 받아감으로써 법률상 원인 없이 부당이득을 하였다 하더라도, 그로 인하여 손해를 입은 사람은 배당이 잘못되지 않았다면 배당을 받을 수 있었던 사람이지 다음 순위의 배당을 받을 수 있는 채권자가 있음에도 곧바로 손해가 채무자에게 귀속된다고 할 수는 없다. 후순위 근저당권과 함께 그 피담보채권을 양수하였지만 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 양수인이 선순위 근저당권자가 신청한 경매절차에서 배당을 받은 경우에, 채무자가 양수인을 상대로 채권양도의 대항요건 미비를 이유로 배당이의절차에서 다툼으로써 양수인이 배당을 받지 못하게 되더라도, 그 후순위 근저당권이 경매개시결정등기 전에 등기되어 매각으로 소멸하는 이상 채무자에 대한 관계에서 양도인이 민사집행법 제148조 제4호에 따라 배당요구 없이 당연히 배당을 받는 근저당권자에 해당한다고 볼 수 있으므로, 채무자에게는 위 배당으로 인하여 손해가 발생하였다고 할 수 없다."

4912) 여기에는, ① 적법한 배당요구를 하여 배당절차에 참가한 채권자로서 배당기일에 출석하고도 배당이의를 하지 않은 경우는 물론, ② 적법한 통지를 받고도 배당기일에 출석하지 않아 배당표에 따른 배당의 실시에 동의한 것으로 간주되는 경우(민사집행법 제153조 제1항), ③ 배당이의를 하였다가 이의를 취하한 경우, ④ 배당이의의 소를 제기하고도 제1회 변론기일에 출석하지 않아 배당이의의 소를 취하한 것으로 간주되는 경우를 포함한다. 배당기일에서 이의한 채권자가 배당이의의 소제기 증명서류 제출기간을 지키지 못한 경우는, 민사집행법 제155조의 명문 규정에 의하여, 배당표에 따른 배당을 받은 채권자에 대하여 소로 우선권 및 그 밖의 권리를 행사하는 데 영향을 미치지 않는다(민사집행법 제155조는 채권자가 배당이의 등과 같은 일정한 절차를 밟지 않았는지 여부나 배당이의의 소의 소송계속이 소멸하였는지 여부와 상관없이 그로 인해 자신의 실체법상 권리까지 잃게 되는 것이 아님을 확인한 규정으로 볼 수 있다).

4913) 대법원 2024. 4. 12. 선고 2023다315155 판결; "이때 부당이득반환의무를 부담하는 '배당금을 수령한 다른 채권자'는 실체법적으로 볼 때 배당을 통하여 법률상 원인 없이 이득을 얻은 사람을 의미하고, 그가 부동산 임의경매절차에서 현실적으로 배당금을 수령한 사람과 언제나 일치하여야 하는 것은 아니다. … 질권설정자의 채무자에 대한 근저당권부채권 범위를 초과하여 질권자의 질권설정자에 대한 피담보채권 범위 내에서 질권자에게 배당금이 직접 지급됨으로써 질권자가 피담보채권의 만족을 얻은 경우, 실체법적으로 볼 때 배당을 통하

로 부당이득반환 청구를 할 수 있다.[4914] 배당요구를 하여야 배당을 받을 수 있는 채권자(민사집행법 제148조 제2호)가 배당요구의 종기까지 적법한 배당요구를 하지 않아 배당에서 아예 제외된 경우에는 부당이득반환 청구를 할 수 없다.[4915] 배당이의소송에서 승소확정판결에 기하여 배당을 받은 채권자가 패소확정판결을 받은 자 아닌 다른 배당요구채권자가 배당받을 몫까지도 배당받은 결과가 되는 경우, 그 다른 배당요구채권자는 위 채권자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다.[4916]

아. 취하간주 특칙의 요건

이의한 사람이 배당이의의 소의 첫 변론기일에 출석하지 아니한 때에는 소를 취하한 것으로 본다(민사집행법 제158조). '첫 변론기일'에 '첫 변론준비기일'은 포함되지 않고,[4917] 따라서 배당이의의 소송에서 첫 변론준비기일에 출석한 원고라고 하더라도 첫 변론기일에 불출석하면 소를 취하한 것으로 본다.[4918]

여 법률상 원인 없이 이득을 얻은 사람은 피담보채권이라는 법률상 원인에 기하여 배당금을 수령한 질권자가 아니라 근저당권부채권이라는 법률상 원인의 범위를 초과하여 질권자에게 배당금이 지급되게 함으로써 자신의 질권자에 대한 피담보채무가 소멸하는 이익을 얻은 질권설정자이다."

4914) 대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결의 다수의견; "대법원은 배당받을 권리 있는 채권자가 자신이 배당받을 몫을 받지 못하고 그로 인해 권리 없는 다른 채권자가 그 몫을 배당받은 경우에는 배당이의 여부 또는 배당표의 확정 여부와 관계없이 배당받을 수 있었던 채권자가 배당금을 수령한 다른 채권자를 상대로 부당이득반환 청구를 할 수 있다는 입장을 취해 왔다. 이러한 법리의 주된 근거는 배당절차에 참가한 채권자가 배당이의 등을 하지 않아 배당절차가 종료되었더라도 그의 몫을 배당받은 다른 채권자에게 그 이득을 보유할 정당한 권원이 없는 이상 잘못된 배당의 결과를 바로잡을 수 있도록 하는 것이 실체법 질서에 부합한다는 데에 있다. 나아가 위와 같은 부당이득반환 청구를 허용해야 할 현실적 필요성(배당이의의 소의 한계나 채권자 취소소송의 가액반환에 따른 문제점 보완), 현행 민사집행법에 따른 배당절차의 제도상 또는 실무상 한계로 인한 문제, 민사집행법 제155조의 내용과 취지, 입법 연혁 등에 비추어 보더라도, 종래 대법원 판례는 법리적으로나 실무적으로 타당하므로 유지되어야 한다."

4915) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다216523 판결; "집행력 있는 정본을 가진 채권자 등은 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있고, 적법한 배당요구를 하지 않은 경우에는 매각대금으로부터 배당을 받을 수는 없다. 이러한 채권자가 적법한 배당요구를 하지 않아 배당에서 제외되는 것으로 배당표가 작성되어 배당이 실시되었다면, 그가 적법한 배당요구를 한 경우에 배당받을 수 있었던 금액에 해당하는 돈이 다른 채권자에게 배당되었다고 해서 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없다." ☜ 부당이득반환청구를 '기각'하지 않고 각하한 것은 잘못이라고 한 예.

4916) 대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결; "배당이의소송은 대립하는 당사자인 채권자들 사이의 배당액을 둘러싼 분쟁을 상대적으로 해결하는 것에 지나지 않으며, 그 판결의 효력은 오직 소송당사자인 채권자들 사이에만 미칠 뿐이므로, 어느 채권자가 배당이의소송의 승소확정판결 또는 이와 같은 효력을 가지는 화해권고결정 등에 기초하여 경정된 배당표에 따라 배당을 받은 경우에도, 그 배당이 배당이의소송의 당사자 아닌 다른 배당요구채권자가 배당받을 몫까지도 배당받은 결과로 된다면 그 다른 배당요구채권자는 배당이의소송의 승소확정판결 또는 화해권고결정 등에 따라 배당받은 채권자를 상대로 부당이득반환 청구를 할 수 있다."

4917) 대법원 2006. 11. 10. 선고 2005다41856 판결.

4918) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다34876 판결.

6. 기 타

가. 집행문부여의 소

민사집행법 제33조[4919]에 규정된 집행문부여의 소는 채권자가 집행문을 부여받기 위하여 증명서로써 증명하여야 할 사항에 대하여 그 증명을 할 수 없는 경우에 증명방법의 제한을 받지 않고 그러한 사유에 터 잡은 집행력이 현존하고 있다는 점을 주장·증명하여 판결로써 집행문을 부여받기 위한 소로서, 집행에 조건이 붙어 있어 '조건의 성취'[4920]를 주장하거나 채권자 또는 채무자의 '승계사실'[4921]을 주장하면서 집행문부여를 구하는 경우에 제기할 수 있다. 따라서 채무자가 청구에 관한 이의의 소에서의 이의 사유를 집행문 부여의 소에서 주장하는 것은 허용되지 않는다.[4922] 일부 인용의 경우, 강제집행 할 수 있는 범위를 특정하여 집행문부여를 명해야 한다.[4923]

4919) **민사집행법 제33조(집행문부여의 소)** 제30조 제2항 및 제31조의 규정에 따라 필요한 증명을 할 수 없는 때에는 채권자는 집행문을 내어 달라는 소를 제1심 법원에 제기할 수 있다. **제30조(집행문부여)** ② 판결을 집행하는 데에 조건이 붙어 있어 그 조건이 성취되었음을 채권자가 증명하여야 하는 때에는 이를 증명하는 서류를 제출하여야만 집행문을 내어 준다. 다만, 판결의 집행이 담보의 제공을 조건으로 하는 때에는 그러하지 아니하다. **제31조(승계집행문)** ① 집행문은 판결에 표시된 채권자의 승계인을 위하여 내어 주거나 판결에 표시된 채무자의 승계인에 대한 집행을 위하여 내어 줄 수 있다. 다만, 그 승계가 법원에 명백한 사실이거나, 증명서로 승계를 증명한 때에 한한다.

4920) 대법원 2022. 2. 11. 선고 2020다229987 판결; "부대체적 작위채무에 대한 간접강제결정의 경우, 그 주문의 형식과 내용에 비추어 간접강제결정에서 명한 배상금 지급의무의 발생 여부나 발생 시기 및 범위를 확정할 수 있다면 간접강제결정을 집행하기 위한 조건이 붙어 있다고 볼 수 없으므로, 민사집행법 제30조 제2항에 따른 조건의 성취를 증명할 필요 없이 집행문을 부여받을 수 있다. 반면 그러한 간접강제결정에서 명한 배상금 지급의무의 발생 여부나 시기 및 범위가 불확정적인 것이라면 간접강제결정을 집행하는 데에 민사집행법 제30조 제2항의 조건이 붙어 있다고 보아야 하므로, 민사집행법 제30조 제2항에 따라 그 조건이 성취되었음을 증명하여야 집행문을 부여받을 수 있다." ☜ 피고 회사에게 '원고(노조)의 2016. 12. 1.자 교섭요구에 대하여 가처분결정을 송달받은 날부터 7일 동안 교섭요구사실을 공고하는 등 교섭창구 단일화 절차를 이행하고 이를 위반할 경우 위반일수 1일당 2백만 원의 배상금을 지급할 것'을 명하는 가처분 결정은 배상금 지급의무의 발생 여부와 발생 시기 및 범위를 확정할 수 있는 경우로서 민사집행법 제30조 제2항에 따른 조건의 성취를 증명할 필요 없이 집행문을 부여받을 수 있는 간접강제결정에 해당하고, 그 집행에 조건이 붙은 경우라고 볼 수 없으므로, 집행문부여의 소로써 집행문부여를 구할 수 없다고 한 다음, 원심이, 간접강제결정을 집행하는 데에 조건이 붙어 있지 않으므로 그 간접강제결정에 대하여 집행문부여를 구하는 이 사건 소는 부적법하고 이는 집행문부여에 관한 이의신청 재판에 대하여 특별항고로만 다툴 수 있다고 하더라도 마찬가지라는 취지로 판단한 것은 정당하다고 한 예.

4921) 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다21967 판결; "중첩적 채무인수는 당사자의 채무는 그대로 존속하며 이와 별개의 채무를 부담하는 것에 불과하므로 새로 채무의 이행을 소구하는 것은 별론으로 하고 판결에 표시된 채무자에 대한 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 채무자 이외의 자에게 확장하여 승계집행문을 부여할 수는 없으나, 채무자의 채무를 소멸시켜 당사자인 채무자의 지위를 승계하는 이른바 면책적 채무인수는 위 조항(민사집행법 제31조 제1항)에서 말하는 승계인에 해당한다고 볼 수 있다."

4922) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다93087 판결(원고가 피고를 상대로 승계집행문의 부여를 구하는 선행판결에 표시된 피승계인의 피고에 대한 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 이미 완성되었으므로 원고의 승계집행문 부여 청구에 응할 수 없다는 피고의 주장에 대하여, 승계집행문 부여의 소에서 집행채무자가 청구에 관한 이의 사유를 청구이의의 반소를 제기하지 않은 채 단순히 항변으로만 주장하는 것은 허용될 수 없다는 이유로 피고의 위 주장을 배척한 원심판단이 정당하다고 한 예).

4923) 집행문부여의 소에서 집행문부여를 구하는 원고의 청구 범위 중 일부에 대하여만 집행력의 존재가 인정되는 경우 법원은 집행문부여기관이 집행권원에 표시된 청구권 중 그 집행력이 인정되는 일부에 대하여만 집행문을

나. 집행문부여에 대한 이의

'집행문부여에 대한 이의신청'은 집행문부여기관의 조사사항에 속하는 요건에 흠결[4924]이 있음에도 집행문부여기관이 이를 간과하고 잘못 부여한 경우에 집행문부여가 부적법함을 주장하여 그 취소 기타의 시정을 구하는 채무자의 신청이다.[4925] 따라서 집행권원에 표시된 청구권의 소멸, 변경 등 실체상의 사유는 집행문부여기관이 이를 조사·판단할 권한이 없으므로 집행문부여에 대한 적법한 이의사유가 될 수 없다.[4926]

'집행문 부여에 대한 이의의 소'[4927]는 ① 판결을 집행하는 데에 조건이 붙어 있어 그 조건이 성취되음을 채권자가 증명하여야 하는 때에 이를 증명하는 서류를 제출하여 집행문을 내어 준 경우(제30조 제2항)와 ② 판결에 표시된 채권자의 승계인을 위하여 내어 주거나 판결에 표시된 채무자의 승계인에 대한 집행을 위하여 집행문을 내어 준 경우(제31조 제1항)에, 채무자가 집행문부여에 관하여 증명된 사실에 의한 판결의 집행력을 다투거나, 인정된 승계에 의한 판결의 집행력을 다투는 때에는 제1심 판결법원(직분관할, 전속관할)[4928]에 제기할 수 있다.

내어줄 수 있도록 강제집행을 할 수 있는 범위를 특정하여 집행문부여를 명하여야 한다(2009다18045). 그 **주문 형식**은 "원고와 피고 사이의 서울동부지방법원 2005가단66986(본소), 2006가단2750(반소) 사건에서 확정된 조정에 갈음하는 결정의 결정사항 중 제3항 전단에 관하여 2,100만 원의 범위에서 서울동부지방법원 법원사무관은 피고에 대한 강제집행을 위하여 원고에게 집행문을 내어주라."이다.

4924) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2013다80627 판결; "부대체적 작위의무에 관하여 의무이행 기간을 정하여 그 기간 동안 의무의 이행을 명하는 가처분결정이 있은 경우에 그 가처분결정에서 정한 의무이행 기간이 경과하면, 가처분의 효력이 소멸하여 그 가처분결정은 더 이상 집행권원으로서의 효력이 없다. 따라서 가처분결정에서 정한 의무이행 기간이 경과한 후에 이러한 가처분결정에 기초하여 간접강제결정이 발령되어 확정되었더라도, 그 간접강제결정은 무효인 집행권원에 기초한 것으로서 강제집행의 요건을 갖추지 못하였으므로, 간접강제결정에서 정한 배상금에 대하여 집행권원으로서의 효력을 가질 수 없다. 이때 채무자로서는 집행문부여에 대한 이의신청으로 무효인 간접강제결정에 대하여 부여된 집행문의 취소를 구할 수 있다."

4925) **민사집행법 제34조(집행문부여 등에 관한 이의신청)** ① 집행문을 내어 달라는 신청에 관한 법원사무관등의 처분에 대하여 이의신청이 있는 경우에는 그 법원사무관등이 속한 법원이 결정으로 재판한다. ② 집행문부여에 대한 이의신청이 있는 경우에는 법원은 제16조제2항의 처분에 준하는 결정을 할 수 있다.

4926) 대법원 2011. 3. 8.자 2011카기85 결정(가집행선고부 판결에서 지급을 명한 금액을 전액 변제공탁하였으므로 위 판결에 대하여 승계집행문을 부여한 것이 위법하다는 신청인 주장의 사유는 위 판결에 표시된 청구권의 소멸이라는 실체상의 사유로서 집행문부여에 대한 적법한 이의사유가 되지 못한다고 한 예).

4927) **민사집행법 제45조(집행문부여에 대한 이의의 소)** 제30조 제2항과 제31조의 경우에 채무자가 집행문부여에 관하여 증명된 사실에 의한 판결의 집행력을 다투거나, 인정된 승계에 의한 판결의 집행력을 다투는 때에는 제44조의 규정을 준용한다. 다만, 이 경우에도 제34조의 규정에 따라 집행문부여에 대하여 이의를 신청할 수 있는 채무자의 권한은 영향을 받지 아니한다. **제44조(청구에 관한 이의의 소)** ① 채무자가 판결에 따라 확정된 청구에 관하여 이의하려면 제1심 판결법원에 청구에 관한 이의의 소를 제기하여야 한다.

4928) 대법원 2022. 12. 15.자 2022그768 결정; "여기서 '제1심 판결법원'이란 집행권원인 판결에 표시된 청구권, 즉 그 판결에 기초한 강제집행에 의하여 실현될 청구권에 대하여 재판을 한 법원을 가리키고, 이는 직분관할로서 성질상 전속관할에 속한다. … 집행문부여에 대한 이의의 소는 강제집행을 계속하여 진행하는 데에는 영향을 미치지 아니하므로(민사집행법 제46조 제1항), 채무자가 강제집행의 속행을 저지하기 위해서는 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기한 후 법원으로부터 강제집행의 정지를 명하는 잠정처분을 받아 집행기관에 이를 제출하여야 한다. 잠정처분은 원칙적으로 집행문부여에 대한 이의의 소가 계속 중인 수소법원이 관할하도록 되어 있고, 이 역시 수소법원의 직분관할로서 성질상 전속관할에 해당한다. … 민사집행법 제56조는 제5호에서 집행

❶ 위 ①, ②에 해당하지 않는 경우의 집행문부여에 대한 이의의 소는 부적법하고,[4929] ❷ '집행문이 부여된 후 강제집행이 종료될 때'까지 제기할 수 있으므로 강제집행이 종료된 이후에는 이를 제기할 소의 이익이 없으며,[4930] ❸ 의사표시의무의 집행으로 인한 이전등기에 하자가 있는 경우, 이미 집행이 종료되어 소의 이익이 없는 집행문부여에 대한 이의의 소가 아닌, 그 등기의 말소나 회복 청구의 소를 제기하여야 한다.[4931]

조건의 성취 또는 승계 사실의 존부는 본안 판단 사항이고 그 증명책임은 채권자인 피고에게 있다.

채무자가 부대체적 작위의무로서 장부 또는 서류의 열람·등사를 허용할 의무를 위반한 경우 배상금을 지급하도록 명한 간접강제결정은 조건이 붙어 있는 경우에 해당하고, '채권자'는 그 조건 성취의 증명을 위해 ① 채무자에게 특정 장부 또는 서류의 열람·등사를 요구한 사실, ② 그 특정 장부 또는 서류가 본래의 집행권원에서 열람·등사의 허용을 명한 장부 또는 서류에 해당한다는 사실 등을 증명하여야 하며, '채무자'가 해당 장부 또는 서류가 존재하지 않기 때문에 열람·등사 허용의무를 위반한 것이 아니라고 주장하려면 그 장부 또는 서류가 존재하지 않는다는 사실을 증명하여야 한다.[4932]

권원 중의 하나로 '소송상 화해, 청구의 인낙 등 그 밖에 확정판결과 같은 효력을 가지는 것'을 들고 있고, 민사집행법 제57조는 '제56조의 집행권원에 기초한 강제집행에 대하여는 제45조의 규정을 준용한다.'고 규정하고 있으며, 민사조정법 제29조는 "조정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다."라고 규정하고 있다. 따라서 수소법원인 지방법원 합의부가 한 조정을 대상으로 한 집행문부여에 대한 이의의 소는 이를 처리한 지방법원 합의부의 전속관할에 속하고, 이에 부수한 잠정처분의 신청도 집행문부여에 대한 이의의 소가 계속 중인 지방법원 합의부의 전속관할에 속한다."

4929) 대법원 2016. 8. 18. 선고 2014다225038 판결: 원심이 본안을 심리·판단하여 기각한 데 대하여, 이 사건 집행문은 집행권원에 관하여 이미 집행문을 내어 주었다가 다시 내어 달라는 신청을 받고 다시 내어 준 것일 뿐, 위 두 경우가 아니어서, 집행문부여에 대한 이의신청을 할 수 있을 뿐 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기할 수는 없어 집행문부여에 대한 이의의 소는 부적법하다고 직권으로 판단(파기자판, 소 각하)한 예.

4930) 대법원 2003. 2. 14. 선고 2002다64810 판결(따라서 ① 집행력 있는 집행권원에 터 잡아 집행채권의 일부에 관하여 채권의 압류 및 전부명령이 발하여진 경우에 전부명령에 포함된 집행채권과 관련하여서는 그 전부명령의 확정으로 집행절차가 종료하게 되므로 그 부분에 관한 한 집행문 부여에 대한 이의의 소를 제기할 이익이 없으나, ② 전부명령에 포함되지 아니하여 만족을 얻지 못한 잔여 집행채권 부분에 관하여는 아직 압류사건이 존속하게 되므로 강제집행절차는 종료되었다고 볼 수 없고, ③ 추심명령의 경우에는 그 명령이 발령되었다고 하더라도 그 이후 배당절차가 남아 있는 한 아직 강제집행이 종료되었다고 할 수 없다).

4931) 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다73021 판결: "집행권원상의 의사표시를 하여야 하는 채무가 반대급부의 이행 등 조건이 붙은 경우에는 채권자가 그 조건 등의 성취를 증명하여 재판장의 명령에 의하여 집행문을 받아야만 의사표시 의제의 효과가 발생한다. 따라서 반대급부의 이행 등 조건이 성취되지 않았는데도 등기신청의 의사표시를 명하는 판결 등의 집행권원에 집행문이 잘못 부여된 경우에는 그 집행문부여는 무효라 할 것이나, 이러한 집행문부여로써 강제집행이 종료되고 더 이상의 집행 문제는 남지 않는다는 점을 고려하면 집행문부여에 대한 이의신청이나 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기할 이익이 없으므로, 채무자로서는 집행문부여에 의하여 의제되는 등기신청에 관한 의사표시가 무효라는 것을 주장하거나 그에 기초하여 이루어진 등기의 말소 또는 회복을 구하는 소를 제기하여야 한다."

4932) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다268695 판결: "부대체적 작위채무로서 장부 또는 서류의 열람·등사를 허용할 것을 명하는 집행권원에 대한 간접강제결정의 주문에서 채무자가 열람·등사 허용의무를 위반하는 경우 민사집행법 제261조 제1항의 배상금을 지급하도록 명하였다면, 그 문언상 채무자는 채권자가 특정 장부 또는 서류의 열람·등사를 요구할 경우에 한하여 이를 허용할 의무를 부담하는 것이지 채권자의 요구가 없어도 먼저

집행채권자가 집행채무자의 상속인들에 대하여 승계집행문을 부여받았으나 상속인들이 적법한 기간 내에 상속을 포기함으로써 그 승계적격이 없는 경우에 상속인들은 그 집행정본의 효력 배제를 구하는 방법으로서 집행문 부여에 대한 이의신청 외에 집행문 부여에 대한 이의의 소를 제기할 수도 있다.[4933]

승계집행문 부여에 대한 이의의 소에서 '승계' 사실에 대한 증명책임은 채권자인 피고에게 있으므로, 집행권원에 표시된 당사자에 관하여 실체법적인 승계가 있었는지 여부의 사실관계를 심리한 후 승계 사실이 충분히 증명되지 않거나 오히려 승계의 반대사실이 증명되는 경우에는 승계집행문을 취소하고 그 승계집행문에 기한 강제집행을 불허하여야 한다.[4934]

채권자에게 특정 장부 또는 서류를 제공할 의무를 부담하는 것은 아니다. 따라서 그러한 간접강제결정에서 명한 배상금 지급의무는 그 발생 여부나 시기 및 범위가 불확정적이라고 봄이 타당하므로, 그 간접강제결정은 이를 집행하는 데 민사집행법 제30조 제2항의 조건이 붙어 있다고 보아야 한다. 채권자가 그 조건이 성취되었음을 증명하기 위해서는 채무자에게 특정 장부 또는 서류의 열람·등사를 요구한 사실, 그 특정 장부 또는 서류가 본래의 집행권원에서 열람·등사의 허용을 명한 장부 또는 서류에 해당한다는 사실 등을 증명하여야 한다. 이 경우 집행문은 민사집행법 제32조 제1항에 따라 재판장의 명령에 의해 부여하되 강제집행을 할 수 있는 범위를 집행문에 기재하여야 한다. … 가처분결정에서 특정 장부 또는 서류에 대한 열람·등사의 허용을 명하였다면 이는 그 해당 장부 또는 서류가 존재한다는 사실이 소명되었음을 전제로 한 판단이다. 따라서 그 가처분결정에 기초한 강제집행 단계에서 채무자가 해당 장부 또는 서류가 존재하지 않기 때문에 열람·등사 허용의무를 위반한 것이 아니라고 주장하려면 그 장부 또는 서류가 존재하지 않는다는 사실을 증명하여야 한다."

4933) 대법원 2003. 2. 14. 선고 2002다64810 판결. 집행권원에 표시된 가분채무가 여러 사람에게 공동상속된 경우, 그 채무는 공동상속인 사이에서 상속분에 따라 분할되고, 따라서 이 경우 부여되는 승계집행문에는 상속분의 비율 또는 그에 기한 구체적 수액을 기재하여야 하며, 비록 그와 같은 기재를 누락하였다고 하더라도 그 승계집행문은 각 공동상속인에 대하여 각 상속분에 따라 분할된 채무 금액에 한하여 효력이 있는 것으로 보아야 하고, 또한 이 경우 승계집행문 부여의 적법 여부 및 그 효력의 유무를 심사함에 있어서도 각 공동상속인 별로 개별적으로 판단하여야 한다.

4934) ○ 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다111630 판결: "승계집행문은 판결에 표시된 채무자의 포괄승계인이나 그 판결에 기한 채무를 특정하여 승계한 자에 대한 집행을 위하여 부여하는 것인데, 이와 같은 강제집행절차에 있어서는 권리관계의 공권적인 확정 및 그 신속·확실한 실현을 도모하기 위하여 절차의 명확·안정을 중시하여야 하므로, 그 기초되는 채무가 판결에 표시된 채무자 이외의 자가 실질적으로 부담하여야 하는 채무라거나 그 채무가 발생하는 기초적인 권리관계가 판결에 표시된 채무자 이외의 자에게 승계되었다고 하더라도, 그 자가 판결에 표시된 채무자의 포괄승계인이거나 그 판결상의 채무 자체를 특정하여 승계하지 아니한 이상, 그 자에 대하여 새로이 그 채무의 이행을 소구하는 것은 별론으로 하고, 판결에 표시된 채무자에 대한 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 그 채무자 이외의 자에게 확장하여 승계집행문을 부여할 수는 없으며, 승계집행문 부여에 대한 이의의 소에서 승계사실에 대한 증명책임은 채권자인 피고에게 있다. 한편 어떤 부동산에 대하여 점유이전금지가처분이 집행된 이후에 제3자가 가처분채무자의 점유를 침탈하는 등의 방법으로 가처분채무자를 통하지 아니하고 그 부동산에 대한 점유를 취득한 것이라면, 설령 그 점유를 취득할 당시에 점유이전금지가처분이 집행된 사실을 알고 있었다고 하더라도, 실제로는 가처분채무자로부터 점유를 승계받고도 점유이전금지가처분의 효력이 미치는 것을 회피하기 위하여 채무자와 통모하여 점유를 침탈한 것처럼 가장하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 제3자를 민사집행법 제31조 제1항에 정한 '채무자의 승계인'이라고 할 수는 없다." ○ 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다52190 판결: 甲 유한회사가 乙 유한회사에 강제집행 인낙의 취지가 포함된 준소비대차 공정증서를 작성해준 후 丙 유한회사가 甲 회사를 흡수합병하고 등기까지 마치자, 乙 회사가 공정증서에 관하여 丙 회사에 대한 강제집행을 실시하기 위한 승계집행문을 부여받았는데, 승계집행문이 부여되기 전에 합병무효판결이 선고되어 확정된 사안에서, **원심**이, 승계집행문 부여 당시까지 합병무효판결 확정으로 인한 변경등기가 마쳐지지 아니하였다는 등의 이유로 丙 회사가 乙 회사에 대하여 합병무효를 주장하지 못한다고 본 데 대하여, **대법원**은, 丙 회사가 제기한 승계집행문 부여에 대한 이의의 소에서 승계사실의 존부는 丙 회사와 甲 회사의 합병 사실의 존부에 달려있는데, 丙 회사가 甲 회사를 흡수합병하고 합병등기를

다. 채무불이행자명부 등재 및 말소

민사집행법상 채무불이행자명부 등재 신청의 소극적 요건인 '쉽게 강제집행할 수 있다고 인정할 만한 명백한 사유'에 대한 증명책임은 피신청인인 채무자에게 있다.[4935] 채무자는 '변제 등 채무 소멸의 실체적 사유'를 증명함으로써 채무불이행자명부등재결정에 대하여 즉시항고를 제기할 수 있고, 등재결정이 확정된 이후에는 채무불이행자명부에 그 이름을 말소하는 결정을 신청할 수 있다.[4936]

채무불이행자명부 등재 말소 신청에서 채무가 소멸하였다는 것은 채무자가 증명하여야 하고, 이를 증명하는 방법에는 제한이 없다.[4937]

마치기는 하였으나 그 후 합병에 관하여 상법 제240조, 제190조에 따라 판결 당사자가 아닌 제3자에 대하여도 일반적인 효력이 있는 합병무효판결이 확정되었으므로, 더 이상 합병 사실을 전제로 丙 회사가 공정증서에 기한 채무자 甲 회사의 승계인이라고 볼 수는 없고, 승계집행문 부여에 대한 이의의 소에서 합병 사실의 존부를 판단할 때 일반에 대한 공시를 위한 합병무효등기가 마쳐졌는지는 아무런 영향을 미칠 수 없다고 한 사례.

4935) 대법원 2010. 9. 9.자 2010마779 결정: "채무자가 금전의 지급을 명한 집행권원이 확정된 후 6월 이내에 채무를 이행하지 아니하는 때 등에는 채권자는 그 채무자를 채무불이행자명부에 올리도록 신청할 수 있고(민사집행법 제70조 제1항), 법원은 위 신청에 정당한 이유가 있는 때에는 채무자를 채무불이행자명부에 올리는 결정을 하여야 하나, 등재신청에 정당한 이유가 없거나 쉽게 강제집행할 수 있다고 인정할 만한 명백한 사유가 있는 때에는 결정으로 이를 기각하여야 한다(민사집행법 제71조 제1항, 제2항). 이러한 채무불이행자명부 등재제도는 채무를 이행하지 아니하는 불성실한 채무자의 인적 사항을 공개함으로써 명예와 신용의 훼손과 같은 불이익을 가하고 이를 통하여 채무의 이행에 노력하게 하는 간접강제의 효과를 거둠과 아울러 일반인으로 하여금 거래상대방에 대한 신용조사를 용이하게 하여 거래의 안전을 도모하게 함을 목적으로 하는 제도로서, 그 소극적 요건인 '쉽게 강제집행할 수 있다고 인정할 만한 명백한 사유'라 함은 채무자가 보유하고 있는 재산에 대하여 많은 시간과 비용을 투입하지 아니하고서도 강제집행을 통하여 채권의 만족을 얻을 수 있다는 점이 특별한 노력이나 조사 없이 확인 가능하다는 것을 의미하고, 그 사유의 존재에 관하여는 채무자가 이를 증명하여야 한다."

4936) 대법원 2022. 5. 17.자 2021마6371 결정: "채권자의 채무불이행자명부 등재신청에 정당한 이유가 없거나 쉽게 강제집행 할 수 있다고 인정할 만한 명백한 사유가 있는 때에는 이를 기각하여야 하고(민사집행법 제71조 제2항), 채무자는 이러한 채무불이행자명부 등재결정에 대하여 즉시항고를 제기할 수 있으며(민사집행법 제71조 제3항), 나아가 채무불이행자명부 등재결정이 확정된 이후에도 변제 그 밖의 사유로 채무가 소멸되었음을 증명함으로써 채무이행자명부에 그 이름을 말소하는 결정을 신청할 수 있다(민사집행법 제73조 제1항). 즉, 채무소멸 등의 실체적 사유는 채무불이행자명부 등재결정 이전에는 신청의 소극적 요건에 해당하고, 등재결정 확정 이후에는 그 말소 요건에 해당하는 점에 비추어 보면, 등재결정에 대한 즉시항고 사유 역시 절차적 사유에 한정되지 아니하므로 채무가 존재하지 아니하거나 변제 그 밖의 사유로 소멸하였다는 등의 실체적 사유도 이에 포함된다. 따라서 채무불이행자명부 등재결정이 내려진 경우, 채무자는 위와 같은 실체적 사유를 증명함으로써 등재결정에 대하여 즉시항고를 제기할 수 있고, 등재결정이 확정된 이후에는 이와 별도로 그 사유를 증명하여 채무이행자명부에 그 이름을 말소하는 결정을 신청할 수도 있다."

4937) 대법원 2023. 7. 14.자 2023그610 결정: "민사집행법 제73조 제1항은 '변제, 그 밖의 사유로 채무가 소멸되었다는 것이 증명되는 때에는 법원은 채무자의 신청에 따라 채무불이행자명부에서 그 이름을 말소하는 결정을 하여야 한다.'라고 규정하고 있는바, 채무가 소멸하였다는 것은 채무자가 증명하여야 하고, 이를 증명하는 방법에는 제한이 없다. 따라서 채무불이행자명부 등재신청의 기초가 된 집행권원이 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 있는 것이라고 하더라도 이에 대하여 청구이의의 소를 제기하여 승소 확정판결을 받아야 하는 것은 아니고, 확정판결 등 집행권원의 기판력이 발생한 후에 채무의 소멸사유가 생긴 것을 증명하는 것으로 충분하다."

Ⅶ. 맺 는 말

어떠한 쟁점에 관한 판례가 으레 그러하듯이 여태 살펴본 주장입증책임에 관한 판례들도 일반론의 설시에 있어서 그 결론만을 이야기 하고 그 세밀한 근거를 밝히지는 않거나, 결론에 관한 일반론의 설시 없이 당해 구체적 사건에 일반론을 적용한 당부만 판시해 두는 경우가 많다. 그리하여 여러 사안의 판결들이 누적됨에 따라 당초 불명확했던 판례의 구체적인 사정 범위(射程 範圍)가 확연해져 외연(外延)의 확장이나 내포(內包)의 축소를 가져오게 된다. 판례에 기속되는 실무가의 입장에서 실제 사건의 해결을 도모함에 있어 어떠한 쟁점에 관하여 판례는 과연 존재하는가, 존재한다면 판례의 입장은 무엇인가, 유사 사안의 판례를 당해 사안에 적용할 수 있는 것인가 등을 파악하는 것이 급선무이지만 그 일이 쉬운 듯하면서도 어려운 이유가 위와 같은 판례의 애매모호함에 있는 경우가 많다. 가치 있는 광물의 원석을 발견, 채광하고 가공, 정제 과정을 통해 보석으로 빛을 발하게 하듯이, 이 글에서는 주장입증책임에 관한 판례로 한정하여 두루 판례의 숲을 뒤져서 의미 있는 판례를 발견, 정리하고 그 의미를 나름대로 되새겨 보고자 노력하였으나 능력의 한계로 미진한 느낌을 지울 수가 없다. 민사소송에서의 척추 내지 나침반 역할을 하는 주장입증책임에 관하여 다시금 생각해 보는 계기라도 되었으면 하고, 향후 판례에 대한 정치한 평석의 밑받침이라도 되었으면 하는 바람이다.

遅延損害金　請求

Ⅰ. 머리말

지연손해금은 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무을 말한다. 이를 흔히 '지연이자', '연체이자'라고 쓰기도 하고 법령 중에도 그렇게 쓴 것이 보이나,[1] '지연이자'나 '연체이자'는 지연손해금을 이자의 일종으로 오인할 우려가 있는 표현이므로 그 사용을 피함이 바람직할 것으로 보인다. 은행여신거래기본약관, 대출거래약정서, 여신거래약정서 등에서는 '지연배상금', '지연배상금률'로 쓰고 있다.

실제 소송에서 지연손해금 청구 부분은 주된 원금청구에 부수한 것으로서 통상은 그 수액이 크지 않아서 양 당사자 측의 경제적 관심을 끌지 못하고 방치된 경우가 많지만, 판결의 완결성을 도모하는 법률실무가 입장에서는 지연손해금 판단 부분에 여러 쟁점이 연결되어 있는 경우가 많아 그 결론 도출에 적잖게 신경이 쓰이는 면이 있다.

이 글에서는 이렇듯 실무에서 사소하면서도 중요한 지연손해금 청구와 관련한 여러 쟁점들에 관하여 법과 사실의 양 측면에서 실무가에게 강력한 기속력(羈束力)을 갖는 판례의 입장을 중심으로 개괄해 보았다.

Ⅱ. 법정이자와의 관계

1. 의 의

약정이자는 당사자의 법률행위에 의하여 생기는 이자로서 본래 의미의 이자를 말하나, 법정이자는 당사자 사이에 아무런 약정이 없는데도 법률이 일정한 사유에 의하여 당연히 발생시키는 이자로서 법에서는 통상 본래 의미의 이자와 지연손해금을 구별하지 않고 '이자'로 규정하고 있으므로[2] 그 법률적 성질이 지연손해금과는 별개로 성립하는 법정이자인지 여부를 일률적으로 말하기는 어렵다. 학설상으로도 금전채무불이행의 경우에 지급되는 지연배상을 '법률에 의하여 의제되는 법정이자'라고 설명하기도 한다.[3]

동시이행의 법률관계에서 지연손해금을 구하기 위해서는 상대방에게 지체책임을 지우기 위해 금전채권자가 자신의 채무를 이행 또는 이행제공함으로써 동시이행항변권의 당

1) 민법 제705조 (금전출자지체의 책임) '금전을 출자의 목적으로 한 조합원이 출자시기를 지체한 때에는 연체이자를 지급하는 외에 손해를 배상하여야 한다.'는 규정 및 근로기준법 제36조의2(미지급임금에 대한 '지연이자', '대부업의 등록 및 금융이용자보호에 관한 법률' 제15조 제1항 소정의 '연체이자' 규정 등.

2) 예컨대, 민법 제357조 제2항(근저당 최고액에 산입되는 '이자'), 민법 제479조(비용, '이자', 원본에 대한 변제충당 순서)의 법문상 '이자'의 개념 속에는 본래 의미의 이자뿐만 아니라 '지연손해금'까지도 포함된다.

3) 주석민법 채권총칙(1), 292면(안법영 집필); 민법주해 채권(1), 196면(이공현 집필) 등.

연효인 지체저지효를 제거하여야 하지만, 지연손해금과는 별개인 법정이자가 인정되면 그럴 필요가 없다는 점 및 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 법정이율이 적용될 수 있는지 여부 등에서 차이가 있어 그 구별의 실익이 크다.

계약해제로 인한 원상회복의무의 이행으로 반환하는 금전에 부가하는 이자,[4] 매매대금에 대한 이자,[5] 부당이득에 있어 악의의 수익자에 부가되는 이자, 어음법상 만기 이후의 이자,[6] 구상채권에 있어 법정이자[7] 등이 실무상 문제되는 대표적인 것이다.

2. 부당이득에 있어 악의의 수익자의 법정이자 반환의무

부당이득에 있어 선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존한 한도에서 반환할 책임이 있지만, 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다(민법 제748조). 수익자가 이익을 받은 후 법률상 원인 없음을 안 때에는 그때부터 악의의 수익자로서 이익 반환의 책임이 있다(민법 제749조 제1항).

수익자의 악의는 구체적인 사건에서 증거에 의하여 개별적으로 인정할 성질의 것인데,[8] 여기서 '악의'라고 함은, 민법 제749조 제2항에서 악의로 의제되는 경우 등은 별론으로 하고, 자신의 이익 보유가 법률상 원인 없는 것임을 인식하는 것을 말하고, 그 이익의 보유를 법률상 원인이 없는 것이 되도록 하는 사정, 즉 부당이득반환의무의 발생요건에 해당하는 사실이 있음을 인식하는 것만으로는 부족하다.[9] 반환청구자에게 수익자가

4) 민법-채권각칙-'해제' 부분 참조.

5) 민법-채권각칙-'매매' 부분 참조.

6) 상법-'어음금 청구' 부분 참조.

7) 민법-채권총칙-'구상채무' 부분 참조.

8) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다4238 판결(행정청이 부과처분에 의하여 어떠한 급부를 받은 후 사후에 그 부과처분의 전부 또는 일부를 직권으로 취소하였다면 그 행정청이 속한 행정주체는 특별한 사정이 없는 한 적어도 그 부과처분의 취소 당시에는 그 처분에 의하여 받은 이익이 법률상 원인이 없음을 알았다고 보아야 할 것이다).

9) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다24187, 24194 판결: 원고의 부동산 취득은 '부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률'(이하 '부동산실명법'이라고 한다)이 시행된 후에 행하여진 명의신탁약정에 기하여 피고 재단 소속의 사찰이 그 주지인 원고에게 계약의 체결을 위탁하여 원고가 직접의 당사자로서 매도인으로부터 부동산을 매수하는 계약을 체결하고 원고 앞으로 곧바로 소유권이전등기를 마친 이른바 계약명의신탁에 해당하고, 부동산의 매도인이 원고와 피고 재단 사이의 위와 같은 명의신탁약정을 알고 있었다고 보기 어려워 원고가 부동산에 대한 완전한 소유권을 취득한 사안에서, "단지 원고가 수령한 이 사건 매수자금이 명의신탁약정에 기하여 지급되었다는 사실을 알았다고 하여도 그 명의신탁약정이 부동산실명법 제4조 제1항에 의하여 무효임을 알았다는 등의 사정이 부가되지 아니하는 한 원고가 그 금전의 보유에 관하여 법률상 원인 없음을 알았다고 쉽사리 말할 수 없다"라고 하면서, "비록 법적으로는 원고가 … 완전한 소유권을 취득하는 것으로 평가된다고 하더라도 피고 재단은 명의신탁자로서 자신이 부동산의 소유자라는 인식 아래 부동산을 점유·사용하여 왔음을 알 수 있고, 원고 또한 자신 앞으로 소유권이전등기가 행하여진 후로도 부동산 위에 있는 시설물 등의 철거를 구하는 이 사건 소송을 제기하기에 앞서 원고의 대리인인 변호사를 통하여 피고 재단 소속의 사찰 주지에 대하여 2005. 9. 13.자로 통고서를 보내는 등의 조치에 이르기 전까지 피고 재단의 그러한 점유·사용에 대하여 어떠한 이의를 제기하였다는 자료를 찾아보기 어렵다. 그렇다면 원심이 인정하는 바와 같이 원고 앞으로 소유권이전등기가 행하여진 1997. 11. 13. 당시에 이미 원고가 이 사건 매수자금에 관하여 이를 보유할 법률상 원인이 없어서 반환하여야 할 것임을 알고 있었다고 하기는 어렵고, 그 등기 후로도 상당한 기간 동안 여전히 부동산 취득에 관한 명의신탁약정을 유효한

'악의'라는 점에 대한 주장·입증책임이 있다.[10] 선의의 수익자가 패소한 때에는 그 '소를 제기한 때'부터 악의의 수익자로 간주되는데(민법 제749조 제2항), '소를 제기한 때'의 의미에 관하여 종전의 판례는 법 문언 그대로 '소 제기 당일'로 보았으나,[11] 현재는 법 문언과 달리 '소송이 계속된 때', 즉 '소장 부본이 피고에게 송달된 때'로 사실상 판례를 변경하였다.[12]

악의 수익자가 반환하여야 하는 '이자'는 악의의 수익자가 실제로 얻은 이익의 다과와는 관계없이[13] 민법 소정의 연 5% 또는 상법 소정의 연 6%의[14] 법정이자 상당액을 말하고, 그 이자의 이행지체로 인한 지연손해금도 지급되어야 한다.[15] 일본 판례 중에는, 상행위에 해당하는 소비대차에서 차주(借主)가 이자제한법 소정의 이율을 초과한 이자를 임의로 대주(貸主)에게 지급한 경우 악의의 수익자인 대주는 차주의 초과지급금을 부당이득으로 반환함에 있어 민법 소정의 연 5%의 이자를 붙여 반환하여야 한다고 한 것이 있다.[16]

악의 수익자의 '이자' 반환의무의 법적 성질에 관하여 학설상 대립이 있으나,[17] 판례[18]

것으로, 따라서 위 매수자금을 반환하지 아니하여도 되는 것으로 전제하고 있었다고 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 원심이 위에서 본 대로 원고가 위 부당이득금 1억 1,300만 원에 대하여 피고가 구하는 대로 이 사건 부동산이 원고 앞으로 등기된 1997. 11. 13.부터 다 갚는 날까지의 기간에 대하여 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단한 것에는 우선 피고의 이 부분 청구원인을 명확하게 밝혀 석명하지 아니하였고 나아가 부당이득반환의무의 지체책임 또는 그 악의의 수익자에 관한 법리를 오해하였거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다."라고 판시하였다.

10) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다229536 판결.

11) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008다19966 판결.
민사소송법 제265조(소제기에 따른 시효중단의 시기) 소정의 '소를 제기한 때'의 의미도 법 문언 그대로 '소 제기 당일'이다.

12) 대법원 2016. 7. 29. 선고 2016다220044 판결 등(2012다84233 판결, 2012다119481 판결, 2013다1891 판결, 2013다89006 판결).

13) 대법원 1994. 12. 13. 선고 93다951 판결; "피고가 위 보증금을 금융기관에 예치하여 얻은 이익이 실제로 연리 1%에 불과하다 하더라도, 악의의 수익자가 법정이율 상당의 반환의무를 부담하는 것은 민법 제748조 제2항의 규정에 의한 것으로서 그가 실제로 얻은 이익의 다과를 불문하는 것이므로 원심이 피고에 대하여 법정이율 상당의 반환을 명한 데 어떤 잘못이 있다고 할 수 없다."

14) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2004다53357, 53364 판결.

15) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다61869 판결. 이 판결은, "소유물을 권원 없이 점유함으로써 얻은 사용이익을 반환하는 경우 민법은 선의 점유자를 보호하기 위하여 제201조 제1항을 두어 선의 점유자에게 과실수취권을 인정함에 대하여, 이러한 보호의 필요성이 없는 악의 점유자에 관하여는 민법 제201조 제2항을 두어 과실수취권이 인정되지 않는다는 취지를 규정하는 것으로 해석되므로, 악의 수익자가 반환하여야 할 범위는 민법 제748조 제2항에 따라 정하여지는 결과 그는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 한다. 즉, 악의 점유자는 과실을 반환하여야 한다고만 규정한 민법 제201조 제2항이, 민법 제748조 제2항에 의한 악의 수익자의 이자지급의무까지 배제하는 취지는 아니기 때문에, 악의 수익자의 부당이득금 반환범위에 있어서 민법 제201조 제2항이 민법 제748조 제2항의 특칙이라거나 우선적으로 적용되는 관계를 이루는 것은 아니다."고 하여, "민법 제201조 제2항이 민법 제748조 제2항에 우선하여 적용되므로 악의의 점유자는 수취한 과실만을 반환하면 족하고 여기에 이자를 가산하여 지급할 필요가 없다"는 원심의 판단을 파기한 것이다.

16) 최고재판소 2007(평성 19). 2. 13. 판결(위 초과지급금의 부당이득반환청구권은 고리를 제한하여 차주를 보호할 목적으로 마련된 이자제한법의 규정에 의하여 발생한 것이어서 영리성을 고려할 채권이 아니므로 상행위에 의하여 발생하거나 그에 준하는 채권이 아니라는 것이 그 이유이다).

17) 주석민법 채권각칙(5), 548면(현병철 집필)과 我妻榮·有泉亨, コンメンタル 事務管理·不當利得·不法行爲, 日本評

는 부당이득반환의무로 보고 이행지체로 인한 지연손해금 배상의무와는 별개의 것으로 본다.[19] 양자 역시 청구권경합 관계로 보아야 할 것이다.[20] [21]

지연손해금 청구와 법정이자 청구를 엄격히 준별하여 처분권주의나 변론주의를 관철할 것인지, 법원에 석명의무가 있는지에 관하여는 판례가 명확하지 않고 다소 서로 어긋

論社(1998), 84면은 이행지체책임으로 본다.

18) ○ 대법원 2005. 1. 27. 선고 2004다53357, 53364 판결은, "매매계약이 취소된 경우 매도인의 매매대금 반환의무는 성질상 부당이득 반환의무로서 그 반환 범위에 관하여는 민법 제748조가 적용된다 할 것이므로 선의의 매도인에게는 대금의 운용이익 내지 법정이자의 반환의무가 없으나, 선의의 수익자가 패소한 때에는 그 소를 제기한 때부터 악의의 수익자로 보게 되므로(민법 제749조 제2항), 피고는 이 사건 소제기 이후에는 악의의 수익자로서 적어도 위 매매대금에 대하여 상법 소정의 연 6푼의 비율에 의한 법정이자 상당의 금원을 원고에게 반환할 의무가 있다"라고 한 원심의 판단을 수긍하고, "매매대금을 지급받음으로써 얻은 이자 상당의 이득은 법률상 원인 없이 얻은 부당이득으로서 이를 원고에게 반환하여야 한다고 주장하였음을 알 수 있으므로, 원심이 법정이자 상당의 부당이득반환청구를 인용한 것이 변론주의에 위반된다고 할 수도 없다"고 판시.
○ 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다47478 판결: "계약무효의 경우 각 당사자가 상대방에 대하여 부담하는 반환의무는 성질상 부당이득반환의무로서 악의의 수익자는 그 받은 이익에 법정이자를 붙여 반환하여야 하므로(민법 제748조 제2항), 매매계약이 무효로 되는 때에는 매도인이 악의의 수익자인 경우 특별한 사정이 없는 한 그 매도인은 반환할 매매대금에 대하여 민법이 정한 연 5%의 법정이율에 의한 이자를 붙여 반환하여야 한다. 그리고 위와 같은 법정이자의 지급은 부당이득반환의 성질을 가지는 것이지 반환의무의 이행지체로 인한 손해배상이 아니므로, 매도인의 매매대금 반환의무와 매수인의 소유권이전등기 말소등기절차 이행의무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계가 없다."

19) 위 2004다53357, 53364 판결의 원심인 서울고등법원 2004. 8. 18. 선고 2004나1952, 1969 판결은, 원고가, 매매계약의 착오 취소에 터 잡아 기지급 매매대금의 반환을 구하면서 각 지급일 이후부터 소장 부본 송달일까지 상법 소정의 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 연 20%의 비율에 의한 이자 내지 지연손해금의 지급을 구함에 대하여, "피고의 위 매매대금 반환의무와 원고의 위 각 등기의 말소등기절차 이행의무가 동시이행 관계에 있음은 위에서 본 바와 같은바, … 쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는 것이고, 원고가 피고를 이행지체에 빠뜨리기 위해서는 말소등기에 필요한 서류 등을 현실적으로 제공하거나, 최소한 위 서류 등을 준비하여 두고 그 뜻을 피고에게 통지하여 매매대금의 반환과 아울러 이를 수령하여 갈 것을 최고함을 요한다고 할 것인데, 원고가 그러한 조치를 취하였음을 인정할 아무런 증거가 없으므로 지연손해금청구 부분은 이유 없다."고 한 다음, 위 2004다53357, 53364 판결에 나타난 바와 같이, 소제기 이후부터 상법 소정의 연 6푼의 비율에 의한 법정이자 상당의 반환청구를 인용하면서, "소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항은 금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결을 선고할 경우에 있어서 금전채무불이행으로 인한 손해배상액 산정의 기준이 되는 법정이율에 관한 특별규정이므로, 위 이자에는 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항에 의한 이율을 적용할 수 없다. 따라서 일반 법정이율을 적용하되 주택건설사업 등을 목적으로 하는 영리법인인 원고의 이 사건 매매계약은 그의 영업을 위하여 하는 상행위로서 이 사건 매매계약의 취소에 따른 위 매매대금반환채권도 상사채권에 해당하므로 상법 소정의 연 6%의 이율을 적용한다"고 하였다.

20) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다11808 판결 참조.

21) 참고로, 계약상 금전채무의 불이행으로 채권자가 손해를 입고 채무자가 이득을 얻고 있다 하여 채무불이행에 기한 손해배상청구권과 별도로 부당이득반환청구권을 인정할 것은 아니다(민법주해 채권(10), 167면(양창수 집필) 참조). 대법원 1996. 5. 10. 선고 96다6554 판결은, 원심인 대구고등법원 1995. 12. 27. 선고 95나4422 판결이 "원고가 위 매매계약에 따라 피고에게 이 사건 부동산을 인도한 이상 피고는 원고에게 그 매매대금의 일부를 지급하지 아니한 상태에서 이 사건 부동산을 인도받아 사용함으로써 그 사용이익 상당의 과실을 취득하였으므로 피고는 민법 제587조에 따라 원고에게 미지급 매매대금에 대하여는 그 이자를 일종의 부당이득금으로 지급할 의무가 있다"고 한 데 대하여, 부당이득반환청구권의 존부 자체를 상고이유로 삼지 않았기 때문인지, "피고는 원고에게 미지급 잔대금에서 위 실채무액을 공제한 금 310,000,000원에 대한 이 사건 부동산의 인도일 이후의 법정이자 상당 금원을 지급할 의무가 있다고 한 원심의 인정 판단은 정당하"다고 판시하였는데, 매매계약이 유효한 상태여서 계약법의 법리가 작동하는 영역에서 부당이득반환청구권을 인정한 원심의 판단은 잘못된 것이다.

나는 점이 발견된다.[22]

악의의 수익자의 이자 반환을 부당이득반환채무로 보는 이상 이는 기한의 정함이 없는 채무로서 수익자는 이행청구를 받은 때로부터 지체책임을 진다.

법정이자 상당액을 초과하는 손해는 특별한 사정으로 인한 손해로서 수익자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 없는 이상 배상할 의무가 없다.[23]

부당이득한 재산에 수익자의 행위가 개입되어 얻어진 이른바 운용이익의 경우, 그것이 사회통념상 수익자의 행위가 개입되지 아니하였더라도 부당이득된 재산으로부터 손실자가 통상 취득하였으리라고 생각되는 범위 내에서는 반환해야 할 이득의 범위에 포함된다. 따라서 정기예금이자 상당액이 사회통념상 수익자의 행위가 개입되지 아니하였더라도 손실자가 통상 취득하였으리라고 생각되는 범위 내의 이익으로 볼 수 있는 사정이 있는 경우에는, 수익자가 반환해야 할 이득의 범위에 포함될 수 있다.[24]

---

22) 원고가 그 소유의 토지를 피고 서초구가 도로로 점유사용함에 따른 임료 상당의 부당이득 반환을 구하면서 각 해당연도 종료일 다음 날부터의 지연손해금의 지급을 구한 데 대하여, 원심이 "부동산의 점유사용으로 인한 부당이득의 반환채무는 이행기의 정함이 없는 채무이므로, 피고 서초구가 원고로부터 이행청구를 받지 아니한 위 기간에 대하여는 지체의 책임이 생기지 않는다."고 판단한 데 대하여, 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007다8914 판결은, "당사자가 주장할 책임이 있는 사항 자체에 대하여 이를 주장하는지 여부를 석명하여야 할 의무가 없다"라고 하면서, "원고가 피고 서초구의 이 사건 토지에 대한 점유·사용으로 인하여 이미 발생한 부당이득과 이에 관한 지연손해금을 청구한 것 이외에 피고 서초구가 불법행위자로서 원고에게 손해배상을 하여야 한다거나 혹은 악의(惡意)의 수익자로서 민법 제748조 제2항에 따라서 그 받은 이익에 이자를 붙여서 원고에게 반환하여야 한다는 주장을 한 흔적을 찾아볼 수 없으므로, 원심이 위와 같은 사항들에 대하여 심리·판단하지 아니한 것은 정당하고, 거기에 심리미진 또는 석명의무 불이행 등의 위법이 있다고 할 수 없다"고 판시하였으나, 이는, 명의신탁자자가 수탁자에게 명의신탁약정의 무효에 따라 부동산 매수자금을 부당이득으로 반환을 구함에 있어 위 매수자금을 수령한 날로부터 다 반환할 때까지의 기간에 관한 지연손해금을 청구하고 있는 사안에서 '원심이 그 청구원인을 명확하게 밝혀 석명하지 아니하여 위법'이라는 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다24187, 24194 판결이나, 구상금채권 청구에 있어서 공동면책 후 소장 송달일까지 연 5푼의 비율에 의한 금원을 청구한 것은 법정이자도 청구한 것으로 보아야 한다는 대법원 1991. 10. 8. 선고 91다24243 판결과는 배치되는 것이다. 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다11808 판결도,; "원고는 법적 성격을 명시하지 아니한 채 이 사건 환급금에 대한 부대청구로 2004. 8. 31.부터 소장 부본 송달일까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금전의 지급을 구하고 있다. 그런데 이 사건 법정이자 기간에 대하여 구하는 위 5%의 비율은 위에서 인정된 그 기간 동안의 가산금율(1일 0.012% = 연 약 4.38%, 1일 0.01% = 연 약 3.65%)을 초과함이 계산상 명백한바, 그렇다면 원고의 위 부대청구는 이 사건 법정이자 기간에 대하여는 세법상의 환급가산금을 구하는 취지를 포함하고 있다고 할 것이고, 또한 그 다음 날부터는 지연손해금을 구하는 취지라고 해석함이 상당하다."고 하였다.

23) 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다66369 판결; 새마을금고 이사장이 이사회 의결 없이 금고 명의로 돈을 대출받은 뒤 이를 임의로 소비한 경우, 금융기관의 새마을금고에 대한 대출계약이 무효이므로, 악의의 수익자인 새마을금고는 금융기관에게 그 대출금 원금에 상당하는 이익에 법정이자를 붙여 반환하여야 할 뿐이고, 다른 곳에 대출하여 법정이자 상당액을 초과하여 얻을 수 있었던 대출약정이자 상당의 수익은 특별한 사정으로 인한 손해로서 새마을금고가 그 사정을 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 없는 이상 금융기관에게 배상할 의무가 없다고 사례.

24) 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다34711 판결(매매계약이 무효인 경우, 매도인이 매매대금으로 받은 금전을 정기예금에 예치하여 얻은 이자가 반환해야 할 부당이익의 범위에 포함된다고 본 사례); "원심은, 이 사건 매매대금에서 발생한 정기예금이자 중 피고가 반환하지 않고 인출·사용한 47,079,030원에 관하여 원고가 손실을 입었다는 주장에 대하여, 이 사건 매매대금을 초과하는 금액은 수익자인 피고의 행위가 개입되지 아니하였더라도 부당이득된 재산인 위 매매대금으로부터 손실자인 원고가 당연히 취득하였으리라고 생각되는 범위 내의 것이라고 볼 수 없어 반환해야 할 이득의 범위에 속하지 않고, 원고가 이 사건 매매계약을 체결하지 아니하였더라도 위 매매대금을 다른 용도로 지출하지 아니한 채 반드시 정기예금이자 이상의 수익이 확실하게 보장되는 예금 등의 상품에 투자하여 관리하였을 것이라고 인정할 증거가 없어 위 정기예금이자 상당액이 원고의 손해라고 볼 수도

매매계약이 무효이거나 취소된 경우 매도인의 매매대금 반환 의무는 성질상 부당이득 반환 의무로서 그 반환 범위에 관하여는 민법 제748조가 적용되고, 명문의 규정이 없는 이상 그에 관한 특칙인 민법 제548조 제2항이 당연히 유추적용 또는 준용된다고 할 수 없다.[25]

한편, 판례는, "전세권설정자는 전세권이 소멸한 경우 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환할 의무가 있을 뿐이므로,[26] 전세권자가 그 목적물을 인도하였다고 하더라도 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류를 교부하거나 그 이행의 제공을 하지 아니하는 이상, 전세권설정자는 전세금의 반환을 거부할 수 있고, 이 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 그가 전세금에 대한 이자 상당액의 이득을 법률상 원인 없이 얻는다고 볼 수 없다."고 하는데, 여기에는 일부 의문이 있다.[27]

국세나 지방세의 환급금이나 배분금의 환급금, 국가나 지방자치단체의 과오납금 등 공법상 부당이득의 경우에는 당해 세법, 국유재산법, '공유재산 및 물품 관리법' 등의 특칙이 적용되어 민법상 부당이득과는 다른 점이 있다.

없다는 이유로 원고의 이 부분 청구를 배척하였다. … 금전을 정기예금에 예치함에는 예치자의 특별한 노력이나 비용, 수완 등을 필요로 하지 않고, 실제로 피고 역시 별다른 노력이나 비용 등을 들이지 않고 이 사건 매매대금을 정기예금에 예치하여 그 이자를 수령하였으며, 또한 이 사건 매매대금이 정기예금에 예치되어 있던 기간의 대부분은 외환위기 직후인 1997.말부터 2002. 2.까지로서 예금의 이율이 역사상 이례적으로 높던 시기이므로 일반인의 경우 여유자금이 있다면 통상 은행에 예금할 가능성이 상당히 높다고 할 것이고, 위 매매대금과 같은 거액의 금전을 장기간 예금하는 경우에는 보통예금보다는 정기예금에 예치하는 것이 일반적이라고 볼 수 있으므로 사정이 이와 같다면 다른 특별한 사정이 없는 한, 위 정기예금이자 상당액은 사회통념상 피고의 행위가 개입되지 아니하였더라도 위 매매대금으로부터 원고가 통상 취득하였으리라고 생각되는 범위 내의 이익으로 볼 수 있어, 피고가 반환해야 할 이득의 범위에 포함되는 것으로 보아야 할 것이다."

25) 대법원 1997. 9. 26. 선고 96다54997 판결(토지거래허가를 받지 못해 매매계약이 무효로 된 사안에서, 민법 제548조 제2항을 준용하여 매도인은 매매대금을 받은 날로부터의 이자를 가산하여 지급하여야 한다는 매수인의 주장을 배척한 사례). 토지거래신청이 허가되지 않아 매매계약이 무효로 확정된 때부터는 악의의 수익자로서 법정이자를 반환할 의무가 있다는 주장을 하였다면 그 주장은 인용될 수 있었을 것이다. 한편, 92다45025 판결은, 쌍무계약이 취소된 경우 선의의 매수인에게 민법 제201조가 적용되어 과실취득권이 인정되는 이상 선의의 매도인에게도 민법 제587조의 유추적용에 의하여 대금의 운용이익 내지 법정이자의 반환을 부정함이 형평에 맞다고 한다.

26) 민법 제317조 참조.

27) 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다62091 판결. 이어서 위 판결은, "그럼에도 불구하고, 원심이, 원고의 전세권설정등기 말소등기에 필요한 서류 교부의무와 피고의 전세금 반환의무가 동시이행의 관계에 있고, 원고가 그 의무를 이행하지 아니하고 있으므로, 피고가 전세금 반환의무에 대하여 지체책임을 부담하지 아니한다고 하면서도, 전세금을 반환하고 있지 아니하다는 이유만으로 전세금을 반환할 때까지 이에 대한 법정이자 상당의 부당이득을 원고에게 반환할 의무가 있다고 판단한 것은, 전세권의 소멸에 따르는 동시이행 및 부당이득의 법리를 오해한 것이라 한다(同旨 주석민법 물권(3), 349면(윤대성 집필); 민법주해 물권(3), 262~263면(박병대 집필) 등). 전세권계약이 종료되어 그 계약관계로부터 반환의무를 부담하는 전세금을 반환하지 아니하는 것 자체는 부당이득에 해당되지 아니하므로 그에 대한 법정이자청구권이 당연히 인정되는 것은 아니라는 점에서는 위 판시가 정당한 것으로 이해될 수 있으나, 전세권설정자가 전세금을 운용하여 실제로 얻은 이득이 있다면 이는 법률상 원인이 없는 부당이득이 될 수 있고 이를 전세권자가 주장·입증하여 그 반환을 구한다면 이는 인정될 수도 있을 것이다. 이는 전세권자가 전세목적물을 점유한 데서 더 나아가 사용수익한 경우에도 동일하게 적용될 수 있다.

즉, 국세나 지방세 환급금의 환급은 조세채무가 처음부터 존재하지 않거나 그 후 소멸하였음에도 불구하고 국가나 지방자치단체가 법률상 원인 없이 수령하거나 보유하고 있는 부당이득을 반환하는 것이고, 그에 대한 환급가산금은[28] 그 부당이득에 대한 법정이자로서의 성질을 가지지만,[29] [30] 환급가산금의 내용에 대한 세법상의 규정은 부당이득의 반환 범위에 관한 민법 제748조에 대하여 그 특칙으로서의 성질을 가지므로, 환급가산금은 수익자인 국가의 선의·악의를 불문하고 그 가산금에 관한 각 규정에서 정한 기산일과 비율에 의하여 확정된다. 납세자가 조세환급금에 대하여 이행청구를 한 이후에는 법정이자의 성질을 가지는 환급가산금청구권 및 이행지체로 인한 지연손해금청구권이 경합적으로 발생하고, 납세자는 자신의 선택에 좇아 그 중 하나의 청구권을 행사할 수 있다.[31] 환급금을 환수하였다가 재환급하는 경우에도 환급가산금에 관한 규정이 유추적용되고, 이는 환급가산금의 환수에 따른 재환급의 경우에도 마찬가지이다.[32]

---

28) ◎ 국세기본법(2011. 12. 31. 법률 제11124호로 개정된 것) 제52조(국세환급가산금) 세무서장은 국세환급금을 제51조에 따라 충당하거나 지급할 때에는 대통령령으로 정하는 국세환급가산금 기산일부터 충당하는 날 또는 지급결정을 하는 날까지의 기간과 금융회사 등의 예금이자율 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 이자율에 따라 계산한 금액(이하 "국세환급가산금"이라 한다)을 국세환급금에 가산하여야 한다.
◎ 지방세기본법(2016. 12. 27. 법률 제14474호로 전부개정된 것) 제62조 (지방세환급가산금)
◎ 국유재산법 제75조(과오납금 반환 가산금) 국가는 과오납된 국유재산의 사용료, 대부료, 매각대금 또는 변상금을 반환하는 경우에는 과오납된 날의 다음 날부터 반환하는 날까지의 기간에 대하여 대통령령으로 정하는 이자를 가산하여 반환한다.
◎ 공유재산 및 물품 관리법 제82조(과오납금 반환가산금) 지방자치단체가 과오납된 공유재산의 사용료·대부료·매각대금 또는 변상금을 반환하는 경우에는 과오납된 날의 다음 날부터 반환하는 날까지의 기간에 대하여 1년 만기 정기예금 금리수준을 고려하여 대통령령으로 정하는 이자를 가산하여 반환하여야 한다.

29) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다84697 판결, 대법원 2008. 1. 10. 선고 2007다79534 판결.

30) 환급가산금은 배분금 환급의 경우에도 적용된다. 즉, 국세징수법 제81조 제5항은 "세무서장은 제1항에 따른 배분이나 제2항에 따른 충당에 있어서 국세에 우선하는 채권이 있음에도 불구하고 배분 순위의 착오나 부당한 교부청구 또는 그 밖에 이에 준하는 사유로 체납액에 먼저 배분하거나 충당한 경우에는 그 배분하거나 충당한 금액을 국세에 우선하는 채권자에게 국세환급금 환급의 예에 따라 지급한다."라고, 지방세기본법 제147조는 "지방세의 부과·징수에 관하여 이 법 또는 지방세관계법에서 규정한 것을 제외하고는 「국세기본법」과 「국세징수법」을 준용한다."라고 각 규정하고 있다. 체납처분절차에서 지방세에 우선하는 채권자가 있음에도 배분순위의 착오나 교부청구의 부당 기타 이에 준하는 사유로 인하여 체납된 지방세액에 먼저 배분된 금액은 지방세에 우선하는 채권자에게 지방세 환급금 환급의 예에 의하여 지급되어야 한다. 이 때 체납처분절차에서 지방세에 잘못 배분된 금액은 그것이 지방자치단체의 장이 스스로 개시한 체납처분절차에서 잘못 배분한 것이든 이미 개시된 체납처분절차에서 교부청구를 하여 잘못 배분받은 것이든 불문하고 이를 지방세에 우선하는 채권자에게 지급함에 있어서 환급가산금을 가산하여 지급하여야 한다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다84697 판결).

31) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다11808 판결.

32) 대법원 2013. 10. 31. 선고 2012다200769 판결; "구 국세기본법은, 세무서장이 충당 또는 지급된 국세환급금에 착오환급 내지 과다환급 등의 이유로 제51조 제7항에 따라 국세환급금을 반환받아 이를 환수하였으나 거기에 다시 과오납부 등의 사정이 있어 그 환수금을 재환급하여야 할 경우에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않으나, 국세환급금의 환수제도가 국세의 징수에 부수하는 절차로서 국세채권의 만족을 위한 것이며, 국세의 징수에 관한 규정이 그대로 준용되는 이상, 그 환수금을 재환급하는 경우에도 국세환급금에 대한 환급가산금에 관한 규정을 유추적용하여 환급가산금을 가산하는 것이 타당하다. 그리고 이러한 법리는 환급가산금의 환수에 따른 재환급의 경우에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다."

Ⅲ. 지연손해금의 기산점

1. 확정기한 채무, 불확정기한 채무, 기한의 정함이 없는 채무

민법 – 총칙 – 법률행위 – 조건과 기한 – '이행기한' 부분 참조.

2. 기 타

예금보험공사의 예금자보호법에 의한 보험금지급채무의 지체책임 발생시기는 예금보험공사가 공고한 지급기간 다음날이다.[33] 공탁 및 사유신고의 의무를 부담하는 추심채권자가 추심을 마쳤음에도 지체 없이 공탁 및 사유신고를 하지 않은 경우, 추심금 이외에 지연손해금도 추가 공탁하여야 한다.[34] 공무원을 면직처분을 하였다가 그 면직처분이 취소됨에 따라 복귀일 또는 발령일에 면직처분으로 인하여 받지 못하였던 보수전액을 지급하여야 하는 경우 '원래 보수를 지급받아야 할 때로부터 정산급여를 지급받은 날까지'의 지연손해금을 지급하여야 한다.[35] 화의인가결정이 확정되면 모든 화의채권은 화의

33) 대법원 2001. 12. 28. 선고 2001다68082 판결; "구 예금자보호법(2000. 1. 21. 법률 제6173호로 개정되기 전의 것) 제31조 제1항에 의하면 피고 공사는 부보 금융기관에 보험사고가 발생한 때에는 당해 부보 금융기관의 예금자 등의 청구에 의하여 보험금을 지급하여야 하는 것으로 되어 있고, 같은 조 제3항에 의하면 피고 공사는 대통령령이 정하는 바에 따라 보험금 지급의 기간·방법 기타 필요한 사항을 공고하여야 하며 예금자 등은 공고한 기간 내에 지급을 청구하는 것으로 되어 있는바, 예금자보호제도의 성격과 위 지급기간을 설정한 취지, 예금자들에 대한 동등 대우의 필요성 등에 비추어 보면, 피고 공사의 보험금지급채무는 위 공고된 지급기간이 종료한 날에 이행기가 도래하며 미지급분에 대하여는 그 다음날부터 일괄하여 지체에 빠지는 것으로 봄이 상당하고, 비록 그 지급사무의 편의상 각 예금자에 대하여 그 지급기간 내에서 따로 지급기일을 정하고 이를 부보 금융기관이 예금자에게 안내하였다고 하더라도 그 지급기일의 다음날부터 지체책임을 지는 것이라고는 할 수 없다."

34) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2004다8753 판결; "추심채권자는 피압류채권의 행사에 제약을 받게 되는 채무자를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 채권을 행사하고, 나아가 제3채무자로부터 추심금을 지급받으면 지체 없이 공탁 및 사유신고를 함으로써 압류 또는 배당에 참가한 모든 채권자들이 배당절차에 의한 채권의 만족을 얻도록 하여야 할 의무를 부담한다 할 것인바, 이는 구 민사소송법 제569조 제2항이 채권을 추심한 추심채권자가 그 사유를 법원에 신고하기 전에 다른 압류, 가압류 또는 배당요구가 있는 때에는 추심한 금액을 '지체 없이' 공탁하고 그 사유를 신고하여야 한다고 규정하고 있는 점에 비추어 당연하다고 할 것이다. 따라서 만일 추심채권자가 추심을 마쳤음에도 지체 없이 공탁 및 사유신고를 하지 아니한 경우에는 그로 인한 손해배상으로서, 제3채무자로부터 추심금을 지급받은 후 공탁 및 사유신고에 필요한 상당한 기간을 경과한 때부터 실제 추심금을 공탁할 때까지의 기간 동안 금전채무의 이행을 지체한 경우에 관한 법정지연손해금 상당의 금원도 공탁하여야 할 의무가 있다."

35) 대법원 2006. 6. 16. 선고 2005다28990 판결; "공무원보수규정 제30조 제1항은 '공무원에게 행한 징계처분·면직처분 또는 직위해제처분(징계의결요구에 따른 직위해제처분을 제외한다)이 무효 또는 취소된 경우에는 복귀일 또는 발령일에 원래의 정기승급일을 기준으로 한 당시의 보수전액 또는 차액을 소급하여 지급한다.'라고 규정하고 있다. 공무원에 대한 면직처분이 판결에 의하여 취소된 경우, 취소판결의 형성력으로 인하여 처음부터 면직처분이 없었던 것과 같은 상태로 되므로 당해 공무원은 원래 면직되지 않았다면 보수를 받아야 하는 날에 그 보수를 지급받았어야 하는데 이를 지급받지 못하고 복귀일 또는 발령일에서야 이를 지급받게 되므로 그 사이의 지급지체로 인한 손해를 배상받아야 하는 것이 원칙이고, 따라서 위와 같은 지연손해금을 지급받기 위하여 특별한 규정이 있어야 하는 것은 아닌 점, 공무원보수규정 제30조 제1항에서 규정하는 '복귀일 또는 발령일'은 그 정산급여를 지급하여야 할 시기를 정한 것일 뿐이고, 면직되지 않았다면 지급받아야 할 보수에 대한 지연손해금은 면직되었던 공무원에게 지급하여야 할 정산급여의 총액, 즉 정산급여의 범위에 관한 것이므로 공무원보수규정 제30조 제1항

조건에서 정한 바에 따라 일반적·추상적으로 변경되는 것으로서, 비록 채무자가 화의조건대로 원금을 변제하지 아니하는 경우라도 달리 화의의 취소나 양보의 취소가 없는 이상 이미 면제된 기발생이자나 장래발생이자가 되살아나는 것은 아니고, 화의채권자로서는 각 분할 변제 약정기 이후에 한하여 지연손해금을 청구할 수 있다.[36] 상속분상당가액 지급청구에 있어 '정확한 권리의 가액을 알 수 없으므로 추후 감정결과에 따라 청구취지를 확장하겠다'는 뜻을 미리 밝히면서 우선 일부의 금액만을 청구하였다가 그 후 감정결과에 따라 청구취지를 확장한 경우, 청구취지의 확장으로 추가되는 금액 부분에 관한 지체책임의 발생시점은 '청구취지변경신청서 등의 송달일 다음날'이다.[37]

Ⅳ. 이행거절권능과 지연손해금

쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행의 관계에 있는 경우 일방 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 지체책임을 지지 않고, 이와 같은 효과는 지체책임의 면책을 주장하는 자가 상대방의 이행청구에 대하여 동시이행의 항변권을 재판상 또는 재판 외에서 행사하여야만 발생하는 것은 아니다. 이른바, 동시이행항변권의 존재효, 당연효가 인정된다. 민법 제536조 제2항 및 신의칙에 의하여 반대급부의 이행이 확실하여질 때까지 선이행의무의 이행을 거절할 수 있는 경우에도 비록 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않는다(상세한 내용은 '채권각칙-동시이행항변, 불안의 항변권' 부분 참조).

에서 위 '복귀일 또는 발령일'에 정산금여를 지급하도록 규정되어 있다고 하여 위와 같은 지연손해금이 발생하지 아니한다고 할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 면직처분을 하였다가 그 면직처분이 취소됨에 따라 복귀일 또는 발령일에 면직처분으로 인하여 받지 못하였던 보수전액을 지급하여야 하는 경우 원래 보수를 지급받아야 할 때로부터 정산급여를 지급받은 날까지의 지연손해금을 지급하여야 한다."

36) 대법원 2005. 2. 17. 선고 2003다18371, 18388 판결 등.

37) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006므2757, 2764 판결; "원고가 '정확한 권리의 가액을 알 수 없으므로 추후 감정결과에 따라 청구취지를 확장하겠다.'는 뜻을 미리 밝히면서 우선 일부의 금액만을 청구하였다가 그 후 감정결과에 따라 청구취지를 확장한 경우에는, 그 권리행사의 제척기간 준수 여부는 앞서 1.의 가.항에서 본 바와 같이 청구취지의 확장으로 추가된 부분에 관해서도 우선 일부의 금액을 청구하였던 시점을 기준으로 판단한다 하더라도, 피고의 지체책임의 발생시점을 판단함에 있어서는, 피고로서는 원고가 일부의 금액만을 청구한 채 감정결과를 기다린다는 이유로 청구취지를 확장하지 않고 있는 동안에는 지급하여야 할 구체적 액수가 확정되지 않은 이상 그 액수 미확정 부분에 관한 지급의무의 미이행에 어떤 귀책사유가 있다고 할 수 없으므로, 청구취지의 확장으로 추가되는 금액 부분에 관한 지체책임은 그 청구취지 확장의 뜻이 담긴 청구취지변경신청서 등의 송달일 다음날부터 비로소 발생하는 것으로 보아야 할 것이다."

V. 지연손해금의 면책, 소멸

1. 면책, 감액

금전은 그 자체로서 관념적인 가치의 일정량을 표시하고 있으면서, 고도의 대체성과 융통성을 가지고 있어서, 금전의 지급을 목적으로 하는 채무에 관하여는 이행불능이 있을 수 없고 이행지체만이 있는 것이며, 그 이행지체는 이행기의 도과와 함께 발생되고 그 때부터 채권자는 손해를 입게 된다.[38] 따라서 금전채무불이행의 손해배상에 관하여는 채권자는 손해의 증명을 요하지 아니하고 채무자는 과실 없음을 항변하지 못한다(민법 제397조 제2항).

채권의 가압류는 제3채무자에 대하여 채무자에게 지급하는 것을 금지하는 데 그칠 뿐 채무 그 자체를 면하게 하는 것이 아니고, 가압류가 있다 하여도 그 채권의 이행기가 도래한 때에는 제3채무자는 그 지체책임을 면할 수 없다.[39]

공사도급계약에 있어서 미지급 공사대금에 대한 지연손해금은 공사가 중단되었다고 하여 발생하지 않는 것이 아니라 지체상태가 해소될 때까지 발생함은 당연하다.[40]

임대차보증금이 임대인에게 교부되어 있더라도 임대인은 임대차관계가 계속되고 있는 동안에는 그 임대차보증금에서 연체 차임을 충당할 것인지 여부를 자유로이 선택할 수 있는 것이므로, 임차인은 임대차계약에 의하여 정하여진 차임지급을 지체하였음에도 임대인이 연체 차임을 임대차보증금으로부터 충당하지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 임차인은 그에 따른 지연손해금을 지급하여야 하고,[41] 임대차보증금은 임대차계약이 종료된 후 임차인이 목적물을 인도할 때까지 발생하는 차임 및 기타 임차인의 채무를 담보하기 위하여 교부되는 것이므로 임대차계약이 종료되었다 하더라도 목적물이 인도되지 않았다면 임차인은 보증금이 있음을 이유로 연체차임의 지급을 거절할 수 없다.[42]

채무자가 변제의 제공을 하면 그 때부터 채무불이행의 책임을 면하게 된다(민법 제461

38) 대법원 2003. 3. 25. 선고 2002다70853 판결.

39) 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004다16181 판결 등.

40) 대법원 2005. 4. 28. 선고 2003다6705, 6712 판결.

41) 대법원 2005. 5. 12. 선고 2005다459(본소), 466(반소) 판결. 따라서 임대차계약체결 당시 "임차인이 차임의 지급을 지체한 경우에는, 임대인은 임차보증금 중에서 이에 충당할 수 있다. 이 경우에 임차인은 임차보증금에서 부족하게 된 금원을 지체 없이 보충하여야 하며, 보충을 지체한 기간 동안의 지체이자(은행 연체이자율)를 가산한다."고 약정한 경우, 이러한 당사자 사이의 약정은, 임대인이 임대차보증금에서 연체 차임을 충당할 경우의 법률관계에 대해서만 정했던 것이고 임대인이 임대차보증금에서 연체 차임을 충당하지 않는 경우에 관하여는 특별히 정한 바 없으므로 임차인은 특별한 사정이 없는 이상 위 법리에 따라서 임대인에게 연체 차임에 대하여 이행지체에 따른 손해배상금을 지급할 의무가 있다고 한다.

42) 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다24881 판결.

조). 변제의 제공은 채무 내용에 좇은 현실제공으로 하여야 하는데(민법 제460조), 채무의 이행에 채권자의 행위를 요하는 경우에는 변제준비의 완료를 통지하고 그 수령을 최고하면 되고,[43] 금전채무의 경우 현실제공은 특별한 사정이 없는 한 채권자가 급부를 즉시 수령할 수 있는 상태에 있어야만 인정될 수 있으므로 채무자가 채무 내용에 좇은 급부를 제공하면서도 채권자가 그 급부를 즉시 수령하기 어려운 장애요인을 형성·유지한 경우에는 현실제공이 있다고 할 수 없다.[44]

채무자가 이행지체에 빠진 다음, 이행제공으로 이행지체를 종료시키려면 완전한 이행을 제공하여야 하므로, 채무자가 원본뿐 아니라 지연손해금도 지급할 의무가 있는 때에는 원본과 지연손해금을 합한 전액에 대하여 이행의 제공을 하여야 하고, 그에 미치지 못하는 이행제공을 하면서 이를 원본에 대한 변제로 지정하였더라도, 그 지정은 민법 제479조 제1항에 반하여 채권자에 대하여 효력이 없으므로, 채권자는 그 수령을 거절할 수 있다.[45]

---

43) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다22553 판결.
매도인이 미리 변제받기를 거절함으로써 매수인이 변제준비의 완료를 통지하고 그 수령을 최고함으로써 변제의 제공을 한 것으로 인정되는 경우에는, 변제의 제공에 의하여 매수인은 잔금에 대한 채무불이행의 책임을 면하게 되므로, 잔금 지체를 이유로 하는 매도인의 지연손해금청구는 배척되어야 한다(대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다10517 판결).

44) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2011다17403 판결; "(2) … 원고는 배당기일에 배당에 대한 이의를 한 후 민사집행법 제256조, 제154조 제2항에 따라 청구에 관한 이의의 소를 제기하여야 하는데도 배당이의의 소를 제기하였고, 배당기일로부터 1주일 이내에 청구이의의 소를 제기한 사실을 증명하는 서류와 그 소에 관한 집행정지재판의 정본을 제출하지도 않았으므로, 법률적으로는 배당절차에서 이의를 진술한 날로부터 1주일이 경과함으로써 배당표는 확정되었다고 할 것이다. 그러나 원고는 위와 같이 배당이의의 소를 제기한 후 배당법원에 그 제소사실을 증명하는 서류를 제출한 다음 소송절차 진행 중에 청구이의의 소를 예비적으로 추가하여 다투다가 제1심에서 소 각하 판결이 선고되어 패소하였음에도 항소 및 상고를 제기하였고, 또한 제1심 판결 내용에 따라 배당표가 이미 확정되었다는 이유로 피고가 배당금의 출급을 구하였으나 배당법원이 이를 거절하여 집행에 관한 이의를 하고 그에 대한 인용결정까지 있었음에도 다시 원고가 항고를 제기하여 불복하는 등으로 위 확정된 배당표에 의한 배당금의 출급을 곤란하게 하는 장애요인을 스스로 형성하여 유지해 온 이상 그러한 장애가 해소되기까지는 원고는 채무내용에 좇은 현실제공에 의하여 변제의 제공을 한 것이라고 볼 수는 없다고 할 것이다.
(3) 따라서 위와 같은 경우에는 청구이의 사건에 대한 상고가 기각되기에 앞서 피고가 제기한 집행에 관한 이의에 대한 인용결정이 대법원에서 특별항고 기각으로 확정된 때에 비로소 배당금의 출급에 대한 장애가 해소되었다고 할 것이니 원고의 변제제공의 효과도 그때에 가서야 발생한다고 봄이 상당하다.
(4) 다른 한편 원고가 피고의 위 배당금에 대한 공탁금출급청구권에 채권가압류를 하여 피고는 사실상 위 배당금을 수령할 수 없게 되었지만, 이는 가압류의 효력에 의한 것일 뿐 배당표에 따른 공탁금출급청구권 행사 자체에 장애사유가 되는 것은 아니므로, 위 변제 또는 변제제공의 효력에 영향을 미친다고 보기는 어렵다 할 것이다.
(5) 따라서 피고가 수령한 위 배당금은 이 사건 확정판결에 기한 채권 중 2008. 11. 14.까지의 지연손해금의 변제에 우선 충당되고, 나머지 금액이 원금에 충당된다고 보아야 할 것이다.
(6) 그럼에도 원심은 피고가 현실적으로 위 배당금을 수령한 2009. 7. 15.에 그 금원이 변제된 것으로 보아 위 배당금으로 2009. 7. 15.까지의 지연손해금의 변제에 우선 충당된다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 집행공탁의 변제제공 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다."

45) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003다22042 판결. 비용·이자·원본에 대한 변제충당에는 민법 제476조는 준용되지 아니하므로 당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한 비용·이자·원본의 순서로 충당하여야 할 것이고 채무자는 물론 채권자라도 위 법정순서와 다르게 일방적으로 충당의 순서를 지정할 수는 없다. 다만 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보이는 경우는 별 문제이다(80다3009 등).

영업양도에 반대하는 주주들이 주식매수청구권을 행사하였으나 2월의 매수기간 내에 주식대금을 지급하지 않은 회사에 지체책임이 인정되는 경우, 주주들이 법원의 주식매수가액 결정에 대하여 항고 및 재항고를 거치면서 상당한 기간이 소요되었다는 사정만으로 지연손해금에 관하여 감액이나 책임제한을 할 수는 없다.[46]

정리회사의 주채무 중 지연손해금에 관한 연체이율을 감경하는 정리계획인가결정이 확정되면 위 감경된 부분에 관한 보증인의 보증채무에 대한 소멸시효는 그 인가결정 확정 시부터 다시 진행한다고 할 것이나, 지연손해금은 원금에 대한 변제가 지체된 기간의 경과에 따라 발생하는 것이므로 아직 지체기간이 경과하지도 아니한 장래의 지연손해금 채무 일체에 대하여 위 인가결정 확정 시로부터 곧바로 소멸시효가 진행된다고 볼 수는 없다.[47] 시효중단으로 인하여 원본채무가 유지되는 때에는 그 종된 채무인 이자채무나 지연손해금채무도 존속하게 됨은 당연하며, 이 경우 비록 정리계획에서 주채무에 대한 이율이 감경되었다 하여도 보증인이 부담하여야 할 이자나 지연손해금은 감경되기 전의 원래 약정상의 이율에 의하여야 한다.[48]

2. 변제·상계 충당

민법 – 채권총칙 – '변제', '상계' 부분 참조.

3. 소멸시효

원본금전채권의 소멸시효가 완성한 때에는, 민법 제183조에 따라 그 지연손해금채권의 소멸시효도 완성된 것으로 보거나, 민법 제167조에 따라 원본금전채권의 기산일에 소급하여 원본금전채권이 소멸함으로써 그 지연손해금채권도 소급하여 소멸하게 된다.

그런데 판례는, "이자 또는 지연손해금은 주된 채권인 원본의 존재를 전제로 그에 대응하여 일정한 비율로 발생하는 종된 권리인데, 하나의 금전채권의 원금 중 일부가 변제된 후 나머지 원금에 대하여 소멸시효가 완성된 경우, 가분채권인 금전채권의 성질상 변제로 소멸한 원금 부분과 소멸시효 완성으로 소멸한 원금 부분을 구분하는 것이 가능하고,

46) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다94953 판결; "주주인 원고들이 주식매수가액 결정에 있어 자신들의 희망 매수가액을 주장하는 것은 상법에 의하여 인정된 권리이고, 법원의 주식매수가액 결정에 대하여 항고 및 재항고를 하는 것 역시 비송사건절차법에 의하여 인정되는 권리이므로, 원고들이 위와 같은 권리를 남용하였다는 특별한 사정이 인정되지 않는 이 사건에 있어서 원고들이 법원의 주식매수가액 결정에 대하여 항고 및 재항고를 거치면서 상당한 기간이 소요되었다는 사정만으로 지연손해금에 관하여 감액이나 책임제한을 할 수 없다는 취지로 판단하여, 피고의 과실상계 또는 그를 유추한 신의칙상 책임제한 주장을 배척하였는바, 원심의 이러한 조치는 정당하고"

47) 대법원 1995. 11. 21. 선고 94다55941 판결.

48) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007다11231 판결.

이 경우 원금에 종속된 권리인 이자 또는 지연손해금 역시 변제로 소멸한 원금 부분에서 발생한 것과 시효완성으로 소멸된 원금 부분에서 발생한 것으로 구분하는 것이 가능하므로, 소멸시효 완성의 효력은 소멸시효가 완성된 원금 부분으로부터 그 완성 전에 발생한 이자 또는 지연손해금에는 미치나, 변제로 소멸한 원금 부분으로부터 그 변제 전에 발생한 이자 또는 지연손해금에는 미치지 않는다."라고[49] 하나, 이는 의문이다.[50]

금전채무에 대한 변제기 이후의 지연손해금은 금전채무의 이행을 지체함으로 인한 손해의 배상으로 지급되는 것이므로, 그 소멸시효기간은 원본채권의 그것과 같다고 보아야 하고,[51] 민법 제163조 제1호가 규정한 3년간의 단기소멸시효의 대상이 되지 아니한다.[52]

---

49) 대법원 2008. 3. 14. 선고 2006다2940 판결.

50) 소멸시효를 주장하는 '당해 채무자가 이전에 일부 변제한 경우'에는, 원금 및 이자 채무 전부에 대한 승인에 해당하여 시효가 중단되고 변제 다음날부터 다시 시효기간이 진행된다. 따라서 변제로 소멸한 원금 부분으로부터 그 변제 전에 발생한 이자 또는 지연손해금 채권 역시 변제 다음날부터 다시 시효기간이 진행되고 그 때로부터 시효기간 내 소가 제기되었는지 따져 보아야 한다. 결론에 있어서는 위 판시와 유사한 결론에 이르게 된다. 그러나 소멸시효를 주장하는 '당해 채무자가 아닌 제3자가 이전에 일부 변제한 경우'에는, 그 변제가 시효중단사유에 해당하지 않는다. 시효의 중단은 시효중단행위에 관여한 당사자 및 그 승계인 사이에만 그 효력이 있기(민법 제169조) 때문이다. 시효의 대상인 권리의 권리자 또는 그 상대방인 의무자가 여러 사람이더라도 중단에 관여하지 않은 권리자 또는 의무자에게는 중단의 효과가 미치지 않는다. 소멸시효를 주장하는 당해 채무자가 아닌 제3자가 일부 변제한 경우에, 위 판시와 같이 당해 채무자가 제3자의 변제로 사실상 소멸시효 완성이 저지되고 시효중단과 같은 불이익을 받을 하등의 이유가 없다. '가분채권인 금전채권의 성질'만으로는 위 판시의 정당한 근거가 박약한 것으로 보아야 한다. 민법 제183조는, "주된 '권리'의 소멸시효가 완성한 때에는 종속된 '권리'에 그 효력이 미친다"고 되어 있는데, 민법 제166조가 "소멸시효는 '권리'를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다"고 되어 있으므로, 소멸시효의 대상이 되는 '권리'의 단위는 '그 권리를 행사할 수 있는 때'를 기준으로 정해진다고 보아야 한다. 예컨대, 매매계약에 기한 매도인의 대금채권은 그 변제기에 따라 중도금채권, 잔금채권으로 나뉠 수 있는데, 변제기에 따른 중도금채권, 잔금채권이 소멸시효의 대상이 되는 위 법문에서의 '권리'의 단위이다. 그 권리의 단위별로 소멸시효는 진행하고 완성되어 소멸하는 것이다. 급부가 가분인가 불가분인가는 먼저 당사자의 의사표시 해석에 의하여 결정되고, 특별한 의사표시의 존재가 인정되지 않으면 객관적인 성질에 의하여 정하여진다고 본다{민법주해 채권(1), 88면(송덕수 집필)}. 금전 100만원의 지급을 한 번에 받도록 하는 합의는 당사자의 의사표시에 의하여 불가분으로 된 것이다. 금전채권이라 하여 반드시 가분채권인 것은 아니고 의사표시 해석에 의하여 결정되어야 하는데, 일반적으로는 의사표시 해석에 의한 불가분채권으로 보아야 할 경우가 많을 것이다. 예컨대 대여금을 변제기에 한꺼번에 반환하기로 했다면 그 대여금채권은 전체가 불가분채권에 해당한다(일부 변제만으로 채무의 이행으로 평가받지 못한다). 이 경우 소멸시효의 완성 여부도 불가분채권 전체를 기준으로 판단함이 옳을 것으로 보인다. 설사 가분채권이라 하더라도 소멸시효의 대상인 '권리'의 단위는 하나이지, 일부 변제에 따라 소멸시효의 대상인 '권리' 단위가 여러 개로 나누어진다고 볼 수는 없다. 민법이 소멸시효 완성에 소급효를 인정하는 이유는, 만일 소급효를 인정하지 않으면 소멸시효가 완성한 후에도 그 이전의 법률관계에 관하여 분쟁이 계속될 우려가 있기 때문에 그러한 법률관계를 간명하게 처리하기 위한 것이라고 하고{민법주해 총칙(3), 484면(윤진수 집필)}, 민법 제183조의 실제적인 의의는 주된 권리의 소멸시효는 완성되었으나 종속된 권리 그 자체의 소멸시효는 아직 완성되지 않은 경우에 나타난다고 한다{민법주해 총칙(3), 552면(윤진수 집필)}. 위 판시는 이러한 점에서도 타당하지 않다. 위 판시는, '변제로 소멸한 원금 부분'과 '소멸시효 완성으로 소멸한 원금 부분' 및 '변제로 소멸한 원금 부분에서 발생한 이자, 지연손해금'과 '시효완성으로 소멸된 원금 부분에서 발생한 이자, 지연손해금'을 구분하고 있으나, 이미 변제로 소멸한 원금 부분도 변제가 없었다면(변제라는 사실을 捨象해 버리면) 소 제기 시를 기준으로 볼 때 소멸시효가 완성된 원금 부분에 해당하는 점에서 다를 바가 없다. 양자를 달리 취급하는 것은 결국 위 '변제'에 어떠한 의미, 효과를 부여하는 셈이 되는데, 당해 채무자 아닌 제3자의 변제에 사실상 시효중단의 의미, 효과를 부여하는 것은 시효중단행위에 관여한 당사자 및 그 승계인 사이에만 시효의 중단의 효력을 인정한 민법 제169조에 반하는 것이다. 위 판시는 당해 채무자에 의한 변제와 제3자에 의한 변제를 제대로 구분하지 않고 생각한 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 위 판례의 사안에서 원고가 피고들에 대해서는 권리를 행사한 바가 없어 권리 위에 잠잔 자에 해당하므로 지연손해금 전부에 대한 시효소멸을 인정하더라도 구체적 타당성에 반하는 것이 아닌 것으로 보이고, 그것이 더 논리적이지 않을까 싶다.

본안소송에서 가압류의 피보전채권 중 일부의 존재가 인정되지 아니한 때에는, 특별한 사정이 없는 한 가압류의 피보전채권액 범위 내에서 피보전채권 중 그 존재가 인정되는 부분뿐만 아니라 그와 청구기초의 동일성이 인정되는 지연손해금채권에도 보전처분의 보전의 효력으로서 가압류에 의한 시효중단의 효력이 미친다.[53]

시효완성 전에 채무의 일부를 변제한 경우에 그 수액에 관하여 다툼이 없는 한[54] 채무승인으로서의 효력이 있어 시효중단의 효과가 발생한다.[55] 따라서 이자나 지연손해금 채권에 대한 변제는 원칙적으로 그 원금 및 이자·지연손해금 채권 전부에 대한 채무승인으로서 시효중단의 효과가 생긴다.[56] 소멸시효가 완성된 후에 채무의 일부를 변제하는 것은 특별한 사정이 없는 한 시효의 이익을 포기한 것으로 볼 수 있다.[57]

VI. 지연손해금률

금전채무 불이행의 손해배상액은 법정이율에 의하지만, 법령의 제한에 위반하지 아니한 약정이율이 있으면 그 이율에 의한다(민법 제397조 제1항).

---

51) 따라서 상법 제487조 제1항에 "사채의 상환청구권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다", 같은 조 제3항에 "사채의 이자 … 은 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다"라고 규정하고 있고, 이미 발생한 이자에 관하여 채무자가 이행을 지체한 경우에는 그 이자에 대한 지연손해금을 청구할 수 있으므로, 사채의 상환청구권에 대한 지연손해금은 사채의 상환청구권과 마찬가지로 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성하고, 사채의 이자에 대한 지연손해금은 사채의 이자와 마찬가지로 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성하며(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다28031 판결), 상행위로 인하여 생긴 금전채무의 불이행에 기한 지연손해금채권은 상사시효 5년이 적용되고(대법원 1997. 8. 26. 선고 97다9260 판결), 보험회사가 보험수익자에게 지급한 보험금에 대한 변제기 이후의 지연손해금은 보험금 채권에 관하여 적용될 2년 간의 소멸시효를 규정한 상법 제662조가 적용되어야 하며 불법행위로 인한 손해배상 채권에 관한 단기소멸시효를 규정한 민법 제766조 제1항이 적용될 것이 아니다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006다3813 판결).

52) 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다42141 판결 등.

53) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다24568 판결; "보전처분의 피보전채권과 본안의 소송물인 권리는 엄격히 일치함을 요하지 않으며 청구의 기초의 동일성이 인정되는 한 보전처분의 보전의 효력은 본안소송의 권리에 미친다고 할 것이므로, 본안소송에서 피보전채권 중 일부의 존재가 인정되지 아니한 때에는, 특별한 사정이 없는 한 가압류 결정에 피보전채권액으로 기재된 액의 범위 내에서는 위 피보전채권 중 그 존재가 인정되는 나머지 부분뿐만 아니라 그와 청구기초의 동일성이 인정되는 채권에도 그 존재가 인정되는 한 보전처분의 보전의 효력이 미친다고 할 것이다."

54) 따라서 채권액에 다툼이 있는 경우라면 일부 변제 부분을 제외한 나머지에 관하여까지 시효중단의 효력이 있는 것은 아니다. 이러한 예외적 사정은 일부에 대한 시효중단를 주장하는 쪽에서 주장,입증해야 한다.

55) 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다39854 판결 등.

56) 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다51028 판결; "담보가등기를 경료한 부동산을 인도받아 점유하더라도 담보가등기의 피담보채권의 소멸시효가 중단되는 것은 아니지만, 채무의 일부를 변제하는 경우에는 채무 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생하는 것이므로, 채무자가 채권자에게 담보가등기를 경료하고 부동산을 인도하여 준 다음 피담보채권에 대한 이자 또는 지연손해금의 지급에 갈음하여 채권자로 하여금 부동산을 사용수익할 수 있도록 한 경우라면 채권자가 부동산을 사용수익하는 동안에는 채무자가 계속하여 이자 또는 지연손해금을 채권자에게 변제하고 있는 것으로 볼 수 있으므로 피담보채권의 소멸시효가 중단된다고 보아야 한다."

57) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다14936 판결.

지연손해금은 그 비율의 인정근거에 따라 ① 지연손해금률 자체가 당사자 사이의 약정으로 정해진 '약정지연손해금', ② 약정이율이 지연손해금률로 의제되는 '약정이율에 의한 지연손해금', ③ 민법 제397조 제1항 본문에 따라 민법, 상법, 소송촉진 등에 관한 특례법, 공탁법[58] 소정의 법정이율이 지연손해금률인 '법정이율에 의한 지연손해금'으로 나눌 수 있다. 민법 제397조 제1항 단서의 '약정이율'을 변제기까지의 이자에 관한 약정이율이 아니라 이행지체로 인한 손해에 관한 약정이율이라고 보는 견해도 있으나,[59] 민법 제397조 제1항 단서의 '약정이율'은 변제기 전의 약정이율 및 약정지연손해금률 둘 다를 포함하는 것으로 봄이 옳고, 따라서 변제기 전의 약정이율이 변제기 후의 지연손해금률이 되는 것은 민법 제397조 제1항 단서의 규정에 기한 것이라 할 수 있다.

우리 민법 제397조 제1항 단서와 달리, 그에 대응하는 의용민법이나 일본민법 제419조 제1항 단서는 명문으로 "약정이율이 법정이율을 넘는 때"에 한하여 약정이율에 의하도록 정하고 있는데, 우리의 경우에도 동일하게 해석할 것인지에 관하여, 판례는, '지연손해금률에 관하여 당사자 사이에 별도의 약정이 있으면 설사 그것이 법정이율보다 낮다 하더라도 그에 따라야 하지만, 약정이율에 의한 지연손해금의 경우 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 약정이율에 의하지 아니하고 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다.'고 한다.[60],[61]

---

58) 공탁법 제5조, 공탁금의이자에관한규칙 제2조에 의하면, 공탁금의 이자는 연 1천분의 1로 정해져 있다[전문개정 2015.3.30].

59) 주석민법 채권총칙(1), 656면(유남석 집필). 이 견해에 의하면, 변제기 전 약정이율이 변제기 후 지연손해금률이 되는 것은 변제기 후의 이자약정이 없는 경우 특별한 의사표시가 없는 한 변제기가 지난 후에도 당초의 약정이자를 지급하기로 한 것으로 보는 것이 당사자의 의사이기 때문이라고 설명할 수 있다(대법원 1981. 9. 8. 선고 80다2649 판결). 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006다14363 판결도 동일한 취지에서, "부실채권의 양도계약시 우선 매수인이 일정액의 매입대금을 매도인에게 지급하고 나중에 그 매입대금을 정산하여 그 정산에 따른 차액을 매도인이 매수인에게 반환하기로 약정하면서 그 차액에 대하여 매입대금의 지급일부터 정산일까지 약정이율에 의한 이자를 가산하여 지급하기로 합의한 경우에는, 특별한 의사표시가 없는 한 정산일 이후에도 당초의 약정이율에 의한 지연손해금을 가산하여 지급하기로 한 것으로 보는 것이 당사자의 의사에 부합하는 해석이다. … 원심이 이 사건 계약서 제6조에 매입대금의 정산 시 연 10%의 비율에 의한 이자를 붙이기로 규정되어 있고, 이 사건 채권양도계약이 해제되는 때에도 연 10%의 비율에 의한 이자를 더하여 최초 매입대금을 반환하기로 규정되어 있는 점 등에 비추어, 이 사건 정산기준일 이후에 적용되는 정산금채권에 대한 지연손해금의 비율 또한 연 10%로 약정하였다고 봄이 상당하다는 취지로 판단한 것은 정당하다"고 한다.

60) 애초에 대법원 1995. 10. 12. 선고 95다26797 판결은, "금전채무의 불이행으로 인한 손해배상액은 달리 특별한 사정이 없는 한 민법 소정의 법정이율인 연 5푼의 비율에 의한 금원이라 할 것이고(민법 제397조 제1항) 다만 그와 다른 이자율의 약정이 있거나 지연손해금률의 약정이 있는 경우에 한하여 그 별도의 약정에 따른 손해배상액을 인정할 수 있다 할 것인데, 이와 같이 **별도의 약정이 있음을 이유로 하여 법정이율보다도 낮은 비율에 의한 지연손해금을 인정하기 위하여는 법정이율보다 낮은 이자율 또는 지연손해금률의 약정이 있다는 점에 관하여 당사자 사이에 다툼이 없거나 증거에 의하여 적극적으로 인정되는 사정이 존재하여야** 할 것이고 피고가 법정이자율보다 낮은 비율에 의한 이자율 또는 지연손해금률의 약정이 있음을 자인한다 하여(이 사건에서는 피고가 법정이자율보다 낮은 비율에 의한 이자율의 약정이 있음을 자인하고 있다) 그에 따른 금원의 지급을 명할 수는 없다고 할 것이다."라고 하였다.

그런데 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다85342 판결은, "민법 제397조 제1항은 본문에서 금전채무불이행의 손해배상액을 법정이율에 의할 것을 규정하고 그 단서에서 '그러나 법령의 제한에 위반하지 아니한 약정이율이

한편, '민법이나 소송촉진 등에 관한 특례법에 정한 법정이율은 이자나 지연손해금의 약정이 있는 채권에 대하여 적용되는 것'이라는 판례[62]가 있는데, 이는 명백히 잘못된 판시로 보인다.

1. 민사법정이율

금전채무의 불이행으로 인한 손해배상액은 달리 특별한 사정이 없는 한 민법 소정의 법정이율인 연 5푼의 비율에 의한 금원이다.[63]

있으면 그 이율에 의한다'고 정한다. 이 단서 규정은 **약정이율이 법정이율 이상인 경우에만 적용**되고, **약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 그 본문으로 돌아가 법정이율에 의하여 지연손해금을 정**할 것이다."라고 하여 위 95다26797 판결과 배치되는 판시를 하였다.

마침내 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다50509 판결은, 위 95다26797 판결을 참조판결로 하여 "지연손해금률에 관하여도 당사자 사이에 별도의 약정이 있으면 그에 따라야 할 것이고, 설사 그것이 법정이율보다 낮다 하더라도 마찬가지이다."라고 하면서, 위 2009다85342 판결을 참조판결로 하여 "한편 계약해제 시 반환할 금전에 가산할 이자에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이행지체로 인한 지연손해금도 그 약정이율에 의하기로 하였다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다. 다만 **그 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우**에는 약정이율에 의하지 아니하고 **법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다**고 봄이 상당하다. 계약해제로 인한 원상회복 시 반환할 금전에 그 받은 날로부터 가산할 이자의 지급의무를 면제하는 약정이 있는 때에도 그 금전반환의무가 이행지체 상태에 빠진 경우에는 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있는 점과 비교해 볼 때 그렇게 보는 것이 논리와 형평의 원리에 맞기 때문이다."라고 판시하여 '약정지연손해금'의 경우와 '약정이율에 의한 지연손해금'의 경우를 구분하여 정리하였다.

61) 위 2009다85342 판결은, 그 상세한 근거로 "우선 금전채무에 관하여 아예 이자약정이 없어서 이자청구를 전혀 할 수 없는 경우에도 채무자의 이행지체로 인한 지연손해금은 법정이율에 의하여 청구할 수 있으므로, 이자를 조금이라도 청구할 수 있었던 경우에는 더욱이나 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다고 하여야 할 것이다. 나아가 원칙으로 보면 금전채권자도 채무자의 채무불이행으로 인하여 입은 구체적인 손해를 주장·입증하여 그 손해가 민법 제393조 등의 배상범위에 있는 것이면 그 배상을 청구할 수 있는 것이나, 오늘날 금전의 범용성으로 인하여 그 이용양태는 무궁무진하므로 금전채무의 불이행으로 인한 이용가능성의 박탈이라는 손해가 채권자에게 발생하리라는 것은 쉽사리 일반적으로 추인되는 반면 위와 같은 일반원칙에 의하면 그 구체적인 배상액의 산정은 매우 다양하여 균형을 잃을 수 있으므로, 금전채무불이행으로 인한 손해배상문제를 균일하게 처리하기 위하여 추상적인 손해로서 법정이율로 산정한 액을 기준으로 하는 민법 제397조 제1항 본문을 마련하였다고 할 것인데, 그러한 균일처리의 필요는 이율을 법정이율보다 낮게 약정한 경우에도 이자가 아니라 손해배상이 문제되는 한 마찬가지로 시인되어야 하는 것이다. 또한 민법 제397조 제1항 단서에서 약정이율이 있으면 이에 좇도록 한 것은 약정이율이 법정이율보다 높은 경우에 법정이율에 의한 지연손해금만으로 족하다고 하면 채권자로서는 위에서 본 대로 원칙적으로는 허용되었을 터인 보다 많은 손해의 주장이 봉쇄됨으로써 채무자가 이행지체로 오히려 이익을 얻게 되어 불합리하다는 점을 고려한 것으로서, 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 그러한 불합리가 운위될 소지가 없다. 마지막으로 민법 제397조에 대응하는 의용민법 제419조는 제1항 단서에서 명문으로 "약정이율이 법정이율을 넘는 때"에 한하여 약정이율에 의하도록 정하고 있었는데, 민법의 제정과정에서 그와 달리 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에도 위 단서규정이 적용된다는 것이 입법자의사이었다고 볼 아무런 자료가 없는 것이다."라고 설시하고 있다.

62) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다12399 판결(위 일반론 판시에 이어, '이 사건 금전대차계약에서 원금에 관하여만 이자나 지연손해금의 약정이 있음을 알 수 있는바, 그럼에도 불구하고 원금과 지연손해금 합계 64,500,000원 전부에 대하여 이 사건 청구변경서 송달일 다음날부터 민법 또는 소송촉진 등에 관한 특례법에 정한 지연손해금이 발생한다고 본 원심의 판단은 위법'하다고 판시하였는데, 이자 약정이 없는 금전채권도 그 이행기 다음 날부터는 법정이율에 의한 지연손해금이 인정되고, '금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 때로부터 지체책임을 부담'하게 되므로(대법원 2004. 7. 9. 선고 2004다11582 판결), 위 판결의 판시는 타당하지 않다.

63) 민사법정이율, 특별법상 지연손해금률에 관하여는, 민법 – 채권총칙 – 채무불이행책임-손해의 발생과 범위 부분 참조.

파산관재인의 파산채권자에 대한 배당금 지급채무,[64] 예금자보호법에 의한 예금보험공사의 보험금지급채무,[65] 가집행선고의 실효에 따른 원상회복 및 손해배상의무,[66] 화해조항에 금원지급 채무가 있음에도 불구하고 이행지체로 인한 손해배상에 관하여 아무런 명시가 없는 경우[67] 그 지연손해금에 대하여 민법 소정의 법정이율에 의한다.

2. 상사법정이율 등

상법 - 상행위 - '상사법정이율' 부분 참조.

3. 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 법정이율

가. 특례법 제3조 제1항

1) 법 규정

금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결(심판을 포함한다)을 선고할 경우에 금전채무불이행으로 인한 손해배상액 산정의 기준이 되는 법정이율은 그 금전채무의 이행을 구하는 소장 또는 이에 준하는 서면이 채무자에게 송달된 날의 다음날부터는 연 40% 이내의 범위에서 은행법에 의한 금융기관이 적용하는 연체금리 등 경제여건을 감안하여 대통령령이 정하는 이율(2015. 10. 1.부터는 연 15%, 2019. 6. 1.부터는 연 12%)에 의한다.[68] 다만, 장래이행의 소에 해당하는 경우[69]에는 그러하지 아니하다(소송촉진 등에 관한

64) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003다22042 판결; "파산채권자의 배당금 지급청구권에는 다양한 종류의 파산채권 원본과 그에 대한 파산선고 전일까지의 이자 및 지연손해금을 합산한 채권이 모두 반영되어 있어, 원래 채권의 성격이 반드시 그대로 유지된다고 보기는 어렵고, 배당절차는 금전화 및 현재화를 거친 파산채권 원금 및 파산선고 이전까지의 지연손해금에 대하여 배당재원의 범위 내에서 각 채권의 비율에 따라 분배하는 절차로서, 배당률을 정하여 통지함으로써 발생한 구체적 배당금 지급채무의 이행은 파산재단을 대표한 파산관재인의 의무이지 파산자의 의무는 아니라 할 것이므로, 배당금 지급채무는 파산채무의 원래 속성이나 파산자가 상인인지 여부와는 무관하게 민사채무로 봄이 상당하고, 그 지연으로 인한 지연손해금에 적용될 법정이율도 원래 파산채무의 속성이나 약정이율 혹은 채무명의에서 정한 지연이율에 영향을 받지 아니하고 민사 법정이율인 연 5%가 적용되어야 할 것이다."

65) 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다40108 판결.

66) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다52944 판결; "가집행선고 있는 판결에 기한 집행 … 원상회복 및 손해배상의무는 본래부터 가집행이 없었던 것과 같은 원상으로 회복시키려는 공평의 관념에서 나온 것으로서 그 가집행으로 인하여 지급된 것이 금전이라면 특단의 사정이 없는 한 가집행채권자는 그 지급된 금원과 그 지급된 금원에 대하여 지급된 날 이후부터 법정이율에 의한 지연손해금을 지급하여야 하는 것이지만, 가집행선고의 실효에 따른 원상회복의무는 상행위로 인한 채무 또는 그에 준하는 채무라고 할 수는 없으므로 그 지연손해금에 대하여는 민법 소정의 법정이율에 의하여야 하는 것이고 상법 소정의 법정이율을 적용할 것은 아니다." ⇔ 이에 반하여 대법원 2005. 1. 14. 선고 2001다81320 판결은 상법 소정의 연 6%를 적용하였으나 이는 적용이율이 쟁점으로 되지는 않은 사건이었다.

67) 대법원 1986. 9. 9. 선고 84다464, 1951 판결.

68) '소송촉진 등에 관한 특례법 제3조제1항 본문의 법정이율에 관한 규정'[전부개정 2015. 9. 25. 대통령령 제26553호, 시행 2015. 10. 1.] 및 [일부개정 2019. 5. 21. 대통령령 제29768호, 시행 2019. 6. 1.] 참조.
☞ 대법원 2016. 4. 29. 선고 2015다77595, 77601 판결; "항소심 단계에 이르러 피고가 새로 반소를 제기하였고, 그 반소가 위 개정규정 시행 전에 법원에 소송계속 중이었으나 위 개정규정 시행 이후에 변론이 종결된 경우에

특례법 제3조 제1항).

2) '금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결 또는 심판'

위 특례법 소정의 법정이율은 민사소송뿐만 아니라 행정소송 사건에도 적용되고,[70] 가지급물 반환 판결[71]에도 적용된다.

위 특례법 제3조는 금전채무 원본의 이행청구가 소송물일 때 그 이행을 명하면서 동시에 그에 덧붙는 지연손해금에 관하여 적용되는 규정이므로, 당해 사건에서 지연손해금 발생의 원인이 된 원본에 관하여 이행판결을 선고하지 않는 경우에는 위 법정이율을 적용할 수 없다.[72] 따라서 채무부존재확인, 회생채권확정의 소에 대한 판결을 선고할 경우

는 부칙 제2조 제2항에 따라서 법정이율에 관하여 2015. 9. 30.까지는 종전의 규정에 따른 이율에 의하고, 2015. 10. 1.부터는 개정규정에 따른 이율에 의한다고 할 것이다." → 같은 취지 대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다253297 판결(항소심에서 원고가 새로 청구를 추가한 경우).

69) 앞서 본, 이혼과 동시에 재산분할로서 금전의 지급을 명하는 경우, 사해행위의 취소와 동시에 가액배상금의 지급을 명하는 경우 등이 이에 해당한다.

70) 토지수용으로 인한 기업자 내지 사업시행자에 대한 손실보상금 청구 사건에도 적용된다(91누11254).

71) 대법원 2005. 1. 14. 선고 2001다81320 판결: "제1심의 가집행선고부 판결에 기하여 금원을 지급하였다가 다시 상소심 판결의 선고로 그 선고가 실효됨으로 인하여 그 금원의 수령자가 부담하게 되는 가지급물의 반환의무는 성질상 부당이득의 반환채무라 할 것이므로 그 가지급물의 반환을 명하는 판결은 특별한 사정이 없는 한 위 특례법 소정의 '금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결'에 해당하므로 위 법률의 적용을 받는다." ☛ 이 판결에서 '상법 소정 법정이율인 연 6푼의 비율에 의한 지연손해금'을 인용한 부분은 2003다52944 판결과 배치되는 것이다.

72) ○ 대법원 2022. 3. 11. 선고 2021다232331 판결(피고에 대한 판결로 확정된 2억 3,000만 원의 지연손해금 채권을 양수한 원고가 피고를 상대로 2억 3,000만 원과 그에 대한 지연손해금을 구하는 지급명령을 신청하였다가 피고의 이의신청으로 소송으로 이행된 후 원본 2억 3,000만 원은 청구에서 제외하고, 그에 대한 지급명령신청서 송달일인 2020. 6. 4.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금만을 청구하는 것으로 청구취지를 변경한 사안에서, 원고가 양수금 원본에 대하여는 소를 취하하고 그에 대한 지연손해금만 청구하는 이상 특례법 소정의 법정이율을 적용할 수는 없고, 피고는 원고에게 위 송달 다음 날인 2020. 6. 5.부터 다 갚는 날까지 민법에 정한 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 한 예).
○ 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다50922 판결: "금전채권자가 채무자를 상대로 채무의 이행을 청구하는 소를 제기한 후에 채무자가 자신의 채무를 이행함으로써 원래의 금전채무는 소멸하여 그 범위에서 채권자의 채무이행 청구는 기각될 수밖에 없고 이제 그 채무의 이행지체로 인한 지연손해의 배상만이 남게 된 경우에 그 지연손해금 산정의 기준이 되는 법정이율에 대하여는 '소송촉진 등에 관한 특례법'(이하 '소촉법'이라고 한다) 제3조상의 이율은 적용되지 아니한다고 할 것이다. 우선 위 특례법 제3조가 금전채권자의 소 제기 후에도 상당한 이유 없이 채무를 이행하지 아니하는 채무자에게 지연이자에 관하여 불이익을 가함으로써 채무불이행 상태의 유지 및 소송의 불필요한 지연을 막고자 하는 것을 그 중요한 취지로 하는 점에 비추어 보면, 비록 소가 제기된 후라고 하여도 원래의 금전채무를 스스로 이행한 채무자에게 그러한 불이익을 가할 이유는 없다고 할 것이다. 나아가 위 법규정은 위와 같이 금전채무 불이행자에 대한 '처벌'을 입법목적의 하나로 한다고 할 것인데, 규범위반자에 대한 처벌 내지 제재는 사법에서 일반적으로 추구되지 아니하는 법목적이어서 이를 보다 신중하게 해석·적용할 필요가 있다. 또한, 위 특례법 제3조의 문언상으로도 '금전채무의 이행을 명하는 판결을 선고할 경우'에 있어서 금전채무불이행으로 인한 손해배상액 산정의 기준이 되는 법정이율에 대하여 정하고 있으므로(또한 같은 조 제2항도 '채무자에게 그 이행의무가 있음을 선언하는 사실심 판결이 선고'되는 것을 전제로 하여 규정한다), 지연손해금 발생의 연원이 되는 원본채무가 채무자의 이행으로 소멸하여 그에 관한 이행판결이 선고될 수 없는 이상 위 법규정은 적용될 수 없다고 해석할 것이다."(원고가 피고를 상대로 임대차보증금 3억 2천만 원 및 이에 대하여 아파트인도 다음날부터 소장 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 갚는 날까지는 특례법 소정의 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 구하다가, 소송 계속 중 지급된 3억 2천만 원이 원금에 충당되어, 지연손해금만을 구하는 내용으로 청구취지를 변경한 사안에서, 민사법정이율인 연 5%를 적용하여 계산된 금액의 지급만을 명한 사례). ☛ 원래의 금전채무에 대한 지연손해금을 합산한 지연손해금 합계액을 원본으로 하고 그 원본과 그에 대한

에 위 특례법 제3조가 적용되지 않는다.[73]

3) '선 고'

위 법정이율은 금전채무의 이행을 명하는 판결을 선고받은 당해 사건의 피고에 한하여 적용될 뿐이고, 그와 연대하여 채무를 부담하는 관계에 있다고 하더라도 그와 같은 판결을 선고받지 않은 다른 채무자에 대하여 위 법정이율이 당연히 적용되는 것은 아니다.[74]

이행권고결정의 이행조항에 '이 사건 판결 선고일까지'라고 기재되어 있는 경우, 그 의미는 '이행권고결정의 고지일'인 '이행권고결정서 등본의 송달일'이라고 봄이 타당하다.[75]

4) '금전채무불이행으로 인한 손해배상액'

계약해제로 인한 원상회복의무의 이행으로 반환하는 금전에 대한 이자, 부당이득에 있어 악의의 수익자가 반환하는 이익에 대한 이자 등과 같이 금전채무불이행으로 인한 지연손해금과는 별개인 법정이자에 대해서는 위 특례법 소정의 법정이율이 적용되지 아니함은 앞서 본 바와 같다.

수탁자에게 '신탁법에 따른 손해배상 또는 신탁재산의 원상회복'을 원인으로 금전채무의 이행을 명하는 판결을 선고할 경우에는 민법과 그 특별규정인 위 특례법 소정의 이율에 의한 지연손해금의 지급을 명할 수 없다.[76]

지연손해금의 지급을 소구하여 원본 지연손해금채무의 이행을 명하는 판결이 선고되는 경우에는 원본 지연손해금채무에 대한 지연손해금채무에 대해서 위 특례법 제3조 제1항 소정의 이율이 적용될 수 있다. 위 2010다50922에서, 원고는 보증금에 대한 지연손해금만을 합산하여 구하는 내용으로 청구취지 및 청구원인을 변경하였고, 합산 지연손해금에 대한 지연손해금을 부대청구로 구하지는 아니하였는데, 합산 지연손해금에 대한 지연손해금을 함께 구하였다면, 합산 지연손해금에 대하여 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달 다음날부터 원심 판결 선고일까지는 연 5%, 그 다음날부터는 연 20%의 비율에 의한 지연손해금이 인용될 수 있었을 것이다.

73) 금전채무에 관하여 채무자가 채권자를 상대로 채무부존재확인소송을 제기하였을 뿐 이에 대한 채권자의 이행소송이 없는 경우에는, 사실심의 심리 결과 채무의 존재가 일부 인정되어 이에 대한 확인판결을 선고하더라도 이는 금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결을 선고한 것은 아니므로, 이 경우 지연손해금 산정에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조의 법정이율을 적용할 수 없다(대법원 2021. 6. 3. 선고 2018다276768 판결). 회생채권확정의 소는 회생채권자가 신고한 채권에 대하여 관리인 등으로부터 이의가 있는 경우 이의채권의 존부 또는 그 내용을 정하여 권리를 확정하는 것을 내용으로 하는 소로서 금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 구하는 소가 아니므로, 회생채권확정의 소에 대한 판결을 선고할 경우 위 특례법 제3조 제1항 본문은 적용되지 않는다(2012다32713).

74) 따라서 공동불법행위자 중 1인이 피해자로부터 손해배상청구소송을 당하여 특례법 소정의 법정이율에 의한 지연손해금의 지급을 명하는 판결을 선고받은 후 피해자에게 그 판결에서 명한 위 특례법 소정의 지연손해금을 지급하였다고 하더라도, 그 지연손해금 중 민법 소정의 법정이율을 초과하는 부분은 다른 공동불법행위자의 책임을 공동으로 면책시킨 금원에 해당한다고 볼 수 없고, 변제능력 부족으로 손해배상금 지급을 지연함으로써 위 특례법 소정의 지연손해금이 늘어났다고 하더라도 이와 같이 손해배상금을 지급한 공동불법행위자 개인의 주관적인 사정으로 인하여 발생하게 된 지연손해금이 피할 수 없는 비용 또는 손해에 해당한다고 볼 수도 없다 함은 앞서 본 바와 같다(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다65402 판결).

75) 대법원 2013. 6. 10.자 2013그52 결정.

76) 대법원 2016. 6. 28. 선고 2012다44358 판결; "구 신탁법(2011. 7. 25. 법률 제10924호로 개정되기 전의

당사자 간에 위 특례법 소정의 법정이율보다 낮은 약정이자 또는 약정지연손해금의 정함이 있는 경우라고 할지라도 위 법정이율에 의한 지연손해금의 지급을 구할 수 있다.[77] 하도급법이 적용되는 하도급거래에서 발생한 하도급대금에 대해서는 위 특례법 소정의 법정이율보다 높은 하도급법 제13조 제8항 소정의 '고시이율'에 좇은 지연손해금의 지급을 구할 수 있다.[78]

위 규정은 비록 소송촉진을 목적으로 소송절차에 의한 권리구제와 관련하여 적용되는 것이기는 하지만 그 실질은 금전채무 불이행으로 인한 손해배상 범위를 정하기 위한 것이므로, 절차법적인 성격을 가지는 것이라고만 볼 수는 없고, 지연손해금은 채무의 이행지체에 대한 손해배상으로서 본래 채무에 부수하여 지급되는 것이므로 본래의 채권채무관계를 규율하는 준거법에 의하여 결정되어야 한다.[79]

5) '소장 또는 이에 준하는 서면'

위 법정이율은 금전채무의 이행을 구하는 소장 또는 이에 준하는 서면이 채무자에게 송달된 날의 다음 날부터 적용할 수 있는 것이므로, 만일 채권자가 청구취지를 확장하면 그 확장된 청구금액에 대하여는 청구취지를 확장한 당해 서면이 채무자에게 송달된 날의 다음 날부터 적용할 수 있다.[80]

6) '장래이행의 소'의 경우 적용 배제

위 특례법 제3조 제1항 단서에 따라 장래이행의 소에 해당하는 경우에는 특례법 소정의 법정이율이 적용되지 아니한다. 이혼과 동시에 재산분할로서 금전의 지급을 명하는 경우,[81] 사해행위의 취소와 동시에 가액배상금의 지급을 명하는 경우[82] 등이 그 예이다.

것) 제38조는 '수탁자가 관리를 적절히 하지 못하여 신탁재산의 멸실, 감소 기타의 손해를 발생하게 한 경우 또는 신탁의 본지에 위반하여 신탁재산을 처분한 때에는 위탁자, 그 상속인, 수익자 및 다른 수탁자는 그 수탁자에 대하여 손해배상 또는 신탁재산의 회복을 청구할 수 있다.'라고 규정하고 있다. 여기서 말하는 '손해배상 또는 신탁재산의 회복'이란 그 청구권자에 대한 손해배상 또는 신탁재산의 원상회복을 말하는 것이 아니라 금전배상액을 신탁재산에 편입하거나 또는 원물을 재취득하여 신탁재산에 편입하는 것을 말하므로, 이러한 손해배상 또는 신탁재산의 원상회복을 하여야 할 의무는 그 편입의 대상이 금전인 경우라도 단순히 금전의 급부를 목적으로 하는 금전채무라고 할 수 없다. 따라서 구 신탁법 제38조에 따른 손해배상 또는 신탁재산의 원상회복을 원인으로 금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결을 선고할 경우에는 달리 특별한 약정이 없는 한 민법과 그 특별규정인 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항에 정한 이율에 의한 지연손해금의 지급을 명할 수 없다. … 신탁재산의 원상회복의무의 성질을 금전채무로 보아 원심 변론종결 다음 날부터 민법 및 위 특례법 제3조 제1항에 정한 이율에 따른 지연손해금의 지급을 명한 원심의 판단에는 … 잘못이 있다."

77) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다39807 판결.

78) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두16561 판결.

79) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다10249 판결(피고 미쓰비시은행에게 신용장에 따른 대금지급의무의 지체에 대한 지연손해금의 지급을 명함에 있어 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항의 규정을 적용하지 아니하고 원본채권의 준거법인 일본국법을 적용한 것은 정당하다고 한 예).

80) 대법원 1995. 2. 17. 선고 94다56234 판결 등.

81) 앞서 본 2001므725, 732 판결.

나. 특례법 제3조 제2항

1) 법 규정

위 특례법 제3조 제2항은 "채무자가 그 이행의무의 존재를 선언하는 사실심판결이 선고되기까지 그 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 때에는 그 상당한 범위 안에서 제1항의 규정을 적용하지 아니한다."고 규정함으로써, 금전채무불이행으로 인한 손해배상액 산정의 기준이 되는 법정이율의 특례를 규정한 위 법 제3조 제1항의 규정의 적용을 배제할 수 있는 경우를 들고 있다. 지급명령에 대한 청구이의의 소에서 청구이의가 일부 받아들여지는 경우에도, 위 특례법 제3조 제2항이 적용된다.[83]

2) 추상적 의미

위 법 조항 소정의 '채무자가 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 때'라 함은 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁하는 채무자의 주장에 상당한 근거가 있는 것으로 인정되는 때를 가리키는 것이고, 채무자가 위와 같이 항쟁함이 상당한 것인지의 여부는 당해 사건에 관한 법원의 사실인정과 그 평가에 관한 문제이다.

위의 '그 상당한 범위'는 '채무자가 항쟁함에 상당한 이행의무의 범위'가 아니라 '채무자가 항쟁함에 상당한 기간의 범위'라 하겠으므로 채무자가 당해사건의 사실심에서 항쟁할 수 있는 기간은 당해 사건의 사실심 판결 선고 시까지로 보아야 하고 그 선고 시 이후에는 어떤 이유로든지 위 법 제3조 제1항의 적용을 배제할 수 없는 것으로 풀이함이 상당하다고 할 것이고,[84] 나아가 여기서 말하는 사실심은 당해사건의 제1심 또는 항소심이라 할 것이므로 소장 또는 이에 준하는 서면이 채무자에게 송달된 다음날부터 그 심급의 판결 선고 전이기만 하면 법원은 그 항쟁함에 상당한 기간의 범위를 적절히 정할 수 있고, 따라서 항소심은 제1심판결 선고 시나 그 전후를 묻지 않고 그 기간의 범위를 정할 수 있다.[85]

---

82) 앞서 본 2007다61618 판결.

83) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2006다73966 판결; "지급명령에는 기판력이 인정되지 아니하므로 지급명령에 대한 집행력의 배제를 목적으로 제기된 청구이의의 소에서 지급명령 발령 전에 발생된 청구권의 일부 불성립이나 소멸 등의 사유로 청구이의가 일부 받아들여지는 경우에는 지급명령 이전부터 청구이의의 사실심판결 선고시까지 그 청구권에 관한 이행의무의 존부나 범위에 대하여 항쟁함이 상당한 경우에 해당한다고 할 것이어서 위 기간 범위 안에서는 위 소촉법 소정의 이율을 적용할 수 없다고 보아야 할 것이다."

84) '피고가 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되면 "상당한 기간의 범위"에 관계없이 이행의무를 명한 사실심 판결 선고 후에도 위 법 제3조 제1항을 적용하지 아니한다'는 취지의 종전 대법원 판례(대법원 1986. 3. 11. 선고 85다카229 판결, 대법원 1984. 7. 10. 선고 84다카365 판결)는 대법원 1987. 5. 26. 선고 86다카1876 전원합의체 판결로 폐기, 변경되었다.

85) 대법원 1987. 5. 26. 선고 86다카1876 전원합의체 판결. 상세한 내용은, 金起植, "소송촉진등에관한특례법 제3조에 관하여", 재판과 판례(12집), 대구판례연구회, 548면 이하 참조.

3) '상당한 기간의 범위'에 관한 구체적인 예

구체적인 예에서 살펴보면 다음과 같다.

① 제1심이 인용한 청구액을 항소심이 그대로 유지한 경우, 특별한 사정이 없는 한 피고가 항소심 절차에서 위 인용금액에 대하여 이행의무의 존부와 범위를 다툰 것은 상당하다고 볼 수 없다.[86] 원심이 제1심판결 인용 금액으로서 원고의 청구취지 감축에 따라 줄어든 지연손해금 부분을 제외한 나머지 부분을 그대로 유지한 경우에도 마찬가지이다.[87] 제1심이 인용한 청구액을 항소심이 그대로 유지한 경우라도, 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁하는 채무자의 주장에 '상당한 근거'가 있는 것으로 인정되는 때에는, 항소심 판결 선고 시까지 위 특례법 소정의 법정이율이 적용되지 않을 수 있으나,[88] 이는 매우 예외적으로 보아야 한다.

② ⓐ 항소심에서 피고의 항소를 받아들여 제1심판결의 인용금액을 감액하는 경우 특별한 사정이 없는 한 피고가 제1심판결 선고 후 항소심판결 선고 시까지 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁한 것이 상당하다고 인정하여 그 인용금액에 대한 지연손해금에 대하여는 항소심 판결 선고일 후부터 위 특례법 소정의 법정이율을 적용하여야 하고, 피고가 항소심에서 비로소 내세운 주장이 받아들여져 제1심판결이 인용한 금액의 일부가 취소되었다고 하더라도 마찬가지이다.[89]

ⓑ 그러나 항소심에서 원고의 청구를 전부 인용한 제1심판결의 일부를 취소하였으나 그 취소된 부분이 제1심이 인용한 공사대금과 약정손해금 중 약정손해금의 산출기준이 된 지체기간의 계산을 직권으로 바로 잡은 것에 불과하여 극히 소액이고 공사대금에 관하여는 제1심과 동일한 입장에서 피고의 항변을 배척한 것이라면 지연손해금에 관하여 소장 송달 익일부터 항소심 판결 선고일까지 위 특례법 소정의 이율을 적용하지 아니한 것은 위 특례법의 법리를 오해한 것이다.[90]

---

86) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다61567 판결 등.

87) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908 판결.

88) 대법원 1998. 5. 8. 선고 95다30390 판결(주택조합이 관할 관청으로부터 해산인가를 받은 다음 그 조합원들이 국가를 상대로 개별적으로 납부한 개발부담금반환 청구소송을 제기한 경우, 국가로서는 조합원들이 개별적으로 부과받은 개발부담금을 납부함으로써 궁극적으로 주택조합에 대한 개발부담금 문제를 처리한 것으로 받아들인 나머지 항소심판결 선고 시까지 조합원들에 대한 부당이득반환채무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정한 사례).

89) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다43767 판결 등. 대법원 1992. 11. 24. 선고 92다31163, 31170 판결은, '원심이 피고의 상계 항변의 일부를 받아들였다고 하여도 피고에게 소장 송달 익일부터 완제일까지 위 특례법 소정의 연 2할 5푼의 지연손해금의 지급을 명한 조처도 수긍할 수 있다'고 하였으나, 이는 의문이다.

90) 대법원 1991. 1. 25. 선고 90다9285 판결(전체 인용 금액 2,643,758,340원, 취소 금액 121,854원). 同旨 대법원 1997. 4. 8. 선고 96다54232 판결(원심에서 취소된 부분이 공동불법행위자 1인이 공동면책을 위하여 지급한 손해배상액 자체가 아니라 공동면책을 위하여 피할 수 없었던 비용 기타의 손해에 해당하는 변호사보수 중의 일부에 해당하고, 그 취소된 금액도 소액으로서 원심이 인용한 금액의 0.7%에 불과하며, 나머지 구상금에 관하여는 원심이 제1심과 동일한 입장에서 판결하였다면, 이러한 경우에는 다른 공동불법행위자가 원심판결 선고시까지

③ ⓐ 항소심의 인용 금액 중 항소심에서 일부 추가로 인용된 금액에 관하여는 항소심 판결 선고일까지 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 보아야 할 것이지만, 제1심판결이 인용한 금액으로서 항소심에서도 그대로 유지된 부분에 관하여는 항소심이 제1심판결과 취지를 같이하여 원고의 청구가 이유 있다고 판단한 이상, 이 부분에 관한 피고의 항소는 이유 없는 것임이 명백하여 제1심판결 선고일 다음 날부터는 피고가 이에 대하여 항쟁함이 상당하다고 할 수 없다.[91]

제1심이 인용한 청구에 대하여 피고만이 항소하면서 그 불복범위를 제1심 인용금액의 일부로 한정하고, 이에 따라 항소심이 피고가 항소하지 아니한 나머지 제1심 인용금액을 그대로 유지한 경우, 피고가 항소하지 아니한 나머지 제1심 인용금액에 대하여는 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁한 것이라고 볼 수 없으므로, 이에 대하여는 제1심판결 선고일 다음날부터 위 특례법 소정의 법정이율을 적용함이 상당하다.[92]

ⓑ 원심판결이 일시금으로 지급할 것을 명한 재산상 손해의 금액이 제1심판결이 당해 손해에 관하여 인용한 금액 보다 더 많다고 하더라도, 이는 원고가 원심에서 새로운 손해를 추가로 주장함에 따른 결과일 뿐이고, 원고가 제1심에서부터 주장한 손해에 국한하여 보면 원심은 일실수입손해를 제1심보다 적게 인정하고, 피고의 주장에 따라 소외 회사가 피고를 대위하여 지급한 치료비 중 원고의 과실비율에 해당하는 금원을 재산상 손해금에서 공제하는 등 그 이행의무의 범위에 관하여 항쟁하는 피고의 주장을 상당히 받아들인 경우, 피고가 원심판결이 선고되기까지는 그 이행의무의 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정함이 정당하다.[93]

④ 채무자가 이행의무의 존부와 범위를 다투어 제1심에서 그 주장이 받아들여진 바 있다면 비록 항소심에서 그 주장이 배척되더라도 그 주장은 상당한 근거가 있다고 할 수 있으므로 그러한 경우에는 항소심 판결 선고 시까지는 위 특례법 소정의 법정이율을 적용할 수 없다.[94]

⑤ 제1심에서 원고의 청구가 기각되고, 제2심에서 항소기각된 후 대법원에서 파기환송되어 원심이 원고의 청구를 인용한 경우, 소송 진행 상황에 비추어 피고의 이행의무의 존부나 범위에 관한 항쟁이 상당한 근거가 있으므로, 환송 후 원심판결 선고일까지는

그 이행의무의 존부와 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이유가 있다고 볼 수 없다고 보아, 이와는 달리 소장 송달 익일부터 항소심판결 선고일까지 위 특례법 소정의 이율을 적용하지 아니한 원심판결을 법리오해라는 이유로 파기한 사례).

91) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9539 판결, 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다42892, 42908 판결.

92) 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011다83110 판결.

93) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93다48526 판결.

94) 대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다21696 판결, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다70285 판결 등.

위 특례법 소정의 법정이율을 적용할 수 없다.[95]

⑥ 원고의 청구를 인용한 제1심판결에 대하여 피고가 항소를 제기하여 환송 전 원심에서는 피고의 항소가 받아들여져 원고 패소판결이 선고되었다가 이에 대하여 원고가 상고한 결과 환송 전 원심판결이 파기되어 그 환송 후 원심에서 제1심판결과 같이 원고의 청구를 인용하는 판결이 선고된 경우에는, 피고의 주장이 환송 전 원심에 의하여 받아들여진 적이 있을 정도였으므로 '적어도' '그 판결이 파기되기 전까지'는 피고가 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 근거가 있었다고 보아야 한다.[96]

⑦ 피고의 상고가 받아들여져 환송 전 원심판결이 파기되었으나, 환송 후 원심이 '새로운 사정'을 이유로 환송 전 원심판결과 같은 내용의 판결을 선고한 경우, '환송 후 원심판결 선고일'까지는 피고가 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함에 타당한 근거가 있었다고 보아야 한다.[97]

⑧ 환송 후 원심에서 비로소 예비적 청구가 판단되어 인용된 경우, 환송 후 원심 판결 선고 시까지는 피고가 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 보아야 한다.[98]

---

95) 대법원 1992. 10. 13. 선고 92다23827 판결.

96) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다225723 판결 및 2004다50341, 98다61968, 96다17202, 97다6988, 95다51960 등. ☛ 위 판결들은 '적어도 그 판결이 파기되기 전'을 '대법원의 환송판결 선고일'로 보았는데, 대법원 2024. 6. 27. 선고 2024다219629 판결은 동일한 일반론을 판시하면서도 당해 사안의 판단에 있어서는 '환송 후 원심판결이 선고'되기까지는 피고가 지급의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 근거가 있었다고 보아, 파기·자판하였다. 채무자가 항쟁함이 상당한 것인지 여부는 당해 사건에 관한 법원의 사실인정과 그 평가에 관한 문제(2005다38614)이므로, 판례는 '대법원의 환송판결 선고일'을 원칙적 기준으로 삼으면서도, '적어도'의 판시에 방점을 두고서 구체적 사안에 따라 '환송 후 원심판결 선고일'을 기준으로 할 수도 있음을 밝힌 것으로 보인다.

97) 대법원 2000. 1. 21. 선고 99다212 판결(환송 후 원심에서 새로이 제기된 원고 주장이 인용된 경우), 대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다2049 판결(환송판결 선고 후 환송판결의 기속적 판단의 기초가 된 법률 조항이 위헌결정으로 효력을 상실한 경우).

98) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005다38614 판결('원고들이 피고에게 컨트리클럽 정회원 지위의 확인을 구하다가, 환송 전 원심에서 채무인수에 따른 입회금 반환을 구하는 예비적 청구를 추가하였는데, 환송 전 원심은 원고들의 주위적 청구를 인용한 결과 예비적 청구에 관하여는 아무런 판단을 하지 아니하였고, 이에 대한 피고의 상고로 대법원이 환송 전 원심판결을 모두 파기환송한 후 원심이 원고들의 주위적 청구를 기각한 제1심판결을 그대로 유지하는 한편 비로소 예비적 청구에 대하여 원금 전부와 지연손해금 일부의 인용판결을 하기에 이른 사실, 피고는 원고들의 청구취지변경신청서 및 예비적청구취지변경신청서가 진술된 환송 전 원심 제2차 변론기일에서 예비적 청구의 기각을 구한다고 진술한 외에는 예비적 청구에 대한 방어방법으로서 따로 준비서면이나 증거를 제출하지 아니한 사실, 예비적 청구가 추가된 이후에도 환송 전후를 불구하고 심리의 중점은 주위적 청구의 당부에 모아졌고, 예비적 청구에 대한 피고의 항쟁으로 인하여 소송이 지연된 일은 없었던 사실을 알 수 있는바, 위와 같은 소송의 경과, 특히 주위적 청구의 당부에 관하여 환송 전후 그 결론을 달리할 정도로 그 인용 여부가 명확하지 아니하였고, 피고의 탓으로 돌릴 만한 소송지연이 있었다고 볼 수 없는 점, 청구의 예비적 병합은 논리적으로 양립할 수 없는 수 개의 청구에 관하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이므로, 주위적 청구의 인용 여부가 명확하지 아니하는 한 피고로서는 예비적 청구에 대하여도 그 이행의무의 존부나 범위에 대하여 일응 다툴 수밖에 없는 것이 보통이라는 점 등을 함께 고려하여 보면, 예비적 청구에 대하여 환송 후 원심판결 선고 시까지는 피고가 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하였던 것으로 보인다'고 한 사례).

4) 소송물별 판단

항쟁함이 상당한지의 여부는 각 소송물별로 판단하여야 한다.[99]

따라서 항소심에서 피고의 항소를 상당 부분 받아들여 제1심판결 중 피고 패소 부분의 일부를 취소하고 이에 해당하는 원고의 청구를 기각하는 경우라 하더라도, 수개의 청구 중 어느 청구에 대하여 제1심판결과 동일한 입장에서 청구를 전부 인용하였다면 그 부분에 관한 지연손해금에 대하여는 제1심판결 선고일 다음날부터 위 특례법 제3조 제1항이 정한 이율을 적용할 수 있다.[100]

수개의 청구가 병합된 지급명령에 관한 청구이의의 소에 있어서는 그 지급명령에서 병합된 각 소송물마다 위와 같은 법리가 적용되어야 한다.[101]

생명 또는 신체에 대한 불법행위로 인하여 입게 된 적극적 손해와 소극적 손해 및 정신적 손해는 서로 소송물을 달리하므로 그 손해배상의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당한지 여부는 각 손해마다 따로 판단하여야 한다.[102]

다. 기 타

지연손해금에 관한 위 특례법 적용에 관한 당부는 직권판단사항이다.[103]

본래의 채권채무관계의 준거법이 외국법인 경우에는 위 특례법 규정을 적용할 수 없다.[104]

---

99) 대법원 1987. 5. 26. 선고 86다카1876 전원합의체 판결.

100) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2008다19034 판결{제1심은 원고의 청구 중 계약금 등 선지급으로 인한 손해배상청구와 102호 매각대금의 상계처리로 인한 손해배상청구를 각 인용하면서 그 인용금액에 대하여 제1심판결 선고일 다음날부터 위 특례법 제3조 제1항이 정한 이율을 적용하였고, 원심은 피고의 항소를 일부 받아들여 제1심판결 중 계약금 등 선지급으로 인한 손해배상청구 인용금액을 초과하여 지급을 명한 피고 패소 부분(이는 102호 매각대금의 상계처리로 인한 손해배상청구 부분임)을 취소하고, 이에 해당하는 원고의 청구를 기각하면서, 계약금 등 선지급으로 인한 손해배상청구에 관하여 제1심과 동일한 입장에서 피고의 항변을 배척하면서 그 인용금액에 관한 지연손해금에 대하여 제1심판결 선고일 다음날부터 위 특례법 제3조 제1항이 정한 이율을 적용한 원심의 조치는 정당하다고 한 사례}.

101) 관리비 청구소송은 그 관리비의 청구대상이 되는 점포마다 하나의 소송물을 이룬다고 봄이 상당하다 하여, 이행의무의 존부나 범위에 대하여 항쟁함이 상당한지 여부는 점포별로 따로 판단하여야 한다고 한 사례(2006다73966).

102) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2022다200768 판결. ☛ ❶ 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 항소심에서 추가로 인용된 위자료와 제1심판결에서보다 줄어든 소극적 손해액 및 적극적 손해액에 관하여는 위 특례법 제3조 제2항이 적용되지만, 제1심판결이 인용한 위자료로서 항소심에서도 유지된 금액에 관하여는 같은 항이 적용되지 않는다고 한 사례(2006다32446). ❷ 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 항소심이 제1심판결이 인용한 손해액 중 적극적 손해액은 일부 줄여서 인정하였으나, 위자료는 똑같이 인정하고, 소극적 손해액은 더 많이 인용한 경우, 항소심이 인용한 소극적 손해 가운데 항소심에서 추가로 인용된 금액과 제1심판결에서보다 줄어든 적극적 손해액에 관하여는 항소심판결 선고일까지 피고가 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되지만, 위자료와 제1심판결이 인용한 소극적 손해액으로서 항소심에서도 유지된 금액에 관하여는 항소심이 제1심판결과 같은 취지로 원고의 청구가 이유 있다고 판단한 이상 다른 특별한 사정이 없는 한 제1심판결 선고일 다음날부터는 피고가 이 부분에 관하여 항쟁함이 상당하다고 볼 수 없다고 한 사례(2002다34581).

103) 대법원 2006. 5. 11. 선고 2003다8503 판결.

104) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009다77754 판결; "지연손해금은 채무의 이행지체에 대한 손해배상으로서 본래의 채무에 부수하여 지급되는 것이므로, 본래의 채권채무관계를 규율하는 준거법에 의하여 결정되어야 한다.

4. 약정이율

민법 – 채권각칙 – '소비대차' 부분 참조.

Ⅶ. 소송법적 문제

1. 주장증명책임

채무불이행에 기한 손해배상청구의 경우, 판례[105]는 채권자설을 취하고 있어, 지연손해금 청구의 경우에도 채권자설에 따라 원금채무 불이행 사실이 청구원인 요건사실로서 원고가 주장, 입증하여야 함이 원칙이다. 그런데 원금채무 불이행 사실이 부수적인 지연손해금 청구에 대해서는 청구원인 사실임에 반하여, 주된 원금 청구에 대해서는 변제 사실 즉, 채무 이행 사실이 항변 사실로 되어, 주된 청구와 부대청구 간에 채무의 이행 여부 사실에 대해서는 주장입증책임이 거꾸로 되어 충돌되는 현상이 벌어진다. 이 경우 부득이하게, 실무에서는 판결을 설시함에 있어, 주된 청구인 원금 채무 이행청구의 요건사실에 맞추어 설시하고 있다. 이를 지연손해금청구의 경우 채무자설에 입각한 것이라 볼 것은 아니다.

금전채무 불이행에 관한 특칙을 규정한 민법 제397조는 그 이행지체가 있으면 지연이자 부분만큼의 손해가 있는 것으로 의제하려는 데에 그 취지가 있는 것이므로 지연이자를 청구하는 채권자는 그 만큼의 손해가 있었다는 것을 증명할 필요가 없는 것이나, 그렇다고 하더라도 채권자가 금전채무의 불이행을 원인으로 손해배상을 구할 때에 지연이자 상당의 손해가 발생하였다는 취지의 주장은 하여야 하는 것이지 주장조차 하지 아니하여 그 손해를 청구하고 있다고 볼 수 없는 경우까지 지연이자 부분만큼의 손해를 인용해 줄 수는 없는 것이다.[106]

한편 소송촉진 등에 관한 특례법 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 위 특례법 규정을 적용할 수 없다고 해석함이 상당하다."

105) 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결 및 2000다38718, 38725, 99다49644, 2000다50350 등.

106) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다49644 판결. 이 판결은, "채무불이행으로 인한 손해배상 예정액의 청구와 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구는 그 청구원인을 달리 하는 별개의 청구이므로 손해배상 예정액의 청구 가운데 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구가 포함되어 있다고 볼 수 없다"고도 판시하고 있는데, 채무불이행으로 인한 손해배상 예정액의 청구와 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구가 '별개의 청구'라는 것이 '별개의 소송물'이라는 의미로 볼 것은 아니다. 손해배상 예정액으로서의 약정지연손해금 청구와 법정이율에 의한 지연손해금 청구는 금전채무불이행에 대한 손해배상청구라는 점에서 하나의 청구이고 다만 그 손해의 범위에 차이가 있을 뿐인 동일한 소송물로 봐야 할 것이다.

당사자가 법정이율보다 높은 약정이율, 예컨대 연 30%의 비율에 의한 지연손해금 청구를 하였는데 이행지체는 인정되나 약정이율이 인정되지 않는 경우, 당사자가 예비적으로 법정이율에 의한 지연손해금 주장을 하지 않더라도 법원으로서는 지연손해금 청구를 전부 기각하지 않고 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 연 20%나 민법 소정의 연 5% 또는 상법 소정의 연 6%의 각 법정이율에 따른 지연손해금을 인정할 수 있는지가 문제된다.

청구 범위 내에서 지연손해금을 인정하는 이상 처분권주의에 반하지 않고, 법정이율보다 높은 약정이율에 의한 지연손해금을 구하는 주장 속에는 법정이율에 의한 지연손해금을 구하는 주장이 포함되어 있는 것으로 봄이 당사자의 통상의 의사일 것이다. 그리고 민법 소정의 연 5%를 적용함에 있어서는 별도의 추가적인 요건사실을 전혀 필요로 하지 않고 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 연 20%를 적용함에 있어서는 법원에 현저한 '금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결의 선고'나 '소장 부본의 송달' 이외에 별도의 요건사실을 필요로 하지 않으며 상법 소정의 연 6%의 법정이율을 적용하기 위해서는 어느 일방의 상행위임이 드러나 있는 이상 그 이외에 별도의 요건사실에 대한 주장, 입증을 필요로 하지 않고, 위 각 법정이율의 선택은 단지 법률적용의 문제에 지나지 않으므로, 변론주의의 위배 문제도 생기지 않는다. 원고가 예비적으로 법정이율에 의한 지연손해금을 구한다고 주장하였다면 당연히 그에 따라 지연손해금이 인정될 터인데, 주된 청구도 아닌 부대청구에 관하여 이러한 명시적인 예비적 주장이 없다고 하여 청구를 기각한다는 것은 소송경제는 물론이고 정의관념에도 반하는 것이고, 지연손해금청구권은 법정이율에 기한 것이든, 약정이율에 기한 것이든 한 개의 소송물이므로, 약정이율에 기한 청구를 하였는데 약정이율이 인정되지 않는다고 하여 청구를 전부 기각한다면 그 판결의 기판력은 법정이율에도 미치게 되고 그 반대의 경우도 마찬가지라 할 것이므로 이 역시 부당한 결과가 되므로 이는 교정되어야 하는 것이다. 따라서 당사자의 청구 범위 내에서 각 법정이율에 따른 지연손해금을 인정해 줌이 옳다.

판례도 대체로 동일한 취지이다. 원심이, "연 3할의 지연손해금을 정한 약정의 효력이 피고에게 미치지 않는다고 한 다음 피고가 소장 부본을 송달받아 그 이행지체로 인한 지체책임을 지게 되는 날로부터 완제일까지의 기간에 대하여 소송촉진등에 관한 특례법 제3조 제1항에 의한 이율을 적용하지 아니한 채 민법 소정 연 5푼의 법정이율을 적용한 것은 위법하다"고 하고,[107] "원고의 약정 연체이율에 의한 금원의 손해배상을 구하는 주

107) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2001다76298 판결. 이 사건에서 원고가 다른 소송물에 관하여 구 소송촉진등에관한특례법 소정의 연 25%를 구하였기 때문에 원고의 의사가 약정 지연손해금률이 위 25%보다 높아서 약정 지연손해금률로 구한 것일 뿐 약정 지연손해금이 인정되지 않으면 위 특례법의 적용을 구했을 것으로 보이므로 위와 같이 판시한 것이라 제한적으로 해석하는 견해도 있을 수 있으나, 그보다는 일반론으로 이해함이 옳을 것으로 보인다.

장에는 법정이율에 의한 지연손해금의 지급을 구하는 주장이 포함되어 있다고 봄이 상당하다"고 하며,[108] 원심이 원고 회사가 주장하는 월 2%의 약정이자를 배척하고 연 5%의 민사 법정 지연손해금만을 인용한 데 대하여 "원고 회사의 피고에 대한 채권은 상행위로 인하여 생긴 채권이므로 원고의 주장과 같은 약정이자에 관하여 이를 인정하지 않는다 하더라도 위 채권에 대하여는 민사법정이율에 의할 것이 아니라 상법 소정의 연 6푼의 비율에 의한 이자의 지급을 명하여야 할 것이다"라고 판시하였다.[109] [110] 또한, 상인 간에 금전소비대차가 있었음을 주장하면서 약정이자의 지급을 구하는 청구에는 약정 이자율이 인정되지 않더라도 상법 소정의 법정이자의 지급을 구하는 취지가 포함되어 있다고 보아야 하므로, 법원으로서는 대여금에 대한 이자 지급 약정이 인정되지 않는다 하더라도 곧바로 약정이자의 지급 청구를 배척할 것이 아니라 법정이자 청구에 대하여도 판단하여야 한다고 하였다.[111]

구 소송촉진등에관한특례법 소정의 연 25%를 구하였으나 위헌결정에 따라 배척되더

108) 2003다1229는, "지연손해금 비율에 대하여는 애초에 달리 특별한 약정이 있었음을 인정할 자료가 없으므로 민사 법정이율인 연 5%의 비율이 적용되어야 함이 원칙이다"라고 하였는데, 그 사실관계를 보면 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 법정이율 적용이 문제되지 않는 사안이고, 76다1205는 소송촉진 등에 관한 특례법이 제정되기 전의 것이다. 배치(背馳)되는 판례로 79다1336이 있는데, 이 판결은 "…연 2할 5푼의 약정 지연손해금만을 청구하고 있음이 분명하니 원심이 … 연 2할 5푼의 지연손해금 지급의 약정사실을 인정할 증거 없다 하여 이를 배척한 조처는 정당하다 시인된다 할 것이고, 원고가 명백히 청구하지도 아니하는 법정 연 5푼의 지연손해금의 지급을 명하지 아니하였다 하여 위법이라고는 할 수 없"다고 판시하였다.

109) 대법원 1986. 9. 9. 선고 84다464, 1951 판결, 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다10173, 10180 판결. 84다464, 1951 판결의 사안에서 구 소송촉진등에관한특례법 소정의 연 25%를 직권으로 적용하여 그 범위 내로 원고가 구하는 연 24%를 인용할 수 있는지가 문제될 수 있는데, 추가적인 사실의 주장 문제가 없는 법규의 적용 문제로 보는 이상 긍정함이 타당한 것으로 보인다. 대법원 1995. 10. 12. 선고 95다26797 판결의 원심판결은, 원고가 월 2푼의 약정이율로 대여하였다고 주장하면서 연 2할 4푼의 비율에 의한 약정 이자 또는 지연손해금을 청구함에 대하여 원고 주장의 약정이율을 인정할 증거가 없다고 한 다음 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 판결 선고일 다음날부터는 구 소송촉진등에관한특례법이 정한 이율 범위 내로서 원고가 구하는 연 2할 4푼의 비율에 의한 법정 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판시하였는데, 이에 대해 피고가 상고하지는 않아 대법원의 판시는 없다.

110) 개정 전 소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 법률 제6868호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 본문 중 '대통령령으로 정하는 이율' 부분에 대한 2003. 4. 24.자 헌법재판소의 위헌결정 및 그 후 개정된 위 법률조항과 소송촉진등에관한특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정(2003. 5. 29. 대통령령 제17981호로 개정된 것)에 따라, 대법원이 누차 職權으로, 위 개정 전의 법률 규정을 적용하여 연 25%의 비율에 의한 지연손해금 지급을 명한 원심판결에 대하여 "… 2003. 5. 31.까지는 민법 또는 상법 소정의 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 개정된 소송촉진등에관한특례법 소정의 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 초과하는 피고 패소 부분"을 파기하고 자판하는 것도 법규의 적용은 변론주의의 대상이 아니기 때문이다.

111) 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006다73072 판결(원심이, 회사인 원고가 회사인 피고에게 1,861,000,000원의 대여금채권을 가지고 있음을 인정한 다음 위 대여금에 대하여 연 10%의 비율에 의한 약정이자 및 지연손해금의 지급을 구하는 원고의 청구에 대하여 이자 지급약정이 체결되었음을 인정할 증거가 없다는 이유로 이를 배척하고, 다만 소장 송달 다음날 이후의 지연손해금 청구만을 인용한 데 대하여, "원고의 위 이자지급 청구에는 상법 소정의 법정이자의 지급을 구하는 취지도 포함되어 있다고 보아야 할 것이므로 원심으로서는 원고와 피고 사이에 이자 지급약정이 체결되었음이 인정되지 않는다 하더라도 곧바로 원고의 이자 지급 청구를 배척할 것이 아니라 원고의 법정이자 청구에 대하여도 판단하였어야 할 것이다. 원심판결에는 이 점에 관한 판단유탈로 인하여 재판에 영향을 미친 위법이 있다."라고 한 사례).

라도 약정이율의 존재가 인정된다면 민, 상법 소정의 법정이율이 아니라 위 연 25% 범위 내의 약정이율에 의한 지연손해금이 인용될 수 있다.[112]

대주인 원고가 금전대차계약에 기하여 대여원리금의 반환을 구하는 경우, 추가적인 요건사실의 주장 없이 청구원인 사실 자체만 보더라도 바로 이자제한법이 적용될 수 있으므로, 이자제한법 소정의 최고이자율 초과 이자 부분은 무효라는 당사자의 법률상 주장이 없더라도 법원으로서는 당연히 직권으로 최고이자율 범위 내의 이자 부분만을 인용하여야 한다. 판례도 같은 취지로 보인다.[113] '대부업의 등록 및 금융이용자보호에 관한 법률'의 적용에는 대주가 '금전의 대부 또는 그 중개를 업으로 하는 자', 차주가 '개인 또는 대통령령이 정하는 소규모 법인'이라는 추가적인 요건사실의 주장이 필요하므로 이자제한법의 경우와 같이 볼 것은 아니다.

2. 처분권주의

소송실무에서 흔히 보듯이 채권자가 연대 또는 부진정연대, 합동 등의 책임 관계에 있는 채무자들에게 소장 송달 다음날부터 완제일까지의 지연손해금을 청구하였는데 각 채무자의 송달일이 상이한 경우, 기한의 정함이 없는 연대채무의 경우라면 이행청구의 절대적 효력에 따라 채무자 중 1인에게 최초로 송달된 일자를 기준으로 하여 지연손해금을 청구한 것으로 볼 것인지 여부가 문제될 수 있겠지만(Ⅲ. 3. 가. 항 참조), 그 이외 경우에는 엄밀하게 처분권주의를 관철한다면 각 채무자에게 각 송달된 일자를 기준으로 청구한 것으로 볼 것이나 주문을 기재함에 번잡함이 있어, 실무에서는 소장이 채무자들에게 마지막으로 송달된 다음날부터 지연손해금을 구하는 것으로 해석하거나 석명을 통해 청구취지를 정리하고 있다.

---

112) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다11516 판결.

113) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008다37742 판결은, "직권으로 본다"는 제하의 항목에서 "(이자제한법 제5조, 부칙 제2항, '이자제한법 제2조 제1항의 최고이자율에 관한 규정')에 의하면, 복리약정은 연 30퍼센트를 초과하는 부분에 한하여 무효라 할 것이고, 그러한 복리약정이 이자제한법 시행 전에 체결된 것인 때에는 이자제한법이 시행된 2007. 6. 30.부터 그 초과 부분은 무효로 된다"라고 한 다음, "원고와 피고 사이의 1995. 7. 15.자 소비대차계약은 원고가 피고로부터 30억 원을 차용하면서 이에 대하여 연 14.5%의 이율로 6개월마다 복리로 계산한 이자를 지급하기로 한 것으로서 복리약정에 해당함이 분명한바, 그렇다면 원심으로서는 원금 30억 원에 대하여 연 14.5%의 이율로 6개월마다 복리에 의한 이자를 계산해 본 다음, 그와 같이 계산한 1년간의 이자가 이자제한법이 시행된 2007. 6. 30. 이전에 제한최고이율인 연 30%를 초과하고 있다면 그 시행일인 2007. 6. 30.부터, 이자제한법 시행 이후에 연 30%를 초과하고 있다면 그때부터 원금 30억 원에 대한 이자제한법 초과 이자 부분에 관하여는 이를 무효라고 판단하였어야 할 것이다(한편, 원고는 원심 변론종결 후에 제출한 2008. 3. 18.자 참고준비서면에서 이 사건 복리약정이 이자제한법에 위반된다고 주장하였다). 그럼에도 불구하고, 원심은 원고의 피고에 대한 이자채무의 범위를 판단함에 있어 위와 같은 조치까지 나아가지 아니한 채 이자제한법이 시행된 2007. 6. 30. 이후에도 36억 2,200만 원에 대하여 연 14.5%의 이율로 6개월마다 복리로 계산한 이자채무가 남아 있다고 판단하고 말았으니, 원심판결에는 이자제한법상 복리약정의 제한에 관한 법리를 오해한 위법이 있다"라고 판시하였다.

月利와 그 月利를 연으로 환산한 年利가 반드시 일치하는 것은 아님에 주의해야 한다. 예컨대, 월 2%와 연 24%가 반드시 일치하는 것은 아니다. 기산일부터 완제일까지의 기간에 따라 월 2%에 의한 금원과 연 24%의 금원에 차이가 생긴다. 당사자가 월 2%로 약정이율을 정하였음에도 원고가 월 3% 또는 연 36%로 과다하게 청구한 경우에는 원고의 청구 범위 내로서 인정되는 월 2%를 인정하면 되고, 당사자가 월 2%로 약정이율을 정하였음에도 원고가 월 1% 또는 연 12%로 과소하게 청구한 경우에는 처분권주의에 따라 원고가 구하는 대로 월 1% 또는 연 12%를 인정하면 되므로 아무런 문제가 없다. 하지만, 당사자가 월 2%로 약정이율을 정하였음에도 원고가 연 24%로 청구한 경우에는 기산일부터 완제일까지의 기간이 어떠하냐에 따라 월 2%가 유리한지, 연 24%가 유리한지가 달라져서 처분권주의 위반의 문제가 생길 수 있다. 이 경우 이론적 난점에도 불구하고 원고가 구하는 대로 월리로 구하면 월리로, 연리로 구하면 연리로 인정하여 연 24%를 인정함이 실무의 태도이다. 이자제한법 소정의 연리(연 30%)를 초과하여 월리(예컨대 월 4%)를 약정한 경우에는 원고가 약정 월리 또는 연리(예컨대, 월 4% 또는 연 48%) 중 어느 쪽을 청구하든 이자제한법에 정해진 바에 따라 연리(연 30%)로 인정해 주어야 한다. 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 소정의 법정이율의 경우도 연리로 정해져 있으므로 연리로 인정함이 당연하다.

법정이자 상당액을 구하는 경우 이를 지연손해금을 구하는 취지로 볼 수 있다 하고 이는 처분권주의에 반하는 것이 아니라고 한 판례도 있다.[114]

3. 소 송 물

금전채무불이행의 경우에 발생하는 지연손해금채권은 그 원본채권의 일부가 아니라 전혀 별개의 채권으로 원본채권과는 별개의 소송물이다.[115] 이자채권과 지연손해금채권도 전혀 별개의 채권으로 별개의 소송물로 보아야 한다.

사해행위취소소송에서 원물반환을 청구하였는데 청구취지 변경 없이 가액배상을 인정할 경우 지연손해금의 지급을 명할 수 있는지에 대해서는 긍정과 부정의 양론이 있을 수 있으나 원상회복으로서 반환하는 원물에 상응하는 것은 가액배상 원금이라 할 것이고

114) 대법원 2006. 6. 16. 선고 2005다28990 판결; "원고들은 면직되었다가 그 면직처분이 취소됨에 따라 국가정보원으로부터 그동안 지급받지 못하였던 면직처분일 다음날부터 원고들의 정년 퇴직일까지의 보수에 대한 정산급여액을 지급받았는데, 이 사건 소로써 그 지급받은 정산급여액에 대한 정년퇴직일 다음날부터 그 수령일까지의 법정이자 상당액을 구하고 있음을 알 수 있는바, 이는 보수지급의 지체로 인하여 원고들이 입은 손해배상 즉, 지연손해금을 구하는 것이라 할 것이다. … 처분권주의에 관한 법리오해의 위법이 없다."

115) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다12399 판결. 따라서 불이익변경에 해당하는지 여부는 각 소송물별로 원금과 지연손해금 부분을 각각 따로 비교하여 판단하여야 하고, 별개의 소송물을 합산한 전체 금액을 기준으로 판단하여서는 아니 된다.

원금과 그 지연손해금은 소송물을 달리하므로 부정적으로 봄이 타당하다.[116]

원본에 대한 지연손해금 중 일부 청구를 유보하고 그 나머지만을 청구한다는 취지를 명시하지 아니하는 이상, 지연손해금 청구에 대한 확정판결의 기판력은 원본의 이행지체를 이유로 한 지연손해금 전부에 미친다.[117]

확정판결의 기판력은 사실심 최종 변론종결 당시의 권리관계를 확정하는 것이므로, 원금 청구에 관하여 원고 청구기각의 패소 확정판결이 있은 후 원고가 지연손해금 청구를 한 경우, 그 중 확정판결의 사실심 변론종결 다음날부터의 지연손해금 청구 부분은 그 선결문제로서 확정판결에 저촉되는 원금에 관한 피고의 지급의무의 존재를 주장하게 되어 논리상 확정판결의 기판력의 효과를 받게 되는 것이나, 변론종결 당일까지 지연손해금 청구 부분은 확정판결의 기판력의 효과를 받지 않는다.[118]

4. 청구의 감축

지연손해금 등 수량적으로 가분인 동일 청구권에 기한 청구 금액의 감축은 소의 일부 취하로 해석되고,[119] 청구를 포기하였다고 볼 수는 없다.[120]

---

116) 同旨 윤경, "사해행위취소와 가액배상", 저스티스 34권 5호(2001), 한국법학원, 162면.

117) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다71283 판결(원고가 피고를 상대로 피고가 발행하거나 배서한 약속어음 2장의 액면 합계금 1,150만 원의 지급을 구하는 소송을 제기하여 1990. 5. 17. 금 1,150만 원과 각 약속어음의 지급기일 다음날부터 완제일까지의 지연손해금 지급을 명하는 승소판결을 받아 그 판결이 확정되고 나서, 2000. 4.경 위 확정판결에 따른 채권의 소멸시효 중단을 위하여 다시 피고를 상대로 어음금 청구소송을 제기하여 2000. 5. 26. 금 1,150만 원과 2000. 4. 9.부터 완제일까지의 지연손해금 지급을 명하는 전부승소판결을 받아 위 판결이 확정된 사안에서, 원고가 위 2차 소송에서 지연손해금의 일부 청구를 유보하고 그 나머지만을 청구한다는 취지를 명시하지 아니한 이상, 2차 소송에서의 확정판결 기판력은 위 약속어음금의 지급지체를 이유로 한 지연손해금 전부에 미친다고 판단하여 원고가 위 2차 소송 당시에 누락하였던 2000. 4. 8. 이전의 지연손해금 지급을 추가로 구하는 이 사건 소는 부적법하다고 판단).

118) 대법원 1976. 12. 14. 선고 76다1488 판결.

119) 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다46758 판결(原審이, 원심 제1차 변론기일에서 원고 소송대리인이 원고의 지연손해금청구에 관하여 "2001. 12. 1.부터 2003. 5. 31.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 구한다."고 진술하였으나, 위 진술은 단지 2003. 4. 24.자 위헌결정에 따라 새로 개정된 소송촉진등에관한특례법을 적용함에 있어 적용기간을 2003. 6. 1. 이후로, 적용이율을 연 20%로 정리하고, 2003. 5. 31.까지는 위 특례법에 정해진 이율을 적용하지 아니하고 약정이율을 적용하겠다는 의미로 진술하려던 것을 착오로 민법에 정하여진 법정이율인 연 5%라고 잘못 진술한 것에 불과하므로 종국판결 선고 후의 소취하로 인한 재소금지의 효과까지 부여하는 것은 부당하므로, 이를 소의 일부 취하에 해당하는 소송행위라고는 보지 아니하고, 그 기간 동안에는 원고가 청구한 지연손해금 비율 그대로 인정하여 연 18%를 적용한 데 대하여, 大法院은, "수량적으로 가분인 동일 청구권에 기한 청구금액의 감축은 소의 일부 취하로 해석되고, 소의 취하는 원고가 제기한 소를 철회하여 소송계속을 소멸시키는 원고의 법원에 대한 소송행위이며, 소송행위는 일반 사법상의 행위와 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력 유무를 판정할 수밖에 없는 것이므로 원고가 착오로 소의 일부를 취하하였다 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다."라고 하면서, 위 기일에 출석한 피고들이 그로부터 2주 이내에 이의를 진술하지 아니하였음이 분명하므로 원고의 피고들에 대한 위와 같은 지연손해금청구는 청구감축에 따라 소의 일부 취하로 보아야 한다고 한 사례).

120) 대법원 1983. 8. 23. 선고 83다카450 판결('압류채권에 대한 추심명령을 받아 추심금청구소송을 제기하여 진행하던 중 청구금액을 감축한 것은 소의 일부 취하를 뜻하는 것이고 취하된 부분의 청구를 포기하였다고는 볼 수 없으며, 위 채권압류는 추심하고 남은 잔여채권에 대하여 그 효력을 지속한다'고 한 사례).

지연손해금 등에 관한 소 일부취하서가 변론종결 후에 법원에 제출된 경우에 법원으로서는 취하서 등본을 상대방에게 송달한 다음 상대방의 동의 여부에 따라 심판범위를 확정하여 재판을 하여야 하고, 상대방의 동의 여부가 결정되지 아니한 상태에서 종전의 청구에 대하여 재판을 하여서는 아니 된다.[121]

소의 변경이 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 여부는 기본적으로 당사자의 의사해석에 의할 것이므로 당사자가 구 청구를 취하한다는 명백한 표시 없이 새로운 청구로 변경하는 등으로 그 변경형태가 불분명한 경우에는 사실심법원으로서는 과연 청구변경의 취지가 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 점을 석명할 의무가 있는데, 이는 지연손해금의 청구의 경우에도 마찬가지이다.[122]

---

121) 대법원 2005. 7. 14. 선고 2005다19477 판결(원고가 102,451,408원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하다가 원심 변론종결 이후인 2005. 3. 11. 9천만 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 것으로 청구취지를 감축하는 취지의 소변경신청서를 제출한 事案에서, 原審이 그 등본을 피고에게 송달하지 아니한 채 2005. 3. 16. 종전 청구취지 전체에 대하여 심판하면서 피고에 대하여 92,446,883원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 명하는 판결을 선고한 데 대하여, 大法院은, '원심은 소 일부 취하에 대한 상대방의 동의 여부를 기다리지 아니한 채 종전 청구 전체에 대하여 재판을 하면서 원고가 일부 취하한 부분까지 인용하는 판결을 선고하였으니, 원심판결에는 소 일부취하서 제출 시 법원이 취하여야 할 절차를 위반한 위법이 있다'고 한 사례).

122) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다51703 판결(원고 1이 피고를 상대로 한 소유권이전등기 말소등기청구소송에서 승소로 확정된 2004. 8. 16.을 기준시점으로 하여 부동산의 시가감정을 거친 후 소장변경신청서에서 청구취지를 "원고 1에게 9,275,390,103원, 원고 2에게 3,975,167,187원 및 위 각 금원에 대하여 2004. 8. 17.부터 제1심판결 선고일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금"으로 확장하여, 전부승소 판결을 선고받았고, 그 후 피고의 항소로 계속된 원심에서 원고 1이 전득자들을 상대로 한 소유권이전등기 말소등기청구소송에서 패소로 확정된 2002. 11. 22. 및 원고 1이 다시 전득자들을 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기 등 청구소송을 제기하였다가 패소로 확정된 2006. 4. 14.을 각 기준시점으로 하여 부동산 시가감정이 이루어지자, 원고들은 피고의 원고 1에 대한 소유권이전등기의 말소등기의무가 이행불능으로 확정된 시점은 2006. 4. 14.이라고 주장하면서 부대항소장을 제출하였는데, 거기에는 "청구취지변경(확장)을 위한 부대항소장을 제출합니다."라고 기재한 다음 부대항소취지를 "원고 1에게 12,635,297,801원, 원고 2에게 5,415,127,629원 및 위 각 금원에 대하여 2006. 4. 15.부터 원심판결 선고일까지는 연 5%, 그 다음 날부터 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금"으로 기재하였을 뿐 원고들이 당초의 청구를 취하하는지 여부를 명백히 하지는 않았던 事案에서, 原審이, 부대항소에 의하여 2004. 8. 17.부터 2006. 4. 14.까지의 지연손해금 청구를 포기 또는 취하한 것으로 단정하고 이행불능의 시점을 2002. 11. 22.로 판단하여 그 당시의 시가감정액을 기초로 원고들의 청구를 일부 인용하면서도 그 지연손해금의 기산일을 2006. 4. 15.로 보아 그 이후의 지연손해금만의 지급을 명한 데 대하여, 大法院은, '부대항소장에 표시된 원고들의 의사는 이행불능 시점을 가장 유리하게 2006. 4. 14.로 주장하는 취지일 뿐, 나아가 이행불능 시점이 2002. 11. 22.이나 2004. 8. 16.이라고 판단되는 경우라도 그 이행불능 시점 다음날부터 2006. 4. 14.까지의 지연손해금의 청구를 포기 또는 취하하는 취지라고 볼 수는 없고, 오히려 소장변경신청서와 부대항소장에 나타난 원고들의 실제 의사는 이행불능 시점이 2006. 4. 14.이 아닌 2004. 8. 16.이라고 판단되는 경우에는 그 다음 날부터의 지연손해금을 구하는 당초의 지연손해금 청구 부분을 예비적인 청구로 유지하는 취지라고 보기에 충분하다고 할 것이므로, 원심으로서는 마땅히 부대항소의 취지가 무엇인지 또는 이행불능 시점이 2006. 4. 14.이 아닌 다른 시점으로 판단될 경우에는 지연손해금의 청구를 어떻게 할 것인지를 석명하여 그에 따른 판단을 하였어야 한다.'라고 판시한 사례).

판례색인

[대법원 결정]

1971. 5.15. 71마251 ····· 444
1983. 3.22. 80마283 ····· 824
1994. 3.16. 93마1822, 1823 ····· 754
1995. 7. 5. 94스26 ····· 995
1997. 5. 1. 97마384 ····· 347
1997. 9.22. 97마1574 ····· 1166
1998. 9. 2. 98마100 ····· 891
1998.10. 7. 98마1333 ····· 337
2002. 5.10. 2002마1156 ····· 565
2002. 9.23. 2000마5257 ····· 259
2003. 8.11. 2003스32 ····· 196
2003.10. 6. 2003마1438 ····· 337
2004. 3.29. 2003마1753 ····· 232
2005.12.19. 2005그128 ····· 1010, 1011
2006. 5. 2. 2005마933 ····· 265
2006. 7. 4. 2005마425 ····· 46
2007. 6.26. 2007마515 ····· 64
2008. 5.30. 2007마98 ····· 424, 427
2008. 7.11. 2008마615 ····· 247, 295
2008. 9.26. 2007마672 ····· 1200
2009. 1.16. 2008스119 ····· 1195
2010. 3.10. 2009마1942 ····· 722
2010. 7.26. 2010마900 ····· 904
2010. 8.26. 2010마818 ····· 141, 846
2010. 9. 9. 2010마779 ····· 1259
2011. 3. 8. 2011카기85 ····· 1256
2011. 5.13. 2010마1544 ····· 429, 430
2011. 5.23. 2009마1176 ····· 611
2011. 9.21. 2011마1258 ····· 557
2011.10.27. 2011마1154 ····· 1169
2012. 1.12. 2011마2380 ····· 835
2012. 2. 9. 2011마1892 ····· 256
2012. 8.14. 2012그173 ····· 468
2013. 5.31. 2012마712 ····· 602
2013. 6.10. 2013그52 ····· 1281
2013. 6.14. 2013마396 ····· 405
2013. 9. 9. 2013마1273 ····· 57, 1085, 1100, 1110
2013.10. 7. 2013스133 ····· 344
2014. 2.19. 2013마2316 ····· 1129
2014. 4.25. 2013마2408 ····· 10
2014. 7.11. 2013마2397 ····· 1091
2014. 7.21. 2013마657 ····· 1079
2014.10. 8. 2014마667(전) ····· 1177
2015. 1.30. 2014그553 ····· 468
2015. 9.14. 2015마813 ····· 1180
2016. 1.25. 2015스451 ····· 611, 993
2016. 5. 4. 2014스122 ····· 675, 1006
2016. 6.17. 2016마371 ····· 1166, 1175
2016. 7. 1. 2014마2239 ····· 1200, 1201
2017. 2. 8. 2015마2025 ····· 204, 218
2017. 4.19. 2016그172 ····· 840
2017. 7.14. 2016마230 ····· 1070, 1071
2017. 8.21. 2017마499 ····· 625, 1215
2017.10.19. 2015마1383 ····· 847
2017.12. 1. 2017그661 ····· 67
2017.12.28. 2015무423 ····· 1200
2017.12.28. 2017그100 ····· 295
2018. 1.25. 2017마1093 ····· 909
2018. 6.22. 2018스18 ····· 199
2018. 7.20. 2017마1565 ····· 130
2018.10. 4. 2017마6308 ····· 290
2018.11.20. 2018마5471 ····· 56
2018.12.17. 2016마272 ····· 1072
2019. 2.28. 2018마800 ····· 130
2019. 3. 6. 2017마5292 ····· 545
2019. 7.25. 2018마6313 ····· 769
2020. 1. 9. 2018스40 ····· 996
2020. 1.30. 2019마5599, 5600 ····· 1176
2020. 3.16. 2020그507 ····· 826
2020. 4.24. 2019마6918 ····· 73, 563, 939
2020. 5.22. 2018마5697 ····· 741
2020. 6.11. 2020마5263 ····· 1077, 1085
2020.10.20. 2020마6195 ····· 1080
2021. 2.16. 2019마6102 ····· 1243
2021. 3.11. 2020마7755 ····· 1176
2021. 4. 9. 2020마7695 ····· 1247
2021. 4.22. 2017마6438(전) ····· 1176
2021. 7.29. 2019마6152 ····· 152, 164
2021. 8.13. 2021마5663 ····· 1107
2021. 8.26. 2020마5520 ····· 1109
2021. 9.30. 2021그633 ····· 263
2021.12.10. 2021마6702 ····· 577
2022. 2. 8. 2021마6668 ····· 810
2022. 4.14. 2016마5394, 5395, 5396 ·· 1072
2022. 4.19. 2022그501 ····· 1088
2022. 4.28. 2021마7088 ····· 1177
2022. 5. 3. 2021마6868 ····· 716
2022. 5.17. 2021마6371 ····· 1259
2022. 6. 7. 2022그534 ····· 285
2022. 6.16. 2020마1490 ····· 1234

2022. 6.21. 2021그753 ····· 794
2022. 6.30. 2017스98, 99, 100, 101 ···· 1003
2022. 9. 7. 2022마5372 ····· 1088, 1101
2022. 9.29. 2022마5873 ····· 286
2022.11.10. 2021스766 ····· 989
2022.12.15. 2022그768 ····· 1256
2022.12.16. 2022그734 ····· 1088
2022.12.29. 2019마5500 ····· 307
2023. 1.12. 2022마6107 ····· 1208
2023. 3.23. 2020그42(전) ····· 1012
2023. 3.23. 2020그42 ····· 32
2023. 3.24. 2022스771 ····· 990
2023. 5.23. 2022마6500 ····· 1078
2023. 6.20. 2023그574 ····· 405
2023. 7.14. 2023그585, 586 ····· 1176
2023. 7.14. 2023그610 ····· 1259
2023. 7.17. 2018스34(전) ····· 1202
2023. 8.18. 2022그779 ····· 263, 996
2023. 8.18. 2022그779 ····· 49
2023. 8.18. 2023그608 ····· 66
2023. 9. 1. 2022마5860 ····· 1245
2023.11. 7. 2023마7064 ····· 40
2023.11. 9. 2023마6427 ····· 929
2023.11. 9. 2023마6582 ····· 165, 174
2023.12.14. 2023마6934 ····· 1175
2024. 1.11. 2023마7122 ····· 1176
2024. 2.15. 2023마7226 ····· 56
2024. 4.25. 2023마8009 ····· 1201
2024. 4.30. 2023그887 ····· 149
2024. 5. 9. 2024마5321 ····· 1168
2024. 6.13. 2024스525, 526 ····· 1004
2024. 6.27. 2024마5813 ····· 1168

[대법원 판결]

1957. 7.27. 4290민상117 ····· 720
1962. 4.12. 4294민상1021 ····· 27
1962. 5.17. 62다161 ····· 710
1962.11. 8. 62다599 ····· 75
1962.11.15. 62다634 ····· 599
1963. 3.21. 63다43 ····· 788
1964. 5.19. 63다821 ····· 75
1965. 3.30. 64다1977 ····· 425
1965.11.23. 65사28 ····· 75
1966. 6. 9. 66다615(전) ····· 141, 214
1966. 6.21. 66다674 ····· 1155
1967. 2. 7. 66다2173 ····· 188
1967. 2. 7. 66다2206 ····· 492
1967. 5.18. 66다2618(전) ····· 841
1968. 9.24. 68다1271 ····· 653
1969. 1.21. 68다1864 ····· 301
1969. 1.28. 68다305 ····· 768
1969. 3.18. 68다1617 ····· 296
1969. 3.31. 68다2270 ····· 1034
1969. 5.27. 68다725(전) ····· 202
1969. 9.23. 69다804, 805 ····· 796
1969. 9.30. 69다1173 ····· 786
1969.12. 9. 69다1230 ····· 46
1969.12.29. 68다2425 ····· 405, 563
1970. 7.24. 70다729 ····· 301
1970. 9.29. 70다1759 ····· 277
1970.11.24. 70다2155 ····· 90
1972. 5.23. 72다115 ····· 386
1972. 5.23. 72다414 ····· 737
1972.12.12. 72다221 ····· 849
1973. 6.22. 72다2026 ····· 1157
1974. 2.12. 73다1052 ····· 745
1974. 5.28. 73다1133 ····· 493
1974. 9.24. 74다234 ····· 1194
1974. 9.24. 74다815 ····· 75
1974.11.12. 74다1150 ····· 232
1974.12.10. 74다998 ····· 445
1975. 4.22. 74다410 ····· 58
1975. 5.13. 74다1664(전) ····· 281, 558
1975. 5.27. 74다1366 ····· 1039, 1112
1975. 5.27. 74다2074 ····· 277, 794
1975. 5.27. 75다169 ····· 936
1975. 7. 8. 74다178 ····· 170
1975.10.21. 75다48 ····· 761
1976. 4.27. 75다2019, 2020 ····· 130
1976. 4.27. 75다739 ····· 749
1976.12.14. 76다1488 ····· 857, 1293
1977. 3. 8. 76다2461 ····· 796
1977. 4.26. 75다348 ····· 881
1977.11.22. 77다1742 ····· 1104
1978. 5. 9. 75다634(전) ····· 1173
1978. 8.22. 76다343 ····· 333
1978.12.26. 78다1417(전) ····· 167
1979. 2.13. 77다2436 ····· 1037, 1113
1979. 2.27. 78다913 ····· 339
1979. 3.13. 78다2330 ····· 709
1979. 5.22. 79다239 ····· 337
1979. 8.14. 79다1105 ····· 275
1979. 9.25. 77다1079(전) ····· 245
1979.10.10. 79다1508 ····· 793
1979.11.13. 79다483(전) ····· 79, 243, 973
1980. 1.29. 79다2066 ····· 10
1980. 6.24. 80다756 ····· 234
1980. 7.22. 80다649 ····· 626
1980. 8.26. 79다1257 ····· 808
1980. 9. 9. 80다1020 ····· 437
1980. 9. 9. 80다939 ····· 744
1980.12. 9. 79다634(전) ····· 244, 349

1981. 1.27. 79다1618, 1619 ····· 1038
1981. 2.10. 80다2189 ····· 130
1981. 3.24. 80다1888, 1889 ····· 401
1981. 4.14. 80다2314 ····· 116
1981. 5.26. 80다2109 ····· 472
1981. 5.26. 80다211 ····· 833
1981. 5.26. 80다3009 ····· 724
1981. 6.23. 81다124 ····· 260
1981. 7. 7. 80다2751 ·· 269, 555, 804, 1237
1981. 9. 8. 80다2511 ····· 252, 1116
1981. 9. 8. 80다2649 ····· 1277
1981.11.10. 80다870(전) ····· 274
1981.11.10. 81다378 ····· 878
1981.12.22. 80다1363 ····· 1053
1982. 1.26. 81다카549 ····· 116
1982. 4.13. 81다780 ····· 301
1982. 4.27. 80다851 ····· 799
1982. 4.27. 81다카550 ····· 244
1982. 5.25. 81다595 ····· 684
1982. 6.22. 81다카1283 ····· 797
1982. 8.24. 81다684 ····· 1189
1982. 9.14. 80다2425(전) ····· 1118
1982. 9.28. 82다카499 ····· 130
1982.11. 9. 82누197(전) ····· 740
1982.11.23. 81다393 ····· 469
1982.12.14. 82다카148 ····· 437
1983. 3. 8. 82다카1203 ····· 260
1983. 3.22. 82다카1533(전) ····· 483
1983. 3.22. 82다카1810(전) ····· 1094
1983. 3.22. 82다카1852 ····· 1034
1983. 6.14. 83다카37 ····· 464, 469
1983. 8.23. 82다카439 ····· 98
1983. 8.23. 83다카450 ····· 1216, 1293
1983.12.13. 83다카1489(전) ··· 4, 8, 109, 114
1983.12.27. 83다548 ····· 59
1983.12.27. 83다카331 ····· 1036
1984. 1.31. 83다카1560 ····· 722
1984. 2.14. 83다카1815 ····· 933
1984. 2.14. 83다카659 ····· 752
1984. 2.28. 83다카1981(전) ····· 195
1984. 3.13. 83누720 ····· 851
1984. 3.27. 83다323, 83다카1037 ·· 726, 765
1984. 7.10. 84다카365 ····· 1283
1984. 7.24. 83다카1819 ····· 109
1984. 9.11. 83다카2288 ····· 691
1984. 9.11. 84다카781 ····· 786
1984. 9.25. 84다카148 ····· 205, 436
1984.11.13. 84다카722 ····· 510
1984.12.26. 84다카1655 ····· 645
1985. 3.26. 84다카2001 ····· 237
1985. 5.28. 84다카2425 ····· 1165
1986. 2.11. 85다카1009 ····· 1189
1986. 2.25. 85다카1891 ····· 385
1986. 3.11. 85다카229 ····· 1283
1986. 9. 9. 84다464, 1951 ····· 1279, 1290
1986.12.23. 86다카1751 ····· 233
1987. 2.10. 85누42 ····· 129
1987. 3.10. 84다카2132 ····· 324
1987. 3.24. 84누134 ····· 171
1987. 3.24. 85다카2219 ····· 1033
1987. 3.24. 86다카37 ····· 1166
1987. 3.24. 86다카908 ····· 680
1987. 4.14. 86다카520 ····· 652
1987. 5.12. 86다카2070 ····· 1214
1987. 5.26. 86다카1058 ····· 1218
1987. 5.26. 86다카1876(전) ····· 1283, 1287
1987. 6. 9. 86다카2756 ····· 266
1987. 6. 9. 87다68 ····· 746
1987. 7. 7. 86다카2675 ····· 464
1987. 7.21. 86다카2446 ····· 1057
1987. 8.25. 86다카1679 ····· 277
1987. 9.22. 86다카2151 ····· 141
1987.10.13. 87다카1093 ····· 255
1987.10.28. 87다카1115 ····· 469
1987.11.10. 87다카1761 ····· 261
1987.11.24. 86다카2484 ····· 58
1987.12.22. 87다카707 ····· 1192
1988. 2. 9. 86다카2933, 2934, 2935 ···· 1152
1988. 2.23. 87다카777 ····· 269
1988. 4.12. 86다카2476 ····· 1221
1988. 4.25. 87다카1682 ····· 223
1988. 4.25. 87다카2509 ····· 884
1988. 6.14. 87다카2268 ····· 1106
1988. 8.23. 87다카546 ····· 1209
1988. 9.13. 86다카1332 ····· 436
1988. 9.27. 87다카1029 ····· 775
1988. 9.27. 87다카279 ····· 420
1988.10.25. 87다카1564 ····· 420
1988.11. 8. 88다3253 ····· 136
1988.11.22. 87다카1836 ····· 711
1988.12.13. 85다카1491 ····· 500, 949
1988.12.13. 87다카2803(전) ····· 678
1988.12.20. 88다카132 ····· 799
1989. 1.17. 87다카8 ····· 943
1989. 1.31. 87누760 ····· 765, 768
1989. 2.28. 87다카823, 824 ····· 860, 865
1989. 3.14. 88다카112 ····· 561
1989. 4.25. 88다카3618 ····· 236
1989. 4.25. 88다카4253, 4260 ····· 537
1989. 5. 9. 87다카749 ····· 300
1989. 5.23. 87다카3223 ····· 1213
1989. 6.27. 87다카2478 ····· 261

1989. 7.25. 87다카2316 ····· 1137
1989. 9.29. 89다카5994 ····· 972
1989.10.10. 88다카8354 ····· 1033
1989.10.24. 88다카24776 ····· 1157
1989.10.24. 89다카10552 ····· 270
1989.12.26. 87다카2176(전) ····· 381
1989.12.26. 89다카6140 ····· 382
1990. 1.12. 89다카4946 ····· 457
1990. 1.23. 88다카7245, 7252 ····· 878
1990. 1.25. 88다카26406 ····· 645
1990. 2.27. 89다카19412 ····· 529, 788
1990. 4.24. 89다카14530 ····· 344
1990. 4.27. 88다카25274, 25281 ····· 554
1990. 6. 8. 89다카20481 ····· 786
1990.10.23. 90다카5624 ····· 988
1990.11. 9. 90다카10305 ····· 455
1990.11. 9. 90다카7262 ····· 724
1990.11.23. 90다카21022 ····· 1199
1990.11.27. 89다카12398(전) ····· 248
1990.12. 7. 90다카24939 ····· 786
1990.12.11. 90다7104 ····· 491
1990.12.21. 90다카28498, 28504 ····· 1058
1990.12.26. 90다4686 ····· 452
1990.12.26. 90다카24816 ····· 1218
1991. 1.15. 90다9964 ····· 205
1991. 1.25. 90다9285 ····· 1284
1991. 1.29. 89다카1114 ····· 145, 647
1991. 2.22. 90다13420 ····· 200
1991. 2.26. 90누5375 ····· 380
1991. 3.12. 90다2147(전) ····· 132, 508
1991. 3.12. 90다카27570 ····· 145
1991. 3.22. 91다520 ····· 974
1991. 3.22. 91다70 ····· 385
1991. 3.27. 91다650, 667 ····· 235, 281
1991. 4. 9. 91다2892 ····· 749
1991. 4.12. 90다9407 ····· 561, 562
1991. 4.12. 91다4348 ····· 38
1991. 4.23. 90다19695 ····· 860
1991. 5.28. 90다19459 ····· 1198
1991. 5.28. 90다19770 ····· 75
1991. 5.28. 90다카16761 ····· 812
1991. 5.28. 91다5716 ····· 326
1991. 5.28. 91다9251 ····· 815
1991. 7.12. 90다8343 ····· 131
1991. 7.26. 91다5631 ····· 144
1991. 7.26. 91다8104 ····· 493
1991. 8.13. 91다6856 ····· 967
1991. 9.10. 91다2984 ····· 785
1991. 9.10. 91다6368 ····· 774
1991.10. 8. 91다24243 ····· 1267
1991.10.11. 91다12233 ····· 1218
1991.11. 8. 91다26935 ····· 1194
1991.11.26. 91다23103 ····· 774
1991.11.26. 91다34387 ····· 349
1991.12.10. 91다15317 ····· 1197
1991.12.10. 91다33056 ····· 781
1991.12.13. 91다8159 ····· 278
1991.12.24. 90다12243(전) ····· 140
1991.12.24. 90다5740(전) ····· 242
1991.12.27. 91다4409, 4416 ····· 1035
1992. 2.11. 91다36932 ····· 337
1992. 2.14. 91다12349 ····· 774
1992. 2.14. 91다17917 ····· 968
1992. 2.14. 91다24564 ····· 58
1992. 2.25. 91다9312 ····· 363, 552
1992. 2.28. 91다30149 ····· 333
1992. 3.27. 91누3819 ····· 99
1992. 3.27. 91다40696 ····· 823
1992. 3.31. 91다32053(전) ····· 156, 174
1992. 4.10. 91다41620 ····· 557
1992. 4.28. 91다29972 ····· 42
1992. 4.28. 91다32527 ····· 834
1992. 5.22. 91다41187 ····· 554
1992. 5.22. 92다2295 ····· 81
1992. 5.22. 92다3892 ····· 558
1992. 5.22. 92다5584 ····· 814
1992. 6.23. 91다33070(전) ····· 512
1992. 6.26. 92다12452 ····· 786
1992. 7.14. 92다2455 ····· 45
1992. 7.28. 91다35816 ····· 1195
1992. 7.28. 92다10173, 10180 ····· 1290
1992. 8.14. 91누13229 ····· 1180
1992. 8.18. 90다9452, 9469 ····· 141, 673
1992. 8.18. 91다30699 ····· 1034
1992. 8.18. 91다30927 ····· 778
1992. 8.18. 91다39924 ····· 1097
1992. 8.18. 92다5546 ····· 1179
1992. 9.25. 91다37553 ····· 153, 631
1992.10.13. 92다23827 ····· 1286
1992.10.27. 90다13628 ····· 626
1992.10.27. 91다41064, 41071 ····· 182, 377
1992.10.27. 91다41064 ····· 183
1992.10.27. 92다10883 ····· 236, 283, 1239
1992.10.27. 92다19033 ····· 116
1992.11.10. 92다30016 ····· 552
1992.11.10. 92다32258 ····· 320
1992.11.24. 91다28283 ····· 824
1992.11.24. 92다11176 ····· 326
1992.11.24. 92다21135 ····· 1194
1992.11.24. 92다31163, 31170 ····· 1284
1992.11.27. 92다30405 ····· 936
1992.12.11. 92누13127 ····· 99

1992.12.11. 92다33169 ····· 973
1992.12.22. 92다8712 ····· 784
1992.12.24. 92다22114 ····· 779
1993. 1.19. 92다31323 ····· 815, 817
1993. 1.19. 92다31323 ····· 817
1993. 1.26. 92다11008 ····· 564
1993. 2. 9. 92다21005, 21012 ····· 785
1993. 2.12. 92다23193 ····· 777
1993. 2.12. 92다25151 ····· 271
1993. 2.23. 92다49218 ····· 234
1993. 3. 9. 92다39877 ····· 298
1993. 3. 9. 92다56575 ····· 323
1993. 3.26. 92다32876 ····· 437
1993. 4. 9. 92다25946 ····· 782
1993. 4.13. 92다12070 ····· 1194
1993. 4.13. 92다24950 ····· 865
1993. 4.13. 92다44947 ····· 339
1993. 4.27. 92다44350 ····· 561
1993. 4.27. 93다1688 ····· 860, 865
1993. 5.14. 92다45025 ····· 125, 782, 833
1993. 5.25. 93다1114 ····· 787
1993. 5.27. 92누14908 ····· 1093, 1145
1993. 6. 8. 92다19880 ····· 737
1993. 6.11. 93다6034 ····· 320
1993. 6.22. 93다16130 ····· 883
1993. 6.25. 92다33008 ····· 824
1993. 6.25. 93다15991 ····· 1201
1993. 6.29. 93다11050 ····· 240, 275
1993. 7.13. 93다17980 ····· 644
1993. 7.27. 92다52795 ····· 86
1993. 8.14. 91다41316 ····· 626
1993. 8.24. 93다22074 ····· 124
1993. 8.24. 93다4151(전) ····· 1185, 1189
1993. 8.27. 93다4250 ····· 382
1993. 9.10. 93다21705 ····· 159
1993. 9.14. 92다1353 ····· 243, 436
1993. 9.14. 92다24899 ····· 1178
1993. 9.14. 93다21569 ····· 810, 1055
1993. 9.14. 93다8054 ····· 303
1993. 9.28. 92다55794 ····· 755, 1212, 1213
1993. 9.28. 93다20832 ····· 126
1993.10.12. 92다28235 ····· 1098
1993.10.12. 93다18914 ····· 438
1993.10.26. 93다14936 ····· 189, 190, 1276
1993.10.26. 93다2629, 2636 ····· 828
1993.11. 9. 93다11203, 11210 ····· 749
1993.11.23. 93다4083 ····· 894
1993.11.23. 93다41792, 41808 ····· 328
1993.11.26. 93누17478 ····· 99
1993.11.26. 93다36806 ····· 219
1993.12.10. 93다36974 ····· 1032
1993.12.14. 93다43361 ····· 381
1993.12.21. 92다46226(전) ····· 214, 483
1993.12.21. 92다47861(전) ····· 172
1993.12.28. 93다47653 ····· 1037, 1113
1993.12.28. 93다777 ····· 787, 826
1994. 1.11. 93다21477 ····· 182
1994. 1.25. 93다16338(전) ····· 436
1994. 1.25. 93다48526 ····· 1285
1994. 1.25. 93다9422 ····· 467, 469
1994. 1.28. 93다49703 ····· 1032
1994. 2. 8. 93다19153, 19160 ····· 765
1994. 2.22. 93다44104 ····· 873
1994. 2.22. 93다49338 ····· 720
1994. 2.25. 93다37298, 37304 ····· 322
1994. 2.25. 93다38444 ····· 752
1994. 2.25. 93다39225 ····· 246
1994. 3. 8. 93다42665 ····· 846
1994. 3.25. 93다36097, 36103 ····· 1040
1994. 3.25. 93다57155 ····· 197
1994. 4.26. 93다24223(전)
····· 694, 696, 1210, 1211
1994. 4.26. 93다31825 ····· 943, 944
1994. 4.29. 93다35551 ····· 685
1994. 5.10. 93다25417 ····· 452, 453
1994. 5.10. 93다47196 ····· 249
1994. 5.10. 93다53955 ····· 261
1994. 5.10. 93다58721 ····· 1165
1994. 5.13. 94다2190 ····· 666
1994. 6.24. 93누6782 ····· 626
1994. 6.24. 94다10900 ····· 123
1994. 6.28. 93다55777 ····· 333
1994. 6.28. 94누2046 ····· 1199
1994. 8.12. 93다52808 ····· 261, 281, 558
1994. 8.26. 93다20191 ····· 118
1994. 9. 9. 93다31191 ····· 782
1994. 9.23. 94다5359 ····· 651
1994. 9.27. 94다20617 ····· 120
1994. 9.30. 94다11217 ····· 88
1994. 9.30. 94다20884 ····· 1032
1994. 9.30. 94다32986 ····· 917
1994.10. 7. 94다28048 ····· 347
1994.10.14. 93다62119 ····· 916
1994.10.28. 94므246, 253 ····· 51
1994.11.11. 94다17659 ····· 815
1994.11.11. 94다22446 ····· 633
1994.11.11. 94다35008 ····· 321
1994.11.18. 93다46209 ····· 800
1994.11.22. 94다25728 ····· 1217
1994.11.25. 94다26097 ····· 183, 457
1994.12. 2. 93누12206 ····· 45
1994.12. 9. 94다17680 ····· 244, 275, 804

1994.12.13. 93다951 ····· 1265
1994.12.23. 94다40734 ····· 378
1994.12.27. 93다34183 ····· 268
1995. 1.12. 94다30348 ····· 400
1995. 1.20. 94다50489 ····· 1165
1995. 1.24. 94다28017 ····· 272
1995. 2. 3. 94다51178, 51185 ····· 880
1995. 2. 3. 94다54276 ····· 780
1995. 2.10. 93다52402 ····· 500
1995. 2.10. 94다18508 ····· 901
1995. 2.17. 94다56234 ····· 1282
1995. 2.28. 93다53887 ····· 788
1995. 2.28. 94다31419 ····· 966
1995. 3. 3. 94다7348 ····· 292, 301
1995. 3.10. 94다24770 ····· 1193
1995. 3.10. 94다27977 ····· 778
1995. 3.24. 93다52488 ····· 270
1995. 3.24. 94다46114 ····· 236
1995. 3.24. 94다47728 ····· 1075
1995. 3.28. 93다47745(전) ····· 379
1995. 4.25. 94다17956(전) ····· 824
1995. 4.28. 94누11583 ····· 1199
1995. 4.28. 94다16083 ····· 796
1995. 5. 9. 94다39123 ····· 322
1995. 5.12. 93다48373 ····· 770, 771
1995. 5.23. 94다28444(전) ····· 50
1995. 5.23. 94다36421 ····· 1073
1995. 5.26. 95다7550 ····· 460
1995. 6.13. 93다43491 ····· 272, 279
1995. 6.16. 94다4615 ····· 382
1995. 6.16. 95다2654 ····· 1194
1995. 6.29. 94다22071 ····· 385
1995. 6.30. 94다41324 ····· 1186
1995. 6.30. 95다12927 ····· 230
1995. 6.30. 95다14190 ····· 833
1995. 6.30. 95다15827 ····· 1235
1995. 7.11. 94다34265(전) ····· 880
1995. 7.11. 95다12446 ····· 143, 145
1995. 7.14. 94다38342 ····· 1057
1995. 7.14. 94다51994 ····· 974
1995. 7.25. 94다46428 ····· 864
1995. 7.28. 95다9075 ····· 418
1995. 8.11. 94다54108 ····· 972
1995. 8.22. 94다32054 ····· 662
1995. 8.25. 94다35886 ····· 147
1995. 9.15. 94다23067 ····· 1008
1995. 9.15. 94다55071 ····· 782
1995. 9.15. 95다7024 ····· 1158
1995. 9.26. 95다4681 ····· 1215
1995. 9.29. 94다23357 ····· 736
1995. 9.29. 95다22849, 22856 ····· 326
1995.10.12. 95다26797 ····· 1277, 1290
1995.11.10. 95다13685 ····· 330
1995.11.21. 94다55941 ····· 1274
1995.12. 8. 94다35039 ····· 279, 325
1995.12.12. 95다38127 ····· 734
1995.12.22. 94다21078 ····· 501
1995.12.22. 95다16660 ····· 718
1995.12.26. 95다29888 ····· 823
1995.12.26. 95다33962 ····· 834
1995.12.26. 95다42195 ····· 275, 880
1996. 1.23. 95다39854 ····· 161, 1052, 1276
1996. 1.26. 95다43358 ····· 821
1996. 2. 9. 95다49325 ····· 673
1996. 2.13. 95다3510 ····· 304
1996. 2.15. 95다38677(전) ····· 502
1996. 3. 8. 95다15087 ····· 890
1996. 3. 8. 95다36596 ····· 454
1996. 3. 8. 95다48667 ····· 1195
1996. 3.21. 93다42634(전) ····· 882
1996. 3.22. 95다14275 ····· 335
1996. 3.22. 95다55184 ····· 471
1996. 3.22. 95다56033 ····· 1160
1996. 3.26. 96다3791 ····· 672, 1053
1996. 4.23. 95다54761 ····· 328
1996. 4.26. 95다52864 ····· 281
1996. 5.10. 96다6554 ····· 775, 833, 1266
1996. 5.14. 96다3449 ····· 1164
1996. 5.31. 94다35985 ····· 349, 556
1996. 6.11. 95다13982 ····· 1096
1996. 6.25. 95다6601 ····· 535, 536
1996. 6.25. 96다8666 ····· 270
1996. 6.28. 96다18281 ····· 698
1996. 7.12. 95다49554 ····· 115
1996. 7.12. 96다19017 ····· 277, 793
1996. 7.18. 94다20051(전) ····· 1181
1996. 7.26. 95다19072 ····· 1198, 1235
1996. 7.26. 95다25138, 25145 ····· 782
1996. 7.30. 95다14794 ····· 336
1996. 8.23. 94다49922 ····· 823
1996. 9. 6. 94다54641 ····· 867, 869
1996. 9.20. 96다25302 ····· 143, 159
1996. 9.20. 96다25319 ····· 374
1996. 9.20. 96다25371 ····· 86
1996. 9.24. 96다11334 ····· 367
1996. 9.24. 96다13781 ····· 1232
1996.10.17. 96다12511(전) ····· 335, 381
1996.10.25. 96다23825 ····· 785
1996.10.25. 96다32201 ····· 939
1996.10.29. 96다19321 ····· 1036, 1037
1996.11.22. 96다37176 ····· 1240
1996.11.26. 96다27148 ····· 932

1996.12. 6. 95다24982 ····· 91, 811
1996.12.10. 94다43825 ····· 536
1996.12.19. 94다22927(전) ····· 168
1996.12.20. 96다41588 ····· 717
1996.12.23. 96다30465, 30472 ····· 494, 500, 1121
1997. 1.24. 96다32706 ····· 274
1997. 2.25. 96다38322 ····· 99
1997. 3.11. 96다44747 ····· 1210
1997. 4. 8. 96다54232 ····· 1284
1997. 4.22. 95다10204 ····· 1180
1997. 4.22. 96다56443 ····· 713
1997. 4.25. 96다10867 ····· 1225
1997. 4.25. 96다40677, 40684 ····· 784
1997. 4.25. 96다46484 ····· 166
1997. 4.25. 96다52489 ····· 1238
1997. 5.16. 97다7356 ····· 626
1997. 5.30. 97다1556 ····· 668
1997. 5.30. 97다2986 ····· 125
1997. 6.13. 96재다462 ····· 1192
1997. 6.24. 97다2993 ····· 255
1997. 6.24. 97다8809 ····· 1007
1997. 6.27. 95다40977, 40984 ····· 1211
1997. 6.27. 95다40977 ····· 680
1997. 6.27. 97다9529 ····· 326
1997. 7. 8. 96다36517 ····· 327, 328
1997. 7. 8. 97다2177 ····· 822
1997. 7.22. 96다14227 ····· 213
1997. 7.25. 96다39301 ····· 15, 42
1997. 8.21. 95다28625(전) ····· 369
1997. 8.22. 97다13023 ····· 89
1997. 8.26. 96다36753 ····· 28, 751, 1031
1997. 8.26. 96다36753 ····· 751
1997. 8.26. 97다4401 ····· 1239
1997. 8.26. 97다9260 ····· 1276
1997. 8.29. 96다37879 ····· 643
1997. 8.29. 97다12990 ····· 168, 457
1997. 9. 9. 96다16896 ····· 934
1997. 9.26. 96다54997 ····· 1268
1997. 9.30. 95다39526 ····· 298, 299, 337
1997. 9.30. 97다22140 ····· 129
1997.10.10. 95다46265 ····· 671
1997.10.10. 96다15923 ····· 347
1997.10.10. 96다38896 ····· 349
1997.10.10. 96다49049 ····· 1239
1997.10.16. 95다57029(전) ····· 347
1997.10.24. 95다49530, 49547 ····· 972
1997.11.11. 96다28196 ····· 367
1997.11.14. 97다34808 ····· 644
1997.11.14. 97다36118 ····· 91
1997.11.14. 97다6193 ····· 784
1997.11.25. 97다29790 ····· 906
1997.11.25. 97다31281 ····· 99
1997.11.28. 95다51991 ····· 332
1997.11.28. 96다21751 ····· 958
1997.12. 9. 96다47586 ····· 742
1997.12.12. 95다38240 ····· 123, 125
1997.12.12. 96다50896 ····· 664
1997.12.23. 97다42830 ····· 637
1997.12.26. 97다22676 ····· 560
1997.12.26. 97다42892, 42908 ····· 1285
1998. 1.20. 96다48527 ····· 381
1998. 1.23. 96다53192 ····· 1212
1998. 1.23. 97다38305 ····· 1180
1998. 2.13. 95다15667 ····· 1207, 1217
1998. 2.13. 96다19666 ····· 156
1998. 2.13. 97누8977 ····· 100
1998. 2.13. 97다47675 ····· 160
1998. 2.27. 97다49251 ····· 131
1998. 3.13. 97다45259 ····· 467
1998. 3.24. 97다56242 ····· 461
1998. 4.14. 96다39011 ····· 304
1998. 4.24. 97다44416 ····· 349
1998. 5. 8. 95다30390 ····· 1284
1998. 5.15. 97다58316 ····· 566
1998. 5.15. 98두3679 ····· 101
1998. 5.22. 96다24101 ····· 188
1998. 5.26. 98다9908 ····· 1235
1998. 5.29. 96다51110 ····· 144
1998. 5.29. 97다55317 ····· 114
1998. 5.29. 98다6497 ····· 869
1998. 6.12. 97누7707 ····· 987
1998. 6.12. 97다53762 ····· 110
1998. 6.12. 98다1645 ····· 1158
1998. 6.12. 98다505 ····· 799
1998. 6.12. 98다6800 ····· 383
1998. 7.10. 97다17544 ····· 1054
1998. 7.10. 98다6763 ····· 724
1998. 7.10. 98다7001 ····· 274
1998. 7.14. 97다34693 ····· 381
1998. 7.24. 96다27988 ····· 140
1998. 7.24. 98다13877 ····· 777
1998. 7.28. 96다50025 ····· 302
1998. 7.28. 98다7179 ····· 1245
1998. 8.21. 97다6704 ····· 27, 1032
1998. 8.21. 98다15439 ····· 1215
1998. 8.21. 98다8974 ····· 52
1998. 9. 4. 98다20981 ····· 903, 909
1998. 9. 8. 98다13686 ····· 304, 305, 347
1998. 9.22. 97다42502, 42519 ····· 633
1998.10.13. 97다43819 ····· 1031
1998.10.13. 98다17046 ····· 765

1998.11.10. 98다42141 ····· 159, 1276
1998.11.27. 97다22904 ····· 282
1998.11.27. 97다41103 ····· 294
1998.11.27. 98다23690 ····· 1155
1998.12. 8. 98다43137 ····· 626
1998.12.23. 97다20649 ····· 1085
1999. 1.15. 98다48033 ····· 531
1999. 1.26. 97다48906 ····· 384
1999. 1.26. 98다1027 ····· 347
1999. 1.29. 98다27470 ····· 1159
1999. 2. 5. 97다33997 ····· 294, 442, 906
1999. 2. 9. 98다42615 ····· 845
1999. 2.23. 97다12082 ····· 633
1999. 2.26. 98다50999 ····· 248
1999. 3. 9. 97다58194 ····· 488
1999. 3. 9. 97다7721, 7738 ····· 1031
1999. 3. 9. 97다7745 ····· 1157
1999. 3.18. 98다32175(전) ····· 166
1999. 3.23. 98다30285 ····· 214
1999. 3.26. 96다23306 ····· 529
1999. 3.26. 98다22918 ····· 900
1999. 4.13. 98다52483 ····· 75
1999. 4.27. 98다54830, 54847 ····· 1155
1999. 4.27. 98다56690 ····· 585
1999. 5.25. 99다9981 ····· 894
1999. 5.25. 99두1052 ····· 129
1999. 5.28. 99다2188 ····· 322
1999. 6.11. 98다22963 ····· 844, 846
1999. 6.11. 98다52995 ····· 1240
1999. 6.11. 99다16378 ····· 176
1999. 6.11. 99다16378 ····· 176, 1162
1999. 6.11. 99다3143 ····· 153, 672, 1054
1999. 7. 9. 97누11843 ····· 38
1999. 7. 9. 97다53632 ····· 379
1999. 7. 9. 98다13754, 13761 ····· 774
1999. 7. 9. 98다47542, 47559 ····· 792
1999. 7. 9. 98다9045 ····· 91, 860
1999. 7. 9. 99다12376 ····· 710
1999. 7. 9. 99다15184 ····· 133
1999. 7.13. 98다63162 ····· 659
1999. 7.27. 98다35020 ····· 307
1999. 7.27. 99다12932 ····· 1033
1999. 7.27. 99다24881 ····· 1272
1999. 8.19. 99다23383(전) ····· 1156
1999. 8.20. 99다18039 ····· 691
1999. 8.24. 99다23468, 23475 ····· 565
1999. 9. 7. 98다19578 ····· 643
1999. 9.17. 98다31301 ····· 905, 906
1999. 9.17. 98다63018 ····· 373
1999. 9.21. 99다19032 ····· 198
1999.10.12. 98다32441 ····· 350
1999.10.12. 98다6176 ····· 351, 783
1999.10.22. 98다46600 ····· 411, 412
1999.10.22. 98다6855 ····· 205, 281, 436
1999.11. 9. 99다50101 ····· 569
1999.11.12. 99다19797 ····· 1111, 1113
1999.11.12. 99다38224 ····· 1195
1999.11.26. 99다23093 ····· 700
1999.11.26. 99다34307 ····· 1157
1999.12. 7. 99다41886 ····· 1181
1999.12.10. 98다58467 ····· 420
1999.12.10. 99다14433 ····· 720
1999.12.24. 99다13201 ····· 1159
2000. 1.21. 97다1013 ····· 643
2000. 1.21. 99다212 ····· 1286
2000. 1.28. 98다17183 ····· 401
2000. 1.28. 98다26187 ····· 62, 280
2000. 1.28. 99다50712 ····· 1152
2000. 1.28. 99므1817 ····· 999
2000. 2.11. 99다31193 ····· 292
2000. 2.11. 99다47525 ····· 1159
2000. 2.11. 99다49644 ····· 502, 505, 530, 1288
2000. 2.11. 99다53292 ····· 161
2000. 2.11. 99다59306 ····· 894, 895
2000. 2.11. 99다62074 ····· 817
2000. 2.22. 99도5227 ····· 352
2000. 2.25. 97다30066 ····· 784, 788
2000. 2.25. 99다53704 ····· 565
2000. 3.10. 99다63350 ····· 209
2000. 3.16. 97다37661(전) ····· 371
2000. 3.23. 99다50385 ····· 1159
2000. 4. 7. 99다40005 ····· 304
2000. 4. 7. 99다68812 ····· 130
2000. 4.11. 2000다2627 ····· 679
2000. 4.11. 2000다5640 ····· 469
2000. 4.11. 98다28442 ····· 370
2000. 4.11. 99다12123 ····· 645
2000. 4.11. 99다23888 ····· 702, 704
2000. 4.11. 99다4238 ····· 1264
2000. 4.11. 99다51685 ····· 812
2000. 5.12. 2000다12259 ····· 87
2000. 5.12. 99다69983 ····· 257
2000. 5.18. 95재다199(전) ····· 62
2000. 6. 9. 2000다9123 ····· 793
2000. 6. 9. 98다18155 ····· 267, 325
2000. 6. 9. 98다54397 ····· 280
2000. 6.27. 2000다17346 ····· 586
2000. 7. 4. 2000다21048 ····· 1214
2000. 7. 4. 99다64384 ····· 911
2000. 7. 6. 99다11397 ····· 347
2000. 7. 6. 99다51258 ····· 83

2000. 8.22. 2000다23433 ····· 812
2000. 8.22. 98다36351 ····· 584
2000.10. 6. 2000다31526 ····· 1215
2000.10. 6. 2000다39049 ····· 763
2000.10.10. 2000다19526 ····· 435, 471
2000.10.27. 2000다20052 ····· 99
2000.10.27. 2000다39582 ····· 256
2000.11.16. 98다22253(전) ····· 1174
2000.11.16. 98다45652, 45669(전) ····· 311
2000.11.24. 2000다38718, 38725 ····· 494
2000.11.28. 2000다8533 ····· 775
2000.12. 8. 2000다14934, 14941 ····· 373
2000.12. 8. 2000다50350 ····· 494, 529
2000.12. 8. 2000다51339 ····· 724
2000.12.12. 99다13669 ····· 650
2000.12.22. 2000다39780 ····· 545
2000.12.22. 2000다56259 ····· 733
2000.12.26. 2000다38275 ····· 672
2001. 1.16. 2000다41349 ····· 236, 267
2001. 1.16. 98다20110 ····· 381
2001. 2. 9. 2000다41844 ····· 1248
2001. 2. 9. 2000다51797 ····· 609, 610
2001. 2. 9. 2000다57139 ····· 571
2001. 2. 9. 2000다60227 ····· 635
2001. 2. 9. 2000다60708 ····· 826
2001. 2. 9. 2000다61398 ····· 900
2001. 2. 9. 2000다63516 ····· 610
2001. 2. 9. 99다26979 ····· 261
2001. 2.13. 2000다14361 ····· 347
2001. 2.15. 96다42420(전) ····· 634
2001. 2.23. 2000다45303 ····· 1159
2001. 2.23. 2000다65864 ····· 184
2001. 2.27. 2000다20465 ····· 834
2001. 2.27. 2000다44348 ····· 623
2001. 3. 9. 2000다73490 ····· 884
2001. 3. 9. 2001다1478 ····· 344
2001. 3.13. 99다11328 ····· 350
2001. 3.15. 99다48948(전) ····· 91, 443
2001. 3.23. 2000다66522 ····· 305
2001. 3.23. 2001다6145 ····· 175
2001. 3.27. 2000다43819 ····· 1223, 1224, 1226, 1230
2001. 4.10. 2000다72763 ····· 438
2001. 4.13. 2001다4903 ····· 256, 337
2001. 4.24. 2000다41875 ····· 616
2001. 4.24. 2001다6237 ····· 671, 1053
2001. 4.24. 2001다6718 ····· 1163
2001. 5. 8. 99다38699 ····· 549
2001. 6. 1. 99다60948 ····· 750
2001. 6. 1. 99다63183 ····· 625
2001. 6.12. 99다1949 ····· 159
2001. 6.26. 99다47501 ····· 784
2001. 6.29. 2001다21441 ····· 794
2001. 7.10. 2000다72589 ····· 1208
2001. 7.10. 2001다3764 ····· 782
2001. 7.13. 2001다17572 ····· 363
2001. 7.13. 99다68584 ····· 922
2001. 7.24. 2001다22246 ····· 466
2001. 7.24. 2001다23669 ····· 219
2001. 7.27. 2000다73377 ····· 600
2001. 8.21. 2001다22840 ····· 170, 182
2001. 8.21. 2001다23195 ····· 330
2001. 8.21. 2001다31264 ····· 110
2001. 8.24. 2001다28176 ····· 1164
2001. 9. 4. 2000다66416 ····· 567, 614
2001. 9. 4. 2001다14108 ····· 564
2001. 9.18. 2001다9304 ····· 780
2001. 9.20. 99다37894(전) ····· 240, 267
2001.10. 9. 2000다42618 ····· 595, 597
2001.10.12. 2000다22942 ····· 259, 1018
2001.10.12. 2000다59081 ····· 444
2001.10.23. 99다64018 ····· 1163, 1164
2001.11. 9. 2001다47528 ····· 440
2001.11. 9. 2001다52568 ····· 160, 184, 947
2001.11. 9. 2001다55499, 55505 ····· 1155
2001.11.22. 2000다71388, 71395(전) ····· 335, 336
2001.11.27. 2000다33638, 33645 ····· 388
2001.12.11. 2000다13948 ····· 626
2001.12.11. 2000다38596 ····· 1165
2001.12.11. 2001다45355 ····· 223
2001.12.14. 2001다53714 ····· 1197
2001.12.24. 2001다42677 ····· 651
2001.12.27. 2000다73049 ····· 557
2001.12.28. 2001다68082 ····· 1270
2002. 1.11. 2001다41971 ····· 273
2002. 1.11. 2001다60767 ····· 725
2002. 1.25. 2001다52506 ····· 751, 752, 931
2002. 1.25. 2001다63575 ····· 820
2002. 1.25. 99다62838 ····· 935
2002. 2. 5. 2001다62091 ····· 781, 907, 1268
2002. 2. 5. 2001다66369 ····· 1267
2002. 2. 5. 2001다72029 ····· 1187
2002. 2. 8. 2000다50596 ····· 692
2002. 2. 8. 99다23901 ····· 536
2002. 2.22. 2001도6209 ····· 357
2002. 2.26. 2000다25484 ····· 178, 190
2002. 2.26. 2000다48265 ····· 168
2002. 2.26. 2000다48265 ····· 92
2002. 2.26. 2001다73879 ····· 25, 499, 974
2002. 2.26. 2001다76854 ····· 768
2002. 2.26. 99다72743 ····· 369

2002. 3.15. 2000다9086 ····· 1129
2002. 3.15. 2001다59071 ····· 662, 663
2002. 3.15. 2001다61654 ····· 355
2002. 3.29. 2000다13887 ····· 684, 686
2002. 3.29. 2000다577 ····· 776
2002. 4.23. 2001다81856 ····· 476, 784
2002. 4.26. 2000다16350 ····· 306
2002. 4.26. 2000다38480 ····· 257
2002. 4.26. 2000다42915 ····· 1161
2002. 4.26. 2001다59033 ····· 702, 703, 704
2002. 4.26. 2001다8097, 8103 ····· 194, 370
2002. 4.26. 2001다8097 ····· 382
2002. 5.10. 2000다37296, 37302 ····· 515
2002. 5.10. 2000다50909 ····· 273
2002. 5.10. 2000다55171 ····· 244, 544
2002. 5.10. 2002다12871, 12888 ····· 724, 725
2002. 5.14. 2000다42908 ····· 1179
2002. 5.14. 2002다9738 ····· 388
2002. 5.24. 2001다3726 ····· 81
2002. 5.24. 2002다7176 ····· 445
2002. 5.31. 2001다42080 ····· 882, 883
2002. 6.11. 2002다2539 ····· 809
2002. 6.14. 2000다30622 ····· 303, 592
2002. 6.14. 2000다37517 ····· 141
2002. 6.14. 2001다79853 ····· 229
2002. 6.14. 2001므1537 ····· 999
2002. 6.14. 2002다11441 ····· 175, 767
2002. 6.28. 2000다5862 ····· 1044
2002. 6.28. 2000다62254 ····· 501
2002. 6.28. 2001다49814 ····· 111
2002. 7. 9. 2001다43922, 43939 ····· 831
2002. 7. 9. 2002다18428 ····· 937
2002. 7.12. 2001다2617 ····· 1128
2002. 7.12. 2001다46440 ····· 83, 498, 751
2002. 7.12. 2001다81948 ····· 709
2002. 7.12. 99다68652 ····· 1216
2002. 7.26. 2000다25002 ····· 99
2002. 7.26. 2001다68839 ····· 1216
2002. 7.26. 2001다73138, 73145 ·· 583, 614
2002. 7.26. 2001다76731 ····· 347
2002. 7.26. 2002다17821 ····· 14
2002. 8.23. 2000다29295 ····· 299
2002. 8.23. 2000다66133 ····· 1182, 1196
2002. 8.23. 2001다69122 ····· 676, 905
2002. 8.23. 2002다25242 ····· 747
2002. 8.23. 99다66564, 66571 ····· 964
2002. 8.27. 2000다9734 ····· 643
2002. 8.27. 2001다71699 ····· 1219
2002. 8.27. 2002다27903 ····· 600
2002. 9. 4. 2001다1386 ····· 531, 921
2002. 9. 4. 2001다80778 ····· 975
2002. 9. 4. 2002다28340 ····· 133, 152
2002. 9. 4. 98다17145 ····· 277, 485
2002. 9. 6. 2002다30206 ····· 156
2002. 9. 6. 2002다34666 ····· 764
2002. 9.10. 2000다96 ····· 414
2002. 9.10. 2002다21509 ····· 121, 675, 676
2002. 9.24. 2001다20103 ····· 318
2002. 9.24. 2002다11847 ····· 278, 318, 325
2002.10.11. 2000다17803 ····· 95
2002.10.11. 2001다59217 ····· 116
2002.10.11. 2002다17364 ····· 855
2002.10.11. 2002다39807 ····· 1282
2002.10.22. 2002다38927 ····· 80
2002.10.25. 2000다21802 ····· 48
2002.10.25. 2000다63110 ····· 314
2002.10.25. 2000다64441 ····· 600, 601
2002.10.25. 2000다7783 ····· 600, 601
2002.10.25. 2002다13614 ····· 156
2002.10.25. 2002다23598 ····· 485
2002.10.25. 2002다31483 ····· 689
2002.10.25. 2002다34017 ····· 644
2002.10.25. 2002다42711 ····· 600
2002.11. 8. 2001다51725 ····· 904
2002.11. 8. 2002다21882 ····· 1010
2002.11. 8. 2002다34772 ····· 90
2002.11. 8. 2002다41589 ····· 572, 583, 585
2002.11. 8. 2002다42100 ····· 619
2002.11. 8. 2002다42957 ····· 587
2002.11.13. 2002다41602 ····· 1214
2002.11.22. 2001다6213 ····· 210
2002.11.26. 2000다64038 ····· 586
2002.11.26. 2001다73022 ····· 440
2002.12. 6. 2001다2846 ····· 455
2002.12. 6. 2002다42278 ····· 872
2002.12. 6. 2002다44014 ····· 270
2002.12.10. 2000다62391 ····· 1166
2002.12.10. 2001다58443 ····· 1159
2002.12.10. 2002다52657 ····· 692, 746
2002.12.24. 2000다69927 ····· 1091
2002.12.26. 2000다21123 ····· 359, 759
2002.12.27. 2000다47361 ····· 81, 90, 268, 489, 495, 522
2003. 1.10. 2000다26425 ····· 197, 249, 830, 831
2003. 1.10. 2001다45201 ····· 469
2003. 1.10. 2002다58976 ····· 319
2003. 1.24. 2000다22850 ····· 494, 801, 805, 963
2003. 2.11. 2002다59122 ····· 1187
2003. 2.11. 2002다62029 ····· 1111

2003. 2.14. 2002다23451 ····· 320
2003. 2.14. 2002다64810 ····· 1257, 1258
2003. 2.26. 2000다42786
····· 195, 281, 1085, 1135
2003. 2.28. 2000다65802, 65819 ·· 847, 881
2003. 2.28. 2002다46256 ····· 330, 331
2003. 3.14. 2002다62555 ····· 153
2003. 3.25. 2002다70853 ····· 1272
2003. 3.28. 2000다24856 ····· 282, 325
2003. 3.28. 2003다5917 ····· 203
2003. 4. 8. 2002다64957, 64964 ····· 1056
2003. 4. 8. 2002다69686 ····· 1184, 1186
2003. 4. 8. 2002다71283 ····· 1293
2003. 4.11. 2001다11406 ····· 1183, 1184
2003. 4.11. 2002다59481 ····· 757
2003. 4.22. 2003다7685 ····· 884
2003. 5.13. 2002다64148 ····· 282, 544, 823
2003. 5.13. 2002다73708, 73715 ····· 90
2003. 5.13. 2003다16238 ····· 170, 1229
2003. 5.16. 2002다65745 ····· 850
2003. 5.27. 2000다60319 ····· 373
2003. 5.27. 2000다73445 ···· 245, 302, 1018
2003. 5.30. 2003다13512 ····· 684
2003. 5.30. 2003다16214 ····· 1157, 1163
2003. 6.13. 2003다8862 ····· 961, 962
2003. 6.27. 2003다15907 ····· 622
2003. 6.27. 2003다7623 ····· 755, 756
2003. 7.11. 2001다45584
····· 1085, 1086, 1089
2003. 7.11. 2001다78508 ····· 75
2003. 7.11. 2003다19305 ····· 1051
2003. 7.11. 2003다19435 ····· 606
2003. 7.11. 2003다19572 ····· 274
2003. 7.22. 2001다76298 ····· 1289
2003. 7.22. 2002다64780 ····· 58
2003. 7.25. 2001다64752 ····· 888
2003. 8.19. 2001다14061 ····· 993
2003. 8.19. 2002다53469 ····· 220, 222
2003. 8.19. 2003다11516 ····· 1291
2003. 8.22. 2001다64073 ····· 598
2003. 8.22. 2003다12717 ····· 894
2003. 8.22. 2003다19961 ····· 967
2003. 8.22. 2003다26457 ····· 166
2003. 9. 5. 2001다32120 ····· 361
2003. 9.26. 2002다31803, 31810 ····· 858
2003. 9.26. 2002다65073 ····· 1112
2003.10.10. 2001다74322 ····· 75
2003.10.10. 2001다77888 ····· 441
2003.10.24. 2003다37426 ····· 1227
2003.11.13. 2002다57935 ····· 226
2003.11.14. 2001다61869 ····· 211, 1265
2003.11.14. 2003다30968 ····· 1011
2003.11.14. 2003다35482 ····· 535
2003.11.14. 2003다37730 ····· 671
2003.11.28. 2003다50061 ····· 570, 707
2003.12.11. 2001다3771 ····· 700, 1219
2003.12.12. 2001다57884 ····· 612, 615
2003.12.18. 98다43601(전) ····· 417
2003.12.26. 2002다61934 ····· 563
2004. 1.16. 2003다30890 ····· 145, 172, 458
2004. 1.27. 2003다6200 ····· 563
2004. 2.13. 2002다7213 ····· 456, 458
2004. 2.13. 2003다43490 ····· 680
2004. 2.13. 2003다43858 ····· 662
2004. 2.27. 2002다19797 ····· 1039, 1093
2004. 2.27. 2003다35567 ····· 90, 250, 299
2004. 2.27. 2003다52944 ····· 1279
2004. 3.12. 2003다49092 ····· 463
2004. 3.25. 2001다53349 ····· 721
2004. 3.25. 2002다20742 ····· 445, 463
2004. 3.25. 2002다69358 ····· 614
2004. 3.25. 2003다64688 ····· 1116
2004. 3.26. 2002다29138 ····· 494
2004. 3.26. 2003다34045 ····· 512, 1107
2004. 4.23. 2003다62125 ····· 1155
2004. 4.23. 2003다6781 ····· 472
2004. 4.23. 2004다8210 ····· 834
2004. 4.27. 2003다29616 ····· 1142
2004. 5.13. 2004다10268 ····· 221
2004. 5.14. 2003다61054 ····· 57
2004. 5.28. 2001다81245 ····· 748
2004. 5.28. 2003다70041
····· 83, 84, 294, 438
2004. 5.28. 2004다6542 ····· 1214, 1219
2004. 6.25. 2000다37326
····· 1087, 1137, 1138, 1139
2004. 7. 8. 2002다73203 ····· 811, 1007
2004. 7. 9. 2003다27160 ····· 644
2004. 7. 9. 2003다46758 ····· 1293
2004. 7. 9. 2004다11582 ····· 1278
2004. 7. 9. 2004다16181 ····· 1272
2004. 7.22. 2004다10183 ····· 405
2004. 7.22. 2004다3543 ····· 808
2004. 7.22. 2004두2509 ····· 197
2004. 8.16. 2003다9636 ····· 1140
2004. 8.20. 2001다70337 ····· 522
2004. 8.20. 2002다20353 ····· 88
2004. 8.20. 2003다20060
····· 1137, 1139, 1140
2004. 8.20. 2003다26075 ····· 1150
2004. 8.30. 2004다21923 ····· 578
2004. 9.23. 2004다29354 ····· 1216

2004. 9.24. 2004다28047 ····· 1093
2004.10.14. 2002다55908 ····· 943, 944
2004.10.28. 2002다67208 ····· 459
2004.11.11. 2004다40108 ····· 1279
2004.11.12. 2004다22858 ····· 386
2004.11.26. 2004다40986 ····· 542
2004.12.10. 2003다33769 ····· 153
2004.12.10. 2004다25123 ····· 1106
2004.12.23. 2004다56554 ····· 887
2005. 1.13. 2003다29937 ····· 1220
2005. 1.14. 2001다81320 ····· 1279, 1280
2005. 1.14. 2002다57119 ····· 160
2005. 1.27. 2004다53357, 53364 ····· 1265, 1266
2005. 1.28. 2002다66922 ····· 358
2005. 2.17. 2003다18371, 18388 ····· 1271
2005. 2.17. 2004다59959 ····· 183
2005. 2.25. 2003다36133 ····· 1035
2005. 3.10. 2004다67653, 67660 ····· 677
2005. 3.11. 2004다42104 ····· 663
2005. 3.24. 2004다65367 ····· 578
2005. 3.25. 2003다35659 ····· 906
2005. 3.25. 2004다10985, 10992 ·· 565, 598
2005. 4.15. 2003다60297, 60303, 60310, 60327 ····· 55
2005. 4.28. 2003다6705, 6712 ····· 1272
2005. 4.28. 2004다71201 ····· 10, 580
2005. 4.29. 2005다2189 ····· 336
2005. 4.29. 2005다3243 ····· 471
2005. 5.12. 2005다459, 466 ····· 1272
2005. 5.12. 2005다6228 ····· 25, 88
2005. 5.13. 2003다50771 ····· 608, 620
2005. 5.26. 2003다12311 ····· 903
2005. 5.27. 2003다36478, 36485 ····· 616
2005. 5.27. 2004다43824 ····· 85, 90, 91
2005. 5.27. 2004다67806 ····· 572, 574
2005. 6. 9. 2005다10517 ····· 1273
2005. 6. 9. 2005다4529 ····· 785, 899
2005. 6. 9. 2005다6341 ····· 254, 812
2005. 6.10. 2002다15412, 15429 ····· 460
2005. 6.10. 2005다14861 ····· 10
2005. 6.23. 2004다29279 ····· 679
2005. 7.14. 2003다18661 ····· 221
2005. 7.14. 2005다19477 ····· 1294
2005. 7.21. 2002다1178(전) ····· 411
2005. 7.22. 2003다3072 ····· 411
2005. 7.22. 2004다17207 ····· 761, 794
2005. 7.22. 2005다7566, 7573 ····· 963
2005. 7.22. 2005다7566 ····· 712
2005. 7.28. 2004다8753 ····· 1270
2005. 7.29. 2003다14133, 14140 ····· 131
2005. 8.19. 2002다59764 ····· 655
2005. 8.19. 2003다22042 ····· 1273, 1279
2005. 8.19. 2004다2809 ····· 235
2005. 8.19. 2005다22688 ····· 425
2005. 8.25. 2005다14595 ····· 623
2005. 9. 9. 2003다7319 ····· 943, 945
2005. 9. 9. 2005다27966 ····· 336
2005. 9.15. 2004다44971(전) ····· 411
2005. 9.28. 2004다50044 ····· 292, 301
2005. 9.29. 2003다40651 ····· 387
2005.10.14. 2003다60891 ····· 568
2005.10.27. 2005다35554, 35561 ····· 182
2005.10.28. 2003다69638 ····· 769
2005.11.10. 2004다37676 ···· 779, 780, 1212
2005.11.10. 2004다49532 ····· 623
2005.11.10. 2005다33886, 33893 ····· 889
2005.11.10. 2005다34667, 34674 ····· 284
2005.11.10. 2005다41443 ···· 275, 763, 1235
2005.11.10. 2005다41818 ····· 689
2005.11.25. 2004다36352 ····· 306
2005.12. 8. 2003다41463 ····· 785
2005.12.23. 2004다55698 ····· 266, 278
2005.12.23. 2005다59383, 59390 ····· 156
2006. 1.26. 2002다74954 ····· 183
2006. 1.26. 2005다17341 ····· 444
2006. 1.27. 2003다58454 ····· 470
2006. 1.27. 2004다44575 ····· 1095
2006. 1.27. 2005다19378 ····· 637, 672
2006. 1.27. 2005다59871 ····· 351
2006. 2. 9. 2005다28426 ····· 664
2006. 2. 9. 2005다59864 ····· 902, 909
2006. 2.10. 2004다2564 ····· 551
2006. 2.10. 2005다65623 ····· 910
2006. 2.23. 2004다29835 ····· 336
2006. 2.23. 2005다53187 ····· 774, 776, 788
2006. 2.24. 2002다62432 ····· 12
2006. 2.24. 2005다38614 ····· 1286
2006. 2.24. 2005다58656, 58663 ····· 778
2006. 3. 9. 2005다65180 ····· 1115, 1226
2006. 3.10. 2002다1321 ····· 83, 84, 251
2006. 3.10. 2005다49713 ····· 1149
2006. 3.10. 2005다55411 ····· 489
2006. 3.24. 2005다66411 ····· 100
2006. 4.13. 2005다70090 ····· 597
2006. 4.13. 2005다75897 ····· 511
2006. 4.14. 2006다3813 ····· 1276
2006. 4.20. 2004다37775(전) ····· 406
2006. 4.27. 2003다60259 ····· 1153, 1154
2006. 4.27. 2006다1381 ····· 1049
2006. 5.11. 2003다8503 ····· 1287
2006. 5.11. 2006다6072 ····· 906

2006. 5.12. 2005다68783 ····· 306
2006. 5.25. 2003다16092 ····· 1103, 1104
2006. 6. 9. 2004다24557 ····· 783
2006. 6.15. 2004다10909 ····· 68
2006. 6.16. 2005다28990 ····· 1270, 1292
2006. 6.16. 2005다39211 ····· 494
2006. 6.29. 2004다3598, 3604 ····· 396, 397
2006. 6.29. 2004다5822 ····· 586
2006. 6.30. 2005다21531 ····· 12
2006. 7. 4. 2004다61280 ····· 618
2006. 7. 4. 2006므751 ····· 754
2006. 7.28. 2004다54633 ····· 749
2006. 7.28. 2005다33060 ····· 347
2006. 7.28. 2006다9156 ····· 698
2006. 8.24. 2004다26287, 26294 ····· 646
2006. 8.24. 2004다26287 ····· 179
2006. 8.24. 2004다26287 ····· 48, 179
2006. 8.24. 2006다20023 ····· 347
2006. 8.24. 2006다25998 ····· 303
2006. 8.25. 2004다24144 ····· 163, 767
2006. 8.25. 2004다26119 ····· 1132
2006. 9. 8. 2004다55230 ····· 633
2006. 9. 8. 2006다22661 ····· 618
2006. 9.14. 2005다45537 ····· 1073, 1074
2006. 9.22. 2004다51627 ····· 43, 1249
2006. 9.22. 2006다22852, 22869 ·· 147, 152
2006. 9.22. 2006다24049 ····· 786
2006.10.13. 2004다21862 ····· 916
2006.10.13. 2006다23138 ····· 1015, 1236
2006.10.26. 2004다63019 ····· 751
2006.10.26. 2005다30993 ····· 220, 221
2006.10.26. 2005다76753 ····· 601
2006.10.27. 2004다12240 ····· 516
2006.11. 9. 2004다41651 ····· 1120
2006.11. 9. 2006다35117 ····· 358
2006.11.10. 2005다35516 ····· 1053
2006.11.10. 2005다41856 ····· 1254
2006.11.23. 2006재다171 ····· 57
2006.12. 7. 2004다54978 ····· 578
2006.12. 7. 2006다43620 ····· 606, 607
2006.12.21. 2004다24960 ····· 582
2006.12.21. 2004다34134 ····· 638
2006.12.21. 2004다45400 ····· 766
2006.12.21. 2006다49277 ····· 786
2006.12.21. 2006다69141 ····· 1152
2006.12.22. 2004다39450 ····· 257
2007. 1.11. 2005다47175 ····· 858, 859, 1220
2007. 1.11. 2006다33364 ····· 458
2007. 1.11. 2006다50055 ····· 443, 461
2007. 1.11. 2006도4498 ····· 349
2007. 1.25. 2006다68940 ····· 152
2007. 2.15. 2004다50426(전) ····· 851
2007. 2.22. 2004다59546 ····· 771, 823
2007. 2.22. 2005다65821 ····· 159, 397
2007. 2.22. 2005다73020 ····· 1098
2007. 2.22. 2005다77060 ····· 1136
2007. 2.22. 2006다68506 ····· 346
2007. 3.15. 2006다12701 ····· 456
2007. 3.15. 2006다73072 ····· 851, 1290
2007. 3.29. 2005다35851 ····· 747
2007. 3.29. 2006다74273 ····· 347
2007. 3.29. 2006다79995 ····· 370
2007. 3.30. 2005다11312 ····· 146
2007. 4.12. 2005다1407 ····· 732
2007. 4.13. 2005다40709, 40716 ····· 466
2007. 4.13. 2006다78640 ····· 488
2007. 4.19. 2004다60072, 60089(전) ····· 413, 415
2007. 4.26. 2005다19156 ····· 812
2007. 4.26. 2005다24318 ····· 976
2007. 4.26. 2005다53866 ····· 810
2007. 4.26. 2006다54781 ····· 698
2007. 4.26. 2006다78732 ····· 284
2007. 4.26. 2006다79704 ····· 599
2007. 5.10. 2005다4291 ····· 1116
2007. 5.10. 2006다82700, 82717 ····· 538, 550, 556
2007. 5.10. 2007다4691 ····· 101
2007. 5.11. 2006다6836 ····· 300
2007. 5.17. 2006다19054(전) ····· 63
2007. 5.31. 2005다28686 ····· 584, 589, 601
2007. 5.31. 2005다55473 ····· 664, 1110
2007. 5.31. 2005다56995 ····· 1120
2007. 5.31. 2005다5867 ····· 951
2007. 5.31. 2007다11231 ····· 1274
2007. 5.31. 2007다248 ····· 163
2007. 6. 1. 2005다5812, 5829, 5836 ····· 825, 828
2007. 6.14. 2005다29290, 29306 ····· 1197
2007. 6.14. 2005다5140 ····· 934
2007. 6.14. 2005다57684 ····· 1103
2007. 6.14. 2007다3285 ····· 777
2007. 6.15. 2006다80322, 80339 ····· 206
2007. 6.15. 2007다11347 ····· 204
2007. 6.21. 2004다26133(전) ····· 861
2007. 6.28. 2004다69741 ····· 904
2007. 6.28. 2006다62362 ····· 1090
2007. 6.28. 2006다85921 ····· 561
2007. 6.28. 2007다2695, 2701 ····· 1213
2007. 7.12. 2005다39617 ····· 15, 1243
2007. 7.12. 2005다65197 ····· 569
2007. 7.12. 2007다18218 ····· 616, 617

2007. 7.12. 2007다24954 ····· 597
2007. 7.26. 2006므2757, 2764 ····· 200, 1008, 1271
2007. 7.26. 2007다19006, 19013 ····· 539
2007. 7.26. 2007다23081 ····· 596
2007. 7.26. 2007다29119 ····· 608
2007. 7.27. 2006다39270, 39287 ····· 314
2007. 7.27. 2007다18478 ····· 530
2007. 8.23. 2005다43081, 43098 ····· 1219
2007. 8.23. 2007다21856, 21863 ····· 888
2007. 8.23. 2007다23425 ····· 110, 1033
2007. 8.23. 2007다26455, 26462 ····· 508
2007. 8.23. 2007다27427 ····· 1244
2007. 8.23. 2007다28024, 28031 ····· 152
2007. 8.24. 2006다40980 ····· 326
2007. 8.24. 2007다26882 ····· 349
2007. 9. 6. 2007다30263 ····· 1154, 1155
2007. 9. 6. 2007다30447 ····· 1006
2007. 9. 6. 2007다34135 ····· 562
2007. 9. 6. 2007다40000 ····· 1086
2007. 9.20. 2006다15816 ····· 930
2007. 9.20. 2006다68902 ····· 1163
2007. 9.20. 2007다25865 ····· 1120, 1122
2007. 9.21. 2005다34797 ····· 1120
2007. 9.21. 2005다41740 ····· 423, 425
2007. 9.21. 2006다69479 ····· 798
2007. 9.28. 2005다15598(전) ····· 745
2007.10.11. 2005다45544, 45551 ····· 1238
2007.10.11. 2006다33333 ····· 1125
2007.10.11. 2007다31914 ····· 779, 787
2007.10.25. 2006다16758, 16765 ···· 16, 196
2007.10.25. 2007다14827 ····· 336
2007.10.25. 2007다29515 ····· 228
2007.10.25. 2007다34876 ····· 1254
2007.10.25. 2007다47896 ····· 471
2007.11.15. 2005다16034 ····· 976
2007.11.16. 2005다55312 ····· 8, 154, 501
2007.11.16. 2005다71659, 71666, 71673 ····· 53, 55
2007.11.16. 2006다41297 ····· 409
2007.11.29. 2005다64255 ····· 864
2007.11.29. 2007다14049, 14056 ····· 319
2007.11.29. 2007다51239 ····· 946
2007.11.29. 2007다53013 ····· 28, 751
2007.11.29. 2007다53013 ····· 751
2007.11.29. 2007다54849 ····· 146, 587, 617
2007.11.30. 2006다19603 ····· 1127
2007.11.30. 2007다30393 ····· 277, 318
2007.11.30. 2007다54610 ····· 173
2007.12.13. 2005다52214 ····· 413
2007.12.13. 2007다53464 ····· 698
2007.12.13. 2007다57459 ····· 246, 302
2007.12.13. 2007다60080 ·· 768, 1100, 1126
2007.12.27. 2005다54104 ····· 593
2007.12.27. 2006다60229 ····· 289
2007.12.27. 2006다9408 ····· 532
2007.12.27. 2007다51758 ····· 99
2007.12.27. 2007다70285 ····· 1285
2007.12.28. 2005다38843 ····· 782
2007.12.28. 2007다31501 ····· 69
2008. 1.10. 2006다41204 ····· 680
2008. 1.10. 2007다64136 ····· 1144
2008. 1.10. 2007다79534 ····· 1269
2008. 1.17. 2006다586 ····· 213
2008. 1.17. 2007다73826 ····· 1215, 1217
2008. 1.18. 2005다10814 ····· 718
2008. 1.18. 2005다34711 ····· 1267
2008. 1.18. 2005다65579 ·· 633, 1130, 1131
2008. 1.24. 2006다21330 ····· 1034
2008. 1.31. 2007다64471 ····· 545
2008. 1.31. 2007다74713 ····· 113
2008. 2. 1. 2005다23889 ····· 706, 1234
2008. 2. 1. 2005다42880 ····· 287
2008. 2. 1. 2007다8914 ····· 1267
2008. 2.14. 2006다33357 ····· 605
2008. 2.14. 2006다37892 ····· 510, 810
2008. 2.14. 2006다82601 ····· 163
2008. 2.14. 2007다62437 ····· 65
2008. 2.14. 2007다69148 ····· 358
2008. 2.15. 2005다47205 ····· 231
2008. 2.28. 2005다60369 ····· 522, 1133
2008. 2.28. 2007다37394, 37400 ····· 208
2008. 2.28. 2007다77446 ····· 607
2008. 3.13. 2006다29372 ····· 908
2008. 3.13. 2006다53733, 53740 ····· 961
2008. 3.13. 2007다54627 ····· 711
2008. 3.13. 2007다73611 ····· 814
2008. 3.13. 2007다73765 ····· 610
2008. 3.14. 2006다2940 ····· 185, 1275
2008. 3.27. 2006다24568 ····· 180
2008. 3.27. 2006다24568 ····· 180, 1276
2008. 3.27. 2006다45459 ····· 866
2008. 3.27. 2006다7532, 7549 ····· 783
2008. 3.27. 2007다77989 ····· 152
2008. 3.27. 2007다82875 ····· 351
2008. 3.27. 2007다85157 ····· 578
2008. 4.10. 2007다38908, 38915 ·· 811, 861
2008. 4.10. 2007다76986, 76993 ·· 207, 869
2008. 4.10. 2007다82028 ····· 331
2008. 4.10. 2008도1033 ····· 351
2008. 4.11. 2007다27236 ····· 424
2008. 4.11. 2007다89722 ····· 1044

2008. 4.17. 2006다35865(전) ····· 214
2008. 4.24. 2006다14363 ····· 1277
2008. 4.24. 2006두187 ····· 1036
2008. 4.24. 2007다84352 ····· 565, 575, 578
2008. 4.24. 2007다90883 ····· 341
2008. 4.24. 2008다3053, 3060 ····· 777
2008. 4.24. 2008다5073 ····· 333
2008. 5. 8. 2007다36933, 36940 ····· 384
2008. 5.15. 2006다74693 ·· 703, 1228, 1251
2008. 5.15. 2007다23807 ····· 58, 1109
2008. 5.15. 2007다37721 ····· 508, 522, 527
2008. 5.15. 2007다74690 ····· 360
2008. 5.15. 2008다13432 ····· 324
2008. 5.15. 2008다3671 ····· 1058
2008. 6.12. 2007다36445
····· 155, 249, 503, 527
2008. 6.12. 2007다37837 ····· 623
2008. 6.12. 2008다19973 ····· 98
2008. 6.19. 2005다37154(전) ····· 662
2008. 6.26. 2004다32992 ····· 351
2008. 6.26. 2006다77197 ····· 743
2008. 6.26. 2008다19966 ····· 210, 1265
2008. 7.10. 2005다24981 ····· 749
2008. 7.10. 2005다41153 ····· 815
2008. 7.10. 2006다43767 ····· 1033, 1284
2008. 7.10. 2006다79674 ····· 16, 196
2008. 7.10. 2007다44965 ····· 934
2008. 7.10. 2008다12453 ····· 295
2008. 7.10. 2008다15940, 15957 ····· 531
2008. 7.24. 2007다37530 ····· 672
2008. 7.24. 2007다69186 ····· 780
2008. 7.24. 2008다18376 ····· 1130, 1131
2008. 7.24. 2008다19843 ····· 1213
2008. 7.24. 2008다25299 ····· 192
2008. 7.24. 2008다25510 ····· 293, 559
2008. 8.11. 2008다32310 ····· 707, 1222
2008. 8.11. 2008다33221 ····· 1087
2008. 9.11. 2006다46278 ····· 962
2008. 9.11. 2006다68834 ····· 1126, 1131
2008. 9.11. 2007다73284 ····· 42
2008. 9.11. 2007다90982 ····· 1063
2008. 9.11. 2008다15278 ····· 88
2008. 9.11. 2008다27301, 27318 ····· 86
2008. 9.11. 2008다29697 ····· 1245
2008. 9.25. 2006두8068 ····· 987
2008. 9.25. 2007다60417 ····· 1220
2008. 9.25. 2007다74874 ····· 592, 593
2008. 9.25. 2008다34668 ····· 473
2008. 9.25. 2008다41635 ····· 592
2008.10. 9. 2005다72430 ····· 943, 944
2008.10. 9. 2008다3022 ····· 863
2008.10. 9. 2008다34903 ····· 872
2008.10. 9. 2008다41567 ····· 413
2008.10.23. 2006다37274 ····· 530
2008.10.23. 2007다54979 ····· 26
2008.10.23. 2008다37742 ····· 852, 1291
2008.10.23. 2008다41574, 41581 ····· 956
2008.10.23. 2008다46555 ····· 1034
2008.11.13. 2006다1442 ····· 575
2008.11.13. 2006다61567 ····· 1284
2008.11.13. 2007다82158 ····· 1191
2008.11.20. 2007다27670(전) ····· 1002
2008.11.27. 2006다18129 ····· 188
2008.11.27. 2008다40847 ····· 1146
2008.11.27. 2008다59230 ····· 275, 1157
2008.11.27. 2008다65402 ····· 1281
2008.12.11. 2005다51471 ····· 767
2008.12.11. 2005다51495 ····· 484, 486
2008.12.11. 2006다50420 ····· 712
2008.12.11. 2006다5550 ····· 487, 527
2008.12.11. 2007다66590 ····· 651
2008.12.11. 2007다69162 ····· 564, 614
2008.12.11. 2007다91398, 91404 ····· 573
2008.12.24. 2006다25745 ····· 511, 826
2008.12.24. 2007다79718 ····· 305
2008.12.24. 2008다65396 ···· 473, 905, 1217
2009. 1.15. 2007다17123, 17130 ····· 1043
2009. 1.15. 2007다51703 ····· 1294
2009. 1.15. 2007다61618 ····· 563, 570, 615
2009. 1.15. 2008다58367 ····· 55, 782
2009. 1.15. 2008다72394 ····· 564, 576
2009. 1.15. 2008다74130 ····· 464
2009. 1.30. 2006다31269 ····· 1090, 1092
2009. 1.30. 2006다37465 ····· 59
2009. 1.30. 2006다60908 ····· 10, 412
2009. 1.30. 2007다10337 ····· 529
2009. 1.30. 2007다84697 ····· 1269
2009. 1.30. 2008다50776 ····· 1136
2009. 1.30. 2008다67217 ····· 901
2009. 1.30. 2008다73311 ····· 472
2009. 1.30. 2008다79340 ····· 935
2009. 2.12. 2006다23312 ····· 115, 413
2009. 2.12. 2007다77712 ····· 721
2009. 2.12. 2008다84229
····· 173, 687, 689, 690
2009. 2.12. 2008두20109 ····· 189, 688
2009. 2.26. 2006다72802 ····· 246, 250, 459
2009. 2.26. 2007다83908 ·· 690, 1053, 1284
2009. 3.12. 2006다28454 ····· 312
2009. 3.12. 2007다60455 ····· 1111, 1112
2009. 3.12. 2008다36022 ····· 268
2009. 3.12. 2008다77719 ····· 753

2009. 3.19. 2008다45828(전) ····· 940
2009. 3.26. 2006다47677 ····· 632
2009. 3.26. 2007다63102
····· 16, 196, 588, 601, 615, 616
2009. 3.26. 2008다34828 ····· 341, 359
2009. 3.26. 2008다89880 ····· 181, 459
2009. 4. 9. 2006다30921 ····· 329
2009. 4. 9. 2008다1521 ····· 68
2009. 4. 9. 2008다82766 ····· 1048
2009. 4. 9. 2009다2576, 2583 ····· 342
2009. 4.23. 2005다22701
····· 1091, 1144, 1145
2009. 4.23. 2006다81035 ····· 28, 31
2009. 4.23. 2006다81035 ····· 29, 30
2009. 4.23. 2008다50615 ····· 815
2009. 4.23. 2008다95649 ····· 370
2009. 4.23. 2009다3234 ····· 542
2009. 5.14. 2006다34190 ····· 259, 1233
2009. 5.14. 2007다64310 ····· 573
2009. 5.14. 2008다94097 ····· 1124
2009. 5.14. 2009다1078 ····· 371
2009. 5.28. 2006다65903 ····· 1062
2009. 5.28. 2008다79876 ·· 275, 1015, 1237
2009. 5.28. 2009다13170 ····· 910
2009. 5.28. 2009다9539 ····· 1285
2009. 5.29. 2007도4949(전) ····· 1124
2009. 6.11. 2007다4004 ····· 567
2009. 6.11. 2008다75072 ····· 556, 714
2009. 6.11. 2008다75300, 75317, 75324
····· 221
2009. 6.11. 2008다79500 ····· 116
2009. 6.11. 2009다1122 ····· 235
2009. 6.11. 2009다12399
····· 486, 724, 725, 1278, 1292
2009. 6.23. 2007다26165 ····· 1224
2009. 6.23. 2009다13156 ····· 546
2009. 6.23. 2009다18502 ····· 622
2009. 6.23. 2009다549 ····· 584
2009. 6.25. 2007다12944 ····· 161
2009. 6.25. 2007다70155 ····· 663
2009. 7. 9. 2006다67602, 67619 ····· 802
2009. 7. 9. 2006다73966 ··· 259, 1233, 1283
2009. 7. 9. 2007다42617 ····· 934
2009. 7. 9. 2008다19034 ····· 1287
2009. 7. 9. 2009다14340 ····· 156, 169, 171
2009. 7. 9. 2009다18526 ····· 784
2009. 7. 9. 2009다23313 ····· 360
2009. 7. 9. 2009다24842 ····· 511
2009. 7.16. 2007다15172, 15189(전) ····· 368
2009. 7.23. 2006다45855 ····· 83
2009. 7.23. 2009다33570 ····· 842
2009. 8.20. 2007다7959 ····· 661
2009. 8.20. 2009다32409 ····· 629, 713
2009. 9.10. 2006다73102 ····· 357
2009. 9.10. 2009다11808
····· 1266, 1267, 1269
2009. 9.10. 2009다34160 ····· 146
2009. 9.10. 2009다38827 ····· 1045
2009. 9.24. 2008다38325 ····· 859
2009. 9.24. 2009다15602 ····· 313, 315, 316
2009. 9.24. 2009다37831
····· 108, 195, 335, 820, 821, 1190
2009. 9.24. 2009다39530 ····· 145, 164, 433
2009. 9.24. 2009다44679 ····· 1172
2009.10.15. 2006다43903 ····· 296, 298
2009.10.15. 2009다43621 ····· 694
2009.10.15. 2009다48633 ····· 323
2009.10.15. 2009다49964 ····· 47, 173
2009.10.29. 2008다51359 ····· 745, 1235
2009.10.29. 2009다47685 ····· 699
2009.10.29. 2009다47852 ····· 585, 589
2009.11.12. 2007다53785 ····· 1132
2009.11.12. 2009다46828 ····· 116
2009.11.12. 2009다51028 ····· 1276
2009.11.12. 2009다53437 ····· 613
2009.11.12. 2009다56665 ····· 488, 960
2009.11.26. 2006다37106 ····· 1206, 1215
2009.11.26. 2009다35903 ····· 960
2009.11.26. 2009다51820 ····· 1095
2009.11.26. 2009다59671 ····· 657
2009.11.26. 2009다64383 ····· 184, 416
2009.11.26. 2009다70012 ····· 880
2009.11.26. 2009도5547 ····· 354
2009.12.10. 2006다19177 ····· 365, 372
2009.12.10. 2007다30171 ····· 753
2009.12.10. 2007두20140 ····· 99
2009.12.10. 2009다61803, 61810 ····· 429
2009.12.24. 2008다15537 ····· 1141
2009.12.24. 2009다53499 ····· 664
2009.12.24. 2009다57064 ····· 402
2009.12.24. 2009다60244 ···· 115, 147, 1037
2009.12.24. 2009다63267 ····· 201, 810
2009.12.24. 2009다64215 ····· 215, 261
2009.12.24. 2009다70357 ····· 783
2009.12.24. 2009다75635, 75642 ····· 934
2009.12.24. 2009다85342 ····· 1277
2010. 1.14. 2008다69169 ····· 631
2010. 1.14. 2009다55808 ····· 1115
2010. 1.14. 2009다67429 ····· 245
2010. 1.14. 2009다73110 ····· 27, 119
2010. 1.14. 2009다77327 ····· 1043
2010. 1.28. 2007다82950, 82967 ····· 502

2010. 1.28. 2008다12057 ····· 440
2010. 1.28. 2008다93568, 93575 ····· 741
2010. 1.28. 2009다24187, 24194
····· 359, 1264, 1267
2010. 1.28. 2009다65331 ····· 107
2010. 2.11. 2008다16899 ····· 354
2010. 2.11. 2009다68408 ····· 512
2010. 2.11. 2009다83599 ····· 1087, 1140
2010. 2.11. 2009다83650 ····· 411
2010. 2.11. 2009다84288, 84295 ····· 1178
2010. 2.11. 2009다90740 ····· 680
2010. 2.11. 2009다93671 ····· 385
2010. 2.25. 2008다96963 ····· 326, 1005
2010. 2.25. 2009다79811 ····· 404
2010. 2.25. 2009다83933 ····· 316
2010. 2.25. 2009다86000 ····· 844
2010. 2.25. 2009므4198 ····· 1000
2010. 3.11. 2007다51505 ····· 1086
2010. 3.11. 2007다71271 ····· 965, 1115
2010. 3.11. 2009다98706 ····· 958
2010. 3.18. 2007다77781(전) ····· 1016
2010. 3.25. 2007다22897 ····· 225
2010. 3.25. 2007다35152 ·· 692, 1212, 1213
2010. 3.25. 2009다35743 ····· 903
2010. 3.25. 2009다41465 ····· 121, 129
2010. 4. 8. 2009다94797 ····· 1158
2010. 4. 8. 2009다96069 ····· 674
2010. 4.15. 2008다41475 ····· 450
2010. 4.15. 2008다79302 ····· 317
2010. 4.15. 2009다98058 ····· 1128
2010. 4.15. 2010다57 ····· 98
2010. 4.29. 2007다12012 ····· 1140
2010. 4.29. 2007다18911 ····· 935
2010. 4.29. 2007다24930 ····· 529
2010. 4.29. 2007다9139 ····· 829
2010. 4.29. 2008다65860 ····· 1135
2010. 4.29. 2009다33884 ····· 599
2010. 4.29. 2009다38049 ····· 1191
2010. 4.29. 2009다88631 ····· 697, 1073
2010. 4.29. 2009다96083 ····· 83, 751
2010. 4.29. 2009다98928 ····· 666
2010. 4.29. 2009다99129 ····· 589
2010. 5.13. 2009다96847 ····· 965
2010. 5.13. 2010다12753 ····· 885
2010. 5.13. 2010다17864 ····· 1184
2010. 5.13. 2010다6345 ····· 189
2010. 5.13. 2010다6857 ····· 1149, 1150
2010. 5.13. 2010다8310 ····· 26, 698, 750
2010. 5.13. 2010다8310 ····· 750
2010. 5.20. 2007다90760(전) ····· 753
2010. 5.20. 2009다48312(전) ····· 1162, 1164
2010. 5.27. 2006다84171 ····· 348
2010. 5.27. 2007다66088 ····· 947
2010. 5.27. 2009다12580 ····· 974
2010. 5.27. 2009다85861 ····· 632, 661
2010. 5.27. 2009다93992 ····· 556
2010. 5.27. 2010다15387 ····· 612
2010. 5.27. 2010다4561 ····· 926
2010. 5.27. 2010다5878 ····· 822
2010. 6.10. 2007다61113, 61120 ····· 449
2010. 6.10. 2009다101275 ····· 885
2010. 6.10. 2010다12067 ····· 615
2010. 6.10. 2010다7904 ····· 1011
2010. 6.24. 2007다63997 ····· 1206
2010. 6.24. 2009다10980 ····· 1183, 1194
2010. 6.24. 2009다40790 ····· 904
2010. 6.24. 2010다12852 ····· 15, 1237
2010. 6.24. 2010다14599 ····· 1016
2010. 6.24. 2010다17284 ····· 173, 490, 690
2010. 6.24. 2010다20617, 20624 ····· 602
2010. 6.24. 2010다22989 ····· 783
2010. 7. 8. 2010다21696 ····· 1285
2010. 7. 8. 2010다9597 ····· 921
2010. 7.15. 2007다21245 ····· 608
2010. 7.15. 2008다39786 ····· 965
2010. 7.15. 2009다50308 ····· 80, 122
2010. 7.15. 2010다2428, 2435 ····· 464
2010. 7.22. 2008다37193
····· 65, 1089, 1096, 1144, 1145
2010. 7.22. 2010다21702 ····· 330, 331
2010. 7.22. 2010다25353 ····· 1147
2010. 7.29. 2009다69692 ····· 750
2010. 7.29. 2010다699 ····· 820
2010. 8.19. 2009다70067 ····· 1232
2010. 8.19. 2009다90160, 90177
····· 333, 477
2010. 8.19. 2010다31860, 31877 ····· 963
2010. 8.19. 2010다31860 ····· 805, 1155
2010. 8.19. 2010다36209 ····· 615
2010. 8.19. 2010다43801 ····· 238
2010. 8.26. 2008다42416, 42423 ····· 167
2010. 8.26. 2008다42416 ····· 172
2010. 8.26. 2009다95769 ····· 556, 632, 1143
2010. 8.26. 2010다27458 ····· 479
2010. 8.26. 2010다30966, 30973 ····· 762
2010. 9. 9. 2007다42310, 42327 ····· 414
2010. 9. 9. 2009다105383 ····· 953, 954
2010. 9. 9. 2010다24435 ····· 458
2010. 9. 9. 2010다28031
····· 178, 459, 646, 1052, 1276
2010. 9. 9. 2010다37141 ····· 577
2010. 9.16. 2008다97218(전) ····· 635

2010. 9.30. 2007다2718 ····· 588, 599, 604, 707
2010. 9.30. 2009다46873 ····· 669
2010. 9.30. 2009다65942 ····· 871
2010. 9.30. 2010다12241, 12258 ····· 1149
2010. 9.30. 2010다36735 ····· 184
2010. 9.30. 2010다50922 ····· 1280
2010.10.14. 2007다90432 ····· 358
2010.10.14. 2009다89665 ····· 1074
2010.10.14. 2010다32276 ····· 1057
2010.10.14. 2010다40505 ····· 510, 766
2010.10.14. 2010다47438 ····· 782, 797
2010.10.14. 2010다48455 ····· 1225
2010.10.14. 2010다53273 ····· 178
2010.10.28. 2009다20840 ····· 258, 1017
2010.10.28. 2010다20532 ····· 1167
2010.10.28. 2010다46756 ····· 474
2010.10.28. 2010다51369 ····· 934
2010.10.28. 2010다52799 ····· 344
2010.10.28. 2010다53754 ····· 628, 713
2010.10.28. 2010다61557 ····· 668
2010.10.28. 2010두16561 ····· 507, 1282
2010.11.11. 2009다18557 ····· 736
2010.11.11. 2010다45944 ····· 323, 336
2010.11.25. 2010다39192 ····· 1154
2010.11.25. 2010다64877 ····· 1221
2010.12. 9. 2009다101824 ····· 1130
2010.12.23. 2007다22859 ····· 48, 346
2010.12.23. 2008다25671 ····· 596
2010.12.23. 2008다57746 ····· 85, 252, 449, 811
2010.12.23. 2009다37718 ····· 97
2010.12.23. 2010다52225 ····· 672
2010.12.23. 2010다58889 ····· 236, 282
2010.12.23. 2010다67258 ····· 765
2011. 1.13. 2010다77477 ····· 98
2011. 1.13. 2010다88019 ····· 179, 181
2011. 1.27. 2008다2807 ····· 245
2011. 1.27. 2009다10249 ····· 1282
2011. 1.27. 2010다78050 ····· 1228
2011. 1.27. 2010다85164 ····· 913
2011. 1.27. 2010다86365 ····· 341
2011. 2.10. 2008다9952 ····· 945
2011. 2.10. 2010다77385 ····· 819
2011. 2.10. 2010다81285 ····· 175, 483
2011. 2.10. 2010다82639 ····· 351
2011. 2.10. 2010다84246 ····· 371
2011. 2.10. 2010다90708 ····· 574
2011. 2.24. 2010다76870 ····· 1212
2011. 2.24. 2010다96911 ····· 680
2011. 3.10. 2007다17482 ····· 1006, 1007
2011. 3.10. 2010다100339 ····· 1112
2011. 3.10. 2010다52416 ····· 605
2011. 3.10. 2010다87641 ····· 318
2011. 3.10. 2010다99040 ····· 47
2011. 3.24. 2010다100711 ····· 674, 700, 701
2011. 3.24. 2010다95062 ····· 782, 899, 907
2011. 3.24. 2010다99453 ····· 1062
2011. 4.14. 2008다14633 ····· 1122, 1125
2011. 4.14. 2010다91886 ····· 166, 170, 632, 1034
2011. 4.28. 2009다47791 ····· 1109
2011. 4.28. 2010다100315 ····· 678, 687
2011. 4.28. 2010다101394 ····· 433
2011. 4.28. 2010다107408 ····· 1204
2011. 4.28. 2010다89036 ····· 1205
2011. 4.28. 2010다94953 ····· 1071, 1274
2011. 4.28. 2010다98412 ····· 819
2011. 4.28. 2010다98771 ····· 932
2011. 5.13. 2009다62608 ····· 1125
2011. 5.13. 2009다94384, 94391, 94407 ····· 245, 260, 325
2011. 5.13. 2011다10044 ····· 180, 181
2011. 5.26. 2010다21214 ····· 360
2011. 5.26. 2010다78470 ····· 151
2011. 6. 9. 2011다29307 ····· 608, 1005
2011. 6.10. 2010다40239 ····· 118
2011. 6.10. 2011다8980, 8997 ····· 570, 708
2011. 6.10. 2011다9013 ····· 446
2011. 6.24. 2009다8345 ····· 258, 1018
2011. 6.24. 2011다1323 ····· 73
2011. 6.30. 2009다30724 ····· 807
2011. 6.30. 2010다16090 ····· 827
2011. 6.30. 2011다24340 ····· 273, 324, 1008
2011. 6.30. 2011다8614 ····· 679, 680
2011. 7.14. 2009다49469 ····· 679, 697
2011. 7.14. 2010다107064 ····· 242
2011. 7.14. 2011다19737 ····· 174
2011. 7.14. 2011다23323 ····· 102, 759
2011. 7.14. 2011다31645 ····· 18
2011. 7.28. 2009다40967 ····· 862
2011. 7.28. 2009다75178 ····· 153
2011. 7.28. 2009다86918 ····· 1110
2011. 7.28. 2010다1203, 1210 ····· 27, 837
2011. 7.28. 2010다70018 ····· 745, 1038, 1112, 1252
2011. 7.28. 2010다76368 ····· 516
2011. 7.28. 2010다88507 ····· 444
2011. 7.28. 2011다15094 ····· 370
2011. 8.18. 2011다30666, 30673 ·· 487, 489
2011. 8.18. 2011다30871 ····· 805
2011. 8.25. 2008다47367 ····· 126

2011. 8.25. 2011다24814 ····· 758, 761
2011. 9.29. 2009다7076 ····· 269
2011. 9.29. 2010다41348, 41355 ····· 341
2011. 9.29. 2011다17847 ····· 735
2011.10.13. 2009다102452 ····· 214, 276
2011.10.13. 2009다2996 ····· 1093
2011.10.13. 2009다80521 ····· 1124
2011.10.13. 2010다80930 ····· 172, 560
2011.10.13. 2011다10266 ····· 200
2011.10.13. 2011다28045 ····· 604
2011.10.13. 2011다51281 ····· 337, 338
2011.10.27. 2010다88682 ····· 65, 70
2011.10.27. 2011다52031 ····· 191
2011.11.10. 2009다93428 ····· 321
2011.11.10. 2010다75648 ····· 255
2011.11.10. 2011다54686 ····· 165
2011.11.24. 2011다56972 ····· 303
2011.11.24. 2011다74550 ····· 717
2011.12. 8. 2009다25111 ····· 200
2011.12. 8. 2011다55542 ····· 586
2011.12.13. 2009다5162
····· 26, 416, 427, 428, 434
2011.12.22. 2010다103376 ····· 598
2011.12.22. 2011다64669 ····· 104, 105
2011.12.22. 2011다73540 ····· 1173
2011.12.22. 2011다84298
····· 425, 428, 429, 435
2012. 1.12. 2010다64792 ····· 606
2012. 1.12. 2010다87757 ····· 290
2012. 1.12. 2011다74246 ····· 961
2012. 1.12. 2011다78606 ····· 170
2012. 1.26. 2009다76546 ····· 313, 314
2012. 1.27. 2010다81315 ····· 502
2012. 2. 9. 2009다72094 ····· 636, 726
2012. 2. 9. 2009다88129 ····· 1229
2012. 2. 9. 2011다20034 ····· 174
2012. 2. 9. 2011다62076, 62083 ····· 1069
2012. 2. 9. 2011다72189 ····· 434
2012. 2. 9. 2011다77146 ····· 586
2012. 2.16. 2010다82530(전) ····· 477, 831
2012. 2.16. 2011다45521(전)
····· 691, 755, 1212
2012. 2.23. 2010두17557 ····· 362
2012. 2.23. 2011다61424, 61431 ····· 229
2012. 2.23. 2011다76426 ····· 858
2012. 3.15. 2010도11258 ····· 854
2012. 3.15. 2011다52727 ····· 633
2012. 3.15. 2011다73021 ····· 257, 1257
2012. 3.22. 2010다28840(전) · 170, 195, 690
2012. 3.29. 2010다2459 ····· 230
2012. 3.29. 2010다590 ····· 529
2012. 3.29. 2011다100527 ····· 556
2012. 3.29. 2011다101308 ····· 676
2012. 3.29. 2011다102851 ····· 927
2012. 3.29. 2011다106136 ····· 290, 544
2012. 4.12. 2010다27847 ····· 590, 597, 1062
2012. 4.12. 2011다109357 ····· 286, 679
2012. 4.13. 2011다92916 ····· 1237
2012. 4.13. 2011다93087 ····· 1255
2012. 4.26. 2010다102755 ····· 981
2012. 5. 9. 2010다88880 ····· 755
2012. 5. 9. 2012다3197 ····· 1015
2012. 5.10. 2010다2558 ····· 257, 271, 283
2012. 5.10. 2011다109500 ····· 190
2012. 5.10. 2011다44160 ····· 1247
2012. 5.10. 2011다66610 ····· 398
2012. 5.10. 2012다4633 ····· 868, 870, 1056
2012. 5.17. 2009다105406(전) ····· 922, 934
2012. 5.17. 2010다28604(전) · 203, 243, 535
2012. 5.17. 2011다87235(전) ····· 562
2012. 5.24. 2010다33392 ····· 242
2012. 5.24. 2011다109586 ····· 643, 662
2012. 6.14. 2010다105310 ····· 400
2012. 6.14. 2010다11651 ····· 670
2012. 6.14. 2010다29034 ····· 727
2012. 6.14. 2011다56873 ····· 821
2012. 6.14. 2011다88108 ····· 982
2012. 6.14. 2012다20819 ····· 957
2012. 6.28. 2010다71431 ····· 535, 572
2012. 6.28. 2012다19154 ····· 886
2012. 7. 5. 2010다80503 ····· 565
2012. 7.12. 2010다51192 ····· 647
2012. 7.12. 2012다20475 ····· 148
2012. 7.26. 2010다78708 ····· 452, 453
2012. 7.26. 2011다43594 ····· 1047
2012. 7.26. 2012다30861 ····· 940
2012. 7.26. 2012다45689 ····· 885
2012. 8.17. 2009두14965 ····· 98, 185
2012. 8.17. 2010다60172 ····· 929
2012. 8.17. 2010다87672 ····· 618
2012. 8.23. 2012다34764 ····· 682
2012. 8.23. 2012다45184 ····· 593
2012. 8.30. 2010다39918 ····· 546
2012. 8.30. 2010다52072 ····· 140
2012. 8.30. 2011다32785, 32792 ····· 599
2012. 9.13. 2010다5663, 5670 ····· 828
2012. 9.13. 2010다97846 ····· 285
2012. 9.27. 2011다76747 ····· 224, 632, 634
2012. 9.27. 2012다37176 ····· 429
2012. 9.27. 2012다49490 ····· 691, 746, 886
2012.10.11. 2011다17403 ····· 1273
2012.10.11. 2011다82995 ····· 739

2012.10.11. 2012다44730 ····· 1169
2012.10.11. 2012다55198 ····· 853
2012.10.11. 2012다55860 ····· 865
2012.10.18. 2010다52140(전) ····· 419
2012.10.25. 2009다77754 ····· 1287
2012.10.25. 2010다32214 ····· 731, 1206
2012.10.25. 2010다47117 ····· 946, 1220
2012.10.25. 2010다56586 ····· 412
2012.10.25. 2011다107382 ····· 594
2012.10.25. 2012다45566
····· 183, 184, 185, 360
2012.11.15. 2010다49380 ····· 1135, 1136
2012.11.15. 2010다73475 ····· 378
2012.11.15. 2010두15469 ····· 171
2012.11.15. 2011다56491 ····· 200
2012.11.15. 2012다47388 ····· 1048
2012.11.15. 2012다60015 ····· 1161, 1164
2012.11.15. 2012다65058 ····· 579
2012.11.15. 2012다69197 ····· 345, 357
2012.11.29. 2010다68060 ····· 131
2012.11.29. 2010다93790 ····· 524
2012.11.29. 2011다17953 ····· 700, 701
2012.11.29. 2011도7361 ····· 361
2012.11.29. 2012다38780
····· 1069, 1074, 1076
2012.11.29. 2012다64505 ····· 738
2012.11.29. 2012다65867 ····· 798
2012.12.13. 2010다77743 ····· 1130
2012.12.13. 2012다71978 ····· 206, 957
2012.12.26. 2011다60421 ····· 564
2012.12.27. 2010다103086 ····· 219
2012.12.27. 2011다67651 ····· 105, 1114
2012.12.27. 2012다75239 ····· 557
2013. 1.10. 2012다75123, 75130 ····· 1238
2013. 1.17. 2010다71578(전) ····· 307
2013. 1.17. 2011다49523(전) ····· 892, 1226
2013. 1.24. 2011다99498 ····· 348, 350
2013. 1.24. 2012다91224 ····· 764
2013. 2.14. 2011다109708 ····· 1080
2013. 2.15. 2011다69053 ····· 952
2013. 2.15. 2012다48855 ····· 448
2013. 2.15. 2012다49292 ····· 84, 902
2013. 2.15. 2012다67399 ····· 60, 462
2013. 2.15. 2012다68217 ····· 143, 144
2013. 2.15. 2012다96526 ····· 712
2013. 2.28. 2010다57350 ····· 428, 430
2013. 2.28. 2010다89814 ····· 353
2013. 2.28. 2011다21556 ····· 191, 760
2013. 2.28. 2011다49608, 49615 ····· 888
2013. 2.28. 2011다79838 ····· 160, 1032
2013. 2.28. 2012다104366, 104373 ····· 698
2013. 3.14. 2010다42624, 42631
····· 209, 1024, 1025, 1026
2013. 3.14. 2011다28946 ····· 672
2013. 3.14. 2011다58701 ····· 388
2013. 3.14. 2012다107068 ····· 341
2013. 3.14. 2012다112350 ····· 297
2013. 3.14. 2012다85281 ····· 629, 630, 726
2013. 3.28. 2011다3329 ····· 759
2013. 3.28. 2011두13729 ····· 554
2013. 3.28. 2012다114783 ····· 632, 674
2013. 3.28. 2012재두299 ····· 37
2013. 4.11. 2009다62059 ····· 419
2013. 4.11. 2011다112032 ····· 161
2013. 4.11. 2011다27158 ····· 591
2013. 4.11. 2012다107198 ····· 571
2013. 4.11. 2012다111340 ····· 669
2013. 4.11. 2012다211 ····· 625
2013. 4.11. 2013다1105 ····· 567
2013. 4.26. 2011다29666 ····· 950
2013. 4.26. 2011다37001 ····· 579
2013. 4.26. 2011다50509
····· 505, 806, 856, 1278
2013. 4.26. 2011다9068 ····· 120
2013. 4.26. 2013다1952 ····· 83
2013. 5. 9. 2011다61646 ····· 634
2013. 5. 9. 2011다75232 ····· 579, 596
2013. 5. 9. 2012다108863 ····· 465
2013. 5. 9. 2012다115120 ····· 121, 912
2013. 5. 9. 2012다40998 ····· 718, 739
2013. 5. 9. 2012다56245, 56252 ····· 854
2013. 5.16. 2012다202819(전)
····· 152, 193, 1199
2013. 5.23. 2010다50014 ····· 549
2013. 5.23. 2013다10482 ····· 857
2013. 5.23. 2013다12464 ····· 189, 1052
2013. 5.24. 2012다39769, 39776 ····· 427
2013. 6.13. 2010다34159 ····· 526
2013. 6.13. 2011다54631, 54648 ····· 1147
2013. 6.13. 2012다33976 ····· 577
2013. 6.13. 2013다10628 ····· 1206
2013. 6.13. 2013다2788 ····· 608
2013. 6.20. 2010므4071, 4088(전) ····· 993
2013. 6.27. 2011다17106 ····· 965
2013. 6.27. 2011다5813 ····· 224, 860
2013. 6.27. 2011다98129 ····· 833
2013. 6.27. 2012다118549 ····· 822
2013. 6.27. 2012다63878 ····· 107
2013. 6.27. 2012다65881 ····· 887
2013. 6.27. 2013다14880, 14897 ····· 803
2013. 6.27. 2013다23372 ····· 640
2013. 6.28. 2011다83110 ····· 679, 697, 1285

2013. 6.28. 2013다8564 ····· 588, 707
2013. 7.11. 2012다201410 ····· 224, 367
2013. 7.11. 2013다18011 ····· 299
2013. 7.11. 2013다201233 ····· 987
2013. 7.11. 2013다5091 ····· 1112, 1113
2013. 7.12. 2006다17539 ····· 148, 528
2013. 7.12. 2013다20571 ····· 159
2013. 7.18. 2012다5643(전) ····· 595
2013. 7.25. 2011다30574 ····· 1111
2013. 7.25. 2011다56187, 56194 ····· 191
2013. 7.25. 2011두13309 ····· 995
2013. 7.25. 2012다204815 ····· 741
2013. 7.25. 2013다33874 ····· 612
2013. 8.22. 2011다100923 ····· 107, 1184
2013. 8.22. 2013다31403 ····· 352
2013. 8.22. 2013다32574 ····· 681
2013. 8.22. 2013다35412 ····· 973
2013. 8.23. 2012다17585 ····· 464, 469
2013. 9.12. 2010다95185 ····· 361
2013. 9.12. 2011다57869 ····· 1114, 1127
2013. 9.12. 2011다89903 ····· 594
2013. 9.12. 2012다118044, 118051 ····· 721
2013. 9.12. 2012다33709 ····· 1017
2013. 9.12. 2013다42878 ····· 265
2013. 9.13. 2011다56033 ····· 708, 711
2013. 9.13. 2012다36661 ····· 141, 563, 1160
2013. 9.13. 2012다5834 ····· 379
2013. 9.13. 2013다45457 ····· 482, 965
2013. 9.26. 2010다42075 ····· 81
2013. 9.26. 2012다13637(전) ··· 81, 526, 818
2013. 9.26. 2013다40353, 40360 ····· 86
2013. 9.26. 2013다42922 ····· 186
2013. 9.27. 2011다106778 ····· 77, 474
2013.10.11. 2013다7936 ····· 610, 993
2013.10.24. 2010다22415 ····· 927
2013.10.24. 2011두21157 ····· 32
2013.10.31. 2011다98426 ····· 627, 1221
2013.10.31. 2012다200769 ····· 1269
2013.10.31. 2013다49572 ····· 987
2013.11.14. 2011다101520 ····· 1153
2013.11.14. 2011다29987 ····· 641
2013.11.14. 2013다18622, 18639 ·· 180, 181
2013.11.14. 2013다22553 ····· 527, 1273
2013.11.14. 2013다46023 ····· 665, 764
2013.11.14. 2013다56310 ····· 183
2013.11.14. 2013다65178 ····· 158
2013.11.21. 2011두1917(전)
····· 286, 302, 402, 405
2013.11.28. 2010다91831 ····· 123
2013.11.28. 2011다67323 ····· 502
2013.11.28. 2011다80449 ····· 10, 933
2013.11.28. 2013다22812 ····· 799
2013.11.28. 2013다48364 ····· 881
2013.11.28. 2013다50367 ····· 1080
2013.12.12. 2011다112247 ····· 772
2013.12.12. 2011다78200, 78217 ····· 362
2013.12.12. 2011두4282 ····· 1143
2013.12.12. 2013다14675 ····· 806
2013.12.12. 2013다201844 ····· 193, 194
2013.12.12. 2013다211919 ····· 898
2013.12.18. 2013다202120(전)
····· 290, 555, 707, 1222
2013.12.26. 2011다85352 ····· 498
2013.12.26. 2011다90194, 90200 ·· 193, 360
2013.12.26. 2013다26296 ····· 1206
2014. 1.16. 2011다108057 ····· 510
2014. 1.16. 2013다30653 ····· 426
2014. 1.16. 2013다69385 ····· 482
2014. 1.23. 2011다108095 ····· 559
2014. 1.23. 2011다83691 ····· 1249
2014. 1.23. 2012다53048 ····· 512
2014. 1.23. 2013다207996 ····· 454
2014. 1.23. 2013다214437 ····· 924
2014. 1.23. 2013다56839 ····· 1090
2014. 1.23. 2013다64793 ····· 187, 190, 462
2014. 1.23. 2013다71180 ····· 753, 1231
2014. 2.13. 2011다64782 ····· 812
2014. 2.13. 2011다74277 ····· 295, 1018
2014. 2.13. 2012다112299, 112305 ····· 416
2014. 2.13. 2012다112299 ····· 124
2014. 2.13. 2012다204013 ····· 583
2014. 2.13. 2012다45207 ····· 842
2014. 2.13. 2012다97864 ····· 352, 353
2014. 2.13. 2013다80481 ····· 867
2014. 2.21. 2013다75717 ····· 588
2014. 2.27. 2009다39233 ····· 866, 868
2014. 2.27. 2011다42430 ····· 348
2014. 2.27. 2011다88207 ····· 931
2014. 2.27. 2012다93794 ····· 861
2014. 2.27. 2013다213038 ····· 120
2014. 2.27. 2013다66904 ····· 511
2014. 2.27. 2013다94312 ····· 48, 171, 172
2014. 3.13. 2009다105215 ····· 117, 202, 248
2014. 3.13. 2011다111459 ····· 255
2014. 3.13. 2013다34143 ····· 528, 806, 810
2014. 3.20. 2009다60336(전) ····· 431
2014. 3.27. 2009다104960, 104977
····· 78, 270, 491
2014. 3.27. 2009다104960 ····· 280, 286
2014. 3.27. 2011다101209 ····· 426
2014. 3.27. 2011다107184 ····· 829
2014. 3.27. 2011다107818 ····· 1245

2014. 3.27. 2011다49981 ····· 272
2014. 3.27. 2012다106607 ····· 124
2014. 3.27. 2012다34740 ····· 612
2014. 3.27. 2012다87263 ····· 525, 672
2014. 3.27. 2013다39551 ····· 1037, 1134
2014. 4.10. 2010다84932 ····· 422
2014. 4.10. 2012다29557 ····· 136, 488, 674
2014. 4.10. 2012다54997 ····· 844
2014. 4.10. 2013다54390 ····· 761
2014. 4.10. 2013다59753 ····· 83, 687
2014. 4.10. 2013다68207 ····· 1047, 1049
2014. 4.10. 2013다76192 ····· 681, 701
2014. 4.24. 2012다105314 ····· 173
2014. 4.30. 2010다11323 ····· 748
2014. 4.30. 2013다35115 ····· 867, 877
2014. 4.30. 2013다80429 ····· 455
2014. 4.30. 2013다8250 ····· 723
2014. 5.16. 2012다20604 ····· 186
2014. 5.16. 2012다72582 ····· 843
2014. 5.16. 2013다36453 ····· 591
2014. 5.16. 2013다52547 ····· 1206
2014. 5.29. 2012다31802 ····· 1028
2014. 5.29. 2012다44518 ····· 43
2014. 5.29. 2013다212295 ····· 101, 1036
2014. 5.29. 2013다82043 ····· 1233, 1236
2014. 5.29. 2013다96868 ····· 484, 856
2014. 6.12. 2011다76105 ····· 646
2014. 6.12. 2012다47548, 47555 ·· 579, 625
2014. 6.12. 2013다214864 ····· 954
2014. 6.12. 2013다95964 ····· 102, 759, 760
2014. 6.26. 2011다101599 ····· 134
2014. 6.26. 2012다25944 ····· 348
2014. 6.26. 2012다77891 ····· 568
2014. 6.26. 2013다45716 ····· 172, 490, 687
2014. 6.26. 2014다13167 ····· 1158
2014. 7.10. 2012다26633 ····· 609
2014. 7.10. 2012다89832 ····· 537, 631
2014. 7.10. 2013다25552 ····· 753
2014. 7.10. 2013다50763 ····· 616
2014. 7.10. 2013다74769 ····· 79, 971
2014. 7.10. 2014다16968 ····· 523
2014. 7.16. 2011다76402(전) ····· 208, 868
2014. 7.16. 2012므2888(전) ····· 992
2014. 7.24. 2012다28486 ····· 863
2014. 7.24. 2012다97871 ····· 232
2014. 7.24. 2013다214871 ····· 1055
2014. 7.24. 2013다55386 ····· 1075
2014. 8.20. 2012다47074 ····· 478
2014. 8.20. 2012다54478 ····· 661, 967
2014. 8.20. 2014다206563 ····· 1109
2014. 8.20. 2014다206563 ····· 83, 751
2014. 8.20. 2014다28114 ····· 575
2014. 8.20. 2014다30483 ····· 358
2014. 8.26. 2014다28305 ····· 506
2014. 9. 4. 2011다13463 ····· 419
2014. 9. 4. 2011다51540 ····· 58
2014. 9. 4. 2011다73038, 73045 ····· 418
2014. 9. 4. 2012다63656 ····· 585
2014. 9. 4. 2012두5688 ····· 965
2014. 9. 4. 2012므1656 ····· 993
2014. 9. 4. 2013다3576 ····· 175
2014. 9. 4. 2013다60661 ····· 585
2014. 9. 4. 2013므4201 ····· 52
2014. 9.25. 2011다30949 ····· 657
2014. 9.25. 2012다58609 ····· 472, 756, 1230
2014. 9.25. 2014다211336 ····· 560
2014. 9.26. 2014다29667 ····· 1185
2014.10. 6. 2013다84940 ····· 161
2014.10.15. 2012다18762 ····· 1202
2014.10.15. 2012다18762 ····· 829
2014.10.15. 2013다25781 ····· 265
2014.10.15. 2013다91788 ····· 650
2014.10.27. 2012다22242 ····· 516
2014.10.27. 2013다25217 ····· 542, 550
2014.10.27. 2013다43192 ····· 688
2014.10.27. 2013다67105, 67112 ····· 688
2014.10.27. 2013다91672 ····· 472, 756, 905, 907
2014.10.30. 2013다53939 ····· 271, 436
2014.10.30. 2014다42967 ····· 41, 232
2014.11.13. 2009다71312 ····· 463, 1038
2014.11.13. 2010다63591 ····· 178, 706
2014.11.13. 2012다117461 ····· 1251
2014.11.13. 2012다29601 ····· 829
2014.11.13. 2012다42666, 42673 ····· 1175
2014.11.13. 2012다52526 ····· 741
2014.11.13. 2014다24785, 24792, 24808 ····· 77, 853
2014.11.27. 2011다68357 ····· 522
2014.11.27. 2011두2477, 2484 ····· 496
2014.11.27. 2012다11389 ····· 981
2014.11.27. 2013다205198 ····· 1231
2014.11.27. 2013다49794 ····· 86, 89
2014.11.27. 2014다206075 ····· 295
2014.12.11. 2012다15602 ····· 627
2014.12.11. 2013다14569 ····· 812
2014.12.11. 2013다28025 ····· 296
2014.12.18. 2011다50233(전) ····· 454, 455
2014.12.24. 2011다62618 ····· 218
2014.12.24. 2012다35620 ····· 171
2014.12.24. 2012다49285 ····· 661
2014.12.24. 2012다73158 ····· 418, 419, 625

2014.12.24. 2013다11669 ····· 221, 222
2014.12.24. 2013다76253 ····· 1133
2014.12.24. 2014다221258, 221265 ····· 1070
2015. 1.15. 2013다50435 ····· 581
2015. 1.22. 2014다46211(전) ····· 521
2015. 1.29. 2012다111630 ·· 227, 280, 1258
2015. 1.29. 2013다79870 ····· 581
2015. 1.29. 2014다34041 ····· 47, 1175
2015. 1.29. 2014다49425 ····· 386, 387
2015. 2.12. 2013다75830 ····· 629
2015. 2.12. 2014다227225 ····· 801
2015. 2.12. 2014다228440 ····· 165
2015. 2.26. 2014다21649 ····· 380
2015. 2.26. 2014다228778 ····· 179
2015. 2.26. 2014다63315 ····· 358
2015. 2.26. 2014다65724 ····· 867
2015. 2.26. 2014도14990 ····· 1047
2015. 3.20. 2012다107662 ····· 632, 760, 765
2015. 3.20. 2012다99341 ····· 451
2015. 3.20. 2013다88829 ····· 41, 42, 293
2015. 3.20. 2014다75202 ····· 119
2015. 3.20. 2014다83647 ····· 1161
2015. 3.26. 2012다25432 ····· 629
2015. 3.26. 2013다77225 ····· 692
2015. 3.26. 2014다203229 ····· 84
2015. 3.26. 2014다233428 ····· 405
2015. 3.26. 2014다83142 ····· 639
2015. 4. 9. 2012다118020 ····· 84, 252, 699
2015. 4. 9. 2014다54168 ····· 739
2015. 4. 9. 2014다80945 ····· 690
2015. 4.23. 2013다207774 ····· 1250
2015. 4.23. 2013다86403 ····· 1249, 1252
2015. 4.23. 2014다218863 ····· 683
2015. 4.23. 2014다231378 ····· 529, 814
2015. 4.23. 2014다53790
····· 278, 342, 1242, 1246, 1253
2015. 5.14. 2012다41359 ····· 1211
2015. 5.14. 2013다48852 ····· 1009
2015. 5.14. 2014다12072 ····· 624
2015. 5.14. 2014다16494 ····· 169
2015. 5.21. 2012다952(전) ····· 569, 579, 614
2015. 5.28. 2013다1587 ····· 1221
2015. 5.28. 2014다81474 ····· 166, 397, 687
2015. 5.29. 2012다84370 ····· 97, 708, 712
2015. 5.29. 2012다92258 ····· 281, 963
2015. 5.29. 2012다92258 ····· 956
2015. 5.29. 2013므2441 ····· 11, 633
2015. 5.29. 2014다51541 ····· 95, 1061
2015. 6.11. 2012다10386 ····· 721
2015. 6.11. 2013다29714 ····· 800, 938
2015. 6.11. 2013다40476 ····· 1231
2015. 6.11. 2014다237192 ····· 602
2015. 6.11. 2014므8217 ····· 1000
2015. 6.11. 2015다10523 ····· 1244
2015. 6.11. 2015다200227 ····· 188, 457
2015. 6.11. 2015다206492 ····· 463
2015. 6.23. 2015다5378 ····· 1150
2015. 6.24. 2012다109538 ····· 306
2015. 6.24. 2013다522 ····· 1057
2015. 7. 9. 2013다60982 ····· 1223
2015. 7. 9. 2013두3658, 3665 ····· 339, 1198
2015. 7. 9. 2015다202360 ····· 848
2015. 7.23. 2012다15336 ····· 714, 752, 805
2015. 7.23. 2013다30301, 30325 ····· 555
2015. 7.23. 2014다212438 ····· 603
2015. 7.23. 2014다228099 ····· 280, 644
2015. 7.23. 2014다236311 ····· 1104
2015. 7.23. 2014다88888 ····· 404
2015. 7.23. 2015다200111(전) ····· 74, 930
2015. 7.23. 2015다206850 ····· 421
2015. 8.13. 2015다18367 ····· 401
2015. 8.13. 2015다209002 ····· 48, 172
2015. 8.13. 2015다213322 ····· 1169
2015. 8.19. 2015다204762 ····· 1247
2015. 8.27. 2012다118396 ····· 947
2015. 8.27. 2013다203833
····· 1218, 1226, 1251
2015. 8.27. 2013다204737 ····· 295
2015. 8.27. 2013다28247 ····· 830
2015. 8.27. 2013다81224, 81231
····· 780, 918, 924, 925
2015. 9.10. 2012다23863 ····· 313
2015. 9.10. 2013다55300 ····· 545
2015. 9.10. 2013다6872 ····· 516
2015. 9.10. 2014다29971 ····· 1224
2015. 9.10. 2014다68884 ····· 368
2015. 9.10. 2014다80440 ····· 1041
2015. 9.10. 2015다213308 ····· 1105, 1106
2015. 9.10. 2015다27545 ····· 942
2015. 9.10. 2015다28173 ····· 769
2015. 9.15. 2015다210811 ····· 1056
2015. 9.24. 2014다74919 ····· 543
2015. 9.24. 2015다30398 ····· 151
2015.10. 2. 2012다21560 ····· 1240
2015.10.15. 2012다57699 ····· 574
2015.10.15. 2014다204178 ····· 1152, 1155
2015.10.29. 2011다81213 ····· 524, 1199
2015.10.29. 2012다14975 ····· 599
2015.10.29. 2012다5537 ····· 799, 863
2015.10.29. 2013다27152 ····· 862
2015.10.29. 2013다83992 ····· 598
2015.10.29. 2014다13044 ····· 554, 1174

2015.10.29. 2014다22871 ····· 951
2015.10.29. 2015다202490 ····· 1250
2015.10.29. 2015다214691 ····· 747
2015.10.29. 2015다32585 ····· 108, 759
2015.11.12. 2010다104768 ····· 149, 1025
2015.11.12. 2013다214970 ····· 668
2015.11.12. 2015도6809(전) ····· 22
2015.11.17. 2012다2743
····· 557, 570, 625, 708
2015.11.17. 2013다84995 ····· 334, 558, 624
2015.11.17. 2014다10694 ····· 904
2015.11.17. 2014다81542 ····· 1202
2015.11.19. 2012다114776(전) ····· 775, 783
2015.11.26. 2013다62490 ····· 149
2015.11.26. 2014다45317 ····· 92, 181
2015.11.26. 2014다71712 ····· 723
2015.11.26. 2015다206584 ····· 1008
2015.11.27. 2011다28939 ····· 743, 948
2015.11.27. 2013다41097, 41103 ····· 455
2015.11.27. 2014다44451 ···· 63, 67, 68, 101
2015.12.10. 2013다84162 ····· 591
2015.12.10. 2014다87878 ····· 298
2015.12.10. 2015다202919 ····· 21, 1138
2015.12.23. 2012다202932 ····· 357, 593
2015.12.23. 2012다71411 ····· 932
2015.12.23. 2013다81019 ····· 106
2015.12.24. 2014다49241 ····· 511, 686
2015.12.24. 2015다200531 ····· 441
2016. 1.14. 2013다219142 ····· 308
2016. 1.14. 2015다6302 ····· 501
2016. 1.14. 2015므3455 ····· 265
2016. 1.28. 2011다41239 ····· 297
2016. 1.28. 2013다59876 ····· 307, 309
2016. 1.28. 2013다74110 ····· 645
2016. 1.28. 2014다11888 ····· 1105
2016. 1.28. 2015다9769 ····· 947
2016. 2.18. 2014다61814 ····· 380
2016. 2.18. 2015다35560 ····· 929, 930
2016. 3.10. 2013다99409 ····· 4, 422, 423
2016. 3.10. 2013두14269 ····· 1183
2016. 3.10. 2014다231965 ····· 450
2016. 3.10. 2015다243996 ····· 214
2016. 3.24. 2013다81514 ····· 11, 1178
2016. 3.24. 2014다13280, 13297 ····· 1207
2016. 3.24. 2014다3122, 3139 ····· 741
2016. 3.24. 2015다11281
····· 76, 216, 292, 301
2016. 3.24. 2015다249383
····· 24, 495, 498, 803, 840
2016. 3.24. 2015다71795 ····· 1075
2016. 4.12. 2014다61630 ····· 476
2016. 4.15. 2013다211803 ····· 546
2016. 4.15. 2013다97694 ····· 87, 89
2016. 4.15. 2015다59115 ····· 808
2016. 4.28. 2012다19659 ····· 208, 315
2016. 4.29. 2014다210449 ····· 45, 50, 172
2016. 4.29. 2015다71177 ····· 769
2016. 4.29. 2015다77595, 77601 ····· 1279
2016. 5.12. 2013다49381 ····· 58
2016. 5.12. 2015다49811 ····· 11
2016. 5.12. 2016다200729 ····· 491
2016. 5.19. 2009다66549(전) ····· 203, 504
2016. 5.24. 2012다87898 ····· 321, 328
2016. 5.24. 2015다250574 ····· 1016
2016. 5.26. 2016다203315 ····· 106
2016. 5.27. 2014다230894 ····· 608
2016. 5.27. 2015다21967 ····· 709, 1255
2016. 5.27. 2015다77212 ····· 308
2016. 6. 9. 2014다64752
····· 6, 124, 131, 1179
2016. 6. 9. 2014다82491 ····· 662
2016. 6. 9. 2015다200258 ····· 661
2016. 6. 9. 2015다78536 ····· 22
2016. 6.10. 2014다200763, 200770
····· 532, 1050
2016. 6.23. 2015다13171 ····· 476
2016. 6.23. 2015다52190 ····· 1258
2016. 6.23. 2015다55397 ····· 508, 522
2016. 6.28. 2012다44358 ····· 1281
2016. 6.28. 2014다31721 ····· 215, 282
2016. 6.28. 2014두6456 ····· 361
2016. 6.28. 2016다11295 ····· 927
2016. 6.28. 2016다1793 ····· 327, 328
2016. 6.28. 2016다1854, 1861 ····· 307
2016. 7. 7. 2013다76871 ····· 409
2016. 7. 7. 2014다1447 ····· 929
2016. 7.14. 2012다65973 ····· 17, 532, 533
2016. 7.14. 2013다69286 ····· 978
2016. 7.14. 2014다213684 ····· 1109
2016. 7.14. 2014다233268 ···· 614, 675, 707
2016. 7.14. 2015다233098 ····· 629
2016. 7.14. 2015다46119 ····· 695
2016. 7.14. 2015다71856, 71863 ····· 731
2016. 7.14. 2015다71856 ····· 695
2016. 7.22. 2013다95070 ····· 44, 397, 1175
2016. 7.22. 2015다66397 ····· 1085
2016. 7.22. 2016다207928 ····· 343
2016. 7.27. 2013다96165 ····· 488
2016. 7.27. 2015다230020 ····· 887
2016. 7.29. 2015다33656 ····· 577
2016. 7.29. 2015다56086 ····· 594
2016. 7.29. 2016다13710, 13727 ····· 1243

2016. 7.29. 2016다214483 ····· 231, 232
2016. 7.29. 2016다220044 ·· 210, 535, 1265
2016. 8.17. 2016다222996 ····· 1068
2016. 8.18. 2014다225038 ····· 1239, 1257
2016. 8.18. 2016다200088 ····· 60
2016. 8.24. 2014다80839 ····· 1059
2016. 8.24. 2014다9212 ····· 1042
2016. 8.24. 2016다220679 ····· 382, 383
2016. 8.24. 2016다222453 ····· 1107
2016. 8.25. 2016다2840 ····· 644, 726
2016. 8.29. 2014다53745 ····· 1080
2016. 8.29. 2015다236547 ····· 537, 561
2016. 8.30. 2014다19790 ····· 936
2016. 8.30. 2015다255265 ····· 205
2016. 8.30. 2016다222149 ····· 273, 275
2016. 8.30. 2016다24529, 24536, 24543 ····· 314
2016. 9. 8. 2015다39357 ····· 50, 412
2016. 9.28. 2016다13482 ····· 260, 281, 709
2016. 9.28. 2016다20244 ····· 1057
2016. 9.28. 2016다205915 ····· 537, 1251
2016. 9.30. 2016다200552 ····· 249, 295
2016.10.13. 2014다2723 ····· 1225, 1231
2016.10.19. 2014다46648(전) ····· 194, 259
2016.10.27. 2013다7769 ····· 535, 536
2016.10.27. 2014다211978 ····· 151, 160
2016.10.27. 2014다88543, 88550 ····· 97
2016.10.27. 2015다230815 ····· 322, 323
2016.10.27. 2015다239744 ····· 183
2016.10.27. 2015다52978 ····· 386
2016.10.27. 2015다63138, 63145 ····· 475
2016.10.27. 2016다224596 ····· 363
2016.10.27. 2016다25140 ····· 74, 175
2016.11. 9. 2015다218785 ····· 647
2016.11. 9. 2015다218785 ····· 647
2016.11.10. 2014다54366 ····· 100, 1222
2016.11.18. 2013다42236(전) ····· 122, 864
2016.11.25. 2013다206313 ····· 363
2016.11.25. 2016다20732 ····· 569
2016.11.25. 2016다211309 ···· 744, 868, 886
2016.12. 1. 2014두8650 ····· 170
2016.12. 1. 2016다228215 ····· 885
2016.12. 1. 2016다240543 ····· 43, 528
2016.12.15. 2014다14429, 14436 ·· 531, 919
2016.12.15. 2014다87885, 87892 ·· 395, 933
2016.12.15. 2015다247325 ····· 295
2016.12.15. 2016다205373 ····· 1182
2016.12.15. 2016다238540 ····· 94
2016.12.27. 2016두50440 ····· 45
2016.12.29. 2013다73520 ····· 1010, 1014
2016.12.29. 2014다22789 ····· 305
2016.12.29. 2016다217178 ····· 637, 1152
2016.12.29. 2016다22837 ····· 9, 1214
2016.12.29. 2016다242273 ···· 209, 210, 787
2016.12.29. 2016다249816 ····· 994
2017. 1.12. 2014다39824 ····· 1012, 1013
2017. 1.12. 2015다68355 ····· 1091
2017. 1.12. 2016다208792 ····· 595
2017. 1.12. 2016다217741 ····· 1068
2017. 1.12. 2016다241249 ····· 1175
2017. 1.12. 2016다38658 ····· 694, 1220
2017. 1.12. 2016다39422 ····· 220, 221
2017. 1.19. 2013다17292(전) ····· 237, 363
2017. 1.25. 2012다72469 ····· 225, 367, 379
2017. 1.25. 2014다52933 ····· 693, 694
2017. 1.25. 2016다28897 ····· 296
2017. 1.25. 2016다42077 ····· 197, 830
2017. 2. 3. 2016다41425 ····· 1158
2017. 2.15. 2014다19776, 19783 ····· 751
2017. 2.15. 2014다19776 ····· 93
2017. 2.15. 2015다235766 ····· 809
2017. 2.21. 2016다225353 ····· 485
2017. 3. 9. 2015다217980 ····· 624
2017. 3. 9. 2016다256968, 256975 ····· 464, 1179
2017. 3. 9. 2016다47478 ····· 793, 970, 1266
2017. 3.15. 2013다79887, 79894 ····· 80, 971
2017. 3.15. 2015다252501 ····· 744
2017. 3.16. 2015다3570 ····· 391, 395, 933
2017. 3.22. 2016다218874 ····· 887, 894
2017. 3.22. 2016다258124 ····· 11, 157
2017. 3.23. 2015다248342(전) ····· 1076, 1085, 1128
2017. 3.23. 2016다251215(전) ···· 1084, 1099
2017. 3.30. 2016다21643 ····· 1104
2017. 3.30. 2016다253297 ····· 1280
2017. 3.30. 2016다51989 ····· 9
2017. 4. 7. 2013다80627 ····· 1256
2017. 4. 7. 2014다234827 ····· 91, 1156
2017. 4. 7. 2016다204783 ···· 271, 579, 625
2017. 4. 7. 2016다248431 ····· 885, 896
2017. 4. 7. 2016다35451 ····· 180
2017. 4.13. 2013다207941 ····· 235, 868
2017. 4.13. 2016다274904 ····· 150
2017. 4.26. 2014다221777, 221784 ····· 453
2017. 4.26. 2014다38678 ····· 540
2017. 4.26. 2014다38678 ····· 540, 922, 923
2017. 4.26. 2014다72449, 72456 ····· 880
2017. 4.26. 2016도18035 ····· 971
2017. 4.26. 2017다200771 ····· 287
2017. 4.27. 2016다271226 ····· 671
2017. 4.27. 2016다279206 ····· 570, 592

2017. 4.28. 2016다213916 ····· 239, 240
2017. 4.28. 2016다239840 ····· 181
2017. 5.17. 2016다248806 ····· 512
2017. 5.17. 2016다270049 ····· 742
2017. 5.17. 2016다274188 ····· 48, 1234
2017. 5.17. 2017다1097 ····· 9
2017. 5.18. 2012다86895, 86901(전)
·24, 494, 501, 803, 840, 910, 911, 1288
2017. 5.30. 2015다25570 ····· 926
2017. 5.30. 2015다34437 ····· 826, 827
2017. 5.30. 2016다254658 ····· 1053
2017. 5.30. 2016다34687 ····· 638, 1142
2017. 5.30. 2017다205073 ····· 577, 595
2017. 5.31. 2014다236809 ····· 312
2017. 5.31. 2016다240 ····· 807, 839
2017. 5.31. 2017다216981 ····· 283
2017. 6. 8. 2016다249557 ····· 818
2017. 6. 8. 2017다3499 ····· 117
2017. 6.15. 2015다247707 ····· 582
2017. 6.15. 2017다213678 ····· 1221
2017. 6.19. 2017다204131 ····· 260, 1233
2017. 6.19. 2017다215070 ····· 503
2017. 6.29. 2014다30803 ····· 480
2017. 6.29. 2017다213838 ····· 25, 117, 958
2017. 6.29. 2017다213838 ····· 956
2017. 7.11. 2013다55447 ····· 805, 963
2017. 7.11. 2014다32458 ····· 189, 190, 192
2017. 7.11. 2015다54219 ····· 506
2017. 7.11. 2016다52265 ····· 529
2017. 7.18. 2015다206973 ····· 652
2017. 7.18. 2015다30206, 30213 ····· 937
2017. 7.18. 2016다35789 ····· 688
2017. 7.18. 2017다207499 ····· 1049, 1082
2017. 7.18. 2017다218796 ····· 474
2017. 8.18. 2014다87595 ····· 82, 1156, 1160
2017. 8.18. 2015다5569 ·· 1067, 1085, 1115
2017. 8.18. 2016다30296 ····· 478
2017. 8.18. 2016다6309 ····· 255
2017. 8.23. 2015다70341 ····· 1062
2017. 8.29. 2016다212524 ····· 836
2017. 8.29. 2017다212194 ····· 885, 892
2017. 9.12. 2014다236304 ····· 220
2017. 9.12. 2015다242849 ····· 246, 249, 297
2017. 9.12. 2015다70044 ····· 1114
2017. 9.12. 2017다865 ····· 13
2017. 9.21. 2015다47310 ····· 395
2017. 9.21. 2015다50637 ····· 440
2017. 9.21. 2015다52589 ····· 675
2017. 9.21. 2015다61286 ····· 677, 993
2017. 9.21. 2017다233931 ····· 265
2017. 9.21. 2017다237186 ····· 606
2017. 9.26. 2014다27425 ·· 522, 1110, 1111
2017. 9.26. 2015다245145 ····· 952
2017. 9.26. 2015다38910 ····· 625
2017. 9.26. 2017다22407 ····· 505, 856
2017.10.12. 2015두36836 ····· 554
2017.10.12. 2017다17771 ····· 466
2017.10.26. 2015다224469 ·· 617, 770, 1236
2017.10.26. 2017다231249 ····· 70, 414
2017.10.26. 2017다242867 ····· 825
2017.10.31. 2015다65042 ····· 456, 467, 651
2017.11. 9. 2013다26708 ····· 155
2017.11. 9. 2015다235841 ····· 1078
2017.11. 9. 2015다252037 ····· 1079
2017.11. 9. 2016다223456 ····· 746
2017.11.14. 2015다10929 ····· 837
2017.11.14. 2017다23066 ····· 290, 707
2017.11.23. 2017다251694 ····· 487
2017.11.29. 2016다259769 ····· 535
2017.12. 5. 2015다240645 ····· 248, 350
2017.12. 5. 2015다4238 ····· 925
2017.12. 5. 2016다265351 ····· 1085
2017.12. 5. 2017다225978, 225985 ····· 747
2017.12. 5. 2017다237339 ····· 538, 1174
2017.12.13. 2016다233576 ····· 32
2017.12.13. 2016다233576 ····· 638, 640
2017.12.13. 2016다248424 ····· 382
2017.12.21. 2012다74076(전) ····· 76
2017.12.21. 2013다16992(전) ····· 450
2017.12.22. 2013다25194, 25200 ····· 85
2017.12.22. 2015다205086
····· 77, 250, 284, 326
2017.12.22. 2015다73753 ····· 262
2017.12.22. 2016다202947 ····· 974
2017.12.22. 2017다225398 ····· 307, 835
2017.12.22. 2017다360, 377 ····· 331, 333
2017.12.28. 2014다229023 ····· 633
2018. 1.24. 2015다69990 ····· 746
2018. 1.24. 2016다234043 ····· 429
2018. 1.24. 2017다37324 ····· 849, 959, 960
2018. 1.25. 2017다260117 ····· 248, 250
2018. 2. 8. 2016다241805, 241812 ····· 864
2018. 2.13. 2015다242429 ····· 527, 635
2018. 2.13. 2016다245289 ····· 308
2018. 2.13. 2017다265556 ····· 186
2018. 2.13. 2017다275447 ····· 498, 825
2018. 2.28. 2013다26425 ····· 484, 837, 1051
2018. 2.28. 2016다45779 ····· 159, 163
2018. 2.28. 2017다270916 ····· 1079
2018. 3.15. 2015다239508, 239515
····· 866, 867
2018. 3.15. 2015다69907 ····· 314

2018. 3.15. 2016다275679 ····· 1098, 1102, 1110
2018. 3.15. 2017다282391 ····· 316
2018. 3.22. 2012다74236(전) · 631, 636, 726
2018. 3.22. 2014두43110(전) ····· 355
2018. 3.27. 2015다12130 ····· 655
2018. 3.27. 2015다3471 ····· 217, 309
2018. 3.27. 2015다3914, 3921, 3938 ····· 426, 433
2018. 3.27. 2015다70822 ····· 718, 719, 723
2018. 3.29. 2013다2559, 2566 ····· 204, 224
2018. 4.10. 2016다272311 ····· 574, 581, 707
2018. 4.10. 2017다257715 ····· 357
2018. 4.10. 2017다283028 ····· 666
2018. 4.12. 2016다223357 ····· 590
2018. 4.12. 2017다229536 ····· 87, 510, 970, 1265
2018. 4.12. 2017다271070 ····· 104, 438, 935
2018. 4.12. 2017다292244 ····· 1183, 1194
2018. 4.12. 2017다53623 ····· 1171
2018. 4.24. 2017다205127 ·· 134, 855, 1047
2018. 4.24. 2017다287891 ····· 595
2018. 4.24. 2017다293858 ····· 264, 681
2018. 4.26. 2016다3201 ···· 28, 81, 251, 751
2018. 4.26. 2016다3201 ····· 751
2018. 4.26. 2017다288115 ····· 267, 948
2018. 4.26. 2017다288757 ····· 41, 43, 78
2018. 5.15. 2014므4963 ····· 52
2018. 5.15. 2016다211620 ····· 647
2018. 5.15. 2017다56967 ····· 56
2018. 5.15. 2018다203692 ····· 468
2018. 5.17. 2016다35833(전) ····· 929
2018. 5.30. 2015다51968 ····· 752, 1228
2018. 5.30. 2017다21411 ····· 10, 88, 1176
2018. 5.30. 2017다241901 ····· 709
2018. 5.30. 2018다201429 ····· 208
2018. 6.15. 2016다229478 ····· 483, 923, 924
2018. 6.15. 2017다248803, 248810 ····· 930, 1056
2018. 6.15. 2017다265129 ····· 578
2018. 6.15. 2017다289828 ····· 44, 46
2018. 6.15. 2018다206707 ····· 889
2018. 6.15. 2018다215947 ····· 480
2018. 6.19. 2018다1049 ····· 316, 1008
2018. 6.19. 2018다201610 ····· 892
2018. 6.28. 2014두14181 ····· 219
2018. 6.28. 2016다1045 ····· 586
2018. 6.28. 2016다203056 ····· 1206
2018. 6.28. 2016다219419, 219426 ····· 306, 392, 626
2018. 6.28. 2016다221368 ····· 126
2018. 6.28. 2018다201702 ····· 128, 134
2018. 6.28. 2018다210775 ····· 118, 120
2018. 6.28. 2018다214319 ····· 567, 624
2018. 7.11. 2014두36518 ····· 132, 557
2018. 7.11. 2016다9261, 9278 ····· 43
2018. 7.11. 2017다274758 ····· 77
2018. 7.11. 2017다292756 ····· 450, 451, 652
2018. 7.11. 2018다200518 ····· 866
2018. 7.12. 2015다251812 ····· 772
2018. 7.12. 2015다36167 ····· 677, 1181
2018. 7.12. 2017다235647 ····· 715
2018. 7.12. 2017다278422 ····· 1026
2018. 7.12. 2018다21821, 25502 ····· 767
2018. 7.12. 2018다223269 ····· 208
2018. 7.19. 2018다22008(전) ····· 263
2018. 7.20. 2015다207044 ····· 136
2018. 7.20. 2018다222747 ····· 582
2018. 7.24. 2016다205687 ····· 682, 684
2018. 7.24. 2016다227014 ····· 719
2018. 7.24. 2017다2472 ····· 113
2018. 7.26. 2016다237714 ····· 198
2018. 7.26. 2016다242334 ····· 89
2018. 7.26. 2017다289040 ····· 219
2018. 7.26. 2018다227551 ····· 140, 141
2018. 8. 1. 2018다227865 ····· 406
2018. 8. 1. 2018다229564 ····· 1179
2018. 8. 1. 2018다23278 ····· 923, 924
2018. 8.30. 2015다27132, 27149 ····· 1005
2018. 8.30. 2016다46338, 46345 ····· 8, 762, 764, 938, 1199
2018. 9.13. 2015다209347 ····· 649
2018. 9.13. 2015다78703 ····· 91
2018. 9.13. 2016다255125 ·· 805, 963, 1155
2018. 9.13. 2018다215756 ····· 567
2018. 9.13. 2018다231031 ····· 281
2018. 9.13. 2018다9920, 9937 ····· 1065
2018. 9.28. 2015다69853 ····· 138
2018. 9.28. 2016다246800 ····· 833
2018. 9.28. 2017다273984 ····· 396, 712
2018.10. 4. 2016다41869 ····· 21, 1178
2018.10.12. 2015다256794 ····· 76
2018.10.12. 2017다221501 ····· 1069, 1073, 1074
2018.10.18. 2015다232316(전) ····· 263, 264
2018.10.25. 2014다232784 ····· 658
2018.10.25. 2016다16191 ····· 1122
2018.10.25. 2016다239345 ····· 86, 638
2018.10.25. 2016다42800, 42817, 42824, 42831 ····· 555, 958, 1075
2018.10.25. 2018다210539 ····· 552
2018.10.30. 2014다61654(전) ····· 32

2018.11. 9. 2015다75308 ····· 9, 561, 603
2018.11. 9. 2018다240462 ····· 153, 1052
2018.11. 9. 2018다38782 ····· 456
2018.11.15. 2016다244491 ···· 514, 948, 952
2018.11.29. 2015다19827 ····· 607, 675
2018.11.29. 2016다48808 ····· 742, 930, 931
2018.11.29. 2017다247190 ····· 603, 830
2018.11.29. 2017다286577 ····· 966
2018.11.29. 2017다35717 ····· 1127
2018.11.29. 2018다200730 ····· 331, 338
2018.11.29. 2018다240424, 240431 ····· 869
2018.11.29. 2018다253413 ····· 82
2018.11.29. 2018므14210 ····· 46, 554
2018.12.13. 2015다72385 ····· 937
2018.12.13. 2016다210849, 210856 ····· 56
2018.12.13. 2016다49931 ····· 1236
2018.12.13. 2016두51719 ····· 302
2018.12.13. 2018다244761 ····· 198
2018.12.27. 2015다50286 ····· 753
2018.12.27. 2015다73098 ····· 97, 849
2018.12.27. 2016다265689 ····· 682, 897
2018.12.27. 2016다274270, 274287
····· 531, 819, 820
2018.12.27. 2017다290057 ····· 601, 603
2018.12.27. 2018다235071 ····· 66
2018.12.28. 2017다265815 ····· 571
2018.12.28. 2018다219727 ····· 253, 392
2019. 1.10. 2015다57904 ····· 511
2019. 1.17. 2016다277200 ····· 954
2019. 1.17. 2018다24349 ····· 264
2019. 1.17. 2018다244013 ····· 795
2019. 1.17. 2018다245702 ····· 634
2019. 1.17. 2018다260855 ····· 609
2019. 1.24. 2016다264556(전)
····· 211, 212, 213, 818
2019. 1.31. 2013다14217 ····· 155
2019. 1.31. 2015다26009 ····· 706, 1228
2019. 1.31. 2017다216028, 216035 ····· 210
2019. 1.31. 2017다228618 ····· 129, 543
2019. 2.14. 2015다244432 ····· 206, 216
2019. 2.14. 2015다255258 ·· 51, 1077, 1086
2019. 2.14. 2017다203763 ····· 948
2019. 2.14. 2017다274703 ···· 665, 668, 756
2019. 2.14. 2018다264628 ····· 408
2019. 2.21. 2018다248909(전) ····· 1181
2019. 2.28. 2016다255613 ····· 824
2019. 3.14. 2018다255648 ····· 200, 744
2019. 3.14. 2018다277785, 277792
····· 217, 564
2019. 3.14. 2018다281159 ····· 467, 769
2019. 3.14. 2018다282473 ····· 639, 641
2019. 3.14. 2018두56435 ····· 171, 173
2019. 3.28. 2016다211224 ····· 44
2019. 3.28. 2018다44879, 44886 ·· 861, 894
2019. 4. 3. 2018다286550 ····· 511
2019. 4. 3. 2018다296878 ····· 377
2019. 4.11. 2015다254507 ····· 893
2019. 4.11. 2017다269862 ····· 538
2019. 4.11. 2018다203715
····· 563, 565, 568, 578
2019. 4.11. 2018다291347 ····· 869, 911
2019. 4.11. 2018다300708 ····· 628
2019. 4.18. 2016다2451(전) ····· 77
2019. 4.25. 2017다21176 ····· 285
2019. 5.10. 2017다239311 ····· 503
2019. 5.16. 2015다253573 ····· 296, 559
2019. 5.16. 2016다240338
····· 319, 1076, 1081
2019. 5.16. 2016다260455 ····· 1121
2019. 5.16. 2016다8589
····· 182, 688, 689, 705
2019. 5.16. 2017다225312, 225329 ····· 914
2019. 5.16. 2017다226629 ···· 178, 896, 900
2019. 5.16. 2018다242246 ····· 323
2019. 5.30. 2015다47105 ····· 246, 247
2019. 5.30. 2015다8902 ····· 523
2019. 5.30. 2016다205243 ····· 628
2019. 5.30. 2016다276177 ····· 953
2019. 5.30. 2017다53265 ····· 59, 499, 931
2019. 6.13. 2016다203551 ····· 77, 78
2019. 6.13. 2017다246180 ····· 345
2019. 6.13. 2018다258562 ····· 508
2019. 6.13. 2018다300661 ····· 476, 477
2019. 6.13. 2019다205947 ····· 196, 198
2019. 6.20. 2013다218156(전)
····· 340, 970, 971
2019. 6.27. 2017다222962 ····· 685, 691
2019. 6.27. 2017다244054 ····· 413
2019. 6.27. 2018다226015 ···· 633, 634, 981
2019. 7. 4. 2017다17436 ····· 1103, 1105
2019. 7. 4. 2018다284226 ····· 915
2019. 7.10. 2015다249352 ···· 251, 292, 301
2019. 7.10. 2016다205540 ····· 203
2019. 7.10. 2018다239608 ····· 915
2019. 7.10. 2018다242727 ····· 786, 916
2019. 7.10. 2018다292975
····· 1070, 1082, 1085
2019. 7.18. 2014다206983(전) ····· 1254
2019. 7.25. 2016다1687 ····· 154
2019. 7.25. 2018다42538 ····· 14, 850, 1172
2019. 7.25. 2019다205206, 205213 ····· 938
2019. 7.25. 2019다212945 ·· 166, 173, 1229

2019. 7.25. 2019다227817 ····· 15, 830
2019. 8. 9. 2017다20159 ····· 525
2019. 8. 9. 2019다222140 ····· 1182
2019. 8.14. 2016다217833 ····· 503
2019. 8.14. 2017다217151 ····· 95
2019. 8.14. 2017다231980 ····· 1075, 1081
2019. 8.14. 2019다204463 ····· 1109
2019. 8.14. 2019다205329 ····· 434
2019. 8.14. 2019다216435 ····· 629
2019. 8.29. 2017다276679 ····· 155
2019. 8.29. 2019다215272 ····· 264, 274, 276
2019. 8.30. 2017다268142 ····· 872
2019. 8.30. 2017다268142 ····· 889
2019. 8.30. 2018다224132 ····· 51
2019. 8.30. 2018다259541 ····· 1175
2019. 8.30. 2019다206742 ····· 1248
2019. 8.30. 2019다235528 ····· 165
2019. 8.30. 2019다235528 ····· 648
2019. 9.10. 2016다237691 ····· 92
2019. 9.10. 2016다271257 ····· 1056
2019. 9.10. 2017다258237 ····· 932
2019. 9.10. 2017다272486, 272493 ····· 135, 917
2019. 9.10. 2019다208953 ····· 412
2019. 9.25. 2017므11917 ····· 991
2019. 9.26. 2015다208252 ····· 386, 390
2019. 9.26. 2017다228809, 228816 ····· 914
2019.10.17. 2014다46778 ····· 267
2019.10.17. 2017다286485 ····· 308
2019.10.18. 2015다60207 ····· 767
2019.10.18. 2018다239110 ····· 506
2019.10.23. 2012다46170(전) ····· 409, 706
2019.10.23. 2016므2510(전) ····· 996
2019.10.31. 2019다247651 ····· 791
2019.10.31. 2019므12549, 12556 ····· 991
2019.11.14. 2015다211685 ····· 211, 392
2019.11.14. 2016다227694 ····· 867
2019.11.14. 2018다233686 ····· 162
2019.11.14. 2019다216589 ····· 521
2019.11.28. 2016다233538, 233545 ····· 499, 974
2019.11.28. 2017다14895 ····· 979
2019.11.28. 2017다244115 ····· 1123, 1126, 1167
2019.12.13. 2017다271643 ····· 1063
2019.12.13. 2018다290825 ····· 339
2019.12.13. 2019다259371 ····· 154
2019.12.19. 2016다24284(전) ··· 22, 699, 920
2019.12.24. 2016다222712 ····· 11
2019.12.24. 2018다223139 ····· 926, 964
2020. 1. 9. 2019다266324 ····· 421
2020. 1.16. 2019다247385 ····· 10, 423, 840
2020. 1.30. 2015다49422 ····· 481
2020. 1.30. 2018다204787 ····· 724, 733
2020. 1.30. 2019다268252 ····· 289, 482, 919
2020. 1.30. 2019다280375 ····· 82
2020. 2. 6. 2017다215728 ····· 1001, 1005, 1154
2020. 2. 6. 2019다223723 ····· 171, 177
2020. 2. 6. 2019다270217 ····· 1043
2020. 2.13. 2017다234965 ····· 176
2020. 2.13. 2019다271012 ····· 158
2020. 2.20. 2019두52386(전) ····· 62
2020. 2.27. 2017다270114 ····· 131
2020. 2.27. 2018다232898 ····· 310
2020. 2.27. 2019다204869 ····· 102
2020. 2.27. 2019다223747 ····· 523, 527
2020. 3. 2. 2019다243420 ····· 260
2020. 3.26. 2018다221867 ····· 175, 266
2020. 3.26. 2018다301336 ····· 509
2020. 3.26. 2019다288232 ····· 86
2020. 3.27. 2017추5060 ····· 24
2020. 4. 9. 2014다51756, 51763 ····· 447
2020. 4. 9. 2017다20371 ····· 825
2020. 4. 9. 2017다251564 ····· 1085
2020. 4. 9. 2018다264307 ····· 234
2020. 4. 9. 2018다290436 ····· 1103, 1106
2020. 4. 9. 2019다216411 ····· 408
2020. 4.29. 2014다11895 ····· 512, 524, 527
2020. 4.29. 2016다235411 ····· 442, 681
2020. 4.29. 2018다263519 ····· 94
2020. 4.29. 2019다226135 ····· 643
2020. 5.14. 2016다12175 ····· 86, 96, 818
2020. 5.14. 2016다218379 ····· 95
2020. 5.14. 2019다252042 ····· 207, 869
2020. 5.14. 2019다261381 ····· 435, 436, 471
2020. 5.21. 2017다220744(전) ····· 206, 393, 956
2020. 5.21. 2018다287522(전) ····· 388
2020. 5.21. 2018다879(전) ····· 538, 547, 548
2020. 5.28. 2016다233729 ····· 303
2020. 5.28. 2017다265389 ····· 154, 1049, 1052, 1054, 1060
2020. 5.28. 2020다202371 ····· 864, 877
2020. 5.28. 2020다202371 ····· 898
2020. 5.28. 2020다211085 ····· 218
2020. 6. 4. 2016다241515, 241522 ····· 1084, 1103, 1106
2020. 6. 4. 2016다245142 ····· 252, 253, 319
2020. 6.11. 2017다278385, 278392 ····· 1081
2020. 6.11. 2018다224699 ····· 1070, 1071

2020. 6.11. 2020다201156 ····· 153, 481, 498, 918
2020. 6.18. 2015므8351(전) ····· 998
2020. 6.25. 2016두55896 ····· 137, 703
2020. 6.25. 2018다292418 ····· 506
2020. 6.25. 2019다246399 ····· 50
2020. 6.25. 2019다292026, 292033, 292040 ····· 983
2020. 6.25. 2019다292026 ·· 482, 524, 1166
2020. 6.25. 2020다216240 ····· 520, 979
2020. 7. 9. 2016다244224, 244231 ····· 884, 901
2020. 7. 9. 2019다205398 ····· 1115
2020. 7. 9. 2019다212594 ····· 439, 443
2020. 7. 9. 2020다202821 ····· 125
2020. 7. 9. 2020다208195 ····· 627, 631
2020. 7. 9. 2020다223781 ····· 559, 682, 878
2020. 7. 9. 2020다223781 ····· 898
2020. 7.23. 2016다271455 ····· 726, 727
2020. 7.23. 2017다224906 ····· 279
2020. 7.23. 2017다249295 ····· 273
2020. 7.23. 2018다276799 ····· 1151
2020. 7.23. 2018다42231 ····· 639
2020. 8.13. 2018다236241 ····· 77, 1065
2020. 8.13. 2019다249312 ·· 254, 302, 1004
2020. 8.20. 2018다249148 ····· 61, 62, 71, 1099, 1102
2020. 8.20. 2019다296172, 296189 ····· 914
2020. 8.20. 2019두34630 ····· 98
2020. 8.20. 2020다221020 ····· 395, 933
2020. 8.27. 2016다248998(전) ····· 74
2020. 9. 3. 2017다269442 ····· 505
2020. 9. 3. 2018다288044 ····· 207, 425
2020. 9. 3. 2020다210747 ····· 280, 284, 685, 705
2020. 9. 7. 2017다204810 ····· 310
2020.10.15. 2017다216523 ····· 1248, 1251, 1254
2020.10.15. 2017다228441 ····· 1244, 1252
2020.10.15. 2017다278446 ····· 503
2020.10.15. 2018다213811 ····· 521
2020.10.15. 2018다229625 ····· 483
2020.10.15. 2019다222041 ····· 440, 447
2020.10.15. 2019두40611 ····· 555
2020.10.15. 2020다227523, 227530 ····· 86, 88, 97
2020.10.15. 2020다232846 ····· 407, 408
2020.10.29. 2016다35390 ·· 281, 1223, 1224
2020.10.29. 2018다228868 ····· 957
2020.10.29. 2019다267020 ····· 1148
2020.10.29. 2020다205806 ····· 1232
2020.11. 5. 2020다241017 ····· 877
2020.11.12. 2017다275270 ····· 17, 535
2020.11.19. 2019다232918(전) ····· 1009
2020.11.26. 2016다13437 ····· 514
2020.11.26. 2018다283315 ····· 1140, 1141
2020.11.26. 2019다2049 ····· 289, 1286
2020.11.26. 2019다209611 ····· 826
2020.11.26. 2019다249831 ···· 875, 876, 877
2020.11.26. 2019다262193 ····· 92
2020.11.26. 2019다276307 ····· 139, 514
2020.11.26. 2020다244511 ····· 948
2020.12.10. 2017다256439, 256446 ····· 673
2020.12.10. 2019다201785 ····· 490
2020.12.10. 2019다267204 ····· 940
2020.12.10. 2020다205455 ····· 162
2020.12.10. 2020다245958 ····· 714
2020.12.10. 2020다254846 ····· 818, 863
2020.12.10. 2020다255085 ····· 1181
2020.12.10. 2020다9244 ····· 826
2020.12.24. 2015다222920 ····· 407
2020.12.24. 2016다259851 ····· 727
2020.12.24. 2017다51603 ····· 486, 514
2020.12.24. 2018다256023 ····· 795
2020.12.24. 2018다256023 ····· 799
2020.12.24. 2019다293098 ····· 122, 128
2020.12.30. 2017다17603 ····· 96
2021. 1.14. 2017다291319 ····· 442
2021. 1.14. 2018다223054 ····· 96, 126, 825
2021. 1.14. 2018다273981 ····· 63, 70, 73
2021. 1.14. 2019다294947 ····· 309
2021. 1.14. 2020다222580 ····· 936
2021. 1.14. 2020다261776 ····· 6, 515, 722
2021. 1.28. 2015다59801 ····· 626
2021. 1.28. 2018다286994 ····· 441
2021. 1.28. 2019다207141 ····· 645, 716, 723
2021. 1.28. 2019다260197 ····· 502
2021. 2. 4. 2017다207932 ····· 68
2021. 2. 4. 2018다271909 ····· 578
2021. 2. 4. 2019다202795, 202801 ····· 218, 230, 231, 848
2021. 2. 4. 2020다259506 ····· 13
2021. 2.10. 2017다258787 ····· 744, 888, 889
2021. 2.18. 2015다45451(전) ····· 656, 1108, 1113
2021. 2.18. 2016도18761(전) ····· 353
2021. 2.25. 2016다232597 ····· 146, 446, 666, 1247, 1248
2021. 2.25. 2018다265911 ····· 925
2021. 2.25. 2018다278320 ····· 957, 960
2021. 2.25. 2018다43180 ····· 503, 769
2021. 2.25. 2020다230239 ····· 856

2021. 2.25. 2020다248698 ····· 658
2021. 3.11. 2017다179, 186 ····· 504
2021. 3.11. 2017다278729 ····· 731, 733
2021. 3.11. 2020다229239 ····· 217
2021. 3.11. 2020다253430 ····· 127
2021. 3.11. 2020다253836 ····· 280
2021. 3.11. 2020므11658 ·· 100, 1171, 1172
2021. 3.18. 2018다287935(전) ····· 517
2021. 3.25. 2018다275017 ····· 93
2021. 3.25. 2019다208441 ····· 141, 230
2021. 3.25. 2019다208687 ····· 523
2021. 3.25. 2020다277641 ····· 1167
2021. 3.25. 2020다285048 ····· 809, 819
2021. 3.25. 2020다289989 ····· 4
2021. 3.25. 2020다46601 ····· 1169, 1170
2021. 4. 8. 2017다202050
····· 482, 838, 1059, 1060
2021. 4. 8. 2018다224491 ····· 5
2021. 4. 8. 2020다219690 ····· 268
2021. 4.15. 2019다244980, 244997 ····· 1168
2021. 4.15. 2019다293449 ····· 1064
2021. 4.15. 2021두30051 ····· 1171
2021. 4.29. 2017다228007(전) ····· 421
2021. 4.29. 2017다261943 ····· 656, 1117
2021. 4.29. 2018다261889 ····· 391, 425
2021. 4.29. 2020다227455 ····· 497
2021. 4.29. 2021다202309 ····· 859
2021. 5. 7. 2017다220416 ····· 809, 818
2021. 5. 7. 2018다259213
····· 291, 554, 1221, 1222
2021. 5. 7. 2018다25946 ····· 742, 758
2021. 5. 7. 2018다275888
····· 136, 1119, 1125
2021. 5. 7. 2020다289828 ····· 130
2021. 5. 7. 2020다292411 ····· 484
2021. 5. 7. 2020다299214 ····· 256
2021. 5. 7. 2020다300176 ····· 819
2021. 5. 7. 2021다201320 ····· 463
2021. 5.13. 2020다255429 ····· 869, 874, 876
2021. 5.13. 2020다71690 ····· 554, 555
2021. 5.27. 2017다225268 ····· 607
2021. 5.27. 2017다230963 ····· 135, 511
2021. 5.27. 2017다254228 ····· 836
2021. 5.27. 2018다252014 ····· 495
2021. 5.27. 2018다264420 ····· 422
2021. 5.27. 2020다263635, 263642
····· 745, 887
2021. 5.27. 2020다263635, 263642 ····· 33
2021. 5.27. 2020다295892 ····· 421
2021. 5.27. 2020므15841 ····· 989
2021. 5.27. 2021다209621 ····· 70
2021. 6. 3. 2016다34007 ····· 353
2021. 6. 3. 2018다276768 ····· 467, 1281
2021. 6. 3. 2018다280316
····· 349, 677, 678, 832
2021. 6.10. 2017다254891 ····· 552, 590
2021. 6.10. 2018다44114 ····· 177
2021. 6.10. 2019다226005 ····· 481, 483, 664
2021. 6.10. 2021다217370 ····· 12, 77
2021. 6.10. 2021므10898 ····· 992
2021. 6.17. 2018다257958, 257965(전) ·· 462
2021. 6.24. 2016다210474 ····· 481
2021. 6.24. 2016다268695 ····· 1257
2021. 6.24. 2016다269698 ····· 574
2021. 6.24. 2018다243089 ····· 277, 990, 992
2021. 6.24. 2019다278433 ····· 407
2021. 6.24. 2020다208621 ····· 1056, 1067
2021. 6.24. 2021다220666 ····· 825, 827
2021. 6.30. 2016다10827 ····· 497
2021. 6.30. 2018다290672 ····· 630, 647
2021. 6.30. 2018다290672 ····· 647
2021. 6.30. 2019다268061 ····· 496
2021. 6.30. 2019다276338 ····· 817
2021. 7. 8. 2016다267067 ····· 922, 925
2021. 7. 8. 2017다204247 ····· 234
2021. 7. 8. 2018다225289 ····· 1061
2021. 7. 8. 2020다290804 ····· 793, 796, 807
2021. 7. 8. 2020다292756 ····· 119
2021. 7. 8. 2020다296321 ····· 500
2021. 7. 8. 2021다209225, 209232 ····· 346
2021. 7.15. 2016다210498 ····· 210, 1028
2021. 7.15. 2018다214210 ····· 801
2021. 7.15. 2018다298744
····· 483, 1122, 1128
2021. 7.21. 2019다266751 ····· 360
2021. 7.21. 2020다300893 ····· 324, 541, 542
2021. 7.21. 2021다219116 ····· 94, 497
2021. 7.22. 2019다277812(전) ···· 1051, 1055
2021. 7.22. 2019다277812 ····· 34
2021. 7.22. 2020다248124(전) ····· 489
2021. 7.22. 2020다248124 ····· 36
2021. 7.22. 2020다284977(전) ····· 400, 1092
2021. 7.29. 2015다221668 ····· 504, 513, 975
2021. 7.29. 2016다11257 ····· 148, 486
2021. 7.29. 2017다3222, 3239
····· 776, 778, 845
2021. 7.29. 2017두63337 ····· 1084
2021. 7.29. 2018다228486 ····· 976
2021. 7.29. 2018다230229 ····· 290, 291
2021. 7.29. 2018다267900 ····· 1177
2021. 7.29. 2019다207851 ····· 937
2021. 7.29. 2019다216077 ····· 433

2021. 8.12. 2015다208320 ····· 514
2021. 8.12. 2015다212541 ····· 919
2021. 8.12. 2021다210195 ····· 154, 1052
2021. 8.12. 2021다215497 ····· 277
2021. 8.12. 2021다230991 ····· 340, 372
2021. 8.19. 2017다230338 ····· 1028
2021. 8.19. 2017다235791 ····· 737
2021. 8.19. 2018다207830 ····· 327, 328
2021. 8.19. 2018다244976 ····· 804, 811, 812
2021. 8.19. 2018다258074 ····· 1055
2021. 8.19. 2018다270876 ····· 1054
2021. 8.19. 2019다297137 ····· 149, 155
2021. 8.19. 2020다266375 ····· 315
2021. 8.19. 2020다285406 ····· 1096, 1101
2021. 8.19. 2021다213866 ····· 231
2021. 8.19. 2021다225708 ····· 933
2021. 8.19. 2021다228745 ····· 1168
2021. 8.19. 2021다53 ····· 1170
2021. 9. 9. 2016다203933 ····· 97
2021. 9. 9. 2017다48218 ····· 132
2021. 9. 9. 2017두45933(전) ····· 23
2021. 9. 9. 2018다284233(전) ····· 355, 356
2021. 9. 9. 2020다269794 ····· 770
2021. 9. 9. 2020다277184 ····· 770
2021. 9. 9. 2020다299122 ····· 1055
2021. 9. 9. 2021므13293 ····· 997, 998
2021. 9.15. 2021다224446 ····· 1015
2021. 9.16. 2016다260882 ····· 394
2021. 9.16. 2017다234262 ····· 394
2021. 9.16. 2017다271834, 271841 ····· 421
2021. 9.16. 2018다38607 ····· 396
2021. 9.16. 2020다213364 ····· 815
2021. 9.16. 2021다200914, 200921 ····· 218
2021. 9.16. 2021다219529 ····· 978
2021. 9.30. 2017다278743 ····· 430
2021. 9.30. 2019다266409 ····· 613
2021. 9.30. 2020다295304 ····· 394
2021. 9.30. 2021다239745 ····· 185
2021. 9.30. 2021다245443, 245450 ····· 220
2021.10.14. 2016다201197 ····· 1244
2021.10.14. 2020다277306 ····· 509
2021.10.14. 2021다240851 ····· 439
2021.10.14. 2021다243430 ····· 107
2021.10.28. 2016다248325 ····· 22, 252, 479
2021.10.28. 2017다200702 ····· 938
2021.10.28. 2017다224302 ····· 850
2021.10.28. 2018다223023 ····· 598
2021.10.28. 2019다200096 ····· 587
2021.10.28. 2019다293036 ····· 495, 802
2021.10.28. 2020다208058 ····· 1083
2021.10.28. 2020다224821 ····· 417
2021.10.28. 2020다278354, 278361 ····· 798
2021.10.28. 2021다238650 ····· 892
2021.10.28. 2021다247937, 247951, 247968 ····· 721
2021.11.11. 2017다222368 ····· 1123
2021.11.11. 2018다204022 ····· 504, 513
2021.11.11. 2018다250087 ····· 723, 732, 734
2021.11.11. 2018다288631 ····· 502
2021.11.11. 2019다272725 ····· 342
2021.11.11. 2020다254280 ····· 217
2021.11.11. 2020다278170 ····· 310, 311, 340
2021.11.11. 2021다238902 ····· 407, 410, 412
2021.11.11. 2021다257705 ····· 25
2021.11.25. 2016다263355 ····· 585, 586
2021.11.25. 2017다258381 ····· 43
2021.11.25. 2018다260299 ····· 93
2021.11.25. 2018다304007 ····· 1082
2021.11.25. 2019다277157 ····· 43, 292
2021.11.25. 2019다285257 ····· 914
2021.11.25. 2020다294516 ····· 154, 173, 690, 712, 714
2021.11.25. 2021다253154, 253161 ····· 994
2021.12.10. 2019다239988 ····· 82
2021.12.10. 2021다260671 ····· 879, 882
2021.12.10. 2021후10855 ····· 51
2021.12.16. 2018다226428 ····· 1250
2021.12.16. 2021다215701 ····· 1253
2021.12.16. 2021다247258 ····· 450, 452, 453
2021.12.16. 2021다255648 ····· 442
2021.12.30. 2018다268538 ····· 901, 909
2021.12.30. 2018다40235, 40242 ····· 901
2021.12.30. 2021다233730 ····· 876
2021.12.30. 2021다252458 ····· 391
2021.12.30. 2021다264420 ····· 93
2022. 1.13. 2017다264072, 264089 ····· 606
2022. 1.13. 2019다220618 ····· 1170
2022. 1.13. 2019다272855 ····· 693, 771
2022. 1.13. 2020다278156 ····· 308
2022. 1.14. 2017다257098 ····· 698
2022. 1.14. 2018다295103 ····· 570, 599, 604, 605, 707
2022. 1.14. 2019다282197 ····· 155
2022. 1.14. 2021다271183 ····· 1001
2022. 1.14. 2021다272346 ····· 914
2022. 1.27. 2017다256378 ····· 696, 703
2022. 1.27. 2017다265884 ····· 1019, 1029
2022. 1.27. 2018다259565 ····· 295, 711
2022. 1.27. 2018므11273 ····· 999
2022. 1.27. 2019다289815 ····· 131
2022. 1.27. 2019다295568 ····· 475
2022. 1.27. 2019다299058 ····· 285

2022. 1.27. 2020다39719 ····· 51
2022. 1.27. 2021다265010 ····· 950
2022. 1.27. 2021다291323 ····· 285
2022. 2.10. 2020다250783 ····· 1024, 1025
2022. 2.10. 2020다279951 ····· 93
2022. 2.10. 2021다261117 ····· 520
2022. 2.11. 2020다229987 ····· 1255
2022. 2.11. 2021다283834 ····· 978
2022. 2.17. 2016다278579, 278586 ····· 939
2022. 2.17. 2019다300095, 300101 ····· 895
2022. 2.17. 2021다275741 ····· 760, 761, 763
2022. 2.24. 2021다291934 ····· 4
2022. 3.11. 2017다202272 ····· 530
2022. 3.11. 2017다207475, 207482 ····· 821
2022. 3.11. 2020다297430 ····· 818
2022. 3.11. 2021다232331 ····· 136, 1280
2022. 3.17. 2018다263434 ····· 949
2022. 3.17. 2020다216462 ····· 1171
2022. 3.17. 2020다267620 ····· 1028
2022. 3.17. 2020다288375 ····· 121
2022. 3.17. 2021다210720
····· 262, 281, 895, 896
2022. 3.17. 2021다230083, 230090 ····· 1028
2022. 3.17. 2021다231598 ····· 94
2022. 3.17. 2021다276539 ····· 660, 668
2022. 3.17. 2021다296120 ····· 641
2022. 3.24. 2021다241618(전) ····· 519
2022. 3.31. 2017다247145 ····· 483
2022. 3.31. 2017다263901 ····· 1247
2022. 3.31. 2017다276631 ····· 1250
2022. 3.31. 2017다9121, 9138 ····· 238, 311
2022. 3.31. 2018다21326 ····· 694
2022. 3.31. 2019다226395 ····· 94, 500
2022. 3.31. 2019다274639 ····· 1082
2022. 3.31. 2019므10581 ····· 1000
2022. 3.31. 2020다245408 ····· 683
2022. 3.31. 2020다271919 ····· 267
2022. 3.31. 2021다203760 ····· 1248
2022. 3.31. 2021다229861 ····· 767
2022. 3.31. 2021다265171 ····· 878
2022. 3.31. 2021다265171 ····· 898
2022. 3.31. 2021다294902, 294919
····· 156, 660
2022. 4.14. 2017다266177 ····· 476, 1245
2022. 4.14. 2019다292736, 292743 ····· 809
2022. 4.14. 2020다224975 ····· 288
2022. 4.14. 2020다240021 ····· 977
2022. 4.14. 2020다254228, 254235 ····· 881
2022. 4.14. 2020다268760 ····· 136, 486, 505
2022. 4.14. 2021다263519 ····· 208
2022. 4.14. 2021다280781 ····· 1181
2022. 4.14. 2021다294186 ····· 814
2022. 4.14. 2021다299372 ····· 1238
2022. 4.14. 2021다305796 ····· 1170
2022. 4.28. 2019다200843 ····· 668
2022. 4.28. 2019다224726 ····· 523
2022. 4.28. 2019다272053
····· 167, 224, 822, 1052
2022. 4.28. 2019다272053 ····· 167
2022. 4.28. 2019다300422 ····· 344
2022. 4.28. 2020다268265 ····· 975, 981
2022. 4.28. 2020다299955 ····· 1248
2022. 4.28. 2021다305659
····· 1042, 1043, 1045
2022. 4.28. 2022다200768 ····· 485, 1287
2022. 5.12. 2017다278187 ····· 446, 449
2022. 5.12. 2019다249428 ····· 359
2022. 5.12. 2019다265376 ····· 246
2022. 5.12. 2020다240304 ····· 920
2022. 5.12. 2020다278873 ····· 484, 485
2022. 5.12. 2021다279347 ····· 1124
2022. 5.12. 2021다280026 ····· 182, 1053
2022. 5.12. 2021다286116 ····· 800
2022. 5.12. 2021다309484 ····· 601, 602
2022. 5.13. 2019다215791 ····· 773
2022. 5.13. 2019다216558 ····· 490, 491
2022. 5.13. 2019다229516 ····· 395
2022. 5.13. 2019다270163 ····· 1079, 1080
2022. 5.13. 2020다217380 ····· 136
2022. 5.26. 2017다229338 ····· 503
2022. 5.26. 2017다238141 ····· 56
2022. 5.26. 2017다260940 ····· 410
2022. 5.26. 2019다213344 ····· 53
2022. 5.26. 2020다206625 ····· 177
2022. 5.26. 2020다215124 ····· 844
2022. 5.26. 2020다239366 ····· 741, 1069
2022. 5.26. 2021다216421, 216438 ····· 207
2022. 5.26. 2021다271732 ····· 185
2022. 5.26. 2021다288020 ····· 580, 614
2022. 5.26. 2022다200249 ····· 952, 1050
2022. 5.26. 2022다211416 ····· 939
2022. 6. 9. 2017다247848 ····· 34, 199
2022. 6. 9. 2018다228462, 228479 ····· 1129
2022. 6. 9. 2020다208997 ····· 356
2022. 6. 9. 2021다244617 ····· 359
2022. 6. 9. 2021다270494 ····· 1224, 1228
2022. 6.16. 2017다289538 ····· 139
2022. 6.16. 2018다301350 ····· 431, 432
2022. 6.16. 2021므14258 ····· 988
2022. 6.16. 2022다203804 ····· 796
2022. 6.16. 2022다207967 ····· 1103
2022. 6.16. 2022다211393 ····· 138

2022. 6.30. 2016다237974 ····· 945, 946
2022. 6.30. 2018다211419, 211426 ····· 311
2022. 6.30. 2018다276218 ····· 848
2022. 6.30. 2018다43128 ····· 311
2022. 6.30. 2019다246696, 246702 ····· 952
2022. 6.30. 2020다209815 ····· 426
2022. 6.30. 2020다210686, 210693 ····· 118, 400
2022. 6.30. 2020다229192, 229208 ····· 395
2022. 6.30. 2020다271322 ····· 852
2022. 6.30. 2021다239301 ····· 393
2022. 6.30. 2021다276256 ····· 239
2022. 6.30. 2022다200089 ····· 758
2022. 6.30. 2022다206384 ····· 148
2022. 6.30. 2022다217506 ····· 400
2022. 7.14. 2017다242232 ····· 1052
2022. 7.14. 2019다271661 ····· 197, 1073
2022. 7.14. 2019다281156 ····· 589
2022. 7.14. 2020다212958 ····· 758
2022. 7.14. 2021다216773 ····· 497
2022. 7.14. 2021다281999, 282008 ····· 78
2022. 7.14. 2021다294674 ····· 1002
2022. 7.14. 2021다294674 ····· 800
2022. 7.14. 2022다225767, 225774 ····· 827
2022. 7.21. 2017다236749(전) ····· 418
2022. 7.21. 2018다248855, 248862(전) ····· 533, 534
2022. 7.21. 2018다248855, 248862 ····· 35
2022. 7.28. 2017다16747, 16754 ·· 525, 526
2022. 7.28. 2017다204629 ····· 364
2022. 7.28. 2017다245330 ····· 37, 1020
2022. 7.28. 2017다286492 ····· 1236
2022. 7.28. 2019다29853 ····· 1014
2022. 7.28. 2020다231928 ····· 272, 279, 959
2022. 7.28. 2020다46663 ····· 165, 170, 171, 648
2022. 7.28. 2021다293831 ····· 11
2022. 8.11. 2017다225619 ····· 1243
2022. 8.11. 2017다256668 ····· 473
2022. 8.11. 2018다202774 ····· 576
2022. 8.11. 2020다247428 ····· 1027, 1029
2022. 8.11. 2022다202498 ····· 915
2022. 8.11. 2022다227688 ····· 406
2022. 8.19. 2017다292718 ····· 85
2022. 8.19. 2020다220140 ····· 201
2022. 8.19. 2020다263574 ····· 1067
2022. 8.25. 2017다257067(전) ····· 391
2022. 8.25. 2018다205209(전) ····· 250
2022. 8.25. 2018다205209(전) ····· 960
2022. 8.25. 2018다261605 ····· 410
2022. 8.25. 2019다229202(전) ····· 540, 546, 924
2022. 8.25. 2021다231734 ····· 415
2022. 8.25. 2021다311111 ····· 35, 161
2022. 8.25. 2022다211928 ····· 794
2022. 8.31. 2019다282050 ····· 313
2022. 9. 7. 2022다217117 ····· 927
2022. 9. 7. 2022다223778 ····· 1067, 1119
2022. 9. 7. 2022다230165 ····· 77, 544, 556
2022. 9. 7. 2022다230165 ····· 878
2022. 9. 7. 2022다237098 ····· 982
2022. 9. 7. 2022다244805 ····· 404
2022. 9.29. 2018다243133, 243140 ····· 226
2022. 9.29. 2018다301527 ····· 96
2022. 9.29. 2019다204593 ····· 803
2022. 9.29. 2021다292425 ····· 391, 393
2022. 9.29. 2021다299976, 299983 ····· 822
2022. 9.29. 2022다228933 ····· 343, 356
2022.10.14. 2018다244488 ····· 969
2022.10.14. 2022다246757 ···· 795, 921, 932
2022.10.27. 2017다243143 ····· 681
2022.10.27. 2021다201054 ····· 1138, 1139
2022.10.27. 2022다238053 ····· 796, 798
2022.10.27. 2022다241998 ····· 578
2022.10.27. 2022다254154, 254161 ····· 1002
2022.10.27. 2022다254154, 254161 ····· 757
2022.11.10. 2021다271282 ····· 1097, 1100
2022.11.10. 2022다255607 ····· 490
2022.11.17. 2017다235036 ····· 1227
2022.11.17. 2018다249995 ····· 409
2022.11.17. 2018다294179 ····· 928, 1231
2022.11.17. 2019다283725, 283732, 283749 ····· 66, 410
2022.11.17. 2022다253243 ····· 388
2022.11.30. 2016다26662, 26679, 26686 ····· 512
2022.11.30. 2017다232167, 232174 ····· 477, 741
2022.11.30. 2017다257043 ····· 957
2022.11.30. 2021다227629 ····· 1040
2022.11.30. 2021다287171 ····· 718, 1242
2022.11.30. 2022다255614 ····· 799
2022.12. 1. 2020다280685 ····· 194, 198
2022.12. 1. 2021다266631 ····· 874
2022.12. 1. 2022다219540, 219557 ····· 754
2022.12. 1. 2022다247521 ····· 696
2022.12. 1. 2022다261237 ····· 53, 250, 1021
2022.12.15. 2019다269156 ····· 660
2022.12.15. 2022다247750 ····· 845
2022.12.15. 2022다275212 ····· 416
2022.12.16. 2022다218271 ····· 743

2022.12.16. 2022다245129 ····· 92
2022.12.16. 2022다262209 ····· 518
2022.12.29. 2017다261882 ····· 649, 652
2022.12.29. 2019다210697 ····· 667
2022.12.29. 2019다272275 ····· 250, 955
2022.12.29. 2021다253710 ····· 431
2022.12.29. 2022다266645 ····· 127
2023. 1.12. 2020다296840 ····· 681
2023. 1.12. 2022다266874 ····· 291
2023. 2. 2. 2019다232277 ····· 121
2023. 2. 2. 2020다270633 ····· 276
2023. 2. 2. 2020다283578 ····· 670
2023. 2. 2. 2022다255126 ····· 897
2023. 2. 2. 2022다260586 ····· 914
2023. 2. 2. 2022다276307 ····· 929
2023. 2. 2. 2022다276789 ····· 738
2023. 2.23. 2022다207547 ····· 62
2023. 2.23. 2022다277874 ····· 1236
2023. 2.23. 2022다285288 ····· 705, 1242, 1246
2023. 3. 9. 2020다218925 ····· 951
2023. 3. 9. 2022다228704 ····· 637
2023. 3.13. 2022다286786 ····· 139, 140
2023. 3.13. 2022다293999 ····· 207, 217
2023. 3.16. 2022다272046 ····· 586
2023. 3.16. 2022다283305 ····· 952
2023. 3.30. 2019다280481 ····· 1123, 1127
2023. 3.30. 2021다264253 ····· 628
2023. 3.30. 2022다289174 ····· 920
2023. 3.30. 2022다296165 ····· 870
2023. 4.13. 2021다305338 ····· 715
2023. 4.13. 2021다309231 ····· 580, 582
2023. 4.13. 2022다244836 ····· 559
2023. 4.13. 2022다279733, 279740 ····· 1224
2023. 4.13. 2022다293272 ····· 735, 1209
2023. 4.13. 2022다296776 ····· 1060
2023. 4.13. 2022다309337 ····· 722
2023. 4.27. 2017다227264 ····· 89
2023. 4.27. 2019다302985 ····· 216
2023. 4.27. 2020다292626 ····· 302
2023. 4.27. 2021다262905 ····· 483
2023. 4.27. 2021다276225, 276232 ····· 1172
2023. 4.27. 2022다273018 ····· 309, 425
2023. 4.27. 2022다302497, 302503 ····· 791, 1237
2023. 4.27. 2022다303216 ····· 1203
2023. 4.27. 2022다304189 ····· 316
2023. 4.27. 2022다306642 ····· 422
2023. 5.11. 2018다248626(전) ····· 1003
2023. 5.18. 2019다222867 ····· 1026
2023. 5.18. 2022다229219, 229226 ····· 402
2023. 5.18. 2022다230677 ····· 483
2023. 5.18. 2022다230677 ····· 984
2023. 6. 1. 2020다242935 ····· 499, 524
2023. 6. 1. 2022다275915 ····· 416
2023. 6. 1. 2023다209045 ····· 860
2023. 6. 1. 2023다217534 ····· 1023, 1196
2023. 6.15. 2017다46274 ····· 526
2023. 6.15. 2020다299511 ····· 6
2023. 6.15. 2022다211959 ····· 853
2023. 6.15. 2022다247422 ····· 92
2023. 6.15. 2022다297632 ····· 677
2023. 6.15. 2023다220882 ····· 33
2023. 6.29. 2019다300934 ····· 1001
2023. 6.29. 2020다248384, 248391 ····· 953
2023. 6.29. 2020다260025 ····· 404
2023. 6.29. 2020다276914 ····· 891, 897
2023. 6.29. 2021다206349 ····· 207, 215, 281, 282, 705
2023. 6.29. 2021다243812 ····· 960
2023. 6.29. 2021다277525 ····· 464
2023. 6.29. 2021다291712 ····· 1115
2023. 6.29. 2022다244928 ····· 566, 574
2023. 6.29. 2022다294107 ····· 403, 404
2023. 6.29. 2022다300248 ····· 440
2023. 6.29. 2022다309474 ····· 664, 667
2023. 6.29. 2023다210953 ····· 1110
2023. 6.29. 2023다217916 ····· 404
2023. 6.29. 2023다218353 ····· 941
2023. 7.13. 2021다274243 ····· 432, 434
2023. 7.13. 2021다293213 ····· 1066
2023. 7.13. 2022다224986 ····· 1064, 1066
2023. 7.13. 2022다265093 ····· 426, 1248
2023. 7.13. 2023다210670 ····· 1065
2023. 7.13. 2023다223591, 223607 ····· 330, 331
2023. 7.13. 2023다225146 ····· 287
2023. 7.27. 2020다263857 ····· 832
2023. 7.27. 2022다290778 ····· 1065
2023. 7.27. 2022다293395 ····· 843
2023. 7.27. 2023다223171, 223188 ····· 809
2023. 7.27. 2023다227418 ····· 1050
2023. 7.27. 2023다227418 ····· 37
2023. 7.27. 2023다228107 ····· 961, 1205, 1220
2023. 8.18. 2019다200126 ····· 96
2023. 8.18. 2021다249810 ····· 225
2023. 8.18. 2022다227619 ····· 532
2023. 8.18. 2022다269675 ····· 230
2023. 8.18. 2022다291702 ····· 514, 843
2023. 8.18. 2022다306185 ····· 951
2023. 8.18. 2023다234102 ····· 1243, 1246

2023. 8.18. 2023다234102 ····· 146
2023. 8.31. 2019다295278 ····· 432
2023. 8.31. 2022다219427 ····· 949
2023. 8.31. 2022다303995 ····· 524
2023. 8.31. 2023다220639 ····· 1101
2023. 8.31. 2023다240428, 240435 ····· 166
2023. 9.14. 2016다12823 ····· 392
2023. 9.14. 2022다271753 ····· 402
2023. 9.14. 2023다214108 ····· 218
2023. 9.14. 2023다227500 ····· 827
2023. 9.21. 2021므13354 ····· 998
2023. 9.21. 2022다270613 ····· 145
2023. 9.21. 2023다234553 ····· 618, 621
2023. 9.21. 2023다249739 ····· 567, 595
2023. 9.21. 2023다249876 ····· 167, 225
2023. 9.21. 2023므10861, 10878 ····· 993
2023. 9.27. 2022다302237 ····· 1019, 1020
2023.10.12. 2020다210860, 210877 ····· 169, 176, 920
2023.10.12. 2020다232709, 232716 ····· 954
2023.10.12. 2022다276697 ····· 959
2023.10.12. 2022다285523, 285530 ····· 937
2023.10.18. 2019다266386 ····· 392
2023.10.18. 2023다237804 ····· 589, 604
2023.10.26. 2020다236848 ····· 1120, 1126
2023.10.26. 2020다236848 ····· 19
2023.11. 2. 2023다206916 ····· 512, 918
2023.11. 2. 2023다244895 ····· 916
2023.11. 2. 2023다249661 ····· 871
2023.11. 2. 2023다259316 ····· 406, 410
2023.11. 2. 2023므12218 ····· 990
2023.11. 9. 2023다256577 ·· 286, 287, 1245
2023.11. 9. 2023다257600 ····· 18
2023.11. 9. 2023다257600 ····· 870
2023.11.16. 2018다283049 ····· 507, 1001
2023.11.16. 2020다292671 ····· 1203
2023.11.16. 2022다231403, 231410 ····· 162
2023.11.16. 2022다265994 ····· 975
2023.11.16. 2023다254519 ····· 573
2023.11.16. 2023다266390 ····· 462, 853
2023.11.30. 2019다203286 ····· 676, 693
2023.11.30. 2019다224238 ···· 504, 514, 516
2023.11.30. 2022다280283 ····· 497
2023.11.30. 2023다263346 ····· 339
2023.12. 7. 2020다225138 ····· 638, 1045
2023.12. 7. 2022다279795 ····· 874
2023.12. 7. 2022다279795 ····· 875, 877
2023.12. 7. 2023다246600 ····· 399
2023.12. 7. 2023다269139 ····· 790, 835
2023.12. 7. 2023다273206 ····· 485
2023.12. 7. 2023다273206 ····· 387
2023.12.14. 2022다208649 ····· 982
2023.12.14. 2022다210093 ····· 182
2023.12.14. 2023다226866 ····· 31
2023.12.14. 2023다226866 ····· 892
2023.12.14. 2023다248903 ···· 157, 162, 187
2023.12.14. 2023다270047 ····· 1041
2023.12.14. 2023다272234 ····· 731
2023.12.21. 2018다303653 ····· 193
2023.12.21. 2023다221144 ····· 1002
2023.12.21. 2023다265731 ····· 994, 1021
2023.12.21. 2023므11819 ····· 989
2023.12.28. 2019다300866 ····· 983
2023.12.28. 2023다278829 ····· 408
2024. 1. 4. 2022다256624 ····· 816, 817
2024. 1. 4. 2022다286335 ····· 513
2024. 1. 4. 2022다291313 ····· 276
2024. 1. 4. 2022므11027 ····· 991
2024. 1. 4. 2023다225580 ····· 103, 104
2024. 1. 4. 2023다225580 ····· 106
2024. 1. 4. 2023다244499 ····· 63
2024. 1. 4. 2023다263537 ····· 69, 71
2024. 1. 4. 2023다263537 ····· 932
2024. 1.11. 2021다210799 ····· 477, 831
2024. 1.11. 2023다258672 ····· 875
2024. 1.25. 2022다229615 ····· 853
2024. 2. 8. 2021다206356 ····· 941, 1231
2024. 2. 8. 2021므13279 ····· 999
2024. 2.15. 2019다208724 ···· 528, 572, 980
2024. 2.15. 2019다272404 ····· 32, 95
2024. 2.15. 2023다272883 ····· 633, 965
2024. 2.15. 2023다295442 ····· 212
2024. 2.29. 2023다289720 ····· 792, 806, 807, 810
2024. 2.29. 2023다294470, 294487 ····· 927
2024. 3.12. 2019다29013 ····· 51
2024. 3.12. 2019다29013 ····· 62
2024. 3.12. 2019다29013 ····· 636
2024. 3.12. 2021다309927 ····· 1048
2024. 3.12. 2023다240879 ····· 390
2024. 3.12. 2023다301682 ····· 537
2024. 3.12. 2023다301712 ····· 80
2024. 3.28. 2019다253700 ····· 260, 465
2024. 3.28. 2023다252209, 252216 ····· 69
2024. 3.28. 2023다265700 ····· 1064
2024. 3.28. 2023다308911 ····· 956
2024. 4. 4. 2022다239131, 239148 ····· 44
2024. 4.12. 2023다300559 ····· 514
2024. 4.12. 2023다307741 ····· 960
2024. 4.12. 2023다309020, 309037 ····· 882
2024. 4.12. 2023다313241 ····· 57, 64
2024. 4.12. 2023다315155 ····· 682, 1253

2024. 4.16. 2023므16593 ····· 1198
2024. 4.25. 2020다271650 ····· 1181
2024. 4.25. 2022다254024 ····· 858
2024. 4.25. 2023다310471 ····· 77
2024. 5. 9. 2021다270654 ····· 497
2024. 5. 9. 2023다290492 ····· 577
2024. 5.17. 2018다262103 ····· 975, 1202
2024. 5.17. 2024므10721 ····· 991
2024. 5.23. 2020므15896(전) ····· 61
2024. 5.30. 2019다47387 ····· 83, 751
2024. 5.30. 2021다301688 ····· 179, 182
2024. 5.30. 2024므10370 ····· 989, 991
2024. 6.13. 2018다261322 ····· 1077, 1078, 1096, 1098
2024. 6.13. 2020다258893 ····· 450
2024. 6.13. 2024다213157 ····· 240
2024. 6.13. 2024다213157 ····· 3
2024. 6.13. 2024다215542 ····· 891, 892
2024. 6.13. 2024다225723 ····· 1286
2024. 6.13. 2024다226313 ····· 71
2024. 6.13. 2024다231391 ····· 1237
2024. 6.20. 2021다299594 ····· 519
2024. 6.27. 2021다261704 ····· 1209
2024. 6.27. 2022므13504, 13511 ····· 995
2024. 6.27. 2023다254984 ····· 70
2024. 6.27. 2023다302920 ····· 149, 155
2024. 6.27. 2023다307024 ····· 872, 877
2024. 6.27. 2023므12782 ····· 994
2024. 6.27. 2023므16678 ····· 995
2024. 6.27. 2024다216187 ····· 962
2024. 6.27. 2024다219629 ····· 1286
2024. 6.27. 2024다219766 ····· 1148

[헌법재판소]

1991. 5.13. 89헌가97 ····· 364
1992.10. 1. 92헌가6,7 ····· 365
2001. 7.19. 99헌바9 ····· 242
2007.10.25. 2005헌바96 ····· 617
2015. 3.26. 2014헌바202 ····· 14, 1120
2018. 8.30. 2014헌바148 ····· 162
2024. 4.25. 2020헌가4등 ····· 1026, 1030

저 자 약 력

❖ 최 진 수(崔 珍 洙)

- 서울대학교 법과대학 졸업(1984)
- 제26회 사법시험 합격(1984)
- 사법연수원 수료(제16기)
- 인천지방법원 판사 임관(1990. 3.)
- 대법원 재판연구관(조세 분야, 2000. 2. ~ 2001. 8.)
- 창원지방법원 부장판사(2002. 2. ~ 2004. 2.)
- 사법연수원 교수(2004. 2. ~ 2007. 2.)
- 사법연수원 민사재판실무 총괄교수(2006. 2. ~ 2007. 2.)
- 서울중앙지방법원 부장판사(2007. 2. ~ 2010. 2.)
- 서울지방국세청 송무국장(2015. 3. ~ 2018. 3.)
- 사법시험 출제위원(민법, 민사소송법)
- 변호사시험 출제위원
- 서울중앙지방법원 상근조정위원
- 기획재정부 복권위원회 사무처 고문변호사
- 국세청, 서울지방국세청 법률고문
- 서울지방국세청 국세심사위원회 위원
- 대한상사중재원 중재인
- 고려대학교 법학전문대학원 겸임교수 '민사기록연습' 강의
- 한양대학교 법학전문대학원 겸임교수 '민사법 연습' 강의
- 중앙대학교 법학전문대학원 겸임교수 '민사변호사실무', '법문서 작성', '민사법 종합' 강의
- 성균관대학교 법학전문대학원 겸임교수 '민사소송실무', '요건사실론' 강의
- 강원대학교·경북대학교·경희대학교·고려대학교·충남대학교·한국외국어대학교·한양대학교 각 법학전문대학원 '요건사실론', '최근 3년간 민사주요판례' 특강 등

현재〉 법무법인 위즈 변호사

저서〉 최신 조세판례의 현황과 쟁점/진원북스(2024. 4.)
국세·지방세 기본법/진원사(2021. 4.)
2014년 주요 민사판례/진원사(2015. 2.)
2013년 주요 민사판례/진원사(2014. 2.)

제13판 주요조문별·판례중심 **요건사실과 주장증명책임**

2012년 7월 11일 초 판 발행
2024년 7월 26일 제13판 인쇄
2024년 8월 9일 제13판 발행

지은이 최 진 수
발행인 양 희 원
발행처 진원북스

출판신고번호 제2024-000037호
주 소 서울특별시 송파구 오금로 197, 대연빌딩 402호(방이동)
휴대폰 010·9604·1850 팩 스 0504·070·1850 이메일 recurit@naver.com
ISBN 979-11-93983-07-2 (93360)
정 가 62,000원

본서의 무단전재나 복제행위를 금합니다.
저작권법 제97조의5에 의거하여 5년 이하의 징역 또는 5,000만원 이하의 벌금에 처하게 됩니다.