

〈판례 평석〉

2005년도 民事判例 管見*

梁 彰 洙**

I. 序

2003년 및 2004년과 마찬가지로¹⁾ 한 해를 단위로 “필자 개인의 입장에서 볼 때 이론적으로 논의할 필요가 있다고 생각되는” 민사재판례를 골라서 이하에서 살펴보기로 한다. 전에 말한 대로, “『논의』라기보다는, 그것이 필자의 사고를 자극한 바, 마음속에 의문 또는 숙제로 느껴지는 바를 적어 보려는 것이다. 그러므로 아직 무슨 확고한 발언이라고 할 것이 있지 않으며, 오히려 『感想』이라고 하는 편이 적절할지도 모른다.”

이번에도 『2005년』의 민사재판례라고 하지만, 엄밀하게는 2005년도의 『판례공보』에 실린 것을 가리키는 것이다. 그러므로 재판을 한 시기로 보면, 2004년 11월 하순부터 2005년 11월 말경까지가 된다. 그리고 필자의 전공 기타의 이유로 민사재판례 중 민법, 그 중에서도 특히 재산법에 관련된 것에 중점을 두기로 한다.

II. 취득시효 완성 후 등기 전에 소유자가 목적 토지 위에 설치한 담장에 대한 철거청구의 가능

1. 大判 2005.3.25, 2004다23899등(공보 상, 662)은 종전에 별로 의식되지 아니

* 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2006학년도 학술연구비의 보조를 받았다.

** 서울대학교 法科大學 教授.

1) 梁彰洙, “2003년 民事判例 管見”, **人權과 正義**, 332호(2004.4), 53면 이하; 同, “2004년 民事判例 管見”, **人權과 正義**, 344호(2005.4), 79면 이하(同, **民法研究**, 제8권(2005), 361면 이하, 411면 이하에 각기 所載. 아래에서는 이에 의하여 인용한다).

하였던 문제를 다루고 있다. 이 사건에서는, 부동산에 대한 취득시효가 완성되었지만 아직 그 점유자(원고) 앞으로 소유권이전등기가 경료되기 전이어서 아직 소유권을 잃지 않은 소유자(피고)가 그 부동산 위에 있던 담장을 헐고 새로이 담장 및 슬레이트 지붕을 축조하였다는 것이다. 이 사건에서 원고는 피고를 상대로 시효취득을 원인으로 하는 소유권이전등기와 함께 위 담장 등의 철거를 청구하였다.

원심법원은 소유권이전등기청구를 인용하면서도, 담장 등의 철거청구는 이를 기각하였다. 그 이유는 “시효취득이 완성되었으나 아직 소유권이전등기를 경료하기 전의 시효취득자에게는 취득시효 완성 그 자체의 효과로서 토지소유자가 그 토지 위에 설치한 담장의 철거를 구하는 등의 물권적 청구권이 발생하지 않는다고 할 것”이라는 데 있다.

그러나 대법원은 원고의 이 부분 상고를 받아들이고, 원심판결을 파기하였다. 대법원은 “취득시효가 완성된 점유자는 **점유권에 기하여** 등기부상의 명의인을 상대로 점유방해의 배제를 청구할 수 있다”(강조를 위한 고딕체는 인용자가 가한 것이다. 이하 같다)고 전제한 다음, “원고는 … 소유권에 기한 방해배제청구권에 기하여 위 담장 등의 철거를 구한 바 없고, 오히려 ‘피고가 기존의 담장을 허물고 새로운 담장을 쌓은 것은 원고의 점유를 침탈한 행위에 해당한다.’고 주장하였으며(기록 551면 참조), 원심의 변론종결 직전에는 소유권에 기한 주장은 하지 아니하고 담장 등 철거청구도 시효취득에 의하여서만 구하는 것이라고 진술하였는바, 그렇다면 원고는 점유권에 기한 방해배제청구권의 행사로서 피고를 상대로 담장 등의 철거를 청구하고 있는 것으로 보아야 한다. 따라서 원심이 취득시효 완성 후 아직 등기를 하지 않은 상태에서는 소유권이 없다는 이유로 담장 등의 철거청구를 기각한 조치는 원고가 이 부분 청구원인으로 주장하는 취지를 오인하여 판단을 유탈한 위법이 있다”(점선부분은 인용자가 생략한 것을 가리킨다. 이하 같다)는 것이다.

2. 위 대법원판결의主旨는 혹 원심판결이 원고의 주장취지를 오해하였다는 점에 있는 것인지도 모른다. 즉 원고는 담장 등의 철거를 점유권에 기한 방해배제로서 구하는 것이고 소유권에 기한 물권적 청구권을 주장하고 있는 것이 아님에도 원심법원은 후자에 대하여 판단하고 있다는 것이다.

그렇다고 하더라도 대법원의 판시 중 “취득시효가 완성된 점유자는 점유권에 기하여 등기부상의 명의인을 상대로 점유방해의 배제를 청구할 수 있다”고 설시

하는 부분에 대하여는 주의를 요한다. 원고는 단순한 점유자로서가 아니라 이른바 시효완성점유자(Ersitzungsbesitzer)로서 이 사건 청구를 하는 것으로 여겨진다. 단순히 점유권에 기한 방해배제청구를 하는 것이라면, 위 대법원판결의 실시에서도 알 수 있는 바와 같이 “원심의 변론종결 직전에는 소유권에 기한 주장은 하지 아니하고 담장 등 철거청구도 시효취득에 의하여서만 구하는 것이라고 진술”하지는 않았을 것이다. 요컨대 이 사건에서 문제되는 것은 부동산의 취득시효가 완성된 후 아직 등기를 경료하지 아니한 시효완성점유자의 법적 지위 여하이고, 만일 단순한 점유자의 그것만을 문제삼는다고 한다면, 사태의 본질을 가린다는 비난을 받기 쉬울 것이다. 위 대법원이 굳이 “취득시효가 완성된 점유자는 점유권에 기하여 등기부상의 명의인을 상대로 점유방해의 배제를 청구할 수 있다”고 실시하는 것도 그러한 이유에 기한 것이리라.

3. 취득시효가 완성되면 다른 경우에는 바로 점유자가 목적물의 소유권²⁾을 취득한다(민법 제245조 제2항, 제246조 참조). 예외는 민법 제245조 제1항에서 정하는 부동산장기취득시효의 경우뿐이다. 동 규정은 그 경우에 점유자는 “등기함으로써 그 소유권을 취득한다”고 규정한다. 시효완성점유자가 이와 같은 등기를 하기 전에 어떠한 법적 지위를 가지는가 하는 것은 아마도 민법에서 가장 어려운 법문제의 하나라고 여겨진다.

(1) 이와 같이 취득시효가 완성되어도 등기가 있어야 비로소 목적물의 소유권을 취득한다는 태도를 취하는 것은 일본³⁾은 물론이고, 독일⁴⁾이나 프랑스⁵⁾에서도 예를 찾을 수 없다. 다만 스위스민법에서 취득시효는 원칙적으로 소유자 아닌 사람이 등기부상 소유자로 등기된 경우에만 인정된다(제661조)(이른바 통상취득시효 *ordentliche Ersitzung* 또는 등기부취득시효 *Tabularersitzung*). 그러나 예외적으로

-
- 2) 이하에서는 논의의 필요상 소유권을 취득시효하는 경우에 한정하여 보기로 한다.
 - 3) 일본에서는 20년 간 일정한 양태의 점유를 계속하는 것으로써 바로 목적물(동산·부동산을 불문한다)의 소유권을 취득한다. 일본민법 제162조 참조.
 - 4) 독일에서 부동산에 대한 취득시효는 소유자 아닌 사람이 등기부에 소유자로 일정 기간 등기되어 있는 경우에만 인정되며(이른바 등기부취득시효), 30년간의 자주점유로 바로 소유권을 취득한다. 독일민법 제900조 제1항 참조.
 - 5) 프랑스에서 취득시효는 일정한 기간의 점유로써 완성되며, 그 효과는 점유자의 원용에 의한 소급적 권리취득이다. 프랑스의 점유 및 취득시효제도에 대하여는 우선 南孝淳, “프랑스民法上の 占有 및 取得時效”, *判例實務研究* 제1집(1997), 173면 이하 참조.

미등기부동산⁶⁾을 30년간 계속 자주점유한 경우에 그 점유자는 “자신이 소유자로 등기될 것을 청구할 수 있”는데(제662조 제1항), 이 등기는 공시최고절차를 거쳐 법원의 판결에 의하여서만 행하여질 수 있다고 한다(동조 제3항)(이른바 특별취득 시효 *außerordentliche Ersitzung* 또는 登記簿外取得時效 *Extratabularersitzung*). 종전의 통설은, 시효완성점유자는 소유권을 자신에게 귀속시키는 것에 대한 公法上의 請求權을 가지며, 소유권은 위와 같은 판결의 효력에 의하여 비로소 취득된다고 하였다(7) 그러나 현재의 통설은 30년 시효기간의 종료로 법률의 힘에 의하여 소유권을 취득하며 공시최고절차 및 법원의 판결은 선언적인 의미를 가질 뿐이라고 한다.⁸⁾ 그리고 스위스연방대법원의 재판례 중에는 등기에 의하여 비로소 소유권이 취득된다는 태도를 취한 것이 있는데(BGE 76 I 184), 그 후에 나온 다른 재판례(BGE 93 II 35)가 이를 이어받고 있는지 의문이 있다고 한다.⁹⁾ 어쨌거나 스위스에서 부동산에 대한 장기취득시효는 극히 예외적으로밖에 문제되지 않아서, 아직 등기가 행하여지지 않고 있는 동안의 다양한 법문제를 다룬 문헌은 찾기 어렵다.

요컨대 “등기함으로써 그 소유권을 취득한다”고 명문으로 정하는 우리 민법의 해석에 직접적으로 참고가 될 만한 외국의 논의는 쉽사리 찾을 수 없는 것으로 보인다.

(2) 우리 민법의 입법과정에서도, 애초의 「민법전편찬요강」¹⁰⁾은 “20년간 소유의

6) 또는 등기부상으로 소유자가 누구인지 알 수 없는 경우 또는 시효기간의 기산시에 이미 그가 30년 이상 사망하였거나 실종선고를 받고 있는 경우에도 마찬가지이다. 스위스 민법 제661조 제2항 참조.

7) 소수설은 점유요건의 구비 및 공시최고절차의 종료로 점유자가 소유권을 취득하며, 판결은 단지 선언적 효력이 있을 뿐이라는 태도를 취하였다고 한다. 본문 및 이상의 서술에 대하여는 Haab et al., *Das Sachenrecht. 1. Abt: Das Eigentum*, Art 641 bis 729, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd.4(1977), S.282(이 부분은 원래 Haab에 의하여 쓰여져서 1933년에 分冊으로 발간되었다) 참조.

8) 우선 Meier-Hayoz, in: *Berner Komm. zum ZGB*, Art. 662 Rn.22ff.(S.137f.)(1974); Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*(1991), Nr.1640f. m.w.N.(S.346f.); Tuor/Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 10.Aufl.(1986), S.633f. 참조.

9) 前註의 문헌, 특히 Meier-Hayoz 및 Tuor/Schnyder 참조.

10) 이는 張厚永, *現行民法總則*(1950), 307면 이하에 수록되어 있는데, 梁彰洙, *民法研究*, 제1권(1991), 100면 이하에 轉載하였다. 본문에서 인용한 항목은, 同所, 102면.

의사로서 평온하고 공연하게 타인의 부동산을 점유한 자가 **공시최고절차에 의하여 법원의 제권판결을 얻어 등기를 한 때에는** 시효로 인하여 그 부동산의 소유권을 취득한다”는 항목을 담고 있었고, 민법안 제235조 제1항도 이 요강에 좇아 “20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 법원의 판결을 얻어 등기함으로써 그 소유권을 취득한다”고 정하였다. 그런데 法司委의 심의과정에서 그 중 「법원의 판결을 얻어」의 부분을 삭제하자는 수정안이 나와서, 이 수정안이 본회의에서 채택되었다. 그 이유는,¹¹⁾ 요컨대 한편으로 시효완성점유자는 어차피 자기 앞으로 등기를 넘기려면 시효완성의 효과로 주어지는 실체법상의 등기청구권에 기하여 통상 법원의 판결을 얻어야 할 것이므로 굳이 이를 법문에 내걸 필요가 없다는 것이고, 다른 한편으로는 민법에서 채택된 물권변동에 관한 등기주의와의 절충이 필요하다는 것이라고 정리할 수 있겠다.

그러나 이러한 입법과정으로부터 그 등기 전의 시효완성점유자의 법적 지위, 특히 그 「등기청구권이라는 실체적 권리」의 법적 성질 등의 문제에 대한 결정적인 단서를 얻을 수는 없다고 생각된다.

(3) 이 문제와 관련하여 지금까지 나온 판례의 태도를 일관되게 설명하는 것은 어려운 일이다. 물론 시효완성점유자가 소유자를 상대로 하여 소유권이전등기청구를 할 수 있다는 점에 대하여는 의문이 없다. 그런데 판례에 의하는 한 그 소유권이전등기청구권은 통상의 채권적 청구권, 예를 들면 매매계약으로부터 발생하는 소유권이전등기청구권과 같은 이론틀에 끼워넣어지지 않는 점이 적지 않다.

11) 그 이유는 다음과 같다(民法案審議錄, 上卷, 152면 下段 이하. 띄어쓰기나 맞춤법 등을 수정하였다).

“前所有者의 登記를 抹消함에는 亦是 體制上 「法院의 判決」이 있어야 하지 않을까라는 意見도 있으나 그러나 所有者 自身이 所在不明인 때에는 公示送達에 依하여 移轉登記를 命하는 裁判을 받으면 足하고 無主의 不動產은 第242條 第2項에 依하여 國有가 되기 때문에 問題가 없다. 未登記인 境遇에는 保存登記에 依하고 既登記인 境遇에도 當然히 登記請求權이라는 實體的 權利에 依하여 判決을 얻게 되는 것이므로 草案의 「判決을 얻어」라는 것은 必要 없는 規定이다.

뿐만 아니라 原所有者가 時效에 依하여 그 所有權이 移轉되었다는 것을 스스로는 認하고 移轉登記에 協力하는 境遇에는 「法院의 判決」을 얻을 必要가 없는 것이다.

또 이와는 旣 問題이나 不動產取得時效에 있어서는 占有만이 아니라 登記까지도 要件으로 하는 獨逸民法主義에 相當한 理由가 있으나 草案은 登記와 占有가 具備한 때에는 十年을 取得時效로 하고 占有만인 境遇에는 그 取得時效를 二十年으로 하여 折衷主義를 採擇하고 있는 것이다.”

(a) 판례는 주지하는 대로 시효완성점유자가 소유권등기를 경료받지 못하고 있는 동안 소유자로부터 이를 양수한 제3자에 대하여 시효취득의 효과를 주장하지 못한다는 태도를 견지하고 있다.¹²⁾ 이와 같이 하여 시효완성점유자의 점유물에 대한 소유권 취득을 좌절시킨 소유자는 그 점유자에 대하여 어떠한 책임을 지는가?

大判 95.7.11, 94다4509(공보, 2747)는, 시효완성 후에 소유자가 목적 부동산을 제3자에게 양도함으로써 소유권이전등기의 실현이 불가능하게 되었음을 이유로 해서 점유자가 그 소유자를 상대로 채무불이행에 기한 손해배상을 청구한 사건에서 “시효취득으로 인한 소유권이전등기청구권이 있다고 하더라도 이로 인하여 부동산소유자와 시효취득자 사이에 계약상의 채권·채무관계가 성립하는 것은 아니므로” 피고의 채무불이행책임을 물을 수 없다고 판시하여 시효완성점유자의 손해배상청구를 기각하였다.

그런데 일반적으로 채무불이행책임을 계약상 채무의 불이행에 한정해서만 인정되는 것이 아니며, 그 발생원인을 불문하고 모든 채무의 불이행에 대하여 인정되는 것이다. 예를 들어 불법행위로 인한 손해배상책임을 묻는 경우에 불법행위시부터 지연손해금을 가하는 것은 바로 이를 뒷받침하여 준다. 그런데도 위 판결은 부동산소유자와 시효완성점유자 사이에 「계약상」의 채권·채무관계가 성립하지 않는다는 이유로 위와 같은 경우에 전자의 채무불이행책임을 물을 수 없다고 한다.¹³⁾ 그 전에 나온 大判 93.2.9, 92다47892(공보 955)는, 유사한 사안에서 시효취득의 목적물을 처분한 소유자가 어떠한 요건 아래서 **불법행위책임**을 지는가를 논의하면서, “부동산소유자가 부동산을 제3자에게 처분하여 소유권이전등기를 넘겨 줌으로써 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 **이행불능**에 빠짐으로써 시효취득을 주장하는 자가 손해를 입었다면” 운운하여 적어도 문언상으로는 소유권이전등기의무의 이행불능, 즉 채무불이행의 객관적 양태를 인정한 바 있었음에도 말이다.

12) 이러한 취지의 재판례는 大判 65.7.6, 65다914(集 13-2, 13) 이래 일일이 들 필요가 없을 정도로 많다. 우선 全元烈, “不動產의 占有取得時效完成 後의 法律關係에 關한 考察”, 司法研究資料, 제22집(1995), 266면 주 43에서 들고 있는 30개 이상의 재판례를 보라. 大判 95.5.9, 94다22484(공보 2078)는 그것이 「이미 확정된 판례」의 태도라고 설시한다.

13) 이 점을 지적하는 것으로 沈俊輔, “取得時效와 代償請求權”, 民事判例研究, 제20집(1998), 105면 이하도 참조.

그런데도 위와 같이 쉽사리 지적될 수 있는 법논리의 무리 또는 수미일관성의 결여를 감행하면서까지 소유자의 채무불이행책임을 부정할 만한 무슨 다른 이유가 있는 것은 아닐까?

(b) 大判 92.5.12, 92다4581등(集 42-1, 21) 이래 판례는 채무자가 이행불능에 빠진 경우에 채권자는 대상청구권을 가진다는 태도를 취하고 있다. 그리고 大判 94.12.9, 94다25025(공보 1995, 450)는 “취득시효가 완성된 토지가 수용됨으로써 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기의무가 **이행불능이 된 경우에는**, 그 소유권이전등기청구권자는 소위 대상청구권의 행사로서, 그 토지의 소유자가 그 토지의 대가로서 지급받은 수용보상금의 반환을 청구할 수 있다”고 판시하였고, 이러한 태도는 그 후에 나온 大判 95.7.28, 95다2074(공보 2973); 大判 95.8.11, 94다21559(공보 3118); 大判 95.12.5, 95다3209(공보 1996상, 195)에서도 유지되고 있었다. 이러한 재판례들은 취득시효의 완성으로 인하여 시효취득점유자가 가지는 소유권이전등기청구권이 통상의 채권적 청구권과 다를 바 없다는 관점에서 설명되기 쉬울 것이다.

그런데 大判 96.12.20, 94다43825(集 44-2, 350)¹⁴⁾에 이르러서는, “점유로 인한 부동산 소유권 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권이 이행불능으로 되었다고 하여 대상청구권을 행사하기 위하여는, 그 **이행불능 전에 등기명의자에 대하여 점유로 인한 부동산 소유권 취득기간이 만료되었음을 이유로 그 권리를 주장하였거나 그 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권을 행사하였어야** 하고, 그 이행불능 전에 그와 같은 권리의 주장이나 행사에 이르지 않았다면 대상청구권을 행사할 수 없다고 봄이 공평의 관념에 부합한다”고 판시한다. 일반적으로는 대상청구권이 인정되는 요건으로 채권자가 권리를 주장하였거나 행사하였어야 한다는 것이 요구되지 않는데, 이 경우에만 특히 이것이 요구되는 이유는 무엇일까? 이 판결에 대한 재판연구관의 해설¹⁵⁾을 보면, “시효취득으로 인한 등기청구권의 경우에도 대상청구권이 널리 인정된다면 시효취득 완성 후 목적물을 처분한 소유자의 책임을 제한적으로 인정하여 온 기존 판례의 입장과 실질적으로 상

14) 이 판결이 취득시효와 대상청구권에 관한 다른 재판례들과는 달리 유독 『대법원판례집』에 수록된 것도 심상하게 볼 것이 아니다.

15) 李載桓, “時效取得 후 등기청구권을 주장, 행사하지 않은 사이 목적물이 양도된 경우에도, 時效取得者에게 代償請求權이 인정되는지 여부”, **대법원판례해설**, 1996년 하반기(통권 27호)(1997), 86면 이하, 92면 이하.

충하게 되므로 대상청구권의 인정범위를 적절히 조절할 필요가 있[어서] ... 전보배상청구권이나 그에 상당하는 불법행위로 인한 손해배상채권도 인정되지 않는 범위까지 대상청구권을 인정하는 것은 적절치 않다”(견유괄호 안은 인용자가 부가한 것이다. 이하 같다)고 한 다음, “그렇다면 시효취득자에게 대상청구권을 인정함에 있어서도 ... **불법행위책임의 성립기준과 유사하게**, 등기청구권이 이행불능상태에 빠지기 전에 시효취득자가 소유자에 대하여 시효취득의 주장을 하였거나 그로 인한 등기청구권을 행사하였어야 대상청구권이 인정된다고 봄이 상당하다”고 설명하고 있다.

이는 점유자의 소유권이전등기청구권에 대하여 다른아닌 그 의무자인 소유자에 대한 관계에서 어떠한 요건 아래 어떠한 내용의 보호를 줄 것인가에 관하여 그 실질적인 기준은 대상청구권을 포함하여 채무불이행의 법리가 아니라 불법행위의 법리¹⁶⁾에 의함을 선언한 것이다. 그리고 이는 결국 시효완성점유자의 등기전의 법적 지위는, 이행불능 등의 연사에도 불구하고, 통상의 채권관계라거나 그에 유사하다는 것으로는 해명이 쉽지 않다.¹⁷⁾ 이는 大判 95.12.5, 95다24241(集 43-2, 359)과 같이 “부동산에 대한 점유취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권”이라고 명확하게 실시하는 재판례가 많이 존재함¹⁸⁾에도 불구하고 그러하다는 점에서 더욱 흥미로운 것이다.

(c) 한편 이번 에 나온 大判 2005.5.26, 2002다43417(공보 하, 1007)도 적어도 그 법논리에 있어서 설명이 용이하지 않은 판단을 내리고 있다. 이 판결은 예외

16) 취득시효 완성 후에 소유자가 처분한 경우에 그의 불법행위책임을 인정하는 요건 등에 대한 판례의 전개에 대하여는 우선 梁彰洙, “最近重要民事判例動向(II) — 土地所有權에 대한 長期取得時效完成의 效果 —”, 同, 民法研究, 제4권(1997), 419면 이하 참조.

17) 沈俊輔(註 13), 112면은 위 판결에 대하여 결론적으로 “취득시효에 관하여 대상청구권을 인정함으로써 기존판결과의 이론적 모순을 피하지 못했고, 대상청구권의 성립에 필요한 특수한 요건을 특별한 논리적 근거 없이 도입함으로써 대상청구권에 관한 법리형성에 혼란을 초래하였으며, 그 달하려고 한 목적을 추구함에 있어서도 節度를 지키지 못했다고 볼 수밖에 없을 것”이라고 비판한다.

18) 그러나 여기서 그 이전등기청구권이 「채권적」 성질의 것이라고 하는 것이 어느 경우 에나 채권 일반에 관한 법리, 예를 들어 채무불이행책임이 그대로 적용됨을 의미한다고 해야 할 필요는 없을 것이다. 그것은 시효완성 당시의 소유자에 대한 권리이고, 기타의 제3자(예를 들어 시효완성 후의 목적물의 양수인 등)에 대한 권리(그러한 의미에서 「대세적」, 즉 「물권적」 권리)가 아니라는 의미에서 쓰인 것이라고 이해할 가능성도 없지 않다.

적인 경우에는 “취득시효완성 당시 진정한 소유자는 아니지만 소유권보존등기명의를 가지고 있는 피고에 대하여 직접 취득시효완성을 원인으로 하는 소유권이전등기를 청구할 수 있다”고 한다. 그 이유제시는 다음과 같다.

“이 사건에서는 앞서 인정한 사정에 비추어 보면 이 사건 토지가 누구에게가 사정된 것은 분명하되 현존하는 토지조사부로는 사정명의인을 도저히 확인할 수 없게 되었고 지적원도 기타 지적공부를 가지고도 원고가 사정명의인 또는 그의 상속인을 찾을 수 없어 취득시효완성을 원인으로 하는 소유권이전등기에 의하여 소유권을 취득하는 것이 사실상 불가능하게 되었다고 볼 여지가 있는바, 그럼에도 불구하고 단지 피고의 위 보존등기가 무효라는 이유만으로 피고의 원고에 대한 소유권이전등기의무를 부정한다면 원고는 취득시효가 완성되었음에도 불구하고 소유권이전등기청구의 상대방을 찾을 수 없어 소유권이전등기를 구할 수 없게 되어 결국 이 사건 토지의 진실한 소유관계를 등기부상에 제대로 그것도 영구히 공시하지 못하게 되는 불합리한 결과에 이르게 된다.

… 점유취득시효 완성의 효과로서 소유자에 대한 이전등기청구권이 발생함에 불과하나 이 경우에도 소유자가 시효취득자에 대하여 소유권을 주장하여 부동산의 인도를 구하는 것이 허용되지 않는 등 시효취득자의 소유권이전등기청구권은 법률행위에 기한 채권적 권리보다 강하게 보호받는다는 점, 나아가 기록에 의하여 인정되는 바와 같이 원고는 갑의 차남인데 갑의 장손인 을은 이 사건 토지를 원고가 갑으로부터 증여받아 경작하여 온 사실을 인정하고 있으며, 피고[국가이다]도 원고의 점유사실 자체는 다투지 않고 오히려 이 사건 토지는 원고가 주장하는 취득시효완성일 무렵 査定名義人の 소유였다가 피고가 그 후 국유재산법의 절차에 따라 소유권을 취득하였다고 주장함으로써 그 주장 자체로 보더라도 결국 피고 명의의 소유권보존등기는 무효라는 점을 자인하는 것이나 마찬가지로 원고에 피고 이외에는 이 사건 토지의 등기부상 다른 이해관계인이 존재하지 않기 때문에 직접 원고에게 소유권이전등기를 하더라도 이로 인하여 불이익을 받는 자가 없다는 점까지 모두 고려할 때 이 사건의 경우에는 원고는 취득시효완성 당시 진정한 소유자는 아니지만 소유권보존등기명의를 가지고 있는 피고에 대하여 직접 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기를 청구할 수 있다고 할 것이다.”

이러한 이유제시는 예를 들어 부동산매수인 갑이 누구와의 사이에 매매계약을 체결했는지는 분명하지 않아도 일정한 예외적 사정이 있으면 “현재의 소유권등기명의인에게 소유권이전등기를 청구할 수 있다”고는 쉽사리 말할 수 없는 것과

는 현저한 대조를 이룬다.

4. 시효취득점유자의 소유권이전등기청구권이 — 그것을 물권적 청구권이라고 하는 견해를 제외하고서도 — 특수한 성질을 가지는 권리임을 지적하는 論者는 적지 않다. 예를 들면, 소유자는 시효완성점유자에 대하여 「채무(Schuld)」를 부담하는 것이 아니라 기껏해야 법이 부과하는 일정한 「책임(Haftung)」을 부담할 뿐이라거나,¹⁹⁾ 소유권이전등기의무의 “실질은 원시취득인 시효취득의 실현절차상 법률이 요건으로 정하고 있는 등기에 협력할 소극적 지위를 말하는 것일 뿐”이라거나,²⁰⁾ 나아가서는 취득시효 완성으로 점유자와 소유자 사이에 어떠한 실체적인 채권채무관계가 생기지 않으며 그들 사이의 관계는 의제적인 법률관계에 불과하다고도 한다.²¹⁾

이 문제에 대하여 여기서 끝까지 논의할 수는 없으나, 필자는 하나의 試論으로 취득시효가 완성된 경우에 **소유자와 점유자 사이에서는** 취득시효제도의 취지에 비추어 법률의 규정(민법 제245조 제1항)에 의하여 인정되는 특수한 법률관계가 성립한다고 설명하면 어떨까 하는 생각도 해 본다.²²⁾ 즉 이는 기본적으로 취득시효제도의 취지, 즉 점유자의 장기점유라는 사실상태를 이제 법적으로 영구히 정당화되는 상태로 고양한다는 취지를 실현하기 위하여 법률이 특별히 인정하는 것으로서, 그러한 목적에 봉사하는 순전히 수단적인 성질을 가진다. 시효완성점유자가 소유자에 대하여 소유권이전등기를 청구할 수 있는 것(이는 앞의 3.(2)에서 본 대로 이미 민법의 입법자가 당초부터 예정하고 있던 바이다)도 위와 같이 「수단적」인 법률관계의 한 내용으로서, 사실상태와 등기를 통하여 공시되는 권리상태의 합치를 꾀하는 방법으로 인정되는 것이다. 다시 말하면 그러한 등기청구권을 긍정하지 아니하면, 시효완성점유자의 점유를 「법상태」 자체로 인정한다는

19) 崔秉祚, “代償請求權에 관한 小考”, 判例實務研究(I)(1997), 497면 이하를 보라. 그러나 「책임」이란 통상 채권자의 강제집행 등 攻取에 채무자의 재산 등 특정한 객체가 服하는 권리와 객체 사이의 물적 관계를 말하는 것이다. 그런데 시효취득에서는 시효완성 점유자는 부동산의 취득 자체를 목적으로 하는 권리를 가진다고 하지 않을 수 없으므로, 이를 단순히 당해 부동산이 시효취득점유자의 공취에 복하는 물적 관계라고 보기는 어려울 것이다.

20) 沈俊輔(註 13), 106면.

21) 全元烈(註 12), 291면 이하.

22) 이하의 시도는 앞의 註 20 및 21의 본문에서 본 견해들과 기본적으로 같은 방향에 있으며, 그들을 보다 확충한 것이라고도 말할 수 있겠다.

취득시효제도의 취지는 등기신청에 관한 우리 법의 원칙(부동산등기법 제27조, 제29조 등 참조) 아래서는 달성될 수 없는 것이다.²³⁾ 그리고 이 경우의 등기청구권에 대하여 大判 90.11.13, 90다카25352(공보 1991, 93) 등 판례가 시효완성점유자가 목적 부동산을 점유하고 있는 동안에는 소멸시효가 진행하지 않으며 그 점유를 상실한 때로부터 비로소 소멸시효가 진행된다고 하는 — 통상의 채권적 청구권의 소멸시효 기산에서와는 사뭇 다른 — 태도를 취하는 것도 결국 그 청구권이 위와 같은 취득시효제도의 목적에 봉사한다는 것에 의하여 설명될 수 있을 것이다.

그 외에도 소유자가 점유자에 대하여 소유권을 주장하여 토지의 인도나 그 지상 건물의 철거를 청구하지 못하는 것,²⁴⁾ 점유자가 부동산을 점유하는 동안의 사용이익에 대하여 소유자가 부당이득의 반환을 청구할 수 없는 것,²⁵⁾ 소유자가 점유자를 상대로 하여 소유권확인 소를 제기하더라도 받아들여지지 않는 것²⁶⁾ 등은 시효완성점유자의 지위에 대한 그와 같은 적극적인 공격을 그러한 법률관계의 존재로써 방어할 수 있다는 것으로 설명된다. 이와 같이 시효완성점유자와 소유자 사이의 법률관계는 단순히 전자가 후자에 대하여 이전등기청구권을 가진다는 것만에 그치지 않는 보다 포괄적인 것인 것이다.

한편 代償請求權은 이를 아예 부인하는 것이 타당하다. 대상청구권은 기본적으로 적극적으로 일정한 급부를 청구할 수 있는 채권관계를 전제로 하여 그 급부의 실현이 불능인 경우에 그 급부 대신에 얻어진 경제적 일체성 있는 이익을 목적으로 하는 것이다.²⁷⁾ 소유자가 시효완성 후에 목적물을 처분함으로써 제3자가

23) 그러므로 이 경우 시효완성점유자의 등기청구권은 민법 제245조 제1항에 기하여 발생하는 법률상의 등기청구권이다.

24) 大判 88.5.10, 87다카1979(공보 948) 등.

25) 大判 93.5.25, 92다51280(공보 1849) 등.

26) 大判 87.10.13, 86다카2928(集 35-3, 149); 大判 96.6.9, 94다13480(공보 하, 2368) 등.

27) 독일민법에서 대상청구권은 제285조(2002년의 채권법 대개정 전에는 제281조)에서 규정되어 있는데, 그에 상응하는 제1초안 제238조에 대하여 『理由書(Motive)』가 “이 원칙은 義務負擔의 意思(Verpflichtungswille)가 그것[代償]에 미친다는 정당한 관념에 근거를 두고 있다”고 설명하는 것(Motive II, S.46 = Mugdan II, S.25)도 이 맥락에서 흥미를 끈다. 즉 취득시효 완성의 효과로서의 이전등기청구권과 관련하여서는 애초 「의무부담의 의사」를 논의할 여지가 없는 것이다. 다른 한편 物權의 請求權, 특히 소유물반환청구권에 기하여서는 그 청구권의 구조 자체는 일반의 채권적 청구권과 다를 바 없음에도 대상청구권이 부인되어야 할 것인데(독일에서의 통설·판례이다. 우선 MünchKomm/Emmerich, § 285 BGB, Rn.12(Bd.2a, 4.Aufl.(2003), S.970) 참조), 그 이

이를 유효하게 취득함으로써 또는 목적 부동산이 공공사업자에 의하여 수용됨으로써 — 확고한 판례준칙에 의하면 — 이제 점유자가 소유권을 취득할 가능성이 배제되면, 위와 같은 법률관계는 이제 그 목적을 상실하여 아예 소멸하는 것이고, 대상청구권으로 전화하는 것이 아니다. 다시 말하면, 취득시효제도는 대상의 물적 귀속 자체만을 규율하는 것이고, 그 귀속으로 인한 이익(Interesse)의 실제적 실현까지도 도모하는 것은 아니라고 할 것이다.

나아가 위와 같은 법률관계에 기하여서는 채무불이행책임이 인정될 수 없다. 오히려 위와 같은 법률관계는, 비록 그것이 채권관계와 유사한 측면을 가지고 있다고 하더라도, 채무불이행책임에 친하지 않은 특수한 성질의 그것이라고 말해야 할 것이다. 예를 들어 시효완성점유자가 소유권이전등기청구소송을 제기하였다고 해서 이행지체의 책임을 지지 않으며,²⁸⁾ 판례가 말하는 대로 제3자의 소유권 취득으로 인한 이행불능, 나아가 제3자에 대한 저장권의 설정 등의 경우에 혹 제기될지도 모르는 불완전급부 등으로 인한 책임은 논의될 여지가 없다. 또 시효완성점유자의 수령지체 등도 문제되지 아니한다.

위의 大判 2005.3.15.에서 문제된 소유자가 시효완성 후 목적 토지 위에 시효완성점유자의 동의 없이 담장 등을 축조한 것은 어떠한가? 이에 대하여는, 시효완성점유자는 시효완성 당시의 점유상태로 소유권을 취득할 수 있는 지위에 있는 것이며, 따라서 취득시효가 완성된 부동산의 소유자는 시효완성 당시의 사실상태를 함부로 변경하지 아니할 의무를 상정할 수 있을지도 모른다. 만일 그렇다면 점유자는 그 의무에 위반하여 작출된 상태의 「除却」을 청구할 수 있을 것이다(민법 제389조 제3항). 그러나 위와 같은 부작위의무를 인정하여 소유자와 시효완성점유자 사이의 법률관계를 더욱 「실체화」하는 것은 쉽사리 인정할 수 없다. 또 여전히 소유권을 가지는 소유자가 자신의 소유물에 일정한 변경을 가하더라도, 실제적으로 시효완성 여부 및 그 시점의 판단은 용이하지 아니한 것으로서, 과연 자신의 행위가 그 당시의 시점에서 시효완성점유자의 법적 지위를 위법하게 해하는 것인지도 판단하기도 어려운 것이다. 그러므로 위 판결이 말하는 대로 시효완성점유자는 기껏해야 자신의 점유권에 기하여 그 방해의 배제를 청구할 수 있을 뿐이라고 할 것이다. 그렇게 보면 위의 大判 2005.3.15.의 취지는 정

유도 결국 본문에서 말한 바와 관련된다고 볼 것이다.

28) 이는 민법 제392조에서 정하는 이행지체 중의 책임가중에 대하여도 마찬가지로 물론이다.

당하다고 생각된다. 다만 이 경우에는 민법 제205조 제2항, 제3항에서 정하는 점유보전의 소의 발생요건, 예를 들면 「방해가 종료한 날로부터 1년 내에」 행사하여야 한다 등의 제약을 받게 된다. 그러나 이 역시 사실적 지배가 교란된 상태를 조기에 안정시킨다는 관점에서 실제로 타당하다고 할 것이다.

Ⅲ. 저당부동산의 점유자에 대한 저당권에 기한 방해배제청구권

1. 저당권자가 저당권에 기하여 방해배제청구권을 가짐은 민법이 명문으로 인정한다. 즉 민법 제370조는 소유권에 기한 방해배제청구권 등에 관한 동법 제214조를 저당권에 준용하고 있는 것이다. 그런데 그 청구권을 인정하기 위한 요건으로서 저당권에 대한 위법한 현재의 「방해」를 어떠한 경우에 인정할 것인지에 대하여는 그 동안 논의된 바가 별로 없었다.²⁹⁾

大判 2005.4.29, 2005다3243(공보 하, 837)은 처음으로 이 문제에 대하여 판단하고 있다. 이 사건에서는, 서로 인접한 두 토지 위에 같은 구조의 다세대주택 두동이 각각 건립되어 있는데, 현재 그 중 이 사건 주택(A 다세대주택의 301호)을 점유하고 있는 피고에 대하여 그 주택에 관하여 근저당권을 가지고 있다고 주장하는 원고가 위 주택에 대한 경매개시결정이 있고 난 다음에 원고의 근저당권을 침해하는 것이라 하여 근저당권에 기하여 위 주택으로부터의 퇴거를 구하였다.³⁰⁾ 피고는, 자신이 위 주택을 분양받은 갑으로부터 이를 매수하여 소유권이전등기를 받았으므로 위 주택의 현재 소유자이며, 원고의 근저당권의 목적은 인접 토지에 있는 B 다세대주택의 301호로서 원고는 이 주택의 소유자로부터 근저당권을 설정받은 것이라고 주장하였다. 그리하여 주로 다투어진 것은 오히려 피고가 소유권을 취득한 것이 인접 토지 위의 주택인가, 이 사건 주택인가 하는 점이었다는 듯하다.

29) 다만 근자에 “金載亨, 抵當權에 기한 妨害排除請求權의 認定範圍 — 독일민법과의 비교를 중심으로 —”, **저스티스** 85호(2005.6), 101면 이하가 있다. 이 글은 저당토지의 소유자가 그 지상에 건물을 신축하는 것이 저당권의 위법한 침해가 되는지를 중심으로 논의하면서, 결론적으로 “저당토지에 건물을 신축하면 토지에 대한 저당권의 실행이 곤란하게 된다. 저당권을 실행하는 단계에서 건물의 존재는 저당권의 담보가치를 손상할 수 있다. 따라서 이러한 경우에는 원칙적으로 저당권 침해를 이유로 공사금지청구를 할 수 있다고 생각된다. 적어도 저당권에 기한 경매절차가 개시된 경우에는 저당권자의 환가권을 침해했다고 볼 수 있을 것”이라고 한다.

30) 또 원고는 위 주택 소유자의 방해배제청구권을 대위행사하여 퇴거를 청구하고 있기도 하다.

원심법원은, [i] 이 사건 주택에 대한 소유권의 취득에 관한 피고의 주장을 배척한 다음, [ii] “피고가 소유권을 주장하면서 이 사건 주택을 점유하고 있어 경매법원의 낙찰불허가결정이 내려지고 경매기일이 추정되는 등 경매절차가 제대로 진행되지 못하고 있는 사실 등을 들어 원고의 저당권이 침해되었다고 판단”하여, 결국 원고의 청구를 인용하였다. 그러나 대법원은 [i]에 관하여 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 하고, 나아가 [ii]에 관하여 다음과 같이 판단하였다.

“저당권은 경매절차에 있어서 실현되는 저당부동산의 교환가치로부터 다른 채권자에 우선하여 피담보채권의 변제를 받는 것을 내용으로 하는 물권으로, 부동산의 점유를 저당권자에게 이전하지 않고 설정되고, 저당권자는 원칙적으로, 저당부동산의 소유자가 행하는 저당부동산의 사용 또는 수익에 관하여 간섭할 수 없고, 다만 저당부동산에 대한 점유가 저당부동산의 본래의 용법에 따른 사용·수익의 범위를 초과하여 그 교환가치를 감소시키거나, 점유자에게 저당권의 실현을 방해하기 위하여 점유를 개시하였다는 점이 인정되는 등, 그 점유로 인하여 정상적인 점유가 있는 경우의 경락가격과 비교하여 그 가격이 하락하거나 경매절차가 진행되지 않는 등 저당권의 실현이 곤란하게 될 사정이 있는 경우에는 저당권의 침해가 인정될 수 있을 것이다.

원심은, 피고가 소유권을 주장하면서 이 사건 주택을 점유하고 있어 경매법원의 낙찰불허가결정이 내려지고 경매기일이 추정되는 등 경매절차가 제대로 진행되지 못하고 있는 사실 등을 들어 원고의 저당권이 침해되었다고 판단하였으나, 경매법원이 이 사건 주택의 낙찰불허가결정을 한 것은 이 사건 주택의 소유관계와 그에 기초한 원고의 저당권의 효력에 관한 법률관계를 명확하게 한 이후에 경매를 진행하겠다는 경매법원의 판단에 의한 것이지, 피고의 소유권 주장으로 인한 것이라고는 볼 수 없고, 기록상 그 밖에 피고의 점유가 이 사건 주택의 점유로서는 적정하지 않다거나, 경매절차의 진행이나 경락을 곤란하게 하여 그로 인하여 정상적인 경락가격보다 교환가치를 하락시켜 원고의 저당권을 침해하고 있다고 볼 사정도 보이지 아니하므로, 원고가 이 사건 저당권에 기한 방해배제 또는 소유자의 방해배제청구권을 대위하여 피고에게 이 사건 주택에서의 퇴거를 구하는 것은 받아들이기 어려워 보인다.

그렇다면 원심판결에는 이 사건 주택의 소유관계에 관한 심리를 다하지 아니하였을 뿐만 아니라, 저당권에 기한 방해배제청구권에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 …”

그리고 원심판결을 파기하여 환송하였다.

2. 위의 사건은 이 사건 주택의 점유자가 그 주택이 자기 소유라고 주장하고 있는 사안에 대한 것이다. 만일 이 주장대로 그가 그 소유자라면, 원고가 가지는 근저당권은 피고가 점유하는 주택을 목적으로 하는 것이 아니어서, 원고의 청구는 기각될 수밖에 없다. 그러므로 논리적으로만 보면, 우선 원고가 다른 이 사건 주택에 대하여 근저당권을 가지고 있는가 하는 점이 선결적으로 해결되어야 하고, 피고가 과연 「원고」의 그 근저당권을 현재 위법하게 침해하고 있는가는 그 다음의 문제일 것이다.

그러므로 대법원이 “경매법원이 이 사건 주택의 낙찰불허가결정을 한 것은 이 사건 주택의 소유관계와 그에 기초한 원고의 저당권의 효력에 관한 법률관계를 명확하게 한 이후에 경매를 진행하겠다는 경매법원의 판단에 의한 것이지, 피고의 소유권 주장으로 인한 것이라고는 볼 수 없”음을 지적하여 원심법원의 판단을 뒤집은 것은 이유가 있다고 생각된다.

3. 정작 위의 대법원판결에서 중요하다고 생각되는 것은, 원고의 퇴거청구를 부인한 점이 아니라, 앞의 1.에서 인용한 판결문 중 고딕체로 강조하여 인용한 저당권에 기한 방해배제청구권이 인용되는 요건에 관한 추상적 실시부분이다. 그리고 大決 2004.3.29, 2003마1753(공보 상, 781)이 지상권에 기한 물권적 청구권을 긍정하고 있는 것에 이어서, 다시금 이번에 저당권에 기한 물권적 청구권이 문제되어 소유권이 아니라 제한물권을 근거로 하는 물권적 청구권의 행사가 눈에 띄게 된 것은 흥미로운 일이다. 그리고 앞서와 같은 추상적 실시가 어떠한 사안에서 어떠한 내용으로 구체화되어 갈 것인지는 장래의 재판례의 추이를 면밀히 살피지 않으면 안 될 것이다.

(1) 종전에 저당권에 기한 방해배제청구에 대하여 판단한 것은 大判 96.3.22, 95다55184(공보 상, 1353)가 유일한 것으로 보인다.

이 판결의 사안은 오히려 간단하다. 소외 회사는 원고(중소기업은행)에게 자가 소유하는 인천시에 있는 공장의 대지·건물 및 기계기구에 대하여 공장저당권을 설정하여 주었다. 그 후 소외 회사는 그 저당권의 목적물에 속하는 이 사건 동산(아마도 기계인 듯하다)을 피고 회사에 임대하는 계약을 원고의 동의 없이 체결하고, 이를 위 공장으로부터 안산시에 있는 피고의 공장으로 반출하였다. 원고는 이 사건에서 피고에 대하여 위 동산의 인도를 청구하는 소송을 제기한 것

으로 추측된다. 대법원은 다음과 같이 판시하여, 原審이 피고에 대하여 이 사건 동산을 원래의 설치 장소인 소외 회사의 위 공장건물에 원상회복할 것을 명한 것은 정당하다고 판단하였다.

“저당권자는 물권에 기하여 그 침해가 있는 때에는 그 제거나 예방을 청구할 수 있다고 할 것인바(민법 제370조, 제214조 참조), 공장저당권의 목적 동산이 저당권자의 동의를 얻지 아니하고 설치된 공장으로부터 반출된 경우에는 저당권자는 점유권[「점유할 권리」를 의미한다고 하겠다]이 없기 때문에 설정자로부터 일탈한 저당목적물을 저당권자 자신에게 반환할 것을 청구할 수는 없지만 저당목적물이 제3자에게 선의취득되지 아니하는 한 원래의 설치 장소에 원상회복할 것을 청구함은 저당권의 성질에 반하지 아니함은 물론 저당권자가 가지는 방해배제권의 당연한 행사에 해당한다 …”

이 판결은 공장저당권에 기한 방해배제청구권에 대하여 판단하고 있으나, 일반의 저당권에 관하여서도 장래의 실무처리에 대한 지침이 될 수 있다고 여겨진다. 즉 일반의 저당권에 있어서 저당부동산의 구성부분이나 저당권의 효력이 미치는 부합물이나 중물(민법 제358조 참조)이 저당권자의 동의 없이 **저당부동산으로부터 분리·반출된 경우에** 저당권자는 어떠한 구제수단을 가지는가의 문제에 대하여도 위 판결은 발언력을 가지는 것이다.

우리나라의 학설은, 저당산림의 수목이 부당하게 벌채되는 경우를 그 전형적인 예로 들면서,³¹⁾ “저당권 자체의 효력에 의하여 위와 같은 사실적 방해행위의 중지(배제)를 청구할 수 있다”고 한다. 그러나 저당권의 효력이 미치는 부합물 등이 저당부동산으로부터 분리·반출된 경우에 대하여는 아무런 언급이 없다.

일본에서는 대체로 위의 大判 96.3.22.과 같은 견해가 지배적이다.³²⁾ 한편 日最

31) 그 외에 저당권의 행사를 방해하는 무효등기에 대하여 말소청구를 하는 것이나 저당부동산의 부합물·중물 등에 대한 강제집행에 대하여 제3자이의의 소를 제기하는 것을 그 예로 든다. 우선 郭潤直, 物權法, 제7판(2002), 355면 이하; 李英俊, 韓國民法論. 物權編, 신정2판(2004), 848면 이하; 民法注解[VII], 226면 이하(南孝淳 집필) 참조.

32) 우선 道垣內弘人, 擔保物權法(2004), 255면 이하 참조. 我妻榮도 애초에는 “분리된 부가물·중물(벌채반출된 목재 등)의 반환청구권은 이[저당권에 기한 물상청구권]에 포함되지 않는다고 해할 것이다. 왜냐하면 저당권은 목적물을 점유할 권리를 포함하지 아니하기 때문”이라는 견해를 취하였다가(擔保物權法(1936), 273면(同 改版(1947)), 186면) 참조), 후에 “분리·반출된 부가물·중물을 저당권자의 점유로 옮기는 내용의 반환청구권을 인정할 것이 아님은 말할 것도 없는데, 일괄하여 경매할 편의를 위하여

判 1982(昭 57).3.12(民集 36-3, 349)는 위의 우리 大判 96.3.22.와 같은 취지로 판결하여 저당권자는 원래의 설치장소에의 원상회복을 방해배제청구권에 기하여 청구할 수 있다고 판시하였다. 이 판결은 공장저당권의 목적물인 기계를 근저당권설정자인 협동조합의 대표이사가 고물상에게 매도·인도한 사안에 대한 것인데, 거기서는 매수인의 과실이 인정되어 선의취득이 부정되었던 것이다.

(2) 앞의 大判 96.3.22.의 사안에서와 같이 저당권의 목적물인 동산이 그 저당 목적물로부터 반출된 경우가 아니라 저당목적물 자체에 대한 「위법한 침해」는 어떠한 경우에 인정될 수 있는지에 대하여 우리나라에서는 그 동안 별다른 논의가 없었던 듯하다.

일본에서는 日最判(連) 1999(平 11).11.24(民集 53-8, 1899)³³⁾가 무권한점유자에 대하여 저당권에 대한 침해를 인정하여(“제3자에 의한 불법점유가 경매절차의 진행을 해하고 적정한 가액보다도 매각가액이 하락할 우려가 있는 등 저당부동산의 교환가치의 실현이 방해되어 저당권자의 우선변제청구권의 행사가 곤란하게 되는 상태에 있는 때”) 그 「불법점유의 배제」로서 저당권자에의 점유이전(이른바 관리점유)을 명하고 있다. 그리고 이로써 불법점유에 의하여 저당권이 침해되지 않는다고 하였던 종전의 日最判 1991(平 3).3.22(民集 45-3, 268)의 태도를 변경하였다. 이 판례변경은 이른바 거품경제로 인한 부동산의 하락으로 인한 부동산경매의 저조에 대처하여 저당권의 원만한 실현을 도모하기 위하여 집행방해에 대처할 필요가 강력하게 대두한 것이 그 배경의 하나라고 설명되고 있다.³⁴⁾

그리고 최근의 日最判 2005(平 17).3.10(金融·商事判例 1218, 29)은, **소유자로부터** 점유권원을 설정받아 저당부동산을 점유하는 사람에 대해서도, “그 점유권원의 설정이 저당권설정등기 후에 이루어진 것이고, 그 설정에 저당권의 실행으로서의 경매절차를 방해할 목적이 인정되며, 그 점유에 의하여 저당부동산의 교

저당부동산의 소재장소에 옮기도록 청구하는 권리는 인정할 수 있지 않을까. 무릇 저당권의 본래의 가치를 회복하는 수단이기 때문이다”라고 하여 “舊版의 설을 수정”하고 있다(新訂 擔保物權法(1968), 384면 이하).

33) 이 판결은 일본의 학계와 금융실무계의 뜨거운 주목을 받았다. 매우 많은 평석·연구가 행하여졌는데, 우선 松岡久和, “抵當權に基づく不法占據者に對する明渡請求”, **民法判例百選 I: 總則·物權**, 제5판(2001), 179면 右段의 「참고문헌」에 언급된 많은 문헌을 보라.

34) 이 점에 대하여는 우선 松岡久和(前註), 178면 右段 참조.

환가치의 실현이 저해되어 저당권자의 우선변제청구권의 행사가 곤란하게 되는 상태가 있는 경우”라면, 나아가 위와 같은 방해배제청구권의 행사에 있어서 “저당부동산의 소유자에게 저당권에 대한 침해가 발생하지 않도록 저당부동산을 적절하게 유지·관리하는 것이 기대될 수 없는 때”에는 저당권자는 직접 자신에게 저당부동산을 인도할 것을 청구할 수 있다고 판시하였다.³⁵⁾

IV. 부동산실명법 제4조 제3항의 「제3자」

1. 大判 2005.11.10, 2005다34667등(공보 하, 1961)은 다음과 같은 사안에 대한 것이다.

이 사건 토지는 원래 피고가 매입하여 등기한 피고의 소유로서 이를 갑에게 명의신탁하였는데, 을이 자신이 실제 소유자라고 주장하면서 갑을 상대로 소유권이전등기소송을 제기한 바 갑이 이를 인낙함으로써 결국 을 앞으로 소유권이전등기가 경료되었다. 그 후 원고가 을로부터 이 사건 토지를 증여받아 소유권이전등기를 넘겨 받았다. 이 사건에서 원고는 소유권에 기하여 위 토지 위에 있는 피고 소유의 건물의 철거를 청구한 듯하다. 그러자 피고가 반소를 제기하여 피고가 위 토지의 소유자라고 주장하면서 소유권이전등기를 청구하였다.

원심은 원고의 청구를 기각하고, 피고의 반소청구를 인용하였다. 그 이유는, “을은 명의수탁자 갑이 이 사건 토지의 소유자임을 기초로 소유권을 이어받은 것도 아니고 갑과의 사이에 새로운 법률원인으로 이해관계를 맺은 것도 아닐 뿐 아니라, 을의 소유권취득은 피고로부터 소유 명의를 수탁받은 갑의 배임행위에 적극 가담하여 이루어진 반사회적 법률행위에 해당하여, 을은 부동산실명법 제4조 제3항에 정한 제3자에 해당한다고 할 수 없어 그 명의의 등기는 무효이고, 나아가 을로부터 이 사건 토지를 증여받은 원고도 무효인 을 명의의 등기를 승계하였을 뿐 명의수탁자인 갑과의 사이에 새로운 이해관계를 맺은 것이 아니어서 역시 위 규정에 정한 제3자에 해당하지 아니하므로 이 사건 토지에 관한 원고 명의의 등기도 무효”라는 것이다.

대법원은 다음과 같이 판시하여 상고를 기각하였다.

35) 이 판결에 대하여는 우선 金融法務事情 1742호(2005.6.25), 9면 이하의 여러 필자의 글 참조.

“부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다) 제4조 제3항에서 ‘제3자’라고 함은 명의신탁약정의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람을 말한다고 할 것이므로, 명의수탁자로부터 명의신탁된 부동산의 소유명의를 이어받은 사람이 위 규정에 정한 제3자에 해당하지 아니한다면 ... 그 명의의 등기는 실체관계에 부합하여 유효라고 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 것이다. [관련 재판례 인용]

그리고 위와 같이 등기부상 명의수탁자로부터 소유권이전등기를 이어받은 자의 등기가 무효인 이상, 부동산 등기에 관하여 공신력이 인정되지 아니하는 우리 법제 아래서는 그 무효인 등기에 기초하여 새로운 법률원인으로 이해관계를 맺은 자가 다시 등기를 이어받았다면 그 명의의 등기 역시 특별한 사정이 없는 한 무효임을 면할 수 없다고 할 것이고, 이렇게 명의수탁자와 직접 이해관계를 맺은 것이 아니라 부동산실명법 제4조 제3항에 정한 제3자가 아닌 자와 사이에서 무효인 등기를 기초로 다시 이해관계를 맺은 데 불과한 자는 위 조항이 규정하는 제3자에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.”

2. 필자는 명의수탁자로부터 직접 소유권등기를 이어받은 사람이 부동산실명법(이하에서는 다른 사정이 없는 한 단지 「법」이라고 한다) 제4조 제3항에서 정한 「제3자」(“제1항 및 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다”)에 해당하지 않는다고 하더라도 그 사람과의 사이에 “새로운 법률원인으로 이해관계를 맺어서 다시 등기를 이어받은 사람”, 즉 전득자는 동조 제3항의 「제3자」에 해당한다고 하여야 한다고 생각한다. 그러므로 그와 반대의 견해를 취하는 위의 판지에는 찬성할 수 없다.³⁶⁾

그 이유는 다음과 같다.

첫째, 부동산실명법 제4조 제3항이 「제3자」의 선의·악의를 묻지 아니하고 명의신탁약정 및 그에 기한 물권변동을 「제3자」에게 대항하지 못하도록 한 이유는 기본적으로 위 법률에 의하여 금지되는 명의신탁행위를 행하고 명의수탁자 명의로 된 무효의 등기, 따라서 진실한 권리관계에 부합하지 않는 허위의 등기를 고의적으로 작출시킨 名義信託者를 제재하기 위한 것이다. 명의신탁자는 5년 이하의 징역 등의 형사처벌을 받고(법 제5조), 나아가 과징금 및 이행강제금이 부과

36) 위의 대법원판결에 대한 보다 상세한 논의에 대하여는 梁彰洙, “전득자는 부동산실명법 제4조 제3항의 「제3자」가 아닌가? — 대법원판례 형성의 한 모습에 대한 비판적 고찰을 겸하여 —”, 저스티스 90호(2006.4. 발간 예정) 참조.

된다(법 제6조, 제7조). 이와 같이 각종의 제재가 명문으로 정하여지지 아니한 가장양도인의 경우에도 뒤의 「둘째」에서 보는 바와 같이 전득자의 출현에 의한 권리상실 기타 법적 불이익이 감수되어야 한다면, 명의신탁자에게는 더욱이나 이것이 인정되어야 한다. 이를 다른 관점에서 말하면, 부동산실명법이 위와 같이 강한 제재로써 금지하는 명의신탁행위를 감행한 명의신탁자는 그 목적 부동산에 대하여 정당한 원인에 기하여 이해관계를 맺은 전득자에 비하여 보호가치가 훨씬 떨어진다고 할 것이다. 또한 그의 보호가치가 예를 들면 가장양도인보다 최소한 더 높다고 할 수는 없다.

둘째, 민법상의 규정으로서 위의 부동산실명법 제4조 제3항의 규정에 그 문언이나 체계상으로 가장 가까이 類比할 수 있는 규정은 아마도 허위표시의 무효를 “선의의 제3자에게 대항하지 못한다”고 하는 민법 제108조 제2항³⁷⁾를 들 수 있을 것이다. 그런데 여기서의 「제3자」와 관련하여서는 가장행위의 당사자가 그 행위에 의하여 취득한 권리를 轉得한 사람도 그에 포함된다고 해석된다는 데 異論이 없다.³⁸⁾ 그러므로 그 전득자의 前者가 「제3자」에 해당하지 않는 경우, 예를 들어 부동산을 가장양수한 갑으로부터 관련 서류를 위조하여 아무런 원인 없이 소유권이전등기를 얻은 을이 있는 경우에 그 을이 목적 부동산을 매도하여 소유권등기를 넘겨 준 병도 거기서 정하는 「제3자」에 속한다. 이와 같은 이해를 부동산실명법 제4조 제3항의 「제3자」에 적용하지 못할 이유가 없다.

셋째, 여기서 논의하는 문제에 있어서는 악의의 제3자에 대하여도 명의신탁약정 등의 무효를 대항하지 못하므로 「제3자」의 범위를 보다 축소함으로써 균형을 잡을 필요가 있지 않은가 생각될는지 모른다. 그러나 이는 제3자의 선의/악의에 좇아 규율을 달리할 것인지의 당부의 문제를 그보다 논리적으로 선행하여 판단

37) 기타 민법 제107조 제2항, 제109조 제2항, 제110조 제3항도 마찬가지이다.

38) 예를 들면 高翔龍, **民法總則**, 제3판(2003), 404면; **民法注解**[I], 372면(宋德洙 집필); 金疇洙, **民法總則**, 제3판(1991), 310면 등. 한편 일본의 통설이기도 하다. 우선 四宮和夫/能見善久, **民法總則**, 제7판(2005), 179면; 山本敬三, **民法講義 I: 總則**, 제2판(2005), 147면; 潮見佳男, **民法總則講義**(2005), 157면 등 참조. 또한 日裁判 1970(昭 45).7.24 (民集 24-7, 1116)도 “[우리 민법 제108조 제2항에 상응하는] 민법 제94조 제2항에서 말하는 제3자란 허위의 의사표시의 당사자 또는 그 일반승계인 이외의 자로서, 그 의사표시의 목적에 관하여 법률상 이해관계를 가지기에 이른 자를 말하고[관련 재판례 인용], 허위표시의 상대방과의 사이에 그 의사표시의 목적에 대하여 직접 이해관계를 맺은 자뿐만 아니라, 그 자로부터의 轉得者도 또한 위 규정에서 정하는 「제3자」에 해당한다고 함이 상당하다”고 판시하여, 같은 태도를 밝힌다.

되어야 할 「제3자」의 확정지 문제와 혼동하는 것으로서, 설득력이 있다고 할 수 없다. 또한 실질적으로 보아도, 부동산실명법 제4조 제3항의 보호를 받음에 의문이 없는 경우, 예를 들어 부동산의 명의수탁자와의 유효한 원인행위에 기하여 그로부터 목적 부동산을 직접 양도받은 경우를 보면, 그 양수인이 **악의인 경우**에도 그의 소유권 취득은 보장되며, 특히 이 경우에도 그 양수인의 전자, 즉 명의수탁자는 부동산실명법 제4조 제2항 본문에 의하여 부동산에 대하여 원래 아무런 권리도 가지지 못하는 상태에서 이를 처분하였던 것이다. 그런데 여기서 문제되는 경우, 즉 명의수탁자로부터 원인 없이 소유권이전등기를 이전받은 사람이 중간에 개입하고 있어서 그와의 사이에 이번에는 유효한 원인행위에 기하여 다시 소유권이전등기를 이전받은 경우에, 그 양수인이 **선의라도** 단지 그의 前者가 무권리자라는 이유만으로 그 부동산의 소유권을 취득하지 못한다고 하여야 할 것인가? 만일 이 두번째의 경우에 전득자가 선의라면 그의 소유권 취득이 보장되어야 한다면, 이번에는 그가 악의라도 마찬가지로의 보호를 받아야 하는 것이다. 선의·악의를 구별하지 않는다는 것이 부동산실명법 제4조 제3항이 의문의 여지 없이 요청하는 바이기 때문이다. “이 점에 대하여는 과연 악의의 제3자를 포함시켜야 할 이유가 무엇인가 하는 점과 관련하여 입법론적으로 논란의 여지가 있는 것으로 생각된다. 그러나 입법자는 종전의 판례상으로 악의의 제3자에 대한 처분도 유효하다고 인정되고 있었으므로, 새삼 신탁자를 그 이상으로 보호할 필요가 없다고 하여, 이와 같은 立法的 決斷을 내린 것이다.”³⁹⁾

넷째, 우리 민법에서는 부동산등기에 공신력이 인정되지 않으므로, 무권리자이어서 그 명의의 소유권등기가 무효인 사람으로부터는 유효하게 권리를 취득할 수 없다고 하는 위 대법원판결의 설시는 원칙적으로는 시인될 수 있다. 그러나 앞의 「둘째」에서 본 민법 제108조 제2항 등의 경우는 바로 그러한 원칙에 대한 예외이고, 이는 부동산실명법 제4조 제3항의 경우에도 다를 바 없다. 우리 법이 부동산등기에 공신력을 인정하지 않는다는 것은 앞의 「둘째」에서 본 바와 같은 경우에 병에게 법적 보호를 주지 않을 이유가 되지 않으며, 오히려 **기능의 면에서 보면** 을의 등기에 공신력이 없어서 원칙적으로는 보호를 받을 수 없는 그의 後者 병을 특별히 보호하려는 것이 민법 제108조 제2항 또는 부동산실명법 제4

39) 梁彰洙, “不動産實名法 제4조에 의한 名義信託의 效力 — 소위 登記名義信託을 중심으로 —”, 同, **民法研究**, 제5권(1999), 73면 이하(원래는 **서울대학교 法學** 제38권 1호(1997), 52면 이하), 124면 참조.

조 제3항과 같은 규정이 존재하는 이유라고 할 수 있다.

요컨대 위의 대법원판결은 부동산실명법 제4조 제3항의 취지를 충분히 적정하게 이해하지 못하고 있지 않은가 하는 의문을 떨칠 수 없다. 그리고 그 취지에 좇는다면, 그 판시와 같이 그 규정에서의 「제3자」를 “명의수탁자와 직접 이해관계를 맺은 자”에 한정하고 전득자를 거기서 배제할 이유는 없다고 생각된다.

3. 이상의 문제는 우리의 민법 기타에서 적지 않게 존재하는 넓은 의미의 제3자보호규정의 해석과 관련하여 일반적으로 제기되는 바이다. 즉 전득자는 **그의 독자적인 지위에서** 그 규정에서 말하는 「제3자」에 포함되는가 하는 문제이다.

예를 들어, 계약해제의 효과에 대하여 무엇보다 원상회복의무를 정하는 민법 제548조는 그 제1항 단서에서 그러한 원상회복의무는 “그러나 第三者의 權利를 害하지 못한다”고 정한다. 그러므로 가령 갑이 을에게 부동산을 매도하고 을 앞으로 소유권이전등기를 경료하였는데 병이 아무런 원인 없이 을로부터 그 부동산을 매수한 것처럼 관련 서류를 위조하여 자기 앞으로 소유권이전등기를 경료하였다고 하자. 여기서 병은 역시 위의 제548조 제1항 단서에서 정하는 「제3자」에 속하지 않는다고 할 것이고, 후에 계약이 적법하게 해제되면 갑은 병에 대하여 그 해제로 인한 계약의 소급적 실효(이것이 계약해제의 효력에 관한 판례의 태도이다)를 주장할 수 있다고 할 것이다. 그런데 병이 그 부동산에 관하여 유효한 매매계약에 기하여 정 앞으로 소유권이전등기를 넘겼다면, 이 경우 정은 위 단서규정의 보호를 받아야 하지 않을까?

필자는 위 大判 2005.11.10.의 태도에 반대하는 것이므로, 그 태도가 다른 제3자보호규정, 예를 들면 앞서 본 민법 제548조 제1항 단서나 앞의 2. “둘째”에서 본 제108조 제2항 등의 해석에 있어서 선례(「대법원판례」)로서 기능하여서는 안 된다고 주장하고자 한다.

4. 부동산실명법 제4조 제3항의 「제3자」와 전득자의 문제에 대하여는 종래 이 점에 관하여 정면으로 판단한 재판례는 없지 않은가 생각된다.⁴⁰⁾ 위 대법원판결

40) 무엇이 「대법원판례의 태도」 내지 「중전 대법원의 입장」인가를 — 그것을 평가하기 전에 — 우선 제대로 **인식하는 것이** 재판실무하는 사람에게나 법학하는 사람에게나 매우 중요한 일임은 물론이다. 이에 대하여는 우선 梁彰洙, **民法入門**, 제4판(2004), 159면 이하 참조.

은 大判 2003.5.16, 2003다11714⁴¹⁾와 大判 2004.8.30, 2002다48771(공보 하, 1589)을 인용하고 있는데, 이는 위 규정상의 「제3자」의 의미에 관한 추상적 해석론에 관한 설시부분에 대한 것이고, 정작 중요한 문제인 「전득자」가 거기서 말하는 「제3자」에 해당되는가 하는 문제에 대한 판시부분에서는 그 참조재판례로 인용되어 있지 않다.

위의 大判 2004.8.30.은 혹 위의 문제에 대한 판시를 담고 있지 않는가 하고 생각될지도 모른다. 그러나 이 사건은 피고 중 한 사람(여기서는 일단 A라고 해 두자)이 **명의신탁자로부터** 매수하였다고 하고 수탁자로부터 등기를 이전받은 사안에 대한 것이다.⁴²⁾ 그러므로 그 판결은 위 大判 2005.11.10.에서와 같이 명의수탁자로부터 원인무효의 등기를 얻은 사람으로부터 다시 증여받고 그로부터 등기를 이전받은 사안에 대한 것이 아니었다. 따라서 이는 大判 2005.11.10.에서 위와 같은 문제에 대하여 판단한 부분에 대한 선행재판례가 될 수 없다.

물론 위 大判 2004.8.30.에서도 A로부터 다시 등기를 넘긴 다른 피고(여기서는 일단 B라고 해둔다)가 있다. 그리고 대법원은 그 판결에서 “A는 법 제4조 제3항이 말하는 제3자에는 해당하지 아니하므로 A로서는 위 규정을 들어 그 명의 등기의 유효를 주장할 수는 없다고 할 것이고, 한편 이와 같이 무효인 A 명의의 등기에 기초하여 경료된 B 명의의 등기 역시 달리 그 등기의 유효를 뒷받침할 사정에 대한 주장입증이 없는 한 무효임을 면할 수 없”다고 판시하고 있기는 하

41) 이 大判 2003.5.16.은 『판례공보』는 물론이고 「법고을」이나 대법원의 「종합법률정보」 사이트 등 외부에서 가능한 검색장치에 등재되어 있지 않아서, 어떤 사안에 대해서 어떤 판단을 한 것인지 알 수가 없다. 재판례를 법원 밖으로 공개하는 것에 대한 제한의 문제점을 지적한 것으로 梁彰洙, “「법고을」 유감”, 同, **민법산책**(2006), 274면 이하; 박경신, “판결문의 공개 — 그 필요성과 제안”, **사법감시** 27호(2006), 2면 이하(同所, 7면 이하에서는, “판결문 공개실태 조사결과”를 밝히고 있는데, 그 중에는 ‘법관들의 논문 주제가 된 판결도 공개되어 있지 않다’는 중간제목이 달려 있다) 참조.

42) 이와 같이 명의신탁자로부터 매수하고 등기는 명의수탁자로부터 이전받은 경우는 법 제4조 제3항의 「제3자」에는 해당하지 않는다고 할 것이다. 그러나 만일 그것이 유효한 매매라면 그 등기는 당연히 유효하고, 위 大判 2004.8.30.에서 잠깐 비친 것처럼 「실체관계에 부합하는 등기」의 법리를 끌어들이는 것도 없을 것이다. 왜냐하면 명의신탁자는 명의수탁자 앞으로 소유권이전등기가 되어 있는 상태에서도 일반적으로 목적 부동산을 처분할 권한을 가진다고 할 것이고, 따라서 그 처분의 상대방이 명의신탁자의 의사에 기하여 명의수탁자로부터 소유권이전등기를 경료받으면 그 명의신탁자의 처분은 유효하고 따라서 상대방은 유효하게 소유권을 취득하기 때문이다. 이 점에 대하여는 梁彰洙(註 39), 100면 이하 참조. 또한 大判 88.9.13, 86다카1332(공보 1267); 大判 96.8.20, 96다19581등(공보 하, 2789) 등도 그러한 전제 위에서 있다.

다. 그런데 이 부분 판시가 앞에서 논의한 문제, 즉 명의수탁자로부터 원인무효의 등기를 얻은 사람과의 사이에 원인행위를 하고 이전등기를 받은 사람, 즉 전득자가 다름아닌 법 제4조 제3항의 「제3자」에 해당하는지의 문제를 명확하게 의식하면서 그에 대응하여 쓰여졌다고는 말하기 어렵지 않은가 추측된다. 그것은 그 부분 설시의 방식도 그렇거니와, 특히 위 사건에서는 — 대법원판결이 그 이유의 후반에서 보는 대로(특히 “B의 주장 자체에 의하더라도 B는 갑이 A로부터 이 사건 부동산을 매수하면서 다만 그 등기명의만을 자신에게 신탁하였다는 것”이다) — B의 등기도 모두 명의신탁에 기하여 행하여진 것으로 어차피 모두 말소될 운명에 있는 것이기에 더욱 그렇게 생각된다. 바로 그렇기 때문에 위의 大判 2005.11.10.에서 앞에서 논의한 「전득자」와 관련한 판시부분에 대하여 大判 2004.8.30.을 선행재판례로 인용하지 않았다고 보는 것이 합리적인 추단일 것이다.

5. 위 大判 2005.11.10.의 사안에서는 원고가 문제의 부동산을 증여에 의하여 무상으로 취득하였다는 것⁴³⁾이 그의 보호가치를 떨어뜨리도록 하였는지도 모른다.

그러나 우리 민법의 제3자보호규정의 해석·운용 일반에 있어서 그 제3자가 권리를 무상취득하였다는 사정은 원칙적으로 고려대상이 아님을 유념할 필요가 있다. 예를 들어 동산의 선의취득에 있어서도 그 취득행위가 무상으로 이루어졌다는 사정은 이를 부정할 사유가 되지 않는다는 것이 일반적으로 인정되고 있다.⁴⁴⁾ 앞서 본 민법 제108조 제2항 등에서도 이 점은 다를 바 없다. 다만 원물반환이 불가능한 경우에 관한 민법 제747조 제2항이 “수익자가 그 이익을 반환할 수 없는 경우에는 수익자로부터 무상으로 그 이익의 목적물을 양수한 악의의 제3자는 전항의 규정에 의하여 반환할 책임이 있다”고 정하는 것이 무상취득의 사정을 고려하는 유일한 예인 듯하다. 그리고 이 경우에도 법문은 그 무상취득자가 「악의」인 경우에만 보충적 책임을 인정하고 있는 것이다.

그리고 아마도 이와 같이 무상취득의 사정을 별달리 문제삼지 않는 태도는 증

43) 그리고 그로부터 혹 추론될 수 있을지 모르는 원고와 그 전자를 사이의 「一體的關係」의 혐의도 그러할지 모른다.

44) 우선 李英俊(註 31), 252면; 李銀榮, 物權法, 改訂新版(2002), 305면; 民法注解[V], 447면(李仁宰집필) 참조.

여의 사회학의 입장에서조차 타당성이 없다고는 할 수 없다.⁴⁵⁾ 우리 사회에서 행하여지는 일상의 증여를 관찰하여 보면, 이는 장기적으로는 엄밀한 의미에서의 무상출연이라고 할 수 없는 경우가 대부분이다. 즉 증여는 대체로 어떠한 의미에서 이든 「대가」를 바라고 또는 기대하고 행하여지는 것이며, 다만 그 「대가」가 무상출연과 같은 시점에서 또는 그와 연결하여 지급되는 것이 아닐 뿐이다. 그리고 그러한 「대가」를 적절한 방식으로 적절한 시기에 치르지 않는 사람, 즉 상대방의 일방적 출연을 받기만 하는 사람은 법적으로는 아니라고 해도 사회적 비난을 받기 마련인 것이다.

6. 한편 부동산실명법의 해석과 관련하여서는 그 외에 무엇보다도 大判 2005.1.28, 2002다66922(공보 상, 391)가 중요하다.⁴⁶⁾ 이 판결은 타당하게도 이른바 계약명의신탁에서 수탁자가 이른바 등기명의신탁에서와는 달리 목적물의 소유권을 중국적으로 유효하게 취득한 경우(부동산실명법 제14조 제2항 단서 참조)에 그가 신탁자에게 반환하여야 할 것은 그가 애초 신탁자로부터 수령하였던 매수자금에 한정되며 그 부동산 자체가 아니라고 판단하였다.⁴⁷⁾

종전에 大判 2002.12.26, 2000다21123(공보 2003상, 452)은 법 시행 전에 계약

45) 이에 관하여는 무엇보다도 Marcel Mauss, *Essai sur le don*(1925)(마르셀 모스, 이상률 역, **증여론**(2002)) 참조.

46) 또한 명의신탁약정에 기한 수탁자 명의의 소유권이전등기가 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다고 타당하게 관시한 大判 2003.11.27, 2003다41722(공보 2004 상, 19)도 근자에 부동산실명법의 해석과 관련하여 나온 재판례 중에서 매우 중요하다(“부동산실권리자명의등기에관한법률이 규정하는 명의신탁약정은 부동산에 관한 물권의 실권리자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말하는 것일 뿐이므로, 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 위 법률은 원칙적으로 명의신탁약정과 그 등기에 기한 물권변동만을 무효로 하고 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지는 않는 대신, 명의신탁자에 대하여 행정적 제재나 형벌을 부과함으로써 사적자치 및 재산권보장의 본질을 침해하지 않도록 규정하고 있으므로, 위 법률이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다”). 이 문제에 대하여는 梁彰洙(註 39), 115면 이하 참조.

47) 이 문제에 대하여는 우선 梁彰洙, “不動產實名法の私法的 規定에 의한 名義信託의 規律 — 소위 契約名義信託을 중심으로 —”, 同, **民法研究**, 제5권(1999), 155면 이하(원래는 省谷論叢, 제28집 3권(1997), 353면 이하) 참조.

명의신탁에 의하여 부동산이 취득되었는데 그 후 동법이 시행되고 나서 실명전환을 위한 유예기간(법 제11조 참조)을 초과함으로써 동법 제4조의 적용을 받게 된 사안에서 신탁자가 명의신탁약정의 무효(법 제4조 제1항)로 말미암아 그 원상회복으로서 청구할 수 있는 것은 신탁자가 수탁자에게 제공한 매수자금이 아니라 수탁자가 그것으로 취득한 부동산 그 자체라고 판시한 바 있다. 그 이유는, “이 경우 명의수탁자는 명의신탁약정에 따라 명의신탁자가 제공한 비용을 매매대금으로 지급하고 당해 부동산에 관한 소유명의를 취득한 것이고, 위 유예기간이 경과하기 전까지는 명의신탁자는 언제라도 명의신탁 약정을 해지하고 당해 부동산에 관한 소유권을 취득할 수 있었던 것이므로, 명의수탁자는 부동산실권리자명의등기에관한법률 시행에 따라 당해 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득함으로써 당해 부동산 자체를 부당이득하였다고 보아야 할 것이고, 부동산실권리자명의등기에관한법률 제3조 및 제4조가 명의신탁자에게 소유권이 귀속되는 것을 막는 취지의 규정은 아니므로”라는 것이다. 그러나 이러한 결론이 금전의 부당이득에서 수익자가 당해 금전을 가지고 취득한 것의 반환청구를 인정하지 아니한다는 일반적 법리에 맞지 않음은 물론이고, 나아가 신탁자가 부동산 자체의 종국적 취득을 인정하는 것은 부동산실명법의 취지를 현저히 몰각하는 것이다.⁴⁸⁾ 위 판결은 “부동산실명법 제3조 및 제4조가 명의신탁자에게 소유권이 귀속되는 것을 막는 취지의 규정은 아니”라고 하나, 이른바 계약명의신탁에 관하여 특별히 정하는 동법 제4조 제2항 단서가 바로 신탁자의 소유권 귀속을 「막는」 것을 내용으로 하는 규정인 것이다. 그러므로 위 大判 2002.12.26.의 판시에는 찬성할 수 없다.⁴⁹⁾ 이번에 나온 위의 大判 2005.1.28.이 부동산실명법 시행 후에 행하여진 계약명의신탁에 관하여서이기는 하지만, 신탁자의 반환청구는 그가 제공한 매수자금에 한정되고 부동산 자체에 미치지 않는다는 태도를 밝힌 것은 그나마 다행한 일이다.

48) 그 판결의 구체적 사안이 애초의 명의신탁 후 오랜 시간이 경과하고 그 사이에 목적물의 시가가 현격히 상승하여 신탁자에게 매수자금(및 그에 대한 이자 상당 금전)만의 반환을 인정하는 것이 쉽사리 받아들일 수 없는 결론일는지 모른다. 그러나 이는 당사자가 부동산실명법의 시행 후에 정하여진 기간 내에 실명전환을 하지 아니함으로써 인한 부득이한 결과라고 할 수밖에 없는 것이다.

49) 同旨: 徐正, “名義信託者가 名義受託者를 상대로 不動産 自體를 不當利得返還으로 구하는 請求의 可否: 이른바 契約名義信託을 중심으로”, **民事判例研究**, 제26집(2004), 246면 이하.

V. 이행기 전의 이행거절로 인한 손해배상청구권

1. 채무자가 중국적으로 자기 채무의 이행을 거절한 사안에 있어서 재판실무가 그 동안 「이행거절」을 이행불능이나 이행지체 등과 같이 그 자체로써 채무불이행책임을 발생시키는 독자적인 채무불이행유형으로 시인하는 태도를 취하고 있다고 단정적으로 말하기는 어려웠다. 그러한 사안은 많은 경우에 계약불이행 이유로 하여 해제권의 발생이 문제되는 경우에 통상 요구되는 바인 이행최고가 없이도 해제권이 발생하는 요건으로서의 “채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우”(민법 제544조 단서)와 관련되어 다루어져 왔다. 그리고 반드시 그렇지 아니하고 이행거절 자체를 들어 채무불이행책임을 묻지 않을 수 없는 사안에서도 위와 같은 태도를 정면으로 밝히는 예를 찾아볼 수 없다.⁵⁰⁾

예를 들어 大判 93.6.25, 93다11821(集 41-2, 138)은 다음과 같이 판시하고 있다.

“원심이 위와 같은 사실을 인정하고 이에 터잡아 위 피고는 중도금의 수령을 거절하고 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 것이라고 판단한 것은 옳다 ...

또한 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 하는바, 민법은 채권자가 목적물의 수령을 지체하는 경우 채무자가 이를 공탁하거나 자조매각할 수 있는 제도를 마련하고 있지만(제487조, 제490조 참조), 이는 채무자가 계약내용을 유지하려고 할 때에만 사용할 수 있을 뿐이어서 이 제도들만으로는 채무자의 보호에 불충실하므로, 채권자에게 계약을 이행할 의사가 전혀 없고 채무자로서도 그 계약관계에서 완전히 벗어나기를 원한다면 특별한 사정이 없는 한 채무자의 이러한 의사를 존중함이 신의성실의 원칙에 비추어 타당하다고 할 것이다.

둘이켜 이 사건을 보면 원심이 인정한 대로 피고들은 중도금의 수령을 거절

50) 그러한 사안에 대한 근자의 재판례로는 大判 2005.1.14, 2005다57119(공보 상, 268)를 들 수 있다. 이 판결은 우수현상광고의 광고자가 그 당선자에게 지급할 「보수」(민법 제678조 제1항 참조)로서 本契約을 체결할 의무가 있음에도 그 본계약의 체결을 진지하게 중국적으로 거절함으로써 부담하게 되는 손해배상채무에 관하여 소멸시효의 기간과 그 기산점에 대하여 판단하고 있다. 물론 그러한 거절은 본계약체결의무의 「이행거절」에 해당할 것이고, 위 판결은 그것 자체로 인하여 손해배상채무가 발생함을 인정하고 있기는 하다. 그러나 여기서 다루는 大判 2005.8.19, 2004.다53173(공보 하, 1498)처럼 뒤의 3.(2)에서 보는 바와 같은 설시를 명시적으로 하지는 않고 있다.

한 데다가 이 사건 매매계약을 이행할 의사가 없음이 분명한데, 만약 원고가 피고들의 중도금 수령거절과 계약이행의 의사가 없음을 이유로 이 사건 매매계약을 해제할 수 없다고 해석한다면, 원고로서는 중도금을 공탁한 후 잔대금 지급기일까지 기다렸다가 잔대금의 이행제공을 하고 피고들이 자기들 의무인 소유권이전등기의무의 이행제공을 하지 아니한 때에야 비로소 위 계약을 해제할 수 있다는 결론에 이르게 되는바, **어차피 피고들이 위 소유권이전등기의무의 이행을 제공하지 아니할 것이 분명한 이 사건에서, 원고에게 위와 같은 방법을 취하라고 요구하는 것은 불필요한 절차를 밟고 또다른 손해를 입도록 강요하는 게 되어 오히려 신의성실에 어긋나는 결과를 초래할 뿐이라고 여겨지므로 원심이 원고로서도 위와 같은 사유를 내세워 이 사건 매매계약을 해제할 수 있다고 판단하였음은 옳**”다.

이 판결은 반드시 이행거절을 **독자적인 채무불이행유형**으로 정면에서 의식하고 있었다고는 말하기 어렵다. 그렇기 때문에 「신의성실의 원칙」을 끌어들이어 해제권 발생의 결과를 정당화하고 있는 것이 아닐까?

2. 그러나 주요한 외국의 예⁵¹⁾를 보더라도, 또 근자의 세계적인 법통일작업의 성과⁵²⁾를 보더라도, 이행거절, 특히 이행기 전의 이행거절은 독자적인 채무불이

51) 註 53에서 보는 논문이 쓰여진 후의 법동향으로서는 무엇보다도 2002년의 독일민법 대개정에 의하여 새로이 도입된 제286조 제2항 제3호(“채무자가 급부를 진지하게 중국적으로 거절한 때”에는 바로 이행지체에 빠진다), 제323조 제4항(이행기 전의 계약 해제와 관련하여) 및 同條 제2항 제1호(“채무자가 급부를 진지하게 중국적으로 거절한 때”에는 계약해제에 이행최고를 요하지 아니한다)를 들 수 있을 것이다. 위 제286조 제2항 제3호의 해석에 대하여는 우선 Staudinger/Otto(2004), § 281 Rn.A29ff.; MünchKomm/Ernst, § 286 BGB Rn.64ff.(Bd.2a, 4.Aufl.(2003), S.994ff.) 참조.

52) 뒤의 註 53에서 보는 논문에서는 유엔통일국제동산매매법(CISG) 제72조만을 지적하였다. 동법 아래서 이행거절이 이행기 전에 행하여진 경우에도 손해배상이 인정되어야 한다는 점에 대하여는 우선 Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht — CISG —*, 4.Aufl(2004). Art.74 Rn.8(S.698): “영미법에서와 마찬가지로 CISG에서 말하는 계약위반은 어떠한 계약상 의무의 객관적 불이행의 모든 형태를 말한다. ... 진지하고 중국적으로 채무자가 아직 이행기가 도래하지 아니한 의무의 이행을 거절하는 것은 ... 손해배상의무를 발생시키는 계약위반으로 이해된다.” 최근에 나온 것으로서 같은 태도를 명확히 밝힌 것으로 UNIDROIT 商事契約原則 제7.3.3조(1994년 5월에 발표된 최초의 내용은 물론이고, 2004년의 수정판에서도 같다. 후자의 번역으로는 박영복, **글로벌시대의 계약법**(2005), 641면 참조), 유럽계약법원칙 제9:304조(그 번역으로는 梁彰洙, **民法研究**, 제6권(2001), 356면 참조) 등을 들 수 있을 것이다. 이들 규정은 기본적으로 CISG 제72조, 제74조와 궤를 같이하는 것이다.

행유형으로 인정되고 있다.

그리고 우리 민법에 있어서도, 채무불이행의 객관적 유형으로서의 이행지체, 이행불능, 불완전이행의 셋만이 인정된다는 법률상의 근거도 없는 도그마에 사로잡히지 않고, 민법 제390조를 채무불이행에 관한 일반적·포괄적 규정으로 이해하여 위의 세 유형 이외에도 그와 구별되는 별도의 채무불이행유형을 합목적적으로 「구성」할 수 있다고 한다면(이른바 「열린 類型論」), 이행거절을 독자적 채무불이행유형으로 파악하는 데 별다른 문제는 없다고 생각된다.⁵³⁾

3. 大判 2005.8.19, 2004다53173(공보 하, 1498)은 이행거절 법리의 판례상 전 세계에서 매우 흥미로운 지위를 차지한다고 생각된다.

(1) 위 판결은 다음과 같은 사안에 대한 것이다.

원고는 처와의 이혼에 대비하여 처의 재산분할 등 청구를 회피하고자 원고 소유의 이 사건 토지에 관하여 피고 앞으로 실제의 채무 없이 명목상의 근저당권 설정등기를 경료하였다. 그런데 피고는 자신의 채권자인 갑에게 위 근저당권에 관하여 채권양도를 원인으로 한 근저당권 이전의 부기등기를 경료하였고, 그 후 갑의 임의경매신청으로 개시된 이 사건 토지에 대한 임의경매절차에서 을이 이를 경락받아 대금을 완납하였다.

원고는 이와 같이 하여 이 사건 토지에 대한 소유권을 상실하게 되자 피고에게 그 책임을 추궁하였다. 이에 피고는 원고와의 금전거래과정에서 아직 변제받지 못한 돈이 남았다고 주장하고 나와서 서로 옥신각신하다가, 결국 2002년 11월에 이르러 원고에게 위와 같은 사실을 인정하면서 “2006년까지 원고에게 이 사건 토지를 매입하여 소유권이전등기해 준다”는 내용의 각서를 교부하였다.

그러나 그 후 피고는 위 각서가 원고의 강요에 의하여 작성된 것이어서 무효이고 이 사건 토지에 관한 피고 명의의 근저당권은 원고에 대한 실제의 채권을 담보하기 위한 것이라고 주장하였다. 그리고 2003년 2월에는 자신의 유일한 재산인 부동산에 관하여 시누이 앞으로 근저당권을 설정하고, 나아가 2004년 3월 이후에 그 부동산을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 해 주었다.

53) 이상에 대하여는 梁彰洙, “獨自의인 債務不履行類型으로서의 履行拒絶”, 民法學論叢, 第二(郭潤直 博士 古稀紀念論文集)(1995), 162면 이하(同, 民法研究, 제4권(1997), 121면 이하 所載); 民法注解[X], 221면 이하(梁彰洙 집필) 참조.

원고는 이 사건에서 이 사건 토지가 제3자에게 경락된 것으로 인한 손해배상 또는 위 각서상의 소유권이전등기의무에 관한 채무불이행을 이유로 하는 손해배상을 청구하였다.

원심판결은, 위 각서의 교부로써 원고와 피고는 더 이상 이 사건 토지가 제3자에게 경락된 것으로 인한 손해배상을 문제삼지 않고 그 대신 피고가 원고에 대하여 2006년까지 위 토지를 매수하여 소유권이전등기를 경료해 줄 의무를 새로이 부담하기로 합의한 것이고, 따라서 원고로서는 피고에게 위 각서에 기한 소유권이전등기의무의 이행청구 내지 그 의무의 불이행에 따른 손해배상청구를 할 수 있을 뿐이지, 이 사건 토지가 제3자에게 경락된 것에 대한 시가 상당의 손해배상청구를 할 수는 없다고 판단하였다. 이 판단은 대법원판결에서도 긍정되었다.

나아가 원심법원은 위 각서상의 의무에 기한 손해배상청구에 대하여, “피고가 원심 소송 계속 중에 그 소유의 부동산을 제3자에게 매도하여 소유권을 이전해 준 사실 및 피고가 위 각서의 작성이 강요에 의한 것이거나 원고에 대하여 실질적인 채권이 있다는 취지로 원고의 청구를 다투었다는 사정만으로 이행기인 2006년에 이르러서도 원고에게 소유권이전등기의무를 이행할 의사가 없음을 명백히 하였다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다”고 판단하여, 원고의 손해배상청구를 배척하였다. 그러나 대법원은 이 판단에 관하여는 원심판결을 파기하고, 환송하였다.

(2) 대법원은 우선 다음과 같은 추상적 설시를 하고 있다.

“계약상 채무자가 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 채권자는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제하거나 채무자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다”.

그리고 “채무자가 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하였는지 여부는 계약 이행에 관한 당사자의 행동과 계약 전후의 구체적인 사정 등을 종합적으로 살펴서 판단하여야” 하는데, 구체적으로 이 사건에서 인정되는 피고의 행태에 비추어 보면, “이 사건 각서상의 채무를 이행할 의사가 없음을 명백하고도 중국적으로 밝혔다고 봄이 상당하므로, 원고는 그 이행기 전이라도 피고를 상대로 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구를 할 수 있다”는 것이다.

(3) 이 판결의 사안에서 문제된 각서상의 채무는 「2006년까지」 이 사건 토지에 관하여 소유권이전등기를 원고 앞으로 경료한다는 것이다. 그러므로 아직 그 채무의 이행기가 도래하였다고 할 수 없음은 물론이다. 그러나 채무자가 그 전이라도 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에는 채무자의 「이행거절」을 이유로 채무자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다는 것이다. 특히 그것이 「이행거절」임을 명확하게 지적하고, 또한 그것을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다는 취지를 명시적으로 밝힌 대법원 판단은 필자가 아는 한도에서는 이것이 처음이 아닌가 한다. 그리고 손해배상청구를 부인한 원심판결을 이러한 법리를 적용하여 파기하고 사건을 환송함으로써 이제 판례상으로도 이행거절의 법리는 확립되었다고 해도 좋지 않을까 여겨진다. 그러한 의미에서 이 판결은 매우 중요한 의미가 있다고 할 것이다.

다만 위와 같은 법리는 앞의 2.에서 본 대로 민법 제390조의 해석으로부터 얼마든지 도출될 수 있는 것이며, 이를 인정하기 위하여 「신의성실의 원칙」을 끌어 들일 필요는 없다고 할 것이다.

VI. 임대차보증금에서 차임 등의 당연 공제 여부

1. 大判 2004.12.23, 2004다56554등(공보 2005상, 187)은 “부동산 임대차에 있어서 수수된 보증금은 차임채무, 목적물의 멸실·훼손 등으로 인한 손해배상채무 등 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서 그 피담보채무 상당액은 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에 **특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제되는 것**”이라고 판시하고, 그러므로 “임대보증금이 수수된 임대차계약에서 차임채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있었다 하더라도, 당해 임대차계약이 종료되어 목적물이 반환될 때에는 그 때까지 추심되지 아니한 채 잔존하는 차임채권 상당액도 임대보증금에서 당연히 공제된다”고 판시하였다.

이 사건에서는 원고가 임대차목적물의 반환을 청구한 데 대하여 피고는 보증금의 반환과 상환으로만 목적물을 반환하겠다는 동시이행의 항변을 제기한 것으로 보인다. 그리고 위와 같은 판단은 원고가 반환하여야 할 보증금액의 산정과 관련하여 행하여졌다. 피고, 즉 임차인측에서 원고의 피고에 대한 차임채권에 대하여 압류 및 추심명령이 있었으므로 그 명령이 송달된 후의 차임은 보증금에서

공제할 수 없다고 주장하였던 것이다. 원심법원은 임대인의 차임채권에 대하여 채권압류 및 추심명령이 있었다라도 추심권자가 그 변제를 받기 전에 임대차가 종료되어 임차목적물을 임대인에게 명도할 때에는 그 차임채권은 당연히 임대보증금에서 공제된다고 판시하여, 위 주장을 배척하였다. 그리고 대법원도 위와 같이 실시하여 원심법원의 판단을 승인하고 피고의 상고를 기각한 것이다.

2. 종전에 대법원은 **보증금반환청구권**이 압류된 경우에 대하여 여러 차례에 걸쳐 임대차 존속 중의 차임⁵⁴⁾ 등 임대차 관련 채권뿐만 아니라 목적물의 반환에 이르기까지 발생한 각종의 관련 채권(이하에서 보증금에 의하여 담보되는 채권으로는 논의의 편의를 위하여 단지 차임채권만을 문제삼기로 한다)이 공제되고 난 잔액에 대하여만 효력이 있다는 취지로 판단하여 왔음은 주지하는 대로이다.⁵⁵⁾ 그러나 위의 대법원판결은 **차임채권**의 압류와 보증금으로부터의 차임 공제와의 관계에 관하여 판시한 드문 재판례에 속한다.

(1) 보증금이 지급된 경우에 그로 인하여 담보되는 임대인의 채권이 언제 어떠한 방식으로 만족을 얻는가에 대하여, 판례는 일관하여 ① 임대차관계 종료 후 임차인이 목적물을 임대인에게 반환하는 때에 ② 당연히, 즉 상계에서와 같은 별도의 의사표시 없이 보증금으로부터 공제됨으로써 그 채권이 그 한도에서 —역시 당연히— 소멸한다는 태도를 취하여 왔다. 이는 大判 87.6.23, 86다카2865(공보 1229)에서 처음으로⁵⁶⁾ 정면에서 밝혀진 것으로 보이고, 그 후 大判 99.12.7,

54) 민법상 임차인이 지급하는 목적물 용익의 계약상 대가는 「차임」이라고 하고, 「임료」라고 부르지 않는다(무엇보다 임대차에 대한 정의규정이라고 할 제618조 참조. 이는 의용민법에서도 다를 바 없다). 그럼에도 불구하고 우리 법원이 「임료」라거나 「임료채권」이라고 하는 경우가 적지 않은데, 鎖事인지 모르나, 이 기회에 이러한 점에는 주의를 구하고 싶다. 또 예를 들어 일반적인 채무불이행과 관련하여 “채무의 **본지**에 좇은 이행”이 없었다는 실시(민법 제390조는 “채무의 내용에 좇은 이행”이라고 정하고 있다. 다만 민법 제681조는 “수임인은 위임의 본지에 따라 … 위임사무를 처리하여야 한다”라고 정한다)가 아직도 행하여지고 있는 점에 대해서도 마찬가지로이다. 위의 大判 2004.12.23.이, 거기서 인용되고 있는 大判 99.12.7, 99다50729(공보 2000상, 147)가 「임료채무」라는 용어를 쓰는 것과는 달리, 「차임채무」라고 하는 것은 기쁜 일이다. 그러나 그 후의 나온 뒤의 3.(1)에서 보는 大判 2005.1.13, 2004다19647(공보 상, 241)은 다시 「임료채무」라고 한다.

55) 大判 87.6.9, 87다68(集 35-2, 135) 이래 많은 재판례가 있다.

56) 그 외에 예를 들면 大判 87.6.9, 87다68(集 35-2, 135); 大判 88.1.19, 87다카1315(공보 408) 등과 같이 “건물임대차에 있어서의 임차보증금은 임대차 존속 중의 임료뿐만 아

99다50729(공보 2000상, 147) 등에서도 확인되고 있다.⁵⁷⁾

이와 같이 임차인이 임대차 종료 후 목적물을 반환하는 때에 차임채권이 당연히 보증금으로부터 공제되는 것은 보증금의 성질로부터 귀결된다. 정확하게 말하면 그것이 보증금지급약정의 내용이다.⁵⁸⁾ 차임채권이 압류된 경우에도 그 압류의 목적은 보증금에 의한 당연 충당을 예정한 채권이므로, 압류채권자는 그러한 제한을 받는다고 하여야 할 것이다.⁵⁹⁾

(2) 참고로 일본의 最判 2002(平 14).3.28(民集 56-3, 689)은, 부동산의 근저당권자인 원고가 그 물상대위권의 행사로 차임채권을 압류하였는데⁶⁰⁾ 그 후 임대차관계가 종료되고 피고(임차인)가 목적물을 반환한 사안에서 그 피압류채권이 보증금(이른바 敷金)의 충당에 의하여 소멸하는가의 문제를 판단하고 있다. 결론적으로 위 판결은 이를 긍정하여, 원고의 청구를 기각하였다. 그 이유는 “임대차 목적물의 반환시에 차임채권 등은 보증금이 존재하는 한도에서 보증금의 충당에 의하여 당연히 소멸하게 된다. 보증금의 충당에 의한 미지급차임 등의 소멸은 보증금계약으로부터 발생하는 효과로서, 상계와 같이 당사자의 의사표시를 요하지 아니한다”는 것, 그리고 “저당권자는 물상대위권을 행사하여 차임채권을 압류하기 전에는 원칙적으로 저당부동산의 용익관계에 개입할 수 없으므로, 저당부동산의 소유자 등은 임대차계약에 부수하여 보증금계약을 체결할지 여부를 자유로 결정할 수 있다. 따라서 보증금계약이 체결된 경우에는 차임채권은 보증금의 충

니라 건물명도의무 이행에 이르기까지 발생한 손해배상채권등 임대차계약에 의하여 임대인이 임차인에 대하여 갖는 일체의 채권을 담보하는 것으로서 임대차 종료 후에 임차건물을 임대인에게 명도할 때에 체불임료 등 **모든 피담보채무를 공제한 잔액이 있을 것을 조건으로 하여** 그 잔액에 관한 임차인의 보증금반환청구권이 발생한다”라고 판시하는 일련의 재판례가 있다. 그러나 이들에 있어서는 그 공제가 어떠한 방식에 의하여 행하여지는가에 대하여는 판단하고 있지 않다고 할 것이다.

57) 日大判 1926(大 15).7.12(民集 5, 616) 이래 일본의 확고한 관례이다.

58) 위에서 든 大判 87.6.23. 등의 대법원판결들이 특별한 사정이 있으면 당연히 충당되지 않을 수 있다고 실시하는 것도 그와 다른 특약의 가능성을 열어 주는 것으로 이해된다.

59) 바로 위에서 보는 日最判 2002.3.28.의 원심판결이 실시하는 바에 의하면, “보증금이 수수된 경우의 차임채권은 제3자의 관점에서 보면 장래 보증금에서 공제되어 소멸할 위험성을 동반하는 채권인 것이다.” 下村信江, “賃料債權に對する抵當權者の物上代位差押と敷金の充當”, 私法判例リマックス, 제26호(2003), 25면으로부터 再引用.

60) 일본민법에서는 우리와는 달리 저당목적물의 “매각, 임대”의 경우에도 물상대위가 인정된다(동법 제304조, 제372조 참조).

당을 예정한 채권이 되어서, 이를 저당권자에게 주장할 수 있다”는 것이다.⁶¹⁾

이는 저당권에 기한 물상대위로 압류가 행하여진 사안에 대한 판결이었는데, 그 후 일본의 東京地判 2004.4.28(金融法務事情 1721, 49)은, 임대인의 채권자가 강제집행으로 차임채권을 압류하였는데 임차인이 임대차 종료 후 목적물을 인도한 사안에서 보증금에 의한 당면 총당의 효력을 인정하여 피압류채권의 소멸을 인정하고 있다.

(3) 이 사건 판결에서 원심판결이나 대법원판결에 의하여 배척된 피고의 주장은 원고의 차임채권에 대한 압류 및 전부명령이 제3채무자인 피고에게 송달된 때로부터의 기간에 대한 차임채권은 보증금으로 공제되어서는 안 된다는 것이다. 차임채권에 대하여 압류 및 추심명령이 있었다는 사정이 보증금의 공제 여부에 영향을 미칠 수 없음은 앞의 (1)에서 본 바와 같다. 그러므로 위 대법원판결의 판시는 타당하다고 하겠다.

(4) 그런데 앞의 (1)에서 본 보증금이 차임채권에 충당되는 요건에 관한 법리는 나아가, 임대차관계가 종료되고 또한 임차인이 목적물을 반환하기 전에는 그 공제는 행하여지지 아니하며, 따라서 차임채권은 소멸하지 아니한다는 귀결로 이어진다.

전에 大判 99.7.27, 99다24881(공보 하, 1783)이 임대인의 채권자(원고)가 차임채권에 대하여 압류 및 전부의 명령을 받았는데 임차인(피고)이 보증금을 공제한 나머지 차임액에 대하여만 지급의무가 있다고 주장한 사안에서 임대차관계가 종료되었더라도 목적물이 반환되기 전이면 임차인(피고)은 연체차임의 지급을 거절할 수 없다고 판시하여, 피고의 위와 같은 주장을 배척하고 원고의 전부금청구를 인용한 것도 이러한 전제에 선 것으로 이해된다. 보증금은 어디까지나 임대인을 위한 담보이므로 임차인은 임대차관계가 존속 중에 또는 그것이 종료되었어도 아직 목적물을 반환하고 있는 동안에는 임차인측에서 보증금이 남아 있음을 들어 그 충당을 주장하고 차임의 지급을 거절할 수 없다고 할 것이다.⁶²⁾ 그리고

61) 이 판결에 대한 평석으로 앞의 註 59에서 본 下村信江의 글 외에도, 高橋眞, 金融法務事情, 1656호(2003), 6면 이하; 荒木新五, 判例タイムズ, 1099호(2003), 81면 이하 등이 있다. 이들은 대체로 위 판결의 태도를 긍정적으로 평가하고 있다.

62) 우리 나라의 문헌으로는 이 점에 언급한 예를 쉽사리 찾을 수 없다. 일본의 문헌으로는 우선 我妻榮, 債權各論, 中卷 一(1957), 473면 참조.

나아가 임대인의 임차인에 대한 차임채권이 압류(나아가 추심 또는 전부)되었다는 사정이 있다고 해서 돌연 임차인이 보증금이 있음을 들어 그 충당을 주장할 수 있게 된다고 말할 수는 없을 것이다.

그렇다면 여기서 살펴보는 大判 2004.12.23.의 사안에서도 임차인이 아직 목적물을 반환하지 아니하고 있었으므로, 보증금으로부터의 공제는 — 피고가 주장하는 바의 차임채권이 압류되었다는 사정과는 무관하게 — 애초에 인정될 수 없었다고 생각될지도 모른다. 과연 그러한가? 그러나 이 사건에서는 임대인이 임대차관계의 종료 후에 임차인을 상대로 하여 다름아닌 목적물의 인도를 청구하였고 이에 대하여 임차인이 보증금의 반환과 상환으로만 목적물을 인도하겠다고 동시이행의 항변을 제기하였다. 그리하여 법원이 피고에 대하여 보증금의 반환과 상환으로 목적물을 반환할 것을 명하는 판결을 함에 있어서는 그 상환급부의 내용을 정할 필요가 있게 된다. 이와 같은 경우에는 사실심 변론종결시까지 아직 목적물의 인도가 없었지만 장차 그 인도가 있을 것을 전제로 해서, 즉 보증금이 차임에 충당되는 요건이 충족되는 것을 전제로 해서 반환되어야 할 보증금의 유무 및 그 액을 산정할 수밖에 없을 것이다. 어차피 이러한 경우에는 앞의 大判 99.7.27.의 사안에서와 달리 차임채권이 행사되고 있는 것이 아니므로, 그렇게 처리한다고 해도 별다른 불합리는 없다고 생각된다.

3. 위 大判 2004.12.23. 이후에도 보증금을 연체차임 등에 충당하는 것과 관련된 재판례가 없지 않다.

(1) 大判 2005.1.13, 2004다19647(공보 상, 241)은 “임대차계약에서 보증금을 지급하였다는 입증책임은 보증금의 반환을 구하는 임차인이 부담하고, 임대차계약이 성립하였다면 임대인에게 임대차계약에 기한 임료채권이 발생하였다 할 것이므로 임료를 지급하였다는 입증책임도 임차인이 부담한다”고 판시하였다. 이러한 판시는 입증책임의 분배에 관한 일반법리에 비추어 타당하다고 하겠다.

이 사건에서도 앞의 大判 2004.12.23.에서와 유사하게 임대차의 목적물인 건물을 낙찰받은 원고가 임대차 종료를 내세워 임대차 목적 건물의 명도를 청구한 데 대하여 임차인인 피고가 보증금의 반환과 상환으로만 목적물을 반환할 것을 항변한 듯하다. 원심법원은, 피고가 원래의 임대인에게 지급한 보증금이 그가 주장하는 1억7천만원이 아니라 5천5백만원이고, 그가 지급하여야 할 차임이 모두 7

천5백여만원인데 실제로 지급한 차임은 1천4백여만원에 불과하여 미지급의 차임이 6천1백여만원이므로, 반환할 보증금이 없다고 하여 피고의 주장을 배척하였다. 그리고 대법원은 위와 같이 판시하여 피고의 상고를 기각하였다.

(2) 또 大判 2005.9.28, 2005다8323등(공보 하, 1677)은 임대인인 원고가 임차인인 피고를 상대로 임대차계약상 지급이 약정된 월 관리비의 지급 및 목적물의 인도를 청구하자, 피고가 반소로 보증금의 반환을 청구한 사건에 대한 것이다. 대법원은 우선 “임대차계약에 있어 임대차보증금은 임대차계약 종료 후 목적물을 임대인에게 명도할 때까지 발생하는, 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서, 그 피담보채무 상당액은 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에, 특별한 사정이 없는 한, 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제되는 것이므로, 임대인은 임대차보증금에서 그 피담보채무를 공제한 나머지만을 임차인에게 반환할 의무가 있다”고 설시하면서 앞서 본 大判 2004.12.23.을 인용하고 있다. 그러나 이어서 “이 경우 임대차보증금에서 그 피담보채무 등을 공제하려면 임대인으로서 그 피담보채무인 연체차임, 연체관리비 등을 임대차보증금에서 공제하여야 한다는 주장을 하여야 하고 나아가 그 임대차보증금에서 공제될 차임채권, 관리비채권 등의 발생원인에 관하여 주장·입증을 하여야 하는 것이며, 다만 그 발생한 채권이 변제 등의 이유로 소멸하였는지에 관하여는 임차인이 주장·입증책임을 부담한다”고 판시하였다.⁶³⁾ 그리고 구체적으로 이 사건에서 “원고는 원심 변론종결에 이르기까지 ... 임대차보증금에 대하여 아직 피고로부터 지급받지 아니한 차임, 전기료, 수도료, 난방비, 관리비 등을 공제하여야 한다는 취지의 주장을 전혀 한 바 없고, 단지 본소로써 연체 관리비의 지급과 목적물의 명도를 구하고 있었을 뿐인 사실을 알 수 있으므로, 원고가 상고이유로 내세우는 주장은 상고심에 이르러 비로소 내어놓은 것임이 명백하여 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 될 수 없다”고 하여 원고(반소피고)의 상고를 기각하였다.

63) 여기서 “임대차보증금에서 공제될 차임채권, 관리비채권 등의 발생원인에 관하여 주장·입증을 하여야 한다”고 하는 뒷부분의 판시는 이미 大判 95.7.25, 95다14664등(공보 2951)이 같은 뜻을 밝힌 바 있으며, 이에 대하여는 별다른 의문이 없다. 문제는 그에 앞서서, 즉 보증금에서 그 피담보채무 등을 공제하려면 임대인이 연체차임, 연체관리비 등을 임대차보증금에서 공제하여야 한다는 주장을 하여야만 한다는 판시부분이다.

그런데 앞의 大判 2004.12.23. 등에서 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에 연체차임 등이 특별한 사정이 없는 한 보증금에서 별도의 의사표시 없이 당연히 공제된다고 설시한 것과 여기서 “임대인이 연체차임 등을 공제하여야 한다는 주장을 하여야” 보증금에서 차임채무 등이 공제된다는 것과는 양립될 수 있는 태도일까? 후자에서 「공제하여야 한다는 주장」이라고 하는 것이 단지 소송상의 주장을 가리킨다고 하면, 양자는 양립될 수 있는 것일까? 보증금이 붙은 임대차에서 임대인이 소송으로 차임의 연체를 주장하여 그 지급을 청구하는 경우에 누가 어떠한 사실에 대하여 주장·입증책임을 지는가? 그 같은 사건에서 임차인이 보증금의 반환을 반소 또는 동시이행의 항변의 형태로 주장하고 있다면, 이제는 누가 어떠한 사실에 대하여 주장·입증책임을 지는가?

필자의 전공이 아닌 탓으로 미숙하고 얇은 생각을 펼쳐 보면 대체로 다음과 같다. 우선 차임채권의 발생에 대하여는 임대인이 그 책임을 짐은 명백하다. 그런데 앞의 (1)에서 본 大判 2005.1.13.은 “임대차계약이 성립하였다면 임대인에게 임대차계약에 기한 차임채권이 발생하였다 할 것이므로 차임을 지급하였다는 입증책임도 임차인이 부담한다”고 한다. 그러므로 이번에는 임차인이 문제의 차임을 지급하였음을 주장·입증하여야 할 것이다. 그것을 다하지 못하였다면, 이제는 보증금의 충당에 의한 차임채권의 소멸이 문제될 것이다. 일본에서는 임차인의 보증금반환청구권에 관하여, 보증금반환채무의 성립사실은 그 채권의 권리근거사유이므로, 그 권리를 주장·행사하는 임차인이 보증금의 지급 및 임대차의 종료, 나아가 보증금반환청구권의 성립에 관한 반환시설에 따른다면, 목적물의 반환에 대하여 입증책임을 지며,⁶⁴⁾ 이에 대하여 보증금반환채무의 소멸사실, 예를 들면 보증금이 연체차임의 변제에 충당되었다는 사실과 같은 것은 권리멸각사유이므로 채무자, 즉 임대인이 그에 대한 증명책임을 부담한다고 한다.⁶⁵⁾ 그렇다면 위 大判 2005.9.28.이 임대인이 연체관리비이나 연체차임 등(여기서는 관리비가 문제되고 있으므로, 이하에서는 연체관리비만을 들어 논의하기로 한다)을 임대차보증금에서 공제하여야 한다는 주장을 하여야 한다고 설시하는 것은 혹 보증금의 연체관리비에의 충당사실을 임대인이 **소송상**으로 주장하여야 보증금반

64) 我妻榮(註 62), 475면; 村上博巳, 證明責任の研究(1975), 191면. 日大判 1933(昭 33). 12.13(新聞 3665, 15)도 그러한 취지라고 한다.

65) 村上博巳(前註), 191면 이하. 同所는 日大判 1927(昭 2).12.22(民集 6, 716)를 보증금이 연체차임의 변제에 충당되었다는 사실을 임대인이 입증하여야 한다는 취지의 판례로 인용한다.

환채무의 그 한도에서의 소멸이 인정될 수 있다는 의미라고 생각되기도 한다. 그런데 만일 임대차 종료 후 목적물이 반환되는 때에 연체관리비가 **당연히** 보증금에서 공제되는 것이라면, — 본소에서의 청구에 의하여 이미 주장되고 있는 — 관리비채권의 발생 외에 임대인이 「보증금이 연체차임의 변제에 충당되었다는 사실」을 소송상 주장하여야 한다는 것은 도대체 무엇을 가리키는 것일까? 특히 임대인의 관리비청구에 대하여는 보증금의 당연 충당에 의한 관리비채무의 소멸이 임차인이 주장·입증하여야 하는 권리멸각사유라고 하여야 하지 않을까? 보다 정밀한 검토가 필요하다고 여겨진다.

VII. 結에 같음 하여

1. 이상에서 살펴본 것 외에도 필자의 주의를 끈 재판례로서 다음과 같은 것만을 들어두기로 한다.

① 大判 2005.4.15, 2003다60297(공보 하, 735)은, 미성년자가 신용카드발행인과 사이에 신용카드이용계약을 체결하여 그 신용카드를 이행하여 가맹점으로 물품을 구입하는 등의 거래를 하였는데 후에 신용카드이용계약이 행위무능력을 이유로 취소된 사안에 대하여, “미성년자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있는데, 신용카드이용계약이 취소됨에도 불구하고 신용카드회원과 해당 가맹점 사이에 체결된 개별적인 매매계약은 특별한 사정이 없는 한 신용카드이용계약 취소와 무관하게 유효하게 존속한다 할 것이고, 신용카드발행인이 가맹점들에 대하여 그 신용카드사용대금을 지급한 것은 신용카드이용계약과는 별개로 신용카드발행인과 가맹점 사이에 체결된 가맹점계약에 따른 것으로서 유효하므로, 신용카드발행인의 가맹점에 대한 신용카드이용대금의 지급으로써 신용카드회원은 자신의 가맹점에 대한 매매대금지급채무를 법률상 원인 없이 면제받는 이익을 얻었으며, 이러한 이익은 금전상의 이득으로서 특별한 사정이 없는 한 현존하는 것으로 추정된다”고 판시하였다. 이에 대하여는 평석 내지 해설이 없지 않다. 그런데 필자는 결론적으로 이 판결의 취지에 반대한다. 이 사안에서는 신용카드회원은 매매대금지급채무를 면제받는 이익을 얻었다고 할 것이 아니라, 단적으로 그 대금 상당의 금전을 부당이득하였다고 파악할 것이고, 그 금전이득의 「현존」 여부를 그로써 취득한 물품의 실제적 효용성 등의

관점에서 판단하였어야 했을 것이다. 위 판결과 같이 채무소멸의 이익을 얻었다고 파악하면, 현존이익의 이른바 「추정」이 뒤집히는 경우는 쉽사리 상정할 수 없으며, 이는 민법 제141조 단서가 행위무능력자의 원상회복의무를 현존이익에 제한하는 취지를 거의 몰각하게 한다.⁶⁶⁾

② 大判 2005.11.10, 2005다41818(공보 하, 1964)은 타당하게도 대항요건을 미처 갖추지 못한 채권양수인이 채무자를 상대로 한 소송의 제기도 시효중단사유가 된다고 한다. “채권양도에 의하여 채권이 동일성을 잃지 않고 양수인에게 이전되는 것은 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다고 하더라도 마찬가지로 마찬가지로, 민법 제149조의 ‘조건의 성취가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다’는 규정은 대항요건을 갖추지 못하여 채무자에게 대항하지 못한다고 하더라도 채권양도에 의하여 채권을 이전받은 양수인의 경우에도 그대로 준용될 수 있는 점, 채무자를 상대로 재판상의 청구를 한 채권의 양수인을 ‘권리 위에 잠자는 자라고 할 수 없는 점 등’을 고려한 것이다. 이 사건에서는 원고가 소송을 제기하고 나서 원래의 소멸시효기간이 경과한 후에야 비로소 그 대항요건을 갖추었다. 그러므로 위의 문제에 대한 판단 여하에 따라서는 결론이 뒤바뀔 수 있었다.⁶⁷⁾ 이와 같은 문제는 「흠 있는 소송제기」의 시효중단효라는 보다 일반적인 문제⁶⁸⁾의 일환을 이룬다.

③ 大判 2005.6.9, 2005다11046(공보 하, 1125)은, 건설자금 중 주된 부분을 국민주택기금에서 그 명의로 용자받아 제공한 사람이 그로써 건설된 주택을 원시취득하였다고 인정하고, 그러나 그가 나중에 그 소유권을 포기하였으므로, “원고

66) 혹은 만에 하나 채무로부터의 해방을 부당이득하였다고 구성하더라도, 그 이익의 현존 여부는 **실질적으로 파악하여** 그 채무의 부담을 통하여 미성년자가 실제로 얻은 바(즉 반대급부)의 효용성 등을 따져 판단하였어야 했다. 물론 미성년자측에서 그러한 관점에서 주장·입증을 하지 않았다고 하면, 이는 주장·입증책임의 문제일지도 모른다.

67) 이 기회에 덧붙이자면, 위 판결은 참조판결로 大判 2004.4.28, 2004다3673등을 인용하고 있다. 그러나 이 판결은 「법고을」에서도, 대법원의 「종합법률정보」 사이트에서도 찾을 수 없다. 결코 의미가 적지 않은 이 판결이 공개되지 아니한 이유는 무엇일까? 앞의 註 41도 참조.

68) 이에 대하여는 梁彰洙, “흠 있는 訴提起와 時效中斷”, 同, 民法研究, 제4권(1997), 73면 이하 참조.

가 이 사건 주택의 소유자임을 전제로 하여“ 그 주택을 분양받거나 수분양자로부터 임차하여 점유하는 피고들을 상대로 명도를 구하는 이 사건 청구는 받아들일 수 없다고 판단하였다. 부동산소유권의 포기과 관련하여서는 과연 등기가 요구되는지가 논의되고 있는데, 위 판결은 등기의 점에 대하여는 아무런 언급이 없이 위와 같이 소유권 포기의 효력을 긍정하였다. 그리고 이 사건에서 원고의 소유권 포기가 유효하다면, 그것은 이제 無主의 부동산으로서 國有가 된다는 것인가(민법 제252조 제2항)?

④ 大判 2005.5.12, 2004다68366(공보 상, 927)은, 변제자대위에 관한 민법 제481조, 제482조, 채권자가 담보권을 상실시킴으로 인한 법정대위자의 면책에 관한 제485조에 대하여 흥미있는 판단을 하고 있다. 이 사건에서는 갑 회사가 을 금고로부터 금전을 대출받으려고 하였는데, 그 대출에 있어서 원고의 동의 아래 그 대출자의 명의를 원고로 하되 갑 회사와 원고 사이에서는 갑 회사가 원고에게 법적 책임을 묻지 않기로 하는 합의가 이루어졌다. 그리고 갑 회사의 지배주주 병 등은 위 대출금채무의 담보로 원고 등을 채무자로 한 근저당권을 을 금고 앞으로 설정하였다. 그 후 을 금고는 파산하였는데, 그 직전 위 근저당권에 대하여 말소등기를 경료하여 주었다. 이 사건에서 원고는 을 금고의 파산관재인을 상대로 채무부존재확인청구를 하였다.

원심법원은, 원고가 얻은 대출은 가장행위에 해당하나 민법 제108조 제2항에 의하여 이를 을 금고의 파산관재인에게 대항할 수 없으므로,⁶⁹⁾ 그는 「변제할 정당한 이익」(민법 제481조)이 있고, 따라서 만일 변제를 한다면 갑 회사의 을 금고에 대한 채권 및 담보권을 취득하였을 것인데, 을 금고가 위와 같이 근저당권을 소멸시켰으므로, 그로 인하여 상환을 얻을 수 없게 된 범위에서 민법 제485조에 의하여 을 금고에 대한 책임을 면한다고 판단하였다. 대법원은, “실질적 법률관계를 기초로 판단하여 보면” 원고가 최종적인 변제책임을 지는 주채무자가 아니어서 변제자대위의 적격을 가진다고 판시하여, 원고의 이 부분 상고이유를 받아들이지 않았다.

피고는 그렇다면 원고가 위 대출금채무에 대하여 보증인적 지위에 있으므로 민법 제482조에 의하여 물상담보제공자인 병 등에 대한 대위권 행사가 제한되어

69) 이 점은 이미 大判 2003.6.24, 2002다48214(공보 하, 1581)가 판시하는 바이다. 이 판결에 대하여는 梁彰洙(註 1. 2003년), 367면 이하를 보라.

야 하고, 따라서 위와 같은 면책범위도 제한되어야 한다고 주장한 바 있었다. 이에 대하여 원심법원은, 원고가 위 대출금채무에 대하여 보증인적 지위에 있지 않다고 하여 이를 배척하였다. 대법원은 大判 96.8.23, 96다18076(공보 하, 2847)⁷⁰⁾을 인용하면서 원심판결의 이 부분 판결도 정당하다고 하였다.

필자는 이 판결의 결론은 부당하다고 생각한다. 그야말로 「실질적인 관찰방법」을 관찰하려고 하면, 적어도 **민법 제485조를 포함하여 변제자대위의 문제에 관한 한** 갑 회사가 주채무자이고 원고 및 물상보증인 병 등은 말하자면 보조적 책임자로서 민법 제482조 제2항에서 정하여진 대위자 간의 제한을 인정하였어야 했을 것이다. 대법원이 인용하는 위의 大判 96.8.23.은 채권자와 대출명의대여자 사이의 법률관계에 대한 판결로서, 그 판지를 이 사건에서와 같이 법정대위자 사이의 법률관계가 문제된 경우에 「형식적으로」 원용한 것은 아니라고 할 것이다.

⑤ 大判 2005.6.9, 2005다4529(공보 하, 1120)는 주택임대차보호법 제3조의3에 의하여 임차권등기가 행하여졌는데 그 후 임대차관계가 종료된 경우에 임차인의 임차권등기말소의무와 임대인의 임차보증금반환의무 사이에는 동시이행관계에 있지 않고 후자가 선이행되어야 한다고 판시하였다. 그 이유는, “임차권등기명령의 집행에 의한 임차권등기가 경료되면 임차인은 동법에 의한 대항력 및 우선변제권을 취득할 뿐만 아니라, 임차인이 임차권등기 이전에 이미 대항력 또는 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력 또는 우선변제권은 그대로 유지되며, 임차권등기 이후에는 동법 제3조 제1항의 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력 또는 우선변제권을 상실하지 아니하는 것으로 정하고 있다. 따라서 위 규정에 의한 임차권등기는 이미 임대차계약이 종료하였음에도 임대인이 그 보증금을 반환하지 않는 상태에서 경료되게 되므로, 이미 사실상 이행지체에 빠진 임대인의 임대차보증금의 반환의무와 그에 대응하는 임차인의 권리를 보전하기 위하여 새로이 경료하는 임차권등기에 대한 임차인의 말소의무를 동시이행관계에 있는 것으로 해석할 것은 아니고, 특히 위 임차권등기는 임차인으로 하여금 기왕의 대항력이나 우선변제권을 유지하도록 해 주는 담보적 기능만을 주목적으로 하는 점등”에서 그렇다는 것이다. 이 이유제시에는 수긍할 만한 점이 있다고 생각된다.

70) 이 대법원판결은 대출명기가 대여된 사안에서 “특별한 사정이 없는 한 그 형식상의 주채무자에게 실질적 주채무자를 위한 보증의 의사가 있다고 볼 수 없다”고 판단한 바 있다.

그리고 大判 2005.9.15, 2005다33039(공보 하, 1610)가 “임차권등기명령에 의한 임차권등기가 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 경우에는, 배당받을 채권자의 범위에 관하여 규정하고 있는 민사집행법 제148조 제4호의 ‘저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정 등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자’에 준하여, 임차인은 별도로 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당받을 채권자에 속하는 것으로 보아야 할 것”이라고 판시한 것도, 기본적으로 위 大判 2005.6.9.과 같은 파악에 입각한 것으로 이해된다.

⑥ 大判 2005.9.9, 2005다23773(공보 하, 1594)은 주택임대차보호법 제3조 제1항이 정하는 대항력이 있는 임차인이 가지는 보증금반환청구권에 대하여 압류 및 전부의 명령이 있는 후에 임대인이 당해 임대주택을 제3자에게 양도한 경우에, 임대인이 여전히 전부채권자에 대하여 보증금반환의무를 부담하는가 하는 문제를 다루고 있다. 원심법원은 그 경우 임대차 주택의 소유권이 제3자에게 양도되기 전에 임대차보증금반환채권이 확정된 압류 및 전부명령에 의하여 전부채권자에게 이전된 경우에는 그 전부명령의 효력에 의하여 임대차보증금반환채무자도 임대인으로 확정된다고 할 것이고, 임대차 부동산의 소유권이 양도되었다는 사정만으로 이미 전부채권자에게 전부된 임차보증금반환채권의 채무자가 변경된다고 볼 수 없다고 판단하고, 원고의 전부금청구를 인용하였다. 그러나 대법원은 타당하게도 “임대차보증금반환채권에 대한 압류 및 전부명령이 확정되어 임차인의 임대차보증금반환채권이 집행채권자에게 이전된 경우 제3채무자인 임대인으로서 임차인에 대하여 부담하고 있던 채무를 집행채권자에 대하여 부담하게 될 뿐 그가 임대차목적물인 주택의 소유자로서 이를 제3자에게 매도할 권능은 그대로 보유하는 것이며, 위와 같이 소유자인 임대인이 당해 주택을 매도한 경우 주택임대차보호법 제3조 제2항에 따라 전부채권자에 대한 보증금지급의무를 면하게 되므로, 결국 임대인인 피고는 전부금지급의무를 부담하지 않는다”고 판시하고, 원심판결을 파기환송하였다.

2. 2005년에 나온 민사재판례 중 실무적으로 가장 임팩트가 큰 것으로서는, 종종 구성원의 자격을 성년남자만으로 제한하는 종래 관습법의 효력을 부인하고 여성도 당연히 종종 구성원이 되는 것이 이번에는 「관습법」이 아니라 「조리」에 합당하다고 판시한 大判(全) 2005.7.21, 2002다1178(공보 하, 1326)을 들어야 할

것이다.⁷¹⁾ 이는, 부동산의 무단점유에 자주점유의 추정을 부정한 大判(全) 97.8.21, 95다28625(集 45-3, 84)가 종전에 우리의 민사재판에서 다른 나라에 유례를 볼 수 없게 빈번하게 주장되던 취득시효에 관한 실무의 운용을 근본적으로 개변한 것에 이어서, 아마도 「관례에 의한 혁명」이라고 불려도 좋을는지 모른다.⁷²⁾

그와 같은 일이 민사실무의 분야에서 다시 일어난다면, 그것은 무엇을 바꾸는 것이 될까? 필자는 이른바 관습상 법정지상권에 관한 종전 관례의 태도가 그 대상이 되지 않을까 감히 예측하여 본다. 물론 앞의 두 예에서처럼 그러한 변화를 재촉하는 말하자면 「사회의 압력」이라는 것이 이 경우에도 충분한 모멘텀을 얻을 수 있는지 의문이 없는 것은 아니다. 그러나 토지와 건물을 별개의 부동산으로 하는 우리 법의 중대한 기본결단에서 발생하는 법문제를 어떻게 적절하게 처리할 것인가 하는 관점에서 본다면, 민법이 法定하는 법정지상권(제366조, 제305조)의 범위 밖에서 인정된 이른바 관습상 법정지상권의 법리는 역사적으로 상당한 근거가 없을 뿐 아니라, 실제적으로도 부당한 결과를 가져온다.

[後 記]

이 글을 교정하는 과정에서, 본문의 III.에서 살펴본 저당권에 기한 방해배제청구권을 긍정하는 大判 06.1.27, 2003다58454(공보 상, 316)에 접하였다. 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 갑 회사가 이 사건 토지에 관하여 을 은행에게 근저당권설정등기를 경료한 다음에 그 대지상에 20층 규모의 오피스텔을 신축하는 공사에 착수하였다. 그런데 착공 1년 남짓 되어 지하층의 공사를 한 상태에서 부도를 내자 피고 조합이 그 무렵 갑 회사로부터 건축사업시행권을 양수하고 공사

71) 그 전에 憲裁 2005.2.3, 2001헌가9등(憲集 17-1, 1)은 戶主制가 헌법에 위반된다고 하고, 종전민법(2005년 3월 31일 개정 전)의 제778조(호주의 정의), 제781조 제1항 본문 후단(子の 父家에의 입적), 제826조 제3항 본문(처의 夫家에의 입적)이 헌법에 합치되지 아니한다고 판시한 바 있다.

72) 이 글의 검토범위를 벗어난 것이지만, 大決 2005.11.26, 2005스26(신문 3414, 9)이 법원이 호적법 제113조에 기하여 하는 改名 허가의 기준에 대하여, “범죄를 기도 또는 은폐하거나 법령에 따른 각종 제한을 회피하려는 불순한 의도나 목적이 개입되어 있는 등 개명신청권의 남용으로 볼 수 있는 경우”가 아닌 한 원칙적으로 개명을 허가함이 상당하다고 판시한 것도 획기적이다.

를 속행하였다. 그 후 원고는 을 은행으로부터 근저당권부 채권을 양수하고, 이 사건 토지에 대하여 임의경매절차를 신청하여 그 절차가 개시되었다. 이 상태에서 원고는 피고를 상대로 위 공사가 원고의 저당권을 침해하는 행위라고 하여 그 중지를 구하는 소를 제기하였다.

원심법원은 그 청구를 인용하였는데, 대법원도 위 판결에서 피고의 상고를 기각하였다. 대법원은 우선 “저당권자는 저당권 설정 이후 환가에 이르기까지 저당물의 교환가치에 대한 지배권능을 보유하고 있으므로 저당목적물의 소유자 또는 제3자가 저당목적물을 물리적으로 멸실·훼손하는 경우는 물론 그 밖의 행위로 저당부동산의 교환가치가 하락할 우려가 있는 등 저당권자의 우선변제청구권의 행사가 방해되는 결과가 발생한다면 저당권자는 저당권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 방해행위의 제거를 청구할 수 있다”는 일반론을 실시한 다음, “대지의 소유자가 나대지상태에서 저당권을 설정한 다음 대지상에 건물을 신축하기 시작하였으나 피담보채무를 변제하지 못함으로써 **저당권이 실행에 이르렀거나 실행이 예상되는 상황인데도 소유자 또는 제3자가 신축공사를 계속한다면 신축 건물을 위한 법정지상권이 성립하지 않는다고 할지라도 경매절차에 의한 매수인으로서의 신축건물의 소유자로 하여금 이를 철거하게 하고 대지를 인도받기까지 별도의 비용과 시간을 들여야 하므로, 저당 목적 대지상에 건물신축공사가 진행되고 있다면 이는 경매절차에서 매수희망자를 감소시키거나 매각가격을 저감시켜 결국 저당권자가 지배하는 교환가치의 실현을 방해하거나 방해할 염려가 있는 사정에 해당한다**”는 것이다.

이 중요한 판결은 「저당권에 기한 방해배제청구권」의 문제에 대하여 새로운 지평을 열었다고 할 수 있다. 이는 본문의 註 29에서 본 문헌의 견해와 같은 태도를 취한 것인데, 그 의미 및 당부에 대한 평가는 보다 신중한 천착을 요한다고 생각된다.