

## 2020년 법무사 민법 기출문제 해설

### 제 1 문 (50점)

1. 다음의 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.(각 설문은 상호관련성 없음) (20점)

#### <기본적 사실관계>

甲은 X토지와 그 지상의 Y건물을 소유한 소유자이고, X토지에는 甲의 차용금채무를 담보하기 위한 저당권자 丁명의로의 저당권이 설정되어 있다. 乙은 2010. 5. 10. 위 저당권의 실행에 따른 임의 경매절차에서 X토지를 매수하여 소유권이전등기를 마쳤다.

가. (추가된 사실관계) 丙은 2011. 2. 5. 甲과 매매계약을 체결하여 Y건물을 매수하고 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다.

- 1) 乙은 2014. 2. 5. 丙을 상대로 Y건물의 철거 및 3년치 토지사용료를 청구한다. 각각의 청구에 대한 인용 여부를 논하시오.
- 2) 만약 丙이 Y건물을 매매계약으로 매수한 것이 아니라 강제경매절차에서 매수한 것이라면 법률관계에 어떠한 차이가 있는지 논하시오.

나. (추가된 사실관계) 사실 X토지에 설정된 저당권은 X토지와 그 지상의 Z건물을 공동담보로 한 공동저당권으로 설정된 것이었는데 이후 Z건물이 철거됨에 따라 甲이 X토지 지상에 새로 Y건물을 신축한 것이었다.

- 1) 乙의 甲에 대한 Y건물 철거 청구는 인용될 수 있는지 논하시오.
- 2) 만약 丁이 X토지에 대한 저당권을 실행하면서 민법 제365조에 의한 일괄경매를 신청하여 乙이 경매절차에서 X토지와 Y건물을 일괄매각대금 6억 원에 취득하였고, X토지와 Y건물을 일괄하여 평가한 전체 감정가액은 4억 원이며, X토지의 감정가액은 나대지 상태에서 2억 원, 지상권의 이용 제한이 있는 상태에서 1억 원으로 평가된 경우라면, 丁에 대한 배당금의 액수와 근거를 논하시오.(단, 丁의 채권액은 3억 5,000만 원이고, 배당에 참가한 다른 채권자는 없으며, 丁은 Y건물에 대하여 별도로 압류나 배당요구를 하지는 않았다고 가정함)

2. 다음의 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.(각 설문은 상호관련성 없음) (15점)

#### <기본적 사실관계>

甲은 2009. 5. 1. X토지 지상에 Y건물을 신축하여 자신 명의로 소유권보존등기를 마쳤다. Y건물에 관하여 2009. 12. 1. 甲의 채권자 A에 의한 가압류등기가 마쳐졌고 2010. 5. 1. 위 가압류를 바탕으로 강제경매개시결정의 등기가 마쳐졌다. 乙은 2010. 3. 1. 甲과 매매계약을 체결하고 Y건물을 매수하여 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다. 위 강제경매절차에서 2010. 10. 1. 丁이 Y건물을 매수하여 같은 날 매각대금을 완납하였고 2010. 10. 15. Y건물에 관하여 乙 명의로의 소유권이전등기가 말소되고 丁 명의로의 소유권이전등기가 마쳐졌다. 경매절차에서 건물 철거에 관한 별도 특약은 없었다.

가. (추가된 사실관계) X토지는 2001. 1. 1.부터 丙의 소유였고 乙은 2010. 1. 1. 丙으로부터 X

토지를 매수하여 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다. 이 경우 乙이 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 있는지 논하시오.

나. (추가된 사실관계) X토지는 2001. 1. 1.부터 甲의 소유였고 甲은 공사대금채무를 담보하기 위하여 2009. 6. 1. X토지에 근저당권을 설정하였다. 이후 X토지에 관하여 다른 채권자의 신청에 의한 부동산강제경매가 진행됨에 따라 2009. 10. 1. 乙이 강제경매절차에서 X토지를 매수하고 매각대금을 완납하였으며 이에 따라 근저당권이 소멸하였다. 이 경우 乙이 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 있는지 논하시오.

3. 다음의 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (15점)

甲은 X토지 및 Y토지와 그 2필지 지상의 Z건물을 소유하고 있다. Y토지에는 2001. 1. 1. A를 근저당권자로 한 근저당권설정등기가 마쳐진 상태이다. 乙은 2010. 1. 1. 甲으로부터 X토지와 Z건물을 매수하고 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다. 甲의 채권자 B는 甲과 乙 사이의 Z건물 매매계약이 사해행위에 해당한다며 乙을 상대로 채권자취소 및 원상회복을 청구하였고 2011. 2. 1. 사해행위취소 확정판결을 원인으로 하여 Z건물에 관한 乙명의로의 소유권이전등기가 말소되었다. 이후 B의 신청에 따른 Z건물에 대한 강제경매절차에서 2012. 5. 1. 丙이 매수대금을 완납하고 그 소유권을 취득하였다. 한편 Y토지에 설정된 근저당권의 실행에 따른 경매절차에서 2010. 5. 1. 丁이 매수대금을 완납하여 그 소유권을 취득하였다.

가. 사해행위 취소의 효력을 약술하고, Z건물 양도행위가 사해행위로 취소됨에 따라 甲이 X토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득하는지 논하시오.

나. 丙이 X토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득하는지 논하시오.

다. 丙이 Y토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득하는지 논하시오.

**제 2 문**

(50점)

**<기본적 사실관계>**

마스크 도매업자 甲은 2015. 3. 1. 乙에게, 2015. 3. 9.까지 마스크대금 1,000만 원을 지급받기로 하고 마스크 100박스를 먼저 납품하였다. 한편, 甲에 대하여 400만 원의 대여금채권을 가지고 있던 A가 이 대여금채권을 피보전채권으로 하여 위 마스크대금채권 중 400만 원에 대하여 채권가압류 신청을 하였고, 가압류결정이 2015. 4. 1. 乙에게 송달되었다. 이와 같은 사실관계에서 아래 각 문항에 답하시오.

※ 각 문항은 상호 독립적임

1. 甲의 乙에 대한 마스크대금채권의 소멸시효 완성시점과 그 논거를 설명하시오. (10점)
2. (위 기본사실에 추가하여) 甲은 乙에게 2018. 2. 11. 미지급한 마스크대금을 변제하라고 독촉을 하였고, 2018. 3. 11.과 2018. 7. 20.에도 재차 독촉을 하였음에도 乙이 변제를 하지 않자, 2018. 8. 15. 乙을 상대로 물품대금청구의 소를 제기하였다. 乙은 이 소송에서 “甲의 마스크대금채권은 소멸시효기간이 지났으므로 소멸하였다.”고 항변하였다. 이 주장에 대해 甲은, “2018. 2. 11.에 이행청구를 하고, 다시 두 차례의 이행청구를 한 후 2018. 8. 15. 본소를 제기하였으므로 채권의 소멸시효는 2018. 2. 11.에 그 진행이 중단되었다”고 재항변하고 있다. 각 당사자의 주장의 당부와 그 논거를 설명하시오. (10점)
3. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 위 소송에서 위 2.와 달리 소멸시효완성의 항변을 하지 않고, “마스크대금 중 400만 원에 대하여 채권가압류결정을 송달받아 甲에게 지급할 수 없는 상태이므로 400만 원 청구부분은 기각되어야 한다.”고 항변하였다. 이 주장의 당부와 판결의 결론을 설명하시오(각하, 인용, 기각을 명시하고, 일부인용의 경우 인용되는 금액을 특정할 것). (10점)
4. (위 기본사실에 추가하여) 마스크공급계약을 체결할 당시, 甲은 마스크대금을 지급받기 전에 乙에게 먼저 마스크를 인도하여 주는 것에 난색을 표하였는데, 乙과 함께 찾아온 丙이 乙을 위하여 자신이 마스크대금채무에 대하여 연대보증을 서겠다고 하면서 부탁하여 계약을 체결하게 되었다. 변제기가 지나 乙과 丙에게 수차례 이행청구를 하였음에도 대금을 지급하지 않자 甲은 乙과 丙을 상대로 소를 제기하고자 한다. 甲에게 가장 유리한 형태의 청구취지를 작성하고, 마스크대금과 이에 대한 지연손해금을 구하기 위한 요건사실을 설명하시오. (20점)

## 제 1 문

1. 다음의 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.(각 설문은 상호관련성 없음) (20점)

<기본적 사실관계>

甲은 X토지와 그 지상의 Y건물을 소유한 소유자이고, X토지에는 甲의 차용금채무를 담보하기 위한 저당권자 丁 명의의 저당권이 설정되어 있다. 乙은 2010. 5. 10. 위 저당권의 실행에 따른 임의경매절차에서 X토지를 매수하여 소유권이전등기를 마쳤다.

가. (추가된 사실관계) 丙은 2011. 2. 5. 甲과 매매계약을 체결하여 Y건물을 매수하고 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다.

- 1) 乙은 2014. 2. 5. 丙을 상대로 Y건물의 철거 및 3년치 토지사용료를 청구한다. 각각의 청구에 대한 인용 여부를 논하시오.
- 2) 만약 丙이 Y건물을 매매계약으로 매수한 것이 아니라 강제경매절차에서 매수한 것이라면 법률관계에 어떠한 차이가 있는지 논하시오.

나. (추가된 사실관계) 사실 X토지에 설정된 저당권은 X토지와 그 지상의 Z건물을 공동담보로 한 공동저당권으로 설정된 것이었는데 이후 Z건물이 철거됨에 따라 甲이 X토지 지상에 새로 Y건물을 신축한 것이었다.

- 1) 乙의 甲에 대한 Y건물 철거 청구는 인용될 수 있는지 논하시오.
- 2) 만약 丁이 X토지에 대한 저당권을 실행하면서 민법 제365조에 의한 일괄경매를 신청하여 乙이 경매절차에서 X토지와 Y건물을 일괄매각대금 6억 원에 취득하였고, X토지와 Y건물을 일괄하여 평가한 전체 감정가액은 4억 원이며, X토지의 감정가액은 나대지 상태에서 2억 원, 지상권의 이용 제한이 있는 상태에서 1억 원으로 평가된 경우라면, 丁에 대한 배당금의 액수와 근거를 논하시오.(단, 丁의 채권액은 3억 5,000만 원이고, 배당에 참가한 다른 채권자는 없으며, 丁은 Y건물에 대하여 별도로 압류나 배당요구를 하지는 않았다고 가정함)

2. 다음의 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.(각 설문은 상호관련성 없음) (15점)

<기본적 사실관계>

甲은 2009. 5. 1. X토지 지상에 Y건물을 신축하여 자신 명의로 소유권보존등기를 마쳤다. Y건물에 관하여 2009. 12. 1. 甲의 채권자 A에 의한 가압류등기가 마쳐졌고 2010. 5. 1. 위 가압류를 바탕으로 강제경매개시결정의 등기가 마쳐졌다. 乙은 2010. 3. 1. 甲과 매매계약을 체결하고 Y건물을 매수하여 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다. 위 강제경매절차에서 2010. 10. 1. 丁이 Y건물을 매수하여 같은 날 매각대금을 완납하였고 2010. 10. 15. Y건물에 관하여 乙 명의의 소유권이전등기가 말소되고 丁 명의의 소유권이전등기가 마쳐졌다. 경매절차에서 건물 철거에 관한 별도 특약은 없었다.

가. (추가된 사실관계) X토지는 2001. 1. 1.부터 丙의 소유였고 乙은 2010. 1. 1. 丙으로부터 X토지를 매수

하여 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다. 이 경우 乙이 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 있는지 논하시오.

- 나. (추가된 사실관계) X토지는 2001. 1. 1.부터 甲의 소유였고 甲은 공사대금채무를 담보하기 위하여 2009. 6. 1. X토지에 근저당권을 설정하였다. 이후 X토지에 관하여 다른 채권자의 신청에 의한 부동산강제경매가 진행됨에 따라 2009. 10. 1. 乙이 강제경매절차에서 X토지를 매수하고 매각대금을 완납하였으며 이에 따라 근저당권이 소멸하였다. 이 경우 乙이 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 있는지 논하시오.

3. 다음의 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (15점)

甲은 X토지 및 Y토지와 그 2필지 지상의 Z건물을 소유하고 있다. Y토지에는 2001. 1. 1. A를 근저당권자로 한 근저당권설정등기가 마쳐진 상태이다. 乙은 2010. 1. 1. 甲으로부터 X토지와 Z건물을 매수하고 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다. 甲의 채권자 B는 甲과 乙 사이의 Z건물 매매계약이 사해행위에 해당한다며 乙을 상대로 채권자취소 및 원상회복을 청구하였고 2011. 2. 1. 사해행위취소 확정판결을 원인으로 하여 Z건물에 관한 乙명 의의 소유권이전등기가 말소되었다. 이후 B의 신청에 따른 Z건물에 대한 강제경매절차에서 2012. 5. 1. 丙이 매수대금을 완납하고 그 소유권을 취득하였다. 한편 Y토지에 설정된 근저당권의 실행에 따른 경매절차에서 2010. 5. 1. 丁이 매수대금을 완납하여 그 소유권을 취득하였다.

가. 사해행위 취소의 효력을 약술하고, Z건물 양도행위가 사해행위로 취소됨에 따라 甲이 X토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득하는지 논하시오.

나. 丙이 X토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득하는지 논하시오.

다. 丙이 Y토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득하는지 논하시오.

## I. 설문 1.의 가. 1)에 관하여

### <Advice>

※ 해설은 충분한 이해를 위해 상세히 제시하였으나(이하 모든 설문의 경우에 동일함), 실제 시험장에서 기술될 핵심적 내용은 다음과 같다.

- ① 乙의 Y건물의 철거청구는 甲이 제366조의 법정지상권을 취득한다는 점, 그러나 丙이 이를 승계취득하지는 못한다는 점, 그렇더라도 乙의 건물철거청구는 신의칙에 반한다는 점을 순차적으로 관련조문(특히, 제213조·제214조, 제366조, 제100조 제2항, 제186조와 제187조)과 법리(채권자대위의 법리와 신의칙)을 적시하면서 선명하게 논하면 된다.
- ② 3년치 '토지사용료'의 청구는 두 가지의 근거를 모색할 수 있는데, 하나는 법정지상권자를 상대로 한 지료지급청구이고, 다른 하나는 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대한 제741조의 부당이득반환청구이다. 이 중 사안의 경우에는 후자의 청구로 인용될 수 있음을 밝히면 된다.

### 1. 결론

Y건물의 철거청구는 인용될 수 없으나, 3년치 토지사용료청구는 부당이득반환청구를 근거로

해서 인용될 수 있다.

## 2. 논 거

### (1) 乙의 丙에 대한 Y건물의 철거청구의 가부

#### 1) 요 건

- ① 乙의 丙에 대한 건물철거청구가 인정되기 위해서는 i) 乙이 대지소유권자일 것, ii) 대지 위에 건물이 존재할 것, iii) 상대방 丙이 건물소유자로서 대지를 점유할 것을 요건으로 한다(제213조, 제214조).
- ② 사안의 경우, 경락인 乙은 대지에 관한 소유권을 취득하였고(민사집행법 제135조), 대지 위에 존재하는 건물을 丙이 소유하고 있으므로 문제될 것이 없다. 다만 이 경우 丙의 항변으로서 제213조 단서의 '점유할 권리'와 관련하여 제366조의 법정지상권이 인정되는지가 문제된다.

#### 2) 丙의 점유할 권리의 항변 인정 여부

##### 가) 甲이 제366조의 법정지상권을 취득하는지 여부

- ① 제366조 법정지상권이 성립하기 위해서는, i) 저당권설정 당시 건물이 존재하여야 하고, ii) 저당권 설정 당시 토지와 건물의 소유자가 동일하여야 하며, iii) 저당권 실행으로 인하여 건물과 토지의 소유자가 달라져야 한다.
- ② 사안의 경우 丁이 X토지에 저당권을 설정할 당시 X토지 위에 Y건물이 존재하고 있었고, 저당권설정 당시 X토지와 Y건물은 모두 甲의 소유였으며, 丁의 저당권실행으로 乙이 X토지의 소유권을 취득하여 토지와 건물의 소유자가 달라졌다. 따라서 甲은 제366조의 법정지상권을 별도의 등기 없이 취득한다(제187조).

##### 나) 丙이 甲의 법정지상권을 승계취득하는지 여부

- ① 판례는 법정지상권이 딸린 건물을 매도한 경우 제100조 제2항을 유추하여 건물의 소유권 뿐만 아니라 그 법정지상권도 양도한 것으로 보는데, 다만 지상권이전등기가 있어야만 지상권이 건물양수인에게 이전하는 것이라고 하였다(제186조). 즉 법정지상권이 붙은 건물의 소유자가 건물을 제3자에게 처분한 경우에는 법정지상권에 관한 등기를 경료하지 아니한 자로서는 건물의 소유권을 취득한 사실만 가지고는 법정지상권을 취득하였다고 할 수 없어 대지소유자에게 지상권을 주장할 수 없고, 그 법정지상권은 여전히 당초의 법정지상권자에게 유보되어 있다고 보아야 한다는 입장이다.<sup>1)</sup>
- ② 사안의 경우, 甲은 제187조 단서에 의하여 지상권설정등기를 한 후 丙에게 이전등기를 하여야 丙이 지상권을 취득하게 되고, 아직 지상권 등기가 없는 한 甲에게 법정지상권이 유보되어 있다.

##### 다) 법정지상권 성립 후 건물을 양수한 자의 지위

그러나 판례는 법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 법정지상권까지 양도받기로 한 자는 채권자대위의 법리에 따라 전건물소유자 및 대지소유자에 대하여 차례로 지상권의 설정등기 및 이전등기절차이행을 구할 수 있으므로, 이러한 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대하여 대지소유자가 소유권에 기하여 건물 철거를 구함은 지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무가 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이

1) 대판 1995.4.11, 94다39925

므로 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다고 하였다.<sup>2)</sup>

### 3) 사안의 경우

사안의 경우 乙의 Y건물의 철거청구는 법정지상권을 취득할 지위에 있는 丙에게 제213조 단서의 '점유할 권리'가 인정되므로 인용될 수 없다.

#### (2) 乙의 丙에 대한 3년치 토지사용료의 부당이득반환청구의 가부

- ① 판례는 "법정지상권자라고 할지라도 대지소유자에게 지료를 지급할 의무는 있는 것이고, 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자 역시 지료 또는 임료상당이득을 대지소유자에게 반환할 의무를 면할 수는 없는 것이므로 이러한 임료상당 부당이득의 반환청구까지도 신의성실의 원칙에 반한다고 볼 수 없다"고 하였다.<sup>3)</sup>
- ② 사안의 경우 乙은 丙을 상대로 제741조에 의하여 그 점유기간 동안의 차임 상당액을 부당이득으로서 반환할 것을 청구할 수 있고 이를 이유로 인용될 수 있다.

## II. 설문 1.의 가. 2)에 관하여

### <Advice>

丙은 甲의 제366조의 법정지상권을 특별한 사정이 없는 한 당연히 승계취득한다는 점에서 乙의 건물철거청구는 인용될 수 없다는 점과 법정지상권자인 丙은 지료지급의무가 있으므로 3년치 토지사용료는 지료지급청구를 근거로 인용될 수 있다는 점을 분명히 밝히면 된다.

### 1. 결론

Y건물의 철거청구는 인용될 수 없고 3년치 토지사용료청구는 인용될 수 있음은 공통이나, ① 철거청구가 인용될 수 없음은 丙이 법정지상권을 취득하여 점유할 권리가 인정된다는 점에서 차이가 있으며, ② 3년치 토지사용료청구는 법정지상권자에 대한 지료지급청구를 근거로 인용될 수 있다는 점에서 근거상의 차이가 있다.

### 2. 논거

#### (1) 乙의 丙에 대한 Y건물의 철거청구의 가부

##### 1) 丁이 甲의 법정지상권을 승계취득하는지 여부

판례는 "건물 소유를 위하여 법정지상권을 취득한 자로부터 경매에 의하여 건물의 소유권을 이전받은 경락인은 경락 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건하에서 경매되는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 건물의 경락취득과 함께 위 지상권도 당연히 취득한다."고 하였다.<sup>4)</sup>

##### 2) 사안의 경우

사안의 경우 甲은 Y건물의 소유를 목적으로 제366조의 법정지상권을 취득하였고, 그 후 Y건물에 대한 강제경매절차에 의해 Y건물을 매수한 丙은 특별한 사정이 없는 한 법정지상권도 당연히 취득하게 된다(제100조 제2항, 제187조). 따라서 법정지상권자인 丙은 제213조 단서의 '점

2) 대판(전) 1985.4.9, 84다카1131.

3) 대판 1995.9.15, 94다61144

4) 대판 2014.9.4, 2011다13463, 대판 2014.12.24, 2012다73158

유할 권리'가 인정되므로 乙의 Y건물의 철거청구는 인용될 수 없다.

## (2) 乙의 丙에 대한 3년치 토지사용료의 지료지급청구의 가부

- ① 일반지상권과 다르게, 법정지상권의 경우에는 토지소유자의 의사에 기하지 않고 지상권의 부담을 강제하게 되므로, **지료지급의무가 있다**. 지료는 우선 당사자의 협의로 정하게 되나, 협의가 이루어지지 않을 때에는 당사자의 청구로 법원이 이를 정한다(제366조 단서). 법원에 의해 결정된 지료는 지상권이 성립한 때로 소급해서 효력을 발생한다.
- ② 사안의 경우 乙은 법정지상권자인 丙을 상대로 지료지급의무로서 3년치 토지사용료를 청구할 수 있고 이를 이유로 인용될 수 있다.

## III. 설문 1.의 나. 1)에 관하여

### <Advice>

공동저당권 설정 후 건물을 철거하고 신축한 경우에도 제366조의 법정지상권이 인정되는지를 중심으로 판례를 설시하고 해결하면 된다.

### 1. 결론

Y건물의 철거청구는 인용될 수 있다.

### 2. 논거

#### (1) 乙의 건물철거청구권의 발생

경락인 乙은 대지에 관한 소유권을 취득하였고(민사집행법 제135조), 甲은 Z건물을 철거하고 Y건물을 신축하였는바 **신축된 Y건물을 원시취득**한다(제187조). 따라서 **대지 위에 존재하는 건물을 甲이 소유**하고 있으므로 문제될 것이 없다. 다만 이 경우 甲의 항변으로서 제213조 단서의 '점유할 권리'와 관련하여 제366조의 법정지상권이 인정되는지가 문제된다.

#### (2) 공동저당권 설정 후 건물이 철거되고 신축된 경우 법정지상권 성립 여부

##### 1) 문제점

丁의 저당권이 설정될 당시 토지와 건물은 모두 甲의 소유였고, 저당권실행으로 토지는 乙이, 건물은 甲의 소유로 소유자가 달라졌으므로, 제366조의 법정지상권 요건은 형식적으로 문제가 없다. 다만 공동저당의 경우에 저당권설정 당시 존재하였던 건물을 철거하고 다시 신축된 건물을 위해서도 법정지상권이 인정될 것인지가 문제이다.

##### 2) 판례의 태도

판례는 **동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상 건물에 관하여 공동저당권이 설정된 후 그 지상 건물이 철거되고 새로 건물이 신축된 경우에는, 그 신축건물의 소유자가 토지의 소유자와 동일하고 토지의 저당권자에게 신축건물에 관하여 토지의 저당권과 동일한 순위의 공동저당권을 설정해 주는 등 특별한 사정이 없는 한, 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 신축건물이 다른 소유자에 속하게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권은 성립하지 않는다**고 한다. 왜냐하면 대지와 건물 중 대지에 관하여만 저당권을 취득하는 경우에 대지의 담보가치는 나대지로서의 담보가치에서 법정지상권으로 인한 부담을 공제한 만큼인 반면, 대지와 건물 모두에 공동저당권을 취득하는 경우에 대지의 담보가치는 나대지로서의 담보가치와 마찬가지로

때문에, 이 경우 신축 건물을 위한 법정지상권의 성립을 인정하게 되면 저당권자가 예측하지 못한 손해를 입게 된다는 점을 근거로 한다.<sup>5)</sup>

### (3) 사안의 경우

사안의 경우 신축된 Y건물에 공동저당권을 설정 해 주는 등의 특별한 사정이 존재하지 않는바, 甲에게 법정지상권이 인정되지 아니한다. 따라서 乙의 건물철거청구는 인용될 수 있다.

## IV. 설문 1.의 나. 2)에 관하여

### <Advice>

- ① 법정지상권이 인정되지 않는 경우의 일괄경매청구권의 문제이다. 이와 관련하여 제365조를 적시하면서 그 취지를 밝혀야 한다.
- ② 일괄경매청구권의 효과와 관련하여 제365조 단서부터 시작하되, 이와 관련한 판례의 입장을 실시하여야 하는데, 특히 토지에 대해 우선변제받을 수 있는 배당금은 일괄매각대금에서 나대지 상태의 토지로 평가·산정한 감정가액을 기준으로 안분한 금액이라는 점, 건물에 대한 매각대금에서 배당을 받으려면 일반채권자의 지위에서 배당요구를 하였어야 한다는 점을 분명히 실시한 후 사안을 정확히 포섭하여야 득점상 유리하다.

### 1. 결 론

丁은 3억 원을 배당받을 수 있다.

### 2. 논 거 6)

#### (1) 일괄경매청구권 의의·취지 및 요건

일괄경매청구권이 인정되기 위해서는 ① 토지에 대하여 저당권설정 당시에 건물이 없을 것, ② 저당권설정 후에 설정자가 건물을 축조하여 소유하고 있을 것이 필요하다(제365조). 이러한 일괄경매청구권은 법정지상권이 성립되지 않는 경우 건물의 철거로 인한 사회경제적 손실을 방지할 필요가 있고, 저당권자에게도 저당토지상 건물의 존재로 인하여 생기게 되는 경매의 어려움을 해소하여 저당권 실행을 쉽게 할 수 있도록 한 데에 있다.

#### (2) 일괄경매청구권의 효과

- ① 일괄경매를 하는 경우에도 토지저당권의 우선변제적 효력은 건물에 관하여는 미치지 않으므로, 저당권자가 우선변제를 받는 범위는 토지의 경매대가에 한정된다(제365조 단서). 이 경우 건물에 대하여는 일반채권자로서 배당에 가입할 수 있을 뿐이다.
- ② 이와 관련하여 판례는 “법정지상권이 성립하지 않는 경우 토지와 신축건물에 대하여 민법 제365조에 의하여 일괄매각이 이루어졌다면 일괄매각대금 중 토지에 안분할 매각대금은 법정지상권 등 이용 제한이 없는 상태의 토지로 평가하여 산정하여야 한다.”고 하였고, 민법 제365조 본문의 취지와 단서에 비추어 보면, “위와 같은 경우 토지의 저당권자가 건물의 매각대금에서 배당을 받으려면 민사집행법 제268조, 제88조의 규정에 의한 적법한 배당요구를 하였거나 그 밖에 달리 배당을 받을 수 있는 채권으로서 필요한 요건을 갖추고

5) 대판(전) 2003.12.18. 98다43601

6) 대판 2012.3.15. 2011다54587

있어야 한다.”고 하였다.

### (3) 사안의 경우

사안의 경우 ① 일괄매각대금은 6억 원이고, ② X토지에 안분할 매각대금은 법정지상권 등 이용 제한이 없는 상태의 토지로 평가하여 산정하여야 하므로, X토지와 Y건물을 일괄하여 평가한 전체 감정가액 4억 원에서 나대지 상태에서의 X토지 감정가액이 2억 원이라면 이를 제외한 2억 원이 Y건물의 감정가액이 된다. 따라서 일괄매각대금 6억 원 중 X토지에 대한 안분비율은 1/2로서 丁의 채권액 3억 5,000만 원 중 3억 원(6억 원 × 1/2)을 우선하여 변제받게 되고, 나머지 5,000은 Y건물의 일반채권자로서 배당받을 수 있다. 그런데 丁은 Y건물에 대하여 별도로 압류나 배당요구를 하지 않았으므로, Y건물의 매각대금에서 배당받을 수 없다. 결국 丁은 일괄매각대금 6억 원 중에서 3억 원을 배당받게 된다.

## V. 설문 2.의 가.에 관하여

### <Advice>

- ① 乙의 丁을 상대로 한 Y건물의 철거청구에 대해 丁은 관습법상 법정지상권을 주장하며 항변할 수 있는지가 문제된다.
- ② 이와 관련하여 관습법상 법정지상권의 성립요건을 기술하고, 특히 토지와 건물이 동일인 소유에 속하였는지를 판단하는 기준시기에 대해 판례는 강제경매개시결정 전 가압류가 있는 경우 가압류의 효력발생시를 기준으로 판단하여야 한다는 입장임을 상술한 다음 사안을 정확하게 포섭하여 밝히면 된다.

### 1. 결 론

乙은 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 있다.

### 2. 논 거

#### (1) 乙의 丁에 대한 Y건물의 철거청구권의 발생

토지소유자 乙은 건물소유자인 丁을 상대로 그 건물을 철거하고 토지의 인도를 구할 권리가 있다(제213조, 제214조). 다만 이 경우 丁이 토지를 점유할 권리를 가지고 있다면 乙의 위 청구는 인정될 수 없는 것이므로, 丁의 제213조 단서의 점유할 정당한 권원과 관련해서 관습법상 법정지상권이 문제된다.

#### (2) 관습법상 법정지상권의 인정 여부

##### 1) 성립요건

관습법상 법정지상권이 성립하기 위해서는, ① 처분 당시 토지와 건물의 소유권이 동일인에게 속하여야 하고, ② 매매 기타의 원인으로 소유자가 달라져야 한다. 그리고 ③ 당사자 사이에 건물을 철거한다는 특약이 없어야 한다. 사안의 경우 강제경매로 소유자가 달라지게 되었고, 건물철거의 특약은 없었음은 분명하다. 다만 토지와 건물의 소유권이 동일인 소유에 속하였는지와 관련하여 그 판단 기준시기가 문제이다.

##### 2) 토지와 건물이 동일인 소유에 속하였는지를 판단하는 기준시기

판례는 “① 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물의 소유권이 강제경매로 인하여 그 절차상의 매수인에게 이전된 경우에 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이 성립하는가 하는 문제에 있어서는 그 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납시가 아니라 그 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지가 판단되어야 한다. 강제경매개시결정의 기입등기가 이루어져 압류의 효력이 발생한 후에 경매목적물의 소유권을 취득한 이른바 제3취득자는 그의 권리를 경매절차상 매수인에게 대항하지 못하고, 나아가 그 명의로 경료된 소유권이전등기는 매수인이 인수하지 아니하는 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하므로(민사집행법 제144조 제1항 제2호 참조) 매각대금이 완납되면 직권으로 그 말소가 촉탁되어야 하는 것이어서, 결국 매각대금 완납 당시 소유자가 누구인지는 이 문제맥락에서 별다른 의미를 가질 수 없다는 점 등을 고려하여 보면 더욱 그러하다. 한편 강제경매개시결정 이전에 가압류가 있는 경우에는, 그 가압류가 강제경매개시결정으로 인하여 본압류로 이행되어 가압류집행이 본집행에 포섭됨으로써 당초부터 본집행이 있었던 것과 같은 효력이 있다. 따라서 경매의 목적이 된 부동산에 대하여 가압류가 있고 그것이 본압류로 이행되어 경매절차가 진행된 경우에는, 애초 가압류가 효력을 발생하는 때를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지를 판단하여야 한다. ② 이와 달리 강제경매로 인하여 관습상 법정지상권이 성립함에는 그 매각 당시를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에게 속하여야 한다는 취지의 대판 1970. 9. 29. 선고 70다1454 판결, 대판 1971. 9. 28. 선고 71다1631 판결 등은 이 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경하기로 한다.”고 하였다.7)

### (3) 사안의 경우

사안의 경우 A의 가압류의 효력이 발생한 2009. 12. 1. 당시 X토지는 丙 소유였고, Y건물은 甲 소유였으므로, 토지와 건물이 동일인 소유에 속하지 않았다. 따라서 丁은 관습법상의 법정지상권을 주장할 수 없고 乙은 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 있다.

## VI. 설문 2.의 나.에 관하여

### <Advice>

- ① 선행 저당권이 설정되어 있다가 강제경매로 저당권이 소멸하는 경우 저당권 설정 당시를 기준으로 토지와 건물이 동일인 소유에 속하였는지를 판단하므로, 일단 甲이 관습법상 법정지상권을 취득하고, 丁은 甲으로부터 강제경매에 따라 Y건물의 소유권과 함께 지상권도 당연히 취득한다는 점을 순차적으로 논증하여 乙의 건물철거청구는 인정될 수 없음을 밝혀야 한다.
- ② 丁이 관습법상 법정지상권을 원시취득하는 것으로 대판 2013.4.11, 2009다62059를 원용할 수는 없다. 왜냐하면 동 판례는 강제경매로 인해 저당권이 함께 소멸하는 경우를 전제로 하는 경우로서, 사안처럼 2009. 12. 1. 가압류의 효력발생 당시 이미 2009. 10. 1. 저당권이 소멸된 경우에는 그 전제상황이 다르기 때문이다. 따라서 대판 2013.4.11, 2009다62059는 甲의 관습법상 법정지상권의 원시취득의 관점에서 원용됨에 그치고 丁이 이를 승계취득하는지를 더 살펴보아야 한다.
- ③ 첨언하면 丁은 관습법상 법정지상권을 원시취득할 수 없다. 가압류의 효력발생 당시를

7) 대판(전) 2012.10.18. 2010다52140

기준으로 동일인 소유를 판단한다고 할 때에도 가압류 효력발생 당시인 2009. 12. 1.에는 이미 X토지는 乙의 경락으로 乙 소유이고 Y건물은 甲 소유였으므로 토지와 건물의 소유자가 달랐기 때문이다.

## 1. 결 론

乙은 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 없다.

## 2. 논 거

### (1) 乙의 丁에 대한 Y건물의 철거청구권의 발생

토지소유자 乙은 건물소유자인 丁을 상대로 그 건물을 철거하고 토지의 인도를 구할 권리가 있다(제213조, 제214조). 다만 이 경우 丁이 토지를 점유할 권리를 가지고 있다면 乙의 위 청구는 인정될 수 없는 것이므로, 丁의 제213조 단서의 점유할 정당한 권원과 관련해서 관습법상 법정지상권이 문제된다.

### (2) 관습법상 법정지상권의 인정 여부

#### 1) 甲이 관습법상 법정지상권을 취득하는지 여부

① 판례는 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물에 관하여 강제경매를 위한 압류나 그 압류에 선행한 가압류가 있기 이전에 저당권이 설정되어 있다가 그 후 강제경매로 인해 그 저당권이 소멸하는 경우에는, 그 저당권 설정 이후의 특정 시점을 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인의 소유에 속하였는지에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 판단하게 되면, 저당권자로서는 저당권 설정 당시를 기준으로 그 토지나 지상 건물의 담보가치를 평가하였음에도 저당권 설정 이후에 토지나 그 지상 건물의 소유자가 변경되었다는 외부의 우연한 사정으로 인하여 자신이 당초에 파악하고 있던 것보다 부당하게 높아지거나 떨어진 가치를 가진 담보를 취득하게 되는 예상하지 못한 이익을 얻거나 손해를 입게 되므로, 그 저당권 설정 당시를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에게 속하였는지에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 판단하여야 한다는 입장이다.<sup>8)</sup>

② 사안의 경우 甲이 2009. 6. 1. X토지에 근저당권을 설정할 당시 이미 X토지 위에 Y건물이 존재하고 있었고 X토지와 Y건물은 모두 甲의 소유였으며, 그 후 X토지에 대한 강제경매에 따라 근저당권이 소멸하고 乙이 X토지의 소유권을 취득하여 토지와 건물의 소유자가 달라졌으므로, 甲은 관습법상의 법정지상권을 별도의 등기 없이 취득한다(제187조).

#### 2) 丁이 甲의 관습법상 법정지상권을 승계취득하는지 여부

판례는 “동일한 소유자에 속하는 대지와 그 지상건물이 매매에 의하여 각기 소유자가 달라지게 된 경우에는 특히 건물을 철거한다는 조건이 없는 한 건물소유자는 대지 위에 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득하는 것이고, 한편 건물 소유를 위하여 법정지상권을 취득한 자로부터 경매에 의하여 건물의 소유권을 이전받은 경락인은 경락 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건하에서 경매되는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 건물의 경락취득과 함께 위 지상권도 당연히 취득한다.”고 하였다.<sup>9)</sup> 제100조 제2항의 유추적용과 제187조에 따라 등기

8) 대판 2013.4.11, 2009다62059

없이 법정지상권을 취득한다는 것이다.

### (3) 사안의 경우

사안의 경우 丁은 甲에게 인정되는 관습법상 법정지상권을 그 등기 없이도 당연 취득하므로, 乙의 丁을 상대로 한 Y건물의 철거청구는 인정될 수 없다.

## VII. 설문 3.의 가.에 관하여

### <Advice>

설문의 해결을 위해 중요한 것은 ① 채권자취소권 행사의 효과로 상대적 효력과 ② 관습법상 법정지상권의 요건 중 토지와 건물의 소유자의 동일과 그 변동에 해당하는지 여부에 대한 판례의 명확한 설시와 사안의 포섭이었다.

### 1. 사해행위 취소의 효력

#### (1) 채무자의 일반재산으로의 회복

- ① 채권자취소권 행사의 효과는 모든 채권자를 위하여 그 효력이 있다(제407조). 따라서 채권자취소로 받은 재산이나 이익은 모두 채무자의 일반재산으로 회복되어 모든 채권자를 위한 공동담보가 된다.
- ② 취소채권자 스스로 인도받은 경우에도 그로부터 우선변제를 받을 수 있는 것은 아니다. 다만, 상계를 할 수 있는 때에는 상계에 의하여 사실상 우선변제를 받을 수 있다.
- ③ 수익자가 원상회복으로서 가액배상을 할 때에 수익자는 채무자에 대하여 가지는 자기의 채권으로 상계를 주장할 수는 없다.

#### (2) 상대적 효력

- ① 그 소송의 효력은 소송에 참여한 당사자 사이에서만 무효가 된다. 즉, 채권자취소권의 행사로 인한 사해행위의 취소와 일탈된 재산의 원상회복은 채권자와 수익자 또는 채권자와 전득자 사이에서만 효력을 가질 뿐이고, 채무자가 직접 권리를 취득하는 것이 아니다.
- ② 채무자 또는 채무자와 수익자 사이에 법률관계에는 효력이 미치지 않는다.

#### (3) 채무자와 수익자 또는 전득자 사이의 관계

채무자의 법률행위가 사해행위에 해당하여 취소를 이유로 원상회복이 이루어지는 경우, 특별한 사정이 없는 한 채무자는 수익자 또는 전득자에게 부당이득반환채무를 부담한다.

### 2. 甲의 법정지상권 취득 여부

#### (1) 결 론

甲은 X토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득하지 못한다.

#### (2) 논 거

##### 1) 관습상 법정지상권의 성립요건

관습법상 법정지상권이 성립하기 위해서는, ① 처분 당시 토지와 건물의 소유권이 동일인에

9) 대판 2014.9.4, 2011다13463, 대판 1992.7.14. 92다527, 대판 1993.12.10. 93다42399 참조.

게 속하여야 하고, ② 매매 기타의 적법한 원인으로 소유자가 달라져야 한다. 또한 ③ 당사자 사이에 건물을 철거한다는 등의 특약이 없어야 한다. 사안에서는 특히 X토지와 Z건물의 소유자가 동일하였다가 다르게 된 경우에 해당하는지 여부가 문제이다.

## 2) 채권자취소소송에 의한 동일인 소유의 변동 여부

판례는 “① 채권자취소권의 상대적 효력으로 채무자가 직접 권리를 취득하는 것이 아니므로, ② 토지와 지상 건물이 함께 양도되었다가 채권자취소권의 행사에 따라 그중 건물에 관하여만 양도가 취소되고 수익자와 전득자 명의의 소유권이전등기가 말소되었다고 하더라도, 이는 관습상 법정지상권의 성립요건인 ‘동일인의 소유에 속하고 있던 토지와 지상 건물이 매매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우’에 해당한다고 할 수 없다”고 하였다.<sup>10)</sup>

## 3) 사안의 경우

사안의 경우 Z건물에 관한 乙명의로의 등기가 말소되더라도, 채권자취소권 행사의 효과는 채권자인 B와 수익자 乙에 대한 관계에서만 효력이 발생할 뿐이고(상대적 효력), 채무자인 甲이 Z건물에 대해 직접 소유권을 취득하는 것은 아니므로, 동일인 乙 소유에 속하고 있던 X토지와 Z건물의 소유자가 다르게 된 경우에 해당하지 않는다. 따라서 甲은 관습상 법정지상권을 취득하지 못한다.

# VIII. 설문 3.의 나.에 관하여

## <Advice>

관습법상 법정지상권의 요건 중 토지와 건물이 동일인 소유에 속하였는지에 대한 판단시기와 그에 따른 사안의 명확한 포섭 및 확정 중요했다.

## 1. 결론

丙은 X토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득한다.

## 2. 논거

### (1) 丙의 관습법상 법정지상권 취득 여부

- ① 토지와 건물이 동일인의 소유에 속하고 있다가 강제경매로 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우, 건물의 소유자는 관습상 법정지상권을 취득한다.
- ② 판례는 “강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물의 소유권이 강제경매로 인하여 그 절차상의 매수인에게 이전된 경우에 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이 성립하는가 하는 문제에 있어서는 그 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납시가 아니라 그 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지가 판단되어야 한다.”고 하였다.<sup>11)</sup>

### (2) 사안의 경우

사안의 경우 Z건물에 관한 乙명의로의 등기가 말소되더라도, 채권자취소권 행사의 상대적 효력에 기해 甲은 관습상 법정지상권을 취득하지 못하고, Z건물에 대한 압류의 효력이 발생할 당시까

10) 대판 2014.12.24, 2012다73158

11) 대판(전) 2012.10.18, 2010다52140

지 X토지와 Z건물은 모두 여전히 乙 소유에 속하였다가 이후 Z건물의 강제경매절차로 丙이 소유권을 취득하였는바, 비로소 X토지와 Z건물의 소유자가 달라졌으므로, 丙은 X토지에 대해 Z건물의 소유를 목적으로 한 관습상 법정지상권을 취득한다.

## IX. 설문 3.의 다.에 관하여

### <Advice>

- ① 乙의 관습법상 법정지상권은 선행하는 근저당권에 기해 소멸된다는 점, 그러나 乙은 제 366조의 법정지상권을 취득한다는 점이 분명하게 밝혀져야 한다.
- ② 또한 건물 소유를 위하여 법정지상권을 취득한 사람으로부터 경매에 의하여 건물의 소유권을 이전받은 매수인은 건물의 매수취득과 함께 위 지상권도 당연히 취득하는데(제100조 제2항, 제187조), 이러한 법리는 건물의 양도에 대한 채권자취소권의 행사에 따라 수익자 명의의 소유권이전등기가 말소된 다음 경매절차에서 건물이 매각되는 경우에도 마찬가지로 적용된다는 점을 상술한 후 사안의 경우 경락인 丙은 강제경매절차에서 Z건물의 소유권을 취득함에 따라登記 없이 乙의 제366조의 법정지상권도 함께 취득함을 명확하게 포섭하여 밝혀야 한다.

### 1. 결 론

丙은 Y토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득한다.

### 2. 논 거

#### (1) 문제점

乙은 2010. 1. 1. Z 건물을 매수하여 소유권을 취득함에 따라 Y토지에 대한 관습상 법정지상권을 취득하였다. 그러나 그 후 Y토지에 대해 乙의 관습상 법정지상권 보다 선행하는 A의 근저당권 실행에 따라 乙의 관습상 법정지상권은 소멸된다. 문제는 이 경우라도 乙이 제366조의 법정지상권을 취득하는지, 만약 취득한다면 丙이 이를 승계취득하는지 여부이다.

#### (2) 乙의 제366조 법정지상권 취득 여부

##### 1) 요 건

- ① 제366조에 정해진 법정지상권이 성립하기 위해서는 i) 저당권설정 당시에 토지 상에 건물이 존재하고 있을 것, ii) 저당권설정 당시에 토지와 건물이 모두 동일인의 소유에 속할 것, iii) 저당권실행에 의하여 토지와 건물이 다른 자의 소유에 귀속(상이)되게 되었을 것이 요구된다.
- ② 토지에 저당권을 설정할 당시 그 지상에 건물이 존재하였고 그 양자가 동일인의 소유였다가 그 후 저당권의 실행으로 토지가 낙찰되기 전에 건물이 제3자에게 양도된 경우, 건물을 양수한 제3자가 법정지상권을 취득하는지 여부에 대해, 판례는 민법 제366조 소정의 법정지상권을 인정하는 법의 취지가 건물이 철거되는 것과 같은 사회경제적 손실을 방지하려는 공익상 이유에 근거하는 점, 이를 인정하더라도 저당권자에게 불측의 손해가 생기지 않는 점 등에 비추어 건물을 양수한 제3자는 민법 제366조 소정의 법정지상권을 취득한다고 하였다.

## 2) 사안의 경우

사안의 경우 Y토지에 2001. 1. 1. 근저당권이 설정될 당시 Y토지와 Z건물은 모두 甲의 소유였고, 임의경매절차에 기해 Y토지는 경락인 丁의 소유가 됨으로써 소유자가 달라졌는데, 이 경우라도 저당권 실행 전 건물을 양수한 乙은 2010. 5. 1. 丁이 매각대금을 완납하여 소유권을 취득함으로써 제366조 소정의 법정지상권을 취득한다고 할 것이다.

### (3) 채권자취소소송에 기한 법정지상권의 승계취득

판례는 “건물 소유를 위하여 법정지상권을 취득한 사람으로부터 경매에 의하여 건물의 소유권을 이전받은 매수인은 매수 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건하에서 경매되는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 건물의 매수취득과 함께 위 지상권도 당연히 취득하는데, 이러한 법리는 사해행위의 수익자 또는 전득자가 건물의 소유자로서 법정지상권을 취득한 후 채무자와 수익자 사이에 행하여진 건물의 양도에 대한 채권자취소권의 행사에 따라 수익자와 전득자 명의의 소유권이전등기가 말소된 다음 경매절차에서 건물이 매각되는 경우에도 마찬가지로 적용된다.”고 하였다.<sup>12)</sup>

### (4) 사안의 경우

사안의 경우 乙이 Y토지에 관해 취득한 제366조의 법정지상권은 丙이 2012. 5. 1. 강제경매절차에서 Z건물의 소유권을 취득함에 따라 등기 없이 乙의 제366조의 법정지상권도 함께 취득하였다(제100조 제2항, 제187조). 건물양도가 사해행위로 취소되더라도 수익자와의 관계에서 채무자는 건물에 대한 소유권을 취득하는 것이 아니고, 이로써 乙이 취득한 제366조의 법정지상권도 소멸되는 것은 아니며, 여전히 乙의 Z건물 소유권과 Y토지에 대한 법정지상권이 있는 상태에서 丙이 강제경매절차로 경락받은 것이기 때문이다.

12) 대판 2014.12.24, 2012다73158

## 제 2 문

### <기본적 사실관계>

마스크 도매업자 甲은 2015. 3. 1. 乙에게, 2015. 3. 9.까지 마스크대금 1,000만 원을 지급받기로 하고 마스크 100박스를 먼저 납품하였다. 한편, 甲에 대하여 400만 원의 대여금채권을 가지고 있던 A가 이 대여금채권을 피보전채권으로 하여 위 마스크대금채권 중 400만 원에 대하여 채권가압류 신청을 하였고, 가압류결정이 2015. 4. 1. 乙에게 송달되었다. 이와 같은 사실관계에서 아래 각 문항에 답하시오.

※ 각 문항은 상호 독립적임

1. 甲의 乙에 대한 마스크대금채권의 소멸시효 완성시점과 그 논거를 설명하시오. (10점)
2. (위 기본사실에 추가하여) 甲은 乙에게 2018. 2. 11. 미지급한 마스크대금을 변제하라고 독촉을 하였고, 2018. 3. 11.과 2018. 7. 20.에도 재차 독촉을 하였음에도 乙이 변제를 하지 않자, 2018. 8. 15. 乙을 상대로 물품대금청구의 소를 제기하였다. 乙은 이 소송에서 “甲의 마스크대금채권은 소멸시효기간이 지났으므로 소멸하였다.”고 항변하였다. 이 주장에 대해 甲은, “2018. 2. 11.에 이행청구를 하고, 다시 두 차례의 이행청구를 한 후 2018. 8. 15. 본소를 제기하였으므로 채권의 소멸시효는 2018. 2. 11.에 그 진행이 중단되었다”고 재항변하고 있다. 각 당사자의 주장의 당부와 그 논거를 설명하시오. (10점)
3. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 위 소송에서 위 2.와 달리 소멸시효완성의 항변을 하지 않고, “마스크대금 중 400만 원에 대하여 채권가압류결정을 송달받아 甲에게 지급할 수 없는 상태이므로 400만 원 청구부분은 기각되어야 한다.”고 항변하였다. 이 주장의 당부와 판결의 결론을 설명하시오(각하, 인용, 기각을 명시하고, 일부인용의 경우 인용되는 금액을 특정할 것). (10점)
4. (위 기본사실에 추가하여) 마스크공급계약을 체결할 당시, 甲은 마스크대금을 지급받기 전에 乙에게 먼저 마스크를 인도하여 주는 것에 난색을 표하였는데, 乙과 함께 찾아온 丙이 乙을 위하여 자신이 마스크대금채무에 대하여 연대보증을 서겠다고 하면서 부탁하여 계약을 체결하게 되었다. 변제기가 지나 乙과 丙에게 수차례 이행청구를 하였음에도 대금을 지급하지 않자 甲은 乙과 丙을 상대로 소를 제기하고자 한다. 甲에게 가장 유리한 형태의 청구취지를 작성하고, 마스크대금과 이에 대한 지연손해금을 구하기 위한 요건사실을 설명하시오. (20점)

## I. 설문 1.에 관하여

### <Advice>

- ① 소멸시효 완성 여부 및 중단 여부를 나누어 설시하면 된다.
- ② 소멸시효 완성 여부에 대해서는 기산점과 기간의 경과 순서로 논증하면 되었는데, 이 경

우 조문 제166조 제1항, 제163조 제6호가 누락 없이 반드시 적시되어야 한다.  
 ③ 가압류 신청에 따른 시효중단 여부에 관한 판례를 누락하지 않고 압축기술하는 것이 득점상 보다 유리할 것이다.

## 1. 결론

甲의 乙에 대한 마스크대금채권의 소멸시효 완성시점은 2018. 3. 9.(밤 12시)이다.

## 2. 논거

### (1) 소멸시효 완성 여부 - 기산점 및 기간의 경과

- ① 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다(제166조 제1항). 구체적으로 확정기한 부 채권은 그 **확정기한이 도래한 때**로부터 진행한다.
- ② 의류도매업을 하는 甲의 乙에 대한 의류대금채권은 **상인이 판매한 상품의 대가**로서 상법 제64조 단서에 의하여 그 보다 단기인 민법 **제163조 제6호**가 우선 적용되므로, 乙의 의류대금채무의 소멸시효기간은 **3년에 해당**한다.
- ③ 사안에서 마스크 도매업자 甲의 乙에 대한 마스크대금채권은 그 변제기인 2015. 3. 9.부터 소멸시효가 진행하여 3년의 기간이 경과한 2018. 3. 9. 소멸시효가 완성된다.

### (2) 소멸시효 중단 여부

- ① 甲의 乙에 대한 마스크대금채권을 A가 가압류함에 따라 이로써 소멸시효가 중단되는지 여부가 문제되는데, 이에 대해 판례는 **“채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류 또는 가압류한 경우에 채권자의 채무자에 대한 채권에 관하여는 시효중단의 효력이 생기나, 압류 또는 가압류된 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 대하여는 이러한 확정적인 시효중단의 효력이 생기지 않는다.”**고 하였다.<sup>13)</sup>
- ② 따라서 사안의 경우 확정적 시효중단은 A의 甲에 대한 대여금채권에 발생하고, 甲의 乙에 대한 마스크대금채권은 A의 가압류만으로 시효가 중단되지 않는다.

### (3) 사안의 경우

사안의 경우 甲의 乙에 대한 마스크대금채권은 변제기인 2015. 3. 9.부터(실질적으로는 다음날부터) 소멸시효가 진행하여 3년의 기간이 경과한 2018. 3. 9.(밤 12시) 소멸시효가 완성되고, 이에 대한 시효중단은 없다.

## II. 설문 2.에 관하여

### <Advice>

- ① 설문은 乙의 소멸시효 완성의 주장과 甲의 소멸시효 중단의 주장에 대한 각 당부를 묻고 있으므로, 설문에 부합하게 각 주장을 나누어 논증하면 된다.
- ② 甲의 소멸시효 중단의 주장에 대한 당부를 중심으로 이를 명확하게 규명함이 중요하다. 이와 관련하여 제174조부터 시작하면서 수회 거듭된 최고 후 재판상 청구를 한 경우 항상 최초 최고시에 시효중단의 효력이 발생하는 것이 아니라 재판상 청구를 한 시점을 기준으로

13) 대판 2003.5.13, 2003다16238

로 소급하여 6월 이내에 한 최고시에 시효중단의 효력이 발생한다는 판례를 실시하고, 사안을 실수 없이 포섭함이 중요하였다. 결국 사안의 경우는 재판상 청구를 한 2018. 8. 15.로부터 소급하여 6개월이 되는 2018. 2. 15. 이후의 최고만이 시효중단의 의미를 가질 수 있으므로, 2018. 2. 11. 최고가 아닌 2018. 3. 11. 최고가 의미가 있다. 그러나 이것도 2018. 3. 9. 이미 소멸시효가 완성된 이후의 시점이므로, 결국 시효중단의 효력을 인정할 수 없게 된다.

## 1. 결 론

乙의 주장은 타당하나, 甲의 주장은 부당하다.

## 2. 논 거

### (1) 乙의 소멸시효 완성 주장의 당부

- ① 甲의 乙에 대한 마스크대금채권은 변제기인 2015. 3. 9.부터 소멸시효가 진행하여 3년의 기간이 경과한 **2018. 3. 9.**(밤 12시) **소멸시효가 완성된다.**
- ② 사안의 경우 A의 가압류만으로 甲의 乙에 대한 마스크대금채권의 소멸시효가 중단되지는 않으므로, 별도의 중단사유가 없는 한 乙의 소멸시효 완성의 주장은 타당하다. 이와 관련하여 甲의 최고와 재판상 청구에 따른 시효중단의 재항변이 타당한지를 살펴보아야 한다.

### (2) 甲의 소멸시효 중단 주장의 당부

- ① 최고는 6월 내에 재판상의 청구 등을 하지 아니하면 시효중단의 효력이 없다(제174조). 이와 관련하여 수회 거듭된 최고 후 재판상 청구를 한 경우 소멸시효의 중단시점이 문제되는데, 판례는 “최고를 여러 번 거듭하다가 재판상 청구 등을 한 경우에 시효중단의 효력은 항상 최초의 최고시에 발생하는 것이 아니라 재판상 청구 등을 한 시점을 기준으로 하여 이로부터 소급하여 6월 이내에 한 최고시에 발생한다.”고 하였다.<sup>14)</sup>
- ② 사안의 경우 甲은 乙에게 2018. 2. 11., 2018. 3. 11., 2018. 7. 20.에 미지급한 마스크대금을 변제하라고 독촉하는 식으로 수회 거듭하여 최고를 하였고, 그 후 2018. 8. 15. 乙을 상대로 물품대금의 지급을 구하는 재판상 청구를 하였는바, 소멸시효 중단의 효과는 재판상 청구를 한 2018. 8. 15.로부터 소급하여 6월 이내에 한 2018. 3. 11. 최고시에 발생하는 것이지 최초 최고시인 2018. 2. 11.에 발생하지 않는다.

### (3) 사안의 경우

사안의 경우 ① 甲의 乙에 대한 마스크대금채권은 2018. 3. 9. 소멸시효가 완성되므로 乙의 주장은 타당하다. 반면 ② 甲의 최고에 따른 소멸시효의 중단시점은 재판상 청구를 한 2018. 8. 15.로부터 소급하여 6월 이내에 한 2018. 3. 11. 최고시이고 최초 최고시인 2018. 2. 11.이 아니다. 또한 2018. 3. 11.은 이미 소멸시효가 완성된 이후의 시점이므로 중단의 효력을 인정할 수 없다. 따라서 2018. 2. 11. 최고로 시효가 중단되었다는 甲의 주장은 부당하다.

14) 대판 1983.7.12, 83다카437

### Ⅲ. 설문 3.에 관하여

#### <Advice>

- ① 설문은 A의 가압류에 의해 甲의 400만 원 청구부분은 기각되어야 한다는 乙의 주장의 당부와 판결의 결론을 묻고 있는바, 설문에 부합하게 두 가지 모두에 대해 답안을 작성하면 된다.
- ② 乙의 주장의 당부와 관련해서는 乙에게 가압류결정이 송달됨으로써 추심금지의 효력이 발생하는데, 이 경우 채무자 甲의 제3채무자 乙에 대한 이행청구의 소가 가압류의 추심금지효 때문에 소의 이익이 없다고 할 것인지에 관한 판례를 상술하여 소개함이 필요하였다.
- ③ 甲의 청구에 대한 판결의 결론에 대해서는 가압류된 400만 원 부분뿐만 아니라 나머지 600만 원 부분까지 포함해서 선명하게 밝혀야 득점상 유리하다.

#### 1. 결 론

乙의 주장은 부당하고, 법원은 甲의 청구에 대해 전부인용 판결을 선고하여야 한다.

#### 2. 논 거

##### (1) 乙의 주장의 당부

##### 1) 집행의 곤란과 소의 이익 유무

- ① 채권가압류의 효력은 제3채무자에게 가압류결정정본이 송달됨으로써 발생한다(민사집행법 제227조 제3항, 제291조). 사안은 가압류결정이 2015. 4. 1. 제3채무자인 乙에게 송달되었으므로 가압류의 효력이 발생하였다.
- ② 금전채권이 가압류된 경우 채무자의 제3채무자에 대한 채권의 이행청구의 소가 적법한지 여부가 문제되는데, 판례는 일반적으로 채권에 대한 가압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것일 뿐, 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고 법원은 가압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수는 없다고 본다. 왜냐하면 채무자로서는 제3채무자에 대한 그의 채권이 가압류되어 있다 하더라도 채무명의를 취득할 필요가 있고 또는 시효를 중단할 필요도 있으며 또한 소송 계속 중에 가압류가 행하여진 경우에 이를 이유로 청구가 배척된다면 장차 가압류가 취소된 후 다시 소를 제기하여야 하는 불편함이 있기 때문이다.<sup>15)</sup>

##### 2) 사안의 경우

사안의 경우 채무자 甲의 제3채무자 乙에 대한 마스크대금 중 400만 원에 대하여 A의 가압류가 있더라도 甲은 乙을 상대로 그 이행을 구하는 소를 적법하게 제기할 수 있으므로, 乙의 400만 원 청구부분은 기각되어야 한다는 주장은 부당하다.

##### (2) 금전채권이 가압류된 경우 채무자의 청구에 대한 법원의 판단

판례는 금전채권에 대한 가압류(압류)의 경우 채무자의 제3채무자에 대한 이행청구의 소에 대해 무조건 청구인용을 해야 한다고 본다.<sup>16)</sup> 왜냐하면 제3채무자로서는 이행을 명하는 판

15) 대판 2002.4.26, 2001다59033

결이 있더라도 집행단계에서 이를 저지하면 될 것이기 때문이다.<sup>17)</sup>

### (3) 사안의 경우

사안의 경우 ① 甲의 乙에 대한 마스크대금 중 400만 원에 대하여 A의 가압류가 있더라도 甲은 乙을 상대로 그 이행을 구하는 소를 적법하게 제기할 수 있으므로, 乙의 400만 원 청구부분은 기각되어야 한다는 주장은 부당하고, 이 경우 법원은 무조건 청구인용판결을 해야 한다. 또한 ② 나머지 청구부분(600만 원)에 대해서도 청구를 기각할 사정은 없다. 乙은 소멸시효완성의 항변을 하지 않았는바 변론주의상 법원은 A의 가압류가 된 400만 원 부분뿐만 아니라 나머지 청구부분에 대해서도 甲의 마스크대금채권이 시효로 소멸되었다는 점을 판단할 수 없기 때문이다. 따라서 법원은 甲의 청구 전부를 인용하는 판결을 선고하여야 한다.

## IV. 설문 4.에 관하여

### <Advice>

설문에 부합하게 甲에게 가장 유리한 형태의 청구취지를 작성하고, 마스크공급(매매)계약상의 매매대금과 이에 대한 지연손해금청구를 나누어 공동피고인 乙과 丙 별로 그 요건사실을 설명하면 된다.

### 1. 甲의 乙과 丙을 상대로 한 마스크대금채무에 관한 소의 청구취지

1. 피고들(乙과 丙)은 연대하여 원고(甲)에게 10,000,000원 및 이에 대하여 2015. 3. 10.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 소송비용은 피고들이 부담한다.
3. 제1항은 가집행할 수 있다.  
라는 판결을 구합니다.

### 2. 마스크대금과 이에 대한 지연손해금청구의 요건사실

#### (1) 마스크대금청구의 요건사실

##### 1) 乙에 관하여

甲이 乙에게 마스크대금을 구하기 위해서는 마스크공급(매매)계약의 체결사실이 요구된다. 이러한 매매계약의 특징을 위해서는 ① 쌍방 당사자, ② 계약일시, ③ 목적물, ④ 매매대금의 4가지 사항을 적시하여야 한다. 매매목적물과 대금은 반드시 그 계약체결 당시에 구체적으로 특정할 필요는 없고, 이를 사후에라도 구체적으로 특정할 수 있는 방법과 기준이 정하여져 있으면 족하다.<sup>18)</sup>

##### 2) 丙에 관하여

甲이 丙에게 마스크대금의 연대보증채무를 구하기 위해서는 ① 甲과 乙 사이의 마스크공급(매매)계약의 체결에 따라 주채무가 발생하였다는 사실과 ② 甲과 丙 사이의 연대보증계약의 체결

16) 대판 1989.11.24, 88다카25038 등

17) 대판(전) 1992.11.10, 92다4680

18) 대판 1986.2.11. 84다카2454 등

결사실이 요구된다.

## (2) 지연손해금청구의 요건사실

### 1) 乙에 관하여

#### 가) 대금지급 기한의 도래

- ① 채무의 이행에 **확정기한**이 있는 경우에는 그 **기한이 도래한 때**로부터 지체책임을 진다(제387조 제1항 전문). 따라서 매매대금에 대한 지연손해금을 청구하기 위해서는 민법 제387조의 이행기와 그 도과 사실을 주장·입증해야 한다.
- ② **채권의 가압류는 제3채무자에 대하여 채무자에게 지급하는 것을 금지하는 데 그칠 뿐 채무 그 자체를 면하게 하는 것이 아니고, 가압류가 있다 하여도 그 채권의 이행기가 도래한 때에는 제3채무자는 그 지체책임을 면할 수 없다고 보아야 할 것이다.**<sup>19)</sup>

#### 나) 목적물의 인도

물건에서 생기는 과실은 '수취할 권리자'에게 귀속하는 것이 원칙이다(제102조 원칙). 그러나 매매의 경우 특별히 과실과 이자의 간편한 결제를 위해, 목적물 인도전에는 본래의 과실수취권자를 따지지 않고 매도인에게 과실수취권을 인정한다(제587조 특칙). 그 결과 매도인은 목적물의 인도를 지체하더라도 매매대금을 완전히 지급받고 있지 않는 한 인도할 때까지의 과실을 수취할 수 있고,<sup>20)</sup> 매수인 또한 매매대금의 지급을 지체하고 있더라도 목적물의 인도가 없는 한 이자를 지급할 필요가 없다. 즉 매수인의 대금지급기한이 지났다고 하더라도 목적물이 매수인에게 인도될 때까지 매수인은 매매대금의 이자를 지급할 필요가 없는 것이므로, 그 목적물의 인도가 이루어지지 아니하는 한 매도인은 매수인의 대금지급의무 이행의 지체를 이유로 매매대금의 이자 상당액의 손해배상청구를 할 수 없다.<sup>21)</sup> 따라서 매매계약에 있어서 매도인인 원고는 매수인을 이행지체에 빠뜨리기 위해서는 **소유권이전의무의 이행 또는 이행의 제공사실에 추가하여 민법 제587조의 특칙에 따라 매매의 목적물을 매수인에게 현실적으로 인도하였다는 점까지 주장·입증**하여야 하는 것이고, 이 경우에만 매수인에게 매매대금에 대한 지연손해금을 청구할 수 있게 된다.

#### 다) 손해의 발생과 그 범위

- ① 일반적인 채무불이행책임의 경우 손해배상을 청구하려면 **채권자는 손해의 발생 및 손해액의 입증**을 하여야 한다. 그러나 **금전채무의 이행지체에 있어서는 손해의 발생 및 손해액의 증명이 필요 없다**(제397조 제2항).
- ② 매매대금채무와 같이 금전채무를 이행하지 않은 경우 i) 민사법정비용에 의한 지연손해금을 주장하는 경우에는 별도의 사실을 입증하지 않더라도 민법 제397조를 적용하여 매매대금에 대한 연 5%의 민사법정비용에 의한 금원을 손해로 인정할 수 있고, **상사법정비용에 의한 지연손해금**을 주장하는 경우에는 상법 제47조와 제54조를 적용하여 **연 6%**의 상사법정비용에 의한 금원을 손해로 인정할 수 있다. 또한 ii) 원고가 약정비율에 의한 지연손해금의 지급을 주장하는 경우에는 지연손해금 비율에 관한 약정사실을 주장·입증하여야 하며, 이러한 약정은 손해배상액의 예정으로서의 성격을 가진다. 한편 iii) **현행 소소추진 등에 관한 특별법상 소장부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 지연손해금**을

19) 대판 1994.12.13, 93다951

20) 대판 2004.4.23, 2004다8210

21) 대판 1995.6.30, 95다14190

청구할 수 있다.

2) 丙에 관하여

보증인은 특약이 없는 한 주채무의 이자·위약금·손해배상·기타 주채무에 종속한 채무를 포함하여 보증하는 것이므로(제429조 제1항), 채권자는 보증인을 상대로도 보증계약에 기한 보증채무의 이행청구로 주채무의 지연손해금을 청구할 수 있다.