

제10회 변호사 시험 민사법 사례형 해설

〈제1문의 1〉 (15점)

I. 논점의 정리

II. 전소의 기판력 발생과 작용 여부

① 갑의 을에 대한 공사대금청구소송에서 갑이 승소판결이 유효하게 확정되었으므로 기판력이 발생한다. ② 사안에서 i) 전·후소의 당사자는 甲과 乙로서 동일하므로 주관적 범위에서 기판력이 작용하며, ii) 전·후소의 청구는 공사대금청구로 동일하므로 객관적 범위에서도 작용하며, iii) 갑은 전소에서 주장하였던 공사대금청구를 다시 주장하므로 시적 범위에서도 차단된다. 따라서 전소 기판력이 후소에 미친다. iv) 판례의 모순금지설에 의하면 갑은 전소에서 승소확정판결을 받았으므로 후소는 권리보호이익이 없어서 부적법하다.

III. 시효중단을 위한 후소의 적법 여부와 본안판단 가부

판례는 ① 확정판결의 기판력에 의하여 당사자는 확정판결과 동일한 소송물에 기하여 신소를 제기할 수 없는 것이 원칙이나, 시효중단 등 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 신소가 허용된다. 그러나 이러한 경우에도 신소의 판결이 전소의 승소확정판결의 내용에 저촉되어서는 안 되므로, 후소 법원에서는 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 수 없다. ② 시효중단을 위한 후소의 판결은 전소의 승소 확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니 되므로, 후소 법원에서는 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 수 없으나, 위 후소 판결의 기판력은 후소의 변론종결 시를 기준으로 발생하므로, 전소의 변론종결 후에 발생한 변제, 상계, 면제 등과 같은 채권소멸사유는 후소의 심리대상이 된다. 따라서 채무자인 피고는 후소 절차에서 위와 같은 사유를 들어 항변할 수 있고 심리 결과 그 주장이 인정되면 법원은 원고의 청구를 기각하여야 한다. 이는 채권의 소멸사유 중 하나인 소멸시효 완성의 경우에도 마찬가지이다. ③ 따라서 후소가 전소 판결이 확정된 후 10년이 지나 제기되었다 하더라도 곧바로 소의 이익이 없다고 하여 소를 각하해서는 아니 되고, 채무자인 피고의 항변에 따라 원고의 채권이 소멸시효 완성이므로 소멸하였는지에 관한 본안판단을 하여야 한다.

IV. 결론

안에서 후소가 전소 판결이 확정된 후 10년이 지나 제기되었다 하더라도 곧바로 소의 이익이 없다고 하여 소를 각하해서는 아니 되고, 채무자인 피고 乙의 변제항변에 따라 원고 갑의 채권이 변제로 소멸하였는지에 관한 본안판단을 하여야 한다.

〈제1문의 2〉

〈문 1.에 관하여〉(10점)

I. 논점의 정리

II. 보조참가인의 지위

1. 종속적 지위

참가인은 당사자가 아니라 피참가인의 승소를 보조하기 위하여 참가하는 자이므로, 피참가인과의 관계에서 그 지위가 종속적이다. 따라서 참가인에 의한 상소는 피참가인의 상소 기간 내에 한한다. 사안에서 참가인 을은 피참가인의 항소기간(2019.6.15.부터 같은

달 29.) 내인 6.28. 항소를 제기하였으므로 일단 적법하다.

2. 독립적 지위

그러나 참가인은 자기의 이익을 옹호하기 위해 독자적인 권한으로써 소송에 관여하는 자이므로 독자성이 인정된다. 따라서 당사자에 준하는 절차참여권이 인정된다.

3. 참가인이 할 수 있는 소송행위

가. 원칙

참가인은 피참가인의 승소를 위하여 필요한 소송행위를 자기의 이름으로 할 수 있다(제76조 제1항 본문). 따라서 사안의 경우 참가인 을은 항소의 제기를 할 수 있으며, 피참가인 병이 행한 것과 같은 효과가 생긴다.

나. 예외

그러나 참가인은 어디까지나 다른 사람의 소송의 보조자(종속성)에 그치기 때문에 ① 참가당시의 소송정도에 따라 피참가인도 할 수 없는 행위(법 제76조 제1항 단서), ② 피참가인의 행위와 어긋나는 행위(법 제76조 제2항), ③ 피참가인에 불이익한 행위, ④ 소를 변경하거나 확장하는 행위 등과 같은 행위는 할 수 없으며, 이러한 제한에 위반된 참가인의 행위는 무효로 된다. 따라서 사안의 경우 참가인 을의 항소제기 후 피참가인 병이 2019.7.14. 항소를 취하하였으므로 병의 항소취하는 유효하며, 을의 항소제기는 효력이 없게 된다.

III. 결론

사안에서 을의 항소는 무효이며, 병의 항소취하는 유효하다.

<문 2.에 관하여>(10점)

I. 논점의 정리

II. 재판의 효력의 성질과 작용범위

1. 문제점

보조참가자가 있는 소송이라도 기판력은 당사자(甲·丙)에게만 미치고, 보조참가인 乙에게는 미치지 않는다. 그런데 제77조에서 재판은 참가인에게도 그 효력이 미친다고 규정하고 있는데 재판의 효력의 성질과 작용범위가 문제된다.

2. 제77조의 재판의 효력

판례는 이를 기판력과는 다른 특수효력, 즉 참가인으로서 피참가인이 패소하고 나서 뒤에 피참가인이 참가인 상대의 소송(제2차 소송)을 하는 경우 피참가인에 대한 관계에서 참가인이 판결(제1차 소송)의 내용이 부당하다고 주장할 수 없는 구속력으로 본다(참가적 효력).

3. 참가적 효력의 발생요건 및 작용범위

가. 참가적 효력의 발생요건

참가적 효력은 ① 소송판결이 아닌 본안판결이어야 하고, ② 확정될 것을 요한다. 그리고 ③ 참가인에게 피참가인을 위하여 소송을 수행할 기회가 주어졌을 경우에만 발생한다.

나. 참가적 효력의 작용범위

참가적 효력은 ① 피참가인과 참가인 사이에만 미치고(주관적 범위), ② 판결주문에 대해서 뿐만 아니라 판결이유 중 패소이유가 되었던 사실상·법률상의 판단에 미친다(객관적 범위).

4. 소결

甲의 丙에 대한 보증채무이행의 소에서 乙이 보조참가하여 소송을 수행하였으나 丙의 패소판결이 선고되었고 확정되었다. 따라서

본 소송 판결의 참가적 효력이 발생하였고, 이는 피참가인 丙과 참가인 乙 사이에 미치며, 그 결과 丙의 乙에 대한 구상금 청구의 소에서 乙은 본 소송의 판결이유 중 패소이유가 되었던 판단(변제를 부정하여 주채무의 존재한다는 사실)이 부당하다고 다룰 수 없다. 다만 본 소송에서 乙이 주채무 변제를 주장했으나, 丙이 변제를 부정한 경우에도 을에게 참가적 효력이 미치는지 문제된다.

Ⅲ. 보조참가인의 지위와 참가적 효력의 배제례

1. 보조참가인의 지위

가. 원칙 - 독립적 지위

참가인은 자기의 이익을 보호하기 위하여 독립적 지위에서 피참가인의 승소를 위하여 필요한 소송행위를 자기의 이름으로 할 수 있다. 그 결과 보조참가인이 피참가인의 승소를 위해 필요한 소송행위를 한 경우 참가인은 본 소송의 참가적 효력을 받는다. 이 경우 참가인은 피참가인에 대한 판결기초의 공동형성에 대한 자기책임이 있기 때문이다.

나. 제한 - 종속적 지위

그러나 참가인은 어디까지나 피참가인의 승소보조자에 불과한 종속적 지위 때문에 ① 참가당시의 소송정도에 따라 피참가인도 할 수 없는 행위(법 제76조 제1항 단서), ② 피참가인의 행위와 어긋나는 행위(법 제76조 제2항), ③ 피참가인에 불이익한 행위, ④ 소를 변경하거나 확장하는 행위 등과 같은 행위는 할 수 없으며, 이러한 제한에 위반된 참가인의 행위는 무효로 된다. 다만 참가인이 위와 같은 행위를 하였다면 본 소송에서 피참가인이 패소하지 않고 승소할 수 있었으리라는 것을 증명하면 참가인은 피참가인의 본 소송에서의 패소판결의 참가적 효력을 받지 않는다. 왜냐하면 이러한 경우에는 참가인은 피참가인의 패소판결 기초의 공동형성에 대한 책임이 없다고 보아야 하기 때문이다.

2. 소결

사안에서 참가인 乙은 주채무의 변제를 주장하였으나 피참가인 丙이 이와 달리 변제를 부정하여, 乙의 변제 주장은 효력이 없어졌다. 이 경우 참가적 효력이 배제되어 丙이 제기한 구상금청구소송에서 丙은 주채무 변제 주장은 허용된다. 다만 을은 주채무변제를 주장 하였으면 본 소송의 재판결과가 피참가인의 패소가 아니라 승소로 달라졌을 것을 주장·입증해야 한다.

<제1문의 3>

<문 1에 관하여>

I. 논점의 정리

매매로 인한 소유권이전등기청구소송에서 병이 점유시효취득에 기한 소유권이전등기청구를 하면서 권리주장참가로 독립당사자참가 신청을 한 경우 적법한지 여부가 문제된다.

II. 독립당사자참가의 의의 및 요건

1. 독립당사자참가의 요건

참가요건으로는 ① 타인간의 소송이 계속 중일 것, ② 참가이유가 있을 것, ③ 참가취지, 즉 참가인은 원·피고 양쪽 또는 한쪽을 상대방으로 하여 자기의 청구를 할 것, ④ 소의 병합요건을 갖추고 일반적인 소송요건을 구비한 참가신청이 있을 것 등을 필요로 한다.

III. 권리주장참가의 경우 참가이유

1. 판단기준

제79조 제1항 전단의 권리주장참가에서는 참가인이 원고의 본소청구와 양립되지 않는 권리 또는 그에 우선할 수 있는 권리를 주장해야 하는 바, 판례는 권리주장참가의 참가이유를 판단할 때 본소청구와 참가인의 청구가 주장 자체에서 양립하지 않는 관계에 있으면

족하며, 본안심리 결과 양 청구가 실제로 양립되면 참가인의 청구를 기각하면 된다고 한다.¹⁾

2. 판례의 입장

판례는 원고의 피고에 대한 본소청구인 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행청구와 참가인의 피고에 대한 청구인 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행청구는 합일확정을 필요로 하는 동일한 권리관계에 관한 것이 아니어서 서로 양립될 수 있으므로 **독립당사자참가는 부적법**하다고 본다.^{80다1872}

IV. 결론

丙의 참가신청은 부적법하므로 참가신청을 각하한 1심 법원의 판단은 타당하다.

<문 2.에 관하여>(15점)

I. 논점의 정리

II. 항소심 판단의 당부

1. 이심의 범위

사안에서 참가가 각하된 丙만이 항소하였음에도 상소불가분의 원칙이 적용되어 전부이심되므로 甲의 乙에 대한 소송관계 역시 항소심으로 이심된다.

2. 甲의 청구도 항소심의 심판대상이 되는지 여부

가. 항소심의 심판범위

판례는 독립당사자참가의 경우 『제1심에서 원고 및 참가인 패소, 피고승소의 본안판결이 선고된 데 대하여 원고만이 항소한 경우 원고와 참가인 그리고 피고간의 세 개의 청구는 당연히 항소심의 심판대상이 되어야 하는 것』이라고 하여, 합일확정의 필요에 의해 불이익변경금지원칙이 배제된다고 본다.

나. 불이익변경금지원칙이 배제되기 위한 요건

다만 판례는 『원고승소 판결에 대하여 참가인만이 상소를 했음에도 상소심에서 원고의 피고에 대한 청구인용 부분을 원고에게 불리하게 변경할 수 있는 것은 ① 참가인의 참가신청이 적법하고, 나아가 ② 합일확정의 요청상 필요한 경우에 한한다』는 입장이다.

다. 소결

판례에 의하면, 사안은 원고의 피고에 대한 청구를 인용하고 참가인의 참가신청을 부적법 각하한 제1심판결에 대하여 참가인만이 항소한 경우이므로 불이익변경금지원칙이 배제되지 않는다. 따라서 항소심의 심판대상은 참가인의 참가신청만이며, 본소청구는 심판의 대상이 아니다.

III. 결론

1. 항소심에서 본소를 취소하고 본소 청구기각한 판결의 당부

참가인의 참가신청이 부적법하다는 이유로 참가인의 항소를 기각하면서도, 제1심판결 중 피고가 항소하지도 않은 본소 부분을 취소하고 원고의 피고에 대한 청구를 기각한 항소심의 판단에는 독립당사자참가소송에서 패소한 당사자 중 일부만이 항소한 경우의 항소심의 심판대상에 관한 법리(불이익변경금지원칙)를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.²⁾ 따라서 항소심에서 본소를 취소하고 본소 청구기각한 판결은 부당하다.

2. 참가인의 항소를 기각한 판결의 당부

1) 대법 1992.12.8, 92다26772

2) 대법 2007.12.14, 2007다37776

丙의 참가신청은 부적법하므로 참가신청을 각하한 1심 법원의 판단은 타당하다. 따라서 항소심에서 丙의 항소를 기각한 판결은 타당하다.

〈제1문의 4〉 (15점)

I. 논점의 정리

II. 甲 소유임을 확인하는 판결의 기판력이 미치는지 여부

1. 기판력의 발생

사안의 경우 전소에서 갑의 승소판결이 확정되어 기판력이 발생하였고, 甲에게 소유권이 존재 한다는 주문판단에만 기판력이 발생하고, 이유 중 판단인 소유권취득인사실에는 기판력이 발생하지 않는다. 이때 후소제기가 전소 확정판결의 기판력에 저촉되는지 여부와 법원의 조치가 문제된다.

2. 기판력의 작용여부

① 사안에서 전·후소의 당사자는 甲과 乙로서 동일하므로 전소판결의 기판력이 주관적 범위에서 작용하고, ② 전소의 소송물이 후소의 선결문제로서 전소의 기판력은 객관적 범위에서 후소에 작용하므로, ③ 乙이 甲의 정당한 대리인에게서 X토지를 매수하여 소유권이전등기를 마친 것으로 X토지는 乙의 소유라는 주장은 전소의 변론종결 전에 주장할 수 있었던 공격방법으로 전소 기판력의 시적범위에 의해서 차단된다. 따라서 전소 기판력이 후소에 미친다.

3. 법원의 판단

선결관계로 기판력이 작용하는 경우 법원 선결문제 한도 내에서 전소의 기판력 있는 판단에 구속되어 이를 전제하여 본안판결을 하여야 한다. 사안의 경우 후소법원은 원고에게 소유권이 있다는 전소판단을 전제로 하여, 후소청구를 이유 없다고 기각하여야 한다. 따라서 후소에서 乙의 주장이 인정되더라도 乙은 승소할 수 없다.

III. 갑의 말소등기판결의 기판력이 미치는지 여부

1. 기판력에 저촉되는지 여부

사안의 경우 ① 전소와 후소의 당사자가 동일하며, ② 전소 주문판단인 甲에게 말소등기청구권이 없다는 판단에만 기판력이 발생하고, 이유 중 판단인 甲에게 소유권이 없다는 판단에는 기판력이 발생하지 않는바, 을이 甲을 상대로 제기한 소유권에 기한 토지인도의 소는 전소와 동일·선결·모순관계에 있지 않아 기판력에 저촉되지 않는다.

2. 이유 중 판단의 구속력 인정 여부

후소법원은 을에게 소유권이 있다고 인정하면 전소에서 갑에게 소유권이 있다는 판결과 모순·저촉이 발생한다. 이를 방지하기 위해서 후소법원은 전소법원의 판결이유 중 판단에 구속되어 甲에게 소유권이 없다고 판단하여야 하는지 문제되나, 판례는 이유 중의 판단에 대한 구속력을 부정하고 있다.¹⁾

3. 법원의 판단 - 증명력설

판례에 의하면 전·후소 판결의 모순·저촉을 방지하기 위해서 『민사재판에 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 유력한 증거가 되므로, 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없다』고 보아 증명력설을 취하고 있다.²⁾ 따라서 사안에서 후소법원은 증명효로 전소판단에 구속되어 甲에게 소유권이 있다고 판단하여야 한다. 그러나 甲의 소유권을 부정할만한 새로운 증거가 있으면 을의 소유권을 인정할 수도 있다.

1) 대법(전) 1979.2.13, 78다58; 같은 취지로 최근 판례 대법 2002.9.24, 2002다11847

2) 대법 1995.6.29, 94다47292; 대법 2009.3.26, 2008다48964·48971

IV. 결론

甲 소유임을 확인하는 판결의 기판력이 미치고, 갑의 말소등기판결의 증명효가 미치므로 후소에서 乙의 주장이 인정되더라도 乙은 승소할 수 없다.

<제1문의 5>

<문 1.에 관하여>(15점)

I. 논점의 정리

사안에서 병의 근저당권설정등기말소의 소송에서 乙이 승소할 수 있는 전략은 병의 소유권을 부인하는 법적수단이 적절하다고 할 것인바, 이런 법적수단으로 갑·병 사이 매매계약을 사해행위로 취소할 수 있는지 여부가 문제된다.

II. 갑·병 사이 매매계약을 사해행위로 취소 가부

사안에서 병의 소유권을 부인하기 위해서 갑·병 사이 매매계약을 사해행위로 취소할 수 있는지 여부가 문제되는바, ① 피보전채권으로 을은 갑에 대해서 1억원의 대여금채권이 있고, ② 甲은 채무초과상태에서 이런 사실을 잘 아는 丙에게 유일한 재산인 시가 2억원인 X토지를 1억 원에 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 주었으므로 사해행위와 사행의사도 인정된다. 따라서 을은 갑·병 사이 매매계약을 사해행위로 취소할 수 있다.

III. 채권자취소권의 항변 가부

사안에서 병의 근저당권설정등기말소의 소송에서 乙이 갑·병 사이 매매계약을 사해행위로 취소한다는 항변을 하여 병의 소유권을 부인할 수 있는지 문제된다. 이에 판례는 채권자취소권은 반드시 '재판상 행사'해야 하며, 사해행위취소를 '소구'하지 않고서, '항변'으로 주장하지는 못 한다고 본다.(95다48599) 따라서 채권자취소권의 항변을 할 수 없으므로 반소로 채권자취소권을 행사할 수 있는지 문제된다.

IV. 채권자취소권의 반소제기 가부

판례는 ① 원고가 매매계약 등 법률행위에 기하여 소유권을 취득하였음을 전제로 피고를 상대로 일정한 청구를 할 때, 피고는 원고의 소유권 취득의 원인이 된 법률행위가 사해행위로서 취소되어야 한다고 다투면서, 동시에 반소로써 그 소유권 취득의 원인이 된 법률행위가 사해행위임을 이유로 법률행위의 취소와 원상회복으로 원고의 소유권이전등기의 말소절차 등의 이행을 구하는 것도 가능하다. ② 위와 같이 원고의 본소 청구에 대하여 피고가 본소 청구를 다투면서 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 반소를 적법하게 제기한 경우, 사해행위의 취소 여부는 반소의 청구원인임과 동시에 본소 청구에 대한 방어방법이자, 본소 청구 인용 여부의 선결문제가 될 수 있다. ③ 그 경우 법원이 반소 청구가 이유 있다고 판단하여, 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하는 경우, 비록 반소 청구에 대한 판결이 확정되지 않았다고 하더라도, 원고의 소유권 취득의 원인이 된 법률행위가 취소되었음을 전제로 원고의 본소 청구를 심리하여 판단할 수 있다고 봄이 타당하다. ④ 그때에는 반소 사해행위취소 판결의 확정을 기다리지 않고, 반소 사해행위취소 판결을 이유로 원고의 본소 청구를 기각할 수 있다고 본다.(2018다277785)

V. 결론

乙이 위 소송에서 승소할 수 있는 전략은 ① 병의 근저당권설정등기말소의 본소에서 을은 병에 대해 갑·병 사이에 체결된 매매계약을 사해행위로 취소 하고 원상회복으로 병 명의의 소유권이전등기말소 구하는 반소를 제기하고 ② 본소에는 반소를 방어방법으로 주장하여 병 소유권을 부인하는 것이라고 본다. 그러면 법원은 사해행위 판결 이 확정되지 않았도 병의 '본소청구'를 기각할 수 있다.

〈문 2.에 관하여〉(20점)

I. 논점의 정리

II. 정의를 무효에 대한 직접 말소등기청구에서 승소 가부

1. 적법 여부

가. 말소등기청구의 대상적격(3)

판례는 “근저당권이전의 부기등기는 기존의 주등기인 근저당권등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이어서 피담보채무가 소멸된 경우에는 주등기인 근저당권등기의 말소만 구하면 되고 부기등기는 주등기의 말소에 따라 직권으로 말소된다”는 입장으로 주등기인 근저당권설정등기의 말소만 구하면 된다.¹⁾

나. 말소등기청구의 피고적격(3)

판례는 “근저당권 이전의 부기등기는 기존의 가등기에 의한 권리의 승계관계를 등기부상에 명시하는 것뿐으로 부기등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 근저당권등기의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고, 양도인은 말소등기청구에 있어서의 피고적격이 없다”는 입장이므로 근저당권등기의 말소청구는 양수인 무만을 피고로 해야 적법하다. 사안에서 정의 양수인 무에 대한 근저당권설정등기말소등기청구는 적법하다.

1. 본안 판단

말소등기청구의 요건은 ① 원고 소유, ② 피고 등기, ③ 피고 등기의 원인무효이다. 사안에서 ③요건 甲은 乙에게 차용금 1억 원을 변제하여 부종성에 의해 근저당권등기는 무효이나, 甲은 戊로부터 다시 금원을 차용하고 甲, 乙, 戊의 합의에 따라, 戊에게 근저당권 이전의 부기등기를 하여 무효등기 유효의 합의를 하여 이때부터 근저당권은 유효하나 판례는 무효인 등기이전의 부기등기 전에 등기부상 이해관계를 가지게 된 丁에 대하여는 위 등기 유효의 합의 사실을 들어 등기의 유효를 주장할 수는 없다고 결국 丁에 대해서는 근저당권등기는 무효라고 할 것이다.²⁾ ①요건 그러나 가압류권자 정은 위 토지의 소유권자가 아니므로 근저당권등기말소등기청구에서 정은 승소할 수 없다.

III. 정의 채권자대위권에 기한 말소등기청구에 승소 가부

1. 채권자대위권의 법적성질과 요건

채권자대위권은 법정소송담당으로 ① 피보전채권의 존재, ② 보전의 필요성이 있을 것, ③ 채무자가 스스로 권리를 행사하지 않을 것, ④ 피대위권리가 있을 것을 요건으로 한다. 사안에서 ① 정은 갑에 대해서 피보전채권이 있고, ② 甲은 채무초과상태이므로 무자력이며, ③ 갑은 권리행사하지 않고 있으며, ④ 피대위권리로 갑의 무에 대한 말소등기청구권이 인정되는지 문제된다.

2. 피대위권리 인정 여부

甲은 乙에게 차용금 1억 원을 변제하여 부종성에 의해 근저당권등기는 무효이나, 甲은 戊로부터 다시 금원을 차용하고 甲, 乙, 戊의 합의에 따라, 戊에게 근저당권 이전의 부기등기를 하여 무효등기 유효의 합의를 하여 이때부터 근저당권은 유효하므로 피대위권리로 갑의 무에 대한 말소등기청구권이 인정되지 않는다.

3. 정의 이해관계있는 제3자라는 주장 가부

판례는 무효등기 이전의 부기등기 전에 등기부상 이해관계를 가지게 된 자에 대하여는 등기유효의 합의 사실을 들어 등기의 유효를 주장할 수는 없다고 보나, 채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 제3채무자는 피대위권리에서 채무자에 대해 가지는 모든 항변사유로 채권자에게 대항할 수 있으나, 채권자는 채무자 자신이 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할

1) 대법 1994.10.21. 94다17109

2) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다4787

수 있을 뿐 자기와 제3채무자 사이의 독자적인 사정에 기한 사유를 주장할 수는 없다고 본다.¹⁾ 사안에서 원고 정의 가압류 주장은 채무자 甲의 제3채무자 무에 대한 대항사유(재항변)가 아니라, 채권자인 원고 정의 제3채무자 정에 대한 독자적인 대항사유이므로 이를 주장할 수 없다고 할 것이다.

4. 소결

정의 채권자대위권에 기한 말소등기청구에서도 승소할 수 없다.

〈제1문의 6〉

I. 논점의 정리

II. 乙에 대한 청구의 인용 여부

가. 소의 적법성에 대한 판단

- 1) 결론 : 적법하다.
- 2) 판단의 근거

丙이 승소하더라도 丙명의로의 소유권이전등기가 마쳐지는 것이 불가능한 경우와 같이 현재 이행의 소에 있어서 이행판결을 받아도 집행불능인 경우 소의 이익이 문제된다. 이에 대해서 판례는 『 i) 판결절차는 ‘관념적 분쟁해결절차’로서 사실적인 해결절차인 강제 집행절차와는 별도로 독자적인 존재의의를 가지고 있고, ii) 집행권원의 보유는 ‘피고에게 심리적 압박’이 되므로 소의 이익을 긍정』한다. 따라서 병의 을에 대한 청구는 소의 이익이 있어 적법하다.

나. 본안에 대한 판단

- 1) 결론 : 청구인용
- 2) 판단의 근거

가) 매매에 기한 소유권이전등기청구권의 성립 여부

매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 요건은 매매계약체결사실인바, 丙의 매매계약체결 사실 주장에 대해서 을이 이를 인정하여 변론에서 상대방 주장과 일치하고 자기에 불리한 주요사실의 주장으로 재판상 자백이 성립하므로 병의 소유권이전등기청구는 인정된다.

나) 을의 항변의 존부

그리고 을은 자백하면서 이행불능의 항변을 하지 않았고, 또한 소멸시효항변도 하지 않았으며, 갑이 소멸시효 항변을 하였으나, 갑과 을사이의 공동소송은 통상의 공동소송을 공동소송인 독립의 원칙에 의해 주장공통이 인정되지 않으므로 을의 항변은 인정되지 않는다. 따라서 법원은 병의 청구를 인용하여야 한다.

III. 피고 甲에 대한 청구의 인용 여부

가. 주위적 청구 관련 소의 적법성 판단

- 1) 결론 : 적법
- 2) 판단의 근거

가) 대위의 적법 요건 구비 여부

채권자대위소송은 법정소송담당으로 ① 피보전채권, ② 보전의 필요성, ③ 채무자 권리 불행사를 갖춰야 당사자적격을 구비하여 적법하다. 사안에서 ① 피보전채권으로 병은 을에 대해서 소유권이전등기청구권이 있고, ② 소유권이전등기청구권은 특정채권이므로 채무자의 무자력을 요하지 않으므로 보전의 필요성이 있으며, ③ 채무자 을은 권리를 행사하지 않았으므로 일단 당사자 적격을 구비하여 적법하다.

1) 대법 2009.05.28, 2009다4787

나) 피보전채권의 시효 소멸 여부

사안에서 제3채무자 갑이 피보전채권인 병의 을에 대한 소유권이전등기청구권이 시효소멸하였다는 항변을 하므로 피보전채권이 부정되는지 여부가 문제되는데, ① 판례는 **‘피보전채권의 소멸시효가 완성’** 되었다 하더라도 제3채무자는 피보전채권의 소멸로 인하여 **‘직접적인 이익을 얻는 자가 아니기 때문’**에 이를 원용할 수 없다고 보며, ② 채무자 을이 소멸시효 항변도 하지 않았고, ③ 만일 주장할 수 있더라도 판례는 부동산매수인이 점유 중일 때에는 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 소멸시효가 진행하지 않는다는 입장이라서 피보전채권은 인정된다. 따라서 사안의 대위소송은 적법하다.

나. 매매에 기한 소유권이전등기청구의 당부

1) 결론 : 청구기각

2) 판단의 근거

채권자대위소송의 소송물은 피대위권리로 을의 갑에 대한 매매로 인한 소유권이전등기청구권이고, 요건사실은 매매계약체결사실이며, 심리결과 법원은 갑과 을 사이에 매매계약 체결 사실이 없다는 심증이 형성되었는데, 이는 권리근거규정의 요건사실이라서 원고가 증명책임을 진다. 따라서 법원은 병의 청구를 기각하는 판결을 하여야 한다.

다. 점유취득시효 완성에 기한 소유권이전등기청구의 당부

1) 결론 : 청구기각

2) 판단의 근거

가) 점유취득시효에 기한 소유권이전등기청구권의 성립

점유취득시효에 기한 소유권이전등기청구의 요건은 ① 20년의 점유계속사실, ② 자주·평온·공연한 점유사실로 점유계속사실(제198조)과 자주·평온·공연한 점유사실(제197조)은 추정되므로 20년 점유사실이 인정되는지 문제된다. 판례는 **‘점유기간 동안 소유자의 변동이 없으면 기산점의 임의선택이 가능하다’** 보며(역산설), 사안은 점유기간 동안 소유자의 변동이 없으므로 병은 기산점을 임의로 선택할 수 있고, 병은 1998.5.5.을 기산점으로 주장하였으므로 2018.5.5.에 점유시효취득이 완성된다. 따라서 2차 변론기일 2018. 8. 8. 이후에 변론이 종결될 것이므로 점유취득시효에 기한 소유권이전등기청구는 일단 성립된다.

나) 취득시효의 중단 여부

사안에서 갑은 이 사건 소송에서 응소하여 적극적인 권리주장을 하였으므로 답변서 제출일인 2018. 3. 20.에 점유취득시효가 중단되었다고 주장하였고, 이에 丙은 취득시효가 중단되더라도 甲의 답변서 진술일인 2018. 5. 10.에 중단의 효력이 생긴다고 주장하고 있는데, 판례는 민사소송법 제265조에 의해 재판상 청구의 경우 소장 제출시에 시효중단되는 것과 같이 응소도 권리주장이 담긴 답변서 제출시에 중단된다고 본다. 따라서 사안에서 취득시효완성일인 2018. 5. 5. 이전인 2018. 3. 20.에 답변서를 제출하여 병의 취득시효는 중단되었다. 따라서 병의 갑에 대한 청구는 소유권이전등기청구는 인정될 수 없다.

<제2문의 1>

<문 1.에 관하여>(20점)

I. 논점의 정리

II. 을의 갑에 대한 건물철거 및 대지인도 청구에 관하여

1. 청구권의 성립

사안의 경우 을은 ‘임대차종료’를 이유로 건물철거 및 토지인도 청구를 한 경우 ① 乙과 甲은 임대차계약의 체결하였고, ② 乙이 토지를 인도하였으며, ③ 5기 차임연체로 임대차계약의 종료되었으므로 을의 청구권은 성립하며, 또한 을은 소유권에 기해 건물철거 및 토지인도 청구를 할 수 있는데, ① 을이 토지소유권자이며, ② 갑은 건물소유권자로 토지를 점유하고 있으므로 갑의 항변이 이유없는 한 을의 청구는 타당하다.

2. 피고 갑의 건물매수청구권의 항변 당부

갑은 건물매수청구권의 항변을 하고 있는바, ① 건물소유를 목적으로 한 토지임대차일 것, ② 임대차 기간이 만료되었을 것, ③ 지상건물이 현존할 것, ④ 갱신청구가 거절되었을 것을 요건으로 한다. 사안에서 ① 甲의 임대차는 건물의 소유를 목적으로 한 토지 임대차이고, ③ 건물이 현존하고, ④ 을이 건물 철거 및 토지의 인도를 요구하여 갱신의사가 없음을 명백히 하나, ② 임대기간 만료 전에 5기 차임연체로 인한 채무불이행으로 해지되었으므로, 이 경우 판례는 『임대차의 경우에 있어서도 임차인의 채무불이행 등 사유로 인하여 임대차계약이 해지되었을 때에는 임차인에게 계약갱신권이 발생할 여지가 없고 따라서 임차인에게 매수청구권을 인정할 수 없다』고 본다.(2003다7685) 갑의 Y건물 매수청구권 행사는 부당하다.

Ⅲ. 을의 병에 대한 건물퇴거 청구에 관하여

1. 청구권의 성립

을의 병에 대한 퇴거청구권은 토지소유권에 기한 방해배제청구권(제214조)으로 ① 을이 토지소유권자일 것, ② 병이 건물을 점유하면서 토지소유권을 방해할 것을 요건으로 한다. 사안에서 을은 토지의 소유권자이므로, 병이 Y건물을 점유하고 있는 것이 토지소유권에 대한 방해인지 문제된다. 이에 대해서 판례는 “건물의 철거 및 대지인도를 청구할 수 있는 상황에서 건물소유자가 아닌 사람이 건물을 점유하고 있는 경우, 토지소유자는 건물 점유를 제거하지 아니하는 한 건물철거를 실행할 수 없다. 따라서 토지소유권은 위 점유에 의하여 원만한 실현을 방해당하고 있으므로, 토지소유자는 자신의 소유권에 기한 방해배제로서 건물점유자에 대하여 건물로부터의 퇴거를 청구할 수 있다.”는 입장이므로(2010다43801) 을의 병에 대한 건물퇴거청구는 타당하다.

2. 피고 병의 임차권 항변의 당부

사안에서 병은 건물의 대항력있는 임차권으로 대항할 수 있는지 문제되는데, 건물의 임차권은 건물을 점유할 권리이지 토지를 점유할 권리는 아니므로, 위 건물에 대한 병의 임차권의 존재가 을의 토지소유권에 기한 방해배제청구인 퇴거청구에 대한 항변이 되지 않는다. 또한 을의 갑에 대한 건물철거청구도 인정되므로 병은 을에게 대항할 수 없다.

Ⅳ. 을의 병에 대한 차임상당의 부당이득반환청구의 당부

부당이득반환청구는 ① 법률상 원인없을 것, ② 이익을 얻고, ③ 손해를 가할 것, ④ 인과관계가 있을 것을 요건으로 한다. 을은 건물점유자 병에 대해서 토지의 차임상당의 부당이득반환청구를 하고 있는바, 판례는 건물소유자는 토지소유자와 관계에서는 건물 부지의 불법점유자이므로 건물 부지 부분에 관한 차임 상당의 부당이득 전부에 관한 반환의무를 부담하게 되며, ‘건물 점유자’인 건물임차인이 토지소유자에게 부지점유자로서 부당이득반환의무를 진다고 볼 수 없다.고 본다.(2012다4633) 따라서 을의 청구는 부당하며, 병의 주장이 타당하다.

V. 결론

을의 갑에 대한 건물철거 및 대지인도 청구와 을의 병에 대한 건물퇴거청구는 타당하나, 을의 병에 대한 차임상당의 부당이득반환청구는 부당하다. 그리고 갑의 Y건물 매수청구권 행사는 부당하나, 丙의 X토지의 차임을 지급할 의무가 없다는 주장은 타당하다.

<문 2.에 관하여> (20점)

I. 논점의 정리

II. 丙의 갑에 대한 보증금반환청구 당부

임차보증금반환청구권이 인정되기 위해서는 ① 임대차계약체결 사실, ② 임차 보증금지급사실, ③ 임대차 계약 소멸사실이 인정되어야 한다. 사안의 경우 ① 갑과 병이 Y건물에 관하여 임대차계약체결사실이 인정되며, ② 임차인 병이 임대인 갑에게 임차보증금 1억원을 지급한 사실이 인정되며, ③ 임대차계약기간이 만료되어 임대차 계약이 소멸되었으므로 丙의 갑에 대한 보증금반환청구는

일단 타당하다.

Ⅲ. 부당이득 또는 불법점유에 따른 손해배상채권으로 3개월분의 차임공제 주장의 당부

1. 부당이득반환청구의 당부

가. 요건 검토

부당이득반환청구는 ① 법률상 원인없을 것, ② 이익을 얻고, ③ 손해를 가할 것, ④ 인과관계가 있을 것을 요건으로 한다(민법 제741조). 여기서 이득이란 실질적인 이익을 의미하므로, 임차인이 임대차계약관계가 소멸된 이후에도 임차목적물을 계속 점유하기는 하였으나 이를 본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없는 경우에는 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립되지 아니한다.

나. 소결

사안에서 병은 임대차계약 만료일에 창고에서 물건을 빼고 열쇠로 잠가뒀으므로 창고의 본래 목적대로 물건을 보관하면서 사용·수익하지 않았기 때문에 실질적 이익이 없어 부당이득반환의무가 없다. 따라서 병이 부당이득을 이유로 임대차보증금에서 3개월분의 차임을 공제하겠다는 주장은 부당하다.

2. 불법행위로 인한 손해배상청구의 당부

불법행위로 인한 손해배상청구는 ① 고의·과실이 있을 것, ② 위법할 것, ③ 가해행위가 있는 것, ④ 손해가 발생할 것, ⑤ 인과관계가 있을 것을 요건으로 한다(민법 제750조). 사안에서 임대차기간이 만료되었으므로 병의 보증금반환청구권과 갑의 임차목적물반환청구권은 동시이행관계에 있다. 따라서 병이 갑으로부터 보증금을 반환받지 못하였으므로 병의 동시이행항변권이 존재하여(민법 제536조), 병의 점유는 위법성이 없어 불법행위가 성립되지 않는다. 따라서 병이 불법행위를 이유로 임대차보증금에서 3개월분의 차임을 공제하겠다는 주장은 부당하다.

Ⅳ. 갑의 건물인도와 동시에 임대차보증금 8,500만원을 지급하겠다는 주장의 당부

사안에서 임대차계약이 종료되었으므로 병은 갑에게 임대차보증금반환청구를 할 수 있고, 판례는 임대차 종료하면 임차목적물 반환과 보증금 중 임차인의 채무를 공제한 나머지를 반환할 의무는 동시이행관계 있다고 보는바, 사안에서 3개월분의 차임공제 주장이 부당하므로 보증금 1억원과 동시이행관계에 있다. 갑의 동시이행 주장은 타당하나, 임대차보증금 8,500만원을 지급하겠다는 주장은 부당하다.

<제2문의 2>

<문 1.에 관하여>(10점)

I. 논점의 정리

II. 채권자취소권의 성립 여부

甲은 丁을 피고로 하여 乙과 丁 사이의 채권양도계약을 사해행위로 취소를 구하는바, ① 甲은 피보전채권으로 乙에게 1억 원의 대어금채권이 있으며, ② 乙은 채무초과 상태에서 사해행위로 丁과 채권양도계약을 체결하였고, ③ 을과 정의 사해의사는 추정되므로 사해행위취소는 인정된다고 할 것이다.

III. 원상회복 방법

사해행위취소의 경우 원상회복은 원물반환이 원칙 이나 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란하다면 가액배상을 하여야 하는바, 본 사안에서 판례는 채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되는 경우, 수익자가 제3채무자에게서 아직 채권을 추심하지

아니한 때에는, 채권자는 사해행위취소에 따른 원상회복으로서 원물반환으로 수익자가 제3채무자에게 ‘채권양도가 취소되었다는 취지의 통지’를 하도록 청구할 수 있다고 본다.(2012다2743)

IV. 결론

따라서 사안에서 정은 양수채권을 병으로부터 추심하지 못하였으므로, 갑은 정을 상대로 을·정 사이 채권양도를 취소하고, 정으로 하여금 병에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 원상회복을 구해야 한다.

<문 2.에 관하여>(15점)

I. 논점의 정리

II. 채권자대위소송의 적법 여부

사안에서 甲이 丁을 상대로 한 사해행위취소 및 원상회복청구소송에서 승소판결을 받고 그 판결이 확정된 후, 甲이 乙을 대위하여 丙에게 물품대금 지급청구의 소를 제기하였는바, ① 피보전채권으로 갑은 을에 대해서 1억 원의 대여금채권이 있으며, ② 乙은 채무 초과 상태이므로 보전의 필요성도 있고, ③ 채무자 을은 권리를 행사하지 않고 있으므로 채권자대위소송은 적법하다.

III. 본안판단 - 피대위권리의 존부

판례는 사해행위의 취소는 채권자와 수익자의 관계에서 상대적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 무효로 하는 데에 그치고, 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니한다. 따라서 채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되고, 그에 따른 원상회복으로서 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지가 이루어지더라도, 채권자와 수익자의 관계에서 채권이 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐, 채무자가 직접 채권을 취득하여 권리자로 되는 것은 아니므로, ‘채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에게 채권에 관한 지급을 청구할 수 없다’고 본다.(2012다2743)

따라서 사안에서 甲이 승소확정된 후 취소 통지가 이루어진 후라도 채권자취소의 상대적 효력 때문에 을과 정 사이의 채권양도계약은 여전히 유효하므로 물품대금채권은 정에게 양도되었고, 을이 병에 대해서 위 채권을 취득한 것은 아니다. 따라서 甲의 채권자대위소송에서 피대위권리가 없으므로 법원은 갑의 청구를 기각해야 한다.

IV. 결론

법원은 갑의 청구를 기각해야 한다.

<제2문의 3>

<문 1.에 관하여>(15점)

I. 논점의 정리

II. 승마체험 무료제공이 여행계약 내용에 포함된 것인지 여부

1. 갑과 A의 계약의 법적성질

사안에서 갑과 A는 당사자 한쪽이 상대방에게 운송, 숙박, 관광 또는 그 밖의 여행 관련 용역을 결합하여 제공하기로 약정하고 상대방이 그 대금을 지급하기로 약정함으로써 여행계약을 체결한 것이다(민법 제674조의2).

2. 여행계약에 광고의 내용인 승마체험 무료제공 이벤트가 포함된 것으로 볼 수 있는지에 여부

가. 광고 이메일에는 승마체험 무료제공이 여행계약에 포함된 것으로 설명되어 있는 것의 법적성질

1) 청약인 경우

광고에서 승마체험 무료제공이 여행계약 내용에 포함된 것으로 설명한 것이 청약이라면 여행계약에 광고의 내용인 승마체험 무료제공 이벤트가 포함된 것으로 볼 수 있다. 청약이란 '일방이 타방에게 일정한 내용의 계약을 체결할 것을 제의하는 의사표시'를 말한다. 청약과 승낙은 의사표시로서 양자의 합치가 있으면 그때 비로소 법률행위가 된다. 따라서 위 설명이 청약이라면 갑은 여행계약에 광고의 내용인 승마체험 무료제공 이벤트가 포함된 것으로 볼 수 있다고 주장할 수 있다.

나. 청약의 유인인 경우

청약은 계약체결의 **확정적 의사**가 있다는 점에서, 타인으로 하여금 **자기에게 청약을 하게 하려는 '청약의 유인'**과 구별된다. 양자는 상대방의 의사표시가 있기만 하면 곧 계약을 성립시킬 **확정적인 구속력 의사**가 있으면 청약이나 그렇지 않으면 청약의 유인에 해당한다. 광고는 대부분 청약의 유인으로 볼 수 있으나, 자동판매기 설치와 같이 내용이 명확하고 확정적 이며 광고주가 광고 내용대로 계약에 구속되려는 의사가 명백한 경우는 청약으로 볼 수 있다. 판례도 '분양광고'는 청약의 유인으로서의 성질을 갖는다고 보면서 『甲이 상가를 분양하면서 일정액 이상의 수익이 보장될 수 있다는 취지의 광고를 하고, 乙과의 분양계약 체결시 이러한 광고 내용을 乙에게 설명하였더라도 분양계약서에 이러한 내용이 기재되지 않았다면, 이는 청약의 유인에 해당한다』고 본다.(99다55601) 따라서 사안에서 위 설명이 청약의 유인이라면 A는 여행계약에 광고의 내용인 승마체험 무료제공 이벤트가 포함되지 않았다고 주장할 수 있다.

III. 결론

갑은 광고에서 승마체험 무료제공이 여행계약 내용에 포함된 것으로 설명한 것이 청약에 해당하며, 갑이 승마체험 무료제공 이벤트가 포함된 점에 매료되어 승마를 꼭 체험하리라 다짐하면서 광고와 연결된 여행 중개 플랫폼에서 여행패키지 계약 신청서를 작성한 후 제출하여 A와 계약을 체결하였으므로 갑은 여행계약에 광고의 내용인 승마체험 무료제공 이벤트가 포함된 것으로 볼 수 있다고 주장할 수 있다.

이에 A는 위 광고를 하고, 甲과의 여행계약 체결시 이러한 광고 내용을 갑에게 설명하였더라도 여행계약서에 이러한 내용이 기재되지 않았다면, 이는 청약의 유인에 해당한다고 주장하여 여행계약에 광고의 내용인 승마체험 무료제공 이벤트가 포함된 것으로 볼 수 없다고 주장할 수 있다.

<문 2.에 관하여>(20점)

I. 논점의 정리

II. 甲의 A에 대한 채무불이행을 이유로 한 손해배상청구 가부

1. 불완전이행으로 인한 손해배상청구권의 성립

불완전이행으로 인한 손해배상청구권이 성립하기 위해서는 ① 이행이 있을 것, ② 이행이 불완전할 것, ③ 귀책사유가 있을 것, ④ 위법할 것을 요한다. 사안에서 A는 여행계약에 따른 이행을 하였는바, 이행이 불완전한지 여부와 A의 귀책사유가 있는지 여부가 문제된다.

2. A의 이행이 불완전한지 여부

가. 여행업자 A의 안전배려의무

판례는 여행자의 생명·신체·재산 등의 안전을 확보하기 위하여 여행목적지·여행일정 등에 관하여 미리 충분히 조사·검토하여 여행계약 내용의 실시 도중에 여행자가 부딪칠지 모르는 위험을 미리 제거할 수단을 강구하거나, 여행자에게 그 뜻을 고지함으로써 여행자가 스스로 위험을 수용할지에 관하여 선택할 기회를 주는 등 합리적 조치를 취할 신의칙상 안전배려의무를 부담한다는 입장이다.

나. 소결

甲은 여행업자 A와 협의에 따라 현지에서 독립적으로 승마체험 영업을 하고 있는 乙의 과실로 甲이 머리를 다치는 상해를 입었으므로, 일단 A회사의 안전배려의무의 위반으로 인한 불완전이행이 인정된다.

3. A 회사에게 귀책사유가 있는지 여부

가. 을이 A의 이행보조자인지 여부

갑의 상해에 대해서 여행업자 A의 직접적인 귀책사유는 없으나, A는 A의 직원은 아니지만 독립적으로 승마체험 영업을 하고 있는 乙에게 승마체험 진행을 위탁하였고, 乙의 귀책으로 甲이 상해를 입었는바, 을의 행위로 A가 책임지기 위해서는 을의 과실이 제391조에 의해 A의 이행보조자로 인정되어야 한다. 판례는 이행보조자란 채무자의 의사관여 아래 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하고 있는 자를 말하며, 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니라는 입장이다. 사안의 경우 을은 A의 지시·감독을 받은 것은 아니라 하더라도, A의 위탁에 의해 A의 채무를 이행하는 자로 을은 A의 이행보조자로 인정된다고 본다.

나. 소결

사안에서 ① 을은 A의 제391조의 이행보조자에 해당하고, ② 을은 A의 무료 승마체험채무의 이행과 관련하여 사고를 일으켰기 때문에 이행관련성도 인정이 되며, ③ 을은 말을 타는 법을 제대로 설명하여 주지 않았고, 안전모를 제공하는 등의 안전조치도 취하지 않은 채 말을 타게한 과실도 인정된다. 따라서 甲은 A에게 여행계약상의 채무불이행에 따른 손해배상청구를 할 수 있다.

Ⅲ. 불법행위를 이유로 한 손해배상청구 거부

1. 제750조를 근거로 한 손해배상청구권

사안에서 A의 직접적인 가해행위 자체가 존재하지 않기 때문에 A의 직접적 행위로 인한 불법행위는 성립하지 않는다.

2. 제756조를 근거로 한 손해배상청구권

가. 요건 검토

A를 을을 피용자로 보아 갑이 을에게 사용자책임을 물을 수 있는지 문제된다. 사용자책임은 ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 할 것, ② 피용자가 그 사무집행과 관련하여 ③ 제3자에게 손해를 가할 것, ④ 사용자가 면책사유 없을 것을 요건으로 한다.

나. 사용관계의 의미

판례는 사용관계는 사용자가 피용자를 선임·감독할 수 있는 관계에 있어야 한다고 본다. 이때 사실상의 선임·감독관계에 있으면 충분하며, 여기서 사실상의 선임·감독관계는 실제로 지휘·감독을 하고 있는 경우뿐만 아니라 객관적으로 지휘·감독을 하여야 할 관계가 있는 경우에도 인정된다.

다. 소결

사안의 경우 을은 A의 직원은 아니며, 독립적으로 승마체험 영업을 하고 있는 자이므로 A가 을을 실제로 지휘·감독하지도 않았고 객관적으로 지휘·감독을 하여야 할 관계도 아니기 때문에 을은 A의 피용자가 아니다. 따라서 甲은 A에게 사용자책임으로 불법행위로 인한 손해배상은 청구할 수 없다.

IV. 결론

甲은 A에 대하여 제391조 및 제390조에 의하여 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있으나, 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수는 없다.