

행정사 민법(계약법) 기출문제분석 및 2024년 총평

민법 백운정

		2회 14년	3회 15년	4회 16년	5회 17년	6회 18년	7회 19년	8회 20년	9회 21년	10회 22년	11회 23년	12회 24년
계약 총론	계약 의 성립 과 효력		동시이행의 항변권의 성립요건 (20점)	청약과 승낙에 의하지 않은 계약성립 (20점) 계약체결 상의 과실책임 (20점)	제3자 를 위한 계약 (20점)	제537조의 재무자 위험부담주 의 (20점)	계약체결 상의 부당파기 (20점)	동시이행의 항변권의 성립 요건 (20점)	제538 조의 채권자 위험부 담주의 (20점)	교차 청약 (20점)	제3자를 위한 계약 (20점)	계약 체결상 의 과실 책임 (20점)
	계약 의 해 제와 해지	법정 해제와 합의 해제의 차이점 (20점)								합의해 제와 제3자 보호 (20점)	해제와 제3자 보호 (20점)	약정해 제의 법적 효과 (20점)
계약 각론	증여				증여의 특유한 해제원 인(20 점)				부담부 증여의 (30점)			
	매매	매매와 과실의 귀속 (20점) 매매 예약 완결권 (20점)	매매와 과실의 귀속 (20점)	매도인의 담보책임 (20점)	계약금 (20점)	계약금의 일부지급과 해약금 해제(20점) 이행기전 의 이행의 착수(20점) 물건의 하자에 대한 매도인의 담보책임(20 점)	환매와 재매매 예약 (20점)			전부 타인 권리 매매와 매도인 의 담보 책임 (20점)	이행기 전의 이행의 착수의 해약금 해제 (20점)	전부 타인 권리 매매와 매도인 의 담보 책임 (20점)
	임대차	임차인 의 유익비 상환청 구권 (20점)	임차인 의 지상물 매수청 구권 (20점)	임차물의 무단전대 (20점)	임차인 의 부속물 매수 청구권 (20점) 임차권 의 양도 (20점)	임차인의 지상물매수 청구권 (20점)	권리금 회수기회 의 보호 제도 (20점)	임차인의 부속물매수 청구권 (20점) 임차권등기 명령 (20점)	상임법 상 임차인 의 계약갱 신요구 권(20점)	임대차 보증금 의 반환 (20점)	토지임 차인의 지상물 매수청 구권 (20점)	상임법 상 갱신청 구권 (20점) 권리금 회수기 회의 보호 제도 (20점)
	도급	도급의 위험 부담 (20점) 일의 완성전 도급인 의 해제 (20점)						주택신속계 약의 법적 성질과 소유권 귀속 (20점) 수급인의 담보 책임 (20점)			승강기 제작·설 치 계약의 법적 성질과 소유권 귀속 (20점)	
	기타	조합채 무에 대한 책임 (20점)	준소비 대차 (20점)	화해 계약의 취소 (20점)			여행 주최자의 의무와 담보책임 (20점)		조합의 탈퇴 (20점)	조합의 탈퇴 (20점)		조합채 무에 대한 책임 (20점)

1. 2024년 민법 2차 총평

(1) 2024년 기출분석

문제 1는 사례 문제로 일반적인 예상과 달리 특별법인 상가임대차보호법에서 출제되었습니다. 올해 상가임대차보호법이 출제되리라 예상하였으나, 판례가 사례문제로 출제된 것에 조금은 당황한 분도 있을리라 보입니다. 그러나 물음 1)은 위 표에서 보듯이 9회차에서 기출된 논점이고, 실전 모의고사(일요일) 4회 문제 2에서 정당한 거절사유에 대한 포섭 문제를 풀어 보았습니다. 그러나 상가임대차 계약이 갱신요구권 개정 전에 체결된 경우이므로 개정법이 적용될 수 있는지 여부와 물음 2)는 7회 기출논점인 권리금회수기회에 대한 사안 포섭과 관련하여 갱신요구권이 인정되지 않는 경우에도 인정되는지 여부에 대한 판례가 새로운 논점으로 추가되었습니다. .

문제 2는 제535조의 계약체결상의 과실책임에 대한 단문이고, 이는 4회 기출문제이며, 이미 사례문제로도 모의고사에서 푼 문제이고, 문제 3도 반복되어 기출된 전부 타인권리 매매에 대한 담보책임에 대한 문제가 사례형식으로 출제되었다.

또한 문제 4도 2회 기출 논점인 조합채무에 대한 조합원의 책임에 대한 것으로 특히 업무집행조합원에 의한 조합채무에 대한 사안으로 단권화에서 출제예상문제로 풀어 본 문제였습니다.

(2) 총평

결론적으로 조금은 어렵게 나오리라 예상했으나, 문제 1인 사례문제가 상가임대차보호법상 논점으로 구성된 것을 제외하고는 예상한 범위 내에서 출제된 것이므로, 작년과 비교하자면, 다소 평이한 수준이었다고 보입니다.

3. 향후 공부방법론

(1) 단계별 학습방법론

① 먼저 기본서 학습을 통하여 전체적인 틀과 개념을 익히고, ② 다음으로 기출문제를 진도별로 풀어가며 기본서를 통하여 배운 부분이 어떻게 출제되는지 알아야 하고, 자신이 제대로 이해하고 있지 못하는 부분은 하나씩 정리해 나가야 합니다. ③ 마지막으로 실전과 동일한 형태의 모의고사(동형모의고사)를 통하여 문제를 푸는 감각을 익혀나가셔야 합니다. ⑤ 이후 시험 직전 1~2주 동안에는 그동안 자신이 공부하여 왔던 교재를 반복학습하여 암기하여야 합니다. 특히 마지막 1~2주 동안 전부 반복학습하여 암기하고 시험장에 들어가야 한다. 혼자 정리하기 어렵다고 느끼는 경우에는 학원의 특강 등을 통하여 출제예상지문을 정리하거나 마무리특강을 통하여 전체적으로 중요사항을 정리하여야 합니다.

(2) 기출문제의 분석을 통한 향후 공부전략

“모든 시험의 시작과 끝은 기출문제다”라는 말이 있을 정도로 시험공부에 있어 기출문제의 분석과 정리는 중요한 부분이다. 이를 통하여 출제되는 테마들을 알 수 있으므로 평소 공부할 때에도 출제테마들을 중심으로 효과적으로 학습할 수 있고, 기출지문들 중 중요테마들은 반복 출제되므로 마지막 정리시에도 도움이 됩니다. 그러므로 공부시간의 70~80% 를 기출문제에 투자하여야 합니다.

기출분석으로 알 수 있듯이 70~80점은 기출지문만 숙지하면 가능합니다.

결국 조문을 기본으로 하여 기출판례를 중심으로 반복학습하고, 사례형 문제에 적응을 높여 나아가면 고득점도 가능합니다.

2024년 제12회 행정사 제2차 해설

〈문제 1〉

(40점) 물음 1 실전 모의고사(일요일) 4회 문제 2

물음 2 진도별 모의고사 7회 문제 3

甲은 자신 소유의 X상가건물에서 음식점을 운영해 오다가 2008. 5. 6. 丙에게 X건물을 매도하면서, 丙으로부터 X건물을 보증금 3,000만 원, 월 차임 200만 원, 계약기간 2008. 6. 5.부터 1년으로 정하여 임대차계약을 체결하였다. 이후 甲과 丙의 임대차계약은 묵시적으로 갱신되어 왔다. 乙은 2023. 5. 11. 丙으로부터 X건물을 매수하고 소유권이전등기를 마친 후, 2024. 1. 24. 甲에게 2024. 6. 4. 자로 X건물에 대한 임대차가 종료됨을 통지하였다. 다음 물음에 답하시오. (40점)

물음 1) 乙의 임대차 종료 통지에 대하여 甲은 임대차계약의 갱신을 요구하였다. 이와 관련하여 상가건물임대차보호법상 계약갱신요구권을 약술하고, 甲의 계약갱신요구의 인정여부, 甲과 乙의 임대차계약의 존속여부에 관하여 검토하시오. (20점)

물음 2) 甲은 2024. 3. 9. 丁과 X건물에 관하여 5,000만 원의 권리금계약을 체결한 다음, 2024. 3. 22. 乙에게 신규 임차인으로 丁을 추천하며 임대차계약 체결을 요구하였다. 그러나 乙은 자신이 X건물에서 직접 샌드위치가게를 운영할 계획이라는 이유로 甲의 요구를 거절하였다. 임대인의 권리금 회수기회 보호제도에 관하여 약술하고, 甲의 권리금회수방안에 관하여 검토하시오. (20점)

- 물음 1). 에 대하여

I. 논점 정리

임대인 乙의 임대차 종료 통지에 대하여 임차인 甲이 계약갱신을 요구하고 있는 바, 상가건물임대차보호법상 계약갱신요구권을 살펴 보고, 甲과 乙의 임대차계약의 존속여부에 관하여 검토한다.

II. 상가건물 임대차보호법의 갱신요구권

1. 상임법상 갱신요구권의 의의

상가건물 임대차보호법상 임차인이 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신을 요구할 있는 권리이다. 그러나 정당한 사유가 있는 경우 임대인은 갱신을 거절할 수 있다(상가건물임대차보호법 제10조 제1항).

2. 임대인의 갱신거절사유(⇒ 부정, 무단, 파손, 멸실·재건, 계속)

임대인에게 계약갱신거절의 사유(제10조 제1항 각호)가 있는 경우, 즉 ① 3기의 차임연체 사실, ② 부정한 방법으로 임차, ③ 무단전대, ④ 고의·중과실에 의한 파손, ⑤ 임차물의

멸실·재건축 등으로 임대차를 계속하기 어려운 사정이 있는 등의 경우에 갱신을 거절할 수 있다.

3. 효과

(1) 행사기간

임차인의 계약갱신요구권은 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 10년(2018. 10. 16. 이전 구법 5년)을 초과하지 아니하는 범위에서만 행사할 수 있다(상임법 제10조 제2항).

(2) 갱신내용

갱신되는 임대차는 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 계약된 것으로 본다. 다만, 차임과 보증금은 제11조에 따른 범위에서 증감할 수 있다(상임법 제10조 제3항).

III. 甲의 계약갱신요구권의 인정여부

1. 갱신요구권 성립요건 충족 여부

- ① 임차인이 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신을 요구,
- ② 정당한 거절사유가 없어야 한다.

사안의 경우 정당한 거절사유는 보이지 않는 바, 임대차 기간 만료전 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신요구인지가 문제된다.

사안의 경우 甲은 2008. 5. 6. 임대차 계약을 체결하여 임대차기간 만료 후 2009. 6. 5. 부터 묵시적 갱신 갱신되었는 바, 상임법상 묵시적 갱신의 기간은 1년이므로(상임법 제10조 제4항) 2023. 6. 5. 다시 갱신되어 2024. 6. 4.이 임대차기간 만료이므로 2024. 1. 24.의 갱신요구는 만료전 6개월전 이후에 이루어진 것으로 성립요건은 충족하였다.

2. 행사기간 경과여부

(1) 개정 상임법 적용여부

사안은 **현행법 시행 전인 2008. 5. 6. 임대차 계약을 체결한 바, 현행이 적용될 수 있는지** 문제된다.

개정 상가임대차법 부칙 제2조의 ‘이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차’는 개정 상가임대차법이 시행되는 2018. 10. 16. 이후 처음으로 체결된 임대차 또는 2018. 10. 16. 이전에 체결되었지만 2018. 10. 16. 이후 그 이전에 인정되던 계약 갱신 사유에 따라 갱신되는 임대차를 가리킨다고 보아야 한다. 따라서 **개정 법률 시행 후에 개정 전 법률에 따른 의무임대차기간이 경과하여 임대차가 갱신되지 않고 기간만료 등으로 종료된 경우는 이에 포함되지 않는다**(대판 2020.11.5. 2020다241017).

(2) 행사기간 경과로 인한 갱신청구권 인정여부

사안의 경우는 甲이 임대차 갱신을 요구한 때에는 이미 의무임대차기간 5년을 경과하였으므로 위 임대차계약은 2018. 10. 16. 개정된 상가건물 임대차보호법시행 이후에 기간만료로 종료되어 갱신되지 않는다. 따라서 위 임대차계약에는 개정 상가임대차법 제10조 제2항이 적용되지 않는다.

결론적으로 이미 최초 임대차계약 후 15년 이상된 경우이므로 구법에 의하든 개정이든

갱신요구는 인정될 수 없다.

III. 甲과 乙의 임대차계약의 존속여부

사안은 상임법상 묵시적 갱신으로(상임법 제10조 제4항) 2024. 6. 4.에 임대차기간이 만료되는 경우이다. 임대차기간 만료 후 임대차기간이 존속하기 위해서는 임차인의 갱신요구가 인정되는 경우이거나 묵시적 갱신이 되어야 한다. 갱신요구권은 최대 행사기간이 경과하여 인정될 수 없고, 묵시적 갱신은 임대인 乙이 갱신기간 내에 갱신거절의 통지를 하였으므로 인정될 수 없다(상가건물임대차보호법 제10조 제4항). 2024. 6. 4.에 임대차기간이 만료되면 임대차계약은 소멸한다.

- 물음 2). 에 대하여

I. 논점 정리

상가임대차보호법 상 임대인의 권리금 회수기회 보호제도에 관하여 알아보고, 임차인이 계약갱신요구권을 행사할 수 없는 경우에도 권리금 회수기회 보호의무를 부담하는지 여부와 임대인이 스스로 영업할 계획이라는 이유만으로 정당한 사유가 있다고 볼 수 있는지가 문제된다.

II. 권리금 회수기회의 보호

1. 권리금의 의의 및 효력

- 1) 권리금이란, 토지 또는 건물의 임대차에 부수하여 임대차 목적물이 가지는 특수한 장소적 이익 등의 대가로서 임대인 또는 임차인에게 지급하는 금전이다(상가건물임대차보호법 제10조의3 제1항).
- 2) 권리금 계약이란 신규임차인이 되려는 자가 임차인에게 권리금을 지급하기로 하는 계약을 말한다(제2항).
- 3) 상임법은 특별규정으로서 임차인의 권리금회수기회를 보장하기 위하여 임대인의 방해금지의무를 규정하고 있다.

2. 상임법상 권리금 회수기회의 보호

(1) 임대인의 방해금지의무 (⇒요, 못, 현, 거)

- 1) 임대인은 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 종료 시까지,
- 2) ① 임차인이 주선한 신규임차인에게 권리금을 요구·수수하는 행위, ② 임차인이 주선한 신규임차인으로 하여금 임차인에게 권리금을 지급하지 못하게 하는 행위, ③ 임차인이 주선한 신규임차인에게 현저히 고액의 차임과 보증금을 요구하는 행위, ⑤ 정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인과의 임대차계약 체결을 거절하는 행위 등을 함으로써,
- 3) 임차인이 권리금을 지급받는 것을 방해하여서는 아니 된다(제10조의4 제1항 본문).

(2) 위반의 효과

(1) 손해배상책임

임대인이 방해금지의무를 위반한 때에는 손해배상책임이 있다. 그 손해배상액은 신규임차인이 지급하기로 한 권리금과 임대차 종료 당시의 권리금 중 낮은 금액을 넘지 못한다(제3항).

(2) 소멸시효

임대인의 방해금지의무 위반으로 인한 손해배상청구권은 임대차가 종료한 날부터 3년 내에 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다(제4항).

3. 적용의 배제 (⇒갱신거절사유 = 3기, 부정, 무단, 파손, 멸실·재건, 계속)

임대인에게 계약갱신거절의 사유(제10조 제1항 각호)가 있는 경우, 즉 ① 3기의 차임연체사실, ② 부정한 방법으로 임차, ③ 무단전대, ④ 고의·중과실에 의한 파손, ⑤ 임차물의 멸실·재건축 등으로 임대차를 계속하기 어려운 사정이 있는 등의 경우에는 임대인의 방해금지의무가 인정되지 않는다(제10조의4 제1항 단서).

III. 甲의 권리금 회수방안

1. 문제의 소재

사안의 경우 ① 임차인이 계약갱신요구권을 행사할 수 없는 경우에도 권리금 회수기회 보호의무를 부담하는지 여부와 ② 2024. 6. 4. 임대차기간 만료일 전인 2024. 3. 9. 丁과 5,000만 원의 권리금계약을 체결한 다음, 2024. 3. 22. 乙에게 신규 임차인으로 丁을 주선하며 임대차계약 체결을 요구하여(제10조의4 제1항 본문), 임대인 乙은 정당한 사유가 없는 한 권리금 회수 기회를 보호하여야 한다. 이때 임대인이 스스로 영업할 계획이라는 이유만으로 정당한 사유가 있다고 볼 수 있는지가 문제된다.

2. 권리금 회수기회 인정여부

구 상가임대차법 제10조의4의 문언과 내용, 입법 취지에 비추어 보면, 같은 법 제10조 제2항에 따라 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하여 임차인이 계약갱신요구권을 행사할 수 없는 경우에도 임대인은 같은 법 제10조의4 제1항에 따른 권리금 회수기회 보호의무를 부담한다(대판 2019.5.16. 2017다225312, 225329 참조). 또한 임대인이 스스로 영업할 계획이라는 이유만으로 임차인이 주선한 신규 임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절한 것에는 구 상가임대차법 제10조의4 제1항 제4호에서 정한 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다(대판 2019.5.30. 2018다261124, 261131 등 참조).

3. 사안의 해결

사안의 경우 구 상가임대차법상 상가에 관한 임대기간이 5년을 경과하여 피고가 원고에 대하여 갱신요구권을 행사할 수 없다 하더라도, 구 상가임대차법 제10조의4가 적용되므로 임대인 乙은 甲에 대하여 권리금 회수기회 보호의무를 부담한다. 임대인 자신이 직접 샌드위치 가게를 운영할 계획이 있다는 이유만으로 신규임차인과의 임대차계약의 체결을 거절한 데에는 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다. 이를 거절한 경우 甲은 乙에게 권리금회수방해를 원인으로 한 손해배상을 청구할 수 있다(대판 2020.9.3. 2018다252441, 2018다252458).

〈문제 2〉

(20점) 실전모의고사 1회 문제 1 물음 2

계약체결상의 과실책임(민법 제535조)의 요건 및 효과에 관하여 설명하시오. (20점)

I. 서설

- 1) 일반적으로 ‘계약체결상의 과실책임’이란, 계약체결을 위한 준비단계 또는 계약의 성립 과정에서 당사자의 일방이 책임 있는 사유로 상대방에게 손해를 끼친 경우, 배상할 책임을 말한다.
- 2) 민법은 제535조에서 계약이 원시적 불능으로 무효인 경우의 배상책임만을 규정하고 있다.

II. 제535조의 계약체결상의 과실책임

1. 의의

목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다(민법 제535조).

2. 법적 성질

1) 학설 및 판례

제535조의 성질에 대하여, ① 계약체결과정 및 계약체결의 준비과정에도 계약유사의 관계를 인정할 수 있다고 하여 일반적 계약체결상의 과실책임을 인정하는 계약책임설, ② 일반적 계약체결상의 과실책임은 우리 민법에서는 인정할 필요가 없고, 불법행위책임으로 규율하면 충분하다는 불법행위책임설이 대립한다. 判例는 불법행위책임설의 입장이다(대판 2003.4.11. 2001다53059).

2) 검토

우리 민법은 독일 민법과 달리 제390조와 제750조에서 채무불이행책임과 불법행위책임에 대하여 포괄적인 일반규정을 두고 있으므로, 계약책임의 영역을 지나치게 넓힐 필요가 없다. 따라서 불법행위책임설이 타당하다.

3. 요건

① 계약체결행위가 있었을 것, ② 계약 목적이 원시적·객관적·전부 불능일 것, ③ 계약 체결시 배상의무자의 악의 또는 과실이 존재할 것, ④ 상대방은 선의·무과실일 것을 요한다.

4. 효과

- 1) 과실자는 상대방에게 손해를 배상해야 하며, 손해배상의 범위는 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 신뢰이익의 손해에 한정되며, 그 손해액은 이행이익의 손해액을 넘지 못한다(제535조 제1항 단서).
- 2) 신뢰손해란, 신뢰가 없었더라면 통상 지출하지 아니하였을 비용 상당의 손해이다. 아직 계약체결에 관한 확고한 신뢰가 부여되기 이전에 계약체결이 좌절되더라도 어쩔 수 없다고 생각하고 지출한 비용은 여기에 포함되지 아니한다.

III. 제535조의 확대적용 문제

1. 계약교섭의 부당파기의 경우

(1) 요건

판례는 “① 계약당사자 어느 일방이 교섭단계에서 계약이 확실하게 체결되리라는 정당한 신뢰를 부여하여, ② 상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도, ③ 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부하여 손해를 입혔다면, 신의성실의 원칙에 비추어 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다”고 본다.

(2) 효과

계약의 부당파기자는 불법행위에 기한 손해배상책임을 진다(제750조). 이때 손해배상의 범위는 ‘계약이 유효하게 체결된다고 믿은 신뢰손해’에 한정된다. 이행이익의 배상을 구할 수는 없다.

2. 계약이 취소된 경우 등

1) 계약이 숨은 불합의로 불성립하거나, 강행법규 위반으로 무효이거나, 착오·제한능력을 이유로 취소된 경우 등에서 ① 제535조를 유추적용하자는 견해와 ② 제750조의 불법행위 책임을 적용하자는 견해가 대립하지만, 앞서 살펴본 바와 같은 이유로 후자가 타당하다.

2) 특히, 경과실로 인한 착오취소의 경우가 문제인데 독일 민법에는 명문규정이 있으나, 우리 민법에는 그러한 규정이 없는 바, 판례는 민법 제109조에서 중과실이 없는 한 취소를 허용하고 있으므로, 위법하지 않다고 하여 불법행위책임을 부정한다(대판 1997.8.22. 97다13023)

〈문제 3〉

(20점) 실전모의고사 3회 문제3

甲(매도인)은 乙(매수인)과 丙 소유의 건물에 대한 매매계약을 체결하였으나, 그 후 丙 명의의 소유권이 전등기가 원인무효로 밝혀져 진정 소유자가 제기한 소유권이전등기 말소등기청구소송에서 丙이 패소함으로써 위 매매계약에 기한 건물의 소유권이전이 불능으로 되었다. 이 경우 乙이 甲에게 주장할 수 있는 권리에 관하여 설명하시오. (20점)

I. 논점의 정리

- 1) 매도인 甲이 자기 소유가 아닌 丙 소유의 건물에 대한 매매계약을 체결한 바, 매매목적물의 권리 전부가 타인에게 속하는 경우로 매매계약이 무효가 되는지가 문제된다.
- 2) 매매계약이 유효라고 한다면 매도인 甲이 건물이전의무가 후발적 불능이 된 경우, 매수인 乙은 매도인 甲에게 담보책임과 채무불이행책임을 주장할 수 있는지 여부가 문제된다.

II. 전부 타인권리 매매의 효력

(1) 민법의 규정

우리 민법도 제569조에서 타인권리의 매매가 유효함을 전제로, 재산권이전의무를 규정하고 있다. 매매계약은 처분행위가 아니라, 의무부담행위이므로 처분권한이 없는 자의 계약도 유효하다.

(2) 사안의 경우

매매의 목적이 된 권리가 매도인 甲이 아닌 타인에게 속한 경우에도 매도인은 매매계약을 체결할 수 있고(유효), 이때 매도인 甲은 그 권리를 취득하여 매수인 乙에게 이전하여야 할 의무를 부담한다(대판 2021.6.24. 2021다220666).

III. 매도인 甲의 담보책임

1. 매도인의 담보책임의 의의

- 1) 매매의 목적인 「권리」의 흠결 또는 그 권리의 객체인 「물건」에 하자가 있는 경우에 매매계약의 등가성을 보장하기 위하여 매도인이 지는 책임을 매도인의 담보책임이라고 한다.
- 2) 매도인의 고의·과실을 묻지 않는 무과실책임이다.

2. 전부 타인권리 매매의 담보책임(제570조)의 요건

① 매매 목적물은 현존하나, ② 타인의 권리에 속하기 때문에 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없어야 한다. ③ 이 때 매도인의 귀책사유는 묻지 않는다.

3. 전부 타인권리 매매의 담보책임의 내용

(1) 해제권 및 손해배상청구권

- 1) 매수인의 선·악의를 불문하고 계약해제권이 인정되나(제570조 본문), 손해배상청구권은 선의의 매수인에게만 인정된다(제570조 단서).

2) 매도인은 선의의 매수인에 대하여 불능 당시의 시가를 기준으로 계약이 완전히 이행된 것과 동일한 경제적 이익을 배상할 의무, 즉 이행이익의 배상을 한다(대판(전) 1967.5.18. 66다2618).

(2) 제척기간

권리의 흠결에서 매도인의 담보책임은 1년의 제척기간이 적용됨이 일반적이지만(제573조), 권리의 전부가 타인에게 속한 경우에는 제척기간의 제한을 받지 않는다.

4. 사안의 적용

건물은 존재하나 소유권을乙에게 넘겨주지 못하는 경우이므로 매수인乙이甲에게 매도인의 담보책임을 물을 수 있다.乙이 선의라면 해제권과 손해배상청권이 인정되고, 악의라면 해제권만 인정된다. 이러한 권리는 제척기간의 제한도 없다.

IV. 매도인甲의 채무불이행책임 성립여부

1. 채무불이행책임을 경합여부

타인의 권리를 매매의 목적으로 한 경우에 있어서 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 할 매도인의 의무가 매도인의 귀책사유로 인하여 이행불능이 되었다면 매수인이 매도인의 담보책임에 관한 민법 제570조 단서의 규정에 의해 손해배상을 청구할 수 없다 하더라도 채무불이행 일반의 규정(민법 제546조, 제390조)에 좇아서 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다(대판 1993.11.23. 93다37328).

2. 사안의 경우

사안의 경우丙의 소유권 상실로 인한 후발적 불능으로 매도인甲의 귀책사유는 보이지 않는 바 매도인갑에게 채무불이행으로 인한 권리는 인정될 수 없다.

V. 사안의 해결

甲과乙사이의 매매계약은 유효하다.甲이 소유권을 취득하여乙에게 이전하지 못한 것이甲의 귀책사유로 없어 채무불이행책임을 물을 수 없다 하여도, 담보책임에 기해乙은 매매 계약을 해제할 수 있다. 또한乙이 선의라면 손해배상도 함께 청구할 수 있다.

〈문제 4〉

(20점) 단권화 p. 269, 실전모의고사 5회 문제1 물음 2(유사논점)

甲·乙·丙은 공동이행방식의 공동수급채를 결성하여 丁과 건축공사도급계약을 체결하였으며, 업무집행자인 甲은 조합운영자금을 마련하기 위하여 A은행으로부터 1억 원을 차용하였다. 위 공사를 완공하여 공사대금채권을 취득한 甲·乙·丙은 위 대여금채무에 대하여 어떤 책임을 지는지 설명하시오. (20점)

I. 논점 정리

- 1) 업무집행자인 甲이 A은행으로부터 조합운영자금 1억 원을 차용하였는 바, 위 차용금채무가 조합채무에 해당하는지 여부가 문제된다.
- 2) 만일 조합채무라면 공사대금채권을 취득한 조합원 甲, 乙, 丙이 채권자 丁에게 어떠한 책임을 지는지 검토한다.

II. 조합의 성립과 조합재산

1. 조합의 의의

(1) 조합계약이란, 2인 이상이 상호출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약을 말하고¹⁾, 조합계약에 의해 성립한 단체를 조합이라고 한다.

(2) 사안의 경우

공동수급채는 기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가지는 것이므로 그 구성원의 일방이 공동수급채의 대표자로서 업무집행자의 지위에 있었다고 한다면 그 구성원들 사이에는 민법상의 조합에 있어서 조합의 업무집행자와 조합원의 관계에 있었다고 할 것이다(대판 2000.12.12. 99다49620).

2. 조합채무의 성립

(1) 조합의 업무집행

조합의 업무집행은 조합원의 과반수로써 결정하되, 업무집행자를 선임한 경우에는 업무집행자의 과반수로써 결정한다.²⁾

(2) 사안의 경우

甲은 단독의 업무집행자이므로 甲의 조합운영자금 차용행위는 조합의 업무집행에 해당한다. 따라서 위 차용금은 조합채무에 해당한다.

III. 조합채무의 귀속관계

1. 조합재산의 소유형태

1) 제703조 제1항.

2) 제706조.

(1) 조합원의 출자 기타 조합재산은 조합원의 합유로 한다.³⁾ 따라서 조합채무 역시 조합재산⁴⁾ 이므로 조합원 모두의 합유에 속한다.

(2) 사안의 경우

조합인 공동수급체가 공사를 시행함으로써 인하여 도급인에 대하여 가지는 채권은 원칙적으로 공동수급체의 구성원에게 합유적으로 귀속하는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 구성원 중 1인이 임의로 도급인에 대하여 출자지분의 비율에 따른 급부를 청구할 수 없고, 구성원 중 1인에 대한 채권으로써 그 구성원 개인을 집행채무자로 하여 공동수급체의 도급인에 대한 채권에 대하여 강제집행을 할 수 없다(대판 1997.8.26. 97다4401, 대판 2001.2.23. 2000다68924 등 참조).

2. 조합채무의 책임귀속

조합의 채무는 i) 모든 조합원에게 합유적으로 귀속되므로 조합재산으로써 책임을 진다. ii) 더불어 각 조합원은 각자의 개인재산으로도 책임을 지며, 양 책임은 병존한다.

(1) 조합재산에 의한 공동책임

- 1) 조합의 채권자는 채권 전액에 관하여 「조합재산」 으로부터 변제를 청구할 권리가 있다.
- 2) 조합재산은 조합원의 개인재산과는 독립된 고유재산이므로, 조합원 1인에 대한 채권자는 「조합재산」 에 대하여 강제집행할 수 없다.⁵⁾

(2) 조합원의 개인재산에 의한 책임

- 1) 「각 조합원」 은 조합채무에 관하여 손실부담의 비율에 따라 분할채무를 부담한다.
- 2) 채권자가 그 채권발생 당시에 손실부담 비율을 알지 못한 경우에는 각 조합원에게 균등한비율로 변제할 것을 청구할 수 있다.⁶⁾
- 3) 조합원 중에 변제할 자력이 없는 자가 있는 경우에는 그 부분에 대하여 다른 조합원들이 균분하여 변제할 책임을 진다.⁷⁾

3. 사안의 경우

조합채권자 A은행은 1억 원의 채권으로 조합재산인 공사대금채권에 대하여 책임을 물을 수 있고, 이와 병존하여 각 조합원 甲, 乙, 丙에게 손실부담 비율에 따라 각각 개인책임을 물을 수도 있다 (만일 손실부담비율을 알지 못하면 각각 1/3 의 개인책임을 물을 수 있다).

IV. 사안의 해결

甲, 乙, 丙은 원칙적으로 공사대금채권인 조합재산으로 대여금채무 1억원에 대해 책임을 지며, 이와 병존하여 각각 자신의 손실부담비율에 따라 A은행에 대하여 1억 원의 분할책임을 진다. 다만, A은행이 손실부담비율을 알지 못하는 경우는 각각 대여금의 1/3 분할책임을 진다.

3) 제704조.

4) 소극적 조합재산.

5) 대판 2001.2.23. 2000다68924.

6) 제712조.

7) 제713조