

## 2023년 제11회 행정사 제2차 민법 해설

### 〈문제 1〉 (40점)

甲과 乙은 A시에 건설될 아파트에 대한 분양계약을 체결하였는데, 그 계약서에는 다음과 같은 내용이 포함되어 있었다. 다음 독립된 물음에 답하시오. (40점)

- 제2조 [...] ② 계약금은 공급대금의 5%로 하며, 계약체결과 동시에 지불한다.  
중도금은 공급대금의 45%로 하며, 계약체결일로부터 1년이 되는 날에 지불한다.
- ③ 수분양자 乙은 분양자 甲의 귀책사유로 인해 입주예정일로부터 3월 이내에 입주할 수 없게 되는 경우 이 계약을 해제할 수 있다.  
[...]
- 제3조 [...] ② 제2조 제3항에 해당하는 사유로 이 계약이 해제된 때에는 甲은 수분양자 乙에게 공급대금 총액의 10%를 위약금으로 지급한다.
- ③ 제1항과 제2항의 경우 甲은 수분양자 乙에게 이미 납부한 대금에 대하여는 각각 그 받은 날로부터 반환일까지 연리 3%에 해당하는 이자를 가산하여 수분양자 乙에게 환급한다. [...]

물음 1) 2006년 4월 1일 乙은 甲과 분양계약을 체결함과 동시에 계약금 전부를 지불하였다. 2006년 5월 1일 발표된 정부정책으로 인하여 A시에 개발호재가 발생하여, 주변 아파트 시세가 상승하였다. 이에 甲은 乙에게 분양대금의 증액을 요구하였다. 그러나 乙은 이를 거절하고, 2006년 5월 10일 甲의 계좌로 중도금을 송금하였다. 이 경우 甲은 乙에게 계약금의 배액을 지급하고 乙과의 계약을 해제할 수 있는지 설명하시오. (20점)

물음 2) 乙은 甲의 자금난 등으로 인한 공사 지연으로 그 분양계약 상 입주예정일로부터 3월 이내에 입주할 수 없게 되었다. 이에 수분양자 乙은 분양계약의 규정에 따라 甲의 귀책사유로 인한 입주지연 이유로 그 분양계약을 해제하였으나, 甲은 乙이 납부한 대금을 반환하고 있지 않다. 乙의 해제권 행사가 적법함을 전제로 하여, 그 법률효과에 관하여 설명하시오. (20점)

- 물음 1. 에 대하여 - (첨삭반 5회 문제 1 참조)

## I. 논점 정리

사안의 경우 甲이 乙에게 계약금의 배액을 지급하고 乙과의 계약을 해제하기 위해서는 甲이 제565조의 해약금에 의한 해제권을 행사할 수 있는지가 문제된다. 특히 2006년 5월 10일 甲의 계좌로 乙의 중도금 송금이 이행기 전의 이행착수로 당사자 일방의 이행에 착수에 해당하는지가 문제된다.

## II. 甲의 해약금에 의한 해제인정 여부

### 1. 성립요건

해약금에 기한 해제의 효과가 인정되기 위해서는 ① 계약금을 교부하였을 것 ② 다른 약정이 없을 것 ③ 당사자 일방이 이행에 착수하기 전에 ④ 교부자는 포기하고 수령자는 배액을 상환하여 ⑤ 해제의 의사표시(도달)를 하였을 것이 필요하다(제565조 1항).

사안의 경우 2006년 4월 1일 분양계약을 체결함과 동시에 乙이 계약금 전부를 지불하였는 바, ①의 요건은 충족한다.

### 2. 다른 약정이 없을 것

사안의 분양계약 제3조는 계약금에 대한 위약금 약정을 한 것이 아니라, **약정해제권과 관련된 분양계약 제2조 제3항에 대한 위약금 약정일 뿐이므로 제565조의 다른 약정에 해당하지 않아** 다른 약정은 없는 경우이다.

### 3. 당사자 일방의 이행착수 전

#### (1) 당사자 일방의 의미

당사자 일방이란 매매 쌍방 중 어느 일방을 지칭하는 것이고, **상대방이라 국한하여 해석할 것이 아니다.** 즉, 매매계약의 일부 이행에 착수한 당사자뿐만 아니라, 어느 일방이 착수한 경우에는 그 상대방도 해제권을 행사할 수 없다.

#### (2) 이행의 착수의 의미

① 이행의 착수란 단순히 이행의 준비를 하는 것만으로는 부족하고, 중도금의 제공 등과 같이 채무의 이행행위의 일부를 행하거나 이행에 필요한 전제행위를 하는 것을 말한다(2002다46492).

② 이행기의 약정이 있다 하더라도 당사자가 채무의 이행기 전에는 착수하지 아니하기로 하는 특약을 하는 등 특별한 사정이 없는 한 그 이행기 전에 이행에 착수할 수도 있으며 매매계약 체결 후 매매계약의 대상인 부동산의 시가가 상승하자 매도인이 매매대금의 인상을 요청한 사실만으로 이행기 전 이행착수를 불허할 만한 특별한 사정이 있는 것도 아니라고 하였다(대판 2006.2.10. 2004다11599),

#### (3) 사안의 경우

2006년 5월 1일 주변 아파트 시세가 상승하자 乙에게 분양대금의 증액을 요구한 甲의 행위는 이행에 착수하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 이행기 전의 이행착수를 불허할 만한 특별한 사정으로 인정되지도 않는다.

그러나 甲의 분양대금의 증액을 요구를 거절하고 바로 2006년 5월 10일 甲의 계좌로 송금한 乙의 행위는 이행착수로 볼 수 있고, 비록 이행기(계약체결일로부터 1년이 되는 날인 2007.4.15.) 전의 이행착수라도 인정된다.

따라서 甲은 일방의 이행착수 전에만 행사할 수 있는 제565조의 해약금에 의한 해제는 할 수 없다.

### Ⅲ. 사안의 해결 (3점)

사안의 경우는 ① 甲은 2006년 4월 1일 계약 당일 乙로부터 계약금 전부를 지급받았고, ② 분양계약 규정 제3조는 계약금에 대한 위약금 약정을 한 것이 아니라, 약정해제권과 관련된 분양계약 규정 제2조 제3항에 대한 위약금 약정일 뿐이므로 제565조의 다른 약정에 해당하지 않고, ③ 2006년 5월 1일 주변 아파트 시세가 상승하자 乙에게 분양대금의 증액을 요구한 甲의 행위는 이행에 착수하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 이행기 전의 이행착수를 불허할 만한 특별한 사정으로 인정되지도 않는다. 그러나 甲의 분양대금의 증액을 요구를 거절하고 바로 2006년 5월 10일 甲의 계좌로 송금한 乙의 행위는 이행착수로 볼 수 있고, 비록 이행기(계약체결일로부터 1년이 되는 날인 2007.4.15.) 전의 이행착수라도 인정된다. 따라서 ③ 요건을 충족하지 못하여, 甲이 계약금의 배액을 지급하고 乙 사이의 분양계약이 해제할 수 없다.

- 물음 2. 에 대하여

#### I. 논점 정리

사안은 분양계약 제2조 3항에 약정해제권을 유보하였고, 수분양자 乙이 위 규정에 근거한 해제권 행사가 적법함을 전제로 하고 있다. 따라서 乙의 약정해제권에 법률효과에 관하여, 乙이 납부한 대금반환과 더불어 반환받을 수 있는 범위에 분양계약 제3조 제2항의 약정 위약금과 동조 제3항의 약정이율이 적용될 수 있는지가 문제된다.

#### Ⅱ. 약정해제권 행사의 법적 효과

##### 1. 약정해제권의 의의

계약의 당사자가 당사자 일방 또는 쌍방을 위하여 해제권의 유보에 관하여 특약을 한 경우에는 계약에 의하여 해제권이 발생한다(제543조 제1항). 특히 매매 기타의 유상계약에서 **게약금이 교부된 경우에는 해제권 유보의 특약이 있는 것으로 다루어진다**(제565조 참조).

##### 2. 약정해제권의 행사와 효과

1) 해제권의 행사방법이나 시기, 효과에 관하여 특약을 한 경우에는 그 특약에 따라야 한다. 다만 특약이 없으면 법정해제권의 발생에 관한 제544조, 제545조, 제546조를 제외한 해제의 불가분성 규정, 원상회복규정, 제3자 보호규정 등은 법정해제와 동일하게 적용된다.

- 2) 손해배상청구는 그것이 채무불이행을 원인으로 하는 것이 아니기 때문에 인정되지 않는다. 즉 채무불이행을 전제로 하는 손해배상청구는 인정되지 않는다(대판 1983.1.18, 81다89참고).

### Ⅲ. 乙의 해제권 행사의 법적 효과

#### 1. 계약금과 중도금 반환청구와 및 이자지급청구

##### (1) 乙의 약정해제권의 효과 및 원상회복의무

사안의 경우 다른 특약이 없으므로, 법정해제권에 관한 제548조가 적용된다. 계약은 소급하여 무효가 되고, 각 당사자는 원상회복의무가 있다. 乙은 이미 지급한 계약금과 중도금 지급의 반환을 청구할 수 있다. 이때 그 각각 지급받은 날부터 이자에 대해서도 반환청구할 수 있다(제548조 제2항).

##### (2) 원상회복에 가산한 이자 및 지연손해금

법정해제권 행사의 경우 당사자 일방이 그 수령한 금전을 반환함에 있어 그 받은 때로부터 법정이자를 부가함을 요하는 것은 민법 제548조 제2항이 규정하는 바로서, 이는 원상회복의 범위에 속하는 것이며 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이고 반환의무의 이행지체로 인한 것이 아니므로, 부동산 매매계약이 해제된 경우 매도인의 매매대금 반환의무와 매수인의 소유권이전등기말소등기 절차이행의무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계없이 매도인이 반환하여야 할 매매대금에 대하여는 그 받은 날로부터 민법 소정의 법정이율인 연 5푼의 비율에 의한 법정이자를 부가하여 지급하여야 하고, 이와 같은 법리는 약정된 해제권을 행사하는 경우라 하여 달라지는 것은 아니다(대판 2000.6.9. 2000다9123).

다만, 당사자 사이에 그 이자에 관하여 특별한 약정이 있으면 그 약정이율이 우선 적용되고 법정이율이 적용되지 않는다(대판 2013.4.26. 2011다50509).

##### (3) 사안의 적용

따라서 甲은 乙에게 계약해제에 따른 원상회복으로 계약금(공사대금의 5%)과 중도금(공사대금의 10%)을 반환할 의무를 지며, 당사자간에 이자에 관한 약정이 있으므로 각 금액을 甲이 지급받은 날로부터 반환시까지의 약정이율인 연리 3%의 이자도 가산하여 반환할 의무가 있다.

#### 2. 분양계약 제3조 제2항의 위약금 지급청구

##### (1) 乙의 약정해제권의 효과의 위약금 특약 인정여부

사안의 경우 분양계약 제3조 제2항에서 “수분양자 乙은 분양자 甲의 귀책사유로 인해 입주예정일로부터 3월 이내에 입주할 수 없게 되는 사유로 이 계약이 해제된 때에는 甲은 수분양자 乙에게 공급대금 총액의 10%를 위약금으로 지급한다”는 약정을 하였다.

##### (2) 위약금 약정의 의미

위약금에는 위약벌과 손해배상액의 예정이 있는데, 양자의 구별은 당사자의 의사해석에 따른다. 다만 위약금 약정은 다른 반증이 없는 한 손해배상액의 예정으로 추정된다(제398조 제4항).

사안의 위약금 약정은 위약별로 볼 만한 사정이 보이지 않으므로 손해배상액 예정으로 볼 수 있다.

### 3) 사안의 적용

약정해제권에 기한 손해배상액 예정으로 ① 분양계약 체결시 위약금 합의가 있었고, ② 입주예정일로부터 3월 이내에 입주할 수 없는 채무불이행사실과 ③ 분양자 甲의 귀책사유로 인해 발생하였으므로 손해배상청구권은 인정된다. 따라서 위 위약금 약정에 기해 甲은 수분양자 乙에게 손해가 없다 하여도 甲은 공급대금 총액의 10%를 위약금으로 지급해야 한다.

### (4) 해제로 인한 손해배상청구권과 지연손해

해제로 인한 손해배상청구권은 지급을 최고한 때부터 지연손해가 발생한다. 계약해제 시 반환할 금전에 가산할 이자에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이행지체로 인한 지연손해금도 그 약정이율에 의하기로 하겠다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다. 다만 그 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 약정이율에 의하지 아니하고 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다고 봄이 타당하다. 계약해제로 인한 원상회복 시 반환할 금전에 받은 날로부터 가산할 이자의 지급의무를 면제하는 약정이 있는 때에도 그 금전반환의무가 이행지체 상태에 빠진 경우에는 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있는 점과 비교해 볼 때 그렇게 보는 것이 논리와 형평의 원리에 맞기 때문이다.(대판 2013.4.26. 2011다50509).

사안의 경우 분양계약 제3조 제3항에 계약해제 시 반환할 금전에 가산할 이자에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 경우이나 그 약정이율이 법정이율보다 낮은 3%이므로, 甲은 공급대금 총액의 10%를 위약금으로 지급함과 더불어 해제일부터 다 갚는 날 때까지 법정이율인 연 5%의 비율로 지연손해금도 지급하여야 한다.

## IV. 사안의 해결 (3점)

사안의 경우 분양계약 제2조 제3항에 의한 乙의 적법한 해제권 행사로 인해 甲은 乙에게 계약해제에 따른 원상회복으로 계약금(공사대금의 5%)과 중도금(공사대금의 10%)을 반환할 의무를 지며, 당사자 간에 이자에 관한 약정이 있으므로 각 금액을 甲이 지급받은 날로부터 반환할 때까지 약정이율인 연리 3%의 이자도 가산하여 반환할 의무가 있다.

해제권의 적용되는 위약금 약정이 손해배상액 예정에 해당하여 甲은 수분양자 乙에게 손해가 없다 하여도 공급대금 총액의 10%를 위약금으로 지급해야 한다. 이에 계약해제 시 반환할 금전에 가산할 이자에 관하여 당사자 사이에 약정이 법정이율보다 낮은 3%이므로, 甲은 공급대금 총액의 10%를 위약금으로 지급함과 더불어 해제일부터 다 갚는 날 때까지 법정이율에 의한 지연손해금도 지급하여야 한다.

〈문제 2〉

(20점)

승강기 제조업자인 甲은 乙 소유의 X신축건물에 특유한 승강기를 제작·설치하는 계약을 乙과 체결하였다. 이 계약의 법적 성질은 무엇이며, 만일 승강기가 완성되어 설치되었다면 그 승강기의 소유권은 누구에게 귀속하는지에 관하여 설명하시오. (20점)

I. 결론 (전국모의고사 문제1 물음 1)

승강기가 완성되어 설치되었다면 그 승강기의 소유권은 도급인 乙에게 귀속한다.

II. 근거

1. 제작물공급계약의 의의와 법적 성질

(1) 제작물공급계약의 의의

당사자의 일방이 상대방의 주문에 따라 자기 소유의 재료를 사용하여 만든 물건을 공급하기로 하고 상대방이 대가를 지급하기로 약정하는 계약을 말한다. 이른바 제작물공급계약은 그 제작의 측면에서는 도급의 성질이 있고 공급의 측면에서는 매매의 성질이 있어 대체로 매매와 도급의 성질을 함께 가지고 있다.

(2) 법적 성질

그 적용 법률은 i) 계약에 의하여 제작 공급하여야 할 물건이 대체물인 경우에는 매매에 관한 규정이 적용되지만, ii) 물건이 특정의 주문자의 수요를 만족시키기 위한 부대체물인 경우에는 당해 물건의 공급과 함께 그 제작이 계약의 주목적이 되어 도급의 성질을 가진다고 본다(대판 1987.7.21. 86다카2446).

(3) 사안의 경우

1) 승강기 제조업자인 甲이 乙 소유의 X 신축건물에 특유한 승강기를 제작·설치하는 계약은 乙의 주문에 따라 甲이 자기 소유의 재료를 사용하여 만든 물건을 공급하기로 하고 대가를 지급받기로 약정한 제작물공급계약에 해당한다. 2) 승강기 제작 및 설치 공사계약은 신축건물에 맞추어 일정한 사양으로 특정되므로, 그 대체가 불가능한 제작물의 공급계약이므로 도급의 성질을 가진다(대판 2010.11.25. 2010다56685).

2. 수급인인 甲이 주요 재료를 제공한 승강기의 소유권 귀속관계

(1) 문제점

수급인인 甲이 주요 재료를 제공하여 제작한 경우, 승강기가 누구의 소유인지 검토한다.

(2) 판례

판례는 당사자 사이에 특약이 있는 경우에는 특약에 따라 소유관계가 결정될 것이나, 당사자 사이에 특약이 없는 한 그 제작물은 도급인에게 인도할 때까지는 수급인의 소유라는 입장이다.

### 3. 사안의 경우

사안의 승강기 제작 및 설치 공사계약은 대체가 불가능한 **제작물공급계약**이므로 **도급의 성질**을 가며, 소유권 귀속에 관한 다른 약정은 없는 경우이므로, **만일 승강기가 완성되어 설치되었다면** 도급인 **乙**에게 인도된 것이므로 수급인 **甲**이 재료를 제공한 경우라도 그 승강기의 소유권은 **도급인 乙에게 귀속한다**.

#### 〈문제 3〉

(20점)

甲에게 3억 원의 금전채무를 부담하고 있는 乙은 그 채무의 변제를 위하여 2023. 3. 3. 자신이 소유하는 X부동산을 丙에게 5억 원에 매도하면서, 계약금 1억 원 및 중도금 2억 원은 甲에게 직접 지급하도록 하는 제3자를 위한 계약을 체결하였다. 甲의 법적 지위를 丙에 대한 수익의 의사표시가 있기 이전과 이후로 나누어 설명하시오. (20점)

## I. 제3자를 위한 계약의 의의

제3자를 위한 계약은 계약당사자가 아닌 제3자에게 직접 권리를 취득케 하는 계약으로 보통의 계약 중에 그 법률효과의 일부를 직접 제3자에게 귀속시킨다는 내용의 제3자 약관을 붙인 것을 말한다(제539조).

## II. 제3자를 위한 계약의 성립여부

### 1. 성립요건

제3자를 위한 계약이 성립하기 위해서는 ① 채권자(요약자)와 채무자(낙약자) 간에 유효한 계약이 성립하여야 하며, ② 그 계약에서 제3자에게 직접적으로 권리를 취득시키려는 약정(수익조항의 존재)이 있어야 하고, ③ 수익자는 계약체결 당시에 처음부터 확정되어 있을 필요는 없고, 또한 현존하고 있어야 하는 것도 아니다. 수익의 의사표시는 제3자를 위한 계약의 성립요건이나 유효요건이 아니고, 제3자가 채권을 취득하기 위한 요건일 뿐이다.

### 2. 사안의 경우

① 乙과 丙 사이의 X부동산 매매계약(기본관계)이 체결되었고, ② 乙(요약자)과 丙간에 甲이 계약금 1억 원 및 중도금 2억 원을 직접 청구할 수 있다는 약정에 합의 한 바, 이는 제3자 乙에게 독자적으로 권리를 인정하는 것으로 제3자 수익약정에 해당한다. ③ 아직 수익의 의사표시가 없다 하더라도, 계약체결 당시에 처음부터 수익자가 확정되어 있으므로 丙을 수익자로 하는 제3자를 위한 계약이 유효하게 성립하였다.

### III. 수익자 甲의 법적 지위 (⇒전, 후)

#### 1. 수익의 의사표시의 법적 성질

##### 1) 제3자의 채권취득의 요건

수익의 의사표시가 없더라도 제3자를 위한 계약은 성립하고 당사자 사이에 효력을 발생한다. 따라서 수익의 의사표시는 제3자를 위한 계약의 성립요건이나 유효요건이 아니고, 제3자가 채권을 취득하기 위한 요건일 뿐이다.

##### 2) 수익의 의사표시의 방법

수익의 의사표시는 낙약자에 대한 권리취득의 효과를 발생케 한다는 점에서 형성권에 해당한다. 이러한 수익의 의사표시는 낙약자(채무자)에 대해 하여야 하고, 명시적 또는 묵시적(급부의 이행청구, 요약자와 낙약자간 계약서의 수취인란에 기명날인 등)으로 할 수 있다. 따라서 반드시 서면으로 이루어져야 할 필요는 없다.

#### 2. 수익자 甲의 의사표시 전의 법적 지위

##### (1) 형성권

수익자는 수익의 의사표시를 할 수 있는 형성권을 가진다.

##### (2) 비밀신전속권

이 권리는 형성권으로 재산권적 특성이 강하므로 일신전속권이 아니므로 양도·상속, 채권자대위권의 목적이 된다(다수설).

#### 3. 수익자 甲의 의사표시 후의 법적 지위

##### (1) 권리취득(제3자 지위 확정)

###### 1) 제3자는 기본계약에서 정해진 권리를 직접 취득한다.

수익의 의사표시가 있으면 제3자는 계약상 권리를 직접 확정적으로 취득한다.

###### 2) 당사자 임의로 변경·소멸 금지(제541조).

따라서 수익의 의사표시가 있는 후에는 당사자(요약자 및 낙약자)가 이를 변경 또는 소멸시키지 못한다(제541조). 그러나 미리 유보한 경우나 수익자의 동의가 있는 경우에는 가능하다.

##### (2) 채무불이행시 권리행사

수익자는 계약의 당사자가 아니므로, 제3자인 수익자 甲은 해제권(혹은 해제를 원인으로 한 원상회복청구권)이나 취소권은 행사하지 못한다. 다만 낙약자의 채무불이행이 있는 경우에 제3자는 낙약자에 대해 손해배상을 청구할 수 있다(대판 1994.8.12, 92다41559).



**〈문제 4〉** (20점)

건물의 소유를 목적으로 한 토지임차인의 지상물매수청구권에 관하여 설명하시오. (20점)

## I. 의의

토지임차인은 임대차 기간이 만료한 경우에 건물·수목 기타 지상시설이 현존한 때에는 임대인에게 계약의 갱신을 청구할 수 있고(제643조, 제283조 1항), 임대인이 그 갱신을 거절한 경우에는 지상물의 매수를 청구할 수 있다(제643조, 제283조 2항).

## II. 법적 성질

- i) 계약갱신청구권은 청구권일 뿐이므로 임대인이 거절할 수 있으나, 지상물매수청구권은 형성권이다.
- ii) 계약갱신청구권 및 지상물매수청구권은 **편면적 강행규정**이다(제652조). 따라서 포기특약은 원칙적으로 임차인에게 불리한 약정이므로 강행규정 위반으로 무효이다.

## III. 발생 요건

### 1. 당사자

- 1) 청구권자는 지상물인 건물의 소유자인 임차인이며(대판 1993.7.27. 93다6386), 상대방은 원칙적으로 임차권이 소멸할 당시의 토지소유자인 임대인이다.
- 2) 임대목적 토지가 양도된 경우에는 임차인이 대항력을 갖춘 경우에 한하여 양수인(임대인 지위의 승계인)에 대하여 매수청구권을 행사할 수 있다.

### 2. 임대차 기간 만료로 종료할 것

- 1) 임대차가 기간만료로 종료하여야 한다. 기간을 정하지 않은 임대차에서 임대인의 해지통고로 소멸한 경우에도 인정된다.
- 2) 임차인의 차임연체 등 채무불이행으로 임대차계약이 해지된 경우에는 임차인이 계약갱신을 청구할 수 없으므로 이를 전제로 하는 지상물의 매수청구도 할 수 없다(대판 1997.4.8. 96다54249).

### 3. 지상물인 건물의 현존

허가를 받지 않은 부적법한 건물이라도 그 대상이 되며(대판 1997.12.23. 97다37753), 임대인의 동의를 얻어 신축한 것에 한정되지 않는다(대판 1993.11.12. 93다34589).

### 4. 갱신청구에 대한 임대인의 갱신거절

임대인이 그 갱신을 거절한 경우에는 지상물의 매수를 청구할 수 있다

## IV. 행사의 효과

형성권이므로 그 행사로 매매계약이 성립한다. 임차인의 지상물의 소유권이전의무와 임대인의 대금지급의무는 동시이행관계에 있다(대판 1998.5.8. 98다2389).