

Free Public Edition

제7판

법학 입문

Introduction to Civil Law, Book 1

Basic Civil Law

민사법 1

민사법 기초

김해마루 지음

율현출판사

Introduction to Civil Law, Book 1
Basic Civil Law

민사법 1
민사법 기초

사람과 사람 사이의 재산 또는 가족관계에 관한 다툼을 널리 **민사사건**이라 하고, 이를 다루는 법을 민사법이라 한다. 민사 법에는 민법, 민사소송법, 민사집행법 등이 있다.

- 1. **실체법인 민법**은 “권리가 누구에게 있는가?”를 다룬다.
- 2. **절차법인 민사소송법과 민사집행법**은 “권리를 실현하기 위 한 절차는 어떤가?”를 다룬다.

수험적으로 민사법이 가장 중요하고, 그중에서도 특히 “**법의 왕**”이라고 부를 정도로 민법이 중요하다.

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

제1강

민사구조론

Civil Procedure Outline

민사소송 및 민사집행의 기본 구조에 관하여

사람과 사람 사이에는 다툼이 발생한다. 그에 대한 법적인 해결절차가 있다.

1. 법원에 소를 제기해 판결을 받는 절차, 즉 **소송절차**가 있다.
2. 그 판결을 근거로 강제로 권리를 실현하는 절차, 즉 **집행절차**가 있다.

민사절차가 어떻게 흘러가는지, 즉 어떤 절차를 거치고, 왜 그런 절차를 거치며, 그 효과는 어떤지 이해하는 것이 강의목표다. 이를 위해서는 다음 기초 개념을 반드시 알아야 하므로, 함께 살펴본다.

1. 소장, 답변서, 준비서면과 같은 소송서류 개요
2. 변론주의와 **요건사실**의 기초
3. 압류, 추심, 저당권실행과 같은 **집행법상 법률용어**

Nicolas Poussin
Le Jugement de Salomon (The Judgment of Solomon)
1649, oil on canvas, 101 × 150 cm, Musée du Louvre, Paris



들어가며	2	당사자주의	75
민사소송과 강제집행	6	공격방어방법	86
민사소송과 강제집행을 통한 권리실현	19	증거조사절차	111
담보권실행경매	40	판결 선고	131
민사절차에 관한 규정	45	판결 불복	148
당사자	50	화해와 조정	184
변론	54	법조인	199
서면	62	사건번호	213

제2강

계약법 기초

Basic Contract Law

본인 의사에 따라 만드는 법률관계에 관하여

누가 누구에게 권리와 의무가 있는지 관계를 **법률관계**라고 한다.

- 어떤 경우는 법률관계가 본인 **의사**에 따라 변화하기도 한다.
- 어떤 경우는 법률관계가 그와 무관하게 변화하기도 한다.

앞 경우를 **법률행위**에 따른 법률관계 변동이라 한다. 그러한 법률행위 중에서도 계약이 가장 중요하다. 계약에 관한 법, 즉 계약법을 살펴본다. 구체적으로, 강의목표는 다음을 이해하는 것이다.

- 기초적인 **계약법상 법률용어**
- 계약법의 기본 사례와 구조

Joachim Beuckelaer
Fish Market
1568, oil on Baltic oak, 129 × 175 cm, The Metropolitan Museum of Art, New York



들어가며	222	노무형 계약	307
권리와 의무	227	보장형 계약	322
법률행위	232	그 밖의 계약들	332
계약 분류	238	계약 성립	340
계약자유 원칙과 한계	243	계약 효력	349
증여형 계약	256	계약 취소와 해소	358
대차형 계약	262	부당이득	369
임차인 보호	275	급여부당이득	383
차주 보호	293		

제3강

불법행위법 기초

Basic Tort Law

잘못을 저질러 남에게 손해를 입혔을 때의 법률관계에 관하여

법률관계가 변하는 이유는 다양하다. 본인 **의사와 무관**하게, “어떤 일이 발생하면, 무슨 권리 의무가 생긴다.”라는 식으로 법이 정해 놓기도 한다. **불법행위**가 대표적이다.

1. 불법행위가 발생하면, 가해자는 손해배상을 할 의무를 부담한다.
2. 불법행위가 발생하면, 피해자는 손해배상을 받을 권리를 취득한다.

강의목표는 다음을 이해하는 것이다.

1. 불법행위가 언제 어떤 **요건**에서 성립하는가?
2. 그때 배상액은 어떻게 **산정**하고 **조정**하는가?

Pascal Dagnan-Bouveret
Un accident (An Accident)
1879, oil on canvas, 91 × 131 cm, The Walters Art Museum, Baltimore



들어가며	396	재산상 손해 산정	465
불법행위 책임 종류	398	재산상 배상액 조정	476
특별법상 불법행위 책임	414	정신적 손해 산정	489
불법행위 성립	427	최종 배상액 결정	502
손해 분류	449	공동불법행위	505
손해배상 방법	454	사용자책임	518
손해배상 범위	458	여러 책임자와 과실상계	526

제4강

물권법 기초

Basic Property Law

물건에 대한 권리가 변동하는 원리에 관하여

쉽게 말하면, 물건에 대한 권리를 물권, 사람에 대한 권리를 채권이라 한다. **소유권**, 점유권, 지상권, 유치권, **저당권** 같은 것들이 바로 물권이다. 물권은 채권과 다른 독특한 성질이 있다. 강의목표는 다음을 이해하는 것이다.

- 전형적 물권의 개념과 사례
- 물권의 특성
- 물권 변동 원리**

이를 위해, 제1강에서 소개한 **저당권실행**을 조금 더 구체적으로 이해해야 한다. 생소하고 까다로울 수 있다. 그러나 자신이 당사자로서 이해관계인이라 생각하고 차분히 보면, 곧 원리를 깨달을 것이다.

René Magritte
La chambre d'écoute (The Listening Room)
1952, oil on canvas, 45 × 55 cm, The Menil Collection, Houston



들어가며	534	유치권	619
물건	539	질권	628
물권	558	저당권	639
점유권	567	근저당권 실행	654
소유권	572	전세권	664
지상권	584	점유의 기초 개념	678
지역권	611	물권 변동 원리	689

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(ㄹ, ㄷ), 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 제1권 “민사법 기초” 편에 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

제1강

민사구조론

Civil Procedure Outline



Nicolas Poussin, *Le Jugement de Salomon* (*The Judgment of Solomon*)
1649, oil on canvas, 101 × 150 cm, Musée du Louvre, Paris

민사소송 및 민사집행의 기본 구조에 관하여

- 사람과 사람 사이에는 다툼이 발생한다. 그에 대한 법적인 해결절차가 있다.
 1. 법원에 소를 제기해 판결을 받는 절차, 즉 **소송절차**가 있다.
 2. 그 판결을 근거로 강제로 권리를 실현하는 절차, 즉 **집행절차**가 있다.
- 민사절차가 어떻게 흘러가는지, 즉 어떤 절차를 거치고, 왜 그런 절차를 거치며, 그 효과는 어떤지 이해하는 것이 강의목표다. 이를 위해서는 다음 기초 개념을 반드시 알아야 하므로, 함께 살펴본다.
 1. 소장, 답변서, 준비서면과 같은 소송서류 개요
 2. 변론주의와 **요건사실**의 기초
 3. 압류, 추심, 저당권실행과 같은 **집행법상 법률용어**

들어가며
Introduction

사람이 사람다움은 사람과 사람과의 결합에 있다.
- Otto von Gierke

배경

금전대출(소비대차)

서울 서초구에 사는 K는 서울 관악구에 사는 친구 J에게 4,000만 원을 빌려주었다.



- 1. 소비대차(loan for consumption): 소비하되 같은 종류, 품질, 수량으로 돌려받기로 하고 빌려주는 것
- 대(貸)는 빌려준다, 차(借)는 빌린다는 뜻이다. 임(賃)대차는 빌린 “그 물건”을 돌려주기로 하는 대차다(바이올린, 건물 등). 소비(消費)대차는 빌린 물건을 소비(consumption)해도 상관없고 “같은 종류, 품질, 수량”으로 돌려주기만 하면 되는 대차다(돈, 쌀, 술 등). 금전소비대차란, 금전(돈) 대출을 말한다.
- 2. 대주(lender): 소비대차에서, 빌려주는 자
- 3. 차주(borrower): 소비대차에서, 빌리는 자

민법 제598조(소비대차의 의의) 소비대차는 당사자 일방[K]이 금전[4,000만 원]...의 소유권을 상대방[J]에게 이전 할 것을 약정하고 상대방[J]은 그와 같은 종류 ... 및 수량[금전 4,000만 원]으로 반환 할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.
민법 제603조(반환시기) ① 차주[J]는 약정시기에 차용물과 같은 종류 ... 및 수량의 물건[금전 4,000만 원]을 반환하여야 한다.
② 반환시기의 약정이 없는 때에는 대주[K]는 상당한 기간을 정하여 반환을 최고[(요구하는 통지)]하여야 한다. 그러나 차주[J]는 언제든지 반환할 수 있다.

소비대차가 이루어지면, 특별한 사정이 없는 한,

- 1. 차주는 대주에게 빌린 돈을 갚을 의무가 있다. 즉,
- 2. 대주는 차주에게 빌려준 돈을 갚으라고 할 권리가 있다.

당사자들이 서로 합의한 사항을 지키는 것보다 인간의 신의에 더 부합하는 것이 무엇이었는가(Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare; For what is more consistent with human good faith than to observe what the parties have agreed upon)?

바이올린 파손 사건(불법행위)

K는 바이올린 1대를 소유하고 있다. 그런데 J가 바이올린을 만져보다가, 완전히 부수고 말았다. 당시 바이올린의 시가는 1,000만 원이다.



- 1. 불법행위(tort): 고의 또는 과실로 다른 자에게 손해를 입히는 것
- 2. 피해자(victim): 불법행위를 당한 자
- 3. 가해자(offender; injurer): 불법행위를 가한 자

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인[K]에게 손해를 가한 자[J]는 그 손해[1,000만 원]를 배상할 책임이 있다.

불법행위가 발생하면, 특별한 사정이 없는 한,

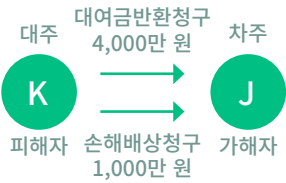
- 1. 가해자는 피해자에게 손해를 배상할 의무가 있다. 즉,
- 2. 피해자는 가해자에게 손해를 배상하라고 할 권리가 있다.

문제 상황

- 1. 차주 J는 갚기로 한 날을 지나도록 대주 K에게 돈을 갚지 않고 있다.
- 2. 가해자 J는 피해자 K의 피해를 배상하지도 않고 있다.

각자 입장

K 입장



- 1. K는 대주 지위에서, 차주 J를 상대로 대여금 4,000만 원을 반환하라고 요구한다.
- 2. K는 피해자 지위에서, 가해자 J를 상대로 손해 1,000만 원을 배상하라고 요구한다.

J 입장

1. J는 대여금 4,000만 원을 반환할 수 없다고 주장한다.

예: “빌린 적이 없다”고 부인(denial), 또는 “빌렸더라도 이미 모두 갚았다”고 항변(defense)

2. J는 손해 1,000만 원을 배상할 수 없다고 주장한다.

예: “파손한 일이 없다”고 부인(denial), 또는 “파손했더라도 너무 오래전 일이라 이제 책임이 없다”고 항변(defense)

민사사건

문제점

다음과 같은 문제가 발생하고, 이를 해결할 필요가 있다.

1. 실체적(substantive) 문제: 누가 누구에게 얼마를 주어야 하는가? K가 J에게 어떤 권리를 가지는가(J가 K에게 어떤 의무를 부담하는가)?

거칠게 말하면, 민법 문제다.

2. 절차적(procedural) 문제: 그 권리관계를 어떤 절차에 따라 확정하는가? K는 어떻게 공격하고, J는 어떻게 방어하며, 법원은 어떻게 처리해야 하는가?

거칠게 말하면, 민사절차법 문제다. 주로 민사소송법 문제다.

민사사건 개념

위와 같은 개인과 개인 사이의 권리의무(법률관계) 다툼을 민사사건(civil case)이라 한다. 물론, 개인 대신 법인이 당사자가 되는 경우도 있다.

2015다200111전합: 민사사건은 대립하는 당사자 사이의 사법상 권리 또는 법률관계에 관한 쟁송[이다.]

예를 들어,

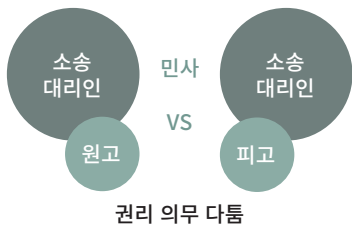
1. “계약한 대로 돈을 얼마 달라.”
2. “등기를 이전해 달라.”
3. “내 땅 위의 건물을 철거하라.”
4. “치료비, 위자료를 달라.”

관계자

소송으로 간다면, 원고(plaintiff) 대 피고(defendant)의 구조가 된다.

2014다34041: 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 [것이] 민사소송법상의 기본원칙이다.

각 당사자(원고, 피고)는 보조자로 소송대리인(litigation representative)을 쓸 수 있다.



소송대리인을 쓸 것인지 선택은 자유다. 다만, 쓴다면, 원칙적으로 변호사 (attorney-at-law)만 소송대리인이 될 수 있다.

2010다15363: 변호사강제주의를 택하지 않고 있는 [것이] 우리나라 법제[다.]

민사소송법 제87조(소송대리인의 자격) ... 변호사가 아니면 소송대리인이 될 수 없다.

법률관계 발생 원인

권리의무 관계, 즉 법률관계는 어떤 원인으로 발생하는가?

- 1. 대여금반환 관계처럼, 계약(금전소비대차계약)으로 발생하기도 한다. 즉, 약속을 한 사람(promisor)은 약속 상대방(promisee)에게 어떤 의무를 부담하게 된다.
- 2. 바이올린 파손에 따른 손해배상 관계처럼, 어떤 사건(불법행위)으로 발생하기도 한다. 즉, 가해자(offender; injurer)는 피해자(victim)에게 어떤 의무를 부담하게 된다.

모든 채권채무관계는 계약으로 발생하거나, 불법행위로 발생한다(*Omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto*; For every obligation arises either from contract or from wrong).

민사소송과 강제집행

Civil Suit and Compulsory Execution

상대방의 무자력으로 소가 무익하다면, 소권이 없는 것과 마찬가지다.
- D. 4.3.6

민사소송

개념

- 1. 민사분쟁(민사사건)을 해결하는 절차에는 여러 가지가 있다.
- 2. 그중 법원(court) 판결을 받아 해결하는 절차를 민사소송(civil suit)이라 한다.

권리가 존재하는 곳에 구제가 있다(Ubi ius ibi remedium; Where there is a right, there is a remedy).

사례

K는 J를 상대로 5,000만 원(= 대여금반환 4,000만 원 + 불법행위 손해배상 1,000만 원) 지급을 구하는 취지로, 법원에 소를 제기할 수 있다. 법원 판결로 해결을 보겠다는 의도다.

소장

원고

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

피고

장무자
서울 관악구 노루로 231-2

대여금 등 청구의 소

청구 취지

1. 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 더 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 소송비용은 피고가 부담한다.

3. 제1항은 가집행할 수 있다.

라는 판결을 구합니다.

청 구 원 인

1. 대여금 청구
- 원고는 2022. 7. 1. 피고에게 변제기를 2022. 8. 31.로 정하여 4,000만 원을 대여했습니다(갑 제1호증).
- 따라서 피고는 원고에게 차용금 4,000만 원을 반환하고 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있습니다.
2. 손해배상 청구
- 피고는 2019. 7. 24. 서울 서초구 예술로 33에 있는 ‘마논트로트’ 동아리방에서 원고 소유의 시가 1,000만 원 상당 바이올린을 만지다 실수로 이를 완전히 파손했습니다(갑 제2~4호증).
- 따라서 피고는 원고에게 불법행위에 따른 손해배상으로 1,000만 원을 배상하고 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있습니다.
3. 결론
- 그렇다면 피고는 원고에게 5,000만 원(= 차용금 4,000만 원 + 배상금 1,000만 원)을 지급하고 이에 대하여 다음 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있습니다.
- 가. 차용금 4,000만 원에 대하여: ① 2022. 9. 1.(변제기 다음 날)부터 소장 송달일까지는 연 5%(민법), ② 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%(소송촉진 등에 관한 특례법)
- 나. 배상금 1,000만 원에 대하여: ① 2019. 7. 24.(불법행위일)부터 소장 송달일까지는 연 5%(민법), ② 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%(소송촉진 등에 관한 특례법)

증 명 방 법

- | | |
|-----------|-------------|
| 1. 갑 제1호증 | 계약서 |
| 2. 갑 제2호증 | 바이올린 구매 영수증 |
| 3. 갑 제3호증 | 파손된 바이올린 사진 |
| 4. 갑 제4호증 | 목갑자의 진술서 |

2023. 9. 13.

원고 김권자

서울중앙지방법원 귀중

이자나 지연손해금이니 하는 것들은 무시하고, 일단 원금만 생각하자. 손해배상 법을 배우기에 앞서 보다가는, 오히려 체계 이해에 혼선이 생길 수 있다. 제8강 해제와 손해배상에서 차차 공부할 것이다. 그때까지는 궁금하더라도 참자.

결과

법원은 판결로 대답한다. K의 청구는,

- 1. 5,000만 원 전액 인정받을 수도 있고,
- 2. 일부(예: 700만 원)만 인정받을 수도 있고,
- 3. 전부 배척될 수도 있다.

일부만 인정한 사례를 보자.

서울중앙지방법원		
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

소송절차 의의

- 1. 민사소송절차는 승소든 패소든 판결(judgment)로 일단 끝이 난다.
- 2. 그러나 원고가 승소판결을 받더라도, 권리구제 절차는 아직 끝이 아니다.
- 3. 판결을 받는다 해서 갑자기 상대방 계좌에서 내 계좌로 돈이 자동으로 이체 되는 건 아니기 때문이다. 승소해도, 단지 “J는 K에게 얼마큼(예: 700만 원)을 지급할 의무가 있다.”라는 것을 법원으로부터 인정받았을 뿐이다.

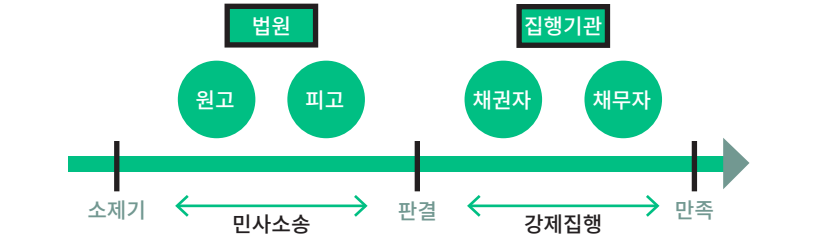
2016다200552: 판결절차는 분쟁의 관념적 해결절차[다.]

강제집행

집행

따라서 원고는 판결 내용대로 실제로 만족을 받기 위해 어떤 시도를 해야 한다. 이를 집행(execution)이라 한다.

- 1. 먼저, 판결 받은 것을 내세우며 상대방에게 그 내용대로 의무를 이행하라고 요구해 본다. 상대방이 자발적으로 계좌이체를 해 준다거나 해서 이행을 하면 문제가 없다. 이를 임의이행이라 한다.
- 2. 그러나 만약 상대방이 임의이행을 거부한다면, 이제는 강제로 집행을 할 수 밖에 없다.



강제집행 방법

강제집행이라 해서 채권자 스스로 폭력을 써서 채무자의 재산을 빼앗아 간다거나 채무자를 노예로 삼을 수는 없다. 법원에 소장을 내듯, 소송에서 승소한 채권자는 다시 집행기관에 어떤 신청을 해야 한다.

사례1: 채권자의 권리가 물건 받을 권리일 경우

매수인(채권자) B가 매도인(채무자) S 상대로 물건A 인도청구소송을 해 승소 판결을 받은 상태라 하자.



매매대금에 관해선 S가 채권자지만, 물건에 관해선 어디까지나 B가 채권자다.

- 1. 채권자 B는 어쨌거나 물건A만 받으면 된다.
- 2. 절차를 거쳐 집행기관 주도로, 채무자 S의 물건A를 강제로 빼앗아 채권자 B에게 넘길 수 있다.
- 3. 이를 위해, B는 집행기관에 동산인도집행을 위임하면 된다.

사례2: 채권자의 권리가 돈 받을 권리이고, 채무자에게 물건이 있을 경우

금전대주(채권자) K가 금전차주(채무자) J를 상대로 대여금반환 청구 소송을 해 승소 판결을 받은 상태라 하자. J의 재산으로는 물건X(동산, 부동산 등)가 있다.



- 1. 채권자 K는 어쨌거나 돈만 받으면 된다.
- 2. 절차를 거쳐 집행기관 주도로, 채무자 J의 물건X를 강제로 경매에 부칠 수 있다. 낙찰되면 돈이 생기므로, 그 돈을 배당받아 만족할 수 있다.
- 3. 이를 위해, K는 집행기관에 물건X의 경매를 신청하면 된다.
- 4. 경매를 진행하려면 J가 물건X를 마음대로 처분하지 못하게 묶어야 한다. 이를 압류(seizure)라 한다.

압류해 달라는 신청(= 강제경매 신청)을 하면 된다. 신청취지 부분에 주목하라.

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	장무자(810129-2123456)
소유자	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 날부터 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㎡

신청취지

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

라는 결정을 구합니다.

신 청 이 유

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

첨부서류

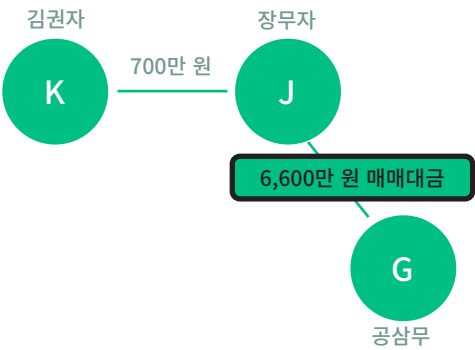
1. 집행력 있는 정보
2. 집행권원의 송달증명원
3. 부동산 등기사항전부증명서(11012018123456)

2024. 1. 4.

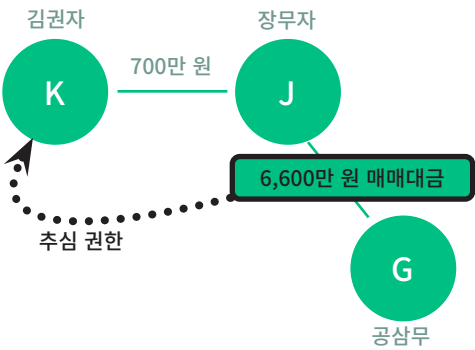
채권자 김권자

서울중앙지방법원 귀중

사례3: 채권자의 권리가 돈 받을 권리이고, 채무자에게 권리가 있을 경우
이번에도 금전대주(채권자) K가 금전차주(채무자) J를 상대로 대여금반환 청구
소송을 해 승소 판결을 받은 상태라 하자. J의 재산으로는 G에 대한 매매대금 채
권이 있다.

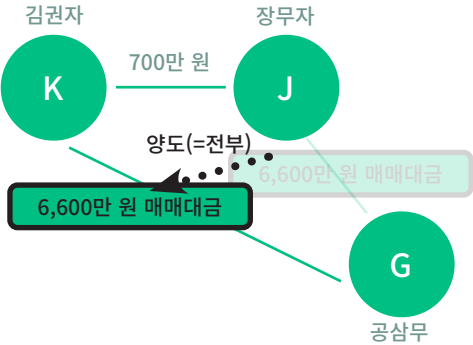


- 1. 이번에도 채권자 K는 어쨌거나 돈만 받으면 된다.
- 2. 절차를 거쳐 집행기관 주도로, 채권자 K는 채무자 J가 갖고 있던 권리(매매대금 채권)를 가로챌 수 있다. 그렇게 해서 만족할 수 있다.
- 3. 이를 위해, K는 집행기관에 추심명령(collection order)을 신청하면 된다. 추심명령을 받으면, K는 J의 권리(매매대금 채권)를 자기가 직접 행사할 수 있다.



추심명령을 받더라도, 매매대금 채권자는 여전히 J이다. K는 매매대금 채권자도 아니면서 매매대금을 추심할 권한이 생긴다.

4. K는 추심명령 대신 전부명령(assignment order)을 신청해도 된다. 전부명령을 받으면, J의 권리(매매대금 채권)는 K에게 넘어간다.



전부명령을 받으면, 매매대금 채권자는 K로 바뀐다. K는 매매대금 채권자이므로, 매매대금을 당연히 지급받을 수 있다.

5. 추심 또는 전부를 진행하려면, 역시 J가 권리(매매대금 채권)를 마음대로 처분하지 못하게 묶어야 한다. 바로 압류(seizure)다.

역시 압류해 달라는 신청을 하면 된다. 역시 신청취지 부분에 주목하라.

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	공사무 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 [인자액 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

신청취지

- 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.

신청이유

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

첨부서류

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

2024. 1. 4.

채권자 김권자

서울중앙지방법원 귀중

결과

집행기관은 집행신청을,

- 1. 전부 받아들일 수도 있고,
- 2. 일부만 받아들일 수도 있고,
- 3. 배척할 수도 있다.

집행신청을 받아들인 사례 몇 개만 보자.

- 1. 금전채권자의 부동산강제경매 신청을 집행기관이 받아들인 사례

서울중앙지방법원

결정

사건

채권자

채무자

소유자

2024타경112233 부동산강제경매
김권자 (850330-1234567)
서울 서초구 이대로 15
장무자 (810129-2123456)
서울 관악구 노루로 231-2
채무자와 같음

주문

별지 목록 기재 부동산에 대하여 경매절차를 개시하고 채권자를 위하여 이를 압류한다.

청구금액

7,000,000원(불법행위 손해배상금)

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

합계 8,587,239원

이 유

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)

별지.

	목 록
1.	서울 관악구 신림동 99-8 대 120㎡
2.	위 지상 시멘트블럭조 시멘트기와지붕 단층주택 85㎡ 끝.

2. 금전채권자의 채권압류 신청을 집행기관이 받아들인 사례

서 울 중 앙 지 방 법 원		
결 정		
사 건	2024타채191817	채권압류
채 권 자	김권자 (850330-1234567)	
	서울 서초구 이대로 15	
채 무 자	장무자 (810129-2123456)	
	서울 관악구 노루로 231-2	
제 3 채 무 자	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.

청 구 금 액

7,000,000원(불법행위 손해배상금)
1,587,239원(위 손해배상금에 대한 2019. 7. 24.부터 2024. 1. 4.까지의 지연손
해금)
33,000원(집행비용)
합계 8,620,239원

이 유

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)

별지.

목 록

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 청
구금액에 이를 때까지의 금액. 끝.

강제집행절차 의의

강제집행(compulsory execution)이란, 다음을 의미한다.

- 1. 판결에 근거해(based on a judgment),
- 2. 채권자의 신청으로(by obligee’s application),
- 3. 국가 권력을 이용해, 즉 집행기관(executive agency)을 통해,
- 4. 채무자의 재산(obligor’s property)에 집행하는 절차.

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



결론

소송절차

권리관계 확정 → 분쟁의 관념적 해결

강제집행절차

판결의 후속절차 → 분쟁의 사실적, 종국적 해결

압류의 본질

- 1. 돈 받기 위해,
- 2. 처분 못하게 만듦.

상대방의 무자력으로 소가 무익하다면, 소권이 없는 것과 마찬가지다(Is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est; He seems to have no right of action whose action is of no effect because of the insolvency of his adversary).

민사소송과 강제집행을 통한 권리실현

Realization of Right through Civil Suit and Compulsory Execution

인생에서 원하는 것을 얻기 위한 첫 번째 단계는
내가 무엇을 원하는지 결정하는 것이다.
- Ben Stein

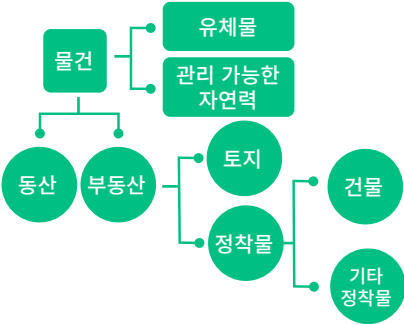
몇 가지 기초 개념

채권

- 1. 채권(claim): 특정한 자가 다른 특정한 자에게 어떤 행위를 하도록 요구할 권리
- 2. 채권자: 어떤 행위를 요구할 권리자(즉, 채무자의 상대방)
- 3. 채무자: 어떤 행위를 해야 하는 의무자(즉, 채권자의 상대방)

물건

- 1. 물건(property) = 유체물(corporeal) + 관리 가능한 자연력
- 2. 부동산(real property) = 토지 + 건물 등
- 3. 동산(personal property) = 물건 - 부동산



민법 제98조(물건의 정의) 본법에서 물건이[란] 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다.

민법 제99조(부동산, 동산) ① 토지 및 그 정착물은 부동산이다.

② 부동산 이외의 물건은 동산이다.

법률용어는 법마다 조금씩 다르게 정의할 수도 있다. 예를 들어, 민법과 달리 민사집행법은,

- 1. “동산”에 채권(claim)까지 포함한다.
- 2. 그래서 채권을 제외한 동산을 별도로 유체동산(corporeal property)이라 부른다.

민사집행법 제2편 강제집행
제2장 금전채권에 기초한 강제집행
제4절 동산에 대한 강제집행
제2관 유체동산에 대한 강제집행
제3관 채권과 그 밖의 재산권에 대한 강제집행

매매

- 1. 매매(sale and purchase): 물건을 사고 파는 것
- 2. 매수인(buyer): 매매에서, 물건을 사는 자
- 3. 매도인(seller): 매매에서, 물건을 파는 자

민법 제563조(매매의 의의) 매매는 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

부동산등기부

- 1. 부동산(토지, 건물)은 들고 다닐 수 없어서, 소유자가 누구인지 겉보기로 알기 어렵다. 부동산에 관한 권리(소유권, 저당권 등)를 적어 둔 공개(public) 장부가 필요하다. 부동산등기부(registry of real property)라 한다.

부동산등기법 제14조(등기부의 종류 등) ① 등기부는 토지 등기부(土地登記簿)와 건물 등기부(建物登記簿)로 구분한다.
② 등기부는 영구(永久)히 보존하여야 한다.

부동산등기법 제15조(물적 편성주의) ① 등기부를 편성할 때에는 1필의 토지 또는 1개의 건물에 대하여 1개의 등기기록을 둔다. ...

부동산등기법 제3조(등기할 수 있는 권리 등) 등기는 부동산의 표시(表示)와 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 권리의 보존, 이전, 설정, 변경, 처분의 제한 또는 소멸에 대하여 한다.

- 1. 소유권(所有權)
- 5. 저당권(抵當權)

저당권이 무엇인지도 곧 배울 것이다.

- 2. 등기부는 법원(court) 또는 등기소(registry office)가 관리한다.

부동산등기법 제7조(관할 등기소) ① 등기사무는 부동산의 소재지를 관할하는 지방법원... 또는 등기소...에서 담당한다.

- 3. 오늘날 등기부는 전산화되어 있다.

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

- 1. “등기부”란 전산정보처리조직에 [따라] 입력, 처리된 등기정보자료를 ... 편성한 것을 말한다.
- 3. “등기기록”이란 1필의 토지 또는 1개의 건물에 관한 등기정보자료를 말한다.

4. 누구나 등기부(등기기록) 내용을 열람할 수 있다. 증명서도 떼어 준다. 이 증명서를 등기사항증명서(certificate of registered matters)라 한다.

부동산등기법 제19조(등기사항의 열람과 증명) ① 누구든지 수수료를 내고 ... 등기기록에 기록[된] 사[항] 전부 또는 일부의 열람(閱覽)과 이를 증명하는 등기사항증명서의 발급을 청구할 수 있다. ...

등기부가 전산화되기 전에는 등기부등본(등기부초본)이라 했다. 구 등기부등본(등기부초본)이 곧 오늘날 등기사항전부증명서(등기사항일부증명서)다.

부동산등기법 제48조(등기사항) ① 등기관이 ... 권리에 관한 등기를 할 때에는 다음 각 호의 사항을 기록하여야 한다.

- 1. 순위번호
- 2. 등기목적
- 3. 접수연월일 및 접수번호
- 4. 등기원인 및 그 연월일
- 5. 권리자

등기사항전부증명서(말소사항 포함)

- 건물 -

등기고유번호 1101-2018-123456



[건물] 서울특별시 관악구 신림동 99-8

【 표 제 부 】 (건물의 표시)				
표시번호	접 수	소재지번 및 건물번호	건 물 내 역	등기원인 및 기타사항
1	2018년4월19일	서울특별시 관악구 신림동 99-8 [도로명주소] 서울특별시 관악구 노루로 231-2	시멘트블럭조 시멘트기와지붕 단층주택 85㎡	

【 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	2018년4월19일 제549호		소유자 장무자 810129-***** 서울특별시 관악구 노루로 231-2(신림동)

-- 이 하 여 백 --

수수료 1,200원 영수함 관할등기소 서울중앙지방법원 등기국 / 말행등기소 서울중앙지방법원 등기국

이 증명서는 등기기록의 내용과 틀림없음을 증명합니다.

서기 2023년 8월 1일

법원행정처 등기정보중앙관리소 전산운영책임관 (인)

물건 소유권 이전

- 1. 부동산 매수인은 부동산의 등기상 소유자 명의를 이전받아야 소유자가 될 수 있다.

소유자 명의를 이전하는 등기를 “소유권이전등기”라 한다.

민법 제186조(부동산물권변동의 효력) 부동산에 관한 법률행위[에 따른] 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다.
부동산등기법 제22조(신청주의) ① 등기는 당사자의 신청 또는 관공서의 촉탁에 따라 한다. ...
부동산등기법 제23조(등기신청인) ① 등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기권리자(登記權利者)와 등기의무자(登記義務者)가 공동으로 신청한다.

- 2. 동산 매수인은 동산을 건네 받아야 소유자가 될 수 있다.

건네주고 받는 것을 “인도”라 한다.

민법 제188조(동산물권양도의 효력, 간이인도) ① 동산에 관한 물권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 생긴다.
2018다287522전합: 일반적으로 물건의 ‘인도’는 물건에 대한 현실적, 사실적 지배를 완전히 이전하는 것을 뜻한다.

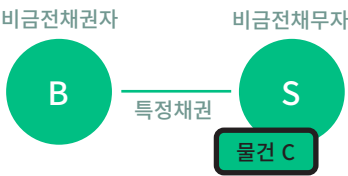
금전채권과 비금전채권(특정채권)

- 1. 돈을 달라고 요구할 권리는 금전채권(monetary claim)이다. 예를 들어, L이 B에게 1,000만 원을 빌려줬다면, L은 B에 대해 1,000만 원의 금전채권을 갖는다.

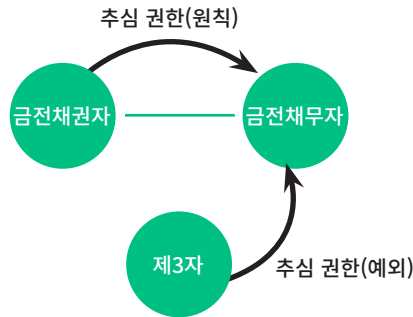


- 2. 돈 달라는 것 이외의 모든 요구할 권리는 비금전채권(non-monetary claim)이다. 예를 들어, S가 B에게 물건 C를 팔고 대금도 다 받았다면, B는 S에 대해 물건 C 소유권을 이전받을 비금전채권을 갖는다.

비금전채권을 특정채권이라고도 한다.



추심
금전채권 내용에 따라 이행(지급) 받는 것을 추심(collection)이라 한다.



- 1. 원칙: 채권자가 채무자를 상대로 추심 권한을 갖는다.
내 채무자의 채무자는 나의 채무자가 아니다(*Debitor debitoris mei debitor meus non est*; The debtor of my debtor is not my debtor).
- 2. 예외: 채권자 아닌 자가 추심 권한을 가질 수도 있다.

판결과 강제집행 관계

소송의 끝: 중국판결의 확정

소송은 판결의 확정으로 끝난다.

- 1. 판결(judgment): 소송을 통한 청구에 대한 법원(court)의 대답

민사소송법 제203조(처분권주의) 법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다.

민사소송법 제206조(선고의 방식) 판결은 재판장이 판결원본에 따라 주문을 읽어 선고 하며, 필요한 때에는 이유를 간략히 설명할 수 있다.

- 2. 중국판결(final judgment): 그 심급(예: 제1심, 제2심, 제3심)을 종료시키는 판결

민사소송법 제198조(중국판결) 법원은 소송의 심리를 마치고 나면 중국판결(終局判決)을 한다.

중간판결(interlocutory judgment)도 있다. 그러나 실무상 중간판결을 거의 활용하지 않기 때문에, 그냥 “판결”이라 하면 중국판결이라 이해해도 무방하다.

민사소송법 제201조(중간판결) ① 법원은 독립된 공격 또는 방어의 방법, 그 밖의 중간 의 다툼에 대하여 필요한 때에는 중간판결(中間判決)을 할 수 있다.

94다38366: 중간판결이란 무엇인가? 그 심급에서 사건 전부를 완결하는 재판인 중국판결을 하기에 앞서 그 중국판결의 전제가 되는 개개의 쟁점을 미리 정리, 판단하여 중국판결을 준비하는 재판이다.

3. 판결정본(certified copy of the judgment): 판결원본은 법원에 보관해야 한다. 그래서 당사자에게 원본 내용을 그대로 옮겨 맨 끝에 “정본입니다.”라고 표시한 문서를 준다. 이것이 판결정본이다. 원본과 똑같은 효력을 갖는다.

민사소송법 제210조(판결서의 송달) ① 법원사무관등은 판결서를 받은 날부터 2주 이내에 당사자에게 송달하여야 한다.

② 판결서는 정본으로 송달한다.

정본입니다.

2023. 12. 14.

서울중앙지방법원

법원주사 최주보 (인)

판결에 불복이 있을 때에는 이 정본을 송달받은 날(발송송달의 경우에는 발송한 날)부터 2주 이내에 상소장을 이 법원에 제출하여야 합니다(민사소송법 제71조의 보조참가인의 경우에는 피참가인을 기준으로 상소기간을 계산함에 유의).

※ 각 법원 민원실에 설치된 사건검색 컴퓨터의 발급번호조회 메뉴를 이용하거나, 담당 재판부에 대한 문의를 통하여 이 문서 하단에 표시된 발급번호를 조회하시면, 문서의 위,변조 여부를 확인하실 수 있습니다.

4. 항소(appeal): 제1심 종국판결에 대한 불복

민사소송법 제390조(항소의 대상) ① 항소(抗訴)는 제1심법원이 선고한 종국판결에 대하여 할 수 있다. ...

5. 상고(final appeal): 제2심 종국판결에 대한 불복

민사소송법 제422조(상고의 대상) ① 상고는 고등법원이 선고한 종국판결과 지방법원 합의부가 제2심으로서 선고한 종국판결에 대하여 할 수 있다.

상소하지 않는 사람은 판결을 인정한 것으로 본다(*Qui non appellat, approbare videtur sententiam*; One who does not appeal is deemed to have accepted the judgment).

6. 확정판결(final and conclusive judgment): 당사자가 더는 상소할 수 없게 된 중국판결

항소(상고)하지 않은 채 항소(상고)기간을 넘긴 판결, 또는 최종심(제3심) 판결은 확정판결이다. 강제집행의 근거인 “판결”이란, 정확히는 “확정판결”을 의미한다.

-
- 민사소송법 제396조(항소기간) ① 항소는 판결서가 송달된 날부터 2주 이내에 하여야 한다. ...
-
- 민사소송법 제425조(항소심절차의 준용) 상고와 상고심의 소송절차에는 특별한 규정 이 없으면 제1장[항소]의 규정을 준용한다.
-
- 민사소송법 제498조(판결의 확정 시기) 판결은 상소를 제기할 수 있는 기간 또는 그 기 간 이내에 적법한 상소제기가 있을 때에는 확정되지 아니한다.
-



강제집행 시작: 중국판결 확정 + 집행문

강제집행을 하려면 확정판결이 필요하다. 그러나 그것만으로는 부족하다. 집행 문까지 필요하다.

-
- 민사집행법 제24조(강제집행과 중국판결) 강제집행은 확정된 중국판결(終局判決)...에 기초하여 한다.
-
1. 집행문(execution clause): 어떤 확정판결에 강제집행을 할 수 있는 힘, 즉 집행력(executive force; enforcement effect; enforceability)이 있 다 는 점을 공식적으로 확인한(certified) 문구
- 확정판결을 받은 뒤 집행문 부여(grant of execution clause) 신청을 하면, 원 칙적으로 집행문을 받을 수 있다.
-
- 민사집행법 제30조(집행문부여) ① 집행문은 판결이 확정되거나 ... 때에만 내어 준다.
-
- 민사집행법 제28조(집행력 있는 정보) ② 집행문은 신청에 따라 ... 법원의 ... 법원사무 관등[이] ... 내어 준다.
-
- 민사집행법 제29조(집행문) ① 집행문은 판결정본의 끝에 덧붙여 적는다.
- ② 집행문에는 “이 정본은 피고 아무개 또는 원고 아무개에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 원고 아무개 또는 피고 아무개에게 준다.”라고 적고 법원사무관등이 기명날 인하여야 한다.
-

집행문

사 권 서울중앙지방법원 2019가단1020304 대여금 등
이 정보는 피고 장무자에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 원고 김권자에게 내
어 준다.

2024. 1. 3.

서울중앙지방법원

법원주사 최 주 보 (인)

◇ 유 의 사 항 ◇

- 1. 이 집행문은 판결(결정)정보와 분리하여서는 사용할 수 없습니다.
- 2. 집행문을 분실하여 다시 집행문을 신청한 때에는 재판장(사법보좌관)의 명령이 있어야만 이를 내어줍니다(민사집행법 제35조 제1항, 법원조직법 제54조 제2항). 이 경우 분실사유의 소명이 필요하고 비용이 소요되니 유의하시기 바랍니다.
- 3. 집행문을 사용한 후 다시 집행문을 신청한 때에는 재판장(사법보좌관)의 명령이 있어야만 이를 내어줍니다(민사집행법 제35조 제1항, 법원조직법 제54조 제2항). 이 경우 집행권원에 대한 사용증명원이 필요하고 비용이 소요되니 유의하시기 바랍니다.
- 4. 집행권원에 채권자, 채무자의 주민등록번호(주민등록번호가 없는 사람의 경우에는 여권번호 또는 등록번호, 법인 또는 법인 아닌 사단이나 재단의 경우에는 사업자등록번호, 납세번호 또는 고유번호를 말함, 이하 '주민등록번호등'이라 함)가 적혀 있지 않은 경우에는 채권자, 채무자의 주민등록번호등을 기재합니다.

2. 집행력 있는 정보(executory exemplification): 판결정보 + 집행문

제28조(집행력 있는 정보) ① 강제집행은 집행문이 있는 판결정보(이하 “집행력 있는 정보”이라 한다)의 있어야 할 수 있다.

실무상 집행문만 단독으로 활용하는 경우는 거의 없다. 즉, 항상 판결정보 등에 붙여 사용한다.

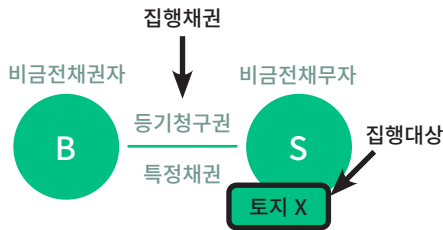
집행력
있는
정보

확정
판결
정보

집행문

부동산 매수인의 권리실행

문제 상황



- 1. 매수인 B는 매도인 S로부터 어떤 토지 X를 매수해 대금을 모두 지급했다. 그런데 매도인 S가 토지 X의 등기상 소유자 명의(title)를 B에게 이전하는 절차에 협력하지 않고 있다.
- 2. 매수인 B는 특정한 토지 X를 받아야 한다.

민사소송절차

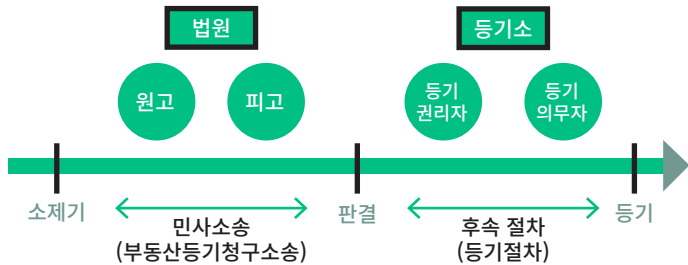
- 1. 토지 X에 관한 채권자(매수인 B)는 채무자(매도인 S)를 상대로, “S는 B에게 X에 관해 소유권이전등기절차를 이행하라.”라는 취지로 법원에 소제기 한다.
엄밀히는 “S는 B와 공동으로 X에 관해 소유권이전등기신청 의사표시를 하라(의사를 진술하라).”라고 해야 한다. 다만 실무에서는 표현의 편의상 “...절차를 이행하라.”라고 간략히 기재한다.

민법 제389조(강제이행) ② ... 채무가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자[S]의 의사표시[를] 갈음할 재판을 청구할 수 ... 있다.

- 2. 채권자(매수인 B)는 승소 확정판결을 받는다.

98다42615: 소유권이전등기를 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결[이다.]

후속 절차



- 1. 채권자(매수인 B)는, 위 판결을 가지고, 토지 X가 있는 장소의 관할 등기소 (registry office)에 소유권이전등기 신청을 한다.

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

98다42615: 소유권이전등기를 명하는 판결...이 확정되면 [B]는 일방적으로 이전등기를 신청할 수 있[다].

- 2. 등기소는 토지 X 소유자 명의를 채권자(매수인 B)로 바꾼다.

의의

채권자(매수인 B)는 토지 X에 관한 비금전채권(특정채권)을 가진 자다. 즉, 금전채권 외의 채권에 기초한 강제집행, 즉 “비금전집행”에 해당한다.

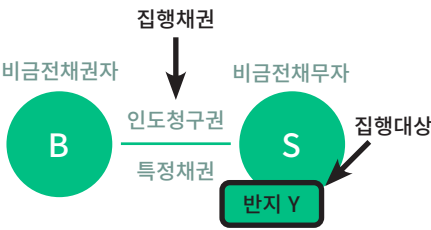
다만, 위 후속 절차(subsequent procedure)는 엄밀히 말해 “집행” 절차가 아니다. 등기를 구하는 소송은 확정판결 순간 집행이 이루어진 것으로 간주하기 때문이다. 즉, 집행 문제를 남기지 않는다. 상세히는 제7강 강제이행에서 배운다.

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

2017그100: [판결로써] 단순히 의사 표시를 명하는 경우에 판결 확정 시에 의사표시가 있는 것으로 간주[한]다.

동산 매수인의 권리 실현

문제 상황



- 1. 매수인 B는 매도인 S로부터 어떤 다이아몬드 반지 Y를 매수해 대금을 모두 지급했다. 그런데 매도인 S가 반지 Y를 매수인 B에게 건네주지 않고 있다.
- 2. 매수인 B는 특정한 반지 Y를 받아야 한다.

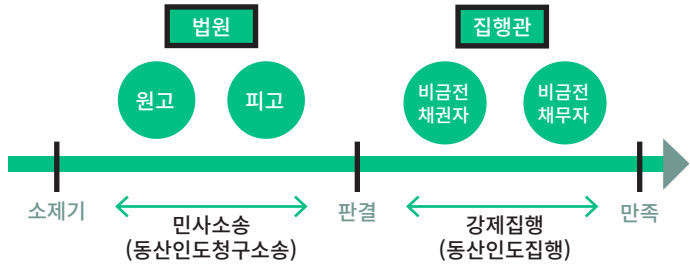
민사소송절차

- 1. 반지 Y에 관한 채권자(매수인 B)는 채무자(매도인 S)를 상대로, “S는 B에게 Y를 인도하라.”라는 취지로 법원에 소를 제기한다.

민법 제389조(강제이행) ① 채무자[S]가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자[B]는 그 강제이행[반지 Y의 인도]을 법원에 청구할 수 있다. ...

2. 채권자(매수인 B)는 승소 확정판결을 받는다.

강제집행절차



1. 채권자(매수인 B)는, 위 판결을 근거로, 반지 Y가 있는 장소의 관할 법원에 소속된 집행관(executor)에게 집행을 위임한다.

이것을 동산인도집행 위임이라 한다.

민사집행법 제2조(집행실시자) 민사집행은 이 법에 특별한 규정이 없으면 집행관이 실시한다.

2020도34: 집행관은 집행관법 제2조에 따라 재판의 집행 등을 담당하면서 그 직무 행위의 구체적 내용이나 방법 등에 관하여 전문적 판단에 따라 합리적인 재량을 가진 독립된 단독의 사법기관이다[다.]

민사집행법 제42조(집행관에 [따른] 영수증의 작성, 교부) ① 채권자[B]가 집행관에게 집행력 있는 정보를 교부하고 강제집행을 위임한 때에는 집행관은 ... 지급이나 그 밖의 이행을 받[을]... 수 있다. ...

2. 집행관은 채무자(매도인 S)로부터 반지 Y를 빼앗아 채권자(매수인 B)에게 인도한다.

민사집행법 제257조(동산인도청구의 집행) 채무자[S]가 특정한 동산[반지 Y]이나 대체물의 일정한 수량을 인도하여야 할 때에는 집행관은 이[반지 Y]를 채무자[S]로부터 빼앗아 채권자[B]에게 인도하여야 한다.

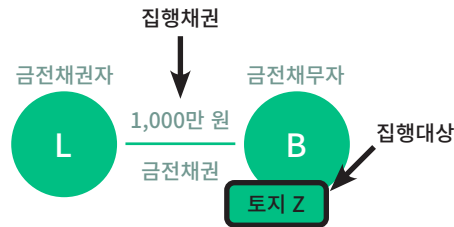
의의

채권자(매수인 B)는 반지 Y에 관한 비금전채권(특정채권)을 가진 자다. 즉, 금전채권 외의 채권에 기초한 강제집행, 즉 “비금전집행”에 해당한다.

집행을 하는 목적(purpose)을 집행채권(execution claim)이라 한다. 채권자(매수인 B)의 채무자(매도인 S)에 대한 반지 Y 인도채권이 집행채권이다.

금전 대주의 권리실행 1: 상대방 재산으로 부동산이 있을 경우

문제 상황



- 1. 대주 L은 차주 B에게 1,000만 원을 빌려주었다. 그런데 차주 B가 약속한 날에 돈을 갚지 않고 있다.
- 2. 차주 B의 재산으로 토지 Z가 있다고 하자.
- 3. 대주 L은 뭐가 됐든 돈만 받으면 된다. 즉, 대주 L은 토지 Z를 돈으로 바꾸어 만족을 받고 싶다.

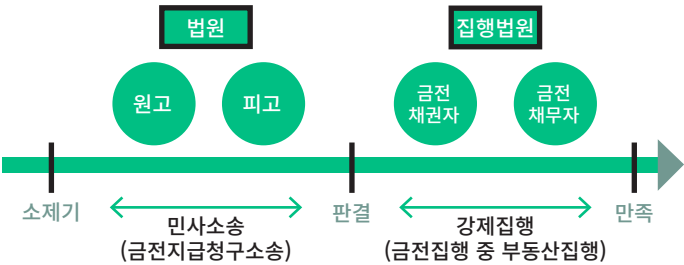
민사소송절차

- 1. 채권자(대주 L)는 채무자(차주 B)를 상대로, “B는 L에게 1,000만 원을 지급하라.”라는 취지로 법원에 소를 제기한다.

민법 제389조(강제이행) ① 채무자[B]가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자[L]는 그 강제이행[1,000만 원 지급]을 법원에 청구할 수 있다. ...

- 2. 채권자(대주 L)는 승소 확정판결을 받는다.

강제집행절차



- 1. 채권자(대주 L)는, 위 판결을 근거로, 토지 Z가 있는 장소의 관할 법원 (court)에 토지 Z의 강제경매를 신청한다.

이것이 앞서 본 부동산강제경매 신청이다. 이때 “법원”은 소송(suit)절차를 담당하는 역할이 아니라, 집행(execution) 절차를 담당하는 역할을 한다. 집행기관으로서의 법원을 “집행법원(execution court)”이라 한다.

민사집행법 제78조(집행방법) ① 부동산[토지 Z]에 대한 강제집행은 채권자[L]의 신청에 따라 법원이 한다.

2. 집행법원은 채무자(채주 B)가 토지 Z를 처분하지 못하도록 한다.

이것을 압류(seizure)라 한다.

민사집행법 제83조(경매개시결정 등) ① 경매절차를 개시하는 결정에는 동시에 그 부동산[토지 Z]의 압류를 명하여야 한다.

3. 집행법원은 압류한 토지 Z를 경매에 부친다. 그렇게 토지 Z를 돈으로 만든다.

이것을 현금화라 한다.

민사집행법 제103조(강제경매의 매각방법) ① 부동산[토지 Z]의 매각은 집행법원이 정한 매각방법에 따른다.

② 부동산[토지 Z]의 매각은 [i] 매각기일에 하는 호가경매(呼價競賣), [ii] 매각기일에 입찰 및 개찰하게 하는 기일입찰 또는 [iii] 입찰기간 이내에 입찰하게 하여 매각기일에 개찰하는 기간입찰의 세가지 방법으로 한다.

민사집행법 제135조(소유권의 취득시기) [경매]매수인은 매각대금을 다 낸 때에 매각의 목적인 권리[토지 Z 소유권]를 취득한다.

4. 집행법원은 이 돈(경매대금)을 채무자(채주 B)의 채권자들(대주 L 등)에게 준다. 남은 돈은 토지 Z의 원래 소유자던 채무자(채주 B)에게 돌려준다.

이것을 배당이라 한다. 배당에는 일정한 순서와 규칙이 있다. 채권자들이 받을 돈 액수에 비례해 평등하게 나눠야 할 수도 있고(*pro rata; in proportion*), 누군가 우선해서 받아갈 수도 있다. 차차 배우자.

민사집행법 제145조(매각대금의 배당) ① 매각대금이 지급되면 법원은 배당절차를 밟아야 한다.

② 매각대금으로 배당에 참가한 모든 채권자[L 등]를 만족하게 할 수 없는 때에는 법원은 민법, 상법, 그 밖의 법률에 [따른] 우선순위에 따라 배당하여야 한다.

2014다206983전합: 민사집행법상 배당의 순위는 [i] ... 법률에 [따른] 우선순위에 따라야 [한다. 그러나] [ii] 배당에 참가한 채권이 모두 일반채권이면 채권자평등 원칙에 따른 안분비례(按分比例)의 방법으로 배당되어야 한다.

의의

1. 채권자(대주 L)는 금전채권을 가진 자다. 즉, 금전채권에 기초한 강제집행, 즉 “금전집행”에 해당한다.

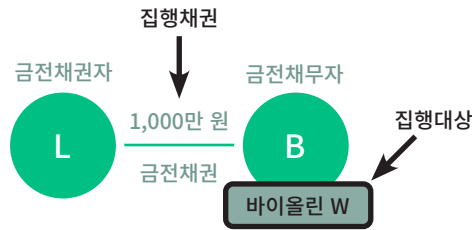
채권자(대주 L)의 채무자(채주 B)에 대한 1,000만 원 채권이 집행채권이다.

2. 집행의 대상이 부동산이다. 즉, 금전집행 중 부동산에 대한 강제집행, 즉 “부동산집행”에 해당한다.



금전 대주의 권리실행 2: 상대방 재산으로 동산이 있을 경우

문제 상황



- 1. 대주 L는 차주 B에게 1,000만 원을 빌려주었다. 그런데 차주 B가 약속한 날에 돈을 갚지 않고 있다.
- 2. 차주 B의 재산으로 어떤 바이올린 W가 있다고 하자.
- 3. 대주 L은 뭐가 됐든 돈만 받으면 된다. 즉, 대주 L은 바이올린 W를 돈으로 바꾸어 만족을 받고 싶다.

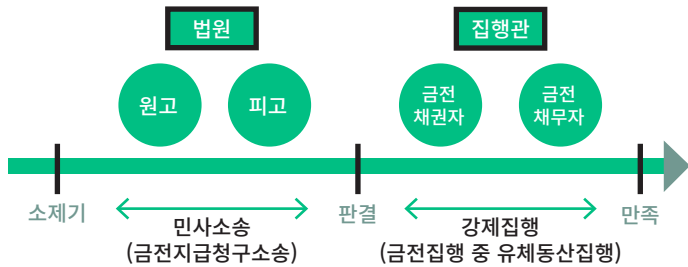
민사소송절차

- 1. 채권자(대주 L)는 채무자(차주 B)를 상대로, “B는 L에게 1,000만 원을 지급하라.”라는 취지로 법원에 소를 제기한다.

민법 제389조(강제이행) ① 채무자[B]가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자[L]는 그 강제이행[1,000만 원 지급]을 법원에 청구할 수 있다. ...

- 2. 채권자(대주 L)는 승소 확정판결을 받는다.

강제집행절차



- 1. 채권자(대주 L)는, 위 판결을 근거로, 바이올린 W가 있는 장소의 관할 법원에 소속된 집행관(executor)에게 집행을 위임한다.

이것을 (유체)동산강제집행 신청이라 한다.

민사집행법 제2조(집행실시자) 민사집행은 이 법에 특별한 규정이 없으면 집행관이 실시한다.

민사집행법 제42조(집행관에 [따른] 영수증의 작성, 교부) ① 채권자[L]가 집행관에게 집행력 있는 정본을 교부하고 강제집행을 위임한 때에는 집행관은 ... 지급이나 그 밖의 이행을 받[을]... 수 있다. ...

2. 집행관은 채무자(차주 B)가 바이올린 W를 처분하지 못하도록 한다.

압류다.

민사집행법 제188조(집행방법, 압류의 범위) ① 동산[바이올린 W]에 대한 강제집행은 압류[로] 개시한다.

민사집행법 제189조(채무자가 점유하[는] 물건의 압류) ① 채무자[B]가 점유하[는] 유체동산[바이올린 W]의 압류는 집행관이 그 물건[바이올린 W]을 점유함으로써 한다. ...

3. 집행관은 압류한 바이올린 W를 경매에 부쳐 바이올린 W를 돈으로 만든다.

현금화다.

민사집행법 제199조(압류물의 매각) 집행관은 압류를 실시한 뒤 입찰 또는 호가경매의 방법으로 압류물[바이올린 W]을 매각하여야 한다.

4. 집행관은 이 돈(경매대금)을 채무자(차주 B)의 채권자들(대주 L 등)에게 준다. 남은 돈은 바이올린 W의 원래 소유자던 채무자(차주 B)에게 돌려준다.

배당이다. 만약 경매대금이 충분하지 못해 채권자들에게 줄 돈이 모자라면, 바로 배당하지 않고 공탁소(deposit office)에 맡겨 둔다. 공탁은 차차 배우자.

민사집행규칙 제155조(집행관의 매각대금 처리) ① ... 매각대금...으로 각 채권자[L 등]의 채권과 집행비용 전부를 변제할 수 있는 경우에는 집행관은 채권자[L 등]에게 채권액을 교부하고, 나머지가 있으면 채무자[B]에게 교부하여야 한다.

민사집행법 제222조(매각대금의 공탁) ① 매각대금으로 배당에 참가한 모든 채권자[L 등]를 만족하게 할 수 없고 ... 채권자[L 등] 사이에 배당협의를 이루어지지 아니한 때에는 매각대금을 공탁하여야 한다.

의의

1. 채권자(대주 L)는 금전채권을 가진 자다. 즉, 금전채권에 기초한 강제집행, 즉 “금전집행”에 해당한다.

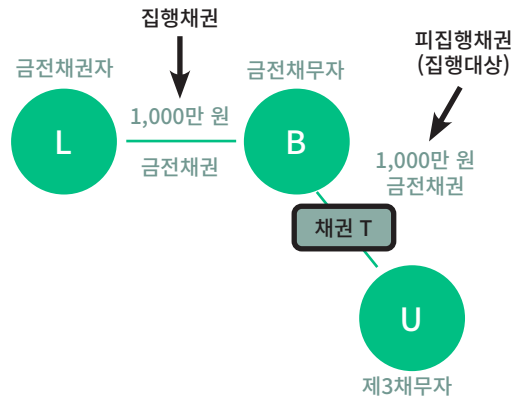
채권자(대주 L)의 채무자(차주 B)에 대한 1,000만 원 채권이 집행채권이다.

2. 집행의 대상이 유체동산이다. 즉, 금전집행 중 유체동산에 대한 강제집행, 즉 “유체동산집행”에 해당한다.



금전 대주의 권리실행 3: 상대방 재산으로 금전채권이 있을 경우

문제 상황



1. 대주 L은 차주 B에게 1,000만 원을 빌려주었다. 그런데 차주 B가 약속한 날에 돈을 갚지 않고 있다.
2. 차주 B도 제3자 U에 대해 1,000만 원의 금전채권(T)이 있다고 하자.
여기서 제3자 U와 같이, 채권자(대주 L) 입장에서 채무자(차주 B)의 채무자(U)를 제3채무자(garnishee)라 한다. 이때 채무자(차주 B)의 제3채무자(U)에 대한 채권을 피집행채권(garnished claim)이라 한다.
3. 대주 L은 뭐가 됐든 돈만 받으면 된다. 즉, 대주 L은 “차주 B의 금전채권(T)”을 자기 것처럼 이용하고 싶다.

사안에서 채권자(대주 L)의 채권도, 채무자(차주 B)의 채권(T)도, 모두 금전채권이다. 그러나 채권자(대주 L)의 채권은 목적(purpose)이고, 채무자(차주 B)의 채권은 대상(target)이다. 혼동하지 않도록 주의해야 한다.

민사소송절차

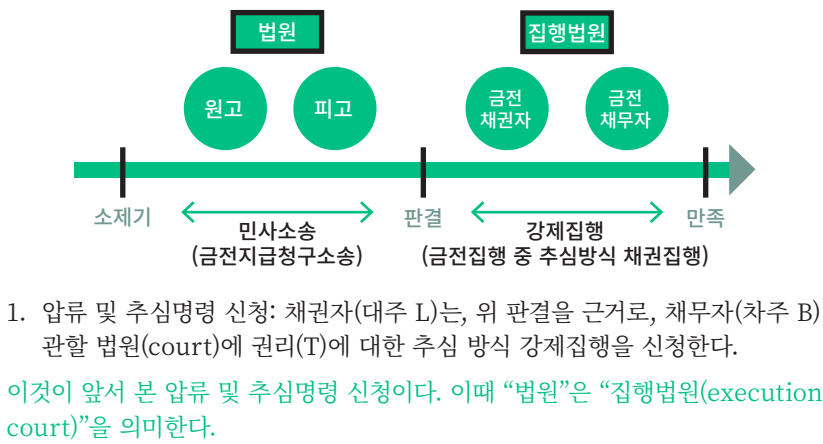
1. 채권자(대주 L)는 채무자(차주 B)를 상대로, “B는 L에게 1,000만 원을 지급하라.”라는 취지로 법원에 소를 제기한다.

민법 제389조(강제이행) ① 채무자[B]가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자[L]는 그 강제이행[1,000만 원 지급]을 법원에 청구할 수 있다. ...

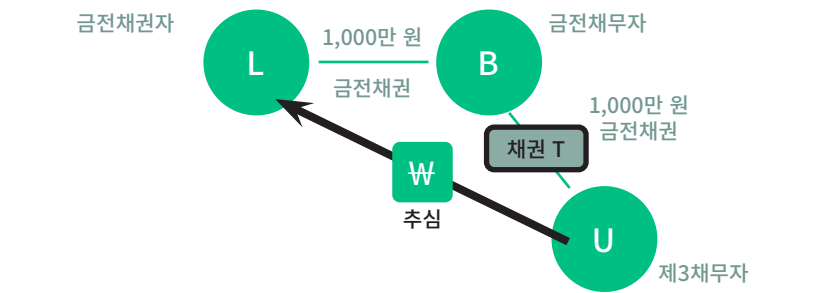
2. 채권자(대주 L)는 승소 확정판결을 받는다.

강제집행절차(1): 추심 방식

채권자(대주 L)는 추심 방식 강제집행을 선택할 수 있다.



- 민사집행법 제225조(압류명령의 신청) 채권자[L]는 **압류명령신청**에 압류할 채권[T]의 종류와 액수를 밝혀야 한다.
- 민사집행법 제229조(금전채권의 현금화방법) ① 압류한 금전채권[T]에 대하여 압류채권자[L]는 **추심명령**(推尋命令)이나 전부명령(轉付命令)을 **신청**할 수 있다.
2. 압류(seizure): 집행법원은 채무자(차주 B)가 채권 T를 처분 못하게 한다.
- 민사집행법 제227조(금전채권의 압류) ① 금전채권[T]을 압류할 때에는 법원은 제3채무자[U]에게 채무자[B]에 대한 지급을 금지하고 **채무자[B]에게 채권[T]의 처분과 영수를 금지**하여야 한다.
3. 추심명령(collection order): 집행법원은 채무자(차주 B)가 더는 채권 T를 추심하지 못하도록 한다. 채권자(대주 L)만이 채권 T를 추심(collection)하도록 한다.
- 채무자(차주 B)가 제3채무자(U)에 대해 갖고 있던 추심권한을 빼앗아 채권자(대주 L)에게 주는 것이다.



민사집행법 제229조(금전채권의 현금화방법) ② **추심명령**이 있는 때에는 **압류채권자[L]는 대위절차(代位節次) 없이 압류채권[T]을 추심**할 수 있다.

4. 직접적인 채권관계 X: 채권 T 자체가 이전된 것은 아니다. 따라서 채권자(대주 L)와 제3채무자(U) 사이에 1,000만 원에 관한 직접적인 채권관계는 없다. 채무자(차주 B)가 여전히 제3채무자(U)에 대한 1,000만 원 채권자다.

2000다73490: 금전채권[T]에 대한 압류 및 추심명령이 있[다면 어떻게 되는가?] 이는 강제집행절차에서 추심채권자[L]에게 채무자[B]의 제3채무자[U]에 대한 채권[T]을 추심할 권능만을 부여하는 것이[다. 그러]므로, 이 [때문에] 채무자[B]가 제3채무자[U]에 대하여 가지는 채권[T]이 추심채권자[L]에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니[다.]

5. 추심금 청구의 소: 추심명령에 따라, 채권자(대주 L)는 직접 제3채무자(U)를 상대로 “U는 L에게 1,000만 원을 지급하라.”라는 취지로 법원에 소를 제기할 수도 있다.

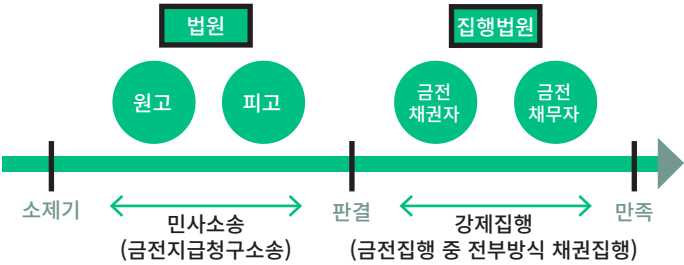
추심금 청구의 소라 한다. 채권자(대주 L)는 제3채무자(U)에 대한 채권자는 아니지만, 추심권한이 있으므로 승소할 수 있다.

6. 집행채권(purpose)의 운명: 채권자(대주 L)가 제3채무자(U)로부터 추심금을 실제로 지급받으면, 그만큼 채권자(대주 L)의 채무자(차주 B)에 대한 채권도 소멸한다.

추심명령만 받고 추심금을 실제로 지급받지 않은 상태라면, 아직 채권자(대주 L)의 채무자(차주 B)에 대한 채권은 남아 있다.

강제집행절차(2): 전부 방식

채권자(대주 L)는 추심 대신 전부 방식 강제집행을 선택할 수도 있다.



1. 압류 및 전부명령 신청: 채권자(대주 L)는, 위 판결을 근거로, 채무자(차주 B) 관할 법원(court)에 권리(T)에 대한 전부 방식 강제집행을 신청한다.

이것이 앞서 본 압류 및 전부명령 신청이다. 이때 “법원”은 역시 “집행법원(execution court)”을 의미한다.

민사집행법 제225조(압류명령의 신청) 채권자[L]는 압류명령신청에 압류할 채권[T]의 종류와 액수를 밝혀야 한다.

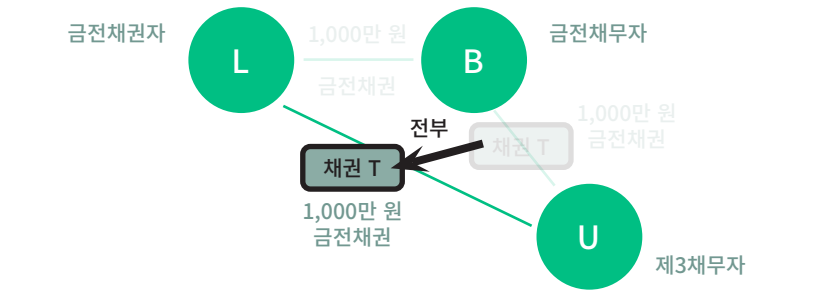
민사집행법 제229조(금전채권의 현금화방법) ① 압류한 금전채권[T]에 대하여 압류채권자[L]는 추심명령(推尋命令)이나 전부명령(轉付命令)을 신청할 수 있다.

2. 압류(seizure): 집행법원은 채무자(차주 B)가 채권 T를 처분 못하게 한다.

민사집행법 제227조(금전채권의 압류) ① 금전채권[T]을 압류할 때에는 법원은 제3채무자[U]에게 채무자[B]에 대한 지급을 금지하고 **채무자[B]에게 채권[T]의 처분과 영수를 금지**하여야 한다.

3. 전부명령(assignment order): 집행법원은 채무자(차주 B)의 채권 T 자체를 채권자(대주 L)에게 이전(assignment)한다.

채무자(차주 B)가 제3채무자(U)에 대해 갖고 있던 채권 T 자체를 강제로 채권자(대주 L)에게 넘기는 것이다.



민사집행법 제229조(금전채권의 현금화방법) ③ **전부명령**이 있는 때에는 압류된 채권[T]은 지급[을] 갈음하여 **압류채권자[L]에게 이전**된다.

4. 직접적인 채권관계 ○: 채권 T 자체가 이전됐다. 따라서 채권자(대주 L)와 제3채무자(U) 사이에 1,000만 원에 관한 직접적인 채권관계가 생긴다. 채무자(차주 B)는 이제는 제3채무자(U)에 대한 1,000만 원 채권자가 아니다.

5. 전부금 청구의 소: 전부명령에 따라, 채권자(대주 L)는 직접 제3채무자(U)를 상대로 “U는 L에게 1,000만 원을 지급하라.”라는 취지로 법원에 소를 제기할 수도 있다.

전부금 청구의 소라 한다. 채권자(대주 L)는 제3채무자(U)에 대한 채권자로서 승소할 수 있다.

6. 집행채권(purpose)의 운명: 채권자(대주 L)가 제3채무자(U)로부터 전부금을 실제 지급받았는지와 상관없이, 전부명령에 따라 채권자(대주 L)의 채무자(차주 B)에 대한 채권도 소멸한다.

전부명령만 받고 전부금을 실제로 지급받지 않은 상태라도, 이미 채권자(대주 L)의 채무자(차주 B)에 대한 채권은 소멸했다. 이미 갚은 것(변제)으로 간주하기 때문이다.

민사집행법 제231조(전부명령의 효과) 전부명령이 확정된 경우에는 전부명령이 제3채무자[U]에게 송달된 때에 채무자[B]가 [채권자 L에 대한] 채무를 **변제한 것으로 본다**. 다만, ...

95다55047: 전부명령은 압류된 금전채권[T]을 그 권면액으로 집행채권자[L]에게 이전 시킨다. 그리고 그 대신 동액 상당의 집행채권을 소멸시킨다. 이로써 집행채무자[B]의 채무변제[를] 갈음하게 하는 제도이다.]

의의

추심 방식이든, 전부 방식이든,

- 1. 대주 L은 금전채권자다. 즉, 금전채권에 기초한 강제집행, 즉 “금전집행”에 해당한다.

채권자(대주 L)의 채무자(차주 B)에 대한 1,000만 원 채권이 집행채권이다.

- 2. 집행의 대상도 금전채권이다. 즉, 금전집행 중 채권에 대한 강제집행, 즉 “채권집행”이다. 그중에서도 “금전채권집행”이다.

채무자(차주 B)의 제3채무자(U)에 대한 1,000만 원 채권이 피집행채권이다.



결론

권리실행 사례

집행채권이 무엇인지, 상대방 재산은 무엇인지에 따라, 취할 절차가 달라진다.

금전집행과 비금전집행

	강제집행	사례
집행채권 = 금전채권	금전집행	금전대여자의 집행
집행채권 = 특정채권	비금전집행	물건매수인의 집행

정리

	부동산 등기청구	동산 인도집행	부동산 집행	유체동산 집행	채권집행 (추심)	채권집행 (전부)
채권자	부동산 매수인	동산 매수인	금전 대주			
채무자	부동산 매도인	동산 매도인	금전 차주			
소송	부동산 이전등기 청구소송	동산인도 청구소송	금전지급청구소송			

집행채권	부동산 이전등기 청구권	동산인도 청구권	금전채권			
집행유형	비금전 집행	비금전 집행	금전집행			
집행대상	부동산	동산	부동산	동산	금전채권	금전채권
집행신청	×	동산 인도집행 위임	부동산 강제경매 신청	동산 강제집행 신청	채권압류 추심명령 신청	채권압류 전부명령 신청
집행기관	×	집행관	집행법원	집행관	집행법원	집행법원
압류	×	×	○	○	○	○
현금화 /만족	×	×	경매 /배당	경매 /배당	추심명령 +추심	전부명령

- 1. 부동산을 샀는데 등기를 이전받지 못한 경우: 부동산인도청구소송
- 2. 동산을 샀는데 인도받지 못한 경우: 동산인도청구소송 + 동산인도집행
- 3. 돈을 빌려줬는데 돌려받지 못하고, 상대방 재산으로는 부동산이 있는 경우: 금전지급청구소송 + 부동산집행
- 4. 돈을 빌려줬는데 돌려받지 못하고, 상대방 재산으로는 동산이 있는 경우: 금전지급청구소송 + 유체동산집행
- 5. 돈을 빌려줬는데 돌려받지 못했고, 상대방 재산으로는 금전채권이 있는 경우: 금전지급청구소송 + 채권집행(추심 또는 전부 방식)

추심 방식과 전부 방식은 일장일단이 있다. 자세히는 제7강 강제이행 중 “채권에 대한 강제집행”에서 배우자.

담보권실행경매

Judicial Sale to Enforce a Security Right

돈을 갚지 않았다고 담보를 실행해 집에서 내쫓는 것은 잔인해 보이기도 한다.
그러나 만약 담보 실행을 통해 집에서 내쫓을 수 없다고 하면,
누구도 담보대출을 해 주지 않을 것이다. 이것이 저당권 제도의 목적이다.
- Robert J. Shiller

배경

금전대출 대주의 심정

금전대출에서, 대주는 차주가 제 때 갚을지 안 갚을지 불안하다.

부동산 담보 약속

물론, 대주와 차주는 금전대출을 할 때, “채무자가 돈을 제 때 안 갚으면, 채무자의 A부동산을 경매에 부쳐 그 배당금으로 받겠다.”라는 식으로 서로 합의할 수도 있다.

약속의 한계

그러나 합의만으로는 상대방을 믿을 수 없어 여전히 불안하다.

저당권설정

개념

그렇다면, 누구나 볼 수 있는 A부동산 등기부(registry)에 위와 같은 담보 내용을 기재하여 누구나 열람할 수 있도록 하면 어떨까? 가능하다. 이것을 저당권설정(establishment of mortgage)이라 한다.

관련 용어

- 1. 저당권설정을 받은 채권자를 저당권자(mortgagee)라 한다.
- 2. 저당권설정을 한 채무자를 저당권설정자(mortgagor)라 한다.
경우에 따라, 채무자 아닌 자가 채무자를 위해 저당권설정을 하기도 한다. 그러나 일단은 채무자가 저당권설정을 하는 경우만 생각하자.
- 3. 담보를 확보한 위 채권을 피담보채권(secured claim)이라 한다.
채무자 입장에서는 피담보채무(secured debt)가 된다. 같은 개념이다.

민법 제356조(저당권의 내용)	저당권자는 채무자 또는 제[3]자가 점유를 이전하지 아니하고 채무의 담보로 제공한 부동산에 대하여 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다.
부동산등기법 제3조(등기할 수 있는 권리 등)	등기는 부동산의 ... 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 권리의 보존, 이전, 설정, 변경, 처분의 제한 또는 소멸에 대하여 한다.
1. 소유권(所有權)	
5. 저당권(抵當權)	

부동산등기법 제75조(저당권의 등기사항) ② ... 근저당권(根抵當權)... 경우... 제48조에서 규정한 사항 외에 다음 각호의 사항을 기록하여야 한다. 다만, 제3호 및 제4호는 등기원인에 그 약정이 있는 경우에만 기록한다.

- 1. 채권의 최고액
- 2. 채무자의 성명...
- 4. 존속기간

부동산등기법 제48조(등기사항) ① 등기관이 갑구 또는 을구에 권리에 관한 등기를 할 때에는 다음 각호의 사항을 기록하여야 한다.

- 1. 순위번호
- 2. 등기목적
- 3. 접수연월일 및 접수번호
- 4. 등기원인 및 그 연월일
- 5. 권리자

등기사항전부증명서(말소사항 포함)

- 건물 -

등기고유번호 1101-2018-123456



[건물] 서울특별시 관악구 신림동 99-8

【 표 제 부 】 (건물의 표시)				
표시번호	접 수	소재지번 및 건물번호	건 물 내 역	등기원인 및 기타사항
1	2018년4월19일	서울특별시 관악구 신림동 99-8 [도로명주소] 서울특별시 관악구 노루로 231-2	시멘트블럭조 시멘트기와지붕 단층주택 85㎡	

【 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	2018년4월19일 제549호		소유자 장무자 810129-***** 서울특별시 관악구 노루로 231-2(신림동)

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

-- 이 하 여 백 --

수수료 1,200원 영수함

관할등기소 서울중앙지방법원 등기국 / 발행등기소 서울중앙지방법원 등기국

이 증명서는 등기기록의 내용과 틀림없음을 증명합니다.

서기 2023년 8월 1일

법원행정처 등기정보중앙관리소

전산운영 책임관 (인)

저당권설정 의의

- 1. 저당권이 설정되면, 채권자는 나름 안심이 된다. 채무자가 돈을 안 갚더라도, 채권자는 저당권을 설정한 A부동산을 통해 어떤 권리를 행사할 수 있다.
- 2. 이처럼, 어떤 채무를 담보하는 권리를 일반적으로 담보권(security right)이라 한다.

담보권실행경매 의의

문제 상황

그런데 채무자가 약속한 날이 되도록 돈을 안 갚고 있다.

해결방안

- 1. 물론 민사소송을 한 뒤 법원의 판결(judgment)을 받아서 강제경매에 나아갈 수도 있다.
- 2. 그러나 만약 이미 저당권설정을 했다면, 굳이 번거롭게 판결을 받을 필요가 없다. 합의(약속)하고 공개했던 대로, 저당권(mortgage)을 근거로 경매에 나아가면 되기 때문이다. 이러한 경매가 담보권실행경매다.

담보권실행경매 개념

담보권실행경매(judicial sale to enforce a security right)란, 다음을 의미한다.

- 1. 판결 없이(without judgment),
- 2. 저당권(mortgage; security right)에 기초해,
- 3. 채권자, 즉 저당권자의 신청(by mortgagee’s application),
- 4. 국가 권력을 이용해, 즉 집행기관(executive agency)을 통해,
- 5. 채무자, 즉 저당권설정자의 재산(mortgagor’s property)에 집행하는 절차.

민사집행법 제264조(부동산에 대한 경매신청) ① 부동산을 목적으로 하는 담보권을 실행하기 위한 경매신청을 함에는 담보권이 있다는 것을 증명하는 서류를 내야 한다.

강제경매(compulsory judicial sale)와 대비하여 임의경매(voluntary judicial sale)라고도 부른다. 애당초 담보권 설정은 강제가 아니었기 때문이다.

부동산임의경매신청서

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 장무자(810129-2123456)
소유자 서울 관악구 노루로 231-2

청구채권 및 담보권의 표시

41,528,767원 2022. 7. 1. 자 설정계약의 근저당권, 채권최고액 55,000,000원.
 서울중앙지방법원 2022. 7. 4. 등기접수 제777호

40,000,000원 및 이에 대하여 2022. 9. 1.부터 2023. 6. 6.까지 연 5%의 비율로 계산한 지
연손해금

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

채권자는 2022. 7. 1. 채무자에게 변제기를 2022. 8. 31.로 정하여 4,000만 원을 대여했습
니다. 채권자는 위 채무의 담보로 채무자 소유의 매각할 부동산의 표시 기재 부동산에 대하
여 서울중앙지방법원 2022. 7. 4. 접수 제777호로 근저당권설정등기를 마쳤습니다. 그러나
채무자는 변제기가 지나도록 위 채무를 변제하지 않고 있습니다.

첨 부 서 류

1. 부동산 등기사항전부증명서(11012018123456)

2. 근저당권 설정 계약서 사본

2023. 6. 6.

채권자 김권자

서울중앙지방법원 귀중



정리

담보권실행

2017다266177: 담보권의 실행이란 목적물의 교환가치로부터 채무를 변제받음으로써 채권의 만족을 실현하는 것이다.

담보권 실행 방법

2017다266177: 담보목적물을 매각해 현금화하여 채무의 변제를 받는 것이 담보권의 전형적인 실행방법이다.]

민사절차에 관한 규정

Civil Procedure Rules

노하우(know-How)가 아니라
노웨어(know-Where)가 중요한 시대가 되었다.
- 문용식

개념

민사절차(civil procedure)

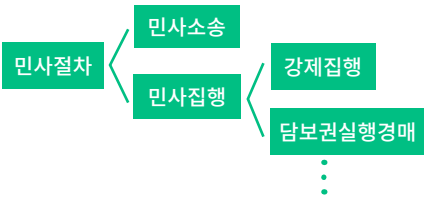
- 1. 민사소송(civil suit)
- 2. 민사집행(civil execution)

민사집행(civil execution)

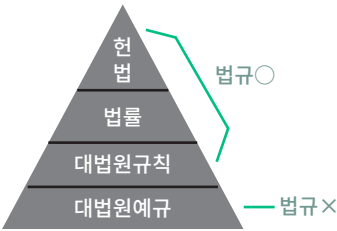
- 1. 강제경매(compulsory judicial sale) ← 강제집행(compulsory execution)
- 2. 임의경매(voluntary judicial sale) = 담보권실행경매(judicial sale to enforce a security right)

엄밀히는, 임의경매 > 담보권실행경매. 그러나 지금 단계에서는 서로 같다고 봐도 무방하다.

- 3. 기타



규정 체계



- 1. 헌법(constitution): 최상위 법규

대한민국헌법 전문 ... 우리 대한국민은 ... 1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표[로] 개정한다.

2. 법률(act): 헌법 아래 법규로, 국회가 제정(민법, 민사소송법, 민사집행법 등)

대한민국헌법 제40조 입법권은 국회에 속한다.

3. 대법원규칙(Supreme Court regulations): 법률 아래 법규로, 대법원이 제정(민사소송규칙, 민사집행규칙 등)

대한민국헌법 제108조 대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.

대법원규칙은 법령(statute)에 포함된다. 즉, 법규성(enforcement)이 있다. 쉽게 말해, 법이다.

4. 대법원예규(Supreme Court established rule): 법원 내부 사무처리 기준으로, 대법원이 제정

대법원예규는 법령이 아니다. 즉, 법규성이 없다. 쉽게 말해, 법이 아니다.

2022그18: 이행권고결정에 주민등록번호를 기재하지 않았다고 하더라도 그와 같은 조치는 내부적 업무처리지침에 불과한 재판서 양식에 관한 예규에 어긋날 뿐이다.] 개인 정보 보호법의 취지에는 합치되는 것이므로 부적법하다고 할 수 없다.

민사소송에 관한 법령

민사소송법

1. 민사소송절차를 규율하는 법률이다.

민사소송법 제1조(민사소송의 이상과 신의성실의 원칙) ① 법원은 소송절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 한다.

② 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다.

2. 체계는 다음과 같다.

민사소송법 제1편 총칙

제1장 법원

제2장 당사자

제4장 소송절차

민사소송법 제2편 제1심의 소송절차

제1장 소의 제기

제2장 변론과 그 준비

제3장 증거

제4장 제소전화해...의 절차

민사소송법 제3편 상소

제1장 항소

제2장 상고

제3장 항고

민사소송법 제4편 재심

3. 조항을 무작위로 몇 개 찾아보자.

민사소송법 제327조의2(비디오 등 중계장치에 [따른] 증인신문) ① 법원은 다음 ... 사람을 증인으로 신문하는 경우 ... 비디오 등 중계장치에 [따른] 중계시설을 통하거나 인터넷 화상장치를 이용하여 신문할 수 있다.

1. 증인이 멀리 떨어진 곳 또는 교통이 불편한 곳에 살고 있거나 그 밖의 사정으로 말미암아 법정에 직접 출석하기 어려운 경우

③ 제1항에 따른 증인신문의 절차와 방법, 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

민사소송규칙

1. 민사소송절차를 규율하는 대법원규칙이다.

민사소송규칙 제1조(목적) 이 규칙은 민사소송법...이 대법원규칙에 **위임한 사항, 그 밖에 민사소송절차**에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

2. 조항을 무작위로 몇 개 찾아보자.

민사소송규칙 제95조의2(비디오 등 중계장치 등에 [따른] 증인신문) 법 제327조의2에 따른 증인신문의 절차와 방법에 관하여는 제73조의3을 준용한다.

민사소송규칙 제73조의3(영상기일의 실시) ① 영상기일은 당사자, 그 밖의 소송관계인을 비디오 등 중계장치에 [따른] 중계시설에 출석하게 하거나 인터넷 화상장치를 이용하여 지정된 인터넷주소에 접속하게 하고, 영상과 음향의 송수신[으로] 법원, 당사자, 그 밖의 소송관계인이 상대방을 인식할 수 있는 방법으로 한다.

② 제1항의 비디오 등 중계장치에 [따른] 중계시설은 법원 청사 안에 설치하되, 필요한 경우 법원 청사 밖의 적당한 곳에 설치할 수 있다.

민사소송 관련 대법원예규

1. 민사소송절차를 규율하는 대법원예규는 아주 많다.

2. 조항을 무작위로 몇 개 찾아보자.

재판서 양식에 관한 예규 제1조(목적) 이 예규는 재판서의 양식에 관하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

재판서 양식에 관한 예규 제9조(당사자 등의 표시) ① 민사...사건의 재판서...에는 다음 각호에 따라 [원피고]... 등...[을] 표시한다.

1. 판결서[예: 금전지급을 명하는 판결서, 동산인도를 명하는 판결서, 부동산소유권 이전등기를 명하는 판결서]([판결서는 아니지만] 화해, 조정, 포기, 인낙조서와 화해권고결정, 조정을 갈음하는 결정을 포함한다. 이하 같다)...에는 당사자 등의 성명과 주소를 기재한다. ... [→ 원칙적으로 주민등록번호까지는 기재하지 않는다.]

- 2. 제1호에 해당하지 아니하는 재판서[예: 채권압류 및 추심명령 결정서]에는 당사자 등의 성명과 주소를 기재하되, 성명으로부터 한 칸 띄어 괄호하고 그 안에 주민등록번호를 기재한다. ...
- 3. 등록의 의사표시를 명하는 판결서[예: 자동차소유권이전등록을 명하는 판결서]는 제1호[가 있더라도] 제2호를 적용한다. [즉, 주민등록번호도 기재한다.]

재판서 양식에 관한 예규 제10조(주소 등의 표시) ① 특별시, 통합특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도는 “서울”, “전남광주”, “부산”, “세종”, “경기”, “강원” 등으로 표시하고, 시는 통합특별시, 도 표시를 하지 아니한다.

- ② 읍, 면에는 소속 시, 군을 기재한다.
- ③ 번지에는 “번지”를 생략하고, 가지번호는 “- (하이픈)”로 표시한다.

제9조 제1항은, 집행이나 후속 절차상 필요 없다면 판결서에 주민등록번호를 기재하지 않는 취지다.

내용을 파악하라. 그러면 표현이 따를 것이다(Rem tene, verba sequuntur; Grasp the subject, and the words will follow).

민사집행에 관한 법령

민사집행법

- 1. 민사집행절차를 규율하는 법률이다.

민사집행법 제1조(목적) 이 법은 강제집행, 담보권 실행을 위한 경매, 민법, 상법, 그 밖의 법률의 규정에 [따른] 경매(이하 “**민사집행**”이라 한다) 및 보전처분[가압류, 가처분 등]의 절차를 규정함을 목적으로 한다.

- 2. 체계는 다음과 같다.

민사집행법 제1편 총칙

민사집행법 제2편 강제집행

제1장 총칙

제2장 금전채권에 기초한 강제집행

제3장 금전채권 외의 채권에 기초한 강제집행

민사집행법 제3편 담보권 실행 등을 위한 경매

민사집행법 제4편 보전처분

- 3. 조항을 무작위로 몇 개 찾아보자.

민사집행법 제28조(집행력 있는 정본) ① 강제집행은 집행문이 있는 판결정본(이하 “집행력 있는 정본”이라 한다)이 있어야 할 수 있다.

- ② 집행문은 신청에 따라 제1심법원의 ...법원사무관등[이] ... 내어 주며, 소송기록이 상급심에 있는 때에는 그 법원의 법원사무관등이 내어 준다.

민사집행법 제103조(강제경매의 매각방법) ② 부동산의 매각은 매각기일에 하는 호가 경매(呼價競賣), 매각기일에 입찰 및 개찰하게 하는 기일입찰 또는 입찰기간 이내에 입찰하게 하여 매각기일에 개찰하는 기간입찰의 세가지 방법으로 한다.

③ 부동산의 매각절차에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

민사집행규칙

1. 민사집행절차를 규율하는 대법원규칙이다.

민사집행규칙 제1조(목적) 이 규칙은 민사집행법...이 대법원규칙에 **위임한 사항, 그 밖**
에 법 제1조의 **민사집행**과 보전처분의 **절차**를 규정함을 목적으로 한다.

2. 조항을 무작위로 몇 개 찾아보자.

민사집행규칙 제19조(집행문부여신청의 방식) ③ 집행문을 내어 달라는 신청을 하는 때에는 법원사무관등은 채권자, 채무자 또는 승계인의 주소 또는 주민등록번호등을 소명하는 자료를 제출하게 할 수 있다.

민사집행규칙 제72조(호가경매) ① 부동산의 매각을 위한 호가경매는 호가경매기일에 매수신청의 액을 서로 올려가는 방법으로 한다.

② 매수신청을 한 사람은 더 높은 액의 매수신청이 있을 때까지 신청액에 구속된다.

민사집행 관련 대법원예규

1. 민사집행절차를 규율하는 대법원예규도 아주 많다.

2. 조항을 무작위로 몇 개 찾아보자.

부동산경매사건의 진행기간 등에 관한 예규 1. 부동산경매절차는 각 단계별로 아래 기간내에 진행하여야 한다.

- 경매신청서 접수: 접수 당일
 - 개시결정 및 등기축탁: 접수일부터 2일 안
 - 채무자에 대한 개시결정 송달: 임의경매: 개시결정일부터 3일 안, 강제경매: 등기 완료통지를 받은 날부터 3일 안
 - 배당요구종기 결정/배당요구종기 등의 공고, 고지: 등기완료 통지 받은 날부터 3일 안
 - 배당요구종기: 배당요구종기 결정일부터 2월 후 3[개]월 안
 - 최초 매각기일, 매각결정기일의 지정, 공고(신문공고의뢰)/이해관계인에 대한 통지: 배당요구종기부터 1[개]월 안
 - 최초매각기일 또는 입찰기간 개시일: 공고일부터 2주 후 20일 안
 - 입찰기간: 1주 이상 1[개]월 이하
-

이런 것들을 암기할 필요는 없다. 법을 안다는 것은 그것들의 단어를 기억하는 것이 아니라 법의 효력과 권한을 기억하는 것이다(*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*; To know the laws is not to observe their mere words, but their force and power).

당사자
Parties

민주주의에서는 제일 약한 자도 제일 강한 자와 똑같은 기회를 획득한다.
- Mahatma Gandhi

민사소송의 당사자

개념

쉽게 말해 재판을 받는 사람들이 소송 당사자(litigating party)다. 바로 원고와 피고다.

- 1. 소장에 “원고”로 쓰여 있는 사람이 원고(plaintiff)다.
- 2. 소장에 “피고”로 쓰여 있는 사람이 피고(defendant)다.

소		장	
원	고	김권자 서울 서초구 이대로 15 (전화: 02-3473-1234 휴대전화: 010-5555-1234 팩스: 02-3473-1235 이메일: k-dragon@gmail.com)	
피	고	장무자 서울 관악구 노루로 231-2	

형사사건에서는 재판을 받는 범인을 “피고인”(the accused, defendant)이라 부른다. “피고”와 “피고인” 용어를 구별하라.

실제 법률관계?

원고가 피고에게 실제로 권리가 있든 없든 상관없다. 원고가 피고라고 지정한 이상, 묻지도 따지지도 않고 피고로 지정된 사람이 피고가 된다. 만약 실제로는 그러한 권리관계가 없다면, 원고가 패소하게 될 뿐이다.

채권관계와 원고, 피고

보통은 채권자가 채무자를 상대로 청구한다. 따라서 대부분 사안에서,

- 1. 채권자(obligee)가 원고(plaintiff)
- 2. 채무자(obligor)가 피고(defendant)

사례: K가 원고, J가 피고

K가 J를 상대로, 대여금 및 손해배상 합계 5,000만 원 지급을 구하는 소를 제기할 수 있다.

- 1. 대여금 및 손해배상 채권자 K가 원고
- 2. 대여금 및 손해배상 채무자 J가 피고

K는 소장 원고란에 “K”, 피고란에 “J”를 기재한 뒤 법원에 제출한다.



사례: J가 원고, K가 피고

J가 K를 상대로, K가 자꾸 거짓말을 해서 정신적 손해를 입었다며 위자료 1,500만 원 지급을 구하는 소를 제기할 수도 있다. 이 경우,

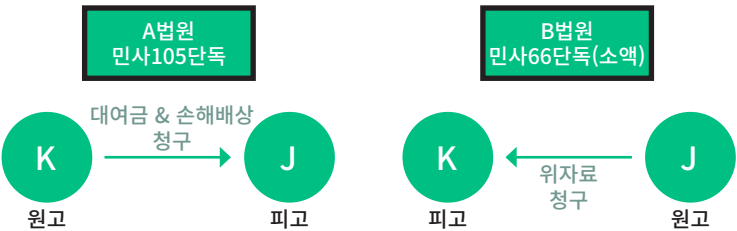
- 1. 손해배상(위자료) 채권자 J가 원고
- 2. 손해배상(위자료) 채무자 K가 피고

J는 소장 원고란에 “J”, 피고란에 “K”를 기재한 뒤 법원에 제출한다.



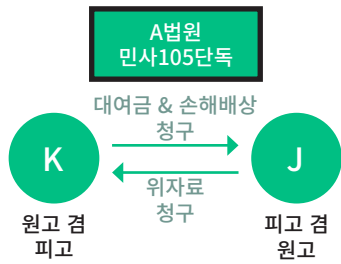
두 소송의 처리

- 1. 서로 다른 법원(또는, 같은 법원이라도 서로 다른 재판부)에서 다른 사건으로 진행되는 경우도 있다.



별소(separate lawsuit) 관계에 있다고 한다.

2. 같은 법원 같은 재판부에서 같은 절차로 진행되는 경우도 있다.



선행 소가 본소(principal lawsuit), 후행 소가 반소(counter lawsuit)다.

민사소송법 제269조(반소) ① 피고는 소송절차를 현저히 지연시키지 아니하는 경우에만 변론을 종결할 때까지 본소가 계속된 법원에 반소를 제기할 수 있다. 다만, 소송의 목적이 된 청구가 ... 본소의 청구 또는 방어의 방법과 서로 관련이 있어야 한다.

소결

소제기 자체는 원칙적으로 개인의 자유다. 결국, 원고가 소장에 당사자를 어떻게 기재하냐에 따라 당사자가 정해진다.

민사집행의 당사자

개념

강제집행을 신청하거나 그 상대방이 되는 사람이 집행 당사자(execution party)다. 신청인, 피신청인이다.

- 1. 신청서에 “신청인”으로 쓰여 있는 사람이 신청인(applicant)
- 2. 신청서에 “피신청인”으로 쓰여 있는 사람이 피신청인(respondent)

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

채권관계와 신청인, 피신청인

보통은 채권자가 채무자 상대로 집행을 신청한다. 따라서, 이 경우,

- 1. 채권자(obligee)가 신청인(applicant)
- 2. 채무자(obligor)가 피신청인(respondent)

집행채권자와 집행채무자

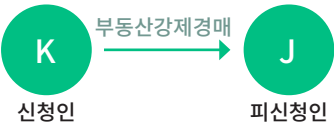
집행법에서는 다음과 같이 부른다.

- 1. 채권자(obligee)를 집행채권자(execution creditor) 또는 채권자(creditor)
- 2. 채무자(obligor)를 집행채무자(execution debtor) 또는 채무자(debtor)

사례

- 1. 만약 K가 J를 상대로 승소판결을 받았다고 하자.
- 2. 판결까지 받으면 웬만하면 임의이행을 한다.
- 3. 그러나 끝내 임의이행이 안 된다면 강제집행절차로 나갈 수밖에 없다. 그 근거, 즉 집행권원(executive title)은 승소 확정판결이다.
- 4. 이때 K가 신청인, J가 피신청인으로 된다.

K는 부동산강제경매신청서 신청인란에 “K”, 피신청인란에 “J”를 기재한 뒤 집행기관(법원)에 제출한다. 그러면 부동산이 법원경매로 넘어갈 수도 있다.



변론

Oral Proceedings

타방의 말을 듣지 않고 어떤 것을 결정하는 자는,
비록 공평한 것을 결정했다라도 공평하지 않은 자였던 것.
- Seneka

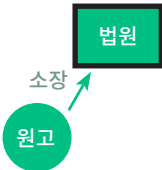
서류 공방

머리에

민사소송은 어떤 식으로 진행되는가? 법정에서 무슨 일이 일어나는지 보기 전에, 먼저 그 전에 일어나는 서류 공방을 보자.

원고의 소장 제출

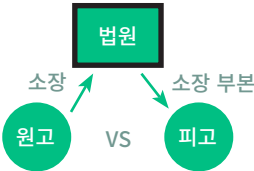
- 1. K가 J를 상대로 5,000만 원의 지급을 구하는 소장(written complaint)을 써서 법원에 제출한다.



- 2. 이 단계에서는 K가 따로 알려주지 않는 이상, J로서는 아직 소송을 당했는지도 모른다.

소장 부분 송달

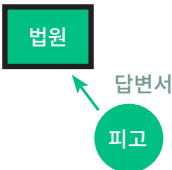
- 1. 법원은 소장 부분(duplicate of written complaint)을 피고에게 보내 준다. 여기서 “부분”이란, 거칠게 말하면 복사본이다. 이 과정을 소장 부분 송달(service of duplicate of written complaint)이라 부른다.



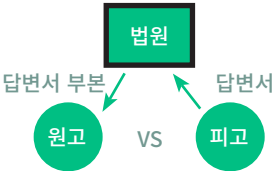
- 2. 이 단계부터 J는 소송 당했다는 사실을 알게 된다.

피고의 답변서 제출

- 1. J는 돈을 줄 수 없다는 답변서(written defense)를 써서 법원에 제출한다.



- 2. 답변서 부분도 원고에 송달(service of duplicate of written defense)해 준다. 이 단계부터 K는 J 입장을 알게 된다.



변론기일

변론기일 지정

그러면 법정을 열어서 법원이 직접 양쪽 당사자 말을 들어 볼 때가 되었다. 법원 측에서 날짜와 장소를 잡는다.

민사소송법 제134조(변론의 필요성) ① 당사자는 소송에 대하여 법원에서 변론하여야 한다. ...
민사소송규칙 제69조(변론기일의 지정 등) ① 재판장은 답변서가 제출되면 바로 사건을 검토하여 가능한 최단기간 안의 날로 제1회 변론기일을 지정하여야 한다.

한 사람의 말을 듣고 다른 사람의 말도 들어야 한다(Man muß den einen hören und auch den anderen; You have to hear the one and the other).

변론기일과 변론 개념

- 1. 이렇게 정해진 날을 변론기일(date for oral proceedings)이라 한다. 보통은 하루에 안 끝난다. 그래서 제2회, 제3회 변론기일 식으로 여러 번 열리곤 한다.
- 2. 양 당사자는 변론기일에 출석해 공격, 방어한다. 즉, 변론(oral proceedings)한다.

변론기일 통지

법원 쪽에서 당사자들에게 날짜와 장소를 알려준다.

- 1. 처음에는 “변론기일통지서”라는 서류를 보내 준다.

민사소송법 제167조(기일의 통지) ① 기일은 기일통지서 또는 출석요구서를 송달하여 통지한다. ...
--

서울중앙지방법원
변론기일통지서

사	건	2023가단1020304	대여금 등
원	고	김권자	
피	고	장무자	

위 사건의 변론기일이 다음과 같이 지정되었으니 출석하시기 바랍니다.

일시: 2023. 10. 25. 14:20 (소요예상시간 10분)

장소: 동관 - 제480호 법정[동관 1번 법정출입구]

2023. 10. 15.

법원주사 최 주 보 (인)

◇ 유 의 사 항 ◇

1. 출석할 때에는 신분증을 가져오시고, 이 사건에 관하여 제출할 서면이 있는 경우에는 사건번호 (2023 가단1020304)를 기재하시기 바랍니다.
2. 합의부에서 심리하는 사건은 변호사(지배인 등 법률상 소송대리인 포함)가 아니면 소송대리가 허용되지 않습니다.
3. 소송대리인이 선임되어 있더라도 되도록 당사자 본인(당사자가 회사 등 법인 또는 단체인 경우에는 대표자 또는 실무책임자, 당사자가 여러 명인 경우에는 의사결정을 할 수 있는 주된 당사자)도 함께 출석하시기 바랍니다.

※ 주차시설이 협소하오니 대중교통을 이용하여 주시기 바랍니다.

※ 재판기일 등 각종 정보 열람: 대한민국 법원 홈페이지(www.scourt.go.kr)

※ 사건진행에 관한 안내 자동응답전화(ARS) : 지역번호 없이 1588-9100

☎ 연결 후 '1' + '9' + [월람번호] + '*' 를 차례로 누르시면 곧바로 안내를 받을 수 있습니다.

※ 그 밖의 문의사항 연락처 : 서울중앙지방법원 제105단독 법원주사보 박개장

전화 : 02-3017-1234 팩스 : 02-3017-1236 e-mail : choijoo122@gmail.com

2. 그러나 변론기일에 출석한 사람에게는, 따로 다음 기일 통지서를 보내 주지 않는다.

민사소송법 제167조(기일의 통지) ① ... 다만, 그 사건으로 출석한 사람에게는 기일을 직접 고지하면 된다.

변론 공개

공개재판이 원칙이다. 누구나 아무 이해관계가 없더라도 변론기일에 찾아와 방청할 수 있다.

대한민국헌법 제109조 재판의 심리와 판결은 공개한다. ...

심리(審理; trial)는 재판 진행 과정을 뜻한다. 그녀의 심리(心理; mind) 아니다.

변론기일 진행

당사자 또는 소송대리인 출석

소송대리인(변호사)이 있는 경우는 당사자 본인이 직접 출석하지 않아도 된다.

형사소송은 변호인(변호사)이 있더라도 피고인 본인이 같이 출석해야 한다.

기일 시작

민사소송법 제169조(기일의 시작) 기일은 사건과 당사자의 이름을 부름으로써 시작된다.

변론

변론(oral proceedings)이란 당사자 쌍방이 변론기일에 공개법정에서 각자의 주장을 말로(orally) 하는 것이다.

민사소송법 제134조(변론의 필요성) ① 당사자는 소송에 대하여 법원에서 변론하여야 한다.

민사소송규칙 제28조(변론의 방법) ① 변론은 당사자가 말로 중요한 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 진술하거나, 법원이 당사자에게 말로 해당사항을 확인하는 방식으로 한다.

② 법원은 변론에서 당사자에게 중요한 사실상 또는 법률상 쟁점에 관하여 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

참고로, 출석하더라도 변론하지 않을 수도 있다(“출석 무변론”). 예를 들어, 원고가 법정에 모습을 보이지 않을 때, 피고가 법정에서 “피고는 변론하지 않겠습니다.” 식으로 말하기도 한다. 출석 무변론은 법적으로는 출석하지 않은 것(“불출석”)과 같다.

민사소송법 제268조(양쪽 당사자가 출석하지 아니한 경우) ① 양쪽 당사자가 변론기일에 출석하지 아니하거나 출석하였다 하더라도 변론하지 아니한 때에는 재판장은 다시 변론기일을 정하여 양쪽 당사자에게 통지하여야 한다.

변론조서 작성

1. 진술이 말로만 이루어지면 기억하기도 어렵고, 나중에 변론기일 진행 절차에 대해 여러 말이 나올 수도 있다.

2. 그래서 법원사무관등은 서류에 변론의 날짜와 장소, 변론의 요지 등을 기록한다. 이를 변론조서(protocol of oral proceedings)라고 한다.

서울중앙지방법원
변 론 조 서

1차

사

건

2023가단1020304 대여금 등

판

사

입 바 른

기 일: 2023. 10. 25. 14:20

장 소: 480호 법정

공개 여부: 공 개

법 원 주 사

최 주 보

고지된
다음 기일: 2023. 11. 22. 15:00

사건과 당사자의 이름을 부름

원고

김권자

출석

피고

장무자

출석

원 고

소장 진술. ① 대여금 4,000만 원 반환 및 ② 원고 소유 마이올린을 파
손한 불법행위로 1,000만 원 손해배상을 구함

피 고

답변서 진술. ① 피고는 원고로부터 돈을 빌린 적이 없고 갑 제1호증(계
약서)은 위조된 것이며, ② 원고가 2019년 7월 말경 피고의 불법행위 사
실을 알았으므로 이미 3년 소멸시효가 완성했다고 주장

원 고

피고의 소멸시효 주장에 대해 다투며, 구체적인 근거와 자료는 준비서면
을 통해 제출하고자 함

원고 및 피고

다음 사실은 당사자 사이에 다툼이 없는 것으로 정리

- ① 갑 제1호증의 피고 명의 아래 인영과 피고의 인장 모양은 일치
- ② 피고가 실수로 원고의 바이올린을 파손했는데, 당시 바이올린의 시가는 1,000만 원이었지만 완파되어 현재는 가치가 전혀 없음

판 사

이 사건의 쟁점이,

- ① 대여금 청구 관련, 갑 제1호증의 위조 여부 및 대출계약의 존재 여부
 - ② 손해배상 청구 관련, 소멸시효 완성 여부
- 라는 점에 관하여 쌍방에게 의견을 구하다.

원고 및 피고

각각 그렇다고 진술

증거관계 별지와 같음 (쌍방 서증, 증인 등)

속 행

법 원 주 사 최 주 보 (인)

판 사 임 바 른 (인)

민사소송법 제152조(변론조서의 작성) ① 법원사무관등은 변론기일에 참여하여 기일마다 조서를 작성하여야 한다. ...

민사소송법 제153조(형식적 기재사항) 조서에는 법원사무관등이 다음 각호의 사항을 적고, 재판장과 법원사무관등이 기명날인 또는 서명한다. ...

- 1. 사건의 표시
- 2. 법관과 법원사무관등의 성명
- 4. 출석한 당사자, 대리인, 통역인과 출석하지 아니한 당사자의 성명
- 5. 변론의 날짜와 장소

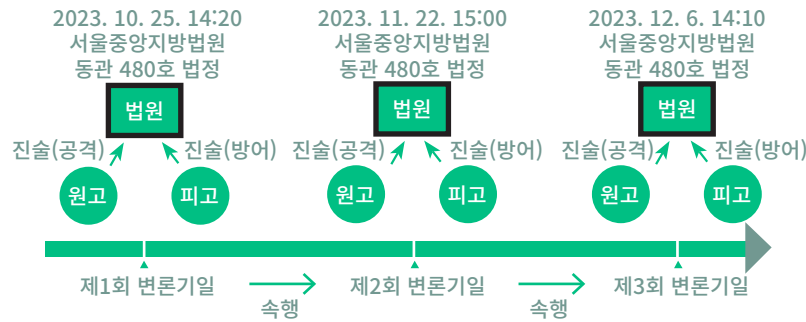
민사소송법 제154조(실질적 기재사항) 조서에는 변론의 요지를 적[는다.]...

3. 판사는 나중에 변론조서를 참고해 판결서를 작성한다.

변론 속행

법원으로서 그 날 변론만 두고는 부족하기 때문에 일단 그 날 변론기일은 마무리고 법원에서 한 번 더 변론기일을 잡아 계속하겠다고 할 수도 있다. 변론속행(continuation of oral proceedings)이라 한다.

- 1. 예를 들어, 변론에서 말이 엇갈리는데, 증인을 불러 보거나 추가자료를 수집해 제출하면 확실히 알 수가 있다 하자. 이럴 때 법원은 변론을 속행한다.
- 2. 보통 2, 3주 이상 여유 있게 잡아서, 그 전에 당사자들이 자료를 준비할 수 있도록 하고, 오는 기일에 증인이 출석할 수 있도록 한다. “2023. 10. 25. 14:20 우리 법원 동관 480호 법정” 식으로 기일을 잡는다.



- 3. 그러나 사정이 있어서 법원이 다음 기일 날짜를 정하기 어려운 경우도 있다. 그러면 일단 속행으로 하되, 다음 변론기일 날짜는 추후 지정(sine die; without fixing a date)하겠다고 한다.

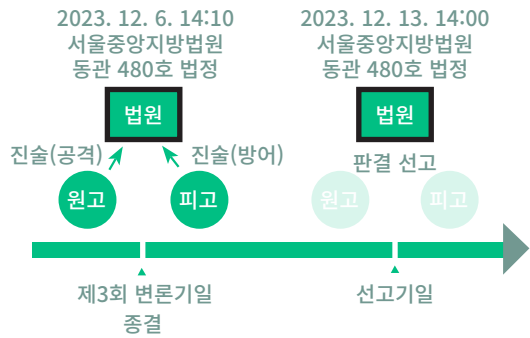
“추정(追定; to be determined; TBD)”은 실무에서 추후 지정을 줄여 부르는 말이다(예: 다음 변론기일은 추정한다). 한편, “추정(推定; presume)”은 반대 사실이 확인될 때까지는 진실한 것으로 인정한다는 뜻이다(예: 동시에 사망한 것으로 추정한다).

변론 종결

법원이 그때까지의 변론을 가지고도 충분히 재판할 수 있겠다 싶으면, 이제 변론을 끝낸다. 변론 종결(closure of oral proceedings)이라 한다.

- 1. 예를 들어, K와 J 모두 서로 주장할 건 다 주장하고 낼 증거도 다 냈다고 하면, 법원은 이제 변론을 종결한다.
- 2. 당사자들은 역할을 다 한 셈이고, 이제 법원의 판결만 남는다. 변론 종결 후 시간적 간격을 두고 판결 선고기일을 잡는다. 그사이에 판결문을 작성한다.

민사소송법 제207조(선고기일) ① 판결은 변론이 종결된 날부터 2주 이내에 선고하여야 하며, 복잡한 사건이나 그 밖의 특별한 사정이 있는 때에도 변론이 종결된 날부터 4주를 넘겨서는 아니 된다.



변론 종결을 결심(結審)이라고도 부른다. 여기서 결(結; close)은 끝을 맺다, 심(審; trial)은 심리(審理)를 뜻한다. 헤어질 결심(決心; decision) 아니다.

변론 재개

변론 재개(reopening of oral proceedings)란, 종결했던 변론을 법원이 다시 여는 것이다. 다음 2가지가 있다.

- 1. 직권 재개: 판사가 판결문을 쓰려고 보니 뭔가 빠진 자료가 있다. 이럴 때 법원이 직권으로 변론을 재개하기도 한다.
- 2. 신청에 따른 재개: 변론 종결 후 당사자가 법원에 내야 할 새로운 자료를 발견하는 경우도 있다. 그러면 당사자가 변론 재개를 신청한다. 법원이 재개신청을 받아들이면 변론이 재개된다.

예를 들어,

- 1. 계약서의 위조 여부에 관한 다른 증거를 찾지 못한 채 변론이 종결됐다.
- 2. 그런데 그 후 판결 선고 전 우연히 위조사실을 확실히 증명할 수 있는 자료가 발견되었다.
- 3. 이 경우 당사자가 증거제출을 위해 변론 재개를 신청하면,
- 4. 법원이 변론을 재개할 수 있다.

2020다277641: 당사자가 변론 종결 후 주장, 증명을 제출하기 위하여 변론 재개신청을 [했다. 이] 경우 당사자의 변론 재개신청을 받아들일지 여부는 원칙적으로 법원의 재량에 속한다.

그러나 변론 재개신청을 한 당사자가 변론 종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장, 증명을 제출할 기회를 제대로 [언]지 못하였[다고 하자. 그리고] 그 주장, 증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 ... 요증사실에 해당[한다고 하자. 이런 경우 처럼] 당사자에게 변론을 재개하여 그 주장, 증명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소의 판결을 하는 것이 민사소송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우[가 있다. 이때는] 법원은 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다.

서면
Briefs

사연을 듣기 전에 대답하는 자는 미련하여 욕을 당하느니라.
- “잠언” 제18장 제13절

의의

서면의 필요성

당사자들은 자신이 청구하는 것이 무엇인지, 그에 대한 자신의 견해는 어떠한지를 서면(briefs)으로 법원에 제출한다.

- 1. 왜냐하면 변론기일에 갑자기 처음 주장을 하면 법원도 상대방도 본인도 입장 정리가 안 되기 때문이다. 그러면 결국 아무 의미 없이 변론기일을 또 잡아야 한다. 이것을 기일의 공전(wasting time)이라 한다.
- 2. 기일공전을 피하기 위해 미리 서면을 낸다.

부분과 송달

- 1. 원본과 똑같이 생긴 문서를 하나 더 만들어 그걸 부분(duplicate copy; duplicate)이라 한다. 서면을 낼 때에는 이 부분을 첨부해서 내야 한다. 즉, 법원에 원본과 부분을 모두 낸다.

	목적	범위	효력	사례
원본 (original copy)	보관	-	원본	(법원 보관용) 판결서
정본 (certified copy)	원본처럼 사용	전부	원본과 동일	(당사자에 주는) 판결서
부분 (duplicate copy)	송달	전부	원본과 동일	서면제출 시 첨부문서
등본 (certified copy)	원본 내용의 증명	전부	증명서	등기사항 전부증명서
초본 (abstract copy)	원본 내용의 증명	일부	증명서	등기사항 일부증명서
사본 (courtesy copy)	참고용	무방	참고자료	(상대방용) 증인신문사항

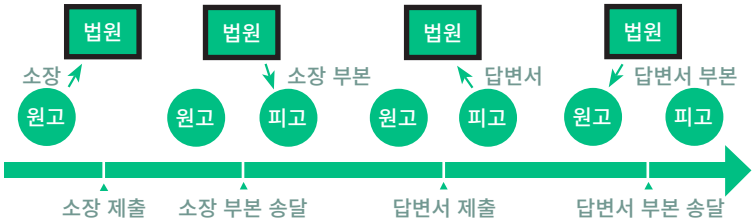
- 2. 법원은 원본과 부분을 모두 접수한다. 원본은 법원이 갖고 보고, 부분은 법원이 반대편 당사자에게 보내 준다. 이렇게 부분을 보내 주는 것을 부분 송달(service of duplicate)이라 한다.

따라서 상대방 당사자가 n명이면, 기본적으로 n개의 부분을 첨부한다.

서면 제출과 부분 송달

- 1. 원고가 부분을 첨부해 소장을 내면, 법원은 소장 부분을 피고에게 송달(service of duplicate of written complaint; service of process)한다.

2. 피고가 부분을 첨부해 답변서를 내면, 법원은 답변서 부분을 원고에게 송달 (service of duplicate of written defense)한다.

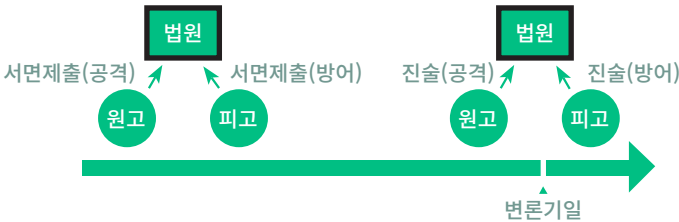


하여튼 당사자가 부분을 첨부해 어떤 서면을 내면, 법원은 그 부분을 상대방 당사자에게 송달하는 것이다.

서면의 역할

이처럼 누군가 어떤 서면을 내면, 법원은 물론 그 상대방도 받아 읽어보게 된다. 서면을 통해,

- 1. 당사자들은 서로의 입장을 확인한다. 그와 함께,
- 2. 변론을 준비한다.



상대방에 안 보여주고 법원만 보도록 낼 수는 없는 것이 원칙이다. 왜?

- 1. 무기 대등(equality of arms) 관점: 상대방이 제출자의 주장을 반박할 수 있도록, 절차권(procedural rights)을 보장하기 위해서다.
- 2. 소송경제(procedural economy) 관점: 판사가 재판 날 상대방 입장을 물어 볼 가능성이 높다. 상대방이 즉석에서 대답하기 어렵기 때문에, 어차피 재판 날을 또 열어야 한다.

피고에게 허용하지 않는 것을 원고에게 허용해서는 안 된다(Non debet actori licere, quod reo non permittitur; A plaintiff should not be permitted what is not permitted to a defendant).

실무 경향

실무상으로는 다음과 같이 진행한다.

- 1. 미리 서면을 충실히 작성해 제출한다.
- 2. 변론기일에는 서면 내용을 간략히 진술해 짧게 끝낸다.

서면 종류

- 1. 소장(written complaint)
- 2. 답변서(written defense)
- 3. 준비서면(preparatory brief): “변론을 준비하는 서면”이란 의미다.
- 4. 참고서면(reference brief): 변론 종결 후에 못다 한 이야기가 있으면 “판결에 참고하라는 서면”을 낸다.
- 5. 기타

소장

머리에

최초의 서면은 소장이다. 원고는 소장을 법원에 제출한다.

- 민사소송법 제249조(소장의 기재사항) ① 소장에는 당사자와 ..., 청구의 취지와 원인을 적어야 한다.
- ② 소장에는 준비서면에 관한 규정을 준용한다.

소장

원고

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

피고

장무자
서울 관악구 노루로 231-2

대여금 등 청구의 소

청구취지

청구취지(gist of the claim)란, 원고가 구하는 결론 부분이다. 예를 들어, 원금 기준으로,

- 1. 주된 청구취지: “피고는 원고에게 5,000만 원을 지급하라.”
- 2. 종된 청구취지: 소송비용 등 관련

청 구 취 지
1. 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. 소송비용은 피고가 부담한다.
3. 제1항은 가집행할 수 있다.
라는 판결을 구합니다.

2023다282040: 민사소송에서 청구의 취지는 그 내용 및 범위를 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 [한다.] ... 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 직권으로 보정을 명[해야 한다. 만약 원고가] 그 보정명령에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다.

소제기가 부적법하다면, 원고의 주장이 이유 있는지 따져볼 것도 없이 법원은 원고 패소판결을 선고한다. 이러한 판결을 소각하(dismissal) 판결이라 한다.

청구원인

청구원인(cause of the claim)이란, 그 이유 부분이다. 예를 들어,

- 1. 대여금 청구: “원고가 피고에게 4,000만 원을 빌려주었는데 피고가 약속한 날이 되도록 갚지 않는다.”
실제 대출계약 관련 법률분쟁은 대여(loan) 자체보다 반환(repayment)에 관한 것이 대부분이다. 쉽게 말해, 돈을 안 갚아서 문제 된다. 그래서 단지 “대여금 청구”라고만 해도, 대주가 차주를 상대로 이미 지급한 대여금의 “반환”을 구하는 것으로 이해한다.
- 2. 손해배상 청구: “피고가 실수로 원고의 바이올린을 파손하여 원고가 1,000만 원 손해를 입었다.”

청 구 원 인
1. 대여금 청구 원고는 2022. 7. 1. 피고에게 변제기를 2022. 8. 31.로 정하여 4,000만 원을 대여했습니다(갑 제1호증). 따라서 피고는 원고에게 차용금 4,000만 원을 반환하고 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있습니다.
2. 손해배상 청구 피고는 2019. 7. 24. 서울 서초구 예술로 33에 있는 ‘마논트로트’ 동아리방에서 원고 소유의 시가 1,000만 원 상당 바이올린을 만지다 실수로 이를 완전히 파손했습니다(갑 제2~4호증).

따라서 피고는 원고에게 불법행위에 따른 손해배상으로 1,000만 원을 배상하고 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있습니다.

3. 결론

그렇다면 피고는 원고에게 5,000만 원(= 차용금 4,000만 원 + 배상금 1,000만 원)을 지급하고 이에 대하여 다음 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있습니다.

가. 차용금 4,000만 원에 대하여: ① 2022. 9. 1.(변제기 다음 날)부터 소장 송달일까지는 연 5%(민법), ② 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%(소송촉진 등에 관한 특례법)

나. 배상금 1,000만 원에 대하여: ① 2019. 7. 24.(불법행위일)부터 소장 송달일까지는 연 5%(민법), ② 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%(소송촉진 등에 관한 특례법)

민사소송규칙 제62조(소장의 기재사항) 소장의 청구원인에는 다음 각호의 사항을 적어야 한다.

- 1. 청구를 뒷받침하는 구체적 사실
- 2. 피고가 주장할 것이 명백한 방어방법에 대한 구체적인 진술

증명방법

증명방법(증거방법; method of evidence)이란, 쉽게 말해 증거(evidence)다. 구체적으로, 증거조사 대상이다.

- 1. 예를 들어, 계약서, 사진 등을 말한다.
- 2. 증거에는 번호를 붙이는데, 원고가 내는 증거는 그 앞에 “갑”을 붙인다. 갑 제1호증, 갑 제2호증 식이다. 그래서 흔히 “갑호증”이라 부른다.

상대방 당사자가 n명이면, 기본적으로 각 증명방법은 (n+1)개씩 제출해야 한다. 상대방도 봐야 하고(n개), 법원도 봐야 하기(1개) 때문이다.

증명방법	
1. 갑 제1호증	계약서
2. 갑 제2호증	바이올린 구매 영수증
3. 갑 제3호증	파손된 바이올린 사진
4. 갑 제4호증	목갑자의 진술서
2023. 9. 13.	
원고 김권자	
서울중앙지방법원 귀중	

민사소송규칙 제62조(소장의 기재사항) 소장의 청구원인에는 다음 각호의 사항을 적어야 한다.

3. [증명]이 필요한 사실에 대한 증거방법

민사소송규칙 제105조(문서를 제출하는 방식에 [따른] 서증신청) ② 서증을 제출하는 때에는 상대방의 수에 1을 더한 수의 사본을 함께 제출하여야 한다. ...

첨부서류

첨부서류란, 말 그대로 소장에 첨부하는 서류다. 예를 들어,

1. 소장 부분 등을 소장에 첨부한다.

민사소송규칙 제48조(부분제출의무 등) ① 송달을 하여야 하는 소송서류를 제출하는 때에는 특별한 규정이 없으면 송달에 필요한 수의 부분을 함께 제출하여야 한다.

민사소송규칙 제63조(소장의 첨부서류) ① 피고가 소송능력 없는 사람[예: 어린이]인 때에는 법정대리인[예: 부모], 법인인 때에는 대표자...의 자격을 증명하는 서면을 소장에 붙여야 한다.

② 부동산에 관한 사건은 그 부동산의 등기사항증명서, 친족, 상속관계 사건은 가족관계기록사항에 관한 증명서, 어음 또는 수표사건은 그 어음 또는 수표의 사본을 소장에 붙여야 한다. 그 외에도 소장에는 증거로 될 문서 가운데 중요한 것의 사본을 붙여야 한다.

2. 소송대리인(변호사)이 있다면, 소송위임장도 첨부한다.

민사소송법 제89조(소송대리권의 증명) ① 소송대리인의 권한은 서면으로 증명하여야 한다.

소장 부분 송달

1. 소장이 법원에 접수된 단계에서는, 아직 피고는 소송과 무관하다.
2. 피고가 소장 부분을 송달받은 단계부터, 비로소 피고가 소송에 관여하는 상태가 된다. 이렇게 원고, 피고, 법원 3자 관계가 형성된 상태를 소송계속(pendency of a lawsuit)이라 부른다.

2005마1014: 소송계속은 소장부분이 피고에게 송달된 때에 비로소 발생한다.

답변서

머리에

소장 부분을 받은 피고는 답변서를 법원에 제출한다.

민사소송법 제256조(답변서의 제출의무) ① 피고가 원고의 청구를 다투는 경우에는 소장의 부분을 송달받은 날부터 **30일 이내에 답변서를 제출하여야** 한다. ...

④ 답변서에는 준비서면에 관한 규정을 준용한다.

답 변 서

사 건 2023가단1020304 대여금 등
원 고 김권자
피 고 장무자

위 사건에 관하여 피고는 아래와 같이 답변합니다.

이처럼 피고는 답변서 제출의무를 지지만, 실제로 답변서를 내고 안 내고는 자유다. 단지 내지 않으면 소송에서 불리하게 될 뿐이다.

민사소송법 제257조(변론 없이 하는 판결) ① 법원은 피고가 제256조 제1항의 답변서를 제출하지 아니한 때에는 청구의 원인이 된 사실을 자백한 것으로 보고 변론 없이 판결할 수 있다. ...

청구취지에 대한 답변(답변취지)

피고가 답변하는 결론 부분이다. 예를 들어,

- 1. 주된 답변취지: “원고의 청구를 기각한다.”
- 2. 종된 답변취지: 소송비용 등 관련

청구취지에 대한 답변

- 1. 원고의 청구를 기각한다.
 - 2. 소송비용은 원고가 부담한다.
- 라는 판결을 구합니다.

청구원인에 대한 답변(답변원인)

그 이유 부분이다. 예를 들어,

- 1. 대여금 청구에 대해: “피고는 원고로부터 돈을 빌린 사실이 없다.”
- 2. 손해배상 청구에 대해: “3년 소멸시효가 완성했다.”

권리를 일정 기간(예: 3년, 5년, 10년 등) 지나도록 행사하지 않으면 그 권리는 시효(prescription) 완성이로 소멸한다. 정확하고 자세히는, 제6강 채권 이전과 소멸에서 공부할 것이다.

민사소송규칙 제65조(답변서의 기재사항 등) ① 답변서에는... [준비서면의 기재사항] 과 청구의 취지에 대한 답변 외에 다음 각호의 사항을 적어야 한다.

- 1. 소장에 기재된 개개의 사실에 대한 인정 여부
- 2. 항변과 이를 뒷받침하는 구체적 사실
- 3. 제1호 및 제2호에 관한 증거방법

청구원인에 대한 답변

1. 대여금 청구에 대한 답변

피고는 원고로부터 원고 주장 일자에 원고 주장 돈을 차용한 사실이 없습니다. 피고는 2018년 5월경 배신자에게 원금 임대 업무를 위임하면서 피고의 인감도장을 잠시 맡긴 일이 있는데(을 제1호증 배신자의 진술서), 배신자 바로 옆집에 사는 원고가 위 인감도장을 무단으로 사용해 피고 명의의 계약서(갑 제1호증)를 위조한 것 같습니다.

2. 손해배상 청구에 대한 답변

피고가 원고의 바이올린을 파손했는지는 잘 기억나지 않습니다. 그러나 원고 주장이 사실이라 하더라도, 원고가 피고의 불법행위 사실을 알게 된 2019년 7월 말경부터 3년이 지난 현재 원고 주장 손해배상채권은 소멸시효 완성으로 이미 소멸했습니다.

3. 결론

그러므로 원고의 청구는 부당하여 기각해야 합니다.



증명방법

피고가 내는 증거는 “을”을 붙인다. 을 제1호증, 을 제2호증 식이다. 그래서 흔히 “을호증”이라 부른다.

상대방 당사자(원고)가 m명이면, 증명방법은 (m+1)개를 제출한다.

증명방법

1. 을 제1호증

배신자의 진술서

2023. 10. 13.

피고 장무자

서울중앙지방법원 민사 제105단독 귀중

첨부서류

- 1. 답변서 부분 등을 답변서에 첨부한다.
- 2. 소송대리인(변호사)이 있다면, 소송위임장도 첨부한다.

답변서 부분 송달

법원은 답변서 원본과 부분을 모두 접수한다. 원본은 법원이 보고, 부분은 원고에게 송달한다.

준비서면

머리에

그 밖에도 각 당사자들은 필요한 때 준비서면을 법원에 각각 제출할 수도 있다. 말 그대로 변론을 준비한다는 의미가 있는 서면이다.

민사소송법 제272조(변론의 집중과 준비) ① 변론은 집중되어야 하며, 당사자는 **변론을 서면으로 준비**하여야 한다.

준비서면의 작성자

- 1. 원고가 준비서면을 작성, 제출할 수도 있다. 예를 들어, 답변서 부분을 송달 받은 원고가 그 내용을 반박하는 준비서면을 작성할 수도 있다.

준 비 서 면

사 건 2023가단1020304 대여금 등

원 고 김권자

피 고 장무자

위 사건에 관하여 원고는 아래와 같이 변론을 준비합니다.

1. 대여금 청구에 관하여

계약서(갑 제1호증)의 피고 명의 아래 인영과 피고의 인장 모양이 일치하는 이상, 위 계약서가 위조되었다면 이를 주장하는 피고 쪽에서 구체적인 근거를 제시해야 합니다. ‘배신자가 보관하던 피고의 인감도장을 원고가 무단으로 사용한 것 같다.’라는 피고 주장은 억측에 불과합니다.

2. 손해배상 청구에 관하여

원고는 피고의 불법행위 당시 미국 유학 중이어서 가해자가 피고임을 처음에는 알지 못하다, 2020. 12. 24.에 이르러서야 동아리 친구 이을환을 통해 알게 되었습니다. 원고는 그로부터 3년 내에 이 사건 소를 제기했으므로, 소멸시효는 완성하지 않았습니다.

그렇지 않더라도, 피고가 2020. 6. 15. 원고에게 잘못을 시인하며 1,000만 원 손해배상 채무를 승인한 사실이 있으므로(갑 제5호증), 그 무렵 소멸시효가 중단되었습니다.

따라서 어느 모로 보나 피고의 소멸시효 완성 주장은 부당합니다.

2. 피고가 준비서면을 작성, 제출할 수도 있다. 예를 들어, 원고의 준비서면 부분을 송달받은 피고가 그 내용을 반박하는 준비서면을 작성할 수 있다.

준 비 서 면

사 건 2023가단1020304 대여금 등
원 고 김권자
피 고 장무자

위 사건에 관하여 피고는 아래와 같이 변론을 준비합니다.

1. 대여금 청구에 관하여

피고가 2022. 7. 1. 원고로부터 돈을 차용하였다고 하더라도, 2022. 8. 31. 원고에게 4,000만 원을 지급함으로써 모두 변제했습니다(을 제2호증).

2. 손해배상 청구에 관하여

‘원고가 2020. 12. 24.에 이르러서야 피고의 가해사실을 알게 되었다.’는 원고 주장은 사실과 다릅니다. 이을환은 이미 2019. 7. 말경 원고에게 국제전화로 피고가 바이올린을 파손했다는 사실을 알려 주었습니다(을 제3호증).

한편, 피고가 2020. 6. 15. 원고에게 손해배상을 언급하며 사과할 당시, 피고로서는 손해배상채무 소멸시효 혜택을 포기하겠다는 의도가 없었습니다. 갑 제5호증(문자메시지 출력물)도 ‘자기 아내를 안심시키기 위해 필요하다.’는 원고의 요구에 따라 피고가 형식상으로 원고에게 전송한 문자를 출력한 것으로, 증거가치가 없습니다.

3. 소장이든, 답변서든, 준비서면이든, 당사자들은 각자에게 유리한 주장을 한다. 그러나 그 주장 내용이 항상 법적, 사실적으로 옳을 수는 없다.

95다23835: 신의성실의 원칙을 근거로 하여 대등한 사인간의 법률적 쟁송인 민사소송 절차에서 일방 당사자에게 소송의 승패와 직결되는 상대방의 증명활동에 협력하여야 할 의무가 부여되어 있다고 할 수 없[다.]

[그러므로] 피고가 요증사실의 증거자료에 훨씬 용이하게 접근할 수 있다고 하는 사정만으로는 피고가 원고들의 증명활동에 협력하지 않는다고 하여 이를 민사소송법상의 신의성실의 원칙에 위배되는 것이라고 할 수 없다.]

불리한 것은 축소하고 유리한 것은 확장하는 것이 당연하다(*Odia restringi et favores convenit ampliari*; It is meet that odious things be restricted and favorable things be amplified).

준비서면에 기재할 내용

- 1. 결국, 상대방 서면 내용에 대한 반박이다. 그와 동시에,
- 2. 변론기일에 말로 진술할 내용의 준비다.

민사소송법 제274조(준비서면의 기재사항) ① 준비서면에는 다음 각호의 사항을 적고, 당사자 또는 대리인이 기명날인 또는 서명한다.

- 4. 공격 또는 방어¹⁾의 방법
- 5. 상대방의 청구와 공격 또는 방어의 방법에 대한 진술

② 제1항 제4호 및 제5호의 사항에 대하여는 사실상 주장을 증명하기 위한 증거방법과 상대방의 증거방법에 대한 의견을 함께 적어야 한다.

증명방법

이전에 k호증까지 냈다면, 준비서면엔 번호를 (k+1)호증부터 붙이면 된다. 역시, 원고 제출 증거는 “갑호증”이고, 피고 제출 증거는 “을호증”이다.

상대방 당사자가 m명이면, 증명방법은 (m+1)개를 제출한다.

증명방법

1. 갑 제5호증 문자메시지 출력물

2023. 11. 2.

원고 김권자

서울중앙지방법원 민사 제105단독 귀중

증명방법

1. 을 제2호증

계좌이체 영수증
2. 을 제3호증

이을환의 진술서

2023. 11. 8.

피고 장무자

서울중앙지방법원 민사 제105단독 귀중

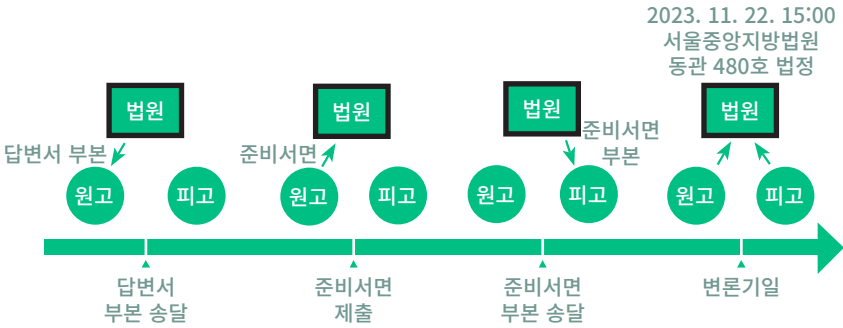
첨부서류

준비서면 부분 등을 첨부한다.

준비서면 부분 송달

1. 역시 부분 송달 절차가 있다.

민사소송법 제273조(준비서면의 제출 등) 준비서면은 그것에 적힌 사항에 대하여 상대방이 준비하는 데 필요한 기간을 두고 제출하여야 하며, 법원은 상대방에게 그 부분을 송달하여야 한다.



2. 준비서면 제출기간이 있다. 기일공전을 막기 위해서다.

민사소송규칙 제69조의3(준비서면의 제출기간) 새로운 공격방어방법을 포함한 준비서면은 변론기일 ...의 7일 전까지 상대방에게 송달될 수 있도록 적당한 시기에 제출하여야 한다.

그러나 실무상 준비서면 제출기간을 엄격히 지키지는 않는다. 변론기일 전날이라도 내면 양반이다. 변론기일 당일 들고 오는 경우도 있다.

적절한 시기에 제출

- 1. 준비서면은 한 번 내고 끝이 아니다. 진행 상황에 따라 다음 변론기일에 제출
이 필요하다면 적절한 시기에 또 제출할 수 있다.

민사소송법 제146조(적시제출주의) 공격 또는 방어의 방법은 소송의 정도에 따라 적절
한 시기에 제출하여야 한다.

예를 들어 “원고의 2023. 11. 2. 자 준비서면”, “원고의 2023. 11. 23. 자 준비서
면” 식으로 서면을 특정해 부른다.

- 2. 적시에 내지 않은 공격방어방법(주장, 증거, 서면)은 법원이 배척할 수 있다.

민사소송법 제149조(실기한 공격, 방어방법의 각하) ① 당사자가 제146조의 규정을 어
기어 고의 또는 중대한 과실로 공격 또는 방어방법을 뒤늦게 제출함으로써 소송의
완결을 지연시키게 하는 것으로 인정할 때에는 법원은 직권으로 또는 상대방의 신청
에 따라 결정으로 이를 각하할 수 있다.

2017다1097: 민사소송법 제149조에 정한 실기한 공격, 방어방법이란 [무엇인가?] 당사
자가 고의 또는 중대한 과실로 소송의 정도에 따른 적절한 시기를 넘겨 뒤늦게 제출하
여 소송의 완결을 지연시키는 공격 또는 방어의 방법을 말한다.

여기에서 적절한 시기를 넘겨 뒤늦게 제출하였는지를 판단[할 때]는 [무엇을 고려해야
하는가?] 새로운 공격, 방어방법이 구체적인 소송의 진행정도에 비추어 당사자가 과거에
제출을 기대할 수 있었던 객관적 사정이 있었는데도 이를 하지 않은 것인지[를 고려해야
한다. 그리고] 상대방과 법원에 새로운 공격, 방어방법을 제출하지 않을 것이라는 신뢰
를 부여하였는지 여부 등[도] 고려해야 한다.

이러한 법원의 각하결정은 “공격방어방법(주장, 증거)”에 대한 배척일 뿐, “소송
(청구, 소)” 자체에 대한 배척이 아니다. 즉, “공격방어방법 각하” 결정은 앞서 언
급한 “소 각하” 판결과는 다르다. 어쨌든, 어떤 공격방어방법(예: “값쌌다”는 변
제 항변)이 배척되어도, 다른 공격방어방법(예: “10년이 지나 소멸했다”는 소멸
시효 항변)으로 승소할 수도 있다.

소장 및 답변서와 준비서면

원고의 소장과 피고의 답변서도 결국 변론을 준비한다는 의미가 있다. 그러므로
소장과 답변서 역시 넓게 보면 준비서면의 일종이다.

민사소송법 제249조(소장의 기재사항) ② 소장에는 준비서면에 관한 규정을 준용한다.
민사소송법 제256조(답변서...) ④ 답변서에는 준비서면에 관한 규정을 준용한다.

당사자주의 Adversary System

너는 사실을 말하라. 그러면 나는 권리를 주리라. - 오래된 법언

당사자주의와 직권주의

머리에

2002헌바46: 민사소송절차는 법원과 당사자가 참여하여 일정한 법원칙에 따라 역할과 책임을 분담하면서 진행된다.

당사자주의

소송의 주도권을 당사자가 가지고 원고와 피고가 서로 대립하여 공격, 방어를 하는 구조를 당사자주의(adversary system)라 한다.

2002헌바46: 주로 당사자가 역할을 분담하고 책임을 지는 원칙 즉 소송심리의 주도권을 당사자에게 주는 것을 ‘당사자주의’라고 [한다.]

직권주의

소송의 주도권을 법원이 갖는 구조를 직권주의(inquisitorial system)라 한다.

2002헌바46: 주로 법원이 그 임무를 가지는 원칙 즉 소송심리의 주도권을 법원에게 주는 것을 ‘직권주의’라고 한다.

우리 민사소송의 구조

우리나라 민사소송은 어떤 구조인가? 소송을 내용과 절차로 구별한다면,

1. 내용(주장, 증거)의 주도권은 당사자에게 있다.

2002헌바46: 우리 민사소송법은 ... 당사자에게는 판결을 위한 자료를 제공하여 사건의 내용을 명확하게 하는 역할을 맡기고 있[다.]

2. 절차(진행, 판단)의 주도권은 법원에게 있다.

2002헌바46: 우리 민사소송법은 ... 법원에게는 절차의 주재자로서의 역할을 부여하여 이를 신속하게 진행시키는 책임을 지우고 있[다.]

3. 당사자주의 여부는 내용(주장, 증거)의 주도권을 기준으로 판단한다.

4. 따라서 우리 민사소송은 당사자주의가 원칙이다. 내용(소송자료, 증거자료) 제출 책임이 당사자에게 있고, 법원은 그렇게 당사자가 제출한 것에 대해서만 판단하기 때문이다.

2002헌바46: 우리 민사소송법은 ... 당사자주의 원칙(... 제203조)에 따[르다]. 즉, 다툼 있는] 사실의 증명에 필요한 증거는 당사자가 신청하는 것을 조사하는 것으로 그치는 것이 원칙이[다. 단지] 보충적으로 법원이 직권증거조사를 할 수 있도록 하고 있다.

아직은 두루뭉술할 것이다. 그러나 당사자주의를 이루는 근간인 처분권주의와 변론주의를 하나씩 분석해 보면 조금씩 감이 올 것이다.

처분권주의

개념

처분권주의(principle of disposition)란, 소송의 시작과 끝, 그리고 법원이 심판할 대상을 모두 당사자(원고)에게 맡기는 것이다. (i) 절차의 개시, (ii) 심판의 대상과 범위, (iii) 절차의 종결 순서로 보자.

절차의 개시



원고가 소제기를 해야 소송이 시작한다.

- 1. K가 J에게 돈을 받을 것이 있어도,
- 2. K가 J를 피고로 해서 법원에 소장을 제출하지 않는 이상,
- 3. 법원이 사건을 판단할 수가 없다.

민사소송법 제248조(소제기의 방식) ① 소를 제기하려는 자는 법원에 소장을 제출하여야 한다.

누구도 자신의 의사에 반하여 소를 제기하거나 고발하도록 강요되어서는 안 된다(*Invitus agere vel accusare nemo cogatur*; No one should be compelled to sue or accuse against his will).

심판의 대상과 범위



일단 원고가 소제기를 하면, 법원은 원고가 청구한 것만을 판단해야 한다. 예를 들어, K가 J에게,

- 1. 불법행위 손해배상금 1,000만 원 중 300만 원만 청구하고,
- 2. 나머지 700만 원과 대여금 4,000만 원은 청구하지 않았다고 하자.

그러면, 법원으로서,

- 1. 오로지 불법행위 손해배상에 대해서만,
- 2. 그것도 300만 원에 한해 인정되는지 인정되지 않는지를 판단해야 한다.

민사소송법 제203조(처분권주의) 법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다.

재판관은 직권으로 나아가지 않는다(*ne procedat iudex ex officio*; A judge shall not proceed on his own motion).

절차의 종결



- 일단 계속된 소송이라도, 당사자가 임의로 종결해도 된다. 예를 들어,
- 1. K가 그동안의 정을 생각해 소제기를 없었던 것으로 하겠다고 하고,
 - 2. J도 동의한다.
 - 3. 그러면, 판사가 아무리 판결을 내리고 싶더라도, 그대로 소송절차를 끝내야 한다.

당사자가 임의로 절차를 종결하는 유형은 다음과 같다.

- 1. 취하(withdrawal): 원고 스스로 소제기를 없었던 것으로 돌려 놓을 수 있다. 자신의 청구가 이유 있든 없든 상관없다. 소의 취하(withdrawal of a lawsuit)라 한다. 취하하면 법적으로 처음부터 소제기가 없었던 것으로 간주한다. 이를 “소제기 효과가 소급적(retroactive)으로 소멸한다”고 한다.

민사소송법 제266조(소의 취하) ① 소는 판결이 확정될 때까지 그 전부나 일부를 취할 수 있다.

민사소송법 제267조(소취하의 효과) ① 취하된 부분에 대하여는 소가 처음부터 계속되지 아니한 것으로 본다.

심지어 판결 선고가 난 다음에 소취하할 수도 있다. 대신 몇 가지 불이익을 감수해야 한다. 차차 배우자.

- 2. 포기(waiver): 원고 스스로 자기의 청구가 이유 없다고 인정하고 끝낼 수도 있다. 청구 포기(waiver of a claim)라 한다.

결과적으로, 원고 패소 판결(기각)을 받은 것과 마찬가지다.

- 3. 인낙(recognition): 피고 스스로 원고의 청구가 이유 있다고 인정하고 끝낼 수도 있다. 청구 인낙(recognition of a claim)이라 한다.

결과적으로, 원고 승소 판결(인용)을 받은 것과 마찬가지다.

4. 화해(compromise): 당사자들 스스로 서로 양보해서 원고의 청구를 일부 인정하며 끝낼 수도 있다. 재판상 화해(judicial compromise)라 한다.

결과적으로, 원고 일부 승소 판결(일부인용)을 받은 것과 마찬가지다.

민사소송법 제220조(화해, 청구의 포기, 인낙조서의 효력) 화해, 청구의 포기, 인낙을 변론조서, 변론준비기일조서에 적은 때에는 그 조서는 **확정판결과 같은 효력**을 가진다.

	취하	포기	인낙	화해
효과	소제기 효과 소급적 소멸	청구 기각	청구 인용	청구 일부인용
승패	(승패 없음)	원고 패소	원고 승소	원고 일부승소

소결

- 1. 처분권주의란, 이처럼 법원이 심판할 대상을 당사자에게 맡기는 것이다.
- 2. 그런데 심판대상을 소송물(matter of a lawsuit)이라고도 부른다.
- 3. 그래서 처분권주의를 “소송물에 대한 처분의 자유”라고 부른다.

2015다49422: 민사소송에서 심판 대상은 원고의 의사에 따라 특정[된다. 그리고] 법원은 당사자가 신청한 사항에 대하여 신청 범위[에]서만 판단하여야 한다.

변론주의

변론주의 개념

당사자주의 구조는 변론주의(principle of party presentation)를 원칙으로 한다.

- 1. 어떤 주장을 하고 증거를 제출할 것인지를 모두 당사자에게 맡긴다.

2002헌바46: 우리 민사소송법은 ... 당사자에게는 판결을 위한 자료를 제공하여 사건 의 내용을 명확하게 하는 역할을 맡기고 있[다.]

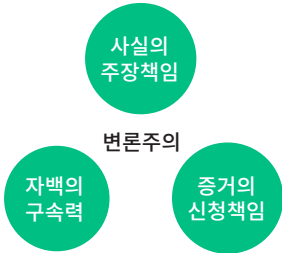
- 2. 법원으로서도 당사자가 제출한 자료만으로 재판해야 한다.

2002헌바46: 우리 민사소송법은 ... [다툼 있는] 사실의 증명에 필요한 증거는 당사자가 신청하는 것을 조사하는 것으로 그치는 것이 원칙이[다.]

판사가 지나치게 적극적으로 재판에 개입하면 재판의 중립성을 해할 수가 있다. 그렇게 하지 못하도록 하기 위해 변론주의를 택하고 있다.

변론주의 3요소

- 1. 사실의 주장책임
- 2. 자백의 구속력
- 3. 증거의 신청책임



사실의 주장책임

당사자가 어떤 사실(fact)을 주장하지 않으면, 설령 법원이 그 사실을 안다고 하더라도 모른 채해야 한다. 즉, 당사자가 변론에서 주장하지 않으면 판결의 기초로 삼을 수 없다. 그 사실은 없는 것으로 취급되어 불이익한 판단을 받게 된다.

83다카1489전합: 당사자가 변론에서 주장한 주요사실만이 심판의 대상이 [된다.]

2020다289989: 법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 대하여 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 인정하여 판단하는 것은 변론주의에 위반된[다.]

예를 들어,

- 1. K가 J를 상대로 바이올린 파손으로 1,000만 원 손해배상을 구하는 소를 제기했다.
- 2. 그런데 원고 K가 변론이나 서면에서 손해발생만 주장하고, J의 과실이나 인과관계 부분은 주장조차 안 했다.

불법행위에 따른 손해배상책임이 인정하려면, 가해자의 과실, 피해자의 손해, 가해행위와 손해 사이 인과관계가 모두 인정되어야 한다.

- 3. 그러면 설령 판사가 피고(J)의 과실을 알고 있다 하더라도, 그 내용을 판결의 기초로 삼을 수 없다. 결국 원고(K)는 패소하게 된다.
- 4. 이것은 원고(K)가 주요사실을 다 주장하지 않은 대가다.

2020다289989: [제2심]은 하○○가 장△△에게 세 차례에 걸쳐 함께 320,000,000원을 대여하였다고 전제한 다음 ... 이를 기초로 원고의 ... 청구를 일부 인용하였다.

그러나 ... 원고는 하○○가 장△△에게 대여한 돈의 합계가 320,000,000원이라는 주장을 한 바가 없[다.] ... 그럼에도 [제2심]은 당사자가 **주장하지도 아니한 사실**을 기초로 삼아 판단하였[다. 결국] ... 변론주의 원칙[을] 위반하[였다.]

자백의 구속력

원고가 주장하는 사실이 피고에게 불리한데도, 피고가 이를 인정하기도 한다. 이것을 자백(confession)이라 한다. 자백한 사실은 증거가 필요 없다. 즉,

- 1. 당사자가 어떤 사실을 주장했는데,

2. 서로 다툼이 없다면,
3. 설령 법원이 그 사실을 믿든 안 믿든 그 사실을 인정해야만 한다.

민사소송법 제288조(불요증거사실) 법원에서 당사자가 자백한 사실...은 증명을 필요로 하지 아니한다. ...

예를 들어,

1. K가 바이올린 파손으로 1,200만 원 손해가 발생했다고 주장한다.
2. 그런데 J가 그 액수를 그대로 인정한다. 즉, 피고(J)가 손해액을 자백하여, 다툼이 없다.
3. 그렇다면 실제 손해액은 1,000만 원이라 하더라도, 나아가 설령 법원이 실제 손해액이 1,000만 원이라는 점을 알고 있다고 하더라도, 법원은 K의 손해액을 1,200만 원으로 인정해야 한다.

66다1872: 법원은 ... 당사자가 **자백한 사실**[= **다툼 없는 사실**]에 관하여서는 심증 여부[가 어떻든] 자백에 구속을 받아 그대로의 사실인정을 하여야 한다.

증거의 신청책임

당사자가 어떤 사실을 주장했는데 다툼이 있다면, 이제는 증거가 필요하다. 이때 법원은 당사자가 신청한 증거만 조사한다.

예외가 있다. 당사자가 신청하지 않은 증거도 법원이 증거조사를 하는 경우가 있다. 이것을 **직권증거조사**라 한다.

취지

58민상336: 민사소송[에서] 변론주의를 채택함은 민사소송의 성질상 자료의 수집을 당사자의 책임으로 [하는 것]이 일반적으로 진실을 얻는 [지름길]이며 **국가의 노력 경감과 당사자에 대한 공평**을 꾀할 수 있다는 고려하에서 취하여진 것[이다].

손해배상 청구 소송에서 처분권주의와 변론주의 사례

논의 편의상, 치료비 청구만 하는 경우를 본다.

1. 원고가 1억 원 청구 but 법원이 1억 2,000만 원 인용 판결 → 처분권주의 위반○(주문 문제)
2. 원고가 손해액 1억 원 주장 but 법원이 손해액 1억 2,000만 원 인정 → 변론주의 위반○(사실 인정 문제)
3. 원고가 손해액 1억 원 주장하면서 6,000만 원 청구 but 법원이 손해액 1억 원 인정하면서 9,000만 원 인용 판결 → 문제없음.

민법 제396조(과실상계) 채무불이행에 관하여 채권자에게 과실[10%]이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다.

94다17710: 법원이 청구의 기초가 되는 손해액을 원고가 피고에게 청구한 [돈(6,000만 원)]을 초과하는 금액[1억 원]으로 인정하였[다. 그리고] 과실비율[10%]에 [따른] 감액을 한 잔액[9,000만 원]만을 인용[했다. 그렇다면, 법원이] 원고의 위 청구금액 [6,000만 원]을 초과하여 지급을 명하지 [않은] 이상 손해배상의 범위에[서] 당사자처분 권주의에 위배되었다고 할 수 없다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 45.] 변제충당과 자백에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 재판상 자백이 있으면 그것이 적법하게 취소되지 않는 한 법원도 이에 구속되므로, 법원이 자백 사실과 다른 판단을 할 수 없다.

주요사실

개념

여기서 사실(fact)이란, 법규에서 요건으로 정해둔 사실을 말한다. 이 런 의미에서, “사실”을 요건사실이라고도 부른다. 이 요건사실을 주요사실 (consequential fact)이라고도 한다.

83다카1489전합: 주요사실이[란] 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사 실을 말한다.

- 1. 사실의 주장책임에서 말하는 “사실”도 주요사실을 의미한다.
- 2. 구속력 있는 자백의 대상인 “사실”도 주요사실을 의미한다.

2016다58124: 민사소송절차에서 변론주의 원칙은 권리의 발생, 변경, 소멸이라는 법 률효과 판단의 요건이 되는 주요사실에 관한 주장, 증명에 적용된다.

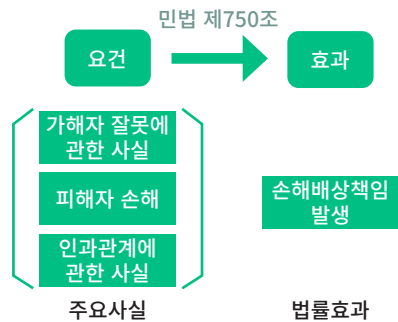
사례

불법행위를 당한 피해자(victim)가 가해자(offender)를 상대로 손해배상 (damages)을 구하려고 한다. 민법 제750조를 보면, 손해배상 청구가 받아들여 지려면 최소한 다음 3가지가 인정되어야 한다. 법이 요건을 그렇게 정해 놓았다.

- 1. 가해자의 잘못(고의, 과실)에 관한 사실
- 2. 피해자의 손해
- 3. 가해자의 잘못과 피해자의 손해 사이 인과관계에 관한 사실 등

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

이때 위 3가지 사실이 주요사실(요건사실)이다.



97트18: 손해의 발생, 위법한 가해행위의 존재, 가해행위와 손해의 발생과의 사이에 상당인과관계가 있다는 사실 등[은] 불법행위의 요건사실[이다.]

주요사실과 간접사실의 구별(핵심 vs 배경)

주요사실 자체가 아니라 그 경위나 내력 같은 것은 “주요사실(요건사실)”이 아니다. 즉, 경위, 내력은 여기서 말하는 “사실”이 아니다.

94다37868: 변론주의에서 일컫는 사실이[란], 권리의 발생소멸이라는 법률효과의 판단에 직접 필요한 주요사실만을 가리키는 것이[다. **주요사실의**] 존부를 확인하는 데 있어 **도움이 됨에 그치는 간접사실**은 포함하지 않는 것이다.

1. 사례에서 J가 바이올린을 만지게 된 경위가, 악기연주를 위해서였는지, 동아리방 청소 목적이었는지는 중요하지 않다.
2. 이러한 경위, 내력을 간접사실(circumstantial fact)이라고 부른다. 정확히는, 주요사실을 추인하는 데 도움이 되는 사실이 간접사실이다.

2020다270947: 직접고용의무 발생일부터 직접고용관계가 성립할 때까지 ... 기간 중 연차휴가미사용수당 상당의 손해배상을 청구하는 파견근로자는 손해배상의 일반원칙에 따라 손해를 증명할 책임을 부담[한다. 그러]므로 발생한 연차휴가일수에서 **사용한 연차휴가일수**를 공제한 보상 대상이 되는 연차휴가일수를 증명하여야 한다.

이때 **사용한 연차휴가일수**[→ **주요사실**]는 청구기간 중 파견사업주 소속으로 사용사업주에 근로를 제공하며 실제 사용한 연차휴가일수가 있다면 이에 따[른다. 그러나] 이를 확인할 수 없[는 경우 등]...에는 청구기간 전에 파견사업주 소속으로 사용사업주에 근로를 제공하여 사용한 연차휴가일수, 해당 파견근로자와 같은 종류, 유사 업무를 수행하는 사용사업주의 근로자들이 청구기간 중 사용한 연차휴가일수 또는 **그 밖의 적당한 간접사실로 증명하면 충분하다.**

3. 이러한 간접사실은 주요사실이 아니므로, (i) 법원이 당사자의 주장과 달리 판단해도 되고, (ii) 그러한 주장이 없어도 판단할 수 있다.

복잡한 논의가 있으나, 지금 단계에서는 이 정도로만 이해해도 충분하다.

주요사실과 법률주장의 구별(사실 vs 법률)

어떤 사실에 대해, 어떤 법을 적용하고 어떤 법리에 따라 판단해야 하는지는 “주요사실(요건사실)” 문제가 아니다.

2016다258124: 민사소송절차에서 변론주의 원칙은 ... 주요사실에 관한 주장, 증명에 적용된다. ... 어떤 시효기간이 적용되는지에 관한 주장은 권리의 소멸이라는 법률효과를 발생시키는 요건을 구성하는 사실에 관한 주장이 아니라 단순히 법률의 해석이나 적용에 관한 의견을 표명한 것이다. 이러한 주장에는 변론주의가 적용되지 않으므로 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 판단할 수 있다.

당사자가 민법에 따른 소멸시효기간[10년]을 주장한 경우에도 법원은 직권으로 상법에 따른 소멸시효기간[5년]을 적용할 수 있다.

1. 사례에서 손해배상의 근거 법률이 민법 제750조인지 제3조인 지, 자동차손배법 제3조인지는 주요사실 문제가 아니다.
2. 인과관계를 반드시 존재 또는 부존재 여부만 판단해야 하는지, 아니면 “몇 %의 인과관계” 식으로 비율적 인과관계 개념도 현행법상 인정할 수 있는지 하는 문제 역시 주요사실 문제가 아니다.
3. 이런 것들은 주요사실이 아니라, 단지 적용법률이나 적용법리에 관한 당사자의 의견 또는 주장에 불과하다.
4. 이러한 법률주장은 주요사실이 아니다. 그러므로 법원이 당사자의 주장과 달리 판단해도 되고, 그러한 주장이 없어도 판단할 수 있다. 당사자 주장에 구속되지 않고 정당한 법률판단을 하는 것이 법원의 존재 이유다.

권리는 사실로부터 발생한다(*Ex facto oritur ius*; Rights arise from facts).

너는 사실을 말하라, 나는 법률을 주리라(*Da mihi factum, dabo tibi ius*; Give me the facts, I will give you the law).

법률은 법원이 안다(*Iura novit curia*; The court knows the law).

주의사항

문제점

1. 법원의 심판대상은 당사자가 정하고, 법원은 그에 구속된다(처분권주의).

원고 없이는 재판관도 없다(*Nullo actore, nullus iudex*; With no actor, there is no judge).

2. 어떤 법을 적용하고 어떤 법리에 따라 판단해야 하는지는 당사자가 정할 수 없고, 법원이 직권으로 판단한다(법률주장에 대한 법원의 법률적 판단).

그런데 실제 그 구별이 쉽지는 않다. 다음 사안을 보자.

처분권주의 문제로 보는 사례

같은 금액의 손해배상 청구라도, 다음은 서로 심판대상(소송물) 자체가 다른 것으로 본다.

1. 불법행위(민법 제750조)에 근거한 손해배상 청구

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

2. 채무불이행(민법 제390조)에 근거한 손해배상 청구

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

서로 심판대상(소송물)이 다르므로, 당사자가 그중 1개만을 청구하면 법원은 오직 당사자가 구하는 것만을 심판해야 한다.

2009다42765: 손해배상청구의 법률적 근거는 이를 계약책임으로 구성하느냐 불법행위책임으로 구성하느냐에 따라 요건사실에 대한 증명책임이 달라[진다. 이것은] 중대한 법률적 사항에 해당[한다.]

63다241: 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구한데 대하여 채무불이행을 원인으로 한 손해배상을 인정한 것은 [어떤 문제가 있는가?] **당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여 판결한 것**으로서 위법이다.

마찬가지로, 불법행위(민법 제750조)에 근거한 손해배상 청구와 부당이득(민법 제741조)에 근거한 반환 청구도 서로 심판대상(소송물) 자체가 다르다.

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

2020다230239: 부당이득반환청구권[→ 민법 제741조]과 불법행위[에 따른] 손해배상 청구권[→ 민법 제750조]은 서로 **별개의 청구권**이다.]

법률주장에 대한 법원의 법률적 판단 대상으로 보는 사례

불법행위에 근거한 같은 금액의 손해배상 청구라도, 다음은 서로 심판대상(소송물)이 같다고 본다.

1. 민법상 불법행위(민법 제750조)에 근거한 손해배상 청구

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

2. 자동차손해배상법상 불법행위(자동차손해배법 제3조)에 근거한 손해배상 청구

자동차손해배법 제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. ...

같은 심판대상에 대해, 다만 어떤 법을 적용하고 어떤 법리에 따라 판단해야 하는지 문제다. 즉, 법원이 맡은 사항이다.

70다1501: [자동차손배법]의 규정은 민법 제750조의 특별규정이[다. 그러]므로 당사자가 주장을 하지 않더라도 민법상의 손해배상의 규정에 우선하여 적용하여야 한다.

연습문제

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 57.] 처분권주의에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

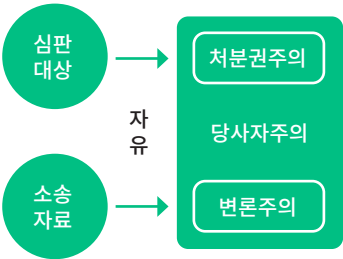
⑤ 자동차사고를 당한 원고가 「민법」상 불법행위의 사용자책임에 따른 손해배상청구를 하였는데, 법원이 [자동차손배법]상 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자의 손해배상책임 규정을 적용하여 청구를 인용하는 것은 처분권주의에 위배되지 않는다.

결론

처분권주의
심판대상에 대한 자유.

변론주의
소송자료(사실과 증거)에 대한 자유.

당사자주의
민사소송에서 당사자가 심판대상과 소송자료에 대해 자유를 갖는 구조.



공격방어방법

Method of Offense and Defense

내가 읽고 공부한 책이나 논문에서는 예외없이, 부동산매매계약은 이미 체결되었고, 매수인은 대금을 지급하지 않아서 그 채무를 불이행했거나 대금을 다 지급하여서 대금채무는 소멸하였다. ... 그러나 실제의 사건에서 상대방은 매매계약이 체결되지 않았다고 주장하고, 매수인은 대금을 다 지급했고 매도인은 다 지급받지 못했다고 주장한다.
- 양창수

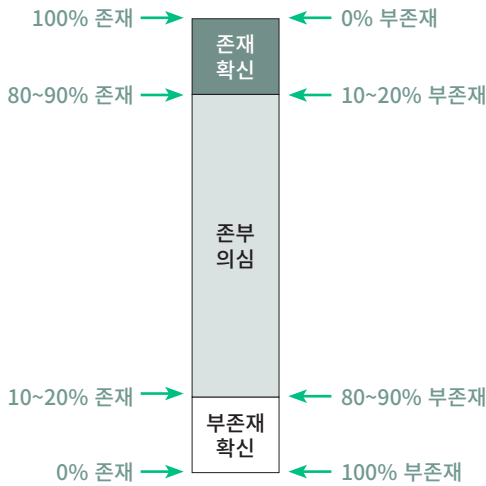
증명책임

사례

“J 탓으로 화재가 발생했다”는 주요사실(Z사실) 존부가 다툼이 되고 있다.

- 1. K는 “J 탓으로 화재가 발생했다(Z사실이 있다).”라고 주장한다.
- 2. J는 “J 탓으로 화재가 발생한 것이 아니다(Z사실이 없다).”라고 주장한다.

확신과 의심



- 1. 확신(conviction): 법관이 보기에, 어떤 사실의 존재 또는 부존재에 관해 심증판구 확실하다는 믿음을 가진 상태

확신이란, 꼭 100%를 의미하는 것은 아니다. 소송에서 100%는 있을 수도 없다. 현실적으로 “80~90% 이상 확실하다”는 높은 가능성이면 충분하다.

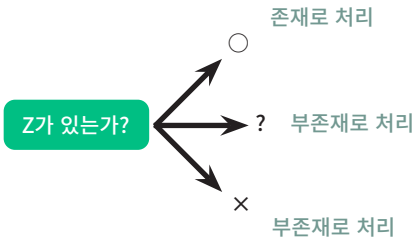
2015두54759: 민사소송...에서 사실의 증명은 추호의 의혹도 있어서는 아니 되는 자연과학적 증명은 아니[다. 다만,] 특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합적으로 검토하여 어떤 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이[다.] 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 아니할 정도일 것을 필요로 한다.

2. 의심(doubt): 법관이 어떤 사실의 존재 또는 부존재에 관해 확신을 갖지 못한 상태

예: “60% 이상 가능하다”고 믿는 단계라면, 아직 확신에는 이르지 못했다. 즉, 여전히 의심 상태에 불과하다.

K가 증명책임을 질 경우

만약 K가 증명책임을 진다면(J가 증명책임을 지지 않는다면), 다음과 같이 처리한다.



- 1. 법관이 Z가 있다고 확신하면, Z 존재로 처리한다.
- 2. 법관이 Z가 없다고 확신하면, Z 부존재로 처리한다.
- 3. 법관이 Z가 있는지 없는지 확신이 서지 않으면, Z 부존재로 처리한다.

만약 K가 증명책임을 진다면, 불명 시,

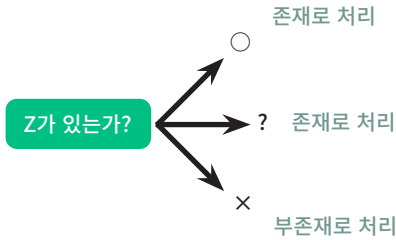
- 1. Z사실은 부존재하는 것처럼 처리한다.
- 2. J 탓으로 화재가 발생한 것이 아니다.
- 3. K는 패소하고, J는 승소한다.

지(知)가 증명되지 않는 곳에 부지(不知)가 추정된다(*Praesumitur ignorantia ubi scientia non probatur*; Ignorance is presumed where knowledge is not proved).

2008다6755: 화재가 [J 회사 직원의] 담뱃불로 발생[Z]하였을 상당한 가능성이 있다고 의심[되기는 한다. 그러나] 이러한 의심만으로는 [J] 회사 직원들이 피운 **담뱃불 [때문]** **[Z]이라고 인정하기에 부족**하[다. 즉, 의심은 되지만 확신이 서지 않는다.] 아울러 [이 사건에서] 화재의 원인이 [J] 회사 직원들의 과실에 있음을 **증명할 책임은 [원고 K]에게 있** **[다. 그렇다면,]** 화재가 [J] 회사 직원들이 피운 **담뱃불 [때문임][Z]을 전제로 하는 [원고 K]의 주장을 배척**해야 한다.]

J가 증명책임을 질 경우

만약 J가 증명책임을 진다면(K가 증명책임을 지지 않는다면), 다음과 같이 처리한다.



- 1. 법관이 Z가 있다고 확신하면, Z 존재로 처리한다.
 - 2. 법관이 Z가 없다고 확신하면, Z 부존재로 처리한다.
 - 3. 법관이 Z가 있는지 없는지 확신이 서지 않으면, Z 존재로 처리한다.
- 만약 J가 증명책임을 진다면, 불명 시,
- 1. Z사실은 존재하는 것처럼 처리한다.
 - 2. J 탓으로 화재가 발생한 것이다.
 - 3. J는 패소하고, K는 승소한다.

2012다86895전합: 임대차 목적물이 화재 등 [때문에] 소멸됨으로써 임차인[J]의 목적물 반환의무가 이행불능이 [되었다.] 임차인[J]은 이행불능이 자기가 책임질 수 없는 사유 [때문] [Z]이라는 증명을 다하지 못하면 ... 손해를 배상할 책임을 [진다.]

비록 그 발화원인이 밝혀지지 아니하였으나 피고[J]가 이 사건 임대차 목적물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음 [Z]이 증명되지 아니하였[다. 그러]므로, 피고[J]는 ... 손해를 배상할 책임이 있다.]

증명책임의 분배 기준

위와 같이 진위 불명(증명실패)의 불이익을 증명책임(burden of proof)이라 한다. 각자 자기에게 유리한 규정의 요건사실에 관해 증명책임을 진다. 예를 들어,

- 1. 대여사실(loan)은 대여했다는 원고가 증명해야 한다.

민법 제603조(반환시기) ① 차주는 약정시기에 차용물과 같은 종류, 품질 및 수량의 물건을 반환하여야 한다.

- 당사자들의 권리가 불분명할 때에는 원고보다는 피고에게 더 유리하게 여겨야 한다(*Cum sunt partium iura obscura reo fovendum est potius quam actori*; When the rights of the parties are obscure, the accused should be favored over the accuser).
- 2. 변제사실(repayment; performance)은 변제했다는 피고가 증명해야 한다. 변제란, 쉽게 말해 돈을 갚는 것을 의미한다.

민법 제460조(변제제공의 방법) 변제는 채무내용에 좇은 현실제공으로 이를 하여야 한다. 그러나 채권자가 미리 변제받기를 거절하거나 채무의 이행에 채권자의 행위를 요하는 경우에는 변제준비의 완료를 통지하고 그 수령을 최고하면 된다.

3. **충당사실(appropriation)**은 충당했다는 원고가 증명해야 한다.
충당이란, 쉽게 말해 이 채무 말고 다른 채무 변제에 채운 것을 의미한다.

민법 제476조(지정변제충당) ① 채무자가 동일한 채권자에 대하여 같은 종류를 목적으로 한 수개의 채무를 부담한 경우에 변제의 제공이 그 채무전부를 소멸하게 하지 못하는 때에는 변제자는 그 당시 어느 채무를 지정하여 그 변제에 충당할 수 있다.
② 변제자가 전항의 지정을 하지 아니할 때에는 변제받는 자는 그 당시 어느 채무를 지정하여 변제에 충당할 수 있다. ...

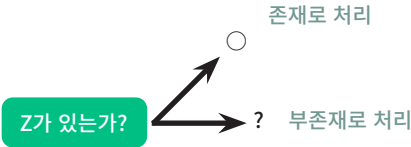
민법 제477조(법정변제충당) 당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 다음 각호의 규정에 [따른다]. ...

증명작업

본증과 반증

- 1. **본증(active proof):** 법관에게 **확신(conviction; beyond reasonable doubt)**을 주어야 하는 증명 = 증명책임을 지는 자의 증명작업
- 2. **반증(passive proof):** 법관에게 **의심(doubt)**만 주어도 충분한 증명 = 증명책임을 지지 않는 자의 증명작업

만약 K가 증명책임을 질 경우, 각자의 증명작업



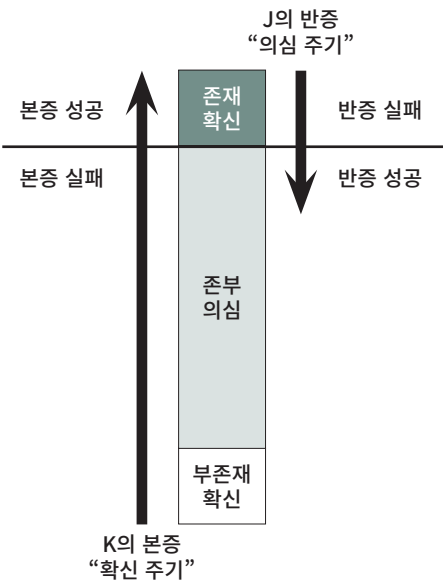
Z사실이 “존재”한다고 주장하는 K는,

- 1. “존재”한다는 **확신(conviction)**을 주어야만 증명에 성공한다.
- 2. 따라서 “존재”에 관한 **본증(active proof)**을 제출해야 한다.

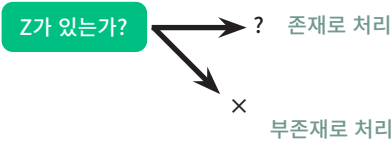
Z사실이 “부존재”한다고 주장하는 J는,

- 1. “부존재”할지도 모른다는 **의심(doubt)**만 주어도 증명에 성공한다.
- 2. 따라서 “부존재”에 관한 **반증(passive proof)**을 제출하면 충분하다.

물론 J는 “부존재”한다는 확신을 주어도 된다. 그러나 굳이 그럴 필요까지는 없다는 의미다.



만약 J가 증명책임을 질 경우, 각자의 증명작업



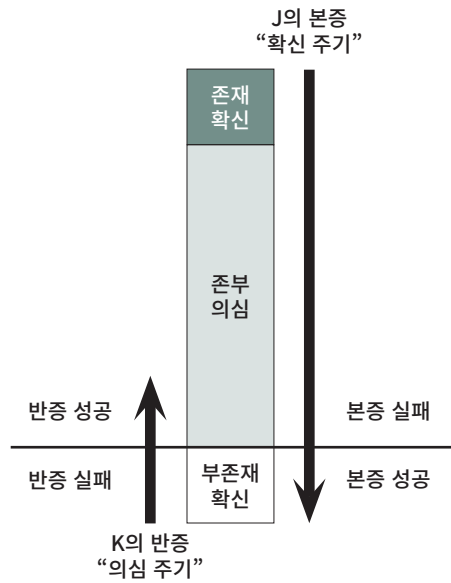
Z사실이 “존재”한다고 주장하는 K는,

- 1. “존재”할지도 모른다는 의심(doubt)만 주어도 증명에 성공한다.
- 2. 따라서 “존재”에 관한 반증(passive proof)을 제출하면 충분하다.

물론 K는 “존재”한다는 확신을 주어도 된다. 그러나 굳이 그럴 필요까지는 없다는 의미다.

Z사실이 “부존재”한다고 주장하는 J는,

- 1. “부존재”한다는 확신(conviction)을 주어야만 증명에 성공한다.
- 2. 따라서 “부존재”에 관한 본증(active proof)을 제출해야 한다.



추정과 공격방어

추정과 깨짐

- 1. A가 인정되면, “특별한 사정이 없는 한” B가 인정되는 어떤 관계가 있다. 이를 A에 따라 B로 추정(presume)한다고 한다.
- 2. 이 경우 “만약 특별한 사정이 있다면” B가 인정되지 않을 수도 있다. 이를 A에 따른 B로의 추정이 깨졌다(rebuttal; reversal)고 한다.

만약 A가 인정되면 “무조건” B가 인정되는 관계라면, 추정이 아니라 간주(deemed)다. 간주 사안에서는, A가 인정되는 한 B로의 인정을 깰 수가 없다.

법률상 간주는 진실과 동일한 효력을 가진다(Fictio iuris idem operatur, quod veritas; A legal fiction produces the same effect as the truth).

추정 종류

- 1. 법률상 추정(de jure presumption; presumption by law): 법률이 “P가 인정되면 Q로 추정된다.”라는 추정규정을 두고 있는 경우

예를 들어, 여럿이 같은 사고로 사망(P)했다면, 동시에 사망(Q)했다고 법률상 추정한다. 동시사망 여부에 따라 상속관계가 달라질 수 있어, 상속에서 중요하다.



민법 제30조(동시사망) 2인 이상이 동일한 위난으로 사망[P]한 경우에는 동시에 사망 [Q]한 것으로 추정한다.

98다8974: 민법 제30조[의]... 추정은 법률상 추정[이다.]

2. 사실상 추정(*de facto* presumption; presumption by fact): 법률에는 없지만 “R이 인정되면 S도 인정된다.”라는 경험상(empirical) 법칙이 있을 경우

예를 들어, 문서에 찍힌 인영이 내 도장 모양과 같다면(R: 인영 동일), 내가 스스로 도장을 찍은 문서로(S: 인영 진정성립) 사실상 추정한다.

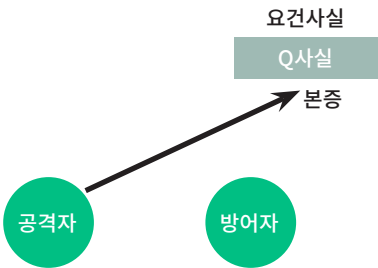


94다41324: 문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장[으로] 현출된 것[R]이라면 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기[초]한 것임[S]이 사실상 추정[된다.]

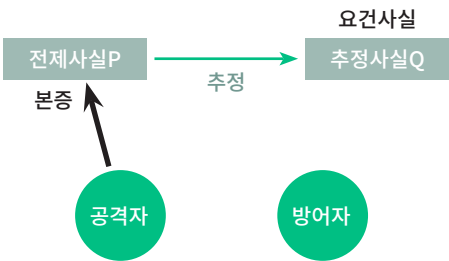
추정을 이용한 공격

추정사실(Q)이 요건사실이라 하자. 공격자는 어떤 증명작업이 필요한가?

1. 요건사실(Q)에 대한 본증(active proof): Q사실을 본증으로 증명해도 된다.



2. 전제사실(P)에 대한 본증(active proof): P사실을 본증으로 증명해도 된다. 그러면 Q사실로의 추정이 작동한다.

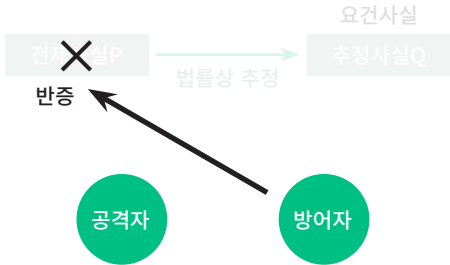


일반적으로 공격자가 요건사실Q(동시에 사망)를 직접 증명하기는 어렵다. 그래서 전제사실P(같은 사고로 사망)를 증명해 추정을 이용하는 편이 낫다.

법률상 추정에 대한 방어

법률상 추정(legal presumption) 관련하여, 추정사실(Q)이 요건사실이라 하자. 방어자는 어떤 증명작업이 필요한가?

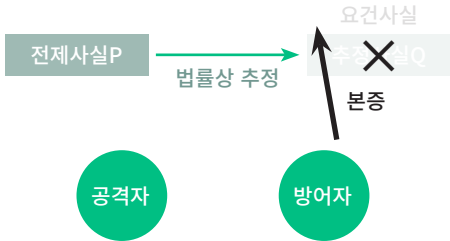
- 1. 전제사실(P)에 대한 반증(passive proof): P사실을 반증으로 배척해도 된다. 그러면 Q사실로의 추정도 작동하지도 않는다.



P사실은 그 “존재”를 주장하는 공격자가 증명책임을 진다. 즉, 방어자로서는 반증으로 충분하다.

98다8974: 민법 제30조...[의] 법률상 추정[을] 반복하기 위하여는 동일한 위난으로 사망하였다는 전제사실[P]에 대하여 법원의 확신을 흔들리게 하는 반증을 제출...하[는] 방법이 있다.]

- 2. 추정사실(Q)에 대한 본증(active proof): Q사실을 본증으로 배척해도 된다. 즉, 작동하던 추정을 깨뜨리면 된다.



P사실이 인정되는 이상 Q사실 존재는 법률상 추정된다. 증명책임이 전환 (conversion of burden of proof)되어 이제는 그 “부존재”를 주장하는 방어자가 증명책임을 진다. 즉, 방어자로서는 본증까지 필요하다.

98다8974: [또는] 민법 제30조...[의] 법률상 추정[을] 반복하기 위하여는 ... 각자 다른 시각에 사망하였다는 점[~Q]에 대하여 법원에 확신을 줄 수 있는 본증을 제출하여야 [한다.] 이 경우 사망의 선후에 [따라] 관계인들의 법적 지위에 중대한 영향을 미치는 점을 [고려]할 때 충분하고도 명백한 [증명]이 없는 한 위 추정은 깨어지지 아니한다.]

이 사건 사고차량에 동승하였던 소외 망 김○호 및 하○숙이 모두 이 사건 사고로 ... 사망한 사실[P][이] 인정[된다.] 위 망인들은 다른 특별한 사정이 없는 한 같은 교통사고로 ... 동시에 사망하였다[Q]고 추정되고 이를 반복할 만한 증거가 없[다.]

(법률상 추정시)	Plan A: 전제사실에 대한 반증	Plan B: 추정사실에 대한 본증
전제사실에 대해	반증	-
주요사실에 대해	-	본증

추정 규정은 증명의 어려움을 도와준다.

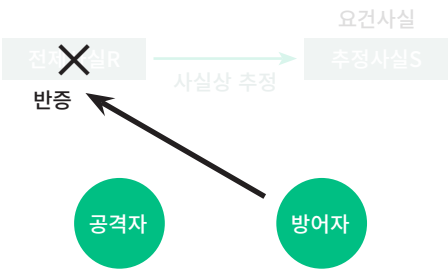
- 상법 제399조(회사에 대한 책임)** ① 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관[을] 위반 [하는] 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대 하여 손해를 배상할 책임이 있다.
- ② 전항의 행위가 이사회 결의에 [따른] 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사회도 전항의 책임이 있다.
- ③ 전항의 결의에 참가한 이사로서 의의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다.

2016다260455: 상법 제399조 제3항은 같은 조 제2항을 전제로 [한다. 이는] 이사의 책임을 추궁하는 자로서는 어떤 이사가 이사회 결의에 찬성하였는지 여부를 알기 어려워 그 증명이 곤란한 경우가 있음을 고려하여 그 증명책임을 이사에게 전가하는 규정이다.

사실상 추정에 대한 방어

사실상 추정(presumption of fact) 관련하여, 추정사실(S)이 요건사실이라 하자. 방어자는 어떤 증명작업이 필요한가?

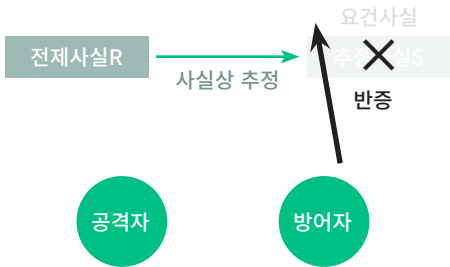
1. 전제사실(R)에 대한 반증(passive proof): R사실을 반증으로 배척해도 된다. 그러면 S사실로의 추정도 작동하지도 않는다.



R사실은 그 “존재”를 주장하는 공격자가 증명책임을 진다. 즉, 방어자로서는 반증으로 충분하다.

93다4151: 어음에 어음채무자로 기재[된 방어자가] 자신의 기명날인이 위조된 것이라고 주장하는 경우[다. 이 경우 방어자]에 대하여 어음채무의 이행을 청구하는 [공격자가] 그 기명날인이 진정한 것임[S]을 증명[해야 한다. 공격자는 전제사실R에 대한 본증을 제출해 사실상 추정을 이용할 수도 있다. 이를 깨려는 방어자는 전제사실R에 대해 반증을 제출하면 된다.]

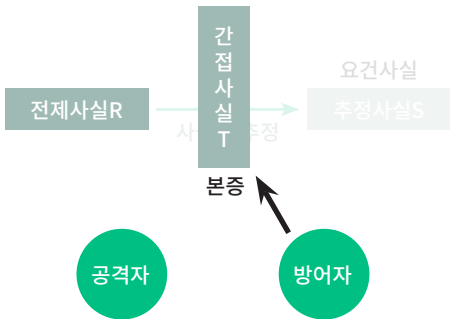
2. 추정사실(S)에 대한 반증(passive proof): S사실을 반증으로 배척해도 된다. 이것은 S사실을 다투는 것이다.



S사실 존재는 법률상 추정이 아니라 사실상 추정에 불과하기 때문에, 증명책임을 전환하는 효과까지는 없다. 여전히 “존재”를 주장하는 공격자가 증명책임을 진다. 즉, 방어자로서는 여전히 S사실은 반증으로 충분하다.

2002다59122: 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기[초]한 것[S]이라는 추정은 사실상의 추정이다. 그러므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 반증을 들어 인영의 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기[초]한 것임[S]에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정을 [증명]하면 그 진정성립의 추정은 깨어진다. [즉, 방어자는 추정사실S에 대하여 반증을 제출하면 된다.]

3. 간접반증(indirect passive proof): 방어자는 S사실에 직접 반증을 제출할 필요 없이, 사실상 추정을 깨뜨리기만 해도 된다. 이를 위해 R사실과 양립 가능한 별개의 간접사실T를 “본증”으로 증명할 수 있다.



T사실은 그 “존재”를 주장하는 방어자가 증명책임을 진다. 즉, 방어자로서는 T사실에 관해 본증까지 필요하다.

87다카707: 문서에 찍혀진 작성 명의인의 인영이 그 인장[으로] 현출된 인영임[R]이 밝혀진 경우에는 [어떻게 되는가?] 그 문서가 작성 명의인의 자격을 모용하여 작성한 것[T]이라는 것은 그것을 주장하는 자가 적극적으로 [증명]하여야 한다. [즉, 간접사실T에 대하여 본증을 제출하여 추정을 깰 수도 있다.]

(사실상 추정시)	Plan A: 전제사실에 대한 반증	Plan B: 추정사실에 대한 반증	Plan C: 간접반증
전제사실에 대해	반증	-	-
주요사실에 대해	-	반증	(반증)
간접사실에 대해	-	-	본증

공격방어의 모습

문제 상황

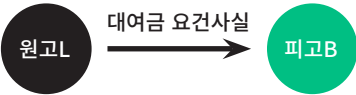
L은 B에게 1억 원을 대여했다. L(원고)은 돌려받기로 한 날까지 기다린 후 B(피고)를 상대로 돈 갚으라는 취지로 소를 제기했다.

대주 L가 차주 B를 상대로 금전소비대차계약에 근거해 대여금반환 청구의 소를 제기한 사안이다. 이자 등은 편의상 생략한다.

- 1. L(원고)은 청구가 받아들여졌으면 좋겠다.
- 2. B(피고)는 청구가 배척되었으면 좋겠다.

원고의 공격: 청구원인

L(원고)은 청구원인 사실(대여금반환 청구 요건사실)을 주장, 증명해야 한다.



- 1. L(원고)과 B(피고)가 대출계약을 체결했다. 그리고
- 2. L(원고)이 B(피고)에게 돈을 인도(대여)했다.

피고의 방어 1: 청구원인에 대한 부인

B(피고)는 청구원인 사실(대여금반환 청구 요건사실)을 다툴 수도 있다.



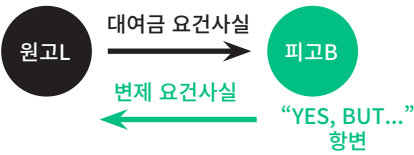
- 1. L(원고)과 B(피고) 사이에 대출계약이 체결된 사실이 없다. 또는
- 2. L(원고)이 B(피고)에게 돈을 인도(대여)하지 않았다.

이처럼 상대방이 주장하는 요건사실을 부정함으로써, 상대방 주장을 다투는 것을 부인(denial)이라 한다.

부인 = 상대방(원고) 주장과 양립 불가능한(incompatible) 주장을 통한 방어 방법

피고의 방어 2: 항변

B(피고)는 청구원인 사실(대여금반환 청구 요건사실)을 인정하되, 항변(변제)을 할 수도 있다. B(피고)는 변제 요건사실을 주장, 증명해야 한다.



- 1. B(피고)가 L(원고)에게 돈을 지급했다. 그리고
 - 2. 그 돈은 대출계약상 채무 변제를 위해 지급한 것이다.
- 이처럼 상대방이 주장하는 요건사실은 인정하되, 별개의 요건사실을 내세움으로써, 상대방 주장을 다투는 것을 항변(defense)이라 한다.
- 항변 = 상대방(원고) 주장과 양립 가능한(compatible) 주장을 통한 방어방법

원고의 재공격 1: 항변에 대한 부인

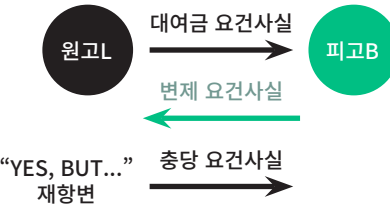
L(원고)은 항변 사실(변제 요건사실)을 다투 수도 있다.



- 1. B(피고)가 L(원고)에게 돈을 지급한 사실이 없다. 또는
 - 2. 그 돈은 대출계약상 채무 변제를 위해 지급한 것이 아니다.
- 이것은 피고 항변에 대한 원고의 부인(denial against defense)이 된다.
- 항변에 대한 부인 = 상대방(피고) 항변과 양립 불가능한(incompatible) 주장을 통한 원고의 재공격방법

원고의 재공격 2: 재항변

L(원고)은 항변 사실(변제 요건사실)을 인정하되, 재항변(충당)을 할 수도 있다. L(원고)은 충당 요건사실을 주장, 증명해야 한다.



- 1. L(원고)에 대해 B(피고)는 또다른 채무가 있다.
- 2. B(피고)가 지급한 금액은 전체 채무액수보다 작다. 그리고
- 3. B(피고)가 지급한 금액이 위 또다른 채무에 충당되었다.

피고 항변에 대한 원고의 재항변(counter-defense against defense)이 된다.

재항변 = 상대방(피고) 항변과 양립 가능한(compatible) 주장을 통한 원고의 재공격방법

단순 부인과 이유를 붙인 부인

- 1. 단순 부인(direct denial): “대여사실이 없다.” 식으로, 상대방 주장 요건사실을 직접적으로 단순히 다투는 것

직접 부인, 또는 소극 부인이라고도 한다.

- 2. 이유를 붙인 부인(indirect denial): “돈을 받았지만 대여가 아니라 증여다.” 식으로, 상대방 주장 요건사실에 이유를 붙여 간접적으로 다투는 것

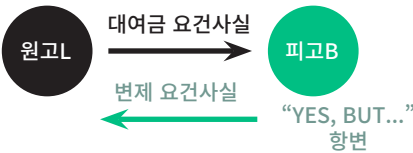
간접 부인, 또는 적극 부인이라고도 한다.

2017다37324: 당사자 사이에 금전을 주고받았다는 사실에 관하여 다툼이 없[긴] 하다. 그렇더라도 이를 대여하였다는 원고[L]의 주장에 대하여 피고[B]가 다투[고 있다].

이유를 붙인 부인도 부인이다. 즉, 이유를 붙인 부인은 항변이 아니다. 대여와 증여는 양립 불가능(incompatible)하기 때문이다.

단순 항변과 가정 항변

- 1. 단순 항변(ordinary defense): “대여사실이 있지만, 변제했다.” 식으로, 상대방 주장 요건사실을 자백하며 별개 요건사실을 내세우는 것



- 2. 가정 항변(hypothetical defense): “대여사실이 없지만, 있더라도 변제했다.” 식으로, 상대방 주장 요건사실을 부인하며 별개 요건사실을 내세우는 것



“항변”이라고만 하면, 보통은 단순 항변을 뜻한다. 그러나 실질적으로 가정 항변 취자인 경우가 있다.

피고가 항변했다는 이유만으로 언제나 상대방의 청구원인을 자백했다고 간주하면 안 된다(*Non utique existimatur confiteri de intentione adversarii is quocum agitur, quia exceptione utitur*; A defendant is not necessarily deemed to admit the plaintiff's claim merely because he raises a defense).

출혈적 항변

상계 항변(defense of set-off)과 같은 출혈적 항변(costly defense)은, 대체로, 다음과 같이 가정 항변(hypothetical defense)이다.

- 1. 피고가 청구원인 사실을 부인(denial)하면서,
- 2. 청구원인 사실이 인정될 때를 대비해 내세우는 항변.



상계(offset)란,

- 1. L(원고)이 L(피고)을 상대로 1억 원의 채권을 갖고 있는데,
 - 2. B(피고)도 거꾸로 L(원고)을 상대로 3억 원의 채권을 갖고 있다면,
- 대립하는 채권을 같은 금액만큼 소멸시키는 것이다. 1억 원 상계 후,
- 1. L(원고)의 채권은 소멸하고,
 - 2. B(피고)의 채권은 2억 원으로 감축될 것이다.
- 자기 채권도 감축되므로, B(피고)는 마냥 기쁘지 않다.

민법 제492조(상계의 요건) ① 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때에는 각 채무자는 대등액에 관하여 상계할 수 있다. ...

민법 제493조(상계의 방법, 효과) ② 상계의 의사표시는 각 채무가 상계할 수 있는 때에 대등액에 관하여 소멸한 것으로 본다.

2011다21556: 소송에서의 상계항변은 일반적으로 소송상의 공격방어방법으로 피고의 금전지급의무가 인정되는 경우 자동채권으로 상계를 한다는 ... 성격을 갖는다.

주요 청구원인 사실과 항변 사실

원고의 청구원인 사실: 권리발생 사실
계약이 성립한 사실. 예를 들어,

1. 금전소비대차계약을 체결한 사실
2. 매매계약을 체결한 사실

피고의 항변 종류

1. 권리장애 항변(precluding defense)
2. 권리소멸 항변(extinguishing defense)
3. 권리행사저지 항변(suspending defense)

우리는 일반적으로 항변을 권리행사저지 항변과 권리소멸 항변으로 구분한다 (*Sane solemus dicere quasdam exceptiones esse dilatorias, quasdam peremptorias*; We commonly say that some defenses are suspending defenses, while others are extinguishing defenses).

피고의 항변 사실(1): 권리장애 사실

계약 무효에 관한 사실. 예를 들어,

1. 그 계약이 서로 통모하여 허위표시로 체결한 사실

민법 제108조(통정한 허위의 의사표시) ① 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다.

2. 그 계약 이행이 처음부터 불가능했던 사실

2014두15580: 하천구역으로 편입되어 국유로 된 토지는 사인 사이의 거래의 객체가 될 수 없다. 그러므로 [S]가 이 사건 ... 토지를 [B]에게 매도하였다고 하더라도 그와 같은 매매는 원시적으로 불능인 급[여]를 목적으로 하는 계약으로서 원칙적으로 무효이다.

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

피고의 항변 사실(2): 권리소멸 사실

일단 권리가 발생했지만, 그 후에 발생한 사실로 권리가 소멸한 사실. 예를 들어,

1. 그 계약이 취소권 행사로 취소된 사실

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

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

2. 그 계약이 해제권 행사로 해제된 사실

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. ...

2005다6341: 계약해제 시 계약은 소급하여 소멸하게 [된다.]

3. 그 계약을 이미 이행(변제)한 사실

민법 제460조(변제제공의 방법) 변제는 채무내용에 좇은 현실제공으로 이를 하여야 한다. ...

2012다74236전합: 채무가 ... 변제 [때문에] 먼저 소멸...

피고의 항변 사실(3): 권리행사저지 사실

일단 권리가 발생했고, 그 권리가 소멸한 것은 아니지만, 그 이행을 막을 수 있는 사실. 예를 들어,

1. 이행기가 도래하지 않은 사실(또는 이행기가 연장된 사실)

81다카10: ‘채무의 이행기가 도래한 때’[란] 채권자가 채무자에게 이행의 청구를 할 수 있는 시기가 도래하였음을 의미[한다.]

2. 동시이행 관계가 존재하는 사실

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

여러 항변 간 관계

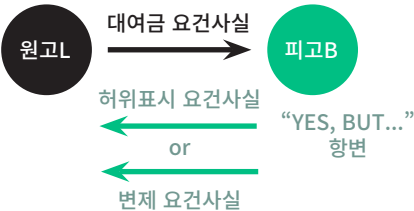
원고의 같은 청구에 대해, 피고는 여러 항변 사실을 주장할 수 있다. 예를 들어,

- 1. 허위표시 항변(“원고와의 계약은 허위표시로 무효다”)을 할 수 있다.
- 2. 동시에, 변제 항변(“전액 갚았다”)도 할 수 있다.

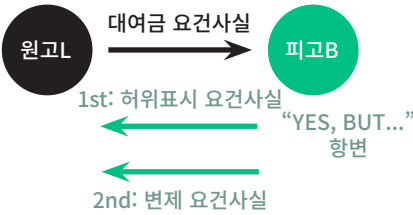
채무가 없다고 다투는 자도, 법률에 특별한 제한이 없는 한 다른 항변도 함께 주장하는 것이 금지되지 않는다(*Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit*; No one who denies owing a debt is prohibited from relying on another defense as well, unless the law prevents it).

항변 간 관계는?

- 1. 선택적 항변(alternative defense): 법원이 어떤 항변을 받아들여도 무방한 경우가 많다. 피고는 아무 항변이나 판단해 줄 것을 구할 수 있다.



2. 예비적 항변(subsidiary defense): 경우에 따라, 피고 입장에서 법원이 특정 항변(제1 항변)을 우선 판단하고, 배척할 때만 나머지 항변(제2 항변)을 판단해야 좋을 수 있다. 피고는 순위를 붙여 판단해 줄 것을 구할 수 있다.



출혈적 항변

상계 항변과 같은 출혈적 항변(costly defense)은, 대체로,

1. 복습: 피고가 청구원인 사실을 부인하면서, 청구원인 사실이 인정될 때를 대비해 내세운다는 뜻에서 가정 항변이다.
2. 동시에, 피고가 여러 항변 중 최후로 쓰려는 뜻에서 예비적 항변이기도 하다.



엄밀히는, 가정 항변(hypothetical defense)과 예비적 항변(subsidiary defense)은 서로 다른 개념이다. 그러나 실무상 둘을 혼용하는 경우가 많다.

2022다284520: 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 수동채권의 존재가 확정 되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변[→ 가정 항변]이다.

청구원인 사실의 증명책임

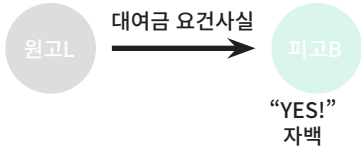
논의 전제

여기서 “항변”이라고만 하면,

1. 가정 항변이 아니라
2. 단순 항변을 뜻한다.

피고 자백 시 청구원인 사실의 증명책임: ×

만약 B(피고)가 청구원인 사실(대여금반환 청구 요건사실)에 관해 다투지 않고 인정할 경우,

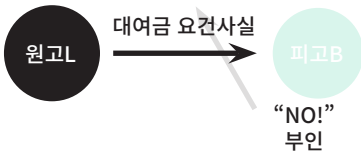


- 1. 증명 필요 없이,
- 2. 존재하는 것으로 처리한다.

민사소송법 제288조(불요증사실) 법원에서 당사자가 자백한 사실...은 증명을 필요로 하지 아니한다. ...

피고 부인 시 청구원인 사실의 증명책임: 원고

만약 B(피고)가 청구원인 사실(대여금반환 청구 요건사실)을 부인할 경우, 청구원인 사실(대여금반환 청구 요건사실)에 관해,



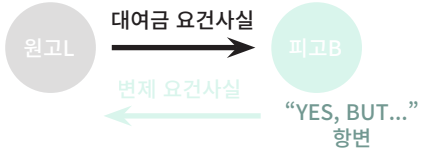
- 1. 증명이 필요하다.
- 2. L(원고)이 증명책임을 진다. 즉, L(원고)은 본증까지 필요하고, B(피고)는 반증으로 충분하다.

증명책임은 주장자에게 있고, 부정자에게 있지 않다(*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*; The burden of proof lies on the one who declares, not on the one who denies).

증명의 필요는 언제나 청구하는 자에게 있다(*Quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*; For the necessity of proof always rests upon the one who brings the action).

피고 항변 시 청구원인 사실의 증명책임: ×

만약 B(피고)가 항변할 경우, 청구원인 사실(대여금반환 청구 요건사실)에 관해,



- 1. 증명 필요 없이,
- 2. 존재하는 것으로 처리한다.

왜?

- 1. 항변은 자백을 포함하므로,
 - 2. B(피고)의 항변 과정에서 자백이 성립하기 때문이다.
- 다만,
- 1. 예비적 항변은 자백을 포함하지 않으므로,
 - 2. 이때는 B(피고) 부인시와 마찬가지로 L(원고)이 증명책임을 진다.

항변 사실의 증명책임

피고 항변 및 이에 대한 원고 자백 시 항변 사실의 증명책임: ×
만약 L(원고)이 항변 사실(변제 요건사실)에 관해 다투지 않고 인정할 경우,



- 1. 증명 필요 없이,
- 2. 존재하는 것으로 처리한다.

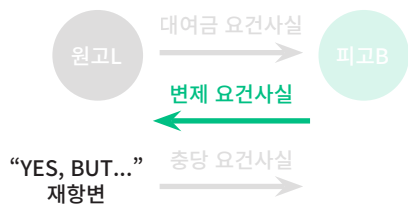
피고 항변 및 이에 대한 원고 부인 시 항변 사실의 증명책임: 피고
만약 L(원고)이 항변 사실(변제 요건사실)을 부인할 경우, 항변 사실(변제 요건사실)에 관해,



- 1. 증명이 필요하다.
- 2. B(피고)가 증명책임을 진다. 즉, B(피고)는 본증까지 필요하고, L(원고)는 반증으로 충분하다.

항변에서는 피고가 원고이다(Reus in exceptione actor est; In a defense, the defendant is the plaintiff).

피고 항변 및 이에 대한 원고 재항변 시 항변 사실의 증명책임: ×
만약 L(원고)이 항변 사실(변제 요건사실)에 대해 재항변할 경우, 항변 사실(변제 요건사실)에 관해,



- 1. 증명 필요 없이,
 - 2. 존재하는 것으로 처리한다.
- 왜?
- 1. 재항변은 항변에 대한 자백을 포함하므로,
 - 2. L(원고)의 재항변 과정에서 항변에 대한 자백이 성립하기 때문이다.
- 다만,
- 1. 예비적 재항변은 자백을 포함하지 않으므로,
 - 2. 이때는 L(원고) 부인시와 마찬가지로 B(피고)가 증명책임을 진다.

사실 인부(답변 태도)

문제점

- 1. 증명책임을 지는 자(A)가 상대방(B)에게 불리한 사실을 주장한다.
 - 2. 이에 대해, 상대방(B)은 어떻게 답변할 수 있는가?
- 이것이 사실의 인정, 부정 문제다. 줄여서 사실 인부라 부른다.

부인

- 1. 부인(denial): 주장사실을 아니라고 부정하는 진술
- 2. 부인한 사실: 증명이 필요하다. 증거조사 결과에 따라, 그 사실이 존재하는 것으로 인정될 수도 있고 아닐 수도 있다.

민사소송법 제202조(자유심증주의) 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다.
3. 단순 부인을 하든, 이유를 붙인 부인을 하든, 그것은 자유다.
4. 다만, A가 B 명의의 문서를 제출하자 B가 그 문서의 진정성립을 부인하는 경우는? 이때는 B의 단순 부인을 허용하지 않는다. 즉, B는 위조되었다고 보는 이유를 구체적으로 언급해야 한다.
민사소송규칙 제116조(문서의 진정성립을 부인하는 이유의 명시) 문서의 진정성립을 부인하는 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀야 한다.

물론, 증명책임은 여전히 A가 부담한다.

자백

- 1. 자백(confession): 주장사실을 시인하는 진술

2018다267900: 재판상의 자백은 변론기일...에서 상대방의 주장과 일치하면서 자신에게는 불리한 사실을 진술하는 것을 말한다.

- 2. 자백한 사실: 증거가 필요 없다. 그 사실을 존재하는 것으로 인정해야 한다.

민사소송법 제288조(불요증사실) 법원에서 당사자가 자백한 사실과 현저한 사실은 증명을 필요로 하지 아니한다. ...

부지

- 1. 부지(not knowing): 주장사실을 알지 못한다고 하는 진술
- 2. 부지는 부인으로 추정(presume)한다.

민사소송법 제150조(자백간주) ② 상대방이 주장한 사실에 대하여 알지 못한다고 진술한 때에는 그 사실을 다툼 것으로 추정한다.

모르겠다는 것은 아니라는 취지로 추측한다.

- 3. 자기가 관여하지 않은 행위에 대해서는 부지라는 답변을 허용한다.
- 4. 그러나 자기가 관여했다는 행위에 대해서는, 상식적으로 부지라는 답변이 있을 수 없다. 자백 또는 부인만 가능하다.

침묵

- 1. 침묵(silence): 주장사실을 명백히 다투지 않는 것
- 2. 침묵은 경우에 따라 자백으로 간주(deemed)한다.

민사소송법 제150조(자백간주) ① 당사자가 변론에서 상대방이 주장하는 사실을 명백히 다투지 아니한 때에는 그 사실을 자백한 것으로 본다. ...

침묵하는 것은 동의하는 것이다(*Qui tacet consentire videtur; He who keeps silent is seen to agree*).

- 3. 침묵은 경우에 따라 부인으로 볼 수도 있다.

민사소송법 제150조(자백간주) ① ... 다만, 변론 전체의 취지로 보아 그 사실에 대하여 다투는 것으로 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

2018다267900: 상대방의 주장에 단순히 침묵하거나 불분명한 진술을 하는 것만으로는 자백이 있다고 인정하기에 충분하지 않다.

침묵하는 것은 동의하는 것도 아니고 자백하는 것도 아니다(*Is qui tacet non fatetur, sed nec utique negare videtur; He who keeps silent does not confess, but neither is he seen to deny*).

주의사항

B의 자백이나 침묵이, 꼭 방어 포기를 의미하지는 않는다. 왜냐하면,

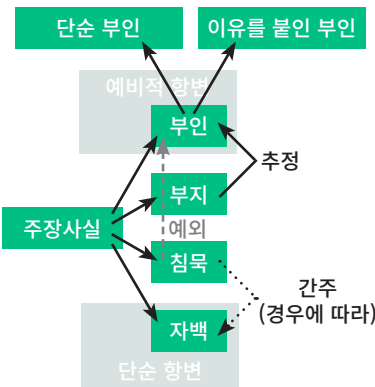
- 1. A의 주장사실(fact)이 인정되더라도, A의 청구(claim)가 주장 자체로 법적으로 부당할 수도 있다.

예: B가 신체 포기 각서를 작성한 사실을 자백하더라도, B는 그 각서에 근거한 A의 청구에 대해 방어할 수 있다.

- 2. B가 항변을 하는 것일 수도 있다.

예: A의 대여금 청구에 대해, B가 변제 항변을 하는 경우

소결



연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 41.] 재판상 자백 또는 자백간주에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ④ 당사자가 변론에서 상대방이 주장하는 사실을 명백히 다투지 않았더라도 변론 전체의 취지로 보아 다툰 것으로 인정되는 때에는 자백간주가 성립되지 않는다.

분석

증명책임의 분배 기준

2014헌바202: [증명]책임은 법규의 구조와 형식(예컨대 본문과 단서, 일반규정과 특별규정, 원칙규정과 예외규정 등)에 따라 분배되어야 [한다.] 권리의 존재를 주장하는 당사자는 권리근거사실에 대하여 [증명]책임을 부담[한다.] 권리의 존재를 다투는 당사자는 권리장애사실, 권리소멸사실 또는 권리저지사실에 대하여 [증명]책임을 진다.]

청구원인 사실

청구원인 사실은 피고가 부인하면 원고에게 증명책임이 있다.

1. 대여사실은 원고에게 증명책임이 있다.
2. “대여했다”는 원고 증명은 본증이다.
3. “대여하지 않았다”는 피고 증명은 반증이다.

이유를 붙인 부인도 부인이므로, 마찬가지로.

2017다37324: 당사자 사이에 금전을 주고받았다는 사실에 관하여 다툼이 없[긴 하다. 그렇]다고 하더라도 이를 대여하였다는 원고[L]의 주장에 대하여 피고[B]가 다투[고 있 다. 이] 때에는 대여사실에 대하여 이를 주장하는 원고[L]에게 증명책임이 있다.

항변 사실

항변 사실은 원고가 부인하면 피고에게 증명책임이 있다.

1. 변제사실은 피고에게 증명책임이 있다. 즉, 원고가 먼저 “피고가 변제하지 않았다”고 주장, 증명할 의무는 없다.

“소”에는 피고의 항변이 포함되지 않는다(*Actionis verbo non continetur exceptio*; The term “action” does not encompass a defense).

2. “변제했다”는 피고 증명은 본증이다.
3. “변제하지 않았다”는 원고 증명은 반증이다.

83다카2014: 금전채무의 ... 변제사실에 속하[는 사항은] 변제자[B]에게 그 [증명]책임이 있[다.]

재항변 사실

재항변 사실은 피고가 부인하면 원고에게 증명책임이 있다.

1. 다른 채무로의 충당사실은 원고에게 증명책임이 있다. 즉, 피고가 먼저 “원고가 충당하지 않았다”고 주장, 증명할 의무는 없다.
2. “충당했다”는 원고 증명은 본증이다.
3. “충당하지 않았다”는 피고 증명은 반증이다.

99다14433: 채무자[B]가 특정한 채무의 변제조로 [돈] 등을 지급한 사실을 주장[한다 (변제 항변)].

[이]에 대하여, 채권자[L]가 이를 수령한 사실을 인정하고서 다만 타 채무의 변제에 충당하였다고 주장[한다(충당 재항변)].

[이] 경우에는, 채권자[L]는 타 채권이 존재하는 사실과 타 채권에 대한 변제충당의 합의가 있었다거나 타 채권이 법정충당의 우선순위에 있다는 사실을 주장, [증명]하여야 한다.

재항변은 항변에 대항하는 항변으로, 마치 항변에 대한 항변과 같다(*Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio*; A replication is an opposing defense, as it were a defense to a defense).

재재항변 사실 등

같은 원리로 공격방어(재재항변, 재재재항변, ...)가 계속될 수 있다.

변론주의와의 관계

변론주의는 공격방어방법(≠ 청구) 문제다.

1. 원고가 “대여했다”(공격)는 주장증명을 해야, 법원은 대여했다고 판단한다.
2. 피고가 “변제했다”(방어)는 주장증명을 해야, 법원은 변제했다고 판단한다.
3. 원고가 “충당했다”(공격)는 주장증명을 해야, 법원은 충당했다고 판단한다.

처분권주의와의 관계

처분권주의는 심판 대상(= 청구) 문제다.

1. 원고가 피고 상대로 “대여금 1억 원 반환”(심판 대상) 청구를 해야, 법원은 대여금 1억 원 반환 청구를 판단한다(심판 대상 = 청구 자체).

제203조(처분권주의) 법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다.

소송물 = 청구(claim) = 소송목적인 권리(subject-matter of a lawsuit) = 소송 객체(object of a lawsuit) = 심판 대상.

2. 당사자의 “대여했다”, “변제했다”, “충당했다”는 주장증명은 그다음 문제일 뿐이다(공격방어방법 = 청구를 이유 있게/이유 없게 하는 사실).

자세히는 제16강 소송요건론에서 배운다.

사례1

다음은 모두 대여금 1억 원 반환 청구가 이유 있다는 “결론”은 같다.

1. 원고의 대여사실 주장증명 ○ and 피고의 변제사실 주장증명 ×
2. 원고의 대여사실 주장증명 ○ but 피고의 변제사실 주장증명 ○ but 원고의 충당사실 주장증명 ○

사례2

다음은 모두 대여금 1억 원 반환 청구가 이유 없다는 “결론”은 같다.

1. 원고의 대여사실 주장증명 ×
2. 원고의 대여사실 주장증명 ○ but 피고의 변제사실 주장증명 ○ and 원고의 충당사실 주장증명 ×

법률상 소권이 없는 경우와 항변으로 소권이 배척되는 경우는 차이가 없다
(*Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur*; It makes no difference whether a person has no right of action under the law or whether the action is defeated by a defense).

제2강

계약법 기초

Basic Contract Law



Joachim Beuckelaer, *Fish Market*
1568, oil on Baltic oak, 129 × 175 cm, The Metropolitan Museum of Art, New York

본인 의사에 따라 만드는 법률관계에 관하여

- 누가 누구에게 권리와 의무가 있는지 관계를 **법률관계**라고 한다.
 - 1. 어떤 경우는 법률관계가 본인 **의사**에 따라 변화하기도 한다.
 - 2. 어떤 경우는 법률관계가 그와 무관하게 변화하기도 한다.
- 앞 경우를 **법률행위**에 따른 법률관계 변동이라 한다. 그러한 법률행위 중에서도 계약이 가장 중요하다. 계약에 관한 법, 즉 계약법을 살펴본다. 구체적으로, 강의 목표는 다음을 이해하는 것이다.
 - 1. 기초적인 **계약법상 법률용어**
 - 2. 계약법의 기본 사례와 구조

들어가며

Introduction

사람에겐 사람이 필요하다. - Rabindranath Tagore

머리에

문제 상황

K는 J에게, 다음을 구하고 있다.

1. 대여금 4,000만 원의 지급
2. 바이올린 파손에 따른 손해 1,000만 원 배상

법적 평가

이 두 가지는 근거가 서로 다르다. 이제 법적으로 분석해 보자.

이해의 편의를 위해 사실관계는 모두 원고 K 주장과 같다고 가정하자. 즉, 4,000만 원의 대출계약이 체결된 것이 맞고, 1,000만 원 손해를 입힌 불법행위도 실제 있었다고 하자. J의 항변 사유도 없다고 가정하자.

대여금 부분

대출계약

돈을 빌린 사람이 돈을 갚아야 하는 것은 대출계약(금전소비대차계약)에 따른 것이다. 대출계약(loan agreement; credit agreement; facility agreement)은 계약의 대표적 유형이다.



계약이란 쉽게 말해 약속 또는 합의다. 누가 누구에게 어떤 권리 또는 의무를 갖기로 양 당사자가 합의하는 것이다.

권리의무 관계

대주(lender) K 입장에서는,

1. 대여(loan) 의무: J에게, 약속한 금액을 빌려줄 의무가 생긴다.
2. 반환(repayment) 권리: J로부터, 약속한 일정기간 후 약속한 금액을 돌려받을 권리가 생긴다.

차주(borrower) J 입장에서는,

1. 대여(loan) 권리: K로부터, 약속한 금액을 빌릴 권리가 생긴다.
2. 반환(repayment) 의무: K에게, 약속한 일정기간 후 약속한 금액을 돌려줄 의무가 생긴다.

권리의무 발생

계약 때문에 권리의무가 발생한다.

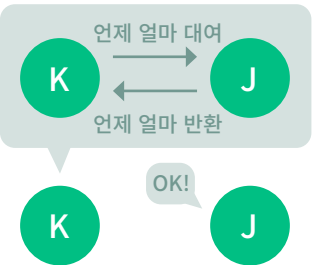
- 1. 원래 K와 J는 대출계약을 체결하기 전까지는 서로 법적으로는 아무 관계가 아니었다.
- 2. 그런데 어느 날 K는 J에게 돈을 빌려주기로, J는 K로부터 돈을 빌리기로 합의했다.
- 3. 이렇게 양 당사자가 “합의(계약)”한 순간, K와 J 사이에 4,000만 원의 권리의무가 발생한다.

당사자 의사(intention)에 따라 권리의무 관계가 발생했다. 이 점을 이해하는 것이 중요하다. 당사자들은 4,000만 원을 대여 및 반환하기로 계약(합의)했다. “계약(합의)했으니까” 그렇게 대여 및 반환해야 한다.

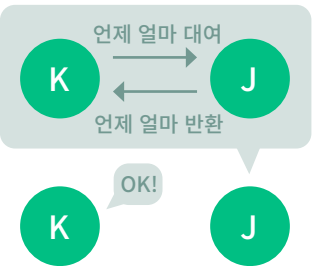
청약 순서?

서로 뜻이 통하는 한, 누가 먼저 청약했는지는 법적으로 상관없다.

- 1. K가 먼저 청약(offer)하고 J가 승낙(accept)해도 된다.



- 2. J가 먼저 청약(offer)하고 K가 승낙(accept)해도 된다.

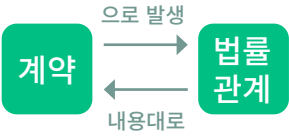


정리

- 1. 계약(agreement; contract)이란, 어떤 권리(right)나 의무(duty)를 갖기로 하는 양 당사자(both parties)의 합의다.

2. 계약 때문에 권리의무 관계가 생기기도 한다.

금전을 빌리고 갚을 K와 J의 권리의무 관계는 양 당사자의 금전소비대차계약 때문에 발생한다.



3. 원칙적으로, 당사자가 계약한 그대로 권리의무 관계를 갖게 된다. “그러한 권리의무 관계”가 만들어지는 이유는 “그렇게 하기로” 합의했기 때문이다.

대여금을 이자 없이 4,000만 원으로 합의(계약)했다고 하자. 그러면 약속한 반환일이 되었을 때, 대주 K는 일방적으로 5,000만 원을 갚으라고 요구할 수 없다. 차주 J 역시 일방적으로 3,000만 원만 갚겠다고 할 수도 없다. 더도 말고, 덜도 말고, 약속한 만큼 지급한다.

바이올린 파손 손해 부분

불법행위

과실로 손해를 가한 가해자가 피해자에게 돈으로 배상해야 하는 것은 불법행위가 성립했기 때문이다.



권리의무 관계

피해자(victim) K 입장에서는,

- 1. 손해배상(damages) 권리: J로부터, 손해를 돈으로 배상받을 권리가 생긴다.
- 2. 의무?: J에 대한 어떤 의무가 발생하지는 않는다.

가해자(offender) J 입장에서는,

- 1. 손해배상(damages) 의무: K에게, 손해를 돈으로 배상할 의무가 생긴다.
- 2. 권리?: K에 대한 어떤 권리가 발생하지는 않는다.

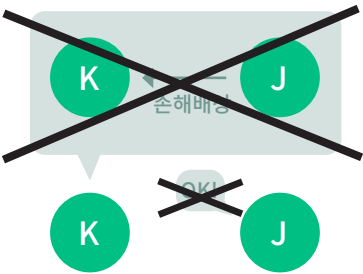
권리의무 발생

불법행위 때문에 권리의무가 발생한 것이다.

- 1. 원래 K와 J는 불법행위가 있기 전까지는 서로 법적으로는 아무 관계가 아니었다.

- 2. 그런데 어느 날 J가 과실로 K 물건을 파손하는 사건이 있었다.
- 3. 이렇게 불법행위를 “저지른” 순간, K와 J 사이에 1,000만 원의 권리의무 관계가 발생한다.

당사자 의사(intention)와 무관하게, 권리의무 관계가 발생했다. 이 점을 이해하는 것이 중요하다. 당사자들은 1,000만 원을 배상하기로 계약(합의)한 적이 없다. 그럼에도 1,000만 원을 배상해야 한다.



민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.
민법 제763조(준용규정) ...제394조... 규정은 불법행위[에 따른] 손해배상에 준용한다.
민법 제394조(손해배상의 방법) 다른 의사표시가 없으면 손해는 금전으로 배상한다.

정리

- 1. 불법행위(tort)란, 고의 또는 과실로 다른 자에게 손해를 가하는 위법행위다.
- 2. 권리의무 관계는 불법행위처럼 계약 아닌 것(non-contract) 때문에 생기기도 한다.

바이올린 파손에 따른 K와 J의 권리의무 관계(1,000만 원 손해배상 의무)는 실수에 따른 파손이라는 사건 또는 사실 때문에 발생한다.



- 3. “그러한 권리의무 관계”가 만들어지는 이유는 당사자들이 “그렇게 하기”로 합의했기 때문이 아니다.

불법행위로 1,000만 원 손해를 가했고, 별다른 증액 또는 감액 사유도 없다고 하자. 그러면 피해자 K는 일방적으로 1,100만 원을 배상하라 요구할 수 없다. 가해자 J 역시 일방적으로 900만 원만 배상하겠다고 할 수도 없다. 더도 말고, 덜도 말고, 손해만큼 배상한다.

결론

대여금 청구 4,000만 원

1. 대여금 4,000만 원 청구의 근거는 4,000만 원을 반환하기로 “그렇게 합의했기 때문”이다.
2. 즉, 계약(contract)에 근거한다.
3. 여기에는 당사자 “의사(intention)”가 들어가 있다.

손해배상 청구 1,000만 원

1. 손해배상 1,000만 원 청구의 근거는 실수로 바이올린을 파손해서 손해가 1,000만 원이 발생한 “그러한 사건(event) 때문”이다.
2. 즉, 계약 아닌 것(non-contract)에 근거한다.
3. 여기에는 당사자 의사(intention)가 들어있지 않다.

권리와 의무

Rights and Duties

권리란 일정한 이익을 누릴 수 있게 하기 위하여 법이 인정하는 힘이다.
- Ludwig Enneccerus

권리

권리의 양 갈래

민법에서 말하는 권리(rights)에는 채권(claims)과 물권(property rights)이 있다.

채권 개념

채권(債權; claims)이란, 특정인에게 무언가 해 달라 요구할 권리다. 예를 들어,

- 1. A가 B에게 100만 원을 받을 권리
- 2. B가 C에게 300만 원을 받을 권리
- 3. C가 D에게 자기를 광화문까지 태워달라고 할 권리
- 4. E가 F에게 “내가 다치면 치료비를 달라.”라고 할 권리 등 무궁무진하다.

채권을 사람에 대한(in personam; against a person) 권리라고도 한다.

“채권을 발행한다”에서 쓰는 금융에서의 채권(債券; bond)과는 다른 개념이다.

물권 개념

물권(property rights)이란, 어떤 물건을 지배하고 이용하여 이익을 누리는 권리다. 예를 들어,

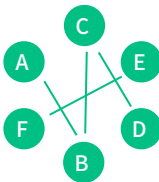
- 1. 내게 신발이 있다 하자. 그러면 그 신발을 사용할 권리, 누군가 내 신발을 가져갔을 때 돌려달라고 할 권리, 버리는 등 처분할 권리 등
- 2. 자기 소유의 땅이 있다고 하자. 그러면 그 땅을 사용할 권리, 땅에 집을 지을 권리, 자기 땅에 무단으로 건축한 건물을 철거할 권리 등

물권을 물건에 대한(in rem; against a thing) 권리라고도 한다.

지금 단계에서는, 물권이란 소유권 정도로 생각하면 된다. 더욱 정확히는 제4강 물권법 기초에서 배운다.

채권의 특징

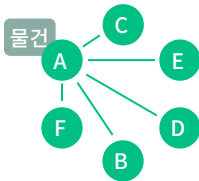
채권을 가진 사람은 채권관계가 있는 바로 그 사람에 대해서만 권리(채권)를 주장할 수 있다. 그래서 대인적(particular) 권리라고도 한다.



- 1. A가 B에게 100만 원을 받을 권리(채권)가 있다면, 원칙적으로 A는 B에게만 요구해야 한다.
- 2. A가 C, D, E, F에게 달라고 할 수 없다.

물권의 특징

물권을 가진 사람은 누구에게나 그 권리(물권)를 주장할 수 있다. 그래서 세상에 대한 권리, 즉 대세적(general) 권리라고도 한다.



- 1. A가 K토지 소유권(물권)을 가지면, 원칙적으로 A는 누구에게나 소유권을 행사할 수 있다.
- 2. B, C, D, E, F 등등 누구라도 A의 소유권 행사를 방해하면, A는 방해자에 대해 각종 권리를 행사할 수 있다.

	채권	물권
개념	사람에 대한 권리	물건에 대한 권리
효력	대인적(특정적)	대세적(일반적)

의무

양면성

다음 두 명제는 똑같다.

- 1. “A가 B에게 어떠한 권리(rights)가 있다.”
- 2. “B가 A에게 어떠한 의무(duties)가 있다.”

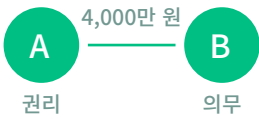
이를 권리의무의 양면성이라 부른다.

채무는 법에 따라 다른 사람에게 어떤 급여를 하도록 법적으로 구속하는 끈이다(*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*; An obligation is a legal bond by which we are legally bound to render a performance to another according to the laws of our state).

사례

다음 두 명제는 똑같다.

- 1. “A가 B에게 4,000만 원을 받을 권리가 있다.”
- 2. “B가 A에게 4,000만 원을 줄 의무가 있다.”



권리관계와 권리의무관계

- 1. 편의상 “누구의 권리”가 있다고만 말하더라도,
 - 2. 이 말 안에는 동전의 양면처럼 “상대방의 의무”가 있다는 말이 생략돼 있다.
- 즉, 권리관계가 곧 권리의무 관계다. 채권관계(claim relationship)가 곧 채권 채무 관계(claim-obligation relationship)다.

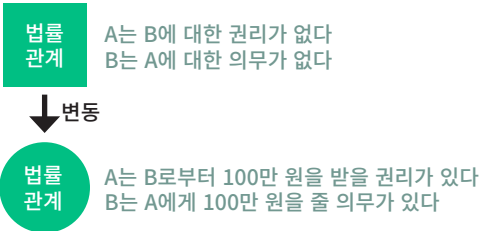
오르막길과 내리막길은 똑같은 길이다(*Ὀδὸς ἄνω κάτω μία καὶ ὡστή*; The road up and the road down is one and the same). 채권법(채권에 관한 법)이 곧 채무법(채무에 관한 법)이다. 참고로 우리는 주로 “채권법”이라 하지만, 미국에선 “채무법(obligation law)”이라 한다.

권리 변동

개념

권리의무 관계를 다른 말로 법률관계(legal relationship)라고도 한다. 법률관계(권리의무 관계)는 변하기 마련이다. 예를 들어,

- 1. 원래 A와 B 사이에 아무런 법적 관계가 없었다.
- 2. 그런데 A가 B에게 100만 원을 빌려주면,
- 3. 이제는 100만 원을 갚을 권리의무 관계, 즉 법률관계가 생긴다.



변동(alteration)의 모습

- 1. 권리의무 발생(acquisition): 이처럼, 없던 권리의무가 생기기도 한다.



2. 권리의무 변경(change): 존재하는 권리의무 내용이 변하기도 한다. 위 사례에서 B가 A에게 70만 원을 갚으면(일부변제), 채권채무는 30만 원만 남게 된다. 즉, 100만 원의 채권관계가 30만 원으로 변한다.



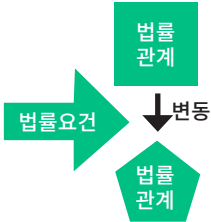
A가 B로부터 받을 100만 원 채권을 P에게 넘길 수도 있다. 그러면 A와 B 사이의 100만 원 채권관계가 P와 B 사이의 100만 원 채권관계로 바뀐다. 이러한 권리의무 이전(transfer) 역시 권리의무 변경에 해당한다.

3. 권리의무 소멸(extinction): 존재하던 권리의무가 사라지기도 한다. 위 사례에서 100만 원 전액을 갚거나(변제), A가 B에게 갚지 않아도 된다면 채무를 탕감해 준다거나 하면(면제), 채권, 채무 관계가 사라진다.



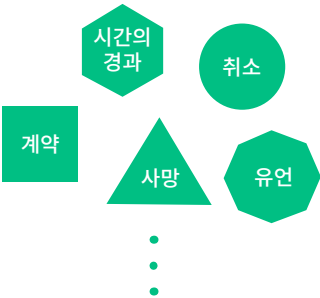
법률요건

어떤 법률관계에서 K라는 법률관계로 변동한 원인(사유)을 K의 법률요건(legal prerequisite)이라 부른다.



2016다256968: 법률관계, 특히 권리 또는 의무의 발생, 변경, 소멸이라는 법률효과는 원인 되는 **법률요건**이 충족될 경우에 그 결과로서 생긴다.

- 1. 앞서 보았듯, 법률관계(legal relationship)는 시시각각 변한다.
- 2. 사안에서 권리관계가 발생한 원인은 무엇인가? 100만 원을 빌려주는 계약이 있었기 때문이다. 바로 “그러한 계약의 존재”가 100만 원 채권관계의 법률요건(legal prerequisite)이다.
- 3. 그 밖에도 예를 들어, 계약, 사망, 유언, 취소, 시간의 경과, 불법행위 등 때문에 법률관계가 변동하게 된다.



개별 개념은 차차 공부하자. 이들 각각을 법률요건이라 부른다는 사실을 이해하는 것이 중요하다.

결론

법률관계

권리의무 관계가 곧 법률관계(legal relationship)다.

법률요건

법률관계 변동 원인(사유)을 법률요건(legal prerequisite)이라 한다.

권리의무 변동

법률요건 때문에 권리의무(rights and duties)가 변동(alteration)한다.

법률행위
Juristic Act

다른 사람의 충동에 따르는 것은 노예가 되는 것이지만,
자신이 규정한 법에 복종하는 것은 자유이다.
- Jean-Jacques Rousseau

의사표시

효과의사와 의사표시

- 1. 효과의사(intention to enter into juristic relations): 법률관계를 변동(alteration)시키겠다는 당사자 의사(intention)
- 2. 의사표시(declaration of intention): 그러한 효과의사를 표시하는 것
숨은 의도는 아무것도 발생시키지 않는다(Intentio in mente retenta nihil operatur; The intention in mind operates nothing).

의사표시의 사례

다음은 법률관계를 변동시키려는 의사표시다.

- 1. “돈을 얼마 빌려주고 언제 돌려받겠다.”
- 2. “돈을 얼마 빌리고 언제 갚겠다.”



- 3. “무엇을 얼마에 판다.”
- 4. “무엇을 얼마에 산다.”
- 5. “재산의 1/3을 큰아들 하후돈에게 상속해 주겠다.”
- 6. “무엇을 취소한다.”
- 7. “내 채무 소멸시효가 완성했지만, 갚겠다.”

2014다32458: 시효이익을 받을 채무자는 소멸시효가 완성된 후 시효이익을 포기할 수 있다. 이것은 시효의 완성[에 따른] 법적인 이익을 받지 않겠다고 하는 효과의사[가 필요한] 의사표시이다.

법률요건 분류

구별기준

법률요건이란 법률관계를 변동하게 만드는 원인이다. 법률요건 중에는,

- 1. 당사자 의사에 따른 것도 있다.
- 2. 당사자 의사와 무관한 것도 있다.



의사표시에 따른 법률요건(= 법률행위)

법률행위(juristic act)란, 법률요건(legal prerequisite) 중에서도 의사표시(declaration of intention)를 본질로 하는 법률요건이다.

- 1. 예를 들어, 계약, 유언, 취소 등에는 그러한 내용대로 법률관계를 변화시키려는 당사자 의사가 들어 있다.
- 2. 이들은 모두 법률요건이다.
- 3. 그중에서도 의사표시를 본질로 하는 법률요건이다.

법률행위의 정의는 무슨 일이 있어도 정확하게 암기하라. 다만, 영미법에는 법률행위에 정확하게 대응하는 용어는 없다.

의사표시와 무관한 법률요건(= 법률행위 아닌 법률요건)

의사표시와 무관한 법률요건은 법률행위가 아니다.

- 1. 예를 들어, 사망, 시간의 경과 등에는 그러한 내용대로 법률관계를 변화시키려는 당사자 의사가 들어 있지 않다.
- 2. 물론 이들은 모두 법률요건이기는 하다.
- 3. 그러나 의사표시와 무관한 법률요건이다. “그러한 내용대로” 법률관계를 변동시키려는 의사표시는 어디에도 들어 있지 않다.

법률행위 분류

머리에

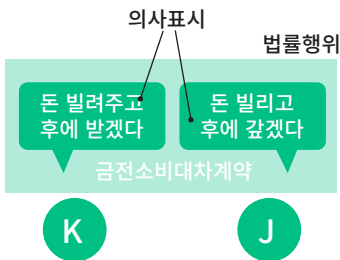
법률행위는 계약과 단독행위로 나뉜다.

계약

계약(contract)이란 두 의사표시가 만나 일치해 성립하는 법률행위다.

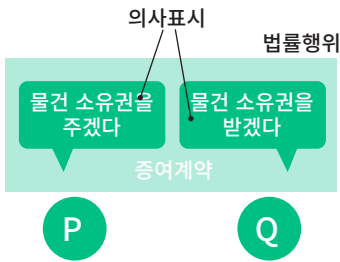
- 1. “금전소비대차계약”: 돈 빌려주고 약속한 날에 돈 받겠다는 의사표시와 돈 빌리고 약속한 날에 돈 갚겠다는 의사표시가 만난 것

민법 제598조(소비대차의 의의) 소비대차는 당사자 일방[K]이 금전 기타 대체물의 소유권을 상대방[J]에게 이전할 것을 약정하고 상대방[J]은 그와 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.



2. “증여계약”: 물건 주겠다는 의사표시와 물건 받겠다는 의사표시가 만난 것

민법 제554조(증여의 의의) 증여는 당사자 일방[P]이 무상으로 재산을 상대방[Q]에 수여하는 의사를 표시하고 상대방[Q]이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다.



단독행위

단독행위(unilateral act)란 1명의 의사표시로 성립하는 법률행위다.

1. “취소”: 취소해서 없던 것으로 하겠다는 의사표시로 성립한다. 취소권이 있는 이상, 취소는 상대방 허락 받고 하는 것이 아니라 일방적으로 할 수 있다.



2. “유언”: 어떠한 내용대로 상속관계를 만들겠다는 의사표시로 성립한다. 역시 허락 받고 유언하는 것이 아니다. 일방적으로 한다.

공통점

계약, 단독행위 모두 의사표시(declaration of intention)가 본질이다. 계약, 단독행위는 모두 법률행위(juristic act)다.

계약에 관하여

계약의 정의

1. 둘 이상 당사자의 합치하는 의사표시를 요소로 하는 법률행위. 또는,
2. 법적으로 강제력을 갖게 되는 당사자 간의 약속이나 합의(legally enforceable agreement or promise)

일반적으로 두 가지 정의를 모두 사용한다.

계약과 문서: 낙성계약 원칙

쌍방 사이에 의사가 합치하기만 하면, 말만으로도 계약은 성립한다.

2015다34437: 계약이 성립하기 위해서는 당사자 사이에 계약의 내용에 관한 의사의 합치가 있어야 한다. 이러한 의사의 합치는 계약의 내용을 이루는 모든 사항에 관하여 있어야 하는 것은 아니[다.] 본질적 사항이나 중요 사항에 관하여 구체적으로 의사가 합치되[면 충분하다. 그렇지 않더라도,] 적어도 장래 구체적으로 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관한 합의가 있으면 충분하다.

1. 가게에서 물건을 사고파는 것도, 버스나 택시를 이용하는 것도, 과외를 하기로 합의하는 것도, 커피를 주문하는 것도 모두 유효한 계약이다.
2. 이처럼 계약을 위해 반드시 문서를 작성할 필요가 없다. “승낙만으로 성립한다.” 해서, 낙성계약(consensual contract)이라 부른다. 즉, 계약은 원칙적으로 낙성계약이다.

90다14652: 민법상 소비대차는 당사자 일방이 금전 기타 대체물의 소유권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방은 그와 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 **약정함으로써 그 효력이 생기는 이른바 낙성계약**이다. 그러므로, 차주가 현실로 금전 등을 수수하거나 현실의 수수가 있는 것과 같은 경제적 이익을 취득하여야만 소비대차가 성립하는 것은 아니다.

물론,

1. 다툼이 생겼을 때 말만으로는 증명하기 힘들기 때문에 중요한 계약은 계약서 같은 서류를 작성하기도 한다.
2. 그러나 꼭 그래야만 계약이 성립하기 때문이 아니다.
3. 어디까지나 서로 분명히 해 나중에 증거로 쓰기 위한 취지다.

2002다64520: 일반적으로 보험계약은 당사자 사이의 의사 합치에 [따라] 성립되는 낙성계약으로 별도의 서면[이 필요하]지 아니[한다. 그러]므로 보험계약을 **체결할 때 작성, 교부되는 보험증권은 하나의 증거증권에 불과**[하다.] 보험계약의 성립 여부라든가 보험계약의 내용 등은 그 증거증권만이 아니라 계약 체결의 전후 경위 등을 종합하여 인정할 수 있다.

계약과 문서: 요물계약의 예외

예외적으로, 몇몇 계약은 반드시 어떤 서류를 작성하거나 물건 등을 넘겨줘야만 성립하기도 한다. 이런 계약은 말만으로는 계약이 성립하지 않는다. “물건이 필요하다” 해서 요물계약(real contract)이라 부른다. 예를 들어,

- 1. 계약금계약은 실제 계약금을 지급해야만 성립한다.
- 2. 즉, 계약금계약은 요물계약이다.

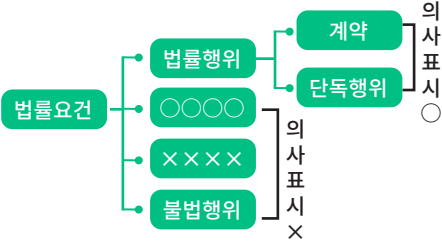
2007다73611: 계약금계약은 금전 기타 유가물의 교부를 요건으로 [한다. 그러]므로 단지 계약금을 지급하기로 약정만 한 단계에서는 아직 계약금으로서의 효력...[은] 발생하지 않는[다.]

[이 사건에서] 계약금[6,000만 원]이 [모두] 교부되지 아니한 이상 아직 계약금계약은 성립되지 아니하였[다.]

일단 이런 것이 존재한다는 정도로만 기억하자. 아직 계약금을 정확히는 모르기 때문이다. 자세한 제8강 해제와 손해배상 중 “계약금 제도”에서 배울 것이다.

법률행위와 계약

계약은 법률행위 중 가장 대표적인 경우다. 그래서 “법률행위에 관한 것”이라도, 편의상 “계약에 관한 것”으로 표현하는 경우가 많다.



사례

대여금 청구 4,000만 원

- 1. 대여금 4,000만 원 청구 부분은 계약(contract)이라는 법률행위(juristic act)에 근거한다.
- 2. 의사표시와 관련이 있다.
- 3. 위 4,000만 원 채권채무관계의 법률요건은 “금전소비대차계약의 체결”이다.

손해배상 청구 1,000만 원

- 1. 손해배상금 1,000만 원 청구 부분은 계약에 근거하지 않는다. 법률행위가 아니라 불법행위(tort)를 이유로 한 청구다.
- 2. 의사표시와는 직접 관련이 없다.
- 3. 위 1,000만 원 채권채무관계의 법률요건은 “불법행위 발생”이다.

채권자란 금전을 대여한 사람만을 뜻하는 것이 아니라, 어떠한 법률상 원인으로든 채권을 가지는 모든 사람을 말한다(*Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur*; The term creditors includes not only those who have lent money, but all to whom something is owed on whatever legal ground).

강의순서에 관하여

민법의 두 줄기: 채권법과 물권법

민법을 깨우치기 위해서는, 다음 양대산맥을 이해해야 한다.

1. 채권관계를 다루는 채권법(obligation law)
2. 물권관계를 다루는 물권법(property law)

그런데, 채권관계와 물권관계는 서로 밀접한 관련이 있어, 서로 법원리를 참조한다. 따라서 채권과 물권 중 어느 한 가지만 보아서는, 전체는 물론, 그 어느 한 가지도 제대로 이해할 수 없다.

채권관계 발생원인의 두 줄기: 의사표시와 의사표시 아닌 것

채권관계 발생원인은 다시 다음 2가지로 나눌 수 있다.

1. 의사표시에 따른 것: 대표적으로 계약(contract)
2. 의사표시와 무관한 것: 대표적으로 불법행위(tort)

위 2가지를 이해하는 것이 곧 채권법 학습이다.

결론

채권법이든 물권법이든 그 밖에 어떤 민법 과목이든, 수험생은 이를 파고들기 전 다음을 숙지해야 한다. 그것이 “빠르고 정확하게” 공부하는 유일한 방법이다.

1. 계약법(contract law) 기초
2. 불법행위법(tort law) 기초
3. 물권법(property law) 기초

계약 분류
Classification of Contract

내가 푼 각각의 문제는 나중에 다른 문제들을 풀기 위한 규칙이 되었다.
- René Descartes

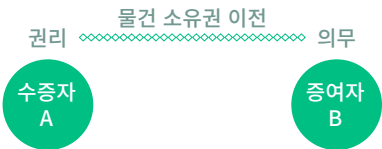
대가관계 유무에 따른 구별

편무계약과 쌍무계약

채무와 채무가 서로 대가관계에 있는지 문제다.

- 1. 편무계약(unilateral contract): 계약 당사자가 서로 대가적인 채무를 부담하지 않는 계약. 증여(gift), 즉 물건을 주는 계약이 대표적이다.

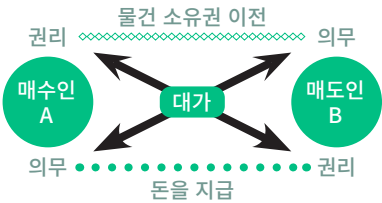
즉, 한 명(A)만 권리를 갖는다[= 한 명(B)만 의무를 부담한다].



민법 제554조(증여의 의의) 증여는 당사자 일방이 무상으로 재산을 상대방에 수여하는 의사를 표시하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다.

- 2. 쌍무계약(bilateral contract): 계약 당사자가 서로 대가적인 채무를 부담하는 계약. 매매(sale and purchase)계약, 즉 물건을 파는 계약이 대표적이다.

즉, 쌍방(A, B) 모두 권리를 갖는다[= 쌍방(B, A) 모두 의무를 부담한다].



민법 제568조(매매의 효력) ① 매도인[B]은 매수인[A]에 대하여 매매의 목적이 된 권리 [물건 소유권]를 이전하여야 하며 매수인[A]은 매도인[B]에게 그 대금을 지급하여야 한다.

② 전항의 쌍방의무는 특별한 약정이나 관습이 없으면 동시에 이행하여야 한다.

받기 위하여 준다(do ut des; Ich gebe, damit du gibst; I give, so that you may give).

무상계약과 유상계약

손실 부담(contribution)이 서로 대가관계에 있는지 문제다.

- 1. 무상계약(naked contract; gratuitous contract): 손실 부담 없이 (without contribution) 권리를 취득하는 계약. 증여(gift) 계약이 대표적이다.

즉, 대가 없이 손실을 부담한다. 쉽게 말해, 공짜로 한다.



민법 제554조(증여의 의의) 증여는 당사자 일방이 무상으로 재산을 상대방에 수여하는 의사를 표시하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다.

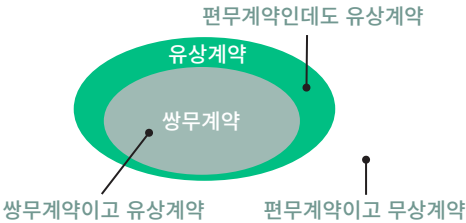
- 2. 유상계약(onerous contract; contract for value): 손실을 부담하기로 하면서(with contribution) 권리를 취득하는 계약. 매매(sale and purchase) 계약이 대표적이다.

즉, 대가가 있어서 손실을 부담한다. 쉽게 말해, 돈 받고 한다.



민법 제568조(매매의 효력) ① 매도인[B]은 매수인[A]에 대하여 매매의 목적이 된 권리 [물건 소유권]를 이전하여야 하며 매수인[A]은 매도인[B]에게 그 대금을 지급하여야 한다.

관계



1. 쌍무계약은 모두 유상계약이다.

매매: 쌍무계약이면서 유상계약이다.

민법 제563조(매매의 의의) 매매는 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

2. 편무계약은 대체로 무상계약이다.

증여: 편무계약이면서 무상계약이다.

3. 그러나 편무계약이지만 유상계약인 경우도 있다.

현상광고: 편무계약이지만 유상계약이다.

편무계약이면서 유상계약인 경우: 현상광고

1. 현상광고(advertisement for prize)는 민법이 명시한 계약 유형 중 하나다.

민법 제675조(현상광고의 의의) 현상광고는 광고자[B]가 어느 행위를 한 자[A]에게 일정한 보수를 지급할 의사를 표시하고 이에 응한 자[A]가 그 광고에 정한 행위를 완료함으로써 그 효력이 생긴다.

2. 현상광고는 편무계약이다. 응모자 A는 광고에서 정한 행위를 할 의무가 없기 때문이다. 응모자 A가 그 행위를 완료하기 전에는 현상광고계약은 효력이 없다. 그래서 광고자 B가 응모자 A에게 어떤 행위를 요구할 근거도 없다.



3. 현상광고는 유상계약이다. 광고자 B가 돈을 지급하는 것은 응모자 A가 광고에서 정한 행위를 하기 때문이다. 마찬가지로, 응모자 A가 그 행위를 하는 것은 광고자 B가 돈을 지급하기 때문이다. 손실 부담 사이에 대가관계가 있다.



	편무계약 사례	쌍무계약 사례
무상계약 사례	증여	-
유상계약 사례	현상광고	매매

계속성에 따른 구별

계속적 계약

채무 이행이 시간상으로 계속인 계약을 계속적 계약(continuous contract)이라고 한다.

예: 아래에서 볼 임대차, 사용대차, 근로, 위임

일시적 계약

이에 비교해 채무 이행이 일시적, 일회적으로 실현되는 계약을 일시적 계약(non-continuous contract)이라 한다.

예: 아래에서 볼 매매, 증여, 교환

상대적인 구별

계속적 계약이나 일시적 계약이냐는 계약의 구체적 내용에 따라 달라질 수 있다. 즉, 상대적인 개념이다.

1. 일반적으로 매매는 일시적 계약이다.

예: 신문을 사는 것, 우유를 사는 것

2. 그러나 매매가 계속적 계약일 수도 있다. 이를 계속적 매매계약이라 한다.

예: 신문을 구독하는 것, 우유를 매일 배달시키는 것

구별 실익

구별 실익의 뜻

구별 실익(practical benefit of classification)이란, 구별의 필요성을 뜻한다.

- 어떤 것의 법적 의미가 A냐 B냐에 따라 논증, 결론이 달라지는 경우, “A와 B를 구별할 실익이 있다”고 표현한다.
- 어떤 것의 법적 의미가 A냐 B냐와 무관하게 논증, 결론이 동일한 경우, “A와 B를 구별할 실익이 없다”고 표현한다.

실무와 수험법학에서는 구별 실익이 없다면, 논의하지 않는다. 구별 실익이 없는데도 서면 또는 답안에서 논하는 것은 무익하며(futile), 많은 경우 유해하다(harmful). 이 점을 명심하기 바란다.

편무계약과 쌍무계약의 구별 실익

편무계약과 달리, 쌍무계약에는 몇 가지 중요한 특징이 있다. 따라서 편무계약과 쌍무계약은 구별 실익이 있다. 예를 들어, 동시이행 관계는,

- 원칙적으로 쌍무계약에서 인정된다.

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

약속을 지키지 않는 상대방에 대하여는 약속을 지키지 않아도 된다(*non servanti fidem non est fides servanda*; For one who does not keep faith, faith need not be kept).

2. 반면 원칙적으로 편무계약에서는 인정되지 않는다.

무상계약과 유상계약의 구별 실익

무상계약과 달리, 유상계약에는 몇 가지 중요한 특징이 있다. 따라서 무상계약과 유상계약은 구별 실익이 있다. 예를 들어, 매매에 관한 민법 규정은,

1. 원칙적으로 다른 유상계약에도 준용한다.
2. 반면 원칙적으로 무상계약에는 준용하지 않는다.

민법 제567조(유상계약에의 준용) 본 절[제3절 매매]의 규정은 매매 이외의 유상계약에 준용한다. ...

각 조항들의 구체적인 의미는 제3권 채권법에서 배울 것이다. 그러나 파고들기 전에 기초 개념을 숙지해야 한다. 그렇지 않으면 시간을 낭비할 수 있다. 제2권까지를 건너뛰고 제3권, 제4권부터 곧바로 보는 실수를 저지르지 말기 바란다.

계약자유 원칙과 한계

The Freedom of Contract and Its Restrictions

우리 법은 개인이 하고 싶은 것은 다 해도 된다는 원칙 위에 서 있다. 그리고 타인에게 피해를 주거나 사회에 해악을 끼친 경우는 분명히 책임을 지라고 말한다. - 양창수

계약자유 원칙

개념

계약에 관해서는, 계약을 체결하려는 당사자가 자유롭게 결정할 수 있다.

2002두8626전합: [우리나라는] 사유재산제도와 경제활동에 관한 사적자치의 원칙에 입각한 시장경제질서를 기본으로 [한다.] 원칙적으로 사업자들에게 계약체결 여부의 결정, 거래상대방 선택, 거래내용의 결정 등을 포괄하는 **계약의 자유**가 인정[된다.]

남에게 해를 끼치지 않는 한, 누구나 자기 이익을 도모할 수 있다(*Prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur*; Each person is not prohibited from benefiting themselves, so long as they do not harm others).

세부 내용

- 1. 체결 자유(freedom to contract): 계약체결을 할지 말지 선택할 자유
- 2. 상대방선택 자유(freedom of choosing the other party): 누구하고 계약을 체결할 것인가를 마음대로 결정할 수 있는 자유
- 3. 내용 자유(freedom of contents): 쌍방 당사자가 그 계약 내용을 자유롭게 정할 수 있는 자유
- 4. 방식 자유(freedom of method): 계약 체결에 일정한 방식을 필요로 하지 않는다는 자유

전형계약

문제점



- 1. 계약 내용의 자유 때문에 계약이 다양한 것 자체는 좋다. 그러나 계약들이 너무 천차만별이면, 개별 계약마다 의미와 내용을 알기 어렵게 된다.
- 2. 계약 의미가 불분명하면, 당사자 사이에 분쟁이 생길 위험이 커진다.
- 3. 그 결과, 사람들이 계약에 따른 법률관계를 예측할 수 없다. 사람들은 불안해 거래를 꺼리게 된다. 이것은 문제다.

계약 유형화

- 1. 그 대책으로, 법은 다양한 계약들을 몇 가지 유형으로 나누어 보았다.
- 2. 그렇게 나눈 유형들에 “매매계약”, “임대차계약”, “위임계약” 식으로 이름을 붙였다.

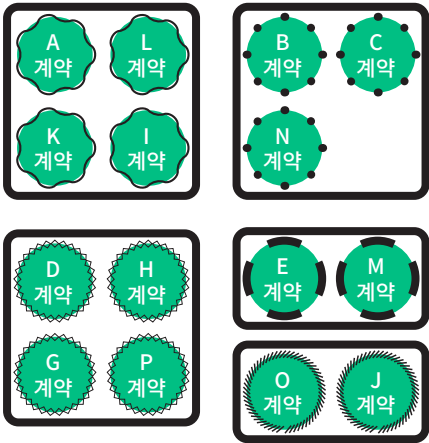
민법 제3편 채권

제2장 계약

제2절 증여 / 제3절 매매 / 제4절 교환 / 제5절 소비대차 / 제6절 사용대차
제7절 임대차 / 제8절 고용 / 제9절 도급 / 제9절의2 여행계약 / 제10절 현상광고
제11절 위임 / 제12절 임치 / 제13절 조합 / 제14절 중신정기금 / 제15절 화해

유명계약(전형계약)

- 1. 이렇게 이름을 붙인 계약을 유명계약(named contract)이라 한다.
- 2. 전형적인 계약이라 해서 전형계약(typical contract)이라고도 한다.



결국 전형계약(유명계약)이란, 유형별로 각각 어떤 공통요소(common elements)를 갖는 계약들을 뜻한다.

사례

- 1. “물건 소유권을 이전하고 그 대가로 대금을 받는” 계약이라면, 계약마다 세 부적 차이가 있더라도, 공통적으로 민법 제563조의 “매매계약”에 속한다.

민법 제563조(매매의 의의) 매매는 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

2. 민법 제563조부터 제589조까지는 매매계약을 다루고 있다. 어떤 계약이 “매매계약”에 해당하면, 그 계약에 관한 법률관계는 위 조항들에 따르게 된다.
3. 예를 들어, 물건 인도와 대금 지급을 동시에 하기로 했다면, 대금 지급은 인도 현장에서 해야 한다. 민법 제586조 때문이다.

민법 제586조(대금지급장소) 매매의 목적물의 인도와 **동시에** 대금을 지급할 경우에는 그 인도장소에서 이를 지급하여야 한다.

4. 따라서 그 계약을 체결하려는 사람은 법률관계를 예측할 수 있다. 그 결과 분쟁도 최소화할 수 있다. 즉, 위 사례에서 “이 사건에서 대금을 지급해야 하는 장소가 어디인가?”에 관해 소모적인 논쟁을 할 필요가 없다.
5. 그 결과, 사람들은 더욱 안심하고 거래에 나아가게 된다.

전형계약과 계약자유 원칙

머리에

법이 전형계약을 두고 있지만, 그렇다고 해서 계약자유 원칙을 포기한 것이 아니다. 여전히, 당사자들은 계약 내용을 자유롭게 정할 수 있다.

변형한 전형계약의 허용

전형계약에서, 계약 내용 일부를 법에서 정한 것과 다르게 정해도 된다.

1. 예를 들어, 물건을 사고 팔려는 당사자들이 “물건 인도와 대금 지급을 동시에 진행하되, 물건 인도는 부산에서, 대금 지급은 서울에서 하기”로 정해도 된다.
2. 이 부분은 민법 제586조 내용과 다르다. 그렇지만, 당사자가 합의한 내용이 민법 제586조보다도 우선한다.

합의가 법을 만든다(Consensus facit legem; Consent makes the law).

전형계약이 아닌 계약의 허용

아예 전형계약에 해당하지 않는 계약을 창조해도 된다.



1. 예를 들어, 피트니스센터 운영자 V는 회원 M에게 피트니스센터의 각종 시설을 이용할 수 있도록 서비스를 제공하고, 회원 M은 운영자 V에게 돈(회원비)을 내기로 하는 F계약(회원제 체육시설이용계약)을 체결할 수 있다.

2. F계약은 민법이 유형화한 계약 어디에도 속하지 않는다. 즉, F계약은 전형계약이 아니다. 그러나 그 체결은 당연히 가능하다.

무명계약(비전형계약)

1. 이렇게 이름이 붙지 않은 계약을 무명계약(contract without regular name)이라 한다.
2. 전형적이지 않은 계약이라 해서 비전형계약(untypical contract)이라고도 한다.

95다35098: 회원제 체육시설이용계약은 [어떤 계약인가?] 체육시설의 주체가 다수의 회원을 모집하여 회원들로 하여금 각종 체육시설 등을 이용할 수 있도록 서비스를 제공하고 회원들은 그 대가로 대금을 지급하는 일종의 무명계약이다. 회원들이 계약 체결 시 체육시설의 주체에게 지급한 일정금액의 입회보증금과 가입비 외에 그 계약에 따라 매년 지급하는 연회비도 위 계약상의 시설이용의 대가라고 할 수 있다.

결국 비전형계약이란,

1. 법을 만든 사람이 미처 예상하지 못한 계약 유형이다. 또는,
2. 법을 만든 사람이 이런 경우까지 공통요소를 뽑아 유형화할 필요를 느끼지 못했을 수도 있다.

혼합계약

2개 이상 전형계약 내용을 하나로 합친 혼합계약(mixed contract)도 가능하다. 혼합계약 자체도 비전형계약이고, 적법 유효하다.

92다40167: 자동차의 수리계약은 임차와 도급의 혼합계약이다.

소결

1. 법에서 정한 것과 다른 내용을 둔 계약(변형한 전형계약)도, 적법 유효하다.
2. 아예 법에서 정하지 않은 계약(비전형계약)도, 적법 유효하다.

임의규정

문제점

이처럼 당사자들이 법과 다르게 정해도 될 것이라면, 계약에 관한 법 규정은 무슨 쓸모가 있는가? 즉, 민법은 왜 굳이 계약법 규정을 두고 있는가?

규정의 존재 이유

위와 같은 규정들은, 당사자 의사에 틈이 있는 경우를 대비해 그 틈을 보충하기 위해서 존재한다.

사례

1. 물건을 사고 팔려는 당사자들이 “물건 인도는 부산에서 하고, 대금은 물건 인도와 동시에 지급하기”로 정했지만, 대금 지급 장소까지는 정하지 않았다고 하자.
2. “대금 지급 장소를 정하지 않았으니, 대금을 지급하지 않아도 된다.”라고 말할 수 있을까? 또, 매매계약을 무효라 보아야 하는가?
3. 그렇게 볼 수 없다. 앞서 본 민법 제586조가 있기 때문이다. 의사의 틈을 민법 제586조가 보충하여, 대금 지급 장소는 부산으로 본다.

민법 제586조(대금지급장소) 매매의 목적물의 인도와 동시에 대금을 지급할 경우에는 그 인도장소에서 이를 지급하여야 한다.

이처럼 법 규정을 덕분에, 계약의 무효 위험과 계약 내용의 불확실성이 줄어든다. 그 결과, 사람들은 보다 안심하고 거래에 나아가게 된다. 앞서 본 맥락이다. 이러한 법 규정들은 민법에도 있고, 다른 법(예: 상법, 국가계약법 등)에도 있다.

2012다74076전합: 국가계약법상 물가의 변동[에 따른] 계약금액 조정 규정은 계약상 대자가 계약 당시에 예측하지 못한 물가의 변동으로 계약이행을 포기하거나 그 내용에 따른 의무를 제대로 이행하지 못하여 공공계약의 목적 달성에 지장이 초래되는 것을 막기 위한 것이다.

임의규정 개념

이때 위와 같은 법 규정을 임의규정(*jus dispositivum*; non-mandatory provision)이라 한다. 즉, 임의규정이란,

1. 계약 당사자 의사 틈을 메우기 위한 것으로,
2. 당사자들이 합의로 그 내용과 다르게 정해도 그 합의(계약)가 유효(valid)하게 되는 법 규정을 말한다.

민법 제105조(임의규정) 법률행위의 당사자가 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 [따른]다.

2012다74076전합: 계약담당자 등은 ... 개별 계약의 구체적 특성, 계약이행에 필요한 물품의 가격 추이 및 수급 상황, 환율 변동의 위험성, 정책적 필요성, 경제적 변동에 따른 위험의 합리적 분배 등을 고려하여 계약상대자와 물가변동에 따른 계약금액 조정 조항의 적용을 배제하는 합의를 할 수 있다.]

당사자들이 합의로 법 규정과 다르게 정한 사항을 특약(special agreement) 사항이라 한다.

소결

1. 임의규정에 관한 특약은 유효(valid)하다.
2. 전형계약이든, 비전형계약이든, 계약자유 원칙을 적용한다.

2012다74076전합: [위 법 규정]이 계약상대자와의 합의에 기초하여 계약당사자 사이에만 효력이 있는 특수조건 등을 부가하는 것을 금지하거나 제한하는 것이라고 할 수 없다.] 사적 자치와 계약자유의 원칙상 그러한 계약 내용이나 조치의 효력을 합부로 부인할 것이 아니다.

합의는 법에 우선한다(*Conventio vincit legem*; The agreement of the parties prevails over the law).

강행규정

문제점

당사자들이 법조문과 다르게 합의하면 무조건 유효한가? 즉, 특약은 언제나 유효한가?

사례

1. 다른 사람(A)이 사망하면 보험금을 타는 경우가 있다. 이러한 보험을 타인의 생명의 보험(third-party personal insurance)이라 한다.

상법 제730조(생명보험자의 책임) 생명보험계약의 보험자[보험회사]는 피보험자[A]의 사망, 생존, 사망과 생존에 관한 보험사고가 발생할 경우에 약정한 보험금을 지급할 책임이 있다.

2. 법은 타인(A)의 생명의 보험계약을 체결하려면, 반드시 그 타인(A)의 서면 동의를 받도록 정했다.

상법 제731조(타인의 생명의 보험) ① 타인[A]의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약 체결 시에 그 타인[A]의 서면...[으로] 동의를 얻어야 한다.

2014다204178: 상법 제731조 제1항이 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 체결 시 타인의 서면동의를 얻도록 규정한 것은 동의의 시기와 방식을 명확히 함으로써 분쟁의 소지를 없애려는 데 취지가 있다.]

3. 그런데, 당사자들이 합의로 그 내용과 달리 정해도 적법, 유효한가? 즉, 서면 동의 절차를 생략해도 적법, 유효한가? 아니다. 위법, 무효다.

2014다204178: 상법 제731조 제1항[은] ... 강행규정으로서 이[를] 위반한 보험계약은 무효[다].]

강행규정 개념

이때 위와 같은 법 규정을 강행규정(*jus cogens*; mandatory provision)이라 한다. 즉, 강행규정이란,

1. 사회질서(social order)를 유지하기 위한 것으로,
2. 당사자들이 합의로 그 내용과 다르게 정하면 그 합의(계약)가 무효(nullity; null and void)로 되는 법 규정을 말한다.

2024다228630: 계약자유 원칙에 따라 당사자는 강행규정에 반하지 않는 한 공제에 관한 약정을 할 수 있[다. 즉,] 공제의 요건을 어떻게 설정할 것인지, 기준시점을 언제로 할 것인지, 공제의 의사표시가 별도로 필요한지 등을 자유롭게 정하여 당사자 사이에 그 효력을 발생시킬 수 있[다.]

소결



- 1. 강행규정에 위반되는 특약은 무효(nullity)다.
- 2. 계약자유 원칙에도 한계가 있다.

개인 간 합의는 공법을 배제할 수 없다(*Privatorum conventio iuri publico non derogat*; An agreement between private persons does not derogate from public law).

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 40.] 甲은 아버지인 乙을 피보험자로 하여 A보험회사와 乙의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? [‘서면’에는 상법 제731조 제1항(타인의 생명의 보험)에 규정된 전자문서가 포함되고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함]

ㄱ. 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약 체결 시에 그 타인의 서면 [으로] 동의를 얻어야 한다는 상법 규정은 강행법규이다.

단속규정

개념

행정단속 목적에서, 법이 각종 행위를 금지, 제약하기도 한다. 이러한 금지, 제약 규정을 단속규정(control provision; restriction provision)이라 한다.

- 1. 공법(public law)상 행정단속(administrative control)을 위한 것으로,
- 2. 당사자들이 합의로 그 내용과 달리 정했을 때 그 합의(계약) 효력이 유효인지 무효인지와 상관없이,
- 3. 그와 같이 달리 정하는 것을 위법(unlawful)하다고 보아, 위반자에게 제재 (administrative punishment)를 가하는 법 규정을 말한다.

단속규정 분류

- 1. 효력규정(control provision which affects the validity): 위반한 법률행위는 무효가 되는 단속규정. 즉, 규정을 만든 취지를 고려할 때, 위반행위를 무효로 보아야 하는 경우다.

2013다79887: [구 농지법 제23조] 위반행위에 대하여 형사 처벌을 하는 것과 별도로 농지임대차계약의 효력 자체를 부정[해야 한다. ... 농지의 임대를 금지한 구 농지법 제23조의 규정은 **강행규정**[→ “효력규정”]이다.

법을 어기고 이루어진 것은 무효로 보아야 한다(*Quae contra ius fiunt, debent utique pro infectis haberi*; Whatever is done against the law should be held null and void).

- 2. 단순단속규정(control provision which does not affect the validity): 위반한 법률행위라도 여전히 유효인 단속규정. 즉, 규정을 만든 취지를 고려할 때, 위반행위를 무효로까지 만들 것은 아닌 경우다.

2016다259677: 개업공인중개사 등이 중개의뢰인과 직접 거래를 하는 행위를 금지하는 공인중개사법 제33조 제6호의 ... 규정은 **강행규정**[→ “효력규정”]이 아니라 **단속규정**[→ “단순단속규정”]이라고 보아야 한다.

2023다209403: 지역주택조합의 조합원 자격에 관한 주택법령의 규정은 **효력규정이라고 할 수 없다**. 그래서] 당사자 사이에 이를 **위반한 약정**을 하였다고 하더라도 그 약정이 당연히 무효라고 할 수는 없다.]

해서는 안 되는 것이라도 만일 이미 그것을 한 경우에는 효력이 있다(*Quod fieri non debet, factum valet*; What ought not to be done, when done is valid).

소결



- 1. 효력규정 위반행위는 무효(nullity)다.
- 2. 단순단속규정 위반행위는 유효(validity)하다.

강행규정과 단속규정 관련 용어는 문맥 또는 학자에 따라 조금씩 의미가 다르게 사용할 수 있다. 그러나 실제로는 단지 표현상 차이에 가깝다.

95다55351: [이 사건] 규정들은 강행규정[→ “넓은 의미의 단속규정”]이기는 하[다. 그러나 이른바 단속규정[→ “단순단속규정”]이다. 그래서 이에 반하는 ... 약정...을 바로 무효로 만드는 것은 아니[다.]

2008다75119: [이 사건] 규정은 강행규정[→ “효력규정”]이 아니라 단속규정[→ “단순 단속규정”]이다.

임의규정과 강행규정의 구별

문제점

당사자들의 법률관계는 어떠어떠하다고 정한 법 규정이 있다.

1. 이것은 임의규정인가? 즉, 계약 당사자 의사 틈을 메우기 위한 것인가?
2. 아니면 강행규정인가? 즉, 사회질서를 유지하기 위한 것인가?

구별기준

1. 규정 스스로 “달리 정하지 않은 때에는 ...하다.” 또는 “다른 의사표시가 없는 때에는 ...하다.” 식으로 명시하면, 그 규정은 임의규정이다.
2. 규정 스스로 “위반행위는 효력이 없다(무효다).” 또는 “...는 강행규정이다.” 식으로 명시하면, 그 규정은 강행규정이다.
3. 규정 스스로 이 점을 명시하지 않은 경우, 임의규정일 수도 있고 강행규정일 수도 있다. 그 판단은 해석(interpretation)에 맡겨져 있다.

사례 1: 명시한 임의규정

1. 민법 제467조에 따르면, 바이올린을 매매한 경우, 바이올린 인도는 매매계약 당시 바이올린이 있었던 장소에서 해야 한다.
2. 이 규정은 임의규정이다. 즉, 당사자들이 달리 정해도 된다.

민법 제467조(변제의 장소) ① 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 변제장소를 정하지 아니한 때에는 특정물의 인도는 채권성립당시에 그 물건이 있던 장소에서 하여야 한다.

사례 2: 명시한 강행규정

1. 민법 제640조에 따르면, 임대인은 임차인이 임대료 2기분을 연체해야 해지할 수 있으나, 연체액수가 그 미만이면 해지할 수 없다.

민법 제640조(차임연체와 해지) 건물 기타 공작물의 임대차에는 임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 달하는 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다.

2. 이 규정은 강행규정이다. 즉, 당사자들이 “임대료 1기분만 연체해도 해지할 수 있다.”라고 정하면 그 조항은 무효다.

민법 제652조(강행규정) ... 제640조...의 규정[을] 위반하는 약정으로 임차인...에게 불리한 것은 그 효력이 없다.

반대로 “임대료를 12기분을 연체해야 해지할 수 있다.”라고 정하면 이는 유효하다. 위 조항은 임차인에게 불리한 경우만 무효라 하기 때문이다. 한쪽 당사자를 위한 강행규정이라 해서 “편면적 강행규정”이라 한다.

사례 3: 해석상 임의규정

1. 5,000만 원의 A채무(이율 월 2%)와 5,000만 원의 B채무(이율 월 1%) 합계 1억 원 채무를 부담하는 상황에서, 모두 못 갚고 5,000만 원만 갚았다고 하자. 민법 제477조에 따르면, 다른 조건이 같다면, 지급금은 B채무보다 A채무에 먼저 충당한다.

민법 제477조(법정변제충당) 당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 다음 각호의 규정에 따른다.

2. 채무전부의 이행기가 도래하였거나 도래하지 아니한 때에는 채무자에게 변제이익이 많은[예: 이율이 더 높은] 채무[A채무]의 변제에 충당한다.

2. 민법이 위 조항을 임의규정이라 명시하고 있지는 않다. 그러나 규정 취지상 임의규정으로 해석한다.

2001다53349: 변제충당에 관한 민법 제476조[부터] 제479조[까지]의 규정은 임의규정이[다. 그러]므로 변제자(채무자)와 변제수령자(채권자)는 **약정[으로]** 위 각 **규정을 배제**하고 제공된 급[여]를 어느 채무에 어떤 방법으로 충당할 것인가를 결정할 수 있다.]

사례 4: 해석상 강행규정

1. 민법 제639조에 따르면, 임대차기간이 끝났는데도 당사자 사이에 계약해지의사표시가 없는 경우 임대차 관계가 지속한다.

민법 제639조(목시의 갱신) ① 임대차기간이 만료한 후 임차인이 임차물의 사용, 수익을 계속하는 경우에 임대인이 상당한 기간내에 이의를 하지 아니한 때에는 전임대차와 **동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다.** ...

2. 민법이 위 조항을 강행규정이라 명시하고 있지는 않다. 그러나 규정 취지상 강행규정으로 해석한다.

71누8: 민법 제639조[는] ... 기간을 정한 임대차계약인 이상 당사자 간에 그 계약갱신에 관한 특약의 유무를 불문하고 ... 일반적으로 적용되는 **강행규정이라고 해석**하여야 [한다.] ... 이 사건 임야에 관한 임대차계약[에] ... 계약갱신에 관한 **특약이 규정되어 있다 하더라도 민법 제639조가 적용**된[다. 즉, 위 특약은 민법 제639조[를] 위반하는 한도에서 무효다.]

단순단속규정과 효력규정의 구별

문제점

공법상 행정단속을 위해, 어떠한 행위를 하면 안 되고, 위반 시 어떠한 제재를 받게 된다는 법 규정이 있다.

1. 이것은 단순단속규정인가? 즉, 당사자의 행위는 위법하더라도 유효한가?
2. 아니면 효력규정인가? 즉, 당사자의 행위는 위법, 무효인가?

구별기준

2016다259677: 법률행위가 일정한 행위를 금지하는 구체적 법규정[을] 위반하여 행하 여진 경우[를 보자. 그 경우] **법률행위가 무효인가** ... 여부는 ... 다른 경우에서와 같이 **법규정의 해석**에 [따라] 정하여진다.

1. 규정 스스로 “위반행위 효력에는 영향이 없다(유효하다).” 식으로 명시하면, 그 규정은 단순단속규정이다.
2. 규정 스스로 “위반행위는 효력이 없다(무효다).” 식으로 명시하면, 그 규정은 효력규정이다.

2017다228236: 계약 등 법률행위의 당사자에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행 위를 금지하는 법규에서 이를 위반한 법률행위의 **효력을 명시적으로 정하[는] 경우에는 그 규정에 따라** 법률행위의 유, 무효를 판단하면 된다. 법률에서 해당 규정을 위반한 법 률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당 규정이 효력규정이나 강행규정이라고 명시하고 있으면 그러한 규정을 위반한 법률행위는 무효이다.

3. 규정 스스로 이 점을 명시하지 않은 경우, 단순단속규정일 수도 있고 효력규 정일 수도 있다. 그 판단은 해석(interpretation)에 맡겨져 있다.

2016다259677: [금지규정 위반 효력에 관해] **정함이 없는 때에는** 중국적으로 금지규 정의 목적과 의미에 비추어 그에 반하는 법률행위의 무효 기타 효력 제한이 [필요한]지 를 **검토하여** 정[해야 한다].

2008다75119: 특히 금지규정이 이른바 공법에 속하는 것인 경우 [다음을 유념해야 한 다. 즉, 이미] 법이 빈번하게 명문으로 규정하는 **형벌이나 행정적 불이익 등 공법적 제재 [로] 그러한 행위를 압박하고 있다. 그런데 이]것을 넘어서** 그 금지규정이 그러한 입법 자의 침묵 또는 법흡결 [상태에서도] 사법의 영역에까지 그 효력을 미쳐서 [해당] **법률 행위의 효과에도 영향이 있[는가?** 이 점은] 신중하게 판단하여야 한다.

그 판단[을 할 때는, (i)] [해당] 금지규정의 배경이 되는 사회경제적, 윤리적 상황과 그 추이, [(ii)] 금지규정으로 보호되는 당사자 또는 이익, [(iii)] 그리고 반대로 그 규정[으 로] 활동이 제약되는 당사자 또는 이익이 전형적으로 어떠한 성질을 가지는지 [(iv)] 또 그 이익 등이 일반적으로 어떠한 법적 평가를 받는지, [(v)] 금지되는 행위 또는 그에 기 [초]한 재화나 경제적 이익의 변동 등이 어느 만큼 반사회적인지, [(vi)] 금지행위...와 관 련하여 일어나는 재화 또는 경제적 이익의 변동 등이 당사자 또는 제3자에게 가지는 의 미 또는 그들에게 미치는 영향, [(vii)] [해당] 금지행위와 유사하거나 밀접한 관련이 있 는 행위에 대한 법의 태도 [(viii)] 기타 관계 법상황 등[을] 종합적으로 고려[해야] 한다.

사례 1: 명시한 효력규정

1. 부동산 실소유자가 등기 명의만 다른 사람 앞으로 해 두는 것을 부동산명의 신탁이라 한다. 부동산신탁명법 제3조 제1항에 따르면, 부동산명의신탁은 금지 된다. 위반 시 처벌도 받는다.

부동산실명법 제3조(실권리자 명의 등기의무 등) ① 누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 아니 된다.
부동산실명법 제7조(벌칙) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제3조 제1항을 위반한 명의신탁자
2. 이 규정은 효력규정이다. 즉, 부동산명의신탁 계약(약정)은 무효다.
부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ① [부동산]명의신탁약정은 무효로 한다.

사례 2: 해석상 단순단속규정

1. 공인중개사법 제33조에 따르면, 개업공인중개사가 중개의뢰인과 직접 거래 하는 행위는 금지된다. 위반 시 처벌도 받는다.

공인중개사법 제33조(금지행위) ① 개업 공인중개사 등은 다음 각호의 행위를 하여서는 아니 된다. 6. 중개의뢰인과 직접 거래 를 하거나 거래당사자 쌍방을 대리하는 행위
공인중개사법 제48조(벌칙) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다. 3. 제33조 제1항 제5호부터 제9호까지의 규정을 위반한 자
2016다259677: 개업공인중개사 등이 중개의뢰인과 직접 거래를 하는 행위를 금지하는 공인중개사법... 규정 취지는 [무엇일까?] 개업공인중개사 등이 거래상 알게 된 정보 등을 자신의 이익을 꾀하는데 이용하여 중개의뢰인의 이익을 해하는 경우가 있게 될 것 이[다. 그러]므로 이를 방지하여 중개의뢰인을 보호하고자 함에 있[다.]

2. 이 규정 스스로 단순단속규정이라 명시하고 있지는 않다. 그러나 규정 취지 상 단순단속규정으로 해석한다.

2016다259677: 위 규정[을] 위반하여 한 거래행위[효력은 어떤가? 그 행위] 자체가 그 사법상의 효력까지도 부인하지 않으면 안 될 정도로 현저히 반사회성, 반도덕성을 지닌 것이라고 할 수 없[다. 그]뿐만 아니라 그 행위의 사법상의 효력을 부인하여야만 비로소 입법 목적을 달성할 수 있다고 볼 수 없[다.]
[만약] 위 규정을 효력규정으로 보아 이에 위반[된] 거래행위를 일률적으로 무효라고 할 경우 중개의뢰인이 직접 거래임을 알면서도 자신의 이익을 위해 한 거래 등도 단지 직접 거래라는 이유로 그 효력이 부인되어 거래의 안전을 해칠 우려가 있[다. 따라서 위반행 위는 유효 하다.]

사례 3: 해석상 효력규정

1. 농지법 제23조에 따르면, 농지 임대 행위는 금지된다. 위반 시 처벌도 받는다.

농지법 제23조(농지의 임대차 또는 사용대차) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우 외에는 농지를 임대...할 수 없다.
--

농지법 제61조(벌칙) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제23조 제1항을 위반하여 소유 농지를 임대...한 자

2013다79887: 구 농지법이 농지임대를 원칙적으로 금지하는 취지는 [무엇일까? 첫째,] 농지는 농민이 경작 목적으로 이용함으로써 농지로 보전될 수 있도록 [하는 데에 있다. 둘째,] 외부자본이 투기 등 목적으로 농지를 취득할 유인을 제거하여 지가를 안정시킴으로써 농민이 농지를 취득하는 것을 용이하게 하여 궁극적으로 경자유전의 원칙을 실현하려는 데에 있다.

2. 이 규정 스스로 효력규정이란 명시하고 있지는 않다. 그러나 규정 취지상 효력규정으로 해석한다.

2013다79887: 그와 같은 **입법 취지를 달성하기 위해서는** [어떻게 보아야 할까?] 위반 행위에 대하여 형사 처벌을 하는 것과 별도로 농지임대차**계약의 효력 자체를 부정[해야** 한다. 그렇게] 하여 계약 내용에 따른 경제적 이익을 실현하지는 못하도록 [해야 한다.]

증여형 계약
Gift Contract

굶주린 야만인은 나무에서 과일을 따서 그것을 먹는다.
개화된 사회에서는 배고픈 시민은 나무에서 과일을 딴 사람에게서
그것을 산 사람에게서 그것을 산 또 다른 사람에게서 그것을 산다.
- Kahlil Gibran

증여

개념

증여(gift)란, 쉽게 말해 물건을 주는 계약이다. 돈, 부동산, 동산 등은 물론, 저작권 같은 재산도 증여할 수 있다.

민법 제554조(증여의 의의) 증여는 당사자일방[증여자]이 무상으로 재산을 상대방[수증자]에 수여하는 의사를 표시하고 상대방[수증자]이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다.

- 1. 증여자(donor): 주는 사람
- 2. 수증자(donee): 받는 사람
- 3. 목적물(object): 증여 대상(target). 비올라 증여계약이라면, 그 비올라

사례

K는 안 쓰는 비올라 1대를 갖고 있다. K의 친구 E는 그 비올라가 갖고 싶다.

- 1. E는 K에게, 그 비올라의 새 주인이 되고 싶다면서 달라고 했다.
- 2. K는 E에게, 이를 승낙했다.

목적물 인도 없이 말만으로도 비올라 증여계약이 유효하게 성립한다.



효과

- 1. 증여자(K)는, 수증자(E)에게 목적물(위 비올라) 소유권을 이전할 의무를 부담한다.
- 2. 수증자(E)는, 증여자(K)로부터 목적물(위 비올라) 소유권을 이전받을 권리를 취득한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



증여와 소유권

증여계약 순간 곧바로 목적물 소유권이 이전되는 것은 아니다.

- 1. 증여계약은 소유권을 “이전하기로(넘기기로)” 하는 합의일 뿐이다.
- 2. 증여계약은 소유권을 “이전하는(넘기는)” 것 자체가 아니다.

물론 증여계약을 체결한 자리에서 목적물을 바로 건네줄 수도 있다. 그러나 그 때도 법적으로는 증여 합의가 먼저 있고(계약), 그 계약에 따라 물건을 건네주는 것이다(처분). 즉, 2단계 과정이 한꺼번에 일어날 뿐이다.

특징

- 1. 편무계약: 채무자는 증여자(K)뿐이다.
- 2. 무상계약: 법적인 대가가 없다. 즉, 증여자(K)는 공짜로 준다.
- 3. 일시적 계약: 1회의 체결과 이행으로 종료한다.



매매

개념

매매(sale and purchase)란, 물건을 사고파는 계약이다. 돈을 내기로 한 것 빼고는, 증여와 같다.

민법 제563조(매매의 의의) 매매는 당사자일방[매도인]이 재산권을 상대방[매수인]에게 이전할 것을 약정하고 상대방[매수인]이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

- 1. 매도인(seller): 파는 사람
- 2. 매수인(buyer): 사는 사람
- 3. 목적물(object): 매매 대상(target). 바이올린 매매 계약이라면 그 바이올린
- 4. 매매대금(price of purchase and sale; sale price): 매매의 대가인 돈

사례

K는 아끼는 바이올린 1대가 있다. K의 친구 B는 그 바이올린이 갖고 싶다.

- 1. B는 K에게, 그 바이올린의 주인이 되고 싶다면 1,200만 원에 사겠다 했다.
- 2. K는 B에게, 이를 승낙했다.

목적물 인도 없이 말만으로도 바이올린 매매계약이 유효하게 성립한다.



2023다227500: 매매계약은 매도인이 재산을 이전하는 것과 매수인이 대가로서 대금을 지급하는 것에 관하여 쌍방 당사자의 합의가 이루어짐으로써 성립[한다.]

효과(목적물에 관하여)

- 1. 매도인(K)은, 매수인(B)에게 목적물(위 바이올린) 소유권을 이전할 의무를 부담한다.
- 2. 매수인(B)은, 매도인(K)으로부터 목적물(위 바이올린) 소유권을 이전받을 권리를 취득한다.

민법 제568조(매매의 효력) ① 매도인[K]은 매수인[B]에 대하여 매매의 목적이 된 권리 [바이올린 소유권]를 이전하여야 [한다.]

위 1.과 2.는 같은 명제다.



효과(매매대금에 관하여)

- 1. 매도인(K)은, 매수인(B)으로부터 매매대금(1,200만 원)을 지급받을 권리를 취득한다.
- 2. 매수인(B)은, 매도인(K)에게 매매대금(1,200만 원)을 지급할 의무를 부담한다.

민법 제568조(매매의 효력) ① ... 매수인은 매도인에게 그 대금[매매대금]을 지급하여야 한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



매매와 소유권

매매계약 순간 곧바로 목적물 소유권이 이전되는 것은 아니다.

- 1. 매매계약은 소유권을 “이전하기로(넘기기로)” 하는 합의일 뿐이다.
- 2. 매매계약은 소유권을 “이전하는(넘기는)” 것 자체가 아니다.

마찬가지로 매매계약을 하는 순간 매매대금이 지급되는 것은 아니다.

- 1. 매매계약은 매매대금을 “지급하기로” 하는 합의일 뿐이다.
- 2. 매매계약은 매매대금을 “지급하는” 것 자체가 아니다.

역시 즉석에서 매매대금과 목적물을 서로 바로 건네줄 수도 있다. 그러나 그때도 법적으로는 계약과 처분, 즉 2단계 과정이 한꺼번에 일어날 뿐이다.

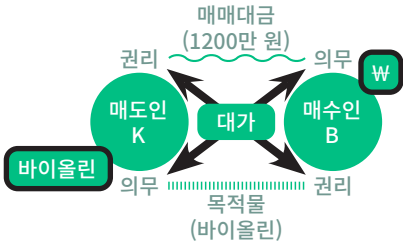
특징

- 1. 쌍무계약: 목적물(위 바이올린)에 관해서는 매도인(K)이 채무자다. 매매대금에 관해서는 매수인(B)이 채무자다. 서로 대가관계에 있다.

-
- 민법 제568조(매매의 효력) ② 전항의 쌍방의무[매도인(K)의 소유권이전의무와 매수인(B)의 대금지급의무]는 특별한 약정이나 관습이 없으면 동시에 이행하여야 한다.
-
- 2. 유상계약: 매도인(K)은 매매대금 취득 대가로 목적물(위 바이올린)을 잃는다. 매수인(B)은 목적물(위 바이올린) 취득 대가로 매매대금을 지출한다. 즉, 공짜로 주는 것이 아니다.

대가 없는 매매는 없다(Sine pretio nulla venditio est; There is no sale without a price).

- 3. 일시적 계약: 1회의 체결과 이행으로 종료한다.



교환

개념 및 사례

교환(contract of exchange)이란, 쉽게 말해 물물교환 계약이다. 대가를 돈이 아니라 상대방 물건으로 받는 것 빼고는, 매매와 같다.

-
- 민법 제596조(교환의 의의) 교환은 당사자 쌍방이 금전 이외의 재산권[비율라 소유권, 노트북컴퓨터 소유권]을 상호 이전할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.
-

교환은 매매와 유사하다(*Permutatio vicina est emptio*); A contract of exchange is akin to a contract of sale).

K는 안 쓰는 비올라 1대가 있다. K의 친구 Y는 그 비올라를 갖고 싶다. Y는 안 쓰는 노트북컴퓨터 1대가 있다. K는 그 노트북컴퓨터를 갖고 싶다.

- 1. Y는 K에게, 그 비올라의 새 주인이 되고 싶으면서 대신 자신의 노트북컴퓨터를 가지라 했다.
- 2. K는 Y에게, 이를 승낙했다.

목적물 인도 없이 말만으로도 비올라-노트북컴퓨터 교환계약이 유효하게 성립한다. K 기준에서,

- 1. 일방(one party): 위 비올라를 넘기는 사람, 즉 K
- 2. 상대방(opposite party): 위 비올라를 받는 사람, 즉 Y
- 3. 목적물(objects): 교환 대상(target), 즉 위 비올라
- 4. 교환대가(cost): 교환의 대가, 즉 위 노트북컴퓨터



효과(목적물에 관하여)

- 1. 일방(K)은, 상대방(Y)에게 목적물(위 비올라) 소유권을 이전할 의무를 부담한다.
- 2. 상대방(Y)은, 일방(K)으로부터 목적물(위 비올라) 소유권을 이전받을 권리를 취득한다.

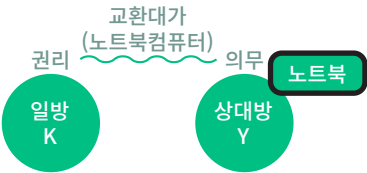
위 1.과 2.는 같은 명제다.



효과(교환대가에 관하여)

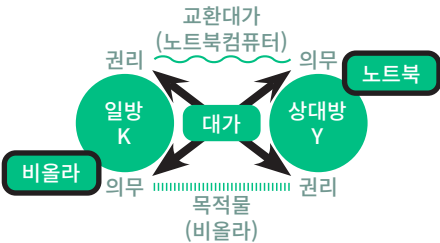
- 1. 일방(K)은, 상대방(Y)으로부터 교환대가(위 노트북컴퓨터)를 지급받을 권리를 취득한다.
- 2. 상대방(Y)은, 일방(K)에게 교환대가(위 노트북컴퓨터)를 지급할 의무를 부담한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



특징

- 1. 쌍무계약: 목적물(위 비올라)에 관해서는 일방(K)이 채무자다. 교환대가(위 노트북컴퓨터)에 관해서는 상대방(Y)이 채무자다. 서로 대가관계에 있다.
- 2. 유상계약: 일방(K)은 교환대가(위 노트북컴퓨터) 취득 대가로 목적물(위 비올라)을 잃는다. 상대방(Y)은 목적물(위 비올라) 취득 대가로 교환대가(위 노트북컴퓨터)를 잃는다. 즉, 공짜로 주는 것이 아니다.
- 3. 일시적 계약: 1회의 체결과 이행으로 종료한다.



정리

증여형 계약

증여계약, 매매계약, 교환계약처럼, 일회적으로 목적물 소유권을 이전하는 형태의 계약을 “증여형 계약”이라 한다.

매매형 계약

증여형 계약 중 매매계약, 교환계약처럼, 대가를 주고받는 형태의 계약을 “매매형 계약”이라 부른다. 즉, 증여형 계약 중 유상계약이다.

	유상계약	무상계약
기본형	-	증여
매매형(금전)	매매	-
매매형(물물)	교환	-

대차형 계약
Loan Contract

너를 만나고, 내 것은 아니나, 내 것이라 여기던 것들이 있었다.
- 임제건

사용대차

개념

사용대차(loan for use)란, 쉽게 말해 공짜로 물건을 빌려주는 계약이다. 즉, 빌려주고 어느 시점에 반환하기로 하는 계약이며, 무상인 계약이다.

무상계약이므로, 차임(임대료)은 요소가 아니다. 즉, 차임(임대료)은 없다.

민법 제609조(사용대차의 의의) 사용대차는 당사자일방[대주]이 상대방[차주]에게 무상으로 사용, 수익하게 하기 위하여 목적물[자동차]을 인도할 것을 약정하고 상대방[차주]은 이를 사용, 수익한 후 그 물건[자동차]을 반환할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

- 1. 대주(lender): 빌려주는 사람
- 2. 차주(borrower): 빌리는 사람
- 3. 목적물(object): 사용대차 대상(target)

“사용대차”는 대주 입장에서는 사용대, 차주 입장에서는 사용차다.

사례

K는 자동차 1대를 보유하고 있다. K의 친구 W는 그 자동차를 며칠 동안 사용하고 싶다.

- 1. W는 K에게, 그 자동차를 며칠 동안 사용하고 싶으니 빌려 달라 했다.
- 2. K는 W에게, 이를 승낙했다.

목적물 인도 없이 말만으로도 자동차 사용대차계약이 유효하게 성립한다.



효과(기간 만료 전 목적물에 관하여)

- 1. 대주(K)는, 차주(W)에게 목적물(위 자동차)을 인도해 사용할 수 있도록 할 의무를 부담한다.
- 2. 차주(W)는, 대주(K)로부터 목적물(위 자동차)을 인도받아 사용할 권리를 취득한다.

민법 제610조(차주의 사용, 수익권) ① 차주[W]는 계약 또는 그 목적물[자동차]의 성질에 [따라] 정하여진 용법으로 이를 사용, 수익하여야 한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



효과(기간 만료 후 목적물에 관하여)

- 1. 대주(K)는, 차주(W)로부터 목적물(위 자동차)을 반환받을 권리가 있다.
- 2. 차주(W)는, 대주(K)에게 목적물(위 자동차)을 반환할 의무가 있다.

민법 제613조(차용물의 반환시기) ① 차주[W]는 약정시기에 차용물[자동차]을 반환하여야 한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



사용대차와 소유권

사용대차는 주는 것이 아니라 빌려주는 것이다. 소유권은 여전히 대주에게 있다. 사용대차는, 소비대차와 달리, 빌린 바로 그 물건을 반환하여야 한다(*In eo autem ab eo mutuo differt, quod isdem res redditur*; It differs from a loan for consumption in that the very same thing must be returned). 사용으로 소모되는 물건은 사용대차의 목적물이 될 수 없다(*Non potest commodari id quod usu consumitur*; A thing that is consumed by use cannot be loaned for use).

특징

- 1. 편무계약: 목적물(위 자동차)을 인도, 사용하게 할 의무자는 대주(K)뿐이다.
- 2. 무상계약: 대주(K)는 빌려주는 것에 대가를 받지 않는다.

사용대차는 무상이어야 하므로, 보수를 약정하면 사용대차가 아니라 임대차가 된다(*Mercede enim constituta incipit locatio et conductio esse. Gratuitum enim debet esse commodatum*; Once payment has been agreed upon, the transaction becomes leasing and hiring, for a loan for use must be gratuitous).

3. 계속적 계약: 사용대차 기간(term)은 계약의 필수요소다. 목적물을 빌려주자마자 바로 반환받는다라는 것은 무의미하기 때문이다.



기간은 당사자들이 정할 수도 있고, 정하지 않을 수도 있다. 당사자들이 정한 기간을 약정기간(set period)이라 한다. 그러나 당사자들이 기간을 정하지 않더라도, 사용대차가 계속적 계약인 이상 기간 요소는 당연히 존재한다.

민법 제613조(차용물의 반환시기) ② 시기의 약정이 없는 경우에는 차주[W]는 계약 또는 목적물[자동차]의 성질에 [따른] 사용, 수익이 종료한 때에 반환하여야 한다. ...

임대차

개념

임대차(lease)란, 쉽게 말해 돈 받고 물건을 빌려주는 계약이다. 즉, 빌려주고 어느 시점에 반환하기로 하는 계약이며, 유상인 계약이다. 유상이라는 점 빼고는, 사용대차와 같다.

민법 제618조(임대차의 의의) 임대차는 당사자일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

- 1. 임대인(lessor): 빌려주는 사람
 - 2. 임차인(lessee): 빌리는 사람
 - 3. 목적물(object): 임대차 대상(target). 주택 임대차 계약이라면 그 주택
 - 4. 차임(rental fee; rent): 임대차의 대가인 돈. 예를 들어, 월 임대료
- “임대차”는 임대인 입장에서는 임대, 임차인 입장에서는 임차다.

사례

K는 주택 1채를 보유하고 있다. Z는 그 주택을 몇 년 동안 사용하고 싶다.

- 1. Z는 K에게, 그 주택을 몇 년 동안 사용하고 싶으니 얼마에 빌려 달라 했다.
- 2. K는 Z에게, 이를 승낙했다.

목적물 인도 없이 말만으로도 주택 임대차계약이 유효하게 성립한다.



부동산을 빌리는 것만 임대차가 아니다. 자동차, 책 등도 목적물이 될 수 있다.

차임

여기서 “얼마”에 해당하는 돈이 바로 차임(rent)이다.

임대차는 무상으로 체결할 수 없다(*Donationis causa contrahi locatio non potest*; A contract of hire cannot be concluded gratuitously).

차임 지급 방식은 다양하다. 즉, 목적물을 빌리면서 금전적 대가를 지급하는 방식에는 제한이 없다.

- 1. 정기적으로 고정금을 지급할 수도 있다(periodical fixed rent).

예: 매월 300만 원

- 2. 정기적으로 변동금을 지급할 수도 있다(periodical floating rent).

예: 매월 매출액의 15%

- 3. 일시금으로 지급할 수도 있다(lump sum).

예: 2년 임차 대가로 6,000만 원

- 4. 이자만큼의 이익을 귀속시키는 방식도 가능하다. 이것이 바로 보증금 방식이다(security deposit). 차임 액수는 보증금 자체가 아니라, 보증금을 이자 없이 사용하는 이익(= 이자 상당액)이 된다.

예: 3억 원을 주었다가 2년 후 3억 원 그대로 돌려받기. 이때 차임은, 보증금 3억 원에 대한 2년 동안의 이자 상당액이다.

- 5. 위 방법들을 적절히 혼합할 수도 있다.

예: (i) 1억 원을 주었다가 2년 후 그대로 돌려받고, 추가로 (ii) 매월 매출액의 15%를 지급하되, (iii) 만약 월 매출액의 15%가 150만 원보다 적은 달이 있으면 그달은 고정금 150만 원을 지급하기

효과(기간 만료 전 목적물에 관하여)

- 1. 임대인(K)은, 임차인(Z)에게 목적물(위 주택)을 인도해 사용할 수 있도록 할 의무를 부담한다.
- 2. 임차인(Z)은, 임대인(K)로부터 목적물(위 주택)을 인도받아 사용할 권리를 취득한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



효과(기간 만료 전 차임에 관하여)

- 1. 임대인(K)은, 임차인(Z)으로부터 차임(임대료)을 지급받을 권리를 취득한다.
- 2. 임차인(Z)은, 임대인(K)에게 차임(임대료)을 지급할 의무를 부담한다.

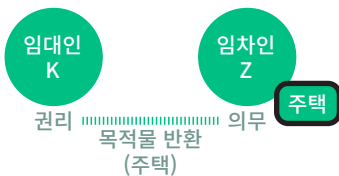
위 1.과 2.는 같은 명제다.



효과(기간 만료 후 목적물에 관하여)

- 1. 임대인(K)은, 임차인(Z)으로부터 목적물(위 주택)을 반환받을 권리가 있다.
- 2. 임차인(Z)은, 임대인(K)에게 목적물(위 주택)을 반환할 의무가 있다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



임대차보증금

임대차계약은 계속적 계약이므로, 임대차 계약을 체결할 때 임대인(K)은 다음 이 불안하다.

- 1. 임차인(Z)이 과연 차임을 제대로 낼 것인가? 특히 월 임대료처럼 정기적으로 차임을 지급하는 방식에서는, 임대인(K)은 항상 이 점이 걱정이다.
- 2. 임차인(Z)이 과연 목적물을 소중히 다룰 것인가? 혹시라도 임차인(Z)이 목적물을 훼손하면 어쩌나?
- 3. 임차인(Z)이 과연 기간 만료 후 목적물을 제때 반환할 것인가?

물론, 임대인(K)은 임차인(Z)이 차임을 연체하면 차임지급을 청구할 수 있고, 목적물을 훼손하면 손해배상을 청구할 수 있으며, 목적물을 반환하지 않으면 목적물의 인도를 청구할 수 있다. 그러나 소송절차나 강제집행절차는 시간이 걸리고, 불확실하며, 번거롭다.

그래서 임대인(K)은 기간 개시 시점에 미리 임차인(Z)으로부터 거액의 돈, 즉 보증금(security deposit)을 받기도 한다. 무사히 임대차가 종료하면, 임대인(K)은 임차인(Z)에게 보증금을 그대로 반환하면 된다.



문제 발생 시 임대차보증금 처리

만약 무언가 문제가 생긴 채 임대차가 종료하면, 다음과 같이 처리한다.

- 1. 임차인(Z)이 차임을 연체했다면, 임대인(K)이 반환할 보증금 액수는 연체액 수만큼 줄인다.
- 2. 임차인(Z)이 목적물을 훼손했다면, 임대인(K)이 반환할 보증금 액수는 손해 배상 받을 액수만큼 줄인다.

위 1.과 2.처럼 보증금 반환 금액이 줄어드는 것을 공제(deduction)라 한다.

2016다277880: 임대차보증금은 임대차계약 종료 후 목적물을 임대인[K]에게 인도할 때까지 임대차에 따라 발생하는 임차인[Z]의 모든 채무[차임지급채무, 목적물 훼손에 따른 손해배상채무 등]를 담보[한다. 그러]므로, 그 피담보채무 상당액은 임대차 관계 종료 후 목적물이 반환될 때 별도의 의사표시 없이 임대차보증금에서 당연히 공제되는 것이 원칙이다.

- 3. 임차인(Z)이 목적물을 반환하지 않으면, 이에 대응해 임대인(K)도 보증금을 반환하지 않아도 된다. 임차인(Z)은 거액의 보증금을 어서 반환받고 싶기 때문에, 임대인(K)에게 목적물을 신속히 반환할 것이다.

임차인(Z)의 목적물반환 의무와 임대인(K)의 보증금반환 의무가 서로 대가관계에 있지는 않다. 동시이행 관계라는 규정도 없다. 그러나 해석(interpretation)을 통해 동시이행 관계를 인정한다. 왜? 그래야 공평(equitable)하기 때문이다.

2016다244224: 임대차가 종료함에 따라 발생한 임차인[Z]의 목적물 반환의무와 임대인[K]의 보증금 반환의무는 동시이행관계에 있다.

임대차와 목적물 소유권

사용대차와 마찬가지로, 임대차도 주는 것이 아니라 빌려주는 것이다. 목적물(위 주택) 소유권은 여전히 임대인(K)에게 있다.

일반적으로 임대차는 소유권을 변경하지 않는다(Non solet locatio dominium mutare; A lease does not ordinarily alter ownership).

임대차와 차임(돈) 소유권

차임을 실제로 지급하면 그 돈은 임대인(K) 소유가 된다. 그렇지만,

- 1. 임대차계약은 차임을 “지급하기로” 하는 합의일 뿐이다.
- 2. 임대차계약은 차임을 “지급하는” 것 자체가 아니다.

2004다69741: 임대차는 당사자 일방[임대인 K]이 상대방[임차인 Z]에게 목적물[주택]을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방[임차인 Z]이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 발생하는 **채권계약**이다.]

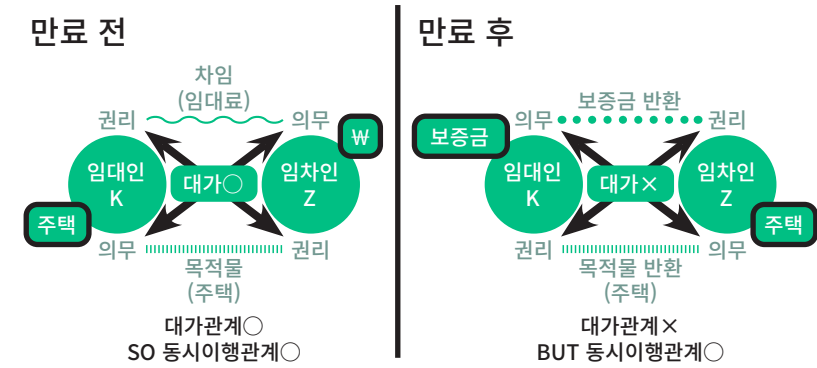
물론, 즉석에서 차임이나 목적물을 건네줄 수도 있다. 그러나 그때도 법적으로는 계약과 처분, 즉 2단계 과정이 한꺼번에 일어날 뿐이다.

특징

- 1. 쌍무계약: 목적물(위 주택)을 인도, 사용하게 할 임대인(K)의 채무가 있다. 차임(임대료)을 지급할 임차인(Z)의 채무가 있다. 서로 대가관계에 있다.
- 2. 유상계약: 임대인(K)은 차임 취득 대가로 일정기간 목적물(위 주택)을 스스로 사용, 수익할 수 없다. 임차인(Z)은 일정기간 목적물(위 주택) 사용, 수익 대가로 차임을 지출한다. 즉, 공짜로 빌리는 것이 아니다.
- 3. 계속적 계약: 사용대차와 마찬가지로, 임대차 기간(term)은 필수요소다.

민법 제623조(임대인의 의무) 임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 **계약존속중** 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담한다.

민법 제635조(기간의 약정없는 임대차의 해지통고) ① 임대차기간의 약정이 없는 때에는 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있다.



임차인 보호

- 1. 법적으로 계약은 양 당사자가 대등한 지위에서 체결한다.
- 2. 그러나 실제로는 임대차계약에서 임차인이 취약한 지위에 놓인 경우가 많다.
- 3. 그래서 임차인을 보호하기 위한 장치들이 많이 있다.

주택임대차법 제2조(적용 범위) 이 법은 ... 주택...의 임대차에 관하여 적용한다. ...

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

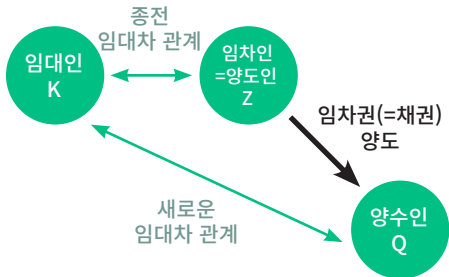
주택임대차법 제3조의2(보증금의 회수) ② 제3조 제1항...의 대항요건(對抗要件)과 임대차계약증서...상의 확정일자(確定日字)를 갖춘 임차인[Z]은 「민사집행법」에 따른 경매...를 할 때에 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금(換價代金)에서 ... 우선하여 보증금을 변제(辨濟)받을 권리가 있다.

주택임대차법 제10조(강행규정) 이 법에 위반된 약정(約定)으로서 임차인에게 불리한 것은 그 효력이 없다.

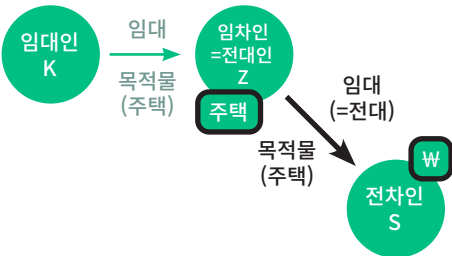
지금 단계에서는 100% 이해할 수 없다. 이런 것이 있다는 것을 아는 정도만으로도 의미가 있다. 상세히는 곧 배운다.

임차권 양도와 전대차

1. 임차권 양도: 임차인(Z)이 임차권이라는 권리(채권)를 제3자에게 양도



2. 전대차: 임차인(Z)이 목적물(위 주택)을 제3자(S)에게 임대



임차권 양도나 전대차가 있으면 임대인(K)은 당황할 수 있다. 그래서 임대인(K) 동의가 필요하도록 했다.

민법 제629조(임차권의 양도, 전대의 제한) ① 임차인[Z]은 임대인[K]의 동의 없이 그 권리[임차권]를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다.

소비대차

개념

소비대차(loan for consumption)도 물건을 주었다가 돌려받기로 하는 계약 중 하나다. 다만, 주었던 물건 그 자체가 아니라, 같은 종류의 다른 물건을 같은 양으로 돌려받는다. 대체물을 소비 후 어느 시점에 반환하기로 하는 계약이다.

대체물(fungible property)이란, 돈, 쌀, 술과 같이 물건의 개성이 중요하지 않고, 같은 종류, 품질, 수량인 이상 다른 물건으로 바꾸어도 상관없는 물건이다. 반대말은 부대체물(non-fungible property)이다. 소비대차의 목적물은 어차피 소비할 대상이라 물건 자체보다 액수에 초점이 있다.

민법 제598조(소비대차의 의의) 소비대차는 당사자일방[대주]이 금전 기타 대체물[목적물]의 소유권을 상대방[차주]에게 이전할 것을 약정하고 상대방[차주]은 그와 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

1. 대주(lender): 빌려주는 사람
2. 차주(borrower): 빌리는 사람
3. 목적물(object) 또는 원본(principal): 소비대차 대상(target). 예를 들어, 3,000만 원 금전 소비대차 계약이라면 3,000만 원.

소비대차는 무게, 수량 또는 용량으로 정하는 물건에 성립한다. 왜냐하면 그런 물건은 동일한 물건 자체가 아니라 같은 종류의 물건으로 변제받을 수 있으므로, 이를 교부함으로써 신용공여의 대상이 될 수 있기 때문이다(*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie*; A loan for consumption consists in things determined by weight, number, or measure, because by delivering such things credit can be extended, since the obligation is discharged by things of the same kind rather than by the identical thing itself).

4. 이자(interest): 소비대차의 대가인 돈. 예를 들어, 소비대차 기간 매월 30만 원을 지급하기로 할 수 있다.

이자 는 있을 수도 있고 없을 수도 있다.

사례

K는 돈이 많다. F는 돈이 필요하다.

1. F는 K에게, 3,000만 원을 2개월 동안 사용하고 싶으니 빌려 달라 했다.
2. K는 F에게, 이를 승낙했다.

목적물 인도 없이 말만으로도 3,000만 원 소비대차계약이 유효하게 성립한다.



종류

이자(interest)란, 소비대차 목적물의 사용 대가다. 금전 소비대차라면, 이자란 돈을 사용한 대가다. 소비대차는 이자가 붙는지에 따라 다음과 같이 구별한다.

- 1. 유상소비대차(interest-bearing loan for consumption): 이자(interest) 있는 소비대차. 소비대차 기간(F)가 대주(K)에게 이자로 매월 30만 원 (= 원본 3,000만 원에 대한 1%)씩 지급하기로 한 경우를 생각하자.

쌀 10말(원본)을 빌려주고 1년 후 쌀 1말(이자)을 붙여 쌀 11말(원본+이자)을 돌려주기로 한 것도 유상소비대차에 해당한다. 이자를 반드시 기간과 원본 액수에 비례하도록 정할 필요도 없다.

- 2. 무상소비대차(interest-free loan for consumption): 이자 없는 소비대차

효과(기간 만료 전 목적물에 관하여)

- 1. 대주(K)는, 차주(F)에게 목적물(3,000만 원)을 줄 의무를 부담한다.
- 2. 차주(F)는, 대주(K)로부터 목적물(3,000만 원)을 받을 권리를 취득한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



효과(이자 있는 소비대차 경우 기간 만료 전 이자에 관하여)

- 1. 대주(K)는, 차주(F)로부터 이자를 지급받을 권리를 취득한다.
- 2. 차주(F)는, 대주(K)에게 이자를 지급할 의무를 부담한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



효과(기간 만료 후 목적물에 관하여)

- 1. 대주(K)는, 차주(F)로부터 목적물(3,000만 원)을 반환받을 권리가 있다.
- 2. 차주(F)는, 대주(K)에게 목적물(3,000만 원)을 반환할 의무가 있다.

민법 제603조(반환시기) ① 차주[F]는 약정시기에 차용물과 같은 종류, 품질 및 수량의 물건[3,000만 원]을 반환하여야 한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



소비대차와 소유권

- 1. 편의상 소비대차를 “빌려준다”고 말한다. 그러나 목적물은 대체물이므로, 차주(F)가 받는 순간 차주(F)에게 소유권(ownership)이 넘어간다.
- 2. 즉, 3,000만 원을 받은 차주(F)는 그 돈 소유자다. 차주(F)는 그 돈을 소비(consumption)해도 된다.
- 3. 약속한 때가 되어 차주(F)가 대주(K)에게 반환하는 돈은 처음에 빌렸던 그 3,000만 원이 아니다. 액수는 같지만, 물리적으로 다르다.

소비대차는 내 것이 네 것이 되는 데에서 그 이름이 유래했다(*Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit*; A loan for consumption is so called because what was mine becomes yours).

누구도 같은 강에 두 번 들어갈 수 없다(*οὐκ ἂν ἐμβαίης δις εἰς τὸν αὐτὸν ποταμόν*; You could not step into the same river twice).

무상소비대차(이자 없는 소비대차)의 특징

- 1. 편무계약: 목적물(3,000만 원) 소유권을 넘겨 소비할 수 있도록 할 의무자는 대주(K)뿐이다.
- 2. 무상계약: 대주(K)는 빌려주는 것에 대가를 받지 않는다.
- 3. 계속적 계약: 사용대차, 임대차와 마찬가지로, 소비대차 기간(term)은 필수 요소다.

민법 제603조(반환시기) ① 차주[F]는 약정시기에 차용물과 같은 종류, 품질 및 수량의 물건[3,000만 원]을 반환하여야 한다.

② 반환시기의 약정이 없는 때에는 대주[K]는 상당한 기간을 정하여 반환을 최고하여야 한다. 그러나 차주[F]는 언제든지 반환할 수 있다.

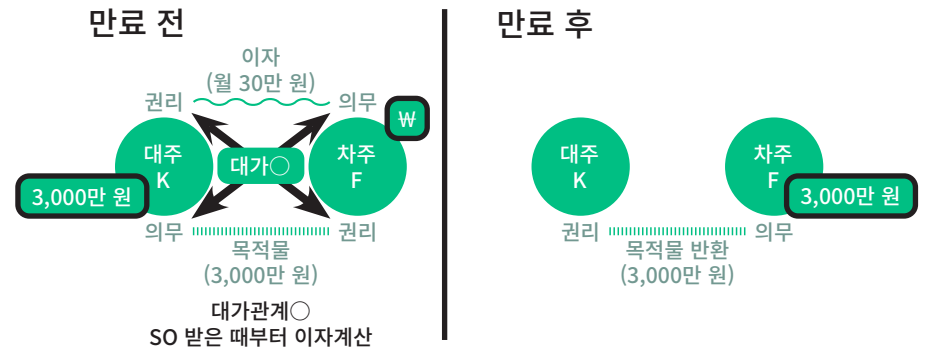


유상소비대차(이자 있는 소비대차)의 특징

- 1. 쌍무계약: 목적물(3,000만 원) 소유권을 넘겨 소비할 수 있도록 할 대주(K)의 채무가 있다. 이자(월 30만 원씩)를 지급할 차주(F)의 채무가 있다. 서로 대가관계에 있다.

민법 제600조(이자계산의 시기) 이자 있는 소비대차는 차주(F)가 목적물[3,000만 원]의 인도를 받은 때로부터 이자를 계산하여야 ... 한다.

- 2. 유상계약: 대주(K)는 이자 취득 대가로 일정기간 목적물(3,000만 원)만큼 재산을 상실한다. 차주(F)는 일정기간 목적물(3,000만 원)을 소비할 수 있는 대가로 이자를 지출한다. 즉, 공짜로 빌리는 것이 아니다.
- 3. 계속적 계약: 사용대차, 임대차, 무상소비대차와 마찬가지로, 유상소비대차 기간(term)은 필수요소다.



	본질	기간 만료 전	기간 만료 후
사용대차	대차형(사용형) 무상계약	목적물 사용권: 차주	목적물 반환 청구권: 대주
임대차	대차형(사용형) 유상계약	목적물 사용권: 임대인 차임 청구권: 임대인	목적물 반환 청구권: 임대인 보증금 반환 청구권: 임차인
이자 없는 소비대차	대차형(소비형) 무상계약	목적물 사용권: 차주	목적물 반환 청구권: 대주
이자 있는 소비대차	대차형(소비형) 유상계약	목적물 사용권: 차주 이자 청구권: 대주	목적물 반환 청구권: 대주

차주 보호

- 1. 법적으로 계약은 양 당사자가 대등한 지위에서 체결한다.
- 2. 그러나 실제로는 소비대차계약에서 차주가 취약한 지위에 놓인 경우가 많다.
- 3. 그래서 차주를 보호하기 위한 장치들이 많이 있다.

민법 제607조(대물반환의 예약) 차용물의 반환에 관하여 차주[F]가 차용물[을] 갈음하여 다른 재산을 권을 이전할 것을 예약한 경우에는 그 재산의 예약당시의 가액이 차용액[3,000만 원] 및 이에 붙인 이자[60만 원 = 30만 원 × 2개월]의 합산액을 넘지 못한다.

민법 제608조(차주에 불이익한 약정의 금지) 전 2조의 규정[을] 위반한 당사자[K 및 F]의 약정으로서 차주[F]에 불리한 것은 ... 여하한 명목이라도 그 효력이 없다.

역시 지금 단계에서는 100% 이해할 수 없다. 이런 것이 있다는 것을 아는 정도만으로도 의미가 있다. 상세히는 곧 배운다.

정리

대차형 계약

사용대차계약, 임대차계약, 소비대차계약처럼, 일정 기간 계속적으로 물건이나 가치를 이용하게 하는 형태의 계약을 “대차형 계약”이라 한다.

사용형과 소비형

- 1. 대차형 계약 중 사용대차, 임대차는 “사용형”이다.
- 2. 대차형 계약 중 소비대차는 “소비형”이다.

	유상계약	무상계약
부대체물 (사용형)	임대차	사용대차
대체물 (소비형)	이자 있는 소비대차	이자 없는 소비대차

임차인 보호

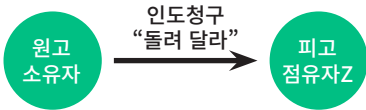
Protecting the Lessee

현상은 복잡하지만, 본질은 단순하다.
- Aristotle

머리에

공통 사실관계

- 1. Z는 어떤 물건을 점유, 사용하고 있다.
- 2. 그런데 어느 날 물건(목적물) 소유자가 점유자(Z)를 상대로, “왜 내 물건을 점유, 사용하고 있냐?”라고 따진다.
- 3. 결국, 소유자가 점유자(Z)를 상대로, 목적물반환(인도)청구의 소를 제기했다.



공통 전제사실

- 1. 소송에서 당사자들의 주장사실은 모두 법관에게 확신을 줄 만큼 증명되었다.
- 2. 명시적으로 제시한 사유 외에는 달리 특별한 사정은 없다.

문제점

- 1. 점유자는 반환을 요구할 수 있는가? 즉, 점유자(Z)는 반환 의무가 있는가?
- 2. 판단의 법적 근거는?

제1강 민사구조론 중 “공격방어방법”을 머릿속으로 잠시 되새겨 보라.

점유자와 무관한 사람이 원고(소유자)일 경우

개별 사실관계

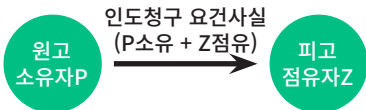
소유자(P)는 점유자(Z)와 아무런 관계도 없던 사람이다.

소유자(P)의 청구원인

원고(P)는 다음과 같이 주장한다: “원고(P) 소유 물건을 피고(Z)가 점유하고 있다. 따라서 피고(Z)는 원고(P)에게 목적물을 반환해야 한다.”

민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자[P]는 그 소유에 속한 물건[주택]을 점유한 자 [Z]에 대하여 반환을 청구할 수 있다. ...

- 1. 요건사실: 원고(P)의 목적물 소유 + 피고(Z)의 목적물 점유



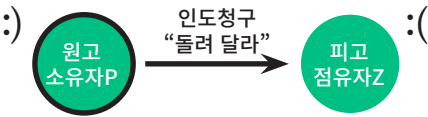
이러한 청구원인을 “소유권에 근거한 반환 청구”라 한다. 제4강 물권법 기초에서 볼 것이다.

- 2. 위 요건사실만 인정되어도 원칙적으로 원고(P)의 청구는 인용될 수 있다. 원래 물건 소유자는 그 자체로 물건 점유자를 상대로 물건 반환(인도)을 구할 수 있기 때문이다.
- 3. 소결: 원고(P) 주장은 이유 있다.

결론: 피고(점유자)는 대항 불가

점유자(Z)는, 소유자(P)에 대한 관계에서, 특별히 대항할 사유가 없다.

- 1. 원고(P) 청구 인용



- 2. 즉, 피고(Z)는 원고(P)에게 목적물을 반환(인도)해야 한다.

점유자에게 목적물을 임대한 사람이 원고(소유자)일 경우

개별 사실관계

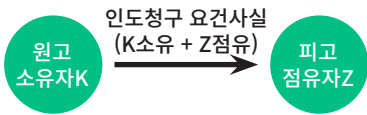
- 1. 소유자(K)는 점유자(Z)에게 목적물을 임대한 사람이다.
- 2. 임대차 관계는 변론 종결 시까지도 계속 존속 중이다. 즉, 임대차 기간 중이다.

소유자(K)의 청구원인

원고(K)는 다음과 같이 주장한다: “원고(K) 소유 물건을 피고(Z)가 점유하고 있다. 따라서 피고(Z)는 원고(K)에게 목적물을 반환해야 한다.”

민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자[K]는 그 소유에 속한 물건[주택]을 점유한 자 [Z]에 대하여 반환을 청구할 수 있다. ...

- 1. 요건사실: 원고(K)의 목적물 소유 + 피고(Z)의 목적물 점유



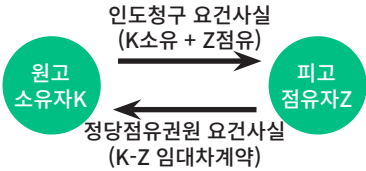
- 2. 소결: “원칙적으로” 원고(K) 주장은 이유 있다.

점유자(Z)의 항변

피고(Z)는 다음과 같이 항변한다: “그건 맞다. 그러나 피고(Z)는 원고(K)와 임대차계약을 체결한 임차권자라서, 정당한 점유권원이 있다. 따라서 피고(Z)는 원고(K)에게 목적물을 반환할 의무가 없다.”

민법 제213조(소유물반환청구권) ... 그러나 점유자[Z]가 그 물건[주택]을 **점유할 권리**가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

1. 요건사실: 피고(Z)와 원고(K) 간 임대차계약 체결



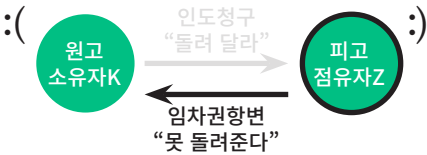
이러한 항변을 넓게 “정당점유권원 존재 항변”, 좁게 “임차권 항변”이라 한다.

- 2. 원고(K)의 청구원인 사실은 증명 필요 없이 인정된다. 왜냐하면, 항변은 청구원인 사실에 대한 자백을 포함하기 때문이다.
- 3. 피고(Z)와 원고(K) 간 임대차계약의 존재는 유효한 항변사유가 된다. 임차권은 목적물을 점유, 사용하는 것을 내용으로 하는 권리기 때문이다. 즉, 임차권은 반환을 거부할 수 있는 정당점유권원이 된다.
- 4. 항변사실의 증명책임은 피고(Z)에게 있다. 즉, 임대차계약 체결 사실은 피고(Z)가 본증으로 증명해야 한다. 그런데 증명은 이루어졌다.
- 5. 소결: 결국, 피고(Z) 항변은 이유 있다. 즉, 원고(K) 주장은 이유 없다.

결론

임차인(Z)은, 임대인(K)에 대한 관계에서, 임차권을 주장할 수 있다. 즉, 임차권으로 대항할 수 있다.

1. 원고(K) 청구 기각



2. 즉, 피고(Z)는 원고(K)에게 목적물을 반환(인도)할 의무가 없다.

임대인으로부터 목적물을 매수한 사람이 원고(소유자)일 경우

개별 사실관계

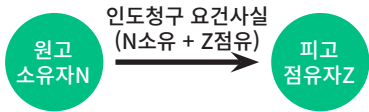
- 1. 임대인(K)이 점유자(Z)에게 목적물을 임대했다.
- 2. 소유자(N)는 임대인(K)으로부터 목적물을 매수해 소유권이전등기를 마치면서 소유권을 취득한 사람이다.
- 3. 그와 별개로, 임대인(K)과 점유자(Z) 간 임대차 관계는 변론 종결 시까지도 계속 존속 중이다. 즉, 임대차 기간 중이다.

소유자(N)의 청구원인

원고(N)는 다음과 같이 주장한다: “원고(N) 소유 물건을 피고(Z)가 점유하고 있다. 따라서 피고(Z)는 원고(N)에게 목적물을 반환해야 한다.”

민법 제213조(소유물반환청구권) **소유자[N]**는 그 소유에 속한 물건[주택]을 **점유한 자 [Z]에 대하여** 반환을 청구할 수 있다. ...

- 1. 요건사실: 원고(N)의 목적물 소유 + 피고(Z)의 목적물 점유



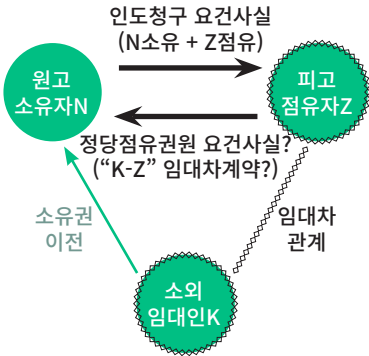
- 2. 소결: “원칙적으로” 원고(N) 주장은 이유 있다.

점유자(Z)의 주장

피고(Z)는 다음과 같이 주장한다: “그건 맞다. 그러나 피고(Z)는 임대인(K)과 임대차계약을 체결한 임차권자라서, 정당한 점유권원이 있다. 따라서 피고(Z)는 원고(N)에게 목적물을 반환할 의무가 없다.”

민법 제213조(소유물반환청구권) ... 그러나 점유자[Z]가 그 물건[주택]을 **점유할 권리 가 있는 때에는** 반환을 거부할 수 있다.

- 1. 피고(Z)의 위 주장은 주장 자체로 유효한 항변이 될 수 없다.



- 2. 왜냐하면, 피고(Z)가 임대인(K)과 임대차계약을 체결한 것은, 원고(N)와는 아무 관계가 없는 일이기 때문이다. 피고(Z)는 자신의 임차권을 오직 임대인 (K)에게만 주장할 수 있을 뿐, 원고(N)에게는 주장할 수 없다.

임차권은 “채권”, 즉 사람(임대인 K)에 대한 권리(*in personam*; against a person)라는 점을 잊지 말자. 채권은 원래 대세효가 없다.

2004다69741: ...임대차[는]... **채권계약**[인 것이] 기본적인 성질[이다.]

- 3. 피고(Z)가 원고(N)와는 직접 임대차계약을 체결한 적도 없다.
- 4. 어느 모로 보나, 앞서 본 “점유자(Z)와 무관한 사람이 원고(소유자)”인 상황과 똑같다.
- 5. 소결: 결국, 피고(Z) 주장은 이유 없다.

결론

임차인(Z)은, 새 소유자(N)에 대한 관계에서는, 임차권을 주장할 수 없다. 즉, 임차권으로 대항할 수 없다.

- 1. 원고(N) 청구 인용



- 2. 즉, 피고(Z)는 원고(N)에게 목적물을 반환(인도)해야 한다.

임대인(K)이 소유자인 시절 임차인(Z)은 임차권으로 대항할 수 있었다. 그러다가 임대인(K)이 목적물을 매도한 결과, 임차인(Z)이 더는 임차권으로 대항할 수 없게 되었다. 이러한 원리를 “매매는 임대차를 깨뜨린다(*emptio tollit locatum*; the purchase removes the lease).”라고 표현한다.

임차인 보호

문제점

- 1. 위와 같은 법원리를 언제나 예외 없이 적용하면, 임차인 입장에서 부당한 경우가 생길 수 있다.
- 2. 반대로, 위와 같은 법원리를 무시하면서 임차인만 보호하면, 오히려 목적물의 새 소유자와 같은 이해관계인이 예상하지 못한 손해를 입게 될 수 있다.

대책

그래서 법은 임차인 보호 규정을 두되, 일정 조건들을 충족해야 임차인을 보호해 주는 식으로 절충하고 있다. 예를 들어,

- 1. 목적물에 임차권등기 시, 민법상 부동산임차인(real property lessee) 보호
- 2. 지상 건물에 소유권등기 시, 민법상 토지임차인(land lessee) 보호
- 3. 인도 및 전입신고시, 주택임대차법의 주택임차인(housing lessee) 보호

이러한 예외를 “매매가 임대차를 깨뜨리지 못한다(*emptio non tollit locatum*; the purchase does not remove the lease).”라고 표현한다.

분석

공통적으로 등기, 전입신고와 같이 제3자에 대한 공시(public notice)를 요구한다. 외부에서도 임대차의 존재를 알 수 있게 되었다면, 그 후 목적물과 관련해 이해관계를 맺게 된 자를 보호할 필요는 상대적으로 낮다는 취지다. 살펴보자.

민법상 부동산임차인 보호 규정: 목적물에 임차권등기

개요

민법은 부동산임차인(real property lessee)을 보호하는 규정을 두었다.

부동산이란, 쉽게 말해 건물(building) 또는 토지(land)다.

- 1. 임대차목적물(부동산) 자체에 임차권등기가 이루어지면,
- 2. 임차인은 제3자에 대한 대항력을 취득한다.

부동산 임차권등기

장무자(J)가 임차희(L)에게 건물을 임대했다.

- 1. 부동산등기부에는 부동산임차권을 등기(registration)할 수 있다. 이렇게 설정한 부동산등기를 임차권등기(lease registration)라 한다.

부동산등기법 제3조(등기할 수 있는 권리 등) 등기는 부동산의 표시(表示)와 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 권리의 보존, 이전, 설정, 변경, 처분의 제한 또는 소멸에 대하여 한다.

- 1. 소유권(所有權)
- 5. 저당권(抵當權)
- 8. 임차권(賃借權)

부동산등기법 제74조(임차권 등의 등기사항) 등기관이 임차권 설정 또는 임차물 전대(轉賃)의 등기를 할 때에는 ... 다음 각호의 사항을 기록하여야 한다. ...

- 1. 차임(借賃)
- 4. 존속기간 ...
- 5. 임차보증금

등기사항전부증명서(말소사항 포함)

- 건물 -

등기고유번호 1101-2018-123456



[건물] 서울특별시 관악구 신림동 99-8

【 표 제 부 】 (건물의 표시)				
표시번호	접 수	소재지번 및 건물번호	건 물 내 역	등기원인 및 기타사항
1	2018년4월19일	서울특별시 관악구 신림동 99-8 [도로명주소] 서울특별시 관악구 노루로 231-2	시멘트블럭조 시멘트기와지붕 단층주택 85㎡	

【 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	2018년4월19일 제549호		소유자 장무자 810129-***** 서울특별시 관악구 노루로 231-2(신림동)
【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
3	주택임차권설정	2022년7월6일 제891호	2022년6월28일 설정계약	임차보증금 금50,000,000원 차 임 월 금2,000,000원 차임지급시기 매월 말일 범 위 주택 중 도면표시 ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㄱ을 순차적으로 연결한 통쪽 (가)부분 28㎡ 전부(102호) 존속기간 2022년 7월 6일부터 2024년 7월 5일까지 주민등록일자 2022년 7월 3일 점유개시일자 2022년 6월 29일 확정일자 2022년 7월 3일 임차권자 임차회 901020-***** 서울특별시 관악구 노루로 231-2, 102호(신림동) 도면 제2022-999호
-- 이 하 여 백 --				

2. 임차권등기를 하려면, 부동산임차인(L)과 부동산임대인(J)이 등기소에 공동으로 신청하면 된다. 이때, 부동산임대인(J)은 아무리 싫더라도, 부동산임차인(L)이 원하면 등기절차에 협력해야 한다. 이것은 법적 의무다.

부동산등기법 제23조(등기신청인) ① 등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기권리자(登記權利者)[L]와 등기의무자(登記義務者)[J]가 공동으로 신청한다.
민법 제621조(임대차의 등기) ① 부동산임차인[L]은 당사자 간에 반대약정이 없으면 임대인[J]에 대하여 그 임대차등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있다.

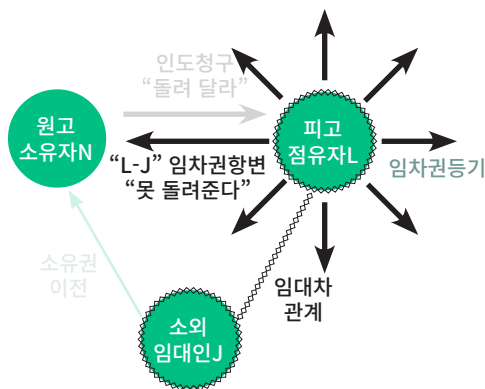
J가 L에 대해 등기절차에 협력할 법적 의무가 있다는 것은 어떤 뜻인가? L이 J를 상대로 등기절차의 이행을 구하는 민사소송 소를 제기할 수 있고, L이 승소 확정판결을 받은 후에는 단독으로 등기를 신청할 수 있다는 뜻이다. 제1장 민사구조론 중 “민사소송과 강제집행을 통한 권리실현”에서 보았다.

3. 임차권등기가 되면, 이제 누구나 부동산에 임차인이 있다는 것을 알 수 있다.

임차권등기를 한 임차인 보호

이렇게 미리 임차권등기를 마쳐 두면, 부동산임차인(L)은 안심이다.

- 1. 임차권등기 후 목적물(부동산) 소유자가 바뀌더라도, 부동산임차인(L)은 새 소유자(N)에게도 임차권을 주장할 수 있다.



2. 점유자인 임차인(L)은 새 소유자(N)에 대한 관계에서도 “부동산을 점유할 권리”가 있다.

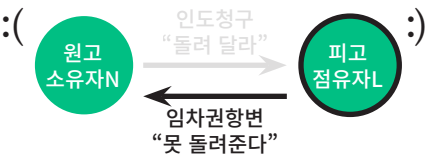
민법 제621조(임대차의 등기) ② 부동산임대차를 등기한 때에는 그때부터 제3자[N 등]에 대하여 효력이 생긴다.

새 소유자(N)는 부동산등기부를 보면 부동산임차인(L)이 있다는 사실을 충분히 알 수 있었다. 따라서 새 소유자(N)가 부동산임차인(L) 때문에 부동산을 사용하지 못해도, 불공평하지 않다.

결론

목적물에 임차권등기를 마친 임차인(L)은, 새 소유자(N)에 대한 관계에서도, 임차권을 주장할 수 있다. 즉, 임차권으로 대항할 수 있다.

1. 원고(N) 청구 기각



2. 즉, 피고(L)는 원고(N)에게 목적물을 반환(인도)할 의무가 없다.

민법 제213조(소유물반환청구권) ... 그러나 점유자[임차인 L]가 그 물건[주택]을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

민법상 토지임차인 보호 규정: 지상 건물에 소유권등기

개요

민법은 토지임차인(land lessee)을 보호하는 규정을 두었다.

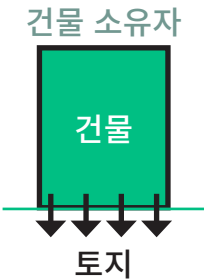
토지임차권을 “토지를 임차할 권리”라 하여 차지권이라고도 한다.

- 1. 토지임차인이 지상에 건물을 소유하고,
- 2. 건물소유권 등기를 마치면,
- 3. 토지임차인은 제3자에 대한 대항력을 취득한다.

임대차목적물(토지) 자체에 등기하는 것이 아니다. 또한, 임차권등기를 하는 것도 아니다. “건물”에 “소유”권 등기하는 것이다. 이 점을 주의하라.

기초 개념: 건물과 토지 관계

- 1. “건물 소유자”는 그 지상 토지를 점유한다.



2024다251470: “건물의 부지”[란] 건물을 세우기 위하여 마련한 땅으로서 그 건물의 존립에 필요한 범위 내의 토지를 가리킨다.]

2023다249876: 건물은 일반적으로 그 대지를 떠나서는 존재할 수 없다. 그러므로 **건물의 소유자는** 건물의 소유를 위하여 그 대지인 **토지를 점유하고 있다고** 볼 수 있다.] 이는 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 대지를 점유하지 않더라도 마찬가지다. 그렇지만] 그가 건물의 소유권을 상실한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 대지에 대한 점유도 함께 상실한다.]

“건물 점유자”가 토지를 점유하는 것이 아니다.



2002다57935: 특별한 사정이 없는 한 건물의 소유명의자가 아닌 자로서는 실제로 그 건물을 점유하고 있다고 하더라도 그 건물의 부지를 점유하는 자로는 볼 수 없다.

- 2. 건물 소유자와 토지 소유자가 다르면, 원래 토지 소유자는 건물 소유자(= 토지 점유자)를 상대로 건물 철거 및 토지 인도를 구할 수 있다.

민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. ...

민법 제214조(소유물방해제거...) 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 ... 있다.

지상 건물 소유권등기

토지왕(T)은 차지인(Ch)에게 토지를 임대했다. 차지인(Ch)은 임차 토지 위에 있는 건물을 소유하고 있다. 차지인(Ch)이 건물 소유자로 등기되면 어떻게 될까?

- 1. 임대차목적물(토지) 등기부에는 변화가 없다. 즉, “토지 등기부” 자체에는 임대차가 공시되지 않는다. 토지 등기부에는 토지 소유자(T)만 공시되어 있다.

등기사항전부증명서(말소사항 포함)

- 토지 -

등기고유번호 1111-1994-987654



[토지] 서울특별시 마포구 냉우동 109-5

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

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

【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
기록사항 없음				

- 이 하 여 백 -

- 2. 그러나 누구나 그 토지에 가 보면 건물이 있다는 점은 알 수 있다. 또, 그 “건물 등기부”까지 보면 토지와 건물 소유자가 서로 다르다는 것도 알 수 있다.

등기사항전부증명서(말소사항 포함)

- 건물 -

등기고유번호 1101-2015-888777



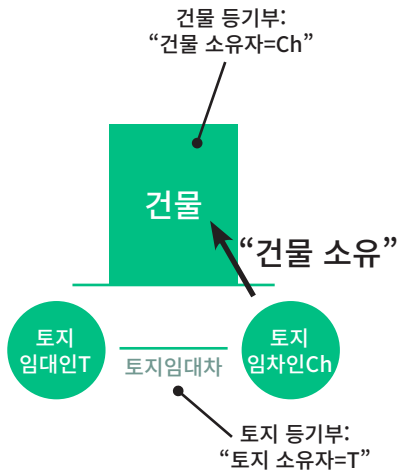
[건물] 서울특별시 마포구 냉우동 109-5

【 표 제 부 】 (건물의 표시)				
표시번호	접 수	소재지번 및 건물번호	건 물 내 역	등기원인 및 기타사항
1	2015년4월10일	서울특별시 마포구 냉우동 109-8 [도로명주소] 서울특별시 마포구 뽕로로 33	철근콘크리트구조 철근콘크리트평스라브지 붕 5층 업무시설, 제1,2종근린생활시설 1층 230.21㎡ 2층 190.55㎡ 3층 190.55㎡ 4층 190.55㎡ 5층 130.14㎡	

【 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	2015년4월10일 제9999호		소유자 차지인 750803-***** 서울특별시 서대문구 미래로 5(신촌동)

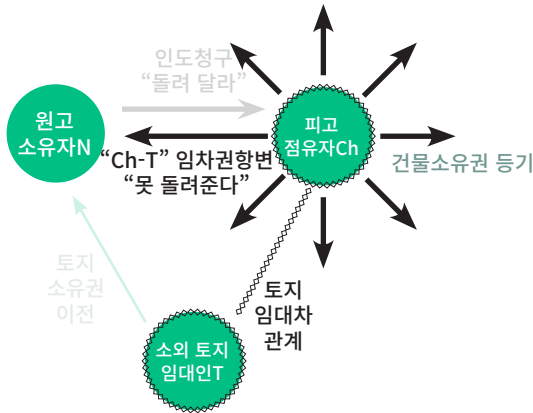
【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
기록사항 없음				

3. 결과적으로, 누구나 그 토지에 관해 건물소유목적 토지임대차가 있을 수도 있다고 예상할 수 있다.



지상 건물 소유권등기한 토지임차인 보호
이렇게 건물소유등기를 마친 토지임차인(Ch)은 안심이다.

- 1. 건물소유권 등기 후 임대차목적물(토지) 소유자가 바뀌더라도, 토지임차인 (Ch)은 새 토지 소유자(N)에게도 토지임차권을 주장할 수 있다.



- 2. 토지 점유자인 토지임차인(Ch)은 새 토지 소유자(N)에 대한 관계에서도 “토지를 점유할 권리”가 있다.

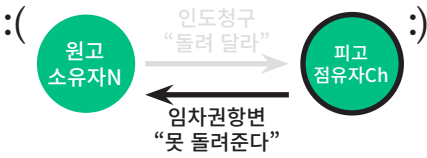
민법 제622조(건물 등기 있는 차지권의 대항력) ① 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차는 이를 등기하지 아니한 경우에도 [토지]임차인[Ch]이 그 지상 건물을 등기한 때에는 제[3]자[N] 등에 대하여 임대차의 효력이 생긴다.

새 소유자(N)는 토지 등기부와 건물 등기부를 보면 토지임차인(Ch)이 있다는 사실을 충분히 알 수 있었다. 따라서 새 소유자(N)가 토지임차인(Ch) 때문에 부동산을 사용하지 못해도, 불공평하지 않다.

결론

지상 건물에 소유권등기를 마친 토지임차인(Ch)은, 새 토지 소유자(N)에 대한 관계에서도, 토지임차권을 주장할 수 있다. 즉, 임차권으로 대항할 수 있다.

- 1. 원고(N) 청구 기각



- 2. 즉, 피고(Ch)는 원고(N)에게 목적물을 반환(인도)할 의무가 없다.

민법 제213조(소유물반환청구권) ... 그러나 점유자[토지임차인 Ch]가 그 물건[토지]을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

주택임대차법상 주택임차인 보호 규정

개요

만약 “주택임차인”이라면, 더욱 보호를 받는다. 즉, 특별법인 주택임대차법은 주택임차인(house lessee)을 보호하는 규정을 두었다.

- 1. 주택임차인이 주택을 인도받아 점유하고,
- 2. 그 주택 주소로 주민등록을 마치면,
- 3. 주택임차인은 제3자에 대한 대항력을 취득한다.

기초 개념: 주민등록과 전입신고

- 1. 주민등록(resident registration)

주민등록법 제1조(목적) 이 법은 지방자치단체의 주민을 등록하게 함으로써 주민의 거주관계 등 인구의 동태(動態)를 항상 명확하게 파악...하는 것을 목적으로 한다.
주민등록법 제7조(주민등록표 등의 작성) ① 시장, 군수 또는 구청장은 ... 주민등록정보시스템...으로 ...주민등록표...를 작성하고 기록, 관리, 보존하여야 한다.
주민등록법 제8조(등록의 신고주의 원칙) 주민의 등록 또는 그 등록사항의 정정, 말소 또는 거주불명 등록은 주민의 신고에 따라 한다. ...

- 2. 전입신고(moving-in report)

주민등록법 제16조(거주지의 이동) ① 하나의 세대에 속하는 자의 전원 또는 그 일부가 거주지를 이동하면 ... 신고의무자가 신거주지에 전입한 날부터 14일 이내에 신거주지의 시장, 군수 또는 구청장에게 전입신고(轉入申告)를 하여야 한다.

- 3. 주민등록표 열람 및 초본 발급

주민등록법 제29조(열람 또는 등, 초본의 교부) ② ... 주민등록표의 열람이나 등, 초본의 교부신청은 본인이나 세대원이 할 수 있다. 다만, 본인이나 세대원의 위임이 있거나 다음 각호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.
6. 채권, 채무관계 등 대통령령으로 정하는 정당한 이해관계가 있는 사람이 신청하는 경우(주민등록표 초본에 한정한다)
주민등록법 시행령 제47조(주민등록표의 열람 또는 등, 초본의 교부) ④ 법 제29조 제2항 제6호에 따른 ... 정당한 이해관계가 있는 자의 범위는 별표 2와 같다.] ...
주민등록법 시행령 [별표 2] 채권, 채무관계 등 정당한 이해관계가 있는 자의 범위
2. 부동산 또는 이에 준하는 것에 관한 권리의 설정, 변경, 소멸에 관계되는 자
4. 개인 및 법인 등의 채권, 채무와 관계되는 자...

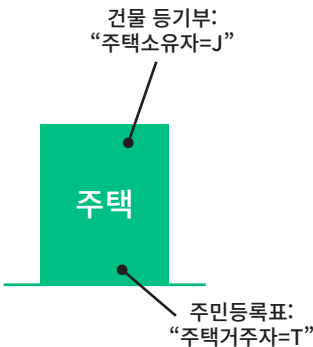
큰 흐름을 이해하면 충분하다. 위 내용을 암기할 필요는 없다.

주택임차인의 주민등록(전입신고)

주대인(J)은 탁임인(T)에게 주택을 임대했다. 탁임인(T)은 임차 주택으로 이사했다. 탁임인(T)이 새 주소로 주민등록(전입신고)을 하면 어떻게?

인 적 사 항 변 경 내 용				
== 공 란 ==				
“주민등록번호 정정내역 없음”				
번호	주 소	발 생 일 / 신 고 일 변 동 사 유		세대주 및 관계 등 록 상 태
1	서울특별시 광진구 강호동 23-8	1988-08-02	1988-08-02	전입
2	서울특별시 광진구 강호동 44	2002-06-11	2002-06-14	전입
3	서울특별시 은평구 고동 5-2	2008-12-09	2008-12-13	전입
4	법률9774호(09.12.10) 도로명주소법, 공법관계의 주소변경]			
5	서울특별시 은평구 가상로 123	-----	2011-10-31	
6	서울특별시 은평구 해일로 11	2016-01-05	2016-01-10	たく입인 의 본인
== 이 하 여 백 ==				

3. 결과적으로, 누구나 그 주택에 관해 주택임대차가 있다고 예상할 수 있다.

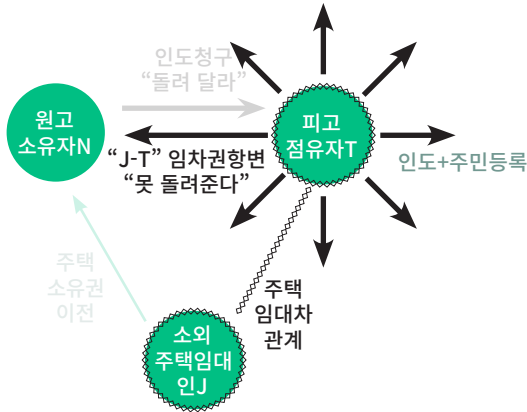


주민등록(전입신고)을 한 임차인 보호

이렇게 인도를 받고 주민등록까지 한 주택임차인(T)은 안심이다.

- 1. 인도 및 주민등록 후 목적물(주택) 소유자가 바뀌더라도, 주택임차인(T)은 새 소유자(N)에게도 임차권을 주장할 수 있다.

주택임대차법 제1조(목적) 이 법은 주거용 건물의 임대차(賃貸借)에 관하여 「민법」에 대한 특례를 규정함으로써 국민 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 한다.
주택임대차법 제3조(대항력 등) ① 임대차는 그 등기(登記)가 없는 경우에도 임차인(賃借人)[T]이 주택의 인도(引渡)와 주민등록을 마친 때에는 그다음 날부터 제[3]자[N] 등]에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.



2. 주택점유자인 주택임차인(T)은 새 주택소유자(N)에 대한 관계에서도 “주택을 점유할 권리”가 있다.

새 소유자(N)는 건물 등기부와 주민등록표를 보면 주택임차인(T)이 있다는 사실을 충분히 알 수 있었다. 따라서 새 소유자(N)가 주택임차인(T) 때문에 부동산을 사용하지 못해도, 불공평하지 않다.

인도 요건 판단 기준

2017다212194: 여기에서 ‘주택의 인도’는 임차목적물인 주택에 대한 점유의 이전을 말한다.

이때 점유는 사회통념상 어떤 사람의 사실적 지배에 있다고 할 수 있는 객관적 관계를 가리킨다. 사실상의 지배가 있다고 하기 위해서는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배할 필요는 없다. 물건과 사람의 시간적, 공간적 관계, 본권관계, 타인의 간섭가능성 등을 고려해서 사회통념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다.

임대주택을 인도하는 경우에는 임대인이 임차인에게 현관이나 대문의 열쇠를 넘겨주었는지, 자동문 비밀번호를 알려주었는지, 이사를 할 수 있는지 등도 고려하여야 한다.

주민등록 요건 판단 기준

구체적인 사실관계에 따라 사안마다 개별적으로 판단한다.

2018다44879: [주택임대차법] 제3조 제1항에서 주택의 인도와 더불어 대항력의 요건으로 규정하[는] 주민등록은 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것이다.

주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는지는 주민등록으로 제3자가 임차권의 존재를 인식할 수 있는지에 따라 결정된다. 주민등록이 대항력의 요건을 충족할 수 있는 공시방법이 되려면 [어때야 하는가?] 단순히 형식적으로 주민등록이 [된] 것만으로 부족하다. 주민등록에 따라 표시되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 한다.

1. 요건을 충족했다고 본 사례

2002다59351: 부동산등기부상 건물의 표제부에 ‘에이(A)동’이라고 기재[된] 연립주택의 임차인이 전입신고를 [했다. 이때] 주소지를 ‘가동’으로 신고하였다. 그런데 주소지 대지 위에는 2개 동의 연립주택 외에는 다른 건물이 전혀 없다. 그리고 그 2개 동도 층당 세대수가 한 동은 4세대씩, 다른 동은 6세대씩으로서 크기가 달라서 **외관상 혼동의 여지가 없다**[다. 또한,] 실제 건물 외벽에는 ‘가동’, ‘나동’으로 표기되어 사회생활상 그렇게 호칭되어 [왔다.]

사회통념상 ‘가동’, ‘나동’, ‘에이동’, ‘비동’은 표시 순서에 따라 각각 같은 건물을 의미하는 것이라고 인식될 여지가 있다[다. 더욱이 경매기록에서 경매목적물의 표시가 ‘에이동’과 ‘가동’으로 병기되어 있었다. 그렇다면] 경매가 진행되면서 낙찰인을 포함하여 입찰에 참가하고자 한 사람들도 위 임대차를 대항력 있는 임대차로 인식하는 데에 아무런 어려움이 없었다.]

[그러므로] 임차인의 [위] 주민등록이 임대차의 **공시방법으로 유효**하다.]

2. 요건을 충족하지 못했다고 본 사례

2001다80204: 하나의 대지 위에 단독주택과 다세대 주택이 함께 건립되어 있다[다. 등기부상]으로 단독주택과 다세대 주택의 각 구분소유 부분에 대하여 **지번은 동일하나 그 동, 호수가 달리** 표시되어 있다.]

[위] 경우라면, 위 단독주택의 임차인은 그 지번 외에 등기부...의 동, 호수까지 전입신고를 마쳐야만 [한다.]

원고가 이 사건 주택을 임차하여 인도받고 주민등록 전입신고를 한 지번 및 동, 호수는 이 사건 주택의 지번과는 일치[한다. 그러나] 등기부...의 위 주택 동, 호수와는 다르[다. 그러]므로 원고의 위 주민등록은 위 임대차의 **공시방법으로서 효력이 없다**.]

지금 단계에서는 위 사실관계를 암기할 필요가 없다. 구분소유 개념을 이해할 수 없어도 괜찮다. 전체적인 취지를 이해하면 충분하다.

계속적 구비 필요

2025다213466: 공시방법이 없는 주택임대차[에서] 주택의 인도 및 주민등록이라는 대항요건은 그 대항력 취득시에만 구비하면 족한 것이 아니라 그 대항력을 **유지하기 위하여서도 계속 존속**하고 있어야 한[다.]

1. 임차인이 다른 곳으로 주민등록 이전(전출) → 전출 시 대항력 소멸

97다43468: 주택의 임차인이 그 주택의 소재지로 전입신고를 마치고 그 주택에 입주함으로써 일단 임차권의 대항력을 취득[했다. 그] 후 ... 가족과 함께 일시적이거나 다른 곳으로 주민등록을 이전하였[다. 그렇다]면 ... 전체적으로나 종국적으로 주민등록의 이탈이라고 볼 수 있으므로 그 대항력은 그 전출 당시 이미 대항요건의 상실로 소멸[된다.]

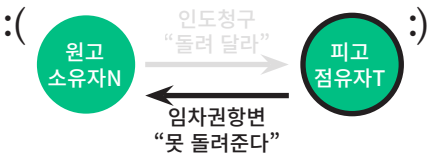
2. 임차인이 주택을 양수해 소유권 취득 → 취득 시 대항력 소멸

2025다213466: 대항력을 갖춘 임차인이 해당 임차주택을 양수함으로써 임차주택의 소유자가 됐다. 이] 경우에, 그 임차인의 주민등록은 임차주택에 관하여 임차인의 소유권이전등기가 마쳐진 이후에는 주택임대차의 대항력 인정요건이 되는 유효한 공시방법이 될 수 없다[다. 그 대항력은 소유권 취득 시에 소멸한다.]

결론

주택 인도를 받고 주민등록(전입신고)을 한 주택임차인(T)은, 새 주택소유자(N)에 대한 관계에서도, 주택임차권을 주장할 수 있다. 즉, 임차권으로 대항할 수 있다.

1. 원고(N) 청구 기각



2. 즉, 피고(T)는 원고(N)에게 목적물을 반환(인도)할 의무가 없다.

민법 제213조(소유물반환청구권) ... 그러나 점유자[주택임차인 T]가 그 물건[주택]을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

정리

일정한 임차권에 물건에 버금가는 효력 부여

1. 법은 등기임차인이나 주택임차인 등 일정한 요건을 갖춘 임차인을 보호한다.

	임대차목적물	대항력 요건
일반 임차권	물건	-
임차권등기한 임차권	부동산	목적물에 임차권등기
건물소유목적 토지임차권	토지	건물에 소유명의등기
주택임차권	주택	인도 + 주민등록

2. 요건을 갖춘 임차인은, 임대인뿐만 아니라 제3자에 대해서도 임차권을 주장할 수 있다.

3. 즉, 대항력 있는 임차권이 마치 물권처럼 대세효를 가진다.

2025다213466: [주택임대차법]이 제3조 제1항에서 주택임차인에게 주택의 인도와 주민등록을 요건으로 명시하여 등기된 **물권에 버금가는 강력한 대항력**을 부여[한다.]

기본적으로 채권계약

그러나 어디까지나,

- 1. 임대차는 계약이다.
- 2. 임대차계약에 따른 권리는 채권이다.

2004다69741: 주택임차인이 [주택임대차법] 제3조 제1항의 대항요건을 갖추거나 민법 제621조의 규정에 [다른] 주택임대차등기를 마치더라도 [임대차가] **채권계약이라는 기본적인 성질**에 변함이 없다.

제3강

불법행위법 기초

Basic Tort Law



Pascal Dagnan-Bouveret, *Un accident (An Accident)*
1879, oil on canvas, 91 × 131 cm, The Walters Art Museum, Baltimore

잘못을 저질러 남에게 손해를 입혔을 때의 법률관계에 관하여

- 법률관계가 변하는 이유는 다양하다. 본인 **의사와 무관**하게, “어떤 일이 발생하면, 무슨 권리 의무가 생긴다.”라는 식으로 법이 정해 놓기도 한다. **불법행위**가 대표적이다.
 1. 불법행위가 발생하면, 가해자는 손해배상을 할 의무를 부담한다.
 2. 불법행위가 발생하면, 피해자는 손해배상을 받을 권리를 취득한다.
- 강의목표는 다음을 이해하는 것이다.
 1. 불법행위가 언제 어떤 **요건**에서 성립하는가?
 2. 그때 배상액은 어떻게 **산정**하고 **조정**하는가?

들어가며
Introduction

일을 빨리하려 하지 말고 작은 이익을 돌보지 말아라.
빨리하려고 들면 일이 잘 이루어지지 않고,
작은 이익을 돌보면 큰 일이 이루어지지 않는다. - 공자

머리에

기본사례

K의 J에 대한 5,000만 원 청구를 떠올려 보자.

청구 병합

K는 다음 2가지 청구를 함께 한 것이다.

- 1. 대여금 4,000만 원 반환 청구 부분
- 2. 바이올린 파손에 따른 손해 1,000만 원 배상청구 부분

이처럼 같은 피고(J)를 상대로 1개의 소제기로 여러 청구를 하는 경우를 “청구의 병합(consolidation of claims)” 또는 객관적 병합이라 한다. 두 청구 모두 민사소송절차에 따르기 때문에, 병합청구를 할 수 있다.

민사소송법 제253조(소의 객관적 병합) 여러 개의 청구는 같은 종류의 소송절차에 따르는 경우에만 하나의 소로 제기할 수 있다.

소결

병합된 두 청구 중 2. 손해 1,000만 원 배상청구 부분을 중심으로 보겠다.

청구 근거

두 청구의 근본적 차이

- 1. 대여금 4,000만 원 청구의 근거는 당사자들 의사표시(declaration of intention)에 있다.
- 2. 그러나 손해배상 1,000만 원 청구의 근거는 그렇지 않다.

법률요건으로서의 불법행위

- 1. 잘못을 저질러 남에게 손해를 입히는 것을 불법행위(tort)라 한다. J가 K의 바이올린을 파손한 건 불법행위다.



2. 이처럼 불법행위라는 사건 때문에, K가 1,000만 원 받을 채권이 생기고, J는 1,000만 원 줄 채무가 생긴다. 즉, 불법행위 때문에 법률관계(권리의무관계)가 발생했다. 그래서 불법행위는 법률요건(legal prerequisite)이다.



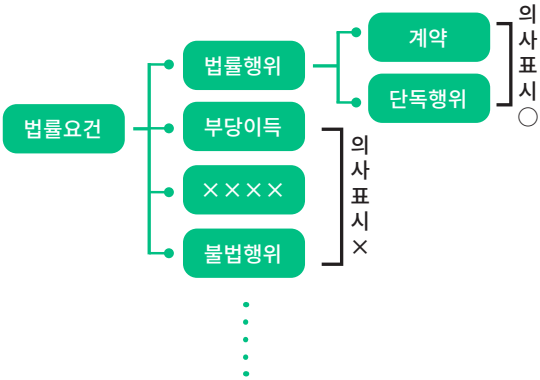
민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

불법행위 본질

법률행위가 아님

법률요건이긴 하지만, 법률행위는 아니다. 즉, 계약이나 단독행위가 아니다. 의사 표시와 무관하기 때문이다.

- 1. 당사자들이 채권채무관계를 만들려 한 결과 채권채무관계가 생긴 것이 아니다. 즉, 약속이나 합의로 채권을 만든 것이 아니다.
- 2. “불법행위를 하면 배상할 채권채무관계가 생긴다”고 민법이 정해 놓았기 때문이다. 약속이나 합의는 없었지만, 불법행위라는 사건이 채권을 만들었다.



소결

K의 J에 대한 1,000만 원 손해배상 채권은

- 1. 약정채권(claim by agreement)이 아니다.
- 2. 법정채권(claim by statute)이다.

만약 여기까지 내용 중 이해가 되지 않는 부분이 있다면, 제2강 계약법 기초를 다시 공부하기 바란다. 그것이 결국은 더 빠른 방법이다.

불법행위 책임 종류
Classification of Tort

이러한 분류는 단지 분류 그 자체를 위하여 사고의 서랍을 만들어 놓는 데
그치는 것이 아니라, 그렇게 할 일정한 실익이 있기 때문에 행하여지는 것이다.
- 양창수, “민법입문”

일반불법행위

개념

고의나 과실로 손해를 가하면 불법행위가 성립한다. 여기에 해당하면, 일단 일반
불법행위(general tort)로 묶을 수 있다. 말 그대로 일반적인 불법행위이다.



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

- 1. 가해자(offender)는 손해배상 책임을 진다. 손해배상 채무가 발생한다.
- 2. 피해자(victim)는 손해배상 청구를 할 수 있다. 손해배상 채권이 발생한다.

고의에 따른 일반불법행위

O는 화가 나 주먹으로 V의 얼굴을 때려 약 3주간 치료가 필요한 타박상을 입게
했다. 치료비, 정신적 손해 등 V의 모든 손해를 합쳤더니 300만 원이라 하자.

- 1. O는 가해자(offender)로서, 손해배상 책임을 진다. O는 V에 300만 원을 지
급할 의무가 있다.
- 2. V는 피해자(victim)로서, 손해배상 청구를 할 수 있다. V는 O에 300만 원
지급을 요구할 권리가 있다.



과실에 따른 일반불법행위

O는 V의 첼로를 실수로 파손하여 300만 원 손해를 입혔다.

- 1. O는 가해자(offender)로서, 손해배상 책임을 진다. O는 V에 300만 원을 지
급할 의무가 있다.

2. V는 피해자(victim)로서, 손해배상 청구를 할 수 있다. V는 O에 300만 원 지급을 요구할 권리가 있다.



소결
일반불법행위 효과로, 가해자(offender)가 피해자(victim)에게 손해배상 책임을 진다.



공동불법행위

개념
여럿이 함께 불법행위를 한 것을 공동불법행위(joint tort)라 한다. O1, O2, O3의 공동불법행위로 피해자 V에 300만 원 손해가 발생했다고 하자.

민법 제760조(공동불법행위자의 책임) ① 수인[O1, O2, O3]이 공동의 불법행위로 타인[V]에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.



1. 가해자들(offenders)은 함께 손해배상 책임을 진다. 가해자들은 공동하여 V에 300만 원을 지급할 의무가 있다.
2. 피해자(victim)는 가해자들 모두에게 손해배상 청구를 할 수 있다. 피해자 V는 가해자들에게 공동하여 300만 원 지급을 요구할 권리가 있다.

2017다16747: 공동불법행위책임은 가해자[O1, O2, O3] 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그[에 따른] 손해를 구하는 것이 아니[다.] 그 가해자들[O1, O2, O3]이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것[이다.]

“공동하여 지급할 의무가 있다.”라는 것의 의미?
예를 들어, O1, O2, O3가 공동하여 V에 300만 원을 지급할 의무가 있다고 하자. 이것이 어떤 뜻인가?

- 1. V는 O1, O2, O3 누구에게든 300만 원 전액 배상을 청구할 수 있다. 예를 들어, V가 임의로 O1만을 선택해 O1을 상대로 300만 원 전액 배상을 청구해도 된다. O1은 손해의 1/3인 100만 원만 배상하겠다고 거절할 수가 없다.

이러한 O1, O2, O3 관계를 부진정연대채무(quasi-joint and several obligation) 관계라 한다. 차차 배우자.

2012다74236전합: 부진정연대채무란 수인의 채무자[O1, O2, O3]가 동일한 내용의 급[여][300만 원 지급]에 대하여 **각자 독립하여 전부[300만 원]**을 급[여]할 의무를 부담하는 다수당사자의 법률관계를 말한다.

부진정연대채무자[O1]에게 생긴 사유 중 ... 변제 등과 같은 사유 이외에는 다른 채무자[O2, O3]에게 그 효력을 미치지 않는다. 이 [때문에] **채권자[V]는 채무 전액[300만 원]의 지급을 확실히 확보**할 수 있게 [된다.]

부진정연대채무의 대외적 관계로서 채권자[V]는 채무자들[O1, O2, O3] 가운데 누구에게라도 그 책임범[위][300만 원]에서 우선적으로 변제를 청구할 수 있다.

- 2. 그렇다고 해서, V가 총 900만 원을 받게 된다는 뜻도 아니다. 예를 들어, O1이 250만 원을 배상했다고 하자. 그러면, 이제 V는 O1, O2, O3 누구에게든 50만 원(= 300만 원 - 250만 원) 배상을 청구할 수 있게 된다.

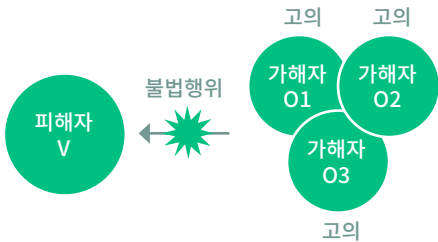
부진정연대채무 관계에 있는 O1, O2, O3를 부진정연대채무자라 한다. 이들을 전부(全部; all)의무자라고도 한다. “전부명령” 할 때의 전부(轉付; assignment)가 아니다.

2017다208423: 여럿[O1, O2, O3]이 각각 전부[300만 원] 이행을 해야 하는 의무[부진정연대채무]를 지는 경우 그중 1인[O1]의 변제는 다른 전부 이행을 할 의무를 지는 자[O2, O3]이하 ‘전부의무자’라 한다)에 대해서도 절대적 효력이 있다. 그러므로 채권자[V]는 자신의 채권 중 변제[250만 원] 등으로 소멸된 나머지 채권[50만 원]에 대해서만 다른 전부의무자[O2, O3]에게 청구할 수 있다.

고의에 따른 공동불법행위

O1, O2, O3는 정당한 이유 없이 행인인 V를 폭행했다.

- 1. O1, O2, O3 모두 가해자들(offenders)로, 공동하여 손해배상 책임을 진다. O1, O2, O3는 공동하여 V에 300만 원을 지급할 의무가 있다.
- 2. V는 피해자(victim)로, 가해자들 세 사람 모두에게 손해배상 청구를 할 수 있다. 피해자 V는 O1, O2, O3에 300만 원 지급을 요구할 권리가 있다.



97다18448: [O1]는 1995. 4. 29. 22:10경 부산 영도구 동삼 3동 소재 유성노래연습장에서 ... [V]와 ... 서로 상대방의 뺨을 수회씩 때[렸다. 그러자] 같이 있던 [O2, O3는 O1에게 가세하여 발과 주먹으로 [V]의 얼굴과 가슴, 다리 등을 수회 구타[했다. 그리하여 V]에게 우안 맥락막 파열상 등의 상해를 입히고 이 [때문에] [V]의 우안이 실명되게 [했다. 이 경우, O1]와 [O2, O3는 공동하여] 그들의 공동폭행행위로 ... [V]가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.]

여기서 O1, O2, O3의 불법행위 책임은 고의에 따른(intentional) 것이다.

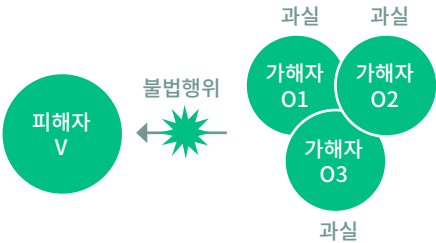
고의(intention; willfulness)란, 가해행위를 의도적으로 했다는 뜻이다. 법률관계(손해배상 채권채무관계)를 만들려는 의사(의도)가 있다는 뜻은 아니다.

2001다46440: 불법행위에[서] 고의는 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 [하]는 심리상태[다.] 객관적으로 위법이라고 평가되는 일정한 결과의 발생이라는 사실의 인식만 있으면 [된다.]

과실에 따른 공동불법행위

O1, O2, O3는 같은 병원 의사들이다. V가 입원해서 위 의사들에게 수술을 받았다. 그런데, 수술 과정 잘못으로 V의 얼굴에 큰 상처가 생겼다.

- 1. O1, O2, O3 모두 가해자들(offenders)로, 공동하여 손해배상 책임을 진다. O1, O2, O3는 공동하여 V에 300만 원을 지급할 의무가 있다.
- 2. V는 피해자(victim)로, 가해자들 세 사람 모두에게 손해배상 청구를 할 수 있다. 피해자 V는 O1, O2, O3에 300만 원 지급을 요구할 권리가 있다.



2009다82275: [사안에서, 의사 O1]의 행위와 [의료진 O2, O3]의 행위는 각기 독립하여 불법행위의 요건을 갖추고 있다. 동시에, 객관적으로 관련되고 공동하여 위법하게 을에게 손해를 가한 것이다. 그렇다면, 공동불법행위 관계에 있다. 따라서 O1]에게 [V]의 ... 손해 전부에 대한 손해배상책임을 인정[할 수 있다.]

여기서 O1, O2, O3의 불법행위 책임은 과실에 따른(negligent) 것이다.

고의와 과실에 따른 공동불법행위

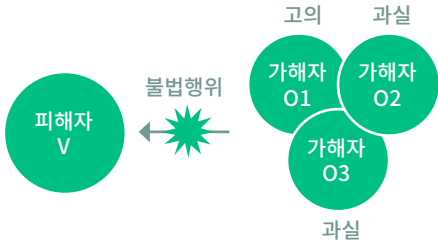
V는 시행사 O1으로부터 다락이 딸린 아파트 꼭대기 층을 분양 받았다. 시공사는 O2, O3다. 분양 안내 책자에는 책상과 의자가 설치된 다락 사진과 “수납공간 및 개인 취미생활 공간을 활용할 수 있는 다락방”이란 문구까지 있었다. 그런데 실제 입주해 보니, 천장 높이가 대략 1m로 일상생활을 할 수 없는 정도였다. 알고 보니 시행사 O1이 일부러 분양자들을 속인 일이었다.

분양 및 광고는 시행사(developer)가 하고, 공사는 시공사(constructor)가 한다. 위 분양 과정에서, 시행사 O1과 시공사 O2, O3가 정기적으로 회의도 하고, 시공사 O2, O3가 안내 책자를 사전에 검토해 승인하기도 했다고 가정하자.

- 1. O1, O2, O3 모두 가해자들(offenders)로, 공동하여 손해배상 책임을 진다. O1, O2, O3는 공동하여 V에 300만 원을 지급할 의무가 있다.
- 2. V는 피해자(victim)로, 가해자들 세 사람 모두에게 손해배상 청구를 할 수 있다. 피해자 V는 O1, O2, O3에 300만 원 지급을 요구할 권리가 있다.

2009다1313: [O1이] 이 사건 아파트 최상층 분양[에서] 중요한 사항인 다락의 형상에 관하여 [V]에게 한 이 사건 분양광고는 ... 허위, 과장된 내용이 존재[한다. 사실관계를 종합하면, 이는] 불법행위를 구성한[다. 또한, O2, O3]는 위 불법행위에 관하여 [O1과] 공모하거나 적어도 방조함으로써 **공동불법행위자로서의 책임을 부담**한[다.]

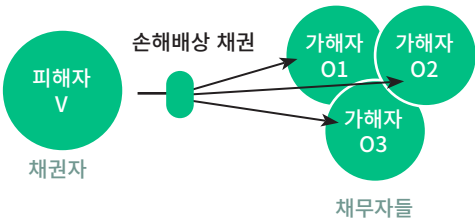
여기서 O1, O2, O3의 불법행위 책임은 고의에 따른 것인가 과실에 따른 것인가?



- 1. 시행사 O1은 가해자로, 고의에 따른(intentional) 불법행위 책임을 진다.
- 2. 시공사 O2, O3도 가해자들로, 과실에 따른(negligent) 공동불법행위 책임을 진다. 시공사 O2, O3에 고의가 없더라도, 잘못은 했고, 또 그 때문에 손해 입은 사람이 있기 때문이다.

소결

공동불법행위 효과로, 가해자들(offenders)이 피해자(victim)에게 손해배상 책임을 진다.



특수불법행위

문제점

- 1. 직접 불법행위를 가한 사람이 책임을 지지 않거나, 돈이 없을 수도 있다.
- 2. 물건 때문에 피해를 보았다고 해서, 물건을 상대로 책임을 추궁할 수도 없다.



특수불법행위 개념

경우에 따라, 누군가 대신 책임(vicarious liability)을 져야 한다. 이것도 불법 행위 책임이다. 특수불법행위(special tort)라 한다.

- 1. 직접 가해자 또는 물건이 손해배상 책임을 지는지 문제와 별개로,
- 2. 가해자를 감독(supervise)하는 누군가, 물건을 관리(manage)하는 누군가가 손해배상 책임을 진다.
- 3. 피해자(victim)는 그 누군가에게 손해배상 청구를 할 수 있다.

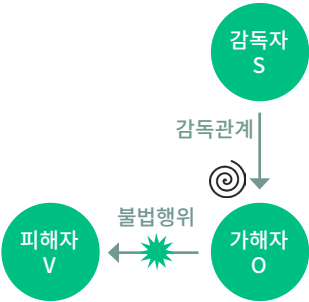
특수불법행위 종류

- 1. 감독자책임(supervisor’s liability): 책임 없는 사람 대신 감독자가 책임
- 2. 사용자책임(employer’s liability): 피용자 대신 사용자가 책임
- 3. 공작물책임(liability for structures): 물건 대신 관리자가 책임(관리자가 책임 없으면 소유자가 책임)
- 4. 동물관리자책임(liability of possessor of animal): 동물 대신 관리자가 책임

감독자책임

사례

O는 미친 사람이다. S가 O를 감독(supervise)할 법률상 의무가 있다고 하자. O가 지나가는 V를 도끼로 찍어 중상을 입혔다.



책임부담자

- 1. O는 직접 가해자(offender)이지만, 심신상실자(non compos mentis; not of sound mind; mentally defective person; insanity)라면 책임을 지지 않는다.

민법 제754조(심신상실자의 책임능력) 심신상실 중에 타인[V]에게 손해를 가한 자[O]는 배상의 책임이 없다. ...

- 2. 대신, S는 O의 법정 감독의무자(person who is under a legal duty to supervise), 즉 감독자(supervisor)로서 감독자책임을 진다.

피해자의 권리구제

V는 피해자(victim)로서, S를 상대로 손해배상 청구를 할 수 있다.

민법 제755조(감독자[S]의 책임) ① 다른 자[V]에게 손해를 가한 사람[O]이 ... 제754조에 따라 책임이 없는 경우에는 그[O]를 감독할 법정의무가 있는 자[S]가 그 손해를 배상할 책임이 있다. ...

2018다228486: 정신질환자[O]가 심신상실 중에 타인[V]에게 손해를 가하여 배상의 책임이 없는 경우에는 민법 제755조 제1항에 따라 그[O]를 감독할 법정의무 있는 자[S]가 그 손해를 배상할 책임이 있다.

93다13605: 민법 제750조에 대한 특별규정인 민법 제755조 제1항에 [따라] 책임능력 없는 [O]를 감독할 법정의 의무 있는 자[S]가 지는 손해배상책임은 [무엇인가? O]에게 책임이 없음을 전제로 하여 이를 보충하는 책임이다.]

그 경우에 감독의무자[S] 자신이 감독의무를 해태하지 아니하였음을 [증명]하지 아니하는 한 책임을 면할 수 없다.]

면책

만약 피고(감독자 S)가 자신의 무과실을 증명하면? 피고(감독자 S)는 면책(release from responsibility) 된다.

민법 제755조(감독자[S]의 책임) ① ... 그[O]를 감독할 법정의무가 있는 자[S]가 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 감독의무를 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

93다13605: 민법 제755조 제1항...에 [따라] ... 지는 손해배상책임 ... 경우에 **감독의무자[S]** 자신이 **감독의무를 해태하지 아니하였음을 [증명]**하지 아니하는 한 책임을 면할 수 없[다.]

만약 가해자가 심신상실자가 아닐 경우

만약 가해자 O가 심신상실자가 아니라면?

1. 가해자 O는 배상 책임을 질 수 있다.

민법 제754조(심신상실자의 책임능력) **심신상실 중에** 타인에게 손해를 가한 자는 배상의 책임이 없다. ...

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인[V]에게 손해를 **가한 자[O]**는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

2. 감독자 S는 감독자책임 조항으로는 배상 책임을 지지 않는다.

민법 제755조(감독자의 책임) ① 다른 자에게 손해를 가한 사람이 ... 제754조에 따라 **책임이 없는 경우에는** 그를 감독할 법정 의무가 있는 자가 그 손해를 배상할 책임이 있다. ...

3. 감독자 S는 일반 불법행위책임 조항으로 배상 책임을 질 수는 있다.

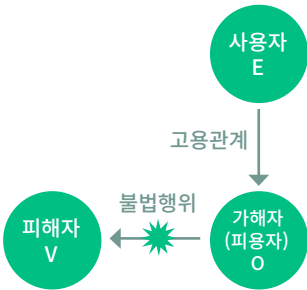
민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인[V]에게 손해를 **가한 자[S]**는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

2018다228486: 정신질환자[O]가 책임능력이 있는 경우에도 그 손해가 감독의무자[S]의 감독의무 위반과 인과관계가 있으면 감독의무자[S]는 **일반불법행위자로서 민법 제750조에 따라** 그 손해를 배상할 책임이 있다.

사용자책임

사례

E는 가게에 아르바이트생 O를 고용(employment)했다. 그런데 O는 손님인 V와 시비가 붙었다. O는 V의 배를 발로 강하게 차 V가 심하게 다쳤다.



책임부담자

1. O는 피용자(employee)이고 가해자(offender)로, 일반불법행위 책임을 진다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인[V]에게 손해를 가한 자[O]는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

2. E도 사용자(employer)로서 사용자책임을 진다.

민법 제756조(사용자[E]의 배상책임) ① 타인[O]을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자[E]는 피용자[O]가 그 **사무집행에 관하여** 제[3]자[V]에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. ...

90다8763: 민법 제756조[에서 정한] “사무집행에 관하여”[란 어떤 뜻인가?] 피용자[O]의 행위가 객관적으로 사용자[E]의 사업활동 내지 사무집행행위 또는 그와 관련된 것이라고 보[일] 때에는 [다음과 같이 처리한다는 뜻이다. 즉,] **행위자[O]의 주관적 사정을 고려함이 없이** 이를 사무집행에 관하여 한 행위로 본[다.]

피해자의 권리구제

V는 피해자(victim)로서,

1. 가해자 O에 대해,
2. 사용자 E에 대해,

즉, 위 모두에게 손해배상 청구를 할 수 있다.

91다33070전합: 사용자[E]의 손해배상책임은 피용자[O]의 배상책임에 대한 대체적 책임이다. 그래서 사용자[E]도 ... 부진정연대관계에 있[다.]

가해자 O도, 사용자 E도 책임을 지게 한 취지는 피해자 V 보호다. 가해자 O가 돈이 없는 경우가 많다는 점을 고려한 결과다.

면책

만약 피고 E(사용자)가 자신의 무과실을 증명하면? 피고 E(사용자)는 면책(release from responsibility) 된다.

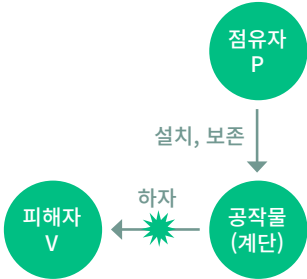
민법 제756조(사용자[E]의 배상책임) ① ... 어느 사무에 종사하게 한 자[E]는 ... 손해를 배상할 책임이 있다. **그러나** 사용자[E]가 피용자[O]의 **선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.**

97다58538: 민법 제756조 제1항...의 책임에...서 사용자[E]...는 그 피용자[O]의 선임과 사무감독에 상당한 주의를 하였거나 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 손해배상의 책임이 없다. 그러나 **이러한 사정은 사용자[E]가 주장 및 [증명]**을 하여야 한다.

공작물책임

사례

P는 가게를 하나 내면서, 공간을 아끼려고 계단을 비정상적으로 높고 좁게 만들었다. 어느 날 V가 가게에 방문했다가 계단 구조 때문에 넘어져 크게 다쳤다.



책임부담자

- 1. 계단은 직접적인 가해물(assailing material)이다. 그러나 계단 자체가 권리, 의무를 가질 수는 없다.
- 2. 그래서 P가 공작물 점유자(possessor)로서 손해배상 책임을 진다.

민법 제758조(공작물등의 점유자, 소유자의 책임) ① 공작물[계단]의 설치 또는 보존의 하자로 ... 타인[V]에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자[P]가 손해를 배상할 책임이 있다. ...

- 3. 점유자가 면책되면? 이때는 소유자라도 책임을 진다.

민법 제758조(공작물등의 점유자, 소유자의 책임) ① ... 공작물점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다.

어떤 사람이 구덩이를 열어 놓거나 구덩이를 파고 그것을 덮지 않아서 소나 나귀가 거기에 빠졌을 경우, 그 구덩이의 임자는 짐승의 임자에게 돈을 치러 배상해야 하고, 죽은 짐승은 구덩이 임자의 차지가 된다(הַרְבֵּי יָכַח וְאֵרֶב שֶׁאֵין תַּפְסִיּוֹתָן). תְּמִימָהּ וְיִלְעָבֵל בְּיָשִׁי חֶסֶב מִלְּשֵׁן רִיבָה לַעֲבֹד רוּמָהּ וְאֵרֶב שֶׁאֵין תַּפְסִיּוֹתָן וְיִלְעָבֵל בְּיָשִׁי חֶסֶב מִלְּשֵׁן רִיבָה לַעֲבֹד רוּמָהּ וְאֵרֶב שֶׁאֵין תַּפְסִיּוֹתָן; If someone leaves a pit open, or digs a pit and does not cover it, and an ox or a donkey falls into it, the owner of the pit shall make restitution, giving money to its owner, but keeping the dead animal).

민법 제763조(준용규정) ...제399조의 규정은 불법행위[에 따른] 손해배상에 준용한다.

민법 제399조(손해배상자의 대위) 채권자가 그 채권의 목적인 물건 또는 권리의 가액전부를 손해배상으로 받은 때에는 채무자는 그 물건 또는 권리에 관하여 당연히 채권자를 대위한다.

피해자의 권리구제

V는 피해자(victim)로서,

- 1. 제1 순위(주위적)로는 점유자책임에 근거한 청구(민법 제758조 본문)를,
- 2. 제2 순위(예비적)로는 소유자책임에 근거한 청구(같은 조 단서)를 각각 할 수 있다.

2017다14895: 민법 제758조 제1항의 입법 취지는[?] 공작물의 관리자는 위험의 방지에 필요한 주의를 다하여야 하고, 만일에 위험이 현실화하여 손해가 발생한 경우에는 그들에게 배상책임을 부담시키는 것이 공평하다는 데 있다.

하자 범위

용도에 따라 보통 갖추어야 할 안전성을 못 갖춘 것.

민법 제758조(공작물등의 점유자, 소유자의 책임) ① 공작물[계단]의 설치 또는 보존의 하자로 ... 타인[V]에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자[P]가 손해를 배상할 책임이 있다. ...

2017다227103: 민법 제758조 제1항에서 말하는 공작물의 설치, 보존상의 하자는 공작물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성이 없는 것을 말한다.

- 1. 공작물 자체 용도 한정× but 공작물 현실 사용 상황○

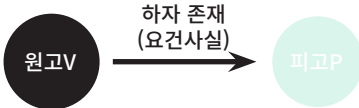
2017다227103: 여기에서 본래 갖추어야 할 안전성은 공작물 자체만의 용도에 한정된 안전성만이 아니라 공작물이 현실적으로 설치되어 사용되고 있는 상황에서 [필요한] 안전성을 뜻한다.

- 2. 완전 무결 고도 안전성 기준× but 위험도 비례 방호조치 이행 기준○

91다37652: 공작물의 설치 및 보존[에 관해] 항상 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖추지 아니하였다 하여 그 공작물의 설치보존에 하자가 있는 것이라고는 할 수 없[다].

2025다212812: 위와 같은 안전성의 구비 여부를 판단할 때에도 [해당] 공작물을 설치, 보존하는 사람이 그 공작물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구[하]는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 기준으로 판단하여야 한[다].

하자는 원고(피해자)가 증명책임을 진다.



2017다218208: 민법 제758조 제1항에 규정된 공작물의 설치 또는 보존의 하자...의 존재에 관한 증명책임을 피해자[V]에게 있[다].

배상 범위

배상할 범위는

- 1. 공작물 하자에 따른 “모든” 손해가 아니다.
- 2. 하자 관련 “위험이 현실화 된” 손해에 한정한다.

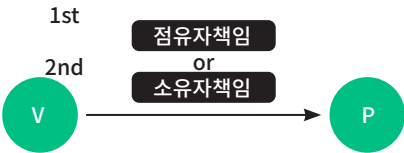
2025다212812: 공작물의 하자 [때문에] 어떠한 손해가 발생하였다고 하[자. 그렇]더라도, [만약] 그 손해가 공작물의 하자와 관련한 위험이 현실화되어 발생한 것이 아니라면 이는 ‘공작물의 설치 또는 보존의 하자로 ... 발생한 손해’라고 볼 수 없[다.]

원고는 [다음과 같이 주장한다. 즉,] 피고가 이 사건 설비의 소유자 겸 점유자로서 설치, 관리를 제대로 하지 못하여 이 사건 화재가 발생하였[다.] 그 [때문에] 원고가 피고로부터 이 사건 계약에 따른 전기요금 절감 서비스를 제공받지 못하게 된 손해를 입었[다.]

그러나 ... 원고가 주장하는 위와 같은 손해는 이 사건 계약이 이행되지 못함에 따른 것이지, 공작물의 하자와 관련한 위험이 현실화되어 발생한 손해라고 보기 어렵다.

소송 방법

- 위 주위적 책임(점유자책임), 예비적 책임(소유자책임)은 서로 양립할 수 없다. 이 경우,
- 1. 이때 1개의 소제기로, “같은 피고(P)”를 상대로, 위 청구들을 순위를 붙여 병합할 수도 있다(주위적 청구: P가 점유자임을 전제, 예비적 청구: P가 소유자임을 전제).



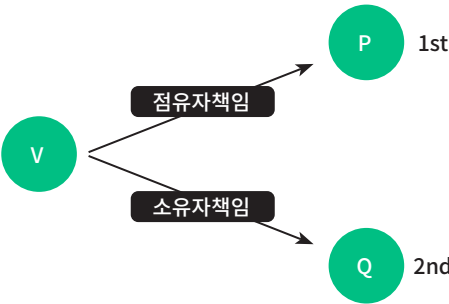
이것도 병합청구(객관적 병합)다. 그중에서도 순위를 붙여 병합청구하는 것이어서, “예비적 병합청구(예비적 객관적 병합)”라 한다.

98다22253전합: 청구의 예비적 병합이란 병합된 수개의 청구 중 주위적 청구(제1차 청구)가 인용되지 않을 것에 대비하여 ... 예비적 청구(제2차 청구)에 관하여 심판을 구하는 병합형태[다.]

이와 같은 예비적 병합의 경우에는 [법원은] 원고가 붙인 순위에 따라 심판하여야 [한다.] 주위적 청구를 배척할 때에는 예비적 청구에 대하여 심판하여야 [한다. 그러나] 주위적 청구를 인용할 때에는 다음 순위인 예비적 청구에 대하여 심판할 필요가 없[다.]

서울고법2016나2030355: 원고 [V는] 당초 [피고 P]에 대한 청구원인으로 공작물 소유자로서의 손해배상책임만을 주장하였[다. 원고 V는 그러다]가, [항소심] 법원에 이르러 공작물 점유자로서의 손해배상책임을 추가하였다... 위 각 **청구가 성질상 양립 불가능**하다는 점에 비추어 예비적 병합관계라고 [보아야 한다.]

2. 이때 1개의 소제기로, 순위를 붙인 “여러 피고들(P, Q)”을 상대로 한, 공동소송도 가능하다(주위적 피고 P: P가 점유자임을 전제, 예비적 피고 Q: Q가 소유자임을 전제).

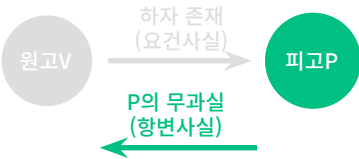


이것은 병합청구가 아니고, 공동소송(주관적 병합)이다. 그중에서도 피고들 사이에 순위를 붙인 공동소송이라서, “예비적 공동소송”이라 한다.

민사소송법 제70조(예비적, 선택적 공동소송에 대한 특별규정) ① ... 공동소송인 가운데 일부[점유자 P]에 대한 청구가 다른 공동소송인[소유자 Q]에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우에는 ...
② 제1항의 소송에서는 모든 공동소송인[점유자 P, 소유자 Q]에 관한 청구에 대하여 판결을 하여야 한다.

면책

1. 만약 피고 P(점유자)가 자신의 무과실을 증명하면? 피고 P(점유자)는 면책 (release from responsibility) 된다.



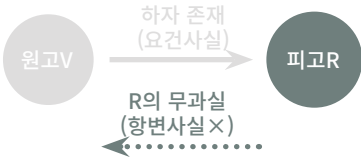
2. 이 경우 만약 피고 Q(소유자)가 자신의 무과실을 증명하면? 그렇더라도 피고 Q(소유자)는 면책되지 않는다.



민법 제758조(공작물등의 점유자[P], 소유자[Q]의 책임) ① ... 공작물점유자[P]가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자[P]가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자[Q]가 손해를 배상할 책임이 있다.

서울고법2023나2021397: 공작물의 하자로 ... 손해가 발생하였을 경우에 그 공작물의 소유자[Q]는 과실유무에 불구하고 손해배상책임이 있다.]

3. 점유자=소유자 사안에서, 만약 피고 R(점유자 겸 소유자)이 자신의 무과실을 증명하면? 그렇더라도 피고(점유자 겸 소유자) R은 면책되지 않는다.



70다2967: 공작물의 하자로 ... 손해가 발생하였을 경우에 그 공작물의 점유자 겸 소유자는 과실유무에 불구하고 손해배상책임이 있다.]

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

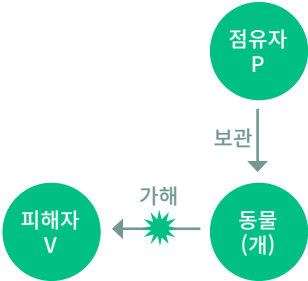
[문 28.] 甲은 학원을 운영하고자 하는 목적으로 상가 소유자 乙로부터 상가를 임차하였고, 乙의 동의를 얻어 상가 외벽에 철제 간판을 설치하였다. 그런데 간판의 볼트가 떨어져 나가 간판이 외벽으로부터 추락하면서 마침 그 밑 인도를 지나가던 행인 丙이 중상을 입었다. 丙은 甲 또는 乙을 상대로 손해배상을 청구하려고 한다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 간판 및 간판이 설치된 외벽이 본래 갖추어야 할 안전성은 용도에 한정된 안전성만이 아니라 공작물이 현실적으로 설치되어 사용되고 있는 상황에서 요구되는 안전성을 뜻한다.
- ㄴ. 간판 및 간판이 설치된 외벽의 안전성 구비 여부는 甲, 乙이 간판 및 간판이 설치된 외벽의 위험성에 비례하여 사회통념상 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지를 기준으로 삼는다.
- ㄷ. 간판 및 간판이 설치된 외벽이 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있었다는 점은 丙이 입증해야 한다.
- ㄹ. 공작물의 점유자로서의 책임 여부는 자신의 과실과 관계없이 결정되며, 공작물의 소유자로서의 책임 여부는 자신의 과실 유무에 따라 결정된다.

동물관리자책임

사례

P는 개를 키우고 있는데 제대로 관리를 하지 않았다. 그 결과, 개가 V를 물어 V가 크게 다쳤다.



책임부담자

- 1. 미친개는 직접 가해 동물(animal)이다. 개 자체가 권리를 갖거나 의무를 질 수는 없다.

2012다118594: 법률에 동물에 대하여 권리능력을 인정하는 규정이 없[다.] 이를 인정하는 관습법도 존재하지 아니[하다.] ... 이는 그 동물이 애완견 등 이른바 반려동물이라고 하더라도 달리 볼 수 없다.

- 2. P는 동물 점유자(possessor)로서 손해배상 책임을 진다.

민법 제759조(동물의 점유자[P]의 책임) ① 동물의 점유자[P]는 그 동물[개]이 타인[V]에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. ...

그 소가 예전부터 받는 버릇이 있다는 사실이 알려졌는데도, 그 주인이 그것을 잡도리하지 않았다면, 소는 소로 배상하고 죽은 소는 자기가 차지한다(בְּעֹדוֹתָא וְלִיתְהִי תַמְהוֹן רוֹשֵׁה תַתַּת רוֹשׁ מַלְשִׁי מַלְשׁ וּלְעֵב וּנְרָמְשִׁי אֱלֹן מַלְשׁ לִוְמַתָּמ אִזָּה תִּגְבּוּ רוֹשׁ; If it was known that the ox was accustomed to gore in the past, and its owner has not restrained it, the owner shall restore ox for ox, but keep the dead animal).

민법 제763조(준용규정) ...제399조의 규정은 불법행위[에 따른] 손해배상에 준용한다.

민법 제399조(손해배상자의 대위) 채권자가 그 채권의 목적인 물건 또는 권리의 가액전부를 손해배상으로 받은 때에는 채무자는 그 물건 또는 권리에 관하여 당연히 채권자를 대위한다.

피해자의 권리구제

V는 피해자(victim)로서, P를 상대로 손해배상 청구를 할 수 있다.

면책

만약 피고(점유자 P)가 자신의 무과실을 증명하면? 피고(점유자 P)는 면책 (release from responsibility) 된다.

민법 제759조(동물의 점유자의 책임) ① 동물의 점유자[P]는 ... 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 동물의 종류와 성질에 따라 그 보관에 상당한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

결론

일반불법행위

기본적 불법행위

공동불법행위

여러 가해자가 가담한 불법행위

특수불법행위

대신 책임지는 불법행위

1. 누군가 피해자(victim)에게 손해배상 책임을 진다.
2. 여기서 “누군가”란, 감독자(supervisor), 사용자(employer), 또는 점유자 (possessor)를 의미한다.

특별법상 불법행위 책임

Special Acts on Tort Liability

일반법은 특별법에 따라 개정된다.
- Pope Boniface VIII, “De Regulis Juris”

기초 개념: 특별법 우선 원칙

개념

- 1. 동일한 사안에 A법과 B법이 모두 적용될 수 있다고 하자.
- 2. 만약 A법이 일반법, B법이 특별법이라면, B법을 우선해 적용한다.
- 3. 즉, 특별법(special)은 일반법(general)에 우선한다.

일반법은 특별법에 따라 개정된다(*Generi per speciem derogatur*; The general is derogated by the specific; The particular takes precedence over the general).

사례

O는 칼을 들고 V를 협박해서 강제로 V와 성교를 했다.

- 1. 일단, 형법 제297조에 있는 강간죄에 해당한다.

형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

- 2. 동시에, 성폭력처벌법 제4조 제1항의 특수강간에도 해당한다.

성폭력처벌법 제4조(특수강간 등) ① 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 지닌 채 또는 2명 이상이 합동하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 사람은 무기징역 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

그러나 강간에 관해서는,

- 1. 위 특례법(B법)이 형법(A법)에 비교해 특별법이므로,
- 2. 위 특례법(B법)을 우선하여 적용한다.

따라서, 한 번의 행위로,

- 1. 두 범죄가 모두 성립하는 것이 아니라,
- 2. 성폭력처벌법위반(특수강간)죄만 성립한다.



국가배상책임

개념

국가(대한민국)도 손해배상책임을 질 수 있다. 국가배상(state compensation)이라고 부른다. 공무원이 잘못하거나 국가가 설치한 시설에 어떤 문제가 있는 경우, 민법보다 특별법인 국가배상법을 우선 적용한다.

국가배상법 제8조(다른 법률과의 관계) 국가나 지방자치단체의 손해배상 책임에 관하여는 **이 법에[서] 규정[한] 사항 외에는 「민법」에 따른다.** ...

1. 공무원(public officer) 또는 영조물(public structures) 자체가 손해배상 책임을 지는지 문제와 별개로,
2. 국가(state), 즉 대한민국은 손해배상 책임을 진다.
3. 피해자(victim)는 손해배상을 청구할 수 있다.

헌법이 보장하는 재산권 중에서도 특별히 보장하는 권리다.

대한민국헌법 제23조 ① 모든 국민의 **재산권**은 보장된다. ...

대한민국헌법 제29조 ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률[에서] 정하는 바에 [따라] **국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구**할 수 있다. ...

2019헌가17: 헌법은 제23조 제1항에서 일반적 재산권을 규정하고 있으나, 제29조 제1항에서 국가배상청구권을 별도로 규정[했다. 이]로써, 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 경우 국민이 국가에 대해 재산적, 정신적 손해에 대한 정당한 배상을 청구할 수 있는 권리를 **특별히 보장**하고 있다.

종류

국가배상책임 효과로, 국가가 피해자에게 손해배상 책임을 진다.

1. 공무원 불법행위에 따른 국가배상책임(public officer's liability): 국가의 사용자책임

민법 제756조(사용자의 배상책임) ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제[3]자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. ...

국가배상법 제2조(배상책임) ① 국가나 지방자치단체는 공무원...이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입[힌] 때에는 ... 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. ...

2. 영조물 하자에 따른 국가배상책임, 즉, 영조물책임(liability for public structures): 국가의 공작물책임

민법 제758조(공작물등의 점유자...의 책임) ① 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 ... 타인에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. ...

국가배상법 제5조(공공시설 등의 하자[에 따른] 책임) ① 도로, 하천, 그 밖의 공공의 영조물(營造物)의 설치나 관리에 하자(瑕疵)가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가...는 그 손해를 배상하여야 한다. ...

국가나 공무원 관련이라 해서 무조건 국가배상책임 문제인 것은 아니다.

99다7008: 국가...라 할지라도 공권력의 행사가 아니고 단순한 사경제의 주체로 활동하였을 경우에는 그 손해배상책임에 국가배상법이 적용될 수 없고 민법상의 사용자책임 등이 인정[된다.] 국가의 **철도운행사업**은 국가가 공권력의 행사로서 하는 것이 아니고 **사경제적** 작용이다. 그러므로 이[에 따른] 사고에 공무원이 [관]여하였다고 하더라도 국가배상법을 적용할 것이 아니고 일반 **민법**의 규정에 따라야 [한다.]

[그러나] 공공의 **영조물인 철도시설물**의 설치 또는 관리의 하자[에 따른] 불법행위를 원인으로 하여 국가에 대하여 손해배상청구를 하는 경우에는 **국가배상법**이 적용[된다.]

연습문제

2026년도 변호사시험 공법 선택형

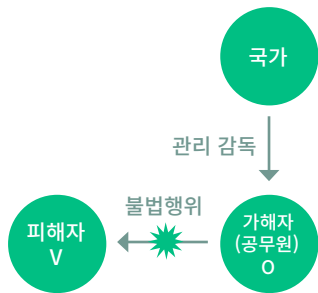
[문 39.] 행정상 법률관계에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

④ 국가의 철도운행사업은 국가가 공권력의 행사로서 하는 것이 아니고 사경제적 작용이라 할 것이므로, 이[에 따른] 사고에 공무원이 관여하였다고 하더라도 「국가배상법」을 적용할 것이 아니고 일반 「민법」의 규정에 따라야 하나, 공공의 영조물인 철도시설물의 설치 또는 관리의 하자[에 따른] 불법행위를 원인으로 하여 국가에 대하여 손해배상청구를 하는 경우에는 「국가배상법」이 적용된다.

공무원의 불법행위에 따른 국가배상책임

사례

경찰 O는 시민 V에 물고문, 전기고문을 했다.



책임부담자: 국가(대한민국)

대한민국은 국가배상책임(public officer’s liability)을 진다.

국가배상법 제2조(배상책임) ① 국가...는 공무원[O]...이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인[V]에게 손해를 입[힌 때에는] ... 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. ...

2010다108494: [대한민국] 소속 보안부대 수사관들[O]은 영장 없이 체포 이유를 고지함도 없이 [V]을 불법 체포하였[다. 게다가 V에게] 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하지 않았[다. 그리고 V를] 고문하여 허위 자백을 받아[냈다. 또,] 참고인들을 협박하여 허위의 진술을 하게 [했다. 이렇게] 증거를 조작함으로써 [V]가 추후 구속 기소되어 징역 7년의 유죄판결을 받고 그 형집행을 당하도록 하는 등[으로] 불법행위를 저질렀다.

[그렇다면, 대한민국은] 위와 같은 불법행위로 [V가] 입은 일체의 비재산적 손해에 대하여 국가배상법에 따른 위자료배상책임이 있다.

책임부담자: 공무원 개인?

공무원 O는 어떤 책임을 지는가? 경우를 나누어 보아야 한다.

1. 공무원에게 고의, 중과실이 있었을 경우: 공무원 개인도 불법행위 책임(배상책임)을 진다. 즉, 국가와 공무원 개인 모두 책임을 진다.
2. 공무원에게 경과실만 있었을 경우: 공무원 개인은 불법행위 책임(배상책임)을 지지 않는다. 즉, 국가만 책임을 지고, 공무원 개인은 책임을 지지 않는다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인[V]에게 손해를 가한 자[O]는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

95다38677전합: 공무원[O]이 직무수행 중 불법행위로 타인[V]에게 손해를 입[혔다.] ... 공무원 개인[O]도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위[에 따른] 손해배상 책임을 진다. 그렇지만 공무원[O]에게 경과실만인 경우에는 공무원 개인[O]은 손해배상 책임을 부담하지 아니한[다.]

사안에서, 고문을 가한 공무원 O는 고의가 당연히 있다. 공무원 O 개인도 불법행위 책임(배상책임)을 진다.

피해자의 권리구제

시민 V는 피해자(victim)로서,

1. 공무원 O에 대해,
2. 대한민국에 대해,

즉, 위 모두에게 손해배상 청구를 할 수 있다.

사무 위탁 경우?

국가(대한민국)가 공법인(P)에 사무를 위탁했고, 공법인(P)의 피용인(Q)이 이를 수행하다 불법행위를 저질렀다면?

2019다260197: 공법인[P]이 국가로부터 위탁받은 공행정사무를 집행하는 과정에서 공법인[P]의 ... 피용인[Q]이 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입[힌 사안이다.]

1. 공법인(P)은 행정주체 지위에서 배상책임을 진다.

2019다260197: 공법인[P]은 위탁받은 공행정사무에 관한 행정주체의 지위에서 배상 책임을 부담하여야 [한다.]

2. 공법인(P)의 피용인(Q)은 실질적인 공무원 지위에 있다. 즉, 고의, 중과실 있을 때만 배상책임을 지고, 경과실뿐이면 배상책임을 안 진다.

2019다260197: 공법인[P]의 ... 피용인[Q]은 실질적인 의미에서 공무를 수행한 사람으로서 국가배상법 제2조에서 정한 공무원에 해당[한다. 그러]므로 고의 또는 중과실이 있는 경우에만 배상책임을 부담하고 경과실이 있는 경우에는 배상책임을 면한[다.]

연습문제

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 32.] 국가배상책임에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 공법인이 국가로부터 위탁받은 공행정사무를 집행하는 과정에서 공법인의 임직원이나 피용인이 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우, 공법인의 임직원이나 피용인은 「국가배상법」 제2조에서 정한 공무원에 해당하므로 고의 또는 중과실이 있는 경우에만 배상책임을 부담한다.

영조물책임

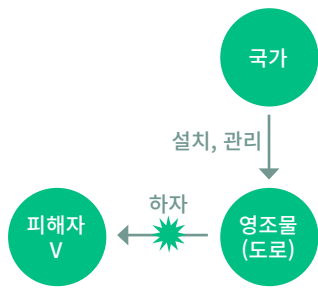
사례

국가가 관리하는 도로에 심하게 움푹 파인 곳이 있어 지나가던 V의 자동차가 파손되었다. 장마 때 생긴 구멍인데, 몇 달이 지나도록 전혀 관리가 안 되었다 하자.

영조물?

“영조물”이란, 국가가 관리하는 도로, 하천, 공공시설 같은 것으로 생각하면 충분하다.

80다2478: 국가배상법 제5조[에서 정한] 공공의 영조물이란 [무엇인가?] 공유나 사유 임을 불문하고 행정주체[로부터] 특정공공의 목적에 [제공]된 유체물 또는 물적 설비를 의미[한다.]



책임부담자

대한민국은 도로 관리자(supervisor)로 손해배상 책임을 진다.

국가배상법 제5조(공공시설 등의 하자[에 따른] 책임) ① 도로, 하천, 그 밖의 공공의 영조물(營造物)의 설치나 관리에 하자(瑕疵)가 있기 때문에 타인[V]에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가...는 그 손해를 배상하여야 한다. ...

2017다223538: 이 사건 도로에 사고 전날부터 사고 당시까지 자갈더미가 적치되어 있었고 그것이 사고 발생의 한 원인이 되었다. 그러므로 이 사건 도로는 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있었다고 보아야 한다. ... 따라서 영조물인 이 사건 도로의 설치나 관리에 하자가 있었다고 보아야 한다.

피해자의 권리구제

V는 피해자(victim)로서, 대한민국을 상대로 손해배상 청구를 할 수 있다.

설치, 보존상 하자 범위

용도에 따라 보통 갖추어야 할 안전성을 못 갖춘 것.

국가배상법 제5조(공공시설 등의 하자[에 따른] 책임) ① 도로, 하천, 그 밖의 공공의 영조물(營造物)의 설치나 관리에 하자(瑕疵)가 있기 때문에 타인[V]에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가...는 그 손해를 배상하여야 한다. ...

2017다223538: 국가배상법 제5조 제1항에서 정한 ‘영조물의 설치 또는 관리의 하자’는 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 의미한다.

1. 영조물 자체 용도 한정× but 영조물 현실 사용 상황○

2017다223538: 도로를 설치한 후 제3자의 행위로 그 본래의 목적인 통행상의 안전에 결함이 발생한 경우에는 [어떻게 판단하나?] 그 도로의 구조, 장소적 환경과 이용상황 등 제반 사정을 종합하여 그와 같은 결함을 제거하여 원상으로 복구할 수 있는데도 이를 방치한 것인지 여부를 개별적, 구체적으로 살펴서 하자의 유무를 판단하여야 한다.

2. 완전 무결 고도 안전성 기준× but 위험도 비례 방호조치 이행 기준○

2022다225910: 위와 같은 안전성의 구비 여부는 영조물의 설치자 또는 관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지를 기준으로 판단하여야 [한다.] 아울러 그 설치자 또는 관리자의 재정적, 인적, 물적 제약 등도 고려하여야 한다. 따라서 영조물이 그 설치 및 관리에[서] 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖추지 아니하였다고 하여 하자가 있다고 단정할 수는 없다. 즉, 영조물 이용자의 상식적이고 질서 있는 이용 방법을 기대한 상대적인 안전성을 갖추는 것으로 족하다.

민법상 공작물책임과 비교해 기억하면 쉽다.

연습문제

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 32.] 국가배상책임에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄹ. 영조물이 그 설치 및 관리[에] 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖 추지 아니하였다고 하여 하자가 있다고 단정할 수는 없고, 영조물 이용자의 상식적이고 질서 있는 이용 방법을 기대한 상대적인 안전성을 갖추는 것으로 족하다.

현대형 불법행위책임

문제점

- 1. 불법행위가 성립하려면 기본적으로 가해자에게 고의, 과실이 있어야 한다. 이것을 과실책임(liability with fault) 원칙이라 한다.
- 과실 없으면 책임 없다.
- 2. 그러나 과실책임 원칙을 너무 엄격하게 요구하면, 불공평한 경우가 생긴다. 교통사고, 제품 독성, 환경오염을 생각해 보라. 사고는 났고 누군가 치명적 손해를 입었는데, 과실이 증명이 안 되었다며 아무도 책임을 지지 않는다면?

무과실책임의 등장

대책으로, 일정한 경우 일정한 자에게 무과실책임(liability without fault)을 부담시키는 제도를 도입했다. 과실 유무가 불확실하더라도 가해사실이 있다면 책임지게 하는 것이다. 이론적 근거는 다음과 같다.

- 1. 보상책임 원리: 사회의 희생을 토대로 이익을 얻는 자에게 책임을 부담시키는 것이 공평하다.
- 이익 있는 곳에 책임(위험) 있다(*Cuius commodum, eius et periculum; Whose is the profit, his also is the risk*).
- 2. 위험책임 원리: 위험물 소유, 관리자에게 위험물에 관한 책임을 부담시키는 것이 공평하다.

위험 있는 곳에 책임 있다.

사례

- 1. 운행자책임(operator's liability): 자동차로 이익 보는 자(운행자)가 교통사고 책임 부담

96헌가4: 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서도 사회국가원리를 수용하[는] 우리 헌법의 이념에 비추어 [보자.] 일반불법행위책임에 관하여는 과실책임의 원리를 기본원칙으로 하면서 이 사건 법률조항과 같은 특수한 불법행위책임에 관하여 위험책임의 원리를 수용하는 것은 입법정책에 관한 사항[이다. 이것은] 입법자의 재량에 속한[다.]

[그러므로 자동차손배법]이 위험책임의 원리에 기[초]하여 무과실책임을 지운 것만으로 자유시장 경제질서에 위반된다고 할 수 없다.

2. 제조물책임(product liability): 상품의 제조, 판매로 이익 보는 자(제조업자)가 사고 책임 부담

수원지법2008가합27878: [제조물 책임법은] 제조물의 결함으로 ... 발생한 손해에 대한 제조업자 등의 손해배상책임을 규정함으로써 피해자의 보호를 도모하고 국민 생활의 안전향상과 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 제정[됐다.]

[제조물책임은] 제조물의 결함 [때문에] 피해를 [본] 자가 계약상 **직접적 거래관계가 없는 자에게도** 그 제조업자의 **고의, 과실에 대한 [증명] 없이도** 손해배상책임을 추궁할 수 있도록 하기 위하여 **특별히 도입된 입법원리**이다.

3. 원인자책임(causer's liability): 환경오염 원인을 발생시킨 자(원인자)가 환경오염 책임 부담

2013헌가19: 환경오염에 대하여 책임을 부담하는 오염원인자의 구체적인 범위 및 그 책임 내용은 [어떻게 정하는가?]

환경보호 및 피해자의 구제라는 공익을 효과적으로 달성하기 위해 [해당] 법률이 추구하는 목적, 해당 환경오염의 특성, 귀책의 근거를 종합적으로 고려하여 입법자에 [따라] 정해진다. 즉, **입법자**에게는 오염원인자의 범위와 그 책임 내용을 결정[할 때] 일정한 **형성의 자유**가 인정된다.

2016다35802: 방사능에 오염된 고철은 원자력안전법 등의 법령에 따라 처리되어야 하고 유통되어서는 안 된다. 사업 활동 등을 하던 중 고철을 방사능에 오염시킨 자는 원인자로서 관련 법령에 따라 고철을 처리함으로써 오염된 환경을 회복, 복원할 책임을 진다. 이러한 조치를 취하지 않고 방사능에 오염된 고철을 타인에게 매도하는 등으로 유통시킴으로써 거래 상대방이나 전전 취득한 자가 방사능오염으로 피해를 [보]게 되면 [어떻게 처리하나?] 그 **원인자는 방사능오염 사실을 모르고 유통시켰더라도** 환경정책기본법 제44조 제1항에 따라 피해자에게 피해를 **배상할 의무**가 있다.

운행자책임

특별법인 자동차손배법

과실로 교통사고를 내도 불법행위다. 다만, 특별히 취급한다. 즉, 민법보다 특별법인 자동차손배법을 적용한다.

자동차손배법 제4조(「민법」의 적용) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자의 손해배상 책임에 대하여는 제3조[자동차손배책임]에 따른 경우 외에는 「민법」에 따른다.

67다1695: [자동차손배법] 제3조는 불법행위에 관한 민법 규정의 특별 규정이다. 따라서] 자동차 사고로 ... 손해를 입은 자가 [자동차손배법에 따라] 손해배상을 주장하지 않았다고 하더라도 법원은 **민법에 우선하여 [자동차손배법]을 적용**하여야 한다.

운행자?

- 1. 운전자(driver)는 말 그대로 운전을 한 사람이다.
- 2. 운행자(operator)는 자동차를 사용, 관리하는 자다. 보통은 자동차 소유자(차주)를 운행자로 본다.

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

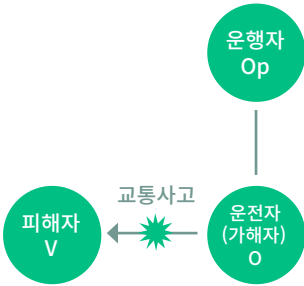
2. “**운행**”이란 사람 또는 물건의 운송 여부와 관계없이 **자동차를 그 용법에 따라 사용하여 관리**하는 것을 말한다.

2017다222665: 자동차의 소유자는 [어떤 책임을 부담하나?] 제3자가 무단히 그 자동차를 운전하다가 사고를 내었다고 하[자. 그렇]더라도 그 운행[에] 소유자의 운행지배와 운행이익이 완전히 상실되었다고 볼 특별한 사정이 없는 경우에는 [소유자가] 그 사고에 대하여 [자동차손배법] 제3조[에서 정한] **운행자로서의 책임을 부담**[한다.]

그 운행지배와 운행이익의 상실 여부는 [어떻게 판단하는가? 다음을 종합해 평가해 판단한다. 즉,] 평소의 자동차나 그 열쇠의 보관 및 관리상태, 소유자의 의사와 관계없이 운행이 가능하게 된 경위, 소유자와 운전자의 인적 관계, 운전자의 차량 반환의사의 유무, 무단운행 후 소유자의 사후승낙 가능성, 무단운전에 대한 피해자의 인식 유무 등 객관적이고 외형적인 여러 사정을 사회통념에 따라 [평가해야 한다.]

사례

Op는 친구 O에게 자동차를 빌려줬다. 그런데 O가 그 차를 몰다가 실수로 행인 V를 쳐 V가 크게 다쳤다.



책임부담자

- 1. 운전자 O는 가해자(offender)로, 일정 요건에 따라 불법행위 책임을 진다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인[V]에게 손해를 가한 자[O]는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

- 2. 차주 Op는 운행자(operator)로, 운행자 지위 자체에서 운행자책임을 진다.

자동차손배법 제3조(자동차손해배상책임) **자기를 위하여 자동차를 운행**하는 자[Op]는 그 운행으로 다른 사람[V]을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. ...

피해자의 권리구제

자동차손배법 제1조(목적) 이 법은 자동차의 운행으로 사람이 사망 또는 부상하거나 재물이 멸실 또는 훼손된 경우에 손해배상을 보장하는 제도를 확립하여 피해자를 보호하고, 자동차사고[에 따른] 사회적 손실을 방지함으로써 자동차운송의 건전한 발전을 촉진함을 목적으로 한다.

94다23876: [이 법 취지는,] 자동차의 운행이[라는] 사회적 위험성이 큰 요소로 ... 발생 하는 손해의 배상책임을 그 운행자에게 용이하게 귀속시[키려는 것이다.]

행인 V는 피해자(victim)로서,

1. 운전자 O에 대해,
2. 운행자 Op에 대해,

즉, 위 모두에게 손해배상 청구를 할 수 있다.

제조물책임

개념

제조물(product) 결함으로 생명, 신체, 재산이 침해되는 경우다. 이것도 불법행위다. 다만, 특별히 취급한다. 민법보다 특별법인 제조물 책임법을 적용한다.

제조물 책임법 제8조(「민법」의 적용) 제조물의 결함[에 따른] 손해배상책임에 관하여 이 법에[서] 규정[한] 것을 제외하고는 「민법」에 따른다.

제조물의 결함?

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

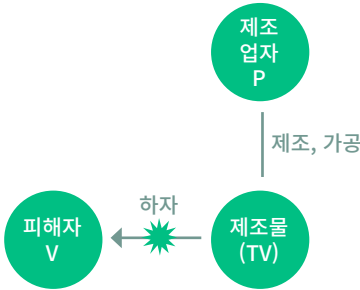
1. “제조물”이란 제조되거나 가공된 동산...을 말한다.
2. “**결함**”이란 해당 제조물에 ... 제조상, 설계상 또는 표시상의 결함이 있거나 그 밖에 통상적으로 기대할 수 있는 **안전성이 결여**[된] 것을 말한다. ...

제조물 책임법 제3조의2(결함 등의 추정) 피해자가 다음 각호의 사실을 증명한 경우에는 제조물을 공급할 당시 해당 제조물에 결함이 있었고 그 제조물의 결함으로 ... 손해가 발생한 것으로 추정한다. ...

1. 해당 제조물이 정상적으로 사용되는 상태에서 피해자의 손해가 발생하였다는 사실
2. 제1호의 손해가 제조업자의 실질적인 지배영역에 속한 원인으로부터 초래되었다는 사실
3. 제1호의 손해가 해당 제조물의 결함 없이는 통상적으로 발생하지 아니한다는 사실

사례

소비자 V는 P사 제품 TV 1대를 주문했다. 그런데 시청 중 그 TV가 폭발해 V는 얼굴에 화상을 입었다.



책임부담자

- 1. TV 자체가 권리를 갖거나 의무를 질 수는 없다.
- 2. P사는 제조업자(producer)로, 손해배상 책임을 진다.

제조물 책임법 제3조(제조물 책임) ① 제조업자[P]는 제조물의 결함으로 생명, 신체 또는 재산에 손해(그 제조물에 대하여만 발생한 손해는 제외한다)를 입은 자[V]에게 그 손해를 배상하여야 한다.

98다15934: 무릇 물품을 제조, 판매하는 제조업자[P] 등은 그 제품의 구조, 품질, 성능 등[에서] 그 유통 당시의 기술 수준과 경제성에 비추어 기대 가능한 범[위]의 안전성과 내구성을 갖춘 제품을 제조, 판매하여야 할 책임이 있[다.] 이러한 안전성과 내구성을 갖추지 못한 결함으로 ... 소비자[V]에게 손해가 발생한 경우에는 [제조업자 P 등은] 불법행위[에 따른] 손해배상의무를 부담한다.

텔레비전이 ... 그 정상적인 이용상황[에서] 폭발한 [사안이다.] ... 제조업자[V]는 내구연한이 다소 경과된 이후에도 제품의 안전성을 확보할 주의의무가 있[다. 따라서] 제조상의 결함을 인정[할 수 있다.]

- 3. 제조업자를 알 수 없으면? 이때는 판매업자 Q라도 책임을 진다.

제조물 책임법 제3조(제조물 책임) ③ 피해자[V]가 제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우에 그 제조물을 영리 목적으로 판매, 대여 등의 방법으로 공급한 자[Q]는 제1항에 따른 손해를 배상하여야 한다. ...

피해자의 권리구제

제조물 책임법 제1조(목적) 이 법은 제조물의 결함으로 발생한 손해에 대한 제조업자 등의 손해배상책임을 규정함으로써 피해자 보호를 도모하고 국민 생활의 안전 향상과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

V는 피해자(victim)로서,

- 1. 제1 순위(주위적)로 제조업자책임에 근거한 청구(제조물 책임법 제3조 제1항)를,
- 2. 제2 순위(예비적)로 판매업자책임에 근거한 청구(같은 조 제3항)를, 각각 할 수 있다.

다만, 양 책임은 서로 양립할 수 없다.

소송 방법

- 1. 예비적 청구(객관적 예비적 병합): P를 상대로, (i) 주위적으로는 P가 제조업자, (ii) 예비적으로는 P가 판매업자임을 근거로 청구
- 2. 예비적 공동소송(주관적 예비적 병합): 주위적 피고 P, 예비적 피고 Q를 상대로, (i) 주위적으로는 P가 제조업자, (ii) 예비적으로는 Q가 판매업자임을 근거로 청구

원인자책임

개념

환경오염으로 피해가 발생할 수 있다. 역시 특별히 취급한다. 민법보다 환경정책기본법을 우선 적용한다.

2016다35802: 환경정책기본법 제44조 제1항은 민법의 불법행위 규정에 대한 특별 규정이다. 이 규정은] 환경오염 또는 환경훼손의 피해자가 그 원인을 발생시킨 자(이하 ‘원인자’라 한다)에게 손해배상을 청구할 수 있는 근거 규정이다.
2006다50338: 환경오염으로 ... 손해를 입은 자가 환경정책기본법에 [따라] 손해배상을 주장하지 않았다고 하[자. 그렇]더라도 법원은 민법에 우선하여 환경정책기본법을 적용하여야 [한다.]

환경오염?

환경정책기본법 제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
4. “ 환경오염 ”이란 사업활동 및 그 밖의 사람의 활동[으로] 발생하는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음, 진동, 악취, 일조 방해 등으로서 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 상태를 말한다.
5. “ 환경훼손 ”이란 야생동식물의 남획(濫獲) 및 그 서식지의 파괴, 생태계질서의 교란, 자연경관의 훼손, 표토(表土)의 유실 등으로 자연환경의 본래적 기능에 중대한 손상을 주는 상태를 말한다.

사례

농부 V는 최근 공장폐수 때문에 심각한 재산 손실을 보고 있다. 공장폐수는 P사에서 발생된 것이라 한다.



책임부담자

P사는 원인자(causer)로, 손해배상 책임을 진다.

환경정책기본법 제44조(환경오염의 피해에 대한 무과실책임) ① 환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 경우에는 해당 환경오염 또는 환경훼손의 원인자가 그 피해를 배상하여야 한다.

피해자의 권리구제

2019다292026: 환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 때에는 그 원인자는 환경정책기본법 제44조 제1항에 따라 귀책사유가 없더라도 피해를 배상하여야 한다.

2009다66549전합: [이 법은] 환경오염의 피해에 대하여 무과실책임을 지우고 있[다.]

농부 V는 피해자(victim)로서, P사를 상대로 손해배상 청구를 할 수 있다.

불법행위 성립

Formation of Tort

“네 이웃을 사랑해야 한다.”라는 규칙이 법이라면,
“네 이웃을 다치게 하지 말아야 한다”가 된다.
그때 법률가의 질문은 바로 “그러면 누가 이웃인가?”이다.
- Lord Atkin

머리에

불법행위 성립 요건

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

- 1. 고의 또는 과실에 따른,
- 2. 위법행위를 해서,
- 3. 그 때문에,
- 4. 다른 사람에게 손해를 가하고,
- 5. 가해자에게 책임능력이 있을 것



사례

옥상에서 돌을 던져 누군가 맞아 다쳤다. 불법행위가 성립하는가?

고의

개념

2001다46440: 불법행위에[서] 고의는 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히
이를 [하]는 심리상태이다.

다음 두 가지가 모두 있어야 고의(willfulness)를 인정한다.

- 1. 결과 발생 인식
- 2. 결과 발생 의사



사례

옥상에서 친구들과 돌을 갖고 놀다가 실수로 던진 경우, 고의가 없다. 즉, “고의에 따른” 불법행위는 성립하지 않는다.

결과 발생 인식

결과 발생을 예상해야 한다. 예를 들어, 사람이 돌에 맞을 줄 예상했어야 고의를 인정할 수 있다.

인식의 대상은 “결과 발생”이다. 즉, 자신의 행위가 불법(illegality)이라고 인식할 필요까지는 없다. 예를 들어, 돌을 던져 사람을 맞추는 게 법에 위반된다는 걸 몰랐다고 하자. 그렇다면, 고의는 얼마든지 인정된다.

2001다46440: [고의가 인정되려면] 객관적으로 위법이라고 평가되는 일정한 결과의 발생이라는 사실의 인식만 있으면 [된다.] 그 외에 그것이 위법한 것으로 평가된다는 것까지 인식하는 것[이 필요한] 것은 아니다.

결과 발생 의사

결과 발생을 의도해야 한다. 예를 들어, 사람을 맞춘다는 의사가 있어야 고의를 인정할 수 있다.

결과가 발생할지도 모른다고 인식하면서도, 이를 무릅쓰고 하는 경우가 있다. 이를 미필적 고의(dolus eventualis; willful negligence)라고 한다. 예를 들어, 지나가던 누구라도 맞아도 상관없다고 생각하고 던졌다고 하자. 이것도 결과 발생을 의도한 것으로 본다. “사람을 맞춘다”는 의사, 즉 고의가 있다.

90다16771: 불법행위 법리에[서]는 미필적 고의도 고의의 한 태양으로 [본다.]

과실

개념

2000다12532: 불법행위의 성립요건으로서의 과실은 ... 사회평균인으로서의 주의의무를 위반한 경우를 가리킨다.]

과실(negligence)이란 쉽게 말해 부주의다. 다음 두 가지 모두 있어야 과실을 인정한다.

- 1. 결과 발생 인식 가능
- 2. 결과 발생 회피 가능

결과 발생 인식 가능

결과 발생 회피 가능

과실

사례

- 1. 사람이 전혀 지나다닐 리 없는 바다를 향해 사람이 없는 것을 확인하고 돌을 던졌다.

2. 그런데, 우연히 웬 사람이 낙하산을 타고 내려오다 돌에 맞아 다쳤다.
3. 그렇다면 과실이 없다. 과실에 따른 불법행위도 성립하지 않는다.

과실 없는 곳에는 불법행위도 없다(*Ubi non est culpa, ibi non est delictum*;
Where there is no fault, there is no wrong).

결과 발생 인식 가능(예견가능성)

결과 발생을 예상했거나 예상할 수 있었어야 한다. 예를 들어, 바다에 사람이 있다는 걸 예상할 수 있어야 과실을 인정할 수 있다.

2005다16034: 집단따돌림으로 ... 피해 학생이 자살한 경우, 자살의 결과에 대하여 학교의 교장이나 교사의 보호감독의무 위반의 [과실]책임을 묻기 위하여는 피해 학생이 자살에 이른 상황을 객관적으로 보아 교사 등이 예견하였거나 예견할 수 있었음이 인정 되어야 한다.

중학교 3학년 여학생이 급우들 사이의 집단따돌림으로 ... 자살한 사안[이다.] ... 담임 교사에게 피해 학생의 자살에 대한 예견가능성이 있었다고 인정하지 아니하여 자살의 결과에 대한 손해배상책임은 부정[한다.] 다만 학생들 사이의 갈등에 대한 대처를 소홀히 한 과실을 인정하여 [그 부분에 대하여는] 손해배상책임을 긍정[한다.]

결과 발생 회피 가능(회피가능성)

결과 발생을 피할 수 있었는데도 그렇게 하지 않았어야 한다. 예를 들어, 돌을 굳이 안 던져도 되는 상황인데도 던졌다면 과실이 인정된다.

2020다217533: 의사가 진찰, 치료 등의 의료행위를 하는 경우 사람의 생명, 신체, 건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 [필요한] 최선의 조치를 행하여야 할 주의의무가 있다.

진단상의 과실 유무를 판단[하는 방법은 어떻게?] 완전무결한 임상진단의 실시는 불가능[하다. 그러나 그렇다고] 할지라도 적어도 임상의학 분야에서 실천되고 있는 진단 수준의 범위 안에서 전문직업인으로서 [필요한] 의료상의 윤리와 의학적식 및 경험에 기초하여 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단[해야 한다. 즉, 해당 의사가 이렇게 해서] 위험한 결과 발생을 예견하고 이를 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다하였는지 여부를 따져 보아야 한다.]

2011다26964: 내시경 검사 후 식도천공이 진단되었다는 ... 사정만으로는 ... [의사 A가] 내시경 검사 도중 내시경 검사기구를 잘못 사용하여 식도천공을 만들었[다고] 인정하기 부족하[다.]

2018도2844: [의사 B는] 피해자가 수술 후 보인 증상을 통상적인 통증으로 안일하게 판단하여 피해자에게 지연성 천공 등 예상되는 합병증에 대한 위험을 제대로 고지, 설명하지 않았고, 퇴원 조건을 갖추지 못한 피해자에 대한 퇴원을 허락하였다. 나아가 [의사 B는] 피해자가 재차 병원을 방문하였을 때에도 복막염이 아니라고 속단한 채 피해자에게 필요한 적절한 검사나 치료를 하지 않고, 피해자가 마지막으로 병원에 온 이후에도 허혈성 심질환으로만 의심하여 이에 대한 조치만 취하였을 뿐이다. 그 결과 ... 피해자로 하여금 제때에 필요한 조치를 받지 못하게 한 과실이 있다.

주의의무 정도 판단 기준(추상적 사회평균인)

주의의무 정도는 추상적으로(abstractly) 판단한다.

- 1. 원래 사람은 다양하다. 어떤 사람은 주의 깊고, 어떤 사람은 부주의하다. 평소 주의 깊은 사람 기준에서는 과실이지만, 평소 부주의한 사람 기준에서는 그 정도면 과실이 아닐 수도 있다. 이처럼 기준이 제각각이면 판사가 재판할 수 없다.
- 2. 그래서 사회평균인의 주의 정도를 기준으로 삼는다.

2000다12532: 불법행위의 성립요건으로서의 과실은 이른바 추상적 과실만이 문제[된다. 그리고] 이러한 과실은 사회평균인으로서의 주의의무를 위반한 경우를 가리키는 것이다.]

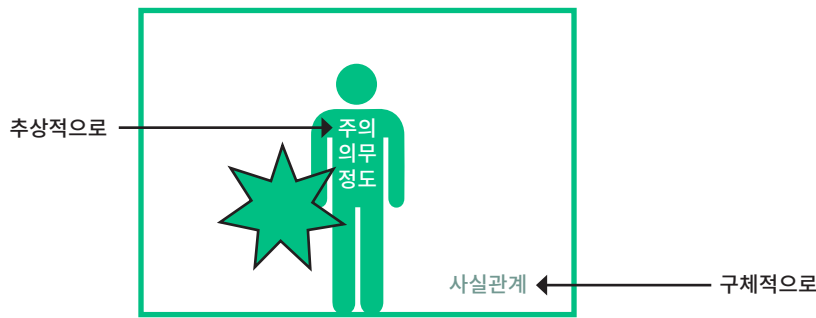
사실관계 판단 기준(구체적 사안)

사실관계(사안)는 구체적으로(concretely) 판단한다.

- 1. 돌은 던진 때가 언제였냐, 명동 거리에서 돌을 던졌냐 무인도에서 돌을 던졌냐, 인기척이 있었냐 등등 개별 상황을 구체적으로 확인해야 한다.
- 2. 그러한 특정 상황에서 보통 사람이라면 어떻게 했을 것인가를 검토한다.

2000다12532: 여기[서 말하는] “사회평균인”이라고 하는 것은 추상적인 일반인을 말하는 것이 아니라 그때 그때의 구체적인 사례에[서의] 보통인을 말하는 것이다.

66다1938: 일반적 보통인이[란] ... 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 보통인을 말하는 것이[다. 그러]므로 그와 같은 직업과 직무에 종사하는 사람으로서는 보통 누구나 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여 그 과실유무를 논[한다.]



고의와 과실 관계

형법에서

- 1. 고의인지 과실인지 구별은 매우 중요하다.
- 2. 원칙적으로 고의범만 처벌하기 때문이다. 일부러 저지른 것(죄의 성립요소인 사실을 인식한 것)이 아니면, 원칙적으로 처벌 못 한다.

3. “가해자를” 처벌할 것인지 문제이므로, 가해자의 심리상태가 중요한 것이다.
범죄에서는 결과보다 의사가 중요하다(*In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*; In wrongful acts, the intention is considered, not the outcome).

형법 제13조(고의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.

형법 제14조(과실) 정상적으로 기울여야 할 주의(注意)를 게을리하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌한다.

2009도9807: ‘명문 규정이 있거나 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우’를 제외하고는 형법의 원칙에 따라 ‘고의’가 있어야 벌할 수 있다.

민법에서

손해배상에 관해, 고의와 과실 구별이 크게 중요하진 않다.

1. 고의에 따른 것이든 과실에 따른 것이든, 손해를 발생시켰으면 배상해야 하기 때문이다. 일부러 저지른 것이 아니라고 해서, 배상책임이 면제되지 않는다.
2. “피해자의” 손해를 배상하는 문제이므로, 가해자의 심리상태가 중요하지 않은 것이다.

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.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실에 따른] 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

2009다13813: 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서 과실에 [다른] 방조도 가능하[다.]



물론, 손해배상(damages)에서 대체로 그렇다는 의미다. 민법에서 고의와 과실을 구별할 필요가 전혀 없다는 뜻은 아니다.

결론

1. 확정적 고의(“사람을 맞춰야겠다”): 배상의무 ○
2. 미필적 고의(“사람이 맞더라도 괜찮다”): 배상의무 ○
3. 과실(방심하여 “사람이 맞을 리는 없겠지”): 배상의무 ○
4. 무과실(사고 발생을 전혀 예상할 수 없는 상황에서 “사람이 맞을 리는 없겠지”): 배상의무 ×

위법성

개념

위법행위여야 불법행위로 인정된다. 즉, 위법성이 있어야 한다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] **위법**행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.



- 1. 위법성(illegality; unlawfulness)이란, 쉽게 말해 법에 위반된다는 것이다. 정확히는, 가해행위가 법질서에 반하여 사회생활상 허용되지 않는 성질이다.

2023다305516: 위법행위는 불법행위의 핵심적인 성립요건[이다. 이는] 법률을 위반한 경우에 한정되지 않고 **전체 법질서의 관점에서 사회통념상** 위법하다고 판단되는 경우도 포함할 수 있는 탄력적인 개념이다.

- 2. 따라서 만약 가해행위에 정당한 사유가 있다면, 위법성이 없다. 정당한 사유가 위법성을 깨뜨리는 것인데, 이를 위법성 조각(negating unlawfulness)이라 한다. 이때 정당한 사유를 위법성 조각 사유(reason for negating unlawfulness; justification)라 부른다.

법학에서, 추정이 깨지는 것을 조각(阻却; negating)이라 한다. 조(阻)는 “막다”, 각(却)은 “물리치다”라는 말이다. 즉, 조각이란, 어떤 성질이 발생하지 못하도록 막는다는 뜻이다.

사례

떼강도들이 나를 죽이려고 하기에 어쩔 수 없이 돌을 던져 방어한 것이라면, 가해행위에 위법성이 없다. 불법행위가 성립하지 않는다.

정당방위

다른 사람의 불법행위에 대항해 방어 목적으로 하는 가해행위를 정당방위(self-defense)라 한다. 이 경우 위법성이 없다.

- 1. 예를 들어, 위 떼강도 사건에서 돌을 던진 건 정당방위이므로 위법성이 없다. 자기 신체를 보호하려 한 행위는 적법한 것으로 본다(Iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur; By this rule of law, whatever a person has done for the protection of one’s own body is deemed to have acted lawfully).

2. 방어 목적이 아니라면 정당방위가 아니다. 가령 시비가 붙어 서로 싸운 것은 정당방위가 아니므로, 여전히 위법하다.

민법 제761조(정당방위, 긴급피난) ① 타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제[3]자의 이익을 **방위하기 위하여 부득이** 타인에게 손해를 가한 자는 배상할 책임이 없다. ...

83도3090: 언쟁중 흥분끝에 싸우다가 상해를 입힌 행위는 서로 상대방의 상해행위를 유발한 것이어서 정당방위는 성립하지 아니한다.

긴급피난

급박한 위난을 피하는 것을 목적으로 하는 가해행위를 긴급피난(necessity)이라 한다. 역시 이 경우 위법성이 없다.

1. 예를 들어, 집에 불이 나 밖으로 도망 나가기 위해 어쩔 수 없이 돌을 던져 창문을 깬 것이라면, 긴급피난이므로 위법성이 없다.

절실한 상황은 법률을 모른다(Necessitas non habet legem; Necessity has no laws). 필요는 부득이한 행위를 정당화한다(Necessitas quod cogit, defendit; Necessity justifies unavoidable acts).

2. 피난 목적이 아니라면 긴급피난이 아니다. 임차 주택에 불이 나자 평소 악감정을 갖고 있던 집주인에게 분풀이로 창문에 돌을 던진 뒤, 대문으로 유유히 빠져 나왔다고 하자. 긴급피난이 아니므로 여전히 위법하다.

민법 제761조(정당방위, 긴급피난) ② 전항[정당방위]의 규정은 **급박한 위난을 피하기 위하여 부득이** 타인에게 손해를 가한 경우에 준용한다.

90도870: [어떤 행위га] 급박한 현재의 위난을 피하기 위한 부득이한 것이었다고 볼 수는 없[다. 그러]므로 ...긴급피난에 해당하지 아니하다

위법성 판단 기준

사안마다 개별적으로 판단한다. 결국 종합적으로 판단해야 한다. 다만, 몇 가지 유형별로 기준을 제시할 수 있다.

2023다305516: 불법행위의 성립요건으로서 위법성은 관련 행위 전체를 일체로 보아 판단하여 결정해야만 하는 것은 아니[다.] 문제가 되는 **행위마다 개별적, 상대적으로 판단**하여야 한다.

특별히 문제 되는 몇 가지 예를 들어 보자.

1. 생활방해(nuisance)

99다55434: 불법행위 성립요건으로서의 위법성은 관련 행위 전체를 일체로만 판단하여 결정하여야 하는 것은 아니[다.] 문제가 되는 행위마다 개별적, 상대적으로 판단하여야 [한다. 그러]므로 어느 시설을 **적법하게 가동...하는 경우에도** 그로부터 발생하는 ... 제3자가 손해를 입은 경우에는 그 **위법성을 별도로 판단[해야] 한다.**

2014다57846: 도로에서 발생하는 소음으로 말미암아 생활에 고통을 받는 경우에 이웃 거주자에게 인용의무가 있는지 여부는 일반적으로 사회통념에 비추어 도로소음이 참아내야 할 정도(이하 '**참을 한도**'라고 한다)를 넘는지 여부에 따라 결정하여야 한다.

도로소음을 규제하는 행정법규는 인근 주민을 소음으로부터 보호하는 데 주요한 목적이 있기 때문에 도로소음이 이 기준을 넘는지 여부는 참을 한도를 정하는 데 중요하게 고려해야 한다.

그러나 도로변 지역의 소음에 관한 환경정책기본법의 소음환경기준을 넘는 도로소음이 있다고 하여 바로 참을 한도를 넘는 위법한 침해행위가 있어 민사책임이 성립한다고 단정할 수 없다.

행정 규제기준을 준수했는데도 민사 불법행위가 성립할 수 있다. 반대로, 행정 규제기준을 위반했는데도 민사 불법행위가 불성립할 수 있다.

2. 명예훼손(defamation)

2010다108579: 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경[우 어떨까?] 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 목적이 오로지 **공공의 이익**을 위한 것인 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 그 행위에 위법성이 없[다.] 또한 증거가 없더라도 행위자가 그것을 **진실이라고 믿을 만한 [타]당한 이유**가 있는 경우에는 **위법성이 없[다.]**

다만 인터넷에서 무료로 취득한 공개 정보는 누구나 손쉽게 복사, 가공하여 게시, 전송할 수 있는 것[이다. 따라서] 그 내용의 진위가 불명확함은 물론 궁극적 출처도 특정하기 어렵다.]

인터넷상 가상공동체(cyber community)의 자료실이나 게시판 등에 게시, 저장된 자료를 보고 그에 [기초해] 달리 사실관계의 조사나 확인을 하지 않고 다른 사람의 사회적 평판을 저하할 만한 사실을 적시한 기고문을 게재하였다[고 하자. 그렇다면] 설령 행위자가 그 내용이 진실이라 믿었다 한들, 그렇게 믿을 만한 [타]당한 이유가 있다고 보기 어렵다.

3. 채권 침해(infringement of claims)

2016다10827: 일반적으로 채권에 대해서는 배타적 효력이 부인되고 채권자 상호 간 및 채권자와 제3자 사이에 자유경쟁이 허용[된다. 그러]므로 제3자[로부터] 채권이 침해되었다는 사실만으로 바로 불법행위가 성립하지는 않는다.

그러나 거래에서 자유경쟁 원칙은 법질서가 허용하는 범위에서 공정하고 건전한 경쟁을 전제로 [한다. 그러므로] 제3자가 채권자를 **해친다는 사정을 알면서도 법규를 위반**하거나 선량한 풍속 그 밖의 **사회질서를 위반하는 등 위법한 행위**를 하여 채권의 실현을 방해하는 등으로 채권자의 이익을 침해하였다면 불법행위가 성립한다.

채권침해의 위법성은 침해되는 채권 내용, 침해행위의 양태, 침해자의 고의나 해의 등 주관적 사정 등을 참작하여 **구체적, 개별적으로 판단**[한다. 다만,] 거래자유 보장의 필요성, 경제, 사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익 균형 등을 종합적으로 고려하여야 한[다.]

4. 권리행사(exercise of rights)

2011도2412: 채권자가 채권추심을 위하여 독촉 등 권리행사에 필요한 행위를 할 수 있기는 [하다. 그렇]지만, **법률상 허용되는 정당한 절차에 [따른] 것이어야** [한다. 또한] 채무자의 자발적 이행을 촉구하기 위해 **필요한 범위 안에서 [적절]한 방법**으로 그 권리가 행사[돼야 한다.]

사채업자인 피고인은 피해자에게, 채무를 변제하지 않으면 피해자가 숨기고 싶어 하는 과거의 행적과 사채를 쓴 사실 등을 남편과 시댁에 알리겠다는 등의 문자메시지를 발송하였[다.] ... 정당한 절차와 방법을 통해 그 권리를 행사하지 아니하고 피해자에게 위와 같이 해악을 고지한 것이 ... 사회통념에 비추어 용인할 수 있는 정도의 것이라고 볼 수는 없다. ... 정당행위에 해당한다는 피고인의 주장을 배척한 것은 정당하[다.]

관건: 법률상 보호가치 있는 이익을 위법하게 침해하는가?

2023다305516: 소유권을 비롯한 절대권을 침해한 경우뿐만 아니라 **법률상 보호할 가치가 있는 이익**을 침해하는 경우에도 침해행위의 양태, 피침해이익의 성질과 그 **정도에 비추어 그 위법성이 인정**되면 불법행위가 성립할 수 있다.]

손해

개념

손해가 인정되어야 불법행위가 성립한다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인에게 **손해**를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.



- 1. 불법행위(tort)에 따른 손해(damages)란, 불법행위 때문에 피해자(victim)가 입은 손실을 말한다.
- 2. 옥상에서 돌을 던져 10만 원짜리 꽃병 1개가 완전히 깨져 전혀 못쓰게 되었다고 하자. 이 경우 10만 원 손해가 발생한다.

손해는 불법행위 말고도 채무불이행에서도 문제 된다. “채무불이행”에 관해서는 차차 배우자. 일단, 불법행위에 따른 손해를 본다.

2020다282513: 불법행위[에 따른] 재산상 손해는 [무엇인가?] 위법한 가해행위 [때문에] 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산 상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 **재산 상태의 차이**를 말한다.]

사례

옥상에서 돌을 던졌는데 아무도 없는 곳에 살포시 떨어져 누구도 전혀 놀라지 않았다. 손해가 없으므로, 불법행위가 성립하지 않는다.

의의

- 1. 불법행위가 있다고 무조건 손해배상을 해야 하는 것은 아니다. 손해가 없으면 손해배상청구를 할 수 없다. 당연하다.
- 2. 따라서 손해 발생은 손해배상청구의 요건 중 하나다. 즉, 요건사실이다.
- 3. 소송에서 배상받으려는 사람이 손해 증명을 못 하면, 배상을 받지 못한다.

2010다95185: [사안에서] 소유자인 [R]로서는 특별한 사정이 없는 한 [M]의 처분행위로 ... **어떠한 손해도 입은 바가 없다.** ... [M이] 위 각 부동산을 임의로 처분하더라도 [R]로서는 특별한 사정이 없는 한 [M을] 상대로 **불법행위[에 따른] 손해배상청구를 할 수 없다.**

인과관계

개념

인과관계가 인정되어야 불법행위가 성립한다.

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



- 1. 즉, 가해행위와 손해 사이의 인과관계(causation)가 필요하다.
- 2. “만약 가해행위가 없었다면 그 손해가 발생하지 않았을 것”이란 관계에 있어야 한다. 이를 조건적 관계(conditional relation)라 한다.

2003다9742: 법규[를] 위반한 행위로 손해를 발생시킨 가해자가 ... 적법행위에 의했더라도 피해자에게 동일한 손[해] 전부 또는 일부를 발생시킬 수 있었던 사정[즉, 인과관계가 없다는 점]을 이유로 가해자가 면책을 주장할 수 있는 [경우도 있다.]

사례

옥상에서 돌을 던졌는데, 누군가 손을 다쳤다며 찾아와 배상을 요구한다. 그런데 알고 보니 엉뚱한 곳에서 일하다 망치에 손을 다친 것이지, 돌과는 아무 상관 없었다. 인과관계가 없으므로, 불법행위가 성립하지 않는다.

판단 기준

인과관계는 원래 자연현상이다. 그러나 법학에서는 법적으로 평가할 수밖에 없다. 경험상(experiential) 어떤 행위로 그러한 결과가 생기는 것이 보통일 때 법적 인과관계가 있다고 한다. 상당인과관계(proximate causation)라고도 한다.

- 1. 가령 내가 태어나지 않았다면 돌도 던지지 않았을 것이다. 그러므로 부모님이 나를 낳아준 것과 돌 맞은 사람의 피해 사이에 자연적 인과관계는 있다.
- 2. 하지만 법학에서 이런 것까지 인과관계가 있다고 하지는 않는다. 아이를 낳는 것이 경험상 상해라는 결과로 이어지지는 않는다. 즉, 법적 인과관계가 없다.

2010다15363: 불법행위[에 따른] 손해배상의 범위를 정[할 때] 불법행위와 손해와의 사이에 **자연적 또는 사실적 인과관계가 존재하는 것만으로는 부족하**[다. 즉,] 이념적 또는 **법률적 인과관계 즉 상당인과관계가 있어야** [한다.]

그런데 [우리나라 법제는] 변호사강제주의를 택하지 않고 있다. 따라서 손해배상청구의 원인[이 된] 불법행위 자체와 변호사 비용 사이에 상당인과관계가 [없다. 그러]므로 변호사 비용을 그 불법행위 자체[에 따른] 손해배상채권에 포함시킬 수는 없다.

참고로, 변호사비용 등 소송비용에 관해서는 별도로 소송비용확정 절차가 있다. 승소한 자는 이 절차를 통해 변호사비용 일부를 보전받으면 된다.

민사소송법 제110조(소송비용액의 확정결정) ① 소송비용의 부담을 정하는 재판에서 그 액수가 정하여지지 아니한 경우에 제1심법원은 그 재판이 확정...된 후에 당사자의 신청을 받아 결정으로 그 소송비용액을 확정한다.

- 3. 법률적 인과관계, 즉 상당인과관계는 어떻게 판단할까? 결국 구체적, 개별적, 종합적으로 판단할 수밖에 없다.

2010다102755: 상당인과관계의 유무는 결과발생의 개연성, 위법행위의 태양 및 [침해를 당하는 이익]의 성질 등을 **종합적으로 고려**하여 판단하여야 한[다.]

책임능력

개념

자기의 행위로 타인에게 손해를 끼치게 되리라는 것을 판단할 수 있는 능력을 책임능력(capacity in tort)이라 한다. 불법행위 책임을 질 수 있는 능력이라 해서 불법행위능력(capacity to commit an unlawful act)이라고도 한다.



사례

6살짜리 꼬마가 옥상에서 돌을 던져 지나던 사람이 돌에 맞아 크게 다쳤다.

- 1. 가해자(꼬마)의 고의나 과실은 얼마든지 인정된다.
- 2. 위법하기도 하다.
- 3. 그러나 가해자(꼬마)는 책임능력이 없으므로, 배상책임이 없다.

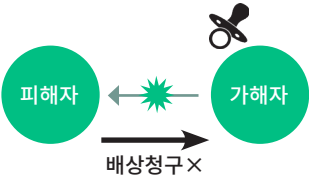
미성년자의 책임능력

이처럼, 나이가 어려서 책임능력이 없는 경우가 있다. 책임능력 없는 미성년자(minor)는 배상책임이 없다.

민법 제4조(성년) 사람은 19세로 성년에 이르게 된다.

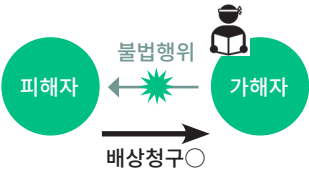
민법 제753조(미성년자의 책임능력) 미성년자가 타인에게 손해를 가한 경우에 그 행위의 책임을 변식할 지능이 없는 때에는 배상의 책임이 없다.

- 1. 모든 미성년자(19세 미만)가 책임능력이 없는 것은 아니다. “미성년자 중에서도” 판단능력(책임을 변식할 지능)이 없을 정도가 돼야만 책임능력이 없다.



78다729: 13세 5[개]월이 된 중학생이 전쟁놀이 중 장난감이라고 할 수 없는 위험한 물건인 고무총으로 땅콩 크기의 돌을 발사하여 같이 놀던 아이의 좌안을 실명하게 [하였다. 이러한 행위]는 불법행위의 책임을 변식할 수 있는 지능을 가진 사람의 행위라고 단정하기는 어렵다. [즉, 책임능력을 부정한 사례]

- 2. 즉, 미성년자(19세 미만)라도 책임을 변식할 지능이 있는 경우는 책임능력을 인정한다.



2003다5061: 미성년자가 책임능력이 있어 그 스스로 불법행위책임을 지는 경우[도 있을 수 있다.]

재수생으로서 학원에 다니며 수학능력평가시험을 준비하던 책임능력 있는 미성년자가 타인을 폭행한 사안[이다.]

심신상실자의 책임능력

정신이상으로 책임능력이 없는 경우도 있다. 앞서 본 심신상실(non compos mentis; not of sound mind; mentally defective person; insanity)이다. 책임능력 없는 심신상실자는 배상책임이 없다. 심신상실이란, 가해자가 정신이상 때문에 판단능력, 제어능력이 없는 상태다.

민법 제754조(심신상실자의 책임능력) 심신상실 중에 타인에게 손해를 가한 자는 배상의 책임이 없다. ...

정신이상 때문에 판단능력, 제어능력이 “없으면” 심신상실(insanity), “낮으면” 심신미약(feeble-mindedness)이라 한다. 심신상실과 심신미약을 통칭해 심신장애(mental disorder)라 한다. 민법은 심신미약 경우는 따로 정하지 않았다.

책임능력 판단 기준

어떤 경우 미성년자 또는 심신상실자에 해당하는가? “책임을 분별해 알 수 있는 상태” 여부가 관건이다.

- 1. 미성년자 경우: 일률적으로 판단할 수는 없다.

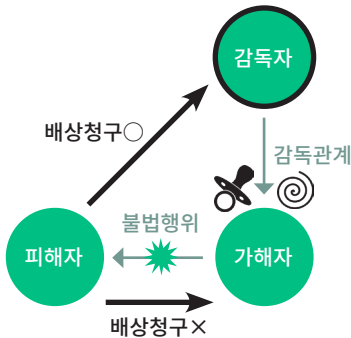
77다354: 불법행위[에 따른] 책임을 변식할 지능의 유무는 연령 교육기관의 학년도에 [따라] 확일적으로 결정할 수 없다. 각자의 지능 발육정도 환경 지위신분 평소 행동 등에 [따라] 개별적으로 결정하여야 한다.

다만, 실무상 초등학교 졸업 연령이나 중학교 저학년 이상이면 웬만해서는 책임능력을 인정하는 경향(tendency)이 있다.

- 2. 심신상실자 경우: 역시 일률적으로 판단할 수는 없다.

다만, 실무상 심한 정도의 정신질환이 있는지를 참고한다.

가해자가 책임능력 없는 미성년자 또는 심신상실자일 경우, 피해자의 권리구제



- 1. 가해자 상대로는 손해배상을 청구할 수 없다(근거: 민법 제753조, 제754조).

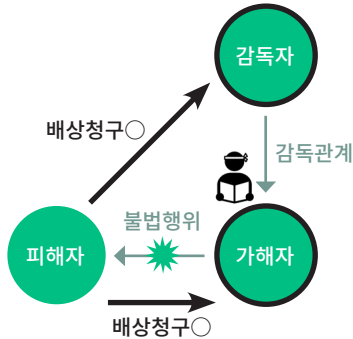
민법 제753조(미성년자의 책임능력) 미성년자가 타인에게 손해를 가한 경우에 그 행위의 책임을 변식할 지능이 없는 때에는 배상의 책임이 없다.

민법 제754조(심신상실자의 책임능력) 심신상실 중에 타인에게 손해를 가한 자는 **배상의 책임이 없다.** ...

2. 감독자 상대로 손해배상을 청구하면 된다(근거: 민법 제755조).

민법 제755조(감독자의 책임) ① 다른 자에게 손해를 가한 사람이 제753조[미성년자] 또는 제754조[심신상실]에 따라 책임이 **없는** 경우에는 그를 **감독할 법정 의무가 있는 자가 그 손해를 배상할 책임이 있다.** ...

가해자가 책임능력 있는 미성년자일 경우, 피해자의 권리구제



1. 가해자 상대로도 손해배상을 청구할 수 있다(근거: 민법 제750조).

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자[가해자]는 그 손해를 **배상할 책임이 있다.**

2. 감독자 상대로도 손해배상을 청구할 수도 있다(근거: 민법 제750조).

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자[감독자]는 그 손해를 **배상할 책임이 있다.**

96다15374: 책임능력 있는 미성년자의 불법행위로 ... 손해가 발생[했다.] 그 손해가 미성년자의 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있는 경우 감독의무자는 **일반불법행위자로서** 손해배상의무가 있다.

사고 당시 18세 남짓한 미성년자가 운전면허가 없[는데도] 가끔 숙부 소유의 화물차를 운전한 [사안이다.] 부모로서는 미성년의 아들이 무면허운전을 하지 못하도록 보호감독하여야 할 주의의무가 있[는데도] 이를 게을리하여 화물차를 운전하도록 방치한 과실이 있[다.] 부모의 보호감독상의 과실이 사고 발생의 원인이 되었[다.] 그러므로, 부모들이 피해자가 입은 손해를 배상할 책임이 있[다.]

3. 위 두 책임은 부진정연대 관계에 있다.

가해자 자체는 돈이 없는 경우가 많다. 감독자 상대로도 청구할 수 있어야 실질적인 피해 구제가 이루어질 수 있다.

참고: 형사 책임능력과 비교

형법에도 책임능력(criminal competency) 개념이 있다. 쉽게 말해, 시비를 가릴 수 있는 능력이다. 형사에도 미성년자와 심신장애가 있다.

- 1. 형사미성년자(criminal minor): 형사는 19세가 아니라 14세가 기준이다. 민법과 다르다. 형사에서는, 14세 미만이면 일률적으로 형사 책임능력이 없다고 간주한다. 어떤 단서도 없다. 그저 무죄다.

형법 제9조(형사미성년자) 14세 되지 아니한 자의 행위는 벌하지 아니한다.		
	민사	형사
미성년자 기준	19세	14세
적용기준	개별적	확일적
책임능력	불법행위능력 ×	범죄능력 ×
결과	손해배상책임 ×	무죄

- 2. 형사 심신상실자(criminal insanity): 쉽게 말해, 완전히 미친 사람이다. 무죄다. 그러나 심신상실이라 해서 무조건 그렇다는 것은 아니고, 심신상실 때문에 책임변식 지능이 없는 경우야 한다.

형법 제10조(심신장애인) ① 심신장애로 ... 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다.		
68도400: 사물을 판별할 능력 또는 의사를 결정할 능력은 자유의사를 전제로 한 의사결정의 능력에 관한 것[이다.] 그 능력의 유무와 정도는 감정사항에 속하는 사실문제[다. 그러나 그렇다고] 할지라도 그 능력[에] 관한 확정된 사실이 심신상실 또는 심신미약에 해당하는 여부는 법률문제에 속[한다.]		

	민사	형사
심신상실자 기준	책임분별능력 ×	책임분별능력 ×
적용기준	개별적	개별적
책임능력	불법행위능력 ×	범죄능력 ×
결과	손해배상책임 ×	무죄

- 3. 형사 심신미약자(criminal feeble-mindedness): 쉽게 말해, 조금 미친 사람이다. 유죄지만 형을 감경한다. 심신미약 때문에 책임변식 지능이 낮은 경우야 한다.

형법 제10조(심신장애인) ② 심신장애로 ... 전향의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다.		
83도3007: 형법 제10조[에서 정한] 심신장애로 ... 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자[심신상실자] 및 이와 같은 능력이 미약한 자[심신미약자] [란] 어느 것이나 심신장애의 상태에 있는 사람을 말[한다.] 이 양자는 단순히 그 장애 정도의 강약의 차이가 있을 뿐[이다.]		

	민사	형사
심신미약자 기준	-	책임분별능력△
적용기준	-	개별적
책임능력	-	범죄능력○
결과	-	유죄 BUT 감경

책임능력, 미성년자, 심신장애 등은 용어 면에서 겹친다. 그러나 민사 책임능력(= 불법행위능력)과 형사 책임능력(= 범죄능력)은 다르므로, 잘 구별해야 한다.

연습문제

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 29.] 불법행위에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 미성년자에게 책임능력이 있어 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도, 그 손해가 미성년자에 대한 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 「민법」 제750조에 [따라] 일반불법행위자로서 손해배상의무를 진다.

증명책임

원칙

1. 변론주의 원칙에 따라, 원고(피해자)는 불법행위에 기초한 손해배상청구의 요건사실을 모두 증명할 책임이 있다.

91다29972: 불법행위로 ... 손해배상을 청구하는 경우에는 가해자에게 고의나 과실이 있었다는 점에 관한 [증명]책임은 피해자에게 있다.

93다57100: 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구소송[에서] 그 손해액의 범위에 관한 [증명]책임은 피해자인 원고에게 있[다].

2000다65666: 일반적으로 불법행위[에 따른] 손해배상청구사건[에서] 가해행위와 손해발생 간의 인과관계의 [증명]책임은 청구자인 피해자가 부담[한다].

책임이 인정되기 위해서 위법성도 필요하다. 그러나 위법성은 “사실”이 아니라 어떤 행위에 대한 “판단(평가)” 대상일 뿐이다. 즉, 위법성 자체는 증명대상인 주요사실이 아니다. 많은 경우 고의나 과실로 손해를 입히면 위법한 행위로 추정되기 때문에, 오히려 상대방 쪽에서 위법성을 깰 사유를 증명해야 한다.

2005다55510: 개인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우[를 보자.] 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 적시된 사실이 진실이라는 증명이 있거나 그 증명이 없다 하더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 [타]당한 이유가 있으면 위법성이 없[다. 그러나] 그에 대한 [증명]책임은 어디까지나 명예훼손행위를 한 신문, 잡지 등 언론매체에 있다.

2. 자유심증주의에 따라, 법원은 원고가 주장하는 주요사실(손해 발생 여부, 손해액 등)의 진실 여부를 판단한다.

민사소송법 제202조(자유심증주의) 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다.

3. 법원이 진실 여부에 확신을 갖지 못하면 원고(피해자)에게 불이익하게 판단해야 한다.

증명책임 부담의 완화

그러나 증명책임 원칙은 피해자에게 너무 가혹할 수 있다. 예를 들어, 의료소송, 환경소송, 산업재해소송 등 현대형 불법행위 소송에서, 피해자가 손해액과 인과관계를 완벽히 증명하기는 어렵다. 이를 어느 정도 완화할 필요도 있다.

1. 손해 액수 증명책임의 완화

민사소송법 제202조의2(손해배상 액수의 산정) 손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 [따라] 인정되는 모든 사정을 종합하여 [타]당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다.

2018다301336: 이 규정은 특별한 정함이 없는 한 채무불이행이나 불법행위[에 따른] 손해배상뿐만 아니라 **특별법에 [따른] 손해배상에도 적용**되는 일반적 성격의 규정이다.

손해가 발생한 사실이 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 매우 어려운 경우에는 법원은 손해배상청구를 쉽사리 배척해서는 안 된다. 이 경우 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 증명을 촉구하는 등으로 구체적인 손해액에 관하여 심리하여야 한다. 그 후에도 구체적인 손해액을 알 수 없다면[?] 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실을 종합하여 손해액을 인정할 수 있다.

2. 인과관계 증명책임의 완화: 일반 상식(common knowledge)에 따른 인과관계 추정. 또는, 개연성(probability)에 따른, 과실로부터 인과관계 추정.

아래에서 따로 본다.

3. 위자료 액수의 재량: 정신적 손해를 수치로 증명하는 것은 어렵다. 그 액수 결정에 법원의 재량이 비교적 크다.

2017다228083: 불법행위로 입은 정신적 고통에 대한 위자료 액수에 관하여는 사실심 법원이 제반 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 **재량**에 [따라] 이를 확정할 수 있다.

정신적(emotional) 손해를 배상하는 돈을 “위자료(consolation money)”라 부른다. 정신적 손해뿐만 아니라 모든 비재산적(non-pecuniary) 손해를 배상하는 돈을 “위자료”라 부르는 사람도 있다.

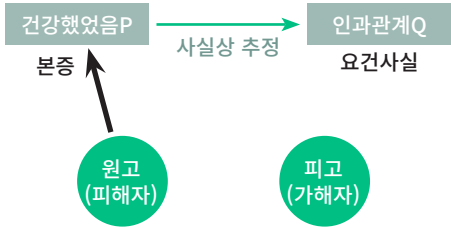
민법 제751조(재산 이외의 손해의 배상) ① 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 **정신상고통**을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.

2017다51603: 재산 이외의 손해는 정신상의 고통만을 의미하는 것이 아니[다.] 그 외에 수량적으로 산정할 수 없으나 사회통념상 금전평가가 가능한 무형의 손해도 포함된다.

일반 상식에 따른 인과관계 추정

원고가 의료소송에서 요건사실Q(인과관계)를 직접 증명하기는 어렵다. 그래서 원고로서는,

- 1. 전제사실P(의료행위 전에는 건강했음)만 증명해,
- 2. 사실상 추정을 이용하는 편이 낫다.



2004다52576: 의료행위[는] 고도의 전문적 지식[이 필요한] 분야[다. 그리]고 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐 이[다. 또한] 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려있[다. 그렇기] 때문에, 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있[다. 즉,] 환자 측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 [증명]한다는 것은 극히 어려운 일[다.]

의료사고가 발생한 경우 피해자 측에서 ... 의료상의 과실이 있는 행위를 [증명]하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사실 [P]을 증명[했다 하자.]

[그 경우] 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실 [때문]이 아니라 전혀 다른 원인에 [따른] 것이라는 [증명]을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계 [Q]를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 [증명]책임을 완화[해야 한다. 이]것이 손해의 공평, 타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다.

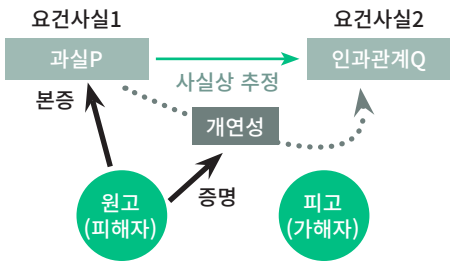
- 3. 그러나 막연한 추정은 안 된다.

2020다244511: 그 경우에도 의사의 과실[에 따른] 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 [무거운] 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정[할 수는 없다.]

개연성에 따른, 과실로부터 인과관계 추정

원고가 의료소송에서 요건사실Q(인과관계)를 직접 증명하기는 어렵다. 그래서 원고로서는,

- 1. 전제사실P(의료 과실)와 개연성만 증명해,
- 2. 사실상 추정을 이용하는 편이 낫다.



2022다219427: 증명의 어려움을 고려하면, [다음과 같다.] 환자 측의 의료행위 당시 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료수준에서 통상의 의료인에게 [필요한] 주의의무의 위반 즉 진료상 과실로 평가되는 행위[P]의 존재를 증명하고, 그 과실이 환자 측의 손해를 발생시킬 개연성이 있다는 점을 증명한 경우에는, 진료상 과실과 손해 사이의 인과관계[Q]를 추정하여 인과관계 증명책임을 완화하는 것이 타당하다.

여기서 손해 발생의 개연성은 자연과학적, 의학적 측면에서 의심이 없을 정도[→ 확실한 정도]로 증명될 필요는 없다.]

- 3. 그러나 역시 막연한 추정은 안 된다.

2022다219427: 해당 과실과 손해 사이의 인과관계를 인정하는 것이 의학적 원리 등에 부합하지 않거나 해당 과실이 손해를 발생시킬 막연한 가능성이 있는 정도에 그치는 경우에는 개연성이 증명되었다고 볼 수 없다.

확실성(certainty) > 개연성(probability) > 가능성(possibility).

인과관계 추정과 소송상 공격방어

머리에

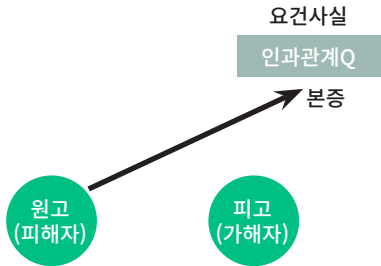
2000다65666: 대기오염이나 수질오염에 [따른] 공해[에 따른] 손해배상을 청구하는 소송[을 보자.] 기업이 배출한 원인물질이 물을 매체로 하여 간접적으로 손해를 끼치는 수가 많고 공해문제에 관하여는 현재의 과학수준으로도 해명할 수 없는 분야가 있다. 그렇기 때문에 가해행위와 손해의 발생 사이의 인과관계를 구성하는 하나하나의 고리를 자연과학적으로 증명한다는 것은 극히 곤란하거나 불가능한 경우가 대부분이다. 그러므로, 이러한 공해소송에[서] 피해자에게 사실적인 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구한다는 것은 공해[에 따른] 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 우려가 있다.] 반면에, 가해기업은 기술적, 경제적으로 피해자보다 훨씬 원인조사가 용이한 경우가 많을 뿐만 아니라, 그 원인을 은폐할 염려가 있다.]

[따라서] 가해기업이 어떠한 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자 측에서 그것이 무해하다는 것을 [증명]하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 보는 것이 사회형평의 관념에 적합하다.

소송상 공격

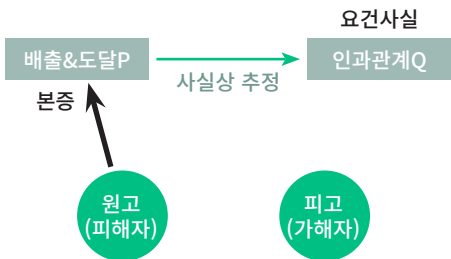
인과관계가 추정될 수도 있는 구조라면, 피해자(원고)는 공격을 위해 어떤 증명 작업이 필요한가?

- 1. 인과관계에 대한 본증(active proof): 인과관계를 본증으로 증명해도 된다.



2016다233538: 일반적으로 불법행위[에 따른] 손해배상청구사건에서 가해자의 가해 행위, 피해자의 손해발생[Q2], 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계[Q]에 관한 증명책임은 청구자인 피해자가 부담한다.

- 2. 배출 및 도달에 대한 본증(active proof): 배출 및 도달을 본증으로 증명해도 된다. 그러면 인과관계가 있다는 추정이 작동한다.



2016다233538: 이 사건 과수원에 식재된 과수나무 중 고속도로에 접한 1열과 2열에 식재된 과수나무의 생장과 결실은 다른 곳에 식재된 과수나무들에 비[교]하여 현격하게 부진하다. ... 2009년도부터 [가해자]의 제설제 사용이 급격하게 증가한 이후에 [피해자]가 과수 피해를 호소하기 시작하였다[P]. ... 달리 이 사건 과수원의 과수 중 고속도로에 접한 곳에 식재된 과수에만 피해를 주는 뚜렷한 원인이 없다.

이 사건 ... 수확량이 감소되는 피해가 발생한 [이유는? 가해자]가 관리하는 고속도로에서 발생하는 자동차 매연과 [가해자]가 사용한 제설제의 비산(飛散)에 [따른] 것[Q]이라고 [보는 것이 타당]하다.

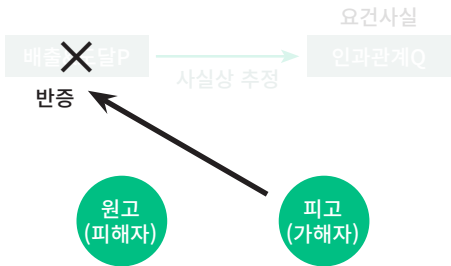
주의: 증명책임 전환(shift)이 아니라 완화(mitigation)다. 전제사실과 요건사실 모두 여전히 피해자(원고)의 본증 대상이다.

2016다233538: 그러나 이 경우[도] 적어도 가해자가 어떤 유해한 원인물질을 배출한 사실, ... 그것이 피해물건에 도달한 사실[P], 그 후 피해자에게 손해가 발생한 사실[Q2]에 관한 증명책임은 피해자가 여전히 부담한다.]

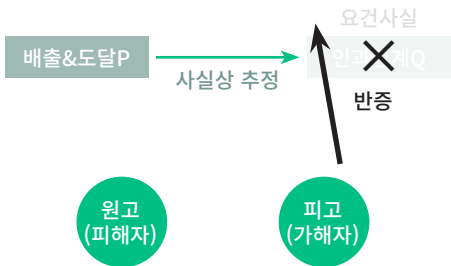
소송상 방어

인과관계가 추정될 수도 있는 구조라면, 가해자(피고)는 방어를 위해 어떤 증명 작업이 필요한가?

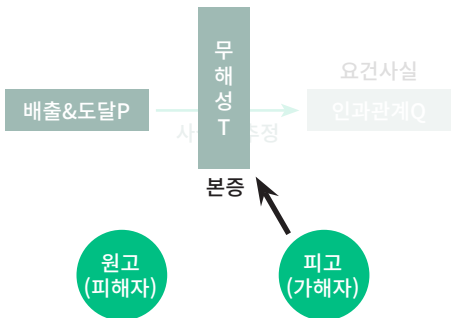
- 1. 배출 및 도달에 대한 반증(passive proof): 배출 및 도달을 반증으로 배척해도 된다. 그러면 인과관계 추정도 작동하지도 않는다.



- 2. 인과관계에 대한 반증(passive proof): 인과관계를 반증으로 배척해도 된다. 이것은 인과관계를 다투는 것이다.



- 3. 간접반증(indirect passive proof): 가해자(피고)는 인과관계에 직접 반증을 제출할 필요 없이, 사실상 추정을 깨뜨리기만 해도 된다. 이를 위해 배출 및 도달과 양립 가능한 별개의 사실(무해성)을 “본증”으로 증명할 수 있다.



2016다233538: 가해자가 어떤 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달 [P]하여 손해가 발생하였다면[?] 가해자 측에서 그것이 무해하다는 것[T]을 증명하지 못하는 한 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계[Q]를 인정할 수 있다[→ 가해자가 무해성(T)을 증명하면, 인과관계(Q) 추정은 깨질 수 있다].

	Plan A: 배출&도달P에 대한 반증	Plan B: 인과관계Q에 대한 반증	Plan C: 간접반증
배출&도달P에 대해	반증	-	-
인과관계Q에 대해	-	반증	(반증)
무해성T에 대해	-	-	본증

결론

불법행위의 요건



- 1. 고의 또는 과실에 따른,
- 2. 위법행위로,
- 3. 다른 사람에게 손해를 가하고,
- 4. 가해행위와 손해 사이에 인과관계가 있으며,
- 5. 가해자에게 책임능력이 있다면, 불법행위가 성립한다.

불법행위 효과

가해자는 피해자에게 손해를 배상할 책임이 있다.

손해 분류

Classification of Damages

법학은, 미학과 마찬가지로, 개념을 만들어서 법에 대한 이해를 돕는다.
- F. Colonna d'Istria

머리에

논의 체계

- 1. 손해 분류: 손해란 무엇인가 하는 개념(concept) 문제
- 2. 손해배상 방법: 어떻게 배상해야 하는지 하는 방법(method) 문제
- 3. 손해배상 범위: 얼마나 배상해야 하는지 하는 범위(scope) 문제
- 4. 손해 산정: 손해액을 어떻게 도출하는지 하는 산정(assessment) 문제

소결

이제 손해 분류를 논의하자. 즉, 손해 개념을 보자.

대상에 따른 분류

재산적 손해

재산적 손해(economic damages): 재산에 관하여 생긴 손해

비재산적 손해

비재산적 손해(noneconomic damages): 그 밖의 손해. 대표적으로, 정신적 손해(emotional damages)

예: 생명, 자유, 명예, 신용 등에 관하여 생긴 손해

96다36159: 일반적으로 타인의 불법행위로 ... 재산상의 손해 이외에 명예나 신용의 훼손 등으로 재산적 손해의 배상만으로는 회복할 수 없는 정신적 손해가 있는 경우[가 있다. 이때는 그 [때문인] 정신적 고통에 대하여 위자료를 지급하여야 한다.

소결

88다카29269: 재산적 손해 [때문인] 배상청구와 정신적 손해 [때문인] 배상청구는 각각 소송물을 달리하는 별개의 청구[다].
[그러]므로 소송당사자로서는 그 금액을 특정하여 청구하여야 [한다.] 법원으로서도 그 내역을 밝혀 각 청구의 당부에 관하여 판단하여야 한다.

구조에 따른 분류

적극적 손해

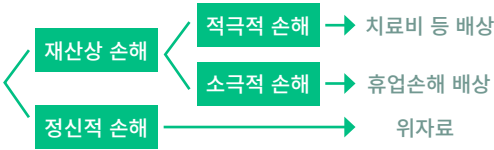
적극적 손해(active damages): 기존 상태가 침해되어 재산이 감소하는 손해

예: 부서진 물건값, 치료비

소극적 손해

소극적 손해(passive damages): 앞으로 이익을 얻는 것이 방해돼 받는 손해
예: 다쳐서 일하지 못해 벌지 못한 돈. 일실손해(loss of earnings)라고도 한다.

소결



2002다34581: 생명 또는 신체에 대한 불법행위로 ... 입게 된 **적극적 손해와 소극적 손해 및 정신적 손해는 서로 소송물을 달리**[한다. 그러므로] 그 손해배상의무의 존부나 범위에 관하여 [다투는 것이 타당한지]의 여부는 **각 손해마다 따로 판단**하여야 한다.

2019헌가17: 불법행위[에 따른] 손해배상청구의 소송물은 일반적으로 적극적, 소극적, 정신적 손해에 대한 배상청구로 분류된다.

침해이익에 따른 분류

이행손해

이행손해(expectation damages): 이행이익과 관련된 손해

2001다75295: [어떠한] 계약이행으로 ... 채권자가 얻을 이익[이] 이행이익[이다.]

신뢰손해

신뢰손해(reliance damages): 신뢰이익과 관련된 손해

2001다53059: 신뢰손해란 예컨대, 그 계약의 성립을 기대하고 지출한 계약준비비용과 같이 그러한 신뢰가 없었더라면 통상 지출하지 아니하였을 비용상당의 손해[다.]

일단은 이행손해와 신뢰손해라는 개념이 있다는 정도만 알면 충분하다. 불법행위법보다는 계약법 문제다. 자세한 내용은 차차 배우자.

손해 범위에 따른 분류

통상손해

통상손해(direct damages): 어떤 사건이 있으면 보통 발생한다고 볼 수 있는 손해

2009다24842: 민법 제393조 제1항의 통상손해는 [무엇인가?] 특별한 사정이 없는 한 그 종류의 [행위]가 있으면 사회일반의 거래관념 또는 **경험칙에 비추어 통상 발생**하는 것으로 생각되는 범위의 손해를 말[한다.]

1. A가 B의 컴퓨터 하드디스크를 고장 냈다. 멀쩡하게 고치긴 했는데 수리비가 10만 원 들었다. 그러면 10만 원이 피해자 B의 통상손해다.

2016다248806: 불법행위로 ... 물건이 훼손되었을 때 통상의 손해액은 [어떻게 되는가? (i)] 수리가 가능한 경우에는 그 수리비[다.]

2. A가 B의 물 펌프 1대를 부숴다. 수리할 수 없을 정도다. 그래서 물 펌프 시가가 1,000만 원만큼 하락해 버렸다. 그러면 1,000만 원이 피해자 B의 통상손해다.

2016다248806: [(ii)] 수리가 불가능한 경우에는 교환가치의 감소액이 [된다.]

3. A가 실수로 B의 전기시설 1대를 부숴다. 수리비 10만 원을 들여 고치긴 했는데, 워낙 큰 손상인 관계로 완전히는 고쳐지지 않았다. 그 결과 전기시설의 시가도 40만 원만큼 하락해 버렸다. 그러면 50만 원(= 10만 원 + 40만 원)이 피해자 B의 통상손해다.

2016다248806: [그리고 (iii)] 수리를 한 후에도 일부 수리가 불가능한 부분이 남아있는 경우에는 수리비 외에 수리불능[에 따른] 교환가치의 감소액도 통상의 손해에 해당한다.]

특별손해

특별손해(indirect damages; consequential damages): 통상손해를 뛰어넘는 손해

2016다248806: 통상손해[와 같은] 정도까지 예상되는 것이 아니라면 특별손해[다.]

2020다298198: [민법 제393조] 제2항의 특별한 사정[에 따른] 손해는 당사자들의 개별적, 구체적 사정에 따른 손해를 말한다[다.]

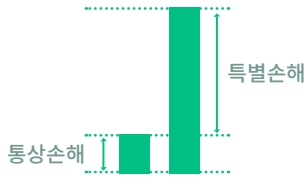
1. 위 사례에서 사실 B의 컴퓨터 하드디스크 안에 1,000만 원 상당의 중요 자료가 들어 있었다고 하자. 그러면 피해자 B의 통상손해는 10만 원이고 특별손해는 1,000만 원이다.
2. 위 사례에서, 마침 B는 물 펌프를 C에게 1,400만 원에 팔기로 계약을 해 놓은 상태였다고 하자. 그러면 피해자 B의 통상손해는 1,000만 원이고, 특별손해는 400만 원이다.

67다2158: [A]의 [행]위가 [B]에 대한 관계에서 불법행위가 [된다.] ... 현[재 시]가 상당액은 물가[상승]이라는 특별사정[에 따른] 손해액이다[다.]

3. 위 사례에서 B의 수족관에 전기공급이 끊겨 전어가 모두 죽어서 5,000만 원의 재산손해가 났다고 하자. 그러면 피해자 B의 통상손해는 50만 원이고, 특별손해는 5,000만 원이다.

94다5472: 불법행위의 직접적 대상에 대한 손해가 아닌 간접적 손해는 특별한 사정[에 따른] 손해[다.]

가해자가 공장지대에 [있는] 전신주를 충격하여 전선이 절단[됐다.] 그 전선을 통하여 전기를 공급받아 공장을 가동하던 [B]가 전력공급의 중단으로 [손해를 입었다.]



통상손해와 특별손해의 구별

1. 무엇이 통상손해인지는 사안마다 개별적으로 판단할 수밖에 없다.

2001다82507전합: 불법행위로 **영업용 물건이 멸실**된 경우, 이를 대체할 다른 물건을 마련하기 위하여 필요한 합리적인 [기간] 그 물건을 이용하여 영업을 계속하였더라면 얻을 수 있었던 이익[을 휴업손해라고 한다.] **휴업손해**는 그에 대한 증명이 가능한 한 **통상의 손해**로서 그 교환가치와는 별도로 배상하여야 [한다. 그리고] 이는 영업용 물건이 일부 손괴된 경우, 수리를 위하여 필요한 합리적인 [기간]의 휴업손해와 마찬가지로 보아야 [한다.]

2006다84874: 토지에 대한 **부당한 가압류**의 집행으로 그 지상에 건물을 신축하는 내용의 **공사도급계약이 해제**[되었다. 그러나 이에 따른] 손해는 **특별손해**[다. 그러므로] 가압류채권자가 토지에 대한 가압류집행이 그 지상 건물 공사도급계약의 해제사유가 된다는 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.

2. “통상손해, 특별손해” 구별과 “적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해” 구별은 별개다.

94다5472: 전선을 통하여 전기를 공급받아 공장을 가동하던 피해자가 전력공급의 중단으로 공장의 가동이 상당한 기간 중지[되었다.] 영업상의 손실[이 발생했다고 하자. 이것은 **소극적 손해**면서도 **특별손해**다.]

그 전신주를 통하여 전력을 공급받고 있는 인근 피해자의 공장에서 예고 없는 불시의 전력공급의 중단으로 ... 갑자기 공장의 가동이 중단되는 바람에 당시 공장 내 가동 중 이던 기계에 고장이 발생[할 수 있다. 또는] 작업 중인 자료가 못쓰게 [될 수도 있다. 이것은 **적극적 손해**면서도 **특별손해**다.]

- (i) 영업용 물건을 직접 파손한 경우와 (ii) 다른 물건을 파손해 간접적으로 영업용 물건을 침해한 경우를 구별하라.
3. 다만, “통상손해, 특별손해”와 “적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해”가 서로 관련되기도 한다.

2002다53865: 계약상 채무불이행으로 ... **재산적 손해가 발생한 경우**, 그 [때문에] 계약 당사자가 받은 정신적인 고통은 재산적 손해에 대한 배상이 이루어짐으로써 회복될 [다. 이 경우] 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 **정신적 고통**[은 **특별손해**다.]

2016다244491: 진료계약상 주의의무 위반으로 환자의 생명이나 신체 등의 법익이 침해된 경우 그 [때문에] 환자가 입는 정신적 고통은 통상손해[다.]

[위 두 판례에는 어떤 차이가 있는가?] 2002다53865 판결...은 ... 침해된 법익이 생명, 신체 기타 인격적 법익이 아닌 재산적 법익인 사안에 대한 것이[다. 즉, 위 2002다53865 판결은] 생명, 신체 등의 법익이 침해된 사안에 적용할 선례가 아니다.

연습문제1

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 29.] 손해배상의 범위에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 채무불이행[에서] 특별한 사정[에 따른] 손해는 당사자들의 개별적, 구체적 사정에 따른 손해를 말한다.
-

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

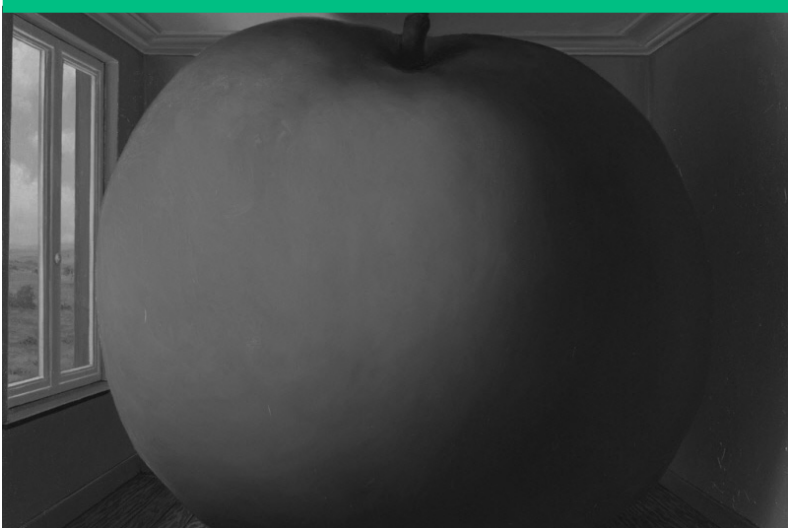
[문 19.] 손해배상의 범위에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄷ. 토지에 대한 부당한 가압류의 집행으로 그 지상에 건물을 신축하는 내용의 공사도 급계약이 해제됨[에 따른] 손해는 특별손해이다.
-

제4강

물권법 기초

Basic Property Law



René Magritte, *La chambre d'écoute* (The Listening Room)
1952, oil on canvas, 45 × 55 cm, The Menil Collection, Houston

물건에 대한 권리가 변동하는 원리에 관하여

- 쉽게 말하면, 물건에 대한 권리를 물권, 사람에 대한 권리를 채권이라 한다. **소유권**, **점유권**, **지상권**, **유치권**, **저당권** 같은 것들이 바로 물권이다. 물권은 채권과 다른 독특한 성질이 있다. 강의목표는 다음을 이해하는 것이다.
 - 1. 전형적 물권의 개념과 사례
 - 2. 물권의 특성
 - 3. **물권 변동 원리**
- 이를 위해, 제1강에서 소개한 **저당권실행**을 조금 더 구체적으로 이해해야 한다. 생소하고 까다로울 수 있다. 그러나 자신이 당사자로서 이해관계인이라 생각하고 차분히 보면, 곧 원리를 깨달을 것이다.

들어가며
Introduction

손안의 새 한 마리가 숲속 새 두 마리만큼 값지다. - 영국 속담

머리에

K의 매수

- 1. 주택 매매: K는 X주택을 2억 원에 A로부터 매수한다.
- 2. 자동차 매매: K는 Y자동차를 중고로 1,500만 원에 B로부터 매수한다.
- 3. 바이올린 매매: K는 Z바이올린을 5,000만 원에 C로부터 매수한다.

복습

모두 지난 강의에서 보았던 매매계약(sale and purchase agreement) 사례다. “당신으로부터 얼마에 무엇을 사겠다.”라는 의사표시와 “당신에게 얼마에 무엇을 팔겠다.”라는 의사표시가 합치했다. 즉 청약(offer)과 승낙(acceptance)으로 매매계약이 성립했다.

매매계약 성립 효과

법률관계 변동: ○

쌍무계약인 매매계약이 성립하면,

- 1. 매도인에게는 물건을 넘길 의무가 생긴다.
- 2. 그 대가로 매수인에게는 돈을 지급할 의무가 생긴다.

즉, 계약이라는 법률요건에 따라 권리의무관계, 즉 법률관계(legal relationship)가 변동한다.



소유권 변동: ✕

매매계약이 성립한 그 순간 바로 소유권이 넘어가는 것이 아니다. 매매계약이 성립하면,

- 1. “권리의무(rights and duties)”가 변동하는 것일 뿐,
- 2. “소유권(ownership)” 자체가 변동하는 것은 아니다.

즉, “물건을 넘길 의무”가 발생할 뿐, 그 자체로 “물건이 넘어가는 것”은 아니다.



사례

- 1. K와 C 사이에 매매계약이 성립하고, 그 계약이 유효하며, 매매대금 5,000만원도 모두 지급했다고 하자.
- 2. 그런데 C가 바이올린을 넘기지 않고 자기가 집에 가지고 있다.
- 3. 그렇다면 아직 그 바이올린 소유권은 C에게 남아 있다.

물론, 이것은 계약위반(breach of contract)이 될 수는 있다. 그러나 그렇다고 해서 넘기지 않은 바이올린이 당연히 K 소유로 되는 건 아니다.

소결

- 1. 계약(contract)이 성립(established)하더라도,
- 2. 실제로 소유권(ownership)이 변동하기 위해서는,
- 3. 무언가 더 필요하다.

각 사례 경우

주택 매매

주택 소유권이 넘어가기 위해서는 “등기(registration)”를 해야 한다.

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

- 1. 부동산등기(부)란, “어느 부동산에 대한 권리가 누구에게 있다.”라는 것을 공개적으로 기록하는 장부다.
- 2. K와 A가 함께 매매계약서 등 서류를 들고 관할 등기소에 간다. 등기부에 “X 주택 소유권을 A로부터 K에게 넘긴다.”라는 취지의 기재를 해 달라고 공동으로 신청한다.
- 3. 이렇게 해서 등기부에 입력이 되어야(접수되어야), 그때 비로소 소유권이 이전된다.

등기사항전부증명서(말소사항 포함)

- 건물 -

등기고유번호 1234-2018-292929

[건물] 서울특별시 관악구 신림동 99-9

【 표 제 부 】 (건물의 표시)				
표시번호	접 수	소재지번 및 건물번호	건 물 내 역	등기원인 및 기타사항
1	2018년8월14일	서울특별시 관악구 신림동 99-9 [도로명주소] 서울특별시 관악구 노루로 232	시멘트블럭조 시멘트기와지붕 단층주택 80.55㎡	

【 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 서초구 이대로 15(서초동)

【 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
기록사항 없음				

-- 이 하 여 백 --

수수료 1,200원 영수함 관할등기소 서울중앙지방법원 등기국 / 발행등기소 서울중앙지방법원 등기국

이 증명서는 등기기록의 내용과 틀림없음을 증명합니다.

서기 2023년 2월 5일

법원행정처 등기정보중앙관리소 전산운영책임관 (인)

* 실선으로 그려진 부분은 말소사항을 표시함. *기록사항 없는 갑구, 을구는 ‘기록사항 없음’ 으로 표시함.

문서 하단의 바코드를 스캐너로 확인하거나, [인터넷등기소\(http://www.iros.go.kr\)](http://www.iros.go.kr)의 **발급확인 메뉴**에서 발급확인번호를 입력하여 **위변조 여부를 확인할 수 있습니다.** 발급확인번호를 통한 확인은 발행일로부터 3개월까지 5회에 한하여 가능합니다.

발행번호 987656789A123456789B123456789C123456789D123456789 **발급확인번호 ABCD-5555-ABCD** 발행일 2023/02/05

1/1

자동차 매매

자동차 매매도 비슷하다. “등록(registration)”을 해야 자동차 소유권이 넘어 간다.

“등기”, “등록” 모두 registration으로 번역할 수 있다.

자동차관리법 제6조(자동차 소유권 변동의 효력) 자동차 소유권의 득실변경(得失變更)은 등록을 하여야 그 효력이 생긴다.

536 제4장 물권법 기초

- 1. 자동차등록원부라 해서 “어느 자동차 소유권이 누구에게 있다.”라는 것을 공개적으로 기록하는 장부가 있다. 소유권 변동 내역도 기재한다.
- 2. K와 B가 함께 서류를 들고 관할 행정청(예: 서초구청장)에 간다. 등록원부에 “자동차 소유권을 B로부터 K에게 넘긴다.”라는 취지의 기재를 해 달라고 공동으로 신청한다.
- 3. 이렇게 해서 등록원부에 입력이 되어야(접수되어야), 그때 비로소 소유권이 이전된다.

자동차등록원부(갑) 등본

제 0029191 호

총 4 면 중 제 1 면

자동차등록번호	88주1234	제원관리번호	1-01257-0001-0041	말소등록일	
차 명	그루즈 3.0 디젤	차 종	승용 준중형		
차대번호	F0A4K3ENO1234567	원동기형식	Z20D1	용 도	자가용
모델연도	2015	색 상	검정	출처구분	전입차
최초등록일	2015-09-22	세부유형	(해당 없음)	제작연월일	2015-09-18
최종소유자	김권자	주민(법인)등록번호	830202-1313113		
사용본거지 (차고지)	서울 서초구 이대로 15(서초동)				
검사유효기간	2015-09-22 ~ 2018-09-21, 주행거리: 62,123km			등록사항 확인일	
				폐쇄일	

순위번호		사 항 란	주민(법인)등록번호	등록일	접수번호
주등록	부기등록				
1	-1	신규등록(신조차) 성명(상호): 이태백(상품용) 주소: 서울 용산구 바오로 91	770415-1918877	2015-09-22	54321
1	-2	명의이전등록 성명(상호): 배차팔 (매매업자거래이전) 주소: 수원시 권선구 명왕로 21	830202-1313113	2015-12-24	123456
1	-3	명의이전등록 성명(상호): 김권자 (매매업자거래이전) 주소: 서울 서초구 이대로 15(서초동)	850330-1234567	2022-02-04	13131

이 등본은 자동차등록원부(갑)의 기재사항과 틀림없음을 증명합니다.

2023년 3월 6일

서울특별시 서초구청장

직인

바이올린 매매

바이올린에 관해서는 등기부나 등록원부 같은 것이 없다. 바이올린은 “인도(delivery)”를 해야 소유권이 넘어간다.

민법 제188조(동산물권양도의 효력, 간이인도) ① 동산에 관한 물권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 생긴다.

1. 인도: 건네주고 건네받는 것
2. 매매계약 후 대금을 모두 지급한 매수인 K는 매도인 C에게 물건을 인도해 달라고 계속 독촉했다. 이때도 아직 소유권은 C에게 남아 있다.
3. C는 드디어 집에 있는 Z바이올린을 가져와 K에게 인도했다. 이렇게 물건을 인도한 때 비로소 Z바이올린 소유권이 K에게 이전된다.

결론

계약과 소유권 변동?

계약(contract; agreement)만으로는 소유권(ownership)이 변동하지 않는다.

소유권 변동(이전) 요건

1. 부동산: 등기부에 등기(registration)되어야 비로소 소유권이 이전한다.

93헌바67: 우리 민법이 제정되면서 물권변동[에]서 의사주의를 버리고 형식주의를 채택하였다. 즉, 부동산의 경우 당사자 사이의 의사표시 외에도 등기라는 요건이 필요하게 되었다. ... [이제는] 등기가 물권변동의 요건으로 되어 등기를 하지 않으면 물권변동의 효력이 발생하지 않게 되었다.]

2. 자동차: 등록원부에 등록(registration)되어야 비로소 소유권이 이전한다.

2016다205373: 현대사회에서 자동차의 경제적 효용과 재산적 가치가 크[다. 그러]므로 민법상 불완전한 공시방법인 ‘인도’가 아니라 공적 장부에 [따른] 체계적인 공시방법인 ‘등록’[으로] 소유권 변동을 공시[한다. 이]로써 자동차 소유권과 이에 관한 거래의 안전을 한층 더 보호[한다.] 따라서 자동차관리법이 적용되는 자동차의 소유권을 취득함에는 민법상 공시방법인 ‘인도’에 [따를] 수 없[다.]

3. 일반 동산: 인도(delivery)해야 비로소 소유권이 이전한다.

66다1554: 동산에 관한 물권의 변동은 그 동산을 인도하여야 효력이 생긴다.]

물건의 소유권은 인도나 취득시효로 이전할 뿐, 단순한 합의만으로는 이전하지 않는다(*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*; Ownership of things is transferred by delivery and usucaption, not by mere agreements).

물건
Property

적을 알고 나를 알면 백번 싸워도 위태로울 것 없으나,
나를 알고 적을 모르면 승과 패를 각각 주고 받을 것이며,
적을 모르는 상황에서 나조차도 모르면 싸움에서 반드시 패배한다. - 손자

개념

물건

물건(property): 다음 두 개념을 통칭

- 1. 유체물; 그리고
- 2. 관리 가능한 자연력



민법 제98조(물건의 정의) 본법에서 물건이[란] 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다.

유체물

다음은 모두 “유체물(corporeal)”이다. 따라서 물건이다.

- 1. X주택
- 2. Y자동차
- 3. Z바이올린
- 4. W토지

관리 가능한 자연력

다음은 유체물은 아니다. 그러나 “관리 가능한 자연력(natural force)”은 될 수 있다. 따라서 물건이다.

- 1. 전기
- 2. 가스
- 3. 동력

부동산

개념

부동산(immovable property; real property; real estate)은 말 그대로 움직이지 않는 재산이다. 법적으로는, 다음 두 가지를 말한다.

- 1. 토지
- 2. 토지의 정착물(대표적으로, 건물)

민법 제99조(부동산, 동산) ① 토지 및 그 정착물은 부동산이다.

토지

땅(토지)은 이동할 수 없으므로 부동산이다.

예: “부산 해운대구 우리동 388-2 대 410.5m²”



- 공간정보관리법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
- 20. “토지의 표시”란 지적공부에 토지의 소재, 지번(地番), 지목(地目), 면적...[을] 등록한 것을 말한다[예: 부산 해운대구 우리동 388-2 대 410.5m²].
 - 22. “지번”이란 필지에 부여하여 지적공부에 등록한 번호를 말한다[예: 388-2].
 - 24. “지목”이란 토지의 주된 용도에 따라 토지의 종류를 구분하여 지적공부에 등록한 것을 말한다[예: 대].
 - 27. “면적”이란 지적공부에 등록된 필지의 수평면상 넓이를 말한다[예: 410.5m²].

공간정보관리법 시행령 제56조(지번의 구성 및 부여방법 등) ① 지번(地番)은 아라비아 숫자로 표기하되[예: 388], 임야대장 및 임야도에 등록하는 토지의 지번은 숫자 앞에 “산”자를 붙인다.

② 지번은 본번(本番)[예: 388]과 부번(副番)[예: 2]으로 구성하되, 본번과 부번 사이에 “-” 표시로 연결한다[예: 388-2]. 이 경우 “-” 표시는 “의”라고 읽는다[예: 388의 2].

공간정보관리법 제67조(지목의 종류) ① 지목은 전, 답, 과수원, 목장용지, 임야, 광천지, 염전, 대(垓), 공장용지, 학교용지, 주차장, 주유소용지, 창고용지, 도로, 철도용지, 제방(堤防), 하천, 구거(溝渠), 유지(溜池), 양어장, 수도용지, 공원, 체육용지, 유원지, 종교용지, 사적지, 묘지, 잡종지로 구분하여 정한다.

공간정보관리법 시행령 제58조(지목의 구분) 법 제67조 제1항에 따른 지목의 구분은 다음 각호의 기준에 따른다.

- 8. 대
 - 가. 영구적 건축물 중 주거, 사무실, 점포와 박물관, 극장, 미술관 등 문화시설과 이에 접속된 ... 부속시설물의 부지

재판서 양식에 관한 예규 제10조(주소 등의 표시) ① 특별시, 통합특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도는 “서울”, “전남광주”, “부산”, “세종”, “경기”, “강원” 등으로 표시하고, 시는 통합특별시, 도 표시를 하지 아니한다.

- ② 읍, 면에는 소속 시, 군을 기재한다.
- ③ 번지에는 “번지”를 생략하고, 가지번호는 “- (하이픈)”로 표시한다.

토지의 정착물(건물 등)

토지의 정착물이란, 토지에 고정된 물건이다. 이동할 수 없으므로, 부동산이다. 앞서 본 토지 지상에 있는 3층짜리 P건물은 건물로서 정착물이고, 부동산이다.

건물 주소 표기와 특징

1. 건물 주소 표기: 도로명주소 방식에 따른다.

예: “부산 해운대구 돼지로7길 2-3(우리동)”

부산 해운대구	돼지로7길	2-3	(해당 없음)	(우리동)
지역	도로명	건물번호	상세주소	참고항목

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

7. “도로명주소”란 **도로명, 건물번호** 및 상세주소(상세주소가 있는 경우만 해당한다)로 표기하는 주소를 말한다.

도로명주소법 시행령 제6조(도로명주소의 구성 및 표기 방법) ① 도로명주소는 다음 각호의 사항을 같은 호의 순서에 따라 구성 및 표기한다.

- 1. 특별시, 광역시...(이하 “시, 도”라 한다)의 이름[예: 부산]
- 2. 시..., 군, 구의 이름[예: 해운대구]
- 3. 행정구(자치구가 아닌 구를 말한다), 읍, 면의 이름[예: (해당 없음)]
- 4. 도로명[예: 돼지로7길]
- 5. 건물번호[예: 2-3]
- 7. 참고항목: 도로명주소의 끝부분에 괄호를 하고 그 괄호 안에 다음 각 목의 구분에 따른 사항을 표기할 수 있다.
 - 가. ... 동(洞) 지역에 있는 건물등으로서 공동주택이 아닌 건물등: 법정동(法定洞)의 이름[예: 우리동]

도로명주소법 시행규칙 제21조(건물번호 및 상세주소의 표기 방법) ① 건물번호는 숫자로 표기하며[예: 2-3], 건물등이 지하에 있는 경우에는 건물번호 앞에 ‘지하’를 붙여서 표기한다.

② 건물번호는 ‘번’으로 읽되, 필요하면 가지번호를 붙일 수 있고, 주된 번호와 가지번호 사이는 ‘-’ 표시로 연결한다. 가지번호를 붙이면 ‘-’ 표시는 ‘의’로 읽고, 가지번호 뒤에 ‘번’을 붙여 읽는다.

도로명주소는 건물에 부여하는 개념이다. 토지에는 도로명주소가 없다. 토지는 여전히 지번에 따른 주소, 즉 지번주소로 표시한다. 그 이유는, 꼭 토지 1개(= 1필지) 지상마다 건물 1개로 대응되지 않기 때문이다. 또, 토지 중에는 도로명주소로는 표시할 수 없는 것(예: 길이 연결되지 않은 토지)도 있기 때문이다.

2. 건물 특징: 향후 집행이나 등기할 때 범위를 두고 분쟁이 생기지 않도록, 명확하고 구체적으로 특정해야 한다.

예: “부산 해운대구 우리동 388-2 지상 철근콘크리트조 슬래브지붕 3층 근린생활시설 1층 160.2m², 2층 130.8m², 3층 120.1m²”

부산 해운대구 우리동 388-2	지상	철근콘크리트조 슬래브지붕 3층 근린생활시설 1층 160.2m ² , 2층 130.8m ² , 3층 120.1m ²
소재지번	지상/지하	건물내역

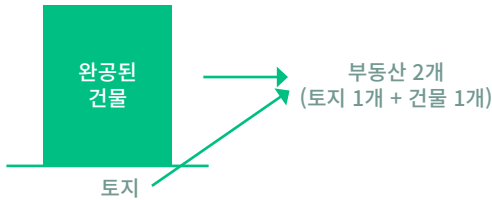
- 부동산등기법 제40조(등기사항) ① 등기관은 건물 등기기록의 표제부에 다음 각호의 사항을 기록하여야 한다.
3. 소재[예: 부산 해운대구 우리동], 지번[예: 388-2] 및 건물번호. 다만, 같은 지번 위에 1개의 건물만 있는 경우에는 건물번호는 기록하지 아니한다.
 4. 건물의 종류[예: 근린생활시설], 구조[예: 철근콘크리트조 슬래브지붕 3층]와 면적[예: 1층 160.2m², 2층 130.8m², 3층 120.1m²]. 부속건물이 있는 경우에는 부속건물의 종류, 구조와 면적도 함께 기록한다.

3. 도로명주소를 함께 표시하면서 특정할 수도 있다.

예: “부산 해운대구 우리동 388-2(돼지로7길 2-3) 지상 철근콘크리트조 슬래브 지붕 3층 근린생활시설 1층 160.2m², 2층 130.8m², 3층 120.1m²”.

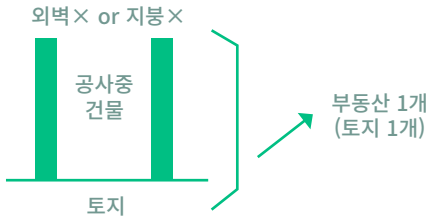
건물과 토지 관계

1. 완공된 건물은 그 토지와 별개의 부동산이다. 즉, 하나의 토지 위에 하나의 건물이 있다면? 부동산의 개수는 토지 1개, 건물 1개, 즉 총 2개다.



61다1103: [민법] 건물과 토지를 분리하여 독립된 하나의 부동산으로서 인정[한다.]

2. 다만, 아직 외벽이나 지붕을 만들지 못한 공사 중인 건물이라면 아직은 하나의 독립한 건물이라 할 수 없다. 즉, 법적으로는 아직 건물은 토지 일부(부합물)일 뿐이다. 이때 부동산의 개수는 토지 1개, 건물 0개, 즉 총 1개다.



지상물은 토지에 속한다(*Superficies solo cedit*; The building yields to the land; Anything that is attached to the land becomes part of the land).

2002다21592: 독립된 부동산으로서의 건물이라고 하기 위하여는 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 된다.

2007마98: 건물의 신축공사를 도급받은 수급인이 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 없는 정착물을 토지에 설치한 상태에서 공사가 중단[됐다. 이 경우] 위 정착물은 토지의 부합물에 불과하다.]

건물 내부가 기둥, 지붕, 둘레 벽으로 둘러싸여야 그때 독립한 건물이 된다.

2004다67691: 건축허가를 받아 건축공사를 진행하던 중에 건축주의 사정으로 공사가 중단되었[다.] 그와 같이 중단될 당시까지 이미 일부 층의 기둥과 지붕 그리고 둘레 벽이 완성되[었다. 그 결과] 그 구조물을 토지의 부합물로 볼 수 없는 상태에 이르렀[다.]

집합건물

집합건물(구분소유) 제도

- 1. 원칙적으로, 건물 1개는 1개의 부동산(물건)이다.

301	302	303
201	202	203
101	102	103

예: 위 P건물이 101호, 102호, 103호, 201호, 202호, 203호, 301호, 302호, 303호로 총 9개 호실로 나뉘어 있다고 하더라도, 어디까지나 P건물 전체가 1개의 부동산(물건)이다.

- 2. 예외적으로, 건물 1개가 여러 개의 부동산(물건)이 될 수 있다. 1개의 건물을 여러 개의 부동산으로 나누는 것을 구분(sectioning)이라 한다. 구분 후 각 부분은 각각 별개의 부동산(물건)이 된다.

301	302	303
201	202	203
101	102	103

예: 위 P건물을 (i) 101호, (ii) 102호, (iii) 103호, (iv) 201~202호, (v) 203호, (vi) 301~303호로 총 6개로 “구분”할 경우, 각 부분이 하나씩 부동산이 된다. 즉, 6개의 부동산(물건)으로 된다.

집합건물도 도로명주소를 사용해 표시할 수 있다.

예: “부산 해운대구 돼지로7길 2-3, 1동 103호(우리동, 누법빌딩)”

부산 해운대구	돼지로7길	2-3	,	1동 103호	(우리동, 누법빌딩)
지역	도로명	건물번호		상세주소	참고항목

- 도로명주소법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
6. “상세주소”란 건물등 ... 동(棟)번호, 층수 또는 호(號)수를 말한다[예: 1동 103호].
- 도로명주소법 시행령 제6조(도로명주소의 구성 및 표기 방법) ① 도로명주소는 다음 각호의 사항을 같은 호의 순서에 따라 구성 및 표기한다.
6. 상세주소(상세주소가 있는 경우에만 표기한다)[예: 1동 103호].
7. 참고항목: 도로명주소의 끝부분에 괄호를 하고 그 괄호 안에 다음 각 목의 구분에 따른 사항을 표기할 수 있다.
- 가. ... 동 지역에 있는 공동주택: 법정동의 이름과 건축물대장에 적혀 있는 공동주택의 이름. 이 경우 법정동의 이름과 공동주택의 이름 사이에는 쉼표를 넣어 표기한다[예: (우리동, 누법빌딩)].
- 도로명주소법 시행규칙 제25조(상세주소 부여, 변경의 세부기준) ④ 상세주소를 부여, 변경하거나 표기하는 경우 다음 각호의 구분에 따라 그 일부를 생략할 수 있다.
2. 호수에 층수의 의미가 포함된 경우: 층수[예: 1동 1층 103호 → 1동 103호]
- 도로명주소법 시행규칙 제21조(건물번호 및 상세주소의 표기 방법) ④ 제25조 제4항에 따라 상세주소에서 층수를 생략하는 경우에는 ‘동’, ‘호’의 표기를 생략하고 동번호와 호수 사이를 ‘-’로 연결하여 표기할 수 있다[예: 1-103]. 이 경우 ‘-’를 읽지 않고 ‘동’과 ‘호’가 표기된 것으로 보고 읽는다.
- ⑤ 건물번호와 상세주소를 구분하기 위하여 건물번호와 상세주소 사이에 쉼표를 넣어 표기한다[예: ... 2-3, 1동 103호].

위와 같은 규칙을 암기할 필요는 없다. 개념을 이해하고 익숙해질 필요는 있다.

관련 개념

- 1. 집합건물(condominium building): 여러 개의 부동산으로 나뉜 전체 건물(예: P건물)
- 2. 구분소유건물(sectional building): 나뉜 각 건물(예: 103호)

집합건물법 제1조(건물의 구분소유) 1동의 건물[집합건물(P건물)] 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분[구분소유건물(예: 103호)]은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.

2017다204247: 집합건물은 건물 내부를 (구조상, 이용상 독립성을 갖춘) 여러 개의 부분으로 구분하여 독립된 소유권의 객체로 하는 것일 뿐[이다. 즉,] 1동의 건물 자체는 일체로서 건축되어 전체 건물이 존립과 유지[를 할 때] 불가분의 일체를 이[룬다.]

3. 구분소유자(sectional owner): 각 건물 소유자(예: 103호 소유자)

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

2. “구분소유자”란 구분소유권을 가지는 자[예: 103호 소유자]를 말한다.

4. 구분소유권(sectional ownership; strata title): 구분소유자의 구분소유 건물에 대한 독점적 소유권(예: 103호에 대한 독점적 소유권)

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

1. “구분소유권”이란 제1조...에 규정된 건물부분[...공용부분(共用部分)으로 된 것은 제외한다]을 목적으로 하는 소유권[예: 103호 독점적 소유권]을 말한다.

5. 전유부분(section for exclusive use): 구분소유자가 독점적으로 소유하는 구분소유건물(예: 103호 중 독점적 소유를 할 수 있는 부분)

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

3. “전유부분”(專有部分)이란 구분소유권의 목적인 건물부분[예: 103호 중 독점적 소유가 가능한 부분]을 말한다.

6. 공용부분(section for common use): 전유부분 아닌 부분(예: 복도, 계단, 엘리베이터, 전기 배관, 소방설비)

공용부분 면적 = 집합건물 전체 면적 - Σ전유부분 면적

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

4. “공용부분”이란 전유부분 외의 건물부분, 전유부분에 속하지 아니하는 건물의 부속물 및 ... 공용부분으로 된 부속의 건물[예: 복도, 계단, 엘리베이터, 전기 배관, 소방설비]을 말한다.

94다50380: 집합건물[에서] 건물의 안전이나 외관을 유지하기 위하여 필요한 지주, 지붕, 외벽, 기초공작물 등은 [어떤가?] 구조상 구분소유자...의 공용에 제공되는 부분으로서 구분소유권의 목적이 되지 않는다.]

2006다56565: 집합건물의 어느 부분이 전유부분인지 공용부분인지의 여부는 구분소유가 성립한 시점...을 기준으로 판단하여야 [한다.] 그 후의 건물 개조나 이용상황의 변화 등은 전유부분인지 공용부분인지 여부에 영향을 미칠 수 없[다.] 집합건물의 **어느 부분이 구분소유자의 ... 공용에 제공되는지의 여부는** 소유자들 간에 특단의 합의가 없는 한 그 건물의 구조에 따른 **객관적인 용도에 [따라] 결정**되어야 한다.]

7. 건물 대지(site for building): 집합건물이 서 있는 땅(예: 부산 해운대구 우리동 388-2 대 410.5m²)

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

5. “건물의 대지”란 전유부분이 속하는 1동의 건물이 있는 토지[예: 부산 해운대구 우리동 388-2 대 410.5m²]...를 말한다.

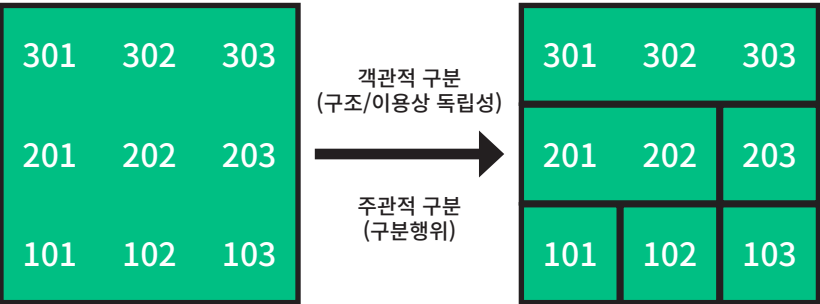
【 갑 구 】 (소유권에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
1	소유권보존	2018년8월16일 제6116호		소유자 주식회사일등건설 110111-8012345 서울특별시 서초구 캐로로 5(서초동)
2	소유권이전	2023년1월23일 제112호	2023년1월22일 매매	소유자 나백삼 721120-***** 부산광역시 돼지로3길 1(우리동)

【 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
기록사항 없음				

집합건물(구분건물) 성립요건

언제 일반건물이 집합건물로 되는가? 즉, 구분이 되려면 어떤 요건이 필요한가?

2017다286485: 1동의 건물에 대하여 구분소유가 성립하기 위해서는 ... 구분된 건물 부분이 **구조상, 이용상 독립성**을 갖추어야 [한다. 그뿐만 아니라,] 1동의 건물 중 물리적으로 구획된 건물부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 **구분행위**가 있어야 한다.



1. 객관적 구분(= 구조상, 이용상 독립성): “어떤 상태”를 요소로 하는 법률요건이다. 즉, 법률행위가 아니다.
 2. 주관적 구분(= 구분행위): “의사표시”를 요소로 하는 법률요건이다. 즉, 법률행위다. 이때 위 의사표시를 “구분의사(표시)”라 한다.
- 2010다71578전합:** 여기서 구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 건물의 특정 부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 **일종의 법률행위** [다. 구분행위의] 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니[다. 단지] 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 [구분행위는] 인정된다.

따라서 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있[다.]

동산

개념

동산(movable property; personal property; personal estate)은, 말 그대로 움직일 수 있는 재산이다. 법적으로는, 다음을 의미한다.

- 1. 물건 중에서,
- 2. 부동산이 아닌 나머지 모든 것들

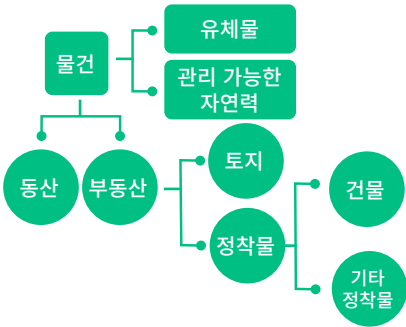
민법 제99조(부동산, 동산) ② 부동산 이외의 물건은 동산이다.

사례

- 1. Y자동차
- 2. Z바이올린
- 3. R노트북컴퓨터

물건의 체계

정리



주의사항

- 1. 토지도 물건이고, 건물도 물건이고, 동산도 물건이다.

민법 제98조(물건의 정의) 본법에서 물건이[란] 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다.

- 2. 민법상 용어가 그렇다는 취지다. 다른 법에서는 다르게 정의할 수도 있다.

민사집행법 제2편 강제집행

제2장 금전채권에 기초한 강제집행

제4절 동산에 대한 강제집행

제2관 유체동산에 대한 강제집행

제3관 채권과 그 밖의 재산권에 대한 강제집행

물건의 첨부

첨부 개념

첨부(accretion)란,

- 1. 2개 이상 물건이 결합해서 1개 물건이 되거나,
- 2. 물건이 가공되어 새로운 물건이 생기는 경우를 뜻한다.

첨부 종류

- 1. 부합(attachment)
- 2. 혼화(mixture)
- 3. 가공(specification)

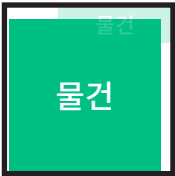
부합

개념

부합(attachment): 물건과 물건이 결합하여, 이제 분리하면 반드시 물건을 훼손하게 되는 경우

부합 종류

- 1. 강한 부합(absolute attachment): 물리적으로 분리할 수 없거나, 분리하면 경제적 가치가 거의 없게 되는 경우 → 결합한 물건이 다른 물건의 구성 부분이 된다. 그 결과, 결합한 물건은 이제 거래상 독립한 물건이 되지 않는다.



글자는 비록 금으로 쓴 것이라 하더라도 종이나 양피지에 부합한다(*Litterae quoque licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt*; Even if the letters are in gold, they yield to the paper and parchment).

- 2. 약한 부합(relative attachment): 물리적으로 분리를 할 수는 있고, 분리해도 경제적 가치가 조금은 있는 경우 → 결합한 물건도 거래상 독립한 물건이 될 수는 있다.



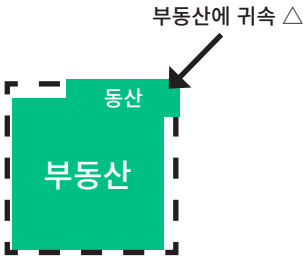
부합 여부를 일률적으로 말할 수는 없다. 사안별로 개별적으로 판단해야 한다.
아래 사안들 역시 하나의 사례(example)에 불과하다.

2006다39270: 분리하[였을 때] ... 경제적 가치의 판단은 부속시킨 물건에 대한 일반 사회통념상의 경제적 효용의 독립성 유무를 그 기준으로 하여야 한다.

부동산에의 약한 부합 사례

상가건물(부동산)에 유리 출입문, 창틀(sash)이 결합했다고 하자. 부동산에 약한 부합이 된 사례다.

95다12927: 위 유리 출입문과 [창틀]의 설치상태, 용도, 이 사건 점포가 있는 위 상가건물의 구조, 주변환경 등에 비추어 [보자]
위 유리 출입문과 [창틀은] 이 사건 점포의 사용에 객관적인 편익을 가져오게 하는 물건 [이긴 하다. 즉, 부합 사안이다.]
[그렇지만,] 이 사건 점포의 구성 부분이 되었다고 보이지는 아니[한다. 즉, 약한 부합 사안이다.]



- 1. 원칙적으로, “부합”이 이루어진다. 즉, 법적으로 이제 전체를 1개의 부동산으로 취급한다. 부합된 물건 소유권은 이제 부동산 소유자에게 귀속한다.

예를 들어, 무단으로 상가건물에 유리 출입문과 창틀을 설치했다면? 부합 결과, 결합한 물건은 상가건물과 일체가 되어 상가건물 소유자에 귀속한다.

민법 제256조(부동산에의 부합) 부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다. ...

2. 예외적으로, 만약 물건 소유자가 권원을 가지고 결합했다면, “부합”이 이루어지지 않는다. 즉, 결합한 물건과 부동산은 법적으로 별개의 부동산으로 취급한다. 결합한 물건 소유권은 여전히 원래 소유자에게 남아 있다.

예를 들어, **적법한 임차인이 상가건물에 유리 출입문과 창틀을 설치했다면? 부합이 이루어지지 않는다. 부속물은 여전히 임차인 소유다.**

민법 제256조(부동산에의 부합) ... 그러나 타인의 권원[으로] 부속된 것은 그러하지 아니하다.

2015다69907: 위 조항 단서에서 말하는 ‘권원’이[란] 지상권, 전세권, **임차권** 등과 같이 타인의 부동산에 자기의 동산을 부속[하여] 부동산을 이용할 수 있는 권리를 뜻[한다.]

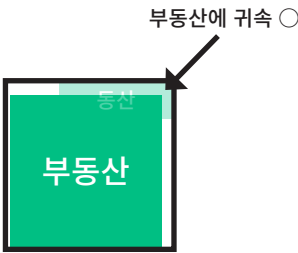
2009다76546: 甲이 임차권에 기초하여 유류저장조를 매설[했다. 이 경우] 위 유류저장조는 민법 제256조 단서에 [따라] 설치자인 甲의 소유에 속[한다.]

2023도11885: 타인 소유의 토지에 수목을 식재할 당시 토지의 소유권자로부터 그에 관한 명시적 또는 묵시적 **승낙, 동의, 허락** 등을 받았다면[?] 이는 민법 제256조에서 부동산에의 부합의 예외사유로 정한 ‘권원’에 해당한다고 볼 수 있[다. 그러므로] 해당 수목은 토지에 부합하지 않고 식재한 자에게 그 소유권이 귀속된다.

부동산에의 강한 부합 사례

아파트(부동산)의 가스공급시설은 부동산에 강한 부합이 된 사례다.

2006다39270: 이 사건 가스공급시설은 이 사건 아파트에 설치되었을 때 그 대지와 일체를 이루는 구성 부분으로 부합[되었다. 즉, 강한 부합 사안이다. 이]로써 그 대지에 대한 지분권을 양수한 이 사건 아파트 ...소유자들의 소유로 되었다.



1. “부합”이 이루어진다. 법적으로 이제 전체를 1개의 부동산으로 취급한다. 부합된 물건 소유권은 이제 부동산 소유자에게 귀속한다.
2. 결합 시 권원이 있었는지는 상관없다.

즉, 강한 부합에는 민법 제256조 단서를 적용하지 않는다.

2006다39270: 부합물에 관한 소유권 귀속의 예외를 규정한 민법 제256조 단서의 규정은 타인이 그 권원[으로] 부속시킨 물건이라 할지라도 그 부속된 물건이 분리하여 경제적 가치가 있는 경우[즉, 약한 부합]에 한하여 부속시킨 타인의 권리에 영향이 없다는 취지[다.]

[만약] 분리하여도 경제적 가치가 없는 경우[즉, 강한 부합 경우]에는 [민법 제256조 단서가 있더라도] 원래의 부동산 소유자의 소유에 귀속되는 것이[다.]

부동산 + 동산		강한 부합	약한 부합	별개 물건
권원 ○	물건 수	1개	2개	2개
	소유권귀속	부동산 소유자	각자	각자
권원 ×	물건 수	1개	1개	2개
	소유권	부동산 소유자	부동산 소유자	각자

동산과 동산의 부합 사례

선박(동산)에 화물 펌프(동산)가 장착되었다. 동산 간 부합 사례다. 동산끼리는 약한 부합이든 강한 부합이든, 결합한 동산 간 “부합”이 이루어진다. 법적으로 이제 전체를 1개의 동산으로 취급한다.

2012다19659: 일흥조선이 이 사건 각 선박에 장착하기 위하여 노르웨이의 ‘프라모 시스템’으로부터 수입한 [화물] 펌프 4기...는 이 사건 각 선박에 장착[되었다. 이]로써 이 사건 각 선[박] 일부가 되어 훼손하지 않으면 분리할 수 없게 되었[다. 그러]므로 ... 민법 제257조의 규정에 따른 부합[에 해당한다.]



1. 원칙적으로, 이제 합성물 소유권은 주된 동산 소유자에게 귀속한다.

민법 제257조(동산간의 부합) 동산과 동산이 부합하여 훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 요할 경우에는 그 합성물의 소유권은 주된 동산의 소유자에게 속한다. ...

결합한 화물 펌프는 선박과 일체가 되어 선박 소유자에 귀속한다.

2. 다만, 만약 주종을 구별할 수 없다면, 합성물을 공유한다.

민법 제257조(동산간의 부합) ... 부합한 동산의 주종을 구별할 수 없는 때에는 동산의 소유자는 부합당시의 가액의 비율로 합성물을 공유한다.

동산 + 동산		강한 부합	약한 부합	별개 물건
주종 ○	물건 수	1개	1개	2개
	소유권귀속	주된 동산 소유자	주된 동산 소유자	각자
주종 ×	물건 수	1개	1개	2개
	소유권	공유	공유	각자

혼화와 가공

혼화
혼화(mixture): 쉽게 말해, 물건들이 구별할 수 없을 정도로 섞인 것

민법 제258조(혼화) 전조[동산 간의 부합]의 규정은 동산과 동산이 혼화하여 식별할 수 없는 경우에 준용한다.

가공
가공(specification): 다른 사람 동산에 노력을 가해 새 물건을 만들어 내는 것

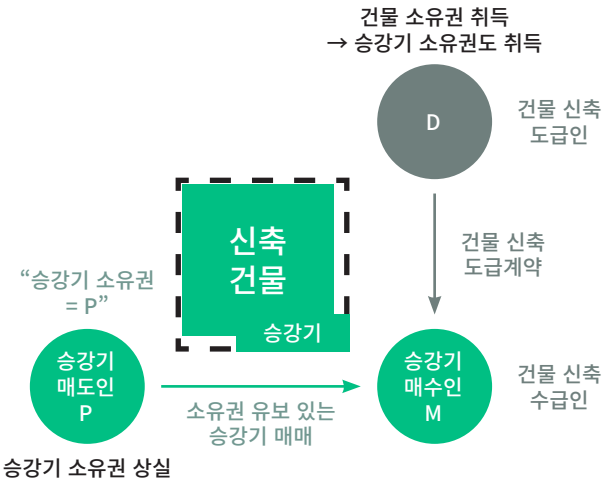
민법 제259조(가공) ① 타인의 동산에 가공한 때에는 그 물건의 소유권은 원재료의 소유자에게 속한다. 그러나 가공[에 따른] 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자의 소유로 한다.

② 가공자가 재[료] 일부를 제공하였을 때에는 그 가액은 전항의 증가액에 가산한다.

이런 조문이 있다는 정도만 기억해도 충분하다.

첨부 제도에 대한 분석

- 첨부 제도 취지**
- 1. 물건이 첨부된 경우 원상으로 회복하는 것은 지나치게 비효율적이다.
 - 2. 그래서 첨부 상태를 보고, 그에 따라 소유권을 정하도록 한 취지다.
- 소유권을 잃은 자의 구제**



2017다282391: [P]에게 소유권이 유보된 이 사건 승강기가 [M]과 [D] 사이에 체결된 공사도급계약의 이행으로 이 사건 건물에 부합되었다. 그러므로 [D]는 이 사건 건물의 소유권을 취득함으로써 민법 제256조 본문에 [따라] 이 사건 건물에 부합된 이 사건 승강기의 소유권도 취득하였다.

- 1. 침부 때문에 승강기 소유권을 잃은 자(손실자) P는,
- 2. 승강기 소유권을 얻은 자(이득자) D를 상대로,
- 3. 보상을 청구(구상)할 수 있다.

민법 제261조(침부[에 따른] 구상권) 전 5조[부동산에의 부합, 동산 간 부합 등]의 경우에 손해[→ 승강기 소유권 상실]를 받은 자[P]는 부당이득에 관한 규정[제741조]에 [따라] **보상을 청구할 수 있다.**

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

- 4. 다만, 무조건 구상할 수 있지는 않다. 부당이득 요건을 모두 갖추어야 할 수 있다.

2017다282391: 이러한 보상청구가 인정되기 위해서는 민법 제261조 자체의 요건[만 갖추면 되나? 그렇지 않다. 위 요건]뿐만 아니라, 부당이득 법리에 따른 판단[으로] **부당이득의 요건이 모두 충족되었다고 인정되어야** 한다.

민법 제249조(선의취득) 평온, 공연하게 동산[→ 승강기]을 양수한 자[D]가 선의이며 과실없이 그 동산[→ 승강기]을 점유한 경우에는 양도인[M]이 정당한 소유자가 아닌 때에도 [D는] 즉시 그 동산[→ 승강기]의 소유권을 취득한다.

2017다282391: [원래는, 승강기 소유권을 취득한 D가] 보상청구를 거부할 법률상 원인이 있다고 할 수 없[다. 그렇지만] 제3자[D]가 도급계약에 [따라] 제공된 자재[승강기]의 소유권이 유보된 사실에 관하여 과실 없이 알지 못한 경우라면 [다르다. 이때는] **선의취득**의 경우와 마찬가지로 제3자[D]가 그 자재의 귀속[에 따른] 이익을 보유했을 수 있는 법률상 원인이 있다고 [보는 것]이 [타]당하[다. 그러므로 P]로서는 그에 관한 **보상청구**를 할 수 없다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 6.] 매도인 甲과 매수인 乙 사이에 甲 소유의 X 동산에 대해 소유권유보 약정이 있는 매매계약이 체결되었고, 이에 따라 甲이 乙에게 X 동산을 인도하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 매매대금의 절반이 지급된 상태에서 X 동산이 수급인 乙[의 시공으로] 도급인 丙이 소유한 Y 건물에 부합된 경우, 丙이 甲과 乙 사이의 소유권유보 약정 사실을 과실 없이 알지 못하였다면 甲은 丙에게 보상청구를 할 수 없다.

주물과 종물

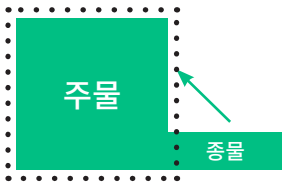
개념

- 1. 주가 되는 물건을 주물(principal)이라고 한다.
- 2. 주물에 종속된 물건을 종물(accessory)이라고 한다.

앞서 부합 제도에서 언급한 “주된 동산”, “종된 동산”과는 별개의 구분이다.

주물과 종물 관계

- 1. 주물과 종물은 “별개 물건” 사이 관계다. 각각 “독립한” 2개 물건이다.
- 2. 그러나 종물이 없다면 주물은 제 “기능”을 다할 수 없다.



사례

음료수병을 주물이라고 했을 때, 병뚜껑은 종물이 된다.

- 1. 여기서 병뚜껑과 음료수병은 각자 독립한 물건이다.
- 2. 그러나 병뚜껑이 없다면 음료수병은 음료를 보관하는 의미가 없다.

이런 의미에서 병뚜껑은 음료수병의 부속품으로 종물이다.

종물의 요건

민법 제100조(주물, 종물) ① 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 자기소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 때에는 그 부속물은 종물이다.

- 1. 그 물건의 정상적인 사용(ordinary use)에 이바지하기 위하여: 계속해서 주물의 효용에 도움을 주는 물건이어야 한다.

97다3750: 주물의 상용에 이바지한다[란 무슨 뜻인가?] 주물 그 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 것을 말하는 것[이다. 즉,] 주물의 소유자나 이용자의 상용에 공여되고 있더라도 주물 그 자체의 효용과 직접 관계가 없는 물건은 종물이 아니[다.]

신, 구폐수처리시설이 그 기능면에서는 전체적으로 결합하여 유기적으로 작용함으로써 하나의 폐수처리장을 형성하고 있[다. 그렇]지만, 신폐수처리시설이 구폐수처리시설 그 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 시설이라고 할 수 없[다. 그러]므로 종물이 아니[다.]

- 2. 자기 소유인: 원칙적으로 주물과 종물이 같은 사람 소유여야 한다.

2007다36933: 종물은 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 자기 소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 것을 말[한다](민법 제100조 제1항). [그러므로] 주물과 다른 사람의 소유에 속하는 물건은 종물이 될 수 없다.

- 3. 다른 물건: 종물은 주물로부터 독립한 물건이어야 한다. 즉, 부합된 경우는 종물이 아니다.

93다42399: 이 사건 정화조가 ... 건물 화장실의 오수처리를 위하여 위 건물옆 지하에 바로 부속하여 설치되어 있[다. 사실관계상, 이 사건 정화조는] 독립된 물건으로서 종물 이라기보다는 위 ... 건물의 구성 부분으로 보아야 [한다.]

4. 부속: 장소가 밀접한 관계에 있어야 한다.

92다43142: 백화점 건물의 지하 2층 기계실에 설치[된] 전화교환설비[는] ... 위 건물의 상용에 제공된 종물이[다. 그 이유는 다음과 같다.]

[이 사건에서 위 설비는] 건물의 원소유자가 설치한 부속시설이[다.] 위 건물은 당초부터 그러한 시설을 수용하는 구조로 건축되었[다.]

[그리고] 위 시설들은 볼트와 전선 등으로 위 건물에 고정되어 각 층, 각 방실까지 이어 지는 전선 등에 연결되어 있을 뿐이[다. 그래]서 과다한 비용을 들이지 않고도 분리할 수 있고, 분리하더라도 독립한 등산으로서 가치를 지니며, 그 자리에 다른 것으로 대체 할 수 있는 것이[다.]

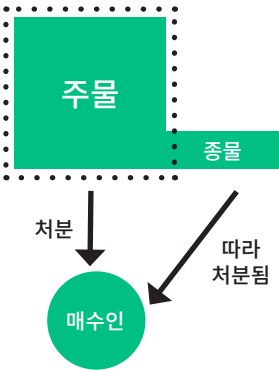
위 전화교환설비는 독립한 물건이기는 하[다. 그러나] 그 용도, 설치된 위치와 그 위치에 해당하는 건물의 용도, 건물의 형태, 목적, 용도에 대한 관계를 종합하여 [봐야 한다. 위 설비는] 위 건물에 연결되거나 부착하는 방법으로 설치되어 위 건물인 10층 백화점의 효용과 기능을 다하기에 필요불가결한 시설들[이다.]

주물 처분 효과

종물은 주물 처분에 따른다.

종속된 것은 주된 것의 본성에 따르는 것이 합당하다(*Accessorium naturam sequi congruit principalis*; It is meet that the accessory follows the nature of the principal).

- 1. 음료수병(주물)을 처분하면,
- 2. 병뚜껑(종물)도 같이 처분된다.



민법 제100조(주물, 종물) ② 종물은 주물의 처분에 따른다.

그러나 계약 당사자 사이에 특약으로 달리 정해도 된다.

2009다76546: 종물은 주물의 처분에 수반된다는 민법 제100조 제2항은 임의규정이 [다. 그러]므로, 당사자는 주물을 처분할 때에 특약으로 종물을 제외할 수 있고 종물만 을 별도로 처분할 수도 있다.

물건 분류

복습: 물건의 객관적 성질에 따른 분류

1. 대체물(fungible property): 개성이 중요하지 않은 물건. 즉, 같은 종류, 같은 품질, 같은 수량의 다른 물건으로 바꾸어도 거래에 영향을 주지 않는다.

예: 쌀, 기름, 금전

2. 부대체물(non-fungible property): 개성이 중요한 물건. 즉, 같은 종류, 같은 품질, 같은 수량이라도 다른 물건과 바꿀 수 없다.

예: 강아지, 골동품, 토지

거래 당사자의 주관적 의사에 따른 분류

1. 특정물(specified property): 거래 당사자가 “이것으로 하겠다”고 특정한 물건

예: 이 강아지, 이 쌀, 이 자동차

2. 불특정물(unspecified property): 특정물이 아닌 물건

예: 강아지 10마리, 쌀 1가마, 자동차 300대

물건 가치

가치 개념

물건 가치(value)란, 그 물건을 소유하고 싶게끔 만드는 원천이다.

가치 종류

1. 사용가치(use value): 내가 어떤 물건을 직접 소비하거나 사용해서 효용을 얻을 수 있기 때문에 생기는 가치

목적으로서의 가치라고도 한다.

2. 교환가치(exchange value): 어떤 물건으로부터 직접 효용을 얻는다고보다, 사용가치가 있는 다른 물건과 교환할 수 있기에 생기는 가치

수단으로서의 가치라고도 한다.

사용가치와 교환가치 관계

물건은 사용가치와 교환가치를 동시에 가진다. 하지만 경제적인 맥락에 따라 어떤 물건은 사용가치의 비율이 높고, 어떤 물건은 교환가치의 비율이 높다.

1. 짜장면은 사용가치가 있다. 그러나 짜장면을 들고 가서 음료수, 책, 담배 등으로 교환해 달라고 하면 잘 안 해준다. 즉, 교환가치는 낮다.
2. 반대로 지폐는 그 자체로는 사용가치를 생각하기 어렵다. 그러나 교환가치는 크다. 지폐를 갖고 다니는 것은 효용을 누릴 물건으로 바꾸기 위한 것이지, 지폐 자체에서 효용을 누리려는 건 아니다.

물권

Property Rights

옛날, 제나라 사람으로 금을 탐낸 자가 있었다. 아침에 옷을 입고 시장에 갔다.
금장사 옆에 가, 대뜸 금을 훔쳐 달아나다가 포졸에게 붙잡혔다.
사람 많은데서 겁도 없이 무슨 짓이냐고 포졸이 물자 도둑은 말하되,
“금이 탐나 사람은 안 보고 금만 보았소.”라고 하였다. - “열자”

물권 개념

물권

물권(property rights): 물건에 대한 권리. 즉, 특정한 물건을 직접 지배해서 이익을 얻는 배타적인 권리

물권법

물권법(property law): 물권과 그 지배 관계를 정하는 법. 즉, 각종의 재화에 대한 사람의 지배 관계를 규율하는 법이다.

물권의 성질

물권은 직접성, 배타성, 절대성을 가진다. 이 점에서 채권과 다르다.

어떤 의미인지 곧 배운다.

물권법정주의

개념

법률에 규정이 있는 물권만 인정한다. 법률규정도 없이 물권을 인정할 수 없다. 이를 물권법정주의(numerus clausus of property rights)라 한다.

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

물권 임의창설 금지

법에 없는 물권을 당사자가 자유롭게 만들어 낼 수가 없다.

2017다211528: 소유자가 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용, 수익의 권능을 대세적으로 포기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다. 이를 허용하면 결국 처분 권능만이 남는 새로운 유형의 소유권을 창출하는 것이어서 민법[에서] 정한 물권법정주의에 반하기 때문이다.

채권법(obligation law)에서 계약자유 원칙(freedom of contract)이 인정되는 것과 대조적이다.

물권 종류 한정

민법에서 정한 물권은 다음과 같다. 물권법정주의 때문에, “그 이외의 물권은 허용되지 않는다”는 한정적(limiting) 의미가 있다.

2016다24284전합: 물건에 관하여는 물건법정주의에 따라 법이 규정하는 바[로] 물권의 종류와 내용이 정해[진다.]

2022다273018: 물건법의 강행법규성에 따라 법률과 관습법이 인정하지 않는 새로운 종류나 내용의 물권을 창설하는 것은 허용되지 않는[다.]

- 1. 점유권(possessory rights)
 - 2. 소유권(ownership)
 - 3. 지상권(superficies)
 - 4. 지역권(servitude)
 - 5. 전세권(chonsegwon; right to registered lease on deposit basis)
- 전세권은 우리 고유의 제도다.
- 6. 유치권(right of retention; lien)
 - 7. 질권(pledge)
 - 8. 저당권(mortgage)

채권과 비교

채권법이 규정하는 매매, 증여, 임대차 등은 계약의 예시(examples)일 뿐이다. 법에서 규정하지 않는 계약(비전형계약; 무명계약)도 당사자 의사 합치만 있으면 만들 수 있다.

2016다24284전합: 채권관계에서는 사적 자치와 계약자유 원칙이 적용되어 계약당사자는 원칙적으로 합의에 따라 계약 내용을 자유롭게 결정할 수 있다.



직접성

개념

물권이 있으면 물건을 직접 지배한다. 이를 직접성이라 한다.



사례

물건 소유권자(물권자)는 타인의 행위 없이도 직접 바로 물건으로부터 이익을 얻는다. 즉, 물건을 직접 사용, 수익할 수 있다.

2009다228: 객체에 대한 전면적 지배권인 소유권을 핵심으로 하여 구축된 물권법의 체계[를 고려해야 한다.]

채권과 비교

물건의 수증자는 증여계약에 따라 목적물 소유권 이전을 내용으로 하는 채권을 가질 뿐이다. 수증자(채권자)는 증여자의 행위가 없으면 채권 내용을 실현할 수 없다. 이를 채권의 간접성이라 한다.



배타성

개념

하나의 물건에 어떤 사람의 지배가 성립하면, 다른 사람은 같은 물건에 관해 같은 지배를 할 수 없다. 이처럼 양립할 수 없다는 물권의 성질을 물권의 배타성이라 한다.



사례

- 1. 1개 물건 위에 2개 소유권이 성립할 수는 없다. 즉, A 소유이기도 하면서 동시에 B 소유일 수가 없다.



2009다105215: 소유권은 물건을 배타적으로 지배하는 권리[다.]

61마675전합: [A의] 가등기후에 제3자[B]에게 소유권이전...등기가 된 [사안이다. 그 후] 가등기 권자[A]가 본등기를 취득한 경우에는 같은 부동산에 소유권자가 두사람[A, B] 경합되는 형식이 [된다.]

[그러나] 가등기후의 [이전등기를 마친 B]는 가등기권자[A]의 본등기 취득으로 등기순위와 **물권의 배타성에 [따라]** 실질적으로 등기의 효력을 상실[한다. 그러]므로 이 [같은] 경우에는 등기공무원은 부동산등기법...에 [따라] 가등기후에 한 제3자[B]의 ...등기를 직권말소[한다. 이로써] 등기부상의 소유권자의 형식[상] 중복을 피할 수 있[다.]

부동산등기규칙 제147조(본등기와 직권말소) ① 등기관이 소유권이전등기청구권보존 가등기에 [따라] 소유권이전의 본등기를 한 경우에는 ... 가등기 후 본등기 전에 마쳐진 등기...는 [원칙적으로] 모두 직권으로 말소한다.

【 갑 구 】 (소유권에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권 리 자 및 기 타 사 항
1	소유권이전	1984년3월2일 제1234호	1984년1월28일 재산상속	소유자 토지왕 641130-***** 서울특별시 성북구 고로 31(안암동)
2	소유권이전청구권가등기	2023년4월3일 제4321호	2023년3월31일 매매예약	가등기권자 가등남 750901-***** 서울특별시 강서구 호로 123(등촌동)
	소유권이전	2023년12월5일 제21098호	2023년12월4일 매매	소유자 가등남 750901-***** 서울특별시 강서구 호로 123(등촌동)
3	소유권어관	2023년5월2일 제6666호	2023년5월1일 매매	소유자 이종매 870606-***** 서울특별시 중구 해로 281(경동)
4	3번소유권이전등기말소			2번 가등기의 본등기로 인하여 2023년12월5일 등기

두 사람이 각각 하나의 물건 전체에 소유권을 가질 수는 없다(Duorum quidem in solidum dominium esse non posse; Two persons cannot each have ownership of the whole of the same thing).

2. 1개 토지 위에 2개 지상권(남의 땅 위에 건물을 소유하기 위해 그 땅에 관해 갖는 물권)이 성립할 수도 없다.

2012다97871: 이 사건 [A]지상권[은 T시점에] 그 목적을 잃어 ... 소멸하였[다. 따라서] ... 이 사건 [B]지상권이 성립[할 때,] 이 사건 [A]지상권...[의 존재는] 방해가 되지 아니한[다. (만약 이 사건 A지상권이 계속 존속하고 있었다면, 이 사건 B지상권이 성립할 수 없었을 것이다.)]

하나의 고양이가 살아 있으면서 동시에 죽어 있을 수 없다.

일물일권주의

물권의 배타성에 따라, 일물일권주의(principle of a single property rights per property) 원칙을 적용한다.

2000다39582: 일물일권주의(一物一權主義)의 원칙상, 물건의 일부분, 구성 부분에는 물권이 성립할 수 없다.

구분...절차를 거치지 아니한 채 하나의 부동산 중 일부분만에 관하여 따로 소유권보존 등기를 [마치는 것은 허용되지 않는다. 마찬가지로,] 하나의 부동산에 관하여 [마친] 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만을 따로 말소하는 것은 허용되지 아니한다.

채권과 비교

1개 물건에 같은 내용의 매매계약들이 공존할 수 있다. 채권은 양립 가능하다.



하나의 고양이에 대해 살리려는 사람과 죽이려는 사람이 모두 있을 수 있다.

어떤 사람이 같은 물건을 A에게도 매도하고, B에게도 매도하는 것을 이중매매라 한다. 원칙적으로 두 매매계약 모두 유효하다. 즉,

1. 제1 매매도 유효하다.

92도1223: 부동산의 이중매매에[서] 매도인의 선매수인에 대한 [제1] 매매계약이 특별한 사정[으로] 선매수인에 대하여 사기죄를 구성하는 [사안이다. 이 경우]에도 [제1] 매매계약에 무효의 사유가 있거나 취소되지 않는 한 매도인의 선매수인에 대한 소유권이 전의무가 존재하지 아니하거나 소멸할 리가 없다.

2. 제2 매매도 유효하다.

2013다52622: 어떠한 부동산에 관하여 소유자가 양도의 원인이 되는 [제1] 매매...계약을 하여 일단 소유권 양도의 의무를 집에도 다시 제3자에게 매도[제2 매매계약]하는 등으로 같은 부동산에 관하여 소유권 양도의 의무를 이중으로 부담[했다. 이 경우에도] ... 소유자의 그러한 제2의 소유권양도의무를 발생시키는 원인이 되는 매매...계약 [제2 매매계약]이 ... 무효라고 할 것이 아[니]다.

주의사항

비록 물권에 배타성이 있다고 해도,

1. 저당권 경우, 1개 물건 위에 제1번 저당권, 제2번 저당권 식으로 순위(priority)를 달리해 2개 이상 저당권이 성립할 수 있다.

부동산등기법 제4조(권리의 순위) ① 같은 부동산에 관하여 등기한 권리의 순위는 법률에 다른 규정이 없으면 등기한 순서에 따른다.

그러나 지상권 경우, 하나의 부동산에 순위를 달리하더라도 2개 이상의 지상권이 성립할 수 없다.

2. 1개 물건을, 누구는 몇 %, 누구는 몇 % 지분(portion)을 갖는 식으로 여럿이 함께 소유할 수도 있다. 바로 공유(co-ownership)다.

민법 제262조(물건의 공유) ① 물건이 지분에 [따라] 수인의 소유로 된 때에는 공유로 한다.

3. 1개 건물이라도, 구분 요건을 갖추어 경우 집합건물이 되어 여럿이 구분소유할 수 있다.

집합건물법 제1조(건물의 구분소유) 1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 이 법에서 정하는 바에 따라 각 소유권의 목적으로 할 수 있다.

이런 것들은 같은 물건에 관해 각자 “다른 지배”를 해서 가능하다.

절대성(대세효)

개념

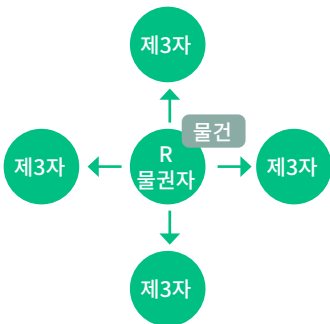
물권은 원래 특정한 상대방이라는 것이 없다. 누구에게나 그 물권을 주장할 수 있다. 그리고 그 효력은 절대적이다.

사례

R이 어떤 물건 소유권자라면, R은 그 소유권을 누구에게나 주장할 수 있다.

2009다105215: 소유권은 물건을 배타적으로 지배하는 권리로서 대세적 효력이 있다. 그러므로, 그에 관한 법률관계는 이해관계인들이 이를 쉽사리 인식할 수 있도록 명확하게 정하여야 한다.

- 1. R의 소유권은 누구로부터든 침해될 가능성이 있다.
- 2. 침해한 사람은 누구든지 R로부터 손해배상청구 등을 당하게 된다.

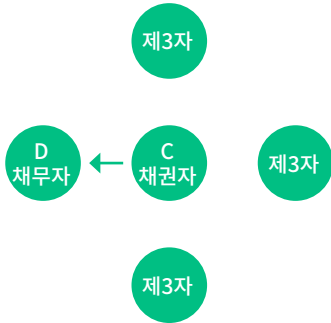


채권과 비교

C가 D에게 채권을 갖고 있다고 하자. 채권자 C는 채무자 D에 대해서만 채권을 주장할 수 있고, 제3자에 대해서는 채권을 주장할 수 없다.

아무도 타인의 계약으로 의무를 부담하지 않는다(*Certissimum enim est ex alterius contractu neminem obligari*; It is beyond doubt that no one is bound by another's contract).

- 1. 채무자 D가 채무를 이행하지 않으면 결과적으로 채권자 C의 채권이 침해되는 셈이다.
- 2. 원칙적으로, 채무자 D만 위 채권을 침해할 수 있다.



예외적으로, 제3자 X가 위 채권을 침해할 수도 있다.

2005다25021: 제3자[X]가 채무자[D]의 ...재산을 감소시키는 행위를 함으로써 채권자 [C]로 하여금 채권의 실행과 만족을 불가능 내지 곤란하게 한 경우 채권의 침해에 해당한다고 할 수는 있겠[다.]

[그러나] 그 제3자[X]의 행위가 채권자[C]에 대하여 불법행위를 구성한다고 하기 위하여는 단순히 채무자[D] 재산의 감소행위에 관여하였다는 것만으로는 부족하[다.]

물권 분류

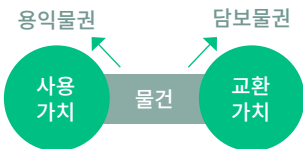
완전물권

완전물권(complete real rights): 사용가치(use value)와 교환가치(exchange value) 모두를 지배하는 권능을 가진 물권

결국 소유권을 의미한다.

제한물권

제한물권(restricted real rights): 소유권 이외의 물권



용익물권(usufruct)이란?

1. 사용가치(use value)를 지배하는 권능을 가진 물권.
2. 쉽게 말해, 사용하려고 갖는 물권이다.
3. 지상권이 대표적이다. 토지에 관해 지상권을 가지면, 그 토지 지상에 건물을 세울 수 있다.

용익권은 다른 사람의 물건을 본질을 유지하면서 사용, 수익할 수 있는 권
리다(*Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum
substantia*; Usufruct is the right to use and enjoy another's property
while preserving its substance).

담보물권(real rights granted by way of security)이란?

1. 교환가치(exchange value)를 지배하는 권능을 가진 물권.
2. 쉽게 말해, 담보가 되는 물권이다.
3. 저당권이 대표적이다. 부동산에 관해 저당권을 가지면, 돈을 못 받을 경우 부
동산을 경매에 부칠 수 있다.

완전물권과 제한물권 관계

1. 제한물권은, 사용가치 또는 교환가치가 제한된 상태의 물권이다. 제한을 받
았다고 해서, 제한물권(restricted real rights)이라 부른다.
2. P 소유 물건에 Q의 제한물권(예: 지상권)이 있다면, P의 완전물권(소유권)
은 Q의 제한물권에 따른 제한을 받는다. 제한을 한다고 해서, 제한물권
(restrictive real rights)이라 부르는 의미도 있다.
3. 어떤 물건에 완전물권과 제한물권 모두 같은 자 R에게 귀속했다면? 제한물
권은 굳이 계속 존재할 필요가 없다. 원칙적으로, 제한물권은 소멸한다.

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

담보물권의 특유한 개념

피담보채권

모든 담보는 그 담보를 통해 확보하려는 채권(claim)이 있다. 그 채권을 피담보
채권(secured claim)이라 한다.

채권자 입장에서는 피담보채권, 채무자 입장에서는 피담보채무일 뿐, 그 둘은 서
로 같은 개념이다.

1. 담보물권에는 피담보채권(피담보채무)이 있다. 예를 들어, 저당권에는 피담
보채권(피담보채무)이 있다.

68다2334: 저당권은 ... 피담보채권을 물적으로 보증하기 위하여 설정하는 것이다.]

2. 그러나 용익물권에는 피담보채권(피담보채무)이 없다. 예를 들어, 지상권에는 피담보채권(피담보채무)이 없다.

2015다65042: 지상권은 용익물권으로서 담보물권이 아니므로 피담보채무라는 것이 존재할 수 없다.

담보물권의 부종성

담보물권은 부종성(appendant nature)이 있다.

1. 성립상(based on establishment) 부종성
2. 존속상(based on subsisting) 부종성
3. 소멸상(based on extinction) 부종성

제2강 계약법 기초 중 “보장형 계약” 부분에서 본 저당권의 부종성을 다시 한번 떠올려 보라.

점유권

Possessory Rights

자연적 점유가 선행하지 않는 한, 단순한 의사만으로는 점유를 취득할 수 없다.
- Proculus

개념

점유 개념

점유(possession): 물건을 사실상 지배하는 상태

2023다214566: 물건에 대한 점유란 사회관념상 어떤 사람의 사실적 지배 아래 있다고 보이는 객관적 관계를 말[한다].

- 1. 그렇다면, 과연 언제 사실상 지배가 있고, 언제 없는 것인가?
- 2. 구체적, 개별적으로 판단한다. 즉, 사건마다 다르다.

2023다214566: 이때 말하는 사실적 지배는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는지 여부만[으로 판단할 수 없다. 즉,] 물건과 사람 사이의 시간적, 공간적 관계, 그 배경이 되는 본권관계, 타인[의] 지배가 주장되거나 인정될 가능성 등을 종합하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다.

- 3. 다만, 배제성은 필요하다.

2024다251470: 그러한 사실적 지배에 속하는 객관적 관계에 있다고 하기 위해서는 적어도 타인의 간섭을 배제하는 면이 있어야 [한다].

점유권 개념

점유권(possessory rights): 점유를 하는 자가 누리는 법적 지위(혜택)

민법 제192조(점유권의 취득과 소멸) ① 물건을 사실상 지배하는 자는 점유권이 있다.
② 점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 상실한 때에는 점유권이 소멸한다. ...

- 1. 점유가 정당하냐 아니냐를 묻지 않고, 민법은 일단 점유를 하는 사실적 지배 상태를 인정하고, 점유 자체를 보호한다.
- 2. 누군가 물건을 빼앗아가면 점유권자는 반환을 구할 수 있다. 소유권자가 아니라도 마찬가지다. 이것은 점유권 자체의 효력이기 때문이다.



점유를 정당화 해 주는 권리를 본권(right on title)이라 한다. 본권이 없더라도 “점유권 자체” 효과만으로도 각종 보호를 받는다는 의미다.



68다1416: 점유권에 [다른] 방해배제청구권은 물권에 대한 사실상의 지배상태(점유권)에 대한 방해행위가 있으면 성립[한다. 즉,] 점유를 정당화할 권원이 있[을 필요가 없다.]

다른 조건이 같다면, 점유자가 우선한다(*In pari delicto et causa potior est conditio possidentis*; In an equal wrong and cause, the possessor has the stronger right).

사례

현재 P가 가족들과 함께 어느 집에 살고 있다. 그러면 P는 집에 대한 점유권을 가진다.

- 1. 소유권을 본권으로 하는 점유: 소유자로 점유하고 있을 수도 있다.

민법 제211조(소유권의 내용) 소유자는 법률의 범위[에서] 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다.

- 2. 임차권을 본권으로 하는 점유: 다른 사람 소유지만 그로부터 빌려 점유하고 있을 수도 있다.

민법 제623조(임대인의 의무) 임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 계약존속중 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담한다.

- 3. 본권 없는 점유: 다른 사람 집에 방문했다거나, 장기간 비어 있는 집을 무단으로 점유하는 것일 수도 있다.

민법 제192조(점유권의 취득과 소멸) ① 물건을 사실상 지배하는 자는 점유권이 있다.

점유권 보호

의미

위 3가지 사안에서, 점유의 원인을 묻지 않고 일단 점유권자로는 보호를 받는다.

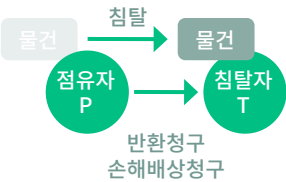
- 1. 점유자는,
- 2. 점유를 침해하는 자를 상대로,

- 3. 점유권에 근거해,
- 4. 어떤 청구(점유보호 청구)를 할 수 있다.

반환 청구

제3자 T가 점유자 P로부터 몰래 동산을 가져갔다고 하자(점유의 침탈).

- 1. 점유자 P는 점유의 회수(recovery of possession)를 할 수 있다.
- 2. 즉, (i) 반환 청구 및 (ii) 손해배상 청구를 할 수 있다.

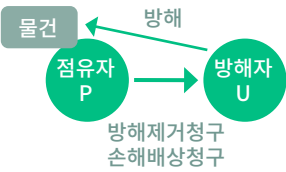


민법 제204조(점유의 회수) ① 점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환 및 손해의 배상을 청구할 수 있다.

방해제거 청구

P가 주택을 점유하는데, 제3자 U가 근처 공사로 극심한 소음을 내고 있다(점유의 방해).

- 1. 점유자 P는 점유의 보유(maintenance of possession)를 할 수도 있다.
- 2. 즉, (i) 방해제거 청구 및 (ii) 손해배상 청구를 할 수 있다.

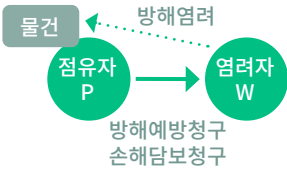


민법 제205조(점유의 보유) ① 점유자가 점유의 방해를 받은 때에는 그 방해의 제거 및 손해의 배상을 청구할 수 있다.

방해예방 청구

P가 주택을 점유하는데, 그 옆에 제3자 W가 세운 담장이 쓰러져서 주택을 덮치기 일보 직전이다(점유의 방해예려).

- 1. 점유자 P는 점유의 보전(preservation of possession)을 할 수 있다.
- 2. 즉, (i) 방해예방 청구 및 (ii) 손해배상의 담보 청구를 할 수 있다.



민법 제206조(점유의 보전) ① 점유자가 점유의 **방해를 받을 염려**가 있는 때에는 그 **방해의 예방 또는 손해배상의 담보**를 청구할 수 있다.

2004다37904: 건물의 ... **점유자**가 인근의 소음으로 ... 정온하고 쾌적한 일상생활을 영유할 수 있는 생활이익이 침해되고 그 침해가 사회통념상 [참을] 한도를 넘어[섰다. 이 경우] 건물의 ... 점유자는 그 ... **점유권에 기[초]하여** 소음피해의 제거나 예방을 위한 ...청구를 할 수 있다.

위와 같이 물건에 근거한 청구권을 **물권적 청구권**이라 부른다.

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

자력구제

개념

자력구제(self-help): 법적인 절차에 따르지 않고, 자신의 힘으로 강제로 권리를 실현하는 것

예: 돈을 빌려줬는데 갚지 않는다면 채무자 집에 가서 강제로 금전이나 물건을 가져오는 행위

자력구제의 금지

법에서 자력구제는 원칙적으로 금지한다.

- 1. 점유 보호에서도 마찬가지다. 즉, 점유보호청구권이 있다는 것은 법적으로 그렇게 청구할 “권리(right)”가 있다는 의미다. 아무리 점유보호청구권을 갖고 있어도, 무조건 자력으로 강제력을 써도 된다는 의미는 아니다.
- 2. 즉, 상대방에게 점유 보호를 요구(청구)할 수 있다는 뜻이다.
- 3. 만약 상대가 거부하면 소송으로 구해서(claim) 승소할 수 있다는 뜻이다.

예외적 허용

그러나 자력구제가 허용되는 예외가 있다.

내가 내 물건을 발견하는 곳에서, 나는 이것을 회수한다(*Ubi meam rem invenio, ibi vindico*; Where I find my property, there I claim it).

1. 자력방위(self-defense)

민법 제209조(자력구제) ① 점유자는 그 점유를 부정히 침탈 또는 방해하는 행위에 대하여 자력으로써 이를 방위할 수 있다.

2. 자력탈환(self-recapture): 예를 들어, 자전거를 훔치는 도둑을 즉시 현장에서 쫓아가 빼앗을 수는 있다.

민법 제209조(자력구제) ② 점유물이 침탈되었을 경우에 부동산일 때에는 점유자는 침탈후 **직시** 가해자를 배제하여 이를 탈환할 수 있고 동산일 때에는 점유자는 현장에서 또는 추적하여 가해자로부터 이를 탈환할 수 있다.

2017도9999: 민법 제209조 제2항 전단은 ... 자력구제권 중 부동산에 관한 자력탈환권에 관하여 규정하고 있다. 여기에서 ‘직시(直時)’란 ‘객관적으로 가능한 한 신속히’ 또는 ‘사회관념상 가해자를 배제하여 점유를 회복하는 데 필요하다고 인정되는 범위 안에서 되도록 속히’라는 뜻[이다.]

자력탈환권의 행사가 ‘직시’에 이루어졌는지는 [어떤 기준으로 판단해야 하나?] 물리적 시간의 장단은 물론 침탈자가 확립된 점유를 취득하여 자력탈환권의 행사를 허용하는 것이 오히려 법적 안정 내지 평화를 해하거나 자력탈환권의 남용에 이르는 것은 아닌지 함께 살펴 판단하여야 한다.

만약, 훔쳐간 자전거를 며칠 뒤 찾았다면 강제로 도둑으로부터 빼앗을 수는 없다. 민법 제209조 제2항은 “현장성” 또는 “추적”을 요건으로 하기 때문이다.

소유권
Ownership

자본주의 사회는 개인의 소유와 재산을 가장 중요하게 여기고,
이것이 다른 인간에 대한 소유 개념으로까지 발달했다. - D. Bhugra

머리에

소유권 개념

소유가 무엇인지는 굳이 설명하지 않더라도 다들 안다. 소유권(ownership)이란 쉽게 말해 물건 주인이 갖는 권리다.

점유권과 비교

- 1. 점유권이 물건에 대한 사실상의 지배라면,
- 2. 소유권은 물건에 대한 법률상의 지배다.

소유권 내용

소유권의 3가지 내용

- 1. 사용권: 물건을 사용(use)할 권리
- 2. 수익권: 물건으로부터 이익(profit)을 얻을 권리
- 3. 처분권: 물건을 처분(dispose)할 권리

민법 제211조(소유권의 내용) 소유자는 법률의 범위[에서] 그 소유물을 **사용, 수익, 처분할 권리**가 있다.

2017다220744전합: 물건의 소유자는 다른 특별한 사정이 없는 한 법률[에서] 정한 바에 따라 그 물건에 관한 모든 이익을 향유할 권리를 가진다. 소유권의 내용으로서 민법 제211조에서 정한 ‘사용, 수익, 처분’의 이익이 그 대표적인 예이다.

사용, 수익권

사용, 수익은 결국 물건의 사용가치(use value)를 실현하는 것이다.

2012다54133: 물건에 대한 배타적인 사용, 수익권은 소유권의 핵심적 권능이[다.]

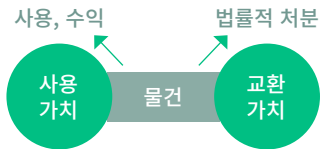
소유권자가 소유권을 보유하면서 사용, 수익권만 영구적으로 포기할 수는 없다. 편의상 “소유권자가 사용, 수익권을 포기했다.”라고 표현하더라도, 이것은 단순히 “사용대차 관계가 생겼다”는 취지에 불과하다.

2012다54133: 소유물에 대한 사용, 수익의 권능을 포기...하는 것은 법률에 [따르]지 않고 새로운 물건을 창설하는 것과 다를 바 없어 허용되지 않는다. ... 사용, 수익권의 행사에 제한을 설정하는 것을 넘어 이를 대세적, 영구적으로 포기하는 것[도 같은 이유]로 허용되지 않는다.

2009다228: 토지의 소유권자가 그 토지에 관한 사용수익권을 점유자에 대한 관계에서 **채권적으로** ‘포기’하였다고 [하자. 이 경우] 그것이 점유자의 사용, 수익을 일시적으로 인정하는 취지라면, 이는 **사용대차의 계약관계**에 다름아니다.

처분권

- 1. 사실적 처분: 물건의 소비, 개조, 파괴 등
- 2. 법률적 처분: 물건을 매도해 넘기거나 담보제공을 하는 경우 등. 결국 물건의 교환가치(exchange value)를 실현하는 경우가 많다.



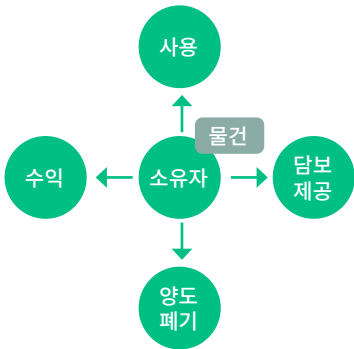
사례

사용, 수익

- 1. 사용: K는 자기 소유의 책을 읽으면서, 감명을 받은 부분에 표시도 한다.
- 2. 수익: K가 자기 땅에 스스로 심은 나무에서 열리는 과일은 K 것이다.

처분

- 1. K는 자기가 입던 옷을 다른 사람에게 팔아넘기거나, 찢거나, 버릴 수 있다.
- 2. K는 자기 땅을 은행에 담보로 제공할 수 있다.



소유권 보호

머리에

점유권자도 보호를 받듯, 소유권자 역시 보호를 받는다. 소유권자는 소유권을 침해하는 사람을 상대로, 소유권에 근거해 청구를 할 수 있다.

반환 청구

어떤 물건을 소유자 K 아닌 제3자 T가 점유하고 있다.

- 1. 원칙적으로 소유자 K는 점유자 T 상대로 소유물반환 청구를 할 수 있다.
- 2. 즉, (i) 반환 청구(인도 청구) 및 (ii) 손해배상 청구를 할 수 있다. T가 응하지 않으면 법원에 소제기를 할 수 있다.



민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자는 그 소유에 속한 물건을 **점유한 자에 대하여 반환**을 청구할 수 있다. ...

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 **손해를 배상**할 책임이 있다.

반환 청구란 결국 물건의 인도 청구다. 동산 인도뿐만 아니라, 부동산 인도도 해당한다. 부동산을 부당하게 점유하는 자를 나가라 하는 것도, 넓게 보아 “반환 청구”에 속한다.

2011다74949: 甲이 자기 소유 건물에 乙이 사무실 집기 등을 비치하여 이를 권원 없이 점유, 사용하고 있다는 이유로 건물 인도 및 점유, 사용 기간에 관한 차임 상당액의 손해배상을 구한 사안[이다.]

[법원은] 乙이 건물에 사무실 집기 등 물건을 가져다 둬으로써 甲이 건물을 사용하지 못하는 손해를 입었는지, 그 손해는 금전적으로 얼마로 평가되는지 등을 심리, 판단하여 야 [한다.]

여기서 반환 청구 상대방은? 현실 점유자다.

2024다273593: 불법점유를 이유로 인도를 청구하려면 **현실적으로 그 목적물을 점유하고 있는 사람**을 상대로 하여야 [한다.] 현실적으로 점유하고 있지 않은 사람을 상대로는 인도를 청구할 수 없[다.]

- 3. 예외적으로 점유자 T에게 점유할 정당한 권리가 있다면? K는 T 상대로 반환 청구를 할 수 없다.

민법 제213조(소유물반환청구권) ... 그러나 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

2020다211085: [민법 제213조 단서에]서 반환을 거부할 수 있는 권리에는 임차권, 임치, 도급 등과 같이 점유를 수반하는 채권도 포함[된다.]

청구원인이 “내(K) 소유물을 네(T)가 점유하고 있다”인 반환 청구 사건을 보자. 만약 상대방이 “나(T)는 너(K)로부터 물건을 임차했다”고 항변하면, 그것이 사실인 이상 상대방은 당연히 반환을 거부할 수 있다. 제2강 계약법 기초 중 “임차인 보호” 부분을 떠올리자.

민법 제623조(임대인의 의무) 임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 계약존속중 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담한다.

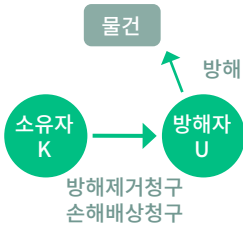
방해제거 청구

K 소유 토지 위에 U가 건축물을 지어 놓았다.

- 1. 원칙적으로, 토지 소유자 K는 방해자 U 상대로 소유물방해제거 청구를 할 수 있다. 왜냐하면, 토지소유권은 토지 지표면뿐만 아니라, 그 위 공간에도 미치기 때문이다.

민법 제212조(토지소유권의 범위) 토지의 소유권은 정당한 이익있는 범위[에서] **토지의 상하에 미친다.**

- 2. 즉, (i) 방해제거 청구 및 (ii) 손해배상 청구를 할 수 있다. 상대방이 응하지 않으면? 법원에 소제기를 할 수 있다.



민법 제214조(소유물방해제거, 방해예방청구권) 소유자는 소유권을 **방해하는 자에 대하여 방해의 제거**를 청구할 수 있[다.] ...

소유권이 있는 사람은 신축공사 금지를 구할 권리가 있다(*Ius habet opus novum nuntiandi, qui dominium habet*; An owner has the right to seek the prohibition of new construction).

- 3. 예외적으로 방해자 U에게 그러한 행위를 할 정당한 권리가 있다면, 방해제거를 할 수 없다.

방해제거 청구를 할 수 있는 공간 범위는?

- 1. 우선, 토지 상공에도 소유권이 미칠 수 있다.

남의 풀밭 위에 있는 거위, 오리, 닭에게는 평화가 없다(*Gänse, Enten, Hühner aufjemand's Gras haben keinen Frieden*; Geese, ducks, chickens on someone's grass have no peace).

2013다71098: 민법 제212조[와 관련해] 토지의 상공으로 어느 정도까지 정당한 이익이 있는지는 구체적 사안에서 거래관념에 따라 판단하여야 한다.

항공기가 토지의 상공을 통과하여 비행하는 등으로 토지의 사용, 수익에 대한 방해가 있음을 이유로 비행 금지 등 방해의 제거 및 예방을 청구하거나 손해배상을 청구하려면, [어떤 요건이 필요한가?] 토지소유권이 미치는 범위[의] 상공에서 방해가 있어야 할 뿐 아니라 방해가 사회통념상 일반적으로 참을 한도를 넘는 것이어야 한다.

2. 마찬가지로, 지하에도 소유권이 미칠 수 있다.

토지 소유자의 권리는 지상은 천국까지, 지하는 지옥까지 미친다(*Cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos*; Whoever's is the soil, his is all the way to the heaven and to the depths).

방해제거 청구를 할 수 있는 사항 범위는?

- 1. 앞서 본 것처럼, 실물에 관한 방해 제거(예: 건물 철거) 청구를 할 수 있다.
- 2. 등기부에 관한 방해 제거(예: 등기 말소) 청구도 할 수 있다.

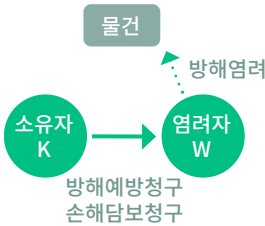
즉, 등기말소 청구도 소유물방해제거 청구에 해당한다. 등기말소는 “말소등기”라는 새로운 등기를 추가하면서, 기존 내용에 삭제표시가 이루어지도록 하는 방식으로 이루어진다. 편의상 “등기를 말소한다.”라고 표현한다.

2010다28604전합: 소유자가 자신의 소유권에 기[초]하여 실체관계에 부합하지 아니하는 등기의 명의인을 상대로 그 등기말소나 진정명의회복 등을 청구하는 경우[가 있다.] 그 권리는 물권적 청구권으로서의 방해배제청구권(민법 제214조)의 성질을 가진다.

방해예방 청구

K 소유 토지 위에 W가 건축물을 지을 준비를 하고 있다.

- 1. 원칙적으로, 토지 소유자 K는 염려자 W 상대로 소유물방해예방 청구를 할 수 있다.
- 2. 즉, (i) 방해예방 청구 및 (ii) 손해배상의 담보 청구를 할 수 있다. 상대방이 응하지 않으면? 법원에 소제기를 할 수 있다.



민법 제214조(소유물방해제거, 방해예방청구권) 소유자는 ... 소유권을 방해할 염려있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

부동산 미등기 매수인에 대한 반환 청구?

복습: 부동산 미등기 매수인의 소유권 취득 여부

부동산을 매수했어도, 매수인이 소유권이전등기를 마치지 않으면, 매수인은 소유자가 아니다.

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

부동산 미등기 매수인“에 대한” 매도인의 반환 청구?

1. 부동산 소유자 S가 B에게 부동산을 매도해 인도해 줬다.
2. 아직 소유권 이전등기는 마치지 않아 부동산 소유권은 S에 남아 있다.

이 경우, S가 B를 상대로 소유물반환 청구를 할 수 있을까?

1. S는 부동산 소유자고, B는 부동산 점유자다.
2. 따라서 S는 B를 상대로 소유물반환 청구를 할 수 있을 것만 같다.

민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자[S]는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자[B]에 대하여 반환을 청구할 수 있다. ...

3. 그러나 B는 매수인이어서 점유할 정당한 권리가 있다.

76다2461: **부동산을 매수하여 이를 인도받아 점유하고 있는 매수인[B]**은 등기부상 아직 소유자로서의 등기명의를 없다 하더라도 그 권리의 범위 내에서는 그 점유 중인 부동산에 대하여 법률상 또는 사실상 이를 **점유하고 처분할 권한이 있다.**

4. 결국 S는 B를 상대로 소유물반환 청구를 할 수 없다.

민법 제213조(소유물반환청구권) ... **그러나** 점유자[B]가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

76다2461: [그러]므로 오직 그 등기명의를 넘겨줄 의무만 지고 있는 매도인[S]으로서는 그 등기명의를 자기에게 남아 있다는 사실만으로 매수인[B]의 점거를 **불법점거라 할 수는 없다.**

부동산 미등기 전매 최종 매수인“에 대한” 매도인의 반환 청구?

1. 이번에는 소유자 S가 B에게 부동산을 매도해 인도한 후,
2. B가 C에게 다시 부동산을 매도해 인도해 줬다.
3. 아직 소유권 이전등기는 마치지 않아 부동산 소유권은 S에 남아 있다.

이 경우, S가 C를 상대로 소유물반환 청구를 할 수 있을까?

1. S는 부동산 소유자고, C는 부동산 점유자다.
2. 따라서 S는 C를 상대로 소유물반환 청구를 할 수 있을 것만 같다.

민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자[S]는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자[C]에 대하여 반환을 청구할 수 있다. ...

3. 그러나 C 역시 매수인이라서 점유할 정당한 권리가 있다.

2001다45355: 토지의 매수인[B]이 아직 소유권이전등기를 [마치지] 아니하였다 하[자. 그레]도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유사용할 권리가 생기게 된 것으로 보아야 [한다. 나야가] 매수인[B]으로부터 위 토지를 다시 매수한 자[C]는 위와 같은 토지의 점유사용권을 취득한 것으로 [보아야 한다.]

4. 결국 S는 C를 상대로 소유물반환 청구를 할 수 없다.

민법 제213조(소유물반환청구권) ... 그러나 점유자[C]가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

2001다45355: [그러]므로 매도인[S]은 매수인[B]으로부터 다시 위 토지를 매수한 자[C]에 대하여 토지 소유권에 기[초]한 물권적 청구권을 행사...할 수는 없다.]

비교: 부동산 미등기 매수인“의” 반환 청구

- 1. 부동산 소유자 S가 B에게 부동산을 매도해 인도해 줬다.
- 2. 아직 소유권 이전등기는 마치지 않아 부동산 소유권은 S에 남아 있다.
- 3. 그런데 K가 부동산을 불법으로 점유하고 있다.

이 경우, B가 K를 상대로 소유물반환 청구를 할 수 있을까?

- 1. B는 부동산 소유자가 아니다.

2007다11347: 미등기 무허가건물의 양수인[B]이라 할지라도 그 소유권이전등기를 [마치]지 않는 한 그 건물에 대한 소유권을 취득할 수 없다. 그러한 상태의 건물 양수인[B]에게 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고 볼 수도 없다.]

2. 따라서 B는 소유물반환 청구를 할 수 없다.

2007다11347: [그러므로] 건물을 ... 매수하였으나 아직 소유권이전등기를 갖추지 못한 자[B]는 그 건물의 불법점거자[K]에 대하여 직접 자신[B]의 소유권...에 기[초]하여 [인]도를 청구할 수는 없다.

연습문제1

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 8.] 甲은 丙 소유의 Y 토지에 X 건물을 신축하여 원시취득한 후 乙에게 X 건물을 미등기 무허가 상태로 매도하고 인도하였으며, X 건물에 대한 乙 명의의 소유권이전등기는 아직 마치지지 않았다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 乙이 甲에게 매매대금을 완납한 후 X 건물을 丁에게 매도하고 인도해 준 경우, 甲이 丁에게 물권적 반환청구권을 행사하면 丁은 자신의 고유의 점유, 사용권을 甲에게 주장할 수 있다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 2.] 甲 소유의 X 토지 위에 乙이 무단으로 Y 건물을 신축한 뒤 건물에 대한 소유권 보존등기를 마치지 않은 채 丙에게 매도하여 丙이 대금을 완납하고 현재 Y 건물을 배타적으로 점유, 사용하고 있다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ Y 건물에 불법점유자 丁이 있어 丙의 점유가 방해받는 경우, 丙은 丁에 대하여 소유권에 기한 방해배제를 청구할 수 없다.

건물 미등기 매수인에 대한 철거 청구?

복습: 건물 미등기 매수인의 소유권 취득 여부

건물을 매수했어도, 매수인이 소유권이전등기를 마치지 않으면, 매수인은 소유자가 아니다.

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

건물 미등기 매수인에 대한 토지 소유자의 반환 청구?

1. 건물 소유자 S가 B에게 건물을 매도해 인도해 줬다.
2. 아직 소유권 이전등기는 마치지 않아 건물 소유권은 S에 남아 있다.
3. 토지는 K 소유라 하자.

이 경우, K는 건물 소유자 S를 상대로 철거(방해제거) 청구를 할 수 있다.

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

86다카1751: 건물철거는 그 소유권의 종국적 처분에 해당하는 사실행위[다.] 원칙으로는 그 소유자(등기명의자)[S]에게만 그 철거처분권이 있다.

그렇다면, K가 B를 상대로도 철거(방해제거) 청구를 할 수 있을까?

1. K는 토지 소유자지만, B는 건물 소유자가 아니다.
2. 따라서 K는 B를 상대로는 철거(방해제거) 청구를 할 수 없을 것만 같다.
3. 그러나 B는 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다.

86다카1751: [그러나] 그 건물을 **매수하여 점유**하고 있는 자[B]는 등기부상 아직 소유자로서의 등기명의가 없다 하더라도 그 권리의 범위 내에서 그 점유 중인 건물에 대하여 법률상 또는 사실상 **처분을 할 수 있는 지위**에 있다.]

4. 결국 K는 B를 상대로도 철거(방해제거) 청구를 할 수 있다.

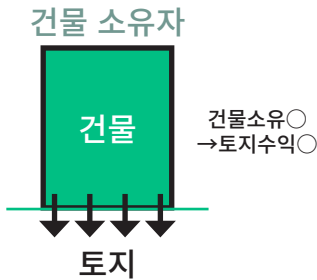
민법 제214조(소유물방해제거, 방해예방청구권) 소유자[K]는 소유권을 방해하는 자[B]에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있다. ...

86다카1751: [그렇다면] 그 건물이 건립되어 있어 불법으로 점유를 당하고 있는 토지 소유자[K]는 위와 같은 지위에 있는 건물점유자[B]에게 그 철거를 구할 수 있다.

미등기 매수인 지위 법리에 일관성이 없다고 느낄 수도 있다.

참고: 부당이득 반환 문제

위 사례에서, K는 건물 소유자 S를 상대로 부당이득(토지 사용료 상당) 반환 청구를 할 수 있다.



2018다243133: 타인[K] 소유의 토지 위에 권원 없이 건물을 소유하는 자[S]는 그 자체로써 건물 부지가 된 토지를 점유하고 있는 것이[다. 그러]므로 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인[K]의 재산 [때문에] 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이 [때문에] 타인[K]에게 동액 상당의 손해를 주고 있다.]

이는 건물 소유자[S]가 미등기 건물의 원시취득자이고 그 건물에 관하여 사실상의 처분권을 보유하게 된 양수인[B]이 따로 존재하는 경우에도 다르지 [않다.]

[그러므로] 미등기 건물의 원시취득자[S]는 토지 소유자[K]에 대하여 **부당이득 반환**의무를 진다.

그렇다면, K가 B를 상대로도 부당이득(토지 사용료 상당) 반환 청구를 할 수 있을까?

- 1. K는 토지 소유자지만, B는 건물 소유자가 아니다.
- 2. 따라서 K는 B를 상대로는 부당이득 반환 청구를 할 수 없을 것만 같다.
- 3. 그러나 B는 건물을 처분할 수 있는 지위에 있어, 건물 부지도 점유한다.

2018다243133: 한편 미등기 건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 그 양수인[B]이 건물 부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있다.]

- 4. 결국 K는 B를 상대로도 부당이득 반환 청구를 할 수 있다.

2018다243133: [이] 경우에는 미등기 건물에 관한 사실상의 처분권자[B]도 건물 부지의 점유, 사용에 따른 **부당이득 반환 의무를 부담**한다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 2.] 甲 소유의 X 토지 위에 乙이 무단으로 Y 건물을 신축한 뒤 건물에 대한 소유권 보존등기를 마치지 않은 채 丙에게 매도하여 丙이 대금을 완납하고 현재 Y 건물을 배타적으로 점유, 사용하고 있다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲은 丙에게 Y 건물의 부지인 X 토지의 점유, 사용[에 따른] 부당이득의 반환을 청구할 수 있다.
- ② 甲이 Y 건물 [때문에] X 토지 소유권을 침해받는 경우, 丙을 상대로 Y 건물 철거를 청구할 수 있다.
- ⑤ 甲은 乙에게 Y 건물의 부지인 X 토지의 점유, 사용에 따른 부당이득의 반환을 청구할 수 없다.

소유권과 점유권 관계

복습: 개념

- 1. 점유권: 물건을 사실상 지배하는 자, 즉 점유자가 누리는 법적 지위.
 - 2. 소유권: 물건을 법률상 지배하는 자, 즉 소유자가 누리는 법적 지위.
- 소유권은 점유권의 본권이 될 수 있다.

- 1. 소유자가 점유할 수도 있다(소유권을 본권으로 하는 점유)
- 2. 소유자 아닌 자가 점유할 수도 있다(본권 없는 점유 등)

문제상황

- 1. A가 X물건 점유자다.
- 2. B가 X물건 소유자다.

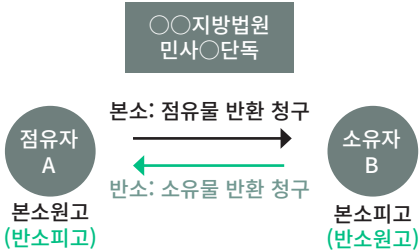
소유자 B는 점유자 A가 점유하던 X물건을 빼앗았다.

- 1. 점유자 A는 B를 상대로 점유권에 근거해 X물건 반환 청구를 한다. 법원에 소를 제기했다(원고 A, 피고 B).

민법 제204조(점유의 회수) ① 점유자[A]가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건[X물건]의 반환 및 손해의 배상을 청구할 수 있다.

- 2. 소유자 B는 A를 상대로 소유권에 근거해 X물건 반환 청구를 한다. 법원에 반소를 제기했다(반소원고 B, 반소피고 A).

민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자[B]는 그 소유에 속한 물건[X물건]을 점유한 자[A]에 대하여 반환을 청구할 수 있다....



점유권에 근거한 소와 본권에 근거한 소 관계

민법 제208조(점유의 소와 본권의 소와의 관계) ① 점유권에 기인한 소와 본권에 기인한 소는 서로 영향을 미치지 아니한다.

② 점유권에 기인한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못한다.

2019다202795: [A의] 점유회수의 청구에 대하여 점유침탈자[B]가 점유물[X물건]에 대한 본권이 있다는 주장으로 점유회수를 배척할 수 없다.]

[A의] 점유권에 기[초]한 본소에 대하여 본권자[B]가 본소청구 인용에 대비하여 본권에 기[초]한 예비적 반소를 제기했다. 그리고 양 청구가 모두 이유 있[다고 하자. 그] 경우, 법원은 점유권에 기[초]한 본소와 본권에 기[초]한 예비적 반소를 **모두 인용해야** [한다.] 점유권에 기[초]한 본소를 본권에 관한 이유로 배척할 수 없다.

사안 해결

2019다202795: 본소청구와 예비적 반소청구가 모두 인용되어 확정되면, [그 후에는 어떻게 되나?]

점유자[A]가 본소 확정판결에 [따라] 집행문을 부여받아 강제집행으로 물건[X물건]의 점유를 회복할 수 있다.

본권자[B]는 위 본소 집행 후 집행문을 부여받아 ... 반소 확정판결에 따른 강제집행으로 물건[X물건]의 점유를 회복할 수 있다. 이러한 과정은 애당초 본권자[B]가 허용되지 않는 자력구제로 점유를 회복한 데 따른 것으로 그 과정에서 본권자[B]가 점유 침탈 중 설치한 장애물 등이 제거될 수 있다.

소유권 의의

물권

물건(property)에 대한 권리이므로 물권(property rights)이다.

소유권은 물권 중 가장 기본적이고 대표적인 권리다.

완전물권

물건의 사용가치(use value)와 교환가치(exchange value)를 모두 포괄하는 물권이다. 즉, 완전물권(complete real rights)이다.

취득 사유?

소유권을 취득하게 되는 것은,

1. 물건을 매수하거나 수증 받는 등 의사표시에 따른 것일 수도 있다.
2. 의사표시와 무관하게 어떤 경우 소유권을 취득한다는 식으로 법이 정해 뒀을 수도 있다.

물권 변동 원리

Principle of Alteration of Property Rights

세상에 존재하는 것은时时刻刻 흘러가고 변화하고 있어 고정된 것이 없는데,
인간은 항상 불변을 바라고 그것을 실체라고 고집하려 하는 데에 고통의 원인이 있다.
- 석가모니

물권변동 개념

개념

- 1. 아주 다양한 원인과 다양한 방식으로 물권은 변동한다.
- 2. 물권 변동(alteration): 물권이 발생, 변경, 소멸하는 것

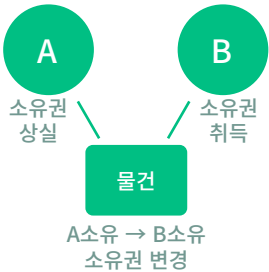
사례

- 1. 어떤 동산이나 부동산 소유자가 A에서 B로 변하기도 한다.
- 2. 의사표시에 근거하든 그렇지 않든 간에, 어떤 경우에는 지상권이 생기기도 하고, 사라지기도 한다.
- 3. 전세권이 설정되었다가 기간 만료로 소멸하기도 한다.

물권 득실

조금 전 소유권 변동 사례를 보자.

- 1. A 입장에서 보면, 물건 소유권을 상실(loss)한 것이다.
- 2. B 입장에서 보면, 물건 소유권을 취득(acquisition)한 것이다.



이처럼, 물권변동은, 물권자 입장에서는 곧 물건 취득, 변경, 상실을 의미한다.
취“득”, “변경”, 상“실”을 득실변경(acquisition, loss, and transfer)이라 한다.

물권변동의 원인

2가지 유형

물권변동의 원인은 2가지다.

- 1. 의사표시에 따른 것: 법률행위(juristic act)에 따른 물권변동이다.
- 2. 의사표시에 따르지 않은 것: 법률규정(provision)에 따른 물권변동이다.

법률행위에 따른 물건변동

법률행위(계약 등)는 물건변동의 원인이다. 쉽게 말해, 계약 때문에 물권이 변동하기도 한다. 예를 들어,

1. 매매계약 때문에 매도인으로부터 매수인에게 소유권이 이전되기도 한다. 계약과 같은 법률행위는 물건변동의 원인이 된다.
2. 지상권설정계약, 질권설정계약, 저당권설정계약, 전세권설정계약 등에 따라, 물권이 발생하기도 한다.

법률행위의 핵심은 의사표시다. 예를 들어,

1. “소유권을 당신에게 넘기기로 한다.”라는 의사표시에 따라 그것대로 물권이 변동한다.
2. “지상권, 질권, 저당권, 전세권 등을 설정해 준다.”라는 의사표시에 따라 그것대로 물권이 변동(발생)한다.

그러나 그렇다고 해서, 계약 자체만으로 곧바로 물권이 변동한다는 말은 아니다. 추가로 등기나 인도 같은 요건이 필요하다.

약정물권이 “발생”하는 원인은 모두 법률행위다. 그러나 발생한 약정물권이 “변경, 소멸”하는 원인은 법률행위일 수도 있고, 법률규정일 수도 있다.

법률규정에 따른 물건변동

물권변동에 관한 의사표시가 없더라도, 법이 물권이 변동하도록 정한 경우가 있다. 쉽게 말해, 법률규정 때문에 물권이 변동하는 경우도 있다. 예를 들어,

1. 유치권 같은 법정물권이 발생하는 이유는 “유치권을 설정하기로 한다.”라는 합의가 있어서가 아니다. 법에서 정한 유치권 발생 요건에 해당하기 때문에 자동으로 발생한다.
2. 법정지상권도 “지상권을 설정해 준다.”라는 의사표시 없이 발생한다. 법에서 정한 법정지상권 발생 요건에 해당하기 때문에 자동으로 발생한다.

추가로 등기나 인도 같은 요건 없이도, 물권이 변동한다.

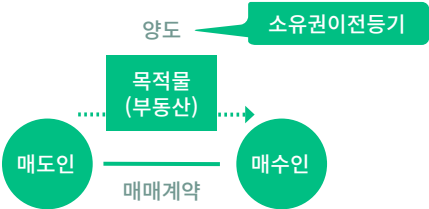
법정물권이 “발생”하는 원인은 모두 법률규정이다. 그러나 발생한 법정물권이 “변경, 소멸”하는 원인은 법률행위일 수도 있고, 법률규정일 수도 있다.

부동산 물건변동

법률행위에 따른 부동산물권변동

1. 법률행위가 있고, 나아가 등기까지 돼야 물건변동이 유효하다.

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



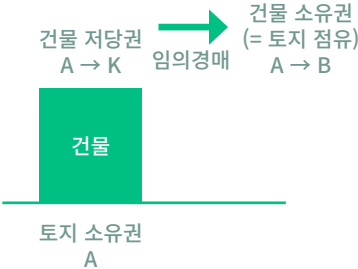
- 2. 예를 들어, 부동산매매 후 매수인 앞으로 등기가 되지 않으면? 설사 매매대금을 모두 냈다고 해도 부동산은 여전히 매도인 소유다.
- 3. 이것을 “등기(registration)는 법률행위에 따른 부동산물권변동 효력요건”이라 말한다.

2011다64782: 미등기 무허가건물의 매수인은 소유권이전등기를 **마치지 않는 한** 건물의 **소유권을 취득할 수 없다**. 이 매수인이] 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고도 할 수 없다. 이 매수인에게] 현행법상 사실상의 소유권이라고 하는 포괄적인 권리 또는 법률상의 지위를 인정하기도 어렵다.

법률규정에 따른 부동산물권변동

법률규정에서 정한 요건을 충족하는 이상, 등기 없이도 물권변동이 유효하다. 예를 들어,

- 1. 원래 토지와 건물이 모두 A 소유였다. 그런데, 건물에만 K은행 앞으로 근저당권이 설정된 후 근저당권이 실행되어 B가 건물을 매수했다.
- 2. 그러면 B는 민법 제366조의 법정지상권 규정에 따라 지상권자가 된다.



사례: 건물 저당권설정 & 건물 임의경매

- 3. 이것은 말 그대로 법률규정에 따른 부동산물권 취득이다. 그러므로, B는 지상권설정등기를 받지 않더라도, 지상권자가 된다.

민법 제366조(법정지상권) 저장물[건물]의 경매로 ... 토지와 그 지상 건물이 다른 소유자[토지는 A, 건물은 B]에 속한 경우에는 토지 소유자[A]는 건물 소유자[B]에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다. ...

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

95다52864: 건물 소유를 위한 [민법 제366조의 법정]지상권 [경우] 민법 제187조의 규정에 따라 등기 없이 당연히 취득[한다.]

상속에 따른 부동산물권 취득도 마찬가지다.

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

2024두31185: 피상속인이 소유하던 부동산은 피상속인의 사망과 동시에 상속인에게 이전[된다.] ... 그에 따른 등기를 마쳐야만 비로소 상속인이 그 부동산에 관한 물권을 취득하는 것은 아니다. 따라서 ... 피상속인이 사망하여 상속이 개시되었다면, 상속인은 등기 여부와 무관하게 ... 그 지분면적을 ‘소유’한 자에 해당한다.

다만, 취득한 물권을 처분하려면, 그때는 등기가 필요하다. 예를 들어,

- 1. B가 취득한 지상권을 제3자인 C에게 양도하려면(지상권 이전)?
- 2. 이제는, 지상권설정등기와 지상권이전등기가 필요하다.
- 3. 등기 없이 지상권양수인 C가 지상권을 취득할 수는 없다.

민법 제187조(등기가 필요하지 않은) 부동산물권취득) ... 법률의 규정에 [따른] 부동산에 관한 물권의 취득은 등기[가 필요하]지 [않]다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

78다52: 법정지상권을 가지고 있는 사람[B]이 ... 법정지상권의 처분에 따른 이전등기 등을 하지 아니하였다면 [어떻게 되는가?] 그 법정지상권은 의연히 원래의 법정지상권자[B]에게 유보[된] 것으로 보아야 한다.

연습문제1

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 8.] 甲은 丙 소유의 Y 토지에 X 건물을 신축하여 원시취득한 후 乙에게 X 건물을 미등기 무허가 상태로 매도하고 인도하였으며, X 건물에 대한 乙 명의의 소유권이전등기는 아직 마쳐지지 않았다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?(각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 乙이 甲에게 매매대금을 완납한 경우, 乙에게는 X 건물에 대하여 소유권에 준하는 관습상의 물권 또는 사실상의 소유권이라는 법률상의 지위가 인정된다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 2.] 甲 소유의 X 토지 위에 乙이 무단으로 Y 건물을 신축한 뒤 건물에 대한 소유권 보존등기를 마치지 않은 채 丙에게 매도하여 丙이 대금을 완납하고 현재 Y 건물을 배타적으로 점유, 사용하고 있다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

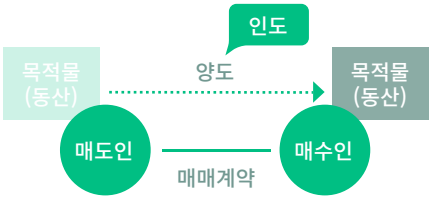
③ 丙은 현재 Y 건물에 대하여 소유권은 물론 사실상 소유권이나 소유권에 준하는 관습상의 물권을 인정받을 수 없다.

동산 물권변동

법률행위에 따른 동산물권변동

1. 법률행위가 있고, 나아가 인도까지 돼야 물권변동이 유효하다.

민법 제188조(동산물권양도의 효력, 간이인도) ① 동산에 관한 물권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 생긴다.



- 2. 예를 들어, 동산매매 후 매수인이 인도받지 않으면? 설사 매매대금을 모두 냈다고 해도 동산은 여전히 매도인 소유다.
- 3. 이것을 “인도(delivery)는 법률행위에 따른 동산물권변동 효력요건”이라 말한다.

인도

다음은 모두 인도에 해당한다.

- 1. 현실인도
- 2. 관념인도: (i) 간이인도, (ii) 점유개정, (iii) 목적물 반환 청구권 양도. 관념인도는 비록 현실의 지배력 이전은 없더라도, 인도로 간주하는 것이다.

현실인도에 따른 동산물권변동

현실 지배력을 이전하는 것이다.

- 1. 동산 인도: 물건을 건네주는 것
- 2. 건물 인도: 살림살이 물건을 꺼내거나 들여와 퇴거 및 입주하는 것
- 3. 토지 인도: 그 토지 위에서 경작을 한다거나, 그 토지 위에 건물을 소유하게 된 것

건물을 점유하는 것은 말 그대로 건물 점유일 뿐, 토지 점유가 아니다. 건물을 “소유”하는 자가 곧 토지를 점유하는 자다.

간이인도

1. A가 B에게 인도를 하려 한다. 그런데, 처음부터 B가 점유하는 상태다.



- 2. 그렇다면 A가 B로부터 굳이 물건을 돌려받은 다음 다시 B에게 인도해 주는 것은 너무 번거롭고 불필요한 일이다.
- 3. 이럴 때는 A가 B에게 준다는 의사표시만으로도 충분하다.

민법 제188조(동산물권양도의 효력, 간이인도) ② 양수인[B]이 이미 그 동산을 점유한 때에는 당사자의 의사표시만으로 그 효력이 생긴다.

2008다96963: 점유를 취득하는 방법에는 현실의 인도(교부) 외에 간이인도 [등]이 있다.

예: B가 A로부터 책을 빌려 읽다가, 그것을 사겠다고 하는 경우

점유개정

- 1. A가 자기 물건을 B에게 매도하지만, 사용은 A가 계속하고 싶을 수도 있다.
- 2. 이럴 때는 매매계약과 임대차계약을 함께 체결하기도 한다. 즉, A가 B에게 물건을 매도하되, A는 새로운 소유자가 될 B로부터 그 물건을 임차해서 쓰는 방식이다.



실무에서는, 매각 후 재임대(Sale and Lease Back; SLB) 방식이라 부른다.

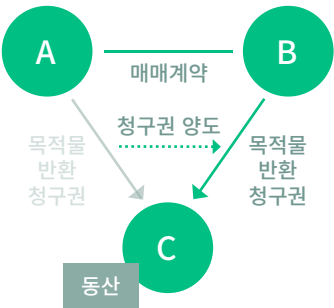
- 3. 그렇다면 A가 B에게 굳이 물건을 건네준 다음, 다시 A가 B로부터 건네받아야 하는가? 너무 번거롭고 불필요하다.
- 4. 이럴 때는 A와 B 합의로 그냥 A가 종전대로 계속 점유하는 것으로 해도 충분하다.

민법 제189조(점유개정) 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에 당사자의 계약으로 양도인[A]이 그 동산의 점유를 계속하는 때에는 양수인[B]이 인도받은 것으로 본다.

89도1931: [A가] 그 소유의 이 사건 에어[컨] 등을 [B]에게 양도담보로 제공하고 점유개정의 방법으로 점유[한 사례가 있다.]

목적물 반환 청구권 양도

- 1. A가 B에게 인도하려고 한다. 그런데, 물건을 제3자 C에게 수리를 맡긴 상태다. 아직 수리가 다 되지 않아 C가 보관하고 있다.



- 2. 그렇다면 A가 C로부터 물건을 돌려받은 다음 B에게 건네고, 다시 B가 C에게 수리를 맡겨야 하는가? 너무 번거롭고 불필요하다.
- 3. 이럴 때는 그저 A가 C로부터 물건을 돌려받을 권리를 B에게 넘기면 된다. 즉, 현실인도 대신 목적물 반환 청구권을 양도하는 것으로 충분하다.

민법 제190조(목적물반환청구권의 양도) 제[3]자[C]가 점유하[는] 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에는 양도인[A]이 그 제[3]자[C]에 대한 반환청구권을 양수인[B]에게 양도함으로써 동산을 인도한 것으로 본다.

공시 제도

개념

- 1. 공시(public notice): 물권변동 사실을 외부에서 알 수 있도록 하는 것.
- 2. 공시방법(method of public notice): 공시의 수단(도구).

대표적 공시방법

- 1. 등기
- 2. 인도

유형별 공시방법

- 1. 부동산 물권변동의 공시방법은 등기(registration)다. 등기부에 부동산 물권변동 사항이 기재되고 공개되기 때문이다.
- 2. 일반적으로 동산 물권변동의 공시방법은 인도(delivery)다. 인도로 외부에서도 소유권 변동을 알 수 있기 때문이다.
- 3. 다만 예외적으로, 어떤 동산은 인도가 아니라 등록(registration)이나 등기가 공시방법이기도 하다.

예를 들어, 자동차 소유권 변동에서는 등록이 효력요건이다. 그 결과 등록이 바로 공시방법이 된다.

자동차관리법 제6조(자동차 소유권 변동의 효력) 자동차 소유권의 득실변경(得失變更)은 등록을 하여야 그 효력이 생긴다.

공시 원칙

1. 물건변동에는 언제나 공시방법이 따라야 한다. 이것을 가리켜 공시 원칙(principle of public notice)이라 한다.
2. 물건은 채권과 달리 절대성, 배타성이 있다. 그래서 만약 제3자가 그 물권의 존재를 알 수 있도록 해주지 않으면, 제3자가 예측하지 못했던 손해를 입게 된다. 거래 안전을 해친다.

성립요건주의

법률행위에 따른 물건변동에 반드시 공시방법을 갖추도록 강제할 방법은 무엇일까? 즉, 공시 원칙을 관철하려면 제도를 어떻게 두어야만 할까?

1. 성립요건주의: 공시방법을 못 갖추면 물건변동을 무효로 하는 나라도 있다.

공시방법이 물건변동 성립요건(requisite of establishment)인 나라다.

2. 대항요건주의: 공시방법을 갖추지 못해도 일단 당사자 사이에서는 물건변동이 유효한 나라도 있다. 다만, 제3자에게까지 그러한 물건변동을 주장할 수 있으려면 공시방법을 갖추야 한다고 본다.

공시방법이 물건변동의 대항요건(requisite of opposition)인 나라다.

우리나라는 공시방법이 효력요건이다. 즉, 성립요건주의를 채택했다.

매매와 같이 합당한 원인이 앞서 존재하고 그에 따라 인도가 이루어지는 경우에 소유권이 이전한다(*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*; A bare delivery never transfers ownership, but only if a sale or other just cause has preceded it, upon account of which the delivery has followed).

무효인 물건변동

물권변동 무효 개념

말 그대로, 물건변동에 효력이 없는 것.

논의 전제

법률행위에 따른 물건변동 사안을 전제로 설명한다. 쉽게 말해, 계약 때문에 물권이 변동하는 경우를 전제한다.

우리 자신의 행위 없이는 다른 사람에게 이전하지 않는 것이 바로 우리의 것이다
(*Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest*;
What is ours is that which cannot be transferred to another without
our own act).

사례

- 1. A가 B에게 K토지를 매도해서, 매매대금을 다 받고,
- 2. 등기까지 이루어졌는데도,
- 3. 법적으로는 B가 소유권을 취득하지 못하는 경우다.

원인

물권변동이 무효인 이유? 크게 2가지가 있다.

- 1. 제1 원인: 계약의 무효
- 2. 제2 원인: 양도인이 물권자가 아님

제1 원인(법칙): 계약이 무효라면 물권변동도 무효

계약(법률행위)에 따라 물권변동이 일어났는데, 그 계약이 무효라면 물권변동이 무효다.



예를 들어,

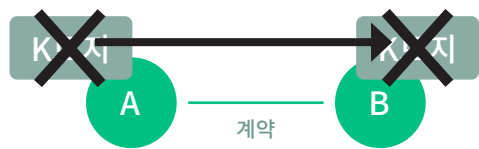
- 1. 만약 위 사례에서 매매계약이 처음부터 무효였거나 혹은 취소되었다면?
- 2. K토지 물권변동은 무효다. 즉, B는 K토지 소유권을 취득하지 못한다. 원시적 무효든, 후발, 소급적 무효든 상관없다.

2001다8097: 부동산 전부에 관하여 ... 매매계약이 체결되었는데 그 ... 매매**계약**이 ... 반사회적 법률행위에 해당하여 **무효**인 [사안이다.] ... 그에 기[초]한 소유권**이전등기**[도] **무효**인 것으로 보아야 [한다].

무효인 매매계약에 기초하여 인도가 이루어진 경우에는 인도물 소유권은 이 전되지 않는다(*Ex nullo enim contractu dominium non transfertur*;
Ownership does not transfer from no contract).

제2 원인(법칙): 양도인이 물권자가 아니면 물권변동 무효

계약(법률행위) 자체는 유효하더라도, 양도인에게 그 물권 자체가 없었다면 역시 물권변동이 무효다.



예를 들어,

- 1. 위 사례에서 설령 A, B 사이의 매매계약이 완전히 유효하다고 하더라도, 만약 A에게 K토지 소유권이 없었다면?
- 2. K토지 물권변동은 무효다. 즉, B는 K토지 소유권을 취득하지 못한다.

2017다3499: 법률행위에 따라 권리가 이전되려면 권리자 또는 처분권한이 있는 자의 처분행위가 있어야 한다. 무권리자[A]가 타인의 권리를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 권리가 이전되지 않는다.

누구도 자기가 가지는 이상의 권리를 타인에게 줄 수 없다(*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*; No one can transfer to another more rights than he himself has).

- 3. 양도인(A)에게 물권(K토지 소유권)이 없었다고 해서, 양도인(A)과 양수인(B) 사이의 계약(매매계약)까지 무효로 되는 것은 아니다. 남의 물건을 팔거나 임대하더라도, 그러한 채권계약 자체는 유효하다. 즉, 물권이 없어서 물권변동이 무효일 뿐, 물권이 없다고 해서 채권계약까지 무효인 건 아니다.

73다1639: 타인의 부동산을 매매의 목적물로 삼[더라도] 그 매매계약만은 당사자[A, B]간에 채권계약으로 유효하[다.] 따라서 매도인[A]은 그 권리를 취득하여 매수인[B]에게 이전할 의무[가 있다.]

효과

물권변동이 무효라면, 어떻게 처리되는가?

편의상 위 제1 원인(법칙) 사례로 분석해 보자.



- 1. K토지 소유명의가 B 앞으로 되어 있지만, 소유자는 B가 아니라 A다. 공시된 것과 실제 권리에 차이가 생겼다. 자기(A) 소유의 토지인데 남(B) 소유로 공시되어 있다. 결국 A 입장에서 자기 소유권이 방해받는 상황이다.
- 2. 그렇다면 A는 이 상태를 없애고 싶다. 즉, A소유로 공시되도록 만들고 싶다.

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

3. A는 소유권자로서 B에게 등기말소를 구할 수 있다. B명의 등기가 말소된 후 등기부를 보면 이제 A소유라는 것을 알 수 있게 된다.

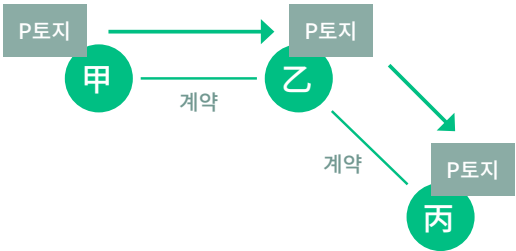
복합 사례

배경

- 1. P토지는 원래 甲 소유로 등기가 되어 있었다.
- 2. 甲은 돈이 급히 필요해서 乙에게 “P토지 바로 옆에 내년에 L백화점이 들어오니 땅값이 뛴 것이다.”라고 거짓말을 했다. 순진한 乙은 이에 속아서, 甲으로부터 P토지를 매수해서 소유권이전등기를 받았다.
- 3. 다시 乙은 丙에게 P토지를 매도해서 丙 앞으로 소유권이전등기가 됐다. 丙은 “甲이 乙에게 사기 쳤다는 사실”을 우연히 알고는 있었지만, 甲의 사기행위에 개입한 것은 없다. 乙과 丙 사이의 매매계약 자체에는 아무런 문제가 없었다.

갑이 을에게 매도한 것을 을이 다시 병에게 매도하는 식으로 순차 매매가 이루어지는 것을, “전매(resale)”라 부른다.

- 4. P토지 소유권은 甲, 乙, 丙 순으로 이전된다. 일단 물건변동은 유효하다.



乙의 소유권 취득? → 매매계약 취소와 제1 법칙의 적용

- 1. 그러다가 乙은 자기가 사기를 당했다는 것을 깨닫고 곧바로 甲과 乙 사이의 매매계약을 취소했다. 그러면 甲, 乙 사이의 매매계약은 계약체결시로 소급해 무효로 된다.

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

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

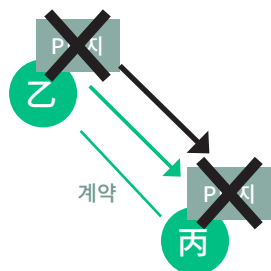
- 2. 매매계약이 무효라면, 물건변동도 무효다(제1 법칙). 따라서 甲으로부터 乙로 소유권 이전(물권변동)이 무효로 된다.



2001다8097: 부동산 ... 매매계약이 ... 무효인 [사안이다.] ... 그에 기[초]한 소유권이 전등기[도] 무효인 것으로 보아야 [한다.]

丙의 소유권 취득? → 乙의 소유권 상실과 제2 법칙의 적용

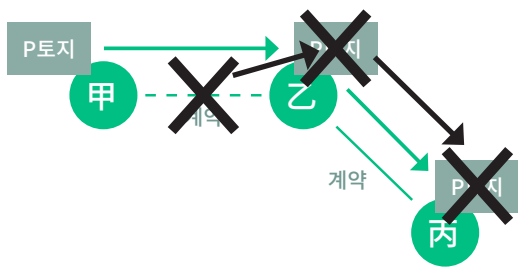
- 1. 취소 결과, 乙은 법적으로는 한순간도 P토지 소유권자인 적이 없게 된다. 소급효 때문이다. 乙은 P토지 소유권자가 아닌데도, 丙에게 P토지를 매도한 셈이 됐다.
- 2. 양도인에게 물권 자체가 없었다면 물권변동이 무효다(제2 법칙). 따라서 乙에서 丙으로 소유권 이전(물권변동) 역시 무효로 된다.



79다942: [부동산]의 매수가 ... 무효인 경우 [매수인 乙]이 전등자[丙]에게 [부동산]을 매도한 것도 효력이 없[다. 그러]므로 전등자[丙] 명의로 이루어진 등기는 실제적 권리관계에 부합되지 않는 무효의 등기이다.

해결

- 1. 乙, 丙으로의 물권변동이 모두 소급해 무효로 됐다. 그 결과, 甲은 처음부터 소유권을 잃었던 적이 법적으로는 단 한순간도 없게 된다.
- 2. 甲은 소유권자로서, 乙과 丙 명의의 등기를 모두 말소할 수 있다. 그렇게 하여, 甲은 P토지를 자기 명의로 복구할 수 있다.



민법 제214조(소유물방해제거, 방해예방청구권) 소유자[甲]는 소유권을 방해하는 자 [乙, 丙]에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있고 ...

98다23393: 순차 [마친] 소유권이전등기의 각 말소 청구소송은 [어떤가?] ... 그[乙, 丙] 중의 어느 한 등기명의자만을 상대로 말소를 구할 수 있다. 최종 등기명의자[丙]에 대하여 등기말소를 구할 수 있는지에 관계없이 중간의 등기명의자[乙]에 대하여 등기말소를 구할 [수] 있다.

공신력과 추정력?

공시내용과 실제 권리의 불일치 가능성

등기나 인도를 받은 자라고 해서, 실제로도 반드시 그에게 어떤 물건이 있다고 단정할 수 없다. 즉,

1. 부동산 경우, 등기부 기재가 항상 실제 권리관계와 일치하지는 않는다. 등기부에 “A가 K토지 소유자”로 쓰여 있다고 해서, 꼭 실제로도 A가 소유자라 단정할 수는 없다.

사레처럼 계약이 무효나 취소로 되었을 수도 있기 때문이다. 또는, 누군가 등기소에 위조서류를 첨부해 등기신청을 해서 잘못된 등기가 이루어질 수도 있다.

2. 동산 경우에도, 동산 점유자와 소유자도 서로 별개다. F가 L동산의 자주점유자라 해서, 꼭 실제로도 F가 소유자라 단정할 수는 없다.

공시내용을 믿고 거래한 자 보호 여부

이처럼 등기나 인도에 따른 공시내용이 실제 권리관계와 불일치하는 경우가 생긴다. 그 경우, 공시내용을 믿고 거래한 자를 법적으로 보호해 줄 것인가?

예: 乙 앞으로 P토지 소유권이전등기가 된 상태에서, “乙이 소유자구나.”라 오해하고 乙로부터 P토지를 매수한 丙을 보호해 줄 것인가?

1. 보호해 주는 나라: 원칙적으로, 丙은 P토지 소유권을 취득할 수 있다. 공시방법에 “물권변동에 관한 공신력(public confidence)”이 있는 법제다.
2. 보호해 주지 않는 나라: 원칙적으로, 丙은 P토지 소유권을 취득할 수 없다. 공시방법에 “물권변동에 관한 공신력(public confidence)”이 없는 법제다. 예외적으로, 특별한 개별 보호 규정이 있어야만 보호받을 수 있다.

우리의 경우

원칙적으로는 보호해 주지 않는다. 즉, 공시방법에는 물권변동에 관한 공신력(public confidence)이 없다. 즉,

1. 부동산 등기를 믿고 거래했어도, 부동산에 관한 권리를 취득하지 못할 위험이 항상 있다.

97다37661전합: 민법은 법률행위[에 따른] 부동산 물권의 득실변경에 관하여 등기라는 공시방법을 갖추어야만 비로소 그 효력이 생긴다는 형식주의를 채택하고 있다. 그럼에도 등기에 공신력이 인정되지 아니한다.]

2005다34667: 부동산등기에 관하여 공신력이 인정되지 아니하는 [것이] 우리 법제 [다.] ... 무효인 등기[乙 명의 등기]에 기초하여 새로운 법률원인으로 이해관계를 맺은 자[丙]가 다시 등기를 이어받았다면 [어떻게 되는가?] 그[丙] 명의의 등기 역시 특별한 사정이 없는 한 무효[다.]

2. 동산 점유를 밟고 거래했어도, 동산에 관한 권리를 취득하지 못할 위험이 항상 있다.

다만, 예외적으로 보호받는 경우가 있긴 하다. 즉, 개별 보호 규정이 있다. 특히, 동산 경우 비교적 넓게 보호하고 있다.

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

이처럼 등기나 인도에 따른 공시내용이 실제 권리관계와 일치한다고 보장하는 공신력은 없다. 다만, 그렇게 일치한다고 추정(presume)은 한다. 즉,

1. 부동산 경우, 등기가 이루어지면, 그렇게 받은 등기에 추정력이 있다.

2018다260565: 부동산등기는 그것이 형식적으로 존재하는 것 자체로부터 **적법한 등기원인에 따라** 마쳐진 것으로 추정된[다.]

2. 동산 경우, 인도가 이루어지면, 그렇게 받은 점유에 추정력이 있다.

민법 제200조(권리의 적법의 추정) [동산] 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 **적법하게 보유한 것으로 추정**한다.

일치한다고 추정되므로, 불일치한다고 주장하는 자가 증명해야 한다.

소결

1. 공시방법(등기나 인도)은 외부에 물건의 권리관계를 알리는 중요한 도구다.
2. 그러나 그 권리관계의 진정성을 보장하지는 않는다(공신력 없음).
3. 단지 그 권리관계의 진정성이 추정될 뿐이다(추정력 있음).

결론

물권변동 유효의 전제?

1. 법률규정에 따른 물권변동: 법률규정에서 정한 요건을 갖추어 것
2. 법률행위에 따른 물권변동: 공시방법(부동산은 등기, 동산은 인도)을 갖추어 것

공시방법과 물권변동 사이 관계

1. 법률행위로 물권변동이 되려면, 공시방법을 갖추어야만 한다.
2. 반대로 공시방법을 갖추었다 해서, 반드시 물권변동이 유효한 것은 아니다.

정리

