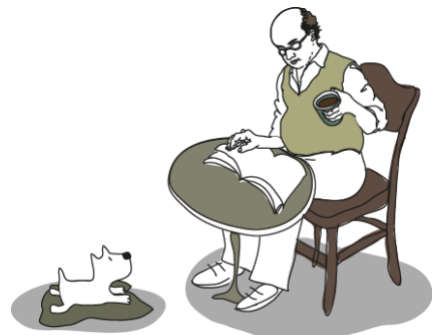




박효근 법무사의
2019년 법무사 시험
민법(1차) 기출문제 해설



1. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 무능력자의 책임을 제한하는 민법 제141조 단서는 부당이득에 있어 수익자의 반환범위를 정한 민법 제748조의 특칙으로서 무능력자의 보호를 위해 그 선의·악의를 불문하고 반환범위를 현존 이익에 한정시키려는 데 그 취지가 있으므로, 의사능력의 흠결을 이유로 법률행위가 무효가 되는 경우에도 유추적용되어야 한다.
- ② 미성년자가 신용카드발행인과 사이에 신용카드 이용계약을 체결하여 신용카드거래를 하다가 신용카드 이용계약을 취소하는 경우 미성년자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있는바, 신용카드 이용계약이 취소됨에도 불구하고 신용카드회원과 해당 가맹점 사이에 체결된 개별적인 매매계약은 특별한 사정이 없는 한 신용카드 이용계약취소와 무관하게 유효하게 존속한다 할 것이고, 신용카드발행인의 가맹점에 대한 신용카드이용대금의 지급으로써 신용카드회원은 자신의 가맹점에 대한 매매대금 지급채무를 법률상 원인 없이 면제받는 이익을 얻었으며, 이러한 이익은 금전상의 이득으로서 특별한 사정이 없는 한 현존하는 것으로 추정된다.
- ③ 적모와 미성년자인 수인의 자 사이에 상속재산분할협의를 하게 되는 경우에는 미성년자가 각자마다 특별대리인을 선임하여 그 각 특별대리인이 각 미성년자를 대리하여 상속재산분할의 협의를 하여야 하고, 만약 특별대리인 1인이 수인의 미성년자를 대리하여 상속재산분할협의를 하였다면 이는 민법 제921조에 위반된 것으로서 이러한 대리행위에 의하여 성립된 상속재산분할협의를 원칙적으로 무효이고, 이는 개별적으로 사후 추인을 한 피대리자 1인에 대해서도 마찬가지이다.
- ④ 미성년자는 다양한 인격발현의 잠재력을 지니고 있으므로, 그러한 잠재력을 최대한 끌어낼 수 있도록 일정한 요건 하에 복수의 미성년후견인이 허용되고 있다.
- ⑤ 증여는 증여자와 수증자 간의 계약으로서 수증자의 승낙을 요건으로 하는 것이므로 태아에 대한 증여에 있어서도 태아의 수증행위가 필요한 것인바, 민법상 개별적으로 태아의 권리능력이 인정되는 경우에도 그 권리능력은 태아인 동안에는 없고 살아서 출생하면 문제된 사건의 시기까지 소급하여 그 때에 출생한 것과 같이 법률상 간주될 뿐이므로, 태아인 동안에는 법정대리인이 있을 수 없고, 따라서 법정대리인에 의한 수증행위도 불가능하다.

해설 ① 무능력자(제한능력자)의 책임을 제한하는 **제141조 단서**는 부당이득에 있어 수익자의 반환범위를 정한 제 748조의 특칙으로서 무능력자(제한능력자)의 보호를 위해 그 선의·악의를 묻지 않고 반환범위를 현존 이익에 한정시키려는 데 그 취지가 있으므로, 의사능력의 흠결을 이유로 법률행위가 무효가 되는 경우에도 유추 적용되어야 한다.¹⁾

② 미성년자가 신용카드발행인과 사이에 신용카드이용계약을 체결하여 신용카드거래를 하다가 신용카드이용계약을 취소하는 경우 미성년자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있는바, 신용카드이용계약이 취소됨에도 불구하고 신용카드회원과 해당 가맹점 사이에 체결된 개별적인 매매계약(신용구매계약)은 특별한 사정이 없는 한 신용카드이용계약취소와 무관하게 유효하게 존속한다 할 것이고, 신용카드발행인이 가맹점들에 대하여 그 신용카드사용대금을 지급한 것은 신용카드이용계약과는 별개로 신용카드발행인과 가맹점 사이에 체결된 가맹점계약에 따른 것으로서 유효하므로, 신용카드발행인의 가맹점에 대한 신용카드이용대금의 지급으로써 신용카드회원은 자신의 가맹점에 대한 매매대금 지급채무를 법률상 원인 없이 면제받는 이익을 얻었으며, 이러한 이익은 금전상의 이득으로서 특별한 사정이 없는 한

1) 대판 2006. 9. 22, 2004다51627; 대판 2009. 1. 15, 2008다58367.

현존하는 것으로 추정된다(따라서 신용카드사에 물품대금 상당액을 부당이득으로 반환할 의무가 있다).¹⁾

- ③ 적모와 미성년자인 수인의 자 사이에 상속재산분할협의를 하게 되는 경우에는 미성년자 각자마다 특별대리인을 선임하여 그 각 특별대리인이 각 미성년자를 대리하여 상속재산분할의 협의를 하여야 하고, 만약 특별대리인 1인이 수인의 미성년자를 대리하여 상속재산분할협의를 하였다면 이는 민법 제921조에 위반된 것으로서 이러한 대리행위에 의하여 성립된 상속재산분할협의를 피대리자의 전원에 의한 추인이 없는 한 무효이다.²⁾
- ④ 미성년후견인의 수는 1명으로 하고(제930조 제1항), 성년후견인은 피성년후견인의 신상과 재산에 관한 모든 사정을 고려하여 여러 명을 둘 수 있다(제930조 제2항).
- ⑤ 判例는 “태아에게는 일반적으로 권리능력이 인정되지 아니하고 손해배상청구권 또는 상속 등 특별한 경우에 한하여 제한된 권리능력을 인정하였을 따름이므로, 증여에 관하여는 태아의 수증능력이 인정되지 아니하고, 또 태아인 동안에는 법정대리인이 있을 수 없으므로 법정대리인에 의한 수증행위도 할 수 없다.” 하여, ‘증여(생전증여)’에 대해 태아의 권리능력을 부정한다(증여는 증여자와 수증자 간의 계약으로서 수증자의 승낙을 요건으로 하는 것이므로 태아에 대한 증여에 있어서도 태아의 수증행위가 필요한 것인바, 민법상 개별적으로 태아의 권리능력이 인정되는 경우에도 그 권리능력은 태아인 동안에는 없고 살아서 출생하면 문제된 사건의 시기까지 소급하여 그때에 출생한 것과 같이 법률상 간주되었던 것이므로, 태아인 동안에는 법정대리인이 있을 수 없고, 따라서 법정대리인에 의한 수증행위도 불가능한 것이어서 증여와 같은 쌍방행위가 아닌 손해배상청구권의 취득이나 상속 또는 유증의 경우를 유추하여 태아의 수증능력을 인정할 수 없는 것이다).³⁾

④

2. 실종선고에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 부재자의 생사가 5년간 분명하지 아니한 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 실종선고를 하여야 한다.
- ② 부재자의 자매로서 제2순위 상속인에 불과한 자는 부재자에 대한 실종선고의 여부에 따라 상속지분에 차이가 생긴다고 하더라도 부재자에 대하여 실종선고를 청구할 이해관계인이 될 수 없다.
- ③ 잠수장비를 착용한 채 바다에 입수하였다가 부상하지 아니한 채 행방불명되었다 하더라도, 이는 민법 제27조 제2항의 ‘사망의 원인이 될 위난’이라고 할 수 없다.
- ④ 실종선고로 인하여 실종기간 만료시를 기준으로 하여 상속이 개시된 이상 설사 이후 실종선고가 취소되어야 할 사유가 생겼다고 하더라도 실제로 실종선고가 취소되지 아니하는 한, 임의로 실종기간이 만료하여 사망한 때로 간주되는 시점과는 달리 사망 시점을 정하여 이미 개시된 상속을 부정하고 다른 상속관계를 인정할 수는 없다.
- ⑤ 부재자의 재산관리인이 부재자의 대리인으로서 소를 제기하여 그 소송 계속 중에 부재자에 대한 실종선고가 확정되어 그 소 제기 이전에 부재자가 사망한 것으로 간주되는 경우에는 위 소 제기 자체가 소급하여 당사자능력이 없는 사망한 자가 제기한 것으로 된다.

해설 ① 제27조 제1항.

- ② 민법 제27조의 실종선고를 청구할 수 있는 ‘이해관계인’은 부재자의 법률상 사망으로 인하여 직접적으로 신분상 또는 경제상의 권리를 취득하거나 의무를 면하게 되는 사람만을 뜻한다. 따라서 부재자의 자매로서

1) 대판 2005. 4. 15, 2003다60297.

2) 대판 1994. 9. 9, 94다6680.

3) 대판 1982. 2. 9, 81다534.

제2순위 상속인에 불과한 자는 부재자에 대한 실종선고의 여부에 따라 상속지분에 차이가 생긴다고 하더라도 이는 부재자의 사망 간주시기에 따른 간접적인 영향에 불과하고 부재자의 실종선고 자체를 원인으로 한 직접적인 결과는 아니므로 부재자에 대한 실종선고를 청구할 이해관계인이 될 수 없다.¹⁾

- ③ 민법 제27조의 문언이나 규정의 체계 및 취지 등에 비추어, 그 제2항에서 정하는 ‘사망의 원인이 될 위난’이라고 함은 화재·홍수·지진·화산 폭발 등과 같이 일반적·객관적으로 사람의 생명에 명백한 위험을 야기하여 사망의 결과를 발생시킬 가능성이 현저히 높은 외부적 사태 또는 상황을 가리킨다고 하면서, **甲이 잠수장비를 착용한 채 바다에 입수하였다가 부상하지 아니한 채 행방불명되었다** 하더라도, 이는 ‘사망의 원인이 될 위난’이라고 할 수 없다고 하였다(甲의 경우 특별실종인 위난실종에 해당하지 않고, 그것은 보통실종에 해당하는데, 甲의 생사가 불명한 지 5년이 경과하지 아니하여 보통실종에 의한 실종선고의 요건도 갖추지 못하였으므로, 실종선고심판청구를 기각한 사안).²⁾
- ④ 실종선고를 받은 자는 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 간주되는 것이므로, 실종선고로 인하여 실종기간 만료시를 기준으로 하여 상속이 개시된 이상, 이후 실종선고가 취소되어야 할 사유가 생겼다고 하더라도 실제로 실종선고가 취소되지 않는 한, 임의로 실종기간이 만료하여 사망한 때로 간주되는 시점과는 달리 사망시점을 정하여 이미 개시된 상속을 부정하고 이와 다른 상속관계를 인정할 수는 없다.³⁾
- ⑤ 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우 부재자는 법원의 실종선고가 없는 한 사망자로 간주되지 아니하며, 부재자의 재산관리인이 부재자의 대리인으로서 소를 제기하여 그 소송계속 중에 부재자에 대한 실종선고가 확정되어 그 소 제기 이전에 부재자가 사망한 것으로 간주되는 경우에도, 실종선고의 효력이 발생하기 전에는 실종기간이 만료된 실종자라 하여도 소송상 당사자능력을 상실하는 것은 아니므로, 실종선고가 확정된 때에 소송절차가 중단되어 부재자의 상속인 등이 이를 수계할 수 있을 뿐이고, 위 소 제기 자체가 소급하여 당사자능력이 없는 사망한 자가 제기한 것으로 되는 것은 아니다.⁴⁾

☞ ⑤

3. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함)

(2019 법무사)

- ① 비법인사단인 주택조합의 대표자가 조합총회의 결의를 거쳐야 하는 조합원 총유에 속하는 재산에 관하여 조합원 총회의 결의를 거치지 아니하고 처분한 경우 처분행위는 원칙적으로 무효이나, 다만 이 경우에도 민법 제126조(권한을 넘은 표현대리)가 준용될 수 있으므로 처분행위의 상대방인 제3자가 대표자에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있었음을 입증한 경우에는 주택조합에 대하여 그 처분행위가 유효라고 대항할 수 있다.
- ② 비법인사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하므로 이를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수는 없다. 따라서 비법인사단인 재건축조합의 조합장이 채무보증계약을 체결하면서 조합규약에서 정한 조합 임원회의의 결의를 거치지 아니하였다거나 조합원총회의 결의를 거치지 않았다 하더라도 바로 그 보증계약이 무효라고 할 수 없다.
- ③ 법인의 정관에 법인 대표권의 제한에 관한 규정이 있으나 그와 같은 취지가 등기되어 있지 않다면 법인은 그와 같은 정관의 규정에 대하여 선의나 악의나에 관계없이 제3자에 대하여 대항할 수 없다.

1) 대결 1986. 10. 10, 86스20.

2) 대결 2011. 1. 31, 2010스165.

3) 대판 1994. 9. 27, 94다21542.

4) 대판 1987. 3. 24, 85다카1151; 대판 2008. 6. 26, 2007다11057.

- ④ 대표이사가 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 회사의 행위로서 유효하고, 다만 그 행위의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 되는 것이며, 이는 민법상 법인의 대표자가 대표권한을 남용한 경우에도 마찬가지이다.
- ⑤ 민법상 법인과 그 기관인 이사와의 관계는 위임자와 수임자의 법률관계와 같아서 이사가 사임하면 일단 위임관계는 종료됨이 원칙이나 후임 이사의 선임시까지 이사가 존재하지 않는다면 법인으로서는 정상적인 활동을 중단하여야 할 상황에 놓이게 되므로, 사임한 이사라도 임무를 수행함이 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한 후임 이사가 선임될 때까지 이사의 직무를 계속 수행할 수 있다.

- 해설** ① **총유물의 관리·처분에** 관해서는, 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그에 관한 정관이나 규약이 없으면 사원총회의 결의에 의한다(제276조 1항). 따라서 정관이나 규약에 정함이 없는 이상 사원총회의 결의를 거치지 않은 총유물의 관리·처분행위는 무효이고(상대방이 선의였는지 여부는 문제되지 않는다), 여기에 제126조의 표현대리는 적용될 여지가 없다(비법인사단인 주택조합의 대표자가 조합총회의 결의를 거쳐야 하는 조합원 총유에 속하는 재산의 처분에 관하여는 조합원 총회의 결의를 거치지 아니하고는 이를 대리하여 결정할 권한이 없다 할 것이어서 주택조합의 대표자가 행한 총유물인 이 사건 건물의 처분행위에 관하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용될 여지가 없다 할 것이다).¹⁾
- ② **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 임원회의의 결의를 거치지 아니하였거나 조합원총회 결의를 거치지 않았다고 하더라도 그것만으로 바로 그 보증계약이 무효라고 할 수는 없다. 다만, 이와 같은 경우에 조합 임원회의의 결의 등을 거치도록 한 조합규약은 조합장의 대표권을 제한하는 규정에 해당하는 것이므로, 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 및 그 위반 사실을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그 거래행위가 무효로 된다(즉, 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다).²⁾
- ③ 법인의 정관에 **법인 대표권의 제한에 관한 규정이 있으나** 그와 같은 취지가 등기되어 있지 **않다면** 법인은 그와 같은 정관의 규정에 대하여 선의나 악의나에 관계없이 제3자에 대하여 대항할 수 없다.³⁾
- ④ 대표이사의 대표권한 범위를 벗어난 행위라 하더라도 그것이 회사의 권리능력의 범위 내에 속한 행위이기만 하면 대표권의 제한을 알지 못하는 제3자가 그 행위를 회사의 대표행위라고 믿은 신뢰는 보호되어야 하고, 대표이사가 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 회사의 행위로서 유효하고, 다만 그 행위의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 되는 것이며, 이는 민법상 법인의 대표자가 대표권한을 남용한 경우에도 마찬가지이다.⁴⁾
- ⑤ 민법상 법인과 그 기관인 이사와의 관계는 위임자와 수임자의 법률관계와 같은 것으로서 **이사의 임기가 만료되면 일단 그 위임관계는 종료되는** 것이 원칙이나, 그 후임이사 선임시까지 이사가 존재하지 않는다면 기관에 의하여 행위를 할 수밖에 없는 법인으로서 **는 당장 정상적인 활동을 중단하지 않을 수 없는 상태에**

1) 대판 2003. 7. 11, 2001다73626.

2) 대판(전원합의제) 2007. 4. 19, 2004다60072.

3) 대판 1992. 2. 14, 91다24564.

4) 대판 2004. 3. 26, 2003다34045. 민법상 법인의 대표자가 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 법인의 행위로서 유효하고, 다만 그 행위의 상대방이 대표자의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때 비로소 법인에 대하여 무효가 된다(부산지방법원 2007. 12. 12, 2007가합3219').

처하게 되고, 이는 민법 제691조에 규정된 급박한 사정이 있는 때와 같이 볼 수 있으므로 임기만료된 이사라고 할지라도 그 임무를 수행함이 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한 이사의 직무를 계속 수행할 수 있다.¹⁾

①

4. 종중에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 종중의 대표자 또는 그 구성원의 일부는 종중의 재산에 대한 보존행위로서 소송을 하는 경우에 종중 총회의 결의를 거칠 필요 없이 단독으로 할 수 있다.
- ② 공동선조의 후손 중 특정지역 거주자나 지파 소속 종중원만으로 조직체를 구성하여 활동하고 있다면, 이는 본래의 의미의 종중으로 볼 수 없고, 종중 유사의 권리능력 없는 사단도 될 수 없다.
- ③ 종중재산을 분배함에 있어 단순히 남녀 성별의 구별에 따라 그 분배 비율, 방법, 내용에 차이를 두는 것은 정당성과 합리성이 없어 무효이다.
- ④ 소집절차에 하자가 있어 그 효력을 인정할 수 없는 종중총회의 결의는 나중에 적법하게 소집된 종중총회에서 추인이 이루어지더라도 유효로 볼 수 없다.
- ⑤ 종중원들이 종중 재산의 관리 또는 처분 등을 위하여 종중의 규약에 따른 적법한 소집권자 또는 일반 관례에 따른 종중총회의 소집권자인 종중의 연고항존자에게 필요한 종중의 임시총회 소집을 요구하였음에도 그 소집권자가 정당한 이유 없이 이에 응하지 아니하는 경우에는 반드시 민법 제70조를 준용하여 감사가 총회를 소집하거나 종원이 법원의 허가를 얻어 총회를 소집하여야 한다.

- 해설** ① 총유물의 보존에 있어서는 공유물의 보존에 관한 민법 제265조의 규정이 적용될 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 민법 제276조 제1항의 규정에 따라 사원총회의 결의를 거쳐야 하므로, 법인 아닌 사단인 종중이 그 총유재산에 대한 보존행위로서 소송을 하는 경우에도 특별한 사정이 없는 한 종중 총회의 결의를 거쳐야 한다.²⁾
- ② 공동선조의 후손 중 특정 지역 거주자나 특정 범위 내의 자들만으로 구성된 종중이란 있을 수 없으므로, 만일 공동선조의 후손 중 특정 지역 거주자나 지파 소속 종중원만으로 조직체를 구성하여 활동하고 있다면 이는 본래의 의미의 종중으로는 볼 수 없고, 종중 유사의 권리능력 없는 사단이 될 수 있을 뿐이다.³⁾
- ③ 종중재산을 분배함에 있어 단순히 남녀 성별의 구분에 따라 그 분배 비율, 방법, 내용에 차이를 두는 것은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고, 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서 남녀의 차별을 두지 아니하며, 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서 여성에 대한 차별을 철폐하고 남녀평등을 실현할 것을 요구하는 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니한 것으로 정당성과 합리성이 없어 무효라고 할 것이다.⁴⁾
- ④ 소집절차에 하자가 있어 그 효력을 인정할 수 없는 종중총회의 결의라도 후에 적법하게 소집된 종중총회에서 이를 추인하면 '처음부터' 유효로 된다(소급효 인정).⁵⁾

1) 대판 1982. 3. 9, 81다614.

2) 대판 2010. 2. 11, 2009다83650.

3) 대판 1996. 10. 11, 95다34330; 대판 2019. 2. 14, 2018다264628.

4) 대판 2010. 9. 30, 2007다74775.

- ⑤ 종중원들이 종중 재산의 관리 또는 처분 등을 위하여 종중의 규약에 따른 적법한 소집권자 또는 일반 관례에 따른 종중총회의 소집권자인 종중의 연고항존자에게 필요한 종중의 임시총회의 소집을 요구하였음에도 그 소집권자가 정당한 이유 없이 이에 응하지 아니하는 경우에는 차석 또는 발기인(위 총회의 소집을 요구한 발의자들)이 소집권자를 대신하여 그 총회를 소집할 수 있는 것이고, 반드시 민법 제70조를 준용하여 감사가 총회를 소집하거나 종원이 법원의 허가를 얻어 총회를 소집하여야 하는 것은 아니다(종원들이 비상대책위원회를 구성하여 종중의 임시총회 소집권자들에게 임시총회의 소집을 요구하였으나 이에 불응하자 직접 소집통지를 하여 임시총회를 개최한 사안에서, 대법원은 기존 회장 등이 정당한 이유 없이 위 소집요구에 불응하였으므로 비상대책위원회 측 종원들이 직접 모든 종원들에게 소집통지를 하여 개최한 임시총회는 적법하다고 하였다).¹⁾

☞ ③

5. 민법 제103조 소정의 반사회질서 법률행위에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

(다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함)

(2019 법무사)

- ① 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우도 민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서의 법률행위에 포함된다.
- ② 행정기관에 진정서를 제출하여 상대방을 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취하하는 것을 조건으로 거액의 급부를 제공받기로 한 약정은 민법 제103조의 반사회질서 행위에 해당하여 무효이다.
- ③ 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로 볼 수 없다.
- ④ 소득세법령의 규정에 의하여 당해 자산의 양도 당시의 기준시가가 아닌 양도자와 양수자 간에 실제로 거래한 가액을 양도가액으로 하는 경우, 양도소득세의 일부를 회피할 목적으로 매매계약서에 실제로 거래한 가액보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재하였다면, 그 매매계약은 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효가 된다.
- ⑤ 영리를 목적으로 윤락행위를 하도록 권유·유인·알선 또는 강요하거나 이에 협력하는 것은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되므로 그러한 행위를 하는 자가 영업상 관계있는 윤락행위를 하는 자에 대하여 가지는 채권은 계약의 형식에 관계없이 무효이다.

해설 ① 민법 제103조에서 정하는 ‘반사회질서의 법률행위’는, ㉠ 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, ㉡ 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법적으로 이를 강제하거나 법률행위에 사회질서의 근간에 반하는 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 그 법률행위가 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 ㉢ 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다.²⁾

② 행정기관에 진정서를 제출하여 상대방을 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취하하는 조건으로 거액의 급부를 제공받기로 한 약정은 민법 제103조 소정의 반사회질서의 법률행위에 해당한다(청원권 행사의 일환으로 이루어진 진정을 이용하여 원고가 피고를 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취하하는 것을 조건으로 거액의 급부를 제공받기로 한 약정은 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우에 해당한다고 본 사안).³⁾

③ 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 반사회질서의 법률행위에

5) 대판 1996. 6. 14, 96다2729.

1) 대판 2011. 2. 10, 2010다82639.

2) 대판 2009. 9. 10, 2009다37251; 대판 2017. 4. 13, 2016다275433.

3) 대판 2000. 2. 11, 99다56833.

해당하지 않는다.¹⁾

- ④ 소득세법령의 규정에 의하여 당해 자산의 양도 당시의 기준시가가 아닌 양도자와 양수자간에 실제로 거래한 가액을 양도가액으로 하는 경우, 양도소득세의 일부를 회피할 목적으로 매매계약서에 실제로 거래한 가액을 매매대금으로 기재하지 않고 그보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재하였다고 하여, 그것만으로 그 매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 된다고 할 수는 없다.²⁾
- ⑤ 영리를 목적으로 윤락행위를 하도록 권유·유인·알선 또는 강요하거나 이에 협력하는 것은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되므로, 그러한 행위를 하는 자가 영업상 관계있는 윤락행위를 하는 자에 대하여 가지는 채권(선불금채권)은 계약의 형식에 관계없이 무효라고 보아야 한다.³⁾

☞ ④

6. 민법 제104조의 불공정한 법률행위에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.
- ② 피해 당사자가 공박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다면, 그 상대방 당사자에게 폭리행위의 악의가 없었다 하더라도 불공정한 법률행위가 성립한다.
- ③ 중여계약과 같이 아무런 대가관계 없이 당사자 일방이 상대방에게 일방적인 급부를 하는 법률행위에는 민법 제104조가 적용되지 않는다.
- ④ 단체협약이 노동조합의 쟁의행위 끝에 체결되었고 사용자 측의 경영상태에 비추어 그 내용이 다소 합리성을 결하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 이를 공박한 상태에서 이루어진 불공정한 법률행위에 해당한다고 할 수 없다.
- ⑤ 대리인에 의하여 법률행위가 이루어진 경우, 그 법률행위가 민법 제104조의 불공정한 법률행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 경솔과 무경험은 대리인을 기준으로 하여 판단하고, 공박은 본인을 기준으로 판단하여야 한다.

해설 ① 제104조.

- ② 민법 제104조에 규정된 불공정한 법률행위는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하고, 주관적으로 그와 같이 균형을 잃은 거래가 피해 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 이루어진 경우에 성립하는 것으로서, 약자적 지위에 있는 자의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용한 폭리행위를 규제하려는 데에 그 목적이 있고, 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, 당사자가 공박한 상태에 있었는지 여부는 그의 나이와 직업, 교육 및 사회경험의 정도, 재산 상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 하며, 한편 피해 당사자가 공박한 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 그와 같은 피해 당사자 측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다거나 또는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하지 아니한다면 민법 제104조에 규정된 불공정 법률행위는 성립하지 않는다.⁴⁾

1) 대판 2004. 5. 28, 2003다70041.

2) 대판 2007. 6. 14, 2007다3285.

3) 대판 2004. 9. 3, 2004다27488.

- ③ 불공정한 법률행위에 해당하기 위하여는 급부와 반대급부와 사이에 현저히 균형을 잃을 것이 요구되므로, 증여와 같이 상대방에 의한 대가적 의미의 재산관계의 출연이 없이 당사자 일방의 급부만 있는 경우에는 급부와 반대급부 사이의 불균형의 문제는 발생하지 않는다.¹⁾
- ④ 노동조합 및 노동관계조정법 제3조, 제4조에 의하여 노동조합의 쟁의행위는 헌법상 보장된 근로자들의 단체행동권의 행사로서 그 정당성이 인정되는 범위 내에서 보호받고 있는 점에 비추어, 단체협약이 노동조합의 쟁의행위 끝에 체결되었고 사용자측의 경영상태에 비추어 그 내용이 다소 합리성을 결하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 이를 공박한 상태에서 이루어진 불공정한 법률행위에 해당한다고 할 수 없다.²⁾
- ⑤ 대리인에 의하여 법률행위가 이루어진 경우 그 법률행위가 제104조의 불공정한 법률행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 경솔과 무경험은 대리인을 기준으로 하여 판단하고, 공박은 본인의 입장에서 판단하여야 한다.³⁾

☞ ②

7. 착오로 인한 의사표시에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 착오를 이유로 의사표시를 취소하는 자는 법률행위의 내용에 착오가 있었다는 사실과 함께 착오가 의사표시에 결정적인 영향을 미쳤다는 점, 즉 만일 그 착오가 없었더라면 의사표시를 하지 않았을 것이라는 점을 증명하여야 한다.
- ② 매매계약 당시 장차 도시계획이 변경되어 공동주택, 호텔 등의 신축에 대한 인·허가를 받을 수 있을 것으로 생각하였으나 그 후 생각대로 되지 않은 경우, 이는 법률행위 당시를 기준으로 장래의 미필적 사실의 발생에 대한 기대나 예상이 빗나간 것에 불과할 뿐 착오라고 할 수 없다.
- ③ 매도인이 매수인의 중도금 지급채무 불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제하였다면, 매수인 으로서는 착오를 이유로 한 취소권을 행사하여 매매계약 전체를 무효로 돌릴 수 없다.
- ④ 고려청자로 알고 매수한 도자기가 진품이 아닌 것으로 밝혀진 경우, 개인 소장자인 매수인이 그 출처의 조회나 전문적 감정인의 감정 없이 매수한 점만으로는 중과실이 인정되지 않으므로 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다.
- ⑤ 주채무자의 차용금반환채무를 보증할 의사로 공정증서에 연대보증인으로 서명날인하였으나 그 공정증서가 주채무자의 기존의 구상금채무 등에 관한 준소비대차계약의 공정증서였다 하더라도, 연대보증인의 위와 같은 착오는 연대보증계약의 중요 부분의 착오가 아니다.

- 해설** ① 착오를 이유로 의사표시를 취소하는 자는 법률행위의 내용에 착오가 있었다는 사실과 함께 그 착오가 의사표시에 결정적인 영향을 미쳤다는 점, 즉 만약 그 착오가 없었더라면 의사표시를 하지 않았을 것이라는 점(중요부분에 관한 것이라는 점)을 증명하여야 한다.⁴⁾
- ② 매매계약 당시 장차 도시계획이 변경되어 공동주택, 호텔 등의 신축에 대한 인·허가를 받을 수 있을 것이라고 생각하였으나 그 후 생각대로 되지 않은 경우, 이는 법률행위 당시를 기준으로 장래의 미필적

4) 대판 2011. 1. 27, 2010다53457.

1) 대판 1993. 7. 16, 92다41528.

2) 대판 2007. 12. 14, 2007다18584.

3) 대판 2002. 10. 22, 2002다38927.

4) 대판 2015. 4. 23, 2013다9383; 대판 2018. 10. 25, 2016다239345.

사실의 발생에 대한 기대나 예상이 빚나간 것에 불과할 뿐 착오라고 할 수는 없다.¹⁾

- 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.²⁾
- ④ **고려청자로 알고 매수한 도자가 진품이 아닌 것으로 밝혀진 경우, 개인 소장자인 매수인이 그 출처의 조희나 전문적 감정인의 감정 없이 매수한 점만으로는 중과실이 인정되지 않으므로 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다.**³⁾
- ⑤ **법률행위의 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에는 의사표시를 취소할 수 있는바, 착오가 법률행위 내용의 중요 부분에 있다고 하기 위해서는 표의자에 의하여 추구된 목적을 고려하여 합리적으로 판단하여 볼 때 표시와 의사의 불일치가 객관적으로 현저하여야 하고, 만일 그 착오로 인하여 표의자가 무슨 경제적인 불이익을 입은 것이 아니라면 이를 법률행위 내용의 중요부분의 착오라고 할 수 없다**(주채무자의 차용금반환채무를 보증할 의사로 공정증서에 연대보증인으로 서명 : 날인하였으나 그 공정증서가 주채무자의 기존의 구상금채무 등에 관한 준소비대차계약의 공정증서이었던 경우, 소비대차계약과 준소비대차계약의 법률효과는 동일하므로 공정증서가 연대보증인의 의사와 다른 법률효과를 발생시키는 내용의 서면이라고 할 수 없어 표시와 의사의 불일치가 객관적으로 현저한 경우에 해당하지 않을 뿐만 아니라, 연대보증인은 주채무자가 채권자에게 부담하는 차용금반환채무를 연대보증할 의사가 있었던 이상 착오로 인하여 경제적인 불이익을 입었거나 장차 불이익을 당할 염려도 없으므로 위와 같은 착오는 연대보증계약의 중요 부분의 착오가 아니라고 한 사안).⁴⁾

☞ ③

8. 무권대리에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함)

(2019 법무사)

- ① 타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻지 못한 때에 상대방이 가지는 무권대리인에 대한 계약이행 또는 손해배상청구권의 소멸시효는, 무권대리인이 대리권을 증명하지 못하거나 본인의 추인을 얻지 못함을 그 상대방이 안 때부터 진행한다.
- ② **甲이 대리권 없이 乙소유 X부동산을 丙에게 매도하여 소유권이전등기를 마쳐준 이후, 甲이 乙로부터 X부동산을 상속받아 그 소유자가 되어 자신의 매매행위가 무권대리행위여서 무효였다는 이유로 丙 앞으로 마쳐진 소유권이전등기의 말소를 구하더라도, 이를 두고 신의칙에 반한다고 할 수 없다.**
- ③ **甲이 乙명의로의 주식에 관하여 처분권한 없이 A은행과 담보설정계약을 체결한 이후 甲의 사망으로 인하여 乙이 甲을 상속한 경우, 乙이 위 담보설정계약에 따른 의무의 이행을 거절하더라도, 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 반한다고 할 수 없다.**
- ④ **민법 제132조는 무권대리행위 추인의 상대방으로 무권대리행위의 상대방만을 규정하고 있으므로, 무권대리행위의 추인은 반드시 무권대리행위의 직접의 상대방에게 하여야 하고, 무권대리인에게 한 경우에는 그 상대방에게 대항하지 못한다.**
- ⑤ **甲이 대리권 없이 乙소유 X부동산에 관하여 丙과 근저당권설정계약을 체결하였고, 乙로부터 추인을 얻지도 못하였다고 하더라도, 甲이 자신의 대리권 흠결에 대하여 아무런 귀책사유가 없다면 甲은 丙에 대하여 민법 제135조 제1항이 정한 무권대리인의 책임을 지지 않는다.**

1) 대판 2007. 8. 23, 2006다15755.

2) 대판 1991. 8. 27, 91다11308.

3) 대판 1997. 8. 22, 96다26657.

4) 대판 2006. 12. 7, 2006다41457.

해설

- ① 타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻지 못한 때에는 상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임이 있는 것인바, 이 상대방이 가지는 **계약의 이행 또는 손해배상청구권의 소멸시효**는 그 선택권을 행사할 수 있는 때(추인가능시)로부터 진행한다. 여기서 ‘**선택권을 행사할 수 있는 때**’라고 함은, **대리권의 증명 또는 본인의 추인을 얻지 못한 때**라고 할 것이다.¹⁾
- ② **甲이 대리권 없이 乙 소유 부동산을 丙에게 매도하고 丙은 丁에게 매도하여 그 소유권이전등기가 되었는데, 그 후 乙이 사망하여 그의 父 甲이 상속을 한 사안에서, 判例는, “본래 甲은 乙의 무권대리인으로서 丙에게 부동산에 대한 소유권이전등기를 이행할 의무를 지므로(제135조 1항), 따라서 상속을 통해 그러한 의무를 이행하는 것이 가능하게 된 甲이 자신의 매매행위가 무권대리행위여서 무효라고 주장하여 丙과 丁 명의 등기의 말소를 청구하거나 부동산의 점유로 인한 부당이득금의 반환을 구하는 것은 금반언의 원칙이나 신의칙에 반하여 허용되지 않는다.”**고 하였다.²⁾
- ③ **본인인 子가 무권대리인 父를 상속한 경우, 子는 본인의 자격에서 추인을 거절할 수 있고, 이것은 신의칙에 반하는 것이 아니다. 무권대리인이 본인을 상속한 경우와는 달리 아무런 잘못이 없는 본인이 무권대리인의 지위를 상속하였다고 하여 추인가절권을 박탈하는 것은 부당하기 때문이다. 判例의 입장도 같은 것으로 보인다(甲이 乙 등 명의의 주식에 관하여 처분권한 없이 은행과 담보설정계약을 체결하였다 하더라도 이는 일종의 타인의 권리의 처분행위로서 유효하다 할 것이므로 甲은 乙 등으로부터 그 주식을 취득하여 이를 은행에게 인도하여야 할 의무를 부담한다 할 것인데, 甲의 사망으로 인하여 乙 등이 甲을 상속한 경우 乙 등은 원래 그 주식의 주주로서 타인의 권리에 대한 담보설정계약을 체결한 은행에 대하여 그 이행에 관한 아무런 의무가 없고 이행을 거절할 수 있는 자유가 있었던 것이므로, 乙 등은 신의칙에 반하는 것으로 인정할 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로는 위 계약에 따른 의무의 이행을 거절할 수 있다).**³⁾
- ④ **무권대리행위는 그 효력이 불확정 상태에 있다가 본인의 추인 유무에 따라 본인에 대한 효력발생 여부가 결정되는 것인바, 그 추인은 무권대리행위가 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서, 그 의사표시에 특별한 방식이 요구되는 것은 아니므로 명시적인 방법만이 아니라 묵시적인 방법으로도 할 수 있고, 무권대리인이나 무권대리행위의 상대방에 대하여도 할 수 있다(민법 제132조는 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추진한 경우에 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못한다는 취지이므로, 상대방은 그때까지 민법 제134조에 의한 철회를 할 수 있고, 또 무권대리인의 추인이 있었음을 주장할 수도 있다).**⁴⁾
- ⑤ **민법 제135조 제1항은 “다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다.”**고 규정하고 있다. 위 규정에 따른 무권대리인의 상대방에 대한 책임은 무과실책임으로서 대리권의 흠결에 관하여 대리인에게 과실 등의 귀책사유가 있어야만 인정되는 것이 아니고, **무권대리행위가 제3자의 기망이나 문서위조 등 위법행위로 야기되었다고 하더라도 그 책임은 부정되지 아니한다(甲피고이 이 사건 토지의 소유자인 A의 대리인 자격으로 乙[원고]과 사이에 이 사건 근저당권설정계약을 체결하고 乙에게 이 사건 토지에 관한 근저당권설정등기를 마쳐주었으나, 실제로는 A를 사칭하는 X로부터 대리권을 수여받았을 뿐 실제 소유자인 A 본인으로부터 대리권을 수여받은 바 없고, A는 이 사건 토지에 관한 乙 명의의 근저당권설정등기가 무효라고 주장하면서 乙을 상대로 그 말소등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여 승소확정판결을 받았다. 이에 터잡아 원심은, 이 사건 토지에 관한 乙 명의의 근저당권설정등기가 원인무효로 된 것은 甲의 대리행위 없이 A를 사칭한 X가 본인으로 나서 직접 乙과 근저당권설정계약을 체결하였더라도 그 결과가 마찬가지로는 점에서 A를 사칭한 X의 위법행위 때문이지 甲의 무권대리행위에서 비롯된 것이 아니므로, 甲에게 민법 제135조에서 규정한 무권대리책임이 있다고는 볼 수 없다고 판단하였다. 그러나 위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 甲이 A의 대리인으로 이 사건 근저당권설정계약을 체결하였지만 A로부터 대리권을 수여받은 사실이 없고 A로부터 추인을 얻지도 못하였으므로, 그러한 대리권의 흠결에 대하여 甲에게 귀책사유가 있는지 여부를 묻지 아니하고, 甲은 상대방인 乙에게 민법 제135조 제1항에 따른 책임을 져야 한다. 甲의 무권대리행위로 인하여 이 사건 근저당권설정계약이 체결된 이상 그 무권대리행위가 A를 사칭한 X의 위법행위로 야기되었다거나 X가 직접 乙과 이 사건 근저당권설정계약을 체결하였더라도 동일한 결과가 야기되었을 것이라는 사정만으로**

1) 대판 1965. 8. 24, 64다1156.

2) 대판 1994. 9. 27, 94다20617.

3) 대판 1994. 8. 26, 93다20191.

4) 대판 2009. 11. 12, 2009다46828.

위와 같은 책임이 부정될 수는 없다.¹⁾

③

9. 법률행위의 무효에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고
전원합의제 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 무효인 법률행위가 다른 법률행위의 요건을 구비하고 당사자가 그 무효를 알았더라면 다른 법률 행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 다른 법률행위로서 효력을 가진다.
- ② 당사자가 이전의 법률행위가 존재함을 알고 그 유효함을 전제로 하여 이에 터 잡은 후속행위를 하였다고 해서 그것만으로 이전의 법률행위를 묵시적으로 추인하였다고 단정할 수 없다.
- ③ 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약의 당사자라도 상대방이 그 거래계약의 효력이 완성되도록 협력할 의무를 이행하지 아니하였음을 들어 일방적으로 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약 자체를 해제할 수는 없다.
- ④ 상속재산 전부를 공동상속인 중 1인에게 상속시킬 방편으로 나머지 상속인들이 법원에 한 상속포기신고가 그 법정기간 경과 후에 한 것으로서 재산상속 포기로서의 효력이 생기지 아니하더라도, 그에 따라 위 공동상속인들 사이에는 위 1인이 고유의 법정상속분을 초과하여 상속재산 전부를 취득하고 위 잔여 상속인들은 이를 전혀 취득하지 않기로 하는 내용의 상속재산에 관한 협의분할이 이루어진 것으로 볼 수 있다.
- ⑤ 재건축사업부지에 포함된 토지에 대하여 재건축조합과 토지의 소유자가 체결한 매매계약이 매매 대금의 과다로 말미암아 불공정한 법률행위에 해당한다면, 해당 매매계약은 전부 무효가 되는 것이고, 적정한 매매대금으로 감액된 내용으로 유효하다고 볼 여지는 없다.

해설 ① 제138조.

- ② 무효인 법률행위를 추인에 의하여 새로운 법률행위로 보기 위하여서는 당사자가 이전의 법률행위가 무효임을 알고 그 행위에 대하여 추인하여야 한다. 한편 추인은 묵시적으로도 가능하나, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼만한 사정이 있어야 할 것이므로, 당사자가 이전의 법률행위가 존재함을 알고 그 ‘유효함을 전제로’ 하여 이에 터 잡은 후속행위를 하였다고 해서 그것만으로 이전의 법률행위를 묵시적으로 추인하였다고 단정할 수는 없고, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 이전의 법률행위가 ‘무효임을 알거나 적어도 무효임을 의심’하면서도 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 의사로 후속행위를 하였음이 인정되어야 할 것이다.²⁾
- ③ 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약의 당사자는 상대방이 그 거래계약의 효력이 완성되도록 협력할 의무를 이행하지 아니하였음을 들어 일방적으로 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약 자체를 해제할 수 없다.³⁾
- ④ 상속재산 전부를 공동상속인 중 1인에게 상속시킬 방편으로 나머지 상속인들이 법원에 한 상속포기신고가 그 법정기간 경과 후에 한 것으로서 재산상속포기로서의 효력이 생기지 아니하더라도, 그에 따라 위 공동상속인들 사이에는 위 1인이 고유의 법정상속분을 초과하여 상속재산 전부를 취득하고 위 잔여 상속인들은 이를 전혀 취득하지 않기로 하는 내용의 상속재산에 관한 협의분할이 이루어진 것으로 볼 것이

1) 대판 2014. 2. 27. 2013다213038.

2) 대판 2014. 3. 27. 2012다106607.

3) 대판(전원합의제) 1999. 6. 17. 98다40459.

다.¹⁾

- ⑤ 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 제104조에서 정하는 ‘불공정한 법률행위’에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 제138조가 적용되어 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 대금을 다른 액으로 정하여 매매계약에 합의하였을 것이라고 예외적으로 인정되는 경우에는 그 대금액을 내용으로 하는 매매계약이 유효하게 성립할 수 있다. 이때 당사자의 의사는 매매계약이 무효임을 계약 당시에 알았다면 의욕하였을 가정적 효과의사로서, 당사자 본인이 계약 체결시와 같은 구체적 사정 아래 있다고 상정하는 경우에 거래관행을 고려하여 신의성실의 원칙에 비추어 결단하였을 바를 의미한다(재건축사업부지에 포함된 토지에 대하여 재건축사업조합과 토지의 소유자가 체결한 매매계약이 매매대금의 과다로 말미암아 불공정한 법률행위에 해당하지만, 무효행위 전환의 법리에 의해 그 매매대금을 적정한 금액으로 감액하여 매매계약의 유효성을 인정한 사안).²⁾

☞ ⑤

10. 법률행위의 부관에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르면)

전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함)

(2019 법무사)

- ① 부관이 붙은 법률행위에서, 부관에 표시된 사실이 발생하지 않으면 채무를 이행하지 않아도 된다고 보는 것이 상당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 발생하지 않는 것으로 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 상당한 경우에는 불확정기한으로 보아야 한다.
- ② 조건을 붙이고자 하는 의사는 법률행위의 내용으로 외부에 표시되어야 하고, 조건을 붙이고자 하는 의사의 표시는 그 방법에 관하여 일정한 방식이 요구되지 않으므로 묵시적 의사표시나 묵시적 약정으로도 할 수 있다.
- ③ 제3자물공급계약의 당사자들이 보수의 지급시기에 관하여 “수급인이 공급한 목적물을 도급인이 검사하여 합격하면, 도급인은 수급인에게 그 보수를 지급한다”는 내용의 약정은 도급인의 수급인에 대한 보수지급의무와 동시이행관계에 있는 수급인의 목적물 인도의를 확인한 것에 불과하며, 법률행위의 부관인 조건에 해당하지 아니한다.
- ④ 유언에 정지조건이 있는 경우에 그 조건이 유언자의 사망 후에 성취한 때에는 그 조건이 성취한 때로부터 유언의 효력이 생긴다.
- ⑤ 甲에게 정지조건부 금전채무를 부담하고 있던 乙이 정지조건이 성취되기 전에 자신의 채권자 丙에게 그의 유일한 재산인 아파트에 관하여 근저당권설정계약을 체결하고 근저당권설정등기를 마쳐준 경우, 위 근저당권설정계약은 甲의 乙에 대한 채권의 정지조건이 성취되기 전에 이루어진 것이므로 甲에 대한 관계에서 사해행위가 될 수 없다.

- 해설** ① 법률행위에 부관이 붙은 경우, 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보아야 하는 때에는 정지조건으로 정한 것으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 타당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다.³⁾
- ② 조건은 법률행위 효력의 발생 또는 소멸을 장래 불확실한 사실의 발생 여부에 따라 좌우되게 하는 법률행

1) 대판 1991. 12. 24, 90누5986.

2) 대판 2010. 7. 15, 2009다50308; 대판 2011. 4. 28, 2010다106702.

3) 대판 2011. 4. 28, 2010다89036.

위의 부관이고, 법률행위에서 효과의사와 일체적인 내용을 이루는 의사표시 그 자체이다. 조건을 붙이고자 하는 의사는 법률행위의 내용으로 외부에 표시되어야 하고, 조건을 붙이고자 하는 의사가 있는지는 의사표시에 관한 법리에 따라 판단하여야 한다. 조건을 붙이고자 하는 의사의 표시는 그 방법에 관하여 일정한 방식이 요구되지 않으므로 묵시적 의사표시나 묵시적 약정으로도 할 수 있다. 이를 인정하려면, 법률행위가 이루어진 동기와 경위, 법률행위에 의하여 달성하려는 목적, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 법률행위 효력의 발생 또는 소멸을 장래의 불확실한 사실의 발생 여부에 따라 좌우되게 하려는 의사가 인정되어야 한다.¹⁾

- ③ **제작물공급계약**의 당사자들이 보수의 지급시기에 관하여 **“수급인이 공급한 목적물을 도급인이 검사하여 합격하면, 도급인은 수급인에게 그 보수를 지급한다.”**는 내용으로 한 약정은 도급인의 수급인에 대한 보수지급의무와 동시이행관계에 있는 수급인의 목적물 인도의무를 확인한 것에 불과하므로, 법률행위의 효력 발생을 장래의 불확실한 사실의 성부에 의존하게 하는 법률행위의 부관인 조건에 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 조건에 해당한다 하더라도 검사에의 합격 여부는 도급인의 일방적인 의사에만 의존하지 않고 그 목적물이 계약내용대로 제작된 것인지 여부에 따라 객관적으로 결정되므로 순수수의조건에 해당하지 않는다.²⁾

- ④ 제1073조 제2항.

- ⑤ 채권자취소권 행사는 채무 이행을 구하는 것이 아니라 총채권자를 위하여 이행기에 채무 이행을 위태롭게 하는 채무자의 자력 감소를 방지하는 데 목적이 있는 점과 민법이 제148조, 제149조에서 조건부권리의 보호에 관한 규정을 두고 있는 점을 종합해 볼 때, 취소채권자의 채권이 정지조건부 채권이라 하더라도 장래에 정지조건이 성취되기 어려울 것으로 보이는 등 특별한 사정이 없는 한, 이를 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사할 수 있다(공사도급계약의 수급인인 甲 주식회사가 공사가 완공되지 못하고 중도에 계약이 해제될 경우 乙에게 일정액의 돈을 지급하여야 하는 정지조건부 채무를 부담하고 있는데, 정지조건 성취 전 자신의 유일한 재산인 토지와 건물에 관하여 근저당권설정계약을 체결한 후 丙에게 근저당권설정등기를 마쳐준 사안에서, 대법원은 사해행위 당시에 정지조건이 성취되지 않았다고 하더라도 정지조건부 채권을 피보전권리로 하여 채권자취소권을 행사할 수 있으므로, 위 근저당권설정계약은 채권자인 乙에게 사해행위가 된다고 보았다).³⁾

⑤

11. 등기에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 근저당권 이전의 부기등기가 경료되었으나 근저당권설정등기가 당초부터 원인무효인 경우, 근저당권설정자는 근저당권의 현재 명의인인 양수인을 상대로 주등기인 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있을 뿐만 아니라, 근저당권자로부터 양수인 앞으로의 근저당권 이전이 무효임을 이유로 양수인을 상대로 근저당권설정등기의 말소를 구할 수도 있다.
- ② 전(前) 등기명의인이 미성년자이고 당해 부동산을 친권자에게 증여하는 행위가 이해상반행위라 하더라도 일단 친권자에게 이전등기가 경료된 이상, 특별한 사정이 없는 한 그 이전등기에 관하여 필요한 절차를 적법하게 거친 것으로 추정된다.
- ③ 부동산의 공유자 중 한 사람은 공유물에 경료된 원인무효의 등기에 관하여 각 공유자에게 해당 지분별로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 이행할 것을 단독으로 청구할 수 있다.
- ④ 채권자가 무효인 소유권이전등기청구권의 보전을 위한 가등기의 유용 합의에 따라 부동산 소유자

1) 대판 2018. 6. 28, 2016다221368.

2) 대판 2006. 10. 13, 2004다21862.

3) 대판 2011. 12. 8, 2011다55542.

인 채무자로부터 그 가등기 이전의 부기등기를 마친 제3채무자를 상대로 채무자를 대위하여 가등기의 말소를 구하는 경우, 채권자가 그 부기등기 전에 부동산을 가압류한 사실을 주장하는 것은 채무자가 아닌 채권자 자신이 제3채무자에 대하여 가지는 사유에 관한 것이어서 허용되지 않는다.

- ⑤ 명의신탁 부동산을 명의수탁자가 임의로 처분할 경우에 대비하여 명의신탁자가 명의수탁자와 합의하여 자신의 명의로 소유권이전등기청구권 보전의 가등기를 경료한 경우, 비록 그 가등기의 등기원인이 매매예약이며 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 그와 같은 매매예약이 체결된 바 없다 하더라도 위와 같은 가등기를 하기로 하는 명의신탁자와 명의수탁자의 합의를 통정허위표시라 할 수 없다.

- 해설** ① 근저당권 이전의 부기등기는 기존의 주등기인 근저당권설정등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이어서, 피담보채무가 소멸된 경우 또는 근저당권설정등기가 당초 원인무효인 경우 주등기인 근저당권 설정등기의 말소만 구하면 되고 그 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기의 말소에 따라 직권으로 말소되는 것이며, 근저당권 양도의 부기등기는 기존의 근저당권설정등기에 의한 권리의 승계를 등기부상 명시하는 것뿐으로, 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 근저당권설정등기의 말소등기 청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고 양도인은 그 말소등기청구에 있어서 피고 적격이 없으며, 근저당권의 이전이 전부명령 확정에 따라 이루어졌다고 하여 이와 달리 보아야 하는 것은 아니다.¹⁾
- ② 어느 부동산에 관하여 등기가 경료되어 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 원인과 절차에 있어서 적법하게 경료된 것으로 추정되므로, 전 등기명의인이 미성년자이고 당해 부동산을 친권자에게 증여하는 행위가 이행상반행위라 하더라도 일단 친권자에게 이전등기가 마쳐진 이상 그 이전등기에 관하여 필요한 절차를 적법하게 거친 것으로 추정된다.²⁾
- ③ 부동산의 공유자 중 한 사람은 공유물에 대한 보존행위로서 그 공유물에 관한 원인무효의 등기 전부의 말소를 구할 수 있고, 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근저와 성질이 동일하므로, 공유자 중 한 사람은 공유물에 경료된 원인무효의 등기에 관하여 각 공유자에게 해당 지분별로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권 이전등기를 이행할 것을 단독으로 청구할 수 있다.³⁾
- ④ 부동산의 매매예약에 기하여 소유권이전등기청구권의 보전을 위한 가등기가 마쳐진 경우에 그 매매예약완 결권이 소멸하였다면 그 가등기 또한 효력을 상실하여 말소되어야 할 것이나, 그 부동산의 소유자가 제3자와 사이에 새로운 매매예약을 체결하고 그에 기한 소유권이전등기청구권의 보전을 위하여 이미 효력이 상실된 가등기를 유용하기로 합의하고 실제로 그 가등기 이전의 부기등기를 마쳤다면, 그 가등기 이전의 부기등기를 마친 제3자로서는 언제든지 부동산의 소유자에 대하여 위 가등기 유용의 합의를 주장하여 가등기의 말소청구에 대항할 수 있고, 다만 그 가등기 이전의 부기등기 전에 등기부상 이해관계를 가지게 된 자에 대하여는 위 가등기 유용의 합의 사실을 들어 그 가등기의 유효를 주장할 수는 없다. 한편, 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(채권자가 무효인 소유권이전등기청구권의 보전을 위한 가등기의 유용 합의에 따라 부동산 소유자인 채무자로부터 그 가등기 이전의 부기등기를 마친 제3채무자를 상대로 채무자를 대위하여

1) 대판 2000. 4. 11, 2000다5640.

2) 대판 2002. 2. 5, 2001다72029.

3) 대판 2005. 9. 29, 2003다40651.

가등기의 말소를 구한 사안에서, 대법원은 채권자(원고)는 위 가등기 유용의 합의에 따른 가등기이전의 부가등기가 경료되기 전에 이 사건 부동산을 가압류하였으므로 제3채무자(피고)는 그 범위 내에서 채권자에게 위 가등기 유용의 합의로써 대항할 수 없다고 할 것이지만, 그렇다고 하여 채무자를 대위하여 이 사건 가등기의 말소를 구하는 채권자로서는 채무자가 아닌 채권자 자신이 제3채무자에 대하여 가지는 위와 같은 사유를 주장할 수 없다는 이유로 채권자의 청구를 기각하였다.¹⁾

- ⑤ 명의신탁 부동산을 명의수탁자가 임의로 처분할 경우에 대비하여 명의신탁자가 명의수탁자와 합의하여 자신의 명의로 또는 명의신탁자 이외의 다른 사람 명의로 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기를 경료한 것이라면, 비록 그 가등기의 등기원인을 매매계약으로 하고 있으며 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 그와 같은 매매계약이 체결된 바 없다 하더라도 그와 같은 가등기를 하기로 하는 명의신탁자와 명의수탁자의 합의가 통정허위표시로서 무효라고 할 수 없다(종중이 탈법 목적 없이 그 보유 부동산을 타인에게 명의신탁하면서 명의수탁자가 이를 임의로 처분할 경우에 대비하여 종중 명의로 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기를 경료한 사안).²⁾

☞ ①

12. 甲은 乙 소유의 A 토지를 매수하여 매매대금을 전부 지급하고, A 토지를 인도받아 현재까지 사용·수익하고 있으나, 아직 그 명의로 소유권이전등기를 마치지 못한 상태이다. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 甲은 A 토지의 소유권을 취득하지 못하였으므로, 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 없다.
- ② 乙은 甲을 상대로 A 토지에 대하여 소유권에 기한 반환청구를 할 수 없다.
- ③ 乙은 甲을 상대로 등기를 인수받아 갈 것을 구하고 그 판결을 받아 甲 명의의 소유권이전등기를 강제로 실현할 수 있다.
- ④ 甲이 丙에게 A 토지를 전매하였다고 하더라도, 乙은 丙에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하거나 丙의 점유·사용을 법률상 원인이 없는 이익이라고 하여 부당이득반환청구를 할 수는 없다.
- ⑤ 甲이 丙에게 A 토지를 처분하여 점유를 승계하여 주었다면, 甲의 소유권이전등기청구권은 점유 상실 시점부터 소멸시효가 진행된다.

해설 ① 등기를 하지 않은 부동산매수인의 법적 지위(매수인이 대금을 완급하고 목적부동산을 인도받아 사용하면서도 그 소유권이전등기를 하지 않은 경우를 전제로 한다) : **법률상 소유자는 매도인이다**(제186조). 미등기 무허가건물의 양수인이라 할지라도 그 소유권이전등기를 경료받지 않는 한 그 건물에 대한 소유권을 취득할 수 없고, 그러한 상태의 건물 양수인에게 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고 볼 수도 없으므로, 건물을 신축하여 그 소유권을 원시취득한 자로부터 그 건물을 매수하였으나 아직 소유권이전등기를 갖추지 못한 자는 그 건물의 불법점거자에 대하여 직접 자신의 소유권 등에 기하여 명도를 청구할 수는 없다.³⁾ 따라서 사안에서 매수인 甲은 A 토지의 소유권을 취득하지 못하였으므로, 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 없다.

- ② ④ **매도인이 소유자임을 이유로 매수인에게 부동산에 대해 소유권에 기한 반환청구권을 행사하는 경우, 매수인은 매매계약에 따라 채권자로서 채무자가 이행한 것(부동산의 인도)을 정당하게 수령할 권한을 가지므로, 즉 매도인에 대한 관계에서 점유할 권리를 가지므로, 이를 거절할 수 있다**(제213조 단서). 또 매수인으로부터

1) 대판 2009. 5. 28, 2009다4787.
2) 대판 1997. 9. 30, 95다39526.
3) 대판 2007. 6. 15, 2007다11347.

위 토지를 다시 매수한 자는 위와 같은 토지의 점유·사용권을 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.¹⁾ 따라서 사안에서, 매도인 乙은 매수인 甲을 상대로 A 토지에 대하여 소유권에 기한 반환청구를 할 수 없고, 매수인 甲이 丙에게 A 토지를 전매하였다고 하더라도, 매도인 乙은 丙에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하거나 丙의 점유·사용을 법률상 원인이 없는 이익이라고 하여 부당이득반환청구를 할 수는 없다.

- ③ **등기의무자가 자기 명의로 있어서는 안 될 등기가 자기 명의로 있음으로 인하여 사회생활상 또는 법상 불이익을 입을 우려가 있는 경우에는** 소의 방법으로 등기관리자를 상대로 등기를 인수받아 갈 것을 구하고 그 판결을 받아 등기를 강제로 실현할 수 있다.²⁾ 따라서 사안에서 매도인 乙은 매수인 甲을 상대로 등기를 인수받아 갈 것을 구하고 그 판결을 받아 甲 명의의 소유권이전등기를 강제로 실현할 수 있다.
- ⑤ **부동산에 관하여 인도, 등기 등의 어느 한 쪽에 대하여서라도 권리를 행사하는 자는 전체적으로 보아 그 부동산에 관하여 권리 위에 잠자는 자라고 할 수 없다 할 것이므로, 매수인이 목적 부동산을 인도받아 계속 점유하는 경우에는 그 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행하지 않는다.**³⁾ 부동산의 매수인이 그 부동산을 인도받은 이상 이를 사용·수익하다가 그 부동산에 대한 보다 적극적인 권리 행사의 일환으로 다른 사람에게 그 부동산을 처분하고 그 점유를 승계하여 준 경우에도 그 이전등기청구권의 행사 여부에 관하여 그가 그 부동산을 스스로 계속 사용·수익만 하고 있는 경우와 특별히 다를 바 없으므로 위 두 어느 경우이나 이전등기청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다고 보아야 한다.⁴⁾ 따라서 사안에서 매수인 甲이 丙에게 A 토지를 처분하여 점유를 승계하여 주었다면, 이는 보다 적극적인 권리행사의 일환이므로 甲이 스스로 계속 사용·수익하는 경우와 마찬가지로 甲의 소유권이전등기청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다.

⑤

13. 점유에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 토지의 점유자가 소유자를 상대로 토지에 관한 소유자 명의의 소유권이전등기의 말소등기청구 소송을 제기하여 그 소송사건이 점유자의 패소로 확정된 경우, 점유자의 점유는 타주점유로 전환된다고 할 수 없다.
- ② 부동산을 매수하여 이를 점유하게 된 자는 그 매매가 무효가 된다는 사정이 있음을 알았다는 등의 사정이 없는 한 점유개시시에 소유의 의사로 점유한 것이며, 나중에 매도자에게 처분권이 없었다는 등의 사유로 그 매매가 무효인 것이 밝혀졌다 하더라도 타주점유로 전환되지 않는다.
- ③ 건물의 부지가 된 토지는 그 건물의 소유자가 점유하는 것이고, 건물의 소유권이 양도된 경우에는 건물의 종전의 소유자는 그 부지의 점유를 계속할 별도의 독립된 권원이 있는 등의 사정이 없는 한 그 부지에 대한 점유도 함께 상실한다.
- ④ 토지의 소유자가 점유자를 상대로 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기의 말소등기청구소송을 제기하여 그 소송사건이 점유자의 패소로 확정된 경우, 점유자의 점유는 그 소유권이전등기 말소등기청구소송의 제기시부터 타주점유로 전환된다.
- ⑤ 마등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 그 양수인이 건물부지

1) 대판 2001. 12. 11, 2001다45355.

2) 대판 2001. 2. 9, 2000다60708.

3) 대판 2010. 1. 28, 2009다73011.

4) 대판(전원합의체) 1999. 3. 18, 98다32175.

역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 등의 사정이 없는 한 건물의 소유명의자가 아닌 자는 실제로 그 건물을 점유하고 있다고 하더라도 그 건물의 부지를 점유하는 자로 볼 수 없다.

- 해설** ① 토지의 점유자가 이전에 소유자를 상대로 그 토지에 관하여 소유권이전등기말소절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다가 패소하고 그 판결이 확정되었다 하더라도 그 소송은 점유자가 소유자를 상대로 소유권이전등기의 말소를 구하는 것이므로 그 패소판결의 확정으로 점유자의 소유자에 대한 말소등기청구권이 부정될 뿐, 그로써 점유자가 소유자에 대하여 어떠한 의무를 부담하게 되었다든가 그러한 의무가 확인되었다고 볼 수는 없고, 따라서 점유자가 그 소송에서 패소하고 그 판결이 확정되었다는 사정만으로는 토지 점유자의 자주점유의 추정이 반복되어 타주점유로 전환된다고 할 수 없다.¹⁾
- ② 부동산을 매수하여 이를 점유하게 된 자는 그 매매가 무효가 된다는 사정이 있음을 알았다는 등의 특단의 사정이 없는 한 그 점유의 시초에 소유의 의사로 점유한 것이라고 할 것이며, 가사 후일에 그 매도자에게 처분권이 없었다는 등의 이유로 그 매매가 무효로 되어 진실한 소유자에 대한 관계에서 그 점유가 결과적으로는 불법으로 되었다고 하더라도 매수자의 소유권취득의 의사로 한 위와 같은 점유의 성질은 변하지 않는다고 할 것이다.²⁾
- ③ 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 종전의 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 종전의 소유자가 그 건물에 계속 거주하고 있고 건물의 새로운 소유자는 현실적으로 건물이나 그 부지를 점거하고 있지 아니하고 있더라도 결론은 마찬가지이다.³⁾
- ④ 진정 소유자가 자신의 소유권을 주장하며 점유자 명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기라 하여 점유자를 상대로 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기의 말소등기청구소송을 제기하여 그 소송사건이 점유자의 패소로 확정되었다면, 그 점유자는 민법 제197조 제2항의 규정에 의하여 그 소송의 제기시부터는 토지에 대한 악의의 점유자로 간주되고, 또 이러한 경우 토지 점유자가 소유권이전등기 말소등기청구소송의 직접 당사자가 되어 소송을 수행하였고 결국 그 소송을 통해 대지의 정당한 소유자를 알게 되었으며, 나아가 패소판결의 확정으로 점유자로서는 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기에 관하여 정당한 소유자에 대하여 말소등기의무를 부담하게 되었음이 확정되었으므로, 단순한 악의점유의 상태와는 달리 객관적으로 그와 같은 의무를 부담하고 있는 점유자로 변한 것이어서 점유자의 토지에 대한 점유는 패소판결 확정 후부터는 타주점유로 전환되었다고 보아야 할 것이다.⁴⁾
- ⑤ 사회통념상 건물은 그 부지를 떠나서는 존재할 수 없는 것이므로 건물의 부지가 된 토지는 그 건물의 소유자가 점유하는 것으로 볼 것이고, 이 경우 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 부지를 점거하고 있지 않다 하더라도 그 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유한다고 보아야 한다. 한편, 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 그 양수인이 건물의 부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 건물의 소유명의자가 아닌 자로서는 실제로 그 건물을 점유하고 있다고 하더라도 그 건물의 부지를 점유하는 자로는 볼 수 없다.⁵⁾

④

1) 대판 1999. 9. 17, 98다63018.

2) 대판 1994. 12. 27, 94다25513; 대판 2015. 5. 28, 2013다212653.

3) 대판 1993. 10. 26, 93다2483.

4) 대판 2000. 12. 8, 2000다14934.

5) 대판 2008. 7. 10, 2006다39157.

14. 甲은 乙 명의로 등기되어 있는 X토지를 1979. 2. 1.부터 소유의사로 평온·공연하게 점유하여 왔고, 2019. 6. 1. 현재에 이르렀다. 다음의 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (각

설문은 상호 독립적임. 다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 乙이 丙에게 X토지를 매도하고 1999. 4. 1. 소유권이전등기를 마쳐준 경우, 甲은 1999. 4. 1.을 기산점으로 하여 丙에게 취득시효완성을 주장할 수 있다.
- ② 乙이 丙에게 X토지를 매도하고 2005. 4. 1. 소유권이전등기를 마쳐주었는데, 丙이 2010. 4. 1. X토지를 다시 乙에게 매도하여 현재 乙 명의로 등기가 되어 있는 경우, 甲은 乙에게 취득시효완성을 이유로 한 소유권이전등기청구를 할 수 있다.
- ③ 甲이 2019. 4. 1. 乙에게 X토지에 관하여 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하고 그 소장부분이 2019. 4. 15. 乙에게 송달되었는데, 乙이 2019. 5. 1. 丙에게 X토지를 매도하고 소유권이전등기를 마쳐준 경우, 乙은 甲이 입은 손해를 배상하여야 한다.
- ④ 2019. 6. 1. 현재 乙의 등기부상 소유명의를 원인무효이고 X토지의 진정한 소유자가 丙임이 밝혀진 경우, 乙은 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 상대방이 될 수 없고, 甲은 丙을 대위하여 乙 명의의 등기말소를 구하고 다시 丙을 상대로 취득시효완성을 이유로 한 소유권이전등기를 구하여야 한다.
- ⑤ 乙이 2015. 2. 1. 丙으로부터 1천만 원을 빌리면서 그 담보로 X토지에 관하여 丙 앞으로 근저당권 설정등기를 마쳐주었는데, 乙이 위 돈을 갚지 못하여 丙이 X토지에 대해 경매신청을 하자 甲이 丙에게 위 돈을 변제한 경우, 甲은 乙에게 1천만 원 상당의 부당이득반환을 구할 수 있다.

해설 ① 부동산에 대한 점유취득시효가 완성된 후 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우라 하더라도, 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 경과한 경우에는 점유자로서는 제3자 앞으로의 소유권 변동시를 새로운 점유취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장할 수 있다.¹⁾ 따라서 사안에서, 점유자 甲의 취득시효는 1999. 2. 1. 완성되었으나 이를 등기하지 않고 있는 사이에 소유자 乙이 丙에게 X토지를 매도하고 1999. 4. 1. 소유권이전등기를 마쳐주었으므로 丙에게는 그 시효취득으로 대항할 수 없으나, 丙 앞으로 소유권이전등기가 된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 2019. 6. 1. 현재 다시 20년의 취득시효 기간이 충족되므로 甲은 1999. 4. 1.을 새로운 기산점으로 하여 丙에게 2차 취득시효완성을 주장할 수 있다.

② 부동산에 대한 점유로 인한 소유권취득시효가 완성되었다 하더라도 이를 등기하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자에게로 소유권이전등기가 마쳐지면 점유자가 그 제3자에게는 그 시효취득으로 대항할 수 없으나, 그로 인하여 점유자가 취득시효완성 당시의 소유자에 대한 시효취득으로 인한 소유권이전등기청구권을 상실하는 것은 아니고 단지 위 소유자의 점유자에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능으로 되는 것뿐이므로, 그 후 어떠한 사유로 취득시효완성 당시의 소유자에게로 소유권이 회복되었다면 점유자는 그 소유자에게 시효취득의 효과를 주장할 수 있다.²⁾ 따라서 사안에서, 소유자 乙이 丙에게 X토지를 매도하고 2005. 4. 1. 소유권이전등기를 마쳐주었는데, 丙이 2010. 4. 1. X토지를 다시 소유자 乙에게 매도하여 현재 乙 명의로 등기가 되었다면, 점유자 甲은 소유자 乙에게 취득시효완성을 이유로 한 소유권이전등기청구를 할 수 있다.

1) 대판(전원합의체) 2009. 7. 16, 2007다15172.

2) 대판 1994. 2. 8. 선고 93다42016; 대판 1999. 2. 12, 98다40688.

- ③ 시효취득을 주장하는 권리자가 등기명의인을 상대로 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구 소송을 제기하여 등기명의인이 그 소장부분을 송달받은 경우에는 등기명의인이 그 부동산의 취득시효완성 사실을 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하므로, 그 이후 등기명의인이 그 부동산을 제3자에게 매도하거나 근저당권을 설정하는 등 처분하여 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 이행불능에 빠졌다면 그러한 등기명의인의 처분행위는 시효취득자에 대한 소유권이전등기의무를 면탈하기 위하여 한 것으로서 위법하고, 부동산을 처분한 등기명의인은 이로 인하여 시효취득자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.¹⁾ 따라서 사안에서, 점유자 甲이 2019. 4. 1. 소유자 乙에게 X토지에 관하여 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하고 그 소장부분이 2019. 4. 15. 乙에게 송달되었는데, 乙이 2019. 5. 1. 丙에게 X토지를 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다면, 이는 甲에 대한 소유권이전등기의무를 면탈하기 위한 것으로서 위법하고, 乙은 이로 인하여 점유자 甲이 입은 손해를 배상하여야 한다.
- ④ 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구는 시효완성 당시의 소유자를 상대로 하여야 하므로, 시효완성 당시의 소유권보존등기 또는 이전등기가 무효라면 원칙적으로 그 등기명의인은 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 상대방이 될 수 없고, 이 경우 시효취득자는 소유자를 대위하여 위 무효등기의 말소를 구하고 다시 위 소유자를 상대로 취득시효 완성을 이유로 한 소유권이전등기를 구하여야 한다.²⁾ 따라서 사안에서, 2019. 6. 1. 현재 乙의 등기부상 소유명의가 원인무효이고 X토지의 진정한 소유자가 丙임이 밝혀진 경우, 원인무효의 등기명의인인 乙은 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 상대방이 될 수 없고, 甲은 진정한 소유자인 丙을 대위하여 乙 명의의 등기말소를 구하고 다시 진정한 소유자인 丙을 상대로 취득시효완성을 이유로 한 소유권이전등기를 구하여야 한다.
- ⑤ 타인의 토지를 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 자는 등기를 함으로써 비로소 그 소유권을 취득하게 되므로 점유자가 원소유자에 대하여 점유로 인한 취득시효기간이 만료되었음을 원인으로 소유권이전등기청구를 하는 등 그 권리행사를 하거나 원소유자가 취득시효완성 사실을 알고 점유자의 권리취득을 방해하려고 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 원소유자는 점유자 명의로 소유권이전등기가 마쳐지기까지는 소유자로서 그 토지에 관한 적법한 권리를 행사할 수 있다. 따라서 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 없다고 할 것이므로, 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.³⁾ 따라서 사안에서, 乙이 2015. 2. 1. 丙으로부터 1천만 원을 빌리면서 그 담보로 X토지에 관하여 丙 앞으로 근저당권설정등기를 마쳐주었는데, 乙이 위 돈을 갚지 못하여 丙이 X토지에 대해 경매신청을 하자 甲이 丙에게 위 돈을 변제한 경우, 이는 시효취득자 甲이 용인하여야 할 X토지상의 부담을 제거하여 완전한 소유권을 확보하기 위한 것으로서 그 자신의 이익을 위한 행위라고 할 것이므로, 甲은 乙에게 대위변제를 이유로 1천만 원 상당의 부당이득반환을 구하거나 구상권을 행사할 수 없다.

⑤

1) 대판 1999. 9. 3. 99다20926.
2) 대판 2007. 7. 26. 2006다64573.
3) 대판 2006. 5. 12. 2005다75910.

15. 물권적청구권과 관련한 다음 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ㄱ. 소유권에 기한 방해배제청구권에 있어서 ‘방해’란 현재에도 지속되고 있는 침해를 의미하므로, 소유권에 기한 방해배제청구권은 방해결과와 제거를 내용으로 할 수는 없다.
- ㄴ. 소유권을 양도하면서 소유권에 의하여 발생하는 물권적청구권을 소유권과 분리하여 소유권이 없는 전(前) 소유자에게 유보하여 제3자에게 대하여 이를 행사케 하는 것은 허용될 수 없다.
- ㄷ. 민법 제214조에 의하면 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 그 방해제거 행위를 청구할 수 있으므로, 소유자는 위 규정에 기하여 침해자에게 방해제거에 드는 비용 또한 청구할 수 있다.
- ㄹ. 등기명의인의 표시변경의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 부동산 등기부상의 표시가 실제 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면, 진실한 소유자는 그 표시상의 소유명의자를 상대로 부기등기인 표시변경등기의 말소를 구할 수 있다.
- ㅁ. 토지소유자가 그 소유 토지에 대한 일반 공중의 통행을 용인하여 자신의 토지에 대한 독점적·배타적 사용·수익권이 인정되지 않는 경우라면, 이후 그 사용·수익권을 배제하는 기초가 된 객관적인 사정이 현저하게 변경되었다고 하더라도, 토지소유자가 다시 사용·수익권능을 포함한 완전한 소유권을 주장하는 것은 신의칙에 반하여 허용될 수 없다.

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

- 해설** ㄱ. (O) 소유권에 기한 방해배제청구권에 있어서 ‘**방해**’란 점유 이외의 방법으로 소유권의 내용이 타인의 개입에 의해 실현되지 못하는 상태를 말하는 것으로서, 그 방해는 현재에도 지속되고 있는 침해를 의미하고, 법익 침해가 과거에 일어나서 이미 종결된 경우에 해당하는 ‘손해’의 개념과는 다르다 할 것이어서, 소유권에 기한 방해배제청구권은 방해결과와 제거를 내용으로 하는 것이 되어서는 아니 되며(이는 손해배상의 영역에 해당한다 할 것이다), 현재 계속되고 있는 방해의 원인을 제거하는 것을 내용으로 한다.¹⁾
- ㄴ. (O) 소유권에 기한 물권적 청구권을 소유권과 분리하여 이를 소유권 없는 전소유자에게 유보하여 행사시킬 수는 없는 것이므로, 소유권을 상실한 전소유자는 제3자인 불법점유자에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권에 의한 방해배제를 구할 수 없다.²⁾
- ㄷ. (X) **민법 제214조의 규정에 의하면**, 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 그 방해제거 행위를 청구할 수 있고, 소유권을 방해할 염려가 있는 행위를 하는 자에 대하여 그 방해예방 행위를 청구하거나 소유권을

1) 대판 2003. 3. 28, 2003다5917.

2) 대판 1980. 9. 9, 80다7.

방해할 염려가 있는 행위로 인하여 발생하리라고 예상되는 손해의 배상에 대한 담보를 지급할 것을 청구할 수 있으나, 소유자가 침해자에 대하여 방해제거 행위 또는 방해예방 행위를 하는 데 드는 비용을 청구할 수 있는 권리는 위 규정에 포함되어 있지 않으므로, 소유자가 민법 제214조에 기하여 방해배제 비용 또는 방해예방 비용을 청구할 수는 없다.¹⁾

ㄴ. (O) 현재 등기명의인 표시변경의 부기등기에 의하여 등기부상의 표시가 실지 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면 진실한 소유자가 그 소유권에 터잡아 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 등기의 말소청구를 하는 것은 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사이다(등기명의인의 표시변경 또는 경정의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 부동산의 등기부상의 표시가 실지 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면 진실한 소유자는 그 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사로써 그 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 부기등기인 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다).²⁾

ㄷ. (X) 토지소유자가 그 소유 토지를 일반 공중의 통행로로 무상제공하거나 그에 대한 통행을 용인하는 등으로 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어 그에 대한 독점적·배타적 사용·수익권이 인정되지 않는다고 보는 경우에도, 이는 금반언이나 신뢰보호 등 신의성실의 원칙상 기존의 이용상태가 유지되는 한 토지소유자는 이를 수인하여야 하므로 배타적 점유·사용을 하지 못하는 것으로 인한 손해를 주장할 수 없기 때문에 부당이득반환을 청구할 수 없는 것일 뿐이고, 그로써 소유권의 본질적 내용인 사용·수익권 자체를 대세적·확정적으로 상실하는 것을 의미한다고 할 것은 아니다. 따라서 그 후 토지이용상태에 중대한 변화가 생기는 등으로 배타적 사용·수익권을 배제하는 기초가 된 객관적인 사정이 현저히 변경된 경우에는, 토지소유자는 그와 같은 사정변경이 있을 때부터는 다시 사용·수익권능을 포함한 완전한 소유권에 기한 권리주장을 할 수 있다고 보아야 한다. 이때 그러한 사정변경이 있는지는 당해 토지의 위치와 물리적 성상, 토지소유자가 토지를 일반 공중의 통행에 제공하게 된 동기와 경위, 당해 토지와 인근 다른 토지들과의 관계, 토지이용 상태가 바뀐 경위 및 종전 이용상태와의 동일성 여부 등 전후 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것이다.³⁾

②

16. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 일제시의 임야조사령이나 토지조사령에 의하여 사정을 받은 사람은 소유권을 원시적, 창설적으로 취득하고, 종중이 그 소유였던 부동산을 종중원에게 명의신탁하여 사정받았더라도 사정명의인이 그 소유권을 취득하고, 명의신탁자인 종중은 명의신탁계약에 의한 신탁자의 지위에서 명의신탁을 해지하고 그 소유권이전등기를 청구할 수 있을 뿐이며, 종중이 명의신탁계약을 해지하였더라도 그 명의로 소유권이전등기를 마치지 않은 이상 그 소유권을 취득할 수는 없다.
- ② 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 의하면, 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실에 대하여 선의인 소유자와 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 해당 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 마친 경우에는 명의수탁자가 해당 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 다만 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 명의신탁약정 위반에 따른 채무불이행책임을 부담하게 될 뿐이다.
- ③ 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 따라 부부간 명의신탁이 일단 유효한 것으로 인정되었

1) 대판 2014. 11. 27, 2014다52612.

2) 대판 1993. 10. 8, 93다28867; 대판 2008. 12. 11, 2008다1859.

3) 대판 2013. 8. 22, 2012다54133.

다면 그 후 배우자 일방의 사망으로 부부관계가 해소되었더라도 그 명의신탁은 사망한 배우자의 다른 상속인과의 관계에서도 여전히 유효하게 존속한다고 보아야 한다.

- ④ 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제3항의 입법취지 등을 고려할 때, 명의신탁자와 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약을 맺고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 경로받은 것 같은 외관을 갖춘 자는 위 법률조항의 제3자에 해당하지 않는다.
- ⑤ 계약명의신탁의 당사자들이 명의신탁약정의 유효한 것, 즉 명의신탁자가 이른바 내부적 소유권을 가지는 것을 전제로 하여 장차 명의신탁자 앞으로 목적 부동산에 관한 소유권등기를 이전하거나 부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하는 것 등을 내용으로 하는 약정을 하였다면 이는 무효이다.

- 해설**
- ① 일제시의 임야조서령이나 토지조서령에 의하여 사정을 받은 사람은 소유권을 원시적, 창설적으로 취득하는 것이고, 종중이 그 소유였던 부동산을 종중원에게 명의를 신탁하여 사정받았더라도 그 사정명의인이 소유권을 취득하고, 명의신탁자인 종중은 명의신탁 계약에 의한 신탁자의 지위에서 명의신탁을 해지하고 그 소유권이전등기를 청구할 수 있을 뿐이며, 종중이 명의신탁 계약을 해지하였더라도 그 명의로 소유권이전등기를 경로하지 않은 이상 그 소유권을 취득할 수는 없다.¹⁾
 - ② 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조 제1항은 “명의신탁약정은 무효로 한다.”고 규정하고, 제2항은 “명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다. 다만 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 그 일방당사자가 되고 그 타방당사자는 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 명의신탁약정이 모두 무효이므로, 명의신탁자는 명의수탁자에게 명의신탁 해지를 원인으로 목적부동산의 소유권 이전을 청구할 수는 없다. 결국 계약명의신탁의 경우 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 그 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 다만 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하게 될 뿐이다. 따라서 명의신탁약정이 무효이므로 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 무효인 명의신탁약정 위반에 따른 채무불이행책임을 부담하게 되는 것은 아니다.
 - ③ 명의신탁을 받은 사람이 사망하면 그 명의신탁관계는 재산상속인과의 사이에 그대로 존속한다고 할 것인데, 부동산실명법 제8조 제2호의 문언상 명의신탁약정에 따른 명의신탁등기의 성립 시점에 부부관계가 존재할 것을 요구하고 있을 뿐 부부관계의 존속을 그 효력 요건으로 삼고 있지 아니한 점, 부동산실명법상 제8조 제2호에 따라 일단 유효한 것으로 인정된 부부간 명의신탁에 대하여 그 후 배우자 일방의 사망 등으로 부부관계가 해소되었음을 이유로 이를 다시 무효화하는 별도의 규정이 존재하지 아니하는 점, 부부간 명의신탁이라 하더라도 조세포탈 등 목적이 없는 경우에 한하여 위 조항이 적용되는 것이므로 부부관계가 해소된 이후에 이를 그대로 유효로 인정하더라도 새삼 부동산실명법의 입법 취지가 훼손될 위험성은 크지 아니한 점 등에 비추어 보면, 부동산실명법 제8조 제2호에 따라 부부간 명의신탁이 일단 유효한 것으로 인정되었다면 그 후 배우자 일방의 사망으로 부부관계가 해소되었다 하더라도 그 명의신탁약정은 사망한 배우자의 다른 상속인과의 관계에서도 여전히 유효하게 존속한다고 보아야 한다.²⁾
 - ④ 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제3항에 정한 ‘제3자’는 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와 새로운 이해관계를 맺은 사람을 말하고, 이와 달리 오로지 명의신탁자와 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약을 맺고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 경로받은 것 같은 외관을 갖춘 자는 위 조항의 제3자에 해당하지 아니하므로, 같은 조항을 들어 무효인 명의신탁등기에 터 잡아 경로된 자신의

1) 대판 1995. 8. 25, 94다20426.

2) 대판 2013. 1. 24, 2011다99498.

등기의 유효를 주장할 수는 없으나, 이러한 자도 자신의 등기가 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다는 주장은 할 수 있다.¹⁾

- ⑤ 계약명의신탁의 당사자들이 명의신탁약정이 유효한 것, 즉 명의신탁자가 이른바 내부적 소유권을 가지는 것을 전제로 하여 장차 명의신탁자 앞으로 목적 부동산에 관한 소유권등기를 이전하거나 부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하는 것 등을 내용으로 하는 약정을 하였다면 이는 명의신탁약정을 무효라고 정하는 부동산실명법 제4조 제1항에 좇아 무효이다. 그러나 명의수탁자가 앞서 본 바와 같이 명의수탁자의 완전한 소유권 취득을 전제로 하여 사후적으로 명의신탁자와의 사이에 위에서 본 매수자금반환의무의 이행에 갈음하여 명의신탁된 부동산 자체를 양도하기로 합의하고 그에 기하여 명의신탁자 앞으로 소유권 이전등기를 마쳐준 경우에는 그 소유권이전등기는 '새로운 소유권 이전의 원인인 대물급부의 약정'에 기한 것이므로 약정이 무효인 명의신탁약정을 명의신탁자를 위하여 사후에 보완하는 방책에 불과하다는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 대물급부의 목적물이 원래의 명의신탁부동산이라는 것만으로 유효성을 부인할 것은 아니다.²⁾

☞ ②

17. 전세권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체

판결의 경우 다수의견에 의함)

(2019 법무사)

- ① 전세권을 목적으로 한 저당권이 설정된 경우, 저당권이 설정된 때에 이미 전세권설정자가 전세권자에 대하여 반대채권을 가지고 있고 반대채권의 변제기가 장래 발생할 전세금반환채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우라도 전세권설정자는 반대채권을 자동채권으로 하여 전세금반환채권과 상계함으로써 전세권저당권자에게 대항할 수 없다.
- ② 토지와 건물을 함께 소유하던 자가 건물에 대하여 전세권을 설정하여 주었는데 그 후 토지가 제3자에게 매각되어 건물소유자가 법정지상권을 취득한 후 건물을 다시 타인에게 양도한 경우, 건물 양수인이 토지 소유자와의 관계에서 전세권자의 동의 없이 법정지상권을 취득할 지위를 소멸시켰다고 하더라도, 건물 양수인은 그 사유를 들어 전세권자에게 대항할 수 없다.
- ③ 전세금은 민법 제315조에 정한 전세권설정자의 전세권자에 대한 손해배상채권 외 다른 채권까지 담보한다고 볼 수 없으므로, 전세권설정자가 전세권자에 대하여 위 손해배상채권 외 다른 채권을 가지고 있더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 가지고 전세금반환채권에 대하여 물상대위권을 행사한 전세권저당권자에게 상계로 대항할 수 없다.
- ④ 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않으며, 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이다.
- ⑤ 당사자가 주로 채권담보의 목적으로 전세권을 설정하였고, 그 설정과 동시에 목적물을 인도하지 아니한 경우라 하더라도, 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아니라면, 그 전세권의 효력을 부인할 수는 없다.

해설 ① 전세권을 목적으로 한 저당권이 설정된 경우, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이

1) 대판 2008. 12. 11, 2008다45187.

2) 대판 2014. 8. 20, 2014다30483.

소멸하기 때문에 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 되고, 저당권자는 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 물상대위권을 행사하여 전세금의 지급을 구하여야 한다. 전세권저당권자가 위와 같은 방법으로 전세금반환채권에 대하여 물상대위권을 행사한 경우, 종전 저당권의 효력은 물상대위의 목적이 된 전세금반환채권에 존속하여 저당권자가 전세금반환채권으로부터 다른 일반채권자보다 우선변제를 받을 권리가 있으므로, 설령 '전세금반환채권이 압류된 때에 전세권설정자가 전세권자에 대하여 반대채권을 가지고 있고 반대채권과 전세금반환채권이 상계적상에 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 전세권설정자가 전세권저당권자에게 상계로써 대항할 수는 없다. 그러나 전세금반환채권은 전세권이 성립하였을 때부터 이미 발생이 예정되어 있다고 볼 수 있으므로, '전세권저당권이 설정된 때에 이미 전세권설정자가 전세권자에 대하여 반대채권을 가지고 있고 반대채권의 변제기가 장래 발생할 전세금반환채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우와 같이 전세권설정자에게 합리적 기대 이익을 인정할 수 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 전세권설정자는 반대채권을 자동채권으로 하여 전세금반환채권과 상계함으로써 전세권저당권자에게 대항할 수 있다.¹⁾

- ② 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.²⁾
- ③ 전세금은 그 성격에 비추어 민법 제315조에 정한 전세권설정자의 전세권자에 대한 손해배상채권 외 다른 채권까지 담보한다고 볼 수 없으므로, 전세권설정자가 전세권자에 대하여 위 손해배상채권 외 다른 채권을 가지고 있더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 가지고 전세금반환채권에 대하여 물상대위권을 행사한 전세권저당권자에게 상계 등으로 대항할 수 없다.³⁾
- ④ 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 않는다. 전세금은 전세권의 요소인데, 전세금 없는 전세권을 인정하는 결과를 초래하기 때문이다. 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이다.⁴⁾
- ⑤ 전세권이 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비하고 있다는 점 및 목적물의 인도는 전세권의 성립요건이 아닌 점 등에 비추어 볼 때, 당사자가 주로 채권담보의 목적으로 전세권을 설정하였고, 그 설정과 동시에 목적물을 인도하지 아니한 경우라 하더라도, 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아니라면, 그 전세권의 효력을 부인할 수는 없다.⁵⁾

①

1) 대판 2010. 3. 25, 2007다35152.

2) 대판 2007. 8. 24, 2006다14684.

3) 대판 2008. 3. 13, 2006다29372.

4) 대판 2002. 8. 23, 2001다69122.

5) 대판 1995. 2. 10, 94다18508.

18. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 유치권의 성립요건이자 존속요건인 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계가 없으므로, 직접점유자가 채무자인 경우에도 유치권의 요건으로서의 점유에 해당한다.
- ② 임대인과 임차인 사이에 건물명도시 권리금을 반환하기로 하는 약정이 있었다 하더라도 그와 같은 권리금반환청구권은 건물에 관한 채권이라 할 수 없으므로, 그와 같은 채권을 가지고 건물에 대한 유치권을 행사할 수 없다.
- ③ 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, 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.
- ④ 유치권자가 유치물의 보존에 필요한 사용을 한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 차임에 상당한 이득을 소유자에게 반환할 의무가 있다.
- ⑤ 유치권이 성립한 부동산의 매수인은 피담보채권의 소멸시효가 완성되면 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 자에 해당하므로 소멸시효의 완성을 원용할 수 있는 지위에 있다.

- 해설**
- 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.¹⁾
 - ② 임대인과 임차인 사이에 건물명도시 권리금을 반환하기로 하는 약정이 있었다 하더라도 그와 같은 권리금 반환청구권은 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없으므로 그와 같은 채권을 가지고 건물에 대한 유치권을 행사할 수 없다.²⁾
 - ③ 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 민사집행법 제92조 1항, 제83조 4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.³⁾
 - ④ 공사대금채권에 기하여 유치권을 행사하는 자가 스스로 유치물인 주택에 거주하며 사용하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유치물인 주택의 보존에 도움이 되는 행위로서 유치물의 보존에 필요한 사용에 해당한다고 할 것이다. 그리고 유치권자가 유치물의 보존에 필요한 사용을 한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 차임에 상당한 이득을 소유자에게 반환할 의무가 있다.⁴⁾
 - ⑤ '유치권이 성립된 부동산의 매수인'은 피담보채권의 소멸시효가 완성되면 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 자에 해당하므로 소멸시효의 완성을 원용할 수 있는 지위에 있다(다만, 이 경우 매수인은 유치권자에게 채무자의 채무와는 별개의 독립된 채무를 부담하는 것이 아니라 단지 채무자의 채무를 변제할 책임을 부담하는 점 등에

1) 대판 2008. 4. 11, 2007다27236; 대판 2013. 10. 24, 2011다44788.

2) 대판 1994. 10. 14, 93다62119.

3) 대판 2005. 8. 19, 2005다22688.

4) 대판 2009. 9. 24, 2009다40684.

비추어 보면, 유치권의 피담보채권의 소멸시효기간이 확정판결 등에 의하여 10년으로 연장된 경우 매수인은 그 채권의 소멸시효기간이 연장된 효과를 부정하고 종전의 단기소멸시효기간을 원용할 수는 없다.¹⁾

①

19. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 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 하고, 만일 저당권자가 위 금전 또는 물건의 인도청구권을 압류하기 전에 저당물의 소유자가 그 인도청구권에 기하여 금전 등을 수령한 경우에는 저당목적물이 종국적으로 소멸하게 되므로, 저당권자는 저당목적물 소유자를 상대로 물상대위권은 물론 부당이득반환청구권도 행사할 수 없게 된다.
- ② 건물의 증축부분이 기존건물에 부합하여 기존건물과 분리하여서는 별개의 독립물로서의 효용을 갖지 못하는 이상 기존건물에 대한 근저당권은 민법 제358조에 의하여 부합된 증축부분에도 효력이 미치는 것이므로 기존건물에 대한 경매절차에서 경매목적물로 평가되지 아니하였다 할지라도 매수인은 부합된 증축부분의 소유권을 취득한다.
- ③ 근저당권의 피담보채무는 존속기간이나 결산기의 정함이 없더라도 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 언제든지 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있고, 이러한 해지에 관한 권한은 근저당부동산의 소유권을 취득한 제3자도 원용할 수 있다.
- ④ 근저당 거래관계가 계속되는 관계로 근저당권의 피담보채권이 확정되지 아니하는 동안에는 그 채권의 일부가 대위변제되었다 하더라도 그 근저당권이 대위변제자에게 이전될 수 없다.
- ⑤ 공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산 중 일부는 채무자 소유이고 일부는 물상보증인의 소유인 경우 위 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는, 채무자 소유의 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당을 하고, 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 하여야 한다.

해설 ① 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 이득을 되돌려 받아 손실자와의 사이에 재산상태의 조정을 꾀하는 부당이득제도의 목적에 비추어 보면, 위와 같은 이익을 소유권자에게 종국적으로 귀속시키는 것은 저당권

1) 대판 2009. 9. 24, 2009다39530.

자에 대한 관계에서 공평의 관념에 위배되어 법률상 원인이 없다고 봄이 상당하므로, 저당목적물 소유자는 저당권자에게 이를 부당이득으로서 반환할 의무가 있다.¹⁾

- ② 건물의 증축 부분이 기존건물에 부합하여 기존건물과 분리하여서는 별개의 독립물로서의 효용을 갖지 못하는 이상, 기존건물에 대한 근저당권은 민법 제358조에 의하여 부합된 증축 부분에도 효력이 미치는 것이므로 기존건물에 대한 경매절차에서 경매목적물로 평가되지 아니하였다고 하더라도 경락인은 부합된 증축 부분의 소유권을 취득한다(한편, 증축 부분이 저당권설정 당시에 이미 부합된 것인가 아니면 설정 후에 부합된 것인가는 묻지 않고 저당권의 효력이 미친다).²⁾
- ③ 근저당권의 존속기간이나 결산기의 정함이 없는 때에는 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 언제든지 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있으며, 이러한 계약의 해제 또는 해지에 관한 권한은 근저당부동산의 소유권을 취득한 제3자도 원용할 수 있다.³⁾
- ④ 근저당권은 계속적인 거래관계로부터 발생하고 소멸하는 불특정다수의 장래채권을 결산기에 계산하여 잔존하는 채무를 일정한 한도액의 범위 내에서 담보하는 저당권이어서, 거래가 종료하기까지 채권은 계속적으로 증감변동하는 것이므로, 근저당 거래관계가 계속 중인 경우 즉, 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제한 경우 근저당권이 양수인이나 대위변제자에게 이전할 여지는 없다 할 것이나, 그 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권이 확정되게 되면, 그 피담보채권액이 그 근저당권의 채권최고액을 초과하지 않는 한, 그 근저당권 내지 그 실행으로 인한 경락대금에 대한 권리 중 그 피담보채권액을 담보하고 남은 부분은 저당권의 일부이전의 무기등기의 경료 여부와 관계없이 대위변제자에게 법률상 당연히 이전된다.⁴⁾
- ⑤ 공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산 중 일부는 채무자 소유이고 일부는 물상보증인의 소유인 경우 위 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는, 물상보증인이 민법 제481조·제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유 부동산에 대하여 담보권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점 등을 고려할 때, 민법 제368조 제1항(각 부동산의 경매대가에 비례하여 채권 분담)은 적용되지 아니한다고 보아야 한다. 따라서 이러한 경우 경매법원으로서도 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당을 하고, 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 하여야 한다.⁵⁾

☞ ①

20. 저당권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 공동근저당권자가 근저당권을 실행하여 개시된 경매를 통하여 공동담보의 목적 부동산 중 일부에 대한 환가대금으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당받은 경우, 그와 같이 우선변제받은 금액에 관하여 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대한 경매에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 있다.
- ② 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우, 그 점에 대하여 채권자·채무자·제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약 등 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있다면, 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다.

1) 대판 2009. 5. 14, 2008다17656.

2) 대판 2002. 10. 25, 2000다63110.

3) 대판 2006. 4. 28, 2005다74108.

4) 대판 2002. 7. 26, 2001다53929.

5) 대판 2010. 4. 15, 2008다41475.

- ③ 부동산을 매수한 자가 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 매도인인 소유자의 승낙 아래 매수 부동산을 타에 담보로 제공하면서 당사자 사이의 합의로 편의상 매수인 대신 등기부상 소유자인 매도인을 채무자로 하여 마친 근저당권설정등기는 실제 채무자인 매수인의 근저당권자에 대한 채무를 담보하는 것으로서 유효하다.
- ④ 변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 확정된 근저당권의 피담보채무의 일부를 대위 변제한 경우, 대위변제자는 일부대위변제를 원인으로 한 근저당권 일부이전의 부기등기의 경로 여부와 관계없이 변제한 가액의 범위 내에서 종래 근저당권 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 법률상 당연히 취득하나, 이때에도 근저당권 채권자는 대위변제자에 대하여 우선변제권을 가진다.
- ⑤ 근저당권설정등기가 원인 없이 말소된 이후 근저당목적물인 부동산에 관하여 다른 근저당권자의 신청에 따라 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납하였다면, 원인 없이 말소된 근저당권도 소멸한다.

- 해설** ① 공동근저당권자가 스스로 근저당권을 실행하거나 타인에 의하여 개시된 경매 등의 환가절차를 통하여 공동담보의 목적 부동산 중 일부에 대한 환가대금 등으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당받은 경우에, 그와 같이 우선변제받은 금액에 관하여는 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 없다고 보아야 하며, 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대하여 공동근저당권자로서 행사할 수 있는 우선변제권의 범위는 피담보채권의 확정 여부와 상관없이 최초의 채권최고액에서 위와 같이 우선변제받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한된다고 해석함이 타당하다. 그리고 이러한 법리는 채권최고액을 넘는 피담보채권이 원금이 아니라 이자·지연손해금인 경우에도 마찬가지로 적용된다.¹⁾
- ② 근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 근저당권자는 동일인이 되어야 하지만, 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우(제3자를 근저당권자로 한 경우) 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도·제3자를 위한 계약·불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는, 제3자 명의의 근저당권 설정등기도 유효하다고 보아야 할 것이다(이에 대해, 이는 저당권의 부종성의 관점에서 허용될 수 없으므로 무효라는 '소수의견'이 있었다). 그리고 부동산을 매수한 자가 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 매도인인 소유자의 승낙 아래 매수 부동산을 타에 담보로 제공하면서 당사자 사이의 합의로 편의상 매수인 대신 등기부상 소유자인 매도인을 채무자로 하여 마친 근저당권설정등기(채무자 아닌 제3자를 채무자로 한 경우)는 실제 채무자인 매수인의 근저당권자에 대한 채무를 담보하는 것으로서 유효하다. 그리고 이러한 견해를 취하는 이상, 위 양자의 형태가 결합된 근저당권이라 하여도, 그 자체만으로는 부종성의 관점에서 근저당권이 무효라고 보아야 할 어떤 질적인 차이를 가져오는 것은 아니라 할 것이다.²⁾
- ④ 변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 근저당권의 피담보채무의 일부를 대위변제한 경우에 대위변제자는 피담보채무의 일부대위변제를 원인으로 한 근저당권 일부이전의 부기등기의 경로 여부와 관계없이 변제한 가액의 범위 내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 법률상 당연히 취득하게 되는 것이나, 이때에도 채권자는 대위변제자에 대하여 우선변제권을 가지며 채권자의 우선변제권은 피담보채권액을 한도로 특별한 사정이 없는 한 자기가 보유하고 있는 잔존 채권액 전액에 미친다.³⁾

1) 대판(전원합의제) 2017. 12. 21, 2013다16992.

2) 대판(전원합의제) 2001. 3. 15, 99다48948.

3) 대판 2004. 6. 25, 2001다2426.

- ⑤ 부동산에 관하여 근저당권설정등기가 마쳐졌다가 등기가 위조된 관계서류에 기하여 아무런 원인 없이 말소되었다는 사정만으로는 곧바로 근저당권이 소멸하는 것은 아니지만, 부동산이 경매절차에서 매각되면 매각부동산에 존재하였던 저당권은 당연히 소멸하는 것이므로(민사집행법 제91조 제2항, 제268조 참조) 근저당권설정등기가 원인 없이 말소된 이후에 근저당목적물인 부동산에 관하여 다른 근저당권자 등 권리자의 신청에 따라 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납하였다면, 원인 없이 말소된 근저당권도 소멸한다. 따라서 원인 없이 말소된 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행과 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소송 도중에 근저당목적물인 부동산에 관하여 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납하였다면 매각부동산에 설정된 근저당권은 당연히 소멸하므로, 더 이상 원인 없이 말소된 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행이나 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구할 법률상 이익이 없게 된다.¹⁾

☞ ①

21. 금전채무 불이행에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르면
전원합의제 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 甲이 乙에게 갖고 있는 금전채권에 관하여 甲의 채권자인 丙에 의하여 가압류되었을 때에는, 乙은 甲에 대하여 이행기에 채무를 이행하지 않더라도 가압류의 지급금지효에 의하여 지체책임을 부담하지 않는다.
- ② 금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 때로부터 지체책임을 부담하게 된다.
- ③ 금전채무 불이행의 손해배상에 관하여는 채권자는 손해의 증명을 요하지 아니하고 채무자는 과실 없음을 항변하지 못한다.
- ④ 금전채무 불이행의 손해배상액의 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우, 법정이율에 의하여 지연손해금을 정해야 한다.
- ⑤ 금전채무에 관하여 이행지체에 대비한 지연손해금 비율을 따로 약정한 경우에 이는 손해배상액의 예정으로서 감액의 대상이 된다.

해설 ① 채권의 가압류는 제3채무자에 대하여 채무자에게 지급하는 것을 금지하는 데 그칠 뿐 채무 그 자체를 면하게 하는 것이 아니고, 가압류가 있다 하여도 그 채권의 이행기가 도래한 때에는 제3채무자는 그 지체책임을 면할 수 없다고 보아야 하며, 이러한 경우 가압류에 불구하고 제3채무자가 채무자에게 변제를 한 때에는 나중에 채권자에게 이중으로 변제하여야 할 위험을 부담하게 되므로 제3채무자로서는 민법 제487조의 규정에 의하여 공탁(현재는 집행공탁)을 함으로써 이중변제의 위험에서 벗어나고 이행지체의 책임도 면할 수 있다고 보아야 할 것이다.²⁾ 따라서 사안에서, 甲이 乙에게 갖고 있는 금전채권에 관하여 甲의 채권자인 丙에 의하여 가압류가 된 경우에도 乙은 甲에 대하여 이행기에 채무를 이행하지 않으면 그 지체책임을 면할 수 없다.

- ② 금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 때로부터 지체책임

1) 대판 2014. 12. 11, 2013다28025.

2) 대판 1994. 12. 13, 93다951.

을 부담하게 된다.¹⁾

③ 제397조.

④ **민법 제397조 제1항**은 본문에서 금전채무불이행의 손해배상액을 법정이율에 의할 것을 규정하고 그 단서에서 “그러나 법령의 제한에 위반하지 아니한 약정이율이 있으면 그 이율에 의한다.”고 정한다. 이 **단서규정**은 약정이율(약정이자율)이 법정이율(법정지연손해금률) 이상인 경우에만 적용되고, 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 그 본문으로 돌아가 법정이율에 의하여 지연손해금을 정할 것이다. 우선 금전채무에 관하여 이에 이자약정이 없어서 이자청구를 전혀 할 수 없는 경우에도 채무자의 이행지체로 인한 지연손해금은 법정이율에 의하여 청구할 수 있으므로, 이자를 조금이라도 청구할 수 있었던 경우에는 더욱이나 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다고 하여야 한다.²⁾

⑤ **금전채무에 관하여 이행지체에 대비한 지연손해금 비율을 따로 약정한 경우에 이는 일종의 손해배상액의 예정으로서 민법 제398조에 의한 감액의 대상이 된다.**³⁾

☞ ①

22. 손해배상에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 계약 당시 손해배상액을 예정한 경우 다른 특약이 없는 한 채무불이행으로 인하여 입은 통상손해 외에 특별손해까지도 예정액에 포함된다고 할 수는 없고, 채권자의 손해가 예정액을 초과한다면 이를 주장·입증하여 초과부분을 따로 청구할 수 있다.
- ② 계약 당시 당사자 사이에 손해배상액을 예정하는 내용의 약정이 있는 경우에는 그것은 계약상의 채무불이행으로 인한 손해액에 관한 것이고 이를 그 계약과 관련된 불법행위상의 손해까지 예정한 것이라고는 볼 수 없다.
- ③ 채무불이행으로 인한 손해배상 예정액의 청구와 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구는 그 청구원인을 달리 하는 별개의 청구이므로 손해배상 예정액의 청구 가운데 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구가 포함되어 있다고 볼 수 없다.
- ④ 토지에 대한 부당한 가압류의 집행으로 그 지상에 건물을 신축하는 내용의 공사도급계약이 해제됨으로 인한 손해는 특별손해이므로, 가압류채권자가 토지에 대한 가압류집행이 그 지상 건물 공사도급계약의 해제사유가 된다는 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.
- ⑤ 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람의 일일수입 산정에 있어서 그 산정의 기초가 되는 가동연한은 특별한 사정이 없는 한 경험칙상 만 65세까지로 보아야 한다.

해설 ① **계약 당시 손해배상액을 예정한 경우에는 다른 특약이 없는 한 채무불이행으로 인하여 입은 통상손해는 물론 특별손해까지도 예정액에 포함되고 채권자의 손해가 예정액을 초과한다 하더라도 초과 부분을 따로 청구할 수 없다.**⁴⁾

1) 대판 2004. 7. 9, 2004다11582.

2) 대판 2009. 12. 24, 2009다85342.

3) 대판 2000. 7. 28, 99다38637.

4) 대판 1988. 9. 27, 86다카2375.

- ② 계약 당시 당사자 사이에 손해배상액을 예정하는 내용의 약정이 있는 경우에는, 그것은 계약상의 채무불이행으로 인한 손해액에 관한 것이고 이를 그 계약과 관련된 불법행위상의 손해까지 예정한 것이라고는 볼 수 없다.¹⁾
- ③ 채무불이행으로 인한 손해배상 예정액의 청구와 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구는 그 청구원인을 달리 하는 별개의 청구이므로 손해배상 예정액의 청구 가운데 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구가 포함되어 있다고 볼 수 없고, 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구에 있어서 손해의 발생 사실과 그 손해를 금전적으로 평가한 배상액에 관하여는 손해배상을 구하는 채권자가 주장·입증하여야 하는 것이므로, 채권자가 손해배상책임의 발생 원인 사실에 관하여는 주장·입증을 하였더라도 손해의 발생 사실에 관한 주장·입증을 하지 아니하였다면 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하지 아니한 손해의 발생 사실을 기초로 하여 손해액을 산정할 수는 없다.²⁾
- ④ 가압류나 가처분 등 보전처분은 법원의 재판에 의하여 집행되는 것이기는 하나, 그 실체상 청구권이 있는지 여부는 본안소송에 맡기고 단지 소명에 의하여 채권자의 책임 아래 하는 것이므로, 그 집행 후에 집행채권자가 본안소송에서 패소 확정되었다면 그 보전처분의 집행으로 인하여 채무자가 입은 손해에 대하여는 특별한 반증이 없는 한 집행채권자에게 고의 또는 과실이 있다고 추정되고, 따라서 그 부당한 집행으로 인한 손해에 대하여 이를 배상할 책임이 있다고 할 것이나, 토지에 대한 부당한 가압류의 집행으로 그 지상에 건물을 신축하는 내용의 공사도급계약이 해제됨으로 인한 손해는 특별손해이므로, 가압류채권자가 토지에 대한 가압류집행이 그 지상 건물 공사도급계약의 해제사유가 된다는 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.³⁾
- ⑤ 대법원은 1989. 12. 26. 선고한 88다카16867 전원합의체 판결(이하 '종전 전원합의체 판결'이라 한다)에서 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생활활동으로 하는 사람(이하 '육체노동'이라 한다)의 가동연한을 경험직상 만 55세라고 본 기존 견해를 폐기하였다. 그 후부터 현재에 이르기까지 육체노동의 가동연한을 경험직상 만 60세로 보아야 한다는 견해를 유지하여 왔다. 그런데 우리나라의 사회적·경제적 구조와 생활여건이 급속하게 향상·발전하고 법제도가 정비·개선됨에 따라 종전 전원합의체 판결 당시 위 경험칙의 기초가 되었던 제반 사정들이 현저히 변화했기 때문에 위와 같은 견해는 더 이상 유지하기 어렵게 되었다. 이제는 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다.⁴⁾

☞ ①

23. 채권자대위권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (각 설명은 상호 독립적임. 다툼이

있는 경우 판례에 따르면 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함)

(2019 법무사)

- ① 채권자 甲의 채무자 乙에 대한 채권이 변제기가 도래하지 아니한 경우, 甲은 자기의 채권을 보전하기 위하여 법원의 허가를 얻어 乙의 丙에 대한 채권을 대위행사할 수 있다.
- ② X주택의 임대인 乙에 대한 임차인 丙의 보증금반환채권을 양수한 甲이 그 이행을 청구하기 위하여 丙의 X주택 인도가 선이행되어야 할 필요가 있어서 乙을 대위하여 그 인도를 청구하는 경우, 乙의 무자력은 요구되지 않는다.
- ③ 채무자 乙이 채권자 甲의 채권자대위권 행사를 통지받은 후에 乙의 채무불이행을 이유로 제3채무

1) 대판 1999. 1. 15, 98다48033.

2) 대판 2000. 2. 11, 99다49644.

3) 대판 2008. 6. 26, 2006다84874.

4) 대판(전원합의체) 2019. 2. 21, 2018다248909.

자 丙이 乙과 丙 사이의 매매계약을 해제한 경우, 丙은 위 계약의 해제로써 대위권을 행사하는 甲에게 대항할 수 있다.

- ④ 채권자 甲이 채무자 乙을 대위하여 제3채무자 丙에 대한 채권을 행사하는 경우, 丙은 甲의 乙에 대한 채권이 소멸시효가 완성되었음을 항변할 수 없다.
- ⑤ 채무자인 비법인사단 乙이 그 명의로 제3채무자 丙을 상대로 소를 제기하였으나 사원총회의 결의 없이 총유재산에 관한 소가 제기되었다는 이유로 각하판결이 선고·확정된 경우, 乙은 스스로 丙에 대한 자신의 권리를 행사한 것이므로 이후 채권자 甲의 채권자대위의 소는 부적법하다.

해설

- ① 피보전채권의 이행기가 도래하지 않은 경우에도 채권자대위권을 인정한다면 채무자의 기한의 이익을 박탈하게 되므로, 피보전채권은 원칙적으로 이행기가 도래하여야 한다. 그러나, ㉠ 법원의 허가를 얻거나(재판상 대위), ㉡ **보존행위**(예컨대, 채무자의 권리에 대한 시효중단을 위한 이행청구·미등기 부동산에 대한 보존등기신청 등은 채무자에게 이익이 될 뿐만 아니라 긴급을 요하는 것이 보통이므로, 이행기 전에도 대위 행사할 수 있다)를 하는 경우에는, **이행기 전에도 채권자대위권을 행사할 수 있는 예외가 인정된다**(제404조 2항). 따라서 사안에서, 채권자 甲의 채무자 乙에 대한 채권이 변제기가 도래하지 아니한 경우에도 甲은 자기의 채권을 보전하기 위하여 법원의 허가를 얻어 乙의 丙에 대한 채권을 대위행사할 수 있다.
- ② 채권이 **금전채권인 경우에도 그것이 채무자의 제3채무자에 대한 채권과 밀접한 관련이 있고, 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 때에는 채무자의 무자력은 요구되지 않는다**. 따라서 **임대차보증금반환채권을 양수한 채권자가 그 이행을 청구하기 위하여 임차인의 가옥명도가 선이행되어야 할 필요가 있어서 그 명도를 구하는 경우에는 그 채권의 보전과 채무자인 임대인의 자력 유무는 관계가 없는 일이므로 무자력을 요건으로 한다고 할 수 없다.**¹⁾ 따라서 사안에서 X주택의 임대인 乙에 대한 임차인 丙의 보증금반환채권을 양수한 甲이 그 이행을 청구하기 위하여 丙의 X주택 인도가 선이행되어야 할 필요가 있어서 乙을 대위하여 그 인도를 청구하는 경우에는 乙의 무자력은 요구되지 않는다.
- ③ 채무자가 채권자대위권 행사의 통지를 받은 후에 채무를 불이행함으로써 통지 전에 체결된 약정에 따라 매매계약이 자동적으로 해제되거나, 채권자대위권 행사의 통지를 받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 제3채무자가 매매계약을 해제한 경우 제3채무자는 그 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다.²⁾ 따라서 사안에서, 채무자 乙이 채권자 甲의 채권자대위권 행사를 통지받은 후에 乙의 채무불이행을 이유로 제3채무자 丙이 乙과 丙 사이의 매매계약을 해제한 경우, 丙은 위 계약의 해제로써 대위권을 행사하는 甲에게 대항할 수 있다.
- ④ 채권자가 채권자대위권을 행사하여 제3자에 대하여 하는 청구에 있어서, 제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변으로 대항할 수 없으며, (피보전)채권의 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있는 자는 원칙적으로는 시효이익을 직접 받는 자뿐이고, 채권자대위소송의 제3채무자는 이를 행사할 수 없다.³⁾ 따라서 사안에서, 채권자 甲이 채무자 乙을 대위하여 제3채무자 丙에 대한 채권을 행사하는 경우, 丙은 甲의 乙에 대한 채권이 소멸시효가 완성되었음을 항변할 수 없다.
- ⑤ 채권자대위권은 채무자가 스스로 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이어서, **채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 없다.**

1) 대판 1989. 4. 25, 88다카4253.

2) 대판(전원합의제) 2012. 5. 17, 2011다87235.

3) 대판 2009. 9. 10, 2009다34160.

그런데 비법인사단이 사원총회의 결의 없이 제기한 소는 소제기에 관한 특별수권을 결하여 부적법하고, 그 경우 소제기에 관한 비법인사단의 의사결정이 있었다고 할 수 없다. 따라서 **비법인사단인 채무자 명의로 제3채무자를 상대로 한 소가 제기되었으나 사원총회의 결의 없이 총유재산에 관한 소가 제기되었다는 이유로 각하판결을 받고 그 판결이 확정된 경우에는 채무자가 스스로 제3채무자에 대한 권리를 행사한 것으로 볼 수 없다.**¹⁾ 따라서 사안에서, 채무자인 비법인사단 乙이 그 명의로 제3채무자 丙을 상대로 소를 제기하였으나 사원총회의 결의 없이 총유재산에 관한 소가 제기되었다는 이유로 각하판결이 선고·확정된 경우에는 **채무자 乙이 스스로 丙에 대한 자신의 권리를 행사한 것으로 볼 수 없으므로, 이후 채권자 甲의 채권자대위의 소는 적법하다.**

⑤

24. 채권자취소권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원 합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① A가 B에게 부동산을 양도하기로 매매계약을 체결한 후 위 부동산을 다시 C에게 이중으로 양도하고 C 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다. 이 경우 B는 소유권이전등기청구권은 물론이고, 이행 불능에 따른 손해배상청구권을 피보전채권으로 하여서도, A와 C 사이의 매매계약을 사해행위로 취소할 수 없다.
- ② 甲에 대하여 억대에 이르는 채무를 부담하는 등 거액의 채무초과 상태에서 별다른 재산이 없던 채무자 乙은 그 어머니인 丙으로부터 상속을 받게 되자, 다른 공동상속인들인 A, B, C, D와 사이에 상속재산분할협의를 하면서 망인 丙의 상속재산으로 시가 3억 9,000만 원 상당의 부동산과 丙 명의의 7,000만 원 상당의 예금이 있었음에도, 위 부동산에 대한 자신의 상속지분 2/13를 포기하고 대신 현금으로만 8,000만 원을 지급받기로 합의하였다. 이 경우 위 상속재산분할협의를 사해행위취소의 대상이 될 수 있다.
- ③ 甲 주식회사가 乙에게 채무를 변제하지 못하는 것을 정지조건으로 甲 회사의 丙에 대한 채권을 양도하고 乙로부터 금전을 차용하였는데, 그 후 甲 회사가 부도를 내고 사업을 폐지한 다음 乙과 위 채권에 관한 채권양도증서를 작성하여 채권양도 사실을 丙에게 통지하였다. 이 경우 甲 회사와 乙이 체결한 채권양도계약이 사해행위에 해당하는지는 양도증서가 작성된 시점이 아니라 당초 채권양도계약이 체결된 시점을 기준으로 판단하여야 한다.
- ④ 채무자 乙은 수익자 丙에게 그 소유의 부동산을 매도하고 그 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었는데, 그 후 위 매매계약이 사해행위라는 이유로 취소되고 그 원상회복으로 丙 명의의 소유권이전등기가 말소되자, 乙은 같은 날 丁에게 위 부동산을 다시 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다. 이 경우 위 사해행위 이전에 乙에 대한 채권을 취득한 甲은 위 부동산에 대한 강제집행을 위하여 직접 丁을 상대로 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다.
- ⑤ 부부인 乙과 丙은 부동산을 1/2 지분씩 공유하고 있었는데, A 은행에 위 부동산 전부에 관하여 채무자를 乙, 채권최고액을 1억 3,000만 원으로 하는 근저당권을 설정하여 주었다. 그 후 乙은 채무초과 상태에서 자신의 유일한 재산인 위 부동산 중 1/2 지분을 丙에게 증여하는 계약을 체결하고, 丙 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다. 丙은 위 부동산에 관하여 B 은행에 채권최고액 1억 800만 원으로 하는 근저당권을 설정하여 주고 B 은행으로부터 9,000만 원을 대출받아 이를 이용하여 A은행 명의의 근저당권설정등기를 말소하였다. 이 경우 乙과 丙의 위 증여계약이

1) 대판 2018. 10. 25, 2018다210539.

사해행위인지 여부를 판단할 때 채무자 乙 소유의 부동산 지분이 부담하는 피담보채권액은 원칙적으로 공유지분의 비율에 따라 분담된 금액이다.

해설 ① 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(채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시킴으로써 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하는 권리가기 때문이다).¹⁾ 또한 부동산을 양도받아 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자가 양도인이 제3자에게 이를 이중으로 양도하여 소유권이전등기를 경료하여 줌으로써 취득하는 부동산 가액 상당의 손해배상채권은 이중양도행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보전채권에 해당한다고 할 수 없다(특정채권이 금전채권으로 변화될 수 있는 경우라도 채무자가 사해행위를 할 당시에 이미 손해배상채권으로 변화되어 있지 않는 한 채권자취소권을 행사할 수 없다고 보아야 하므로, 2중 매매의 제1매수인은 2중 매매에 의한 소유권이전등기가 경료됨으로써 비로소 이행불능에 의한 손해배상채권을 취득하게 될 뿐 2중 매매 당시에는 채무자의 변제자력과 관계없는 특정채권자에 불과하여 채권자취소권을 행사할 수 없다. 특히, 이와 관련하여 判例는, B가 사해행위라고 주장하는 A의 부동산 이중양도 당시 B의 손해배상청구권이 성립할 고도의 개연성이 없다고 하는 원심의 판단을 정당한 것으로 인정함으로써, 전술한 장래의 채권에 관한 법리도 아울러 전개하였다).²⁾ 따라서 사안에서, A가 B에게 부동산을 양도하기로 매매계약을 체결한 후 위 부동산을 다시 C에게 이중으로 양도하고 C 명의로 소유권이전등기를 마쳐준 경우, B는 소유권이전등기청구권은 물론이고, 이행불능에 따른 손해배상청구권을 피보전채권으로 하여서도, A와 C 사이의 매매계약을 사해행위로 취소할 수 없다.

② 이미 채무초과 상태에 있는 채무자가 상속재산의 분할협의를 하면서 유일한 상속재산인 부동산에 관하여는 자신의 상속분을 포기하고 대신 소비하기 쉬운 현금을 지급받기로 하였다면, 이러한 행위는 실질적으로 채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 것과 다르지 아니하여 특별한 사정이 없는 한 채권자에 대하여 사해행위가 된다고 할 것이며, 이와 같은 금전의 성격에 비추어 상속재산 중에 위 부동산 외에 현금이 다소 있다 하여도 마찬가지로 보아야 할 것이다(甲에 대하여만도 역대에 이르는 채무를 부담하는 등 거액의 채무초과 상태에서 별다른 재산이 없던 채무자 乙이 망 丙으로부터 상속을 받게 되자 다른 공동상속인들인 A, B, C, D와 사이에 상속재산분할협의를 하면서 망인 丙의 상속재산으로는 시가 390,000,000원 상당의 부동산과 망인 丙 명의의 예금 74,751,574원만이 있었음에도 위 부동산에 대한 자신의 상속지분인 13분의 2 지분을 포기하고 대신 현금으로만 80,000,000원을 지급받기로 합의하였다면, 乙의 위와 같은 행위는 채무자가 유일한 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 현금으로 바꾸는 행위와 달리 볼 것이 아니므로, 이는 채권자인 甲을 해하는 것으로서 사해행위에 해당하고, 위 부동산에 대한 乙의 상속지분에 대한 상속재산분할협의를 사해행위취소의 대상이 된다).³⁾ 따라서 사안에서, 甲에 대하여 역대에 이르는 채무를 부담하는 등 거액의 채무초과 상태에서 별다른 재산이 없던 채무자 乙은 그 어머니인 丙으로부터 상속을 받게 되자, 다른 공동상속인들인 A, B, C, D와 사이에 상속재산분할협의를 하면서 망인 丙의 상속재산으로 시가 3억 9,000만 원 상당의 부동산과 丙 명의의 7,000만 원 상당의 예금이 있었음에도, 위 부동산에 대한 자신의 상속지분 2/13를 포기하고 대신 현금으로만 8,000만 원을 지급받기로 합의하였다. 이 경우 위 상속재산분할협의를 사해행위취소의 대상이 될 수 있다.

③ 어느 시점에서 사해행위에 해당하는 법률행위가 있었는가를 따질 때에는 당사자 사이의 이해관계에 미치는 중대한 영향을 고려하여 신중하게 이를 판정하여야 하고, 채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되는지는 처분행위 당시를 기준으로 판단하여야 하며, 설령 재산처분행위가 정지조건부인 경우라 하더라도 특별한 사정이 없는 한 마찬가지이다(甲 주식회사가 乙과의 물품 및 금전거래로 인한 채무를 담보하기 위하여 乙에게 채무를 변제하지 못하는 것을 정지조건으로 甲 회사의 丙에 대한 임대차보증금 반환채권을 양도하고 乙로부터 금전을 차용하였는데, 그 후 甲 회사가 부도를 내고 사업을 폐지한 다음 乙과 임대차보증금 반환채권에 관한 채권양도증서를 작성하여 채권양도 사실을 丙에게 통지한 사안에서, 대법원은 甲 회사가 부도를 내고 사업을 사실상 폐지하게 됨으로써 위 정지조건이 성취되어 채권양도계약의 효력이 발생하였고, 甲 회사와 乙이 양도증서를

1) 대판 1991. 7. 23, 91다6757; 대판 1996. 9. 20, 95다1965; 대판 1999. 4. 27, 98다56690.

2) 대판 1967. 11. 14, 66다2007; 대판 1999. 4. 27, 98다56690 등.

3) 대판 2008. 3. 13, 2007다73765.

작성한 것은 새로이 채권양도계약을 체결한 것이 아니라 기존 채권양도계약의 대항요건을 갖추기 위한 행위에 불과하므로, 甲 회사와 乙이 체결한 채권양도계약이 사해행위에 해당하는지는 양도증서가 작성된 시점이 아니라 당초 채권양도계약이 체결된 시점을 기준으로 판단하여야 한다고 하였다.¹⁾ 따라서 사안에서, 甲 주식회사가 乙에게 채무를 변제하지 못하는 것을 정지조건으로 甲 회사의 丙에 대한 채권을 양도하고 乙로부터 금전을 차용하였는데, 그 후 甲 회사가 부도를 내고 사업을 폐지한 다음 乙과 위 채권에 관한 채권양도증서를 작성하여 채권양도 사실을 丙에게 통지하였다면, 甲 회사와 乙이 체결한 채권양도계약이 사해행위에 해당하는지는 양도증서가 작성된 시점이 아니라 당초 채권양도 계약이 체결된 시점을 기준으로 판단하여야 한다.

- ④ 사해행위의 취소는 채권자와 수익자의 관계에서 상대적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 무효로 하는 데에 그치고 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니하므로, 채무자와 수익자 사이의 부동산매매계약이 사해행위로 취소되고 그에 따른 원상회복으로 수익자 명의의 소유권이전등기가 말소되어 채무자의 등기명의를 회복되더라도, 그 부동산은 취소채권자나 민법 제407조에 따라 사해행위 취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자와 수익자 사이에서 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐, 채무자가 직접 부동산을 취득하여 권리자가 되는 것은 아니다. 따라서 채무자가 사해행위 취소로 등기명의를 회복한 부동산을 제3자에게 처분하더라도 이는 무권리자의 처분에 불과하여 효력이 없으므로, 채무자로부터 제3자에게 마쳐진 소유권이전등기나 이에 기초하여 순차로 마쳐진 소유권이전등기 등은 모두 원인무효의 등기로 말소되어야 한다. 이 경우 취소채권자나 민법 제407조에 따라 사해행위 취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자는 채무자의 책임재산으로 취급되는 부동산에 대한 강제집행을 위하여 (직접) 원인무효 등기의 명의인을 상대로 등기의 말소를 청구할 수 있다고 보아야 한다.²⁾ 따라서 사안에서, 채무자 乙은 수익자 丙에게 그 소유의 부동산을 매도하고 그 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었는데, 그 후 위 매매계약이 사해행위라는 이유로 취소되고 그 원상회복으로 丙 명의의 소유권이전등기가 말소되자, 乙은 같은 날 丁에게 위 부동산을 다시 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다면, 위 사해행위 이전에 乙에 대한 채권을 취득한 甲은 위 부동산에 대한 강제집행을 위하여 직접 丁을 상대로 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다.
- ⑤ 사해행위취소의 소에서 채무자가 양도한 목적물에 담보권이 설정되어 있는 경우라면 그 목적물 중에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이라 할 것이고, 그 피담보채권액이 목적물의 가격을 초과하고 있는 때에는 당해 목적물의 양도는 사해행위에 해당한다고 할 수 있는데, 여기서 공동저당권이 설정되어 있는 수 개의 부동산 중 일부가 양도된 경우에 있어서의 그 피담보채권액은 특별한 사정이 없는 한 민법 제368조의 규정 취지에 비추어 공동저당권의 목적으로 된 각 부동산의 가액에 비례하여 공동저당권의 피담보채권액을 안분한 금액이라고 보아야 한다. 그러나 그 수 개의 부동산 중 일부는 채무자의 소유이고 다른 일부는 물상보증인의 소유인 경우에는, 물상보증인이 민법 제481조, 제482조의 규정에 따른 변제자 대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점 등을 고려할 때, 그 물상보증인이 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 없는 한 채무자 소유의 부동산에 관한 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권액 전액으로 봄이 상당하다. 이러한 법리는 하나의 공유부동산 중 일부 지분이 채무자의 소유이고, 다른 일부 지분이 물상보증인의 소유인 경우에도 마찬가지로 적용된다.³⁾ 또한 이러한 법리는 한 개의 공유부동산 중 일부 지분이 채무자의 소유이고 일부는 제3취득자의 소유인 경우에도 마찬가지로 적용된다.⁴⁾ 따라서 사안에서, 부부인 乙과 丙은 부동산을 1/2 지분씩 공유하고 있었는데, A 은행에 위 부동산 전부에 관하여 채무자를 乙, 채권최고액을 1억 3,000만 원으로 하는 근저당권을 설정하여 주었다. 그 후 乙은 채무초과 상태에서 자신의 유일한 재산인 위 부동산 중 1/2 지분을 丙에게 증여하는 계약을 체결하고, 丙 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다. 丙은 위 부동산에 관하여 B 은행에 채권최고액 1억 800만 원으로

1) 대판 2013. 6. 28, 2013다8564.

2) 대판 2017. 3. 9, 2015다217980.

3) 대판(전원합의제) 2013. 7. 18, 2012다5643.

4) 대판 2010. 12. 23, 2008다25671.

하는 근저당권을 설정하여 주고 B 은행으로부터 9,000만 원을 대출받아 이를 이용하여 A은행 명의의 근저당권설정등기를 말소하였다. 이 경우 乙과 丙의 위 증여계약이 사해행위인지 여부를 판단할 때 채무자 乙 소유의 부동산 지분이 부담하는 피담보채권액은 원칙적으로 피담보채권액 전액으로 보아야 한다.

☞ ⑤

25. 채권양도에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르면 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 채권양도금지의 특약에 위반해서 채권을 제3자에게 양도한 경우에 악의 또는 중과실의 채권양수인에 대하여는 채권 이전의 효과가 생기지 아니하나, 채무자가 그 양도에 대하여 사후승낙을 한 때에는 무효인 채권양도행위가 추인되어 유효하게 되며, 이 경우 채권양도의 효과는 다른 특별한 사정이 없는 한 채권양도시로 소급하여 발생한다.
- ② 채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실한다.
- ③ 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 특별한 사정이 없는 한, 그 권리의 성질상 양도가 제한되고 그 양도에 채무자의 승낙이나 동의를 요한다고 할 것이므로, 통상의 채권양도와 달리 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다.
- ④ 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 채권자와 채무자 사이에 계약관계나 신뢰관계가 없고, 채권자가 채무자에게 반대급부로 부담하여야 하는 의무도 없으므로, 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권의 양도의 경우에는 매매로 인한 소유권이전등기청구권에 관한 양도 제한의 법리가 적용되지 않는다.
- ⑤ 채권양도 당시 양도 목적 채권의 채권액이 확정되어 있지 아니하였다 하더라도, 채무의 이행까지 이를 확정할 수 있는 기준이 설정되어 있다면 그 채권의 양도는 유효한 것으로 보아야 한다.

- 해설** ① 당사자의 양도금지의 의사표시으로써 채권은 양도성을 상실하며, **양도금지의 특약에 위반해서 채권을 제3자에게 양도한 경우에 악의 또는 중과실의 채권양수인에 대하여는 채권 이전의 효과가 생기지 아니하나, 악의 또는 중과실로 채권양수를 받은 후 채무자가 그 양도에 대하여 승낙을 한 때에는 채무자의 사후승낙에 의하여 무효인 채권양도행위가 추인되어 유효하게 되며, 이 경우 다른 약정이 없는 한 소급효가 인정되지 않고 양도의 효과는 승낙시부터 발생한다.** 이른바 집합채권의 양도가 양도금지특약을 위반하여 무효인 경우 채무자는 일부 개별채권을 특정하여 추인하는 것이 가능하다.¹⁾
- ② **채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고, 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실한다.**²⁾
- ③ ④ 부동산매매계약에서 매도인과 매수인은 서로 동시이행관계에 있는 일정한 의무를 부담하므로 이행과정에 신뢰관계가 따른다. 특히 매도인으로서의 매매대금 지급을 위한 매수인의 자력, 신용 등 매수인이 누구인지에 따라 계약유지 여부를 달리 생각할 여지가 있다. 이러한 이유로 **매매로 인한 소유권이전등기청구권의 양도는 특별한 사정이 없는 이상 양도가 제한되고 양도에 채무자의 승낙이나 동의를 요한다고 할 것이므로 통상의 채권양도와 달리 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지**

1) 대판 2009. 10. 29, 2009다47685.

2) 대판 2010. 2. 25, 2009다85717.

않으며 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다. 그러나 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 채권자와 채무자 사이에 아무런 계약관계나 신뢰관계가 없고, 그에 따라 채권자가 채무자에게 반대급부로 부담하여야 하는 의무도 없다. 따라서 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권의 양도의 경우에는 매매로 인한 소유권이전등기청구권에 관한 양도제한의 법리가 적용되지 않는다.¹⁾

- ⑤ 채권양도에 있어 사회통념상 양도 목적 채권을 다른 채권과 구별하여 그 동일성을 인식할 수 있을 정도이면 그 채권은 특정된 것으로 보아야 할 것이고, 채권양도 당시 양도 목적 채권의 채권액이 확정되어 있지 아니하였다 하더라도 채무의 이행까지 이를 확정할 수 있는 기준이 설정되어 있다면 그 채권의 양도는 유효한 것으로 보아야 한다(장래 매매계약의 해제시 발생할 원상회복 채권을 채권양도 당시 특정할 수 있거나 가까운 장래에 발생할 가능성을 상당 정도 기대할 수 있었다고 본 사안).²⁾

❧ ①

26. 보증채무와 관련된 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원의 의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 보증인의 채권자에 대한 출연행위 당시에는 주채무가 유효하게 존속하고 있었으나 그 후 주계약이 해제된 경우, 보증인은 변제를 수령한 채권자를 상대로 이미 이행한 급부를 부당이득으로 반환청구할 수 있다.
- ② 보증인은 주채무자의 채권자에 대한 채권으로 상계할 수 있으며 채권자가 주채무자에 대하여 상계적상에 있는 자동채권을 상계하지 않는 경우에는 이를 이유로 보증채무의 이행을 거부할 수 있다.
- ③ 보증인이 주채무자의 기망행위에 의하여 주채무가 있는 것으로 믿고 주채무자와 보증계약을 체결한 후 그에 따라 보증채무자로서 그 채무까지 이행한 경우, 그 보증인은 주채무자의 채권자에 대한 채무부담행위라는 허위표시에 기초하여 구상권 취득에 관한 법률상 이해관계를 가지게 되었으므로 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당한다.
- ④ 손해담보계약상 담보의무자의 책임은 손해배상책임이 아니라 이행의 책임이므로, 민법 제396조의 과실상계 규정이 준용될 수 없고, 과실상계의 법리를 유추적용하여 그 담보책임을 감경할 수도 없다.
- ⑤ 보증기간과 보증한도액의 정함이 없는 계속적 보증계약의 경우, 보증인이 사망하면 상속인은 보증인의 지위를 상속하지 않고 이미 발생한 보증채무만을 상속한다.

해설 ① 보증채무는 주채무와 동일한 내용의 급부를 목적으로 함이 원칙이지만 주채무와는 별개 독립의 채무이고, 한편 보증채무자가 주채무를 소멸시키는 행위는 주채무의 존재를 전제로 하므로, 보증인의 출연행위 당시에는 주채무가 유효하게 존속하고 있었다 하더라도 그 후 주계약이 해제되어 소급적으로 소멸하는 경우에는 보증인은 변제를 수령한 채권자를 상대로 이미 이행한 급부를 부당이득으로 반환청구할 수 있다.³⁾

- ② 상계는 단독행위로서 상계를 하는 여부는 채권자의 의사에 따르는 것이고 상계적상에 있는 자동채권이 있다 하여 반드시 상계를 하여야 할 것은 아니므로, 채권자가 주채무자에 대하여 상계적상에 있는 자동채권을 상계처리하지 아니하였다 하여 이를 이유로 보증채무자가 신용보증한 채무의 이행을 거부할 수 없으며,

1) 대판 2018. 7. 12. 2015다36167.

2) 대판 1997. 7. 25. 95다21624.

3) 대판 2004. 12. 24. 2004다20265.

나아가 보증채무자의 책임이 면책되는 것도 아니다.¹⁾

- ③ **보증인이 주채무자의 기망행위에 의하여 주채무가 있는 것으로 믿고 주채무자와 보증계약을 체결한 다음 그에 따라 보증채무자로서 그 채무까지 이행한 경우, 그 보증인은 주채무자의 채권자에 대한 채무 부담행위라는 허위표시에 기초하여 구상권 취득에 관한 법률상 이해관계를 가지게 되었다고 보아야 하므로 민법 제108조 제2항 소정의 '제3자'에 해당한다(그러나 보증채무부담행위 그 자체만으로는 제108조 2항의 제3자에 해당하지 않는다).**²⁾
- ④ **손해담보계약상 담보의무자의 책임은 손해배상책임이 아니라 이행의 책임이고, 따라서 담보계약상 담보권리자의 담보의무자에 대한 청구권의 성질은 손해배상청구권이 아니라 이행청구권이므로, 민법 제396조의 과실상계 규정이 준용될 수 없음은 물론 과실상계의 법리를 유추적용하여 그 담보책임을 감경할 수도 없는 것이 원칙이지만, 다만 담보권리자의 고의 또는 과실로 손해가 야기되는 등의 구체적인 사정에 비추어 담보권리자의 권리 행사가 신의칙 또는 형평의 원칙에 반하는 경우에는 그 권리 행사의 전부 또는 일부가 제한될 수는 있다.**³⁾
- ⑤ **보증한도액이 정해진 계속적 보증계약의 경우 보증인이 사망하였다 하더라도 보증계약이 당연히 종료되는 것은 아니고 특별한 사정이 없는 한 상속인들이 보증인의 지위를 승계한다고 보아야 한다. 그러나 보증기간과 보증한도액의 정함이 없는 계속적 보증계약의 경우에는 보증인이 사망하면 보증인의 지위가 상속인에게 상속된다고 할 수 없고, 다만 기왕에 발생된 보증채무만이 상속된다.**⁴⁾

②

27. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 비용, 이자, 원본에 대한 변제충당의 순서는 민법 제479조에 법정되어 있으므로 당사자 사이에 그와 다른 특별한 합의가 있었다는 등의 특단의 사정이 없는 한 위의 법정순서에 의하여 변제충당이 이루어져야 한다.
- ② 수인이 시기를 달리하여 채권의 일부씩을 대위변제하고 근저당권 일부이전의 부기등기를 각 경료한 경우 그들은 각 일부대위자로서 그 변제한 가액에 비례하여 근저당권을 준공유하고 있다고 보아야 하고, 그 근저당권을 실행하여 배당함에 있어서는 다른 특별한 사정이 없는 한 각 변제채권액에 비례하여 안분배당하여야 한다.
- ③ 변제자가 주채무자인 경우 보증인이 있는 채무와 보증인이 없는 채무 사이에 전자가 후자에 비하여 변제이익이 더 많다고 볼 근거는 전혀 없으므로 양자는 변제이익의 점에서 차이가 없다고 보아야 한다. 마찬가지로 변제자가 채무자인 경우 물상보증인이 제공한 물적 담보가 있는 채무와 그러한 담보가 없는 채무 사이에도 변제이익의 점에서 차이가 없다.
- ④ 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못하는데, 부동산의 매수인은 그 권리실현에 장애가 되는 그 부동산에 대한 담보권 등의 권리를 소멸시키기 위하여 매도인의 채무를 대신 변제할 법률상 이해관계 있는 제3자라고 볼 것이다.
- ⑤ 본래의 청구권에 선이행청구 또는 동시이행의 항변권이 붙은 경우 채권자는 자기의 상대의무이행을 하지 아니하면 공탁물을 수령하지 못하고, 반대로 채권자가 어떤 반대급부 기타의 조건이

1) 대판 1987. 5. 12, 86다카1340; 대판 2018. 9. 13, 2015다209347.

2) 대판 2000. 7. 6, 99다51258.

3) 대판 2002. 5. 24, 2000다72572.

4) 대판 2001. 6. 12, 2000다47187.

행을 필요로 하지 않고 곧바로 수령할 수 있는 권리를 갖는 경우에 채무자가 채권자의 어떤 행위의 이행을 조건으로 공탁하였다면 이러한 조건만 무효로 될 뿐이어서 결과적으로 공탁 자체는 유효하게 된다.

- 해설** ① **비용, 이자, 원본에 대한 변제충당에** 있어서는 민법 제479조에 그 충당 순서가 법정되어 있고 지정 변제충당에 관한 민법 제476조는 준용되지 않으므로 원칙적으로 **비용, 이자, 원본의 순서로 충당하여야** 하고, 채무자는 물론 채권자라 할지라도 위 법정 순서와 다르게 일방적으로 충당의 순서를 지정할 수는 없다(채무자 또는 채권자가 충당의 순서를 명시적으로 지정한 경우에도 마찬가지이다). 그러나 **당사자 사이에 특별한 합의가 있는 경우**이거나 **당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보이는 경우에는** 그 법정충당의 순서와는 달리 충당의 순서를 인정할 수 있다(즉, 비용, 이자, 원본의 충당 순서에 따르지 아니할 수 있다).¹⁾
- ② **변제할 정당한 이익이 있는 사람이 채무자를 위하여 근저당권 피담보채무의 일부를 대위변제한 경우에는** 대위변제자는 근저당권 일부 이전의 부기등기 경료 여부에 관계없이 변제한 가액 범위 내에서 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 법률상 당연히 취득한다. 한편 **수인이 시기를 달리하여 채권의 일부씩을 대위변제한 경우** 그들은 각 일부 대위변제자로서 변제한 가액에 비례하여 근저당권을 준공유한다고 보아야 하나, 그 경우에도 채권자는 특별한 사정이 없는 한 채권의 일부씩을 대위변제한 일부 대위변제자들에 대하여 우선변제권을 가지고, 채권자의 우선변제권은 채권최고액을 한도로 자기가 보유하고 있는 잔존 채권액 전액에 미치므로, 결국 **근저당권을 실행하여 배당할 때에는** 채권자가 자신의 잔존 채권액을 일부 대위변제자들보다 우선하여 배당받고, 일부 대위변제자들은 채권자가 우선 배당받고 남은 한도액을 각 대위변제액에 비례하여 안분 배당받는 것이 원칙이다.²⁾
- ③ **변제자가 주채무자인 경우** 보증인이 있는 채무와 보증인이 없는 채무 사이에 전자가 후자에 비하여 변제이익이 더 많다고 볼 근거는 전혀 없으므로 양자는 변제이익의 점에서 차이가 없다고 보아야 한다. 마찬가지로 **변제자가 채무자인 경우** 물상보증인이 제공한 물적 담보가 있는 채무와 그러한 담보가 없는 채무 사이에도 변제이익의 점에서 차이가 없다.³⁾
- ④ 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못하는데, **부동산의 매수인은** 그 권리실행에 장애가 되는 **그 부동산에 대한 담보권 등의 권리를 소멸시키기 위하여** 매도인의 채무를 대신 변제할 법률상 이해관계 있는 제3자에 해당한다.⁴⁾
- ⑤ 변제공탁이 채무소멸원인이 되는 까닭은 공탁을 하므로 채권자가 공탁물 인도청구권을 얻게 되기 때문이다. 그런데 이 청구권은 본래의 급부청구권에 갈음하는 것이므로 전자의 성질과 범위는 후자의 것과 동일하여야 한다. 따라서 **본래의 청구권에 선이행 또는 동시이행의 항변권이 붙은 경우와 같이 채무자가 채권자의 급부에 대하여 변제를 하여야 할 경우라면** 채권자는 자기의 상대의무 이행을 하지 아니하면 공탁물을 수령하지 못하며, 그와 반대로 채권자가 어떤 반대급부 기타의 조건이행을 필요로 하지 않고 곧바로 수령할 수 있는 권리를 갖는 경우에 채무자가 채권자의 어떤 행위의 이행을 조건으로 공탁하였다면 **그 공탁은 채권자의 승락이 없는 한 무효라고 할 것이다**(원심이 원고는 피고의 수령거절을 이유로 공탁함에 있어서, 경매신청취하와 근저당권설정등기의 말소의 선이행을 요구하는 반대급부로 하였으니 다른 특단의 사유가 없는 한 무효의 공탁이라고 판단하였음은 채권자인 피고에게 어떤 조건의 이행을 진바 없는데 공탁금 인도청구권에 선이행의 조건을 붙였으니 그 공탁이 무효라는 취지로 이해되니 정당하고 변제공탁에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다).⁵⁾

1) 대판 2009. 6. 11, 2009다12399; 대판 2002. 5. 10, 2002다12871.

2) 대판 2011. 6. 10, 2011다9013.

3) 대판 2014. 4. 30, 2013다8250.

4) 대판 1995. 3. 24, 94다44620.

5) 대판 1970. 9. 22, 70다1061.

⑤

28. 상계에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 유치권이 인정되는 아파트를 경매로 취득한 자가 유치권자에 대한 임료 상당의 부당이득금반환채권을 자동채권으로 하고, 유치권자의 종전 소유자에 대한 유익비상환채권을 수동채권으로 하여 상계하는 것은 허용되지 않는다.
- ② 부당이득의 원인이 고의의 불법행위에 기인함으로써 불법행위로 인한 손해배상채권과 부당이득 반환채권이 모두 성립하여 양 채권이 경합하는 경우 피해자가 부당이득반환채권만을 청구하고 불법행위로 인한 손해배상채권을 청구하지 아니하였다면, 가해자는 피해자에 대한 채권으로 상계할 수 있다.
- ③ 공법상의 확정된 벌금채권도 자동채권으로 될 수 있다.
- ④ 부진정연대채무자 중 1인이 자신의 채권자에 대한 반대채권으로 상계를 한 경우, 그 상계로 인한 채무소멸의 효력은 소멸한 채무 전액에 관하여 다른 부진정연대채무자에 대하여도 미친다.
- ⑤ 공동명의 예금채권자 중 1인에 대한 별개의 대출금채권을 가지는 은행은 그 대출금채권을 자동채권으로 하고, 위 공동명의 예금채권자 중 1인의 지분에 상응하는 예금반환채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있다.

해설 ① 상계는 당사자 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 서로 같은 종류의 급부를 현실로 이행하는 대신 어느 일방 당사자의 의사표시로 그 대등액에 관하여 채권과 채무를 동시에 소멸시키는 것이고, 이러한 상계제도의 취지는 서로 대립하는 두 당사자 사이의 채권·채무를 간소한 방법으로 원활하고 공평하게 처리하려는 데 있으므로, 수동채권으로 될 수 있는 채권은 상대방이 상계자에 대하여 가지는 채권이어서 하고, 상대방이 제3자에 대하여 가지는 채권과는 상계할 수 없다고 보아야 한다(유치권이 인정되는 아파트를 경락·취득한 자가 그 아파트 일부를 점유·사용하고 있는 유치권자에 대한 임료 상당의 부당이득금 반환채권을 자동채권으로 하고 유치권자의 종전 소유자에 대한 유익비상환채권을 수동채권으로 하여 상계의 의사표시를 한 사안에서, 대법원은 상대방이 제3자에 대하여 가지는 채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 없음에도, 그러한 상계가 허용됨을 전제로 위 상계의 의사표시로 부당이득금 반환채권과 유익비상환채권이 대등액의 범위 내에서 소멸하였다고 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 하였다).¹⁾

② 민법 제496조의 취지는, 고의의 불법행위에 의한 손해배상채권에 대하여 상계를 허용한다면 고의로 불법행위를 한 자까지도 상계권 행사로 현실적으로 손해배상을 지급할 필요가 없게 되어 보복적 불법행위를 유발하게 될 우려가 있고, 또 고의의 불법행위로 인한 피해자가 가해자의 상계권 행사로 인하여 현실의 변제를 받을 수 없는 결과가 됨은 사회적 정의관념에 맞지 아니하므로 고의에 의한 불법행위의 발생을 방지함과 아울러 고의의 불법행위로 인한 피해자에게 현실의 변제를 받게 하려는 데 있다 할 것인바, 법이 보장하는 상계권은 이처럼 그의 채무가 고의의 불법행위에 기인하는 채무자에게는 적용이 없는 것이고, 나아가 부당이득의 원인이 고의의 불법행위에 기인함으로써 불법행위로 인한 손해배상채권과 부당이득반환채권이 모두 성립하여 양채권이 경합하는 경우, 피해자가 부당이득반환채권만을 청구하고 불법행위로 인한 손해배상채권을 청구하지 아니한 때에도, 그 청구의 실질적 이유, 즉 부당이득의 원인이 고의의 불법행위였다는 점은 불법행위로 인한 손해배상채권을 청구하는 경우와 다를 바 없다 할 것이어서, 고의의 불법행위에 의한 손해배상채권은 현실적으로 만족을 받아야 한다는 상계금지의 취지는 이러한 경우에도 타당하므로 제496조를 유추 적용함이 상당하다.²⁾

1) 대판 2011. 4. 28. 2010다101394.

- ③ 상계는 쌍방이 서로 상대방에 대하여 같은 종류의 급부를 목적으로 하는 채권을 가지고 자동채권의 변제기가 도래하였을 것을 그 요건으로 하는 것인데, 형벌의 일종인 벌금도 일정 금액으로 표시된 추상적 경제가치를 급부목적으로 하는 채권인 점에서는 다른 금전채권들과 본질적으로 다를 것이 없고, 다만 발생의 법적 근거가 공법관계라는 점에서만 차이가 있을 뿐이나 채권 발생의 법적 근거가 무엇인지는 급부의 동종성을 결정하는 데 영향이 없으며, 벌금형이 확정된 이상 벌금채권의 변제기는 도래한 것이므로 달리 이를 금하는 특별한 법률상 근거가 없는 이상 벌금채권은 적어도 상계의 자동채권이 되지 못할 아무런 이유가 없다.¹⁾
- ④ 부진정연대채무자 중 1인이 자신의 채권자에 대한 반대채권으로 상계를 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 미친다고 보아야 한다. 이는 부진정연대채무자 중 1인이 채권자와 상계계약을 체결한 경우에도 마찬가지이다. 나아가 이러한 법리는 채권자가 상계 내지 상계계약이 이루어질 당시 다른 부진정연대채무자의 존재를 알았는지 여부에 의하여 좌우되지 아니한다.²⁾
- ⑤ 공동명의 예금채권자 중 1인에 대한 별개의 대출금채권을 가지는 은행으로서는 그 대출금채권을 자동채권으로 하여 그의 지분에 상응하는 예금반환채권에 대하여 상계할 수 있다 할 것이고, 다만 공동명의 예금채권자 중 1인이 다른 공동명의 예금채권자의 지분을 양수하였음을 이유로 그 지분에 대한 은행의 상계주장에 대항하기 위해서는 공동명의 예금채권자들과 은행 사이에 예금반환채권의 귀속에 관한 별도의 합의가 있거나 채권양도의 대항요건을 갖추어야 한다.³⁾

☞ ②

29. 제3자를 위한 계약에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르면 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 요약자와 낙약자 사이의 매매계약이 무효인 경우, 매수인인 낙약자는 수익자에게 지급한 매매대금을 부당이득이라는 이유로 수익자를 상대로 그 반환을 청구할 수 있다.
- ② 요약자와 수익자 사이의 법률관계가 무효임을 이유로 요약자는 낙약자에게 부담하는 채무의 이행을 거부할 수 있다.
- ③ 채무자와 인수인의 계약으로 체결되는 병존적 채무인수는 채권자로 하여금 인수인에 대하여 새로운 권리를 취득하게 하는 것으로, 그 성격은 제3자를 위한 계약이 아니라 이행인수로 보아야 한다.
- ④ 수익자가 수익의 의사표시를 한 이후에 요약자가 낙약자의 채무불이행을 이유로 계약을 해제한 경우, 수익의 의사표시를 한 수익자는 낙약자에게 자기가 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다.
- ⑤ 제3자를 위한 계약이 성립하기 위하여는 그 계약의 당사자가 아닌 제3자로 하여금 직접 권리를 취득하게 하는 조항이 있어야 하므로, 계약의 당사자가 제3자에 대하여 가진 채권에 관하여 그 채무를 면제하는 계약은 제3자를 위한 계약으로 유효하다고 볼 수 없다.

해설 ① 제3자를 위한 계약관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이루는 계약이 무효이거나

2) 대판 2002. 1. 25, 2001다52506.

1) 대판 2004. 4. 27, 2003다37891.

2) 대판(전원합의체) 2010. 9. 16, 2008다97218.

3) 대판 2004. 10. 14, 2002다55908.

해제된 경우 그 계약관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다.¹⁾

② 제3자를 위한 계약의 체결 원인이 된 요약자와 제3자(수익자) 사이의 법률관계(이른바 대가관계)의 효력은 제3자를 위한 계약 자체는 물론 그에 기한 요약자와 낙약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)의 성립이나 효력에 영향을 미치지 아니하므로 낙약자는 요약자와 수익자 사이의 법률관계에 기한 항변으로 수익자에게 대항하지 못하고, 요약자도 대가관계의 부존재나 효력의 상실을 이유로 자신이 기본관계에 기하여 낙약자에게 부담하는 채무의 이행을 거부할 수 없다.²⁾

③ 채무자와 인수인의 계약으로 체결되는 ‘병존적 채무인수’는 채권자로 하여금 인수인에 대하여 새로운 권리를 취득하게 하는 것으로 제3자를 위한 계약의 하나로 볼 수 있고, 이와 비교하여 ‘이행인수’는 채무자와 인수인 사이의 계약으로 인수인이 변제 등에 의하여 채무를 소멸케 하여 채무자의 책임을 면하게 할 것을 약정하는 것으로 인수인이 채무자에 대한 관계에서 채무자를 면책케 하는 채무를 부담하게 될 뿐 채권자로 하여금 직접 인수인에 대한 채권을 취득케 하는 것이 아니므로 제3자를 위한 계약이 아니다. 결국 제3자를 위한 계약과 이행인수의 판별 기준은 계약 당사자에게 제3자 또는 채권자가 계약 당사자 일방 또는 인수인에 대하여 직접 채권을 취득케 할 의사가 있는지 여부에 달려 있다 할 것이고, 구체적으로는 계약 체결의 동기, 경위 및 목적, 계약에 있어서의 당사자의 지위, 당사자 사이 및 당사자와 제3자 사이의 이해관계, 거래 관행 등을 종합적으로 고려하여 그 의사를 해석하여야 한다(부동산을 매매하면서 매도인과 매수인 사이에 중도금 및 잔금은 매도인의 채권자에게 직접 지급하기로 약정한 경우, 그 약정은 매도인의 채권자로 하여금 매수인에 대하여 그 중도금 및 잔금에 대한 직접청구권을 행사할 권리를 취득케 하는 제3자를 위한 계약에 해당하고 동시에 매수인이 매도인의 그 제3자에 대한 채무를 인수하는 병존적 채무인수에도 해당한다).³⁾

④ 제3자를 위한 계약에 있어서 수익의 의사표시를 한 수익자는 낙약자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 요약자가 계약을 해제한 경우에는 낙약자에게 자기가 입은 손해의 배상을 청구할 수 있는 것이므로, 수익자가 완성된 목적물의 하자로 인하여 손해를 입었다면 수급인(낙약자)은 그 손해를 배상할 의무가 있다.⁴⁾

⑤ 채무자(A)가 채권자(B)에게 부담하게 될 채무에 대해 C(보증인)가 이를 보증하기로 B와 보증계약을 체결하면서, A의 C에 대한 사전구상채무(C가 A에 대해 가질 사전구상권)를 면제하기로 약정한 경우, 判例는, “계약의 당사자가 제3자에 대하여 가진 채권에 관하여 그 채무를 면제하는 계약도 제3자를 위한 계약에 준하는 것으로서 유효하다.”고 하면서, A가 수익의 의사표시를 함으로써 A의 사전구상채무는 채무면제의 효력이 생긴다고 하였다.⁵⁾

④

30. 매도인의 담보책임에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따라 고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

① 매매계약당시 그 토지의 소유권이 매도인에 속하지 아니함을 알고 있던 매수인은 매도인에 대하여 그 이행불능을 원인으로 손해배상을 청구할 수 없고, 다만 그 이행불능이 매도인의 귀책사유로 인하여 이루어진 것인 때에 한하여 그 손해배상을 청구할 수 있다.

1) 대판 2005. 7. 22, 2005다7566; 대판 2010. 8. 19, 2010다31860.

2) 대판 2003. 12. 11, 2003다49771.

3) 대판 1997. 10. 24, 97다28698.

4) 대판 1994. 8. 12, 92다41559.

5) 대판 2004. 9. 3, 2002다37405.

- ② 타인의 권리매매에 있어 매도인의 목적물을 매수인에게 이전할 수 없게 된 것이 오직 매수인의 귀책사유에 기인한 경우에는 매도인은 하자담보책임을 지지 않는다.
- ③ 목적물이 일정한 면적을 가지고 있다는 데 주안을 두고 대금도 면적을 기준으로 하여 정하여지는 '아파트 분양계약'은 수량을 지정한 매매이며, 공유대지면적을 지정한 아파트 분양계약에서 공유대지면적을 부족하게 이전해 준 경우에는 민법 제574조에 의한 대금감액청구권이 인정된다.
- ④ 가압류 목적이 된 부동산을 매수한 사람이 그 후 가압류에 기한 강제집행으로 부동산 소유권을 상실하게 된 경우, 매도인의 담보책임에 관한 민법 제570조가 준용되어 악의의 매수인은 매매계약을 해제할 수 있으나, 담보책임으로서 손해배상을 구할 수는 없다.
- ⑤ 매수인이 강제경매절차를 통하여 대금을 납부하고 부동산을 매수하였으나 위 강제집행권원이 된 약속어음공정증서가 위조된 것이어서 무효라는 이유로 결국 경매부동산에 대한 소유권을 취득하지 못하게 된 경우라도, 매수인은 경매대금을 배당받은 경매채권자에게 민법 제578조 제2항에 의한 경매에서의 담보책임을 물을 수는 없다.

- 해설** ① 判例는, 매도인의 과실로 이전불능이 초래된 경우에는 본조에 의한 담보책임 이외에 채무불이행책임이 발생한다고 한다. 따라서 매수인이 악의인 경우에도, 담보책임에 따른 손해배상을 청구할 수는 없지만, 채무불이행 일반의 원칙에 따라 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다고 한다. 즉, 구체적인 사안이 양자의 요건을 모두 갖춘 때에는 양 책임이 각각 인정된다는 것이다. 즉, “타인의 권리를 매매의 목적으로 한 경우에 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 할 매도인의 의무가 매도인의 귀책사유로 인하여 이행불능이 되었다면, (악의의) 매수인이 매도인의 담보책임에 관한 제570조 단서의 규정에 의해 손해배상을 청구할 수 없다 하더라도, 채무불이행 일반의 규정(제546조, 제390조)에 좇아서 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다.”고 한다.¹⁾
- ② 타인의 권리매매에서 목적물을 매수인에게 이전할 수 없게 된 것이 오직 매수인의 귀책사유에 기인한 경우에는 매도인은 민법 제570조의 담보책임을 지지 않는다.²⁾
- ③ 목적물이 일정한 면적(수량)을 가지고 있다는 데 주안을 두고 대금도 면적을 기준으로 하여 정해지는 '아파트분양계약'은 이른바 수량을 지정한 매매라고 할 것이다(아파트 분양시 공유대지면적을 지정한 아파트 분양계약을 수량지정매매로 보아 공유대지면적을 부족하게 이전해 준 경우 민법 제574조에 의한 대금감액청구권을 인정한 사안).³⁾
- ④ 가압류의 목적이 된 부동산을 매수한 사람이 그 후 가압류에 기한 강제집행으로 부동산 소유권을 상실하게 되었다면 이는 매매의 목적 부동산에 설정된 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 매수인이 취득한 소유권을 상실한 경우와 유사하므로, 민법 제576조의 규정이 준용된다. 따라서 매수인은 매매계약을 해제할 수 있고(제576조 1항), 손해배상을 청구할 수 있다(제576조 3항).⁴⁾
- ⑤ 경락인이 강제경매절차를 통하여 부동산을 경락받아 대금을 납부하고 그 앞으로 소유권이전등기까지 마쳤으나, 그 후 위 강제집행의 채무명이가 된 약속어음공정증서가 위조된 것이어서 무효라는 이유로 그 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결이 확정됨으로써 경매 부동산에 대한 소유권을 취득하지 못하게 된 경우 경락인은 경매 채권자에게 경매대금 중 그가 배당받은 금액에 대하여 일반 부당이득의 법리에 따라 반환을 청구할 수 있을 뿐, 민법 제578조 제2항에 의한 담보책임을 물을 수는 없다.⁵⁾

1) 대판 1993. 11. 23, 93다37328.

2) 대판 1979. 6. 26, 79다564.

3) 대판 2002. 11. 8, 99다58136.

4) 대판 2011. 5. 13, 2011다1941.

5) 대판 1991. 10. 11, 91다21640.

④

31. 주택임대차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 甲은 임의경매절차에서 최고가매수신고인의 지위에 있던 乙과 주택임대차계약을 체결한 후 주택을 인도받아 전입신고를 마치고 임대차계약서에 확정일자를 받았는데, 다음 날 乙은 매각대금을 완납하고 丙 주식회사에 근저당권설정등기를 마쳐주었다. 이 경우 甲은 주택임대차보호법 제3조의2 제2항에서 정한 우선변제권을 취득하였다고 볼 수 없다.
- ② 아파트 수분양자가 분양자로부터 열쇠를 교부받아 임차인을 입주케 하고 임차인이 주택임대차보호법상의 대항력을 갖춘 경우, 다른 사정으로 분양계약이 해제되어 임대인인 수분양자가 주택의 소유권을 취득하지 못하였다고 하더라도 임차인은 아파트 소유자인 분양자에 대하여 임차권으로 대항할 수 있다.
- ③ 甲이 丙 회사 소유 임대아파트의 임차인 乙로부터 아파트를 임차하여 전입신고를 마치고 거주하던 중, 乙이 丙 회사로부터 위 아파트를 분양받아 자기 명의로 소유권이전등기를 경료하고 근저당권을 설정하였는데, 그 후 위 근저당권이 실행되어 그 경매절차에서 丁이 위 아파트를 매수하여 그 매각대금을 완납하였다. 이 경우 甲은 乙 명의의 소유권이전등기가 경료되는 즉시 임차권의 대항력을 취득하였으므로, 위 임차권으로써 丁에게 대항할 수 있다.
- ④ 주택임대차보호법상 대항력을 갖춘 임차인의 임대차보증금반환채권이 가압류된 상태에서 임대주택이 양도되면 양수인은 채권가압류의 제3채무자의 지위도 승계하고, 가압류권자 또한 임대주택의 양도인이 아니라 양수인에 대하여만 위 가압류의 효력을 주장할 수 있다.
- ⑤ 甲은 미등기 다세대주택의 소액임차인으로서 대항요건과 확정일자를 갖추었는데, 그 후 위 미등기 다세대주택의 대지에 대하여 그 명의로 근저당권설정등기를 마친 乙이 위 근저당권을 실행하여 임의경매절차가 진행되었다. 이 경우 甲은 위 대지의 환가대금에 대하여 저당권자에 우선하여 변제받을 수 없다.

해설 ① 주택임대차보호법이 적용되는 임대차가 임차인과 주택의 소유자인 임대인 사이에 임대차계약이 체결된 경우로 한정되는 것은 아니나, 적어도 그 주택에 관하여 적법하게 임대차계약을 체결할 수 있는 권한을 가진 임대인이 임대차계약을 체결할 것이 요구된다. 따라서 甲이 임의경매절차에서 최고가매수신고인의 지위에 있던 乙과 주택임대차계약을 체결한 후 주택을 인도받아 전입신고를 마치고 임대차계약서에 확정일자를 받았는데, 다음날 乙이 매각대금을 완납하고 丙 주식회사에 근저당권설정등기를 마쳐준 사안에서, 대법원은 乙이 최고가매수신고인이라는 것 외에는 임대차계약 당시 적법한 임대권한이 있었음을 인정할 자료가 없는데도, 甲이 아직 매각대금을 납부하지도 아니한 최고가매수신고인에 불과한 乙로부터 주택을 인도받아 전입신고 및 확정일자를 갖추었다는 것만으로 주택임대차보호법 제3조의2 제2항에서 정한 우선변제권을 취득하였다고 본 원심판결에 법리오해 등의 위법이 있다고 하였다.¹⁾

- ② 매매계약의 이행으로 매매목적물을 인도받은 매수인은 그 물건을 사용·수익할 수 있는 지위에서 그 물건을 타인에게 적법하게 임대할 수 있으며, 이러한 지위에 있는 매수인으로부터 매매계약이 해제되기 전에 매매목적물인 주택을 임차하여 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항요건을 갖춘 임차인은 민법 제548조 제1항 단서에 따라 계약해제로 인하여 권리를 침해받지 않는 제3자에

1) 대판 2014. 2. 27, 2012다93794.

해당하므로 임대인의 임대권원의 바탕이 되는 계약의 해제에도 불구하고 자신의 임차권을 새로운 소유자에게 대항할 수 있다(아파트 수분양자가 분양자로부터 열쇠를 교부받아 임차인을 입주케 하고 임차인이 주택임대차보호법상 대항력을 갖춘 후, 수분양자가 분양계약상 아파트 입주를 위하여 요구되는 의무를 다하지 못하여 분양계약이 해제되어 수분양자가 주택의 소유권을 취득하지 못한 사안에서, 대법원은 임차인은 아파트 소유자인 분양자에 대하여 임차권으로 대항할 수 있다고 하였다).¹⁾

- ③ 甲이 丙 회사 소유 임대아파트의 임차인 乙로부터 아파트를 임차하여 전입신고를 마치고 거주하던 중, 乙이 丙 회사로부터 위 아파트를 분양받아 자기 명의로 소유권이전등기를 경료한 후 근저당권을 설정한 사안에서, 判例는, “비록 임대인인 乙이 甲과 임대차계약을 체결한 이후에, 그리고 甲이 전입신고를 한 이후에 이 사건 아파트에 대한 소유권을 취득하였다고 하더라도, 주민등록상 전입신고를 한 날로부터 소유자 아닌 甲이 거주하고 있는 것으로 나타나 있어 제3자들이 보기에 甲의 주민등록이 소유권 아닌 임차권을 매개로 하는 점유라는 것을 인식할 수 있었으므로, 위 주민등록은 甲이 전입신고를 마친 날로부터 임대차를 공시하는 기능을 수행하고 있었다고 할 것이다. 따라서 甲은 乙 명의의 소유권이전등기가 경료되는 ‘즉시’ 임차권의 대항력을 취득한다.”고 하였다.²⁾

- ④ 주택임대차보호법 제3조 제4항은 같은 조 제1항이 정한 대항요건을 갖춘 임대차의 목적이 된 임대주택(이하 ‘임대주택’은 주택임대차보호법의 적용대상인 임대주택을 가리킨다)의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다(규정하고 있는바, 이는 법률상의 당연승계 규정으로 보아야 하므로, 임대주택이 양도된 경우에 양수인은 주택의 소유권과 결합하여 임대인의 임대차 계약상의 권리·의무 일체를 그대로 승계하며, 그 결과 양수인이 임대차보증금반환채무를 면책적으로 인수하고, 양도인은 임대차관계에서 탈퇴하여 임차인에 대한 임대차보증금 반환채무를 면하게 된다. 따라서 임차인의 임대차보증금반환채권이 가압류된 상태에서 임대주택이 양도되면 양수인이 채권가압류의 제3채무자의 지위도 승계하고, 가압류권자 또한 임대주택의 양도인이 아니라 양수인에 대하여만 위 가압류의 효력을 주장할 수 있다고 보아야 한다).³⁾

- ⑤ 대항요건 및 확정일자를 갖춘 임차인과 소액임차인에게 우선변제권을 인정한 주택임대차보호법 제3조의 2 및 제8조가 미등기 주택을 달리 취급하는 특별한 규정을 두고 있지 아니하므로, 대항요건 및 확정일자를 갖춘 임차인과 소액임차인의 임차주택 대지에 대한 우선변제권에 관한 법리는 임차주택이 미등기인 경우에도 그대로 적용된다. 이와 달리 임차주택의 등기 여부에 따라 그 우선변제권의 인정 여부를 달리 해석하는 것은 합리적 이유나 근거 없이 그 적용대상을 축소하거나 제한하는 것이 되어 부당하고, 민법과 달리 임차권의 등기 없이도 대항력과 우선변제권을 인정하는 같은 법의 취지에 비추어 타당하지 아니하다. 다만, 소액임차인의 우선변제권에 관한 같은 법 제8조 제1항이 그 후문에서 ‘이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에’ 대항요건을 갖추어야 한다고 규정하고 있으나, 이는 소액보증금을 배당받을 목적으로 배당절차에 임박하여 가장 임차인을 급조하는 등의 폐단을 방지하기 위하여 소액임차인의 대항요건의 구비시기를 제한하는 취지이지, 반드시 임차주택과 대지를 함께 경매하여 임차주택 자체에 경매신청의 등기가 되어야 한다거나 임차주택에 경매신청의 등기가 가능한 경우로 제한하는 취지는 아니라 할 것이다. 대지에 대한 경매신청의 등기 전에 위 대항요건을 갖추도록 하면 입법 취지를 충분히 달성할 수 있으므로, 위 규정이 미등기 주택의 경우에 소액임차인의 대지에 관한 우선변제권을 배제하는 규정에 해당한다고 볼 수 없다.⁴⁾ 따라서 사안에서, 甲은 미등기 다세대주택의 소액임차인으로서 대항요건과 확정일자를 갖추었는데, 그 후 위 미등기 다세대주택의 대지에 대하여 그 명의로 근저당권설정등기를 마친 乙이 위 근저당권을 실행하여 임의경매절차가 진행된 경우 甲은 위 대지의 환가대금에 대하여 저당권자에 우선하여 변제받을 수 있다.

⑤

1) 대판 2008. 4. 10, 2007다38908, 38915.

2) 대판 2001. 1. 30, 2000다58026, 58033.

3) 대판(전원합의제) 2013. 1. 17, 2011다49523.

4) 대판(전원합의제) 2007. 6. 21, 2004다26133.

32. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 도급인은 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 건물 기타 토지의 공작물에 대하여는 그러하지 아니하다.
- ② 도급인과 수급인 사이에는 일반적으로 지휘·감독의 관계가 없으므로, 도급인은 수급인이나 그의 피용자의 불법행위에 대하여 사용자로서의 배상책임이 없지만, 노무도급의 경우에는 비록 도급인이라도 사용자로서의 배상책임이 있다.
- ③ 지체상금에 관한 약정은 수급인이 그와 같은 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정이므로, 법원은 제반 사정을 참작하여 약정에 따라 산정된 지체상금액이 일반 사회인이 납득할 수 있는 범위를 넘어 부당하게 과다하다고 인정하는 때에는 이를 적당히 감액할 수 있다.
- ④ 위약금이 위약별로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·입증되어야 하는데, 당사자 사이의 도급계약서에 계약보증금과는 별도로 지체상금에 관한 규정이 마련되어 있는 경우, 계약보증금은 위약별로서의 성격을 갖는다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다.
- ⑤ 건축도급계약에서 미완성부분이 있는 경우 공사가 상당한 정도로 진척되어 그 원상회복이 중대한 사회적, 경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 경우, 수급인의 채무불이행을 이유로 도급인이 그 도급계약을 해제한 때에는 그 미완성 부분에 대해서만 도급계약이 실효된다고 보아야 한다. 따라서 이 경우의 수급인은 해제한 때의 상태 그대로 건물을 도급인에게 인도하고 도급인은 그 건물의 완성도 등을 참작하여 상당한 보수를 지급하여야 한다.

해설 ① 제668조.

- ② 일반적으로 도급인과 수급인 사이에는 지휘·감독의 관계가 없으므로 도급인은 수급인이나 수급인의 피용자의 불법행위에 대하여 사용자로서의 배상책임이 없는 것이지만, 도급인이 수급인에 대하여 특정한 행위를 지휘하거나 특정한 사업을 도급시키는 경우와 같은 이른바 '노무도급'의 경우에는 비록 도급인이라고 하더라도 사용자로서의 배상책임이 있다.¹⁾
- ③ 건물을 신축하기로 하는 도급계약은 그 건물의 준공이라는 일의 완성을 목적으로 하는 계약으로서 그 지체상금에 관한 약정은 수급인이 그와 같은 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정이므로, 수급인이 약정된 기간 내에 그 일을 완성하여 도급인에게 인도하지 않으면 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 지체상금을 지급할 의무가 있고, 약정에 따라 산정한 지체상금액이 부당하게 과다하다고 인정되는 경우에 법원은 민법 제398조 제2항에 의하여 이를 적당히 감액할 수 있다.²⁾
- ④ 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로 위약금이 위약별로 해석되기 위하여는 특별한 사정이 주장·입증되어야 하는바, 도급계약서에 계약보증금 외에 지체상금도 규정되어 있다는 점만을 이유로 하여 계약보증금을 위약별이라고 보기는 어렵다고 할 것이다.³⁾ **[비교판례]** : 당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 하는 약정이 있는 경우에 위약금이 손해배상액의 예정인지 위약별인지는 계약서 등 처분문서의 내용과 계약의 체결 경위 등을 종합하여 구체적 사건에서 개별적으로 판단할 의사해석의 문제이고, 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되지만, 당사자 사이의 위약금 약정이 채무불이행으로 인한 손해의 배상이나 전보를 위한 것이라고 보기 어려운

1) 대판 2005. 11. 10, 2004다37676.

2) 대판 1996. 5. 14, 95다24975.

3) 대판 2005. 11. 10, 2004다40597.

특별한 사정, 특히 하나의 계약에 채무불이행으로 인한 손해의 배상에 관하여 손해배상예정에 관한 조항이 따로 있거나 실손해의 배상을 전제로 하는 조항이 있고 그와 별도로 위약금 조항을 두고 있어서 위약금 조항을 손해배상액의 예정으로 해석하게 되면 이중배상이 이루어지는 등의 사정이 있을 때에는 위약금은 위약별로 보아야 한다.¹⁾

- ⑤ 건축도급계약에 있어서 미완성부분이 있는 경우라도 공사가 상당한 정도로 진척되어 그 원상회복이 중대한 사회적, 경제적 손실을 초래하게 되고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 경우에, 수급인의 채무불이행을 이유로 도급인이 그 도급계약을 해제한 때는 그 미완성부분에 대하여서만 도급계약이 실효된다고 보아야 할 것이고, 따라서 이 경우 수급인은 해제한 때의 상태 그대로 그 건물을 도급인에게 인도하고 도급인은 그 건물의 완성도등을 참작하여 인도받은 건물에 상당한 보수를 지급하여야 할 의무가 있다.²⁾

④

33. 각종 계약에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 기존채무에 대하여 채권가압류가 마쳐진 후 채무자와 제3채무자 사이에 준소비대차 약정이 체결된 경우, 가압류의 처분제한의 효력에 따라 채무자와 제3채무자는 준소비대차의 성립을 가압류채권자에게 주장할 수 없고, 다만 채무자와 제3채무자 사이에서는 준소비대차가 유효하다.
- ② 수인의 채권자가 그 채권을 담보하기 위하여 수인의 채권자 전원을 공동매수인으로 하여 채무자 소유의 부동산에 관하여 매매예약을 체결하고 이에 따라 가등기를 마친 경우, 그 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구하는 소는 반드시 그 수인의 채권자 전원이 제기하여야 한다.
- ③ 화해계약이 사기로 인하여 이루어진 경우에는 화해의 목적인 분쟁에 관한 사항에 착오가 있더라도 민법 제110조에 따라 이를 취소할 수 있다.
- ④ 위임계약의 수임인이 위임인에게 가지는 대변제청구권을 보전하기 위하여 채무자인 위임인의 채권을 대위행사하는 경우에는 채무자의 무자력을 요하지 않는다.
- ⑤ 민법상 조합계약은 2인 이상이 상호 출자하여 공동으로 사업을 경영할 것을 약정하는 계약이므로, 특정한 사업을 공동경영하는 약정에 한하여 이를 조합계약이라 할 수 있고, 공동의 목적 달성이라는 정도만으로는 조합의 성립요건을 갖추었다고 할 수 없다.

해설 ① 기존채무에 대하여 채권가압류가 마쳐진 후 채무자와 제3채무자 사이에 준소비대차 약정이 체결된 경우, 준소비대차 약정은 가압류된 채권을 소멸하게 하는 것으로서 채권가압류의 효력에 반하므로, 가압류의 처분제한의 효력에 따라 채무자와 제3채무자는 준소비대차의 성립을 가압류채권자에게 주장할 수 없고, 다만 채무자와 제3채무자 사이에서는 준소비대차가 유효하다(다만, 가압류채무자가 가압류에 반하는 처분행위를 한 경우 그 처분의 유효를 가압류채권자에게 주장할 수 없지만, 이러한 가압류의 처분제한의 효력은 가압류채권자의 이익보호를 위하여 인정되는 것이므로 가압류채권자는 그 처분행위의 효력을 긍정할 수도 있다). 준소비대차에 관한 법리에 비추어 신채권의 성립은 기존채권의 소멸을 전제로 하는 것으로서, 두 채권이 법적 평가에서 완전히 동일한 채권이라고 할 수는 없다고 하더라도 적어도 같은 당사자와의 관계에서 두 채권이 동시에 양립할 수는 없는데, 가압류채권자가 이미 위 준소비대차가 기존채권에 대한 자신의 가압류의 효력에 반하는 것으로 '가압류채권자에 대한 관계에서는 무효'임을 전제로 하여 신채권이 공제되지 않은 기존채권 전액에 대한 추심을 마친 경우, 가압류채권자가 이번에는 위 준소비대차가 채무자와 제3채무자 사이에서는 유효하므로 '가압류채권자에 대한 관계에서도 유효'함을

1) 대판 2016. 7. 14, 2013다82944.

2) 대판 1986. 9. 9, 85다카1751.

전제로 하여 신채권에 대한 추심을 주장하는 것은 금반언 내지 신의칙에 반하여 원칙적으로 허용될 수 없다.¹⁾

- ② 수인의 채권자가 각기 그 채권을 담보하기 위하여 채무자와 채무자 소유의 부동산에 관하여 수인의 채권자를 공동매수인으로 하는 1개의 매매예약을 체결하고 그에 따라 수인의 채권자 공동명의로 그 부동산에 가등기를 마친 경우, 수인의 채권자가 공동으로 매매예약완결권을 가지는 관계인지 아니면 채권자 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약완결권을 가지는 관계인지는 매매예약의 내용에 따라야 하고, 매매예약에서 그러한 내용을 명시적으로 정하지 않은 경우에는 수인의 채권자가 공동으로 매매예약을 체결하게 된 동기 및 경위, 그 매매예약에 의하여 달성하려는 담보의 목적, 담보 관련 권리를 공동 행사하려는 의사의 유무, 채권자별 구체적인 지분권의 표시 여부 및 그 지분권 비율과 피담보채권 비율의 일치 여부, 가등기담보권 설정의 관행 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 따라서 **공동명의로 담보가등기를 마친 수인의 채권자가 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약완결권을 가지는 경우, 채권자 중 1인은 단독으로 자신의 지분에 관하여 가등기담보 등에 관한 법률이 정한 청산절차를 이행한 후 소유권이전의 본등기절차 이행청구를 할 수 있다**(이와 달리 1인의 채무자에 대한 수인의 채권자의 채권을 담보하기 위하여 그 수인의 채권자와 채무자가 채무자 소유의 부동산에 관하여 수인의 채권자를 권리자로 하는 1개의 매매예약을 체결하고 그에 따른 가등기를 마친 경우에, 매매예약의 내용이나 매매예약완결권 행사와 관련한 당사자의 의사와 관계없이 언제나 수인의 채권자가 공동으로 매매예약완결권을 가진다고 보고, 매매예약완결의 의사표시도 수인의 채권자 전원이 공동으로 행사하여야 한다는 취지의 대법원 판결 등은 이 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경하기로 한다).²⁾
- ③ 민법 제733조의 규정에 의하면, 화해계약은 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 경우를 제외하고는 착오를 이유로 취소하지 못하지만, **화해계약이 사기로 인하여 이루어진 경우에는 화해의 목적인 분쟁에 관한 사항에 착오가 있는 때에도 민법 제110조에 따라 이를 취소할 수 있다**.³⁾
- ④ 수임인이 가지는 **민법 제688조 제2항 전단 소정의 대변제청구권**은 통상의 금전채권과는 다른 목적을 갖는 것이므로, 수임인이 이 대변제청구권을 보전하기 위하여 채무자인 위임인의 채권을 대위행사하는 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니한다.⁴⁾
- ⑤ **민법상의 조합계약**은 2인 이상이 상호 출자하여 공동으로 사업을 경영할 것을 약정하는 계약으로서, 특정한 사업을 공동 경영하는 약정에 한하여 이를 조합계약이라고 할 수 있고, 공동의 목적달성이라는 정도만으로는 조합의 성립요건을 갖추었다고 할 수 없다.⁵⁾

☞ ②

34. 부당이득에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 민법 제749조 제1항(수익자의 악의인정)에서 규정하는 ‘악의’란 자신의 이익 보유가 법률상 원인 없는 것임을 인식하는 것을 말하고, 그 이익의 보유를 법률상 원인이 없는 것이 되도록 하는 사정, 즉 부당이득반환의무의 발생요건에 해당하는 사실이 있음을 인식하는 것만으로는 부족하다.
- ② 배당요구가 필요한 배당요구채권자가 경락기일까지 배당요구하지 아니한 채권을 경락기일 이후에 추가하여 배당요구를 하였으나 그 부분이 배당에서 제외된 경우, 위 채권자는 배당받은 후순위 채권자를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다.
- ③ 어떤 물건에 대하여 직접점유자와 간접점유자가 있는 경우, 그 물건에 대한 점유·사용으로 인한 위 점유자들의 부당이득반환의무 중 서로 중첩되는 부분에 관하여는 부진정연대채무의 관계가

1) 대판 2007. 1. 11, 2005다47175.

2) 대판(전원합의체) 2012. 2. 16, 2010다82530.

3) 대판 2008. 9. 11, 2008다15278.

4) 대판 2002. 1. 25, 2001다52506.

5) 대판 2010. 2. 11, 2009다79729.

성립한다.

- ④ 유효한 도급계약에 기하여 수급인 甲이 도급인 乙로부터 제3자 丙 소유의 물건을 점유이전 받아 이를 수리한 결과 그 물건의 가치가 증가한 경우, 甲은 丙에 대해 부당이득의 반환을 청구할 수 없다.
- ⑤ 계약명의신탁에서 명의수탁자가 수령한 매수자금이 명의신탁약정에 기하여 지급되었다는 사실을 알았다고 하여도 그 명의신탁약정이 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제1항에 의하여 무효임을 알았다는 등의 사정이 부가되지 아니하는 한, 명의수탁자가 위 금전의 보유에 관하여 법률상 원인 없음을 알았다고 단정할 수 없다.

- 해설** ① ⑤ 부당이득반환의무자가 악의의 수익자라는 점에 대하여는 이를 주장하는 측에서 입증책임을 진다. 여기서 ‘악의’라고 함은, 민법 제749조 2항에서 악의로 의제되는 경우 등은 별론으로 하고, 자신의 이익 보유가 법률상 원인 없는 것임을 인식하는 것을 말하고, 그 이익의 보유를 법률상 원인이 없는 것이 되도록 하는 사정, 즉 부당이득반환의무의 발생요건에 해당하는 사실이 있음을 인식하는 것만으로는 부족하다. 따라서 계약명의신탁에서 명의수탁자가 수령한 매수자금이 명의신탁약정에 기하여 지급되었다는 사실을 알았다고 하여도 그 명의신탁약정이 부동산실명법 제4조 1항에 의하여 무효임을 알았다는 등의 사정이 부가되지 아니하는 한 명의수탁자가 그 금전의 보유에 관하여 법률상 원인 없음을 알았다고 쉽사리 말할 수 없다.¹⁾
- ② 민사집행법 제88조에서 규정하는 배당요구가 필요한 배당요구채권자는, 압류의 효력발생 전에 등기한 가압류채권자, 경락으로 인하여 소멸하는 저당권자 및 전세권자로서 압류의 효력발생 전에 등기한 자 등 당연히 배당을 받을 수 있는 채권자의 경우와는 달리, 배당요구 종기까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비록 배당을 받을 수 있고, 적법한 배당요구를 하지 아니한 경우에는 비록 실제법상 우선변제청구권이 있다 하더라도 경락대금으로부터 배당을 받을 수는 없을 것이므로, 이러한 배당요구채권자가 적법한 배당요구를 하지 아니하여 그를 배당에서 제외하는 것으로 배당표가 작성·확정되고 그 확정된 배당표에 따라 배당이 실시되었다면 그가 적법한 배당요구를 한 경우에 배당받을 수 있었던 금액 상당의 금원이 후순위채권자에게 배당되었다고 하여 이를 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없다(배당요구가 필요한 배당요구채권자는, 압류의 효력발생 전에 등기한 가압류채권자, 경락으로 인하여 소멸하는 저당권자 및 전세권자로서 압류의 효력발생 전에 등기한 자 등 당연히 배당을 받을 수 있는 채권자의 경우와는 달리, 경락기일까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비록 배당을 받을 수 있고, 적법한 배당요구를 하지 아니한 경우에는 비록 실제법상 우선변제청구권이 있다 하더라도 경락대금으로부터 배당을 받을 수는 없을 것이므로, 이러한 배당요구채권자가 적법한 배당요구를 하지 아니하여 그를 배당에서 제외하는 것으로 배당표가 작성·확정되고 그 확정된 배당표에 따라 배당이 실시되었다면 그가 적법한 배당요구를 한 경우에 배당받을 수 있었던 금액 상당의 금원이 후순위채권자에게 배당되었다고 하여 이를 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없다).²⁾
- ③ 어떤 물건에 대하여 직접점유자와 간접점유자가 있는 경우, 그에 대한 점유·사용으로 인한 부당이득의 반환의무는 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대채무의 관계에 있다.³⁾
- ④ 계약상의 급부가 계약의 상대방뿐만 아니라 제3자의 이익으로 된 경우에 급부를 한 계약당사자가 계약 상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있는 이외에 그 제3자에 대하여 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면, 자기 책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가시키는 것이 되어 계약법의 기본원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라, 채권자인 계약당사자가 채무자인 계약 상대방의 일반채권자에 비하여 우대받는 결과가 되어 일반채권자의 이익을 해치게 되고, 수익자인 제3자가 계약 상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하므로, 위와 같은 경우 계약상의 급부를 한 계약당사자는

1) 대판 2010. 1. 28. 2009다24187.

2) 대판 2002. 1. 22. 2001다70702.

3) 대판 2012. 9. 27. 2011다76747.

이익의 귀속 주체인 제3자에 대하여 직접 부당이득반환을 청구할 수는 없다고 보아야 한다(한편, 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. 따라서 도급인으로부터 이 사건 건물에 관한 공사를 도급받아 공사를 완료한 수급인으로서 이 사건 건물의 공유자 중 1인인 원고에 대하여 직접 부당이득반환을 청구하거나 유익비상환을 청구할 수 없다고 보아야 한다).¹⁾

②

35. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 부작위로 인한 불법행위가 성립하려면 작위의무가 전제되어야 하나, 의무자가 작위의무의 존재를 인식하지 못하였더라도 불법행위의 성립에는 영향이 없다.
- ② 토지의 소유자라 하더라도 토양오염물질을 토양에 누출·유출하거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발하였음에도 오염토양을 정화하지 않은 상태에서 그 오염토양이 포함된 토지를 거래에 제공함으로써 유통되게 하거나, 토지에 폐기물을 불법으로 매립하였음에도 이를 처리하지 않은 상태에서 그 해당 토지를 거래에 제공하는 등으로 유통되게 하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 거래 상대방 및 위 토지를 전전 취득한 현재의 토지 소유자에 대한 위법행위로서 불법행위가 성립할 수 있다.
- ③ 책임능력이 없는 미성년자가 불법행위를 저지른 경우와 달리 미성년자가 책임능력이 있다고 인정될 경우에는, 설령 그 미성년자의 불법행위로 인해 발생한 손해가 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있더라도 감독의무자는 손해배상의무를 지지 않는다.
- ④ 택시회사의 운전기사가 택시의 승객을 태우고 운행 중 차속에서 승객을 상대로 성범죄를 저지른 경우, 택시회사는 사용자로서 위 운전기사가 한 행위에 대한 손해배상책임이 있다고 보아야 한다.
- ⑤ 민법 제751조 제1항은 불법행위로 인한 재산 이외의 손해에 대한 배상책임을 규정하고 있고, 재산 이외의 손해는 정신상 고통만을 의미하는 것이 아니라 그 외에 수량적으로 산정할 수는 없으나 사회통념상 금전평가가 가능한 무형의 손해도 포함하므로, 법인의 명예나 신용을 훼손한 자는 그 법인에게 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.

해설 ① 부작위로 인한 불법행위가 성립하려면 작위의무가 전제되어야 하지만, 작위의무가 객관적으로 인정되는 이상 의무자가 의무의 존재를 인식하지 못하였더라도 불법행위 성립에는 영향이 없다. 이는 고지의무 위반에 의하여 불법행위가 성립하는 경우에도 마찬가지이므로 당사자의 부주의 또는 착오 등으로 고지의무가 있다는 것을 인식하지 못하였다고 하여 위법성이 부정될 수 있는 것은 아니다.²⁾

② 토지의 소유자라 하더라도 토양오염물질을 토양에 누출·유출하거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발하였음에도 오염토양을 정화하지 않은 상태에서 오염토양이 포함된 토지를 거래에 제공함으로써 유통되게 하거나, 토지에 폐기물을 불법으로 매립하였음에도 처리하지 않은 상태에서 토지를 거래에 제공하는 등으로 유통되게 하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 거래의 상대방 및 토지를 전전 취득한 현재의 토지 소유자에 대한 위법행위로서 불법행위가 성립할 수 있다. 그리고 토지를 매수한 현재의 토지 소유자가 오염토양 또는 폐기물이 매립되어 있는 지하까지 토지를 개발·사용하게 된 경우 등과

1) 대판 2002. 8. 23, 99다66564.

2) 대판 2012. 4. 26, 2010다8709.

같이 자신의 토지소유권을 완전하게 행사하기 위하여 오염토양 정화비용이나 폐기물 처리비용을 지출하였거나 지출해야만 하는 상황에 이르렀다거나 구 토양환경보전법에 의하여 관할 행정관청으로부터 조치 명령 등을 받음에 따라 마찬가지로의 상황에 이르렀다면 위법행위로 인하여 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용의 지출이라는 손해의 결과가 현실적으로 발생하였으므로, 토양오염을 유발하거나 폐기물을 매립한 종전 토지 소유자는 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용 상당의 손해에 대하여 불법행위자로서 손해배상 책임을 진다.¹⁾ [반대의견] : 자신의 토지에 폐기물을 매립하거나 토양을 오염시켜 토지를 유통시킨 경우는 물론 타인의 토지에 그러한 행위를 하여 토지가 유통된 경우라 하더라도, 행위자가 폐기물을 매립한 자 또는 토양오염을 유발시킨 자라는 이유만으로 자신과 직접적인 거래관계가 없는 토지의 전전 매수인에 대한 관계에서 폐기물 처리비용이나 오염정화비용 상당의 손해에 관한 불법행위책임을 부담한다고 볼 수는 없다.

- ③ 미성년자가 책임능력이 있어 그 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 그 손해가 당해 미성년자의 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상책임이 있고, 이 경우에 그러한 감독의무위반사실 및 손해발생과의 상당인과관계의 존재는 이를 주장하는 자가 입증하여야 한다.²⁾
- ④ 사용자의 배상책임을 규정한 민법 제756조 소정의 “그 사무집행에 관하여”라 함은 사용자의 사업집행 자체 또는 이에 필요한 행위뿐만 아니라 이와 관련된 것이라고 일반적으로 보여지는 행위는 설사 그것이 피용자의 이익을 도모하기 위한 경우라도 이에 포함된다고 보아야 할 것이므로, 택시회사의 운전수가 택시의 승객을 태우고 운행 중 차속에서 부녀를 강간한 경우 위 회사는 사용자로서 손해배상책임이 있다.³⁾
- ⑤ 민법 제751조 제1항은 불법행위로 인한 재산 이외의 손해에 대한 배상책임을 규정하고 있고, 재산 이외의 손해는 정신상 고통만을 의미하는 것이 아니라 그 외에 수량적으로 산정할 수 없으나 사회통념상 금전평가가 가능한 무형의 손해도 포함하므로, 법인의 명예나 신용을 훼손한 자는 그 법인에게 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다. 그런데, 법인의 명예나 신용을 훼손하는 행위에는 법인의 목적사업 수행에 영향을 미칠 정도로 법인의 사회적 평가를 저하하는 일체의 행위가 포함되므로, 이에 는 구체적인 사실을 적시하거나 의견을 표명하는 행위 등뿐만 아니라, 고급 이미지의 의류로서 명성과 신용을 얻고 있는 타인의 의류와 유사한 디자인의 의류를 제조하여 이를 저가로 유통시키는 방법 등으로 타인인 법인의 신용을 훼손하는 행위도 포함된다.⁴⁾

③

36. 이혼에 따른 자녀 양육 및 면접교섭권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼

이 있는 경우 판례에 따르면 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의한)

(2019 법무사)

- ① 부모 중 한쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 부담함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 비용의 상환을 청구할 수 있고, 이 경우 반드시 이행청구 이후의 양육비와 동일한 기준에서 정할 필요는 없다.
- ② 자녀를 직접 양육하지 아니하는 부모 일방의 직계존속은 그 부모 일방이 사망하였거나 질병, 외국 거주, 그 밖에 불가피한 사정으로 자녀를 면접교섭할 수 없는 경우 가정법원에 자녀와의 면접교섭을 청구할 수 있다.
- ③ 甲과 乙은 이혼하면서 자녀 丙의 친권자와 양육자를 乙로 지정하는 내용의 조정이 성립되었다. 그 후 甲이 임의로 丙을 양육하게 되었다면 甲은 乙에 대하여 위와 같은 임의적 양육에 관하여

1) 대판(전원합의체) 2016. 5. 19, 2009다66549.

2) 대판(전원합의체) 1994. 2. 8, 93다13605.

3) 대판 1991. 1. 11, 90다8954.

4) 대판 2008. 10. 9, 2006다53146.

양육비를 청구할 수 없다.

- ④ 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요한 때에 당사자의 청구 또는 직권에 의하여 면접교섭을 제한·변경할 수 있지만, 면접교섭을 배제하기 위해서는 반드시 당사자의 청구가 있어야 한다.
- ⑤ 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정된 후의 양육비채권 중 이미 이행기가 도달한 후의 양육비채권은 권리자의 의사에 따라 포기, 양도 또는 상계의 자동채권으로 하는 것도 가능하다.

해설 ① 어떠한 사정으로 인하여 부모 중 어느 한 쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우에, 그와 같은 일방에 의한 양육이 그 양육자의 일방적이고 이기적인 목적이나 동기에서 비롯한 것이라거나 자녀의 이익을 위하여 도움이 되지 아니하거나 그 양육비를 상대방에게 부담시키는 것이 오히려 형평에 어긋나게 되는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는, 양육하는 일방은 상대방에 대하여 현재 및 장래에 있어서의 양육비 중 적정 금액의 부담을 청구할 수 있음은 물론이고, 부모의 자녀양육의무는 특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생하는 것이므로 '과거의 양육비'에 대하여도 상대방이 부담함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 비용의 상환을 청구할 수 있다(다만, 한 쪽의 양육자가 양육비를 청구하기 이전의 과거의 양육비 모두를 상대방에게 부담시키게 되면 상대방은 예상하지 못하였던 양육비를 일시에 부담하게 되어 지나치고 가혹하며 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 어긋날 수도 있으므로, 이와 같은 경우에는 반드시 이행청구 이후의 양육비와 동일한 기준에서 정할 필요는 없고, 부모 중 한 쪽이 자녀를 양육하게 된 경위와 그에 소요된 비용의 액수, 그 상대방이 부양의무를 인식한 것인지 여부와 그 시기, 그것이 양육에 소요된 통상의 생활비인지 아니면 이례적이고 불가피하게 소요된 다액의 특별한 비용인지 여부와 당사자들의 재산 상황이나 경제적 능력과 부담의 형평성 등 여러 사정을 고려하여 적절하다고 인정되는 부담의 범위를 정할 수 있다).¹⁾

② 제837조의2 제2항.

③ 청구인과 상대방이 이혼하면서 사건본인의 친권자 및 양육자를 상대방으로 지정하는 내용의 조정이 성립된 경우, 그 조정조항상의 양육방법이 그 후 다른 협정이나 재판에 의하여 변경되지 않는 한 청구인에게 자녀를 양육할 권리가 없고, 그럼에도 불구하고 청구인이 법원으로부터 위 조정조항을 임의로 변경하는 가사소송법 제62조 소정의 사전처분 등을 받지 아니한 채 임의로 자녀를 양육하였다면 이는 상대방에 대한 관계에서는 상대적으로 위법한 양육이라고 할 것이니, 이러한 청구인의 임의적 양육에 관하여 상대방이 청구인에게 양육비를 지급할 의무가 있다고 할 수는 없다.²⁾ 따라서 사안에서, 甲과 乙은 이혼하면서 자녀 丙의 친권자와 양육자를 乙로 지정하는 내용의 조정이 성립되었는데, 그 후 甲이 임의로 丙을 양육하게 되었다면 甲은 乙에 대하여 위와 같은 임의적 양육에 관하여 양육비를 청구할 수 없다.

④ 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요한 때에는 당사자의 청구 또는 직권에 의하여 면접교섭을 제한·배제·변경할 수 있다(제837조의2 제항).

⑤ 이혼한 부부 사이에서 자에 대한 양육비의 지급을 구할 권리는 당사자의 합의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정되기 전에는 '상대방에 대하여 양육비의 부담액을 구할 권리를 가진다'라는 추상적인 청구권에 불과하고 당사자의 합의나 가정법원이 당해 양육비의 범위 등을 재량적·형성적으로 정하는 심판에 의하여 비로소 구체적인 액수만큼의 지급청구권이 발생한다고 보아야 하므로, 당사자의 합의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정되기 전에는 그 내용이 극히 불확정하여 상계할 수 없지만, 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정된 후의 양육비채권 중 이미 이행기에 도달한 후의 양육비채권은 완전한 재산권(순해배상청구권)으로서 친족법상의 신분으로부터 독립하여 처분이 가능하고, 권리자의 의사에 따라 포기, 양도 또는 '상계'의 자동채권으로 하는 것도 가능하다(이혼한 부부 사이에 자의 양육자인 일방이 상대방에 대하여 가지는 양육비채권을 상대방의 양육자에

1) 대결(전원합의제) 1994. 5. 13, 92스21.

2) 대결 2006. 4. 17, 2005스18.

대한 위자료 및 재산분할청구권과 상계한다고 주장한 사안에서, 대법원은 가정법원의 심판에 의하여 구체적으로 확정된 양육비채권 중 이미 이행기가 도달한 부분에 한하여 이를 자동채권으로 하는 상계가 허용된다고 하였다.¹⁾

④

37. 민법상 일반입양과 친양자 입양에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르면 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 일반입양에서는 성년자·미성년자 모두 양자가 될 수 있으나, 친양자 입양에서는 미성년자만이 양자가 될 수 있다.
- ② 일반입양에서는 성년자이면 양친이 될 수 있으나, 친양자 입양에서는 3년 이상 혼인 중인 부부로서 공동으로 입양하는 것이 원칙이다.
- ③ 일반입양에서 양자의 입양 전의 친족관계는 입양 후에도 존속하나, 친양자 입양에서 친양자의 입양 전의 친족관계는 가정법원에 의해 입양이 확정되면 친양자의 출생시로 소급하여 종료한다.
- ④ 일반입양의 경우 협의상 파양이 인정될 수 있으나, 친양자 입양의 경우 협의상 파양은 할 수 없고 일정한 경우 재판상 파양만이 인정된다.
- ⑤ 친양자 입양이 취소된 때에는 친양자관계는 소멸하고 입양 전의 친족관계는 부활하는데, 그 취소의 효력이 소급하지 않는다.

해설 ① 양자가 될 사람이 성년인 경우에는 ‘부모의 동의’를 받아야 한다(제871조 제1항). 친양자가 될 사람이 ‘미성년자’이면 친양자 입양이 가능하다(제908조의2 제1항 제2호). 따라서 일반입양에서는 성년자·미성년자 모두 양자가 될 수 있으나, 친양자 입양에서는 미성년자만이 양자가 될 수 있다.

② 성년이 된 사람은 입양을 할 수 있다(제866조). 친양자를 입양하려는 사람은 ‘3년’ 이상 혼인 중인 ‘부부’로서 ‘공동’으로 입양하여야 한다. 다만, 부부의 한쪽이 그 배우자의 친생자를 친양자로 하는 경우에는 ‘1년’ 이상의 혼인기간이 요구된다(제908조의2 제1항 제1호). 따라서 일반입양에서는 성년자이면 양친이 될 수 있으나, 친양자입양에서는 3년 이상 혼인 중인 부부로서 공동으로 입양하는 것이 원칙이다.

③ 양자의 입양 전의 친족관계는 존속한다(제882조의2 제2항). 친양자의 입양 전의 친족관계는 제908조의2 제1항의 청구(친양자 입양청구)에 의한 친양자 입양이 확정된 때에 종료한다(제908조의3 제2항 본문). 따라서 일반입양에서 양자의 입양 전의 친족관계는 입양 후에도 존속하나, 친양자 입양에서 친양자의 입양 전의 친족관계는 가정법원에 의해 입양이 확정되면 친양자의 출생시로 소급하는 것이 아니라 친양자 입양이 확정된 때에 종료한다.

④ 양친이 친양자를 학대 또는 유기하거나 그 밖에 친양자의 복리를 현저히 해하는 때나 친양자의 양친에 대한 패륜행위로 인하여 친양자관계를 유지시킬 수 없게 된 때에는 양친, 친양자, 친생의 부 또는 모나 검사는 가정법원에 친양자의 파양을 청구할 수 있다. 그러나 보통입양에 인정되는 협의상 파양이나 재판상 파양원인은 친양자에는 적용되지 않는다(제908조의5).

⑤ 제908조의7.

③

38. 후견에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르면 전원합의체 판결

1) 대판 2006. 7. 4, 2006므751.

의 경우 다수의견에 의함)

(2019 법무사)

- ① 가정법원은 성년후견개시 심판을 하면서 피성년후견인의 행위 중 취소할 수 없는 법률행위의 범위를 정할 수 있다.
- ② 한정후견인의 동의가 필요한 행위에 대하여 피한정후견인의 이익이 침해될 염려가 있음에도 한정후견인이 동의를 하지 아니하는 때에는 가정법원은 피한정후견인의 청구에 의하여 한정후견인의 동의를 갈음하는 허가를 할 수 있다.
- ③ 후견계약은 공증증서로 체결하여야 하는 요식행위이며, 후견계약이 체결되어 등기된 때에는 가정법원은 본인의 이익을 위한 경우라도 성년후견 또는 한정후견의 심판을 할 수 없다.
- ④ 성년후견인의 감독을 위하여 가정법원은 필요하다고 인정하는 경우 직권으로 성년후견감독인을 선임할 수 있다.
- ⑤ 남편이나 아내가 피성년후견인인 경우에는 그의 성년후견인이 성년후견감독인의 동의를 받아 친생부인의 소를 제기할 수 있고, 성년후견감독인이 없거나 동의할 수 없을 때에는 가정법원에 그 동의를 갈음하는 허가를 청구할 수 있다.

해설 ① 피성년후견인의 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 있으나(제10조 제1항), 가정법원은 취소할 수 없는 법률행위의 범위를 정할 수 있고(제10조 제2항), 또한 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없다(제10조 제4항).

② 제13조 제3항.

③ **민법 제959조의20 제1항**은 “후견계약이 등기되어 있는 경우에는 가정법원은 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에만 임의후견인 또는 임의후견감독인의 청구에 의하여 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 심판을 할 수 있다. 이 경우 후견계약은 본인이 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 받은 때 종료된다.”라고 규정하고, **같은 조 제2항**은 “본인이 피성년후견인, 피한정후견인 또는 피특정후견인인 경우에 가정법원은 임의후견감독인을 선임함에 있어서 종전의 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 종료 심판을 하여야 한다. 다만, 성년후견 또는 한정후견 조치의 계속이 본인의 이익을 위하여 특별히 필요하다고 인정하면 가정법원은 임의후견감독인을 선임하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이와 같은 민법 규정은 후견계약이 등기된 경우에는 사적자치의 원칙에 따라 본인의 의사를 존중하여 후견계약을 우선하도록 하고, 예외적으로 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에 한하여 법정후견에 의할 수 있도록 한 것으로서, 민법 제959조의20 제1항에서 후견계약의 등기 시점에 특별한 제한을 두지 않고 있고, 같은 조 제2항 본문이 본인에 대해 이미 한정후견이 개시된 경우에는 임의후견감독인을 선임하면서 종전 한정후견의 종료 심판을 하도록 한 점 등에 비추어 보면, 위 제1항은 본인에 대해 한정후견개시심판 청구가 제기된 후 그 심판이 확정되기 전에 후견계약이 등기된 경우에도 그 적용이 있다고 보아야 하므로, 그와 같은 경우 가정법원은 본인의 이익을 위하여 특별히 필요하다고 인정할 때에만 한정후견개시심판을 할 수 있다.¹⁾ 따라서 후견계약이 체결되어 등기된 때에도 가정법원은 본인의 이익을 위한 경우에는 성년후견 또는 한정후견의 심판을 할 수 있다.

④ 가정법원은 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 피성년후견인, 친족, 성년후견인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견감독인을 선임할 수 있다(제940조의4 제1항).

⑤ 제848조 제1항.

1) 대결 2017. 6. 1, 2017스515.

③

39. 상속회복청구권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르면 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 진정상속인이 참칭상속인을 상대로 상속재산인 부동산에 관한 등기의 말소 등을 구하는 경우에 그 소유권·지분권 등의 귀속원인을 상속으로 주장하고 있는 이상 그러한 청구는 모두 상속회복청구의 소에 해당하고, 민법 제999조 제2항의 제척기간이 적용된다.
- ② 공동상속인 중 1인이 상속등기에 갈음하여 구 부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법에 따라 그 명의의 소유권이전등기를 경료한 경우, 다른 공동상속인이 그 등기의 말소를 청구하는 소는 상속회복청구의 소에 해당한다.
- ③ 상속인으로 오인될 만한 외관을 갖추고 있지 않거나 상속재산을 점유하고 있지도 않은 자가 스스로 상속인이라고 주장만을 하였다 하여 이를 상속회복청구의 소에서 말하는 참칭상속인이라고 할 수 없다.
- ④ 상속회복청구권의 경우 상속재산의 일부에 대해서만 제소하여 제척기간을 준수하였을 때에는 청구의 목적물로 하지 않은 나머지 상속재산에 대해서는 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 없다.
- ⑤ 상속회복청구권이 제척기간의 경과로 소멸된 경우 참칭상속인은 그 제척기간 만료일에 상속인으로서의 지위를 취득하고 상속재산은 그때부터 참칭상속인의 소유로 된다.

- 해설**
- ① 재산상속에 관하여 진정한 상속인임을 전제로 그 상속으로 인한 소유권 또는 지분권 등 재산권의 귀속을 주장하고, 참칭상속인 또는 자기들만이 재산상속을 하였다는 일부 공동상속인들을 상대로 상속재산인 부동산에 관한 등기의 말소 또는 기타 지분권의 반환 등을 구하는 경우에도 그 소유권 또는 지분권이 귀속되었다는 주장이 상속을 원인으로 하는 것인 이상 그 청구원인 여하에 불구하고 이는 민법 제999조 소정의 상속회복청구의 소라고 해석함이 상당하다(따라서 상속회복청구권에 관한 제척기간이 적용된다).¹⁾
 - ② 공동상속인 중 1인이 (등기원인을 상속으로 하면서) '상속등기에 갈음하여' 구 부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법(법률 제4502호)에 따라 그 명의의 소유권이전등기를 경료한 경우에 그 이전등기가 무효라는 이유로 다른 공동상속인이 그 등기의 말소를 청구하는 소는 상속회복청구의 소에 해당한다(따라서 상속회복청구의 제척기간이 적용된다).²⁾
 - ③ 상속회복청구의 소에 있어 상대방이 되는 참칭상속인이라 함은, 재산상속인인 것을 신뢰케 하는 외관을 갖추고 있는 자나 상속인이라고 참칭하여 상속재산의 전부 또는 일부를 점유하는 자 등을 가리키는 것이므로, 상속인으로 오인될 만한 외관을 갖추고 있지 않거나 상속재산을 점유하고 있지도 않은 자가 스스로 상속인이라는 주장만을 하였다 하여 이를 상속회복청구의 소에서 말하는 참칭상속인이라고는 할 수 없다.³⁾
 - ④ 상속재산의 일부에 대해서만 제소하여 제척기간을 준수하였다 하여 청구의 목적물로 하지 아니한 상속재산에 대해서도 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 없다.⁴⁾
 - ⑤ 상속회복청구권이 제척기간의 경과로 소멸하게 되면 상속인은 상속인으로서의 지위, 즉 상속에 따라

1) 대판 2006. 9. 8, 2006다26694.

2) 대판 2010. 1. 14, 2009다41199.

3) 대판 1992. 5. 22, 92다7955.

4) 대판 1980. 4. 22, 79다2141.

승계한 개개의 권리의무 또한 총괄적으로 상실하게 되고, 그 반사적 효과로서 참칭상속인의 지위는 확정되어 참칭상속인이 상속개시의 시로부터 소급하여 상속인으로서의 지위를 취득한 것으로 봄이 상당하므로, 상속재산은 '상속 개시일로 소급'하여 참칭상속인의 소유로 된다(체척기간 만료일이 아님).¹⁾

⑤

40. 유류분에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함) (2019 법무사)

- ① 민법 제1113조 제1항에서 정하는 유류분 산정의 기초가 되는 '증여재산'이란 상속개시 전에 이미 증여계약이 이행되어 소유권이 수증자에게 이전된 재산을 가리키는 것이므로, 아직 증여계약이 이행되지 아니하여 소유권이 피상속인에게 남아 있는 상태로 상속이 개시된 재산은 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 포함되지 아니한다.
- ② 유류분권리자가 반환의무자를 상대로 유류분반환청구권을 행사하는 경우, 그의 유류분을 침해하는 증여는 소급적으로 효력을 상실하고 반환의무자는 상속개시 시점으로 소급하여 증여의 목적물을 사용·수익할 권리를 상실하게 되므로, 반환의무자는 선의의 점유자라 하더라도 유류분권리자에게 목적물의 사용이익을 부당이득으로 반환하여야 한다.
- ③ 유류분반환청구권은 유류분권리자에게 그 권리행사의 확정적 의사가 있다고 인정되는 경우라도 채권자대위권의 목적이 될 수 없다.
- ④ 유류분반환청구권의 행사는 재판상 또는 재판 외에서 상대방에 대한 의사표시의 방법으로 할 수 있고, 그 의사표시는 침해를 받은 유증 또는 증여행위를 지정하여 이에 대한 반환청구의 의사를 표시하면 족하나, 민법 제1117조에서 정한 유류분반환청구권의 소멸시효의 진행을 중단시키기 위해서는 그 목적물을 구체적으로 특정하여야 한다.
- ⑤ 유류분반환청구자가 유류분 제도 시행 전에 피상속인으로부터 재산을 증여받아 이행이 완료된 경우, 그 재산은 유류분산정을 위한 기초재산에는 포함되지 않으나 유류분반환청구자의 유류분 부족액 산정시 특별수익으로는 공제되어야 한다.

해설 ① 유류분 산정의 기초가 되는 재산의 범위에 관한 **민법 제1113조 제1항**에서의 '증여재산'이란 상속개시 전에 이미 증여계약이 이행되어 소유권이 수증자에게 이전된 재산을 가리키는 것이고, 아직 증여계약이 이행되지 아니하여 소유권이 피상속인에게 남아 있는 상태로 상속이 개시된 재산은 당연히 '피상속인의 상속개시시에 있어서 가진 재산'에 포함되는 것이므로, 수증자가 공동상속인이든 제3자이든 가리지 아니하고 모두 유류분 산정의 기초가 되는 재산을 구성한다.²⁾

② 유류분권리자가 반환의무자를 상대로 유류분반환청구권을 행사하는 경우 그의 유류분을 침해하는 증여 또는 유증은 소급적으로 효력을 상실하므로, 반환의무자는 유류분권리자의 유류분을 침해하는 범위 내에서 그와 같이 실효된 증여 또는 유증의 목적물을 사용·수익할 권리를 상실하게 되고, 유류분권리자의 목적물에 대한 사용·수익권은 상속개시의 시점에 소급하여 반환의무자에 의하여 침해당한 것이 된다. 그러나 **민법 제201조 제1항**은 "선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다."고 규정하고 있고, 점유자는 **민법 제197조**에 의하여 선의로 점유한 것으로 추정되므로, 반환의무자가 악의의 점유자라는 사정이 증명되지 않는 한 반환의무자는 목적물에 대하여 과실수취권이 있다고 할 것이어서 유류분권리자에게 목적물의 사용이익 중

1) 대판 1998. 3. 27, 96다37398.

2) 대판 1996. 8. 20, 96다13682.

유류분권리자에게 귀속되었어야 할 부분을 부당이득으로 반환할 의무가 없다. 다만 **민법 제197조 제2항**은 “선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 패소한 때에는 그 소가 제기된 때로부터 악의의 점유자로 본다.”고 규정하고 있고, **민법 제201조 제2항**은 “악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다.”고 규정하고 있으므로, 반환의무자가 악의의 점유자라는 점이 증명된 경우에는 악의의 점유자로 인정된 시점부터, 그렇지 않다고 하더라도 **본권에 관한 소에서 종국판결에 의하여 패소로 확정된 경우에는 소가 제기된 때로부터 악의의 점유자로 의제되어 각 그때부터 유류분권리자에게 목적물의 사용이익 중 유류분권리자에게 귀속되었어야 할 부분을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.**¹⁾

- ③ **유류분반환청구권**은 그 행사 여부가 유류분권리자의 인격적 이익을 위하여 그의 자유로운 의사결정에 전적으로 맡겨진 권리로서 행사상의 일신전속성을 가진다고 보아야 하므로, 유류분권리자에게 그 권리행사의 확정적 의사가 있다고 인정되는 경우가 아니라면 채권자대위권의 목적이 될 수 없다.²⁾
- ④ **유류분반환청구권의 행사**는 재판상 또는 재판 외에서 상대방에 대한 의사표시의 방법으로 할 수 있고, 이 경우 그 의사표시는 침해 받은 유증 또는 증여행위를 지정하여 이에 대한 반환청구의 의사를 표시하면 그것으로 족하고, 그로 인하여 생긴 목적물의 이전등기청구권이나 인도청구권 등을 행사하는 것과는 달리 그 목적물을 구체적으로 특정하여야 하는 것은 아니고, 민법 제1117조에 정한 소멸시효의 진행도 그 의사표시로 중단된다.³⁾
- ⑤ **유류분반환청구자가 유류분 제도 시행 전에 피상속인으로부터 재산을 증여받아 이행이 완료된 경우, 그 재산은 유류분산정을 위한 기초재산에는 포함되지 않으나, 위 재산은 유류분반환청구자의 유류분 부족액 산정시 특별수익으로는 공제되어야 한다.** : 유류분 제도가 생기기 전에 피상속인이 상속인이나 제3자에게 재산을 증여하고 이행을 완료하여 소유권이 수증자에게 이전된 때에는 피상속인이 1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 민법(이하 ‘개정 민법’이라 한다) 시행 이후에 사망하여 상속이 개시되더라도 소급하여 증여재산이 유류분 제도에 의한 반환청구의 대상이 되지는 않는다. 개정 민법의 유류분 규정을 개정 민법 시행 전에 이루어지고 이행이 완료된 증여에까지 적용한다면 수증자의 기득권을 소급입법에 의하여 제한 또는 침해하는 것이 되어 개정 민법 부칙 제2항의 취지에 반하기 때문이다. 개정 민법 시행 전에 이미 법률관계가 확정된 증여재산에 대한 권리관계는 유류분 반환청구자이든 반환의무자이든 동일하여야 하므로, **유류분 반환청구자가 개정 민법 시행 전에 피상속인으로부터 증여받아 이미 이행이 완료된 경우에는 그 재산 역시 유류분산정을 위한 기초재산에 포함되지 아니한다고 보는 것이 타당하다.** 그러나 유류분 제도의 취지는 법정상속인의 상속권을 보장하고 상속인 간의 공평을 기하기 위함이고, 민법 제1115조 제1항에서도 ‘유류분권리자가 피상속인의 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에 부족이 생긴 때에는 부족한 한도 내에서 그 재산의 반환을 청구할 수 있다’고 규정하여 이미 법정 유류분 이상을 특별수익한 공동상속인의 유류분 반환청구권을 부정하고 있다. 이는 개정 민법 시행 전에 증여받은 재산이 법정 유류분을 초과한 경우에도 마찬가지로 보아야 하므로, 개정 민법 시행 전에 증여를 받았다는 이유만으로 이를 특별수익으로도 고려하지 않는 것은 유류분 제도의 취지와 목적에 반한다고 할 것이다. 또한 민법 제1118조에서 제1008조를 준용하고 있는 이상 유류분 부족액 산정을 위한 특별수익에는 그 시기의 제한이 없고, 민법 제1008조는 유류분 제도 신설 이전에 존재하던 규정으로 민법 부칙 제2조와도 관련이 없다. 따라서 **개정 민법 시행 전에 이행이 완료된 증여 재산이 유류분 산정을 위한 기초재산에서 제외된다고 하더라도, 위 재산은 당해 유류분 반환청구자의 유류분 부족액 산정 시 특별수익으로 공제되어야 한다.**⁴⁾

⑤

1) 대판 2014. 8. 26, 2012다77594.
 2) 대판 2010. 5. 27, 2009다93992.
 3) 대판 2002. 4. 26, 2000다8878.
 4) 대판 2018. 7. 12, 2017다278422.