

Free Public Edition

제7판

법학 입문

Introduction to Civil Law, Book 3

The Law of Obligations

민사법 3

채권법

김해마루 지음

율현출판사

Introduction to Civil Law, Book 3
The Law of Obligations

민사법 3
채권법

지금까지, 채권이 언제 어떻게 왜 발생하는지, 그렇게 발생한 채권이 어떻게 이동하는지를 배웠다.

이제, 그렇게 채권을 갖게 된 사람이 어떻게 자신의 권리를 실현할 수 있는지를 배운다. 다음 법적 조치 요건, 절차, 효과를 중심으로 공부한다.

- 1. 채무자가 채무를 이행하지 않는다면, 채권자는 강제로 이행하도록 만들 수 있는가?
- 2. 채권자가 차라리 계약을 해제하거나 손해배상을 구하는 것도 가능한가?
- 3. 채무자가 재산을 제3자에게 처분하거나 방치한다면, 채권자가 채무자 재산을 보전하기 위해 어떤 대응이 가능한가?

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

제7강

강제이행

Compulsory Performance

강제로 권리를 실현하는 방법에 관하여

소송을 통해 승소 확정판결을 받은 채권자는 어떻게 권리를 실현할 수 있는가? 이것이 강제이행, 강제집행 문제다. 이러한 **집행의 권원**(근거)은 확정판결 이외에도 여러 가지가 있는데, 함께 살펴본다.

집행의 근거가 무엇이든, 강제집행은 구조와 절차 면에서 근본적으로 다음 두 갈래로 나눌 수 있다. 이번 강의의 목표는, 그 차이를 이해하고 각 절차를 익히는 것이다.

1. **금전채권자의 권리실현**
2. **금전 이외 채권자의 권리실현**

Marinus van Reymerswaele
Les collecteurs d'impôts (The Tax Collectors)
1540s, oil on panel, 94 × 77 cm, Musée du Louvre, Paris



들어가며	2	금전집행과 비금전집행	93
위험부담	21	채권에 대한 강제집행	101
강제집행	30	유체동산 인도청구권에 대한 집행	113
집행권원	37	부동산 이전등기청구권에 대한 집행	118
강제집행에 대한 불복	57	금전채권에 대한 집행	124
여러 가지 집행방법	82	압류 경합	156

제8강

해제와 손해배상

Rescission & Compensation

강제이행 대신 권리를 실현하는 방법에 관하여

채무자가 어떤 채무를 이행하지 않을 때, 꼭 강제로 그 채무 자체를 이행하게 만드는 것만이 방법은 아니다.

- 1. 손해가 생겼다면, 그만큼 대신 돈으로 배상하라 할 수도 있다. 이것이 **손해배상** 제도다.
- 2. 아니면 계약을 무효로 만들어 이미 낸 것을 돌려받을 수도 있다. 이것이 **해제와 원상회복** 제도다.

이번 강의에서는, 손해배상액을 어떻게 계산하는지, 어떤 경우에 해제를 할 수 있는지를, **계약금, 해약금, 위약금** 제도와 관련해 공부한다. 그 과정에서, 금전채권 경우 여러 특별규정을 적용해야 한다. 이 점을 자연스럽게 이해하면서 **금전채권의 특칙**을 숙지하는 것이 이번 강의의 목표다.

Claude Monet
La jetée du Havre par mauvais temps (The Jetty at Le Havre, Bad Weather)
1867, oil on paper, 50 × 61 cm, Private collection



들어가며	178	손해배상액 예정	279
동시이행 관계 발생원인	182	해제권 발생	288
채무불이행책임 성립	198	해제권 행사	306
이행손해와 신뢰손해	234	해제의 효과	320
손해배상 범위	240	위약금 제도	346
손해배상액 산정과 조정	249	계약금 제도	354
금전채무 불이행의 특수성	254		

제9강

채무자 재산 보전

Preservation of Chargeable Properties

권리 실현을 위해 채무자 재산을 안전하게 지키는 방법에 관하여

채권자가 채무자에게 법적으로 권리가 있고 판결까지 받았다고 하더라도, 채무자에게 재산이 없으면 아무 소용이 없다. 채권자로서는 채무자의 재산을 지켜야 한다.

- 1. 채무자가 재산을 처분하지 못하도록 사전적으로 조치할 수 있다. 이것이 **가압류, 가처분** 등 보전처분이다.
- 2. 채무자가 제3자에 대한 권리가 있는데도 이를 행사하지 않는다면, 채권자가 그 권리를 대신 행사할 수도 있다. 이것이 **채권자대위권**이다.
- 3. 채무자가 이미 재산을 처분했다면, 채권자가 이를 취소하고 재산을 채무자 앞으로 돌려놓을 수도 있다. 이것이 **채권자취소권**이다.

지금까지 공부한 그 어떤 법리보다 어렵다. 그러나 그 어떤 법리보다 중요하다. 반드시 정복하자.

William Holman Hunt
A Converted British Family Sheltering a Christian Missionary from the Persecution of the Druids
1850, oil on canvas, 111 × 141 cm, Ashmolean Museum, Oxford



들어가며	368	채권자대위권 행사 효과	477
기초 개념	373	채권자취소권 요건	505
보전처분 제도	416	사해성 판단	528
채권자대위권 제도	425	채권자취소권 행사: 취소	556
채권자취소권 제도	432	채권자취소권 행사: 원상회복청구	563
채권자대위권 요건	439	채권자취소소송 구조	592
채권자대위권 행사	454	채권자취소권 행사 효과	598
채권자대위소송 구조	468		

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 제3권 “채권법” 편(구 “채권 효력” 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 빗), 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

제7강

강제이행

Compulsory Performance



Marinus van Reymerswaele, *Les collecteurs d'impôts (The Tax Collectors)*
1540s, oil on panel, 94 × 77 cm, Musée du Louvre, Paris

강제로 권리를 실현하는 방법에 관하여

- 소송을 통해 승소 확정판결을 받은 채권자는 어떻게 권리를 실현할 수 있는가?
이것이 강제이행, 강제집행 문제다. 이러한 **집행의 권원**(근거)은 확정판결 이외에도 여러 가지가 있는데, 함께 살펴본다.
- 집행의 근거가 무엇이든, 강제집행은 구조와 절차 면에서 근본적으로 다음 두 갈래로 나눌 수 있다. 이번 강의의 목표는, 그 차이를 이해하고 각 절차를 익히는 것이다.
 1. **금전채권자**의 권리실현
 2. **금전 이외 채권자**의 권리실현

들어가며
Introduction

어느 길을 갈지는 당신이 어디로 가고 싶은가에 달려있다. - Lewis Carroll

채무이행과 채무불이행

머리에

- 1. 채무자가 채무를 이행할 수도 있다.
- 2. 채무자가 채무를 이행하지 않을 수도 있다.

이행

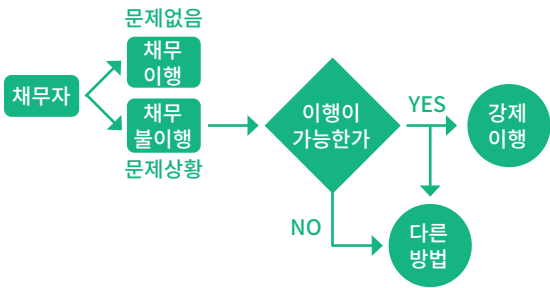
채무자가 채무이행(performance)을 하는 것이 변제(discharge)다.

- 1. 변제를 하면,
- 2. 채무가 목적을 달성해서,
- 3. 채무가 소멸한다.

별로 문제 될 것이 없다.

불이행

반대로, 채무자가 채무를 이행하지 않는 것이 채무불이행(non-performance; breach of contract; default)이다. 급여장애라고도 부른다.



- 1. 이행이 가능한데도, 즉 이행할 수 있는데도, 이행을 안 하고 있다면? 강제로 이행하도록 할 수 있다. 이것이 바로 강제이행이다.
- 2. 위 경우 강제이행 말고도 다른 방법으로 채권자가 구제받을 수도 있다.
- 3. 한편, 이행이 불가능하게 된 경우, 즉 이행을 하려야 할 수 없는 경우도 있다. 강제이행은 안 되고, 다른 해결이 필요하다.

강의계획

채무불이행 상황에서, 피해를 본 채권자가 어떤 법적 조치를 취할 수 있는가? 즉 어떤 구제수단(remedies)이 있는가? 이 점을 공부한다. 구체적으로,

1. 채무불이행 유형별로 법적 조치가 달라진다. 따라서 채무불이행의 유형을 분석해야 한다.
2. 각 유형별로 채권자가 취할 수 있는 법적 조치가 꼭 1가지인 것도 아니다. 예를 들어, 계약을 유지하고 강제이행을 구할 수도 있고, 계약을 무효로 만들고 원상회복을 구할 수도 있다.

귀책사유와 채무불이행책임

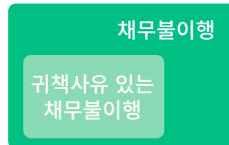
머리에

1. 채무불이행이 채무자 탓일 수도 있다.
2. 채무불이행이 채무자 탓이 아닐 수도 있다.

채무자의 귀책사유 있는 채무불이행: 채무불이행책임○

귀책사유 있는(imputable to obligor) 채무불이행: 채무자의 고의나 과실 때문에 불이행(급여장애) 상황이 된 것.

1. 예: 주기로 한 도자기를 위험하게 들고 다니다가 깨뜨린 경우.
2. 채무자는 채무불이행책임(default liability)을 진다.



이 경우,

1. 손해배상(damages): 채무자는 손해배상 책임을 부담한다. 쉽게 말해, 돈으로 때우라는 취지다.

민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. ...

2. 해제(rescission; termination) 및 원상회복(*restitutio in integrum*): 채권자가 계약을 해제할 수도 있다. 그러면 계약이 소급해 무효로 되면서, 서로 원상회복해야 하는 관계가 된다.

민법 제546조(이행불능과 해제) 채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.

민법 제544조(이행지체와 해제) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. ...

3. 양자의 관계: 해제하고 원상회복을 구하며, 동시에 손해배상청구까지 함께 할 수도 있다.

민법 제551조(해지, 해제와 손해배상) 계약의 ... 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다.

채무자의 귀책사유 없는 채무불이행: 채무불이행책임×, 위험부담○

귀책사유 없는(not imputable to obligor) 채무불이행: 채무자의 고의나 과실 없이 불이행(급여장애) 상황이 된 것.

- 1. 예: 대비할 수 없는 강한 지진으로 도자기가 깨진 경우, 또는 강도의 침입으로 도자기가 깨진 경우.
- 2. 채무자는 채무불이행책임을 지지 않는다.

우연한 사고는 지체 책임을 면하게 한다(Casus fortuitus a mora excusat; A fortuitous event excuses delay).

이 경우,

- 1. 손해배상×: 채무자는 손해배상 책임을 부담하지 않는다.

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

- 2. 해제× 및 원상회복×: 채권자가 계약을 해제할 수도 없다.

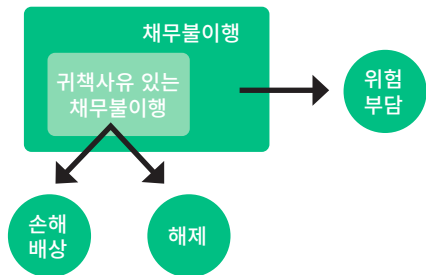
이행불능 해제 경우, 조문상 채무자의 귀책사유를 요구한다. 이행지체 해제 경우, 조문에는 없지만 해석 상 채무자의 귀책사유를 요구한다.

민법 제546조(이행불능과 해제) 채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.

2008다96208: [이] 사건 생산설비의 공급지연에 대하여 [채무자]에게 귀책사유가 있다고 보기 어렵다. 그러므로, 이 사건 생산설비 공급의 이행지체에 [채무자]의 귀책사유가 있음을 전제로 한 [채권자]의 계약해제는 부적법[하다].

- 3. 위험부담(burden of risk): 결국, 적당한 규칙에 따라 둘 중 누군가가 손해를 부담한다. 이를 위험부담 문제라 부른다.

소결



담보책임 제도

문제 상황

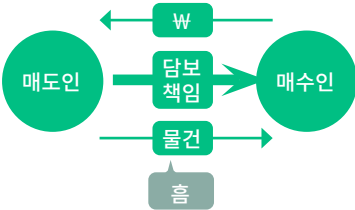
- 1. 물건을 매매했는데,
- 2. 물건에 흠(하자)이 있다면?

매도인(물건인도의 채무자)이 매수인(물건인도의 채권자)을 상대로 각종 책임을 부담한다. 이를 담보책임(擔保責任; warranty liability)이라 부른다.

담보(擔保; collateral; warranty)에는 “채무 불이행을 대비해 미리 물건을 제공” 뜻도 있고, “물건 흠을 대비해 보장” 뜻도 있다. 담보제공에서는 앞의 뜻(collateral)이고, 담보책임에서는 뒤의 뜻(warranty)이다.

매수인이 흠을 알 수 없었던 경우: 하자담보책임○

흠 있는 물건을 매매했는데, 채권자(매수인)가 계약 당시 흠을 알 수 없었다면?



- 1. 손해배상: 채무자(매도인)는 손해배상 책임을 부담한다.
- 2. 해제와 원상회복: 계약 목적을 달성할 수 없다면, 채권자(매수인)가 계약을 해제할 수도 있다.

민법 제580조(매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물에 **하자가 있는 때**에는 제575조 제1항의 규정을 준용한다. ...

민법 제575조(제한물권 있는 경우와 매도인의 담보책임) ① ... 이 [때문에] 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 기타의 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다.

담보책임에서 채무자(매도인)의 귀책사유는 불문한다.

매수인이 흠을 알 수 있었던 경우: 하자담보책임×

흠 있는 물건을 매매했는데, 채권자(매수인)가 계약 당시 흠을 알 수 있었다면?

- 1. 손해배상×: 채무자(매도인)는 손해배상 책임을 부담하지 않는다.
- 2. 해제× 및 원상회복×: 채권자(매수인)가 계약을 해제할 수도 없다.

이때는 담보책임은 추궁할 수 없다. 채무자(매도인)의 귀책사유가 있다면 채무 불이행책임을 추궁할 수 있을 뿐이다.

민법 제580조(매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조 제1항의 규정을 준용한다. 그러나 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 ... 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

매수인이여, 물건의 문제는 스스로 알아보고 구매하라(*Caveat emptor, qui ignorare non debuit quod ius alienum emit*; Let a purchaser beware, for he ought not to be ignorant of the nature of the property which he is buying from another party).

담보책임 제도 취지

매수인은 매매 목적물을 완전한 물건이라고 보고 돈까지 다 냈다. 하자 있는 물건을 판 매도인으로서의 이유야 어쨌든 책임을 져야 공평하다.

2012다72582: 이러한 민법의 하자담보책임에 관한 규정은 [왜 두었을까?] 매매라는 유상, 쌍무계약에 [따른] 급[여]와 반대급[여] 사이의 등가관계를 유지하기 위하여 민법의 지도이념인 공평의 원칙에 입각하여 마련된 것이다.]

1. 매도인의 담보책임은 매도인(채무자) 과실과는 관계없이 생기는 책임이다. 즉, 무과실책임(strict liability)이다. 매도인(채무자)에게 아무 잘못이 없더라도, 어쨌든 물건에 하자가 있는 이상 담보책임을 진다.

94다23920: 민법 제581조, 제580조에 기[초]한 매도인의 하자담보책임은 법이 특별히 인정한 무과실책임[이다.]

2. 담보책임은 유상계약(contract for value)에서 발생한다.

무상계약에서는 채권자(매수인)는 돈을 내지도 않고 이익만 받기 때문에, 채무자(매도인)에게 무과실책임을 지을 근거가 없다.

민법 제567조(유상계약에의 준용) 본 절[매매]의 규정은 매매 이외의 유상계약에 준용한다. ...

86다카2943: 매도인의 하자담보책임에 관한 규정은 그 계약의 성질이 이를 허용하지 아니하는 것이 아닌 한 다른 유상계약에도 준용된다.

공짜로 받은 말은 입 안을 확인하지 말라(*Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul*; Never look a gift horse in the mouth).

특정물과 불특정물에 관한 담보책임

1. 특정물(specified property) 매매에 대한 담보책임

민법 제580조(매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조 제1항의 규정을 준용한다. ...

민법 제575조(제한물권 있는 경우와 매도인의 담보책임) ① ... 이 [때문에] 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 기타의 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다.

2. 불특정물(unspecified property) 매매에 대한 담보책임

민법 제581조(종류매매와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적물을 종류로 지정한 경우에도 그 후 특정된 목적물에 하자가 있는 때에는 전조[제580조]의 규정을 준용한다.

위험부담 제도

문제 상황

- 1. 계약 후,
- 2. 채무자의 잘못도 없이,
- 3. 채무 이행을 할 수 없게 되었다면?

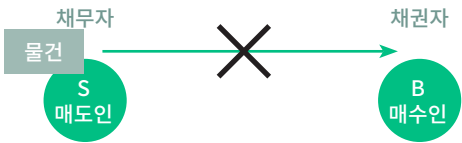
위험부담(危險負擔; burden of risk) 문제가 생긴다.

위험(危險; risk)은, 말 그대로, 이행을 할 수 없게 된 위험 상황을 뜻한다. 결국 누가 그 위험 상황에 따른 불이익을 부담할지 문제다.

급여위험(= 물건 위험) 부담 문제

물건 채권자(매수인)는 채무자(매도인)에게 이행(예: 물건인도)을 구할 수 없게 되는가? 급여위험(risk of performance) 부담 문제다.

학계에서는 아직 “급여(위험)”보다는 일본 민법상 용어인 “급부(위험)”를 더 널리 사용하고 있다.

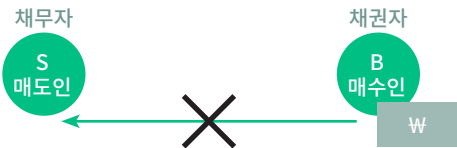


- 1. 만약 채권자(매수인)가 급여위험을 부담한다면? 채무자(매도인)는 채무(예: 물건인도의무)를 면한다. 쉽게 말해, 물건을 안 줘도 된다.
- 2. 만약 채무자(매도인)가 급여위험을 부담한다면? 채무자(매도인)는 여전히 채무(예: 물건인도의무)를 부담한다. 쉽게 말해, 물건을 줘야 한다.

급여위험을 “물건(property) 위험”이라고도 한다.

반대급여위험(= 대가 위험) 부담 문제

물건 채무자(매도인)도 채권자(매수인)에게 반대이행(예: 대금지급)을 구할 수 없게 되는가? 반대급여위험(risk of counter-performance) 부담 문제다.



- 1. 만약 채무자(매도인)가 반대급여위험을 부담한다면? 채권자(매수인)는 반대 채무(예: 대금지급의무)를 면한다. 쉽게 말해, 대금을 안 줘도 된다.
- 2. 만약 채권자(매수인)가 반대급여위험을 부담한다면? 채권자(매수인)는 여전히 반대채무(예: 대금지급의무)를 부담한다. 쉽게 말해, 대금을 줘야 한다.

반대급여위험을 “대가(consideration) 위험”이라고도 한다.

대상청구 제도

문제 상황

- 1. 계약 후,
- 2. 채무 이행을 할 수 없게 되었는데,
- 3. 채무자가 그 대신 어떤 이익을 취득했다면?

채권자가 채무자를 상대로 원래의 채무 이행 대신 그 이익을 달라고 할 수 있다. 이를 대상청구(代償請求; claim to the substitute commodum)라 부른다.

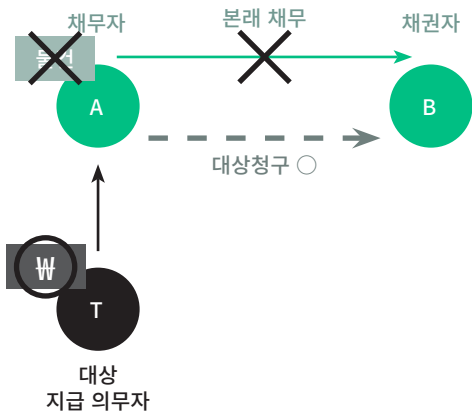
대상(代償; vicarious compensation; substitute commodum)에는 “인도 불능에 대비한 손해배상(금전)” 뜻도 있고, “대신 얻은 이익” 뜻도 있다. 인도 청구에 병합한 대상 청구 할 때는 앞의 뜻(vicarious compensation; 손해배상)이고, 대상청구권 할 때는 뒤의 뜻(substitute commodum; 대체물)이다.

해석상 인정

92다4581: 우리 민법[은] 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제 권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않[다. 그러나] 해석상 대상청구권을 부정 할 이유가 없[다.]

화재는 채무자가 채무를 면하게 하지 않는다(Incendium aere alieno non exuit debitorem; A fire does not release a debtor from a debt).

사례



1. 매도 물건이 화재로 소실 → 매수인이 화재보험금에 대상청구

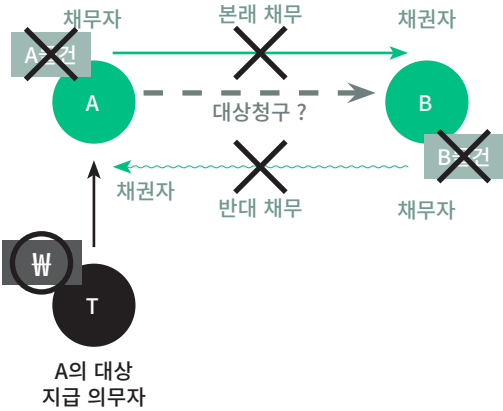
2013다7769: 매매의 목적물이 화재로 소실됨으로써 채무자인 매도인[A]의 매매목적물에 대한 인도 의무가 이행불능이 되었다. 그렇다면 채권자인 매수인[B]은 화재사고로 매도인[A]이 지급받게 되는 **화재보험금, 화재공제금에 대하여 대상청구권을 행사할 수 있다.**

2. 매도 물건이 수용 → 매수인이 수용보상금에 대상청구

99다23901: 매매의 일종인 경매의 목적물인 토지가 [매각]허가결정 이후 하천구역에 편입되었다. 이로써 소유자[A]의 [매수인(B)]에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었다. 그렇다면 [매수인(B)]는 소유자[A]가 하천구역 편입 [때문에] 지급받게 되는 **손실보상금에 대한 대상청구권**을 행사할 수 있다.

요건

- 1. 급여 채권(채무)의 존재(채무의 불능)
- 2. 급여의 후발적 불능(계약 후 불능)
- 3. 급여를 갈음하는 대상(보험금, 보상금) 취득
- 4. (쌍무계약 경우에는) 반대급여 이행 가능

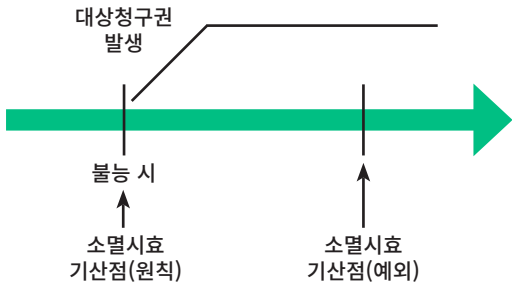


95다6601: 쌍무계약의 당사자 일방[B]이 상대방[A]의 [급여(A물건 급여)]가 이행불능이 된 사정의 결과로 상대방[A]이 취득한 대상[→ 보험금, 보상금]에 대하여 [급여]청구권을 행사할 수 있다고 하[자. 그렇]더라도, 그 당사자 일방[B]이 **대상청구권을 행사하려면 상대방[A]에 대하여 반대[급여(B물건 급여)]를 이행할 의무가 있다.**

이 경우 당사자 일방[B]의 반대[급여(B물건 급여)]도 그 전부가 이행불능이 되...는 등 상대방[A]에게 아무런 이익이 되지 않는다고 인정되는 때에[는 어떻게 될까?] 특별한 사정이 없는 한, 당사자 일방[B]은 상대방에 대하여 대상청구권을 행사할 수 없다.

효과: 당연 취득

- 1. 불능 즉시 대상청구권을 당연 취득한다. 즉시 대상청구권을 행사할 수 있다.
- 2. 다만, 경우에 따라 즉시 행사하지 못하는 경우도 있을 수 있다.



민법 제166조(소멸시효의 기산점) ① 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다.

99다23901: 대상청구권은 특별한 사정이 없는 한 매매 목적물의 수용 또는 국유화 [때문에] 매도인[A]의 소유권이전등기의무가 이행불능 되었을 때 매수인[B]이 그 권리[→ 대상청구권]를 행사할 수 있다고 보아야 [한다.] 따라서 그때부터 [대상청구권의] 소멸시효가 진행되는 것이 원칙이다.]

[그러나] 국유화가 된 사유의 특수성과 법규의 미비 등으로 그 보상금의 지급을 구할 수 있는 방법이나 절차가 없다가 상당한 기간이 지난 뒤에야 보상금청구의 방법과 절차가 마련된 경우라면[?] 대상청구권자[B]로서는 그 보상금청구의 방법이 마련되기 전에는 대상청구권을 행사하는 것이 불가능하였[다.] 따라서 이러한 경우에는 보상금을 청구할 수 있는 방법이 마련된 시점부터 대상청구권에 대한 소멸시효가 진행되는 것으로 [보는 것]이 [타당하다.]

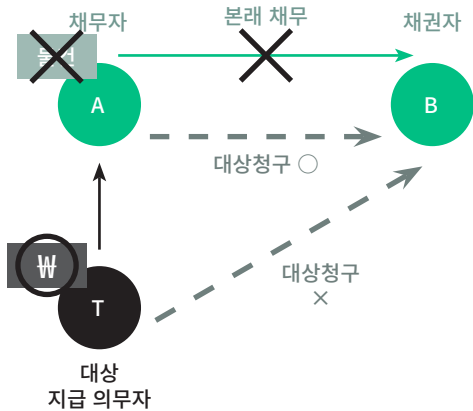
행사 범위

A-B 사이 매매대금이 10억 원인데, 대상(보험금, 보상금)이 오히려 11억 원이라 하자. 대상청구권을 얼마나 행사할 수 있는가?

- 1. 대상 전부(11억 원)에 행사할 수 있다.
- 2. 즉, 매매대금(10억 원) 한도로 제한되지 않는다.

2013다7769: 매매의 목적물이 화재로 소실됨으로써 매도인[A]이 지급받게 되는 화재보험금, 화재공제금에 대하여 매수인[B]의 대상청구권이 인정되는 [사안이다. 그러한] 이상, 매수인[B]은 특별한 사정이 없는 한 목적물에 대하여 지급되는 화재보험금, 화재공제금 전부[→ 11억 원]에 대하여 대상청구권을 행사할 수 있[다.] 인도의무의 이행불능 당시 매수인[B]이 지급하였거나 지급하기로 약정한 매매대금 상당액[→ 10억 원]의 한도 내로 범위가 제한된다고 할 수 없다.

행사 상대방



채권자(B)는,

- 1. 채무자(A)를 상대로만 대상청구 할 수 있다.
- 2. 대상(보상금) 지급 의무자(T)를 상대로는 대상청구 할 수 없다. 즉, 채권자(B)가 직접 보상금 청구권자로 되는 것이 아니다.

95다56910: 소유권이전등기의무의 목적부동산이 수용되어 그 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었다. 이 경우] 등기청구권자[B]는 등기의무자[A]에게 대상청구권의 행사로써 등기의무자[A]가 지급받은 수용보상금의 반환을 구하거나 또는 등기의무자[A]가 취득한 [T에 대한] 수용보상금청구권의 양도를 구할 수 있을 뿐[이다.] 그 수용보상금청구권 자체가 등기청구권자[B]에게 귀속되는 것은 아니다.

등기청구권자라고 주장하는 자[B]가 소유권이전등기의무의 목적부동산이 수용되었음을 이유로 수용 당시의 소유명의자[A]를 상대로 수용보상금청구권이 자기[A]에게 속한다는 채권의 귀속에 관한 확인을 구하는 [사건이다. 이 경우] 그 주장사실이 인정되더라도 수용보상금청구권 자체가 등기청구권자라고 주장하는 자[B]에게 귀속되는 것은 아니다. 그러므로 그 확인청구는 주장 자체로 이유 없음이 명백하여 허용될 수 없다.

연습문제1

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 3.] 甲은 2022. 1. 10. X 토지를 乙에게 1억 원에 매도하는 계약을 체결하였는데, 乙은 계약 당일 계약금 1,000만 원을, 2022. 3. 10. 중도금 4,000만 원을 지급하기로 하고, 2022. 5. 10. 잔금 5,000만 원을 지급하면서 甲으로부터 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부받기로 하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

③ 매매계약의 성립 후 X 토지가 1억 5천만 원에 수용된 경우, 乙은 1억 원 한도에서 甲에게 대상청구권을 행사하여 토지수용보상금의 지급을 구할 수 있다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 16.] 대상청구권에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄱ. 매매목적물의 수용 [때문에] 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능 되었다면, 그로부터 상당한 기간이 지난 뒤에야 수용[에 따른] 보상금청구의 방법과 절차가 마련 되었더라도 대상청구권의 소멸시효는 이행불능 시부터 진행한다.
 - ㄴ. 매매에 따른 소유권이전등기 전에 매매목적물이 수용된 경우 매수인이 매도인을 상대로 수용보상금청구권이 자신에게 속한다는 채권의 귀속에 관한 확인을 구하는 청구는, 하나의 채권에 관하여 2인 이상이 서로 채권자라고 주장하는 경우로 그 확인의 이익이 있다.

채무불이행과 구제수단

채무불이행의 유형

채무불이행(default) 유형은 다음과 같다.

- 1. 제1 유형: 이행불능(impossibility of performance)
- 2. 제2 유형: 이행지체(delay of performance)
- 3. 제3 유형: 불완전이행(defective performance)
- 4. 제4 유형: 이행거절(refusal of performance; repudiation)

채무불이행과 관련한 구제수단

채무불이행 상황(event of default)에서 다음 문제가 직접, 간접적으로 생긴다.

- 1. 강제이행(compulsory performance)
- 2. 채무불이행책임(default liability): (i) 손해배상(damages)과 (ii) 해제(rescission; termination) 및 원상회복(restitutio in integrum)
- 3. 담보책임(warranty liability)
- 4. 위험부담(burden of risk)
- 5. 대상청구(claim to the substitute commodum)

양립할 수 없는 것이 아닌 한, 구제수단은 중첩할 수 있다(Remedies which are not incompatible may be cumulated).

제1 유형: 이행불능

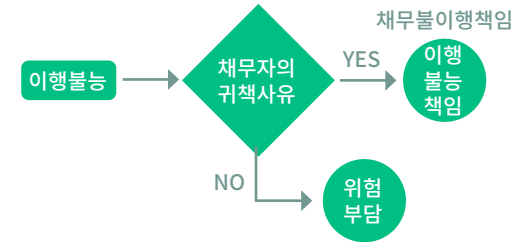
개념

이행불능(impossibility of performance): 채무의 이행을 할 수 없게 되는 경우

사례

주기로 한 특정물이 불에 완전히 타 버렸다. → 물건 소유권 이전 채무 이행불능.

2013다7769: 매매의 목적물이 화재로 소실됨으로써 채무자인 매도인의 매매목적물에 대한 인도의무가 이행불능이 되었다.



주의: 특정물과 불특정물 차이

- 1. 특정물 매매: 주기로 한 물건이 불에 완전히 타 버리면 불능○. 예를 들어, 중고 바이올린 소유권을 넘길 채무, 즉 특정물 인도 채무는 이행이 불가능하게 된다.

특정물은 받는 자에게 멸실 위험이 귀속한다(*Species perit ei cui debetur*; Specified property perishes at the risk of the person to whom it is owed).

- 2. 불특정물 매매: 주려고 생각한 물건이 불에 완전히 타 버려도 불능×. 예를 들어, 돈을 줄 채무, 즉 금전채무(monetary claim)에는 이행 불가능이란 개념이 없다. 현실적으로 돈이 없다고 하더라도, 법적으로는 이행할 수 있다고 간주한다. 즉, 금전채무는 무조건 이행 가능하다(원칙).

불특정물은 멸실하지 않는 것으로 간주한다(*Genus perire non censetur*; Unspecified property is not deemed to perish).

채무자의 귀책사유가 없는 경우: 강제이행×, 채무불이행책임×, 위험부담○, 대상 청구권○

- 1. 이행할 수 없으므로, 강제이행은 무의미하다.

2013다7769: 계약 체결 후에 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 채무의 이행이 불가능하게 된 경우 채무자는 급[여]의무[물건을 넘길 의무]를 면[한다].

- 2. 채무자는 귀책사유도 없으므로, 채무불이행책임도 부담하지 않는다.
- 3. 결국 위험부담(burden of risk) 문제다.

2013다7769: 채무자는 급[여]의무[→ 물건을 넘길 의무]를 면[한다. 쌍무계약 경우 그와] 더불어 반대급[여][→ 대금지급]도 청구하지 못[한다].

[그러므로] 쌍방 급[여]가 없었던 경우에는 계약관계는 소멸[한다. 그리고] 이미 이행한 급[여]는 법률상 원인 없는 급[여]가 되어 부당이득의 법리에 따라 반환청구할 수 있다.

4. 대상청구(claim to the substitute commodum) 문제도 발생한다.

채무자의 귀책사유가 있는지는 대상청구 행사 조건과 무관하다.

채무자의 귀책사유가 있는 경우: 강제이행×, 채무불이행책임○, 대상청구권○

- 1. 이행할 수 없으므로, 강제이행은 무의미하다.
- 2. 채무자는 채무불이행책임(default liability)을 부담한다. 즉, 손해배상과 해 제 문제가 발생한다.
- 3. 대상청구(claim to the substitute commodum) 문제도 발생한다.

제2 유형: 이행지체

개념

이행지체(delay of performance): 채무의 이행이 지체되는 경우

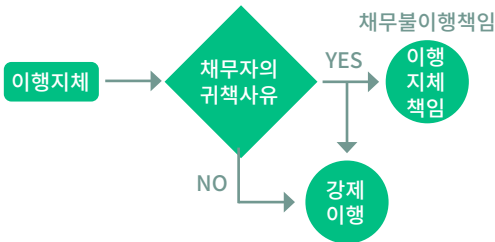
2020다290804: 이행지체[란] 채무의 이행이 가능한 데도 채무자가 그 이행을 도과 한 것을 말[한다.] ... 이행기가 도래하기 전에는 이행지체란 있을 수 없[다.]

이행을 할 수 없으면, 이행지체가 아니라 이행불능이다.

사례

주기로 한 물건을 약속한 날짜보다 늦게 주었다.

88다3253: 채무이행의 확정기한이 있는 경우에는 그 기한이 도래한 다음 날부터 이행 지체의 책임을 진다. 채무이행] 기한의 정함이 없는 경우에는 그 이행의 청구를 받은 다음 날로부터 이행지체의 책임을 진다.



채무자의 귀책사유가 없는 경우: 강제이행○

이행을 할 수 있으므로, 강제이행(compulsory performance) 문제다.

민법 제389조(강제이행) ① 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다. ...

채무자의 귀책사유가 있는 경우: 강제이행○, 채무불이행책임○

- 1. 강제이행(compulsory performance)도 가능하다.
- 2. 채무자는 채무불이행책임(default liability)도 부담한다. 즉, 손해배상과 해제 문제가 발생한다.

늦게 변제하는 자는 적게 변제하는 것이다. 시간 측면에서도 적게 변제하는 것이기 때문이다(*Minus solvit, qui tardius solvit: nam et tempore minus solvitur*; He who pays late pays less, for payment is diminished in respect of time as well).

제3 유형: 불완전이행

개념

불완전이행(defective performance): 채무의 이행이 불완전한 경우

사례

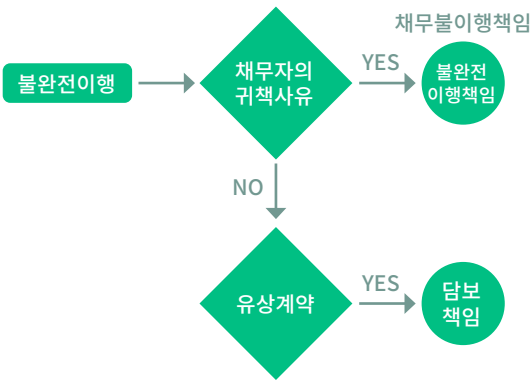
주기로 해 준 물건에 흠이 있다.

- 1. 특정물(specified property) 매매에서도 불완전이행이 있을 수 있다.

2013다522: 甲 유한회사가 乙 주식회사를 상대로 乙 회사가 유류, 중금속 등으로 오염된 토지를 매도하였다는 이유로 매도인의 하자담보책임 또는 불완전이행[에 따른] 손해배상을 구한 사안[이다.]

- 2. 불특정물(unspecified property) 매매에서도 불완전이행이 있을 수 있다.

2012다72582: 甲이 乙 주식회사로부터 [새] 자동차를 매수하여 인도받은 지 5일 만에 계기판의 속도계가 작동하지 않는 하자가 발생하였음을 이유로 乙 회사 등을 상대로 신차 교환을 구한 사안[이다.]



유상계약에서 채무자의 귀책사유가 없는 경우: 채무불이행책임×, 담보책임○(완전물 급여책임○)

1. 채무자는 귀책사유도 없으므로, 채무불이행책임을 부담하지 않는다.
2. 담보책임(warranty liability) 문제다.
3. 담보책임과 관련해, 만약 불특정물 매매라면 제대로 된 물건으로 다시 달라고 할 수 있다. 이를 완전물 급여청구(recall)라 한다.

민법 제581조(종류매매와 매도인의 담보책임) ② [불특정물매매 하자담보책임]의 경우에 매수인은 계약의 해제 또는 손해배상의 청구를 하지 아니하고 하자없는 물건을 청구할 수 있다.

2012다72582: 매매의 목적물을 종류로 지정하였는데 그 후 특정된 목적물에 있는 하자가 있[다면 어떻게 되는가?] 매수인은 ... 이러한 계약의 해제 또는 손해배상의 청구 대신 하자 없는 물건을 청구할 수 있는 권리(...‘완전물급여청구권’...)를 갖는다.

유상계약에서 채무자의 귀책사유가 있는 경우: 채무불이행책임○(추완책임○), 담보책임○(완전물 급여책임○)

1. 채무자는 채무불이행책임(default liability)을 부담한다. 즉, 손해배상과 해제 문제가 발생한다.

2002다51586: 매도인이 ... 다량의 폐기물을 은밀히 매립하고 그 위에 토사를 덮은 다음 ... 정상적인 토지임을 전제로 ... 이를 매도[하였다. 이]로써 매수자로 하여금 그 토지의 폐기물처리비용 상당의 손해를 입게 하였[다. 그렇]다면 매도인은 이른바 불완전이행으로서 채무불이행[에 따른] 손해배상책임을 부담[한다.]

2. 채무불이행책임과 관련해, 고장 난 부분을 고치거나 바꿔 주는 식으로 불완전한 부분을 완전하게 만들어 주는 것을 추완(subsequent completion)이라 한다. 채권자는 채무자에게 추완을 청구할 수도 있다.

거꾸로 채무자도 채권자에게 새로운 물건을 주지 않고 그저 추완으로 처리하겠다고 할 수도 있다.

3. 담보책임(warranty liability)도 발생할 수 있다. 즉, 요건만 갖춘다면, 채무불이행책임과 담보책임 모두 추궁할 수 있다.

2002다51586: 매도인은 이른바 불완전이행으로서 채무불이행[에 따른] 손해배상책임을 부담[한다.] 이는 하자 있는 토지의 매매[에 따른] 민법 제580조[에서 정한] 하자담보책임과 경합적으로 인정된[다.]

4. 담보책임과 관련해, 만약 불특정물 매매라면 완전물 급여청구(recall) 대상이다.

무상계약에서 채무자의 귀책사유가 없는 경우: 채무불이행책임×(추완책임×), 담보책임×

1. 채무자는 귀책사유도 없으므로, 채무불이행책임을 부담하지 않는다.

- 2. 무상계약이므로 채무자가 담보책임도 지지 않는다.
- 3. 계약 당사자는 더 서로 할 것이 없다.

무상계약에서 채무자의 귀책사유가 있는 경우: 채무불이행책임○(추완책임○), 담보책임×

- 1. 채무자는 채무불이행책임(default liability)을 부담한다. 즉, 손해배상과 해제 문제가 발생한다.
- 2. 채권자는 채무자에게 추완(subsequent completion)을 청구할 수도 있다.
- 3. 무상계약이므로 채무자가 담보책임도 부담하지 않는다.

제4 유형: 이행거절

개념

이행거절(refusal of performance; repudiation): 채무자가 채무의 이행을 거절하는 경우

사례

물건을 주기로 한 사람이 정당한 이유 없이 못 주겠다고 한다.

2008다29635: 매수인이 잔금 지급을 제공하였[는데도] 매도인이 자신의 의무에 관하여 스스로 이행지체에 빠진 후에 오히려 매수인의 귀책사유로 자신[이] 계약[을] 해제[했]다고 주장하면서 계약금 상당액을 공탁한 사안[이다.]



강제이행×, 채무불이행책임○

- 1. 이행기 전이라면, 강제이행을 구할 수 없다.

물론 이행기 후라면, 강제이행을 구할 수 있다.

- 2. 채무자는 채무불이행책임(default liability)을 부담한다. 즉, 손해배상과 해제 문제가 발생한다.

2008다29635: [이행거절은] 이행지체 등과 대등하게 채무불이행의 한 유형으로서 민법 제390조[채무불이행과 손해배상]에 기[초]하여 손해배상청구권 등을 발생시키는 요건[이다.]

2018다235576: 채무자가 채무를 이행하지 않을 의사를 명백히 표시한 경우에[는 어떤가:] 채권자는 ... 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제하거나 채무자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.

사례

배경

A는 건축업자인 B에게 공사금 총 10억 원에 도급해, 강물이 흐르는 강원 화천군 코끼리면 123에 아름다운 전원주택 한 채를 짓도록 했다. 공사에 관해,

1. A가 채권자다.
2. B가 채무자다.

이행불능 사례

공사 도중 강물이 넘쳐 토지가 강으로 되어 공사를 할 수 없게 됐다.

1. 그 이유가 대비할 수 없었던 천재지변이었다면? 약속한 공사금 10억 원을 어떻게 처리해야 하는지 하는 위험부담(burden of risk) 문제가 생긴다.
2. 그 이유가 B 관리실수로 다이너마이트 다발이 터진 것이었다면? B는 이행불능(impossibility of performance)에 따른 채무불이행책임을 부담한다. 즉, A는 해제나 손해배상청구를 할 수 있다.
3. 그 이유와 상관없이, B가 보험금을 받게 되었다면? A는 B에게 보험금을 대신 달라 할 수 있는지 하는 대상청구(claim to the substitute commodum) 문제도 생긴다.

이행지체 사례

약속한 날이 되었는데 공사가 아직 완공되지 않았다.

1. 그 이유가 전혀 예측할 수 없었던 천재지변이었다면? A는 B에게 어서 공사를 끝마쳐 달라고 청구할 수 있다. 말을 듣지 않는다면 강제이행(compulsory performance) 청구까지 가능하다.
2. 그 이유가 B의 개인 사정 때문이었다면? 그렇더라도, 일단 강제이행 청구는 당연히 가능하다. 또, B는 이행지체(delay of performance)에 따른 채무불이행책임까지 진다. 즉, A는 해제나 손해배상청구까지 할 수 있다.

불완전이행 사례

B가 완공을 했는데, 주택 지붕에서 비가 줄줄 새는 하자가 있다.

2024다267994: 아파트 분양계약에서 분양자의 채무불이행책임이나 하자담보책임은 [언제 인정하나] 분양된 아파트가 당사자의 특약에 [따라] 보유하여야 하거나 주택법상의 주택건설기준 등 거래상 통상 갖추어야 할 품질이나 성질을 갖추지 못한 경우에 인정된다.

1. 전혀 예측할 수 없었던 천재지변 때문에 공사에 문제가 생긴 경우였다면? 그렇더라도, 유상계약인 이상 B는 담보책임(warranty liability)을 부담한다. 흠(하자)을 고치거나 손해배상을 하는 것도 담보책임에 해당한다.

다만, 하자에 따른 확대손해(생명이나 신체, 또는 다른 재산 침해 등)까지는 담보 책임 영역이 아니다. 채권자(매수인)가 확대손해 배상까지 구하려면, 담보책임으로는 부족하다.

2. 그 이유가 B의 설계 실수 때문이었다면? B는 담보책임 외에도 불완전이행(defective performance)에 따른 채무불이행책임을 부담한다. 즉, 해제나 손해배상 청구를 할 수 있다. 물론 지붕 수리를 청구할 수도 있다.

확대손해도 채무불이행책임 영역이다. 채권자가 확대손해 배상까지 구하려면, 채무불이행책임 요건을 충족해야 한다.

96다39455: 매매목적물의 하자로 ... 확대손해 내지 2차 손해가 발생하였다는 이유로 매도인[채무자]에게 그 확대손해에 대한 배상책임을 지우기 위하여는 [어떤 요건이 필요한가?] 채무의 내용으로 된 하자 없는 목적물을 인도하지 못한 의무위반사실 외에 그러한 의무위반에 대하여 매도인[채무자]에게 귀책사유가 인정될 수 있어야만 한다.

이행거절 사례

약속한 날이 되기도 전에 B가 A에게 이 공사는 더는 하지 않겠다고 선언했다면? B는 이행거절(refusal of performance; repudiation)에 따른 채무불이행책임을 부담한다. A는 해제나 손해배상청구까지 할 수 있다.

연습문제

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 31.] 매도인의 담보책임에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 매매목적물의 하자로 ... 확대손해 내지 2차 손해가 발생하였다는 이유로 매도인에게 그 확대손해에 대한 배상책임을 지우기 위하여는, 채무의 내용으로 된 하자 없는 목적물을 인도하지 못한 의무위반사실 외에 그 의무위반에 대한 매도인의 귀책사유가 인정되어야 한다.
- ② 강제경매절차에서 매수인이 부동산을 매각받아 대금을 완납하고 그 앞으로 소유권이전등기를 마쳤으나 강제경매의 기초가 된 채무자 명의의 소유권이전등기가 원인무효이어서 강제경매절차가 무효로 된 경우, 그 매수인은 「민법」 제578조 제1항, 제2항에 따라 경매의 채무자나 채권자에게 담보책임을 물을 수 있다.
- ③ 타인의 권리 매매에서 매도인이 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 할 의무가 매도인의 귀책사유로... 이행불능이 되었다면, 매수인은 채무불이행 일반의 규정(「민법」 제546조, 제390조)에 따라 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다.
- ⑤ 매매목적물의 하자가 경미하여 수선 등의 방법으로도 계약의 목적을 달성하는 데 별다른 지장이 없는 반면 매도인에게 하자 없는 물건의 급[여]의무를 지우면 다른 구 제방법에 비[교]하여 지나치게 큰 불이익이 매도인에게 발생되는 경우에는 매수인의 완전물급[여]청구권 행사를 제한할 수 있다.

결론

대상청구

계약 후 이행을 할 수 없게 된 대신 채무자가 대상을 취득했다면? 대상청구(claim to the substitute commodum) 문제가 발생한다.

앞에서 비교적 자세히 보았으니, 일단 더 보지는 않는다.

위험부담

계약 후 채무자의 잘못도 없이 이행을 할 수 없게 되었다면? 위험부담(burden of risk) 문제가 발생한다.

일단 위험부담 문제를 가장 먼저 살펴보자.

강제이행

이행을 할 수 있다면? 채무자에게 잘못이 있는지를 떠나, 채권자가 강제이행(compulsory performance)을 통해 채권을 실현할 수 있다. 즉, 국가기관 도움을 받아 강제집행(compulsory execution)을 한다.

이번 강의인 제7강 강제이행에서 보자.

강제이행 대신 구함

계약 후, 이행을 할 수 없게 되었든 여전히 이행을 할 수 있든,

1. 채무자에게 잘못이 있다면, 강제이행을 구하는 대신, 돈으로 손해를 배상(compensation, damages)하라고 할 수도 있다.
2. 물론, 이때 계약을 해제(rescission; termination)하여 서로 원상회복(*restitutio in integrum*)을 하도록 만들 수도 있다.

다음 강의인 제8강 해제와 손해배상에서 보자.

채무자의 재산을 안전하게

채권자는, 채무자의 재산을 바라보고 있는 사람이다. 그러므로 채권자는 자기를 위해 채무자의 재산을 안전하게 지켜야 할 필요가 있다. 이와 관련해,

1. 채권자대위권(subrogation right) 제도가 있다.
2. 채권자취소권(revocation right) 제도도 있다.

그다음 강의인 제9강 채무자 재산 보전에서 보자.

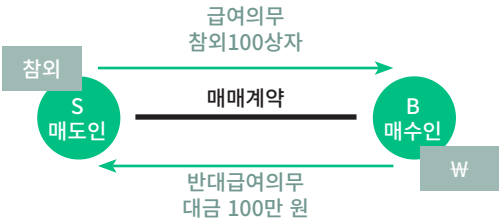
위험부담
Burden of Risk

법을 공부한다는 것은 이미지의 습득이라고 해도 좋다. 법을 알게 된다는 것은 위험부담
이라 하면 “아, 그 장면의 그것이구나”라고 알아차리도록 하는 것이다.
- 伊藤真, “民法入門”

문제점

배경

B는 S에게 참외 100상자를 주문하며 대금은 100만 원으로 정했다. 그런데 S는 참외 100상자를 트럭에 싣고 B에게 가던 중 사고를 당해 참외가 완전히 파손되었다.



이때 다음 문제가 발생한다.

- 1. 물건 위험을 누가 부담하는가?
- 2. 대가 위험을 누가 부담하는가?

급여위험(물건 위험)을 누가 부담하는가?

- 1. B는 S에게 참외 100상자를 다시 인도하라고 요구할 수 있는가?
- 2. 즉, 참외 인도 자체만 봤을 때 누가 불이익을 당하는가?



이것이 급여위험(risk of performance)을 누가 부담하는지 문제다.

급여위험을 “물건 위험”이라고도 부른다.

반대급여위험(대가 위험)을 누가 부담하는가?

- 1. S는 B에게 대금 100만 원을 지급하라고 요구할 수 있는가?
- 2. 즉, 대금 지급 자체만 봤을 때 누가 불이익을 당하는가?



이것이 반대급여위험(risk of counter-performance)을 누가 부담하는지 문제다.

반대급여위험을 “대가 위험”이라고도 부른다.

주의점

계약 체결 후 완전히 파손되었을 때 문제

1. 위험부담은 계약(매매계약) 체결 후 파손되었을 때 문제다.

만약 계약 체결 전 이미 파손되었다면? 이것은 또 다른 문제다. 즉, 원시적 흠 문제다. 이 문제는 차차 공부하자.

2. 위험부담은 완전히 파손(멸실)되었을 때 문제다.

만약 참외가 좀 물러지긴 했지만 사고팔고 먹을 수 있는 정도라면? 이 문제도 다른 문제다. 즉, 불완전이행 문제다. 역시 차차 공부하자.

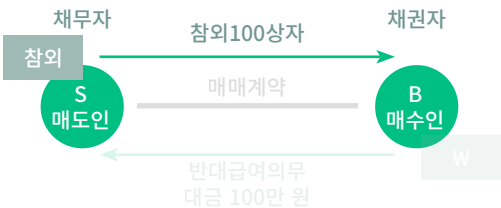
채권자, 채무자의 상대성

매매계약 같은 쌍무계약에서 채권자, 채무자는 상대적 개념이다.

1. 물건(참외)에 관해: (i) 매수인 B가 채권자, (ii) 매도인 S가 채무자

2. 대가(대금)에 관해: (i) 매도인 S가 채권자, (ii) 매수인 B가 채무자

그러나 일반적으로 여기서 “채권자, 채무자”라고만 하면, 물건(참외)을 기준으로 한다.



1. 채권자: 물건(참외)을 인도받을 사람, 즉 매수인 B

2. 채무자: 물건(참외)을 인도해야 할 사람, 즉 매도인 S

이 점을 절대 잊지 말자.

“위험부담” 용어 문제

- 1. 넓은 의미의 “위험”은 급여위험과 반대급여위험을 모두 포함한다.
- 2. 좁은 의미의 “위험”은 반대급여위험만 포함한다.

일반적으로 그냥 “위험(부담)”이라고만 하면 좁은 의미 위험(부담)을 의미한다.
즉, 반대급여위험(부담) 또는 대가 위험(부담)을 의미한다.

이 점도 절대 잊지 말자.

소결

“채무자가 위험을 부담한다”고만 했을 때, 그 의미는 다음과 같다.

- 1. 물건(참외)에 관해 무언가 사고가 났다.
- 2. 그 경우 매도인 S가 위험을 부담한다.

“채무자”란, 물건(참외) 기준 채무자를 의미하기 때문이다.

- 3. 즉, 매도인 S는 반대급여위험(대가 위험)을 부담한다.

“위험부담”이란, 반대급여위험(대가 위험)부담을 의미하기 때문이다.

- 4. 결국, 매도인 S는 대가(대금)를 요구할 수 없다.

급여위험의 부담 기준

개념

급여위험(risk of performance): 물건이 멸실되어 인도받지 못하는 불이익

특정 후 멸실된 경우: 채권자가 급여위험 부담

특정물(specified property) 상태에서 멸실되었다면? 채권자(매수인 B)가 급여위험을 부담한다. 예를 들어,

- 1. 만약 “이 참외 100상자”로 특정한 참외에 관한 매매계약 체결 후,
- 2. 그 참외 100상자가 완전히 파손되었다고 하자.



이 경우,

- 1. 매수인 B(채권자)가 급여위험(물건 위험)을 부담한다.
- 2. 매수인 B는 참외 100상자를 다시 인도하라고 요구할 수 없다.
- 3. 참외 인도 자체만 봤을 때 매수인 B가 불이익을 당한다.

특정 전 멸실된 경우: 채무자가 급여위험 부담

불특정물(unspecified property) 상태에서 멸실되었다면? 채무자(매도인 S)가 급여위험을 부담한다. 예를 들어,

- 1. 만약 그냥 “참외 100상자”라고만 하여 매매계약을 체결한 뒤,
- 2. 매도인 S가 생각해 둔 창고 안 참외가 완전히 파손되었다.



이 경우,

- 1. 매도인 S(채무자)가 급여위험(물건 위험)을 부담한다.
- 2. 매수인 B는 참외 100상자를 다시 인도하라고 요구할 수 있다.
- 3. 참외 인도 자체만 봤을 때 매도인 S가 불이익을 당한다.

급여위험(물건 위험) 이전

급여위험은 목적물 특정(specification) 시점을 기준으로 채무자(매도인 S)로부터 채권자(매수인 B)에게 이전한다.

- 1. 목적물 특정 전 멸실: 채무자(매도인 S)가 급여위험을 부담한다. 채권자(매수인 B)는 참외 인도를 요구할 수 있다.
- 2. 목적물 특정 후 멸실: 채권자(매수인 B)가 급여위험을 부담한다. 채권자(매수인 B)는 참외 인도를 요구할 수 없다.



불특정물 상태로 매매계약을 체결한 경우에도, 늦어도 매도인 S가 매수인 B의 주소에 도착해 이행제공을 한 시점부터는 “그 참외 100상자”로 특정(specification)된다.

민법 제375조(종류채권) ② 전항의 경우[불특정물 매매 경우]에 **채무자[매도인 S]가 이행에 필요한 행위를 완료**하거나 채권자[매수인 B]의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정할 때에는 **그때로부터** 그 물건[그 참외 100상자]을 채권의 목적물로 한다.

반대급여위험의 부담 기준

개념

반대급여위험(risk of counter-performance): 물건이 멸실되어 인도하지 못해 그 반대급여(대가)를 받지 못하는 불이익

매매와 같은 쌍무계약(bilateral contract)을 전제로 한다. 쌍무계약에서는 급여가 있으면 반대급여(대가)가 있다.

논의 전제: 특정 후 멸실되었을 것

목적물 특정 후 멸실된 사안에서나 반대급여위험을 논의한다.

- 1. 물건 멸실로 매도인 S가 참외 인도를 하지 않아도 된다면, 과연 대금 100만 원은 받을 수 있는지 문제 되기 때문이다.
- 2. 목적물 특정 전 멸실된 사안에서는? 반대급여위험 부담 문제가 생기지 않는다. 왜? 이때에는 매수인 B가 참외 100상자를 다시 인도하라고 요구할 수 있고, 매도인 S는 그렇게 인도한 후 대금 100만 원을 받을 수 있기 때문이다.

쌍방 책임 없이 멸실된 경우: 채무자가 반대급여위험 부담

채무자(매도인 S)가 반대급여위험(대가 위험)을 부담한다. 예를 들어,

- 1. “이 참외 100상자”로 특정된 참외에 관한 매매계약 체결 후,
- 2. 예상할 수 없었던 지진이 나서 그 참외 100상자가 완전히 파손되었다고 하자.



이 경우,

- 1. 매도인 S(채무자)가 반대급여위험(대가 위험)을 부담한다.
- 2. 매도인 S는 대금 100만 원을 지급하라고 요구할 수 없다.
- 3. 대금 지급 자체만 봤을 때 매도인 S가 불이익을 당한다.

매수인 B(채권자)는 급여위험(물건 위험)을, 매도인 S(채무자)는 반대급여위험(대가 위험)을, 각각 부담한다. 이때 “채무자(매도인)가 위험을 부담한다”고 표현한다.

민법 제537조(채무자위험부담주의) 쌍무계약의 당사자 일방[매도인 S]의 채무[참외 인도 채무]가 당사자**쌍방의 책임 없는 사유**로 이행할 수 없게 된 때에는 **채무자[매도인 S]는 상대방[매수인 B]의 이행[대금 지급]을 청구하지 못한다.**

2016다9643: 쌍무계약에서 계약 체결 후에 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 채무[예: 참외 인도 채무]의 이행이 불가능하게 된 경우 [어떻게 처리하는가?] 채무자[매도인 S]는 [i] 금[여]의무[예: 참외 인도 채무]를 면함과 더불어 [ii] 반대금[여][예: 대금 지급]도 청구하지 못[한다. 그리]므로, 쌍방 금[여]가 없었던 경우에는 계약관계는 소멸[한다.]

2017다254228: [이 경우] 쌍방 채무의 이행이 없었던 경우에는 계약상 의무의 이행을 청구하지 못[한다. 그리]고 이미 이행한 금[여]는 법률상 원인 없는 금[여]가 되어 부당이득 법리에 따라 그 반환을 청구할 수 있[다.]

채권자 귀책사유로 멸실된 경우: 채권자가 반대급여위험 부담

이행불능이 채권자(매수인 B)의 귀책사유 때문인 경우, 채권자(매수인 B)가 반대급여위험(대가 위험)을 부담한다. 예를 들어,

- 1. “이 참외 100상자”로 특정된 참외에 관한 매매계약 체결 후,
- 2. 우연히 채권자(매수인 B)가 근처에서 화재를 일으켜 그 참외 100상자가 완전히 소실되었다고 하자.



이 경우,

- 1. 매수인 B(채권자)가 반대급여위험(대가 위험)을 부담한다.
- 2. 매도인 S는 대금 100만 원을 지급하라고 요구할 수 있다.
- 3. 대금 지급 자체만 봤을 때 매수인 B가 불이익을 당한다.

매수인 B(채권자)는 급여위험(물건 위험)과 반대급여위험(대가 위험)을 모두 부담한다. 이때 “채권자(매수인)가 위험을 부담한다”고 표현한다.

민법 제538조(채권자귀책사유[에 따른] 이행불능) ① 쌍무계약의 당사자 일방[매도인 S]의 채무[참외 인도 채무]가 채권자[매수인 B]의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자[매도인 S]는 상대방[매수인 B]의 이행[대금 지급]을 청구할 수 있다. ...

2010다25698: 민법 제538조 제1항 제1문...에서 ‘채권자의 책임 있는 사유’라고 함은 [i] 채권자[매수인 B]의 어떤 작위나 부작위가 채무의 내용인 급여[참외 인도의] 실현을 방해하고 [ii] 그 작위나 부작위는 채권자[매수인 B]가 이를 피할 수 있었다는 점에서 [iii] 신의칙상 비난받을 수 있는 경우를 의미한다.

[은행이] 아파트[매매목적물] 수분양자[매수인인 채권자 B]에게 중도금을 대출[했다. 그러나] 수분양자[매수인인 채권자 B]가 그 대출금 이자의 지급 및 후취담보약정의 이행 등을 하지 않[았다. 그러]자 [은행은] 위 대출채무의 연대보증인인 분양회사[매도인인 채무자 S]로부터 그 회사[매도인인 채무자 S] 명의로 소유권보존등기가 되어 있던 분양 아파트[매매목적물]에 대하여 근저당권을 설정받아 결국 그 근저당권을 실행함으로써 제3자가 그 아파트[매매목적물]의 소유권을 취득한 사안[이다.]

위 근저당권의 실행으로 제3자가 분양아파트[매매목적물] 소유권을 취득한 결과 분양 회사[매도인인 채무자 S]의 소유권이전의무가 이행불능이 [되었다. 이것은 채권자인 수 분양자[매수인인 B]가 자신의 분양잔금지급의무, 나아가 위 대출금 및 그 이자의 지급 의무를 이행하지 않은 귀책사유 [때문이다. 그러므로] 이는 민법 제538조 제1항 제1문의 ‘채권자의 책임 있는 사유’ [때문에] 채무자의 채무가 이행할 수 없게 된 때에 해당한다. 따라서 채무자(매도인 S)는 반대급여(대금 지급)를 청구할 수 있다.]

반대급여위험(대가 위험) 이전

반대급여위험은 채권자의 수령지체(*mora creditoris*; delay of creditor) 시점을 기준으로 채무자(매도인 S)로부터 채권자(매수인 B)에게 이전한다.

- 1. 수령지체 전 멸실: 채무자(매도인 S)가 반대급여위험을 부담한다. 쌍방 책임 없이 멸실되면, 채무자(매도인 S)는 대금을 받지 못한다.
- 2. 수령지체 중 멸실: 채권자(매수인 B)가 반대급여위험을 부담한다. 쌍방 책임 없이 멸실되면, 채무자(매도인 S)는 대금을 받을 수 있다.

민법 제538조(채권자귀책사유[에 따른] 이행불능) ① 쌍무계약의 당사자 일방[매도인 S]의 채무[참고 인도 채무]가 채권자[매수인 B]의 책임 있는 사유로 이행[참고 인도]할 수 없게 된 때에는 채무자[매도인 S]는 상대방[매수인 B]의 이행[대금 지급]을 청구할 수 있다. 채권자[매수인 B]의 수령지체 중에 당사자쌍방의 책임 없는 사유로 이행[참고 인도]할 수 없게 된 때에도 같다.



특별한 사정이 없는 한, 매도인 S가 매수인 B의 주소에 도착해 이행제공을 한 시점부터는 채권자의 수령지체를 인정할 수 있다.

2001다79013: 민법 제538조 제1항 제2문[에서 정한] ‘채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때’에 해당하기 위해서는 **현실 제공이나 구두 제공이 필요**하다(다만, 그 제공의 정도는 그 시기와 구체적인 상황에 따라 신의성실의 원칙에 어긋나지 않게 합리적으로 정하여야 한다).

연습문제

2022년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 19.] 부당이득에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄷ. 甲과 乙 사이에 건물 매매계약이 체결된 후 매도인 甲의 소유권이전등기의무가 쌍방 모두의 귀책사유 없이 불능이 된 경우, 매매계약 자체가 여전히 유효하므로 乙은 부당이득의 법리에 따라 이미 지급한 매매대금의 반환을 청구할 수 없다.

결론

매매 사례

채무자(매도인) S의 채권자(매수인) B에 대한 채무 이행이 불능으로 되면?

수령지체는 없었다고 하자.

- 1. 오직 S의 잘못 때문이라면? 채무자 S는 채무불이행책임을 진다. 채권자 B는 대금지급을 거절할 수 있다.

민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자[S]가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자[B]는 손해배상을 청구할 수 있다. ...

민법 제536조(동시이행의 항변권) ① 쌍무계약의 당사자 일방[B]은 상대방[S]이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기[B]의 채무이행을 거절할 수 있다. ...

- 2. 누구의 잘못 때문도 아니라면? 채무자 S가 반대급여위험을 부담한다.

민법 제537조(채무자위험부담주의) 쌍무계약의 당사자 일방[S]의 채무가 당사자쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자[S]는 상대방[B]의 이행을 청구하지 못한다.

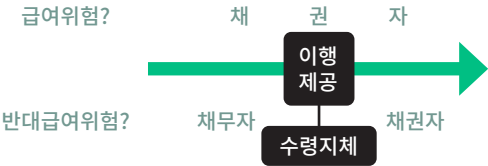
- 3. 오직 B의 잘못 때문이라면? 채권자 B가 반대급여위험을 부담한다.

민법 제538조(채권자귀책사유에 따른 이행불능) ① 쌍무계약의 당사자 일방[S]의 채무가 채권자[B]의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자[S]는 상대방[B]의 이행을 청구할 수 있다. ...

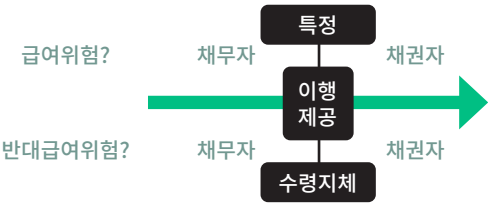
	오직 채무자(S) 잘못일 경우	누구의 잘못도 아닐 경우	오직 채권자(B) 잘못일 경우
적용 제도	채무불이행책임	채무자(S) 위험부담	채권자(B) 위험부담
채무자(S)의 채무 (소유권이전 의무)	이행 불가	이행 불가	이행 불가
채권자(B)의 반대채무 (대금지급 의무)	거절 가능	거절 가능	이행해야
채무자(S)의 손해배상 책임	○	×	×

2017다254228: 쌍무계약에서 [i] 당사자 일방[S]이 부담하는 채무가 채무자[S]의 귀책사유로 이행할 수 없는 경우에는 채무불이행책임을 [진다. 그렇]지만, [ii] 당사자 쌍방[S, B]의 귀책사유 없이 이행할 수 없는 경우에는 위험부담에 관한 민법 제537조가 적용[된다. 그리]고 [iii] 채권자[B]의 귀책사유로 이행할 수 없는 경우 등에는 민법 제538조가 적용된다.

특정물 매매 경우



불특정물 매매 경우



다만, 이행제공 전에 일정 절차에 따라 이행할 물건을 따로 지정했다면, 특정(급여위험 이전) 시점은 앞당겨질 수 있다.

민법 제375조(종류채권) ② 전항의 경우[불특정물 매매 경우]에 채무자[매도인 S]가 이행에 필요한 행위를 완료하거나 채권자[매수인 B]의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정한 때에는 그때로부터 그 물건[그 참외 100상자]을 채권의 목적물로 한다.

강제집행
Compulsory Execution

만 달란트 빚진 자 하나를 데려오매 값을 것이 없는지라
주인이 명하여 그 몸과 아내와 자식들과 모든 소유를 다 팔아 값게 하라 하였다.
- “마태복음” 제18장 제24절부터 제26절까지

강제이행

개념

- 1. 채무이행이 법적으로 가능한데도,
- 2. 채무자가 자진하여 채무를 이행하지 않는 경우가 있다.

그러면 채권자는 강제로 채권을 실현할 수 있다. 이를 강제이행(compulsory performance)이라 한다.

의의

- 1. 개인이 폭력을 써서 실현하는 것은 불법이다. 당연히, 법에서 정한 절차에 따라야 한다.
- 2. 즉, 법원에 소제기를 해서 판결(judgment)을 받아야 한다.
- 3. 강제이행을 할 수 있는 것은, 채권 효력이다.

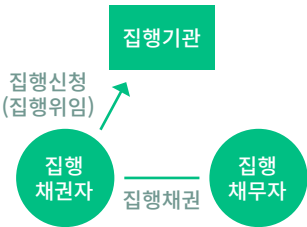
민법 제389조(강제이행) ① 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다. ...

강제집행

개념

- 1. 채권자가 소제기를 해서 승소판결까지 받았는데도,
- 2. 채무자가 버티고 있다고 하자. 이럴 때, 채권자가 판결 내용을 강제로 실현할 수 있다.

이를 강제집행(compulsory execution), 줄여서 집행(execution)이라 한다.



- 1. 집행채권자(creditor): 집행을 하는 채권자(obligee)
- 2. 집행채무자(debtor): 집행을 당하는 채무자(obligor)
- 3. 집행채권(execution claim): 그 둘 사이의 채권

의의

- 1. 역시 법에서 정한 절차에 따라야 한다.
- 2. 즉, 법원의 판결을 전제로(with judgment), 국가권력을 통해 강제로 집행하는 것이다.
- 3. 집행을 할 수 있는 것은, 판결 효력이다. 궁극적으로는 채권 효력이기도 하다.

민사집행법 제24조(강제집행과 종국판결) 강제집행은 확정된 종국판결(終局判決)...에 기초하여 한다.

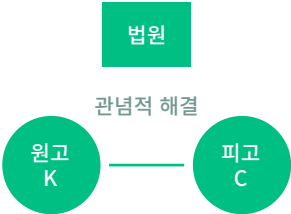
강제이행과 관계

- 1. 강제집행도 결국은 강제이행에 속한다.
- 2. 다만, 강제집행은 흔히 판결 확정 이후의 상황에 사용한다.

소송절차와 강제집행절차의 비교

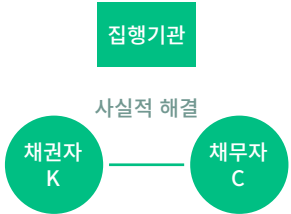
소송절차

- 1. 소송절차(litigation procedure): 판결을 통해 권리를 확정해서 분쟁을 관념적으로(abstractly) 해결해 주는 절차
- 2. 법원(court)은 “C는 K에게 Z바이올린을 인도할 의무가 있다.”라고 선언한다.



강제집행절차

- 1. 강제집행절차(compulsory execution procedure): 그 후속 단계로 분쟁을 사실적으로(actually) 해결해 주는 절차
- 2. 예를 들어, 유채동산인도집행 경우, 집행기관(executive agency)인 집행관은 C가 가진 Z바이올린을 빼앗아서 K에게 건네준다.



기초 개념: 수소법원과 집행법원

수소법원 개념

수소법원(court of lawsuit)이란? 소송 절차 때의 제1심법원을 “소를 받은 법원”이라는 의미로 수소법원이라 부른다. 예를 들어,

1. K가 J를 상대로 서울중앙지방법원에 5,000만 원의 지급을 구하는 소를 제기했다.
2. K는 700만 원 범위에서 승소했고, 그 판결이 확정되었다.
3. 이 사안에서, 수소법원은 서울중앙지방법원이다.

집행법원 개념

집행법원(court of execution)이란? 예를 들어, 부동산에 대한 강제집행은 그 부동산 소재지 법원이 집행법원이다.

1. K는 J를 상대로 받은 위 확정판결에 근거해, J가 소유한 X부동산(서울 관악구에 있음)을 강제경매하고 싶다.
2. K는 X부동산이 있는 곳 관할 법원인 서울중앙지방법원에 신청서를 냈다.
3. 이 사안에서, 집행법원은 서울중앙지방법원이다.

이름을 “○○집행법원”이라고 한 법원이 따로 있는 것은 아니다. 각 지역에 있는 “○○지방법원”이 집행법원으로 된다.

집행기관

개념

강제집행을 누가 담당하는가? 강제집행을 담당하는 국가기관을 집행기관(executive agency)이라 한다. 강제집행 유형별로 이런 유형은 이 기관이, 저런 유형은 저 기관이 하는 식으로 나누어 놓았다. 집행기관에는 3가지가 있다.

1. 집행관(enforcement officer)
2. 집행법원(court of execution)
3. 수소법원(court of lawsuit)

집행기관(1): 집행관

1. 대체로 물리력을 쓴다든지, 비교적 간단한 절차가 필요한 집행은 집행관(enforcement officer) 관할이다.

예: 유체동산강제집행

집행관법 제2조(직무) 집행관은 지방법원에 소속되어 법률에서 정하는 바에 따라 재판의 집행, 서류의 송달, 그 밖에 법령에 따른 사무에 종사한다.

민사집행법 제5조(집행관의 강제력 사용) ① 집행관은 집행을 하기 위하여 필요한 경우에는 채무자의 주거, 창고 그 밖의 장소를 수색하고, 잠근 문과 기구를 여는 등 적절한 조치를 할 수 있다.

② 제1항의 경우에 저항을 받으면 집행관은 경찰 또는 국군의 원조를 요청할 수 있다.

2. 판결을 받은 채권자는 집행관에게 강제집행을 해 달라고 신청한다. 이를 집행위임(delegation of execution)이라 한다. 집행관에게 신청서를 내는 방식으로 이루어진다.

민사집행법 제4조(집행신청의 방식) 민사집행의 신청은 서면으로 하여야 한다.

민사집행규칙 제131조(유체동산 집행신청의 방식) 유체동산에 대한 강제집행신청서에 는 다음 각호의 사항을 적고 집행력 있는 정본을 붙여야 한다.

- 1. 채권자, 채무자와 그 대리인의 표시
- 2. 집행권원의 표시
- 3. 강제집행 목적물인 유체동산이 있는 장소
- 4. 집행권원에 표시된 청구[권] 일부에 관하여 강제집행을 구하는 때에는 그 범위

서울중앙지방법원

동 산 경 매 신 청 서

서울중앙지방법원 집행관사무소 집행관 귀하

채권자	성명	김권자	주민등록번호	850330-1234567	전화번호	02-3473-1234
	주소	서울 서초구 이대로 15				
	대리인	성명 (-)		전화번호	-	
채무자	성명	장무자	주민등록번호	810129-2123456	전화번호	02-879-9999
	주소	서울 관악구 노루로 231-2				
	집행목적물 소재지	☒ 채무자의 주소지와 같음 ☐ 채무자의 주소지와 다른 경우 소재지 :				
집행권원	서울중앙지방법원 2023. 12. 13. 선고 2023가단1020304 판결					
청구금액	8,587,239원(내역은 뒷면과 같음)					

위 집행권원에 기한 집행을 하여 주시기 바랍니다.

※ 첨부서류

1. 집행권원 1통 2024. 1. 4.

2. 송달증명서 1통 채권자 김 권 자 (인)

※ 특약사항

1. 본인이 수령할 예납금잔액을 본인의 비용부담 하에 오른쪽에 표시한 예금계좌에 입금하여 주실 것을 신청합니다.

예금계좌

개설은행 신한은행 신림2동 지점

예금주 김권자

계좌번호 110-212-331299

채권자 김 권 자 (인)

2. 집행관이 계산한 수수료 기타 비용의 예납통지 또는 강제집행 속행의사 유무 확인 촉구를 2회 이상 받고도 채권자가 상당한 기간 내에 그 예납 또는 속행의 의사표시를 하지 아니한 때에는 본건 강제집행 위임을 취하한 것으로 보고 완결처분해도 이의 없음.

채권자 김 권 자 (인)

집행기관(2): 집행법원

- 1. 대체로 비교적 신중한 절차가 필요한 집행은 집행법원(court of execution) 관할이다.

예: 부동산강제경매, 채권압류

민사집행법 제3조(집행법원) ① 이 법에서 규정한 집행행위에 관한 법원의 처분이나 그 행위에 관한 법원의 협력사항을 관할하는 집행법원은 법률에 특별히 지정되어 있지 아니하면 **집행절차를 실시할 곳**이나 실시한 곳을 관할하는 **지방법원**이 된다.

- 2. 판결을 받은 채권자는 집행법원에 강제집행을 해 달라고 신청한다. 마치 소송에서 법원에 소제기를 하듯이, 적당한 제목을 붙여 법원에 신청서를 낸다.

부동산강제경매신청서

채 권 자

김권자(850330-1234567)
서울 서초구 이대로 15
(전화: 02-3473-1234 휴대전화: 010-5555-1234
팩스: 02-3473-1235 이메일: k-dragon@gmail.com)

채무자겸
소유자

장무자(810129-2123456)
서울 관악구 노루로 231-2

청구채권 및 집행권원의 표시

8,587,239원

서울중앙지방법원 2023. 12. 13. 선고 2023가단1020304호 집행력
있는 판결정본

7,000,000원 및 이에 대하여 2019. 7. 24.부터 2023. 12. 13.까지는 연 5%의, 그다음 날부
터 2024. 1. 4.까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금

매각할 부동산의 표시

1. 서울 관악구 신림동 99-8 대 120㎡

2. 위 지상 시멘트블럭조 시멘트기와지붕 단층주택 85㎡

신 청 취 지

매각할 부동산의 표시 기재 부동산에 대해 경매절차를 개시하고 채권자를 위해 이를 압류한
다.

라는 결정을 구합니다.

신 청 이 유

채무자는 채권자에게 위 집행권원에 따라 위 청구금액을 변제해야 하는데, 이를 이행하지 않고 있습니다.

첨 부 서 류

- 1. 집행력 있는正本
- 2. 집행권원의 송달증명원
- 3. 부동산 등기사항전부증명서(11012018123456)

2024. 1. 4.

채권자 김권자

서울중앙지방법원 귀중

집행기관(3): 수소법원

- 1. 어떤 경우는, 수소법원(court of lawsuit)이 집행을 담당하기도 한다.

예: 간접강제

민사집행법 제261조(간접강제) ① 채무의 성질이 간접강제를 할 수 있는 경우에 제1심 법원은 채권자의 신청에 따라 간접강제를 명하는 결정을 한다. ...

- 2. 판결을 받은 채권자는 수소법원에 강제집행을 신청한다. 적당한 제목을 붙여 법원에 신청서를 낸다.

간접강제신청서

채 권 자 승이자(890211-1234567)
 서울 강남구 완안대로 23
 (전화: 02-4711-1234 휴대전화: 010-1919-1234
 팩스: 02-4711-1235 이메일: victor_sung_fake@gmail.com)

채무자 배배자(901205-1234567)
 서울 서초구 폭풍로 77

신 청 취 지

- 1. 채무자는 이 결정을 고지 받은 날부터 10일 이내에 별지 목록 기재 어음을 발행하라.
 - 2. 만약 채무자가 위 기간에 위 채무를 이행하지 않을 때에는, 위 기간이 끝난 다음 날부터 그 이행을 마치는 날까지 채권자에게 1일 10만 원의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
- 라는 결정을 구합니다.

신 청 이 유

채무자는, 채권자와 채무자 사이의 서울중앙지방법원 22가합101234 어음발행 등 청구 사건에 관하여 집행문을 부여한 판결정본에 기초하여, 채권자에 대하여 별지 목록 기재 어음을 발행해야 합니다. 그런데 채무자는 이를 이행하지 않고 있습니다.

첨 부 서 류

- 1. 집행력 있는 정본
- 2. 집행권원의 송달증명원
- 3. 손해액계산서

2023. 5. 12.

채권자 승이자

서울중앙지방법원 귀중

소 결

- 1. 집행기관이 집행관(enforcement officer)인 경우도 있다.
- 2. 집행기관이 집행법원(court of execution)인 경우도 있다.
- 3. 집행기관이 수소법원(court of lawsuit)인 경우도 있다.

집행권원

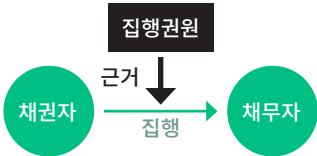
Executive Title

근본이 서면 나아갈 길이 생기는 것이다. - 유자

개념

의의

강제집행은 신중해야 한다. 강제집행을 하려면 반드시 어떤 공적 근거가 있어야 한다. 그것이 집행권원(executive title)이다.



집행권원의 요소

- 1. 공적 기관이 작성해야 한다.
 - 2. 청구권(채권)이 무엇인지, 어느 범위까지인지 나와 있어야 한다.
 - 3. 집행권원은 그 청구권대로 집행할 힘을 갖고 있다. 이 힘을 집행력 (executive force; enforcement effect; enforceability)이라 한다.
 - 4. 공적으로 인증한 문서(publicly authenticated document)여야 한다.
- 공적으로 인증한 문서는, 나중에 배울 공정증서(notarial deed)와 전혀 다르다.

집행권원으로서의 확정판결

- 1. 판결은 법원이 작성한다.
 - 2. 판결 주문에는 채권(청구권) 범위가 나와 있다.
 - 3. 확정판결에는 집행력이 있다.
 - 4. 판결문은 공적으로 인증한 문서다.
- 따라서 확정판결은 집행권원이 된다.

민사집행법 제24조(강제집행과 중국판결) 강제집행은 확정된 중국판결(終局判決)...에 기초하여 한다.

그 밖의 집행권원

머리에

확정판결이 가장 대표적 집행권원이기 때문에 편의상 확정판결을 들어 이야기했다. 그러나 사실 확정판결 말고도 다른 집행권원들도 있다.

지급명령

확정된 지급명령(payment order)은 집행권원이다.

서울중앙지방법원

지급명령

사 건

2023차전109876 대여금 등

채 권 자

김권자 (850330-1234567)

서울 서초구 이대로 15

채 무 자

장무자 (810129-2123456)

서울 관악구 노루로 231-2

청구취지와 원인

별지 기재와 같다.

채무자는 채권자에게 별지 청구취지 기재의 금액을 지급하라.

별지 독촉절차비용은 채무자가 부담한다.

채무자는 이 명령이 송달된 날부터 2주일 이내에 이의신청을 할 수 있다.

2023. 9. 19.

사법보좌관 성 본 좌 (인)

※ 1. 채무자가 이 명령이 송달된 날부터 2주일 이내에 이의신청서를 제출하지 않으면 이 지급명령은 확정판결과 같은 효력을 가집니다(우편에 따른 이의신청서는 위 기간 내에 법원에 도착하여야 합니다).

2. 채무자가 이의신청을 하는 경우에는 이의신청서와 별도로 지급명령의 청구원인에 대한 구체적인 진술을 적은 답변서를 제출하여야 합니다(자세한 내용은 '독촉절차안내서' 참조).

3. 지급명령이 확정되어 채권자가 지급명령정본을 송달받은 경우에는 지급명령에 조건이 붙은 경우, 당사자의 승계인을 위하여 또는 당사자의 승계인에 대하여 강제집행을 하는 경우를 제외하고는 집행문을 부여받을 필요 없이 이 정본에 따라 강제집행을 할 수 있습니다.

1. 저렴하고 신속하게 분쟁을 처리하는 간단한 소송제도가 있다.
2. 금전청구 사건에서, 소제기 대신 “지급명령신청”을 하면, 법원에서는 변론도 열지 않고 판결 대신 “지급명령”이라는 결정을 내린다.

민사소송법 제462조(적용의 요건) **금전** ... 지급을 목적으로 하는 청구에 대하여 법원은 채권자의 신청에 따라 지급명령을 할 수 있다. ...

물론 지급명령신청서 기재 자체로 말도 안 되는 내용이라면, 법원은 지급명령을 내리지 않고 각하결정을 한다.

3. 지급명령을 송달받은 당사자가 2주 내 이의신청을 하지 않으면 확정된다.

민사소송법 제470조(이의신청의 효력) ① 채무자가 지급명령을 송달받은 날부터 2주 이내에 이의신청을 한 때에는 지급명령은 그 범위안에서 효력을 잃는다.

민사소송법 제474조(지급명령의 효력) 지급명령에 대하여 이의신청이 없거나, ... [한] 때에는 **지급명령은 확정판결과 같은 효력**이 있다.

4. 확정된 지급명령은 집행권원이다.

민사집행법 제56조(그 밖의 집행권원) 강제집행은 다음 가운데 어느 하나에 기초하여 서도 실시할 수 있다.

3. 확정된 지급명령

이행권고결정

확정된 이행권고결정(ruling of recommendation for performance)도 집행권원이다.

서울중앙지방법원

이행권고결정

사건

2023가소123456

대여금 등

원고

김권자 (850330-1234567)

서울 서초구 이대로 15

피고

장무자 (810129-2123456)

서울 관악구 노루로 231-2

청구취지와 원인

별지 기재와 같다.

소액사건심판법 제5조의3 제1항에 따라 다음과 같이 이행할 것을 권고한다.

이 행 조 항

- 1. 피고는 원고에게 별지 청구취지 제1항의 금액을 지급하라.
- 2. 소송비용은 피고가 부담한다.

2023. 9. 19.

사법보좌관 임 보 자 (인)

※ 1. 이행권고결정은 소장의 청구취지나 청구원인에 특별한 오류가 없는 이상 원고의 주장만을 근거로 한 것입니다. 피고가 이행권고결정을 송달받은 날부터 2주일 이내에 서면으로 이의신청을 하지 않은 때에는 이행권고결정은 확정된 판결과 같은 효력이 있습니다.
2. 피고가 이의신청을 하는 경우에는 이의신청서와 별도로 답변서를 작성하여 제출하여야 합니다 (자세한 내용은 '소액사건 소송절차 안내' 참조).

1. 청구금액 3,000만 원 이하 사건이 소액사건(small claims case)이다.

소액사건심판법 제2조(적용 범위 등) ① 이 법은 지방법원 및 그 지원의 관할사건 중 대법원규칙으로 정하는 민사사건(이하 “소액사건”이라 한다)에 적용한다.

소액사건심판규칙 제1조의2(소액사건의 범위) 법 제2조 제1항에 따른 소액사건은 제소한 때의 소송목적의 값이 3,000만 원을 초과하지 아니하는 금전 ... 지급을 목적으로 하는 제1심의 민사사건으로 한다. ...

2. 소액사건 경우, 법원에서 소장을 보고 피고에게 청구취지 그대로 이행하라고 권고할 수 있다. 즉, 법원에선 변론, 판결 없이 이행권고결정을 내릴 수 있다.

소액사건심판법 제5조의3(결정에 따른 이행권고) ① 법원은 소가 제기된 경우에 결정으로 소장 부분이나 제소조서 등본을 첨부하여 피고에게 청구취지대로 이행할 것을 권고할 수 있다. ...

3. 이행권고결정을 송달받고 2주 내 이의신청하지 않으면 확정된다.

소액사건심판법 제5조의4(이행권고결정에 대한 이의신청) ① 피고는 이행권고결정서의 등본을 송달받은 날부터 2주일 이내에 서면으로 이의신청을 할 수 있다. ...

소액사건심판법 제5조의7(이행권고결정의 효력) ① 이행권고결정은 다음 각호의 어느 하나에 해당하면 확정판결과 같은 효력을 가진다.

- 1. 피고가 제5조의4 제1항 본문의 기간 내에 이의신청을 하지 아니한 경우

4. 확정된 이행권고결정은 집행권원이다.

민사집행법 제56조(그 밖의 집행권원) 강제집행은 다음 가운데 어느 하나에 기초하여 서도 실시할 수 있다.

- 5. ... 그 밖에 확정판결과 같은 효력을 가지는 것

화해조서
화해조서(compromise protocol)도 집행권원이다.

서울중앙지방법원
화 해 조 서

사건
원고
피고
판사
법원주사

건고
김권자
장무자
임바른
최주보

2023가단1020304 대여금 등
서울 서초구 이대로 15
장무자
서울 관악구 노루로 231-2
임바른
최주보

기일: 2023. 12. 6. 14:10
장소: 480호 법정
공개 여부: 공개

사건과 당사자의 이름을 부름

원고
피고

김권자
장무자

출석
출석

위 당사자는 다음과 같이 화해하였다.

화 해 조 항

1. 피고는 원고에게 2023. 12. 31.까지 15,000,000원을 지급한다. 만일 위 기한을 넘길 때에는 2024. 1. 1.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 지연 손해금을 더하여 지급한다.

2. 원고는 나머지 청구를 포기한다.

3. 소송비용은 각자 부담한다.

제7강 강제이행 41

청구의 표시

1. 청구취지

피고는 원고에게 50,000,000원 및 그중 10,000,000원에 대하여 2019. 7. 24.부터, 40,000,000원에 대하여 2022. 9. 1.부터, 각각 소장 송달일까지는 연 5%, 각각 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 청구원인

별지 기재와 같다.

법 원 주 사 최 주 보 (인)

판 사 임 바 른 (인)

- 1. 소송절차 중, 당사자들은 적당한 결론으로 소송상 화해(compromise in court, settlement in court)를 성립시킬 수 있다.
- 2. 당사자가 서로 합의한 그대로 조서에 기재되고 확인한 것이기 때문에, 이의 신청절차는 없다. 즉, 화해가 성립한 순간 곧바로 확정된다.

민사소송법 제220조(화해, 청구의 포기, 인낙조서의 효력) 화해...[를] 변론조서, 변론 준비기일조서에 적은 때에는 그 조서는 **확정판결과 같은 효력**을 가진다.

- 3. 화해조서를 통해 성립한 소송상 화해는 집행권원이다.

민사집행법 제56조(그 밖의 집행권원) 강제집행은 다음 가운데 어느 하나에 기초하여 서도 실시할 수 있다.

- 5. 소송상 화해 ... 등 그 밖에 확정판결과 같은 효력을 가지는 것

화해권고결정

확정된 화해권고결정(ruling of recommendation for compromise)은 집행권원이다.

서울중앙지방법원		
화해권고결정		
사	건	2023가단1020304 대여금 등
원	고	김권자 서울 서초구 이대로 15
피	고	장무자 서울 관악구 노루로 231-2
위 사건의 공평한 해결을 위하여 당사자의 이익, 그 밖의 모든 사정을 참작하여 다음과 같이 결정한다.		
결정사항		
1. 피고는 원고에게 2023. 12. 31.까지 15,000,000원을 지급한다. 만일 위 기한을 넘길 때에는 2024. 1. 1.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 더하여 지급한다.		
2. 원고는 나머지 청구를 포기한다.		
3. 소송비용은 각자 부담한다.		
청구의 표시		
1. 청구취지		
피고는 원고에게 50,000,000원 및 그중 10,000,000원에 대하여 2019. 7. 24.부터, 40,000,000원에 대하여 2022. 9. 1.부터, 각각 소장 송달일까지는 연 5%의,		

각각 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 청구원인

별지 기재와 같다.

2023. 11. 23.

판사 임 바 른 (인)

※ 이 결정서 정본을 송달받은 날부터 2주일 이내에 이의를 신청하지 않으면 이 결정은 재판상 화해와 같은 효력을 가집니다. 재판상 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있습니다.

1. 소송절차 중, 법원은 당사자들에게 적당한 결론으로 화해를 권고할 수 있다.

민사소송법 제225조(결정에 따른 화해권고) ① 법원...[은] 소송에 계속 중인 사건에 대하여 직권으로 당사자의 이익, 그 밖의 모든 사정을 참작하여 청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 사건의 공평한 해결을 위한 화해권고결정(和解勸告決定)을 할 수 있다.

2. 화해권고결정을 송달받은 당사자가 2주 내 이의신청을 하지 않으면 확정된다.

민사소송법 제226조(결정에 대한 이의신청) ① 당사자는 제225조의 결정에 대하여 그 초서 또는 결정서의 정본을 송달받은 날부터 2주 이내에 이의를 신청할 수 있다. ...

민사소송법 제231조(화해권고결정의 효력) 화해권고결정은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 **재판상 화해와 같은 효력**을 가진다.

- 1. 제226조 제1항의 기간 이내에 이의신청이 없는 때

3. 확정된 화해권고결정은 집행권원이다.

민사집행법 제56조(그 밖의 집행권원) 강제집행은 다음 가운데 어느 하나에 기초하여 서도 실시할 수 있다.

- 5. 소송상 화해 ... 등 그 밖에 확정판결과 같은 효력을 가지는 것

조정조서
조정조서(conciliation protocol)도 집행권원이다.

서울중앙지방법원			
조 정 조 서			
사	건	2023머5001234 대여금 등 (2023가단1020304)	
원	고	김권자 서울 서초구 이대로 15	
피	고	장무자 서울 관악구 노루로 231-2	
상임조정위원	조 정 치	기 일:	2023. 12. 11. 15:10
		장 소:	373호 조정실
법 원 주 사	강 참 여	공개 여부:	공 개
원고	김권자		출석
피고	장무자		출석

다음과 같이 조정성립			
조 정 조 항			
1. 피고는 원고에게 2023. 12. 31.까지 15,000,000원을 지급한다. 만일 위 기한을 넘길 때에는 2024. 1. 1.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 지연 손해금을 더하여 지급한다.			
2. 원고는 나머지 청구를 포기한다.			
3. 소송비용 및 조정비용은 각자 부담한다.			

청구의 표시

1. 청구취지

피고는 원고에게 50,000,000원 및 그중 10,000,000원에 대하여 2019. 7. 24.부터, 40,000,000원에 대하여 2022. 9. 1.부터, 각각 소장 송달일까지는 연 5%의, 각각 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 청구원인

별지 기재와 같다.

법 원 주 사 강 참 여 (인)

판 사 임 바 른 (인)

1. 조정사건에서, 당사자들은 적당한 결론으로 조정을 성립시킬 수 있다.

민사조정법 제28조(조정의 성립) 조정은 당사자 사이에 합의된 사항을 조서에 기재함으로써 성립한다.

2. 화해조서 경우와 마찬가지로, 이의신청절차는 없다. 성립한 순간 곧바로 확정된다.

민사조정법 제29조(조정의 효력) 조정은 **재판상의 화해와 동일한 효력**이 있다.

3. 조정조서를 통해 성립한 조정은 집행권원이다.

민사집행법 제56조(그 밖의 집행권원) 강제집행은 다음 가운데 어느 하나에 기초하여서도 실시할 수 있다.

5. ... 그 밖에 확정판결과 같은 효력을 가지는 것

조정갈음결정
확정된 조정갈음결정(ruling in lieu of conciliation)은 집행권원이다.

서울중앙지방법원
조정을 갈음하는 결정조서

사

건

2023머5001234 대여금 등
(2023가단1020304)

원

고

김권자
서울 서초구 이대로 15

피

고

장무자
서울 관악구 노루로 231-2

상임조정위원

조 정 치

기 일: 2023. 12. 11. 15:00

장 소: 373호 조정실

법 원 주 사

강 참 여

공개 여부: 공 개

원고

김권자

출석

피고

장무자

출석

상임조정위원

다음과 같이 조정을 갈음하는 결정을 하고 이를 고지

결 정 사 항

1. 피고는 원고에게 2023. 12. 31.까지 15,000,000원을 지급한다. 만일 위 기한을 넘길 때에는 2024. 1. 1.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 지연 손해금을 더하여 지급한다.

2. 원고는 나머지 청구를 포기한다.

3. 소송비용 및 조정비용은 각자 부담한다.

청구의 표시

1. 청구취지

피고는 원고에게 50,000,000원 및 그중 10,000,000원에 대하여 2019. 7. 24.부터, 40,000,000원에 대하여 2022. 9. 1.부터, 각각 소장 송달일까지는 연 5%의, 각각 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 청구원인

별지 기재와 같다.

법 원 주 사 강 참 여 (인)

판 사 임 바 른 (인)

※ 이 결정조서 정본을 송달받은 날부터 2주일 이내에 이의를 신청하지 않으면 이 결정은 재판상 화해와 같은 효력을 가집니다. 재판상 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있습니다.

1. 조정사건에서, 조정기관은 당사자들에게 적당한 결론으로 조정갈음결정을 내릴 수 있다.

민사조정법 제30조(조정을 갈음하는 결정) 조정담당판사는 합의가 성립되지 아니한 사건...에 관하여 직권으로 당사자의 이익이나 그 밖의 모든 사정을 고려하여 신청인의 신청 취지에 반하지 아니하는 한도에서 사건의 공평한 해결을 위한 결정을 할 수 있다.

2. 조정갈음결정을 송달받은 당사자가 2주 내 이의신청하지 않으면 확정된다.

민사조정법 제34조(이의신청) ① 제30조...의 결정에 대하여 당사자는 그 조서의 정본이 송달된 날부터 2주일 이내에 이의를 신청할 수 있다. ...

④ 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제30조...에 따른 결정은 **재판상의 화해와 동일한 효력**이 있다.

1. 제1항에 따른 기간 내에 이의신청이 없는 경우

3. 확정된 조정갈음결정은 집행권원이다.

민사집행법 제56조(그 밖의 집행권원) 강제집행은 다음 가운데 어느 하나에 기초하여
서도 실시할 수 있다.

5. ... 그 밖에 확정판결과 같은 효력을 가지는 것

인낙조서

인낙조서(recognition protocol)도 집행권원이다.

서울중앙지방법원
인 낙 조 서

사

건

2023가단1020304 대여금 등

원

고

김권자
서울 서초구 이대로 15

피

고

장무자
서울 관악구 노루로 231-2

판

사

임 바 른

기 일: 2023. 12. 6. 14:10

장 소: 480호 법정

법 원 주 사

최 주 보

공개 여부: 공 개

사건과 당사자의 이름을 부름

원고

김권자

출석

피고

장무자

출석

피고는 이 사건 청구를 인낙하였다.

청구의 표시

1. 청구취지

피고는 원고에게 50,000,000원 및 그중 10,000,000원에 대하여 2019. 7. 24.부

터, 40,000,000원에 대하여 2022. 9. 1.부터, 각각 소장 송달일까지는 연 5%의, 각각 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 청구원인

별지 기재와 같다.

법 원 주 사 최 주 보 (인)

판 사 임 바 른 (인)

- 1. 소송절차 중, 피고는 원고 청구 전부를 인정할 수 있다. 청구인낙이라 한다.
- 2. 화해조서 경우와 마찬가지로, 이의신청절차는 없다. 성립한 순간 곧바로 확정된다.
- 3. 인낙조서를 통해 성립한 청구인낙은 집행권원이다.

민사집행법 제56조(그 밖의 집행권원) 강제집행은 다음 가운데 어느 하나에 기초하여 서도 실시할 수 있다.

5. 소송상 화해, 청구의 인낙(認諾) 등 그 밖에 확정판결과 같은 효력을 가지는 것

가집행선고 있는 판결

가집행선고 있는 판결(judgment with declaration of provisional execution)도 집행권원이다.

서 울 중 앙 지 방 법 원

판 결

사 건 2023가단1020304 대여금 등

원 고 김권자

서울 서초구 이대로 15

피 고 장무자

서울 관악구 노루로 231-2

변 론 종 결 2023. 12. 6.
판 결 선 고 2023. 12. 13.

주 문

- 1. 피고는 원고에게 7,000,000원 및 이에 대하여 2019. 7. 24.부터 2023. 12. 13.까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
- 2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
- 3. 소송비용 중 6/7은 원고가, 나머지는 피고가 각각 부담한다.
- 4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

피고는 원고에게 50,000,000원 및 그중 10,000,000원에 대하여 2019. 7. 24.부터, 40,000,000원에 대하여 2022. 9. 1.부터, 각각 소장 송달일까지는 연 5%의, 각각 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

- 1. 가집행(provisional execution)이란, 쉽게 말해 임시로 강제집행하는 것이다. 확정 안 된 판결에, 확정판결과 같은 집행력을 주는 제도다.
- 2. 법원은 판결 주문에 “가집행할 수 있다.”라는 문구를 넣을 수 있다.

민사소송법 제213조(가집행의 선고) ① 재산권의 청구에 관한 판결은 가집행(假執行)의 선고를 붙이지 아니할 [타]당한 이유가 없는 한 직권으로 ... 가집행을 할 수 있다는 것을 선고하여야 한다. ...

③ 제1항 및 제2항의 선고는 판결 주문에 적어야 한다.

- 3. 그러면 확정되기 전에도 일단 강제집행을 할 수 있다. 즉, 상대방이 판결에 불복해 상소해서 상소심 진행 중이라도, 일단 강제집행할 수 있다.

민사집행법 제24조(강제집행과 종국판결) 강제집행은 확정된 종국판결(終局判決)이나 **가집행**의 선고가 있는 종국판결에 기초하여 한다.

민사집행법 제30조(집행문부여) ① 집행문은 판결이 확정되거나 **가집행**의 선고가 있는 때에만 내어 준다.

민사집행법 제56조(그 밖의 집행권원) 강제집행은 다음 가운데 어느 하나에 기초하여 서도 실시할 수 있다.

2. **가집행**의 선고가 내려진 재판

상소심에서 가집행선고를 바꾸는 판결이 선고될 수 있다. 쉽게 말해, 상소심에서 결과가 뒤바뀔 수 있다. 그 경우, 가집행선고는 그 한도에서 무효로 된다.

민사소송법 제215조(가집행선고의 실효, 가집행의 원상회복과 손해배상) ① 가집행의 선고는 그 선고 또는 본안판결을 바꾸는 판결의 선고로 바뀌는 한도에서 그 효력을 잃는다.

② 본안판결을 바꾸는 경우에는 법원은 피고의 신청에 따라 그 판결에서 가집행의 선고에 따라 지급한 물건을 돌려줄 것과, 가집행으로 말미암은 손해...를 배상할 것을 원고에게 명하여야 한다.

집행증서

집행증서(execution document)도 집행권원이다.

23230-03231일 96. 2. 4. 승인	공증 인가	법무법인 페이크	서울 강남구 도천로 77, 제석빌딩 405호 전화 02-656-1234, 팩스 02-654-0000
증서 2023 년 제 910 호			
어 음 공 정 증 서			

본 공증인은 당사자들의 촉탁에 따라 다음의 법률행위에 관한 진술의 취지를			
청취하여 이 증서를 작성한다. -----			
관계자표시 -----			
관계 촉탁인: 김권자(850330-1234567, 서울 서초구 이대로 15, 회사원) -----			
관계 촉탁인: 장무자(810129-2123456, 서울 관악구 노루로 231-2, 가정주부) ----			
위 촉탁인 장무자는 본 공증인에게 이 증서에 부착된 어음의 발행 및 기명날인을			
자인하며, 위 어음의 소지인에게 위 어음금의 지급을 지체할 때에는 즉시 강제집행			
을 받더라도 이의가 없음을 인낙하는 취지의 공정증서 작성을 수취인 김권자와 합			
께 촉탁하고 각 서명날인하였다. -----			
위 촉탁인들이 제시한 주민등록증에 의하여 그 사람들이 틀림없음을 인정하였다.-			
본 공증인은 이에 위 어음에 대하여 즉시 강제집행할 것을 인낙한 이 공정증서를			
2023년 5월 31일 이 사무소에서 작성하였다. -----			

같은 날 본 공증인은 이 사무소에서 위 촉탁인들의 청구에 의하여 정본은 수취인 김권자에게 등본은 발행인 장무자에게 각 작성교부한 바 각자 이를 수령하였다. --

이 증서는 2023년 5월 31일 이 사무소에서 작성하였다.
공증사무소 명칭 법무법인 페이크
소 속 서울중앙지방검찰청
소재지 표시 서울 강남구 도전로 77, 재석빌딩 405호
공증인 공증담당변호사 최허무 (인)

집행증서란,

- 1. 공증인(notary public)이 작성한 공정증서 중에서,
- 2. 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있는 것을 말한다.

집행증서는 집행권원이다.

민사집행법 제56조(그 밖의 집행권원) 강제집행은 다음 가운데 어느 하나에 기초하여 서도 실시할 수 있다.
4. 공증인이 일정한 금액의 지급...[을] 목적으로 하는 청구에 관하여 작성한 공정증서 로서 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있는 것

미리 집행증서를 작성해 두면, 나중에 소송을 안 거처도 강제집행을 할 수 있다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형
[문 39.] 민사분쟁해결제도에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
③ 소액사건심판절차에서의 이행권고결정은 이의기간 내에 이의신청을 하지 않거나, 이의신청에 대한 각하결정이 확정되거나, 이의신청이 취하된 경우, 확정판결과 같은 효력을 가진다.
④ 법원, 수명법관 또는 수탁판사는 소송계속 중인 사건에 대하여 직권으로 당사자의 이익, 그 밖의 모든 사정을 참작하여 청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 사건의 공평한 해결을 위한 화해권고결정을 할 수 있다.

기판력과 집행력

집행권원의 집행력

집행권원은 집행의 근거가 된다. 즉, 집행력이 있다.

복습: 확정판결의 기판력

확정판결에는 기판력이 있다. 즉, 확정판결이 있으면,

1. 더는 같은 청구를 하지 못하고(반복금지)
2. 후소에서 전소 판결과 다른 판단을 하지 못한다(모순금지).

집행권원의 기판력

그 외의 집행권원에 기판력도 있는가? 있을 수도 있고, 없을 수도 있다.

1. 확정된 지급명령: 기판력×

2001다73480: 지급명령은 확정되어도 기판력이 생기지 않[는다.]

2. 확정된 이행권고결정: 기판력×

2006다34190: 소액사건심판법 규정들의 취지는 확정된 이행권고결정에 확정판결이 가지는 효력 중 기판력을 제외한 나머지 효력인 집행력 및 법률요건적 효력 등의 부수적 효력을 인정하는 것이다. 즉, 기판력까지 인정하는 것은 아니다.

3. 화해조서: 기판력○

94다25216: 재판상의 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자 사이에 기판력이 생긴다. 따라서 재심의 소에 [다른] 취소 또는 변경이 없는 한 당사자는 그 취지에 반하는 주장을 할 수 없음이 원칙이다.]

4. 확정된 화해권고결정: 기판력○

2010다2558: 확정된 화해권고결정은 당사자 사이에 기판력을 가진다. ... 화해권고결정의 기판력은 그 확정 시를 기준으로 하여 발생한다.]

5. 조정조서: 기판력○

2011다109357: 재판상의 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자 간에 기판력이 생기는 것이다. ... 이러한 이치는 재판상 화해와 동일한 효력이 있는 조정조서에 대하여도 마찬가지다.]

6. 확정된 조정갈음결정: 기판력○

2000다33690: 조정[을] 갈음한 결정[이] ... 확정된 때에는 [어떤 효력이 있는가?] 당사자 사이에 다투어졌던 권리관계에 관하여 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다. 즉, 당사자 사이에 기판력이 생긴다.]

7. 인낙조서: 기판력○

2004다55698: 매매계약의 무효 또는 해제를 원인으로 한 매매대금반환청구에 대한 인낙조서의 기판력은 그 매매대금반환청구권의 존부에 관하여... 발생[한다.]

8. 가집행선고 있는 판결: 기판력×

민사소송법 제215조(가집행선고의 실효, 가집행의 원상회복과 손해배상) ① 가집행의 선고는 그 선고 또는 본안판결을 바꾸는 판결의 선고로 바뀌는 한도에서 그 효력을 잃는다.

9. 집행증서: 기판력×

95다22795: 공정증서는 집행력이 있을 뿐이고 기판력이 없다. 그래서] 기판력 있는 판결을 받기 위하여 공정증서의 내용과 동일한 청구를 소로 제기할 이익이 있다.

	기판력	기판력 기준시	집행력
확정판결	○	사실심 변론 종결 시	○
확정된 지급명령	×	-	○
확정된 이행권고결정	×	-	○
화해조서	○	성립 시(조서기제시)	○
확정된 화해권고결정	○	확정 시(이의신청기간도과시)	○
조정조서	○	성립 시(조서기제시)	○
확정된 조정감결정	○	확정 시(이의신청기간도과시)	○
인낙조서	○	성립 시(조서기제시)	○
가집행선고 있는 판결	×	-	○
집행증서	×	-	○
소결	△	다양	○

그렇다면, 여러 조문에서 “확정판결과 같은 효력이 있다.”라고 한 취지는 무엇인가?

- 1. 기판력이 있다는 취지로 단정할 수 없다.
- 2. 그 대신, 집행력이 있다는 취지일 수 있다.
- 3. 또는, 중단된 시효 재진행 시 시효기간이 10년이 된다는 취지일 수도 있다.

민법 제165조(판결 등[으로] 확정된 채권의 소멸시효) ① 판결[로] 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다.
② 파산절차[로] 확정된 채권 및 재판상의 화해, 조정 기타 판결과 동일한 효력이 있는 것[으로] 확정된 채권도 전항과 같다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 39.] 민사분쟁해결제도에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 지급명령에 대하여 이의신청이 없거나, 이의신청을 취하하거나, 각하결정이 확정된 때에는 지급명령은 확정판결과 같은 효력이 있으므로 기판력과 집행력을 가진다.

결론

강제집행 요건: 집행권원

1. 강제집행(compulsory execution)을 하려면,
2. 집행권원(executive title)이 있어야 한다.

집행권원의 사례

1. 확정판결(final and conclusive judgment)은 집행권원이다.
2. 그 외에도 여러 집행권원이 있다.

지금 단계에서 위에 나열한 것들을 하나하나 다 이해하려면 머리가 아프다. “이런 것이 있다”는 정도로만 기억하면 충분하다.

강제집행에 대한 불복

Appeal Against Compulsory Execution

법의 목적은 정의, 안정성, 합목적성이다. - Gustav Radbruch

머리에

문제점

강제집행을 하려는데, 다툼이 생길 수 있다. 예를 들어,

- 1. 이미 변제했는데, 왜 집행하는가?
- 2. 왜 남의 물건에 집행하는가?

그 밖에도 강제집행 절차 단계별, 사유별로 다양한 다툼이 있다.

이익대립 구조

이러한 다툼에서, 두 가지 이익이 서로 충돌한다.

- 1. 절차를 거쳐 집행권원까지 받았는데, 집행할 수 없다면? 집행채권자의 노력과 수고가 물거품이 된다. 법적 안정성(legal stability)을 해칠 수도 있다.
- 2. 아무리 집행권원을 받았지만, 실제 권리관계에 배치되는 집행이 이루어진다면? 집행채무자, 물건 소유자의 권리를 침해할 수 있다. 구체적 타당성(concrete validity; propriety and soundness)을 해칠 수도 있다.

두 가지를 조화할 필요가 있다. 법은 단계별로 일정한 기준, 절차를 정하고 있다.

조언

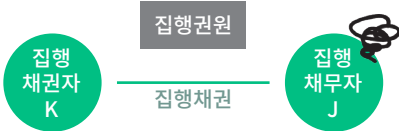
- 1. 입문 단계에서 강제집행에 관한 모든 불복절차를 알 필요는 없다.
- 2. 그러나 다음 2가지는 꼭 알고 있어야 한다.

개념

청구이의소

- 1. 집행권원에 “J는 K에 대해 700만 원 금전소비대차 채무를 부담한다.”라는 취지로 표시되었는데,
- 2. 실제로는 “J가 K에게 그 채무를 전부 변제한 상태”인 경우가 있다.

표시: “700만 원 금전소비대차 채권○”



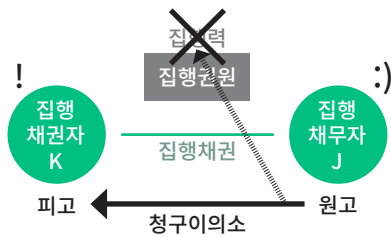
실제: 700만 원 금전소비대차 채권×

→ 청구이의소(lawsuit of demurrer against claims)를 제기할 수 있다.

민사집행법 제44조(청구에 관한 이의의 소) ① 채무자[J]가 판결에 따라 확정된 청구[K의 J에 대한 700만 원 금전소비대차 채권]에 관하여 이의하려면 제1심판결법원에 청구에 관한 이의의 소를 제기하여야 한다.

청구이의소란,

- 1. 집행권원에 표시된 청구권이 실제 권리관계와 다를 때,
- 2. 채무자가,
- 3. 집행력(executive force; enforcement effect; enforceability)을 없애려는 소

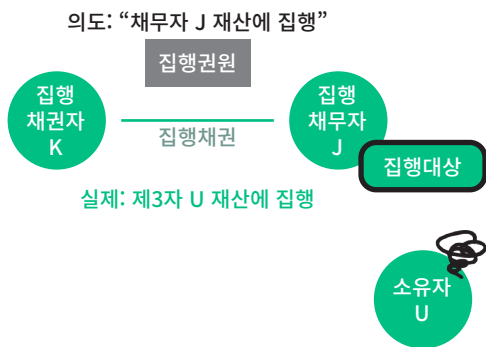


단순히 집행 못 하게 하는 게 아니다. 근본적으로 집행권원의 집행력을 없앤다. 이를 집행“력”의 배제라 부른다. 집행력을 배제하면, 당연히 집행도 할 수 없다.

2019다302985: 민사집행법 제44조에서 청구에 관한 이의의 소를 규정한 것은 부당한 강제집행이 행하여지지 않도록 하려는 데 있[다.]

제3자이의소

- 1. 채권자 K가 채무자 J를 상대로 유체동산강제집행(압류)을 하려는데,
- 2. 대상물에 제3자 U 소유 동산이 끼 있는 경우가 있다.

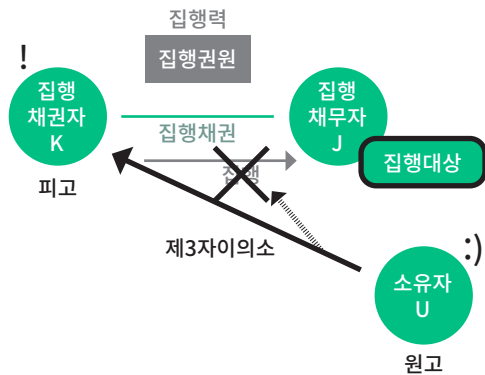


→ 제3자이의소(lawsuit of demurrer by third party)를 제기할 수 있다.

민사집행법 제48조(제3자의의 소) ① 제3자[U]가 강제집행의 목적물[유체동산]에 대하여 소유권이 있다고 주장하거나 목적물[유체동산]의 양도나 인도를 막을 수 있는 권리가 있다고 주장하는 때에는 채권자[K]를 상대로 그 강제집행에 대한 이의의 소를 제기할 수 있다. ...

제3자의의 소란,

- 1. 채무자 소유 아닌 재산을 집행하려 할 때,
- 2. 재산 주인이,
- 3. 집행(execution)을 못 하게 하려는 소



집행권원의 집행력을 없애려는 것까지는 아니다. 사실 집행권원에는 아무 문제가 없다. 단지 집행대상에 남의 물건이 끼 있을 뿐이다. 그래서 집행력 있는 집행권원 자체는 두고 집행은 못 하게 한다. 이것을 집행의 배제라 부른다.

청구이의소

개요

- 1. 채무자가 원고가 되어,
- 2. 채권자를 피고로 하여,
- 3. 청구권에 관한 실체법상 사유(substantive grounds)에 근거해,
- 4. 집행권원을 대상(target)으로, 그 집행력(executive force; enforcement effect; enforceability)을 배제하려는,

2024다273869: 청구이의의 소는 채무자가 확정된 중국판결 등 집행권원에 표시된 청구권에 관하여 실체상 사유를 주장하여 그 집행력의 배제를 구하는 것이[다. 그러]므로 유효한 집행권원을 그 대상으로 한[다.]

- 5. 민사소송(civil litigation; civil suit)이다.

99두2017: [이 사건] 제소 목적은 ‘[집행권원의] 집행력 배제’를 구하는 데에 있음이 분명하다.] 이러한 소송은 ... 법률효과의 확정, 형성을 목적으로 하는 순수한 민사소송, 즉 [집행권원]의 집행력 배제를 구하는 [민사집행법 제44조]의 청구에 관한 이익의 소에 해당한다.]

6. 원고(채무자) 승소판결 확정 순간, 법적으로 집행권원의 집행력은 배제된다. 즉, 청구이익소 판결 확정은 형성적(formative)이다.

소장

원고장무자
서울 관악구 노루로 231-2
(전화: 02-879-9999 휴대전화: 010-1122-9876
팩스: 02-879-9990 이메일: comet81@gmail.com)

피고김권자
서울 서초구 이대로 15

청구이익의 소

청구 취지

1. 피고의 원고에 대한 서울중앙지방법원 2023. 12. 13. 선고 2023가단1020304 대여금 등 사건의 판결에 기초한 강제집행을 불허한다.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.
라는 판결을 구합니다.

청구 원인

1. 피고의 원고 상대 청구취지 기재 판결이 2023. 12. 29. 확정되었습니다(갑 제1호증).
2. 원고는 2023. 12. 30. 피고에게 위 판결 표시 채무 전액을 변제하였습니다(갑 제2호증).
3. 그런데 피고가 돌연 서울중앙지방법원 소속 집행관에게 신청하여 2024. 1. 5. 원고 소유의 유체동산에 대하여 강제집행을 개시하였습니다.
4. 그러므로 위 판결에 기초한 강제집행의 불허를 구하기 위하여 이 사건 소를 제기합니다.

증명 방법

1. 갑 제1호증 판결정본
2. 갑 제2호증 변제 영수증

2024. 1. 6.

원고 장무자

서울중앙지방법원 귀중

이의이유

다음은 청구이의소를 제기할 수 있는 대표적 사유다. 즉, 이의이유다.

1. 채권 소멸: 변제, 대물변제, 변제공탁, 경개, 시효소멸, 면제, 포기, 상계 등

2015다25570: 집행채권의 부존재나 소멸은 집행채무자[가]가 청구이의의 소에서 주장할 사유[다.]

2005다41443: 원고[가] ... 2002. 9. 9. ... 변제한 ... 사유는 모두 ... 대상판결...[에 관한] ... 청구이의 사유가 된다.

채무자[가] ... 상계의 의사표시를 한 때에는 ... 청구이의 사유로 된다.

2. 채권 귀속 변동: 채권양도, 면책적 채무인수. 종전 채권자가, 또는 종전 채무자를 상대로 받은 집행권원에 이의이유가 된다.

3. 부집행 합의: 부집행 합의란, “어떤 집행권원에 근거한 강제집행은 하지 않겠다.”라는 취지의 계약이다. 부집행합의 체결 사실도 이의이유가 된다.

95다1907: 부집행의 합의는 실체상의 청구의 실현에 관련하여 이루어지는 사법상의 채권계약이라고 보는 것이 [타]당하[다.] 이것[을] 위반하는 집행은 실체상 부당한 집행이다. 그러므로 [민사집행법 제44조]가 유추적용 내지 준용되어 청구이의의 사유가 된다.

비교: 부제소 합의란, “어떤 청구원인에 근거한 소제기는 하지 않겠다.”라는 취지의 계약이다. 부제소 합의가 있으면, 이미 소송절차 단계에서 소각한 판결을 받는다.

92다21760: 협상을 하여 더 이상 소[를] 제기하지 아니하기로 합의[했다. 그러]고서도 그[를] 위반하여 [소를] 제기[했다. 그 소는] 부적법[하다. 소각한 판결을 내려야 한다.]

4. 권리남용: 강제집행 자체가 권리남용일 수도 있다. 이것도 이의이유가 된다.

민법 제2조(신의성실) ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의[를 지켜] 성실히 하여야 한다.

② 권리는 남용하지 못한다.

2017다232105: 확정판결에 [따른] 권리라 하더라도 신의[를 지켜] 성실히 행사되어야 하고 판결에 기[초]한 집행이 권리남용이 되는 경우에는 허용되지 않[는다. 그러]므로 집행채무자[는] 청구이의의 소[로] 집행의 배제를 구할 수 있다.

그러나 ... 확정판결에 따른 강제집행이 권리남용에 해당한다고 쉽게 인정하여서는 안 [된다.] 이를 인정하기 위해서는 [다음과 같은 특별한 사정이 있어야 한다. 즉, (i) 확정 판결의 내용이 실제적 권리관계에 배치되는 경우[여야 한다. 나아가 (ii)] 그에 기[초]한 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 집행을 수인하도록 하는 것이 정의에 반함 이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되[여야 한다.]

92다18627: [즉,] 소송당사자가 상대방의 권리를 해할 의사로 상대방의 소송 관여를 방해하거나 허위의 주장으로 법원을 기망하는 등 **부정한 방법으로 실제의 권리관계와 다른 내용의 확정판결을 취득하여 집행**을 하는 것과 같은 특별한 사정이 있어야 [한다.]

모두 “청구권에 관한 실체법상 사유”에 해당한다.

대체로, 만약 채권자가 채무자를 상대로 제기한 소였다면, 채무자가 항변사유로 주장할 수 있는 것들이다.

일부이의

채권 일부에만 이의이유가 있다면? 이의이유 있는 범위에서만 집행력을 배제할 수 있다.

- 1. 양적(quantitative) 일부이의: 700만 원 중 400만 원에 관해 이의사유가 있는 식. 대표적으로, 일부 변제한 경우



67다2249: [집행권원]에 표시된 청구권이 완전히 소멸된 것이 아니라 하더라도, 그 일 부[400만 원]가 변제[로] 소멸한 것이라면[?] 그 소멸부분[400만 원]에 관하여는, [집행 권원]의 집행력을 유지하여 강제집행을 허용할 아무런 이유가 없[다.]

[그러]므로, [법원]으로서는 ... 변제공탁[이] ... 적법한 것이라면 [집행권원] 중 [400만 원]에 관한 집행은 ... 허용하여서는 아니 [된다.]

- 2. 질적(qualitative) 일부이의: 700만 원 액수는 그대로지만 어떤 유보가 붙는 식. 대표적으로, 조건이나 동시이행 관계가 인정될 경우



2012다75123: 집행증서[→ 집행권원]상의 청구권은 의무의 단순 이행을 내용으로 하는 것이다. 그런데 그 청구권이 반대의무의 이행과 상환으로 이루어져야 하는 동시 이행관계에 있다. 그러므로 그 집행증서에 기[초]한 집행이 불허되어야 한다. 누군가 이렇게 주장한다고 하자. 이것은 어떤 의미인가?

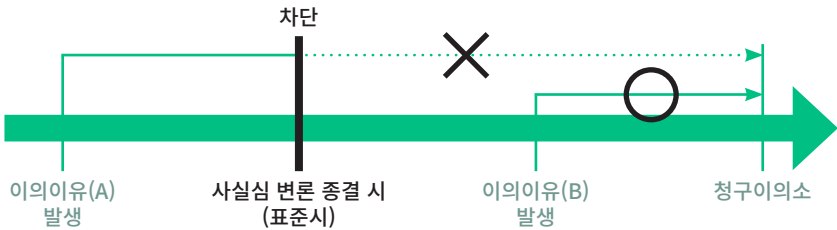
[이것은] 집행증서상으로는 단순 이행의무로 [된] 청구권이 반대의무와 동시이행관계의 범위[에]서만 집행력이 있고 그것을 **초과하는 범위에서의 집행력은 배제**되어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 이러한 사유는 본래 집행권원에 표시된 청구권의 변동을 가져오는 청구이의의 소의 이유가 된다.]

그리고 이러한 사유를 이유로 하는 청구이의의 소에 관한 재판에서 집행권원상의 청구권과 동시이행관계에 있는 반대의무의 존재가 인정되는 경우, 법원으로서 [어떻게 판결해야 하나? 법원은] 본래의 집행권원에 기[초]한 집행[력] 전부를 배제하는 판결을 할 것이 아니다. 법원은 집행청구권이 반대의무와 동시이행관계에 있음을 초과하는 범위에서의 집행[력] 일부 배제를 선언하는 판결을 하여야 [한다.]

이의이유 발생 시점: 기판력 문제

채권자가 애써서 승소 확정판결을 받았는데, 채무자가 갑자기 판결과 다른 이야기를 하면서 집행을 거부할 수 있다면? 기판력 있는 확정판결 받아 둔 것이 쓸모 없게 된다. 이러한 결과는 받아들이 수 없다. 따라서,

- 1. 확정판결에 이의하려면? 이의이유는 확정판결 이후 새로 발생한 사유만 유효하다. 정확한 기준시(표준시)는 사실심 변론 종결 시다.



민사집행법 제44조(청구에 관한 이의의 소) ② 제1항의 이의[청구이의]는 그 **이유가 변론이 종결된 뒤...에 생긴 것이어야** 한다.

89그38: 이의사유가 확정판결의 변론 종결 이후에 생긴 것을 원인으로 하는 것이 아닌 때에는 위 법조항에 정한 법률상 이유가 있는 경우라 할 수 없다.

2022다302497: 확정판결의 **기판력**은 전소의 변론 종결 전에 당사자가 주장하였거나 주장할 수 있었던 모든 공격방어방법에 미[친다.] 다만 변론 종결 후에 새로 발생한 사유가 있어 전소 판결과 모순되는 사정 변경이 있는 경우에는 기판력의 효력이 차단된다.]

2019다302985: 그 이의의 원인을 사실심 변론 종결 이후의 사유로 한정한 [이유는?] 변론 종결 시를 기준으로 확정된 권리관계를 변론 종결 이전의 사유를 들어 다루는 것은 확정판결의 **기판력에 저촉되기 때문**이다.]

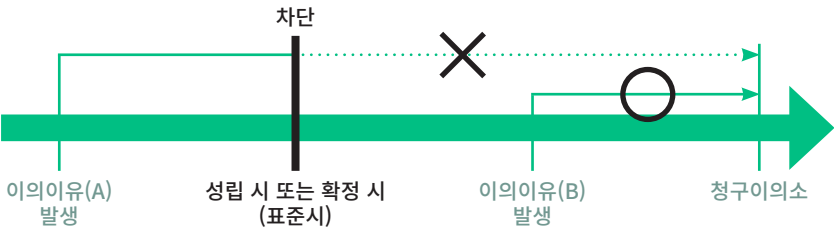
제1장에서 “당사자는 변론 종결 전까지만 자료를 낼 수 있기 때문에, 결국 법원은 변론 종결 전까지의 자료만 가지고 판단한다.”라고 했던 것 기억하는가? 법학 세계에서 모든 것은 연결되어 있다(Everything is connected in the legal universe). 채무자는 다투려면 사실심 변론 종결 전에 다뤄야 했다.

94다41430: [대주 甲이] 대여금 중 일부를 변제받고도 이를 속이고 대여금 전액에 대하여 소송을 제기하여 승소 확정판결을 받[았다. 그] 후 강제집행[으로] 위 [돈]을 수령[했다. 그러자 차주 乙이] 그 일부 변제금 상당액은 법률상 원인 없는 이득으로서 반환되어야 한다고 주장하면서 부당이득반환 청구를 하[고 있다.]

[이] 경우, 그 변제주장은 대여금반환청구 소송의 확정판결 전[→ 변론 종결 전]의 사유[다. 그러한 사유는] 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 아니하는 한 그 판결의 기판력에 저촉되어 이를 주장할 수 없[다. 그러므로] 그 확정판결의 강제집행으로 교부받은 [돈]을 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없[다.]

	기판력	기판력 기준시
확정판결	○	사실심 변론 종결 시

2. 그 밖에 기판력 있는 집행권원에 이의하려면? 마찬가지로. 이의이유는 기준시(표준시) 이후 새로 발생한 사유만 유효하다.



	기판력	기판력 기준시
화해조서	○	성립 시(조서기재시)
확정된 화해권고결정	○	확정 시(이의신청기간도과시)
조정조서	○	성립 시(조서기재시)
확정된 조정갈음결정	○	확정 시(이의신청기간도과시)
인낙조서	○	성립 시(조서기재시)

기준시(표준시) 이후 새로 “발생”한 사유란, 예를 들어 기준시(표준시) 이후 변제, 상계, 면제한 경우를 말한다. 다만, 소송상 상계는 주의할 필요가 있다.

2022다284520: 집행권원이 되는 확정판결의 사실심 변론 종결 이전에 별소에서 그 채권에 관하여 소송상 상계의 의사표시가 이루어[졌다. 그리고] 해당 확정판결의 사실심 변론 종결 이후에 별소에서 소송상 상계의 주장을 받아들이는 법원의 실질적 판단이 이루어[졌다.] ... 이러한 사유는 해당 확정판결의 사실심 변론 종결 이후에 생긴 것...으로서 그 집행력을 배제하는 적법한 청구이의 이유가 된[다.]

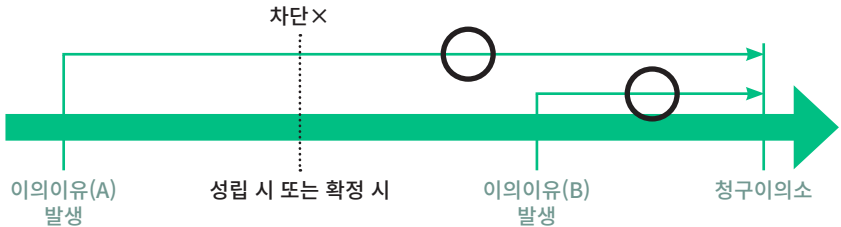
상세한 이유는 다음과 같다.

소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변[이다.] ... 상계의 의사표시가 포함되어 있는 이상 소송상 상계의 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 실제법상 상계의 효과가 발생[하기는 한다.] 다만 이러한 실제법상 효과는 해당 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 확정[된다. 즉,] 법원의 실질적 판단이 이루어지지 않은 채 해당 소송이 종결되면 소멸한[다.] ... 이와 같이 소송상 상계항변의 실제법상 상계의 효과는 법원의 실질적 판단이 이루어지기까지 다소 유동적인 상태에 놓여 있게 된다.

이러한 소송상 상계항변의 특수성을 고려하면, [다음과 같다.] ... 해당 확정판결의 사실심 변론 종결 이후에 별소에서 소송상 상계의 주장을 받아들이는 법원의 실질적 판단이 이루어짐으로써 그 유동적 상태가 해소[되었다고 하자.] 이는 ... 해당 확정판결의 사실심 변론 종결 이후에 발생한 사유로 볼 수 있다.

특히 별소에서 소송상 상계항변을 한 당사자는 상대방의 동의 없이 이를 철회하고 다시 제출할 수 있었다. 그러므로 해당 확정판결의 사실심 변론 종결 이전에 별소에서 소송상 상계의 의사표시가 상대방에게 도달하였다는 이유만으로 청구이의의 이유를 부정할 것은 아니다.

3. 기판력 없는 집행권원에 이의하려면? 기판력이 없어서 위와 같은 문제가 없다. 따라서 이의사유가 언제 발생했는지 상관없다.



소액사건심판법 제5조의8(이행권고결정에 기[초]한 강제집행의 특례) ③ [확정된 이행권고결정이 집행권원인] 청구에 관한 이의의 주장에 관하여는 「민사집행법」 제44조 제2항에 따른 제한을 받지 아니한다.

민사집행법 제58조(지급명령과 집행) ③ [확정된 지급명령이 집행권원인] 청구에 관한 이의의 주장에 대하여는 제44조 제2항의 규정을 적용하지 아니한다.

민사집행법 제59조(공정증서와 집행) ③ [집행증서가 집행권원인] 청구에 관한 이의의 주장에 대하여는 제44조 제2항의 규정을 적용하지 아니한다.

민사집행법 제57조(준용규정) 제56조의 집행권원에 기초한 강제집행에 대하여는 제58조 및 제59조에서 규정하는 바를 제외하고는 제28조[부터] 제55조[까지]의 규정을 준용한다.

민사집행법 제56조(그 밖의 집행권원) ...

2006다73966: 확정된 지급명령에 대한 청구이의의 소에[서는] 지급명령 발령 이후의 그 청구권의 소멸이나 청구권의 행사를 저지하는 사유뿐만 아니라 **지급명령 발령 전의 청구권의 불성립이나 무효 등도 그 이의사유가 된다.**

2005다54999: 확정된 이행권고 결정에 대한 청구이의의 소에[서는] 이행권고 결정 이후의 청구권의 소멸이나 청구권의 행사를 저지하는 사유뿐만 아니라, **이행권고 결정 전의 청구권의 불성립이나 무효 등도 그 이의사유**가 된[다.]

	기판력	기판력 기준시
확정된 지급명령	×	-
확정된 이행권고결정	×	-
가집행선고 있는 판결	×	-
집행증서	×	-
검사의 집행명령	×	-

청구이의소 제도 의의

우리 법은 다음을 분리하고 있다.

- 1. 집행권원 성립 절차(소송절차 등)
- 2. 집행권원 실현 절차(집행절차)

그러다 보니,

- 1. 실제 권리 상태를 제대로 반영하지 못한 집행권원이 발생할 수도 있다.
- 2. 그러한 집행권원의 집행력을 배제할 필요가 있다.
- 3. 그 수단이 바로 청구이의소다.

98다9908: [민사집행법 제44조]에서 청구에 관한 이의의 소를 규정한 것은 부당한 강제집행이 행하여지지 않도록 하려는 데 있[다.]

주의사항

- 1. 집행권원에 표시된 청구권이 실제 권리관계와 다르면? 이의이유가 된다.

예: 집행권원 표시 = “J는 K에 대해 700만 원 금전소비대차 채무를 부담한다”
but 실제 = “J가 K에게 그 채무를 전부 변제한 상태” → 이의이유○

- 2. 집행권원 자체에 흠이 있다면? 이의이유가 안 된다.

예: 집행권원 자체가 무효인 경우 → 이의이유×. 물론, 다른 방법으로 다룰 수 있다. 차차 배우자.

2015다201510: 청구이의의 소는 ... 유효한 집행권원을 대상으로 한다. [그런데 이 사건 집행권원은] 유효한 집행권원이 될 수 없[다.] 따라서 이에 대하여 집행력의 배제를 구하는 청구이의의 소를 제기할 수 없다.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 62.] 판결의 편취에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 편취된 확정판결에 기한 강제집행이 불법행위로 되는 것은 당사자의 절차적 기본권이 근본적으로 침해된 상태에서 판결이 선고되었거나 확정판결에 재심사유가 존재하는 등 확정판결의 효력을 존중하는 것이 정의에 반함이 명백하여 이를 묵과할 수 없는 경우로 한정하여야 한다.
- ④ 대여금 중 일부를 변제받고도 이를 속이고 대여금 전액에 대하여 소를 제기하여 승소 확정판결을 받은 후 강제집행에 [따라] 판결금을 수령한 채권자에 대하여, 채무자는 채심절차 등을 거치지 아니하고도 그 일부 변제금 상당액이 법률상 원인 없는 이득에 해당한다는 이유로 부당이득반환을 구할 수 있다.
- ⑤ 편취된 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당한다면, 그 판결의 피고(집행채무자)는 청구이익의 소로써 그 집행의 배제를 구할 수 있다.

제3자이의소

개요

- 1. 제3자(소유자 등)가 원고가 되어,
- 2. 채권자를 피고로 하여,
- 3. 목적물 소유권(ownership) 등에 근거해,
- 4. 집행(execution)을 배제하려는,
- 5. 민사소송(civil litigation; civil suit)이다.

96다49049: 제3자이의의 소는 강제집행의 목적물[유체동산]에 대하여 소유권이나 양도 또는 인도를 저지하는 권리를 가진 제3자[U]가 그 권리[소유권]를 침해하여 현실적으로 진행되고 있는 강제집행에 대하여 이익을 주장하고 집行的 배제를 구하는 소[다.]

- 6. 원고(제3자) 승소판결 확정 순간, 법적으로 그 집행은 위법한 것으로 간주한다. 즉, 제3자이의소 판결 확정은 형성적(formative)이다.

그러나 집행권원의 집행력까지 배제하지는 않는다.

소 장		
원 고	엄한자 서울 관악구 노루로 231-3 (전화: 02-879-8888 휴대전화: 010-5757-9696 팩스: 02-879-8880 이메일: umhanja_90@gmail.com)	
피 고	김권자 서울 서초구 이대로 15	
제3자이의의 소		

청 구 취 지

- 1. 피고가 장무자에 대한 서울중앙지방법원 2023. 12. 13. 선고 2023가단1020304 대여금 등 사건 판결의 집행력 있는 정본에 기초하여 2024. 1. 5. 별지 목록 기재 물건에 대하여 한 강제집행을 불허한다.
 - 2. 소송비용은 피고가 부담한다.
- 라는 판결을 구합니다.

청 구 원 인

- 1. 피고는 장무자에 대한 청구취지 기재 판결정본에 기초해 2024. 1. 5. 별지 목록 기재 물건을 압류하였습니다.
- 2. 그러나 위 물건은 본래 원고 소유로서, 원고가 잠시 장무자에게 보관시켜 둔 것입니다(갑 제1호증).
- 3. 따라서 피고가 장무자에 대한 강제집행으로 위 물건을 압류한 것은 부당합니다.
- 4. 그러므로 그 집행의 배제를 구하기 위하여 이 사건 소를 제기합니다.

증 명 방 법

- 1. 갑 제1호증 보관증

2024. 1. 6.

원고 엄한자

서울중앙지방법원 귀중

이의원인 권리

제3자가 다음 권리를 갖고 있다면, 제3자의의를 제기할 가능성이 있다. 즉, 다음은 이의원인 권리다.

- 1. 소유권: 가장 대표적 이의원인 권리다.
- 2. 양도담보권: 양도담보 목적물은 대외적으로 양도담보권자 소유다. 따라서 위 “1. 소유권”에 준해 생각하면 된다.

민사집행법 제48조(제3자의의 소) ① 제3자[U]가 강제집행의 목적물에 대하여 **소유권**이 있다고 ... 주장하는 때에는 채권자[K]를 상대로 그 강제집행에 대한 **이의의 소**를 제기할 수 있다. ...

93다44739: 동산에 관하여 양도담보계약이 이루어지고 양도담보권자가 점유개정의 방법으로 인도를 받았[다. 그렇]다면 그 청산절차를 마치기 전이라 하더라도 [양도담보권자는] ... **[대외적] 관계**에[서는] 그 **물건의 소유자**임을 주장하고 그 권리를 행사할 수 있다.

3. 점유권: 유체동산집행 때문에 점유를 방해받는다면, 이의권인이 된다.

민사집행법 제48조(제3자의의 소) ① 제3자[U]가 강제집행의 ... 목적물의 양도나 인도를 막을 수 있는 권리가 있다고 주장하는 때에는 채권자[K]를 상대로 그 강제집행에 대한 이의의 소를 제기할 수 있다. ...

2009다1894: [소유권을 매도인에게 유보한 채 매수한] 매수인이 소유권유보부 매매의 목적물을 간접점유[했다. 그러]던 중 ... [직접점유자]의 채권자가 그 채권의 실행으로 그 목적물을 압류한 사안[이다.] 매수인은 ... 정당한 권원 있는 ...**점유자의 지위**에서 민사집행법 제48조 제1항에 정한 ‘목적물의 인도를 막을 수 있는 권리’를 가진[다.]

점유권은 부동산집행에서는 이의권인이 안 된다. 부동산경매는 법원 절차와 등기부 기재로 진행하기 때문에, 점유자가 점유하는 데 방해받지 않기 때문이다.
모두 “집행 대상(목적물)에 관한 제3자의 권리”다.

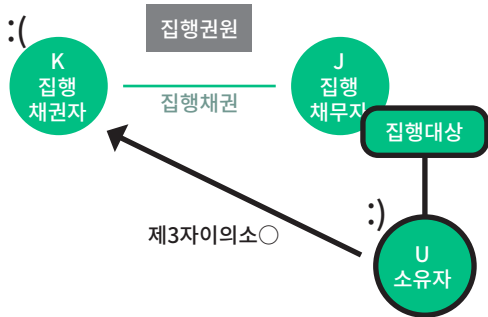
이의권인 인정 범위: 대항력 문제

유효한 이의권인으로 인정받으려면? 이의권인 권리가 집행채권자에게 대항할 수 있어야 한다.

2012다107068: 제3자의의 소는 이미 개시된 집행의 목적물에 대하여 소유권 기타 목적물의 양도나 인도를 막을 수 있는 권리가 있다고 주장함으로써 그에 대한 집행의 배제를 구하는 것이[다. 그러]므로 그 소의 원인이 되는 권리는 **집행채권자에게 대항할 수 있는 것이어야** 한다[.]

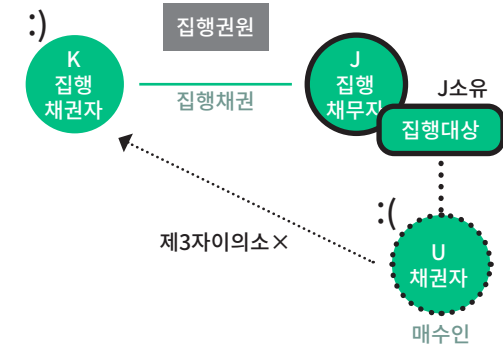
1. 제3자가 소유권자인 경우: 제3자(소유권자)는 소유권자라는 자체로 집행채권자에게 대항할 수 있다. 즉, 유효한 이의권인이다.

물권의 대세효 덕분이다.



2. 제3자가 채권자(매수인)인 경우: 집행채무자 소유 물건을 집행하려 한다. 그런데 알고 보니 집행채무자가 이미 그 물건을 제3자에게 매도하는 계약을 체결한 상태다. 그렇다면 제3자(채권자)는 채권자라는 이유로는 집행채권자에게 대항할 수 없다. 즉, 유효한 이의권인이 아니다.

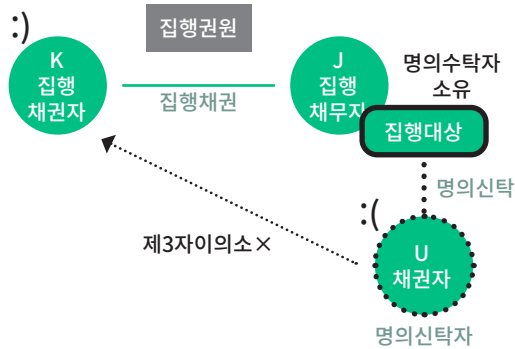
채권의 대인효 때문이다.



79다1223: 원고[U]는 ... 이 사건 토지에 대하여 소유권이전등기를 [마치]는 등으로 소유권을 취득하였다고 주장한 바는 없[다. 그러]므로 소유권을 주장하여 제3자 이의의 소를 제기할 수는 없[다.]

[만약] 원고[U가] ... [매매계약에 따른] 소유권이전등기청구권이 있다는 이유만으로 원고[U]의 이 사건 강제집행에 대한 제3자 이의의 소에 [따른] 청구를 인용[한다면] 이는 필경 [민사집행법 제48조]의 법리를 오해한 [것이다. 즉, 제3자의의 원인이 될 수 없다.]

3. 제3자가 명의신탁자인 경우: 대외적으로 제3자(명의신탁자)가 아니라 명의수탁자 소유다. 제3자(명의신탁자)는 채권자에 불과하다. 따라서 위 “2. 제3자가 채권자인 경우”에 준해 생각하면 된다. 제3자(명의신탁자)는 집행채권자에게 대항할 수 없다. 즉, 유효한 이의원인이 아니다.



2007다7409: 신탁자[U]가 수탁자에 대해 가지는 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 집행채권자[K]에게 대항할 수 있는 권리가 될 수 없[다. 그러]므로 ... 결국 명의신탁자[U는] 명의신탁된 부동산에 관하여 제3자 이의의 소의 원인이 되는 권리를 가지고 있지 않[다.]

제3자의의소 제도 의의

우리 법은 강제집행에서 집행기관 역할을 다음과 같이 정했다.

1. 집행기관은 외관만 보고 채무자 재산인지 판단한다.
2. 집행기관이 그 실체적 심사를 할 권한도 의무도 없다.

예: 부동산은 등기부만 보고, 동산은 점유상태만 보고, 채권은 심문절차 없이, 집행한다.

민사집행법 제81조(채무서류) ① 강제집행신청서에는 집행력 있는 정본 외에 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 서류를 붙여야 한다.

1. 채무자의 소유로 등기된 부동산에 대하여는 등기사항증명서
2. 채무자의 소유로 등기되지 아니한 부동산에 대하여는 즉시 채무자 명의로 등기할 수 있다는 것을 증명할 서류. ...

민사집행법 제189조(채무자가 점유하[는] 물건의 압류) ① 채무자가 점유하[는] 유체동산의 압류는 집행관이 그 물건을 점유함으로써 한다. ...

민사집행법 제226조(심문의 생략) 압류명령은 제3채무자와 채무자를 심문하지 아니하고 한다.

그러다 보니,

1. 실제 채무자 재산이 아닌 제3자 재산에 집행이 이루어질 수도 있다.
2. 그러한 집행은 위법이라고 선언해 집행을 못 하게 할 필요가 있다.
3. 그 수단이 바로 제3자의소다.

기초 개념: 상속의 승인과 포기

상속승인

1. 쉽게 말해, 상속받겠다는 의사표시
2. 권리(소유권, 채권)뿐만 아니라 의무(채무)도 상속한다.

민법 제1005조(상속과 포괄적 권리의무의 승계) 상속인은 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다. ...

민법 제997조(상속개시의 원인) 상속은 사망으로 ... 개시된다.

민법 제1019조(승인, 포기의 기간) ① 상속인은 상속개시있음을 안 날로부터 3[개]월 내 단순승인이나 한정승인...[을] 할 수 있다. ...

상속받으려는 자는 빛도 갚아야 한다(*Wer erben will, soll auch gelten; Who wants to inherit, should also pay*).

상속포기

1. 쉽게 말해, 상속 안 받겠다는 의사표시
2. 흔히 사망자가 빚이 많을 때 상속포기를 한다.

민법 제1041조(포기의 방식) 상속인이 상속을 포기할 때에는 제1019조 제1항의 기간 내에 가정법원에 포기의 신고를 하여야 한다.

민법 제1019조(승인, 포기의 기간) ① 상속인은 상속개시있음을 안 날로부터 3[개]월 내 ... 포기를 할 수 있다. ...

민법 제1042조(포기의 소급효) 상속의 포기는 상속개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다.

2011다29307: 상속의 포기는 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 있[다.] 포기자는 처음부터 상속인이 아니었던 것이 된다.

한정승인

1. 상속승인이긴 하다. 따라서 사망자의 재산과 채무 모두를 승계한다.

민법 제1005조(상속과 포괄적 권리의무의 승계) 상속인은 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다. ...

2. 다만, 조건이 있다.

조건은 다음과 같다.

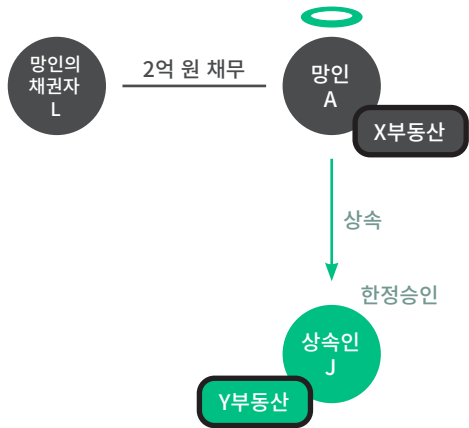
- 1. 상속받은 사망자의 채무(obligation)는,
- 2. 상속받은 재산(inherited property) 한도에서만,
- 3. 책임(responsibility)질 것

민법 제1028조(한정승인의 효과) 상속인은 상속으로 ... 취득할 재산의 한도에서 피상속인[= 사망자]의 채무...[를] 변제할 것을 조건으로 상속을 승인할 수 있다.

문제 사례

망인 A에게,

- 1. 유일한 재산으로 X부동산(시가 1억 원 상당)이 있었고,
- 2. 유일한 채무로 L에 대한 2억 원 대출채무가 있었다.
- 3. 유일한 상속인 J가 한정승인했다면?



채무

위 경우,

- 1. J는 X부동산 소유자가 된다.
- 2. J는 L에 대한 2억 원 대출채무자가 된다. 따라서 망인 A의 채권자(= 상속채권자) L은 채무자 J를 상대로 2억 원 대여금 청구를 할 수 있다. 그러면 법원은 2억 원 전부에 관해 인용판결을 내려야 한다.

2003다30968: 상속의 한정승인은 채무의 존재를 한정하는 것이 아니[다.] 단순히 그 책임의 범위를 한정하는 것에 불과하[다. 그렇기 때문에, 상속의 한정승인이 인정되는 경우에도 상속채무[2억 원 채무]가 존재하는 것으로 인정되는 이상, ... 상속채무[2억 원 채무] 전부에 대한 이행판결을 선고하여야 한다.]

책임

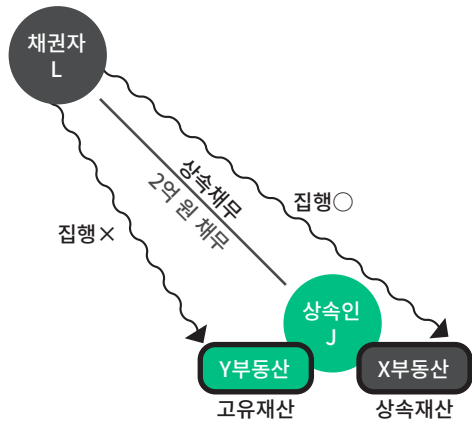
다만, 망인 A의 채권자(= 상속채권자) L이 확정판결을 근거로 채무자 J 재산에 강제집행하려면?

- 1. 상속채권자 L은 상속재산인 X부동산(상속재산)에 집행(강제경매)할 수 있다.

2015다250574: 상속인[J]이 ... 한정승인의 신고를 하게 되면 피상속인의 채무[2억 원 채무]에 대한 한정승인자[J]의 책임은 상속재산[X부동산]으로 한정[된다.]

- 2. 상속채권자 L은 채무자 J가 상속 전부터 원래 갖고 있던 Y부동산(고유재산)에는 집행할 수 없다.

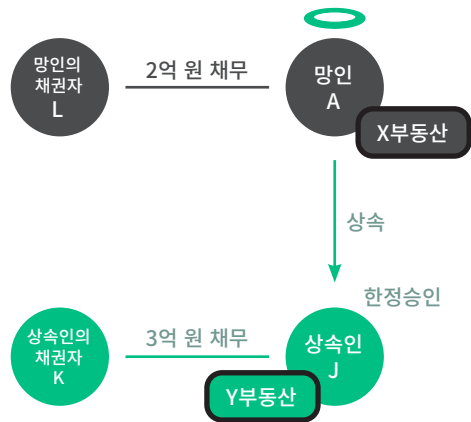
2015다250574: 그 결과 상속채권자[L]는 ... 상속인[J]의 고유재산[Y부동산]에 대하여 강제집행을 할 수 없[다. 즉,] 상속재산[시가 1억 원 상당 X부동산]으로부터만 채권[2억 원 채권]의 만족을 받을 수 있다.



한정승인 결과, 채무(2억 원)와 책임(시가 1억 원 상당)이 분리된다.

추가 사례

- 1. 사례에서 추가로 상속인 J에게 K에 대한 3억 원 대출채무가 있었다고 하자.
- 2. 상속인 J의 채권자(= 고유채권자) K가 확정판결을 근거로 채무자 J 재산에 강제집행하려면?



- 3. 고유채권자 K는 채무자 J가 상속 전부터 원래 갖고 있던 Y부동산(고유재산)에 집행할 수 있다.
- 4. 고유채권자 K는 (아직 망인 A의 채권자 L이 변제 받지 않은 상태에서) 상속 재산인 X부동산(상속재산)에는 집행(강제경매)할 수 없다.

2015다250574: 한정승인자[J]의 고유채권자[K]는 상속채권자[L]가 상속재산[X부동산]으로부터 채권[2억 원]의 만족을 받지 못한 상태에서 상속재산[X부동산]을 고유채권[3억 원]에 대한 책임재산으로 삼아 이에 대하여 강제집행을 할 수 없다. 이렇게] 보는 것이 형평의 원칙이나 한정승인제도의 취지에 부합[한다.]

중간 결론

상속인 J가 한정승인을 하면,

- 1. 망인 A의 채권자(= 상속채권자) L은 X부동산(상속재산)에 집행한다.
- 2. 상속인 J의 채권자(= 고유채권자) K는 Y부동산(고유재산)에 집행한다.

유한책임과 무한책임

유한책임(limited liability)이란?

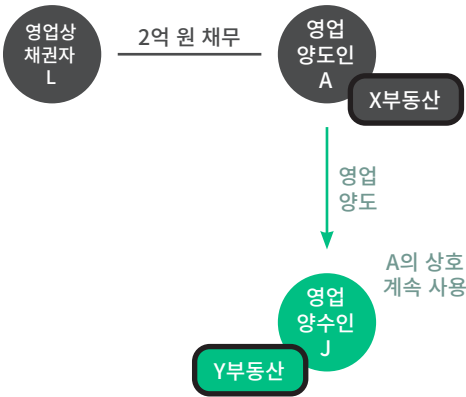
- 1. 채무자는 승계한 재산만으로 집행 당한다.
- 2. 한정승인 한 상속인의 책임이 유한책임이다.

3. 2억 원 채권자 L은 채무자인 상속인 J 상대로: X부동산에만 집행할 수 있고, Y부동산에는 집행 못한다.

무한책임(unlimited liability)이란?

- 1. 채무자는 전 재산으로 집행 당한다.
- 2. 단순승인 한 상속인의 책임이 무한책임이다.
- 3. 2억 원 채권자 L은 채무자인 상속인 J 상대로: X부동산에도 집행할 수 있고, Y부동산에도 집행할 수 있다.

법에서 특별히 유한책임으로 한정하지 않은 이상, 채무자의 책임은 기본적으로 무한책임이다. 예를 들어, 영업양수인 J가 영업상 채무를 승계하는 경우 어떤가? 영업상 채권자 L은,



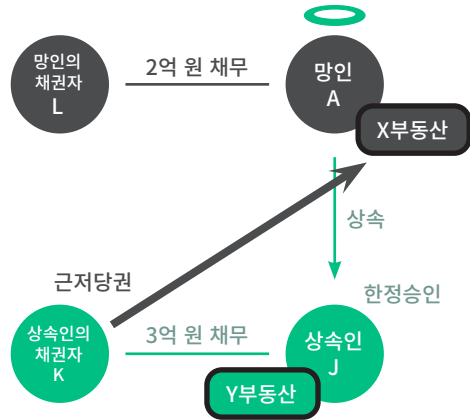
- 1. 영업양수인 J가 양수한 X부동산(양수재산)에도 집행할 수 있고,
 - 2. 영업양수인 J가 원래 갖고 있던 Y부동산(고유재산)에도 집행할 수 있다.
- 즉, 영업양수인 J의 책임도 무한책임이다.

상법 제42조(상호를 속용하는 양수인의 책임) ① 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우에는 양도인의 영업[에 따른] 제[3]자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다.

예외

한정승인 경우에도 예외가 있다.

- 1. 상속인 J의 채권자(= 고유채권자) K라도,
- 2. 만약 상속인 J로부터 X부동산(상속재산) 근저당권을 설정받았다면,
- 3. X부동산(상속재산)에 집행할 수 있다.



2007다77781전합: 한정승인자[J]의 상속재산[X부동산] 처분행위[→ K에 근저당권 설정]가 당연히 제한된다고 할 수는 없다. 또한 민법은 ... 한정승인만으로 상속채권자[L]에게 상속재산[X부동산]에 관하여 한정승인자[J]로부터 물권[→ 근저당권]을 취득한 제3자[K][보다] 우선적 지위를 부여하는 규정은 두고 있지 않다.]

민법 제1034조(배당변제) ① 한정승인자[J]는 [일정한] 기간 만료 후에 상속재산[X부동산]으로서 [일정한] 채권자[→ L]에 대하여 각 채권액의 비율로 변제하여야 한다. 그러나 우선권있는 채권자[→ 근저당권자 K]의 권리를 해하지 못한다.

2007다77781전합: 한정승인자[J]로부터 상속재산[X부동산]에 관하여 저당권 등의 담보권을 취득한 사람[K]과 상속채권자[L] 사이의 우열관계는 민법상의 일반원칙[→ 근저당권자(K) > 일반채권자(L)]에 따라야 [한다.] 상속채권자[L]가 한정승인의 사유만으로 우선적 지위를 주장할 수는 없다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 58.] A 주식회사가 B 주식회사에 영업을 양도한 경우, 「상법」상 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「상법」 제42조 제1항에 따라 B 회사가 상호를 속용하는 양수인의 책임을 지는 경우, A 회사의 영업[에 따른] 제3자의 채권에 대하여 B 회사가 부담하는 책임은 양수한 영업재산에 한정되지 아니하고 그의 전 재산에 미친다.

상속 관련 문제

사례(1): 집행권원에 한정승인 반영 경우

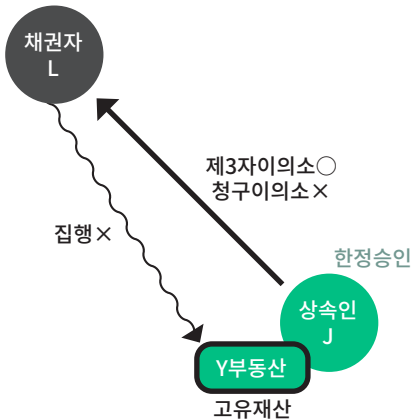
한정승인을 해서, 집행권원에 한정승인 취지가 제대로 반영되었다고 하자.

2003다30968: 상속의 한정승인[이 있으면,] ... 집행력을 제한하기 위하여 이행판결의 주문에 상속재산[X부동산(시가 1억 원 상당)]의 한도에서만 집행할 수 있다는 취지를 명시하여야 한다.

2005그128: 상속채무[2억 원]의 이행을 구하는 소송에서 피고[J]의 한정승인 항변이 받아들여졌다. 그래서 원고[L] 승소판결인 **집행권원 자체에** ‘상속재산[X부동산]의 범위[에]서만’ 금전채무[2억 원]을 이행할 것을 명하는 이른바 **유한책임의 취지가 명시**되어 있다.]

만약 그런데도 상속채권자(L)가 채무자(상속인 J) 고유재산(Y부동산)에 집행을 시도하면?

2005그128: [그런데도,] 상속인[J]의 고유재산[→ Y부동산]에 대하여 위 집행권원에 기[초]한 압류...[가] 발령되었다.]



- 1. 채무자(J)는 채권자(L)를 상대로 제3자의이소를 제기할 수 있다. 집행대상이 될 수 없는 재산에 집행했기 때문이다.

집행대상이 될 수 있는 재산을 책임재산(chargeable properties)이라 한다.

2005그128: 상속인인 피고[J]로서는 **책임재산이 될 수 없는 재산에 대하여 강제집행**이 행하여졌음을 이유로 **제3자의의 소를 ...** 제기하여 불복[할 여지는 있다.]

- 2. 그러나 채무자(J)는 채권자(L)를 상대로 청구이의소를 제기할 수는 없다. 이의이유(집행권원에 표시된 채권과 실제 채권의 불일치)가 없기 때문이다.

2005그128: [그러나] 청구에 관한 이의의 소[로] 불복할 수는 없다.]

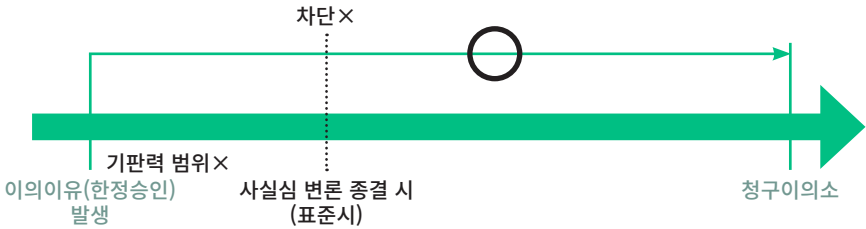
사례(2): 표준시 전 한정승인했지만, 집행권원에 한정승인 미반영 경우

한정승인을 했는데, 소송절차에서 그 사실을 주장하지 않았다. 그래서 법원도 한정승인이 있는 줄 모르고 특별한 유보 없이 판결을 선고했다. 즉, 집행권원에 한정승인 취지가 제대로 반영되지 못했다고 하자.

2006다23138: 채무자[J]가 한정승인을 하고도 채권자[L]가 제기한 소송의 사실심 변론 종결 시까지 그 사실을 주장하지 아니하[였다. 그래서] 책임의 범위에 관한 유보가 없는 판결이 선고되어 확정되었다.]

만약 상속채권자(L)가 채무자(상속인 J) 고유재산(Y부동산)에 집행을 시도하면?

- 1. 채무자(J)는 채권자(L)를 상대로 청구이의소를 제기할 수 있다. 한정승인 했다는 점은 차단되지 않는다. 기판력이 미치지 않기 때문이다.



2006다23138: 채권자가 피상속인의 금전채무를 상속한 상속인을 상대로 그 상속채무의 이행을 구하여 제기한 소송에서 채무자가 한정승인 사실을 주장하지 않으면[?] 책임의 범위는 현실적인 심판대상으로 등장하지 아니[한다. 그 결과] 주문에서는 물론 이유에서도 [책임 범위]가 판단되지 않[는다. 그러]므로 그에 관하여 기판력이 미치지 않는다. 그러므로 ... 채무자는 그 후 위 한정승인 사실을 내세워 청구에 관한 이의의 소를 제기할 수 있다.

- 2. 채무자(J)가 채권자(L)를 상대로 굳이 제3자의이소를 제기할 필요는 없다. 집행력까지 배제하는 청구이의소를 제기하면 충분하다.

사례(3): 표준시 전 상속포기를 했지만, 집행권원에 상속포기 미반영 경우

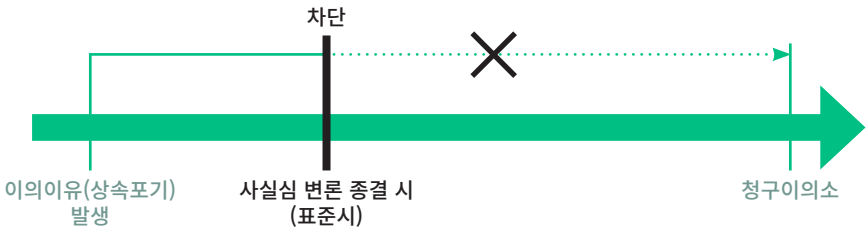
상속인을 상대로 한 소송절차에서,

- 1. 상속인이 상속포기 사실을 주장(항변)해 증명하면,
- 2. 법원은 청구기각 판결을 내린다.

그런데 소송절차에서 상속포기 사실을 주장하지 않았다. 그래서 법원도 상속포기가 있는 줄 모르고 특별한 유보 없이 판결을 선고했다. 즉, 집행권원에 상속포기 취지가 제대로 반영되지 못했다고 하자.

만약 상속채권자(L)가 채무자(상속인 J) 재산(Y부동산)에 집행을 시도하면?

- 1. 채무자(J)는 채권자(L)를 상대로 청구이의소를 제기할 수 없다. 상속포기 했다는 점은 차단된다. 표준시(사실심 변론 종결 시) 이전에 발생한 사유라서, 기판력이 미치기 때문이다.



2008다79876: 채무의 상속에 따른 **책임**의 제한 여부만이 문제 되는 **한정승인과 ...** 상속 [따른] **채무**의 존재 자체가 문제 되어 그에 관한 확정판결의 주문에 당연히 기판력이 미치게 되는 **상속포기**[는 **서로 다르다**.] 따라서 ... 기판력에 [따른] 실효 제한의 법리는 ... [상속포기] 경우에는 적용될 수 없다.

위 상속포기의 사유는 위 확정판결의 변론 종결 이전에 생긴 것이어서 적법한 **청구이의의 사유가 되지 못한다**.]

2. 채무자(J)는 채권자(L)를 상대로 제3자의 소도 제기할 수 없다. 상속포기 여부는 집행대상인 책임재산 문제와 상관없기 때문이다.
3. 결국, 채무자(J)는 강제집행을 당하게 된다.

차이가 발생하는 이유?

기판력으로 상속포기 사실은 차단되는데, 한정승인 사실은 차단되지 않는다. 왜 그런가?

1. 상속포기는 그 여부에 따라 상속인의 채무 범위가 달라진다.
2. 한정승인은 그 여부에 따라 상속인의 채무 범위가 달라지지 않는다.

그런데, 기판력은 채권(채무) 범위만 확정할 뿐이다. 책임 범위까지 확정하지는 않는다. 따라서,

1. 상속포기를 했다면, 기판력 발생 단계(채무 범위를 정하는 과정)에서 제시했어야 한다. 놓쳤다면? 이제는 주장을 차단한다.
2. 한정승인을 했다면, 기판력 발생 단계(채무 범위를 정하는 과정)에서 꼭 제시할 필요는 없다. 한정승인을 했든 단순승인을 했든, 어차피 채무 범위가 달라지지 않기 때문이다. 놓친 것도 없고, 차단 받을 이유도 없다.

결론적으로,

1. 채무(obligation) 범위와 관련된 상속포기 주장은 차단된다.
2. 책임(responsibility) 범위와 관련된 한정승인 주장은 차단되지 않는다.

채무와 책임

채무와 책임은 많은 경우 일치하지만, 언제나 같지는 않다.

1. 거절게 말해, 한정승인하면 “채무는 있으나 책임은 없다.”
2. 참고로, 물상보증인은 “책임은 있으나 채무는 없다.”

연습문제1

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 35.] 甲은 乙에 대하여 대여금채권을 가지고 있다. 그런데 乙이 사망하였고, 1순위 단독상속인인 丙은 상속포기기간 내에 적법하게 상속을 포기하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 상속을 포기한 丙은 처음부터 상속인이 아니었던 것이 되는데, 상속포기가 丙의 채권자의 입장에서 그의 기대를 저버리는 측면이 있더라도 상속인의 재산을 현재의 상태보다 악화시키지 않으므로 사해행위취소의 대상이 되지 않는다.
- ② 만약 丙이 한정승인을 하고 상속재산에 대하여 상속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 뒤 자신의 채권자인 丁에게 근저당권을 설정하여 준 경우, 甲은 상속재산에 관한 경매절차에서 丁에 대하여 우선적 지위를 주장할 수 있다.
- ③ 甲이 丙을 상대로 제기한 대여금청구소송에서 丙이 사실심 변론 종결 시까지 상속을 포기한 사실을 주장하지 않아 甲의 승소판결이 선고되어 확정된 경우, 승소판결에 따른 집행절차에서 위 상속포기는 적법한 청구이의 사유가 되지 못한다.
- ④ 甲이 乙의 사망사실을 모르고 乙을 피고로 하여 대여금청구의 소를 제기하였다가 乙의 사망사실을 알고 피고의 표시를 丙으로 정정하였는데 丙의 상속포기사실을 그 후에 알게 된 경우, 甲은 피고의 표시를 2순위 단독상속인인 戊로 다시 정정할 수 있다.
- ⑤ 만약 丙이 상속포기 신고를 하였으나 피상속인 乙의 제3자에 대한 손해배상채권을 추심하여 변제받은 이후 상속포기 신고를 수리하는 가정법원의 심판이 고지되었다면 그 상속포기는 무효이다.

연습문제2

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 53.] 기판력의 범위에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 계약해제의 원인은 판결이 확정된 전소의 사실심 변론 종결 전에 존재하였고 위 원인에 따른 계약해제의 의사표시는 전소의 변론 종결 후에 이루어진 경우, 후소에서 계약해제에 따른 효과를 주장하는 것은 위 확정판결의 기판력에 저촉된다.
- ㄴ. 채권자가 채무자를 상대로 제기한 소송에서 채무자가 사실심 변론 종결 전에 채권자에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었[는데도] 상계의 의사표시를 하지 않아 채권자 승소판결이 확정된 경우, 그 후 채무자가 채권자에 대하여 상계의 의사표시를 한 사실은 위 확정판결에 대한 청구이의 사유에 해당한다.
- ㄷ. 건물의 소유를 목적으로 하는 토지 임대차에서 임대인이 임차인을 상대로 토지인도 및 건물철거의 소를 제기하였는데 임차인이 임대인에 대하여 건물매수청구권을 행사할 수 있었[는데도] 행사하지 아니하여 건물철거를 명하는 내용의 판결이 확정된 경우, 임차인은 그 확정판결에 [따라] 건물철거가 집행되지 않았다 하더라도 임대인에 대하여 건물매수청구권을 행사하여 별소로써 건물 매매대금의 지급을 청구할 수 없다.
- ㄹ. 백지어음의 소지인이 어음금청구소송의 사실심 변론 종결일까지 그 백지 부분을 보충하지 아니하여 소지인의 패소판결이 확정된 경우, 그 후 소지인이 그 백지 부분을 보충하여 위 소송의 피고를 상대로 다시 동일한 어음금청구의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 위 확정판결의 기판력에 저촉된다.
- ㅁ. 채권자가 상속인을 상대로 제기한 상속채무의 이행을 구하는 소에서 상속인이 위 소의 사실심 변론 종결 전에 상속의 한정승인을 하였[는데도] 이를 주장하지 아니하여 상속인의 책임 범위에 대한 제한이 없는 판결이 선고되어 확정된 경우, 상속인이 위 한정승인을 하였다는 사실은 위 확정판결에 대한 청구이의 사유에 해당하지 않는다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 33.] A의 단독상속인 甲은 적법하게 한정승인 신고를 하여 수리심판을 받았다. 그 후 甲은 상속재산 X 부동산에 대하여 자신의 채권자인 乙에게 근저당권설정등기를 마쳐 주었다. 또한 위 근저당권설정등기[를 마친] 이후 甲에 대한 대여금 채권을 가지고 있는 일반채권자 丙은 X 부동산에 대하여 가압류를 신청하여 가압류등기를 [마쳤다]. 한편 A의 일반채권자로는 丁이 있다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. X 부동산에 대한 경매절차에서 배당이 이루어질 경우, 丁은 乙보다 선순위로 채권 만족을 받을 수 있다.

ㄴ. X 부동산에 대하여 「민법」 제1034조 제1항에 따른 배당변제가 이루어질 경우, 丁은 丙보다 선순위로 채권만족을 받을 수 있다.

여러 가지 집행방법
Method of Execution

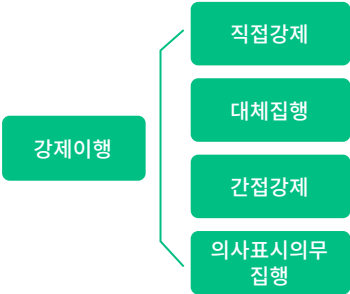
채무 때문에 감옥에 가는 건 문명이 진보하면서 생길 수밖에 없는 결과라 했다.
- Honoré de Balzac

기초 개념

강제이행 분류

강제이행(강제집행) 방법으로 4가지가 있다.

- 1. 직접강제(direct compulsion)
- 2. 대체집행(substitute execution)
- 3. 간접강제(indirect compulsion)
- 4. 의사표시의무 집행(execution for declaration of intention)



작위 채무와 부작위 채무

작위(commission) 채무: 무언가를 적극적으로 하거나 주어야 하는 채무.

- 1. 어떤 건물을 철거할 채무
- 2. 어떤 물건을 주어야 하는 채무
- 3. 채무자 명의로 어떤 어음을 발행하기로 하는 채무
- 4. 어떤 의사표시를 할 채무 등

부작위(omission) 채무: 무언가를 소극적으로 하지 않거나 주지 말아야 하는 채무.

- 1. 상대방과 같은 종류 물건을 팔지 않기로 할 채무
- 2. 어떤 광고를 하지 않아야 할 채무 등

주는 채무와 하는 채무

주는 채무(obligation to give): 무언가를 줄 채무.

- 1. 어떤 물건을 주어야 하는 채무
 - 2. 돈(금전)을 주어야 하는 채무 등
- 하는 채무(obligation to do): 무언가를 할 채무.

- 1. 어떤 건물을 철거할 채무
- 2. 채무자 명의로 어떤 어음을 발행하기로 하는 채무
- 3. 어떤 의사표시를 할 채무 등

대체적 채무와 부대체적 채무

대체적(substitutable) 채무: 다른 사람이 대신 할 수 있는 채무.

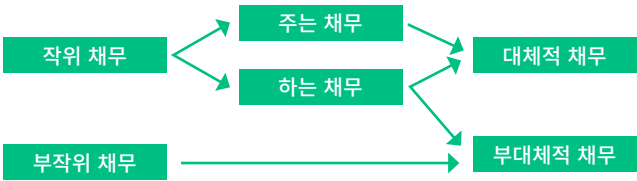
- 1. 어떤 건물을 철거할 채무
- 2. 어떤 물건을 주어야 하는 채무 등

부대체적(non-substitutable) 채무: 다른 사람이 대신 할 수 없는 채무.

- 1. 채무자 명의로 어떤 어음을 발행하기로 하는 채무
- 2. 어떤 의사표시를 할 채무
- 3. 상대방과 같은 종류 물건을 팔지 않기로 할 채무
- 4. 어떤 광고를 하지 말아야 할 채무 등

부작위 채무와 부대체적 채무

모든 부작위(omission) 채무는 부대체적 채무다. 부작위 채무는 그 사람 말고는 다른 사람이 대신 할 수가 없기 때문이다.



직접강제

개념

직접강제(direct compulsion)란,

- 1. 집행기관이,
- 2. 채무자의 협력 없이,
- 3. 채권을 실현하는 집행방법

집행방법 중 가장 원칙적 방식이다.

사용 영역: 주는 채무

채무자 없이도 직접 할 수 있는 채무 실현에 쓴다.

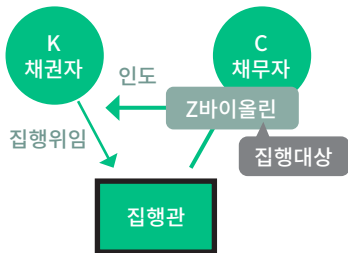
- 1. 작위 채무 중,
- 2. 대체적인 것(대체적 작위 채무) 중,
- 3. 주는 채무(obligation to give)에 이용한다.

예: 동산인도 청구에서 채권자가 집행하는 방법

민사집행법 제257조(동산인도청구의 집행) 채무자[C]가 특정한 동산[Z]이나 대체물의 일정한 수량을 인도하여야 할 때에는 집행관은 이를 채무자[C]로부터 빼앗아 채권자[K]에게 인도하여야 한다.

사례

- 1. K는 C가 쓰던 Z바이올린을 받기로 했는데, C가 주지 않는다.
- 2. 그래서 K는 C를 상대로 물품인도 청구의 소를 제기해 승소판결을 받았다.
- 3. 확정판결까지 받았는데도 C가 인도해 주지 않고 있다.
- 4. 그러면 K는 집행기관(집행관)에 강제집행을 신청한다. 집행위임이다.



- 5. 집행관은 C로부터 그 바이올린 1대를 빼앗아 K에게 인도해 준다.

2018다287522전합: 민사집행법상 인도 청구의 집행은 [어떻게 진행하나?] 원고[K]의 인도 청구를 허용하면 원고[K]는 강제집행을 통해 [물건]을 점유하던 피고[C]로부터 점유를 빼앗아 이를 단독으로 점유하게 된다. ... 집행관이 채무자[C]를 배제하고 채권자[K]로 하여금 물건[Z]의 현실적 점유를 취득하게 함과 동시에 집행 절차가 완료[된다.]

대체집행

개념

대체집행(substitute execution)이란,

- 1. 직접강제를 할 수 없을 경우,
- 2. 채무자를 대신해 채권자나 제3자가 의무내용을 실현하게 하고,

- 3. 그 비용은 채무자에게 부담하게 하는 방식으로,
- 4. 채권을 실현하는 집행방법

사용 영역: 대체적 작위 채무이고 하는 채무

대체적(substitutable) 채무 실현에 쓴다. 즉, 채무자 이외의 다른 사람이 대신 해도 되는 채무를 실현할 때 이용한다.

- 1. 작위 채무 중,
- 2. 대체적인 것(대체적 작위 채무) 중,
- 3. 하는 채무(obligation to do)에 이용한다.

예: 철거청구에서 채권자가 집행하는 방법

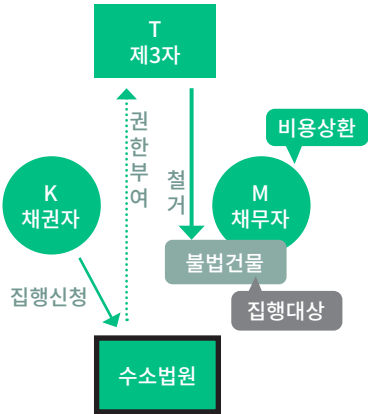
민법 제389조(강제이행) ② 전항의 채무[(직접강제가 금지되는 채무)]가 ... 채무자[M]의 일신에 전속하지 아니한 작위를 목적으로 한 때에는 채무자[M]의 비용으로 제3자[T]에게 이를 하게 할 것을 법원[수소법원]에 청구할 수 있다.

민사집행법 제260조(대체집행) ① 민법 제389조 제2항 후단... 경우에는 제1심법원은 채권자[K]의 신청에 따라 민법의 규정에 [따른] 결정을 하여야 한다.

주는 채무도 대체적 작위 채무에는 해당하지만, 직접강제를 할 수 있다. 따라서 주는 채무는 원칙적 집행방법인 직접강제를 할 뿐, 대체집행을 하지 않는다.

사례

- 1. K 소유 토지 위에 M이 불법으로 건물을 지어 놓았다. K는 건물을 철거하려고 한다.
- 2. 그래서 K는 M을 상대로 건물철거청구의 소를 제기해 승소판결을 받았다.
- 3. 확정판결까지 받았는데도 M이 철거해 주지 않고 있다.
- 4. 그러면 K는 집행기관(수소법원)에 강제집행을 신청한다.



5. 수소법원은 M의 비용으로 제3자 T가 철거를 할 수 있도록 T에게 권한을 부여해 준다. 이렇게 권한을 부여하는 결정을 수권(authorization) 결정이라 부른다.

간접강제

개념

간접강제(indirect compulsion)란,

1. 직접강제, 대체집행 모두 불가능한 경우,
2. 채무를 이행하지 않으면 채무자가 돈을 내도록 하는 압박을 해서,
3. 채무자가 별수 없이 채무를 이행하게 만드는 방식으로,
4. 채권을 실현하는 집행방법

2020다219577: 간접강제는 채무자[H]에게 부대체적 작위채무 또는 부작위채무 등의 불이행에 대하여 **손해배상의 제재를 예고**하는 방법으로 심리적 압박을 가함으로써 **채무자[H] 스스로 채무의 내용을 실현하도록 유도하는 집행방법**이다.]

2012다26398: 간접강제결정에 기[초]한 배상금은 채무자[H]에게 이행기간 이내에 이행을 하도록 하는 심리적 강제수단이라는 성격[도 가진다. 그]뿐만 아니라 채무자[H]의 채무불이행에 대한 법정 제재금이라는 성격도 가진다.]

사용 영역: 부대체적 채무(단, 의사표시채무 제외)

부대체적(non-substitutable) 채무 실현에 쓴다. 즉, 채무자 이외의 다른 사람이 할 수 없는 채무를 실현할 때 이용한다. 직접강제나 대체집행이 안 되기 때문에 간접강제를 하는 것이다. 즉,

1. 작위 채무 중, 부대체적인 것(부대체적 작위 채무)에 이용한다.

예: 약속어음을 발행할 채무를 집행하는 방법

민사집행법 제261조(간접강제) ① 채무의 성질이 간접강제를 할 수 있는 경우에 제1심 법원은 채권자의 신청에 따라 간접강제를 명하는 결정을 한다.

2013다50367: 부대체적 작위채무에 대하여는 ... 민사집행법 제261조에 따라 **채무불이행 시에 일정한 배상을 하도록 명하는 간접강제**결정을 할 수 있다.

2. 부작위(omission) 채무 중, 부대체적인 것(부대체적 부작위 채무)에 이용한다. 그런데 부작위 채무는 원래 언제나 부대체적 채무에 해당한다. 따라서 그냥 “부작위 채무에 이용한다”고 하면 된다.

예: 상대방과 같은 종류 물건을 팔지 않기로 할 채무를 집행하는 방법

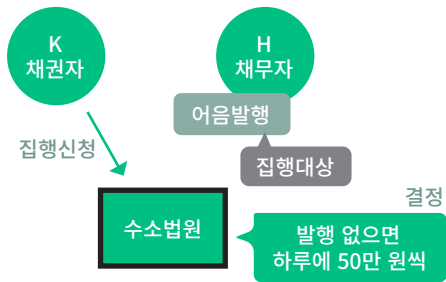
93다40614: 부작위 채무는 부대체적 채무[다.] 그에 대한 강제집행은 **간접강제만 가능** [하다.]

- 3. 의사표시를 할 채무는 어떨까? 부대체적 채무지만, 간접강제를 이용할 수 없다. 즉, 예외다. 왜? 그 이유는 곧 배운다.

부대체적 작위 채무 사례

- 1. H는 K에게 어떠어떠한 약속어음을 발행해 주기로 했는데, 약속을 지키지 않는다.
- 2. 그래서 K는 H를 상대로 약속어음 발행 청구의 소를 제기해 승소판결까지 받았다.
- 3. 확정판결까지 받았는데도, H가 약속어음을 발행해 주지 않고 있다. 즉, 임의 이행의 거부 상황이다.
- 4. 그러면 K는 집행기관(수소법원)에 강제집행을 신청한다.

2013다50367: 부대체적 작위채무에 대하여는 통상 [(i)] 판결절차에서 먼저 집행권원이 성립한 후에 [(ii)] 채권자[K]의 별도 신청에 [따라] 채무자[H]에 대한 필[수]적 심문을 거쳐 민사집행법 제261조에 따라 채무불이행 시에 일정한 배상을 하도록 명하는 [(iii)] 간접강제결정을 할 수 있다.



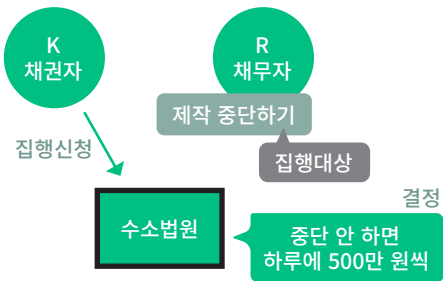
- 5. 수소법원은 “H가 언제까지 어떠어떠한 약속어음을 발행해야 하며, 그렇게 하지 못하면 그다음 날부터 하루 지날 때마다 50만 원씩 돈을 내야 한다.”라는 취지로 결정한다.

부작위 채무 사례

- 1. K는 다이아몬드공구 제조업자다. R은 K에 고용되어 10년 동안 일하며 경제적 가치가 큰 핵심 영업비밀 정보를 알게 되었다. 그 후 R은 퇴직하면서, “퇴직 후 1년 동안은 K와 같은 종류의 다이아몬드 제조업을 하지 않겠다.”라고 K와 계약했다. 그런데 R은 몰래 K가 생산하는 제품과 같은 종류의 다이아몬드공구를 제조, 판매하고 있다.
- 2. 그래서 K는 R을 상대로 제조판매금지 청구의 소를 제기했다. K는 “R은 더는 어떠어떠한 다이아몬드공구를 만들지 않는다.”라는 취지의 승소판결을 받았다.

- 3. 확정판결까지 받았는데도 R이 계속 같은 다이아몬드공구를 만들고 있다. 즉, 임의이행의 거부 상황이다.
- 4. 그러면 K는 집행기관(수소법원)에 강제집행을 신청한다.

93다40614: 부작위 채무는 부대체적 채무로서 그에 대한 강제집행은 간접강제만 가능 [하다.] 통상적으로는 [(i)] **판결절차(협의의 소송절차)에서 먼저 [집행권원이] 성립한 후**에 [(ii)] **채권자[K]의 별도의 신청**에 [따라] 채무자[R]에 대한 필[수]적 심문[(민사집행법 제262조)을 거쳐 [민사집행법 제261조]에 따라 채무불이행 시에 일정한 배상을 하도록 명하는 [(iii)] 간접강제결정을 할 수 있는 것이[다.]



- 5. 수소법원은 “R이 어떠한 다이아몬드공구를 만들면 안 되고, 그렇게 하지 못하면 하루마다 500만 원씩 돈을 내야 한다.”라는 취지로 결정한다.

절차의 분석

- 1. 우선, 소제기를 해서 승소 확정판결을 받는다(소송절차 또는 판결절차).
- 2. 그다음, 별도로 강제집행(간접강제)을 신청해 간접강제 결정을 받는다(집행절차).

민사집행법 제24조(강제집행과 종국판결) 강제집행은 확정된 종국판결(終局判決)이나 가집행의 선고가 있는 종국판결에 기초하여 한다.

2018다287522전합: 출입 방해금지 등의 부대체적 작위의무와 부작위의무는 간접강제의 방법으로 민사집행법에 따라 실효성 있는 강제집행을 할 수 있다.

2020다248124전합: 강제집행은 원칙적으로 집행권원(확정판결...)이 성립되어 있을 것을 전제로 한다.

절차의 간소화

예외적으로, 처음 소송절차(판결절차) 때부터 간접강제 결정을 할 수도 있다.

- 1. 부대체적 작위 채무 사례

2013다50367: 부대체적 작위채무에 관하여 언제나 위와 같이 먼저 집행권원이 성립하여야만 비로소 간접강제결정을 할 수 있다고 한다면 [다음 문제가 있다.] 집행권원의 성립과 강제집행 사이의 시간적 간격이 있는 동안에 채무자[H]가 부대체적 작위채무를 이행하지 아니할 경우 손해배상 등 사후적 구제수단만으로는 채권자[K]에게 충분한 손해전보가 되지 아니하[다.] 실질적으로는 집행제도의 공백을 초래할 우려가 있다.

그러므로 부대체적 작위채무를 명하는 판결의 실효성 있는 집행을 보장하기 위하여 [다음 방법도 가능하다. (i)] 판결절차의 변론 종결 당시에 보아 집행권원이 성립하더라도 채무자[H]가 그 채무를 임의로 이행할 가능성이 없음이 명백하[다고 하자. 그리고] (ii) 그 판결절차에서 채무자[H]에게 간접강제결정의 당부에 관하여 충분히 변론할 기회가 부여되었[다고 하자. 또한 (iii)] 민사집행법 제261조에 [따라] 명할 적절한 배상액을 산정할 수 있[다고 하자. 이러한] 경우에는 [(x)] 그 판결절차에서도 민사집행법 제261조에 따라 채무자[H]가 장차 그 채무를 불이행할 경우에 일정한 배상을 하도록 명하는 [(y)] 간접강제결정을 할 수 있다.

2. 부작위 채무 사례

93다40614: 부작위 채무를 명하는 판결의 실효성 있는 집행을 보장하기 위하여는 [다음 방법도 가능하다. (i)] 부작위 채무에 관한 소송절차의 변론 종결 당에서 보아 [집행권원이] 성립하더라도 채무자[R]가 이를 단기간[에] 위반할 개연성이 있[다고 하자.] 또한 [(ii)]그 판결절차에서 [민사집행법 제261조에 따라] 명할 적절한 배상액을 산정할 수 있[다고 하자. 이러한] 경우에는, 그 부작위 채무에 관한 [(x)] 판결절차에서도 위 법조에 [따라] 장차 채무자[R]가 그 채무를 불이행할 경우에 일정한 배상을 할 것을 명할 수[즉, (y) 간접강제결정을 할 수] 있다.

이렇게 예외를 인정하는 근거는 여러 가지가 있다.

2020다248124전합: 민사집행법 제24조는 집행권원이 성립된 후에 강제집행을 할 수 있다는 것을 정할 뿐이고 본안판결에서는 간접강제에 관한 판결을 할 수 없다고 선언한 규정이 아니다.

본안판결을 선고하면서 간접강제를 명하는 것이 신속한 분쟁해결에 유효적절한 방법이 될 수 있다.

판결절차에서 간접강제를 명한다고 하여도 채무자가 간접강제에 관하여 의견을 진술할 수 있는 기회는 보장되어 있다. 판결절차에서도 채권자인 원고가 간접강제를 청구해야만 법원이 간접강제를 명할 수 있으므로, 변론 과정에서 채무자인 피고가 간접강제에 관하여 충분히 의견을 진술할 수 있기 때문이다.

채무자는 판결에서 명한 부작위 채무 등을 이행하지 않음으로써 경제적 이익을 얻는 것보다 간접강제에서 명한 손해배상을 하는 것이 더 불리하다고 판단한다면 그 집행권원에서 명한 부작위 채무 등을 스스로 이행하려고 할 것이다. 이로써 별도의 가처분절차나 집행절차를 거치지 않더라도 분쟁이 종국적으로 해결될 수 있다.

간접강제 결정 후 나중에 채무이행을 한 경우?

1. 간접강제 결정이 나왔지만, 채무자가 이를 무시하고 이행하지 않았다. 그러다가, 우여곡절 끝에 한참 지나 결국 채무를 이행했다. 그러면 채무자는 그때까지 발생했던 배상금을 면제받을 수 있는가?
2. 채무자는 여전히 배상금을 내야 한다. 그리고 이 배상금 지급채무 자체에 관해서도 강제집행을 당할 수 있다.

2012다26398: 간접강제결정에 기[초]한 배상금은 ... 심리적 강제수단이라는 성격뿐만 아니라 채무자[R]의 채무불이행에 대한 법정 제재금이라는 성격도 가진다.

따라서 채무자[R]가 간접강제결정에서 명한 이행기간이 지난 후에 채무를 이행하였다 [면 어떻게 될까?] 채권자[K]는 특별한 사정이 없는 한 채무의 이행이 지연된 기간에 상응하는 배상금의 추심을 위한 강제집행을 할 수 있다.

의사표시의무 집행

문제점

1. 채무 자체가 “어떠한 법률행위(의사표시)를 하는 것”일 수도 있다.
2. 이처럼 의사표시를 할 것(의사 진술을 할 것)이 채무인 경우, 집행이 상당히 곤란하다.

말을 물가에 데려갈 수는 있어도 물을 마시게 할 수는 없다. 채무자를 강제로 데려올 수는 있어도 스스로 의사표시를 하게 만들 수는 없다.

의사표시의무 집행 개념

1. 일단, 채권자로서는 채무자를 상대로 “어떠어떠한 의사를 진술하라.”라는 취지의 소를 제기할 수밖에 없다.
2. 그러면 소송절차에서 법원은 “피고는 원고에게 어떠한 의사를 진술하라.”라는 주문의 판결을 선고한다.
3. 판결이 확정되면? 그 순간 그 의사표시를 한 것으로 간주한다. 그 자체로 끝이다. 더 집행절차가 필요 없다.

확정 순간 집행이 시작해서 0초 만에 집행이 끝나는 셈이다.

4. 왜 이런 구조인가? 현실적 집행은 무의미하기 때문에, 관념적 집행을 인정하는 취지다. 이것을 의사표시의무 집행(execution for declaration of intention)이라 한다.

민법 제389조(강제이행) ② 전항의 채무[직접강제가 금지되는 채무]가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자의 의사표시[를] 갈음할 재판을 청구할 수 ... 있다.

민사집행법 제263조(의사표시의무의 집행) ① ... 의사의 진술을 명한 판결이 확정된 때에는 그 판결로 ... 의사를 진술한 것으로 본다.

5. 이러한 판결을 “의사진술을 명한 판결” 또는 대용판결(alternative judgment)이라 한다.

사용 영역: 의사표시채무

법률행위(의사표시)를 하는 채무를 실현할 때에 이용한다.

1. 작위 채무 중,
2. 부대체적인 것(부대체적 작위 채무) 중,
3. 하는 채무(obligation to do) 중,
4. 특히 법률행위(의사표시)를 하는 채무에 이용한다.

왜 의사표시의무 집행이라는 특별한 집행방식을 두었을까?

- 1. 부대체적 채무이므로 대체집행이 안 된다. 의사표시를 해야 할 사람(A)이 따로 있는데, 다른 사람(B)이 대신 의사표시를 한다 해서 그것을 A의 의사표시로 간주할 수 없기 때문이다.
- 2. 간접강제도 안 된다. 간접강제를 통해 압박을 해서 의사표시를 하게 하는 것은 인격권 침해다. 설령 그렇게 의사표시를 하더라도, 협박(강박)에 따른 의사표시기 때문에, 나중에 취소되어 무효로 될 수 있다는 문제가 생긴다.

민법 제110조(사기, 강박에 [따른] 의사표시) ① 사기나 강박에 [따른] 의사표시는 취소할 수 있다.

민법 제141조(취소의 효과) 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. ...

- 3. 따라서 법률행위(의사표시)를 할 채무는 “의사표시의무 집행”이라는 특별한 방식으로 실현할 수밖에 없다.

사례

- 1. K는 2022. 1. 1. A로부터 X주택을 사서 매매대금 2억 원 전액을 냈다. 그런데 A가 등기를 이전해 주지 않는다.
- 2. 원래 K가 소유권이전등기를 받기 위해서는 K와 A가 함께 관할 등기소에 소유권이전등기를 신청하면 된다.

부동산등기법 제23조(등기신청인) ① 등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기권리자(登記權利者)[K]와 등기의무자(登記義務者)[A]가 공동으로 신청한다.

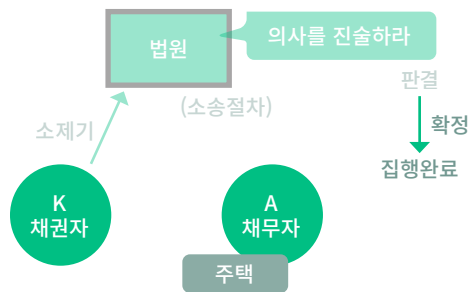
- 3. 문제는, A가 그러한 의사표시를 하지 않는다. 그래서 K는 A를 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기한다.
- 4. 소장 청구취지에 “피고(A)는 X주택에 관하여 원고(K)와 공동으로 소유권이전등기신청 의사를 진술하라.”라는 취지를 쓰면 된다.

실무에서는 “... 관하여 소유권이전등기 절차를 이행하라”라고 간단하게 쓴다. 단지 표현상의 편의 때문이다. 그 의미는 어디까지나 의사진술을 명하는 취지다.

판결 등 집행권원에 [따른] 등기의 신청에 관한 업무처리지침 2. 가. 1) [부동산등기]법 제23조 제4항의 판결은 등기신청절차의 이행을 명하는 이행판결이어야 하며, 주문의 형태는 “○○○등기절차를 이행하라”와 같이 등기신청 의사를 진술하는 것이어야 한다. ...

- 5. 이렇게 그대로 청구인용(원고 승소) 판결이 선고되어 확정되면? 그 자체로 A의 등기신청 의사표시가 있는 것으로 간주한다. 그 순간 집행은 완료되었다. 따로 집행절차가 필요 없다.

2024다232523: 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 판결은 등기신청 의사의 진술을 명하는 것[이다. 즉,] 그 판결이 확정되면 확정 시에 채무자의 의사표시가 있는 것으로 본다.]



6. 실제로 K가 등기를 받기 위해서는 몇 가지 절차가 더 필요하다. 그러나 이미 집행(execution)은 끝났다. 즉, 그러한 후속 절차가 집행절차는 아니다. 말 그대로 후속 절차일 뿐이다.

후속 절차로, K가 등기소에 등기신청을 한다.

부동산등기법 제23조(등기신청인) ④ 등기절차의 이행...[을] 명하는 판결에 [따른] 등기는 승소한 등기권리자[K]...가 **단독으로 신청**...한다.

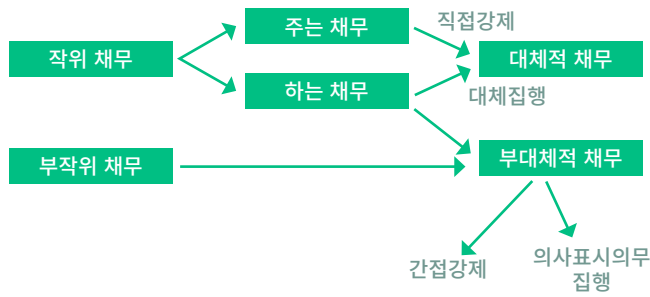
판결 등 집행권원에 [따른] 등기의 신청에 관한 업무처리지침 2. 가. 2) [부동산등기법 제23조 제4항의] 판결에는 등기권리자[K]와 등기의무자[A]가 나타나야 하며, 신청의 대상인 등기의 내용, 즉 등기의 종류[= 소유권이전등기], 등기원인[= 매매]과 그 연월일[= 2022. 1. 1.] 등 신청서에 기재하여야 할 사항이 명시되어 있어야 한다.

2021다276225: 여기서 말하는 ‘등기절차의 이행을 명한 판결’은 주문에 반드시 등기절차를 이행하라는 등기의무자[A]의 등기신청 의사를 진술하는 내용 등이 포함되어야 한다.]

98다42615: 소유권이전등기를 명하는 판결...이 확정되면 [K]는 일반적으로 이전등기를 신청할 수 있고 [A]는 이를 저지할 방법이 없[다.]

지금 단계에서도, 다음은 반드시 기억하라. 등기청구 소송은 의사의 진술을 명하는 판결을 받기 위한 소송이다. 따라서 집행절차가 필요 없다.

결론



금전집행과 비금전집행

Monetary Execution and Non-monetary Execution

돈은 양으로 따질 뿐, 질로 따지는 것이 아니다. - Georg Simmel

개념

금전집행

금전집행(monetary execution)이란?

- 1. 쉽게 말해, 돈 받기 위한 집행
- 2. 금전채권자가 하는 집행
- 3. 즉, 금전채권에 기초한 강제집행
- 4. 집행채권(purpose of execution; execution claim)이 금전채권인 집행



비금전집행

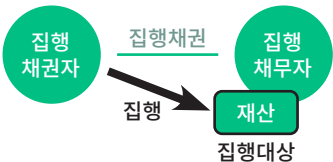
비금전집행(non-monetary execution)이란?

- 1. 쉽게 말해, 돈 받기 위한 건 아닌 집행
- 2. 금전채권자가 아닌 채권자가 하는 집행
- 3. 즉, 금전채권 외의 채권에 기초한 강제집행
- 4. 집행채권(purpose of execution; execution claim)이 금전채권 외 채권인 집행



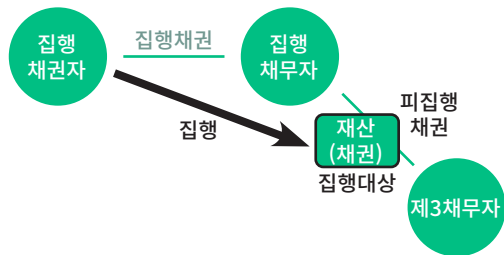
주의사항

집행채권과 집행대상의 구별



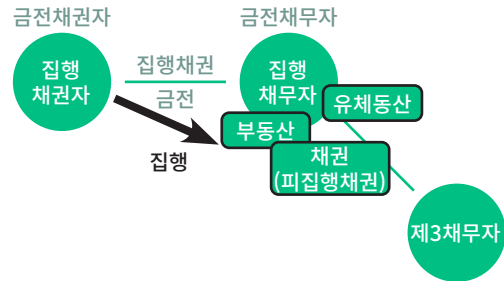
- 1. 집행채권(purpose of execution; execution claim): 집행채권자와 집행채무자 사이의 채권
- 2. 집행대상(target of execution): 집행채권자가 집행을 하려는 집행채무자의 재산
- 3. 피집행채권(garnished claim): 만약 집행대상이 채권(권리)이라면? 집행대상을 피집행채권이라 한다. 즉, 피집행채권이란, 집행대상인 채권(권리)이다.

집행대상 ⊃ 피집행채권



금전집행의 집행대상

금전집행이나 비금전집행이나는 집행대상과는 아무런 상관이 없다. 즉, 금전집행이라도, 집행대상은 금전이 아닐 수 있다.



다음은 모두 금전집행이다.

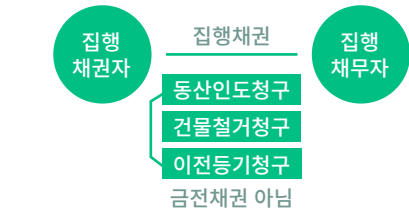
- 1. 금전채권자가 채무자의 재산 중 부동산을 강제경매해서 배당을 받는 것. 이것은 금전집행 중 부동산에 대한 집행일 뿐이다.
- 2. 금전채권자가 채무자의 재산 중 유체동산(눈으로 보이는 동산)을 강제경매해서 배당을 받는 것. 이것은 금전집행 중 유체동산에 대한 집행일 뿐이다.
- 3. 금전채권자가 채무자의 재산 중 채무자가 누군가에 대해 가진 채권을 압류하는 것. 이것은 금전집행 중 채권에 대한 집행일 뿐이다. “채권”도 집행채무자의 재산이기 때문에 가능한 일이다.

위 3가지 사례 모두 부동산, 유체동산, 채권을 돈으로 바꿔 그 돈을 받으려는 것이다. 즉, 집행채권(execution claim)이 모두 금전채권이다.

사례

비금전집행의 사례

다음은 비금전집행인 사례다.



- 1. Z바이올린을 빼앗아 오는 집행. 채권자는 동산인도 청구권자다. 따라서 비금전집행이다. 그중에서도, 동산인도 청구의 집행이다.
- 2. 채무자의 비용으로 제3자가 건물을 철거하는 집행. 채권자는 건물철거 청구권자다. 따라서 비금전집행이다. 그중에서도, 대체집행이다.
- 3. 소유권이전등기 청구 사건. 채권자는 이전등기 청구권자다. 따라서 비금전집행이다. 그중에서도, 의사표시의무 집행이다.

위 3가지 사례 모두 비금전집행이다. 왜? 집행채권(execution claim)이 모두 금전채권이 아니기 때문이다.

민사집행법 제2편 강제집행
제3장 금전채권 외의 채권에 기초한 강제집행[→ 비금전집행][제257조~제263조]

금전집행의 사례

다음은 모두 금전집행인 사례다.



- 1. 사채업자가 채무자 집에 있는 가전제품에 빨간 딱지를 붙이는 집행. 채권자는 금전지급 청구권자다. 따라서 금전집행이다. 그중에서도, 유체동산에 대한 강제집행이다.
- 2. 사채업자가 채무자 집을 압류, 강제경매로 넘기는 집행. 채권자는 금전지급 청구권자다. 따라서 금전집행이다. 그중에서도, 부동산에 대한 강제집행이다.

위 2가지 사례 모두 금전집행이다. 왜? 집행채권(execution claim)이 모두 금전채권이기 때문이다.

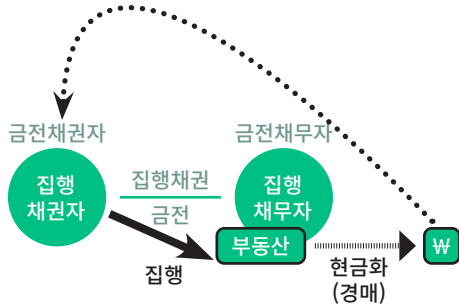
민사집행법 제2편 강제집행
제2장 금전채권에 기초한 강제집행[→ 금전집행][제61조~제256조]

분류체계

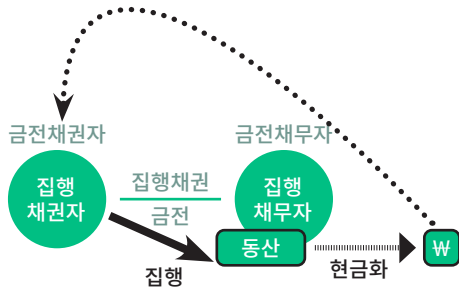
금전집행

금전집행은 다시 다음과 같이 나뉜다.

- 1. 부동산에 대한 집행(부동산집행): 금전채권자가, 금전채무자의 부동산을 경매 부처 돈으로 만들어, 만족 받는 것

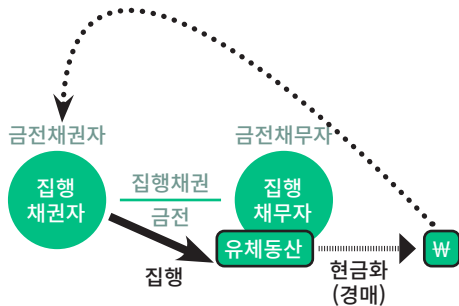


- 2. 동산에 대한 집행(동산집행): 금전채권자가, 금전채무자의 동산을 돈으로 만들어, 만족 받는 것

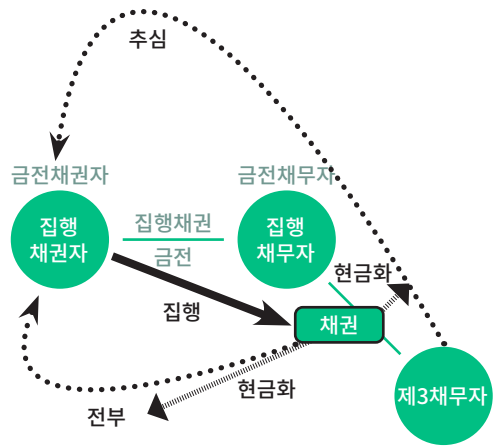


동산집행은 다시 다음과 같이 나뉜다.

- 1. 유체동산에 대한 집행(유체동산집행): 금전채권자가, 금전채무자의 유체동산을 경매 부처 돈으로 만들어, 만족 받는 것



2. 채권에 대한 집행(채권집행): 금전채권자가, 금전채무자의 채권 추심 또는 전부를 통해, 만족 받는 것



민사집행법 제2편 강제집행

제2장 금전채권에 기초한 강제집행[금전집행]

제2절 부동산에 대한 강제집행[제78조~제171조]

제4절 동산에 대한 강제집행[제188조~제256조]

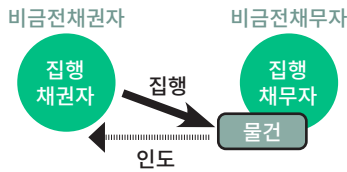
제2관 유체동산에 대한 강제집행[제189조~제222조]

제3관 채권과 그 밖의 재산권에 대한 강제집행[제223조~제251조]

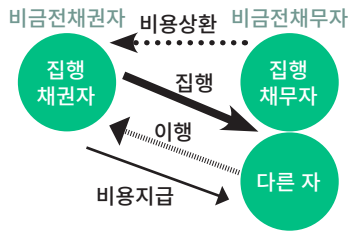
비금전집행

비금전집행은 다시 다음과 같이 나뉜다.

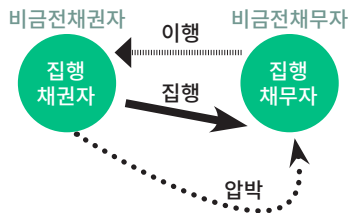
1. 물건인도 청구집행: 물건인도 채권자가, 채무자가 가진 물건을 강제로 인도받는 것



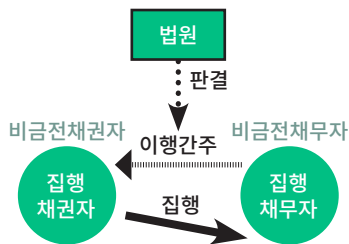
2. 대체집행: 대체적 작위 채무 중 “하는 채무” 채권자가, 채무자 대신 일단 다른 사람이 이행하게 하고, 채무자에게 돈(비용)을 받는 것



3. 간접강제: 부대체적 채무 채권자가, 채무자에게 배상금을 부담시켜, 채무이행을 하도록 압박하는 것



4. 의사표시의무 집행: 의사표시의무 채권자가, 채무자의 의사표시를 간주하는 판결(대용판결)을 받는 것



민사집행법 제2편 강제집행

제3장 금전채권 외의 채권에 기초한 강제집행[비금전집행]

제257조(동산인도청구의 집행)

제258조(부동산 등의 인도청구의 집행)

제260조(대체집행)

제261조(간접강제)

제263조(의사표시의무의 집행)

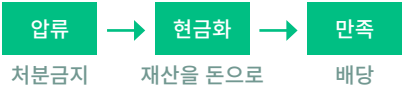
금전집행의 3단계

머리에

- 1. 금전채권도 주는 채무(obligation to give)에 해당하므로,
- 2. 금전채권자도 직접강제로 집행한다.
- 3. 일반 물건이라면 집행관이 빼앗아 오겠지만, 돈의 경우는 그러지 않고 특별한 방법을 사용한다. 채무자의 재산을 돈으로 바꿔서, 그렇게 바꾼 돈을 받는다. 이것도 결국 금전채권자가 돈을 받는 셈이다. 그래서 직접강제(direct compulsion)가 맞다.

이렇게 하려면, 다음 3가지 단계를 거쳐야 한다.

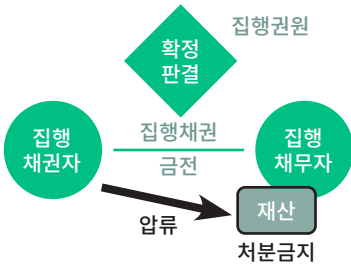
- 1. 제1 단계: 압류
- 2. 제2 단계: 현금화
- 3. 제3 단계: 만족(배당)



제1 단계: 압류

압류(seizure): 채무자의 특정 재산을 처분하지 못하게 하는 것. 그 특정 재산 자체를 채권자가 취득하려는 것은 아니고, 결국은 돈으로 바꾸기 위해서다.

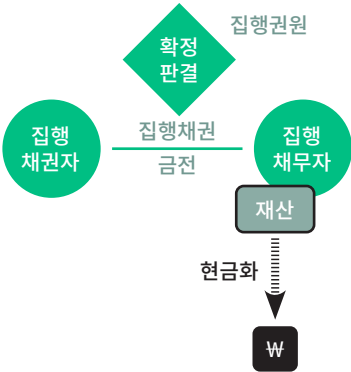
어디까지나 금전집행(monetary execution)이라는 점을 잊지 말자.



- 1. 부동산(immovables) 압류는 등기부에 압류 취지를 등기한다.
- 2. 유체동산(tangible movables) 압류는 집행기관이 현실적으로 점유한다.
- 3. 채권(claim) 압류는 조금 복잡하다. 따로 보겠다.

제2 단계: 현금화

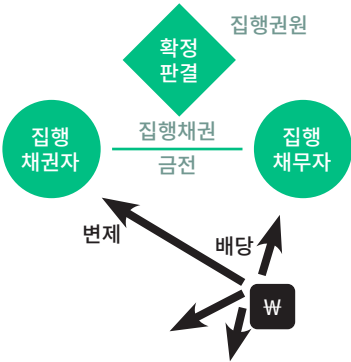
현금화: 압류한 재산을 돈으로 바꾸는 것



- 1. 부동산 현금화: 집행기관이 부동산을 강제경매로 매각해 대금을 취득
- 2. 유체동산 현금화: 역시 집행기관이 유체동산을 매각해 대금을 취득
- 3. 채권 현금화: 좀 복잡하다. 따로 보겠다.

제3 단계: 만족(배당)

위와 같이 현금화한 것을 채권자에게 준다. 금전집행이므로, 돈을 지급하면 채권은 목적을 달성한다.



이때 돈 받을 다른 사람이 있는가?

- 1. 없으면, 그로써 집행은 끝난다.
- 2. 만약 다른 채권자가 집행에 참여하면? 참여한 모든 채권자들 사이의 순위에 따라 돈을 준다. 이를 배당절차(distribution procedure)라 한다. 그 결과 배당을 부족하게 받거나 아예 못 받는 사람도 생길 수 있다.

채권에 대한 강제집행

Execution against Claims

사람이 재산이다. - Bill Gates

머리에

채권에 대한 강제집행?

- 1. 채권 자체도 재산권이기 때문에,
- 2. 채권에 대한 강제집행도 가능하다.

조언

- 1. 채권에 대한 강제집행은 매우 어렵지만,
- 2. 입문 단계에서도 반드시 알고 있어야 한다. 민사, 형사법에서 채권집행에 기 초해 전개하는 법리가 많기 때문이다.

채권집행

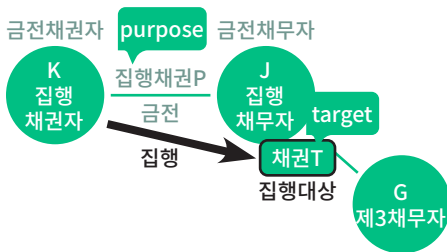
개념

돈을 받을 사람이, “상대방 재산으로 채권이 있다”는 것을 알게 되면?

- 1. 집행권원을 받은 금전채권자(monetary creditor)는,
- 2. 채무자의 재산 중 채권(claim)에 집행할 수 있다.

채권에 대한 강제집행(execution against claims), 줄여서 채권집행이라 한다.

관련 용어



- 1. 집행채권자(execution creditor): 집행을 하는 채권자(K)
- 2. 집행채무자(execution debtor): 집행채권자(K)의 채무자(J)
- 3. 제3채무자(garnishee): 집행채무자(J)의 채무자(G)
- 4. 집행채권(execution claim): 집행을 통해 만족 받으려는 채권(purpose). 즉, 집행채권자(K)의 집행채무자(J)에 대한 채권(P).

5. 피집행채권(garnished claim): 집행의 대상(target)인 채권(T). 즉, 집행채무자(J)의 제3채무자(G)에 대한 채권.

주의사항

채권집행은 금전집행인가 비금전집행인가?

집행채권(P)이 금전채권이다. 따라서 금전집행(monetary execution)이다.

채권집행의 집행대상은 무엇인가?

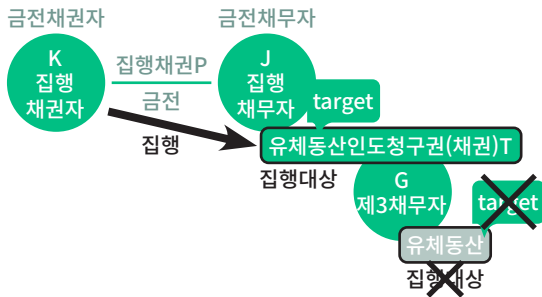
집행대상은 채권(claim)이다. 집행대상인 채권(T)은,

- 1. 유체동산 인도청구권(claims for corporeal movables)일 수도 있고,
- 2. 부동산 이전등기청구권(claims for registration)일 수도 있고,
- 3. 금전채권(monetary claims)일 수도 있다.

3가지 모두 채권에 대한 집행, 즉 채권집행 사례다.

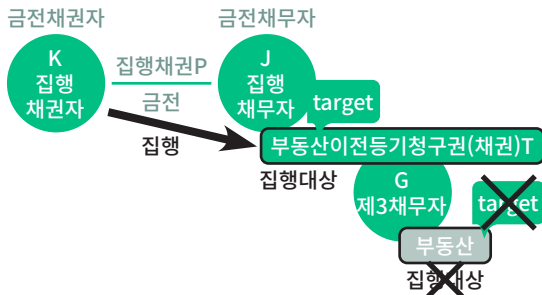
그중 집행대상이 유체동산 인도청구권인 경우?

- 1. 유체동산 자체는 집행대상이 아니다.
- 2. 집행대상은 어디까지나 채권이고, 그 채권의 목적물이 유체동산이다.



마찬가지로 집행대상이 부동산 이전등기청구권인 경우?

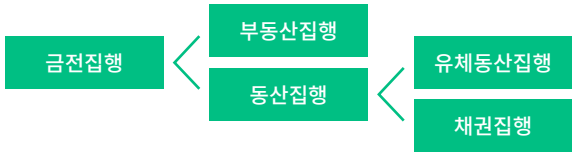
- 1. 부동산이 집행대상이 아니다.
- 2. 집행대상은 어디까지나 채권이고, 그 채권의 목적물이 부동산이다.



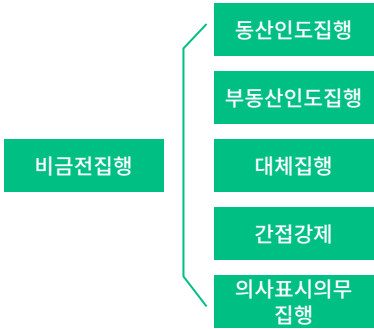
민사집행법상 위치

채권에 대한 집행은 민사집행법 편제상 동산에 대한 집행에 들어간다.

- 1. 원래 금전집행은 (i) 부동산에 대한 집행과 (ii) 동산에 대한 집행으로 나뉜다. 채권은 부동산이 아니므로, 둘 중 (ii) 동산에 대한 집행에 넣은 취지다.
- 2. 그러나 (i) 채권에 대한 집행과 (ii) 유체동산에 대한 집행은 다르다. 서로 포함관계가 아니다.



이에 비교해, 비금전집행 분류는? 다음 그림을 참고하라.



사례

집행채권의 존재

K는 J에게 700만 원을 받을 채권(P)이 있다. 그런데 J가 돈을 갚지 않는다. K는 어떻게 해야 하는가?

집행권원 취득

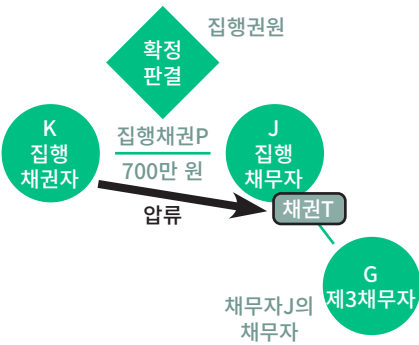
- 1. K는 J를 상대로 법원에 “피고는 원고에게 얼마의 금전을 지급하라.”라는 청구취지로 금전지급청구의 소를 제기했다.
- 2. K는 “피고는 원고에게 700만 원을 지급하라.”라는 취지의 승소판결을 받아 확정됐다. 이 확정판결은 K의 집행권원(executive title)이 된다.

집행대상의 존재

그런데 J는 다른 재산은 전혀 없고, 다만 G에 대해 어떠한 채권(T)을 갖고 있을 뿐이다.

집행

- 1. 그러면 K(집행채권자)는 J(집행채무자)의 G(제3채무자)에 대한 채권T를 압류해서,
- 2. 현금화하여 변제를 받을 수 있다.



집행절차상 특징

집행기관

채권집행의 집행기관은 집행법원(court of execution)이다. 예를 들어, 채권압류를 집행법원이 한다.

민사집행법 제223조(채권의 압류명령) 제3자[G]에 대한 채무자[J]의 금전채권 또는 유가증권, 그 밖의 유체물의 권리가전이나 인도를 목적으로 한 **채권에 대한 강제집행은 집행법원의 압류명령에 [따라] 개시한다.**

민사집행법 제224조(집행법원) ① 제223조의 집행법원은 채무자[J]의 보통재판적이 있는 곳[채무자 주소지]의 **지방법원**으로 한다.

복습: 집행기관에는 집행관, 집행법원, 수소법원이 있다.

현금화 방법

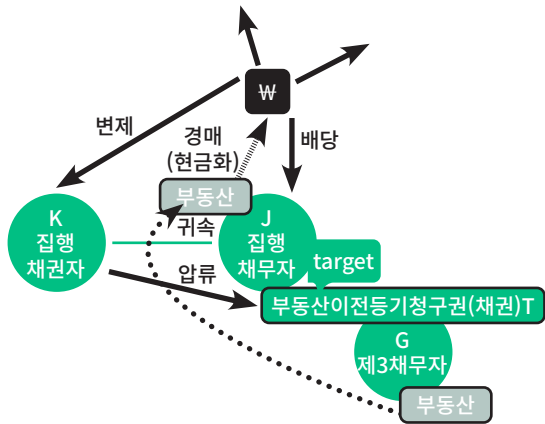
현금화란 무엇이고, 어떻게 하는가? 경매해서 돈으로 바꾸는 것만 현금화인가?



원래 금전집행 경우, 보통은,

- 1. 압류된 물건(부동산, 동산)을,
- 2. 곧바로 경매로 처분해서 현금화하고,

3. 그 돈으로 집행채권자가 만족을 받는다.
- 그런데 금전집행 중 채권집행은, 그렇게 하지 않는다. 즉,
1. 압류된 채권을 곧바로 처분해서 현금화하지 않는다.
 2. 다양하고 독특한 방법으로 현금화한다.
 3. 예를 들어, 이전등기청구권(채권)에 대한 집행은 특이하다.



2014도10086: 민사집행법 제244조에서 규정하는 부동산에 관한 권리이전청구권에 대한 강제집행은 그 [등기청구권] 자체를 처분하여 대금으로 채권에 만족을 기하는 것이 아니다.]

[그러면 어떻게 하는가? 먼저 채무자(J)의 제3채무자(G)에 대한 부동산에 관한 권리이전청구권을 압류[한다. 그리]하여 청구권의 내용을 실현시키고 부동산을 채무자[J]의 책임재산으로 귀속시킨다. 그] 다음 다시 부동산에 대한 경매를 실시하여 매각대금으로 채권에 만족을 기하는 것이다.

이러한 경우 소유권이전등기청구권에 대한 압류는 [해당] 부동산에 대한 경매의 실시를 위한 사전 단계로서의 의미가 있다. 그러나 전체로서의 강제집행절차를 위한 일련의 시작행위라고 할 수 있다.]

따라서 금전집행에서는 다음을 잘 구별해야 한다. 압류 대상(target)이,

1. “물건” 자체인지(유체동산이나 부동산에 대한 집행?)
2. 아니면 물건에 대한 “청구권”인지(채권에 대한 집행?)

채권압류

머리에

채권에 대한 강제집행도 금전집행이므로, 다음 단계를 거친다.

- 1. 제1 단계: 채권을 압류
- 2. 제2 단계: 압류된 채권의 현금화
- 3. 제3 단계: 변제(배당)

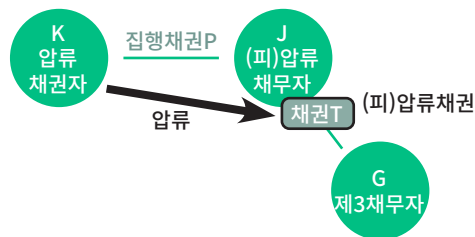
제2 단계, 제3 단계는 채권에 대한 강제집행의 세부 유형별로 특색이 있다. 그러므로, 그 유형별로 따로 보기로 하자. 일단 공통적인 제1 단계 압류를 보자.

채권압류 개념

- 1. 집행권원을 받은 금전채권자는,
- 2. 금전집행을 위해,
- 3. 채무자의 제3자에 대한 채권을 압류한다.
- 4. 물론 집행기관인 집행법원을 통해 압류한다.

이를 “채권을 압류한다.”, “채권이 압류를 당했다.”, “채권에 대한 압류”, “채권의 압류”, “채권압류(seizure of claim)” 등으로 표현한다.

관련 용어



- 1. 집행채권(execution claim): 채권자(K)의 채무자(J)에 대한 채권(P)
- 2. 피압류채권(seized claim; garnished claim): 압류된 채권(T). 즉, 채무자(J)가 가진 채권. 피압류채권을 압류채권이라고도 한다.
- 3. 압류채권자(execution creditor): 압류를 하는 채권자(K). 집행채권자라고도 한다.
- 4. 피압류채무자(execution debtor): 압류를 당하는 채무자(J). 압류채무자, 집행채무자라고도 한다.
- 5. 제3채무자(garnishee): 피압류채권(T)의 채무자(G). 즉, 피압류채무자의 채무자.

채권압류 효과

원래 압류가 된 재산은 처분할 수 없다. 따라서 피압류채권(T)도 처분할 수 없다. 왜 그렇게 금지했을까?

- 1. 집행채권자(K) 입장에서는 피압류채권(T)만을 바라보고 있는데,
- 2. 제3채무자(G)와 압류채무자(J)가 짜고 피압류채권(T)을 소멸시키면,
- 3. 집행채권자(K)는 결국 돈을 받을 수 없게 되기 때문이다.

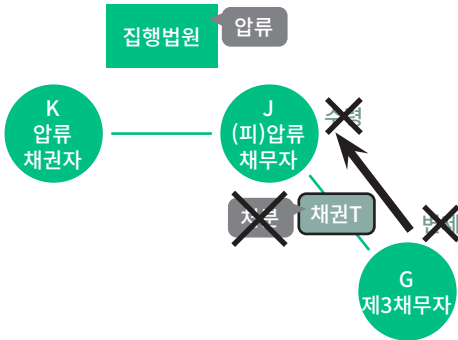
그래서 집행법원에서 압류결정을 내릴 때도, 결정문에 다음 취지를 명시한다.

- 1. 압류선언(pronouncement of execution): “어떠한 채권(T)을 압류한다.”
- 2. 변제금지(prohibition of performance): “제3채무자(G)는 피압류채무(T)를 변제하지 못한다.”

그래서 피압류채권을 지급금지채권이라고도 부른다.

- 3. 수령 및 처분금지(prohibition of receipt and disposition): “집행채무자(J)는 제3채무자(G)에게 피압류채권(T)을 행사하거나 피압류채권(T)을 처분하지 못한다.”

원래 압류의 핵심은 압류대상의 처분금지다.



민사집행법 제227조(금전채권의 압류) ① 금전채권을 압류할 때에는 법원은 제3채무자에게 채무자에 대한 지급을 금지하고 채무자에게 채권의 처분과 영수를 금지하여야 한다.

그러나 압류는 일단 처분 못 하게 막을 뿐이다. 채권자(K) 손에 돈이 들어온 것은 아직은 없다. 쉽게 말해, 압류는 현금화와 만족을 위한 준비단계다.

2016다205915: 채권압류명령은 ... 강제집행절차에 나아간 것이기는 하[다. 그리]나 채권추심명령이나 채권전부명령과는 달리 집행채권의 현금화나 만족적 단계에 이르지 아니하는 ... 처분[이다.]

채권압류의 절차

- 1. 처음에 채권자(K)가 적당한 제목을 붙여 채권압류명령 신청서를 집행법원(court of execution)에 제출한다.

채권자(K)와 채무자(J)가 압류 재판 당사자다. 제3채무자(G)는 당사자가 아니다.

민사집행법 제4조(집행신청의 방식) 민사집행의 신청은 **서면으로** 하여야 한다.

민사집행법 제225조(압류명령의 신청) 채권자는 압류명령신청에 압류할 채권[파압류채권T]의 종류와 액수를 밝혀야 한다.

채권압류명령신청서

채 권 자 김권자(850330-1234567)
 서울 서초구 이대로 15
 (전화: 02-3473-1234 휴대전화: 010-5555-1234
 팩스: 02-3473-1235 이메일: k-dragon@gmail.com)

채 무 자 장무자(810129-2123456)
 서울 관악구 노루로 231-2

제3채무자 공삼무
 서울 강남구 제로 41

청구채권의 표시

8,620,239원

1. 7,000,000원 (원금)

2. 1,587,239원 (제1항 기재 돈에 대한 2019. 7. 24.부터 2023. 12. 13.까지는 연 5%의, 그다음 날부터 2024. 1. 4.까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금)

3. 33,000원 [인지액 1,800원, 송달료 31,200원(= 5,200원 × 6회)]

4. 합계 8,620,239원

집행권원의 표시

서울중앙지방법원 2023. 12. 13. 선고 2023가단1020304호 집행력 있는 판결정본

압류할 채권의 표시

청구금액: 8,620,239원

채무자 장무자(810129-2123456)가 제3채무자에게 2022. 7. 27. 매도한 사무용 의자(모델명 FKE-3700R) 300개에 대한 66,000,000원의 매매대금채권 중 위 청구금액에 이를 때까지의 금액

신 청 취 지

- 1. 압류할 채권의 표시에 기재한 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류한다.
 - 2. 제3채무자는 채무자에게 위 채권에 관한 지급을 하여서는 안 된다.
 - 3. 채무자는 위 채권의 처분과 영수를 하여서는 안 된다.
- 라는 결정을 구합니다.

신 청 이 유

채무자는 채권자에게 위 집행권원에 따라 위 청구금액을 변제해야 하는데, 이를 이행하지 않고 있습니다.

첨 부 서 류

- 1. 집행력 있는正本
- 2. 집행권원의 송달증명원
- 3. 주민등록초본(채무자)

2024. 1. 4.

채권자 김권자

서울중앙지방법원 귀중

- 2. 그러면 집행법원이 압류명령이라는 결정을 내린다. 이 자체가 채권압류다. 즉, 집행채권자(K)는 집행법원 결정을 통해 압류한다.

압류명령도 집행법원의 재판(결정)이다. 이름은 압류“명령”이지만, 실제로는 명령이 아니라 법원의 “결정”이다. 김우람이 우람하지 않은 것과 같다.

2025마7365: 채권집행에서 압류 및 전부명령은 **결정**의 일종이다.]

- 3. 집행법원은 결정서를 작성한다. 집행법원은 결정서를 채무자(J)와 제3채무자(G) 모두에게 송달해 준다.

민사집행법 제227조(금전채권의 압류) ② 압류명령은 제3채무자와 채무자에게 송달하여야 한다.

서 울 중 앙 지 방 법 원

결 정

사

건

2024타채191817 채권압류

채권자

김권자 (850330-1234567)

서울 서초구 이대로 15

채무자

장무자 (810129-2123456)

서울 관악구 노루로 231-2

제3채무자

공삼무

서울 강남구 제로 41

주

문

1. 채무자의 제3채무자에 대한 별지 목록 기재 채권을 압류한다.

2. 제3채무자는 채무자에게 위 채권에 관한 지급을 하여서는 안 된다.

3. 채무자는 위 채권의 처분과 영수를 하여서는 안 된다.

청구금액

7,000,000원(불법행위 손해배상금)

1,587,239원(위 손해배상금에 대한 2019. 7. 24.부터 2024. 1. 4.까지의 지연손해금)

33,000원(집행비용)

합계 8,620,239원

이유

위 청구금액의 변제에 충당하기 위한 서울중앙지방법원 2023. 12. 13. 선고 2023가단1020304 대여금 등 청구 사건의 집행력 있는 판결정본에 기초하여 한 채권자의 신청은 이유 있다.

2024. 1. 5.

사법보좌관 서본좌 (인)

채권압류 효력 발생 시기

- 1. 그런데 법원이 압류결정만 내린 상태에선 아직 압류는 효력이 없다. 무효다.
- 2. 제3채무자(G)가 압류결정서를 받아 봐야 비로소 압류가 유효하게 된다.



왜 이렇게 정했을까? 제3채무자(G)는 원래 집행채권자(K)와는 무관한 사람이다. 압류 결정서를 받기 전에는 피압류채권(T)이 압류됐는지도 모른다. 그 상태에서 제3채무자(G)의 지급을 금지할 수가 없다.

민사집행법 제227조(금전채권의 압류) ③ 압류명령이 제3채무자[G]에게 송달되면 압류의 효력이 생긴다.

같은 차원에서, 채권 가압류 효력 발생 시점도 제3채무자 송달 시다.

민사집행법 제291조(가압류집행에 대한 본집행의 준용) 가압류의 집행에 대하여는 강 제집행에 관한 규정을 준용한다. ...

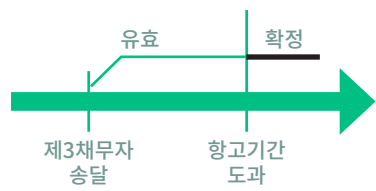
- 3. 채무자(J)가 재판 당사자이고 제3채무자(G)는 재판 당사자가 아니다. 그렇지만, 오히려 채무자(J)가 송달받은 때가 언제인지는 이 문제와 상관없다.

채권압류에 대한 불복

- 1. 압류명령은 법원 결정(재판)이기 때문에, 항고할 수 있다.

민사집행법 제227조(금전채권의 압류) ④ 압류명령의 신청에 관한 재판에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

- 2. 물론 사건과 아무 상관도 없는 사람이 항고할 수는 없다. 항고할 수 있는 사람을 항고권자라 부른다. 채권압류 결정에 대한 항고권자는 채권자(K), 채무자(J), 제3채무자(G)다.
- 3. 항고권자가 송달을 받은 때부터 7일을 넘기거나 하면? 이제는 압류명령에 대해 항고할 수 없게 된다. 이제는 다룰 수 없게 된 상태를 확정이라 한다.



-
- 민사소송법 제444조(즉시항고) ① 즉시항고는 재판이 고지된 날부터 1주 이내에 하여야 한다.
- ② 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.
-

제8강

해제와 손해배상

Rescission & Compensation



Claude Monet, *La jetée du Havre par mauvais temps* (*The Jetty at Le Havre, Bad Weather*)
1867, oil on paper, 50 × 61 cm, Private collection

강제이행 대신 권리를 실현하는 방법에 관하여

- 채무자가 어떤 채무를 이행하지 않을 때, 꼭 강제로 그 채무 자체를 이행하게 만드는 것만이 방법은 아니다.
 1. 손해가 생겼다면, 그만큼 대신 돈으로 배상하라 할 수도 있다. 이것이 **손해배상** 제도다.
 2. 아니면 계약을 무효로 만들어 이미 낸 것을 돌려받을 수도 있다. 이것이 **해제와 원상회복** 제도다.
- 이번 강의에서는, 손해배상액을 어떻게 계산하는지, 어떤 경우에 해제를 할 수 있는지를, **계약금, 해약금, 위약금** 제도와 관련해 공부한다. 그 과정에서, 금전채권 경우 여러 특별규정을 적용해야 한다. 이 점을 자연스럽게 이해하면서 **금전채권의 특칙**을 숙지하는 것이 이번 강의의 목표다.

들어가며
Introduction

계약에서 모든 것이 계약적이지 않다 - Émile Durkheim

채무불이행

문제 상황

계약 체결 당시에는 아무 문제가 없었더라도, 그 후에 문제가 생길 수 있다.

- 1. 채무자가 채무를 이행하지 않는다거나,
- 2. 제대로 이행하지 않을 수 있다.

이것이 채무불이행 상황(event of default)이다.

사례

- 1. 채무 존재: B가 A에게 1,000만 원짜리 중고 물 펌프 1대 소유권을 넘겨줄 채무가 있다. 즉, B는 A에게 위 물 펌프 1대를 인도할 의무가 있다.
- 2. 채무불이행: 그런데 B가 자꾸 핑계를 대며 인도하지 않고 있다.

강제이행

개념

- 1. 채권자는 채무자에게 원래의 채무 자체를 이행하도록 강제할 수 있다.
- 2. 채무불이행 사안 중, 이행불능(impossibility of performance)이 아니라면? 강제이행(compulsory performance)을 할 수 있다.



사례

- 1. 채무불이행 상황(event of default): B가 인도를 거부한다.
- 2. 소송(litigation): A는 B를 상대로 위 물 펌프 1대를 인도하라는 취지의 소를 제기한다.
- 3. 집행(execution): 원고 승소 판결이 확정되면, 일정한 절차를 통해 집행관이 B로부터 위 물 펌프 1대를 빼앗아 A에게 건네준다.

차례

이것이 강제이행(compulsory performance) 또는 강제집행(compulsory execution)이다. 지난 시간에 보았다.

손해배상

개념

- 1. 채무불이행이 있으면, 채권자는 손해(damage)를 입는 것이 보통이다. 그러면 채권자는 채무자에게 그 손해를 배상하도록 요구할 수 있다. 원래의 채무 자체를 이행하도록 하는 게 아니라, 돈으로 그 손해를 메우게 하는 취지다.
- 2. 채무불이행 사안 중, 귀책사유 있는(imputable to obligor) 채무불이행 경우 손해배상(compensation; damages)청구를 할 수 있다.

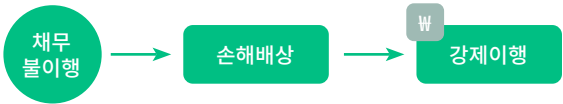
사례

- 1. 채무불이행 상황(event of default): B가 약속을 지키지 않는다. 자기에게는 물 펌프가 없다는 등 핑계를 댈다.
- 2. 채권자의 손해(damage) 발생: 이 때문에 A에게 총 1,100만 원 손해가 발생했다.
- 3. 채무자의 손해배상책임(liability for compensation; damages) 발생: 그러면 B는 A에게 1,100만 원을 배상할 책임이 발생한다.
- 4. 소송(litigation): 만약 B가 1,100만 원을 주지 않는다면? 이제는 돈 달라는 강제이행을 구할 수밖에 없다. 즉, A는 B를 상대로 위 1,100만 원을 달라는 금전청구(monetary claim)의 소를 제기한다.
- 5. 집행(execution): 원고 승소 판결이 확정되면, B의 다른 재산을 경매하는 등 금전집행(monetary execution) 절차에 따라 A는 만족을 받을 수 있다.

차례

이것이 손해배상(compensation for damage)이다. 오늘 보겠다.

손해배상을 임의이행하지 않을 때는, 다시 돈에 대한 강제이행 또는 강제집행 절차로 넘어간다.



해제와 원상회복

개념

계약 당시에는 아무런 문제가 없었더라도, 계약 후 어떤 사정이 생겨 계약을 무효로 만들 수도 있다. 이것을 계약 해소(termination)라 한다.

해소에는 소급효 있는 해제(rescission)와 소급효 없는 해지(termination for future; rescission for future)가 있다. 편의상 해제 기준으로 설명한다.

- 1. 해방호(release): 만약 아직 서로 준 것이 없다면? 서로 주지 않아도 된다.
- 2. 원상회복(*restitutio in integrum*): 만약 이미 서로 준 것이 있다면? 서로 자신이 줬던 것을 돌려받을 수 있다.

사례

- 1. 채무불이행 상황(event of default): A가 매매대금 1,000만 원을 입금했지만, B는 인도를 하지 않고 있다.
- 2. 해제권(right of rescission; right of termination) 발생: 그러면 일정한 경우 A는 계약을 무효로 만들 수 있는 권한을 갖게 된다. 이 권한을 해제권이라 부른다.
- 3. 해제권 행사(rescission; termination): A는 B에게 계약을 무효로 하겠다는 취지로 통보를 한다. 이를 해제권 행사라 부른다.

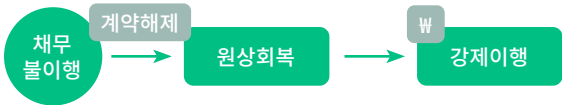
해제권이 발생했다고 해서 바로 해제가 되는 게 아니다. 해제권을 “행사해야” 해제가 되는 것이다. 해제권이라는 카드(선택권)를 받았던 셈이다.

- 4. 계약 무효(nullity): 해제권 행사 결과, 계약은 처음부터 효력이 없었던 것으로 간주한다.
- 5. 원상회복(*restitutio in integrum*) 의무 발생: 이에 따라, A는 자기가 입금한 1,000만 원을 돌려달라고 요구할 수 있다. 즉, B는 원상회복 의무가 있다.
- 6. 소송(litigation): 만약 B가 1,000만 원을 주지 않는다면? 이제는 돈 달라는 강제이행을 구할 수밖에 없다. 즉, A는 B를 상대로 위 1,000만 원을 달라는 금전청구(monetary claim)의 소를 제기한다.
- 7. 집행(execution): 원고 승소 판결이 확정되면, B의 다른 재산을 경매하는 등 금전집행(monetary execution) 절차에 따라 A는 만족을 받을 수 있다.

차례

이것이 해제(rescission; termination)와 원상회복(*restitutio in integrum*)이다. 오늘 보겠다.

원상회복을 임의이행하지 않을 때는, 다시 돈에 대한 강제이행 또는 강제집행 절차로 넘어간다.



결론

문제 상황

채무불이행 상황(event of default)에서, 채권자는 어떤 조치를 취할 수 있나?

강제이행

- 1. 계약을 유지해서,
- 2. 강제이행(compulsory performance)을 구할 수도 있다.

민법 제389조(강제이행) ① 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다. ...

해제 및 원상회복

- 1. 계약을 해제(rescission; termination)해서,
- 2. 원상회복(restitutio in integrum)을 구할 수도 있다.

민법 제548조(해제의 효과, 원상회복의무) ① 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. ...

손해배상

- 1. 계약을 유지하든 해제하든,
- 2. 손해배상(compensation for damage)을 구할 수도 있다.

민법 제551조(해지, 해제와 손해배상) 계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다.

민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. ...



동시이행 관계 발생원인

The Occurrence of Simultaneous Performance Relationships

공평을 추구하는 자는 공평을 행해야 한다. - 오래된 법언

개념

사안

1. 甲이 乙에게 A를 이행해야 한다.
2. 乙이 甲에게 B를 이행해야 한다.

반대채무

자기 채무에 대해, 상대방 채무를 반대채무(counter-obligation)라 한다. 즉,

1. 乙 입장에서, 상대방(甲)의 채무(A)를 반대채무라 한다.
2. 甲 입장에서, 상대방(乙)의 채무(B)를 반대채무라 한다.

동시이행 항변, 항변권, 관계

1. 乙이 A 이행을 요구할 때,
2. 甲은 “너(乙)가 반대채무 B를 이행할 때까지, 나(甲)도 자기 채무 A 이행을 거절하겠다.”라고 주장할 수 있다.

여기서,

1. 이 주장: 동시이행 항변(defense of simultaneous performance)
2. 그렇게 주장할 수 있는 권한: 동시이행 항변권(right of simultaneous performance; *exceptio non adimpleti contractus*)
3. 그런 권한이 인정되는 관계: 동시이행 관계(simultaneous performance relationship)

검토 실익

만약 동시이행 관계에 있으면,

1. 상대방이 반대채무 이행(제공)을 하지 않는다면,
2. 내가 채무를 불이행해도 위법하지 않을 수 있다.

그 경우, 상대방이 내 채무 불이행을 이유로는,

1. 해제할 수 없다.
2. 손해배상 청구를 할 수 없다.

그래서 동시이행 관계에 있는지 살펴야 한다.

동시이행 항변권

발생 근거

2017다291593: 동시이행의 항변권은 **공평의 관념과 신의칙**에 입각[한다.] 각 당사자가 부담하는 채무가 서로 대가적 의미를 가지고 관련되어 있을 때 그 이행에[서] 견련관계를 인정[한다. 그래서] 당사자 일방은 상대방이 채무를 이행하거나 이행의 제공을 하지 아니한 채 당사자 일방의 채무의 이행을 청구할 때에는 자기의 채무 이행을 거절할 수 있도록 하는 제도이다.

발생 사유

- 1. 쌍무계약에서 고유 대가관계 있을 때
- 2. 같은 법률요건으로부터 생겨 대가관계 있을 때
- 3. 공평 원칙

2017다291593: 이러한 제도의 취지에서 볼 때 당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약에서 고유의 대가관계에 있는 채무가 아니더라도 [동시이행 항변권을 인정할 수 있다. 즉,] 양 채무가 동일한 법률요건으로부터 생겨서 대가적 의미가 있거나 공평의 관점에서 보아 견련적으로 이행시킴이 마땅한 경우에는 동시이행의 항변권을 인정할 수 있다.

쌍무계약

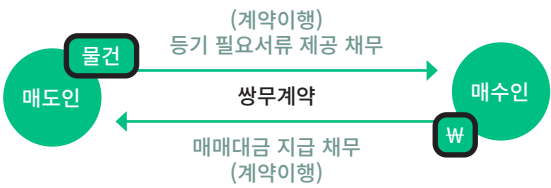
머리에

쌍무계약(bilateral contract)에서 쌍방 이행의무는 동시이행 관계에 있다.

사례

부동산 매매계약을 체결했다면? 다음은 서로 동시이행 관계에 있다.

- 1. 매도인의 소유권이전등기 필요 서류 제공
- 2. 매수인의 매매대금 지급



민법 제536조(동시이행의 항변권) ① 쌍무계약의 당사자일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. ...

97다54604: 쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경[우다.] ... 매수인이 선이행의무 있는 중도금을 지급하지 않았[다.] 계약이 해제되지 않은 상태에서 잔대금 지급기일이 도래하[였다.] 그때까지 중도금과 잔대금이 지급되지 [않았다. 그런데] 잔대금과 동시이행관계에 있는 매도인의 소유권이전등기 소요서류가 제공된 바 없[다.] 이러 한 상태로] 그 기일이 도과하였[다.]

[그렇다면] 특별한 사정이 없는 한 매수인[(채무자)]의 중도금 및 잔대금의 지급과 매도 인의 소유권이전등기 소요서류의 제공은 동시이행관계에 있[다.]

원상회복

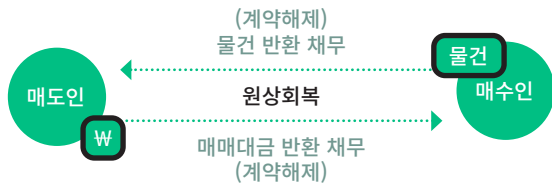
머리에

원상회복(*restitutio in integrum*)에서 쌍방 반환의무도 동시이행 관계에 있다.

사례

매도인이 매매대금을 지급받고 매수인이 물건을 인도받은 상태에서 계약이 해제 되었다면? 다음은 서로 동시이행 관계에 있다.

- 1. 매도인의 매매대금 반환
- 2. 매수인의 물건 반환



민법 제548조(해제의 효과, 원상회복의무) ① 당사자일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. ...

민법 제549조(원상회복의무와 동시이행) 제536조[쌍무계약에서의 동시이행변권]의 규정은 전조의 경우에 준용한다.

95다28892: 부동산 매매계약이 해제되면 [법률관계는?] 그에 따른 원상회복으로서 매수인은 매매 목적물을 매매이전의 원상으로 복귀시켜 매도인에게 반환할 의무가 있 [다.] 이러한 의무는 특별한 사정이 없는 한 매도인의 매매대금 반환의무와 서로 동시이행의 관계에 있[다.]

보증금 있는 임대차 종료 시

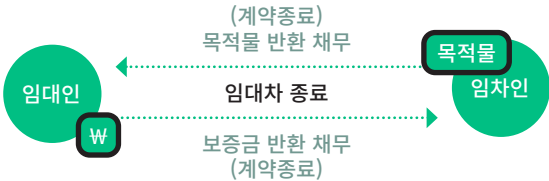
머리에

임대차(lease)계약에서 보증금을 두는 경우가 있다. 임대차 종료 시 쌍방 반환 의무는 동시이행 관계에 있다.

사례

다음은 서로 동시이행 관계에 있다.

- 1. 임차인의 목적물 반환(인도)
- 2. 임대인의 보증금 반환



2009다39233: 임대차계약기간이 만료되면 임대인[K]의 보증금반환의무와 임차인[Z]의 목적물반환의무는 특단의 사정이 없는 한 동시이행의 관계에 있다.]

복습: 양 의무가 동시이행 관계라는 규정이 없다. 서로 대가관계에 있지도 않다. 그러나 해석(interpretation)을 통해 동시이행 관계를 인정한다.

주의

다음은 서로 동시이행 관계에 있지 않다.

- 1. 임차인의 목적물 반환(인도)
- 2. 임대인의 권리금 회수 방해에 따른 손해배상

상가임대차법 제10조의4(권리금 회수기회 보호 등) ① 임대인은 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 임대차 종료 시까지 ... 권리금 계약에 따라 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 지급받는 것을 방해하여서는 아니 된다. ... ③ 임대인이 제1항을 위반하여 임차인에게 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다. ...

2018다242727: 임차인의 임차목적물 반환의무는 임대차계약의 종료에 [따라] 발생한다. 그러나 임대인의 권리금 회수 방해[에 따른] 손해배상의무는 상가건물 임대차보호법에서 정한 권리금 회수기회 보호의무 위반을 원인으로 하고 있[다. 그러]므로 양 채무는 동일한 법률요건이 아닌 별개의 원인에 기[초]하여 발생한 것이다. 그]뿐 아니라 공평의 관점에서 보더라도 그 사이에 이행상 견련관계를 인정하기 어렵다. 따라서 ... 동시이행항변을 배척한 ...판단은 정당하다.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 민사법 선택형

[문 11.] 동시이행에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 상가건물임대차에서 임차인의 임차목적물 반환의무와 임대인의 권리금 회수 방해[에 따른] 손해배상의무는 임대차계약의 종료라는 동일한 원인에 기하여 발생한 것일 뿐만 아니라 공평의 관점에서 보더라도 이행상의 견련관계를 인정할 수 있다.

동시이행 관계 채무의 불이행

머리에

일반적으로는, 서로 동시이행 관계인 채무 중,

- 1. 어느 한 채무의 불이행에 따른 손해배상 채무도
- 2. 나머지 한 채무와 동시이행 관계다.

복습: 채무불이행에 따른 손해배상 채무 발생

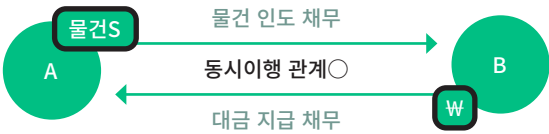
- 1. A가 B에게 물건S를 인도할 채무가 있다.
- 2. 그런데 A가 B에게 물건S 인도 채무를 불이행하면?
- 3. A는 B에게 손해배상 채무를 지게 된다.

민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자[A]가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자[B]는 손해배상을 청구할 수 있다. ...

문제 상황

다음 양 채무가 서로 동시이행 관계라 하자.

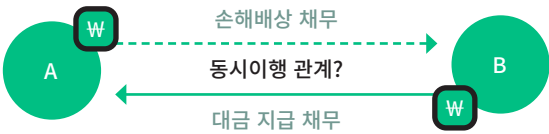
- 1. A의 B에 대한 물건S 인도 채무
- 2. B의 A에 대한 대금 지급 채무



문제점

그런데 A가 B에게 물건S 인도 채무를 불이행해서 손해배상 채무를 지게 되었다. 그러면, 다음 양 채무도 서로 동시이행 관계인가?

- 1. A의 B에 대한 손해배상 채무
- 2. B의 A에 대한 대금 지급 채무



동시이행 관계○(일반적으로)

97다30066: 동시이행의 관계에 있는 쌍방[A, B]의 채무 중 어느 한 채무[A의 물건S 인도 채무]가 이행불능이 [되어] ... 발생한 손해배상채무도 여전히 다른 채무[B의 대금 지급 채무]와 동시이행의 관계에 있다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 29.] 동시이행에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 동시이행관계에 있는 쌍방의 채무 중 어느 한 채무가 이행불능이 되어 손해배상채무가 발생한 경우, 그 손해배상채무도 다른 채무와 동시이행관계에 있다.

수급인의 담보책임

머리에

수급인의 담보책임과 도급인의 공사대금 지급도 동시이행 관계다.

기초 개념: 수급인의 담보책임

도급계약에서 완성된 물건에 흠(하자)이 있을 때 수급인은 담보책임(warranty liability)을 진다. 즉, 수급인은 도급인에게 다음 책임을 진다.

1. 하자 보수(rectification) 책임
2. 하자 보수를 갈음한 손해배상(damages) 책임

민법 제667조(수급인의 담보책임) ① 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. ...

② 도급인은 하자의 보수[를] 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다.

2018다279804: 도급계약에서] 완성된 목적물에 하자[→ 흠]가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 하자의 보수를 청구할 수 있[다. 그리고] 그 하자의 보수를 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있[다.]

하자가 심해서, 철거하고 다시 건축하는 방법밖에 없다면? 수급인은 철거하고 재축하는 방법으로 보수하든지, 철거비용과 재축비용 전부 배상해야 한다. 실손보상(전보배상) 이념을 기억하라.

2013다81224: 완성된 건물...에 중대한 하자가 있고 이 [때문에] 건물...이 무너질 위험성이 있어서 보수가 불가능하고 다시 건축할 수밖에 없는 경우에[는 어떨까?] 특별한 사정이 없는 한 건물...을 철거하고 다시 건축하는 데 드는 비용 상당액을 하자[에 따른] 손해배상으로 청구할 수 있다.

다만, 다음 요건 “모두” 충족하면, 수급인은 담보책임을 지지 않는다.

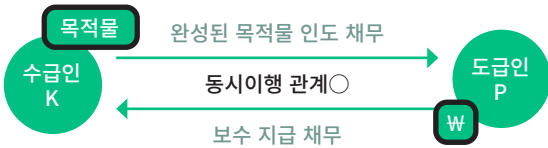
- 1. 하자가 중요×
- 2. 보수비용 과다

민법 제667조(수급인의 담보책임) ① ... 그러나 하자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 그러하지 아니하다.

문제 상황

다음 양 채무는 서로 동시이행 관계다.

- 1. 수급인 K의 도급인 P에 대한 목적물 인도 채무
- 2. 도급인 P의 수급인 K에 대한 보수(remuneration) 지급 채무



민법 제665조(보수의 지급시기) ① 보수는 그 완성된 목적물의 인도와 동시에 지급하여야 한다. ...

2004다21862: 제작물공급계약에서 보수의 지급시기에 관하여 당사자[P, K] 사이의 특약이나 관습이 없으면 도급인[P]은 완성된 목적물을 인도받음과 동시에 수급인[K]에게 보수를 지급하는 것이 원칙이다.]

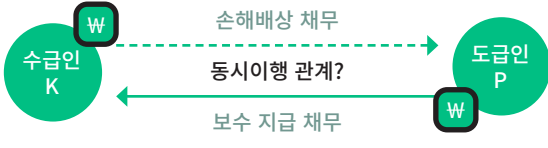
이때 목적물의 인도는 완성된 목적물에 대한 단순한 점유의 이전만을 의미하는 것이 아니다. 즉, 도급인이 목적물을 검사한 후 그 목적물이 계약 내용대로 완성되었음을 명시적 또는 묵시적으로 시인하는 것까지 포함하는 의미이다.

수급인의 담보책임에서 말하는 “보수”는 보수(補修; rectification)다. 보수의 지급시기에서 말하는 “보수”는 보수(報酬; remuneration)다.

문제점

그런데 수급인 K가 도급인 P에게 손해배상 채무를 지게 되었다. 그러면, 다음 양 채무도 서로 동시이행 관계인가?

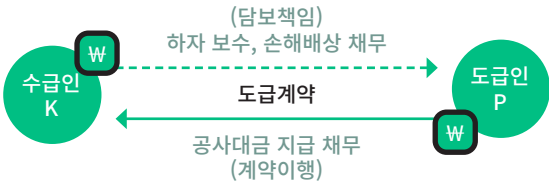
- 1. 수급인 K의 도급인 P에 대한 손해배상 채무
- 2. 도급인 P의 수급인 K에 대한 보수 지급 채무



하자 보수 같음 손해배상: 동시이행 관계○

다음은 서로 동시이행 관계에 있다.

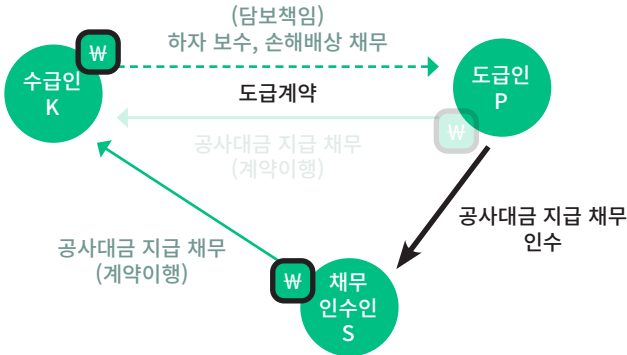
- 1. 수급인의 하자 보수(또는 하자 보수 같음 손해배상)
- 2. 도급인의 공사대금 지급



민법 제667조(수급인의 담보책임) ③ 전항[하자 보수 같음 손해배상]의 경우에는 제 536조[쌍무계약에서의 동시이행항변권]의 규정을 준용한다.

2018다279804: [하자 보수 청구권과 이를 같음하는 손해배상 청구권]은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 보수지급청구권과 동시이행의 관계에 있다.]

도급인(P)의 공사대금 지급 채무를 제3자(S)가 인수해도, 동시이행 관계는 유지된다.

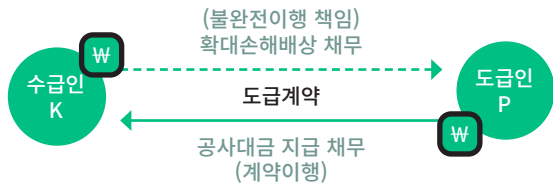


2007다31914: 도급계약에[서] ... [도급인(P)의 하자 보수 청구권, 또는 하자 보수[를] 같음하여 또는 보수와 함께 하는 손해배상 청구권]은 수급인(K)의 공사대금채권과 동시이행관계에 있다. 그러므로 [P]의 [K]에 대한 ... 공사대금채무를 인수한 [S]는 P가 K와] 사이의 하도급계약상 동시이행의 관계에 있는 [P]의 [K]에 대한 하자보수청구권 내지 하자[를] 같음한 손해배상채권 등에 [기초]한 동시이행의 항변으로써 [K]에게 대항할 수 있다.

하자 확대손해 배상: 동시이행 관계○

다음 역시 서로 동시이행 관계에 있다.

- 1. 수급인의 하자 확대손해(consequential damage) 배상
- 2. 도급인의 공사대금 지급



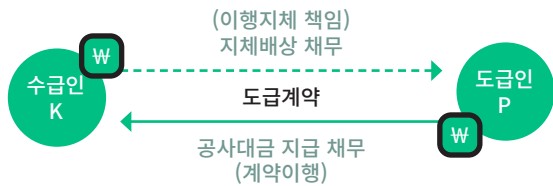
2007다26455: 원단의 가공에 관한 도급계약에 [따라] 납품된 물건에 하자가 발생했다. 그래서] 도급인이 외국에 수출하여 지급받기로 한 물품대금을 지급받지 못[했다. 그] 손해배상은, 민법 제667조 제2항[에서 정한] 하자담보책임을 넘어서 수급인이 도급계약의 내용에 따른 의무를 제대로 이행하지 못[했기 때문에] 도급인의 신체, 재산에 발생한 이른바 ‘하자확대손해’에 대한 배상[이다. 이 역시] 수급인에게 귀책사유가 없었다는 점을 스스로 [증명]하지 못하는 한 도급인에게 그 손해를 배상할 의무가 있다.]

동시이행항변권 제도의 취지로 [보자.] 비록 당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약관계에서 고유의 대가관계가 있는 채무가 아니라고 하더라도 구체적인 계약관계에서 각 당사자가 부담하는 채무에 관한 약정내용에 따라 그것이 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우에는 동시이행의 항변권이 인정되어야 [한다. 이]에 비추어 보면, 수급인이 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 말미암아 도급인에게 손해가 발생한 경우 그와 같은 하자확대손해[에 따른] 수급인의 손해배상채무와 도급인의 보수지급채무 역시 동시이행관계에 있는 것으로 보아야 한다.]

지체배상: 동시이행 관계×

그러나 다음은 서로 동시이행 관계에 있지 않다.

- 1. 수급인의 지체배상(= 이행지체에 따른 손해배상)
- 2. 도급인의 공사대금 지급



민법 제387조(이행기와 이행지체) ① 채무이행의 확정된 기한이 있는 경우에는 채무자는 기한이 도래한 때[→ 도래한 다음 날]로부터 지체책임이 있다. ...

2013다81224: 공사도급계약상 도급인의 지체상금채권과 수급인의 공사대금채권은 특별한 사정이 없는 한 동시이행의 관계에 있다고 할 수 없다.

왜?

- 1. 수급인의 지체배상에는 민법 제667조 제3항과 같이 동시이행 관계라는 규정이 없다.
- 2. 양 의무가 서로 대가관계에 있지도 않다.

3. 해석을 통해 동시이행 관계를 인정할 필요도 없다.

중간 결론

수급인의 손해배상이 언제나 도급인의 공사대금 지급과 동시이행 관계인 것은 아니다.

- 1. 하자 보수 같음 손해배상(= 담보책임인 손해배상)이면 → 동시이행 관계 ○
- 2. 확대손해배상(= 불완전이행에 따른 손해배상)이면 → 동시이행 관계 ○
- 3. 지체배상(= 이행지체에 따른 손해배상)이면 → 동시이행 관계 ×

하자 보수 같음 손해배상과의 동시이행 주장 요건, 범위

- 1. 도급인은 하자 보수 또는 하자 보수 같음 손해배상 청구를 해야, 비로소 공사대금 지급을 거절할 수 있다.

91다33056: 도급인이 인도받은 목적물에 하자가 있는 것만을 이유로, 하자의 보수나 하자의 보수[를] 같음하는 손해배상을 청구하지 아니하고 [곧]바로 보수의 지급을 거절할 수는 없다.

- 2. 도급인은 그 손해배상액 범위에서만, 공사대금 지급을 거절할 수 있다.

91다33056: 도급인이 하자의 보수[를] 같음하여 손해배상을 청구하는 경우[를 보자.] 수급인이 그 손해배상청구에 관하여 채무이행을 제공할 때까지 그 손해배상의 액에 상응하는 보수의 액에 관하여만 자기의 채무이행을 거절할 수 있을 뿐[이다. 즉,] 그 나머지 액의 보수에 관하여는 지급을 거절할 수 없다.

- 3. 따라서 도급인은 수급인에게 본인 입장을 명확히 밝혀야 한다.

91다33056: 도급인이 완성된 목적물에 하자가 있는 것을 이유로 삼아 보수의 지급을 거절하기 위하여서는 먼저, [다음처럼 해야 한다.] [i] 그 하자의 보수를 청구하는 것인지, 아니면 [ii] 하자의 보수[를] 같음하여 손해배상을 청구하는 것인지, 또는 [iii] 하자의 보수와 함께 손해배상을 아울러 청구하는 것인지를 명료하게 하지 않으면 안 된다.]

연습문제1

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 32.] 甲이 자신이 소유하는 X토지 위에 Y건물을 신축하기 위하여 乙과 건축도급계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 약정한 날짜에 Y건물이 완성되어 甲에게 인도되었으나 Y건물이 무너질 위험성이 있어 다시 건축할 수밖에 없다고 하더라도, 甲은 乙에게 Y건물을 철거하고 재건축하는데 드는 비용 상당액을 하자[에 따른] 손해배상으로 청구할 수는 없다.
 - ⑤ 乙로부터 인도받은 Y건물에 하자가 있다면 甲은 이를 이유로 하자의 보수나 하자의 보수[를] 같음하는 손해배상의 청구를 하지 않고 곧바로 보수 전부의 지급을 거절할 수 있다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 11.] 동시이행에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 도급계약에서 수급인이 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 말미암아 도급인의 신체 또는 재산에도 손해가 발생한 경우, 이러한 확대손해[에 따른] 수급인의 손해배상채무와 도급인의 공사대금채무는 동시이행관계에 있지 아니하다.
 - ④ 하수급인에 대한 수급인의 공사대금채무를 인수한 도급인은 하수급인의 공사대금 청구에 대하여 하수급인에 대한 수급인의 하자보수청구권에 기한 동시이행항변으로 대항할 수 있다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 27.] 甲은 자기 소유의 X 토지에 Y 건물을 신축하기 위하여 乙과 공사대금을 2억 원으로 하는 Y 건물 공사도급계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ③ 甲과 乙 사이의 도급계약에 지체상금 약정이 포함되어 있는 경우, 甲의 지체상금 채권과 乙의 공사대금 채권은 특별한 사정이 없는 한 동시이행관계에 있다.
 - ⑤ 乙이 완성한 Y 건물에 중대한 하자가 있고, 이 [때문에] Y 건물이 무너질 위험성이 있어 보수가 불가능하고 다시 건축할 수밖에 없다면, 특별한 사정이 없는 한 甲은 Y 건물을 철거하고 다시 건축하는 데 드는 비용 상당액을 하자[에 따른] 손해배상으로 청구할 수 있다.

연습문제4

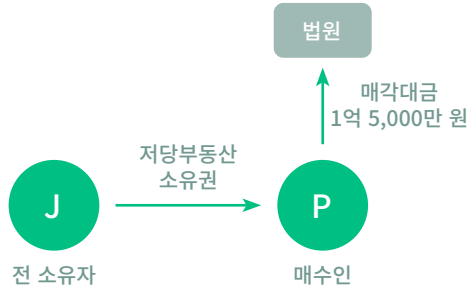
2026년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 29.] 동시이행에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ④ 도급계약에서 수급인이 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 말미암아 도급인의 신체 또는 재산에도 손해가 발생한 경우, 이러한 확대손해[에 따른] 수급인의 손해배상채무와 도급인의 공사대금채무는 동시이행관계에 있다.

저당권실행경매 무효 경우?

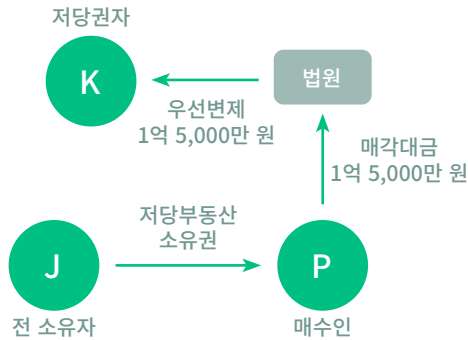
복습: 매각에 따른 소유권 변동

- 1. 저당부동산이 1억 5,000만 원에 P에게 낙찰됐다 하자.
- 2. 그러면, 매수인(P)이 매각대금 1억 5,000만 원을 법원 측에 내면 저당부동산 소유권을 취득한다.



복습: 우선변제

매각대금 1억 5,000만 원은 다른 채권자들보다 먼저 저당권자(K)의 채권에 우선 충당한다.



문제상황

저당권실행경매(임의경매)가 무효로 되면,

- 1. 매수인(P)은 전 소유자(J)에게 소유권이전등기 말소등기를 해 줘야 한다.
- 2. 저당권자(K)는 매수인(P)에게 배당금 1억 5,000만 원을 반환해 줘야 한다.

위 양 채무는 동시이행 관계에 있나?

동시이행 관계×

2006다24049: 근저당권 실행을 위한 경매가 무효로 [된 경우다.] 낙찰자[P]가 부담하는 소유권이전등기 말소 의무는 채무자[J]에 대한 것[이다.] 반면, 낙찰자[P]의 배당금 반환청구권은 실제 배당금을 수령한 채권자(=근저당권자)[K]에 대한 채권[이다.]

채권자(=근저당권자)[K]가 낙찰자[P]에 대하여 부담하는 배당금 반환채무와 낙찰자[P]가 채무자[J]에 대하여 부담하는 소유권이전등기 말소 의무는 **서로 이행의 상대방을 달리[한다.]** 채권자(=근저당권자)[K]의 배당금 반환채무가 동시이행의 항변권이 부착된 채 채무자[J]로부터 승계된 채무도 아니[다.]

[그러므로] 위 두 채무는 **동시에 이행되어야 할 관계에 있지 아니하다.**

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 11.] 동시이행에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

③ 근저당권 실행을 위한 경매가 무효로 되어 근저당권자인 채권자 甲이 채무자 丙을 대위하여 낙찰자 乙에 대한 소유권이전등기 말소청구권을 행사한 경우, 甲의 배당금 반환채무와 乙의 소유권이전등기 말소 의무는 동시이행관계에 있다.

포괄적 대가관계 사안

문제상황

甲, 乙이 포괄하여 다음을 포함하는 어떤 계약을 체결했다고 하자.

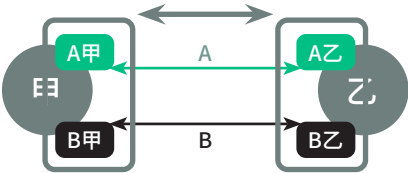


- 1. A관계로 甲은 A甲의무, 乙은 AZ의무를 부담한다. A甲, AZ 양 의무는 서로 대가관계인 동시이행 관계다.
- 2. B관계로 甲은 B甲의무, 乙은 B乙의무를 부담한다. B甲, B乙 양 의무는 서로 대가관계인 동시이행 관계다.

2007다35152: 하나의 계약 혹은 그 계약에 추가된 약정으로 **둘 이상의 민법상의 전형 계약** 내지 민법상의 채권적 권리의무관계...가 **포괄되어** 있[다. 그리고] 이에 따른 당사자 사이의 **여러 권리의무가 동일한 경제적 목적을** 위하여 서로 밀접하게 연관되어 있[다 고 하자.]

동시이행 관계○

각 의무가 같은 경제적 목적을 위해 서로 밀접하게 연관되어 있다고 하자. 그렇다면, 다음은 서로 동시이행 관계다.



- 1. 甲의 의무(A甲, B甲)
- 2. 乙의 의무(AZ, B乙)

2007다35152: 이를 민법상의 전형계약 등에 상응하는 부분으로 서로 분리하여 그 각각의 전형계약 등의 범위 안에서 대가관계에 있는 의무만을 동시이행관계에 있다고 볼 것이 아니[다.]

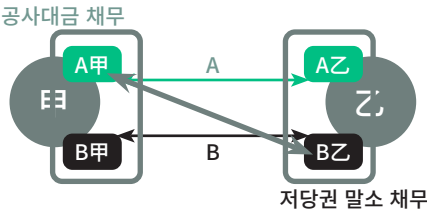
당사자 일방[甲]의 여러 의무[A甲, B甲]가 포괄하여 상대방[乙]의 여러 의무[A乙, B乙]와 사이에 대가관계에 있다고 인정되는 한, 이러한 당사자 일방[甲]의 여러 의무[A甲, B甲]와 상대방[乙]의 여러 의무[A乙, B乙]는 동시이행의 관계에 있다.]

사례

甲, 乙이 다음 내용을 포괄해 계약을 체결했다.

2007다35152: 공사도급계약의 도급인[甲]이 자신[甲] 소유의 토지에 근저당권을 설정하여 수급인[乙]으로 하여금 공사에 필요한 자금을 대출받도록 한 사안이다.]

- 1. 공사도급계약(A)으로 → 도급인 甲은 공사대금 채무(A甲) & 수급인 乙은 공사를 완해 건물을 인도할 의무(A乙)를 부담한다.
 - 2. 저당권 설정 관계(B)로 → 설정자 甲은 토지를 담보로 제공해 공사자금을 지원할 의무(B甲) & 채무자 乙은 저당권을 말소할 의무(B乙)를 부담한다.
- 이 경우, 甲의 공사대금 채무(A甲)와 乙의 저당권 말소 의무(B乙)는,



- 1. 서로 고유한 대가관계에 있는 의무는 아니지만,

2007다35152: 수급인[乙]의 근저당권 말소 의무[B乙]는 도급인[甲]의 공사대금채무[A甲]에 대하여 공사도급계약[A]상 고유한 대가관계가 있는 의무는 아니다.]

- 2. 이행상 견련관계가 인정되어 동시이행 관계다.

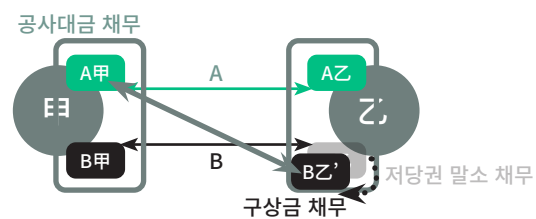
2007다35152: [그렇지만 甲은 乙]이 이 사건 공사를 원활하게 시행할 수 있도록 공사자금을 지원하기 위해 [甲] 소유의 이 사건 빌라 부지를 담보로 제공[B甲]하여 [乙]이 여기에 근저당권을 설정하고 대출받아 공사비용을 지출할 수 있게 한 것이다. 그러므로 甲]의 담보제공에 [따른] 자금지원[B甲]은 실질적으로 이 사건 도급계약의 공사대금[A甲]의 선급과 같은 기능을 하는 것이다. 즉, 甲과 乙] 사이의 위 **근저당권 설정에 관한 권리의무관계[B]**는 이 사건 도급계약의 **공사대금에 관한 권리의무관계[A]**와 서로 **동일한 경제적 목적을 위하여 밀접한 관련을 맺고 있다.**]

따라서 [乙]이 자금지원[B甲]을 통하여 실질적으로 선급이 이루어진 것과 마찬가지로 공사대금채권[A甲]에 관하여 법률적으로는 자신[乙]이 그 대출금채무의 주채무자로 되어 있어 위 대출금 상당의 공사대금채권이 소멸되지 아니하였다는 이유로 공사대금채권을 행사[할 때]는, [다음을 고려해야 한다. 즉,] 이 사건 빌라를 신축하여 [甲]에게 인도하여야 하는 의무뿐만 아니라, 위 근저당권을 말소시켜 자금지원 이전의 상태로 회복시켜야 할 의무...와의 견련성도 아울러 고려[해야 한다. 그렇게 해야] **당사자 간 거래의 경제적 실질과 당사자들의 합리적인 의사**에도 부합한다.

만일, 이와 달리 [乙]의 공사대금 청구에 대하여 [甲]이 무조건 그 이행에 응하여야 한다면, [甲은] 공사대금채무[A甲] 이행 후 [乙]이 근저당권 말소의무[B乙]를 이행하지 않을 경우에 위 근저당권의 실행을 막기 위하여 스스로 대출금을 변제하여야 하는 등 이중 지급의 위험에 빠지는 결과가 발생할 우려가 있다.

[이러한] 담보제공의 경위와 목적, 대출금의 사용·용도 및 그에 따른 공사대금의 실질적 선급과 같은 자금지원 효과와 이 [때문에] 도급인[甲]이 처하게 될 이중지급의 위험 등 구체적인 계약관계에 비추어 볼 때, [수급인(乙)의 근저당권 말소의무(B乙)는 도급인(甲)의 공사대금채무(A甲)에 대하여] **이행상의 견련관계가 인정**된다. 그러므로 양자[A甲, B乙]는 서로 **동시이행의 관계**에 있[다].

이 경우, 甲의 공사대금 채무(A甲)와 乙의 구상금 채무(B乙')도 마찬가지로 이유로 동시이행 관계다.



2007다35152: 수급인[乙]이 근저당권 말소의무[B乙]를 이행하지 아니한 결과 도급인 [甲]이 위 대출금 및 연체이자를 대위변제함으로써 수급인[乙]이 지게 된 구상금채무 [(B乙')]가 있다고 하자. 이 구상금 채무(B乙')도 근저당권 말소의무[B乙]의 변형물로서 그 대등액의 범위 내에서 도급인[甲]의 공사대금채무[A甲]과 동시이행의 관계에 있[다.]

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 19.] 甲은 자신의 X 토지에 Y 건물을 신축하기 위해 공사업자인 乙과 공사도급계약을 체결하였다. 甲은 乙이 丙으로부터 X 토지를 담보로 대출을 받아 그 공사 비용을 지출할 수 있도록 하기 위하여 X 토지에 관하여 근저당권자를 丙, 채무자를 乙로 하는 근저당권을 설정해 주었고, 乙은 丙으로부터 대출받은 돈을 공사대금으로 사용하였다. 공사 진행 도중 乙의 채권자인 丁은 乙의 甲에 대한 공사대금채권 중 일부에 대한 압류 및 전부명령을 받아 그대로 확정되었다. 이후 공사가 완료되었[는데도] 乙이 丙에 대한 대출금을 변제하지 못하자 甲은 乙을 대위하여 丙에게 대출금 및 연체이자를 변제하였다.

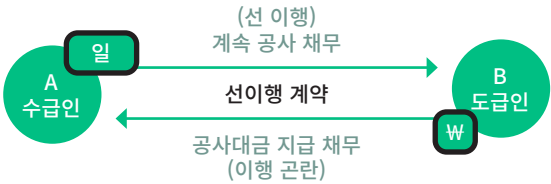
이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 乙의 Y 건물 인도 의무는 甲의 공사대금채무와 동시이행관계에 있으나, 乙의 X 토지에 대한 근저당권말소의무는 위 공사도급계약상 고유한 대가관계가 있는 의무가 아니므로 甲의 공사대금채무와 이행상 견련관계를 인정할 수 없다.
- ㄷ. 甲의 대위변제에 따른 乙의 구상금채무는 乙의 X 토지에 대한 근저당권말소의무의 변형물로서 그 대등액의 범위 내에서 甲의 공사대금채무와 동시이행관계에 있다.

르. 丁의 전부금청구에 대하여 甲이 乙에 대한 구상금채권으로 상계항변을 하는 경우, 자동채권인 甲의 乙에 대한 구상금채권은 丁의 압류명령이 甲에게 송달된 후 발생한 것이므로 甲은 위 구상금채권에 [따른] 상계로 丁에게 대항할 수 없다.

불안의 항변권

개념



민법 제536조(동시이행의 항변권) ① 쌍무계약의 당사자일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. ...
② 당사자 일방[A]이 상대방[B]에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방[B]의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다.
2011다93025: 민법 제536조 제2항은 ... 이른바 ‘불안의 항변권’을 규정한다.

사례

2011다93025: 상당한 기간에 걸쳐 공사를 수행하는 도급계약에서 일정 기간마다 이미 행하여진 공사부분에 ... 기성공사금 등의 이름으로 그 대가를 지급하기로 약정되어 있는 경우[를 보자.] 수급인[A]의 일회적인 급[여]가 통상 선이행 되어야 하는 일반적인 도급계약에서와는 [다르다. 즉,] 위와 같은 공사대금의 즉차적인 지급이 수급인[A]의 장래의 원만한 이행을 보장하는 것으로 전제된 측면도 있다.]
도급인[B]이 계약 체결 후에 위와 같은 약정을 위반하여 정당한 이유 없이 기성공사금을 지급하지 아니하[였다.] 이 [때문에] 수급인[A]이 공사를 계속해서 진행하더라도 그 공사내용에 따르는 공사금의 상당 부분을 약정대로 지급받을 것을 합리적으로 기대할 수 없게 되[었다. 그래서] 수급인[A]으로 하여금 당초의 계약 내용에 따른 선이행의무의 이행을 요구하는 것이 공평에 반하게 되었[다. 그렇]다면, ... 수급인[A]은 민법 제536조 제2항에 [따라] 계속공사의무의 이행을 거절할 수 있다.]

요건

2011다93025: 민법 제536조 제2항...[에]서 ‘상대방[B]의 이행이 곤란할 현저한 사유’란 [무엇인가?] [i] 선이행채무를 지게 된 채무자[A]가 계약 성립 후 채권자[B]의 신용불안이나 재산상태의 악화 등의 사정으로 반대급[여]를 이행받을 수 없는 사정변경이 생기고 [ii] 이 [때문에] 당초의 계약 내용에 따른 선이행의무를 이행하게 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우를 말[한다.]
2026다202468: 이러한 불안의 항변권을 발생시키는 사유를 신용불안이나 재산상태 악화와 같이 채권자[B] 측에 발생한 객관적, 일반적 사정만으로 제한하여 해석할 이유는 없[다.]

채무불이행책임 성립

Default Imputable to Obligor

약속과 파이의 껍질은 깨지기 위해 만들어졌다. - Jonathan Swift

머리에

차례

1. 채무불이행에 대한 조치로 강제이행, 손해배상, 해제를 언급했다.
2. 이제 손해배상과 해제를 공부하자.

귀책사유 여부의 중요성

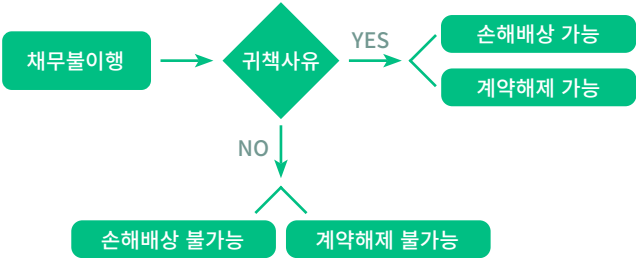
우리는 어떤 채무불이행이, 귀책사유 있는 채무불이행인지 귀책사유 없는 채무불이행인지 여부를 판단할 줄 알아야 한다. 즉, 귀책사유 여부는 중요하다. 왜?

1. 채무자에게 귀책사유가 없다면, 채권자는 손해배상(compensation for damage)을 구할 수 없다.

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

2. 채무자에게 귀책사유가 없다면, 채권자는 해제(rescission; termination)를 할 수 없다.

민법 제546조(이행불능과 해제) 채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.



채무불이행책임

채무불이행책임 개념

채무불이행책임(default liability)이란?

1. 채무불이행 상황(event of default) 때문에
2. 채무자가 지게 되는 책임 또는 불이익

채무불이행책임 종류

- 1. 이행불능(impossibility of performance)에 따른 이행불능책임
- 2. 이행지체(delay of performance)에 따른 이행지체책임
- 3. 불완전이행(defective performance)에 따른 불완전이행책임
- 4. 이행거절(refusal of performance; repudiation)에 따른 이행거절책임

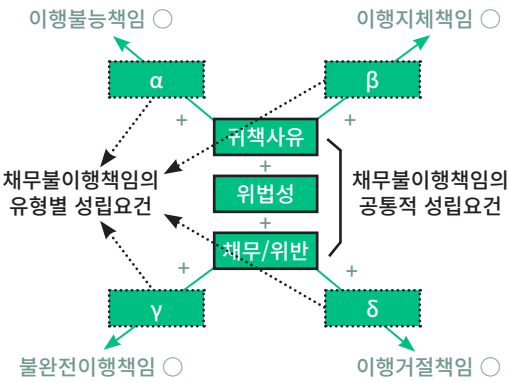
성립요건

- 1. 모든 채무불이행책임은, 성립하기 위한 공통적 요건이 있다.
- 2. 채무불이행책임 유형별로, 성립하기 위한 특유한 요건도 있다.

공통적 성립요건

요약

- 1. 주관적 요건: 귀책사유(imputation). 즉, 고의나 과실이 있어야 한다.
- 2. 객관적 요건: 위법성(illegality). 즉, 채무불이행이 위법해야 한다.
- 3. 전제적 요건: 채무(obligation)의 불이행. 즉, 채무가 유효하게 존재하고, 그러한 채무를 위반(breach)해야 한다.



주관적 요건: 귀책사유

귀책사유란 책임 있는 사유를 줄인 말이다. 즉, 다음을 말한다.

- 1. 채무불이행에 관한 고의(intention), 또는
- 2. 채무불이행에 관한 과실(negligence)

채무자 본인(principal)에게 고의, 과실이 있다면? 당연히 이 요건은 충족된다.

민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자[A]가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자[B]는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자[A]의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.



객관적 요건: 위법성

채무의 불이행을 정당화하는 특별한 사정이 있으면? 위법하지 않다. 그런 사정을 위법성 조각사유(justification)라고 부른다.

- 1. 만약 채무의 불이행이 위법하지 않다면,
- 2. 채무불이행이 성립하지 않는다.

형사법(criminal law)에서도 어떤 행위를 정당화하는 사유를 마찬가지로 위법성 조각사유라 부른다. 위법성을 깨는 사유라는 뜻이다.

전제적 요건: 채무의 불이행

적어도 채무자가 채무를 불이행(계약위반)해야만, 채무불이행이 성립할 수 있다.

2012다86895전합: [채무자]의 계약상 의무 위반이 있었음이 증명되[어야] ... [채무자는] ... 민법 제390조, 제393조에 따라 [채권자]에게 손해배상책임을 부담하게 된다.

따라서, 채무불이행이 성립하기 위해서는,

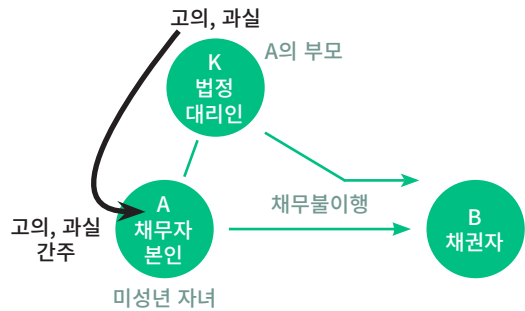
- 1. 채무가 성립(formation)해야 한다.
- 2. 채무가 유효(valid)해야 한다.
- 3. 채무자가 계약을 위반(breach)해야 한다.

공통적 성립요건 중 주관적 요건: 귀책사유

법정대리인의 고의, 과실과 귀책사유?

법정대리인(representative by law)이란? 본인(A) 의사와 무관하게 법에 따라 대리인 지위를 갖는 자(K)를 말한다.

- 1. 만약 채무의 불이행에 법정대리인(K)에게 귀책사유가 있다면?
- 2. 채무자(A)의 귀책사유로 간주한다.



채무자(A)가 미성년자인 경우를 생각해 보자. 부모(K)는 자녀(A)의 법정대리인이다. 그래서 부모(K)는 미성년 자녀(A)를 대리해 채무를 이행할 수 있다. 그러나 이때도 어디까지나 자녀(A)가 채무자일 뿐이다. 부모(K)는 채무자가 아니다.

- 1. 만약 불이행에 부모(K)에게 귀책사유가 있다면?
- 2. 채무자(A)의 귀책사유로 간주한다.

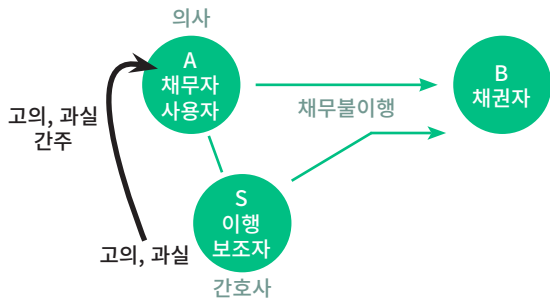
민법 제391조(이행보조자의 고의, 과실) 채무자[A]의 법정대리인[K]이 채무자[A]를 위하여 이행...하는 경우에는 **법정대리인[K]...의 고의나 과실은 채무자[A]의 고의나 과실로 본다.**

이렇게 법이 채무자의 고의, 과실을 간주하는 이유는? 많은 경우 법적 행위는 법정대리인(K)이 본인 대신 해서, 채무자 본인(A) 고유의 귀책을 인정하기 어렵다. 그렇다고 해서 채무불이행책임이 모두 면제되면 부당하다. 그래서 채무자(A)가 “난 귀책 없다”며 책임을 회피하지 못하도록 막는 의미가 있다.

이행보조자의 고의, 과실과 귀책사유?

이행보조자(performance assistant)란? 채무자(A)가 채무의 이행을 위해 사용하는 자(S)를 말한다.

- 1. 만약 채무의 불이행에 이행보조자(S)에게 귀책사유가 있다면?
- 2. 채무자(A)의 귀책사유로 간주한다.



개인병원에서 간호사(S)는 의사(A)의 진료채무에 관해 이행보조자다.

- 1. 만약 간호사(S)의 실수로 환자가 상해를 입었다면?
- 2. 불완전이행에 관해 채무자인 의사(A)의 과실로 간주한다.

민법 제391조(이행보조자의 고의, 과실) ... 채무자[A]가 타인[S]을 사용하여 이행하는 경우에는 ... 피용자[→ 이행보조자S)]의 고의나 과실은 채무자[A]의 고의나 과실로 본다.

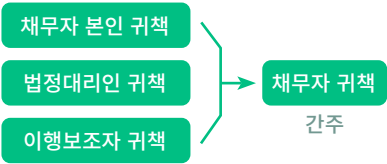
2017다275447: 이행보조자[S]는 채무자[A]의 의사 관여 아래 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 충분하다. 이행보조자(S)가 반드시 채무자[A]의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니다. 따라서 그가 채무자[A]에 대하여 종속적인 지위에 있는지, 독립적인 지위에 있는지는 상관없다.

또한 이행보조자[S]가 채무자[A]와 계약 그 밖의 법률관계가 있어야 하는 것이 아니다. 제3자[S]가 단순히 호의(好意)로 행위를 한 경우에도 그것이 채무자[A]의 용인 아래 이루어지는 것이면 제3자[S]는 이행보조자에 해당한다.

이행보조자[S]의 활동이 일시적인지 계속적인지도 문제 되지 않는다.

이렇게 법이 채무자의 고의, 과실을 간주하는 이유는? 채무자(A)가 다른 사람(S)을 이용해 이익은 보면서 책임만 회피하는 것은 부당하다. 그래서 채무자(A)가 “난 귀책 없다”며 책임을 회피하지 못하도록 막는 의미가 있다.

소결



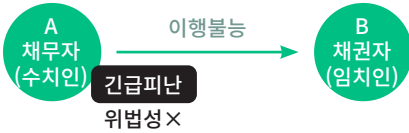
공통적 성립요건 중 객관적 요건: 위법성

이행불능과 위법성

- 1. 이행불능이 위법해야,
- 2. 이행불능 책임이 인정될 수 있다.

예를 들어, 동물을 보관하다 돌려줄 채무가 있다. 그런데 보관 중이던 동물이 난데없이 자기를 공격해서 어쩔 수 없이 동물을 죽였다면?

- 1. 수치인의 동물반환채무는 불능이 되었다.
- 2. 알고서 죽인 것이므로 불능 자체에는 고의성(귀책사유)도 있다.
- 3. 하지만 위법하지는 않다.
- 4. 따라서 이행불능 책임(채무불이행책임)이 성립하지 않는다.



2000다47361: [채무의 불이행이] **위법성을 조각할 만한 행위에 해당하게 되는 특별한 사정이 있는 때에는 채무불이행이 성립하지 않는 경우도** 있을 수 있다.

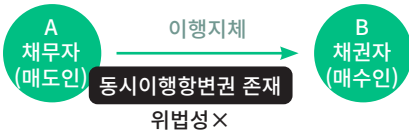
이행지체와 위법성

- 1. 이행지체가 위법해야,
- 2. 이행지체 책임이 인정될 수 있다.

2011두2477: 지급시기에 채무를 이행하지 아니한 것에 대하여 위법성을 조각할 만한 행위에 해당하게 되는 특별한 사정이 있는 때에는 채무불이행이 성립하지 아니한다.]

예를 들어, 물건과 돈을 동시에 주고받기로 한 매매계약에서, 매도인(A)이 돈을 받기 전이라 하자. 그에 상응해, 매도인(A)도 물건을 주지 않는다면?

- 1. 매도인(A)의 물건 인도채무는 이행이 지체되었다.
- 2. 알고서 안 주고 있으므로 지체 자체에는 고의성(귀책사유)도 있다.
- 3. 하지만 위법하지는 않다.
- 4. 따라서 매도인(A)의 이행지체 책임(채무불이행책임)이 성립하지 않는다.



민법 제536조(동시이행의 항변권) ① 쌍무계약의 당사자 일방[A]은 상대방[B]이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기[A]의 채무이행을 거절할 수 있다. ...

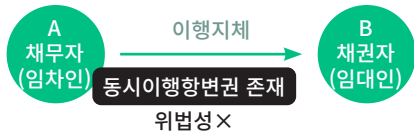
2011두2477: 여기에서 위법성을 조각하는 사유에는 **동시이행의 항변권**, 유치권이 있다. 그] 이외에도 사회상규에 반하지 아니하는 정당행위와 같이 법질서 전체의 정신이나 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회 통념에 비추어 그 미지급 상태가 용인될 수 있는 경우도 해당한다고 보아야 [한다. 그리고] 그 해당 여부는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 **개별적으로 판단**하여야 한다.

2024다226504: 쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우 [다음과 같다.] 일방[A]의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방[B] 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무[물건 인도채무]를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는다[다.]

명문 규정상의 동시이행 관계 때문에 이행지체의 위법성을 조각하는 경우다.

예를 들어, 임대차계약이 종료했는데, 임차인(A)이 보증금을 반환받기 전이라 하자. 그에 상응해, 임차인(A)도 목적물을 반환하지 않는다면?

- 1. 임차인(A)의 목적물 반환채무는 이행이 지체되었다.
- 2. 알고서 안 주고 있으므로 지체 자체에는 고의성(귀책사유)도 있다.
- 3. 하지만 위법하지는 않다.
- 4. 따라서 임차인(A)의 이행지체 책임(채무불이행책임)이 성립하지 않는다.



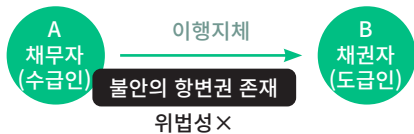
2019다252042: 임대차계약이 종료되면 ... 임차인[A]의 목적물반환의무와 임대인[B]의 보증금반환의무는 동시이행관계에 있[다.]

임대인[B]이 임대차보증금의 반환의무를 이행하거나 적법하게 이행제공을 하는 등으로 임차인[A]의 동시이행항변권을 상실시키지 않은 [상태라 하자. 그러한] 이상, 임대차계약 종료 후 임차인[A]이 목적물을 계속 점유하더라도 그 점유를 불법점유라고 할 수 없[다. 따라서 그 경우] 임차인[A]은 이에 대한 손해배상의무를 지지 않는다.

해석상의 동시이행 관계 때문에 이행지체의 위법성을 조각하는 경우다.

예를 들어, 기성고 방식 도급계약에서는 원래 수급인(A)이 먼저 계속 공사를 해야 한다. 그런데 나중에 공사대금을 못 받을 것이 지금 확실하다고 하자. 그에 상응해, 수급인(A)도 먼저 공사를 중단한다면?

- 1. 수급인(A)의 계속 공사 채무는 이행이 지체되었다.
- 2. 알고서 안 하고 있으므로 지체 자체에는 고의성(귀책사유)도 있다.
- 3. 하지만 위법하지는 않다.
- 4. 따라서 수급인(A)의 이행지체 책임(채무불이행책임)이 성립하지 않는다.



민법 제536조(동시이행의 항변권) ① 쌍무계약의 당사자 일방[A]은 상대방[B]이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기[A]의 채무이행을 거절할 수 있다. ...
② 당사자 일방[A]이 상대방[B]에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방[B]의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다.

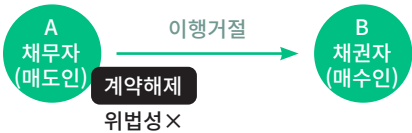
2026다202468: 수급인[A]은 민법 제536조 제2항에 [따라] 계속공사사무의 이행을 거절할 수 있다.

이와 같이 대가적 채무 간에 이행거절의 권능[→ 불안의 항변권]을 가지는 경우에는 [다음과 같다.] 비록 [수급인(A)]이 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체 책임은 발생하지 아니한다[다.]

명문 규정상의 불안 관계(C 동시이행 관계) 때문에 이행지체의 위법성을 조감하는 경우다.

이행거절과 위법성

- 1. 이행거절이 위법해야,
 - 2. 이행거절 책임이 인정될 수 있다.
- 예를 들어, 매매계약이 적법하게 해제되었다면?
- 1. 매도인은 물건 인도채무의 이행을 거절할 것이다.
 - 2. 이행거절은 그 자체로 고의성(귀책사유)도 있다.
 - 3. 하지만 위법하지는 않다.
 - 4. 따라서 이행거절 책임(채무불이행책임)이 성립하지 않는다.

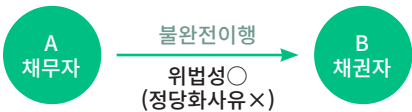


2014다227225: 이행거절이라는 채무불이행이 인정되기 위해서는 채무를 이행하지 아니할 채무자의 명백한 의사표시가 위법한 것으로 평가되어야 한다.

[B]에 대하여 이 사건 매매계약에 따른 잔금지급의무의 지체를 이유로 한 [A]의 계약 해제는 적법하다. 그리고 이러한 [A]의 해제로 이 사건 매매계약이 해소된 것을 두고 채무불이행인 이행거절이라고 볼 수는 없다.]

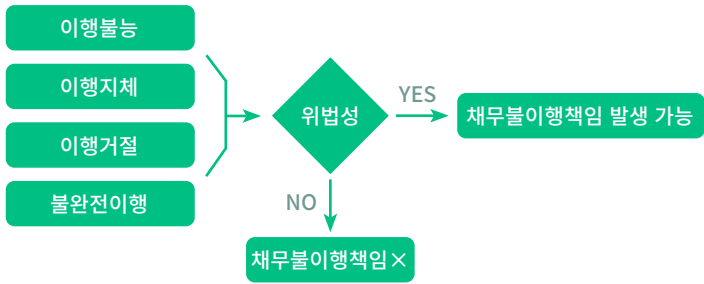
불완전이행과 위법성

- 1. 불완전이행이 위법해야,
 - 2. 불완전이행 책임이 인정될 수 있다.
- 그러나 이행을 불완전하게 했다면, 대부분 그 자체로 위법하다고 보아야 한다.



2000다47361: 채무불이행에[서] 확정된 채무의 내용에 좇은 이행이 행하여지지 아니하였다면 그 자체가 바로 위법한 것으로 평가되는 것이다[다.]

소결



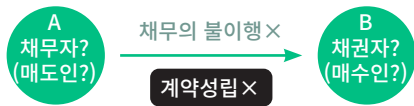
공통적 성립요건 중 전제적 요건: 채무의 불이행

채무 성립

- 1. 채무가 성립(formation)해야,
- 2. 채무의 불이행도 가능하다.

예를 들어, B가 A에게 어떤 물건을 매수하겠다는 청약을 한 뒤 입금까지 했다. 그러나 A는 승낙을 하지 않았다. 그러면 A가 그 물건을 보내주지 않더라도, A는 채무불이행책임을 지지 않는다. 왜?

- 1. 계약이 불성립해서,
- 2. 물건 인도채무도 불성립했기 때문이다.

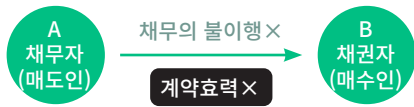


채무의 유효성

- 1. 채무가 유효(valid)해야,
- 2. 채무의 불이행도 가능하다.

예를 들어, A, B 사이에 필로폰 매매계약이 성립해서 매수인 B가 입금까지 했다. 그러나 매도인 A가 필로폰을 보내주지 않는다. A는 필로폰을 보내주지 않더라도, A는 채무불이행책임을 지지 않는다. 왜?

- 1. 처음부터 매매계약은 무효라서,
- 2. 필로폰 인도채무도 무효이기 때문이다.

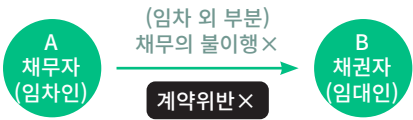


계약위반

- 1. 채무자가 계약을 위반(breach)해야,
- 2. 채무의 불이행도 가능하다.

예를 들어, A가 B의 건물 중 일부만 임차했다. 그런데 임차 부분에서 불이 나서, 건물의 다른 부분까지 불에 탔다. 화재 발생 원인은 불명이다. 그러면, A는 나머지 부분에 관해서까지는 채무불이행책임을 지지 않는다. 왜?

- 1. 적어도 건물의 다른 부분 훼손과 관련해서는,
- 2. 채무자(A)가 계약 위반한 것이 없기 때문이다(정확히는, 그러한 계약위반 사실이 증명되지 않았기 때문이다).



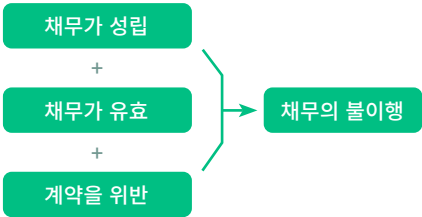
2012다86895전합: 임차인[A]이 임대인[B] 소유 건[물] 일부를 임차하여 사용 수익하던 중 임차 건물 부분에서 화재가 발생하[였다. 그리하]여 임차 건물 부분이 아닌 건물 부분(이하 ‘임차 외 건물 부분’이라 한다)까지 불에 타 [때문에] 임대인[B]에게 재산상 손해가 발생[했다.] ... [임차 외 건물 부분]에 발생한 손해에 대하여 임대인[B]이 임차인[A]을 상대로 채무불이행을 원인으로 하는 배상을 구하려[면 어떤 요건이 필요할까?]

[i] 임차인[A]이 보존 관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 **화재 발생과 관련된 임차인[A]의 계약상 의무위반이 있었음이 증명되[어야]** 한다. 그리고 [ii] 그러한 의무위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 상당인과관계가 있[어야] 한다. 그 래야만 임차인[A]은 임차 외 건물 부분의 손해에 대해서도 ... 임대인[B]에게 손해배상 책임을 부담[할 수 있]게 된다. ... [이 점은] 임차 외 건물 부분이 ... 구조상 불가분의 일체를 이루는 관계에 있는 부분이라 하더라도 마찬가지다.]

[이 사안에서] 임차인[A]...[이] 보존 관리의무를 위반하여 이 사건 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 이 사건 화재 발생과 관련된 [채무자(임차인) A]의 계약상 의무위반이 있었다고 보기 어[렵다. 그러]므로, 이 사건 임차 외 건물 부분의 손해에 대하여는 [채무자(임차인) A]에게 **채무불이행에 따른 배상책임이 ... 없다.**

위 판례는 임대차 목적물 아닌 건물 부분(임차 외 부분)에 관한 해석 사례다.

소결



연습문제

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 19.] 甲과 乙은 甲 소유의 건물 중 1층에 대하여 임대차계약을 체결하였으나 乙이 임차하여 점유하고 있던 건물 1층에서 발생한 화재로 건물 1층뿐만 아니라 甲이 점유하고 있던 건물 2층도 전소되었다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄱ. 건물 1층에서 발생한 화재가 甲이 지배, 관리하는 영역에 존재하는 하자 [때문에] 발생한 것으로 판단된다면, 특별한 사정이 없는 한 甲은 화재[에 따른] 목적물 반환의무의 이행불능[에 따른] 손해배상책임을 乙에게 물을 수 없다.
 - ㄴ. 건물 1층에서 발생한 화재가 그 발생 원인이 불분명한 경우라면 乙은 원칙적으로 화재[에 따른] 임대목적물 반환의무의 이행불능에 따른 손해배상책임을 지지 않는다.
 - ㄷ. 건물 1층과 구조상 불가분의 일체를 이루고 있는 건물 2층에서 발생한 재산상 손해에 대하여 乙에게 채무불이행에 기[초]한 손해배상을 청구하는 경우, 甲은 화재 발생과 관련된 乙의 계약상 의무 위반이 있었다는 사실을 주장, 증명하여야 한다.

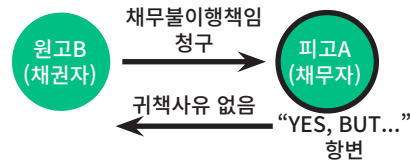
증명책임

문제점

- 1. 만약 소송에서 귀책사유, 위법성, 채무의 존재 여부에 쌍방 다툼이 있다면,
- 2. 누가 증명(prove)할 책임이 있는가?

귀책사유 관련 사실: 채무자가 증명

채무자(A)가 증명을 해야 한다.



왜 그럴까?

- 1. 일단 채무를 불이행했다면,
- 2. 일단 채무자(A)에게 귀책사유가 있다고 추정(presumption)되기 때문이다.

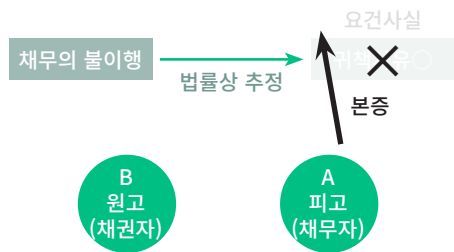


왜 법률상 추정일까? 조문을 보자. 원칙은 채무불이행책임을 지는 것이다. 예외로 귀책사유가 “없어야” 채무불이행책임을 안 진다.

민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자[A]가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자[B]는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자[A]의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

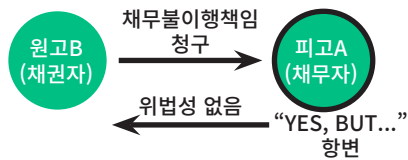
3. 실제로는 채무자(A)에게 귀책사유가 없다면? 그렇게 주장하는 사람(A)이 증명할 책임을 진다.

2015다249383: 일반적으로 채무불이행[에 따른] 손해배상청구[서] 그 불이행의 **권책사유에 대한 증명책임은 채무자[A]에게 있다.**



위법성 관련 사실: 채무자가 증명(원칙)

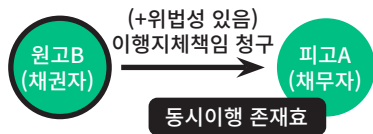
1. 채무불이행에 “위법성이 없다”고, 채무자(A)가 증명할 책임을 부담한다. 왜? 원래 불이행이 정당화되기 위해서는 특별한 사정이 필요하기 때문이다.



2011두2477: 지급시기에 채무를 이행하지 아니한 것에 대하여 **위법성을 조각**할 만한 행위에 해당하게 되는 **특별한 사정**이 있는 때에는 채무불이행이 성립하지 아니한다.]

세상 모든 일에서, 특별한 사정은 그 사정을 드는 자가 주장, 증명해야 한다.

2. 예외가 있다. 동시이행 관계에 놓인 쌍무계약 경우, 동시이행 관계가 해소되었다는 점은 채권자(B)가 증명해야 한다. 즉, 이때는 위법성 관련 사실에 관해 채권자(B)가 증명책임을 부담한다.



2001다3764: 쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우[는 어떻게 처리되나?] 일방[채무자A]의 채무[(금전지급의무)]의 이행기가 도래하더라도 상대방[B] 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무[(목적물인도의무)]를 이행하지 않아도 [채무자 A는] 이행지체의 책임을 지지 않[다.]

이와 같은 효과는 **이행지체의 책임**이 없다고 주장하는 자[(채무자A)]가 반드시 동시이행의 항변권을 행사하여야만 발생하는 것은 아니[다. 따라서 **채권자(B) 스스로 반대채무를 이행해서 채무자(A)의 동시이행항변권을 소멸시켰다는 점까지 증명해야 한다.**]

다음을 주의하라.

- 1. 원래 동시이행 관계는 피고가 항변 단계에서 주장, 증명해야만 판결에 반영한다(← 변론주의).

2005다53187: 동시이행의 항변권은 당사자[→ 피고]가 이를 **원용하여야** 그 인정 여부에 대하여 **심리할 수 있다.**]

- 2. 그러나 이행지체 책임 관련해서는, 원고가 청구원인 단계에서 스스로 동시이행 관계를 해소했다는 점도 주장, 증명해야 한다(← 동시이행 존재효).

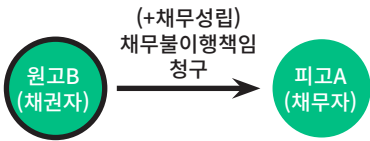
2026다202468: 비록 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절 권능[= 동시이행 관계(○ 불안 관계)]의 존재 자체로 **이행지체 책임은 발생하지 아니한[다.]**

채무: 성립 여부는 채권자, 효력 유무는 채무자, 위반 여부는 채권자가 증명



- 1. 채무 성립(formation) 여부: 채권자(B)가 “성립을” 증명할 책임을 진다. 계약이나 채권이 있다는 점 자체는 이를 주장하는 채권자가 증명하는 것이 당연하다.

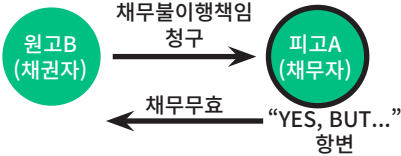
갑자기 모르는 사람이 와서, “혹시 예전에 나와 계약하지 않았느냐?” 하면서 채무불이행책임을 추궁한다고 생각해 보라! 도대체 무슨 계약을?



72다221: 원고[B]가 피고[A]에게 [174만] 원을 교부한 사실[이 있다.] 원고[B]는 위 [돈]의 수수관계는 소비대차로서 [1965.] 6. 22.에 변제 받기로 하고 ... **대여하였다고 주장** [한다. 그리고] 피고[A]는 ... 원고[B]의 주장을 적극적으로 부인하였[다.]

그것이 소비임차 [때문에] 수수되었다는 것은 이를 주장하는 원고[즉, 금전지급채무의 채권자] B가 **[증명]할 책임**이 있다.

2. 채무의 유효(valid) 여부: 채무자(A)가 “무효를” 증명할 책임을 진다. 일단 채권(채무)이 성립했다면, 특별한 사정이 없는 한 그 채무는 유효하기 때문이다. 만약 예외적으로 특별한 사정이 있다면? 그 특별한 사정을 주장하는 사람이 증명도 해야 한다.

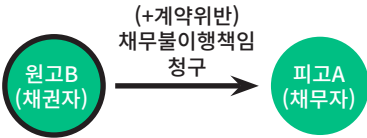


계약을 체결해 놓고 위반한 자를 상대로 배상을 요구하는데, 상대방이 “이 계약 무효일 수도 있지 않냐?” 하면서 배상을 거절한다고 생각해 보라! 도대체 왜?

90다19770: 매도인 측[(= 물건인도 채무자 A)]에서 매매계약이 불공정한 법률행위로 서 **무효라고 하려면** [어때야 하는가?]

객관적으로 매매가격이 실제가격에 비[교]하여 현저하게 헐값이[어야] 한다. 그리고 주 관적으로 매도인[채무자 A]이 궁박, 경솔, 무경험 등의 상태에 있었[어야] 한다. 또한, 매 수인 측[채권자 B]에서 위와 같은 사실을 인식하고 있었[어야] 한다. 매도인[채무자 A] 측은 위와 같은 **점을 주장[증명]**하여야 한다.

3. 계약위반(breach) 여부: 채권자(B)가 채무자(A)의 “불이행(의무위반)을” 증 명할 책임을 진다.



계약 상대방이 갑자기 “계약 위반한 것 아니냐?” 하면서 채무불이행책임을 추궁 한다고 생각해 보라! 도대체 무엇을 위반했길래?

2012다86895전합: 임차 외 건물 부분...에 발생한 손해에 대하여 임대인[채권자 B]이 임차인[채무자 A]을 상대로 채무불이행을 원인으로 하는 배상을 구하려면 증명할 사 형은 다음과 같다. [i] 임차인[채무자 A]이 보존 관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원 인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인[채무자 A]의 **계약상 의무위반이 있었[다 는 점.]** [ii] 그러한 의무위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 상당인과관계가 있[다 는 점.] ... [그리고 이러한 점 등]에 대하여 임대인[채권자 B]이 **주장 증명**하여야 한다.

[이 사건의 경우] 임차인[채무자 A]가 보존 관리의무를 위반하여 이 사건 화재가 발생 한 원인을 제공하는 등 이 사건 화재 발생과 관련된 [채무자 A]의 계약상 의무위반이 있 었다고 보기 어[렵]다. 그러므로, 이 사건 임차 외 건물 부분의 손해에 대하여는 [채무자 A]에게 채무불이행에 따른 배상책임이 ... 없다.

연습문제

2022년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 21.] 손해배상에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

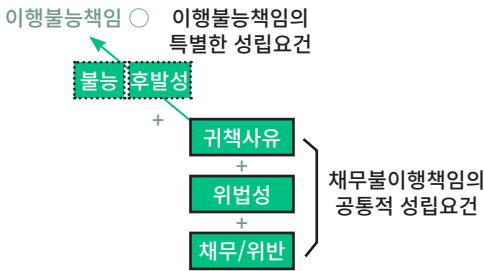
- ㄴ. 쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우, 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는 것이지만, 이와 같은 효과는 이행지체의 책임이 없다고 주장하는 자가 동시이행의 항변권을 행사하지 않는 경우에는 발생하지 아니한다.

이행불능책임 성립요건

요건

다음 요건이 추가로 필요하다.

- 1. 불능(impossibility): 이행할 수 없어야 한다.
- 2. 후발성(subsequent): 그것도, 채무 성립 후 그렇게 불가능하게 되어야 한다.



불능

채무의 이행을 할 수 없어야 한다. 언제 “불능”이라 볼 수 있는가?

- 1. 물리적으로(physically) 불가능해도 불능이다. 예를 들어, 중고 바이올린 1대를 인도할 채무가 있었는데, 그 바이올린이 불에 완전히 타 재가 된 경우.
- 2. 사실적으로(practically; *de facto*) 불가능해도 불능이다. 예를 들어, 어떤 다이아몬드 반지 1개를 인도할 채무가 있었는데, 이동 중 그 반지가 태평양 한가운데 빠진 경우.
- 3. 법률적으로(juristically; *de jure*) 불가능해도 불능이다. 예를 들어, 어떤 소 1마리를 인도할 채무가 있었는데, 가축 전염병 문제로 해당 지역 가축의 인도가 법으로 금지된 경우.
- 4. 경험적으로(experientially) 이행을 기대할 수 없어도 불능이다.

2000다22850: 채무의 이행이 불능이라는 것은 단순히 절대적, 물리적으로 불능인 경우가 아니다.[사회생활에[서의] 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자[B]가 채무자[A]의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다.

후발성

처음에는 이행할 수 있었지만, 계약 후 발생한 사유로 이행할 수 없게 된 경우여야 한다.

2016다212524: 계약 체결 후에 채무의 이행이 불가능하게 된 경우에는 채권자가 이행을 청구하지 못[한다. 그리고 [채권자는] 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구하거나 계약을 해제할 수 있다.

1. 처음부터(계약 체결 당시부터) 이행할 수 없었다면? 계약은 당연히무효다.
- 기억하는가? 원시적 불능(primary impossibility) 법리다. 태평양 한가운데 빠진 다이아몬드 반지를 매매하는 계약은, 원시적 불능 법리에 따라 당연히무효다.

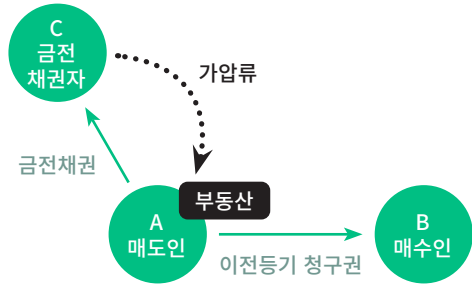
2016다212524: 계약 당시에 이미 채무의 이행이 불가능했다면 특별한 사정이 없는 한 채권자가 그 이행을 구하는 것은 허용되지 않[는다. 이때는 채무불이행책임이 아니라] 민법 제535조에서 정한 계약체결상의 과실책임을 추궁하는 등으로 권리를 구제받을 수 밖에 없다.

민법 제535조(계약체결상의 과실) ① 목적이 불가능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었[기 때문에] 받은 손해를 배상하여야 한다. ...

2. 계약이 무효라면? 채권(채무)도 무효다.
- 아무도 불가능한 것에 대해서는 의무를 질 수 없다(Nemo potest ad impossibile obligari; No one is bound to do the impossible).
3. 채무가 무효면? 채무자(매도인)는 채무불이행책임을 지지 않는다.
- 이처럼, 원시적 불능에서는 채무불이행책임 문제가 생기지 않는다. 이행불능이 성립하려면, 무효가 후발적이어야 한다. 즉, 후발성은 이행불능 성립요건이다.

사례: 부동산 가압류와 이행불능 여부

1. A가 부동산을 B에게 매도했다.
2. 그런데 매수인 B가 이전등기를 마치기 전에,
3. C가 자신이 A 상대로 금전 청구권이 있다면서 부동산 자체를 가압류 했다.

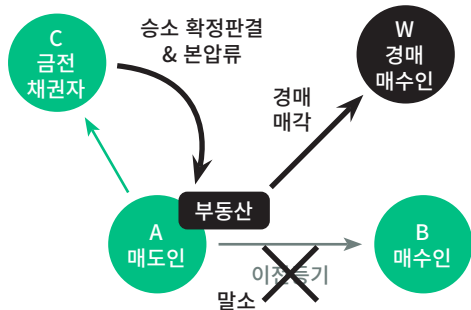


복습: 가압류는 금전채권자의 보전조치다. 보전조치라서, 확정판결에 근거하지 않고, 처분금지 효과가 있다.

-
- 민사집행법 제276조(가압류의 목적) ① 가압류는 금전채권[= C의 A에 대한 채권]...에 대하여 ... 부동산에 대한 강제집행을 보전하기 위하여 할 수 있다.
-
- 민사집행법 제293조(부동산가압류집행) ① 부동산에 대한 가압류의 집행은 가압류채권에 관한 사항을 등기부에 기입하여야 한다.
-

그러면 B의 A에 대한 이전등기 청구권은 이행불능인가? 아니다. A→B 이전등기는 가능하다. 즉,

1. 나중에 가압류채권자 C가 A 상대로 승소 확정판결을 받아 압류한 후, 경매에서 P에게 매각되면, 이때 가압류에 위반된 A→B 이전등기가 말소된다.



-
- 민사집행법 제24조(강제집행과 종국판결) 강제집행은 확정된 종국판결(終局判決)...에 기초하여 한다.
-
- 민사집행법 제83조(경매개시결정 등) ① 경매절차를 개시하는 결정에는 동시에 그 부동산의 압류를 명하여야 한다.
-
- 민사집행법 제135조(소유권의 취득시기) 매수인[P]은 매각대금을 다 낸 때에 매각의 목적인 권리를 취득한다.
-
- 민사집행법 제144조(매각대금 지급 뒤의 조치) ① **매각대금이 지급되면** 법원사무관등은 매각허가결정의 등본을 붙여 다음 각호의 등기를 촉탁하여야 한다.
2. 매수인[P]이 인수하지 아니한 부동산의 부담[= C의 가압류등기 + **A→B 이전등기**]에 관한 기입을 **말소**하는 등기
-

매수인 B로서는 가압류가 있으면 불안하다. 가압류를 없애야만 매매대금 지급하겠다고 항변할 수 있다. 가압류등기 말소와 매매대금 지급은 동시이행 관계다.

-
- 민법 제536조(동시이행의 항변권) ① 쌍무계약[A-B 매매계약]의 당사자 일방[B]은 상대방[A]이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. ...
-
- 2000다8533: 부동산의 매매계약[A-B]이 체결된 경우에는 매도인[A]의 소유권이전등기 의무, 인도 의무와 매수인[B]의 잔대금 지급 의무는 동시이행의 관계에 있는 것이 원칙이다.[다] 이 경우 매도인[A]은 특별한 사정이 없는 한 **제한이나 부담이 없는 완전한 소유권이전등기 의무**를 [진다].
-

[그러]므로 매매목적 부동산에 가압류등기 등이 되어 있는 경우에는 매도인[A]은 이와 같은 등기도 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 [한다.] 따라서 가압류등기 등이 있는 부동산의 매매계약에...서는 매도인[A]의 소유권이전등기 의무와 아울러 **가압류등기의 말소 의무도** 매수인[B]의 **대금지급 의무와 동시이행 관계**에 있다.]

2. 다만, 아직 가압류만 된 상태에서는, A→B 이전등기는 가능하다. 즉 불능이 아니다(원칙).

99다11045: 매수인[B]은 매매목적물에 대하여 **가압류집행**이 되었다고 하여 매매에 따른 소유권이전등기가 불가능한 것도 아니[다.]

3. 왜? 가압류는 법원이 가압류채권자 C 얘기만 듣고 일단 임시로 내리는 조치라서, 여러 이유로 중간에 실효될 수도 있기 때문이다.

민사집행법 제283조(가압류결정에 대한 채무자[A]의 이의신청) ① 채무자[A]는 가압류결정에 대하여 이의를 신청할 수 있다.

민사집행법 제286조(이의신청에 대한 심리와 재판) ① 이의신청이 있는 때에는 법원은 ... 당사자 쌍방[C, A]이 참여할 수 있는 심문기일을 정하고 당사자[C, A]에게 이를 통지하여야 한다.

③ 이의신청에 대한 재판은 결정으로 한다.

⑤ 법원은 제3항의 규정에 [따른] 결정으로 **가압류...를 ... 취소할 수 있다.** ...

민사집행법 제288조(사정변경 등에 따른 가압류취소) ① 채무자[A]는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 가압류... 취소를 신청할 수 있다. ...

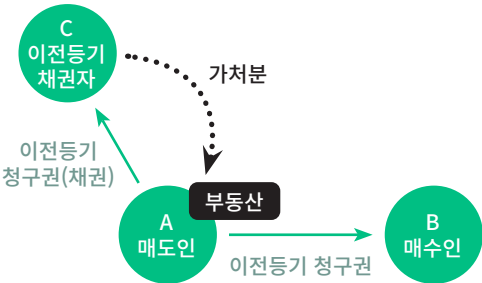
1. 가압류이유가 소멸되거나 그 밖에 **사정이 바뀔 때**

3. 가압류가 집행된 뒤에 **3년간 본안의 소를 제기하지 아니한 때**

③ 제1항의 규정에 [따른] 신청에 대한 재판에는 제286조 제1항[부터] 제4항[까지를] ... 준용한다.

사례: 부동산 가처분과 이행불능 여부

- 1. A가 부동산을 B에게 매도했다.
- 2. 그런데 매수인 B가 이전등기를 마치기 전에,
- 3. C가 자신이 A 상대로 이전등기 청구권이 있다면서 부동산 자체에 가처분을 했다.

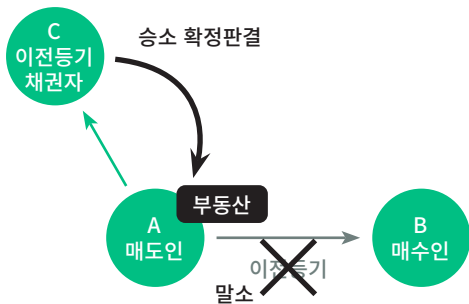


복습: 가처분은 비금전채권자(예: 등기청구권자)의 보전조치다. 보전조치라서, 확정판결에 근거하지 않고, 처분금지 효과가 있다.

-
- 민사집행법 제300조(가처분의 목적) ① 다툼의 대상에 관한 가처분은 현상이 바뀌면 당사자[C]가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 한다.
- 민사집행법 제305조(가처분의 방법) ③ 가처분으로 부동산의 양도...[를] 금지한 때에는 법원은 ... 등기부에 그 금지한 사실을 기입하게 하여야 한다.
-

그러면 B의 A에 대한 이전등기 청구권은 이행불능인가? 아니다. A→B 이전등기는 가능하다. 즉,

1. 나중에 가처분채권자 C가 A 상대로 승소 확정판결을 받으면, 이때 가처분에 위반된 A→B 이전등기를 말소할 수 있다.



부동산등기법 제94조(가처분등기 이후의 등기 등의 말소) ① 「민사집행법」 제305조 제3항에 따라 권리의 이전...등기청구권[= C의 A에 대한 이전등기 청구권]을 보전하기 위한 처분금지가처분등기가 된 후 가처분채권자[C]가 가처분채무자[A]를 등기의 무자로 하여 권리의 이전...등기를 신청하는 경우에는, ... 그 가처분등기 이후에 된 등기로서 가처분채권자[C]의 권리를 침해하는 등기[= A→B 이전등기]의 말소를 단독으로 신청할 수 있다.

처분금지가처분채권자가 가처분채무자를 등기의무자로 하여 소유권이전등기 또는 소유권이전(보존)등기말소등기 신청 등을 하는 경우의 업무처리지침

1. ... 부동산의 처분금지가처분채권자(이하 ‘가처분채권자’라 한다)[C]가 본안사건에서 승소하여... 그 확정판결의 정본을 첨부하여 소유권이전등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 제3자[B] 명의의 소유권이전등기가 [마쳐져] 있을 때에는 반드시 위 소유권이전등기신청[A→C]과 함께 단독으로 그 가처분등기 이후에 [마친] 제3자 명의의 소유권이전등기[A→B]의 말소신청도 동시에 하여 그 가처분등기 이후의 소유권이전등기[A→B]를 말소하고 가처분채권자[C]의 소유권이전등기[A→C]를 하여야 한다. ...
 4. ... 등기관이 1.항...의 규정에 따라 가처분채권자[C]의 신청에 [따라] 가처분등기 이후의 등기[A→B]를 말소하였을 때에는 직권으로 그 가처분등기도 말소하여야 한다. ...
-

91다12349: 부동산 처분금지가처분 등기가 유효하게 기입된 이후에도 가처분채권자 [C]의 지위만으로는 가처분 이후에 [마친] 처분등기[A→B]의 말소청구권은 없[다. 단지] 나중에 가처분채권자[C]가 본안 승소판결에 [따른] 등기[A→C]의 기재를 청구할 수 있게 되면서 가처분등기 후에 [마친] 가처분 내용에 위반된 위 등기[A→B]의 말소를 청구할 수 있[다.]

매수인 B로서는 가처분이 있으면 불안하다. 가처분을 없애야만 매매대금 지급하겠다고 항변할 수 있다. 가처분등기 말소와 매매대금 지급은 동시이행 관계다.

민법 제536조(동시이행의 항변권) ① 쌍무계약[A-B 매매계약]의 당사자 일방[B]은 상대방[A]이 그 채무이행을 제공할 때 까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. ...

98다13754: 부동산 매매계약[A-B]이 체결된 경우에는 매도인[A]은 특별한 사정이 없는 한 제한이나 부담이 없는 소유권이전등기 의무를 [진다. 그러므로] 매매목적 부동산에 처분금지가처분등기...가 기입되어 있는 경우에는 매도인[A]은 이와 같은 등기를 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 할 의무가 있다.

2. 다만, 아직 가처분만 된 상태에서는, A→B 이전등기는 가능하다. 즉 불능이 아니다(원칙).

92다20163: 매매목적부동산에 관하여 이미 제3자[C]의 처분금지가처분등기가 기입되었다 [하자. 그렇데]라도 ... 그것[으로] 곧바로 부동산 위에 어떤 지배관계가 생겨서 채무자[A]가 그 부동산을 임의로 타[B]에 처분하는 행위 자체를 금지하는 것은 아니다. 그러]므로 가처분등기로 ... 바로 계약이 이행불능으로 되는 것은 아니다.

92다20163: 매매목적부동산에 관하여 이미 제3자[C]의 처분금지가처분등기가 기입되었다 할지라도 이는 단지 그에 저촉되는 범위 내에서 가처분채권자[C]에게 대항할 수 없는 효과가 있다는 것일 뿐[이다.]

98다21366: 이러한 처분금지가처분은 처분금지에 관하여 상대적 효력을 가지는 것[이다. 따라]서 그 집행 후에도 채무자[A]는 [해당] 부동산에 대한 사용, 수익을 계속하면서 여전히 이를 처분할 수 있[다.]

이 상태에서는, A로서는 아직 가처분에 따른 손해도 없다고 본다.

98다21366: [그러므로] 비록 위 가처분의 존재로 ... [A가] 처분기회를 상실하였거나 그 대가를 제때 지급받지 못하는 불이익을 입었다고 하더라도 그것이 [해당] 부동산을 보유하면서 얻는 점용이익을 초과하지 않는 한 손해가 발생하였다고 보기 어렵다.

설사 [C의 부당 가처분 때문에 A가] 점용이익을 초과하는 불이익을 입어 손해가 발생하였다고 하더라도 그 손해는 특별한 사정[으로] 발생한 손해로서 가처분채권자[C]가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상책임을 진다.

3. 왜? 이 가처분은 가처분채권자 C 애기만 듣고 일단 내리는 임시 조치라서, 여러 이유로 중간에 실효될 수도 있기 때문이다.

민사집행법 제301조(가압류절차의 준용) 가처분절차에는 가압류절차에 관한 규정을 준용한다. ...

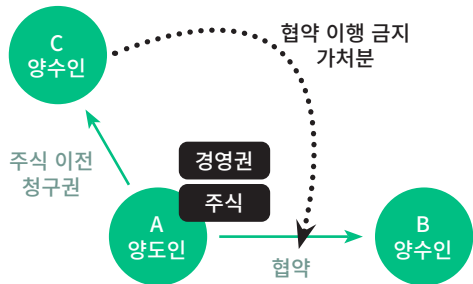
민사집행법 제283조(가압류결정에 대한 채무자[A]의 이의신청) ...

민사집행법 제286조(이의신청에 대한 심리와 재판) ...

민사집행법 제288조(사정변경 등에 따른 가압류취소) ...

사례: 이행 금지 가처분과 이행불능 여부

- 1. A가 주식과 경영권을 B에게 양도하는 내용의 협약을 체결했다.
- 2. 그런데 양수인 B가 양수 절차를 마치기 전에,
- 3. C가 자신이 A 상대로 주식 양수인이라면서 협약 이행 금지 가처분을 했다.



다툼의 대상에 관한 가처분(≡ 처분 금지 가처분)이 아니라, 임시 지위 지정 가처분(≡ 이행 금지 가처분)이다. 역시 보전조치라서, 확정판결에 근거하지 않는다.

민사집행법 제300조(가처분의 목적) ② 가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도 할 수 있다. ...

2024다205170: 甲 회사의 최대주인 [A가 C]와 사이에 甲 회사 주식에 관한 양도계약을 체결한 후 이행하지 않자, [C]는 [A를] 상대로 주식 양도청구 소송을 제기하였다. 한편, B는 [A]에게 제휴증거금 320억 원을 지급하며 위 소송에서 [A가] 승소하여 甲 회사 주식에 관한 분쟁이 해결될 것을 전제로 [A]로부터 위 주식 및 회사 경영권을 양수받기로 하는 이 사건 협약을 체결하였다.]

[가처분]법원은, [A는] 양도계약이 유효[한데]도 이 사건 협약을 체결하고 그 이행 및 이행준비 과정에서 양도계약[을] 위반한 행위를 하고 있어 [C]의 계약 목적 달성에 상당한 어려움을 초래할 가능성이 높다[고 보았다. 가처분법원은 이런] 이유로 [A]에 대하여 주식 양도청구 소송의 본안 판결 확정시까지 이 사건 협약의 이행 또는 이행준비에 속하는 행위를 금지하는 가처분 결정...을 하였다.]

그러면 B의 A에 대한 협약 이행 청구권은 이행불능인가? 아니다. A→B 협약 이행은 가능하다.

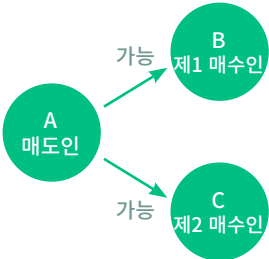
2024다205170: 이 사건 협약의 이행 또는 이행준비에 속하는 행위를 금지하는 내용의 관련 가처분결정이 내려져 [B]와 [A]의 경영정상화 협력의무 이행이 불가능하게 되었다. [다. 그렇다고] 하더라도, 그 결정은 관련 주식양도소송 판결 확정 시까지만 일시적, 잠정적으로 효력이 있는 것에 불과하다.]

위 소송에서의 판결이 확정되면 가처분결정의 효력은 상실되어 [A]의 협력의무 이행이 가능하게 될 수 있다. 이런 점 등에 비추어 보면, 관련 가처분결정이 확정될 무렵 [A]의 이 사건 협약에서 정한 협력의무가 **이행불능에 이르렀다고 볼 수 없다.**]

사례: 이중매매와 이행불능 여부

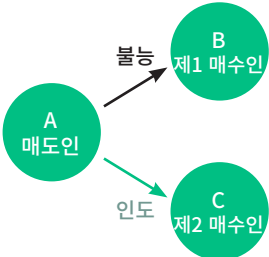
A가 같은 물건을 B에게도, C에게도 파는 이중매매를 했다.

- 1. 만약 A가 이중매매 계약만 하고 아직 B, C 누구에도 인도나 소유권이전등기를 하지 않은 상태라면? 두 매수인 B, C 중 누구에라도 이행할 수 있다. 즉, 그 상태라면 A의 B에 대한 그 인도나 소유권이전등기는 할 수 있다고 본다.
→ 이행불능×



96다14616: 매매목적물에 관하여 이중으로 제3자[C]와 매매계약을 체결하였다는 사실만 가지고는 매매계약이 법률상 이행불능이라고 할 수 없다.]

- 2. 만약 A에서 C로의 이전을 보전하는 가처분까지 되었다면? 그래도 아직 A의 B에 대한 그 인도나 소유권이전등기는 할 수 있다고 본다. → 이행불능×
- 3. 만약 A가 C에 인도나 소유권이전등기를 했다면? 물론, 물리적으로는 A가 C에게 돌려받은 다음 B에 넘겨줄 수는 있다. 하지만 채무자 A가 그렇게 하리라 기대할 수 없다. A의 B에 대한 그 인도나 소유권이전등기는 이제는 할 수 없다. → 이행불능○



2000다22850: 채무의 이행이 불능이라는 것은 단순히 절대적, 물리적으로 불능인 경우가 아니다.] 사회생활에[서의] 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자 [B]가 채무자[A]의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다.

74다1872: 부동산매매에[서] 매도인[A]이 그 목적물을 2중으로 제3자[C]에게 양도하여 소유권이전등기를 마쳐 주[었다. 그러면 매도인 A]의 매수인[B]에 대한 소유권이전 등기 의무가 이행불능의 상태에 있[게 된다.]

이중매매를 하면 형사적으로는? 이 문제는 계약금 제도를 배워야 이해할 수 있다. 차차 배우자. 일단, 배임죄가 “문제 될 수 있다” 정도로 기억하면 충분하다.

2017도4027전합: 부동산 매매계약에서 ... [B로부터] 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인[A]은 매수인[B]에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없다.

그러한 지위에 있는 매도인[A]이 매수인[B]에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 그 부동산을 제3자[C]에게 처분하고 제3자[C] 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 [주었다면? 이러한 행위는 매수인[B]의 부동산 취득 또는 보전에 지장을 초래하는 행위이다. 이는 매수인[B]과의 신임관계를 저버리는 행위로서 **배임죄**가 성립한다.

사례: 타인 권리 매매와 이행불능 여부

A가 K 소유 물건을 B에게 매도했다.

1. 매도인(A) 소유 물건이 아니라는 이유만으로는 → 이행불능×(원칙)

민법 제569조(타인의 권리의 매매) 매매의 목적이 된 권리가 타인[K]에게 속한 경우에는 매도인[A]은 그 권리를 취득하여 매수인[B]에게 이전하여야 한다.

2016다200729: 민법이 타인의 권리의 매매를 인정하고 있[다. 그]것처럼 타인의 권리의 증여도 가능하[다.] 이 경우 채무자[A]는 그 권리를 취득하여 채권자[B]에게 이전하여야 [한다. 그리고] 이 같은 사정은 계약 당시부터 예정되어 있는 것이[다. 그러므로] 매매나 증여의 대상인 권리가 타인[K]에게 귀속되어 있다는 이유만으로 채무자[A]의 계약에 따른 **이행이 불능이라고 할 수는 없다.**

따라서 그것만으로는 원시적 불능이 아니다. 즉, 매매계약은 유효하다. 어려움만으로는 법률행위(juristic act)가 무효로 되지 않는다(*Difficultas non vitiat actum*; Mere difficulty does not invalidate a legal act).

2. 여러 사정을 종합해 → 이행불능○(예외)

2007다65665: 원시적 불능인 급[여]를 목적으로 하는 ... 매매**계약**은 채권계약으로서도 무효[다.]

2016다200729: 이러한 경우 채무 이행이 확정적으로 불능으로 되었는지는 [어떻게 판단할까?] 계약의 체결에 이르게 된 경위와 경과, 채무자[A]와 권리를 보유하고 있는 제3자[K]와의 관계, 채무자[A]가 권리를 취득하는 것이 불가능하다고 단정할 수 있는지 여부, 채무의 이행을 가로막는 법령상 제한의 유무, 채권자[B]가 채무의 이행이 불투명한 상황에서 계약에서 벗어나고자 하는지 아니면 채무의 본래 내용대로의 이행을 구하고 있는지 여부 등의 여러 사정을 **종합적으로 고려**하여 신중히 판단하여야 한다.

다른 사람 물건을 임대한 경우도 비슷하다. 임대차는 매매에 가장 가까운 계약 이기에 같은 법원칙에 따른다(*Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit*; Lease and hire is the contract most akin to sale and is governed by the same legal rules).

94다54641: 임대인[A]이 임대차 목적물에 대한 소유권 기타 이를 임대할 권한이 없다고 하더라도 임대차계약은 유효하게 성립[한다.] 따라서 임대인[A]은 임차인[B]으로 하여금 그 목적물을 완전하게 사용, 수익케 할 의무가 있[다.]

[그렇]지만, 임차인[B]이 진실한 소유자[K]로부터 목적물의 반환청구나 임료 내지 그 해당액의 지급요구를 받는[다면? 이렇게] 임대인[A]이 임차인[B]으로 하여금 사용, 수익케 할 수가 없게 되었다면 임대인[A]의 채무는 이행불능으로 [된다.]

연습문제1

2022년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 21.] 손해배상에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 부동산의 등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분이 부당하게 집행되어 위 가 처분의 존재로 ... 소유자가 부동산의 처분기회를 상실하였거나 그 대가를 제때 지급 받지 못하는 불이익을 입었다고 하더라도, 그것이 [해당] 부동산을 보유하면서 얻는 점용이익을 초과하지 않는 한 손해가 발생하였다고 보기 어렵다.

연습문제2

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 3.] 甲은 2022. 1. 10. X 토지를 乙에게 1억 원에 매도하는 계약을 체결하였는데, 乙은 계약 당일 계약금 1,000만 원을, 2022. 3. 10. 중도금 4,000만 원을 지급하기로 하고, 2022. 5. 10. 잔금 5,000만 원을 지급하면서 甲으로부터 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부받기로 하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 매매계약의 성립 당시 X 토지가 甲의 소유가 아니라면 매매계약은 무효이므로 甲은 乙에게 X 토지의 소유권을 이전해 주어야 할 의무를 지지 않는다.

연습문제3

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 17.] 이행불능에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 매매의 목적이 된 부동산에 관하여 이미 제3자의 처분금지처분등기가 기입되었다 할지라도, 바로 계약의 이행이 불능으로 되는 것은 아니다.
- ② 채무불이행의 요건인 이행불능은 사회생활[에서]의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다.
- ③ 증여의 대상인 권리가 계약 당시 타인에게 귀속되어 있다면 증여자의 계약에 따른 이행은 불능이라고 보아야 한다.

- ④ 매매목적 부동산에 관하여 매도인이 이중으로 제3자와 매매계약을 체결하였다는 사실만 가지고는 선행 매매계약이 이행불능이라고 할 수 없다.
- ⑤ 임대차계약상 목적물을 사용, 수익하게 할 임대인의 의무는 임대인이 소유권을 상실하였다는 이유만으로는 불능하게 된 것이라고 단정할 수 없다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 23.] 채무불이행에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

르. 매매의 목적이 된 부동산에 관하여 이미 제3자의 처분금지가처분의 등기가 기입되어 있다고 할지라도 그 가처분등기 [때문에] 소유권이전등기절차 이행이 불가능하게 되어 바로 매매계약이 이행불능으로 되는 것은 아니다.

연습문제5

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 29.] 동시이행에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

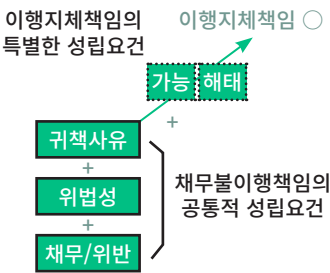
① 부동산 매매계약에서 매매 목적물인 부동산에 가압류등기가 되어 있는 경우, 특별한 사정이 없는 한 매도인의 소유권이전등기의무와 더불어 가압류등기 말소의무도 매수인의 대금지급의무와 동시이행관계에 있다.

이행지체책임 성립요건

요약

다음 요건이 추가로 필요하다.

- 1. 가능(practicable): 이행할 수 있어야 한다.
- 2. 이행 해태(neglect): 그런데도 이행기에 이행하지 않아야 한다.



가능

채무이행을 할 수 있어야, 이행지체가 될 수 있다. 이행할 수 없다면, 이행불능이 문제 될 뿐이다.

이행 해태

이행을 게을리해서 하지 않아야, 이행지체가 될 수 있다. 이행 해태(neglect)라 부른다.

- 1. 확정기한(definite term)이 있는 경우: A가 B에게 2024. 10. 22.까지 돈을 주기로 했다. 기간이 지나도 A가 변제하지 않는다. 그러면 A는 변제기일 다음 날인 2024. 10. 23.부터 지체책임을 진다.



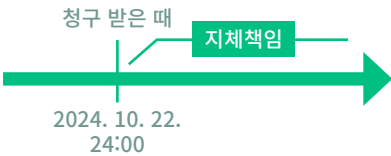
민법 제387조(이행기와 이행지체) ① 채무이행의 확정된 기한이 있는 경우에는 채무자 [A]는 기한이 도래한 때로[→ 다음 날]부터 지체책임을 있다. ...

- 2. 불확정기한(indefinite term)이 있는 경우: A가 B에게 돈을 주기로 했다. 이때 A는 B의 할아버지가 사망하면 주기로 했다. B의 할아버지가 2024. 9. 10. 사망했는데도 A가 변제하지 않는다. A는 2024. 10. 22.에 그 사망 사실을 알게 되었다. 그러면 A는 2024. 10. 23.부터 지체책임을 진다.



민법 제387조(이행기와 이행지체) ① ... 채무이행의 불확정된 기한이 있는 경우에는 채무자[A]는 기한이 도래함을 안 때로[→ 다음 날]부터 지체책임을 있다.

- 3. 기한이 없는(termless) 경우: A가 B에게 돈을 주기로 했다. 이때 지급일을 정하지 않았다. B는 2024. 10. 22. A에게 돈을 갚으라고 요청했다. 그러면 A는 2024. 10. 23.부터 지체책임을 진다.



민법 제387조(이행기와 이행지체) ② 채무이행의 기한이 없는 경우에는 채무자[A]는 이행청구를 받은 때로[→ 다음 날]부터 지체책임을 있다.

다음은 기억하라(복습).

- 1. 확정기한 있는 채무: 기한 도래 다음 날부터(← 객관적)
- 2. 불확정기한 있는 채무: 기한 도래 안 다음 날부터(← 주관적)
- 3. 기한 없는 채무: 이행청구 받은 다음 날부터

위법성(동시이행 관계 문제)

쌍무계약에 따라 채무가 동시이행 관계에 있다면, 상대방이 이행(제공)하지 않는 한, 이행지체책임을 지지 않는다.

위법성은 모든 채무불이행 유형의 공통적 성립요건이긴 하다. 그러나 특히 이행지체에서 의미가 크다. 그래서 다시 본다.

- 1. 매도인이 매매대금을 받지 못했다면? 변제기까지 물건 인도를 하지 않더라도 위법하지 않다. 이행지체책임을 지지 않는다.

민법 제536조(동시이행의 항변권) ① 쌍무계약의 당사자일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. ...

97다54604: 쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우 다음과 같다.] 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는다.]

90다19930: 매수인이 선이행하여야 할 중도금 지급을 하지 아니한 채 잔대금 지급일을 경과[했다. 이] 경우에는 매수인의 중도금 및 이에 대한 지급일 다음 날부터 잔대금 지급일까지의 지연손해금과 잔대금의 지급 채무는 매도인의 소유권이전등기 의무와 특별한 사정이 없는 한 동시이행 관계에 있[다.]

97다54604: [따라서] 그때[잔대금 지급기일]부터는 매수인[즉, 매매대금 지급의무의 채무자]은 중도금을 지급하지 아니한 데 대한 이행지체의 책임을 지지 아니한다.

- 2. 매도인이 물건을 반환받지 못했다면? 매매대금 반환을 하지 않더라도 위법하지 않다. 이행지체책임을 지지 않는다.

민법 제548조(해제의 효과, 원상회복의무) ① 당사자일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. ...

민법 제549조(원상회복의무와 동시이행) 제536조[쌍무계약에서의 동시이행항변권]의 규정은 전조의 경우에 준용한다.

95다28892: 부동산 매매계약이 해제되면 [법률관계는?] 그에 따른 원상회복으로서 매수인은 매매 목적물을 매대이전의 원상으로 복귀시켜 매도인에게 반환할 의무가 있[다.] 이러한 의무는 특별한 사정이 없는 한 매도인의 매매대금 반환의무와 서로 동시이행의 관계에 있[다.]

- 3. 수급인이 공사대금을 지급받지 못했다면? 하자(흠) 보수를 하지 않더라도, 또는 손해배상을 하지 않더라도 위법하지 않다. 이행지체책임을 지지 않는다.

민법 제667조(수급인의 담보책임) ② 도급인은 하자의 보수[를] 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다.

③ 전항의 경우에는 제536조[쌍무계약에서의 동시이행항변권]의 규정을 준용한다.

91다33056: 도급계약에[서] 완성된 목적물에 하자[흠]가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 하자의 보수를 청구할 수 있[다. 그리고] 그 하자의 보수[를] 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있[다.] 이들 청구권은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 보수지급청구권과 동시이행의 관계에 있다.

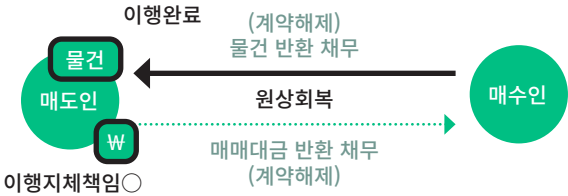
4. 임대인이 목적물을 반환(인도)받지 못했다면? 보증금 반환을 하지 않더라도 위법하지 않다. 이행지체책임은 지지 않는다.

2009다39233: 임대차계약기간이 만료되면 임대인[K]의 보증금반환의무와 임차인[Z]의 목적물반환의무는 특단의 사정이 없는 한 동시이행의 관계에 있다.]

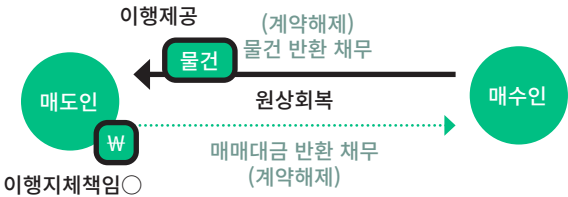
동시이행 관계에서 이행지체책임을 지우기 위한 요건

쌍무계약에 따른 동시이행 관계에서 어떻게 해야 상대방에게 이행지체책임을 지울 수 있을까? 매매계약 해제에 따른 원상회복 관계를 예로 들어 보자.

1. 한쪽이 자기 의무를 이행 완료 했다면? 상대방은 이제는 동시이행 항변을 하지 못한다. 그때부터 상대방은 이행지체책임을 진다.

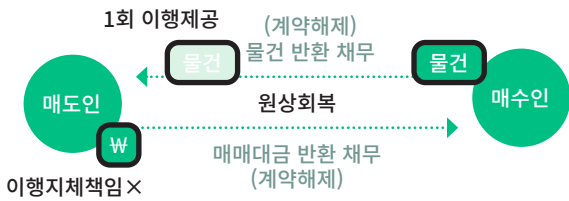


2-1. 한쪽이 자기 의무를 이행 제공했다면? 이행제공이 이루어진 동안은 상대방은 이제는 동시이행 항변을 하지 못한다. 그 범위에서(그 기간) 상대방은 이행지체책임을 진다.



2005다8637: 부동산 매매계약[이] 해제[되었다.] ... [매수인]이 ... [부동산 반환을 위한] 소유권이전등기에 필요한 제반 서류를 준비하여 두고 [매도인]에게 그 수령을 최고[했다. 이]로써 위 [매수인]으로서 위 최고일 이후로는 자신의 의무인 소유권이전등기 절차 의무에 관한 충분한 이행의 제공을 마치고 그러한 상태를 계속 유지하고 있었[다.] [그러]므로 [매도인]은 위 최고일 이후로는 매매대금 반환을 지체[한 데 따른] 책임을 면할 수 없[다. 즉, 이행지체책임을 진다.]

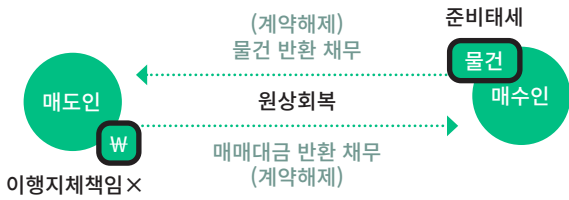
2-2. 한쪽이 자기 의무를 이행 제공했다가 그만두었다면? 상대방은 다시 동시이행 항변을 할 수 있다. 즉, 상대방은 그때부터는 다시 이행지체책임을 지지 않는다.



94다26646: 쌍무계약의 당사자 일방이 먼저 한 번 현실의 제공을 하고, 상대방을 수령 지체에 빠지게 하였다고 하[자. 그렇]더라도 그 이행의 제공이 계속되지 않는 경우는 **과거에 이행의 제공이 있었다는 사실만으로 상대방이 가지는 동시이행의 항변권이 소멸하는 것은 아니[다.]**

[그러]므로, 일시적으로 당사자 일방의 의무의 이행 제공이 있었으나 곧 그 이행의 제공이 중지되어 **더 이상 그 제공이 계속되지 아니하는 [기간]에는 상대방의 의무가 이행지체 상태에 빠졌다고 할 수는 없[다.]** 따라서 그 이행의 제공이 중지된 이후에 상대방의 의무가 이행지체되었음을 전제로 하는 손해배상청구도 할 수 없[다.]

3. 한쪽이 자기 의무의 이행태세 정도만 보였다면? 영향 없다. 여전히 상대방은 동시이행 항변을 할 수 있다.



91다38723: 채무... 이행...에... 상대방의 행위를 필요로 할 때에는 [어느 정도로 이행 제공해야 하는가?] 언제든지 현실로 이행을 할 수 있는 준비를 완료하고 그 뜻을 상대방에게 통지하여 그 수령을 최고하여야 [한다. 그래야] 상대방으로 하여금 이행지체에 빠지게 할 수 있는 것이[다.] 단순히 이행의 **준비태세를 갖추고 있는 것만으로는 안 된다.**

중간 결론

준비태세 → 제1회 제공 → 제공 중지 → 제2회 제공 → 이행 완료 경우, 제공 기간에 지체책임을 발생한다.



매매계약에서 물건 사용이익과 대금 이자 처리

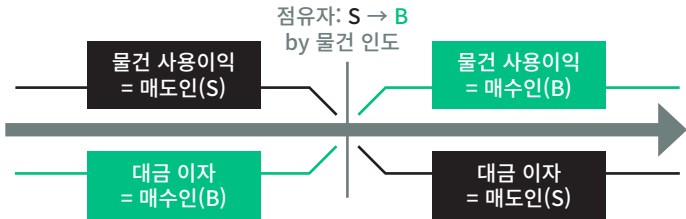
민법 제587조(과실의 귀속, 대금의 이자) 매매계약 있는 후에도 인도하지 아니한 목적 물로부터 생긴 과실은 매도인[S]에게 속한다. 매수인[B]은 목적물의 인도를 받은 날로부터 대금의 이자를 지급하여야 한다. ...

- 민법 제101조(천연과실, 법정과실) ① 물건의 용법에 [따라] 수취하는 산출물은 천연과실이다.
- ② 물건의 사용대가로 받는 금전 기타의 물건은 법정과실로 한다.

천연과실(예: 열매), 법정과실(예: 임대수익)에서 말하는 “과실”은 과실(果實; fruits)이다. 고의, 과실에서 말하는 “과실”은 과실(negligence; 過失)이다.

만약 매도인(S)이 물건 인도○, 매수인(B)은 대금 지급× 상황이면?

1. 물건 사용이익: 물건 인도 후부터는, 매수인(B)에 귀속 → 매수인(B)은 받은 물건을 점유하면서 얻는 사용이익을 그대로 보유하면 된다.
2. 대금 이자: 물건 인도 후부터는, 매도인(S)에 귀속 → 매수인(B)은 매도인(S)에게 이자(인도 다음 날부터 발생)만큼 지급해야 한다.

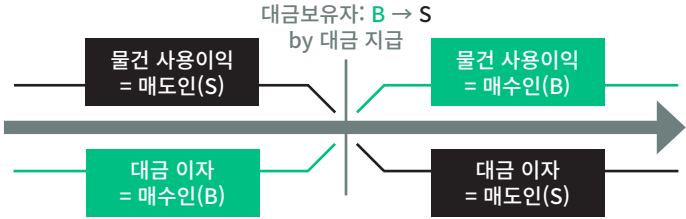


95다12682: 부동산의 매수인[B]이 아직 소유권이전등기를 [마치지] 아니하였다고 하더라도 매매계약의 이행으로 그 부동산을 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유, 사용할 권리가 생긴다.]

따라서 [매도인 S]로서는 [매수인 B]에 ... 민법 제587조에 따라 미지급 잔대금에 대한 법정이자 상당[(= 매도인 S 귀속 대상)]의 지급을 구[할 여지는 있다. 그러나 그와 별개로, 매매계약에 따라 부동산을 인도받은 매수인 B]의 위 각 부동산에 대한 점유, 사용 [(= 매수인 B 귀속 대상)]이 법률상 원인이 없는 이득이라고 하여 부당이득 반환 청구를 할 수는 없[다.]

만약 매도인(S)이 물건 인도×, 매수인(B)은 대금 지급○ 상황이면?

1. 물건 사용이익: 대금 지급 후부터는, 매수인(B)에 귀속 → 매도인(S)은 매수인(B)에게 사용이익(지급 다음 날부터 발생)을 지급해야 한다.
2. 대금 이자: 대금 지급 후부터는, 매도인(S)에 귀속 → 매도인(S)은 받은 대금을 보유하면서 얻는 이자를 그대로 보유하면 된다.



93다28928: 특별한 사정이 없는 한 매매계약이 있는 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인[S]에게 속[한다. 그러나] 매매목적물의 **인도 전이라도** 매수인[B]이 매매대금을 완납한 때에는 그 이후의 **과실수취권은 매수인[B]에게 귀속된다.**

만약 매도인(S)이 물건 인도×, 매수인(B)이 대금 지급× 상황이면?

- 1. 물건 사용이익: 매도인(S)에 귀속 → 매도인(S)은 안 준 물건을 점유하면서 얻는 사용이익을 그대로 보유하면 된다.
- 2. 대금 이자: 매수인(B)에 귀속 → 매수인(B)은 안 준 대금을 보유하면서 얻는 이자를 그대로 보유하면 된다.



2004다8210: 민법 제587조...는 매매당사자[S, B] 사이의 형평을 꾀하기 위하여 [다음과 같이 정했다. 즉,] ... 매매목적물이 **인도되지 아니하고 또한** 매수인[B]이 **대금을 [다 지급]하지 아니한 때**에는 매도인[S]의 이행지체가 있더라도 **과실은 매도인[S]에게 귀속** [된다. 그러므로 이 경우] 매수인[B]은 인도의무의 지체[에 따른] 손해배상금의 지급을 구할 수 없다.

95다14190: 특정물의 매매에[서] 매수인[B]의 **대금지급채무가 이행지체에 빠졌다 하더라도** 그 목적물이 매수인[B]에게 **인도될 때까지는** 매수인[B]은 매매대금의 이자를 지급할 필요가 없다[즉, **대금 이자는 매수인(B)에 귀속한다**]. 그러므로] 그 목적물의 인도가 이루어지지 아니하는 한 매도인[S]은 매수인[B]의 대금지급의무 이행의 지체를 이유로 매매대금의 이자 상당액의 손해배상청구를 할 수 없다.

만약 인도받지도 않았던 매수인(B)이 물건 사용이익을 보유하게 되었다면? 물건 사용이익은 매도인(S)에 귀속해야 할 몫이므로, 매수인(B)은 매도인(S)에게 그만큼을 부당이득으로 반환해야 한다.

91다32527: 부동산매매에[서] 목적부동산을 제3자[Z]가 점유하고 있어 인도받지 아니한 매수인[B]이 ... 미리 소유권이전등기를 [마쳤다.]

[그렇다]고 하여도 아직 매매대금을 [다 지급]하지 않은 이상 부동산으로부터 발생하는 과실은 매수인[B]이 아니라 매도인[S]에게 귀속되어야 한다. ... 결국 ... [매수인 B]는 [매도인 S]에게 [제3자 Z로부터 받은 임대료 등 상당 돈]을 부당이득으로서 반환할 의무가 있[다.]

연습문제1

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 27.] 甲은 자기 소유의 X 토지에 Y 건물을 신축하기 위하여 乙과 공사대금을 2억 원으로 하는 Y 건물 공사도급계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ④ 乙이 완성한 Y 건물에 하자가 있어 甲이 하자보수[를] 갈음하여 1억 원 상당의 손해 배상청구권을 행사한 경우, 특별한 사정이 없는 한 甲의 공사대금 지급채무는 이행 지체에 빠지지 않고, 甲이 하자보수[를] 갈음한 손해배상채권을 자동채권으로 하고 乙의 공사대금 채권 2억 원을 수동채권으로 하여 상계의 의사표시를 한 다음 날 공사대금 지급채무가 이행지체에 빠진다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 29.] 동시이행에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ② 부동산 매매계약에서 매수인이 선이행하여야 할 중도금을 지급하지 않은 채 잔대금 지급일을 경과한 경우, 특별한 사정이 없는 한 매수인의 중도금 및 이에 대한 중도금 지급일 다음 날부터 잔대금 지급일까지의 지연손해금과 잔대금 지급의무는 매도인의 소유권이전등기의무와 동시이행관계에 있다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 30.] 甲은 2025. 2. 1. 乙에게 X 토지를 대금 2억 원에 매도하면서, 乙로부터 2025. 4. 1. 위 2억 원을 지급받음과 동시에 乙에게 X 토지를 인도하고 그 소유권이전등기를 마쳐 주기로 약정하였다. 이후 甲과 乙은 모두 2025. 4. 1.이 지나도록 위 매매계약에 따른 의무를 이행하지 않았다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄱ. 丙이 X 토지를 무단점유하고 있어 甲이 乙에게 X 토지를 인도하지 못하고 X 토지에 관한 소유권이전등기만 마쳐준 경우, 이후 乙이 甲에게 매매대금을 완납하지 않은 상태에서 丙으로부터 차입 상당 부당이득금을 받았다면 이를 甲에게 반환해야 한다.
- ㄴ. 乙이 2025. 5. 1. 甲에게 매매대금을 완납하였다면 X 토지를 인도받지 못했다고 하더라도 그 이후 X 토지에 대한 과실수취권은 乙에게 귀속된다.
- ㄷ. 乙이 甲으로부터 X 토지를 인도받지 못하고 乙 또한 매매대금을 지급하지 아니한 경우, 乙은 甲에 대하여 인도의무의 지체[에 따른] 손해배상금의 지급을 구할 수 있다.

불완전이행책임 성립요건

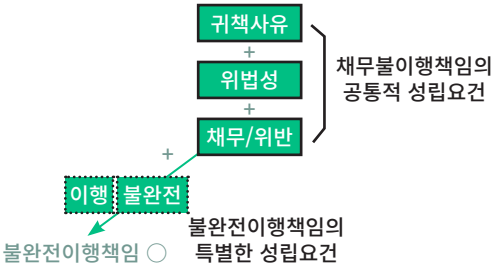
요건

다음 요건이 추가로 필요하다.

- 1. 이행행위(action): 이행행위가 있긴 있었다.
- 2. 불완전(defectiveness): 그러나 이행이 채무 내용대로 이루어지지 않았다.

2012다15060: 피고 디케이개발은 이 사건 아파트 1502호, 1503호, 1505호를 **복층구조로 사용할 수 있음을 전제로 수분양자들과 분양계약**을 체결하였[다. 그러]므로, [위 피고는] 건축법상 행정절차를 거쳐 수분양자들이 위 각 아파트를 복층구조로 사용할 수 있도록 조치한 후 수분양자들에게 이를 인도하였어야 [했다.]

[그런데도 위 피고는] 그러한 **행정절차를 거치지 않은 채** 수분양자들에게 위 각 **아파트**를 **인도**하[였다. 그 바람에] 수분양자들[은] 이를 복층구조로 사용하는 데 필요한 인테리어공사를 [해야 했다. 이것은] 불법행위 또는 분양계약의 **불완전이행**에 해당[한다.]



이행행위

- 1. 적어도 이행행위가 있어야 불완전이행이 될 수 있다.
- 2. 만약 이행행위가 아예 없었다면? 이행지체, 이행불능 등 문제만 있을 뿐이다.

불완전

이행에 하자가 있어야 한다.

- 1. 주는 채무의 하자: 예를 들어, 책을 인도받았는데 중간에 몇 쪽이 떨어져 나가는 경우. 토지를 인도받았는데 오염된 토양인 경우.

2013다522: 피고가 위와 같이 **오염된 토양을 정화하지 않은 채** 이 사건 각 토지를 **인도**한 것은 **불완전이행**에 해당한다[다. 따라서] 오염된 토양을 정화하는 데 필요한 비용 상당의 손해배상책임을 인정[할 수 있다.]

- 2. 하는 채무의 하자: 예를 들어, 의사가 진료를 해 주었는데 제대로 진료하지 않은 경우. 숙박업자가 제대로 관리하지 않아 화재로 투숙객이 사망한 경우.

2000다38718: 공중접객업인 숙박업을 경영하는 자가 투숙객과 체결하는 **숙박계약**[의 법률관계는?] 숙박업자가 고객에게 숙박을 할 수 있는 객실을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용할 수 있도록 하고 고객으로부터 그 대가를 받는 일종의 **일시 사용을 위한 임대차계약**[이다.]

객실 및 관련 시설은 오로지 숙박업자의 지배 아래 놓여 있다. 그러므로 숙박업자는 통상의 임대차와 같이 단순히 여관 등의 객실 및 관련 시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용, 수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가야 한다. 즉, 고객에게 위험이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련 시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담한다.

숙박업자가 이를 위반하여 고객의 생명, 신체를 침해하여 투숙객에게 손해를 입힌 경우 [어떻게 되나? 숙박업자는] 불완전이행[에 따른] 채무불이행책임을 부담한다.]

불완전이행에 따른 손해

이처럼 불완전이행을 하면 채권자에게 손해가 발생하게 된다. 그 손해는,

- 1. 계약 가액(예: 매매대금, 공사대금, 숙박료)보다 작거나 같을 수도 있다.
- 2. 계약 가액보다 클 수도 있다. → 확대손해(consequential damage) 또는 2차 손해

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 34.] 여관을 경영하고 있는 甲과 그 여관의 투숙객 乙의 법률관계에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

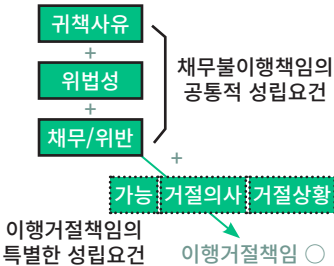
- ㄱ. 甲이 乙과 체결하는 숙박계약은 객실에 관한 일종의 일시 사용을 위한 임대차계약에 해당한다.

이행거절책임 성립요건

요건

다음 요건이 추가로 필요하다.

- 1. 가능(practicable): 이행할 수 있어야 한다.
- 2. 거절 의사(intention of refusal): 그런데도 채무자가 이행할 의사가 없어야 한다.
- 3. 거절 상황(situation): 채무자에게 이행을 기대할 수 있는 상황이 아니어야 한다.



가능

채무 이행을 할 수 있어야, 이행거절이 될 수 있다. 이행할 수 없다면, 이행불능이 문제 될 뿐이다.

거절 의사

채무자가 채권자에게 채무를 이행할 의사가 없음을 진지하고 종국적으로 표시해야 한다. 예를 들어,

1. 채무자가 정당한 근거 없이 계약이 무효라고 주장하며 이행하지 않는다면 이행거절에 해당한다.

93다1182: 민법은 채권자가 목적물의 수령을 지체하는 경우 채무자가 이를 공탁...할 수 있는 제도를 마련하고 있[다. 하지만] 이는 채무자가 계약 내용을 유지하려고 할 때에만 사용할 수 있을 뿐이[다. 따라서] 이 제도들만으로는 채무자의 보호에 불충실하[다.]

[그러]므로, 채권자에게 계약을 이행할 의사가 전혀 없고 채무자로서도 그 계약관계에서 완전히 벗어나기를 원한다면 [어떻게 처리해야 하는가?] 특별한 사정이 없는 한 채무자의 이러한 의사를 존중함이 신의성실의 원칙에 비추어 타당하[다.]

2. 그러나 채무자가 “지금은 못 주겠지만 기간을 좀 더 달라.”라고 한다면, 거절 의사가 종국적인 것이 아니다. 즉, 이행거절이 아니라 이행지체일 뿐이다.

결국 거절 의사 여부도 여러 사정을 종합해 판단할 수밖에 없다.

2015다11984: 채무자가 계약을 이행하지 않을 의사를 명백히 표시하였는지 여부는 [어떻게 판단할까?] 계약 이행에 관한 당사자의 행동과 계약 전후의 구체적인 사정 등을 종합적으로 살펴서 판단하여야 한[다.]

거절 상황

객관적으로도 채권자가 채무자의 이행을 더는 기대할 수 없어야 한다.

이행 해태(기한 도과) 여부는 관건이 아니다. 즉, 이행기 전이라도, 얼마든지 이행거절이 인정될 수 있다.

2015다11984: 계약상 채무자가 계약을 이행하지 않을 의사를 명백히 표시한 경우[는 다음과 같다.] 채권자는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제하거나 채무자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.

결론

채무불이행과 채무불이행책임

1. 이행불능(impossibility of performance) 상황 발생 → 이행불능책임
2. 이행지체(delay of performance) 상황 발생 → 이행지체책임
3. 불완전이행(defective performance) 상황 발생 → 불완전이행책임

4. 이행거절(refusal of performance; repudiation) 상황 발생 → 이행거절 책임

일반화

다음 모두를 “채무불이행”으로 일반화할 수 있다.

1. 이행불능
2. 이행지체
3. 불완전이행
4. 이행거절

즉,

1. 채무불이행 상황(event of default)이 발생하면,
2. 채무자는 채무불이행책임(default liability)을 질 수 있다.

민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. ...

2018다214210: 민법 제390조는 ... 채무불이행에 관한 일반조항주의를 채택하고 있다.

채무불이행과 증명책임

1. 채권자는 채무자가 채무를 불이행했다는 사실을 증명할 책임이 있다.
2. 채무자는 채무불이행책임을 면하기 위해 스스로 귀책사유나 위법성이 없다는 점에 관한 사실을 증명할 책임이 있다.

민법 제390조(채무불이행과 손해배상) ... 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

이행손해와 신뢰손해

Classification of Damages - Expectation and Reliance Damages

믿음이 끝난 곳에서 걱정은 시작되고,
걱정이 끝난 곳에서 믿음이 시작된다.
- R. C. Savage

머리에

채무불이행에 따른 손해

- 1. 채무불이행(non-performance imputed to obligor) 때문에 채권자 (obligee)가 입은 손실. 쉽게 말해, 계약위반에 따른 손해다.
- 2. 예: A가 B에게 물 펌프 1대를 주기로 했는데 주지 않아서 생긴 B의 손해

불법행위에 따른 손해

- 1. 불법행위(tort) 때문에 피해자(victim)가 입은 손실
- 2. 예: O가 와서 V 소유 물 펌프 1대를 부수어 생긴 V의 손해

2011다25695: 불법행위[에 따른] 재산상의 손해는 위법한 가해행위 [때문에] 발생한 재산상의 불이익[을 의미한다.] 즉 불법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 불법 행위가 가해진 이후의 재산상태의 차이를 말[한다.]

소결

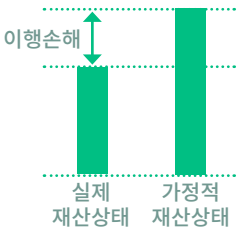
- 1. 손해는 채무불이행, 불법행위 모두에 따라 발생할 수 있다.
- 2. 이번 강의에서는, 채무불이행에 따른 손해를 본다.

이행손해

개념

이행손해(expectation damages): 다음 두 액수 차액

- 1. 제대로 이행되었을 때를 가정한(hypothetical) 채권자 재산상태
- 2. 제대로 이행되지 않은 결과 실제(actual) 채권자 재산상태



이행이익

이행손해를 배상해 주면, 채권자는 이행이 제대로 되었을 때의 상태로 될 수 있다. 그러한 상태를 이행이익(expectation interest)이라 부른다.

이행이익, 이행손해, 이행이익손해는 관점의 차이일 뿐 모두 같다.

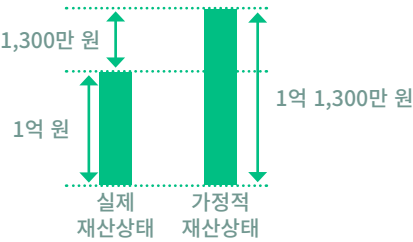
의의

- 1. 채무를 불이행하면 이행손해를 배상해야 한다.
- 2. 이행이익 배상을 통해 경제적으로는 채무가 이행된 것과 같게 만들어 준다.

2015다235766: 채무불이행을 이유로 ... 손해배상을 청구[하는 것은 어떠한가?] 채권자는 채무가 이행되었더라면 얻었을 이익을 얻지 못하는 손해를 입은 것이다. 그러므로 계약의 이행으로 얻을 이익, 즉 이행이익의 배상을 구하는 것이 원칙이다.

사례

위와 같이 중고 물 펌프 1대 매매계약이 있었지만, A는 계속 인도해 주지 않고 있다. 한편, B에게는 재산 1억 원이 있다고 하자. 이 상황에서 중고 물 펌프 1대 시세가 1,300만 원으로 올랐다.



- 1. 만약 제대로 인도가 됐더라면, B는 1,300만 원짜리 물 펌프 1대 소유자가 되었을 것이다. 이때의 가정적(hypothetical) 재산상태는 1억 1,300만 원(= 1억 원 + 1,300만 원)이다.
- 2. 그러나 실제로는 제대로 이행이 되지 않은 결과, B의 실제(actual) 재산상태는 1억 원이다.

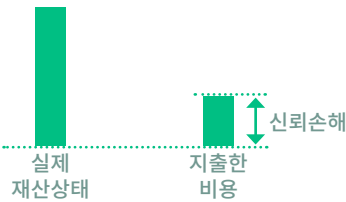
그러므로 이행이익은 그 차액 1,300만 원(= 1억 1,300만 원 - 1억 원)이다. A는 B에게 1,300만 원의 이행손해를 배상해 줘야 한다.

신뢰손해

개념

신뢰손해(reliance damages): 상대방을 신뢰하고 지출한 것이, 불이행 때문에 소용없게 되어 버린 손해. 쉽게 말해, “날려 버린” 돈이다.

- 1. 계약이 이행될 것으로 믿고 각종 비용을 지출했는데,
- 2. 알고 보니 이행이 안 되었다면? 그 지출은 모두 허사가 되고 말기 때문이다.



2001다53059: 계약체결을 신뢰한 상대방이 입게 된 상당인과관계 있는 손해로서 계약이 유효하게 체결된다고 믿었던 것에 [따라] 입었던 손해[를] 신뢰손해[라고 한다.] 예컨대, 그 계약의 성립을 기대하고 지출한 계약준비비용[이 있겠다. 즉,] 그러한 신뢰가 없었더라면 통상 지출하지 아니하였을 비용 [상]당의 손해[이다.]

신뢰이익

이러한 신뢰손해를 배상하면? 그 결과, 채권자가 신뢰하고 지출한 것이 소용 있게 된 것과 경제적으로 같은 상태로 만들 수 있다. 그러한 상태를 신뢰이익 (reliance interest)이라 부른다.

신뢰이익, 신뢰손해, 신뢰이익손해는 관점의 차이일 뿐 모두 같다.

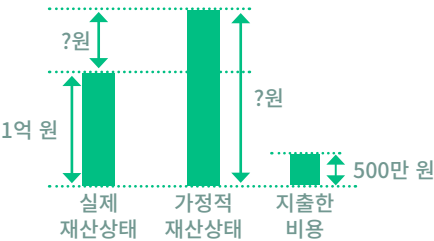
의의

- 1. 채무를 불이행하는데 이행손해 액수를 증명하기 어렵다면, 신뢰손해 배상으로 처리할 수도 있다.
- 2. 경제적으로 채무가 이행된 것처럼 만들지는 못한다. 단지 지출한 것을 보상해 준다.

사례

중고 물 펌프 1대 매매계약이 있었지만, A는 계속 인도해 주지 않고 있다. 그런데 B는 인도를 받을 줄 알고 이미 500만 원짜리 전기공급장치를 샀다.

전기공급장치는 그 자체 독자적으로는 아무런 가치가 없다고 가정하자.



- 1. 물 펌프를 받지 못해서, B는 결국 그 500만 원을 날리게 되었다. 그 500만 원은 신뢰이익이다.
 - 2. 한편, 이행이익은 알 수 없다.
- 그러면 A는 B에게 적어도 500만 원의 신뢰손해는 배상해 주어야 한다.

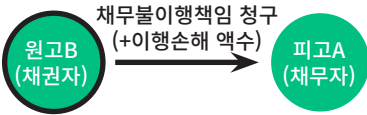
이행손해와 신뢰손해 관계

원칙: 이행손해 배상

- 1. 원칙적으로, 이행손해 배상을 구한다.

2002다2539: 채무불이행을 이유로 ... 손해배상을 청구하는 경우 이행이익의 배상을 구하는 것이 원칙이다.]

- 2. 그런데, 이행손해를 증명하는 것은 어렵다. 상대방이 계약 이행을 제대로 했더라면 내가 이익을 정확히 얼마 봤겠는가? 증명하기 막막하다.
- 3. 이행손해 배상 청구시, 이행손해 액수는 원고(B)가 증명해야 한다.

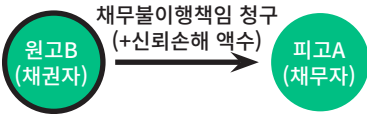


예외: 신뢰손해 배상

- 1. 그래서 예외적으로, 이행손해 대신 신뢰손해 배상을 구할 수도 있다.
- 2. 신뢰손해를 증명하는 것은 상대적으로 쉽다. 계약 이행을 믿고 내가 얼마 지출했는가? 어떤 경우는 영수증만으로도 증명할 수 있겠다.
- 3. 그래서 실제로도 이행손해 대신 신뢰손해 배상을 구하는 경우가 많다.

2015다235766: 채권자[B]는 [이행이익] 대신에 계약이 이행되리라고 믿고 지출한 비용[(즉, 신뢰이익)]의 배상을 채무불이행[에 따른] 손해라고 볼 수 있는 한도에서 청구할 수도 있다. 이러한 지출비용의 배상은 이행이익의 증명이 곤란한 경우에 그 증명을 용이하게 하기 위하여 인정[된다].

- 4. 신뢰손해 배상 청구시, 이행손해 액수를 원고(B)가 증명할 필요 없다.



제한: 과잉배상금지 원칙

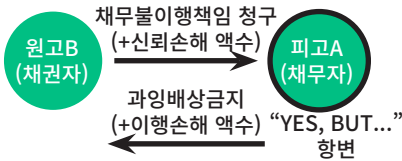
1. 다만, 그 경우에도 신뢰손해 배상은 이행손해 배상 범위를 초과하면 안 된다.

2002다2539: 신뢰이익은 과잉배상금지의 원칙에 비추어 이행이익의 범위를 초과할 수 없다.

2. 만약 이행손해가 0이라면? 신뢰손해 배상도 구할 수 없다.

2015다235766: 채권자[B]가 계약의 이행으로 얻을 수 있는 이익이 인정되지 않는 경우라면, 채권자[B]에게 배상해야 할 손해가 발생하였다고 볼 수 없[다. 그러]므로, 당연히 지출비용의 배상을 청구할 수 없다.

3. 신뢰손해 배상 청구시, 이행손해 액수는 피고(A)가 증명해야 한다.

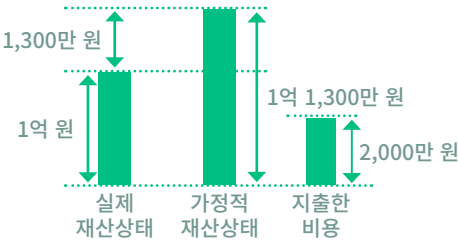


신뢰손해 배상을 청구하더라도,

- 1. 어차피 이행손해 배상 액수를 넘을 수 없다.
- 2. 그렇다면 처음부터 이행손해 배상을 청구하라고 하면 되지 않는가? 신뢰손해 배상을 구해도 된다고 하는 것에 무슨 의미가 있는가?
- 3. 증명책임이 누구에게 있는지가 달라 의미(실익)가 있다.

사례

중고 물 펌프 1대 매매계약이 있었지만, A는 계속 인도해 주지 않고 있다. 그런데 B는 인도를 받을 줄 알고 이미 2,000만 원짜리 전기공급장치를 샀다. 그 와중에 중고 물 펌프 1대 시가가 1,300만 원으로 올랐다.



- 1. 신뢰손해는 2,000만 원이다. B는 그만큼을 날렸기 때문이다.
- 2. 이행손해는 1,300만 원이다. B가 제대로 인도받았다면 그만큼 이익을 봤을 것이기 때문이다.

신뢰손해(2,000만 원)가 이행손해(1,300만 원)를 초과하는 상황이다.

1. 그러면 A는 B에게 2,000만 원이 아니라 1,300만 원만 배상하면 충분하다.
2. 다만, 이행손해가 1,300만 원이라는 점은 A가 증명해야 한다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 19.] 손해배상의 범위에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 채무불이행을 이유로 계약해제와 아울러 손해배상을 청구하는 경우, 이행이익의 배상[을] 갈음하여 신뢰이익의 배상도 구할 수 있고, 신뢰이익 중 계약의 체결과 이행을 위하여 통상적으로 지출되는 비용을 초과하는 비용은 특별한 사정[에 따른] 손해로서 상대방이 그 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었다면 이행이익의 범위를 초과하더라도 그 배상을 구할 수 있다.

제9강

채무자 재산 보전

Preservation of Chargeable Properties



William Holman Hunt, *A Converted British Family Sheltering a Christian Missionary from the Persecution of the Druids*, 1850, oil on canvas, 111 × 141 cm, Ashmolean Museum, Oxford

민사소송 및 민사집행의 기본구조에 관하여

- 채권자가 채무자에게 법적으로 권리가 있고 판결까지 받았다고 하더라도, 채무자에게 재산이 없으면 아무 소용이 없다. 채권자로서는 채무자의 재산을 지켜야 한다.
 1. 채무자가 재산을 처분하지 못하도록 사전적으로 조치할 수 있다. 이것이 **가압류, 가처분** 등 보전처분이다.
 2. 채무자가 제3자에 대한 권리가 있는데도 이를 행사하지 않는다면, 채권자가 그 권리를 대신 행사할 수도 있다. 이것이 **채권자대위권**이다.
 3. 채무자가 이미 재산을 처분했다면, 채권자가 이를 취소하고 재산을 채무자 앞으로 돌려놓을 수도 있다. 이것이 **채권자취소권**이다.
- 지금까지 공부한 그 어떤 법리보다 어렵다. 그러나 그 어떤 법리보다 중요하다. 반드시 정복하자.

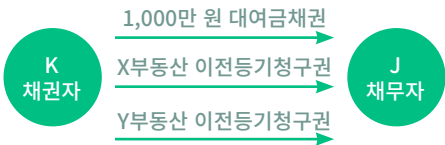
들어가며
Introduction

살갓 아래에서 끔찍한 꿈틀거림을 느꼈을 때, 남자는 깨달았다.
벌레들은 남자를 지키고 있던 것이 아니었다. 새끼를 지켰던 것이다.
- DarkAlliGator

문제 상황

채권자의 채무자에 대한 채권

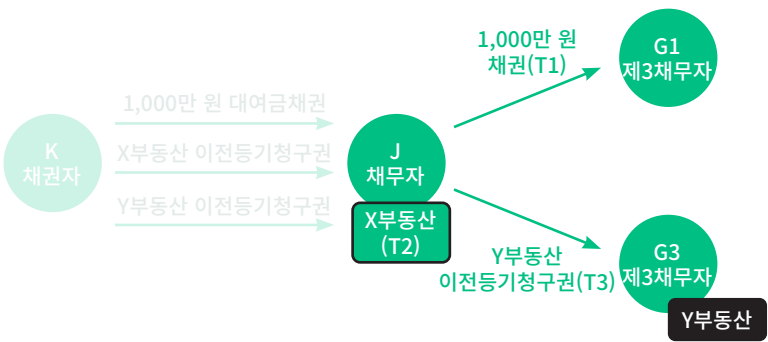
K는 J에게 각종 채권을 갖고 있다.



- 1. 금전채권 1,000만 원: K는 J에게 1,000만 원을 빌려주었다. 그러나 J는 돈이 없다면서 갚지 않고 있다.
 - 2. X부동산 소유권이전등기청구권: K는 J로부터 X부동산을 매수해서 대금을 모두 냈다. 그런데 J는 K 앞으로 등기를 이전하지 않고 있다.
 - 3. Y부동산 소유권이전등기청구권: K는 J로부터 Y부동산을 매수해서 대금을 모두 냈다. 그런데 J가 K 앞으로 등기를 이전하지 않고 있다.
- 그래서 K는 J를 상대로, 1,000만 원의 지급과 X부동산과 Y부동산의 각 소유권 이전등기를 구하는 소를 제기하려 한다.

채무자의 재산

그런데 J에게는 각종 재산(T1, T2, T3)이 있다.



- 1. 금전채권 1,000만 원(T1): J는 G1으로부터 1,000만 원 받을 권리가 있다. 1,000만 원 현금 자체는 G1 소유다. 그러나 J는 같은 액수의 채권(claim)을 재산으로 보유한다.

- 2. X부동산(T2): J는 X부동산(real property) 소유자다.
- 3. Y부동산 소유권이전등기청구권(T3): J는 G3로부터 Y부동산을 매수해 대금을 모두 냈지만, 아직 등기는 못 받았다. Y부동산 자체는 현재 G3 소유다. 그러나 J는 그 등기청구권(claim for registration)을 재산으로 보유한다.

이 등기청구권은 채권(claim)이다.

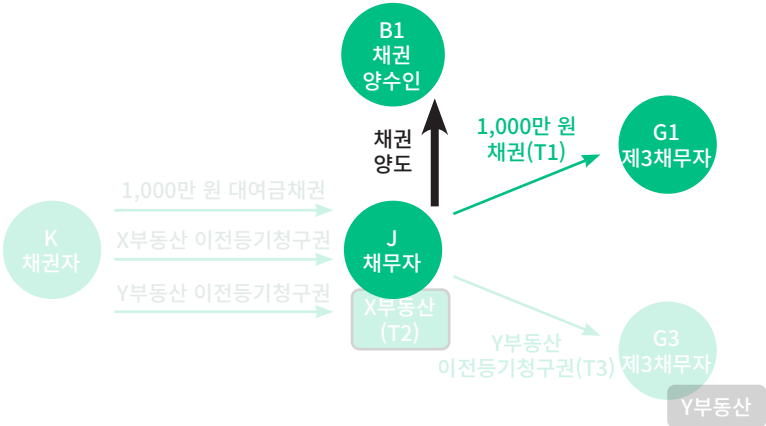
재산 처분의 유혹

머리에

눈치 9단인 채무자 J는 소송과 강제집행을 당하느니, 어떻게든 자기 재산을 처분하겠다고 마음을 먹는다.

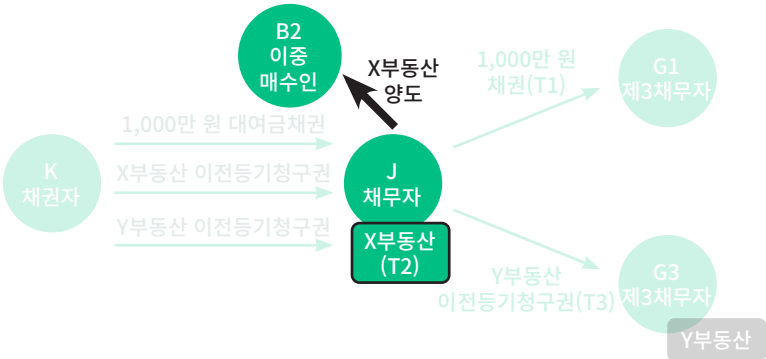
금전채권(T1) 처분

“G1에 대한 1,000만 원 채권(T1)을 제3자인 B1에게 넘겨야겠다(채권양도).”



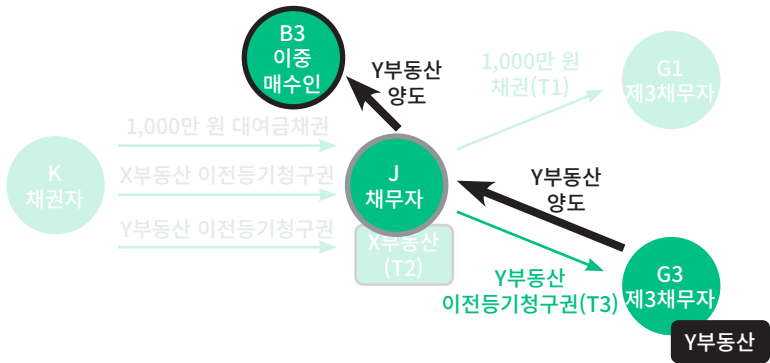
부동산(T2) 처분

“X부동산(T2)을 제3자인 B2에 넘겨야겠다(부동산 양도).”

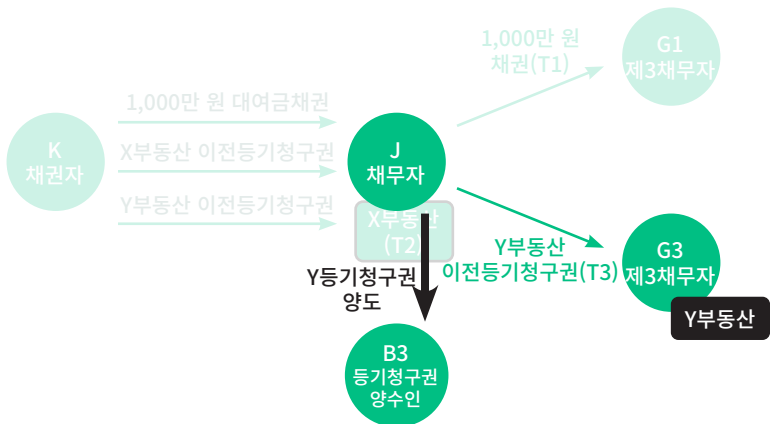


부동산등기청구권(T3) 관련 처분

1. 이후 부동산 처분: “Y부동산을 G3로부터 받은 다음에, Y부동산을 제3자인 B3에게 넘겨야겠다(부동산 양도).”



2. 등기청구권 자체 처분: “Y부동산에 관한 이전등기청구권(T3) 자체를 제3자인 B3에게 양도하겠다(소유권이전등기청구권 양도).”



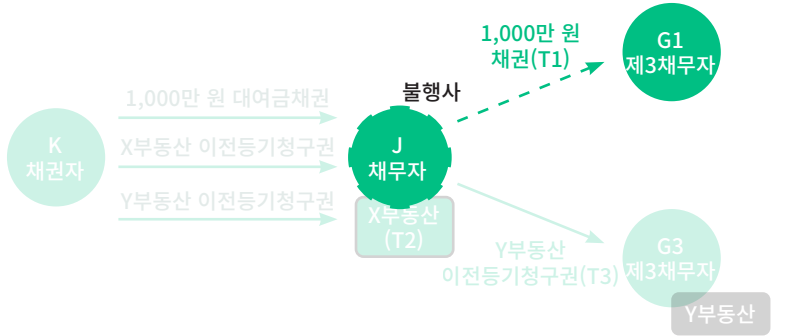
권리 불행사 유혹

머리에

또는, J는 어차피 강제집행을 당할 재산이라며, 굳이 권리를 행사할 필요가 없다고 생각할 수도 있다.

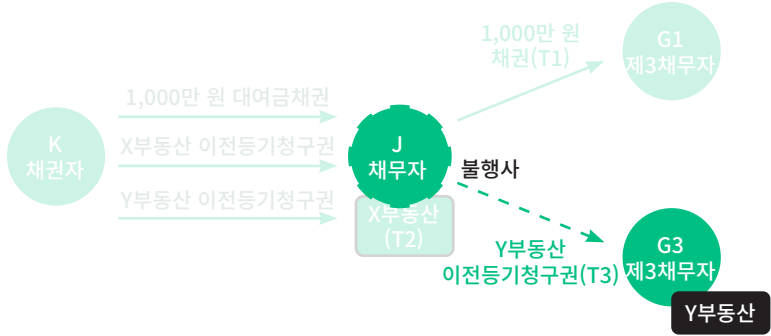
금전채권(T1)의 불행사

J는 G1으로부터 1,000만 원을 받을 권리가 있다. 그러나 그것을 받아 봤자 어차피 K 몫이 될 것이라며, 그 권리를 행사하지 않고 있다.



부동산등기청구권(T3)의 불행사

J는 G3로부터 Y부동산의 등기를 받을 권리가 있다. 그러나 그것을 받아 봤자 어차피 K 몫이 될 것이라며, 그 권리를 행사하지 않고 있다.



결론

문제점

- 1. 이처럼 채무자인 J는 여러 방법으로 채권자인 K에게 불이익을 줄 수 있다.
- 2. K는 채권자로서, 자신의 권리를 지키기 위해 각종 조치를 취할 필요가 있다.

보전처분

- 1. 만약 J가 곧 재산 처분을 할 것 같다면,
- 2. K는 보전처분(preservative measure)을 통해,
- 3. J가 재산 처분을 하지 못하도록 미리 막을 수 있다.

보전처분은 가압류, (처분금지)가처분을 말한다.

채권자취소권

1. 만약 J가 이미 재산 처분을 했다면,
2. K는 채권자취소권(revocation right of an obligee)을 통해,
3. 처분을 취소할 수 있다.

채권자대위권

1. J가 권리를 불행사하면,
2. K는 채권자대위권(subrogation right of an obligee)을 통해,
3. J의 권리를 대신 행사할 수 있다.

기초 개념
Basic Concepts

가장 높은 곳에 올라가려면, 가장 낮은 곳부터 시작하라. - Publilius Syrus

이행판결

개념

이행판결(performance judgment): 피고에게 이행을 명하는 판결

예: “원고에게 A를 인도하라”는 취지의 판결

이행판결 주문: “피고는 원고에게 ... 하라.”

- 1. 금전 지급: “피고는 원고에게 1,000만 원 및 이에 대한 2023. 7. 1.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.”
- 2. 동산 인도: “피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 물건을 인도하라.”
- 3. 부동산 인도: “피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 토지를 인도하라.”
- 4. 부동산 등기: “피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울남부지방법원 2023. 9. 2. 접수 제12345호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.”

“~하라”라는 점에 주목하라.

집행력?

이행판결은 이행을 명령한 것이지, 자동으로 이행이 된 것은 아니다. 따라서,

- 1. 이행판결에는 집행 문제가 남는다.
- 2. 확정된 이행판결은 집행권원이 된다. 즉, 이행판결에는 집행력(executive force; enforcement effect; enforceability)이 있다.

단, 의사진술을 명한 판결(등기절차 이행판결 등)은 예외다. 판결이 확정된 순간 집행이 시작되어 그 순간 집행이 완료된 것으로 보기 때문이다. 즉, 의사진술을 명한 판결에는 집행력이 없다.

95다37568: 채무자의 의사의 진술을 구하는 소송[에서] 그 청구를 인용하는 판결이 선고되고 그 소송이 확정되었다면 [어떻게 되는가? 확정과] 동시에 채무자가 ... 의사를 진술한 것과 동일한 효력이 발생[한다. 그러]므로 위 확정판결의 강제집행은 이로써 완료되는 것이고 집행기관[의] 별도 [집]행절차가 필요한 것이 아니[다].

이행의 소와 이행소송

- 1. 이행판결을 구하는 소를 이행의 소라 한다.
- 2. 이행의 소를 제기해 시작한 소송절차를 이행소송(action for performance)이라 한다.

등기청구 소송은 대표적인 이행소송이다. 즉, 등기절차 이행을 명하는 판결은 이행판결이다.

부동산등기법 제23조(등기신청인) ④ 등기절차의 이행...[을] 명하는 판결에 [따른] 등기 판결에 [따른] 등기는 승소한 등기권리자 또는 등기의무자가 단독으로 ... 신청한다.

판결 등 집행권원에 [따른] 등기의 신청에 관한 업무처리지침 2. 가. 1) 법 제23조 제4항의 판결은 등기신청절차의 이행을 명하는 **이행판결**이어야 하며, 주문의 형태는 “○ ○ ○ 등기절차를 이행하라”와 같이 등기신청 의사를 진술하는 것이어야 한다. ...

형성판결

개념

형성판결(constitutive judgment)이란, 법률관계를 형성하는 판결

1. 현재의 법률관계를 판결로 변경하거나,
2. 판결로 새로운 권리관계를 발생시키는 것

예: “공유물 A를 어떻게 분할한다”는 취지의 판결

형성판결 주문: 가령 “... 이혼한다.” “...을 취소한다.” “...을 분할한다.”

1. 이혼: “원고와 피고는 이혼한다.”
2. 공유물분할: “별지 목록 기재 토지를, 별지 도면 표시 ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅁ의 각 점을 차례로 연결한 선내 (가) 부분 70m²는 원고 소유로, 같은 도면 표시 ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅁ의 각 점을 차례로 연결한 선내 (나) 부분 30m²는 피고 소유로 분할한다.”
3. 계약취소: “원고와 피고 사이에 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2020. 9. 1. 체결된 매매계약을 취소한다.”

“~하라”가 아니라 “~한다”라는 점에 주목하라.

형성력

형성판결이 확정되는 순간, 자동으로 취소되거나 분할된다.

1. 이혼판결 확정으로, 부부의 혼인 관계는 종료되고,

83도1430: 이혼심판은 그 내용에 따라 일정한 법률관계를 발생 소멸 변경케 하는 소위 형성판결[이다.] 이혼심판이 확정되면 혼인관계는 해소[된다.]

2. 공유물분할판결 확정으로, 공유물은 법적으로 분할되며,
3. 계약취소판결 확정으로, 계약은 취소되어 무효로 된다.

이처럼, 판결 취지에 따라 기존의 법률관계 또는 법률상태를 변동시키는 힘을 형성력(formation force)이라 한다. 형성판결에는 형성력이 있다.

집행력?

형성판결 확정과 동시에, 이혼, 취소, 분할 자체는 끝난다. 따라서,

1. 형성판결은 집행 문제를 남기지 않는다.
2. 형성판결은 집행권원이 아니며, 집행력이 없다.
3. 물론, 판결 확정 순간 등기명이나 점유 같은 것까지 자동으로 변하는 것은 아니다. 이혼, 취소, 분할은 “법률상” 그렇게 됐다는 것일 뿐이다. 따라서 후속 조치는 필요하다.

83도1430: 이혼심판이 확정되면 혼인관계는 해소[된다.] 이에 기[초]한 이혼신고는 기왕에 발생한 법률관계에 관한 보고적 신고에 불과[하다.]

형성의 소와 형성소송

1. 형성판결을 구하는 소를 형성의 소라 한다.
2. 형성의 소를 제기해 시작한 소송절차를 형성소송(constitutive action)이라 한다.

형성의 소가 적법하려면, 명문의 근거 법률 규정이 있어야 한다. 그런 규정 없이 형성의 소를 제기하면 소각하 판결을 받는다.

2022그534: 법률관계의 변경, 형성을 목적으로 하는 형성의 소는 법률에 명문의 규정이 있어야 제기할 수 있다. 그리고 그 판결이 확정됨에 따라 효력이 생긴다.

확인판결

개념

확인판결(declaratory judgment): 법률관계를 확인하는 판결

예: “원고가 A 소유권을 가지고 있다는 것을 인정하라”는 취지의 판결

확인판결 주문: “...을 확인한다.”

1. 부동산 소유권 확인: “별지 목록 기재 부동산이 원고 소유임을 확인한다.”
2. 채무 부존재 확인: “별지 1 목록 기재 사고와 관련하여 별지 2 목록 기재 보험계약에 기초한 원고의 피고에 대한 보험금 지급채무는 존재하지 아니함을 확인한다.”
3. 채권 확인: “별지 목록 기재 건물에 관하여 원고와 피고 사이의 2023. 4. 1. 임대차계약에 따른 기간 2년, 임대차보증금 5,000만 원, 차임 매월 30만 원으로 된 임차권이 원고에게 있음을 확인한다.”

“~하라”가 아니라 “~확인한다”라는 점에 주목하라.

집행력?

확인판결은 어떤 법률관계를 확인할 뿐이다. 따라서, 당연히,

- 1. 확인판결은 집행 문제를 남기지 않는다.
- 2. 확인판결은 집행권원이 아니며, 집행력이 없다.

확인의 소와 확인소송

- 1. 확인판결을 구하는 소를 확인의 소라 한다.
- 2. 확인의 소를 제기해서 시작한 소송절차를 확인소송(declaratory action)이라 한다.

확인¹의 소가 적법하려면, 확인²의 이익이 있어야 한다. 쉽게 말해, 쓸데없이 확인을 구하는 소를 제기하면 소각하 판결을 받는다. 물론, 어느 소송이든 쓸데없는 소를 제기하면 소각하 판결을 받을 수 있지만, 특히 확인의 소에서 더 중요하다.

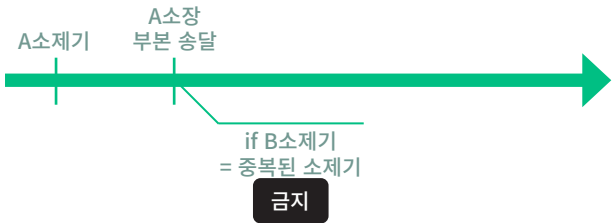
2014다30803: 확인의 소는 [언제 허용되는가?] 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안, 위험이 있[어야 한다. 그리고] 확인판결을 받는 것이 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효, 적절한 수단[이어야 한다. 그 요건을 모두 갖춰야] 허용된다.

	이행판결	형성판결	확인판결
기판력	○	○	○
집행력	○ (단, 등기청구 소송 경우 ×)	×	×
형성력	×	○	×

후소 금지

중복된 소제기 금지

이미 소제기를 해서 소송 계속 중이면? 같은 내용으로 또 소제기를 할 수 없다. 후소는 부적법해 각하한다. 전소로도 충분해 굳이 후소를 제기할 이유가 없다.



민사소송법 제259조(중복된 소제기의 금지) 법원에 계속[된] 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다.

59다310: 어떤 소송물(청구 원인이 된 권리 또는 법률관계)에 대한 소송이 계속 중 기 [존] 당사자 간에 동일 소송물에 대한 별소가 제기[된다고 하자. 그로] 인한 심리의 중복 을 피하고 동일사항에 대한 판결의 모순 저축[에 따른] 혼란을 방지[할 필요가 있다. 이 를] 위하여 이중 제소를 금지하는 규정[이 민사소송법 제259조다. 후소 각하판결을 내 려야 한다.]

전소와 후소 구별은 소장 부분 송달의 전후(= 소송 계속 전후)로 구별한다.

2010두7796: 이 경우 전소와 후소의 판별기준은 소송계속의 발생 시기, 즉 소장...이 피고에게 송달된 때의 전후에 의[한다.]

소취하 후 소제기 금지

이미 소제기를 해 판결까지 받고 나서 취하였다면? 같은 내용으로 또 소제기를 할 수 없다. 후소는 부적법해 각하한다. 전소 판결을 받고 취하하는 것은, 결국 법원을 농락한 셈이기 때문이다.



민사소송법 제267조(소취하의 효과) ② 본안에 대한 중국판결이 있는 뒤에 소를 취하 한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다.

2021다275741: 이는 소취하로 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용해지고 다시 동 일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에서 나온 제 재적 취지의 규정이다.]

85다353: 재소금지의 원칙에 어긋나는 부적법한 소라[면] 주문에서 이 부분 소를 각하 하는 판결을 하여야 한다.

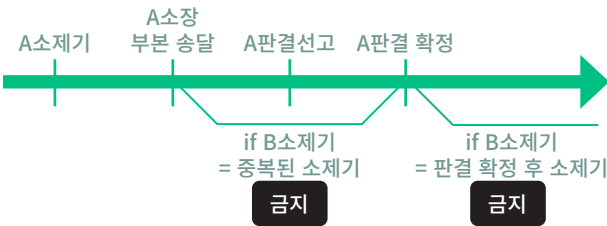
만약 전소를 판결선고 전 취하였다면, 후소를 제기할 수 있다.



민사소송법 제267조(소취하의 효과) ② 본안에 대한 중국판결이 있는 뒤에 소를 취하 한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다.

판결 확정 후 소제기 금지

이미 소제기를 해 확정판결을 받았다면? 같은 내용으로 또 소제기를 할 수 없다.



79다1275: 원고가 이 사건 소에 앞서 피고 [등을 상대로] 연대하여 [232만 5,000원]을 지급하라는 이 사건과 같은 내용의 보관금반환청구[의 소를] 제기하[였다. 전소에서] 피고[는] 원고에게 ... [116만 2,500원]을 지급하라는 부분은 인용되고 [나머지] 부분은 청구기각된 일부승소의 판결을 얻어 [위] 판결이 확정되었[다.]

[그렇]다면 [위] 확정판결 [효력은] ... 이 사건에 미친[다.]

- 1. 전소 판결이 청구기각(원고패소)이었다면, 후소에서도 그대로 청구기각 판결을 내린다. 전소 판결에 모순되어서는 안 되기 때문이다.

79다1275: 패소 부분에 해당하는 나머지 2분의 1 부분은 그와 모순되는 판단을 할 수 없[다. 따라서] 형식적으로 이를 기각하여야 한다.

- 2. 전소 판결이 청구인용(원고승소)이었다면, 후소에서는 원래 청구인용 판결을 내려야 한다. 다만, 대부분 권리보호이익이 없어 소각하 판결 대상이다.

79다1275: [원고의 이 사건 소 중 그 승소 부분에 해당하는 2분의 1 부분은 권리보호의 요건을 갖추지 못한 부적법[하다. 따라서] 이를 각하하여야 한다.]

청구인용 사유와 소각하 사유가 같이 있다면? 소각하 판결을 한다.

87누479: 원고의 이 사건 [소]는 어느 모로 보나 부적법하므로 본안판단[(= 인용이나 기각이나 판단)]에 들어갈 필요도 없이 각하되어야 한다.]

적용 범위

원칙적으로, 전소와 후소가 서로 같을 때 이러한 제한을 받는다.

- 1. 당사자(litigation party)가 같음: 만약 전소는 甲-乙 사이 소송이고, 후소는 丙-乙 사이 소송이면? 당사자가 달라 원칙적으로 후소 제기 가능하다.
- 2. 청구(claim)가 같음: 만약 전소는 매매대금 청구 소송이고, 후소는 손해배상 청구 소송이면? 청구가 달라 원칙적으로 후소 제기 가능하다.

청구를 “소송 목적(object of a lawsuit)”, “소송물(subject matter of a lawsuit)”이라고도 한다.

59다310: [중복소제기 금지 규정을] 적용[하려면?] 같은 당사자 간에 동일 소송물에 관하여 2개의 소송이 전후하여 제기되고 ... 전소가 현재 계속 중이어야 한다.]

94다42389: 본안에 대한 중급판결이 있는 후 소를 취하한 사람에게 미치는 재소 금지의 효력이란 동일한 당사자 사이의 동일한 소송물에 대한 것이다.]

2011다49981: 동일한 당사자 사이에서 전소의 소송물과 동일한 소송물에 대한 후소를 제기하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.

예외는 차차 배우자.

위반 효과

중복된 소제기 금지, 소취하 후 소제기 금지, 판결 확정 후 소제기 금지를 위반하면 어떻게 되나?

1. 후소 판결을 선고하는 단계에서 → 후소 각하(단, 청구기각 판결 확정 후 소제기 사안은 후소 청구 기각) 판결을 내려야 한다.
2. 이미 간과하고 후소 판결을 선고한 단계에서 → 후소 판결에 상소할 수 있다.

설령 후소 판결이 위법하더라도, 법원이 선고한 판결인 이상, 당연무효는 아니다. 후소가 판결이 아니라 화해나 조정으로 종결된 경우도 마찬가지다. 즉, 위법 but 일단 유효.

94다59028: 중복제소금지의 원칙에 위배되어 제기된 소에 대한 판결이나 그 소송절차에서 이루어진 화해라도 확정된 경우에는 당연무효라고 할 수는 없다.

후소 금지와 후 항변 금지

1. 이처럼, 전소(소제기)와 관계에서 후소(소제기)가 제한될 수 있다.
2. 전 항변과 관계에서 후 항변도 제한되는가?
3. 전 항변과 관계에서 후소(소제기)도 제한되는가?
4. 전소(소제기)와 관계에서 후 항변도 제한되는가?

상계 항변을 기준으로 설명한다.

1. 중복된 소제기 금지 법리로는 제한되지 않는다.

2021다275741: 상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중[이라 하자.] ... 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 별도로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다[→ 전소 & 후 항변 = 허용].

마찬가지로 먼저 제기된 소송에서 상계 항변을 제출한 다음 그 소송계속 중에 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도의 소나 반소로 제기하는 것도 가능하다[→ 전 항변 & 후소 = 허용].

2. 전 항변 사안 경우, 재소 금지 법리로도 제한되지 않는다.

2021다275741: [소취하 경우,] 상대방이 본안에 관하여 ... 진술 또는 변론을 한 뒤에는 상대방의 동의를 받아야 효력을 가[진다. 그러나 이]와 달리 소송상 방어방법으로서의 상계 항변은 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변[이다. 따라서 상계 항변은] 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있[다.] 그 경우 법원은 처분권주의의 원칙상 이에 대하여 심판할 수 없[다.]

따라서 [다음과 같다.] 먼저 제기된 소송의 제1심에서 상계 항변을 제출하여 제1심판결로 본안에 관한 판단을 받았[다. 그러다]가 항소심에서 상계 항변을 철회하였[다. 그렇]더라도 이는 소송상 방어방법의 철회에 불과하여 ... **재소금지 원칙이 적용되지 않[는]다.** 그러므로 그 자동채권과 동일한 채권에 기[초]한 소송을 별도로 제기할 수 있다[→ 전 항변 & 후소 = 허용].

3. 판결 확정 후 소제기 금지 법리(기판력)로는 제한될 수 있다.

민사소송법 제216조(기판력의 객관적 범위) ① 확정판결(確定判決)은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력(既判力)을 가진다[→ 전소 & 후소/후 항변 = 불허].
② 상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다[→ 전 항변 & 후소/후 항변 = 불허].

연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 58.] 중복된 소제기의 금지에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 중복된 소제기임에도 불구하고 이를 간과하여 진행된 소송절차에서 성립된 화해는 당연무효이다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 60.] 상계 및 상계항변에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 먼저 제기된 소송의 제1심에서 상계항변을 제출하여 제1심판결로 본안에 대한 판단을 받았다가 항소심에서 상계항변을 철회한 피고는 재소금지원칙에 따라 그 자동채권과 동일한 채권에 기한 소를 별도로 제기하는 것이 허용되지 않는다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 40.] 甲 종중이 소유한 X 임야를 乙이 무단으로 점유, 사용하고 있다. 이에 A는 甲 종중을 대표하여 乙을 상대로 차임 상당 부당이득반환청구의 소를 제기하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 제1심에서 乙이 甲 종중에 대해 가지는 공사대금채권을 자동채권으로 한 상계항변을 제출하였다가 이에 관한 본안판단을 받은 후 항소심에서 상계항변을 철회하였다면, 그 후 乙이 위 공사대금 지급을 구하는 별소를 제기하는 것은 부적법하다.

연습문제4

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 47.] 甲은 乙을 상대로 임대차 종료에 따른 임대차보증금 1억 원의 반환을 구하는 소를 제기하였고, 乙은 제1심 변론에서 甲에 대한 1,000만 원의 차임채권을 자동채권으로 상계한다고 주장하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ③ 乙은 위 소송의 제1심에서 상대방의 동의 없이 상계항변을 철회할 수 있다.
- ④ 위 소송계속 중 乙이 甲을 상대로 위 1,000만 원의 차임 지급을 구하는 별소를 제기하는 것은 부적법하다.

무자력

적극재산과 소극재산

1. 적극재산(positive property): 보통의 재산. 부동산, 동산, 채권 등

2004다2564: 채무자의 적극재산을 산정[할 때, 어떤 것을 포함하고 어떤 것을 제외해야 하는가?] ... 실질적으로 재산적 가치가 ... 없는 재산은 제외하여야 [한다.] 특히 그 재산이 채권인 경우에는 그것이 용이하게 변제를 받을 수 있는 것인지 여부를 합리적으로 판정하여 그것이 긍정되는 경우에 한하여 적극재산에 포함[해]야 [한다.]

2. 소극재산(negative property): 오히려 재산감소가 되는 재산. 빚(채무)

2004다2564: 채무자의 소극재산은 실질적으로 변제 의무를 지는 채무를 기준으로 [산정해야 한다.]

무자력

무자력(insolvent): “적극재산 < 소극재산” 상태. 즉, 재산보다 빚이 많은 상태.

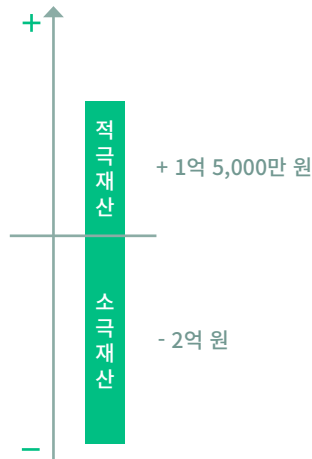
2004다2564: 무자력이란 채무자의 변제자력이 없음을 뜻[한다.]

2009다4787: 당시 [J]는 소극재산이 적극재산을 초과하여 무자력 상태에 있었[다.]

예를 들어, 어떤 사람의 재산상태가 다음과 같다고 하자.

- 1. 부동산 1억 원
- 2. 동산 3,000만 원
- 3. 채권 2,000만 원
- 4. 채무 2억 원

그러면,



1. 적극재산: 1억 5,000만 원(= 1억 원 + 3,000만 원 + 2,000만 원)

2. 소극재산: 2억 원

결국 총재산은 -5,000만 원이다. 따라서 무자력이다.

각자의 재산은 빚을 빼고 남은 것을 뜻한다(*Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*; No goods are recognized unless debts have been removed).

당사자능력

문제 상황

K가 J를 상대로 100만 원 받을 권리가 있다. J가 돈을 갚지 않자, 소를 제기하려 한다.

당사자능력 개념

1. 사람은 원고나 피고가 될 수 있다. 사람은 당사자능력이 있다.
2. 도롱뇽(동물), 피카추(상상의 존재), 이순신(사망자)이 원고나 피고가 될 수는 없다. 이들은 당사자능력이 없다.

이처럼 소송에서 당사자가 될 수 있는 능력을 당사자능력(admissibility to a litigant; capacity to be a party)이라 한다.

당사자능력 있는 사례(1)

권리를 갖거나 의무를 질 수 있는 능력을 권리능력(capacity of enjoyment of rights)이라 한다.

- 1. 민법상 권리능력이 있으면,
- 2. 민사소송법상 당사자능력이 있다.

민사소송법 제51조(당사자능력, 소송능력 등에 대한 원칙) 당사자능력(當事者能力), 소송능력(訴訟能力), 소송무능력자(訴訟無能力者)의 법정대리와 소송행위에 필요한 권한의 수여는 이 법에 특별한 규정이 없으면 민법, 그 밖의 법률에 따른다.

- 예를 들어,
- 1. 민법을 보면, 자연인(natural person)은 권리능력이 있다. 그러므로 자연인은 당사자능력이 있다. 물론, 생존한 사람을 말한다.

- 민법 제3조(권리능력의 존속기간) 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.
- 2. 민법을 보면, 법인(juristic person; corporation)도 권리능력이 있다. 그러므로 법인도 당사자능력이 있다. 삼성전자 주식회사, ○○의료법인, ××사단법인, △△재단법인 모두 당사자능력이 있다.

민법 제34조(법인의 권리능력) 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 [에서] 권리와 의무의 주체가 된다.

당사자능력 없는 사례

- 1. 민법상 권리능력이 없으면,
- 2. 원칙적으로, 당사자능력이 없다.

- 예를 들어,
- 1. 동물은 권리능력이 없으므로, 당사자능력이 없다. 도롱뇽, 강아지, 오랑우탄은 당사자능력이 없다.

2004마1148: 도롱뇽은 천성산 일원에 서식하[는] 도롱뇽목 도롱뇽과에 속하는 양서류 [다.] 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 소송을 수행할 당사자능력을 인정할 수 없[다.]

2012다118594: 민법이나 그 밖의 법률에 동물에 대하여 권리능력을 인정하는 규정이 없고 이를 인정하는 관습법도 존재하지 아니하므로, 동물 자체가 위자료 청구권의 귀속 주체가 된다고 할 수 없다. 그리고 이는 그 동물이 **애완견** 등 이른바 반려동물이라고 하더라도 달리 볼 수 없다. [권리능력이 없으므로, 당사자능력도 없다.]

- 2. 가상의 인물, 가상의 존재도 마찬가지다. 홍길동, 설록 홈스, 배트맨, 피카츄, 용가리, 등은 당사자능력이 없다.

56민상155: **실제하지 않는 자**를 당사자로 한 판결은 설사 확정되더라도 기판력과 형성력이 생하지 않는 것이[다.] 이 의미에서 [그러한 판결은] 무효[다.]

가상의 인물을 가설인(fictitious person)이라 부른다.

3. 사망한 인물도 마찬가지다. 이순신, 이완용, 도요토미 히데요시, 스티브 잡스 등도 당사자능력이 없다.

2010다105310: 민사소송에서 소송당사자의 존재나 당사자능력은 소송요건[이다.] 이 미 사망한 자를 상대로 한 소의 제기는 소송요건을 갖추지 않은 것으로서 부적법하다.]

당사자능력 없는 사람을 피고로 하는 판결은 당연무효다. 당사자 대립 구조 자체가 있지도 않은데 판결했기 때문이다. 판결이 단순히 위법한 정도를 넘어선 것이다. 즉, 위법 and 당연무효.

2013다94312: 이미 사망한 자를 피고로 하여 제기된 소는 부적법하여 이를 간과한 채 본안 판단에 나아간 판결은 당연무효로서 그 효력이 상속인에게 미치지 않[는다.] 채권자의 이러한 제소는 권리자의 의무자에 대한 권리행사에 해당하지 않[는다. 그러므로] 상속인을 피고로 하는 당사자표시정정이 이루어진 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한, 거기에는 애초부터 시효중단 효력이 없[다.]

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 54.] 소제기에 따른 시효중단의 효력에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 원고 甲이 乙의 사망 사실을 모르고 乙을 피고로 표시하여 제기한 대여금청구의 소에서 乙의 사망 사실을 간과한 청구인용판결이 확정되었다 하더라도 그 후 6개월 내에 다시 乙의 상속인 丙을 상대로 대여금청구의 소를 제기하였다면, 원고 甲의 피고 乙에 대한 소제기 시에 위 대여금채권의 소멸시효가 중단된다.

당사자능력 있는 사례(2)

- 1. 민법상 권리능력이 없어도,
- 2. 예외적으로, 당사자능력이 있을 수도 있다.

민사소송법 제52조(법인이 아닌 사단 등의 당사자능력) 법인이 아닌 사단이나 [법인 아닌] 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다.

예를 들어,

- 1. 법인 아닌 사단(= 비법인사단 = 권리능력 없는 사단)은 권리능력이 없다. 그런데도, 당사자능력이 있다.

예: ○○종중, @@교회(개신교)는 당사자능력이 있다.

- 2. 법인 아닌 재단(= 비법인재단 = 권리능력 없는 재단)도 권리능력이 없다. 그런데도, 당사자능력이 있다.



당사자적격

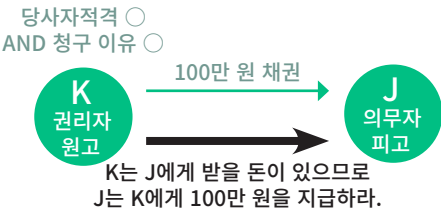
배경

K가 J를 상대로 100만 원 받을 권리가 있다고 하자.

당사자적격 개념

J가 돈을 갚지 않자, K는 소를 제기하려 한다.

- 1. 그러면 K가 원고가 되어야 한다(K는 당사자적격이 있다).



- 2. K의 친구 L이 “K를 위하여” 원고가 될 수는 없다(L은 당사자적격이 없다).

이처럼 당사자적격이란, 소송 당사자가 될 자격을 말한다. 즉, 본안판결을 받기에 적합한 자격이다. 소송수행권이라고도 부른다.

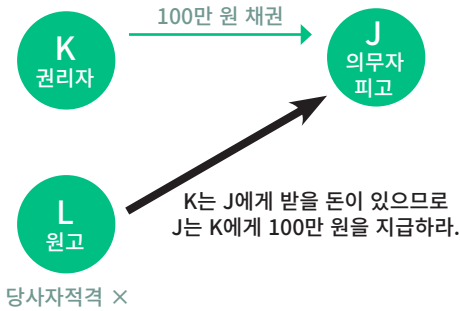
- 1. 만약 원고 또는 피고가 분쟁과 무관하다면? 또는,
 - 2. 만약 원고 또는 피고에게 판결을 해주어도 분쟁이 해결되지 않는다면?
- 그 경우 당사자적격(소송수행권)이 없다.

83다카1815: 민사소송 [중] 재산권상의 **청구**에 관하여는 소송물인 권리 또는 법률관계에 관하여 **관리처분권을 갖는 권리주체에게 당사자적격**이 있[다. 이것이] 원칙이[다.]

당사자적격 종류

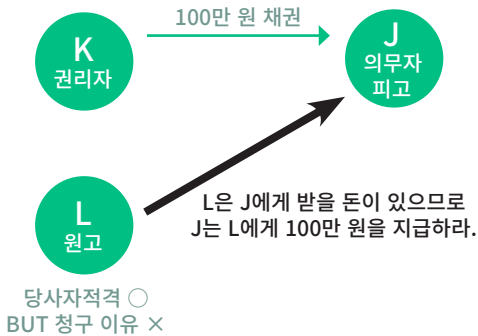
- 1. 원고적격(standing to sue): 원고가 될 자격
- 2. 피고적격(standing to be sued): 피고가 될 자격

당사자적격 없는 사례



- 1. L이 원고가 되어,
- 2. “피고(J)는 K에게 100만 원을 지급하라.”라는 소제기를 했다면?
- 3. 당사자적격(원고적격)이 없다. 따라서 소가 부적법하다.
- 4. L은 소각하(dismissal) 판결을 받는다.

주의: 당사자적격 있는 사례

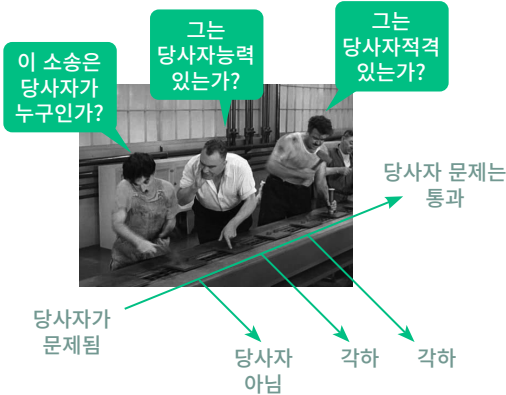


- 1. L이 원고가 되어,
- 2. “피고(J)는 원고(L)에게 100만 원을 지급하라.”라는 소제기를 했다면?
- 3. 당사자적격(원고적격)은 있다. 따라서 소는 적법하다.
- 4. 그러나 L은 실제로 J에 대한 채권이 없다. 따라서 청구기각(rejection) 판결을 받는다.

결국 이행소송에서 당사자적격은 원칙적으로 주장 자체로 판단한다. 즉, 증거 심리를 하지 않더라도, 소장 청구만 보고도 판단할 수 있다.

94다14797: 급[여]의 소에[서]는 원고의 청구 자체로서 당사자적격이 판가름되고 그 판단은 청구의 당부의 판단에 흡수[된다. 그러므로] 자기의 급[여]청구권을 주장하는 자가 정당한 원고이고, 의무자라고 주장된 자가 정당한 피고이다.

당사자능력과 당사자적격 관계
당사자능력이 있어야 당사자적격을 논할 수 있다.



1. 당사자확정: 소가 제기되면, 제일 먼저 이 소송에서 누가 당사자로 되었는지 판단한다.

예: 대체로 소장에 원고라 쓰여 있으면 원고이고, 피고라 쓰여 있으면 피고다.

94다61243: 당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인 사실을 종합하여 확정[한다.]

2. 당사자능력: 당사자능력은 이 소송이 어떤 소송인지와 상관없이 판단한다.

예: 도롱뇽, 피카츄, 이순신은 어떤 소송이든 간에 당사자능력이 없다. 살아 있는 자연인(L)은 어떤 소송이든 간에 당사자능력이 있다.

3. 당사자적격: 당사자적격은 어떤 소송이냐에 따라 달라질 수 있다.

예: 살아 있는 자연인(L)은 어떤 소송에서는 당사자적격이 있다. 어떤 소송에서는 당사자적격이 없다.

제3자 소송담당

머리에

제3자 소송담당은 당사자적격(standing to sue) 문제다. 즉, 원고적격 또는 피고적격 문제다.

제3자 소송 당사자적격

원래, 주장 자체로,

1. 남의 권리를 청구하면, 원고적격이 없다.
2. 남의 의무에 대해 청구하면, 피고적격이 없다.

결국 제3자 소송은 당사자적격이 없어서 부적법하다.

제3자 소송담당 개념

그러나 예외적으로, 제3자가 소송 당사자가 되는 것을 허용하기도 한다. 이것을 제3자의 소송담당, 짧게 소송담당(representative standing)이라 부른다.

- 1. 다른 사람의 권리나 의무에 관해 당사자적격(소송수행권)을 가지고,
- 2. 직접 소송 당사자가 되는 것이다.

이 점에서 소송담당은 대리(representation)와 다르다.

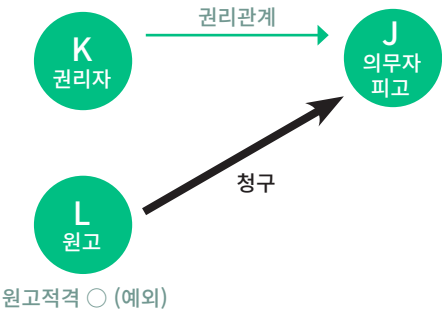
제3자 소송담당 발생원인

- 1. 법정 소송담당(representative standing by statute): 당사자 의사와 무관하게, 법률 때문에 발생하는 제3자 소송담당 관계
- 2. 임의적 소송담당(representative standing by contract): 당사자 의사에 따라 발생하는 제3자 소송담당 관계

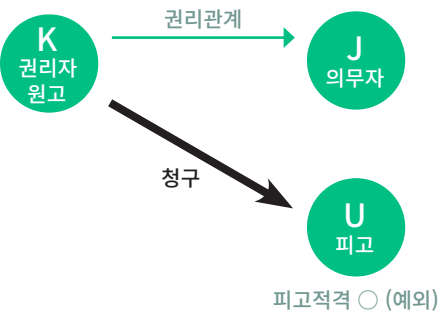
83다카1815: 비록 제3자라고 하더라도 법률[에서] 정하는 바에 따라 일정한 권리나 법률관계에 관하여 당사자적격이 부여되는 경우[(= 법정 소송담당)도 있다. 그리고 제3자가] 본래의 권리주체로부터 그의 의사에 따라 소송수행권을 수여 받음으로써 당사자적격을 인정하는 경우[(= 임의적 소송담당)]도 [일정 요건 아래] 허용된[다.]

제3자 소송담당 구조

- 1. 주장 자체로 권리자 아닌 자가, 원고로 되기도 한다.



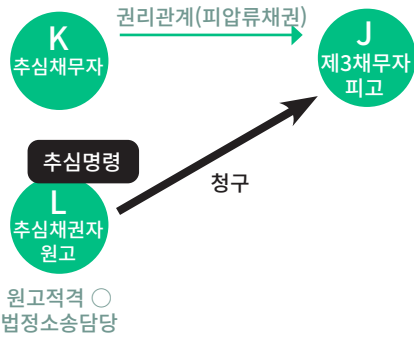
- 2. 주장 자체로 의무자 아닌 자가, 피고가 되기도 한다.



법정 소송담당

법률규정 때문에 제3자 소송담당 관계가 생기는 경우가 있다. 법정 소송담당 (representative standing by statute)이라 한다. 예를 들어,

- 1. 추심명령이 있으면, 채무자의 권리에 관해 추심채권자가 직접 소송 당사자가 될 수 있다. 추심명령이 있으면 그렇게 된다고 법률이 정해 놓았기 때문이다.

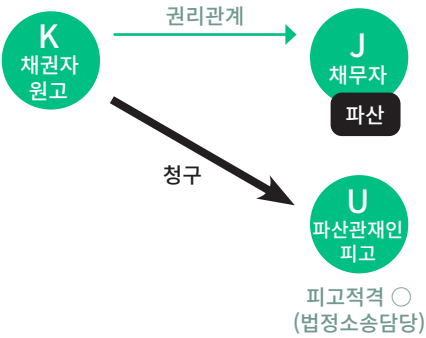


민사집행법 제229조(금전채권의 현금화방법) ② 추심명령이 있는 때에는 압류채권자 [L]는 대위절차(代位節次) 없이 압류채권을 추심할 수 있다.

민사집행법 제249조(추심의 소) ① 제3채무자[J]가 추심절차에 대하여 의무를 이행하지 아니하는 때에는 압류채권자[L]는 소로써 그 이행을 청구할 수 있다.

2016다35390: 금전채권에 대해 압류, 추심명령이 이루어지면 채권자[K]는 ... 대위절차 없이 압류채권[T]을 직접 추심할 수 있는 권능을 취득한다.

- 2. 채무자가 파산을 하면, 채무자의 권리에 관해 파산관재인이 직접 소송 당사자가 된다. 파산하게 되면 그렇게 된다고 법률이 정해 놓았기 때문이다.



채무자회생법 제305조(보통파산원인) ① 채무자[J]가 지급을 할 수 없는 때에는 법원은 신청에 [따라] 결정으로 파산을 선고한다.

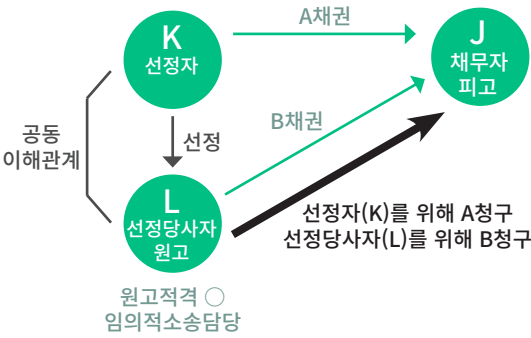
-
- 채무자회생법 제382조(파산재단) ① 채무자[J]가 파산선고 당시에 가진 모든 재산은 파산재단에 속한다.
-
- 채무자회생법 제384조(관리 및 처분권) 파산재단을 관리 및 처분하는 권한은 파산관재인[U]에게 속한다.
-
- 채무자회생법 제359조(당사자자격) 파산재단에 관한 소송에서는 파산관재인[U]이 당사자가 된다.
-

임의적 소송담당

합의로 제3자 소송담당 관계가 생기는 경우를 임의적 소송담당 (representative standing by contract)이라 한다.

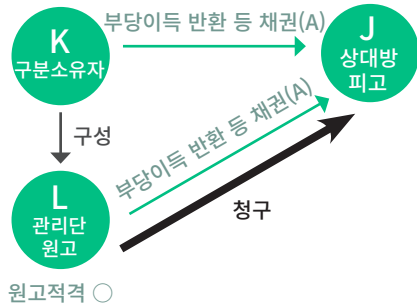
- 1. 공동원고로 될 수 있는 관계에 있으면, 다른 사람의 권리에 관해 직접 소송 당사자가 될 수도 있다. 소송을 맡기는 것이다. 이때 맡긴 사람은 선정자, 맡은 사람은 선정당사자라 부른다.

말 그대로, 선정당사자가 소송 당사자고, 선정자는 소송 당사자가 아니다.



-
- 민사소송법 제53조(선정당사자) ① 공동의 이해관계를 가진 여러 사람[K, L]이 ... 그 가운데에서 모두[K, L]를 위하여 당사자가 될 한 사람[L] 또는 여러 사람을 선정하거나 이를 바꿀 수 있다.
-
- 2. 그러나 공동원고, 공동피고로 될 관계도 아니면서 임의적 소송담당을 함부로 할 수는 없다. 탈법이 아니고 합리적 필요도 있어야 예외적으로 허용한다 (원칙적 금지).
-
- 83다카1815: 이와 같은 **임의적 소송신탁**은 우리나라 법제하에서는 그 허용되는 경우 [는] **극히 제한적**이다. 다만 탈법적 방법에 [따른] 것이 아니고(소송대리를 변호사에 한하게 하고 소송신탁을 금지하는 것을 피하는 따위) 이를 인정하는 합리적 필요가 있다고 인정되는 경우[도 있다.]
-

예를 들어, 집합건물의 관리단(L)은 자기 이름으로, 구분소유자(K)를 위해, 구분소유자(K)의 채권(A) 청구를 할 수 있다.



집합건물법 제23조(관리단의 당연 설립 등) ① 건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 구분소유자[K] 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단[L]이 설립된다.

2003다17774: 집합건물에[서] 공용부분이나 구분소유자[K 등]의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 제3자[J]가 불법으로 점유하는 경우[를 보자.] 그 제3자[J]에 대하여 방해배제와 부당이득의 반환 또는 손해배상을 청구하는 법률관계는 [어떤가?] 구분소유자[K 등]에게 단체적으로 귀속되는 법률관계가 아니고 공용부분 등의 공유지분권에 기초한 것이다. 그래서 그와 같은 **소송은 1차적으로 구분소유자[K 등]가** 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있다.]

나아가 집합건물에 관하여 구분소유관계가 성립하면 동시에 법률상 당연히 구분소유자[K 등]의 전원으로 ... 단체인 관리단[L]이 구성[된다.]

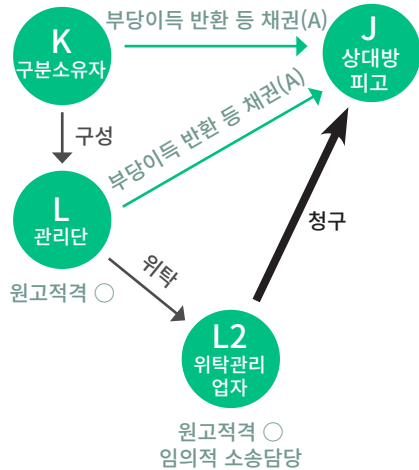
2021다239301: **관리단[L]**은 관리단집회의 결의나 규약에서 정한 바에 따라 집합건물의 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유하는 사람에 대하여 부당이득의 반환에 관한 **소송을 할 수 있다.**

관리단[L]이 집합건물의 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유, 사용하는 사람[J]에 ... 부당이득반환 청구 소송을 하는 것은 구분소유자[K]의 공유지분권을 구분소유자 공동이익을 위하여 행사하는 것이다. 따라서 이는 **구분소유자[K]가 각각 부당이득반환청구 소송을 하는 것과 다른 내용의 소송이라 할 수 없다.**

1. 집합건물의 위탁관리업자(L2)는 자기 이름으로, 관리단(L)을 위해, 관리단(L)의 채권(A) 청구를 할 수 있다.

2019다248081: **관리단[L]...은** 전문적인 위탁관리업자[L2]와 관리위탁계약을 체결하여 건물 관리업무를 수행하게 할 수 있다.] 이때 위탁관리업자[L2]의 관리업무의 권한, 범위는 관리위탁계약에서 정한 바에 따른다. 다만 집합건물의 **위탁관리업자[L2]에게** 관리비의 부과, 징수를 포함한 포괄적인 관리업무를 위탁한 경우에는 통상적으로 관리비에 관한 **재판상 청구를 할 수 있는 권한까지 함께 수여하였다고** [보는 것이 타당하다.]

[그러므로] 이러한 경우의 위탁관리업자[L2]는 관리업무를 수행하면서 ... 체납 관리비의 추심을 위해 직접 자기[L2] 이름으로 재판상 청구를 할 수 있다. 따라서 집합건물의 관리업무를 위탁받은 위탁관리업자[L2]가 ... 자기[L2] 이름으로 소를 제기하여 관리비를 청구하였다면, 특별한 사정이 없는 한 **당사자적격이 인정**된다.]

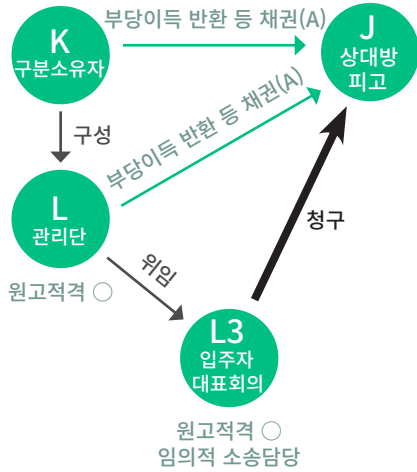


2. 집합건물의 입주자대표회의(L3)는 자기 이름으로, 관리단(L)을 위해, 관리단(L)의 채권(A) 청구를 할 수 있다.

2015다3570: 집합건물의 **관리단[L]**이 [집합건물법에 따라] **입주자대표회의[L3]**에 공용부분 변경에 관한 업무를 포괄적으로 위임[했다. 이] 경우에는, 공용부분 변경에 관한 업무처리 [때문에] 발생하는 비용을 최종적으로 부담하는 사람이 구분소유자들[K 등]이라는 점을 고려해 보면 통상적으로 비용에 관한 **재판상** 또는 재판외 **청구를 할 수 있는 권한도 함께 수여**한 것으로 볼 수 있다. 이 경우 입주자대표회의[L3]가 공용부분 변경에 관한 업무를 수행하는 과정에서 체납된 비용을 추심하기 위하여 직접 자기[L3] 이름으로 비용에 관한 재판상 청구를 하는 것은 임의적 소송신탁에 해당한다.

그런데 구분소유자들[K 등]의 비용 부담 아래 구분소유자들[K 등]로 구성되는 집합건물의 관리단[L]이 입주자대표회의[L3]에 위임하여 공용부분 변경에 관한 업무를 수행하도록 하는 데에는 합리적인 이유와 필요가 있[다. 그리고] 그러한 업무처리방식이 일반적인 거래현실이다. 게다가] 공용부분 변경에 따른 비용의 징수는 업무수행에 당연히 수반되는 필수적인 요소다.]

이러한 점 등을 고려해 보면, [위와 같이] 관리단[L]으로부터 공용부분 변경에 관한 업무를 위임받은 입주자대표회의[L3]는 특별한 사정이 없는 한 ... **자기[L3] 이름으로 소를 제기**하여 공용부분 변경에 따른 비용을 **청구할 권한이 있다**.



연습문제1

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 37.] 집합건물인 A 아파트의 구분소유자인 甲이 A 아파트의 공용 부분을 정당한 권원 없이 배타적으로 점유, 사용하자, 다른 구분소유자인 乙이 甲을 상대로 해당 부분에 관하여 乙의 지분에 상응하는 차임 상당 부당이득반환청구의 소를 제기하였다. A 아파트에는 관리단 丙이 있다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 丙으로부터 관리업무를 포괄적으로 위임받은 위탁관리회사는 특별한 사정이 없는 한 구분소유자 등을 상대로 관리비를 청구할 당사자적격이 있다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 47.] 「민법」상 조합 및 비법인사단에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 비법인사단인 집합건물의 관리단이 입주자대표회의에 대해 공용부분 변경에 관한 업무를 포괄적으로 위임한 경우, 입주자대표회의는 그 업무를 수행하는 과정에서 체납된 비용을 추심하기 위하여 직접 자기 이름으로 그 비용에 관한 재판상 청구를 할 수 있다.

소송담당과 후소 금지

문제점

전, 후소 사이 당사자가 다르면,

1. 기판력 문제: 전소 판결 확정 후 후소 제기 가능한가?

민사소송법 제216조(기판력의 객관적 범위) ① **확정판결**(確定判決)은 주문에 포함된 것에 한하여 **기판력**(既判力)을 가진다.

민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위) ① **확정판결**은 당사자...에 대하여 **효력이 미친다**.

2. 중복소제기 문제: 전소 계속 중 후소 제기 가능한가?

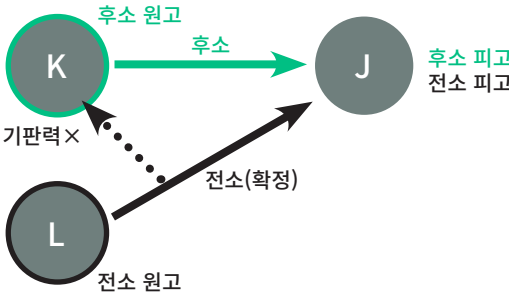
민사소송법 제259조(중복된 소제기의 금지) 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 **다시 소를 제기하지 못한다**.

3. 재소 문제: 전소 판결 받고 취하 후 후소 제기 가능한가?

민사소송법 제267조(소취하의 효과) ② 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 소를 취하한 사람은 **같은 소를 제기하지 못한다**.

기판력 문제

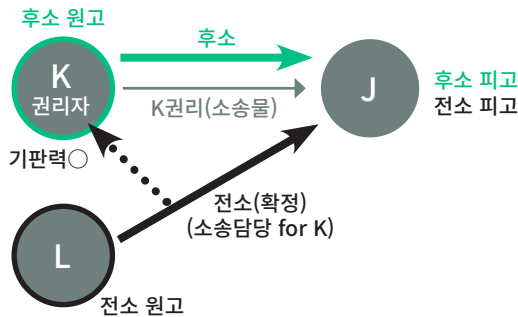
1. 소송물조차 다른 경우: 기판력이 안 미친다. 후소는 문제없다.



민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위) ① 확정판결은 당사자[L, J]...에 대하여 효력이 미친다.

56다155: 기판력은 [해당] 청구[= 전소]의 **대립당사자[L, J] 간에만** 생[기]는 것이 원칙이다. [왜?] 소송은 당사자[L, J]의 법률상태의 불명확을 제거함을 목적으로 [하므로] 이에 기초한 판결도 당사자[L, J]를 기속하면 족[하다. 그]뿐만 아니라 당사자[L, J]만을 관여시키고 특히 변론주의를 채택하[여] 심리한 결과의 판단을 제3자[K]에게도 구속력을 인정하는 것은 [필요한] 정도를 초월할뿐더러 제3자[K]의 이익을 해할 우려가 있다.]

2. 소송물은 같은 경우, 피담당자의 후소: 기판력이 미친다. 명시규정(민사소송법 제218조 제3항)이 있기 때문이다. 따라서 후소는 문제 있다.



민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위) ③ 다른 사람[K]을 위하여 원고나 피고가 된 사람[L]에 대한 확정판결은 그 다른 사람[K]에 대하여도 효력이 미친다.

2016다35390: 확정판결의 기판력[은] ... [i] 당사자(L)와 [iii] 다른 사람[K]을 위하여 원고나 피고가 된 사람[L]이 확정판결을 받은 경우의 그 다른 사람[K]에 [미친다.]

2022다299829: 추심명령을 받은 채권자[L]가 일종의 추심기관으로서 채무자[K]를 위하여 추심소송에서 받은 확정판결의 기판력은 소송 결과에 관계없이 채무자[K]에게 미친다(민사소송법 제218조 제3항)

2021다239301: 관리단[L]이 집합건물의 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유, 사용하는 사람에 대하여 부당이득반환청구 소송을 하는 [경우를 보자.] ... 관리단[L]이 부당이득반환 소송을 제기하여 판결이 확정되었다면 그 효력은 구분소유자[K]에게도 미친다.]

(복습) 기각 확정 후 같은 청구는 기각. but 인용 확정 후 같은 청구는 시효 완성 이 한참 남았을 경우 소각하.

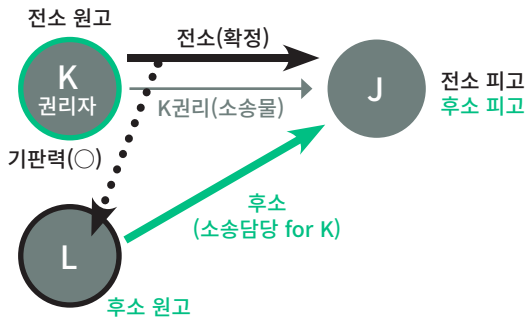
2022다299829: 추심명령을 받은 채권자인 [L]이 일종의 추심기관으로서 채무자인 [K]를 위하여 제3채무자인 [J]를 상대로 추심소송에서 받은 위 승소 확정판결의 기판력이 채무자인 [K]에게 미친다. 그래서 [K]가 전소의 상대방인 [J]를 상대로 다시 승소 확정판결을 받은 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 것은 권리보호의 이익이 없어 부적법[하다.]

3. 소송물은 같은 경우, 소송담당자의 후소: 경우에 따라 다르다. 기판력이 미친다는 명시규정이 없기 때문이다. 따라서 후소는 문제 있는 경우도 있고, 문제 없는 경우도 있다.

앞서 본 것처럼 “피담당자에게는” 미친다는 규정이 있지만, “소송담당자에게는” 미친다는 규정이 없다. 다만, 많은 경우 소송담당자에게도 기판력이 미쳐서 후소는 문제 있다고 본다.

소송담당자의 후소에 기관력이 미친다고 본 사례를 보자.

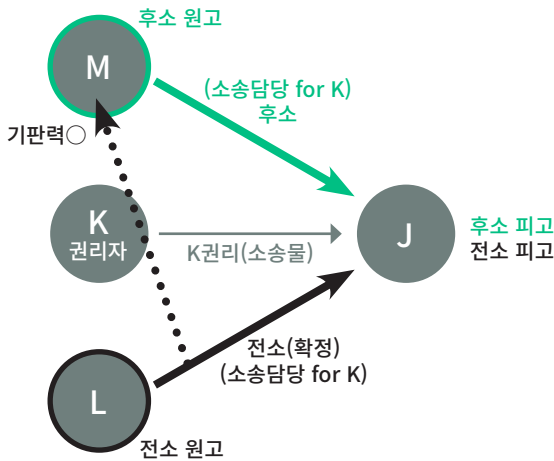
- 1. 구분소유자의 전소 → 관리단의 후소
- 2. 집행채무자의 전소 → 추심채권자의 후소



2021다252977전합: 특별한 사정이 없는 한 채무자[K]가 받은 확정판결의 효력이 추심채권자[L]에게 미친다.]

2021다239301: 특별한 사정이 없는 한 구분소유자[K]가 부당이득반환 소송을 제기하여 판결이 확정되었다면 그 부분에 관한 효력도 관리단[L]에게 미친다고 보아야 한다.

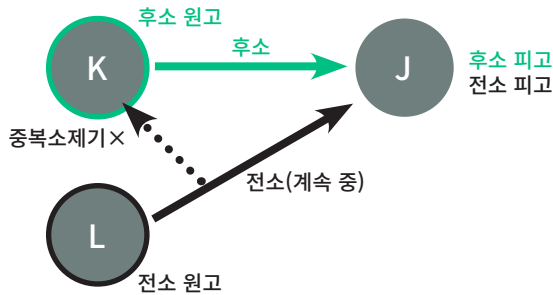
- 3. 어느 대위채권자의 전소 → (채무자) → 다른 대위채권자의 후소



93다52808: 어느 채권자[L]가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자[J]를 상대로 소송[→ 소송담당]을 제기하여 판결을 받[았다. 그리고] ... 그 판결의 효력이 채무자[K]에게 미[치는 사안이다.] 이러한 경우에는 그 후 다른 채권자[M]가 동일한 소송물[K권리]에 대하여 채권자대위권에 기[초]한 소를 제기하면 전소의 기관력을 받게 된다.]

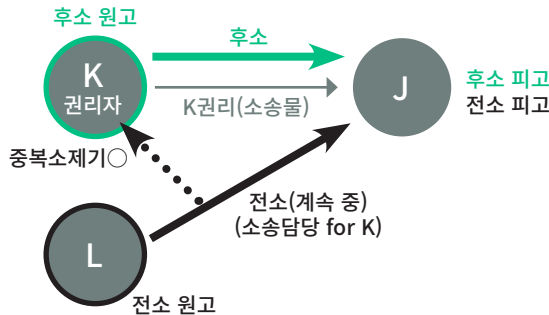
중복소제기 문제

1. 소송물조차 다른 경우: 중복소제기가 아니다. 후소는 적법하다.



54다278: [중복소제기]로 후소를 각하하려면 그 [제]1요건으로 당사자가 동일하고 또 소송물이 동일하여 전소와 후소가 동일한 경우라야 [한다.] ... [L, J 사이의 전]소가 ... 법원에 계속 중이라 할지라도 [전소는 이 사건] 소와는 당사자가 동일[하지] 않[다]. 그러므로 이 사건] 소의 제기는 2중[소제기]가 되는 것이 아니다.

2. 소송물은 같은 경우, 피담당자의 후소: 중복소제기다. 후소는 부적법하다.



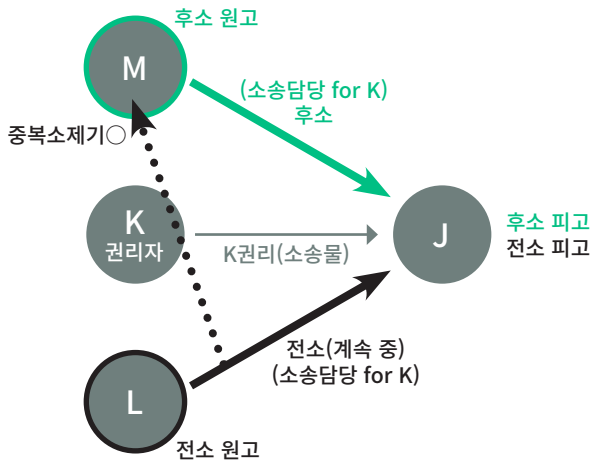
94다29256: 원고[K]가 ... 소[를] 제기하기 전에 이미 ... [L이 K를 위한 소송담당으로] 같은 피고[J]를 상대로 ... 그 소송과 청구취지 및 청구원인을 같이하는 내용의 소[를] 제기하여 계속 중에 있다[고 하자.] 양 소송은 비록 그 당사자는 다르다 할지라도 실질상으로는 동일소송이다. 그러므로 원고[K]가 제기한 소[는] ... 중복소송 금지규정에 저촉[된다.]

3. 소송물은 같은 경우, 소송담당자의 후소: 경우에 따라 다르다. 후소는 적법한 경우도 있고, 부적법한 경우도 있다.

많은 경우, 중복소제기라서 후소는 부적법하다고 본다.

87다카1618: 어떤 사람[L]이 채권자[K]를 대위하여 채무자[J]를 상대로 제기한 소송이 계속 중[이라 하자. 그런데 제3자[M]가 채권자[K]를 대위하여 같은 채무자[J]를 상대로 청구취지 및 청구원인을 같이하는 내용의 소[를] 제기[하였다면?]

위 두 소송은 비록 당사자는 다를지라도 실질상으로는 동일소송이다. 그러므로 후소는 ... 중복소송금지규정에 저촉[된다.]

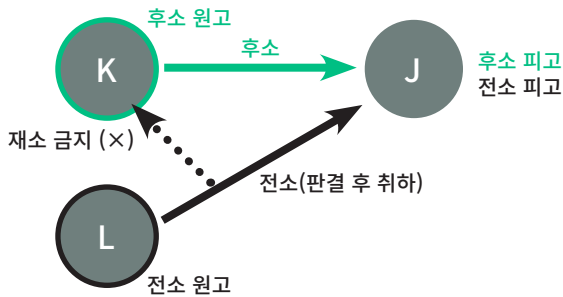


재소 금지 문제

기판력과 중복소제기 경우와 약간 다를 수 있다.

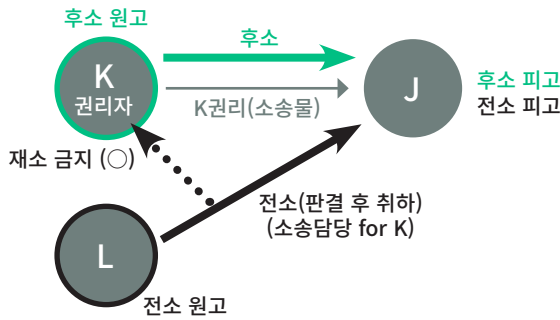
2018다259213: [재소 금지 규정은] 소취하로 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용 화되고 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적 에서 나온 제재적 취지의 규정이다.
[그 취지에 비추어,] 여기에서 ‘같은 소’는 반드시 기판력의 범위나 중복제소금지에서 말 하는 것과 같은 것은 아니[다.]

- 1. 소송물조차 다른 경우: 많은 경우, 금지하는 재소가 아니다. 후소는 적법하다.



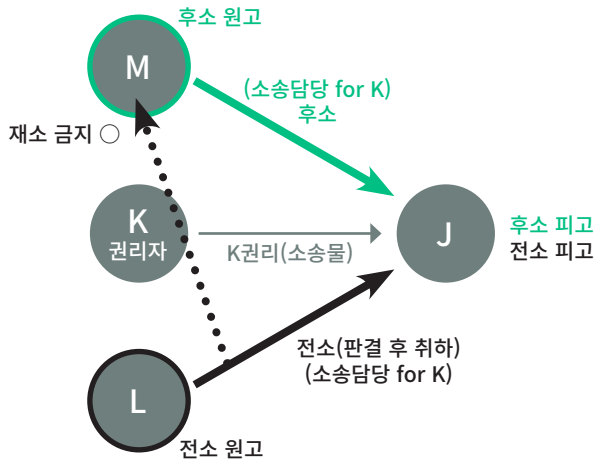
90다카25970: 전소가 [A]소송이고 후소가 [B]소송인 경우 소송물을 달리하여 재소금 지의 원칙에 저촉되지 않는다.

2. 소송물은 같은 경우, 피담당자의 후소: 금지하는 재소다. 후소는 부적법하다 (원칙).



3. 소송물은 같은 경우, 소송담당자의 후소: 경우에 따라 다르다. 후소는 적법한 경우도 있고, 부적법한 경우도 있다.

많은 경우, 금지하는 재소여서 후소는 부적법하다고 본다.



물론, 정당한 사유가 있다면, 다르게 볼 수 있다.

2018다259213: 당사자와 소송물이 같더라도 [재소 금지] 규정의 취지에 반하지 않고 소제기[가 필요한] 정당한 사정이 있다면 다시 소를 제기할 수 있다.

[K]가 [G]에 대하여 가지는 정산금 채권에 대하여 [K]의 채권자 [L]이 채권압류 및 추심 명령을 받아 [G]을 상대로 추심금 청구의 소를 제기하였다가 항소심에서 소를 취하[했다. 그런데] 그 후 [K]의 다른 채권자 [M]이 위 정산금 채권에 대하여 다시 채권압류 및 추심명령을 받아 [G]을 상대로 추심금 청구의 소를 제기[했다.]

[이 사안에서는 L]이 선행 추심소송에서 패소판결을 회피할 목적 등으로 중국판결 후 소를 취하하였다거나 [M]이 소송제도를 남용할 의도로 소를 제기하였다고 보기 어려운 사정[이 있다. 이를 고려]할 때, [M]은 선행 추심소송과 별도로 자신의 [K]에 대한 채권의 집행을 위하여 위 소를 제기한 것이[다. 그러]므로 새로운 권리보호이익이 발생한 것으로 볼 수 있[다. 따라서] 재소금지 규정에 반하지 않는[다.]

소결

전소와 당사자 다른 사안에서	기판력 저촉	중복소제기	금지하는 재소
소송물도 다를 때 후소?	×	×	(×)
소송물은 같을 때 피담당자의 후소?	○	○	(○)
소송물은 같을 때 담당자의 후소?	(○)	(○)	(○)

연습문제1

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 37.] 집합건물인 A 아파트의 구분소유자인 甲이 A 아파트의 공용 부분을 정당한 권원 없이 배타적으로 점유, 사용하자, 다른 구분소유자인 乙이 甲을 상대로 해당 부분에 관하여 乙의 지분에 상응하는 차임 상당 부당이득반환청구의 소를 제기하였다. A 아파트에는 관리단 丙이 있다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

② 乙이 위 소송에서 판결을 받고 그 판결이 확정되었다면, 특별한 사정이 없는 한 그 판결의 효력은 丙에 미친다.

③ 위 소송에 앞서 丙이 먼저 甲을 상대로 차임 상당 부당이득반환청구의 소를 제기하여 판결이 확정되었다면, 그 판결의 효력은 乙에게 미친다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 42.] 甲은 乙에게 1억 원을 대여하였는데, 甲의 채권자 丙과 丁은 위 대여금 채권에 관하여 각 채권압류 및 추심명령을 받았다. 위 각 채권압류 및 추심명령은 乙에게 적법하게 송달되었다. 이후 丙은 乙을 상대로 추심의 소(이하 ‘이 사건 소송’이라 한다)를 제기하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 丙이 이 사건 소송의 제1심에서 청구기각판결을 선고받은 후 항소하였다가 항소심에서 소를 취하하였는데, 그 후 丁이 乙을 상대로 추심의 소를 제기하면 丁의 소는 재소금지 규정에 위반된다.

상대효와 절대효

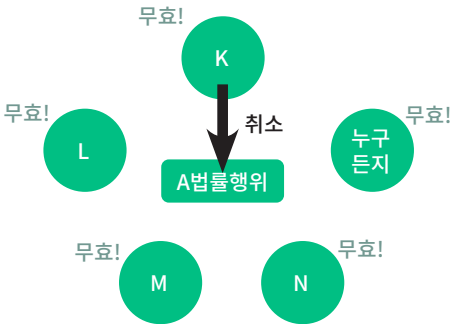
개념

- 1. 모든 사람에게 효과가 미치는 것을 절대적 효력이라 한다. 줄여서 절대효 (absolute effect)라 한다.
- 2. 특정한 사람에게만 효과가 미치는 것을 상대적 효력이라 한다. 줄여서 상대효 (relative effect)라 한다.

절대효가 있는 취소 사례

K가 A법률행위를 취소해 A법률행위가 무효로 되었다고 하자.

- 1. K는 A법률행위는 무효가 되었다고 볼 수 있다.
- 2. L도 A법률행위는 무효가 되었다고 볼 수 있다.
- 3. M도 A법률행위는 무효가 되었다고 볼 수 있다.
- 4. N도 A법률행위는 무효가 되었다고 볼 수 있다.
- 5. 그뿐만 아니라, 그 밖에 누구든지 A법률행위는 무효가 되었다고 볼 수 있다.

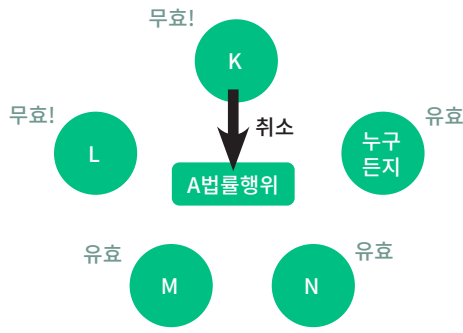


이처럼 취소 효과가 모든 사람에게 미치는 경우, 절대효가 있다고 한다.

상대효만 있는 취소 사례

K가 A법률행위를 취소해 A법률행위가 무효로 되었다고 하자.

- 1. K는 A법률행위는 무효가 되었다고 볼 수 있다.
- 2. 가령 L도 A법률행위는 무효가 되었다고 볼 수 있다.
- 3. 그런데 M에게는 A법률행위는 여전히 유효하다.
- 4. N에게도 A법률행위는 여전히 유효하다.
- 5. 그 밖에 누구에게도 A법률행위는 여전히 유효하다.



이처럼 취소 효과가 특정한 사람에게만 미치는 경우, 절대효가 없다고 한다. 즉, 상대효만 있다고 한다.

상대효의 장단점

- 1. 상대효만 있는 취소는, 법률관계를 굉장히 복잡하게 만든다.
- 2. 그 대신, A법률행위를 유효라고 믿은 여러 사람을 보호할 수 있다.

소결

- 1. 민법상 취소에는 대부분 절대효가 있다.
- 2. 민법상 어떤 취소에는 상대효만 있다.

말소등기

개념

말소등기라는 것은, 단순히 기존의 등기를 지우는 것이 아니다.

- 1. “말소등기(cancellation registration)”라는 새 등기를 마친다.
- 2. 그와 함께 기존의 등기에는 빨간 줄을 그어 말소되었다는 표시를 한다.
- 3. 이를 통해, 기존의 등기가 말소된다(canceled registration).

부동산등기규칙 제116조(등기의 말소) ① 등기를 말소할 때에는 말소의 등기를 한 후 해당 등기를 말소하는 표시를 하여야 한다.

사례(1): 지상권설정등기 말소등기

- 1. 지상권자가 지상권을 포기할 수 있다.
- 2. 지상권자와 지상권설정자가 공동으로 말소등기를 신청하면 된다.

부동산등기법 제23조(등기신청인) ① 등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기 권리자(登記權利者)와 등기의무자(登記義務者)가 공동으로 신청한다.

3. 그러면, 기존 지상권설정등기에 대한 말소등기를 마칠 것이다.

【 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 - 건포한 건물의 소유 범위 - 토지 전부 존속기간 - 2022년 8월 17일부터 만 30년 거표 - 없음 지상권자 - 지상권 - 701226-***** —인원광역시 미추홀구 하이로- 313(문학동)
2	1번 지상권설정 등기말소	2023년5월8일 제2994호	2023년5월6일 포기	

4. 말소등기를 통해, 부동산물권변동(지상권소멸) 효력을 발생시킨 사례다.

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

2015다52978: 민법 제186조에 [따라] 등기를 하여야 ... 포기에 따른 물권변동의 효력
이 발생한다.

사례(2): 소유권이전등기 말소등기

A소유 부동산에 관해 K 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다. 그런데 원인무효라면?

- 1. 실제 권리와 등기부 사이에 불일치가 생겼다.
- 2. 진정소유자 A는 등기부상 명의자 K와 공동으로 말소등기를 신청하면 된다.
- 3. 그런데, K가 말소등기절차에 협력하지 않는다면? A는 K를 상대로 말소등기
청구의 소를 제기해 승소 확정판결을 받으면 된다.

민법 제214조(소유물방해제거, ...) 소유자[A]는 소유권을 방해하는 자[K]에 대하여 방
해의 제거를 청구할 수 있다. ...

2000다24856: 무효등기의 말소청구권은 ... 진정한 소유자[A]의 등기명의를 회복하기
위한 것이다. ... 소유권에 기[초]한 방해배제청구권이다.]

이 말소등기 청구권은 소유권에 근거한 청구권(= 물권적 청구권)이다. 매수인의
등기청구권이 계약에 근거한 청구권(= 채권)이라는 것과 비교하라.

4. 이제 A는 판결을 근거로 단독으로 말소등기를 신청할 수 있다.

부동산등기법 제23조(등기신청인) ④ 등기절차의 이행...[을] 명하는 판결에 [따른] 등기
는 승소한 등기권리자 또는 등기의무자가 단독으로 ... 신청한다.

5. 그러면, 소유권이전등기에 대한 말소등기를 마칠 것이다.

【 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	소유권보존	2018년8월14일 제5861호		소유자 안매도 780304-***** 부산광역시 해운대구 화로 5(송정동)
2	소유권이전	2023년1월30일 제112호	2023년1월29일 매매	소유자 김권자 850330-***** 서울특별시 사조구 아태로 15(사조동)
3	2번소유권이전등기말소	2023년4월3일 제3022호	2023년4월3일 서울중앙지방법원의 확정판결	

6. 이를 통해, 실제 권리와 등기부를 일치시킨다.

사례(3): 본등기에 따른 직권 말소등기

T소유 부동산을 K가 매수해 가등기까지 마쳤다. 그런데 T가 L에게 이중매매를 해서 L 앞으로 이전등기가 되었다. 이 상태에서 K가 본등기를 신청했다.

1. K의 가등기 후 마친 L의 이전등기는 실효되어야 한다. 즉, 말소 대상이다.

81다카1110: 가등기는 본등기의 순위를 보전하는 효력이 있다. 그래서] 후일 가등기에 기[초]한 본등기가 마쳐진 때에는 본등기의 순위가 가등기한 때[로] 소급[한다. 이]로써 가등기후 본등기 전에 이루어진 중간처분은 실효[된다.]

【 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 교로 31(안암동)
2	소유권이전청구권가등기	2023년4월3일 제4321호	2023년3월31일 매매예약	가등기권자 가득남 750901-***** 서울특별시 강서구 호로 123(등촌동)
	소유권이전	2023년12월5일 제21098호	2023년12월4일 매매	소유자 가득남 750901-***** 서울특별시 강서구 호로 123(등촌동)
3	소유권이전	2023년5월2일 제6666호	2023년5월1일 매매	소유자 이증매 870606-***** 서울특별시 중구 해로 281(경동)
4	3번소유권이전등기말소			2번 가등기의 본등기로 인하여 2023년12월5일 등기

2. 그렇다면, K나 L이 말소등기를 신청해야 하는가? 아니다. 등기소에서 K의 본등기를 마칠 때, 직권으로 L의 이전등기를 말소한다. 즉, 이때의 말소등기는 당사자의 등기신청 대상이 아니다.

1961민재항675전합: 가등기권자가 소유권이전의 본등기를 한 경우에는 등기공무원은 ... 가등기 이후에 한 제3자의 본등기를 **직권**말소할 수 있다.

- 3. 그러면, L소유권이전등기에 대한 말소등기를 마칠 것이다.
- 4. 이를 통해, 가등기의 순위보전 효력을 보장할 수 있다.

중간정리

- 1. 사례(3)처럼 말소등기가 등기신청 대상이 아니라면, 말소등기 청구의 소를 제기할 수 없다. 제기하면? 당사자적격 없어 부적법하다. 소각하 판결을 받는다.

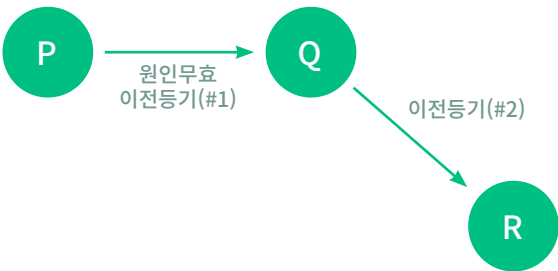
꼭 기억하자. 반드시 덕 볼 날이 있을 것이다.

- 2. 그러나 사례(1), (2)처럼 말소등기가 등기신청 대상이라면, 말소등기절차에 협력하지 않는 상대방을 상대로 말소등기 청구의 소를 제기할 수 있다. 이때의 소송은 의사진술을 명하는 판결을 구하는 취지다.



차례로 마친 등기의 말소

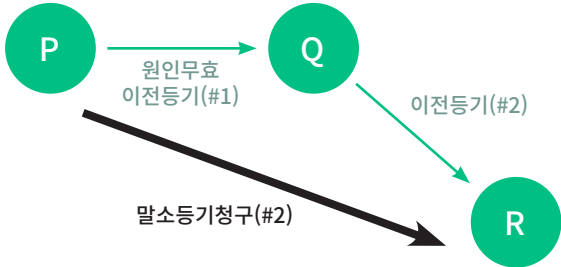
P소유인데, Q 앞으로 무효인 등기(#1)를 마치고, 이어서 다시 R 앞으로 등기(#2)를 마쳤다.



그러면 P에게 말소등기 청구권이 인정된다.

- 1. P는 R의 등기를 말소하기 위해, R을 상대로 말소등기 청구의 소를 제기할 수 있다.

소장 청구취지: “피고(R)는 원고(P)에게 ... 부동산에 관하여 ... 마친 ...등기(#2)의 말소등기절차를 이행하라.”



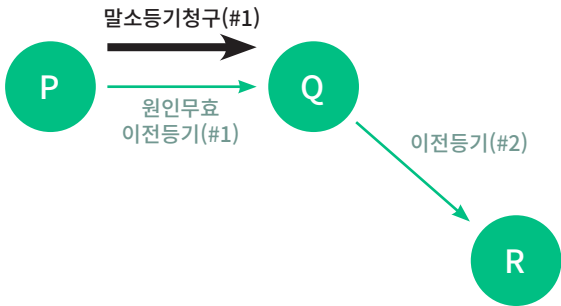
P가 R에게 행사하는 말소등기 청구권은 P “자신의” 권리다. 자기(P) 소유인데 명의가 타인(R) 앞으로 된 방해를 제거하는 취지기 때문이다. 그래서 청구취지에도 “원고(P)에게”라 기재한다.

82다카349전합: [Q]는 그 등기[가 있더라도 이 사건] 토지에 대한 아무런 권리를 취득할 수 없다. 그러므로 무권리자인 [Q]가 [Q]의 취득등기 후에 등기명의자들에 대하여 그 말소를 구할 권한이 생길 리 없다.]

[물론 Q는] 실질적인 소유자[P]에 대하여 자기[Q]의 소유권이전등기말소의무가 있다. 그러나 그렇다]고 하여서 그 의무이행 때문에 [Q에게] 없던 권리가 새로 생기는 것은 아니다. 즉, Q는 그 이후 취득자[R]에 대하여 등기의 말소를 구할 수 ... 없다.

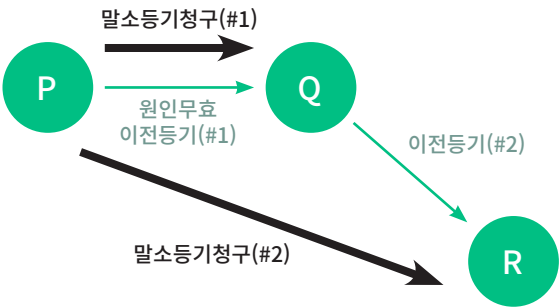
2. P는 Q의 등기를 말소하기 위해, Q를 상대로 말소등기 청구의 소를 제기할 수 있다.

소장 청구취지: “피고(Q)는 원고(P)에게 ... 부동산에 관하여 ... 마친 ...등기(#1)의 말소등기절차를 이행하라.”



3. P가 실제 자기 명의로 만들려면, 위 2가지가 모두 필요하다. P는 Q와 R 모두를 공동피고로 해서, 2개의 말소등기 청구의 소를 한꺼번에 제기할 수 있다.

소장 청구취지: “원고(P)에게, (i) 피고 Q는 ... 부동산에 관하여 ... 마친 ...등기(#1)의, (ii) 피고 R은 위 부동산에 관하여 ... 마친 ...등기(#2)의, 각 말소등기절차를 각각 이행하라.”



만약 위 경우, P가 R을 상대로 말소등기 청구를 할 수 없다면? 그렇다면, 여전히 P는 Q 상대로는 말소등기 청구를 할 수 있다.

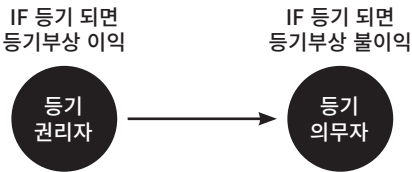
2015다242849: 순차로 마쳐진 소유권이전등기에 관하여 각 말소등기절차의 이행을 청구하는 소송[을 보자.] ... [P는] 그중 어느 한 등기명의자[Q 또는 R]만을 상대로 말소를 구할 수 있[다. 그리고] 최종 등기명의자[R]에게 등기말소를 구할 수 있는지와 관계없이 중간의 등기명의자[Q]에게 등기말소를 구할 소의 이익이 있다.

등기 당사자

절차법상 당사자

등기부에 기재된 형식에 따른 당사자다.

- 1. 등기권리자(person entitled to file for a registration): 등기형식상, 등기 될 사항에 따라 직접적으로 권리를 얻거나 의무를 면하게 되는 자
- 2. 등기의무자(person obliged to file for a registration): 등기형식상, 등기 될 사항에 따라 직접적으로 권리를 잃거나 부담을 받게 되는 자

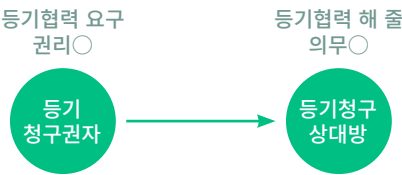


기준: 등기가 이루어진다면 권리 취득/상실 그 밖의 이익/불이익을 받게 되는 것이 등기부상 형식적으로 표시되는지?

실체법상 당사자

등기신청에 협력을 요구할 권리 또는 그 의무 당사자다.

- 1. 등기청구권자(claimant for registration): 채권적 또는 물권적으로, 등기 신청에 협력하라고 요구할 권리가 있는 자
- 2. 등기청구권자의 상대방(counterparty): 채권적 또는 물권적으로, 등기신청에 협력하여 줄 의무가 있는 자



기준: 채권적 또는 물권적 청구권이 있는지?

등기 당사자와 등기소송

- 1. 절차법상 등기권리자/등기의무자가 아니라면? 소송에서 당사자적격이 없다.
→ 소각하

2018다241410: 법원은 등기의무자, 즉 **등기부상의 형식상** 그 등기[로] 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자(등기명의인...)가 아닌 자를 상대로 등기의 말소절차이행을 명할 수는 없다.

79다345: 피고들이 등기부상 등기명의인...이라고 볼 자료가 없[다. 그러]므로 ... 피고들은 본건 ... 등기 청구에[서] 피고될 적격이 없[다.] ... 이들에 대한 ... 등기 청구의 **소**는 **부적법**하[다.]

등기권리자/등기의무자도 아닌 사람이 등기소에 가서 등기신청(의사표시)을 하더라도 어차피 등기가 안 된다. 그래서 이들이 소송 당사자로 이행판결을 받더라도 소용이 없다.

- 2. 실체법상 등기청구권자/등기청구상대방이 아니라면? 소송에서 청구가 이유 없다. → 청구기각

서울고등72나322: 이행의 소에[서는] ... 지급청구권을 주장하는 자가 정당한 원고이고 의무자로 주장된 자가 정당한 피고[이다.] ... 소유권이전등기 말소청구를 한 경우에는 그 말소**청구권이 없음**을 이유로 **청구기각** 판결을 [해야 한다. 즉,] 당사자적격이 없다고 소각하 판결을 할 것이 아니다.

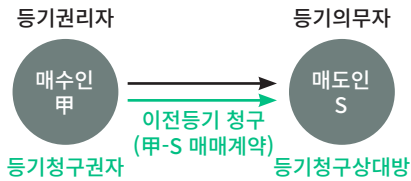
등기권리자/등기의무자가 등기소에 가서 등기신청(의사표시)을 하면 등기가 된다. 그래서 이들이 소송 당사자로 되어, 과연 등기신청에 협력할 권리의무가 있는지 다룬다. 이행판결이 확정되면, 등기권리자는 단독으로 등기를 받을 수 있다.

사례(1): 매매계약에 근거한 이전등기 청구(甲 ← S 매매 사안)

S가 甲에게 부동산을 매도했다.



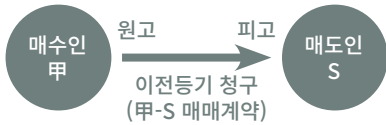
- 1. 매수인 甲 ↔ 매도인 S 사이(이전등기): 매수인 甲은 등기권리자 겸 등기청구권자다. 매도인 S는 등기의무자 겸 등기청구상대방이다.



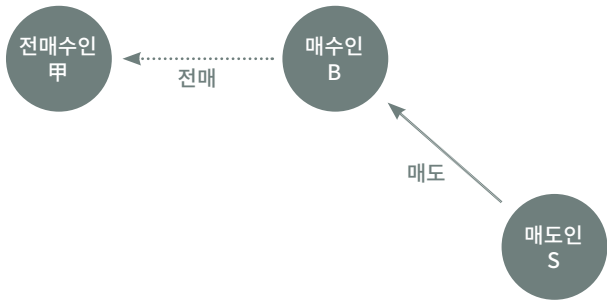
매수인 甲은 매도인 S와의 매매계약에 근거해 이전등기청구권을 가진다.

2004다67653: 부동산의 매매[에 따른] 소유권이전등기청구권은 ... 매매의 효과로서 ... 채권적 청구권[이다.]

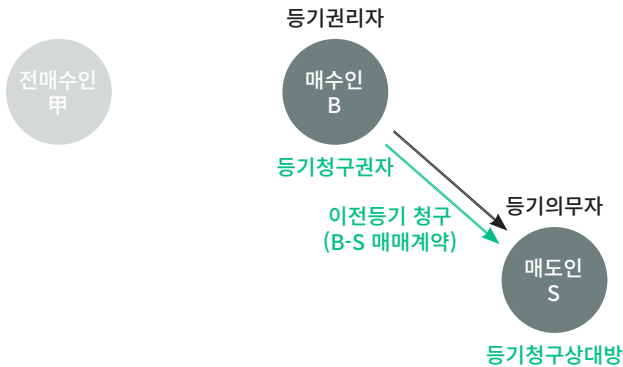
2. 소송(이전등기 소송): 甲은 원고가 되어 S를 피고로 이전등기 청구 소를 제기 하면 된다.



사례(2): 매매계약에 근거한 이전등기 청구(甲 ← B ← S 매매 사안)
S가 B에게 부동산을 매도하고, B가 甲에게 부동산을 전매했다.



1. 매수인 B ↔ 매도인 S 사이(이전등기): 매수인 B는 등기권리자 겸 등기청구권자다. 매도인 S는 등기의무자 겸 등기청구상대방이다.



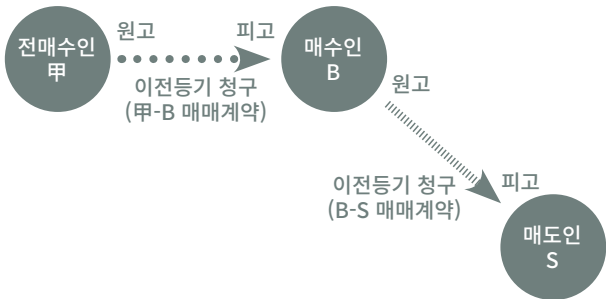
매수인 B는 매도인 S와의 매매계약에 근거해 이전등기청구권을 가진다.

- 2. 전매수인 甲 ↔ 매수인 B 사이(이전등기): 전매수인 甲은 등기권리자 겸 등기청구권자다. 매수인 B는 등기의무자 겸 등기청구상대방이다.

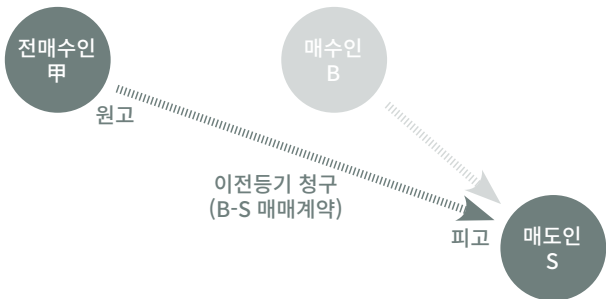


전매수인 甲은 매수인 B와의 매매계약에 근거해 이전등기청구권을 가진다.

- 3. 소송(이전등기 소송 + 이전등기 소송): 甲은 원고가 되어 B를 피고로, B는 원고가 되어 S를 피고로, 각각 이전등기 청구 소를 제기하면 된다.



- 4. 제3자 소송담당: 만약 B가 아무것도 안 하고 있으면? 甲은 B 대신 원고가 되어 S를 피고로 소제기 할 수 있다. 확정판결을 받은 후 이전등기를 통해 S → B로 명의를 옮겨 놓으면 된다.



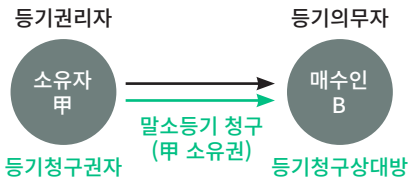
이전등기청구권자와 이전등기권리자는 모두 여전히 매수인 B이다. 단지 甲이 B의 이전등기청구권을 “대신” 행사할 뿐이다.

사례(3): 소유권에 근거한 말소등기 청구(甲 → B 매매 사안)

소유자 甲이 B에게 부동산을 매도해서 이전등기를 마쳤다. 그런데 등기가 원인 무효라서 말소되어야 한다.



- 1. 소유자 甲 ↔ 매수인 B 사이(말소등기): 소유자 甲은 등기권리자 겸 등기청구권자다. 매수인 B는 등기의무자 겸 등기청구상대방이다.



소유자 甲은 소유권에 근거해 말소등기청구권을 가진다.

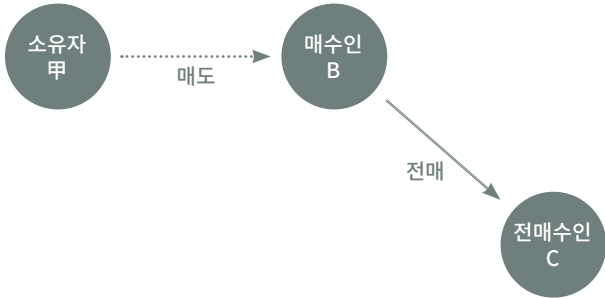
민법 제214조(소유물방해제거...) 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있[다.] ...

- 2. 소송(말소등기 소송): 甲은 원고가 되어 B를 피고로 말소등기 청구 소를 제기하면 된다.

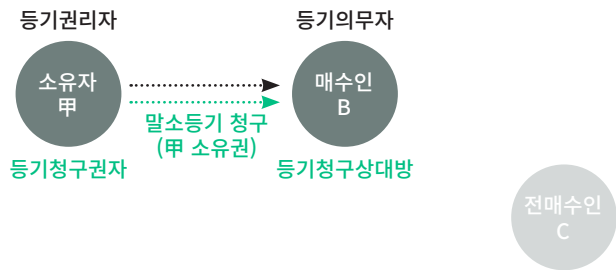


사례(4): 소유권에 근거한 말소등기 청구(甲 → B → C 매매 사안)

소유자 甲이 B에게 부동산을 매도하고, B가 C에게 부동산을 전매해서, 각각 이전등기를 마쳤다. 그런데 등기가 원인무효라서 말소되어야 한다.

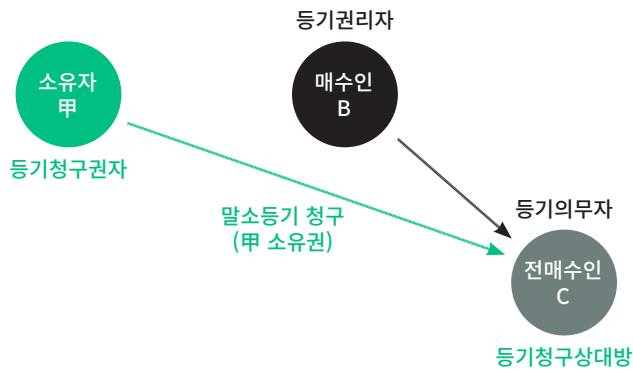


1. 소유자 甲 ↔ 매수인 B 사이(말소등기): 소유자 甲은 등기관리자 겸 등기청구권자다. 매수인 B는 등기의무자 겸 등기청구상대방이다.



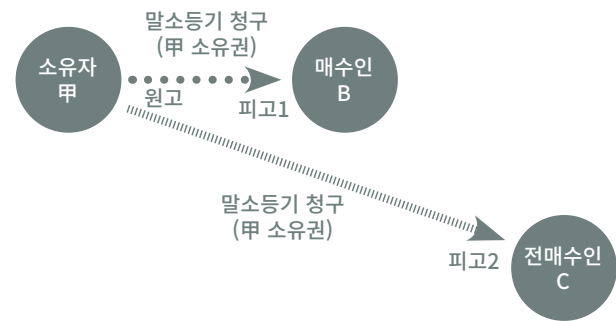
소유자 甲은 소유권에 근거해 말소등기청구권을 가진다.

2. 소유자 甲 ↔ 전매수인 C 사이(말소등기): 소유자 甲은 등기청구권자지만, 등기관리자는 아니다. 전매수인 C는 등기의무자 겸 등기청구상대방이다.



소유자 甲은 소유권에 근거해 말소등기청구권을 가진다. 그러나 말소등기관리자는 매수인 B이다. C 명의의 등기 말소로 소유 명의인이 될 사람은 B이기 때문이다.

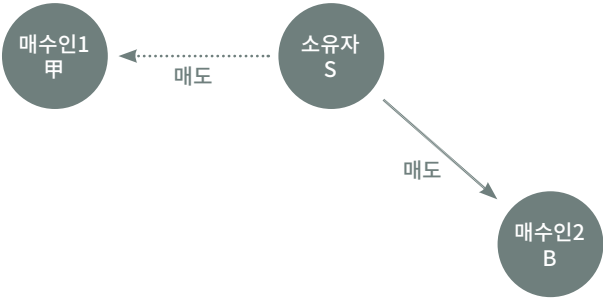
3. 소송(말소등기 소송 + 말소등기 소송): 甲은 원고가 되어 B, C를 피고로, 각 각 말소등기 청구 소를 제기하면 된다.



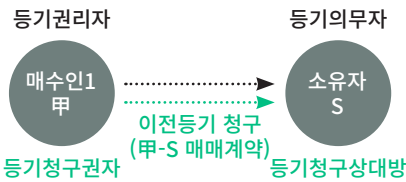
4. 제3자 소송담당?: 甲은 B 대신 원고가 된 것이 아니다. 제3자 소송담당이 아니다.

사례(5): 이전등기와 말소등기 청구 결합 사안(甲 ← S → B 사안)

S가 甲에게 부동산을 매도했다. 소유자 S가 B에게 부동산을 매도해서 이전등기를 마쳤다. 그런데 B 앞 등기가 원인무효라서 말소되어야 한다.

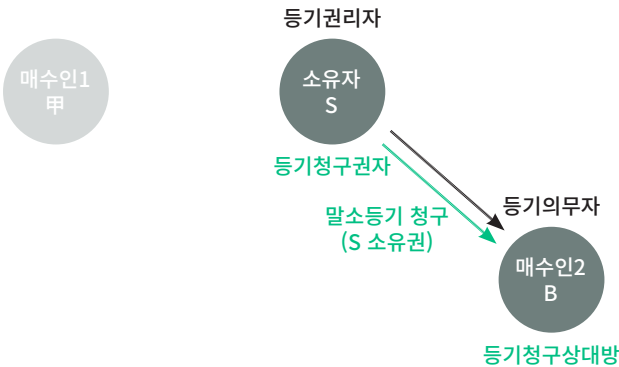


1. 매수인1 甲 ↔ 소유자 S 사이(이전등기): 매수인1 甲은 등기권리자 겸 등기청구권자다. 매도인 S는 등기의무자 겸 등기청구상대방이다.



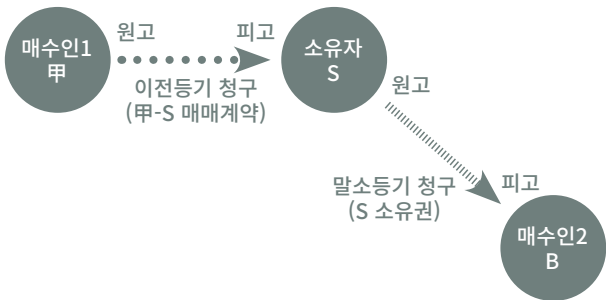
매수인1 甲은 소유자 S와의 매매계약에 근거해 이전등기청구권을 가진다.

2. 소유자 S ↔ 매수인2 B 사이(말소등기): 소유자 S는 등기권리자 겸 등기청구권자다. 매수인 B는 등기의무자 겸 등기청구상대방이다.

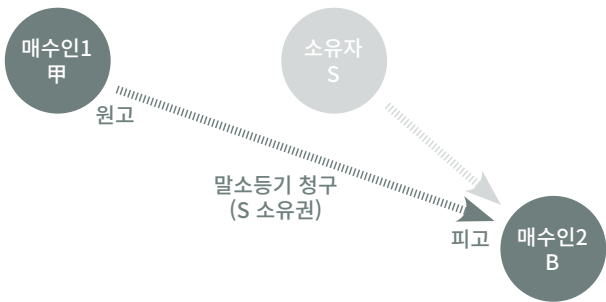


소유자 S는 소유권에 근거해 말소등기청구권을 가진다.

3. 소송(이전등기 소송 + 말소등기 소송): 甲은 원고가 되어 S를 피고로 이전등기, S는 원고가 되어 B를 피고로 말소등기 청구 소를 각각 제기하면 된다.



4. 제3자 소송담당: 만약 S가 아무것도 안 하고 있으면? 甲은 S 대신 원고가 되어 B를 피고로 소제기 할 수 있다. 확정판결을 받은 후 말소등기를 통해 B → S로 명의를 돌려 놓으면 된다.

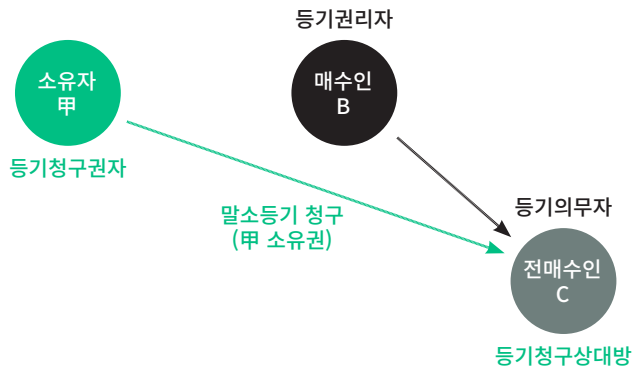


말소등기청구권자와 말소등기권리자는 모두 여전히 소유자 S이다. 단지 甲이 S의 말소등기청구권을 “대신” 행사할 뿐이다.

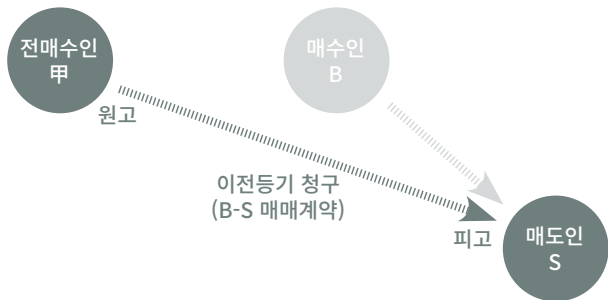
소결

1. 등기관리자/등기의무자는 등기청구권자/등기청구상대방과 같을 때가 많다. 그러나 다를 때가 있다.

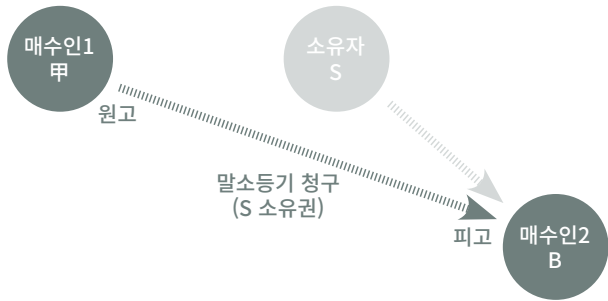
사례(4) 중 말소등기 부분: 등기관리자는 매수인 B, 등기청구권자는 소유자 甲, 등기의무자 겸 등기청구상대방은 전매수인 C.



2. 등기청구권자 아닌 사람이 원고가 되어 등기소송을 하기도 한다.
사례(2) 중 甲-S 이전등기 소송: 등기청구권자는 매수인 B, 원고는 전매수인 甲.



사례(5) 중 甲-B 말소등기 소송: 등기청구권자는 소유자 S, 원고는 매수인1 甲.



보전처분 제도
Preservative Measure

황금은 잡으려고 하면 달아난다. - 우리 속담

머리에

문제점

승소판결을 받더라도, 만약 채무자(J)에게 재산이 없어서 집행을 할 수 없다면? 판결서는 종잇조각에 불과하다.

K의 목적

K는 J가 재산처분을 하지 못하도록 미리 막아야 한다. 실제로 채권자(K)가 이행(performance) 또는 집행(execution)을 받을 수 있도록 하기 위해서다.

보전처분

개념

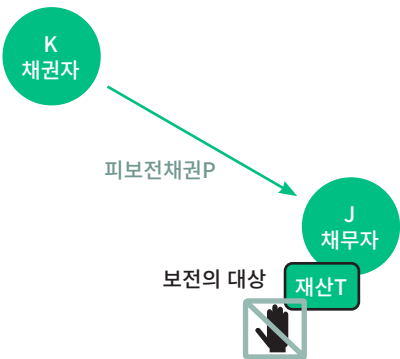
따라서 확정판결이 있을 때까지 채무자의 재산 처분권을 뺏어야 한다. 즉, 법률 관계를 일시적으로 현 상태대로 동결해야 한다. 그렇게 조치하는 재판(trial)을 보전처분(preservative measure)이라 부른다. 대표적으로,

- 1. 가압류(provisional seizure)
- 2. 가처분(provisional disposition)

민사집행법 제2편 강제집행[제24조~제263조]
민사집행법 제3편 담보권 실행 등을 위한 경매[제264조~제275조]
민사집행법 제4편 보전처분[제276조~제312조]

원래 가처분에는 여러 종류가 있다. 그동안 편의상 그중에서도 처분금지가처분(provisional disposition for prohibition of disposition)만 봐 왔다. 이 책에서 아무 말 없이 “가처분”이라 하면, 처분금지가처분을 말한다.

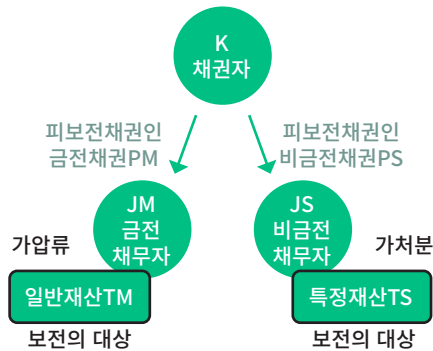
용어



- 1. 피보전채권(preserved claim): 채권자(K)의 채무자(J)에 대한 채권(P)
- 2. 보전처분의 대상(target) 또는 목적(objective): 채무자(J)의 재산(T)
- 3. 보전소송(preservative action): 채권자(K)가 보전처분을 구하는 신청을 해서 생긴 절차

종류

대표적으로 다음 2가지가 있다.



- 1. 가압류(provisional seizure): 금전채권자(K)가 금전채권(monetary claim)을 보전하기 위해 채무자(JM)의 처분권을 뺀 것
- 2. 가처분(provisional disposition): 특정채권자(K)가 특정채권(specific claim)을 보전하기 위해 채무자(JS)의 처분권을 뺀 것.

특정채권이란, 비금전채권을 뜻한다.

가압류

금전채권 보전

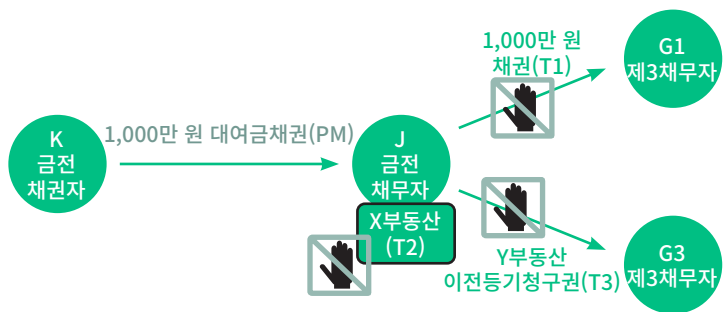
금전채권(monetary claim)의 보전을 위해서는, 채무자의 돈 될 만한 재산을 처분하지 못하게 해야 한다. 돈 될 만한 재산이라면, 어떤 재산이라도 상관없다.

사례

K는 J에 대한 1,000만 원의 금전채권을 보전하고 싶다. 금전채권자 K는 J의 “어떤 재산이라도” 돈 될 것이라면 동결(freeze)할 수 있다.

- 1. 채권도 재산이다. J(채무자)가 G1(제3채무자)에게 1,000만 원 채권(T1)이 있다면? K는 J가 그 1,000만 원 채권(T1)을 처분하지 못하게 만들 수 있다.
- 2. 부동산도 재산이다. J(채무자)가 X부동산(T2) 자체를 소유하고 있다면? K는 J가 X부동산(T2)을 처분하지 못하게 만들 수 있다.

3. 등기청구권도 재산이다. J(채무자)가 G3(제3채무자)에게 Y부동산에 관한 소유권이전등기청구권(T3)을 가지고 있다면? K는 J가 Y부동산에 관한 그 등기청구권(T3)을 처분하지 못하게 만들 수 있다.



가압류 개념

- 1. 이처럼 금전채권자가
- 2. 금전채무자의 일반재산(general property) 중에서 어떤 재산을 골라
- 3. 그 처분권을 빼앗는 것이

가압류(provisional seizure)이다. 금전채권자가 신청하는 보전처분이다.

민사집행법 제276조(가압류의 목적) ① 가압류는 금전채권이나 금전으로 환산할 수 있는 채권에 대하여 동산 또는 부동산에 대한 강제집행을 보전하기 위하여 할 수 있다.

민사집행법 제277조(보전의 필요) 가압류는 이를 하지 아니하면 판결을 집행할 수 없거나 판결을 집행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 할 수 있다.

가처분

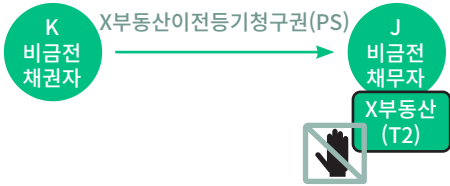
특정채권 보전

특정채권(specific claim)의 보전을 위해서는, 특정채권의 바로 그 목적물을 처분하지 못하게 해야 한다.

사례

K는 J로부터 X부동산 소유권을 이전받을 채권을 보전하고 싶다. 이 경우, 특정채권자 K는 J의 “X부동산을” 동결해야 한다.

- 1. 동결대상이 X부동산이어야 한다.
- 2. 즉, K는 단지 J가 X부동산(T2)을 처분하지 못하게만 만들 수 있다.



특정채권자 K가 다른 재산을 동결할 수는 없다. 예를 들어,

- 1. K는 J가 G1에게 가진 1,000만 원 채권(T1)을 처분 못 하게 할 수 없다.
- 2. K는 J가 G3에게 가진 Y부동산 이전등기청구권(T3)을 처분 못 하게 할 수도 없다.

여차피 채무자 J가 이들을 처분하든 처분하지 못하든, K가 X부동산 소유권을 취득하는 데 도움 되는 것은 없기 때문이다.

가처분 개념

- 1. 이처럼 특정채권자가
- 2. 채무자가 가진 그 목적물(specific property)에 관해
- 3. 그 처분권을 빼앗는 것이

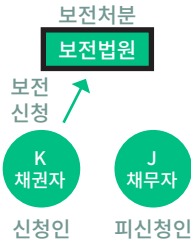
가처분(provisional disposition)이다. 특정채권자가 신청하는 보전처분이다.

민사집행법 제305조(가처분의 방법) ① 법원은 신청목적을 이루는 데 필요한 처분을 직권으로 정한다.
② 가처분으로 ... 상대방에게 어떠한 행위를 하거나 하지 말도록 ... 명할 수 있다.
민사집행법 제300조(가처분의 목적) ① 다툼의 대상에 관한 가처분은 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 한다.

보전절차

3면 관계

법원, 채권자, 채무자의 3면 관계다.



1. 보전처분도 재판이다. 법원(court)이 내린다.
2. 채권자가 직접 보전처분을 내리는 것이 아니다. 채권자는 법원에 보전처분을 내려 달라고 신청(application)할 뿐이다. 이 신청이 보전신청(가압류신청, 가처분신청)이다.
3. 채무자는 그 상대방이 된다.

특징

1. 밀행적(confidential)이다. 즉, 보전신청을 받은 법원은, 피신청인(채무자)에게 신청서 부분을 송달하지 않는다. 원칙적으로, 법원은 신청인(채권자) 한쪽 주장만 듣고(서면만 보고) 변론 없이 보전재판을 할 수 있다.

민사집행법 제280조(가압류명령) ① 가압류신청에 대한 재판은 변론 없이 할 수 있다.

민사집행법 제301조(가압류절차의 준용) 가처분절차에는 가압류절차에 관한 규정을 준용한다. ...

2006다24872: 가압류의 밀행성에 [따라] 가압류채무자와 제3채무자를 심문하지 아니하고 [가압류결정]하는 것이[다. 그러]므로 가압류법원은 ... 가압류채권자의 주장과 소명[으로] 판단할 수밖에 없다.

2. 기습적(surprise)이다. 피신청인(채무자)은 보전재판(가압류결정, 가처분결정)을 받고 나서야 보전재판을 당했다는 사정을 처음 알게 되기 때문이다.

99다50064: 보전소송[에는] 긴급성의 요청[이 있다.]

3. 잠정적(provisional)이다. 권리를 실현하는 절차가 아니라 보전하는 절차다.

77다1698: 보전소송절차는 피보전청구권을 종국적으로 확정하는 것을 목적으로 하는 것이 아니다. 그러]므로 ... 그 피보전청구권에 관해서 기판력이 생기는 것이 아니[다.]

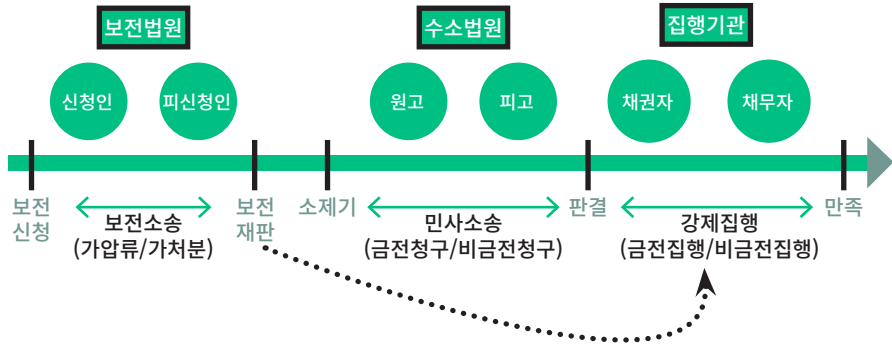
왜 이렇게 운영하는가? 그렇지 않으면, 채무자가 재산을 다 빼돌리기 때문이다.

채권자(K)가 가압류를 신청하는 단계에서 이미 채무자(J)가 신청서 부분을 받는다고 가정해 상상해 보라. 채무자(J)가 어떻게 하겠는가?

다른 절차와의 비교

1. 소송절차(litigation procedures): 소제기로 시작해서, “판결”을 받거나 거기에 불복하는 절차
2. 집행절차(execution procedures): 강제집행신청으로 시작해서, 강제집행 “결정”을 받거나 거기에 불복하는 절차
3. 보전절차(preservative procedures): 보전신청으로 시작해서, 보전처분(가압류, 가처분 “결정”)을 받거나 거기에 불복하는 절차

보전절차를 “보전소송”이라 부르기도 한다.



재판절차의 대립 구조

대립구조 개념

양 당사자가 법관 앞에서 대립하여 심판을 받는 것을 대립(confrontation) 구조 또는 대심적 구조라 한다. 상대방(피신청인 등)이 있더라도, 구조는 대립 구조가 아닐 수도 있다.

소송절차?

소송절차는 대립 구조다.

민사소송법 제134조(변론의 필요성) ① 당사자는 소송에 대하여 법원에서 변론하여야 한다. ...

집행절차, 보전절차?

- 1. 집행절차, 보전절차는 대부분 대립 구조가 아니다. 대부분 신청서와 첨부 소명자료만 갖고 판단한다. 즉, 대부분 서면심리만 한다.

2010마181: 가압류, 가처분명령 사건은 ... 변론이나 심문 없이 진행[된] 경우 ... 소송이 대심적 구조의 형태를 지니지 아니한[다.]

- 2. 다만, 강제집행 결정이나 가압류, 가처분 결정을 받은 후, 이에 “불복”하는 절차는 대립 구조다.

여기서 말하는 불복절차란? (청구이의소, 제3자의의소 이야기하는 것이 아니라) 보전재판에 대한 항고절차를 뜻한다. 이 항고절차는 그 자체로 대립 구조다.

2010마181: [가압류이의] 항고사건은 실질적으로 서로 대립하는 상대방이 소송에서 자기의 권리신장을 위하여 공격, 방어할 수 있는 기회가 보장된 대심적 소송구조[다.]

보전처분의 필요성

머리에

보전처분은 채무자에게 불편을 준다. 그래서 채권자가 필요도 없이 보전처분을 받으면 안 된다. 즉, 필요성이 있어야만 보전처분을 할 수 있다.

가압류의 필요성

가압류를 하지 않으면, 일반 재산(general property; executable property)의 현재 상태가 바뀌어서 강제집행이 매우 곤란해야 한다. 예를 들어,

- 1. 일반 재산을 숨기거나 훼손할 염려가 있는 경우
- 2. 일반 재산을 다른 사람에게 싼 가격에 양도할 염려가 있는 경우

채무자가 제값을 받고 양도하면, 전체 재산 상태가 나빠지진 않는다.

민사집행법 제277조(보전의 필요) 가압류는 이를 하지 아니하면 판결을 집행할 수 없거나 판결을 집행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 할 수 있다.

가처분의 필요성

가처분을 하지 않으면, 특정 재산(specific property)의 현재 상태가 바뀌어서 권리 실행이 매우 곤란해야 한다. 예를 들어,

- 1. 특정 재산을 숨기거나 훼손할 염려가 있는 경우
- 2. 특정 재산을 다른 사람에게 양도할 염려가 있는 경우

양도하는 자체로 그 특정 재산을 목적으로 한 권리 실행은 어려워질 수 있다.

민사집행법 제300조(가처분의 목적) ① 다툼의 대상에 관한 가처분은 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 한다.

무자력?

- 1. 금전채권 보전을 위한 가압류는 궁극적으로 돈만 받으려는 것이다. 그래서 채무자의 전체 재산 상태는 중요하다. 즉, 채무자의 무자력 여부는 중요하다.

2009마136: 채무자 소[유] 일부 부동산에 대한 가압류만으로 채권자의 공사대금채권을 보전할 수 있[는 사안이다. 이 경우] 채무자 소유의 다른 부동산에 대하여도 추가로 가압류를 [할 필요성을 인정할 수 없다.]

- 2. 특정채권 보전을 위한 가처분은 궁극적으로 그 특정 재산만 받으려는 것이다. 그래서 채무자의 전체 재산 상태는 중요하지 않다. 즉, 채무자의 무자력 여부는 중요하지 않다.

2005마814: 가처분은 ... 보전처분의 잠정성, 신속성 등에 비추어 피보전권리에 관한 소명이 인정된다면 다른 특별한 사정이 없는 한 보전의 필요성도 인정[된다.]

피보전권리

개념

보전처분에서 피보전권리(preserved right; preserved claim)란,

- 1. 보전처분을 통해 보전 받으려는 권리.
- 2. 즉, 채권자 K의 채무자 J에 대한 채권.

가압류의 피보전권리

- 1. 가압류채권자 K의 가압류채무자 J에 대한,
- 2. 금전채권(monetary claim).

가압류의 피보전권리를 청구채권(requested claim)이라고도 부른다.

민사집행법 제276조(가압류의 목적) ① 가압류는 금전채권...에 대하여 동산 또는 부동산에 대한 강제집행을 보전하기 위하여 할 수 있다.

민사집행법 제279조(가압류신청) ① 가압류신청에는 다음 각호의 사항을 적어야 한다.

- 1. 청구채권의 표시...
- ② 청구채권과 가압류의 이유는 소명하여야 한다.

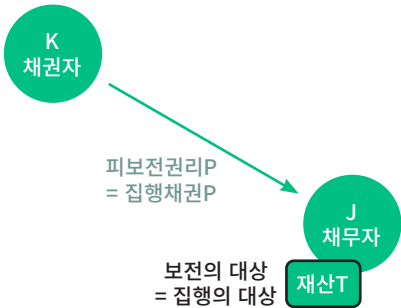
가처분의 피보전권리

- 1. 가처분채권자 K의 가처분채무자 J에 대한,
- 2. 특정채권(specific claim).

강제집행 절차와의 관계

보전처분으로 보전한 피보전권리는 나중에 강제집행을 통해 만족할 수 있다. 즉, 보전처분에서 피보전권리는 강제집행에서 집행채권(execution claim)이 된다.

피보전권리P = 집행채권P



피보전권리 침해

예를 들어, 1억 원 채권자 K가 채무자 J의 A부동산을 가압류 했다.

- 1. 그런데 J가 A부동산을 Q에게 처분해 버렸다.
- 2. J의 처분은 가압류에 위배된다.
- 3. 즉, K의 J에 대한 피보전권리(1억 원 금전채권)를 침해할 우려가 있다.

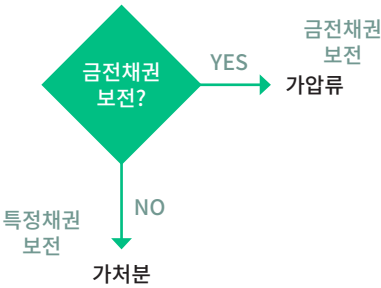
예를 들어, B부동산 이전등기 채권자 K가 채무자 J의 B부동산을 가처분 했다.

- 1. 그런데 J가 B부동산을 Q에게 처분해 버렸다.
- 2. J의 처분은 가처분에 위배된다.
- 3. 즉, K의 J에 대한 피보전권리(B부동산 이전등기 채권)를 침해할 우려가 있다.

그러나 J가 B부동산을 K에게 처분했다면? 가처분에 위배되지 않는다. 피보전권리가 침해된 것이 아니라, 오히려 피보전권리가 실현된 셈이다. 피보전권리가 K의 J에 대한 B부동산 이전등기 채권이라는 점을 떠올려 보자.

87다카3155: 가처분은 ... [J]가 [K] 이외의 다른 사람[Q 등]에게 소유권이전 등 처분행위를 하지 못하도록 하는 데 그 목적이 있[다. 그러]므로 그 가처분결정에 [J]에 대하여 제3자에 대한 처분을 금하였다 하여 그 제3자 중에 ... 가처분권리자인 [K]가 포함되는 것은 아니라고 보아야 [한다(→ J가 K에 처분하는 것까지 금지되지는 않는다).]

결론



	보전처분
금전채권 보전	가압류: 무자력은 중요○
특정채권 보전	가처분: 무자력은 중요×

채권자취소권 행사 효과
Effect of the Revocation Right

관점만큼 많은 현실이 있다. - Jose Ortega y Gasset

머리에

문제점

채권자취소권 요건을 모두 갖추어, 행사했다면, 법적으로 어떤 효과가 생기나?

- 1. 채권자취소권은 반드시 재판상 행사해야 하므로,
- 2. 채권자가 승소해서 판결이 확정되면 어떻게 되는지 문제다.

결론

- 1. 사해행위(F)는 무효로 된다. 단, 원고인 취소채권자(K)와 피고인 수익자(B) 또는 전득자(S) 사이에서만 무효로 된다. 즉, 상대적 무효다.
- 2. 원칙적으로, 채무자(J) 재산이 늘어난다. 채무자(J)의 모든 채권자들(K, L, M, N)로서는, 강제집행할 수 있는 재산이 늘어나서 좋다.
- 3. 사해행위취소소송은 소송당당이 아니다. 따라서 소송당당을 전제로 한 여러 소송법적 효과가 생기지 않는다.

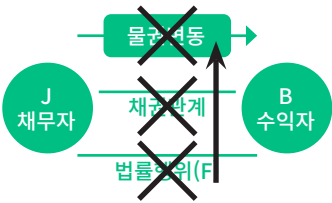
법률행위의 무효

복습: 수익자만 있는 경우

채무자(J)와 수익자(B) 사이의 사해행위(F)가 취소돼 무효로 된다.

- 1. 이렇게 취소되어 무효로 되는 것은, 어디까지나 “법률행위”다.
- 2. 만약 사해행위인 법률행위(증여계약, 매매계약 등)로 등기까지 되었다면? 법률행위(F)가 무효로 되면서, 등기까지 무효로 된다(원인무효의 등기).
- 3. 사해행위인 법률행위로 등기나 인도가 이루어져, 물건이 변동했다면? 법률행위(F)가 무효로 되면서, 물건변동 역시 무효로 된다.

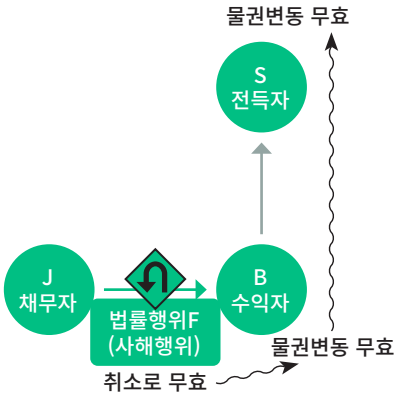
물권변동 무효의 제1 법칙: 계약(F)이 무효라면, 물권변동도 무효



전득자도 있는 경우

- 1. 채무자(J)와 수익자(B) 사이의 “법률행위”가 취소되어 무효로 된다.
- 2. 그러면, 수익자(B) 앞으로의 물건변동도 무효로 된다.
- 3. 그 결과, 수익자(B)로부터 전득자(S) 사이의 물건변동도 따라 무효로 된다.

물권변동 무효의 제2 법칙: 양도인(B)이 무권리자면, 물건변동도 무효



효과 귀속: 상대효

개념

그러나 방금 본 효과는 상대적이다. 채권자취소권에서 취소에는 오직 상대효만 있다.

- 1. 사해행위취소의 소에 따라 사해행위가 취소되면,
- 2. 그 소송 당사자에게만 위와 같은 효력이 미친다.

2004다49532: 당사자 이외의 제3자는 다른 특별한 사정이 없는 이상 취소로 ... 그 법률관계에 영향을 받지 않는다.]

상대효를 연구하면서 머리가 어지럽지 않은 사람은 그걸 제대로 이해하지 못한 것이다(Anyone who can contemplate relative effect without getting dizzy hasn't properly understood it).

근거

상대효의 근거는?

- 1. 조문에는 없고,
- 2. 해석(interpretation)에서 나온다.

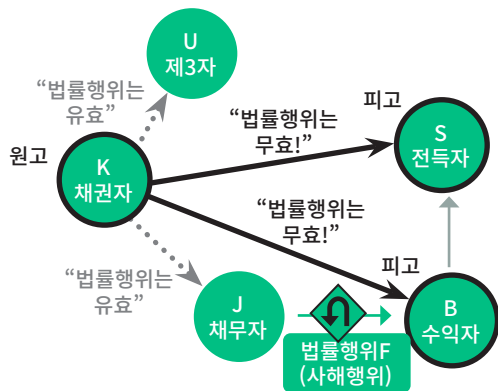
만약 취소에 절대효가 있다면, 채무자(J)의 처분을 믿은 여러 사람들이 예상하지 못한 손해를 입을 수도 있다. 따라서 법적 안정성을 위해, 취소 효력을 제한하는 의미가 있다.

2004다49532: 사해행위의 취소에 상대적 효력만을 인정하는 [이유는] 사해행위 취소 채권자[K]와 수익자[B] 그리고 제3자의 이익을 조정하기 위한 것[이다.]

수익자와 전득자 모두를 상대로 한 취소소송 결과

수익자(B), 전득자(S)를 모두 피고(공동피고)로 삼아, 채무자(J)의 법률행위(F)를 취소했다면?

2012다47548: 채권자[K]가 사해행위[F]의 취소와 함께 수익자[B] 또는 전득자[S]로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 [어떻게 되는가?]



- 1. 원고인 채권자(K)와 채무자(J) 사이: 영향 없다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 여전히 유효 ← 채무자(J)는 소송 당사자(피고)가 아니라서

2012다47548: [이 경우] 채권자[K]와 채무자[J] 사이에서 취소[에 따른] 법률관계가 형성되거나 취소의 효력이 소급하여 채무자[J]의 책임재산으로 복구되는 것은 아니다.

- 2. 원고인 채권자(K)와 피고인 수익자(B) 사이: 효력이 미친다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 취소되어 무효

2012다47548: [이 경우] 취소의 효과는 채권자[K]와 수익자[B] 또는 전득자[S] 사이에만 미친다]

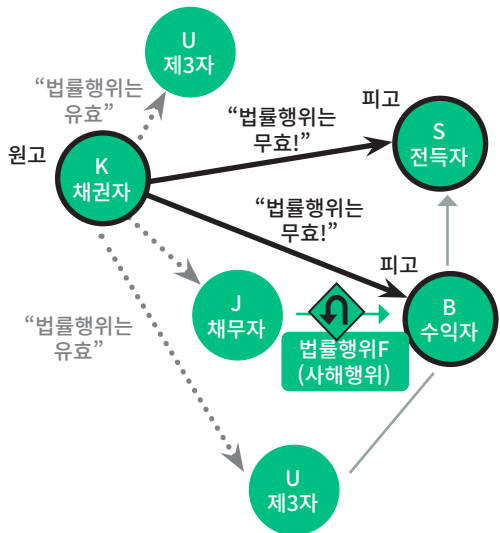
[그러므로, 수익자[B] 또는 전득자[S]가 채권자[K]에 대하여 사해행위[F]의 취소[에 따른] 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐[이다.]

3. 원고인 채권자(K)와 피고인 전득자(S) 사이: 효력이 미친다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 취소되어 무효

2012다47548: [이 경우] 취소의 효과는 **채권자[K]와 수익자[B] 또는 전득자[S] 사이**에만 **미친다**.
[그러]므로, 수익자[B] 또는 **전득자[S]가 채권자[K]에 대하여** 사해행위의 취소[에 따른] 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐[이다].

4. 원고인 채권자(K)와 제3자(U) 사이: 영향 없다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 여전히 유효 ← 제3자(U)는 소송 당사자(피고)가 아니라서(설령 제3자(U)가 수익자(B)의 채권자였다고 하더라도, 마찬가지로)

99다9011: 사해행위취소의 효력은 상대적이[다. 그렇]기 때문에 소송당사자[K, B, S]인 채권자[K]와 수익자[B] 또는 전득자[S] 사이에만 발생할 뿐[이다. 즉,] **소송의 상대방 아닌 제3자[U]에게는 아무런 효력을 미치지 아니한다**.



2004다49532: 채무자[J]의 부동산을 매수한 수익자[B]의 채권을 담보하기 위하여 수익자[B]의 채권자들[U]이 부동산에 대해 압류 등을 하여 부동산에 관한 ... 경매절차에서 배당받[았다. 그] 후 사해행위 취소채권자[K]가 수익자[B]를 상대로 사해행위취소 소송을 제기하여 가액배상의 확정판결을 받[았다].

수익자[B]의 채권자들[U][은] ... 수익자[B]의 채권자로서 이미 가지고 있던 채권확보를 위하여 부동산을 압류 또는 가압류한 자[들이다].
목적부동산의 매각대금에 대하여 사해행위 취소채권자[K]에게 수익자[B]의 채권자들[U]에 우선하여 변제받을 수 있는 권리를 부여하여 사해행위취소 판결의 실효성을 확보하여야 할 아무런 근거가 없[다. 그러]므로 **수익자[B]의 채권자들[U]에게 사해행위취소 판결의 효력이 미친다고는 볼 수 없[다]**.

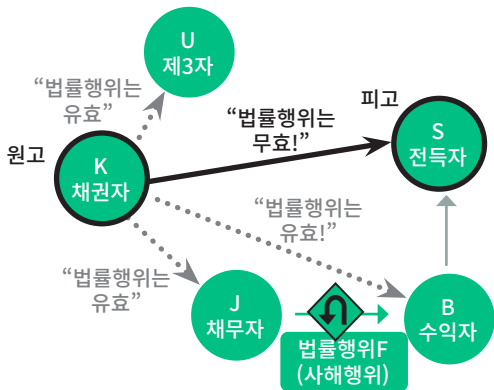
5. 채무자(J)와 피고인 수익자(B) 사이: 영향 없다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 여전히 유효 ← 채무자(J)는 소송 당사자(피고)가 아니라서

2012다2743: 사해행위의 취소는 ... 채무자[J]와 수익자[B] 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니한다.

전득자만을 상대로 한 취소소송 결과

전득자(S)만을 피고로 삼아, 채무자(J)의 법률행위(F)를 취소했다면?

2004다21923: 채권자[K]가 전득자[S]를 상대로 하여 ... 사해행위취소의 소를 제기한 경우[다.]



1. 원고인 채권자(K)와 채무자(J) 사이: 영향 없다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 여전히 유효 ← 채무자(J)는 소송 당사자(피고)가 아니라서

2004다21923: [이 경우] 그 취소의 효과는 ... [채권자 K와] 채무자[J] ... 사이의 법률관계에는 미치지 않는다[다.]

2. 원고인 채권자(K)와 수익자(B) 사이: 영향 없다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 여전히 유효 ← 수익자(B)는 이 사건에서는 소송 당사자(피고)가 아니라서

99다9011: 사해행위취소의 효력은 상대적이[다. 그렇기 때문에 소송당사자[K, S]인 채권자[K]와 ... 전득자[S] 사이에만 발생할 뿐[이다. 즉,] 소송의 상대방 아닌 제3자[B]에게는 아무런 효력을 미치지 아니한다.

3. 원고인 채권자(K)와 피고인 전득자(S) 사이: 효력이 미친다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 취소되어 무효

2004다21923: 그 취소의 효과는 채권자[K]와 전득자[S] 사이의 상대적인 관계에서만 생긴다[다.]

4. 원고인 채권자(K)와 제3자(U) 사이: 영향 없다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 여전히 유효 ← 제3자(U)는 소송 당사자(피고)가 아니라서

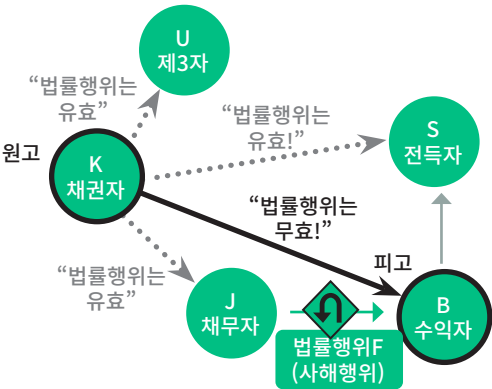
99다9011: 사해행위취소의 효력은 상대적이다. 그렇기 때문에 소송당사자[K, S]인 채권자[K]와 ... 전득자[S] 사이에만 발생할 뿐이다. 즉, 소송의 상대방 아닌 제3자[U]에게는 아무런 효력을 미치지 아니한다.

5. 채무자(J)와 수익자(B) 사이: 영향 없다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 여전히 유효 ← 채무자(J)는 원래, 수익자(B)는 이 사건에서, 모두 소송 당사자(피고)가 아니라서

2004다21923: [이 경우] 그 취소의 효과는 ... 채무자[J]와 수익자[B] 사이의 법률관계에는 미치지 않는다.

수익자만을 상대로 한 취소소송 결과
수익자(B)만을 피고로 삼아, 채무자(J)의 법률행위(F)를 취소했다면?

2012다47548: 채권자[K]가 사해행위의 취소와 함께 수익자[B]...로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 [어떻게 되는가?]



1. 원고인 채권자(K)와 채무자(J) 사이: 영향 없다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 여전히 유효 ← 채무자(J)는 소송 당사자(피고)가 아니라서

2012다47548: [이 경우] 채권자[K]와 채무자[J] 사이에서 취소[에 따른] 법률관계가 형성되거나 취소의 효력이 소급하여 채무자[J]의 책임재산으로 복구되는 것은 아니다.

2. 원고인 채권자(K)와 피고인 수익자(B) 사이: 효력이 미친다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 취소되어 무효

2012다2743: [이 경우] 사해행위의 취소는 채권자[K]와 수익자[B]의 관계에서 상대적 으로 채무자[J]와 수익자[B] 사이의 법률행위[F]를 무효로 하는 데에 그[친다.]

3. 원고인 채권자(K)와 전득자(S) 사이: 영향 없다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 여전히 유효 ← 전득자(S)는 이 사건에서는 소송 당사자(피고)가 아니라서

2004다17535: 채권자[K]가 수익자[B]를 상대로 사해행위의 취소를 구하는 소를 이미 제기했다. 그리하여 채무자[J]와 수익자[B] 사이의 법률행위[F]를 취소하는 내용의 판결을 선고받아 확정되었다. 그렇더라도 그 판결의 효력은 그 소송의 **피고[B]가 아닌 전득자[S]에게는 미칠 수 없다.**

채권자(K)로서는, 수익자(B)만을 피고로 한 사해행위취소소송에서 승소하더라도, 다시 전득자(S)를 피고로 한 사해행위취소의 소를 제기해야 한다.

2004다17535: [그러므로] 채권자[K]가 그 소송과는 별도로 전득자[S]에 대하여 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 구하기 위해서는 [어떻게 해야 하는가?] 위에서 본 법리에 따라 민법 제406조 제2항에서 정한 **기간 안에 전득자[S]에 대한 관계에서** 채무자[J]와 수익자[B] 사이의 사해행위[F]를 **취소하는 청구를 해야** 한다.]

4. 원고인 채권자(K)와 제3자(U) 사이: 영향 없다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 여전히 유효 ← 제3자(U)는 소송 당사자(피고)가 아니라서

99다9011: 사해행위취소의 효력은 상대적이다. 그렇기 때문에 소송당사자[K, B]인 채권자[K]와 수익자[B] ... 사이에만 발생할 뿐이다. 즉, **소송의 상대방 아닌 제3자[U]에게는 아무런 효력을 미치지 아니한다.**

5. 채무자(J)와 피고인 수익자(B) 사이: 영향 없다. 즉, 채무자(J)의 법률행위(F)는 여전히 유효 ← 채무자(J)는 소송 당사자(피고)가 아니라서

2012다2743: 사해행위의 취소는 ... **채무자[J]와 수익자[B] 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니한다.**

소결

1. 채권자취소권 행사에 따라 발생하는 원상회복 의무는, 채권자취소소송의 피고로 된 수익자(B) 또는 전득자(S)만 진다.
2. 채무자(J) 입장에서는 법률행위(F)가 여전히 유효하다.

2004다23110: 수익자[B] 또는 전득자[S]가 사해행위의 취소[에 따른] 원상회복 또는 이[를] 갈음하는 가액배상을 하여야 할 의무를 부담한다[고 하자. 그렇다]고 하더라도 이는 채권자[K]에 대한 관계에서 생기는 법률효과에 불과하다. 즉, **채무자[J]와 사이에서 그 취소[에 따른] 법률관계가 형성되는 것은 아니다.** 그리고 그 취소의 효력이 소급하여 채무자[J]의 책임재산으로 회복되는 것도 아니다.]

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

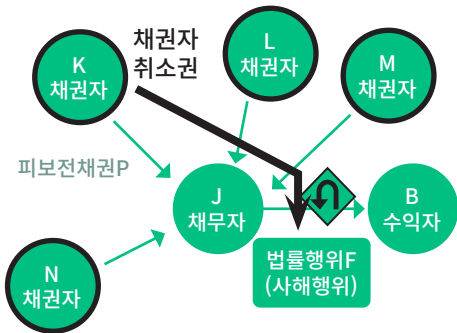
[문 11.] 甲은 乙에 대하여 1억 원의 금전채권을 가지고 있었는데, 乙은 자기의 유일한 재산인 X 부동산을 丙에게 매도하고 소유권이전등기까지 마쳐 주었다. 그 후 甲은 丙을 상대로 X 부동산 매매계약에 대한 사해행위취소 및 원상회복을 구하는 소를 제기하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄹ. 丙의 일반채권자인 A가 丙 명의로 X 부동산에 관한 소유권이전등기가 마쳐진 것을 기화로 X 부동산을 압류하고 X 부동산에 관하여 진행된 경매절차에서 배당을 받았더라도, 이후 甲이 丙에 대하여 사해행위취소 및 원상회복으로서 가액배상의 확정판결을 받았다면 A는 가액배상액의 범위 내에서 甲에게 위 배당금을 부당이득으로 반환하여야 한다.

채권자에 대한 효과

개념

채무자(J)의 모든 채권자들(K, L, M, N)은 취소 효력을 받는다.



- 1. 취소권을 행사한 채권자(K): 취소 효력을 받는다.
- 2. 취소권을 행사하지 않은 채권자들(L, M, N): 마찬가지로, 취소 효력을 받는다.

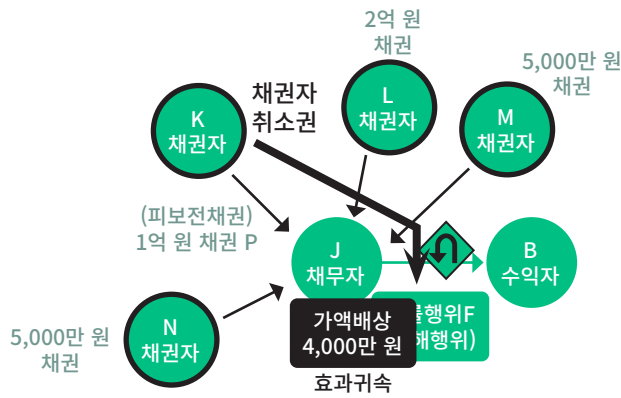
민법 제407조(채권자취소의 효력) 전조의 규정에 [따른] 취소[사해행위취소]와 원상회복은 모든 채권자[K, L, M, N]의 이익을 위하여 그 효력이 있다.

취소 효과는 상대적이지만, 모든 채권자들은 취소 효력(이익)을 받는다. 이것이 무슨 의미인가?

평등분배

채무자(J)의 채권자들(K, L, M, N)은 모두 자기의 채권액에 비례해 평등분배를 받는다. 즉,

- 1. 취소권을 행사한 채권자(K)도 평등분배를 받고,
- 2. 다른 채권자들(L, M, N)도 평등분배를 받는다.



2007다37837: 채권자취소권의 행사로 채무자[J]에게 회복된 재산에 대하여 취소채권자[K]가 우선변제권을 가지는 것이 아니다. 다른 채권자[L, M, N]도 총채권액 중 자기의 채권에 해당하는 안분액을 변제받을 수 있는 것이다.

예를 들어,

- 1. 원상회복으로 가액배상액이 4,000만 원.
- 2. 취소채권자(K)는 채무자(J)에 대한 채권(P)이 1억 원.
- 3. 채무자(J)에 대해 L은 2억 원, M은 5,000만 원, N도 5,000만 원의 채권을 갖고 있다. 다른 채권자는 없다.
- 4. 채무자(J)의 채권자들(K, L, M, N)은 자기 채권액에 비례해 2 : 4 : 1 : 1 (= 1억 원 : 2억 원 : 5,000만 원 : 5,000만 원) 비율로 평등하게 받아야 한다.
- 5. 그 결과, 가액배상액 4,000만 원에 대해, K는 1,000만 원을, L은 2,000만 원을, M은 500만 원을, N은 500만 원만큼만 집행할 수 있다.

	채무자 J 수령 후 배당
K (1억 원 채권자)	1,000만 원 만족 → 잔액 9,000만 원
L (2억 원 채권자)	2,000만 원 만족 → 잔액 1억 8,000만 원
M (5,000만 원 채권자)	500만 원 만족 → 잔액 4,500만 원
N (5,000만 원 채권자)	500만 원 만족 → 잔액 4,500만 원

물론, L, M, N도 각각 채무자(J)를 상대로 2억 원, 5,000만 원, 5,000만 원의 집행권원(확정판결 등)을 갖고 있어야 한다. 그래야 L, M, N도 집행할 수 있다.

민사집행법 제247조(배당요구) ① ... 우선변제청구권이 있는 채권자[→ 담보권자]와 **질
행력 있는 정본을 가진 채권자는 ... 법원에 배당요구를 할 수 있다.**

2003다15907: 취소소송 [소를] 제기한 채권자[K] 등이 원상회복된 채무자[J]의 재산
에 대한 강제집행을 신청[했다. 그리하여] 그 절차가 개시[되었다. 이렇게 되]면 [다른] 채
권자[L, M, N]도 그 집행권원을 갖추어 강제집행절차에서 배당을 요구할 권리가 있다.

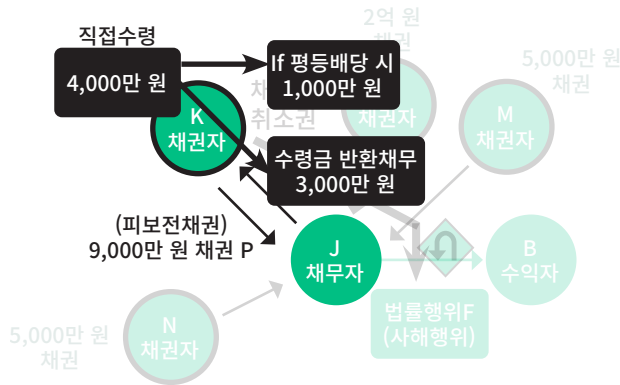
사실상의 우선변제

채권자취소권에 따른 원상회복에서, 채권자(K)가 수익자(B)로부터 직접 수령할
수도 있다. 즉, “수익자(B)는 채권자(K)에게 ...하라”는 식으로 청구한다. 그러면,

- 1. 취소채권자(K)는 수익자(B)로부터 가액배상액 4,000만 원을 직접 수령한다.
- 2. 이 중 1,000만 원만 취소채권자(K)의 몫이다. 나머지 3,000만 원은 채무자
(J)에게 반환해야 한다. 왜? 나머지 3,000만 원은 다른 채권자들(L, M, N)이
채권액에 비해해 평등하게 받아야 할 돈이기 때문이다.

그러나 실제로는 K가 사해행위취소소송으로 직접 수령한 3,000만 원을 J에게
현실적으로 줄 필요가 없다. 왜?

- 1. 취소채권자(K)는 채무자(J)에게 3,000만 원을 반환할 의무(채무)가 있지만,
- 2. 반대로 취소채권자(K)는 채무자(J)에게 9,000만 원 받을 권리(채권)가 있다.
즉, 취소채권자(K)로서는 위 1,000만 원을 받아도, 채무자(J)에게는 아직 받
을 돈이 9,000만 원(= 1억 원 - 1,000만 원) 남아 있다.
- 3. 그리고 위 두 채무는 서로 상계를 할 수 있기 때문이다.



그러면 어떻게 되는가?

- 1. 취소채권자(K)는 3,000만 원 범위에서 상계할 수 있다.
- 2. 그러면, 취소채권자(K)가 채무자(J)에게 반환할 돈은 없게 된다.
- 3. 동시에, 취소채권자(K)의 채무자(J)에 대한 채권은 6,000만 원(= 9,000만 원 - 3,000만 원)이 남는다.

4. 결과적으로, 채권자(K)는 위 가액배상액 전액인 4,000만 원 모두에 대해 사실상 우선변제를 받는 셈이 된다.

이처럼, 직접 수령한 채권자(K)는 상계(set-off)를 통해 다른 채권자들(L, M, N)을 제치고, 사실상 자신의 피보전채권을 먼저 변제받는 이익을 누린다. 이런 결과도 허용하나? 그렇다. 이것은 평등분배 법리와 모순되지 않는다.

	채무자 J 수령 후 배당	채권자 K 직접수령 & 상계 후 배당
K (1억 원 채권자)	1,000만 원 만족	4,000만 원 우선 만족
L (2억 원 채권자)	2,000만 원 만족	배당×
M (5,000만 원 채권자)	500만 원 만족	배당×
N (5,000만 원 채권자)	500만 원 만족	배당×

이러한 사실상 우선변제 효과는 상계 효과다.

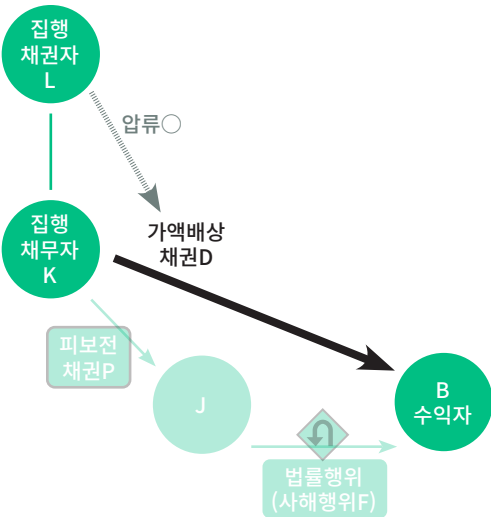
2003다15907: [평등분배는 어떤 의미인가? L, M, N 같은 다른 채권자들도] 채권의 공동담보로 회복된 채무자[J]의 책임재산으로부터 **민사집행법 등의 법률상 절차를 거쳐 ... 안분액을 지급받을 수 있다**는 것을 의미[할] 뿐[이다].

[뒤집어 말해,] 다른 채권자[L, M, N]가 이러한 법률상 절차를 거치지 아니하고 취소채권자[K]를 상대로 하여 안분액의 지급을 직접 구할 수 있는 권리를 취득[하는 것이 아니다. 또는,] 취소채권자[K]에게 인도받은 재산 또는 가액배상금[4,000만 원]에 대한 분배의무가 인정된다고 볼 수[도] 없다.

가액배상금[4,000만 원]을 수령한 취소채권자[K]가 이러한 분배의무를 부담하지 아니[하여] **사실상 우선변제**를 받는 ... 결과를 초래하는 경우가 생긴다. 그렇[기]더라도 [이러한 결과는]... 현행 채권자취소 관련 규정의 해석상으로는 불가피하다.

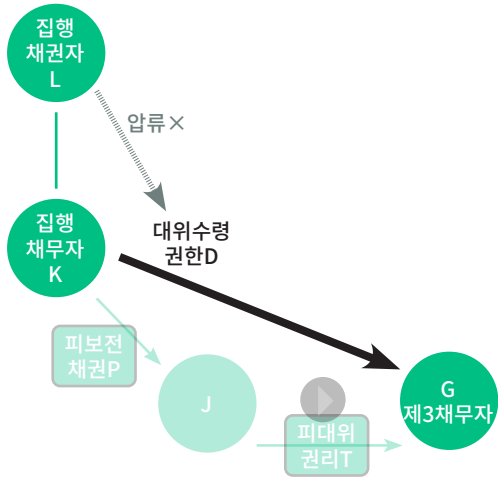
가액배상 채권의 압류 대상 여부

1. 채권자취소권에 기초한 채권자의 가액배상 채권은 압류 대상○



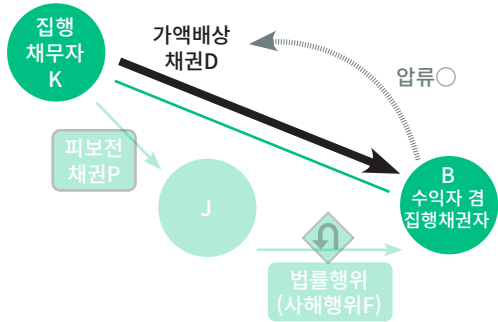
2007다84352: 채권자취소권...[에서] 원상회복을 가액배상으로 하는 경우에 그 이행의 상대방은 채권자[K]이어야 한다.

비교: 채권자대위권에 기초한 채권자(K)의 대위수령 권한은 압류 대상×



2015다236547: 대위채권자[K]의 제3채무자[G]에 대한 추심권능 내지 변제수령권능 [D]은 자체로서 독립적으로 처분하여 환가할 수 있는 것이 아니어서 압류할 수 없는 성질의 것이다[다.] ... [그러므로] 채권자대위소송에서 확정된 판결에 따라 대위채권자[K]가 제3채무자[G]로부터 지급받을 채권[D]에 대한 압류명령 등도 무효이다.

2. 심지어 수익자(B)를 집행채권자로 해도 된다.



2017마499: 수익자[B]가 채권자취소권을 행사하는 채권자[K]에 대해 가지는 별개의 다른 채권을 집행하기 위하여 그에 대한 집행권원을 가지고 위 채권자[K]의 수익자[B]에 대한 가액배상채권을 압류하고 전부명령을 받는 것은 허용된다. ... [채권압류에서] 채권자[→ 집행채권자 B]와 제3채무자[B]가 같다고 하여 채권압류 및 전부명령이 위법하다고 볼 수 없다.

채권자취소권의 수익자 = 채권집행의 제3채무자 = 채권집행의 집행채권자 = B

주의: 사해행위 이후 채권을 취득한 자?

채권자취소권 행사 효력을 받는 “채권자”란,

- 1. 사해행위 전부터 채무자에 채권을 갖고 있던 사람을 말한다.
- 2. 즉, 사해행위 이후 비로소 채무자에 채권을 갖게 된 사람은 해당하지 않는다.

민법 제407조(채권자취소의 효력) 전조의 규정에 [따른] 취소[사해행위취소]와 원상회복은 **모든 채권자[K, L, M, N]의 이익을 위하여 그 효력**이 있다.

2009다18502: 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자는 채권의 취득 당시에 사해행위취소[로] 회복되는 재산을 채권자의 공동담보로 파악하지 아니한 자[다. 그래서] 민법 제407조에 정한 사해행위취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자에 포함되지 아니한다.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 27.] 甲은 2015. 2. 1. 乙에게 1억 원을 변제기 2016. 1. 31.로 정하여 대여하였는데, 乙은 위 대여금을 전혀 변제하지 않은 상태에서 2021. 4. 1. 유일한 재산인 시가 3억 원 상당의 X 토지를 丙에게 매도하고, 그다음 날 소유권이전등기를 [마쳐] 주었다. 甲은 2022. 2. 21. 丙을 피고로 하여 아래와 같은 청구취지로 소를 제기하였고, [제1]심법원에서 아래 주문과 같은 판결을 선고하였다.

[청구취지]

- 1. 피고와 乙 사이에 X 토지에 관하여 2021. 4. 1. 체결된 매매계약을 취소한다.
- 2. 피고는 乙에게 제1항 기재 토지에 관하여 서울중앙지방법원 등기국 2021. 4. 2. 접수 제1234호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.
- 3. 소송비용은 피고가 부담한다.
- 4. 제2항은 가집행할 수 있다.

[주문]

- 1. 피고와 乙 사이에 X 토지에 관하여 2021. 4. 1. 체결된 매매계약을 100,000,000원의 한도 내에서 취소한다.
- 2. 피고는 원고에게 100,000,000원을 지급하라.
- 3. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
- 4. 소송비용은 피고가 부담한다.
- 5. 제2항은 가집행할 수 있다.

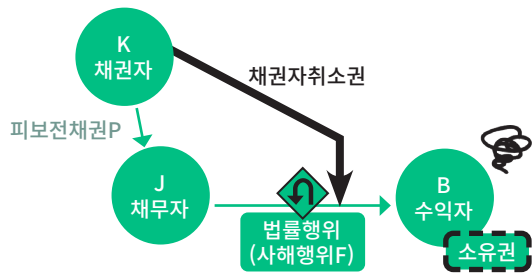
이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (X 토지의 시가 변동은 없다고 가정하고, 이자와 지연손해금은 고려하지 않음. 각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠. 丙이 甲에 대하여 가지는 금전채권을 집행채권으로 하여 주문 제2항의 가액배상채권에 대하여 받은 압류 및 전부명령은 무효이다.

수익자에 대한 효과

문제점

사해행위 취소 및 원상회복을 통해, 수익자(B)가 취득했던 재산이 도로 채무자(J)에게 돌아간다. 그러면 수익자(B)로서는 낭패다. 수익자(B) 입장에서는, 어떤 구제수단이 있는가?



수익자가 증여받은 경우

사해행위(F)가 증여계약이고, 그에 따라 수익자(B)가 소유권을 취득했었다면?

- 1. 사해행위인 증여계약(F)이 취소되어, 수익자(B)는 소유권을 빼앗긴다.
- 2. 수익자(B)는 어차피 목적물을 무상으로 받았다. 그러므로, 수익자(B)로서는 채무자(J)에게 청구할 것이 없다.

수익자가 매수한 경우

사해행위(F)가 매매계약이고, 그에 따라 수익자(B)가 소유권을 취득했었다면?

- 1. 사해행위인 매매계약(F)이 취소되어, 수익자(B)는 소유권을 빼앗긴다.
- 2. 수익자(B)는? 채무자(J)에게 매매대금까지 지불하고 취득한 것을 빼앗겼다. 그러면 그만큼 손해를 입은 것이다.
- 3. 채무자(J)는? 자기 채무(P)를 수익자(B)의 재산으로 변제한 셈이다. 그만큼 이익을 얻었다.

따라서,

- 1. 채무자(J)는 수익자(B)에게 그만큼을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

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

2012다14975: 채무자[J]의 부동산에 관한 **매매계약 등의 유상행위**가 사해행위라는 이유로 취소되고 원상회복이 이루어[졌다. 이]로써 **[채무자 J]는 수익자[B]에 대하여 부당이득반환채무를 부담**하게 되었다.]

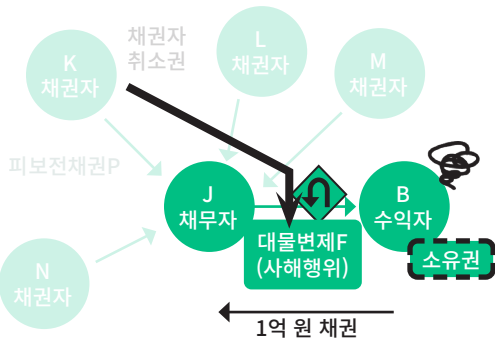
- 2. 그렇다고 해서 수익자(B)가 채무자(J)에 대한 부당이득반환채권을 근거로 강제집행을 할 수는 없다. 이때의 수익자(B)는 취소 혜택을 받는 채권자가 아니기 때문이다.

2009다18502: 사해행위[매매계약] 이후에 채권[(부당이득반환채권)]을 취득한 채권자 [수익자 B]는 [어떤 자인가? 수익자 B는] 채권[(부당이득반환채권)]의 취득 당시에 사해 행위취소[로] 회복되는 재산[반환 받을 매매대금]을 채권자[(일반 채권자들)]의 공동담보로 파악하지 아니한 자[다. 따라서 수익자 B는] 민법 제407조에 정한 사해행위취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자에 포함되지 아니한다.

2012다14975: 이러한 수익자[B]의 채무자[J]에 대한 [부당이득반환]채권은 당초의 사해행위[매매계약] 이후에 취득한 채권에 불과하[다. 그러]므로 수익자[B]는 원상회복된 재산[매매목적물]에 대한 강제경매절차에서 배당을 요구할 권리가 없다.

수익자가 대물변제받은 경우

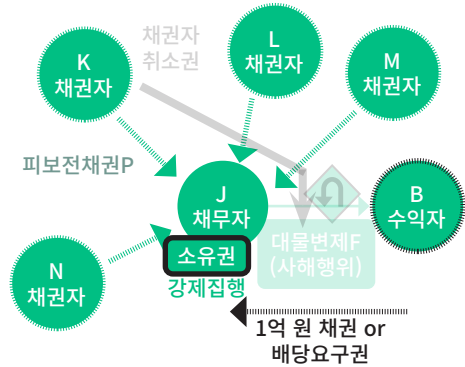
수익자(B)도 채무자(J)에 대해 원래 1억 원의 채권이 있었다고 하자. 채무자(J)가 수익자(B)에게 대물변제했다. 그 대물변제가 사해행위(F)로 취소된다면?



- 1. 원래, 수익자(B)도 채무자(J)에 대한 채권자들 중 한 사람이었다. 다만, 대물변제 결과 수익자(B)의 채무자(J)에 대한 채권(1억 원 채권)이 소멸했다.
- 2. 사해행위(대물변제)(F)가 취소되면? 수익자(B)의 채무자(J)에 대한 1억 원 채권이 부활한다. 수익자(B)도 다시 채무자(J)의 채권자들 중 한 사람이 된다.
- 3. 따라서 채무자(J)는 수익자(B)에게 1억 원을 지급할 의무가 있다.

이 경우,

- 1. 수익자(B)는 채무자(J)에 대한 원래의 1억 원 채권을 근거로 강제집행을 할 수 있다. 대물변제받은 수익자(B)는 취소 혜택을 받는 채권자이기 때문이다.
- 2. 배당 시, 평등분배 원리에 따른다. 따라서 채무자(J)의 모든 채권자들(K, L, M, N, B)은 채권액에 비례해 배당받는다.



민법 제407조(채권자취소의 효력) [채권자취소권]의 규정에 [따른] 취소와 원상회복은 모든 채권자[K, L, M, N, B]의 이익을 위하여 그 효력이 있다.

2003다15907: 채무자[J]가 다수의 채권자들[K, L, M, N, B] 중 1인(수익자[B])에게 담보를 제공하거나 대물변제[F]를 한 것이 다른 채권자들[K, L, M, N]에 대한 사해행위가 되었다. 그래서] 채권자들 중 1인[K]의 사해행위 취소소송 [소]제기[로] 그 취소와 원상회복이 확정되었다.]

사해행위[F]의 상대방인 수익자[B]는 [i] 그의 [1억 원] 채권이 사해행위[F] 당시에 그대로 존재하고 있었[던 것이다.] 또는 [ii] 사해행위[F]가 취소되면서 그의 [1억 원] 채권이 부활하게 되는 결과 본래의 채권자로서의 지위를 회복하게 되는 것이[다. 그러]므로, 다른 채권자들[K, L, M, N]과 함께 민법 제407조에 [따라] 그 취소 및 원상회복의 효력을 받게 되는 채권자에 포함된다.]

취소소송 [소를] 제기한 채권자 등[K]이 원상회복된 채무자[J]의 재산에 대한 강제집행을 신청하여 그 절차가 개시되[었다고 하자. 그러]면 수익자인 채권자[B]도 그 집행권원을 갖추어 강제집행절차에서 배당을 요구할 권리가 있다.

수익자의 상계?

대물변제가 사해행위로 취소되는 경우, 수익자(B)가 상계할 수 있는가? 못한다.

- 1. 수익자(B)는 채무자(J)에 대한 기존 채권(1억 원)을 자동채권으로 상계할 수 없다.

99다63183: 수익자[B]로 하여금 자기의 채무자[J]에 대한 반대채권으로써 상계를 허용[하면 어떻게 되는가?] 사해행위[로] 이익을 받은 수익자[B]를 보호하고 다른 채권자[K, L, M, N]의 이익을 무시하는 결과가 된다. 즉, 위 제도의 취지에 반한다.]

[그러]므로, 수익자[B]가 채권자취소에 따른 원상회복으로서 가액배상을 할 때에 채무자[J]에 대한 채권자라는 이유로 채무자[J]에 대하여 가지는 자기[B]의 [1억 원] 채권과의 상계를 주장할 수는 없다.

2. 수익자(B)는 강제집행절차에서의 배당요구권을 자동채권으로 상계할 수도 없다.

2000다44348: 수익자인 채권자[B]로 하여금 안분액의 반환을 거절하도록 하[면 어떻게 되는가?] 자신의 채권에 대하여 변제를 받은 수익자[B]를 보호하고 다른 채권자[K, L, M, N]의 이익을 무시하는 결과가 [된다. 즉, 위] 제도의 취지에 반[한다.]

[그러므로] 수익자[B]가 채무자[J]의 채권자인 경우 수익자[B]가 가액배상을 할 때에 수익자 자신[B]도 사해행위취소의 효력을 받는 채권자[K, L, M, N, B] 중의 1인이라는 이유로 취소채권자[K]에 대하여 총채권액 중 자기의 채권에 대한 안분액의 분배를 청구[할 수 없다.]

[그리고] **수익자[B]가** 취소채권자[K]의 원상회복에 대하여 총채권액 중 자기[B]의 채권에 해당하는 안분액의 배당요구권으로써 원상회복청구와의 **상계를 주장하여 그 안분액의 지급을 거절할 수[도] 없다.**

어느 모로 보나, 수익자(B)는 상계할 수 없다.

취소채권자(K)가 직접수령 후 상계할 수 있다는 것과 혼동해서는 안 된다.

연습문제1

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 64.] 사해행위취소소송에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사해행위의 수익자 소유의 부동산에 대한 경매절차에서 취소채권자가 수익자에 대한 가액배상판결에 기[초]하여 받은 배당액은 배당요구를 한 취소채권자에게 그대로 귀속되는 것이 아니라 채무자의 책임재산으로 회복되는 것이다.
- ② 수익자가 채무자의 채권자인 경우 수익자가 가액배상을 할 때에 수익자 자신도 사해행위취소의 효력을 받는 채권자 중 1인이라는 이유로 취소채권자에 대하여 총채권액 중 자기의 채권에 대한 안분액의 분배를 청구할 수 있다.
- ③ 가액배상의무는 그 가액배상금의 지급을 명하는 판결이 확정된 때에 비로소 발생하므로 그 판결이 확정된 다음 날부터 이행지체의 책임이 있다.
- ④ 사해행위 취소판결에 [따라] 수익자 또는 전득자가 사해행위의 취소[에 따른] 원상회복 또는 이[를] 갈음하는 가액배상을 하여야 할 의무를 부담한다고 하더라도, 이는 채권자에 대한 관계에서 생기는 법률효과에 불과하고 채무자에 대한 관계에서 그 취소[에 따른] 법률관계가 형성되는 것은 아니다.
- ⑤ 사해행위인 매매예약에 기[초]하여 수익자 앞으로 가등기를 마친 후 전득자 앞으로 그 가등기 이전의 부가등기를 마치고 그 가등기에 기[초]한 본등기까지 마친 경우라도 채권자는 수익자를 상대로 그 사해행위인 매매예약의 취소를 청구할 수 있다.

연습문제2

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 18.] 2022. 6. 22. 甲은 채무초과 상태에서 그 소유의 유일한 재산인 X 부동산을 乙에게 매도하고, 2022. 8. 22. 소유권이전등기를 [마쳐] 주었다. 甲의 채권자 丙은 사해행위취소의 소를 적법하게 제기하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉔. 丙이 乙을 상대로 사해행위취소의 소를 제기하여 乙로부터 원상회복으로 직접 가액 배상을 받을 경우, 乙이 甲에 대한 반대채권이 있다면 이를 가지고 상계를 주장할 수 없다.

연습문제3

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

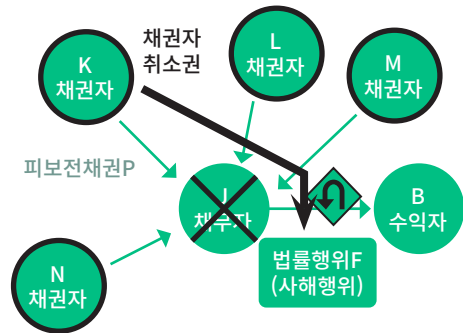
[문 25.] 甲은 乙에 대하여 변제기가 도래한 2억 원의 대여금채권(A 채권)을 가지고 있고, 채무초과 상태인 乙은 丙에 대하여 변제기가 도래한 2억 원의 대여금채권(B 채권)을 가지고 있으며, 乙은 그 소유의 X 부동산을 丁에게 증여하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

④ 甲이 사해행위취소소송에 따라 丁에 대하여 가액배상채권을 가지는 경우, 丁이 乙에 대한 채권을 가지고 있다는 이유로 甲에게 상계를 주장하여 총채권액 중 자기채권에 해당하는 안분액의 지급을 거절하는 것은 허용되지 않는다.

채무자에 대한 효과

개념

1. 채무자(J)는 채권자취소 효력을 받지 않는다.



2. 따라서, 채무자(J) 입장에서는 법률행위(F)가 여전히 유효하다.

2015다217980: 사해행위의 취소는 채권자[K]와 수익자[B]의 관계에서 상대적으로 채무자[J]와 수익자[B] 사이의 법률행위[F]를 무효로 하는 데에 그[친다. 즉,] 채무자[J]와 수익자[B] 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 않는다.

회복한 재산에 관한 채무자의 권리?

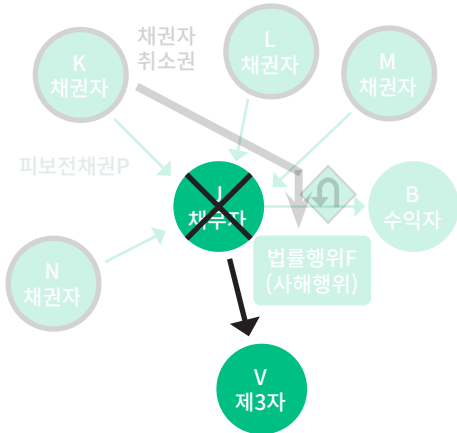
채권자(K)의 채권자취소 행사 결과, 채무자(J) 앞으로 원상회복이 이루어졌다고 하자. 이 재산은 채무자(J) 이름으로 되어 있더라도, 실제로는 채무자(J) 소유가 아니다. 채무자(J)는 채권자취소 효력을 받지 않기 때문이다.

2015다217980: 채무자[J]와 수익자[B] 사이의 부동산매매계약[F]이 사해행위로 취소되[었다. 그리]고 그에 따른 원상회복으로 수익자[B] 명의의 소유권이전등기가 말소되어 채무자[J]의 등기명의로 회복되[었다.]

그 부동산은 취소채권자[K]나 민법 제407조에 따라 사해행위 취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자[L, M, N]와 수익자[B] 사이에서 채무자[J]의 책임재산으로 취급될 뿐 [이다. 즉,] **채무자[J]가 직접 그 부동산을 취득하여 권리자가 되는 것은 아니[다.]**

회복한 재산을 채무자가 처분?

그 상태에서, 채무자(J)가 자기 앞으로 회복한 재산을 제3자(V)에게 처분하면?



- 1. 채무자(J)는 무권리자다. 따라서 자기(J)에게 회복한 재산을 제3자(V)에 처분해도 무효다.

물권변동 무효의 제2 법칙: 양도인이 무권리자면, 물권변동은 무효

2015다217980: 채무자[J]가 사해행위 취소로 그 등기명의를 회복한 부동산을 제3자[V]에게 처분하더라도 이는 **무권리자의 처분**에 불과하여 **효력이 없다.**

- 2. 따라서 제3자(V)는 그 재산을 채무자(J) 앞으로 다시 돌려놓아야 한다. 제3자(V)가 재산을 보유할 법률상 원인이 없기 때문이다.

2015다217980: [그러]므로, 채무자[J]로부터 제3자[V]에게 마쳐진 소유권이전등기[는] ... **원인무효의 등기로써 말소**되어야 한다.

말소등기를 누가 하나?

- 1. 제3자(V)가 스스로 돌려놓을 리 없다.
- 2. 채무자(J)가 알아서 제3자(V)를 상대로 청구할 리도 없다.
- 3. 결국 채권자(K, L, M, N)가 제3자(V)를 상대로 청구해야 한다.

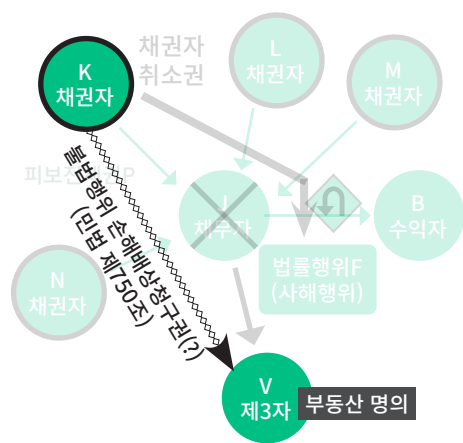
민법 제407조(채권자취소의 효력) [사해행위취소]와 원상회복은 모든 채권자[K, L, M, N]의 이익을 위하여 그 효력이 있다.

2015다217980: 이 경우 **취소채권자[K]나** 민법 제407조에 따라 사해행위 취소와 원상회복의 **효력을 받는 채권자[L, M, N]는** [다음을 할 수 있다. 즉,] 채무자[J]의 책임재산으로 취급되는 그 부동산에 대한 강제집행을 위하여 위와 같은 원인무효 등기의 **명의인 [V]을 상대로** 그 등기의 말소를 청구할 수 있[다.]

주의: 채권자취소권 행사 효력을 받는 채권자라야 청구할 수 있다. 사해행위 이후 채무자에 채권을 취득한 사람은 그 효력을 받지 않으므로, 해당하지 않는다.

이때, 채권자(K)의 제3자(V)에 대한 말소등기청구권의 법적 근거(성질)는?

- 1. 불법행위 손해배상청구권은 아니다. 왜? 손해배상으로 등기를 받을 수는 없기 때문이다. 손해배상으로는, 금전 지급만 가능하다.

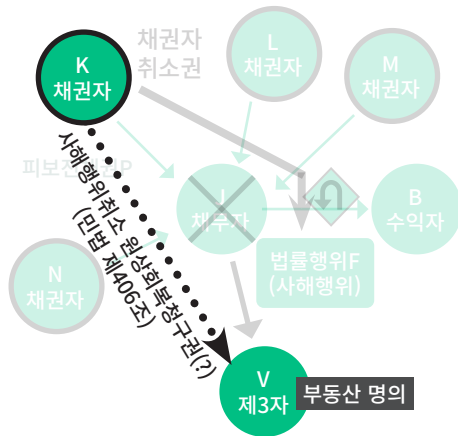


민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

민법 제763조(준용규정) ...제394조...의 규정은 불법행위[에 따른] 손해배상에 준용한다.

민법 제394조(손해배상의 방법) 다른 의사표시가 없으면 손해는 **금전**으로 배상한다.

2. 사해행위취소에 따른 원상회복청구권도 아니다. 왜? 피고적격은 수익자(B), 전득자(S)에게 있기 때문이다. 제3자(V)는 수익자(B)도 전득자(S)도 아니다.

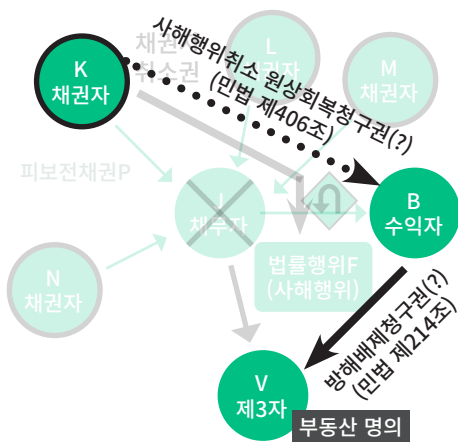


민법 제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. ...

2008다72394: 채권자가 사해행위의 취소와 함께 책임재산의 회복을 구하는 사해행위 취소의 소에[서] 수익자 또는 전득자에게만 피고적격이 있다.]

2013므4133: 채무자[J]와 법률행위를 한 수익자[B] 및 이를 기초로 다시 법률관계를 맺은 전득자[S]...

3. 수익자(B)의 제3자(V)에 대한 방해배제청구권을 대위행사 하는 것도 아니다. 왜? 현재 채권자(K)는 수익자(B)에 대한 채권이 없다. 피보전채권이 없어서, 대위행사를 할 수 없다.



민법 제214조(소유물방해제거, 방해예방청구권) 소유자[B]는 소유권을 방해하는 자 [V]에 대하여 방해의 제거[(말소등기절차이행)]를 청구할 수 ... 있다.

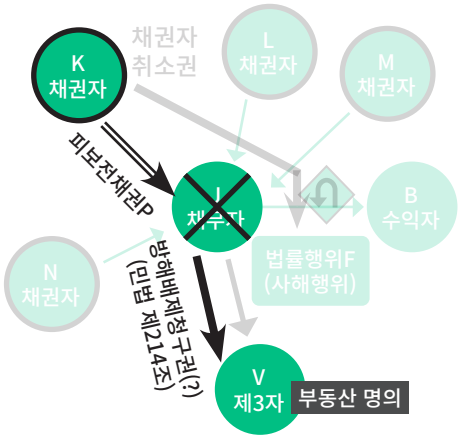
민법 제404조(채권자대위권) ① 채권자[K]는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자 [B]의 권리[(방해배제청구권)]를 행사할 수 있다. ...

94다14339: 대위[로] 보전될 채권자[K]의 채무자[B]에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 [어떻게 되는가?] 채권자[K]가 스스로 원고가 되어 채무자[B]의 제3채무자[V]에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 [된다. 그러]므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다.

원래 채권자(K)는 수익자(B)에게 사해행위취소에 따른 원상회복청구권을 갖고 있었다. 그러나 수익자(B)로부터 채무자(J) 앞으로 회복이 이미 이루어졌다. 즉, 원상회복청구권은 목적달성(변제)으로 소멸한 상태다.

2012다74236전합: 채권의 목적을 달성시키는 변제 등과 같은 사유[가 있다.] ... 변제로 ... [채무는] 소멸[한다.]

4. 결국, 채무자(J)의 제3자(V)에 대한 방해배제청구권을 대위행사 하는 것으로 보아야 한다.
- 즉, 청구 근거는 채무자(J)를 피대위자로 하는 채권자대위권으로,
1. 피보전채권: 채권자(K)의 채무자(J)에 대한 채권(P)
 2. 피대위권리: 채무자(J)의 제3자(V)에 대한 방해배제청구권



민법 제214조(소유물방해제거, 방해예방청구권) 소유자[J]는 소유권을 방해하는 자 [V]에 대하여 방해의 제거[(말소등기절차이행)]를 청구할 수 ... 있다.

민법 제404조(채권자대위권) ① 채권자[K]는 자기의 채권[P]을 보전하기 위하여 채무자[J]의 권리[(방해배제청구권)]를 행사할 수 있다. ...

성남지원2012카합70: 채권자 [K]는 이 사건 상표권[→ 부동산]의 등록[→ 등기]부상의 소유 명의자인 [J]를 대위하여 [V]를 상대로 ... 말소등록[→ 말소등기]절차의 이행을 ... 청구할 수 있다.] ...

채무자(J)는 부동산 소유권을 취득하지 못한다. 따라서 사실 채무자(J)는 제3자(V)에 대한 방해배제청구권이 없다. 그렇다면, 피대위권리가 없어서 대위행사를 할 수 없는 것 아닐까? 분명 난점이 있다. 그러나 실무는 대위행사를 허용한다.

성남지원2012카합70: [J]는 사해행위취소 판결의 집행으로 [J] 앞으로 소유 명의가 회복된 이 사건 상표권[→ 부동산]에 대하여 실질적인 소유권을 취득하는 것은 아니다. 그러므로, [J]에게는 원칙적으로 [V]에 대하여 ... 말소등록[→ 말소등기]절차의 이행을 청구할 권원이 없다고 할 수도 있다.

그러나 [J]의 일반채권자들[K, L, M, N]이 [V] 명의의 ... 원인무효인 이전등록[→ 이전 등기]을 말소하여 책임재산을 회복하도록 하는 한도 내에서는 이 사건 상표권[→ 부동산]을 [J] 소유인 것으로 형식상 취급할 필요가 있다.] 채권자 [K] 등 [J]의 일반채권자들은 책임재산을 보전하기 위하여 대외적 등록명의자[→ 등기명의인]인 [J]를 대위하여 [V]를 상대로 ... 원인무효인 등록[→ 등기]의 말소를 청구할 수 있다.]

어떤 청구권이 있다면, 항상 법적 근거를 생각해 보자. 그것만으로도 법적 사고 능력(legal mind) 개발에 도움이 된다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

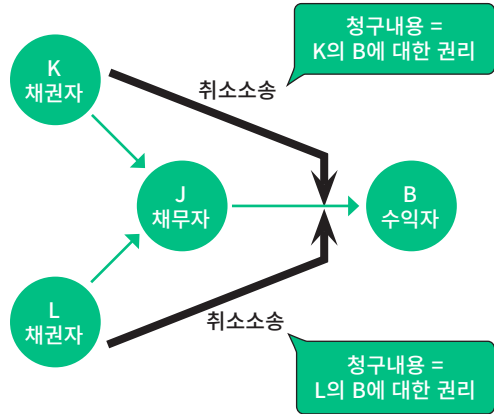
[문 11.] 甲은 乙에 대하여 1억 원의 금전채권을 가지고 있었는데, 乙은 자기의 유일한 재산인 X 부동산을 丙에게 매도하고 소유권이전등기까지 마쳐 주었다. 그 후 甲은 丙을 상대로 X 부동산 매매계약에 대한 사해행위취소 및 원상회복을 구하는 소를 제기하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠. 甲의 丙에 대한 사해행위취소 및 원상회복청구 소송에서 승소판결이 확정되어 乙에게 소유권이전등기 명의가 회복된 후 乙이 다시 X 부동산을 丁에게 매도하여 소유권이전등기를 마쳐 준 경우, 乙이 X 부동산을 丙에게 매도한 후 乙에 대한 금전채권을 가지게 된 丙은 丁 명의의 소유권이전등기 말소를 청구할 수 있다.

소송법상 효과

요약

- 1. 채권자취소소송은 제3자 소송담당이 아니다. 채권자마다 자기 고유의 권리를 행사하는 것이다.
- 2. 사해행위취소소송은, 취소채권자가 다르면 다른 청구(소송물)다. 당사자(원고)도 다르고, 청구 내용도 다르다.



3. 따라서 중복된 소제기 금지, 소취하 후 소제기 금지, 판결 확정 후 소제기 금지 규정을 적용하지 않는다.

중복된 소제기 금지 적용 대상 아님

2003다19558: 채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자[K, L]는 고유의 권리로서 채무자[J]의 재산처분 행위[F]를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있다. 그러므로 각 채권자[K, L]가 동시 또는 이시에 채권자취소 및 원상회복[의 소를] 제기한 경우 이들 소송이 중복제소에 해당하는 것이 아니다.

2018다202774: 따라서 여러 채권자[K, L]가 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기하여 여러 개의 소송이 계속 중인 경우에는[?] 각 소송에서 채권자[K, L]의 청구에 따라 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하여야 [한다. 그리고] 수익자[B]가 가액배상을 하여야 할 경우에도 수익자[B]가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자[K, L]의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다.

소취하 후 소제기 금지 적용 대상 아님

판결 확정 후 소제기 금지 적용 대상 아님

- 1. 어느 채권자(K)가 사해행위취소 및 원상회복 판결을 받아 확정됐더라도,
- 2. 여전히 다른 채권자(L)가 사해행위취소의 소를 제기할 수 있다.

2003다19558: 어느 한 채권자[K]가 동일한 사해행위에 관하여 채권자취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다. 그것]만으로 그 후에 제기된 다른 채권자[L]의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없어지게 되는 것은 아니[다. 즉, 채권자가 다른 이상, 같은 사해행위를 취소하는 채권자취소[의 소를] 제기할 수 있다.]

수익자의 이중 반환 위험 문제

이렇게 되면, 수익자(B)가 채권자들(K, L)에 이중으로 반환하게 될 위험이 있다. 어떻게 해결하나?

1. 만약 어느 한 채권자(K)가 실제로 원상회복 집행까지 마쳤다면,
2. “그 범위”에서 다른 채권자(L)가 원상회복을 청구할 수 없다.

구체적으로,

1. 다른 채권자(L)의 소송이 계속 중이면? 다른 채권자(L)의 소는 부적법하여 패소한다.

2003다19558: 그에 기[초]하여 재산이나 가액의 **회복을 마친** 경우[는 어떨까?] 다른 채권자[L]의 채권자취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위[에]서 권리보호의 이익이 없게 된다. [따라서 [K가] 집행까지 받은 후에 또 **[L이] 소제기를 하는 것은 부적법하다.** [L의 소는] 소각하 판결을 받게 된다.]

2. 다른 채권자(L)가 이미 확정판결까지 받았다면? 피고인 수익자(B)는 원고인 채권자(L) 상대로 청구이의소(lawsuit of demurrer against claims)를 제기할 수 있다.

주의: 청구이의소에서는 수익자(B)가 원고, 채권자(L)가 피고다.

민사집행법 제44조(청구에 관한 이의의 소) ① 채무자[B]가 판결에 따라 확정된 청구 [→ 사해행위취소에 따른 원상회복 청구]에 관하여 이의하려면 제1심판결법원에 청구에 관한 이의의 소를 제기하여야 한다.

2018다202774: 여러 개의 사해행위취소소송에서 **각 가액배상**을 명하는 **판결**이 선고되어 **확정**된 경우[를 보자.]

[원래] 각 채권자[K, L]의 피보전채권액을 합한 금액이 사해행위 목적물의 가액에서 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 않은 부분을 공제한 잔액(이하 ‘공동담보가액’이라 한다)을 초과한다면 수익자[B]가 채권자들[K, L]에게 **반환하여야 할 가액은 공동담보가액**이 [된다. 그런데]도 수익자[B]는 [확정판결들 때문에] 공동담보가액을 초과하여 반환하게 되는 범위 내에서 **이중으로 가액을 반환하게 될 위험**에 처할 수 있다.

수익자[B]가 **어느 채권자[K]에게** 자신이 배상할 가액의 일부 또는 전부를 **반환한 때에는[?] 다른 채권자[L]에 대하여 ...** 공동담보가액에서 자신이 반환한 가액을 공제한 금액을 초과하는 범위에서 **청구이의**의 방법으로 집행권원의 집행력의 배제를 구할 수 있을 뿐이다.

다른 채권자(L)의 소제기가 부적법해지거나 집행력이 배제되는 “그 범위”란?

1. “그 범위” = 수익자(B)의 다른 채권자(L)에 대한 가액배상금(판결금; PL) - 수익자(B)의 최종 부담금(Q)
2. 수익자(B)의 최종 부담금(Q) = 공동담보가액(C) - 수익자(B)의 채권자(K)에 대한 실제 반환금(RK)
3. 공동담보가액(C) = max[채권자(K) 판결상 공동담보가액(CK), 다른 채권자(L) 판결상 공동담보가액(CL)]

2018다202774: 이때 각 사해행위취소 판결에서 산정한 공동담보가액[CK, CL]의 액수가 서로 [다르다고 하자($CK \neq CL$). 이 경우,] 수익자[B]에게 이중지급의 위험이 발생 하는지를 판단하는 기준이 되는 공동담보가액[은 어떻게 정하나?] **그중 다액(多額)**의 공동담보가액이 ... 특별한 사정이 없는 한 그 ... 금액이라고 보는 것이 채권자취소권의 취지 및 채권자취소소송에서 변론주의 원칙 등에 부합한다.

따라서 수익자[B]가 어느 채권자[K]에게 자신[B]이 배상할 가액[RK]...[을] 반환한 때에는 다른 채권자[L]에 대하여 각 사해행위취소 판결에서 가장 다액으로 산정된 공동담보가액[$\max(CK, CL)$]에서 자신[B]이 [K에게] 반환한 가액[RK]을 공제한 금액 [$\max(CK, CL) - RK$]을 초과하는 범위에서 청구이의의 방법으로 집행권원의 집행력의 배제를 구할 수 있을 뿐이다.

[즉, B]는 [K에 대한] 선행판결과 [L에 대한] 이 사건 판결에서 산정한 공동담보가액 [CK, CL] 중 다액[$\max(CK, CL)$]인 9,500만 원[C] 중 6,000만 원[RK]만을 지급하였을 뿐이다. 그러므로 달리 특별한 사정이 없는 한 나머지 공동담보가액[C - RK]에 해당하는 3,500만 원[Q]을 초과한 범위에서만 이중지급의 위험이 있다.] ... 따라서 [B]는 [L에 대한] 이 사건 판결에 따른 가액배상금 5,500만 원[PL] 중 나머지 공동담보가액 3,500만 원[Q]을 초과한 2,000만 원[= PL - Q]의 범위 내에서만 이중지급의 위험이 있음을 이유로 집행력의 배제를 구할 수 있다.

L에 대한 청구이의 범위 = $PL - \{\max(CK, CL) - RK\}$

연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 58.] 중복된 소재기의 금지에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ③ 채권자 甲[의] 사해행위취소소송의 계속 중 다른 채권자 乙이 동일한 사해행위에 대하여 사해행위취소의 소를 제기한 경우에는 중복된 소재기에 해당하지 않는다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 61.] 채권자취소권 및 사해행위취소소송에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄹ. 어느 한 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소확정판결을 받아 그 판결에 기해 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에 다른 채권자가 동일한 사해행위에 대해 청구한 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 51.] 사해행위취소에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 사해행위취소소송에서 사해행위취소 및 원상회복을 명하는 판결이 확정된 경우, 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마치기 전에 피보전채권이 소멸하였더라도 이는 위 판결의 집행력을 배제하는 적법한 청구이의의 이유가 되지 아니한다.