

법무사 2차 총평 및 해설

2022. 11/17(목)

<설명회 순서>

오후 2:00 ~ 5:00

법무사 2차 각 과목별

- 2022년 2차 총평/ 기출 분석 및 해설
- 2023년 대비 과목별 공부 방법론 등
- 2023년 법무사 2차 커리큘럼 소개

ST-Unitas 법무사단기학원



박효근의
최강 법무사 주관식 민법
(2023년 시험 대비)

2022년 법무사시험
주관식 민법 기출문제 해설자료

Case 공유 종합문제(소수지분권자 상호간의 법률관계, 상속재산분할청구와 공유물 분할청구의 관계, 금전채권자의 공유물분할청구권 대위행사 가부)¹⁾

[기본적 사실관계]

甲과 乙은 2020. 1. 1.부터 A 토지를 각 1/2 씩 공유하고 있으나, A 토지의 관리에 관하여 甲과 乙 사이에 아무런 합의가 없는 상태에서 甲은 2020. 7. 1.부터 A 토지 위에 B 주택을 신축하고 B 주택에서 거주하고 있다. 2020. 1. 1.부터 현재까지 A 토지의 임료는 월 100만 원이다.

위 기본적 사실관계를 전제로 甲을 상대로 제기할 수 있는 아래와 같은 청구의 당부에 대해 논하라. (아래 각 문항은 상호 독립적이다. 견해 대립이 있는 경우 대법원 판례의 다수의견에 따르고, 대법원 판례에서 원칙과 예외를 규정하는 경우 원칙에 따른다.)

1. 乙은 甲을 상대로, ① B 주택에서의 퇴거, ② B 주택의 철거, ③ A 토지의 인도, ④ 부당이득금 반환을 청구하려고 한다. 위 ① 내지 ④ 청구가 가능한지 여부를 검토하고, 검토 결과를 기초로 乙이 전부 승소할 수 있는 청구취지를 작성하라. (25점)
2. 乙은 A 토지에 대한 공유상태를 해소하고자 하는데, 甲과 乙의 A 토지 취득원인이 상속에 기한 것이었고 甲과 乙 사이에 상속재산분할협약이 성립하는 등 상속재산분할 절차가 이루어진 바는 없다면, 乙이 제기할 수 있는 법률상 청구가 무엇인지 논하라. (10점)
3. 만약 乙에 대해 대여금채권을 가지고 있는 丙이 무자력인 乙을 대위하여 甲을 상대로 A 토지에 대한 공유물분할청구의 소를 제기하였다면 그 당부를 논하라. (15점)

1) 2022년 법무사시험 기출(50점).

I. 설문 1.에 대하여

1. 乙의 청구가 가능한지 여부

(1) B 주택에서의 퇴거 청구 부분

- ① 건물의 소유자가 그 건물의 소유를 통하여 타인 소유의 토지를 점유하고 있다고 하더라도 그 토지 소유자로서는 그 건물의 철거와 그 대지 부분의 인도를 청구할 수 있을 뿐, 자기 소유의 건물을 점유하고 있는 자에 대하여 그 건물에서 퇴거할 것을 청구할 수는 없다.¹⁾
- ② 사안의 경우, 乙은 자기 소유의 B 주택에서 거주하고 있는 甲을 상대로 B 주택에서의 퇴거를 청구할 수는 없다.

(2) B 주택의 철거 청구 부분²⁾

- ① 공유자들은 공유물의 소유자로서 공유물 전부를 사용·수익할 수 있는 권리가 있고(민법 제263조), 이는 공유자들 사이에 공유물 관리에 관한 결정이 없는 경우에도 마찬가지이다. 공유물을 일부라도 독점적으로 사용할 수 없는 등 사용·수익의 방법에 일정한 제한이 있다고 하여, 공유자들의 사용·수익권이 추상적·관념적인 것에 불과하다거나 공유물 관리에 관한 결정이 없는 상태에서는 구체적으로 실현할 수 없는 권리라고 할 수 없다. 공유자들 사이에 공유물 관리에 관한 결정이 없는 경우 공유자가 다른 공유자를 배제하고 공유물을 독점적으로 점유·사용하는 것은 위법하여 허용되지 않지만, 다른 공유자의 사용·수익권을 침해하지 않는 방법으로, 즉 비독점적인 형태로 공유물 전부를 다른 공유자와 함께 점유·사용하는 것은 자신의 지분권에 기초한 것으로 적법하다. 일부 공유자가 공유물의 전부나 일부를 독점적으로 점유한다면 이는 다른 공유자의 지분권에 기초한 사용·수익권을 침해하는 것이다. 공유자는 자신의 지분권 행사를 방해하는 행위에 대해서 민법 제214조에 따른 방해배제청구권을 행사할 수 있고, 공유물에 대한 지분권은 공유자 개개인에게 귀속되는 것이므로 공유자 각자가 행사할 수 있다. 따라서 원고는 공유물의 종류(토지, 건물, 동산 등), 용도, 상태(피고의 독점적 점유를 전후로 한 공유물의 현황)나 당사자의 관계 등을 고려해서 원고의 공동 점유를 방해하거나 방해할 염려 있는 피고의 행위와 방해물을 구체적으로 특정하여 방해의 금지, 제거, 예방(작위·부작위의무의 이행)을 청구하는 형태로 청구취지를 구성할 수 있다. 법원은 이것이 피고의 방해 상태를 제거하기 위하여 필요하고 원고가 달성하려는 상태가 공유자들의 공동 점유 상태에 부합한다면 이를 인용할 수 있다.
- ② 따라서 공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로

1) 대판 1999. 7. 9. 98다57457, [비교判例] : 건물 소유자가 건물의 소유를 통하여 타인 소유의 토지를 점유하고 있다고 하더라도 토지 소유자로서는 건물의 철거와 대지 부분의 인도를 청구할 수 있을 뿐, 자기 소유의 건물을 점유하고 있는 사람에 대하여 건물에서 퇴거할 것을 청구할 수 없다. 이러한 법리는 건물이 공유관계에 있는 경우에 건물의 공유자에 대해서도 마찬가지로 적용된다(대판 2022. 6. 30. 2021다276256).

2) 대판(전원합의제) 2020. 5. 21. 2018다287522.

점유·사용하고 있는 경우 다른 소수지분권자는 공유물의 보존행위로서 그 인도를 청구할 수는 없고, 다만 자신의 지분권에 기초하여 공유물에 대한 방해 상태를 제거하거나 공동 점유를 방해하는 행위의 금지 등을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

- ③ 사안의 경우, 공유물인 A 토지의 소수지분권자인 甲이 다른 공유자인 乙과 협의 없이 A 토지 위에 B 주택을 신축하여 소유함으로써 A 토지를 독점적으로 점유하고 있으므로, 乙은 甲을 상대로 자신의 1/2 지분권에 기초하여 방해배제로 B 주택의 철거를 청구할 수 있다.

(3) A 토지의 인도 청구 부분¹⁾

- ① 공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유·사용하고 있는 경우 다른 소수지분권자는 공유물의 보존행위로서 그 인도를 청구할 수는 없다. 그 이유는 다음과 같다.
- ② 공유자 중 1인인 甲이 공유물을 독점적으로 점유하고 있어 다른 공유자인 乙이 甲을 상대로 공유물의 인도를 청구하는 경우, 그러한 행위는 공유물을 점유하는 甲의 이해와 충돌한다. 애초에 보존행위를 공유자 중 1인이 단독으로 할 수 있도록 한 것은 보존행위가 다른 공유자에게도 이익이 되기 때문이라는 점을 고려하면, 이러한 행위는 민법 제265조 단서에서 정한 보존행위라고 보기 어렵다.
- ③ 甲이 다른 공유자를 배제하고 단독 소유자인 것처럼 공유물을 독점하는 것은 위법하지만, 甲은 적어도 자신의 지분 범위에서는 공유물 전부를 점유하여 사용·수익할 권한이 있으므로 甲의 점유는 지분비율을 초과하는 한도에서만 위법하다고 보아야 한다. 따라서 甲이 공유물을 독점적으로 점유하는 위법한 상태를 시정한다는 명목으로 乙의 인도청구를 허용한다면, 甲의 점유를 전면적으로 배제함으로써 甲이 적법하게 보유하는 '지분비율에 따른 사용·수익권'까지 근거 없이 박탈하는 부당한 결과를 가져온다.
- ④ 원고의 피고에 대한 물건 인도청구가 인정되려면 먼저 원고에게 인도를 청구할 수 있는 권원이 인정되어야 한다. 원고에게 그러한 권원이 없다면 피고의 점유가 위법하더라도 원고의 청구를 받아들일 수 없다. 그런데 원고 역시 피고와 마찬가지로 소수지분권자에 지나지 않으므로 원고가 공유자인 피고를 전면적으로 배제하고 자신만이 단독으로 공유물을 점유하도록 인도해 달라고 청구할 권원은 없다.
- ⑤ 공유물에 대한 인도 판결과 그에 따른 집행의 결과는 원고가 공유물을 단독으로 점유하며 사용·수익할 수 있는 상태가 되어 '일부 소수지분권자가 다른 공유자를 배제하고 공유물을 독점적으로 점유'하는 인도 전의 위법한 상태와 다르지 않다.
- ⑥ 사안의 경우, 소수지분권자인 甲이 다른 공유자인 乙과 협의 없이 A 토지를 독점적으로 점유하고 있다 하더라도, 乙은 甲을 상대로 공유물의 보존행위로서 A 토지의 인도를 청구할 수는 없다.

(4) 부당이득금 반환 청구 부분

1) 대판(전원합의제) 2020. 5. 21. 2018다287522.

- ① 토지의 공유자는 각자의 지분 비율에 따라 토지 전체를 사용·수익할 수 있지만, 그 구체적인 사용·수익 방법에 관하여 공유자들 사이에 지분 과반수의 합의가 없는 이상, 1인이 특정 부분을 배타적으로 점유·사용할 수 없는 것이므로, 공유자 중의 일부가 특정 부분을 배타적으로 점유·사용하고 있다면, 그들은 비록 그 특정 부분의 면적이 자신들의 지분 비율에 상당하는 면적 범위 내라고 할지라도, 다른 공유자들 중 지분은 있으나 사용·수익은 전혀 하지 않고 있는 자에 대하여는 그 자의 지분에 상응하는 부당이득을 하고 있다고 보아야 할 것인바, 이는 모든 공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 권리가 있기 때문이다.¹⁾
- ② 부동산의 일부 지분 소유자가 다른 지분 소유자의 동의 없이 부동산을 다른 사람에게 임대하여 임대차보증금을 받았다면, 그로 인한 수익 중 자신의 지분을 초과하는 부분은 법률상 원인 없이 취득한 부당이득이 되어 다른 지분 소유자에게 이를 반환할 의무가 있다. 또한 이러한 무단 임대행위는 다른 지분 소유자의 공유지분의 사용·수익을 침해한 불법행위가 성립되어 그 손해를 배상할 의무가 있다. 다만 그 반환 또는 배상의 범위는 부동산 임대차로 인한 차임 상당액이고 부동산의 임대차보증금 자체에 대한 다른 지분 소유자의 지분비율 상당액을 구할 수는 없다.²⁾
- ③ 사안의 경우, 소수지분권자인 甲이 다른 공유자인 乙과 협의 없이 A 토지를 독점적으로 점유하고 있으므로, 乙은 甲을 상대로 자신의 1/2 지분 한도에서, 즉 A 토지의 임료 월 100만 원의 1/2에 해당하는 월 50만 원 한도에서, 甲이 A 토지를 독점적으로 점유하기 시작한 2020. 7. 1.부터 甲의 A 토지에 대한 점유 종료일까지 차임 상당 부당이득반환을 청구할 수 있다

2. 乙이 전부 승소할 수 있는 청구취지

1. 피고는 원고에게,
 - 가. B 주택을 철거하고,
 - 나. 2020. 7. 1.부터 피고의 A 토지에 대한 점유 종료일까지 월 50만 원의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.
3. 위 제1항은 가집행할 수 있다.

II. 설문 2.에 대하여

1. 결 론(乙이 제기할 수 있는 법률상 청구)

乙이 A 토지에 대한 공유상태를 해소하기 위하여는 가정법원에 민법 제1013조 제2항에

1) 대판 2001. 12. 11. 2000다13948.

2) 대판 2021. 4. 29. 2018다261889.

따른 상속재산분할을 청구를 하여야 한다.

2. 논 거

- ① 공유자는 공유물의 분할을 청구할 수 있다(제268조 제1항). 분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 아니한 때에는 공유자는 법원에 그 분할을 청구할 수 있다. 현물로 분할할 수 없거나 분할로 인하여 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 때에는 법원은 물건의 경매를 명할 수 있다(제269조).
- ② 한편, 공동상속인은 상속재산의 분할에 관하여 공동상속인 사이에 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에 가사소송법이 정하는 바에 따라 가정법원에 상속재산분할심판을 청구할 수 있을 뿐이고(제1013조 제2항, 제269조), 상속재산에 속하는 개별 재산에 관하여 민법 제268조의 규정에 따라 공유물분할청구의 소를 제기하는 것은 허용되지 않는다.¹⁾
- ③ 상속재산분할청구는 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나목 10)에서 정한 마류 가사비송사건으로서 가정법원의 전속관할에 속한다.
- ④ 사안의 경우, 甲과 乙의 A 토지 취득원인이 상속에 기한 것이므로 A 토지는 상속재산에 해당하고, 甲과 乙 사이에 상속재산분할협의를 성립하는 등 상속재산분할절차가 이루어진 바도 없으므로, 乙이 A 토지에 대한 공유상태를 해소하기 위하여는 가정법원에 민법 제1013조 제2항에 따른 상속재산분할을 청구를 하여야 한다.
- ⑤ 생각건대, 상속재산에 관하여는 상속재산심판청구가 공유물분할청구에 대한 관계에서 간이하고 경제적인 특별구제 절차에 해당한다고 볼 수 있기 때문이다. 다만, 공동상속인 사이에 이미 상속재산분할협의를 성립되는 등 상속재산분할절차가 마쳐진 경우라면, 그들 사이의 공유관계는 물건법상의 공유에 해당하므로 민법 제268조에 따른 공유물분할을 청구하는 것이 가능하다고 할 것이다.

Ⅲ. 설문 3.에 대하여

1. 결 론(丙의 공유물분할청구의 소의 당부)

乙에 대해 대여금채권을 가지고 있는 丙이 乙을 대위하여 甲을 상대로 제기한 A 토지에 대한 공유물분할청구의 소는 받아들여질 수 없다.

2. 논 거

- ① 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여, 일신에 전속한 권리가 아닌 한 채무자의 권리를

1) 대판 2015. 8. 13, 2015다18367.

행사할 수 있다(민법 제404조 제1항). 공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권으로서 공유자의 일반재산을 구성하는 재산권의 일종이다. 공유물분할청구권이 오로지 공유자의 의사에 행사의 자유가 맡겨져 있어 공유자 본인만 행사할 수 있는 권리라고 볼 수는 없다. 따라서 공유물분할청구권도 채권자대위권의 목적이 될 수 있다.

- ② 권리의 행사 여부는 그 권리가 자유로운 의사에 따라 결정하는 것이 원칙이다. 채무자가 스스로 권리를 행사하지 않는데도 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있으려면 그러한 채무자의 권리 행사를 통해 채권자의 권리를 보전해야 할 필요성이 있어야 한다. 여기에서 보전의 필요성은 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 채권자가 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 권리의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한지 여부를 기준으로 판단하여야 하고, 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 보전의 필요성을 인정할 수 없다.
- ③ 채권자가 자신의 '금전채권'을 보전하기 위하여 채무자를 대위하여 '부동산에 관한' 공유물분할청구권을 행사하는 것은, 책임재산의 보전과 직접적인 관련이 없어 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요하다고 보기 어렵고 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되므로 보전의 필요성을 인정할 수 없다. 또한 특정 분할방법을 전제하고 있지 않는 공유물분할청구권의 성격 등에 비추어 볼 때 그 대위행사를 허용하면 여러 법적 문제들이 발생한다. 따라서 극히 예외적인 경우가 아니라면 금전채권자는 부동산에 관한 공유물분할청구권을 대위행사할 수 없다고 보아야 한다. 이는 채무자의 공유지분이 다른 공유자들의 공유지분과 함께 근저당권을 공동으로 담보하고 있고, 근저당권의 피담보채권이 채무자의 공유지분 가치를 초과하여 채무자의 공유지분만을 경매하면 남을 가망이 없어 민사집행법 제102조에 따라 경매절차가 취소될 수밖에 없는 반면, 공유물분할의 방법으로 공유부동산 전부를 경매하면 민법 제368조 제1항에 따라 각 공유지분의 경매대가에 비례해서 공동근저당권의 피담보채권을 분담하게 되어 채무자의 공유지분 경매대가에서 근저당권의 피담보채권 분담액을 변제하고 남을 가망이 있는 경우에도 마찬가지이다.
- ④ 사인의 경우, 금전채권자는 극히 예외적인 경우가 아니라면 부동산에 관한 공유물분할청구권을 대위행사할 수 없으므로, 乙에 대해 대여금채권을 가지고 있는 丙이 乙을 대위하여 甲을 상대로 제기한 A 토지에 대한 공유물분할청구의 소는 받아들여질 수 없다.
- ⑤ [소송법적 논점] : 채권자대위에 기한 공유물분할청구 소송에서는 법원이 본안에 관하여 심리하여 가장 합리적이라고 결론을 내린 공유물분할 방법이 무엇이냐에 따라 채권자가 금전채권의 현실적인 이행을 확보할 수 있는지 여부가 달라진다. 그 분할 방법이 금전채권의 현실적인 이행을 확보하는 데에 도움이 되지 않는 경우 공유물분할청구권 대위행사는

보전의 필요성을 인정하기 어렵고, 채권자대위소송에서 보전의 필요성이 인정되지 않는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서 이를 각하해야 한다. 금전채권 보전을 위한 공유물분할청구권 대위행사를 폭넓게 허용하게 되면 이와 같이 본안 전 판단 사항인 소송요건(보전의 필요성)의 구비 여부가 본안에 대한 최종심리 결과에 따라 달라지게 되어 본말이 전도된 기이한 모습이 된다. 한편, 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정한 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다. 금전채권 보전을 위한 공유물분할청구권 대위행사에서 소송요건인 보전의 필요성 여부는 위와 같이 본안판단 사항인 공유물의 분할 방법에 달려 있다. 따라서 공유물분할청구의 소를 각하하는 판결이 확정되더라도 합리적인 분할 방법이 무엇이라는 점에 대해서는 기판력 있는 판단이 없으므로, 채권자는 다시 대금분할이 가능하다고 주장하여 소송요건인 보전의 필요성 흠결을 보완하였다는 이유로 공유물분할청구를 반복하여 제기할 수 있게 된다. 이는 공유자 스스로 공유물분할을 청구하는 경우 법원이 합리적이라고 판단한 분할 방법에 따라 공유물분할이 이루어지고 그로써 공유물분할청구로 인한 법률관계가 종료되는 것과는 전혀 다른 모습으로, 매우 부당하다.

Case 임대차 종합문제(지상물매수청구권의 발생과 포기특약의 효력, 유익비상환채권과 유치권 행사 가부, 임대차 존속 중 임대인의 구상금채권의 소멸시효가 완성된 경우 제495조 적용 여부, 임차 건물 부분에서 화재가 발생하여 임차 외 건물 부분까지 불에 탄 경우의 법률관계)¹⁾

[기본적 사실관계]

甲은 2000. 6.경 甲이 乙에게 X토지를 월 차임 200만 원, 임대차기간 2000. 7. 1. ~ 2020. 7. 1. 까지로 하여 임대하는 임대차계약(이하 'X토지 임대차계약'이라 칭한다.)을 체결하였고, 계약 당일 乙은 X토지를 인도받았다.

X토지 임대차계약의 내용에 따라 乙은 2001. 6.경 X토지의 형질을 당초 '임야'에서 '공장용지'로 변경하고 그 지상에 레미콘 공장 건물(이하 'Y건물'이라 칭함)을 신축하여 현재까지 소유하고 있다. 甲은 2020. 3.경 乙에게 "X토지 임대차계약이 2020. 7. 1. 기간만료로 종료되므로 Y건물을 철거하고 X토지를 인도하라"고 통보하였으나, 乙은 계약갱신청구를 하는 등 2020. 7. 1. 이 경과하도록 이에 응하지 않았다. 이에 甲은 "피고는 Y건물을 철거하고 원고에게 X토지를 인도하라"는 내용의 소를 제기하였다.

또한 甲은 2020. 6.경 甲이 丙에게 Z건물 1층 A부분을 월 차임 100만 원, 임대차기간 2020. 7. 1. ~ 2022. 7. 1. 까지로 하여 임대하는 임대차계약(이하 'Z건물 임대차계약'이라 칭한다.)을 체결하였고, 계약 당일 丙은 Z건물 1층 A부분을 인도받았다.

(이하 각 설문은 독립적임. 학설과 판례의 견해가 다를 경우 대법원 판례의 다수의견에 따라 서술할 것. 문제에서 실시된 사실관계 외에 다른 사정은 가정하지 않음)

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여) X토지 임대차계약에는 다음과 같은 조항이 존재하였다.

[A. 임대차기간 연장 조건에 관해 甲과 乙 상호간에 합의가 이루어지지 않은 경우 계약기간 만료일로부터 3개월 이내 乙이 지상물을 철거하지 않을 시 甲이 일방적으로 강제집행을 해도 乙은 이의를 제기하지 않는다.]

(이하 'A조항'이라 칭한다)

甲의 소송상 청구에 대해 乙이 ①Y건물 및 ②레미콘 생산설비 등 기계기구에 대한

1) 2022년 법무사시험 기출(50점). 문제 1.과 문제 2.는 대고등법원 2017. 8. 18. 선고 2015나22510 판결의 사실관계와 쟁점을 거의 그대로 출제한 것이다. 따라서 판저자의 해설도 위 판결에 기초하여 작성하였다. 다만, 2.―다.의 논점은 위 판결에 대한 대법원 판결에서 다른 판단을 하였으므로 判例에 터잡아 해설을 작성하였음을 밝혀둔다.

매수청구권(민법 제643조)을 행사한다는 주장을 하고 있다. 乙의 주장의 당부와 이유를 설명하시오. (15점)

2. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 乙은 당초 임야이던 X토지의 형질을 공장용지로 변경하기 위하여 매립, 주변 옹벽설치 등을 위한 토목공사비용 3억 원을 지출하였고, 시가감정결과 임대차기간 만료 후 토목공사로 인한 X토지의 현존하는 객관적 가치증가액은 2억 원인 사실이 인정되었다.

가. 乙이 위와 같이 지출한 비용의 전부 또는 일부를 甲으로부터 상환받을 수 있는 권리의 내용에 대하여 설명하시오. (乙이 이 권리를 포기하였음을 인정할 증거는 없음) (5점)

나. 乙은 위 가.의 권리에 기하여, 甲으로부터 위 비용을 상환받을 때까지 X토지를 유치할 수 있다는 주장을 하고 있다. 乙의 이러한 주장이 타당한지 그 결론과 이유를 설명하시오. (5점)

다. X토지 임대차계약에는 다음과 같은 조항이 존재하였다.

[B. 乙은 X토지에 대한 공과금을 책임지고 지급한다.]

(이하 'B조항'이라 칭한다)

B조항의 존재에도 불구하고 甲은 乙을 대신하여 2005. 1. 1.부터 2020. 6. 30. 까지 X토지에 부과된 각종 세금 합계 5,000만 원을 납부하였다. 이에 甲은 위 소송계속 중, 乙에 대한 구상금채권 5,000만 원을 자동채권으로, 乙이 甲에 대하여 가지는 위 가.의 권리를 수동채권으로 하여 대등액에서 상계한다는 의사를 표시하였다. 이러한 甲의 주장에 대하여 乙은, 甲의 구상금채권 중 이 사건 임대차계약기간 만료 시점에 이미 소멸시효가 완성된 부분을 자동채권으로 해서는 상계가 불가능하다는 주장을 하고 있다.

乙의 이러한 주장이 타당한지 그 결론 및 이유를 설명하시오. (10점)

3. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 2022. 5. 1. Z건물 1층 A부분에서 화재가 발생하여 丙이 임차한 A부분 뿐만 아니라 A부분과 상호 유지·존립에 있어 구조상 불가분의 일체 관계에 있는 B부분까지 전소되었다.

甲과 丙의 A부분과 B부분에 관한 법률관계를 설명하시오.

(불법행위로 인한 손해배상책임은 고려하지 않음) (15점)

I. 설문 1.에 대하여

1. 결 론(乙의 매수청구권 행사 주장의 당부)

甲의 소송상 청구에 대해 乙이 ①Y건물 및 ②레미콘 생산설비 등 기계기구에 대한 매수청구권을 행사한다는 주장은 타당하지 않다.

2. 이 유

(1) 지상물매수청구권의 발생

- ① 민법 제283조, 제643조에 의하면, 건물 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 기간이 만료한 경우에 건물, 수목 기타 지상시설이 현존한 때에는, 임차인은 계약의 갱신을 청구할 수 있고, 임대인이 계약의 갱신을 원하지 아니하는 때에는 상당한 가액으로 전항의 공작물이나 수목의 매수를 청구할 수 있다.
- ② 민법 제643조가 규정하는 매수청구의 대상이 되는 건물에는 임차인이 임차토지상에 그 건물을 소유하면서 그 필요에 따라 설치한 것으로서 건물로부터 용이하게 분리될 수 없고 그 건물을 사용하는 데 객관적인 편익을 주는 부속물이나 부속시설 등이 포함되는 것이지만, 이와 달리 임차인이 자신의 특수한 용도나 사업을 위하여 설치한 물건이나 시설은 이에 해당하지 아니한다.¹⁾
- ③ 사안의 경우, ㉠ X토지 임대차계약은 乙이 X 토지를 임차하여 그 지상에 Y건물을 신축하여 이를 레미콘 공장으로 운영할 목적으로 체결된 토지임대차계약이고, ㉡ 乙의 계약 갱신청구에 대하여, 甲이 계약의 갱신을 원하지 아니하여, 임대차계약이 기간 만료로 종료되었으며, ㉢ 계약종료일(2020. 7. 1.) 당시 X토지 지상에는 Y건물이 현존하고 있으므로, 乙은, 특별한 사정이 없는 한, 민법 제283조, 제643조의 규정에 따라 甲에게 Y건물을 매수할 것을 청구할 수 있다. 그러나 뒤에서 보는 바와 같이 乙은 지상물매수청구권을 포기하였으므로, 乙의 주장은 결국 이유 없다.
- ㉣ 한편, X토지 위에 있는 레미콘생산설비 등 기계기구는 乙이 레미콘제조업을 영위하기 위하여 설치한 시설로서 Y건물을 사용하는 데에 객관적인 편익을 주는 부속물이나 부속시설이 아니고, Y건물과 용이하게 분리하여 이전할 수 있으므로, 지상물매수청구권의 대상이 된다고 할 수 없으니, 乙의 레미콘생산설비 등 기계기구에 대한 매수청구 주장은 이유 없다.

(2) 지상물매수청구권의 포기

- ① 지상물매수청구권에 관한 민법 제643조의 규정은 강행규정이므로 이 규정에 위반하는 약정으로 서 임차인에게 불리한 것은 효력이 없는데(민법 제652조), 임차인 등에게 불리한 약정인지는

1) 대판 2002. 11. 13, 2002다46003.

우선 당해 계약의 조건 자체에 의하여 가려져야 하지만 계약체결 경위와 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 실질적으로 임차인 등에게 불리하다고 볼 수 없는 특별한 사정을 인정할 수 있을 때에는 강행규정에 저촉되지 않는다.¹⁾

② 사안의 경우, X토지 임대차계약에 의하면, Z은 계약이 종료될 경우에는 임대차기간 만료일로부터 3개월 이내에 지상물을 철거하여 원상회복하기로 약정하였으므로('A조항'), Z은 지상물매수 청구권을 포기하였다고 인정된다.

③ 다만, 위 'A조항' 부분이 민법 제652조에 의하여 강행규정 위반으로 무효인지 여부가 문제되는데, ㉠ X토지 임대차계약의 계약기간은 2000. 7. 1.부터 2020. 7. 1.까지 20년인바, 甲은 Z이 X토지의 형질을 변경하고 건물을 신축하면서 소요된 비용 등 투자비용을 감안하여 장기간의 임대기간을 약정하였고, 또한 20년이라는 기간은 Z이 투여한 자본을 회수하기에 충분한 기간으로 보인다. ㉡ 한편, 토지를 '임야'에서 '공장용지'로 형질변경을 하게 되면 보통 토지의 시가가 상승하고, 그에 따라 차임도 상승하게 되는데, Z은 2001. 6.경 X토지의 형질변경 후에도 당초 약정에 따른 월 차임 200만 원만 부담하였다는 점에서, Z은 실질적으로 20년간 X토지를 시세보다 저렴한 차임으로 임차한 셈이 된다. ㉢ 따라서 위 'A조항' 부분은 실질적으로 피고에게 불리하다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있다고 봄이 타당하므로, Z의 매수청구 주장은 이유 없다.

II. 설문 2.에 대하여

1. 2.가.

(1) Z이 甲으로부터 상환받을 수 있는 권리의 내용(유익비상환청구)

Z은 甲으로부터 2억 원을 유익비로 상환받을 수 있다.

(2) 이 유

① 민법 제626조 제2항에 의하면, 임차인이 유익비를 지출한 경우에는 임대인은 임대차종료시에 그 가액의 증가가 현존한 때에 한하여 임차인의 지출한 금액이나 그 증가액을 상환하여야 한다.

② 민법 제626조 제2항에서 임대인의 상환의무를 규정하고 있는 유익비란 임차인이 임차물의 객관적 가치를 증가시키기 위하여 투입한 비용을 말한다.²⁾

③ 유익비의 상환범위는 임차인이 유익비로 지출한 비용과 현존하는 증가액 중 임대인이 선택하는 바에 따라 정해진다고 할 것이고, 따라서 유익비상환의무자인 임대인의 선택권을 위하여

1) 대판 2011. 5. 26, 2011다1231.

2) 대판 1994. 9. 30, 94다20389.

그 유익비는 실제로 지출한 비용과 현존하는 증가액을 모두 산정하여야 하며,¹⁾ 지출한 비용은 물론 현존 증가액에 대하여도 임차인에게 입증책임이 있다.²⁾

- ④ 사안의 경우, 乙은 당초 임차이던 X토지의 형질을 공장용지로 변경하기 위하여 매립, 주변 옹벽 설치 등을 위한 토목공사비용 3억 원을 지출하였는데, 이는 X토지의 객관적 가치를 증가시키기 위하여 투입한 비용에 해당한다. 한편, X토지의 가치증가액 3억 원 중 임대차 종료 후 현존하는 가액은 2억 원이므로, 소송에서 甲은 적은 쪽인 2억 원을 선택할 것이다. 따라서 乙은 甲으로부터 2억 원을 유익비로 상환받을 수 있다.

2. 2.－나.

(1) 결 론(乙의 유치권 행사의 당부)

乙은 甲으로부터 2억 원의 유익비를 상환받을 때까지 X토지를 유치할 수 있다.

(2) 이 유

- ① 임차인이 임차목적물에 대하여 가지는 유익비상환청구권은 임대차계약이 종료한 때에 행사할 수 있는 것이며, 이때 임차인은 유익비상환청구권에 대해서 유치권을 행사할 수 있고 유치권을 행사한 임차인은 임대인으로부터의 명도청구도 거절할 수 있으며,³⁾ 물건의 인도를 청구하는 소송에서 피고의 유치권 항변이 인용되는 경우에는 물건에 관하여 생긴 채권의 변제와 상환으로 물건의 인도를 명하여야 한다.⁴⁾
- ② 사안의 경우, X토지의 임대차계약은 2020. 7. 1. 기간만으로 종료하였고, 乙이 지출한 토목공사비용은 유익비에 해당한다. 한편, X토지의 가치증가액 3억 원 중 임대차 종료 후 현존하는 가액은 2억 원이므로, 乙은 甲으로부터 2억 원의 유익비를 상환받을 때까지 X토지를 유치할 수 있다.

3. 2.－다.

(1) 결 론(乙의 상계 불가 주장의 당부)

甲의 구상금채권 중 이 사건 임대차계약기간 만료 시점에 이미 소멸시효가 완성된 부분을 자동채권으로 해서는 상계가 불가능하다는 乙의 주장은 타당하다.

(2) 이 유

- ① 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가

1) 대판 2002. 11. 22, 2001다40381.

2) 대판 1962. 10. 18, 62다437.

3) 대판 1988. 4. 25, 87다카458.

4) 대판 2011. 12. 13, 2009다5162.

도래한 때에는 각 채무자는 대등액에 관하여 상계할 수 있다(민법 제492조 제1항). 민법 제492조 제1항 소정의 ‘채무의 이행기가 도래한 때’라 함은 채권자가 채무자에게 이행의 청구를 할 수 있는 시기가 도래하였음을 의미하는 것이지 채무자가 이행지체에 빠지는 시기를 말하는 것이 아니다.¹⁾

- ② 민법 제495조는 “소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이는 당사자 쌍방의 채권이 상계적상에 있었던 경우에 당사자들은 그 채권·채무관계가 이미 정산되어 소멸하였다고 생각하는 것이 일반적이라는 점을 고려하여 당사자들의 신뢰를 보호하기 위한 것이다. 다만 이는 ‘자동채권의 소멸시효 완성 전에 양 채권이 상계적상에 이르렀을 것’을 요건으로 한다.
- ③ 민법 제626조 제2항은 임차인이 유익비를 지출한 경우에는 임대인은 임대차 종료 시에 그 가액의 증가가 현존한 때에 한하여 임차인의 지출한 금액이나 그 증가액을 상환하여야 한다고 규정하고 있으므로, 임차인의 유익비상환채권은 임대차계약이 종료한 때에 비로소 발생한다고 보아야 한다. 따라서 임대차 존속 중 임대인의 구상금채권의 소멸시효가 완성된 경우에는 위 구상금채권과 임차인의 유익비상환채권이 상계할 수 있는 상태에 있었다고 할 수 없으므로, 그 이후에 임대인이 이미 소멸시효가 완성된 구상금채권을 자동채권으로 삼아 임차인의 유익비상환채권과 상계하는 것은 민법 제495조에 의하더라도 인정될 수 없다.²⁾
- ④ 사안의 경우, 乙의 유익비상환채권은 이 사건 임대차계약기간이 만료된 때에 비로소 발생하고 이행기가 도래하므로, 甲의 구상금채권 중 이 사건 임대차계약기간 만료 시점에 이미 소멸시효가 완성된 부분은 상계적상 상태에 있었다고 할 수 없으므로, 이를 자동채권으로 해서는 상계가 불가능하다는 乙의 주장은 타당하다.³⁾

Ⅲ. 설문 3.에 대하여⁴⁾

1. 甲과 丙의 A부분에 관한 법률관계

- ① 임차인은 선량한 관리자의 주의를 다하여 임대차 목적물을 보존하고, 임대차 종료 시에 임대차 목적물을 원상에 회복하여 반환할 의무를 부담한다(민법 제374조, 제654조, 제615조). 그리고 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을

1) 대판 1981. 12. 22, 81다카10.

2) 대판 2021. 2. 10, 2017다258787.

3) [청구취지]

1. 피고는 원고에게,
가. Y건물을 철거하고,
나. 원고로부터 2억 원을 지급받음과 동시에 X토지를 인도하라.
2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.
3. 위 제1항은 가집행할 수 있다.

4) 대판(전원합의제) 2017. 5. 18, 2012다86895; 대판 2018. 10. 25, 2015다219030.

청구할 수 있고, 다만 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다(민법 제390조). 따라서 임대차 목적물이 화재 등으로 인하여 소멸됨으로써 임차인의 목적물 반환의무가 이행불능이 된 경우에, 임차인은 그 이행불능이 자기가 책임질 수 없는 사유로 인한 것이라는 증명을 다하지 못하면 그 목적물 반환의무의 이행불능으로 인한 손해를 배상할 책임을 지며, 그 화재 등의 구체적인 발생 원인이 밝혀지지 아니한 때에도 마찬가지이다. 또한, 이러한 법리는 임대차 종료 당시 임대차 목적물 반환의무가 이행불능 상태는 아니지만 반환된 임차 건물이 화재로 인하여 훼손되었음을 이유로 손해배상을 구하는 경우에도 동일하게 적용된다.

- ② 한편, 임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 임대차계약 존속 중에 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담하므로(민법 제623조), 임대차계약 존속 중에 발생한 화재가 임대인이 지배·관리하는 영역에 존재하는 하자로 인하여 발생한 것으로 추단된다면, 그 하자를 보수·제거하는 것은 임대차 목적물을 사용·수익하기에 필요한 상태로 유지하여야 하는 임대인의 의무에 속하며, 임차인이 그 하자를 미리 알았거나 알 수 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 임대인은 그 화재로 인한 목적물 반환의무의 이행불능 등에 관한 손해배상책임을 임차인에게 물을 수 없다.
- ③ 사안의 경우, 임차 목적물인 A부분에 관하여는, ㉠ 원칙적으로 임차인 丙이 선량한 관리자의 주의의무 위반이 없음을 증명하지 못하거나 화재의 원인이 밝혀지지 않은 경우, 임대인 甲은 丙을 상대로 제390조에 따른 손해배상을 청구할 수 있다. ㉡ 다만, 그 화재가 임대인 甲이 지배·관리하는 영역에 존재하는 하자로 인한 것으로 인정된다면, 임대인 甲은 丙을 상대로 제390조에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.

2. 甲과 丙의 B부분에 관한 법률관계

- ① 종래 대법원은 임차인이 임대인 소유 건물의 일부를 임차하여 사용·수익하던 중 임차 건물 부분에서 화재가 발생하여 임차 외 건물 부분까지 불에 타 그로 인해 임대인에게 재산상 손해가 발생한 경우에, 건물의 규모와 구조로 볼 때 건물 중 임차 건물 부분과 그 밖의 부분이 상호 유지·존립함에 있어서 구조상 불가분의 일체를 이루는 관계에 있다면, 임차인은 임차 건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음을 증명하지 못하는 이상 임차 건물 부분에 한하지 아니하고 건물의 유지·존립과 불가분의 일체 관계에 있는 임차 외 건물 부분이 소훼되어 임대인이 입게 된 손해도 채무불이행으로 인한 손해로 배상할 의무가 있다고 판단하여 왔다.
- ② 그러나 임차 외 건물 부분이 구조상 불가분의 일체를 이루는 관계에 있는 부분이라 하더라도, 그 부분에 발생한 손해에 대하여 임대인이 임차인을 상대로 채무불이행을 원인으로 하는 배상을 구하면, 임차인이 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무 위반이 있었고, 그러한 의무 위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 상당인과관계가 있으며, 임차 외 건물 부분의 손해가 의무 위반에 따라 민법 제393조에 의하여 배상하여야 할 손해의 범위 내에 있다는 점에 대하여 임대인이 주장·증명하여야 한다.

- ③ 사안의 경우, 임차 목적물이 아닌 B부분에 관하여는, ㉠ 비록 B부분이 A부분과 구조상 불가분의 일체 관계에 있다 하더라도 임차인 丙에게 당연히 채무불이행 책임을 묻는 것은 계약법의 기본원리 및 공평의 원칙에 반한다. ㉡ 따라서 丙이 보존·관리의무를 위반하여 이 사건 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 이 사건 화재 발생과 관련된 乙의 계약상 의무위반이 있었다는 점 등 제390조 및 제393조의 모든 요건에 대한 임대인 甲의 주장·증명이 있는 경우에 한하여 丙의 채무불이행 책임을 인정하는 것이 합당하다.

2022년 법무사 28회 부동산등기법 논술 문제 및 해설

자료제공 : 오 영관

총평

논술 부동산등기법

논술 문제는 후등기저지력(10점), 신탁등기신청방식(20점), 부속서류 열람(20점), 허무인명의등기말소(20점) 등이 출제되었습니다.

논점 자체는 어려운 문제는 아니지만 사례형으로 출제하다 보니 당황했을 것으로 생각합니다. 법무사 시험에서 사례형 출제는 처음이기 때문에 논술식으로만 공부하신 분들은 논점 파악하는데 낯설었을 것 같습니다. 특별히 신탁등기신청방식(20점), 부속서류 열람(20점)은 일반론을 서술하고 사례를 해결하라는 문제여서 일반론에 대한 암기된 지식이 절대적으로 필요했습니다. 논술 문제는 족집게 강의에서 전부 다룬 문제여서 따라서 족집게 강의 교재인「부동산등기법 논술 및 신청서 작성 모의고사 문제」에 전부 수록된 문제입니다.

결론적으로 보면 전반적으로 쉬운 논점들이었고 마무리 강의에서 다른 논점이었기 때문에 어렵지 않게 서술했을 것으로 보입니다. 특별히 부속서류의 열람만 제대로 서술할 수 있었다면 55점 이상의 고득점도 가능할 것으로 보입니다. 올해는 지난해와 달리 45점 이상의 득점자가 100명 이상 나올 것 같기 때문에 적어도 45점은 맞아야 합격권일 같습니다.

부동산등기신청서 작성

유증을 원인으로 한 소유권이전등기의 신청서를 작성하라는 문제이다. 논술로 출제될 것으로 예상했는데 신청서작성 문제로 출제된 것입니다. 설문 자체에 특별한 논점 들을 부가하지 않은 평이한 문제에 해당합니다. 다만 ① 소유권일부이전등기신청을 하여야 하기 때문에 등기목적과 이전할 지분을 기재했는지, ② 원인서면이 공정증서이기 때문에 유언검인조서등본이나 유언심판서정본을 제공할 필요가 없는 점, ③ 자필서명정보를 제공한다는 점 등이 조심할 내용이다.

④ 한편 설문의 농지(답)는 법인은 농지법 제6조 제2항의 예외 사유가 없는 한 취득할 수 없다. 그런데 설문은 농지(답)인데 법인이 취득하는 것으로 신청서를 작성하라는 문제여서 예외적으로 취득할 수 있는 서면을 제공하여야 하는데 설문에 어떤 사유도 설치되어 있지 않아서 문제이다. 하지만 예외사유를 증명하는 서면까지 첨부정보로 추가하여 제공하였다면 보너스 점수를 받을 수 있을 것으로 보인다.

결론적으로 보면 특이점이 많지 않는 문제여서 어렵지 않게 합격자 평균점수인 23점 내지 24점은 얻을 수 있을 것 같고, 27점 이상의 고득점자도 상당히 나올 것으로 예상합니다.

2022년 법무사 28회 부동산등기법 논술 문제 및 해설

자료제공 : 오 영관

【문제 1】

【설 문】 甲은 X토지, Y건물 및 W건물(각 부동산의 등기소 관할은 동일함)의 소유명의인이다. 한편 甲은 자녀 乙과 성년자인 손자(孫子) A, B를 두고 있다.(50점) 위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.(각 설문은 상호관련성이 없음)

【문 1】 甲은 C와 X토지 전부에 대해 지상권설정계약(특별약정 없음)을 체결하였다(해당 토지 을구에는 이미 존속기간이 만료된 제3자 명의의 토지 전부에 대한 지상권설정등기만 마쳐짐). 기간이 만료된 지상권설정등기는 효력이 없다고 생각한 甲과 C가 관할등기소에 지상권설정등기신청을 한 경우 등기의 효력과 관련하여 이러한 등기신청이 가능한지 여부 및 그 이유와 등기관 조치에 대해 간략히 설명하시오. (10점)

【문 2】 甲(위탁자)은 乙과 자신의 손자인 A, B를 위해서 乙을 수탁자로 하여 다음과 같이 신탁계약을 체결하고 이를 1개의 문서로 작성하였다(신탁계약은 유효함을 전제).

가. Y건물을 신탁재산으로 하고 Y건물의 임대료에 대한 수익은 A에게 귀속한다. 신탁기간은 A의 대학졸업 시 만료된다.

나. W건물을 신탁재산으로 하고 W건물의 임대료 및 기타 수익은 B에게 귀속한다. 신탁기간은 B의 취업 시 만료된다.

甲과 乙은 위 신탁계약에 따라 Y, W 부동산을 1건의 신청정보로 하여 소유권이전등기 및 신탁등기를 관할등기소에 신청하였다. 신청정보의 제공 방법에 관하여 약술하고 해당 등기신청의 적법여부와 그 이유를 설명하시오. (20점)

【문 3】 乙에 대한 대여금 채권을 가지고 있던 丙은 어느날 우연히 Y건물이 乙 명의로 소유권이전등기 및 신탁등기가 된 사실을 발견하였다. 한편 W건물에 대한 2순위 근저당권자인 丁은 1순위 근저당권설정등기가 자신의 채권을 해한다고 생각하고 있다.

丙과 丁은 위 건물들을 관할하는 등기소에 출석하여 丙은 Y건물(乙명의 소유권이전등기 및 신탁등기)에 대하여, 丁은 W건물(1순위 근저당권설정등기)에 대한 등기신청정보 및 첨부정보에 대한 열람을 하고자 한다. 등기신청정보 및 첨부정보 열람에 관하여 약술하고 丙과 丁의 열람신청 가부에 대해 설명하시오. (20점)

【문제 2】 허무인 명의 등기의 말소 절차에 대하여 설명하시오. (20점)

【문 1-1】 甲은 C와 X토지 전부에 대해 지상권설정계약(특별약정 없음)을 체결하였다(해당 토지 을구에는 이미 존속기간이 만료된 제3자 명의의 토지 전부에 대한 지상권설정등기만 마쳐짐). 기간이 만료된 지상권설정등기는 효력이 없다고 생각한 甲과 C가 관할등기소에 지상권설정등기신청을 한 경우 등기의 효력과 관련하여 이러한 등기신청이 가능한지 여부 및 그 이유와 등기관 조치에 대해 간략히 설명하시오(10점).

I. 문제의 소재

이미 존속기간이 만료된 제3자 명의의 토지 전부에 대한 지상권설정등기신청이 가능한지와 등기신청이 있는 경우 등기관의 조치가 무엇인지가 문제의 소재이다.

(족집게강의 교재 부동산등기법 논술 및 등기신청서작성 모의고사 문제 5 페이지「제1문-3문」과 유사)

II. 등기신청이 가능한지 여부와 근거

설문은 본등기의 효력 중 후등기저지력에 관련된 문제이다. 후등기저지력이라 함은 어떤 등기가 형식적으로 존재하는 그 자체만으로 그 등기가 실체법상 유효이거나 무효이거나를 불문하고 또 다른 등기의 실행을 저지시키는 효력을 말한다. 따라서 설문의 경우처럼 지상권의 존속 기간이 만료된 경우에도 말소등기가 되지 않았다면 그 존재 자체만으로 후등기저지력 때문에 양립이 불가능한 또 다른 지상권설정등기를 실행할 수 없다(2003.10.08. 선례 7-268).

III. 등기관 조치

설문의 경우처럼 선행 지상권설정등기가 말소되지 않은 채 후행 지상권설정등기신청이 있는 경우 등기관은 양립이 불가능하여 실체법상 허용될 수 없음이 명백한 등기이기 때문에 법 제29조 제2호로 각하하여야 한다.

【문 1-2】 甲(위탁자)은 乙과 자신의 손자인 A, B를 위해서 乙을 수탁자로 하여 다음과 같이 신탁계약을 체결하고 이를 1개의 문서로 작성하였다(신탁계약은 유효함을 전제).

가. Y건물을 신탁재산으로 하고 Y건물의 임대료에 대한 수익은 A에게 귀속한다. 신탁기간은 A의 대학졸업 시 만료된다.

나. W건물을 신탁재산으로 하고 W건물의 임대료 및 기타 수익은 B에게 귀속한다. 신탁기간은 B의 취업 시 만료된다.

甲과 乙은 위 신탁계약에 따라 Y, W 부동산을 1건의 신청정보로 하여 소유권이전등기 및 신탁등기를 관할등기소에 신청하였다. 신청정보의 제공방법에 관하여 약술하고 해당 등기신청의 적법여부와 그 이유를 설명하시오.(20점).

I. 문제의 소재

신탁행위에 의한 신탁등기신청정보의 일반적인 제공방법과 특별히 사례의 경우처럼 여러 개의 부동산에 1개의 신탁약정이 있는 경우에도 일괄신청이 가능하지가 문제의 소재이다.

(족집게강의 교재 부동산등기법 논술 및 등기신청서작성 모의고사 문제 146페이지「제14문-2문」)

II. 신탁등기의 신청정보의 제공 방법

1. 일괄신청

신탁행위에 의한 신탁등기의 신청은 해당 신탁으로 인한 권리의 설정등기, 보존등기, 이전등기 또는 변경등기의 신청과 동시에 하여야 하되(법 제82조 제1항), 1건의 신청정보로 일괄하여 하여야 한다(규칙 제139조 제1항). 다만 수익자나 위탁자가 수탁자를 대위하여 신탁등기를 신청하는 경우에는 동일서면으로 동시에 일괄신청하지 아니하여도 된다(법 제82조 제2항 후단).

그리고 신탁재산처분(또는 회복)에 의한 경우에도 일괄신청하되 수탁자가 신탁등기만 별도로 신청하는 경우에는 별개서면으로 나중에 신청할 수 있다.

또한 신탁합병(분할)으로 인하여 다른 신탁의 목적으로 된 뜻의 등기와 신탁말소등기 및 신탁등기는 수탁자가 단독으로 신청하되 일괄신청하여야 한다.

2. 신탁등기의 목적인 부동산이 수개이거나 위탁자가 수인인 경우 일괄신청 여부

수개의 부동산에 대하여 동일한 위탁자 및 수탁자, 같은 신탁목적으로 신탁계약을 체결하는 경우, 등기절차를 간소화한다는 측면에서 한 개의 신청정보로써 일괄신청할 수 있다(2020.07.21. 예규 제1694호).

한편 위탁자가 수인이라 하더라도 수탁자와 신탁재산인 부동산 및 신탁목적이 동일한 경우에는 한 개의 신청정보로 일괄신청할 수 있다.

III. 사례의 해결

Y건물과 W건물을 목적으로 갑과 을이 하나의 계약으로 신탁약정을 맺은 경우 소유권이

전설정 및 신탁등기를 하나의 신청정보로 일괄신청할 수 있는지가 문제된다.

법 제25조에 따르면 관할이 갖고 등기목적과 등기원인이 같은 경우에는 일괄 신청할 수 있다.

그러나 신탁의 경우에는 법 제25조와 달리 수개의 부동산에 대하여 위탁자가 같고 신탁목적 이 같고 수탁자가 같다면 일괄신청을 할 수 있다(2020.07.21. 예규 제1694호).

이 사례의 경우 Y건물과 W건물로서 부동산등기 수개이지만 위탁자 값이 같고, 수탁자 을도 같고, 신탁목적으로 임대료수익(수익자까지 같을 필요는 없음)도 모두 같기 때문에 한 장으로 일괄 신청할 수 있다. 이 경우에도 신탁원부 작성을 위한 정보는 건물별로 등기 소에 제공하여야 한다(예규 제1694호).

【문 1-3】 Z에 대한 대여금 채권을 가지고 있던 丙은 어느날 우연히 Y건물이 Z명의로 소유 권이전등기 및 신탁등기가 된 사실을 발견하였다. 한편 W건물에 대한 2순위 근저당권자인 丁은 1순위 근저당권설정등기가 자신의 채권을 해한다고 생각하고 있다.

丙과 丁은 위 건물들을 관할하는 등기소에 출석하여 丙은 Y건물(Z명의 소유권이전등기 및 신탁등기)에 대하여, 丁은 W건물(1순위 근저당권설정등기)에 대한 등기신청정보 및 첨부정보에 대한 열람을 하고자 한다. 등기신청정보 및 첨부정보 열람에 관하여 약속하고 丙과 丁의 열람신청 가부에 대해 설명하시오(20점).

I. 문제의 소재

신청서 기타 부속서류의 열람에 관한 일반론을 설명하고, 사례의 경우에도 丙과 丁이 부속서류의 열람신청이 될 수 있는지가 문제의 소재이다.

(족집게강의 교재 부동산등기법 논술 및 등기신청서작성 모의고사 문제 29 페이지「제3문-2문」)

II. 열람신청의 대상인 부속서류의 의미

열람대상인 신청서기타부속서류는 등기관이 등기를 마친 후 신청서기타부속서류편철장에 편철한 것을 의미하나 보존기간이 만료된 신청정보 및 첨부정보에 대하여도 삭제인가 또는 폐기인가를 받기 전까지는 열람을 신청할 수 있는 부속서류에 해당한다. 그러나 등기신청이 접수된 후 등기가 완료되기 전의 신청정보 및 첨부정보는 열람대상에 포함되지 않는다.

III. 신청서 기타 부속서류의 열람신청인

1. 열람신청인의 제한

등기기록의 부속서류는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제1호의 “다른 법률에 의하여 비공개사항으로 규정된 정보”에 해당하기 때문에 이해관계인이 아니면 열람할 수 없다.

따라서 등기기록의 부속서류를 열람하고자 하는 자는 ① 해당 등기신청의 당사자 및 그 포괄 승계인, ② 해당 등기신청에 따른 등기가 실행됨으로써 직접 법률상 이해관계를 가지게 되었거

나 그 등기를 기초로 하여 법률상의 이해관계에 영향을 받게 되었음을 소명한 자 ③ 다른 법률에서 허용하는 자 등이다.

2. 열람신청을 할 수 있는 자 1)

(1) 해당 등기신청의 당사자 및 그 포괄승계인

등기신청의 당사자인 등기권리자 및 등기의무자와 매도인의 상속인이나 유증자의 상속인은 매매 또는 유증을 원인으로 하는 소유권이전등기의 신청정보 및 첨부정보를 열람할 수 있다.

(2) 당 등기신청에 따른 등기가 실행됨으로써 직접 법률상 이해관계를 가지게 된 자

(근)저당권설정자는 그 (근)저당권을 이전하는 등기의 신청정보 및 첨부정보를 열람할 수 있다. 또한 종중원임을 확인할 수 있는 자는 종중이 당사자인 등기신청사건의 신청정보 및 첨부정보를 열람할 수 있다.

(3) 해당 등기신청에 따른 등기가 실행됨으로써 그 등기를 기초로 하여 법률상의 이해관계에 영향을 받게 되었음을 소명한 자

장래 가등기에 의한 본등기를 할 때 직권말소의 대상이 되는 등기의 명의인은 해당 가등기의 신청정보 및 첨부정보를 열람할 수 있다. 또한 (근)저당권자는 그보다 앞선 순위에 있는 (근)저당권설정등기의 신청정보 및 첨부정보를 열람할 수 있다.

(4) 다른 법률에서 허용하는 자

세무공무원은 과세자료를 조사하기 위하여 신청정보 및 첨부정보를 열람할 수 있다. 또한 수사기관이 수사의 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우 법관이 발부한 영장을 제시하여 신청정보 및 첨부정보를 열람할 수 있다.

IV. 丙과 丁의 부속서류 열람신청 가부

1. 丙이 열람신청인이 될 수 있는지 여부

등기실무(2018.08.31. 예규 제1653호)에 따르면 소유권이전등기의 명의인에 대하여 금전채권을 가지고 있음에 불과한 자는 그 소유권이전(보존)등기의 신청정보 및 첨부정보를 열람할 수 없다. 따라서 을의 금전채권자는 을명의의 소유권이전 및 신탁등기가 사해행위라고 생각했더라도 등기명의인의 단순한 금전채권자는 이해관계인으로서 을명의 등기의 부속서류를 열람할 수 있는 신청인이 될 수 없다.

2. 丁이 열람신청인이 될 수 있는지 여부

등기실무에 따르면 해당 등기신청에 따른 등기가 실행됨으로써 그 등기를 기초로 하여 법률상의 이해관계에 영향을 받게 되었음을 소명한 자는 부속서류를 열람할 수 있는 자에 해당한다(2018.08.31. 예규 제1653호).

따라서 2번 근저당권자 丁은 1번 근저당권이 실행되어 매각되면 말소되어 권리가 소멸하기 때문에 이처럼 법률상의 이해관계에 영향을 받게 되었음을 소명하여 1번 근저당권의 신청정보 및 첨부정보를 열람할 수 있다(2018.08.31. 예규 제1653호).

1) 2018.08.31. 예규 제1653호

【문제 2】 허무인 명의 등기의 말소 절차에 대하여 설명하시오.(20점).

I. 문제의 소재

허무인의 범위 및 그 등기의 말소신청 방법과 등기실행 방법 등이 문제의 소재이다.

(족집게강의 교재 부동산등기법 논술 및 등기신청서작성 모의고사 문제 235페이지「제23문-문제 2」)

II. 허무인의 범위

허무인이라 함은 실존하지 아니하는 가공인, 실존인이었지만 등기신청행위 당시 이미 사망한 자, 종종 등 법인 아닌 사단이 그 실체가 인정되지 아니한 경우를 포함한다.

III. 허무인명의 등기의 말소 신청방법

1. 가공인명의 등기의 말소방법

가공인 명의의 소유권이전등기 등에 대하여 실제등기 행위자를 상대로 한 말소소송에 말소절차의 이행을 명한 판결이 확정된 경우에는 위 판결에 의하여 가공인명의 등기의 말소를 신청할 수 있다.

2. 사망자명의 등기 말소방법

사망자 명의의 등기 등에 대하여 상속인을 상대로 한 말소소송에서 사망자 명의의 등기가 상속인을 표상하는 등기로서 원인무효의 등기임을 이유로 말소절차의 이행을 명한 판결이 확정된 경우에는 위 판결로 사망자명으로 된 등기의 말소를 신청할 수 있다.

3. 실체가 없는 법인 아닌 사단, 재단 명의 등기의 말소방법

중전 선례에 의하면 소유권이전등기 등의 말소소송에서 등기명의인인 법인 아닌 사단, 재단이 그 실체가 인정되지 아니하여 소송당사자능력이 없음을 이유로 소각하판결이 확정되고, 위 각하판결정본이 등기관에게 제공된 경우, 등기관은「부동산등기법」제58조에 따라 당사자능력이 없는 위 종종 명의의 등기의 말소를 직권으로 할 수 있었다. 그러나 개정된 예규에 의하면 실체가 없는 종종 등 법인 아닌 사단, 재단 명의의 소유권이전등기 등에 대하여 실제 등기행위자(대표자나 그 구성원 등)를 상대로 한 말소절차를 명한 판결이 확정된 경우에 위 판결에 의하여 말소등기를 신청할 수 있게 되었다.

4. 학교 명의로 마쳐진 소유권이전등기의 말소

○○학교 명의의 소유권이전등기에 대하여 실제 등기행위자를 상대로 하여 말소절차의 이행을 명하는 확정판결을 받아 말소등기를 신청하거나, 실제 등기행위자임을 소명하는 자료를 제공하여 실제 등기행위자와 공동으로 말소등기를 신청할 수 있다(선례 제200410-7호).

IV. 말소등기의 실행방법

법 제48조의 일반등기사항 외에 말소등기의 등기원인은 확정판결로, 그 원인일자는 판결선고일자를 각 기록한다.

2022년 법무사 28회 부동산등기법 신청서작성 문제 및 해설

자료제공 : 오 영관

(설 문)

다음에 제시된 부동산의 등기기록 및 사실관계와 답안작성 유의사항에 따라 법무사 김고수가 제출할 등기신청서를 작성하고, 필요한 첨부서면의 제공 이유와 근거에 대하여 간략하게 설명 하시오. (서면에 의한 방문신청임을 전제로 함) (30점).

(참고 사항)

1. 사실관계

김길동은 2015년 6월 1일 자신의 모교인 “학교법인 우정”에 “서울특별시 강남구 수서동 11번지” 부동산을 유증하기로 하고 “법무법인 강남”을 방문하여 자신의 지분 전부를 유증하는 내용과 유언집행자를 자신의 아들인 김철중으로 지정하는 내용의 공정증서를 작성하였다. 2022년 9월 2일 김길동은 사망하였고 김길동의 상속인으로는 妻 이정숙과 子 김철중이 있다. 위 유언은 적법한 방식과 절차에 따라 이뤄졌다.

법무사 김고수[사무소 소재지:서울특별시 서초구 법원로 11(서초동),전화번호:02)581-5300]는 위임에 따른 등기신청을 위해 필요한 첨부서면 등을 준비하여 2022년 11월 11일 관할 등기소에 등기신청을 하려고 한다.

2. 인적사항

① 유증자

· 김길동 : 주민등록번호 420717-1530333, 주소 서울특별시 서초구 강남대로 21(서초동)

② 상속인

· 이정숙 : 주민등록번호 491212-2384579, 주소 서울특별시 서초구 강남대로 21(서초동)

· 김철중 : 주민등록번호 730402-1982597, 주소 서울특별시 송파구 송파로 1

③ 수증자

· 학교법인 우정 : 등록번호 111132-0000036, 주사무소 서울특별시 강동구 2(고덕동)

· 이사장 진기호 : 주민등록번호 620913-1540739, 주소 서울특별시 강동구 강동로 1 (암사동)

3. 답안작성 유의사항

가. 신청서 양식의 첨부서면란 등이 부족할 경우에는 답안지에 기재할 수 있습니다.

나. 신청서 양식의 첨부서면란에는 첨부서면의 명칭과 통수를 기재합니다. 첨부서면의 제공이유와 근거는 답안지에 간략하게 기재하십시오.

다. 위임장은 작성하지 않으셔도 됩니다. 다만, 첨부서면으로는 기재하고 그 내용(위임인 등)도 답안지에 기재하시기 바랍니다.

라. 등록면허세, 등기신청수수료 등 설문에서 정보가 주어지지 않은 것은 신청서에 기재하지 않으셔도 됩니다. 그 밖에 설문에서 주어지지 않은 사항은 고려할 필요가 없습니다.

마. 날인이 필요한 곳에는 (인)이라고 기재합니다.

바. 제시된 주민등록번호나 부동산등기용등록번호는 법령상의 부여 규칙이나 구성 체계 등과 맞지 않을 수 있으나, 이 점은 고려하지 않으셔도 됩니다.

사. 설문의 부동산과 사실관계는 모두 가상의 것임을 알려 드립니다.

(참고등기부)

【 표 제 부 】 (토지의 표시)					
표시 번호	접 수	소재지번	지 목	면 적	등기원인 및 기타사항
1	2000년5월3일	서울특별시 강남구 수서동 11	답	1,000㎡	

【 갑 구 】 (소유권에 관한 사항)				
순위 번호	등기목적	접 수	등기원인	권리자 및 기타사항
2	소유권이전	2002년5월3일 제4000호	2002년4월19일 협의분할에 의한 상속	소유자 지분 2분의 1 김길동 주민등록번호 420717-1530333 서울특별시 서초구 강남대로 21(서초동) 지분 2분의 1 김미연 주민등록번호 480703-1562316 서울특별시 마포구 마포대로 25(공덕동)

(서울중앙지방법원 등기국 관할)

소유권일부이전 등기신청(유증)

접 수	년 월 일	처 리 인	등기관 확인	각종 통지
	제 호			

부동산의 표시

서울특별시 강남구 수서동 11
 답 1,000㎡
 이 상

등기원인과 그 연월일		2022년 9월 2일 유증		
등기의 목적		갑구2번 김길동지분 전부이전		
이전할 지분		공유자 지분 2분의 1		
구 분	성 명 (상호·명칭)	주민등록번호 (등기용등록번호)	주 소 (소 재 지)	지 분 (개인별)
등 기 의 무 자	유증자 망 김길동	420717-1530333	서울특별시 서초구 강남대로 21(서초동)	
	유언집행자 김철중	730402-1982597	서울특별시 송파구 송파로 1	
등 기 권 리 자	수증자 학교법인 우정 이사장 진기호	111132-0000036	서울특별시 강동구 2(고덕동) 서울특별시 강동구 강동로 1(암사동)	

시가표준액 및 국민주택채권매입금액			
부동산 표시	부동산별 시가표준액	부동산별 국민주택채권매입금액	
1. 토지	금 원	금 원	
국 민 주 택 채 권 매 입 총 액		금 원	
국 민 주 택 채 권 발 행 번 호			
취득세(등록면허세)	금 원	지 방 교 육 세	금 원
		농어촌특별세	금 원
세 액 합 계	금 원		
등 기 신 청 수 수 료	금 원		
	납부번호 :		
	일괄납부 :	건 원	
등기의무자의 등기필정보			
부동산고유번호			
성명(명칭)	일련번호	비밀번호	
첨 부 서 면			
1. 공정증서 1통 1. 취득세영수필확인서 1통 1. 인감증명서나 본인서명사실확인서 또는 전자본인서명확인서 발급증 1통 1. 등기필증 1통 1. 법인등기사항전부증명서 1통 1. 주민등록표등본 1통		1. 위임장 1통 1. 기본증명서(상세) 1통 1. 가족관계증명서(상세) 1통 1. 친양자입양관계증명서(상세) 1통 1. 제적등본 1통 1. 토지이용계획확인서 등 1통 1. 자필서명정보 1통 1. 등기신청수수료영수필확인서 1통	
2022 년 11 월 11 일 위 신청인 (전화 :) 위 대리인 법무사 김고수 (인) (전화 : 02) 581-5300) 서울특별시 서초구 법원로 11(서초동) 서울중앙지방법원 등기국 귀중			

- 신청서 작성요령 -

- ※1. 부동산표시란에 2개 이상의 부동산을 기재하는 경우에는 부동산의 일련번호를 기재하여야 합니다.
 2. 신청인란등 해당란에 기재할 여백이 없을 경우에는 별지를 이용합니다.

첨부정보의 제공 근거

1. 공정증서

유증을 원인으로 한 소유권이전등기의 신청정보에는 등기원인을 증명하는 정보로 유증의 사실을 증명하는 공정증서를 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제1호).

1. 취득세영수필확인서

소유권이전등기의 신청정보에는 취득세, 농어촌특별세, 지방교육세를 함께 납부한 취득세 영수필확인서를 첨부정보로서 제공하여야 한다(「지방세법 시행령」 제36조).

1. 인감증명서나 본인서명사실확인서 또는 전자본인서명확인서 발급증

유증을 원인으로 한 소유권이전등기의 신청정보에는 망 김길동의 인감증명이 아니라 유언 집행자인 상속인 김철중의 인감증명서나 본인서명사실확인서 또는 전자본인서명확인서 발급증을 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제60조 제1항 제1호).

1. 등기필증

유증을 원인으로 한 소유권이전등기를 공동으로 신청하기 때문에 등기의무자의 진의를 확인하게 할 목적으로 망자가 소지하고 있던 등기필증을 첨부정보로서 제공하여야 한다(법 부칙 제2조).

1. 토지대장등본

소유권이전등기의 신청정보에는 대장과 등기기록에 기록된 부동산표시가 일치하는지 여부를 확인하게 할 목적으로 발행일로부터 3개월 이내의 대장정보 기타 부동산표시를 증명하는 정보를 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제7호, 규칙 제62조).

1. 법인등기사항전부(일부)증명서

등기기록에 새롭게 기록되는 등기관리자 있는 경우에는 그 자의 주소와 부동산등기용등록번호를 증명하는 서면을 제공하여야 한다. 학교법인 우정이 소유권이전등기의 등기관리자로서 신청하기 때문에 주소(사무소 소재지)와 부동산등기용등록번호를 증명하는 정보(규칙 제46조 제1항 제6호)와를 제공하여야 한다. 한편 이사장의 자격을 증명하는 정보로 법인등기사항전부(일부)증명서를 첨부정보로서 등기소에 제공한다(규칙 제46조 제1항 제4호). 이 경우 법인등기사항증명서는 주소와 부동산등기용등록번호, 이사장의 자격을 증명하는 기능을 함께 한다.

1. 주민등록표등(초)본

소유권이전등기를 공동으로 신청하고자 하는 경우에 등기의무자의 주소를 증명하는 정보도 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제6호). 다만 망자가 아닌 유언집행자인 김철중의 주소를 증명하는 정보첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다. 한편 유증의 경우에는 망자의 주소를 증명하는 정보를 제공하지 않는 것이 등기실무이다.

1. 위임장

대리인의 자격을 증명하는 정보로서 위임장을 제공하되(규칙 제46조 제1항 제5호), 그 위임장에는 부동산표시, 등기할 사항, 대리인의 성명과 주소, 위임의 취지 등이 기록되어 있어야 한다. 그리고 등기신청을 위임한 유언집행자인 김철중의 성명과 주소를 기재하고

인감을 날인하여야 하며, 등기관리자 학교법인 우정의 이사장 진기호의 성명과 주소를 기재하고 날인하여야 한다.

1. 기본증명서(상세)

유증의 효력은 유증자의 사망으로 효력이 생기기 때문에(「민법」 제1073조) 유증자 망 김길동의 사망사실을 증명하는 정보로 김길동의 기본증명서(상세)를 첨부정보로 등기소에 제공하여야 한다. 한편 상속인을 유언집행자로 지정했기 때문에 유언집행자의 자격을 증명하는 정보로 망 김길동의 기본증명서(상세)를 첨부정보로 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제5호). 따라서 망 김길동의 기본증명서(상세)는 유증의 효력발생과 유언집행자의 자격을 증명하는 2가지의 기능을 함께 한다.

1. 가족관계증명서(상세)

상속인이 유언집행자이기 때문에(「민법」 제1095조) 상속인의 범위를 증명하는 정보 겸 유언집행자의 자격을 증명하는 정보로서 망 김길동의 가족관계증명서(상세)를 첨부정보로 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제5호).

1. 친양자입양관계증명서(상세)

상속인이 유언집행자이기 때문에(민법 제1095조) 상속인의 범위를 증명하는 정보 겸 유언집행자의 자격을 증명하는 정보로서 망 김길동의 친양자입양관계증명서(상세)를 첨부정보로 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제5호).

1. 제적등본

상속인이 유언집행자이기 때문에(민법 제1095조) 상속인의 범위를 증명하는 정보 겸 유언집행자의 자격을 증명하는 정보로서 구 호적법상 망 김길동의 제적등본을 첨부정보로 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제5호).

1. 토지이용계획확인서 등

설문의 토지는 답으로서 농지에 해당한다. 법인은 농지법상의 예외 사유가 없는 법인은 농지를 취득할 자격이 없다. 그런데 설문의 취지는 농지를 취득할 수 있는 것을 전제로 신청서를 작성하라는 것이다. 다만 설문에 농지를 취득할 수 있다는 예외 사유가 설시되어 있기 않아서 농지를 어떤 사유로 취득할 수 있는지를 확정할 수 없다. 다만 농지의 소재지가 서울특별시 강남구 수서동이므로 도시지역내의 주거지역 등으로 편입된 경우로 볼 수 있다면 학교법인 우정도 농지를 취득할 수 있기 때문에 이를 증명하는 정보로 토지이용계획확인서 등을 첨부정보로서 제공하여야 한다(선례 제4-397호).

한편 법인이 예외적으로 농지를 취득할 수 있는 사유는 여러 가지가 있을 수 있기 때문에 토지이용계획확인서 외에 다른 서면을 제공할 수도 있다.

1. 자필서명정보

자격자대리인이 공동으로 신청하는 권리에 관한 등기인 소유권일부이전등기를 위임받아 신청하는 경우, 자격자대리인이 주민등록증 등 이에 준하는 확실한 방법으로 위임인이 등기의무자인지 여부를 확인하고 자필서명한 정보를 첨부정보로 등기소에 제공하여야 한다(2022.02.25. 규칙 46조 제1항 제8호). 이 경우 법무사는 망 김길동이 등기의무자 본인인지 여부를 확인하여야 한다.

1. 등기신청수수료영수필확인서

소유권이전등기의 신청정보에는 금 15,000원의 등기신청수수료를 전자적 방법으로 납부하거나,

수납금융기관 또는 무인발급기를 이용하여 현금으로 납부한 후 그 납부를 증명하는 정보로 등기신청수수료영수필확인서를 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(법 제22조 제3항).

신청정보의 내용 제공시 주의할 점

1. 유언검인조서등본이나 유언심판서정본을 제공하여야 하는지 여부
유언서가 자필증서, 비밀증서, 녹음증서인 경우에는 유언검인조서등본을 추가로 제공하여야 하고, 유언서가 구수증서인 경우에는 유언심판서정본을 추가로 제공하여야 한다. 그러나 유언서가 공정증서인 경우에는 별도의 유언검인조서등본 등을 제공할 필요가 없다.
2. 등기필증 아닌 등기필정보를 신청정보의 내용으로 제공하여야 하는지 여부
등기필정보에 관한 어떤 설시도 없고, 등기기록의 갑구의 접수일자가 2002년 5월 3일인 바 등기필정보는 2006년부터 작성하여 교부하였으므로 2002년 당시에는 등기필증을 작성하였다. 따라서 등기필정보가 아닌 등기필증을 첨부정보로 등기소에 제공하는 것으로 할 수밖에 없다.
3. 농지취득자격증명서의 제공 여부
법인은 농지법상의 예외 사유가 없는 법인은 농지를 취득할 자격이 없다. 따라서 농지취득자격증명을 첨부정보로 등기소에 제공할 수는 없다. 다만 예외적으로 농지를 취득할 수 있음을 증명하는 토지이용계획확인서 등을 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(선례 제4-397호).

2022년 제28회 법무사 2차 시험

형 사 소 송 법

(출제 : 법원행정처)

(해설 : 법무사단기학원 최철훈)

【문 1】

1. 피고인은 2021. 6. 12. 피해자(당시 12세)를 위력으로 추행하였다는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(13세미만미성년자위계등추행)죄로 2021. 6. 23. 공소제기되었다. 1심에서 피고인은 범행을 부인하였고, 검찰이 제출한 피해자에 대한 조사과정을 촬영한 피해자 진술영상녹화와 피해자 진술속기록에 대해 부동의하였다. 1심법원은 피해자의 조사과정에 동석하였던 신뢰관계인을 증인신문하여 피해자 진술영상녹화, 피해자 진술속기록의 증거능력을 인정하고, 피해자에 대한 증인신문은 하지 않았다. 1심법원은 피해자 진술영상녹화와 진술속기록을 증거로 삼아 공소사실을 유죄로 인정하고 피고인에게 징역형을 선고하였다. 피고인은 이에 사실오인 및 양형부당을 이유로 항소하였는데, 항소심 계속 중인 2021. 12. 23. 헌법재판소는 2018헌바524 사건에서 “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정된 것) 제30조 제6항 중 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.’는 부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분은 헌법에 위반된다.”라고 결정하였다.

가. 피해자 진술속기록, 피해자 진술영상녹화의 증거능력과 관련하여, 1심법원 판결의 적법성과 항소심 법원이 조치해야 할 사항에 대하여 설명하시오. (관련 판례가 있는 경우, 판례의 입장과 그 논거를 포함시켜 설명하여야 함) (10점)

■ 해 설 ■

(대상판례 : 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021도14530, 2021전도143 판결)

1. 1심법원 판결의 적법성

헌법재판소의 위헌결정의 효력은 결정 당시 법원에 계속 중이던 사건에도 미치므로 위헌 법률 조항은 위 영상물과 속기록의 증거능력을 인정하는 근거가 될 수 없다.

따라서 피해자 진술속기록, 피해자 진술영상녹화의 증거능력과 관련하여, 1심법원이 성폭력

범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정된 것) 제30조 제6항에 따라 증거능력을 인정한 조치는 위법하다.

2. 항소심 법원이 조치해야 할 사항

헌법재판소의 위헌결정에 따라 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정을 인정할 수는 없고, 법 제312조 4항의 요건이 충족되는지 확인하기 위해 원진술자인 피해자를 증인으로 소환하여 피고인에게 반대신문의 기회를 보장하고 원진술자가 실질적 진정성립을 인정할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.

나. 피해자가 항소심 법정에 증인으로 출석할 경우, 피해자 증인 보호를 위해 가능한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(약칭 성폭력처벌법), 형사소송법상의 조치에 대해 설명하시오. (5점)

■ 해 설 ■

1. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 상 증인보호제도

- (1) 제23조(피해자, 신고인 등에 대한 보호조치) 법원 또는 수사기관이 성폭력범죄의 피해자, 성폭력범죄를 신고(고소·고발을 포함한다)한 사람을 증인으로 신문하거나 조사하는 경우에는 「특정범죄신고자 등 보호법」 제5조 및 제7조부터 제13조까지의 규정을 준용한다. 이 경우 「특정범죄신고자 등 보호법」 제9조와 제13조를 제외하고는 보복을 당할 우려가 있음을 요하지 아니한다.
- (2) 특정범죄신고자 등 보호법 제7조(인적 사항의 기재 생략)
- (3) 특정범죄신고자 등 보호법 제8조(인적 사항의 공개 금지)
- (4) 특정범죄신고자 등 보호법 제9조(신원관리카드의 열람)
- (5) 특정범죄신고자 등 보호법 제11조(증인 소환 및 신문의 특례 등)
- (6) 제24조(피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지)
- (7) 제29조(수사 및 재판절차에서의 배려)
- (8) 제30조(영상물의 촬영·보존 등)
- (9) 제31조(심리의 비공개)
- (10) 제32조(증인지원시설의 설치·운영 등)
- (11) 제33조(전문가의 의견 조회)
- (12) 제34조(신뢰관계에 있는 사람의 동석)
- (13) 제37조(진술조력인의 재판과정 참여)

(14) 제40조(비디오 등 중계장치에 의한 증인신문)

2. 형사소송법 상의 증인보호제도

(1) 제163조의2(신뢰관계에 있는 자의 동석)

(2) 제165조의2(비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문)

※ 이런 류의 답안은 그냥 조문을 잘 베끼는 방법 뿐입니다.

2. 피고인은 피해자에 대한 폭행의 공소사실로 공소제기되었다. 피해자는 경찰 및 검찰에 참고인으로 출석하여 피해 사실을 진술하였고, 피고인은 수사기관에서부터 공판에 이르기까지 일관하여 피해자의 진술과 정면으로 배치되는 취지로 주장하며 공소사실을 부인하고, 폭행의 일시, 수단 및 방법, 상해 부위 및 정도 등에 관한 피해자의 진술이 다소 변경되었다고 주장하면서 피해자에 대한 각 진술조서에 대해 부동의하였다. 피해자는 제2회 공판기일에 증인으로 출석하여 검사의 주신문 및 변호인의 반대신문사항 중 1/2 정도에 대하여 진술하였으나, 변호인의 반대신문사항 중 나머지 1/2 정도인 폭행의 수단, 방법, 상해의 부위, 정도 등에 관하여는 반대신문이 이루어지지 못하였다. 피해자는 변호인의 나머지 반대신문을 위하여 속행된 제4회 공판기일부터는 출석하지 않았다. 피고인 및 변호인은 제3회 및 제5회 공판기일에 각 이의가 없다는 취지로 진술하였다. 법원은 제6회 공판기일까지는 나머지 반대신문을 위하여 증인신문절차를 속행하면서 피해자에 대해 증인소환절차를 진행하였으나 그 이후부터는 피해자에 대한 증인소환절차를 더 이상 진행하지 아니한 채 제9회 공판기일에 변론을 종결하였다. 피해자의 경찰 및 검찰 진술조서, 법정진술의 증거능력 인정여부와 그 근거에 관하여 실시하시오. (관련 판례가 있는 경우, 판례의 입장과 그 논거를 포함시켜 설명하여야 함) (10점)

■ 해 설 ■

(대상판례 : 대법원 2022. 3. 17. 선고 2016도17054 판결)

○결론 - 설문의 증거들은 모두 증거능력이 없다.

○근거 - 피해자의 경찰 및 검찰진술조서는 피고인이 증거동의 하지 않았으므로 법 제312조 4항에 의해 적법한 절차와 방식, 원진술자의 실질적 진정성립 인정, 원진술자에 대한 반대신문의 기회보장, 특신상태의 요건을, 피해자의 법정진술이 증거능력을 인정받기 위해서도 증인신문절차에서의 반대신문의 기회를 보장받아야 하는바, 여기서 반대신문의 기회보장은 형식적 절차적인 것이 아니라 실질적 효과적인 것이어야 한다.

설문상 피해자가 4회 공판부터 출석하지 않았고, 불출석에 정당한 사유가 설문상 엿보이지 않으며, 반대신문이 이루어지지 않은 사항이 반대신문사항 중 나머지 1/2 정도 이므로 실질적 효과적인 반대신문의 기회가 보장되지 않았다. 설령 법 각 조서와 관련하여 제314조의 요건 충족이 문제되나 피해자가 법정에 출석하지 않은 것에 정당한 사유가 없으므로 특신상태를 갖추지도 못하였다. 결국 설문의 증거들 모두 증거능력이 없다.

【문 2】

아래 각 사례에서 공소시효와 관련하여 피고인에 대한 공소제기의 적법 여부와 그 근거를 설명하시오. (관련 판례가 있는 경우, 판례의 입장과 그 논거를 포함시켜 설명하여야 함)

1. 피고인은 2010. 6.부터 같은 해 11.경까지 부정수표 단속법 위반죄(법정형은 5년 이하의 징역 또는 수표금액의 10배 이하의 벌금임)를 범하고 2011. 6. 22.경 우리나라에 가족을 그대로 둔 채 중국으로 출국하였다. 피고인은 그곳에서 생선 사업을 하던 중 범한 죄로 징역 14년의 형을 선고받고 2013. 3. 13.경부터 약 8년 10개월 동안 중국의 수감시설에 수감되어 있다가 2022. 1. 13. 우리나라로 추방되었다. 피고인은 위 부정수표 단속법 위반의 범죄사실로 2022. 9. 19. 공소제기되었다. (6점)

■ 해 설 ■

(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도4101 판결)

○결론 - 피고인에 대한 공소제기는 부적법하다.

○논거 - 설문상 부정수표 단속법 위반죄의 공소시효는 7년(법 제249조 1항 4호)이고 행위종료시인 2010.11.을 기산점으로 삼아 그로부터 7년이 훨씬 도과한 2022. 9. 19. 공소제기 되었으므로 이미 공소시효는 완성되었다. 설령 형사처분을 면할 목적으로 국외도피에 해당하는지 문제되거나 설문상 중국 수감시설에 공소시효 기간 이상을 수감되었다는 점에 비추어 그 수감기간 동안 생활의 근거지인 우리나라로 돌아오려고 할 만한 사정이 넉넉히 인정된다. 결국 위 국외도피로 인한 공소시효 정지사유도 없고 다른 공소시효 정지사유도 없으므로 공소시효는 완성되었다.

2. 피고인은 2008. 3. 2.경 당시 만 4세인 피해자를 폭행하는 등 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강과 발달을 해치는 신체적 학대행위를 하고 아동의 정신건강과 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위를 하였다. 피고인은 위 아동복지법위반의 범죄사실로 2017. 10. 18. 공소제기되었는데, 그 적용법조는 구 아동복지법(2014. 1. 28. 법률 제12361호로 개정되기 전의 것) 제71조 제1항 제2호, 제17조 제3호, 제5호이고, 법정형은 ‘5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금’이다. 한편 위 공소제기 전인 2014. 1. 28. 아동학대범죄에 관하여 공소시효 특례 등을 규정한 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법(약칭 아동학대처벌법)」이 제정되었고(‘별첨’참조) 2014. 9. 29. 시행되었다. (9점)

■ 해 설 ■

(대법원 2021. 2. 25. 선고 2020도3694 판결)

○결론 - 피고인에 대한 공소제기는 적법하다.

○논거 - 공소시효를 정지·연장·배제하는 특례조항을 신설하면서 소급적용에 관한 명시적인 경과규정을 두지 않은 경우 그 조항을 소급하여 적용할 수 있는지에 관해서는 보편타당한 일반원칙이 존재하지 않고, 적법절차원칙과 소급금지원칙을 천명한 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항의 정신을 바탕으로 하여 법적 안정성과 신뢰보호원칙을 포함한 법치주의 이념을 훼손하지

않는 범위에서 신중히 판단해야 한다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도1362 판결 참조).

아동학대처벌법은 신체적 학대행위를 비롯한 아동학대 범죄로부터 피해아동을 보호하기 위한 것으로서, 제34조는 아동학대범죄가 피해아동의 성년에 이르기 전에 공소시효가 완성되어 처벌 대상에서 벗어나는 것을 방지하고자 그 진행을 정지시킴으로써 피해를 입은 18세 미만 아동(아동학대처벌법 제2조 제1호, 아동복지법 제3조 제1호)을 실질적으로 보호하려는 데 그 취지가 있다.

아동학대처벌법은 제34조 제1항의 소급적용에 관하여 명시적인 경과규정을 두고 있지는 않다. 그러나 이 규정의 문언과 취지, 아동학대처벌법의 입법목적, 공소시효를 정지하는 특례조항의 신설·소급에 관한 법리에 비추어 보면, 이 규정은 완성되지 않은 공소시효의 진행을 일정한 요건에서 장애를 향하여 정지시키는 것으로서, 그 시행일인 2014. 9. 29. 당시 범죄행위가 종료되었으나 아직 공소시효가 완성되지 않은 아동학대범죄에 대해서도 적용된다고 봄이 타당하다(대법원 2016. 9. 28. 선고 2016도7273 판결 참조).

이 부분 공소사실에 기재된 행위에 관해서는 아동학대처벌법 제34조 제1항의 시행일 당시 아직 7년의 공소시효가 완성되지 않은 상태여서 공소시효가 정지되었다. 이 사건 공소가 제기된 2017. 10. 18.까지 피해자가 성년에 달하지 않아 공소시효의 기간이 지나지 않았음이 명백하다. 따라서 이 부분 공소는 형사소송법 제326조 제3호에 정해진 '공소의 시효가 완성되었을 때'에 해당하지 않는다.

【문 3】

피고인은 피해자에 대한 사기의 범죄사실로 1심에서 유죄판결을 받았다. 피해자는 피고인에 대한 위 사기 사건의 항소심 공판기일에 증인으로 출석하여 구두로 편취금 2,000만 원에 대한 배상명령을 신청한다고 진술하였다. 이후 피고인은 피해자가 작성한 “고소인은 피고인과 민·형사적으로 쌍방이 원만하게 합의하였으므로 고소를 전부 취하합니다. 아울러 피고인의 처벌을 원치 아니하오니 재판장님의 사려 깊은 선처를 부탁드립니다.”라는 내용의 ‘합의 및 고소취하서’를 법원에 제출하였으나, 구체적인 합의 내용이나 실제 변제여부는 알 수 없었다. 항소심 법원은 피고인의 피해자에 대한 사기의 범죄사실을 인정하고 피고인은 배상신청인에게 2,000만 원을 지급하라는 배상명령을 하였다. 배상명령 신청에 대한 항소심 법원의 조치가 적법한지 여부와 그 근거를 설명하시오. (관련 판례가 있는 경우, 판례의 입장과 그 논거를 포함시켜 설명하여야 함) (10점)

■ 해 설 ■

(대상판례 : 대법원 2017. 5. 11. 선고 2017도4088 판결)

○결론 - 위법하다.

○논거 -

제1심 또는 제2심의 형사공판 절차에서 사기죄 등에 관하여 유죄판결을 선고할 경우, 법원은

직권 또는 피해자 등의 신청에 의하여 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 직접적인 물적 피해, 치료비 손해 및 위자료의 배상을 명할 수 있고, 피고인과 피해자 사이에 합의된 손해배상액에 관하여도 배상을 명할 수 있다(「소송촉진 등에 관한 특례법」 제25조 제1항, 제2항 참조). (대법원 2021. 7. 8. 선고 2021도4944 판결 등 참조)

그러나 설문상 구체적인 합의 내용이나 실제 변제여부를 확인할 수 없고, 고소인은 피고인과 민·형사적으로 쌍방이 원만하게 합의하였다고 하므로 배상명령신청을 각하하여야 한다.

판례원문 :

「소송촉진 등에 관한 특례법」 제25조 제1항에 의한 배상명령은 피고인의 범죄행위로 피해자가 입은 직접적인 재산상 손해에 대하여는 그 피해금액이 특정되고, 피고인의 배상책임의 범위가 명백한 경우에 한하여 피고인에게 그 배상을 명함으로써 간편하고 신속하게 피해자의 피해회복을 도모하고자 하는 제도이다. 위 법 제25조 제3항 제3호에 의하면, 피고인의 배상책임 유무 또는 그 범위가 명백하지 아니한 때에는 배상명령을 하여서는 아니 되고, 그와 같은 경우에는 같은 법 제32조 제1항에 따라 배상명령신청을 각하하여야 한다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도7144 판결 등 참조).

기록에 의하면, 원심이 유지한 배상신청인의 배상명령신청에 대한 제1심판결은 피고인에 대하여 배상신청인에게 편취금 1,500만 원을 지급할 것을 명한 사실, 배상신청인은 원심에 이르러 “피고인으로부터 피해를 회복받고 원만히 합의하였으므로 향후 민·형사상 일체의 이의(청구)를 제기하지 않을 것을 확약한다.”는 취지의 합의서를 제출한 사실을 알 수 있다.

그렇다면 이 사건은 배상신청인에 대한 피고인의 배상책임의 유무 및 범위가 명백하지 아니하여 배상명령을 할 수 없는 경우에 해당하므로, 제1심판결 중 배상명령 부분을 유지한 원심판결은 배상명령에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

(출처 : 대법원 2017. 5. 11. 선고 2017도4088 판결 [사기·컴퓨터등사용사기·전자금융거래법위반] > 종합법률정보 판례)

※ 해설은 배점을 고려하여 작성하였습니다.

총 평

항상 그러하듯 해설을 보면 정말 쉽습니다.

그러나 시간이 충분한 상황에서 판례를 검색하고 그 동안의 강의내용을 확인하며 편안한 사무실에서 시험문제의 해설서를 작성하는 것과 자신의 운명이 걸린 시험장에서 육체적·정신적으로 피폐한 상황에서 문제를 푸는 것은 천지차이일 것입니다.

우선 이번 시험은 출제쟁점은

【문 1】 1. 가. 전문법칙 , 나. 증인보호 프로그램 , 2. 증인신문에서 반대신문의 기회

【문 2】 공소시효 관련 국외도피, 최근 판례

【문 3】 예서의 배상명령 이고, .

출제된 판례는

【문 1】 1. 가. 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021도14530, 2021전도143 판결 (배점10점)

【문 1】 2. 대법원 2022. 3. 17. 선고 2016도17054 판결 (배점10점)

【문 2】 1. 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도4101 판결 (배점 6점)

【문 2】 2. 대법원 2021. 2. 25. 선고 2020도3694 판결 (배점 9점)

【문 3】 대법원 2017. 5. 11. 선고 2017도4088 판결 (10점)

입니다. 배점 기준 2022년도 선고 판례 20점, 2021년 선고 판례 9점 이고, 부정수표위반법 관련 공소시효 판례는 이미 객관식에서 출제된 판례여서 강의에서 언급한 판례입니다. 배상명령도 최신판례에서 언급하였으므로 결론은 틀릴 수 있을지 몰라도 배상명령이 무엇인지 조문을 언급하며 쓸 수 있었을 것으로 보입니다.

이번 시험문제를 보면서 제가 느낀 점은 사실 그 동안 단골 출제 쟁점이었던 고소와 관련하여 부채자 재산관리인의 고소권 관련 쟁점이나 법 제312조 4항의 실질적 진정성립을 부인할 경우 이를 증명할 영상녹화물 관련 판례, 검사의 공소장에서 간인 누락 판례, 범죄단체조직죄의 공소사실에 대해 그 조직을 이용한 범죄로의 공소장 변경이 허용되는가와 관련된 판례 등 출제가 유력할 것으로 보이는 최신 판례는 배제하고, 비록 전문법칙과 관련된 판례이기는 하나 헌법 재판소의 위헌결정의 효력까지 쟁점이 되는 판례와 굳이 장황한 조문까지 언급하며 아동학대처벌법에서의 공소시효 관련 판례를 출제하고, 특히 객관식에서는 비록 자주 출제되는 쟁점 이지만 주관식에서는 아직 출제된 적이 없는 배상명령 까지 출제한 것은 결국 형사소송에서 소송대리권도 없는 법무사 선출을 위한 시험에서 너무 과다한 지식 까지 요구하면서 순전히 변별력을 위한 시험으로 전락했다는 느낌을 가지지 않을 수 없습니다.

하지만 늘 그러하듯 여러분이나 제가 약자라는 점에서 강사인 저로서는 그것이 지엽적이

건 단골 쟁점과 관련된 것이건 주관식에서 출제되었건 객관식에서 출제되었건 최신 판례와 객관식 쟁점을 계속 연구해야 한다는 것이고, 내년 시험을 준비해야 하는 수험생 입장에서는 최신강의에 더욱 의존할 수 밖에 없다는 점입니다.

올해 시험은 해설을 보면 쉬운 시험처럼 보이나, 제가 그 동안 강의하면서 여러분들이 가진 실력을 비추어 보건대 시험장에서 여러분들이 느낀 체감난이도는 상상 이상이었을 것이라는 것입니다.

이번 시험은 정말 어려웠습니다.

하지만 모든 시험에는 항상 불의타가 있습니다.

이 불의타를 해결하는 방법은 기본실력 과 최신강의 뿐입니다. 이를 통해 어떤 불의타가 나와도 (비록 판례와 다른 결론을 내릴 지라도) 충분히 설득력 있는 답안을 작성할 수 있다면 합격할 수 있다는 말씀 드릴 수 있습니다.

2022.11.16.

법무사 사무실에서 최철훈 법무사

2022 법무사 민사소송법 해설

by 김춘환

강사 소개

부산대학교 법과대학 사법학과 졸업

부산대학교 일반대학원 법학과 석사과정(민사법 전공) 수료

중앙대학교 일반대학원 법학과 박사과정(Ph.D, 민사법 전공) 수료

前 月刊 考試界 기획위원

前 평생교육진흥원 학점은행 교강사(민법, 민사소송법)

現 한국법제연구원 법령번역센터 전문가과정 강사(민법, 민소법)

現 차세대콘텐츠재산학회 이사(회장 이규호 중앙대학교 법학전문대학원 교수)

現 중앙법학회 이사

現 월비스 나무경영아카데미 민법 전임교수

現 월비스 한림법학원 공인노무사, 감정평가사 민법, 민사소송법 전임교수

現 단국대학교 법과대학, 인천대학교 법학과, 성신여대 법학과 특강 강사

現 공단기 법원직 민사소송법 대표강사

【문 1】

[기본적 사실관계]

甲은 乙 회사를 상대로 부당이득을 원인으로 하여 부당이득금 15억 원의 지급을 청구하였는데 항소심에서 10억 원의 지급을 명하는 일부승소판결을 받았다. 이에 대하여 乙 회사만이 그 패소 부분에 대하여 상고하였는데, 상고심은 乙 회사의 상고를 받아들여 乙 회사의 패소 부분을 파기환송 하였다. (아래 각 설문은 서로 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름)

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

甲은 상고심의 환송판결은 종전 대법원판례와 상반되어 실질적으로 판례를 변경한 것임에도 불구하고 대법관 전원의 3분의 2 이상의 전원합의체에서 재판하지 않고 대법관 4인으로 구성된 부에서 재판하였으니 이는 민사소송법 제451조 제1항 제1호 소정의 “법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때”에 해당한다고 주장하면서 환송판결에 대하여 재심의 소를 제기하였다. 甲의 재심의 소가 적법한지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (10점)

I. 결론

甲의 재심의 소는 부적법하다.

II. 이유

1. 문제점

재심의 소의 대상이 되기 위해서는 확정된 종국판결이어야 한다(민사소송법 제451조 제1항). 따라서 대법원의 파기환송판결이 ‘확정’된 ‘종국’ 판결인지가 문제 된다.

2. 대법원의 환송판결이 종국판결인지 여부(대판(전) 1995.02.14. 93제다27·34)

원래 종국판결이라 함은 소 또는 상소에 의하여 계속 중인 사건의 전부 또는 일부에 대하여 심판을 마치고 그 심급을 이탈시키는 판결이라고 이해하여야 할 것이다. 대법원의 환송판결도 당해 사건에 대하여 재판을 마치고 그 심급을 이탈시키는 판결인 점에서 당연히 제2심의 환송판결과 같이 종국판결로 보아야 할 것이다. 따라서 위의 견해와는 달리 대법원의 환송판결을 중간판결이라고 판시한 종전의 대법원판결은 이를 변경하기로 하는바, 이 점에 관하여는 관여 대법관 전원의 의견이 일치되었다.

3. 대법원의 환송판결이 재심대상을 규정한 민사소송법 제451조 제1항 소정의 “확정된 종국판결”인지 여부(대판(전) 1995.02.14. 93제다27·34)

재심제도의 본래의 목적에 비추어 볼 때 재심의 대상이 되는 “확정된 종국판결”이란 당해 사건에 대한 소송절차를 최종적으로 종결시켜 그것에 하자가 있다고 하더라도 다시 통상의 절차로는 더 이상 다룰 수 없는 기판력이나 형성력, 집행력을 갖는 판결을 뜻하는 것이라고 이해하여야 할 것이다. 대법원의 환송판결은 형식적으로 보면 “확정된 종국판결”에 해당하지만, 여기서 종국판결이라고 하는 의미는 당해 심급의 심리를 완결하여 사건을 당해 심급에서 이탈시킨다는 것을 의미하는 것일 뿐이고 실제로는 환송받은 하급심에서 다시 심리를 계속하게 되므로 소송절차를 최종적으로 종료시키는 판결은 아니며, 또한 환송판결도 동일절차 내에서는 철회, 취소될 수 없다는 의미에서 기속력이 인정됨은 물론 법원조직법 제8조, 민사소송법 제436조 제2항 후문의 규정에 의하여 하급심에 대한 특수한 기속력은 인정되지만 소송물에 관하여 직접적으로 재판하지 아니하고 원심의 재판을 파기하여 다시 심리판단 하여 보라는 종국적 판단을 유보한 재판의 성질상 직접적으로 기판력이나 실체법상 형성력, 집행력이 생기지 아니한다고 하겠으므로 이는 중간판결의 특성을 갖는 판결로서 “실질적으로 확정된 종국판결”이라 할 수 없다. 종국판결은 당해 심급의 심리를 완결하여 심급을 이탈시킨다는 측면에서 상소의 대상이 되는 판결인지 여부를 결정하는 기준이 됨은 분명하지만 종국판결

에 해당하는 모든 판결이 바로 재심의 대상이 된다고 이해할 아무런 이유가 없다. 통상의 불복방법인 상소제도와 비상의 불복방법인 재심제도의 본래의 목적상의 차이에 비추어 보더라도 당연하다. 따라서 환송판결은 재심의 대상을 규정한 민사소송법 제451조 제1항 소정의 “확정된 중국판결”에는 해당하지 아니하는 것으로 보아야 할 것이어서, 환송판결을 대상으로 하여 제기한 이 사건 재심의 소는 부적법하므로 이를 각하하여야 한다.

4. 소결

따라서 대법원의 파기환송판결은 중국판결이기는 하지만, 확정된 중국판결에는 해당하지 않아, 甲의 재심의 소는 부적법하다.

▶ 파기환송판결의 성질과 재심의 대상적격

1. 대판(전합) 1995.2.14. 93제다27,34(반소)

(1) 대법원의 환송판결이 중국판결인지 여부

원래 중국판결이라 함은 소 또는 상소에 의하여 계속 중인 사건의 전부 또는 일부에 대하여 심판을 마치고 그 심급을 이탈시키는 판결이라고 이해하여야 할 것이다. 대법원의 환송판결도 당해 사건에 대하여 재판을 마치고 그 심급을 이탈시키는 판결인 점에서 당연히 제2심의 환송판결과 같이 중국판결로 보아야 할 것이다. 따라서 위의 견해와는 달리 대법원의 환송판결을 중간판결이라고 판시한 종전의 대법원판결은 이를 변경하기로 하는바, 이 점에 관하여는 관여 대법관 전원의 의견이 일치되었다.

(2) 대법원의 환송판결이 재심대상을 규정한 민사소송법 제451조 제1항 소정의 “확정된 중국판결”인지 여부

[다수의견] 재심제도의 본래의 목적에 비추어 볼 때 재심의 대상이 되는 “확정된 중국판결”이란 당해 사건에 대한 소송절차를 최종적으로 종결시켜 그것에 하자가 있다고 하더라도 다시 통상의 절차로는 더 이상 다룰 수 없는 기판력이나 형성력, 집행력을 갖는 판결을 뜻하는 것이라고 이해하여야 할 것이다. 대법원의 환송판결은 형식적으로 보면 “확정된 중국판결”에 해당하지만, 여기서 중국판결이라고 하는 의미는 당해 심급의 심리를 완결하여 사건을 당해 심급에서 이탈시킨다는 것을 의미하는 것일 뿐이고 실제로는 환송받은 하급심에서 다시 심리를 계속하게 되므로 소송절차를 최종적으로 종결시키는 판결은 아니며, 또한 환송판결도 동일절차 내에서는 철회, 취소될 수 없다는 의미에서 기속력이 인정됨은 물론 법원조직법 제8조, 민사소송법 제406조 제2항 후문의 규정에 의하여 하급심에 대한 특수한 기속력은 인정되지만 소송물에 관하여 직접적으로 재판하지 아니하고 원심의 재판을 파기하여 다시 심리판단하여 보라는 중국적 판단을 유보한 재판의 성질상 직접적으로 기판력이나 실체법상 형성력, 집행력이 생기지 아니한다고 하겠으므로 이는 중간판결의 특성을 갖는 판결로서 “실질적으로 확정된 중국판결”이라 할 수 없다. 중국판결은 당해 심급의 심리를 완결하여 심급을 이탈시킨다는 측면에서 상소의 대상이 되는 판결인지 여부를 결정하는 기준이 됨은 분명하지만 중국판결에 해당하는 모든 판결이 바로 재심의 대상이 된다고 이해할 아무런 이유가 없다. 통상의 불복방법인 상소제도와 비상의 불복방법인 재심제도의 본래의 목적상의 차이에 비추어 보더라도 당연하다. 따라서 환송판결은 재심의 대상을 규정한 민사소송법 제422조(현 제451조) 제1항 소정의 “확정된 중국판결”에는 해당하지 아니하는 것으로 보아야 할 것이어서, 환송판결을 대상으로 하여 제기한 이 사건 재심의 소는 부적법하므로 이를 각하하여야 한다.

[별개의견] 대법원의 소부에서 종전의 대법원의 법령해석과 배치되는 재판을 하였다 하여 그것이 법원조직법 제7조 제1항 제3호 소정의 “종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정한 경우”에 해당한다고 볼 수 없고, 나아가 그것이 민사소송법 제451조 제1항 제1호 소정의 “법률에 의하여 판결법원을 구성하지 아니한 때”에 해당한다고 보아도 아니 된다. 그렇다면 재심대상판결의 판시가 종전의 대법원판례와 상반되어 실질적으로 판례를 변경하는 것인데도 전원합의체가 아닌 소부에서 재판하였다는 것은 적법한 재심사유가 될 수 없으므로 결국 이 사건 재심의 소는 부적법하여 각하될 수밖에 없다.

[반대의견] 환송판결의 기속력은 민사소송법 제436조 제2항 후문과 법원조직법 제8조에 의하여 하급심은 물론 이를 닦할 수 없는 환송법원 자신에게도 미쳐 결국 대법원 환송판결은 그 사건의 재상고심에서 대법원의 전원합의체에까지 기속력이 미친다는 것이 당원의 견해인바, 환송판결은 소송종료를 저지시킬 뿐만 아니라 이와 같이 기속력이 있어 파기당한 당사자에게 그 법률상 이해관계가 막대하므로 이를 실효시키려는 재심이 특별히 부정될 이유가 없는 것이다. 1981.9.8. 선고 80다3271 전원합의체판결로 대법원의 환송판결이 확정된 중국판결에 해당함에는 이론이 있을 수 없게 된 마당에 환송판결의 기속력의 성질에 관하여 당원이 이미 중간판결설을 배척하였음에도 불구하고 다시 환송판결에는 기판력, 집행력, 형성력이 없고 실질적으로 중간판결의 특성을 갖는다는 이유로 여전히 그 재심을 허용하지 않으려는 것은 위 전원합의체판결의 근본취지에 배치될 뿐만 아니라 이론적으로도 일관성을 잃고 있다는 것을 지적하지 않을 수 없다. 대법원의 환송판결은 확정된 중국판결로서 재심대상이 되므로 이 사건 재심사유의 존부 및 당부 판단에 나아가 그 결론에 따라 재심의 소의 각하, 기각 또는 인용의 판결을 하여야 할 것이다.

2. 위 판결에 대한 평석

(1) 다수의견에 찬성하는 견해

1) 재심의 소의 대상은 확정된 중국판결이다. 따라서 대법원의 파기환송판결은 중국판결이나 확정되지 아니하였으므로 재심의 소의 청구적격이 없다.²⁾

2) 환송판결에 재심을 인정하면 환송 후의 항소심절차를 어떻게 진행시킬 것인가가 문제된다. 그리고 법령이나 관례위반의 대법원환송판결에 기속력을 부정하면 굳이 재심대상으로 삼을 필요가 없다. 이런 의미에서 다수의견이 타당하다고 본다.³⁾

(2) 반대의견에 찬성하는 견해

1) ① 중국판결이면 가능하므로 본안판결이 아니라 소송판결의 경우를 포함한다고 해석해야 하고, 기관력 또는 실체법상의 집행력이나 형성력이 없어도 가능하다. 따라서 파기판결도 어차피 확정된 중국판결이라고 보아야 하고, 반대의견처럼 재심의 소의 제기를 인정하는 것이 타당하다. 또한 이러한 해석이 논리적이고 명확하며, 단순명료한 해석이 되기 때문이다. ② 확정된 중국판결의 내용에 관해 다수의견에서와 같은 예외를 인정한다면, 기본적으로 그러한 재판은 처음부터 중국판결이 아니라고 인정하는 것이 타당하다. 이것은 한편에서는 중국판결이라 하면서, 다른 한편에서는 원래의 중국판결과는 다르다는 것을 인정하는 것으로, 원래의 중국판결과 다르다면 애당초 중국판결이라고 해석할 필요가 하나도 없다는 것을 반증하는 것이 되기 때문이다. ③ 더 나아가 파기환송판결에 대해서는 재심의 소가 봉쇄되어, 파기환송판결의 기속력은 결국 모든 법원을 구속하고, 전원합의체가 판례변경의 방법을 통해서 그것을 바꿀 수 있다고 하지만, 해석상 매우 예외적인 경우(판결내용의 공서양속위반)에만 가능하다고 풀이해야 하고, 결국 당사자에게는 그 타당성에 관해 별다른 불복수단이 인정되지 않게 되어 매우 부당하다.⁴⁾

2. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

환송 후 항소심은 상고심의 판단에 따라 甲의 청구를 기각하였다. 甲은 환송 전 항소심에서 丙을 소송대리인으로 선임한 바 있다. 환송 후 항소심의 판결정본은 2022. 7. 1. 丙에게 송달되었는데 丙은 이를 甲에게 알리지 아니하였고, 甲은 이를 2022. 7. 29. 알게 되어 2022. 8. 1. (재)상고장을 제출하였다. 甲의 (재)상고가 적법한지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (10점)

I. 결론

甲의 (재)상고는 부적법하다.

II. 이유

1. 환송 전 항소심 소송대리인의 대리권이 상급심의 파기환송에 의하여 환송된 항소심에서 당연히 부활하는지 여부

(1) 학설

긍정설은 ㉠ 환송 뒤라도 항소심이며 ㉡ 처음 1차 항소심대리인은 사실관계에 정통하고 ㉢ 본인은 언제든지 소송대리인 해임이 가능하므로 이를 긍정한다(강현중). 부정설은 ㉠ 심급대리원칙 하에서 환송판결은 종국판결이며 ㉡ 환송 후 항소심은 원래 항소심보다 사실관계가 더 복잡하고 ㉢ 본인과 신뢰관계가 없으므로 부정하는 것이 타당하다고 한다(이시윤, 정동윤, 호문혁).

(2) 판례

상급심에서 원판결이 파기환송 되었을 경우에는 환송 전 원심의 상태로 환원되었으므로 환송 전의 과거 소송대리인의 대리권이 당연 부활한다(대판 1985.05.28. 84후102 등, 따라서 소송대리인(甲)이 대법원의 파기환송전 항고심의 소송대리인이었고, 대법원의 파기환송판결에 의하여 사건이 동 항고심에 다시 계속하게 되었다면 위(甲)에게 한 특허청장 명의의 환송번호 및 심판관지정통지서의 송달은 적법하다.). 다만 파기환송 후 항소심에서 다시 상고되었을 경우 환송 전의 상고심에서 소송대리인의 대리권이 당연 부활하는 것은 아니다(대결 1996.04.04. 96마148).

2. 사안의 경우

판례에 의하면 환송 전 과거 소송대리인 丙의 대리권은 당연부활하므로, 본인 甲을 대리하여 판결정본을 2022.7.1. 송달받은 것은 적법하여, 본인 甲에게도 판결정본 송달의 효력이 발생한다. 따라서 甲이 이를 2022. 7. 29. 알게 되어 2022. 8. 1. (재)상고장을 제출한 것은, 상고기간 2주일이 도과되었음이 명백하므로(제425조, 제396조 제1항), 甲의 (재)상고는 부적법하다.

2) 강현중, 민사소송법 제6판 2004, 780면

3) 호문혁, 503~504면

4) 김상수, 민사소송법판례백선, 2007, 법우사, 237면

3. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

① 환송 후 항소심이 심리하여 乙 회사에 12억 원의 부당이득반환채무가 있다고 보아 乙 회사에 대하여 甲에게 12억 원의 부당이득금을 지급하라는 판결을 할 수 있는지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오.

I. 결론

甲에게 12억 원의 부당이득금을 지급하라는 판결을 할 수 없다.

II. 이유

1. 환송후의 심리절차 - 파기환송된 경우 항소심 법원의 심판대상

① 사건은 환송받은 법원에 당연히 계속된다. 따라서 환송받은 법원은 새로 변론을 열어야 한다. 그러나 환송 후의 항소심은 새로 재판부를 구성해야 하는 관계로 변론의 갱신절차를 밟아야 한다 (제204조 2항). ② 소송대리인의 대리권은 환송에 의하여 당연히 부활한다는 것이 判例이다. ③ **환송 후 심판의 대상이 되는 청구는 원판결로 파기되어 환송된 부분만이다**(대판 2013.02.28. 2011다31706)[2023 포춘 민사소송법, 728면]. 즉 원고의 청구가 일부 인용된 환송 전 원심판결에 대하여 피고만이 상고하고 상고심은 이 상고를 받아들여 원심판결 중 피고 패소부분을 파기환송하였다면 피고 패소부분만이 상고되었으므로 위의 상고심에서의 심리대상은 이 부분에 국한되었으며, 환송되는 사건의 범위, 다시 말하자면 환송 후 원심의 심판 범위도 환송 전 원심에서 피고가 패소한 부분에 한정되는 것이 원칙이고, 환송 전 원심판결 중 원고 패소부분은 확정되었다 할 것이므로 환송 후 원심으로서의 이에 대하여 심리할 수 없다(대판 2013.02.28. 2011다31706).

2. 사안의 경우

피고 乙의 패소부분인 10억원의 지급을 명하는 부분이 상고되었고, 이 부분이 파기 환송되었으므로, 환송 후 항소심의 심판대상은 10억원 부분에 국한된다. 따라서 일단 항소심의 10억원의 부당이득금을 초과하는 2억원의 부당이득금의 지급을 명하는 부분은 부적법하다.

3. 10억원의 부당이득금을 명한 부분 - 환송판결의 기속력에 반하는지 여부

(1) 기속력의 내용(제436조 제2항 후문) [2023 포춘 민사소송법, 730면]

1) 사실상의 판단

소송요건 등의 직권조사사항과 재심사유에 해당하는 사실을 지칭하고, 본안에 관한 사실은 상고심이 법률심이기 때문에 포함되지 않는다. 따라서 환송받은 법원은 본안에 관해서는 새로운 자료에 기하여, 새로운 사실인정이 가능하다.

2) 법률상의 판단

법령의 해석, 적용에 관한 판단으로 파기의 전제가 된 것을 의미한다. 다만 이는 파기이유와 논리적, 필연적 관계가 없는 부분 즉 부수적으로 지적인 사항에까지 미치는 것은 아니다.

3) 소극적 효력

환송받은 법원은 상고법원이 파기이유로 삼은 잘못된 견해만 피하면 다른 가능한 견해에 의하여 환송 전의 판결과 동일한 결론을 내려도 기속력에 반하지 않는다(대판 1995.10.13. 95다33047).

(2) 사안의 경우

사안에서 환송 후의 항소심에서 본안에 관하여 새로운 소송자료가 제출되었다는 언급은 없다. 따라서 대법원은 乙회사의 상고를 받아들여 乙의 패소부분인 10억원의 지급을 명하는 부분을 파기 환송 하였으므로, 환송 후의 항소심은 대법원의 사실상, 법률상 판단에 기속되어 甲의 乙에 대한 청구를 기각하는 판결을 하여야 한다. 그러므로 12억원의 부당이득금 지급을 명하는 판결 중 10억원 부분도 환송판결의 기속력에 반하여 부적법하다.

② 만약, 상고심이 환송 전 항소심 계속 중 乙 회사가 파산선고를 받은 사실을 알게 되어 소송의 형태를 파산채권확정소송으로 변경할 것을 심리하여야 한다는 이유로 乙 회사의 패소 부분을 파기환송하였고, 甲은 환송 후 항소심에서 종전과 같은 청구원인 및 같은 청구금액으로 파산채권확정의 소로 청구를 교환적으로 변경하였는데, 환송 후 항소심이 심리하여 乙 회사에 12억 원의 부당이득반환채무가 있다고 보아 교환적으로 변경된 청구에 따라 12억 원의 파산채권을 확정할 수 있는지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (각, 청구에 대한 법정이자와 지연손해금은 고려하지 아니함) (20점)

I. 결론

항소심은 교환적으로 변경된 청구에 따라 12억 원의 파산채권을 확정할 수 없다.

II. 이유

1. 교환적 변경의 법적 성질 [2023 포춘 민사소송법, 608면]

통설(결합설)⁵⁾은 청구의 교환적 변경은 독자적 소변경형태가 아니고 신청구제기·구청구취하의 성질을 가진다고 한다⁶⁾. 判例도 “소의 교환적 변경은 신 청구의 추가적 병합과 구 청구의 취하의 결합형태로 볼 것이므로 본안에 대한 종국판결이 있는 후 구 청구를 신 청구로 교환적 변경을 한 다음 다시 본래의 구 청구로 교환적 변경을 한 경우에는 종국판결이 있는 후 소를 취하하였다가 동일한 소를 다시 제기한 경우에 해당하여 부적법하다(대판 1981.11.10. 87다카1405 등).”고 하여 결합설의 입장이다.

2. 환송 후의 심리절차[2023 포춘 민사소송법, 728면]

(1) 내용

환송 후 원심의 소송절차는 환송 전 항소심의 속행이므로 당사자는 원칙적으로 새로운 사실과 증거를 제출할 수 있음은 물론, 소의 변경, 부대항소의 제기뿐만 아니라 청구의 확장 등 그 심급에서 허용되는 모든 소송행위를 할 수 있고, 이때 소를 교환적으로 변경하면, 제1심판결은 소취하로 실효되고 항소심의 심판대상은 교환된 청구에 대한 새로운 소송으로 바뀌어 항소심은 사실상 제1심으로 재판하는 것이 된다(대판 2013.02.28. 2011다31706).

(2) 사안의 경우

사안에서도 甲은 환송 후 항소심에서 종전과 같은 청구원인 및 같은 청구금액으로 파산채권확정의 소로 청구를 교환적으로 변경하였으므로, 항소심은 파산채권확정 청구를 사실상 제1심으로 재판하는 것이 된다.

3. 항소심이 12억 원의 파산채권을 확정할 수 있는지 여부

(1) 判例

판례는 “환송 전 원심이 원고의 예비적 청구인 부당이득반환청구를 일부 인용하였고 피고만이 상고하여 환송판결이 피고 패소부분을 파기환송하였는데, 원고가 원심에서 예비적 청구의 청구원인과 청구금액을 같이하는 파산채권확정의 소로 청구를 교환적으로 변경한 사안에서, 환송 전 원심판결의 예비적 청구 중 일부 인용한 금액을 초과하는 부분은 원고 패소로 확정되었지만, 원심에서 교환적으로 변경된 예비적 청구는 전체가 원심의 심판대상이 되는데, 환송 전 원심판결의 예비적 청구 중 일부 인용한 금액을 초과하는 부분은 원고 패소로 확정되었으므로 이와 실질적으로 동일한 소송물인 파산채권확정청구에 대하여도 다른 판단을 할 수 없다.”고 한다(대판 2013.02.28. 2011다31706).

(2) 사안의 경우

따라서 부당이득금 15억원의 지급을 구하는 청구 중 원고 패소 부분인 5억원 부분은 원고 패소로 확정되었고, 이와 실질적으로 동일한 소송물인 파산채권확정청구에 대해서도 다른 판단을 할 수 없다. 따라서 교환적으로 변경된 파산채권확정청구는 전체가 항소심의 심판대상이 되지만, 10억원을 초과하는 5억원 부분은 甲의 패소로 확정되었으므로 이와 실질적으로 동일한 소송물인 파산채권확정청구에 대해서도 다른 판단을 할 수 없다. 그러므로 사안에서 12억원의 파산채권확정 부분 중 10억원을 초과하는 파산채권 2억원 부분은 부적법하다.

4. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

환송 후 항소심은 환송 후의 심리과정에서 甲이나 乙 회사로부터 새로운 주장이나 입증이 제출되지 아니하여 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생기지 아니하였으므로 상고법원이 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 따라 판결하였다. 이에 대하여 甲이 재상고하였을 경우 재상고심도 환송판결의 법률상 판단에 기속되는지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (10점)

I. 결론

원칙적으로 환송판결의 기속력은 환송을 받은 법원뿐만 아니라 환송판결에 대하여 다시 상고가 행해진 때 재상고심도 기속하지만, 재상고심이 전원합의체를 구성하는 경우에는 기속력이 미치지 않는다. [2023 포춘 민사소송법, 731면]

II. 이유

1. 환송판결의 기속력의 의미, 법적 성질

환송판결의 기속력이란 환송 또는 이송을 받은 법원이 다시 심판을 하는 경우에는 상고법원이 파기의 이유로 한 법률상 및 사실상의 판단에 기속되는 것을 이른다(제436조 제2항 후문, 법원조직법 제8조). 이의 법적성질에 대하여 학설은 ① 중간판결에 인정되는 기속력과 동일시하는 중간판결설, ② 확정판결의 기판력으로 보는 기판력설도 있으나, ③ 심급제도의 유지를 위해 상급심의 판결이 하급심을 구속하는 특수한 효력으로 보는 특수효력설이 통설이다. 判例도 “환송판결도 동일절차 내에서는 철회, 취소될 수 없다는 의미에서 기속력이 인정됨은 물론 법원조직법 제8조, 민사소송법 제436조 제2항 후문의 규정에 의하여 하급심에 대한 특수한 기속력은 인정된다(93제다27·34(전)).”고 하여 특수효력설의 입장이다[2023 포춘 민사소송법, 729면].

2. 문제점

원칙적으로 환송판결의 기속력은 환송을 받은 법원뿐만 아니라 환송판결에 대하여 다시 상고가 행해진 때 재상고심도 기속하는데, 이 경우 법률상 판단을 변경할 필요가 있어 재상고심이 전원합의체를 구성할 경우에는 기속력이 미치지 않아 환송판결과 다른 판단을 할 수 있는지 문제 된다.

3. 判例

과거 判例는 “환송판결의 기속력이 재상고심의 전원합의체까지도 예외 없이 미친다(대판 1995.05.23. 94제누18 등).”고 하였다. 그러나 현재 判例는 원고가 손실보상금재결처분취소를 구한

5) 행정소송법상 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하고, 처분 등이 있는 날부터 1년을 경과하면 제기하지 못한다(행정소송법 제20조 제1항, 제2항). 그리고 청구취지를 변경하여 구소가 취하되고 새로운 소가 제기된 것으로 변경되었을 때에 새로운 소에 대한 제소기간의 준수 등은 원칙적으로 소의 변경이 있을 때를 기준으로 하여야 한다(대판 2019.07.04. 2018두58431).

6) 유력설(고유의 소변경설, 독자제도설)은 청구의 교환적 변경은 법 제262조상의 요건과 효과가 규율되는 청구의 변경의 한 형태일 뿐이지, 명문의 규정도 없이 신청구제기·구청구취하의 성질을 가진다고 하는 것은 잘못되었다고 한다(호문혁).

사안에서 “대법원의 전원합의체가 종전의 환송판결의 법률상 판단을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우에는, 그에 기속되지 아니하고 통상적인 법령의 해석적용에 관한 의견의 변경절차에 따라 이를 변경할 수 있다고 보아야 할 것이다(대판(전) 2001.03.15. 98두15597)”고 하여 재상고심의 전원합의체에는 환송판결의 기속력을 부정하여 과거 견해들을 변경⁷⁾하였다.

【문 2】

(아래 각 설문은 서로 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름)

1. 甲은 공무원 시험에 응시하였다가 불합격처분을 받게 되자 불합격처분취소소송을 제기하였다. 공무원인 乙은 甲에 대한 불합격처분이 적법하다는 주장을 뒷받침하기 위해 소송에서 위 시험 관련 회의문서의 존재와 내용을 구체적으로 언급하였다. 다만 회의문서 자체를 증거로서 인용하지는 않았다. 甲은 이 문서에 대해 문서제출명령을 신청하였으나 乙은 이 문서는 민사소송법 제344조 제2항의 ‘공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’이며, 또 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 규정한 비공개정보에 해당하므로 이를 제출할 의무가 없다고 주장하였다. 법원은 이 문서는 위 시험과 관련한 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할만한 특별한 사정이 있는 문서는 아니라는 전제에서 그 제출을 명하였다. 법원의 문서제출명령이 적법한지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (7점)

I. 결론

법원의 문서제출명령은 적법하다.

II. 이유 [2023 포춘 민사소송법, 442면]

1. 문서제출의무의 의미

문서제출의무는 국가에 대한 공법상의 의무임에는 의문이 없으나, 과거에는 구 민사소송법 제316조에 열거된 경우에만 인정하는 제한적인 것이었다. 하지만 입법론 상 확장론이 대두됨에 따라, 현행법은 당사자와 문서 사이에 특별한 관계가 없는 일반문서의 경우에도 일정한 예외사유를 제외하고는 문서제출의무를 증인의무와 마찬가지로 일반의무화 한 것이다.

2. 문서제출의무의 범위

인용문서란 소송에서 자기를 위한 증거로 또는 주장을 명백히 하기 위하여 또는 끌어 쓴 인용문서라면 상대방에게도 이용시키는 것이 형평에 맞기 때문에 그 대상으로 한다. 따라서 민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 정하고 있는 인용문서는 당사자가 소송에서 문서 그 자체를 증거로서 인용한 경우뿐만 아니라 자기주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기 주장의 근거나 보조 자료로 삼은 문서도 포함한다. 또한 위 조항의 인용문서에 해당하면, 그것이 같은 조 제2항에서 정하고 있는 ‘공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’라도 특별한 사정이 없는 한 문서 제출의무를 면할 수 없다. 그리고 인용문서가 공무원이 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에서 정하고 있는 비공개대상정보에 해당한다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그에 관한 문서 제출의무를

7) 만약 대법원의 전원합의체에도 환송판결의 기속력이 미친다면 위 변경된 판례가 지적하듯이, 전원합의체의 권능 행사를 통하여 법령의 올바른 해석적용과 그 통일을 기하고 무엇이 정당한 법인가를 선언함으로써 사법적 정의를 실현하여야 할 임무가 있는 대법원이 자신의 책무를 스스로 포기하는 셈이 될 것이고, 그로 인하여 하급심법원을 비롯한 사법전체가 심각한 혼란과 불안정에 빠질 수도 있을 것이며, 소송경제에도 반하게 될 것임이 분명하다. 그리고 환송판결은 확정된 중국판결이 아니므로 재심사유에 국한하여 환송판결의 기속력을 배제하는 제한적 긍정설을 취하기는 어렵다고 생각한다. 따라서 환송판결의 기속력은 원칙적으로 상고심 자신도 기속하는 것이지만 법률상 견해 변경을 위한 전원합의체에는 미치지 않는다고 할 것이다(공정설, 이규호 고시제 2006/5, 127면).

면할 수 없다(대결 2017. 12. 28. 자 2015무423).

3. 사안의 경우

사안에서 회의문서 자체를 증거로서 인용하지는 않았지만, 공무원인 乙은 甲에 대한 불합격처분이 적법하다는 주장을 뒷받침하기 위해 소송에서 위 시험 관련 회의문서의 존재와 내용을 구체적으로 언급하였으므로, 인용문서에 해당한다. 따라서 인용문서는 제344조 제2항에서 정하고 있는 ‘공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’라도 특별한 사정이 없는 한 문서제출의무를 면할 수 없다. 그러므로 법원이 이 문서는 위 시험과 관련한 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할만한 특별한 사정이 있는 문서는 아니라는 전제에서 그 제출을 명한 것은 적법하다.

2. 甲은 乙 회사의 주주인데, 乙 회사가 丙 회사에 흡수합병되는 과정에서 乙 회사의 이사들이 불공정한 합병비율을 적용해 乙 회사의 주식가치가 저평가되었다는 이유로 乙, 丙 회사를 상대로 손해배상을 청구하였다. 甲은 소송 중 자신의 주장을 증명하기 위해 乙 회사의 급여 및 상여금 지급 관련 기안문, 결의서에 대한 문서제출명령을 신청하였다. 乙, 丙 회사는 이 문서들은 통상 회사 내부의 의사결정을 위해 회사 내부의 이용에 쓸 목적으로 작성되고 외부인에게 공개하는 것이 예정되어 있지 않은 자기이용문서에 해당하므로 문서제출신청의 대상이 될 수 없다고 주장하였다. 법원은 심리 후 이 문서 자체는 외부에 공개가 예정되어 있지 않으나 문서에 기재된 정보나 내용은 회계장부 등을 통해 공개가 예정되어 있으며 다른 요건들을 갖추었다고 보아 이 문서들에 대해 제출명령을 하였다. 법원의 문서제출명령이 적법한지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (7점)

I. 결론

법원의 문서제출명령은 적법하다.

II. 이유 [2023 포춘 민사소송법, 444면]

1. 자기이용문서의 의미

어느 문서가 오로지 문서를 가진 사람이 이용할 목적으로 작성되고 외부자에게 개시하는 것이 예정되어 있지 않으며 개시할 경우 문서를 가진 사람에게 심각한 불이익이 생길 염려가 있다면, 문서는 특별한 사정이 없는 한 위 규정의 자기이용문서에 해당한다. 여기서 어느 문서가 자기이용문서에 해당하는지는 문서의 표제나 명칭만으로 판단하여서는 아니 되고, 문서의 작성 목적, 기재 내용에 해당하는 정보, 당해 유형·종류의 문서가 일반적으로 갖는 성향, 문서의 소지 경위나 그 밖의 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 하는데, 설령 주관적으로 내부 이용을 주된 목적으로 회사 내부에서 결재를 거쳐 작성된 문서일지라도, 신청자가 열람 등을 요구할 수 있는 사법상 권리를 가지는 문서와 동일한 정보 또는 직접적 기초·근거가 되는 정보가 문서의 기재 내용에 포함되어 있는 경우, 객관적으로 외부에서의 이용이 작성 목적에 전혀 포함되어 있지 않다고는 볼 수 없는 경우, 문서 자체를 외부에 개시하는 것은 예정되어 있지 않더라도 문서에 기재된 ‘정보’의 외부 개시가 예정되어 있거나 정보가 공익성을 가지는 경우 등에는 내부문서라는 이유로 자기이용문서라고 쉽게 단정할 것은 아니다⁸⁾(대결 2016.07.01. 2014마2239). 따라서 임직원의 급여 및 상여금 내역 등이 개인정보 보호법상 개인정보에 해당하더라도 이를 이유로 문서소지인이 문서의 제출을 거부할 수 있는 것은 아니다.⁹⁾

2. 사안의 경우

사안에서 법원은 심리 후 이 문서 자체는 외부에 공개가 예정되어 있지 않으나 문서에 기재된

‘정보’나 내용은 회계장부 등을 통해 공개가 예정되어 있으며 다른 조건들을 갖추었다고 보고 있으므로, 내부문서라는 이유로 자기이용문서라고 쉽게 단정하여서는 아니된다. 따라서 이는 자기이용문서에 해당하지 않으므로, 이에 대한 법원의 문서제출명령은 적법하다.

3. 당사자가 법원의 문서제출명령을 받고도 제출을 거부하는 경우 법원은 어떻게 해야 하는지에 대해 설명하시오. (6점)

I. 근거규정 [2023 포춘 민사소송법, 447면]

당사자가 문서제출명령에 따르지 않거나(제349조), 상대방이 사용을 방해할 목적으로 제출의무 있는 문서를 훼손하여 버리거나 이를 사용할 수 없게 한 때(제350조)에는 법원은 그 문서의 기재에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다. 그러나 제3자가 문서의 제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 결정으로 이로 말미암은 소송비용을 부담하도록 명하고 500만원 이하의 과태료에 처한다(제351조).

II. 상대방 주장의 진실인정의 의미

문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다는 것은 문서의 성립과 내용에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정한다는 것을 의미한다. 다만 그 문서에 의하여 증명하고자 하는 사실(요증사실)이 곧바로 증명되었다고 보는 것¹⁰⁾은 아니며, 요증사실의 인정여부는 법관의 자유심증에 의한다(통설, 자유심증설). 判例도 “제350조의 ‘문서를 고의로 훼손하거나 사용할 수 없게 한 때에도 진실한 것으로 인정할 수 있다’는 것은 그 문서에 의하여 증명될 사실관계에 관한 주장이 아니라 그 문서의 성질·내용의 주장에 관한 것으로서 그 진실여부는 법원의 재량에 의하여 판단할 것이다(대판 1979.11.13. 79다1577 등).”라고 하여 자유심증설¹¹⁾의 입장이다¹²⁾.

III. 사안의 경우

당사자가 문서제출명령을 받고도 제출을 거부하는 경우에는 법원은 그 문서의 기재에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있고, 이의 의미는 그 문서에 의하여 증명하고자 하는 사실(요증사실)이 곧바로 증명되었다고 보는 것은 아니며, 요증사실의 인정여부는 법관의 자유심증에 의한다(통설, 判例).

8) 위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 씨제이미디어 주식회사(이하 ‘씨제이미디어’라 한다)의 급여 및 상여금의 지급 관련 자료 및 씨제이미디어 내지 피신청인 씨제이이앤엠 주식회사(이하 ‘피신청인 씨제이이앤엠’이라 한다)의 판매비와 관리비의 구체적 항목 명세, 각종 경비 및 고정비의 분류기준과 해당 항목 명세, 임직원에게 대한 성과급 지급 규모, 급여 및 인건비 근거자료, 채널별 광고단가, 각종 매출액, 플랫폼별 시장매출규모, 매년 판권 구매·상각 내역 등에 관한 문서들은 각종 회계자료 등을 통해 외부에 공개하는 것이 예정되어 있는 정보 또는 그 직접적 기초가 되는 정보를 포함하고 있다고 볼 수 있고, 소멸회사인 씨제이미디어의 이사들이 합병비용의 적정성을 판단하여 이 사건 흡수합병에 동의할 것인지를 결정하는 근거로 삼은 회계법인의 검토보고서, 제안서 등과 그 검토를 위하여 회계법인에 제공한 서류 등은 합병조건에 대한 실질적인 판단자료로 주주들에게도 공개가 예정되어 있는 정보 또는 그 직접적 기초가 되는 정보를 포함하고 있다고 볼 여지가 있다. 또한 이 사건 합병 추진 및 실행과 관련하여 씨제이미디어가 다른 합병회사와 교신한 공문 등은 오로지 내부자의 이용에 제공할 목적으로 작성된 내부문서라고 단정할 수 없고, 업무수행의 지침이 되는 내부회계기준이나 위 각 정보와 관련한 결의서와 같이 이미 의사결정이 내려진 상태에서 작성되는 문서는 그 문서의 성질상 개시로 인하여 문서소지자에게 심각한 불이익이 생길 염려가 발생한다고 보기 어렵다. 따라서 원심으로서 위 각 문서의 표제나 명칭에 불구하고 문서의 작성 목적, 기재 내용, 소지 경위 등에 비추어 외부 공개가 예정된 정보나 그에 관련된 정보를 포함하는지, 그 개시에 의하여 문서소지자에게 발생할 불이익의 정도 등에 관하여 심리함으로써 자기이용문서에 해당하는지 여부를 먼저 판단하고, 자기이용문서에 해당하지 않는 문서에 관해서는 소송에 나타난 여러 가지 사정을 고려하여 문서제출의 필요성 및 문서제출신청에 정당한 이유가 있는지 여부를 판단하였어야 한다. 그럼에도 이에 이르지 아니하고 위 각 문서가 피신청인들 내부의 의사결정 목적으로 작성되었다는 점만을 근거로 자기이용문서에 해당한다고 단정하고 이를 이유로 문서제출신청을 기각한 원심결정에는 민사소송법 제344조 제2항 제2호의 자기이용문서 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 재항고이유 주장은 이유 있다.

9) 개인정보 보호법 제18조 제2항 제2호에 따르면 개인정보처리자는 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’에는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있고, 민사소송법 제344조 제2항은 각 호에서 규정하고 있는 문서제출거부사유에 해당하지 아니하는 경우 문서소지인에게 문서제출의무를 부과하고 있기 때문이다.

10) 이를 법정증거설이라고 한다.

11) 判例는 명문의 규정이 없는 증명방해 사안인 의사 측의 진료기록이 가필된 사안에서도 “당사자 일방이 입증을 방해하는 행위를 하였더라도 법원으로서 이를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 입증책임이 전환되었다거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것도 아니다(대판 1999.04.13. 98다9915 등).”고 하여 자유심증설의 입장이다.

12) 다만 민사소송에서 당사자 일방이 일부가 훼손된 문서를 증거로 제출하였는데 상대방이 훼손된 부분에 잔존 부분의 기재와 상반된 내용이 기재되어 있다고 주장하는 경우, 문서제출자가 상대방의 사용을 방해할 목적으로 문서를 훼손하였다면 법원은 훼손된 문서 부분의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있을 것이나(민사소송법 제350조), 그러한 목적 없이 문서가 훼손되었다고 하더라도 문서의 훼손된 부분에 잔존 부분과 상반되는 내용의 기재가 있을 가능성이 인정되어 문서 전체의 취지가 문서를 제출한 당사자의 주장에 부합한다는 확신을 할 수 없게 된다면 이로 인한 불이익은 훼손된 문서를 제출한 당사자에게 돌아가야 한다(대판 2015. 11. 17. 2014다81542).

2022년 형법 법무사 2차 시험 총평

최근 몇 년사이 시험의 트렌드가 점점 바뀌어 가는 것을 느낍니다. 전통적으로 중요했던 쟁점보다는 최신판례 위주로 기출이 되고 있으며, 특히 1-1문과 같이 2022년 6월 최신판례가 시험에 나올 정도로 형법시험에 있어서의 최신판례의 비중이 높아지는 것 같습니다. 최신판례에 대해 준비가 되셨던 수험생 분들께서는 문제해결에 어려움이 없으셨겠지만, 준비가 되지 못했던 수험생 분들께서는 다소 난해하였을것으로 생각합니다. 수험준비를 도와드리는 강사로서도 최신판례의 비중이 높아짐에 따라 막중한 책임감을 느낍니다. 전체적인 난이도는 중~ 중상으로 판단 됩니다.

1-1문의 경우 결국 2022. 6. 23. 선고된 2017도3829 판례의 결론을 묻는 문제였습니다. 이를 위해 동업재산에 대한 임의매각시 횡령죄 성부에 관한 부분을 함께 엮어 두가지 쟁점의 답안을 도출하는 문제였습니다. 해당 판례의 내용에 따라 동업재산의 임의매각 후 소비시 횡령죄가 성립한다는 점, 양도한 임차보증금채권을 수령하여 임의소비한 행위에 대해서는 횡령죄가 성립하지 않는다는 점을 서술해주시면 되겠습니다.

1-2문의 경우 주거침입에 관한 2021. 9. 9. 선고 2020도60 판례를 묻는 문제였습니다. 따라서 공동점유자 중 일방이 특별한 사정없이 다른 일방의 출입을 막는 경우, 그것을 배제하고 출입한 행위에 대해 주거침입죄가 성립하지 않는다는 결론을, 그와 함께 출입한 공동출입자에 대해서도 주거침입죄가 성립하지 않는다는 결론을 내려주시면 되겠습니다. 나아가 자물쇠 손괴 행위에 대하여 판례에서 “별도의 규정에 따라 처벌될 수 있음은 별론으로 하고” 라고 판시하고 있으므로 특수손괴죄의 성부를 논해주시고 정당행위로 처리해주시면 더 좋은 답안이 될 것이라고 생각합니다.

2문의 경우 공무집행방해죄에 관한 2022. 3. 17. 선고 2021도13883 판례와, 중실화죄 등에 관한 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도12109,2009감도38 판례를 묻는 질문이었습니다. 공무집행방해죄와 관련해서는 직무집행의 범위에 대한 판례의 태도를 중심으로 풀어주시면 되며, 모텔 실화의 행위과 관련해서는 부작위에 의한 현주건조물방해죄가 성립할 수 있는지 여부를 중심으로 그것을 부정하는 판례의 태도를 서술해주시면 되겠습니다.

2022년 형법 법무사 2차시험 해설지

[1문의 1]

I. 쟁점의 정리

甲이 丁에게 동업재산인 배달용 오토바이를 매각한 대금을 수령하여 개인의 채무변제에 사용한 행위와 甲이 丁에게 양도한 임대차보증금 반환채권을 丙에게 채권양도의 통지하지를 않은 채 이를 수령하여 임의소비한 행위에 대한 죄책이 문제된다.

II. 오토바이 매각대금에 대한 임의소비행위에 대한 죄책

- ① 판례에 따르면 “동업재산은 동업자의 합유에 속하므로, 동업관계가 존속하는 한 동업자는 동업재산에 대한 지분을 임의로 처분할 권한이 없고, 동업자 한 사람이 지분을 임의로 처분하거나 또는 동업재산의 처분으로 얻은 대금을 보관 중 임의로 소비하였다면 횡령죄의 죄책을 면할 수 없” 으며, 나아가 “동업자 한 사람이 동업재산을 보관 중 임의로 횡령하였다면 지분비율에 관계없이 횡령한 금액 전부에 대하여 횡령죄의 죄책을 부담한다.” (대법원 2011. 6. 10., 선고, 2010도17684, 판결)
- ② 이와 관련하여 甲의 乙에 대한 기존 대여금채권 500만원과 상계하였다고 하더라도 횡령죄는 “위험이 있으면 침해의 결과가 발생되지 아니하더라도 성립하는 위험범” 이라는 것이 판례의 입장이므로 설사 이에 따라 실질적인 손해가 乙에게 발생하지 않았다고 하더라도 횡령죄성립에 문제가 없다.
- ③ 따라서 甲의 오토바이매각대금 임의소비행위에 대하여 오토바이 매각대금 전액에 대한 횡령죄가 성립한다.

III. 양도한 임대보증금채권을 수령하여 임의소비한 행위

- ① 최근 변경된 전원합의체 판례에 따르면 “채권양도인이 채무자에게 채권양도 통지를 하는 등으로 채권양도의 대항요건을 갖추어 주지 않은 채 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우, 특별한 사정이 없는 한 금전의 소유권은 채권양수인이 아니라 채권양도인에게 귀속하고 채권양도인이 채권양수인을 위하여 양도 채권의 보전에 관한 사무를 처리하는 신임관계가 존재한다고 볼 수 없다.”

“따라서 채권양도인이 위와 같이 양도한 채권을 추심하여 수령한 금전에 관하여 채권양수인을 위해 보관하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 채권양도인이 위 금전을 임의로 처분하더라도 횡령죄는 성립하지 않는다.” (대법원 2022. 6. 23. 선고 2017도3829 전원합의체 판결)

- ② 따라서 사안의 경우 비록 甲이 임차보증금채권을 양도하였음에도 이를 통지하지 아니한 채 본인이 직접 수령하여 임의소비하였다고 하더라도 횡령죄의 죄책을지지 않는다.

IV. 결론

甲은 오토바이의 매각대금에 대한 형법제355조의 횡령죄의 죄책을 지나, 임차보증금 반환채권의 임의소비 행위에 대해서는 횡령죄의 죄책을지지 않는다.

[1문의 2]

I. 쟁점의 정리

형법은 제319조 제1항에서 ‘사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자’를 주거침입죄로 처벌한다고 규정하고 있는바, 동업자인 乙이 자신의 배우자인 丁과 함께 출입을 거부당한 자신의 식당의 자물쇠를 부수고 이를 출입한 행위와 관련하여 주거침입죄가 성립할 수 있는지 문제된다.

II. 乙과 丁의 주거침입죄(형법 제319조)의 성부

1. 乙의 주거침입죄 성부

- ① 동업자로서 공동관리자인 乙 및 그 배우자 丁의 주거침입죄 성부와 관련하여, 최근 변경된 전원합의체 판례에 따르면 “따라서 주거침입죄의 객체는 행위자 이외의 사람, 즉 ‘타인’이 거주하는 주거 등이라고 할 것이므로 행위자 자신이 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 거주하거나 관리 또는 점유하는 주거 등에 임의로 출입하더라도 주거침입죄를 구성하지 않는다. 다만 다른 사람과 공동으로 주거에 거주하거나 건조물을 관리하던 사람이 공동생활관계에서 이탈하거나 주거 등에 대한 사실상의 지배·관리를 상실한 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에 주거침입죄가 성립할 수 있을 뿐이다.” (대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결) 고 판시하여 그 성립을 부정하고 있으며,
- ② 나아가 그 출입의 과정에서 자물쇠를 손괴하는 등의 행위가 있었던 경

우에도 판례는 “설령 그 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하기 위하여 출입문의 잠금장치를 손괴하는 등 다소간의 물리력을 행사하여 그 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤더라도 그러한 행위 자체를 처벌하는 별도의 규정에 따라 처벌될 수 있음은 별론으로 하고, 주거침입죄가 성립하지 아니함은 마찬가지이다.” 는 입장이다.

2. 丁의 주거침입죄 성부

판례는 乙에 대한 주거침입죄가 성립하지 않음을 전제로 “공동거주자의 승낙을 받아 공동생활의 장소에 함께 들어간 외부인의 출입 및 이용행위가 전체적으로 그의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우라면, 이를 금지하는 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤음에도 불구하고 그 외부인에 대하여도 역시 주거침입죄가 성립하지 않는다고 봄이 타당하다.” 는 입장이다.

Ⅲ. 특수손괴죄(형법제369조) 의 성부

- ① 乙과 丁의 출입행위가 주거침입죄를 구성하지 않는다고 하더라도 그 과정에서 자물쇠를 손괴한 행위는 형법상 특수손괴죄에 해당할 수 있다. 판례 역시 공유물 역시 손괴죄의 객체가 될 수 있다는 것이 일반적인 입장이다.
- ② 그러나 乙과 丁의 손괴행위는 공동생활의 장소를 다른 일방이 정당한 사유없이 그 출입을 거부하고 있는 상황에서 이를 적법하게 출입하기 위해 부득이하게 발생한 것이므로, 이는 형법 제20조에 따라 사회상규에 반하지 않는 행위로서 위법성이 조각된다.

Ⅳ. 결론

결국 乙과 丁은 형법상 주거침입죄 및 특수손괴죄의 죄책을 지지 않는다.

[2문]

I. 쟁점의 정리

甲이 술에취해 시청 청사 내 주민생활복지과 사무실에 찾아가 소란을 피운행위 및 그 과정에서 이를 제지하는 공무원A 의 뺨을 때린 행위, 이후 모텔에서 담뱃불이 완전히 꺼졌는지 확인하지 않은 과실로 화재를 발

생시킨 행위등에 관한 죄책이 문제된다.

II. 시청청사 내 소란행위 및 그 과정에서 공무원의 뺨을 때린 행위

- ① 형법 제136조 제1항에서는 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 경우 공무집행방해죄로 처벌하는 바, 판례에 따르면 이때 “ ‘직무를 집행하는’ 이란 공무원이 직무수행에 직접 필요한 행위를 현실적으로 행하고 있는 때만을 가리키는 것이 아니라 공무원이 직무수행을 위하여 근무 중인 상태에 있는 때를 포괄한다.(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021도13883 판결)” 는 입장이다.
- ② 또한 공무원A가 甲을 사무실 밖으로 데리고 나가는 과정에서 다소간의 물리력을 사용하였다고 하더라도 “당시의 상황을 보면 피고인의 욕설과 소란행위로 민원 업무의 방해 상태가 지속되고 다른 민원인들의 안전이나 평온을 해할 우려가 발생한 상태였다. 따라서 행위 당시의 구체적 상황에 기초를 두고 객관적·합리적으로 판단해 보면, 담당 공무원이 피고인을 사무실 밖으로 데리고 나가는 과정에서 피고인의 팔을 잡는 등 다소의 물리력을 행사하였다고 하더라도, 이는 피고인의 불법행위를 사회적 상당성이 있는 방법으로 저지한 것에 불과하므로 위법하다고 볼 수 없다.(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021도13883 판결)”
- ③ 따라서 결국 甲의 이러한 일련의 행위는 형법 제136조 제1항의 공무집행방해죄의 죄책을 진다.

III. 모텔에서 화재를 일으킨 행위

1. 현주건조물방화치사상죄 성부

- ① 형법 제 164조는 불을 놓아 사람이 주거로 사용하거나 사람이 현존하는 건조물등을 소훼한 자는 현주건조물방화죄로 처벌하고, 이 죄를 범하여 사람을 상해 또는 사망에 이르게 한자는 현주건조물방화치사상죄로 처벌한다. 사안의 경우 甲의 행위를 형법상 현주건조물 방화치사상죄로 의율할 수 있는지가 문제된다.
- ② 이와 유사한 사례에서 판례는 ‘담뱃불이 완전히 꺼졌는지 여부를 확인하지 않은 채 불이 붙기 쉬운 휴지를 재떨이에 버리고 잠을 잔 과실로 화재가 발생하였고, 이러한 피고인의 과실은 중대한 과실에 해당한다고 전제한 다음, 이와 같이 이 사건 화재가 피고인의 중과실로 발생하였다고 하더라도, 부작위에 의한 현주건조물방화치사 상죄가 성립하기 위하여는, 피고인에게 법률상의 소화의무가 인정되는 외에 소화의 가능성 및 용이

성이 있었음에도 피고인이 그 소화의무에 위배하여 그 결과를 발생시켜야 하는 것인데, 이 사건 화재가 피고인의 중대한 과실 있는 선행행위로 발생한 이상 피고인에게 이 사건 화재를 소화할 법률상 의무는 있다 할 것이나, 피고인이 이 사건 화재 발생 사실을 안 상태에서 모텔을 빠져나오면서도 모텔 주인이나 다른 투숙객들에게 이를 알리지 아니하였다는 사정만으로는 피고인이 이 사건 화재를 용이하게 소화할 수 있었다고 보기 어려우므로 이를 현주건조물방화 치사상죄로 의율할 수 없다.’ 고 판시한 바 있다. (대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도12109,2009감도38 판결)

③ 따라서 甲의 위 행위는 현주건조물방화치사상죄를 구성하지 않는다.

2. 중실화죄 등 성부

다만, 甲의 행위는 형법 171조 에 따라 중대한 과실로 실화죄를 저지른 것으로 중실화죄가 성립할 수 있으며, 나아가 그 결과로 사망 및 상해의 결과를 발생시킨 바 형법 제268조에 따라 중과실치사상죄의 죄책을 면할 수 없을 것이다.

IV. 결론

결국 甲은 형법 제 136조의 공무집행방해죄 및 형법 제171조 중실화죄 형법 제268조 중과실치사상죄의 죄책을 진다.

2022년 제28회 법무사 2차 시험 민사사건관련서류의 작성 총평 및 해설

김지안 법무사

0. 총평

먼저 28회 법무사 2차 시험을 보신 수험생분들 모두 고생 많으셨습니다.

이번 시험은 계약금 및 위약금(손해배상액의 예정)에 대한 문제가 출제되었는데, 사안이 단순하고 논점이 적어서 많은 시간이 소요되는 문제는 아니었습니다. 따라서 사안·논점을 파악하는데에 시간이 지체되지는 않았으리라 생각이 듭니다.

다만, ① 처음으로 법인 당사자가 나왔다는 점(이와 같이 상호를 사용하는 개인사업자가 나왔다는 점), ② 공급계약에 따른 물품대금지급 청구 사안이 아닌 공급계약에 따른 물품인도 의무의 이행지체로 인한 계약해제(계약금 반환 청구) 및 이에 대한 손해배상 청구를 하는 사안이었다는 점에서 다소 당황하셨던 분들도 계셨으리라 생각도 듭니다.

그렇다 하더라도 법인 당사자의 표시부분은 대표자를 병기하는 것 말고는 크게 다르지 않으며, 물품인도 의무의 이행지체로 인한 계약금 반환 등 역시 금전지급청구라는 점에서 청구취지나 청구원인을 작성하는 것에 크게 어려운 점은 없었던 것으로 보이며, 무난한 수준의 난이도로 출제된 것 같습니다.

어찌됐든 주사위는 던져졌습니다.

이미 답안지는 제출되어졌고, 이제 검허하게 결과를 기다리는 일만 남았습니다.

합격자 발표일까지 두달 여의 시간이 남았는데,

부디 그 기간을 지옥처럼 보내시기 보다는 그동안 고생한 자신에게 보상도 하고, 자신의 마음도 살피며 조금이나마 편하게 지내시길 바랍니다.

1. 소가 및 인지대

소가는 6,000만원(계약금 3,000만원 + 위약금 3,000만원)입니다. 소가계산시 그 이자 등은 소송의 부대목적으로 평가하여 그 가액을 소가로 산입하지 않기 때문에 두 채권의 원금액을 더한 값인 6,000만원이 소가가 되는 것입니다.

이에 따라 인지는 소가가 '1천만원 이상 1억원 미만인 경우'에 해당하여 그 값에 1만분의 45를 곱한 금액에 5천원을 더한 금액(민사소송등인지법 제2조), 즉 60,000,000원 x 45/10,000 + 5,000원으로 275,000원이 됩니다.

2. 당사자

본 사안에서 당사자, 즉 원고와 피고는 [주식회사 블루헬스케어]와 [정병동]입니다. 별첨서류로 주어진 물품공급계약서를 보면 계약의 당사자에 대하여 상호와 대표자명이 같이 기재되어 있지만, 개인사업자인 정병동이 사용하는 상호에 불과한 제이컴퍼니 자체가 당사자가 될 수는 없고 자연인인 정병동이 당사자가 되는 것입니다.

반면 주식회사의 경우 법인으로서 당사자가 될 수 있으며, 당사자가 법인인 경우 법인등록번호를 괄호 안에 병기하여 표시하여야 하며, 본점소재지 및 대표자의 표시를 하여야 합니다.

3. 청구범위① - 계약금 부분

계약이 해제된 경우 각 당사자는 상대방에 대하여 원상회복의 의무를 지며, 원상회복의무로서 반환할 금전에는 그 받은 날부터 이자를 가산하여 지급하여야 합니다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다14675 판결).

따라서 계약금 3천만원 및 이에 대한 이자를 청구할 수 있는데, 계약의 당사자 모두가 상인이며, 물품공급계약 역시 상행위의 일환이므로 물품공급계약의 해제로 인한 계약금 반환의무 역시 상사채무로 볼 수 있기 때문에 상사법정이율인 연 6%를 청구할 수 있습니다(상법 제54조).

다만, 소송촉진등에관한특례법에 따라 소장부분 송달일을 기준으로 그 다음 날부터는 연 12%의 지연손해금을 청구할 수 있고, 계약금에 대한 청구부분은 30,000,000원 및 이에 대하여 계약금 지급일인 2020.4.27.부터 소장부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈이 될 것입니다.

4. 청구범위② - 위약금 부분

위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정되며(민법 제398조 제4항), 이러한 손해배상액의 예정은 이행의 청구나 계약의 해제에 영향을 미치지 않아(민법 제398조 제3항), 계약해제에 따른 계약금 반환청구와 아울러 청구할 수 있습니다.

한편 손해배상액을 예정한 경우 실제 발생한 손해가 예정액을 초과하는 경우라 하더라도 초과부분을 청구할 수는 없으며, 계약 당시 손해배상액을 예정한 경우에는 다른 특약이 없는 한 채무불이행으로 인하여 입은 통상손해는 물론 특별손해까지도 예정액에 포함되는 것이기 때문에(대법원 1993. 4. 23. 선고 92다41719 판결), 해오름약국에게 지급한 위약금 1천만원을 별도로 청구할 수는 없으며, 물품공급계약서 제5조에 예정된 3천만원만을 청구할 수 있습니다 (또한 이와 별개로 특별손해를 청구하기 위해서는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때 한하여 배상의 책임이 있는바, 문제내용상 피고는 원고가 해오름 약국과 계약을 체결한 사실 및 자신의 채무불이행으로 인하여 위약금 1천만원을 배당한 사실 등을 알았다고 보기 어렵기 때문에 특별손해인 1천만원에 대한 청구부분은 더욱 여지가 없을 것입니다).

문제가 되는 것은 ‘위약금에 대한 지연손해금’부분인데, [소장작성시 유의사항]에 ‘지연손해금에 대한 지연손해금은 구할 필요 없음’이라는 문구 때문에 위약금을 지연손해금으로 보아 계약금 반환과는 달리 지연손해금을 청구하지 않아야 하는지 고민이 되셨으리라 생각이 듭니다.

위약금은 ‘손해배상액의 예정’으로 추정되는 것이며, 이 위약금의 발생은 상대방의 이행지체로 인한 것이기 때문에, 그 자체로 지연손해금으로 볼 수 있을지가 의문인데, 일단 위약금을 지연손해금 자체로 해석한 판례는 없는 것으로 보입니다.

또한 손해배상액의 예정이라는 것은 채무불이행의 경우 채무자가 지급하여야 할 손해배상액을 미리 정해두는 것으로서, 손해의 발생사실과 손해액에 대한 증명곤란을 배제하고 분쟁을 사전에 방지하여 법률관계를 간이하게 해결함과 함께 채무자에게 심리적으로 경고를 함으로써 채무이행을 확보하려는 데에 그 기능이나 목적이 있는 것이기 때문에(대법원 2022. 7. 21. 선고 2018다248855, 248862 전원합의체 판결 등), 반드시 ‘지연에 따른 손해배상’이라고 보기에는 어려움이 있지 않을까 생각이 듭니다. 따라서 위약금에 대한 지연손해금도 청구할 수 있는 것으로 판단했습니다(다만 이에 대한 다른 해석의 여지가 있는 점, 또한 굳이 [유의사항]부분에 위와 같이 전제한 이유가 있지 않을까라는 점 등을 생각해보면 달리 청구할 여지가 있어보입니다).

한편 채무불이행으로 인한 손해배상채무는 특별한 사정이 없는 한 이행기한의 정함이 없는 채무이므로 채무자는 채권자로부터 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 지고(민법 제387조 제2항, 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결 등), 실제 이로 인한 지연손해금은 그 청구를 받은 날을 도과한 때로부터 발생하는 것입니다(대법원 1972. 8. 22. 선고 72다1066 판결).

문제에서 ‘즉시 정병동에게 전화하였는데 전화를 받지 않자, 카카오톡 메시지로 계약 해제의 취지를 밝히고 계약금을 반환해 달라고 요청하였습니다’라고 나와있을 뿐, 위약금에 대한 이행청구를 한 부분은 없는 것으로 보입니다. 따라서 위약금에 대한 이행청구는 본 소송으로 한 것으로 볼 수 있으며, 소장부분을 송달받은 다음 날부터 지연손해금을 청구할 수 있습니다.

따라서 위약금에 대한 청구부분은 30,000,000원 및 이에 대하여 소장부분 송달일 다음 날부터 연 12%의 비율로 계산한 돈이 될 것입니다.

5. 기타

유의사항에 나온대로 관할법원은 서울중앙지방법원으로, 소장 작성일은 2022.11.10.로 기재하면 됩니다.

6. 예시 답안

먼저 말씀드리자면 예시답안은 말 그대로 예시답안일 뿐입니다.

실제 시험장에서는 여러 변수(민사소송법의 난이도, 개인마다의 긴장상태, 답안지 교체 등)가 있기 때문에 아래 예시 답안처럼 쓰는 것이 매우 어려울 수 있습니다. 더욱이 위약금의 성격에 대한 해석의 경우 사람마다 달리 판단할 수 있기 때문에 예시 답안이 곧 정답은 아니라는

말씀을 드리고 싶습니다. 따라서 (본 과목뿐만 아니라 다른 모든 과목에 대하여도 마찬가지로) 예시답안과 다른 자신의 답안을 떠올리시며 자책하지 않으셨으면 하는 바람입니다.

소 장

소 가 60,000,000원

(계산내역: ① 계약금 30,000,000원 + ②위약금 30,000,000원)

인지액 275,000원

(계산내역: 60,000,000원 x 45/10,000 + 5,000원)

원 고 주식회사 블루헬스케어 (110111-5123456)

서울 서초구 양재대로 234

대표자 사내이사 고갑동

전화번호: 010-1234-1111

전자우편: kkdong@blue.com

피 고 정병동 (671230-1234567)

청주시 오송로 1

계약금반환 등 청구의 소

청 구 취 지

1. 피고는 원고에게 60,000,000원 및 이 중 30,000,000원에 대하여는 2020.4.27.부터 소장부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 30,000,000원에 대하여는 소장부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.
 2. 소송비용은 피고가 부담한다.
 3. 제1항은 가집행할 수 있다.
- 라는 판결을 구합니다.

청 구 원 인

1. 당사자의 기초적 사실관계

원고는 의약품 및 의약외품 도소매업 등을 사업목적으로 하는 회사이며, 피고는 원고와 마스크 공급계약을 체결한 자입니다(갑 제1호증 등기사항전부증명서, 갑 제2호증 사업자등록

증, 갑 제3호증 물품공급계약서 참조).

2. 물품공급계약의 체결 및 피고의 채무불이행

원고는 피고에게 2020.4.27. KF 94 마스크 일십만장을 90,000,000원에 공급받기로 하는 계약을 체결하였는바, 계약 당일 계약금 30,000,000원을 지급하기로 하면서, 2020.5.7. 물품의 인도를 받기로 하였습니다(갑 제3호증 물품공급계약서 참조).

원고는 계약내용대로 계약 체결 당일인 2020.4.27. 피고명의 통장으로 계약금 30,000,000원을 이체하였으나(갑 제4호증 거래내역 참조), 원고는 피고로부터 물품을 공급받기로 한 2020.5.7. 위 마스크를 전혀 공급받지 못하였고, 인도기일을 2020.5.14.로 연기하여 주었음에도 역시 위 마스크를 공급받지 못했습니다.

3. 계약의 해제 및 계약금 반환채무의 발생

이에 원고는 즉시 피고에게 카카오톡 메시지로 계약 해제의 취지를 밝히고 계약금을 반환해달라고 요청하였으나 지금까지 계약금을 반환하지 않고 있습니다.

대법원 판례에 따르면 계약이 해제된 경우 각 당사자는 원상회복의 의무를 지며, 원상회복의 의무로서 반환할 금전에는 그 받은 날부터 이자를 가산하여 지급하여야 하는바, 계약의 당사자 모두가 상인이며(갑 제1호증 등기사항전부증명서, 갑 제2호증 사업자등록증 참조), 물품공급계약 역시 상행위의 일환이므로 물품공급계약의 해제로 인한 계약금 반환의무 역시 당사채무로 볼 수 있기 때문에 계약금에 대하여 상법상 법정이율인 연 6%로 계산한 이자를 함께 청구할 수 있습니다.

또한, 소송촉진등에관한특례법에 따라 소장부분 송달일을 기준으로 그 다음 날부터는 연 12%의 지연손해금을 청구할 수 있는 것입니다.

4. 위약금의 발생

위 물품공급계약 체결 당시 양 당사자가 대금지급 및 인도 의무 위반시 상대방에게 30,000,000원을 배상하기로 약정하였는바(갑 제3호증 물품공급계약서 참조), 민법 제398조 제4항에 따라 위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정되며, 채무불이행으로 인한 손해배상채무는 이행기한의 정함이 없는 채무이므로, 민법 제387조 제2항에 따라 채무자는 채권자로부터 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 지게 됩니다.

다만, 대법원 판례에 따르면 이 경우 채무자는 이행의 청구를 받은 날을 도과한 때 실제 이행지체의 책임을 지는 것으로 볼 것인바, 원고는 위약금 30,000,000원 및 이에 대하여 피고에게 이 사건 소장부분이 송달된 다음 날부터 소송촉진등에관한특례법에 따라 연 12%의 지연손해금을 청구할 수 있는 것입니다.

5. 청구권의 내용

따라서 원고는 위와 같은 청구를 하기에 이른 것입니다.

입 증 방 법

- | | |
|-----------|-----------|
| 1. 갑 제1호증 | 등기사항전부증명서 |
| 2. 갑 제2호증 | 사업자등록증 |
| 3. 갑 제3호증 | 물품공급계약서 |
| 4. 갑 제4호증 | 거래내역 |

첨 부 서 류

- | | |
|-----------------|------|
| 1. 위 입증방법 | 각 2통 |
| 2. 소장부분 | 1통 |
| 3. 송달료 납부서 | 1통 |
| 4. 영수필 확인서 | 1통 |
| 5. 서류작성 및 제출위임장 | 1통 |

2022.11.10.

위 원고 주식회사 블루헬스케어
대표자 사내이사 고갑동 (인)

서울중앙지방법원 귀중