

**기초적 사실관계 /**

甲은 2014. 9. 25. 乙에게 자신 소유의 A주택을 8억 원에 매도하면서, 계약금 8,000만 원은 당일에, 중도금 4억 2,000만 원은 2014. 10. 25.에, 잔금 3억 원은 2014. 11. 25.에 지급받기로 하고, 주택의 인도 및 소유권이전등기절차는 위 잔대금의 지급과 동시에 이행하기로 하였다.

**추가된 사실관계 / 아래의 설문 1에만 적용됨**

채권자 X는 무자력 상태인 甲에 대하여 대여금채권(원금 5억 원, 이자 연 12%, 변제기 2014. 7. 7.)이 있었다. 2015. 1. 1. X는 甲을 대위하여 乙에 대하여 매매잔대금지급청구 소송을 제기하고는 그 사실이 甲에게 2015. 1. 10. 통지되었다. 그 후 甲과 乙은 A주택에 관한 공법상 규제사항이 사후 변경되자 위 A주택에 관한 매매계약을 합의해제하였다.

**문제 /**

1. 위 소송에서 乙은 X에게 위 합의해제 사실을 들어 대항할 수 있는가? 그 결론과 논거를 서술하시오. (10점)

**추가된 사실관계 / 아래의 설문 2에만 적용됨**

한편 채권자 Y 역시 甲에 대하여 대여금채권(원금 10억 원, 이자 연 10%, 변제기 2015. 1. 1.)이 있었다. Y는 자신의 대여금채권을 피보전권리로 하여 甲의 乙에 대한 매매잔대금지급청구권을 2015. 2. 1. 가압류를 하였고 그 결정정본이 2015. 2. 10. 乙에게 송달되었다.

**문제 /**

2. 乙은 Y에 대하여 ① 매매잔대금채권이 이미 X에 의하여 행사되었으므로 Y의 가압류는 무효라고 주장하였고, 또한 ② 甲과의 매매계약이 합의해제되었다고 주장하였다. 이러한 乙의 주장이 타당한가? 그 결론과 논거를 서술하시오. (15점)

13-1  
Q1

위 소송에서 乙은 X에게 위 합의해제 사실을 들어 대항할 수 있는가? 그 결론과 논거를 서술하시오. (10점)

I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해 보자

## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자

### 1. 결론

乙은 합의해제사실을 들어 X에게 대항할 수 없다.

### 2. 논거

#### (1) 대위권행사의 통지와 그 효과

민법 제405조 2항은 ‘채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다’고 규정하고 있다. 위 조항의 취지는 채권자에 의한 대위권행사를 방해하는 것이 되므로 이를 금지하는 데에 있다(대판 2012.5.17, 2011다87235 전원합의체).

#### (2) 합의해제가 처분행위에 해당하는지 여부

채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자의 부동산에 대한 처분금지가처분을 신청하여 처분금지가처분 결정을 받은 경우, 채무자가 그러한 채권자대위권의 행사 사실을 알게 된 이후에 그 부동산에 대한 매매계약을 합의해제함으로써 채권자대위권의 객체인 그 부동산의 소유권이전등기청구권을 소멸시켰다 하더라도 채무자와 제3채무자는 이로써 채권자에게 대항할 수 없다(대판 2007.6.28, 2006다85921).

#### (3) 사안의 해결

사안에서 乙과 甲과의 합의해제는 채권자대위권행사의 통지 후에 이루어진 피대위권리에 대한 처분에 해당하고 통지 후 처분은 허용되지 않으므로 乙은 합의해제되었다는 사유로 X에게 대항할 수 없다.

13-1  
Q2

乙은 Y에 대하여 ① 매매잔대금채권이 이미 X에 의하여 행사되었으므로 Y의 가압류는 무효라고 주장하였고, 또한 ② 甲과의 매매계약이 합의해제되었다고 주장하였다. 이러한 乙의 주장이 타당한가? 그 결론과 논거를 서술하시오. (15점)

I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해 보자.

## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자.

**답안 TIP** 채권자대위권과 압류의 효력에 대하여 정확하게 이해를 하기 위하여 출제된 문항이다. 함께 출제될 가능성이 높기 때문에 각각의 효력과 그에 대한 판례를 정확하게 정리하고 제시할 줄 알아야 할 것이다.

### 1. 결론

乙의 ① 주장은 부당하나 ② 주장은 타당하다.

### 2. 논거

#### (1) 乙의 ① 주장의 당부

㉠ 채무자의 제3채무자에 대한 피대위채권이 판결의 집행채권으로서 존재하고 대위채권자는 채무자를 대위하여 피대위채권에 대한 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로, 피대위채권이 변제 등으로 소멸하기 전이라면 채무자의 다른 채권자는 이를 압류가압류할 수 있다(대판 2016.8.29, 2015다236547).

㉡ 이러한 판례에 비추어 보면 피대위채권이 이미 X에 의하여 행사되었다고 하더라도 아직 변제 등으로 소멸한 것은 아니므로 Y는 이를 가압류할 수 있다. 따라서 乙의 주장은 타당하지 않다.

#### (2) 乙의 ② 주장의 당부

㉠ 제548조 1항 단서의 해제의 제3자라 함은 해제권의 행사가 있기 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐만 아니라 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자를 말하며(대판 2003.1.24, 2000다22850), 또한 해제권의 행사 후 ‘원상회복등기 등이 이루어지기 전에’ 계약해제사실을 모른 채 새로운 권리를 취득한 제3자도 포함된다. 따라서 해제에 의해 소멸되는 채권의 가압류채권자는 해제의 제3자에 포함되지 않으므로 제3채무자는 이를 이유로 가압류채권자의 권리행사에 대항할 수 있다(대판 2000.9.5, 2000다16169).

㉡ 즉 채권자대위권의 경우에는 제405조 2항에 따라 명문으로 처분행위를 제한하고 있으나 가압류의 경우에는 그러한 규정이 없다. 따라서 해제의 일반원칙으로 돌아가 등기·인도 등의 완전한 권리를 취득하지 않는 이상 Y는 해제의 제3자에 해당하지 않으므로 乙은 甲과의 매매계약이 합의해제되었음을 이유로 Y에게 대항할 수 있다.

## 관련판례

### 1. 합의해제가 처분행위에 해당하는지 여부

채권자가 채권자대위권에 기하여 채무자의 권리를 행사하고 있다는 사실을 채무자가 알게 된 후에는 채무자가 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못하는 것인바, 채권자가 채무자와 제3채무자 사이에 체결된 부동산매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 채무자를 대위하여 제3채무자의 부동산에 대한 처분금지처분을 신청하여 가처분결정을 받은 경우에는 피보전권리인 소유권이전등기청구권을 행사한 것과 같이 볼 수 있으므로, 채무자가 그러한 채권자대위권행사 사실을 알게 된 후에 그 매매계약을 합의해제함으로써 채권자대위권의 객체인 부동산 소유권이전등기청구권을 소멸시켰다 하더라도 이로써 채권자에게 대항할 수 없고, 그 결과 제3채무자 또한 그 계약해제로써 채권자에게 대항할 수 없다(대판 2007.6.28, 2006다85921).

## 관련판례

### 2. 대위소송이 제기되어 승소판결이 확정된 피대위채권의 압류 가부

채무자의 제3채무자에 대한 피대위채권이 판결의 집행채권으로서 존재하고 대위채권자는 채무자를 대위하여 피대위채권에 대한 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로, 피대위채권이 변제 등으로 소멸하기 전이라면 채무자의 다른 채권자는 이를 압류가 압류할 수 있다. 그러나 채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권행사 사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 된 이후에는 민사집행법 제229조 5항이 유추적용되어 피대위채권에 대한 전부명령은, 우선권 있는 채권에 기초한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 무효이다. 또한 대위채권자의 제3채무자에 대한 추심권능 내지 변제수령권능은 자체로서 독립적으로 처분하여 환가할 수 있는 것이 아니어서 압류할 수 없는 성질의 것이고, 따라서 추심권능 내지 변제수령권능에 대한 압류명령 등은 무효이다. 그리고 채권자대위소송에서 제3채무자로 하여금 직접 대위채권자에게 금전의 지급을 명하는 판결이 확정되었더라도 판결에 기초하여 금전을 지급받는 것 역시 대위채권자의 제3채무자에 대한 추심권능 내지 변제수령권능에 속하므로, 채권자대위소송에서 확정된 판결에 따라 대위채권자가 제3채무자로부터 지급받을 채권에 대한 압류명령 등도 무효이다(대판 2016.8.29, 2015다236547).

**기초적 사실관계 /**

甲은 2009. 6. 1. 乙에게 500만 원을 이자 월 2%(매월 말일 지급), 변제기 2009. 9. 30.로 정하여 대여하였다. 한편, 乙은 2009. 11. 1. 甲에게 자신의 노트북 컴퓨터 1대를 대금 100만 원에 매도하고 같은 날 이를 인도하여 주었는데, 당시 위 대금은 2009. 11. 30.까지 지급하되 이를 지체할 경우에는 월 2.5%의 비율에 의한 지연손해금을 가산하여 지급하기로 상호 약정하였다.

그 후 甲은 2010. 3. 31. 乙에게 위 대여금 및 이에 대한 대여일 이후의 이자와 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 이에 대하여 乙은 2010. 4. 5 甲이 출석한 변론기일에서 위 매매대금 및 이에 대한 변제기 다음 날부터 다 갚는 날까지 월 2.5%의 비율에 의한 지연손해금을 자동채권으로 하여 甲의 위 청구채권과 대등액에서 상계한다는 의사표시를 하였다.

**문제 /**

甲의 청구에 대한 결론【각하, 기각, 청구인용(지연이자는 고려하지 않고 원금만 기재할 것), 청구전부 인용】을 그 논거와 함께 서술하시오. (15점)

25-1  
Q

甲의 청구에 대한 결론[각하, 기각, 청구인용(지연이자는 고려하지 않고 원금만 기재할 것), 청구전부 인용]을 그 논거와 함께 서술하시오. (15점)

I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해 보자



## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자

### 1. 결론

乙은 甲에게 460만 원을 지급하라는 일부인용판결을 하여야 한다.

### 2. 논거

#### (1) 상계권 행사요건의 충족 여부

(가) 사안에서 甲의 대여금채권과 乙의 매매대금채권은 서로 금전채권으로서 동종의 채권이며, 상계의 의사표시 당시 양 채권의 변제기가 모두 도래하였으며, 상계를 법률상 금지할 만한 사정은 보이지 않는다.

(나) 특히 자동채권에 동시이행항변권이 부착된 경우 상계할 수 없는 것이 원칙이나(대판 2002.8.23, 2002다 25242), 乙은 甲에게 이미 자신의 노트북을 인도하였으므로 甲의 동시이행항변권이 상실될 위험도 없다. 따라서 상계권 행사의 요건을 충족하였다.

#### (2) 자동채권과 수동채권액의 검토

##### 1) 상계적상시점의 판단

상계적상시점은 자동채권과 수동채권의 변제기가 모두 도래한 경우 동시에 도래한 때이다. 사안의 경우 乙이 2010. 4. 5.에 상계의 의사표시를 한 경우 그 효과는 소급하여 양 채권의 변제기가 모두 도래한 2009. 11. 30. 에 대등액에 관하여 채권을 소멸시키며, 상계적상시점 이후에는 이자가 발생하지 않으며, 이행지체도 일어나지 않는다(제493조 2항).

##### 2) 乙의 자동채권액의 검토

상계적상시의 乙의 자동채권액은 100만 원이다. 상계적시점 이후에는 이행지체에 빠지지 않는 바, 월 2.5%의 지연이자는 발생하지 않는다.

##### 3) 甲의 수동채권액의 검토

(가) 상계적상시의 甲의 수동채권액은 560만 원이다. 원본 500만 원 + 2009. 9. 30. 까지의 약정이자 40만원( $500 \times 2\% \times 4\text{월}$ ) + 2009. 11. 30. 까지의 지연이자 20만 원( $500 \times 2\% \times 2\text{월}$ )이다.

(나) 특히 지연이자율은 별도의 지연이자율 약정이 없는 한 약정이율에 의하며, 변제기 전의 이율은 특별한 사정이 없는 한 변제기 이후에도 적용되므로 乙은 수동채권의 변제기(2009. 9. 30) 이후 상계적상시(2009. 11. 30)까지의 지연배상금에 대해 책임을 져야 한다.

#### (3) 상계충당의 허용 및 방법

(가) 자동채권(100만 원)이 수동채권(560만 원) 전부를 소멸시키기에 부족한 경우, 변제충당의 법리에 따라 상계충당을 하여야 한다. 사안의 경우 충당에 관하여 합의하였다는 사정이 보이지 않는 바, 먼저 수동채권의 비용, 약정이자나 지연이자, 원본의 순서로 수동채권을 소멸시켜야 한다(제479조).

(나) 따라서 수동채권 중 60만 원(약정이자와 지연이자)을 먼저 소각시키고, 다음으로 원본 500만 원 중 40만 원을 소각시킨다. 따라서 甲의 남은 원금은 460만 원이다.

상계의 의사표시가 있는 경우, 채무는 상계적상 시에 소급하여 대등액에서 소멸한 것으로 보게 되므로, 상계에 의한 양 채권의 차액 계산 또는 상계충당은 상계적상의 시점을 기준으로 하게 된다. 따라서 그 시점 이전에 수동채권의 변제기가 이미 도래하여 지체가 발생한 경우에는 상계적상 시점까지의 수동채권의 지연손해금을 계산한 다음 자동채권으로 그 지연손해금을 먼저 소각하고 잔액을 가지고 원본을 소각하여야 한다. 그리고 상계를 주장하면 그것이 받아들여지든 아니하든 상계하자고 대항한 액수에 대하여 기판력이 생기므로(민사소송법 제216조 제2항), 상계의 항변이 이유 있고 일견하여 자동채권의 수액이 수동채권의 수액을 초과한 것이 명백해 보이는 경우라도, 상계적상의 시점 이전에 수동채권의 변제기가 이미 도래하여 지체가 발생한 상태라고 인정된다면, 법원으로서 상계에 의하여 소멸되는 채권의 금액을 일일이 계산할 것까지는 없다고 하더라도, 최소한 상계적상의 시점 및 수동채권의 지연손해금 기산일과 이율 등을 구체적으로 특정해 줌으로써 자동채권에 대하여 어느 범위에서 상계의 기판력이 미치는지 판결 이유 자체로 당사자가 분명하게 알 수 있을 정도까지는 밝혀 주어야 한다(대판 2013.11.14, 2013다46023).

**기초적 사실관계 /**

甲은 2014. 9. 25. 乙에게 자신 소유의 A 주택을 8억 원에 매도하면서, 계약금 8,000만 원은 당일에, 중도금 4억 2,000만 원은 2014. 10. 25.에, 잔금 3억 원은 2014. 11. 25.에 지급받기로 하고, 주택의 인도 및 소유권이전등기절차는 위 잔대금의 지급과 동시에 이행하기로 약정하였고, 이후 乙은 계약당일 甲에게 계약금 8,000만 원을 지급하였다.

**추가된 사실관계 /**

매매계약이 체결된 이후 A 주택이 소재하는 D 시에는 혁신형 산업단지가 들어설 것이 유력하다는 뉴스가 2014. 9. 27. 언론에 공표되자 A 주택의 가격은 10억 원으로 급등하였다. 위 뉴스를 접한 乙은 큰 폭의 가격상승이 예상되는 A 주택을 반드시 취득해야겠다는 생각으로 우선 2014. 10. 5. 甲을 상대로 A 주택에 관한 소유권이전등기청구의 소를 관할법원에 제기하였다.

이에 甲은 2014. 10. 15. 乙에게 계약금의 배액인 1억 6천만 원을 같은 달 20일까지 수령할 것과 그 기간을 넘기면 공탁하겠다는 통지를 하면서 乙과의 위 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하여 같은 달 17일에 도달하게 하였다.

통지서를 받은 乙은 자신은 이미 소송도 제기했고, 매도인의 일방적 해제는 부당하다며 같은 달 20일 甲에게 중도금 4억 2천만 원을 제공하였으나, 甲이 수령거절하는 바람에 당일 관할공탁소에 甲을 피공탁자로 하는 변제공탁을 하였다.

甲 또한 2014. 10. 20. 乙을 만난 자리에서 乙에게 1억 6천만 원을 제공하였으나 乙이 강하게 항의하면서 수령을 거절하기에 그 다음 날인 21일에 관할공탁소에 위 1억 6천만 원을 변제공탁하였다.

**문제 /**

위 사안에서 ① 乙이 소유권이전등기청구의 소를 제기한 것이 이행의 착수에 해당하는지, ② 2014. 10. 20. 중도금을 변제공탁한 행위가 이행의 착수로써 적법한지에 대하여 논하고, 이에 따라 甲의 해제가 인정될 수 있는지 논하시오. (15점)

29-1  
Q

위 사안에서 ① 乙이 소유권이전등기청구의 소를 제기한 것이 이행의 착수에 해당하는지, ② 2014. 10. 20. 중도금을 변제공탁한 행위가 이행의 착수로서 적법한지에 대하여 논하고, 이에 따라 甲의 해제가 인정될 수 있는지 논하시오. (15점)

### I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해보자

## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자

### 1. 乙의 행위가 이행의 착수에 해당하는지 여부

#### (1) 제565조 1항에 따른 해제권의 행사요건

(가) 계약금은 해약금으로 추정되는 바, 양 당사자 가운데 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고, 수령자는 그 배액을 상환하여 계약을 해제할 수 있다(제565조 1항).

(나) 여기서 이행의 착수란 객관적으로 외부에서 인식할 수 있는 정도로 채무의 이행행위의 일부를 하거나 또는 이행을 하기 위하여 필요한 전제행위를 하는 경우를 의미한다(대판 2008.10.23, 2007다72274·72281).

#### (2) 乙의 소유권이전등기청구의 소와 이행의 착수

(가) 매도인이 매수인에게 매매계약의 이행을 최고하고 중도금 및 잔대금지급을 구하는 소를 제기한 것이나 매수인이 매도인에게 매매계약에 따른 소유권이전등기청구의 소를 제기한 것만으로 이행에 착수하였다고 볼 수 없다(대판 2008.10.23, 2007다72274·72281).

(나) 따라서 乙이 A 주택을 반드시 취득해야겠다는 생각으로 2014. 10. 5. 甲을 상대로 제기한 A 주택에 관한 소유권이전등기청구의 소는 이행의 착수에 해당하지 않는다.

#### (3) 乙의 중도금의 변제공탁과 이행의 착수

(가) 선이행의무인 중도금의 지급은 이행의 착수에 해당한다(대판 2002.11.26, 2002다46492). 또한 이행기의 약정이 있다 하더라도 당사자가 채무의 이행기 전에는 착수하지 아니하기로 하는 특약을 하는 등 특별한 사정이 없는 한 그 이행기 전에 이행에 착수할 수도 있다(대판 2002.11.26, 2002다46492).

(나) 그러나 매도인이 민법 제565조에 의하여 계약을 해제한다는 의사표시를 하고 일정한 기한까지 해약금의 수령을 최고하며 기한을 넘기면 공탁하겠다고 통지를 한 이상 중도금 지급기일은 매도인을 위하여서도 기한의 이익이 있다고 보는 것이 옳고, 따라서 이 경우에는 매수인이 이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당하여 매수인은 매도인의 의사에 반하여 이행할 수 없다(대판 1993.1.19, 92다31323).

(다) 甲이 2014. 10. 15. 乙에게 계약금의 배액인 1억 6천만 원을 같은 달 20일까지 수령할 것과 그 기간을 넘기면 공탁하겠다는 통지를 하면서 乙과의 위 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였으므로 2014. 10. 20.까지는 매도인 甲에게도 기한의 이익이 있는 바, 乙의 이행기 전의 중도금에 대한 변제공탁은 이행의 착수로서 그 효력을 인정할 수 없다.

### 2. 甲의 해제가 인정될 수 있는지 여부

결국 乙의 소유권이전등기청구의 소는 이행의 착수에 해당하지 않으며, 중도금의 변제공탁은 이행의 착수로서 효력을 인정할 수 없는 바, 계약금의 배액을 변제공탁한 甲의 제565조 1항에 따른 해제권을 행사하는 적법하다.

① 민법 제565조가 해제권 행사의 시기를 당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지로 제한한 것은 당사자의 일방이 이미 이행에 착수한 때에는 그 당사자는 그에 필요한 비용을 지출하였을 것이고, 또 그 당사자는 계약이 이행될 것으로 기대하고 있는데 만일 이러한 단계에서 상대방으로부터 계약이 해제된다면 예측하지 못한 손해를 입게 될 우려가 있으므로 이를 방지하고자 함에 있고, 이행기의 약정이 있는 경우라 하더라도 당사자가 채무의 이행기 전에는 착수하지 아니하기로 하는 특약을 하는 등 특별한 사정이 없는 한 이행기 전에 이행에 착수할 수 있다. 그러나 ② 매도인이 민법 제565조에 의하여 계약을 해제한다는 의사표시를 하고 일정한 기한까지 해약금의 수령을 최고하며 기한을 넘기면 공탁하겠다고 통지를 한 이상 중도금 지급기일은 매도인을 위하여서도 기한의 이익이 있다고 보는 것이 옳고, 따라서 이 경우에는 매수인이 이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당하여 매수인은 매도인의 의사에 반하여 이행할 수 없다고 보는 것이 옳으며, 매수인이 이행기 전에, 더욱이 매도인이 정한 해약금 수령기한 이전에 일방적으로 이행에 착수하였다고 하여도 매도인의 계약해제권 행사에 영향을 미칠 수 없다. 그러므로 ③ 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 공탁원인사실에 계약해제의 의사가 포함되어 있다고 할 것이므로, 상대방에게 공탁통지가 도달한 때에 계약해제 의사표시가 있었다고 보는 것이 옳다(대판 1993.1.19, 92다31323).

**기초적 사실관계 /**

甲乙은 2009. 3. 10. 토지거래허가구역 내에 있는 그 소유 A토지에 관하여 甲과 매매대금은 6억 원, 대금지급은 계약체결현장에서 계약금 6천만 원 지급하기로 하고 중도금 1억 4천만 원은 2009. 4. 10. 에, 잔금 4억 원은 2009. 5. 10.에 각 지급하기로 하는 매매계약을 체결하였으며, 계약체결 즉시 쌍방은 토지거래허가신청절차에 적극 협력하여 신속히 토지거래허가를 받을 수 있도록 하기로 하였다. 또한 매수인이 이를 위반한 경우 매도인은 계약을 해제하고 매수인은 이미 지급한 계약금의 배액을 상환하기로 하였다.

**추가된 사실관계 /**

그 후 乙은 위와 같이 계약금을 받은 상태에서 甲과 함께 토지거래허가신청절차를 진행하였는데, 각종 서류준비 등에 예상보다 시간이 걸려 중도금 지급기일인 2009. 4. 10.까지 토지거래허가신청을 하지 못하였다. 그러자 甲은 토지거래허가를 받기 전까지는 중도금을 지급할 수 없다면서 2009. 4. 10. 중도금 지급을 거절하였고, 乙은 2009. 4. 20. 甲에게 내용증명우편을 보내 2009. 4. 30.까지 중도금을 지급할 것을 최고하면서, 만약 그 때까지 甲이 중도금을 지급하지 않을 경우 이행지체를 원인으로 위 매매계약을 해제하겠다고 통고하였다.

그러나 甲은 토지거래허가를 받을 수 있는지부터 확인해야 한다면서 2009. 4. 30.에도 중도금을 지급하지 않았고, 乙은 2009. 5. 4. 결국 甲에게 중도금지급 이행지체를 원인으로 매매계약을 해제한다고 통고하였다. 甲은 乙로부터 해제통고를 받자 乙을 만나, 중도금을 곧 지급하겠으니 해제를 번복하여 달라, 토지거래허가신청절차를 계속 진행하여 달라고 설득하였으나 乙로부터 명확한 대답을 듣지 못하던 중, 2009. 6. 30. A토지가 토지거래허가구역지정에서 해제되었다. 그러자 乙은 2009. 7. 1. A토지를 丙에게 6억 3천만 원에 매도하고 2009. 7. 15. 丙 앞으로 소유권이전등기까지 마쳐 주었다.

그 사실을 알게 된 甲은 乙을 상대로 소를 제기하여, 위 매매계약이 乙의 귀책사유로 이행불능이 되었음을 들어 위 매매계약에 관하여 해제의 의사표시를 하고 乙에 대하여 계약금 6천만 원의 반환, 계약금 상당의 손해배상금 6천만 원의 지급 및 위 금액 합계인 1억 2천만 원에 대한 지급을 청구하였다. 위 소송은 2011. 10. 4. 변론이 종결되었고, 2011. 10. 18. 판결이 선고되었다(A토지의 시가는 2009. 3. 10. 당시 6억 원, 2009. 7. 15. 당시 6억 3천만 원, 변론종결일인 2011. 10. 4. 당시 7억 원이다).

**문제 /**

甲의 청구에 대한 법원의 판단을 결론과 논거로 기재하시오. (25점)

29-2  
Q

甲의 청구에 대한 법원의 판단을 결론과 논거로 기재하십시오. (25점)

I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해보자



## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자

**답안 TIP** 본 문항은 당사자들이 여러 등장하는 사안이므로 이들의 법적 지위를 확인한 후 당사자들 간의 행위에 대한 정확한 검토가 요구되는 문항이다. 토지거래허가구역 내의 매매계약의 효력과, 해제권 행사 가능 여부에 관한 문제로 먼저 계약의 유효성을 검토한 후 해제권 행사 가능 여부를 논의하여야 한다. 해제권 행사 가능 여부는 먼저 법정해제사유의 존재 여부, 약정해제권의 존재 유무를 검토 후 약정해제권과 법정해제권의 병존가능성에 대해 검토하여야 할 것이며, 특히 매매계약의 경우 계약금 약정의 의미와 매매계약이 유동적 무효상태일 경우에도 계약금약정이 효력을 발생할 수 있는지 여부를 누락하지 않도록 유의하여야 할 것이다.

### 1. 결론

甲의 청구는 인용될 것이다.

### 2. 논거

#### (1) 乙과 甲의 매매계약의 효력

(가) 판례는 토지거래계약의 목적이 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’상 토지거래허가구역 내의 토지인 경우에, ‘유동적 무효’의 법리를 전제하고 있다. 다만 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약일 경우에는 확정적 무효로서 유효화 될 여지가 없다(대판 1991.12.24, 90다12243 전원합의체).

(나) 사안의 경우, 甲과 乙은 토지거래허가에 관한 협력의무를 체결하였으므로 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약으로 보이지 않는다. 따라서 처음부터 확정적 무효의 법률관계라고 볼 수는 없다.

#### (2) 乙의 해제권 행사의 적법 여부

유동적 무효상태에서는 거래계약의 채권적 효력은 물론 물권적 효력도 전혀 발생하지 않으므로 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 내용의 이행청구도 할 수 없다(대판 1991.12.24, 90다12243 전원합의체). 따라서 매도인이 소유권이전을 위한 등기서류의 이행제공을 하였다고 하더라도, 매수인이 이행지체에 빠지는 것은 아니고 상대방의 거래계약상 채무불이행을 이유로 거래계약을 해제하거나 그로 인한 손해배상을 청구할 수 없다(대판 2001.1.28, 99다40524). 따라서 사안에서 甲의 중도금 지급이 없었음을 이유로 한 乙의 해제권의 행사는 부적법하다.

**답안 TIP** 사안에서 매도인 乙은 계약금 배액의 상환이나 그 이행제공을 한 바 없으므로, 매도인 乙은 약정해제권을 행사한 것은 아니다. 이 점 유의하여야 할 것이다.

#### (3) 甲의 해제권 행사의 적법 여부

##### 1) 소유권이전등기의무의 발생

토지거래허가구역으로 지정된 토지에 관하여 지정을 해제하거나 또는 지정기간이 만료된 경우 더 이상 토지거래허가를 받을 필요가 없이 확정적으로 유효로 되어 당사자는 그 계약에 기하여 토지의 소유권 등 권리이전 또는 설정에 관한 이행청구를 할 수 있고 상대방도 반대급부의 청구를 할 수 있다(대판 1999.6.17, 98다40459 전원합의체). 따라서 甲은 乙에 대하여 매매계약에 따른 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있다.

## 2) 乙의 이행불능의 성립 여부

㉠ 이행불능은 단순히 절대적·물리적 불능에만 한정되지 않고, 사회생활상의 경험칙 또는 거래상의 관념에 비추어 채권자가 채무자의 이행을 더 이상 기대할 수 없는 경우를 의미한다.

㉡ 매매부동산을 제3자에게 이중양도하고 그 이전등기를 경료한 때에는 매도인의 매수인에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능의 상태에 놓이게 된다(대판 1983.3.22, 80다1416). 사안에서 乙은 2009. 7. 15. 丙 명의로 매매계약에 따른 이전등기를 경료하였는 바, 이 때부터 甲에게 부담하는 소유권이전등기의무는 이행불능이 된다고 할 것이고, 이에 따른 甲의 해제권 행사는 적법하다고 할 것이다.

### (4) 甲의 금원지급청구의 근거

㉠ 당사자 일방이 위약한 경우 그 계약금을 위약금으로 한다는 특약이 있을 때에 한하여 손해배상액 예정의 성질을 함께 갖는 것으로 해석한다(대판 1989.12.12, 89다카10811). 또한 일방만을 위한 위약금 약정도 가능하며, 무엇보다 유동적인 무효상태 하에서도 손해배상액의 예정을 유효하게 할 수 있는 바(대판 1997.2.28, 96다49933), 甲은 계약금의 배액상환을 청구할 수 있다.

**답안 TIP** 사안에서는 이행불능에 따른 해제권을 행사하고 전보배상청구권을 행사한 것이 아니라 계약금의 반환을 청구하였다. 제565조 1항의 약정해제권의 존재 그 자체로서 법정해제권의 발생·행사·효과에 영향을 주지 않기 때문에 계약금이 아닌 이행불능을 이유로 계약이 해제되는 경우에도 과실 있는 계약금 교부자도 계약금의 반환을 청구할 수 있다. 계약금 이외의 손해인 6천만 원과 함께 배액인 1억 2천만 원에 대하여 위약금 특약의 존재를 인정하여 손해배상액의 예정으로 처리하고 있다. 이렇게 볼 경우 위에서 제시한 대로 계약금계약의 체결 가부와 함께 손해배상예정계약의 체결 가부 역시 함께 써주는 것이 조금은 더 논리적이라고 생각한다.

㉡ 따라서 甲은 이행불능을 이유로 해제권을 행사하면서, 계약금의 배액상환과 그 계약금에 대한 법정 이자(연 5%), 소장부분 송달일 이후부터 연 15%의 법정이율에 따른 지연손해금을 청구할 수 있다.

**기초적 사실관계 /**

X토지, Y토지, Z토지는 서로 인접한 토지인데, 甲과 그 형제들인 乙, 丙은 1975. 2. 1. 甲이 X토지, 乙이 Y토지, 丙이 Z토지에 관하여 각 소유권이전등기를 마치고 이를 소유하고 있다.

A는 1985. 3. 1. 위 토지들에 대한 처분권한이 없음에도 그 권한이 있다고 주장하는 W의 말을 믿고, 그로부터 위 토지들을 매수하여 같은 날부터 점유·사용하기 시작하였다.

A는 1995. 4. 1. 다시 위 토지들을 B에게 매도하였으며, B는 같은 날부터 위 토지들을 점유하였다. 그 후 B는 2005. 7. 1. C에게 위 토지들을 매도하여 C가 같은 날부터 현재까지 위 토지들을 점유하고 있다. 한편, 甲은 2004. 4. 1. X토지를 丁에게 매도하고 그 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

乙은 2004. 5. 1. 戊로부터 1,000만 원을 차용하면서 Y토지에 관하여 戊 앞으로 채권최고액 1,500만 원으로 된 근저당권설정등기를 마쳐주었다. 丙은 2005. 5. 1. Z토지를 己에게 증여하고 같은 날 己 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다.

**문제 /**

C는 점유취득시효의 완성을 이유로 X토지, Y토지, Z토지에 관한 소유권이전등기를 마치고자 한다. 또한 Y토지에 관한 戊 명의의 근저당권설정등기도 말소하고자 한다. C가 2015. 2. 15. 소를 제기할 경우, ① X토지, ② Y토지, ③ Z토지에 관하여

- 1) C의 위 각 청구가 가능한지,
- 2) 만일 가능하다면 누구를 상대로 어떠한 소를 제기하여야 하는지와 각 근거를 설명하시오. (35점)

39-1  
Q

C는 점유취득시효의 완성을 이유로 X토지, Y토지, Z토지에 관한 소유권이전등기를 마치고자 한다. 또한 Y토지에 관한 戊 명의의 근저당권설정등기도 말소하고자 한다. C가 2015. 2. 15. 소를 제기할 경우, ① X토지, ② Y토지, ③ Z토지에 관하여

- 1) C의 위 각 청구가 가능한지,
- 2) 만일 가능하다면 누구를 상대로 어떠한 소를 제기하여야 하는지와 각 근거를 설명하시오. (35점)

### I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해보자

## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자

**답안 TIP** 16년 변호사시험에 기출된 문제이며, 누구를 상대방으로 어떠한 소를 제기하여야 하는지를 묻는 어려운 쟁점도 출형의 문제이다. 기록형 대비를 위하여 출제위원급의 교수님이 직접 제시하여야 준 모범답안을 기재한다.

### 1. 결 론

#### (1) X토지

가능하다. 따라서 ① B를 상대로 “B는 C에게 2005. 7. 1. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라” 구하는 소를 제기하고, ② 丁을 상대로 B를 대위하여 “丁은 B에게 2005. 3. 1. 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라”는 소를 제기한다.

#### (2) Y토지

가능하다. 따라서 ① B를 상대로 “B는 C에게 2005. 7. 1. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라” 구하는 소를 제기하고, ② B를 대위하여 i) 乙을 상대로 “乙은 B에게 2005. 3. 1. 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라”는 소와 ii) 戊를 상대로 “戊는 B에게 2004. 5. 1. 접수된 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라”는 소를 제기한다.

#### (3) Z토지

불가능하다.

### 2. 논 거

#### (1) X토지에 대한 청구 가부

##### 1) B의 점유취득시효

(가) 20년 간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다(제245조 1항). A가 1985. 3. 1. W가 무권대리인임을 모르고 그로부터 X부동산을 매수하고 자주점유를 개시하였다. B가 1995. 4. 1. 이를 매수하여 전 점유자의 점유도 승계하였는바(제199조) 이로써 B는 A의 최초 점유개시 시로부터 20년을 경과한 2005. 3. 1. X부동산에 대한 시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권을 가지게 되었다.

(나) 다만 위 B의 점유취득시효 완성 전인 2004. 4. 1. 소유자 甲이 제3자 丁에게 매도하고 이전등기를 경료하였더라도 그 사유만으로 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파괴한 것이라고 볼 수 없어 취득시효 중단사유로 평가할 수 없다(대판 1977.8.23, 77다785).

##### 2) C의 채권자대위청구

(가) 점유취득시효 완성 후 등기 전 목적부동산에 대한 전 점유자의 점유를 승계한 자는 그 점유 자체와 하자만을 승계하는 것이지 그 점유로 인한 법률효과까지 승계하는 것은 아니므로 전 전유자의 취득시효 완성의 효과를 주장하여 직접 자기에게 소유권이전등기를 청구할 권원은 없다(대판 1995.3.28, 93다47745 전원 합의체).

(나) 따라서 C는 시효취득의 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 있다. 다만, B에 대하여 가지고 있는 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여 시효 완성 당시 소유자 丁에게 B에 대한 소유권이전등기절차이행을 구하는 소를 제기하고, B에게 직접 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차이행을 구하는 소를 제기해야 한다.

### (2) Y토지에 대한 청구 가부

시효 완성 전 근저당권설정행위 역시 시효 중단 사유로 평가할 수 없으며 점유승계의 효과로 인한 C의 대위청구는 앞서 본 바와 같다. 다만 취득시효 완성 전인 2004. 5. 1. 소유자로부터 근저당권을 설정받은 戊에게 말소등기를 청구할 수 있을지 문제되나 B는 취득시효 완성으로 인한 소유권이전등기를 경료함으로써 Y부동산을 원시취득하므로 戊에게 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 것을 구할 수 있다(제 214조 전단). 그러므로 C는 위 결론과 같은 각 소제기를 해야 한다.

### (3) Z토지에 대한 청구 가부

(가) 취득시효가 완성되어도 특별한 사정이 없는 한 원소유자는 점유자 명의로 소유권이전등기가 마쳐지기까지는 소유자로서 그 토지에 관한 적법한 권리를 행사할 수 있다(대판 2006.5.12, 2005다75910).

(나) 시효완성 후 제3자가 등기를 갖춘 경우는 '이중양도의 법리'에 따라 제3자가 설명 약의라 하더라도 그 소유권이전등기가 당연무효가 아닌 한, 종전소유자의 소유권이전등기의무가 이행불능으로 되어 점유취득시효 완성자는 그 제3자에 대하여 시효취득을 주장할 수 없다(대판 1991.6.25, 90다14225).

(다) 따라서 2005. 3. 1. 취득시효 완성한 후, 丙이 2005. 5. 1. Z부동산을 己에게 이전등기함으로써 丙의 B에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되었다. 결국 C는 B를 대위하더라도 Z부동산에 대한 이전등기청구 소를 제기할 수 없다.

**기초적 사실관계 /**

X, Y토지는 모두 甲 소유인데 Y토지에 관하여 甲의 채권자 A의 가압류등기가 마쳐진 후 甲은 X, Y토지 양 지상에 걸쳐 Z건물을 건축하였다. 甲은 X토지와 Z건물을 乙에게 매각하고 각 등기를 이전하여 주었다.

그 후 甲의 채권자에 의하여 Z건물에 관한 매매계약만이 사해행위 취소소송을 통하여 취소되고 그에 따라 Z건물에 마쳐져 있던 乙 명의의 등기가 말소되었다. 그 후 Z건물은 강제경매절차를 통하여 丙이 소유권을 취득하였다.

한편, A는 집행권원을 확보하여 Y토지에 관하여 강제경매를 신청하였고, 그 경매절차에서 丁이 소유권을 취득하였다. 乙과 丁은 丙에 대하여 Z건물 중 각자 자기 토지 지상부분에 대한 철거를 청구하는 소송을 제기하였다.

**문제 /**

乙과 丁의 청구에 대하여 丙은 관습법상 법정지상권을 주장하였다. 丙의 주장이 타당한지 서술하시오. (30점)

43-1  
Q

乙과 丁의 청구에 대하여 丙은 관습법상 법정지상권을 주장하였다. 丙의 주장이 타당한지 서술하시오. (30점)

I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해보자



## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자

**답안 TIP** 출제가 유력하며 16년 10월 변호사모의시험에 출제되었다. 본 문제는 모의고사와는 다른 사실관계를 추가하여 출제를 하였으며, 관련판례를 활용한 답안구성이 까다로웠음을 감안하여, 내용을 충실히 서술한 모범답안을 제시하였다.

### 1. 관습법상 법정지상권의 성립요건

관습법상의 법정지상권이라 함은 동일인에게 속하였던 토지와 건물 중 어느 하나가 매매 기타의 원인으로 각각 소유자를 달리하게 된 때에, 그 건물을 철거한다는 특약이 없으면, 토지를 계속 사용하게 하려는 것이 당사자의 의사라고 보아 건물소유자가 당연히 취득하게 되는 지상권으로서(대판 1960.9.29, 4292민상944) 사안의 경우 Z건물에 관하여 누가 관습법상 법정지상권을 취득하느냐가 문제된다.

### 2. X토지에 대한 주장의 타당성

#### (1) 乙의 취득 여부

(가) 민법 제406조의 채권자취소권의 행사로 인한 사해행위의 취소와 일탈재산의 원상회복은 채권자와 수익자 또는 전득자에 대한 관계에 있어서만 효력을 발생할 뿐이고 채무자가 직접 권리를 취득하는 것이 아니므로, 토지와 지상 건물이 함께 양도되었다가 채권자취소권의 행사에 따라 그 중 건물에 관하여만 양도가 취소되고 수익자와 전득자 명의의 소유권이전등기가 말소되었다고 하더라도, 이는 관습법상 법정지상권의 성립요건인 '동일인 소유에 속하고 있던 토지와 지상 건물이 매매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우'에 해당하지 않는다(대판 2014.12.24, 2012다73158).

(나) 사안을 보면, X토지와 Z건물의 소유권이 乙에게 이전되었고, 그 후 Z건물에 대한 매매계약만이 사해행위에 의하여 취소되었다. 이 경우 채권자취소송은 상대적 효력만이 존재하므로 채무자인 甲과 채권자인 乙 사이에는 Z건물에 대한 乙 명의 등기가 말소되었다 하더라도 여전히 매매계약은 유효하게 된다. 따라서 이 경우 판례는 '관습법상 법정지상권의 성립요건인 '동일인 소유에 속하고 있던 토지와 지상 건물이 매매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우'에 해당하지 않는다고 하였는 바, 甲은 관습법상 법정지상권을 취득하지 못하며 건물의 소유자인 乙이 관습법상 법정지상권을 취득한다.

#### (2) 丙의 취득 여부

(가) 건물소유를 위한 법정지상권을 취득한 사람으로부터 경매에 의하여 건물의 소유권을 이전받은 매수인은 특별한 사정이 없는 한 건물의 매수취득과 함께 위 지상권도 당연히 취득하는데, 이러한 법리는 사해행위의 수익자 또는 전득자가 건물의 소유자로서 법정지상권을 취득한 후 채권자취소권의 행사에 따라 수익자와 전득자 명의의 소유권이전등기가 말소된 다음 경매절차에서 건물이 매각되는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2014.12.24, 2012다73158).

(나) 따라서 丙은 경락대금의 완납과 함께 제187조에 따라 Z건물의 소유권을 취득하며, 그 소유권을 위한 관습법상의 법정지상권 역시 등기 없이 당연히 취득한다(제100조 2항 유추적용). 따라서 X토지에 대한 관습법상 법정지상권의 항변은 타당하다.

### 3. Y토지에 대한 주장의 타당성

#### (1) 강제경매시 동일소유 판단시기

㉞ 문제는 丙이 Z건물에 대한 관습법상 법정지상권을 취득한다고 할 때에 이를 가지고 Y토지의 소유권자인 丁의 철거청구에 대하여도 대항할 수 있는지가 문제된다. 즉, Y토지에 대하여 채권자 A의 가압류등기가 마쳐질 당시에는 Z건물이 존재하지 않았으나, A가 집행권원을 확보하여 강제경매를 신청하였고, 그 진행에 따라 丁이 매각대금을 납부하여 소유권을 취득할 당시에는 Z건물이 적법하게 존재하였기 때문이다.

㉟ 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물의 소유권이 강제경매로 인하여 그 절차상의 매수인에게 이전된 경우에 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이 성립하는가 하는 문제에 있어서는 그 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납시가 아니라 그 압류의 효력이 발생하는 때를 기준(강제경매개시결정의 기입등기가 이루어진 때)으로 하여 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지가 판단되어야 한다. 한편 강제경매개시결정 이전에 가압류가 있는 경우에는, 그 가압류가 강제경매개시결정으로 인하여 본압류로 이행되어 가압류집행이 본집행에 포섭됨으로써 당초부터 본집행이 있었던 것과 같은 효력이 있으므로 애초 가압류가 효력을 발생하는 때를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지를 판단하여야 한다(대판 2012.10.18, 2010다52140 전원합의체).

#### (2) 丙의 취득 여부

사안을 보면 비록 본압류시 또는 경락대금 완납시에 Z건물이 존재하고 동일소유에 있었다고 할지라도, Y토지에 대하여 가압류등기가 마쳐질 당시에는 Z건물이 존재하지 않았으므로, Z건물을 위하여 Y토지에는 관습법상 법정지상권의 성립을 부정하여야 한다. 따라서 Y토지에 대한 관습법상 법정지상권의 항변은 부당하다.

**답안 TIP** 실제 10월 모의고사에 출제된 문제의 사실관계와 해설을 제시하면 다음과 같다.

- ① 甲은 자신의 X토지와 Y토지 양쪽 각 일부에 Z건물을 신축하여 소유하고 있으며, 그 후 X토지에 대하여 1995.7. 경 설정된 근저당권에 기하여 진행된 경매절차에서 乙이 2004.10.1. 매수대금을 납부함으로써 그 소유권을 취득하였고, 丙이 이를 매수하여 2005.11.30. 소유권이전등기를 마쳤다.
- ② 한편 甲은 2000.2.23. 丁에게 Z건물과 Y토지를 매도하고 丁명의로 소유권이전등기를 마쳐주었는데, 그 중 Z건물에 관하여는 2005.2.25. 사해행위취소사건에 의한 확정판결을 원인으로 위 소유권이전등기가 말소되었다. 그 후 Z건물에 대한 강제경매개시결정에 따라 2006.11.16. 그 기입등기가 마쳐진 다음 진행된 경매절차에서 戊가 2007.8.17. 매수대금을 납부함으로써 그 소유권을 취득하여, Z건물의 부지로 X토지 일부와 Y토지 일부를 점유·사용하고 있다.
- ③ 甲이 丁에게 Z건물과 Y토지를 함께 매도하였다가 채권자취소권의 행사에 따라 그 중 Z건물에 관하여만 매매계약이 취소되고 丁명의로의 소유권이전등기가 말소되었더라도, 丁은 Z건물에 대한 압류의 효력이 발생할 당시까지도 Y토지와 Z건물을 모두 소유하고 있었다. 따라서 戊가 강제경매절차에서 Z건물을 매수하고 그 매수대금을 납부함으로써 양자의 소유자가 다르게 되었더라도, 戊는 Y토지 일부에 대하여 관습법상 법정지상권을 취득한다.
- ④ 한편 근저당권의 설정 당시 X토지와 Z건물이 모두 甲의 소유에 속하였고, 근저당권에 기하여 진행된 경매절차에서 乙이 X토지를 매수하고 그 매수대금을 납부함으로써 양자의 소유자가 다르게 되었으므로, 매수대금 납부 당시 Z건물의 소유자인 丁이 X토지 일부에 대하여 제366조 법정지상권을 취득하였다. 그리고 채권자취소권의 행사에 따라 Z건물에 관하여 丁명의로의 소유권이전등기가 말소된 다음 경매절차에서 戊가 Z건물의 소유권을 취득함으로써 그 소유권을 위한 법정지상권도 함께 취득하였다.
- ⑤ 결국 X토지에 대하여는 제366조 법정지상권, Y토지에 대하여는 관습법상 법정지상권을 각각 戊가 취득한다.

**기초적 사실관계 /**

의류소매업자 甲은 乙로부터 의류를 계속적으로 공급받고 있다. 甲은 2004. 12. 1. 乙로부터 금 1억 원을 이자 월 1%, 변제기 2005. 12. 1. 로 정하여 차용하기로 하고, 그 차용금채무를 포함하여 甲이 乙에 대하여 2005. 12. 1.까지 부담하게 될 모든 채무의 담보로 甲 소유의 부동산에 관하여 乙에게 채권최고액을 금 1억 3천만 원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

甲이 2005. 12. 1. 위 차용금채무를 포함하여 근저당권설정계약상의 피담보채무가 乙의 경매신청으로 확정된 후 이를 모두 변제한 후 甲이 乙을 상대로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 소를 제기하려고 한다.

**문제 /**

이 경우 甲이 乙을 상대로 등기말소를 구할 수 있는 법적 근거를 서술하시오. (15점)

45-1  
Q

이 경우 甲이 乙을 상대로 등기말소를 구할 수 있는 법적 근거를 서술하시오. (15점)

I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해보자

## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자

**답안 TIP** 전원합의체 판결의 내용을 사례화한 문제이다. 설문은 甲의 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 법적 근거를 묻고 있다. 이 경우 곧바로 법적 근거에 대하여 답안을 작성하는 것은 출제자에게 좋은 인상을 줄 수 없다. 즉, 근저당권 설정등기의 말소를 구하기 위해서는 반대로 생각해볼 필요가 있는 바, 근저당권이 소멸하였는가. 근저당권이 소멸되기 위해서 근저당권이 확정되었는가의 문제가 우선적으로 검토되어야 할 것이다. 그런 다음 법적 근거에 대한 판례의 정확한 설시가 고득점의 포인트일 것이다.

### 1. 乙의 근저당권이 소멸되었는지 여부

(가) 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권의 경우 근저당권자의 경매신청으로 일단 확정(대판 1996. 10.29, 95다2494)되면 그 후에 발생하는 새로운 거래관계로 인한 채권은 그 근저당권에 의하여 담보되지 못하고, 확정시부터 근저당권은 보통의 저당권으로 전환된다(대판 1963.2.7, 62다796).

(나) 근저당권으로 담보한 채권이 변제, 시효의 완성 그 밖의 사유로 인하여 소멸한 때에는 부종성에 따라 근저당권도 소멸한다(제369조). 사안을 보면 2005. 12. 1. 乙의 경매신청으로 근저당권에 의하여 담보된 피담보채무가 확정되었고 甲은 채무 전부를 변제하였으므로 부종성에 따라 근저당권도 소멸하였다.

### 2. 甲의 근저당권설정등기말소의 근거

(가) 근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론이지만, 근저당권설정자인 종전의 소유자도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권소멸에 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 있다고 봄이 상당하고, 목적물의 소유권을 상실하였다는 이유만으로 그러한 권리를 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다(대판 1994.1.25, 93다16338 전원합의체).

(나) 甲은 원인무효인 근저당권설정등기에 대하여 소유권에 기한 방해배제청구로 말소를 청구할 수 있고, 근저당권설정계약의 당사자로서 乙과의 계약상 권리에 터잡아 말소등기를 청구할 수도 있다.

근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론이지만, 근저당권설정자인 종전의 소유자도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권소멸에 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 있다고 봄이 상당하고, 목적물의 소유권을 상실하였다는 이유만으로 그러한 권리를 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다(대판 1994.1.25, 93다16338 전원합의제).

**기초적 사실관계 /**

甲 중중은 2011. 2. 1. 乙로부터 乙 소유인 X토지를 대금 1억 원에 매수하였는데, 그 소유권이전등기를 마치기 전인 2011. 5. 1. X토지에 관하여 丙 명의로 “2011. 4. 1. 매매”를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

이에 甲 중중의 대표자 丁은 2011. 10. 1. 丙 명의의 위 소유권이전등기는 丙이 乙의 인장을 훔친 후 위임장 등 관련 서류를 위조하여 마친 것이므로 원인 없는 무효의 등기라고 주장하면서, 乙을 대위하여 丙을 상대로 위 소유권이전등기의 말소등기 청구의 소를 제기하였고(이하 ‘A訴’라고 한다), 그와 같은 내용이 담긴 소장이 2011. 10. 15. 丙에게 송달되어 현재 소송계속 중에 있다.

**문제 /**

1. A訴의 담당재판부를 구성한 E 판사가 甲 중중의 구성원이라는 사실이 밝혀진 경우, E 판사가 취하여야 할 조치는 무엇인가? (10점)

**추가된 사실관계 /**

한편 乙은 丙이 매매대금을 곧 지급하여 주겠다고 약속하기에 먼저 소유권이전등기를 마쳐준 것인데 매매대금을 지급하지 않고 있으니 위 매매계약은 사기에 의한 의사표시로서 취소한다고 주장하면서, 丙을 상대로 2011. 11. 1. 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였고(이하 ‘B訴’라고 한다), 그와 같은 내용이 담긴 소장이 2011. 11. 5. 丙에게 송달되었다.

**문제 /**

2. B訴의 심리과정에서 위와 같은 A訴의 진행상황이 밝혀졌다. 이 경우 乙의 소에 대한 법원의 판단【전부인용, 일부인용, 청구기각, 각하】 및 그 논거를 서술하시오. (15점)

54-1  
Q1

A訴의 담당재판부를 구성한 E 판사가 甲 종중의 구성원이라는 사실이 밝혀진 경우, E 판사가 취하여야 할 조치는 무엇인가? (10점)

I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해보자



## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자

**답안 TIP** 채권자대위소송과 중복소송을 주된 쟁점으로 하는 문제이다. 1문은 재판부를 구성하는 담당법관이 제척사유에 해당하는지를 묻는 문제이며, 관련 최신판례는 별론으로 하더라도 제척의 일반론을 적시하는 것으로 충분히 답안을 작성할 수 있을 것이다.

### 1. 결론

담당판사인 E는 제척이유에 해당함을 들어 스스로 위 소송에서 물러나고 이를 조서에 기재하여야 할 것이다.

### 2. 논거

#### (1) E의 지위와 제척사유

(가) 재판의 공정성을 유지하기 위한 법관의 제척은 법관이 구체적인 사건과 법률에서 정한 특수한 관계가 있는 때에 당연히 그 사건에 관한 직무집행에서 제치는 것을 말한다(제41조). 사안에서 담당판사인 E가 甲 중종의 구성원인 사실이 밝혀진 바, 이것이 제척이유인 소송의 당사자와 공동권리자 또는 공동의무자에 해당하는지가 문제된다(1호).

(나) 판례는 이에 대하여 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계란 비록 판결의 기판력을 받을 관계가 아니라 하여도 소송의 목적이 된 권리관계에 공통되는 법률상 이해관계가 있는 경우를 의미하는 바, 중종 소송에서 재판부의 구성법관이 중종의 구성원이면 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있어 제척이유가 된다(대판 2010.5.13, 2009다102254)고 하였다.

#### (2) 제척에 따른 E의 조치

제척이유의 유무는 그 문제된 법관 자신과 그 소속 합의부의 직권조사사항이다. 사안에서 조사결과 제척이유가 있음이 명백하므로 판사 E는 스스로 위 소송의 직무집행에서 물러나야 할 것이다.

54-1  
Q2

B訴의 심리과정에서 위와 같은 A訴의 진행상황이 밝혀졌다. 이 경우 乙의 소에 대한 법원의 판단【전부인용, 일부인용, 청구기각, 각하】 및 그 논거를 서술하시오. (15점)

I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해보자

## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자

### 1. 판 단

법원은 乙이 제기한 B소가 중복소송임을 이유로 부적법 각하하여야 한다.

### 2. 논 거

#### (1) 중복소송금지원칙의 의의 및 요건

(가) 이미 사건이 계속되어 있을 때 그와 동일한 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못하는 바(제259조), 이는 판결의 모순 및 저촉 방지를 위함이다.

(나) 이러한 중복소송에 해당하기 위해서는 i) 당사자가 동일하여야 하고, ii) 소송물이 동일하여야 하며, iii) 전소 법원 계속 중 후소가 제기되어야 한다. 사안의 경우 甲 종중의 채권자대위소송이 먼저 제기되었는 바, 그 이후에 제기된 채무자 乙의 후소가 중복소송에 해당하는지가 문제된다. 특히 사안에서 甲 종중의 채권자대위소송은 2011. 10. 15, 丙에게 송달되었고, 채무자 乙의 소송은 2011. 11. 5. 丙에게 송달되었으므로 A소가 계속 중에 있으므로 이하에는 i)의 요건과 ii)의 요건에 대하여 살펴본다.

#### (2) 甲 종중과 乙의 당사자 동일 여부

채권자대위소송에 대하여 통설과 판례인 법정소송담당설에 따르면 채무자가 대위소송의 사실을 알았느냐와 관계없이 중복소송에 해당한다고 한다(대판 1992.5.22, 91다41187). 중복소송의 취지가 판결의 모순저촉 방지에 있는 바, A소의 甲 종중과 B소의 乙은 동일한 당사자에 해당한다고 할 것이다.

#### (3) A소와 B소의 소송물의 동일 여부

(가) 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 한다(대판 2001.9.20, 99다37894 전원합의체).

(나) 채권자대위소송은 법정소송담당이므로 소송물은 채무자의 권리에 해당한다. 사안의 경우 甲 종중이 전소에서 청구한 것은 소유권이전등기의 말소등기청구였고, 후소에서 乙이 행사한 것은 진정명의회복을 위한 이전등기인 바, 이는 모두 채무자의 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사하는 것이므로 소송물 역시 동일하다고 할 것이다.

#### (4) 중복소송에 다른 후소법원의 조치

중복소송에 해당하지 않아야 된다는 것은 소극적 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이다. 따라서 丙의 항변을 기다릴 필요도 없고 설령 乙의 청구원인의 주장이 모두 사실로 밝혀졌다 하더라도 乙의 B소는 중복소송임을 이유로 부적법 각하하여야 한다.

## 관련판례

### 1. 등기말소청구와 진정명의회복을 원인으로 하는 소유권이전등기청구의 소송물

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 갈음하여 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 미친다(대판 2001.9.20, 99다37894 전원합의체).

## 관련판례

### 2. 종중의 구성원이었던 자가 배석판사인 경우와 제척사유

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 모든 국민에게 적법하고 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있고, 민사소송법은 제1조에서 “법원은 소송절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 한다.”라고 규정하는 한편 재판의 공정성에 대한 국민의 신뢰를 보장하기 위한 제도로서 법관이 불공정한 재판을 할 우려가 있는 일정한 경우에 당연히 그 직무를 집행할 수 없도록 하는 제척에 관한 규정을 두고 있는바, 이에 따라 민사소송법 제41조 제1호에서 “법관 또는 그 배우자나 배우자이었던 사람이 사건의 당사자가 되거나, 사건의 당사자와 공동권리자·공동의무자 또는 상환의무자의 관계에 있는 때”를 제척사유의 하나로 규정하고 있다. 여기서 말하는 사건의 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계라 함은 소송의 목적이 된 권리관계에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있어 재판의 공정성을 의심할 만한 사정이 존재하는 지위에 있는 관계를 의미하는 것으로 해석할 것이다. 한편, 종중은 종중 소유 재산의 관리방법과 종중 대표자를 비롯한 임원의 선임, 기타 목적사업의 수행을 위하여 성문의 종중 규약을 제정할 수 있고, 종중에 종중 규약이 존재하는 경우에 종중원의 총유로 귀속되는 종중 소유 재산의 사용수익은 종중 규약에 따르고 그 관리·처분도 종중 규약 내지 종중 규약이 정하는 바에 따라 개최된 종중 총회의 결의에 의하며, 종중 임원의 선임권 등 신분상 권리의무 관계에 대하여도 종중 규약에서 정하는 바에 따르게 된다. 따라서 종중의 종중원들은 종중원의 재산상·신분상 권리의무 관계에 직접적인 영향을 미치는 종중 규약을 개정할 종중 총회 결의의 효력 유무에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있다고 할 것이다(대판 2010.5.13, 2009다102254).

**기초적 사실관계 /**

甲은 乙의 아들 丙과의 사이에 乙 소유의 토지를 대금 10억 원에 매수하기로 하는 계약을 체결하고 계약에서 정한 날보다 신속히 등기를 이전받고자 대금 10억 원을 丙에게 선지급하였다. 위 토지에 관한 소유권이전등기를 요청하는 甲에 대하여 乙은 위 매매계약에 관하여 丙에게 대리권을 수여한 사실이 없다고 주장하면서 甲의 요청에 응하지 아니하였다.

이에 甲은 2014. 6. 5. 계약에서 정한 이행일이 경과한 후 乙을 피고로 하여 매매계약에 기한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기하였다. 그와 같은 소장이 2014. 6. 10. 乙에게 송달되었다.

**소송의 경과 /**

위 소송의 변론에서 乙은 계속하여 甲의 위 청구에 대하여 위 매매계약에 관한 丙의 대리권을 부인하였는데, 만일 丙의 대리권이 인정된다고 하더라도 토지 매매대금 중 수표로 받은 2억 원이 지급거절 되었으므로 위 2억 원을 지급할 때까지는 甲의 청구에 응할 수 없다고 항변하였다.

이에 甲은 이미 매매대금을 변제하였음을 주장하였고, 또한 예전에 乙과의 사이에 상품거래로 인한 상품대금 채권 2억 원이 있다고 하면서 乙이 주장하는 매매대금 중 2억 원과 상계하겠다고 주장하였다.

**문제 /**

1. 법원은 甲의 변제항변과 상계항변에 대하여 어떠한 순서로 심리판단하여야 하는가? 그 이유는 무엇인가? (5점)

**추가된 사실관계 /**

위 소송계속 중 甲은 乙에게 가지고 있는 상품대금 2억 원을 신속히 지급받고자 乙에 대하여 위 2억 원의 지급을 구하는 별도의 소를 2014. 8. 5. 제기하였다. 2014. 8. 10. 甲에게 그 소장이 송달되었다.

**문제 /**

2. 甲이 2014. 8. 5. 乙에게 별도로 상품대금 2억 원의 지급을 구하는 소는 적법한가? (15점)

54-2  
Q1

법원은 甲의 변제항변과 상계항변에 대하여 어떠한 순서로 심리판단하여야 하는가? 그 이유는 무엇인가? (5점)

I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해보자

## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자

**답안 TIP** 채권적 청구권 시스템 중 상계항변의 문제이다. 상계의 경우 자동채권의 채권자는 이를 별소 내지 반소로써 행사할 수 있는 반면, 문항과 같이 소송상 행사할 수도 있다. 이것이 소송상 상계권의 행사이다. 변제항변과 동시에 제출이 된 경우에는 법원의 심리판단순서가 예외적으로 강제되는 바, 변제항변을 우선심리하고 상계항변을 나중에 심리하여야 한다. 평소에 잘 보지 않는 쟁점이므로 이번 기회를 통하여 정리하기를 바란다.

### 1. 결론

법원은 변제항변을 먼저 심리판단한 다음 상계항변을 나중에 심리판단하여야 한다.

### 2. 논거

#### (1) 심리의 순서

(가) 법원은 당사자가 제출한 공격방어방법을 심판함에 있어 구속되지 않는 바, 그 실제법상의 논리적 순서나 당사자의 지정 순위에 불문하고 법원이 임의로 판단할 수 있다.

(나) 그러나 상계항변에는 기판력이 발생하고, 피고의 자동채권의 소멸이라는 불이익이 초래되므로 상계항변을 심판할 때에는 우선 원고의 수동채권의 존재를 증거조사를 통하여 확인한 다음 비로소 상계항변에 대한 심리판단을 하여야 한다.

#### (2) 사안의 해결

甲은 변제항변과 상계항변을 동시에 제출하였는 바, 법원은 甲의 변제항변을 먼저 심리판단한 다음 이 유 없다고 인정되면 비로소 甲의 상계항변을 심리판단하여야 한다.

54-2  
Q2

甲이 2014. 8. 5. 乙에게 별도로 상품대금 2억 원의 지급을 구하는 소는 적법한가? (15점)

I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해보자



## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자

### 1. 결 론

甲의 소는 중복소송에 해당하지 않으므로 적법하다.

### 2. 논 거

#### (1) 중복제소금지원칙의 해당요건

(㉠) 이미 사건이 계속되어 있을 때 그와 동일한 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못하는 바(제259조), 이는 판결의 모순 및 저촉 방지를 위함이다.

(㉡) 중복소송에 해당하기 위해서는 i) 당사자가 동일하여야 하고, ii) 소송물이 동일하여야 하며, iii) 전소 법원 계속 중 후소가 제기되어야 한다. 사안의 경우 甲이 전소에서 상계로써 제출한 상품대금채권을 후소로 제기한 바, 소송물이 동일한지와 관련하여 甲의 후소가 중복소송에 해당하는지가 문제된다.

#### (2) 상계항변과 중복소송의 해당 여부

(㉢) 이에 대하여는 i) 긍정설, ii) 부정설, iii) 반소요구설의 견해가 대립하나 iv) 판례는 담당재판부로서는 이부, 이송 또는 변론병합 등을 시도함으로써 판결의 모순·저촉을 방지하고 소송경제를 도모함이 바람직하였다고 할 것이나, 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한, 별도로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다(대판 2001.4.27, 2000다4050)고 하였다.

(㉣) 상계항변은 그 자체가 소송물이 아닌 점, 피고의 방어권 행사를 못하게 하는 것은 부당하다는 점에서 부정설이 타당하다.

#### (3) 甲이 제기한 후소의 적법 여부

결국 甲이 제기한 후소는 중복소송에 해당하지 않으므로 적법하다. 특히 사안의 경우 전소에서 아직 甲의 자동채권의 존부에 대하여는 판단이 없었으므로 기판력도 발생하지 않은 상태이다. 그러므로 후소법원은 甲의 청구가 중복소송에 해당한다고 하여 각하할 수 없다.

**관련판례****별소로 계속 중인 채권을 후소에서 자동채권으로 상계할 수 있는지 여부**

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 바람직하였다고 할 것이나, 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다(대판 2001.4.27, 2000다4050).

**기초적 사실관계 /**

Y 종중은 규약을 제정하거나 특별히 대표자를 선출하지도 않은 채, 연고항존자가 대소사를 관례에 따라 처리하여 오고 있었다. Y 종중의 종중원인 甲은 Y 종중 소유의 임야를 취득하고자 마음먹고 2014. 10. 20. Y 종중을 상대로 소유권이전등기의 소를 제기하면서 자신의 아들인 乙을 Y 종중의 대표자로 선출되었다는 내용의 종중결의서를 위조하여 소장에 첨부하였다.

법원은 이를 토대로 乙이 적법한 대표권이 있는 것으로 알고 소송서류를 乙의 주소지에 송달하였다. 그러나 甲과 이미 Y 종중의 임야를 취득하고자 통모한 乙은 변론기일에 불출석하였고, 2014. 11. 20. 자백간주에 의한 甲 승소판결이 선고되었으며, 그 판결정본이 乙에게 송달되어 항소기간이 도과되어 그 판결이 확정되었다. 한편 이러한 사실을 알게 된 Y 종중은 종중총회를 개최하여 Y 종중의 대표자로 丙을 선출하고 丙은 위 임야를 되찾으려고 한다.

**문제 /**

이 경우 丙이 취할 『소송법적 구제방안』에 대하여 논하시오. (20점)

63-1  
Q

이 경우 丙이 취할 『소송법적 구제방안』에 대하여 논하시오. (20점)

I. 사실관계를 분석하여 쟁점을 도출하고 목차를 구성해보자

## II. 모범답안과 비교하면서 확인해보자

**답안 TIP** 대표자임을 참칭한 자에 대한 편취판결의 효력과 그에 따른 소송법적 구제방안을 묻는 문제이다. 기록형과 선택형에 이미 출제가 되고 있는 쟁점이며, 관련 최신판례도 계속하여 등장하고 있으므로 출제가 유력한 쟁점이다. 본 문항은 실체법상의 구제방안(불법행위 또는 부당이득)과 집행법상의 구제방안은 별론으로 하고 소송법적인 구제방안을 묻고 있다. 이에 우선적으로 검토하여야 하는 것이 참칭대표자에 대한 판결정본의 송달이 유효한지이다. 이에 따라 판결의 효력이 유효하다면 재심으로 결론을 내릴 수 있을 것이다. 그러나 소송법적인 구제방안을 묻는 문제이므로 재심에만 한정시키는 답안은 고득점을 할 수 없다. 이 때 생각할 수 있는 것이 제173조의 항소의 추후보완제도이다. 이 두 가지의 방법론을 적절하게 제시하면서 본 문항과 관련된 판례를 정확하게 제시하는 것이 수험생들에게 요구된다. 그러므로 본 문항의 모범 답안 역시 이에 따라 제시하였다.

### 1. 쟁점의 정리

(가) 편취판결에 대한 Y 종중의 대표자 丙의 소송법적 구제방안을 논의하기 위하여 참칭대표자 乙에 대한 판결정본의 송달이 유효한지가 검토되어야 한다.

(나) 이에 따라 재심이 가능한지, 재심이 가능하다면 재심사유에 대한 검토 또한 필요하다. 그리고 재심 이외의 소송법적 구제방안으로서 항소의 추후보완이 가능한지도 문제된다.

### 2. 참칭대표자 乙에 대한 송달과 판결의 유효

(가) 이에 대하여는 i) 적법한 대표자에게 판결정본이 송달되지 않은 것으로서 송달이 무효라는 견해, ii) 송달 그 자체는 적법·유효함으로 판결은 확정되었다는 견해가 대립한다. 판례는 법원이 참칭대표자에게 적법한 대표권이 있는 것으로 그를 송달받을 사람으로 지정하여 소송서류 등을 송달하고 그 송달받을 사람으로 지정된 참칭대표자가 송달받은 경우에는 그 송달이 무효라고 할 수 없고, 그 때부터 항소기간이 진행되고 그 뒤 판결은 확정되었다(대판 1994.1.11, 92다47632)고 하여 유효하다는 입장이다.

(나) 사안에서는 참칭대표자인 乙의 주소에 송달되었으므로 송달 그 자체는 유효하고, 따라서 항소기간의 도과로 인하여 판결은 확정되었다고 할 것이다.

### 3. 丙의 Y 종중을 위한 소송법적 구제방안

#### (1) 재심소송에 따른 구제

(가) 사안에서 丙은 적법한 대표권이 없음에도 불구하고 Y 종중의 대표자의 지위에서 소송을 수행하였으므로 Y 종중의 적법한 대표권자가 소송사실을 몰라 실질적인 소송행위를 할 수 없는 경우에 해당하므로 제451조 1항 3호의 재심사유에 해당한다.

(나) 다음으로 사안에서 甲이 그의 아들 乙과 통모하였고, Y 종중의 중중결의서를 위조한 것은 사기죄에 해당하므로 제451조 1항 5호의 재심사유에도 해당한다고 할 수 있을 것이나, 이 경우 판례는 처벌받을 행위에 대하여 유죄판결이 확정되었음을 요건으로 함으로 Y 종중이 5호 사유에 따른 재심을 청구하려면 먼저 X 등에게 유죄의 확정판결을 받게 하여야 한다.

#### (2) 추후보완에 따른 구제

(가) 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 항소기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 뒤 2주 이내에 소송행위를 추후보완하면 본래의 기간 내에 동일한 효력을 생기게 할 수 있다(제173조).

(나) 사안의 경우 乙에 대한 판결정보의 송달은 유효하나 Y 종중에서는 소송행위가 이루어진 사실에 대하여 전혀 예상할 수 없었으므로 소송행위의 추후보완을 인정함이 타당하다. 만약 Y 종중이 추후보완을 하면 소송은 항소심에 이십되고, 항소심에서 제1심 판결의 당부에 대하여 다시 심리하게 된다.

#### 4. 사안의 해결

(가) 비록 참칭대표자 乙에 대하여 판결정보의 송달되었으나 유효하다고 할 것이므로 항소기간의 도과에 따라 판결은 확정되었다. 따라서 Y 종중을 위하여 丙은 제451조 1항의 3호에 의하여 재심을 제기할 수 있을 것이다.

(나) 또한 귀책사유 없이 항소기간을 준수하지 못하였으므로 제173조에 따라 항소의 추후보완을 할 수 있을 것이다. 특히 항소의 추후보완이 재심을 청구하는 것보다 요건과 절차가 간편하므로 더 효과적인 구제수단이라 할 것이다.