

2020년 제26회 법무사 민법 기출 해설

[문 1]

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 임의경매 절차에서 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)

<시범답안>

I. 가. 1) : 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대한 철거 및 차임 상당부당이득반환청구

1. 결론

乙의 丙에 대한 Y건물 철거청구는 인용될 수 없으나, 토지사용료 청구는 인용된다.

2. 이유

乙은 X토지에 관한 임의경매절차 매수인으로서 토지소유권에 기초하여 물건적 청구 및 부당이득반환청구를 하고 있다. X토지에 丁의 저당권이 설정될 당시 Y건물이 존재하고 있었고, X토지와 Y건물은 모두 甲의 소유에 속하고 있었으므로 X토지 저당권 실행으로 乙이 소유권을 취득할 당시 Y건물 소유자 甲은 별도의 등기가 없더라도 제366조의 법정지상권을 취득한다. 그 후 甲과 丙이 체결한 Y건물 매매계약에는 甲의 법정지상권까지 포함된 것으로 해석되므로(제100조 제2항) 丙은 지상권이전의 부기등기를 마침으로써 지상권을 취득할 수 있다(제186조). 丙이 지상권이전의 부기등기를 마치지 않았더라도 토지소유자 乙이 丙을 상대로 Y건물의 철거를 청구하는 것은 스스로 용인하여야 하는 지상권의 부담을 부정하는 것으로 신의칙에 반하지만, 법정지상권도 유상이므로 비록 법정지상권을 취득하지 못한 건물매수인도 임료 상당액의 부당이득반환의무는 부담한다(판례).

II. 가 2) : 법정지상권에 의하여 보호되는 건물을 경매절차에서 매수한 자에 대한 토지소유자의 철거 및 토지사용료청구 가능성

1. 결론

乙의 丙에 대한 Y건물철거청구는 인용될 수 없으나, 토지사용료 청구는 인용된다.

2. 이유

Y건물은 제366조의 법정지상권에 의하여 보호되는 건물이다. 법정지상권에 의하여 보호되는 건물이 강제경매로 매각된 경우, 압류에도 종물이론이 적용되므로(판례) 경매절차 매수인 丙은 경매상 채무자 甲이 취득한 제366조의 법정지상권은 등기 없이도 당연히 취득한다(제187조). 丙은 제366조의 법정지상권자로서 토지를 사용할 권리가 있으므로 토지소유자 乙의 丙에 대한 철거청구는 허용되지 않는다. 그러나 제366조의 법정지상권자는 지료지급의무가 있고, 지료는 당사자의 합의로 결정되어야 하나, 그 합의가 성립되지 아니한 때에는 토지소유자는 법원에 그 결정을 청구할 수도 있고, 법원의 결정을 전제로 지료지급을 청구할 수 있으므로(판례) 乙의 丙에 대한 토지사용료 지급청구는 지료지급청구로서 인용된다.

Ⅲ. 나. 1) : 공동저당권설정 후 기존건물이 철거되고 새로운 건물이 신축된 경우, 신축건물을 위한 제366조의 법정지상권 인정여부

1. 결론

乙의 甲에 대한 Y건물 철거청구는 인용된다.

2. 이유

제366조의 법정지상권이 인정되기 위해서는 토지저당권설정 당시 건물이 존재하여야 한다. 토지저당권설정 당시 존재하던 건물이 철거되고 새로운 건물이 신축된 경우, 토지와 기존 건물에 공동저당권이 설정되었던 때에는 신축건물의 소유자가 토지소유자와 동일하고 토지의 저당권자에게 신축건물에 관하여 토지저당권과 동일한 순위의 공동저당권을 설정해주는 등 특별한 사정이 없는 한, 신축건물을 위한 법정지상권이 인정되지 않는다(판례).¹⁾ 공동저당권자는 토지 및 건물 각각의 교환가치 전부를 담보로 취득하고자 하는 것인데, 법정지상권이 인정되면 토지의 교환가치에서 제외된 법정지상권의 가액 상당 가치를 건물의 교환가치에서 되찾을 수 없어 공동저당권자에게 부당한 담보가치의 하락을 초래하기 때문이다.

Ⅳ. 나 2) : 일괄경매청구권을 행사한 경우, 토지저당권자가 배당받을 수 있는 매각대금

1. 결론

丁은 3억 원을 배당받을 수 있다.

2. 이유

토지저당권자는 제366조의 법정지상권에 의하여 보호되지 않는 건물까지 포함하여 일괄경매를 청구할 수 있다(판례).²⁾ 일괄경매를 청구한 경우 토지저당권자는 토지의 경매대가에서 우선변제를 받을 수 있을 뿐이며, 건물의 경매대가에서는 우선변제를 받을 수 없다(제365조). 토지의 경매대가는 일괄매각대금에서 토지와 건물의 감정가액 비율로 나눈 금액으로 산정하는데, X토지는 제366조의 법정지상권의 부담을 안고 있는 토지가 아니므로 나대지 상태에서의 감정가액으로 평가하여야 한다. X토지의 감정가액은 2억 원이고, X토지와 Y건물 전체 감정가액은 4억 원이므로 일괄매각대금 중 1/2인 3억 원이 토지매각대금이 된다. 토지저당권자 丁의 채권액이 3억 5천만 원이므로 토지매각대금 3억 원 전액은 丁에게 배당된다.

1) 대법원 2003. 12. 18 선고 98다43601 전원합의체 판결; 대법원 2010. 1. 14 선고 2009다66150 판결
2) 대법원 1998. 4. 28 자 97마2935 결정

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 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.

<시범답안>

1. 가. : 관습상 법정지상권 요건으로서 소유자 동일성 판단 기준시기

1. 결론

乙은 丁을 상대로 Y건물의 철거를 청구할 수 있다.

2. 이유

丁에게 관습상 법정지상권이 인정되는지가 쟁점이다.

관습상 법정지상권이 인정되기 위해서는, ㉠법정사유 이외의 원인으로 토지와 건물의 소유자가 분리되어야 하고, ㉡처분 당시 토지와 건물의 소유자가 동일하여야 하며, ㉢건물을 철거한다는 등의 배제특약이 없어야 한다. 강제경매는 관습상 법정지상권의 발생 원인에 해당하고(판례),³⁾ 강제경매로 소유자가 달라진 경우, 관습상 법정지상권 성립요건인 소유자 동일성은 원칙적으로 경매개시결정등기에 의한 압류의 효력이 생길 당시를 기준으로 판단하나, 선행 가압류에 기초하여 강제경매가 개시된 때에는 가압류의 효력이 발생할 당시를 기준으로 소유자 동일성을 판단한다(판례).⁴⁾

3) 대법원 1970. 9. 29 선고 70다1454 판결

4) 대법원 2012.10.18. 선고 2010다52140 전원합의체 판결

사안의 경우, 가압류등기가 마쳐져서 가압류의 효력이 발생할 당시인 2009. 12. 1.에는 X토지 소유자는 丙이고, Y건물소유자는 甲이므로 토지와 건물이 동일한 소유자에게 속한 상태가 아니다. 丁이 강제경매로 Y건물의 소유권을 취득하더라도 관습상 법정지상권을 취득하지 못하므로 토지소유자 乙은 丁을 상대로 Y건물의 철거를 청구할 수 있다.

II. 나. : 선행저당권이 설정된 부동산이 강제경매로 매각된 경우 관습상 법정지상권 성립요건이 소유자 동일성 판단기준시기, 관습상 법정지상권부 건물에 경매로 매각된 경우 경매절차 매수인의 관습상 법정지상권 취득 여부

1. 결론

乙은 丁을 상대로 Y건물의 철거를 청구할 수 없다.

2. 이유

선행저당권이 설정된 경우, 강제경매로 인한 관습상 법정지상권의 성립요건인 소유자 동일성은 저당권설정 당시를 기준으로 판단한다(판례).⁵⁾ X토지에 근저당권이 설정된 2009. 6. 1. 당시 X토지는 甲의 소유이고, 지상 Y건물도 甲의 소유이므로 소유자 동일성이 인정된다. 2009. 10. 1. 乙이 강제경매로 소유권을 취득할 당시 Y건물 소유자인 甲은 관습상 법정지상권을 등기 없이 취득한다.

그 후 Y건물이 강제경매로 丁에게 매각되었는데, 강제경매로 인한 압류의 효력은 종물이론에 따라 건물 소유를 위한 관습상 법정지상권에까지 미치므로(판례) 경매절차 매수인 丁은 지상권이전의 부기등기가 없더라도 관습상 법정지상권을 취득한다(제187조). 丁은 토지를 점유할 권리를 가진 자이므로 토지소유자 乙의 丁에 대한 건물철거청구는 허용되지 않는다.

5) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2009다62059 판결

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명의의 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.

<시범답안>

1. 가. : 사해행위 취소에 따라 수익자의 건물등기가 말소된 경우, 채무자의 관습상 법정지상권 취득 여부

1. 결론

甲은 X토지에 Z건물을 위한 관습상 법정지상권을 취득할 수 없다.

2. 이유

사해행위 취소의 효력은 취소채권자와 상대방 사이에서 상대적 효력을 가질 뿐이다(판례). 채무자의 토지와 건물이 사해행위로서 양도된 후 사해행위 취소에 따른 원상회복으로 수익자의 건물등기가 말소되고 채무자의 등기가 회복되더라도 이는 책임재산으로 회복되는 것에 불과하고 채무자가 건물의 소유권을 취득하는 것은 아니다(판례).⁶⁾ 사안의 경우, 甲의 X토지와 Z건물이 乙에게 이전되고, 甲과 乙의 Z건물 매매계약이 사해행위로서 취소되고 원상회복으로 乙의 소유권이전등기가 말소되어 甲의 등기가 회복되더라도 甲이 Z건물의 소유권을 취득하는 것은 아니므로 동일인의 소유에 속하는 토지와 건물이 매매 등으로 소유자를 달리하게 된 경우에 해당한다고 할 수 없으므로 甲은 관습상 법정지상권을 취득하지 못한다.

6) 대법원 2014.12.24. 선고 2012다73158 판결

II. 나. : 사해행위 취소에 따라 원상회복된 건물이 강제경매로 매각된 경우, 경매절차 매수인이 관습상 법정지상권을 취득하는지 여부

1. 결론

丙은 X토지에 Z건물을 위한 관습상 법정지상권을 취득한다.

2. 이유

토지와 건물이 동일인의 소유에 속하고 있다가 강제경매로 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우, 건물의 소유자는 관습상 법정지상권을 취득한다(판례). 사해행위로 토지와 건물이 양도되고 건물매매가 사해행위로 취소되고 수익자의 등기가 말소된 경우, 강제경매로 건물의 소유자가 달라진 때에는 강제경매 당시 토지와 건물의 소유자는 수익자이므로 동일인의 소유에 속하던 토지와 건물 중 건물의 소유자가 강제경매로 달라진 때에 해당하여 건물의 매수인의 관습상 법정지상권을 등기 없이 당연히 취득한다(판례).⁷⁾

사안의 경우, 수익자 乙의 Z건물 등기가 말소되어 채무자 甲의 등기명의가 회복되더라도 Z건물은 여전히 乙의 소유에 속한 것이고, 강제경매로 丙이 소유권을 취득함으로써 丙은 X토지에 관습상 법정지상권을 취득한다.

III. 다. : 제366조의 법정지상권 성립요건으로서 소유자 동일성 판단기준 시기, 법정지상권부 건물이 강제경매 된 경우 경매절차 매수인이 법정지상권을 당연히 취득하는지 여부

1. 결론

丙은 Y토지에 Z건물을 위한 제366조의 법정지상권을 취득한다.

2. 이유

Y토지와 Z건물은 甲의 소유였다가 Z건물의 소유권이 매매를 원인으로 2010. 1. 1. 乙에게 이전하는데, 이 순간 乙은 Z건물 유지를 위하여 Y토지에 관습상 법정지상권을 취득한다. 그러나 乙의 관습상 법정지상권은 A의 근저당권보존 후순위이므로 2010. 5. 1. 근저당권 실행 경매로 소멸한다. 한편, A가 Y토지에 근저당권을 설정할 당시 Y토지와 Z건물은 모두 甲의 소유이고, 비록 Z건물의 소유자가 그 후 변동되었더라도 근저당권 실행으로 토지와 건물의 소유자가 달라진 이상 근저당권실행으로 인한 매각대금 완납 당시 Z건물 소유자인 乙은 제366조의 법정지상권이 성립한다. 그 후 Z건물에 관한 乙의 등기가 사해행위 취소로 말소되고 강제경매로 丙이 Z건물의 소유권을 취득한 때에는 법정지상권에 의하여 보호되는 Z건물이 강제경매로 매각된 것이므로 丙이 乙이 취득한 제366조의 법정지상권까지 강제경매로 취득한다.

7) 대법원 2014.12.24. 선고 2012다73158 판결

[문 2]

<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 기본 사실에 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)

<시범답안>

I. 문제 1. : 상인이 판매한 상품의 대가에 해당하는 채권의 소멸시효기간과 기산점

1. 결론

甲의 乙에 대한 마스크대금채권의 소멸시효는 2018. 3. 9.이 종료됨으로써 완성된다.

2. 이유

상행위로 인한 채권의 소멸시효기간은 5년이지만, 다른 법령에 이보다 단기의 시효의 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다(상법 제64조). 상인이 판매한 상품의 대가에 해당하는 채권의 소멸시효기간은 3년이다(민법 제163조 제6호). 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하므로(제166조 제1항) 확정기한이 있는 채권의 소멸시효는 확정기한이 도래한 때로부터 소멸시효가 진행된다. 사안의 경우 甲은 상인이지만, 마스크대금채권은 상품의 대가에 해당하는 채권이고, 마스크대금채권은 2015. 3. 9.을 이행기로 정한 확정기한부 채권이므로 2015. 3. 9.부터 소멸시효가 진행하여 3년이 경과하는 시점인 2018. 3. 9.이 종료됨으로써 소멸시효가 완성한다.

II. 문제 2. : 중복최고로 인한 시효중단

1. 결론

乙의 주장은 타당하고 甲의 주장은 부당하다.

2. 논거

최고는 6월내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 화해를 위한 소환, 임의출석, 압류 또는 가압류, 가처분을 하지 아니하면 시효중단의 효력이 없다(제174조). 최고로 인한 시효중단의 효력이 유지되기 위해서는 최고 후 6월내에 최고보다 강력한 권리행사가 있어야 한다. 최고를 여러 번 거듭하다가 재판상 청구를 한 경우에는 재판상 청구를 한 시점을 기준으로 소급하여 6월 이내에 한 최고 시에 시효중단의 효력이 발생한다(판례).⁸⁾

사안의 경우, 재판상 청구를 한 2018. 8. 15.부터 소급하여 6개월이 되는 2018. 2. 15. 이후의 최고만이 시효중단의 효력을 가질 수 있으므로 2018. 2. 11.자 최고는 시효중단의 효력이 없고, 2018. 3. 11.자 최고는 이미 소멸시효가 완성된 후의 최고이므로 시효중단의 효력을 가질 수 없다. 따라 마스크대금채권이 시효로 소멸하였다는 乙의 주장은 타당하고, 2018. 2. 11.자 최고로 시효가 중단되었다는 甲의 주장은 부당하다.

III. 문제 3. : 가압류채무자의 이행청구의 적법성

1. 결론

법원은 甲의 청구를 전부 인용하여야 한다.

2. 이유

가압류채무자가 이행청구를 할 수 있는지 및 법원이 어떤 판결을 내려야 하는지가 쟁점이다.

8) 대법원 1983. 7. 12 선고 83다카437 판결

채권에 대한 가압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것이므로 가압류채무자는 제3채무자를 상대로 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있다(판례).⁹⁾ 가압류의 제3채무자는 집행과정에서 가압류사실을 들어 집행을 거절할 수 있으므로 법원은 가압류 채무자의 이행청구에 대하여 전부 승소판결을 하여야 한다(판례).¹⁰⁾

사안의 경우, 甲의 乙에 대한 마스크대금채권 중 400만 원의 채권이 가압류되었으나, 가압류채무자 甲은 가압류된 채권에 대해서도 이행을 청구할 수 있으므로 乙의 항변은 부당하고, 법원은 甲의 청구를 전부 인용하여야 한다.

IV. 문제 4. : 주채무자와 연대보증인의 공동피고로 하는 청구취지 기재방법, 가압류로 인한 이행지체 면제 여부

1. 청구취지

甲에게 乙과 丙은 연대하여 1천만 원 및 그 금원에 대한 2015. 3. 10.부터 소장부분 송달일까지는 연6%, 소장부분 송달일부부터 다 갚는 날까지는 연12%로 계산한 돈을 지급하라.

2. 요건사실

(1) 甲의 乙에 대한 청구

甲은 乙과 2015. 3. 1. 마스크 100박스를 1,000만 원에 매매하는 계약을 체결하였고, 乙은 2015. 3. 9.까지 마스크대금 1,000만 원을 지급하기로 약정하였으며, 甲은 2015. 3. 9. 이전에 먼저 마스크 100박스를 인도하였으므로 乙은 마스크대금 및 2015. 3. 10부터 이에 대한 법정이자 상당액의 지연손해금을 지급하여야 한다(제387조, 제587조, 제397조 제1항).

비록 甲의 乙에 대한 마스크대금채권 중에서 400만 원의 채권이 가압류되어 있지만, 채권이 가압류된 상태더라도 그 채권의 이행기가 도래한 때에는 제3채무자는 그 지체책임을 면할 수 없다(판례).¹¹⁾

甲은 마스크도매업자로서 상인이고, 乙 역시 대량으로 마스크를 매수하는 자로서 상인으로 보이므로 지연손해금은 상사법정이율 연 6%가 적용되고(상법 제54조), 소장부분 송달일 다음 날부터는 소송촉진 등에 관한 특례법상 가중된 지연손해금율 연 12%가 적용된다.

(2) 甲의 丙에 대한 청구

丙은 2015. 3. 1. 乙의 甲에 대한 마스크대금채무를 연대보증의사를 표시하였다. 보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 한다는 제428조의2 제1항은 2015. 2. 3. 신설되었으나 공포 후 1년이 지나야 시행되므로(부칙 제1조) 丙은 연대보증의사를 표시하였으므로 甲에 대하여 연대보증채무를 부담한다.

연대보증인은 최고, 검색의 항변권이 인정되지 아니하고(제437조), 보증채무는 주채무 원본뿐만 아니라 이자, 위약금 손해배상 기타 주채무에 종속한 채무도 포함되므로(제429조 제1항). 丙은 甲에게 마스크대금채무뿐만 아니라 그 지연손해금도 지급하여야 할 의무가 있다.

9) 대법원 2002. 4. 26 선고 2001다59033 판결

10) 대법원 2002. 4. 26 선고 2001다59033 판결

11) 대법원 1994. 12. 13 선고 93다951 전원합의체 판결. 채권가압류는 제3채무자의 이행지체를 면제시키거나 정당화하는 사유가 되지 않으며, 제3채무자의 2중지급의 위험은 변제공탁에 의하여 해소할 수 있다.