

## 2023년(제60)회 변리사 1차 민법개론 해설1 (민법총칙)

변리사스쿨 포인트민법 류호권

### 【1번】 ③

① (×) : 실종선고를 받은 자는 전조의 기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다(민법 제28조). 따라서 2020. 9. 15. 24시에 사망한 것으로 의제된다. ⇒ 포인트민법 p.56.

② (×) : 민법 제28조는 "실종선고를 받은 자는 민법 제27조 제1항 소정의 생사불명기간이 만료된 때에 사망한 것으로 본다"고 규정하고 있으므로 실종선고가 취소되지 않는 한 반증을 들어 실종선고의 효과를 다룰 수는 없다(대판 1995. 2. 17. 94다52751). ⇒ 포인트민법 p.57.

③ (○) : 실종선고의 취소가 있을 때에 실종의 선고를 직접원인으로 하여 재산을 취득한 자가 선의인 경우에는 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환할 의무가 있고 악의인 경우에는 그 받은 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다(민법 제29조 제2항). ⇒ 포인트민법 p.59.

④ (×) : 실종선고는 실종자의 사법상 법률관계에서만 사망한 것으로 다룬다. 선거권 등 공법상 법률관계에는 영향을 미치지 않는다. ⇒ 포인트민법 p.57.

⑤ (×) : 실종선고가 취소되면 실종선고에 기한 법률관계는 소급적으로 무효가 된다. 즉 실종선고는 처음부터 없었던 것으로 되어 실종자의 재산관계와 가족관계는 이전의 상태로 회복되는 것이 원칙이다. ⇒ 포인트민법 p.59.

<Comment(난이도 중)> 사례형이어서 당황하였을 수는 있지만 정답인 ③번 지문이 기본적인 조문에 관한 것이어서 반드시 맞추어야 할 문제였다고 생각된다.

### 【2번】 ①

① (×) : 미성년자가 법정대리인의 동의 없이 한 법률행위는 취소할 수 있다(민법 제5조 제2항). 그리고 취소할 수 있는지 여부는 행위당시를 기준으로 하므로, 행위당시에 미성년이었던 성년이 된 이후에도 취소할 수 있다. 다만 민법 제146조에 따라 추인할 수 있는 날로부터 3년내, 법률행위를 한 날로부터 10년내에 행사하여야 하는데, 사안에서 甲은 성년의제된 2022. 3. 12.부터 추인할 수 있으므로 그로부터 3년이 지나지 않은 2023. 2. 18.에는 매매계약을 취소할 수 있다. ⇒ 포인트민법 객관식 p.62. 47번 ③지문(2018년 변리사 기출) 참조.

② (○), ③ (○) : 추인은 취소의 원인이 소멸된 후에 하여야만 효력이 있다(민법 제144조 제1항). 2022. 2. 17. 甲은 아직 미성년이고 성년의제도 되기 전이기 때문에 추인할 수 없다(②번 지문). 반면에 미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 보므로(민법 제826조의 2), 甲이 혼인을 한 2022. 3. 12.부터 甲은 성년으로 의제되고 따라서 2022. 5. 15.에는 유효하게 추인할 수 있다(③번 지문). ⇒ 포인트민법 p.196, p.43.

④ (○) : 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 전조의 규정에 의하여 추인할 수 있는 후에 다음 각호의 사유가 있으면 추인한 것으로 본다. 그러나 이의를 보류한 때에는 그러하지 아니하다(민법 제145조). 지문에서 甲은 성년으로 의제된 이후인 2022. 10. 5. 아무런 이의를 제기하지 않고 乙로부터 매매대금을 수령하였는데, 1호 사유인 "전부나 일부의 이행"에는 취소권자가 이행하거나 상대방의 이행을 취소권자가 수령하는 것도 포함하므로 甲의 수령행위는 제145조 제1호에 해당하여 법정추인이 되고 따라서 더 이상 취소할 수 없다. ⇒ 포인트민법 p.197.

<참고사항> 지문에서 甲이 매매대금을 수령한 날짜는 2022. 10. 5.이다. 사안에서 甲이 성년이 되기 전인 2022. 9. 12. 이혼을 하였다고 나와있는데, 성년이 되기 전에 혼인이 해소된 경우 제한능력자로 돌아가는지 아니면 성년의제의 효과가 유지되는지가 문제된다. 여기서 이혼에도 불구하고 성년의제의 효과는 소멸하지 않고 유지된다는 것이 통설이고, 이러한 통설에 따르면 이혼 후인 2022. 10. 5.에도 성년의제의 효과가 유지되므로 법정추인도 가능하다. 정확하게 풀려면 이 점까지 고려했어야 하는데, 이 쟁점은 가족법상 쟁점으로 변리사 시험에서는 범위 외의 출제라고 생각된다.

⑤ (○) : 2023. 2. 18. 현재 甲은 19세 2개월이 넘어 성년이 되었으므로 성년의제 여부를 떠나서도 단독으로 유효하게 추인할 수 있다(민법 제144조). ⇒ 포인트민법 p.196.

<Comment(난이도 상)> 사례형에 가족법상 쟁점까지 동원된 어려운 문제였음은 분명하다. 하지만 정답인 ④번 지문이 2018년 변리사 기출지문이 반복 출제된 것으로 너무 확실하여 다른 지문을 잘 몰라도 정답은 맞출 수 있는 문제였다고 생각된다. 출제자들은 변별력을 위하여 가끔 의도적으로 범위를 넘기도 하는데, 이 문제에서는 범위를 넘은 출제가 정답을 고르는데는 아무런 영향이 없어서 잘못된 출제라고 보기는 어려울 것 같다. 다만 이런 문제 때문에 가족법까지 공부 범위를 확장하는 것은 바람직하지 않다!

### 【3번】 ③

① (○) : 생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에는 증여에 관한 규정을 준용한다(민법 제47조 제1항). ⇒ 포인트민법 p.65.

② (○) : 유언으로 재단법인을 설립하는 때에는 출연재산은 유언의 효력이 발생한 때로부터 법인에 귀속한 것으로 본다(민법 제48조 제2항). ☞ 출연재산이 성립요건주의가 적용되어 등기가 필요한 부동산이었다면 제186조와의 충돌이 문제되지만, 지문은 출연재산이 대항요건주의에 불과한 지명채권이라고 하였으므로 이러한 충돌문제는 생기지 않고 제48조에서 정한 시기에 귀속된다. ⇒ 포인트민법 p.65, p.66.

③ (×) : 이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 제삼자에게 대항하지 못한다(민법 제60조). ☞ 등기는 대항요건에 불과하다(제60조). 정관 기재가 효력요건이다(제41조). ⇒ 포인트민법 p.76.

④ (○) : 재단법인의 목적을 달성할 수 없는 때에는 설립자나 이사는 주무관청의 허가를 얻어 설립의 취지를 참작하여 그 목적 기타 정관의 규정을 변경할 수 있다(민법 제46조). ⇒ 포인트민법 p.67.

⑤ (○) : 재단법인의 설립자가 그 명칭, 사무소소재지 또는 이사임면의 방법을 정하지 아니하고 사망한 때에는 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다(민법 제44조). ⇒ 포인트민법 p.67.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 조문 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문제이다.

### 【4번】 ⑤

① (○), ② (○) : 교과서 상에서 주물과 종물의 예로 자주 들어지는 것들이다. ⇒ 포인트민법 p.93.

③ (○) : 주유기는 계속해서 주유소 건물 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 작용을 하고 있으므로 주유소건물의 상용에 공하기 위하여 부속시킨 종물이라고 본 사례(대판 1995. 6. 29, 94다6345). ⇒ 포인트민법 p.93.

④ (○) : 횃집으로 사용할 점포 건물에 거의 붙여서 횃감용 생선을 보관하기 위하여 즉 위 점포 건물의 상용에 공하기 위하여 신축한 수족관 건물은 위 점포 건물의 종물이라고 해석할 것이다(대판 1993. 2. 12, 92도3234). ⇒ 포인트민법 p.94.

⑤ (×) : 주유소의 지하에 매설된 유류저장탱크를 토지로부터 분리하는 데 과도한 비용이 들고 이를 분리하여 발굴할 경우 그 경제적 가치가 현저히 감소할 것이 분명하다는 이유로, 그 유류저장탱크는 토지에 부합되었다고 본 사례(대판 1995. 6. 29, 94다6345). ⇒ 포인트민법 p.375.

**<Comment(난이도 하)>** 기본적인 판례 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문제이다.

**【5번】 ②**

① (○) : 기간을 시, 분, 초로 정한 때에는 즉시로부터 기산한다(민법 제156조). ⇒ 포인트민법 p.215, p.217.

② (×) : 만 19세로 성년이 되는데(민법 제4조), 연령계산에는 출생일을 산입하므로(민법 제158조), 甲이 성년이 되는 시점은 2023년 1월 16일 24시(=2023년 1월 17일 오전 0시)이다. ⇒ 포인트민법 p.216, p.217.

③ (○) : 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니하므로 2022년 12월 1일 오전0시부터 3개월인데(민법 제157조), 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간말일의 종료로 기간이 만료하므로(민법 제159조), 기간의 만료점은 2023년 2월 28일 24시이다. ⇒ 포인트민법 p.216.

④ (○) : 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다. 그러나 그 기간이 오전 영시로부터 시작하는 때에는 그러하지 아니하다(민법 제157조). 지문에서 2023년 5월 1일은 시험일인 2023년 2월 18일을 기준으로 장래의 시점이므로 제157조 단서의 “기간이 오전 영시로부터 시작하는 때”에 해당하여 초일을 산입해야 한다. 따라서 2023년 5월 1일 오전 0시부터 10일이므로 기간의 만료점은 2023년 5월 10일 24시이다. ⇒ 포인트민법 p.216, p.217.

⑤ (○) : 총회의 소집은 1주간전에 그 회의의 목적사항을 기재한 통지를 발하고 기타 정관에 정한 방법에 의하여야 한다(민법 제71조). 여기서 기간의 역산에 관하여는 민법에 규정이 없어 기간의 순간의 규정을 유추적용한다. 따라서 초일불산입의 원칙은 기간의 역산에도 적용된다. 사원총회 소집일이 2023년 3월 10일 오후 2시이면 기산점은 2023년 3월 10일 오전 0시 (= 3월 9일 24시)이고, 이로부터 1주간 전까지 발송해야 하므로 2023년 3월 2일 24시까지 발송해야 한다. ⇒ 포인트민법 p.216, p.217.

**<Comment(난이도 하)>** 기본적인 조문 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문제이다. 기간 문제가 본격적으로 출제된 것은 2012년 변리사 시험 이후 약 10여 년만인데, 그렇다고 해도 수험생의 입장에서 준비는 되어있었어야 한다. 포인트민법 기본서에 연습문제도 넣어두었고, 경각심을 일깨워 주기 위해 7월말 모의고사에도 출제한 바 있다. 연습이 되어있는 수험생과 그렇지 않은 수험생 간에 2.5점의 차이가 났을 것이다.

**【6번】 ②**

ㄱ. (×) : 보험금청구권의 소멸시효는 특별한 다른 사정이 없는 한 원칙적으로 보험사고가 발생한 때부터 진행한다. 그렇지만 보험사고가 발생한 것인지 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금청구권자가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에도 보험사고가 발생

한 때부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행된다고 해석하는 것은, 보험금청구권자에게 너무 가혹하여 사회정의와 형평의 이념에 반하고 소멸시효 제도의 존재이유에도 부합하지 않으므로, 이와 같이 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는 보험금청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행된다(대판 2021. 2. 4, 2017다281367). ⇒ 포인트민법 p.226.

ㄴ. (○) : 동일한 채권자와 채무자 사이에 다수의 채권이 존재하는 경우 채무자가 변제를 충당하여야 할 채무를 지정하지 않고 모든 채무를 변제하기에 부족한 금액을 변제한 때에는 특별한 사정이 없는 한 그 변제는 모든 채무에 대한 승인으로 소멸시효를 중단하는 효력을 가진다(대판 2021. 9. 30, 2021다239745). ⇒ 포인트민법 p.246, 최신판례자료(민총물권) p.15.

ㄷ. (○) : 중첩적 채무인수라 함은 제3자인 인수인이 종래의 채무자와 함께 동일한 내용의 채무를 부담하는 것을 목적으로 하는 계약으로서, 중첩적 채무인수로 인하여 인수인은 새로이 당사자로서 기존의 채무관계에 들어가 기존채무와 동일한 내용의 채무를 부담하게 된다. 이와 같이 중첩적 채무인수에 의하여 인수되는 채무는 기존채무와 내용이 동일하고 인수행위로 인하여 그 채무의 성질 등이 변하는 것은 아니므로, 인수인이 부담하는 인수채무에 대해서는 기존채무와 동일한 소멸시효기간이 적용된다(대판 2021. 9. 30, 2019다209345).

ㄹ. (×) : 보험계약자가 다수의 계약을 통하여 보험금을 부정 취득할 목적으로 보험계약을 체결하여 그것이 민법 제103조에 따라 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 경우 보험자의 보험금에 대한 부당이득반환청구권은 상법 제64조를 유추적용하여 5년의 상사 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 타당하다[대판(전합) 2021. 7. 22, 2019다277812]. ⇒ 최신판례자료(민총물권) p.11.

<Comment(난이도 상)> 모두 2021년 최신판례여서 조금 어렵게 느껴졌을 문제이다. 다만 ㄱ지문은 기존 판례의 반복이다. ㄴ지문도 일부 변제는 승인에 대하여 나머지 채무 전부의 소멸시효를 중단시킨다는 기존의 판례를 반복한 것이고, ㄷ지문도 면책적 채무인수나 중첩적 채무인수는 채무의 동일성이 유지된 채 이전된다는 점을 확인한 것에 불과한 판례여서 ㄴ과 ㄷ지문이 옳은 지문이라는 점만 찾아내면 정답을 골라낼 수는 있는 문제였다. ㄹ지문은 상법과 경계가 모호한 판례여서 내심 출제되지 않았으면 하면서도 전원합의체 판결이어서 최신판례강의에 소개하였던 판례인데 출제가 되었다. 소개해 드린 판례에서 출제가 되었다는 점은 다행이라고 생각하지만 ㄹ지문과 같이 부당이득반환청구권의 소멸시효 기간이 민법상 10년이나 상법상 5년이나에 대한 판례는 이것 말고도 매우 많은데, 이 수많은 유사쟁점 판례들을 모두 정리하는 방향으로 공부범위를 확장하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다.

【7번】 ④

① (×) : 행정기관에 진정서를 제출하여 상대방을 공지에 빠뜨린 다음 이를 취하하는 조건으로 거액의 급부를 제공받기로 약정한 경우, 민법 제103조 소정의 반사회질서의 법률행위에 해당한다고 본 사례(대판 2000. 2. 11, 99다56833). ⇒ 포인트민법 p.126.

② (×) : 어떠한 법률행위가 불공정한 법률행위에 해당하는지는 법률행위 시를 기준으로 판단하여야 한다. 따라서 계약 체결 당시를 기준으로 전체적인 계약 내용을 종합적으로 고려한 결과 불공정한 것이 아니라면 사후에 외부적 환경의 급격한 변화로 인하여 계약당사자 일방에게 큰 손실이 발생하고 상대방에게는 그에 상응하는 큰 이익이 발생할 수 있는 구조라고 하여 그 계약이 당연히 불공정한 계약에 해당한다고 말할 수 없다(대판 2013. 9. 26, 2013다26746).

⇒ 포인트민법 p.127.

③ (×), ④ (○) : 불공정한 법률행위가 성립하기 위한 요건인 공박, 경솔, 무경험은 모두 구비되어야 하는 요건이 아니라 그 중 일부만 갖추어져도 충분한데, 여기에서 '공박'이라 함은 '급박한 곤궁'을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있으며, '무경험'이라 함은 일반적인 생활체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정영역에 있어서의 경험부족이 아니라 거래일반에 대한 경험부족을 뜻하고, 당사자가 공박 또는 무경험의 상태에 있었는지 여부는 그의 나이와 직업, 교육 및 사회경험의 정도, 재산 상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 제반 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 하며, 한편 피해 당사자가 공박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 그와 같은 피해 당사자측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다거나 또는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하지 아니한다면 불공정 법률행위는 성립하지 않는다(대판 2002. 10. 22, 2002다38927). ⇒ 포인트민법 p.126, p.127.

⑤ (×) : 매매계약과 같은 쌍무계약이 급부와 반대급부의 불균형으로 말미암아 민법 제104조에서 정하는 '불공정한 법률행위'에 해당하여 무효라고 한다면, 그 계약으로 인하여 불이익을 입는 당사자로 하여금 위와 같은 불공정성을 소송 등 사법적 구제수단을 통하여 주장하지 못하도록 하는 부제소합의 역시 다른 특별한 사정이 없는 한 무효이다(대판 2010. 7. 15, 2009다50308). ⇒ 포인트민법 p.127.

<Comment(난이도 중)> 정답인 ④번 지문이 너무 기본적인 판례여서 반드시 맞춰야 하는 문제인데, 출제자가 ①번 지문에서 함정을 파 놓아서 쉽지만은 않은 문제였다. 판례는 103조 위반이라고 하였는데 출제자가 불공정한 법률행위로 바꾸어서 함정을 파 놓았는데, ①번 지문만 보고 정답으로 체크하고 나머지 지문을 읽어보지도 않고 넘어가서 틀린 수험생들이 적지 않았을 것 같다. 사실 확실한 정답이 보이면 나머지 지문은 읽지 않고 넘어가는 것이 맞다. 그러지 않고 모든 지문을 꼼꼼히 읽다보면 나중에 시간이 부족하여 한 문제 맞추려다 몇 문제를 놓치게 된다. 권장하는 방법은 일단 확실한 정답이 보이면 나머지 지문은 읽지 말고 넘어가되, 끝까지 다 풀고 시간이 남으면 안 읽고 넘어갔던 지문을 확인해 보는 방법이다. 이런 부분은 생각만으로는 되지 않고 평소 모의고사 등을 통하여 연습을 해 두어야 할 것이다.

【8번】 ④

① (○) : 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). ⇒ 포인트민법 p.135.

② (○) : 임대인과 임차인이 위와 같이 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 전세권을 설정하기 위해 전세권설정계약을 체결하였다면, 임대차보증금에서 연체차임 등을 공제하고 남은 돈을 전세금으로 하는 것이 임대인과 임차인의 합치된 의사라고 볼 수 있다. 그러나 전세권설정계약은 외관상으로는 그 내용에 차임지급 약정이 존재하지 않고 이에 따라 전세금에서 연체차임이 공제되지 않는 등 임대인과 임차인의 진의와 일치하지 않는 부분이 존재한다. 따라서 전세권설정계약은 위와 같이 임대차계약과 양립할 수 없는 범위에서 통정허위표시에 해당하여 무효라고 봄이 타당하다. 다만 전세권설정계약에 따라 형성된 법률관계에 기초하여 새로이 법률상 이해관계를 가지게 된 제3자에 대해서는 그 제3자가 그와 같은 사정을 알고 있었던 경

우에만 무효를 주장할 수 있다. 따라서 임대차계약에 따른 임차보증금반환채권을 담보할 목적으로 전세권설정등기를 마친 경우 임대차계약에 따른 연체차임 공제는 전세권설정계약과 양립할 수 없으므로, 전세권설정자는 선의의 제3자에 대해서는 연체차임 공제 주장으로 대항할 수 없다. 여기에서 선의의 제3자가 보호될 수 있는 법률상 이해관계는 전세권설정계약의 당사자를 상대로 하여 직접 법률상 이해관계를 가지는 경우 외에도 법률상 이해관계를 바탕으로 하여 다시 위 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계와 새로이 법률상 이해관계를 가지게 되는 경우도 포함된다(대판 2021. 12. 30, 2020다257999). ⇒ 최신판례자료(민총물권) p.33.

③ (○) : 동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 구 상호신용금고법 제12조의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자가 실제 대출받고자 하는 채무액에 대하여 제3자를 형식상의 주채무자로 내세우고, 상호신용금고도 이를 양해하여 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 제3자 명의로 대출관계서류를 작성받은 경우, 제3자는 형식상의 명의만을 빌려준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 상호신용금고와 실질적 주채무자이므로, 제3자 명의로 되어 있는 대출약정은 상호신용금고의 양해하에 그에 따른 채무부담의 의사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위이다(대판 1999. 3. 12, 98다48989). ⇒ 포인트민법 p.131.

④ (×) : 보증인이 주채무자의 기망행위에 의하여 주채무가 있는 것으로 믿고 주채무자와 보증계약을 체결한 다음 그에 따라 보증채무자로서 그 채무까지 이행한 경우, 그 보증인은 주채무자에 대한 구상권 취득에 관하여 법률상의 이해관계를 가지게 되었고 그 구상권 취득에는 보증의 부종성으로 인하여 주채무가 유효하게 존재할 것을 필요로 한다는 이유로 결국 그 보증인은 주채무자의 채권자에 대한 채무 부담행위라는 허위표시에 기초하여 구상권 취득에 관한 법률상 이해관계를 가지게 되었다고 보아 민법 제108조 제2항 소정의 '제3자'에 해당한다고 한 사례(대판 2000. 7. 6, 99다51258). ⇒ 포인트민법 p.132.

⑤ (○) : 파산관재인이 민법 제108조 제2항의 경우 등에 있어 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). ⇒ 포인트민법 p.133.

**<Comment(난이도 하)>** 기본적인 판례문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다. 2번 지문이 최신판례이긴 했는데 기존 판례와 유사한 내용이었고 최신판례강의에 소개되었던 내용이어서 어렵진 않았을 것이다.

**【9번】 ⑤**

① (○) : 자연적 해석은 표시된 문자 또는 언어의 의미에 구속되지 아니하고 표의자의 내심적 효과의사를 밝히는 것이므로 표시상의 착오는 문제될 여지가 없다. ⇒ 포인트민법 p.107.

② (○) : 계약 당사자 사이에 수술 후 발생한 새로운 증세에 관하여 그 책임 소재와 손해의 전보를 둘러싸고 분쟁이 있어 오다가 이를 종결짓기 위하여 합의에 이른 것이라면, 가해자의 수술행위와 피해자의 수술 후의 증세 사이의 인과관계의 유무 및 그에 대한 가해자의 귀책사유의 유무는 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것으로서, 가해자는 피해자의 수술 후의 증세가 가해자의 수술행위로 인한 것이 아니라거나 그에 대하여 가해자에게 귀책사유가 없다는 등의 이유를 들어 그 합의를 취소할 수 없다(대판 1995. 10. 12, 94다42846).

[비교판례] 의사의 치료행위 직후 환자가 사망하여 의사가 환자의 유족에게 거액의 손해배상금을 지급하기로 합의하였으나 그 후 환자의 사망이 의사의 치료행위와는 전혀 무관한 것으로 밝혀진 사안에서, 의사에게 치료행위상의 과실이 있다는 점은 위 합의의 전제이었지 분쟁의 대상은 아니었다고 보아 착오를 이유로 화해계약의 취소를 인정한 사례(대판 2001. 10. 12, 2001다49326).

③ (○) : 매도인이 매수인의 중도금 지급채무 불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 매수인으로서 상대방이 한 계약해제의 효과로서 발생하는 손해배상책임을 지거나 매매계약에 따른 계약금의 반환을 받을 수 없는 불이익을 면하기 위하여 착오를 이유로 한 취소권을 행사하여 매매계약 전체를 무효로 돌리게 할 수 있다(대판 1996.12.6, 95다24982, 24999). ⇒ 포인트민법 p.142.

④ (○) : 하나의 법률행위의 일부분에만 취소사유가 있다고 하더라도 그 법률행위가 가분적이거나 그 목적물의 일부가 특정될 수 있다면, 그 나머지 부분이라도 이를 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되는 경우 그 일부만의 취소도 가능하다 할 것이고, 그 일부의 취소는 법률행위의 일부에 관하여 효력이 생긴다(대판 1998. 2. 10, 97다44737). ⇒ 포인트민법 p.182.

⑤ (×) : 민법 제109조 제1항에 의하면 법률행위 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우 착오에 중대한 과실이 없는 표의자는 법률행위를 취소할 수 있고, 민법 제580조 제1항, 제575조 제1항에 의하면 매매의 목적물에 하자가 있는 경우 하자가 있는 사실을 과실 없이 알지 못한 매수인은 매도인에 대하여 하자담보책임을 물어 계약을 해제하거나 손해배상을 청구할 수 있다. 착오로 인한 취소 제도와 매도인의 하자담보책임 제도는 취지가 서로 다르고, 요건과 효과도 구별된다. 따라서 매매계약 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임을 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다(대판 2018. 9. 13, 2015다78703). ⇒ 포인트민법 p.142.

**<Comment(난이도 상)>** 정답인 ⑤번 지문은 너무 중요한 판례여서 최근 반복되어 출제되고 있는 지문이었고 반드시 맞춰야 하는 문제였다. 그런데 이 문제도 출제자가 ②번 지문에서 함정을 파 놓아서 쉽지만은 않은 문제였다. 화해계약과 관련해서 통상적으로는 위 해설의 [비교판례(2001다49326)]가 출제되어 왔고 94다42846판결은 기출된 적도 없고 2천페이지가 넘는 교과서에도 실려있지 않은 판례인데, 출제자가 사례가 다른 이 판례를 가지고 함정을 판 것이다. 이 문제 역시 ②번 지문만 보고 정답으로 체크하고 나머지 지문을 읽어보지도 않고 넘어가서 틀린 수험생들이 적지 않았을 것 같다. 이러한 유형에 대한 대응방법은 위 **【7번】**에서 말씀드린 것과 같다.

**【10번】 ②**

① (×) : “권리”와 “권한”의 구별문제이다. “권리”가 법적인 이익(=법익)을 누릴 수 있도록 주어진 힘이라고 한다면 “권한”은 다른 사람을 위하여 그에게 일정한 법률효과를 발생케 하는 행위를 할 수 있는 지위나 자격에 불과하고, 이러한 “권한”의 대표적인 예가 대리권이나 대표권이다.

**<참고판례>** 위임과 대리권수여는 별개의 독립된 행위로서 위임은 위임자와 수임자간의 내부적인 채권채무관계를 말하고 대리권은 대리인의 행위의 효과가 본인에게 미치는 대외적 자격을 말하는 것이므로 위임계약에 대리권수여가 수반되는 일은 있으나 위임계약만으로는 그 효력은 위임자와 수임자 이외에는 미치는 것이 아니므로 구 민법 제655조(현행 제692조)의 취지는 위임종료의 사유는 이를 상대방에 통지하거나 상대방이 이를 안 때가 아니면 위임자와 수

임자간에는 위임계약에 의한 권리의무관계가 존속한다는 취지에 불과하고 대리권관계와는 아무런 관계가 없는 것이다(대판 1962. 5. 24, 4294민상251). ⇒ 포인트민법 p.152.

② (○) : 법정대리인인 친권자의 대리행위가 객관적으로 볼 때 미성년자 본인에게는 경제적인 손실만을 초래하는 반면, 친권자나 제3자에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위이고 행위의 상대방이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추적용하여 행위의 효과가 자에게는 미치지 않는다고 해석함이 타당하나, 그에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 같은 조 제2항의 규정을 유추적용하여 누구도 그와 같은 사정을 들어 대항할 수 없으며, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 무효를 주장하는 자에게 있다(대판 2018. 4. 26, 2016다3201). ⇒ 포인트민법 p.156, 8월말 모의고사 [9번], 진도별 모의고사 1회 [20]번.

③ (×) : 복대리인이란 대리인이 자신의 이름으로 선임한 본인의 대리인이다. 따라서 복대리인이 본인의 대리인인 것은 맞지만, 원대리인의 복임행위 자체는 대리인이 자신의 이름으로 하는 것이므로 본인을 위한 대리행위가 아니다. ⇒ 포인트민법 p.160.

④ (×) : 표현대리의 법리는 거래의 안전을 위하여 어떠한 외관적 사실을 야기한 데 원인을 준 자는 그 외관적 사실을 믿음에 정당한 사유가 있다고 인정되는 자에 대하여는 책임이 있다는 일반적인 권리외관이론에 그 기초를 두고 있는 것인 점에 비추어 볼 때, 대리인이 대리권소멸 후 직접 상대방과 사이에 대리행위를 하는 경우는 물론, 대리인이 대리권소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도 상대방이 대리권소멸사실을 알지 못하여 복대리인에게 적법한 대리권이 있는 것으로 믿었고, 그와 같이 믿은 데 과실이 없다면 민법 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다(대판 1998.5.29, 97다55317). ⇒ 포인트민법 p.171.

⑤ (×) : 무권대리인의 상대방에 대한 책임은 무과실책임으로서 대리권의 흠결에 관하여 대리인에게 과실등의 귀책사유가 있어야만 인정되는 것이 아니고, 무권대리행위가 제3자의 기망이나 문서위조 등 위법행위로 야기되었다고 하더라도 그 책임은 부정되지 아니한다(대판 2014.2.27, 2013다213038). ⇒ 포인트민법 p.176.

**<Comment(난이도 중)>** 정답인 ②번 지문은 중요하다고 생각되어 월말모의고사와 진도별 모의고사에 모두 출제하여 강조했던 판례여서 수험생들에게도 익숙한 판례였을 것이다. 다만 출제자가 변별력을 확보하기 위해 ①번과 ③번 지문에 수험생들이 익숙하지 않은 이론지문을 출제하여 수험생들이 조금 어렵게 느꼈을 수 있을 것 같은데, 수업시간에도 항상 강조하지만 ②번 지문을 정확하게 알면 ①번과 ③번과 같은 출제자의 유혹에 넘어가지 않는다. 반면에 ②번 지문을 정확하게 모르면 출제자의 유혹에 넘어가 문제를 틀리게 된다. 하나를 알더라도 정확하게 아는 것이 중요하다.

**【11번】 ⑤**

① (○) : 국토이용관리법상의 규제구역 내의 ‘토지등의 거래계약’허가에 관한 관계규정의 내용과 그 입법취지에 비추어 볼 때 토지의 소유권 등 권리를 이전 또는 설정하는 내용의 거래계약은 관할 관청의 허가를 받아야만 그 효력이 발생하고 허가를 받기 전에는 물권적 효력은 물론 채권적 효력도 발생하지 아니하여 무효라고 보아야 할 것인바, 다만 허가를 받기 전의 거래계약이 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약일 경우에는 확정적으로 무효로서 유효화될 여지가 없으나 이와 달리 허가받을 것을 전제로 한 거래계약(허가를 배



제하거나 잠탈하는 내용의 계약이 아닌 계약은 여기에 해당하는 것으로 본다)일 경우에는 허가를 받을 때까지는 법률상 미완성의 법률행위로서 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 거래의 효력이 전혀 발생하지 않음은 위의 확정적 무효의 경우와 다를 바 없지만, 일단 허가를 받으면 그 계약은 소급하여 유효한 계약이 되고 이와 달리 불허가가 된 때에는 무효로 확정되므로 허가를 받기까지는 유동적 무효의 상태에 있다고 보는 것이 타당하다[대판(전합) 1991.12.24, 90다12243]. ⇒ 포인트민법 p.187~188.

② (○) : 유동적 무효상태에 있는 매매계약상의 매수인의 지위에 관하여 매도인과 매수인 및 제3자 사이에 제3자가 그와 같은 매수인의 지위를 매수인으로부터 이전받는다는 취지의 합의를 한 경우, 국토이용관리법상 토지거래허가 제도가 토지의 투기적 거래를 방지하여 정상적 거래를 조장하려는 데에 그 입법취지가 있음에 비추어 볼 때, 그와 같은 합의는 매도인과 매수인 사이의 매매계약에 대한 관할 관청의 허가가 있어야 비로소 효력이 발생한다고 보아야 하고, 그 허가가 없는 이상 그 3 당사자 사이의 합의만으로 유동적 무효상태의 매매계약의 매수인 지위가 매수인으로부터 제3자에게 이전하고 제3자가 매도인에 대하여 직접 토지거래허가 신청절차 협력의무의 이행을 구할 수 있다고 할 수는 없다(대판 1996. 7. 26, 96다7762). ⇒ 포인트민법 p.284.

③ (○) : 유동적 무효상태에 있는 토지거래계약에 있어서 매매계약의 당사자는 허가신청에 협력하지 아니하는 상대방 당사자에 대하여 협력의무의 이행을 청구할 수 있으므로, 이러한 이행청구권도 채권자대위권의 행사에 의하여 보전될 수 있는 채권에 해당한다(대판 1996.10.25., 96다23825). ⇒ 포인트민법 p.189.

④ (○) : 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 사실만으로는 아직 이행의 착수가 있다고 볼 수 없어 매도인으로서 민법 제565조에 의하여 계약금의 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다(대판 2009.4.23, 2008다62427). ⇒ 포인트민법 p.189.

⑤ (×) : 유동적 무효상태의 매매계약을 체결하고 매수인이 이에 기하여 임의로 지급한 계약금은 그 계약이 유동적 무효상태로 있는 한 이를 부당이득으로 반환을 구할 수 없고, 유동적 무효상태가 확정적으로 무효가 되었을 때 비로소 부당이득 반환을 구할 수 있다(대판 1993. 7. 27, 91다33766). ⇒ 포인트민법 p.188.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 판례문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

#### 【12번】 ①

① (×) : 소정의 기일내에 이행을 하지 아니하면 계약은 당연히 해제된 것으로 한다는 이행 청구는 그 이행청구와 동시에 기간 또는 기일 내에 이행이 없는 것을 정지조건으로 하여 미리 해제의 의사표시를 한 것으로 볼 것이다(대판 1981. 4. 14, 80다2381). 이튼바 **정지조건부 계약해제**로서 유효하다. 단독행위에는 원칙적으로 조건을 붙일 수 없지만, 정지조건부 계약해제는 상대방이 결정할 수 있는 사실(채무의 이행 여부)을 조건으로 하는 것이므로 가능하다. ⇒ 포인트민법 p.205.

② (○) : 동산의 매매계약을 체결하면서, 매도인이 대금을 모두 지급받기 전에 목적물을 매수인에게 인도하지만 대금이 모두 지급될 때까지는 목적물의 소유권은 매도인에게 유보되며 대금이 모두 지급된 때에 그 소유권이 매수인에게 이전된다는 내용의 소위 소유권유보의 특약을

한 경우, 목적물의 소유권을 이전한다는 당사자 사이의 물권적 합의는 매매계약을 체결하고 목적물을 인도한 때 이미 성립하지만 **대금이 모두 지급되는 것을 정지조건으로 하므로**, 목적물이 매수인에게 인도되었다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 매도인은 대금이 모두 지급될 때까지 매수인뿐만 아니라 제3자에 대하여도 유보된 목적물의 소유권을 주장할 수 있고, 다만 대금이 모두 지급되었을 때에는 그 정지조건이 완성되어 별도의 의사표시 없이 목적물의 소유권이 매수인에게 이전된다(대판 1996. 6. 28, 96다14807). ⇒ **포인트민법 p.547, 포인트민법 객관식 p.820. [43]번.**

③ (○) : 부첩관계 또는 부부관계의 종료를 해제조건으로 하는 증여계약은 그 조건만이 무효인 것이 아니라 증여계약 자체가 무효이다(대판 1966. 6. 21, 66다530). ⇒ **포인트민법 p.204.**

④ (○) : 당사자가 불확정한 사실이 발생한 때를 이행기한으로 정한 경우에 있어서 그 사실이 발생한 때는 물론 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행기한은 도래한 것으로 보아야 한다(대판 1989.6.27, 88다카10579). ⇒ **포인트민법 p.211.**

⑤ (○) : 기한이익 상실의 특약은 그 내용에 의하여 일정한 사유가 발생하면 채권자의 청구 등을 요함이 없이 당연히 기한의 이익이 상실되어 이행기가 도래하는 것으로 하는 정지조건부 기한이익 상실의 특약과 일정한 사유가 발생한 후 채권자의 통지나 청구 등 채권자의 의사행위를 기다려 비로소 이행기가 도래하는 것으로 하는 형성권적 기한이익 상실의 특약의 두 가지로 대별할 수 있고, 기한이익 상실의 특약이 위의 양자 중 어느 것에 해당하느냐는 당사자의 의사해석의 문제이지만 일반적으로 기한이익 상실의 특약이 채권자를 위하여 둔 것인 점에 비추어 명백히 정지조건부 기한이익 상실의 특약이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 형성권적 기한이익 상실의 특약으로 추정하는 것이 타당하다(대판 2010. 8. 26, 2008다42416,42423). ⇒ **포인트민법 p.212.**

**<Comment(난이도 상)>** 정답지문인 ①번 지문이 출제자가 마음먹고 함정으로 출제한 지문 이어서 좀 어렵게 느껴졌을 수 있는 문제였다. 통상적으로 틀린 지문을 구성할 때 “행사할 수 있다.”를 “행사할 수 없다.”로 바꾸어 출제하는데, 이 지문은 결론인 “행사할 수 있다.”는 그대로 두고 “정지조건부”를 “해제조건부”로 바꾸어 출제하였다. 이런 출제 양식의 경우 판례의 결론 뿐만 아니라 과정까지 정확하게 알아야 한다는 점에서 어려운 문제에 해당된다. 그리고 ②번 지문에서 소유권유보부매매의 이론구성에 대하여 판례가 정지조건부 소유권이 전설의 입장이라는 것을 물어보았는데, 변리사 기출문제만으로는 커버가 쉽지 않았던 지문 이어서 많은 수험생들이 ①번과 ②번 사이에서 고민을 했을 것 같다. 하지만 두 지문 모두 포인트민법에 상세히 기술되어 있고, 심지어 ①번 판례는 “정지조건부 계약해제”라고 고딕으로 강조까지 해 놓았으며, 강의 시간에도 상세히 설명을 드렸던 부분이라 어려웠지만 맞추었어야 하는 문제라고 생각된다.