

Free Public Edition

제7판

법학 입문

Introduction to Civil Law, Book 2

The Law of Rights Alteration

민사법 2

권리변동법

김해마루 지음

율현출판사

Introduction to Civil Law, Book 2
The Law of Rights Alteration

민사법 2
권리변동법

권리란 마치 사람과도 같아서,

- 1. 태어나서,
- 2. 변하고,
- 3. 소멸한다.

그동안 배운 기초 개념을 토대로, 다음을 세세하게 살펴본다.

- 1. **물권이 변동**하는 원인과 과정
- 2. **채권이 변동**하는 원인과 과정

민사법 1 – 민사법 기초 | Basic Civil Law

제1강 민사구조론 | Civil Procedure Outline

제2강 계약법 기초 | Basic Contract Law

제3강 불법행위법 기초 | Basic Tort Law

제4강 물권법 기초 | Basic Property Law

민사법 2 – 권리변동법 | The Law of Rights Alteration

제5강 물권 취득과 소멸 | Acquisition and Extinction of Property Rights

제6강 채권 이전과 소멸 | Transfer and Extinction of Claims

민사법 3 – 채권법 | The Law of Obligations

제7강 강제이행 | Compulsory Performance

제8강 해제와 손해배상 | Rescission & Compensation

제9강 채무자 재산 보존 | Preservation of Chargeable Properties

민사법 4 – 민법총칙 | General Provisions of
the Civil Code

제10강 법률행위론 | Theory of Juristic Act

제11강 흠 있는 계약 | Contract Defect

제12강 사람과 법인 | Natural Person & Juristic Person

민사법 5 – 상법·민사소송법 | Commercial Law
· Civil Procedure Law

제13강 회사법 기초 | Basic Company Law

제14강 증권법 기초 | Basic Securities Law

제15강 보험법 기초 | Basic Insurance Law

제16강 소송요건론 | Theory of Litigation Requirements

제17강 복잡 소송 | Complex Litigation

제5강

물권 취득과 소멸

Acquisition and Extinction of Property Rights

언제 어떻게 물권을 얻고 잃는지에 관하여

지난 시간에 물권이 변동하는 원리를 배웠다. 오늘은 다음을 중심으로, 실제 **물권이 변동**하는 모습을 하나하나 살펴본다.

- 1. 물권을 취득하는 사유
- 2. 물권을 상실하는 사유

이 과정에서 복잡한 법 원리에 마주치며, 다음과 같이 어려운 질문을 받을 것이다. 이것을 대답할 수 있도록 이해하는 것이 강의목표다.

- 1. **취득시효**, **공동소유**와 같이 특수한 경우가 있다. 과연 어떤 조건에서 어떤 형태로 물권을 취득하게 되는가?
- 2. 실제 부동산 권리자는 따로 있는데 명의만 다른 사람의 것으로 꾸며 놓은 경우, 즉 **부동산 명의신탁** 사안은 어떻게 처리하는가?
- 3. **공동저당**의 법률관계는?

Jean-François Millet
Des glaneuses (The Gleaners)
1857, oil on canvas, 84 × 110 cm, Musée d'Orsay, Paris



물권 취득	2	공유	111
취득시효	9	공유와 법정지상권	137
취득시효의 6가지 법칙	33	합유	158
분묘기지권	49	총유	167
물권 소멸	55	공동저당	181
명의신탁	75	유치권 취득과 소멸	218
공동소유	110		

제6강

채권 이전과 소멸

Transfer and Extinction of Claims

언제 어떻게 채권이 이동하고 사라지는지에 관하여

물권이 변동하는 것처럼, 채권 역시 생겼다가, 변했다가, 사라진다. 아주 다양한 원인으로, 또 다양한 모습으로, 시시각각 **채권은 변동**한다.

1. 계약으로, 또는 법률규정으로, 채권관계가 발생한다. 이것은 이미 배웠다.
2. 일단 발생한 채권의 채권자나 채무자가 다른 사람으로 바뀔 수 있다. 이것을 채권 이전이라 한다. 대표적으로, **채권양도**와 **채무인수**가 있다. 증권적 채권인 어음채권 양도가 특이하므로, **어음법** 기초원리를 함께 살핀다.
3. 일단 발생한 채권이 소멸하기도 한다. 그 사유는 다양하다. **변제**, **상계**, **소멸시효** 등이 있다.

처음에는 어려울 수 있다. 하지만 그림을 보며, 그리고 사례에 나오는 사람들에 감정이입을 하며 차분히 생각해 보라. 곧 충분히 이해할 수 있을 것이다.

Johannes Vermeer
Mistress and Maid
c. 1664–1667, oil on canvas, 90 × 79 cm, The Frick Collection, New York



들어가며	238	변제공탁	445
채권양도	245	상계	457
채권의 양도성	249	상계항변	478
채무자에 대한 대항요건	263	상계 관련 문제	508
제3자에 대한 대항요건	275	경계	521
저당권 있는 채권의 변동	290	면제	529
연대채무	312	혼동	532
보증채무	337	소멸시효	537
채무인수	370	압류, 가압류, 가처분 개념	572
변제	393	소멸시효 중단 사유	584
변제자대위	415	변제충당	624

일러두기

1. 문법상 작은따옴표가 맞아도, 시각적 효과를 위해 큰따옴표를 사용했다.
2. 법령 이름은 법제처 산하 법률 제명 약칭 위원회의 “법률 제명 약칭 기준”에 따른 약칭이 있을 경우 그 약칭으로 표기했다. 인용한 법령은 2026. 8. 시행 중인 것을 기준으로 하되, 형사소송법, 공소청법, 중수청법은 2026. 10., 법원조직법은 2028. 3. 시행 예정인 것을 기준으로 한다.
3. 판례번호는 “대법원 2026. 7. 16. 선고 2026도1894 판결”을 “2026도 1894”로 기재하는 식으로 사건번호만 표기하면서, 단기(檀紀) 연도는 서기 두 자리 연도로 같음했다. 단, 하급심 재판은 법원명을 “○○고법”, “○○행법”, “○○지법”, “○○지원”처럼 약칭해 함께 표기했다. 한편, 대법원 전원합의체 판결은 “전합”이라고 부기했지만, 헌법재판소 전원재판부 결정은 별도로 “전원재판부”라고 표시하지 않았고, 어느 경우든 법정 의견만 인용했다.
4. 기출문제가 곳곳에 있다. 공부 방향 설정에 참고하라고 넣은 것이다. 정답과 풀이는 제공하지 않는다.
5. 법령, 판례, 기출문제는 원문 그대로 인용하되, 비문 교정 또는 간결한 표현 등을 위해 수정한 부분은 “[]”로 표시했다. 단, 띄어쓰기는 별도의 수정 표시 없이 맞춤법에 맞게 교정했고, 가운데띄점(·), 아래아(ㄷ, ㄹ), 불릿(·) 등은 모두 쉼표(,) 또는 마침표(.)로 바꿨다.
6. 영문 병기는 한국법제연구원 “대한민국영문법령”과 대법원 “각급 기관 및 직위의 영문표기에 관한 내규”를 기본으로 하되, 뜻을 보다 명확히 전달하기 위해 의역한 용어도 있다. 영문 병기를 한 이유는 “외국인에게 일상적 용어로 우리 법률개념을 표현할 수 없다면 그 제도를 이해하지 못한 것”이라는 지은이의 신념을 담은 것이다.
7. 삽입한 법률서류는 실제 사건 양식을 참고하되, 인적사항과 구체적 내용은 가공했다.
8. 이 책 내용이 소속 기관의 견해와 반드시 일치하는 것은 아니다. 단, 기본 법리는 오로지 통설과 대법원 판례에 따라 설명했다. 쟁점에 관한 개인적 주장 또는 견해는 철저히 배제했다.

제7판 머리말

이 책은 수험용 민사법(민법, 상법, 민사소송법) 입문서다.

즉, 민사법(5권), 형사법(2권), 공법(1권)으로 구성된 8권짜리 “법학 입문” 시리즈의 일부로, 그중 민사법 제2권 “권리변동법” 편(구 “권리 득실” 편)에 해당한다. 이 시리즈는 제4판(2017)까지 “누워서 읽는 법학”이라는 이름으로 출간했고, 제5판(2019)부터는 “법학 입문”으로 이름을 바꿨다.

이번 제7판(2026)에서는 제6판(2023) 이후의 법령 개정과 새로 나온 판례를 반영했다.

배움은 단계를 뛰어넘어선 안 되고(學不可躐等), 조급하고 경솔하게 해서도 안 되니(不可草率), 그렇게 하면 헛되이 마음과 힘만 낭비할 뿐이다(徒費心力). 반드시 차례와 순서에 따라(須依次序), 올바른 방법으로 이해해야 한다(如法理會). 그렇게 하여 경전 하나를 충분히 익히면(一經通熟), 다른 책들도 쉽게 읽을 수 있게 된다(他書亦易看). — “주자어류(朱子語類)” 제11권 ‘독서법 하(讀書法下)’ 중에서

이 책은 법학을 이해하기 위한 최소한의 이론, 즉 다음 단계로 나아가기 위해 반드시 알아야만 하는 것부터 하나씩 쌓아가는 방식으로 서술했다. 이 시리즈의 공법, 형사법, 민사법 과목 사이에는 별도의 선후관계가 없으나, 같은 과목 안에서는 제1권(제1강 → 제2강 → 제3강 → 제4강), 제2권(제5강 → 제6강...), 제3권... 식의 순서를 따른다. 예를 들어, 민법총칙에서 가장 먼저 이해해야 할 부분은 제4권 “민법총칙”이 아니라 제1권 “민사법 기초”에 있다. 제4권 내용은 제1권부터 제3권까지를 이해한 이후에야 비로소 파악할 수 있는 나머지 민법총칙이다. 만약 제1권도 모른 채 제4권 하나만을 먼저 본다면, 민법총칙을 이해하는 데에도 제1권부터 제4권까지 넷을 순서대로 다 읽은 사람보다 오히려 더 오래 걸릴 것이다. 같은 권 안에서의 서술도 마찬가지다. 부디 순서대로 읽기를 바란다.

이번 제7판 역시 많은 분들의 도움으로 완성할 수 있었다.

아낌없는 조언을 해주신 강동호 님(아주대학교 법학전문대학원), 강현 변호사 님(한신대학교 겸임교수), 견대영 님, 김기만 님(국방부), 김별다비 경정님(경찰청, 변호사), 김승환 님(University of Cambridge, MPhil Classics), 김윤정 경정님(충청남도경찰청), 김현경 서기관님(외교부), 노진탁 님(전남대학교 법학전문대학원), 박수정 변호사님(법무법인 빛), 오현수 변호사님(법무법인(유한) 태평양), 전성환 님(연세대학교 신촌캠퍼스), 정수연 변호사님(법무법인 해운), 조다솔 변호사님, 조민지 서기관님(통일부), 최가희 변호사님(청주지방법원 전임회생위원), 하민희 님, 한종현 변호사님께 감사드립니다.

특히 오현수 변호사님은 시리즈 초기부터 변함없이 큰 힘이 되어 주셨다. 하민희 님과 한종현 변호사님 부부, 김현경 서기관님, 정수연 변호사님은 법률 용어의 영문표기 오류와 부적절한 표현까지 바로잡아 주셨고, 김승환 님은 라틴어 법언도 꼼꼼히 교정해 주셨다.

어떤 일이 있더라도, 또 어느 누가 뭐라 하더라도, 이 책을 읽는 모든 분이 항상 다음 네 가지를 중심에 두기를 당부한다.

조문, 판례, 기출문제, 강약조절.

이것이 수험 법학의 전부이며, 합격의 유일한 방법이다.

2026. 8. 지 은 이

제5강

물권 취득과 소멸

Acquisition and Extinction of Property Rights



Jean-François Millet, *Des glaneuses (The Gleaners)*
1857, oil on canvas, 84 × 110 cm, Musée d'Orsay, Paris

언제 어떻게 물권을 얻고 잃는지에 관하여

- 지난 시간에 물권이 변동하는 원리를 배웠다. 오늘은 다음을 중심으로, 실제 **물권이 변동**하는 모습을 하나하나 살펴본다.
 - 1. 물권을 취득하는 사유
 - 2. 물권을 상실하는 사유
- 이 과정에서 복잡한 법 원리에 마주치며, 다음과 같이 어려운 질문을 받을 것이다. 이것을 대답할 수 있도록 이해하는 것이 강의목표다.
 - 1. **취득시효**, **공동소유**와 같이 특수한 경우가 있다. 과연 어떤 조건에서 어떤 형태로 물권을 취득하게 되는가?
 - 2. 실제 부동산 권리자는 따로 있는데 명의만 다른 사람의 것으로 꾸며 놓은 경우, 즉 **부동산 명의신탁** 사안은 어떻게 처리하는가?
 - 3. **공동저당**의 법률관계는?

물권 취득

Acquisition of Property Rights

누가 빅뱅 이후 0.5초에 관해 관심을 둔단 말인가?
중요한 것은 빅뱅이 일어나기 0.5초 전이다. - Fay Weldon

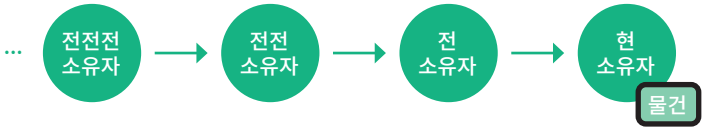
머리에

복습

- 1. 물권은 언제, 왜 취득하는가? 법률행위 또는 법률규정에 따라 취득한다.
- 2. 어떤 경우 어떤 물권을 취득하는가? 물권 종류를 설명하며 이미 소개했다.
- 3. 소유권자로부터 이전받거나 설정받는 식이다.

의문점

- 1. 그렇다면 근본적으로, 원래 소유권자는 그 소유권을 어떻게 취득했을까? 물론 그 역시 다른 사람으로부터 매수, 증여 등으로 취득했을 것이다.
- 2. 그렇다면 원래 소유자보다도 이전 소유자, 그보다 더 이전 소유자는, 애당초 어떻게 해서 소유자가 될 수 있었을까?



무주물, 유실물, 매장물 소유권취득

무주물의 선점

무주물(*bona vacantia*; property without owners): 현재 소유자 없는 물건이다. 과거 누구의 소유였어도, 현재 소유를 계속하지 않으면 무주물이다.

- 1. 무주물 동산(*movable without an owner*): 자주점유를 하면 곧바로 소유권을 취득한다. 무주물 선점에 따른 소유권취득(*acquisition by preoccupation*)이다.

민법 제252조(무주물의 귀속) ① 무주의 동산을 소유의 의사로 점유한 자는 그 소유권을 취득한다.

버린 것은 즉시 선점자에게 속한다(*Id, quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit*; Property intentionally abandoned immediately becomes the property of the person who first takes possession of it).

- 2. 무주물 부동산(*terra nullius*; immovable without an owner): 국유(대한민국 소유)로 한다. 부동산은 무주물 선점이 없다.

민법 제252조(무주물의 귀속) ② 무주의 부동산은 국유로 한다.

누구에게도 속하지 않는 것은 군주에게 속한다(*Quod nullius est, est domini regis*; Anything that has no ownership falls to the Crown).

유실물의 습득

유실물(lost property): 잃어버린 물건이다. 점유자 의사에 따르지 않고 점유를 이탈한 물건 중, 도둑맞은 물건을 제외한 것이다.

1. 유실물을 습득한 자는 주인에게 돌려주거나 경찰서에 제출해야 한다.

유실물법 제1조(습득물의 조치) ① 타인이 유실한 물건을 습득한 자는 이를 신속하게 유실자 또는 소유자, 그 밖에 물건회복의 청구권을 가진 자에게 반환하거나 경찰서...에 제출하여야 한다. ...

2. 경찰서에서는 주인을 찾아 돌려줘야 한다. 만약 주인의 이름이나 주거를 모르면, 경찰서에서는 물건 주인은 물건을 찾아가라 공고한다.

유실물법 제1조(습득물의 조치) ② 물건을 경찰서에 제출한 경우에는 경찰서장이... 물건을 반환받을 자에게 반환하여야 한다. 이 경우에 반환을 받을 자의 성명이나 주거를 알 수 없을 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공고하여야 한다.

3. 이렇게 했는데도 6개월 동안 주인이 나타나지 않으면, 습득자가 소유권을 취득한다. 유실물 습득에 따른 소유권취득(acquisition by obtainment)이라 한다. 결과적으로 원래 소유자는 소유권을 잃는다.

민법 제253조(유실물의 소유권취득) 유실물은 법률에 정한 바에 [따라] 공고한 후 6개월 내에 그 소유자가 권리를 주장하지 아니하면 습득자가 그 소유권을 취득한다.

기간 내에 주인이 찾아가면, 주인은 습득자에게 보상을 지급해야 한다.

유실물법 제4조(보상금) 물건을 반환받는 자는 물건가액(物件價額)의 100분의 5 이상 100분의 20 이하의 범위에서 보상금(報償金)을 습득자에게 지급하여야 한다. ...

매장물의 발견

매장물(treasure-trove): 땅속에 묻혀 있는 물건이다. 토지 같은 것 속에 드러나지 않게 간직되어 있어, 소유권이 누구에게 있는지 판별하기 어려운 물건이다.

1. 매장물을 발견한 자는 주인에게 돌려주거나 역시 경찰서에 제출해야 한다. 유실물과 마찬가지로 이유로 공고를 한다.

유실물법 제13조(매장물) ① 매장물(埋藏物)에 관하여는 ... 이 법을 준용한다.

2. 공고 후 1년 동안 주인이 나타나지 않으면, 발견자가 소유권을 취득한다.

민법 제254조(매장물의 소유권취득) 매장물은 법률에 정한 바에 [따라] 공고한 후 1년 내에 그 소유자가 권리를 주장하지 아니하면 발견자가 그 소유권을 취득한다. ...

3. 남의 땅에서 발견한 매장물이었다면? 발견자와 땅 주인이 절반씩 취득한다.
어느 경우든, 매장물 발견에 따른 소유권취득이라 부른다. 결과적으로, 원래 소유자가 있었다면 그는 소유권을 잃게 된다.

민법 제254조(매장물의 소유권취득) ... 그러나 타인의 토지 기타 물건으로부터 발견한 매장물은 그 토지 기타 물건의 소유자와 발견자가 절반하여 취득한다.

수용

수용(expropriation) 제도

공익사업을 위해 개인 땅을 강제로 취득하는 제도.

토지보상법 제19조(토지등의 수용 또는 사용) ① 사업시행자는 공익사업의 수행을 위하여 필요하면 이 법에서 정하는 바에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있다.

토지보상법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

2. “공익사업”이란 제4조 각호의 어느 하나에 해당하는 사업을 말한다.
 3. “사업시행자”란 공익사업을 수행하는 자를 말한다.
 4. “토지소유자”란 공익사업에 필요한 토지의 소유자를 말한다.
-

토지보상법 제4조(공익사업) 이 법에 따라 토지등을 취득하거나 사용할 수 있는 사업은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사업이어야 한다.

2. 관계 법률에 따라 허가, 인가, 승인, 지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 철도, 도로, 공항, 항만, ...전기, 전기통신, 방송, 가스 및 기상 관측에 관한 사업
 3. 국가나 지방자치단체가 설치하는 청사, 공장, 연구소, 시험소, 보건시설, 문화시설, 공원, 수목원, 광장, 운동장, 시장, ... 그 밖의 공공용 시설에 관한 사업
-

1. 사업인정

토지보상법 제20조(사업인정) ① 사업시행자는 제19조에 따라 토지등을 수용하거나 사용하려면 ... 국토교통부장관의 사업인정을 받아야 한다.

토지보상법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

7. “사업인정”이란 공익사업을 토지등을 수용하거나 사용할 사업으로 결정하는 것을 말한다.
-

2. 토지조서(land protocol) 및 물건조서(goods protocol) 작성

3. 보상계획 공고 및 열람

4. 손실보상

토지보상법 제26조(협의 등 절차의 준용) ① 제20조의 규정에 [따른] 사업인정을 받은 사업시행자는 토지조서 및 물건조서의 작성, 보상계획의 공고, 통지 및 열람, 보상액의 산정과 토지소유자 및 관계인과의 협의의 절차를 거쳐야 한다. 이 경우 ... 제68조를 준용한다.

토지보상법 제68조(보상액의 산정) ① 사업시행자는 토지등에 대한 보상액을 산정하려는 경우에는 [감정평가법인 등]을 선정하여 토지등의 평가를 의뢰하여야 한다. ...

물론, 수용을 통해 강제로 취득하지 않고, 협의를 통해 취득할 수도 있다. 협의취득이라 한다. 자세히는 공법 제1강 공법구조론 중 “기초 개념” 부분을 참조하라.

토지보상법 제14조(토지조서 및 물건조서의 작성) ① 사업시행자는 공익사업의 수행을 위하여 제20조의 규정에 [따른] 사업인정 전에 협의에 [따른] 토지등의 취득 또는 사용이 필요한 때에는 토지조서 및 물건조서를 작성하여 서명 또는 날인을 하고 토지소유자 및 관계인의 서명 또는 날인을 받아야 한다. ...

토지보상법 제16조(협의) 사업시행자는 토지등에 대한 보상에 관하여 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 ...한다.

토지보상법 제17조(계약의 체결) 사업시행자는 제16조에 따른 협의가 성립되었을 때에는 토지소유자 및 관계인과 계약을 체결하여야 한다.

수용 효과

토지보상법 제40조(보상금의 지급 또는 공탁) ① 사업시행자는 ... 수용 또는 사용의 개시일(토지수용위원회가 재결로써 결정한 수용 또는 사용을 시작하는 날을 말한다. 이하 같다)까지 관할 토지수용위원회가 재결한 보상금을 지급하여야 한다.

토지보상법 제45조(권리의 취득, 소멸 및 제한) ① 사업시행자는 수용의 개시일에 토지나 물건의 소유권을 취득하며, 그 토지나 물건에 관한 다른 권리는 이와 동시에 소멸한다.

등기와의 관계

법률규정에 따른 부동산물권변동이다. 따라서 등기 없이도 사업시행자(국가 등)가 소유권을 취득한다.

민법 제187조(등기[가 필요하지 않은] 부동산물권취득) 상속, 공용정수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 [따른] 부동산에 관한 물권의 취득은 등기[가 필요하]지 [않]다. ...

사정

머리에

사정(assessment)은, 부동산 소유권의 시초다.

조선 토지조사사업

- 1. 일본은 한국에서 식민지 정책을 수행하기 위해, 조선의 종래 토지 소유 관계를 정리하려고 했다. 이를 위해 일본은 1910년부터 1918년까지 조선의 토지를 대규모로 조사하는 사업을 시행한다.

- 2. 토지조사는 다음과 같이 진행했다. 토지소유자의 신고로 지목(land category)을 정하고 측량한다. 구역마다 지번(parcel number)을 붙인다. 구역의 경계를 밝히고, 그 지적(land cadastre)에 대한 소유권을 확정한다. 쉽게 말해, 번지수를 부여하고 소유권자를 정한 사업이다.

토지 사정

이때, “토지소유권자가 누구다”라고 확정하는 행정처분이 바로 사정이다.

- 1. 사정은 단순히 기존 소유권을 확인하는 정도가 아니다. 사정으로 비로소 소유권이 창설되는 개념이다.
- 2. 예를 들어, 조선 시대에 조선 사람이 어떤 땅의 주인으로 그동안 살아오고 있었더라도, 민법에서 말하는 “소유권”은 없었다. 사정을 받은 사람은, 사정 때 문에 비로소 “소유권”이라는 것을 취득한다.

민법적 의미

- 1. 사정은 절대적 효력을 갖는다. 오늘날 법원은 일제강점기에 사정받은 자를 최초 소유자로 인정하고 있다.

96다1792: 토지조사령에 [따른] ... 사정이나 재결[로] 그 토지소유자의 권리는 확정[된 다.] 위와 같은 사정확정이나 재결에 [따른] 권리확정은 ... 이를 다룰 수 없[다.]

다른 대안이 없다는 현실적 측면 때문이다.

- 2. 현재 대한민국에 있는 토지 소유권을 계속 거슬러 올라가면, 시초에는 사정이 있다.



선의취득

복습

공시방법에는, 물건변동에 관한 공신력(public confidence)이 없다.

- 1. 등기나 인도를 믿고 거래했어도, 권리를 취득하지 못할 위험이 항상 있다.
- 2. 다만, 예외적으로 보호받는 경우가 있다. 즉, 개별 보호 규정이 있다.

대표적 보호 규정이 바로 선의취득 규정이다.

선의취득 개념

1. 무권리자(권리가 없는 자)는, 말 그대로, 다른 사람에게 승계해 줄 권리가 없다. 그 결과 무권리자로부터는 권리를 취득할 수 없다. 이것이 원칙이다.

무(無)에서는 아무것도 창조될 수 없다(*ex nihilo nihil fit*; nothing comes from nothing).

누구도 자기가 가지는 이상의 권리를 타인에게 줄 수 없다(*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*; One cannot transfer more rights than he has).

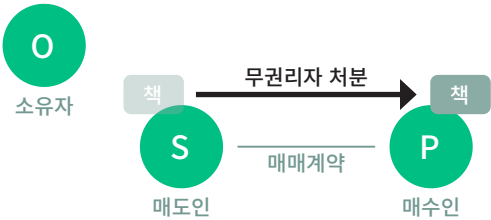
2. 그런데도, 무권리자로부터 동산을 매수했을 때 어떤 경우, 예외적으로, 권리를 취득한다. 바로 선의취득(*bona fide acquisition*)이다.

민법 제249조(선의취득) 평온, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실 없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다.

공신력 없다는 원칙에 대한 예외다.

선의취득의 사례

1. S는 O로부터 “법학 입문” 형사법 제1권을 빌려서 깨끗이 읽고 있다. 그런데 독서를 정말 좋아하는 P가 우연히 그 책을 지나가다, 못 보던 책이라며 자기에게 팔라고 했다. S는 현금이 필요했기에, 마치 자기 것처럼 하여 1만 원에 P에게 팔았다.



2. 매수인 P는 소유권을 취득하는가? 그 책은 매도인 S 소유가 아니지만, 그럼에도 P는 책 소유권을 취득할 수도 있다.

선의취득의 요건

민법 제249조(선의취득) 평온, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실 없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다.

다음 요건을 모두 충족해야 한다.

1. 목적물: 동산(movable property)에 한정한다.

부동산(immovable property; real estate)은 선의취득이 없다. 사례 문제에서 항상 이 점에 유의하라.

2. 취득자(점유): 평온하고(peaceably), 공연하게(openly), 선의이고(in good faith), 무과실(without negligence)로 취득해야 한다.
3. 법률행위의 유효: 취득하는 법률행위가 유효해야 한다. 만약 무효라면, 아무리 다른 요건을 충족하더라도, 양수인이 소유권을 취득할 수 없다.

매도인 S와 매수인 P 사이의 매매계약이 당연무효이거나, 또는 취소로 무효가 되었다면? 매수인 P가 아무리 평온, 공연하게 선의, 무과실로 취득했어도, 위 책 소유권을 취득하지 못한다.

선의취득 제도 의의

1. 선의취득은 양도인이 권리자라고 정당하게 믿고 거래한 제3자를 보호하기 위한 제도다. 즉, 거래 안전을 확보하기 위한 제도다.
2. 원래 등기, 인도 같은 공시방법에는 공신력이 없다. 그럼에도, 선의취득 제도를 통해 동산 거래에는 인도(점유)에 어느 정도 공신력을 부여하는 셈이다. 즉, 공신력 없다는 원칙에 대한 보완 또는 예외다.

취득시효

Acquisitive Prescription

10년이면 강산도 변한다. - 한국 속담

시효 제도

시효 개념

시효(prescription)란, 쉽게 말해 시간(period)의 효과다.

- 1. 일정한 사실 상태가 일정 기간 계속된 경우,
- 2. 그 상태가 진실한 권리관계에 합치되는가에 상관없이,
- 3. 그 사실 상태를 존중하여,
- 4. 법률상 일정한 효과를 생기게 하는,
- 5. 법률요건이다.

관련 용어

- 1. 시효기간: 그 일정한 기간
- 2. 기산점(starting point): 시효기간이 처음 개시된 때
- 3. 완성(completion): 시효기간의 끝
- 4. 시효의 진행: 시효 완성을 시키도록 시간이 흐르는 것



시효 종류

시효에는 여러 종류가 있다.

- 1. 취득시효(acquisitive prescription)
- 2. 소멸시효(extinctive prescription)
- 3. 공소시효(prescription of public prosecution)

취득시효

- 1. 어떤 상태로 일정한 기간이 지나면,
- 2. 점유자가,
- 3. 권리를 취득하는,
- 4. 민법상 제도

예: 땅을 일정한 기간 점유하면 땅 소유권을 취득할 수가 있다.

민법 제245조(점유[에 따른] 부동산소유권의 취득기간) ① 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.

93다47745전합: 원래 취득시효제도는 일정한 기간 점유를 계속한 자를 보호하여 그에게 실체법상의 권리를 부여하는 제도[다.]

소멸시효

1. 일정한 기간이 지나도록,
2. 권리를 행사하지 않고 있으면,
3. 권리가 소멸하는,
4. 민법상 제도

예: 채권을 10년 방치하면 채권이 소멸한다.

민법 제162조(채권...의 소멸시효) ① 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

2022두19: 시효제도의 존재 이유는 영속된 사실 상태를 존중하고 권리 위에 잠자는 자를 보호하지 않는다는 데에 있[다.] 특히 소멸시효에서는 후자의 의미가 강하다.

공소시효

1. 검사가
2. 일정한 기간 내 공소제기를 하지 않으면,
3. 이제는 공소제기를 할 수 없게 되는,
4. 형사법상 제도

형사소송법 제249조(공소시효의 기간) ① 공소시효는 다음 기간의 경과로 완성한다.

1. 사형에 해당하는 범죄에는 25년
 7. 장기 5년 미만의 자격정지, 구류, 과료 또는 몰수에 해당하는 범죄에는 1년
-

2016헌바157: 공소시효는 범죄행위가 종료된 후 일정한 기간이 경과함에 따라 공소권의 소멸하는 제도이다. 이러한 공소시효 제도는 시간의 경과로 ... 범죄의 사회적 관심이 미약해져 가벌성이 감소하고, 범인이 장기간 도피생활을 하면서 정신적 고통을 받은 점과 증거가 산일되어 공정한 재판을 하기 어렵다는 점 등을 근거로 [한다.] 범인이 범죄 후 일정한 기간 기소되지 아니함으로써 형성된 사실상의 상태를 존중[한다. 그리]하여 법적 안정을 도모하고 형벌권의 적정을 기하려는 데 그 존재 이유가 있다.

시효 중단

시효 중단(interruption of prescription): 시효가 완성하기 전에, 어떤 사유가 발생하여, 진행상태가 파괴되는 현상. 쉽게 말해, 흐름이 끊기는 것이다.

1. 중단의 결과 시효가 완성하지 않는다.
2. 그렇게 중단을 만드는 사유를 중단 사유라 부른다.



시효 중단 사례: 승인

예를 들어, 승인(acknowledgment)을 보자. 승인은 의무자가 진정한 권리를 인정하면서, 그것을 표현하는 것이다.

- 1. 채권 소멸시효가 문제 되는 사안: 채무자가 스스로 채권자에게 “나는 당신에게 채무가 있다.”라는 것을 인정하고 표현하는 것이 승인이다. 승인이 있으면, 소멸시효가 중단된다.

민법 제168조(소멸시효의 중단사유) 소멸시효는 다음 각호의 사유로 ... 중단된다.

3. 승인

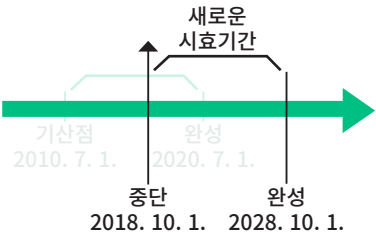
- 2. 부동산 취득시효가 문제 되는 사안: 점유자가 스스로 소유자에게 “이 땅의 주인은 내가 아니라 당신이다.”라는 것을 인정하고 표현하는 것이 승인이다. 승인이 있으면, 취득시효가 중단된다.

민법 제247조(소유권취득의 소급효, 중단사유) ② 소멸시효의 중단에 관한 규정은 전 2조[취득시효]의 소유권취득기간에 준용한다.

중단 후의 시효 진행

중단 사유가 없어진 때부터 다시 시효기간이 진행된다. 그동안의 진행 기간은? 시효기간에 산입하지 않는다. 쉽게 말해, 그동안의 진행 기간은 무효로 된다.

민법 제178조(중단후에 시효진행) ① 시효가 중단된 때에는 중단까지에 [지난] 시효기간은 이를 산입하지 아니하고 중단사유가 종료한 때로부터 새로이 진행한다.

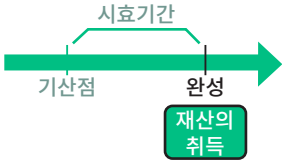


- 1. 어떤 시효기간이 10년이라 하자. 2010. 7. 1. 시효기간이 개시되었다면, 2020. 7. 1. 24:00 시효가 완성한다.
- 2. 그런데 시효가 완성하기 전인 2018. 10. 1. 승인이 있었다. 그러면 시효가 중단된다. 따라서 2020. 7. 1. 24:00에는 시효가 완성하지 않는다.
- 3. 이제는 2018. 10. 1.부터 다시 10년을 기다려야 시효가 완성한다. 즉, 시효가 완성하려면 2028. 10. 1. 24:00이 되어야 한다.

취득시효

취득시효 개념

- 1. 시효 중에서도, 시효 완성 효과가 “재산 취득”인 것이 바로 취득시효다.
- 2. 비록 권리가 없는 사람이라도, 일정한 기간 물건을 점유하면 재산을 취득할 수 있다.



선의취득은 무권리자“로부터의”, 취득시효는 무권리자“의” 취득이다.

취득시효의 존재 이유

취득시효 제도를 왜 두었는가?

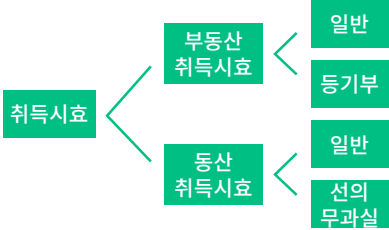
- 1. 오랫동안 권리를 행사하지 않은 소유자에게 불이익을 준다.
- 권리 위에 잠자는 자는 보호하지 않는다(*Vigilantibus non dormientibus aequitas subvenit*; Equity aids the vigilant, not those who sleep on their rights).
- 2. 사회에 유익한 방법으로 부동산을 이용해 온 점유자를 보호한다.
 - 3. 오래된 주장이나 증거는 사실관계가 분명하지 않아 분쟁을 해결하기 어렵다. 이때 일정 기간 점유한 자를 소유자로 하여 다툼을 끝낸다.

2017다204629: 부동산에 대한 취득시효 제도의 존재 이유는 [다음과 같다.] 부동산을 점유하는 상태가 오랫동안 계속된 경우 권리자로서 외형을 지닌 사실 상태를 존중하여 이를 진실한 권리관계로 높여 보호함으로써 **법질서의 안정**을 도모[한다. 그리고] 장기간 지속된 사실 상태는 진실한 권리관계와 일치될 개연성이 높다는 사실을 고려하여 권리관계에 관한 분쟁이 생긴 경우 점유자의 **증명곤란을 구제**하려는 데에 있다.

거짓은 시간과 함께, 그리고 시간이 흐르는 동안 저절로 사라진다(*Falsa, tempore ac spatio, vanescunt*; Falsehoods vanish with time and lapse of time).

취득시효 종류

- 1. 부동산의 일반 취득시효: 부동산을 20년간 점유
- 2. 부동산의 등기부 취득시효: 부동산 소유자로 등기된 자가, 그 부동산을 10년간 점유
- 3. 동산의 일반 취득시효: 동산을 10년간 점유
- 4. 동산의 선의 무과실 취득시효: 동산을 선의, 무과실로 점유하는 자가, 그 동산을 5년간 점유



부동산의 일반 취득시효

개념
민법 제245조 제1항 요건대로 20년 점유하면 “취득시효가 완성됐다.”라고 한다.

민법 제245조(점유[에 따른] 부동산소유권의 취득기간) ① 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.

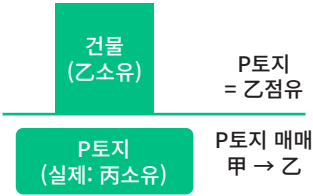
“부동산점유취득시효”라고도 부른다. 즉, 일반적으로 “부동산취득시효”라 하면 이 취득시효를 가리킨다.

- 1. 이렇게 점유한 사람을 점유자, 또는 시효완성자라 한다. 취득시효 완성은 점유자(시효완성자)에게 유리하다.
- 2. 반면 부동산의 원래 소유자를 소유자, 또는 원소유자라 한다. 취득시효 완성은 소유자(원소유자)에게 불리하다.

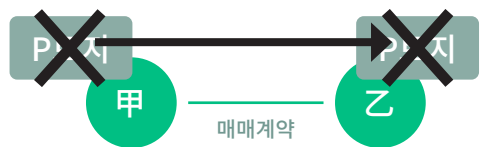
사례
1. 乙은 甲의 P토지를 오래전에 매수했다. 그러나 乙은 사정이 있어 등기를 이전받지는 못했다. 乙은 그 위에 건물을 지어 건물을 소유해 오고 있다.

건물 소유(ownership)를 통해 지상 토지를 점유(possession)한다.

2012다72469: 건물은 일반적으로 대지를 떠나서는 존재할 수 없으므로, 건물의 소유자가 건물의 대지인 토지를 점유하고 있다고 볼 수 있다. 이 경우 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 대지를 점유하지 않고 있더라도 건물의 소유를 위하여 대지를 점유한다고 보아야 한다.

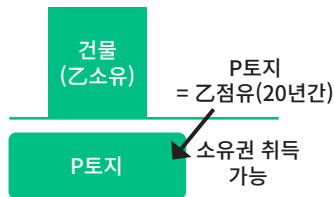


- 2. 그런데 알고 보니, P토지는 매도인 甲 소유가 아니라 엉뚱하게 丙 소유였다.
- 3. 그러면, 원래는 乙이 P토지 소유권을 취득할 수가 없다.



물권변동 무효의 제2 원인(법칙)을 기억하라. 계약(법률행위) 자체는 유효하더라도, 양도인에게 그 물건 자체가 없었다면 물권변동이 무효다.

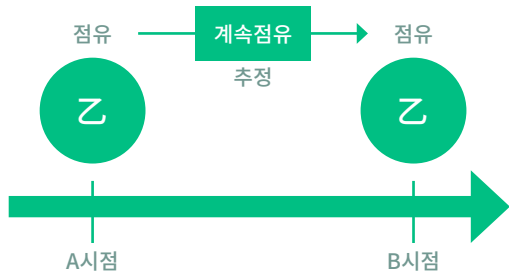
- 4. 그럼에도, 乙이 20년 동안 아무런 분쟁 없이 점유해 왔다면? 취득시효가 완성되었다. 그 결과, 乙은 P토지 소유권을 취득할 수 있다.



요건

민법 제245조(점유[에 따른] 부동산소유권의 취득기간) ① 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.

- 1. 20년간 점유해야 한다. 점유가 꾸준히 계속되어 왔다고 증명하면 된다. 물론, 추정(presumption)을 이용해, 20년 간격의 두 시점 점유만 증명해도 된다.



점유 없이 시효 없다(*Sine possessione praescriptio non procedit*; No prescription without possession).

민법 제198조(점유계속의 추정) 전후양시[A, B 시점]에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것[A 시점~B 시점]으로 추정한다.

- 2. 자주(*animo domini*; with the intention of an owner), 평온(peaceable), 공연(open) 점유여야 한다. 모두 추정(presumption)한다.

민법 제197조(점유의 태양) ① 점유자[乙]는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정한다.

2017다228342: 점유자[乙]가 취득시효를 주장할 때 자신[乙]이 소유의 의사로 점유하였음을 증명할 책임은 없다. 오히려 점유가 소유의 의사로 이루어진 것이 아님을 주장하여 점유자[乙]의 취득시효의 성립을 부정하려는 사람[丙]이 증명책임을 부담[한다. 이것]이 원칙이다.

2021다263496: 이러한 추정은 ... 국가나 지방자치단체...가 점유하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

자주점유 추정이 깨지는 경우?

1. 악의점유라는 점만으로 자주점유로의 추정이 깨지는가? 깨지지 않는다.
2. 악의무단점유까지 밝혀져야 자주점유 추정이 깨진다. 즉, 악의 상태로 감히 점유를 “개시”했다는 점을 증명해야 추정이 깨진다. 이렇게 추정이 깨지면, 취득시효를 인정할 수 없다.

무단점유자를 위한 시효는 없다(*Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit*; No prescription for a possessor of bad faith).

2017다228342: 점유자[乙]의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지는 점유자[乙]의 내심의 의사에 [따라] 결정할 것은 아니다. 점유취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계있는 모든 사정에 비추어 외형적, 객관적으로 결정하여야 할 문제이다.

[만약] 점유자[乙]가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 다른 사람[丙] 소유의 부동산을 무단으로 점유한 것이라면 [어떻게 될까?] 특별한 사정이 없는 한 점유자[乙]는 타인[丙]의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 [한다.] 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어진 것이다.

비교: 분묘기지권은 악의무단점유라도 취득시효를 인정할 수 있다.

2017다228007전합: 대법원은 분묘기지권의 특수성을 고려하여 민법상 물권[소유권]에 관한 법리를 분묘기지권에 그대로 적용하지 아니하였다.

[예를 들어,] 악의의 무단점유의 경우 소유권의 점유취득시효를 인정하지 않[는다. 그러]면서[도] 취득시효형 분묘기지권에 관하여는 민법상 재산권의 시효취득과 달리 토지소유자의 승낙 없이 분묘를 무단으로 설치한 경우에도 분묘기지권을 시효로 취득할 수 있다고 하였[다.]

3. 乙은 甲으로부터 P토지를 “매수”한 것이라서, 다른 사정이 없다면, 객관적으로 자주점유로 볼 수 있다. 즉, 乙은 무단점유자가 아니다.

시효 완성 효과: 채권적 권리 발생

1. 점유자(乙)는 소유권을 자기 앞으로 하는 등기를 받을 수 있다. 또, 그렇게 등기를 마쳐야만 점유자(乙)가 비로소 소유권을 취득한다.
-

민법 제245조(점유[에 따른] 부동산소유권의 취득기간) ① 20년간 소유의 의사로 평온, 공언하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.

2. 취득시효 완성 그 즉시 점유자(乙)가 소유권을 취득하는 것은 아니다. 즉, 시효완성자(乙)는 등기를 받을 수 있는 “지위”에 놓일 뿐이다.

68다554: 점유[에 따른] 소유권취득기간을 [지난] 자라도 소유권취득등기를 하지 않는 [한] 소유권취득등기를 한 제3자에 대하여 **소유권자[로] 주장할 수 없다.**

원래 법률규정에 따른 물건변동은 등기 없이도 효력이 발생한다. 그런데, 부동산의 일반 취득시효 규정은 조문 자체에서 등기해야 소유권을 취득한다고 명시했다. 그래서 예외적으로, 등기까지 이루어져야 물건변동 효력이 발생하는 것이다.

민법 제187조(등기가 필요하지 않은) 부동산물권취득) 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 [따른] 부동산에 관한 물권의 취득은 등기[가 필요하]지 [않]다. ...

등기사항전부증명서(말소사항 포함)

- 토지 -

등기고유번호 1111-1994-987654



[토지] 서울특별시 마포구 냉우동 109-9

【 표 제 부 】 (토지의 표시)					
표시번호	접 수	소재지번	지 목	면 적	등기원인 및 기타사항
1	1994년8월20일	서울특별시 마포구 냉우동 109-9	대	250.2㎡	

【 갑 구 】 (소유권에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
1	소유권이전	1984년3월2일 제1234호	1984년1월28일 재산상속	소유자 원소병 771210-***** 서울특별시 마포구 해로 21(상암동)
2	소유권이전	2022년8월22일 제6767호	2021년7월15일 취득시효완성	소유자 시효을 810404-***** 대전광역시 서구 구운로 181(갈마동)

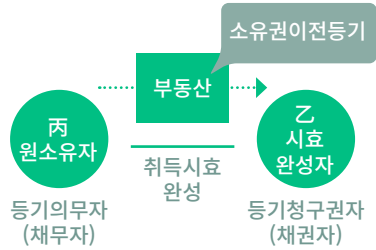
3. 등기절차 이행을 요구할 민법상 권리를 등기청구권(right to claim registration)이라 한다. 이것은 채권이다. 즉, 시효완성 시, 채권인 등기청구권이 발생한다.

90다9797: [취득시효완성에 따른] 소유권이전등기청구권은 **채권적 청구권**이다.]

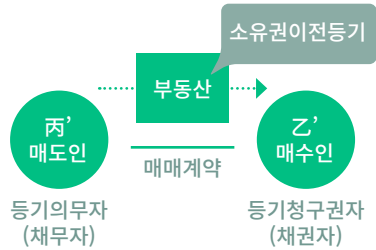
2012다5834: 취득시효기간이 완성되었다고 하더라도 그것만으로 바로 소유권 취득의 효력이 생기는 것이 아니라, 이를 원인으로 하여 소유권 취득을 위한 **등기청구권이 발생**하는 것에 불과하다.[다] 미등기 부동산의 경우라 하여 취득시효기간의 완성만으로 등기 없이도 점유자가 소유권을 취득한다고 볼 수 없[다].

부동산 매매와 비교

1. 시효완성자는 어떤 지위에 있는가? 등기 전에는 등기청구권 있는 채권자에 불과하다.



2. 마치 부동산매매에서, 등기 전의 매수인 지위와 비슷하다.

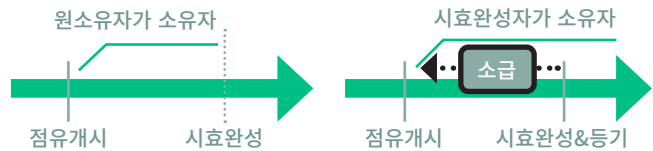


시효취득 효과: 소급효

시효 완성 후 등기까지 받으면 소유권을 취득한다. 이를 시효취득이라 한다. 시효취득에는 소급효(retroactive effect)가 있다.

민법 제247조(소유권취득의 소급효, 중단사유) ① 전 2조의 규정[취득시효]에 [따른]
소유권취득의 효력은 점유를 개시한 때에 소급한다.

- 1. 점유해서 20년이 지난 후부터 소유권을 취득하는 것으로 보지 않는다.
- 2. 처음 점유를 개시한 때 소유권을 취득한 것으로 간주한다.



시효 완성과 시효취득

- 1. 시효 완성(completion of prescription): 취득시효에 관한 기간의 완성
- 2. 시효취득(acquisition by prescription): 취득시효에 따른 소유권취득

채권자와 채무자 결정

등기청구권에 관해서, 취득시효 완성 당시 기준(on completion basis)으로,

- 1. 부동산 점유자가 채권자가 된다.
- 2. 부동산 소유자가 채무자가 된다.

위 사례에서,

- 1. 시효 완성 당시 점유자인 乙이 채권자다.
- 2. 시효 완성 당시 소유자인 丙이 채무자다.

시효 완성 후 소유자, 점유자 변경

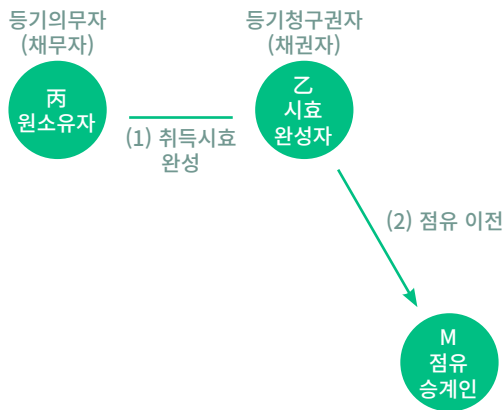
일단 시효 완성으로 채권채무관계가 성립한 후, 만약 소유자나 점유자가 다른 사람으로 바뀌면?

- 1. 그래도 채권자, 채무자가 달라지지 않는다. 왜냐하면, 채권자, 채무자 결정은 완성 당시를 기준으로 하기 때문이다.
- 2. 경우에 따라 채무자(소유자) 丙의 채무이행(등기이전)이 불가능하게 될 수는 있다. 그러나 그렇다고 해서 채권채무관계가 이동하는 것은 아니다.

예를 들어, 시효 완성 후 점유자 乙이 점유를 제3자 M에게 이전했다. 그래도,

- 1. 시효 완성에 따른 소유권이전등기 채권자는 완성 당시 점유자인 乙이다.
- 2. 시효 완성에 따른 소유권이전등기 채무자는 완성 당시 소유자인 丙이다.

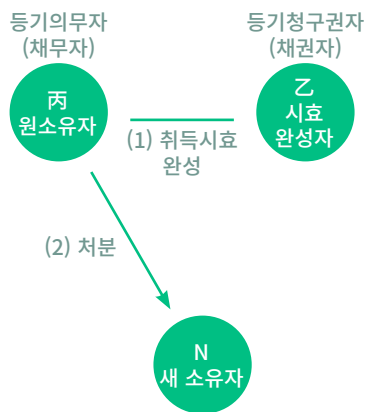
92다14083: 점유자[乙]가 취득시효기간이 완성된 후에 점유를 상실하였[다. 그렇다] 하더라도 ... 취득시효기간의 완성으로 ... 이미 취득한 소유권이전등기청구권은 소멸되지 아니한다.



예를 들어, 시효 완성 후 소유자 丙이 부동산을 제3자 N에게 처분했다. 그래도,

- 1. 시효 완성에 따른 소유권이전등기 채권자는 완성 당시 점유자인 乙이다.
- 2. 시효 완성에 따른 소유권이전등기 채무자는 완성 당시 소유자인 丙이다.

98다59132: 토지에 대한 취득시효의 완성을 이유로 소유권이전등기를 청구하려면 시효완성 당시의 소유자[丙]를 상대로 하여야 한다.]



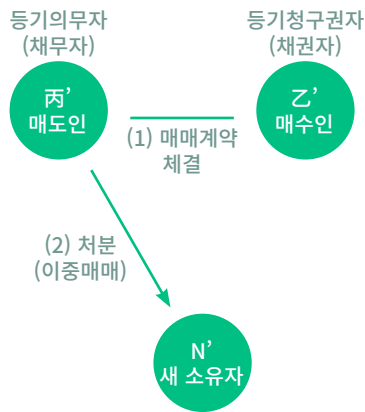
부동산 이중매매와 비교

부동산 이중매매와 비슷하다. 매매계약을 체결하면 계약당사자가 소유권이전등기 채권자, 채무자가 된다. 일단 계약체결 후, 만약 소유자가 다른 사람으로 바뀌면?

- 1. 그래도 채권자, 채무자가 달라지지 않는다. 왜냐하면, 채권자, 채무자 결정은 계약체결 당사자 지위를 기준으로 하기 때문이다.
- 2. 경우에 따라 채무자(매도인) 丙'의 채무이행(등기이전)이 불가능하게 될 수는 있다. 그러나 그렇다고 해서 채권채무관계가 이동하는 것은 아니다.

예를 들어, 매매계약 후 매도인 丙'이 부동산을 제3자 N'에게 처분했다. 그래도,

- 1. 매매계약에 따른 소유권이전등기 채권자는 매수인인 乙'이다.
- 2. 매매계약에 따른 소유권이전등기 채무자는 매도인인 丙'이다.



80다1416: 부동산매매[서] 매도자[丙]가 목적물을 타인[乙]에게 이미 매도하여 그 타인[乙]에게 소유권이전등기를 하여 줄 의무가 있[었다. 그런데도 매도자 丙]이 제3자 [N]에게 다시 양도하여 소유권이전등기를 [마쳤다.]

[그러면] 특별한 사정이 없는 한 매도자[丙]가 그 타인[乙]에게 부담하[는] 소유권이전 등기의무는 이행불능의 상태에 있[게 된다.]

연습문제1

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 15.] 부동산 점유취득시효에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 취득시효의 대상이 미등기 부동산인 경우, 취득시효 기간이 완성되면 점유자는 등기 없이도 그 부동산의 소유권을 취득한다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 12.] 분묘에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? ([장사법]은 고려하지 말 것. 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

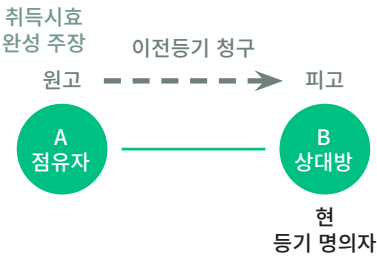
ㄹ. 분묘의 수호, 관리권자가 타인의 토지에 그 토지 소유자의 승낙 없이 분묘를 무단으로 설치한 경우에도 분묘기지권을 시효로 취득할 수 있다.

요건사실과 증명책임

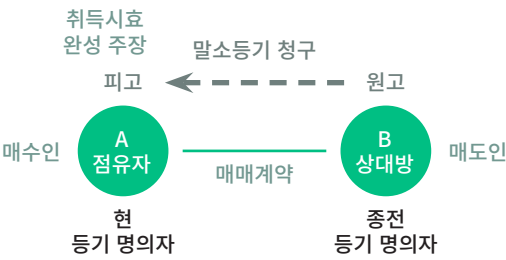
문제상황

점유자 A는 부동산 일반 취득시효 완성을 주장하고 있다.

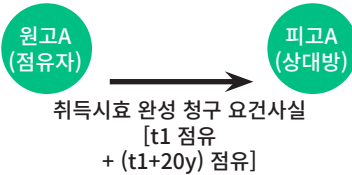
1. 만약 현재 소유 명의자가 상대방 B라 하자(현재 등기 명의 = B). 이때 A가 B 상대로 이전등기 청구를 한다면?



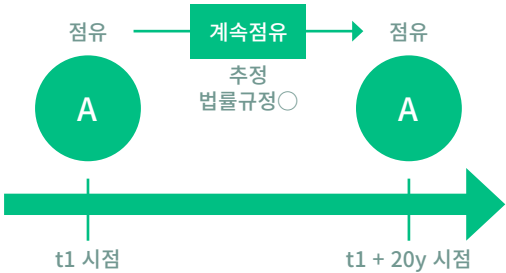
2. 만약 현재 소유 명의자가 점유자(매수인) A인데, 여기에 대해 종전 명의자(매도인) B가 실제로는 자기 소유라며 다투다고 하자(현재 등기 명의 = A). 이때 B가 A 상대로 말소등기 청구를 한다면?



취득시효 완성(이전등기) 청구: 원고 점유자 A vs 피고 B
원고(점유자 A)가 주장, 증명할 청구원인 요건사실은 다음과 같다.



- 1. A의 특정 시점(t1) 점유.
 - 2. A의 20년 후 특정 시점(t1+20y) 점유.
- 앞서 본 추정 덕분에, 20년 계속 점유를 증명할 필요가 없다.

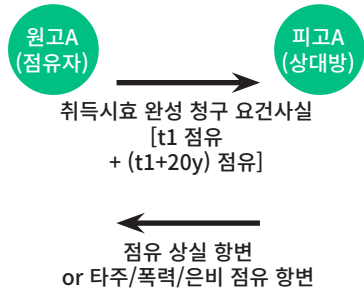


앞서 본 추정 덕분에, 자주, 평온, 공연 점유 역시 증명할 필요가 없다.

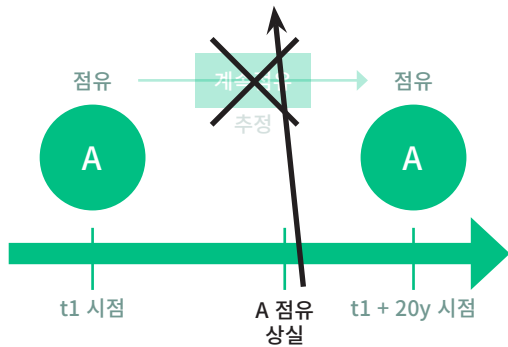


민법 제245조(점유[에 따른] 부동산소유권의 취득기간) ① 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 <u>점유</u> 하는 자[A]는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.
민법 제197조(점유의 태양) ① 점유자[A]는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 <u>추정</u> 한다.
민법 제198조(점유계속의 추정) 전후양시[t1, (t1+20y) 시점]에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것[t1 시점~(t1+20y) 시점]으로 <u>추정</u> 한다.

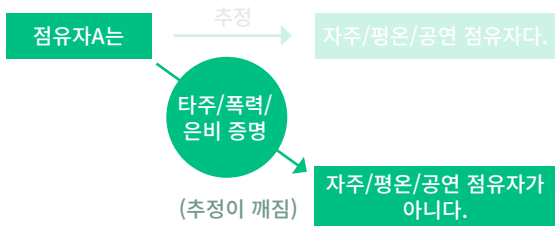
피고(B)가 주장, 증명할 항변사실은 다음과 같다.



1. 특정 시점 사이에 A의 점유 상실(loss of possession). 또는,

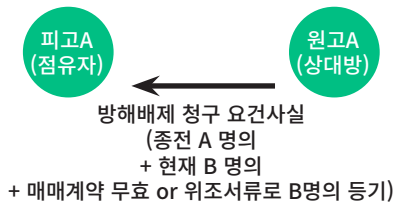


2. 타주(animo alieno; with the intention of a stranger), 폭력(violent), 또는 은비(concealed) 점유.



방해배제(말소등기) 청구: 원고 B vs 피고 점유자 A

원고(B)가 주장, 증명할 청구원인 요건사실은 다음과 같다.

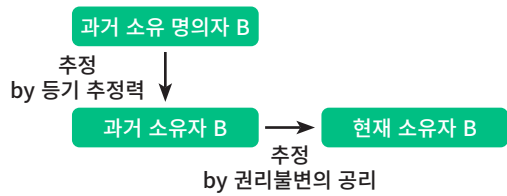


1. 원고(B)의 소유: 부동산이 B 소유인 사실.

민법 제214조(소유물방해제거...) 소유자[B]는 소유권을 방해하는 자[A]에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있고 ...

원고(B)가 예전에 등기를 마친 사실(B가 종전 등기 명의자임)만 주장, 증명해도 충분하다. 등기 추정력(the presumption of validity of registration)과 권리불변의 공리(the axiom of the immutability of rights) 때문이다. 결국, 등기부만 제시해도 쉽게 증명할 수 있다.

2010다75044: 부동산에 관하여 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우, 등기명의자[B]는 제3자에 대하여서뿐만 아니라 그 전의 소유자에 대하여도 적절한 등기원인에 [따라] 소유권을 취득한 것으로 추정[된다.]



2. 피고(A)의 방해(등기): A가 등기를 마친 사실.

민법 제214조(소유물방해제거...) 소유자[B]는 소유권을 방해하는 자[A]에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있고 ...

역시 등기부만 제시해도 쉽게 증명할 수 있다.

3. 등기원인 무효: A, B 사이 매매계약이 무효인 사실. 또는, 등기소에 위조 서류를 제출해 A 명의 등기가 이루어진 사실.

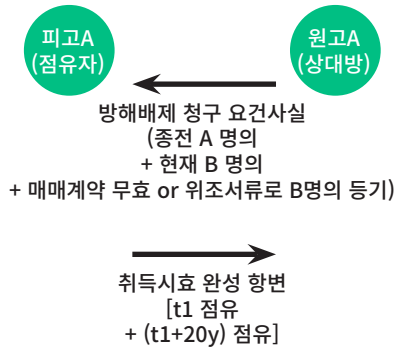
2009다105215: 소유권이전등기[를 마친] 경우 등기명의자[A]는 제3자에 대하여서뿐만 아니라 전소유자[B]에 대하여서도 적절한 등기원인에 [따라] 소유권을 취득한 것으로 추정[된다.]

[그러므로] 원고[B]가 이를 부인하고 등기원인의 무효를 주장하여 소유권이전등기의 말소를 구하려면 무효원인이 되는 사실을 주장하고 증명할 책임이 있다.

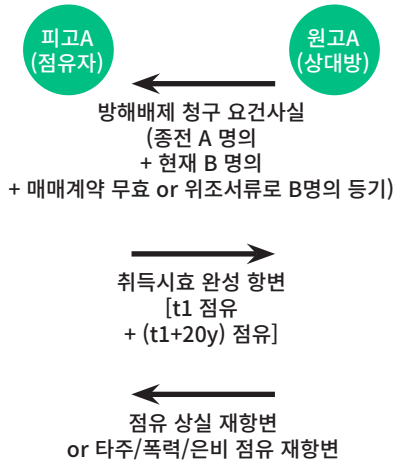
종전 B명의 등기 추정력에 따라 “원고(B)의 소유”로 추정되면서, 동시에 현재 A명의 등기 추정력에 따라 “피고(A) 등기원인 적법, 유효”로 추정된다. 전후 등기 모두 각각 추정력이 인정되므로, 부득이한 해석이다.

피고(점유자 A)가 주장, 증명할 취득시효 완성 항변사실은 다음과 같다.

- 1. A의 특정 시점(t1) 점유.
- 2. A의 20년 후 특정 시점(t1+20y) 점유.



원고(B)가 주장, 증명할 재항변사실은 다음과 같다.



- 1. 특정 시점 사이에 A의 점유 상실. 또는,
- 2. 타주, 폭력, 또는 은비 점유.

자기 소유 부동산의 시효취득?

앞서 보았듯, 취득시효 완성 청구원인 요건사실(또는 취득시효 완성 항변사실)은 다음 2가지뿐이다.

- 1. 점유자 A의 특정 시점(t1) 점유.
- 2. 점유자 A의 20년 후 특정 시점(t1+20y) 점유.

그 결과,

1. “점유자 A 소유가 아닐 것(= 타인 소유일 것)”은 요건사실이 아니다. 자기(A) 소유 부동산도 취득시효 대상이다.

2001다17572: 시효취득의 목적물은 타인의 부동산[일 필요가 없]고 **자기 소유의 부동산이라도 시효취득의 목적물이 될 수 있[다.]** 취득시효를 규정한 민법 제245조가 ‘타인의 물건인 점’을 규정에서 빼놓은 것도 같은 취지에서[다.]

2. 다만, 자기(A) 명의였던 기간은 20년의 점유기간에서 빼야 한다.

2017다204629: 부동산에 관하여 **적법, 유효한 등기**를 하고 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우 특별한 사정이 없는 한 **그러한 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다**. 이러한 경우에는 사실 상태를 권리관계로 높여 보호할 필요가 없고, 부동산의 소유명의자는 부동산에 대한 소유권을 적법하게 보유하는 것으로 추정되어 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요도 없기 때문이다.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 6.] 점유취득시효에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 부동산에 관하여 적법, 유효한 등기를 하고 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 그러한 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다.

시효 완성 전 소유권에 붙어 있던 제한

기초 개념: 소유권의 원시취득 vs 승계취득

1. 승계취득: 다른 사람의 종전 소유권에 기초해 소유권 취득(예: 매매, 증여로 소유권 취득) → 종전 제한(저당권 등) 유지
2. 원시취득: 그렇지 않은 소유권 취득(예: 건물 신축, 무주물 선점으로 소유권 취득) → 종전 제한(저당권 등) 소멸

서울고법2020누43243: 물권의 ‘승계취득’이란, 어떤 물권이 타인의 물권에 기[초]하여 특정인에게 승계되는 것을 말[한다.] 매매에 [따른] 소유권 취득, 상속...에 [따른] 소유권 취득 ... 등을 예로 들 수 있[다.]

물권의 ‘원시취득’이란, 어떤 물권이 타인의 물권에 기[초]함이 없이 특정인에게 새로 발생하는 것을 말[한다.] 신축건물의 소유권 취득, 무주물 선점 ... 등이 이에 해당[한다.]

시효취득: 원시취득

2004다31463: 부동산점유취득시효는 ... 민법 제245조에 따라 점유자 명의로 등기를 함으로써 소유권을 취득하게 [된다.] 이는 **원시취득**에 해당[한다.]

시효 완성 전 소유권에 붙어 있던 제한 → 소멸(원칙)

1. (원칙) 종전 제한(저당권 등)은 소멸한다(원시취득).

2004다31463: [시효취득은] 원시취득에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한[으로] 영향을 받지 아니하는 완전한 내용의 소유권을 취득하게 [된다.] 이와 같은 소유권취득의 반사적 효과로서 그 부동산에 관하여 취득시효의 기간이 진행 중에 체결되어 소유권이전등기청구권가등기에 [따라] 보전된 매매에 약상의 매수인의 지위는 소멸된[다.]

2. (예외) 종전 제한이 유지되는 경우도 있을 수 있다(저당권자 > 시효완성자).

2014다21649: 진정한 권리자가 아니었던 [A가] 채무담보의 목적으로 채권자에게 부동산에 관하여 저당권설정등기를 [마쳐]준 후 [A가] 그 부동산을 시효취득하는 경우[를 보자. A는] 피담보채권의 변제외무 내지 책임이 있는 사람으로서 이미 저당권의 존재를 용인하고 점유하여 [왔다. 그러므로] 저당목적물의 시효취득으로 저당권자의 권리는 소멸하지 않는다. 이러한 법리는 부동산 양도담보의 경우에도 마찬가지[다.]

시효 완성 후 소유권에 붙는 제한

복습: 시효 완성 효과

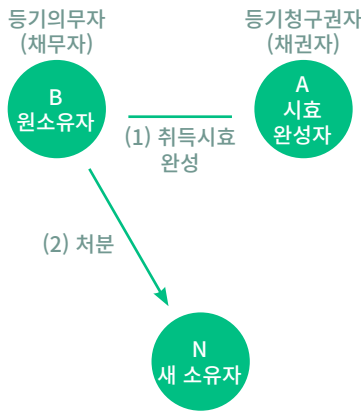
시효 완성 효과(시효 완성 but 등기×): 채권적 권리(등기청구권) 발생

90다9797: [취득시효완성에 따른] 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권[다.]

복습: 시효 완성 후 소유자 변경

일단 시효 완성으로 채권채무관계가 성립한 후, 소유자가 다른 사람으로 바뀌더라도,

- 1. 시효 완성에 따른 소유권이전등기 채권자는 완성 당시 점유자다.
- 2. 시효 완성에 따른 소유권이전등기 채무자는 완성 당시 소유자다.



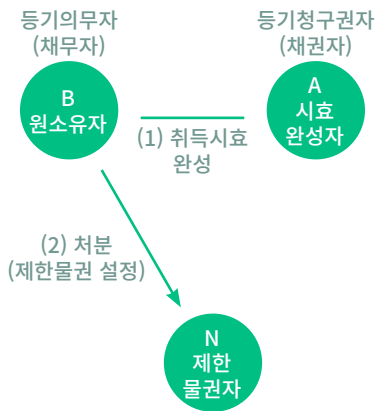
시효완성자(점유자)는 원소유자 상대로 이전등기를 요구할 수 있을 뿐이다. 이미 발생한 물건 변동(새 소유자가 소유권을 취득) 결과를 받아들여야 한다.

89다카1305: 취득시효기간이 만료된 토지의 점유자[A]는 그 기간만료 당시의 토지소유자[B]에 대하여 시효취득을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 가짐에 그친다. 즉, 시효완성자 A는 취득시효기간만료 후에 새로이 그 토지의 소유권을 취득한 사람[N]에 대하여는 시효취득으로 대항할 수 없다.

시효 완성 후 소유권에 붙는 제한 → 유효(원칙)

- 1. (원칙) 새 제한(저당권 등)은 유효하다(A의 권리는 채권적 청구권에 불과). 시효완성자(점유자)로서 소유권이 변동한 물건 변동 결과도 받아들여야 하는 것처럼, 저당권 등이 설정된 물건 변동 결과도 받아들여야 한다.

매매계약처럼 생각하면 된다. 즉, 원소유자 B가 A에게 매도한 후, A가 이전등기를 마치기 전에, 먼저 N에 저당권을 설정해 준 사안과 마찬가지로 보면 된다.



90누5375: 이 사건 부동산이 [N이] 압류[→ 저당권 설정]할 당시에 20년의 부동산취득 시효기간이 이미 경과되어 있었다. 그렇다]고 할지라도 그때까지 원고[A]가 등기를 하지 아니하였다면 제3자인 [N]에 대하여 원고[A]가 시효취득을 이유로 소유권을 주장할 수 없다.]

압류[→ 저당권 설정] 후에 원고[A]가 소유권이전등기를 하여 그 취득시효[에 따른] 권리취득의 효력이 점유를 개시한 때에 소급한다고 하더라도 제3자인 [N과]의 관계에서 까지 그 소급효가 인정되는 것은 아니[다.]

- 2. (예외) 새 제한(저당권 등)이 무효로 되는 경우도 있을 수 있다(저당권자 < 시효완성자).

민법 제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서[를] 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

94다52416: 부동산 소유자[B]가 자신의 부동산에 대하여 취득시효가 완성된 사실을 알고 이를 제3자[N]에게 처분하여 ... 시효취득을 주장하는 자[A]에게 손해를 입혔다면 [일정 요건 아래] 불법행위를 구성[한다.] 이 경우 ... 제3자[N]가 부동산 소유자[B]의 이와 같은 불법행위에 적극 가담하였다면 이는 사회질서에 반하는 행위로서 무효이다.

연습문제1

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 15.] 부동산 점유취득시효에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ⑤ 양도담보권설정자가 부동산을 양도담보로 채권자에게 제공한 뒤 이를 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유하였다고 하더라도, 양도담보권자에게 점유취득시효의 완성을 이유로 담보 목적으로 [마친] 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 6.] 점유취득시효에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄷ. X 토지에 대하여 양도담보를 설정해 준 甲이 X 토지를 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유한 경우, 취득시효[에 따른] 소유권의 취득은 원시취득이므로 甲은 점유취득시효를 원인으로 하여 담보목적으로 [마친] 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 16.] 甲은 乙 소유의 X 토지를 2001. 10. 1.부터 2021. 12. 1.까지 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유하고 있다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 甲이 乙에게 취득시효 완성[에 따른] 소유권이전등기청구권 등의 권리를 행사하지 않고 있는 동안, 취득시효 완성 사실을 모르는 乙이 2022. 4. 5. X 토지에 대하여 丙에게 저당권을 설정해 준 이후 甲이 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기를 마친 경우, 甲은 저당권의 부담이 있는 X 토지의 소유권을 취득한다.

부동산의 등기부 취득시효

개념

점유자가 자신이 소유자로 등기(registration)까지 되어 있다면, 20년이 아니라 10년만 점유해도 취득시효가 완성한다. 이를 등기부 취득시효라고 한다.

“단기취득시효”라고도 부른다.

민법 제245조(점유[에 따른] 부동산소유권의 취득기간) ② 부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의이며 과실 없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다.

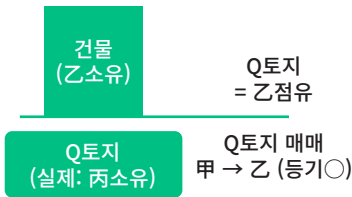
사례

- 1. 丙은 Q토지를 甲에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 甲도 다시 Q토지를 乙에게 매도(전매)하고 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 乙은 Q토지 위에도 다른 건물을 지어 소유(= Q토지를 점유)해 오고 있다.
- 2. 그런데 알고 보니, 丙과 甲 사이의 매매계약이 무효였다. 그 결과 甲은 Q토지 소유권을 취득할 수 없었다.

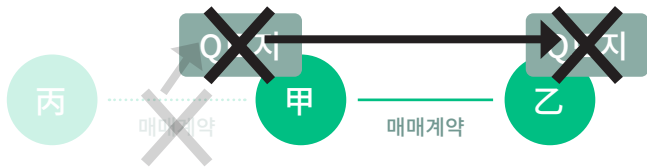


물권변동 무효의 제1 원인(법칙)을 기억하라. 양도인에게 물권이 있었다라도, 계약(법률행위) 자체가 무효라면 물권변동이 무효다.

- 3. 즉, 甲 명의의 등기는 무효다. Q토지는 법적으로 여전히 丙 소유다.



- 4. 그러면, 원래는 乙이 Q토지 소유권을 취득할 수가 없다.

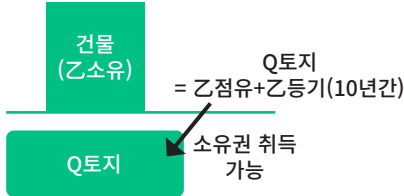


물권변동 무효의 제2 원인(법칙)을 기억하라. 계약(법률행위) 자체는 유효하더라도, 양도인에게 그 물권 자체가 없었다면 물권변동이 무효다. 乙이 甲 명의의 등기를 보고 甲이 소유자(권리자)라 믿었더라도, 그것만으로 乙은 보호받지 못한다. 등기에 공신력이 없기 때문이다.

91다33070전합: [甲이] 타인[丙] 소유의 토지[P]에 관하여 매도증서, 위임장 등 등기관 계서류를 위조하여 원인무효의 소유권이전등기를 [마쳤다. 그리고 [甲이] 다시 이를 다른 사람[乙]에게 매도하여 순차로 소유권이전등기[를 마쳤다.]

최종 매수인[乙]은 처음부터 위 토지[P]의 소유권을 취득하지 못한 것이[다.]

5. 그럼에도, 乙이 10년 동안 아무런 분쟁 없이 점유해 왔고, 등기부상 소유명의 자도 계속 乙인 상태였다면? 취득시효가 완성되었다. 그 결과, 乙은 Q토지 소유권을 취득할 수 있다.



제도 취지

- 1. 물권변동에 관해 등기에는 공신력(public confidence)이 없다. 그러므로, 등기부만 믿고 부동산을 거래했다가 낭패를 볼 수도 있다.
- 2. 낭패를 당하지 않기 위해서는 거래하는 사람들이 등기부 내용이 실제로도 맞는지까지 그때마다 검증해야 한다. 이것은 매우 어려운 일이다. 그 결과 사람들이 거래하는 것 자체를 꺼리게 되는 문제가 생긴다.
- 3. 차라리, 등기부를 믿고 그렇게 믿은 데 과실이 없는 사람에게는, 20년이 아니라 그보다 훨씬 짧게 10년만 지나도 어쨌든 소유권을 부여해 주면 어떨까? 그것이 바로 부동산의 등기부 취득시효(단기취득시효) 제도다.
- 4. 이 제도는 등기부를 근거로 양도인이 권리자라고 정당하게 믿고 거래한 제3자를 보호하기 위한 제도다. 즉, 거래 안전을 확보하기 위한 제도다.
- 5. 결국, 부동산 거래에 공신력 없다는 원칙에 대한 위험감소대책 겸 보완이다.

요건

민법 제245조(점유[에 따른] 부동산소유권의 취득기간) ② 부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의이며 과실 없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다.

- 1. 10년간 점유해야 한다.
- 2. 자주, 평온공연한 점유여야 한다. 충족했다고 추정(presumption)한다.
- 3. 과실 없는 점유(선의 무과실 점유)여야 한다. 선의점유로는 추정한다(추정규정이 있다). 그러나 과실 없는 점유로는 추정하지 않는다(추정규정이 없다).

민법 제197조(점유의 태양) ① 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정한다.

2016다248424: 등기부취득시효가 인정되려면 점유의 개시에 과실이 없어야 [한다.] 무과실에 관한 증명책임은 시효취득을 주장하는 사람에게 있다.

부동산을 매수하는 사람으로서는 매도인에게 부동산을 처분할 권한이 있는지 여부를 조사하여야 [한다. 그러]므로, 이를 조사하였더라면 매도인에게 처분권한이 없음을 알 수 있었음에[도] 그러한 조사를 하지 않고 매수하였다면 부동산의 점유에 대하여 과실이 있다고 보아야 한다.

다만, 등기부를 믿고 거래한 사람으로서는, 과실 없다는 증명에 성공할 가능성이 높다.

2016다248424: [다만] 매도인이 등기부상의 소유명의자와 동일인인 경우에는 일반적으로는 등기부의 기재가 유효한 것으로 믿고 매수한 사람에게 과실이 ... 없을 것이다.

4. 시효완성자가 소유자로 등기되어 있어야 한다.

98다20110: 위 규정에 [따라] 소유권을 취득하는 자는 10년간 반드시 그의 명의로 등기되어 있어야 하는 것은 아니[다.] 앞 사람의 등기까지 아울러 그 기간[(10년)]동안 부동산의 소유자로 등기되어 있으면 된[다.]

86다카280: 민법 제245조 제2항에서 말하는 [i] 「부동산의 소유자로 등기한 자」와 [ii] 「부동산을 점유한 때」라는 등기부 취득시효의 요건을 [보자.] ... [ii] 부동산의 점유라는 요건이 흠결된 것이[라면] ... 등기부시효취득하였다고 볼 수 없[다.] 또 ... [i] 「부동산의 소유자로 등기한 자」라는 요건을 충족하지 못[하면] 역시 등기부시효취득하였다고 볼 수 없다. [즉, 위 등기 요건과 점유 요건은 모두 충족해야 한다.]

만약 위 1, 3, 4요건 중 어느 하나라도 충족하지 않으면, 20년의 일반 취득시효를 검토하면 된다.

시효 완성 효과: 물건 취득

1. 취득시효 완성 그 즉시 점유자(乙)가 소유권을 취득한다. 왜냐하면, 이미 점유자(乙) 앞으로 소유명의 등기가 되어 있기 때문이다. 등기를 별도로 할 필요가 없다.

민법 제245조(점유[에 따른] 부동산소유권의 취득기간) ② 부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의이며 과실 없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다.

민법 제187조(등기[가 필요하지 않은] 부동산물권취득) ... 기타 법률의 규정에 [따른] 부동산에 관한 물건의 취득은 등기[가 필요하]지 [않]다. ...

등기사항전부증명서(말소사항 포함)

- 토지 -

등기고유번호 1111-1994-987654



[토지] 서울특별시 마포구 냉우동 109-10

【 표 제 부 】 (토지의 표시)					
표시번호	접 수	소재지번	지 목	면 적	등기원인 및 기타사항
1	1994년8월20일	서울특별시 마포구 냉우동 109-10	대	444.3㎡	

【 갑 구 】 (소유권에 관한 사항)				
순위번호	등기 목적	접수	등기원인	권리자 및 기타사항
1	소유권이전	1988년3월2일 제1234호	1988년1월28일 재산상속	소유자 원소병 771210-***** 서울특별시 마포구 해로 21(상암동)
2	소유권이전	1999년7월7일 제5511호	1999년7월7일 매매	소유자 중간갑 730605-***** 서울특별시 중구 남문로 55(소공동)
3	소유권이전	2011년4월15일 제2038호	2011년4월15일 매매	소유자 단기을 810404-***** 서울특별시 동대문구 삼로 4(전농동)

2. 즉, 시효완성자(乙)는 시효 완성 후에는 물권자(소유권자)다. 채권관계가 아니라서, 채무이행 문제를 남기지 않는다. 그래서 등기부취득시효 경우 시효완성자(乙)를 완전한 권리자라고도 부른다.

3. 이처럼, 등기를 별도로 할 필요가 없으므로, 시효 완성이 곧 시효취득이다.
20년 일반 취득시효(부동산점유취득시효)와 다르다.

시효취득 효과: 소급효

시효취득에는 소급효(retroactive effect)가 있다.

민법 제247조(소유권취득의 소급효, 중단사유) ① 전 2조의 규정[취득시효]에 [따른] 소유권취득의 효력은 점유를 개시한 때에 소급한다.

- 1. 점유해서 10년이 지난 후부터 소유권을 취득하는 것으로 보지 않는다.
- 2. 처음 점유를 개시한 때 소유권을 취득한 것으로 간주한다.

그 밖의 취득시효

동산 취득시효

민법 제246조(점유[에 따른] 동산소유권의 취득기간) ① 10년간 소유의 의사로 평은, 공연하게 동산을 점유한 자는 그 소유권을 취득한다.
② 전항의 점유가 선의이며 과실 없이 개시된 경우에는 5년을 경과함으로써 그 소유권을 취득한다.

소유권 이외의 재산권 취득시효

민법 제248조(소유권이외의 재산권의 취득시효) 전 3조의 규정[→ 취득시효 규정]은 소유권 이외의 재산권의 취득에 준용한다.

조문만 봐도 충분하다.

취득시효의 6가지 법칙

The Laws of Acquisitive Prescription

동물이 태어난 후 초기 특정 시기에 어떤 대상이 노출되면 동물은 그 뒤를 따르게 되지만, 그 결정적 시기 이전 또는 이후에 대상에게 노출되면 애착이 형성되지 않는다.
- Konrad Lorenz

머리에

문제점

다음 둘 중 누구를 보호할 것인가?

- 1. 부동산 취득시효 기간이 완성된 사람
- 2. 그 부동산에 관해 권리를 취득하고 등기까지 한 사람

법칙의 존재

- 1. 위 문제를 해결하기 위한 몇 가지 법칙(원칙)들이 있다.
- 2. 민법 조문을 바탕으로, 오랜 기간 판례가 확립한 법칙이다.



법칙의 형성과정

- 1. 제1 법칙부터 제6 법칙까지 변증법적(dialectical method)으로 형성되는 과정을 이해해 보자.
- 2. 알에서 깬 새끼 오리를 누가 책임져야 하는지, 그 결과 새끼 오리를 내칠 수 있는지로 비유할 수 있다.

이 장에 있는 법칙 이름은 학계에서 통용되는 것이 아니라, 이해의 편의를 위해 임의로 붙인 것이다. 이 점 유의하라.

제1 법칙: 처음 본 어미 오리의 법칙

문제 상황

甲이 A소유의 부동산을 점유해 취득시효가 완성되었다.



처리

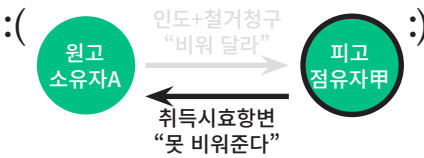
- 1. 시효완성자 甲은 원소유자 A에 대해서는 등기 없이도 시효취득을 주장하며 대항할 수가 있다. 비록 시효완성자 甲은 소유권자는 아니지만, 채권적 등기 청구권은 가지고 있고, 그 채무자는 A이기 때문이다.

87다카1979: [甲이] A소유의 대지 일부를 소유의 의사로 평온, 공연하게 20년간 점유 하였[다. 그렇다면 甲은] A에게 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있[다. 그리고 A는] 이에 응할 의무가 있[다.]

- 2. 甲은 A에 대한 채권자(등기청구권자)다. 따라서 甲은 원소유자 A에게 채권을 주장할 수 있다.
- 3. 따라서 A가 형식적 소유권을 주장하면서 甲을 쫓아낼 수가 없다.

민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자[A]는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자[甲]에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자[甲]가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

87다카1979: [甲이] 위 대지에 관하여 소유권이전등기를 [마치]지 못한 상태에 있[다. 그러나 그렇다]고 해서 [A가 甲]에 대하여 그 대지에 대한 불법점유임을 이유로 그 지상 건물의 철거와 대지의 인도를 청구할 수는 없다.



오리는 알을 깨고 처음 본 오리를 자기의 어미로 생각한다(imprinting). 어미 오리는 새끼 오리에 대한 책임을 져야 한다. 내치면 안 된다.



법칙의 형성

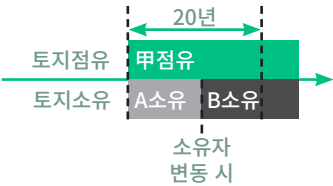
제1 법칙

제1 법칙은 가장 기초가 되는 법칙이다.

제2 법칙: 처음 본 인간의 법칙

문제 상황

甲이 부동산을 점유해 시효기간 진행 중(완성 전) 부동산 소유자가 A에서 B로 바뀌었다. 즉, 등기명의인이 A에서 B로 바뀌었다.



처리

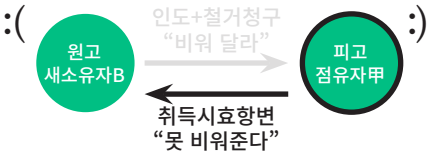
- 1. 시효가 중단되지는 않는다. 부동산 점유 상태에는 변화가 없고, 다만 부동산의 명의만 바뀐 상황이기 때문이다. 등기부 기재와 점유는 별개다. 따라서 시효기간은 정상적으로 진행한다.

97다6186: 취득시효기간의 만료 전에 등기부상의 소유명의가 변경[A → B]되었다 하더라도 이로써 종래의 점유상태의 계속이 파괴되었다고 할 수 없[다. 그러]므로 이는 취득시효의 중단사유가 될 수 없다.

- 2. 즉, 시효가 완성한다. 그 결과, 채권채무관계가 만들어진다.
- 3. 누가 등기청구권 채권자이고 채무자인가? 시효 완성 당시 기준으로(on completion basis), 부동산 점유자가 채권자, 그 당시의 부동산 소유자가 채무자다. 즉, 채무자는 종전 소유자 A가 아니라, 완성 당시 소유자 B다.

88다카5843: [시효완성자 甲은] 취득시효기간 만[료 전]에 등기명의를 넘겨 받은 시효 완성당시의 등기명의자[B]에 대하여는 그 소유권취득을 주장할 수 있[다.]

- 4. 甲은 B에 대한 채권자(등기청구권자)다. 따라서 甲은 새 소유자 B에게 채권을 주장할 수 있다.
- 5. 그렇다면 제1 법칙에서와 같은 구조다. B가 소유권을 주장하면서 甲을 쫓아낼 수가 없다.



오리가 알을 깨기 전 어미 오리 대신 인간이 들어온 경우, 깨고 나서 처음 본 인간을 어미로 생각한다. 인간은 자기를 어미로 아는 새끼 오리에 책임을 져야 한다. 내치면 안 된다.



법칙의 형성

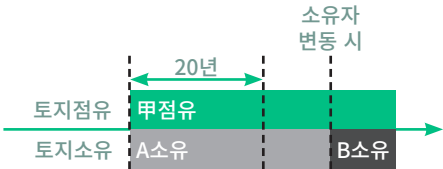


제2 법칙은 제1 법칙에 기초한, 제1 법칙의 확장이다.

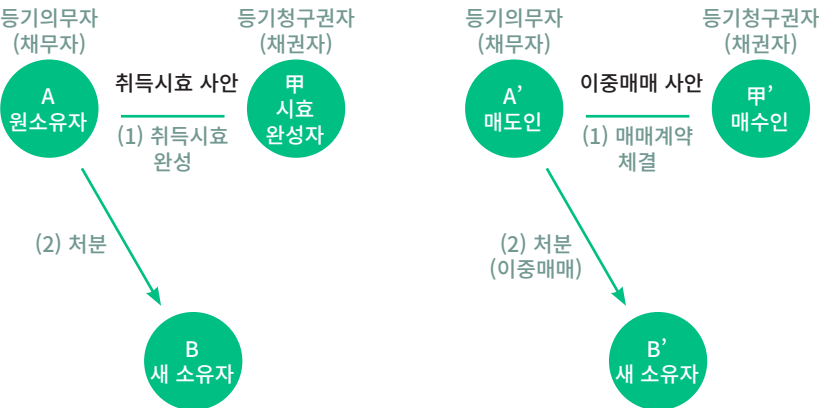
제3 법칙: 나중에 본 인간의 법칙

문제 상황

앞서와 달리, 시효기간 진행 후(완성 후) 부동산 소유자(등기명의인)가 A에서 B로 바뀌었다고 하자. 시효 완성 당시 소유자 A가 시효완성자 甲에게 등기이전을 해 줄 채무를 가진 상황에서, A가 B에게 부동산을 팔아넘긴 상황이다.



마치 A가 먼저 甲과 매매계약을 체결한 후, 甲에게 등기를 넘기지 않고, B에게 팔아넘긴 상황(이중매매)과 비슷하다.



처리

- 1. 채권은 원래 선후가 없다. 누가 먼저 채권자가 되었던, 등기나 인도를 먼저 받는 사람이 소유자가 된다. 甲도 채권자(등기청구권자), B도 채권자(등기청구권자)라면, 등기를 먼저 받는 사람이 소유권자가 된다. A가 甲이 아니라 B에게 등기를 마쳐 준 이상, 소유권자는 B가 된다.

이중매매 사안도 비슷하게 처리한다.

77도1116: [A'가] 부동산을 [甲'에게] 매도한 후에 매수인[(甲')]명의로 소유권이전등기가 완료되기 [전에 그] 부동산을 다른 사람[B']에게 매도한 경우(이중매매의 경우) [어떠한가?]

매도인[A']은 각 매수인들(즉, 甲'과 B')에게 [그] 부동산에 대한 소유권을 이전[해] 줄 의무가 있다. 이때 그 의무에 우열이 있는 것이 아니다.]

- 2. 그렇다고, 시효완성자 甲의 원소유자 A에 대한 등기청구권(채권)이 없어지는 것은 아니다. 단지 그 채무의 이행이 불가능하게 되었을 뿐이다.

98다40688: [이러한 경우에도] 점유자[甲]가 취득시효 [완성] 당시의 소유자[A]에 대한 시효취득[에 따른] 소유권이전등기청구권을 상실하게 되는 것이 아니다.] 단지 그 소유자[A]의 점유자[甲]에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능으로 된 것에 불과하다.]

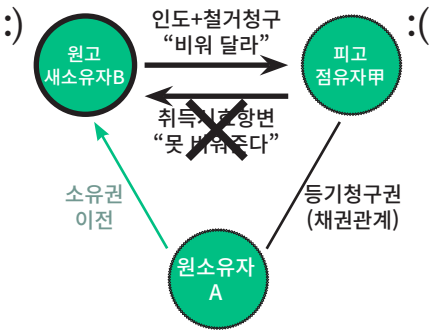
이중매매 사안도 비슷하게 처리한다.

77도1116: [이중매매를 한] 매도인[A']이 어느 매수인[B']에게 소유권이전등기절차를 이행하여서 그 매수인[(B')]명의로 등기가 완료하면 [어떻게 되는가?]

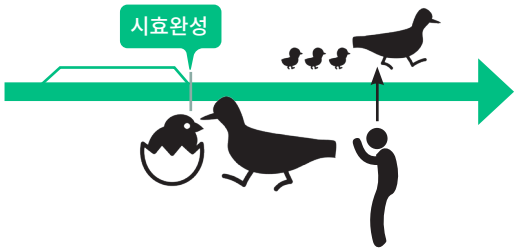
특별한 사정이 없는 [한 다른] 매수인[甲']에 대한 소유권이전의무는 이행불능이 된다. 즉, 그 매수인[甲']에 대하여 매도인[A]은 채무불이행의 책임을 지게 된다. 이러한 법리는 부동산매매계약에 인한 매도인의 채무의 성질상 당연하다.]

- 3. 시효완성자 甲은 원소유자 A에 대한 관계에서만 채권자(등기청구권자)다. 甲은 새 소유자 B에 대해서는 채권을 주장할 수 없다. 채권의 상대호 때문이다.
- 4. 새 소유자 B가 소유권을 주장하며 甲을 쫓아내면, 甲은 쫓겨나야 한다.

71다1566: 취득시효가 완성된 후 ... 부동산소유권이 [원소유자 A로부터] 제3자[B]에게 이전된 경우에는 [甲은] 그 제3자[B]에 대하여 시효완성을 주장하지 못한다.



오리가 알을 이미 깨 어미 오리를 본 이상, 그 후 오리 대신 인간이 들어와도 오리는 여전히 처음 본 어미 오리를 어미로 안다. 인간과 새끼오리는 아무 상관이 없다. 인간은 새끼오리를 내칠 수 있다.



법칙의 형성

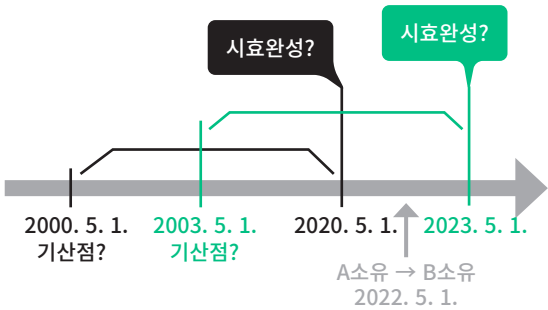


제3 법칙은 제1 법칙과 제2 법칙에 기초한 것이다. 제2 법칙과 제3 법칙은 서로 동전의 양면과 같다.

제4 법칙: 알 낳은 때의 법칙

문제 상황

점유자 甲이 기산점(starting point)을 임의로 선택할 수 있는가? 예를 들어, 부동산 소유권이 A에게 있다가 2022. 5. 1. B에게 넘어갔다고 하자.



처리

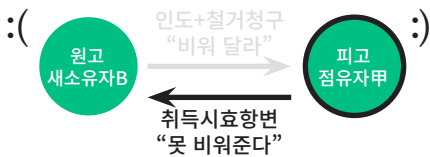
점유자 甲은 “실제로” 점유를 개시한 때를 취득시효의 기산점으로 삼아야 한다.

만약 점유자 甲이 실제로 2003. 5. 1.부터 점유를 개시했다면?

- 1. 취득시효 완성일은 2023. 5. 1.이다.
- 2. 따라서 B는 시효 완성 전 소유권을 취득한 사람이 된다.

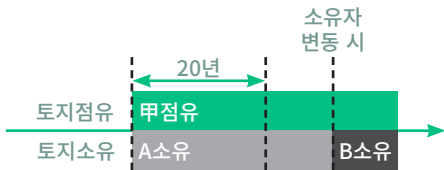


3. 제2 법칙(처음 본 인간의 법칙)에 따라, 소유자 B는 甲을 내칠 수 없다.

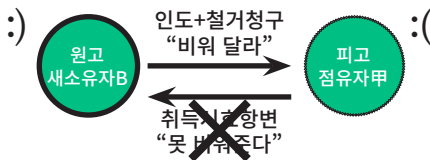


만약 점유자 甲이 실제로 2000. 5. 1.부터 점유를 개시했다면?

- 1. 취득시효 완성일은 2020. 5. 1.이다.
- 2. 따라서 B는 시효 완성 후 소유권을 취득한 사람이 된다.



3. 제3 법칙(나중에 본 인간의 법칙)에 따라, 소유자 B는 甲을 내칠 수 있다.



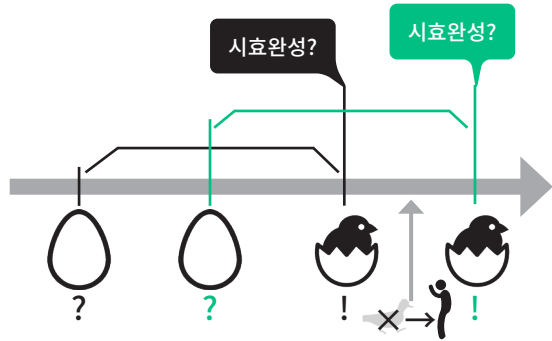
결론

- 1. 이렇듯 기산점이 언제인지에 따라 법률관계가 완전히 달라진다.
- 2. 그러므로 기산점을 당사자들이 임의로 정할 수는 없다. 반드시 실제 점유를 시작한 시점을 기산점으로 잡아야 한다.

93다7358: 점유기간[예] [해당] 부동산의 소유권자에 변동[A → B]이 있는 경우에는 [어떠한가?]

취득시효를 주장하는 자[甲]가 임의로 기산점을 선택하거나 소급하여 20년 이상 점유한 사실만 내세워 시효완성을 주장할 수 없다. 그리고 이 [같은] 경우에는 법원이 당사자 [甲 등]의 주장에 구애됨이 없이 소송자료[로] 인정되는 바에 따라 진정한 점유의 개시 시기를 인정[해야 한다. 그리고 법원은] 이를 바탕으로 취득시효 주장의 당부를 판단하여야 한다.

인간이 들어온 때가 알을 깨기 전이나 후냐는 천지 차이다. 따라서 알을 깬 시점을 임의로 정할 수도 없다. 그 결과, 알을 낳았던 시점 역시 임의로 정할 수 없다.



법칙의 형성



- 1. 제4 법칙은 제1 법칙, 제2 법칙, 제3 법칙에 기초한다.
- 2. 제2 법칙과 제3 법칙을 관철하기 위한 법칙이다.

제4 법칙의 예외(1), 즉 이런들 저런들 법칙

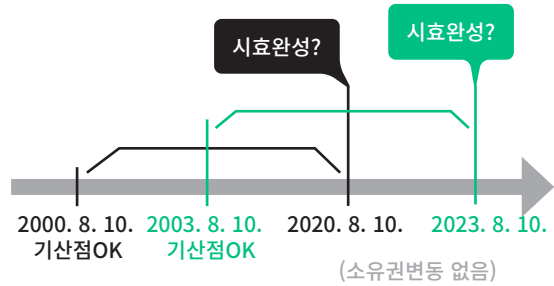
머리에

원칙적으로 시효완성자 甲이 기산점을 임의선택할 수 없다. 그러나 예외가 있다.

문제 상황

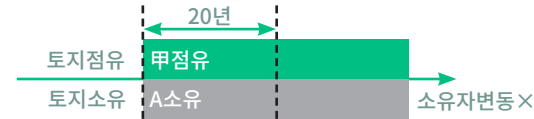
- 1. 소유명의자가 계속해서 동일인인 경우라면?
- 2. 그 경우 기산점이 언제든 간에, 제4 법칙에서 본 문제는 생기지 않는다.
- 3. 즉, 시효기간 20년이 진행한 사실이 확실하다면, 기산점을 언제로 보든(정하든) 상관없다.

지금이 2023. 8. 10.이고 실제 점유개시일이 2000. 8. 10.이라면 점유한 기간이 23년이다. 그사이에 A소유 토지에 소유권변동이 전혀 없었다면?



처리

- 1. 기산점을, 실제 점유개시일인 2000. 8. 10.으로 해도 된다.



- 2. 기산점을, 지금으로부터 정확히 20년 전인 2003. 8. 10.으로 해도 된다.

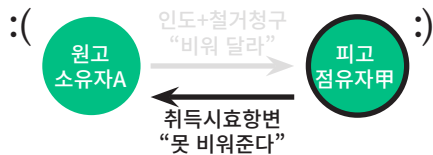


76다487: 시효기간중 계속해서 **등기명의자가 동일**하고 그 간에 취득자의 변동이 없는 경우[는 어떠한가?]

[甲]이 시효완성을 등 명의자[A]에 대해서 주장[할 때] 시효기간의 **기산점을 어디에 두** [든지] 간에 시효의 완성을 주장할 수 있는 시점에서 보아 **시효기간이 경과된 사실만 확정되면 [충분]**하다. 이렇게 본]다고 해서 하등 불합리[하지 않다.]

- 3. 어떤 경우든, 소유자 A가 소유권을 주장하면서 甲을 쫓아낼 수가 없다.

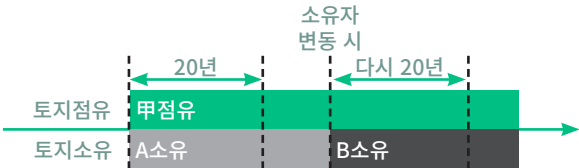
민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자[A]는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자[甲]에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자[甲]가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.



제5 법칙: 제4 법칙의 예외(2), 즉 길러준 인간의 법칙

문제 상황

- 1. 甲이 부동산을 점유해서 시효기간 진행 후(완성 후),
 - 2. 부동산 소유자(등기명의인)가 A에서 B로 바뀌었다.
 - 3. 그런데 그 후로도 점유자 甲은 계속 점유할 수 있었다. 다시 20년이 지났다.
- 이처럼 소유자가 바뀌고 나서도 다시 20년의 시효기간이 진행했다면?



처리

- 1. 원래는, 점유자 甲이 새 소유자 B에 대해 취득시효를 주장할 수 없었다. 제3 법칙(나중에 본 인간의 법칙) 때문이다.
- 2. 그렇지만, 다시 20년의 세월이 흘러 “새로운” 취득시효 기간이 완성됐다. 이렇게 되면 다시 점유자 甲은 소유자 B에 대해 취득시효를 주장할 수 있게 된다. 즉, 이제 점유자 甲은 소유자 B에 대한 등기청구권자(채권자)가 된다.
- 3. 甲이 실제 점유를 시작한 때가 아니라, A에서 B로 소유명의가 바뀐 때를 임의로 기산점으로 선택한 셈이다.

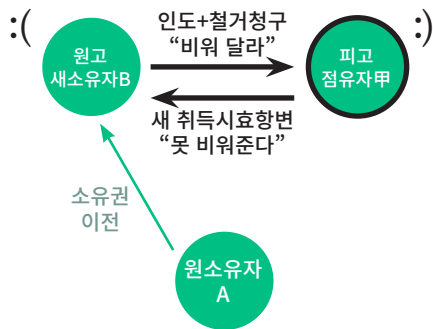
기산점을 임의로 선택할 수 없다는 제4 법칙의 예외 중 하나다.

93다46360전합: 취득시효를 주장하는 자〔甲〕는 점유기간〔에〕 소유자의 변동이 없는 토지에〔관하여는〕 취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수 있〔다. 그리고〕 취득시효를 주장하는 날로부터 역산하여 20년 이상의 점유사실이 인정되고 그것이 자주점유가 아닌 것으로 밝혀지지 않는 한 취득시효를 인정할 수 있〔다. 이상은 우리 법원의〕 확립된 견해이〔다.〕

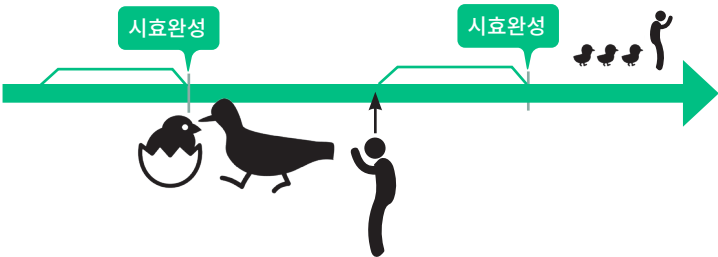
〔그리고〕 이는 취득시효완성 후 토지소유자에 변동〔A → B〕이 있어도 당초의 점유자〔甲〕가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간〔20년〕이 완성되는 경우에도 역시 타당하〔다. 그러〕므로 시효취득을 주장하는 점유자〔甲〕로서는 소유권변동 시를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있다고 보아야〔한다.〕

만약 이와 달리 ... 시효취득할 수 없다고 한다면〔다음과 같은 문제가 생긴다. 즉,〕 일단 취득시효기간이〔지난〕 후 제3자〔B〕명으로 이전등기된 부동산은 새로운 권원에〔따른〕 점유가 없는 한 영구히 시효취득의 대상이 아니게〔된다. 그리고〕 시효기간 경과 후의 제3취득자〔B〕는 시효취득의 대상이 되지 아니하는 부동산을 소유하게 됨으로써 보통의 소유자보다도 더 강력한 보호를 받게〔된다. 그러면〕 취득시효제도가 사실상 부인되는 결과가 초래되어 부당하〔다.〕

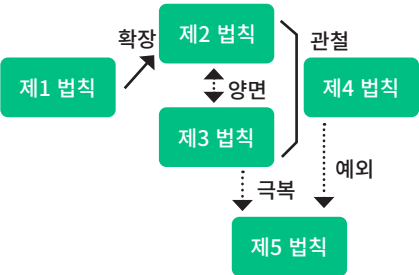
- 4. 점유자 甲은 B에 대한 채권자(등기청구권자)기 때문에, 새로운 소유자 B에게 채권을 주장할 수 있다.
- 5. 그렇다면 제1 법칙에 따라, B가 소유권을 주장하면서 甲을 쫓아낼 수가 없다.



오리가 알을 이미 깨서 어미 오리를 본 후에 어미 오리 대신 인간이 들어오면, 처음에는 인간과 새끼 오리는 아무 상관이 없다. 그러나 인간이 다시 긴 시간 동안 오리를 길러 주면, 마침내 오리는 이제 인간을 어미로 생각한다. 이제 인간이 새끼 오리를 내칠 수 없다.



법칙의 형성

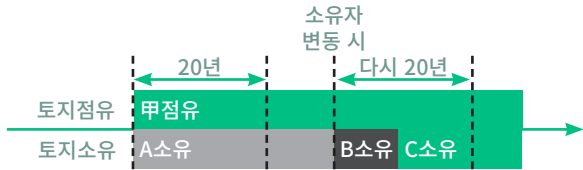


- 1. 제5 법칙은 제1 법칙, 제2 법칙, 제3 법칙, 제4 법칙에 기초한다.
- 2. 제3 법칙을 뛰어넘어,
- 3. 제4 법칙의 예외법칙을 더 발전시켜 나간 것이다.

제6 법칙: 끝까지 길러준 개의 법칙

문제 상황

- 1. 甲이 부동산을 점유해서 시효기간 진행 후(완성 후),
- 2. 부동산 소유자(등기명의인)가 A에서 B로 바뀌었다. 그 후,
- 3. 부동산 소유자(등기명의인)가 다시 B에서 C로 바뀌었다. 그런데,
- 4. A에서 B로 소유명의가 바뀐 때부터 다시 20년의 시효기간이 진행했다면?



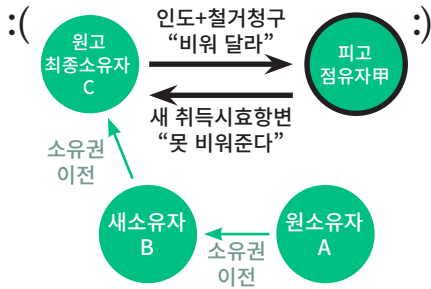
처리

- 1. 다시 20년의 세월이 흘러 “새로운” 취득시효 기간이 완성하면, 점유자 甲이 새로 등기청구권을 취득한다. 바로 제5 법칙(길러준 인간의 법칙)이다.
- 2. 그런데 부동산소유명의가 바뀌더라도, 시효완성 당시의 부동산 점유자가 채권자, 그 당시의 부동산 소유자가 채무자다. 제2 법칙(처음 본 인간의 법칙) 때문이다. 제2차 취득시효 완성에 따른 채무자는 A도 아니고 B도 아니다. 제2차 취득시효 완성 당시 소유자 C가 채무자다.

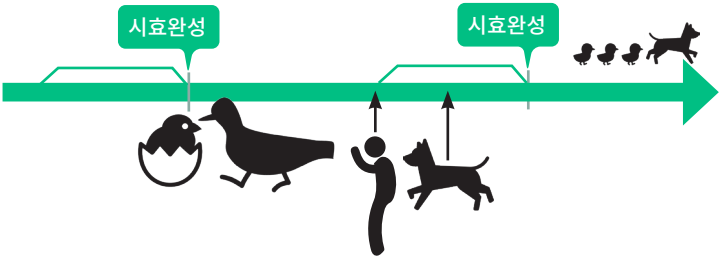
2007다15172전합: 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 변경된다고 [하자. 그렇]더라도 그 사유만으로는 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파괴한 것이라고 볼 수 없[다. 따라서] 취득시효를 중단할 사유가 되지 못[한다. 그러]므로, 새로운 소유명의자는 취득시효 완성 당시 권리의무 변동의 당사자로서 취득시효 완성[에 따른] 불이익을 받게 된[다. 결국,] 시효완성자는 그 소유명의자에게 시효취득을 주장할 수 있[다.]

이러한 법리는 새로이 2차의 취득시효가 개시되어 그 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 다시 변경[B → C]된 경우에도 마찬가지[지다.]

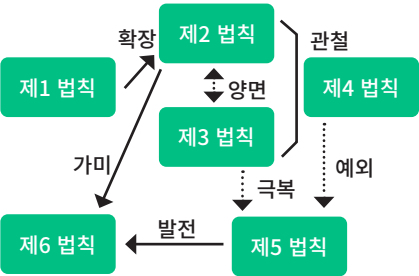
- 3. 甲은 C에 대한 채권자(등기청구권자)이므로, C에게 채권을 주장할 수 있다.
- 4. 제1 법칙과 제2 법칙에 따라, C가 소유권을 주장하며 甲을 쫓아낼 수가 없다.



오리가 알을 이미 깨서 어미 오리를 본 후에 어미 오리 대신 인간이 들어왔다. 그 때부터 다시 시간이 지나면, 오리는 결국 끝까지 자길 길러준 인간을 어미로 생각한다. 그러나 그사이 또 인간 대신 개가 들어왔다면, 마지막까지 자길 길러준 개를 어미로 생각한다.



법칙의 형성



- 1. 제6 법칙은 제1 법칙, 제2 법칙, 제3 법칙, 제4 법칙, 제5 법칙에 기초한다.
- 2. 제5 법칙을 발전시킨 것으로,
- 3. 여기에 제2 법칙을 가미한 것이다.
- 4. 제6 법칙은 제5 법칙의 모순을 변증법적으로 보완한 법칙이다.

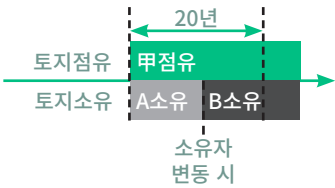
정리

제1 법칙(처음 본 어미 오리의 법칙)



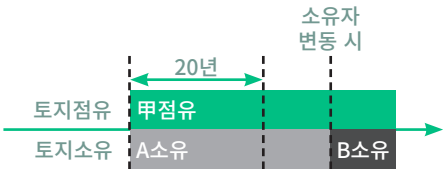
- 1. 점유취득시효가 완성됐다면?
- 2. 원소유자는 점유자를 상대로 소유권을 근거로 방해배제 청구할 수 없다.

제2 법칙(처음 본 인간의 법칙)



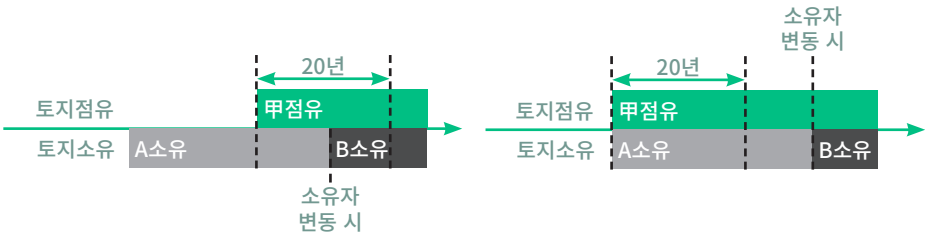
- 1. 점유취득시효가 완성되기 전, 그 진행 중 등기부상 소유자가 변경됐다면?
- 2. 시효완성 후, 새 소유자는 점유자를 상대로 소유권을 근거로 방해배제 청구할 수 없다.

제3 법칙(나중에 본 인간의 법칙)



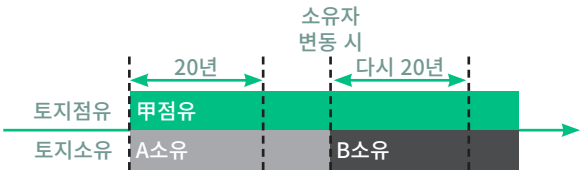
- 1. 점유취득시효가 완성된 후, 시효완성자가 등기하지 않고 있는 사이에, 등기부상 소유자가 변경됐다면?
- 2. 시효완성 후, 새 소유자는 점유자를 상대로 소유권을 근거로 방해배제 청구할 수 있다.

제4 법칙(알 낳은 때의 법칙)



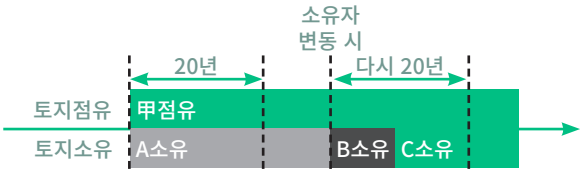
- 1. 점유취득시효가 언제 완성되는지에 따라, 점유자와 새 소유자 간 우열 및 대항력이 달라진다.
- 2. 따라서 점유자는 실제로 점유를 개시한 때를 점유취득시효의 기산점으로 삼아야 한다. 점유자가 기산점을 임의로 선택할 수 없다.

제5 법칙(길러준 인간의 법칙)

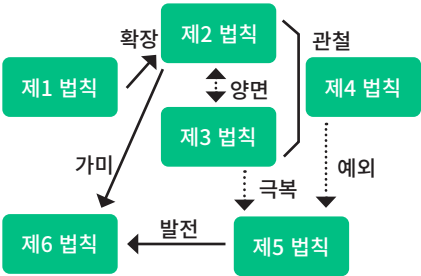


- 1. 점유취득시효가 완성된 후, 시효완성자가 등기하지 않고 있는 사이에, 등기부상 소유자가 변경됐다.
- 2. 그런데, 소유자가 변동된 시점을 기산점으로 다시 점유취득시효(제2차 취득시효)가 완성됐다면?
- 3. 시효완성 후, 새 소유자는 점유자를 상대로 소유권을 근거로 방해배제 청구할 수 없다.

제6 법칙(끝까지 길러준 개의 법칙)



- 1. 점유취득시효가 완성된 후, 시효완성자가 등기하지 않고 있는 사이에, 등기부상 소유자가 변경됐다.
- 2. 그런데, 소유자가 변동된 시점을 기산점으로 다시 점유취득시효(제2차 취득시효)가 완성됐다.
- 3. 그런데, 제2차 취득시효 기간 도중 소유자가 또 바뀔 경우라면?
- 4. 시효완성 후, 최종 소유자는 점유자를 상대로 소유권을 근거로 방해배제 청구할 수 없다.



규칙이란 존재하는 법적 사안을 간략하게 설명하는 것이다. 법이 규칙으로부터 나오는 것이 아니라, 존재하는 법으로부터 규칙이 만들어진다. 따라서 규칙은 사안에 대한 간명한 설명에 지나지 않는다(*Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat: non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur*; A rule is that which briefly states a matter as it is; it is not from the rule that law is derived, but from the law that the rule is made. Through the rule, therefore, a brief description of things is conveyed).

연습문제

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 5.] 乙은 甲으로부터 X토지를 매수하여 인도받아 점유하기 시작하였고, 丙은 乙로부터 이를 매수하여 인도받아 2020. 9. 1. 현재까지 점유하고 있으며, 乙과 丙 모두 평온, 공언하게 점유를 하였다. 한편, X토지에 관하여 A 명의의 소유권보존등기 후 B 명의의 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (단, 아래의 각 청구 시점은 2020. 9. 1.로 하고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 丙이 1986. 9. 16. 인도받았는데, B 명의 등기가 1998. 5. 18. 이루어진 후 C 명의로 단독상속을 원인으로 하는 이전등기가 2018. 5. 18. 이루어진 경우, 丙은 C에 대하여 취득시효완성을 이유로 이전등기를 청구할 수 있다.
- ㄴ. 丙이 1986. 9. 16. 인도받았는데, B 명의 등기가 2008. 5. 18. 이루어진 경우, B 명의 등기가 원인무효 등기라면 丙은 A를 대위하여 B 앞으로 [마친] 등기의 말소를 청구할 수 있다.
- ㄷ. 丙이 1976. 9. 16. 인도받았는데, B 명의 등기가 1998. 5. 18. 이루어진 후 D 명의로 매매를 원인으로 하는 이전등기가 2016. 5. 18. 이루어진 경우, 丙은 D에 대하여 취득시효완성을 이유로 이전등기를 청구할 수 없다.
- ㄹ. 乙이 1980. 9. 16., 丙이 2002. 9. 16. 각각 인도받았는데, B 명의 등기가 1998. 5. 18. 이루어진 경우, 丙은 자기의 점유와 乙의 점유를 아울러 주장할 수 있으므로, 乙을 대위할 필요 없이 B에 대하여 직접 취득시효완성을 원인으로 이전등기를 청구할 수 있다.

분묘기지권

Grave-Site Rights

법으로 장기간 사용한 것은 법률의 자리를 차지한다.
- D. 39.3.1.23

개념

분묘기지권

분묘기지권(grave-site right)이란?

1. 분묘(grave)를 소유하기 위해,
2. 타인의 토지를 사용하는 것을 내용으로 하는,
3. 관습법상, 즉 법정(by customary law)
4. 물권

즉, 남의 땅에 있는 분묘도, 분묘 주인에게 분묘기지권이 있다면, 분묘를 철거당하지 않아도 된다.

2013다17292전합: 분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위[에]서 타인 소유의 토지를 사용할 수 있고 토지 소유자나 제3자의 방해를 배제할 수 있는 관습상의 물권이[다.]

민법 제1조(법원) 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 **관습법에** [따르]고 ...

민법상 지상권과 비슷하나, 똑같지는 않다.

2013다17292전합: 분묘기지권은 **지상권과 유사한 물권**이지만 우리 민족의 조상숭배 사상과 우리 사회에 고유한 전통과 **관습에 근거하여 인정된 것**[이다. 이에 비추어,] 그 발생이나 소멸, 변동 등에 이르기까지 권리의 내용이 **민법상 지상권과 동일하지 않다.**

관련 용어

1. 분묘기지권 설정(creation; establishment): 토지 소유자가 분묘 소유자를 위해 분묘기지권을 내어 주는 것
2. 분묘기지권자: 분묘기지권을 설정받은 자. 즉 분묘 소유자
3. 분묘기지권설정자: 분묘기지권을 설정해 준 자. 즉 토지 소유자

주의

1. 분묘기지권은 분묘(Y)가 아니라, 토지(X)에 설정된다. 즉, 분묘기지권은 토지(X)에 관한 권리다.
2. 분묘기지권을 설정하는 목적이 분묘(Y)를 소유(수호, 제사)하기 위한 것일 뿐이다.

취득 시 등기 필요 여부?

복습: 법률 규정에 따른 물건 변동

민법 제187조(등기[가 필요하지 않은] 부동산물권취득) ... 법률의 규정에 [따른] 부동산에 관한 물권의 취득은 등기[가 필요하]지 [않]다. ...

등기 없이 취득

분묘기지권은 법정물권이므로,

- 1. 분묘기지권 설정이라는 법률행위(juristic act), 즉 의사표시(declaration of intention) 없이,
 - 2. 또한 등기 없이,
- 취득할 수 있다.

2013다17292전합: 특성상 분묘기지권은 등기 없이 성립한다.

즉, 설정행위나 등기 없이도 “분묘기지권자”가 될 수 있다.

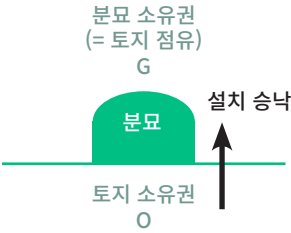
취득 사유

머리에

다음 3가지 중 어느 하나에 해당하면 분묘 소유자는 분묘기지권을 취득한다.

- 1. 분묘 설치 승낙 → 승낙형 분묘기지권
- 2. 관습지상권 발생 상황 → 양도형 분묘기지권
- 3. 분묘기지권 시효취득 → 취득시효형 분묘기지권

승낙형 분묘기지권



99다14006: 분묘의 기지인 토지가 분묘소유권[G]자 아닌 다른 사람[O]의 소유인 경우에 그 토지 소유자[O]가 분묘소유자[G]에 대하여 **분묘의 설치를 승낙**[했다면? 이] 때에는 그 분묘의 기지에 대하여 분묘소유자[G]를 위한 지상권 유사의 물권(분묘기지권)을 설정한 것으로 보아야 [한다. 즉, G는 **분묘기지권을 취득**한다.]

[그러므로] 이러한 경우 그 토지 소유자[O]는 분묘의 수호, 관리에 필요한, 상당한 범위 [에]서는 분묘기지가 된 토지부분에 대한 소유권의 행사가 제한될 수밖에 없다.

분묘기지권 설정을 승낙한 것이 아니라, 분묘 설치를 승낙했다는 취지다. 따라서 설정계약에 따른 취득(법률행위에 따른 물건변동)은 아니다. 즉, 여전히 법정물권이다. 관습법도 법이므로, 관습법상 물건도 법정물권이다.

양도형 분묘기지권

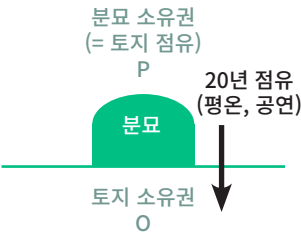


2013다17292전합: 분묘를 설치한 사람[A]이 토지를 양도한 경우에 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않는 한 분묘기지권을 취득한다[다.]

67다1920: 자기[A]소유 토지에 분묘를 설치하고 [분묘]를 타[B]에 양도했다. 이] 경우에는 ... 당사자[A, B]간에 특별한 의사표시가 없으면 ... 분묘소유를 위하여 산 사람[B]이 토지에 대하여 지상권 유사의 물건[즉, 분묘기지권]을 취득한다.

이때의 분묘기지권은 실제로도 관습지상권에 해당한다.

시효취득형 분묘기지권



2013다17292전합: 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치했다. 그러나 이 경우에도 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물건인 분묘기지권을 시효로 취득한다. 이것은 오랜 세월 동안 지속되어 온 관습 또는 관행으로서 법적 규범으로 승인되어 왔다.]

2017다228007전합: 조선시대에는 산림공유(山林公有)의 원칙에 따라 분묘가 주로 설치되던 임야에 대하여 개인의 소유권이 인정되지 않았다. 일제강점기를 거쳐 근대적 임야소유제도가 형성되는 과정에서도 사회 구성원들의 임야에 대한 권리의식은 거의 없거나 매우 낮았고 임야의 경제적 가치도 미미하였다. 한편 매장 중심의 전통적 장묘문화[인테도] 서구사회에서와 같은 공동묘지 등이 없어 분묘를 설치할 토지를 소유하지 못한 대부분의 사람들이 다른 사람의 임야에 조상의 시신을 매장할 수밖에 없었다.

전통적인 대가족 제도와 농경 중심 사회에서는 이웃 간의 정(情誼)에 따라 임야 소유자로부터 명시적이거나 최소한 묵시적인 승낙을 받고 분묘를 설치하는 경우가 많았지만, 계약서 등 근거자료를 남겨놓는 경우는 매우 드물었다. 토지 소유자가 분묘 설치를 명시적으로 승낙하지 않은 경우에도 임야의 가치와 분묘의 특수성을 고려하여 임야를 무상 사용하는 것을 용인하는 경우가 많았다. 그런데 시간이 흘러 토지와 분묘의 소유자가 바뀌는 등으로 분묘 설치 당시의 사정을 알지 못하는 당사자 사이에 분묘굴이를 요구하는 등 분쟁이 생기는 경우에, 분묘 소유자가 애초에 토지 소유자의 승낙이 있었음을 증명[할 수 없는] 경우가 많았다. 대법원이 민법 시행 전후에 걸쳐 60여 년 동안 일관되게 확인, 적용하여 온 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법은, 이러한 애로를 해소해 주고 기존에 분묘를 둘러싸고 **장기간 형성된 사실관계를 존중**하여 분묘가 존치될 수 있도록 하였[다.]

다만, 분묘기지권의 시효취득은 2001년경 이전에 설치한 분묘만 적용 가능하다.

2013다17292전합: 이러한 법적 규범[은] 장사법... 시행일인 2001. 1. 13. 이전에 설치된 분묘에 관하여 현재까지 유지되고 있[다.] ... 분묘의 설치기간을 제한하고 토지 소유자의 승낙 없이 설치된 분묘에 대하여 토지 소유자가 이를 개장하는 경우에 분묘의 연고자는 토지 소유자에 대항할 수 없다는 내용의 규정들은 장사법(법률 제6158호) 시행 후 설치된 분묘에 관하여만 적용한다고 명시하고 있[기 때문이다.]

제도 취지

2013다17292전합: 예로부터 ... 조상숭배사상의 영향으로 ... 분묘를 ... 존엄한 장소로서 존중해야 하며 함부로 훼손하여서는 아니 된다는 관념이 형성되었다. ... 우리 사회의 기본적인 장묘(葬墓)의 방법은 시신이나 유골을 땅에 묻는 ‘매장’이었다.

대법원은 우리 사회에 널리 퍼져있던 **매장 중심의 장묘문화**와 이를 바탕으로 인정된 분묘의 수호와 봉사를 위한 토지 사용권의 보호를 내용으로 하는 **관습 또는 관행**의 존재를 근거로 [다음과 같이] 판단해 왔다. 즉, 분묘를 소유하기 위한 토지 사용권인 분묘기지권을 **지상권과 유사한 관습법에 [따른] 물권**으로 인정[한다. 그리고] 토지 소유자의 승낙이나 취득시효를 원인으로 분묘기지권을 취득한[다.]

[특히, 분묘기지권의 시효취득은 다음과 같은 의미가 있다.] 분묘를 설치하는 자는 토지 소유자로부터 명시적이거나 최소한 묵시적인 승낙을 받은 경우가 대부분[이다. 하지만, 타인 소유의 토지에 분묘를 설치할 때에 계약서 등 근거자료를 작성하거나 이를 남겨놓는 경우는 매우 드물었다. ... 토지 소유자가 바뀌는 등으로 ... 시비가 생기는 경우에 분묘기지권을 주장하는 자가 토지 소유자의 승낙을 받았다는 사실을 증명하는 것이 사실상 불가능한 경우가 빈발[한다. 그러므로] 분묘기지권의 시효취득은] 이러한 애로를 해소해 주는 측면이 있[다.] 그것이 취득시효제도의 존재 이유에 부합[한다.]

장기간 관습은 지역권과도 같은 효력을 가진다(*Longi temporis consuetudo vicem servitutis obtinet*; Long usage has the effect of a servitude).

예외

머리에

다음 2가지 경우 분묘기지권이 발생하지 않는다.

1. 외관상 분묘라는 점을 알기 어려운 경우
2. 반대 특약이 있었던 경우

외관상 알기 어려운 경우

91다18040: 분묘란 그 내부에 사람의 유골, 유해, 유발 등 시신을 매장하여 사자를 안장한 장소를 말[한다.] ... 내부에 시신이 안장되어 있지 않은 것은 분묘라고 할 수 없다.

분묘기지권이 성립하기 위하여는 봉분 등 **외부에서 분묘의 존재를 인식할 수 있는 형태**를 갖추고 있어야 [한다.] 평장되어 있거나 암장되어 있어 객관적으로 인식할 수 있는 외형을 갖추고 있지 아니한 경우에는 분묘기지권이 인정되지 아니한다.

반대 특약이 있었던 경우

분묘 또는 건물을 처분하면서, 당사자들이 분묘를 철거, 이장하기로 특약하면? 이때도 분묘기지권은 성립하지 않는다. 어차피 철거, 이장할 분묘를 위한 지상권은 필요 없기 때문이다.

2013다17292전합: 분묘를 설치한 사람이 토지를 양도한 경우에 **분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않는 한** 분묘기지권을 취득한다.]

효력 범위

해석 기준

2023다261302: 관습법으로 인정된 권리의 내용을 확정[할 때는 어떻게 해야 하나?] 그 권리의 법적 성질과 인정 취지, 당사자 사이의 이익형량 및 전체 법질서와의 조화를 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다.]

존속기간

2005다44114: 특별한 사정이 ... 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하며 그 분묘가 존속하[는] 동안 존속한다.]

이용 범위

2013다17292전합: 분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 **목적**을 달성하는 데 **필요한 범위**[에]서 [권한 행사가 가능한] ... 관습상의 물건이다.]

2001다28367: 분묘기지권에는 그 효력이 미치는 지역의 범위[라]고 할지라도 기존의 분묘 외에 새로운 분묘를 신설할 권능은 포함되지 아니[한다.]

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 12.] 분묘에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? ([장사법]은 고려하지 말 것. 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄷ. 분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인 소유의 토지를 사용할 수 있고 제3자는 물론 토지 소유자의 방해도 배제할 수 있는 관습상의 물권이다.

유상 여부

기초 개념

- 1. 지료(rent; land use fee) ○ → 유상 분묘기지권
- 2. 지료 × → 무상 분묘기지권

양도형 분묘기지권

처음부터 유상.

2020다295892: 자기 소유 토지에 분묘를 설치한 사람이 그 토지를 양도하면서 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않음으로써 분묘기지권을 취득[했다. 이] 경우, 특별한 사정 이 없는 한 분묘기지권자는 **분묘기지권이 성립한 때부터** 토지 소유자에게 그 분묘의 기 지에 대한 토지사용의 대가로서 **지료를 지급할 의무**가 있다.

취득시효형 분묘기지권

지료 청구 시점부터 유상.++

2017다228007전합: 취득시효형 분묘기지권은 당사자의 합의에 [따르]지 않고 성립하 는 지상권 유사한 권리[다.] 그 [때문에] 토지 소유권이 사실상 영구적으로 제한될 수 있 다. 따라서 시효로 분묘기지권을 취득한 사람은 일정한 범위에서 토지소유자에게 토지 사용의 대가를 지급할 의무를 부담한다고 보는 것이 형평에 부합한다.

시효로 분묘기지권을 취득한 사람은 토지소유자가 분묘기지에 관한 지료를 청구하면 그 **청구한 날부터의 지료를 지급하여야** 한다고 [보는 것]이 타당하다.

승낙형 분묘기지권

- 1. 원칙: 무상.

2023다262848: 승낙형 분묘기지권의 경우에는 성립 당시 토지소유자와 분묘의 수호, 관리자가 지료에 관한 유상 약정을 하였다는 등의 **특별한 사정이 없는 한 무상**의 분묘 기지권으로서 성립한[다.]

- 2. 예외: 지료 청구 시점부터 유상.

2023다261302: 승낙형 분묘기지권의 성립 당시 토지소유자와 분묘의 수호, 관리자 사 이에 지료에 관한 약정이 없거나 무상 약정이 성립하였[다.]

[그렇]더라도, 분묘 설치 당시의 인적 관계의 변경, 분묘기지의 사용기간, 지가, 공공금의 상승이나 토지 활용가치의 변화, 당사자의 합리적인 의사나 신뢰 등을 종합적으로 고려 하여 지료를 인정하는 것이 **공평의 원칙**에 비추어 타당한 경우[가 있다. 그 경우]에는 토지소유자가 토지 사용의 대가를 청구할 수 있[다. 이때,] 분묘기지권자는 그때**청구한 때부터** 객관적으로 상당한 **지료를 지급할 의무**가 있다고 보아야 한다.

물권 소멸

Extinction of Property Rights

나를 사랑해 준 모든 사람들이여, 아무쪼록 언제나 다음 말들을 상기해주길 바란다.
모든 살아있는 것은 반드시 사라진다는 것을. - 석가모니

머리에

물권 소멸

물권 소멸(extinction of property rights): 물권이 사라지는 것.

물권 소멸 사유

대표적으로 다음 사유가 있다.

1. 물권 포기
2. 목적물 멸실
3. 피담보채무 소멸(담보물권 경우)
4. 물권 소멸시효
5. 물권 혼동

구별

1. 물권 포기: 포기하는 대상이 물권

예: 소유권을 포기. 소유권(물권)을 소멸시키는 것이다.

2. 목적물 멸실: 멸실하는 것이 목적물

예: 바이올린이 완전히 타 버려, 바이올린이 멸실. “그 결과”, 바이올린 소유권(물권)도 소멸한다.

3. 피담보채무 소멸: 소멸하는 것이 피담보채무

예: 저당권에서 피담보채무가 확정되고 모두 변제되어 소멸. “그 결과”, 저당권(물권)도 소멸한다.

기초 개념

소유권 저당권

1. 부동산 자체(부동산 소유권)를 담보로 제공한 경우다.
2. 설정할 때 주등기로 한다.
3. 채무자가 돈을 안 갚으면, 부동산 자체(부동산 소유권)를 경매에 부친다.

민법 제356조(저당권의 내용) 저당권자는 채무자 또는 제3자가 점유를 이전하지 아니하고 채무의 담보로 제공한 부동산에 대하여 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다.

흔히 생각하는 저당권이 곧 소유권 저당권이다. 즉, 아무 표시 없이 “저당권”이라 하면, 대체로 소유권 저당권을 뜻한다.

【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
1	근저당권설정	2022년7월4일 제777호	2022년7월1일 설정계약	채권최고액 금55,000,000원 채무자 장무자 서울특별시 관악구 노루로 231-2(신림동) 근저당권자 김권자 850330-***** 서울특별시 서초구 이대로 15(서초동) 공동담보 토지 서울특별시 서초구 서초동 99-8

지상권 저당권

- 1. 지상권을 담보로 제공한 경우다.
- 2. 설정할 때 부기등기로 한다.
- 3. 채무자가 돈을 안 갚으면, 지상권을 경매에 부친다.

민법 제371조(지상권, 전세권을 목적으로 하는 저당권) ① 본장[→ 저당권]의 규정은 지상권 또는 전세권을 저당권의 목적으로 한 경우에 준용한다.

부동산등기법 제52조(부기로 하는 등기) 등기관이 다음 각호의 등기를 할 때에는 부기로 하여야 한다. ...

3. 소유권 외의 권리[→ 지상권]를 목적으로 하는 권리[→ 저당권]에 관한 등기

【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
1	지상권설정	2022년8월17일 제3456호	2022년8월16일 설정계약	목적 견고한 건물의 소유 범위 토지 전부 존속기간 2022년 8월 17일부터 만 30년 지료 없음 지상권자 지상렬 701226-***** 인천광역시 미추홀구 하이로 313(문학동)
1-1	1번지상권근저당권설정	2023년7월19일 제1288호	2023년7월18일 설정계약	채권최고액 금50,000,000원 채무자 지상렬 인천광역시 미추홀구 하이로 313(문학동) 근저당권자 김권자 850330-***** 서울특별시 서초구 이대로 15(서초동)

전세권 저당권

- 1. 전세권을 담보로 제공한 경우다.
- 2. 설정할 때 부기등기로 한다.
- 3. 채무자가 돈을 안 갚으면, 전세권을 경매에 부친다.

민법 제371조(지상권, 전세권을 목적으로 하는 저당권) ① 본장[→ 저당권]의 규정은 지상권 또는 전세권을 저당권의 목적으로 한 경우에 준용한다.

부동산등기법 제52조(부기로 하는 등기) 등기관이 다음 각호의 등기를 할 때에는 부기로 하여야 한다. ...

- 3. 소유권 외의 권리[→ 전세권]를 목적으로 하는 권리[→ 저당권]에 관한 등기

【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
1	전세권설정	2022년6월2일 제887호	2022년6월1일 설정계약	전세금 금120,000,000원 범 위 건물의 전부 존속기간 2022년 8월 20일부터 2024년 8월 19일까지 전세권자 라세입 930303-***** 대구광역시 중구 송이로 3(달성동)
1-1	1번전세권근저당권설정	2023년7월20일 제1301호	2023년7월19일 설정계약	채권최고액 금80,000,000원 채무자 라세입 대구광역시 중구 송이로 3(달성동) 근저당권자 김권자 850330-***** 서울특별시 서초구 이대로 15(서초동)

물권 포기

개념

물권 포기(renunciation): 쉽게 말해, 물권자가 자기의 “권리”를 버리는 것

92다14762: 분묘의 기지에 대한 지상권 유사의 물권인 관습상의 법정지상권[포기는 어떻게 해야 하는가?] ... 권리자[물권자]가 의무자에 대하여 그 권리를 포기하는 의사 표시를 하[면 충분하다. 그] 외에 점유까지도 포기하여야만 그 권리가 소멸하는 것은 아니다.

“물건 자체”를 버리는 의미가 아니다. 이 점 주의하라.



법적 성격

- 1. “그 물건을 더는 보유하지 않겠다.”라는 의사표시가 담겨 있다. 그러므로, 법률행위(juristic act)다.
- 2. 법률행위 중에서도 단독으로 한다. 그러므로, 단독행위(unilateral act)다.

포기 허용 여부

- 1. 완전물권(소유권)은 원칙적으로 자유롭게 포기할 수 있다. 다만, 소유권 자체를 포기할 수는 있어도, 사용수익 권능만 따로 포기할 수는 없다.

소유권 = 사용수익 권능 + 처분 권능

민법 제185조(물권의 종류) 물권은 법률 또는 관습법에 [따르]는 외에는 임의로 창설하지 못한다[→ 물권법정주의].

2016다264556전합: 소유권의 핵심적 권능에 속하는 **사용, 수익 권능의 대세적, 영구적인 포기는** 물권법정주의에 반하여 **허용할 수 없다**.]

2017다211528: [왜? 만약] 이를 허용하면 결국 처분권능만이 남은 새로운 유형의 소유권을 창출하는 [셈이다. 그래서 민법[에서] 정한 물권법정주의에 반하기 때문이[다.] 따라서 사유지가 일반 공중의 교통을 위한 도로로 사용되고 있[더라도] ... 대세적으로 사용, 수익권을 포기한 것[이 아니다. 이는] 토지 소유자가 도로 부지로 무상[으로 받]은 사람들에게 대한 관계에서 채권적으로 사용, 수익권을 포기하거나 일시적으로 소유권을 행사하지 않겠다고 양해한 것이라고 보아야 한다.

- 2. 제한물권(용익물권 또는 담보물권)은 원칙적으로 자유롭게 포기할 수 있다.

예: 지상권자는 지상권을 포기할 수 있다.

2016다234043: **제한물권은** 이해관계인의 이익을 부당하게 침해하지 않는 한 **자유로이 포기**할 수 있는 것이 원칙이다.

- 3. 다만, 포기 시 제3자의 이익을 침해할 경우에는 포기가 제한될 수 있다.

예: 흔히 소유권에 저당권을 설정하지만, 사실 지상권에도 저당권을 설정할 수 있다(지상권저당권). 돈을 안 갚으면, 지상권저당권자가 “지상권”이라는 재산을 임의경매에 부칠 수 있다. 따라서 지상권자가 임의로 지상권을 포기하지 못한다.

민법 제371조(지상권...을 목적으로 하는 저당권) ② 지상권...을 목적으로 저당권을 설정한 자는 저당권자의 동의 없이 지상권...을 소멸하게 하는 행위를 하지 못한다.

소멸 시점(포기 효력발생요건)
포기 순간 물건이 소멸하지는 않는다.



- 1. 동산물권 포기는 점유 포기가 필요하다.
- 2. 부동산물권 포기는 등기가 필요하다.

민법 제186조(부동산물권변동의 효력) 부동산에 관한 **법률행위**[에 따른] 물권의 득실변경은 **등기하여야 그 효력이 생긴다.**

2015다52978: 공유지분의 포기는 법률행위로서 상대방 있는 단독행위에 해당[한다. 그러]므로, 부동산 공유자의 공유지분 포기의 의사표시가 다른 공유자에게 도달하더라도 이로써 곧바로 공유지분 포기에 따른 물권변동의 효력이 발생하는 것은 아니[다.] 다른 공유자는 자신에게 귀속될 공유지분에 관하여 소유권이전등기청구권을 취득[한다.]

이후 민법 제186조에 [따라] **등기를 하여야** 공유지분 포기에 따른 물권변동의 **효력**이 발생[한다.]

목적물 멸실

개념
목적물 자체가 사라지면, 그에 따라 물건도 사라질 수밖에 없다. 목적물 멸실(loss)은 물건 소멸 사유다.



사례
A의 책이 불에 타 흔적도 없이 사라졌다면? A의 소유권도 소멸한다.

물상대위

원래 담보가 설정되어 있던 물건이 소멸하면? 물상대위(subrogation)가 이루어질 수 있다.

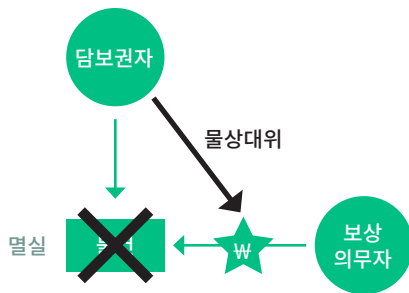
- 1. 목적물이 멸실하면 그 대가나 보상(보험금 등)이 있을 때가 있다. 그러면 그 대가나 보상(보험금 등)에 담보권을 행사할 수 있다.

호랑이는 죽어서 가죽을 남기고, 담보권은 소멸하면 물상대위를 남긴다.

- 2. 멸실한 물건에 대한 담보권(저당권, 질권, 양도담보권 등)은 목적물 멸실 때문에 이미 소멸했다.

- 3. 하지만 새로운 물건(보상금 등)에 대한 담보권으로 이어 나갈 수 있다.

저당권, 질권, 양도담보권은 담보물권으로서 목적물 사용가치가 아니라 여차피 교환가치를 지배한다. 목적물 대신 돈으로 바뀌어도 어느 정도는 괜찮다.



민법 제342조(물상대위) 질권은 질물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 ... 질권설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여도 이를 행사할 수 있다. ...

민법 제370조(준용규정) ... 제342조의 규정은 저당권에 준용한다.

민법 제372조(타법률에 [따른] 저당권) 본 장의 규정은 다른 법률에 [따라] 설정된 저당권에 준용한다.

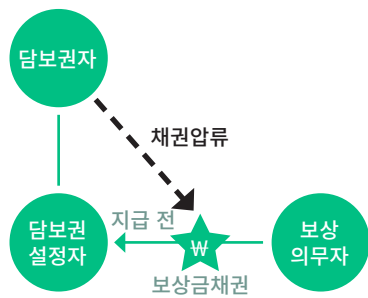
2012다58609: 양도담보 목적물이 소실되어 양도담보 설정자가 보험회사에 대하여 화재보험계약에 따른 보험금청구권을 취득한 경우[다. 동산 양도담보권자는] 담보물 가치의 변형물인 그 화재보험금청구권에 대하여 양도담보권에 기[초]한 물상대위권을 행사할 수 있다.

담보물의 유언: “나는 물권이다. 뒤에 남아있는 담보권자여, 잘 압류하여라.”

민법 제342조(물상대위) ... 이 경우에는 그 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다.

민법 제370조(준용규정) ... 제342조의 규정은 저당권에 준용한다.

2010다46756: 민법 제370조, 제342조 단서가 저당권자는 물상대위권을 행사하기 위하여 저당권설정자가 받을 금전 기타 물건의 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다고 규정[했다. 이것은 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전함과 동시에 제3자에게 불측의 손해를 입히지 않으려는 데에 그 취지가 있다.



이미 설정해 둔 담보권에 근거해 압류하는 것이라 확정판결이 필요 없다.

민사집행법 제273조(채권과 그 밖의 재산권에 대한 담보권의 실행) ① 채권...을 목적으로 하는 담보권의 실행은 담보권의 존재를 증명하는 서류...가 제출된 때에 개시한다.

2010다46756: 물상대위권 ... 행사방법[에는] 민사집행법 제273조에 [따라] 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 채권압류 및 전부명령을 신청하는 [방법 등이 있다.]

피담보채무 소멸

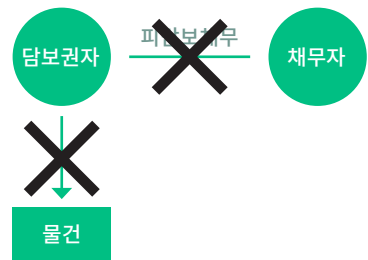
개념

- 1. 담보물권은 피담보채권을 위해 존재한다. 곧 피담보채권이 없다면 담보물권이 존속할 이유가 없다.
- 2. 따라서 피담보채무(피담보채권) 소멸은 담보물권 소멸 사유다.

복습: 담보물권의 부종성

담보물권은 피담보채권을 위한 것이라서, 피담보채권과 운명을 같이 한다.

- 1. 성립상 부종성(appendant nature on establishment): 원칙적으로, 피담보채권이 성립해야 담보물권도 따라 성립한다.
- 2. 존속상 부종성(appendant nature on subsisting): 원칙적으로, 피담보채권과 담보물권을 분리할 수 없다. 즉, 피담보채권을 처분하면, 담보물권도 따라 처분된다. 이것을 수반성이라 부른다.
- 3. 소멸상 부종성(appendant nature on extinction): 원칙적으로, 피담보채권이 소멸하면 담보물권도 따라 소멸한다.



피담보채무 소멸원인?

- 1. 피담보채무가 소멸하는 원인은 묻지 않는다. 피담보채무 소멸원인이 취소, 해제, 변제 등 어떤 이유였든, 근저당권은 소멸한다.
- 2. 어쨌든 피담보채무가 없다면, 이제는 담보도 있을 이유가 없기 때문이다.

사례

- 1. 근저당권이 설정되고 피담보채권이 1억 원으로 확정되었다.
- 2. 그 후 채무자가 채권자에게 1억 원 전액을 갚았다. 그러면 피담보채무가 소멸한다.
- 3. 위 근저당권은 부종성에 따라 소멸한다.

민법 제369조(부종성) 저당권으로 담보한 채권이 시효의 완성 기타 사유로 ... 소멸한 때에는 저당권도 소멸한다.

2002다27910: 피담보채권이 소멸하면 저당권은 그 **부종성에 따라** 당연히 소멸하게 [된다.]

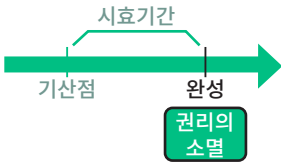
만약 처음부터 피담보채권이 성립하지도 않았다면? 근저당권도 처음부터 발생하지 않았다.

2024다306721: 근저당권은 ... 근저당권 설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 [한다.] 피담보채권이 존재하지 않는다는 것이 확정된 때에는 근저당권설정등기를 말소하여야 한다.

물권 소멸시효

소멸시효 제도

일정한 기간이 지나도록 권리를 행사하지 않고 있으면, 권리가 소멸한다. 이러한 제도를 소멸시효(extinctive prescription)라 한다.



물권 소멸시효

- 1. 물권 소멸시효기간은 20년이다.

민법 제162조(채권, 재산권의 소멸시효) ② **채권...이외의 재산권은 20년간** 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

- 2. 예를 들어, 지상권자나 지역권자가 20년 동안 지상권이나 지역권을 행사하지 않으면? 지상권이나 지역권이 소멸한다.

참고로, 물권과 달리, 채권 소멸시효는 10년이다.

민법 제162조(채권, 재산권의 소멸시효) ① **채권은 10년간** 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

소유권 경우?

소유권 경우, 소멸시효가 문제 되지 않는다. 소유권은 소멸시효에 걸리지 않기 때문이다. 즉, 소유권자가 소유권을 오랫동안 행사하지 않더라도, 그것만으로는 소유권을 잃지 않는다.

민법 제162조(채권, 재산권의 소멸시효) ② **채권 및 소유권 이외의** 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

위 조항에서 “채권 및 소유권 이외의 재산권”이란, “채권도 아니고 소유권도 아닌 재산권”이라는 뜻이다. 거칠게 말해, “소유권 이외의 물건”이라는 뜻이다.

점유권 경우?

점유권 경우도, 소멸시효가 문제 되지 않는다. 점유하는 자체로 권리를 행사하고 있다고 볼 수 있기 때문이다. 즉,

1. 그저 점유를 하면 점유권을 보유하고,
2. 점유를 잃으면 점유권을 상실할 뿐이다.

민법 제192조(점유권의 취득과 소멸) ② 점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 상실한 때에는 점유권이 소멸한다. ...

담보물권(유치권, 질권, 저당권) 경우?

유치권, 질권, 저당권 등 담보물권 자체의 20년 소멸시효도 무의미하다. 그 이유는 다음과 같다.

1. 원래 담보물권은 목적물 사용가치를 지배하지 않는다. 따라서 담보물권 행사란 결국 피담보채권 행사가 될 수밖에 없다.
2. 그런데 피담보채권 소멸시효기간이 10년이라서 물건 소멸시효기간인 20년보다 짧다. 담보물권 자체 소멸시효가 완성하기 전에 이미 피담보채권 소멸시효가 완성될 수밖에 없다.
3. 그 결과 피담보채무가 소멸하면 부종성(appendant nature)에 따라 담보물권도 자동적으로 소멸한다. 결국, 실질적으로, 피담보채무(채권)가 존속하는 지 여부만이 의미 있을 뿐이다.

다만, “피담보채무”가 소멸시효로 소멸하는 것과, “물권 자체”가 소멸시효로 소멸하는 것은 서로 다른 개념이다. 이 점 유의하라.

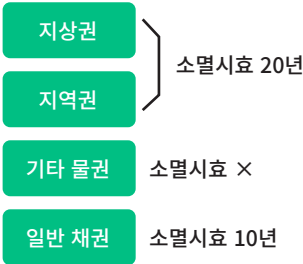
전세권 경우?

전세권 경우도, 애당초 20년 소멸시효가 문제 될 수가 없다. 왜냐하면 전세권은 아무리 길더라도 존속기간이 10년을 넘을 수 없기 때문이다. 존속기간을 넘기면, 이미 그때 전세권이 소멸한다.

민법 제312조(전세권의 존속기간) ① 전세권의 존속기간은 10년을 넘지 못한다. 당사자의 약정기간이 10년을 넘는 때에는 이를 10년으로 단축한다.

소결

물권 중에서 소멸시효에 걸리는 것은 지상권, 지역권뿐이다. 기간은 20년이다.



물권 혼동

채권 혼동과 물권 혼동

혼동(merger)이란, 권리가 뒤섞여서 없어진다는 의미다.

- 1. 채권이 혼동으로 소멸하기도 한다. 채권법(obligation law)상 혼동이다. “채권(claims) 소멸 사유”다.
- 2. 물권이 혼동으로 소멸하기도 한다. 물권법(property law)상 혼동이다. “물권(property rights) 소멸 사유”다.

이제 볼 혼동은 물권 혼동(merger of property rights)이다.

개념

소유권과 다른 물권이 같은 사람에게 속하면, 그 다른 물권이 소멸한다. 물권이 물권법상 혼동으로 소멸한다.

요건

- 1. 하나의 물건에 관해,
- 2. “소유권”과 “다른 물권”이,
- 3. 모두 같은 사람에게 속해야 한다.

민법 제191조(혼동[에 따른] 물권의 소멸) ① 동일한 물건에 대한 **소유권과 다른 물권**이 **동일한 사람에게 귀속**한 때에는 다른 물권은 소멸한다. ...

98도4022: 한 물건에 대한 소유권과 제한물권이 한 사람에게 돌아갔을 때는 제한물권은 소멸하는 것이 원칙이다.]

사례

J(지상권)는 X토지 위에 건물을 짓기 위해 X토지 소유자인 T(토지왕)로부터 지상권을 설정받았다. X토지 소유권자는 T이고, X토지의 지상권자는 J인 상태다. 그런데,

등기사항전부증명서(말소사항 포함)

- 토지 -

등기고유번호 1111-1994-987654



[토지] 서울특별시 마포구 냉우동 109-5

【 표 제 부 】 (토지의 표시)					
표시번호	접 수	소재지번	지 목	면 적	등기원인 및 기타사항
1	1994년8월20일	서울특별시 마포구 냉우동 109-8	대	550.5㎡	

【 갑 구 】 (소유권에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
1	소유권이전	1984년3월2일 제1234호	1984년1월28일 재산상속	소유자 토지왕 641130-***** 서울특별시 성북구 고로 31(안암동)

【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
1	지상권설정	2022년8월17일 제3456호	2022년8월16일 설정계약	목적 견고한 건물의 소유 범위 토지 전부 존속기간 2022년 8월 17일부터 만 30년 지료 없음 지상권자 지상권 701226-***** 인원광역시 미추홀구 하이로 313(문학동)

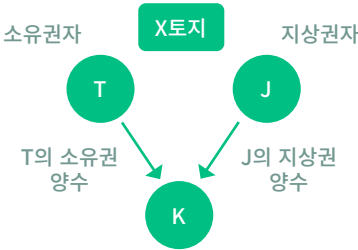
1. 이 상태에서 J가 K(김훈동)에게 지상권을 양도(매매)했다. 등기도 마쳤다.

【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
1	지상권설정	2022년8월17일 제3456호	2022년8월16일 설정계약	목적 견고한 건물의 소유 범위 토지 전부 존속기간 2022년 8월 17일부터 만 30년 지료 없음 지상권자 지상권 701226-***** 인원광역시 미추홀구 하이로 313(문학동)
1-1	1번지상권이전	2023년4월4일 제1125호	2023년4월3일 매매	지상권자 김훈동 880902-***** 서울특별시 마포구 평미로 32(합정동)

2. T도 K에게 소유권을 양도(매매)했다. 역시 등기도 마쳤다.

【 갑 구 】 (소유권에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
1	소유권이전	1984년3월2일 제1234호	1984년1월28일 재산상속	소유자 토지왕 641130-***** 서울특별시 성북구 고로 31(안암동)
2	소유권이전	2023년4월6일 제1277호	2023년4월5일 매매	소유자 김훈동 880902-***** 서울특별시 마포구 평미로 32(합정동)

이제 X토지 소유권과 지상권이 모두 K에게 속한다. 그러면 지상권은 소멸한다.



민법 제191조(혼동[에 따른] 물권의 소멸) ① 동일한 물건[X토지]에 대한 소유권과 다른 물권[지상권]이 동일한 사람[K]에게 귀속한 때에는 **다른 물권[지상권]은 소멸**한다. ...

제도 취지

완전물권(소유권)이 있는데, 굳이 제한물권(지상권)을 둘 필요가 없기 때문이다.

- 1. K는 소유권자가 되었다. 따라서 이제 K는 물건 사용가치와 교환가치를 모두 지배하게 되었다.
- 2. 따라서 사용가치만을 지배하는 지상권이 따로 없더라도, K는 어차피 토지 위에 건물을 지을 수 있다.
- 3. 소유권 외에 다른 물권을 유지할 “필요가 없다.”

예외

물권 혼동이 있더라도, 물권이 소멸하지 않고 남아있는 경우가 있다.

민법 제191조(혼동[에 따른] 물권의 소멸) ① ... 그러나 그 물권이 제3자의 권리의 목적이 된 때에는 소멸하지 아니한다.

조문에는 “제3자의 권리”라 되어 있지만, 경우에 따라 “본인의 권리”까지 포함하는 것으로 해석한다.

예외 사례 1: 지상권 저당권자(제3자) 보호

1. J는 남의 토지에 지상권을 갖고 있었다.
2. J가 P로부터 돈을 빌리면서 P에게 담보로 자신의 지상권에 저당권을 설정해 주었다. 즉, P는 지상권 저당권 설정 등기를 마쳤다.
3. 그 상태에서, J가 그 부동산 소유권을 취득했다.

그러면,

1. 하나의 부동산 소유권과 지상권이 모두 J에게 속하게 된다. ← 혼동 상황
2. 그래도 지상권은 혼동으로 소멸하지 않는다. ← 혼동의 예외
3. 제3자(지상권 저당권자 P)의 권리를 보호하는 취지다. ← 예외 이유

예외 사례 2: 저당권자(본인) 보호

1. 甲은 근저당권 설정 등기(피담보채권 7,000만 원)를 마쳤다.
2. 그 후 乙이 가압류 등기를 마쳤다.
3. 그 상태에서, 甲이 그 부동산(시가 1억 원) 소유권을 취득했다.

그러면,

1. 하나의 부동산 소유권과 근저당권이 모두 甲에게 속하게 된다. ← 혼동 상황
2. 그래도 근저당권은 혼동으로 소멸하지 않는다. ← 혼동의 예외

98도4022: 물건이 제3자[乙]의 권리 목적으로 되어 있고 또한 제3자[乙]의 권리[= 가압류 있는 채권]가 혼동된 제한물권[= 甲의 근저당권]보다 아래 순위에 있을 때에는 혼동된 제한물권[= 甲의 근저당권]이 소멸하지 아니한다.

이 사건 토지에 대한 [甲]의 소유권이전등기[를 乙]의 가압류등기 이후에 [마쳤다. 그렇다면]고 하더라도, [乙]의 가압류등기에 앞서 [마친 甲] 명의의 위 근저당권설정등기는 혼동으로 소멸하지 아니[한다.]

3. 본인(근저당권자 甲)의 권리를 보호하는 취지다. ← 예외 이유

98다18643: 어떠한 물건... 소유권과 다른 물권[= 甲의 근저당권]이 동일한 사람[甲]에게 귀속한 경우 그 제한물권[= 甲의 근저당권]은 혼동[으로] 소멸하는 것이 원칙이다[다.]

[그렇]지만, 본인[甲] 또는 제3자의 이익을 위하여 그 제한물권[= 甲의 근저당권]을 존속시킬 필요가 있다고 인정되는 경우에는 민법 제191조 제1항 단서의 해석에 [따라] 혼동으로 소멸하지 않는[다.]

구체적으로,

1. 원래 근저당권 때문에 경매에서, 甲은 7,000만 원을 우선변제 받고, 乙은 3,000만 원(= 시가 1억 원 - 甲의 7,000만 원)만으로 배당 받을 사람이었다.
2. 그런데 만약 甲의 근저당권이 소멸하면, 甲은 7,000만 원 우선변제를 못 받고, 乙은 1억 원으로 배당 받는 결과가 된다.

3. 즉, 甲은 뜻하지 않은 7,000만 원 손해를 입고, 乙은 뜻하지 않은 7,000만 원 이득을 얻는 결과가 되어 부당하다.

예외 사례 3: 제2 순위 저당권자(본인) 보호

1. 甲은 제1 순위 근저당권 설정登記(피담보채권 2,000만 원)를 마쳤다.
2. 乙은 제2 순위 근저당권 설정登記(피담보채권 7,000만 원)를 마쳤다.
3. 그 후 丙이 가압류登記를 마쳤다.
4. 그 후 丁이 가압류登記를 마쳤다.
5. 그 상태에서, 乙이 그 부동산 소유권(시가 1억 원)을 취득했다.

그러면,

1. 하나의 부동산 소유권과 근저당권(제2 순위 근저당권)이 모두 乙에게 속하게 된다. ← 혼동 상황
2. 그래도 근저당권(제2 순위 근저당권)은 혼동으로 소멸하지 않는다. ← 혼동의 예외

98도4022: 물건이 제3자[丙, 丁]의 권리 목적으로 되어 있고 또한 제3자[丙, 丁]의 권리[가압류 있는 각 채권들]가 혼동된 제한물권[乙의 제2 순위 근저당권]보다 아래 순위에 있을 때에는 혼동된 제한물권[乙의 제2 순위 근저당권]이 소멸하지 아니한다.

3. 본인(제2 순위 근저당권자 乙)의 권리를 보호하는 취지다. ← 예외 이유

98다18643: 어떠한 물건... 소유권과 다른 물권[乙의 제2 순위 근저당권]이 동일한 사람[乙]에게 귀속한 경우 그 제한물권[乙의 제2 순위 근저당권]은 혼동[으로] 소멸하는 것이 원칙이다.]

[그렇]지만, **본인[乙]** 또는 제3자의 **이익을 위하여** 그 제한물권[乙의 제2 순위 근저당권]을 **존속시킬 필요**가 있다고 인정되는 경우에는 민법 제191조 제1항 단서의 해석에 [따라] 혼동으로 소멸하지 않는다.]

구체적으로,

1. 원래 근저당권 때문에 경매에서, 乙은 7,000만 원을 우선변제 받고, 丙, 丁은 1,000만 원(= 시가 1억 원 - 甲의 2,000만 원 - 乙의 7,000만 원)만으로 배당 받을 사람이었다.
2. 그런데 만약 乙의 근저당권이 소멸하면, 乙은 7,000만 원 우선변제를 못 받고, 丙, 丁은 8,000만 원(= 시가 1억 원 - 甲의 2,000만 원)으로 배당 받는 결과가 된다.
3. 즉, 乙은 뜻하지 않은 7,000만 원 손해를 입고, 丙, 丁은 뜻하지 않은 7,000만 원(= 8,000만 원 - 1,000만 원) 이득을 얻는 결과가 되어 부당하다.

98다18643: [乙]의 후순위 근저당권이 혼동으로 소멸하게 된다면? [丙, 丁]은 이 [때문에] 부당한 이득을 얻게 되는 반면 [乙은] 손해를 보게 되는 불합리한 결과가 된다.]

예외 사례 4: 우선변제권 있는 주택 임차권자(본인) 보호

1. 甲은 우선변제권 있는 주택 임차권(임대차보증금 7,000만 원)을 취득했다.
2. 그 후 乙이 근저당권 설정 등기(피담보채권 1억 2,000만 원)를 마쳤다.
3. 그 상태에서, 甲이 그 부동산(시가 1억 원) 소유권을 취득했다.

그러면,

1. 하나의 부동산 소유권과 우선변제권 있는 주택 임차권이 모두 甲에게 속하게 된다. ← 혼동 상황

임차권은 제한물권이 아니라 채권이라서, 엄밀하게는 민법 제191조 제1항 적용 대상이 아니다. 그러나 우선변제권 있는 주택 임차권은 경매 배당에서 근저당권과 비슷해서, 이 조항을 유추적용 할 수 있다.

주택임대차법 제3조(대항력 등) ① 임대차는 그 등기(登記)가 없는 경우에도 임차인(賃借人)이 주택의 인도(引渡)와 주민등록을 마친 때에는 그다음 날부터 제[3]자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.

주택임대차법 제3조의2(보증금의 회수) ② 제3조 제1항...의 대항요건(對抗要件)과 임대차계약증서...상의 확정일자(確定日字)를 갖춘 임차인은 「민사집행법」에 따른 경매...를 할 때에 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금(換價代金)에서 후순위권리자(後順位權利者)나 그 밖의 채권자보다 **우선하여 보증금을 변제(辨濟)받을 권리**가 있다.

2. 그래도 우선변제권 있는 주택 임차권은 혼동으로 소멸하지 않는다. ← 혼동의 예외

2000다12693: 부동산에 대한 소유권과 임차권이 동일인[甲]에게 귀속하게 되는 경우 임차권은 혼동[으로] 소멸하는 것이 원칙이다.]

[그렇]지만, 그 임차권이 대항요건을 갖추고 있고 또한 그 대항요건을 갖춘 후에 [乙]에 저당권이 설정[된 후 임차인(甲)이 그 주택 소유권을 취득한 결과라면? 이]때에는 혼동[에 따른] 물건소멸 원칙의 예외 규정인 민법 제191조 제1항 단서를 준용[해야 한다. 즉,] 임차권은 소멸하지 않는다.

3. 본인(임차권자 甲)의 권리를 보호하는 취지다. ← 예외 이유

구체적으로,

1. 원래 우선변제권 있는 주택 임차권 때문에 경매에서, 甲은 7,000만 원을 우선변제 받고, 乙은 3,000만 원(= 시가 1억 원 - 甲의 7,000만 원)만으로 배당 받을 사람이었다.
2. 그런데 만약 甲의 임차권이 소멸하면, 甲은 7,000만 원 우선변제를 못 받고, 乙은 1억 원으로 배당 받는 결과가 된다.
3. 즉, 甲은 뜻하지 않은 7,000만 원 손해를 입고, 乙은 뜻하지 않은 7,000만 원 (= 1억 원 - 3,000만 원) 이득을 얻는 결과가 되어 부당하다.

혼동 상황 발생 후의 제3자 출현 경우?

- 1. 제한물권자가 있는데 혼동 상황 발생 → 제3자 보호 필요○ (예외적으로 제한물권 존속)
- 2. 혼동 상황 발생했는데 제3자 출현 → 제3자 보호 필요× (원칙대로 제한물권 소멸)

2007다36933: [甲이] 이 사건 건물에 관하여 유치권을 가지고 있었다고 [가정하자. 그 후 甲]은 2001. 10. 29. [A]로부터 이 사건 건물을 매수하여 같은 해 12. 7. 이전등기를 [마쳤다(← 혼동 상황)].

[그다음, 같은 날 乙] 앞으로 근저당권설정등기와 [丙] 앞으로 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기를 각 순차로 [마쳐주었다(← 제3자 출현)].

이는 그 유치권이 앞에서 본 혼동으로 소멸하지 아니하는 경우에 해당하지 아니한다[다.]

점유권 경우?

점유권은 혼동 규정 적용 대상이 아니다. 즉, 하나의 물건에 “소유권”과 “점유권”이 모두 같은 사람에게 속해도, 점유권은 혼동으로 소멸하지 않는다.

민법 제191조(혼동[에 따른] 물권의 소멸) ① 동일한 물건에 대한 소유권과 다른 물건이 동일한 사람에게 귀속한 때에는 다른 물권은 소멸한다. ...

③ 점유권에 관하여는 전2항[그 제1항]의 규정을 적용하지 아니한다.

점유권은 점유(물건의 사실상 지배) 자체를 보호하는 권리이기 때문이다. 즉, 완전물권(소유권)이 있더라도, 굳이 제한물권(점유권)을 둘 필요가 있다.

그 결과 점유권은 다음 2종류 모습으로 나타난다.

- 1. 소유권(본권)을 수반하는 점유권
- 2. 소유권(본권)을 수반하지 않는 점유권

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 8.] 혼동에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. X 토지에 대하여 甲이 선순위 근저당권, 乙이 후순위 근저당권을 각 취득한 후 丙과 丁 명의의 각 가압류등기가 차례로 마쳐진 다음 乙이 X 토지를 매수하여 소유권을 취득한 경우, 乙의 근저당권은 혼동으로 소멸한다.

ㄴ. 甲 소유 X 건물의 유치권자인 乙이 X 건물의 소유권을 취득한 후 그 건물에 대하여 丙에게 저당권을 설정해 준 경우, 乙의 유치권은 혼동으로 소멸하지 않는다.

ㄷ. 甲 소유의 X 토지를 점유하고 있던 乙이 X 토지의 소유권을 취득한 경우, 乙의 점유권은 혼동으로 소멸한다.

ㄹ. 甲 소유 X 건물을 甲으로부터 임차한 乙이 [주택임대차법]상 대항력과 우선변제권이 있는 임차권을 취득한 후 X 건물에 대하여 丙 명의 저당권이 설정된 다음 乙이 X 건물의 소유권을 취득한 경우, 乙의 임차권은 혼동으로 소멸한다.

비교: 채권 혼동

개념

채권과 그 채무가 같은 사람에게 속하면, 채권채무가 소멸한다.

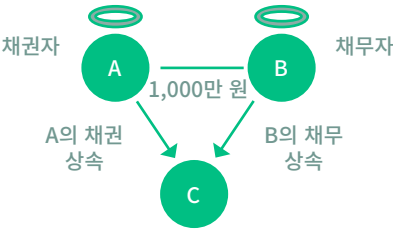
- 1. 채권이,
- 2. 채권법상 혼동으로,
- 3. 소멸한 것이다.

민법 제507조(혼동의 요건, 효과) 채권과 채무가 동일한 주체에 귀속한 때에는 채권은 소멸한다. ...

채권 혼동은 “물권” 소멸 사유는 아니다. 채권 혼동은 “채권” 소멸 사유일 뿐이다. 이 점 주의하라.

사례

A가 동생 B에게 물품대금으로 1,000만 원 받을 채권이 있다. 사고로 A, B가 동시에 죽었다. A, B는 아버지도 자식도 없어 상속인으로는 오직 어머니 C만 있다.



- 1. C는 “A의 B에 대한 1,000만 원 채권”을 상속한다. 즉, 그 채권자가 된다.
 - 2. C는 “B의 A에 대한 1,000만 원 채무”도 상속한다. 즉, 그 채무자가 된다.
- 이론상 “C가 C에게 1,000만 원을 지급할 채권이자 채무”가 된다. 이 경우, 채권은 소멸한다.

제도 취지

어떤 채권의 채권자 자기가 곧 채무자라면, 채권채무관계를 계속 인정할 필요가 없다. 채권이 존재할 실익이 없다.

예외

채권 혼동이 있더라도, 채권이 소멸하지 않고 남아있는 경우가 있다.

민법 제507조(혼동의 요건, 효과) ... 그러나 그 채권이 제[3]자의 권리의 목적인 때에는 그러하지 아니하다.

자세히는 제6강 채권 이전과 소멸 중 “혼동”에서 배운다.

전세권 저당권과 물상대위

복습: 물건 소멸에 따른 물상대위

원래 담보가 설정되어 있던 물건이 소멸하면?

1. 그 물건 자체에 대한 담보권은 소멸한다.
 2. 소멸 대가나 보상(보험금 등)에 대한 담보권으로 이어 나갈 수 있다.
- 즉, 물상대위(subrogation)가 이루어질 수 있다.

물권 소멸에 따른 물상대위

1. 물건(property)은 그대로인데,
2. 물권(property rights)만 소멸하는 경우가 있다. 이때도, 물권 소멸에 대가나 보상이 있는 이상, 마찬가지로 물상대위가 이루어질 수 있다.

담보권자 입장에서는, 물건이 소멸하든 물권이 소멸하든, 기존 것에 담보권이 없어졌다는 결과는 똑같기 때문이다.

복습: 전세권과 존속기간

1. 존속기간 중 전세권: 용익물권(usufruct)이다. 전세권자는 사용, 수익에 필요한 한도에서, 사용가치(use value)를 제한적으로 지배한다.
2. 존속기간 만료 후 전세권: 담보물권(real rights granted by way of security)이다. 전세권자는 피담보채무(전세금 반환채권) 변제를 받기 위한 한도에서, 교환가치(exchange value)를 제한적으로 지배한다.

엄밀히 말해 전세권이란, 용익물권인 전세권을 뜻한다. 즉, 엄밀히 말해 담보물권인 전세권은 전세권이 아니다.

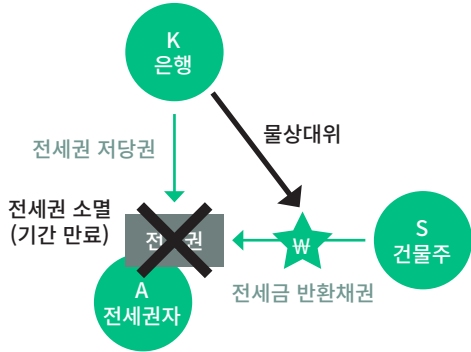
전세권 저당권과 물상대위 성립

어떤 건물 전세권자 A가 은행 K로부터 돈을 빌리면서 은행 K에 전세권 저당권을 설정했다. 그 후 전세기간이 끝났다.

1. A의 전세권은 소멸한다. 그 결과 은행 K의 전세권 저당권도 소멸한다.

98다31301: 전세권이 기간만료로 종료된 경우 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸[한다.] 저당권의 목적물인 전세권이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸[한다. 그러]므로 전세권을 목적으로 한 저당권자[K]는 전세권의 목적물인 부동산의 소유자[S]에게 더 이상 저당권을 주장할 수 없다.

2. A는 전세권이 소멸한 대신, 건물주 S 상대로 전세금 반환채권을 갖는다. 은행 K도 A의 전세권 대신, A의 전세금 반환채권을 담보로 하면 된다.



민법 제370조(준용규정) ... 제342조의 규정은 저장권에 준용한다.

민법 제342조(물상대위) 질권은 질물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 ... 질권설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여도 이를 행사할 수 있다. ...

2012다58609: 전세권저당권이 설정된 경우에도 전세권이 기간만으로 소멸되면 전세권설정자[S]는 ... [원칙적으로] 전세권자[A]에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다.]

2013다91672: 저장권자[K]는 저장권의 목적물인 전세권[을] 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 ... 물상대위권을 행사하여 전세금의 지급을 구하여야 한다.

비고: 지상권은 존속기간이 만료하면 소멸할 뿐, 그 소멸에 대가나 보상이 따로 없는 경우가 대부분이다. 그래서 지상권 저장권 경우, 물상대위가 거의 문제 되지 않는다.

전세권 저장권자의 물상대위권 행사

1. 은행 K는 대출금 채권(K-A)을 집행채권으로 해서 집행채무자 A 재산인 전세금 반환채권 압류를 신청하면 된다. 실제로는 채권압류만으로는 현금화까진 되지 않으므로, K는 추심명령 또는 전부명령까지 함께 신청하게 된다.

민법 제370조(준용규정) ... 제342조의 규정은 저장권에 준용한다.

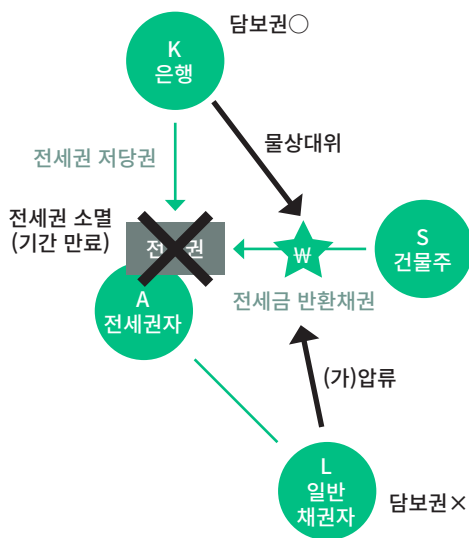
민법 제342조(물상대위) 질권은 질물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 ... 질권설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여도 이를 행사할 수 있다. 이 경우에는 그 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다.

2. 이미 설정해 둔 담보권에 근거해 압류하는 것이라 확정판결이 필요 없다. K는 전세권 저장권 설정 계약서 등을 집행기관(법원)에 제출하는 방법으로 전세금 반환채권 압류를 신청할 수 있다.

민사집행법 제273조(채권과 그 밖의 재산권에 대한 담보권의 실행) ① 채권...을 목적으로 하는 담보권의 실행은 담보권의 존재를 증명하는 서류[→ 저장권 설정 계약서 등]...가 제출된 때에 개시한다.

2010다46756: 물상대위권 ... 행사방법[에는] 민사집행법 제273조에 [따라] 담보권의 존재를 증명하는 서류[→ 저당권 설정 계약서 등]를 집행법원에 제출하여 채권압류 및 전부명령을 신청하는 [방법 등이 있다.]

3. 물상대위권을 행사한 은행 K는 담보권자로서 우선변제를 받게 된다. 만약 A의 다른 채권자 L이 있어 전세금 반환채권을 두고 K-A 채권과 L-A 채권이 경합하더라도, 담보권자인 은행 K가 담보권자 아닌 L보다 우선한다.



94다25728: 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건[→ 전세금 반환채권]에 대하여 일반 채권자[L]가 물상대위권을 행사하려는 저당채권자[K]보다 단순히 먼저 압류나 가압류의 집행을 함에 지나지 않은 경우[를 보자. 이 경우]는 저당권자[K]는 ... 목적채권에 대하여 물상대위권을 행사하여 일반 채권자[L]보다 우선변제를 받을 수 있다.

채권집행인데 우선변제? 채권 경합? 모두 생소할 수 있다. 지금 단계에서는, 은행 K가 전세금 반환채권 추심명령 또는 전부명령을 받아서 L을 배제한 채 대출금 채권을 회수할 수 있다는 뜻 정도로 이해하면 충분하다.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 26.] 甲은 자기 소유 X 건물에 乙 앞으로 전세권을 설정해 주었다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 乙이 자신의 채권자 丙을 위하여 전세권 위에 저당권을 설정해 준 경우, 전세권의 존속기간 만료 후 乙의 일반채권자 丁이 전세금반환채권을 가압류한 다음, 丙이 물상대위에 [따라] 乙의 전세금반환채권에 대하여 압류 및 전부명령을 받았다면 丙은 甲에 대하여 전세금의 지급을 구할 수 없다.

명의신탁

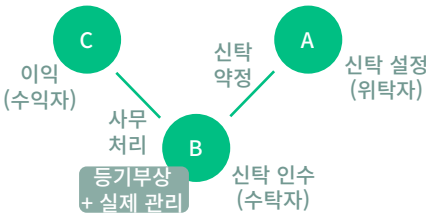
Title Trust

세상이 혼란한 것은 명(名)과 실(實)의 불일치에 그 원인이 있으므로,
그 두 가지를 합일해야 한다. - 공손룡, “명실론”

명의신탁 의의

개념

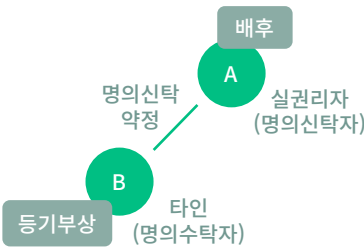
1. 신탁(trust): 재산관리, 처분을 남에게 맡기는 것. → 수탁자는 재산관리, 처분 권리의무○



신탁법 제2조(신탁의 정의) 이 법에서 “신탁”이란 신탁을 설정하는 자(이하 “위탁자”라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 “수탁자”라 한다) 간의 신임관계에 기[초]하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산...을 이전...하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 “수익자”라 한다)의 이익...을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발...[을] 하게 하는 법률관계를 말한다.

2025두34929: 부동산의 신탁에서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 **대내외적으로 소유권이 수탁자에 완전히 이전**[된다. 즉,] 위탁자와의 내부관계에서 신탁재산의 소유권이 위탁자에게 유보되는 것이 아니다. [그] 결과, 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 대한 관리권을 갖게 [된다.] 다만 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담하는 것에 불과하[다.]

2. 명의신탁(title trust): 말 그대로 “명의”만 남에게 맡기는 것이다. 어떤 부동산을 실질적으로는 A소유로 하고 싶은데, 등기부에는 B명으로 올려놓는 식이다. → 명의수탁자는 재산관리, 처분 권리의무×



부동산실명법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “명의신탁약정”(名義信託約定)이란 부동산에 관한 소유권이나 그 밖의 물권(이하 “부동산에 관한 물권”이라 한다)을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자[이하 “실권리자[A]”(實權利者)라 한다]가 타인[B]과의 사이에서 **대내적으로는 실권리자[A]가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기...는 그 타인[B]의 명의로** 하기로 하는 약정...을 말한다. ...

88다카15505: 명의신탁의 경우 **대외적** 관계에...서는 **수탁자**에게 소유명의가 있고 그에게 소유권이 귀속[된다. 그러나 신탁자와 수탁자와의 **대내적** 관계에...서는 **신탁자**가 소유권을 보유하고 이를 관리하며 사용 수익[한다.]

세금 문제 등등 뭔가 걸썩지근한 사정이 있기 때문에 이렇게 남의 이름으로 올리는 경우가 많다.

관련 용어

1. 실질적으로 소유를 하려는 자(A): 명의신탁자(title trustor) 또는 실권리자(person having actual rights)
2. 형식적 명의자(B): 명의수탁자(title trustee)

편의상 신탁자, 수탁자라 줄여 쓰기도 한다.

분야

1. 부동산, 자동차처럼 등기, 등록을 하는 재산에 명의신탁을 이용한다.
2. 예금주 명의신탁이라 해서, 은행 계좌도 타인 명의로 개설하는 경우도 있다.

명의신탁계약 성립

명의신탁자(A)와 명의수탁자(B) 사이에 명의신탁을 한다는 합의(= 계약 = 약정)가 있어야 한다.

2021다209225: 명의신탁관계는 반드시 신탁자와 수탁자 사이의 명시적 계약[으로]만 성립하는 것이 아니라 묵시적 합의[로]도 성립할 수 있다. 그러나] 명시적인 계약이나 묵시적 합의가 인정되지 않는데도 명의신탁약정이 있었던 것으로 단정하거나 간주할 수는 없다.

명의신탁계약 효력

1. 어떤 명의신탁계약은 무효다. 법이 무효로 정했기 때문이다.
2. 어떤 명의신탁계약은 유효다. 법이 따로 무효로 정하지 않은 이상 원래 계약은 유효하다.

부동산 명의신탁계약 효력

“부동산(real property) 명의신탁계약”은 원칙적으로 무효다. 부동산실명법이 무효로 정했기 때문이다.

부동산실명법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 1. “명의신탁약정”...이란 **부동산에 관한** 소유권이나 그 밖의 물건(이하 “부동산에 관한 물건”이라 한다) ... 타인의 명의로 하기로 하는 약정...을 말한다. ...

부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다.

어떤 경우는 “부동산 명의신탁”으로 보지 않는다. 그래서 무효로 되지 않는다. 즉, 유효하다. 일단, 이런 것이 있다는 정도로만 기억해도 충분하다.

부동산실명법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 1. “명의신탁약정”(名義信託約定)이란 ...을 말한다. **다만**, 다음...[은] **제외**한다.
 - 가. 채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전(移轉) 받거나[양도담보] 가등기하는 경우[가등기담보]
 - 나. 부동산의 위치와 면적을 특정하여 2인 이상이 구분소유하기로 하는 약정을 하고 그 구분소유자의 공유로 등기하는 경우
 - 다. 「신탁법」 또는 [자본시장법]에 따른 신탁재산인 사실을 등기한 경우

어떤 경우는 “부동산 명의신탁”이지만, 유효하다.

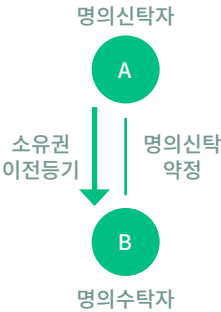
부동산실명법 제8조(종중, 배우자 및 종교단체에 대한 특례) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 조세 포탈, 강제집행의 면탈(免脫) 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 **제4조...[를] 적용하지 아니한다**.

- 1. **종중**(宗中)이 보유한 부동산에 관한 물권을 종중...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

부동산 명의신탁 종류

기본명의신탁(basic title trust)

- 1. 가장 간단한 명의신탁 구조다.
- 2. 원래 A소유의 부동산에 신탁자(실권리자) A와 수탁자 B의 합의로 등기를 B 앞으로 해 두는 것이다.

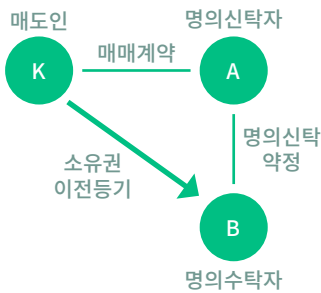


“양자 간 명의신탁”, “2자 간 명의신탁”이라고도 부른다.

2011다107382: 부동산 소유자 [A가 B와]의 양자 간 명의신탁약정에 따라 [B] 명의로 부동산 등기명의를 신탁하여 두었[다.]

등기명의신탁(registration title trust)

- 1. 부동산 매수인이 매도인으로부터 다른 사람 앞으로 등기를 받는 구조다.
- 2. 매수인 A가 매도인 K에게 돈을 내고 부동산을 매수한다. 이때 등기를 수탁자 B 앞으로 한다.
- 3. 그래도 매매계약의 당사자는 어디까지나 신탁자인 A다.

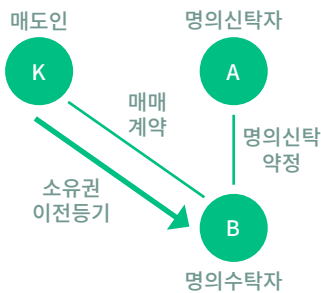


부동산매매에 관해 수탁자인 B가 등기명의만 내어준다 해서 “등기명의신탁”이라 부른다. 여러 사람이 개입한다고 해서 “다자 간 명의신탁”, “3자 간 명의신탁”이라고도 부른다. 등기가 마치 K, A, B에서 A를 생략하고 K에서 곧바로 B로 이전되는 모양이어서 “중간생략형 명의신탁”이라고도 부른다.

2010다52799: 계약당사자를 명의신탁자[A]로 볼 수 있다면 이는 3자 간 등기명의신탁 [등기명의신탁]이 된다.

계약명의신탁(contract title trust)

- 1. 아예 수탁자가 직접 매매계약의 당사자가 되는 구조다.
- 2. A가 B에게 부탁해서, B가 직접 매수인으로서 매도인 K와 계약을 체결한다. 형식적으로는 B가 K에게 매수하지만, 결국 그 돈의 출처는 A다.
- 3. 매매계약 당사자가 수탁자 B다.



부동산매매에서 수탁자인 B가 매매계약 명의까지 내어주므로 “계약명의신탁”이라 부른다.

2012두28414: 계약명의신탁에 [따라] 부동산의 등기를 매도인[K]으로부터 명의수탁자[B] 앞으로 이전한 경우 명의신탁자[A]는 매매계약의 당사자가 아니[다].

등기명의신탁과 계약명의신탁의 구별

2013스133: 명의신탁약정이 이른바 3자 간 등기명의신탁인지 아니면 계약명의신탁인지의 구별은 계약당사자가 누구인가를 확정하는 문제로 귀결된다.

계약 당사자란, 계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 사람을 뜻한다.

1. 등기명의신탁은 매매계약 당사자가 신탁자(A)다.
2. 계약명의신탁은 매매계약 당사자가 수탁자(B)다.

“계약 당사자”는 “계약 명의자”와 다르다. 어차피 실제로 다 수탁자 명의로 계약을 체결하지, 신탁자 명의로 계약을 체결하는 경우는 거의 없다.

다만, 계약을 수탁자(B) 명의로 체결한 이상,

1. 원칙: 명의대로, 수탁자(B)가 매매계약 당사자(→ 계약명의신탁)
2. 예외: 상대방(K)이 명의와 상관없이 계약 당사자(= 계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 사람)를 신탁자(A)로 하려는 의도였다면, 신탁자(A)가 매매계약 당사자(→ 등기명의신탁)

2016다207928: 어떤 사람[A]이 타인[B]을 통하여 부동산을 매수하면서 매수인 명의 및 소유권이전등기 명의를 그 타인[B] 명의로 하기로 했다.]

이와 같은 매수인 및 등기 명의의 신탁관계는 그들[A, B] 사이의 내부적인 관계에 불과하다. 그러므로 상대방[K]이 명의신탁자[A]를 매매당사자로 이해하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 대외적으로는 계약명의자인 타인[B]을 매매당사자로 보아야 한다.]

설령 상대방[K]이 그 명의신탁관계를 알고 있었다 하더라도 상대방[K]이 계약명의자인 타인[B]이 아니라 명의신탁자[A]에게 계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 의도로 계약을 체결하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 아니하는 한 마찬가지다.]

그러나 그 판단은 어렵다. 특히 매도인(K) 약의 계약명의신탁 경우 더 모호하다.

2014도6992전합: 중간생략등기형 명의신탁에 따라 명의수탁자[B] 앞으로 등기가 이전되는 경우는 대부분 명의신탁자[A]와 명의수탁자[B] 사이의 명의신탁약정을 인식한 매도인[K]의 협조로 이루어진[다. 이] 점에서 매도인[K]이 계약명의신탁약정이 있다는 사실을 알고 있는 이른바 약의의 계약명의신탁에서 명의수탁자[B] 앞으로 등기가 이전되는 경우와 등기 이전 등의 실질적인 과정에 유사한 면이 있다. 그리고 구체적인 사건에서 명의신탁약정이 중간생략등기형 명의신탁인지 아니면 매도인 약의의 계약명의신탁인지를 구별하는 것은 다수의 재판 사례를 통해 알 수 있듯이 법률전문가에게도 쉽지 않다.

연습문제

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 3.] 甲은 2019. 6. 1. A로부터 그 소유의 X부동산을 매수하고 매매대금을 모두 지급하였으며, 乙과 명의신탁약정을 체결하고 A에게 부탁하여 그 소유권이전등기를 乙에게로 이전하게 하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

④ 만일 甲과 A가 매매계약을 체결하면서 계약서상 매수인 甲의 명의를 乙로 하였다면, 계약에 따른 법률효과를 甲에게 직접 귀속시킬 의도로 계약을 체결한 사정이 인정되더라도 이는 계약명의신탁에 해당한다.

기본명의신탁의 법률관계

명의신탁계약 효력

- 1. 명의신탁계약의 당사자는 신탁자(A)와 수탁자(B)다.
- 2. 명의신탁계약은 당연무효다.

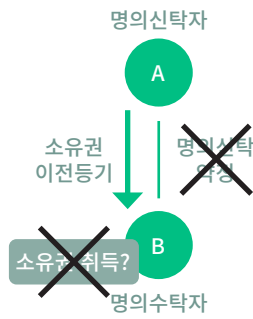
부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다.

물권변동 효력

물권변동 역시 당연무효다.

부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ② 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다. ...

2013다218156전합: 명의신탁약정에 따라 명의수탁자 앞으로 등기를 하더라도 부동산에 관한 물권변동의 효력이 발생하지 않는다.



- 1. 수탁자(B)는 소유권을 취득하지 못한다.

2012다97864: 양자 간 등기명의신탁의 경우 [부동산실명법]에 [따라] 명의신탁약정과 그에 [따른] 등기가 무효[다. 그러]므로 목적부동산에 관한 명의수탁자[B] 명의의 소유권이전등기[가 있는데도] 그 소유권은 처음부터 이전되지 아니하는 것이[다.]

2. 신탁자(A)가 여전히 소유권자다.

2012다97864: [그래서 원래 그 부동산의 소유권을 취득하였던 **명의신탁자[A]**가 그 **소유권을 여전히 보유**[한다.]

3. 신탁자(A)가 소유권자인데 등기명의는 수탁자(B)로 되어 있다. 그러므로, 신탁자(A)는 수탁자(B) 명의의 등기를 말소할 수 있다.

민법 제214조(소유물방해제거...) 소유자[A]는 소유권을 방해하는 자[B]에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 ... 있다.

2013다218156전합: 명의신탁자[A]는 부동산 소유자로서 **소유물방해배제청구권**에 기초하여 명의수탁자[B]를 상대로 그 등기의 말소를 청구할 수 있다.

등기명의신탁의 법률관계

명의신탁계약 효력

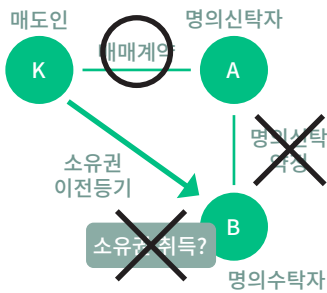
- 1. 명의신탁계약의 당사자는 신탁자(A)와 수탁자(B)다.
- 2. 명의신탁계약은 당연무효다.

부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ① **명의신탁약정은 무효**로 한다.

물권변동 효력

물권변동은 당연무효다.

부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ② 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 **물권변동은 무효**로 한다. ...



1. 수탁자(B)는 소유권을 취득하지 못한다.

2004다6764: 이른바 3자 간 등기명의신탁에[서] ... 기존 명의신탁약정[(A-B간)]과 그에 [따른] 명의수탁자[(B)] 명의의 **등기가 모두 무효**로 ... 된[다.]

2. 매도인(K)이 여전히 소유권자다.

2009다49193: 부동산[실명법상], ... 3자 간 등기명의신탁의 경우 ... 명의신탁약정과 그에 [따른] 등기가 무효로 되고 그 결과 명의신탁된 부동산은 **매도인[K] 소유**[다.]

3. 매도인(K)이 소유권자인데 등기명의는 수탁자(B)로 되어 있다. 그러므로, 매도인(K)은 수탁자(B) 명의의 등기를 말소할 수 있다.

민법 제214조(소유물방해제거...) 소유자[K]는 소유권을 방해하는 자[B]에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 ... 있다.

2009다49193: [그러]므로, 매도인[K]은 명의수탁자[B]에게 무효인 명의 등기의 말소를 구할 수 있다.]

매매계약 효력

그러나 매매계약은 유효하다. 그 이유는 다음과 같다.

1. 매매계약의 당사자는 매도인(K)과 매수인(신탁자 A)이다. 즉, 신탁자(A)는 매매계약 당사자다. 수탁자(B)는 매매계약 당사자가 아니다.

2008다87723: [A]와 [B] 사이의 이 사건 명의신탁약정은 **[명의신탁자 A]가 그 매매계약의 당사자**로서 [K]로부터 이 사건 토지를 매수하면서 그 **등기 명의만 [명의수탁자 B]**로 하기로 한 3자 간 등기명의신탁에 해당[한다.] ... 명의신탁자인 [A]로서는 매도인인 [K]에 대하여 매매계약에 기[초]한 소유권이전등기청구권을 가[진다.]

2. 매매계약을 무효로 하는 규정이 없다. 그래서 매매계약은 유효하다.

2004다6764: [부동산실명]법은 매도인[K]과 명의신탁자[A] 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하[다. 그리하]여 ... 매도인[K]과 명의신탁자[A] 사이의 **매매계약은 여전히 유효**하[다.]

만약 매도인(K)이 수탁자(B) 명의의 등기를 말소하면?

1. 매도인(K)은 명실상부한 부동산 소유자로 된다.
2. 한편, 매도인(K)과 신탁자(A) 사이의 매매계약은 살아 있다.
3. 따라서 신탁자(A)는 소유자인 매도인(K)에게 매매계약대로 등기를 넘겨 달라고 요구할 수 있다.

2004다6764: [그러]므로, 명의신탁자[A]는 매도인[K]에 대하여 매매계약에 기[초]한 소유권이전등기를 청구할 수 있다.]

계약명의신탁의 법률관계(원칙)

명의신탁계약 효력

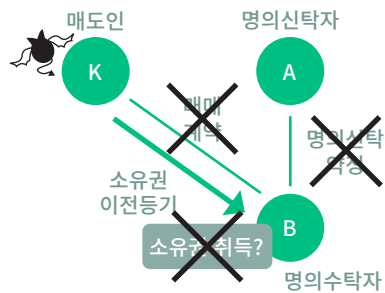
1. 명의신탁계약의 당사자는 신탁자(A)와 수탁자(B)다.
2. 명의신탁계약은 당연무효다.

부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ① **명의신탁약정은 무효**로 한다.

물권변동 효력

물권변동은 원칙적으로 당연무효다.

부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ② 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 **물권변동은 무효**로 한다. ...



1. 수탁자(B)는 소유권을 취득하지 못한다.

2010도4129: 소유자[K]가 계약명의신탁 약정이 있다는 사실을 안 경우[다.] 수탁자[B] 명의의 소유권이전등기는 **무효**[다.]

2. 매도인(K)이 여전히 소유권자다.

2010도4129: [위] 부동산의 **소유권은 매도인[K]**이 그대로 보유하게 된[다.]

3. 매도인(K)이 소유권자인데 등기명의는 수탁자(B)로 되어 있다. 그러므로, 매도인(K)은 수탁자(B) 명의의 등기를 말소할 수 있다.

민법 제214조(소유물방해제거...) 소유자[K]는 소유권을 방해하는 자[B]에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 ... 있다.

2011도7361: 위 경우 명의수탁자[B]는 매도인[K]에 대하여 소유권이전등기말소의무를 부담하게 된다. 즉, 위 소유권이전등기는 처음부터 원인무효여서 명의수탁자[B]는 매도인[K]이 소유권에 기[초]한 방해배제청구로 말소를 구하는 것에 대하여 상대방으로서 응할 처지에 있[다.]

매매계약 효력

매매계약도 원칙적으로 당연히무효다. 그 이유는 다음과 같다.

1. 매매계약 당사자는 매도인(K)과 매수인(수탁자 B)이다. 즉, 신탁자(A)는 매매계약 당사자가 아니다. 수탁자(B)가 매매계약 당사자다.

2014두6456: 명의신탁자[A]는 소유자[K]와 매매계약관계가 **없**[다.]

2. 이 매매계약을 무효로 하는 명시규정은 없다. 그러나 계약명의신탁 경우, 물권변동이 당연히무효인 것은 물론, 매매계약도 당연히무효다.

2001다32120: 어떤 사람[A]이 타인[B]을 통하여 부동산을 매수[할 때] 매수인 명의 및 소유권이전등기 명의를 타인[B] 명의로 하기로 약정하였[다. 계약명의신탁을 한 사안이다. 그리고] 매도인[K]도 그 사실을 알고 있[었다.]

[그렇다면] 그 약정[명의신탁계약]이 [부동산실명법] 제4조의 규정에 [따라] 무효로 [된다. 그리고 이에 따라 매매계약도 무효로 [된다.]

왜냐하면, 처음부터 이를 수 없는(원시적 불능) 계약은 무효이기 때문이다.

74다584: 당사자 일방[K]의 채무[소유권이전담보]가 원시적 이행불능이면 계약[매매계약]은 무효이다.

아무도 불가능한 것에 대해서는 의무를 질 수 없다(*Nemo potest ad impossibile obligari*; No one is bound to do the impossible).

만약 매도인(K)이 수탁자(B) 명의의 등기를 말소하면?

1. 매도인(K)은 명실상부한 부동산 소유자로 된다.
2. 한편, 매도인(K)과 신탁자(A) 사이에는 애당초 매매계약이 존재하지 않는다.
3. 따라서 신탁자(A)는 소유자인 매도인(K)에게 매매계약대로 등기를 넘겨 달라고 요구할 수 없다.

2014두6456: 명의신탁자[A]는 소유자[K]와 매매계약관계가 없다. 그렇기 때문에 명의신탁자[A]가 소유자[K]를 상대로 부동산에 관하여 소유권이전등기청구를 하는 것도 허용되지 아니한다.

매도인의 선택?

뒤에서 보듯, 계약명의신탁에서 매도인(K)이 약의로 드러난 경우라면 다르다.

부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ② 명의신탁약정에 따른 ... 물건변동은 무효로 한다. 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약[매매계약]에서 명의수탁자[B]가 어느 한쪽 당사자[매수인]가 되고 상대방 당사자[매도인 K]는 명의신탁약정이 있다는 사실을 **알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.**

즉, 지금까지 설명은 다음 경우를 전제한다.

1. 계약명의신탁에서 매도인 약의가 증명된 경우
2. 계약명의신탁에서 매도인 선택 여부가 증명되지 않은 경우

연습문제1

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 10.] [부동산실명법]이 적용되는 명의신탁에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ⑤ 계약명의신탁에서 매도인이 명의신탁약정에 대하여 알고 있었던 경우, 매도인과 명의수탁자가 체결한 매매계약은 원시적으로 무효이고 해당 부동산의 소유권은 매도인에게 그대로 남아 있게 되므로 특별한 사정이 없는 한 명의신탁자는 매도인에게 소유권이전등기를 청구할 수 있다.
-

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 7.] 甲은 丙 소유의 X 토지를 매수하기 위해 乙과 명의신탁약정을 체결하면서 乙에게 자금을 제공하였다. 乙은 위 약정에 따라 2020. 5. 15. 丙과 X 토지에 대하여 매매계약을 체결하였고 같은 날 매매대금 전액을 지급하면서 乙 명의의 소유권이전등기를 마쳤다. 丙은 위 명의신탁약정을 알지 못했다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 만약 丙이 X 토지에 대한 매매계약 체결 당시에 위 명의신탁약정을 알았다면, 甲은 丙에게 X 토지의 소유권이전등기 절차의 이행을 청구할 수 있다.

계약명의신탁의 법률관계(예외)

머리에

계약명의신탁 관계에서 만약 매도인(K)이 선의라면? 결과가 완전히 달라진다.

명의신탁계약 효력

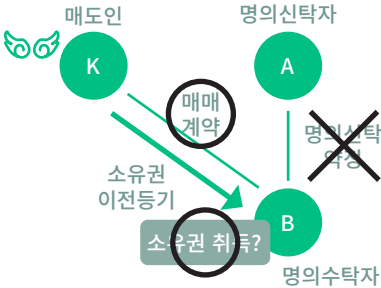
- 1. 명의신탁계약의 당사자는 신탁자(A)와 수탁자(B)다.
- 2. 명의신탁계약은 당연무효다. 여기까지는 계약명의신탁(원칙)과 같다.

부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다.

물권변동 효력

그러나 물권변동은 유효하다.

부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ② 명의신탁약정에 따른 ... 물권변동은 무효로 한다. 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약[매매계약]에서 명의수탁자[B]가 어느 한쪽 당사자[매수인]가 되고 상대방 당사자[매도인 K]는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.



- 1. 수탁자(B)는 소유권을 취득한다.
- 2. 이때는 매도인(K)이 더는 소유권자가 아니다. 매도인(K)이 수탁자(B)를 상대로 등기말소를 구할 수도 없다.

68다725전합: 물권적 청구권...은 [무엇인가?] 물권의 완전한 행사가 방해되거나 방해를 받을 우려있는 경우에 그 물권을 가지고 있는 자가 방해배제 또는 예방을 위하여 방해자에게 일정한 행위를 하거나 행위를 하지 아니할 것을 청구하는 권능이다.]

소유권을 상실한 자[K]는 소유권에 기[초]한 물권적 청구권으로서의 방해배제를 청구할 수 없다. 물권적 청구권 없는 지배권으로서의 물권이란 의미가 없[기 때문이다.] 소유권에 [따라] 발생하는 물[권적] 청구권을 소유권과 분리...하여 제3자에게 대하여 이를 행사케 [할 수 있을까?] 소유권[이] 절대적 권리인 점에 비추어 허용될 수 없다.]

매매계약 효력

그 결과, 매매계약도 유효하다. 그 이유는 다음과 같다.

- 1. 매매계약의 당사자는 매도인(K)과 매수인(수탁자 B)이다. 즉, 신탁자(A)는 매매계약 당사자가 아니다. 수탁자(B)가 매매계약 당사자다.
- 2. 매매계약을 무효로 하는 명시규정이 없다. 그리고 방금 본 것처럼 물권변동도 유효하다. 따라서 매매계약을 무효로 볼 근거가 없다.

2017다257715: [부동산실명법] 제4조 제2항 단서는 부동산 거래의 상대방[K]을 보호하기 위한 것[이다. 즉,] 상대방[K]이 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 채 물권을 취득하기 위한 계약을 체결한 경우 그 계약[매매계약]과 그에 따른 등기[소유권이전 등기]를 유효라고 한 것이다.

매도인 신탁의 판단 기준시점

2017다257715: 그 계약과 등기의 효력은 매매계약을 체결할 당시 매도인[K]의 인식을 기준으로 판단해야 [한다.] 매도인[K]이 계약 체결 이후에 명의신탁약정 사실을 알게 되었다고 하더라도 위 계약과 등기의 효력에는 영향이 없다.

매도인[K]이 계약 체결 이후 명의신탁약정 사실을 알게 되었다는 우연한 사정 [때문에] 위와 같이 유효하게 성립한 매매계약이 소급적으로 무효로 된다고 볼 근거가 없다. 만일 매도인[K]이 계약 체결 이후 명의신탁약정 사실을 알게 되었다는 사정을 들어 매매계약의 효력을 다룰 수 있도록 한다면 매도인[K]의 선택에 따라서 매매계약의 효력이 좌우되는 부당한 결과를 가져올 것이다.

	명의신탁약정	물권변동	매매계약
기본명의신탁	무효	무효	(해당 없음)
등기명의신탁			유효
(매도인 약의)			무효
계약명의신탁		유효	유효
(매도인 선의)			

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 10.] [부동산실명법]이 적용되는 명의신탁에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ 계약명의신탁에서 매도인이 명의수탁자와 매매계약을 체결할 때는 명의신탁약정에 대하여 알지 못하였으나 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마쳐 줄 때는 이를 알게 된 경우, 매도인과 명의수탁자 간 매매계약은 소급적으로 무효가 된다.

신탁자와 수탁자 간 부당이득반환

문제점

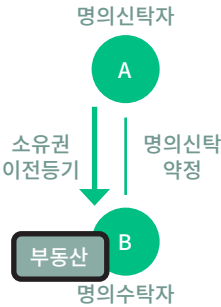
명의신탁에서, 신탁자(A)가 수탁자(B) 상대로 등기말소를 구하고 싶다고 하자.

- 1. 부당이득과 상관없이 다른 근거로 등기말소를 구할 수 있다면, 부당이득이 성립하는지 검토할 필요가 없다.
- 2. 그렇지 않다면, 검토할 필요가 있다. 수탁자(B)가 신탁자(A)에 대해 부당이득반환 의무를 지는가?

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산... [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

기본명의신탁 경우

기본명의신탁에서는, 굳이 부당이득을 검토할 필요가 없다. 그 이유는 다음과 같다.



- 1. 어차피 신탁자(A)는 물건적 청구권을 근거로 수탁자(B)를 상대로 등기말소를 구할 수 있기 때문이다.

민법 제214조(소유물방해제거...) 소유자[A]는 소유권을 방해하는 자[B]에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 ... 있다.

2016도18761전합: 명의수탁자[B]가 명의신탁자[A]에 대하여 소유권이전등기말소의무를 부담하게 된다. 그러나 이는 위 소유권이전등기[가] 처음부터 원인무효여서 명의수탁자[B]는 명의신탁자[A]가 소유권에 기[초]한 방해배제청구로 말소를 구하는 것에 대하여 상대방으로서 응할 처지에 있음에 불과하다.

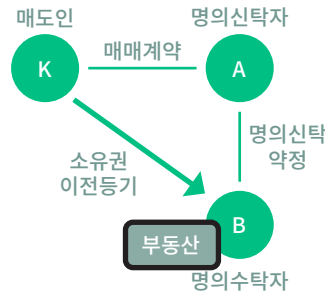
2. 참고로, 적어도 침해부당이득은 성립하지도 않는다. 왜냐하면, 수탁자(B)가 얻은 이익도 없고, 신탁자(A)가 입은 손해도 없기 때문이다. 쉽게 말해, 침해한 것이 없다.

2012다97864: 양자 간 등기명의신탁의 경우 ...부동산실행법...에 [따라] 명의신탁약정과 그에 [따른] 등기가 무효[다. 그러]므로 목적부동산에 관한 명의수탁자[B] 명의의 소유권이전등기[가 있는데도] 그 소유권은 처음부터 이전되지 아니[한다. 그래]서 원래 그 부동산의 소유권을 취득하였던 명의신탁자[A]가 그 소유권을 여전히 보유[한다.]

[그렇다면] 침해부당이득의 성립 여부[는?] 명의수탁자[B] 명의로의 소유권이전등기 [때문에] **명의신탁자[A]가 어떠한 ‘손해’를 입게 되거나 명의수탁자[B]가 어떠한 이익을 얻게 된다고 할 수 없다.** ... 침해부당이득반환을 원인으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수는 없다.]

등기명의신탁 경우

등기명의신탁에서도, 신탁자(A)는 부당이득과 무관하게, 일방적으로 등기를 받으면 된다. 굳이 부당이득을 검토할 필요가 없다. 그 이유는 다음과 같다.



1. 매도인(K)은 물권적 청구권을 근거로 수탁자(B)를 상대로 등기말소를 구할 수 있다.

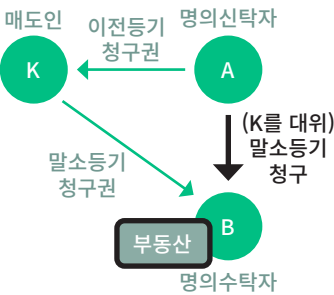
민법 제214조(소유물방해제거...) 소유자[K]는 소유권을 방해하는 자[B]에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 ... 있다.

2001다61654: 3자 간 등기명의신탁의 경우 ... 매도인[K]은 명의수탁자[B]에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있다.] 한편 ... 매도인[K]과 명의신탁자[A] 사이의 매매계약은 여전히 유효하다. 그러므로, 명의신탁자[A]는 매도인[K]에 대하여 매매계약에 기[초]한 소유권이전등기를 청구할 수 있다. 그리고 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인[K]을 대위하여 명의수탁자[B]에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수도 있다.

2. 신탁자(A)는 매도인(K)에게 이전등기를 구할 수 있다.

2001다61654: 한편 ... 매도인[K]과 명의신탁자[A] 사이의 매매계약은 여전히 유효하다. 그러므로, 명의신탁자[A]는 매도인[K]에 대하여 매매계약에 기[초]한 소유권이전등기를 청구할 수 있다.]

3. 위 1.과 2.를 결합하면? 신탁자(A)는 매도인(K)을 대신(대위)해서, 수탁자(B)를 상대로 등기말소를 구할 수 있다. 즉, 부당이득에 근거하지 않더라도, 어차피 물건적 청구권을 대신(대위) 행사하면 된다. 등기말소 결과, 등기명의를 매도인(K) 앞으로 돌아온다.

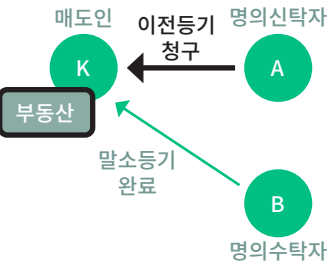


민법 제404조(채권자대위권) ① 채권자[A]는 자기[A]의 채권[이전등기청구권]을 보전하기 위하여 채무자[K]의 권리[말소등기청구권]를 행사할 수 있다. ...

2001다61654: [신탁자 A는 매도인 K에 대한] 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인[K]을 대위하여 명의수탁자[B]에게 ... 등기의 말소를 구할 수도 있다.

일단, “채권자대위권이란 것이 있다”는 정도로 기억하자. 상세히는 제9강 채무자 재산 보전에서 배운다.

4. 이제 신탁자(A)는 매매계약에 근거해 매도인(K) 상대로 이전등기를 구해서 그저 등기를 받으면 된다. 이것은 부당이득과는 무관하다.



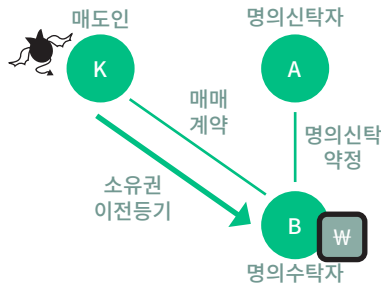
2008다55290: 이른바 3자 간 등기명의신탁의 경우 ... 그 명의신탁 약정[A-B]과 그에 [따른] 등기[K-B]가 무효로 되더라도 명의신탁자[A]는 매도인[K]에 대하여 매매계약에 기[초]한 소유권이전등기청구권을 보유하고 있어 ... 그 등기 명의를 보유하지 못하는 손해를 입었다고 볼 수 없다.

또한 명의신탁 부동산의 소유권이 매도인[K]에게 복귀한 마당에 명의신탁자[A]가 무효인 등기의 명의인인 명의수탁자[B]를 상대로 그 이전등기를 구할 수도 없다.

결국 3자 간 등기명의신탁에[서] 명의신탁자[A]는 명의수탁자[B]를 상대로 부당이득 반환을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 없다.

매도인 악의 계약명의신탁 경우

수탁자(B)는 신탁자(A)로부터 받았던 돈을 부당이득으로 반환해야 한다.



민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인[A]의 재산[매수자금] ... [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인[A]에게 손해를 가한 자[B]는 그 이익[매수자금]을 반환하여야 한다.

2011도7361: 명의신탁자[A]와 명의수탁자[B]가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺[었다. 이에 따라] 명의수탁자[B]가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알고 있는 소유자[K]와 부동산에 관한 매매계약을 체결[했다. 그] 후 매매계약에 따라 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자[B] 명의로 마[쳤다.]

수탁자[B] 명의의 소유권이전등기는 무효[다.] 부동산의 소유권은 매도인[K]이 그대로 보유하게 된다.] ... 명의수탁자[B]가 명의신탁자[A]에 대하여 매매대금 등을 부당이득으로 반환할 의무를 부담[할 수도 있다.]

매도인 악의 계약명의신탁에서는, 신탁자(A)가 일방적으로 등기를 받을 수가 없다. 그래서 등기명의신탁의 논리를 여기에 그대로 적용할 수 없다.

2014두6456: 명의신탁자[A]와 명의수탁자[B]가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺[었다.] 매매계약을 체결한 소유자[K]도 ... 명의신탁약정을 알면서 매매계약에 따라 명의수탁자[B] 앞으로 부동산의 소유권이전등기를 마[쳤다.]

명의신탁자[A]는 소유자[K]와 매매계약관계가 없기 때문에 명의신탁자[A]가 소유자[K]를 상대로 부동산에 관하여 소유권이전등기청구를 하는 것도 허용되지 아니한다.

매도인 선의 계약명의신탁 경우

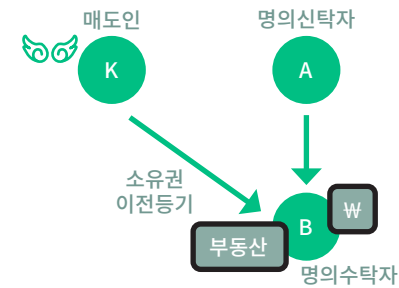
2007다17284: 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자[B]가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자[K]와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결[했다. 그 후] 그 매매계약에 따라 [해당] 부동산의 소유권이전등기를 수탁자[B] 명의로 마[쳤다. 이러한] 경우에는 [어떠한가?]

계약명의신탁에서 매도인(K)이 선의라 하자. 수탁자(B)에게 부당이득이 성립한다. 따라서 신탁자(A)에게 부당이득을 반환해야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

1. 수탁자(B)가 부동산 소유권을 취득한다.

2007다17284: 명의신탁자[A]와 명의수탁자[B] 사이의 명의신탁약정[이] 무효[인제도] 그 명의수탁자[B]는 [해당] 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 [된다.]

2. 수탁자(B)는 명의만 빌려준 사람일 뿐이다. 실질적 매수자금은 신탁자(A)가 부담했다. 쉽게 말해, 수탁자(B)는 공짜로 부동산을 취득했다.



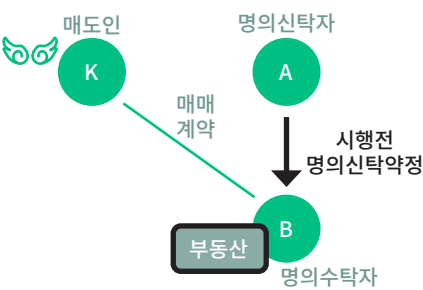
3. 결국, 수탁자(B)는 법률상 원인 없이 이익을 얻었다. 신탁자(A)는 그에 따른 손해를 입었다. 수탁자(B)는 신탁자(A)에게 부당이익을 반환해야 한다.

민법 제741조(부당이익의 내용) 법률상 원인 없이 타인[A]의 재산... [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인[A]에게 손해를 가한 자[B]는 그 이익을 반환하여야 한다.

2007다17284: [이러한 사안에서] 명의수탁자[B]는 명의신탁자[A]에 대하여 부당이익 반환의무를 부담하게 [된다.]

그렇다면, 수탁자(B)가 반환할 이익이 무엇인가? 돈인가, 부동산인가?

1. 부동산실명법 시행 전에 명의신탁약정을 한 사례라면, 부동산을 반환한다.



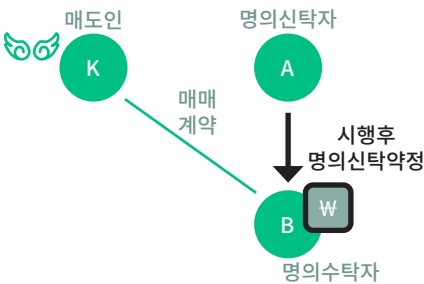
부동산실명법 제11조(기존 명의신탁약정에 따른 등기의 실명등기 등) ① ... [부동산실명법] 시행[1995. 7. 1.] 전에 명의신탁약정에 따라 부동산에 관한 물권을 명의수탁자[B]의 명의로 등기하거나 등기하도록 한 명의신탁자[A]는 ... 시행일부터 1년의 기간... 이내에 실명등기하여야 한다. ...

부동산실명법 제12조(실명등기의무 위반의 효력 등) ① 제11조에 규정된 기간 이내에 실명등기...하지 아니한 경우 그 기간이 지난 날 이후[1996. 7. 1.부터]의 명의신탁약정 등의 효력에 관하여는 제4조[명의신탁약정의 효력]를 적용한다.

2008다62687: 부동산실명법 시행[1995. 7. 1.] 전에 명의수탁자[B]가 **명의신탁 약정**에 따라 부동산에 관한 소유명의를 취득[했다.] ... 실명화...의 조치 없이 위 유예기간이 경과함으로써 같은 법 제12조 제1항, 제4조에 [따라] 명의신탁 약정은 무효로 [된다.]

[그러나 매도인 K가 선의인 이상] 명의수탁자[B]는 [해당] 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득하게 [된다.] 결국 명의수탁자[B]는 [해당] 부동산 자체를 부당이득하게 된[다.] ... 명의수탁자[B]는 명의신탁자[A]에게 자신[B]이 취득한 [해당] **부동산을 부당이득으로 반환**할 의무가 있다.]

2. 부동산실명법 시행 후에 명의신탁약정을 한 사례라면, 돈을 반환한다.



2007다17284: 그 계약명의신탁약정이 [부동산실명법] 시행 후인 경우에는 **명의신탁자 [A]는 애초부터 [해당] 부동산의 소유권을 취득할 수 없었[다.]** 그러므로 위 명의신탁약정의 무효 [때문에] 명의신탁자[A]가 입은 손해는 [해당] 부동산 자체가 아니라 명의수탁자[B]에게 제공한 매수자금이[다.]

따라서 명의수탁자[B]는 [해당] **부동산 자체가 아니라** 명의신탁자[A]로부터 [받]은 **매수자금을 부당이득**하였다.]

연습문제1

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 3.] 甲은 2019. 6. 1. A로부터 그 소유의 X부동산을 매수하고 매매대금을 모두 지급하였으며, 乙과 명의신탁약정을 체결하고 A에게 부탁하여 그 소유권이전등기를 乙에게로 이전하게 하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① A는 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 乙 명의의 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다.

② 甲은 乙을 상대로 부당이득반환을 원인으로 하는 소유권이전등기를 구할 수 있다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 14.] 甲은 2020. 2. 10. 乙과 乙 소유의 X 부동산에 관하여 매매계약을 체결하고 2020. 3. 10. 乙에게 매매대금 전액을 지급함과 동시에 소유권이전등기는 甲과 그의 친구 丙 사이의 명의신탁약정에 따라 乙로부터 바로 丙 앞으로 마쳤다. 이러한 사실관계를 바탕으로 한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲과 丙 사이의 약정과 그[에 따른] 丙 명의의 소유권이전등기는 무효이지만 甲은 丙을 상대로 부당이득반환을 원인으로 하여 X 부동산의 소유권이전등기를 구할 수는 없다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 7.] 甲은 丙 소유의 X 토지를 매수하기 위해 乙과 명의신탁약정을 체결하면서 乙에게 자금을 제공하였다. 乙은 위 약정에 따라 2020. 5. 15. 丙과 X 토지에 대하여 매매계약을 체결하였고 같은 날 매매대금 전액을 지급하면서 乙 명의의 소유권이전등기를 마쳤다. 丙은 위 명의신탁약정을 알지 못했다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄹ. 甲은 X 토지의 소유권을 취득하지 못하였고 乙에게 제공한 매매대금에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 있다.

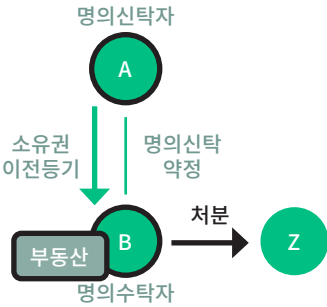
수탁자가 임의 처분한 경우 책임(기본명의신탁)

머리에

- 1. 기본명의신탁은 신탁자(A) = 원소유자(A).
- 2. 그래서 원소유자에 대한 책임과 신탁자에 대한 책임을 나눠 볼 필요가 없다.

문제점

기본명의신탁 수탁자(B)가 부동산을 임의로 처분하면, 신탁자(원소유자)(A)에 대해 어떤 책임을 지는가?



(참고) 형사상 횡령죄는 성립하지 않는다.

민법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2016도18761전합: 명의신탁자[A]와 명의수탁자[B] 사이에 무효인 명의신탁약정 등에 기초하여 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것은 [어떤가?] 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 [따른] 것이라고 할 수 없다.

따라서 ... 명의수탁자[B]가 명의신탁자[A]에 대한 관계에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수도 없다.

그러므로 부동산실명법을 위반한 양자간 명의신탁의 경우 명의수탁자[B]가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자[A]에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다.

- 1. 불법행위 손해배상 책임을 지는가?
- 2. 부당이득 반환 책임을 지는가?

검토 순서

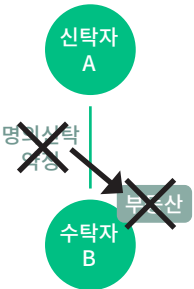
- 1. 손해배상 책임이나 부당이득 반환 책임이 인정되려면 최소한 “손해”가 있어야 한다.
- 2. 그런데 만약 원소유자가 부동산 소유권을 그대로 보유한다면? 원소유자는 딱히 손해가 없게 된다. 이렇게 되면 원소유자는 손해배상청구도 할 수 없다.
- 3. 그러므로 부동산 소유 관계가 바뀌는지부터 확인해야 한다.

소유권의 행방

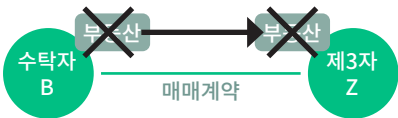
원래는, 처분의 상대방(Z)이 소유권을 취득하지 못해야만 한다. 왜냐하면,

- 1. 애당초 명의수탁자(B)가 소유권을 취득한 적이 없다.

부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ② 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물건변동은 무효로 한다. ...



- 2. 양도인(B)이 물권자가 아니므로, 양수인(Z) 역시 물권을 취득할 수 없을 것만 같다(물권변동 무효의 제2 법칙).



그러나 실제로는 그렇지 않다. 제3자(Z)는 소유권을 취득한다. 왜냐하면,

1. 제3자(Z)가 소유권을 취득하도록 하는 특별규정이 있기 때문이다.

부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다.

② 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물건변동은 무효로 한다. ...

③ 제1항 및 제2항의 무효는 제3자[Z]에게 대항하지 못한다.

2013다218156전합: [같은 조] 제3항...은 제3자[Z]를 보호하기 위한 것[이다.]

2010다89814: 부동산실명법 제4조 제3항 ... 규정에 [따르면 다음과 같다.] 무효인 명의신탁등기 명의자 즉 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 제3취득자는 유효하게 소유권을 취득하게 [된다. 그리고] 이로써 명의신탁자는 신탁부동산에 대한 소유권을 상실한[다.]

2. 제3자가 명의신탁 사정을 알았든 몰랐든 상관없다. 이 조항은 “선의의 제3자”가 아니라 그저 “제3자”라고만 되어 있기 때문이다.

2012다107068: [이 경우] 그[→ 제3자(Z)]의 선의, 악의를 묻지 않는다[.]

여기서 제3자란, 수탁자(B)가 소유권자임을 기초로 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람을 뜻한다. 대표적으로, 다음 경우다.

1. 수탁자(B)로부터 부동산을 매수해 소유권을 취득한 사람
2. 수탁자(B)로부터 부동산에 저당권을 설정받아 저당권을 취득한 사람
3. 수탁자(B) 부동산에 (가)압류를 한 사람

2012다107068: [부동산실명법] 제4조 제3항...[에]서 ‘제3자’는 명의신탁약정의 당사자[A, B]... 이외의 자로서 **명의수탁자[B]가 물건자임을 기초로 그[B]와 사이에 직접 새로운 이해관계를** 맺은 사람[을 말한다. 즉, 수탁자(B)로부터] 소유권이나 저당권 등 물권을 취득한 자뿐만 아니라 압류 또는 가압류채권자도 포함[한다.]

명의신탁 관계의 운명

제3자(Z)가 소유권을 취득하는 경우, 명의신탁 관계는 자동 종료한다.

2021다209225: [부동산실명법] 제4조 제3항에 따르면 명의수탁자[B]가 신탁부동산을 임의로 처분하[여] ... 제3취득자[Z] 명의로 이전등기가 마쳐진 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 제3취득자[Z]는 유효하게 소유권을 취득한[다.] 그리고 이 경우 **명의신탁관계**는 당사자[A, B]의 **의사표시 등을 기다릴 필요 없이 당연히 종료**되었다고 [보야 한다.]

기본명의신탁 원소유자(신탁자)의 손해?

당연히 원소유자(신탁자)(A)의 손해가 인정된다. 왜?

1. 제3자(Z)가 소유권을 취득한 결과,
2. 반사적으로, 원소유자(신탁자)(A)가 소유권을 잃기 때문이다.

소결

- 1. 수탁자(B)는 원소유자(A)에 불법행위 손해배상 책임을 진다. 처분 당시 부동산 시가(손해)만큼 배상해야 한다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인[A]에게 손해 [→ 소유권 상실]를 가한 자[B]는 그 손해[→ 소유권 상실]를 배상할 책임이 있다.

2016다34007: 명의수탁자[B]가 양자간 명의신탁[A-B]에 따라 명의신탁자[A]로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 부동산을 임의로 처분한 행위[를 보자.] ... 위 행위는 명의 신탁자[A]의 소유권을 침해하는 행위로서 형사상 횡령죄의 성립 여부와 관계없이 민법 상 불법행위에 해당[한다. 그래서] 명의수탁자[B]는 명의신탁자[A]에게 손해배상책임을 부담한다.

- 2. 이론상, 수탁자(B)는 원소유자(A)에 부당이득 반환 책임도 진다. 처분 당시 부동산 시가(손해)와 처분대금(이익) 중 작은 금액만큼 반환해야 한다.

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인[A]의 재산... [때문에] 이익[→ 처 분대금]을 얻고 이 [때문에] 타인[A]에게 손해[→ 소유권 상실]를 가한 자[B]는 그 이 익[→ 처분대금]을 반환하여야 한다.

2005다34711: 부당이득반환의 경우 수익자가 반환해야 할 이득의 범위는 손실자가 입 은 손해의 범위에 한정[된다.]

비교: 등기명의신탁/계약명의신탁 경우

- 1. 등기명의신탁이나 계약명의신탁은 신탁자(A) ≠ 원소유자(K).
- 2. 그래서 원소유자(K)에 대한 책임과 신탁자(A)에 대한 책임을 나눠 본다.

연습문제1

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 3.] 甲은 2019. 6. 1. A로부터 그 소유의 X부동산을 매수하고 매매대금을 모두 지 급하였으며, 乙과 명의신탁약정을 체결하고 A에게 부탁하여 그 소유권이전등기를 乙에 게로 이전하게 하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 乙이 丙에게 X부동산을 매도하고 소유권이전등기를 마쳐준 경우 丙은 그 소유권을 취득할 수 없다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 14.] 甲은 2020. 2. 10. 乙과 乙 소유의 X 부동산에 관하여 매매계약을 체결하고 2020. 3. 10. 乙에게 매매대금 전액을 지급함과 동시에 소유권이전등기는 甲과 그의 친 구 丙 사이의 명의신탁약정에 따라 乙로부터 바로 丙 앞으로 마쳤다. 이러한 사실관계 를 바탕으로 한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례 에 의함)

- ③ 丙에 대한 금전채권자 B가 자신의 금전채권을 피보전권리로 하여 X 부동산에 대하 여 가압류를 신청하여 가압류등기가 마쳐진 경우 B의 가압류는 유효하다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

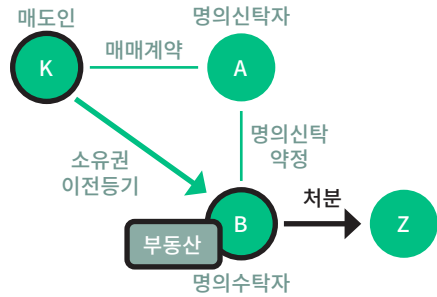
[문 12.] 횡령죄에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 甲과 A는 명의신탁 약정을 하였고, 그 약정에 따라 토지매도인 B로부터 토지매수인 A가 아닌 甲 명의로 소유권이전등기를 마쳤는데, 그 후 甲이 위 토지를 임의로 처분한 경우, 甲에게 횡령죄가 성립하지 않는다.

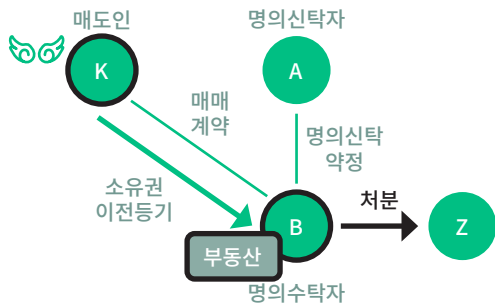
수탁자가 임의 처분한 경우, 원소유자에 대한 책임

문제점

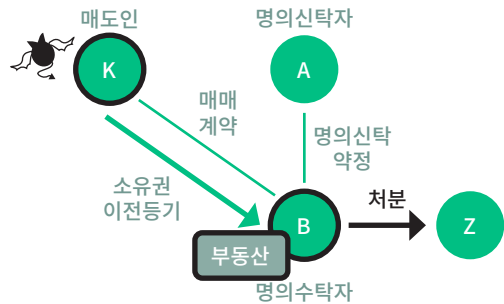
1. 등기명의신탁 수탁자(B)가 부동산을 임의로 처분하면, 원소유자(K)에 대해 어떤 책임을 지는가?



2. 매도인 선의 계약명의신탁 수탁자(B)가 부동산을 임의로 처분하면, 원소유자(K)에 대해 어떤 책임을 지는가?



3. 매도인 악의 계약명의신탁 수탁자(B)가 부동산을 임의로 처분하면, 원소유자(K)에 대해 어떤 책임을 지는가?



(참고) 형사상 횡령죄는 성립하지 않는다.

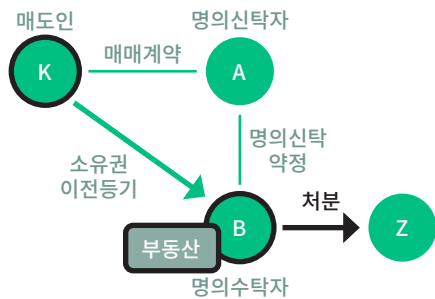
즉, 등기명의신탁/계약명의신탁 수탁자(B)는 원소유자(K)에 대해,

- 1. 불법행위 손해배상 책임을 지는가?
- 2. 부당이득 반환 책임을 지는가?

복습: 소유권의 행방과 명의신탁 관계의 운명

- 1. 제3자(Z)는 선악 불문 소유권을 취득한다. 매도인 선의 계약명의신탁에서는 수탁자(B)가 처음부터 소유권을 취득하므로 제3자(Z)에게 적법하게 처분할 수 있기 때문이다. 나머지 명의신탁에서는 특별규정이 있기 때문이다.
- 2. 제3자가 소유권을 취득하는 경우, 명의신탁 관계는 자동 종료한다.

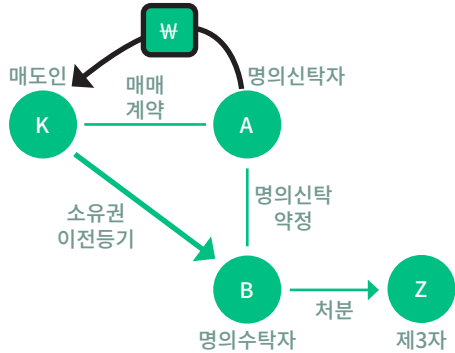
등기명의신탁 원소유자의 손해?



원소유자(K)의 손해가 인정되지 않는다. 왜?

- 1. 매도인(K)은 자기 소유였던 부동산 소유권을 잃긴 했다.
- 2. 그렇지만 매도인(K)은 공짜로 부동산을 판 것이 아니다. 처분할 때 그에 상응하는 매매대금을 받았을 것이다. 대체로, 매도인(K)은 그 매매대금을 그대로 보유할 수 있다.

2001다61654: 명의수탁자[B]가 신탁부동산을 타에 처분[했다. 그렇]더라도, 매도인 K로서는] 명의수탁자[B]로부터 그 소유명의를 회복하기 전까지는 명의신탁자[A]에 대하여 ... 매매대금 반환채무의 이행을 거절할 수 있[다.]



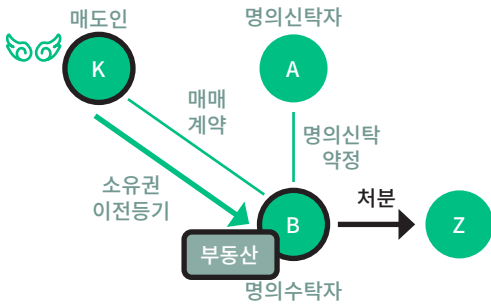
3. 매도인(K)이 신탁자(A)에게 책임질 부분도 없다.

2001다61654: 한편 [이 경우] 명의신탁자[A]의 [매도인 K에 대한] 소유권이전등기청구도 허용되지 [않는다. 즉,] 자신의 편의를 위하여 명의수탁자[B] 앞으로의 등기이전을 요구한 명의신탁자[A]가 ... 명의신탁자[A] 앞으로 재차 소유권이전등기를 [마칠] 것을 요구하는 것은 신의칙상 허용되지 [않는다.]

4. 어느 모로 보나 매도인(K)이 실질적으로 손해 본 것이 없다.

2001다61654: 결국 매도인[K]으로서는 명의수탁자의 처분행위 [때문에] 손해를 입은 바가 없다.

매도인 선의 계약명의신탁 원소유자의 손해?



원소유자(K)의 손해가 인정되지 않는다. 왜?

1. 매도인(K)은 자기 소유였던 부동산 소유권을 잃긴 했다.
2. 그렇지만 매도인(K)은 공짜로 부동산을 판 것이 아니다. 처분할 때 그에 상응하는 매매대금을 받았을 것이다. 매도인(K)과 수탁자(B) 사이의 매매계약이 유효하므로, 당연히 매도인(K)은 그 매매대금을 그대로 보유했 수 있다.

2012다202932: 명의신탁자[A]와 명의수탁자[B]가 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자[B]가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자[K]와 부동산의 취득에 관한 계약을 체결하면 계약[→ K·B 간 매매계약]은 유효하다.

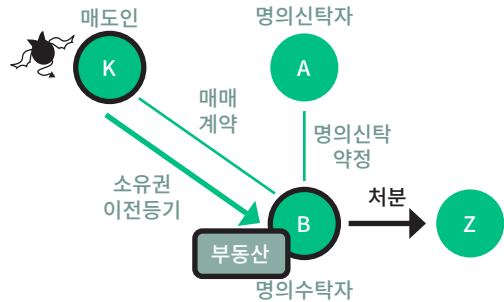
3. 매도인(K)이 신탁자(A)에게 책임질 부분도 없다.

2019다249428: 계약명의신탁에서 명의신탁자[A]는 ... 매매계약의 당사자도 아니어서 소유자[K]를 상대로 소유권이전등기청구를 할 수 없다.]

4. 어느 모로 보나 매도인(K)이 실질적으로 손해 본 것이 없다.

부동산이 전매되었다고 해서 최초 매도인이 손해를 입었다고 할 수 없다. 그것과 똑같다. K → B 매도 후 B → Z 매도를 했다고 해서 K에 손해가 생기지 않는다.

매도인 약의 계약명의신탁 원소유자의 손해?



원소유자(K)의 손해가 인정되지 않는다. 왜?

1. 매도인(K)은 자기 소유였던 부동산 소유권을 잃긴 했다.

2010다95185: 이른바 계약명의신탁에서 매매계약을 체결한 약의 매도인이 명의수탁자 앞으로 부동산 소유권이전등기를 마친 경우 [어떠한가?]

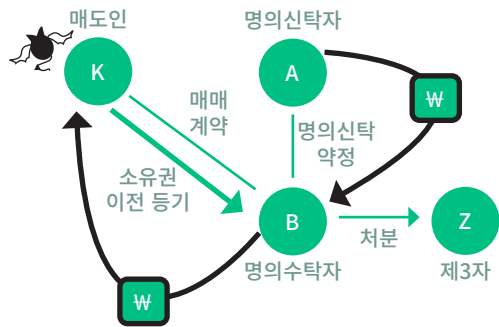
명의수탁자가 그 부동산을 제3자에게 처분[하면] 매도인의 소유권[을] 침해[한다.]

2. 그렇지만 매도인(K)은 공짜로 부동산을 판 것이 아니다. 처분할 때 그에 상응하는 매매대금을 받았을 것이다. 대체로, 매도인(K)은 그 매매대금을 그대로 보유할 수 있다.

2010다95185: 그러나 명의수탁자[B]로부터 매매대금을 수령한 상태의 [원]소유자[K]로서는 그 부동산에 관한 소유명의를 회복하기 전까지는 ... 매매대금 반환채무의 이행을 거절할 수 있다.]

[그런데] 명의수탁자[B]의 제3자에 대한 처분행위가 유효하게 확정되어 [원]소유자[K]에 대한 소유명의 회복이 불가능[하다.]

[따라서 원]소유자[K]로서는 그와 동시이행관계에 있는 매매대금 반환채무를 이행할 여지가 없다.



3. 매도인(K)이 신탁자(A)에게 책임질 부분도 없다.

2010다95185: 명의신탁자[A]는 [원]소유자[K]와 매매계약관계가 없어 [원]소유자[K]에 대한 소유권이전등기청구도 허용되지 아니[한다].

4. 어느 모로 보나 매도인(K)이 실질적으로 손해 본 것이 없다.

2010다95185: [그러므로] 결국 [원]소유자인 매도인[K]으로서는 특별한 사정이 없는 한 명의수탁자[B]의 처분행위 [때문에] 어떠한 손해도 입은 바가 없다.

소결

등기명의신탁이든, 매도인 선의 계약명의신탁이든, 매도인 악의 계약명의신탁이든, 원소유자(K)의 손해가 인정되지 않으므로,

1. 수탁자(B)는 원소유자(K)에 불법행위 손해배상 책임을 지지 않는다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인[K]에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

2. 수탁자(B)는 원소유자(K)에 부당이득 반환 책임도 지지 않는다.

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인[K]의 재산... [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인[K]에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

수탁자 임의 처분 시	매도인의 매매대금 보유	매도인의 등기이전 의무	원소유자 손해	불법행위 책임/ 부당이득반환 책임
기본명의신탁	(해당 없음)	(해당 없음)	○	○
등기명의신탁	대체로 허용	× (·: 신의칙 등)	×	×
매도인 선의 계약명의신탁	허용	× (·: 계약관계 없음)	×	×
매도인 악의 계약명의신탁	대체로 허용	× (·: 계약관계 없음)	×	×

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 14.] 甲은 2020. 2. 10. 乙과 乙 소유의 X 부동산에 관하여 매매계약을 체결하고 2020. 3. 10. 乙에게 매매대금 전액을 지급함과 동시에 소유권이전등기는 甲과 그의 친구 丙 사이의 명의신탁약정에 따라 乙로부터 바로 丙 앞으로 마쳤다. 이러한 사실관계를 바탕으로 한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 丙이 임의로 자신의 채권자 D를 위하여 X 부동산에 관하여 D 명의의 근저당권을 설정해 준 경우 丙은 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고 그 [때문에] 乙은 소유권을 침해당한 손실을 입었으므로, 丙은 乙에 대하여 부당이득반환의무를 부담한다.

수탁자가 임의 처분한 경우, 신탁자에 대한 책임

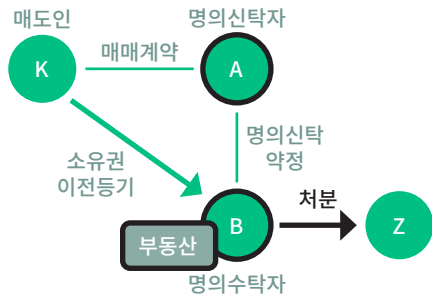
복습: 임의 처분 × 경우, 신탁자에 대한 책임?

수탁자(B)가 부동산을 임의 처분하지 않은 채 자기(B) 명의로 보유하고 있는 경우를 전제할 때, 수탁자(B)는 신탁자(A)에게 부당이득반환을 해야 하나?

- 1. 기본명의신탁에서는, 굳이 부당이득을 검토할 필요가 없다.
- 2. 등기명의신탁에서도, 굳이 부당이득을 검토할 필요가 없다(부당이득이 성립하지도 않는다).
- 3. 매도인 선의인 계약명의신탁 경우, 수탁자(B)는 신탁자(A)에게 부동산(부동산실명법 시행 전 명의신탁약정 사안) 또는 매수자금(부동산실명법 시행 후 명의신탁약정 사안)을 부당이득으로 반환해야 한다.
- 4. 매도인 악의인 계약명의신탁 경우, 수탁자(B)는 신탁자(A)에게 매수자금을 부당이득으로 반환해야 한다.

문제점: 임의 처분 ○ 경우, 신탁자에 대한 책임?

- 1. 등기명의신탁 수탁자(B)가 부동산을 임의로 처분하면, 신탁자(A)에 대해 어떤 책임을 지는가?



(참고) 형사상 횡령죄는 성립하지 않는다.

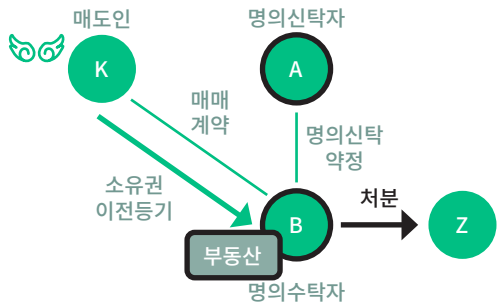
민법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2014도6992전합: 명의신탁자[A]가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자[B]와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인[K]에게서 바로 명의수탁자[B] 명의로 소유권이전등기를 마친 이른바 중간생략등기형 명의신탁을 [보자.] 명의신탁자[A]는 신탁부동산의 소유권을 가지지 [않는다. 그리고] 명의신탁자[A]와 명의수탁자[B] 사이에 위탁신탁관계를 인정할 수도 없다.

따라서 명의수탁자[B]가 명의신탁자[A]의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없다.]

[그러므로] 명의수탁자[B]가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자[A]에 대한 관계에서 **횡령죄가 성립하지 아니한다.**

2. 매도인 선의 계약명의신탁 수탁자(B)가 부동산을 임의로 처분하면, 신탁자(A)에 대해 어떤 책임을 지는가?



(참고) 형사상 횡령죄는 성립하지 않는다.

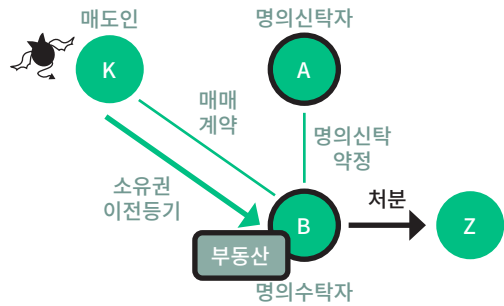
민법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

98도4347: 신탁자[A]와 수탁자[B]가 명의신탁 약정을 맺[었다. 그리고] 이에 따라 수탁자[B]가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 **알지 못하는** 소유자[K]와 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결[했다. 그] 후 그 매매계약에 기[초]하여 [해당] 부동산의 소유권이전등기를 수탁자[B] 명의로 [마쳤다.]

[이] 경우에는, 그 소유권이전등기에 [따른 해당] 부동산에 관한 물권변동은 유효하[다.] 한편 신탁자[A]와 수탁자[B] 사이의 명의신탁 약정은 무효[다. 그러므로] 결국 수탁자[B]는 전소유자인 매도인[K]뿐만 아니라 신탁자[A]에 대한 관계에서도 유효하게 [해당] 부동산의 소유권을 취득한 것으로 보아야 [한다.] 따라서 그 수탁자[B]는 타인[A]의 **재물을 보관하는 자**라고 볼 수 없다.

[그러]므로 피고인[B]의 ..행위는 **횡령죄를 구성하지 않는[다.]**

3. 매도인 약의 계약명의신탁 수탁자(B)가 부동산을 임의로 처분하면, 신탁자(A)에 대해 어떤 책임을 지는가?



(참고) 형사상 횡령죄는 성립하지 않는다.

민법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2011도7361: 명의신탁자[A]와 명의수탁자[B]가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺었다. 그리고 명의수탁자[B]가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 **알고 있는** 소유자[K]와 부동산에 관한 매매계약을 체결했다. 그 후 매매계약에 따라 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자[B] 명의로 마친 경우에는 [어떤가?]

[이 경우에는] 수탁자[B] 명의의 소유권이전등기는 무효이고 부동산의 소유권은 매도인[K]이 그대로 보유하게 된다. 그러므로] 명의수탁자[B]는 부동산 취득을 위한 계약의 당사자도 아닌 명의신탁자[A]에 대한 관계에서 횡령죄에서 ‘**타인[A]의 재물을 보관하는 자**’의 지위에 있다고 볼 수 없다(→ 횡령죄를 구성하지 ×).

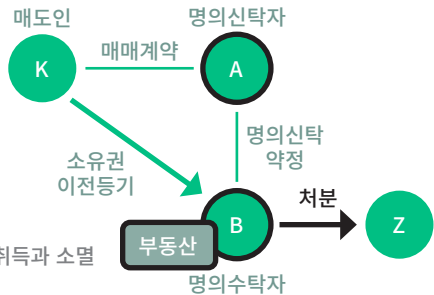
즉, 등기명의신탁/계약명의신탁 수탁자(B)는 신탁자(A)에 대해,

- 1. 불법행위 손해배상 책임을 지는가?
- 2. 부당이득 반환 책임을 지는가?

복습: 소유권의 행방과 명의신탁 관계의 운명

- 1. 제3자(Z)는 선악 불문 소유권을 취득한다. 매도인 선의 계약명의신탁에서는 수탁자(B)가 처음부터 소유권을 취득하므로 제3자(Z)에게 적법하게 처분할 수 있기 때문이다. 나머지 명의신탁에서는 특별규정이 있기 때문이다.
- 2. 제3자가 소유권을 취득하는 경우, 명의신탁 관계는 자동 종료한다.

등기명의신탁 경우



1. 수탁자(B)는 신탁자(A)에 부당이득 반환 책임을 진다. 처분 당시 부동산 시가(손해)와 처분대금(이익) 중 작은 금액만큼 반환해야 한다.

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인[A]의 재산...[때문에] 이익[→ 처분대금]을 얻고 이 [때문에] 타인[A]에게 손해[→ 소유권 취득 불가]를 가한 자[B]는 그 이익[→ 처분대금]을 반환하여야 한다.

2018다284233전합: 3자 간 등기명의신탁에서 명의수탁자[B]의 임의처분...을 원인으로 제3자[Z] 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 특별한 사정이 없는 한 제3자[Z]는 유효하게 소유권을 취득한다... 그 결과 매도인[K]의 명의신탁자[A]에 대한 소유권이전 등기의무는 이행불능이 되어 **명의신탁자[A]로서는 부동산의 소유권을 이전받을 수 없게 된다.** 한편, **명의수탁자[B]는 부동산의 처분대금...을 취득하게 된다.** ... 명의수탁자[B]가 그러한 처분대금...의 이익을 명의신탁자[A]에게 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다.]

명의수탁자[B]가 부동산에 관하여 제3자[Z]에게 근저당권을 설정하여 준 경우에도 부동산의 소유권이 제3자[Z]에게 이전된 경우와 마찬가지로 보아야 한다. ... 명의수탁자[B]는 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고 그 [때문에] 명의신탁자[A]에게 그에 상응하는 손해를 입혔다. 그러므로 명의수탁자[B]는 명의신탁자[A]에게 이를 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다.

2. 수탁자(B)는 신탁자(A)에 불법행위 손해배상 책임도 진다. 처분 당시 부동산 시가(손해)만큼 배상해야 한다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인[A]에게 손해 [→ 소유권 취득 불가]를 가한 자[B]는 그 손해[→ 소유권 취득 불가]를 배상할 책임이 있다.

2020다208997: 명의수탁자[B]가 3자 간 등기명의신탁에 따라 매도인[K]으로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 부동산을 자기 마음대로 처분한 행위[는 어떨까?] ... 이는 **명의신탁자[A]의 채권인 소유권이전등기청구권을 침해**하는 행위[일 수 있다. 즉,] 민법 제750조에 따라 **불법행위**에 해당하여 명의수탁자[B]는 명의신탁자[A]에게 손해배상책임을 질 수 있다.

결국 매도인(K)-수탁자(B) 사이가 아니라, 신탁자(A)-수탁자(B) 사이에서 해결하라는 취지다.

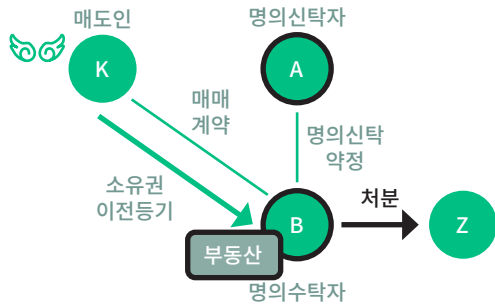
2018다284233전합: 명의수탁자[B]의 처분행위 등으로 명의신탁자[A], 명의수탁자[B] 및 매도인[K] 3자 사이에 이해관계를 조정해야 하는 법률관계가 형성되었다.]

[그렇]더라도 ... 매도인[K]을 명의수탁자[B]의 처분행위 등[에 따른] 이해관계 조정에 끌어들이 필요 없다. 명의수탁자[B]의 처분행위 등[에 따른] 명의신탁자[A], 명의수탁자[B] 및 매도인[K] 사이의 권리, 의무의 변동은 명의신탁자[A]와 명의수탁자[B] 사이에서 이루어진 명의신탁약정이 무효인 데서 비롯된 것이다. 그러므로 이에 따른 이해관계 **조정**의 문제도 **명의신탁약정의 당사자인 명의신탁자[A]와 명의수탁자[B] 사이에서 해결**하는 것이 타당하다.] 이 과정에서 매도인[K]이 반드시 개입해야 할 논리 필연적 이유도 없기 때문이다.

이와 같이 3자 간 등기명의신탁에서 명의수탁자[B]의 처분행위 등으로 제3자[Z]가 부동산의 소유권을 취득할 경우[를 본다. 그것 때문에] 법률상 원인 없이 이익을 얻은 **명의수탁자[B]가 명의신탁자[A]에 대하여 직접 부당이득반환의무를 부담**한다. 그렇게 보더라도, 3자 간 등기명의신탁관계의 한 당사자인 매도인[K]으로부터 권리를 박탈하거나 의무를 추가적으로 부담하게 하는 것이 아니다. 그리고 명의수탁자[B]도 원래 명의신탁자[A]나 매도인[K]에 대하여 독자적인 항변권 등을 가지지 않았기 때문에 명의수탁자[B]로부터 권리를 박탈하거나 추가적인 의무를 부담하게 하는 것이 아니다. 명의신탁자[A]에게 부당한 이익이나 권리를 부여하는 것도 아니다.

오히려 3자 간 등기명의신탁에서 [i] 명의신탁자[A]와 매도인[K] 사이의 매매계약에 기 [초]한 소유권이전등기의무가 이행불능이 됨으로써 발생하는 계약해제나 손해배상의 법률관계, [ii] 매도인[K]과 명의수탁자[B] 사이에서 명의수탁자[B]가 매도인[K]의 소유권을 침해함으로써 발생하는 부당이득반환 또는 불법행위[에 따른] 손해배상의 법률관계를 각각 구분하여 개별적으로 이해관계를 조정하게 될 경우 [다음 문제가 있다.] 구체적인 사정에 따라서는 부당이득반환청구권이나 손해배상청구권 등이 인정되지 않는 경우도 있다. 그리고 과실상계 등의 사유로 ... 제한적으로 인정되는 경우도 있을 수 있다. 그래서] 손해의 보전이 충분하지 못함과 동시에 예상치 못한 이익을 얻게 되는 결과가 발생하게 된다. 이러한 결과를 용인하는 것은 공평의 이념에 기초한 부당이득반환 제도의 취지에 배치된다.

매도인 선의 계약명의신탁 경우



1. 임의 처분과 상관없이, 수탁자(B)는 신탁자(A)에 부당이득을 반환할 책임을 진다.

부동산실명법 시행 전 명의신탁약정 사안 → 부동산 자체 반환

2008다62687: 부동산실명법 시행[1995. 7. 1.] 전에 명의수탁자[B]가 **명의신탁 약정**에 따라 부동산에 관한 소유명의를 취득[했다.] ... 실명화...의 조치 없이 위 유예기간이 경과함으로써 같은 법 제12조 제1항, 제4조에 [따라] 명의신탁 약정은 무효로 [된다.] ... [그러나 매도인 K가 선의인 이상] 명의수탁자[B는] [해당] 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득하게 [된다.] 결국 명의수탁자[B는] [해당] 부동산 자체를 부당이득하게 된[다.] ... 명의수탁자[B는] 명의신탁자[A]에게 자신[B]이 취득한 [해당] **부동산을 부당이득으로 반환**할 의무가 있다.]

부동산실명법 시행 후 명의신탁약정 사안 → 매수자금 반환

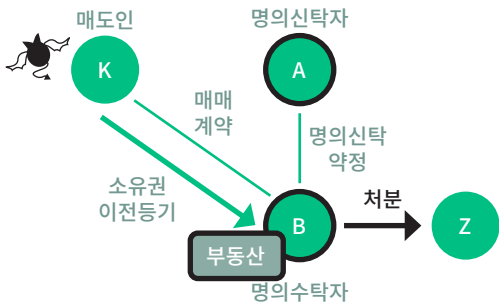
2007다17284: 그 계약명의신탁약정이 [부동산실명법] 시행 후인 경우에는 명의신탁자[A]는 애초부터 [해당] 부동산의 소유권을 취득할 수 없었다. 그러므로 위 명의신탁약정의 무효 [때문에] 명의신탁자[A]가 입은 손해는 [해당] 부동산 자체가 아니라 명의수탁자[B]에게 제공한 매수자금이다. ... 따라서 명의수탁자[B]는 [해당] **부동산 자체가 아니라** 명의신탁자[A]로부터 [받]은 **매수자금을 부담**이득하였다.

2. 임의 처분을 하더라도, 이론상, 수탁자(B)는 신탁자(A)에 불법행위 손해배상 책임은 지지 않는다. 처음부터 수탁자(B)가 소유권을 취득한 이상, 제3자(Z)에게 자기 부동산을 처분한 셈이기 때문이다. 즉, 임의 처분이 위법하지 않다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] **위법행위**로 타인[K]에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

2009도4501: 신탁자[A]와 수탁자[B]가 명의신탁 약정을 맺고, 이에 따라 수탁자[B]가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자[K]와 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 기[초]하여 [해당] 부동산의 소유권이 전등기를 수탁자[B] 이름으로 [마친] 경우[다.] 그 소유권이전등기에 [따른 해당] 부동산에 관한 물권변동은 유효하[다.] 한편 신탁자[A]와 수탁자[B] 사이의 명의신탁 약정은 무효[다. 그러므로] 결국 **수탁자[B]는 전 소유자인 매도인[K]뿐만 아니라 신탁자[A]에 대한 관계에서도 유효하게 [해당] 부동산의 소유권을 취득한 것으로 보아야 [한다.]** 따라서 그 수탁자[B]는 타인[A]의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없[다.]

매도인 악의 계약명의신탁 경우



1. 임의 처분과 상관없이, 수탁자(B)는 신탁자(A)에 매수자금을 부담이득으로 반환해야 한다.

2011도7361: 명의신탁자[A]와 명의수탁자[B]가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺[었다. 이에 따라] 명의수탁자[B]가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알고 있는 소유자[K]와 부동산에 관한 매매계약을 체결[했다. 그] 후 매매계약에 따라 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자[B] 명의로 마[쳤다.] ... 수탁자[B] 명의의 소유권이전등기는 무효[다.] 부동산의 소유권은 매도인[K]이 그대로 보유[한다.] ... 명의수탁자[B]가 명의신탁자[A]에 대하여 매매**대금** 등을 **부담이득으로 반환**할 의무를 부담[할 수도 있다.]

2. 임의 처분을 하더라도, 이론상, 수탁자(B)는 신탁자(A)에 불법행위 손해배상 책임은 지지 않는다. 처음부터 신탁자(A)는 부동산을 취득할 자격이 없었기 때문이다. 즉, 임의 처분에 따른 손해가 없다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인[K]에게 **손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.**

2010도10515: 명의신탁자[A]와 명의수탁자[B]가 이른바 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자[B]가 당사자가 되어 그러한 명의신탁약정이 있다는 사실을 알고 있는 소유자 [K]로부터 부동산을 매수하는 계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 명의수탁자[B] 앞으로 [해당] 부동산의 소유권이전등기가 행하여졌[다. 그렇다면]면 [부동산실명법] 제4조 제2항 본문에 [따라] 명의수탁자[B] 명의의 소유권이전등기는 무효이고 [해당] 부동산의 소유권은 매도인[K]이 그대로 보유하게 된다. 나아가 그 경우 명의신탁자[A]는 부동산매매계약의 당사자가 되지 아니하고 또 명의신탁약정은 위 법률 제4조 제1항에 [따라] 무효[다. 그러므로] 그[**명의신탁자(A)**]는 다른 특별한 사정이 없는 한 **부동산 자체를 매도인[K]으로부터 이전받아 취득할 수 있는 권리 기타 법적 가능성을 가지지 못한다.**

소결

수탁자 임의 처분 시	원소유자에 대한 책임		신탁자에 대한 책임	
	불법행위	부당이득반환	불법행위	부당이득반환
기본명의신탁	○	○	○	○
등기명의신탁	×	×	○	○
매도인 선의 계약명의신탁	×	×	×	(처분과 무관) ○
매도인 악의 계약명의신탁	×	×	×	(처분과 무관) ○

연습문제1

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 9.] 甲과 그 친구 乙은 2019. 2. 1. 丙 소유의 X건물을 乙이 매수하여 乙 명의로 등기하기로 하는 명의신탁약정을 체결하였다. 乙은 2019. 2. 10. 丙과 매매계약을 체결한 다음, 甲으로부터 [받]은 매매대금을 丙에게 지급하고, 2019. 4. 10. X건물에 관하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄱ. 丙이 甲과 乙 사이의 명의신탁약정을 안 경우, 乙이 X건물을 丁에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다면 丁은 선의, 악의를 불문하고 유효하게 소유권을 취득할 수 있다.

- ㄴ. 丙이 甲과 乙 사이의 명의신탁약정을 안 경우, 乙이 X건물을 丁에게 매도하고 소유권이전등기를 넘겨주었다면 乙의 X건물 처분행위는 丙에 대한 관계에서 불법행위를 구성하므로 丙은 乙에게 X건물의 처분 당시의 시가 상당액을 손해배상으로 청구할 수 있다.

연습문제2

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 3.] 甲은 2019. 6. 1. A로부터 그 소유의 X부동산을 매수하고 매매대금을 모두 지급하였으며, 乙과 명의신탁약정을 체결하고 A에게 부탁하여 그 소유권이전등기를 乙에게로 이전하게 하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ⑤ 2020. 7. 10. X부동산에 관하여 경매를 원인으로 丁 명의로 이전등기가 마쳐져 乙이 그 매매대금 상당의 이익을 얻은 경우, 乙은 甲에 대하여 甲이 입은 손해의 범위 내에서 그 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

연습문제3

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 14.] 甲은 2020. 2. 10. 乙과 乙 소유의 X 부동산에 관하여 매매계약을 체결하고 2020. 3. 10. 乙에게 매매대금 전액을 지급함과 동시에 소유권이전등기는 甲과 그의 친구 丙 사이의 명의신탁약정에 따라 乙로부터 바로 丙 앞으로 마쳤다. 이러한 사실관계를 바탕으로 한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ④ 丙이 임의로 甲과 丙 사이의 약정 사실을 알고 있는 C와 X 부동산에 관하여 매매계약을 체결하고 대금을 지급받음과 동시에 C에게 소유권이전등기를 마쳐 준 경우 丙은 甲에게 「민법」 제750조에 따른 손해배상책임을 질 수 있다.

연습문제4

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 10.] [부동산실명법]이 적용되는 명의신탁에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 3자 간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 명의신탁된 부동산을 임의처분하여 제3자가 그 소유권을 취득한 경우, 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능이 되어 발생하는 매도인과 명의신탁자 사이의 법률관계와 명의수탁자가 매도인의 소유권을 침해하여 발생하는 명의수탁자와 매도인 사이의 법률관계를 각각 구분하여 개별적으로 이해관계를 조정하면 부당이득반환 제도의 취지에 배치될 수 있다.

제6강

채권 이전과 소멸

Transfer and Extinction of Claims



Johannes Vermeer, *Mistress and Maid*

c. 1664–1667, oil on canvas, 90 × 79 cm, The Frick Collection, New York

언제 어떻게 채권이 이동하고 사라지는지에 관하여

— 물건이 변동하는 것처럼, 채권 역시 생겼다가, 변했다가, 사라진다. 아주 다양한 원인으로, 또 다양한 모습으로, 시시각각 **채권은 변동한다**.

1. 계약으로, 또는 법률규정으로, 채권관계가 발생한다. 이것은 이미 배웠다.
2. 일단 발생한 채권의 채권자나 채무자가 다른 사람으로 바뀔 수 있다. 이것을 채권 이전이라 한다. 대표적으로, **채권양도**와 **채무인수**가 있다. 증권적 채권인 어음채권 양도가 특이하므로, **어음법** 기초원리를 함께 살핀다.
3. 일단 발생한 채권이 소멸하기도 한다. 그 사유는 다양하다. **변제**, **상계**, **소멸시효** 등이 있다.

처음에는 어려울 수 있다. 하지만 그림을 보며, 그리고 사례에 나오는 사람들에게 감정이입을 하며 차분히 생각해 보라. 곧 충분히 이해할 수 있을 것이다.

들어가며

Introduction

움직여 변하지 않는 것은 없고, 잠시도 변천하지 않는 것은 없다. - 장자

채권 변동

개념

채권 변동(alteration of claim): 말 그대로, 채권이 변화하는 것.

물권이 변동하는 것처럼, 채권도 변동한다.

종류

1. 채권 발생(creation): 예를 들어, 계약이 성립하면 채권이 발생한다.
2. 채권 이전(transfer): 채권 내용은 그대로인데, 채권자가 다른 사람으로 바뀔 수 있다. 채무자가 다른 사람으로 바뀔 수도 있다.
3. 채권 소멸(extinction): 예를 들어, 채무를 변제하면 채권은 소멸한다.

채권 발생

개념

채권 발생: 말 그대로, 없던 채권이 생기는 것. 즉, 채권채무관계의 형성.

1. 계약(contract) 때문에 채권이 발생할 수 있다.
2. 계약 이외의 사유로 채권이 발생할 수도 있다.

약정채권

계약이 성립하면 당사자 사이에 채권관계가 만들어진다. 약정(약속)에 따라 만들어지는 채권관계다. 그래서 약정채권(claim by contract; claim by agreement)이라 부른다.

법정채권

계약(법률행위)이 없더라도, 법이 채권관계가 발생하도록 정한 경우가 있다. 어떤 사유에 해당하기만 하면 채권관계가 만들어진다고 법이 정해 두었다. 그래서 법정채권(claim by statute)이라 한다. 예를 들어,

1. 불법행위(tort): 폭행 가해자는 피해자에게 치료비 등을 지급할 채무를 부담한다. 당사자들이 손해배상을 하는 법률관계를 만들겠다고 의도한 것은 전혀 없다. 그러나 일단 불법행위가 발생하면, 피해자는 손해배상 채권자가 되고, 가해자는 손해배상 채무자가 된다. 왜? 법이 그렇게 정해 두었기 때문이다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

- 부당이득(unjust enrichment): 법률상 원인 없이 이득을 얻고, 그만큼 남에게 손해를 입히면? 그 이득을 반환해야 한다. 이것도 당사자 의도와는 무관하다. 부당이득이 성립하면, 손실자는 부당이득반환 채권자가 되고, 이득자는 부당이득반환 채무자가 된다. 왜? 법이 그렇게 정해 두었기 때문이다.

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무 [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 **이익을 반환하여야 한다.**

- 사무관리(management of affairs): 의무 없이 다른 사람(본인)을 위하여 사무를 처리했다면? 지출한 비용을 상환받을 수 있다. 대신, 일단 관리한 사무는 본인이 인계받을 때까지 계속 관리할 의무가 있고, 그것도 본인에게 가장 이익되는 방법으로 해야 한다. 왜? 법이 그렇게 정해 두었기 때문이다.

민법 제734조(사무관리의 내용) ① 의무없이 타인을 위하여 사무를 관리하는 자는 그 사무의 성질에 좇아 가장 본인에게 이익되는 방법으로 이를 **관리하여야 한다.**

민법 제737조(관리자의 관리계속의무) 관리자는 본인, 그 상속인이나 법정대리인이 그 사무를 관리하는 때까지 **관리를 계속하여야 한다. ...**

민법 제739조(관리자의 비용상환청구권) ① 관리자가 본인을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 본인에 대하여 그 **상환을 청구할 수 있다.**

타인 사무를 관리하는 사람은 타인 일을 자기 일보다 우선해야 한다(*Qui alterius negotia administranda suscipit, id praestare debet in sua persona, quod in aliorum*; One who undertakes the management of another's affairs must put another's affairs before his own).

- 재산분할(division of property): 이혼하는 부부 중 한쪽은, 상대방에 대해 혼인 중에 취득한 재산 일부의 분할을 청구할 권리가 있다. 이것도 당사자 의도와는 무관하다. 청산 및 부양을 받을 쪽은 채권자가 되고, 청산 및 부양을 할 쪽은 채무자가 된다. 왜? 법이 그렇게 정했기 때문이다.

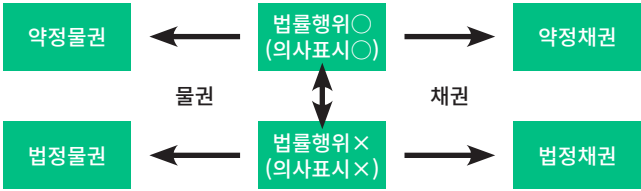
민법 제839조의2(재산분할청구권) ① 협의상 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 **재산분할을 청구할 수 있다.**

2018다243089: 재산분할 제도는 이혼 등의 경우에 부부가 혼인 중 공동으로 형성한 재산을 청산, 분배하는 것을 주된 목적으로 한[다.]

비교: 물권 경우

물권도,

- 계약(법률행위)으로 발생하는 물권 → 약정물권(예: 약정지상권, 약정저당권)이라 부른다.
- 계약(법률행위) 없이 발생하는 물권 → 법정물권(예: 법정지상권, 법정저당권)이라 부른다.



민법 규정

1. 약정채권(claim by agreement)

민법 제3편 채권
제2장 계약[제527조~제733조]

2. 법정채권(claim by statute): 3대장 + 각종 개별 사유

민법 제3편 채권
제3장 사무관리[제734조~제740조]
제4장 부당이득[제741조~제749조]
제5장 불법행위[제750조~제766조]

- 민법 제203조(점유자의 상환청구권) ① 점유자가 점유물을 반환할 때에는 회복자에 대하여 점유물을 보존하기 위하여 지출한 금액 기타 필요비의 상환을 청구할 수 있다.
- ...
- 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.
- 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 임대차종료시에 그 가액의 증가가 현존한 때에 한하여 임차인의 지출한 금액이나 그 증가액을 상환하여야 한다. ...

지금 다 암기할 필요가 없다. 취지를 이해하며 쓱 보면 된다.

채권 이전

개념

채권 이전(transfer of claim): 채권 내용 자체는 그대로고, 단지 채권자나 채무자만 바뀌는 것.

1. 채권양도(assignment of claim): 채권자가 채권을 넘겨서, 채권자가 바뀔 수도 있다.

- 2. 채무인수(assumption of obligation): 채무자가 채무를 넘겨서, 채무자가 바뀔 수도 있다.

민법 규정

민법 제3편 채권
제1장 총칙
제4절 채권의 양도[제449조~제452조]
제5절 채무의 인수[제453조~제459조]

채권 소멸

개념

채권 소멸(extinction of claim): 채권이 사라지는 것.

- 1. 어떤 원인(사유)이 있으면, 채권이 법적으로 당연히 소멸한다.
- 2. 하나의 채권이 채권자에게는 채권이고, 채무자에게는 채무일 뿐이다. 채권 소멸은 곧 채무 소멸(extinction of obligation)이기도 하다.

유형

- 1. 목적 달성형(achievement)
- 2. 불가능형(impossibility)
- 3. 무효화형(cancellation)
- 4. 기타

제1 유형: 목적 달성형

- 1. 채권 목적을 이루어 소멸하는 경우
- 2. 예: 돈을 갚으면 채권 목적이 달성된다. 그러므로 채권은 소멸한다.

선의는 일단 완료된 것을 재차 요구되도록 허락하지 않는다(*Bona fides non patitur ut semel exactum iterum exigatur*; To try to exact the same duty twice is against good faith).

제2 유형: 불가능형

- 1. 반대로, 채권 목적을 이루는 것이 불가능해져서 소멸하는 경우
- 2. 예: 어떤 그림을 증여하는 계약을 체결했다. 그 후 인도 전 천재지변으로 그림이 소실됐다. 그러면 소유권 이전이라는 목적 달성을 할 수 없다. 이때, 목적물 인도채무는 소멸한다.

아무도 불가능한 것에 대해서는 의무를 질 수 없다(*Nemo potest ad impossibile obligari*; No one is bound to do the impossible).

제3 유형: 무효화형

- 1. 한쪽이 일방적으로 계약을 무효로 만들어, 채권도 따라 소멸하는 경우
- 2. 예: 취소나 해제로 법률관계가 소급적으로 무효로 되는 경우

무(無)에서는 아무것도 생겨나지 않는다(*Ex nihilo nihil fit*; Nothing comes from nothing).

제4 유형: 기타

- 1. 민법에서 채권이 소멸한다고 정한 여러 경우
- 2. 예: 소멸시효, 면제, 혼동

민법 규정

- 1. 6가지 소멸 사유: 변제, 공탁, 상계(이상 목적 달성형 소멸 사유), 경개, 면제, 혼동(이상 기타 소멸 사유)

민법 제3편 채권
제1장 총칙
제6절 채권의 소멸
제1관 변제[제460조~제486조]
제2관 공탁[제487조~제491조]
제3관 상계[제492조~제499조]
제4관 경개[제500조~제505조]
제5관 면제[제506조]
제6관 혼동[제507조]

- 2. 소멸시효(기타 소멸 사유)

민법 제1편 총칙
제7장 소멸시효[제162조~제184조]

소멸시효는 물권(제2편 물권), 채권(제3편 채권) 모두에 공통된 것이기 때문에 제1편 총칙에 있다.

- 3. 그 밖에도 법률행위 취소, 계약 해제, 해지(이상 무효화형) 등 채권 소멸 사유는 많다.

민법 제1편 총칙
제2장 인
제1절 능력
제5조(미성년자의 능력)[취소 규정]
제10조(피성년후견인의 행위와 취소)

제5장 법률행위

제2절 의사표시

제109조(착오[에 따른] 의사표시)[취소 규정]

제110조(사기, 강박에 [따른] 의사표시)[취소 규정]

민법 제3편 채권

제2장 계약

제1절 총칙

제3관 계약의 해지, 해제[제543조~제553조]

무효화형으로 소멸하는 것들이다.

정리

채권 발생

1. 약정채권(claim by contract; claim by agreement): 이미 배웠다.

제2강 계약법 기초 참조.

2. 법정채권(claim by statute): 대표적 불법행위도 이미 배웠다.

제3강 불법행위법 기초 참조.

채권 이전

1. 채권양도(assignment of claim): 오늘 배운다.
2. 채무인수(assumption of obligation): 역시 오늘 배운다.

채권 소멸

1. 채권총칙에 있는 6가지 소멸 사유(변제, 공탁, 상계, 경개, 면제, 혼동): 오늘 배운다.
2. 소멸시효(extinctive prescription): 오늘 배운다. 채권 소멸시효를 본다.

물권 소멸시효는 제5강 물권 취득과 소멸에서 보았다.

3. 계약 취소, 해제: 이미 간단히 보았다. 곧 더 자세히 배운다.

제2강 계약법 기초 참조.

대표적 항변 사유: “로스쿨 4대 항변”

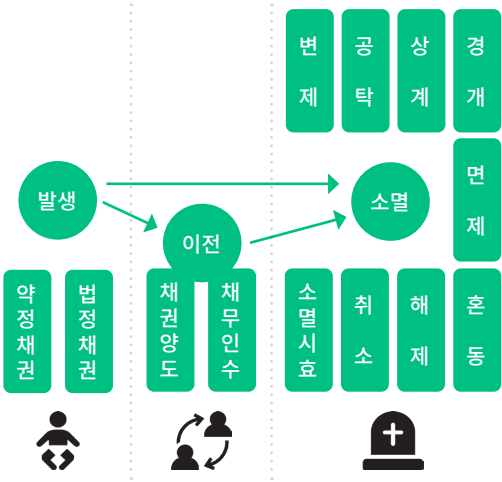
원고가 어떤 채권을 근거로 소송상 청구를 할 때, 피고가 드는 대표적 (commonly raised) 항변 사유로 4가지가 있다.

시간의 항변(시간이 부족해서...), 전공의 항변(비법학사여서...), 손목의 항변(손목이 아파서...), 견해차의 항변(교수님과 생각이 달라서...)이 아니다...

- 1. 상계 → 오늘 공부한다.
- 2. 소멸시효 → 오늘 공부한다.
- 3. 동시이행 → 은근 공부해 왔고, 나중 강의에서도 볼 것이다.
- 4. 변제 → 오늘 공부한다.

예전 사법시험-사법연수원 시절에는 “연수원 4대 항변”이라 불렀다. 수험적으로 매우 중요하다. 항상 관련 조항이 어디에 있는지 기억하라(Know-Where).

소결



결론

오늘의 학습계획

- 1. 채권양도(assignment of claim)
- 2. 채무인수(assumption of obligation)
- 3. 6가지 소멸 사유(변제, 공탁, 상계, 경개, 면제, 혼동)
- 4. 소멸시효(extinctive prescription)

본질

모두 채권이 이전하거나 소멸하는 것이다. 따라서 이들을 배운다는 뜻은, 채권이 변동하는 원인과 그 모습을 배우는 것이다.

채권양도

Assignment of Claim

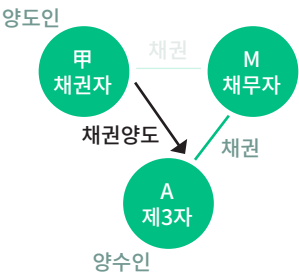
채권이 존속하기 위해 최초의 계약 당사자가 그대로 꼭 유지되어야 할 필요는 없다.
- Alois von Brinz

개념

채권양도

- 1. 채권양도(assignment of claim): 채권을 다른 사람에 넘기는 것
- 2. 채권양수: 받는 사람 입장에서 부르는 채권양도

누구 입장에서 부르는지 차이가 있을 뿐, 결국 같은 개념이다.



민법 제449조(채권의 양도성) ① 채권은 양도할 수 있다. ...

2010다100711: 채권...의 양도[란] 채권의 귀속주체가 **법률행위[로]** 변경되는 것, 즉 법률행위에 [따른] 이전을 의미한다.

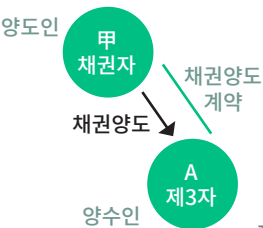
97도666전합: 채권양도는 채권을 하나의 재화로 다루어 이를 처분하는 계약[이다.] 채권 자체가 그 동일성을 잃지 아니한 채 양도인[甲]으로부터 양수인[A]에게로 바로 이전[한다.] 이 경우 양수인[A]으로서는 채권자의 지위를 확보하여 채무자[M]로부터 유효하게 채권의 변제를 받는 것이 그 목적[이다.]

양도인과 양수인

- 1. (채권)양도인(assignor): 기존 채권자로서 채권을 양도한 사람
- 2. (채권)양수인(assignee): 채권을 양수하여 새롭게 채권자가 된 사람

채권양도계약

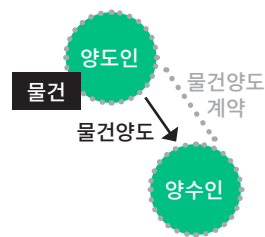
채권양도(채권양수)계약: 채권양도인과 채권양수인 사이의 계약. 즉, 채권의 주인을 변경시키는 합의(agreement)를 말한다.



- 1. 계약 당사자가 채권양도인(甲)과 채권양수인(A)이다. 채무자(M)는 채권양도 계약의 당사자가 아니다.
- 2. 어떤 대가가 있어서 양도계약을 하기도 한다(유상 채권양도).
- 3. 어떤 대가 없이 양도계약을 하기도 한다(무상 채권양도).

주의사항

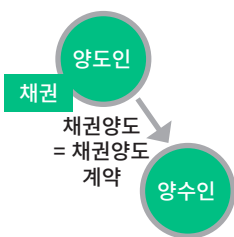
- 1. 물건양도계약: 아무리 당사자가 물건 소유권을 이전하는 계약을 했다고 해도, 그것만으로는 아직은 물건변동 효력이 없다. 즉, 공시방법(동산은 인도, 부동산은 등기)이 이루어져야 소유권이 넘어간다. 그전에는 여전히 양도인에게 소유권이 남아 있다.



물건양도계약과 물건양도는 다르다.

95도2754: [민법은] 물건변동[에서] 형식주의를 채택하고 있[다. 따라서] 소유권을 이전한다는 의사 외에 부동산 [경우] 등기를, 동산 [경우] 인도를 필요로 [한다.] ... [그래야] 그 소유권을 취득한다.

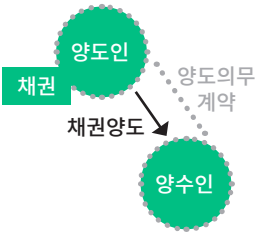
- 2. 채권양도계약: 물건 양도가 아니라 채권 양도라면? 채권을 양도하기로 하는 합의만으로도 채권이 넘어간다. 공시방법을 따로 갖추지 못했어도, 채권양도는 유효하다. 계약성립 즉시 채권의 주인(소유자)은 채권양수인이다.



채권양도계약을 채권양도 자체로 보아도 무방하다.

2010다100711: 채권...의 양도[란] ... 법률행위에 [따른] [채권] 이전을 의미한다. 여기서 ‘법률행위’란 ... 통상 채권이 양도인[甲]에게서 양수인[A]으로 이전하는 것 자체를 내용으로 하는 그들[甲, A] 사이의 합의(이하 ‘채권양도계약’이라고 한다)를 가리킨다.] 이는 ... 처분행위로서의 성질을 가진다.

3. 양도의무계약: 당사자들이 “채권양도를 할 의무를 발생시키는” 계약을 할 수도 있다. 이것을 양도의무계약이라 부른다.



양도의무계약은 채권양도(계약) 자체와는 다르다.

2010다100711: 채권양도의 의무를 발생시키는 것을 내용으로 하는 계약(이하 ‘양도의무계약’이라고 한다)은 채권행위 또는 의무부담행위의 일종[이다.] 구체적으로는 채권의 매매...나 증여, 채권을 대물변제로 제공하기로 하는 약정, 담보를 위하여 채권을 양도하기로 하는 합의(즉 채권양도담보계약) ... 등 다양한 형태를 가질 수 있다.

비록 채권양도계약과 양도의무계약은 실제의 거래에서는 한꺼번에 일체로 행하여지는 경우가 적지 않다. 그러나 그 법적 파악[에서]는 역시 구별되어야 하는 별개의 독립한 행위이다.

사례

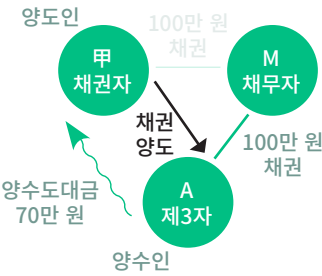
배경

甲은 작년에 M에게 100만 원을 빌려줬다. 이제 받을 때가 됐다. 그런데 M에게 돈이 있는지도 모르겠고 갚을지도 모르겠다.

제안

이때 A가 甲에게 나타나 다음과 같이 제안한다.

- 1. “70만 원을 현금으로 줄 테니,”
- 2. “M으로부터 100만 원 받을 권리를 자기에게 넘기라.”



甲의 생각

甲은 100만 원보다 적은 금액이라 아쉽긴 했다. 그러나 제안을 받아들인다. 왜?

1. M에게 100만 원을 받으려면 번거롭고 골치도 아프다.
2. 실제로 M으로부터 받을 수 있을지도 모른다.

법적 의미

1. 위 합의가 바로 채권양도계약이다.
2. 채권양도계약 결과, 채권양도인 甲은 이제는 M에 대해 채권자가 아니다. 채권양수인인 A가 M에 대한 새 채권자다.

채권양수인은 채권자와 동일한 지위에 있다(*Cessionarius est pro creditore*;
The assignee stands in the place of the creditor).

3. 채권양도의 대가로 70만 원을 받았다. 따라서 유상 채권양도다.

결국, 100만 원짜리 채권을 70만 원에 파는 셈이다. 이처럼 채권액보다 낮은 가격에 채권이 이전하는 것을 할인(discount)이라 부른다.

채권의 양도성
Assignability of Claim

너는 허용된 것과 금지된 것이 무엇인지 분별할 수 있는 데까지 이르지 못했어.
너는 겨우 진리의 한 조각을 감지했을 뿐이야. 다른 조각들도 알게 될 테니
그것에 자신을 맡기고 기다려 봐. - Hermann Hesse, “데미안”

채권양도의 자유?

원칙: 자유

- 1. 채권 자체도 엄연한 재산권이다. 동산이나 부동산이 전혀 없는 사람이라도, ○○은행에 100억 원의 예금채권이 있다면, 상당한 재력가다.
- 2. 원칙적으로 채권도 다른 재산과 마찬가지로 처분할 수 있다.

민법 제449조(채권의 양도성) ① 채권은 양도할 수 있다. ...

- 3. 채무자 입장에서는, 채권양도인에게 이행하든 채권양수인에게 이행하든 별 상관이 없는 경우가 대부분이다. 그래서 원칙적으로 채무자 의사를 묻지 않고 양도할 수 있게 했다.

채권양도는 그 채권을 행사할 상대방이 알지 못하거나 반대하더라도 할 수 있다(*Nominis venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet*; The assignment of a claim may be effected even without the knowledge or against the will of the person against whom the assigned action is to be brought).

예외: 금지

- 1. 제1 예외(성질상 양도제한): 채권의 성질상 양도가 금지(prohibition by nature)되기도 한다.

민법 제449조(채권의 양도성) ① 채권은 양도할 수 있다. 그러나 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.

- 2. 제2 예외(의사표시에 따른 양도제한): 채권자와 채무자가 채권양도는 금지된다고 처음부터 합의할 수도 있다(prohibition by agreement). 이를 양도 금지 특약이라 한다.

민법 제449조(채권의 양도성) ② 채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. ...

채권의 성질상 양도제한

매매계약에 따른 등기청구권 양도

- 1. P부동산 매수인 M은 등기를 받기 전에는 아직 소유자가 아니다. M은 매도인 M에 대해 등기청구권이란 채권을 갖는 채권자일 뿐이다.

2000다51216: 부동산의 매매[에 따른] 소유권이전등기청구권은 물권의 이전을 목적으로 하는 매매의 효과로서 매도인[M]이 부담하는 재산권이전의무의 한 내용을 이[룬다.] 매도인[M]이 물권행위의 성립요건을 갖추도록 의무를 부담하는 경우에 발생하는 채권적 청구권[이다.]

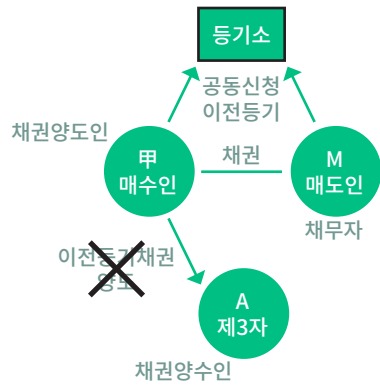
2. 그런데 매도인 M과 매수인 甲의 의무는 서로 동시이행 관계에 있다. 그래서 등기절차 이행 과정에 신뢰관계가 따른다.

부동산등기법 제23조(등기신청인) ① 등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기권리자(登記權利者)[甲]와 등기의무자(登記義務者)[M]가 공동으로 신청한다.

민법 제536조(동시이행의 항변권) ① 쌍무계약의 당사자 일방[甲/M]은 상대방[M/甲]이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기[甲/M]의 채무이행을 거절할 수 있다. ...

2015다36167: 부동산매매계약에서 매도인[M]과 매수인[甲]은 서로 동시이행관계에 있는 일정한 의무를 부담하므로 이행과정에 신뢰관계가 따른다. 특히 매도인[M]으로서 는 매매대금 지급을 위한 매수인의 자력, 신용 등 매수인이 누구인지에 따라 계약유지 여부를 달리 생각할 여지가 있다.

3. 그러므로 채권자(매수인) 甲이 채무자(매도인) M 동의 없이 임의로 채권(등기청구권)을 제3자 A에게 양도할 수 없다.



2015다36167: 이러한 이유로 매매[에 따른] 소유권이전등기청구권의 양도는 특별한 사정이 없는 이상 양도가 제한[된다. 즉,] 양도에 채무자[M]의 승낙이나 동의를 요한다. 그러므로 통상의 채권양도와 달리 양도인[甲]의 채무자[M]에 대한 통지만으로는 채무자[M]에 대한 대항력이 생기지 않[고] 반드시 채무자[M]의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다.

비교: 취득시효 완성에 따른 등기청구권 양도

1. Q부동산 시효완성자 甲은 등기를 받기 전에는 아직 소유자가 아니다. 甲은 원소유자 M에 대해 등기청구권이란 채권을 갖는 채권자일 뿐이다.

2. 그런데 시효완성자 甲은 원소유자 M에게 반대급여(예: 매매대금 지급)를 부담하지 않는다. 즉, 동시이행 관계에 있지 않다. 신뢰관계가 따르지 않는다.

2015다36167: 취득시효완성[에 따른] 소유권이전등기청구권은 채권자[甲]와 채무자[M] 사이에 아무런 계약관계나 신뢰관계가 없다. 그에 따라 채권자[甲]가 채무자[M]에게 반대급[여]로 부담하여야 하는 의무도 없다.

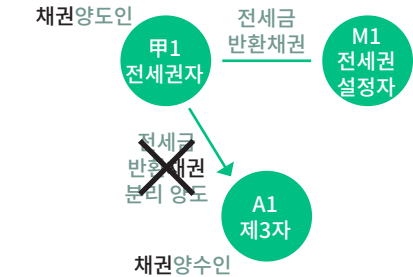
3. 그러므로 채권자(시효완성자) 甲이 채무자(원소유자) M 동의 없이 임의로 채권(등기청구권)을 제3자 A에게 양도할 수 있다.

2015다36167: 따라서 취득시효완성[에 따른] 소유권이전등기 청구권의 양도의 경우에는 는 매매[에 따른] 소유권이전등기 청구권에 관한 양도제한의 법리가 적용되지 않는다.

전세금반환청구권(채권) 분리 양도

전세권(물권적 전세) 사안이다. 전세권자 甲1이 전세권은 그대로 보유한 채, 설정자 M1에 대한 전세금반환청구권(채권)만 분리해 제3자 A1에게 넘길 수 있나?

1. 전세기간 중: 분리양도는 안 된다. 전세금은 전세권과 분리될 수 없다.



2001다69122: 전세권은 전세금을 지급하고 타인[M1]의 부동산을 그 용도에 따라 사용, 수익하는 권리[다.] 전세금의 지급이 없으면 전세권은 성립하지 아니하는 등으로 전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소[다. 또,] 전세[권 경우] 그 설정행위에서 금지하지 아니하는 한 전세권자[甲1]는 전세권 자체를 처분하여 전세금으로 지출한 자본을 회수할 수 있[게] 되어 있다[다.]

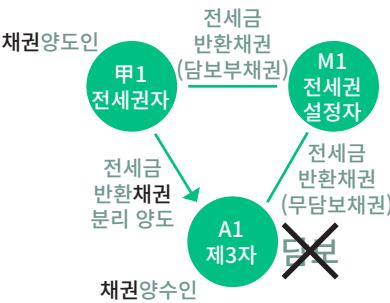
[그러]므로 [전세권자 甲1은] 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 [전세권설정자 M1에 대한] 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않는다[다.]

임차권(채권적 전세)인데 등기만 전세권으로 마친 경우도 같다.

2014다83937: 임대인[M1]과 임차인[甲1]이 임대차 계약을 체결하면서 임차보증금을 전세금으로 하는 전세권설정등기를 [마쳤다. 이] 경우 임차보증금은 전세금의 성질을 겸하게 [된다.]

[그러므로] 앞서 본 법리는 임차보증금반환채권을 담보하기 위하여 설정된 전세권에 관하여도 그대로 적용된다.

2. 전세종료(by 기간 만료, 해지 등) 후: 이때는 분리양도 가능하다. 전세금반환 청구권(채권)과 함께 양도해야 할 대상인 전세권(용익물권) 자체가 없기 때문이다. 물론, 담보물권 의미에서 전세권(담보물권)이 남아 있긴 하다. 그러나 그렇더라도, 피담보채권(전세금반환청구권)만 분리 양도해도 무방하다.



97다33997: 전세권설정계약의 당사자[甲1, M1] 사이에 그 계약이 합의해지 된 경우 [라도] 전세권설정등기는 전세금반환채권을 담보하는 효력은 있[다.]

97다33997: 담보물권의 수반성이란 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 담보물권도 함께 처분된다는 것이 아니[다.] 채권담보라고 하는 담보물권 제도의 존재 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 담보물권의 처분도 당연히 포함된다고 보는 것이 합리적이라는 것일 뿐이[다.]

[그러]므로, 피담보채권의 처분이 있음에[도] 담보물권의 처분이 따르지 않는 특별한 사정이 있[다면, 다음과 같다.] 채권양수인[A1]은 담보물권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 [된다. 그 결과,] 채권의 처분에 따르지 않은 담보물권은 소멸한다.

전세종료로는 용익물권으로서의 전세권이 소멸한다. 이후 전세금반환청구권 분리양도로 담보물권으로서의 전세권마저 소멸한다(전세권은 완전 소멸).

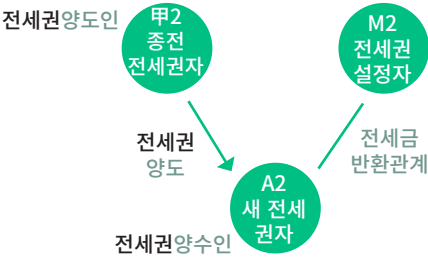
97다33997: [전세권설정계약 합의해지] 후 당사자 간의 약정[으로] 전세권의 처분이 따르지 않는 전세금반환채권만의 분리양도가 이루어진 경우에는 양수인[A1]은 유효하게 전세금반환채권을 양수[한다. 이 경우] 전세금반환채권을 담보하는 물권으로서의 전세권마저 소멸[한다.]

비교: 전세권 자체(물권) 양도

전세권자 甲2가 전세권(물권적 전세) 자체를 제3자 A2에게 넘길 수 있나?

전세권(물권적 전세) 자체 양도와 전세금반환청구권 양도를 서로 혼동하면 안 된다. 전자는 물권 양도고, 후자는 채권 (분리)양도다.

1. 전세기간 중: 당연히 가능하다. 전세권(용익물권)을 양도하면 된다. 물론, 등기(전세권이전등기)가 필요하다. 등기까지 마치면, 이제 A2가 새로운 전세권자(용익물권자)가 된다.

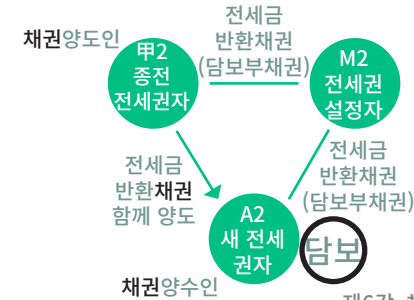


지상권(용익물권) 양도와 유사하다.

- 부동산등기법 제52조(부기로 하는 등기) 등기관이 다음 각호의 등기를 할 때에는 부기로 하여야 한다. ...
2. 소유권 외의 권리[예: 전세권]의 이전등기
- 부동산등기법 제5조(부기등기의 순위) 부기등기(附記登記)의 순위는 주등기(主登記)의 순위[예: 1번]에 따른다. ...
- 부동산등기규칙 제2조(부기등기의 번호 기록) 등기관이 부기등기를 할 때에는 그 부기등기가 어느 등기에 기초한 것인지 알 수 있도록 주등기...의 순위번호[예: “1”]에 가 지번호를 붙여서[예: “1-1”] 하여야 한다.

【 예 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
1	전세권설정	2022년6월2일 제887호	2022년6월1일 설정계약	전세금 금120,000,000원 범 위 건물의 전부 존속기간 2022년 8월 20일부터 2024년 8월 19일까지 전세권자 라세임 936303-***** —태구광역시 중구 송어로 3(달상동)
1-1	1번전세권이전	2022년10월3일 제1102호	2022년9월25일 전세권양도	전세권자 안신규 890114-***** 서울특별시 강북구 운달로 27(수유동)

2. 전세종료 후: 역시 가능하다. 전세권(담보물권)을 양도하면 된다. 피담보채권 없는 담보물권은 있을 수 없으므로, 피담보채권(전세금반환청구권)을 함께 넘겨야 한다. 물론, 등기(전세권이전등기)가 필요하다. 등기까지 마치면, 이제 A2가 새로운 전세권자(담보물권자)가 된다.



저당권(담보물권) 양도와 유사하다.

2003다35659: 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능은 전세권설정등기의 말소 없이도 당연히 소멸[한다.] 단지 전세금반환채권을 담보하는 담보물권적 권능의 범위[에]서 전세금의 반환시까지 그 전세권설정등기의 효력이 존속하고 있다.[
[이처럼] 존속기간의 경과로서 본래의 용익물권적 권능이 소멸하고 담보물권적 권능만 남[았다. 그러한] 전세권에 대해서도 그 피담보채권인 전세금반환채권과 함께 제3자[A2]에게 이를 양도할 수 있다.]

【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
1	전세권설정	2022년6월2일 제887호	2022년6월1일 설정계약	전세금 금120,000,000원 법 위 건물의 전부 존속기간 2022년 8월 20일부터 2024년 8월 19일까지 전세권자 라세임 930963-***** -대구광역시 중구 송어로 3(달성동)
1-1	1번전세권이전	2024년8월22일 제893호	2024년8월22일 전세금반환채권양도	전세권자 안수반 861005-***** 서울특별시 서초구 남은로 7-3(방배동)

물론, 원하면 앞서 본 것처럼 전세권(담보물권) 양도 없이 전세금반환채권만 분리 양도해도 된다. 다만, 그것은 전세권 양도가 아니라 단순한 채권양도다. 전세권(담보물권)을 잃을 뿐이다.

연습문제1

2022년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 29.] 채권양도에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
① 점유취득시효 완성[에 따른] 소유권이전등기청구권을 양도하는 경우, 채무자에 대한 대항력 취득을 위하여 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 부족하고, 양도에 대한 채무자의 승낙이나 동의[가 필요하다.]

연습문제2

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 15.] 부동산 점유취득시효에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
② 취득시효 완성[에 따른] 소유권이전등기청구권의 양도에 대해서는 매매[에 따른] 소유권이전등기청구권에 관한 양도제한의 법리가 적용되지 않는다.

연습문제3

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 6.] 점유취득시효에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄹ. X 토지의 시효취득자 甲이 취득시효 완성[에 따른] 소유권이전등기청구권을 丙에게 양도한 경우, 甲이 등기명의인 乙에게 그 양도사실을 통지하면 乙에 대한 대항력이 생긴다.

연습문제4

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 24.] 甲과 乙은 甲 소유의 X 토지를 乙이 매수하는 계약을 체결하면서 매매대금은 X 토지의 인도 및 소유권이전등기[를 마침과] 동시에 지급하기로 약정하였다. 丙은 위 매매계약에 따른 乙의 甲에 대한 매매대금 지급채무를 연대보증하였다.

이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 乙이 甲에게 매매대금 전액을 지급한 후에 소유권이전등기청구권을 丁에게 양도하고 乙이 이를 甲에게 통지하면 丁은 甲에 대하여 직접 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있다.

연습문제5

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 22.] 전세권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않고, 이는 임대차보증금반환채권을 담보하기 위하여 설정된 전세권에 관하여도 동일하게 적용된다.

④ 전세권설정계약이 합의해지되어 목적물이 반환되고, 그 후 전세금반환채권 양도계약 당사자 간의 약정에 [따라] 전세권의 처분이 따르지 않는 전세금반환채권만의 분리양도가 이루어진 경우, 전세권은 소멸한다.

⑤ 전세권이 존속기간의 만료로 소멸한 경우, 전세금반환채권 양도계약 당사자 간의 특약으로 채권양수인은 담보물권이 없는 무담보의 전세금반환채권을 유효하게 취득할 수 있다.

연습문제6

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

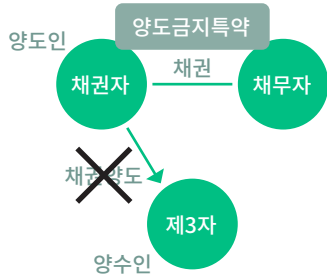
[문 24.] 채권양도에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 취득시효 완성[에 따른] 소유권이전등기청구권은 특별한 사정이 없는 한 양도가 제한되고 양도인의 채무자인 소유자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며, 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다.

의사표시에 따른 양도제한

기본

1. 의사표시에 따른 양도제한(= 양도금지특약)이 있었다고 하자.



2. 이를 무시하고 한 채권양도는 무효다.

민법 제449조(채권의 양도성) ② 채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. ...

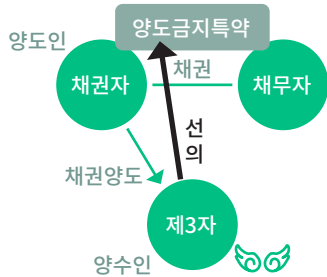
2016다24284전합: 당사자가 양도를 반대하는 의사를 표시(이하 ‘양도금지특약’이라고 한다)한 경우 채권은 양도성을 상실한다. ... 민법 제449조 제2항 본문[은] ... 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력을 부정하는 의미[다.]

3. 어떤 이유에서든, 양도하지 않기로 한 당사자들 의사를 존중한다는 취지다. 계약자유 원칙에 따른 것이다.

2016다24284전합: 채권관계에서는 사적 자치와 계약자유의 원칙이 적용되어 계약당사자는 원칙적으로 합의에 따라 계약 내용을 자유롭게 결정할 수 있다. 따라서 채권자와 채무자가 그들 사이에 발생한 채권의 양도를 금지하는 특약을 하였다면 이는 그 채권의 내용을 형성할 뿐만 아니라 그 속성을 이루는 것이어서 존중되어야 한다.

양수인이 선의인 경우

1. 그런데 채권양도는 원래 허용되는 것이다. 비록 양도금지 특약이 있었더라도, 채권양수인으로는 그러한 특약을 몰랐을 수도 있다.



2. 이런 경우, 민법은 채권양수인을 보호한다. 즉, 기존 채권자(채권양도인)와 채무자가 양도금지라는 특약을 했더라도, 그들은 특약 사실을 몰랐던 채권양수인에게는 그 특약을 주장할 수가 없다.

민법 제449조(채권의 양도성) ② 채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 그러나 그 의사표시로써 **선의의 제3자에게 대항하지 못한다.**

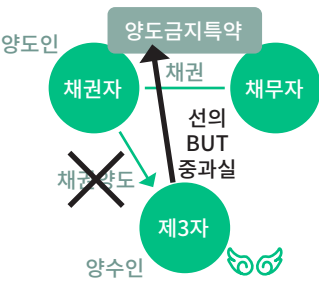
2016다24284전합: 양도금지특약을 위반한 채권양도는 당연히 무효이지만 거래의 안전을 보호하기 위하여 선의의 제3자에게 그 **무효를 주장할 수 없다는 의미**[다.]

3. 채권양수인 입장에서, 채권양도는 유효로 처리한다. 채권양수인은 채무자에게 채무를 이행하라고 할 수 있다.

2016다24284전합: 양수인이 ... **양도금지특약의 존재를 알지 못하였다면** [원칙적으로] **채권양도는 유효**하게 [된다. 그리하여] 채무자는 양수인에게 양도금지특약을 가지고 그 채무이행을 거절할 수 없다.

양수인이 선의라도 중과실 있는 경우

1. 채권양수인이 양도금지 특약을 몰랐다고 변명한다. 그러나 그렇게 몰랐던 데에 채권양수인에게 중대한 과실이 있었다면?



2. 예를 들어, 기존 채권자와 채무자 사이의 계약서에 큰 글씨로 뻔히 “이 채권은 양도할 수 없다”라고 쓰여 있고, 채권양수인도 그 계약서를 분명히 봤다.
3. 이처럼 채권양수인에게 특약을 알지 못한 데 중과실이 있다면? 마치 그가 특약의 존재를 알았던 것과 마찬가지로 처리한다.

중과실은 고의와 동일하게 취급한다(*Culpa lata dolo aequiparatur*; Gross negligence is equivalent to intent).

양수인이 악의인 경우

당연히, 양수인을 상대로 채권양도는 무효라 주장할 수 있다.

2016다24284전합: 양도금지특약이 있음을 **알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다면 채권 이전의 효과가 생기지 아니한다.**

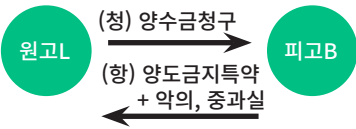
알고 동의한 자에게는 침해가 되지 않는다(*Scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus*; Who knows and agrees has no cause to complain of injury or malice).

증명책임

“금지 특약이 있었다” 주장하는 사람이 양수인의 선악, 중과실 여부를 증명해야 한다. 쉽게 말해, 채무자가 증명해야 한다.

2016다24284전합: 채권양수인의 악의 내지 중과실은 양도금지특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 주장, 증명하여야 한다.

양수금 청구 소송에서,



- 1. “채권양도(양도계약체결) 사실”은, 채권자(원고)의 청구원인 사실 중 하나다.
- 2. “금지 특약 존재 + 양수인의 악의, 중과실”은, 채무자(피고)의 항변 사실이다.

2012다118020: 이 사건 ...채권을 ... 양수한 [자]가 이 사건 양도금지 특약을 알았거나 알지 못한 데에 중과실이 있다는 점에 관하여 피고[채무자]의 아무런 주장, [증명]이 없[다. 그러]므로 그 채권양도는 유효하[다.]

연습문제1

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 20.] 甲은 乙에게 1억 원을 대여하면서 위 대여금채권에 대한 채권양도금지 특약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 乙에 대한 대여금채권을 丙에게 양도하여 丙이 乙을 상대로 양수금청구의 소를 제기한 경우, 乙이 丙에 대하여 채권양도금지 특약으로 대항하기 위해서는 丙이 채권양도금지 특약에 관하여 악의이거나, 악의가 아니라도 채권양도금지 특약에 관하여 알지 못한 데에 중대한 과실이 있음을 乙이 주장, 증명하여야 한다.

연습문제2

2022년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 28.] 채권관계의 당사자 변경에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 양도금지특약을 위반하여 채권을 제3자에게 양도한 경우에, 채권양수인이 양도금지 특약이 있음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다면, 채권 이전의 효과가 생기지 아니한다.

연습문제3

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 30.] 임차인 甲이 임대인 乙에 대한 임대차보증금반환채권을 丙에게 양도한 후 내용증명우편으로 乙에게 양도통지를 하였고, 그 통지가 乙에게 도달하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉔ 甲과 乙 사이에 임대차보증금반환채권 양도금지특약을 하였는데 丙이 그 특약을 알지 못한 것에 중대한 과실이 있는 경우, 乙은 丙에 대해 위 양도금지특약의 항변으로 대항할 수 있다.

연습문제4

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 24.] 甲과 乙은 甲 소유의 X 토지를 乙이 매수하는 계약을 체결하면서 매매대금은 X 토지의 인도 및 소유권이전등기[를 마침과] 동시에 지급하기로 약정하였다. 丙은 위 매매계약에 따른 乙의 甲에 대한 매매대금 지급채무를 연대보증하였다.

이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 甲은 丁에게 乙에 대한 매매대금채권을 양도하면서 위 계약 내용 및 X 토지에 관하여 아직 소유권이전등기를 마쳐 주지 아니한 사실을 설명하였고, 같은 날 乙은 채권 양도에 대하여 이의 보류 없는 승낙을 하였다. 이후 丁이 乙에게 양수금의 지급을 청구할 경우 乙은 甲으로부터 소유권이전등기의무의 이행제공이 없었음을 이유로 丁의 청구를 거절할 수 없다.

연습문제5

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 24.] 채권양도에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄹ. 양도금지특약이 있는 채권의 양수인이 그 양수금의 지급을 청구하는 경우, 채권양수인은 자신이 양도금지특약을 알지 못하였고 알지 못한 데에 중과실이 없다는 점을 주장, 증명하여야 한다.

장래 채권 양도

문제점

채권자가 채권을 양도하고 싶은데, 사실 그 채권이 지금 가진 채권이 아니다. 그 것도 양도할 수 있는가?

장래 채권 양도 개념

장래 채권 양도란,

1. 대상?: 장래 발생할 채권을,
2. 양도시점?: 지금,
3. 유보?: 유보 없이(즉, 확정적으로) 양도하는 것을 말한다.

“장래 발생할 채권을 ...한 사유가 발생하면 양도하겠다.”라는 것은 “장래 채권 양도”가 아니다. 조건부 양도일 뿐이다.

허용 여부

다음 요건 아래에 허용한다.

1. 특정 가능
2. 발생 기대

95다7932: 장래의 채권도 양도 당시 [(i)] 기본적 채권관계가 어느 정도 확정되어 있어 그 권리의 특정이 가능하[다. 그리고] [(ii)] 가까운 장래에 발생할 것이 상당 정도 기대되는 경우[다. 이때]에는 이를 양도할 수 있다.

특정의 정도

95다21624: 채권양도에[서] 사회통념상 양도 목적 채권을 다른 채권과 구별하여 그 동일성을 인식할 수 있을 정도이면 그 채권은 특정된 것으로 보아야 [한다. 그리고] 채권양도 당시 양도 목적 채권의 채권액이 확정되어 있지 아니하였다 하더라도 채무의 이행기 까지 이를 확정할 수 있는 기준이 설정되어 있다면 그 채권의 양도는 유효[하다.]

사례

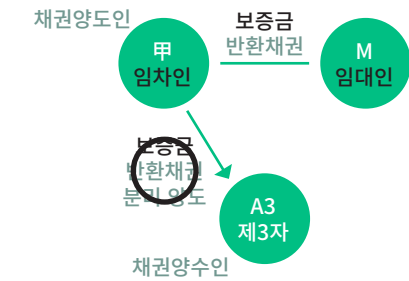
1. 甲이 M1에게 앞으로 받을 요양, 의료급여비가 있다. 甲은 장래 받을 요양, 급여채권을 A1에게 “지금” 양도할 수 있다.

2010다63836: 채권양도계약서에 양도채권으로 “채권양도인이 채권양도일 이후 제3채무자로부터 수령할 국민건강보험법에 [따른] 요양급여비용 및 의료급여법에 [따른] 의료급여비용”, 양도금액으로 “금 일십억 원”으로 각각 기재되어 있[다.]

2. 甲은 M2의 집을 수리해 주기로 하는 도급계약을 M2와 체결했다. 아직 공사중이라도, 甲은 향후 공사가 끝나면 받을 공사대금채권을 A2에게 “지금” 양도할 수 있다.

2007다7527: 공사의 경쟁입찰에 참가하여 낙찰자로 결정[됐다.] ... 낙찰자가 지방자치단체와 장차 공사도급계약을 체결하고 공사를 시공함에 따라 지방자치단체로부터 지급받게 될 공사대금채권[은 어떤가?] ... 그 발생의 기초가 확정되어 있어 채권의 특정이 가능할 뿐 아니라, 공사대금이 확정되어 있어 권면액도 있으며, 가까운 장래에 채권이 발생할 것이 상당한 정도로 확실시[된다. 따라서 현재 양도할 수 있다.]

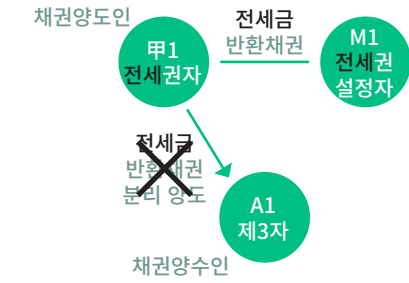
3. 甲은 임대차기간 종료 후에 발생할 집주인 M3에 대한 임대차보증금반환채권 역시 A3에게 “지금” 양도할 수 있다. 즉, 임대기간 중이라도 보증금반환채권의 확정적 분리양도를 할 수 있다.



2016다211309: 임대인의 임대차보증금 반환채무는 임대차계약이 종료된 때에 비로소 이행기에 도달[한다. 즉, 지금 양도하는 것은 장래채권의 양도다.]

2010다10276: 임차인으로부터 임차권과 분리하여 임차보증금반환채권만을 양수한 [사안이다. 그 자체는 가능하다.]

전세권(물 권적 전세)과 구별하라.



2001다69122: 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않는다.]

다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금 반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이다. 여기서 조건부 양도는 “장래 채권의 양도” 개념은 아니다.]

주의: 재산 분할 청구권의 양도성?

1. 이혼/상속 전: 재산 분할 청구권 미발생 → 성질상 양도 제한
2. 분할 협의 or 분할 심판 확정 전: 추상적 재산 분할 청구권 상태 → 성질상 양도 제한

민법 제449조(채권의 양도성) ① 채권은 양도할 수 있다. 그러나 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.

2015다61286: 이혼[에 따른] 재산분할청구권은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 ... 재산분할을 청구할 수 있는 권리[다.] ... 협의 또는 심판[으로] 구체적 내용이 형성되기 전까지는 범위 및 내용이 불명확, 불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없다. 따라서 ... 아직 발생하지 아니하였고 구체적 내용이 형성되지 아니한 재산분할청구권을 미리 양도하는 것은 성질상 허용되지 [않는다.]

3. 분할 협의 or 분할 심판 확정 후: 구체적 재산 분할 청구권 상태 → 양도 가능

2015다61286: [그러나] 법원이 이혼과 동시에 재산분할로서 금전의 지급을 명하는 판결이 확정된 이후부터 채권 양도의 대상이 될 수 있다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 35.] 甲과 乙의 이혼[에 따른] 재산분할청구권에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ㄷ. 재산분할청구권은 甲과 乙의 이혼이 성립한 때에 법적 효과로서 발생하므로, 협의 또는 심판[으로] 그 구체적 내용이 형성되기 전이라도 이혼 성립 후에는 채권양도의 대상이 될 수 있다.
-

채무자에 대한 대항요건

Requisites for Setting up Assignment Against Obligor

믿는 도끼에 발등 찍힌다. - 우리 속담

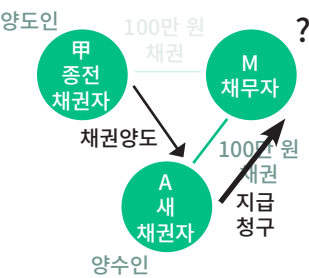
머리에

채권양도

- 1. 甲은 M에 대한 100만 원 채권을 A에게 양도했다.
- 2. 채권양도는 양도인과 양수인 사이의 합의(채권양도계약)만으로도 효력이 있다. 채무자는 채권양도계약의 당사자가 아니다.
- 3. 그래서 채무자 M이 모르는 사이에 채권이 양도될 수 있다.

당황한 채무자

- 1. 어느 날 M은 전화를 받고 깜짝 놀란다. 한 번도 만난 적 없는 A가 자기(A)가 채권자라면서 100만 원을 갚으라 요구한다.



- 2. 순간 채무자 M은 고민에 빠진다. 甲에게 갚아야 할지, A에게 갚아야 할지 모르겠다. 불안하다.

문제점

- 1. 채무자 M은 채권양수인 A의 청구에 응해야 할까?
- 2. 과연 어떤 경우에 채권양수인 A가 채무자 M에게 채권양도 사실을 주장할 수 있을까?

대항요건으로서의 통지, 승낙

머리에

- 1. 양수인이 채무자에게 채권양도 사실을 주장하려면, 통지(notice), 승낙(consent)이 필요하다.
- 2. 통지, 승낙은 채무자에 대한 대항요건(requisites for setting up assignment)이다.

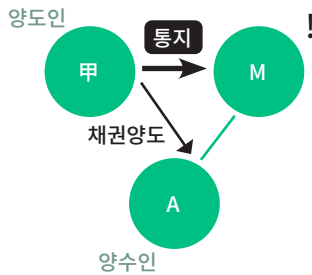
민법 제450조(지명채권양도의 대항요건) ① 지명채권의 양도는 **양도인이 채무자에게**
통지하거나 **채무자가 승낙**하지 아니하면 채무자 기타 제[3]자에게 대항하지 못한다.

대항요건이란, 이미 발생한 권리관계를 타인에게 주장할 수 있는 요건이다.

통지 개념

채무자에 대한 통지(notice to obligor): 채무자 M에게 “채권양도가 있다.”라는 사실을 알리는 것.

있.음.을. 알.리.는. 것.



채 권 양 도 통 지 서

수신: 민무자(1980. 12. 15.생, 서울 양천구 모동로 26)

1. 귀하의 일익 변창하심을 기원합니다.

2. 본인은 귀하와의 2023. 12. 5. 자 금전소비대차계약에 따른 100만 원의 대여금(이자 연 12%, 변제기 2024. 12. 4.) 채권(이하 “이 사건 채권”이라 합니다)을 보유하고 있습니다.

3. 본인은 2023. 5. 20. 이 사건 채권 전부를 안양수(1992. 6. 4.생, 서울 마포구 가배로 3)에게 양도했습니다.

4. 이에 본인은 귀하에게 위 양도 사실을 통지합니다. 귀하는 이 사건 채권에 따른 이행은 양수인인 위 안양수에게 하여 주시기 바랍니다.

2023. 5. 30.

양갑도(1977. 3. 22.생) 양 갑 도 (인)
서울 성북구 별빛오름로 5-4

1. 양도인 甲이 채무자 M에게 통지하는 구조다. 양수인 A가 통지하는 것이 아니다. 왜? 양수인 A의 통지만 있는 상황에서는, 채무자 M으로서는 실제로 채권양도가 됐는지를 믿을 수 없기 때문이다.

97도666전합: 우리 민법은 ... 채무자[M]에 대한 통지의 권능을 양도인[甲]에게만 부여하고 있다. 그러므로, 양도인[甲]은 채무자[M]에게 채권양도 통지를 하[는 등으로] ... 양수인[A]으로 하여금 채무자[M]에 대한 대항요건을 갖출 수 있도록 해 줄 의무를 부담[한다.]

2010다96911: 채권양도의 통지를 양수인[A]이 아니라 양도인[甲]이 하여야 대항요건으로서의 효력을 가지도록 정한 [이유는 무엇인가?] 종전의 채권자[甲]로서 스스로 처분을 [한] 양도인[甲]이 한 통지를 통하여 채무자[M]로 하여금 그 채권의 귀속에 관하여 명확한 인식을 가질 수 있도록 하려는 데 있[다.]

만일 양수인[A]이 채권양도의 통지를 할 수 있다고 하면, [어떤 문제가 있는가?] 채무자[M]로서는 과연 양도인[甲]과 양수인[A] 사이에 유효한 채권양도가 있었는지를 보다 파고들어 확인하는 번거로운 과정을 통[해서]만 채권의 귀속에 관하여 정확한 정보를 가지게 될 수 있다.

2. 법률행위(의사표시)가 아니다. 당사자가 원하는 대로 법률효과가 발생하는 것이 아니기 때문이다. 대항요건 구비라는 법률효과를 원하는지와 무관하게, 심지어 원하지 않더라도, 통지하면 대항요건 구비라는 법률효과가 발생한다.

94다19242: 채권양도의 통지는 양도인이 채무자에 대하여 [해당] 채권을 양수인에게 양도하였다는 사실을 알리는 **관념의 통지**이다.]

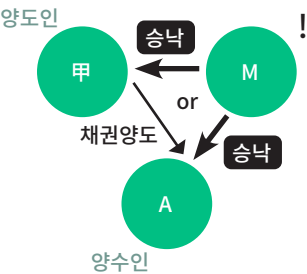
다만, 법률행위에 “준해” 법률행위 규정을 유추할 때는 있다.

94다19242: 법률행위의 대리에 관한 규정은 관념의 통지에도 유추적용된다.]

승낙 개념

채무자의 승낙(consent of obligor): 채무자 M이 “채권양도가 있다는 사실을 알고 있다.”라는 것을 알리는 것

알.고. 있.음.을. 알.리.는. 것.



- 1. 채무자가 양도인과 양수인 중 어느 쪽에 알리더라도 상관없다.
- 2. 엄밀히 말해 “동의”가 아니라 “시인”에 가깝다. 법률행위(의사표시)가 아니다. 대항요건 구비라는 법률효과를 원하는지와 무관하게, 심지어 원하지 않더라도, 승낙(시인)하면 대항요건 구비라는 법률효과가 발생하기 때문이다.

2011다83110: [채권양도에 관한 민법 조항에서] ‘승낙’이[란] 채무자가 채권양도 사실에 관한 인식을 표명하는 것으로서 이른바 **관념의 통지**에 해당[한다.]

2010다96911: 여기서 ‘승낙’은 그 말의 통상적인 뜻과는 달리 채무자[M]가 채권양도의 사실을 ‘알고 있음’을 밝히는 것을 말한[다.]

다만, 법률행위에 “준해” 법률행위 규정을 유추할 때는 있다.

통지, 승낙 여부에 따른 처리

채권양수인 A와 채무자 M이 다투면, 누가 이기는가?

- 1. 통지나 승낙이 있었다면? 채권양수인 A가 이긴다. 즉, A는 M에게 채권양도 사실을 주장할 수 있다. A가 M을 상대로 돈 갚으라는 취지로 소를 제기하면, A는 승소할 수 있다.
- 2. 반대로 통지나 승낙이 없었다면? 채무자 M이 이긴다. 즉, A는 M에게 채권양도 사실을 주장할 수 없다. A가 M을 상대로 돈 갚으라는 취지로 소를 제기하면, A는 패소한다.

기준시점

통지는 채무자“에 대한” 것이다. 승낙은 채무자“의” 것이다. 당연하다.

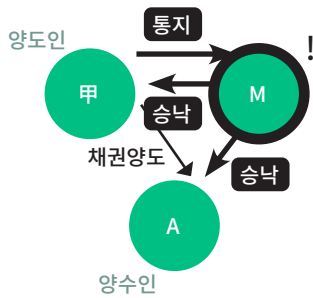
97도666전합: 우리 민법은 [채권양도의] ... 대항요건으로서 채무자[M]**에 대한** 양도의 통지 또는 채무자[M]**의** 양도에 대한 승낙을 요구[한다.]

그래서 통지, 승낙 기준시점도 다음과 같다.

- 1. 통지는 도달 시(수신 시): 즉, 발송 시가 아니다.
- 2. 승낙은 발송 시(발신 시): 즉, 도달 시가 아니다.

정확히 그 시점에 채무자 인식을 인정할 수 있기 때문이다.

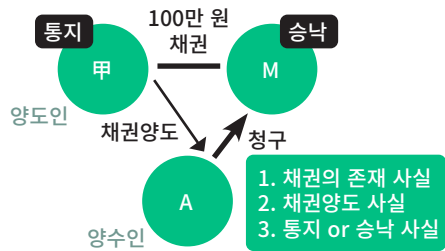
93다24223전합: 채권**양도에 대한 채무자[M]의 인식**, 즉 ... 양도통지가 채무자[M]에게 도달한 일시 또는 ... 승낙의 일시의 선후에 [따라] 결정하여야 [한다.]



증명책임

양수인 A가 채무자 M을 상대로 돈을 달라는 소를 제기해서 승소하려면? 다음 사실을 모두 증명해야 한다.

- 1. 양도 대상의 채권이 존재한다는 사실(100만 원 채권의 존재 사실)
- 2. 채권양도 사실(채권양도계약 체결 사실)
- 3. 대항요건에 관한 사실(통지 또는 승낙 사실)



눈치챘는가? 이것이 바로 양수금청구의 요건사실(주요사실)이다.

68다164: 지명채권양도의 대항요건이 구비되었는지 여부를 확정하지 아니하고는 [양수인(A)]의 청구를 인용할 수 없다.

2010다96911: 종전의 채권자[甲]와 양수인[A] 사이에 채권의 양도에 관한 합의가 있었다는 것만에 이끌려 양수인[A]의 채무자[M]에 대한 채권 행사를 쉽사리 적법한 것으로 인정하[면] 안 된다. 만약 쉽사리 적법하다고 보[면], 위와 같은 대항요건의 구비를 요구함으로써 일반적으로 채권거래의 안정과 원활을 도모하려는 법의 취지가 물각[된다.]

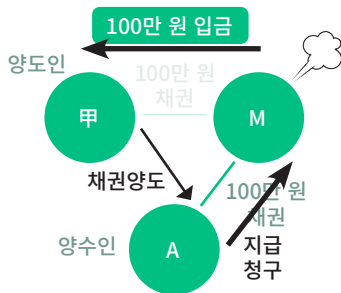
이해관계

문제 상황

- 1. 채권자 甲이 채무자 M에 대한 100만 원 채권을 제3자 A에게 양도한 사안
- 2. 채무자 M에 대한 통지 또는 채무자 M의 승낙도 있다고 하자.

채무자 M 입장

채무자 M은 “A의 100만 원 청구에 응할 수 없다.”라고 주장한다. 왜? 자기(M)는 메모해 둔 甲 계좌로 100만 원을 입금해서 이미 갚았기 때문에, 또 갚을 필요가 없다고 주장한다.



양수인 A 입장

양수인 A는 채권양도 합의만으로 이미 채권이 이전한 점을 강조한다. A는 “그 문제는 알아서 甲과 정리하고, 어쨌든 내(A)게 100만 원을 갚아라”라고 요구한다.

소결

채무자 M은 보호받을 수 있을까? 결국, 이 문제는, 다음 중 누구를 보호할 것인지 문제다.

- 1. 채무자 M을 보호할 것인가?
- 2. 채권양수인 A를 보호할 것인가?

쟁점마다 항상 이러한 이해대립 구조를 깨닫는 것이 중요하다.

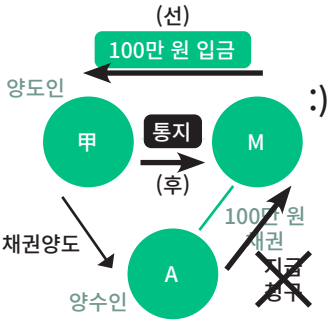
통지 경우 처리

개요

두 경우로 나눠 봐야 한다.

통지 전 사유

채무자 M은 통지받기 전 양도인 甲 사이에 발생한 사유를 주장할 수 있다.



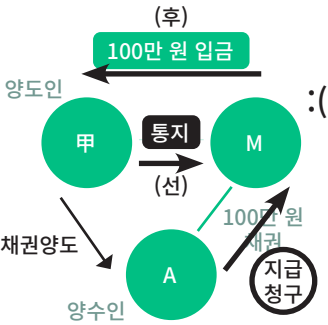
- 1. 채무자 M이 통지받기 전에 이미 양도인 甲에게 100만 원을 갚았다면? 채무자 M은 그걸로 끝이다.
- 2. 채무자 M은 양수인 A의 청구를 거절할 수 있다.
- 3. 왜? 통지받기 전에 채무자 M으로서, 양수인 A의 존재도 알 수 없었다. 그래서 기존 채권자 甲에게 갚았더라도, 채무자 M이 잘못된 것이 없다.
- 4. 그러므로 M을 보호해야 정당하다.

민법 제451조(승낙, 통지의 효과) ② 양도인[甲]이 양도통지만을 한 때에는 채무자[M]는 그 통지를 받은 때까지 양도인[甲]에 대하여 생긴 사유[예: 변제]로써 양수인[A]에게 대항할 수 있다.

93다35551: 위 “양도인에게 대항할 수 있는 사유”란 채권의 성립, 존속, 행사를 저지, 배척하는 사유[→ 오늘 배울 변제, 경계, 면제, 상계, 소멸시효 등]를 가리킨다.]

통지 후 사유

반대로, 채무자 M은 통지받은 후에 양도인 甲과 사이에 발생한 사유를 주장할 수는 없다.



- 1. 통지받은 후에 비로소 양도인 甲에게 100만 원을 송금했다면? “채무를 이미 갚았다.”라고 양수인 A에게 주장할 수 없다.
- 2. 채무자 M은 양수인 A의 청구를 거절하면 안 된다.
- 3. 왜? 통지받은 후에는 채무자 M은 양수인 A의 존재를 알 수 있었다. 양수인 A를 무시하고 기존 채권자 甲에게 갚았다면, 채무자 M이 잘못했다.
- 4. 그러므로 채무자 M을 보호할 필요가 없다.

민법 제451조(승낙, 통지의 효과) ② 양도인[甲]이 양도통지만을 한 때에는 채무자[M]는 그 통지를 받은 때까지 양도인[甲]에 대하여 생긴 사유[예: 변제]로써 양수인[A]에게 대항할 수 있다.

88다카4253: 임대인[M]이 임대차보증금반환청구채권의 양도통지를 받은 후... 임대인[M]과 임차인[甲] 사이에 임대차... 계약기간 연장에 관하여 ... 합의가 있[었던] 사안이다. 그러나 그 합의의 효과는 보증금반환채권의 양수인[A]에 대하여는 미칠 수 없다.

기준시점

채무자가 통지(notice)를 “받은 때”(수신 시)

민법 제451조(승낙, 통지의 효과) ② 양도인[甲]이 양도통지만을 한 때에는 채무자[M]는 그 통지를 받은 때까지 양도인[甲]에 대하여 생긴 사유로써 양수인[A]에게 대항할 수 있다.

채권자가 통지“한 때”가 아니다.

이의를 단 승낙 경우 처리

용어

이의를 단 승낙(consent with reservation)이란?

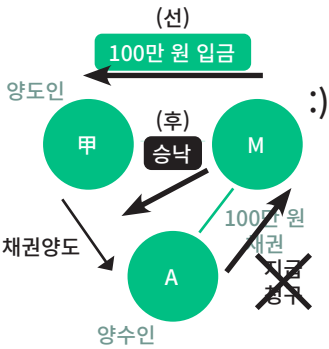
- 1. 채무자 M이 양도인 甲에 대한 항변사유를 그대로 간직한 채 하는 승낙.
- 2. 쉽게 말해, “일단 승낙하긴 하는데, 나중에 이의할 수 있다.”라는 뜻.
- 3. 뒷날 이의를 할 수 있도록, 이의권을 보존하게 된다.

개요

통지 경우와 같이, 두 경우로 나눠 봐야 한다.

승낙 전 사유

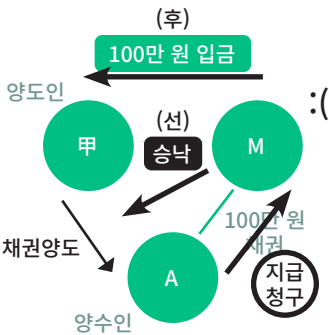
채무자 M은, 승낙을 하기 전에 양도인 甲과 사이에 발생한 사유로, 양수인 A에게 대항할 수 있다.



- 1. 승낙 전 양도인 甲에게 갚았다면? 채무자 M은 그걸로 끝이다.
- 2. 채무자는 양수인 A의 청구를 거절해도 된다.

승낙 후 사유

반대로, 채무자 M은 승낙을 한 후에 양도인 甲과 사이에 발생한 사유로는 양수인 A에게 대항할 수 없다.



- 1. 승낙한 후에 비로소 양도인 甲에게 100만 원을 송금했다면? “채무를 이미 갚았다.”라고 양수인 A에게 주장할 수 없다.
- 2. 채무자 M은 양수인 A의 청구를 거절하면 안 된다.

기준시점

채무자가 승낙(consent)을 “한 때”(발신 시)

채권자가 승낙을 “받은 때”가 아니다.

단순승낙(이의를 달지 않은 승낙) 경우 처리

용어

단순승낙(이의를 달지 않은 승낙; consent without reservation)이란?

- 1. 채무자 M이 양도인 甲에 대한 항변사유를 잃으며 하는 승낙.
- 2. 쉽게 말해, “승낙하며, 나중에 이의할 수도 없다.”라는 뜻이다.
- 3. 이의를 달지 않았기 때문에, 뒷날 이의를 할 수 없다.

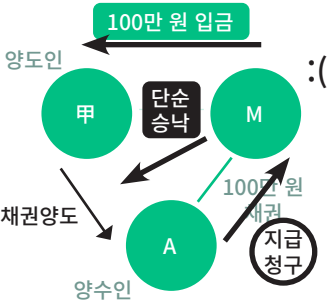
“이의를 달지 않고”를 법전에서는 “이의를 보류(保留)하지 않고”라 표현한다. 그러나 사실 일상 용어로 보류(保留)는 이미 그 자체로 “일단은 안 하겠다.”라는 부정적(negative) 의미가 있다. 즉, 일상 용어로 “이의를 보류하지 않고”라 하면, 오히려 “이의를 일단은 안 하지는 않고”, 즉 “이의를 달고”라는 뜻이 된다. 입법 의도와 정반대 뜻으로 오해를 불러일으켜 일반인은 물론 법률가에게도 혼란을 주고 있다. 빨리 개정해야 한다.

민법 제451조(승낙, 통지의 효과) ① 채무자가 이의를 보류하지 아니하고 ...

헛갈리면, 다음과 같이 기억하라. 법전의 보류 = 달다. 법전의 보류안 = 달지안.

개요

승낙 전후로 나누어 보더라도, 결론은 같다.



승낙 전 사유

1. 채무자 M이 승낙을 하기 전에 이미 양도인 甲에게 100만 원을 갚았다면? 그렇더라도, 양수인 A의 100만 원 청구를 거절할 수가 없다.
2. 채권양도 승낙 시 이의를 달지 않았기(without reservation) 때문이다.
자업자득이다. 스스로 실수했으면, 스스로 고통을 감내해야 한다(*Damnum quod quis sua culpa sentit sibi debet non aliis imputare*; If someone does wrong, he should blame himself for the harm that he suffers).

승낙 후 사유

1. 채무자 M이 승낙을 한 후 양도인 甲에게 100만 원을 갚았다면? 당연히, 양수인 A의 100만 원 청구를 거절할 수 없다.
2. 승낙 후 발생한 사유에 불과하기 때문이다.

기준시점?

1. 어느 모로 보나, 단순승낙(이의를 달지 않은 승낙)한 채무자 M은, 양수인 A의 청구를 거절하면 안 된다.

민법 제451조(승낙, 통지의 효과) ① 채무자[M]가 이의를 보류하지 아니하고[→ 이의를 달지 않고 채권양도] 승낙을 한 때에는 양도인[甲]에게 대항할 수 있는 사유로써 양수인[A]에게 대항하지 못한다. ...

93다35551: 채무자[M]의 “[이의를 달지 않은 승낙]”은 민법 제451조 제1항 전단의 규정 자체로 보더라도 그의 양도인[甲]에 대한 항변을 상실시키는 효과[가 있다.]

2000다13887: 민법 제451조 제1항이 이의를 보류하지 않은 승낙[= 단순승낙]에 대하여 항변사유를 제한한 취지[는 무엇일까?] 이의를 보류하지 않은 승낙[= 단순승낙]이 이루어진 경우 양수인[A]은 양수한 채권에 아무런 항변권도 부착되지 아니한 것으로 신뢰하는 것이 보통이다. 그러므로 채무자[M]의 ‘승낙’이라는 사실에 공신력을 주어 **양수인[A]의 신뢰를 보호**하고 채권양도... 같은 거래의 안전을 꾀하기 위한 규정이다.]

2. 따라서 “승낙했다”는 사실이 중요하지, “언제 승낙했냐”가 특별히 문제 되지는 않는다. 기준시점이 큰 의미가 없다.

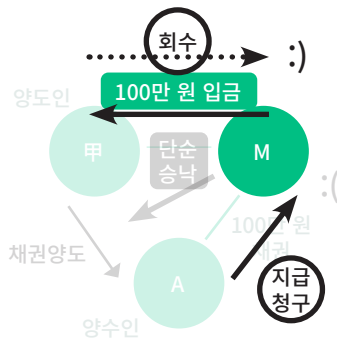
이중변제 위험과 대책

만약 채무자 M이 채권양도에 단순승낙한 사안에서,

1. 채무자 M은 이미 100만 원을 양도인 甲에게 송금한 상태다.
2. 채무자 M은 추가로 100만 원을 양수인 A에게 지급해야 한다.

이처럼, 채무자 M은 이중으로 변제해야 한다. 채무자 M이 아무리 단순승낙을 했더라도, 2배로 돈을 내라는 것은 너무 가혹하다. 그래서,

- 1. 채무자 M은 추가로 100만 원을 양수인 A에게 지급하는 대신,
- 2. 양도인 甲에게 잘못 냈던 100만 원은 돌려받을 수 있게 했다.



민법 제451조(승낙, 통지의 효과) ① ... 채무자[M]가 채무를 소멸하게 하기 위하여 양도인[甲]에게 급여한 것이 있으면 이를 회수할 수 있고 양도인[甲]에 대하여 부담한 채무가 있으면 그 성립되지 아니함을 주장할 수 있다.

이의를 단 승낙과 단순승낙의 구별

2017다222962: 채무자[M]가 이 조항에 따른 이의를 보류하지 않은 승낙[= 단순승낙]을 할 때에 명시적으로 항변사유를 포기한다거나 양도되는 채권에 대하여 이의가 없다는 뜻을 표시할 것까지 요구하지는 않는다.

그러나 [단순승낙]으로 말미암아 채무자[M]가 양도인[甲]에 대하여 갖는 대항사유가 단절되는 점을 [고려해야 한다].

채무자[M]가 이 조항에 따라 [단순승낙]을 했는지[는 어떻게 판단하나?] [i] 문제 되는 행위의 내용, [ii] 채무자[M]가 그 행위에 이른 동기와 경위, [iii] 채무자[M]가 그 행위로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의도, [iv] 그 행위를 전후로 채무자[M]가 보인 태도 등[을 종합적으로 고려해야 한다. 그리]하여 양수인[A]으로 하여금 양도된 채권에 대하여 대항사유가 없을 것을 신뢰하게 할 정도에 이르렀는지를 [고려]하여 판단해야 한다.

결론

정리

	통지	이의를 단 승낙	단순승낙
통지/승낙 전 사유	채무자는 양수인에게 대항 ○		채무자는 양수인에게 대항 ×
통지/승낙 후 사유	채무자는 양수인에게 대항 ×		

주의: 채무자는 양수인에게 대항○ = 양수인은 채무자에게 대항×

채권양도 대항요건 제도 의의

2010다96911: 어떠한 채권을 양수하...는 등으로 채권에 관하여 거래를 하고자 하는 사람[A]은 채권이 실제로 존재하는지, 그 내용은 어떠한지, 또 무엇보다 채권자[甲]가 누구인지 등에 관하여 가능한 한 확실한 정보를 얻고자 한다. 그러한 정보가 없으면 그 사람[A]은 양수... 거래를 [할 때] 명백한 불안을 안게 [된다. 그래서] 거래 자체를 꺼리거나 아니면 상대방[甲], 즉 채권을 양도...하려는 사람에게 현저히 불리한 조건이 아니면 양수...를 하지 않게 될 것이[다.] 한편 [이처럼] 상대방[甲]에게 현저히 불리한 조건의 거래는 당연히 상대방[甲] 측이 마다하게 된다.

따라서 재화의 원활한 유통에 큰 가치를 두는 우리 법은, [i] 부동산에 관하여는 등기를, [ii] 동산에 관하여는 점유를 이른바 공시방법으로 채택한 것과 같이, [iii] 지명채권에 관하여는 일반 제3자[A]가 채무자[M]에게 탐문함으로써 채권의 존재와 귀속 등에 관한 정보를 획득할 수 있도록 구상한 것이[다.] 채권양도의 사실을 채무자[M]에게 통지하는 것을 —채무자[M]의 ‘승낙’과 함께...— 채권양도의 기본적인 대항요건으로 요구하는 것이 바로 그 구상의 구체적인 예이다.

채권양도의 대항요건에 관한 법규정은 위와 같은 제도구상에 비추어 일반 거래이익을 도모, 증진한다는 관점에 충분한 비중을 두어 해석, 운용되어야 [한다.] 단지 관련 당사자의 직접적인 이익 간의 형량에 고착되어서는 안 된다.

제3자에 대한 대항요건

Requisites for Setting up Assignment Against Third Party

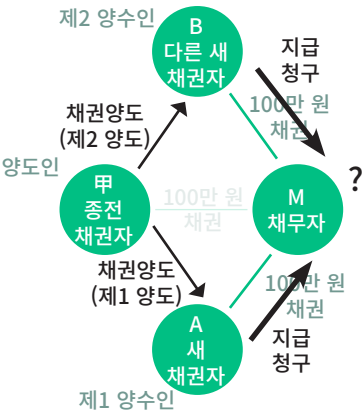
나는 언제나 경쟁과 함께했다. 경쟁은 피할 수 없고, 경쟁이 곧 삶이다. - 이천수

머리에

문제 상황

지금까지는 채권양도인 甲, 채권양수인 A, 채무자 M 이렇게 3명만 등장했다. 이제 조금 더 복잡한 경우를 생각해 보자.

- 1. 甲은 M에 대한 100만 원 채권을 A에 양도했다.
- 2. 甲은 같은 채권을 B에게도 양도했다.



문제점

채권의 이중양도가 있다면, 제1 양수인 A, 제2 양수인 B 중 누가 우선할까?

대항요건으로서의 통지, 승낙

통지, 승낙 필요

제1 양수인 A든 제2 양수인 B든 간에, 자기가 채권을 양수했다고 주장하려면, 채무자 M에 대한 통지 또는 채무자 M의 승낙이 있어야 한다.

민법 제450조(지명채권양도의 대항요건) ① 지명채권의 양도는 양도인[甲]이 채무자 [M]에게 통지하거나 채무자[M]가 승낙하지 아니하면 채무자[M] 기타 제[3]자에게 대항하지 못한다.

확정일자부 통지, 승낙 필요

그런데 이중양도가 문제 될 때는, 추가로, 그 통지, 승낙이 확정일자(certified fixed date) 있는 증서에 따른 것이어야 한다.

민법 제450조(지명채권양도의 대항요건) ② 전항의 통지나 승낙은 확정일자 있는 증서에 [따르]지 아니하면 채무자[M] 이외의 제[3]자[A 입장에서는 B, B 입장에서는 A]에게 대항하지 못한다.

소결

- 1. 채무자(M)에 대한 대항요건: 단순히 통지, 승낙
- 2. 양수인(A 또는 B)의 다른 양수인(B 또는 A)에 대한 대항요건: 확정일자부 통지, 승낙

확정일자 있는 증서

개요

- 1. 채권의 이중, 삼중양도가 있을 때, 여러 양수인들 사이에 누가 더 먼저 양수했는지 다툼이 생길 수 있다. 그래서 이를 분명히 하기 위해, 통지나 승낙에 날짜가 찍힌 증서를 요구한다.
- 2. 날짜를 나중에 바꿀 수 없도록 해야 한다. 확정일자 있는 증서(document with certified fixed date)가 필요하다.
- 3. 확정일자가 찍힌 서류로 통지, 승낙해야 한다는 의미다.

2009다49469: 여기서 ‘확정일자 있는 증서에 [따른] 통지나 승낙’은 통지나 승낙행위 자체를 확정일자 있는 증서로 하여야 한다는 것을 의미한다.

민법이 이처럼 ‘확정일자 있는 증서에 [따른] 통지나 승낙을 갖추도록 하[는] 취지는 [무엇일까?] 채권의 양도인[甲], 양수인[A] 및 채무자[M]가 통모하여 통지일 또는 승낙일을 소급함으로써 제3자의 권리를 침해하는 것을 방지하기 위한 것이다.

4. 이에 본인은 귀하에게 위 양도 사실을 통지합니다. 귀하는 이 사건 채권에 따른 이행은 양수인인 위 안양수에게 하여 주시기 바랍니다.

2023. 5. 30.

양갑도(1977. 3. 22.생) 양 갑 도 (인)
서울 성북구 별빛오름로 5-4



확정일자 제1513호

확정일자 있는 증서 개념

개인 사이의 문서에다, 공공기관이나 공증인이 날짜를 기재하고 공적으로 증명해 준다.

87다카2429: 확정일자란 증서에 대하여 그 작성한 일자에 관한 안전한 증거가 될 수 있는 것으로 법률상 인정되는 일자를 말[한다. 즉,] 당사자가 나중에 변경[할 수 없는] 확정된 일자를 가리킨다.] 확정일자 있는 증서란 위와 같은 일자가 있는 증서로서 민법 부칙 제3조[에서 정한] 증서를 말한다.

확정일자를 받는 여러 방법

1. 법원이나 등기소에 일자확정 청구: 법원, 등기소에 서류를 들고 가서, 확정일자를 받는다. 그 후, 확정일자가 찍힌 서류를 보내며 통지, 승낙한다.

민법 부칙(1958. 2. 22.) 제3조(공증력있는 문서와 그 작성) ① ... 법원서기의 확정일자인 있는 사문서는 그 작성일자에 대한 공증력이 있다.

④ ... 공무소에서 사문서에 어느 사항을 증명하고 기입한 일자는 확정일자로 한다.

사문서의 일자확정 업무처리에 관한 예규 제2조(담당공무원) ① 사문서에 대한 일자확정청구사건은 지방법원, 지원, 등기소에서 처리한다.

사문서의 일자확정 업무처리에 관한 예규 제4조(청구대상문서) ① 일자확정을 구하는 사문서는 문서작성인의 서명 또는 기명날인이 있는 문서의 원본이어야 한다.

사문서의 일자확정 업무처리에 관한 예규 제5조(청구인 등) ① 사문서의 소지자는 그 문서의 작성명의인이 아닌 경우에도 일자확정청구를 할 수 있다.

2004다17481: 승낙서를 첨부하여 ... 가압류를 신청하고, **법원공무원이** 가압류신청서를 접수하면서 이에 **접수일자를 표시하는 접수인**을 찍었다. 그렇다면 위 승낙서는 ... 당사자들이 나중에 그 작성일자를 변경하는 것이 불가능하다. 따라서] ... 가압류신청서에 찍힌 접수일자는 그 첨부서류인 승낙서에 대하여 민법 부칙 제3조 제4항[에서 정한] **확정일자에 해당**한다.]

2. 공증사무소에 일자확정 청구: 공증사무소에 서류를 들고 가서, 확정일자를 받는다. 그 후, 확정일자가 찍힌 서류를 보내며 통지, 승낙한다.

민법 부칙(1958. 2. 22.) 제3조(공증력있는 문서와 그 작성) ① 공증인...의 확정일자인 있는 사문서는 그 작성일자에 대한 공증력이 있다.

공증인법 제1조의2(용어의 뜻) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “공증인”이란 제2조에서 정하는 공증(公證)에 관한 직무를 수행할 수 있도록 ... 제15조의2에 따라 공증인가를 받은 자(이하 “인가공증인”이라 한다)를 말한다.

공증인법 제15조의2(공증인가) ① 법무부장관은 다음 각호의 요건을 모두 갖춘 자에 대하여 공증인가를 ...할 수 있다.

1. 「변호사법」에 따라 설립된 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합(이하 “법무법인등”이라 한다)일 것

공증인법 제15조의3(공증담당변호사의 지정 등) ① 인가공증인은 구성원 변호사 중에서 2명 이상의 공증담당변호사를 지정...하여야 한다. ...

공증인법 제15조의5(공증담당변호사의 지위) 공증에 관한 법령을 적용할 때에는 그 성격에 반하지 아니하는 한 **공증담당변호사를 공증인으로 본다.**

2025두32055: 실제 인가공증인의 공증에 관한 직무가 공증담당변호사[를 통해] 이루어지는 점을 고려하여, 공증인법 제15조의5는 [위와 같이] 규정하고 있다.

확정일자자는 “그 날 그 문서가 존재하고 있었다.”라는 확인에 불과하다. 누가 그 문서를 어떤 내용으로 작성하였는지까지는 공증인이 확인해 주지 않는다. 그래서 비용도 매우 싸다.

공증인 수수료 규칙 제22조(사서증서의 확정일자) 사서증서에 확정일자를 붙이는 경우에는 그 수수료는 1천 원으로 한다.

3. 공증사무소에 공정증서(notarial deeds) 작성 요청(촉탁): 공증사무소에 서류(통지서, 승낙서) 작성을 요청한다. 그렇게 작성된 서류의 정본을 발급받아, 이 서류로 통지, 승낙한다.

23230-03231 일 96. 2. 4. 승인	공증 인가 법무법인 페이크	서울 강남구 도전로 77, 재석빌딩 405호 전화 02-656-1234, 팩스 02-654-0000
증서 2023 년 제 909 호		
채권양도동의서 공정증서		
본 공증인은 당사자들의 촉탁에 따라 다음의 법률행위에 관한 진술의 취지를 청취하여 이 증서를 작성한다.-----		
채무자와 양갑도(1977. 3. 22.생, 서울 성북구 별빛오름로 5-4)와의 2022. 12. 5. 자 금전소비대차계약에 따른 위 양갑도의 100만 원의 대여금(이자 연 12%, 변제기 2024. 12. 4.) 채권(이하 “이 사건 채권”이라 한다)에 관하여, 채무자는 위 양갑도가 이 사건 채권 전부를 안양수(1992. 6. 4.생, 서울 마포구 가배로 3)에게 양도하는 것 을 인지하고 있으며, 이에 아무런 이의 없이 동의한다.-----		

이 증서는 2023년 5월 30일 이 사무소에서 작성하였다.		
공증사무소 명칭 법무법인 페이크		
소 속 서울중앙지방검찰청		
소재지 표시 서울 강남구 도전로 77, 재석빌딩 405호		
공증인 공증담당변호사 최허무 (인)		

공증인법 제2조(공증인의 직무) 공증인은 ... 다음 각호의 사무를 처리하는 것을 직무로 한다. 공증인은 위 직무에 관하여 공무원의 지위를 가지는 것으로 본다.

2. 사서증서(私署證書)..에 대한 인증

공증인법 제57조(인증 방법) ① 사서증서의 인증은 촉탁인으로 하여금 공증인 앞에서 사서증서에 서명 또는 날인하게 하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 본인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 증서에 적는 방법으로 한다.

민법 부칙(1958. 2. 22.) 제3조(공증력있는 문서와 그 작성) ④ 공정증서에 기입한 일자...는 확정일자로 한다.

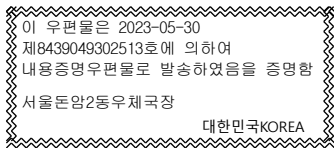
2010다8310: 서류에 채무자[M]의 승낙서...를 첨부하여 공증담당 변호사로부터 **사서증서 인증**을 받은 사안[이다.] 그 인증서에 기입한 날[짜]는 첨부서류인 [서류]에 대한 민법 부칙(1958. 2. 22.) 제3조 제4항의 **확정일자**에 해당한다[.]

5. 우체국에 내용증명(contents certification) 우편 신청: 우체국에 서류를 들고 가서, 내용증명으로 보내 달라고 한다. 내용증명우편물이라는 점과 날짜가 찍힌 스티커를 붙인 채 배달된다. 이로써 통지, 승낙이 이루어진다.

4. 이에 본인은 귀하에게 위 양도 사실을 통지합니다. 귀하는 이 사건 채권에 따른 이행은 양수인인 위 안양수에게 하여 주시기 바랍니다.

2023. 5. 30.

양갑도(1977. 3. 22.생) 양 갑 도 (인)
서울 성북구 별빛오름로 5-4



우편법 시행규칙 제25조(선택적 우편역무의 종류 및 이용조건 등) ① ... 선택적 우편역무의 종류는 다음 각호와 같이 구분한다.

1. 등기취급: 우편물의 취급과정을 기록[으로] 명확히 하는 우편물의 특수취급제도

4. 증명취급

가. 내용증명: 등기취급을 전제로 우체국창구 또는 정보통신망을 통하여 발송인이 수취인에게 **어떤 내용의 문서를 언제 발송하였다는 사실을 우체국이 증명**하는 특수취급제도

2007다47216: **확정일자** 있는 증서인 **내용증명우편**에 [다른] 채권양도의 통지[가] 있었던 사안이다[.]

이에 비교해, 배달증명 우편물은 확정일자 있는 증서에 해당하지 않는다.

우편법 시행규칙 제25조(선택적 우편역무의 종류 및 이용조건 등) ① ... 선택적 우편역무의 종류는 다음 각호와 같이 구분한다.

4. 증명취급

다. 배달증명 : 등기취급을 전제로 우편물의 배달일자 및 수취인을 배달우체국에서 증명하여 발송인에게 통지하는 특수취급제도

2001다80815: 배달증명[제4호 (다)목]...은 같은 항이 규정하는 내용증명(제4호 가목)과는 [다르다. 즉,] 우체국이 우편물의 내용을 확인하거나 거기에 확정일자를 기재하는 것이 아니라 단지 우편물의 배달만을 증명하기 위한 것에 불과하[다.] ... 배달증명만으로는 그 우편물이 확정일자 있는 증서로 된다고 할 수 없다.

6. 주택 임대차계약서 확정일자는 주민센터에서도 받을 수 있다.

주택 임대차 계약서

임대인: 이대인(601119-1234567, 전주시 덕진구 화창2길 24-3, 010-1212-0909)

임차인: 김차인(850216-1010101, 서울 마포구 올림픽북로 475, 905호, 010-5050-5050)

제1조(임대차목적물) 임대차목적물은 "서울 마포구 올림픽북로 475, 905호 93.09㎡ 전부"로 한다.

제2조(임대차보증금) 임대차보증금은 3억 5,000만 원으로 한다.

제3조(월차임) 관리비 이외에 이 계약의 월차임은 없는 것으로 한다.

제4조(임대차기간) 임대차기간(존속기간)은 2023년 6월 30일부터 2025년 6월 29일(24개월)로 한다.

2023년 6월 29일

임대인: 이대인(전주시 덕진구 화창2길 24-3) 이 대 인 (인)

임차인: 김차인(서울 마포구 올림픽북로 475, 905호) 김 차 인 (인)

확정일자
서울 마포구 상암2동
20 23. 7. 3.
(확정일자번호 253)

주택임대차법 제3조의2(보증금의 회수) ② [주택임대차의] 대항요건(對抗要件)[= 인도 + 주민등록]과 임대차계약증서...상의 확정일자(確定日字)를 갖춘 임차인[= 인도 + 주민등록 + 확정일자 주택임차인]은 「민사집행법」에 따른 경매...를 할 때에 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금(換價代金)에서 후순위권리자(後順位權利者)나 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제(辨濟)받을 권리가 있다.

주택임대차법 제3조의6(확정일자 부여 및 임대차 정보제공 등) ① 제3조의2 제2항의 확정일자는 주택 소재지의 읍, 면사무소, 동 주민센터 또는 시..., 군, 구...의 출장소, 지방법원 및 그 지원과 등기소 또는 「공증인법」에 따른 공증인...이 부여한다.

7. 상가 임대차계약서 확정일자는 세무서에서도 받을 수 있다.

오피스텔 임대차 계약서

임대인: 임상대(770406-1234567, 서울 강서구 안온로 33, 010-1212-1010)

임차인: 차상인(850815-1221122, 서울 마포구 올림픽북로 675, 010-5050-5050)

제1조(임대차목적물) 이 계약의 임대차목적물은 “서울 마포구 올림픽북로 20, 107호 48.2㎡ 전부”로 한다.

제2조(임대차보증금) 이 계약의 임대차보증금은 5,000만 원으로 한다.

제3조(월차임) 관리비 이외에 이 계약의 월차임은 [별지] 기준에 따른 매출액의 15%로 하되, 월 40만 원 이상으로 한다.

제4조(임대차기간) 이 계약의 임대차기간(존속기간)은 2023년 7월 1일부터 2026년 6월 30일(36개월)로 한다.

2023년 6월 29일

임대인: 임상대(서울 강서구 안온로 33)

임 차 인 (인)

임차인: 차상인(서울 마포구 올림픽북로 675)

차 상 인 (인)

확

정

일

자

제123-2023-

5

0

3

4

5

6

호

20

23

년

7

월

3

일

마

포

세

무

서

장

(인)

282 제6강 채권 이전과 소멸

상가임대차법 제5조(보증금의 회수) ② [상가임대차의] 대항요건[= 인도 + 사업자등록]을 갖추고 관할 세무서장으로부터 임대차계약서상의 확정일자 받은 임차인[= 인도 + 사업자등록 + 확정일자 상가임차인]은 「민사집행법」에 따른 경매... 시 임차건물(임대인 소유의 대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다.

상가임대차법 제4조(확정일자 부여 및 임대차정보의 제공 등) ① 제5조 제2항의 확정일자는 상가건물의 소재지 관할 세무서장이 부여한다.

이상 내용 자체가 시험에 나오는 것은 아니다. 그러나 구조를 이해하기 위해 참고로 알아 두자. 나중에 집행법, 형사 문서범죄를 공부할 때도 도움 될 것이다.

양수인들 사이 관계

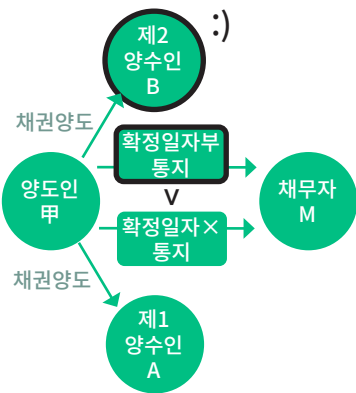
문제점

제1 양수인 A, 제2 양수인 B 모두 채권양도 통지 또는 승낙을 갖추었다면, 양수인들(A, B) 중 누가 채권자라 할 수 있을까?

양수인들 중 1명만 확정일자 있는 증서 요건을 갖춘 경우?

확정일자 있는 증서를 갖춘 양수인이 무조건 우선한다. 예를 들어,

- 1. 제1 양도 통지는 확정일자 없이(문자메시지, 말, 일반 서류 등) 했고,
 - 2. 제2 양도 통지는 확정일자 있는 증서에 의했다면,
- 무조건 제2 양수인 B가 우선한다.



시간적 선후는 상관없다. 설령 제1 양도가 더 먼저라도, 제1 양도가 우선하는 것이 아니다. 제1 양도 통지를 받은 날이 더 먼저라도, 제1 양도가 우선하는 것도 아니다. 즉, 확정일자는 오로지 “있냐 없냐”만이 관건이다.

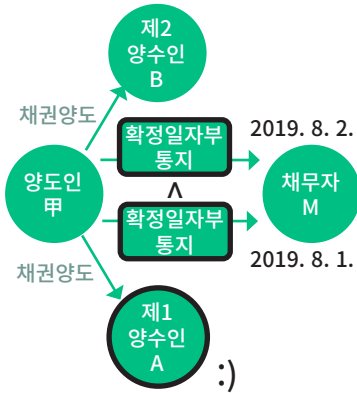
민법 제450조(지명채권양도의 대항요건) ② 전항의 통지나 승낙은 확정일자 있는 증서에 따르지 아니하면 채무자 이외의 제[3]자에게 대항하지 못한다.

2011다83110: 채권이 이중으로 양도된 경우[다.] ... 확정일자 있는 증서에 [따르]지 아니한 통지나 승낙이 있는 채권양도의 양수인[A]은 확정일자 있는 증서에 [따른] 통지나 승낙이 있는 채권양도의 양수인[B]에게 대항할 수 없다.

양수인들 모두 확정일자 있는 증서 요건을 갖춘 경우?

대항요건(통지, 승낙)을 먼저 갖춘 양수인이 우선한다. 예를 들어,

- 1. 제1 양도에 관한 확정일자 있는 통지는 채무자 M이 2019. 8. 1.에 받았고,
 - 2. 제2 양도에 관한 확정일자 있는 통지는 채무자 M이 2019. 8. 2.에 받았다면,
- 제1 양수인 A가 우선한다.



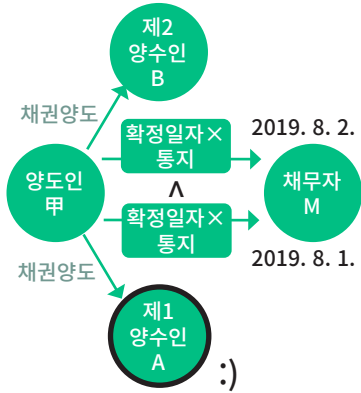
“확정일자 발급 일자” 선후는 상관없다. 제1 양도 통지 증서는 2019. 7. 29. 자 확정일자를 받은 것이고, 제2 양도 통지 증서는 2019. 7. 28. 자 확정일자를 받은 것이라 하자. 그렇더라도 여전히 제1 양수인 A가 우선한다. 확정일자는 “있냐 없냐”가 중요하지, 확정일자가 며칠 자인지는 전혀 상관없다.

93다24223전합: 채권이 이중으로 양도된 경우의 양수인 상호 간의 우열은 통지 또는 승낙에 붙여진 확정일자의 선후에 [따라] 결정할 것이 아니[다.] 채권양도에 대한 채무자의 인식[즉 확정일자 있는 양도통지가 채무자에게 도달한 일시 또는 확정일자 있는 승낙의 일시]의 선후에 [따라] 결정하여야 [한다.]

양수인들 중 확정일자 있는 증서 요건을 아무도 갖추지 못한 경우?

대항요건(통지나 승낙)을 먼저 갖춘 양수인이 우선한다. 예를 들어,

- 1. 제1 양도에 관한 통지는 채무자 M이 2019. 8. 1.에 받았고,
 - 2. 제2 양도에 관한 통지는 채무자 M이 2019. 8. 2.에 받았다면,
- 제1 양수인 A가 우선한다.



71다2048: 확정일자 [있는] 증서에 [따르]지 아니하[고] 채무자[M]가 일단 채권양도의 통지를 받고 그 양수인[A]에게 변제할 것을 승낙하였[다.] 그 후에 채권이 이중양도되어 채무자[M]가 다시 위 채권의 양도통지(확정일자 [있는] 증서에 [따르]지 아니하)를 받[았다.] 그런데, 채무자 M은 그 이중양수인[B]에게 변제를 하였[다.] 그렇[더라도], 채무자 [M]는 [제]1차양수인[A]에게 채무를 변제할 의무가 있다.

사례

1. 甲 → A 제1 채권양도(확정일자○): 채권은 A에 귀속○

2015다46119: 양도인[甲]이 지명채권을 제1 양수인[A]에게 1차로 양도한 다음 제1 양수인[A]이 그에 따라 확정일자 있는 증서에 [따른] 대항요건을 적법하게 갖추었[다.] 그렇[다]면 이로써 채권이 제1 양수인[A]에게 이전하고 양도인[甲]은 채권에 대한 처분권한을 상실[한다.]

2. 甲 → B 제2 채권양도(확정일자×): 채권은 B에 귀속×

2015다46119: 그 후 양도인[甲]이 동일한 채권을 제2 양수인[B]에게 양도하였더라도 제2 양수인[B]은 채권을 취득할 수 없다.

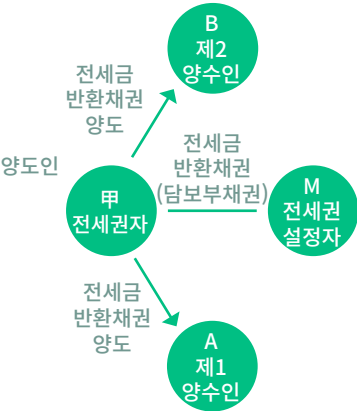
3. 甲-A 사이 제1 채권양도 합의해지: 채권은 甲에 복귀○ (B에 귀속×)

2015다46119: 제2차 양도계약 후 양도인[甲]과 제1 양수인[A]이 제1차 양도계약을 합의해지 한 다음 제1 양수인[A]이 그 사실을 채무자[M]에게 통지함으로써 채권이 다시 양도인[甲]에게 귀속하게 되었[다.]

[그렇]더라도 특별한 사정이 없는 한 양도인[甲]이 처분권한 없이 한 제2차 양도계약이 채권양도로서 유효하게 될 수는 없[다.] 그러므로 그 [때문에] 제2 양수인[B]이 당연히 채권을 취득하게 된다고 볼 수는 없다.

전세종료 후 전세금반환채권 양도와 대항요건

전세종료 후 전세금반환채권이 2중 양도 되었다면?



- 1. 마찬가지로. 확정일자 있는 증서 요건을 갖춘 양수인이 우선한다. 같다면, 대
항요건(통지, 승낙)을 먼저 갖춘 양수인이 우선한다.
- 2. 전세권이전등기를 갖추었는지가 기준이 아니다.

2003다35659: 존속기간의 경과로서 본래의 용익물권적 권능이 소멸하고 담보물권적 권능만 남은 전세권에 대해서도 그 피담보채권인 전세금반환채권과 함께 제3자에게 이를 양도할 수 있다. 그렇지만 이 경우에는 민법 제450조 제2항[에서 정한] **확정일자 있는 증서**에 [따른] 채권양도절차를 거치지 않는 한 위 전세금반환채권의 압류, 전부 채권자 등 제3자에게 위 전세보증금반환채권의 양도사실로써 **대항**할 수 없다.

전세기간 만료 이후 전세권양도계약 및 전세권이전의 부기등기[→ 전세권이전등기]가 이루어진 것만으로는 전세금반환채권의 양도에 관하여 확정일자 있는 통지나 승낙이 있었다고 볼 수 없다. 즉, 전세권이전등기]로써 제3자인 전세금반환채권의 압류, 전부 채권자에게 대항할 수 없다.]

연습문제1

2022년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 29.] 채권양도에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

③ 甲은 丙에 대한 채무의 담보명목으로 甲의 乙에 대한 대여금채권을 丙에게 양도하고 乙에게 확정일자 있는 증서로 양도통지를 하였다. 이후 甲이 동일한 채권을 丁에게 양도한 후 甲과 丙이 양도계약을 합의해지하고 丙이 그 사실을 乙에게 통지함으로써 채권이 다시 甲에게 귀속하게 되었다라고, 그 [때문에] 丁이 당연히 채권을 취득한다고 할 수 없다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 24.] 甲과 乙은 甲 소유의 X 토지를 乙이 매수하는 계약을 체결하면서 매매대금은 X 토지의 인도 및 소유권이전등기[를 마치고] 동시에 지급하기로 약정하였다. 丙은 위 매매계약에 따른 乙의 甲에 대한 매매대금 지급채무를 연대보증하였다.

이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄷ. 甲이 乙에 대한 매매대금채권을 丁에게 양도하고 확정일자 있는 증서[로] 乙에게 이를 통지하였더라도, 甲이 乙에 대한 채권을 다시 戊에게 양도한 후에 甲과 丁 사이의 채권양도계약을 합의해지하고 합의해지 사실을 丁이 乙에게 통지하였다면 특별한 사정이 없는 한 戊는 乙에 대한 매매대금채권을 취득한다.

연습문제3

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 26.] 甲은 자기 소유 X 건물에 乙 앞으로 전세권을 설정해 주었다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 존속기간이 만료한 후 乙이 전세권과 함께 전세금반환채권을 양도하고 양수인 戊 앞으로 부기등기를 한 경우, 戊와 전세금반환채권의 압류, 전부 채권자 사이의 우열은 부기등기시점과 압류시점의 선후에 따라 정해진다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

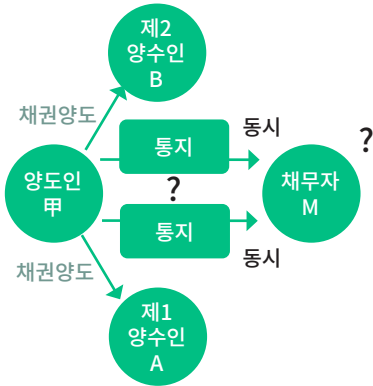
[문 22.] 전세권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

② 존속기간이 만료된 전세권과 함께 그 전세금반환채권을 양수한 자가 전세권 이전의 부기등기를 마친 경우, 채권양도의 대항요건을 갖추지 않았더라도 위 전세금반환채권의 압류, 전부채권자에게 위 전세금반환채권의 양수사실로써 대항할 수 있다.

통지가 동시에 도달한 경우

문제점

제1 양도통지와 제2 양도통지가 채무자 M에게 완전히 동시에 도달했다면?



1. 둘 중 하나만 확정일자 있는 증서에 의했다면, 해당 양수인이 이긴다.

- 2. 둘 다 확정일자 있는 증서에 따른 통지였다면, 우열을 가릴 수 없다.
- 3. 둘 다 확정일자 없는 통지였다더라도 우열을 가릴 수가 없다.

채무자의 선택 자유

- 1. 이럴 때에는 채무자 M으로서는 양수인들 중 누구에게든 1명에게만 갚아도 된다.
- 2. 채무자 M은 제1 양수인 A, 제2 양수인 B 중 누구에게 100만 원을 갚을지 선택할 수 있다. 선택은 자유다.

93다24223전합: 채권양도 통지... 등이 제3채무자[M]에 동시에 송달되어 그들 상호 간에 우열이 없는 경우에도 그 채권양수인[들(A, B)은] 모두 제3채무자[M]에 대하여 완전한 대항력을 갖추었[다. 그러]므로, 그 전액에 대하여 채권양수금...의 이행청구를 하고 적법하게 이를 변제받을 수 있[다.]

양자택일의 경우 채무자는 둘 중 하나를 이행하면 충분하다(*In alternativis sufficit alterutrum adimpleri*; In alternative obligations, it is sufficient that either one be performed).

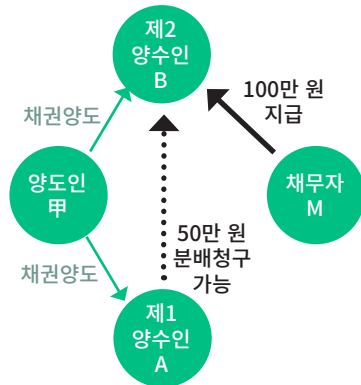
채무자의 면책

- 1. 채무자 M은 그걸로 끝이고, 자유다.
- 2. 제2 양수인 B를 선택해 100만 원을 갚았다면, 제1 양수인 A는 더는 채무자 M에게 돈을 달라고 할 수 없다.

93다24223전합: 제3채무자[M]로서는 이들 중 누구[예: B]에게라도 그 채무 전액을 변제하면 다른 채권자[예: A]에 대한 관계에서도 유효하게 면책[된다.]

양수인들 사이의 내부 정산

- 1. 양수인들 A, B 사이에 내부적으로 다시 정산할 필요는 있다.
- 2. 양수인들 A, B는 각각 50만 원씩 나눠 가져야 한다. 즉, A가 B에게 50만 원을 달라고 하면, B는 응해야 한다.



93다24223전합: 만약 양수채권액...의 합계액이 [채무자 M]에 대한 채권액을 초과할 때에는 그들[A, B] 상호 간에는 법률상의 지위가 대등하[다. 그러]므로 공평의 원칙상 [채권양수인들 A, B는] 각 채권액[100만 원, 100만 원]에 안분[50%: 50%]하여 이를 내 부적으로 다시 정산할 의무가 있다.

같은 날 도달 경우?

양 통지가 같은 날 도달한 경우,

- 1. 각각 정확한 도달 시각이 파악되면, 그에 따라 선후 관계를 정한다.
- 2. 정확한 시각 파악이 안 되면, 그냥 동시에 도달한 것으로 추정한다.

93다24223전합: 채권양도 통지[가]... 같은 날 도달되었는데 그 선후관계에 대하여 달리 [증명]이 없[다. 그렇다면] 동시에 도달된 것으로 추정한다.

결론

	확정일자부 vs 확정일자부	단순 vs 단순	확정일자부 vs 단순
대항요건 구비 선후	대항요건 “먼저 갚춘” 양수인이 우선 (같으면 우열 없음)		확정일자 “있는” 양수인 우선
확정일자 자체 선후	무관		

저당권 있는 채권의 변동

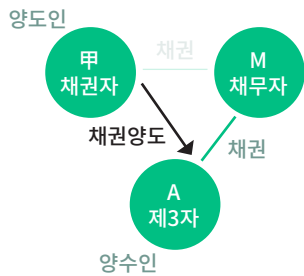
Alteration of a Mortgage-Secured Claim

법률의 목적은 재산의 취득, 보존, 감소로 이루어진다.
- L. De Mauri, Regulae Juris

복습

채권양도

채권양도(assignment of claim): 채권을 다른 사람에게 넘기는 것



민법 제449조(채권의 양도성) ① 채권은 양도할 수 있다. ...
2010다100711: 채권...의 양도[란] 채권의 귀속주체가 법률행위[로] 변경되는 것, 즉 법률행위에 [따른] 이전을 의미한다.

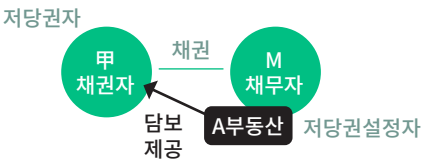
저당권

저당권(mortgage): 채무자가 채무를 불이행 할 경우 해당 부동산을 경매에 부쳐서 우선변제 받을 권리.

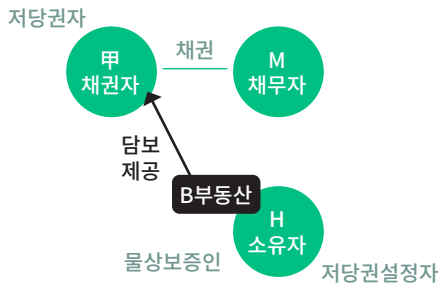
- 1. 저당권자(mortgagee): 저당권설정을 받은 채권자
- 2. 저당권설정자(mortgagor): 저당권설정을 한 사람
- 3. 피담보채권(secured claim): 담보를 확보한 위 채권

여기서,

- 1. 저당권설정자가 채무자일 수도 있다.



2. 저당권설정자가 채무자 아닐 수도 있다(물상보증).



민법 제356조(저당권의 내용) 저당권자[甲]는 채무자[M] 또는 제[3]자[H]가 점유를 이전하지 아니하고 채무의 담보로 제공한 부동산[A, B]에 대하여 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다.

저당권 있는 채권

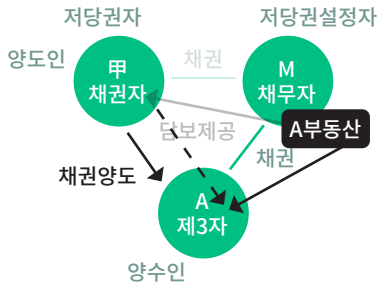
어떤 채권이 저당권으로 담보되었다고 하자. 그 채권을 저당권 있는 채권 (mortgage-secured claim)이라 부른다. 저당권 있는 채권이란, 결국 피담보 채권을 뜻한다.

저당권 있는 채권을 저당권부 채권이라고도 한다. 부(附)란, 부속하다 또는 첨부하다 정도의 뜻이다. 조건(기한) 있는 계약을 조건(기한)부 계약이라고도 하는 것과 마찬가지로.

담보물권의 수반성

원칙적으로,

- 1. 피담보채권과 저당권을 분리할 수 없다.
- 2. 즉, 피담보채권을 양도(처분)하면, 저당권도 따라 양도(처분)된다.



이것을 담보물권의 존속상(based on subsisting) 부종성, 즉 담보물권의 수반성이라 한다.

민법 제361조(저당권의 처분제한) 저당권은 그 담보한 채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다.

2024마6339: 저당권은 피담보채권과 분리하여 양도하지 못하는 것이어서 저당권부채권의 양도는 언제나 **저당권양도와 채권양도가 결합**되어 행해[진다.]

저당권 있는 채권의 양도

개념

저당권자가 저당권 있는 채권을 양도할 수 있다. 말 그대로, 저당권 있는 채권의 양도(assignment of a mortgage-secured claim)라 한다.

양도 결과

저당권 있는 채권의 양도를 하면,

- 1. 양수인(A)이 채권자로 될 것 같다.
- 2. 양수인(A)이 저당권자로도 될 것 같다.

채권양도 효력요건

양수인(A)이 새로운 채권자로 되려면? 즉, 채권양도가 유효하기 위한 요건(효력요건)은?

- 1. 양도인(甲)과 양수인(A) 사이의 채권양도 합의

2010다100711: 채권...의 양도[란] ... 법률행위에 [따른] [채권] 이전을 의미한다. 여기서 ‘법률행위’란 ... 통상 채권이 양도인[甲]에게서 양수인[A]으로 이전하는 것 자체를 내용으로 하는 그들[甲, A] 사이의 합의...를 가리[킨다.] 이는 ... 처분행위로서의 성질을 가진다.

2024마6339: 지명채권양도의 경우 채권을 이전하는 것을 목적으로 하는 ... **합의가 있으면** 양도 당사자 사이에 **채권이 이전**된다.

합의만으로 충분하다.

채권양도 대항요건

양수인(A)이 새로운 채권자로 되었음을 반박할 수 없게 하려면? 즉, 채권양도의 대항요건은?

- 1. 통지, or
- 2. 승낙

제3자에게 대항하려면 확정일자 요건까지 필요하다.

민법 제450조(지명채권양도의 대항요건) ① 지명채권의 양도는 양도인[甲]이 채무자[M]에게 통지하거나 채무자[M]가 승낙하지 아니하면 채무자[M] 기타 제[3]자에게 대항하지 못한다.

② 전항의 통지나 승낙은 확정일자 있는 증서에 [따르]지 아니하면 채무자[M] 이외의 제[3]자에게 대항하지 못한다.

민법 제451조(승낙, 통지의 효과) ① 채무자[M]가 이의를 보류하지[→ 달지] 아니하고 전조의 승낙을 한 때에는 양도인[甲]에게 대항할 수 있는 사유로써 양수인[A]에게 대항하지 못한다. 그러나 채무자[M]가 채무를 소멸하게 하기 위하여 양도인[甲]에게 급여한 것이 있으면 이를 회수할 수 있고 양도인[甲]에 대하여 부담한 채무가 있으면 그 성립되지 아니함을 주장할 수 있다.

② 양도인[甲]이 양도통지만을 한 때에는 채무자[M]는 그 통지를 받은 때까지 양도인[甲]에 대하여 생긴 사유로써 양수인[A]에게 대항할 수 있다.

2024마6339: 지명채권양도의 경우 채권을 이전하는 것을 목적으로 하는 ... 합의가 있으면 양도 당사자[甲, A] 사이에 채권이 이전된다. 그렇지만 이로써 채무자[M]에게 대항하려면 채권양도의 통지나 이에 대한 채무자의 승낙이 있어야 한다.]

저당권이전 효력요건

양수인(A)이 새로운 저당권자로 되려면? 즉, 저당권 이전이 유효하기 위한 요건(효력요건)은?

- 1. 양도인(甲)과 양수인(A) 사이의 저당권 이전 합의, and
- 2. 등기(저당권이전등기)

민법 제186조(부동산물권변동의 효력) 부동산에 관한 법률행위[에 따른] 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다.

2024마6339: 저당권양도의 경우 물권변동의 일반원칙에 따라 저당권을 이전할 것을 목적으로 하는 물권적 합의와 등기가 있으면 저당권이 이전된다.

채권양도 대항요건에 관한 양수인의 증명책임

- 1. 양수인(A) 신청에 따른 부동산 압류 단계(경매개시결정): 양수인(A)은 채권 양도 대항요건 증명책임을 지지 않는다.

민사집행법 제264조(부동산에 대한 경매신청) ① 부동산을 목적으로 하는 담보권을 실행하기 위한 경매신청[에]는 담보권이 있다는 것을 증명하는 서류를 내야 한다.

② 담보권을 승계한 경우에는 승계를 증명하는 서류를 내야 한다.

민사집행법 제268조(준용규정) 부동산을 목적으로 하는 담보권 실행을 위한 경매절차에는 제79조[부터] 제162조[까지]의 규정을 준용한다.

민사집행법 제83조(경매개시결정 등) ① 경매절차를 개시하는 결정에는 동시에 그 부동산의 압류를 명하여야 한다.

2024마6339: 저당권과 함께 피담보채권을 양수한 자는 저당권이전의 부기등기를 마치고 저당권실행의 요건을 갖추고 있는 한 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 않더라도 경매신청을 할 수 있다.] 이 경우 경매개시결정을 할 때 피담보채권의 양수인이 채권 양도의 대항요건을 갖추었다는 점을 증명할 필요는 없다.

2. 채무자(M)가 경매 진행을 다투는 단계(경매개시결정에 대한 이의 or 매각허가결정에 대한 항고): 양수인(A)은 채권양도 대항요건 증명책임을 진다.

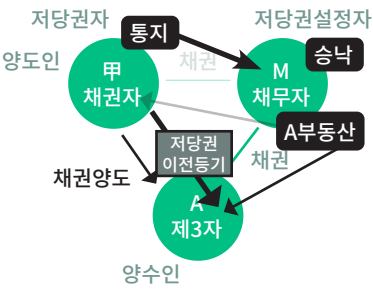
민사집행법 제268조(준용규정) 부동산을 목적으로 하는 담보권 실행을 위한 경매절차에는 제79조[부터] 제162조[까지]의 규정을 준용한다.

민사집행법 제86조(경매개시결정에 대한 이의신청) ① 이해관계인은 매각대금이 모두 지급될 때까지 법원에 경매개시결정에 대한 이의신청을 할 수 있다.

민사집행법 제129조(이해관계인 등의 즉시항고) ① 이해관계인은 매각허가여부의 결정에 따라 손해를 볼 경우에만 그 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있다.

2024마6339: 채무자[M]는 신청채권자[A]가 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였는데도 경매개시결정 또는 매각허가결정이 이루어졌음을 이유로 경매개시결정에 대한 이의신청이나 매각허가결정에 대한 즉시항고를 할 수 있다. 신청채권자[A]는 이에 따른 절차에서 채권양도의 대항요건을 갖추었음을 증명하여야 한다.

소결



2024마6339: 저당권은 피담보채권과 분리하여 양도하지 못하는 것이어서 저당권부 채권의 양도는 언제나 저당권양도와 채권양도가 결합되어 행해[진다. 그러]므로 저당권부 채권의 양도는 [i] 민법 제186조의 부동산물권변동에 관한 규정과 [ii] 민법 제449조 [부터] 제452조[까지]의 채권양도에 관한 규정에 [따라] 규율된다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 24.] 채권양도에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 저당권과 함께 피담보채권을 양수한 甲이 저당권이전의 부가등기를 마치고 저당권 실행의 요건을 갖추고 있는 한 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 않더라도 경매신청을 할 수 있고, 이 경우 경매개시결정을 할 때 甲은 채권양도의 대항요건을 갖추었다는 점을 증명할 필요가 없다.

근저당권 있는 채권의 양도

머리에

1. 앞서 저당권 있는 채권(처음부터 피담보채무가 확정되어 있음) 양도를 봤다.
2. 근저당권 있는 채권(처음부터 피담보채무가 확정되어 있지는 않음) 양도 경우는 어떨까?

복습: 근저당권

근저당(floating sum mortgage)이란,

1. 최고액만을 정해 놓고(예: 2억 5,000만 원),
2. 앞으로 생길 다수의 불특정한 채권을 피담보채권으로 하는,
3. 저당권.

근저당권자와 채무자 사이에는 기본 거래 관계가 있다.

민법 제357조(근저당) ① 저당권은 그 담보할 채무의 **최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류**하여 이를 설정할 수 있다. 이 경우에는 그 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 저당권에 영향을 미치지 아니한다.

부동산등기법 제75조(저당권의 등기사항) ② 등기관은 ... 저당권의 내용이 근저당권(根抵當權)인 경우에는 ... 다음 각호의 사항을 기록하여야 한다. 다만, 제3호 및 제4호는 등기원인에 그 약정이 있는 경우에만 기록한다.

1. 채권의 최고액
 2. 채무자의 성명 또는 명칭과 주소 또는 사무소 소재지
 3. 「민법」 제358조 단서의 약정
 4. 존속기간
-

95다53812: 근저당권이[란,] 계속적인 거래관계로부터 발생하고 소멸하는 불특정다수의 장래채권을 계산기에 계산하여 잔존하는 채무를 일정한 한도액의 범위 내에서 담보하는 저당권이[다. 그래서] 거래가 종료하기까지 채권은 계속적으로 증감변동[한다.]

복습: 피담보채무 확정

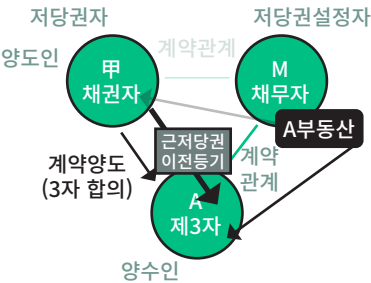
피담보채권은 유동, 교체되다가, 어느 시점을 기준으로 확정된다. 근저당권은 이제 확정 시의 채무만을 담보한다.

1. 경매신청을 한 근저당권자의 근저당권: “경매신청 시” 확정.
2. 경매신청을 하지 않은 근저당권자의 근저당권: “매수인의 매각대금 전부 납입 시” 확정.

피담보채무 확정 전 양도

계약상 채권자 지위 양도?

- 1. 계약양도로 근저당권 이전 가능.
- 2. 예를 들어, 근저당권자(甲), 양수인(A), 채무자(M) 3자 합의로, 양수인(A)이 근저당권자(甲)의 기본 거래 계약상 지위 자체를 양수해 승계했다.
- 3. 양수인(A)은 계약양도를 원인으로 근저당권이전등기를 마칠 수 있다.



기존 근저당권 순위를 유지하도록, 부기등기로 한다.

부동산등기법 제5조(부기등기의 순위) 부기등기(附記登記)의 순위는 주등기(主登記)의 순위에 따른다. ...

【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
3	근저당권설정	2022년7월25일 제1024호	2022년7월24일 설정계약	채권최고액 금70,000,000원 채무자 장무자 서울특별시 관악구 노루로 231-2(신림동) 근저당권자 모돈만 911204-***** 서울특별시 성북구 옛성로 7(보문동) 공동담보 토지 서울특별시 서초구 서초동 99-8
3-1	3번근저당권이전	2025년1월22일 제121호	2025년1월21일 계약양도	근저당권자 계수인 941120-***** 서울특별시 마포구 갈매기로 99(공덕동)

개별 채권의 양도?

- 1. 채권양도로 근저당권 이전 불가능.
- 2. 예를 들어, 근저당권자(甲), 양수인(A) 2자 합의로, 양수인(A)이 특정 채권을 양수해 승계했다.
- 3. 양수인(A)은 채권양도를 원인으로 근저당권이전등기를 마칠 수 없다.

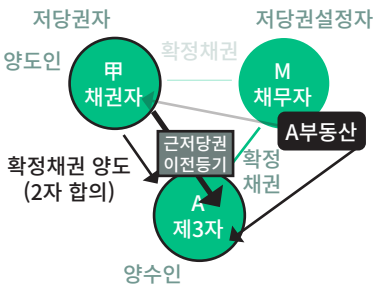
근저당권은 확정 시까지 변동하는 개개의 채권을 담보하는 것이 아니기 때문이다. 즉, 근저당권은 결산기에 남은 채권을 일정 한도액에서 담보하기 때문이다.

95다53812: 근저당권[에서는] 거래가 종료하기까지 채권은 계속적으로 증감변동[한다. 그러므로] 근저당 거래관계가 계속 중인 경우 즉 근저당권의 **피담보채권이 확정되기 전에** 그 채권의 일부를 **양도**하거나 대위변제한 경우 **근저당권이** 양수인이나 대위변제자에게 **이전할 여지가 없다.**

피담보채무 확정 후 양도

피담보채무가 확정되면, 채권최고액 한도가 있다는 것 빼고는 근저당권은 보통 저당권과 똑같다. 따라서,

- 1. 확정채권 양도로 근저당권 이전 가능.
- 2. 예를 들어, 근저당권자(甲), 양수인(A) 2자 합의로, 양수인(A)이 확정된 채권을 양수해 승계했다.
- 3. 양수인(A)은 확정채권 양도를 원인으로 근저당권이전등기를 마칠 수 있다.



역시 기존 근저당권 순위를 유지하도록, 부기등기로 한다.

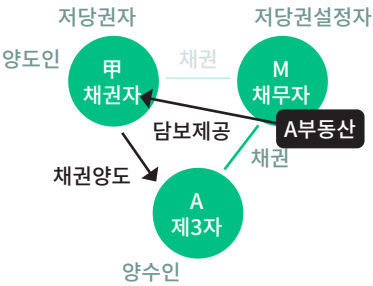
부동산등기법 제5조(부기등기의 순위) 부기등기(附記登記)의 순위는 주등기(主登記)의 순위에 따른다. ...

【 예 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
3	근저당권설정	2022년7월25일 제1024호	2022년7월24일 설정계약	채권최고액 금70,000,000원 채무자 장무자 서울특별시 관악구 노루로 231-2(신림동) 근저당권자 모돈만 911204-***** 서울특별시 성북구 옛성로 7(보문동) 공동담보 토지 서울특별시 서초구 서초동 99-8
3-1	3번근저당권이전	2025년1월22일 제120호	2025년1월21일 확정채권양도	근저당권자 황수인 960105-***** 서울특별시 강서구 미아로 12(공항동)

채권만의 분리 양도

문제점

저당권자 甲이 저당권 빼고 채권만을 양도하고 싶다.



- 1. 저당권과 분리해 채권만 양도할 수 있는가?
- 2. 그렇게 하면 무엇이 양도되나?
- 3. 양도하면 저당권은 어떻게 되는가?

분리 양도 가능성

- 1. 양도할 수 있다.
- 2. 존속상(based on subsisting) 부종성, 즉 수반성에 위반되지 않는다.

2003다61542: 담보권의 수반성이란 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 담보권도 함께 처분된다는 것[은] 아니[다]. 채권담보라고 하는 담보권 제도의 존재 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 담보권의 처분도 당연히 포함된다 고 보는 것이 합리적이라는 것일 뿐이[다].

양도 대상

- 1. 채권만 양도된다.
- 2. 즉, 저당권 없는 채권이 양도된다.

2003다61542: 피담보채권의 처분이 있[는데도] 담보권의 처분이 따르지 않는 특별한 사정이 있는 경우에는 [다음과 같이 처리한다.] 채권양수인[A]은 담보권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 [된다.]

저당권의 운명

- 1. 저당권은 소멸한다.
- 2. 소멸상(based on extinction) 부종성 때문이다.

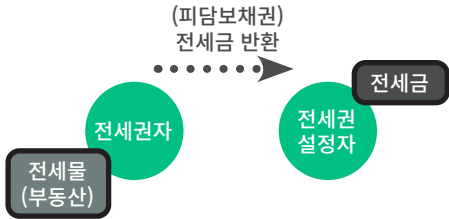
2003다61542: [위 경우] 채권의 처분에 따르지 않은 담보권은 소멸한다.

복습: 전세금반환청구권만의 분리 양도

물권적 전세에서 전세기간이 끝나면?

- 1. 전세권설정자의 의무: 전세금 반환
- 2. 전세권자의 의무: 부동산 반환(인도) + 전세권설정등기 말소

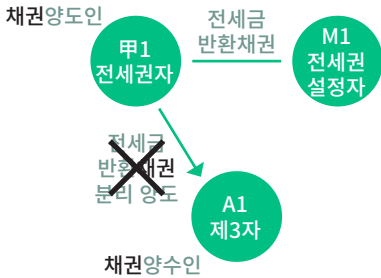
전세권설정등기는 전세권자 입장에서 전세금 반환채권을 담보하는 의미가 있다.



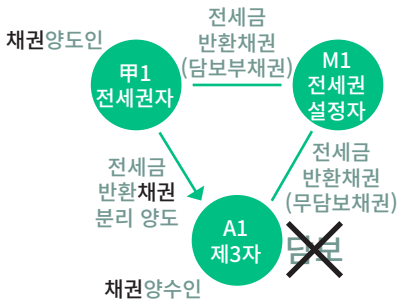
민법 제317조(전세권의 소멸과 동시이행) 전세권이 소멸한 때에는 전세권설정자는 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환하여야 한다.

전세권과 분리해 전세금반환청구권만 양도할 수 있는가?

- 1. 전세기간 중: 분리양도는 안 된다.



- 2. 전세종료 후: 이때는 분리양도 가능하다.



무담보의 채권을 양수한 것이 된다.

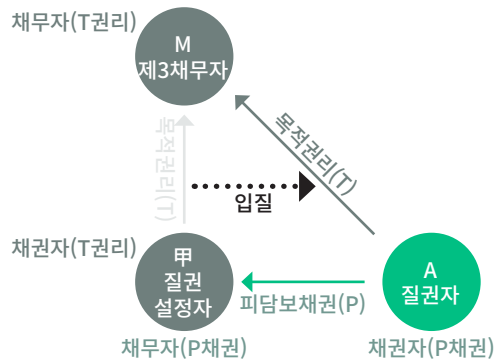
채권의 입질

복습: 권리질권 개념

권리질권(pledge of rights)이란?

- 1. 채권을,
- 2. 담보하기 위해,
- 3. 권리(right)를 넘겨받는 것(유치)을 내용으로 하는,
- 4. 물건

민법 제345조(권리질권의 목적) 질권은 재산권을 그 목적으로 할 수 있다. ...



여기서,

- 1. 질권자(pledgee): 담보 조로 권리(T)를 양수한 자(A)
- 2. 목적권리(pledged claim): 그 권리(T)
- 3. 제3채무자(garnishee): 목적권리에서 채무자(M)
- 4. 질권 성립(설정): 질권이 발생하는 것
- 5. 입질(pledge): 질권을 설정하는 것
- 6. 질권설정자(pledger): 질권을 설정해 준 자(목적권리 T의 채권자)(甲)
- 7. 피담보채권(secured claim): 채권자(A)의 채무자(甲)에 대한 채권(P)

복습: 권리질권의 목적권리

- 1. 채권, 주주권, 지식재산권 등은 목적권리(T)가 될 수 있다.
- 2. 그러나 지상권, 전세권, 부동산임차권 등은 목적권리(T)가 될 수 없다.

민법 제345조(권리질권의 목적) 질권은 재산권을 그 목적으로 할 수 있다. 그러나 부동산의 사용, 수익을 목적으로 하는 권리[→ 지상권, 전세권, 부동산임차권 등]는 그러하지 아니하다.

채권질권, 주주권질권, 지식재산권질권은 가능하다. 그렇지만 지상권질권, 전세권질권, 부동산임차권질권 같은 것은 세상에 없다. 아래에서는 채권이 목적권리인 권리질권, 즉 채권질권을 보자.

채권입질 효력요건

질권을 설정받는 자(A)가 질권자로 되려면? 즉, 채권입질이 유효하기 위한 요건(효력요건)은?

1. 질권설정자(甲)와 질권자(A) 사이의 채권입질 합의

민법 제346조(권리질권[→ 채권질권]의 설정방법) 권리질권[→ 채권질권]의 설정은 법률에 다른 규정이 없으면 그 권리[→ **채권**]의 양도에 관한 방법에 [따라]야 한다.

합의만으로 충분하다.

채권입질 대항요건

질권을 설정받는 자(A)가 질권자로 되었음을 반박할 수 없게 하려면? 즉, 채권입질의 대항요건은?

1. 통지, or
2. 승낙

제3자에게 대항하려면 확정일자 요건까지 필요하다.

민법 제349조(지명채권에 대한 질권의 대항요건) ① 지명채권을 목적으로 한 질권의 설정은 설정자[甲]가 **제450조의 규정에 [따라]** 제[3]채무자[M]에게 질권설정的事实을 통지하거나 제[3]채무자[M]가 이를 승낙함이 아니면 이로써 제[3]채무자[M] 기타 제[3]자[B]에게 **대항**하지 못한다.

② 제451조의 규정은 전항의 경우에 준용한다.

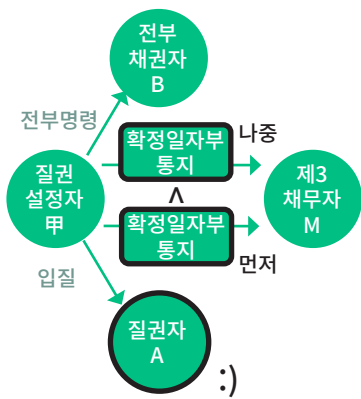
민법 제450조(지명채권양도의 대항요건) ① 지명채권의 양도는 양도인[甲]이 채무자[M]에게 **통지**하거나 채무자[M]가 **승낙**하지 아니하면 채무자[M] 기타 제[3]자[B]에게 대항하지 못한다.

② 전항의 통지나 승낙은 확정일자 있는 증서에 [따르]지 아니하면 채무자[M] 이외의 제[3]자[B]에게 대항하지 못한다.

민법 제451조(승낙, 통지의 효과) ① 채무자[M]가 이의를 보류하지[→ 달지] 아니하고 전조의 승낙을 한 때에는 양도인[甲]에게 대항할 수 있는 사유로써 양수인[A]에게 대항하지 못한다. 그러나 채무자[M]가 채무를 소멸하게 하기 위하여 양도인[甲]에게 급여한 것이 있으면 이를 회수할 수 있고 양도인[甲]에 대하여 부담한 채무가 있으면 그 성립되지 아니함을 주장할 수 있다.

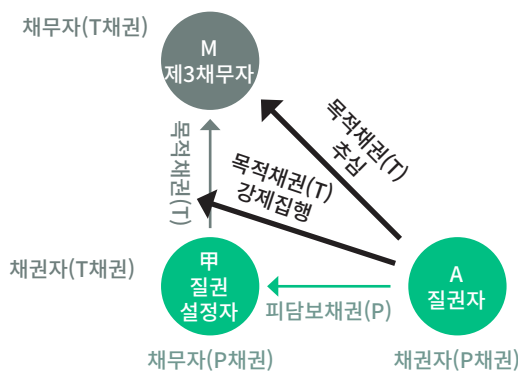
② 양도인[甲]이 양도통지만을 한 때에는 채무자[M]는 그 통지를 받은 때까지 양도인[甲]에 대하여 생긴 사유로써 양수인[A]에게 대항할 수 있다.

입질(A)과 전부명령(B)이 경합할 때에도, 제3채무자(M)로의 통지(송달) 선후를 따지면 된다.



2018다21326: 질권의 목적인 채권[T]에 대하여 질권설정자[甲]의 일반채권자[B]의 신청으로 압류, 전부명령이 내려진 경우[를 보자.] 그 명령이 송달된 날보다 먼저 질권자[A]가 확정일자 있는 문서에 [따라] 민법 제349조 제1항에서 정한 대항요건을 갖추었다면[?] 전부채권자[B]는 질권이 설정된 채권을 이전받을 뿐이고 제3채무자[M]는 전부채권자[B]에게 변제했음을 들어 질권자에게 대항할 수 없[다.]

복습: 채권질권 실행



1. 강제집행: 목적물(보증금반환채권, 반지인도채권)을 강제집행할 수 있다.

민법 제354조(동전) 질권자[A]는 ... 민사집행법에 정한 집행방법에 [따라] 질권을 실행할 수 있다.

민사집행법 제273조(채권과 그 밖의 재산권에 대한 담보권의 실행) ① 채권, 그 밖의 재산권을 목적으로 하는 담보권의 실행은 담보권의 존재를 증명하는 서류...가 제출된 때에 개시한다.

③ 제1항...의 권리실행절차에는 제2편 제2장 제4절 제3관[→ 채권과 그 밖의 재산권에 대한 강제집행]의 규정을 준용한다.

채권(권리) 자체도 재산권이라 집행할 수 있다. 채권을 대상으로 하는 강제집행을 채권집행이라 부른다. 채권집행은 제7강 강제이행에서 자세히 배운다.

2. 직접청구: 질권자는 질권의 목적이 된 채권(T)을 직접 청구할 수도 있다.

민법 제353조(질권의 목적이 된 채권의 실행방법) ① 질권자[A]는 질권의 목적이 된 채권[T]을 직접 청구할 수 있다.

② 채권[T]의 목적물이 금전인 때에는 질권자는 자기채권[P]의 한도에서 직접 청구할 수 있다.

질권자의 보호

민법 제352조(질권설정자[甲]의 권리처분제한) 질권설정자[甲]는 질권자[A]의 동의없이 질권의 목적된 권리[T]를 소멸하게 하거나 질권자[A]의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다.

2016다265689: 타인[A]에 대한 채무[P]의 담보로 제3채무자[M]에 대한 채권[T]에 대하여 권리질권을 설정한 경우[를 보자.] ...민법 제352조[는] 질권자[A]가 질권의 목적인 채권[T]의 교환가치에 대하여 가지는 배타적 지배권능을 보호하기 위한 것이다.

1. 제3채무자(M)가 질권설정자(甲)에게 변제해서 목적채권(T)을 소멸시켜도, 질권자(A)에 대항할 수 없다. 즉, 질권자(A)는 변제를 무시할 수 있다.

2016다265689: 질권설정자[甲]가 제3채무자[M]에게 질권설정의 사실을 통지하거나 제3채무자[M]가 이를 승낙한 때에는 제3채무자[M]가 질권자[A]의 동의 없이 질권의 목적인 채무[T]를 변제하더라도 이로써 질권자[A]에게 대항할 수 없다.]

2. 제3채무자(M)와 질권설정자(甲)가 서로 상계 합의를 해서 목적채권(T)을 소멸시켜도, 질권자(A)에 대항할 수 없다. 즉, 질권자(A)는 상계 합의를 무시할 수 있다.

K가 J에게 100만 원 채권이 있고, J가 K에게 100만 원 채권이 있다고 하자. K, J가 합의해서 서로 각 채권이 모두 소멸한 것으로 보는 것이 상계 합의다.

2016다265689: 제3채무자[M]가 질권자[A]의 동의 없이 질권설정자[甲]와 상계합의를 함으로써 질권의 목적인 채무[T]를 소멸하게 한 경우에도 마찬가지로 질권자[A]에게 대항할 수 없다.]

질권자(A)는 변제나 상계 합의를 무시하고 제3채무자(M) 상대로 직접청구를 할 수 있다.

민법 제353조(질권의 목적이 된 채권[T]의 실행방법) ① 질권자[A]는 질권의 목적이 된 채권[T]을 직접 청구할 수 있다.

② 채권[T]의 목적물이 금전인 때에는 질권자[A]는 자기채권[P]의 한도에서 직접 청구할 수 있다.

2016다265689: 제3채무자[M]가 질권자[A]의 동의 없이 질권의 목적인 채무[T]를 변제하더라도 ... 질권자[A]는 민법 제353조 제2항에 따라 여전히 제3채무자[M]에 대하여 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다.

제3채무자[M]가 질권자[A]의 동의 없이 질권설정자[甲]와 상계합의를 함으로써 질권의 목적인 채무[T]를 소멸하게 한 경우에도 마찬가지로 ... 질권자[A]는 여전히 제3채무자 [M]에 대하여 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다.

정리

	채권 양도	채권 입질
효력요건	양도 합의	입질 합의
대항요건	통지 or 승낙	통지 or 승낙

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 28.] 甲이 乙에 대한 임대차보증금반환채권에 관하여 丙에 대한 금전채무의 담보를 위하여 丙과 질권설정계약을 체결하고 이 사실을 확정일자 있는 증서로 乙에게 통지하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

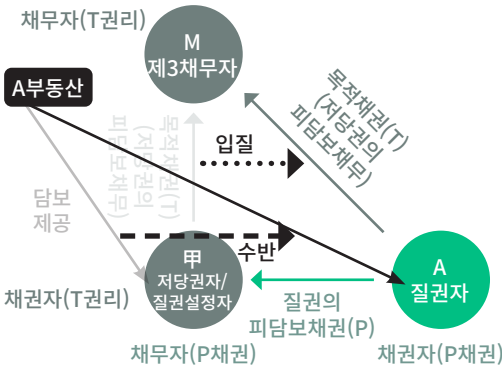
ㄴ. 乙이 丙의 동의 없이 甲에 대한 채권을 가지고 임대차보증금반환채권과 상계합의를 하여 소멸하게 한 경우라도 丙은 여전히 乙에게 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다.

ㄷ. 甲의 임대차보증금반환채권에 대하여 甲의 일반채권자 丁의 신청으로 압류 및 전부 명령이 내려진 경우, 그 명령이 乙에게 송달된 날보다 먼저 丙이 확정일자 있는 증서로 대항요건을 갖추었다면, 乙은 丁에게 변제했음을 들어 丙에게 대항할 수 없다.

저당권 있는 채권의 입질

문제점

저당권자(甲)가 저당권 있는 채권(T = 저당권의 피담보채무)을 자신의 채권자 (A)에 입질하면?



입질 결과

저당권 있는 채권을 입질하면,

1. 설정을 받은 사람(A)이 질권자로 될 것 같다.
2. 저당권에도 채권질권 효력이 미칠 것 같다. ← 저당권의 수반성

민법 제361조(저당권의 처분제한) 저당권은 그 담보한 채권[T]과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다.

질권자(A)가 마치 저당권을 취득하는 것처럼 생각하면 쉽다.

입질 효력요건

1. 질권설정자(甲)와 질권자(A) 사이의 채권입질 합의

입질 대항요건

1. 통지, or
2. 승낙

제3자에게 대항하려면 확정일자 요건까지 필요하다.

저당권에 효력이 미치기 위한 효력요건

1. 질권설정자(甲)와 질권자(A) 사이의 저당권을 채권질권 목적으로 하는 합의, and
2. 등기(저당권질권등기)

민법 제348조(저당채권[T]에 대한 질권과 부기등기) 저당권으로 담보한 채권[T]을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 그 효력이 저당권에 미친다.

부동산등기법 제76조(저당권부채권에 대한 질권 등의 등기사항) ① 등기관이 「민법」 제348조에 따라 저당권부채권(抵當權附債權)에 대한 질권의 등기를 할 때에는 ... 다음 각호의 사항을 기록하여야 한다.

1. 채권액 또는 채권최고액
 2. 채무자[M]의 성명 또는 명칭과 주소 또는 사무소 소재지
 3. 변제기와 이자의 약정이 있는 경우에는 그 내용
-

2016다235411: [만약] 저당권[으로] 담보된 채권에 질권을 설정하였을 때 저당권의 부종성 [때문에] 등기 없이 성립하는 권리질권이 당연히 저당권에도 효력이 미친다고 한다 면[?] 공시의 원칙에 어긋나고 그 저당권[으로] 담보된 채권을 양수하거나 압류한 사람, 저당부동산을 취득한 제3자 등에게 예측할 수 없는 질권의 부담을 줄 수 있어 거래의 안전을 해할 수 있다. 이에 따라 민법 제348조는 저당권설정등기에 질권의 부기등기를 한 때에만 질권의 효력이 저당권에 미치도록 한 것이다.

역시 부기등기에 따르므로, 기존 저당권 순위를 유지한다.

부동산등기법 제5조(부기등기의 순위) 부기등기(附記登記)의 순위는 주등기(主登記)의 순위에 따른다. ...

【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
3	근저당권설정	2022년7월25일 제1024호	2022년7월24일 설정계약	채권최고액 금70,000,000원 채무자 장무자 서울특별시 관악구 노루로 231-2(신림동) 근저당권자 모돈만 911204-***** 서울특별시 성북구 옛성로 7(보문동) 공동담보 토지 서울특별시 서초구 서초동 99-8
3-1	3번근저당권부질권	2025년1월22일 제132호	2025년1월21일 설정계약	최고액 금50,000,000원 변제기 2028년1월20일 이자 월 1% 채무자 모돈만 서울특별시 성북구 옛성로 7(보문동) 채권자 차은후 930504-***** 서울특별시 용산구 달마로 14(달마로1가)

질권의 피담보채무 범위

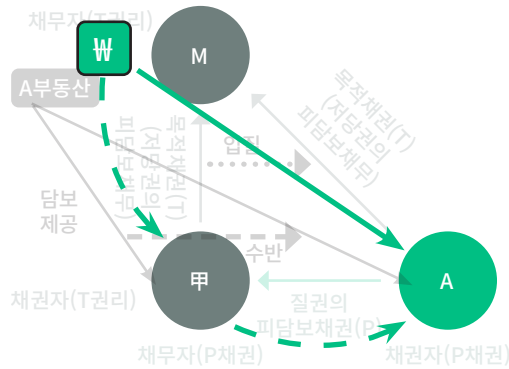
민법 제355조(준용규정) 권리질권에는 본질의 규정외에 동산질권에 관한 규정을 준용한다.

민법 제334조(피담보채권의 범위) 질권은 원본, 이자, 위약금, 질권실행의 비용, 질물보존의 비용 및 채무불이행 또는 질물의 하자[에 따른] 손해배상의 채권을 담보한다. ...

2020다296840: 부동산등기법 제76조 제1항은 ... 채권의 지연손해금을 등기사항으로 정하고 있지 않다. 이러한 사정에 비추어 보면, 채권의 지연손해금을 별도로 등기부에 기재하지 않았더라도 근저당권 [붙은 채권] 질권의 피담보채권의 범위가 등기부에 기재된 약정이자에 한정된다고 볼 수 없다.

지연손해금이 무엇인지는 제8강 해제와 손해배상에서 배운다. 지금 단계에서는 돈을 제때 안 갚아서 늦는 만큼 하루하루 붙는 손해배상금 정도로 이해하면 충분하다.

저당권 있는 채권의 입질 후 저당권 실행



1. 저당권 있는 채권(T)의 입질 합의가 있고, 저당권질권등기(부기등기)까지 마쳤다.
2. 그 후 저당권이 실행되면? 질권자(A)는 저당권 순위대로 배당받는다.
3. 질권자(A)가 질권설정자(甲)의 대리인처럼 채권(T)을 추심한 셈이다.
4. 이를 통해 질권자(A)는 채권(P)을 변제받는 셈이다.

민법 제353조(질권의 목적이 된 채권의 실행방법) ① 질권자[A]는 질권의 목적이 된 채권[T]을 직접 청구할 수 있다.

② 채권[T]의 목적물이 **금전인 때에는** 질권자는 **자기채권[P]의 한도**에서 직접 청구할 수 있다.

2023다315155: 금전채권[T]의 질권자[A]가 민법 제353조 제1항, 제2항에 [따라] 자기채권[P]의 범위...에서 직접청구권을 행사하는 경우[를 보자.] 질권자[A]는 질권설정자[甲]의 대리인과 같은 지위에서 입질채권[T]을 추심하여 자기채권[P]의 변제에 충당[한다. 그러면,] 그 한도에서 질권설정자[甲]에 [다른] 변제가 있었던 것으로 [본다. 그러므로] 위 범위...에서는 제3채무자[M]의 질권자[A]에 대한 금전지급으로써 제3채무자[M]의 질권설정자[甲]에 대한 급[여]가 이루어질 뿐만 아니라 질권설정자[甲]의 질권자[A]에 대한 급[여]도 이루어진다고 보아야 한다.

이러한 법리는 근저당권부 채권[T]의 질권자[A]가 부동산 **임의경매절차에서** 집행법원으로부터 **배당금을 직접 수령하는 경우에도** 적용된다.

여기서 T채권액(1억 원) < P채권액(1억 5,000만 원)이라 하자. 만약 질권자(A)가 1억 5,000만 원을 배당 받았다면?

1. 질권자(A)가 5,000만 원 부당이득 ×
2. 질권설정자(甲)가 5,000만 원 부당이득 ○

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인의 재산... [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

2023다315155: 경매목적물의 매각대금이 잘못 배당되어 배당받을 권리 있는 채권자가 배당받을 몫을 받지 못하고 그 [때문에] 권리 없는 다른 채권자가 그 몫을 배당받은 경우에는 [어떤가?] 배당금을 수령한 다른 채권자는 배당받을 수 있었던 채권자의 권리를 침해하여 이득을 얻은 것이 된다. 위와 같이 배당금을 수령한 다른 채권자는 그 이득을 보유할 정당한 권원이 없는 이상 이를 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

이때 부당이득반환의무를 부담하는 ‘배당금을 수령한 다른 채권자’는 실체법적으로 볼 때 배당을 통하여 법률상 원인 없이 이득을 얻은 사람을 의미[한다. 즉,] 그가 부동산 임의경매절차에서 **현실적으로 배당금을 수령한 사람[A]와 언제나 일치하여야 하는 것은 아니다.**

[사안에서는] 질권설정자[甲]의 채무자[M]에 대한 근저당권부 채권[T] 범위[= 1억 원]를 초과하여 질권자[A]의 질권설정자[甲]에 대한 피담보채권[P] 범위[= 1억 5,000만 원]...에서 질권자[A]에게 배당금이 직접 지급[되었다. 그래서] 질권자[A]가 피담보채권[P]의 만족을 얻[었다.]

[이] 경우, 실제법적으로 볼 때 배당을 통하여 법률상 원인 없이 이익을 얻은 사람은 피담보채권[P]이라는 법률상 원인에 기[초]하여 배당금을 수령한 질권자[A]가 아니다. 즉, [근저당권부 채권[T]이라는 법률상 원인의 범위를 초과하여 질권자[A]에게 배당금이 지급되게 함으로써 자신[甲]의 질권자[A]에 대한 피담보채무[P]가 소멸하는 이익을 얻은 질권설정자[甲]이다.

양도담보 목적물에 중된 동산이 부합된 경우, 양도담보권자가 아니라 양도담보 설정자가 부당이익 반환 의무를 진다. 이것과 비슷한 취지로 기억해도 좋다.

민법 제257조(동산간의 부합) 동산과 동산이 부합하여 훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 요할 경우에는 그 합성물의 소유권은 주된 동산의 소유자에게 속한다. ...

민법 제261조(첨부[에 따른] 구상권) 전 5조[동산 간 부합]의 경우에 손해[→ 중된 동산 소유권 상실]를 받은 자는 부당이익에 관한 규정[으로] 보상을 청구할 수 있다.

민법 제741조(부당이익의 내용) 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무 [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

2012다19659: 부당이익 반환 청구에서 이익이란 실질적인 이익을 의미[한다.]

동산에 ... 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 것이다. 그리고 동산양도담보권은 담보물의 교환가치 취득을 목적으로 하는 것이다.

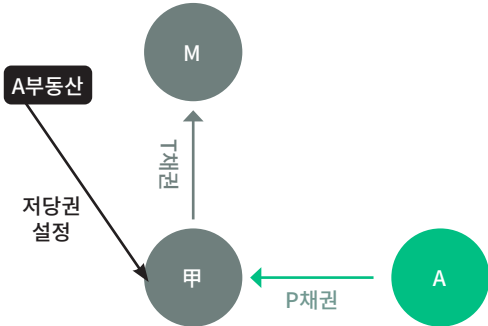
이러한 양도담보권의 성격에 비추어 보면, [다음과 같다.] 양도담보권의 목적인 주된 동산에 다른 동산이 부합되어 부합된 동산에 관한 권리자가 권리를 상실하는 손해를 입은 경우[를 보자.] 주된 동산이 담보물로서 가치가 증가된 데 따른 실질적 이익은 주된 동산에 관한 양도담보권설정자에게 귀속[된다. 그러므로] 이 경우 부합으로 ... 권리를 상실하는 자는 양도담보권설정자를 상대로 민법 제261조에 따라 보상을 청구할 수 있을 뿐이다. 즉, 양도담보권자를 상대로 보상을 청구할 수는 없다.

비교: 채권입질 후 지당권 설정

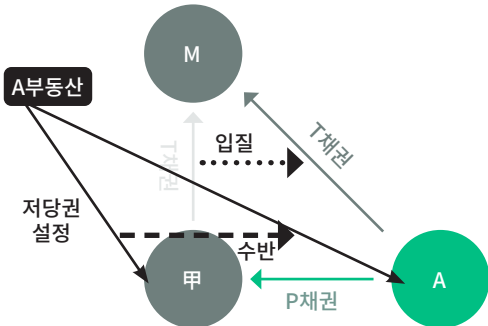
1. 甲(채권자)은 M(채무자)에 T채권을 갖고 있고,
2. A(채권자의 채권자)는 甲(채권자)에 P채권을 갖고 있다고 하자.

저당권 있는 채권의 입질이란?

- 1. 저당권 설정: 채권자(甲)가 채무자(M)에 대한 T채권을 담보하기 위해 A부동산
저당권을 취득한다. 즉, 채권자(甲)는 저당권자로 된다.

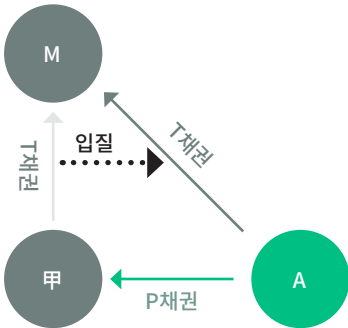


- 2. 질권 설정: 그 후, 채권자의 채권자(A)가 채권자(甲)에 대한 P채권을 담보하기 위해 T채권에 질권을 설정받는다. 즉, 채권자(甲)는 질권설정자로 된다.

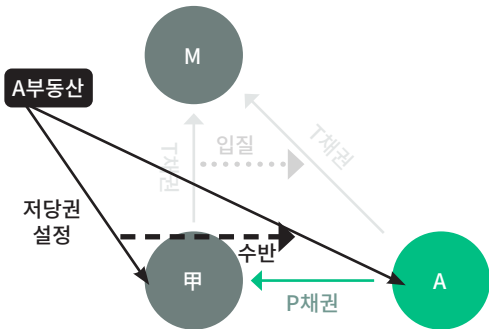


채권입질 후 저당권 설정이란?

- 1. 질권 설정: 채권자의 채권자(A)가 채권자(甲)에 대한 P채권을 담보하기 위해 T채권에 질권을 설정받는다. 즉, 채권자(甲)는 질권설정자로 된다.



2. 저당권 설정: 그 후, 채권자(甲)가 T채권을 담보하기 위해 A부동산 저당권을 취득한다. 즉, 채권자(甲)는 저당권자로 된다.



두 경우는 같이 취급한다.

민법 제348조(저당채권[T]에 대한 질권과 부기등기) 저당권으로 담보한 채권[T]을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 그 효력이 저당권에 미친다.

민법 제186조(부동산물권변동의 효력) 부동산에 관한 법률행위[에 따른] 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다.

2016다235411: 민법 제348조는 저당권설정등기에 질권의 부기등기를 한 때에만 질권의 효력이 저당권에 미치도록 [했다.] 이는 민법 제186조에서 정하는 물권변동에 해당한다. 이러한 민법 제348조의 입법 취지에 비추어 보면, ‘담보가 없는 채권에 질권을 설정한 다음 그 채권을 담보하기 위해서 저당권을 설정한 경우’에도 ‘저당권으로 담보한 채권에 질권을 설정한 경우’와 **달리 볼 이유가 없다.**

정리

	저당권 있는 채권 양도	저당권 있는 채권 입질
양도/입질 효력요건	양도 합의	입질 합의
양도/입질 대항요건	통지 or 승낙	통지 or 승낙
저당권 이전/저당권에 효력 효력요건	저당권 이전 합의 and 등기(저당권이전등기)	저당권 질권목적 합의 and 등기(저당권질권등기)
기존 저당권 순위	유지 (부기등기)	유지 (부기등기)

연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 28.] 甲이 乙에 대한 임대차보증금반환채권에 관하여 丙에 대한 금전채무의 담보를 위하여 丙과 질권설정계약을 체결하고 이 사실을 확정일자 있는 증서로 乙에게 통지하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 甲이 저당권으로 담보되는 임대차보증금반환채권에 대하여 丙에게 질권을 설정한 경우, 질권의 부기등기에 채권의 지연손해금을 별도로 기재하지 않았다면, 이는 저당권부 질권의 피담보채권 범위에 포함되지 않는다.

ㄴ. 甲이 丙에게 질권을 설정해 준 후 甲의 임대차보증금반환채권을 담보하기 위하여 乙 소유 부동산에 저당권을 설정한 경우, 丙이 위 저당권설정등기에 질권의 부기등기를 하지 않았다면 질권의 효력이 저당권에 미치지 아니한다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 26.] 부당이득에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 甲이 乙에 대해 1억 원의 근저당권부 채권을 가지고 있는데, 甲이 丙에 대해 부담하는 1억 5천만 원의 채무를 담보하기 위해 위 채권을 입질하면서 丙에게 근저당권부 채권질권의 부기등기를 마쳐 주었고, 그 후 근저당권이 실행되어 丙이 근저당권부 채권의 범위를 초과하여 1억 5천만 원을 배당받은 경우, 실체법적으로 볼 때 배당을 통하여 법률상 원인 없이 이득을 얻은 사람은 丙이다.

ㄹ. 양도담보권의 목적인 주된 X 동산에 다른 Y 동산이 부합된 경우, Y 동산의 소유권을 상실한 甲은 양도담보권설정자 乙을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다.

변제충당

Appropriation for Discharge

먼저 할 일과 나중 할 일을 가릴 줄 알면 도에 가까워진다. - “대학”

문제 상황

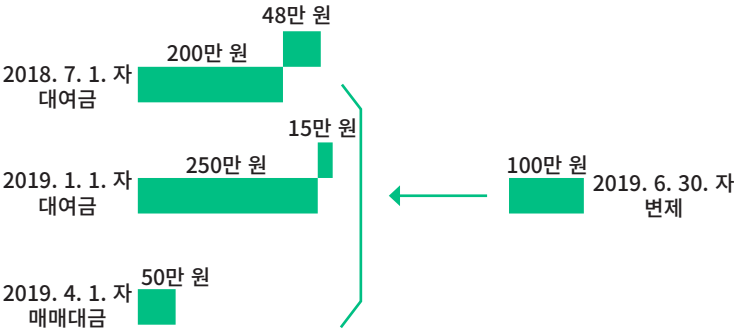
배경

M이 甲에게 다음과 같이 채무를 지고 있다.

- 1. 2018. 7. 1. 자 소비대차 채무 200만 원(변제기 2019. 6. 30., 이자 월 2%)
- 2. 2019. 1. 1. 자 소비대차 채무 250만 원(변제기 2019. 12. 31., 이자 월 1%)
- 3. 2019. 4. 1. 자 매매대금 채무 50만 원(아직 甲도 물건을 안 준 상태)

변제

그런데 M이 2019. 6. 30.에 甲에게 100만 원을 갚았다.



부족

같은 채무자가 같은 채권자에게 금전채무(200만 원 및 이자 + 250만 원 및 이자 + 50만 원)를 지는데, 변제한 급여(100만 원)로는 부족하다.

기초 개념

변제충당

다음과 같은 상황에서, 어디에 어떻게 충당할 것인가? 이 문제를 변제충당(appropriation for discharge)이라 한다.

- 1. 채무자가 같은 채권자에 대하여 여러 개의 금전채무를 부담하는 경우
- 2. 1개의 채무만 있지만, 수개의 급여를 해야 하는 경우
- 3. 원본 외에 비용, 이자를 지급해야 하는 경우

변제이익

1. 채무마다 어떤 것은 이자가 계속 발생하고 어떤 것은 이자가 없다.
2. 이자가 있는 채무도 이율이 다를 수 있다.
3. 그리고 어떤 채무는 저당권(담보)으로 담보되어 있고 어떤 채무는 아니다.
4. 어떤 채무는 약속어음으로 담보되어 있고 어떤 채무는 아니다.
5. 어떤 채무는 보증채무이기도 하고 어떤 채무는 주채무이기도 하다.

따라서 변제 때문에 어느 채무가 먼저 소멸하는지는 당사자들에게 큰 관심사다.
예를 들어 고리대금 채무자가 일부변제를 하면,

1. 빚쟁이들은 이자부터 공제하려고 한다.
2. 채무자는 원본부터 공제하려고 한다.

여기서 변제를 통해 채무자가 이익을 얻는 것을 변제이익(advantage of discharge)이라 한다.

1. 채무자 입장에서,
2. 변제로 A채무가 먼저 소멸하는 것이 B채무가 먼저 소멸하는 것보다 법적으로 더 이익이라면,
3. “A채무의 변제이익이 B채무의 변제이익보다 더 크다.”라고 표현한다.

변제이익 판단 사례

이기적 변제자(selfish performer)를 생각하면 된다.

1. 이자 있는 채무 > 무이자 채무
2. 고이율 채무 > 저이율 채무: “이자액(amount)”이 아니라 “이율(rate)”이 기준이다. 액수는 상관없고, 오직 이율(비율)이 관건이다.

2000다51339: 이러한 법정변제충당은 ... 이율의 고저와 같은 변제이익의 다과[(= 많고 적음)]에 따라 순차적으로 이루어진다.]

변제이익 면에서, 1,000원의 월 2% > 100억 원의 월 1%이다. 나는 이것을 경이로운 방법으로 증명했으나, 책의 여백이 충분하지 않아 옮기지는 않는다.

3. (변제자가 제공한) 저당권(담보)으로 담보되는 채무 > 무담보 채무: 담보가 붙은 채무를 빨리 안 갚으면 변제자가 담보물을 잃게 되기 때문이다.
4. (다른 사람 M이 제공한) 저당권(담보)으로 담보되는 채무 = 무담보 채무: 경매가 돼도 어차피 담보물을 잃는 사람은 변제자 D가 아니라 남 M이기 때문이다.

2013다8250: 변제자[D]가 채무자인 경우 물상보증인[M]이 제공한 물적 담보가 있는 채무와 그러한 담보가 없는 채무 사이에도 변제이익의 점에서 차이가 없다.]

5. (변제자가 제공한) 약속어음으로 담보되는 채무 > 무담보 채무

99다22281: 주채무자 이외의 자가 변제자인 경우에는, 변제자가 발행 또는 배서한 어음[으로] 담보되는 채무가 다른 채무보다 변제이익이 많다고 보아야 한다.

6. (다른 사람 N이 제공한) 약속어음으로 담보되는 채무 = 무담보 채무: 어차피 어음 때문에 추궁당하는 것은 변제자 D가 아니라 제3자 N이기 때문이다.

99다22281: 주채무자[D]가 변제자인 경우에는, 담보로 제3자[N]가 발행 또는 배서한 약속어음이 교부된 채무와 다른 채무 사이에 변제이익의 점에서 차이가 없[다.]

7. (변제자의) 주채무 > (변제자의) 보증채무

99다68652: 변제자가 타인의 채무에 대한 보증인으로서 부담하는 보증채무(연대보증 채무도 포함)는 변제자 자신의 채무에 비[교]하여 변제자에게 그 변제의 이익이 적[다.]

8. (다른 사람 G의) 보증이 붙은 채무 = 무보증 채무: 아쉬운 사람은 변제자 D가 아니라 남 G이기 때문이다.

84다카2093: 변제자[D]가 주채무자인 경우에 보증인[G]이 있는 채무와 보증인이 없는 채무 사이에] 전자가 후자에 비[교]하여 변제이익이 더 많다고 볼 근거는 전혀 없어 양자는 변제이익의 점[에서] 차이가 없다.

9. 나중에 소멸시효 완성할 채무 = 먼저 소멸시효 완성할 채무: 소멸시효 중단이나 시효이익 포기 등에 따라 달라질 수 있기 때문이다.

2025다215255: 소멸시효가 완성되기 전에 남아있는 소멸시효기간의 장단에 따라 채무의 내용에 차이가 있다고 보기 어렵[다.] 소멸시효가 중단되거나 시효의 이익을 포기하는 등 사후적 사정에 따라 소멸시효의 완성 여부 및 그 효력이 달라질 수 있[다.] 그러므로] 남아 있는 소멸시효기간이 긴 채무가 언제나 채무자에게 유리하다고 볼 수 없고, 그러한 당사자의 의사가 경험칙상 인정된다고 보기도 어렵다.

따라서 소멸시효의 중단 등에 관한 고려 없이 단순히 변제 당시 남아있는 소멸시효기간이 길다고 하여 소멸시효가 나중에 완성된다고 단정할 수 없[다.] 소멸시효가 나중에 완성되는 채무가 먼저 완성되는 채무보다 변제이익이 많다고 보기 어[렵다.]

연습문제1

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 25.] 변제충당에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 특별한 사정이 없는 한 변제자가 타인의 채무에 대한 보증인으로서 부담하는 보증채무(연대보증채무 포함)는 변제자 자신의 채무에 비[교]하여, 연대채무는 단순채무에 비[교]하여 각각 변제자에게 그 변제의 이익이 적다.

연습문제2

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 24.] 변제충당에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 변제자가 주채무자인 경우 보증인이 있는 채무와 보증인이 없는 채무는 변제이익의 점에서 차이가 없고, 변제자가 채무자인 경우에도 물상보증인이 제공한 물적 담보가 있는 채무와 그러한 담보가 없는 채무는 변제이익의 점에서 차이가 없다.

합의변제충당

의의

합의가 있으면 그에 따른다. 민법 규정에 상관없이, 무조건 합의가 우선한다.

- 1. 계약 당시 처음부터 순서를 정해도 되고,
- 2. 변제할 때 서로 합의해도 된다.

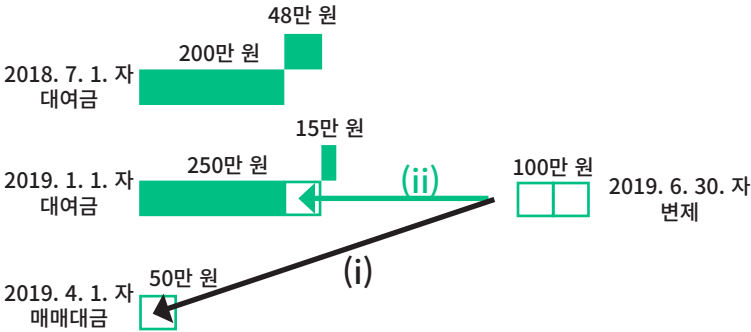
이렇게 충당하는 것을 합의변제충당, 줄여서 합의충당(appropriation by agreement)이라 한다.

84다카1324: 변제충당에 관한 민법의 위와 같은 규정은 물론 **임의규정**이다. 그러므로 변제자(채무자)와 변제수령자(채권자)는 계약(약정)에 [따라] 위 각 규정을 배제하고 제공된 급[여]를 어느 채무에 어떤 방법으로 충당할 것인가를 결정할 수 있[다].

사례

서로 합의로 먼저 다음 순서로 충당하기로 했다.

- 1. 매매대금채무에 충당.
- 2. 2019. 1. 1. 자 채무 중 원금에 충당.



그러면,

- 1. 100만 원은 먼저 매매대금채무 50만 원에 충당. 매매대금채무는 모두 소멸(= 50만 원 - 50만 원).
- 2. 나머지 50만 원은 2019. 1. 1. 자 채무 원본 250만 원에 50만 원까지 충당. 따라서 2019. 1. 1. 자 채무는 원본 200만 원(= 250만 원 - 50만 원)과 이자 15만 원(= 250만 원 × 1% × 6개월)이 남는다.

3. 2018. 7. 1. 자 채무는 그대로 원본 200만 원과 이자 48만 원(= 200만 원 × 2% × 12개월)가 남는다.

합의충당 반복

A방법으로 합의충당을 했다가, 반복하고 B방법으로 합의충당을 할 수 있는가?

1. 할 수 있다.
2. 단, 이해관계 있는 제3자의 이익을 해치면 안 된다.

2012다118044: 변제자(채무자)와 변제수령자(채권자)는 변제로 소멸한 채무에 관한 보증인 등 이해관계 있는 제3자의 이익을 해하지 않는 이상 이미 급[여]를 마친 뒤에도 기존의 충당방법을 배제하고 제공된 급[여]를 어느 채무에 어떤 방법으로 다시 충당할 것인가를 약정할 수 있다.

사적 자치 관점에서 생각하면 된다. 원래 새로운 합의만 된다면 기존 합의를 자유롭게 반복할 수 있다.

2003다45700: 매매계약을 합의해제한 후 그 합의해제를 무효화[하고] 해제된 매매계약을 부활시키는 약정은 계약자유의 원칙상 적어도 당사자 사이에서는 가능하다.]

합의충당 금지 영역: 경매

경매 절차에서는, 당사자들이 임의로 합의충당을 하면 이해관계인의 권리를 침해한다. 따라서,

1. 합의충당은 금지되고,
2. 꼭 법에서 정한 충당 순서에 따라야 한다.

2000다51339: 담보권 실행을 위한 경매에서 배당된 배당금이 담보권자가 가지는 수개의 피담보채권 전부를 소멸시키기에 부족한 경우에는 [어떻게 변제충당하나?] ... 채권자와 채무자 사이에 변제충당에 관한 합의가 있었다고 하여 그 합의에 따른 변제충당도 허용될 수 없다.] 확일적으로 가장 공평타당한 충당방법인 민법 제477조 및 제479조의 규정에 [따른] 법정변제충당의 방법에 따라 충당하여야 [한다.]

90다18678: 부동산강제경매절차에서] ... 합의에 [따른] 변제충당의 지정...은 허용될 수 없다.]

사적 자치가 제한되는 경우라고 생각하면 된다.

연습문제1

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 25.] 변제충당에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 채권자와 채무자 사이에 미리 채권자가 적당하다고 인정하는 순서와 방법에 [따라] 충당하기로 하는 내용의 변제충당에 관한 약정이 있다면, 변제수령권자인 채권자가 위 약정에 [기초해] 변제충당을 한 이상 변제자에 대한 의사표시와 관계없이 충당의 효력이 있다.
-

- ⑤ 담보권 실행을 위한 경매에서 배당된 배당금이 담보권자가 가지는 수개의 피담보채권 전부를 소멸시키기에 부족한 경우, 「민법」 제476조에 [따른] 지정변제충당은 허용될 수 없으나, 채권자와 채무자 사이에 변제충당에 관한 합의가 있다면 그 합의에 따른 변제충당은 허용된다.

연습문제2

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 24.] 변제충당에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ④ 담보권 실행을 위한 경매에서 배당된 배당금이 담보권자가 가지는 수개의 피담보채권 전부를 소멸시키기에 부족한 경우에는 「민법」 제477조 및 제479조의 규정에 [따른] 법정변제충당의 방법에 따라 충당하여야 하나, 채권자와 채무자 사이에 변제충당에 관한 합의가 있었다면 그 합의에 따른 변제충당은 허용된다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 45.] 변제충당과 자백에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄱ. 당사자 사이의 합의로 「민법」 제479조에 따른 비용, 이자, 원본에 대한 변제충당의 순서와 달리 정할 수 없다.
- ㄴ. 변제자(채무자)와 변제수령자(채권자)는 변제로 소멸한 채무에 관한 보증인 등 이해관계 있는 제3자의 이익을 해하지 않는 이상 이미 급[여]를 마친 뒤에도 기존의 충당방법을 배제하고 제공된 급[여]를 어느 채무에 어떤 방법으로 다시 충당할 것인가를 약정할 수 있다.

비용, 이자, 원본

의의

합의가 없는 경우에는, 무조건 다음 순서로 충당한다.

1. 비용에 충당.
2. 이자에 충당.
3. 원본에 충당.

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 순서**로 변제에 충당하여야 한다.

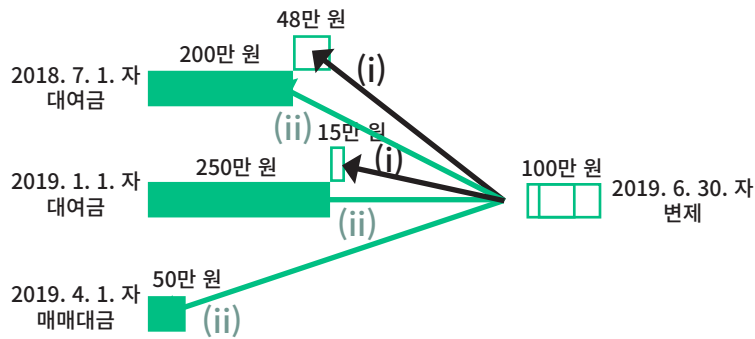
2002다12871: 비용, 이자, 원본에 대한 변제충당[에서]는 민법 제479조에 그 충당 순서가 법정되어 있[다.] ... 당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한[= 합의충당이 없는 한] **비용, 이자, 원본의 순서**로 충당하여야 [한다.] 채무자는 물론 채권자라고 할지라도 위 법정 순서와 다르게 일방적으로 충당의 순서를 지정할 수는 없[다.]

변제된 것은 먼저 이자에, 그다음에 원금에 충당한다(*Prius in usuras id quod solvitur; deinde in sortem accepto feretur*; what is paid is applied first to interest and then to principal).

사례

만약 계약 당시든 일부변제 당시든 서로 합의한 게 없다면? 특별히 비용은 발생한 것이 없지만, 이자는 변제일인 2019. 6. 30.까지 발생했다. 따라서,

- 1. 2018. 7. 1. 자 채무는 이자 48만 원(= 200만 원 × 2% × 12개월)이 발생.
- 2. 2019. 1. 1. 자 채무는 이자 15만 원(= 250만 원 × 1% × 6개월)이 발생.



그러면,

- 1. 100만 원은 먼저 이자에 충당. 따라서 총 이자 63만 원(= 48만 원 + 15만 원)은 모두 소멸(= 63만 원 - 63만 원).
- 2. 나머지 37만 원은 원본에 충당.

원본으로는, 2018. 7. 1. 자 채무 200만 원, 2019. 1. 1. 자 채무 250만 원, 매매대금채무 50만 원 이렇게 총 500만 원 채무가 있는데, 여기에 적당히 충당한다. 어쨌든 원본은 총 463만 원만 남는다(= 500만 원 - 37만 원).

중간 결론

서로 합의가 없다면 다음과 같다.

- 1. 총 비용, 총 이자, 총 원본 순.
- 2. 이제 비용끼리는, 이자끼리는, 원본끼리는 각각 어떤 순서로 충당되는지가 문제다.

주의

서로 합의가 있다면, 합의가 최우선이다. 이 합의는 묵시적으로도 할 수 있다.

묵시적으로 원본부터 충당하기로 합의하는 사례도 많다.

2002다12871: 비용, 이자, 원본에 대한 변제충당에[서는] ... 비용, 이자, 원본의 순서로 충당하여야 [한다. 그렇지만,] ... 당사자의 일방적인 지정에 ... 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보[이]는 경우[가 있다. 그런 경우]에는 그 법정충당의 순서와는 달리 충당의 순서를 인정할 수 있다.]

연습문제

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 25.] 변제충당에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 비용, 이자, 원본에 대한 변제충당[에서]는 당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한 비용, 이자, 원본의 순서로 충당하여야 하고, 채무자는 물론 채권자라 할지라도 위 법정 순서와 다르게 일방적으로 충당의 순서를 지정할 수는 없다.
- ④ 위 ③[과 같은데도] 당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보이는 경우에는 그 법정충당의 순서와는 달리 충당의 순서를 인정할 수 있다.

연습문제2

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 24.] 변제충당에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 비용, 이자, 원본에 대한 변제충당에서 당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한 「민법」 제479조에 [따라] 비용, 이자, 원본의 순서로 충당하여야 [하고,] 채무자는 물론 채권자라고 할지라도 위 법정 순서와 다르게 일방적으로 충당의 순서를 지정할 수는 없지만, 당사자 사이에 묵시적인 합의가 있었다고 보이는 경우에는 법정충당의 순서와 달리 충당의 순서를 인정할 수 있다.

지정변제충당

의의

비용끼리, 이자끼리, 원본끼리는, 누군가 일방적으로 지정하는 방법으로 충당한다. 이를 지정변제충당, 줄여서 지정충당(designated appropriation)이라 한다. 그리고 지정할 권한이 있는 그 사람을 지정권자라고 한다.

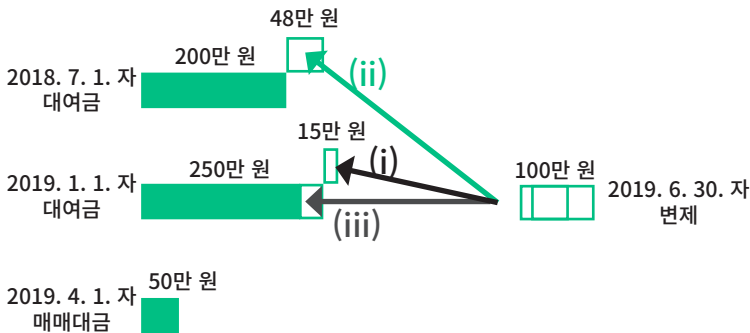
제1차적 지정권자 - 변제자

먼저 변제자의 지정에 따라 충당한다. 즉, 제1차적 지정권자는 변제자다. M이 100만 원을 변제하면서, 일방적으로 다음 순서로 충당하도록 지정했다고 하자.

1. 2019. 1. 1. 자 채무에 충당.
2. 2018. 7. 1. 자 채무에 충당.
3. 매매대금채무에 충당.

민법 제476조(지정변제충당) ① 채무자가 동일한 채권자에 대하여 같은 종류를 목적으로 한 수개의 채무를 부담한 경우에 변제의 제공이 그 채무전부를 소멸하게 하지 못하는 때에는 **변제자는 그 당시 어느 채무를 지정**하여 그 변제에 충당할 수 있다.

여러 개의 계약으로 금전채무를 부담하는 채무자는 변제할 때 어느 채무에 변제하는 것인지를 지정할 수 있다(*In potestate eius est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam causam reddat*; A debtor who owes money under several contracts has the power, at the time of payment, to specify to which obligation the payment is to be applied).



비용은 발생한 것이 없다. 일단 총 이자에 충당한다. 이자끼리는 지정된 순서에 따른다.

1. 먼저 100만 원은 2019. 1. 1. 자 채무 이자 15만 원(= 250만 원 × 1% × 6개월)에 충당. 2019. 1. 1. 자 채무 이자는 모두 소멸(15만 원 - 15만 원).
2. 남은 85만 원은 2018. 7. 1. 자 채무 이자 48만 원(= 200만 원 × 2% × 12개월)에 충당. 역시 2018. 7. 1. 자 채무 이자도 모두 소멸(48만 원 - 48만 원).

이제 총 원본에 충당한다. 원본끼리도 지정된 순서에 따른다.

1. 남은 37만 원은 2019. 1. 1. 자 채무 원본 250만 원에 37만 원까지 충당. 따라서 2019. 1. 1. 자 채무 원본은 213만 원(= 250만 원 - 37만 원)이 남는다.
2. 이제 더는 충당할 것이 없다. 그러므로, 2018. 7. 1. 자 채무 원본 200만 원, 매매대금채무 50만 원 모두 그대로 남는다.

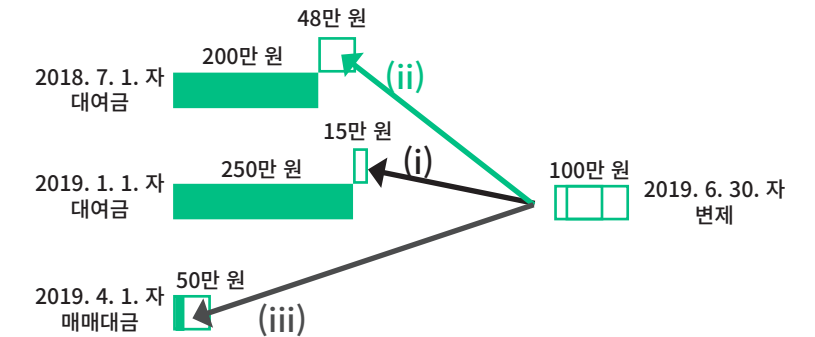
제2차적 지정권자 - 변제수령자

변제자의 지정도 없을 경우에는, 변제수령자가 지정하여 충당할 수 있다. 즉, 제2차적 지정권자는 변제수령권자다. M이 100만 원을 변제하면서 지정을 하지 않자, 甲이 일방적으로 다음 순서로 충당하도록 지정했다고 하자.

- 1. 매매대금채무에 충당.
- 2. 2019. 1. 1. 자 채무에 충당.
- 3. 2018. 7. 1. 자 채무에 충당.

민법 제476조(지정변제충당) ② 변제자가 전항의 지정을 하지 아니할 때에는 변제받는
자는 그 당시 어느 채무를 지정하여 변제에 충당할 수 있다. ...

그러나 채무자가 지정하지 않은 경우에는 선택권은 변제를 받은 자에게 넘어간다(Quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum qui accepit;
But if the debtor has not done so, the choice passes to the person who received the payment).



비용은 발생한 것이 없다. 일단 총 이자에 충당한다. 이자끼리는 지정된 순서에 따른다.

- 1. 먼저 100만 원은 2019. 1. 1. 자 채무 이자 15만 원(= 250만 원 × 1% × 6개월)에 충당. 2019. 1. 1. 자 채무 이자는 모두 소멸(15만 원 - 15만 원).
- 2. 남은 85만 원은 2018. 7. 1. 자 채무 이자 48만 원(= 200만 원 × 2% × 12개월)에 충당. 역시 2018. 7. 1. 자 채무 이자도 모두 소멸(48만 원 - 48만 원).

이제 총 원본에 충당한다. 원본끼리도 지정된 순서에 따른다.

- 1. 남은 37만 원은 매매대금채무 50만 원에 37만 원까지 충당. 따라서 매매대금채무는 13만 원(= 50만 원 - 37만 원)이 남는다.
- 2. 이제 더는 충당할 것이 없다. 그러므로, 2018. 7. 1. 자 채무 원본 200만 원, 2019. 1. 1. 자 채무 원본 250만 원 모두 그대로 남는다.

주의: 비용끼리, 이자끼리, 원본끼리만 지정할 수 있다. 비용, 이자, 원본 사이에는 지정을 할 수 없다.

2018다204787: 비용, 이자, 원본에 대한 변제충당에 관해서는 민법 제479조(비용, 이자, 원본에 대한 변제충당의 순서)에 충당 순서가 법정되어 있다. 여기에는 지정 변제충당에 관한 민법 제476조(지정변제충당)는 준용되지 않는다. 그러므로 당사자가 법정 순서와 다르게 일방적으로 충당 순서를 지정할 수 없다.

지정의 무효

1. 제2차적 지정권자인 변제수령자가 지정을 하면, 변제자는 이의할 수 있다. 그러면 지정이 무효로 된다.

민법 제476조(지정변제충당) ② 변제자가 전항의 지정을 하지 아니할 때에는 변제받는 자는 그 당시 어느 채무를 지정하여 변제에 충당할 수 있다. 그러나 **변제자가 그 충당에 대하여 즉시 이의**를 한 때에는 그러하지 아니하다.

2. 따라서 충당에 관해 합의도 없고, 지정도 무효인 상태가 된다. 이렇게 되면, 결국 법이 순서를 직접 정해 줄 수밖에 없다.

경매 → 지정충당도 금지

경매 절차에서는, 당사자들이 임의로 합의충당 또는 지정충당을 하면 이해관계인의 권리를 침해한다. 따라서,

1. 합의충당은 금지되고,
2. 지정충당도 금지되며,
3. 꼭 법이 정한 충당 순서에 따라야 한다.

2000다51339: 담보권 실행을 위한 경매에서 배당된 배당금이 담보권자가 가지는 수개의 피담보채권 전부를 소멸시키기에 부족한 경우에는 민법 제476조에 [따른] 지정변제충당은 허용될 수 없다.]

90다18678: 부동산강제경매절차에[서] ... 민법 제476조의 규정에 [따른] 지정변제충당은 허용될 수 없다.]

법정변제충당

의의

비용끼리, 이자끼리, 원본끼리의 충당방법에 관해,

1. 지정하지 않았거나,
2. 지정이 무효라면,

법이 정해 준 순서대로 충당한다. 이것을 법정변제충당, 줄여서 법정충당(appropriation by statute)이라 한다.

2014다71712: 다른 약정이 없는 경우에 변제의 제공이 채무 전부를 소멸하게 하지 못하는 때에는 민법 제476조의 지정변제충당에 따라 변제충당의 효력이 발생[한다.] 보충적으로 민법 제477조의 법정변제충당의 순서에 따라 변제충당의 효력이 발생한다.

충당 순서

민법 제477조(법정변제충당) 당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 다음 각호의 규정에 [따른]다.

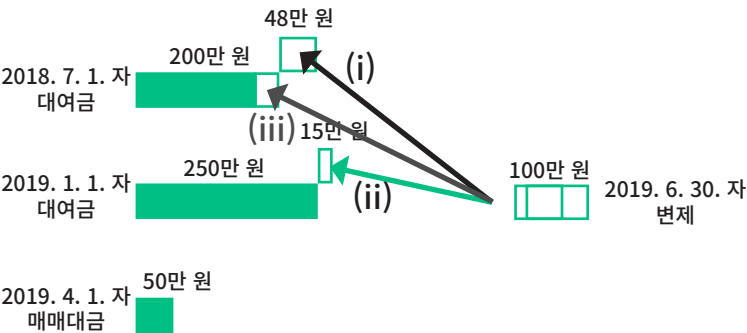
- 1. 채무중에 이행기가 도래한 것과 도래하지 아니한 것이 있으면 이행기가 도래한 채무의 변제에 충당한다.
- 2. 채무전부의 이행기가 도래하였거나 도래하지 아니한 때에는 채무자에게 변제이익이 많은 채무의 변제에 충당한다.
- 3. 채무자에게 변제이익이 같으면 이행기가 먼저 도래한 채무나 먼저 도래할 채무의 변제에 충당한다.
- 4. 전2호의 사항이 같은 때에는 그 채무액에 비례하여 각 채무의 변제에 충당한다.

사례

- 1. 2018. 7. 1. 자 채무(이행기 2019. 6. 30.)와 매매대금채무는 모두 이행기가 도래했고, 2019. 1. 1. 자 채무(이행기 2019. 12. 31.)는 아직 이행기가 도래하지 않았다. 따라서 2018. 7. 1. 자 채무 및 매매대금채무를 우선 충당(민법 제477조 제1호).
- 2. 2018. 7. 1. 자 채무에는 이자가 붙어 있으므로, 매매대금채무보다 변제이익이 크다. 따라서 2018. 7. 1. 자 채무를 가장 우선해서 충당(민법 제477조 제2호).

즉, 비용끼리, 이자끼리, 원본끼리는, 다음 순서로 충당한다.

- 1. 2018. 7. 1. 자 채무에 충당.
- 2. 매매대금채무에 충당.
- 3. 2019. 1. 1. 자 채무에 충당.



비용은 발생한 것이 없다. 일단 총 이자에 충당한다. 이자끼리는 법정충당 순서에 따른다.

- 1. 먼저 100만 원은 2018. 7. 1. 자 채무 이자 48만 원(= 200만 원 × 2% × 12개월)에 충당. 2018. 7. 1. 자 채무 이자는 모두 소멸(48만 원 - 48만 원).
- 2. 남은 52만 원은 2019. 1. 1. 자 채무 이자 15만 원(= 250만 원 × 1% × 6개월)에 충당. 역시 2019. 1. 1. 자 채무 이자도 모두 소멸(15만 원 - 15만 원).

이제 총 원본에 충당한다. 원본끼리도 법정충당 순서에 따른다.

- 1. 남은 37만 원은 2018. 7. 1. 자 채무 원본 200만 원에 37만 원까지 충당. 따라서 2018. 7. 1. 자 채무 원본은 163만 원(= 200만 원 - 37만 원)이 남는다.
- 2. 이제 더는 충당할 것이 없다. 그러므로, 2019. 1. 1. 자 채무 원본 250만 원, 매매대금채무 50만 원 모두 그대로 남는다.

98다6763: 법정변제충당은 이자 혹은 지연손해금과 원본 간에는 이자 혹은 지연손해금과 원본의 순으로 이루어[진다. 그리고] 원본 상호 간에는 그 이행기의 도래 여부와 도래 시기, 그리고 이율의 고저와 같은 변제이익의 다과에 따라 순차적으로 이루어[진다.] 다만 그 이행기나 변제이익의 다과[에] 아무런 차등이 없을 경우에는 각 원본 채무액에 비례하여 안분하게 된다.

법정충당과 변론주의

복습: 주요사실(요건사실) ≠ 법률주장

2016다258124: 민사소송절차에서 변론주의 원칙은 ... 주요사실에 관한 주장, 증명에 적용된다. ...

사실에 관한 주장이 아니라 단순히 **법률의 해석이나 적용**에 관한 의견을 표명한 ... **주장에는 변론주의가 적용되지 않[는다.]** 그러므로 [그러한 법률주장에는] 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 판단할 수 있다.

- 1. 변제기(이행기), 변제이익 → 주요사실(요건사실) ∴ 변론주의○(직권적용×)

98다6763: 법정변제충당의 순서를 정함[에] 기준이 되는 이행기나 변제이익에 관한 사항 등은 구체적 사실로서 자백의 대상이 될 수 있[다.]

- 2. 법정충당 순서 → 법률주장 ∴ 변론주의×(직권적용○)

98다6763: 법정변제충당의 순서 자체는 법률 규정의 적용[으로] 정하여지는 법률상의 효과[다. 그] 진술이 비록 그 진술자에게 불리하더라도 이를 자백이라고 볼 수는 없다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 45.] 변제충당과 자백에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄹ. 법정변제충당 순서의 기준이 되는 이행기나 변제이익에 관한 사항은 법률상 효과에서 그에 관한 진술이 비록 그 진술자에게 불리하더라도 이를 자백이라고 볼 수 없다.

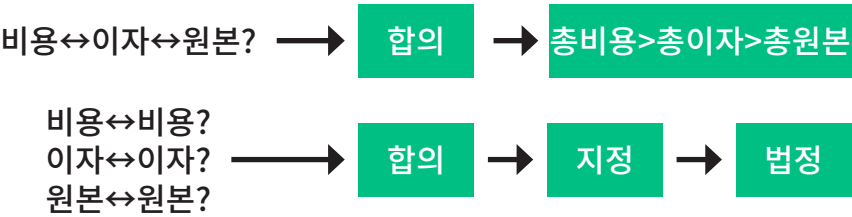
중간 결론

합의를 최우선

2018다204787: 당사자 사이에 명시적, 묵시적 합의가 있다면 법정변제충당의 순서와 달리 인정할 수 있[다.]

[그렇]지만 이러한 합의가 있는지는 이를 주장하는 자가 증명할 책임이 있다.

정리



상계충당

문제점

상계(setoff)에서,

- 1. 수동채권이 여러 개이고,
- 2. 자동채권이 수동채권 전부를 소멸시키기에는 부족하다면,
- 3. 어느 수동채권부터 소멸할까?

변제충당의 준용: 상계충당

변제충당(appropriation for discharge) 규칙을 그대로 적용한다. 예를 들어,

- 1. 상계적상 시까지 수동채권에 발생한 총 비용에 충당.
- 2. 그다음 총 이자에 먼저 충당.
- 3. 남은 자동채권이 있다면, 수동채권 총 원본에 충당.

이것을 상계충당(appropriation of setoff)이라 부른다.

민법 제499조(준용규정) 제476조[부터] 제479조[까지]의 규정[변제충당에 관한 규정
들]은 상계에 준용한다.

기준시점

순서를 정하는 기준 시기?

- 1. 변제충당은 변제제공 시

2014다71712: 민법 제477조의 법정변제충당의 순서는 채무자의 변제제공 당시를 기준으로 정하여야 한다.

- 2. 상계충당은 상계적상 시

2016다46338: 상계에 [따른] 수동채권과 [해당] 반대채권의 차액 계산 또는 상계충당은 수동채권과 [해당] 반대채권의 상계적상의 시점을 기준으로 [한다.]

배경사례

甲의 乙에 대한 채권 관련하여,

1. 甲은 2018. 2. 1. 乙에게 3,000만 원을 이자 월 2%(매월 말일 지급), 변제기 2018. 8. 31.로 대여했다.
2. 甲은 2018. 3. 1. 乙에게 5,000만 원을 이자 월 1%(매월 말일 지급), 변제기 2018. 9. 30.로 대여했다.
3. 乙은 두 채무 모두 2018년 7월분까지 이자만 지급하고, 그 이후 현재까지 이자, 원금을 전혀 변제하지 않고 있다.

乙의 甲에 대한 채권 관련하여,

1. 乙은 2018. 12. 31. 甲에게 3,000만 원에 물건을 매도하여 계약 내용대로 그 날 인도를 마쳤다.
 2. 甲은 특별한 이유 없이 매매대금 3,000만 원을 乙에게 지급하지 않고 있다.
- 甲이 乙에게 대여금 청구를 하자 乙은 매매대금 상계항변을 했다. 그러면 당사자 간 채권관계는 어떻게 되는가?

상계적상일?

상계충당 사례에서, 가장 먼저 확인할 것은 상계적상(situation where a set-off is possible) 시점이다.

1. 수동채권인 2018. 2. 1. 자 대여금 채권 변제기: 2018. 8. 31.
2. 수동채권인 2018. 3. 1. 자 대여금 채권 변제기: 2018. 9. 30.
3. 자동채권인 매매대금 채권 변제기: 2018. 12. 31.

민법 제585조(동일기한의 추정) 매매의 당사자 일방[매도인 乙]에 대한 의무이행[물건 인도]의 기한[2018. 12. 31.]이 있는 때에는 상대방[매수인 甲]의 의무이행[대금지급]에 대하여도 동일한 기한[2018. 12. 31.]이 있는 것으로 추정한다.

4. 상계적상일은 자동채권, 수동채권 모두 변제기가 도래한 2018. 12. 31.

수동채권인 2018. 2. 1. 자 대여금 채권 원리금?

1. 원금 = 3,000만 원
2. 이자 = 2018년 8월분 이자 = 3,000만 원 $\times$ 2% $\times$ 1개월 = 60만 원
3. 지연손해금 = 2018. 9. 1.부터 2018. 12. 31.까지 지연손해금 = 240만 원

지연손해금(지연이자)이 무엇인가? 배우지 않아서 알 수 없다. 계산방법을 아직 모르더라도 조금해하지 말자. 차차 배우게 될 것이다. 물론, 240만 원 숫자는 맞추었겠지만, 아직 지연손해금(지연이자) 개념은 모르는 상태다.

4. 합계 = 3,300만 원 = 원본 3,000만 원 + 이자 300만 원

지연손해금(지연이자)은 “이자”는 아니지만, 변제충당(상계충당)의 비용, 이자, 원본 관련해서는 “이자” 취급을 한다. 이 점도 기억하자.

2018다204787: 민법 제479조[비용, 이자, 원본에 대한 변제충당의 순서]]에 따라 변제충당을 할 때 지연손해금은 이자와 같이 보아 원본보다 먼저 충당된다.

수동채권인 2018. 3. 1. 자 대여금 채권 원리금?

1. 원금 = 5,000만 원
2. 이자 = 2018년 8월~9월분 이자 = 5,000만 원 $\times$ 1% $\times$ 2개월 = 100만 원
3. 지연손해금 = 2018. 10. 1.부터 2018. 12. 31.까지 지연손해금 = 150만 원
150만 원 부분도 마찬가지.
4. 합계 = 5,250만 원 = 원본 5,000만 원 + 이자 250만 원

자동채권인 매매대금 채권 원리금?

1. 원금 3,000만 원
2. 합계 = 원본 3,000만 원

상계충당 문제 발생

상계적상일 기준 자동채권액 3,000만 원 < 수동채권액 8,550만 원. 따라서,

1. 자동채권은 상계로 전부 소멸하고,
2. 수동채권 중 어느 부분이 상계로 소멸할지에 관해 상계충당 문제 발생.

민법 제499조(준용규정) 제476조[부터] 제479조[까지]의 규정[변제충당에 관한 규정들]은 상계에 준용한다.

비용 ↔ 이자 ↔ 원본?

총 비용 > 총 이자 > 총 원본 순으로 충당한다.

1. 총 비용 = 0원 → 충당할 것 없음
2. 총 이자 = 550만 원(2018. 2. 1. 자 대여금 관련 300만 원 + 2018. 3. 1. 자 대여금 관련 250만 원) → 충당 전액 가능
3. 총 원본 = 8,000만 원(= 2018. 2. 1. 자 대여금 관련 3,000만 원 + 2018. 3. 1. 자 대여금 관련 5,000만 원) → 충당하다 고갈될 것 (마감)

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.

(단위: 만 원)	총당될 수동채권(대여금들) 합계	총당 후 자동채권(매매대금)
총 비용 단계	0	3,000
총 이자 단계	550	2,450
총 원본 단계	2,450	0
총당 후 잔존액	5,550	-

원본 간?

1. 수동채권들은 변제기가 모두 도래했다. 따라서 변제이익을 비교해야 한다.

민법 제477조(법정변제충당) 당사자가 변제에 총당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 다음 각호의 규정에 [따른]다.

2. 채무전부의 이행기가 도래하였거나 도래하지 아니한 때에는 채무자에게 **변제이익이 많은 채무**의 변제에 총당한다.

2. 2018. 2. 1. 자 대여금 이율 월 2% > 2018. 3. 1. 자 대여금 이율 월 1% 따라서,

1. 2018. 2. 1. 자 대여금 원본 = 3,000만 원 → 총당하다 고갈될 것 (마감)

(단위: 만 원)	총당될 수동채권 (2018. 2. 1. 자 대여금)	총당될 수동채권 (2018. 3. 1. 자 대여금)	총당 후 자동채권 (매매대금)
총 비용 단계	0	0	3,000
총 이자 단계	300	250	2,450
원본 간 단계	2,450	0	0
총당후 잔존액	550	5,000	-

소결

상계적상일인 2018. 12. 31. 기준으로, 수동채권 잔액은 다음과 같다.

- 1. 2018. 2. 1. 자 대여금 원금 550만 원
- 2. 2018. 3. 1. 자 대여금 원금 5,000만 원

연습문제

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 24.] 변제충당에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 「민법」 제477조의 법정변제충당의 순서에 따라 변제충당을 할 경우, 법정변제충당의 순서는 채무자의 변제제공 당시를 기준으로 정하여야 한다.

정리

합의 있을 경우
모두 합의대로 충당.

합의 없을 경우

1. 총 비용 > 총 이자 > 총 원본 순.

민법 제479조(비용, 이자, 원본에 대한 변제충당의 순서) ① 채무자가 1개 또는 수개의 채무의 비용 및 이자를 지급할 경우... 비용, 이자, 원본의 순서로 변제에 충당하여야 한다.

2. 비용끼리, 이자끼리, 원본끼리는 지정충당 > 법정충당.

민법 제479조(비용, 이자, 원본에 대한 변제충당의 순서) ② 전항의 경우에 제477조의 규정을 준용한다.

민법 제476조(지정변제충당) ① ...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. ...

민법 제477조(법정변제충당) 당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 다음 각호의 규정에 따른다.

2021다247937: 채무자가 동일한 채권자에 대하여 같은 종류를 목적으로 한 수개의 채무를 부담한 경우에 변제의 제공에 [관해] 당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 민법 제477조의 규정에 따라 법정변제충당[된다.]

3. 법정충당 순서: 도래 > 변제이익 > 먼저 도래 > 안분비례.

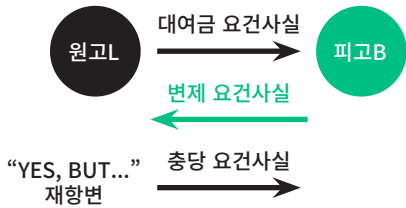
민법 제477조(법정변제충당) ...

- 1. 채무중에 이행기가 도래한 것과 도래하지 아니한 것이 있으면 이행기가 도래한 채무의 변제에 충당한다.
- 2. 채무전부의 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. 전2호의 사항이 같은 때에는 그 채무액에 비례하여 각 채무의 변제에 충당한다.

2021다247937: 민법 제477조 제4호에 [따르]면 법정변제충당의 순위가 동일한 경우에는 는 각 채무액에 안분비례하여 각 채무의 변제에 충당[된다.]

주장, 증명책임

1. 변제 항변에 대한 충당 재항변: (합의든, 지정이든, 법정이든) 충당에 관한 주장, 증명 필요.



2021다251813: 채무자[B]가 특정한 채무의 변제조로 [돈]을 지급하였다고 주장[한다. 이]에 대하여, 채권자[L]가 이를 수명한 사실을 인정하면서도 다른 채무의 변제에 충당하였다고 주장[한다.]

[이] 경우에는 채권자[L]는 [i] 그 다른 채권이 존재한다는 사실과 [ii-a] 그 다른 채권에 변제충당하기로 하는 **합의**나 **지정**이 있었다거나 [ii-b] 그 다른 채권이 **법정**충당의 우선순위에 있었다는 사실을 주장, 증명하여야 [한다.]

2. 충당 방법에 관하여: [1] 합의충당 > [2] 지정충당 > [3] 법정충당(도래 > 변제 이익 > 먼저 도래) > [4] 법정충당(안분).

2021다247937: [iv] **안분비례**에 [따른] 법정변제충당과는 달리, 그 법정변제충당에 [따라] 부여되는 법률효과 이상으로 자신에게 유리한 [ii] 변제충당의 **지정**, [i] 당사자 사이의 변제충당의 **합의**가 있다거나 [iii] [해당] 채무가 **법정변제충당[시] 우선순위** [상] [해당] 채무에 전액 변제충당되었다고 주장하는 자는 그 사실을 주장, 증명할 책임을 부담[한다.]

이 경우 위 사실을 주장하는 자가 [ii] 변제충당의 지정 또는 [i] 변제충당의 합의가 있었다거나 [iii] [해당] 채무가 법정변제충당[시] 우선순위[상] [해당] 채무에 전액 변제되었다는 점에 관하여 증명을 다하지 못하였다면 [어떻게 되는가?] 당연히 [iv] 각 채무액에 안분비례하여 법정충당이 행하여[진다.]

연습문제1

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 24.] 변제충당에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

② 「민법」 제477조 제4호에 따른 안분비례에 [따른] 법정변제충당과는 달리, 그 법정변제충당에 [따라] 부여되는 법률효과 이상으로 자신에게 유리한 변제충당의 지정 또는 변제충당의 합의가 있다거나 [해당] 채무가 법정변제충당에서 우선순위에 있으므로 [해당] 채무에 전액 변제충당 되었다고 주장하는 자는 그 사실을 주장, 증명할 책임을 부담한다.

연습문제2

2022년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 34.] 甲은 2020. 5. 6. 乙로부터 2억 원을 이자 월 1.5%, 변제기 2021. 10. 5.로 정하여 차용하였다(이하 'A차용금'이라 함). 甲은 2019. 12. 6.에도 乙로부터 1억 5,000만 원을 이자 월 1%, 변제기 2020. 11. 5.로 정하여 차용하였는데(이하 'B차용금'이라 함), 당시 丙이 B차용금 채무를 연대보증하였다. 甲은 2020. 6. 5. 乙에게 B차용금에 대한 그때까지의 이자 900만 원과 원금 중 5,000만 원의 변제 명목으로 5,900만 원을 지급하였고, 乙은 이에 동의하며 수령하였다. 甲은 2022. 1. 5. 乙에게 2억 원을 추가로 변제하였는데, 이 변제의 충당에 관한 당사자 사이의 합의나 지정은 없었다. 위 2억 원은 A차용금과 B차용금에 얼마씩 충당되는가? (모든 계약은 유효함을 전제로 하고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
