

C I V I L L A W

상법을 위한  
기초민법

| 심유식 저 |

심유식

서울대학교 사범대학 졸업  
연세대학교 대학원 졸업(법학석사)  
공인회계사  
삼일회계법인 근무  
삼정회계법인 근무  
현) 나무경영아카데미 강사

- 저서 및 논문
  - 일일특강 상법 시험직전 마무리 & 이해하기
  - 일일특강 세무사 상법 시험직전 마무리 & 이해하기
  - 상법 빈출지문노트
  - 상법 암기노트
  - 회계사 상법 서브노트
  - 세무사 상법 서브노트

인 쇄 일 2019년 3월 15일  
발 행 일 2019년 3월 21일 1판 1쇄



저 자 심유식  
 발 행 인 이종우  
 등 록 제300-2012-223호  
 발 행 처 나무와 사람  
 주 소 서울시 종로구 자하문로 1길45-4,101호  
 (필운동, 승훈빌딩)  
 전 화 02)736-7701  
 I S B N 979-11-5750-122-9 (13360)  
 가 격 2,000원

저자와의  
협의 하에  
인지를  
생략합니다.

도서의 무단 인용·전재·복제를 금합니다.  
본 도서는 저작권법에 의해 보호를 받으며 모든 내용은 저자에게 저작권이 있습니다. 무단전재와 무단  
복제 시 저작권법에 의해 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금이 처하거나 이를 병과할 수 있습  
니다. 잘못된 책은 구입하신 서점에서 교환 가능합니다.

이 도서의 국립중앙도서관 출판예정도서목록(CIP)은 서지정보유통지원시스템 홈페이지(<http://seoji.nl.go.kr>)  
와 국가자료종합목록시스템(<http://www.nl.go.kr/kaisnet>)에서 이용하실 수 있습니다.  
(CIP제어번호 : CIP2019010134)



# 목 차

<b>제1장 법률행위</b> .....	5
제1절 법률관계 .....	5
제2절 법률행위 .....	7
제3절 법률행위의 효력요건 .....	9
제4절 법률행위의 대리 .....	13
<b>제2장 불법행위</b> .....	18
<b>제3장 채권과 채무</b> .....	20
제1절 채권의 의의 .....	20
제2절 채권의 발생 .....	22
제3절 채권의 이전 .....	23
제4절 채권의 소멸 .....	24
제5절 채권의 담보 .....	27



# 제 1 장

# 법률행위

## 제1절 법률관계

### 1. 법률관계

**사례**

커피숍을 하는 철수는 민수를 종업원으로 고용하였다. 민수는 주3회 8시간씩 일하고 월 100만원을 받기로 철수와 고용계약을 체결하였다.

#### (1) 법과 법률관계

사람은 법, 도덕, 종교, 관습 등 여러 가지 사회규범에 따라 생활을 한다. 사람이 맺는 수많은 생활관계 중에서 '법(法)'에 의해 규율되는 생활관계를 **법률관계**라고 한다. 법은 이러한 법률관계에서 발생한 문제를 해결하는데 필요한 권리와 의무의 내용, 또는 정당한 권리를 보호하기 위한 절차 등을 규정하고 있다. 법은 그 효력범위와 목적에 따라 다양한 법률이 존재하는데 예를 들면 민법은 시민의 법률관계에 필요한 내용을, 상법은 상인의 법률관계에 필요한 내용을 정하고 있다고 할 수 있다. 위의 사례에서 철수와 민수의 고용계약에 따라 맺어진 관계는 대표적인 법률관계라고 볼 수 있다. 철수와 민수는 법률에 따른 권리와 의무를 갖게 되고 법률의 규율에 따라 그 권리를 실현시키게 된다.

**심화-특별법 우선의 원칙**

민법은 '시민'의 법률관계, 상법은 '상인'의 법률관계에 대한 법이라고 할 때 그 효력범위를 비교해보면 민법의 효력범위가 상법의 효력범위를 포괄하는 것을 알 수 있다. 이렇게 다른 법률과 비교하여 그 효력범위를 포괄하여 더 넓은 범위를 가지는 것을 **일반법**이라고 하고 더 좁은 범위를 가지는 것을 **특별법**이라고 한다. 즉 민법은 상법의 일반법이 되고, 상법은 민법의 특별법에 해당한다. 이는 절대적인 개념이 아닌 **상대적인 개념**이다. 예를 들어, 상법은 민법과의 관계에서는 특별법이다. 하지만 상인 중 은행의 법률관계에 적용되는 은행법과 비교하면 상법은 은행법의 일반법이 된다.

이러한 일반법과 특별법의 관계에 따라 어떤 경우에는 하나의 법률관계가 동시에 여러 법률의 적용 대상이 될 때가 있다. 예를 들어 은행의 한 법률관계에 대해서 은행법, 상법, 민법 모두 규정을 두고 있고 서로 그 내용을 달리 할 수 있다. 이 경우 어떤 법률을 적용해야 할까?

이렇게 동일한 대상에 일반법과 특별법이 동시에 적용되는 경우 특별법을 우선하여 적용한다. 이를 **'특별법 우선의 원칙'**이라 한다. 즉, 은행의 법률관계에 대해서 은행법에 규정이 있다면 은행법을 적용하고 은행법에 규정이 없다면 상법을, 상법에도 규정이 없다면 민법의 규정을 적용하는 식이다.

## (2) 호의관계

만약 철수가 친구 영희에게 일손이 모자란 주말에 잠시 도와줄 수 있냐고 물었고 영희가 수락한 경우라면 어떨까? 이 때 철수와 영희의 관계도 법률관계라고 할 수 있을까? 그렇다고 보기는 어렵다. 만약 영희가 주말에 가서 다른 일이 생겨 철수를 도와주지 않더라도 철수는 영희에게 법률에 따른 어떠한 청구(예를 들면 손해배상청구)를 할 수는 없을 것이다. 이렇게 법률이 적용되지 않는 생활관계를 호의관계라고 하며 법률관계와 구별된다.

## 2. 권리와 의무

### (1) 의 의

사람과 사람 사이에 법률관계가 있다면 이들 간에는 반드시 일정한 권리와 의무가 있다. 그래서 법률관계를 다른 말로 권리·의무관계라고도 한다. 법률적인 의미의 **권리**란 일정한 정당하게 행사할 수 있는 법률상의 힘 또는 법에 의해 보호되는 이익을 의미하며, **의무**란 자기의 의사와 관계없이 어떠한 행위를 반드시 하거나, 하지 않아야 하는 법률상의 구속력을 의미한다.

### (2) 권리와 의무의 양면성

위의 사례에서 철수와 민수는 근로계약의 내용에 따라 각각 권리와 의무를 가진다. 즉, 민수는 정해진 근로를 철수에게 제공해줄 의무가 있으며 이에 대한 대가로 철수에게 월급 100만원을 받을 권리가 있다. 반대로 커피숍 주인 철수는 민수로부터 정해진 근로를 제공 받을 권리가 있으며 이에 대한 대가로 월급 100만원을 지급할 의무가 있다.

이렇게 권리와 의무는 동전의 양면처럼 함께 존재하게 된다. 즉, 누군가에게 권리가 있다는 것은 누군가에게는 의무가 있다는 말과 같다.

### (3) 법률상 권리와 의무의 발생

위의 사례에서 철수와 민수는 언제부터 각각의 권리와 의무를 갖게 되는 걸까?(즉, 언제부터 법률관계가 발생한 것일까?) 바로 고용계약을 체결한 시점부터이다. 권리와 의무는 여러 원인으로 발생할 수 있는데 그 중 가장 대표적인 것이 사례와 같은 '계약'이고, 계약은 '법률행위'의 일종이다.

## 1. 법률행위

### (1) 의 의

법률행위란 ① 당사자가 ② **의사표시**를 통하여 그 ③ 목적대로 ④ **권리와 의무의 변동**을 가져 오는 행위를 말한다. **의사표시**란 ‘의사’와 ‘표시’를 합친 단어로서 사람이 자신이 법률적인 효과로서 의도하는 것을 상대방에게 표현하는 것을 말한다. 예를 들어, 어떤 물건을 구입하였는데 그것이 마음에 들지 않아 환불하겠다고 말하는 것이 의사표시이다. **권리와 의무의 변동**이란 권리와 의무를 발생시키거나, 다른 사람에게 이전 또는 소멸시키는 것을 말한다. 권리와 의무의 변동을 **‘법률효과’**라고도 한다.

### (2) 법률행위의 성립요건과 효력요건

사람이 하는 수많은 행위 중 어떤 것을 ‘법률행위’라고 부를 수 있을까? 식당에서 라면을 주문했다고 가정하자. 어떠한 요리가 ‘라면’이라고 불리기 위해서는 면과 스프 그리고 물로 만들어져야 할 것이다. 만약 이중 하나라도 없다면 이것은 ‘라면’이라고 부를 수 없을 것이다. 이것을 법률행위에 적용한다면 어떤 행위를 법률행위로 보기 위해서는 일정한 조건이 필요한데, 이 조건을 법률행위의 **성립요건**이라 한다.

그러나 면, 스프, 물만 넣었다고 해서 반드시 식당에서 팔 수 있는 라면이 되는 것은 아닐 것이다. 식당에서 라면을 손님에게 내놓기 위해서는 면은 잘 익어야 할 것이고, 스프는 적당량 넣어야 하며, 물은 뜨거워야 할 것이다. 법률행위도 마찬가지로 어떠한 행위가 성립요건을 갖추어 법률행위로 인정받았다 하더라도 그 요건들이 일정한 기준을 충족해야 그 행위가 원하는 법률효과가 발생한다고 보고 있다. 이를 법률행위의 **효력요건**이라 한다.

법률행위의 성립요건과 효력요건을 정리하면 다음과 같다.

성립요건	효력요건
① 당사자(주체)	당사자는 의사능력과 행위능력이 있어야 한다.
② 목적	법률행위가 추구하는 목적이 구체적으로 정해져 있어야 하고, 그 목적이 실현 가능하여야 하며, 적법하고 선량한 풍속 및 사회질서에 반하지 않아야 한다.
③ 의사표시	의사와 표시가 일치하여야 한다.

앞서 살펴본 바와 같이 가장 대표적인 법률행위가 ‘계약’이다. 계약은 두 사람 이상의 ① 당사자가 일정한 ② 목적을 가지고 서로의 ③ 의사표시를 합치시키는 것이기 때문이다.

라면이 식어서 나오면 식당에서 그 주문을 취소할 수 있듯이 법률행위가 성립요건을 갖추었다 하더라도 효력요건을 충족하지 못하는 경우, 법률행위는 **취소가능**하거나 **무효**(없던 것)가 된다. 예를 들어 당사자가 계약을 하였으나 그 계약이 사회질서에 반하는 목적을 가지고 있다면

(예를 들면 도박자금 대여) 이 계약은 무효가 되고 당사자는 이 계약에 따른 어떠한 권리·의무도 갖지 못한다.

효력요건이 충족되지 않은 것과 달리 성립요건을 충족하지 못한 경우 이는 법률행위 자체가 애당초 성립되지 않은 것으로서 이를 '법률행위의 **불성립**' 또는 '법률행위의 **부존재**'라고 한다. 비유를 들면 식당에서 라면이 이상하게 만들어져 나온 것이 아니라 아예 만들어지지 않은 경우와 비슷하다. 라면이 만들어져 나왔다면 라면의 상태를 살펴보고 문제가 있다면 주문을 취소할 문제인지 등을 판단해 볼 여지가 있을 것이다. 하지만 취소시킬 라면 자체가 존재하지 않는다면 라면의 상태를 보고 주문을 취소할 정도인지 아닌지를 따질 필요가 없다. 마찬가지로 법률행위가 불성립 하는 경우 애당초 그 행위는 법률행위가 아니기 때문에 법률행위에 어떤 하자가 있는지를 살펴보고 그 무효 또는 취소가능 여부를 판단할 문제가 없다.

## 2. 법률행위의 무효와 취소

법률행위(계약 등)의 **무효**란 법률행위가 성립한 시점부터 당연히 그 효력이 없는 것으로 보는 것을 말하며(즉, 처음부터 없었던 일이 되는 것), 법률행위의 **취소가능**이란 일단 성립한 법률행위의 효력요건에 일정한 하자가 존재하여 법률행위의 효력을 지속시킬 것인지 무효로 할 것인지에 대한 선택권을 '취소권자'에게 부여한 것을 말한다<sup>1)</sup>.

취소할 수 있는 법률행위는 취소권을 행사하기 전까지는 유효한 법률행위로 본다.(유동적 유효) 따라서 법률에 따른 취소권 행사기간<sup>2)</sup> 전까지 취소의 의사표시를 하지 않은 경우 유효한 법률행위로 종결되게 된다. 즉, 취소는 일단 유효하게 어떤 법률행위가 일단은 유효하게 진행이 되다가 '취소'라는 명확한 의사표시를 통해서 무효가 되기 때문에 이를 두고 '취소가능'이라고 표현 하는 것이다.

무효와 취소 모두 법률행위의 효력이 없어진다는 점에서 공통점이 있지만, 무효는 당사자의 의사와 상관없이 효력이 없어지는데 반하여, 취소는 그 법률행위를 취소권자가 취소하겠다는 의사표시를 하기 까지는 일단 그 효력을 유지시키는 차이가 있다. 일반적으로 효력요건에 중대한 문제가 있는 경우 이를 무효로 하고, 상대적으로 경미한 문제가 있는 경우 취소 가능한 것으로 판단한다. 구체적으로 민법에서 어떠한 법률행위가 무효이거나 취소 가능하다고 정하고 있는지는 후에 좀 더 살펴보기로 하겠다.

1) 민§141: 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다.(후략)

2) 민§146: 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다.



## 심화-법률행위의 추인(追認)

법률행위의 취소와 반대되는 행위로서 법률행위의 추인이 있다. 법률행위의 **추인**이란 **취소할 수 있는 법률행위에 대해서 이를 취소하지 않겠다는 의사표시를 하는 것**을 말한다. 법률행위를 취소할 경우 과거로 소급하여 그 효력이 없어지는 것과 달리 법률행위를 추인할 경우 과거로 소급하여 **법률행위의 결점이나 하자를 사후적으로 보완하여 완전한 법률행위로 만들어 준다**. 예를 들어, 미성년자가 법정대리인의 동의 없이 법률행위를 한 경우 이것은 취소 가능한 법률행위가 되는데 미성년자의 법정대리인이 사후적으로 이를 추인하는 경우 마치 사전에 동의를 구하고 법률행위를 한 것과 같은 법률적 효과가 발생한다.

## 제3절 법률행위의 효력요건

### 1. 당사자(人)

법률관계에서 발생한 권리와 의무는 사람(人)만이 이를 가지거나 부담할 수 있다. 이러한 법률상 권리·의무의 주체인 사람은 **자연인**과 **법인**이 있다. 여기서 법인(法人)은 자연인과 달리 그 실체가 없이 법률상으로만 존재하며 오직 법률에 따라서만 성립되고 소멸될 수 있는(자연인에 비유한다면 태어나고 죽을 수 있는) ‘법률상 사람’ 정도로 이해하면 된다.

이러한 사람이 일정한 법률행위를 했을 때 그 **법률행위가 유효하기 위해서는(무효나 취소가능하지 않기 위해서는) 그 사람에게 일정한 능력이 요구된다**.

#### (1) 권리능력

그 중 첫 번째 능력이 권리능력이다. **권리능력**이란 사람(자연인과 법인)이 **권리의 주체가 될 수 있는 능력**을 말한다. 앞서 설명한 바와 같이 권리와 의무는 일반적으로 동시에 발생하기 때문에 권리능력에는 의무를 부담할 수 있는 의무능력이 포함되어 있다. 현대의 민법은 **모든 사람은 살아있는 동안 평등하게 권리능력을 가진다**고 하고 있다<sup>3)</sup>. 다만, 법인의 경우 그 특성상 자연인만이 가질 수 있는 생명이나 신체를 전제로 하는 권리에 대한 능력은 인정되지 않는다.

권리능력을 가진 사람은 자신의 의사를 표시함으로써 권리를 행사한다. 하지만, 모든 사람에 대하여 평등하게 권리능력이 있다고 하여 그가 한 의사표시에 무조건 책임을 져야 한다면 여러 가지 문제가 발생할 수 있다.

#### 사례

철수는 평소에는 한 가정의 건실한 가장으로서 묵묵히 열심히 일하는 사람이다. 하지만 술만 마시면 정신을 거의 잃을 때까지 마시는 버릇이 있다. 이를 잘 알고 있던 그의 종업원 민수는 철수와 술을 먹고 그가 만취하여 제정신이 아닌 틈을 타 그의 집을 시세의 1/10가격에 양도하는 매매계약서를 작성하여 철수의 서명을 받았다.

3) 민§3: 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.

사례와 같이 철수에게 권리능력이 있다는 이유만으로 그의 의사표시의 효력을 인정한다면 사회적으로 이를 악용하는 사례가 빈번히 발생할 것이다. 이에 따라 일정한 능력을 갖춘 자의 의사표시에 대해서만 법률적인 효과를 인정하고 있는데 이를 의사능력이라고 한다.

## (2) 의사능력

**의사능력**이란 자기가 한 의사표시의 결과를 판단하여 정상적으로 의사표시를 할 수 있는 정신적인 능력을 말한다. 따라서 의사능력이 없는 사람(**의사무능력자**)이 한 의사표시(계약)는 법률적으로 효력이 없다(**무효**)<sup>4)</sup>. 의사무능력자의 예로는 아거나 만취한사람 또는 심각한 정신병이 있는 사람의 경우 등이 있다.

심리학에서는 7세 정도가 되면 의사능력을 갖춘다고 말하고 있지만<sup>5)</sup> 민법에는 의사능력의 기준이 명시되어 있지 않다. 또한 모든 사람이 동일한 정신능력을 가진 것이 아니기 때문에 나이 학력 등의 확실적인 기준으로 의사능력을 판단하는 것은 어려움이 있다. 따라서 민법에서는 일정한 기준을 두어 법률행위를 할 수 있는 능력 여부를 판단하는데 이를 행위능력이라고 한다.

## (3) 행위능력

**행위능력**이란 의사능력이 있는 자로서 그의 의사표시를 통해 유효한(취소할 수 없는) 법률행위를 할 수 있는 능력을 말한다. 즉 법률행위가 완전히 유효하기 위해서는 의사능력과 행위능력을 모두 가진 자의 행위여야 한다. 민법에서 ‘능력’이라고 하면 일반적으로 행위능력을 가리키며, 행위능력이 없는 자를 **제한능력자**라고 한다. 민법에서는 다음 3가지의 제한능력자를 규정하고 있다.<sup>6)</sup>

구 분	의 미
미성년자	성년(만 19세) 미만으로서 혼인을 하지 않은 사람
피한정후견인	한정후견은 정신적 제약으로 <u>사무를 처리할 능력이 부족한</u> 성인이 법원결정(한정후견 개시심판)으로 선임된 후견인을 통해 재산관리 및 일상생활에 관한 지원을 제공받는 제도를 말하는데, 이 한정후견을 받는 사람을 피한정후견인 이라고 한다.
피성년후견인	성년후견은 정신적 제약으로 <u>사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된</u> 성인이 법원결정(성년후견 개시심판)으로 선임된 후견인을 통해 재산관리 및 일상생활에 관한 지원을 제공받는 제도를 말하는데, 이 성년후견을 받는 사람을 피성년후견인 이라고 한다.

민법은 이러한 제한능력자의 법률행위는 원칙적으로 그 **법정대리인**(친권자 또는 후견인)이 대신하도록(**대리하도록**) 하고 있다. **법정대리인**은 제한능력자의 재산상의 법률행위에 관하여

4) 의사무능력자의 행위의 효력에 대한 확실은 견해가 나뉘지만, 판례는 이를 무효로 보고 있다.

5) 이에 따라 독일 민법에서는 7세를 기준으로 의사능력자를 구분한다.

6) 민법의 후견인제도는 위 2가지 외에도 특정후견과 임의후견제도가 있다.

대리할 권한이 있으며(민§920 등) 이렇게 법정대리인이 제한능력자를 위하여 한 법률행위는 (확정적으로) **유효**한 행위가 된다.

또한 피성년후견인을 제외한 제한능력자는 법정대리인의 대리 뿐 아니라 법정대리인의 동의를 받은 경우 직접 법률행위를 할 수도 있다. 제한능력자가 **법정대리인의 동의**를 받은 경우 법률행위의 효과는 다음과 같다.

구 분	효 과
미성년자	법정대리인의 <b>동의 없는</b> 법률행위는 <b>취소</b> 할 수 있다.(민§5) 반대로 법정대리인의 동의를 얻어 한 법률행위는 <b>유효</b> 한 행위가 된다.
피한정후견인	가정법원은 피한정후견인이 한정후견인의 <b>동의를 받아야 하는</b> 행위의 범위를 정할 수 있다.(민§13①) 이 범위 내의 행위를 동의 없이 한 경우 <b>취소</b> 할 수 있다.(민§13④) 따라서, 동의를 받아야 하는 범위의 행위를 동의를 얻어 하였거나 동의를 받지 않아도 되는 법률행위를 한 경우 <b>유효</b> 한 행위가 된다.
피성년후견인	피성년후견인의 법률행위는 (동의를 받았다 하더라도) <b>취소</b> 할 수 있다.(민§10)

## 2. 의사표시

예를 들어 집을 매매한다고 할 경우 양도인과 양수인의 ‘매매(매매계약)’라는 법률행위로 인하여 양도인에게서 양수인에게로 기존의 집에 대한 소유권이 이전된다. 이러한 소유권의 이전과 같은 권리와 의무의 변동은 두 사람 사이의 법률행위의 최종 결과물 이라고 할 수 있을 것이다.

이렇게 **의사표시**는 법률행위를 구성하는 필수적인 요소이다. 즉, 양도인과 양수인 사이의 ‘매매’라는 법률행위는 양도인이 집을 팔겠다는 의사를 표시함과 동시에 양수인이 집을 사겠다는 의사를 표시함으로써 이루어진다.

정상적인 경우 의사표시를 하는 사람(표의자)의 ‘의사’와 ‘표시’는 일치할 것이다. 하지만 어떤 경우에는 양자가 불일치하는 경우가 있을 수 있는데 이를 ‘의사’와 ‘표시’의 불일치 또는 ‘의사표시의 하자(瑕疵)’라고 한다.

민법은 의사와 표시가 불일치하는 경우로서 다음의 네 가지 경우를 규정하고 있다.

유형	의사와 표시의 불일치 인식		의사표시의 효과	
	표의자	상대방	상대방 (원칙)	선의의 제3자
① 진의 아닌 의사표시	○	×	표시대로 효력	대항불가
② 통정·허위의 의사표시	○	○	무효	대항불가
③ 착오로 인한 의사표시	×	×	취소가능	대항불가
④ 사기·강박에 의한 의사표시	○	○	취소가능	대항불가

다음의 사례를 가지고 각각의 의미를 자세히 살펴보자.

사례

철수는 자신의 1,000만원 짜리 손목시계를 영희에게 10만원에 팔겠다고 말했다.

(1) 진의 아닌 의사표시(民§107)

‘진의 아닌 의사표시’란 표시의 객관적인 의미가 자신의 본심(내심)과 다르다는 것을 표의자가 알면서도 한 의사표시를 말하며 이를 ‘비진의(非眞意)표시’라고도 부른다. 위의 사례에서 철수가 진정으로 영희에게 10만원에 팔고자 한 마음이 전혀 없었는데도 그렇게 말한 경우 철수의 의사표시는 진의 아닌 의사표시가 된다.

이러한 진의 아닌 의사표시를 한 경우 표시한대로 효과가 발생한다. 즉 철수의 의사표시에 대해서 영희가 승낙을 하면 철수는 영희에게 그 시계를 10만원에 팔 의무가 생기는 것이 원칙이다.

하지만, 만약 영희가 철수가 한 말이 본심이 아니라는 것을 알았거나 알 수 있었던 경우 철수의 의사표시는 애당초 없던 일로(무효) 된다. 여기서 ‘알 수 있었다’는 말은 영희가 결과적으로 철수의 말이 비진의(거짓말)라는 것을 알지 못하기는 했지만 영희가 거래를 하면서 잘못된 점(과실)이 있었다는 의미이다. 예를 들어 철수의 시계가 조금만 주의를 기울여 살펴 보았다면 고가임을 알 수 있었는데 이것을 10만원에 팔겠다고 말했을 때 그것을 그대로 믿는다면 과실이 있다고 볼 수 있을 것이다.

그러나 철수의 의사표시가 무효가 될 수 있는 상황이라도 영희가 만약 철수로부터 시계를 사서 그것을 철수의 사정을 모르는(선의의) 제3자<sup>7)</sup> 민수에게 다시 팔았다면 철수는 민수에게 가서 그 시계를 돌려달라고 할 수 없다. 이를 두고 진의 아닌 의사표시를 한 자는 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 표현한다.

(2) 통정한 허위의 의사표시(民§108)

‘통정(通情)한 허위(虛僞)의 의사표시’란 표의자가 상대방과 짜고(통정하여, 합의하여) 자신의 내심과 다른 거짓의 의사표시를 하는 것을 말한다. 위의 사례에서 철수가 영희와 사전에 미리 합의를 하고 이러한 시계를 10만원에 팔기로 하였다면 이는 통정·허위의 의사표시가 된다.

통정·허위의 의사표시는 당사자 간에는 언제나 무효이다. 왜냐하면 영희가 철수의 말이 진실이 아님을 이미 알고 있었기 때문에 선의/악의를 논할 필요가 없기 때문이다. 그러나 만약 영희가 선의의 제3자 민수에게 그 시계를 다시 판 경우 철수는 민수에게 자신이 통정·허위의 의사표시를 했다고 시계를 돌려달라고 할 수 없다. 즉, 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.

7) 법률용어로 ‘선의’와 ‘악의’는 도덕적인 개념과 무관하다. 여기서 ‘선의’는 ‘어떤 사정을 모른다’라는 의미이고, ‘악의’는 ‘어떠한 사정을 안다’라는 의미이다.

### (3) 착오로 인한 의사표시(民§109)

‘착오로 인한 의사표시’란 표의자가 내심과 다른 표시임을 모르고 의사표시를 하는 것을 말한다. 위의 사례에서 철수가 내심은 1,000만원에 팔려 하였으나 말을 잘못 하여 10만원이라고 표현하였고 이를 알아차리지 못한 경우 이는 착오로 인한 의사표시가 된다.

인간은 완전한 존재가 아니기 때문에 법률은 착오로 인한 의사표시를 한 경우 표의자가 그 의사표시를 취소가능 하도록 하고 있다. 다만, 앞서 살펴본 바와 마찬가지로 선의의 제3자에 대해서는 착오를 이유로 하여 취소할 수 없다.

### (4) 사기·강박에 의한 의사표시(民§110)

‘사기’란 고의로 사람을 그럴 듯하게 속여 착오에 빠지게 하는 것을 말하며, ‘강박(強迫)’이란 폭행, 위협, 기타 공포심을 조장하는 위법적인 행위로 상대방으로 하여금 의사결정을 강요하여 의사표시를 하도록 하는 행위를 말한다. 예를 들어 위의 사례에서 영희가 철수의 직장에 매일 가서 농성을 하였고 철수가 직장에서 해고당할 것이 두려워 그 시계를 10만원에 팔겠다고 한 것이라면 철수의 의사표시는 강박에 의한 의사표시가 된다.

이러한 사기·강박에 의한 의사표시가 있는 경우 표의자가 그 의사표시를 취소가능 하도록 하고 있다.<sup>8)</sup> 하지만 선의의 제3자에 대해서는 대항하지 못한다. 만약, 제3자의 사기·강박행위로 의사표시를 한 경우라면 상대방이 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 의사표시를 취소할 수 있다.

## 제4절 법률행위의 대리

### 1. 대리(代理)

#### 사례

커피숍을 하는 철수는 개인적으로도 커피를 상당히 좋아한다. 철수는 콜롬비아에 유명한 ‘후안발데스’ 커피를 사서 마시고 싶다. 철수는 자신보다 더 커피에 대해 전문가인 민수에게 이를 부탁 하는 것이 낫겠다고 생각하여, 민수에게 직접 콜롬비아에 가서 커피를 선별한 뒤 커피를 사올 것을 요청하였다.

만약 모든 법률행위를 자기 스스로 해야만 한다면 한 사람이 한 장소에서만 법률행위를 할 수 밖에 없다. 즉, 시간적 공간적으로 제약이 따르게 된다. 위의 사례에서 철수가 민수에게 자신을 대신하여 커피구입과 관련한 구매계약을 대신을 해줄 것을 요청하는 것과 같이 민법은 개인의 법률행위를 다른 사람이 대신할 수 있도록 하고 있는데 이를 ‘대리제도’라고 부른다.

8) 다만, 강박의 정도가 극심하여 의사표시자의 의사결정의 자유가 완전히 박탈된 상태에서 이루어 졌다면 이는 무효로 한다.(대판92다7719 등)

이러한 대리제도를 통하여 개인은 자신의 법률행위를 시간적 공간적으로 무한히 확장할 수 있게 되었다. 또한 미성년자와 같은 제한능력자를 대신하여 법률행위를 할 수 있도록 함으로써 개인의 법률행위를 보충해주는 역할을 하기도 한다.

## 2. 대리권

### (1) 수권(授權)행위

위의 사례에서 철수는 민수에게 자기 대신 커피를 선별할 권한과 구매계약을 할 권한을 주었다. 이렇게 자기를 대신하여 법률행위를 할 권리를 '대리권'이라 하며 대리권을 주는 행위를 '수권행위'라 한다.

이러한 수권행위로 인하여 철수와 민수는 대리관계가 되는데, 대리관계에서 철수를 '본인', 민수를 '대리인'이라 부른다. 사실상 철수가 직접 법률행위를 하는 것처럼 민수가 하는 모든 법률행위의 효과(권리와 의무)는 철수에게 돌아가기 때문이다.

### (2) 대리의 종류

사례와 같이 본인의 의사에 따라 대리인을 결정하는 것을 '임의대리'라고 한다. 민법에서 대리권의 수권행위는 본인의 의사에 따라 자유롭게 결정하는 것이 원칙이다. 반면, 본인의 의사와 상관없이 법률의 규정 또는 법원의 선임으로 대리인이 결정되는 경우가 있는데 이를 '법정대리'라고 한다. 법정대리의 예로, 미성년자의 법정대리인은 그의 부모(친권자)로 정하고 있다.<sup>9)</sup>

### (3) 대리권의 범위

임의대리인의 대리권의 범위는 수권행위의 내용에 따라 개별적으로 정해진다. 반면 법정대리인의 대리권의 범위는 법률에 의해 정해진다. 예를 들어 친권자 또는 후견인은 제한능력자의 재산상의 법률행위에 관하여 대리할 권한이 있다.(민§920 등)

### (4) 대리권의 소멸

대리권은 본인 또는 대리인이 사망하는 경우 소멸한다. 그리고 대리인이 성년후견을 개시하거나 파산하는 경우 대리인의 대리능력을 신뢰할 수 없다고 보기 때문에 본인의 보호를 위하여 대리권을 소멸시킨다.(본인의 파산도 해석상 대리권 소멸사유로 인정한다.)

또한 임의대리의 경우 미리 정해둔 대리권의 존속기간이 만료되거나(임기만료), 본인이 대리인에게 부여한 위임을 철회할 수 있고, 또는 대리인 스스로가 대리권을 포기할 수도 있다(사임). 대리권의 포기는 본인의 동의 없이 대리인의 일방적인 의사표시로 할 수 있다. 정리하면 다음과 같다.

9) 민§911 : 친권을 행사하는 부 또는 모는 모든 미성년자인 자의 법정대리인이 된다.

구 분	대리의 종료 사유
법정 종료사유	본인 : 사망(파산) 대리인 : 사망, 성년후견의 개시, 파산
입의 종료사유(입의대리 한정)	입기만료, 대리권 철회, 사임 등

### 3. 대리의 요건

#### (1) 대리인의 능력

대리행위의 효과는 본인에게 귀속된다. 따라서 본인은 최소한 권리능력을 가지고 있어야 한다. 본인의 사망이 대리권의 소멸사유인 이유는 본인이 사망하는 경우 권리능력을 상실하기 때문이다. 하지만, 본인이 직접 의사표시를 하는 등 법률행위를 직접 하는 것이 아니기 때문에 의사능력이나 행위능력을 반드시 갖추어야 하는 것은 아니다. 다만, 수권행위를 하는 당시에는 행위능력을 갖추고 있어야 한다.

대리인에게는 권리능력과 의사능력이 있어야 하지만, 행위능력은 요구하지 않는다<sup>10)</sup>. 이는 거래상대방을 보호하기 위하여 본인이 대리인의 제한능력을 이유로 취소할 수 없게 한 것이다.

#### (2) 현명주의(顯名主義)

##### 사례

민수는 콜롬비아에 가서 품질 좋은 커피를 고른 뒤, 그 커피상과 적절한 가격에 구입계약을 체결하였다. 문제는 민수가 커피상과 계약을 하면서 이 계약이 철수를 위한 것임을 전혀 드러내지 않았다는 것이었다.

민법의 원칙만을 따를 경우 대리인인 민수는 콜롬비아 커피상과 거래를 할 때 반드시 자신은 철수의 대리인임을 밝혀야 한다. 그렇지 않으면 상대방은 자신이 민수와 거래한다고 오인할 수 있기 때문이다.

이렇게 대리인이 대리행위를 하는데 있어서 본인을 위한 행위임을 알리는 것을 민법상 대리행위의 **‘현명주의’**라고 한다. 현명주의란 ① **본인**의 이름을 밝히고 ② **대리관계**를 밝히고 ③ **대리인** 자신의 이름으로 의사표시를 하는 대리의 형식을 말한다.

민법에서는 만약 대리인이 이러한 ‘현명주의의 원칙’을 어길 경우(비현명) 그 법률효과가 대리인 자신에게 귀속되는 것을 원칙으로 한다. 위의 사례를 든다면 민수와 계약을 체결하여 거래한다고 믿은 선의의 콜롬비아 커피상을 보호하기 위한 것이다. 다만, 상대방이 대리행위임을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 비현명이라 하더라도 그 효과가 본인에게 귀속된다. 정리하면 다음과 같다.

10) 민§117: 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다.



구분	의사표시의 방식	효과	
		선의 상대방	악의 상대방
현명주의	본인+대리관계+대리인	본인에 효력	본인에 효력
비현명주의	<del>본인+대리관계+대리인</del>	<b>대리인에 효력</b>	본인에 효력

#### 4. 무권대리(無權代理)

##### 사례

민수는 콜롬비아에 커피 이외에도 에메랄드가 유명하다는 것을 알게 되었다. 민수는 에메랄드를 사서 한국에 가져가면 철수에게 큰 이익 가져다 줄 것이라 확신하고 철수의 대리인으로서 에메랄드 구입계약을 체결하였다.

임의대리에 있어서 대리인의 권한은 본인의 수권내용에 따라 정해지고 대리인은 본인이 수권한 범위 내에서만 대리행위를 할 수 있다. 사례의 내용으로 미루어 볼 때 철수는 민수에게 커피에 관한 대리권을 주었기 때문에 커피의 구입과 관련 없는 일은 대리권을 벗어난 행위로서 권한 없는 대리가 된다. 이렇게 대리권의 행사와 관련해 문제가 발생한 경우 본인에 그 효과가 발생할 것이냐 하는 문제가 있을 수 있다. 이에 대하여 살펴보자.

대리권이 없는 자가 대리행위를 하거나 대리권의 범위를 넘어 대리행위를 하는 것을 **‘무권대리’**라 하고 이러한 무권대리행위를 한 민수를 **‘무권대리인’**이라고 부른다. 무권대리는 원칙적으로 그 효력이 본인에게 미치지 않는 것을 원칙으로 하고 있고<sup>11)</sup>, 그 법률행위에 따른 책임을 무권대리인이 부담한다. **선의의 거래상대방**은 무권대리인에게 ① **계약 내용의 이행을 청구**하거나 이를 이행할 수 없는 경우 ② **상당한 손해의 배상을 청구**할 수 있다.

일반적으로 무권대리인이 계약의 내용을 이행하거나 손해배상을 할 능력이 있지 않을 것이다. 따라서 거래 상대방을 더욱 두텁게 보호하기 위하여 민법은 다음 세 가지의 경우에는 본인에게 책임이 발생하도록 하고 있다.

- ① **본인의 추인** / ② **표현대리의 성립** / ③ **본인의 사용자책임**

##### (1) 본인의 추인

무권대리행위에 대해서 본인은 이를 **추인**할 수 있다. 본인이 추인하는 경우 무권대리행위가 처음부터 유권대리였던 것과 같이 소급하여 효력을 가진다. 즉, 위의 사례에서 철수가 에메랄드가 마음에 들어 이를 추인했다면 그 계약은 처음부터 유권대리에 의한 계약이 되고 **본인인** 철수가 그 **계약상 책임**을 진다. 민수는 계약에 대한 책임이 없다.

11) 민§130: 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 한 계약은 본인이 이를 추인하지 아니하면 본인에 대하여 효력이 없다.



## (2) 표현대리

‘외관주의’의 법리<sup>12)</sup>를 적용하여 무권대리행위에 있어서 ① 유권대리와 같은 외관(外觀)을 갖추는데 ② 본인에게 일정한 책임이 있고 ③ 상대방이 그 외관을 신뢰하여 유권대리로 오인한 경우 유권대리와 같이 본인에게 그 효력이 발생하게 된다. 여기서 본인이 부담하는 일정한 책임을 ‘표현책임’이라 하고 표현책임이 성립되는 경우 그 대리인을 ‘표현대리인’이라고 한다. 다시 정리하면 다음 세 가지의 요건을 충족하여야한다.

- ① 외관의 존재: 무권대리인에게 대리권이 있는 것과 같은 외관이 존재
- ② 귀책사유: 외관의 발생에 본인의 책임이 존재
- ③ 선의·무과실: 거래 상대방이 선의이고 그 선의에 과실이 없어야 한다.

위의 사례를 가지고 예를 든다면 ① 민수는 에메랄드 계약에 관하여는 무권대리인이지만 대외적으로 민수가 철수를 위해 에메랄드를 사러 다닌다고 광고를 하는 등 에메랄드 계약에 관한 권한이 있는 듯한 외관을 가지고 있으며 ② 이러한 외관을 갖추는 데에 있어서 본인인 철수가 적극적으로 그 광고를 허락하였거나 광고사실을 알면서도 묵인·방치하는 등의 일정한 책임이 있었고, ③ 에메랄드를 판 상대방이 과실 없이 민수의 외관을 신뢰한 경우(선의·무과실) 표현대리가 성립되는 것이다.

표현대리가 성립되는 경우 대외적으로 유권대리와 같이 본인인 철수가 계약상 책임을 지고 표현대리인인 민수는 책임을 지지 않는다. 다만 내부적으로 철수는 민수에게 상당한 손해배상을 청구할 수 있다.

## (3) 사용자 책임

만약 민수가 철수가 운영하는 ① 사업체의 직원(사용인)이고 ② 그 업무수행 과정에서 상대방에게 손해를 발생시켰다면, 철수는 여기에 사장(사용자)으로써의 책임을 지게 된다. 이를 사용자 책임(民§756)이라고 한다. 일종의 손해배상책임이다.

12) 외관주의란 위의 사례와 같이 법률행위를 하면서 실질과 다른 외관을 믿고 거래한 사람을 보호하기 위한 이념이다. 외관주의에서는 실질 보다는 외관에 따라 그 법적 효과가 발생한다.

## 제 2 장

# 불법행위

### 1. 권리와 의무의 발생

사례

철수의 커피숍에서 일하는 민수는 커피숍 유리창을 깨뜨렸다.

위의 사례에서 철수와 민수는 일정한 권리와 의무를 가진다. 철수는 민수에게 유리창 수리비를 청구할 권리가 있고, 민수는 유리창 수리비를 배상해줄 의무를 부담한다.

이 책의 첫 사례에서와 마찬가지로 이번 사례에서도 철수와 민수사이에 권리와 의무가 발생하지만 그 원인이 조금 다르다. 처음의 사례는 '계약'이 그 발생 원인이었다면 이번 사례는 민수의 일방적인 행위에 의해 발생하였다.

이렇게 ① 고의 또는 과실로 인한 ② 위법행위로 ③ 타인에게 손해를 가하는 것을 불법행위라 한다. 이러한 불법행위를 한 가해자는 피해자에게 손해를 배상할 책임이 있다.(민§750) 법률관계는 처음의 사례처럼 계약으로도 발생할 수 있지만 이번 사례와 같이 불법행위로도 발생한다.

### 2. 불법행위의 요건

#### (1) 행위자의 고의 또는 과실

**고의**란 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 가히 이를 행하는 심리상태를 말한다.<sup>13)</sup> 행위자의 **과실**이란 당사자가 거래를 하면서 주의 의무를 게을리 하는 것(주의의무 해태, 주의의무 태만)을 말한다. 일정한 주의를 기울였다면 결과발생을 인식할 수 있음에도 불구하고 **부주의로 이를 인식하지 못한 경우** 과실이 있다고 한다. 사례에서 민수가 유리창을 조준해서 막대기로 유리창을 찼다면 민수에게 고의가 있었다고 볼 수 있다. 반면 민수는 커피숍 유리창에 앉아있는 비둘기를 쫓으려 막대기를 휘둘렀는데 실수로 유리창을 가격해서 유리창이 깨진 경우라면 민수에게 과실이 있다고 할 수 있다.

만약에 민수가 가볍게 손짓만 했는데 유리창이 예측할 수 없을 정도로 너무 약해서 깨진 경우라면 어떨까? 이런 경우에는 민수에게 고의나 과실이 있다고 할 수 없을 것이고 민수의 행위는 불법행위가 되지 않을 것이다.

#### (2) 위법행위

**위법행위**란 법질서에 반하여 사회생활상 허용되지 않는 행위를 말한다. 가해행위에 정당한 사유가 있는 경우 이를 '위법성 조각사유(違法性 阻却事由)'라고 하며 이러한 경우에는 위법행위로

13) 대판2001다46440

보지 않는다. 정당방위<sup>14)</sup>나 긴급피난<sup>15)</sup>의 경우가 위법성이 없는 사유에 해당한다. 예를 들어 커피숍에 화재가 났고 민수가 대피하기 위해서 유리창을 깬다면 이는 불법행위가 아니다.

### (3) 타인의 손해

행위자의 위법행위로 인해 타인의 손해가 발생해야 한다. 예를 들어 민수가 깨뜨린 유리창이 가게 앞에 이미 버려진 유리창이라면 철수가 손해를 본 것으로 볼 수 없기 때문에 민수의 행위는 불법행위가 되지 않는다. 또는 민수의 행위로 깨진 것이 아니라 지진이 나서 유리창이 깨진 것이라면 행위와 손해사이에 인과관계가 없기 때문에 불법행위라고 볼 수 없다.

### (4) 불법행위능력(책임능력)

만약 민수가 5살 아이라면 아무리 불법행위를 해서 유리창을 깨뜨렸다 하더라도 이를 책임질 능력(불법행위능력, 책임능력)이 없기 때문에 철수에게 손해배상책임을 지지 않는다. 불법행위 능력이란 자신의 불법행위에 대하여 어떠한 법률상의 책임이 발생할지 판단할 수 있는 정신능력을 말한다. 책임능력 또는 위법행위능력이라고도 하는데 앞서 살펴본 의사능력이 있는 자는 책임능력도 있다고 본다. 반대로 심신을 상실하여 책임능력(의사능력)이 없는 자는 자신이 한 행위에 대해서 책임이 없다. 다만, 그 상대방의 보호를 위하여 책임무능력자의 보호자(감독자)가 그 책임을 지도록 하고 있다<sup>16)</sup>.

#### 심화-법률관계의 외부적 모습

적법행위	법률행위	의사표시를 통하여 권리와 의무에 변동을 가져오는 행위
	준법률행위	적법행위 중 법률행위에 해당하지 않는 것 ① 사실의 통지: 상대방에게 일정한 사실을 알리는 것 ② 최고: 일방이 상대방에게 일정한 사실을 통지 하면서 그 상대방의 의사를 묻지 않고 법률에 따라 일정한 법률효과를 부여하는 것 ③ 사실행위: 행위자의 의사와 상관없이 일정한 행위 의하여 발생한 결과가 법률상 의미가 있는 행위
위법행위	채무불이행	채무자가 채무의 내용을 이행하지 않는 것(민§350)
	불법행위	고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가하는 것(민§750)

14) 타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제3자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가하는 것(민§761①)

15) 급박한 위난을 피하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 경우(민§761②)

16) 민§755①: 다른 자에게 손해를 가한 사람이 제753조(미성년자) 또는 제754조(책임무능력자)에 따라 책임이 없는 경우에는 그를 감독할 법정 의무가 있는 자가 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 감독의무를 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

# 제 3 장

## 채권과 채무

### 제1절 채권의 의의

#### 1. 권리의 종류

민법상 권리는 크게 물권과 채권으로 구분할 수 있다. 물권(物權)이란 물건에 대한 권리(점유권, 소유권, 유치권, 질권 등)를 말하며, 채권(債權)이란 채권자가 채무자에 대하여 일정한 급부<sup>17)</sup>를 청구할 권리를 말한다. 이 장에서는 채권에 대한 기본적인 개념을 알아보고자 한다.

#### 2. 채권의 효력

##### (1) 청구력

채권은 채무자에게 일정한 행위를 할 것을 요구할 수 있는 권리이다. 이러한 요구를 법률상으로 '청구(請求)'라고 표현한다. 즉, 채권의 '청구력(請求力)'은 채권의 가장 기본적인 효력이다. 처음 철수와 민수의 고용계약 사례를 든다면 철수는 민수에게 근로의 제공을 청구할 수 있고 민수는 철수에게 월급의 지급을 청구할 수 있다.

이러한 채권자의 청구력은 채무의 변제기가 되었을 때에 가지게 되는 것이 원칙이다. 예를 들어 민수는 월급날이 되기 전에는 철수에게 월급을 달라고 할 수 없다. 즉, 채권자는 채무의 변제기가 도래하기 전에는 채무자(또는 보증인)에게 채무의 이행을 요구할 수 없다. 이것을 법률에서는 '채무자에게 기한의 이익이 있다'라고 한다.

하지만, 철수가 부도가 난다던지 파산해도 민수는 월급날까지 기다려야 할까? 그럴 수는 없을 것이다. 이렇게 채무자가 변제기에 채권을 변제할 수 없을 거라는 의문이 들 수 있는 특정한 상황이 발생한다면 예외적으로 변제기 전에도 채권자에게 청구력을 인정한다. 이렇게 채무자의 책임 있는 사유로 채권자에게 채무의 변제기 전에 청구력이 발생하는 것을 '기한의 이익의 상실' 또는 '기한의 이익의 포기'라고 한다.

17) 채권을 가진 사람인 채권자가 채무자에게 요구하는 '일정한 행위'를 법률에서는 '급부(給付)'라고 표현한다. 물권이 물건을 그 대상이자 목적으로 한다면, 채권은 급부를 목적으로 한다. 한편, '매매'와 같은 행위는 물건 거래하는 것이기 때문에 물건이 급부가 아닐까 라고 생각할 수 있겠지만, 채권에서는 그 물건 자체가 아니라 '물건을 주는 행위'를 급부로 본다. 또한, 일상생활에서 '반대급부'라는 표현을 종종 사용하는데 '반대급부'란 '급부'에 대한 대가를 말한다. 즉, 일정한 행위를 해 준 것에 대한 대가로서 요구하는 또 다른 행위가 '반대급부'이다.

### 심화-소송상 청구와 소외의 청구

채권자는 채무자에게 그 의무의 이행을 청구할 수 있는데 그 청구의 방법에는 제한이 없다. ① 채권자는 채무자에게 소송을 제기하지 않고 청구할 수도 있으며(예를 들면, 내용증명 발송으로 청구) 이를 **소 외(訴外)의 청구**라고 한다. ② 더 강력한 방법으로 채권자는 채무자를 상대로 법원에 소송을 제기할 수 있는데 이를 '민사소송'이라고 한다. 이렇게 소송을 통하여 청구하는 것을 **소송(訴訟)상 청구** 또는 **소에 의한 청구**라고 한다.

## (2) 채무불이행

만약 변제기가 되어 민수가 철수에게 돈을 갚을 것을 청구하였는데도 철수가 갚지 않는다면 어떨까? 이를 채무불이행이라고 한다. **'채무불이행'**이란 단어의 의미 그대로 **채무자의 책임 있는 사유로 채무를 약속된 데로 이행하지 않는 상태**를 말한다.

따라서 채무가 이행되지 않는 데에 채무자의 잘못이 없고 정당한 사유가 있는 경우에는 채무불이행이 되지 않는다. 특히 채무자가 채무의 이행을 거절할 수 있는 정당한 사유가 있을 때 채무자에게 '항변권'이 있다고 한다. 예를 들어 민수가 한 번도 출근하지 않았으면서 월급날 철수에게 월급의 지급을 청구했다면 철수는 그 지급을 거절할 수 있다(항변할 수 있다). 민수가 약속된 급부를 이행하지 않았기 때문에 철수도 자신의 채무이행을 거절할 수 있도록 하는 것이 형평에 맞기 때문이다.<sup>18)</sup> 앞서 살펴본 기한의 이익을 주장하는 것도 채무자가 가지는 항변권 중 하나다.

채무불이행이 발생 하는 경우 채권자는 기존의 ① **계약을 해제 또는 해지** 할 수 있는 권리를 가지며, 법적인 수단을 동원해서 ② **채무자에게 이행을 강제**<sup>19)</sup>할 수 있다. 아울러 채무불이행으로 인해 자신에게 발생한 ③ **손해의 배상을 청구**<sup>20)</sup>할 수 있다.

### 심화-계약의 해제와 해지

해제(解除)는 계약을 **처음부터 없었던 것으로 만드는 행위**를 말한다. 취소와 같은 점은 해제의 의사 표시를 통하여 계약이 소급하여 없어진다는 점이다. 차이점은 취소는 그 성립자체에 하자가 있어 무효가 되는 반면 해제는 성립에는 하자가 없었으나 후발적사유에 의해 발생한다는 점이 다르다.

해지(解止)는 해제와 마찬가지로 해지의 의사표시로써 계약의 효력이 상실된다는 점이 같으나 해지의 경우에는 **소급효가 없으며** 장래를 향하여 계약의 효력이 상실된다는 점이 다르다.

18) 민§536①(동시이행의 항변권) : 쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때 까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다.

19) 민§389①: 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다.(후략)

20) 민§390: 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

## 제2절 채권의 발생

채권은 당사자 간 법률행위(계약)에 의해 성립되는 '약정채권'과 법률행위가 없더라도 법률이 당사자 사이에 채권을 발생시키는 '법정채권'으로 구분된다.

### 1. 계약

'계약'이란 두 사람 이상의 사람들이 서로 대립하는 의사표시를 합의(합치)하는 것으로 이루어지는 법률행위를 말한다. 사람들 간의 의사표시의 합의는 '청약'과 '승낙'이라는 의사표시로 이루어진다. '청약'이란 상대방에게 승낙을 구하는 의사표시로서 상대방이 '승낙'이라는 의사표시를 하면 계약이 성립된다. 예를 들어, 마트에서 물건에 가격표를 붙여놓는 것은 그 물건을 가격표의 가격으로 살 것을 소비자에게 청약하는 것이라고 볼 수 있다. 소비자가 그 물건을 사겠다고 승낙을 하면 매매 계약이 성립된다.

사적자치의 원칙에 따라 민법에서는 계약의 내용을 일정한 범위 내에서 자유롭게 정할 수 있는 것을 원칙으로 한다. 다만 민법에서는 증여, 매매, 교환, 소비대차, 사용대차, 임대차, 고용, 도급, 위임, 임치, 현상광고, 조합, 종신통기금, 화해, 여행의 15가지 유형의 계약에 대해서는 당사자 간의 분쟁을 방지하기 위해서 그 형식을 정해두고 있는데 이를 '정형계약'이라고 한다.

### 2. 법정채권 발생사유

#### (1) 사무관리

'사무관리'란 계약 또는 의무 없이 다른 사람을 위해 그 사람이 할 일을 처리해 주는 행위를 말한다. 길을 잃은 미아를 돌보거나 이웃의 소포를 대신 받아주는 경우 등이 사무관리의 예이다. 사무관리를 하는 자는 그 사무의 성질에 좇아 가장 본인에게 이익이 되는 방법으로 이를 관리해야 할 의무가 있으며(민§734), 본인에게 사무관리에 소요된 비용 등의 상환을 청구할 권리(채권)이 있다.(민§739)

#### (2) 부당이득

'부당이득'이란 계약 등 정당한 법률상의 원인 없이 다른 사람의 재산 또는 노무로 인하여 얻은 이익을 말한다. 부당이득을 본 사람에게는 그로 인해 손실을 본 사람에게 그 이득을 반환할 의무(채무)가 있다.

#### (3) 불법행위

'불법행위'란 고의 또는 과실로 위법하게 타인에게 손해를 입히는 행위를 말한다. 불법행위를 한 사람은 그 손해를 입은 상대방에 대해 손해를 배상할 책임이 있다.

## 제3절 채권의 이전

### 1. 지명채권

#### 사례

철수는 민수에게서 1억 원을 6개월 뒤 갚는 조건으로 빌렸다.

야구에서 지명타자(指名打者)라고 하면 공격 시 투수대신에 타자로 지정되어 공격하는 선수를 말한다. 지명채권(指名債權)도 마찬가지로 채권자와 채무자가 지정되어 있는 채권을 말하며 우리가 일상적으로 접하게 되는 일반적인 채권이 지명채권이다.<sup>21)</sup> 사례처럼 철수가 민수에게 1억을 빌렸다면 민수는 철수에 대한 지명채권을 갖게 된다.

### 2. 지명채권의 양도

#### (1) 지명채권양도의 방식

만약에 철수에게 돈을 빌려준 다음 날 민수가 영희에게 9천만원을 받으면서 이에 대한 대가로 철수에 대해서 가지고 있는 자신의 채권(지명채권)을 영희에게 이전하기로 하면 어떨까? 이를 두고 민수가 영희에게 지명채권을 양도한다고 표현한다.

지명채권의 양도는 당사자 사이의 의사표시(계약)만으로 성립된다. 즉 민수가 영희에게 채권 양도의 청약을 하고 영희가 이에 대해 승낙하면 민수의 철수에 대한 지명채권이 영희에게 이전되고 이제는 영희가 채권자가 되는 것이다.

그러나 6개월 뒤 변제기에 영희가 채무자 철수에게 가서 변제를 청구하면 채권양도 사실을 모르는 철수는 변제를 거절할 것이다. 지명채권은 당사자 간 의사표시만으로 양도되기 때문에 양도인과 양수인 외의 제3자(사례에서는 채무자 철수)는 채권양수도 사실을 알 수 없기 때문이다. 따라서 지명채권의 양도에는 채무자에 대한 일정한 절차를 추가로 거쳐야만 하는데 이것을 '지명채권 양도의 대항요건을 갖추었다'라고 한다.

#### (2) 지명채권양도의 대항요건

'지명채권 양도의 대항요건'이란 채권의 양수인이 채무자에게 채권자임을 대항가능(주장가능, 청구가능) 하도록 하는 요건을 말한다. 만약에 민수가 영희에게 채권을 양도하면서 ① **채권 양도사실을 통지**하거나 ② **채권 양도를 승낙** 받은다면 변제기에 영희는 철수에게 자신이 채권자임을 대항할 수 있게 되는 것이다<sup>22)</sup>. 마찬가지로 영희가 다시 다른 이에게 지명채권을 양도하기

21) 지명채권과 달리 어음과 같은 증권으로 유통이 되는 채권도 있는데 이를 '지시채권'이라고 한다.(민§508)

22) 민§450

위해서는 다시 채무자 철수에 대한 대항요건을 갖추어야 한다.  
 지명채권 양도를 내용을 정리하면 다음과 같다.

구분	내용
효력요건	채권양도에 관한 양도인과 양수인의 의사표시
대항요건	채권양도에 관한 채무자에 대한 통지 또는 채권양도에 관한 채무자의 승낙

## 제4절 채권의 소멸

### 1. 소멸시효와 제척기간

위의 사례에서 만약 민수가 철수에게 30년 뒤에 찾아와 차용증을 내밀면서 돈을 갚으라고 하면 어떨까? 철수는 그런 빛이 있는지 잊어버렸을 수도 있고, 알았다 하더라도 그 빛을 갚았는지 갚지 않았는지도 알기 어렵다. 아니면 확실히 갚았다는 것을 알고 있어도 그것을 증명할 증거나 증인을 찾기는 사실상 불가능할 것이다.

이 경우 철수는 민수의 청구에 대해서 ‘소멸시효가 지났다(완성되었다)’라는 이유로 그 빛을 갚지 않을 수 있다. ‘**소멸시효**’란 권리를 소멸시키는 시간의 효과를 줄인 말로서 권리자가 그의 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 일정한 기간 동안 그 권리를 행사하지 않는 상태가 계속된 경우에 그 자의 권리를 소멸시키는 제도이다.

소멸시효의 취지는 오랜 기간 동안 지속된 상태를 신뢰한 사람을 또는 시간이 오래 지나 무엇인가를 증명하기에는 곤란한 사람을 보호하기 위함에 있다. 반대로 상대방에 대해서는 일정한 기간 동안 자신의 권리를 행사하지 않은 것에 대한 징벌적인 성격의 제도이다.<sup>23)</sup> 따라서 상대방이 소멸시효가 완성되기 전에 그 권리의 존재를 당신에게 알려주고 당신이 동의 했다면 소멸시효로 권리가 소멸되지 않는데 이를 **소멸시효의 중단 또는 정지**라고 한다.

‘**제척기간**’이란 권리의 유통기한과 같은 개념으로서 권리가 발생하고 일정기간이 지나면 그 권리를 행사할 수 없는 제도이다. 제척기간 역시 일정 기간이 지나면 권리가 소멸한다는 점에서 소멸시효와 유사하지만, 제척기간의 취지는 법률관계를 신속하게 결정짓기 위한 것이기 때문에 소멸시효와 달리 상대방이 권리를 주장하여도 제척기간이 경과하면 권리가 소멸한다(즉, **중단이나 정지의 개념이 제척기간에는 없다**).

23) 법률에서는 ‘권리 위에 잡자는 자는 보호를 받지 못한다.’는 격언이 있다.



## 2. 채권 특유의 소멸사유

앞서 살펴본 소멸시효와 제척기간 외에도 민법의 채권편에는 다른 권리와 다른 채권 고유의 특성에 따른 소멸사유로서 변제, 대물변제, 공탁, 상계, 경개, 면제, 혼동의 7가지를 규정하고 있다.

### (1) 변 제

‘**변제**’란 채무자 또는 제3자가 채무의 내용을 이행하여 채권의 목적을 달성하는 것을 말한다. 예를 들어, 돈을 빌린 채무자가 채권자에게 돈을 갚는 것이 변제이며, 변제로 인해 금전채권의 목적이 달성되므로 그 채권은 당연히 소멸된다.

### (2) 대물변제

‘**대물변제**’란 채권자의 허락을 얻어 채무자가 부담해야하는 본래의 급부를 대신하여 다른 급부를 제공하는 것을 말한다.<sup>24)</sup> 1억 원의 금전채무에 대해서 1억 원을 지급하는 대신 토지를 제공하는 것이 그 예이다.

### (3) 공 탁

#### 사례

철수는 민수에게 빌린 1억원을 갚기 위해 민수가 살던 집에 찾아 갔지만 민수는 이미 사망했고 철수는 민수의 상속인이 누구인지 알 길이 없다.

채무를 이행하려고 해도 채권자가 변제를 거절하거나 변제를 받을 수 없는 경우가 있을 수 있다. 또는 사례와 같이 채무자가 채권자를 알 수 없는 경우도 있다. 이 경우 채무자는 ‘공탁’이란 제도를 이용할 수 있는데, ‘**공탁**’이란 채무자가 유가증권, 금전, 기타 동산 등 변제의 목적물을 국가가 운영하는 공탁소에 맡기고 채권자가 그 물건을 수령하도록 하는 경우, 이것을 변제한 것과 동일하게 보는 것을 말한다.<sup>25)</sup>

만약 변제의 목적물이 말이나 양 같은 동물, 사과 같은 과일처럼 공탁을 하기에 적절하지 않은 물건일 경우 채무자는 법원의 허락을 받아 그 물건을 경매한 뒤 그 경매대금을 공탁할 수 있다.

### (4) 상 계

‘**상계**’란 채권자와 채무자가 서로 같은 종류의 채권·채무를 가지는 경우에 그 채무들에서 서로 동등한 금액을 소멸하게 하는 것을 말한다. 예를 들어, 100만 원의 채무를 부담하고 있는

24) 민§466 : 채무자가 채권자의 승낙을 얻어 본래의 채무이행에 가름하여 다른 급부를 한 때에는 변제와 같은 효력이 있다.

25) 민§487 : 채권자가 변제를 받지 아니하거나 받을 수 없는 때에는 변제자는 채권자를 위하여 변제의 목적물을 공탁하여 그 채무를 면할 수 있다. 변제자가 과실 없이 채권자를 알 수 없는 경우에도 같다.

채무자가 채권자에 대하여 70만 원의 채권을 가지고 있다면, 채무자는 이 둘을 상계하고 나머지 30만 원 만을 지급할 수 있다. 이 경우 채권자의 동의는 필요하지 않으며 채무자가 일방적인 의사표시로 상계할 수 있다.

다만, 상계를 위해서는 서로의 채권·채무가 동일한 종류의 것이어야 한다. 만약 금액이 같더라도 한쪽은 100만원을 금전으로 갚아야 하고, 한쪽은 70만원 가치의 노무(勞務)로 갚아야 하는 채무라면 서로 상계할 수 없다. 또한, 당사자 간에 상계를 금지하는 특약을 하는 경우 채무자는 상계를 할 수 없다<sup>26)</sup>.

## (5) 경 개

### 사례

철수는 민수에게 빌린 1억원을 갚을 수 없었다. 민수는 철수에 대한 기존의 채무를 대신하여 철수의 집을 담보로 하는 1억원의 새로운 차용증을 작성하였다.

‘경개(更改)’라는 단어의 한자어를 그대로 풀이하면 ‘새롭게 바꾼다’는 의미이다. 즉, ‘**경개**’란 기존의 채무를 소멸시키고 새로운 채무를 성립하기로 하는 채권자와 채무자와의 계약을 의미한다. 사례와 같이 채무의 내용을 변경할 수도 있으며, 채권자나 채무자를 다른 사람으로 변경하는 것도 경개의 예이다.

## (6) 면 제

‘**면제**’란 채권자가 채무자에 대한 채무를 무상으로 소멸시키는 의사표시를 말한다.<sup>27)</sup> 상계와 마찬가지로 면제도 채무자의 동의 없이 채권자가 일방적으로 행사할 수 있다.

## (7) 혼 동

‘**혼동(混同)**’이란 채권과 채무가 동일인에게 귀속되는 것을 말한다. 예를 들어 전세로 살고 있던 세입자가 그 집을 매입하는 경우 전세보증금(채무)에 대한 채권자가 세입자 자신이 되는데 이것이 혼동이라 할 수 있다.

26) 민§492: ① 쌍방이 서로 같은 종류의 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때에는 각 채무자는 대등액에 관하여 상계할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 상계를 허용하지 아니할 때에는 그러하지 아니하다.

② 전항의 규정은 당사자가 다른 의사를 표시한 경우에는 적용하지 아니한다. 그러나 그 의사표시로써 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

27) 민§506: 채권자가 채무자에게 채무를 면제하는 의사를 표시한 때에는 채권은 소멸한다. 그러나 면제로써 정당한 이익을 가진 제삼자에게 대항하지 못한다.

## 제5절 채권의 담보

채권과 채무는 채권자와 채무자와의 신뢰를 기반으로 하여 성립되기 마련이다. 따라서 신용이 좋지 않은 사람은 일정한 재산을 담보로 제공하거나 다른 사람의 신용을 이용하여 채권·채무 관계를 성립할 수도 있다. 이 중 후자를 위해 민법에서 마련한 제도가 연대와 보증제도이다.

### 1. 연대채무

#### 사례

철수와 영희는 민수에게서 1억 원을 빌리면서 '연대채무'의 계약을 하였다. 하지만 실제로 돈은 철수가 받아서 다 썼고 영희는 이 사실을 알지 못하고 있었다.

#### (1) 의의

'연대채무'란 여러 명의 채무자가 하나의 급부(채무)를 공동으로 부담하는 것을 말한다<sup>28)</sup>.

#### (2) 연대채무의 효력

연대채무관계에서 각 채무자는 채무 전액에 대해서 서로 독립적이고 평등하게 채무를 부담한다. 따라서 채권자는 연대채무자 가운데 누구에게라도 그 채무 전액의 이행을 청구할 수 있다. 다만 하나의 급부를 목적으로 하기 때문에 어떤 방식으로건 전액을 변제받으면 채권·채무는 소멸한다.

즉, 위의 사례에서 철수와 영희는 민수에게 각각 1억 원 전액에 대해 채무를 부담한다. 또한 민수는 자신이 가진 채권을 철수와 영희 누구에게라도 전액 이행청구를 할 수 있고 동시에 이행을 청구할 수도 있다. 만약 철수가 민수의 돈을 모두 갚으면 민수의 채권은 목적을 달성하였기 때문에 민수는 영희에게 다시 채무 이행을 청구할 수 없다.

#### (3) 구상권

그런데, 만약 영희가 민수의 돈을 갚았다면 어떻게 될까? 실제로 돈을 받아서 쓴 것은 철수이기 때문에 영희에게는 철수에게 돈을 받을 다른 수단이 필요할 것이다. 이러한 경우를 위해 민법에서는 연대채무자 중 누군가가 채무를 이행하는 경우 다른 채무자를 상대로 상환을 요구할 수 있는 권리를 인정하고 있는데 이를 '구상권'이라 한다.<sup>29)</sup> 즉, 영희는 실제로 철수가 부담해야 할 채무를 자신이 이행하였으므로 철수에게 구상권(求償權)을 행사하여 돈을 달라고 할 수 있다.

28) 민§413: 수인의 채무자가 채무전부를 각자 이행할 의무가 있고 채무자 1인의 이행으로 다른 채무자도 그 의무를 면하게 되는 때에는 그 채무는 연대채무로 한다.

29) 배상과 구상이라는 단어가 혼동될 수 있다. 배상은 피해자에 대한 대외적인 문제에 적용되는 용어이고, 구상은 채무자 또는 가해자들 간의 내부적인 문제에 적용되는 용어이다.

예를 들어, 회사 건물에 도둑이 들어 피해를 입었다고 해보자. 회사는 절도범의 불법행위에 대해서 손해배상을 청구할 수 있으며, 또한 회사의 경비를 담당한 경비업체에 대해서도 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있을 것이다<sup>30)</sup>. 회사가 입은 피해를 보상한다는 하나의 경제적 목적에 대해서 절도범과 경비업체는 독립적으로 채무를 부담하게 될 것이고 회사는 이들 각각에 대해 채무의 이행을 청구할 수 있다. 그렇다면 이들의 관계는 민법에서 말하고 있는 연대채무일까?

민법에서 규정하고 있는 연대채무를 ‘진정연대채무’라고도 부른다. 앞서 살펴본 철수와 영희의 연대채무 사례와 같이 진정연대채무는 일반적으로 채무자간에 연대채무를 부담하겠다는 표시로 인하여 발생하기 때문에 채무자 간에는 강한 연관관계가 존재한다.

하지만, 위의 절도범과 경비업체의 경우 회사의 피해를 연대하여 보상하겠다는 의사를 표시한 적이 없으며, 각각 불법행위와 채무불이행이라는 별개의 원인으로 발생하였다. 따라서 진정연대채무와 같이 채무자간에 연관관계가 있다고 볼 수 없다. 이러한 연대채무 관계를 ‘부진정연대채무’라고 하는데 이는 민법에서 규정하지는 않았지만 통설·판례에서 인정하는 연대채무의 또 다른 형태이다.

진정연대채무와 부진정연대채무를 비교하면 다음과 같다.

(1) 공통점

부진정연대채무는 다수의 채무자가 동일한 내용의 채무를 각자 독립적으로 부담한다는 점에서 진정연대채무와 공통점이 있다. 또한 한 채무자가 채무를 완전히 이행하면 그 부분에 있어서 다른 채무자들의 채무가 소멸하는 것도 동일하다.

즉, 위의 사례에서 회사의 피해보상이라는 하나의 채무를 절도범과 경비업체가 각각 독립하여 채무를 부담한다. 그리고 만약 회사의 피해액이 1억 원인데 이를 경비업체에서 전액 손해배상을 했다면, 절도범의 회사에 대한 손해배상 채무는 소멸하게 된다.

(2) 차이점

하지만, 진정연대채무는 각 채무자가 동일한 금액의 채무(채무 전액)를 부담하는데 반하여 부진정연대채무는 각 채무의 발생원인이 다르기 때문에 그 채무의 금액도 서로 동일하지 않아도 된다<sup>31)</sup>.

또한, 진정연대채무와 부진정연대채무는 진정연대채무에서 원칙적으로 채무자간의 구상권을 인정하는 것과 달리 부진정연대채무는 앞서 언급한 바와 같이 채무자간에 서로 연관관계가 없기 때문에 구상권을 원칙적으로 인정하지 않고, 채무자 간에 특별한 법률관계가 있는 경우에만 구상권을 인정한다.

즉, 사례에서 절도범과 경비업체가 부담하는 채무액은 서로 다를 수 있으며, 경비업체가 회사의 피해액을 모두 배상했다 하더라도 원칙적으로는 절도범에게 이를 구상할 수 없다. 다만, 회사의 경비업체와 절도범의 책임 비율이 다름에도 경비업체가 전액 배상하였다면, 경비업체와 절도범 사이에 법률관계가 형성되었다고 보아 절도범의 책임 비율 부분에 대한 구상권을 인정 한다<sup>32)</sup>.

마지막으로 진정연대채무에서는 어느 한 채무자에게 채권소멸사유(일반적소멸사유와 채권 특유의 소멸사유를 모두 포함)가 발생한 경우 다른 채무자에게도 그 효력이 미친다. 예를 들어 한 채무자에 대해서 채권이 소멸시효가 완성되어 채권이 소멸한 경우 다른 채무자에 대해서도 채권이 모두 소멸한다.

반면, 부진정연대채무에서는 변제, 대물변제, 공탁과 같이 채권을 완전히 이행되는 사유가 아닌 경우에는 한 채무자에 대한 채권 소멸사유가 다른 채권자에게 영향을 미치지 않는다. 예를 들어 앞선 사례에서 회사가 경비업체에 대한 채무를 면제해 주었다 하더라도 절도범의 채무에는 영향이 없다.

## 2. 보증채무

### 사례

철수는 민수에게서 1억 원을 빌리면서 영희를 보증인으로 내세웠다. 채무의 변제기가 되자 민수는 영희에게 돈을 갚으라고 하였다.

사례에서 영희는 철수가 채무를 이행하지 않는 경우 민수에 대한 1억 원의 채무를 이행하게 된다. 이렇게 타인이 그의 채무를 이행하지 않는 경우에 이를 이행하여야 하는 채무를 ‘**보증채무**’라 한다. 여기서 영희와 철수의 관계를 살펴보면 영희의 보증을 받는 철수를 ‘**피보증인**’이라하고 영희를 ‘**보증인**’이라 한다. 그리고 채권자 민수에 대한 관계에서는 철수를 ‘**주채무자**’, 영희를 ‘**보증채무자**’라고 한다.

연대채무가 채무자 모두 동등한 위치에서 채무를 부담하는 것과 달리 보증채무의 경우 주채무자가 채무불이행시 보증채무 이행의무가 생기기 때문에 **보증채무는 주채무에 종속하는 채무**이다. 이렇게 보증채무가 주채무에 종속되는 성질로 인하여 보증인은 몇 가지의 권리(항변권)를 가지게 된다.

### (1) 최고(催告)의 항변

위의 사례와 같이 민수가 보증인인 영희에게 먼저 (보증)채무의 이행을 청구하는 경우 영희는 먼저 철수에게 가서 **주채무의 이행을 먼저 청구 할 것을 주장**하면서 채무의 이행을 거절할 수 있다. 이를 ‘**최고의 항변**’이라고 한다.

### (2) 검색(檢索)의 항변

또한 영희는 채무의 이행을 요구하는 민수에게 철수네 집에 값비싼 물건이 있다는 식의 주장을 할 수 있다. 즉, **주채무자에게 채무를 이행할 능력이 있을 경우 보증인은 채권자에게 주채무자에게 강제이행 하면 채무를 변제 받을 수 있다는 것을 입증하여 그 채무의 이행을 거절할 수 있는데** 이를 ‘**검색의 항변**’이라고 한다. 일반적으로 최고의 항변과 묶어서 ‘**최고·검색의 항변**’이라고 부른다.

### (3) 주채무자의 항변 원용

‘원용(援用)’이란 한자어를 풀어쓰면 ‘끌어서 쓴다’라는 의미이다. 법률에서는 자신의 이익을 위해서 다른 사실을 끌어다가 주장하는 것을 ‘원용’이라고 표현한다. 즉, ‘**주채무자의 항변 원용**’이란 **주채무자와 채권자 사이의 어떤 사실을 보증채무자가 자신의 이익을 위해 주장하는 것을**

30) 대판2006다47677

31) 이는 판례의 입장이며, 통설은 이와 다른 견지에 있다.

32) 판례는 경비업체(캡스)의 절도범에 대한 구상권을 인정하였다.

말한다. 예를 들어, 민수의 철수에 대한 채권이 소멸시효가 완성된 경우 영희도 철수의 채무가 소멸시효가 완성되었다는 사실을 원용하여 민수의 청구를 거절할 수 있다.

#### (4) 주채무자의 상계권 원용

만약 철수가 민수에 대하여 채무와는 별도로 상계가 가능한 채권을 가지고 있는 경우 영희는 철수의 상계권을 가져와 **상계를 주장**할 수 있다.

#### (5) 구상권

주채무자가 채무를 이행하지 않아 보증인이 대신하여 보증채무를 이행한 경우 내부적으로 보증인은 주채무자에게 **구상권**을 행사할 수 있다.