

2022대비판 포인트민법 추록(23년대비용)

p.24. 추가

[판례] ① 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 소송물임으로, 법원은 원고가 행사하는 청구권에 관하여 다른 청구권과는 별개로 그 성립요건과 법률효과의 인정 여부를 판단하여야 한다. 계약 위반으로 인한 채무불이행이 성립한다고 하여 그것만으로 바로 불법행위가 성립하는 것은 아니다(대판 2021. 6. 24, 2016다210474).

② 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(대판 2021. 6. 10, 2019다226005).

p.33. 추가

어떤 토지가 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(대판 2021. 3. 11, 2020다229239).

p.56. 추가

<참고지문> 1. 생사불명의 부재자를 위하여 법원이 선임한 재산관리인은 그가 부재자의 사망을 확인한 때에도 선임결정이 취소되지 않으면 계속 권한을 행사할 수 있다(○). <2020년 감정평가사>

2. 재산관리인이 소송절차를 진행하던 중 부재자에 대한 실종선고가 확정되면 그 재산관리인의 지위도 종료한다(○). <2020년 감정평가사>

p.68. 추가

[동지판례] 비영리법인이 전세권을 기본재산으로 하는 정관의 변경에 대해 주무관청의 허가를 받은 이상 전세권소멸통고에 대해 또다시 별도로 주무관청의 허가를 받을 필요가 없다(대판 2021. 5. 7, 2020다289828). ☞ 정관에 의하면 기본재산을 담보로 제공하는 경우에는 노동부장관의 허가를 받도록 규정하고 있고, 이에 따라 피고가 원고들로부터 이 사건 건물을 임차하고 보증금 겸 전세금 3억 원을 지급하면서 노동부장관의 허가를 얻어 기본재산을 이 사건 건물에 관한 3억 원의 전세권으로 변경한 이상 전세권 소멸통고에 대해

또다시 별도로 주무관청의 허가를 받을 필요가 없다고 판단한 사례.

p.83. 추가1

비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 규정들을 유추적용하여야 할 것이다(대판 2003. 11. 14, 2001다32687).

p.83. 추가2

④ 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 규정들을 유추적용하여야 할 것이므로 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 제82조 제1항을 유추하여 그 선임된 자가 청산인으로서 청산 중의 비법인사단을 대표하여 청산업무를 수행하게 된다(대판 2003. 11. 14, 2001다32687).

p.108. 추가

② 사실인 관습은 사적 자치가 인정되는 분야 즉 그 분야의 제정법이 주로 임의규정일 경우에는 법률행위의 해석기준으로서 또는 의사를 보충하는 기능으로서 이를 재판의 자료로 할 수 있을 것이나 이 이외의 즉 그 분야의 제정법이 주로 강행규정일 경우에는 그 강행규정 자체에 결함이 있거나 강행규정 스스로가 관습에 따르도록 위임한 경우 등 이외에는 법적 효력을 부여할 수 없다(대판 1983. 6. 14, 80다3231).

p.121. 추가

(ii) 단체협약
[판례] 단체협약이 민법 제103조의 적용대상에서 제외될 수는 없으므로 단체협약의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배된다면 그 법률적 효력은 배제되어야 한다. 다만 단체협약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는지를 판단할 때에는 단체협약이 헌법이 직접 보장하는 기본권인 단체교섭권의 행사에 따른 것이자 헌법이 제도적으로 보장한 노사의 협약자치의 결과물이라는 점 및 노동조합 및 노동관계조정법에 의해 이행이 특별히 강제되는 점 등을 고려하여 법원의 후견적 개입에 보다 신중할 필요가 있다. 사용자가 노동조합과의 단체교섭에 따라 업무상 재해로 인한 사망 등 일정한 사유가 발생하는 경우 조합원의 직계가족 등을 채용하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면, 그와 같은 단체협약이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기획의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 단정할 수 없다(대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결).

p.137. 추가

☞ 증산 가능성을 믿고 석유탐사·개발사업에 참여했는데 증산 가능성과 경제성에 대한 기대가 이루어지지 않았다고 하여 착오취소를 주장한 사안

p.146. 추가

⑤ 상대방이 부당하게登記취급 物件물의 수취를 거부함으로써 物件물의 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 物件물의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓일 수 있었던 때, 즉 수취 거부 시에 의사표시의 효력이 생긴 것으로 보아야 한다. 이때 物件물의 수취를 거부한 것에 정당한 사유가 있는지에 관해서는 수취 거부를 한 상대방이 이를 증명할 책임이 있다(대판 2020. 8. 20, 2019두34630).

p.219. 추가

[판례] 공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권이므로 공유관계가 존속하는 한 그 분할청구권만이 독립하여 시효소멸될 수 없다(대판 1981. 3. 24, 80다1888, 1889).

p.221. 추가

☞ 동시이행의 관계에 있다는 이유만으로 소멸시효가 진행하지 않는 것이 아니라, 임대차 종료 후 동시이행항변권을 근거로 임차목적물을 계속 점유하는 것을 보증금반환채권에 대한 권리를 행사하는 것으로 보아야 하기 때문에 소멸시효가 진행하지 않는 것이라는 점을 주의할 것이다. 참고로 이 판결의 원심이 원고의 보증금반환채권은 동시이행관계에도 불구하고 이 사건 임대차가 종료한 때부터 소멸시효가 진행하여 이 사건 본소가 제기될 무렵 이미 소멸시효가 완성되었다고 판단하였는데, 위와 같은 이유로 대법원에 의하여 파기되었다.

p.230. 추가

(예) 판결 확정 당시에 변제기가 도래하지 않은 채권(제165조 제3항)
[판례] 민법 제165조는 제1항에서 “판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다.”라고 정하면서 제3항에서 ‘판결 확정 당시에 변제기가 도래하지 않은 채권에 대해서는 민법 제165조 제1항이 적용되지 않는다.’고 정하고 있다. 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(대결 2021. 7. 29.자 2019마6152).

p.239. 추가

③ 하나의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우에는 소 제기에 의한 소멸시효중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부

본에는 발생하지 않는다. 다만 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하고 해당 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장한 경우에는 소 제기 당시부터 채권 전부에 관하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하나, 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(대판 2021. 6. 10, 2018다44114).

p.240. 추가

부동산경매절차에서 집행력 있는 채무명의 정본을 가진 채권자가 하는 배당요구는 민법 제168조 제2호의 압류에 준하는 것으로서 배당요구에 관련된 채권에 관하여 소멸시효를 중단하는 효력이 생긴다고 할 것이고, 따라서 원인채권의 지급을 확보하기 위하여 어음이 수수된 당사자 사이에 채권자가 어음채권에 관한 집행력 있는 채무명의 정본에 기하여 한 배당요구는 그 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다(대판 2002. 2. 26, 2000다25484).

p.244. 추가

[판례] ① 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(대판 2021. 9. 30, 2021다239745).

p.253. 추가

[참고지문] 소멸시효에 관한 규정은 강행규정이지만, 법률행위에 의하여 경감할 수 있다(○). <2021년 변리사>

p.254. 추가

☞ 판례 [1]부분에 “채무자가 그로부터 권리행사를 기대할 수 있는 상당한 기간 내에 자신의 권리를 행사하였다면”이라는 표현이 나오는데 단순한 국어적 오류이다. 동 판결의 판시사항에는 “채무자가 그로부터 권리행사를 기대할 수 있는 상당한 기간 내에 권리자가 자신의 권리를 행사한 경우”라고 정확하게 표현이 되어 있다.

p.270. 추가

☞ i) 갑 주식회사의 대표이사인 을이 병에게 갑 회사 소유의 자동차를 인도하면서 자동

차포기각서를 작성·교부하였고, 병은 위 자동차를 자동차포기각서와 함께 정에게 인도하여 정이 위 자동차를 운행하면서 사용·수익하고 있는데, 갑 회사가 정을 상대로 자동차 인도 및 사용료 상당의 부당이득반환을 구한 사안에서, 갑 회사는 병과의 별도 약정에 기하여 자동차를 점유·사용하게 된 정에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하거나 부당이득반환청구를 할 수 없다. ii) 위 판례에서 “소유자의 승낙이나 소유자와의 약정 등에 기초하여 제3자에게 점유할 권리를 수여할 수 있는 경우”는 예컨대 제629조를 생각해 보면 이해가 쉬울 것이다.

③ 토지의 매수인이 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유사용할 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 물권적청구권을 행사할 수 없다(대판 1988. 4. 25, 87다카1682).

p.281. 추가

② 위 ①과 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 양도에 대하여 동의하거나 승낙하지 않고 있다면 양수인은 위와 같은 소유권이전등기청구권을 양수하였다는 이유로 명의수탁자에 대하여 직접 소유권이전등기청구를 할 수 없다(대판 2021. 6. 3, 2018다280316).

p.290. 추가

[판례] 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 원인 없이 말소된 등기의 효력을 다투는 쪽에서 그 무효 사유를 주장·입증하여야 한다(대판 1997. 9. 30, 95다39526).

p.292. 추가

① 부동산등기는 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 등기원인 행위의 태양이나 과정을 다소 다르게 주장한다고 하여 이러한 주장만 가지고 그 등기의 추정력이 깨어진다고 할 수는 없다(대판 2000.3.10., 99다65462).

p.293. 추가

[판례] 점유자의 권리추정의 규정은 특별한 사정이 없는 한 부동산 물권에 대하여는 적용

되지 아니하고 다만 그 등기에 대하여서만 추정력이 부여된다(대판 1982. 4. 13, 81다 780).

p.296. 추가

[판례] [1] 부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득하지만, 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다(민법 제256조). 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.

[2] 토지 위에 식재된 입목을 그 토지와 독립하여 거래의 객체로 하기 위해서는 ‘입목에 관한 법률’에 따라 입목을 등기하거나 명인방법을 갖추어야 한다. 물건변동에 관한 성립요건주의를 채택하고 있는 민법에서 명인방법은 부동산의 등기 또는 동산의 인도와 같이 입목에 대하여 물건변동의 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(대판 2021. 8. 19, 2020다266375).

p. 298. 추가

[판례] [1] 물건변동에 있어서 형식주의를 채택하고 있는 현행 민법하에서는 소유권을 이전한다는 의사 외에 부동산에 있어서는 등기를, 동산에 있어서는 인도를 필요로 함과 마찬가지로 이 사건 쪽파와 같은 수확되지 아니한 농작물에 있어서는 명인방법을 실시함으로써 그 소유권을 취득한다. [2] 쪽파의 매수인이 명인방법을 갖추지 않은 경우, 쪽파에 대한 소유권을 취득하였다고 볼 수 없어 그 소유권은 여전히 매도인에게 있다(대판 1996. 2. 23, 95도2754).

p.302. 추가

[1] 자동차관리법 제6조는 “자동차 소유권의 득실변경은 등록을 하여야 그 효력이 생긴다.”라고 규정하고 있다. 이는 현대사회에서 자동차의 경제적 효용과 재산적 가치가 크므로 민법상 불완전한 공시방법인 ‘인도’가 아니라 공적 장부에 의한 체계적인 공시방법인 ‘등록’에 의하여 소유권 변동을 공시함으로써 자동차 소유권과 이에 관한 거래의 안전을 한층 더 보호하려는 데 취지가 있다. 따라서 자동차관리법이 적용되는 자동차의 소유권을 취득함에는 민법상 공시방법인 ‘인도’에 의할 수 없고 나아가 이를 전제로 하는 민법 제249조의 선의취득 규정은 적용되지 아니함이 원칙이다. [2]

p. 304. 추가1

[판례] ① 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 이미 현실적인 점유를 하고 있는 양수인에게에는 간이인도에 의한 점유취득으로 그 요건은 충족된다(대판 1981. 8. 20, 80다 2530).

p.304. 추가2

[판례] 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적 인도가 있어야 하고 점유개정에

의한 점유취득만으로서 그 요건을 충족할 수 없다(대법원 1978. 1. 17. 선고 77다1872).

p.323. 추가

, 丙은 소제기시부터 악의의 점유자로서 사용이익 반환의무를 부담한다(제201조 제2항).

p.330. 추가

3) 통상 필요비 상환청구의 제한(제203조 제1항 단서)
[판례] 민법 제201조 제1항은 “선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.”라고 정하고, 제2항은 “악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다.”라고 정하고 있다. 민법 제203조 제1항은 “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.”라고 정하고 있다. 위 규정을 체계적으로 해석하면 민법 제203조 제1항 단서에서 말하는 ‘점유자가 과실을 취득한 경우’란 점유자가 선의의 점유자로서 민법 제201조 제1항에 따라 과실수취권을 보유하고 있는 경우를 뜻한다고 보아야 한다. 선의의 점유자는 과실을 수취하므로 물건의 용익과 밀접한 관련을 가지는 비용인 통상의 필요비를 스스로 부담하는 것이 타당하기 때문이다. 따라서 과실수취권이 없는 악의의 점유자에 대해서는 위 단서 규정이 적용되지 않는다(대판 2021. 4. 29. 2018다261889). ☞ 따라서 악의의 점유자는 실제로 과실을 수취한 경우라도 통상의 필요비 상환을 청구할 수 있다. 악의의 점유자는 제201조 제2항에 따라 수취한 과실을 반환해야 한다는 점을 생각하면 이해가 될 것이다.

p.335. 추가

[판례] 민법 제204조 제3항은 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(대판 2021. 8. 19. 2021다213866). ☞ 점유 침탈로 발생한 손해배상청구권의 행사는 제204조 제3항에 따라 1년으로 제한되지만, 본권 침해로 발생한 손해배상청구권의 행사는 1년으로 제한되지 않는다.

p.337. 추가

[판례] [1] 점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환 등을 청구할 수 있고 이러한 점유회수의 청구에 있어서는 점유를 침탈당하였다고 주장하는 당시에 점유하고 있었는지의 여부만을 살피면 된다(민법 제204조 제1항). 여기서 점유란 물건이 사회통념상 그 사람의 사실적 지배에 속한다고 보여지는 객관적 관계에 있는 것을 말하고 사실상의 지배가 있다고 하기 위하여는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고 물건과 사람과의 시간적, 공간적 관계와 본권관계, 타인지배의 배제가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다. 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 주

장으로 점유회수를 배척할 수 없다(민법 제208조). 그러므로 점유권에 기한 본소에 대하여 본권자가 본소청구 인용에 대비하여 본권에 기한 예비적 반소를 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. [2] 점유회수의 본소에 대하여 본권자가 소유권에 기한 인도를 구하는 반소를 제기하여 본소청구와 예비적 반소 청구가 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 i) 점유자의 점유회수의 집행이 무의미한 점유상태의 변경을 반복하는 것에 불과할 뿐 아무런 실익이 없거나 ii) 본권자로 하여금 점유회수의 집행을 수인하도록 하는 것이 명백히 정의에 반하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 경우, 또는 iii) 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. [3] 사용대차와 같은 무상계약은 증여와 같이 개인적 관계에 중점을 두는 것이므로 당사자 사이에 특약이 있다는 등의 특별한 사정이 없으면 사용대차의 차주는 대주의 승낙 없이 제3자에게 차용물을 사용, 수익하게 하지 못한다(민법 제610조 제2항). 차주가 위 규정에 위반한 때에는 대주는 계약을 해지하거나(민법 제610조 제3항) 계약을 해지하지 않고서도 제3자에 대하여 그 목적물의 인도를 청구할 수 있으며, 사용대차에서 차주의 권리를 양도받은 자는 그 양도에 관한 대주의 승낙이 없으면 대주에게 대항할 수 없다(대판 2021. 2. 4, 2019다202795, 202801, 대판 2021. 3. 25, 2019다208441).

p.342. 추가

☞ 위 [판례]①의 (4)부분에서는 “토지 소유자는 그 타인을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 없고, 토지의 인도 등을 구할 수도 없다.”고 하였는데, 이 판례에서는 물권적 청구권은 행사할 수 있으나 부당이득의 반환을 청구할 수는 없다는 취지로 판시하고 있다. 이에 대해 위 [판례]①의 다수의견은 사안별로 판단할 수밖에 없으므로 문제가 없다는 입장으로 보이는 반면, 반대의견은 토지의 인도 등을 청구할 수 없다는 판단은 (물권적 청구권은 행사할 수 있다고 했던) 기존의 판결과 정면으로 배치된다는 점을 지적한다. 혹시 이 부분이 출제된다면 수험생의 입장에서는 두 판례의 태도를 모두 기억해 두었다가 출제자의 의도를 파악하여 문제를 푸는 수밖에 없다.

p.347. 추가

[판례] 민법 제218조 제1항 본문은 “토지 소유자는 타인의 토지를 통과하지 아니하면 필요한 수도, 소수(소수)관, 까스관, 전선 등을 시설할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 경우에는 타인의 토지를 통과하여 이를 시설할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 이와 같은 수도 등 시설권은 법정의 요건을 갖추면 당연히 인정되는 것이고, 시설권에 근거하여 수도 등

시설공사를 시행하기 위해 따로 수도 등이 통과하는 토지 소유자의 동의나 승낙을 받아야 하는 것이 아니다. 따라서 토지 소유자의 동의나 승낙은 민법 제218조에 기초한 수도 등 시설권의 성립이나 효력 등에 어떠한 영향을 미치는 법률행위나 준법률행위라고 볼 수 없다(대판 2016. 12. 15, 2015다247325).

p.348. 추가

[판례] ① 주위토지통행권은 통행로가 없는 맹지를 공로와 연결하기 위하여 상린관계에서 인정되는 권리이다. 여기에서 **공로란** 사실상 일반 공중의 통행에 제공되는 도로를 말하고, 그 개설 경위나 법령에 따라 **정식으로 개설된 도로인지 여부를 가리지 않는다**. 따라서 어떤 도로가 일반 공중의 자유로운 통행이 보장된 공로에 해당하면, **공로에 이미 연결되어 있는 토지의 소유자에게** 그 공로의 통행을 위하여 굳이 민법 제219조의 **주위토지통행권을 인정할 필요는 없다**(대판 2021. 3. 11, 2020다280326).

② **공로에 통할 수 있는 자기의 공유토지를 두고** 공로에의 통로라 하여 남의 토지를 통행한다는 것은 민법 제219조, 제220조에 비추어 허용될 수 없다. 설령 **위 공유토지가 구분 소유적 공유관계에 있고 공로에 접하는 공유 부분을 다른 공유자가 배타적으로 사용, 수익하고 있다고 하더라도 마찬가지**이다(대판 2021. 9. 30, 2021다245443, 245450). 원고가 다른 공유자와의 관계에서 공로와 접한 위 대지 부분에 대하여 다른 공유자의 배타적 소유임을 인정할 수밖에 없다고 할지라도 이는 어디까지나 공유자 간의 내부적 사정에 불과하므로 다른 특별한 사정이 없는 한 공유토지를 통하여 공로에 출입할 수 있는 길을 놓아두고 제3자인 피고 소유의 인접지에 관하여 통행권을 주장할 수는 없다.

p.357. 추가1

[판례] ① 부동산에 대한 점유취득시효기간이 완성된 경우에 그 부동산의 원소유자는 권리 변동의 당사자이므로 점유자는 원소유자에 대하여 등기 없이도 그 부동산의 시효취득을 주장하여 대항할 수 있는 반면에 원소유자는 점유자에 대한 이전등기의무자로서 소유권에 기한 권능을 행사할 수 없다(대판 1977. 3. 22, 76다242).

② 乙이 甲 소유의 대지 일부를 소유의 의사로 평온, 공연하게 20년간 점유하였다면 乙은 甲에게 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있고 甲은 이에 응할 의무가 있으므로 乙이 위 대지에 관하여 소유권이전등기를 경료하지 못한 상태에 있다고 해서 甲이 乙에 대하여 그 대지에 대한 불법점유임을 이유로 그 지상 건물의 철거와 대지의 인도를 청구할 수는 없다(대판 1988. 5. 10, 87다카1979).

p.357. 추가2

[판례] 부동산에 대한 점유취득시효가 완성되었다고 하더라도 이를 등기하지 아니하고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자에게 소유권이전등기가 마쳐지면 점유자는 그 제3자에게 대항할 수 없는 것이고, 이 경우 제3자의 **이전등기 원인**이 점유자의 취득시효 완성 전의 것이라 하더라도 마찬가지이다(대판 1998. 7. 10, 97다45402).

p.366. 추가

[판례] ① 부동산점유취득시효는 20년의 시효기간이 완성한 것만으로 점유자가 곧바로 소유권을 취득하는 것은 아니고 민법 제245조에 따라 점유자 명의로 등기를 함으로써 소유권을 취득하게 되며, 이는 원시취득에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한에 의하여 영향을 받지 아니하는 완전한 내용의 소유권을 취득하게 되고, 이와 같은 소유권취득의 반사적 효과로서 그 부동산에 관하여 취득시효의 기간이 진행 중에 체결되어 소유권이전등기청구권가등기에 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(대판 2004. 9. 24, 2004다31463).

p.371. 추가

[판례] 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 부합물의 철거를 청구할 수 있다(대판 2020. 4. 9, 2018다264307).

p.385. 추가

[판례] 토지공유자는 특별한 사정이 없는 한 그 지분에 대응하는 비율의 범위내에서만 그 차임상당의 부당이득금반환의 청구권을 행사할 수 있다(대판 1979. 1. 30, 78다2088).

p.400. 추가

③ [1] 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제3항에 따르면 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하거나 강제수용이나 공공용지 협의취득 등을 원인으로 제3취득자 명의로 이전등기가 마쳐진 경우, 특별한 사정이 없는 한 제3취득자는 유효하게 소유권을 취득한다. 그리고 이 경우 명의신탁관계는 당사자의 의사표시 등을 기다릴 필요 없이 당연히 종료되었다고 볼 것이지, 주택재개발정비사업으로 인해 분양받게 될 대지 또는 건축시설물에 대해서도 명의신탁관계가 그대로 존속한다고 볼 수 없다. [2] 명의신탁관계는 반드시 신탁자와 수탁자 사이의 명시적 계약에 의하여만 성립하는 것이 아니라 묵시적 합의에 의하여도 성립할 수 있으나, 명시적인 계약이나 묵시적 합의가 인정되지 않는에도 명의신탁약정이 있었던 것으로 단정하거나 간주할 수는 없다(대판 2021. 7. 8, 2021다209225, 209232).

p.402. 추가

③ [다수의견] (가) 위 [판례]②의 태도는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다.
(나) 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 경우에도 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우와 마찬가지로 보아야 한다. 명의수탁자가 제3자에게 부동산에 관하여 근저당권을 설정하여 준 경우에 제3자는 부동산실명법 제4조 제3항에 따라

유효하게 근저당권을 취득한다. 이 경우 매도인의 부동산에 관한 소유권이전등기의무가 이행불능된 것은 아니므로, 명의신탁자는 여전히 매도인을 대위하여 명의수탁자의 부동산에 관한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기 등을 통하여 매도인으로부터 소유권을 이전받을 수 있지만, 그 소유권은 명의수탁자가 설정한 근저당권이 유효하게 남아 있는 상태의 것이다. 명의수탁자는 제3자에게 근저당권을 설정하여 줌으로써 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고, 명의신탁자는 매도인을 매개로 하더라도 피담보채무액만큼의 교환가치가 제한된 소유권만을 취득할 수밖에 없는 손해를 입은 한편, 매도인은 명의신탁자로부터 매매대금을 수령하여 매매계약의 목적을 달성하였으면서도 근저당권이 설정된 상태의 소유권을 이전하는 것에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않으므로 실질적인 손실을 입지 않는다. 따라서 **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(대판 2021. 9. 9, 2018다284233).

☞ **[예상지문]** (가) 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위 등으로 제3자에게 소유권이 이전되고 명의수탁자가 부동산의 처분대금이나 보상금 등을 취득하는 이익을 얻게 되더라도, 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환을 청구할 수 없다(X). ☞ 반대의견의 태도이다. 기존의 판례는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다는 다수의견과 달리 반대의견은 “이와 달리 다수의견이 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 직접적인 부당이득반환청구권을 인정하는 판례로 들고 있는 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결 등은 부동산실명법 시행 이후에는 더 이상 유지될 수 없으므로 변경되어야 한다.”고 한다.

(나) 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산에 관하여 근저당권을 설정한 경우에 명의수탁자는 매도인에 대하여 부당이득반환의무나 손해배상의무를 부담하고, 명의신탁자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하지 않는다(X). ☞ 이 역시 반대의견의 태도이다. 즉 **다수의견은 명의신탁자에게** 부당이득 반환의무를 **부담한다고** 하는 반면에, **반대의견은 매도인에 대하여** 부당이득반환의무나 손해배상의무를 **부담하고, 명의신탁자에 대하여** 부당이득반환의무를 **부담하지 않는다고** 한다.

p.403. 추가

② 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)이 **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**(대판 2021. 7. 21, 2019다266751). ☞ 실명화 등의 조치 없이 위 유예기간이 경과함으로써 같은 법 제12조 제1항, 제4조에 의해 명의신탁 약정은 무효로 되는 한편, 명의수탁자가 해당 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득하게 된다. 그런데 부동산실명법 제3조 및 제4조가 명의신탁자에게 소유권이 귀속되는 것을 막는 취지의 규정은 아니므로 명의수

탁자는 명의신탁자에게 자신이 취득한 해당 부동산을 부당이득으로 반환할 의무가 있다. 이와 같은 경우로 명의신탁자가 해당 부동산의 회복을 위해 명의수탁자에 대해 가지는 소유권이전등기청구권은 그 성질상 법률의 규정에 의한 부당이득반환청구권이다. 만일 명의수탁자가 신탁부동산을 처분하였다면, 앞서 본 바와 같은 처분대가에 관한 정산약정이 없는 경우라도 명의수탁자는 민법 제747조 제1항에 의하여 명의신탁자에게 그 부동산의 가액을 반환할 의무를 부담한다. 부동산실명법 시행 전에 명의수탁자가 신탁부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하기로 하는 정산약정을 한 경우 그러한 약정에 따른 법적 효과는 위와 같이 법률에 의하여 이미 명의신탁자에게 인정되는 권리의 범위 내에 속하는 것이라고 볼 수 있다. 따라서 위 약정이 애초부터 신탁부동산의 소유권을 취득할 수 없는 명의신탁자를 위하여 사후에 보완하는 방책에 해당한다거나 무효인 명의신탁 약정이 유효함을 전제로 명의신탁 부동산 자체 또는 그 처분대금의 반환을 구하는 범주에 든다고 보기 어렵다.

p.408. 추가

[비교판례] 명의수탁자가 양자간 명의신탁에 따라 명의신탁자로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 부동산을 임의로 처분한 행위가 형사상 횡령죄로 처벌되지 않더라도, 위 행위는 명의신탁자의 소유권을 침해하는 행위로서 형사상 횡령죄의 성립 여부와 관계없이 민법상 불법행위에 해당하여 명의수탁자는 명의신탁자에게 손해배상책임을 부담한다(대판 2021. 6. 3, 2016다34007).

p.418. 교체

(가) 토지소유자의 승낙을 얻어 그 토지에 분묘를 설치하는 경우 : 무상 원칙
당사자 간에 지료지급약정이 없으면 무상, 있으면 유상이다(대판 2021. 9. 16, 2017다271834, 271841).

(나) 분묘기지권을 시효취득하는 경우 : 유상 원칙
토지소유자가 지료를 청구하면 그 청구한 날부터의 지료를 지급하여야 한다(대판(전합) 2021. 4. 29, 2017다228007판결).

(다) 자기 소유 토지에 분묘를 설치한 사람이 그 토지를 양도하면서 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않음으로써 분묘기지권을 취득한 경우(관습법상 법정지상권 유사) : 유상 원칙
분묘기지권이 성립한 때부터 지료를 지급할 의무가 있다(대판 2021. 5. 27, 2020다295892판결).

[판례] ① 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 한다. 이와 같이 승낙에 의하여 성립하는 분묘기지권의 경우 성립 당시 토지 소유자와 분묘의 수호·관리자가 지료 지급의무의 존부나 범위 등에 관하여 약정을 하였다면 그 약정의 효력은 분묘 기지의 승계인에 대하여도 미친다(대판 2021. 9. 16, 2017다271834, 271841).

② 2000. 1. 12. 법률 제6158호로 전부 개정된 구 장사 등에 관한 법률(이하 '장사법'이라

한다)의 시행일인 2001. 1. 13. 이전에 타인의 토지에 분묘를 설치한 다음 20년간 평온·공연하게 분묘의 기지(기지)를 점유함으로써 분묘기지권을 시효로 취득하였더라도, 분묘기지권자는 토지소유자가 분묘기지에 관한 자료를 청구하면 그 **청구한 날부터의 자료를 지급할 의무가 있다**고 보아야 한다. 관습법으로 인정된 권리의 내용을 확정함에 있어서는 그 권리의 법적 성질과 인정 취지, 당사자 사이의 이익형량 및 전체 법질서와의 조화를 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다. 취득시효형 분묘기지권은 당사자의 합의에 의하지 않고 성립하는 지상권 유사의 권리이고, 그로 인하여 토지 소유권이 사실상 영구적으로 제한될 수 있다. 따라서 시효로 분묘기지권을 취득한 사람은 일정한 범위에서 토지소유자에게 토지 사용의 대가를 지급할 의무를 부담한다고 보는 것이 형평에 부합한다. **취득시효형 분묘기지권이** 관습법으로 인정되어 온 역사적·사회적 배경, 분묘를 둘러싸고 형성된 기존의 사실관계에 대한 당사자의 신뢰와 법적 안정성, 관습법상 권리로서의 분묘기지권의 특수성, 조리와 신의성실의 원칙 및 부동산의 계속적 용익관계에 관하여 이러한 가치를 구체화한 민법상 자료증감청구권 규정의 취지 등을 종합하여 볼 때, **시효로 분묘기지권을 취득한 사람은 토지소유자가 분묘기지에 관한 자료를 청구하면 그 청구한 날부터의 자료를 지급하여야 한다**고 봄이 타당하다[대판(전합) 2021. 4. 29, 2017다228007]. ☞ 이와 달리 분묘기지권을 시효로 취득하는 경우 분묘기지권자의 자료 지급의무가 분묘기지권이 성립됨과 동시에 발생한다는 취지의 대법원 1992. 6. 26. 선고 92다13936 판결 및 분묘기지권자가 자료를 지급할 필요가 없다는 취지로 판단한 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다37912 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

③ 자기 소유 토지에 분묘를 설치한 사람이 그 토지를 양도하면서 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않음으로써 분묘기지권을 취득한 경우, 특별한 사정이 없는 한 분묘기지권자는 분묘기지권이 성립한 때부터 토지 소유자에게 그 분묘의 기지에 대한 토지사용의 대가로서 **자료를 지급할 의무가 있다**(대판 2021. 5. 27, 2020다295892).

④ 자기 소유의 토지 위에 분묘를 설치한 후 토지의 소유권이 경매 등으로 타인에게 이전되면서 분묘기지권을 취득한 자가, 판결에 따라 분묘기지권에 관한 자료의 액수가 정해졌음에도 판결확정 후 책임 있는 사유로 상당한 기간 동안 자료의 지급을 지체하여 **지체된 자료가 판결확정 전후에 걸쳐 2년분 이상이 되는 경우**에는 민법 제287조를 유추적용하여 새로운 토지소유자는 분묘기지권자에 대하여 분묘기지권의 소멸을 청구할 수 있다. 분묘기지권자가 판결확정 후 자료지급 청구를 받았음에도 책임 있는 사유로 상당한 기간 자료의 지급을 지체한 경우에만 분묘기지권의 소멸을 청구할 수 있는 것은 아니다(대판 2015.7.23, 2015다206850).

p.423. 추가

[동지판례] **갑의 소유인 대지와 그 지상에 신축된 미등기건물을 을이 함께 양수한 후 건물에 대하여는 미등기상태로 두고 있다가 이중 대지에 대하여 강제경매가 실시된 결과 병이 이를 경락받아 그 소유권을 취득한 경우에는 을은 미등기인 건물을 처분할 수 있는 권리는 있을지언정 소유권은 가지고 있지 아니하므로 대지와 건물이 동일인의 소유에 속한 것이라고 볼 수 없어 법정지상권이 발생할 여지가 없다**(대판 1989. 2. 14, 88다카2592).

p.424. 추가

[판례] 관습상의 법정지상권의 성립 요건인 해당 토지와 건물의 소유권의 동일인예의 귀속과 그 후의 각기 다른 사람예의 귀속은 법의 보호를 받을 수 있는 권리변동으로 인한 것 이어야 하므로, 원래 동일인예에게의 소유권 귀속이 원인무효로 이루어졌다가 그 뒤 그 원인 무효임이 밝혀져 그 등기가 말소됨으로써 그 건물과 토지의 소유자가 달라지게 된 경우에는 관습상의 법정지상권을 허용할 수 없다(대판 1999. 3. 26, 98다64189).

p.450. 추가

[판례] 유치권자가 유치물을 점유하기 전에 발생한 채권(건축비채권)이라도 그 후 그 물건(건물)의 점유를 취득했다면 유치권은 성립한다(대판 1965. 3. 30, 64다1977).

p.452. 추가

☞ 대항력 없는 임대차에서 임대목적물의 소유자 변동이 있어 신소유자에게 임대차를 주장할 수는 없었지만, 건물의 소유자가 변동된 후에도 임차인에게 그 건물에 대한 유치권이 인정되어 비용지출 당시 불법점유가 아니라 적법점유로 인정된 사안.

p.460. 추가

② 채무자는 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(민법 제327조). 유치권 소멸청구는 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(대판 2021. 7. 29, 2019다216077).

p.481. 추가

☞ 위 [판례]②에서는 질권자가 피담보채권을 초과하여 질권의 목적이 된 금전채권을 추심한 경우 그 초과 부분은 질권설정자에 대한 관계에서 부당이득이 된다고 한 반면, 이 판례에서는 제3채무자가 질권자를 상대로 초과 지급 부분에 관하여 부당이득반환을 구할 수 있다고 한다. 이러한 차이는 이 판례는 입질채권의 발생원인인 계약관계에 무효 등의 흠이 있어 입질채권이 부존재하는 사안이었음에 대하여 위 [판례]②는 그러한 흠이 없었던 사안이었다는 점에서 기인하는 것으로 보인다.

p.482. 추가

② 갑과 한국토지주택공사가 체결한 아파트 임대차계약의 임대차보증금반환채권에 관한 근질권자인 을 주식회사가 임대차계약이 갱신되지 아니한 채 기간 만료로 종료되었다고 주장하며 임대인인 한국토지주택공사를 대위하여 갑을 상대로 아파트 인도를 구한 사안에서, 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 채권자

체의 소멸을 목적으로 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 한 것으로도 볼 수 없으므로, 이 경우에는 **민법 제352조의 제한을 받지 아니한다**(대판 2020. 7. 9, 2020다223781).

p.489. 추가

[판례2] 저당권의 피담보채권 범위에 관한 **민법 제360조 단서는 근저당권에 적용되지 않으므로** 근저당권의 피담보채권 중 **지연손해금도 근저당권의 채권최고액 한도에서 전액 담보된다**. 이는 근저당권의 피담보채권이 회생담보권인 경우라고 해서 달리 볼 이유가 없다(대판 2021. 10. 14, 2021다240851).

p.494. 추가

② 민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시 동일인의 소유에 속하던 토지와 건물 이 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), **가설건축물**은 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 **가설건축물**은 특별한 사정이 없는 한 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추지 못하여 **법정지상권이 성립하지 않는다**(대판 2021. 10. 28, 2020다224821).

p.511. 추가

4) 기타
[판례] 근저당권이 설정된 뒤 채무자 또는 근저당권설정자에 대하여 회생절차개시결정이 내려진 경우 근저당권의 피담보채무는 특별한 사정이 없는 한 회생절차개시결정을 기준으로 확정되므로, 확정 이후에 발생한 새로운 거래관계에서 발생한 원본채권이 근저당권에 의하여 담보될 여지는 없다(대판 2021. 1. 28, 2018다286994).

p.512. 추가

☞ 판례원문에 공동근저당권자가 스스로 경매신청한 경우라는 직접적인 언급은 없지만, 피담보채권의 확정시기가 “경매신청시”인 점에서 공동근저당권자가 스스로 경매신청한 사안임을 알 수 있다. 이와 같이 공동근저당권자가 스스로 경매신청한 경우에는 주채무자의 토지에 대하여만 근저당권이 실행된 경우라도 나머지 물상보증인의 토지에 대한 피담보채권도 함께 확정된다.

p.530. 추가

② [1] **가등기담보** 등에 관한 법률(이하 ‘가등기담보법’이라고 한다) 제3조, 제4조를 위반하여 적법한 청산절차를 거치지 아니한 채 담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우 그 본등기는 무효이다. 이때 가등기담보법 제2조 제2호에서 정한 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. [2] 가등기담보 등에 관한 법률(이하 '가등기담보법'이라고 한다) 제3조, 제4조의 청산절차를 위반하여 이루어진 담보가등기에 기한 본등기가 무효라고 하더라도 선의의 제3자가 그 본등기에 터 잡아 소유권이전등기를 마치는 등으로 담보목적부동산의 소유권을 취득하면, 가등기담보법 제2조 제2호에서 정한 채무자 등(이하 '채무자 등'이라고 한다)은 더 이상 가등기담보법 제11조 본문에 따라 채권자를 상대로 그 본등기의 말소를 청구할 수 없게 된다. 이 경우 그 반사적 효과로서 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(대판 2021. 10. 28, 2016다248325).

p.535. 추가

② 약한 의미의 양도담보 : 가등기담보등에관한법률이 시행되기 전에 채권자가 채권담보의 목적으로 부동산에 가등기를 경료하였다가 그 후 변제기까지 변제를 받지 못하게 되어 위 가등기에 기한 소유권이전의 본등기를 경료한 경우에는 당사자들 사이에 채무자가 변제기에 피담보채무를 변제하지 아니하면 채권채무관계는 소멸하고 부동산의 소유권이 확정적으로 채권자에게 귀속된다는 명시적 특약이 없는 한, 그 본등기도 채권담보의 목적으로 경료된 것으로서 정산절차를 예정하고 있는 이른바 '약한 의미의 양도담보'가 된 것으로 보아야 한다(대판 2005. 7. 15, 2003다46963).

p.557. 추가

[판례] ① 이식제한령 소정 범위를 초과한 이식은 무효이므로 이를 자동채권으로 하여 상계의 의사표시를 하였다 하여도 그 효력을 발생할 수 없다(대판 1963. 11. 21, 63다429). ② 계약상의 이자로서 이자제한법 소정의 제한이율을 초과하는 부분은 무효이고 이러한 제한초과의 이자에 대하여 준소비대차계약 또는 경계계약을 체결하더라도 그 초과 부분에 대하여는 효력이 생기지 아니한다(대판 1998. 10. 13, 98다17046).

p. 569. 추가

[판례] 확정기한의 채무의 경우 채무자는 기한이 도래한 때로부터 지체책임이 있다고 규정하고 있는 바, 채무자가 선이행의무의 확정기한인 이행기를 지나면

바로 이행지체에 빠진다고 할 것이고, 이처럼 일단 이행지체에 빠진 이상 그 후 채권자가 채무의 일부를 수령하였다고 하여 이행지체의 효과가 없어지고 기한의 정함이 없는 채무로 된다고 볼 수 없다(대판 1992.10.27, 91다483).

p.577. 추가

5. 후발적 일부불능

[판례] ① 계약의 일부의 이행이 불능인 경우에는 **이행이 가능한 나머지 부분만의 이행으로 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에만** 계약 전부의 해제가 가능하다(대판 1996. 2. 9, 94다57817). ☞ 불능으로 인한 무효는 원시적 불능에 한정되므로, 후발적 일부불능의 경우에는 제137조가 적용되어서는 안된다(지원림 민법강의 15판 p.1040.).

② 쌍무계약에 있어 당사자 일방이 부담하는 채무의 일부만이 채무자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는, 그 **이행이 불가능한 부분을 제외한 나머지 부분만의 이행으로 계약의 목적을 달성할 수 없다면** 채무의 이행은 **전부가 불능**이라고 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(대판 1995. 7. 25, 95다5929).

p.582. 추가

② **판결절차에서 부작위채무 또는 부대체적 작위채무의 이행을 명하면서 동시에 간접강제를 명할 수 있는지 여부(적극) 및 그 요건**


[다수의견] **부작위채무**에 관하여 판결절차의 변론종결 당시에 보아 부작위채무를 명하는 집행권원이 성립하더라도 채무자가 이를 단기간 내에 위반할 개연성이 있고, 또한 판결절차에서 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적절한 배상액을 산정할 수 있는 경우에는 **판결절차에서도** 채무불이행에 대한 **간접강제를 할 수 있다**. 또한 **부대체적 작위채무**에 관하여서도 판결절차의 변론종결 당시에 보아 집행권원이 성립하더라도 채무자가 부대체적 작위채무를 임의로 이행할 가능성이 없음이 명백하고, 판결절차에서 채무자에게 간접강제결정의 당부에 관하여 충분히 변론할 기회가 부여되었으며, 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적절한 배상액을 산정할 수 있는 경우에는 **판결절차에서도** 채무불이행에 대한 **간접강제를 할 수 있다**(대판 2021. 7. 22, 2020다248124). ☞ 반대의견은 판결절차에서 간접강제를 명할 수는 없다고 한다.

p.589. 추가

⑧ 계약의 일방당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용

[판례] ① 계약의 일방 당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용인 이른바 신뢰이익의 손해도 그러한 지출 사실을 **상대방이 알았거나 알 수 있었고 또 그것이 통상적인 지출비용의 범위 내에 속한다면** 그에 대하여도 이행이익의 한도 내에서 배상을 청구할 수 있다(대판 1999. 7. 27, 99다13621).

② 채무불이행을 이유로 계약해제와 아울러 손해배상을 청구하는 경우에 그 계약이행으로 인하여 채권자가 얻을 이익 즉 이행이익의 배상을 구하는 것이 원칙

이지만, 그에 갈음하여 그 계약이 이행되리라고 믿고 채권자가 지출한 비용 즉 신뢰이익의 배상을 구할 수도 있다고 할 것이고, 그 신뢰이익 중 계약의 체결과 이행을 위하여 **통상적으로 지출되는 비용은 통상의 손해**로서 상대방이 알았거나 알 수 있었는지의 여부와는 관계없이 그 배상을 구할 수 있고, **이를 초과하여 지출되는 비용은 특별한 사정으로 인한 손해**로서 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었던 경우에 한하여 그 배상을 구할 수 있다고 할 것이고, 다만 그 신뢰이익은 과잉배상금지의 원칙에 비추어 이행이익의 범위를 초과할 수 없다(대판 2002. 6. 11, 2002다2539 판결).  초기에는 ①과 같이 판시하였으나, 이후에는 ②와 같이 판시하고 있다.

p.597. 추가

[판례] 지체상금이 손해배상의 예정으로 인정되어 이를 감액함에 있어서는 채무자가 계약을 위반한 경위 등 제반사정이 참작되므로 **손해배상액의 감경에 앞서 채권자의 과실 등을 들어 따로 감경할 필요는 없다**(대판 2002. 1. 25, 99다57126).

p.601. 추가 및 교체

(2) 판례의 태도

[판례] 민법 제400조는 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 효과**로서 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.** 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. 이와 같이 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**(대법원 2021. 10. 28. 선고 2019다293036).

(3) 요건검토

(ㄱ) 채권자지체가 되려면 채무자의 채무의 내용에 좇은 이행의 제공(변제의 제공)이 있어야 한다.

(ㄴ) 판례에 따르면 채권자지체의 성립에 채권자의 귀책사유는 요구되지 않는다.

(4) 입증

채권자지체의 성립은 채무자가 입증하여야 한다. 즉 채무자는 이행의 제공 및 채권자의 지체 사실에 대한 입증책임을 진다(채무불이행과 역으로 생각하면 된다).

p.602. (2) 교체

채권자지체로 인한 채권을 채무불이행책임으로 보면 손해배상 및 계약해제권을 행사할 수 있지만, 판례는 원칙적으로 채권자에게 민법 규정에 따른 일정한 책임이 인정되는 것 외에, 채무자가 채권자에 대하여 일반적인 채무불이행책임과 마찬가지로 손해배상이나 계약 해제를 주장할 수는 없다고 한다.

p. 604. 추가

[판례] 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 것인바, 피대위자인 채무자가 실존인물이 아니거나 사망한 사람인 경우 역시 피보전채권인 채권자의 채무자에 대한 권리를 인정할 수 없는 경우에 해당하므로 그러한 채권자대위소송은 당사자적격이 없어 부적법하다(대판 2021. 7. 21, 2020다300893).

p.616. (4) 추가 및 아랫부분 교체

(4) 채권자취소권을 행사하려면 채무자에 대하여 채권을 행사할 수 있음이 전제되어야 할 것인데, 채권자의 채무자에 대한 소유권이전등기청구소송이나 손해배상청구소송이 패소확정되어 행사할 수 없게 되었다면 소유권이전등기청구권이나 손해배상청구권을 행사하기 위하여 채무자의 제3자에 대한 소유권이전등기의 말소를 구하는 사해행위취소청구도 인용될 수 없다(대판 1993. 2. 12, 92다25151).

(4) 채권자취소권은 사해행위로 이루어진 채무자의 재산처분행위를 취소하고 그 원상회복을 구하기 위한 권리로서 사해행위에 의해 일탈된 채무자의 책임재산을 총채권자를 위하여 채무자에게 복귀시키기 위한 것이지 채권자취소권을 행사하는 특정 채권자에게만 독점적 만족을 주기 위한 권리가 아니다(대판 2010.5.27., 2007다40802).

[판례1] ① 채권자취소권(사해행위취소권)은 채권자의 공동담보인 채무자의 책임재산의 감소를 방지하기 위한 것이므로 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여는 채권자취소권을 행사할 수 없다(대판 1988. 2. 23, 87다카1586).

② 채권자취소권을 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으므로, 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기 청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 **이중양도행위에 대하여** 채권자취소권을 행사할 수 없다(대판 1999.4.27, 98다56690).

[판례2] **사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자**는 채권의 취득 당시에 사해행위 취소에 의하여 회복되는 재산을 채권자의 공동담보로 파악하지 아니한 자로서 민법 제407조에 정한 사해행위취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자에 **포함되지 아니한다**(대판 2009.6.23, 2009다18502).

p.620. 추가

② 채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 경우, 매각 목적이 채무를 변제하거나 변제자력을 얻기 위한 것이고 대금이 부당한 염가가 아니며 실제 이를 채권자에 대한 변제에 사용하거나 변제자력을 유지하고 있는 때에는 채무자가 일부 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해칠 의사를 가지고 변제를 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, **사해행위에 해당한다고 볼 수 없다**. 이러한 법리는 유일한 재산으로서 영업재산과 영업권이 유기적으로 결합된 일체로서 영업을 양도하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2021. 10. 28, 2018다223023).

p.621. 추가

[판례] 주채무자 또는 제3자 소유의 부동산에 대하여 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 **채권자에게 우선변제권이 확보되어 있다면** 그 범위 내에서는 채무자의 재산처분행위는 채권자를 해하지 아니하므로 그 담보물로부터 **우선변제받을 액을 공제한 나머지 채권액에 대하여만** 채권자취소권이 인정된다(대판 2002. 4. 12, 2000다63912).

p.622. (ㄴ)에 추가

저당권이 설정되어 있는 목적물의 경우 목적물 중에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이므로,

p.622. 추가

③ [1] 가등기에 기하여 본등기가 마쳐진 경우 **가등기의 원인인 법률행위와 본등기의 원인인 법률행위가 다르지 않다면** 사해행위 요건의 구비 여부는 **가등기의 원인인 법률행위를 기준으로** 하여 판단해야 한다. 그러나 **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. [2] 채무자가 유일한 재산인 부동산에 관하여 **가등기의 효력이 소멸한 상태에서 새로 매매계약을 체결하고 말소되어야 할 가등기를 기초로 하여 본등기를 한 행위**는 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(대판 2021. 9. 30, 2019다

266409).

p.632. 비교판례 ②추가

② 사해행위 당시 어느 부동산이 가압류되어 있다는 사정은 채권자 평등의 원칙상 채권자의 공동담보로서 그 부동산의 가치에 아무런 영향을 미치지 아니하므로, 가압류가 된 여부나 그 청구채권액의 다과에 관계없이 그 부동산 전부에 대하여 사해행위가 성립하고, 따라서 사해행위 후 수익자 또는 전득자가 그 가압류 청구채권을 변제하거나 채권액 상당을 해방공탁하여 가압류를 해제시키거나 또는 그 집행을 취소시켰다 하더라도, 법원이 사해행위를 취소하면서 원상회복으로 원물반환 대신 가액배상을 명하여야 하거나, 다른 사정으로 가액배상을 명하는 경우에도 그 변제액을 공제할 것은 아니다(대판 2003. 2. 11, 2002다37474).

p.637. 추가

그리고 각각의 유형에 기본적으로 “①대외관계, ②1인에게 생긴 사유의 효력(절대효, 상대효), ③대내관계(구상관계)”의 3가지 쟁점이 문제된다.

p.641. 추가

[판례] 상가건물 임대차보호법 제3조는 ‘대항력 등’이라는 표제로 제1항에서 대항력의 요건을 정하고, 제2항에서 “임차건물의 양수인(그 밖에 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다.”라고 정하고 있다. 이 조항은 임차인이 취득하는 대항력의 내용을 정한 것으로, 상가건물의 임차인이 제3자에 대한 대항력을 취득한 다음 임차건물의 양도 등으로 소유자가 변동된 경우에는 양수인 등 새로운 소유자(이하 ‘양수인’이라 한다)가 임대인의 지위를 당연히 승계한다는 의미이다. 소유권 변동의 원인이 매매 등 법률행위든 상속·경매 등 법률의 규정이든 상관없이 이 규정이 적용되므로, 상속에 따라 임차건물의 소유권을 취득한 자도 위 조항에서 말하는 임차건물의 양수인에 해당한다. 임대인 지위를 공동으로 승계한 공동임대인들의 임차보증금 반환채무는 성질상 불가분 채무에 해당한다(대판 2021. 1. 28, 2015다59801).

p.653. 추가

② 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(대판 2021. 1. 28, 2019다207141).

p.656. 추가

☞ 이 판결의 사안은 보증인이 제434조에 의하여 상계하는 것은 타법률(채무자회생법)에 의하여 금지되고, 채권자가 상계하는 것만 가능했던 사안이었다. 즉 구 건설산업기본법(2011. 5. 24. 법률 제10719호로 개정되기 전의 것)에 따라 계약보증을 한 건설공제조합

이 민법 제434조에 따라 채무자의 채권에 의한 상계로 보증채권자에게 대항할 수 있다고 하더라도 법률상 상계가 금지되는 경우까지 이를 허용할 수는 없다. 그런데 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다) 제131조 본문에서 채무자회생법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 회생채권의 소멸금지를 정하고 있다. 따라서 특별한 규정이 없는 한 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 경우 건설공제조합이 민법 제434조에 따른 상계로 보증채권자의 회생채권을 소멸시킬 수는 없다고 보아야 한다.

p.679. 추가

민법 제451조 제1항 본문은 “채무자가 이의를 보류하지 아니하고 전조의 승낙을 한 때에는 양도인에게 대항할 수 있는 사유로써 양수인에게 대항하지 못한다.”라고 정하고 있다. **채무자가 이 조항에 따른 이의를 보류하지 않은 승낙을 할 때에 명시적으로 항변사유를 포기한다거나 양도되는 채권에 대하여 이의가 없다는 뜻을 표시할 것까지 요구하지는 않는다**(대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다222962 판결).

p.681. 추가

[판례] 지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 않으면 채무자에게 대항하지 못한다(민법 제450조 제1항). 채무자가 채권양도 통지를 받은 경우 채무자는 그때까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있고(제451조 제2항), 당시 이미 상계할 수 있는 원인이 있었던 경우에는 아직 상계적상에 있지 않더라도 그 후에 상계적상에 이르면 채무자는 양수인에 대하여 상계로 대항할 수 있다(대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다222962 판결).

p.690. 추가

[판례] 계약당사자로서 지위 승계를 목적으로 하는 **계약인수**는 계약으로부터 발생하는 채권·채무의 이전 외에 계약관계로부터 생기는 해제권 등 포괄적 권리의무의 양도를 포함하는 것으로서, 계약인수가 적법하게 이루어지면 양도인은 계약관계에서 탈퇴하게 되고, 계약인수 후에는 양도인의 면책을 유보하였다는 등 특별한 사정이 없는 한 잔류당사자와 양도인 사이에는 계약관계가 존재하지 않게 되며 그에 따른 채권채무관계도 소멸하지만, 이러한 계약인수는 양도인과 양수인 및 잔류당사자의 합의에 의한 **삼면계약**으로 이루어지는 것이 통상적이며 **관계당사자 3인 중 2인의 합의가 선행된 경우에는 나머지 당사자가 이를 동의 내지 승낙하여야 그 효력이 생긴다**. 이러한 계약인수가 이루어지면 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 법적인 성질과 요건을 달리하므로, **채무자 보호를 위해 개별 채권양도에서 요구되는 대항요건은 계약인수에서는 별도로 요구되지 않는다**(대판 2020. 12. 10. 2020다245958).

p.693. 추가

① 민법 제469조에 정한 바에 따라 채무의 변제는 제3자도 할 수 있는 것인바, 제3자가 타인의 채무를 변제하여 그 채무를 소멸시키기 위하여는 제3자가 타인의 채무를 변제한다는 의사를 가지고 있었음을 요건으로 하고 이러한 의사는 타인의 채무변제임을 나타내는 변제지정을 통하여 표시되어야 할 것이지만, 채권자가 변제를 수령하면서 제3자가 타인의 채무를 변제하는 것이라는 사실을 인식하였다면 타인의 채무변제라는 지정이 있었다고 볼 수 있다(대판 2010. 2. 11, 2009다71558).

p.694. 추가

건물의 매수인 겸 임차인이 건물의 공사금채무의 변제에 대하여 채무를 변제할 이해관계 있는 제3자이자 변제할 정당한 이익이 있는 자에 해당한다고 본 사례 :

p.695. 추가

③ 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 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(대판 2020. 12. 24, 2016다259851).

p.703. 추가

그리고 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 법정충당의 행하여지는 것이다(대판 2021. 10. 28, 2021다247937, 247951, 247968).

p.708. 추가

〈참고지문(2014년 변호사시험)〉 甲은 乙에게 1억 원을 대여하면서 乙 소유인 X 토지에 관하여 근저당권을 설정받았다. 丙은 乙의 부탁을 받고 乙의 위 채무를 보증하였다. 변제기가 도래하였음에도 乙이 채무를 변제하지 않고 있어 丙이 보증채무를 모두 변제하였다. 이후 丙이 X 토지상의 근저당권에 관하여 자신의 명의로 부기등기를 경료하지 않고 있는 사이에 乙은 다시 丁으로부터 금원을 차용하고 丁에게 제2순위 근저당권을 설정하여 주었다. X 토지가 경매되는 경우 丙이 변제사실을 증명하여 배당요구하면 丙은 丁보다 우선하여 배당받을 수 있다 (○).

p.712. 추가

③ 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 면한다(대판 1996. 12. 6, 96다35774).

p.721. 추가

(가) 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우 쌍방 채무의 이행기가 도래한 때에는 각 채무자는 대등액에 관하여 상계할 수 있다(민법 제492조 제1항). 민법 제492조 제1항에서 정한 ‘채무의 이행기가 도래한 때’는 **채권자가 채무자에게 이행의 청구를 할 수 있는 시기가 도래하였음을 의미**하고 채무자가 **이행지체에 빠지는 시기를 말하는 것이 아니다**(대판 2021. 5. 7, 2018다25946).

p.727. 추가1

② 당사자 쌍방의 채무가 서로 상계적상에 있다 하더라도, 별도의 의사표시 없이도 상계된 것으로 한다는 특약이 없는 한, 그 자체만으로 상계로 인한 채무 소멸의 효력이 생기는 것은 아니고 상계의 의사표시를 기다려 비로소 상계로 인한 채무 소멸의 효력이 생긴다(대판 2000. 9. 8, 99다6524).

p.727. 추가2

① 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 한다. 민법 제626조 제2항은 임차인이 유익비를 지출한 경우에는 임대인은 임대차 종료 시에 그 가액의 증가가 현존한 때에 한하여 임차인의 지출한 금액이나 그 증가액을 상환하여야 한다고 규정하고 있으므로, **임차인의 유익비상환채권은 임대차계약이 종료한 때에 비로소 발생**한다고 보아야 한다. 따라서 **임대차 존속 중 임대인의 구상금채권의 소멸시효가 완성된 경우**에 는 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**(대판 2021. 2. 10, 2017다258787).

p.769. 추가1

[판례] 제3자를 위한 계약의 당사자가 아닌 수익자는 **계약의 해제권이나 해제를 원인으로 한 원상회복청구권**이 있다고 볼 수 없다(대판 1994. 8. 12, 92다41559).

p.769. 추가2

[판례] 제3자를 위한 계약에 있어서 수익의 의사표시를 한 수익자는 낙약자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 요약자가 계약을 해제한 경우에는 낙약자에게 자기가 입은 손해의 배상을 청구할 수 있는 것이므로, 수익자가 완성된 목적물의 하자로 인하여 손해를 입었다면 수급인은 그 손해를 배상할 의무가 있다(대판 1994. 8. 12, 92다41559).

p.769. 교체

1) 학설 및 기존 판례의 태도
수익자인 「제3자」에 대해서는 민법상 제3자 보호규정이 적용되지 않는다는 것이 다수설이다. 기존 판례도 판결요지는 아니지만 판결이유에서 “제3자를 위한 계약에서의 제3자가 계약해제시 보호되는 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당하지 않음은 물론(대판 2005. 7. 22, 2005다7566, 7573)”이라고 한 적이 있다.

2) 최신판례의 태도
계약해제의 소급효가 제한되는 제3자는 일반적으로 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐만 아니라 등기, 인도 등으로 권리를 취득한 사람을 말한다. 나아가 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(대판 2021. 8. 19, 2018다244976). 이 판결 전까지 기출문제도 1)의 다수설 및 판례에 따라 출제되어왔다. 하지만 이에 배치되는 판례가 나왔으므로 주의를 요한다.

p.776. 추가1

① 계약해제권의 발생사유인 이행지체라 함은 채무의 이행이 가능한데도 채무자가 그 이행을 도과한 것을 말하는 것이어서 그 이행기가 도래하기 전에는 이행지체란 있을 수 없고, 조합채권의 추심은 원칙적으로 조합원 전원이 공동으로 행하여야 한다(대판 2021. 7. 8, 2020다290804).

p.776. 추가2

그리고 채무자의 급부불이행 사정을 들어 계약을 해제하겠다는 통지를 한 때에는 특별히 그 급부의 수량을 거부하는 취지가 포함되어 있지 아니하는 한 그로써 이행의 최고가 있었다고 볼 수 있으며, 그로부터 상당한 기간이 경과하도록 이행되지 아니하였다면 채권자는 계약을 해제할 수 있다(대판 2017. 9. 21, 2013다58668).

p.782. 추가

② 매매계약이 해제된 경우에 매수인이 목적물을 인도받아 사용하였다면 원상회복으로서 그 목적물을 반환하는 외에 그 사용이익을 반환할 의무를 부담하고, 여기에서 사용이익의 반환의무는 부당이득 반환의무에 해당하므로, 특별한 사정이 없는 한 매수인이 점유·사용한 기간 동안 그 재산으로부터 통상 수익할 수 있을 것으로 예상되는 이익, 즉 임료 상당액을 매수인이 반환하여야 할 사용이익으로 보아야 한다(대판 2021. 7. 8, 2020다

290804).

p.800. 추가

☞ 제587조는 물건변동에 관하여 대항요건주의를 취하고 있는 일본민법에서 유래한 것으로, 우리 민법은 성립요건주의라는 점에서 태생적으로 체계상 문제가 있는 조문이다. 어차피 있는 조문이니 조화롭게 해석해보자는 시도들도 물론 있지만, 아예 삭제해야한다는 견해도 있는 실정이다. 따라서 태생적으로 문제가 있는 조문을 체계적으로 완벽하게 이해한다는 것은 어불성설이므로 이 부분을 학습할 때에는 객관식 문제를 풀 수 있을 정도로만 대비한다는 생각으로 조문과 판례의 태도만 정확히 정리해 두면 충분할 것이다.

p.803. 추가

[판례] 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 공유**라고 해도 마찬가지이다(대판 2021. 6. 24, 2021다220666).

p.808. 교체

(ㄴ) 물건의 하자는 포함되지 않고, 권리의 하자만이 포함된다(제580조 제2항). 이는 경매의 결과를 확실하게 하기 위해서이다. 다만 채무자가 물건의 흠결을 알고 고지하지 아니하거나 채권자가 이를 알고 경매를 청구한 때에는 경락인은 그 흠결을 안 채무자나 채권자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다(제578조 제3항).

[참고지문] 1. 경매에 의하여 목적물을 매수한 경우, 물건의 하자에 대하여 매도인에게 담보책임을 물을 수 있다(×, §580②). <2015년 공인노무사>

2. 甲의 채권자 丙이 甲소유의 물건에 흠결이 있다는 것을 안 상태에서 담보권 실행을 위한 경매를 신청하였고 乙이 그 물건을 경락받은 경우, 乙은 그 물건에 흠결이 있음을 이유로 丙에게 손해배상을 청구할 수 없다(×, §578③). <2018년 변리사>

p.810. 추가

② 매매의 목적물에 하자가 있는 경우 매도인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결 참조). 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**(대판 2021. 4. 8, 2017

다202050).

p. 817. 추가

(4) 소비대차의 실효 등

제599조(파산과 소비대차의 실효)

대주가 목적물을 차주에게 인도하기 전에 당사자 일방이 파산선고를 받은 때에는 소비대차는 그 효력을 잃는다.

민법 제2조 제1항은 신의성실의 원칙에 관하여 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.”라고 정한다. 이 원칙은 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신의를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해서는 안 된다는 추상적 규범으로서 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로 작용하고 있다. 한편 민법 제536조 제2항에 정한 ‘선이행의무를 지고 있는 당사자가 상대방의 이행이 곤란한 현저한 사유가 있는 때에 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 경우’란 선이행채무를 지게 된 채권자가 계약 성립 후 채무자의 신용불안이나 재산상태의 악화 등의 사정으로 반대급부를 이행받을 수 없는 사정변경이 생기고 이로 인하여 당초의 계약내용에 따른 선이행의무를 이행케 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우를 말하는 것이고, 이와 같은 사유는 당사자 쌍방의 사정을 종합하여 판단하여야 한다. 나아가 민법 제599조는 “대주가 목적물을 차주에게 인도하기 전에 당사자 일방이 파산선고를 받은 때에는 소비대차는 그 효력을 잃는다.”라고 정한다. 위 규정의 취지는 소비대차계약의 목적물이 인도되기 전에 당사자의 일방이 파산한 경우에는 당사자 사이의 신뢰관계가 깨어져 당초의 계약관계를 유지하는 것이 타당하지 아니한 사정변경을 반영한 것이다. 위와 같은 규정의 내용과 그 입법 취지에 비추어 보면, **금전소비대차계약이 성립된 이후에 차주의 신용불안이나 재산상태의 현저한 변경이 생겨 장차 대주의 대여금반환청구권 행사가 위태롭게 되는 등 사정변경이 생기고 이로 인하여 당초의 계약내용에 따른 대여의무를 이행케 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우에 대주는 대여의무의 이행을 거절할 수 있다**고 보아야 한다(대법원 2021. 10. 28. 선고 2017다224302).

p.825. 추가

[판례] 임대인은 임차인이 목적물을 사용·수익할 수 있도록 목적물을 임차인에게 인도하여야 한다(민법 제623조 전단). 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 장애가 없도록 해야만 한다. **임대인의 임차목적물의 사용·수익상태 유지의무는 임대인 자신에게 귀책사유가 있어 하자가 발생한 경우는 물론, 자신에게 귀책사유가 없이 하자가 발생한 경우에도 면해지지 아니한다. 또한 임대인이 그와 같은 하자 발생 사실을 몰랐거나 반대로 임차인이 이를 알거나 알 수 있었다고 하더라도 마찬가지이다**(대판 2021. 4. 29. 2021다202309).

p.842. 추가

⑩ 임대차계약서에 임차인의 원상복구의무를 규정하고 원상복구비용을 임대차보증금에서 공제할 수 있는 것으로 약정하였다 하더라도 **임대인이 원상복구할 의사 없이 임차인이 설치한 시설을 그대로 이용하여 타에 다시 임대하려 하는 경우에는 원상복구비용을 임대차보증금에서 공제할 수 없다**(대판 2002. 12. 10, 2002다52657).

p.843. 추가

② 임대차계약이 종료되면 임차인은 목적물을 반환하고 임대인은 연체차임을 공제한 나머지 보증금을 반환해야 한다. 이러한 임차인의 목적물반환의무와 임대인의 보증금반환의무는 **동시이행관계**에 있으므로, 임대인이 임대차보증금의 반환의무를 이행하거나 적법하게 이행제공을 하는 등으로 임차인의 동시이행항변권을 상실시키지 않은 이상, 임대차계약 종료 후 **임차인이 목적물을 계속 점유**하더라도 그 점유를 **불법점유**라고 할 수 없고 **임차인은 이에 대한 손해배상의무를 지지 않는다**. 그러나 임차인이 그러한 **동시이행항변권을 상실하였는데도 목적물의 반환을 계속 거부하면서 점유**하고 있다면, 달리 점유에 관한 적법한 권원이 인정될 수 있는 특별한 사정이 없는 한 이러한 점유는 **적어도 과실에 의한 점유로서 불법행위를 구성한다**(대판 2020. 5. 14, 2019다252042).

p.844. 추가

② 주택의 **공동임차인 중 1인이라도** 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 정한 **대항력 요건**을 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 마찬가지**이다. 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(대판 2021. 10. 28, 2021다238650).

p.857. 추가

[판례] 도급계약에 따라 완성된 목적물에 하자가 있는 경우, 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다. **민법 제669조 본문은** 완성된 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 수급인의 하자담보책임에 관한 규정이 적용되지 않는다고 정하고 있다. 그러나 이 규정은 **수급인의 하자담보책임이 아니라 민법 제390조에 따른 채무불이행책임에는 적용되지 않는다**(대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다268252 판결). 완성된 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에도 수급인에게 귀책사유가 있으면 채무불이행책임은 질 수 있다.

p.859. 추가

④ 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 진행되는 것이 원칙이나, 그 하자가 건물의 인도 당시부터 이미 존재하고 있는 경우에는 이와 관련한 하자보수를 갈음하는 손해배상채권의 소멸시효기간은 건물을 인도한 날부터 진행한다(대판 2021. 8. 12, 2021다210195).

p.862. 추가

[비교판례] 건축도급계약시 도급인과 수급인 사이에 준공기한내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약에서 정한 지체상금율을 계약금액에 곱하여 산출한 금액을 지체상금으로 지급하도록 약정한 경우 이는 수급인이 완공예정일을 지나서 공사를 완료하였을 경우에 그 지체일수에 따른 손해배상의 예정을 약정한 것이지 공사로중에 도급계약이 해제되어 수급인이 공사를 완료하지 아니한 경우에는 지체상금을 논할 여지가 없다(대판 1989. 9. 12, 88다카15901, 15918). 송덕수 교수는 전자와 후자의 판례를 “반대의 판례”라고 소개하신다(송덕수 저. 채권법각론 제5판 p.343.).

p.881. 추가

5. 조합원의 업무, 재산상태 검사권

제710조(조합원의 업무, 재산상태검사권)
 각 조합원은 언제든지 조합의 업무 및 재산상태를 검사할 수 있다.

[판례] 민법 제710조는 ‘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**(대법원 2021. 1. 14. 선고 2020다222580).

p.888. 추가1

[판례] 민법상 조합에서 조합원의 제명은 **정당한 사유가 있는 때에 한하여 다른 조합원의 일치로써 결정한다**(제718조 제1항). 여기에서 ‘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(대판 2021. 10. 28, 2017다200702).

p.888. 추가2

② 탈퇴한 조합원은 **탈퇴 당시**의 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(대판 2021. 7. 29, 2019다207851).

p.890. 추가

[판례] 화해계약이 성립하기 위해서는 분쟁이 된 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 서로 양보함으로써 분쟁을 끝내기로 하는 의사 합의가 있어야 하는데, 화해계약이 성립한 이후에는 그 목적이 된 사항에 관하여 나중에 다시 이행을 구하는 등으로 다룰 수 없는 것이 원칙이므로, 당사자가 한 행위나 의사표시의 해석을 통하여 묵시적으로 그와 같은 의사 합의가 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 이익을 제기하지 않았다는 사정만으로는 **묵시적 화해계약이 성립하였다고 보기 어렵다**(대판 2021. 9. 9, 2016다203933).

p.908. 추가

상가건물 구분소유자가 그 건물의 공용부분인 복도와 로비에 골프연습장의 부대시설을 설치하고 골프연습장 내부공간처럼 사용하고 있는 경우 그 구분소유자에게 부당이득반환의무를 인정한 사안.

p.924. 추가

[판례] [1] 불법행위로 인한 손해배상청구권은 **현실적으로 손해가 발생한 때**에 성립하는 것이고, 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다. [2] 토지 소유자 갑 주식회사 등이 인접 토지와 그 지상의 유류저장소를 취득한 을 등을 상대로 위 유류저장소에서 유류가 유출되어 토양오염이 되었음을 이유로 오염토양 정화비용 등의 손해배상을 구한 사안에서, **을 등이 인접 토지와 유류저장소에 대한 각 소유권을 취득한 이후 추가로 갑 회사 등 소유의 토지에 토양오염을 유발한 사실이 인정되면, 을 등은 토양환경보전법 제10조의3 제1항에 따른 오염토양 정화 의무를 부담하고, 을 등이 이러한 의무를 이행하지 않음에 따라 갑 회사 등은 토지 소유권을 완전하게 행사하기 위하여 자신들의 비용으로 오염토양을 정화할 수밖에 없으므로, 사회통념상 오염토양 정화비용 상당의 손해가 갑 회사 등에 현실적으로 발생한 것으로 볼 수 있다.** 손해가 갑 회사 등에 현실적으로 발생하지 않았다고 본 원심판단에는 손해발생에 관한 법리오해 등의 잘못이 있다(대판 2021. 3. 11, 2017다179, 186).

p.927. 추가

② 정신질환자가 심신상실 중에 타인에게 손해를 가하여 배상의 책임이 없는 경우에는 민법 제755조 제1항에 따라 그를 감독할 법정 의무 있는 자가 손해를 배상할 책임이 있다. **정신질환자가 책임능력이 있는 경우에도 그 손해가 감독의무자의 감독의무 위반과 인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 민법 제750조에 따라 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 전적으**

로 통제하고 그 행동으로 인한 모든 결과를 방지해야 하는 일반적인 의무가 아니라 구 정 신보건법 등 관련 법령의 취지, 신의성실의 원칙, 형평의 원칙 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 제한된 범위에서의 의무라고 해석함이 타당하다(대판 2021. 7. 29, 2018다 228486).

p.930. 추가

② [1] 민법 제756조 본문은 사용자책임의 성립 요건에 관하여 “타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 정하고 있다. 여기에서 ‘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. [2] 갑 주식회사의 근로자인 을 등이 동료 여성 근로자인 병을 성적 대상으로 한 발언을 옮겨 전하는 한편 병에게 위와 같이 전해 들은 말이 사실인지 묻기도 하였고, 이러한 을 등의 발언으로 갑 회사의 근로자들 사이에 병에 대한 허위 소문이 유포되었는데, 이에 병이 갑 회사를 상대로 사용자책임에 기한 손해배상을 구한 사안에서, 갑 회사는 병에 대하여 직장 내 성희롱에 해당하는 을 등의 발언으로 인한 사용자책임을 부담한다고 본 원 심판단이 정당하다(대판 2021. 9. 16, 2021다219529).

p.938. 추가

⑤ 금전을 대여한 채권자가 고의 또는 과실로 이자제한법을 위반하여 최고이자율을 초과하는 이자를 받아 채무자에게 손해를 입힌 경우에는 특별한 사정이 없는 한 민법 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(대판 2021. 2. 25, 2020다230239).

p.940. 추가

② 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 내

에서 다른 나머지 청구권도 소멸하는 관계에 있다(대법원 1993. 4. 27. 선고 92다56087 판결 등 참조). 따라서 채무자가 **부당이득반환채무를 변제**하였다면 그와 경합관계에 있는 손해배상채무도 소멸한다. **이때 불법행위로 인한 손해배상채무에 관하여 채무자와 함께 공동불법행위책임을 부담하는 자가 있고, 채무자의 위와 같은 변제가 공동불법행위자들 내부 관계에서 인정되는 자기의 부담 부분을 초과한 것이라면**, 채무자는 다른 공동불법행위자에게 공동 면책을 이유로 그 **부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다**(대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다19378 판결, 대법원 2017. 11. 29. 선고 2016다229980 판결 등 참조)(대판 2021. 6. 10, 2019다226005).

<출제가능지문> A의 甲에 대한 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권이 경합하여 병존하고 甲과 함께 A에 대하여 공동불법행위책임을 부담하는 乙이 있는 상황에서 甲이 A에게 자기의 부담 부분을 초과하여 부당이득반환채무를 변제하였다. 이 때 부당이득반환채무의 변제는 별개의 소송물인 불법행위로 인한 손해배상채무에는 아무런 영향이 없으므로 甲은 다른 공동불법행위자인 乙에게 공동 면책을 이유로 부담 부분의 비율에 따른 구상권을 행사할 수 없다(×).

p.951. 추가

② [1] 불법행위로 인한 손해배상청구권은 민법 제766조 제1항에 따라 피해자나 그 법정 대리인이 그 손해와 가해자를 안 날부터 3년간 행사하지 않으면 소멸시효가 완성한다. 여기에서 **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. 이와 같이 새로이 발생하거나 확대된 손해 부분에 대해서는 **그러한 사유가 판명된 때부터** 민법 제766조 제1항에서 정한 소멸시효 기간이 진행된다. 전문적인 감정 등을 통해서 상해를 입은 피해자의 여명에 관한 예측을 토대로 손해배상의 범위가 결정되어 소송 또는 합의 등을 통하여 정기금 지급방식이 아닌 일시금 지급방식으로 배상이 이루어졌는데, 이후 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 소멸시효 기간이 진행된다. [2] 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 법원으로서의 손해배상을 일시금 지급방식으로 정하는 데 더욱 신중을 기할 필요가 있다(대판 2021. 7. 29, 2016다11257).

p.953. 추가

③ [1] 민법 제766조 제2항에 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 장기사멸시효의 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.** [2] 갑이 초등학교 재학 중 테니스 코치 을로부터 성폭행을 당하였는데, 약 15년 후 갑이 을과 우연히 마주쳤고 성폭력 피해 기억이 떠오르는 충격을 받아 3일간의 기억을 잃고 빈번한 악몽, 불안, 분노 등을 겪으면서 ‘외상 후 스트레스 장애’ 진단을 받게 되어, 을을 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 갑이 성인이 되어 을을 우연히 만나기 전까지는 잠재적·부동적인 상태에 있었던 손해가 을을 만나 정신적 고통이 심화되어 외상 후 스트레스 장애 진단을 받음으로써 객관적·구체적으로 발생하여 현실화되었다고 볼 수 있으므로, 갑이 전문가로부터 **성범죄로 인한 외상 후 스트레스 장애가 발현되었다는 진단을 받은 때** 비로소 불법행위로 인한 외상 후 스트레스 장애라는 손해 발생이 현실적인 것이 되었고, 이때부터 민법 제766조 제2항에 의한 소멸시효가 진행된다고 보는 것이 타당하다(대판 2021. 8. 19, 2019다297137).