

2027 변리사

전면개정판

포인트 객관식 민법

류호권 편저

POINT Civil Law

the general provisions of Civil Law
the Law of Realty / the Law of Obligations

고시계사

Preface

2027년 시험 대비 『포인트 민법 객관식』을 출간하면서...

객관식(선택형)문제에 대비하기 위해서는 실제 기출문제를 통한 연습이 매우 중요하다고 할 것입니다. 즉 항상 기본서를 읽은 후에는 해당 진도부분에 대한 객관식(선택형)문제 연습을 통해서 자신이 모르고 있거나 잘못 이해하고 있는 부분이 있는지를 확인하고 바로잡아야 하는 것입니다. 또한 기출문제는 어느 논점이 중요한 논점인지를 알려주어 시험 준비의 강약을 조절할 수 있도록 해 줍니다. 이외에도 객관식(선택형)문제 연습을 통해서 얻을 수 있는 것들은 무수히 많습니다. 이러한 효과를 얻으려면 정확하고 풍부하게 해설이 되어있는 객관식 문제집이 필수라고 할 것입니다.

본서는 그동안 저자가 다년간 변리사 시험 등을 강의하면서 얻은 경험을 바탕으로 변리사시험, 변호사시험 등의 기출문제들을 정확한 해설과 함께 제공함으로써 수험생 여러분들의 객관식(선택형)문제 연습을 통한 민법 실력 향상에 도움을 드리기 위해 만들어진 것입니다. 다행히 저자의 이러한 노력을 수험생 여러분들이 알아주셔서 그동안 여러분의 과분한 사랑을 받아 왔습니다. 이에 보답하기 위해 이번에도 최선을 다하여 개정작업을 진행하였습니다.

2027 대비 포인트민법 객관식의 특징

- 2026년도 대비판과 대비하여 분량을 대폭 줄였습니다. 저자가 변리사시험 강의를 시작한지 10년이 넘어 그동안 쌓인 기출문제를 꼼꼼하게 반영하다보니 2026년도 대비판의 분량이 너무 방대해진 면이 없지 않아서 수험생들이 본 문제집을 소화하기 힘들어하는 모습이 많이 보였고, 최근 변리사시험 민법개론이 그리 어렵게 출제되지 않는 경향이어서 2027년 대비판에서는 과감하게 분량을 대폭 줄였습니다. 워낙 퀄리티가 좋은 기출문제들이 많이 쌓여있어서 분량의 축소에도 불구하고 수험생 여러분들이 민법 객관식 문제를 연습함에는 부족함이 없을 것입니다. 제대로 소화하지도 못하면서 많은 문제를 보기보다 양을 좀 줄이더라도 제대로 소화하는 것이 훨씬 낫다는 생각으로 분량을 많이 줄여드린 것이니 최대한 많이 반복 학습하셔서 문제집의 내용을 완전히 자기 것으로 만들어서 시험장에 가시기 바랍니다.

- 본 교재는 약 10년 동안 출제되었던 변리사 기출문제와 변호사 기출문제를 중심으로 구성되었습니다. 『포인트민법 OX지문집』이 민법을 처음 시작하시는 분들을 위하여 약 5~6년 간의 기출문제에서 각각의 지문을 추출하여 기본서의 순서대로 배열하여 보기 쉽게 구성해 놓은 것이라면, 『포인트민법 객관식』은 5지 선다의 형태를 유지하여 어느 정도 민법 공부를 하신 수험생들이 문제의 원형 그대로 연습하여 실전에 대비할 수 있도록 구성하였습니다.
- 2026년 변리사 기출문제와 2026년 변호사시험 선택형 민사법 기출문제 등 최신 기출문제를 정확하고 상세한 해설과 함께 추가하였고, 기존의 기출문제도 변경된 판례 등을 적용하여 최신판례에 맞게 업데이트하였습니다. 이의제기나 행정소송 등을 통하여 산업인력공단이나 법원에 의하여 복수정답이나 정답 없음이 인정된 사항들도 모두 반영하였습니다.

남들보다 노력과 시간의 투자는 덜 하고 점수는 잘 맞으려는 꿈수는 통하지 않습니다. 정말 남들보다 친절하게 조문과 판례를 이해하고 익히고 암기하며 객관식(선택형)문제를 통해 반복하여 연습해야만 합격의 영광을 누릴 수 있을 것입니다.

본 교재가 세상에 나올 수 있도록 물심양면으로 애써주신 고시계 정상훈 사장님, 정말 꼼꼼하게 교정을 봐주신 전병주 국장님, 멋진 편집으로 책을 꾸며주신 신아름 디자인 팀장님께 깊은 감사를 드립니다.

이번에도 역시 『포인트 민법 객관식』이 수험생 여러분의 민법 실력 향상에 도움이 되어 이 책으로 공부하신 여러분들이 합격의 영광을 누릴 수 있기를 진심으로 기원합니다.

2026년 7월
편저자 류 호 권

변리사 민법시험 출제경향의 분석

2026년(제63회) ~ 2016년(제53회)

I. 민법총칙

목 차	2016 53회	2017 54회	2018 55회	2019 56회	2020 57회	2021 58회	2022 59회	2023 60회	2024 61회	2025 62회	2026 63회
제1장 민법일반		★	★							★	
제2장 권리·의무 (신의성실의 원칙)	★		★	★	★	★	★		★		★
제3장 권리의 주체	권리능력										
	의사능력, 행위능력	★		★★	★	★	★★	★	★	★	
	주소										
	부재와 실종		★					★			★
	법인	★		★	★	★	★★	★		★	★
	비법인 사단		★	★		★			★		★
제4장 권리의 객체	★	★	★	★		★	★	★	★	★	
제5장 권리의 변동	법률행위 일반				★						
	적법성									★	
	사회적 타당성		★	★	★		★		★		
	폭리행위	★	★			★		★			★
	의사표시	★★	★		★★	★	★★	★★	★★	★★★★	★
제6장 대리	대리일반	★	★	★★	★	★			★	★	★
	표현대리	★			★	★					★
	무권대리		★		★	★		★	★		★
제7장 무효와 취소	★		★	★		★★	★	★	★★		★
제8장 조건·기한	★	★		★	★	★	★	★			★
제9장 기간								★		★	
제10장 소멸 시효	소멸시효 일반	★			★		★			★	
	요건				★						
	중단		★		★	★		★	★		★
	정지		★								
	효력			★							

040 법인은 포괄적 유증을 받을 수 있다. ()

〈2026년 공인노무사〉

해설 (자연인을 전제로 하는 권리를 법인이 가질 수 없음은 당연하다(법인의 권리능력의 성질상 제한). 예컨대 자연인을 전제로 하는 권리, 즉 생명권·정조권·상속권 등은 부정된다. 다만 포괄적 유증을 받음으로서 상속과 동일한 결과를 얻을 수는 있다.

041 재단법인의 기본재산을 새로이 편입하는 경우에는 정관변경을 필요로 한다. ()

〈2026년 감정평가사〉

해설 재단법인의 기본재산에 관한 사항은 정관의 기재사항(제43조)으로서 기본재산의 변경은 정관의 변경(제45조 제2항)을 초래하기 때문에 주무부장관의 허가를 받아야 하고, 따라서 기존의 기본재산을 처분하는 행위는 물론 새로이 기본재산으로 편입하는 행위도 주무부장관의 허가가 있어야만 유효하다(대판 1982. 9. 28, 82다카499).

042 「민법」 제63조에 의하여 법원이 선임한 임시이사는 법인의 통상사무에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다. ()

〈2025년 변호사 변형〉

해설 비법인 사단에 대하여 민법 제63조에 의하여 법원이 선임한 임시이사는 원칙적으로 정식이사와 동일한 권한을 가진다(대판 2019. 9. 10, 2019다208953).

043 청산인은 알고 있는 채권자가 채권신고 기간내에 채권신고를 하지 않더라도 그를 청산으로부터 제외하지 못한다. ()

〈2026년 공인노무사〉

해설 청산인은 알고 있는 채권자에게 대하여는 각각 그 채권신고를 최고하여야 한다. 알고 있는 채권자는 청산으로부터 제외하지 못한다(민법 제89조).

044 법인의 해산과 청산은 법원이 검사·감독한다. ()

〈2026년 공인노무사〉

해설 법인의 해산 및 청산은 법원이 검사, 감독한다(민법 제95조).

045 법인의 청산절차에 관한 민법규정에 반하는 잔여재산의 처분행위는 특별한 사정이 없는 한 무효이다. ()

〈2026년 공인노무사〉

해설 민법상의 청산절차에 관한 규정은 모두 제3자의 이해관계에 중대한 영향을 미치기 때문에 이른바 강행규정이라고 해석되므로 이에 반하는 잔여재산의 처분행위는 특단의 사정이 없는 한 무효라고 보아야 한다(대판 1995. 2. 10, 94다13473).

정답 | 040. (○) 041. (○) 042. (×) 043. (○) 044. (○) 045. (○)

VI. 권리능력 없는 사단(=비법인사단)

046 甲이 대표자인 비법인사단 A에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

(2026년 변리사)

- ① 甲이 乙에게 대표자로서의 모든 권한을 포괄적으로 위임하여 乙이 포괄적 수임인으로서 A를 대표하여 행한 대행행위는 원칙적으로 A에 대하여 효력이 있다.
- ② 甲이 정관에 기재된 대표권에 관한 제한을 위반하여 거래행위를 한 경우, 그와 같은 대표권 제한 사실에 대한 거래 상대방의 선의에 관한 증명책임은 그 상대방에게 있다.
- ③ 甲이 A의 대표자로서 타인 간의 금전채무를 보증하는 계약을 체결하면서 사원총회의 결의를 거치지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 그 보증계약은 무효이다.
- ④ A가 그 소유의 부동산에 대하여 丙에게 매매계약상 소유권이전채무를 부담하고 있는 경우, 甲이 그 채무에 대하여 소멸시효 중단의 효력이 있는 승인을 한 것은 총유물의 관리 및 처분행위라고 볼 수 없다.
- ⑤ A가 甲의 고의의 불법행위로 인해 손해를 입은 丁에 대해 민법 제35조의 손해배상책임을 지는 경우, 丁에게 과실이 있었더라도 과실상계의 법리를 적용할 수 없다.

해설

- ① (×) : 민법 제62조에 비추어 보면 비법인사단의 대표자는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있을 뿐 비법인사단의 제반 업무처리를 포괄적으로 위임할 수는 없으므로 비법인사단 대표자가 행한 타인에 대한 업무의 포괄적 위임과 그에 따른 포괄적 수임인의 대행행위는 민법 제62조를 위반한 것이어서 비법인사단에 대하여 그 효력이 미치지 않는다(대판 2011. 4. 28. 2008다15438).
- ② (×) : 비법인사단의 경우에는 대표자의 대표권 제한에 관하여 등기할 방법이 없어 민법 제60조의 규정을 준용할 수 없고, 비법인사단의 대표자가 정관에서 사원총회의 결의를 거쳐야 하도록 규정한 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 사원총회 결의사항은 비법인사단의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, 그 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다고 봄이 상당하고, 이 경우 거래의 상대방이 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었음은 이를 주장하는 비법인사단측이 주장·입증하여야 한다(대판 2003. 7. 22. 2002다64780).
- ③ (×) : 민법 제275조, 제276조 제1항에서 말하는 총유물의 관리 및 처분이라 함은 총유물 그 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하는 것이므로, 비법인사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하여 이를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수는 없다. 따라서 비법인사단인 재건축조합의 조합장이 채무보증계약을 체결하면서 조합규약에서 정한 조합 위원회의 결의를 거치지 아니하였다거나 조합원총회 결의를 거치지 않았다고 하더라도 그것만으로 바로 그 보증계약이 무효라고 할 수는 없다(대판(전합) 2007. 4. 19. 2004다60072, 60089).
- ④ (○) : 비법인 사단이 총유물에 관한 매매계약에 의하여 부담하고 있는 채무의 존재를 인식하고 있다는 뜻을 표시하는 소멸시효의 중단사유로써 승인은 총유물의 관리·처분행위에 해당하지 않는다(대판 2009. 11. 26. 2009다64383).
- ⑤ (×) : 신용금고의 대표이사가 고객들로부터 예탁금으로 교부받은 금원을 임의로 횡령한 경우에 있어 위 대표이사의 행위가 대표기관의 고의적인 불법행위라 하더라도 법인자체의 불법행위책임을 묻고 있는 피해자들에게 그 불법행위 내지 손해발생에 과실이 있다면 법원은 과실상계의 법리에 좇아 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 있어 이를 참작하여야 한다(대판 1987. 11. 24. 86다카1834).

- 047 비법인사단 A의 유일한 이사인 대표이사 甲이 대표자로서의 모든 권한을 乙에게 포괄적으로 위임하여 乙이 실질적으로 A의 대표자로서 행위한 경우에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

〈2024년 변리사〉

- ㄱ. 乙이 포괄적 수임인으로서 행한 대행행위의 효력은 원칙적으로 A에게 미친다.
 ㄴ. 乙이 A의 사무집행과 관련한 불법행위로 丙에게 손해를 입힌 경우, 丙은 A에게 법인의 불법행위책임에 따른 손해배상을 청구할 수 있다.
 ㄷ. 乙이 자신의 사익을 도모하기 위해 A의 사무를 처리하다가 丁에게 손해를 입힌 경우에는 법인의 불법행위책임에 있어서 직무관련성이 부정된다.
 ㄹ. 甲이 乙에게 대표자로서의 권한을 포괄적으로 위임하고 대표이사로서의 직무를 전혀 집행하지 않은 것은 그 자체로 이사의 선관주의의무에 위반하는 행위이다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄷ ③ ㄴ, ㄹ ④ ㄷ, ㄹ ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

해설

ㄱ. (×), ㄴ. (○) : [1] 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법 규정 가운데 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용하여야 하는데, 민법 제62조에 비추어 보면 비법인사단의 대표자는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있을 뿐 비법인사단의 제반 업무처리를 포괄적으로 위임할 수는 없으므로 비법인사단 대표자가 행한 타인에 대한 업무의 포괄적 위임과 그에 따른 포괄적 수임인의 대행행위는 민법 제62조를 위반한 것이어서 비법인사단에 대하여 그 효력이 미치지 않는다. [2] 민법 제35조 제1항은 “법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다”라고 정한다. 여기서 ‘법인의 대표자’에는 그 명칭이나 직위 여하, 또는 대표자로 등기되었는지 여부를 불문하고 당해 법인을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람을 포함한다고 해석함이 상당하다. 그리고 이러한 법리는 주택조합과 같은 비법인사단에도 마찬가지로 적용된다 甲 주택조합의 대표자가 乙에게 대표자의 모든 권한을 포괄적으로 위임하여 乙이 그 조합의 사무를 집행하던 중 불법행위로 타인에게 손해를 발생시킨 데 대하여 불법행위 피해자가 甲 주택조합을 상대로 민법 제35조에서 정한 법인의 불법행위책임에 따른 손해배상청구를 한 사안에서…중략…乙은 甲 주택조합을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람으로서 민법 제35조에서 정한 ‘대표자’에 해당한다고 보아야 함에도, 乙이 甲 주택조합의 적법한 대표자 또는 대표기관이라고 볼 수 없다는 이유로 甲 주택조합에 대한 법인의 불법행위에 따른 손해배상청구를 배척한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대판 2011. 4. 28, 2008다15438).

ㄷ. (×) : 법인이 그 대표자의 불법행위로 인하여 손해배상의무를 지는 것은 그 대표자의 직무에 관한 행위로 인하여 손해가 발생한 것임을 요한다 할 것이나, 그 직무에 관한 것이라는 의미는 행위의 외형상 법인의 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이라면 설사 그것이 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 위의 직무에 관한 행위에 해당한다고 보아야 한다(대판 2004. 2. 27, 2003다15280).

ㄹ. (○) : 대표이사가 대표이사로서의 업무 일체를 다른 이사 등에게 위임하고, 대표이사로서의 직무를 전혀 집행하지 않은 것은 그 자체가 이사의 직무상 충실 및 선관주의를 위반하는 행위에 해당한다(대판 2003. 4. 11, 2002다70044).

[비교판례] 확정된 배당표에 의하여 배당을 실시하는 것은 실체법상의 권리를 확정하는 것이 아니므로 배당을 받아야 할 자가 배당을 받지 못하고 배당을 받지 못할 자가 배당을 받은 경우에는 배당에 관하여 이의를 한 여부 또는 형식상 배당절차가 확정되었는가의 여부에 관계없이 배당을 받지 못한 우선채권자는 부당이득반환청구권이 있다(대판 1988. 11. 8, 86다카2949).

- 010 甲 소유인 X 토지에 乙이 대여금채권을 담보하기 위하여 저당권을 가지고 있었다. 甲은 관련 서류를 위조하여 乙의 저당권설정등기를 말소한 후 丙에게 저당권을 설정하여 주었다. 甲은 丁에게 X 토지를 매도하고 소유권이전등기를 경료하여 주었다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2018년 변호사)

ㄱ. 乙이 저당권회복등기 청구의 소를 제기한다면 丁을 피고로 삼아야 한다.
 ㄴ. 丙의 경매신청에 의하여 X 토지가 경매되는 경우 배당이의소송을 통하여 위 사실관계가 모두 밝혀지더라도 乙은 배당받을 수 없다.
 ㄷ. 위 토지가 경매되어 丙이 배당받고 乙이 배당받지 못한 경우 乙은 자신이 선순위 배당권자였음을 주장하여 丙을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다.

- ① ㄴ ② ㄷ ③ ㄱ, ㄴ ④ ㄱ, ㄷ ⑤ ㄴ, ㄷ

해설

ㄱ. (×) : 불법하게 말소된 것을 이유로 한 근저당권설정등기 회복등기청구는 그 등기말소 당시의 소유자를 상대로 하여야 한다(대판 1969. 3. 18, 68다1617).

[참고판례] 말소된 등기의 회복등기절차의 이행을 구하는 소에서는 회복등기의무자에게만 피고적격이 있는바, 가등기가 이루어진 부동산에 관하여 제3취득자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 후 그 가등기가 말소된 경우 그와 같이 말소된 가등기의 회복등기절차에서 회복등기의무자는 가등기가 말소될 당시의 소유자인 제3취득자이므로, 그 가등기의 회복등기청구는 회복등기의무자인 제3취득자를 상대로 하여야 한다(대판 2009. 10. 15, 2006다43903).

ㄴ. (×) : 등기는 물권의 효력 발생 요건이고 존속 요건은 아니어서 등기가 원인 없이 말소된 경우에는 그 물권의 효력에 아무런 영향이 없고, 그 회복등기가 마쳐지기 전이라도 말소된 등기의 등기명의인은 적법한 권리자로 추정되므로, 근저당권설정등기가 위법하게 말소되어 아직 회복등기를 경료하지 못한 연유로 그 부동산에 대한 경매절차의 배당기일에서 피담보채권액에 해당하는 금액을 배당받지 못한 근저당권자는 배당기일에 출석하여 이의를 하고 배당이의의 소를 제기하여 구제를 받을 수 있고, 가사 배당기일에 출석하지 않음으로써 배당표가 확정되었다고 하더라도, 확정된 배당표에 의하여 배당을 실시하는 것은 실체법상의 권리를 확정하는 것이 아니기 때문에 위 경매절차에서 실제로 배당받은 자에 대하여 부당이득반환 청구로서 그 배당금의 한도 내에서 그 근저당권설정등기가 말소되지 아니하였더라면 배당받았을 금액의 지급을 구할 수 있다(대판 2002. 10. 22, 2000다59678).

ㄷ. (○) : 경매대금에서 선순위 채권자가 우선변제 받아야 할 금액을 후순위 채권자가 교부받은 경우에는 선순위 채권자가 그에 관한 이의를 제기한 여부를 불문하고 그로써 실체적 권리관계가 확정되는 것이 아니므로 후순위 채권자는 그 한도 내에서 선순위 채권자에게 부당이득금 반환의 의무가 있다(대판 1977. 2. 22, 76다2894).

甲은 X 토지의 소유자이고 乙은 Y 토지의 소유자이다. 丙은 甲에 대한 채권을 담보하기 위하여 X 토지와 Y 토지에 공동저당권을 갖고 있다. X 토지와 Y 토지가 모두 수용되어 보상금채권이 발생하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판의함)

(2018년 변호사)

- ㄱ. 甲의 채권자 丁이 X 토지의 보상금채권을 가압류하였고, 이어 丙이 물상대위권에 기하여 위 보상금채권에 대한 압류 및 전부명령을 받은 경우에도 丙은 보상금채권에 관하여 丁보다 우선변제를 받을 수 있다.
- ㄴ. 丙이 Y 토지의 보상금채권에 압류 등 조치를 취하지 아니하던 중 물상보증인 乙이 보상금을 수령하였다면 丙은 乙을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다.
- ㄷ. 丙이 X 토지의 보상금채권에 압류 등 조치를 취하지 아니하던 중 甲의 채권자 戊가 그 보상금채권에 대하여 압류 및 전부 명령을 받아 보상금을 수령하였다면 丙은 戊를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×) ② ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○) ③ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×)
 ④ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×) ⑤ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○)

해설

ㄱ. (○) : 민법 제370조, 제342조 단서가 저당권자는 물상대위권을 행사하기 위하여 저당권설정자가 받을 금전 기타 물건의 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다고 규정한 것은 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전함과 동시에 제3자에게 불측의 손해를 입히지 않으려는 데 있는 것이므로, 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 일반 채권자가 물상대위권을 행사하려는 저당채권자보다 단순히 먼저 압류나 가압류의 집행을 함에 지나지 않은 경우에는 저당권자는 그 전은 물론 그 후에도 목적채권에 대하여 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수가 있고, 그 실행절차는 민사소송법 제733조에서 채권 및 다른 재산권에 대한 강제집행절차에 준하여 처리하도록 규정하고 있으므로, 결국 채권의 압류 및 전부명령을 신청하여 할 것이나 이는 어디까지나 담보권의 실행절차이므로, 그 요건으로서 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 개시된 경우이어야 한다(대판 1994. 11. 22, 94다25728).

ㄴ. (○) : 저당권자는 저당권의 목적이 된 물건의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 저당목적물의 소유자가 받을 저당목적물에 갈음하는 금전 기타 물건에 대하여 물상대위권을 행사할 수 있으나, 다만 그 지급 또는 인도 전에 이를 압류하여야 하며, 저당권자가 위 금전 또는 물건의 인도청구권을 압류하기 전에 저당물의 소유자가 그 인도청구권에 기하여 금전 등을 수령한 경우 저당권자는 더 이상 물상대위권을 행사할 수 없게 된다. 이 경우 저당권자는 저당권의 채권최고액 범위 내에서 저당목적물의 교환가치를 지배하고 있다가 저당권을 상실하는 손해를 입게 되는 반면에, 저당목적물의 소유자는 저당권의 채권최고액 범위 내에서 저당권자에게 저당목적물의 교환가치를 양보하여야 할 지위에 있다가 마치 그러한 저당권의 부담이 없었던 것과 같은 상태에서의 대가를 취득하게 되는 것이므로, 그 수령한 금액 가운데 저당권의 채권최고액을 한도로 하는 피담보채권액의 범위 내에서는 이득을 얻게 된다. 저당목적물 소유자가 얻은 위와 같은 이익은 저당권자의 손실로 인한 것으로서 인과관계가 있을 뿐 아니라, 공평의 관념에 위배되는 재산적 가치의 이동이 있는 경우 수익자로부터 그 이익을 되돌려받아 손실자와 재산상태의 조정을 꾀하는 부당이득제도의 목적에 비추어 보면 위와 같은 이익을 소유권자에게 종국적으로 귀속시키는 것은 저당권자에 대한 관계에서 공평의 관념에 위배되어 법률상 원인이 없다고 봄이 상당하므로, 저당목적물 소유자는 저당권자에게 이를 부당이득으로 반환할 의무가 있다(대판 2009. 5. 14, 2008다17656).

ㄷ. (×) : 민법 제370조, 제342조 단서가 저당권자는 물상대위권을 행사하기 위하여 저당권설정자가 받을 금전

따라서 최선순위의 전세권은 전세권자 스스로 배당요구를 하여야만 매각으로 소멸함이 원칙이다. 그러나 전세권이 존속기간의 만료 등으로 종료한 경우라면 최선순위 전세권자의 채권자는 전세권이 설정된 부동산에 대한 경매절차에서 채권자대위권에 기하거나 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받은 다음 추심권한에 기하여 자기 이름으로 전세권에 대한 배당요구를 할 수 있다(대판 2015. 11. 17, 2014다10694).

④(×) : [1] 건물이 그 존립을 위한 토지사용권을 갖추지 못하여 토지의 소유자가 건물의 소유자에 대하여 당해 건물의 철거 및 그 대지의 인도를 청구할 수 있는 경우이라도 건물소유자가 아닌 사람이 건물을 점유하고 있다면 토지소유자는 그 건물 점유를 제거하지 아니하는 한 위의 건물 철거 등을 실행할 수 없다. 따라서 그때 토지소유권은 위와 같은 점유에 의하여 그 원만한 실현을 방해당하고 있다고 할 것이므로, 토지소유자는 자신의 소유권에 기한 방해배제로서 건물점유자에 대하여 건물로부터의 퇴출을 청구할 수 있다. [2] 지상권을 가지는 건물소유자가 그 건물에 전세권을 설정하였으나 그가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니하였음을 이유로 지상권설정자, 즉 토지소유자의 청구로 지상권이 소멸하는 것(민법 제287조 참조)은 전세권설정자가 전세권자의 동의 없이 하는 할 수 없는 위 민법 제304조 제2항상의 “지상권 또는 임차권을 소멸하게 하는 행위”에 해당하지 아니한다. 따라서 전세권설정자가 건물의 존립을 위한 토지사용권을 가지지 못하여 그가 토지소유자의 건물철거 등 청구에 대항할 수 없는 경우에 민법 제304조 등을 들어 전세권자 또는 대항력 있는 임차권자가 토지소유자의 권리행사에 대항할 수 없음은 물론이다. 또한 건물에 대하여 전세권 또는 대항력 있는 임차권을 설정하여 준 지상권자가 그 지료를 지급하지 아니함을 이유로 토지소유자가 한 지상권소멸청구가 그에 대한 전세권자 또는 임차인의 동의가 없이 행하여졌다고 해도 민법 제304조 제2항에 의하여 그 효과가 제한된다고 할 수 없다(대판 2010. 8. 19, 2010다43801).

⑤(○) : 토지와 건물을 함께 소유하던 토지·건물의 소유자가 건물에 대하여 전세권을 설정하여 주었는데 그 후 토지가 타인에게 경락되어 민법 제305조 제1항에 의한 법정지상권을 취득한 상태에서 다시 건물을 타인에게 양도한 경우, 그 건물을 양수하여 소유권을 취득한 자는 특별한 사정이 없는 한 법정지상권을 취득할 지위를 가지게 되고, 다른 한편으로는 전세권 관계도 이전받게 되는데, 민법 제304조 등에 비추어 건물 양수인이 토지 소유자와의 관계에서 전세권자의 동의 없이 법정지상권을 취득할 지위를 소멸시켰다고 하더라도, 그 건물 양수인은 물론 토지 소유자도 그 사유를 들어 전세권자에게 대항할 수 없다(대판 2007. 8. 24, 2006다14684). 민법 제304조 제2항에서 전세권자의 동의 없이 지상권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못하는 주체로 규정하고 있는 전세권설정자는 이 사건 건물의 새로운 소유자인 丁이라 할 것이고, 위 규정에 반하여 丁이 전세권자인 乙의 동의 없이 이 사건 임대차계약의 체결로써 이 사건 법정지상권을 소멸시키는 행위를 하였다고 볼 수 있으나 전세권설정자에 해당하는 丁은 물론 지상권설정자인 丙으로서도 그 사유로써 전세권자인 乙에게 대항할 수는 없다.

- 012 乙은 2017. 10. 10. 甲으로부터 甲 소유의 X건물을 보증금 1억 원, 차임 월 200만 원, 임차기간 2년으로 정하여 임차하고, 같은 날 단순히 자신의 보증금반환채권을 담보할 목적으로 甲의 동의를 받아 위 건물에 관하여 전세금은 1억 원, 존속기간은 위 임차기간과 동일하게 하여 전세권설정등기를 마쳤다. 그 후 乙은 위 사실을 알지 못하는 丙으로부터 1억 원을 차용하면서 자신의 전세권에 관하여 2017. 10. 20. 丙 명의의 전세권저당권을 설정하여 주었다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2020년 변호사)

- ① $\neg(O), \perp(x), \sqsubset(O), \sqsupset(x)$
- ② $\neg(O), \perp(O), \sqsubset(x), \sqsupset(O)$
- ③ $\neg(x), \perp(O), \sqsubset(x), \sqsupset(x)$
- ④ $\neg(x), \perp(O), \sqsubset(O), \sqsupset(O)$
- ⑤ $\neg(x), \perp(x), \sqsubset(O), \sqsupset(x)$

라. (×) : [1] 임대차보증금 반환채권을 담보하기 위하여 전세권설정등기를 경료한 후 그 전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우, 임대인과 임차인 사이에 있어서 임대차계약만이 유효하고 외형만 작출된 위 전세권설정계약이 무효라고 하더라도 그와 같은 사정을 알지 못한 제3자인 저당권자에 대하여는 그 무효를 주장할 수 없다고 한 사례. [2] 임대차보증금 반환채권을 담보하기 위하여 전세권설정등기를 경료한 후 그 전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우, 임대차계약의 변경으로 전세권이 일부 소멸하더라도 저당권자의 동의가 없는 한 전세권 설정자가 위 전세권의 일부 소멸을 주장할 수 없다고 한 사례(대판 2006. 2. 9. 2005다59864)

甲은 乙소유의 X주택 일부(A부분)에 전세금 1억원, 존속기간 2년으로 하는 전세계약을 체결하고 전세권설정등기를 마쳤다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

〈2019년 변리사〉

- ① 甲은 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 없다.
- ② 乙이 甲에게 전세금의 반환을 지체한 경우, 甲은 X주택의 A부분이 아니라 전부에 대하여 경매를 청구할 수 있다.
- ③ 경매절차에서 X주택이 매각된 경우, 甲은 X주택의 전부에 대하여 후순위권리자보다 전세금을 우선 변제받을 수 없다.
- ④ 甲의 채권자 丙이 甲의 전세권에 저당권을 취득한 경우, 전세권의 존속기간이 만료되더라도 丙은 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 있다.
- ⑤ 甲의 전세권이 존속하는 동안에 乙이 X주택을 丁에게 매도하고 丁명의로 소유권이전등기를 마쳐 준 경우, 乙은 전세금반환의무를 면하게 된다.

해설

①(×) : 전세권은 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 그 용도에 따라 사용·수익하는 권리로서 전세금의 지급이 없으면 전세권은 성립하지 아니하는 등으로 전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소일 뿐 아니라, 전세권에 있어서는 그 설정행위에서 금지하지 아니하는 한 전세권자는 전세권 자체를 처분하여 전세금으로 지출한 자본을 회수할 수 있도록 되어 있으므로 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않는 것이며, 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금 반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이라 할 것이다(대판 2002. 8. 23. 2001다69122).

②(×), ③(×) : 건물의 일부에 대하여 전세권이 설정되어 있는 경우 그 전세권자는 민법 제303조 제1항, 제318조의 규정에 의하여 그 건물 전부에 대하여 후순위 권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있고, 전세권설정자가 전세금의 반환을 지체한 때에는 전세권의 목적물의 경매를 청구할 수 있다 할 것이나, 전세권의 목적물이 아닌 나머지 건물부분에 대하여는 우선변제권은 별론으로 하고 경매신청권은 없다(대결 1992. 3. 10. 자 91마256, 91마257).

[비교조문] 민법 제365조(이른바 일괄경매청구권) : 토지를 목적으로 저당권을 설정한 후 그 설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여도 경매를 청구할 수 있다. 그러나 그 건물의 경매대가에 대하여는 우선변제를 받을 권리가 없다.

④(×) : 전세권에 대하여 설정된 저당권은 민사소송법 제724조 소정의 부동산경매절차에 의하여 실행하는 것이나, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하기 때문에 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 되고, 이러한 경우는 민법 제370조, 제342조 및 민사소송법 제733조에 의하여 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 추심명령 또는 전부명령을 받거나, 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법(= 이른바 물상대위, 편저자 주)으로 자신의 권리를 행사할 수 있을 뿐이다(대결 1995. 9. 18. 자 95마684).

⑤(○) : 전세권이 성립한 후 목적물의 소유권이 이전되는 경우에 있어서 전세권 관계가 전세권자와 전세권설정자인 종전 소유자와 사이에 계속 존속되는 것인지 아니면 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자와 사이에 동일한 내용으로 존속되는지에 관하여 민법에 명시적인 규정은 없으나, 전세목적물의 소유권이 이전된 경우 민법이 전세권 관계로부터 생기는 상환청구, 소멸청구, 갱신청구, 전세금증감청구, 원상회복, 매수청

구 등의 법률관계의 당사자로 규정하고 있는 전세권설정자 또는 소유자는 모두 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자로 새길 수밖에 없다고 할 것이므로, 전세권은 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자 사이에서 계속 동일한 내용으로 존속하게 된다고 보아야 할 것이고, 따라서 목적물의 신 소유자는 구 소유자와 전세권자 사이에 성립한 전세권의 내용에 따른 권리의무의 직접적인 당사자가 되어 전세권이 소멸하는 때에 전세권자에 대하여 전세권설정자의 지위에서 전세금반환의무를 부담하게 되고, 구 소유자는 전세권설정자의 지위를 상실하여 전세금반환의무를 면하게 된다고 보아야 하고, 전세권이 전세금 채권을 담보하는 담보물권적 성질을 가지고 있다고 하여도 전세권은 전세금이 존재하지 않으면 독립하여 존재할 수 없는 용역물권으로서 전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소이므로 전세권 관계로 생기는 위와 같은 법률관계가 신 소유자에게 이전되었다고 보는 이상, 전세금 채권 관계만이 따로 분리되어 전 소유자와 사이에 남아 있다고 할 수는 없을 것이고, 당연히 신 소유자에게 이전되었다고 보는 것이 옳다(대판 2000. 6. 9, 99다15122).

014 甲은 乙과 乙 소유의 건물에 대하여 전세금 3억 원에 전세권설정계약을 체결하고 그 등기까지 마쳤다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2019년 변호사)

- ① 甲과 乙이 실제로는 전세권설정계약을 체결하지 않고 임대차계약에 기한 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 전세권설정등기를 마친 경우라 하더라도, 이 사실을 모른 채 甲의 채권자인 丙이 甲의 전세권부 채권을 가압류하였다면 乙은 丙을 상대로 위 전세권설정계약의 무효를 주장할 수 없다.
- ② 甲은 존속기간의 경과로 인해 본래의 용역물권적 권능이 소멸하고 담보물권적 권능만 남은 전세권에 대해서는 그 피담보채권인 전세금반환채권과 함께 제3자에게 이를 양도할 수 있다.
- ③ 전세권이 성립한 후 건물의 소유권이 乙로부터 丙에게 이전된 경우, 전세권은 甲과 丙 사이에서 계속 동일한 내용으로 존속하게 된다고 보아야 할 것이고, 丙은 전세권의 내용에 따른 권리의무의 직접적인 당사자가 되어 전세권이 소멸하는 때에 甲에 대하여 전세권설정자의 지위에서 전세금반환의무를 부담하게 된다.
- ④ 甲이 전세권 소멸 후 그 목적물을 인도하였다고 하더라도 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류를 교부하거나 그 이행의 제공을 하지 아니하는 이상, 乙은 전세금의 반환을 거부할 수 있고, 이 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 乙이 전세금에 대한 이자 상당액의 이득을 법률상 원인 없이 얻는다고 볼 수 없다.
- ⑤ 甲의 전세권설정등기 당시 乙이 위 건물의 대지에 대한 소유권자이었으나 그 뒤 乙이 그 대지를 丙에게 매도하여 丙 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우, 丙은 甲에게 지상권을 설정한 것으로 본다.

해설

① (○) : [1] 실제로는 전세권설정계약을 체결하지 아니하였으면서도 임대차계약에 기한 임대보증금반환채권을 담보할 목적 또는 금융기관으로부터 자금을 융통할 목적으로 임차인과 임대인 사이의 합의에 따라 임차인 명의로 전세권설정등기를 경료한 경우, 위 전세권설정계약이 통정허위표시에 해당하여 무효라 하더라도 위 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계에 기초하여 새로이 법률상 이해관계를 갖게 된 제3자에 대하여는 그 제3자가 그와 같은 사정을 알고 있었던 경우에만 그 무효를 주장할 수 있다. 그리고 통정한 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계로 생긴 채권을 가압류한 경우 그 가압류권자는 허위표시에 기초하여 새로이 법률상

이해관계를 가지게 된 제3자에 해당하므로, 그가 선의인 이상 위 통정허위표시의 무효를 그에 대하여 주장할 수 없다(대판 2010. 3. 25, 2009다35743).

② (○) : 전세권설정등기를 마친 민법상의 전세권은 그 성질상 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비한 것으로서, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능은 전세권설정등기의 말소 없이도 당연히 소멸하고 단지 전세금반환채권을 담보하는 담보물권적 권능의 범위 내에서 전세금의 반환시까지 그 전세권설정등기의 효력이 존속하고 있다 할 것인데, 이와 같이 존속기간의 경과로서 본래의 용익물권적 권능이 소멸하고 담보물권적 권능만 남은 전세권에 대해서도 그 피담보채권인 전세금반환채권과 함께 제3자에게 이를 양도할 수 있다 할 것이지만 이 경우에는 민법 제450조 제2항 소정의 확정일자 있는 증서에 의한 채권양도절차를 거치지 않는 한 위 전세금반환채권의 압류·전부 채권자 등 제3자에게 위 전세보증금반환채권의 양도사실로써 대항할 수 없다(대판 2005. 3. 25, 2003다35659).

③ (○) : 전세권이 성립한 후 목적물의 소유권이 이전되는 경우에 있어서 전세권 관계가 전세권자와 전세권설정자인 종전 소유자와 사이에 계속 존속되는 것인지 아니면 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자와 사이에 동일한 내용으로 존속되는지에 관하여 민법에 명시적인 규정은 없으나, 전세목적물의 소유권이 이전된 경우 민법이 전세권 관계로부터 생기는 상환청구, 소멸청구, 갱신청구, 전세금증감청구, 원상회복, 매수청구 등의 법률관계의 당사자로 규정하고 있는 전세권설정자 또는 소유자는 모두 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자로 새길 수밖에 없다고 할 것이므로, 전세권은 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자 사이에서 계속 동일한 내용으로 존속하게 된다고 보아야 할 것이고, 따라서 목적물의 신 소유자는 구 소유자와 전세권자 사이에 성립한 전세권의 내용에 따른 권리의무의 직접적인 당사자가 되어 전세권이 소멸하는 때에 전세권자에 대하여 전세권설정자의 지위에서 전세금반환의무를 부담하게 되고, 구 소유자는 전세권설정자의 지위를 상실하여 전세금반환의무를 면하게 된다고 보아야 하고, 전세권이 전세금 채권을 담보하는 담보물권적 성질을 가지고 있다고 하여도 전세권은 전세금이 존재하지 않으면 독립하여 존재할 수 없는 용익물권으로서 전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소이므로 전세권 관계로 생기는 위와 같은 법률관계가 신 소유자에게 이전되었다고 보는 이상, 전세금 채권 관계만이 따로 분리되어 전 소유자와 사이에 남아 있다고 할 수는 없을 것이고, 당연히 신 소유자에게 이전되었다고 보는 것이 옳다(대판 2000. 6. 9, 99다15122).

④ (○) : 전세권설정자는 전세권이 소멸한 경우 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소 등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환할 의무가 있을 뿐이므로, 전세권자가 그 목적물을 인도하였다고 하더라도 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류를 교부하거나 그 이행의 제공을 하지 아니하는 이상, 전세권설정자는 전세금의 반환을 거부할 수 있고, 이 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 그가 전세금에 대한 이자 상당액의 이득을 법률상 원인 없이 얻는다고 볼 수 없다(대판 2002. 2. 5, 2001다62091).

[비교판례] 임대차종료후 임차인의 임차목적물명도의무와 임대인의 연체차임 기타 손해배상금을 공제하고 남은 임대차보증금반환채무와는 동시이행의 관계에 있으므로 임차인이 동시이행의 항변권에 기하여 임차목적물을 점유하고 사용수익한 경우 그 점유는 불법점유라 할 수 없어 그로 인한 손해배상책임은 지지 아니하되, 다만 사용수익으로 인하여 실질적으로 얻은 이익이 있으면 부당이득으로서 반환하여야 한다(대판 1989. 2. 28, 87다카2114, 2115, 2116).

⑤ (×) : 민법 제305조(건물의 전세권과 법정지상권) ① 대지와 건물이 동일한 소유자에 속한 경우에 건물에 전세권을 설정한 때에는 그 대지소유권의 특별승계인은 전세권설정자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다. 그러나 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다. ➤ 전세권자인 甲이 아니라 전세권설정자인 乙에게 지상권을 설정한 것으로 보는 것이다.