

(2000. 1. 28. 법률 제6243호로 개정되기 전의 것) 제 83조 제1항(헌행국토의계획및이용에관한법률 제65조 참조), 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례
 법시행령(2002. 12. 30. 대통령령 제17854호로 폐지) 제2조의10 제2항

2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결 [제3자의의]

- [1] 통정허위표시에 의한 채권을 가압류한 자가 민법 제108조 제2항의 '제3자'에 해당하는지 여부(적극) 및 위 '제3자'에 무과실이 요건인지 여부(소극)
- [2] 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위가 민법 제103조에 해당하는 반사회질서의 법률행위인지 여부(소극)
- [3] 근저당권이 유효하기 위하여 근저당권설정행위와 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 필요한지 여부(적극)
- [4] 근저당권의 피담보채권이 부존재하는 경우, 그 채권에 대한 가압류명령의 효력(무효) 및 가압류권자가 무효인 근저당권의 말소에 대하여 승낙의 의사표시를 하여야 할 의무를 부담하는지 여부(적극)

■ 판결요지

- [1] 통정한 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계로 생긴 채권을 가압류한 경우, 그 가압류권자는 허위표시에 기초하여 새로운 법률상 이해관계를 가지게 되므로 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당한다고 봄이 상당하고, 또한 민법 제108조 제2항의 제3자는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니다.
- [2] 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률 행위로 볼 수 없다.
- [3] 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서, 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 한다.
- [4] 근저당권이 있는 채권이 가압류되는 경우, 근저당권설정등기에 부기등기의 방법으로 그 피담보

채권의 가압류사실을 기입등기하는 목적은 근저당권의 피담보채권이 가압류되면 담보물권의 수반성에 의하여 종된 권리인 근저당권에도 가압류의 효력이 미치게 되어 피담보채권의 가압류를 공시하기 위한 것이므로, 만일 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는다면 그 가압류명령은 무효라고 할 것이다. 근저당권을 말소하는 경우에 가압류권자는 등기상 이해관계 있는 제3자로서 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 하여야 할 의무가 있다.

■ 참조조문

[1] 민법 제108조 제2항, 민사집행법 제276조 / [2] 민법 제103조 / [3] 민법 제357조 제1항 / [4] 민사집행법 제276조, 부동산등기법 제171조

■ 참조판례

[1] 대법원 2000. 7. 6. 선고 99다51258 판결(공2000하, 1861) / [2] 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다61307 판결(공1994상, 1444)

共存의 知慧

자정을 넘긴 시각,
 TV 스위치를 누르니 외국영화가 상영되고 있다.
 미국으로 이민 간 엘리트 중국 젊은 부부가 겪는 이질 문화의 충격을 극복하여 나아가는 내용의 영화였는데 다루어진 분야가 사법제도(司法制度)에 포커스를 맞추고 있어 흥미롭게 관람하였다.
 이 드라마는 동서양의 문화의 이질성 때문에 발생한 사소한 문제가 사건화되어 한가정이 파탄의 위기에 직면하게 되었으나, 이질적인 문명권 속에서 삶을 영위하여 온 제3의 인물의 노력에 의하여 사건의 실체가 밝혀져 문화적 갈등을 극복한다는 벨로 드라마이다.

“채찍에 의한 폭행”에 관한 동서양의 사회적, 문화적 인식의 차이가 이 드라마의 핵심이며 출발점이다.

어느 날, 본국인 중국에 거주하고 있는 아버지가 미국에 거주하고 있는 아들집에 손자(孫子)를 보기위해 찾아오는 장면으로 이 영화는 시작된다. 여섯 살난 외아들인 아이가 다쳐 병원에서 치료중에 아이등에 채찍으로 폭행당한 듯한 상흔(傷痕)이 발견되어 의료진은 ‘사회 복지 센터’에 고발하게 되어 사건화된다.

중국에서는 기(氣)가 부족하다 싶으면 목뒤 등에서 아랫 방향으로 기구를 사용 끌어내려가며 기가 하복부에 모이도록 하는 전래의 중국 민간요법이 있는데 이 시술을 몇 번 받고나면 등에 채찍으로 폭행당한 것 같은 흔적이 남는데 우리나라 한의원에서 시료하고 나면 타박의 상흔처럼 보이는 흔적이 남는 “부황을 뜨는” 요법과 같은 이치의 치료법이다.

사회 복지 센터에서 조사받는 과정(청문회)에서 원·피고는 변호사의 조력을 받으며 공방이 진행되었으나 아들과 부모의 격리 수용이 결정되고 접근금지가 처분을 받게 되고 출지에 외아들을 아동 복지 시설에 강제수용 되게된 젊은 부부는 극심한 심리적 고통과 갈등을 겪게 되고 아이의 조부는 극심한 문화적 차이에 절망하여 귀국하고 만다.

결국, 법원에서의 송치 결정이 확정되는데 청문회 진행과정에서 오랫동안 뇌리에서 지워지지 아니하는 두 개의 장면이 무척이나 인상적이었다. 그 하나는, 아이에게 시술한 사람은 아버지가 아니고 조부였다. 사건 초기에 행위자가 조부였다는 사실을 밝혔다면 문제는 간단히 끝낼 수 있었다. 피고인 변호사가 아이의 아버지에게 「어째서