

[참고] 알아두어야 할 부동산 용어

- ◇ **부지(敷地), 대지(垓地)와 대(垓)** : 부지는 구조물의 기반이 되는(될 예정인) 토지를 의미한다. 건축물이 건축되어 있지 않은 빈 땅인 나대지(裸垓地)와 구분되는 용어로, 땅에 건축 목적이 없다면 법에서 이를 부지라고 부르지 않는다. 건축물을 건축할 수 있는 땅을 특별히 건축법에서는 ‘대지’라 부른다. ‘지목’이란 토지의 주된 용도에 따라 토지의 종류를 구분하여 지적공부에 등록한 것을 말하며, 28가지의 ‘지목’이 있다(측량수로지적법 제2조 제24호). 이 중 ‘대’는 보통 영구적으로 건축물이 있거나 택지개발사업을 통해 영구적인 건축물(주거·사무실·점포와 박물관·극장·미술관 등 문화시설)을 건축할 준비가 되어있는 땅이다. 이 경우 건축법상 ‘대지’와 ‘측량수로지적법’상 ‘대’가 유사한 개념으로 보일 수 있으나, ‘대지’와 ‘대’는 법적으로 전혀 다른 개념이다. 예컨대, ‘나대지’라 불리는 토지는 건축물이 없는 땅으로 ‘측량수로지적법’ 상 지목이 ‘대’이더라도 ‘건축법’ 상으로는 대지가 아닌 토지이다. ‘대’는 토지 용도상 28개 지목 중 하나로, ‘현재 어떤 목적으로 사용하는 땅인지’를 나타내며 실제 사용 용도에 따라 바뀔 수 있다. 반면 ‘대지’는 건축법상 건축허가를 받았거나 받을 수 있는 땅이다. 토지용도(지목)가 ‘대’가 아니라 ‘임야’ ‘전’ ‘답’ 등 이어도 농지전용 허가 등 관청의 허가를 받고 폭 2m 이상의 도로 등 요건을 갖추면 건축할 수 있다. 건축 후에는 지목을 ‘대’로 변경하고, 이에 따른 세금을 내면 된다.¹⁾
- ◇ **용도지역, 용도지구, 지구단위계획구역** : 용도지역이란 토지를 경제적이고 효율적으로 이용하고 공공복리를 증진하기 위해 건축물의 용도·건폐율·용적률 등을 제한하기 위해 지역별로 가능 용도를 나눠놓은 것을 말한다. 도시지역의 경우 주거지역(전용·일반·준주거지역), 상업지역(중심·일반·근린·유통상업지역), 공업지역, 녹지지역 등으로, 비도시지역의 경우 관리지역(보전·생산·계획관리지역), 농림지역, 자연환경보전지역 등으로 구분되어 있다. 용도지역에서 지을 수 있는 건축물 종류는 법으로 정해져 있지만, 법에서 허용하는 범위 내에서 지방자치단체별로 더 자세히 규정하고 있다. 용도지구는 용도지역의 제한을 강화하거나 완화해 적용하는 역할을 한다. 용도지역이 모든 토지에 빠짐없이 지정되어 있는 반면, 용도지구는 토지에 따라 지정된 경우도 있고, 지정되지 않은 경우도 있다. 용도지구는 토지이용계획확인서에 용도지역과 함께 표시되어 있다. 용도지구의 종류로는 경관지구, 고도지구, 방화지구, 방재지구 등이 있다. 지구단위계획이란 일단의 구역을 체계적이고 계획적으로 관리하기 위해 수립하는 계획이며, 이 계획이 수립된 구역을 지구단위계획구역이라고 한다. 지구단위계획구역에서는 기반시설 배치와 규모, 건축물 용도제한, 건축물 높이 등이 결정되어 있기 때문에 이에 맞는 건축물만 지을 수 있다. 지구단위계획구역에 포함된 토지인지, 아닌지는 토지이용계획확인서에 용도지역과 함께 표시된다.
- ◇ **전용면적, 공용면적, 공급면적** : 전용면적이란 아파트 등의 공동주택에서 방, 거실, 주방(베란다와 발코니는 서비스 면적) 등을 모두 포함한 넓이. 공용면적을 제외한 실생활이 가능한 면적이다. 통상 아파트 현관문을 열고 들어선 아파트 내부의 넓이로 세금, 청약자격 등을 산정할 때 사용되는 기준이다. 공용면적은 복도, 계단, 공동현관, 엘리베이터 등 입주민이 공동으로 사용하는 면적을 말한다. 이 같은 전용면적과 공용면적을 합산한 면적이 바로 공급면적이다. 아파트 분양시 분양가격은 공급면적을 기준으로 산정한다. 흔히 말하는 34평형, 42평형 아파트는 공급면적을 의미한다.²⁾ 이 공급면적에 지하층, 관리사무소 등 기타 공용면적이 더해지면 총 계약면적이 된다.

한국에 유독 85㎡ 아파트가 많은 이유는 모든 국민주택이 85㎡(25.7평) 이하로만 지어졌기 때문이다. 1981년 주택난을 해결하기 위하여 1인당 필요한 최소 주거면적을 5평 정도로 잡고 5인 가족을 기준으로 하여 5평 × 5인 = 25평(전용 85㎡)을 국민주택으로 정했다. 2017년 기준 우리나라 평균 가구원 수는 2.5명으로 1~2인 가구 비중이 높아짐에 따라 국민주택 규모를 줄여야 한다는 논의가 있다.

- ◇ **건폐율과 용적률** : **건폐율**이란 건물을 지으려는 대지 안에서 건물이 차지하는 대지면적의 비율. 예컨대, 100㎡의 땅에 50㎡짜리 건물을 지었다면 건폐율은 50%다. **용적률**은 (지하를 제외하고) 지어진 건물 바닥넓이 합을 비율. 위 사례의 경우 건물이 1층일 경우 용적률은 50%지만 2층 건물일 경우 바닥면적의 합은 100㎡이므로 용적률이 100%로 바뀐다. 용적률이 높을수록 건물이 빽빽하거나 높게 들어선다고 보면 된다. 건폐율을 정한 목적은 지면상에 최소한의 빈 땅을 확보해 쾌적한 주거 환경을 조성하기 위함이고, 도시 미관을 유지하고 토지를 효율적으로 활용하기 위해 용적률을 제한하는 이유가 있다.
- ◇ **시행사와 시공사** : **시행사**는 모든 공사의 전 과정을 책임지고 관리하는 회사를 말하고 아파트를 예로 들면 계약자와의 계약에서부터 입주까지의 모든 과정을 관리하는 회사를 말한다. 이 시행사로부터 발주를 받아 단순 공사만을 담당하는 건설업체를 **시공사**라고 한다.
- ◇ **다가구와 다세대, 연립주택** : **다가구**는 각각의 독립된 공간에 여러 가구가 거주하지만 소유주는 1명인 3층(1층 필로티인 경우 4층) 이하의 주택을 말하고, **다세대**는 독립된 공간과 더불어 각 호수별로 구분소유권이 인정되는 주택이다. 보통 빌라·맨션이라 부르는 주택들이 다세대에 속한다. **연립주택**은 4층 이하의 구분등기 가능한 주택이란 점에서 다가구와 같지만 다세대는 연면적이 660㎡(약 200평) 이하, 연립은 660㎡ 초과로 구분된다.
- ◇ **재건축과 재개발, 뉴타운** : **재건축**은 정비기반시설이 양호한 가운데, 주거환경 개선을 위해 시행하는 것으로 그 지역의 정비기반시설이 잘 갖춰져 있어 노후 주택만 헐고 그 자리에 주택만 다시 건축하는 것이고, **재개발**은 정비기반시설 자체가 열악한 상태에서 사업을 진행하는 것으로 노후주택을 헐고 아파트만 짓는 게 아니라, 학교·도로 등의 기반시설까지 함께 개발하는 것이다. **뉴타운**은 규모가 작은 재개발구역의 특성상 정비기반시설이 들어가기 어렵기 때문에 여러 개의 재개발구역을 묶어 개발하는 것을 말한다.
- ◇ **지분등기와 구분등기** : **지분등기**는 공유지분등기를 말하고, **구분등기**는 한 동의 건물 중 구조상 수 개의 부분이 독립된 공간으로 사용될 수 있을 때 그 각 공간 부분이 구분소유권의 대상이 되는 등기를 말한다. 도시형 생활주택, 오피스텔, 아파트 등이 여기에 해당한다.
- ◇ **발코니(balcony)와 베란다(veranda), 테라스(terrace)** : **발코니**는 건축물 내외부를 연결하는 완충공간으로 건축물 외벽에 접하여 부가적으로 설치되는 공간이고, **베란다**는 아래 위층 간 면적 차이로 위층에 남게 되는 공간을 말한다. 거실을 연장하기 위해 밖으로 돌출시켜 만든 공간은

발코니이지 베란다가 아니다. 발코니 확장공사는 가능하나 베란다 확장공사는 불법이다. 테라스는 방이나 거실에서 바로 외부로 연결되는 공간으로 1층에만 있고 길이나 정원 등과 연결된다.

◇ **단독소유, 공유, 구분소유, 구분소유적 공유** : 1필지의 토지를 1인이 소유하고 있는 경우 **단독소유**, 2인 이상이 공유지분으로 소유하고 있는 경우를 **공유**라고 한다. 공유의 경우 1필지 전체 토지를 공유자의 지분의 비율로 사용·수익할 수 있다. **구분소유**는 아파트 등 집합건물에서 구분등기가 가능한 하나의 '호'를 말하고, **구분소유적 공유**는 공유지분으로 등기되어 있으나 공유자가 특정 부분을 배타적으로 점유하고 사용하고 있는 경우를 말한다.³⁾

◇ **건축허가와 사용승인** : 건물을 신축하여 소유권을 취득하는 과정은 **건축허가**를 받고 건물을 신축한 뒤에 **사용승인**(준공검사)을 받고 **건축물대장**이 생성되면 건축물대장을 기초로 **소유권보존등기**가 됨으로써 등기부가 생성된다. 이해관계인은 등기사항증명서(종래의 등기부등본)를 발급받아 등기부상의 권리관계를 확인할 수 있다. 토지소유자의 건물건축을 위한 **토지사용승낙**만으로는 지상권이 설정되었거나, 관습상의 지상권이 발생하는 것이라 할 수 없고,⁴⁾ 단순히 토지를 승낙 목적에 사용할 수 있는 채권적 권리에 불과하다.

◇ **공시지가와 기준지가** : **공시지가**는 국토교통부 장관이 매년 1월 1일을 기준으로 발표하는 전국의 땅값. 양도소득세·상속세·증여세를 비롯한 국세의 과세기준이 되고, 각종 공사 등을 하는데 보상 기준이 되기도 한다. **기준시가**는 양도소득세·상속세·증여세 등 각종 세금을 부과할 때 적용되는 전용면적 165㎡(약 50평) 이상의 아파트나 대형 연립주택의 거래가격, 통상 시세의 70~80%로 고시되며 매년 4월 30일 공시된다.

- 1) 각 토지의 지목이나 '국토의 계획 및 이용에 관한 법률' 등에 따른 이용 규제는 국토교통부 '토지이용규제 정보 서비스' (luris.molit.go.kr) 참조.
- 2) 평과 평형은 전용면적과 분양면적의 차이이다. 전용면적은 거실·방·주방·욕실 등이 해당되는 것으로 가족이 살고 있는 실체의 면적이 바로 '평'이다. 그런데 아파트가 공급될 때는 전용공간뿐만 아니라 엘리베이터·계단·복도 등의 주거공용공간이 포함되게 마련이다. 이렇게 전용에 공용면적까지 더해진 것을 '평형'이라고 부른다.
〈**법정계량단위 사용의무**〉 '계량에 관한 법률'에 의하면 누구든지 법정계량단위 외의 단위('비법정계량단위')를 계량 또는 광고에 사용하여서는 아니 된다. 다만, 연구·개발 및 수출 등 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제6조 제2항). 이에 위반한 경우 100만 원 이하의 과태료에 처해진다(동법 제11조 제2항 제1호). 이에 따라 넓이는 ㎡(제곱미터)를 쓰도록 되어 있다. 적관법에 따른 1평(坪)은 3.3058㎡이다.
- 3) 공유관계의 해소방법으로 공유는 공유물분할, 구분소유적 공유는 상호명의신탁해지를 원인으로 한 지분이전등기청구의 방법으로 한다. 부동산실명법은 명의신탁의 무효에도 불구하고 '부동산의 위치와 면적을 특정하여 2인 이상이 구분소유하기로 하는 약정을 하고 그 구분소유자의 공유로 등기하는 경우' 즉 구분소유적 공유(상호명의신탁)를 허용한다(부동산실권리자명의 등기에 관한 법률 제2조 제1항 나목).
- 4) 대법원 1979. 6. 12. 선고 79다438 판결.

1. 계약의 기초개념

가. 계약의 성립

계약은 재화의 이전을 매개하는 중요한 법기술이다. 부동산거래는 부동산 매매계약을 통하여 이루어진다. 부동산 매매계약은 매도인이 어떤 부동산을 매수인에게 이전할 것을 약정하고, 매수인은 이에 대하여 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약을 말한다.

계약은 **둘 이상 당사자의 합치하는 의사표시를 요소로 하는 법률행위**로 정의할 수 있다. 甲과 乙 사이에 어떤 부동산을 팔고 사기로 하는 의사가 합치되기만 하면 법적으로 매매계약은 성립한다. 乙이 甲에게 아파트의 소유권을 이전하고, 이에 대하여 甲이 乙에게 그 매매대금을 지급하기로 하는 대립하는 의사표시의 합치가 있으면 매매계약은 성립하고(민법 제563조),¹⁾ 그 외에 계약금 지급이나 계약서 작성과는 아무런 관계없이 계약이 성립하는 것을 낙성계약(諾成契約)이라고 한다.

물론 거래의 실제에서는 대부분 계약금이 수수되고 있으나, 계약서가 작성된다고 하더라도 계약금이 없다고 해서 또는 계약서를 작성하지 않았다고 해서 계약이 성립하지 않는 것은 아니다.²⁾ 예컨대, A가 친구 B에게 돈 1,000만 원을 빌려주고 차용증을 작성하지 않았다고 하여 B가 빌린 돈을 갚을 법적 의무가 없다고 하는 사람은 아무도 없을 것이다.

계약서와 같이 계약이 체결되었음을 증명하는 서면을 ‘**처분문서**’라고 하고, 이러한 처분문서의 ‘진정성립’이 증명되면 특별한 사정이 없는 계약서의 기재대로 계약이 체결된 것으로 사실인정을 하게 되므로(‘처분문서의 증명력’) 계약서는 재판에서 중요한 ‘**서증**’이 된다. 예외적으로 증여의 경우와 같이 계약이 서면으로 작성된 것이 아니면 계약의 구속력이 약하게 되는 경우가 있다.³⁾

나. 가계약

그러면 **가계약(假契約)**도 계약인가? 정식의 본계약을 체결하기 전에 가계약을 체결하는 경우에도 가계약에서 본계약의 중요부분에 대한 합의가 이루어진 경우에는 양 당사자는 임의로 본계약 체결

1) 이하에서 법령의 인용 없이 조문만 쓴 것은 전부 민법 조문이다.

2) 계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 신청하기 위하여는 검인계약서를 제출하여야 하므로 사실상 계약서 작성이 강제되나, 이는 등기신청원인서류일 뿐 이로써 계약서가 작성되어야 계약이 성립되는 것으로 볼 수 없다.

3) 제555조(서면에 의하지 아니한 증여와 해제) 증여의 의사가 서면으로 표시되지 아니한 경우에는 각 당사자는 이를 해제할 수 있다. <참고> 민법 제555조에서 말하는 증여계약의 해제는 민법 제543조 이하에서 규정한 본래 의미의 해제와는 달리 형성권의 제척기간의 적용을 받지 않는 특수한 철회로서, 10년이 경과한 후에 이루어졌다 하더라도 원칙적으로 적법하다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결).

결을 파기할 수 없다.⁴⁾ 가계약서 작성 이후 생각이 바뀌었을 경우 이 금액을 돌려받기 쉽지 않으므로 가계약서를 작성할 때는 ‘가계약금은 계약이 이루어지지 않았을 경우 반환한다.’는 등의 특약을 둘 필요가 있다.

법적인 계약과 단순한 약속은 구별해야 한다.⁵⁾ 단순한 **사교상의 약속**은 당사자들이 법적으로 구속될 의사로써 계약을 체결한 것이 아니므로 이러한 약속을 지키지 않는다고 하여 법적으로 강제이행을 청구하거나 약속불이행에 대한 손해배상을 청구하는 것은 난센스가 아닌가?

2. 계약의 성립과 이행

모든 법률관계의 출발점은 계약이다. 계약은 법적으로 구속되려는 의사를 가지고 행하여진 약속이다. 계약이라는 법적 장치를 통해 우리 사회의 모든 거래가 이루어진다고 해도 과언이 아니다. 계약은 권리의무의 발생·변경·소멸이라고 하는 법적 효과를 생기게 하는 의사표시를 요소로 하는 법률행위의 하나이다. 계약은 청약과 승낙이라고 하는 서로 대립하는 의사표시가 합치함으로써 성립한다. 계약이 성립하면 계약내용대로 효력이 생기는 것이 원칙이다. 계약을 통해 당사자들은 권리를 취득하고 의무를 부담한다. 계약은 자기결정에 의한 자기구속이다.

계약의 **성립과 이행**, 그 **효력발생**은 개념적으로 구별된다. 계약이 성립되고 원래의 내용대로 계약에 따른 채무가 이행되면 계약은 사명을 다하고 계약의 일생은 원만하게 종료한다. 그러나 계약은 성립과정이나 이행과정에서 계약의 효력발생을 저지하는 여러 가지 장애를 만날 수 있다. 민사 분쟁은 계약이 그 성립과 이행과정에서 예기치 않은 장애를 만나 고장을 일으키고 계약의 효력이 좌절될 때 발생한다.

우리 법상 토지와 건물은 별개의 부동산이다. 예컨대, 甲이 乙로부터 집 한 채를 샀다는 것은 甲이 乙의 토지와 건물 2개의 물건(부동산)을 산 것이다(甲이 乙 소유의 땅에 집을 지는 경우 토지 소유자와 건물 소유자가 분리된다). 부동산매매계약은 매도인이 어떤 부동산을 매수인에게 이전할 것을 약정하고, 매수인은 이에 대하여 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약을 말한다.

매매계약이 성립되면 계약내용대로 매도인은 매수인에게 대금을 지급할 것을 청구할 권리를 가지게 되고, 매수인은 매도인에게 소유권이전을 청구할 권리를 가지게 된다. 이와 같이 상대방에 대하여 일정한 행위를 청구할 권리를 ‘**채권**’이라 하는데(상대방에 대하여 일정한 행위를 하여야 할 의무를 ‘채무’라 한다), 물건에 대한 배타적 지배를 내용으로 하는 ‘**물권**’과 대비된다.

부동산매매계약이 체결되면 매도인은 매수인에게 매매목적물인 부동산의 소유권과 점유를 이전해 주어야 할 채무를 부담하게 되는데, 부동산에 관한 소유권의 이전은 반드시 **등기**를 마쳐야 하도록 되어 있다(민법 제186조는 “부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실 변경은 등기하여야 그 효력

4) 매매계약은 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정하는 계약으로 매도인이 재산권을 이전하는 것과 매수인이 그 대가로서 금원을 지급하는 것에 관하여 쌍방 당사자의 합의가 이루어짐으로써 성립하는 것이다. 비록 이 사건 가계약서에 잔금 지급시기가 기재되지 않았고 후에 그 정식계약서가 작성되지 않았다 하더라도, 위 가계약서 작성 당시 매매계약의 중요 사항인 매매목적물과 매매대금 등이 특정되고 중도금 지급방법에 관한 합의가 있었으므로 원·피고 사이에 이 사건 부동산에 관한 매매계약은 성립되었다고 판단한 원심은 정당하다(대법원 2006. 11. 24. 선고 2005다39594 판결).

5) 예컨대, B가 A로부터 식사초대를 받고 이에 응하기로 하였다. A는 손님인 B를 위하여 비싼 음식을 잔뜩 준비했다가 B가 약속을 지키지 못하는 바람에 A는 식사음식을 버릴 수밖에 없었던 경우 A는 B를 상대로 계약위반을 이유로 음식비용을 손해배상으로 청구할 수 있는가?

Prologue(緒說)

신도시개발과 택지개발, 도시재개발·재건축 등을 통하여 단독주택 및 아파트 등 공동주택의 보급이 늘어가고 있음에도 불구하고, 아직도 주택이나 상가 등을 소유하지 못하고 전세나 월세 등으로 주택이나 상가 등 타인 소유의 부동산을 이용할 수밖에 없는 사람들이 많다. 타인 소유의 주택이나 상가 등 부동산을 이용하는 방법으로 민법상의 임대차와 전세권이 있다. **전세권**은 물권으로서 특히 제3자에 대한 관계에서 강력한 지위를 가지게 된다. 즉, 전세권자의 경매청구권과 우선변제권 등 전세금반환채권(민법 제317조)에 대하여 매우 강한 보호가 인정된다. 그러나 전세권과 같은 용익물권은 주거용 주택을 빌려주는 사람(임대인)들이 이를 설정해 주는 것을 기피하기 때문에 그리 많이 이용되지 않고, 주택이나 상가의 경우 대부분 임대차계약 등 채권관계를 설정하는 방법으로 이용되고 있다. 전세권은 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 그 부동산의 용도에 좇아 사용·수익하며 그 부동산 전부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리를 내용으로 하는 **물권**이지만, **임대차**는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 발생하는 **채권계약**으로서, 주택임대인이 주택임대차보호법 제3조 제1항의 대항요건을 갖추거나 민법 제621조의 규정에 의한 주택임대차등기를 마치더라도 채권계약이라는 기본적인 성질에 변함이 없다.

임대차란 임대인이 임차인에게 건물이나 토지 등을 빌려주고 임차인이 그 대가[이를 ‘차임(借賃)’이라고 한다]를 지급하기로 하는 계약을 말한다. 우리가 통상 전세계약이라고 하는 것은 그 법적 성질이 임대차계약이다. 민법상 전세권은 등기를 필요로 하는 용익물권이지만 등기를 하지 않는 전세계약을 통상 **채권적 전세**라고 한다.

우리나라의 임대차계약의 형태로는 고액의 보증금이나 전세금을 지급하고 대신 차임(월세)을 지급하지 않는 형태, 상당한 보증금을 지급하고 차임을 월단위로 지급하는 형태, 임대차기간 동안의 차임 전부를 일시에 지급하는 형태 등이 있다.

계약자유 원칙이 지배하는 시민법의 원리를 넘어서서 사회법적 차원에서 임차인 보호를 위한 법원리가 마련되어야 하고, 국민에게 인간다운 생활을 보장해 주고자 하는 사회복지의 차원에서 주택문제를 조명하고 국가가 임대차관계에 적극적으로 개입할 것이 요구됨에 따라 주택 및 상가 건물 임차인 보호를 위해 주택임대차보호법¹⁾ 및 상가건물 임대차보호법²⁾이 제정되어 시행되고 있다.

부동산임대차를 규율하는 법률로는 크게 민법과 주택임대차보호법 및 상가건물 임대차보호법이 있다. **민법상**의 임대차는 동산·부동산(토지/건물) 일체에 대하여 적용되고, **주택임대차보호법**은 주

1) 주택임대차보호법을 법제처, 법원 등에서 ‘주택임대차법’으로 약칭하고 있으므로 본장에서는 ‘주택임대차법’으로 쓰기로 한다. 주택임대차를 규율하는 다른 특별법으로 ‘민간임대주택에 관한 특별법’, ‘공공주택 특별법’ 등도 있다.

2) 상가건물 임대차보호법을 법제처, 법원 등에서 ‘상가임대차법’으로 약칭하고 있으므로 본장에서는 ‘상가임대차법’으로 쓰기로 한다.

거용 건물의 전부 또는 일부의 임대차에 관하여 적용되며, **상가건물 임대차보호법**은 사업자등록 대상인 상가건물에 관하여 적용되고 일정 보증금액 초과 시 일부의 법 규정만 적용된다. 농지임대차에 관하여는 농지법에서 규율하고 있다. 따라서 토지 등 임대차는 주택임대차법이나 상가임대차법이 적용되지 않고 민법상의 임대차 관련 규정이 적용된다.¹⁾

[참고 1] 임대차 관련 법령의 비교

구 분	민 법	주택임대차법	상가임대차법
적용대상	동산, 부동산 (토지/건물) 일체	- 주거용 건물로서 - 주거에 사용되는 것(비주거용에 일부 사용해도 가능)	- 사업자등록 대상인 상가건물 - 일정 보증금액 초과 시 일부의 법 규정만 적용
차임연체 ²⁾ 의 효과	2기 연체 시 계약해지 (§640, §641)	- 2기 연체시 묵시갱신불 가(§6①) - 해지가능	- 3기 연체 시 임대인의 갱신거절권 (§10①단) 있음 - 해지 가능

[참고 2] 임대차 관련 소송 유형

소송유형	요건사실	주요 항변
임대차보증금반환청구 〈임차인→임대인(소유자, 양수인)〉	임대차계약의 체결 임대차보증금의 지급 임대차의 종료	묵시적 갱신 공제 동시이행
임차목적물 반환청구 〈소유자(양수인) → 임차인〉	임대차계약의 체결 임차목적물의 인도 임대차의 종료	매수청구권의 행사 동시이행 유치권
배당이의 〈임대인(의 채권자) 등 ↔ 임차인〉	배당기일 출석 배당이의 배당순위 오류, 배당채권의 불발생·소멸 사실 원고의 배당수령권 이의자의 배당액이 증가	제소기간 도과 배당수령권에 대한 장애, 소멸, 저지사유

1) 농지임대차에 관하여는 농지법에서 규율하고 있다. 주거용이나 상가건물이 아닌 토지 등 임대차는 주택임대차법이나 상가임대차법이 적용되지 않고 민법상의 임대차 관련 규정이 적용된다.

2) 주택의 경우 차임 2기 연체 시, 상가건물의 경우 차임 3기 연체 시 임대차계약해지가 가능하나, 여기서 2기, 3기는 월차임 2회분, 3회분의 연체를 의미한다. 따라서 월세 100만 원인 경우 연체금액이 3월 20만 원, 4월 50만 원, 5월 100만 원인 경우 2기 연체도 아니고 3기 연체도 아니다. 2기 연체가 되려면 연체된 차임이 200만 원이 되어야 하고, 3기 연체가 되려면 연체된 차임이 300만 원이 되어야 한다. 임대차계약서의 특약으로 “임차인이 1회라도 차임을 연체한 경우 임대인이 계약을 즉시 해지할 수 있다.”고 약정한 경우에도 이러한 약정은 임차인에게 불리한 약정으로 그 유효성을 인정받을 수 없다. 그리고 차임연체로 임대차계약을 해지할 수 있는 권리는 임대인에게 인정되는 권리이다.

[참고 3] 대항력, 우선변제권, 소액임차인의 보증금 최우선변제권

1. **대항력** : 임차목적물의 양수인 등 제3자에게 임차권 주장 가능
 - (1) 민법 제621조 : 임대차등기 ⇒ 등기일부터
 - (2) 주택임대차법 제3조 제1항 : 인도 + 주민등록 ⇒ 전입신고한 다음날부터
 - (3) 상가임대차법 제3조 제1항 : 인도 + 사업자등록 ⇒ 사업자등록신청 다음날부터
2. **우선변제권** : 경매/공매절차에서 타 채권자보다 우선하여 변제, 배당 가능
⇒ 주택임대차법 및 상가임대차법의 대항력 요건 + 확정일자
3. **소액임차인의 보증금 최우선변제권** : 보증금의 일정액에 미달하는 소액인 경우 일반 우선변제권 요건에 미달해도 최우선변제권 부여, 단 경매신청등기 전에 대항력 요건 갖추 것(+ 배당요구).

주택임대차법과 상가임대차법에 위반된 약정으로서 임차인에게 불리한 것은 그 효력이 없는 강행규정이다(주택임대차법 제10조, 상가임대차법 제15조).

이하에서 이들 법률을 중심으로 우리 주변에서 많이 문제되는 부동산임대차의 법률관계를 중심으로 최근의 개정 법령과 대법원판례를 통하여 살펴보기로 한다. 최근에 집값 상승과 주택난으로 주택임대차법과 상가임대차법 등 임대차 관련법이 급하게 개정되고 개정법이 시행되면서 건물주와 세입자 간 분쟁이 급증하고 있다.³⁾

3) 정부가 세입자(임차인)의 주거안정을 목적으로 도입한 **임대차 3법**이 이해관계가 다른 집주인과 세입자 간의 갈등을 조장하면서 관련 분쟁이 급증하고 있다. 임대차 3법은 2020. 7. 31.부터 시행된 계약갱신청구제와 전월세상한제, 2021. 6. 1.부터 시행된 전월세신고제를 말한다. **계약갱신청구제**는 주택 임대차계약을 체결하고 2년 거주한 세입자가 1회에 한하여 2년 재계약을 요구할 수 있도록 보장한 제도로 계약기간 만료 전 6개월에서 2개월 사이에 세입자는 추가 2년 계약 연장을 요구할 수 있고, 집주인은 자신이 실거주하는 사정 등이 없으면 이를 받아들여야 한다. **전월세상한제**는 재계약시 임대료 인상폭을 종전 받던 금액의 최대 5%로 제한하는 것이고, **전월세신고제**는 임대차계약 내용을 계약체결일부터 30일 이내 관할 시군구청에 신고하도록 의무화한 것이다.

민법 제618조(임대차의 의의) 임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

1. 임대차계약의 체결

임대인과 임차인 사이의 법률관계는 임대차계약에서 정해진다. 임대인과 임차인이 임대차계약을 체결하면서 작성하는 임대차계약서의 내용이 중요하다.¹⁾ 임대차계약은 임대인이 임차인에게 목적물을 사용·수익하게 하고, 그 대가로 임차인이 차임을 지급하는 것을 합의함으로써 성립하고, 이러한 합의에 의하여 임대차계약의 중심적 효과인 임대인의 차임청구권과 임차인의 목적물에 대한 사용수익청구권이 발생한다. 따라서 임대차계약서에는 임차목적물과 차임(임료)이 구체적으로 특정되어 있어야 한다.²⁾

☐ <사례 1-1> 甲이 집 주인 乙과 월세 100만 원, 임대차기간 1년으로 하는 다가구주택 임대차 계약을 체결하고, 2020. 4. 1. 오전 10시에 이사 와서 2021. 4. 1. 오후 3시에 이삿짐을 빼서 이사를 가려고 하는데 집주인 乙은 “나간 날도 산 날이다”고 주장하며 하루 치 월세 3만 원 정도를 더 내라고 하는데 이 돈을 내야 하는가?

☐ 임대차계약을 체결하고 이삿짐을 가지고 입주하는 날이나 이삿짐을 빼서 이사 가는 날도 월세(월차임) 계산에 포함하는가?

호텔 등 숙박업소는 하루를 묵더라도 ‘체크인 오후 3시, 체크아웃 오전 11시’처럼 시간까지 명확하게 명시돼 있어 별 문제가 없지만 부동산임대차계약을 할 때는 일 단위로 날짜만을 적기 때문에 다툼의 소지가 있다. 부동산 ‘점유’의 개념은 1시간을 점유했어도 하루를 점유한 것으로 인정된다. 아무리 아침 일찍 나간다고 해도 그 날 그 집을 점유한 것이므로 이사 가는 날도 월세를 주어야 하는 것이 원칙이다.

1) 임차목적물을 포함한 부동산의 중개와 관련된 문제에 관하여는 본서 제1장 ‘부동산거래의 법률문제’ 참조.

2) 하나의 법률관계를 둘러싸고 각기 다른 내용을 정한 여러 개의 계약서가 순차로 작 성되어 있는 경우 당사자가 그러한 계약서에 따른 법률관계나 우열관계를 명확하게 정하고 있다면 그와 같은 내용대로 효력이 발생한다. 그러나 여러 개의 계약서에 따른 법률관계 등이 명확히 정해져 있지 않다면 각각의 계약서에 정해져 있는 내용 중 서로 양립할 수 없는 부분에 관해서는 원칙적으로 나중에 작성된 계약서에서 정한 대로 계약 내용이 변경되었다고 해석하는 것이 합리적이다 (대법원 2020. 12. 30. 선고 2017다17603 판결)

그러나 민법상의 초일불산입 원칙으로 이사 온 날은 임차기간에 포함되지 않고 임대차계약은 2020. 4. 2.부터 2021. 4. 1.까지 1년이 된다. 따라서 甲은 2021. 4. 1. 하루치의 월세를 乙에게 줄 의무가 없다. 물론 이는 당사자 사이에 특약이 없는 경우에 맞는 이야기이고, ‘이사 온 날’부터 ‘나가는 날’까지 월세를 내기로 계약서에 규정되어 있으면 그에 따라야 한다(민법상의 기간계산은 법령, 재판상의 처분 또는 법률행위에 다른 정함이 없는 경우에 적용된다. 민법 제155조).

임대차계약을 체결하면서 임대차기간을 2020. 4. 1.부터 1년이라고만 정하면 위와 같은 다툼의 소지가 있으므로 2020. 4. 1.부터 2021. 3. 31.까지로 정확하게 특정하여 기재하는 것도 기간계산을 둘러싼 불필요한 분쟁의 소지를 없애는 하나의 방법이 될 것이다.

㉠ <사례 1-2> 甲은 2017년 공인중개사 乙을 통해 제주시 아라동에 있는 다가구주택의 한 호실을 임차하는 계약을 체결했다. 계약 체결 과정에서 乙은 甲에게 중개대상물건 확인·설명서를 전달했는데 이 집에 총 5억 원에 달하는 근저당권이 설정돼 있고 보증금 총액은 3억 원이라는 사실이 적혀 있었다. 하지만 실제 보증금 총액은 5억 원이었고, 甲은 이 사실을 모른 채 임대차계약을 맺으며 임대인에게 보증금 1억 원을 지급했다.

이후 乙의 채권자의 강제경매신청에 따라 이 주택은 경매에 넘어가 약 5억 원에 매각됐다. 甲은 배당 선순위권자들에 밀려 보증금을 받을 수 없게 되자 “乙이 주택에 관한 권리관계를 정확히 설명했다면 계약하지 않거나 보증금을 적은 액수로 정했을 것”이라며 소송을 냈다. 甲은 乙로부터 보증금 전액을 손해배상으로 받을 수 있는가?

㉡ 부동산중개업자는 선량한 관리자의 주의로 중개대상물의 권리관계 등을 조사해 임차의뢰인에게 설명할 의무가 있으므로 다른 임차인의 임대차보증금, 임대차 시기와 종기 등의 자료를 받아 제시해야 한다. 그러나 임차의뢰인은 중개업자에게 부동산 중개를 위임했더라도 본래 부담하는 거래관계를 조사·확인하는 책임으로부터 벗어난다고 볼 수 없다. 甲은 乙에게 중개대상물에 대한 설명을 요구하고 임차인이 몇 명인지, 선순위 임대차보증금은 얼마인지 등을 확인할 수 있는 자료를 적극적으로 요청해 이를 바탕으로 계약체결 여부를 결정했어야 하고, 甲이 乙의 말만 듣고 계약을 체결한 것은 甲의 손해 발생 및 손해 확대의 원인으로 작용했다고 볼 수 있으므로 乙이 배상해야 할 금액을 전체 손해액의 30%로 제한한 하급심판결이 있다.³⁾

㉢ <사례 1-3> 임대인 甲과 임차인 乙은 임대차계약을 체결하면서 임대인이 임대 후 일정 기간이 경과할 때마다 물가상승 등 경제사정의 변경을 이유로 임차인과의 협의에 의하여 차임을 조정할 수 있도록 약정하였다. 그런데 乙은 차임 인상요인이 생겼는데도 甲의 인상협의를 거부하여 협의를 성립하지 않는 경우 甲은 어떻게 하여야 하는가?

㉣ 임대차계약을 할 때에 임대인이 임대 후 일정 기간이 경과할 때마다 물가상승 등 경제사정의 변경을 이유로 임차인과의 협의에 의하여 그 차임을 조정할 수 있도록 약정하였다면, 그 취지

3) 법률신문 입력 : 2020-01-20 오전 11:44:11

Prologue(緒說)

유언에 관한 본격 논의에 들어가기 전에 다음의 간단한 사례를 통해 유언의 단서(端緒)를 생각해 보자.

㉠ <사례 1> 문자메시지에 의한 유언이 가능한가?

27세의 청년 A는 자신의 아파트와 돈, 자동차를 나눠주겠다는 내용의 유언을 동갑내기 친구 4명에게 문자메시지로 보내고 자살로 생을 마감했다. A의 친구들과 A의 어머니 사이에 A가 남겨놓은 재산을 둘러싸고 다툼이 생겼다. 아들인 A의 사망 후 법률상 상속권자인 A의 어머니는 이 유언이 무효라고 주장할 수 있는가?

㉠ <사례 2> 애완견에 대하여 유증이 가능한가?

험슬리호텔 등을 소유, 미국의 부동산 여왕으로 불리던 리오나 험슬리는 유언으로 애완견 “트리블”에게 1200만 달러(약 115억 원)의 유산을 물려주도록 했다. 유언으로 애완견에게 재산을 물려줄 수 있는가?

㉠ <사례 3> 원하는 자식에게 유산을 물려주기 위한 방법

A(63·여)씨는 음식 장사 등을 하며 억척같이 돈을 모아 자식들을 공부시키고 본인 명의의 재산도 꽤 불러 남부럽지 않게 살고 있지만 젊은 시절부터 남편의 바람기로 골머리를 앓아왔다. 그러던 중 자신이 죽으면 남편이 두 아들보다 50%나 더 많은 재산을 상속받는다라는 사실을 알게 됐다. 장사를 하느라 고생한 탓에 무릎이며 안 아픈 데가 없는 A씨는 생기가 넘치는 남편을 보며 고민에 빠졌다. 자신이 남편보다 오래 살 수 없을 것이라는 생각에 마음은 급했지만 죽기 전에 자식에게 재산을 물려주면 ‘찬밥 신세’가 된다는 얘기에 이리지도 저리지도 못하고 있다. A씨는 어떠한 방법으로 재산을 두 아들에게 물려줄 수 있는가?

㉠ <사례 1>은 유언의 방식에 관한 문제이고,¹⁾ ㉠ <사례 2>는 동물도 유증을 받을 수 있는 권리의무의 주체가 되는가의 문제이다.²⁾ ㉠ <사례 3>은 유언의 활용에 관한 문제이다.³⁾

1) 스웨덴에서 실제로 있었던 사건이다. 2014. 2. 24. 위 사건에서 스웨덴 1심 재판부는 문자메시지 유언이 유효하다며 친구들의 손을 들어줬지만, 항소심 법원은 무효라고 판단했다. 대법원은 항소심 법원의 결론을 수긍하며 이 사건을 다루지 않겠다고 결정했다. A씨의 친구들은 “문자메시지에 상속자의 이름, 내용이 정확히 기재돼 있다”면서 “문자메시지가 100% 죽은 친구의 마지막 유지”라고 법원 판단에 불만을 나타냈다. 옘살라 대학의 상속법 전문 마가레타 브랏스르뎀 교수는 “법원 판단은 고인의 유지를 받들지 못했다는 측면에서 매우 우려스럽다”며 “1900년대 도입 당시 기준을 고수하는 스웨덴 현행 상속법의 근대화를 위한 개정 작업이 필요하다”고 밝혔다(법률신문 2014. 2. 26.자).

2) “동물은 물건이 아니다.”는 민법개정안이 통과된다고 하여도 동물은 법체계상으로는 여전히 권리의 주체가 될 수 없으므로 권리변동에 관해서는 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 물건에 관한 규정을 준용한다. 따라서 동물은 유증을 받을 수 없다. 애완견도 주인의 ‘물건’으로 분류되기 때문에, 재산을 물려받을 수 없다. 미국의 경우 애완견 주인은 동물을 돌봐줄 신탁 기금을 신설해 지정 수탁인을 두고 돌보게 한다. 개나 고양이들이 물려받은 재산은 수탁인이 관리하며, 일상을 돌보는 관리인을 따로 뒀 수탁인과 관리인이 서로 감시하게 만들기도 한다. 현재 미국 39개 주에서 애완동물 상속 신탁 관련법이 시행되고 있다(조선일보 2007. 9. 8.자).

3) 공정증서유언으로 자식에게 유증을 하는 등 유언을 활용하거나 신탁 등의 방법을 강구할 수 있다.

1. 유언의 필요성

유언이라 함은 유언자가 자기를 둘러싼 재산관계나 가족관계의 법정사항에 대하여 사후의 법률관계를 정하려는 생전의 최후의 의사표시를 말한다. 사유재산제도에 근거한 재산처분자유의 한 형태로 유언의 자유가 보장된다. 재산의 소유자에게는 생전처분의 자유뿐만 아니라 사후처분(유언)의 자유도 보장된다. 유언을 통해 자신의 삶을 되돌아보는 계기가 될 수 있고, 죽음에 대한 준비와 남은 생을 더 보람 있게 살기 위한 준비가 될 수 있다. 유산분배로 인한 가족 간의 갈등과 불화를 방지하기 위하여 유언을 할 필요가 있다. 우리나라에서는 평소 죽음을 준비하는 것에 익숙하지 않고 유언이 일반화되지 못하여 망인의 사후(死後)에 유산을 둘러싸고 유족 간에 불미스러운 일이 생기는 경우가 많다. 유언을 하는 경우에 있어서도 노령에 이르러, 인생의 종착점에 임박하여 노쇠한 고령자나 질병이 위중한 자가 유언을 하는 경우 유언 당시의 정상적인 의사능력이 문제되는 경우가 많다. 즉 유언서의 작성은 생전에 이루어지더라도 그 효력은 사후에 발생하므로 유언을 둘러싸고 분쟁이 생길 우려가 많다.¹⁾

2. 유언의 의의

통속적으로는 사람이 죽음에 임하여 남기는 말을 유언이라 할 수 있으나, 법률상 유언이란 유언자의 사망과 동시에 일정한 법률효과를 발생시키는 것을 목적으로 일정한 방식에 따라서 하는 상대방 없는 단독행위를 말한다. 이 중에서 유언으로 재산을 물려주는 것을 유증(遺贈)이라고 한다.

3. 상대방 없는 단독행위

유언은 상대방 없는 단독행위인 점에서 증여자가 사망하면 효력이 발생하는 생전의 증여계약인 사인증여(死因贈與)와 구별된다.²⁾ 사인증여에 관하여는 유증에 관한 규정이 준용되나, 유증의 방식에 관한 규정은 준용되지 아니한다. 따라서 유언을 함에 있어서 상대방의 동의나 승낙도 필요 없고, 수유자(受遺者) 등에게 의사표시가 도달될 필요도 없다. 수유능력에는 제한이 없고 권리능력이 있으면 의사무능력자나 17세 미만 자, 태아, 법인도 수유능력이 있다. 다만 수유자는 유언자의 사망시에 그 유언의 효과를 받게 될 뿐이다. 다만 수유자는 유증을 포기하여 그 효력을 받기를 거부할 수 있다.

1) 최근 들어 고독사 급증에 따라 죽음을 맞이한 이가 원하는 일을 사후에 처리해 주는 유언수행 서비스가 출시되고 있다.

2) 통상의 증여계약이 증여계약 성립 시에 그 효력이 발생하나, 사인증여는 증여자의 사망 시에 그 효력이 발생하는 점에서 차이가 있다.

4. 유언능력 및 대리유언의 불가

유언은 유언자 본인의 최종의사를 존중하는 것이기 때문에 반드시 유언자 본인의 자유로운 의사에 기하여 이루어져야 하고, 대리인에 의하여 할 수 없다. 유언능력이라 함은 유언행위시에 행위의 결과를 판단할 수 있는 정신적 능력으로 유언을 하는 경우 유언능력이 없으면 그 유언은 무효로 된다. 유언은 제 정신일 때 해야지 치매상태나 정신이 혼미할 때 유언을 하면 안 된다는 말이다.³⁾

유언할 때 유언능력이 필요하나 만 17세에 달한 자는 누구든지 유언을 할 수 있다(제1061조).⁴⁾ 17세 이상의 미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인도 의사능력이 있는 한 유언능력자로서 독립하여 유언을 할 수 있다. 다만 피성년후견인(중전의 금치산자)은 의사능력이 회복된 때에 한하여 유언을 할 수 있고, 의사가 심신회복의 상태를 유언서에 부기하고 서명날인 하여야 한다(제1063조, 구수증서의 경우에는 예외 제1070조 제3항).

의사무능력자의 유언은 무효이고 취소할 수 있는 것이 아니다. 유언자는 유언당시 유언능력이 있으면 족하고 그 후 유언능력을 상실하여도 이미 한 유언의 효력에는 영향이 없다. 반대로 유언무능력자가 유언을 하고 후에 유언능력을 회복하여도 그 유언이 유효해지는 것은 아니다.

5. 사후행위

유언은 생전행위인 증여와 달리 유언자가 사망한 때로부터 효력이 발생하는 사후행위(死後行爲)이기 때문에 유언에 의하여 이익을 얻게 되는 자는 유언이 효력을 발생할 때(사망시)까지는 아무런 법률상의 권리를 취득하지 못한다. 유언자가 유증의 목적인 부동산을 유증을 받을 자 이외의 사람에게 매각하거나 저당권을 설정한 경우, 유증을 받을 자가 매매나 저당권설정에 관하여 무효확인이나 등기말소청구의 소를 제기할 수 없다. 유언자는 생존하는 한 유언과 달리 마음대로 자기 재산을 처분할 수 있다.

3) 사람이 운명(殞命)할 무렵 정신이 혼미할 때 남긴 유언을 난명(亂命), 평상시에 정신이 맑을 때 자식에게 남긴 유언은 이명(理命) 또는 치명(治命)이라 한다. 疾病則亂 吾從其治也(질병즉란 오종기치야) : 병환이 있으면 난명이므로 나는 그 치명을 따르겠다. <左傳>

4) 독일, 프랑스 민법은 만 16세, 일본 민법은 만 15세, 미국은 주에 따라 다르지만 만 16세부터 만 18세까지로 정해져 있다.

Q <사례 4> 치매상태에서 한 유언의 효력

3남 1녀를 둔 정모씨는 서울 강남의 중대형 아파트, 지방 토지 등을 보유한 50억대 자산가였다. 그는 2007년 7월 ‘아내와 세 자녀에게 전 재산을 나눠 준다’고 유언하고 그해 10월 사망했다. 장남만 상속 대상에서 빠져 있었다. 2000년경부터 치매를 앓았던 정씨의 유언은 여러 차례 바뀌었다. 1996년 처음 했던 유언은 전 재산을 장남에게 준다는 것이었다. 2003년에는 ‘아내에게 전 재산을 준다’로 바뀌더니, 다시 ‘장남에게 전 재산을 준다’로 되돌아왔다가 마지막으로 사망하기 3개월 전 ‘아내와 (장남을 뺀) 세 자녀에게 나눠 준다’로 바뀐 것이다. 결국 장남은 ‘아버지가 치매 상태였기 때문에 의식이 오락가락했다. 유언은 무효’라며 어머니와 동생들을 상대로 소송을 냈다

A 이 사건에서 1심 법원은 “의사의 진단서에 따르면 마지막 유언을 할 때 정씨의 의식은 명료했던 것으로 보인다”며 유언장의 효력을 인정했다. 반면 2심 재판부는 정씨가 유언장을 작성할 당시 기도에 튜브를 삽입한 상태여서 말을 제대로 할 수 없었기 때문에 제대로 된 유언이 아니라며 1심을 뒤집었다. 대법원은 2심을 다시 뒤집었다.

대법원은 “정씨의 치매는 상태 호전과 악화가 반복되는 혈관성 치매였고, ‘그렇다’ ‘아니다’ 정도의 간단한 의사표현은 할 수 있었기 때문에 유언이 불가능한 상태는 아니다”라고 했다. 서울고법 민사24부(재판장 이은애)는 대법원 판결 취지에 따라 장남을 뺀 아내와 세 자녀에게만 유산을 상속한다는 정씨의 유언을 인정하는 파기환송심 판결을 내렸다.

고령화 시대로 접어들면서 ‘치매 상태 유언’의 효력을 둘러싼 법적 분쟁이 증가하고 있다. 정씨의 사례에서 보듯 이런 분쟁에서는 의사의 진단서가 중요한 기준이 되기도 한다. 그 못지않게 중요한 것이 유언을 남길 당시의 전반적인 상황과 유언의 내용이 얼마나 일치하느냐이다. 유언의 효력을 둘러싼 송사(訟事)는 당사자가 사망한 상황에서 가족들끼리 벌이기 때문에 괴롭고 긴 다툼이 될 수밖에 없다. 법적으로 마무리되더라도 그로 인해 생긴 생채기는 오랫동안 아물지 않는다. 법원 관계자는 “유언을 남기려면 최대한 정신이 명료할 때 하고, 진단서나 공증서 등 입증 가능한 방법을 찾아야 분쟁을 미리 막을 수 있다”고 했다.⁵⁾

Q <사례 5> “나 죽으면 車 팔아서 생활비로 사용하라” 했다면

A(59·여)는 B와 2004년부터 사실혼 관계를 유지했다. 암 진단을 받은 B는 2016년 3월 병원에 입원하게 되자 A에게 “트랙터 등 차량 2대를 팔아 내가 죽고 나면 생활비로 쓰라”고 말했다. B는 차량 매매상인 C에게도 전화를 걸어 차량들을 팔아 매매대금을 A에게 주라고 부탁했다. C는 B로부터 위임장을 받아 차량들을 판 다음 대금 4200만 원을 A의 계좌로 입금했다. A는 B가 사망한 후 이 돈을 생활비로 썼다가 B의 상속인인 딸의 돈을 횡령한 혐의로 기소됐다.

A 1심은 “A에게 불법영득의사가 있었다고 보이지 않는다”며 무죄를 선고했다. 그러나 2심은 “차량매도가 망인의 생전의사와 합치되더라도 이는 망인의 사망으로 종료되는 것이고 재산은 상

5) 조선일보 입력 : 2016.04.19 03:00

속인에게 상속되는 것이므로 A나 C에게는 매도권한이 없어진다.”며 “매도대금을 무단으로 인출한 것은 횡령”이라며 유죄로 판단했다. 다만 “A가 오랜 기간 망인과 사실혼 관계에 있으면서 병원 치료비와 장례비 등을 지출하는 등 취득 이익이 크지 않다”며 선고유예 판결을 했다.

대법원은 횡령 혐의로 기소된 A에게 선고유예 판결한 원심을 파기하고 무죄 취지로 사건을 부산지법으로 돌려보냈다(2018도10823). 재판부는 “망인(B)이 생전에 A에게 차량을 처분해 생활비로 사용하라는 취지로 말하며 처분대금을 A에게 무상으로 수여하는 의사표시를 했고, A가 이를 승낙해 증여계약이 체결된 것으로 보인다.”며 “이에 따라 망인에게 차량이나 처분대금 소유권을 A에게 무상으로 이전할 의무가 발생했고, 이러한 의무는 망인이 사망하며 상속인에게 함께 승계된 것으로 봐야 한다.”고 밝혔다. 이어 “A는 계좌로 입금된 차량 매도대금 4200만 원을 증여계약 이행에 따라 금원을 수령한 것으로 생각한 것이고, B의 딸을 위해 보관한다는 인식은 없었던 것으로 보인다.”며 “원심의 판단에는 횡령죄의 불법영득의사 등에 관한 법리를 오해해 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.”고 판시했다.⁶⁾

삼성 10조원 vs 조국 6원… 슬기로운 상속의 기술은?

10조원. 이근희 전 삼성그룹 회장 유족이 내야 할 상속세는 천문학적인 덩치다. 2017~19년 국세청이 거둔 상속세 3년 치(10조6,000억 원)와 맞먹는다. 이 회장이 가진 주식 평가액은 약 18조원. 상속세는 최고 세율(50%)에 대기업 최대주주 할증까지 붙어 60%에 달한다. 아무리 부자라도 현금으로 10조원을 마련하기는 어렵다. 당연히 내야 하지만 주식을 일부 매각하면 그룹 지배 구조에 영향을 미칠 수 있다.

6원. 조국 전 법무부 장관이 갚아야 하는 부친의 빚이다. 조변현 전 용동학원 이사장이 사망하자 유족은 법원에 그의 재산이 21원, 빚은 49억8,700만 원이라고 신고했다. 부채 대부분은 연대보증을 선 조 전 장관 모친과 동생이 넘겨받았다. 50억 원대 자산가인 조 전 장관은 ‘한정승인’을 신청했다. 상속받은 재산 한도 안에서만 빚을 승계하면 된다. 한국자산관리공사(캠코)는 6원을 갚으라고 통보하는 데 우표값이 더 나오기 때문에 집행을 요구하지 않았다.

두 사건은 한국에서 상속이란 무엇인지 보여주는 극과 극이다. 상속분쟁은 더 이상 부자들의 고민이 아니다. 송재상 세무사는 “최근 부동산 가격이 치솟아 서울과 수도권엔 10억 원 넘는 아파트가 흔하다”며 “보유하는 동안에는 종부세를, 별세하면 상속세를 걱정할 수밖에 없다”고 말했다. 상속 개시(사망)가 당장 현실화하지 않아 그렇지 조만간 닥칠 일이라는 얘기다.

지난 7월 숨진 박원순 전 서울시장이 마지막으로 신고한 재산은 마이너스 6억9,091만 원이었다. 박 전 시장의 자녀들은 10월 6일 상속포기를, 박 전 시장 아내는 이튿날 한정승인을 신청했다. 서울가정법원은 10월 30일 이 상속포기와 한정승인을 모두 수용했다. 상속포기만 할 경우 다음 순위 상속인에게 빚이 자동으로 넘어간다. 한정승인은 법원 심사를 거쳐 재산보다 빚이 많다는 사실이 인정되면 선고가 내려진다. 1순위 상속권자인 자녀와 배우자가 상속포기와 한정승인을 모두 신청했기 때문에, 한정승인이 수용되면 2순위 이하 상속인으로 가는 ‘빚 쓰나미’를 막을 수 있다.

죽음과 세금(death and tax)은 누구나 피할 수 없다.(조선일보 2020. 11. 자 기사 중 발췌)

6) 법률신문 입력 : 2018-12-06 오전 9:07:32

[참고] 경매정보 사이트

〈공공기관 사이트〉

1. 법원경매정보 <http://www.courtauction.go.kr/>
2. 한국자산관리공사 온비드 <http://www.onbid.co.kr/>
3. 국토교통부 부동산거래관리시스템 <https://rtms.molit.go.kr/>
아파트실거래가, 개별공시지가, 단독주택 및 공동주택 가격 등
4. 토지이용 규제정보 서비스 <http://luris.molit.go.kr/>
토지의 현황과 목적, 지목과 용도지역
5. 온나라부동산정보 <http://www.onnara.go.kr/>
전국 부동산에 대한 가격정보, 토지이용규제정보, 분양정보, 통계자료, 정책자료
6. 산림청 산지정보시스템 <http://www.forest.go.kr>
산지의 구분현황, 경사도, 표고, 토심, 토성, 지형 등
7. 대법원인터넷등기소 <http://www.iros.go.kr/>
8. 민원24시 <http://www.minwon.go.kr/>
건축물대장, 토지대장, 지적도, 토지이용계획확인, 개별공시지가, 주민등록표등본 등 열람 및 출력
9. 자동차공매 전문 사이트 <http://www.automart.co.kr/>

〈사설 경매정보 사이트〉

1. 지지옥션 <http://www.ggi.co.kr/>
2. 부동산 태인 <http://www.taein.co.kr/>
3. 인포케어 <http://www.infocare.co.kr/>
4. 한국부동산경매정보 <http://www.auction119.co.kr/>
5. 한국법원경매정보 <http://www.법원경매공매가이드.com/>
6. 굿옥션 <http://www.goodauction.com/>
7. 스피트옥션 <http://www.speedauction.co.kr/>
8. 한국경매 <http://www.hkauction.co.kr/>
9. 리치옥션 <http://www.amosauction.com/>

〈기타〉

1. 부동산114 <http://www.r114.com/>
2. 부동산119 <http://www.bd119.com/>
3. 닥터아파트 <http://www.drapt.com/index/>
4. 부동산랜드 <http://www.부동산랜드.kr/>
5. 부동산뱅크 <http://www.neonet.co.kr/>
6. 부동산써브 <http://www.serve.co.kr/>
7. 네이버부동산 <http://land.naver.com/>
8. 매일경제부동산 <http://estate.mk.co.kr/>
9. 한국경제부동산 <http://auction.hankyung.com/>
10. 중앙조인스랜드부동산 <http://joinsland.joins.com/>
11. 한국부동산칼리지 <http://cafe.daum.net/koreacollege/>

1. 판결절차와 집행절차

☞ <사례 1> 甲은 2020. 2. 1. 乙에게 돈 3,000만 원을 변제기 1년으로 정하여 빌려주었으나, 乙은 1년이 넘었는데도 甲으로부터 빌린 돈을 갚지 않고 있다.

甲이 乙에 대한 승소확정판결을 받고 강제집행을 하기 위하여는 어떻게 해야 하는가?

☞ 甲이 乙에 대한 승소확정판결을 집행권원으로 이에 대하여 집행문을 부여받아(집행권원 + 집행문 = 집행정본) 乙 소유의 유체동산이나 부동산에 대하여 강제경매를 신청하거나, 乙의 제3채무자에 대한 채권에 대하여 압류 및 추심명령이나 전부명령을 신청하여 채권을 강제로 회수할 수 있다. 강제집행절차도 판결절차와 함께 재판상의 권리보호절차로서 법질서의 유지를 궁극의 목적으로 한다. 그러나 판결절차는 권리 또는 법률관계의 존부의 확정, 즉 사법상의 이행청구권의 존부를 관념적으로 형성하는 것을 목적으로 하는 절차이고, 강제집행절차는 권리의 강제적 실현, 즉 국가의 집행기관이 채권자를 위하여 집행권원에 표시된 사법상의 이행청구권을 국가권력에 의하여 강제적으로 실현하는 법적 절차라는 점에서 차이가 있다. 법원의 기능은 판결절차를 담당하는 수소법원(受訴法院)과 집행절차를 담당하는 집행법원으로 나누어진다.

판결절차는 강제집행의 토대가 되는 집행권원을 만드는 절차이고, 강제집행은 그 집행권원의 내용을 실현시키는 절차이다. 강제집행은 임의경매와 달리 집행권원이 있어야만 개시될 수 있고, 강제집행에는 국가의 강제력이 따른다.

채무이행에 대한 책임감이 희박한 채무자로부터 채무의 이행을 확보하기 위하여는, 부득이하게 처음부터 각종 담보제도를 이용하거나 채무자의 재산을 조회하여 추적하여야 하는 번거로움을 감수해야 하는 경우가 많다. 채무자의 주소지 주민센터(동사무소)에서 재산세납세증명을 받아보거나 주민등록을 열람하고 거주하고 있는 주택의 권리관계를 등기사항증명서(등기부등본)에 의하여 확인하며, 채무자가 사업을 하는 경우에는 제3자에 대한 채권이 있는지 여부 등을 확인하는 등, 궁극적으로는 채무자의 책임재산을 확보한 후 국가의 강제집행절차를 통하여 자기채권의 만족을 얻을 수밖에 없다. 채무자들이 강제집행을 면탈하기 위하여 자기 소유 부동산의 명의를 제3자 앞으로 이전하거나, 그 부동산에 각종 담보권설등기 등을 하거나 허위의 양도담보증서를 만들어 공증받는 등, 채권자를 해하는 각종 사해행위에 대한 대책을 강구할 필요도 있다. 민사집행법은 강제집행의 실효성 확보를 위한 방안으로서 채무자의 재산명시 및 채무불이행자명부등재제도와 재산조회제도를 도입하고 있으므로, 이를 적극적으로 활용하는 것도 유익할 것이다.

[참고] 집행법상의 용어 정비

2002년 제정된 민사집행법은 민사소송법과 더불어 한글전용 기본법전이다. 민사집행법은 다음과 같이 구법상의 일본식 또는 한자어 법률용어도 알기 쉬운 용어로 대폭 정비하였다.

- | | |
|-------------------------------------|-----------------------|
| ▷ 채무명의(債務名義) → 집행권원 | ▷ 환가(換價) → 현금화 |
| ▷ 경매기일 → 매각기일 | ▷ 최저입찰가격 → 최저매각가격 |
| ▷ 입찰(경매)물건명세서 → 매각물건명세서 | ▷ 입찰(경매)보증금 → 매수신청보증금 |
| ▷ 경락(競落) → 매각 | ▷ 경락(낙찰)기일 → 매각결정기일 |
| ▷ 경락(낙찰)허가결정 → 매각허가결정 | ▷ 경락인(競落人) → 매수인 |
| ▷ 신입찰 → 새매각 | ▷ 재입찰 → 재매각 |
| ▷ 입찰(경매)명령 → 매각명령 | ▷ 경매법원 → 집행법원 |
| ▷ 계쟁물(係爭物)에 관한 가처분 → 다툼의 대상에 관한 가처분 | |

2. 강제집행의 기초개념

가. 집행의 종류와 집행기관

집행의 종류	목적물	현금화 방법		집행기관
		강제집행	담보집행	
부동산집행	부동산	강제경매, 강제관리	경매	집행법원
동산집행	동산	매각	경매	집행관
채권집행	금전채권	추심, 전부명령 등	왼쪽과 같음	집행법원
동산, 부동산의 인도집행				집행관
작위, 부작위채무의 집행				집행법원

나. 민사집행의 객체 : 책임재산

(1) 책임재산의 의의

① 민사집행의 대상(객체)은 채무자의 책임재산이다. 책임재산은 집행개시 당시에 채무자에 속하여 '강제집행의 대상이 되는 재산'을 말한다.

② 금전집행에 있어서는 금전이나 금전으로 환가할 수 있는 채무자의 총재산이 책임재산이 된다. 부동산, 동산뿐만 아니라 채무자가 제3채무자에 대하여 갖는 채권, 아파트분양권, 골프회원권 등 그 밖의 재산권 등이 책임재산에 속한다. 그러나 독립한 재산적 권익을 내용으로 하지 않는 취소권·해제권이나 불용통물, 부양료청구권과 같은 일신전속권, 성명권·초상권과 같은 인격권 등은 책임재산에 속하지 아니한다.

③ 담보권실행절차에서의 책임재산은 담보권의 목적인 특정재산에 한정된다.

(2) 책임재산 보전수단

① 사전방지책 : 가압류와 가처분, 사해방지참가(민소법 제79조 제1항 후단)

② 사후방지책 : 사해행위취소소송의 제기, 채무자가 통정허위표시로 넘긴 재산에 대한 무효확인소송의 제기, 명의신탁의 경우 부당이득반환청구소송의 제기, 채권자대위소송의 제기, 강제집행면탈죄의 형사고소

(3) 유한책임

① 한정승인을 한 상속인은 상속인의 고유재산은 책임재산에서 제외되고, 상속받은 재산의 한도에서 상속채권자에 대해 변제책임을 진다(물적 유한책임).

② 채권자가 상속채무의 이행을 구하는 소를 제기한 경우 채무자가 제출한 한정승인의 항변이 이유 있는 경우 법원은 주문에서 상속재산의 한도 내에서 집행할 수 있다는 **유보부판결**을 한다. 이 경우 집행기관은 그 명시된 재산에 대해서만 집행하여야 한다. 집행기관이 책임재산이 아닌 다른 재산을 압류한 경우 채무자는 **집행이의신청**이나 **제3자의이의**의 소를 제기할 수 있다.

☐ <사례 2> 甲은 乙에게 금 1억 원을 대여하였으나, 乙이 사망하여 처 A와 자 B가 乙을 상속하였다. A, B는 甲이 A, B를 피고로 하여 대여금청구의 소를 제기하기 전에 이미 한정승인심판청구를 하여 그 수리심판을 받았다. 그런데 A, B가 위 소송에서 한정승인 사실을 주장하지 아니하는 바람에 책임의 범위에 관하여 아무런 유보가 없는 판결이 선고되어 확정되었다.

1. 甲이 위 대여금청구사건의 집행력 있는 정보에 의하여 A, B의 재산에 대하여 강제집행을 개시하자 A, B가 이제 와서 한정승인을 주장하면서 한정된 책임재산의 범위 내에서만 집행하고 채무자의 고유재산에 대한 집행력의 배제를 구할 수 있는가?
2. 위 사례에서 A, B가 한정승인이 아닌 상속포기신고를 하고 수리되었는데도 위 대여금청구소송의 변론종결 전에 상속포기사실을 주장하지 아니하여 전액 지급판결이 선고된 경우 A, B는 상속포기를 이유로 위 집행력의 배제를 구하는 청구이의의 소를 제기할 수 있는가?

☐ 1. 채권자가 피상속인의 금전채무를 상속한 상속인을 상대로 그 상속채무의 이행을 구하여 제기한 소송에서 채무자가 한정승인 사실을 주장하지 않으면 책임의 범위는 현실적인 심판대상으로 등장하지 아니하여 주문에서는 물론 이유에서도 판단되지 않으므로 그에 관하여 기판력이 미치지 않는다. 그러므로 채무자가 한정승인을 하고도 채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결시까지 그 사실을 주장하지 아니하여 책임의 범위에 관한 유보가 없는 판결이 선고되어 확정되었다고 하더라도, 채무자는 그 후 위 한정승인 사실을 내세워 청구에 관한 이의의 소를 제기할 수 있다.¹⁾

☐ 2. 채무자가 한정승인을 하였으나 채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결시까지 이를 주장하지 아니하는 바람에 책임의 범위에 관하여 아무런 유보 없는 판결이 선고·확정된 경우라도 채무자가 그 후 위 한정승인 사실을 내세워 청구에 관한 이의의 소를 제기하는 것이 허용되는 것은, 한정승인에 의한 책임의 제한은 상속채무의 존재 및 범위의 확정과는 관계없이 다만 판결의 집행 대상을 상속재산의 한도로 한정함으로써 판결의 집행력을 제한할 뿐으로, 채권자가 피상속인의 금전채무를 상속한 상속인을 상대로 그 상속채무의 이행을 구하여 제기한 소송에서

1) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006다23138 판결.

채무자가 한정승인 사실을 주장하지 않으면 책임의 범위는 현실적인 심판대상으로 등장하지 아니하여 주문에서는 물론 이유에서도 판단되지 않는 관계로 그에 관하여는 기판력이 미치지 않기 때문이다. 위와 같은 기판력에 의한 실권효 제한의 법리는 채무의 상속에 따른 책임의 제한 여부만이 문제되는 한정승인과 달리 상속에 의한 채무의 존재 자체가 문제되어 그에 관한 확정판결의 주문에 당연히 기판력이 미치게 되는 상속포기의 경우에는 적용될 수 없다.²⁾

따라서 판례에 의하면 乙의 상속인 A, B가 상속채무이행청구소송에서 상속포기사실을 주장하지 아니하여 무유보부판결(전부 이행판결)이 선고되고 확정된 경우 A, B는 더 이상 상속포기 사실을 들어 甲의 집행을 저지할 수 없으므로 주의할 것이다.

3. 집행권원

(1) 집행권원(執行權原)이란 사법상의 일정한 급부여청구권에 집행력을 인정한 공정의 증서를 말한다. 집행권원은 강제집행의 근거가 되는 문서이고, 이에 기하여 채권자의 강제집행청구권이 발생한다. 집행권원은 급부의무를 내용으로 하여야 하고, 그 급부의 내용은 가능·특정·적법하며 강제이행에 적합해야 한다. 집행권원에 의해 집행당사자와 집행의 내용·범위가 결정된다.

(2) 채권자가 집행권원을 갖고 있으면 집행기관은 그 집행권원의 내용인 청구권이 실제로 존재하는지 여부를 조사하지 않는다(형식주의). 집행권원에 기하여 강제집행청구권이 발생한다고 하더라도 강제집행에 착수하기 위하여는 집행권원에 집행문을 부여받아야 한다. 집행권원에 한정승인과 같이 유한책임이 명시되지 않는 한 금전집행에 있어서는 채무자의 전 재산이 집행대상이 된다.

(3) 집행권원에 의하여 집행력의 주관적 범위와 객관적 범위가 정해진다. 즉, 집행당사자인 채권자와 채무자는 집행권원에 의하여 정해지고, 강제집행의 내용과 범위는 집행권원에 의해 정해진다. 집행권원에 표시된 것과 다른 목적물에 대하여 집행할 수 없고, 집행권원에 표시된 채무액을 넘어서 집행할 수 없다. 즉, 집행권원의 표시가 급부청구권의 범위의 최대한도를 정한다. 집행권원의 경합, 예컨대 일정한 청구권에 대하여 약속어음공정증서를 받아놓고, 별도로 이행판결도 받아놓은 경우 양 집행권원이 모두 유효하다.

(4) 판결주문의 불특정으로 집행권원의 내용을 특정할 수 없는 경우 새로운 집행권원을 얻기 위한 신소의 제기가 기판력에 저촉되는 것은 아니다. 다만, 법원이 집행권원을 작성함에 있어서 별지목록 등을 누락한 것이 명백한 경우에는 **판결경정**을 통하여 집행권원의 내용을 명확하게 한 후 집행신청을 하여야 한다.

2) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다79876 판결.