

2019년 법무사 민법 기출문제 해설

제 1 문 (50점)

<기본적 사실관계>

甲은 2016. 9. 1. 乙로부터 5,000만 원을 빌리면서 1년 후에 갚기로 하였다.

甲은 2017. 9. 1. 가액이 2억 원 상당으로서 자신이 거주하는 X주택에 관하여 乙에게 매매계약을 원인으로 한 소유권이전청구권 가등기를 마쳐주었다. 乙은 같은 날 甲에게 '원금 및 이자 상환이 100% 이루어졌을 때 이 사건 가등기를 즉시 해제하여 주겠다'는 내용의 각서를 작성해 주었다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.

(각 설문은 상호관련성 없으며, 견해 대립이 있을 경우 대법원 판례의 다수의견에 따를 것. 이상의 사실관계 및 아래의 각 설문에서 언급되지 않은 사실관계는 상정하지 않는다)

1. X주택에 관한 2017. 9. 1.자 가등기의 성질에 대하여 설명하시오. (5점)
2. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 2019. 9. 1. 현재 빌려준 돈을 甲으로부터 돌려받는 대신 X주택의 소유권을 취득하기를 원한다. 乙이 X주택의 소유권을 유효하게 취득하기 위한 요건에 대하여 설명하시오. (10점)
3. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 2019. 3. 1. X주택에 관하여 가등기에 기한 본등기를 마쳤다. 같은 날 甲은 X주택에 계속 거주하기로 하고 乙에게 차임으로 월 50만 원씩을 매월 1일에 선불로 지급하기로 하였으며, 그에 따라 차임을 지급하였다. 그 후 2019. 9. 1. 현재 X주택의 가액이 2억 5,000만 원으로 상승하자, 甲은 X주택에 관한 본등기 이전이 무효라고 주장한다. 乙이 X주택의 소유권을 유효하게 취득하려면 어떻게 하여야 하는지 설명하시오. (20점)
4. (위 기본사실에 추가하여) 甲은 2016. 2. 1. 丙 은행으로부터 1억 5,000만 원을 빌리면서 X주택에 관하여 채무자 甲, 채권자 丙 은행, 채권최고액 1억 7,000만 원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐 주었다. 그 후 甲은 2017. 9. 1. 위와 같이 乙에게 X주택에 관한 소유권이전등기청구권의 가등기를 마쳐 주면서, 2018. 9. 1.까지 乙에게 차용금을 갚지 못하면 차용금 대신에 X주택을 乙에게 준다는 내용의 각서를 작성해 주었다. 甲이 2018. 9. 1. 차용금을 갚지 못하자 乙은 X주택에 관하여 가등기에 기한 본등기를 마쳤다. 乙의 본등기의 효력에 대하여 설명하시오. (15점)

제 2 문 (50점)

<기본적 사실관계>

乙은 2019. 1. 1. 그 소유인 Y토지 지상에 X건물을 신축하기 위하여 건축업자인 丙과 다음과 같은 도급계약을 체결하였다.

약정서

① 丙이 X건물을 신축하되, X건물의 건축허가 명목과 소유권보존등기 명목은 乙로 함
② 공사대금 1억 원은 乙이 완공된 X건물을 인도받음과 동시에 丙에게 지급함
③ 위 ②항의 경우, 丙이 공사를 위하여 자신이 고용한 근로자들에게 노임지급을 지체한 경우, 乙은 丙에게 지급할 위 공사대금에서 지체노임 상당액을 공제하고, 乙이 위 근로자들에게 지체된 노임을 직접 지급할 수 있음

丙은 건축공사를 시작하였고, X건물의 기둥, 외벽, 지붕공사는 완료되었으나, 그 내부공사는 아직 완료되지 않았다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 설문은 상호관련성 없음)

1. **(위 기본사실에 추가하여)** 乙은 Y토지와 X건물을 甲에게 매도하고 대금을 지급받은 후 Y토지에 관해서는 그 등기를 甲에게 이전하였으나, X건물에 관해서는 건축허가 명의만을 甲으로 변경하였고 그 등기는 이전해 주지 못하였다. 한편 乙에게 대여금 채권을 가지고 있던 A는 乙로부터 변제를 받지 못하자 그 이행을 요구하며 X건물을 무단으로 점유하고 있다. 이에 甲은 A를 피고로 하여 X건물의 인도를 구하고자 아래와 같이 소장의 청구취지를 작성하여 귀하에게 법률상담을 구한다. 甲의 청구가 받아들여질 수 있도록 그 이유를 제시하시오. (25점)

청구취지

피고는 원고에게 서울 ○○구 ○○대로 Y토지 지상 철근콘크리트조 X건물을 인도하라.

2. **(위 기본사실에 추가하여)** 丙은 X건물 건축공사를 진행하면서 자금조달에 어려움이 생기자, 2019. 2. 1. 乙로부터 변제기를 2019. 3. 1.로 하여 1억 원을 차용하였다. 丙은 위 변제기를 도과한 상태에서 2019. 4. 1. 공사를 완료하였고, X건물을 乙에게 인도하였다. 乙이 丙에게 위 대여금 1억 원의 변제를 요구하자, 丙은 乙에 대한 1억 원의 공사대금채권과 위 대여금채권을 대등액에서 상계한다고 주장한다. 한편 丙은 자금사정으로 자신이 고용하였던 근로자들에게 아직 노임을 지급하지 못하고 있다. 이 경우 丙의 상계주장은 타당한가? (15점)

3. **(위 기본사실에 추가하여)** 丙은 X건물의 내부공사를 위하여 丁으로부터 3천만 원 상당의 건축자재를 구입하였으나, 자금사정으로 그 대금을 지급하지 못하였다. 丙이 공사를 완료하고 X건물을 乙에게 인도한 후, 丙은 자신의 乙에 대한 1억 원의 공사대금채권 중 3천만 원을 丁에게 양도하고 乙에게 이를 통지하였다. 이후 丁은 乙에게 위 공사대금 3천만 원의 지급을 구하였

으나 乙 역시 자력이 없어 그 공사대금을 지급하지 못하자, 丁은 乙에게 민법 제666조에 의하여 X건물에 대한 저당권을 설정하여 줄 것을 요구하였다. 이에 乙은 X건물에 대하여 丁 앞으로 저당권을 설정하여 주었다. 한편 乙에게 대여금 채권을 가지고 있던 B는 乙의 저당권설정 행위가 사해행위라고 주장하며 그 취소 및 원상회복의 소를 제기하였다. 위 소송의 결론은 어떻게 예상되는지 설명하시오. (10점)

제 1 문 1)

<기본적 사실관계>

甲은 2016. 9. 1. 乙로부터 5,000만 원을 빌리면서 1년 후에 갚기로 하였다.

甲은 2017. 9. 1. 가액이 2억 원 상당으로서 자신이 거주하는 X주택에 관하여 乙에게 매매계약을 원인으로 한 소유권이전청구권 가등기를 마쳐주었다. 乙은 같은 날 甲에게 ‘원금 및 이자 상환이 100% 이루어졌을 때 이 사건 가등기를 즉시 해제하여 주겠다’는 내용의 각서를 작성해 주었다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.

(각 설문은 상호관련성 없으며, 견해 대립이 있을 경우 대법원 판례의 다수의견에 따를 것. 이상의 사실관계 및 아래의 각 설문에서 언급되지 않은 사실관계는 상정하지 않는다)

1. X주택에 관한 2017. 9. 1.자 가등기의 성질에 대하여 설명하시오. (5점)
2. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 2019. 9. 1. 현재 빌려준 돈을 甲으로부터 돌려받는 대신 X주택의 소유권을 취득하기를 원한다. 乙이 X주택의 소유권을 유효하게 취득하기 위한 요건에 대하여 설명하시오. (10점)
3. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 2019. 3. 1. X주택에 관하여 가등기에 기한 본등기를 마쳤다. 같은 날 甲은 X주택에 계속 거주하기로 하고 乙에게 차임으로 월 50만 원씩을 매월 1일에 선불로 지급하기로 하였으며, 그에 따라 차임을 지급하였다. 그 후 2019. 9. 1. 현재 X주택의 가액이 2억 5,000만 원으로 상승하자, 甲은 X주택에 관한 본등기 이전이 무효라고 주장한다. 乙이 X주택의 소유권을 유효하게 취득하려면 어떻게 하여야 하는지 설명하시오. (20점)
4. (위 기본사실에 추가하여) 甲은 2016. 2. 1. 丙 은행으로부터 1억 5,000만 원을 빌리면서 X주택에 관하여 채무자 甲, 채권자 丙 은행, 채권최고액 1억 7,000만 원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐 주었다. 그 후 甲은 2017. 9. 1. 위와 같이 乙에게 X주택에 관한 소유권이전등기청구권의 가등기를 마쳐 주면서, 2018. 9. 1.까지 乙에게 차용금을 갚지 못하면 차용금 대신에 X주택을 乙에게 준다는 내용의 각서를 작성해 주었다. 甲이 2018. 9. 1. 차용금을 갚지 못하자 乙은 X주택에 관하여 가등기에 기한 본등기를 마쳤다. 乙의 본등기의 효력에 대하여 설명하시오. (15점)

I. 설문 1.에 관하여

1) 역대로 국가시험에 가담법에 관한 법리가 전면적으로 출제된 적이 없었다. 개인적으로는 예상치 못한 불의의 타격을 가한 출제라 생각하고, 대부분의 수험생 입장도 마찬가지라고 생각한다. 물론 신의 가호가 있어 어느 정도 선방한 수험생도 있을 것이나, 대부분의 수험생에게 제1문이 합격의 당락에 큰 영향을 줄 것이라 보이지는 않는다. 이런 의미에서 해설도 간략히 제시함에 그치도록 한다.

1. 결 론

담보가등기에 해당한다.

2. 이 유

(1) 담보가등기와 청구권보전의 가등기의 구별

양자의 구별은 등기부에 기재된 가등기의 원인을 기준으로 형식적으로 판단할 것이 아니라 실제상의 목적을 기준으로 판단하여야 한다. 판례도 당해 가등기가 담보가등기인지 여부는 당해 가등기가 실제상 채권담보를 목적으로 한 것인지 여부에 의하여 결정되는 것인지 당해 가등기의 등기부상 원인이 매매계약으로 기재되어 있는지 아니면 대물변제계약으로 기재되어 있는가 하는 형식적 기재에 의하여 결정되는 것이 아니라고 하였다.²⁾

(2) 사안의 경우

II. 설문 2.에 관하여

1. 가담법의 적용 여부

가담법이 적용되기 위해서는, ① (준)소비대차에 의한 채무를 담보하기 위하여, ② 대물변제의 예약을 하고, ③ 목적물의 예약당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 넘어야 하며, ④ 가등기를 경료하여야 한다.

2. 가등기담보권의 실행방법

(1) 귀속정산과 처분정산

가등기담보권을 실행하는 방법으로는 특단의 약정이 없는 한 처분정산이나 귀속정산중 채권자가 선택하는 방법에 의할 수 있다.³⁾

(2) 권리취득에 의한 실행(귀속정산)

① 채무불이행에 빠진 후 가등기담보권을 귀속정산의 방법으로 실행하겠다는 통지를 하고, ② 통지 후 2월의 청산기간이 경과한 다음, ③ 담보목적물의 정당한 평가액에서 피담보채권액을 공제한 나머지 금액을 청산금으로 지급하며, ④ 청산금의 지급과 상환(동시이행)으로 목적물 인도 및 소유권이전등기청구를 하여 본등기를 함으로써 소유권을 취득할 수 있다. 그리고 이에 반하는 특약으로서 채무자 등에게 불리한 것은 효력이 없다(가담법 제3조, 4조 등).

III. 설문 3.에 관하여

1. 결 론

사후 적법한 청산절차를 거쳐야 한다.

2. 이 유

2) 대결 1998.10.7, 98마1333

3) 대판 1988.12.20. 87다카2685

(1) 청산절차를 위반한 본등기의 효력 여부

가담법 제3조와 제4조의 규정들은 **강행법규**에 해당하여 이를 위반하여 담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우 **본등기는 무효**라고 할 것이고, 이른바 **약한 의미의 양도담보**로서 담보의 목적 내에서는 **유효하다고 할 것이 아니다.**⁴⁾

(2) 실체관계에 부합하는 등기

- ① 다만 가등기권리자가 사후에 **가등기담보법 제3조, 제4조에 정한 절차**에 따라 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지한 후 채무자에게 **정당한 청산금을 지급하거나 지급할 청산금이 없는 경우에는 채무자가 통지를 받은 날부터 2월의 청산기간이 지나면, 위와 같이 무효인 본등기는 실체적 법률관계에 부합하는 유효한 등기로 될 수 있다.**⁵⁾
- ② 이 경우 통지의 내용은 **통지 당시의 목적부동산의 가액과 피담보채권액을 명시**하게 되고, **청산금의 산정은 현재를 기준으로 한다.**⁶⁾ 또한 **피담보채권의 범위에 대해서는** 저당권에 관한 **제360조가 적용된다.**

(3) 채무자가 채권자와 임대차계약을 체결하고 차임을 지급한 경우 차임이 피담보채무의 변제에 충당된 것으로 되는지 여부

담보가등기에 기하여 마쳐진 본등기가 무효인 경우, 담보목적 부동산에 대한 소유권은 담보가등기 설정자인 채무자 등에게 있고 소유권의 권능 중 하나인 **사용수익권도 당연히 담보가등기 설정자가 보유**한다. 따라서 **채무자가 자신이 소유하는 담보목적 부동산에 관하여 채권자와 임대차계약을 체결하고 채권자에게 차임을 지급하거나 채무자가 자신과 임대차계약을 체결하고 있는 임차인으로 하여금 채권자에게 차임을 지급하도록 하여 채권자가 차임을 수령하였다면, 채권자와 채무자 사이에 위 차임을 피담보채무의 변제와는 무관한 별개의 것으로 취급하기로 약정하였거나 달리 차임이 피담보채무의 변제에 충당되었다고 보기 어려운 특별한 사정이 없는 한 위 차임은 피담보채무의 변제에 충당된 것으로 보아야 한다.**⁷⁾

(4) 사안의 경우

IV. 설문 4.에 관하여

1. 결론

乙의 본등기는 무효라 볼 수는 없고, 약한 의미의 양도담보로서의 효력이 있다.

2. 이유

(1) 선순위 근저당권이 설정되어 있는 경우 가담법의 적용 여부

- ① 가담법은 재산권 이전의 예약에 의한 가등기담보에 있어서 재산의 **예약 당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 적용**되는바, 재산권 이전의 예약 당시 재산에 대하여 **선순위 근저당권이 설정되어 있는 경우에는 재산의 가액에서 피담보채무액을 공제한 나머지 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에만**

4) 대판 1994.1.25. 92다20132

5) 대판 2002.12.10. 2002다42001; 대판 2017.5.17. 2017다20226 등

6) 대판 1996.7.30. 96다6974,6981

7) 대판 2019.6.13. 2018다300661

적용된다.⁸⁾

- ② 예약당시 丙 은행의 선순위 근저당권이 설정되어 있었고, X주택의 가액 2억 원에서 丙 은행에 대한 피담보채무액 1억 5,000만 원(또는 최고액 1억 7,000만 원) 등을 공제한 나머지 가액은 乙의 가등기에 의한 피담보채무액으로 정한 5,000만 원을 초과한다고 할 수 없으므로, 이 사건 가등기에는 가등기담보법이 적용된다고 할 수 없고, 따라서 乙이 가등기담보법 소정의 청산절차를 거치지 않았다는 이유만으로 본등기가 무효의 등기라고 할 수는 없다.

(2) 가담법이 적용되지 않을 경우의 법률관계

가담법이 적용되지 않는 경우에도 채권자가 채권담보의 목적으로 부동산에 가등기를 경료하였다가 그 후 변제기까지 변제를 받지 못하여 위 가등기에 기한 소유권이전의 본등기를 경료한 경우에는, 당사자들 사이에 채무자가 변제기에 피담보채무를 변제하지 아니하면 채권채무관계는 소멸하고 부동산의 소유권이 확정적으로 채권자에게 귀속된다는 명시적 특약이 없는 한, 그 본등기도 채권담보의 목적으로 경료된 것으로서 정산절차를 예정하고 있는 이른바 '약한 의미의 양도담보'가 된다.⁹⁾

(3) 사안의 경우

8) 대판 2006.8.24. 2005다611140

9) 대판 2006.8.24. 2005다611140; 대판 2005.7.15. 2003다46963

제 2 문

<기본적 사실관계>

乙은 2019. 1. 1. 그 소유인 Y토지 지상에 X건물을 신축하기 위하여 건축업자인 丙과 다음과 같은 도급계약을 체결하였다.

약정서

- ① 丙이 X건물을 신축하되, X건물의 건축허가 명목과 소유권보존등기 명목은 乙로 함
- ② 공사대금 1억 원은 乙이 완공된 X건물을 인도받음과 동시에 丙에게 지급함
- ③ 위 ②항의 경우, 丙이 공사를 위하여 자신이 고용한 근로자들에게 노임지급을 지체한 경우, 乙은 丙에게 지급할 위 공사대금에서 지체노임 상당액을 공제하고, 乙이 위 근로자들에게 지체된 노임을 직접 지급할 수 있음

丙은 건축공사를 시작하였고, X건물의 기둥, 외벽, 지붕공사는 완료되었으나, 그 내부공사는 아직 완료되지 않았다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 설문은 상호관련성 없음)

1. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 Y토지와 X건물을 甲에게 매도하고 대금을 지급받은 후 Y토지에 관해서는 그 등기를 甲에게 이전하였으나, X건물에 관해서는 건축허가 명목만을 甲으로 변경하였고 그 등기는 이전에 주지 못하였다. 한편 乙에게 대여금 채권을 가지고 있던 A는 乙로부터 변제를 받지 못하자 그 이행을 요구하며 X건물을 무단으로 점유하고 있다. 이에 甲은 A를 피고로 하여 X건물의 인도를 구하고자 아래와 같이 소장의 청구취지를 작성하여 귀하에게 법률상담을 구한다. 甲의 청구가 받아들여질 수 있도록 그 이유를 제시하시오. (25점)

청구취지

피고는 원고에게 서울 ○○구 ○○대로 Y토지 지상 철근콘크리트조 X건물을 인도하라.

2. (위 기본사실에 추가하여) 丙은 X건물 건축공사를 진행하면서 자금조달에 어려움이 생기자, 2019. 2. 1. 乙로부터 변제기를 2019. 3. 1.로 하여 1억 원을 차용하였다. 丙은 위 변제기를 도과한 상태에서 2019. 4. 1. 공사를 완료하였고, X건물을 乙에게 인도하였다. 乙이 丙에게 위 대여금 1억 원의 변제를 요구하자, 丙은 乙에 대한 1억 원의 공사대금채권과 위 대여금채권을 대등액에서 상계한다고 주장한다. 한편 丙은 자금사정으로 자신이 고용하였던 근로자들에게 아직 노임을 지급하지 못하고 있다. 이 경우 丙의 상계주장은 타당한가? (15점)
3. (위 기본사실에 추가하여) 丙은 X건물의 내부공사를 위하여 丁으로부터 3천만 원 상당의 건축자재를 구입하

였으나, 자금사정으로 그 대금을 지급하지 못하였다. 丙이 공사를 완료하고 X건물을 乙에게 인도한 후, 丙은 자신의 乙에 대한 1억 원의 공사대금채권 중 3천만 원을 丁에게 양도하고 乙에게 이를 통지하였다. 이후 丁은 乙에게 위 공사대금 3천만 원의 지급을 구하였으나 乙 역시 자력이 없어 그 공사대금을 지급하지 못하자, 丁은 乙에게 민법 제666조에 의하여 X건물에 대한 저당권을 설정하여 줄 것을 요구하였다. 이에 乙은 X건물에 대하여 丁 앞으로 저당권을 설정하여 주었다. 한편 乙에게 대여금 채권을 가지고 있던 B는 乙의 저당권설정행위가 사해행위라고 주장하며 그 취소 및 원상회복의 소를 제기하였다. 위 소송의 결론은 어떻게 예상되는지 설명하시오. (10점)

I. 설문 1.에 관하여¹⁰⁾

1. 결 론

원고 甲은 乙을 대위하여 피고 A를 상대로 X건물의 인도를 청구할 수 있다.

2. 이 유

(1) 甲이 X건물에 대해 소유권을 취득하는지 여부

1) X건물이 독립한 소유권의 객체인지 여부

- ① 판례는 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추고 있었다면 원래의 건축주가 그 건물의 소유권을 원시취득하고, 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 갖춘 것이라고 보아야 할 것이라고 하였다.¹¹⁾
- ② 사안의 경우 당해 건물의 기둥과 외벽, 지붕공사가 완료되었고 내부공사만 남은 상태이므로 건물은 토지와 독립한 소유권의 객체가 된다.

2) X건물의 소유권자 확정

가) 도급계약에 기한 신축건물의 소유권 귀속

- ① 판례는 “건물건축도급계약의 수급인이 건물건축자재 일체를 부담하여 신축한 건물은 특약이 없는 한 도급인에게 인도할 때까지는 수급인의 소유라고 할 것”이라고 판시하여, 원칙적으로 수급인 귀속설의 입장을 취하고 있다.¹²⁾ 다만 당사자 간에 합의를 폭넓게 인정하고 있다. 예컨대 도급계약에 있어서는 수급인이 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 완성하더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권보존등기를 하기로 하는 등 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의한 것으로 보여질 경우에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속된다고 한다.¹³⁾
- ② 사안의 경우 일응 X건물의 소유권은 乙에게 귀속된다. 다만 乙은 위 X건물을 甲에게 매도하고 대금을 모두 지급받은 후 건축허가 명의를 乙에서 甲으로 변경하였으므로, 이에 따라 甲에게 소유권이 귀속되는지가 문제된다.

10) 3순환 제1회 제2문 설문 3.의 (1) / 사례집 P.914 실전연습 및 종합사례 쟁점 유사

11) 대판 2002.4.26, 2000다16350

12) 대판 1988.12.27, 87다카1138

13) 대판 1990.4.24, 89다카18884; 대판 1992.3.27, 91다34790

나) 乙과 甲 사이의 매매계약에 따른 甲의 소유권 취득 여부

乙이 소유권을 원시취득하였다더라도 그 소유권을 이전하기 위해서는 제187조 단서에 따라 등기를 경료해야 하고, 이에 따라 매수인 甲에게 소유권이전등기를 경료해 주어야 비로소 소유권이 이전된다. 사안의 경우에는 단순히 건축허가 명의만을 변경한 것에 그쳤으므로 甲은 매매에 기한 소유권은 취득하지 못한다.

(2) 甲이 X건물을 인도받을 수 있는 방법

1) 채권자대위권의 요건

채권자대위권이 인정되기 위해서는 ① 피보전채권, ② 보전의 필요성, ③ 채무자의 권리불행사, ④ 피대위권리가 있어야 한다. 사안의 경우 채무자의 권리불행사는 특별히 문제될 것이 없다.

가) 피보전채권

사안에서 피보전권리로는 매매계약에 따른 甲의 乙에 대한 X건물의 소유권이전등기 및 인도청구권을 들 수 있다.

나) 채권보전의 필요성

피보전채권이 특정채권이라면 채무자의 무자력을 요구하지 않는다. 사안의 경우 甲의 피보전채권은 특정채권이므로 채권보전의 필요성은 문제되지 않는다.

다) 피대위권리

피대위권리로는 무단점유자 A에 대한 乙의 소유권에 기한 반환청구권(제213조 본문)을 들 수 있다. 이와 같은 물권적 청구권도 피대위권리가 됨에는 문제가 없다.

2) 채권자대위권 행사의 내용

금전 기타 물건의 급부를 목적으로 하는 채권과 같이 변제의 수령을 요하는 경우에는, 채무자가 수령하지 않는다면 채권자로서는 그 목적을 달성할 수 없게 될 뿐만 아니라 채권을 대위행사하는 권한에는 당연히 이를 변제수령할 권한도 포함되어 있으므로, 피고(제3채무자)로 하여금 채무자가 아닌 원고 자신에게 직접 이행할 것을 청구할 수도 있다.

II. 설문 2.에 관하여¹⁴⁾

1. 결론

丙의 상계주장은 타당하지 않다.

2. 이유

(1) 丙의 乙에 대한 공사대금채권으로 상계할 수 있는지 여부

1) 상계의 의의 및 상계요건

① 상계란 채권자와 채무자가 동종의 채권·채무를 가지는 경우에, 그 채권과 채무를 대등액에서 소멸시키는 일방적 의사표시를 말한다(제492조).

14) 2순환 제1회 설문 1. / 2순환 제5회 설문 1. / 2순환 제9회 설문 2.의 가. / 2순환 제11회 제2문 설문 2. / 3순환 제1회 제1문 설문 4. / 3순환 제4회 제1문 설문 3. / 3순환 제10회 제1문 설문 1.의 (1) 쟁점

- ② 상계가 유효하기 위해서는 i) 동종의 채권이 서로 대립하고 있을 것, ii) 양 채권이 변제기에 있을 것, iii) 상계가 금지되는 채권이 아닐 것, iv) 상계의 의사표시를 할 것을 요구한다(제492조).

2) 사안의 경우

사안의 경우 ① 乙의 丙에 대한 대여금채권과 丙의 乙에 대한 공사대금채권은 금전채권으로 동종의 채권이며, ② 모두 변제기가 도래하였으며, ③ 상계가 금지된 채권이 아닌 한, 丙은 상계의 의사표시를 함으로써 상계할 수 있다고 할 것이다. 따라서 丙의 乙에 대한 채권이 상계금지채권에 해당하는지 여부가 문제된다.

(2) 채무의 성질에 의한 상계금지 여부

1) 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하는 상계의 허용 여부

① 동시이행항변권이 붙은 채권을 자동채권으로 하여 상계함은 그 성질상 허용될 수 없다. 상계를 허용하면 수동채권자가 가지는 동시이행항변권 행사의 기회를 상실케 하는 결과가 되기 때문이다. 그러나 ② 양 채권이 모두 동시이행관계에 있는 경우라면 현실적 이행의 필요성이 없고 상계를 허용하지 않을 이유가 없다. 그 상계를 허용하는 것이 채권·채무관계를 간명하게 해소할 수 있기 때문이다.

2) 사안의 경우

판례는 도급인이 수급인과의 사이에 수급인이 그가 고용한 근로자들에 대한 노임지급을 지체한 경우 도급인이 수급인에 대한 기성공사대금에서 노임 상당액을 공제하여 근로자들에게 직접 지불할 수 있다고 약정하였다면, 수급인이 근로자들에게 노임지급을 지체한 상태에서 도급인에게 기성공사대금의 지급을 구할 경우 도급인으로서 위 약정에 따라 적어도 수급인이 근로자들에게 노임을 지급할 때까지는 기성공사대금 중 수급인이 지체한 노임 상당액의 지급을 거절할 수 있다 할 것이므로, 수급인의 도급인에 대한 위 기성공사대금채권은 도급인이 위와 같이 일정한 경우 그 지급을 거절할 수 있는 항변권이 부착되어 있는 채권이라고 할 수 있을 것이라고 하였다.¹⁵⁾

(3) 사안의 경우

III. 설문 3.에 관하여¹⁶⁾

1. 결 론

법원은 청구기각 판결을 선고할 것이다.

2. 이 유

(1) 저당권설정청구권 양도의 효력 유무

민법 제666조에서 정한 수급인의 저당권설정청구권은 공사대금채권을 담보하기 위하여 인정되는 채권적 청구권으로서 공사대금채권에 부수하여 인정되는 권리이므로, 당사자 사이에 공사대금채권만을 양도하고 저당권설정청구권은 이와 함께 양도하지 않기로 약정하였다는 등의 특

15) 대판 2002.8.23. 2002다25242

16) 3순환 제1회 제2문 설문 3.의 (2) 쟁점

별한 사정이 없는 한, 공사대금채권이 양도되는 경우 저당권설정청구권도 이에 수반하여 함께 이전된다고 봄이 타당하다.¹⁷⁾

(2) 저당권설정행위의 사해행위 해당 여부

1) 사해행위의 의미

사해행위란 채무자가 자신의 무자력을 초래함을 알면서 재산상 법률행위를 하는 것을 말한다. 즉 채무자의 재산행위로 그의 일반재산이 감소하여 채권의 공동담보에 부족이 생기게 되는 것, 예컨대 채무초과상태에 빠지거나 이미 이른 채무초과상태가 더욱 심화되는 경우를 말한다.

2) 사해행위 해당 여부

판례에 따르면, ① 수급인의 저당권설정청구권을 규정하는 민법 제666조는 부동산공사에서 그 목적물이 보통 수급인의 자재와 노력으로 완성되는 점을 감안하여 그 목적물의 소유권이 원시적으로 도급인에게 귀속되는 경우 수급인에게 목적물에 대한 저당권설정청구권을 부여함으로써 수급인이 사실상 목적물로부터 공사대금을 우선적으로 변제받을 수 있도록 하는 데 그 취지가 있고, 이러한 수급인의 지위가 목적물에 대하여 유치권을 행사하는 지위보다 더 강화되는 것은 아니어서 도급인의 일반 채권자들에게 부당하게 불리해지는 것도 아닌 점 등에 비추어, 신축건물의 도급인이 민법 제666조가 정한 수급인의 저당권설정청구권의 행사에 따라 공사대금채무의 담보로 그 건물에 저당권을 설정하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 아니한다.¹⁸⁾ ② 따라서 신축건물의 수급인으로부터 공사대금채권을 양수받은 자의 저당권설정청구에 의하여 신축건물의 도급인이 그 건물에 저당권을 설정하는 행위 역시 다른 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 아니한다고 할 것이다.¹⁹⁾

(3) 사안의 경우

17) 대판 2018.11.29. 2015다19827

18) 대판 2008.3.27, 2007다78616·78623

19) 대판 2018.11.29. 2015다19827