

2022년_제59회 변리사 1차_민법개론_A형 간략해설 및 총평

< 간 략 해 설 >

※ 시간관계상 간략해설을 먼저 올리고 추후 상세해설을 올리도록 하겠습니다.

1. 정답 ④

④ (×) : 강행법규에 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 몰각하게 되므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장은 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없다(대판 2014.9.4, 2014다6404; 대판 2006.10.12, 2005다75729).

2. 정답 ④

③ (○) : 성년후견이나 한정후견 개시의 청구가 있는 경우 가정법원은 청구 취지와 원인, 본인의 의사, 성년후견 제도와 한정후견 제도의 목적 등을 고려하여 어느 쪽의 보호를 주는 것이 적절한지를 결정하고, 그에 따라 필요하다고 판단하는 절차를 결정해야 한다. 따라서 한정후견의 개시를 청구한 사건에서 의사의 감정 결과 등에 비추어 성년후견 개시의 요건을 충족하고 본인도 성년후견의 개시를 희망한다면 법원이 성년후견을 개시할 수 있고, 성년후견 개시를 청구하고 있더라도 필요하다면 한정후견을 개시할 수 있다고 보아야 한다(대결 2021. 6. 10.자 2020스596).

④ (×) : 민법 제13조 제1항. “한정후견인의 동의를 받아야 하는” 법률행위의 범위를 정할 수 있다. “취소할 수 없는” 법률행위의 범위를 정할 수 있는 것은 피성년후견인의 경우이다(제10조 제2항).

※ [난이도 상] 익히 아는 조문이지만 출제자가 전형적이지 않은 함정을 뒀고, 3번 지문에 2021년 최신판례를 배치하여 수험생들이 3번을 선택하도록 유도하였다.

3. 정답 ⑤

⑤ (○) : 민법 제66조

4. 정답 ⑤

⑤ (×) : 법인의 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다(대판 2004. 3. 26, 2003다34045).

5. 정답 ④

④ (○) : 정지조건부 법률행위에 있어서 조건이 성취되었다는 사실은 이에 의하여 권리를 취득하고자 하는 측에서 그 입증책임이 있다 할 것이므로, 정지조건부 채권 양도에 있어서 정지조건이 성취되었다는 사실은 채권양도의 효력을 주장하는 자에게 그 입증책임이 있다(대판 1983. 4. 12, 81다카692).

6. 정답 ④

④ (×) : 민법 제165조가 판결에 의하여 확정된 채권, 판결과 동일한 효력이 있는 것에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다고 규정하는 것은 당해 판결 등의 당사자 사이에 한하여 발생하는 효력에 관한 것이고 채권자와 주채무자 사이의 판결 등에 의해 채권이 확정되어 그 소멸시효가 10년으로 되었다 할지라도 위 당사자 이외의 채권자와 연대보증인 사이에 있어서는 위 확정판결 등은 그 시효기간에 대하여는 아무런 영향도 없고 채권자의 연대보증인의 연대보증채권의 소멸시효기간은 여전히 종전의 소멸시효기간에 따른다(대법원 1986. 11. 25. 선고 86다카1569 판결).

7. 정답 ④

④ (×) : 종물은 주물의 상용에 이바지하는 관계에 있어야 하고, 주물의 상용에 이바지한다 함은 주물 그 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 것을 말하는 것으로서 주물의 소유자나 이용자의 상용에 공여되고 있더라도 주물 그 자체의 효용과 직접 관계가 없는 물건은 종물이 아니다(대판 1997. 10. 10, 97다3750).

8. 정답 ①

① ㄴ, ㄷ, ㄹ. 지문이 반사회적 법률행위에 해당한다.

ㄱ. (×) : 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로 볼 수 없다(대판 2004. 5. 28, 2003다70041).

9. 정답 ①

① (○) : [1] 파산자가 상대방과 통정한 허위의 의사표시에 의해 성립된 가장채권을 보유하고 있다가 파산이 선고된 경우, 파산관재인은 그 허위표시에 따라 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 가지게 된 민법 제108조 제2항의 '제3자'에 해당한다(대판 2010.4.29, 2009다96083; 대판 2003.6.24, 2002다48214). [2] 파산관재인이 민법 제108조 제2항의 경우 등에 있

어 제3자에 해당하는 것은 파산관재인은 파산채권자 전체의 공동의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 그 직무를 행하여야 하는 지위에 있기 때문이므로, 그 선의·악의도 파산관재인 개인의 선의·악의를 기준으로 할 수는 없고 총파산채권자를 기준으로 하여 파산채권자 모두가 악의로 되지 않는 한 파산관재인은 선의의 제3자라고 할 수밖에 없다(대판 2006.11.10, 2004다10299).

10. 정답 ③

③ (×) : [1] 국가기관이 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하는 위헌적인 공권력을 행사한 결과 국민이 그 공권력의 행사에 외포되어 자유롭지 못한 의사표시를 하였다고 하더라도 그 의사표시의 효력은 의사표시의 하자에 관한 민법의 일반원리에 의하여 판단되어야 할 것이고, 그 강박행위의 주체가 국가 공권력이고 그 공권력 행사의 내용이 기본권을 침해하는 것이라고 하여 그 강박에 의한 의사표시가 항상 반사회성을 띠게 되어 당연히 무효로 된다고는 볼 수 없다. [2] 강박에 의한 법률행위가 하자 있는 의사표시로서 취소되는 것에 그치지 않고 나아가 무효로 되기 위하여는, 강박의 정도가 단순한 불법적 해악의 고지로 상대방으로 하여금 공포를 느끼도록 하는 정도가 아니고, 의사표시자로 하여금 의사결정을 스스로 할 수 있는 여지를 완전히 박탈한 상태에서 의사표시가 이루어져 단지 법률행위의 외형만이 만들어진 것에 불과한 정도이어야 한다(대판 2002. 12. 10, 2002다56031).

11. 정답 ①

① (×) : 민법 제139조. 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 본다. 즉 무효행위 추인에는 소급효가 없다.

12. 정답 ⑤

⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ. 모두 법정대리인이다.

ㄴ. (○) : 법원의 선임한 부재자 재산관리인은 부재자 본인의 의사에 의하는 것이 아니라 법률에 규정된 자의 청구로 법원에 의하여 선임되는 일종의 법정대리인으로서 법정위임 관계가 있다(대결 1976. 12. 21.자 75마551).

ㄹ. (○) : 민법 제827조 제1항. 부부는 일상의 가사에 관하여 서로 대리권이 있다.

※ [난이도 상] 민법 제827조 제1항은 일상가사대리권을 기본대리권으로 한 제126조 표현대리의 성립여부 문제와 관련이 있어서 「포인트민법」 기본서에 넣어두긴 했는데, 엄격하게 보면 이 조문은 가족법 조문이어서 범위 외 출제라고 생각된다.

13. 정답 ④

④ (○) : 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, 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 된다**(대판 2000.6.9, 99다15122).

14. 정답 ①

① (○) : 유치권의 성립요건이자 존속요건인 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계가 없으나, 다만 유치권은 목적물을 유치함으로써 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 것을 본체적 효력으로 하는 권리인 점 등에 비추어, **그 직접점유자가 채무자인 경우에는 유치권의 요건으로서의 점유에 해당하지 않는다고 할 것이다**(대판 2008.4.11, 2007다27236).

15. 정답 ②

⑤ 나, 다. 지문이 옳은 지문이다.

ㄱ. (×) : 건물점유자가 건물의 원시취득자에게 그 건물에 관한 유치권이 있다고 하더라도 그 건물의 존재와 점유가 토지소유자에게 불법행위가 되고 있다면 그 유치권으로 토지소유자에게 대항할 수 없다(대판 1989.2.14, 87다카3073).

ㄴ. (×) :

16. 정답 ②

② (○) : 민법 제334조

17. 정답 ②

② (×) : 전세권이 용익물권적인 성격과 담보물권적인 성격을 모두 갖추고 있는 점에 비추어 전세권 존속기간이 시작되기 전에 마친 전세권설정등기도 특별한 사정이 없는 한 유효한 것으로 추정된다(대결 2018. 1. 25.자 2017마1093).

18. 정답 ①

① (○) : 근저당권의 물상보증인은 민법 357조에서 말하는 채권의 최고액만을 변

제하면 근저당권설정등기의 말소청구를 할 수 있고 채권최고액을 초과하는 부분의 채권액까지 변제할 의무가 있는 것이 아니다(대판 1974.12.10., 74다998).

19. 정답 ③

③ ㄱ, ㄴ. 지문이 맞는 지문이다.

ㄷ. (×) : 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).

20. 정답 ④

② (○) : 소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다(민법 제213조). 여기서 반환을 거부할 수 있는 권리에는 **임차권, 임치, 도급 등과 같이 점유를 수반하는 채권도 포함**되고, 소유자에 대하여 이러한 채권을 갖는 자가 소유자의 승낙이나 소유자와의 약정 등에 기초하여 제3자에게 점유할 권리를 수여할 수 있는 경우에는 그로부터 **점유 내지 보관을 위탁받거나 그 밖에 점유할 권리를 취득한 제3자**는 특별한 사정이 없는 한 자신에게도 점유할 권리가 있음을 들어 소유자의 소유물반환청구를 거부할 수 있다(대판 2020. 5. 28, 2020다211085). → 2022대비 진도별 모의고사 2회 2번 적중

④ (×) : 소유자가 제3자에 대하여 목적물의 소유권을 이전하기로 하는 매매·증여·교환 기타의 채권계약을 체결하는 것만에 의하여서는 자신의 소유권에 어떠한 물권적 제한을 받지 아니하여서, 그는 다른 특별한 사정이 없는 한 자신의 소유물을 여전히 유효하게 달리 처분할 수 있고, 또한 소유권에 기하여 소유물에 대한 방해 등을 배제할 수 있는 민법 제213조, 제214조의 물권적 청구권을 가진다. 나아가 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 기타의 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).

※ [난이도 중] 잘 출제되지 않던 지문이 정답지문으로 출제되었다. 하지만 나머지 지문들이 모두 맞는 지문이어서 정답을 고르는 것은 어렵지 않았으리라 생각된다. 출제자가 2번 지문에 2020년 최신판례를 배치하였는데, 최신판례 강의에서 강조하였던 부분이고 진도별 모의고사에도 반영되었던 부분이다.

21. 정답 ⑤

⑤ 모두 맞는 지문이다.

ㄱ. (○) : **시효로 분묘기지권을 취득한 사람은 토지소유자가 분묘기지에 관한 지료를 청구하면 그 청구한 날부터의 지료를 지급하여야 한다고 봄이 타당하다**(대판(전합) 2021. 4. 29, 2017다228007). ☞ 이와 달리 분묘기지권을 시효로 취득하는 경우 분묘기지권자의 지료 지급의무가 분묘기지권이 성립됨과 동시에 발생한다는 취지의 대법원 1992. 6. 26. 선고 92다13936 판결 및 분묘기지권자가 지료를 지급할 필요가 없다는 취지로 판단한 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다37912 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

ㄴ. (○) : **자기 소유 토지에 분묘를 설치한 사람이 그 토지를 양도하면서 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않음으로써 분묘기지권을 취득한 경우**, 특별한 사정이 없는 한 분묘기지권자는 **분묘기지권이 성립한 때부터** 토지 소유자에게 그 분묘의 기지에 대한 토지사용의 대가로서 **지료를 지급할 의무가 있다**(대판 2021. 5. 27, 2020다295892).

ㄷ. (○) : 자기 소유의 토지 위에 분묘를 설치한 후 토지의 소유권이 경매 등으로 타인에게 이전되면서 분묘기지권을 취득한 자가, **판결에 따라 분묘기지권에 관한 지료의 액수가 정해졌음에도 판결확정 후 책임 있는 사유로 상당한 기간 동안 지료의 지급을 지체하여 지체된 지료가 판결확정 전후에 걸쳐 2년분 이상이 되는 경우**에는 민법 제287조를 유추적용하여 새로운 토지소유자는 분묘기지권자에 대하여 **분묘기지권의 소멸을 청구할 수 있다**. 분묘기지권자가 판결확정 후 지료지급 청구를 받았음에도 책임 있는 사유로 상당한 기간 지료의 지급을 지체한 경우에만 분묘기지권의 소멸을 청구할 수 있는 것은 아니다(대판 2015.7.23, 2015다206850).

22. 정답 ⑤

⑤ (×) : 과반수 지분의 공유자는 그 공유물의 관리방법으로서 그 공유토지의 특정된 한 부분을 배타적으로 사용·수익할 수 있으나, 그로 말미암아 지분은 있으되 그 특정 부분의 사용·수익을 전혀 하지 못하여 손해를 입고 있는 소수지분권자에 대하여 그 지분에 상응하는 임료 상당의 부담이득을 하고 있다 할 것이므로 이를 반환할 의무가 있다 할 것이나, 그 과반수 지분의 공유자로부터 다시 그 특정 부분의 사용·수익을 허락받은 제3자의 점유는 다수지분권자의 공유물관리권에 터잡은 적법한 점유이므로 그 제3자는 소수지분권자에 대하여도 그 점유로 인하여 법률상 원인 없이 이득을 얻고 있다고는 볼 수 없다(대판 2002.5.14, 2002다9738).

23. 정답 ①

① ㄱ, ㄴ. 지문이 옳지 않은 지문이다.

ㄱ. (×) : 건축허가서는 허가된 건물에 관한 실체적 권리의 득실변경의 공시방법이 아니며 추정력도 없으므로 건축허가서에 건축주로 기재된 자가 건물의 소유권을 취득하는 것은 아니므로, 자기 비용과 노력으로 건물을 신축한 자는 그 건축허가가 타인의 명의로 된 여부에 관계없이 그 소유권을 원시취득한다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다16350 판결).

ㄴ. (×) : 자기의 비용과 노력으로 건물을 신축한 자는 그 건축허가가 타인의 명의로 된 여부에 관계없이 그 소유권을 원시취득하게 되는바, 따라서 건축주의 사정으로 건축공사가 중단된 미완성의 건물을 인도받아 나머지 공사를 하게 된 경우에는 그 공사의 중단 시점에 이미 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 정도의 형태와 구조를 갖춘 경우가 아닌 한 이를 인도받아 자기의 비용과 노력으로 완공한 자가 그 건물의 원시취득자가 된다(대판 2006. 5. 12, 2005다68783).

24. 정답 ②

② (×) : 민법 제249조가 규정하는 선의·무과실의 기준시점은 물권행위가 완성되는 때인 것이므로, 물권적 합의가 동산의 인도보다 먼저 행하여지면 인도된 때를, 인도가 물권적 합의보다 먼저 행하여지면 물권적 합의가 이루어진 때를 기준으로 해야 한다(대판 1991. 3. 22, 91다70).

25. 정답 ⑤

⑤ (○) : 종류채권의 특징이 있게 되면 그때부터 그 물건만이 채권의 목적물이 된다(제375조 제2항). 즉 특정물채권으로 전환된다. 따라서 인도할 때까지 선량한 관리자의 주의로 보존해야 한다(제374조).

26. 정답 ②

② (X) : 임대인이 임차인과의 임대차계약상의 약정에 따라 제3자에게 도급을 주어 임대차목적물에 시설물을 설치하던 중 원인불명의 화재가 발생하였는데, 제반 사정에 비추어 그 설치공사를 맡은 수급인이 임대차목적물의 전력용량을 초과한 전기용접기를 연결하여 계속 사용함으로써 과부하로 인한 전선의 발열로 인하여 화재가 발생한 것으로 추정함이 타당하여 공사수급인에게 화재발생에 대한 과실이 인정되는 경우, 공사수급인은 임대차계약에 따른 임대인의 이행보조자라 할 것이어서 임대인은 민법 제391조에 따라 위 화재발생에 귀책사유가 있으므로 임차인에 대한 채무불이행상의 손해배상책임이 있다(대판 1999.4.13, 98다51077).

27. 정답 ③

③ 나, 다. 지문이 옳은 지문이다.

ㄱ. (X) : i) 매매목적물에 관하여 이중으로 제3자와 **매매계약을 체결**하였다는 사실만 가지고는 매매계약이 법률상 이행불능이라고 할 수 없다(대판 1996. 7. 26, 96다14616). ii) 부동산매매에 있어서 매도인이 목적물을 타인에게 이미 매도하여 그 타인에게 소유권이전등기를 하여줄 의무가 있음에도 불구하고 제3자에게 다시 양도하여 소유권이전등기를 경유한 때에는 특별한 사정이 없는 한 매도인이 그 타인에게 부담하고 있는 소유권이전등기의무는 이행불능의 상태에 있다고 봄이 상당하다(대판 1983. 3. 22, 80다1416).

ㄷ. (X) : 원고가 중도금 및 잔대금의 지급을 지체하였다고 하여도 피고가 이를 이유로 **계약을 적법하게 해제하지 않은 채 매매목적물을 타에 처분한 것이라면 그 이행불능에 대한 책임은 피고에게 있다**(대판 1980. 3. 11, 79다1948).

※ [난이도 중] ㄷ.지문이 낯선 지문이었을 텐데 이 지문으로 인하여 정답이 ③이나 ⑤나로 결정되도록 출제되어 다소 어렵게 느껴졌을 수 있다. 하지만 이 판례를 모르더라도 “적법하게 해제할 수 있었으나 해제하지 않은 상태”였으므로 아직 계약이 유효하게 존재함에도 매도인이 이중으로 매도하고 등기까지 이전해 주었다면 불능에 따른 책임을 부담한다는 결론을 이끌어 낼 수 있었으리라 생각된다.

28. 정답 ③

③ (O) : 민법은 **연대보증인 중의 한 사람이 공동면책을 이유로 다른 연대보증인에게 구상권을 행사하려면 ‘자기의 부담부분을 넘은 변제를 하였을 것’을 그 요건으로 규정하였으나**(제448조 제2항), **연대채무자 중의 한 사람이 공동면책을 이유로 다른 연대채무자에게 구상권을 행사하는 데 있어서는 그러한 제한 없이 구상권을 행사할 수 있는 것으로 규정하고 있다**(제425조 제1항). 따라서 연대채무자 사이의 구상권

행사에 있어서 ‘부담부분’이란 연대채무자가 그 내부관계에서 출재를 분담하기로 한 비율을 말한다고 봄이 타당하다(대판 2013.11.14, 2013다46023).

29. 정답 ②

② (×) : 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 아니한다. 한편 임대인과 임차인이 임대차계약을 체결하면서 임차보증금을 전세금으로 하는 전세권설정등기를 경료한 경우 임차보증금은 전세금의 성질을 겸하게 되므로, 앞서 본 법리는 임차보증금반환채권을 담보하기 위하여 설정된 전세권에 관하여도 그대로 적용된다 (대법원 2018. 7. 20. 선고 2014다83937 판결).

30. 정답 ②

② (×) : 민법 제477조. 특별한 합의나 지정이 없었으므로 법정충당에 따르는데, 2021. 5. 7.을 기준으로 A채무, B채무 모두 변제기가 도래하였고 변제이익에 차이가 없으므로 제477조 제3호에 따라 이행기가 먼저 도래한 A채무의 변제에 충당된다.

※ [난이도 중] 사례문제였지만 조문과 기본판례만 정확히 적용하면 풀 수 있도록 출제되어 시간이 조금 걸리더라도 풀어낼 수는 있는 문제였다고 생각된다.

31. 정답 ①

① (×) : 채무인수계약은 구 채무자의 채무의 동일성을 유지하면서 신 채무자가 이를 부담하는 것이므로 특별한 의사표시가 없으면 채무인수자의 구 채무자에 대한 항변사유로서는 채권자에게 대항할 수는 없다(대판 1966. 11. 29, 66다1861).

32. 정답 ②

② ㄱ, ㄴ. 지문이 옳은 지문이다.

ㄷ. (×) : 어느 부동산의 매매계약이 사해행위에 해당하는 경우에는 원칙적으로 그 매매계약을 취소하고 그 소유권이전등기의 말소 등 부동산 자체의 회복을 명하여야 하지만, 그 사해행위가 저당권이 설정되어 있는 부동산에 관하여 당해 저당권자 이외의 자와의 사이에 이루어지고 그 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소된 때에는, 매매계약 전부를 취소하여 그 부동산 자체의 회복을 명하는 것은 당초 담보로 되어 있지 아니하던 부분까지 회복시키는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 되므로, 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 한도에서 그 매매계약의 일부 취소와 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐 부동산 자체의 회복을 구할 수는 없다(대판 1996.10.29., 96다23207).

ㄷ. (×) : 채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되는 경우, 수익자가 제3채무자에게서 아직 채권을 추심하지 아니한 때에는, 채권자는 사해행위 취소에 따른 원상회복으로서 수익자가 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 청구할 수 있다. 그런데 사해행위의 취소는 채권자와 수익자의 관계에서 상대적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 무효로 하는 데에 그치고, 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니한다. 따라서 채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되고, 그에 따른 원상회복으로서 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지가 이루어지더라도, 채권자와 수익자의 관계에서 채권이 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐, 채무자가 직접 채권을 취득하여 권리자로 되는 것은 아니므로, **채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에게 채권에 관한 지급을 청구할 수 없다**(대판 2015. 11. 17, 2012다2743).

※ [난이도 중] 판례를 사례화하여 지문을 길게 구성하였다. 하지만 수업 시간에 강조한 판례들이어서 문제를 푸는 데는 지장이 없었으리라 생각된다.

33. 정답 ③

③ (○) : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 정한 토지거래계약에 관한 허가구역으로 지정된 구역 안의 토지에 관하여 매매계약이 체결된 후 계약금만 수수한 상태에서 당사자가 토지거래허가신청을 하고 이에 따라 관할관청으로부터 그 허가를 받았다 하더라도, 그러한 사정만으로는 **아직 이행의 착수가 있다고 볼 수 없어** 매도인으로서 민법 제565조에 의하여 계약금의 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다(대판 2009.4.23., 2008다62427).

34. 정답 ④

④ (×) : 민법 제536조 제2항의 이른바 불안의 항변권을 발생시키는 사유에 관하여 신용불안이나 재산상태 악화와 같이 채권자 측에 발생한 객관적·일반적 사정만이 이에 해당한다고 제한적으로 해석할 이유는 없다. 따라서 도급계약에서 일정 기간마다 이미 행하여진 공사부분에 대하여 기성공사금 등의 대가를 지급하기로 약정되어 있는데도 도급인이 정당한 이유 없이 이를 지급하지 않아 수급인에게 당초 계약내용에 따른 선이행의무의 이행을 요구하는 것이 공평에 반하게 되는 경우, 수급인이 민법 제536조 제2항에 의하여 계속공사의무의 이행을 거절할 수 있다(대판 2012.3.29., 2011다93025).

※ [난이도 중] 잘 출제되지 않던 판례가 정답지문으로 출제되었다. 하지만 나머지 지문들이 모두 맞는 지문이어서 정답을 골라낼 수 있었으리라 생각된다.

35. 정답 ⑤

⑤ (○) : 매매계약을 합의해제한 후 그 합의해제를 무효화시키고, 해제된 매매계약을 부활시키는 약정은 계약자유의 원칙상 적어도 당사자 사이에서는 가능하다(대판 2006.4.13, 2003다45700).

36. 정답 ③

③ (×) : 매매의 목적물에 하자가 있는 경우 매도인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결 참조). 이 경우 특별한 사정이 없는 한 하자를 보수하기 위한 비용은 매도인의 하자담보책임과 채무불이행책임에서 말하는 손해에 해당한다. 따라서 매매 목적물인 토지에 폐기물이 매립되어 있고 매수인이 폐기물을 처리하기 위해 비용이 발생한다면 매수인은 그 비용을 민법 제390조에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있고, 민법 제580조 제1항에 따라 하자담보책임으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있다(대판 2021. 4. 8, 2017다202050).

37. 정답 ③

③ ㄷ. 지문만이 옳은 지문이다.

ㄱ. (×) : 민법상 소비대차는 당사자 일방이 금전 기타 대체물의 소유권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방은 그와 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 약정함으로써 효력이 생기는 이른바 낙성계약이므로, 차주가 현실로 금전 등을 수수하거나 현실의 수수가 있는 것과 같은 경제적 이익을 취득하여야만 소비대차가 성립하는 것은 아니다. 반대로 당사자 일방이 상대방에게 현실로 금전 기타 대체물의 소유권을 이전하였다고 하더라도 상대방이 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 약정한 경우가 아니라면 이들 사이의 법률행위를 소비대차라 할 수 없다(대법원 2018. 12. 27. 선고 2015다73098 판결). → 2022년 대비 진도별 모의고사 4회 19번 적중

ㄴ. (×) : 제606조(대물대차) 금전대차의 경우에 차주가 금전에 갈음하여 유가증권 기타 물건의 인도를 받은 때에는 그 인도시의 가액으로써 차용액으로 한다.

※ [난이도 상] 잘 출제되지 않던 소비대차가 출제되었고, 그 중에서도 잘 출제되지 않던 제606조가 출제되어서 어렵게 느낀 수험생들이 있을 것 같다. 하지만 ㄱ. 지문은 판례를 몰라도 침착하게 소비대차가 낙성계약이라는 점만 생각해 냈어도 문제를 풀 수 있었으리라 생각된다. ㄱ.지문은 비교적 최근인 2018년에 소비대차 관련 판례가 있어서 진도별 모의고사에 반영해봤는데 운 좋게 적중하였다.

38. 정답 ①

① (×) : 2인으로 구성된 조합에서 한 사람이 탈퇴하면 조합관계는 종료되나 특별

한 사정이 없는 한 조합은 **해산이나 청산이 되지 않고**, 다만 조합원의 합유에 속한 조합재산은 남은 조합원의 단독소유에 속하여 탈퇴 조합원과 남은 조합원 사이에는 **탈퇴로 인한 계산을 해야 한다**. 이러한 법리는 부동산 사용권을 출자한 경우에도 적용된다. 조합원이 부동산 사용권을 존속기한을 정하지 않고 출자하였다가 탈퇴한 경우 특별한 사정이 없는 한 탈퇴 시 조합재산인 부동산 사용권이 소멸한다고 볼 수는 없고, 그러한 사용권은 공동사업을 유지할 수 있도록 일정한 기간 동안 존속한다고 보아야 한다. 이때 탈퇴 조합원이 남은 조합원으로 하여금 부동산을 사용·수익할 수 있도록 할 의무를 이행하지 않음으로써 남은 조합원에게 손해가 발생하였다면 탈퇴 조합원은 그 손해를 배상할 책임이 있다(대판 2018. 12. 13, 2015다72385).

39. 정답 ③

③ ㄱ, ㄴ, ㄷ. 지문이 옳은 지문이다.

ㄱ. (○), ㄴ. (○), ㄷ. (×), ㄹ. (○) : [1] 어떠한 동산이 민법 제256조에 의하여 부동산에 부합된 것으로 인정되기 위해서는 그 동산을 훼손하거나 과다한 비용을 지출하지 않고서는 분리할 수 없을 정도로 부착·합체되었는지 여부 및 그 물리적 구조, 용도와 기능면에서 기존 부동산과는 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지 여부 등을 종합하여 판단하여야 하고, 이러한 부동산에의 부합에 관한 법리는 건물의 증축의 경우는 물론 건물의 신축의 경우에도 그대로 적용될 수 있다. [2] 민법 제261조에서 첨부로 법률규정에 의한 소유권 취득(민법 제256조 내지 제260조)이 인정된 경우에 “손해를 받은 자는 부당이득에 관한 규정에 의하여 보상을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있는바, 이러한 보상청구가 인정되기 위해서는 민법 제261조 자체의 요건만이 아니라, 부당이득 법리에 따른 판단에 의하여 부당이득의 요건이 모두 충족되었음이 인정되어야 한다. 매도인에게 소유권이 유보된 자재가 제3자와 매수인 사이에 이루어진 도급계약의 이행으로 제3자 소유 건물의 건축에 사용되어 부합된 경우 보상청구를 거부할 법률상 원인이 있다고 할 수 없지만, 제3자가 도급계약에 의하여 제공된 자재의 소유권이 유보된 사실에 관하여 **과실 없이 알지 못한 경우라면 선의취득의 경우와 마찬가지로 제3자가 그 자재의 귀속으로 인한 이익을 보유할 수 있는 법률상 원인이 있다고** 봄이 상당하므로, 매도인으로서는 그에 관한 보상청구를 할 수 없다(대판 2009. 9. 24, 2009다15602, 대판 2018. 3. 15, 2017다282391).

※ [난이도 중] 사례형으로 출제되었으나 수업시간에 많이 강조했던 판례이다. 어렵지 않게 풀 수 있었으리라 생각된다.

40. 정답 ③

③ (×) : 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다) 규

정의 문언, 내용, 체계와 입법 목적 등을 종합하면, 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 명의수탁자 명의로 등기를 하였다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 단정할 수는 없다. 이는 농지법에 따른 제한을 회피하고자 명의신탁을 한 경우에도 마찬가지이다[대판(전합) 2019. 6. 20, 2013다218156].

< 총 평 >

난이도 상 : 2번, 12번, 37번 (7.5점)

난이도 중 : 20번, 27번, 30번, 32번, 34번, 39번 (15점)

난이도 하 : 나머지 (77.5점)

나름대로 난이도를 매겨보았는데, 정답지문이 조문이나 익히 알려진 판례여서 비교적 쉽게 정답을 고를 수 있는 <난이도 하>의 문제가 80점에 육박하게 출제되었고, <난이도 중>으로 평가한 문제들도 <난이도 상>보다는 <난이도 하>에 가까운 문제들이 많아서 이번 시험은 비교적 평이하게 출제되었다고 볼 수 있을 것 같습니다.

이러한 분석을 통해 중요한 것은 지나간 시험을 통해 앞으로의 공부방향을 정립하는 것인데, 제가 수업시간에 항상 강조하듯이 이 시험은 남들이 못 맞추는 문제를 맞춰야 합격하는 시험이 아닙니다. 남들 다 맞는 문제만 다 맞아도 합격하는 데 지장이 없습니다. 개인마다 난이도 분석이 조금 다를 수는 있겠지만 위 난이도 분석에 따르면 <난이도 상> 문제를 다 틀리고 <난이도 중> 문제 하나 더 틀려도 90점이 나온다는 점에서 이번 시험에서도 남들 다 맞는 문제만 다 맞아도 합격하는 데 지장이 없다는 명제는 그 타당성이 입증되었다고 할 것입니다.

결론적으로 앞으로의 공부방향은 예컨대 “올해 <난이도 상> 문제를 틀려서 떨어졌으니 <난이도 상> 문제까지 맞출 수 있도록 더 넓고 더 깊게 공부해야겠다.”가 아니라, 오히려 <난이도 중, 하> 문제 중 틀린 것이 있는지 확인하고 기본적인 조문이나 판례 중 놓친게 있다면 그걸 왜 놓쳐서 틀렸는지를 뼈저리게 반성하고 기본적인 조문과 판례를 더 정확하고 선명하게 숙지하는 방향으로 공부를 하는 것이 올바른 방향이라는 점을 다시 한 번 강조해드리고 싶습니다.

이번 시험을 잘 보셔서 2차로 가시는 분들께는 축하를 드리고, 다시 준비하시게 된 분들께는 위로와 응원을 드리고 싶습니다. 공부해야 할 양에 비하여 1년이라는 시간이 결코 충분하지 않음을 다시 한 번 마음에 새기시고 다시 힘을 내서 앞으로 정진하시기 바랍니다.