

2025년(제62회) 변리사 민법개론 상세해설

변리사스쿨 민법강사 류호권

1. 관습법과 사실인 관습에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 미등기 무허가건물의 매수인은 그 소유권이전등기를 경료하지 않으면 건물의 소유권을 취득할 수 없지만, 소유권에 준하는 관습상의 물권이 인정될 수는 있다.
- ② 관습법은 사회의 거듭된 관행과 법적 확신이 없어도 성립된다.
- ③ 사실인 관습은 사적 자치가 인정되는 분야의 제정법이 임의규정인 경우에는 법률행위의 해석기준이 되므로, 이를 재판의 자료로 할 수 있다.
- ④ 온천에 관한 권리는 관습법상의 물권이나 준물권이라고 볼 수 있다.
- ⑤ 사실인 관습은 당사자의 주장·입증을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 한다.

【정답】 ③

- ① (×) : 미등기 무허가건물의 매수인은 소유권이전등기를 마치지 않는 한 건물의 소유권을 취득할 수 없고, 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고도 할 수 없으며, 현행법상 사실상의 소유권이라고 하는 포괄적인 권리 또는 법률상의 지위를 인정하기도 어렵다(대판 2014.2.13. 2011다64782).
- ② (×) : 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이르는 것을 말하고, 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말하는 바, 관습법은 바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다(대판 1983.6.14. 80다3231).
- ③ (○) : 사실인 관습은 사적 자치가 인정되는 분야 즉 그 분야의 제정법이 주로 임의규정일 경우에는 법률행위의 해석기준으로서 또는 의사를 보충하는 기능으로서 이를 재판의 자료로 할 수 있을 것이나, 이 이외의 즉 그 분야의 제정법이 주로 강행규정일 경우에는 그 강행규정 자체에 결함이 있거나 강행규정 스스로가 관습에 따르도록 위임한 경우 등 이외에는 법적 효력을 부여할 수 없다(대판 1983.6.14. 80다3231).
- ④ (×) : 온천에 관한 권리는 관습상의 물권이나 준물권이라 할 수 없고 온천수는 공용수 또는 생활상 필요한 용수에 해당되지 않는다(대판 1972.8.29. 72다1243).
- ⑤ (×) : 법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장 입증을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 하고 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증하여야 하나, 관습은 그 존부 자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 그 관습이 사회의 법적 확신이나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, 법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장입증할 필요가 있다(대판 1983.6.14. 80다3231).

2. 성년후견, 한정후견 및 특정후견에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 질병으로 인한 정신적 제약으로 특정 사무에 관한 후원이 필요하여 특정후견이 청구된 경우라도 가정법원은 본인의 의사에 반하여 특정후견의 심판을 할 수는 없다.
- ② 한정후견개시의 심판 시에 가정법원은 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정하여야 한다.
- ③ 미성년후견인은 한정후견개시의 심판을 청구할 수 없다.
- ④ 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 대가가 과도하지 않은 일용품의 구입계약을 한 경우에 한정후견인은 이를 취소할 수 있다.
- ⑤ 성년후견개시의 심판을 할 때 가정법원은 그 본인의 의사를 고려할 필요가 없다.

【정답】 ①

- ① (○) : 제14조의2 제1, 2항
- ② (×) : 가정법원은 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있다(제13조 제1항).
- ③ (×) : 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 한정후견개시의 심판을 한다(제12조 제1항).
- ④ (×) : 한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 하였을 때에는 그 법률행위를 취소할 수 있다. 다만, 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위에 대하여는 그러하지 아니하다(제13조 제4항).
- ⑤ (×) : 가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다(제9조 제2항).

3. 민법상 법인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 사단법인 목적 범위 외의 행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 그 사항의 의결을 집행한 사원도 손해배상책임을 진다.
- ② 이사의 대표권 제한이 정관에 기재된 경우, 이를 등기하지 않아도 약의 제3자에게 대항할 수 있다.
- ③ 비법인사단의 해산에 따른 청산절차에는 사단법인의 청산인에 관한 민법 규정을 유추적용할 수 있다.
- ④ 재단법인의 목적을 달성할 수 없는 때에는 설립자나 이사는 주무관청의 허가를 얻어 설립의 취지를 참작하여 그 목적 기타 정관의 규정을 변경할 수 있다.
- ⑤ 이사의 성명과 주소는 등기사항이지만, 그 변경등기가 경료되기 전이라도 신임 이사가 한 직무행위는 원칙적으로 법인에 대하여 유효하다.

【정답】 ②

- ① (○) : 법인의 목적범위외의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 사항의 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 사원, 이사 및 기타 대표자가 연대하여 배상하여야 한다(제35조 제2항).
- ② (×) : 법인의 정관에 법인 대표권의 제한에 관한 규정이 있으나 그와 같은 취지가 등기

되어 있지 않다면 법인은 그와 같은 정관의 규정에 대하여 선의나 악의나에 관계없이 제3자에 대하여 대항할 수 없다(대판1992.2.14. 91다24564).

③ (○) : 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 규정들을 유추적용하여야 할 것이므로 비법인사단인 교회의 교인이 존재하지 않게 된 경우 그 교회는 해산하여 청산절차에 들어가서 청산의 목적범위 내에서 권리·의무의 주체가 되며, 이 경우 해산 당시 그 비법인사단의 총회에서 향후 업무를 수행할 자를 선정하였다면 민법 제82조 제1항을 유추하여 그 선임된 자가 청산인으로서 청산 중의 비법인사단을 대표하여 청산업무를 수행하게 된다(대판 2003. 11. 14. 2001다32687).

④ (○) : 제46조

⑤ (○) : 이사의 성명, 주소는 등기사항이고(제49조 제2항 8호), 제49조 제2항의 사항 중에 변경이 있는 때에는 3주간 내에 변경등기를 하여야 한다(제52조). 하지만 제54조 제1항은 “설립등기 이외의 본질의 등기사항은 그 등기 후가 아니면 제삼자에게 대항하지 못한다.”라고 규정하여 설립등기 이외의 등기는 모두 대항요건에 불과하다. 따라서 이사의 변경등기도 제삼자에 대한 대항요건에 불과하므로 변경등기가 경료되기 전이라도 신임이사가 한 직무행위는 법인에 대하여 유효하다.

4. 물건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 국립공원의 입장료는 토지의 사용대가이므로 민법상 과실이다,
- ② 어느 건물이 주된 건물의 종물이기 위해서는 주된 건물의 경제적 효용을 보조하기 위하여 계속적으로 이바지하는 관계가 있어야 한다.
- ③ 어떤 토지가 지적공부상 1필의 토지로 등록되면 특별한 사정이 없는 한, 그 경계는 지적공부상의 경계에 의하여 특정된다.
- ③ 명인방법에 의하여 공시된 수목의 집단은 독립된 소유권의 객체가 될 수 있어 양도담보권을 설정할 수 있다.
- ⑤ 용익물권은 분필절차를 밟지 않아도 1필의 토지의 일부 위에 설정될 수 있다.

【정답】 ①

① (×) : 국립공원의 입장료는 토지의 사용대가라는 민법상 과실이 아니라 수익자 부담의 원칙에 따라 국립공원의 유지·관리비용의 일부를 국립공원 입장객에게 부담시키고자 하는 것이어서 토지의 소유권이나 그에 기한 과실수취권과는 아무런 관련이 없다(대판 2001.12.28. 2000다27749).

② (○) : 어느 건물이 주된 건물의 종물이기 위하여는 주된 건물의 경제적 효용을 보조하기 위하여 계속적으로 이바지 되어야 하는 관계가 있어야 한다(대판 1988. 2. 23. 87다카600).

③ (○) : 어떤 토지가 지적공부상 1필의 토지로 등록되면 그 지적공부상의 경계가 현실의 경계와 다르다 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 그 경계는 지적공부상의 등록, 즉 지적도상의 경계에 의하여 특정되는 것이다(대판 1997. 7. 8. 96다36517).

④ (○) : 명인방법에 의하여 공시할 수 있는 물권변동은 소유권의 양도 및 이와 동시에 할 수 있는 것 또는 양도담보에 한하며, 저당권 기타 제한물권의 설정은 허용되지 않는다.

⑤ (○) : 용익물권은 분필절차를 밟지 않아도 1필의 토지의 일부 위에 설정될 수 있다.

5. 기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 기간의 계산에 관해 법률행위로 민법과 달리 정할 수 있다.
- ② 기간을 시, 분, 초로 정한 때는 즉시로부터 기산한다.
- ③ 기간을 월(月)로 정한 경우, 월의 처음으로부터 기간을 기산하지 아니하는 때는 최후의 월에서 그 기산일에 해당하는 날의 24시에 기간이 만료한다.
- ④ 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 때에는 기간은 그 익일로 만료한다.
- ⑤ 나이는 출생일을 산입하여 만(晩) 나이로 계산하고, 1세에 이르지 아니한 경우에는 월수(月數)로 표시할 수 있다.

【정답】 ③

- ① (○) : 기간의 계산은 법령, 재판상의 처분 또는 법률행위에 다른 정한 바가 없으면 본장의 규정에 의한다(제155조).
- ② (○) : 제156조
- ③ (×) : 주, 월 또는 연의 처음으로부터 기간을 기산하지 아니하는 때에는 최후의 주, 월 또는 연에서 그 기산일에 해당하는 날의 전일로 기간이 만료한다(제160조 제2항).
- ④ (○) : 제161조
- ⑤ (○) : 제158조

6. 소멸시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 파산절차참가는 채권자가 이를 취소하거나 그 청구가 각하된 때에는 시효중단의 효력이 없다.
- ② 변리사의 직무에 관한 채권은 10년의 소멸시효가 적용된다.
- ③ 도급공사 중 발생한 홍수피해의 복구공사로 도급인에 대해 가지는 수급인의 복구공사비 채권은 공사도급계약에 부수되는 채권으로 3년의 단기소멸시효에 걸린다.
- ④ 재산을 관리하는 후견인에 대한 제한능력자의 권리는 그가 능력자가 되거나 후임 법정대리인이 취임한 때부터 6개월 내에는 소멸시효가 완성되지 아니한다.
- ⑤ 대여금채권을 담보하기 위한 근저당권설정등기청구권은 그 피담보채권인 대여금채권과 별개의 권리로 시효기간이 독자적으로 진행된다.

【정답】 ②

- ① (○) : 제171조
- ② (×) : 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권은 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다(제163조 제5호).
- ③ (○) : 민법 제163조 제3호는 3년의 단기소멸시효에 걸리는 채권으로서 “도급을 받은 자의 공사에 관한 채권”을 들고 있는바, 여기에서 “채권”은 도급받은 공사의 공사대금채권 뿐만 아니라 그 공사에 부수되는 채권도 포함하는 것이다. ☞ 원고(수급인)가 피고(도급인)에 대하여 가지는 복구공사비 청구채권은 이 사건 공사도급계약에 부수되는 채권이라고 한 사례(대판 2009. 11. 12. 2008다41451)
- ④ (○) : 제180조 제1항
- ⑤ (○) : 근저당권설정 약정에 의한 근저당권설정등기청구권은 대여금채권과는 별개의 청구권으로서 시효기간 또한 독자적으로 진행된다(대판 2004. 2. 13. 2002다7213).

7. 강행법규 위반의 효과에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 신의성실의 원칙에 반하는 것은 강행법규에 위배되는 것으로서 당사자의 주장이 있어야 법원이 판단할 수 있다.
- ② 강행법규에 위반하여 법률행위가 무효인 경우, 당사자가 무효인 사정을 알고 그 법률행위를 추인하였다면 소급하여 효력이 발생한다.
- ③ 강행법규에 위반하여 무효인 계약은 계약상대방이 선의·무과실이라면 비진의 의사표시의 규정이 유추적용되어 그 효력이 인정된다.
- ④ 의사와 의사 아닌 자가 각 그 재산을 출자하여 함께 병원을 개설한 후 그것을 운영하여 얻은 수입을 동등한 비율로 배분하기로 하는 약정은 강행법규위반의 무효이지만, 병원운영과 관련하여 얻은 이익이나 부담하게 된 채무 등은 신의칙상 당사자에게 동등한 비율로 배분되는 것이 타당하다.
- ⑤ 강행법규에 위반하여 무효인 법률행위를 원인으로 급부가 이루어진 경우라도 그 법률행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않았다면 급부자는 이행한 급부의 반환을 청구할 수 있다.

【정답】 ⑤

- ① (×) : 신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다(대판 1989.9.29. 88다카17181).
- ② (×) : 강행법규 위반의 경우에는 원칙적으로 추인에 의하여 유효로 될 수 없다. [참고판례] 상법 제731조 제1항에 의하면 타인의 생명보험에서 피보험자가 서면으로 동의를 의사표시를 하여야 하는 시점은 ‘보험계약 체결 시까지’ 이고, 이는 강행규정으로서 이에 위반한 보험계약은 무효이므로, 타인의 생명 보험계약 성립 당시 피보험자의 서면동의를 없다면 보험계약은 확정적으로 무효가 되고, 피보험자가 이미 무효로 된 보험계약을 추인하였다고 하더라도 보험계약이 유효로 될 수는 없다(대판 2015.10.15. 2014다204178).
- ③ (×) : 계약체결의 요건을 규정하고 있는 강행법규에 위반한 계약은 무효이므로 그 경우에 계약상대방이 선의·무과실이더라도 민법 제107조의 비진의표시의 법리 또는 표현대리 법리가 적용될 여지는 없다(대판 2016. 5. 12. 2013다49381).
- ④ (×) : 의사와 의사 아닌 자가 각 그 재산을 출자하여 함께 병원을 개설한 후 그것을 운영하여 얻은 수입을 동등한 비율로 배분하기로 하는 내용의 약정은 강행법규인 의료법 제30조 제2항 위반으로 무효이므로, 병원 운영과 관련하여 얻은 이익이나 취득한 재산, 부담하게 된 채무 등은 모두 의사 개인에게 귀속되는 것이고, 의사 아닌 동업자는 위 동업약정이 무효로 돌아감에 따라 그 출자물의 반환만을 구할 수 있을 뿐이어서, 대출금 반환 채무는 법적 외관에 있어서 뿐만이 아니라 그 실질에 있어서도 전액 의사 개인의 채무로 보아야 한다(대판 2003.9.23. 2003두1493).
- ⑤ (○) : 강행법규 위반의 무효행위에 의하여 급부한 것이라 하여도 그 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서를 해치는 것이 아니면, 급부자는 그 이익의 반환 또는 손해배상을 청구할 수 있다(대판 1969.11.11. 69다925). [동지판례] 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 그 원인될 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서 설사 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는 것이다(대판 1983. 11. 22. 83다430).

8. 비진의 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 대출금채무자로서의 명의를 빌려준 자의 대출의 의사표시가 비진의 의사표시에 해당한다고 하더라도 이러한 사정을 몰랐고 알 수도 없었던 금융기관에 대하여 명의대여자는 대출금채무를 부담하여야 한다.
- ② 비진의 의사표시에 관한 민법 규정은 공무원이 사직의 의사표시를 하는 것과 같은 사인의 공법행위에도 적용된다.
- ③ 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음 속에서 바라지는 않았더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 비진의 의사표시로 볼 수 없다.
- ④ 비진의 의사표시의 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었다는 것은 의사표시의 무효를 주장하는 자가 증명하여야 한다.
- ⑤ 비진의 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고, 그 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 대리인의 행위에 대하여 본인은 책임을 지지 않는다.

【정답】 ②

- ① (○) : 법률상 또는 사실상의 장애로 자기 명의로 대출받을 수 없는 자를 위하여 대출금채무자로서의 명의를 빌려준 자에게 그와 같은 채무부담의 의사가 없는 것이라고는 할 수 없으므로 그 의사표시를 비진의표시에 해당한다고 볼 수 없고, 설령 명의대여자의 의사표시가 비진의표시에 해당한다고 하더라도 그 의사표시의 상대방인 상호신용금고로서는 명의대여자가 전혀 채무를 부담할 의사 없이 진의에 반한 의사표시를 하였다는 것까지 알았다거나 알 수 있었다고 볼 수도 없다고 보아, 그 명의대여자는 표시행위에 나타난 대로 대출금채무를 부담한다(대판 1996. 9. 10. 96다18182).
- ② (×) : 공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중하여야 할 것이므로, 비록 사직원제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다고 하더라도 진의 아닌 의사표시에 관한 민법 제107조는 그 성질상 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에는 준용되지 아니하므로 그 의사가 외부에 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발한다(대판 1997.12.12. 97누13962).
- ③ (○) : 진의 아닌 의사표시에 있어서의 '진의'란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음 속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음 속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다(대판 2003. 4. 25. 2002다11458).
- ④ (○) : 어떠한 의사표시가 비진의 의사표시로서 무효라고 주장하는 경우에 그 입증책임은 그 주장자에게 있다(대판 1992. 5. 22. 92다2295).
- ⑤ (○) : 진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고 그 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 그 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에도 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 대리인의 행위에 대하

여 본인은 아무런 책임을 지지 않는다(대판 1999. 1. 15. 98다39602).

9. 통정허위표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 통정허위표시가 되기 위하여는 진의 아닌 의사표시에 대한 당사자 사이의 인식만으로는 부족하고 그에 관한 당사자의 합의가 있어야 한다.
- ② 채무자의 법률행위가 통정허위표시로 무효인 경우에도 채권자는 채권자취소권을 행사할 수 있다.
- ③ 가장매매의 매수인으로부터 매매목적물에 가등기를 설정받은 선의의 제3자에 대하여는 통정허위표시의 무효로 대항하지 못한다.
- ④ 당사자들이 표시한 허위의 법률행위 속에 실제로 의욕한 다른 합의가 있는 경우, 그 다른 합의도 효력이 발생하지 않는다.
- ⑤ 통정허위표시의 계약상 지위를 이전받은 자는 선의의 제3자 보호규정을 근거로 계약의 유효를 주장하지 못한다.

【정답】 ④

① (○) : 통정이 있다고 하기 위해서는 표의자가 진의 아닌 표시를 하는 것을 알고 있는 것만으로는 부족하고, 그에 관하여 상대방과의 사이에 합의가 있어야 한다. [참고판례] 통정허위표시가 성립하기 위하여는 의사표시의 진의와 표시가 일치하지 아니하고, 그 불일치에 관하여 상대방과 사이에 합의가 있어야 하는바, 제3자가 은행을 직접 방문하여 금전소비대차약정서에 주채무자로서 서명·날인하였다면 제3자는 자신이 당해 소비대차계약의 주채무자임을 은행에 대하여 표시한 셈이고, 제3자가 은행이 정한 동일인에 대한 여신한도 제한을 회피하여 타인으로 하여금 제3자 명의로 대출을 받아 이를 사용하도록 할 의도가 있었다거나 그 원리금을 타인의 부담으로 상환하기로 하였더라도, 특별한 사정이 없는 한 이는 소비대차계약에 따른 경제적 효과를 타인에게 귀속시키려는 의사에 불과할 뿐, 그 법률상의 효과까지도 타인에게 귀속시키려는 의사로 볼 수는 없으므로 제3자의 진의와 표시에 불일치가 있다고 보기는 어렵다(대판 1998. 9. 4. 98다17909).

② (○) : 채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에도 채권자취소권의 대상이 되고, 한편 채권자취소권의 대상으로 된 채무자의 법률행위라도 통정허위표시의 요건을 갖춘 경우에는 무효라고 할 것이다(대판 1998. 2. 27. 97다50985).

③ (○) : 허위의 매매에 의한 매수인으로부터 부동산상의 권리를 취득한 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이므로 허위표시를 한 부동산양도인이 제3자에 대하여 소유권을 주장하려면 그 제3자의 악의임을 입증하여야 한다(대판 1970. 9. 29. 70다466). ☞ 가장매매의 매수인으로부터 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기를 취득한 자도 ‘제3자’에 해당한다고 하면서 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이라고 한 판례이다.

[비교판례] 소외인 (A)가 부동산의 매수자금을 피고로부터 차용하고 담보조로 가등기를 경료하기로 약정한 후 채권자들의 강제집행을 우려하여 소외인 (B)에게 가장양도한 후 피고 앞으로 가등기를 경료케 한 경우에 있어서 피고는 형식상은 가장 양수인으로부터 가등기를 경료받은 것으로 되어 있으나 실질적인 새로운 법률원인에 의한 것이 아니므로 통정허위 표시에서의 제3자로 볼 수 없다(대판 1982. 5. 25. 80다1403).

④ (×) : 통정허위표시는 무효이지만 **은닉행위**는 요건을 갖추고 있는 한 유효하다. [동지판례] 매도인이 경영하던 기업이 부도가 나서 그가 주식을 매도할 경우 매매대금이 모두 채권

자은행에 귀속될 상황에 처하자 이러한 사정을 잘 아는 매수인이 매매계약서상의 매매대금은 형식상 금 8,000원으로 하고 나머지 실질적인 매매대금은 매도인의 처와 상의하여 그에게 적절히 지급하겠다고 하여 매도인이 그와 같은 주식매매계약을 체결한 경우, 매매계약상의 대금 8,000원이 적극적 은닉행위를 수반하는 허위표시라 하더라도 실지 지급하여야 할 매매대금의 약정이 있는 이상 위 매매대금에 관한 외형행위가 아닌 내면적 은닉행위는 유효하고 따라서 실지매매대금에 의한 위 매매계약은 유효하다(대판 1993.8.27. 93다12930).

⑤ (○) : 구 상호신용금고법(2000. 1. 28. 법률 제6203호로 개정되기 전의 것) 소정의 계약이전은 금융거래에서 발생한 계약상의 지위가 이전되는 사법상의 법률효과를 가져오는 것이므로, 계약이전을 받은 금융기관은 계약이전을 요구받은 금융기관과 대출채무자 사이의 통정 허위표시에 따라 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 가지게 된 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당하지 않는다(대판 2004. 1. 15. 2002다31537).

10. 착오에 의한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 법률에 관한 착오도 법률행위 내용의 중요부분에 관한 것인 때에는 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다.
- ② 양도소득세 등의 세액에 착오를 일으키지 않았더라면 동일한 내용의 양도계약을 체결하지 않았을 것임이 명백한 경우 법률행위의 중요부분의 착오가 될 수 있다.
- ③ 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다.
- ④ 매매계약 내용의 중요부분에 착오가 있는 경우라도 하자담보책임이 성립하는 범위에서는 착오로 인한 취소가 허용되지 않는다.
- ⑤ 화해의 목적인 분쟁의 대상에 대한 착오로 화해계약을 체결한 자는 착오를 이유로 이를 취소할 수 없다.

【정답】 ④

① (○) : 법률에 관한 착오(양도소득세가 부과될 것인데도 부과되지 아니하는 것으로 오인)라도 그것이 법률행위의 내용의 중요부분에 관한 것인 때에는 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다(대판 1981. 11. 10. 80다2475).

② (○) : 매도인의 대리인이, 매도인이 납부하여야 할 양도소득세 등의 세액이 매수인이 부담하기로 한 금액뿐이므로 매도인의 부담은 없을 것이라는 착오를 일으키지 않았더라면 매수인과 매매계약을 체결하지 않았거나 아니면 적어도 동일한 내용으로 계약을 체결하지는 않았을 것임이 명백하고, 나아가 매도인이 그와 같이 착오를 일으키게 된 계기를 제공한 원인이 매수인측에 있을 뿐만 아니라 매수인도 매도인이 납부하여야 할 세액에 관하여 매도인과 동일한 착오에 빠져 있었다면, 매도인의 위와 같은 착오는 매매계약의 내용의 중요부분에 관한 것에 해당한다(대판 1994. 6. 10. 93다24810).

③ (○) : 민법 제109조 제1항 단서는 의사표시의 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 그 의사표시를 취소하지 못한다고 규정하고 있는데, 위 단서 규정은 표의자의 상대방의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다(대판 2014. 11. 27. 2013다49794).

④ (×) : 착오로 인한 취소 제도와 매도인의 하자담보책임 제도는 취지가 서로 다르고, 요건과 효과도 구별된다. 따라서 매매계약 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다 (대판 2018.9.13. 2015다78703).

⑤ (○) : 화해계약의 의사표시에 착오가 있더라도 이것이 당사자의 자격이나 목적인 분쟁 이외의 사항에 관한 것이 아니고 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것일 때에는 이를 취소할 수 없다(대판 1995. 10. 12. 94다42846).

11. 사기 및 강박에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 교환계약의 일방 당사자가 자기가 소유하는 목적물의 시가를 상대방에게 고지하지 않은 것은 특별한 사정이 없는 한 기망행위라고 할 수 없다.
- ② 상대방의 기망으로 법률행위의 내용이 되지 않은 동기에 관하여 착오를 일으켜 의사표시를 한 자는 사기를 이유로 그 의사표시를 취소할 수 있다.
- ③ 중전 판매가격을 실제보다 높게 표시하고 대폭 할인하는 것처럼 판매하거나 할인율을 기망하는 백화점의 변칙세일은 그 사술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘으면 위법성이 인정된다.
- ④ 단순히 상대방의 피용자이거나 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자는 ‘제3자 의한 기망’에서의 제3자에 해당하지 아니한다.
- ⑤ 제3자에 의한 기망행위로 계약을 체결한 자는 그 계약을 취소하지 않고 그 제3자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.

【정답】 ④

① (○) : 일반적으로 교환계약을 체결하려는 당사자는 서로 자기가 소유하는 교환 목적물은 고가로 평가하고 상대방이 소유하는 목적물은 염가로 평가하여 보다 유리한 조건으로 교환계약을 체결하기를 희망하는 이해 상반의 지위에 있고 각자가 자신의 지식과 경험을 이용하여 최대한으로 자신의 이익을 도모할 것이 예상되기 때문에, 당사자 일방이 알고 있는 정보를 상대방에게 사실대로 고지하여야 할 신의칙상의 주의의무가 인정된다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 어느 일방이 교환 목적물의 시가나 그 가액 결정의 기초가 되는 사항에 관하여 상대방에게 설명 내지 고지를 할 주의의무를 부담한다고 할 수 없고, 일방 당사자가 자기가 소유하는 목적물의 시가를 묵비하여 상대방에게 고지하지 아니하거나 혹은 허위로 시가보다 높은 가액을 시가라고 고지하였다 하더라도 이는 상대방의 의사결정에 불법적인 간섭을 한 것이라고 볼 수 없다(대판 2002. 9. 4. 2000다54406, 54413).

② (○) : 기망행위로 인하여 법률행위의 중요부분에 관하여 착오를 일으킨 경우 뿐만 아니라 법률행위의 내용으로 표시되지 아니한 의사결정의 동기에 관하여 착오를 일으킨 경우에도 표의자는 그 법률행위를 사기에 의한 의사표시로서 취소할 수 있다(대판 1985. 4. 9. 85도167).

③ (○) : 상품의 선전, 광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다(대판 1993. 8. 13. 92다52665). ☞ 중전 판매가격을 실제보다 높게 표시하여 할인판매를 가장한 정상판매를 기도하거나 할인율을 기

망하는 대형백화점의 이른바 변칙세일이 기망행위에 해당한다고 한 사례.

④ (×) : 의사표시의 상대방이 아닌 자로서 기망행위를 하였으나 민법 제110조 제2항에서 정한 제3자에 해당되지 아니한다고 볼 수 있는 자란 그 의사표시에 관한 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자만을 의미하고, 단순히 상대방의 피용자이거나 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자는 상대방과 동일시할 수는 없어 이 규정에서 말하는 제3자에 해당한다(대판 1998.1.23. 96다41496).

⑤ (○) : 제3자의 사기행위로 인하여 피해자가 주택건설사와 사이에 주택에 관한 분양계약을 체결하였다고 하더라도 제3자의 사기행위 자체가 불법행위를 구성하는 이상, 제3자로서는 그 불법행위로 인하여 피해자가 입은 손해를 배상할 책임을 부담하는 것이므로, 피해자가 제3자를 상대로 손해배상청구를 하기 위하여 반드시 그 분양계약을 취소할 필요는 없다(대판 1998. 3. 10. 97다55829).

12. 대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 대리는 의사표시를 요소로 하는 법률행위에서 인정되는 것이 원칙이지만, 의사 또는 관념의 통지와 같은 준법률행위에 대리의 규정이 유추적용된다.
- ② 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 법률행위도 대리인으로서 한 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었다면 본인에 대하여 효력이 발생한다.
- ③ 대리인이 상대방에 대하여 사기·강박을 행한 경우, 상대방은 특별한 사정이 없는 한 본인이 그러한 사정을 알았는지와 관계없이 의사표시를 취소할 수 있다.
- ④ 민법상 조합대리의 경우에는 조합원 전원의 성명을 제시할 필요는 없고, 상대방이 알 수 있을 정도로 조합을 표시하는 것으로 충분하다.
- ⑤ 본인을 대리하여 금전소비대차 내지 담보권설정계약을 체결할 권한을 수여받은 대리인은 본래의 계약을 해제할 권한까지 있다.

【정답】 ⑤

① (○) : 민법상 대리는 행위자 아닌 자에게 법률행위의 효력을 귀속시키는 제도로써 의사표시를 요소로 하는 법률행위에서 인정되는 것이 원칙이지만, ‘의사 또는 관념의 통지’와 같은 준법률행위에 대하여도 대리에 관한 규정이 유추적용된다(대판 2024. 1. 4. 2023다225580).

② (○) : 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기를 위한 것으로 보지만, 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 본인에게 효력이 발생한다(민법 제115조)(대판 2024. 1. 4. 2023다225580).

③ (○) : 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있으나, 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자의 사기나 강박은 제3자의 사기·강박에 해당하지 아니한다(대판 1999. 2. 23. 98다60828, 60835). ☞ 은행의 출장소장이 어음할인을 부탁받자 그 어음이 부도날 경우를 대비하여 담보조로 받아두는 것이라고 속이고 금전소비대차 및 연대보증 약정을 체결한 후 그 대출금을 자신이 인출하여 사용한 사안에서, 위 출장소장의 행위는 은행 또는 은행과 동일시할 수 있는 자의 사기일 뿐 제3자의 사기로 볼 수 없으므로, 은행이 그 사기사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 위 약정을 취소할 수 있는 것은 아니라고 본 사례.

④ (○) : 민법상 조합의 경우 법인격이 없어 조합 자체가 본인이 될 수 없으므로, 이른바 조합대리에 있어서는 본인에 해당하는 모든 조합원을 위한 것임을 표시하여야 하나, 반드시 조합원 전원의 성명을 제시할 필요는 없고, 상대방이 알 수 있을 정도로 조합을 표시하는 것으로 충분하다(대판 2009. 1. 30. 2008다79340).

⑤ (×) : 일반적으로 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸하는 것이므로 특별한 다른 사정이 없는 한, 본인을 대리하여 금전소비대차 내지 그를 위한 담보권설정계약을 체결할 권한을 수여받은 대리인에게 본래의 계약관계를 해제할 대리권까지 있다고 볼 수 없다(대판 1993.1.15. 92다39365).

13. 등기의 추정력에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- | |
|---|
| <p>ㄱ. 부동산소유권보존등기의 명의자 甲이 그 보존등기하기 이전의 소유자 乙로부터 양수 받은 것이라고 주장하고 있고, 전 소유자 乙은 그 양도사실을 부인하는 경우, 소유권 보존등기의 추정력은 깨어진다.</p> <p>ㄴ. 甲이 그 소유의 건물을 통해 乙 소유의 X토지를 점유함으로써 X토지에 관하여 취득시효의 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 경우, 만일 甲의 취득시효 기간 중 일부 기간 동안 제3자 丙이 X토지의 일부에 직접적·현실적인 점유를 한 사실이 증명되면 소유권이전등기의 추정력은 깨어진다.</p> <p>ㄷ. 「임야소유권이전등기에 관한 특별조치법」에 의해 甲 명의의 소유권보존등기가 경료된 경우, 그 임야가 乙 명의로 사정을 받았음이 밝혀졌다면 실체관계에 부합한다는 등기의 추정력은 깨어진다.</p> <p>ㄹ. 甲과 乙이 공유하는 X부동산에 관하여 멸실회복등기가 이루어진 경우, 회복등기신청 당시 甲이 이미 사망하였음이 밝혀졌다면 그 멸실회복등기의 추정력은 깨어진다.</p> |
|---|

- ① ㄱ ② ㄱ, ㄹ ③ ㄴ, ㄷ ④ ㄷ, ㄹ ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ

【정답】 ①

ㄱ. (○) : 부동산 소유권 보존등기가 경료되어 있는 이상 그 보존등기 명의자에게 소유권이 있음이 추정된다 하더라도 그 보존등기 명의자가 보존등기하기 이전의 소유자로부터 부동산을 양수한 것이라고 주장하고 전 소유자는 양도사실을 부인하는 경우에는 그 보존등기의 추정력은 깨어지고, 그 보존등기 명의자 측에서 그 양수사실을 입증할 책임이 있다(대판 1982.9.14. 82다카707).

ㄴ. (×) : 토지에 관하여 점유취득시효 완성에 따라 소유권이전등기가 마쳐진 경우에도 적법한 등기원인에 따라 소유권을 취득한 것으로 추정되는 것은 마찬가지이므로, 제3자가 등기명의자의 취득시효 기간 중 일부 기간 동안 해당 토지 일부에 관하여 직접적·현실적인 점유를 한 사실이 있다는 사정만으로 등기의 추정력이 깨어진다거나 위 소유권이전등기가 원인무효의 등기가 된다고 볼 수는 없다(대판 2023.7.13. 2023다223591).

ㄷ. (×) : 임야소유권이전등기에 관한 특별조치법(법률 제2111호)에 의한 소유권보존등기가 경료된 임야에 관하여서는 그 임야를 사정받은 사람이 따로 있는 것으로 밝혀진 경우라도 그 등기는 동법 소정의 적법한 절차에 따라 마쳐진 것으로서 실체적 권리관계에 부합하는 등기로 추정된다 할 것이므로 위 특별조치법에 의하여 경료된 소유권보존등기의 말소를 소구하

려는 자는 그 소유권보존등기 명의자가 임야대장의 명의변경을 함에 있어 첨부한 원인증서인 위 특별조치법 제5조 소정의 보증서와 확인서가 허위 내지 위조되었다던가 그 밖에 다른 어떤 사유로 인하여 그 소유권보존등기가 위 특별조치법에 따라 적법하게 이루어진 것이 아니라 하는 주장과 입증을 하여야 한다[대판(전합) 1987.10.13. 86다카2928].

ㄷ. (×) : 수인이 공동으로 소유하는 부동산에 관한 멸실회복등기는 공유자 중 1인이 공유자 전원의 이름으로 그 회복등기신청을 할 수 있고, 등기권리자가 사망한 경우에는 상속인의 명의로 아니라 피상속인의 이름으로 회복등기를 하여야 하는 것이므로, 회복등기신청 당시 등기명의인이 이미 사망하였다고 하더라도 그 멸실회복등기의 추정력이 깨어지지 아니한다(대판 2003.12.12. 2003다44615).

14. 물권변동에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 甲이 그 소유의 X토지를 乙에게 매도하였는데, 乙이 소유권이전등기를 신청하지 않는 경우, 甲은 乙에게 소유권이전등기의 인수를 청구할 수 있다.
- ② 甲, 乙이 X토지를 1/2지분씩 공유하던 중 甲이 자신의 지분을 포기한 경우, 그 포기의 의사표시가 乙에게 도달하면 지분포기에 따른 물권변동의 효력이 발생한다.
- ③ 동산의 선의취득에서 물권적 합의가 동산의 인도보다 먼저 행하여진 경우, 양수인의 선의·무과실의 판단시점은 인도된 때를 기준으로 한다.
- ④ 토지거래허가구역 내에 소재하는 甲 소유의 X토지에 관하여 甲, 乙, 丙 사이의 중간생략 등기의 합의 하에 토지거래허가 없이 甲→乙→丙 순으로 전전매매된 경우, 丙은 甲을 상대로 직접 토지거래허가신청절차의 협력을 청구할 수 없다.
- ⑤ 공유자 사이에 공유물에 관한 현물분할의 협정이 성립한 경우, 각 단독소유로 하기로 한 부분에 관하여 다른 공유자의 공유지분을 이전받아 등기를 마쳐야 그 부분에 대한 소유권을 취득하게 된다.

【정답】 ②

① (○) : 부동산등기법은 등기는 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청하여야 함을 원칙으로 하면서도(제28조), 제29조에서 '판결에 의한 등기는 승소한 등기권리자 또는 등기의무자만으로' 신청할 수 있도록 규정하고 있는바, 위 법조에서 승소한 등기권리자 외에 등기의무자도 단독으로 등기를 신청할 수 있게 한 것은, 통상의 채권채무 관계에서는 채권자가 수령을 지체하는 경우 채무자는 공탁 등에 의한 방법으로 채무부담에서 벗어날 수 있으나 등기에 관한 채권채무 관계에 있어서는 이러한 방법을 사용할 수 없으므로, 등기의무자가 자기 명의로 있어서는 안 될 등기가 자기 명의로 있음으로 인하여 사회생활상 또는 법상 불이익을 입을 우려가 있는 경우에는 소의 방법으로 등기권리자를 상대로 등기를 인수받아 갈 것을 구하고 그 판결을 받아 등기를 강제로 실현할 수 있도록 한 것이다(대판 2001. 2. 9, 2000다60708).

② (×) : 민법 제267조는 “공유자가 그 지분을 포기하거나 상속인 없이 사망한 때에는 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속한다.” 라고 규정하고 있다. 여기서 공유지분의 포기는 법률행위로서 상대방 있는 단독행위에 해당하므로, 부동산 공유자의 공유지분 포기의 의사표시가 다른 공유자에게 도달하더라도 이로써 곧바로 공유지분 포기에 따른 물권변동의 효력이 발생하는 것은 아니고, 다른 공유자는 자신에게 귀속될 공유지분에 관하여 소유권이전등기청구권을 취득하며, 이후 민법 제186조에 의하여 등기를 하여야 공유지분 포

기에 따른 물권변동의 효력이 발생한다. 그리고 부동산 공유자의 공유지분 포기에 따른 등기는 해당 지분에 관하여 다른 공유자 앞으로 소유권이전등기를 하는 형태가 되어야 한다(대판 2016.10.27. 2015다52978).

③ (○) : 민법 제249조가 규정하는 선의·무과실의 기준시점은 물권행위가 완성되는 때인 것이므로, 물권적 합의가 등산의 인도보다 먼저 행하여지면 인도된 때를, 인도가 물권적 합의보다 먼저 행하여지면 물권적 합의가 이루어진 때를 기준으로 해야 한다(대판 1991. 3. 22. 91다70).

④ (○) : 토지거래허가구역 내의 토지가 관할 관청의 허가 없이 전전매매되고 그 당사자들 사이에 최초의 매도인으로부터 최종 매수인 앞으로 직접 소유권이전등기를 경료하기로 하는 중간생략등기의 합의가 있는 경우, 이러한 중간생략등기의 합의란 부동산이 전전매매된 경우 각 매매계약이 유효하게 성립함을 전제로 그 이행의 편의상 최초의 매도인으로부터 최종의 매수인 앞으로 소유권이전등기를 경료하기로 한다는 당사자 사이의 합의에 불과할 뿐 그러한 합의가 있다고 하여 최초의 매도인과 최종의 매수인 사이에 매매계약이 체결되었다는 것을 의미하는 것은 아니고, 따라서 최종 매수인은 최초 매도인에 대하여 직접 그 토지에 관한 토지거래허가 신청절차의 협력의무 이행청구권을 가지고 있다고 할 수 없으며, 설사 최종 매수인이 자신과 최초 매도인을 매매 당사자로 하는 토지거래허가를 받아 최종 매수인 앞으로 소유권이전등기를 경료하더라도 그러한 소유권이전등기는 적법한 토지거래허가 없이 경료된 등기로서 무효이다(대판 1996. 6. 28. 96다3982).

⑤ (○) : 공유물분할의 소송절차 또는 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 협정이 성립하여 그 합의사항을 조서에 기재함으로써 조정이 성립하였다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 재판에 의한 공유물분할의 경우와 마찬가지로 그 즉시 공유관계가 소멸하고 각 공유자에게 그 협의에 따른 새로운 법률관계가 창설되는 것은 아니고, 공유자들이 협의한 바에 따라 토지의 분필절차를 마친 후 각 단독소유로 하기로 한 부분에 관하여 다른 공유자의 공유지분을 이전받아 등기를 마침으로써 비로소 그 부분에 대한 대세적 권리로서의 소유권을 취득하게 된다고 보아야 한다[대판(전합) 2013. 11. 21. 2011두1917].

15. 점유 또는 점유권에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① X토지상에 Y건물을 소유하고 있던 甲이 乙에게 Y건물의 소유권을 양도한 후에도 여전히 Y건물을 점유하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 甲은 X토지를 점유하고 있다고 보아야 한다.
- ② 甲이 미등기인 X토지에 관하여 소유권보존등기를 마친 경우, 그때부터 甲이 다른 사람으로부터 X토지를 인도받아 점유를 개시한 것으로 보아야 한다.
- ③ 甲이 乙로부터 그 소유의 X건물을 임차하여 점유하고 있던 중 임대차계약이 적법하게 해지되어 종료된 경우, 甲이 X건물을 반환하지 않고 있더라도 甲과 乙 사이의 점유매개 관계는 단절된 것으로 본다.
- ④ 甲으로부터 점유를 위법하게 침탈당한 점유자 乙이 甲으로부터 그의 점유를 탈환한 경우, 특별한 사정이 없는 한 甲은 자신의 점유가 침탈당하였음을 이유로 乙을 상대로 점유의 회수를 청구할 수 없다.
- ⑤ 乙로부터 점유를 침탈당한 유치권자 甲이 유치권 소멸에 따른 손해배상청구권을 행사하는 경우, 민법 제204조(점유의 회수) 제3항에 따라 점유를 침탈당한 날부터 1년 내에 행사할 것을 요한다.

【정답】④

① (×) : 사회통념상 건물은 그 부지를 떠나서는 존재할 수 없는 것이므로 건물의 부지가 된 토지는 그 건물의 소유자가 점유하는 것으로 볼 것이고, 건물의 소유권이 양도된 경우에는 건물의 중전의 소유자가 건물의 소유권을 상실하였음에도 불구하고 그 부지를 계속 점유할 별도의 독립된 권원이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 부지에 대한 점유도 함께 상실하는 것으로 보아야 하며, 이 경우에 건물의 중전의 소유자가 그 건물에 계속 거주하고 있고 건물의 새로운 소유자는 현실적으로 건물이나 그 부지를 점거하고 있지 아니하고 있더라도 결론은 마찬가지이다(대판 1993.10.26. 93다2483).

② (×) : 대지의 소유자로 등기한 자는 보통의 경우 등기할 때에 대지를 인도받아 점유를 얻은 것으로 보아야 하므로 등기사실을 인정하면서 특별한 사정의 설시 없이 점유사실을 인정할 수 없다고 판단해서는 아니 된다. 그러나 이는 임야나 대지 등이 매매 등을 원인으로 양도되고 이에 따라 소유권이전등기가 마쳐진 경우에 그렇다는 것이지, 소유권보존등기의 경우에도 마찬가지라고 볼 수는 없다. 소유권보존등기는 이전등기와 달리 해당 토지의 양도를 전제로 하는 것이 아니어서, 보존등기를 마쳤다고 하여 일반적으로 등기명의자가 그 무렵 다른 사람으로부터 점유를 이전받는다고 볼 수는 없기 때문이다(대판 2013.7.11. 2012다201410).

③ (×) : 민법상 간접점유를 인정하기 위해서는 간접점유자와 직접점유를 하는 자 사이에 일정한 법률관계, 즉 점유매개관계가 필요한데 간접점유에서 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 해지 등의 사유로 종료되더라도 직접점유자가 목적물을 반환하기 전까지는 간접점유자의 직접점유자에 대한 반환청구권이 소멸하지 않는다. 따라서 점유매개관계를 이루는 임대차계약 등이 종료된 이후에도 직접점유자가 목적물을 점유한 채 이를 반환하지 않고 있는 경우에는, 간접점유자의 반환청구권이 소멸한 것이 아니므로 간접점유의 점유매개관계가 단절된다고 할 수 없다(대판 2023.8.18. 2021다249810).

④ (○) : 상대방으로부터 점유를 위법하게 침탈당한 점유자가 상대방으로부터 점유를 탈환하였을 경우(이른바 ‘점유의 상호침탈’), 상대방의 점유회수청구가 받아들여지더라도 점유자가 상대방의 점유침탈을 문제 삼아 점유회수청구권을 행사함으로써 다시 자신의 점유를 회복할 수 있다면 상대방의 점유회수청구를 인정하는 것이 무용할 수 있다. 따라서 이러한 경우 점유자의 점유탈환행위가 민법 제209조 제2항의 자력구제에 해당하지 않는다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 상대방은 자신의 점유가 침탈당하였음을 이유로 점유자를 상대로 민법 제204조 제1항에 따른 점유의 회수를 청구할 수 없다고 보는 것이 타당하다(대판 2023.8.18. 2022다269675).

⑤ (×) : 민법 제204조 제3항은 본권 침해로 발생한 손해배상청구권의 행사에는 적용되지 않으므로 점유를 침탈당한 자가 본권인 유치권 소멸에 따른 손해배상청구권을 행사하는 때에는 민법 제204조 제3항이 적용되지 아니하고, 점유를 침탈당한 날부터 1년 내에 행사할 것을 요하지 않는다(대판 2021. 8. 19. 2021다213866).

16. 甲은 X토지에 대해 2001. 5. 1.부터 점유를 개시하여 현재까지 20년 이상 점유하고 있고, 그 동안 X토지의 소유자는 변동이 있었다. 점유취득시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있으면 판례에 따름)

① X토지가 국유재산인 경우, 甲은 X토지가 시효취득의 대상이 되는 일반재산임을 증명하

여야 한다.

- ② 甲의 점유기간 중 X토지의 소유자 乙이 甲에게 그의 점유가 불법이라고 주장하는 등 이의제기를 한 사실이 있었던 것만으로 甲 점유의 평온, 공연성이 상실되는 것은 아니다.
- ③ 甲의 취득시효 완성 후 그 등기가 있기 전에 취득시효 완성 당시의 X토지 소유자 乙이 채권자 丙에게 저당권설정등기를 마친 경우, 甲은 丙에게 취득시효의 완성을 이유로 저당권의 말소를 주장할 수 있다.
- ④ 甲의 취득시효 완성 후 그 등기가 있기 전에 X토지에 관하여 적법한 명의신탁의 해지를 원인으로 취득시효 완성 당시의 명의수탁자 乙에서 명의신탁자 丙 앞으로 소유권이전등기가 된 경우, 甲은 특별한 사정이 없는 한 丙을 상대로 취득시효를 주장할 수 없다.
- ⑤ 甲은 2001. 5. 1.부터 자신이 소유하고 있던 X토지에 관하여 2005. 2. 4. 乙 앞으로 소유권이전등기를 마친 경우, 甲의 취득시효 기산일은 특별한 사정이 없는 한 2005. 2. 4. 이다.

【정답】 ③

- ① (○) : 국유임야가 시효취득의 대상이 되는 잡종재산(=일반재산)이라는 점에 대한 입증책임은 시효취득을 주장하는 측에게 있다(대판 1995. 4. 28. 93다42658).
- ② (○) : 점유자는 소유의 의사로 평온 및 공연하게 점유하는 것으로 추정되고, 평온한 점유란 점유자가 그 점유를 취득 또는 보유하는 데 법률상 용인될 수 없는 강폭행위를 쓰지 아니하는 점유이고, 공연한 점유란 은비의 점유가 아닌 점유를 말하는 것이므로, 그 점유가 불법이라고 주장하는 자로부터 이의를 받은 사실이 있거나 점유물의 소유권을 둘러싸고 당사자 사이에 법률상의 분쟁이 있었다고 하더라도 그러한 사실만으로 곧 그 점유의 평온·공연성이 상실된다고 할 수 없다(대판 1994. 12. 9. 94다25025).
- ③ (×) : 원소유자가 취득시효의 완성 이후 그 등기가 있기 전에 그 토지를 제3자에게 처분하거나 제한물권의 설정, 토지의 현상 변경 등 소유자로서의 권리를 행사하였다 하여 시효취득자에 대한 관계에서 불법행위가 성립하는 것이 아님은 물론 위 처분행위를 통하여 그 토지의 소유권이나 제한물권 등을 취득한 제3자에 대하여 취득시효의 완성 및 그 권리취득의 소급효를 들어 대항할 수도 없다 할 것이니, 이 경우 시효취득자로서는 원소유자의 적법한 권리행사로 인한 현상의 변경이나 제한물권의 설정 등이 이루어진 그 토지의 사실상 혹은 법률상 현상 그대로의 상태에서 등기에 의하여 그 소유권을 취득하게 된다. 따라서 시효취득자가 원소유자에 의하여 그 토지에 설정된 근저당권의 피담보채무를 변제하는 것은 시효취득자가 용인하여야 할 그 토지상의 부담을 제거하여 완전한 소유권을 확보하기 위한 것으로서 그 자신의 이익을 위한 행위라 할 것이니, 위 변제액 상당에 대하여 원소유자에게 대위변제를 이유로 구상권을 행사하거나 부당이득을 이유로 그 반환청구권을 행사할 수는 없다(대판 2006.5.12. 2005다75910).
- ④ (○) : 명의신탁된 부동산에 대하여 점유취득시효가 완성된 후 시효취득자가 그 소유권이전등기를 경료하기 전에 명의신탁이 해지되어 그 등기명의가 명의수탁자로부터 명의신탁자에게로 이전된 경우에는 그 명의신탁자는 취득시효 완성 후에 소유권을 취득한 자에 해당하여 그에 대하여 취득시효를 주장할 수 없다(대판 2001.10.26, 2000다8861).
- ⑤ (○) : 부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 마치고 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 사실상태를 권리관계로 높여 보호할 필요가 없고, 부동산의 소유명의자는 부동산에 대한 소유권을 적법하게 보유하고 있는 것으로 추

정되어 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요 역시 없으므로, 그러한 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다. 다만 그 상태에서 다른 사람 명의로 소유권이전등기가 되는 등으로 소유권의 변동이 있는 때에 비로소 취득시효의 요건인 점유가 개시된다고 볼 수 있을 뿐이다(대판 2016. 10. 27. 2016다224596).

17. 甲은 X토지를 소유하고 있다. 소유권에 관한 설명으로 옳은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 甲이 乙에게 X토지 전부에 건물 소유를 목적으로 한 지상권설정등기를 마친 후 丙에게 X토지에 Y수목을 식재·재배하는 것을 승낙한 경우, 식재된 Y수목의 소유권은 丙에게 있다.
- ② 乙이 권원 없이 X토지상에 Y건물을 신축하여 이를 점유하고 있는 경우, 甲은 乙에게 Y건물에서의 퇴거를 청구할 수 있다.
- ③ X토지가 甲→乙→丙 순으로 순차 매도되어 乙, 丙이 매매계약의 이행으로 X토지를 순차로 인도받았으나 아직 이전등기를 마치지 않은 경우, 甲은 특별한 사정이 없는 한 丙을 상대로 소유권에 기해 X토지의 반환을 청구할 수 없다.
- ④ 甲이 乙에게 X토지의 처분권한을 수여한 경우, 乙이 등기를 포함한 X토지의 유효한 처분행위를 하지 않고 있는 동안에는 甲은 乙 이외의 제3자에게 X토지를 처분할 수 없다.
- ⑤ 권원 없이 X토지를 점유하던 乙이 이를 丙에게 임대하여 현실인도한 경우, 甲은 소유권에 기하여 乙에게 X토지의 반환을 청구할 수 있다.

【정답】 ③

① (×) : 지상권자는 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리가 있으므로(민법 제279조), 지상권설정등기가 경료되면 토지의 사용·수익권은 지상권자에게 있고, 지상권을 설정한 토지소유자는 지상권이 존속하는 한 토지를 사용·수익할 수 없다. 따라서 지상권을 설정한 토지소유자로부터 토지를 이용할 수 있는 권리를 취득하였다고 하더라도 지상권이 존속하는 한 이와 같은 권리는 원칙적으로 민법 제256조 단서가 정한 ‘권원’에 해당하지 아니한다(대판 2018.3.15. 2015다69907).

② (×) : 건물의 소유자가 그 건물의 소유를 통하여 타인 소유의 토지를 점유하고 있다고 하더라도 그 토지 소유자로서는 그 건물의 철거와 그 대지 부분의 인도를 청구할 수 있을 뿐, 자기 소유의 건물을 점유하고 있는 자에 대하여 그 건물에서 퇴거할 것을 청구할 수는 없다(대판 1999.7.9. 98다57457).

③ (○) : 토지의 매수인이 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유·사용할 권리가 생기게 된 것으로 보아야 하고, 또 매수인으로부터 위 토지를 다시 매수한 자는 위와 같은 토지의 점유사용권을 취득한 것으로 봄이 상당하므로 매도인은 매수인으로부터 다시 위 토지를 매수한 자에 대하여 토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하거나 그 점유·사용을 법률상 원인이 없는 이익이라고 하여 부당이득반환청구를 할 수는 없다(대판 2001.12.11. 2001다45355).

④ (×) : 소유자는 제3자에게 그 물건을 제3자의 소유물로 처분할 수 있는 권한을 유효하게 수여할 수 있다고 할 것인데, 그와 같은 이른바 ‘처분수권’의 경우에도 그 수권에 기하여 행하여진 제3자의 처분행위(부동산의 경우에 처분행위가 유효하게 성립하려면 단지 양도 기

타의 처분을 한다는 의사표시만으로는 부족하고, 처분의 상대방 앞으로 그 권리 취득에 관한 등기가 있어야 한다. 민법 제186조 참조)가 대세적으로 효력을 가지게 되고 그로 말미암아 소유자가 소유권을 상실하거나 제한받게 될 수는 있다고 하더라도, 그러한 제3자의 처분이 실제로 유효하게 행하여지지 아니하고 있는 동안에는 소유자는 처분수권이 제3자에게 행하여졌다는 것만으로 그가 원래 가지는 처분권능에 제한을 받지 아니한다. 따라서 그는 처분권한을 수여받은 제3자와의 관계에서 처분수권의 원인이 된 채권적 계약관계 등에 기하여 채권적인 책임을 져야 하는 것을 별론으로 하고, 자신의 소유물을 여전히 유효하게 처분할 수 있고, 또한 소유권에 기하여 소유물에 대한 방해 등을 배제할 수 있는 민법 제213조, 제214조의 물권적 청구권을 가진다(대판 2014.3.13. 2009다105215).

⑤ (×) : 불법점유를 이유로 하여 그 명도 또는 인도를 청구하려면 현실적으로 그 목적물을 점유하고 있는 자를 상대로 하여야 하고 불법점유자라 하여도 그 물건을 다른 사람에게 인도하여 현실적으로 점유를 하고 있지 않은 이상, 그 자를 상대로 한 인도 또는 명도청구는 부당하다(대판 1999.7.9. 98다9045).

[비교판례] 1. 불법점유를 이유로 한 건물명도청구를 하려면 현실적으로 불법점유하고 있는 사람을 상대로 하여야 할 것이나 그렇지 않는 경우에는 간접점유자를 상대로 명도를 청구할 수 있다(대판 1983. 5. 10. 81다187). ☞ 불법점유를 이유로 한 건물명도청구에 있어서는 현실적으로 불법점유하고 있는 사람을 상대로 하여야 함은 소론과 같으나 원심 판결 이유에 의하면 원심은 원·피고 사이에 이 사건 토지임대차계약을 체결함에 있어서 피고는 임차토지 위에 정구장시설 및 그 부대시설인 가건물 등을 피고의 비용으로 설치, 건축하여 정구장을 운영하되 임대차가 종료되었을 때에는 피고가 시설한 주위시설물 및 가건물을 원고에게 증여하기로 약정한 사실을 확정하고 **임대차 종료를 이유로 위 계약에 따른** 가건물 등의 명도를 구하는 원고의 청구를 인용하고 있는 것이니 이 사건에 있어서는 소론의 경우와는 그 전제사실을 달리하고 있어 원심판결이 피고가 간접점유하고 있는 건물부분의 명도를 명하였다 하여 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없다고 한 사안. 2. 임대인이 **임대차계약종료로 인한 원상회복으로서** 임차물의 반환을 구하는 경우에 있어 임차인이 직접점유자가 아님을 자백한 것일 뿐, 간접점유자가 아닌 것까지 자백한 취지가 아니라면 임대인이 임차목적물을 직접점유하지 않다는 이유로 그 반환을 거부할 수는 없다(대판 1991. 4. 23. 90다19695). ☞ 이 비교판례들은 계약에 따른 명도 또는 반환의 사안이라는 점에서 해설판례와 차이가 있다.

18. 지상권에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 지상권설정계약에서 지료에 관한 약정이 없다면 유상의 지상권을 설정하기로 한 것으로 본다.
- ② 민법 제280조(존속기간을 약정한 지상권) 제1항의 최단 존속기간에 관한 규정은 건물의 소유를 목적으로 한 지상권의 경우 지상권자가 그 소유의 건물을 건축하여 토지를 이용할 목적으로 지상권을 설정한 때에 적용된다.
- ③ 채권자 甲이 채무담보를 목적으로 채무자 乙 소유의 X토지에 저당권과 함께 무상의 지상권을 취득하면서 乙로 하여금 X토지를 점유·사용하도록 하였는데 丙이 X토지를 무단으로 점유·사용한 경우, 甲은 특별한 사정이 없는 한 丙에게 지상권의 침해를 이유로 임료 상당의 손해배상을 청구할 수 있다.
- ④ 지상권의 존속기간 만료 후 지체 없이 행사하지 아니하여 지상권갱신청구권이 소멸하더

라도, 지상권자의 지상물매수청구권은 발생한다.

- ⑤ 분묘의 기지인 X토지의 소유자 甲이 분묘 수호·관리권자 乙에게 분묘의 설치를 승낙하면서 지료는 무상으로 합의한 경우, 乙은 X토지에 대한 경매로 소유권을 승계취득한 丙에게 위 지료합의로 대항할 수 없다.

【정답】 ②

- ① (×) : 지상권에 있어서 지료의 지급은 그의 요소가 아니어서 지료에 관한 유상 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없다(대판 1999.9.3. 99다24874).
- ② (○) : 민법 제280조 제1항 제1호가 석조·석회조·연와조 또는 이와 비슷한 견고한 건물이나 수목의 '소유를 목적으로 하는' 지상권의 경우 그 존속기간은 30년보다 단축할 수 없다고 규정하고 있음에 비추어 볼 때, 같은 법조 소정의 최단 존속기간에 관한 규정은 지상권자가 그 소유의 건물 등을 건축하거나 수목을 식재하여 토지를 이용할 목적으로 지상권을 설정한 경우에만 그 적용이 있다(대판 1996.3.22. 95다4931).
- ③ (×) : 금융기관이 대출금 채권의 담보를 위하여 토지에 저당권과 함께 지료 없는 지상권을 설정하면서 채무자 등의 사용·수익권을 배제하지 않은 경우, 위 지상권은 근저당목적물의 담보가치를 확보하는 데 목적이 있으므로, 그 위에 도로개설·옹벽축조 등의 행위를 한 무단점유자에 대하여 지상권 자체의 침해를 이유로 한 임료 상당 손해배상을 구할 수 없다(대판 2008.1.17. 2006다586).
- ④ (×) : 지상권갱신청구권의 행사는 지상권의 존속기간 만료 후 지체 없이 하여야 한다. 따라서 지상권의 존속기간 만료 후 지체 없이 행사하지 아니하여 지상권갱신청구권이 소멸한 경우에는, 지상권자의 적법한 갱신청구권의 행사와 지상권설정자의 갱신 거절을 요건으로 하는 지상물매수청구권은 발생하지 않는다(대판 2023.4.27. 2022다306642).
- ⑤ (×) : 분묘의 기지인 토지가 분묘의 수호·관리권자 아닌 다른 사람의 소유인 경우에 그 토지 소유자가 분묘 수호·관리권자에 대하여 분묘의 설치를 승낙한 때에는 그 분묘의 기지에 관하여 분묘기지권을 설정한 것으로 보아야 한다. 이와 같이 승낙에 의하여 성립하는 분묘기지권의 경우 성립 당시 토지 소유자와 분묘의 수호·관리자가 지료 지급의무의 존부나 범위 등에 관하여 약정을 하였다면 그 약정의 효력은 분묘 기지의 승계인에 대하여도 미친다(대판 2021.9.16. 2017다271834).

19. 전세권에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 대지와 건물이 동일한 소유자에 속한 경우 건물에 전세권을 설정한 때에는 그 대지소유권의 특별승계인은 전세권설정자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다.
- ② 전세권설정자는 목적물의 현상을 유지하고 그 통상의 관리에 속한 수선을 하여야 한다.
- ③ 전세권자는 목적물의 통상적 관리를 위한 필요비를 지출한 때에는 전세권설정자에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다.
- ④ 건물에 대한 전세권의 존속기간을 1년 미만으로 정한 때에는 이를 2년으로 한다.
- ⑤ 전세권이 소멸한 경우, 전세권설정자의 전세금 반환의무는 전세권자의 목적물 인도 및 전세권설정등기 말소 의무보다 선이행되어야 한다.

【정답】 ①

- ① (○) : 제305조 제1항

② (×), ③ (×) : **전세권자는** 목적물의 현상을 유지하고 그 통상의 관리에 속한 수선을 하여야 한다(제309조). 그 결과 **전세권자는 전세권설정자에 대하여 필요비상환청구권을 갖지 못한다.**

④ (×) : 건물에 대한 전세권의 존속기간을 1년 미만으로 정한 때에는 이를 1년으로 한다(제312조 제2항).

⑤ (×) : 전세권이 소멸한 때에는 전세권설정자는 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환하여야 한다(제317조).

20. 민법상 유치권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 부동산에 가압류등기가 마쳐진 후에 그 부동산의 점유를 취득한 유치권자는 그 가압류권자에게 대항할 수 없다.
- ② 부동산에 경매개시결정의 기입등기로 인한 압류의 효력이 발생한 후에 그 부동산의 점유권을 취득한 자는 유치권으로 경매의 매수인에게 대항할 수 없다.
- ③ 유치권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 유치물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다.
- ④ 유치권자가 채무자 겸 소유자의 승낙없이 유치물을 담보로 제공한 경우, 그 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다.
- ⑤ 유치권의 행사는 피담보채권의 소멸시효 진행에 영향을 미치지 아니한다.

【정답】 ①

① (×) : 부동산에 가압류등기가 경료되어 있을 뿐 현실적인 매각절차가 이루어지지 않고 있는 상황하에서는 채무자의 점유이전으로 인하여 제3자가 유치권을 취득하게 된다고 하더라도 이를 처분행위로 볼 수는 없다(대판 2011.11.24. 2009다19246). 토지에 대한 담보권 실행 등을 위한 경매가 개시된 후 그 지상건물에 가압류등기가 경료되었는데, 갑이 채무자인 을 주식회사에게서 건물 점유를 이전받아 그 건물에 관한 공사대금채권을 피담보채권으로 한 유치권을 취득하였고, 그 후 건물에 대한 강제경매가 개시되어 병이 토지와 건물을 낙찰받은 사안에서, 건물에 가압류등기가 경료된 후 을 회사가 갑에게 건물 점유를 이전한 것은 처분행위에 해당하지 않아 가압류의 처분금지효에 저촉되지 않으므로, 갑은 병에게 건물에 대한 유치권을 주장할 수 있다고 한 사례.

② (○) : 채무자 소유의 건물 등 부동산에 강제경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법상에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다(대판 2005.8.19, 2005다22688; 대판 2009.1.15, 2008다70763).

③ (○) : 제321조

④ (○) : 민법 제324조에 의하면, 유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 하고, 소유자의 승낙 없이 유치물을 보존에 필요한 범위를 넘어 사용하거나 대여 또는 담보제공을 할 수 없으며, 소유자는 유치권자가 위 의무를 위반한 때에는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(대판 2013. 4. 11. 2011다107009).

⑤ (○) : 제326조

21. 질권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 질권은 주택임대차 보증금반환 채권을 그 목적으로 할 수 있다.
- ② 질권자는 담보물의 공용징수로 인하여 질권설정자가 받을 금전에 대하여 질권을 행사할 수 없다.
- ③ 질권자는 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구하는 방법에 의하여 질권을 실행할 수 있다.
- ④ 질권자는 민사집행법에 정한 집행방법에 의하여 질권을 실행할 수 있다.
- ⑤ 질권자는 피담보채권의 변제기 후에 질권설정자와 유효한 유질계약을 체결할 수 있다.

【정답】 ②

- ① (○) : 질권은 재산권을 그 목적으로 할 수 있다. 그러나 부동산의 사용, 수익을 목적으로 하는 권리는 그러하지 아니하다(제345조). 『부동산의 사용, 수익을 목적으로 하는 권리인 지상권, 전세권, 부동산임차권 등은 목적이 될 수 없다. 그러나 주택임대차 보증금반환 채권은 목적이 될 수 있다.
- ② (×) : 질권은 질물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 질권설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여도 이를 행사할 수 있다. 이 경우에는 그 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다(제342조).
- ③ (○) : 질권자는 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있다(제353조 제1항).
- ④ (○) : 질권자는 전조의 규정에 의하는 외에 민사집행법에 정한 집행방법에 의하여 질권을 실행할 수 있다(제354조).
- ⑤ (○) : 질권설정자는 채무변제기전의 계약으로 질권자에게 변제에 갈음하여 질물의 소유권을 취득하게 하거나 법률에 정한 방법에 의하지 아니하고 질물을 처분할 것을 약정하지 못한다(제339조). 『변제기 후의 유질계약은 일종의 대물변제로서 유효하다.

22. 근저당권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 근저당권은 그 피담보채권이 확정되면 보통의 저당권과 같은 취급을 받게 된다.
- ② 근저당권자가 그 근저당권에 기하여 경매를 신청하면 그 신청한 때에 피담보채권이 확정된다.
- ③ 기본계약에 따른 결산기가 도래하면 그 때에 피담보채권이 확정된다.
- ④ 근저당권자가 아닌 자가 저당물에 관하여 경매를 신청하면 그 경매의 매수인이 매각대금을 완납한 때에 근저당권자의 피담보채권이 확정된다.
- ⑤ 채무자의 채무액이 근저당 채권최고액을 초과하는 경우에 채무자 겸 근저당권설정자는 그 채무의 일부인 채권최고액의 변제로써 근저당권의 말소를 청구할 수 있다.

【정답】 ⑤

- ① (○), ② (○) : 근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 경우에는 경매신청시에 근저당 채무액이 확정되고, 그 이후부터 근저당권은 부종성을 가지게 되어 보통의 저당권과 같은 취급을 받게 되는데, 위와 같이 경매신청을 하여 경매개시결정이 있는 후에 경매신청이 취하되었다고 하더라도 채무확정의 효과가 반복되는 것은 아니다(대판

2002.11.26., 2001다73022).

③ (○) : 근저당권으로 담보되는 채권은 설정계약 내지 기본계약에서 정한 결산기의 도래로 확정된다.

④ (○) : 당해 근저당권자는 저당부동산에 대하여 경매신청을 하지 아니하였는데 다른 채권자가 저당부동산에 대하여 경매신청을 한 경우 민사소송법 제608조 제2항, 제728조의 규정에 따라 경매신청을 하지 아니한 근저당권자의 근저당권도 경락으로 인하여 소멸하므로, 다른 채권자가 경매를 신청하여 경매절차가 개시된 때로부터 경락으로 인하여 당해 근저당권이 소멸하게 되기까지의 어느 시점에서인가는 당해 근저당권의 피담보채권도 확정된다고 하지 아니할 수 없는데, 그 중 어느 시기에 당해 근저당권의 피담보채권이 확정되는가 하는 점에 관하여 우리 민법은 아무런 규정을 두고 있지 아니한바...중략...후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 선순위 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 경락인이 경락대금을 완납한 때에 확정된다고 보아야 한다(대판 1999.9.21. 99다26085).

⑤ (×) : 원래 저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보하는 것이며, 채권최고액의 정함이 있는 근저당권에 있어서 이러한 채권의 총액이 그 채권최고액을 초과하는 경우, 적어도 근저당권자와 채무자 겸 근저당권설정자와의 관계에 있어서는 위 채권 전액의 변제가 있을 때까지 근저당권의 효력은 채권최고액과는 관계없이 잔존채무에 여전히 미친다(대판 2001.10.12. 2000다59081).

23. 공동저당권에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 등기에 공동저당이라는 취지가 기록되어 있지 않으면 공동저당권이 성립할 수 없다.
- ② 하나의 기본계약에서 발생하는 동일한 채권을 담보할 목적으로 여러 개의 부동산에 근저당권을 설정하면서 각 근저당권의 채권최고액을 합한 금액을 우선변제 받기 위하여 공동 근저당권의 형식이 아닌 개별 근저당권의 형식을 취한 경우에도 공동근저당권이 성립한다.
- ③ 공동저당권의 목적물인 각 부동산의 소유자가 다르더라도 문제되지 않으나, 각 부동산에 등기된 저당권의 순위는 같아야 한다.
- ④ 공동저당권의 피담보채권은 동일하면 되고 하나여야 하는 것은 아니며, 복수의 채권을 담보하기 위한 공동저당권도 가능하다.
- ⑤ 공동저당권의 목적물인 채무자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 경우, 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다.

【정답】 ④

① (×) : 부동산등기법 제149조는 같은 법 제145조의 규정에 의한 공동담보등기의 신청이 있는 경우 각 부동산에 관한 권리에 대하여 등기를 하는 때에는 그 부동산의 등기용지 중 해당 구 사항란에 다른 부동산에 관한 권리의 표시를 하고 그 권리가 함께 담보의 목적이라는 뜻을 기재하도록 규정하고 있지만, 이는 공동저당권의 목적물이 수 개의 부동산에 관한 권리인 경우에 한하여 적용되는 등기절차에 관한 규정일 뿐만 아니라, 수 개의 저당권이 피담보채권의 동일성에 의하여 서로 결속되어 있다는 취지를 공시함으로써 권리관계를 명확히 하기 위한 것에 불과하므로, 이와 같은 공동저당관계의 등기를 공동저당권의 성립요건이나 대항요건이라고 할 수 없다. 따라서 근저당권설정자와 근저당권자 사이에서 동일한 기본계약에 기하여 발생한 채권을 중첩적으로 담보하기 위하여 수 개의 근저당권을 설정하기로 함

의하고 이에 따라 수 개의 근저당권설정등기를 마친 때에는 부동산등기법 제149조에 따라 공동근저당관계의 등기를 마쳤는지 여부와 관계없이 그 수 개의 근저당권 사이에는 각 채권 최고액이 동일한 범위 내에서 공동근저당관계가 성립한다(대판 2010.12.23. 2008다57746).

② (×) : 당사자 사이에 하나의 기본계약에서 발생하는 동일한 채권을 담보하기 위하여 여러 개의 부동산에 근저당권을 설정하면서 각각의 근저당권 채권최고액을 합한 금액을 우선 변제받기 위하여 공동근저당권의 형식이 아닌 개별 근저당권의 형식을 취한 경우, 이러한 근저당권은 민법 제368조가 적용되는 공동근저당권이 아니라 피담보채권을 누적적으로 담보하는 근저당권에 해당한다(대판 2020.4.9. 2014다51756).

③ (×) : 공동저당은 때를 달리하여 설정하여도 무방하고, 부동산들의 소유자가 달라도 무방하며, 수 개의 저당권의 순위를 달리하여 설정하는 것도 가능하다.

④ (○) : 공동저당의 피담보채권은 동일하면 되고 반드시 1개의 채권이어야 하는 것은 아니다. 따라서 복수의 채권을 담보하기 위한 공동저당권도 가능하다.

⑤ (×) : 공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산 중 일부는 채무자 소유이고 일부는 물상보증인 소유인 경우 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 민법 제368조 제1항은 적용되지 아니하고, 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당을 하고, 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 하여야 한다(대판 2016.3.10. 2014다231965).

24. 동산양도담보에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 돈사에서 대량으로 사육되는 돼지와 같이 변식, 사망, 판매, 구입 등의 요인에 의하여 증감 변동하는 유동집합물도 양도담보의 목적물로 할 수 있다.
- ② 동산양도담보의 피담보채권은 금전채권이 아닌 것도 될 수 있다.
- ③ 동산에 대하여 점유개정의 방법으로 양도담보를 일단 설정한 후에는 양도담보권자나 양도담보설정자가 그 동산에 대한 점유를 상실하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 양도담보의 효력에는 영향을 미치지 않는다.
- ④ 동산에 대하여 점유개정의 방법으로 이중양도담보를 설정한 경우, 원래의 양도담보권자는 뒤의 양도담보권자에 대하여 배타적으로 자기의 담보권을 주장할 수 있다.
- ⑤ 양도담보권자는 설정자로 하여금 양도담보물의 점유를 하게 하지 못한다.

【정답】 ⑤

① (○) : i) 일반적으로 일단의 증감 변동하는 동산을 하나의 물건으로 보아 이를 채권담보의 목적으로 삼으려는 이른바 집합물에 대한 양도담보설정계약체결도 가능하며 이 경우 그 목적 동산이 담보설정자의 다른 물건과 구별될 수 있도록 그 종류, 장소 또는 수량지정 등의 방법에 의하여 특정되어 있으면 그 전부를 하나의 재산권으로 보아 이에 유효한 담보권의 설정이 된 것으로 볼 수 있다(대판 1990. 12. 26. 88다카20224). ii) 돈사에서 대량으로 사육되는 돼지를 집합물에 대한 양도담보의 목적물로 삼은 경우, 그 돼지는 변식, 사망, 판매, 구입 등의 요인에 의하여 증감 변동하기 마련이므로 양도담보권자가 그 때마다 별도의 양도담보권설정계약을 맺거나 점유개정의 표시를 하지 않더라도 하나의 집합물로서 동일성을 잃지 아니한 채 양도담보권의 효력은 항상 현재의 집합물 위에 미치게 되고, 양도담보설정자로부터 위 목적물을 양수한 자가 이를 선의취득하지 못하였다면 위 양도담보권의 부담을 그대로 인수하게 된다(대판 2004. 11. 12. 2004다22858).

- ② (○) : 양도담보의 피담보채권은 금전채권에 한정되지 않으며, 장래의 채권일 수도 있다.
- ③ (○) : 동산에 대하여 점유개정의 방법으로 양도담보를 일단 설정한 후에는 양도담보권자나 양도담보설정자가 그 동산에 대한 점유를 상실하였다고 하더라도 그 양도담보의 효력에는 아무런 영향이 없다(대판 2000. 6. 23. 99다65066).
- ④ (○) : 동산에 대하여 점유개정의 방법으로 이중양도담보를 설정한 경우 원래의 양도담보권자는 뒤의 양도담보권자에 대하여 배타적으로 자기의 담보권을 주장할 수 있으므로, 뒤의 양도담보권자가 양도담보의 목적물을 처분함으로써 원래의 양도담보권자로 하여금 양도담보권을 실행할 수 없도록 하는 행위는, 이중양도담보 설정행위가 횡령죄나 배임죄를 구성하는지 여부나 뒤의 양도담보권자가 이중양도담보 설정행위에 적극적으로 가담하였는지 여부와 관계없이, 원래의 양도담보권자의 양도담보권을 침해하는 위법한 행위이다(대판 2000. 6. 23. 99다65066).
- ⑤ (×) : 동산양도담보에 있어서 인도의 방법에는 특별한 제한이 없으므로 점유개정의 방법으로도 양도담보를 설정할 수 있다. 따라서 양도담보권자는 설정자로 하여금 양도담보물의 점유를 하게 할 수 있다.

【비교조문】 질권자는 설정자로 하여금 질물의 점유를 하게 하지 못한다(민법 제332조).

25. 채권의 목적에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 선택채권에서 선택권이 있는 제3자가 선택하지 아니하는 경우 채권자는 상당한 기간을 정하여 그 선택을 최고할 수 있고 제3자가 그 기간 내에 선택하지 아니하면 선택권은 채권자에게 있다.
- ② 채권액이 다른 나라 통화로 지정된 때에는 채무자는 지급할 때에 있어서의 이행지의 환금시가에 의하여 우리나라 통화로 변제할 수 있다.
- ③ 금전채무를 불이행한 경우의 손해배상에 관하여 채권자는 손해를 증명할 필요가 없고, 채무자는 과실이 없다고 항변할 수 없다.
- ④ 원본채권이 양도된 경우 이미 변제기에 도달한 이자채권은 원본채권의 양도당시 그 이자채권도 양도한다는 의사표시가 없는 한 당연히 양도되지는 않는다.
- ⑤ 제한종류채권의 특정에 관하여 합의가 없으면 채무자가 이행에 필요한 행위를 완료하거나 채권자의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정한 때에 특정이 이루어진다.

【정답】 ①

- ① (×) : 제3자가 선택하지 아니하는 경우에는 채권자나 채무자는 상당한 기간을 정하여 그 선택을 최고할 수 있고 제3자가 그 기간내에 선택하지 아니하면 선택권은 채무자에게 있다(제384조 제2항).
- ② (○) : 제378조
- ③ (○) : 제397조 제2항
- ④ (○) : 이자채권은 원본채권에 대하여 종속성을 갖고 있으나 이미 변제기에 도달한 이자채권은 원본채권과 분리하여 양도할 수 있고 원본채권과 별도로 변제할 수 있으며 시효로 인하여 소멸되기도 하는 등 어느 정도 독립성을 갖게 되는 것이므로, 원본채권이 양도된 경우 이미 변제기에 도달한 이자채권은 원본채권의 양도당시 그 이자채권도 양도한다는 의사표시가 없는 한 당연히 양도되지는 않는다(대판 1989. 3. 28. 88다카12803).
- ⑤ (○) : 제한종류채권에 관하여 당사자가 합의하여 급부 목적물을 특정하거나 특정방법 또

는 지정권자를 정하는 경우에는 그에 따라야 하고, 그러한 약정이 없는 경우에는 민법 제 375조 제2항에 따라 채무자가 이행에 필요한 행위를 완료하거나 채권자의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정한 때에 그 물건을 채권의 목적물로 하는 것이다(대판 2007. 12. 13. 2005다 52214).

26. 채무불이행에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 타인의 토지를 점유함으로써 인한 부당이득반환채무는 점유시부터 이행기가 도래하고 지체 책임이 발생한다.
- ② 이행거절을 이유로 해제권을 행사하는 경우 그 이행거절의 의사를 표명한 것으로 볼 것인지 여부는 이행거절시를 기준으로 판단한다.
- ③ 위약벌의 약정에 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수 있다.
- ④ 재산상 손해액의 확정이 가능한 경우에도 위자료를 증액하는 방법으로 손해의 전보를 피할 수 있다.
- ⑤ 채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 그 기간 내에 이행하지 아니하거나 지체 후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 때에는 채권자는 수령을 거절하고 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있다.

【정답】 ⑤

- ① (×) : 부당이득반환의무는 이행기한의 정함이 없는 채무이므로 그 채무자는 이행청구를 받은 때에 비로소 지체책임을 진다(대판 2010.1.28. 2009다24187).
- ② (×) : 쌍무계약에서 당사자 일방이 미리 이행을 하지 아니할 의사를 표시하거나 상대방이 이행을 제공하더라도 자기의 채무를 이행하지 아니할 것이 객관적으로 명백한 경우에는 상대방은 이를 이유로 계약을 해제할 수 있다고 할 것인바, 당사자 일방이 자기의 채무를 아직 다 이행하지 아니하였으면서도 이미 다 이행하였다고 주장하면서 상대방 채무의 이행을 구하는 제소까지 하였다면 그것이 계산상의 착오 때문이라는 등 특별한 사정이 없는 한 미리 자기의 채무를 이행하지 아니할 의사를 표명한 것으로 볼 것이고, 따라서 상대방은 계약을 해제할 수 있다. 그리고 당사자 일방이 위와 같은 의사를 표명한 것으로 볼 것인지 여부는 계약해제 시를 기준으로 하여 판단하여야 한다(대판 2014.10.6. 2014다210531).
- ③ (×) : 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정하는 것으로서 손해배상의 예정과 다르므로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추 적용하여 그 액을 감액할 수 없고, 다만 의무의 강제로 얻는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다(대판 2016.1.28. 2015다239324).
- ④ (×) : 재산상 손해의 확정이 가능한 경우에 위자료의 명목 아래 재산상 손해의 전보를 피하는 일은 허용될 수 없고, 재산상 손해의 발생에 대한 증거가 부족한 경우에는 더욱 그러하다(대판 2014.1.16. 2011다108057).

【비교판례】 재산적 손해의 발생이 인정되는데도 입증곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수는 있다(대판 2004. 11. 12. 2002다53865).

⑤ (○) : 제395조

27. 채권자대위권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 토지거래허가구역 내의 토지가 매매된 경우에 매수인이 매도인에 대하여 가지는 토지거래허가신청절차의 협력의무의 이행청구권은 채권자대위권의 피보전채권이 될 수 있다.
- ② 임대차보증금반환채권을 양수한 채권자가 그 이행을 청구하기 위하여 임차인의 가옥 인도가 먼저 이행되어야 할 필요가 있어서 임대인을 대위하여 임차인을 상대로 인도를 구하는 경우에는 임대인의 무자력을 요건으로 하지 않는다.
- ③ 甲의 乙에 대한 채권의 소멸시효가 완성된 경우, 乙에 대한 일반채권자 丙은 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내라 하더라도 乙을 대위하여 소멸시효 주장을 할 수는 없다.
- ④ 채권자대위권을 행사하는 경우, 제3채무자는 특별한 사정이 없는 한 채무자에 대하여 가지는 항변사유로써 채권자에게 대항할 수 있다.
- ⑤ 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 재판상 행사하여 패소확정판결을 받았다면 채권자는 채무자의 권리를 대위행사할 수 없다.

【정답】 ③

- ① (○) : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 허가구역에 있는 토지의 거래계약이 토지거래허가를 전제로 체결된 경우에는 유동적 무효의 상태에 있고 거래계약의 채권적 효력도 전혀 발생하지 않으므로 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 내용의 이행청구도 할 수 없지만, 계약을 체결한 당사자 사이에서는 계약이 효력 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있으므로, 계약의 쌍방 당사자는 공동으로 관할 관청의 허가를 신청할 의무가 있다. 그 결과 경우에 따라서는 매수인이 토지거래허가 신청절차의 협력의무 이행청구권을 보전하기 위하여 매도인의 권리를 대위하여 행사하는 것도 허용된다고 할 수 있지만, 보전의 필요성이 인정되어야 한다(대판 2013. 5. 23. 2010다50014).
- ② (○) : 채권자가 자기채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사하려면 채무자의 무자력을 요건으로 하는 것이 통상이지만 임차보증금반환청구권을 양수한 채권자가 그 이행을 청구하기 위하여 임차인의 가옥명도가 선이행되어야 할 필요가 있어서 그 명도를 구하는 경우에는 그 채권의 보전과 채무자인 임대인의 자력유무는 관계가 없는 일이므로 무자력을 요건으로 한다고 할 수 없다(대판 1989.4.25. 88다카4253·4260).
- ③ (×) : 소멸시효가 완성된 경우 이를 주장할 수 있는 사람은 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 사람에 한정되므로, 채무자에 대한 일반 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있을 뿐, 채권자의 지위에서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없다(대판 1997.12.26. 97다22676).
- ④ (○) : 채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 제3채무자는 채무자에 대해 가지는 모든 항변사유로 채권자에게 대항할 수 있으나, 채권자는 채무자 자신이 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할 수 있을 뿐 자기와 제3채무자 사이의 독자적인 사정에 기한 사유를 주장할 수는 없다(대판 2009.5.28, 2009다4787).
- ⑤ (○) : 채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이기 때문에 채권자가 대위권을 행사할 당시 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 설사 패소의 확정판결을 받았더라도 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없다

(대판 1993. 3. 26, 92다32876).

28. 채권자취소권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 채권자의 채권이 사해행위 이전에 성립한 이상 사해행위 이후에 양도되었다고 하더라도 양수인은 이를 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사할 수 있다.
- ② 부동산의 이중매매에서 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양도인과 제2양수인 사이의 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 있다.
- ③ 채권자의 채권이 정지조건부 채권이라 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이를 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사할 수 있다.
- ④ 채권자가 전득자를 상대로 사해행위취소의 소를 제기한 경우에 수익자와 전득자 사이의 법률행위는 취소의 대상이 되지 않는다.
- ⑤ 채권자취소권의 행사를 소송상의 공격방어방법으로 할 수는 없다.

【정답】 ②

- ① (○) : 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 채권은 원칙적으로 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권이 될 수 있고, 채권자의 채권이 사해행위 이전에 성립한 이상 사해행위 이후에 양도되었다고 하더라도 양수인은 채권자취소권을 행사할 수 있으며, 채권 양수일에 채권자취소권의 피보전채권이 새로이 발생되었다고 할 수 없다(대판 2012.2.9, 2011다77146).
- ② (×) : 채권자취소권을 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으므로, 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다(대판 1999.4.27. 98다56690).
- ③ (○) : 민법이 제148조, 제149조에서 조건부권리의 보호에 관한 규정을 두고 있는 점을 종합해 볼 때, 취소채권자의 채권이 정지조건부채권이라 하더라도 장래에 정지조건이 성취되기 어려울 것으로 보이는 등 특별한 사정이 없는 한, 이를 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사할 수 있다(대판 2011.12.8, 2011다55542).
- ④ (○) : 채권자가 전득자를 상대로 하여 사해행위의 취소와 함께 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소를 제기한 경우에 그 취소의 효과는 채권자와 전득자 사이의 상대적인 관계에서만 생기는 것이고 채무자 또는 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 미치지 않는 것이므로, 이 경우 취소의 대상이 되는 사해행위는 채무자와 수익자 사이에서 행하여진 법률행위에 국한되고, 수익자와 전득자 사이의 법률행위는 취소의 대상이 되지 않는다(대판 2004.8.30. 2004다21923).
- ⑤ (○) : 채권자취소권을 행사하는 채권자는 수익자나 전득자를 상대로 사해행위의 취소를 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구할 수 있을 뿐 소송상의 공격방어방법으로 주장할 수 없다(대판 1995.7.25, 95다8393).

29. 다수당사자의 채권관계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 수탁보증인이 주채무자를 위해 출재를 함에 있어 과실이 존재한다면 그와 인과관계가 있는 범위에서는 사후구상권이 발생하지 않는다.

- ② 임대인 지위를 공동으로 승계한 공동임대인들의 임차보증금반환채무는 성질상 불가분채무이다.
- ③ 공동불법행위자들의 피해자에 대한 과실비율이 달라 손해배상액이 달라졌는데 다액채무자인 공동불법행위자가 손해배상액의 일부를 변제한 경우 이로 인하여 먼저 소멸하는 부분은 채무자들이 공동으로 채무를 부담하는 부분이다.
- ④ 부진정연대채무자 중 1인이 자신의 채권자에 대한 반대채권으로 상계를 한 경우, 다른 부진정연대채무자에 대하여 절대적 효력이 있다.
- ⑤ 피해자가 공동불법행위자 중 1인에 대하여 한 채무면제의 효력은 다른 공동불법행위자에게는 미치지 아니한다.

【정답】 ③

- ① (○) : 수탁보증인의 출재에 과실이 없어야 하는데 만약 출재에 과실이 존재한다면 그와 인과관계가 있는 범위에서는 구상권이 발생하지 않는다(대판 2024. 10. 25, 2024다252305).
- ② (○) : 임대인 지위를 공동으로 승계한 공동임대인들의 임차보증금 반환채무는 성질상 불가분채무에 해당한다(대판 2024. 8. 1, 2023다318857).
- ③ (×) : 금액이 다른 채무가 서로 부진정연대 관계에 있을 때 다액채무자가 일부 변제하는 경우 변제로 인하여 먼저 소멸하는 부분은 당사자의 의사와 채무 전액의 지급을 확실히 확보하려는 부진정연대채무 제도의 취지에 비추어 볼 때 **다액채무자가 단독으로 채무를 부담하는 부분**으로 보아야 한다. 이러한 법리는 사용자의 손해배상액이 피해자의 과실을 참작하여 과실상계를 한 결과 타인에게 직접 손해를 가한 피용자 자신의 손해배상액과 달라졌는데 다액채무자인 피용자가 손해배상액의 일부를 변제한 경우에 적용되고, 공동불법행위자들의 피해자에 대한 과실비율이 달라 손해배상액이 달라졌는데 다액채무자인 공동불법행위자가 손해배상액의 일부를 변제한 경우에도 적용된다[대판(전합) 2018.3.22. 2012다74236].
- ④ (○) : 부진정연대채무자 중 1인이 자신의 채권자에 대한 반대채권으로 **상계**를 한 경우에도 채권은 변제, 대물변제, 또는 공탁이 행하여진 경우와 동일하게 현실적으로 만족을 얻어 그 목적을 달성하는 것이므로, **그 상계로 인한 채무소멸의 효력은 소멸한 채무 전액에 관하여 다른 부진정연대채무자에 대하여도 미친다**[대판(전합) 2010.9.16, 2008다97218].
- ⑤ (○) : 부진정연대채무관계에 있어서 채무자 1인에 대한 **채무면제**는 다른 채무자에 대하여는 그 효력을 미치지 아니한다(대판 1980.7.22, 79다1107).

30. 채권양도에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 가압류된 채권은 양도할 수 없다.
- ② 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도할 수 있다.
- ③ 부종성 또는 수반성으로 인해 주채무자와 보증인에 대한 채권이 함께 양도되는 경우, 주채권뿐만 아니라 보증채권에 관하여도 대항요건을 갖추어야 한다.
- ④ 채무자는 지명채권의 양도를 승낙하면서 조건을 붙여서 할 수 있다.
- ⑤ 당사자 사이에 양도금지특약이 있는 채권도 압류 및 전부명령에 의하여 이전될 수 있으나, 양도금지특약 사실에 관하여 압류채권자가 악의인 경우에는 전부명령의 효력이 없다.

【정답】 ④

- ① (×) : 가압류된 채권도 이를 양도하는데 아무런 제한이 없다 할 것이나, 다만 가압류된 채권을 양수받은 양수인은 그러한 가압류에 의하여 권리가 제한된 상태의 채권을 양수받는다고 보아야 할 것이고, 이는 채권을 양도받았으나 확정일자 있는 양도통지나 승낙에 의한 대항요건을 갖추지 아니하는 사이에 양도된 채권이 가압류된 경우에도 동일하다(대판 2002.4.26. 2001다59033).
- ② (×) : 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2018.7.20. 2014다83937).
- ③ (×) : 보증채무는 주채무에 대한 부종성 또는 수반성이 있어서 주채무자에 대한 채권이 이전되면 당사자 사이에 별도의 특약이 없는 한 보증인에 대한 채권도 함께 이전하고, 이 경우 채권양도의 대항요건도 주채권의 이전에 관하여 구비하면 족하고, 별도로 보증채권에 관하여 대항요건을 갖추 필요는 없다(대판 2002.9.10. 2002다21509).
- ④ (○) : 지명채권 양도의 대항요건인 채무자의 승낙은 채권양도 사실을 채무자가 승인하는 의사를 표명하는 채무자의 행위라고 할 수 있는데, 채무자는 채권양도를 승낙하면서 조건을 붙여서 할 수 있다(대판 2011.6.30. 2011다8614).
- ⑤ (×) : 당사자 사이에 양도금지의 특약이 있는 채권이라도 압류 및 전부명령에 의하여 이전할 수 있고, 양도금지의 특약이 있는 사실에 관하여 압류채권자가 선의인가 악의인가는 전부명령의 효력에 영향을 미치지 못한다(대판 1976.10.29. 76다1623).

31. 채무자와 인수인 사이의 계약에 의한 면책적 채무인수에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 채무인수에 대하여 채권자가 승낙을 거절한 경우, 그 후 채권자가 다시 승낙을 하더라도 채무인수로서의 효력이 생기지 않는다.
- ② 채무인수 후 이에 대하여 채권자가 승낙한 경우 특별한 사정이 없는 한 승낙한 때로부터 채무인수의 효력이 생긴다.
- ③ 채무자나 인수인은 상당한 기간을 정하여 승낙여부의 확답을 채권자에게 최고할 수 있고, 채권자가 그 기간 내에 확답을 발송하지 아니한 때에는 거절한 것으로 본다.
- ④ 채무인수에 대하여 채권자가 승낙하는 경우, 채무자나 인수인 가운데 누구에게 하여도 무방하다.
- ⑤ 채권자가 인수인에게 직접 인수채무금의 지급을 청구하였다면 이는 목시적으로 채무인수를 승낙한 것이다.

【정답】 ②

- ① (○) : 채권자의 승낙에 의하여 채무인수의 효력이 생기는 경우, 채권자가 승낙을 거절하면 그 이후에는 채권자가 다시 승낙하여도 채무인수로서의 효력이 생기지 않는다(대판 1998. 11. 24. 98다33765).
- ② (×) : 채권자의 채무인수에 대한 승낙은 다른 의사표시가 없으면 채무를 인수한 때에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 침해하지 못한다(제457조).
- ③ (○) : 제455조
- ④ (○) : 채권자의 승낙 또는 거절의 상대방은 채무자나 제삼자(=인수인)이다(제454조 제2

항).

⑤ (○) : 채무자와 인수인 사이의 계약에 의한 채무인수에 대하여 채권자는 명시적인 방법 뿐만 아니라 묵시적인 방법으로도 승낙을 할 수 있는 것인데, 채권자가 직접 채무인수인에 대하여 인수채무금의 지급을 청구하였다면 그 지급청구로써 묵시적으로 채무인수를 승낙한 것으로 보아야 한다(대판 1989.11.14., 88다카29962).

32. 상계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 매도인의 담보책임을 기초로 한 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에는 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우라도 매수인은 위 손해배상채권을 자동채권으로 상대방의 채권과 상계할 수 없다.
- ② 채권가압류명령을 받을 당시 제3채무자가 압류채무자에 대하여 반대채권(자동채권)을 가지고 있었는데, 그 당시 위 반대채권의 변제기가 도래하지 않았으나 가압류된 채권(수동채권)의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하면, 제3채무자는 상계로써 가압류채권자에게 대항할 수 있다.
- ③ 제3채무자의 압류채무자에 대한 채권(자동채권)이 피압류채권(수동채권)과 동시이행관계에 있는 경우에는, 압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 제3채무자는 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있다.
- ④ 채권양수인이 양수채권을 자동채권으로 하여 채무자가 채권양수인에 대해 가지고 있던 기존 채권과 상계하였는데, 채권양도 전에 이미 양 채권의 변제기가 도래하였던 경우, 위 상계의 효력은 특별한 사정이 없는 한 채권양도의 대항요건이 갖추어진 시점으로 소급한다.
- ⑤ 주채무자가 사전에 담보제공청구권의 항변권을 포기한 경우에는 수탁보증인은 사전구상권을 자동채권으로 하여 주채무자에 대한 채무와 상계할 수 있다.

【정답】 ①

① (×) : 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 손해배상채권의 **제척기간**이 지난 경우에도 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우에는 매수인이나 도급인은 **민법 제495조를 유추적용**해서 위 손해배상채권을 자동채권으로 해서 상대방의 채권과 상계할 수 있다(대판 2019.3.14. 2018다255648).

② (○) : 채권가압류명령 또는 채권가압류명령을 받은 제3채무자가 압류채무자에 대한 반대채권을 가지고 있는 경우에, 가압류의 효력 발생 당시에 대립하는 양 채권이 모두 변제기가 도래하였거나, 그 당시 반대채권(자동채권)의 변제기가 도래하지 아니한 때에는 그것이 피가압류채권(수동채권)의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하면, 상계로써 가압류채권자에게 대항할 수 있다(대판 2015. 1. 29, 2012다108764)

③ (○) : 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우에는, 압류명령이 제3채무자에게 송달되어 압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 제3채무자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다. 이 경우에 자동채권이 발생한 기초가 되는 원인은 수동채권이 압류되기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었던 것이므로, 그 자동채권은 민법 제498조의 ‘지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권’에 해당하지 않는다고 봄이 상당하고, 제3채무자는 그 자동채권에 의한 상계로 압류채권자에게 대항할 수 있다(대판 2010.3.25, 2007다35152; 대판

2015.4.9, 2014다80945).

④ (○) : 채권양수인이 양수채권을 자동채권으로 하여 그 채무자가 채권양수인에 대해 가지고 있던 기존 채권과 상계한 경우, 채권양수인은 채권양도의 대항요건이 갖추어진 때 비로소 자동채권을 행사할 수 있으므로 채권양도 전에 이미 양 채권의 변제기가 도래하였다고 하더라도 상계의 효력은 변제기로 소급하는 것이 아니라 채권양도의 대항요건이 갖추어진 시점으로 소급한다(대판 2022. 6. 30, 2022다200089).

⑤ (○) : 민법 제443조는 임의규정으로서 주채무자가 사전에 담보제공청구권의 항변권을 포기한 경우에는 보증인은 사전구상권을 자동채권으로 하여 주채무자에 대한 채무와 상계할 수 있다(대판 2004.5.28. 2001다81245).

33. 동시이행관계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 공사도급계약의 도급인이 자신 소유의 토지에 근저당권을 설정하여 수급인으로 하여금 공사 자금을 대출받도록 한 경우, 수급인의 근저당권 말소의무는 도급인의 공사대금채무와 동시이행관계에 있다.
- ② 공사도급계약의 도급인이 자신 소유의 토지에 근저당권을 설정하여 수급인으로 하여금 공사 자금을 대출받도록 한 경우, 도급인이 대출금을 대위변제함으로써 수급인이 지게 된 구상금채무는 도급인의 공사대금채무와 동시이행관계에 있다.
- ③ 수급인이 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 말미암아 도급인에게 발생한 하자확대손해에 따른 손해배상채무와 도급인의 보수지급채무는 동시이행관계에 있다.
- ④ 금전채권의 채무자가 채권자에게 담보를 제공한 경우 특별한 사정이 없는 한 채무자의 변제의무와 채권자의 담보 반환의무가 동시이행관계에 있다고 볼 수 없다.
- ⑤ 가압류등기가 있는 부동산의 매매계약에 있어서 매도인의 가압류등기의 말소의무는 매수인의 대금지급의무와 동시이행관계에 있다고 볼 수 없다.

【정답】 ⑤

① (○), ② (○) : 공사도급계약의 도급인이 자신 소유의 토지에 근저당권을 설정하여 수급인으로 하여금 공사에 필요한 자금을 대출받도록 한 사안에서, 수급인의 근저당권 말소의무는 도급인의 공사대금채무에 대하여 공사도급계약상 고유한 대가관계가 있는 의무는 아니지만, 담보제공의 경위와 목적, 대출금의 사용용도 및 그에 따른 공사대금의 실질적 선급과 같은 자금지원 효과와 이로 인하여 도급인이 처하게 될 이중지급의 위험 등 구체적인 계약관계에 비추어 볼 때, 이행상의 견련관계가 인정되므로 양자는 서로 동시이행의 관계에 있고, 나아가 수급인이 근저당권 말소의무를 이행하지 아니한 결과 도급인이 위 대출금 및 연체이자를 대위변제함으로써 수급인이 지게 된 구상금채무도 근저당권 말소의무의 변형물로서 그 대등액의 범위 내에서 도급인의 공사대금채무와 동시이행의 관계에 있다고 한 사례(대판 2010. 3. 25. 2007다35152).

③ (○) : 수급인이 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 말미암아 도급인에게 손해가 발생한 경우 그와 같은 하자확대손해로 인한 수급인의 손해배상채무와 도급인의 보수지급채무 역시 동시이행관계에 있는 것으로 보아야 한다(대판 2007. 8. 23. 2007다26455,26462).

④ (○) : 금전채권의 채무자가 채권자에게 담보를 제공한 경우 특별한 사정이 없는 한 채권자는 채무자로부터 채무를 모두 변제받은 다음 담보를 반환하면 될 뿐 채무자의 변제의무와

채권자의 담보 반환의무가 동시이행관계에 있다고 볼 수 없다. 따라서 채권자가 채무자로부터 제공받은 담보를 반환하기 전에도 특별한 사정이 없는 한 채무자는 이행지체 책임을 진다(대판 2019. 10. 31. 2019다247651).

⑤ (×) : 부동산의 매매계약이 체결된 경우에는 매도인의 소유권이전등기의무, 인도의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것이 원칙이고, 이 경우 매도인은 특별한 사정이 없는 한 제한이나 부담이 없는 완전한 소유권이전등기의무를 지는 것이므로 매매 목적 부동산에 가압류등기 등이 되어 있는 경우에는 매도인은 이와 같은 등기도 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 하는 것이고, 따라서 가압류등기 등이 있는 부동산의 매매계약에 있어서는 매도인의 소유권이전등기 의무와 아울러 가압류등기의 말소의무도 매수인의 대금지급의무와 동시이행 관계에 있다고 할 것이다(대판 2000.11.28. 2000다8533).

34. 계약을 합의하여 해제하거나 해지하는 경우에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㄱ. 계약이 합의해제된 경우, 특별한 사정이 없는 한 채무불이행으로 인한 손해배상청구는 할 수 없다.
- ㄴ. 매매계약이 합의해제된 경우, 매수인에게 이전되었던 소유권이 당연히 매도인에게 복귀하지 않는다.
- ㄷ. 아파트 분양신청권이 전전매도된 후 최초의 매매 당사자가 계약을 합의해제하면, 최초 매도인은 최종 매수인에게 최초 매매계약의 해제를 주장할 수 없다.
- ㄹ. 당사자 사이에 약정이 없는 이상 합의해지로 인하여 반환할 금전에 그 받은 날로부터 이자를 붙여서 반환할 의무는 없다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄷ ③ ㄴ, ㄷ ④ ㄴ, ㄹ ⑤ ㄷ, ㄹ

【정답】 ②

ㄱ. (○) : 계약이 합의에 따라 해제되거나 해지된 경우에는 상대방에게 손해배상을 하기로 특약하거나 손해배상청구를 유보하는 의사표시를 하는 등 다른 사정이 없는 한 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없다. 그와 같은 손해배상의 특약이 있었다거나 손해배상청구를 유보하였다는 점은 이를 주장하는 당사자가 증명할 책임이 있다(대판 2021.5.7. 2017다220416).

ㄴ. (×) : 매매계약이 합의해제된 경우에도 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이라고 할 것이고 이는 소멸시효의 대상이 되지 아니한다(대판 1982.7.27. 80다2968).

ㄷ. (×) : [1] 민법 제548조 제1항 단서에서 규정하는 제3자라 함은 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률적 효과를 기초로 하여 새로운 이해관계를 가졌을 뿐 아니라 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자를 지칭하는 것이고, 계약상의 채권을 양도받은 양수인은 특별한 사정이 없는 이상 이에 포함되지 않는다. [2] 아파트 분양신청권이 전전매매된 후 최초의 매매 당사자가 계약을 합의해제한 경우, 그 분양신청권을 전전매수한 자는 설사 그가 백지 매도증서, 위임장 등 제반 서류를 소지하고 있다 하더라도 완전한 권리를 취득한 것이라고 할 수 없고, 또한 매매계약을 합의해제한 다음 이를 회수하지 아니하였다고 하여 그에 대하여

매매계약의 해제를 주장할 수 없는 것은 아니다(대판 1996.4.12. 95다49882).

ㄴ. (○) : 합의해제 또는 해제계약이라 함은 해제권의 유무에 불구하고 계약 당사자 쌍방이 합의에 의하여 기존의 계약의 효력을 소멸시켜 당초부터 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 복귀시킬 것을 내용으로 하는 새로운 계약으로서, 그 효력은 그 합의의 내용에 의하여 결정되고 여기에는 해제에 관한 민법 제548조 제2항의 규정은 적용되지 아니하므로, 당사자 사이에 약정이 없는 이상 합의해제로 인하여 반환할 금전에 그 받은 날로부터의 이자를 가하여야 할 의무가 있는 것은 아니다(대판 1996.7.30. 95다16011).

35. 민법 제565조(해약금)의 계약금계약에 기한 해제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 계약금은 이를 위약금으로 하기로 하는 특약이 없는 한, 손해배상액의 예정으로 볼 수 없다.
- ② 유동적 무효 상태인 매매계약도 매도인이 계약금의 배액을 상환하고 계약을 적법하게 해제할 수 있다.
- ③ 교부자가 계약금의 전부 지급하지 아니하더라도 계약금계약은 성립한다.
- ④ 상대방인 매도인이 매매계약의 이행에는 전혀 착수한 바가 없다 하더라도, 중도금을 지급한 매수인은 계약금을 포기하고 매매계약을 해제할 수 없다.
- ⑤ 계약금계약에 기한 해제는 이행에 착수하기 전에만 할 수 있으므로 원상회복의 문제는 생기지 않을 뿐만 아니라 손해배상청구권도 생기지 않는다.

【정답】 ③

① (○) : 매매계약에 있어서의 계약금은 민법 제565조 제1항에 의하여 해약금의 성질을 가지고, 다만 당사자의 일방이 위약을 할 경우 그 계약금을 위약금으로 하기로 하는 특약이 있는 경우에 한하여 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지므로 그와 같은 특약이 없음에도 동 계약금이 손해배상액의 예정임을 전제로 하는 금액 청구는 이유가 없다(대판 1981.7.28, 80다2499).

② (○) : 국토이용관리법상의 토지거래허가를 받지 않아 유동적 무효 상태인 매매계약에 있어서도 당사자 사이의 매매계약은 매도인이 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제함으로써 적법하게 해제된다(대판 1997. 6. 27. 97다9369).

③ (×) : 계약이 일단 성립한 후에는 당사자의 일방이 이를 마음대로 해제할 수 없는 것이 원칙이고, 다만 주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 경우에는 민법 제565조 제1항의 규정에 따라 임의 해제를 할 수 있기는 하나, 계약금계약은 금전 기타 유가물의 교부를 요건으로 하므로 단지 계약금을 지급하기로 약정만 한 단계에서는 아직 계약금으로서의 효력, 즉 위 민법 규정에 의해 계약해제를 할 수 있는 권리는 발생하지 않는다고 할 것이다. 따라서 당사자가 계약금의 일부만을 먼저 지급하고 잔액은 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우, 교부자가 계약금의 잔금이나 전부를 약정대로 지급하지 않으면 상대방은 계약금 지급의무의 이행을 청구하거나 채무불이행을 이유로 계약금약정을 해제할 수 있고, 나아가 위 약정이 없었더라면 주계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정이 인정된다면 주계약도 해제할 수도 있을 것이나, 교부자가 계약금의 잔금 또는 전부를 지급하지 아니하는 한 계약금계약은 성립하지 아니하므로 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수는 없다 할 것이다(대판 2008.3.13. 2007다73611).

④ (○) : 민법 제565조 제1항에서 말하는 당사자의 일방이라는 것은 매매 쌍방 중 어느 일방을 지칭하는 것이고, 상대방이라 국한하여 해석할 것이 아니므로, 비록 상대방인 매도인이 매매계약의 이행에는 전혀 착수한 바가 없다 하더라도 매수인이 중도금을 지급하여 이미 이행에 착수한 이상 매수인은 민법 제565조에 의하여 계약금을 포기하고 매매계약을 해제할 수 없다(대판 2000. 2. 11, 99다62074).

⑤ (○) : 이행에 착수하기 전에만 해제할 수 있으므로 원상회복의 문제는 생기지 않는다. 그리고 채무불이행으로 인한 해제가 아니므로 손해배상청구권도 생기지 않는다(민법 제565조 제2항).

36. 매매의 효력에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 가등기의 목적이 된 부동산을 매수한 사람이 가등기에 기한 본등기가 경료됨으로써 그 부동산의 소유권을 상실하게 되면, 타인의 권리의 매매에 관한 담보책임 규정인 민법 제570조의 규정이 준용된다.
- ② 매도인이 계약 당시에 매매의 목적이 된 권리의 일부가 자기에게 속하지 아니함을 알지 못한 경우 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때는 민법 제571조(선의의 매도인의 담보책임)에 따라 매도인은 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다.
- ③ 담보권실행을 위한 임의경매에 있어 경매법원이 경매목적인 토지의 등기부상 면적을 표시하는 것은 특별한 사정이 없는 한 민법 제574조 소정의 '수량을 지정한 매매'이다.
- ④ 건축을 목적으로 매매된 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한 경우, 이와 같은 법률적 제한 내지 장애는 매매목적물의 하자에 해당한다.
- ⑤ 경매의 경우에는 채권자가 권리의 흠결을 알고 경매를 청구한 경우라도 경락인은 그 채권자에 대하여 손해배상을 청구할 수 없다.

【정답】 ④

① (×) : 가등기의 목적이 된 부동산을 매수한 사람이 그 뒤 가등기에 기한 본등기가 마쳐짐으로써 그 부동산의 소유권을 상실하게 된 때에는 매매의 목적 부동산에 설정된 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 매수인이 취득한 소유권을 상실한 경우와 유사하므로, 이와 같은 경우 민법 제576조의 규정이 준용된다고 보아 같은 조 소정의 담보책임을 진다고 보는 것이 상당하고, 같은 법 제570조에 의한 담보책임을 진다고 할 수는 없다(대판 1992.10.27. 92다21784).

② (×) : 민법 제571조 제1항은 선의의 매도인이 매매의 목적인 권리의 **전부를** 이전할 수 없는 경우에 적용될 뿐 매매의 목적인 권리의 **일부를** 이전할 수 없는 경우에는 적용될 수 없고, 마찬가지로 수 개의 권리를 일괄하여 매매의 목적으로 정하였으나 그 중 일부의 권리를 이전할 수 없는 경우에도 위 조항은 적용될 수 없다(대판 2004.12.9. 2002다33557).

③ (×) : 일반적으로 담보권실행을 위한 임의경매에 있어 경매법원이 경매목적인 토지의 등기부상 면적을 표시하는 것은 단지 토지를 특정하여 표시하기 위한 방법에 지나지 아니한 것이고, 그 최저경매가격을 결정함에 있어 감정인이 단위면적당 가액에 공부상의 면적을 곱하여 산정한 가격을 기준으로 삼았다 하여도 이는 당해 토지 전체의 가격을 결정하기 위한 방편에 불과하다 할 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 이를 민법 제574조 소정의 '수량을 지정한 매매'라고 할 수 없다(대판 2003.1.24. 2002다65189).

④ (○) : 건축을 목적으로 매매된 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한

경우, 위와 같은 법률적 제한 내지 장애 역시 매매목적물의 하자에 해당한다 할 것이나, 다만 위와 같은 하자의 존부는 매매계약 성립시를 기준으로 판단하여야 할 것이다(대판 2000.1.18. 98다18506).

⑤ (×) : 경매의 경우에 채무자가 물건 또는 권리의 흠결을 알고 고지하지 아니하거나 채권자가 이를 알고 경매를 청구한 때에는 경락인은 그 흠결을 안 채무자나 채권자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다(제578조 제3항).

37. 임대차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차는 이를 등기하지 아니한 경우에도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 제3자에 대하여 임대차의 효력이 생긴다.
- ② 임차인이 임대인의 동의를 얻어 임차물을 전대한 때에는 전차인은 직접 임대인에 대하여 의무를 부담한다.
- ③ 건물 소유를 목적으로 한 기간약정 없는 토지임대차계약이 임대인의 해지통고로 종료한 경우 임차인은 건물이 현존한 때에는 건물매수청구권을 행사할 수 있다.
- ④ 임차인의 필요비 및 유익비 청구권 등 비용청구 규정은 강행규정이 아니므로 사전 포기 약정은 그 효력이 있다.
- ⑤ 임차인은 임차 건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음을 증명하지 못하는 이상 건물의 유지·존립과 불가분의 일체 관계에 있는 임차 외 건물 부분이 소훼되어 임대인이 입게 된 손해도 채무불이행으로 인한 손해로 배상할 의무가 있다.

【정답】 ⑤

① (○) : 제622조 제1항

② (○) : 제630조 제1항

③ (○) : 건물의 소유를 목적으로 하는 토지 임대차에 있어서, 토지 임차인의 지상물매수청구권은 기간의 정함이 없는 임대차에 있어서 임대인에 의한 해지통고에 의하여 그 임차권이 소멸한 경우에도, 임차인의 계약갱신 청구의 유무에 불구하고 인정된다(대판 1995.12.26., 95다42195).

④ (○) : 건물 임차인이 자신의 비용을 들여 증축한 부분을 임대인 소유로 귀속시키기로 하는 약정은 임차인이 원상회복의무를 면하는 대신 투입비용의 변상이나 권리주장을 포기하는 내용이 포함된 것으로서 특별한 사정이 없는 한 유효하므로, 그 약정이 부속물매수청구권을 포기하는 약정으로서 강행규정에 반하여 무효라고 할 수 없고 또한 그 증축 부분의 원상회복이 불가능하다고 해서 유익비의 상환을 청구할 수도 없다(대판 1996. 8. 20, 94다44705, 44712). ☞ 증·개축 부분에 대하여 원상회복의무를 면하는 대신 유익비상환청구권을 포기하는 약정을 한 사례

⑤ (×) : 임차 외 건물 부분이 구조상 불가분의 일체를 이루는 관계에 있는 부분이라 하더라도, 그 부분에 발생한 손해에 대하여 임대인이 임차인을 상대로 채무불이행을 원인으로 하는 배상을 구하려면, 임차인이 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무 위반이 있었고, 그러한 의무 위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 상당인과관계가 있으며, 임차 외 건물 부분의 손해가 의무 위반에 따라 민법 제393조에 의하여 배상하여야 할 손해의 범위 내에 있다는 점에 대하여 임대인이 주장·증명하여야 한다(대판 2017.5.18. 2012다86895).

38. 조합에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 조합의 해산청구는 별도로 계약해제의 요건을 충족해야 해산의 효과가 발생한다.
- ② 조합의 통상사무는 각 조합원이 진행할 수 있으나 그 사무의 완료 전에 다른 조합원의 이의가 있는 때에는 즉시 중지하여야 한다.
- ③ 조합의 채무자는 그 채무와 조합원에 대한 채권으로 상계하지 못한다.
- ④ 조합의 존속기간을 정한 때에도 조합원은 부득이한 사유가 있으면 탈퇴할 수 있다.
- ⑤ 조합의 업무를 집행하는 조합원은 그 업무집행의 대리권이 있는 것으로 추정한다.

【정답】 ①

- ① (×) : 동업계약과 같은 조합계약에 있어서는 조합의 해산청구를 하거나 조합으로부터 탈퇴를 하거나 또는 다른 조합원을 제명할 수 있을 뿐이지 일반계약에 있어서처럼 조합계약을 해제하고 상대방에게 그로 인한 원상회복의 의무를 부담시킬 수는 없고, 조합원 사이의 신뢰관계가 깨어져서 원만한 조합운영을 기대할 수 없게 된 상황에서 다른 조합원에게 해지통고를 한 것은 조합의 해산청구로 볼 수 있으며, 위와 같은 해산청구가 계약해제 내지 해지의 요건을 별도로 충족할 필요는 없다(대판 2009.6.11. 2009다21096).
- ② (○) : 제706조 제3항
- ③ (○) : 제715조
- ④ (○) : 제716조 제2항
- ⑤ (○) : 제709조

39. 부당이득에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 도급계약에 기하여 수급인이 도급인으로부터 제3자 소유 물건의 점유를 이전받아 이를 수리한 결과 그 물건의 가치가 증가한 경우, 수급인은 민법 제203조(점유자의 상환청구권)에 의한 비용상환청구권을 행사할 수 있다.
- ② 점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 적법한 점유권원을 가진 경우, 계약관계 등의 상대방이 아닌 점유회복 당시의 상대방에 대하여는 민법 제203조 제2항에 따른 지출비용의 상환을 구할 수 있다.
- ③ 토지임차인이 지상건물에 대하여 적법하게 매수청구권을 행사하면 지상건물의 부지를 계속하여 점유·사용하더라도 부당이득반환의무를 지지 않는다.
- ④ 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 건물의 부지를 점유하고 있다고 볼 수 있는 경우, 미등기건물에 관한 사실상의 처분권자는 건물 부지의 점유·사용에 따른 부당이득반환의무를 부담한다.
- ⑤ 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 부지를 점거하고 있지 않다면 토지 소유자에 대하여 부당이득반환의무를 지지 않는다.

【정답】 ④

- ① (×) : 유효한 도급계약에 기하여 수급인이 도급인으로부터 제3자 소유 물건의 점유를 이전받아 이를 수리한 결과 그 물건의 가치가 증가한 경우, 도급인이 그 물건을 간접점유하면서 궁극적으로 자신의 계산으로 비용지출과정을 관리한 것이므로, 도급인만이 소유자에 대한 관계에 있어서 민법 제203조에 의한 비용상환청구권을 행사할 수 있는 비용지출자라고

할 것이고, 수급인은 그러한 비용지출자에 해당하지 않는다고 보아야 한다(대판 2002.8.23. 99다66564).

② (×) : 민법 제203조 제2항에 의한 점유자의 회복자에 대한 유익비상환청구권은 점유자가 계약관계 등 적법하게 점유할 권리를 가지지 않아 소유자의 소유물반환청구에 응하여야 할 의무가 있는 경우에 성립되는 것으로서, 이 경우 점유자는 그 비용을 지출할 당시의 소유자가 누구이었는지 관계없이 점유회복 당시의 소유자 즉 회복자에 대하여 비용상환청구권을 행사할 수 있는 것이나, 점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 적법한 점유의 권원을 가진 경우에 그 지출비용의 상황에 관하여는 그 계약관계를 규율하는 법조항이나 법리 등이 적용되는 것이어서, 점유자는 그 계약관계 등의 상대방에 대하여 해당 법조항이나 법리에 따른 비용상환청구권을 행사할 수 있을 뿐 계약관계 등의 상대방이 아닌 점유회복 당시의 소유자에 대하여 민법 제203조 제2항에 따른 지출비용의 상환을 구할 수는 없다(대판 2003.7.25. 2001다64752).

③ (×) : 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 한 대지임대차에 있어서 임차인이 그 지상건물 등에 대하여 민법 제643조 소정의 매수청구권을 행사한 후에 그 임대인인 대지의 소유자로부터 매수대금을 지급받을 때까지 그 지상건물 등의 인도를 거부할 수 있다고 하여도, 지상건물 등의 점유·사용을 통하여 그 부지를 계속하여 점유·사용하는 한 그로 인한 부당이득으로서 부지의 임료 상당액은 이를 반환할 의무가 있다(대판2001.6.1. 99다60535).

④ (○) : 타인 소유의 토지 위에 권원 없이 건물을 소유하는 자는 그 자체로써 건물 부지가 된 토지를 점유하고 있는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 인하여 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 할 것이고, 이는 건물 소유자가 미등기건물의 원시취득자이고 그 건물에 관하여 사실상의 처분권을 보유하게 된 양수인이 따로 존재하는 경우에도 다르지 아니하므로, 미등기건물의 원시취득자는 토지 소유자에 대하여 부당이득반환의무를 진다. 한편 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 그 양수인이 건물 부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 경우에는 미등기건물에 관한 사실상의 처분권자도 건물 부지의 점유·사용에 따른 부당이득반환의무를 부담한다. 이러한 경우 미등기건물의 원시취득자와 사실상의 처분권자가 토지 소유자에 대하여 부담하는 부당이득반환의무는 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 부진정연대채무 관계에 있다고 볼 것이다(대판 2022.9.29. 2018다243133).

⑤ (×) : 사회통념상 건물은 그 부지를 떠나서는 존재할 수 없으므로 건물의 부지가 된 토지는 그 건물의 소유자가 점유하는 것으로 볼 것이고, 이 경우 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 부지를 점거하고 있지 아니하고 있더라도 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유한다고 보아야 한다(대판 2022.9.29. 2018다243133).

40. 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 매수인이 인수하는 한편, 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 매수인이 근저당권의 피담보채무 변제를 게을리함으로써 임의경매절차가 개시되자 매도인이 경매절차의 진행을 막기 위하여 피담보채무를 변제하였다면, 매도인은 매수인에 대하여 이 사유를 들어 매매계약을 해제할 수 있다.
- ② 매수인이 근저당권의 피담보채무 변제를 게을리하여 근저당권이 실행됨으로써 매도인이

소유권을 상실하면 특별한 사정이 없는 한, 매수인에게 책임있는 사유로 소유권이전등기의 의무가 이행불능으로 된 경우이다.

- ③ 매수인이 근저당권의 피담보채무 변제를 게을리하여 근저당권이 실행됨으로써 매도인이 소유권을 상실하면 특별한 사정이 없는 한, 채무자인 매도인에게 과실이 없으므로 채권자인 매수인은 이행불능으로 매매계약을 해제할 수 없다.
- ④ 매매목적물이 경매절차에서 매각됨으로써 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행불능에 이르러 매매계약이 종료된 경우는 위험부담의 법리에 따르면, 채무자인 매도인은 급부의무를 면함과 더불어 반대급부도 청구하지 못한다.
- ⑤ 매매목적물이 경매절차에서 매각됨으로써 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행불능에 이르러 매매계약이 종료된 경우, 이미 이행한 급부를 부당이득으로 반환청구할 수 없다.

【정답】 ⑤

① (○) : 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수한 매수인이 인수채무의 일부인 근저당권의 피담보채무의 변제를 게을리함으로써 매매목적물에 관하여 근저당권의 실행으로 임의경매절차가 개시되고 매도인이 경매절차의 진행을 막기 위하여 피담보채무를 변제하였다면, 매도인은 채무인수인에 대하여 손해배상채권을 취득하는 이외에 이 사유를 들어 매매계약을 해제할 수 있다(대판 2004. 7. 9. 2004다13083).

② (○), ③ (○) : 부동산 매수인이 매매목적물에 설정된 근저당권의 피담보채무에 관하여 그 이행을 인수한 경우, 채권자에 대한 관계에서는 매도인이 여전히 채무를 부담한다고 하더라도, 매도인과 매수인 사이에서는 매수인에게 위 피담보채무를 변제할 책임이 있으므로, 매수인이 그 변제를 게을리하여 근저당권이 실행됨으로써 매도인이 매매목적물에 관한 소유권을 상실하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 이는 매수인에게 책임 있는 사유로 인하여 소유권이전등기의무가 이행불능으로 된 경우에 해당하고, 거기에 매도인의 과실이 있다고 할 수는 없다(대판 2008. 8. 21. 2007다8464,8471). ☞ 채무자인 매도인에게 과실이 없으므로 채권자인 매수인은 이행불능으로 매매계약을 해제할 수 없다.

④ (○), ⑤ (×) : 민법 제537조는 채무자위험부담주의를 채택하고 있는바, 쌍무계약에서 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 채무가 이행불능된 경우 채무자는 급부의무를 면함과 더불어 반대급부도 청구하지 못하므로, 쌍방 급부가 없었던 경우에는 계약관계는 소멸하고 이미 이행한 급부는 법률상 원인 없는 급부가 되어 부당이득의 법리에 따라 반환청구할 수 있다(대판 2009.5.28. 2008다98655). ☞ 매매 목적물이 경매절차에서 매각됨으로써 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행불능에 이르러 매매계약이 종료된 경우, 위험부담의 법리에 따라 매도인은 이미 지급받은 계약금을 반환하여야 하고 매수인은 목적물을 점유·사용함으로써 취득한 임료 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다고 한 사례.