한림법학원 민사법 담당

김남훈 변호사입니다.

2024년 제13회 변호사시험

민사법 사례형에 대한 간략답안입니다.

시험보신 분들의 체감난이도는 다를 수 있겠지만,

강사입장에서 보면 작년과 유사합니다.

본 답안에 대한 질문은

아래 연락처로 주시기 바랍니다.

본 답안을 보시는 모든 분들에게

2024년 4월 좋은 소식이 전해지기를 기원합니다.

김남훈 변호사 드림

jusdroit@hanmail.net
010-4094-2389
오픈카톡방 : 푸에테앤프랙티스
참여코드 : passpass

2024년도 시행 제13회 변호사시험	민사법

〈제1문의 1〉

甲은 乙에게 그랜드피아노 10대를 판매하였으나 乙로부터 대금을 지급받지 못하였다. 甲은 乙을 상대로 1억 원의 대금청구의 소를 제기하기 위하여 2022. 2. 10. A변호사를 선임하였고, 소송위임장에 상소제기에 관한 특별수권을 부여하는 내용이 명시되었다.

甲은 2022. 2. 18. 사망하였으나 그 이전에 이미 소송위임장과 소송관련 문서가 완성되어 있었기 때문에 A변호사는 甲의 사망 사실을 알지 못한 채 2022. 2. 25. 乙을 상대로 1억 원의 대금청구의 소를 제기하였다.

제1심 계속 중 甲의 상속인 丙과 丁은 각자 소송수계신청서를 제출하였다. 제1심법원은 심리를 마친 후 상속인 丙과 丁을 원고(소송수계인)로 표시하여 원고 전부패소 판결을 선고하였고, 판결정본은 A변호사와 乙에게 각 송달되었다. A변호사, 丙, 丁은 제1심판결에 대하여 항소를 제기하지 않았다.

甲의 상속인으로는 丙과 丁 이외에 戊가 있었는데, 戊는 해외에 장기거주하는 관계로 위 소송계속 사실을 알지 못하였으므로, 수계신청이나 항소제기를 한 바는 없었다.

〈 문제 〉

(1) A변호사가 甲의 사망 이후에 소를 제기한 것이 적법한지와, (2) A변호사에게 판결정본이 송달되어 2주가 경과한 시점에서 戊에 대한 판결이 확정되는지에 대하여 각 판단하고 근거를 서술하시오. (20점)

■ 소송위임계약 체결 이후 소 제기 이전에 원고가 사망한 사안과 상속인들 중 일부만 소송수계를 한 사안이 출제되었다. (1)과 관련해서는 2014다210449에 따라 적법하다는 점을 서술하고, (2)와 관련해서는 2007다22859에 따라 戊에게도 제1심판결의 효력이 미치고, A변호사에게 상소제기에 관한 특별수권이 있었으므로 항소기간이 진행하여 판결이 확정된다는 점을 서술하면 된다.

★ 민사소송법 암기장 강의에서 대법원 1992. 11. 5.자 91마342 결정과 대법원 2010. 12. 23. 선고 2007다22859 판결을 비교하여 강의하였다. 또한 법전협 모의시험 중 본 쟁점이 출제된 문제를 선별하여 첨삭반 1순환 4회차 문제로 출제하여 강의하였다.

[1순환 첨삭반 4회차]

甲 종중(대표자 A)은 2009. 8. 7. 乙에게 3억 원을 변제기 1년으로 하여 대여하였는데, 乙이 변제기가 지나서도 변제하지 않자, 2019. 6. 11. 乙을 상대로 3억 원의 대여금 청구의 소를 제기하였다. 위 소송에서 乙은 소송대리인 B를 선임하였다.

제3회 변론기일 직전에 乙이 사망하였고 그 상속인으로는 C와 D가 있었으나 C만이 소송절차를 수계하였다. 제1심 법원은 乙의 상속인이 2명인 사실을 알지 못한 채 피고를 C로만 표시한 원고청구 일부 인용 판결을 선고하였고 그 판결문은 2021. 1. 7. B에게 송달되었다. B에게는 상소제기에 관한 특별수권이 없다. C는 2021. 1. 15. 자신의 명의로만 항소를 제기하였다.

〈 문제 〉

위 제1심 판결 및 항소제기의 효력은 D에게도 미치는가? (15점)

[문제의 해결] 소송계속 중 당사자의 사망

21년 8월 모의시험 / 소송중 당사자의 사망과 소송수계에 관한 쟁점이 출제되었다. 91마342와 2007다22859의 차이점을 정리해야 한다.

○ 당사자가 사망하더라도 소송대리인의 소송대리권은 소멸하지 아니하므로(민사소송법 제95조 제1호), 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 한 다음 소 제기 전에 사망하였는데 소송대리인이 당사자가 사망한 것을 모르

고 당사자를 원고로 표시하여 소를 제기하였다면 소의 제기는 적법하고, 시효중단 등 소 제기의 효력은 상속인들에게 귀속된다. 이 경우 민사소송법 제233조 제1항이 유추적용되어 사망한 사람의 상속인들은 소송절차를 수계하여야 한다(대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결).

○ [1] 민사소송법 제95조 제1호, 제238조에 따라 소송대리인이 있는 경우에는 당사자가 사망하더라도 소송절차가 중단되지 않고 소송대리인의 소송대리권도 소멸하지 아니하는바, 이때 망인의 소송대리인은 당사자 지위의 당연승계로 인하여 상속인으로부터 새로이 수권을 받을 필요 없이 법률상 당연히 상속인의 소송대리인으로 취급되어 상속인들 모두를 위하여 소송을 수행하게 되는 것이고, 당사자가 사망하였으나 그를 위한 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 않는 경우에 비록 상속인으로 당사자의 표시를 정정하지 아니한 채 망인을 그대로 당사자로 표시하여 판결하였다고 하더라도 그 판결의 효력은 망인의 소송상 지위를 당연승계한 상속인들 모두에게 미치는 것이므로, 망인의 공동상속인 중 소송수계절차를 밟은 일부만을 당사자로 표시한 판결 역시 수계하지 아니한 나머지 공동상속인들에게도 그 효력이 미친다. [2] 망인의 소송대리인에게 상소제기에 관한 특별수권이 부여되어 있는 경우에는, 그에게 판결이 송달되더라도 소송절차가 중단되지 아니하고 상소기간은 진행하는 것이므로 상소제기 없이 상소기간이 지나가면 그 판결은 확정되는 것이지만, 한편 망인의 소송대리인이나 상속인 또는 상대방 당사자에 의하여 적법하게 상소가 제기되면 그 판결이 확정되지 않는 것 또한 당연하다. 그런데 당사자 표시가 잘못되었음에도 망인의 소송상 지위를 당연승계한 정당한 상속인들 모두에게 효력이 미치는 판결에 대하여 그 잘못된 당사자 표시를 신뢰한 망인의 소송대리인이나 상대방 당사자가 그 잘못 기재된 당사자 모두를 상소인 또는 피상소인으로 표시하여 상소를 제기한 경우에는, 상소를 제기한 자의 합리적 의사에 비추어 특별한 사정이 없는 한 정당한 상속인들 모두에게 효력이 미치는 위 판결 전부에 대하여 상소가 제기된 것으로 보는 것이 타당하다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2007다22859 판결).

〈제1문의 2〉

甲은 乙과의 사이에서 乙 소유의 X토지를 건물 신축의 목적으로 임차하기로 합의하였다. 그런데 甲이 X토지에 가서 보니, X토지에 인접한 Y토지에서 식당을 운영하는 丙이 X토지를 주차장으로 사용하면서 X토지 위에 주차관리실 용도의 가건물(6㎡ 규모)을 건축하여 사용하고 있는 사실을 알게 되었다.

이에 甲은 가건물의 소유자인 丙이 X토지를 불법점유하고 있다고 주장하면서, 자신의 임차권을 보전하기 위하여 乙을 대위하여 丙을 상대로 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 위 가건물의 철거 및 X토지의 인도를 구하는 소를 제기하였다.

甲은 소장에서 甲의 대위권행사의 요건사실, 乙이 X토지를 소유하고 있는 사실, 丙이 X토지 위에 가건물을 소유하고 있는 사실을 주장하면서 丙이 X토지를 정당한 권원 없이 불법점유하고 있다고 주장하였고, 丙은 "乙과 X토지에 관한 임대차계약을 체결한 후 가건물을 건축하였는데, 乙이 계약 갱신을 원하지 않아 계약 종료 무렵 갱신 합의가 이루어진 바는 없다." 라는 내용의 답변서를 제출하였다.

제1회 변론기일에 甲은 출석하였으나 丙은 적법하게 기일통지를 받고도 불출석하였으며 변론은 그대로 진행되었고, 甲은 丙의 위 답변서의 주장을 원용하였다. 제2회 변론기일에 甲과 丙이 모두 출석하였고, 丙은 "답변서에서의 주장은 착오이며, X토지에 관한 임대차계약 종료 무렵 乙과 丙 사이에 계약 갱신에 관한 합의가 있었다." 라고 주장하였으나, 甲은 丙의 위 주장에 대하여 적극 다투었다.

〈 문제 〉

법원이 甲의 대위권행사의 요건사실, 乙이 X토지를 소유하고 있는 사실, 丙이 X토지 위에 가건물을 소유하고 있는 사실을 각 인정하나, 乙과 丙 사이에 임대차계약 갱신에 관한 합의가 있었다는 점과 丙의 답변서의 주장이 착오에 기한 것이라는 점에 관한 심증을 형성하지 못한 경우, 법원은 甲의 청구에 대하여 어떻게 판단하여야 하는가? (가건물에 관한 丙의 매수청구권 행사 문제는 고려하지 말 것) (20점)

■ 병이 답변서를 제출하고 적법한 기일통지를 받고도 변론기일에 불출석 하였으므로 답변서는 진술간주가 되었다는 점, 병이 답변서에 기재한 "갱신 합의가 이루어진 바는 없다." 는 진술은 자인진술이고, 이를 갑이 원용하여 선행자백(재판상 자백)이 되었다는 점, 진술간주로 재판상 자백이 되는 것이지 자백간주가 되는 것은 아니라는 점, 병이 재판상 자백에 대한 취소를 주장하였지만 입증을 하지 못하였으므로, 재판상 자백이 유효하다는 점, 병이 토지를 점유할 권원이 없으므로 법원은 갑의 청구를 인용하는 재판을 하여야 한다는 점을 서술하면 된다.

★ 선택형 기출 강의와 진도별 모의고사 선택형 강의에서 다수설과 판례가 선행자백의 개념을 달리 보고 있으므로, 판례의 입장에 따라 선행자백의 개념을 정리하고 사례형으로도 대비하여야 한다고 강의하였다.

[선택형 기출지문총정리]

(1) 당사자가 변론에서 상대방이 주장하기도 전에 스스로 자신에게 불이익한 사실을 진술하였더라도, 상대방이 이를 명시적으로 원용하거나 그 진술과 일치되는 진술을 하게 되면 재판상 자백이 성립된다. [17변시]

(2) 일단 자기에게 불리한 사실을 진술한 당사자도 그 후 상대방의 원용이 있기 전에는 그 진술을 철회하고 이와 모순되는 진술을 자유로이 할 수 있으며, 이 경우 앞의 자인사실은 소송자료에서 제거된다. [18변시]

(3) 당사자 일방이 자진하여 자기에게 불리한 사실상 진술을 한 후 그 상대방이 이를 원용함으로써 그 사실에 관한 당사자 쌍방의 주장이 일치하기 전에는 위 당사자 일방의 불리한 진술은 자백으로서의 효력이 생기지 않는다. [22변시]

해설 선행자백의 개념에 대하여, ① 다수설은 상대방이 원용하기 전의 상태를 선행자백이라고 하여 재판상 자백과 구별하고 있으나, ② 판례는 상대방이 원용하기 전의 상태를 자인진술이라고 하고 상대방이 원용하여 재판상 자백이 된 것을 선행자백이라고 한다. ➲ 재판상 자백의 일종인 선행자백은 당사자 일방이 자진하여 자기에게 불리한 사실상의 진술을 한 후 상대방이 원용함으로써 사실에 관하여 당사자 쌍방의 주장이 일치함을 요하므로, 일치가 있기 전에는 전자의 진술을 선행자백이라 할 수 없고, 따라서 일단 자기에게 불리한 사실을 진술한 당사자도 그 후 상대방의 원용이 있기 전에는 자인한 진술을 철회하고 이와 모순되는 진술을 자유로이 할 수 있으며 이 경우 앞의 자인사실은 소송자료에서 제거된다(대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결). 재판상 자백의 일종인 소위 선행자백은 당사자 일방이 자기에게 불리한 사실상의 진술을 자진하여 한 후 그 상대방이 이를 원용함으로써 그 사실에 관하여 당사자 쌍방의 주장이 일치함을 요하므로 그 일치가 있기 전에는 전자의 진술을 선행자백이라 할 수 없고 따라서 일단 자기에게 불리한 사실을 진술한 당사자도 그 후 그 상대방의 원용이 있기 전에는 그 자인한 진술을 철회하고 이와 모순되는 진술을 자유로이 할 수 있으며 이 경우 앞의 자인진술은 소송자료로부터 제거된다(대법원 1986. 7. 22. 선고 85다카944 판결).

▶정답 ○/ ○/ ○

○ 재판상의 자백은 변론기일 또는 변론준비기일에서 상대방의 주장과 일치하면서 자기에게는 불리한 사실을 진술하는 것을 말한다. 법원에 제출되어 상대방에게 송달된 준비서면 등에 자백에 해당하는 내용이 기재되어 있는 경우라도 그것이 변론기일이나 변론준비기일에서 진술 또는 진술간주 되면 재판상 자백이 성립한다. 재판상의 자백이 있으면 그것이 적법하게 취소되지 않는 한 법원도 이에 구속되므로, 법원이 자백 사실과 다른 판단을 할 수 없다(대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다276027 판결).

〈제1문의 3〉

〈 기초적 사실관계 〉

甲이 乙에게 2022. 3. 5. 1억 원을 이자 없이 변제기는 1년 후로 정하여 대여하였다고 주장하면서 대여원금 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 乙은 청구원인사실을 부인하고, 예비적으로 1억 원 전부를 변제하였다고 항변하였다. 甲은 자신이 변제받은 사실이 전혀 없다고 부인하였다.

[※ 이하의 추가적 사실관계들은 각각 독립적인 별개의 사실관계이고, 질문도 별개임]

〈 추가적 사실관계 1 〉

제1심법원은 甲이 乙에게 1억 원을 대여한 사실이 인정되고, 乙이 5천만 원만을 변제하였다고 인정하여 乙은 甲에게 5천만 원을 지급하라고 판결하였다(일부인용).

〈 문제 〉

1. (1)

甲만이 자신의 청구를 전부 인용하여 달라고 항소하였다. 항소심법원은 심리한 결과 甲이 乙에게 1억 원을 대여한

사실이 인정되고, 乙이 甲에게 1억 원 전부를 변제한 사실이 인정된다고 판단하게 되었다. 항소심법원은 어떻게 판결하여야 하는가? (10점)

■ 제1심에서 일부인용을 받은 원고 갑만이 항소를 하였는데, 항소심 법원의 심증은 청구기각판결이므로, 불변금 원칙상 원고의 항소를 기각해야 한다는 점을 서술하면 된다.

★ 항소기각이 되는 2가지 경우 중에서 불변금 원칙상 항소기각이 되는 경우를 강의하였고, 이와 관련된 법전협 문제를 1순환 첨삭반에 출제하였다.

[1순환 첨삭반 8회차]

甲은 2009. 8. 7. 乙에게 3억 원을 변제기 1년으로 하여 대여하였는데, 乙이 변제기가 지나서도 변제하지 않자, 2019. 6. 11. 乙을 상대로 3억 원의 대여금 청구의 소를 제기하였다.

甲은 위 소송계속 중 丙에게 위 대여금채권을 양도했다고 주장하면서 소송인수를 신청하였다. 제1심 법원은 2020. 9. 30. 丙을 원고 인수참가인으로 하여 소송인수결정을 하였고, 같은 날 甲은 乙의 승낙을 받아 소송에서 탈퇴하였다.

제1심 법원은 2021. 2. 8. 甲과 丙 사이의 채권양도가 소송행위를 하게 하는 것을 주된 목적으로 이루어져 무효라는 이유로 丙에 대해 소각하 판결을 선고하였다. 이에 대해 丙만 항소하였는데, 항소법원의 심리결과 甲과 丙 사이의 채권양도는 유효하나 위 대여금채권이 변제로 소멸한 사실이 인정되었다.

〈 문제 〉

항소심 법원은 제1심 판결을 취소하고 丙의 청구를 기각하는 판결을 할 수 있는가? (15점)

[문제의 해결] 불이익변경금지의 원칙과 항소기각판결

21년 8월 모의시험 / 소를 각하한 1심 판결에 대하여 원고만이 항소하고, 항소심이 청구기각 사안이라고 판단한 경우에 항소기각을 하여야 한다는 쟁점이 출제되었다. 불이익변경금지의 원칙에 의하여 항소기각이 되는 사안을 정리해야 한다.

1. (2)

甲은 항소심 제1회 변론기일에서 위 대여원금에 대한 변제기 이후의 지연손해금청구를 추가하였다. 甲과 乙은 각자 항소심법원의 태도 등을 고려할 때 차라리 제1심판결을 확정시키고 현재 진행되고 있는 모든 사건을 종료시키는 것이 좋겠다고 생각하게 되었다. ① 甲만 항소한 경우에 甲이 취할 방법을, ② 乙만 항소한 경우에 乙이 취할 방법을 각 제시하시오. (15점)

■ ① 갑만 항소한 경우에 갑은 항소를 취하하고 항소심에서 추가한 지연손해금청구는 을의 동의를 받아 소를 취하하면 된다는 점, ② 을만 항소한 경우에 을은 항소를 취하하면 되고 이 경우에 갑이 추가한 지연손해금청구는 부대항소이므로 을의 항소취하로 부대항소는 효력을 잃는다는 점(민사소송법 제404조)를 서술하면 된다.

〈 추가적 사실관계 2 〉

제1심에서 乙은 예비적 변제항변도 이유 없다면 자신의 甲에 대한 1억 원의 반대채권으로 상계한다고 주장하였다. 甲은 乙의 반대채권을 부인하였다.

〈 문제 〉

2. 다음 각 경우에 항소심법원은 어떻게 판결하여야 하는가? (20점)

(1) 제1심법원은 甲이 乙에게 1억 원을 대여하였으나, 乙이 이를 모두 변제하였다고 인정하여 甲의 청구를 기각하였다. 이에 甲만이 항소하였다. 항소심법원은 甲이 乙에게 대여한 사실이 인정되지 않는다고 판단하고 있다.

(2) 제1심법원은 甲이 乙에게 1억 원을 대여하였고, 乙의 변제항변은 이유 없으나 상계항변이 이유 있다고 판단하여 甲의 청구를 기각하였다. 이에 甲만이 항소하였다. 항소심 법원은 甲이 乙에게 1억 원을 대여하였으나, 乙이 이를 모두 변제하였다고 판단하고 있다.

■ (1) 제1심의 주문은 청구기각이고 이유는 원고의 대여사실인정과 피고의 변제사실인정인데, 제2심의 심리결과 주문은 제1심과 동일하지만 이유는 제1심과 다르다. 제1심 판결의 이유가 정당하지 아니한 경우에도 다른 이유에 따라 그 판결이 정당하다고 인정되는 때에는 항소를 기각하여야 한다(제414조 제2항). 따라서 항소심은 항소기각판결을 선고한다는 점, 판결 이유 중의 판단에 대하여는 기판력이 발생하지 않기 때문에 원고만이 항소를 한 경우라도 이러한 판결이 불변금 위반이 아니라는 점을 서술하면 된다.

(2) 제1심의 주문은 청구기각이고 이유는 을의 상계항변이 이유가 있다는 점인데, 항소심은 을의 변제항변이 이유가 있다고 판단하고 있다. 이 경우에 항소심이 을의 변제를 이유로 항소기각을 하면 원고는 자동채권이 소멸되었다는 이익을 상실하여 제1심 판결보다 불리해진다. 따라서 항소심은 불변금의 원칙상 제1심 판결과 동일한 이유로 항소기각판결을 하여야 한다는 점을 서술하면 된다.

〈제1문의 4〉

〈 기초적 사실관계 〉

甲은 乙로부터 전기자동차 50대를 공급받기로 하는 도급계약을 체결하였다. 乙은 위 자동차 제작을 위해 丙으로부터 전자브레이크 및 모터를 납품받기로 하는 계약을 체결하였다. 甲은 乙로부터 전기자동차 30대를 인도받았는데, 위 자동차 중 15대의 자동차에서 고주파 소음이 발생하였다. 甲과 乙은 공동으로 하자 원인을 규명하기 위해 A회사에 조사를 의뢰하였고 '丙으로부터 제공받은 전자브레이크 내부의 금속 부품이 파열되었기 때문'이라는 보고서가 제출되었다. 위 전자브레이크는 丙의 하도급 업체인 丁이 제조한 것이었다.

甲은 위 고주파 소음의 원인을 찾기 위한 비용 및 수리 비용으로 13억 원을 지출하였다면서 乙을 상대로 채무의 불완전이행을 원인으로 한 손해배상으로 총 13억 원의 지급을 구하는 소(이하 '이 사건 소송'이라 한다)를 제기하였다.

이 사건 소송에서 丁의 과실로 전자브레이크 내부의 금속 부품이 파열되었고, 乙은 丙이 丁으로부터 전자브레이크를 제공받는다는 점을 인지한 상태에서 丙과 계약을 체결한 사실이 인정되었다. 또한 전자브레이크에 발생한 하자는 甲이 乙에게 지시(설계)한 내용에 기인한 것일 가능성이 매우 높다는 보고서가 추가로 제출되었다.

〈 문제 〉

1. 이 사건 소송에서 乙은 ① 丙과 丁이 乙의 지시 또는 감독 아래 업무를 수행하였다거나, 乙에 대하여 종속적인 지위에 있지 아니하므로, 전자브레이크 제작 과정에 丙 또는 丁의 고의·과실이 있다고 하더라도 乙은 이에 대한 책임이 없고, ② 전자브레이크에 발생한 하자는 도급인인 甲의 지시에 기인하여 발생한 것이므로 「민법」 제669조에 따라 손해배상책임을 부담하지 않는다고 주장하였다. 乙의 위 각 주장의 당부를 판단하고 근거를 서술하시오. (20점)

■ ① 갑을 을을 상대로 불완전이행을 원인으로 하는 손해배상을 청구하였으므로, 병과 정은 을의 이행보조자가 된다는 점, 이행보조자는 사용자책임의 피용자와 달리 지시 또는 감독 아래 업무를 수행하거나 종속적인 지위에 있을 필요가 없다는 점을 서술하면 된다. ② 민법 제669조는 불완전이행을 원인으로 하는 손해배상청구에는 적용되지 않는다는 대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다268252 판결을 서술하면 된다.

★ 이행보조자와 피용자를 구분하여 요건을 정리해야 한다고 여러 번 강의하였다. 대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다268252 판결은 진도별 모의고사에 출제하였다.

○ 민법 제391조에서의 이행보조자로서의 피용자라 함은 일반적으로 채무자의 의사관여 아래 그 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 족하고, 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니므로 채무자에 대하여 종속적인가 독립적인 지위에 있는가는 문제되지 않는다(대법원 1999. 4. 13. 선고 98다51077 판결).

○ 도급계약에 따라 완성된 목적물에 하자가 있는 경우, 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다. 민법 제669조 본문은 완성된 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 수급인의 하자담보책임에 관한 규정이 적용되지 않는다고 정하고 있다. 그러나 이 규정은 수급인의 하자담보책임이 아니라 민법 제390조에 따른 채무불이행책임에는 적용되지 않는다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다268252 판결).

[3순환 진도별 모의고사 민법 8회차]

수산물 가공공장을 운영하는 甲은 산업용 기계류를 제작하는 乙에게 액젓 보관용 저장탱크의 제작 및 설치공사를 내용으로 하는 도급계약을 체결하였다. 乙이 약속된 기간 내에 저장탱크를 제작하여 甲의 공장에 설치를 하였고, 甲은 액젓을 저장탱크에 보관하였다. 그 후 액젓이 변질된 것을 알게 된 甲은 원인이 저장탱크의 제작과정에서 발생한 균열이라는 것을 알게 되었다. 甲은 乙을 상대로 불완전이행에 의한 채무불이행 책임을 청구원인으로 하여 1억 원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다.

乙은 답변서에서 "민법 제669조 본문은 완성된 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 수급인의 하자담보책임에 관한 규정이 적용되지 않는다고 정하고 있다. 이 사건 저장탱크의 하자는 피고가 부적당함을 알지 못한, 원고가 제공한 재료의 성질과 원고의 지시에 의한 것이므로, 피고는 손해배상책임을 부담하지 않는다."고 주장하였다.

〈 문제 〉

법원의 심리 결과, "이 사건 저장탱크의 하자는 피고가 부적당함을 알지 못한, 원고가 제공한 재료의 성질과 원고의 지시에 의한 것"이라는 乙의 주장이 사실이라고 인정이 될 경우에, 법원은 甲의 청구를 민법 제669조를 근거로 기각할 수 있는지에 대하여 서술하시오. (15점)

[문제의 해결] 채무불이행책임과 하자담보책임의 경합

도급계약에서 채무불이행책임과 하자담보책임은 경합하므로, 하자담보책임에 관한 규정은 채무불이행책임에는 적용되지 않는다는 최근 판례의 법리를 정리해야 한다.

〈 추가적 사실관계 〉

이 사건 소송에서 제1심법원은 甲의 청구를 인용하되, 乙의 책임을 60%로 제한하는 판결을 선고하였고, 제1심판결에 대하여 乙만이 항소하였다. 甲은 항소심 심리 도중 「민법」 제667조 제2항에 근거하여 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 위 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구에 선택적으로 병합하는 내용으로 청구를 변경하였다.

항소심법원은 甲이 선택적으로 병합한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 임의로 선택하여 심리를 진행하였고, 심리결과 위 청구가 이유 있고 그 결론이 제1심판결의 주문과 동일하다고 판단하여 乙의 항소를 기각하였다.

〈 문제 〉

2. 항소심법원의 판결이 타당한지 판단하고 근거를 서술하시오. (10점)

■ 대법원 1992. 9. 14. 선고 92다7023 판결을 근거로 항소심법원의 판결은 타당하지 않다고 서술하면 된다.

★ 선택형 기출특강와 진도별 모의고사 선택형 강의에서 사례형으로도 대비하여야 한다고 강의하였다.

항소심 법원은 선택적으로 병합된 수개의 청구 중 제1심에서 심판되지 아니한 청구를 임의로 선택하여 심판할 수 있으며 심리결과 그 청구가 이유 있다고 인정하는 경우, 그 결론이 제1심판결의 주문과 동일하여도 제1심판결을 취소한 다음 새로이 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다. [23변시]

해설 수개의 청구가 제1심에서 처음부터 선택적으로 병합되고 그중 어느 한 개의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 경우는 물론, 원고의 청구를 인용한 판결에 대하여 피고가 항소를 제기하여 항소심에 이심된 후 청구가 선택적으로 병합된 경우에 있어서도 항소심은 제1심에서 인용된 청구를 먼저 심리하여 판단할 필요는 없고, 선택적으로 병합된 수개의 청구 중 제1심에서 심판되지 아니한 청구를 임의로 선택하여 심판할 수 있다고 할 것이나, 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정되고 그 결론이 제1심판결의 주문과 동일한 경우에도 피고의 항소를 기각하여서는 안되며 제1심판결을 취소한 다음 새로이 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 할 것이다(대법원 1992. 9. 14. 선고 92다7023 판결). ▶정답 ○

〈제1문의 5〉

〈 기초적 사실관계 〉

甲은 골프장 회원권 분양 및 골프장 운영을 영업으로 하고 있고, 乙에게 골프장 회원권 분양과 관련하여 甲의 상호를 사용하여 영업을 하도록 허락하였다. 乙은 甲이 보유하는 골프장 회원권을 시세보다 저렴하게 구입하여 주겠다고 홍보하여 2018. 5. 8. 丙과 사이에 회원권에 관한 매매계약을 체결하고 같은 날 매매대금으로 2억 원 전액을 지급받았다. 그러나 시간이 지나도 골프장 회원권에 대한 명의개서 절차가 이루어지지 않자 丙은 甲이 운영하는 골프장을 찾아가 항의하였다.

[※ 이하의 추가적 사실관계들은 각각 독립적인 별개의 사실관계이고, 질문도 별개임]

〈 문제 〉

1. 다음과 같은 사실 또는 사정을 고려할 때 甲의 변호사의 입장에서 甲의 민법상 사용자책임을 부정할 수 있는 논거를 제시하시오. (10점)

〈 다 음 〉

丙이 乙을 사기 혐의로 수사기관에 고소하여 乙에 대한 수사가 진행된 결과, 아래와 같은 사실이 밝혀졌다.

① 甲과 乙 사이에는 직접적인 고용관계는 존재하지 아니하고, 乙은 甲으로부터 수수료를 받고 회원권을 중개·알선하였다.

② 甲은 乙 등 甲의 상호를 사용하여 회원권 판매업을 영위하는 사람들을 대상으로 직무 교육을 실시하는 대신 甲이 운영하는 골프장을 홍보하는 팸플릿과 회원권 매매시 주의사항이 기재된 안내문을 매년 제공하였다.

③ 丙은 위 골프장 회원권 외에도 다수의 골프장 회원권을 보유하면서, 여러 차례 회원권 매매계약을 체결한 경험이 있다.

④ 보통의 회원권 매매계약서에는 회원권의 종류가 특정되어 있고 위약금 약정이 존재하지 않으나, 乙이 丙에게 교부한 매매계약서에는 회원권 종류가 특정되어 있지 않고 이례적으로 고율의 위약금 약정이 존재하였다. 또 丙이 매매대금으로 지급한 2억 원은 당시 시세보다 40% 가량 저렴한 가격이었으며, 丙은 회원권에 대한 명의개서 전에 매매대금 전액을 乙의 개인계좌로 지급하였고 甲에게 회원권 매매에 관한 사항을 확인한 적은 없었다.

⑤ 乙은 수사과정에서 비자금 조성을 위해 저렴하게 회원권을 판매하였고, 그러한 사정을 丙에게 고지하였다고 진술하였다.

丙은 위 수사가 진행되는 도중 甲을 찾아가 乙의 행위에 대하여 甲이 민법상 사용자책임을 부담하여야 한다고 주장하면서 손해를 배상하지 않을 경우 甲을 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기할 예정이라고 하였다.

■ 병이 여러 차례 회원권 매매계약을 체결한 경험이 있다는 점, 보통의 회원권 매매계약서와 달리 회원권 종류가 특정되어 있지 않고 이례적으로 고율의 위약금 약정이 존재한다는 점, 매매대금이 시세보다 40% 저렴한 가격이고 매매대금을 을의 개인계좌로 지급하였고 갑에게 확인한 적은 없다는 점, 비자금 조성을 위한다는 사정을 고지하였다는 점을 근거로 병이 을의 행위에 대하여 사무집행 관련성이 없다는 점을 알았거나 중과실로 몰랐다는 점을 서술하면 된다.

〈 추가적 사실관계 〉

丙은 2019. 4. 6. 甲을 상대로 사용자책임을 근거로 한 2억 원의 손해배상을 구하는 소(이하 '이 사건 소송'이라 한다)를 제기하였다. 이 사건 소송 진행 도중 丙은 과실상계 비율을 고려하여 손해배상청구액을 1억 4천만 원(과실상계 30%)으로 감축하였고, 甲은 2019. 10. 15. 乙에게 '甲의 손해배상책임이 인정되어 손해를 배상하게 되는 경우 불법행위자인 乙에게 구상권을 행사할 수 있다'는 취지의 소송고지를 하였으나, 乙은 이 사건 소송에 참가하지 아니하였다.

그후 甲이 丙에게 1억 4천만 원을 지급한다는 내용의 화해권고결정이 2020. 2. 15. 확정되어 이 사건 소송이 종료되었고, 甲은 위 화해권고결정에 따라 丙에게 1억 4천만 원의 손해배상금을 지급한 다음 乙을 상대로 구상금청구의 소를 제기하였다.

위 구상금청구 소송에서 乙은 '丙에 대한 불법행위책임을 인정할 수 없어 甲이 손해배상금을 지급하였다 하더라도 구상금청구에 응할 수 없다' 고 주장하였다.

〈 문제 〉

2. 乙이 위와 같은 주장을 할 수 있는지 판단하고 근거를 서술하시오. (10점)

■ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012다78184 판결을 근거로 참가적 효력이 인정되지 않으므로 을이 주장을 할 수 있다고 서술하면 된다.

★ 선택형 기출특강과 진도별 모의고사 선택형 강의에서 사례형으로도 출제될 수 있다고 강의하였다.

⑤ 위 소송이 화해권고결정으로 종료된 경우에도 확정판결에서와 같은 참가적 효력이 발생한다. [20변시]

해설 보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행하였으나 피참가인이 소송에서 패소한 경우에는 형평의 원칙상 보조참가인이 피참가인에게 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 구속력을 미치게 하는 이른바 참가적 효력이 인정되지만, 전소 확정판결의 참가적 효력은 전소 확정판결의 결론의 기초가 된 사실상 및 법률상의 판단으로서 보조참가인이 피참가인과 공동이익으로 주장하거나 다툴 수 있었던 사항에 한하여 미친다. 이러한 법리에 비추어 보면 전소가 확정판결이 아닌 화해권고결정에 의하여 종료된 경우에는 확정판결에서와 같은 법원의 사실상 및 법률상의 판단이 이루어졌다고 할 수 없으므로 참가적 효력이 인정되지 아니한다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2012다78184 판결). ▶정답 ×

〈제1문의 6〉

甲은 X토지의 소유자이고, 乙은 X토지에 인접하여 신축된 Y건물의 소유자로서 X토지를 Y건물의 주차장 및 진출입로로 사용해 왔다. 甲은 乙이 토지 사용료를 지급하지 않고 있다면서 X토지에 펜스를 설치하여 乙이 X토지를 Y건물의 주차장 및 진출입로로 사용·수익하지 못하게 하였다. 乙은 「민법」 제204조에 따라 점유물 반환으로 펜스의 철거 및 X토지의 인도를 구하는 본소를 제기하였고, 甲은 위 청구가 인용될 경우에 대비하여 「민법」 제213조에 따라 소유권에 기하여 X토지의 인도를 구하는 예비적 반소를 제기하였다.

한편 위 소송 과정에서 乙에게 X토지를 사용할 수 있는 권리에 대한 증명은 이루어지지 아니하였다.

〈 문제 〉

위 소송의 법원은 甲에게 X토지에 대한 소유권이 존재하므로 乙의 점유회수청구는 받아들일 수 없다는 이유로 乙의 본소청구를 기각하였고, X토지에 대한 乙의 방해 상태가 이제는 존재하지 않는다는 이유로 甲의 예비적 반소청구도 기각하였다. 법원이 乙의 본소청구 및 甲의 예비적 반소청구를 모두 기각한 것이 타당한지 판단하고 근거를 서술하시오. (15점)

■ 대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다202795 판결이 출제되었다. (a) 을에게 토지를 사용할 수 있는 권리(본권)가 있는지에 대한 증명이 이루어지지 않았더라도 갑이 펜스를 설치할 당시 을이 토지를 주차장 등으로 사용하고 있었기 때문에 을에게 점유권이 인정되어 제204조에 따른 본소청구가 인정될 수 있다. 또한 제208조 제2항에 따라 점유권에 기인한 소는 본권을 이유로 재판할 수 없다. 따라서 을의 본소청구를 기각한 것은 타당하지 않다. (b) 본소를 기각하는 경우에는 예비적 반소를 판단할 수 없다. 한편 본소가 인용되는 사안이므로 본소 인용을 전제로 하는 예비적 반소도 심판대상이 되어야 하고 법원이 갑에게 토지에 대한 소유권이 존재한다고 판단하였으므로 예비적 반소도 인용된다. 따라서 갑의 예비적 반소청구를 기각한 것은 타당하지 않다.

★ 출제가 유력한 판례이었기 때문에 최신 판례강의에서도 강조하였고, 진도별 모의고사에도 출제하였다.

[3순환 진도별 모의고사 민법 3회차]

X건물은 아시아건설이 2012. 1. 20. 신축하여 소유권보존등기를 마친 다음 2016. 11. 7. 임의경매절차에서 소외인이 매수하여 같은 날 덕우산업개발을 거쳐 甲에게 소유권이전등기가 마쳐졌다. 甲은 X건물의 소유권을 취득한 다음 Y토지를 X건물의 주차장 진출입로로 사용해 왔다.

Y토지의 소유자인 乙은 2010. 7.경 아시아건설에 'Y토지는 乙의 소유로 2010. 7. 26.부로 아시아건설의 제2종 근린생활시설 건축허가 신청용도로 사용을 승낙함'이라고 기재한 토지사용승낙서를 작성해 주었다.

乙은 2016. 12. 29.경 덕우산업개발에 'Y토지에 대한 사용료를 지급하지 아니하면 Y토지의 출입을 제한하겠다.'는 취지의 내용증명을 보내고, 2017. 1. 10. Y토지의 사용료가 지급되지 않았음을 이유로 Y토지에 펜스를 설치하였다. 甲은 펜스가 설치된 이후 Y토지를 X건물의 주차장 진출입로로 사용·수익하지 못하고 있다.

甲은 乙의 펜스 설치에 대하여 민법 제204조에 따라 점유물의 반환으로 펜스의 철거 및 Y토지의 인도를 구하였다. 乙은 甲의 청구가 인용될 경우에 대비하여 민법 제213조에 따라 소유권에 기하여 Y토지의 인도를 청구하였다. 법원은 甲의 본소 청구와 乙의 예비적 반소청구를 모두 인용하였다.

〈 문제 〉

甲에게 Y토지에 대한 점유가 인정된다면, 소유자인 乙의 예비적 반소청구가 인용되는 경우임에도 불구하고 甲의 본소 청구를 인용한 법원의 판단은 타당한 것인지에 대한 결론[타당하다 또는 타당하지 않다] 및 논거를 서술하시오. (15점)

[문제의 해결] 점유보호청구권의 요건

점유권에 기한 본소와 소유권에 기한 예비적 반소(또는 별소)가 제기된 경우의 법률관계에 대한 최근 판례의 입장이 중요하다. 점유권은 본권의 유무를 묻지 않고 인정되는 권리라는 점을 이해해야 한다.

○ 점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환 등을 청구할 수 있고 이러한 점유회수의 청구에 있어서는 점유를 침탈당하였다고 주장하는 당시에 점유하고 있었는지의 여부만을 살피면 된다(민법 제204조 제1항). 여기서 점유란 물건이 사회통념상 그 사람의 사실적 지배에 속한다고 보여지는 객관적 관계에 있는 것을 말하고 사실상의 지배가 있다고 하기 위하여는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고 물건과 사람과의 시간적, 공간적 관계와 본권관계, 타인지배의 배제가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다. 점유권에 기인한 소와 본권에 기인한 소는 서로 영향을 미치지 아니하고, 점유권에 기인한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못하므로 점유회수의 청구에 대하여 점유침탈자가 점유물에 대한 본권이 있다는 주장으로 점유회수를 배척할 수 없다(민법 제208조). 그러므로 점유권에 기한 본소에 대하여 본권자가 본소청구 인용에 대비하여 본권에 기한 예비적 반소를 제기하고 양 청구가 모두 이유 있는 경우, 법원은 점유권에 기한 본소와 본권에 기한 예비적 반소를 모두 인용해야 하고 점유권에 기한 본소를 본권에 관한 이유로 배척할 수 없다(대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다202795 판결).

〈제2문의 1〉

〈 기초적 사실관계 〉

甲은 1998. 1. 5. X토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다. 甲은 2012. 4. 20. 丁과 혼인하였다.

[※ 이하의 추가적 사실관계 1, 2, 3은 각각 독립적인 별개의 사실관계임]

〈 추가적 사실관계 1 〉

乙은 2002. 2. 5. 甲 명의의 위임장 및 매매계약서 등을 위조하여 무단으로 X토지에 대한 소유권이전등기를 마쳤다. 그 후 丙은 2004. 5. 8. 乙로부터 X토지를 1억 원에 매수한 후 소유권이전등기를 마쳤다. 丙은 乙로부터 X토지를 매수할 당시 등기명의자인 乙이 무권리자임을 알지 못했고, 현재까지 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유를 계속하여 왔다. 甲은 2020. 4. 23. X토지가 乙, 丙에게 차례로 이전된 사실을 알게 되었다.

〈 문제 〉

1. 甲은 丙의 등기부취득시효가 완성되어 X토지의 소유권을 반환받기 어렵다고 판단하고, 2024. 1. 3. 乙이 丙으로부터 받은 매매대금 1억 원에 대하여 부당이득반환을 청구하는 소를 제기하였다. 법원은 위 소송에서 어떠한 판단을 하여야 하는지 1) 결론(소 각하/청구 기각/청구 인용/청구 일부 인용 - 일부 인용의 경우 인용 범위를 특정할 것)과 2) 논거를 서술하시오. (15점)

■ 대법원 2022. 12. 29. 선고 2019다272275 판결이 출제되었다. 판결 내용을 중심으로 서술하면 된다.

○ 적법한 원인 없이 타인 소유 부동산에 관하여 소유권보존등기를 마친 무권리자가 그 부동산을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도, 그러한 소유권보존등기와 소유권이전등기는 실체관계에 부합한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 모두 무효이다. 따라서 이 경우 원소유자가 소유권을 상실하지 아니하고, 또 무권리자가 제3자와 체결한 매매계약의 효력이 원소유자에게 미치는 것도 아니므로, 무권리자가 받은 매매대금이 부당이득에 해당하여 이를 원소유자에게 반환하여야 한다고 볼 수는 없다. 무권리자로부터 부동산을 매수한 제3자나 그 후행 등기 명의인이 과실 없이 점유를 개시한 후 소유권이전등기가 말소되지 않은 상태에서 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의로 점유를 계속하여 10년이 경과한 때에는 민법 제245조 제2항에 따라 바로 그 부동산에 대한 소유권을 취득하고, 이때 원소유자는 소급하여 소유권을 상실함으로써 손해를 입게 된다. 그러나 이는 민법 제245조 제2항에 따른 물권변동의 효과일 뿐 무권리자와 제3자가 체결한 매매계약의 효력과는 직접 관계가 없으므로, 무권리자가 제3자와의 매매계약에 따라 대금을 받음으로써 이익을 얻었다고 하더라도 이로 인하여 원소유자에게 손해를 가한 것이라고 볼 수도 없다(대법원 2022. 12. 29. 선고 2019다272275 판결).

[관련판례] 무권리자가 위법한 방법으로 그의 명의로 소유권보존등기나 소유권이전등기를 경료한 후 그 부동산을 전전매수한 제3자의 등기부 시효취득이 인정됨으로써 소유자가 소유권을 상실하게 된 경우, 무권리자의 위법한 등기 경료행위가 없었더라면 소유자의 소유권 상실이라는 결과가 당연히 발생하지 아니하였을 것이고 또한, 이러한 소유권 상실은 위법한 등기 경료행위 당시에 통상 예측할 수 있는 것이라 할 것이므로, 무권리자의 위법한 등기 경료행위와 소유자의 소유권 상실 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이다(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결). → 공동불법행위로 인한 손해배상청구에서 상당인과관계를 인정한 판결이다.

〈 추가적 사실관계 2 〉

甲과 丁은 2020. 3. 8. "甲이 사망할 경우 甲의 모든 재산을 아내인 丁에게 준다."라는 내용의 증여계약서를 작성하였다.

〈 문제 〉

2. 甲은 위와 같은 증여계약을 체결한 후 마음이 변하여 위 계약을 일방적으로 해제 또는 철회하고자 한다. 甲은 위 계약을 해제 또는 철회할 수 있는가? (10점)

■ 사인증여계약을 해제 또는 철회할 수 있는지에 관한 대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다245330 판결이 출제되었다. 위 판결과 "유언자는 언제든지 유언 또는 생전행위로써 유언의 전부나 일부를 철회할 수 있다(제1108조 제1항)."는 조문을 근거로 철회할 수 있다고 서술하면 된다.

○ 민법 제562조는 사인증여에는 유증에 관한 규정을 준용한다고 정하고 있고, 민법 제1108조 제1항은 유증자는 유증의 효력이 발생하기 전에 언제든지 유언 또는 생전행위로써 유증 전부나 일부를 철회할 수 있다고 정하고 있다. 사인증여는 증여자의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 무상행위로 실제적 기능이 유증과 다르지 않으므로, 증여자의 사망 후 재산 처분에 관하여 유증과 같이 증여자의 최종적인 의사를 존중할 필요가 있다.

또한 증여자가 사망하지 않아 사인증여의 효력이 발생하기 전임에도 사인증여가 계약이라는 이유만으로 법적 성질상 철회가 인정되지 않는다고 볼 것은 아니다. 이러한 사정을 고려하면 특별한 사정이 없는 한 유증의 철회에 관한 민법 제1108조 제1항은 사인증여에 준용된다고 해석함이 타당하다(대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다245330 판결).

〈 추가적 사실관계 3 〉

甲은 2023. 11.경 丁이 혼인 전 자녀 A를 출산한 사실이 있음을 알게 되었다. 丁은 청소년 시절에 성폭력범죄의 피해를 입어 A를 출산하였으나 곧바로 입양 보냈고, A와 관계가 단절되어 양육이나 교류 등은 전혀 없었다. 丁은 甲에게 A를 출산한 사실을 고지한 적이 없다.

〈 문제 〉

3. 甲은 2024. 1. 3. 가정법원에 혼인취소의 소를 제기하며, '丁에게 자녀가 있는지는 혼인의 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 사정인데도 丁이 자신의 출산 여부를 고지할 의무를 위반하였으므로, 민법 제816조 제3호의 혼인취소 사유가 존재한다' 고 주장하였다. 甲의 주장이 타당한지 1) 결론과 2) 논거를 서술하시오. (10점)

■ 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654 판결을 근거로 출제된 문제이다. 판결의 내용을 서술하고 갑의 주장은 타당하지 않다고 서술하면 된다.

★ 진도별 모의고사 선택형에 출제한 판례이다.

[1] 민법 제816조 제3호가 규정하는 '사기'에는 혼인의 당사자 일방 또는 제3자가 적극적으로 허위의 사실을 고지한 경우뿐만 아니라 소극적으로 고지를 하지 아니하거나 침묵한 경우도 포함된다. 그러나 불고지 또는 침묵의 경우에는 법령, 계약, 관습 또는 조리상 사전에 사정을 고지할 의무가 인정되어야 위법한 기망행위로 볼 수 있다. 관습 또는 조리상 고지의무가 인정되는지는 당사자들의 연령, 초혼인지 여부, 혼인에 이르게 된 경위와 그때까지 형성된 생활관계의 내용, 당해 사항이 혼인의 의사결정에 미친 영향의 정도, 이에 대한 당사자 또는 제3자의 인식 여부, 당해 사항이 부부가 애정과 신뢰를 형성하는 데 불가결한 것인지, 또는 당사자의 명예 또는 사생활 비밀의 영역에 해당하는지, 상대방이 당해 사항에 관련된 질문을 한 적이 있는지, 상대방이 당사자 또는 제3자에게서 고지받았거나 알고 있었던 사정의 내용 및 당해 사항과의 관계 등의 구체적·개별적 사정과 더불어 혼인에 대한 사회일반의 인식과 가치관, 혼인의 풍속과 관습, 사회의 도덕관·윤리관 및 전통문화까지 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. [2] 혼인의 당사자 일방 또는 제3자가 출산의 경력을 고지하지 아니한 경우에 그것이 상대방의 혼인의 의사결정에 영향을 미칠 수 있었을 것이라는 사정만을 들어 일률적으로 고지의무를 인정하고 제3호 혼인취소사유에 해당한다고 하여서는 아니 되고, 출산의 경위와 출산한 자녀의 생존 여부 및 그에 대한 양육책임이나 부양책임의 존부, 실제 양육이나 교류가 이루어졌는지 여부와 시기 및 정도, 법률상 또는 사실상으로 양육자가 변경될 가능성이 있는지, 출산 경력을 고지하지 않은 것이 적극적으로 이루어졌는지 아니면 소극적인 것에 불과하였는지 등을 면밀하게 살펴봄으로써 출산의 경력이나 경위가 알려질 경우 당사자의 명예 또는 사생활 비밀의 본질적 부분이 침해될 우려가 있는지, 사회통념상 당사자나 제3자에게 그에 대한 고지를 기대할 수 있는지와 이를 고지하지 아니한 것이 신의성실 의무에 비추어 비난받을 정도라고 할 수 있는지까지 심리한 다음, 그러한 사정들을 종합적으로 고려하여 신중하게 고지의무의 인정 여부와 위반 여부를 판단함으로써 당사자 일방의 명예 또는 사생활 비밀의 보장과 상대방 당사자의 혼인 의사결정의 자유 사이에 균형과 조화를 도모하여야 한다. [3] 당사자가 성장과정에서 본인의 의사와 무관하게 아동 성폭력범죄 등의 피해를 당해 임신을 하고 출산까지 하였으나 이후 자녀와의 관계가 단절되고 상당한 기간 동안 양육이나 교류 등이 전혀 이루어지지 않은 경우라면, 출산의 경력이나 경위는 개인의 내밀한 영역에 속하는 것으로서 당사자의 명예 또는 사생활 비밀의 본질적 부분에 해당하고, 나아가 사회통념상 당사자나 제3자에게 그에 대한 고지를 기대할 수 있다거나 이를 고지하지 아니한 것이 신의성실 의무에 비추어 비난받을 정도라고 단정할 수도 없으므로, 단순히 출산의 경력을 고지하지 않았다고 하여 그것이 곧바로 민법 제816조 제3호에서 정한 혼인취소사유에 해당한다고 보아서는 아니 된다. 그리고 이는 국제결혼의 경우에도 마찬가지이다(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654 판결).

〈제2문의 2〉

〈 기초적 사실관계 〉

甲은 2018. 4. 1. 乙에게 甲 소유의 X건물을 보증금 2억 원(월 차임 없음), 임대차기간 2018. 5. 1.부터 2023. 4. 30.까지로 정하여 임대하였고, 乙은 2018. 5. 1. 甲에게 보증금 전액을 지급하고 X건물을 인도받아 사용하기 시작하였다.

[※ 이하의 추가적 사실관계 1, 2는 각각 독립적인 별개의 사실관계임]

〈 추가적 사실관계 1 〉

甲과 乙은 위 임대차계약 당시 "임차인은 임대인의 동의 없이는 X건물에 관한 임차권의 양도 또는 담보제공을 하지 못한다."라고 약정(이하 '금지약정'이라고 한다)하였다. 한편 乙은 2022. 4. 30. 丙으로부터 2억 원을 대여기간 1년으로 정하여 차용하면서 그 채무의 담보를 위하여 丙에게 위 임대차계약에 기한 임대차보증금반환채권을 양도하였고, 甲에게 양도사실을 내용증명우편으로 통지하였다.

乙은 위 임대차계약의 종료에 따라 甲에게 X건물을 인도하였고, 丙은 2023. 5. 1. 甲을 상대로 양수금 2억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

이에 대하여 甲은 아래 ①, ②를 주장하면서 다투었다.

① 乙과 맺은 임대차계약의 '금지약정'에 따르면 乙은 丙에게 보증금반환채권을 양도할 수 없으므로, 丙에게 보증금을 반환할 의무가 없다.

② 만약 그렇지 않더라도 乙이 丙에게 2억 원의 대여금 중 1억 5천만 원을 이미 상환하였으므로, 보증금에서 이를 공제하고 남은 금액만을 반환하면 된다.

〈 문제 〉

1. 丙의 甲에 대한 양수금 청구에 관하여 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지 1) 결론(소 각하/청구 기각/청구 인용/청구 일부 인용 - 일부 인용의 경우 인용 범위를 특정할 것)과 2) 논거를 서술하시오(甲이 ②에서 주장한 乙의 대여금 상환은 사실로 확인되었으며, 차용금채무 및 보증금반환채무의 지연이자는 고려하지 말 것). (15점)

■ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2012다104366 판결과 대법원 1999. 11. 26. 선고 99다23093 판결이 출제되었다. 병의 갑에 대한 양수금청구에 대하여 법원은 청구인용판결을 하여야 한다고 서술하면 된다.

○ 임대차계약의 당사자 사이에 '임차인은 임대인의 동의 없이는 임차권을 양도 또는 담보제공 하지 못한다.'는 약정을 하였다면, 그 약정의 취지는 임차권의 양도를 금지한 것으로 볼 것이지 임대차계약에 기한 임대보증금반환채권의 양도를 금지하는 것으로 볼 수는 없다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2012다104366 판결).

○ 채권양도가 다른 채무의 담보조로 이루어졌으며 또한 그 채무가 변제되었다고 하더라도, 이는 채권 양도인과 양수인 간의 문제일 뿐이고, 양도채권의 채무자는 채권 양도·양수인 간의 채무 소멸 여하에 관계없이 양도된 채무를 양수인에게 변제하여야 하는 것이므로, 설령 그 피담보채무가 변제로 소멸되었다고 하더라도 양도채권의 채무자로서는 이를 이유로 채권양수인의 양수금 청구를 거절할 수 없다(대법원 1999. 11. 26. 선고 99다23093 판결).

〈 추가적 사실관계 2 〉

甲은 乙과 위 임대차계약을 체결하기 전인 2018. 3. 1. 乙에게 1억 원을 이자 없이 변제기 2021. 4. 30., 지연손해금 월 1%로 정하여 대여하였다. 甲은 위 대여금의 변제기로부터 2년 가까이 지났음에도 乙로부터 대여금과 지연손해금을 한 푼도 지급받지 못하자, 위 임대차계약이 종료되기 전인 2023. 1. 31. '甲이 乙에게 갖는 대여금채권을 자동채권으로 하여 乙의 甲에 대한 보증금반환채권을 대등액에서 상계하겠다'는 취지의 이메일을 乙에게 발송하였고, 乙은 같은 날 그 이메일을 확인하였다.

한편 乙은 2023. 4. 5. 丁에게 甲에 대한 위 보증금반환채권 전부를 양도하였고 이를 甲에게 내용증명우편으로 통지하였다. 乙은 2023. 4. 30. 위 임대차계약의 종료에 따라 甲에게 X건물을 인도하였다.

丁은 2023. 5. 1. 甲을 상대로 양수금 2억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 甲이 위와 같이 상계한 사실을 주장하자, 丁은 '甲의 상계는 임대차 기간 중에 한 것으로서 효력이 없다'고 반박하였다.

〈 문제 〉

2. 丁의 甲에 대한 양수금 청구에 관하여 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지 1) 결론(소 각하/청구 기각/청구 인용/청구 일부 인용 - 일부 인용의 경우 인용 범위를 특정할 것)과 2) 논거를 서술하시오(보증금반환채무의 지연이자는 고려하지 말 것). (20점)

■ 자동채권의 변제기는 도래하였지만 수동채권의 변제기는 도래하기 전에 상계의 의사표시를 한 경우에 상계적상일이 언제인지에 대한 쟁점이 출제되었다. 수동채권의 기한의 이익을 포기하고 상계할 수 있다는 점, 상계는 상계적상시점으로 소급하므로 자동채권의 변제기 도래시점이 상계적상시점이라는 점, 2021. 4. 30이 상계적상시점이므로 자동채권은 1억 원이고 수동채권은 2억 원이라는 점, 따라서 정의 갑에 대한 양수금 청구에 대하여 법원은 1억 원의 일부인용판결을 한다고 서술하면 된다(참고로 본 사안은 채무자가 상계를 한 것이므로 채권양수인이 상계를 한 경우에 채권양도의 대항요건이 갖추어진 시점이 상계적상시점이라는 대법원 2022. 6. 30. 선고 2022다200089 판결이 적용되는 사안은 아님에 유의해야 한다).

★ 자동채권 변제기 도래(21. 4. 30) → 상계의 의사표시(23. 1. 31) → 수동채권 변제기 도래(23. 4. 30)의 경우에 상계적상일이 언제인지에 대하여 논란이 있다. 판례는 "상계의 의사표시가 있는 경우 각 채무가 상계할 수 있는 때에 소급하여 대등액에 관하여 소멸한 것으로 보게 되고, 각 채무가 상계할 수 있는 때란 양 채권이 모두 변제기가 도래한 경우와, 수동채권의 변제기가 도래하지 아니하였더라도 기한의 이익을 포기할 수 있는 경우를 포함한다." 고 한다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다70018 판결).
수동채권의 변제기가 도래하지 아니하였더라도 기한의 이익을 포기할 수 있는 경우란 자동채권의 변제기가 도래한 날이라고 해석해야 한다. 상계를 하기 위해서는 최소한 자동채권의 변제기는 도래하여야 하기 때문이다. 실무서에도 대부분 이러한 입장으로 서술되어 있다(대표적으로 실무중심 요건사실, 민사소송, 제2판, 안철상·조병구·정기상 공저, 220면). 상계는 상계의 의사표시가 있는 경우에 상계적상시점으로 소급한다는 점에서 상계의 의사표시시점을 상계적상시점으로 보기는 어렵다.
따라서 (a) 상계의 의사표시를 하기 전에 양 채권의 변제기가 모두 도래한 경우에는 변제기가 나중에 도래한 채권의 변제기가 상계적상의 시점이 된다. 한편 (b) 자동채권의 변제기가 도래한 후에 채무자가 수동채권의 기한의 이익을 포기하고 상계의 의사표시를 한 경우에는 자동채권의 변제기가 상계적상의 시점이 된다. 그러나 (c) 수동채권의 변제기가 도래하고, 자동채권의 변제기는 아직 도래하지 않은 경우에는 상계를 할 수 없다.
다만, 위와 달리 "상계적상일은 자동채권의 변제기가 도래한 때 또는 상계의 의사표시를 한 때이다. 둘 중 어느 경우에 해당하는지는 상계의 의사표시를 하는 자의 의사해석 문제이다." 라는 견해도 있다(노재호, 민법 교안, PDF 파일 교재, 855면 참조). 이에 근거하여 상계의 의사표시시점을 상계적상일로 본다면 7900만 원이 될 것이다.

○ 부동산 임대차에서 수수된 임대차보증금은 차임채무, 목적물의 멸실·훼손 등으로 인한 손해배상채무 등 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것이고, 특별한 사정이 없는 한, 임대인의 임대차보증금반환채무는 장래에 실현되거나 도래할 것이 확실한 임대차계약의 종료시점에 이행기에 도달한다. 그리고 임대인으로서는 임대차보증금 없이도 부동산 임대차계약을 유지할 수 있으므로, 임대차계약이 존속 중이라도 임대차보증금반환채무에 관한 기한의 이익을 포기하고 임차인의 임대차보증금반환채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있고, 임대차 존속 중에 그와 같은 상계의 의사표시를 한 경우에는 임대차보증금반환채무에 관한 기한의 이익을 포기한 것으로 볼 수 있다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2015다252501 판결).

〈제2문의 3〉

〈 사실관계 〉

甲은 건물신축을 위해 2012. 3. 15. 乙로부터 X토지를 6억 원에 매수하여, 같은 해 4. 30. 토지를 인도받고 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다.

甲은 자금 등 상황이 여의치 않아 건물신축을 미루고 있던 중, 2022. 9. 30. 건물을 신축하기 위한 건축허가를 받고, 토지의 굴착공사를 개시하였다. 그런데 굴착공사가 진행되던 2023. 8. 초순경, 토지 1~4m 깊이에 건설폐토석, 비닐, 폐유와 폐자재 등 각종 쓰레기가 매립되어 있다는 사실, 해당 쓰레기들은 1995. 5.경 당시 X토지의 소유자인 乙에 의해서 매립된 것인데 그 사이 오염물질과 토양이 뒤섞여 혼합된 상태이고 주변 토양도 검게 오염되어 있다는 사실, 신축건물의 지하주차장 마련을 위해 해당 토지가 정화 처리되어야 한다는 사실이 밝혀졌다.

甲은 2023. 9. 1. 乙에게 내용증명우편을 보내어 매립된 쓰레기를 발견하였다고 통지하였는데, 乙은 甲에게 '매립 혹은 인도한 때로부터 오랜 시간이 경과하여 책임이 없다'는 취지의 내용증명우편을 발송하였다. 甲은 2024. 1. 중에는 乙에게 소를 제기할 계획이다.

〈 문제 〉

甲은 乙에게 ① 소유권에 기한 방해배제를 구하는 방안, ② 하자담보책임이나 불법행위책임을 물어 손해배상을 구하는 방안을 고민하면서, 변호사인 귀하에게 의견을 묻고 있다. 乙의 항변을 고려하여 위 각 구제수단의 인용가능성에 관하여 검토하시오. (30점) [※「토양환경보전법」 등 특별법은 고려하지 말 것]

■ ① 소유권에 기한 방해배제를 구하는 방안은 인용될 수 없다는 점을 서술하면 된다. ② (a) 하자담보책임에 기한 손해배상청구는 매수인이 안 날로부터 6월 내의 제척기간 내에 행사하여야 하는데(민법 제582조), 2023. 8.초순경 하자를 알았으므로 2024. 1. 현재 제척기간은 도과되지 않았다는 점, 그러나 하자담보에 기한 손해배상청구권에 대하여는 민법 제162조 제1항의 채권 소멸시효의 규정이 적용되고, 매수인이 목적물을 인도받은 때부터 소멸시효가 진행한다는 판례에 따라 10년의 소멸시효가 완성되어 결과적으로 인용될 수 없다는 점을 서술하면 된다. (b) 불법행위책임에 기한 손해배상청구는 안 날로부터는 3년이 경과되지 않았다는 점, 불법행위를 한 날은 판례에 따라 현실적으로 손해의 결과가 발생된 날을 의미하며, 토지 취득자가 오염 사실을 발견하고 이를 제거하여야 할 때에 그 제거로 인한 손해가 현실화되므로 2023. 8.초순경으로 보아야 한다는 점, 따라서 소멸시효가 완성되지 않았으므로 인용될 수 있다는 점을 서술하면 된다.

★ ①번 쟁점과 관련하여 민법암기장에 수록된 사례가 출제되었다.

[민법 암기장 수록 사례]

[공통된 사실관계] 甲은 乙에게 물품을 계속 공급하고 물품대금은 매월 말에 변제받기로 합의하였다. 甲이 물품대금에 대한 담보를 요구하자 乙은 丙에게 담보제공을 부탁하였다. 丙은 甲에게 나대지 X에 대해 근저당권설정등기를 마쳐주었다. 丙은 나대지 X를 丁에게 5억 원에 매도하면서, 丁과 나대지 X에 관한 근저당권의 설정 당시 피담보채무액인 3억 원을 매매대금에서 공제하기로 약정하였고, 丙은 2억 원을 받고서 丁에게 소유권이전등기를 경료하여 주었다. 폐기물 처리업을 하는 戊는 나대지 X의 소재지 일대가 전원주택단지 조성예정지라는 사실을 알면서도 폐기물 처리비용을 줄이기 위하여 건축폐기물을 야간에 은밀히 나대지 X에 매립하였다. 戊가 폐기물을 매립할 당시에 甲의 乙에 대한 물품대금은 총 2억 원이었는데, 戊의 폐기물 매립사실을 알지 못한 甲은 계속해서 乙에게 물품을 공급하여 주었다. 乙이 甲에게 연체한 물품대금은 총 3억 원이다. 폐기물이 매립되지 않았을 경우에 나대지 X의 시가는 5억 원이었을 것이나, 폐기물 매립으로 인하여 현재는 가치가 거의 상실되었다. 폐기물 매립으로 인한 복구비용은 10억 원이다. [추가된 사실관계] 丁이 戊에 대하여 어떠한 권리를 주장할 수 있는지에 대하여 논하라.

○ [1] 소유권에 기한 방해배제청구권에 있어서 '방해'라 함은 현재에도 지속되고 있는 침해를 의미하고, 법익침해가 과거에 일어나서 이미 종결된 경우에 해당하는 '손해'의 개념과는 다르다 할 것이어서, 소유권에 기한 방해배제청구권은 방해결과의 제거를 내용으로 하는 것이 되어서는 아니 되며(이는 손해배상의 영역에 해당한

다 할 것이다) 현재 계속되고 있는 방해의 원인을 제거하는 것을 내용으로 한다. [2] 쓰레기 매립으로 조성한 토지에 소유권자가 매립에 동의하지 않은 쓰레기가 매립되어 있다 하더라도 이는 과거의 위법한 매립공사로 인하여 생긴 결과로서 소유권자가 입은 손해에 해당한다 할 것일 뿐, 그 쓰레기가 현재 소유권에 대하여 별도의 침해를 지속하고 있다고 볼 수 없다는 이유로 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사할 수 없다고 한 사례(대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5917 판결).

○ [2] 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따라 공공사업의 시행자가 토지를 협의취득하는 행위는 사법상의 법률행위로 일방 당사자의 채무불이행에 대하여 민법에 따른 손해배상 또는 하자담보책임을 물을 수 있다. 이 경우 매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권에 대하여는 민법 제162조 제1항의 채권 소멸시효의 규정이 적용되고, 매수인이 매매의 목적물을 인도받은 때부터 소멸시효가 진행한다. [3] 갑 공사가 택지개발사업을 시행하면서 을 등이 소유한 토지를 공공용지로 협의취득하였고, 갑 공사를 합병한 병 공사가 위 택지개발사업을 준공한 다음 위 토지 중 일부를 정에게 매도하여 소유권이전등기를 마쳐주었는데, 정이 건물을 신축하기 위해 터파기공사를 하던 중 위 토지 지하에 폐기물이 매립되어 있는 것을 발견하여 병 공사에 통보하자, 병 공사가 을 등을 상대로 매도인의 하자담보책임에 기한 손해배상을 구한 사안에서, 갑 공사가 택지개발사업을 시행하기 위하여 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따라 을 등 소유의 토지를 매수한 행위는 상행위에 해당하지 않아 상법 제64조가 적용되지 않고, 갑 공사를 합병한 병 공사가 을 등에게 매도인의 담보책임을 구하고 있으므로, 갑 공사가 위 토지에 관하여 소유권이전등기를 마친 때부터 민법 제162조 제1항에 따른 10년의 소멸시효가 진행되고, 그로부터 10년이 지나기 전에 소가 제기되어 병 공사의 손해배상청구권은 소멸시효가 완성되지 않았는데도, 갑 공사가 영업으로 부동산을 개발하여 매각할 목적으로 이를 매수하였다는 점 등을 근거로 갑 공사와 을 등이 체결한 매매계약은 상행위에 해당하므로 상법 제64조가 적용되어 병 공사의 손해배상청구권이 5년의 소멸시효 완성으로 소멸하였다고 본 원심판단에는 상행위와 소멸시효에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결).

○ [이유] 불법행위에 의한 손해배상채권의 경우에 민법 제766조 제2항에서 정한 소멸시효의 기산점이 되는 '불법행위를 한 날'은 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생된 날을 의미하며, 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다. 원심은, (1) 토지 취득자가 오염 사실을 발견하고 이를 제거하여야 할 때에 그 제거로 인한 손해가 현실화된다고 보아, 피고 세아베스틸의 불법행위는 원고가 건축물 부지에 존재하는 오염토양 등의 처리업무에 대하여 도급을 준 무렵인 2005. 3.경 그 비용 지출에 관한 원고의 손해가 현실화되어 완성되었고 원고의 손해배상채권도 그때 발생하였다는 취지로 판단하고, (2) 이와 달리, 이 사건 오염토양 등의 매립행위는 1993. 12. 21. 이 사건 매매 부지를 매도하기 이전에 있었던 일로서 그에 따른 손해배상채권은 10년의 소멸시효 완성으로 소멸하였다는 피고 세아베스틸의 주장을 배척하였다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원고의 이 사건 오염토양 등에 대한 정화비용 및 처리비용 지출이라는 손해가 현실화된 것은 원고가 2001. 12. 17.부터 순차로 이 사건 부지를 매입하여 이 사건 부지에 관한 지반조사를 실시함으로써 이 사건 부지의 지하 현황을 파악한 이후이므로, 그때부터 기산하여도 이 사건 소제기일임이 기록상 명백한 2006. 1. 27. 당시 10년이 경과하지 아니하였음은 분명하다. 따라서 이 사건 오염토양 등으로 인한 손해배상채권에 관하여 민법 제766조 제2항에서 정한 불법행위를 한 날부터 10년의 소멸시효가 완성되었다는 피고 세아베스틸의 위 주장을 받아들이지 아니한 원심의 결론은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 소멸시효에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다(대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결).

〈제3문〉

甲주식회사는 비상장회사로서 아파트 건설업을 주된 영업으로 하고 있다. 甲회사는 설립 당시 의결권 있는 주식만을 100,000주 발행하였다. 무직자인 A는 甲회사로부터 아파트를 분양받은 자인데, 甲회사의 귀책으로 말미암아 아파트 건설 공사 기간이 3개월 가량 늘어남에 따라 당초 입주 예정일을 한참 지난 후에서야 입주하게 되었다. 甲회사의 발행주식총수 중 3,500주를 가진 주주 B는 이 같은 일련의 사정을 알게 되어 회계장부를 열람하였고 그 결과 B는 甲회사의 경영권을 탈취하는 데 많은 관심을 가지게 되었다.

얼마 지나지 않아 甲회사는 위 아파트를 분양하는 과정에서 대표이사의 주도로 甲회사가 거액을 들여 허위·과장광고를 하였다는 이유로 벌금형에 처해졌다. 또한 甲회사의 대표이사는 약속어음을 할인하여 주겠다는 C의 거짓말에 속아 그에게 회사 명의의 어음을 발행하여 주었으며, C는 그 어음을 D에게 배서양도하였다. 그 후 甲회사의 대표이사가 C의 사기를 이유로 어음발행 행위를 취소하였다.

위 모든 상황을 알게 된 주주 B는 甲회사의 대표이사에 대하여 대표소송을 통한 책임 추궁을 하기 위한 사전 단계로 甲회사의 회계장부에 대한 열람·등사를 이유를 붙인 서면으로 청구하였다. 그러나 甲회사는 B가 이미 회계장부를 열람한 적이 있고 B가 甲회사에 적대적이라는 근거를 들어 이를 거부하였다. 이에 B는 재판상 회계장부 열람·등사를 청구하였다. 한편 소송계속 중에 기존 주주에 대한 신주발행으로 인하여 甲회사의 발행주식총수가 140,000주로 늘어났는데, B는 그러한 신주발행에 응하지 않아 그가 소유한 주식 수에는 변화가 없었다. 甲회사는 B가 인수하지 않아 발생한 실권주를 소정의 요건과 절차를 갖추어 대표이사에게 적법하게 배정하였다. 다만, 甲회사의 정관에는 실권주를 제3자에게 배정하는 것에 관한 근거 규정이 없었다.

1. A가 자신이 분양받은 아파트에 대한 입주 지연과 甲회사의 허위·과장광고로 입은 손해에 대하여 상사법정이율을 각각 적용하여 배상을 청구하는 경우 법원은 이를 인용할 것인가? (15점)

■ 매수인 A는 무직자이므로 상인이 아니고 갑주식회사는 상인이다. 상사법정이율이 적용되는 상행위로 인한 채무란 쌍방적 상행위로 인한 채무뿐만 아니라 채권자 또는 채무자 중 1인에게 일방적 상행위가 되는 채무를 포함한다. 다만 불법행위로 인한 손해배상채무에는 적용되지 않는다. 따라서 법원은 아파트에 대한 입주 지연에 대하여는 인용하고 허위과장광고로 입은 손해에 대하여는 인용할 수 없다고 서술하면 된다.

○ 상법 제54조의 상사법정이율은 상행위로 인한 채무나 이와 동일성을 가진 채무에 관하여 적용되는 것이고, 상행위가 아닌 불법행위로 인한 손해배상채무에는 적용되지 아니한다(대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결).

○ 주택건설사업 등을 목적으로 하는 영리법인인 주택건설업자의 아파트분양계약은 그의 영업을 위하여 하는 상행위라 할 것이고, 당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채권뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위가 되는 행위로 인한 채권도 상사법정이율이 적용되는 상사채권에 해당한다고 할 것인바, 그 주택건설업자의 아파트 입주 지연에 따른 지체상금은 상행위인 분양계약의 불이행으로 인한 손해배상채권으로서 그 지연손해금에 대하여도 상법 제54조 소정의 연 6푼의 상사법정이율을 적용하여야 한다(대법원 2000. 10. 27. 선고 99다10189 판결).

2. B의 재판상 회계장부 열람·등사 청구는 인용될 것인가? (30점)

■ 회계장부열람등사권의 일반요건을 서술하고, 소송이 계속되는 동안에 3%의 주식을 계속 보유하여야 하므로 신주발행으로 B의 주식비율이 낮아졌으므로 B의 청구는 인용될 수 없다(정확하게는 당사자적격의 흠결로 각하)고 서술하면 된다.

○ 상법 제391조의3 제3항, 제466조 제1항에서 규정하고 있는 주주의 이사회의 의사록 또는 회계의 장부와 서

류 등에 대한 열람·등사청구가 있는 경우, 회사는 그 청구가 부당함을 증명하여 이를 거부할 수 있는바, 주주의 열람·등사권 행사가 부당한 것인지 여부는 그 행사에 이르게 된 경위, 행사의 목적, 악의성 유무 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 특히 주주의 이와 같은 열람·등사권의 행사가 회사업무의 운영 또는 주주 공동의 이익을 해치거나 주주가 회사의 경쟁자로서 그 취득한 정보를 경업에 이용할 우려가 있거나, 또는 회사에 지나치게 불리한 시기를 택하여 행사하는 경우 등에는 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 보아야 한다(대법원 2004. 12. 24.자 2003마1575 결정).

○ 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 상법 제466조 제1항에 따라 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. 열람과 등사에 시간이 소요되는 경우에는 열람·등사를 청구한 주주가 전 기간을 통해 발행주식 총수의 100분의 3 이상의 주식을 보유하여야 하고, 회계장부의 열람·등사를 재판상 청구하는 경우에는 소송이 계속되는 동안 위 주식 보유요건을 구비하여야 한다. [이유] 원고는 이 사건 소를 제기할 당시 피고 발행주식 총수 9,000주 중 33.33%에 해당하는 3,000주를 보유하여 제466조 제1항이 요구하는 발행주식 총수의 100분의 3 이상을 보유하고 있었으나, 신주발행으로 인하여 피고 발행주식 총수 101,000주 중 2.97%(= 3,000주 ÷ 101,000주)에 해당하는 주식을 보유하여 발행주식 총수의 100분의 3에 미달하게 되었으므로, 신주발행이 무효이거나 부존재한다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 원고는 제466조 제1항에 의한 회계장부의 열람·등사를 구할 당사자적격을 상실하였다고 봄이 타당하다(대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결).

3. D가 어음의 만기일에 甲회사에 어음금을 청구하는 경우 甲회사는 어음금을 지급하여야 하는가? (10점)

■ 어음발행행위를 사기를 이유로 취소하는 것은 인적 항변에 해당한다는 점, 이를 제3자에 대항하기 위해서는 제3자에게 해의가 있어야 한다는 점, 갑회사가 D의 해의를 입증하지 못하면 어음금을 지급하여야 한다는 점을 서술하면 된다.

★ 어음행위를 사기를 이유로 취소하고 제3자에게 대항하기 위한 요건에 관한 암기장에 수록된 사례가 출제되었다.

[상법 암기장 사례]

사업자금이 급히 필요하게 된 甲은 자신(乙)을 수취인으로 하여 어음을 발행하여 주면 어음을 할인하여 자금을 조달해 주겠다는 乙의 거짓말에 속아 액면금 5천만 원, 만기 2012. 10. 1. 수취인을 乙로 하는 약속어음을 2012. 9. 1.에 발행하여 주었다. 乙은 위 어음의 만기를 2012. 12. 1.로 변조한 후 2012. 9. 20. 이러한 사정을 모르는 丙에게 지급거절증서 작성의무를 면제하여 배서·양도하였고, 丙으로부터 받은 할인금을 모두 유흥비로 낭비하였다. 그 후 어음을 소지하고 있던 丙은 2012. 12. 2. 甲에게 지급제시를 하였다. 甲이 乙의 기망행위를 이유로 어음발행행위를 취소한 경우에 丙은 甲에 대하여 어음금의 지급을 청구할 수 있는가에 대하여 서술하시오. 단 丙은 선의의 어음취득자로서 어음채무자 甲을 해할 것을 알고 어음을 취득한 경우가 아니라고 전제하시오.

○ 어음행위에 착오·사기·강박 등 의사표시의 하자가 있다는 항변은 어음행위 상대방에 대한 인적항변에 불과한 것이므로, 어음채무자는 소지인이 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 경우가 아닌 한, 소지인이 중대한 과실로 그러한 사실을 몰랐다고 하더라도 종전 소지인에 대한 인적항변으로써 소지인에게 대항할 수 없다(대법원 1997. 5. 16. 선고 96다49513 판결).

4. 甲회사가 실권주를 대표이사에게 적법하게 배정하기 위하여 갖춘 소정의 요건과 절차는 무엇인가? (15점)

■ 신주인수의 과정에서 실권주가 발생한 경우에 이에 관한 처리방법에 대하여 상법에 규정이 없다. 따라서 판례의 태도를 중심으로 서술하면 된다. 이는 신주를 제3자에게 배정하는 것이 아니므로 제418조 제2항의 요건을 구비할 필요가 없다는 점에도 유의해야 한다. 한편 신주나 실권주를 이사 등이 인수하는 자본거래의 경우에도 자기거래에 포함되므로, 자기거래를 위한 적법요건도 서술해야 한다. 이사회가 실권주를 처리하는 경우에 이사회 결의의 일반

정족수를 충족하면 된다. 그런데 실권주를 배정받는 자가 이사 등 자기거래의 대상이 되는 자라면 제398조의 가중된 정족수의 찬성이 필요하다. 따라서 이러한 점을 답안에 서술해야 한다. 이철송 교수님 교과서에서도 "본조의 거래는 손익거래를 뜻하는 것으로 보아야 하지만, 자본거래라 하더라도 회사가 발행하는 신주를 이사 등이 제3자 배정방식으로 인수하거나 실권주를 인수하는 것 또는 사채를 인수하는 것은 이해충돌의 우려가 있으므로 자기거래에 포함된다고 보아야 한다." 고 서술되어 있다(이철송, 회사법 강의, 제31판, 794면).

○ 회사가 주주배정방식에 의하여 신주를 발행하려는데 주주가 인수를 포기하거나 청약을 하지 아니함으로써 그 인수권을 잃은 때에는(상법 제419조 제3항) 회사는 이사회 결의로 인수가 없는 부분에 대하여 자유로이 이를 제3자에게 처분할 수 있고, 이 경우 실권된 신주를 제3자에게 발행하는 것에 관하여 정관에 반드시 근거 규정이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2010다49380 판결).

< 추가적 사실관계 >

주택 건설업을 주된 영업으로 하는 乙주식회사의 발행주식총수 1,000,000주 중 B는 970,000주, E는 12,000주, F는 12,000주, G는 6,000주를 소유하고 있었다. 그런데 乙회사는 2023. 12.경 B에게는 5,000:1, 나머지 주주에게는 15,000:1로 주식병합을 하였고, E, F, G가 각각 소유하였던 주식을 단주 처리하였다. 주식병합을 실행하기에 앞서 개최된 주주총회에는 소집 통지를 받지 못한 E, F, G(이하 'E 등' 이라 한다) 없이 B만 출석하여 관련 안건에 대한 결의를 하였고, 乙회사는 채권자보호절차 등 주식병합에 필요한 나머지 상법상 절차를 적법하게 거쳤다. 자본금 변경등기는 2023. 12. 27. 경료되었다. E 등은 주주 지위에서 축출당한 것이 부당하다고 보아 소(訴)로써 다투고자 한다.

5. 2024. 1. 13. 현재 주주가 아닌 E 등이 제기할 수 있는 소의 유형과 원인은 무엇인가? (30점)

■ (a) 소의 유형에 대하여는 자본금감소를 위한 주주총회 결의(제438조 제1항)에 취소사유(3% 주주에게 통지가 누락)가 있으므로 주주총회 결의일로부터 2월 내에 주주총회결의취소소송을 제기할 수 있다는 점, 그러나 2024. 1. 13. 현재는 자본금 변경등기일 이후이므로 감자무효의 소만 제기할 수 있고 주주총회결의취소소송은 감자무효의 소에 흡수된다는 점을 서술하면 된다. 원고적격과 관련하여 현재 주주가 아니라도 주주평등의 원칙을 위반하여 위법한 주식병합으로 주주의 지위를 박탈당한 자는 위법성을 다툴 원고적격이 인정된다는 점을 서술하면 된다. (b) 소의 원인에 대하여는 주주총회일이 명시되지 않았기 때문에 2024. 1. 13.을 기준으로 주주총회결의일로부터 2월이 지났다면 주주총회결의취소사유는 소멸하므로 감자무효의 소의 사유가 될 수 없다는 점, 자본금감소의 방법이 주주평등원칙에 위배된 경우에 감자무효사유가 되므로 주식병합의 비율의 불공정을 감자무효의 소의 사유로 주장할 수 있다는 점을 서술하면 된다.

○ 상법 제445조는 자본감소의 무효는 주주 등이 자본감소로 인한 변경등기가 있은 날로부터 6월 내에 소만으로 주장할 수 있다고 규정하고 있으므로, 설령 주주총회의 자본감소 결의에 취소 또는 무효의 하자가 있다고 하더라도 그 하자가 극히 중대하여 자본감소가 존재하지 아니하는 정도에 이르는 등의 특별한 사정이 없는 한 자본감소의 효력이 발생한 후에는 자본감소 무효의 소에 의해서만 다툴 수 있다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다83599 판결).